

德国债法总则新论

❧ 杜景林·著 ❧



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

德国债法总则新论

杜景林·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国债法总则新论 / 杜景林著. —北京: 法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1533 - 0

I. ①德… II. ①杜… III. ①债权法—研究—德国
IV. ①D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 250585 号

德国债法总则新论

杜景林 著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 李 璐

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.5 字数 276 千

版本 2011 年 1 月第 1 版

印次 2011 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1533 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

著者前言

社会在变迁,经济和技术在变迁,作为反映和规制社会、经济和技术发展的手段,法律本身也在变迁。而在整个法律领域中,最具有变迁能力的债法,特别是其总则中的给付障碍法,以及其分则中的买卖法,更是在经受着变迁。

20 世纪 20 年代末着手的国际统一买卖法的努力,60 年代的海牙统一买卖法,80 年代的维也纳统一买卖法,80 年代初开始的德国给付障碍法和买卖法改革,90 年代后期的欧洲联盟消费品买卖指令,2002 年的德国债法现代化进程,以及当前由欧洲民法典研究小组提出的欧洲私法共同参考框架,都展示了这一变迁。

作为这一变迁的结果,借用法律术语,就是变迁的法律效果,是各个民族国家,包括区域性组织,在这些因变迁而出现的“范式法律”的映照下,纷纷地完善和改造自己的既有法律,又或者实际制定自己的法律。总之,在这一法律进程中,没有国家甘于落后。

德国在法律制度建设和发展方面,虽然基

基础条件和理论条件都非常优越,但从来没有停歇自己的目标和努力,而始终在法制的轨道上,特别是在理论研究的轨道上,阔步前行。事实上,在法律趋同和经济一体化的进程中,德国的步伐最是引人注目。20世纪末的商法现代化,以及21世纪初的债法现代化和民事诉讼法现代化,包括单独实施改革的租赁法现代化和损害赔偿法现代化,都说明了这一点。

不唯如此,就是在欧洲联盟指令的转化方面,也就是在欧洲联盟各成员国之法律的趋同方面,德国立法者同样没有囿于1:1的转化路径,而是在此基础之上,作出了极大程度的理论提升,并以此状态将其转化为德国的内国法。买卖法和承揽合同法上的再履行制度,对于德国而言,特别是前者,就是这种理论飞跃的反映,并且这种认识并没有停留于买卖法领域,而是转而又被用于债法总则给付障碍法的设计。就是说,德国当前适用的现代化给付障碍法,深程度地受到了买卖法的影响,进一步地讲,深程度地受到了作为欧洲联盟二级立法之指令的影响。

所有这一切是要说明,对于现时代的德国法,也就是当前适用的德国法,具体于本语境,就是德国的债法,应当有一个完整的、最具有时效性的理解和认识。这是本著述的写作初衷,也是本著述的写作目的。选择体系性的论述方式,是为了能够展示德国现代债法的全貌,而且是系统地、逻辑地展示其全貌。

在内容编排上,整个著述基本上按照债务关系之发生、存在、消灭和障碍展开,即大体上将债务关系作为一个生命性的有机体看待,以出生、生存和死亡为基本路径。在此之外,为减轻理解负担,同时也为内容之完整性需要,在前面设置了债法导论。而债务关系当事人范围上的扩展,当事人主体之更替,以及多数债务人和多数债权人的情形,则安排在了著述之最后。基本上没有突破传统的债法编制路径。

在给付障碍法的论述方面,仍然遵循以障碍形态为取向的原

因进路,也就是基本上以各种给付障碍的形态为主线进行展开,至少视觉上具有这样的特点。这是基于下述的考虑:即在债法现代化完成之后,德国的主流著述,无论是出于何种理由,仍然采取的是传统的论述路线。事实上,这与德国的现行立法并不一致,因为在现行法上,确切地说,是在债法现代化之后,应当采取法律效果进路的论述路径。在这一点上,本著述没有作出突破,而仍然采取形态论的做法。

本著述的名称为《德国债法总则新论》。德国仍然是原来的德国,债法总则也是原来的债法总则,所要侧重者,只是新论二字。这是要表达下述几个含义:一是内容上的新,也就是力求反映最新的发展变化,特别是通过债法现代化带来的体系和内容方面的变化;二是认识上的新,力求反映学说和文献上的新的观念、见解和看法;三是判例上的新,力求反映最新的案型,同时反映学说与判例的协力作用;四是在有些方面,也反映了国内重要合同法学者的新认识,力求以此建立中国法与德国法之间的专业关联。

债法“射程”遥远,内容广泛,这给学习、理解和认识带来了极大的困难,而具有潘德克顿内涵的债法,更是在原本就困难的道路上又困难了一步。这几乎注定了著述者在理解和认识上会有偏颇和错误之处,敬请专家和读者批评指正。

最后,在本著述的出版上,著述者一如既往地感谢法律出版社,感谢法学学术出版分社,感谢法学学术出版分社社长朱宁女士,以及感谢法学学术出版分社编辑刘彦泮女士,没有她们的支持、辛苦和努力,本著述不会以这样完美的形式呈现出来。

著者

2010年10月31日

于北京

目 录

著者前言 /1

第一章 债法导论 /1

第一节 债务关系的概念、实质、功能及界定 /1

一、债务关系的概念 /1

二、债务关系的实质 /4

三、债务关系的功能 /5

四、债务关系的界定 /5

第二节 债务关系的规制位置及规制技术 /6

一、债务关系的规制位置 /6

二、债务关系的规制技术 /7

第三节 债务关系的划分 /9

一、要因债务关系与不要因债务关系 /9

二、一时的债务关系与继续性债务关系 /10

三、一方负担的债务关系与双方负担的债务关系 /12

四、诺成合同与要物合同 /13

第四节 债务与责任 /14

第五节 债权冲突 /16

第六节 债权的相对效力 /16

第七节 债权的实现与不完全债权 /18

一、债权的实现 /18

二、不完全债权 /19

第八节 债务关系上的义务群 /20

一、给付义务 /20

二、保护义务 /24

三、对己义务 /26

第九节 特论：任意中的强制——合同规范对于格式
条款法的范式作用 /27

一、总论 /27

二、合同规范设置：强制性规范与任意性规范 /28

三、范式作用：任意性合同规范的“任意性”界限 /30

四、范式作用的界限与消极性范式作用 /41

五、结语 /44

第十节 特论：合同法中的等价关系 /45

一、总论 /45

二、均衡性合同正义与主客观等价关系 /45

三、等价关系维系对于合同制度的意义 /47

四、等价关系推定对于合同制度的意义 /52

五、结语 /55

第二章 债务关系的发生 /56

第一节 发生原因总论 /56

一、意定债务关系 /56

二、法定债务关系 /57

第二节 缔约过失 /58

一、总论 /58

二、学理认定 /59

三、责任要件 /60

四、类型 /61

五、第三人责任 /64	
六、法律效果 /65	
七、与瑕疵担保责任规则的竞合关系 /67	
第三节 事实上的合同关系学说 /67	
第四节 法定保护关系学说 /69	
第五节 信赖责任 /71	
第六节 合同自由及界限 /72	
一、合同自由 /72	
二、合同自由的界限 /73	
第七节 合同方式 /76	
一、方式规定的目的 /76	
二、方式的种类 /76	
三、不遵守方式规定的法律效果 /77	
第八节 预约及选择权合同 /78	
一、预约 /78	
二、选择权合同 /79	
 第三章 债务关系的内容 /80	
第一节 合同债务关系的内容规定 /80	
一、当事人意思与法律,私法自治与均等正义 /80	
二、给付的嗣后指定 /81	
第二节 诚实信用原则 /83	
一、诚实信用原则的意义 /83	
二、诚实信用原则的构成要件 /84	
三、诚实信用原则的不可更易性 /85	
四、诚实信用原则的功能 /85	
五、诚实信用原则的适用范围 /86	
六、诚实信用原则的具体化 /87	
第三节 给付的标的 /91	
一、种类债务、选择债务和代替权 /91	
二、金钱债务 /94	

第四节 特别规定的请求权 /98

一、费用偿还 /98

二、取回权 /98

三、告知及报告义务 /99

四、物的提示 /100

第五节 给付的方式 /100

一、一部给付 /100

二、由第三人给付 /101

三、第三人的销除权 /102

四、给付地点 /103

五、给付时间 /106

第六节 给付义务的关联 /107

一、双务合同 /107

二、一般留置权 /109

第四章 债务关系的消灭 /112

第一节 清偿 /112

一、清偿的要件 /112

二、代物清偿 /115

三、代清偿的给付 /116

四、清偿的效力 /117

第二节 抵销 /117

一、抵销的概念和功能 /117

二、抵销的要件 /118

三、抵销的排除 /120

四、抵销的实行 /122

五、抵销的效力 /123

六、抵销合同 /123

第三节 提存和自助变卖 /124

一、提存 /124

二、自助变卖 /126

第四节 解除和终止 /127

一、解除 /127

二、终止 /130

第五节 债务关系终结的其他形态 /131

一、债务免除 /131

二、混同 /132

三、债务更新 /133

四、协议解除 /133

第五章 给付障碍法 /135

第一节 给付障碍体系 /135

一、给付障碍的概念及形态 /135

二、给付障碍的规制位置 /139

三、新给付障碍法概论 /141

四、特论：新债法给付障碍体系重构 /150

第二节 “应当归责” /159

一、意义 /159

二、基本规则 /162

三、对履行辅助人的责任 /165

四、合同上的责任限制 /166

第三节 损害赔偿规定 /168

一、总论 /168

二、损害赔偿的一般要件 /171

三、法律后果——简单损害赔偿 /173

四、延迟给付的损害赔偿 /174

五、替代给付的损害赔偿 /175

六、无谓费用的偿还 /184

第四节 给付不能 /185

一、概论 /185

二、给付不能对给付义务的影响 /188

三、给付不能的次级层面问题——法律后果 /192

四、给付不能对合同效力的影响 /197

五、给付不能对对待给付义务的影响 /200

六、特论：被咒死者命更长——德国新债法给付不能的再认识 /207

第五节 给付延迟 /226

一、总论 /226

二、迟延要件 /227

三、单方债务关系上的迟延后果 /238

四、双务合同中的迟延 /249

五、不构成债务人迟延的给付延迟 /254

第六节 其他义务侵害 /255

一、总论 /255

二、不良给付 /257

三、保护义务侵害 /261

第七节 特论：论德国新债法积极侵害债权的命运 /262

一、积极侵害债权的概念、产生及发展 /262

二、积极侵害债权是否为“法律漏洞” /264

三、积极侵害债权的构成要件、法律效果及举证责任 /266

四、积极侵害债权与特别瑕疵担保责任规则的竞合关系 /270

五、《德国民法典》新债法积极侵害债权的“命运” /271

六、结语 /279

第八节 法律行为基础障碍 /280

一、制度发生史 /280

二、法典化 /282

三、法律行为基础的概念 /283

四、适用范围 /284

五、法律行为基础的丧失 /285

六、法律行为基础的欠缺 /287

七、与其他规定的竞合关系 /288

八、法律行为基础障碍的类型 /290

九、法律行为基础障碍的法律后果 /294

十、结语 /295

第九节 债权人迟延 /296

一、总论 /296

二、要件 /298

三、法律后果 /301

第十节 违约金 /304

一、违约金的功能 /304

二、违约金的法律规定 /304

三、独立的违约金允诺 /306

第十一节 特论：德国现代给付障碍法的发展趋势 /307

一、给付障碍的概念与给付障碍法 /307

二、《德国民法典》生效之前给付障碍学说的发展 /308

三、20 世纪德国给付障碍学说的发展 /309

四、债法改革 /312

五、德国新给付障碍法的主要趋势 /313

第六章 当事人范围的扩展——利他合同 /323

第一节 赋权性利他合同 /323

一、概念 /323

二、实益 /324

三、当事人及其法律关系 /325

四、第三人的拒绝权 /326

五、效力 /326

第二节 对第三人具有保护效力的合同 /327

一、功能 /327

二、第三人保护的要件 /328

三、学理认定 /329

四、法律效果 /329

第七章 当事人变更 /330

第一节 总论 /330

第二节 债权人变更 /331

一、债权人变更的形态 /331

二、让与的概念及当事人 /331

三、让与之作为处分 /332

四、让与的要件 /333

五、让与的效力 /335

六、债务人保护 /335

七、其他权利的转移 /338

第三节 免责的债务承担 /338

一、概念 /338

二、要件 /339

三、效力 /340

第四节 共同的债务承担 /341

一、概念 /341

二、债务加入合同 /342

三、效力 /342

第五节 合同承受 /343

第八章 多数债务人及债权人 /344

第一节 总论 /344

第二节 多数债务人 /344

一、可分债务 /344

二、共同债务 /345

三、连带债务 /346

第三节 多数债权人 /349

一、可分债权 /349

二、共同债权 /349

三、连带债权 /350

重要参考书目 /352

第一章 债法导论

第一节 债务关系的概念、实质、功能及界定

一、债务关系的概念

债法,或者称债务法(Schuldrecht),指债务关系法。这里的债务,不指道德上的可加责难性,而应当在负担义务的意义上理解。据此,债务就是义务,负担债务就是负担义务。采取反面推论,债权就是权利,享有债权就是享有权利。德国立法者将债法称为债务法,是要表明看待这一问题的出发点为债务人视角,而非债权人视角。《德国民法典》第二编被冠以债务关系法的标题,也是要彰显这一内涵。

《德国民法典》第241条第1款规定,依债务关系,债权人有权向债务人请求给付,并且此项给付也可以表现为不作为。按照上述理解,这里的债务人就是负担债务的人,也就是负担给付义务的人;相应地,债权人是享有债权的人,也就是享有给付权利的人。债权人与债务人之间的这种债务关系,是平等主体之间的法

律关系,可以存在于自然人之间、法人之间,也可以存在于自然人与法人之间。然而应当注意的是,债法上的关系并不以这种平等的关系为限,在一定的场合,为实现有效并且合理的规制要求,也存在有反映指示与被指示关系的隶属关系,如在劳动关系方面,雇主享有指示权,而雇员则负有服从指示的义务。^[1]

在德国法上,债务关系的概念具有双重含义:既可以在狭窄的意义上使用,也可以在广泛的意义上使用。之所以如此,是因为《德国民法典》之父们有意识地没有定义这一概念。狭义的债务关系(Schuldverhältnis im engeren Sinne),指个别的权利或者个别的义务。上文提及的《德国民法典》第241条第1款所称的债务关系,即为狭义上的使用。又依《德国民法典》第362条第1款,向债权人履行所负担之给付的,债务关系消灭,同样为狭义的用法。^[2]

广义的债务关系(Schuldverhältnis im weiteren Sinne),指债务关系的整体,即存在于当事人之间的、整体性的权利和义务关系。《德国民法典》债编标题“债务关系法”,系广义使用。其第241条第2款规定,依债务关系内容的不同,债务关系可以使任何一方当事人负有顾及另外一方当事人权利、法益和利益的义务,构成广义使用。债编分则中所称的“各种债务关系”,或者“具体债务关系”,或者“各种具体的债务关系”,如买卖、租赁和借贷等,是广义使用。其第280条第1款第1句规定,债务人侵害由债务关系产生的义务的,债权人可以请求赔偿因此发生的损害,也是广义使用。债编第二章标题“以一般交易条款形成意定债务关系”,同样为广义使用。

[1] 王泽鉴教授认为,于私法性质的法律中设置公法规范,甚为常见,且呈现日益增加的态势。详见王泽鉴:《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版,第4页。

[2] 德国重要民法学者菲肯切尔教授将狭义上的债务关系径行等同于债法上之给付的请求权,也就是等同于债权,当有不妥。Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Auflage, 2006, S. 20, Rn. 25f.

由广义狭义债务关系相互之间的关系,可以得出下述结论:一个广义的债务关系可以构成多个狭义债务关系的发生原因;由广义的债务关系可以产生一系列的具体债权,如给付义务和其他的行为义务;由广义的债务关系可以产生一系列的形成权,如撤销权、解除权和终止权;由广义的债务关系还可以产生一定的“法律地位”,如对受领解除表示和瑕疵通知的管辖权,等等。^[3] 在买卖的情形,出卖人负有交付标的物的义务,享有支付价金的债权;买受人因买卖享有交付标的物的请求权,负有支付价金的债务;出卖人和买受人可以因胁迫或者欺诈而撤销合同;出卖人和买受人可以因对方违背义务而解除合同;出卖人和买受人均可受领对方的解除表示;出卖人还可以对买受人的货物瑕疵通知享有管辖权;等等。至于在具体场合,债务关系究为何指,尚需要借助于具体上下文作出具体判断。^[4]

广义的债务关系被西贝尔(Siber)教授形象地称为有机体(Organismus);被赫霍尔茨(Herholz)教授称为债权人与债务人之间之恒常的框架关系(konstante Rahmenbeziehung),以此突出其时间因素;策波斯(Zepos)教授则主张债务关系的形态论观点(eine gestalttheoretische Auffassung);拉伦茨教授跟从哈特曼(Hartmann)教授的主张,认为债务关系是一种具有意义的结构组合(sinnhaftes Gefüge),其亦可以被视为一个时间性质的过程;格恩胡贝尔(Gernhuber)教授将债务关系称为复杂的单元体(komplexe Einheit)。各位学者的思想进路虽然不同,但都是围绕着下述考

[3] Vgl. MünchKommBGB/Kramer, Band 2a, 4. Auflage, 2003, S. 10, Rn. 13.

[4] 德国债法文献中,尤其是在学术探讨场合,为避免歧义,如无特别说明,也就是只要没有特别表明为狭义的债务关系,通常都是在广义上使用债务关系一语。Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 18. Auflage, 2008, S. 5, Rn. 8; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2005, S. 2, Rn. 3.