



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

## 德国民法的结构、意义和经验

孙宪忠 刘静

阅读次数: 3535

使用大字体察看本文

孙宪忠（中国社会科学院法学研究所），刘静（国家法官学院）

2002年4月初，中国社科院法学研究所与德国阿登纳基金会邀请中德双方民法专家，就中德民法典制定的相关问题，进行了较为深入的研讨，成功地交流了双方在法治对话范围内各自的民法典结构和民法法律规范。其中德方专家就德国民法的结构体系、内容革新以及从德国和国际比较法的角度探讨民法的结构、意义和经验的报告，不仅明晰了域外法的最新发展态势，对我国现今正在制定的民法典，也无疑具有重大的借鉴意义和影响作用。有鉴于此，本文拟将德方专家的学术报告摘要如下，以飨读者。

### 一、民法的结构和法律规范--从比较法角度谈民法的意义和经验

欧洲大陆民法比起英、美的民法更容易被学习、借鉴，因为事实上被认为是普通法的英美民法并不适合于被快速地继受到另一个国家和民族的法律体系中，其作为判例法，只能在很长的时间里逐渐形成和发展，它的一些规则和法律思想可以被个别地加以采纳，但作为一个整体，并不适合作为一部新成就的民法学习的榜样。而作为成文法的欧洲大陆法的经验和成果，因其具有普遍性和抽象性，能较好地移植到另一个法律制度体系中或者在另一个法律制度体系的形成过程中被作为素材来使用。在参照制定一部民法典时，必须了解的欧洲大陆民法的特点，主要包括以下内容：

#### （一）民法概念的抽象性

欧洲大陆民法思想的典型特性是其概念的抽象性。表现之一可以从民法和与之相对的公法的区别上来考虑。在社会生活中作为一个整体存在的事件，在法律层次上往往被分解开来区别对待。譬如汽车司机撞了骑自行车的人，受害人能否向侵权人要求损害赔偿是民法上的问题，而侵权人是否受处罚是公法问题。在这两个法学领域中适用的是不同的规则，具体表现为，受处罚是与汽车司机主观有过错联系在一起的，但承担损害赔偿则与汽车司机是否有过错有关。早在罗马法中就存在有民法与公法的区别，并发展出了对这两个概念的准确定义。可见，大陆法具有很强的概念抽象性的倾向。表现之二，可从民法本身予以体现。债权法和物权法上的概念，远比家庭法、继承法上的概念难于理解，甚至只有法学家才能理解，因为它们是建立在特殊的法的形式之上的，所涉及的是高度抽象的表述形式，这在一般通常所用的语言中是不存在的，而是属于一种人为创设的专业语言，正是这些概念对欧洲大陆民法建设具有基础性的作用。

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

这些概念在中国民法典草案中也起到了一定的作用，中国的立法者通过制定象德国民法典总则部分的那样的规则使抽象性原则得以进一步的贯彻。欧洲大陆民法并不是简单地规范合同法，而是通过先规范债法进而再规范合同法。因为债务不仅可产生于一项合同，也可以产生于一项侵权行为或产生于不当得利或无因管理，因此，将合同之债务关系和法定之债务关系在同一个更高层次的上位概念之下加以概括是极有意义的。在法律结构上来看，所有的债务关系都是一样的，因此，可以说“债”的概念是欧洲大陆民法思想最重要的基础之

抽象性原则的另一项作用在于，它不仅决定了法律规范的外在架构，甚至还影响到个别规范的内容，德国法正是这样一种情形。最著名的例子可谓是分离原则与不要因原则在负担行为和处分行为（比如指买卖合同和买卖物所有权移转）相互关系上的运用。虽然在大多数欧洲国家的民法中对这两种行为并没有加以严格区分，但有人认为，分离原则确实是有其不可更改、不可取消的进步性。一切所有权转让都具有相同的结构和内容，完全独立于它所依据的行为。当然，转让所有权的义务并不仅仅建立在买卖合同基础上，它也可以比如基于行纪合同而产生。此外，所有权转移的义务并非仅可能基于合同而产生，也可以依据法律上的负担、义务。在所有这些例子中所有权转让过程都是完全相同的，因为它的内容总是限定在所有权从先前的所有权人转移给新的所有权人这种范围内。所以，所有权移转或者一般所说的处分行为，与它所依据的负担行为相分离的观点，正是法学逻辑的强制性要求。此外，分离原则为立法技术也提供了很大的实践性的益处。德国法因此可以顺利地解决所有所有权保留的问题，即将所有权保留现为以支付价款为延缓条件的所有权移转合同。相反，如果人们不把所有权转移和买卖合同相分离，这个非常巧妙的建设性的解决方式是不可能的。因为买卖合同本身自然正好是不能以支付价款为附加条件的。

## （二）欧洲大陆民事实体法的基石

虽然欧洲大陆的重要民法典是在差异极大的不同时期生效的，但其核心内容却表现了极大的统一性。从1804年的法国民法典、1812年的奥地利民法典开始，到1900年的德国民法典、1912年的瑞士民法典及其1932年债法再到1942年的意大利民法典和1992年的荷兰民法典，都贯彻了民法的基本原则：平等、保护个体权利和自由。与之相符的是民法的三个占据中心地位的基本概念：人、主体权利和法律行为。

平等的中心地位和意义从欧洲法典的名称上就已得以彰显。民法的“民”（市民、公民）并非指某一个社会阶层（市民阶层），而是指相对于某个国家的归属感，即某国家的公民。故其特性是，某个国家的每一个国民都是其公民。法律面前人人平等，该原则对社会规范、法律规范的精神仍具有基础性意义，即法律活动的参与者--人和法人，在民法上是享有同样权利、没有法律特权的相对的主体。私法主体应具有同等的权利，最重要的是生命权、健康权、物之所有权以及其他一些著作权、专利权、荣誉权等。这些权利可以借助司法的力量来实现，并在受到他人侵害时获得法律的保护。第三个重要基石是，人和法人原则上享有规定相互间关系的自由，即私法自治。私法自治，最重要的表现形式是合同自由。这在欧洲民法典中得以典型规定，并赋予合同自由极其广泛的适用。首先是在债法中，民事主体原则上有权可以自由决定是否签订合同，与谁签订合同，而且可以在与对方当事人协商一致的情况下，按自己的愿望决定合同内容。因此，国家应持相当的保留态度，即尽可能少设置限制，尽可能少干预。民法与国家之间要保持这种特别的距离，因为它是保障自由的重要措施。

一个市场只有在下列条件都成就时才能有效运作，即所有市场参与者享有同样的权利，他们可以获得其在市场交易的所得，且受法律的保障，可以自由安排其在市场上的交易。因此，市场经济需要一部高效的民法作为其基础。反之，即使没有市场的存在，一部高效的民法也是有益处的，以私法自治为中心内容的民法为培养多元化社会提供了良好的土壤。

## （三）法典化的现状和发展

由于几乎所有用于实现实质公正目标的规则都是在民法典之外产生的，且民法典在制定之始，就欠缺一些重要内容，如著作权法和反不正当竞争法，因此，民法典受到众多单行法的补充，甚至部分地受到单行法的排挤，从而导致一些非法典化和成文法思想危机的思潮，但是以法典化为目标原则上仍是正确的。法典化思想有其存在的价值和优越性，诸如概念和法律的抽象性，法学思维的科学性与与科学性相关连的追求法律规范的系统性，以及作为民法的稳定性、安全性等等，但并不能因此幻想通过制定民法典可以规定一切相关的问题，从而实现完美化的理想。正好相反，民法典不可避免地需要通过制定单行法来补充。此外，法典的抽象性也要求通过司法和法律科学来加以具体化，使成文法与普通法之间的差距缩小。但民法典仍未丧失其生命力，比如2002年德国民法典顺利完成其改革，由此将一般交易法、消费者保护法、房屋出租人保护法纳入到法典中，这些法律现在已不再存在于民法典之外。1989年欧洲议会甚至决定，应当制定一部适用于所有欧盟成员国的统一民法典。当然现在距此仍有距离，但法典化的观念无疑是欧洲法律传统应当提供的最好的东西。

## 二、私法中的私法人（与公法人相对）

私法中的私法人是与公法人相对的一个概念，其法律基础和章程以私法上的形式建构和制定，其设立的价值取向是对私有经济的追求，设立的主要原则是意思自治，从其设立主体上讲，无论是私人、企业还是国家都可以独立或参与设立这一法人。而由国家拥有全部资本，所创设的法人不能视为“私法人”，只能是公法人。

### （一）法人的种类

西方国家常见的几种法人形式有：1. 人合公司。包括民事合伙、合伙企业和两会公司。成立上不要式，至少有一个合伙人对合伙债务负无限责任。2. 有限责任公司。其是资合公司，作为不进入资本市场的、私人的公司形式，适合中、小企业，股东不承担个人责任。3. 股份有限公司。作为一种法人，其股份可以在交易所进行交易，同人合公司和有限责任公司相比，其股东匿名。4. 社团和合作社。他们是法人的特殊形式，主要采用合作形式的联合会。社团主要是指没有经济目标的社团，而合作社则是有经济目标的。5. 基金会。基金会资金主要来源于捐助，有独立权利能力和法人资格，活动的价值取向一般为公众利益。

### （二）法人作为组织化的权利载体

每一个法人都应当建立自己的组织形式。法人机关一般应实现三种功能，即意思形成的功能、领导功能和监督功能。在德国，法律只对股份有限公司的机关严格规定，其他的法人可以依照法律设立自己的机关，又可以根据股东协议和章程的规定偏离法律的规定去设立机关。

1. 意思形成机关。在人合公司中，比较适合的方式是由所有人自己形成意思，即作出决定，指示经理人执行；对资合公司而言，组织结构具有独裁性：管理阶层既是经营的具体领导者又是意思的形成机关，如股份有限公司的董事会，既是决策机关又是执行机关。法人决策的基本原则是组织意思自治原则。没有资本份额的第三人不能在组织中贯彻自己的意志。例如，国家如想参加私法人的内部决策，就必须先取得该法人的股份，否则，它就不能作为私法组织的股东。而国家可以通过以下几种手段对私法人施加影响：作为立法者（如经过经营许可证制度）；作为第三人（如作为租赁人和土地出让人）；作为私法组织的成员，实现这点只有通过受让资本份额的方式。

2. 经营领导机关。立法者通常应基于以下两点确定法人经营领导的基本原则：其一是人合公司中合伙人自己经营。通常他们会共同指定一个合伙人负责此事，该人对合伙债务必然承担个人责任。其二，其他的法人形式则通过设立一个领导机关予以实现：社团、基金会和股份有限公司中是董事会，有限责任公司中是经理。经营领导机关的职责是开展经营活动和代表法人订立合同。该代理权通常没有限制，也不能在章程中加以限制，同时适用善意第三人保护原则。同样，经营领导机关的侵权行为应由法人承担。譬如，一个有限责任公司的经营者非法复制他人作品，该作品系国家法保护的软件程序，受损的企业可以直接要求经营者所代表的公司赔偿，该公司不得以经理人依其内部规定不得为此行为作理由免责。同样在判断法律上有关“知道或应知”时，也依经理人为判断标准，法人不得以经理人没有传达作反驳理由。3. 监督机关。所有的领导机关都需要监督。在德国，监督职责的一部分可由审查人员行使，但一般只负责帐目审查，不审查行为的合理性。监督的模式一般有三种：国家监督、所有人监督和通过监督机关的监督（如股份有限公司的监事会）。与国家监督相比，通过监督机关的监督更具有明显的优点：监督机关更专业，一方面监事独立于决策人和经理人，另一方面由于同在一个企业，对监督对象和企业经营又相对比国家公务员更为了解。

### （三）责任

股东的责任要么是有限的，要么是无限制的。无限责任意味着股东将承担更大的风险，但同时将提高企业的信用。而对股东不负个人责任的法人企业则完全不同，他们在经济活动中扮演着比人合公司重要得多的角色，特别是那些大企业。国家出于保护债务人的考虑，通常不会轻易许可企业责任的限制，通常只有在满足确定的实质和形式条件时，才允许这种限制。形式上的条件是必须公示，这种公示首先必须持续（全面公示），为实现这种公示，国家可以采取两种方式：一是颁发许可证；二是通过登记制度。此外，还必须遵循私下公示原则，即每一法人在它的商业文书中必须注明它的名称、形式和商事登记号，以使它的每一个合同相对人都可以在登记簿中进一步查询它的信息。如果欠缺上述条款，股东将承担责任。

### 三、法律行为

#### (一) 法律行为和意思自治

法律行为是由一个或多个意思表示、以及其他的生效条件构成，同时，这些事实构成必须足以导致当事人通过意思表示所追求的法律结果。

而意思自治则是当事人可以自主决定法律行为的内容和形式，个人可以自主设立、更改和放弃权利和义务，即在法律的允许范围内对自己的权利义务作出有法律约束力的调整。强制交易，即依据专门的法律规定强迫当事人订立一些特殊合同，并由此产生合同义务，这在德国法中极为少见，只有可以想见的一些例外，如能源供应合同、客运合同和强制保险合同。依据欧洲法的精神，私法意思自治原则在宪法和法制体系中具有不可或缺的重要意义。然而，德国民法对意思自治也作出了限制，如其第123条中的对胁迫、欺诈而为意思表示的限制；第134条对违反强制性法律规定的法律行为效力的否定等等，通过这些补充规定以及通过制定特别法，德国的法律才得以始终符合实际的需要。如德国最近制定了《胚胎保护法》，防止对人类胚胎细胞的人工改造。相应地，德国联邦议会于2002年1月31日通过一项议案，规定了除了在极少数的例外情况下，禁止进口此类细胞。如果德国有人从国外进口这种细胞，合同将会依照德国民法典第134条以及这项法案被宣告无效。

#### (二) 民事行为能力和未成年人保护

德国民法和中国民法对未成年人保护几乎一致，区分了无民事行为能力人和限制行为能力人，只是德国法中无民事行为能力人是指7周岁以下的儿童和其他无法自由形成意志的人，限制行为能力人是指7周岁以上的未成年人。只要这些未成年人所做的意思表示不是一个法益纯得利行为，意思表示的效力均需法定代理人许可。未经许可订立合同，效力未定，直至法定代理人追认或拒绝追认。《德国民法典》中的“零花钱条款”较为特殊，即如果限制行为能力人用父母所给的零花钱履行了约定的己方的给付义务，则合同机为有效。

#### (三) 法律行为的撤销

德国民法典规定，作出错误意思表示的当事人有权选择是否认可民事行为的效力或通过撤消使其自始无效。表示人在下列情形中有权撤销其意思表示：表示错误（对意思表示内容发生错误或根本不要进行该内容的表示，如笔误或口误）；传达错误（意思表示的内容因传递人的原因被误传）；内容上的认识错误（意思表示虽外在形式上符合当事人的意志，但实际上传递了并非他所想的内容）；性质上的认识错误（表示人才与意思表示有关的人和事的性质认识有错误，如贷款人的信用额度，艺术品是正品还是赝品）。如果当事人对其作出意思表示的动机有认识错误，则不予考虑，由当事人自己承担风险。

### 四、债的关系法

#### (一) 合同自由是债法赖以平衡各种经济利益的基础

《德国民法典》债权编的创始人就市场力量的自我调节功能和市场活动的一切参与者应当享有平等权利的基本观点在某些方面须得以纠正发表了意见，但他们在尊重个人自由，并相应地限制国家干预的理论基础上构建债法的做法，总的说来是正确的，并经受了时间的考验。

合同自由首先必须意味着缔约自由，即公民对是否参与市场活动以及在多大程度上参与市场活动能够自由的决定。对提供或接受某项给付所为的强制，即缔约强制，仅仅在特定的例外情形下才是合法的，例如出于生存需要。合同自由还包括当事人可以自由约定合同的内容以及法律中规定的典型法律行为形式不具有强制力（合同类型的自由）。

#### (二) 社会福利国家原则对合同自由的限制

出于作为社会福利国家的考虑，在很多的情形下需要对合同自由原则进行补充。国家预防机制不应当仅限于对个人自由的保障，而且应当同时包括出于和谐共处和公共利益的考虑对合同自由施加的限制。即使是在债法中，也必须通过国家法制来保障每个公民在行使自己的行为自由时考虑到社会的公共利益。



法律应当明确和尽可能地避免歧义，因此在法典中使用一般条款和模糊的法律概念是不可或缺的。德国合同法的司法实践证明《民法典》的一般条款是十分有效的，诸如《民法典》第242条规定的“债务人负有依诚实信用的要求，在遵守交易习惯的前提下履行给付的义务”，法院的司法实践赋予了该条特殊的意义。在那些经济利益高于个人利益，因而同每个公民的生存休戚相关的领域，要求通过法律来约束合同内容或制定最低标准的呼声很高。例如，德国的劳动合同法在《民法典》生效之初即从债法中分离出来，而今已成为一个独立的法律部门，且是强制性规定。另外，对大宗交易和特别经营方式，立法者赋予了法官对一般交易条件内容进行监督的权利（《民法典》305条及其相继条款），来保护消费者免受不合理的、单方面的以及出人意料的交易条件的干扰，同时，立法者还授予消费者组织与具体案件无关的抽象的诉权。最后，消费者保护机制还包括通过法定解除权和撤回权保障缔约自由的内容。

### （三）通过其他法律规定保障自由的私人市场活动

债法所调整的以合同形式表现出来的市场活动在很大程度上仍需要其他法律规范的保障。尤其是不受国家指导的自由的法律咨询具有特别重要的法律意义，因为法律咨询在合同订立前的作用显得越来越重要。

有效的国家法律保护，对从法律角度构件市场秩序的过程中强调自由因素，具有重要意义。请求权赋予权利人要求给付的权利，权利人必须具有实现其请求权的可能性。因此，一个深受公民信任的高效、独立、不受干涉的民事司法系统是必不可少的，保障这样一个民事司法系统的正常运转应是国家的核心任务。法官不仅能够在审判活动中做到独立于上级的指示，并且这种不受指示的自由根源于其人身上的独立。而正是这种人身上的独立，使法官能够免受各种利益的干扰，抵制各种腐败的诱惑。

## 五、德国侵权法中的特殊领域

### （一）对精神财富的保护

《民法典》的立法者在19世纪末并未意识到精神财富的意义，正如民法典未对人格权作出规定一样，对精神财富，诸如文学艺术作品，同样缺少相应的规定，文学艺术作品因而也未作为受保护的权利列举在侵权法中。时至今日，文学、音乐、电影、摄影作品和计算机软件中的精神财富得到了著作权法的广泛保护，因著作权也是一种排他权，也应受侵权法保护，即著作权遭受非法侵害的，著作权人享有侵权法上的损害赔偿请求权。

### （二）医疗责任法

德国医疗责任法的主要特征体现在其合同责任和侵权责任的互补上。医生与病人之间存在合同关系，如医生有过错地违反合同义务，应承担合同法上的损害赔偿赔偿责任，即使医生与病人之间无合同关系，侵权法上也并行规定了医生的损害赔偿赔偿责任。对受害人而言，适用侵权法可以要求抚慰金，而合同法中则无此规定。医疗责任中存在着的程序上的困难，同样在于医疗事故的举证责任只能通过医疗专家来实现。司法中解决的途径是采取举证责任倒置，即如医生的治疗有错误，但无法获知损害与该错误之间是否存在因果关系，则医生须证明上述损害即使在没有犯错误的治疗过程中也会产生，否则他就必须承担赔偿责任。

实践中，司法判例发展的另一种趋势是，规定医生对治疗风险负有广泛的告知义务。医生未按规定告知医疗风险，病人对治疗的同意无效，医生的治疗为非法行为。此时，即使医生未犯有导致损害发生的错误，他也要对损害负赔偿之责。按规定，告知的举证责任也要由医生承担。因此，德国的司法机关形成了许多有利于病人的判例，而医院的医生也因此开始制作详细的书面声明，并要求病人予以书面的确认。

### （三）产品责任

德国从1990年起制定了产品责任法，该法贯彻欧盟产品责任指令，内容上与欧盟所有成员国的相关立法一致，对制造人实行无过错责任。这种无过错责任实际上是风险责任的一种特殊形式，对受害人的保护较为有利。产品责任法规定，如产品因其在投入流通时存在的缺陷造成人身伤亡或产品以外的物品损害，则制造人必须承担相应的赔偿责任。对物的损害，只有在该物依其性质适于私人使用或消费，且受害人正是出于此目的使用该物时，制造人才负赔偿之责。此外，在造成物的损害中，以1125马克或626欧元为限，由受害人承担。产品造成人身损害的赔偿责任以16000万马克或8000万欧元为限，这在多人因同一缺陷遭受人身损害的情形下，更具意义。产品责任法中规定的责任是强制性的，不能预先通过合同排除，也不能通过一般交易条款予以排除。

1976年制定的药品法，对药品适用特别的责任规定。药品责任同样是强行性规定，不能预先通过合同排除。

《民法典》侵权法中规定的产品责任并不因产品责任法的适用而被排除在外，两种责任是共存的，受害人可以选择主张自己的权利。一般侵权法或许对受害人更为有利，因为它对赔偿金额没有最高限制，并且还赋予受害人请求抚慰金的权利。

原文刊载于《法律适用》2002年第9期

---

#### 相关文章：

---

[怎样科学地看物权法？](#)

[是什么让我们失去了进步的勇气？——《争议与思考——物权立法笔记》代后记](#)

[三大法系的要约与承诺制度](#)

[科学看待物权法](#)

[民法学重大问题研究状况](#)

[中国民法典制定现状及主要问题](#)

[物权法方案有待改进](#)

[交易中的物权归属确定问题](#)

[渔业权是渔民的固有权利](#)

[物权法制定的现状以及三点重大争议](#)

[更多>>](#)

网络版权：中国法学网[www.iolaw.org.cn](http://www.iolaw.org.cn) “学者专栏”

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)