



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 2271

## 德国民法典之债法改革对我国的启示

吴越

摘要: 在原有债法缺陷的诱导以及欧共体指导条例、国际条约的推动下, 德国民法典完成了自1900年实施以来的最大一次变革。以强调消费者保护思想与吸收对电子商务的规定为标志, 于2002年1月1日生效的新民法典重新走在了21世纪的法典化运动的前沿。这次改革对于同样在酝酿制定民法典的中国而言, 其启示就是必须要有国家的领导与组织、娴熟的立法技术、充分的法典编撰以及恰当的时机。Abstracts (英文摘要) Based on the defects of the formerly law of obligations (Schuldrecht) and pushed forward by directives of the EU and international conventions, the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch) has fulfilled its largest Reform since its enforcement in 1900. In effect from January 1, 2002, the newly promulgated Civil Code plays a leading role in the codification movement of the 21st century thanks to its emphasizing on consumer protection and absorbing the regulation of E-commerce. The Enlightenment of the German Reform for China, which is considering to draft its own civil code, should be a strong political will and organization, skilled legislative technique, adaaquate preparation for drafting the code as well as a proper time.

关键字: 民法典 法典化 债法 德国 中国

目次

一、民法典债法改革之目的

1、德国国内法的缺陷与债法改革



更多▲

特聘导师

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

法律与非典论坛

2、欧共体的指导条例对德国债法改革的影响

3、国际条约对债法现代化的要求

二、民法典债法改革前后的主要变化

1、概览

2、诉讼时效法的变化

3、新的履行障碍法（违约法）

4、解约权

5、在买卖以及加工合同中对瑕疵责任的新规定

6、交易一般条件法（“格式合同法”）

7、营销法与消费借贷法的变化

三、债法改革的历程与法学界的批评

1、债法改革历程回顾

2、德国法学界的批评

四、德国民法典之债法改革对我国的启示

## 1、法典化的作用与应变能力

## 2、法典化的内容与条件

## 3、法典化的政治动因与政府作用

### 一、民法典债法改革之目的

德国《债法现代化法》[1]已于2002年1月1日生效。这次的债法改革根本性地改变已经有100年历史的德国《民法典》的面貌。尽管这次由德国司法部掀起的改革遭到了法学界的部分批评，但是这次改革注定是必然的，因为不仅有德国加入的国际条约以及欧洲共同体的有关指导条例的要求，而且也有民法典自身缺陷方面的原因。下面分别介绍。

#### 1、德国国内法的缺陷与债法改革

这次债法改革的主要目的在于彻底地克服民法典之债法部分的结构性缺陷。原有债法的最大缺陷在于，许多有关债法的规定零星地体现在一些特别法以及由联邦法院的判决形成的新型制度中，而这些规定与判例制度长期以来没有被纳入民法典之中[2]，形成了“体外循环”现象。从这个意义上说，债法改革之前的民法典已经名不副实。正如德国著名民法学家梅迪库斯所指出，“民法典已经腐朽”[3]，原因在于改革前的民法典已经不能适应变化了的经济关系，而不得不借助于联邦法院的判决来完善。改革前的民法典已经无法肩负作为私法制度的基本法的重任。

例证之一就是民法典之一般债法中的“履行不能”[4]制度（类似不可抗力）的失灵。作为履行不能的表现形式之一的“履行障碍”[5]制度本来是德国民法典设计的核心制度之一，但是在实践中却没有发挥应有的作用。取而代之的是德国法学界以及联邦法院发展起来的“积极违约”[6]（或“积极侵害债权”制度）以及缔约过失[7]制度，通过这两项制度，才真正解决了买卖合同以及加工合同法中的品质担保瑕疵问题。例如，在买卖法中，积极违约以及缔约过失制度就扩大了合同当事人的损害赔偿请求权，而按照原民法典的规定，仅当在存在欺诈并且对品质无具体约定的情况下，才可以主张损害赔偿。此外，借助于这两项制度还解决了原民法典第477条以及第638条规定的诉讼时效过短所带来的实践问题[8]。不过，这样一来，在确定请求权的诉讼时效时，就要区分所谓“瑕疵责任”[9]和“因瑕疵而带来的后果责任”[10]；对瑕疵之后果责任又要区分“有瑕疵的后果责任”和“无瑕疵的后果责任”以及区分“直接的瑕疵责任”与“间接的瑕疵责任”，不同的责任的诉讼时效是不同的。如此复杂的规定已经使得合同的当事人无法合理地预计其请求权到底是在6个月失效还是在最长的30年失效[11]。如果说6个月的诉讼时效太短的话，那么30年的一般诉讼时效相对于今天快节奏的经济生活而言则显然太长了。所以全面地改革债法中的时效法规定已经成了当务之急。

例证之二就是德国民法典的其他缺陷，例如在法定的或者约定的退约权（或解约权）[12]方面的各种“谨慎义务”[13]标准问题。同样，原民法典第325条、326条规定的解约权与损害赔偿请求权之不可兼容性[14]在实践中也产生了问题，因为过去不允许将解约权转化为损害赔偿请求权，因此如果当事人事先根本没有预计到可能解约，一方声明解除合同将给对方产生十分不利的后果。在买卖合同的实践中，一般是赋予合同当事人要求修理或者重新履行之请求权[15]，而民法典中原来的以特定物买卖[16]为原型而设计的债法制度显然已经不合适宜[17]。

## 2、欧共体的指导条例对德国债法改革的影响

除了德国民法典的自身缺陷外，欧洲共同体的指导条例也使得有改革债法的必要，因为按照欧洲共同体条约[18]的规定，成员国有义务在规定的期限内转化欧洲共同体颁布的指导条例。这次民法改革一共涉及到欧共体颁布的13个指导条例[19]，其中最重要是下面的三个。

首先，欧共体议会及其理事会于1999年5月25日所颁布的《消费物买卖以及消费物担保指导条例》[20]规定成员国应当将本条例的规定最迟于2002年1月1日之前转化为国内法。该条例只涉及到消费者与经营者签定的动产物买卖合同，包括签定合同时买卖物尚不存在时的买卖（条例第1条）。因此纯粹私人之间、企业之间签定的买卖合同或者不动产买卖合同不受该条例的调整。条例第2条规定了所谓买卖物的“适约性”[21]，因此，即使是种类物买卖，买方也有权主张得到无瑕疵的货物。条例第3条规定了在违约情况下买方的权利。如果出现了货物品质瑕疵[22]，消费者首先享有要求修理以及后续履行的请求权。其次，消费者享有解除合同以及减少价金的权利。不过，该条例对损害赔偿没有规定。此外，条例第4条要求成员国在国内法中规定，如果消费者向经营者主张了货物质量担保的权利，则经营者有权向产品的生产者行使追索权[23]。条例第5条则规定，消费者行使其请求权的一般诉讼时效为2年；此外，如果消费者在购买货物后6个月内发现货物的瑕疵，则应当由经营者承担证明责任（即通常所说的“证明责任转换”[24]）。条例第7条规定卖方免除其品质担保义务为非法。而德国在债法改革之前的时效规定与条例的时效规定不符；此外原民法典中也没有规定经营者的追索权。该条例是促使改革民法典之债法的直接原因之一，因为假若德国推迟转化该条例的话，消费者就有权依据从2002年1月1日签定的买卖合同向德国联邦政府主张损害赔偿。

其次是欧共体议会及理事会于2000年6月29日所颁布的《交易中的支付迟延指导条例》[25]。该条例旨在保护企业作为债权人的正当权利。条例所称“交易”[26]是指企业之间或者企业与公共机构之间的有偿的商品或者服务贸易（第2条）。条例第3条规定了支付迟延的条件以及法律后果。第3条1款1项对支付迟延做了一般规定，即凡是超过约定的支付时间均构成迟延。按照第3条1款2项，如果买方收到卖方的发票或者卖方的付款请求后满30天仍然不支付价款的，也构成迟延。迟延支付的法律后果是在基准利率的基础上加算七个百分点的价款利息，而基准利率则是指欧洲中央银行每半年执行的、最近半年公布的主要融资利息（条例第3条1款4项）。此外，债权人还有权主张赔偿因迟延增加的经营成本（第3条1款5项）。为此，德国已于2000年3月23日颁布了《加速到期的支付法》[27]并提高了迟延支付的利息。显然，还应当在原民法典第284条的基础上规定发票出具后30天作为辅助的支付到期日。尽管如此，在债法改革之前，德国的相应规定仍然很不完善，并没有实现加速支付的立法目的，批评家将该规定戏称为“促进违约与迟延支付法”[28]。

第三是欧共体议会及理事会于2000年6月8日颁布的《电子商务指导条例》[29]也需要由德国进行国内立法。该条例规定了电子商务的民事法律的基本框架。从债法上看比较重要的是该条例第10条。该条规定了以信息技术从事货物与服务贸易贸易的公司的信息公开义务。第10条3款规定，经营者必须将其缔约条件以及交易条件公布出来，以使得顾客可以随时获取或者通过互连网络下载。第11条则规定经营者必须及时地确认顾客通过互连网络下的定单，经营者还必须明确地说明下定单以及撤消定单的技术手段。为此，

德国于2000年6月27日颁布了《远程销售法》[30]。但是，该法仍然不能满足该条例的要求，因为该法只适用于企业与消费者签定的合同（第1条）。而该条例第10、11条所规定的信息公开义务也适用于企业之间的合同关系。因此，德国有颁布法律以进一步转化电子商务条例的必要。

### 3、国际条约对债法现代化的要求

这次债法改革也有德国加入的国际条约的影响。与中国一样，德国也是《联合国国际货物销售合同公约》的成员，然而德国的买卖法在改革之前与该公约的规定差别比较大，主要体现在违约责任、不安抗辩[31]、风险转移等制度上。这就给从事对外贸易的德国企业带来了不便。改革后的债法中的新增加的核心概念“义务违反”[32]与该公约中的“违约”[33]概念更加接近了。

## 二、债法改革前后的法律规定的变化

### 1、概览

总的来说，这次债法改革涉及到四个核心的法律领域，即诉讼时效法、一般的“履行障碍法”（即违约法）、买卖以及加工合同中的（品质）担保法、交易一般条件法以及消费者保护法。

从改革的方式看，又可以分为三类。第一类是纯粹的新规定，包括以新的“义务违反”制度（即违约制度）为中心的履行不能、履行迟延、积极侵害债权、缔约过失规定（新民法典第280条以下）；在因不履行造成的损害赔偿基础上新确立的“费用赔偿请求权”[34]（新民法典第284条）；取消了“自始不能”[35]带来的合同自始无效的法律后果（原民法典第306条），取而代之的是违背有效合同的责任（新民法典第311条之一）；新的、独立于必须归咎于对方当事人责任的法定解约权（新民法典第323条以下）；将一般诉讼时效缩短为3年，从债权人应当知道时效开始时起算；在买卖以及加工合同中的品质担保法中明确地引入了所谓“主观缺陷”[36]概念，同时将品质担保的规定合并到一般的履行障碍法中；进一步统一了对买卖合同与加工合同的规定。

第二类则是对司法实践形成的法律制度的吸收，因此不是实质性的新规定，包括：缔约过失以及“代理人责任”[37]（新民法典第311条）；对“交易基础丧失”[38]的规定（新民法典第313条）；对在特殊情况下解除长期债务合同关系的规定（新民法典第314条）；在新的统一的“义务违反制度”中对“积极侵害债权”制度的成文化；将履行不能时的履行自由从必须归咎于对方当事人责任之要件中独立出来。

第三类则是对现有的专门法律的系统性吸收，包括将原来的《交易一般条件法》的实质性规定纳入了新民法典（第305条以下）；将与消费者保护有关的专门法律（如《上门销售法》[39]、《远程销售法》、《电子商务法》）纳入民法典；将《消费者信贷法》[40]纳入民法典（第488条以下），并同时将其原民法典第607条以下的规定限制在实物借贷范围内。

### 2、诉讼时效法的变化

诉讼时效法最重要的变化就是将一般的诉讼时效从30年缩短为3年（新民法典第195条）。时效从请求权成立以及债务人知道的年度末起算（新民法典第199条1款），不过，与善意取得制度（民法典第932条2款）一样，当事人因重大疏忽不知道时效已经开始的，视为已经知道。知道的标准仍然与原民法典第852条2款的规定一致。为了防止因为当事人的认知状况不确定而损害法的安定性，新民法典仍然规定了最长的诉讼时效：因侵害生命、身体、健康以及自由权形成的损害赔偿请求权的最长时效为30年（第199条2款），其余的损害赔偿请求权的最长诉讼时效为10年（第199条3款）。此外，以前关于不动产的请求权的时效也很不统一，有2年的，也有4年的，现在则统一规定为10年（第196条）。而其他没有规定较段诉讼时效的请求权的诉讼时效为30年（第197条）。

担保法的诉讼时效则有特殊规定。与原有的规定相比，新法最大的特点在于取消了买卖、加工以及旅游合同中的过于短暂的时效期间。原民法典第477、638、651条中的6个月的时效期限分别被2年的诉讼时效取代。建筑工程的诉讼时效则统一规定为5年。因此，消费者的法律地位得到了实质性的改善。

### 3、新的“履行障碍法”（违约法）

新的履行障碍法（或者通俗地说：违约法）的核心内容就是对“义务违反制度”（或违约制度）的统一规定，它将“履行不能”、“履行迟延”以及“积极侵害债权”制度结合起来了，从而有利于损害赔偿请求权的行使。除了新民法典第311条之一对明知合同自始不能履行而仍然订立合同的特殊情况外，合同当事人可以直接依据对方当事人违背合同义务主张一般的损害赔偿请求权（新民法典第280条1款），当事人违约也包括货物或者服务的品质瑕疵。反之，如果债权人依据对方不履行合同而提出损害赔偿，则除了必须有债务人不履行合同的事实外，还必须满足以下条件：债权人原则上必须为债务人设定了合理的宽限期[41]，而债务人在宽限期内仍然没有履行（新民法典第281条），除非宽限期因为第275条免除履行义务的规定而变得多余（新民法典第283条）。这就是德国立法者所谓的“以损害赔偿代替履行”的设想[42]。违背义务的第三个法律后果就是费用赔偿责任（新民法典第284条），这是原民法典所没有的。也就是说，债权人可以依据他对合同的信任以及已经完成的履行主张赔偿因此带来的费用损失，而在新法颁布之前，只有在法院认定合同具备收益性质（即所谓收益回报推定[43]）的前提下，债权人才有可能主张费用损失请求权[44]。

尽管有了新的违约制度的规定，但是原有的“履行不能”以及“履行迟延”制度仍然没有失去其意义。按照新民法典第275条1款的规定，只要对债务人或者任何人而言已经不可能履行，则免除了债务人的履行义务。而按照第275条的规定，债务人自己以“不可归责于自身的事由”抗辩仍然具有意义。因此新的标准更加客观。另外，新的275条2款还明确地承认了所谓“事实上的不可能”[45]概念，即考虑到债务关系以及诚实信用原则，如果履行合同将给债务人带来的费用与债权人获得的利益不相称，则可免除债务人的履行义务（例如大海捞针）；当然还必须考虑到履行不能是否是由债务人自己造成的。此外，在原第242条的诚实信用原则与善良风俗原则的基础上，新的第275条第3款还规定，如果债务人亲自履行将损害到债务人的人格与信仰，则免除履行义务。与原第306条的规定相反，新民法典第311条之一规定，自始不能并不导致合同无效，而将导致无过错损害赔偿[46]。

同样，迟延履行制度仍然得到了保留。依据新民法典第280条2款，如果债权人因为债务人迟延履行主张损害赔偿，则必须满足第286条规定的条件，即债权人原则上要对债务人进行催告（第280条1款），但如果约定了明确的履行日期或者债务人已经明确地表示不会履行，则可以不经催告主张权利（第280条2款1、3项）。履行迟延的法律后果主要是承担利息。新民法典第247条规定的基准利率为3.62%；因履行迟延而支付的利息可能高于基准利率5个百分点，甚至8个百分点。不过，债权人行使因为债务人迟延履行产生的损害赔偿请求权仍然要以第280条1款为依据，也就是以债务人违约为依据。

#### 4、解约权

在解约权方面，新民法典大量地简化了原民法典的规定。其中最重要的变化包括：取消了必须以债务人的过错行为作为解约条件；取消了以拒绝履行为威胁作为解约条件；对约定的解约权以及法定的解约权做了接近统一的规定（新民法典第346条）；取消了原第350至353条对解除权的限制性规定，因此当事人可以因货物的灭失解除合同只承担损害赔偿义务；取消了原民法典第327条2句中的付有返还义务的债务人的特权；取消了对民法典第989条以下有关返还占有的参照适用。从解约条件方面来看，原来的第361条因定期业务而解约的推定以及455条1款因所有权保留而解约的推定已经完全被取消。

新的解约条件应当说更加简明：即只要债务人不履行合同或者履行不符合约定，且债务人在债权人设置的合理的宽限期内仍然没有依据约定履行合同，则债权人有权解除合同（新民法典第323条1款）。此外，按照新民法典第324条，违背第241条2款所规定的保护对方当事人的权利、权利对象或者利益之义务（即所谓保护义务[47]）也构成解约条件，不过只限于再履行合同已经不符合债权人利益的情形。

同样，民法典对解约带来的法律后果也有新的规定。原则上，当事人在解除合同之后有返还履行以及不当得利的义务（新民法典第346条1款）。在无法返还的情况下，仅产生金钱赔偿之后果（新民法典第346条2款）。仅在例外情况下，即即按照所谓“领域说”[48]，品质瑕疵或者履行不符合约定之要求不是由债务人所引起的情况下才免除债务人的金钱赔偿义务；这时债权人仅有主张权返还不当得利（第346条3款）。因此，负有返还义务的债务人的法律地位得到了改善，因为如果他已经利用了应当返还之物，就只承担金钱赔偿责任。

#### 5、在买卖以及加工合同中对瑕疵责任的新规定

这次债法改革也根本地改变了德国民法典已经实行了100年的买卖法制度。最重要的改革则是废除了专门针对买卖物品品质担保的规定。原民法典第459条以下关于货物瑕疵担保的规定已经不复存在，因此对买卖合同要更多地参照适用一般债法的规定，这也导致了民法典对原有的一般债法规定的大量修改。总的来说，新的买卖法制度更加接近国际买卖标准，也就是说明显地扩大了卖方的责任范围。因此卖方的成本大大地增加了：制造者的广告也在品质缺陷责任的调整范围之内。如果在6个月之内出现品质瑕疵，则已经可以推定制造者的产品责任成立；应买方的要求，制造者应当重新履行。此外，货物品质担保期限是强制性的。相比之下，卖方的地位则大不如前：仅有与重新履行相联系的所谓“第二次邀约权”[49]以及“自始不能”时对无过错品质担保责任的免除。

具体而言，新的债法不再区分特定物与种类物买卖。对权利瑕疵与品质瑕疵也作了统一规定。按照新民法典第433条1款2句的规定，买方有权购买无品质瑕疵以及权利瑕疵的卖物。接着，新民法典第434条、435条分别对品质瑕疵以及权利瑕疵作了定义以及推定，其中对品质瑕疵的详细规定则是前面提到的欧共同体《消费物买卖条例》的要求[50]。新民法典第434条第1款1句规定：如果货物在风险转移时的品质符合约定，则视为该物不存在品质瑕疵。因此德国民法典采纳了所谓“主观缺陷”[51]概念，大约是指判断合同项下的货物是否存在瑕疵主要取决于当事人的约定，但是法律条文中并没有这样提，笔者认为不宜采用这样的提法，因为用所谓“主观缺陷”来形容货物的瑕疵是不合适的。如果对货物品质没有约定，则仅当在货物符合合同约定的用途或者符合该货物的惯常用途、具备同类货物的通常品质并且符合买方的期待的货物种类时才算是无品质瑕疵（新民法典第434条1款2句）。至于这样才算符合买方期待的货物，可以依据制造者的广告说明来推定（新民法典第434条3句）。而第434条2款则规定，卖方或者其“履行辅佐人”[52]（或通俗地说：代表卖方或者卖方雇佣的人员）安装时不符合物的属性，则同样推定出现了货物瑕疵；安装说明书有瑕疵的，视为货物存在瑕疵。同样，卖方所交付的货物不是合同项下的货物或者出现

数量短少，也属于货物瑕疵（新民法典第434条3款）。

按照新民法典第437条，如果卖方交付的货物有瑕疵，则买方有权按照第439条要求后续履行（或者说重新履行）或要求进行修缮。买方还有权按照第440条、323条以及326条5款的规定解除合同或者按照第441条减少合同价金（但原则上必须设置合理的宽限期），还有权按照第440、280、281、283条以及311条之一主张损害赔偿（条件是损害是由归咎于卖方的原因造成的）或者按照第284条的要求赔偿支出的费用。当然，如果卖方重新履行已经不可能（参见第275条）或者重新履行已经不符合买方的利益（参见第440条），这时买方可以直接行使解除合同权、减少价金权以及损害赔偿请求权。当然，在卖方虽然可以重新履行但是将给他带来与重新履行不相称的（巨大）成本时，卖方可以拒绝履行（新民法典第439条3款）。如前所述，因瑕疵而产生的请求权的时效，权利瑕疵为30年；建筑工程瑕疵为5年；其余瑕疵为2年（新民法典第438条）。

至于加工合同（含我国合同法规定的承揽合同），新民法典则没有再单独规定加工承揽合同基本上适用买卖合同的原则。因此加工合同中定做人或者委托人的地位、履行障碍产生的法律后果、品质担保等规定均与买卖合同的规定统一起来了[53]。这样做的优点是进一步统一了法律规定、从立法技术上看还减少了不必要的重复，只有个别学者认为这样做未免太迁就买卖法[54]。

## 6、交易一般条件法（“格式合同法”）

德国原来的《交易一般条件法》[55]是规范交易一般条件的重要法律。所谓交易一般条件，用通俗的话说，就是指企业在民事以及经济交易中事先约定的交易条件或者说合同条件（合同条款），类似于我国法学理论中的“格式合同”。由于这些条件系经营者或者生产者指定，因此往往不利于消费者保护。这次的债法改革将原《交易一般条件法》的实质性规定吸收进了民法典，并按照新的时效法、一般债法以及买卖法的要求作了相应的调整。此外，新民法典第307条1款2句还明确要求交易一般条件必须具备透明度，换句话说，合同条款必须明确易懂，这同时也是原《交易一般条件法》第9条以及欧共同体理事会《消费者合同中的滥用条款条例》[56]第5条1句的要求。而原《交易一般条件法》中的“协会诉讼”[57]制度则被吸收进了与新民法典同时生效的、新的《违背消费者法以及其他违法中的不作为诉讼法》[58]。该法允许经过政府批准的协会（如消费者协会）代表消费者对不公正的格式合同条款以及其他违背消费者保护法律规定的行为提起不作为诉讼（第1、2、4条），从而强化了消费者保护。虽然有少数学者担心将原《交易一般条件法》统一到民法典中也许会弱化该法在实践中的作用[59]，个别学者甚至认为民法典过多地吸收欧共同体指令的内容将使民法典丧失其传统特色[60]，但是法典化运动带来的好处也是明显的，这也是德国政府以及多数民法专家的意见[61]。

## 7、营销法与借贷法领域的变化

除原《交易一般条件法》外，还有许多其他与消费者保护有关的特别法也被吸收进了民法典之中。其中重要的变化就是将原来的《上门销售法》、《远程销售法》（类似于我国的邮递销售或者厂家直销）以及欧共同体《电子商务条例》统一起来，以“特别营销形式”[62]为专节（即新民法典第312条至312条之六）进行集中规定，其主要内容就是强化消费者的解约权（第312条）以及知情权（第312条之五）。将上门销售、远程销售以及电子购物等新兴的营销方式纳入民法典中，这可以说是德国的创举。这是否代表了未来民法典运动的走向，人们拭目以待。



#### 四、债法改革的历程与德国法学界的批评

##### 1、债法改革历程回顾

在这次全面的债法改革之前，德国已经颁布了许多的特别法（例如1976年12月9日的《交易一般条件法》）从而弥补了债法的不足。当时对这种法典之外的“小规模修补”的做法就存在争论，例如德国前司法部长于1978年就建议将《交易一般条件法》纳入民法典当中。时至1981年，司法部长又组织了一个“完善债法委员会”，该委员会于1984年提出了改革债法的详细建议[63]。1992年，债法委员会再次提出改革建议，这次建议的影响也部分地体现在这次债法改革当中。1996年，联邦政府又敦促各团体对债法委员会的建议进行表态。但是由于改革缺少内部动力与外部压力，这些建议最终都没有变成现实。

直到2000年8月4日，联邦司法部才公布了全面的《债法现代化改革讨论稿》，要求各州、各团体发表意见。在欧共体指导条例规定的期限的压力下，全面改革债法的呼声才渐渐响亮起来，不过由于不少民法学家反对全面改革债法而主张“小改革”，这次改革差点再次陷入流产的命运。但是联邦司法部支持改革的决心并没有动摇，司法部于2000年秋季组织了四个课题组来分析研究法学家的批评意见。在此基础上，政府内阁终于在2001年5月9日公布了《债法现代化法政府草案》[64]。在立法过程中，联邦参议院[65]，尤其是其下属的法律委员会[66]也提出了许多改革建议。在联邦法律委员会的推荐决议的基础上，联邦议会终于在2001年10月11日通过了《债法现代化法》，参议院也于2001年11月9日通过了该法。

##### 2、德国法学界的批评

对于这次由德国政府发起的庞大的债法改革，各方面的反应是不同的。德国的经济界、律师界、新闻媒体对这次改革基本上持肯定态度。而德国法学界的反应就不同了，这次改革将德国的民法学家们分为两派：一派反对这次债法改革，另一派则基本上支持这次改革。按照德国学者通过互连网发起的问卷调查，在酝酿政府草案的过程中，大约有258名德国高校学者反对这次改革[67]。反对这次改革的学者担心，仓促的改革将损害民法典的系统性。因此，即使那些支持改革的民法学家也认为这次改革显得过于仓促，因为民法典运动需要大量的系统化工作，而系统化工作需要的正是充分的酝酿过程[68]。

不过，正是有了民法学家们的正反两方面的论证，这次债法改革基本上避免了批评家们所预言的系统化不足的缺陷。民法典生效半年多来的实践表明，批评家们的观点其实主要是一个主观的价值取向问题，例如对新民法典第275条2款的拒绝履行权的评价、对第311条之一2款放弃了对自始客观不能履行时的债务人责任进行规定的评价[69]，这些评价并不存在绝对的“对”与“错”的标准，而仅仅是一个立法者在设立或者放弃某个制度时将利益的天平更加侧重哪一方的问题。再比如新民法典集中地体现了消费者保护思想，因此在一定程度上限制了契约自由[70]原则，这其实就是一个社会保护思想与契约自由思想的权衡问题，而这样的争论永远是不可能完结的。

反之，债法现代化法生效之后，民法学家们则立即把重点放在对新民法典的系统化评论与实践指导上[71]，对这次改革的批评也就暂时告一段落。

#### 四、德国民法典之债法改革对我国的启示

历经百年沧桑的德国民法典彻底地改变了自身的面貌。这次德国民法典之债法改革将证明民法典仍然是21世纪具有生命力的法律形式。对我国而言，德国这次的法典化运动也是具有启示作用的，下面从法典化的作用与应变能力、法典化的必备内容与条件以及政府作用三方面分别论述。

## 1、法典化的作用与应变能力

法典编撰的突出作用在于，它可以将象民法这样广阔的法律领域中涉及到每个人的法律关系统一起来。同时，法典的编撰也总结出了法律领域的基本原则并且将它上升为法律规范。法典化的另外一个作用是它促进了法律对公民的平等适用。伴随法典的清晰的条理和对每个公民的平等适法而来的第三个作用就是，公民更加容易认同和遵守法的秩序[72]。此外，法典化运动对于消除法律冲突，节约司法的社会成本而言也具有重要意义。

法典编撰的质量高低或者说成功与否，还得看法典是在现实关系变化之后还能发挥其作用并且适应变化，而不需要不断地颁布新的法律。由于法典的系统化编撰涉及的法律材料和现实材料十分庞大，耗费的时间长，所以法典化始终面临一个风险，即法典很可能只在某一个时代起作用，而一旦时过境迁，就不能适应新的现实需要了。德国债法改革之前的法律状况就是最好的例证。

但是在德国民法典诞生以来的一百多年中，它始终能够根据社会经济的变化不断地完善，这是由法典的应变能力[73]所决定的。法典之所以有应变能力，是因为有如下的理由。首先，一部法典总有通用的法律制度或者基本原则，例如意思表示、民事法律行为、代理、诚实信用等等。就民法中极为重要的意思表示[74]制度而言，由于民法典对通过电子形式发出的意思表示进行了规定（新民法典第126条之一），从而使得意思表示制度能够适应现代化的交易形式。其次，法典中有一些通用条款，例如公平与善良风俗，这些条款作为法律的横平器使得具体法律制度能够按照立法目的在实践中得到完善。第三，司法实践与法学研究对一些重要理论的不完善也有助于弥补成文法的不足，例如前面已经介绍过的缔约过失和积极违约制度。

这个结论对我国而言也是具有启示意义的。正如德国这次的债法改革所遭到的批评所表明，法学家们虽然批评改革稍嫌仓促，但是并不怀疑法典化运动的作用。我国改革开放以来，民事法律制度已经基本形成，其成就是不能低估的。但是，我国民事法律的不统一也是众所周知的，法律间的不协调甚至冲突比比皆是。即使反对目前制定中国民法典的学者们，也基本上不怀疑法典化所带来的好处，他们与德国的法学家们一样，主要是在制定民法典的恰当时机或者说条件上出现了认识分歧。下面接着论述。

## 2、法典化的必备内容与条件

就民事法律的法典化而言，一部法典只有最低的内容要求而无固定的内容限制。德国民法典共有5部，即总则、债法、物权法、家庭法和继承法；而法国民法典则只有三编。也就是说，在内容的取舍上，民法典并没有绝对的标准。但是无论如何，一部民法典不能缺少总则，因为总则对所有民事法律制度具有统领作用，缺少总则就意味着法典不具备应变能力。此外，一部民法典还应当规范民事主体（即民事主体法），因为民事主体的权利义务恰好是民事法律的出发点与归属。在这次债法改革中，民法典中的民事主

体法也得以完善，即在自然人的基础上增加了消费者与经营者（业主）概念（新民法典第13、14条），以适应现代民法加强消费者保护的需求。最后，债法作为规范交易规则的基本法以及财产法（物权法）[75]作为调整财产关系的基本法也是一部民法典典所不可缺少的。

总之，一部民法典应当具备总则（含民事主体法）、债法以及财产法（物权法），缺少这三大部分内容将不符合法典的逻辑与应有的作用。至于要不要把知识产权以及国际私法规范（冲突法规范）纳入民法典之中，这只是一个可否选择的问题，不存在绝对的“对”与“错”。笔者认为，由于知识产权法以及冲突法的内容的广泛性以及独特性所决定，至少在目前不适合纳入民法典中，因为即使法典化也得考虑到法典内容的多少，法典化不等于穷尽化。反之，虽然继承法与婚姻法也是民法典的可以选择的内容，但是继承法、婚姻法与财产法（物权法）毕竟存在一定的内在联系，即继承与婚姻均涉及到财产的归属，加之现代的婚姻法与继承法相对比较稳定，所以笔者认为应当将继承与婚姻纳入民法典中，德国民法典的做法是值得借鉴的。

笔者认为，从我国目前的法律状况来看，我国制定民法典的条件仍然还不是很成熟。首先从民法典所必须的总则来看，我国虽然颁布了《民法通则》，事实上起到了民法典“总则”的作用，但是民法通则所暴露出来的缺陷也是明显的，它与许多后来颁布的法律相冲突。所以，完善《民法通则》才是当务之急。其次，我国虽然颁布了统一的《合同法》，基本上实现了交易规则的统一，但是我国尚未形成调整财产关系的法律体系，物权法或财产法尚未出台。即使在最近几年内颁布《物权法》，也还有一个实践经验的反馈与完善问题。从这个意义上说，即使是已有的《合同法》也需要等待实践的验证、尤其是经过司法实践的完善之后，才适宜被吸收到未来的民法典之中。

笔者当然不反对以直接颁布《民法典》的方式来克服我国现有的民事法律存在的上述缺点，但是其前提条件也是非常高的，即必须对现有法律进行全面而系统化的清理。法典的编撰需要高度发达的法学研究。法学家们必须有综观那个时代的社会的、经济的和技术发展的现实状况的能力，以总结出现实社会的基本法律原则，并且随着现实的不不断变化来调整和发展法律关系[76]。德国的债法改革表明，如果没有法学家的参与，债法的现代化可能继续流于分散法律的形式。

此外，编撰法典离不开娴熟的立法技术。德国民法典中大量的法律推定的运用以及对每个请求权的证明责任的分配（用我国通俗的话：举证责任）的精确规定对我国未来制定民法典无疑具有借鉴意义[77]。

而这样复杂的系统工程缺少政府的统一组织是办不到的。为此，有必要接着探讨法典化的政治动因与政府作用。

### 3、法典化的政治动因与政府作用

正如萨维尼所说，法典编撰虽然是法律文化中的一件大事，但是并非随时可以追求的[78]。德国的债法改革也同时表明，政府编撰法典的愿望和行动也是十分重要的。

法典编撰的动机和动力是多种多样的，不同的动机对法典化的推动所起的作用也是不同的。德国最初的法典编撰的政治动因主要是维护统一的国家的需要，因为在民法典诞生之前，德国私法制度极不统一，法国的、普鲁士的、巴伐利亚的、奥地利的、丹麦以及日尔曼的法（即罗马法）均在德国的版图内起作用[79]。所以，尽管著名法学家提保特于1814年就呼吁德国法制的统一[80]，但是在德意志帝国建立之前，

编撰民法典还缺少真正的政治动因。可以说，德国民法典真正的准备工作还是在德意志帝国建立后开始的，因为宪法的变化使得德意志帝国有权对所有的民事领域进行立法。之后很快于1874年成立了第一个法典编撰委员会，该委员会于1888年提出了第一草案。该草案出台后所遇到的主要批评就是该草案缺乏社会公平性因素（缺少社会之油），所以1890年又组成了第二个起草委员会，该委员会中除了法学家外，还增加了国民经济学家和经济团体的代表。该委员会于1895年准备好第二草案。与前一个草案相比，它并没有多大变化[81]。在经过了几次的公布和公开化之后，该草案于1896年提交到德国议会并与同年被批准。它在帝国法律公报中被命名为民法典，并且于1900年1月1日生效。而这次的债法改革则是统一欧洲法律制度的要求，间接地说，这是统一欧洲的必然要求。100年前后的政治动因是何等的相似。

我国政府对民事法典化的工作也非常重视，这显然有利于中国的法学家们在可以预见的将来制定出中国自己的民法典。可以遇见，中国未来《民法典》的诞生将是政府的积极推动与法学家们集体贡献之合力的产物。

[1]即德文Schulrechtsmodernisierungsgesetz。按照该法，德国民法典也于2002年1月2日重新公布。为了叙述与对比方便，本文将重新公布的《民法典》称为新民法典；而将此前的《民法典》称为原民法典。债法改革前后的条款顺序，除变动部分外，基本上被保留了下来，也就是说，新民法典仍然尽可能地保留了1900年德国民法典的风貌。特此注明。

[2] 参见Diederichsen (Hrsg.), Das BGB im Wandel der Epochen, Göttingen, 2002, S. 1f.

[3] 参见Medicus, in Grundmann/Medicus/Roland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 2000, S. 219.

[4] 德文Unmöglichkeit。参见德国民法典原第323、324、325条之规定。

[5] 德文Leistungsstörungen。参见德国民法典原第324、325条以下之规定。

[6] 德文positiv Vertragsverletzung, 也称“积极侵害债权” (positiv Forderungsverletzung), 简称p. V. V.

[7] 拉丁文culpa in contrahendo, 简称c. i. c.

[8] 德国民法典原第477条1款规定：“解除合同的请求权或者减少价金的请求权以及在所保证的质量有瑕疵时的损害赔偿请求权，对动产而言于交付后六个月内不行使而消灭；对土地而言在转移后一年内不行使而消灭，但卖方故意隐瞒其瑕疵的除外。”原第638条1款规定：“只要加工人（承揽人）未故意隐瞒瑕疵定做人（委托人）对排除加工（定做）瑕疵的请求权以及因瑕疵而拥有的解约权、减少报酬或者损害赔偿请求权因六个月不行事而消灭，对土地上的工作因一年不行使而消灭，对建筑工程因五年不行使而消灭。”

[9] 德文Mangelhaftung。

[10] 德文Mangelfolgeschaden。

[11] 比较德国民法典原第195条至197条关于时效期间的规定。

[12] 德文Rücktrittsrecht。

[13] 德文Sorgfaltspflicht。

[14] 德文Unvereinbarkeit von Rücktritt und Schadensersatzforderung。参见Henssler, Überblick über das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZAP, 2001, S. 1392.

[15] 德文Nachbesserungs- und Nacherfüllungsanspruch。

[16] 德文Stückkauf, 也称Spezialkauf。

[17] 参见债法改革之政府草案说明, Begründung zum RegE, BR-Drucks. 338/01, S. 181ff.

[18] 即现在的欧盟条约第249条。欧共同体/欧盟颁布的条例 (Verordnung) 与指导条例 (Richtlinie) 是两个不同的概念, 前者在成员国直接发生法律效力而不需要转化为国内法, 后者则必须经过成员国的立法机构转化之后才能在国内实施。

[19] 参见2002年1月2日公布的新民法典的官方说明 (Amtlicher Hinweis), BGBl. S. 42。

[20] 即Richtlinie 1999/44EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, 载: ABL. EG 1999 Nr. L 171, 12.

[21] 德文Vertragsgemäßigkeit。

[22] 德文Sachmangel。

[23] 德文Rückgriffsrecht。

[24] 德文Beweislastumkehr。关于证明责任、举证责任的“转换”问题，详见笔者翻译的《现代证明责任问题》，[德]普维庭著，法律出版社，2000年版。

[25] 即Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, 载: ABL. EG 2000 Nr. L

200, 35.

[26] 德文Geschäftsverkehr。

[27] 即Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen.

[28] 参见Brambring, DNotZ 2000, 245, 253.

[29] 即 Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs (E-Commerce-Richtlinie), 载: ABL. EG 2000 Nr. L 178, 1.

[30] 即Fernabsatzgesetz.

[31] 德文Unsi cherhei tsei nrede, 新民法典第321条; 比较国际货物销售合同公约第71条。

[32] 德文Pfl ichtverletzung。

[33] 英文breach of contract。

[34] 德文Aufwendungsersatzanspruch.

[35] 德文anfängliche Unmöglichkeit.

[36] 德文subjektiver Fehler。详见下文分析。

[37] 德文Sachwalterhaftung.

[38] 德文 Wegfall der Geschäftsgrundlage.

[39] 即Gesetz über Haustürgeschäfte.

[40] 即Verbraucherkreditgesetz.

[41] 德文Nachfrist.

[42] 参见新民法典第283条的标题: Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht.

[43] 德文Rentabilitätsvermutung, 类似于我国法学理论中的“预期利益”。

[44] 参见联邦法院的三个判决: BGHZ 71, 234, 238; 99, 192, 197; NJW 2000, 506, 508.

[45] 德文Faktische Unmöglichkeit.

[46] 德文schuldenabhängiger Schadensersatzanspruch。参见政府草案说明: Begründung RegE, BT-Drucks. 14/6040 S. 164ff.; 也见Canaris, JZ 2001, 499,

506.

[47] 参见Canaris, JZ 2001, 499, 509.

[48] 参见 Henssler, ZAP, 2001, 1399.

[49] 即德文Zweitandienungsrecht.

[50] 参见立法者对新民法典第434条的官方说明 (Amtlicher Hinweis)。

[51] 参见Henssler, ZAP, 2001, 1400.

[52] 德文Erfüllungsgehilfe.

[53] 参见Roth, JZ, 2001, 543, 546.

[54] 参见Seiler, in Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrecht und Schuldrechtreform, 2001, S. 263.

[55] 即1976年12月9日颁布的Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), 载: BGBl. I. S. 3317.

[56] 即1993年4月5日的Richtlinie 93/13EG des Rates über missbräuliche Klauseln in Verbraucherverträgen, 载: ABL. EG Nr. L 95 S. 29.

[57] 德文Verbandsklage。

[58] 即2001年12月26日颁布的 Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG), 载: BGBl. I S. 3173. 该法也于2002年1月1日生效。

[59] 参见 Ulmer, JZ 2001, 491ff.; Wilhelm, JZ 2001, 861, 868.

[60] 参见 Henssler, ZAP, 2001, 1402.

[61] 参见政府草案说明: Begründung RegE, BT-Drucks. 14/6040 S. 164ff.



[62] 德文besondere Vertriebsformen.

[63] 参见Engelhard (德国前司法部长), NJW 1984, 1201ff.

[64] 该草案同时也是联邦议会(即所谓“下议院”)的草案,分别刊载于BT-Drucks. 14/6040 以及BT-Drucks. 14/6857。

[65] 即德文Bundesrat.

[66]即德文Rechtsausschuss。根据德国基本法,联邦议会通过的法律必须经过联邦参议院批准之后才能生效。而参议院中,又以法律委员会以及经济委员会的影响最大。所以联邦议会在通过法律之前,一般都要事先征求联邦参议会,尤其是下属的法律委员会与经济委员会的意见。

[67] 问卷的调查人是德国的两位民法教授即Altmeyden 与Wilhelm。参见, Altmeyden,

DB 2001, 1821, 1822; Wilhelm, JZ 2001, 861.

[68] 参见Canaris, JZ 2001, 499, 523f.

[69] 。参见政府草案说明: Begründung RegE, BT-Drucks. 14/6040 S. 165ff.

[70] 德文Vertragsfreiheit.

[71] 新出版的评论很多,仅举几例: Dauner-Lieb (Hrsg), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, Dt. Anwaltsverl., 2002; Schmidt-Rantsch, Das neue Schuldrecht: Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Heymann, 2002; Bartsch (Hrsg), Beck'sche Synopse zum neuen Schuldrecht, Beck, 2002.

[72]参见德国著名民法学家M. Wolf教授于2001年3月22日在西南政法大学中德法学研讨会上的报告“论民法的法典化”(Die Kodifikation des Zivilrechts),载《研讨会论文集》(会议资料)。

[73] 德文Anpassungsfähigkeit. 见前引, M. Wolf, 论民法的法典化。

[74] 德文Willenerklärung.

[75]根据笔者所了解，国内目前对制定《财产法》还是制定《物权法》还存在一些分歧。笔者认为，从发展趋势来看，似乎以《财产法》为妥。不过，由于财产关系法领域仍然是国内立法领域，因此选择制定《财产法》或者《物权法》都是可行的。即使在欧盟内部，也允许各成员国自行就财产关系立法。

[76] 见前引，M. Wolf，论民法的法典化。

[77]详细的论述，可以参见吴越，从举证责任到客观证明责任的跨越（代译序），原载笔者译：普维庭，现代证明责任问题，序言，法律出版社，2000年。

[78] 参见Hattenhauer (Hrsg), Thibaut und Savigny: ihre programmatischen Schriften, München, Vahlen, 2002, S. 115f.

[79] 参见，Köhler, Einführung in das BGB, 载：BGB, 51 Aufl, Beck-Texte im DTV, 2002.

[80] 参见Hattenhauer (Hrsg), Thibaut und Savigny: ihre programmatischen Schriften, Vahlen, 2002, S. 98f.

[81] 见前引，M. Wolf，论民法的法典化。

吴越（西南政法大学教师、法兰克福大学法学博士）

来源：法大民商经济法律网

---

### 相关文章：

---

[企业集团与少数股东保护研究](#)  
[德国司法考试一瞥](#)

[返回](#)

