



中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江平 王泽鉴
主 编 张双根 田士永 王洪亮

元照系列

本期主题

德国债法改革反思

专题报告

德国债法改革：进步还是退步？ [马丁·约瑟夫·舍尔迈尔 著 田士永 译]

再履行：一条歧路？ [芭芭拉·道纳-利布 著 胡晓静 译 杨代雄 校]

制度历史

侵权行为法的变迁（下） [克默雷尔 著 王洪亮 李静 译]

萨维尼和物权法抽象原则 [乌尔里希·胡贝尔 著 田士永 译]

专题论文

萨维尼早期法学方法论中的三条基本原则——以萨维尼的法学方法论讲义为考察对象 [杨代雄]

德国视角下的中国新物权法 [罗尔夫·施蒂尔纳 著 王洪亮 译 徐杭 校]

普通的债权让与、债权质权及担保性债权让与——比较法角度的若干思考

[克利斯托夫·克恩 著 张一驰 译 张双根 校]

欧洲私法

欧洲私法与现行欧洲共同体法 [赖纳·舒尔茨 著 王剑一 译 张彤 校]

立法数据

德国住宅所有权与长期居住权法（德国住宅所有权法） [胡晓静 译 杨代雄 校]

《奥地利损害赔偿法（讨论草案）》（2007年6月） [李昊 译]

书讯书评

对陈卫佐译注《德国民法典》（第二版）债法部分和物权法部分的若干商榷 [章正璋]



中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

总第5卷 · 2009年

荣誉顾问

江平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄立 黄茂荣

Rolf Stürner[德] Rolf Knütel[德] Thomas Raiser[德]

王洪亮 田士永 申卫星 朱岩 许兰 许德风 李昊 沈冠伶
陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨继 杨淑文 张双根 金可可 涂长风
黄卉 常鹏翱 董一梁 詹森林 蔡明诚

Thomas Rübner[德] Sebastian Lohsse[德] Peate Gsell[德]



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究:总第5卷/张双根,田士永,王洪亮主编. —北京:北京大学出版社, 2009. 8

ISBN 978-7-301-15649-0

I. 中… II. ①张…②田…③王… III. ①私法—研究—中国②私法—研究—德国
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 139198 号

书 名: 中德私法研究:总第5卷

著作责任者: 张双根 田士永 王洪亮 主编

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-15649-0/D·2388

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市欣欣印刷有限公司

经销者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 14.5 印张 253 千字

2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

■ 专题报告

德国债法改革：进步还是退步？

[马丁·约瑟夫·舍尔迈尔 著 田士永 译] 3

再履行——一条歧路？

[芭芭拉·道纳-利布 著 胡晓静 译 杨代雄 校] 15

■ 制度历史

侵权行为法的变迁(下) [克默雷尔 著 王洪亮 李 静 译] 31

萨维尼和物权法抽象原则 [乌尔里希·胡贝尔 著 田士永 译] 50

■ 专题论文

萨维尼早期法学方法论中的三条基本原则——以萨维尼的法学方法论
讲义为考察对象 [杨代雄] 95

德国视角下的中国新物权法

[罗尔夫·施蒂尔纳 著 王洪亮 译 徐 杭 校] 107

普通的债权让与、债权质权及担保性债权让与——比较法角度的若干思考

[克利斯托夫·克恩 著 张一驰 译 张双根 校] 121

■ 欧洲私法

欧洲私法与现行欧洲共同体法

[赖纳·舒尔茨 著 王剑一 译 张 彤 校] 145

■ 立法数据

德国住宅所有权与长期居住权法(德国住宅所有权法)

[胡晓静 译 杨代雄 校] 163

《德国住宅所有权与长期居住权法》简要评注 [杨代雄] 182
《奥地利损害赔偿法(讨论草案)》(2007年6月) [李昊译] 195

■ 书讯书评

对陈卫佐译注《德国民法典》(第二版)债法部分和物权法部分的若干商榷
[章正璋] 211

Referate

专题报告

德国债法改革：进步还是退步？

马丁·约瑟夫·舍尔迈尔* 著

田士永** 译

“有一项古老的愿望，也许哪天它就会实现：我们可以不用再去探寻民法中无穷无尽的各种具体表现形式，而是去探寻其原则；因为只有其中才存在着人们所谓的简化立法的秘密。”(Immanuel Kant)，《纯粹理性批判》(Kritik der reinen Vernunft)，里加(Riga)，1781年，第301页。

——伊曼纽尔·康德

大约7年前，即2002年1月1日，《债法现代化法》(Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)在德国生效。和很多新法一样，它有漂亮的名称，它告诉读者，1900年的《德国民法典》已经老旧，必须进行现代化。本人报告的题目听起来略显平淡，多少有点怀疑的味道：“债法现代化”虽然看起来是进步的，但它是否真的更现代、

* Prof. Dr. Martin Josef Schermaier, 法学博士，德国波恩大学(Uni. Bonn)教授。本文以2007年3月23日作者在《中德私法研究》学术报告会上的报告为基础。

** 法学博士，中国政法大学副教授。

更明智、更实用,简而言之,是否比旧法更为进步,却绝对值得怀疑。^[1] 在我个人看来,新债法中退步比进步多。在表达自己对新债法的批评之前,我首先简要介绍一下债法现代化是如何进行的。然后,我将向您描述《德国民法典》最为重要的三项新内容,同时说明,为何这些新规定并不合适。

一、债法改革的简单历史

债法改革的根源与《德国民法典》本身一样久远:《德国民法典》生效之后不久,1902年就有人开始批评给付障碍法不完整,存在漏洞。赫尔曼·施陶布(Hermann Staub)发现,其中缺少他所谓的“积极违约”规则。^[2] 对于既不属于“不能”又不属于“迟延”所描述的不履行情形,帝国法院借助了《德国民法典》第276条的一般规定,根据该规定,债务人对其履行中的过错应当承担责任。^[3] 第二次世界大战后,以施陶布为代表、受到纳粹主义者大力支持的这种见解迅速获得承认。在这种见解看来,不履行一项义务的实质在于债务人违反了债务关系所产生的义务。^[4] 20世纪80年代任命的改革委员会对此建议,《德国民法典》的给付障碍法应当以违反义务的概念为核心,并以此取代给付不能的事实构成。^[5] 社会民主党政府提出的这项计划,在基督教民主同盟政府时被搁置,理由是需要等待欧洲层面

[1] 已经对此进行批评者,赖因哈德·齐默尔曼(Reinhard Zimmermann):《债法现代化?》(Schuldrechtsmodernisierung?),载《法学家报》(JZ),2001年,第171页以下,同时载沃尔夫冈·恩斯特/赖因哈德·齐默尔曼(Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann)(主编):《民法学和债法改革》(Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform),图宾根(Tübingen),2001年,第17页以下。

[2] 赫尔曼·施陶布(Hermann Staub):《积极违约及其他法律效果》(Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen),载《第26届德意志法律人大会议贺文集》(Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag),柏林(Berlin),1902年;1904年第2版有所增加。

[3] 《帝国法院民事裁判集》(RGZ)(1902年6月13日的判决),第52卷,第18页[“湿黑麦案”(Nasser Roggen)];《帝国法院民事裁判集》(1902年12月19日的判决),第53卷,第200页[“燕麦种案”(Saathäfer)];《帝国法院民事裁判集》(1907年7月9日的判决),第66卷,第289页[“马饲料案”(Pferdefutter)];霍斯特·海因里希·雅科布斯(Horst Heinrich Jakobs):《不能和不履行》(Unmöglichkeit und Nichterfüllung),1969年,第61页及下页;汉斯·彼得·格洛克纳(Hans Peter Glöckner):《积极违约》(Die positive Vertragsverletzung),载U.法尔克(U. Falk),H.默恩豪普特(H. Mohnhaupt)(编):《〈德国民法典〉与其法官:对德国私法典化在司法裁判上的反应(1896年—1914年)》(Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts(1896—1914)),2000年,第155页至第191页;新近作品,马丁·约瑟夫·舍尔迈尔,载赖·齐默尔曼/马·施默克尔/约·吕克特(R. Zimmermann/M. Schmoekel/J. Rückert)(编):《〈德国民法典〉历史批评注释书》(Historisch-kritischer Kommentar zum BGB),第2卷,图宾根,2007年(以下简称,《历史评注》),第275条以下诸条之前,边码84至87。

[4] 详细介绍,《历史评注》/舍尔迈尔(注3),第280条至第285条,边码24至26。

[5] 关于改革项目的详细内容,见《历史评注》/舍尔迈尔(注3),第275条之前,边码90至91。

上的私法发展。1998年社会民主党再度掌权后,这项计划再度被考虑。正式提出的动议是因为欧洲委员会1999年要求其成员国转换其对消费品买卖合同的指令^[6];随之就开始有人讨论认为,只有同时改变一般给付障碍法和买卖法上的给付担保法,这些指令在德国法中才能有效得以转换。^[7]此外,根据某些民法学家的意见,《德国民法典》以外特别法中大量的消费者保护规则也应当规定到《德国民法典》之中。这样,对于债法“现代化”就有了三种理由^[8]:

- (1) 将消费者法整合到《德国民法典》;
- (2) 指令要求对买卖法上的瑕疵担保法进行改革;
- (3) 现在需要消除一般给付障碍法中存在的所称缺陷。

对此,当然,不要忘记在这三个改革目标之外还有第四个目标,它在改革前后的讨论中都只是处在次要位置,这就是消灭时效法的新内容。^[9]我的报告将不会涉及这方面的内容,即《德国民法典》第195条以下,而限定在债法的变化上。我将从前文所提到的将消费者保护法整合到《德国民法典》这一改革目标开始。

二、《德国民法典》中的消费者法

这项改革目标是全部债法现代化中是最无关紧要的。现在,在关系法规中找不到关于上门交易行为和消费者信贷的规定,但在《德国民法典》中却可以找到它们。那些了解现代《德国民法典》发展的懂法之人,现在可以在《德国民法典》中毫不费力地找到与旧《上门交易撤回法》、旧《一般交易条款法》或者先前的《消费者信贷法》文句完全相同的条款。^[10]作为支持将大量消费者法律整合到《德国民法典》的立法理由,我们在改革之前反复听人说,任何市民都是“消费者”,因此在《德国民

[6] 《消费品买卖及其担保的特定方面的指令》(Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter),1999/44号指令(RL 1999/44),载《欧共同体公报》第L 171/12号,1999年7月7日(ABl. EG Nr. L 171/12 vom 7. 7. 1999.)。

[7] 赫塔·多伊布勒-格梅林(Herta Däubler-Gmelin):《关于债法改革中所谓大方案的决定——关于债法现代化的草案》(Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform-Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts),载《新法学周刊》(NJW)2001年,第2281页。

[8] 关于支持和反对的理由,参见恩斯特/齐默尔曼(编)(注1)的会议论文集。

[9] 参见赖因哈德·齐默尔曼/德特勒夫·莱嫩/海因茨-彼得·曼泽尔/沃尔夫冈·恩斯特(Reinhard Zimmermann/Detlef Leenen/Heinz-Peter Mansel/Wolfgang Ernst):《争议结束? 评债法现代化法政府草案中的消灭时效法》(Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes),载《法学家报》2001年,第684页以下。

[10] 关于上门交易行为的规定是第312条至第312a条,对于一般交易条款(AGB)的规定是第305条至第310条,对于消费者信贷行为的规定是第491条至第498条。

法典》中也应当可以找到消费者法。^[11] 对于该项理由,稍后我将予以评论。首先,我想指出整合消费者法的缺点。

(一) 在我看来,有一项缺点并非无足轻重,即《德国民法典》变得使人难以观其全貌。一方面在于,现在大量条款必须加上字母表示:今天取代第 305 条的是 4 个条文,除了第 305 条之外,还有第 305a 条至 305c 条。另一方面在于,新条款的文句变成了庞然大物。《德国民法典》创始人的表达艺术是众所周知的:用简洁的句子规定其制度。2002 年立法者的用语却繁琐、冗长且不精准:关于远程销售的几乎任何新条文都包含着超过现代法律版本一页多的内容,这意味着比使用借款合同或者消费借款合同整节内容还要多。此外,很多条款令人不能理解,或者,至少令人难以理解。甚至连德国法学家为理解这些条款也不得不反复阅读。

(二) 消费者法的整合还引起了体系性瑕疵:一般交易条款法放在债务合同中(第 305 条至第 310 条)加以规定,它究竟是否适用于物权合同的意思表示? 关于消费借款合同的规定现在也被分为两个领域:货币消费借贷根据买卖合同处理(第 488 条以下),物的消费借贷则处于第 607 条以下,它如今干脆就规定为物的消费借贷了。为什么这样区分? 现在,人们已经预计好了,消费者的货币消费借贷经常用于支持买卖合同的融资,因此,在消费者寻找的地方,即融资买卖,应当能够找到相关规定。不管是站在学说立场上还是站在立法立场上,这种考虑都是荒谬可笑的。这种决定及其理由使人产生了一种印象,我们越说债法现代化好,或者说它更好,所产生的效果就越差。

(三) 对现代化的讽刺是,新法律文本在精确性上存在缺陷,在语言上变得贫乏。这里我也可以举出一个例子:在新的迟延规则中规定,必须履行货币之债的人,如果到期后 30 天没有支付,即使没有催告也没有约定支付期限,仍然陷于迟延。因为新法第 286 条第 3 款中将必须给付货币债务的人称为“有偿债权的债务人”。这一概念存在双重错误:其一,“有偿”并非“货币”,而是任何一项合同约定的对待给付。其二,“债权的债务人”在严格意义上是指应当让与债权的人。因为应当给付的人,所欠的并不是债权,而只是给付。^[12]

[11] 例如,托·普法伊费尔(Th. Pfeiffer):《“关系法规”整合到〈德国民法典〉》(Die Integration von “Nebengesetzen” in das BGB),载恩斯特/齐默尔曼(注 1),第 481 页以下,尤其是第 496 页及下页;海·德尔纳(H. Dörner):《消费者法整合到〈德国民法典〉》(Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB),载赖·舒尔策/汉·舒尔特-内尔克(R. Schulze/H. Schulte-Nölke)(编):《共同体法背景下的债法改革》(Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts),图宾根 2001 年,第 177 页。

[12] 关于现代化之后的债法上其他语言方面的缺陷,参见马丁·约瑟夫·舍尔迈尔:《“有偿债权的债务人”和其他新的法律概念》(Der “Schuldner einer Entgeltforderung” und andere neue Rechtsbegriffe),载《新法学周刊》(NJW)2004 年,第 2501 页至第 2503 页。

三、买卖法指令的转换

我现在开始讨论改革的第二点,买卖法指令在《德国民法典》的转换。这一点与第一点将买卖法整合到《德国民法典》关系密切。因为买卖法指令指向的是消费者合同:它调整作为消费者的买受人从经营者买受取得有瑕疵商品而享有的请求权。根据1900年《德国民法典》,买受人只享有降价请求权或者更换请求权(1900年《德国民法典》第459条以下);《德国民法典》所遵循的是罗马法和大多数欧洲法律制度所遵循的所谓等价原则:出卖人对于买卖标的物符合出卖人与买受人议定价值并因此符合所确定价款方面的过错并不承担责任。如果买卖标的物价值低于该价值,买受人既不能主张“变更”买卖从而返还商品和价款,也不能降低买卖价款从而使买受人可以相应支付较少金额。只有在出卖人对特定的、标的物有瑕疵的性质提供了担保的情形或者出卖人明知该瑕疵的情形下,买受人才被给予损害赔偿请求权。^[13]

(一) 后续履行

1999年的买卖法指令将买卖标的物有瑕疵认为是不履行的一种形式,并因此首先命令出卖人必须消除该瑕疵,因此他必须“后续履行”。就这方面而言,买卖法指令遵循了联合国买卖法中的瑕疵法(《联合国国际货物销售合同公约》第46条第2款至第3款)。此外,不履行的所有法律救济都可以适用。这种变化基本上比较合适,因为旧的买卖法是以特定物买卖为原型进行规制的,而现代社会的批量生产和批量销售所涉及的主要是种类物买卖。因此,出卖人的利益主要在于给付无瑕疵的物,后续履行落空时买受人就可以主张解除。^[14]当然,旧法中后续履行的优

[13] 迄今仍具有阅读价值的是,乌尔里希·胡贝尔对1900年《德国民法典》瑕疵担保法所做的评论,载《德国民法典泽格尔注释书》(Soergels Kommentar zum BGB)第12版,第2卷之2,斯图加特(Stuttgart)1991年;此外还有格哈德·瓦尔特(Gerhard Walter):《买卖法》(Kaufrecht)(债法手册,第6卷),图宾根1987年,第133页以下。

[14] 关于新瑕疵担保法中的后续履行,尤其参见格奥尔格·比特/埃娃·迈特(Georg Bitter/Eva Meidt):《后续履行和出卖人的后续履行义务》(Nacherfüllung und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht),载《经济法杂志》(ZIP)2001年,第2114页以下;彼得·胡贝尔(Peter Huber):《新买卖法中的后续履行请求权》(Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht),载《新法学周刊》2002年,第1004页以下。关于瑕疵担保法的总体情况,参见芭芭拉·格鲁内瓦尔德(Barbara Grunewald):《买卖法》(Kaufrecht)(债法手册第6卷),图宾根2006年,第176页以下,关于注释书可以参见哈尔姆-彼得·韦斯特曼(Harm-Peter Westermann):载《慕尼黑(德国民法典)注释书》(Münchener Kommentar zum BGB)第3卷,2008年第5版。

先地位通常会在一般交易条款中有所约定。

法律现在所采用的这种变化可能导致人们认真思考后续履行的优先地位是否适用于特定物买卖?^[15] 这看起来似乎是个多余的问题,因为在给付其他的、但却没有瑕疵的物关系到买受人和出卖人利益的情形,如果所给付的物对双方当事人都无关紧要的话,它就不再是特定物买卖了。可能有人会认为,特定物买卖的概念表明了当事人的利益。完全相反:卡纳利斯(Canaris)在其论文^[16]中激烈地争辩说,特定物买卖的概念是预先确定的,它并不取决于买受人对最初约定之物以外的其他物是否满意。因此,在特定物买卖的情形下,仍然可以考虑后续履行请求权。较之于其他很多论文,这篇论文更充分地说明了德国私法学受概念法学束缚的程度之深,债法现代化只不过是法学水平下降的表现而已。

(二) 消费者买卖

此外,出卖有瑕疵之物时后续履行的优先地位也非常适合于承揽合同和租赁合同。指令中的范本以消费者买卖为其范例,如果将其作为买卖法的范本,自然会有些不甚妥当之处。没有任何其他欧洲的法律制度走得如此之远。从2002年起,《德国民法典》就以经营者出卖某物于消费者的想象为其出发点了。可以看出,欧洲消费者货物买卖指令^[17]中为消费者买卖而规定的规则成为新买卖法的基础:瑕疵的概念、法律救济和消灭时效完全是依照该范本而规定的。支持这种论证者所考虑的是:买卖合同大多情形是与消费者订立的。这一点颇值推敲。因为,《德国民法典》中规范涉及的是规制地位平等的人之间的利益冲突。市民(Civis)这一罗马市民的表达方式清楚地表明了权利上的平等。因此直到今天,我们仍然讲“民法”。作为法律制度基础的规则原型必须是对平等者之间的特定冲突进行裁决。由此出发,对于某一方或者另一方具有社会优先地位或者经济优势地位的情形,也可以进行规制。如果这些特殊情形与平等地位的原型相比较的话,就必须要与其他人确定关系。有人说:只有在知道各自的规则是什么时,例外才可以与其他例外相比较。只有从中心出发,才可以确定四周及其到中心的距离。中心就是解决平等者之间冲突的规则。

[15] 对此进行的批评,参见托马斯·阿克曼(Thomas Ackermann):《特定物出卖人的后续履行义务》(Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers),载《法学家报》,2002年,第378页以下[尤其反对克劳斯-威廉·卡纳利斯(Claus-Wilhelm Canaris):《2002年的债法现代化》(Schuldrechtsmodernisierung 2002),慕尼黑,2002年(München),第29页]。

[16] 克劳斯-威廉·卡纳利斯:《特定物买卖中通过交付无瑕疵的物而实施的后续履行》(Die Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelfreien Sache beim Stückkauf),载《法学家报》,2003年,第831页以下。

[17] 1999/44号指令(RL 1999/44),载《欧共体公报》第L 171/12号,1999年7月7日(ABl. EG Nr. L 171/12 vom 7. 7. 1999.)。

现在《德国民法典》——至少是买卖法中——远离该中心，这就会产生一些不足。很明显，《德国商法典》中规制的商事买卖（《德国商法典》第 373 条以下）丧失了其基础。我们可以考虑一下买受人在交付时明知物存在瑕疵的情形。根据《德国商法典》第 377 条，如果他是商人，就必须立即就该瑕疵通知出卖人。如果不是商人，他就可以保持沉默。根据旧法，如果买受人明知物存在瑕疵而受领，他至少丧失了其请求权。1900 年《德国民法典》第 464 条的规定被删除掉了，理由是买受人作为消费者不应当负担指责义务。^[18] 这与其他方面并无联系，指责义务考虑的是，出卖人应当知道他是否放弃了别的请求权。买受人明知存在瑕疵时排除其瑕疵请求权，考虑的是惩罚买受人的明知：知道物存在瑕疵的人不应该以该瑕疵为由提出主张，因为他本来可以拒绝接受该物。共同法中就已经有“同意不生违法”（*Volenti non fit iniuria*）的表达了，今天则表述为“违背自己所为的举止”（*venire contra factum proprium*），对此可以参阅第 242 条。立法者误解了它们完全不同的功能。买受人接受某物时明知其瑕疵而受领，如果他仍然可以主张瑕疵权利，这种结果不能令人接受。如果买受人是商人，他在特定情形——例如出卖人也明知该瑕疵——不管是放弃就瑕疵为通知^[19]还是后来为通知，都可以基于该瑕疵提出主张。合同订立时就明知存在该瑕疵的情形出卖人至少应当丧失其瑕疵权利，因此，这种结果显得非常奇怪（第 442 条）。

我们现在可以考虑第二个问题：根据新买卖法，出卖人由于轻过失不知该瑕疵应当负损害赔偿义务（第 280 条第 1 款，第 437 条第 3 项，第 433 条、第 434 条）。这在出卖人是经营者时是合情合理的。新买卖法这种结果也适用于出卖人是消费者的情形。人们错误地认为，消费者卖的东西比经营者卖的东西存在瑕疵的可能性更多。尽管是消费者，仍然要像经营者那样承担责任。立法者显然没有看到这种后果，如果看到这点并且还想做到公平的话，就不会接受这种做法。

四、给付障碍法的变化

从第 275 条以下很明显就能发现给付障碍法中最重要的变化：债务人之所以承担责任，不再是因为不履行，而是因为违反义务。第 280 条规定：“债务人违反基于债的关系而发生的义务，债权人可以请求赔偿因此而发生的损害。”虽然仍然存在“不能”和“迟延”等具体形态，但它们只不过是“违反义务”这个包罗万象的概念

[18] 联邦政府对于《债法现代化法草案》的说明（政府说明），参见克劳斯·威廉·卡纳利斯（编）：《2002 年债法现代化》，慕尼黑，2002 年，第 798 页。

[19] 只存在于出卖人诈欺的情形，参见《德国商法典》第 377 条。

的具体情形而已。其中表现出了很多矛盾和冲突之处。^[20] 其原因在于,“不履行”的概念是从债权人的立场观察的,即债务人是否向他给付。而义务违反则是从债务人的立场观察的,即,他的行事对其义务而言是正确还是错误,是符合了还是违反了。这种范式转换产生了如下结果:

(一)“违反义务”有两方面:有些情形涉及“不履行”,即债权人的位置,有些情形涉及的却是债务人的行为。^[21] 如果出卖之物存在瑕疵,违反义务之处在于,债权人并没有收到所欠之物,而是收到了较差之物甚至完全不同之物。在这种情形下,如果违反义务,即该瑕疵,应当归责于债务人,他就应当承担损害赔偿的责任。但是,如果债务人违反了附随义务,例如在交付出卖之物时损坏了债权人的相关设施,他违反义务之处即在于违反注意义务。第二种情形是从债务人行为中发现违反义务的。这个概念有点模棱两可:如果债务人违反给付义务,违反义务就存在于不履行之中。如果他违反了附随义务,违反义务就存在于错误的、违反交易规则的行为之中。因此,这个概念完全重复了债法总则中“结果不法”和“行为不法”这一多年来反复讨论的问题。

(二)而这只是问题的一个方面,如果认真考虑违反附随义务的情形,就会发现第二个方面:在提供给付时侵害债权人法律利益的人承担责任,并不是因为他侵害了法律利益;因为债权人因此还可以享有侵权法请求权。他之所以承担责任,是因为他在行事中违反了交易所必需的注意。他“违反义务”之处在于其过失行事,正是因为履行债务中存在过失,因此他应当承担给付障碍法的效果而不是侵权法的效果。这种结论让我们感到吃惊。“违反义务”与过失的概念相重

[20] 已经表示批评者包括,扬·沙普(Jan Schapp):《给付障碍法改革的问题》(Probleme der Reform des Leistungsstörungsrechts),载《法学家报》1993年,第637页,尤其是第638页以下;沃尔夫冈·恩斯特:《债法改革的核心问题》(Kernfragen der Schuldrechtsreform),载《法学家报》1994年,第801页,尤其是第805页以下;同一作者:《论债法改革的委员会草案》(Zum Kommissionsentwurf für eine Schuldrechtsreform),载《新法学周刊》1994年,第2177页,尤其是第2180页以下;维尔纳·弗卢梅(Werner Flume):《论债法改革的新的规制计划》(Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts),载《经济法杂志》1994年,第1497页以下;稍后者参见乌尔里希·胡贝尔(Ulrich Huber):《关于给付障碍的计划中的法律》(Das geplante Recht der Leistungsstörungen),载恩斯特/齐默尔曼(注1),第31页以下,尤其是第93页以下;=《经济法杂志》2000年,第2137页以下,尤其是第2139页以下;扬·沙普:《推荐将“违反义务”作为给付障碍法的一般事实构成吗?》(Empfiehlt sich die “Pflichtverletzung” als Generaltatbestand des Leistungsstörungsrechts?),载《法学家报》2001年,第583页以下;汉斯·施托尔(Hans Stoll):《给付障碍法新制度简介》(Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen),载《法学家报》2001年,第589页以下,尤其是第593页。现在还可参见《历史评注》/舍尔迈尔(注3),第280条至第285条,边码36以下。

[21] 对此参见沃尔夫冈·恩斯特:《慕尼黑〈德国民法典〉注释书》第2卷,第5版,慕尼黑2007年,第280条,边码9以下。

合,它无非就是违反注意义务的行为。^[22] 这样在责任存在上就加强了对违反注意义务因素的要求。这就不由自主地让人想起帝国法院从第 276 条重创立的积极违约。

这种教义混乱在实践中产生了很多问题:

(一) 最重要的问题是举证责任倒置使得债务人承担举证责任^[23]: 谁在债务关系中违反义务,就推定应当归责于他(参见第 280 条第 1 款第 2 句)。为免于承担责任,违反义务之人就必须证明违反义务但应不当归责于他。我们以医疗合同为例: 如果医生对当事人治疗错误,违反义务存在于何处呢? 在于病人受到损失? 还是医生治疗违反注意义务? 若根据侵权法是前者,根据给付障碍法就是后者。这就意味着,医生的合同责任对于病人是不利的。^[24] 因为病人必须要证明,医生违反了医疗技术所要求的规则。而给付障碍法本来会使他这种负担减轻。

(二) 下一个问题是: 如果不愿意违反义务,债务人应当作出何种努力? 根据作为 1900 年《德国民法典》基础的传统观点,由于不能归责于债务人的原因发生给付困难的,债务人就会免除责任。这符合嗣后不能概念的传统。^[25] 现代德国学说则认为,新债法结束了这一点: 债务人应当努力,直到与债权人的履行利益相比他不再需要对提供给付进行投入。例如: 某人以 5 000 元的价格出卖一辆汽车,但该汽车值 8 000 元。如果该汽车在交付前被盗,但出现在很远的某个国家^[26],出卖人

[22] 关于与行为理论相联系的责任模式,参见《历史评注》/舍尔迈尔(注 3),第 276 条至第 278 条,边码 91 以下。

[23] 参见安尼特·凯尔曼(Annette Keilmann):《举证负担归谁:〈德国民法典〉第 280 条第 1 款举证责任分配之研究》(Dem Gefälligen zur Last. Untersuchungen zur Beweislastverteilung in § 280 I BGB),2006 年;格哈德·瓦格纳(Gerhard Wagner):《债法改革和侵权法》(Schuldrechtsreform und Deliktsrecht),载 B. 道纳-利布/H. 康岑/K. 施密特(B. Dauner-Lieb/H. Konzen/K. Schmidt)(编):《实务中的新债法》(Das neue Schuldrecht in der Praxis),科隆(Köln)2003 年,第 203 页以下,尤其是第 219 页以下;相关概况及更多提示,参见《慕尼黑〈德国民法典〉注释书》/沃尔夫冈·恩斯特(注 21),第 280 条,边码 75 以下和边码 138 以下;《历史评注》/舍尔迈尔(注 3),第 280 条至第 285 条,边码 97 以下。

[24] 参见安德雷亚斯·施皮克霍夫(Andreas Spickhoff):《改革后债法中的医生责任体系》(Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht),载《新法学周刊》2002 年,第 2530 页以下;关于其概况,参见《历史评注》/舍尔迈尔(注 3),第 280 条至第 285 条,边码 98。

[25] 详细介绍,参见霍斯特·海因里希·雅科布斯:《不能和不履行》,1969 年;乌里希·胡贝尔:《〈德国民法典〉第 275 条的解释》(Zur Auslegung des § 275 BGB),载 E. 席尔肯(E. Schilken)等(编):《汉斯·弗里德黑尔姆·高尔七秩华诞祝贺文集》(Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag),1997 年,第 217 页以下;同一作者:《给付障碍》(Leistungsstörungen)第 1 卷(债法手册第 9 卷之 1),1999 年,第 96 页以下;《历史评注》/舍尔迈尔(注 3),第 275 条,边码 28 以下和边码 59 以下。

[26] 相关案例参见爱德华·皮克尔(Eduard Picker):《债法改革和私人自治》(Schuldrechtsreform und Privatautonomie),载《法学家报》2003 年,第 1035 页至第 1048 页。

必须自己负担费用将该车取回,只要该费用不超过 3 000 元即可。^[27]这就是由“违反义务”的概念和不能法(第 275 条第 2 款)改造后所发生的结果。

新给付障碍法所具有缺陷和它所造成的困难,我们可以毫不费力地举例下去。新规则的主要弊端在于,重要的不再是债权人的给付利益是否得到满足,而是债务人是否履行了自己的义务。我们作为法学家都清楚,一个人并不是无条件地与别人发生联系的。即使债务人履行了其义务,也可能出现给付目的并未实现的情形。有时甚至可以反过来,给付目的已经实现,而债务人是否违反其义务则不予考虑。^[28]新法使得更加难以妥善处理模棱两可的情形。

五、新法不成功的原因

成功可以归于很多人,但不成功却不可以归于任何人。因此,德国法学的任务,一方面是说明新债法的不成功之处,另一方面是分析这些不成功的原因所在。

(一)首先是对《德国民法典》体系和结构的不了解,这一点从现代化中可以发现。有人把民法解释为公民的法,因此,《德国民法典》中必须要包含消费者法,这是很重要的一点。《德国民法典》的创始人,还有 20 世纪那些伟大的民法学家们,他们不仅熟悉概念的来源,还熟悉其内容。^[29]今天显然将这两者都忘记了。

(二)令人惊讶的是,有些人将《德国民法典》当作为临时而制定的法律,是类似于税法一样的暂时性法律。^[30]显然,人们认为可以任意改变民法的全部或者其中一部分。在这里,人们可能忘记或者根本就不知道,我们的民法是社会的、文化的反映,它是持续成长的,并且可以调整自己。严格地说,不是立法者改变民法,而是民法改变立法者的意识。从债法现代化将法官法予以法典化中就可以在某种程度上看出这一点。因此,我们同样还得提及糟糕立法的第三个理由。

[27] 这是卡纳利斯所支持的结论:克劳斯-威廉·卡纳利斯:《特定物买卖中根据〈德国民法典〉第 275 条第 2 款不可归责的给付障碍的处理》(Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf),载《法学家报》2004 年,第 214 页以下。

[28] 关于目的实现和目的消除的情形,参见福尔克尔·博伊廷(Volker Beuthien):《债务关系中的目的实现和目的障碍》(Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis)1969 年;赫尔穆特·克勒(Helmut Köhler):《不能和债务关系目的障碍中的交易基础》(Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis)1971 年,概况论述,参见《历史评注》/舍尔迈尔(注 3),第 275 条,边码 69 以下。

[29] 关于“民法”的概念和内容,参见汉斯·哈滕豪尔(Hans Hattenhauer):《民法的基本概念》(Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts)1982 年,第 208 页以下。

[30] 类似的批评,还可参见维尔纳·弗卢梅(Werner Flume):《论我们时代立法的使命》(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung),载《经济法杂志》2000 年,第 1427 页以下。