

[编者按]

为增进中外学术交流与思想碰撞,反映国际最新研究动态,《环球法律评论》专门开设“环球首发”栏目。本栏目刊发域外学者的前沿研究成果,所刊发的论文均为全球范围内首发。本期推出《德国学者眼中的中国〈民法典〉:洞见、困惑、误读及其展望》一文,在《民法典》实施近三周年之际,特邀域外学者撰写德国学者对我国《民法典》的观察,以飨读者。

## 德国学者眼中的中国《民法典》: 洞见、困惑、误读及其展望

卜元石

**内容提要:**中国《民法典》的出台是中国法治发展的一座里程碑,也引起了国外民法学界关注。在德国学者眼中,《民法典》完全可与世界已有民法典比肩,不过其创新部分仍有待时间检验。同时,条文表述的俭省、规范之间体系关联的模糊、中德相同概念的不同内涵、德国学者对中国法实践了解的缺乏、路径依赖的局限等因素,导致德国学者关于《民法典》的论述中出现困惑甚至可能产生误解与误读。对德国学者关于中国《民法典》评价的“再评价”,既应考虑德国学者对《民法典》立法背景和条文内容的理解是否准确,也需对照中国学者对相关问题的学术见解,通过比较分析才能做出更为客观的评价。德国学者的讨论与评述为中国全面客观认识《民法典》的进步及不足提供了有益的域外视角,也凸显了中德学术交流的积极意义并提供了重要素材。

**关键词:**民法典 德国民法 法典体例 请求权 物权行为 违约救济

卜元石,德国弗莱堡大学教授。

《民法典》的颁布实施,是中国法治发展的一座里程碑。中外学者将法典翻译成英、

德、法、意、日、俄、越南文等多国文字出版；<sup>[1]</sup>外国学界如何看待中国《民法典》，中国学者同样期待了解。其中德国学者的见解，或许国内学界尤为在意。中国民法的欧陆传统以及民法学近年来研究上的德国取向，使得在一些中国民法学者的心目中，德国法上升为衡量中国民法发展水平的参照物，经由德国法超越德国法，也被演绎成一种励志话语与愿景表达。不过由于中德两国国情不同，法律抽象比较的可行性与意义有限，倒不如从学术的角度检视德国学者对于《民法典》的研究展示了哪些新视角，提出了哪些新问题，产生了哪些新认知，进而反思《民法典》的特色、贡献与缺憾。

抱着这一想法，笔者试图对德国学者对《民法典》现有讨论进行梳理，勾勒一幅整体图景，便于国内读者把握相关研究的概况。在素材方面，本文集中在一些具有宏观意义的基本问题和被德国学者尤为关注的微观问题。因为研究兴趣、法律规范可比性程度的不同，德国学者对于总则、物权、侵权与合同关注较多，婚姻家庭与继承法研究较少。在很多问题上，德国学者的观点与中国同行的看法相同或类似。但共鸣之外，还是有一些感到陌生、意外之处，其中不乏困惑、质疑。本文在总结研究现状时，对德国学者的论证过于简略之处，尝试解析其背景，并比照国内学者对同一问题的认识，来判断评价的中肯或偏颇，以使德国学者的研究更易于进入中国学者视线之内。囿于学识，面对这样一个跨度大的题目，所述不免会有局限、疏漏与谬误，恳请方家和读者指正。

## 一 编纂体例与立法技术

编纂法典，体例关乎全局，称其为立法过程需要解决的首要问题亦不为过。《民法典》开创了不同于以往民法典的七编体例，人格权法独立成编，债法被拆分为合同编与侵权责任编，不设债法总则。这些独创性的做法也引起了德国学者的关注与讨论。

### (一) 潘德克顿体系的继受

中国学界一般认为，《民法典》是建立在对潘德克顿体系扬弃基础之上形成的。<sup>[2]</sup>

[1] 英文版本包括：(1) 中国立法机关提供的官方英文翻译；(2) Brill 出版社 2021 年译本；Lei CHEN, Jiangqiu GE, Jian HE et al. trans., *The Civil Code of the People's Republic of China: English Translation*, Brill | Nijhoff, 2021；(3) Springer 出版社 2022 年译本；Meng WAN, Feng ZHU, Benedict Amour et al. trans., *The Civil Code of the People's Republic of China: English Translation*, Springer, 2022。德文版本包括：(1) 刊登在《中国法杂志》(Zeitschrift für Chinesisches Recht, ZChinR) 2020 年第 3-4 期的译本；Yijie DING/Peter Leibkühler/Nils Klages/Knut Benjamin Pißler, *Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China*, ZChinR 2020, 211, 211-415；(2) Nomos 出版社 2023 年译本；Qiang WANG, *Die erste Zivilrechtskodifikation Chinas*, Nomos, 2023。法文版本为 LexisNexis 出版社 Codes Bleus 系列 2023 年译本；Charles Gijsbers, Marie Goré, Michel Grimaldi et al., *Code civil de la République populaire de Chine*, LexisNexis, 2023。意文版本为 Pacini Guiridica 出版社 2021 年译本；Meiling HUANG, *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pacini Guiridica, 2021。日文版本为《立命馆法学》2020 年第 2、3 号刊登的译本；小田美佐子=朱浬(共訳)「中華人民共和国民法典(1)」立命館法學 390 号(2020 年 2 号)412 頁以下、小田美佐子=朱浬(共訳)「中華人民共和国民法典(2·完)」立命館法學 391 号(2020 年 3 号)436 頁以下。俄文版本有 Синосфера(Sinosfera) 出版社 2020 年译本；A. P. Зайнигабдинов, П. В. Трошинский. *Гражданский кодекс Китайской народной республики*. Синосфера (2020)。越南文有越南河内国家大学出版社 2021 年译本；Lê Khá nh Linh, Trương Huỳnh Nga, Nguyễn Minh Tâm, v.v., *Bộ Luật Dân Sự Trung Quốc 2020 – Bản Dịch V à Lược Nxb Đại học quốc gia Hà Nội*, 2021。

[2] 参见孙宪忠：《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》，《法学研究》2020 年第 3 期，第 22、23 页。

对于这一问题,德国学者有的认为《民法典》在体例上与德日民法典近似,<sup>[3]</sup>有的认为是德法民法典的融合,并对德法传统有所发展,比如权利以单章的形式来规定。<sup>[4]</sup>但从总分立法方式上,可以看出中国对潘德克顿法典模式的继受。针对《民法典》对潘德克顿体系的借鉴,德国学者都注意到其提取公因式方法的运用更为广泛,<sup>[5]</sup>比如《民法典》物权编设有通则分编,该部分概括了动产与不动产统一适用的规定,而《德国民法典》物权编没有总则,动产与不动产相关的规定都是截然不同、分开立法,善意取得即为一例。<sup>[6]</sup>又如《民法典》在合同编内部首先在三个分编的层次就采取了总分的方式,之后在部分典型合同的内部如保证合同、运输合同、技术合同也是延续了这一方法。<sup>[7]</sup>

## (二) 编纂体例的具体问题

在法典体例的问题上,德国学者多采取比较务实的态度。在他们看来,一国民法典的体例安排,常与法律传统、立法过程中的偶然性事件等相关,无法仅根据学者的设想进行。对于立法的失误,实践中会产生应对机制。而且法典预设受众不是外行,对于内行而言,只要有实体法规范,找法并非难事,体例对于解决实际法律问题直接影响有限。<sup>[8]</sup>德国学者就《民法典》如下体例的具体问题提出了自己的看法:(1)监护的相关规定不属于一般规定,放在家庭法编要优于放在总则编。<sup>[9]</sup>(2)针对《民法典》没有债法总则,有观点认为未必会简化法律适用,而且会影响中国形成统一的损害赔偿法,<sup>[10]</sup>但也有观点认为合同法独立成编与现代合同法的发展方向一致,尽管这种独立性是相对的,因为解决合同法的问题仍然需要其他编的条文。<sup>[11]</sup>(3)在无因管理的问题上,德国费用补偿请求权的前提相关规定分散在多个条文中,中国的条文安排比德国更有条理性。<sup>[12]</sup>(4)人格权的保护主要通过侵权法,而侵权责任编与人格权编距离太远,不便于法律适用。<sup>[13]</sup>(5)侵权责任编第三章“责任主体的特殊规定”,内容庞杂,难以形成独立一章。德国法对特别侵权类型主要通过单行法来调整,中国则将其纳入法典,体现了中国的后发优势。<sup>[14]</sup>这

[3] Vgl. Möllers, Offene Fragen zum Kaufrecht des chinesischen Zivilgesetzbuches, ZChinR 2021, 169, 171 f.

[4] Vgl. Schulze, Die Verletzung vertraglicher Pflichten im System des chinesischen und des deutschen Zivilrechts, in: Möllers/Li (Hrsg.), Der Besondere Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches, 2022 [zitiert als Möllers/Li (Hrsg.), CZGB], S. 163.

[5] Vgl. Möllers, ZChinR 2021, 169, 171 f.

[6] Vgl. Kort, Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen im Besonderen Teil des neuen chinesischen Zivilgesetzbuches (ZGB-BT) und im deutschen BGB, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 30-32.

[7] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 206.

[8] 对此问题德国学者观点的详细总结参见卜元石:《物权法定与法典体例——基于德语晚近文献的分析》,《中德法学论坛》第22辑,2023年(待刊)。

[9] See Raphael Koch & Finn Mrugalla, Comment: Natural Persons in German Civil Law, in Thomas M. J. Möllers & Hao Li eds., *The General Rules of Chinese Civil Law: History, Reform and Perspective*, Nomos, 2018, p. 130.

[10] Vgl. Windel, OMG - German Legal Dogmatics, 2020, S. 139; Wurmnest, Die Regelungen zum Deliktsrecht im Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 609.

[11] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 164 f.

[12] Vgl. Veicht, Das Recht der sog. Quasiverträge im neuen chinesischen Zivilgesetzbuch: Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 231.

[13] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 591; Pißler, Das Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China im Spiegel einer Kommentierung des Obersten Volksgerichts, ZChinR 2021, 85, 100.

[14] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 574 f.

些评论有些呼应了中国学者的看法,有些也许是德国学者先入为主而致,有些似乎中文文献中尚无提及。<sup>[15]</sup>

### (三)立法技术

#### 1. 条文体量

在法典条文数量上德国大约是中国的二倍,《民法典》的婚姻家庭编与继承编尤为单薄,但其他分编也存在类似问题。比如在无民事行为能力人、限制民事行为能力人方面,《德国民法典》有 150 多个条文,而《民法典》仅有 17 个条文。德国学者认为在最大程度上保障相关人群实现私法自由,需要更为密集的条文。<sup>[16]</sup> 比如根据德国法,监护人只适用于未成年人,而对于成年人则取消了禁治产制度,但可指定保佐人(Betreuer)与辅助人(Pfleger)。<sup>[17]</sup> 又如,德国不当得利法分为多个条文,而中国统一用第 985 条来调整给付型与非给付型不当得利。<sup>[18]</sup>

对于《民法典》条文数量少,德国学者大多抱有质疑的态度,认为不利于法律适用,但也有学者建议德国不妨考虑效仿中国法。比如,中国婚姻家庭编的规定远远少于德国法,也可以运行良好,德国法应该精简,废除像日常家事代理权这样已经过时的法律制度。<sup>[19]</sup> 可以想见,这一结论在中国的评价会是褒贬不一。支持者同样主张中国法应该限制甚至取消家事代理权,<sup>[20]</sup> 反对者则将家事代理权视为《民法典》的立法亮点之一。<sup>[21]</sup> 对此,笔者认为家事代理制度与法定婚姻财产制密切相连,抽离后者的法律比较意义有限。德国法不实行婚后财产共有(详见后文第四部分),也就没有必要保留家事代理制度,而在实行婚后财产共有的中国,则必须要确定对于共同财产的处分权,从这一角度来看,家事代理权有其合理性。对其正当性的传统论据,如婚姻保护、意思自治、交易安全,反倒经不住推敲。<sup>[22]</sup> 也有德国学者指出法条不是多多益善,关键是基本规则需要通过法律固定下来,不言自明的规则自应删除。根据这一学者的观点,如果《德国民法典》在今天制定,侵权部分也许会增加几条,但仅此而已,而《民法典》侵权责任编对极为重要的完全赔偿原则没有入典,却植入了第 1174 条、第 1251 条这样从德国视角看来并不必要的条款。<sup>[23]</sup>

[15] 针对第一点,有中国学者认为德国法的处理方式并不完善,关于行为能力补足的内容,应该放在总则,参见满洪杰:《关于〈民法总则(草案)〉成年监护制度三个基本问题》,《法学论坛》2017 年第 1 期,第 39、40 页。针对第三点,中文既有赞成也有反对观点,参见朱虎:《债法总则体系的基础反思与技术重整》,《清华法学》2019 年第 3 期。针对第五点,中文文献中类似观点参见程啸:《民法典侵权责任编的体系结构及总则部分的完善》,《财经法学》2018 年第 6 期,第 8 页;相反观点参见王利明:《论我国侵权责任法分则的体现及其完善》,《清华法学》2016 年第 10 期,第 117 页。

[16] See Raphael Koch & Finn Mrugalla, Comment: Natural Persons in German Civil Law, in Thomas M. J. Möllers & Hao Li eds., *The General Rules of Chinese Civil Law: History, Reform and Perspective*, Nomos, 2018, p. 130.

[17] 制度的内容参见[德]迪特尔·施瓦布著:《德国家庭法》,王葆苜译,法律出版社 2010 年版,第 443 页及以下。

[18] Vgl. Veicht, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 234.

[19] Vgl. Freyler, Grundprinzipien des deutschen Ehe- und Familienrechts im Vergleich mit der Neukodifikation des Zivilgesetzbuchs der Volksrepublik China, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 409, 418.

[20] 参见李洪祥:《论日常家事代理权视角下的夫妻共同债务构成》,《当代法学》2020 年第 5 期。

[21] 参见温世扬、李劲松:《论“家事代理权”的性质再界定及规则构建》,《河北法学》2023 年第 2 期。

[22] 参见贺剑:《〈民法典〉第 1060 条(日常家事代理)评注》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2021 年第 4 期,第 102 页及以下;王战涛:《日常家事代理之批判》,《法学家》2019 年第 3 期,第 141-145 页。

[23] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 610.

## 2. 条文的详细程度

总体上,德国学者认为《民法典》一些条文的表述过于简略,如第 313 条、第 985 条。又如,第 621 条第 2 款中对于合理期限没有明确,对表面瑕疵与隐蔽瑕疵未予区分。<sup>[24]</sup>德国学者对中国法的困惑也主要源于条文表述,如关于《民法典》第 546 条第 1 款规定,有德国学者认为,对于未收到通知,但通过其他途径知悉转让的债务人,该转让是否仍然对其发生效力并不清楚。<sup>[25]</sup> 条文或者制度的繁简与法学发达程度、对于法律预设受众的定位相关,同时也取决于各国传统、文化与社会状况等法外因素。比如,《德国民法典》对于姓名的规定异常复杂,以十余个复杂的条文规定了结婚时姓名的确定、子女姓名以及被收养子女姓名的确定,如此繁杂的规定被归结于德国人存在“姓名情结”。但是对于姓名的保护,却仅有《德国民法典》第 12 条,尽管其适用范围相当广泛。<sup>[26]</sup>

## 3. 援引技术的使用

中国法律中很少使用援引技术,<sup>[27]</sup>《民法典》中仅有 46 个条文引用了其他条文。而德国法在这方面则完全相反,德国司法部对于援引技术在立法过程中的运用有详细的应用指南,《德国民法典》中更是随处可见规范的援引,总则编就有 58 个条文。作为一种立法方式,援引技术更为经济,也可使法条表述更准确,但对外行不友好,增加了法条理解的复杂度。《民法典》不使用援引技术,造成条文重复的一个典型例子是防御性请求权(预防性责任),法典虽然有多处规定,但适用要件仍不清晰。比如有的德国学者在《民法典》没有找到与《德国民法典》第 1004 条相对应的条款,但认为《民法典》第 236 条(《物权法》第 35 条)也许在实践中可达到相同效果,只不过表述上所覆盖的范围小于《德国民法典》第 1004 条。<sup>[28]</sup> 也有德国学者认为《民法典》第 1167 条所提供的防御性救济弱于《德国民法典》第 1004 条,因其表述“侵权行为危及他人人身、财产安全的”显示了其以过错为前提,除非行为构成了危险责任。<sup>[29]</sup> 对这两种观点,笔者将在后文侵权责任编予以进一步分析。

## 4. 司法解释的补充作用

中国立法机关通常将“具体应用法律、法令的问题”交由司法机关解决(《全国人民代

[24] Vgl. Möllers, ZChinR 2021, 169, 175.

[25] Vgl. Stürmer, Versuch einer Bewertung des chinesischen ZGB vor dem Hintergrund der europäischen und deutschen Rechtsgeschichte, in: Bu (Hrsg.), System des Zivilrechts und Struktur der Kodifikation, 2022 [zitiert als Bu (Hrsg.), System], S. 65. 在侵权责任编,也有英国学者指出,《民法典》第 1254 条高空抛物侵权,建筑物使用人承担的是按份责任还是连带责任并无规定,《民法典》第 1170 条共同危险情形,如果参与人能证明其不是侵权人,是否可以免责,缺乏规定,参见 Ken Oliphant, Uncertain Causes: the Chinese Tort Liability Law in Comparative Perspective, in Lei Chen & C. H. (Remco) van Rhee eds., Towards a Chinese Civil Code: Comparative and Historical Perspectives, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 397-398.

[26] Vgl. Benecke, Grundprinzipien der deutschen Regelungen zum Schutz des Persönlichkeitsrechts im Vergleich mit der Neukodifikation des Zivilgesetzbuchs der Volksrepublik China, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 324.

[27] 有学者认为中国法条文中“依法”“依照法律规定”也是援引规范,但这种援引指向不清,难以发挥在法条之间建立联系的作用,参见常鹏翱:《〈民法典〉物权编与侵权责任编的规范适用关系》,《国家检察官学院学报》2023 年第 1 期,第 122 页及以下。

[28] Vgl. Stürmer, Der Stand der Entwicklung des Chinesischen Sachenrechts und die Kodifikation des Chinesischen Sachenrechtbuches im künftigen Zivilgesetzbuch, in: Bu (Hrsg.), Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019 [zitiert als Bu (Hrsg.), ZGB], S. 55.

[29] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 580.

表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》第 2 条),因此讨论中国法离不开对司法解释的触及。这种讨论在德国作者研究中国法的文献中非常普遍,德国学者对于司法解释的评价总体上是中性、积极的,在他们看来这一制度并非中国独有,在东德与苏联同样也有。<sup>[30]</sup> 对于《民法典》的完善,德国学者均对中国最高人民法院寄予厚望。<sup>[31]</sup> 这种期待无疑源于德国学者自身的经验。在德国,最高审级法院的判例推动修法比较常见。尽管在德国也不乏学术界与最高审级法院对于法律解释权威的争夺,但这并未妨碍德国学者对司法解释存在的合理性予以辩护。<sup>[32]</sup> 德国所谓通说的确立通常离不开最高审级法院的司法实践,并不像理想化设想的那样,仅凭学者的讨论就能形成通说。<sup>[33]</sup>

## 二 总则编

在总则部分,德国学界的评论集中在基本原则,对于民事主体与民事法律行为也有涉猎。此外,民事权利中的虚拟财产也引起了关注,限于篇幅,这里不作详细介绍。

### (一) 基本原则

德国学者对于《民法典》总则编第一章中所列举的基本原则,几乎都作出了肯定性的评价,其中首推绿色原则。<sup>[34]</sup> 绿色原则因其独创性,引起了德国学界较多关注。有德国学者认为,中德今后的法律交流可以在数字化与气候变化方面展开,在这一点上绿色原则将会发挥更大的作用。<sup>[35]</sup> 对于《民法典》中自愿原则与公平原则之间的关系,德国学者认为国家应以尊重当事人的意志为原则,只能在三种例外情形下对其进行干涉:合同订立存在瑕疵;显失公平;一些具有确定性、明确要件的违反公平原则的案型。<sup>[36]</sup> 对于诚信原则,德国学者同样认为中国学界的任务是把这一原则的适用情形进行类型化。<sup>[37]</sup>

### (二) 民事主体

在民事主体部分,《民法典》基于民商合一的原则也对商事主体予以规定。这种全面的规制方式获得了德国学者的赞同。<sup>[38]</sup> 形式上,《德国民法典》因立法时在法人实在说与拟制说之间存在激烈争议,并未对法人给出定义,并且只规定了非经济性社团。<sup>[39]</sup> 对于《民法典》所规定非法人组织,英文一般直译为“non-legal person”,而德文不用直译,而是将其意译为 Organisation ohne Rechtspersönlichkeit (无法律人格的组织),以便德国读者

[30] Vgl. Pißler, in: Basedow et al. (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II, 2009, S. 1421 ff.

[31] 比较有代表性的观点参见 Pißler, ZChinR 2021, 85, 111。

[32] Vgl. Ruhl, Zusammenfassung der Diskussionen, in: Bu (Hrsg.), System, S. 241.

[33] 通说的形成参见卜元石著:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社 2021 年版,第 123、124 页。

[34] 具体参见德国《中国法杂志》2019 年第 1 期关于此主题的多篇文章。

[35] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 208.

[36] Vgl. Engert, Der Vertrag zwischen Freiheit und Gerechtigkeit, ZChinR 2019, 21, 28.

[37] Vgl. Schubert, Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ § 6, 7 AT ZGB), ZChinR 2019, 34, 40.

[38] Vgl. Säcker, Die Entwicklung des Zivilrechts im Einklang mit der Verfassungs- und Wirtschaftsordnung (§ 1 AT ZGB), ZChinR 2019, 6, 7.

[39] Vgl. Kort, Neuere Entwicklungen bei der Rechtsfähigkeit wirtschaftlicher Einheiten und bei der „Juristischen Person“, in Thomas M. J. Möllers & Hao Li eds., *The General Rules of Chinese Civil Law: History, Reform and Perspective*, Nomos, 2018, p. 159.

能够理解“非法人组织”这个德国法上不存在的概念。<sup>[40]</sup> 这一翻译虽然更贴切,但也遮蔽了中德两国法律的差异:德国法无法律人格的组织一方面因不以登记为前提而在范围上远远大于中国法,另一方面在法律适用上更接近法人。<sup>[41]</sup>

### (三) 意思表示瑕疵

对于意思表示瑕疵的相关条文,德语文献中肯定了其不对真意保留与戏谑行为加以规定的做法,一是因为这种情形只适用于单方意思表示的情形,实践意义较小,双方共谋的内心保留适用的是通谋虚伪行为的规定;二是在相对人明知发出方内心保留的情况下,意思表示无效的后果完全可以从意思表示的基本理论推导而出,无需法律另行规定。<sup>[42]</sup>

中德民法典对显失公平的不同处理,使得这一制度获得了较多关注。有德国学者讨论了《民法典》第 151 条规定与第 153 条第 2 款之间的关系,并认为两者是特别法与一般法的关系,第 151 条优先适用,但在给付与对待给付明显失衡时,应允许适用第 153 条第 2 款,根据第 156 条与公序良俗相符合的那部分内容继续有效。适用第 151 条的优势在于法官可以确定有效部分的内容。<sup>[43]</sup> 这一结论来源于对《德国民法典》第 138 条第 1 款与第 2 款关系的分析。虽然该第 138 条第 2 款是关于暴利的特别规定,但在主观要件无法证明时,也可以适用第 1 款,并从法律行为的明显不合比例中推断出其主观恶意。有德国学者则批评《民法典》第 151 条所确立的法律后果不当,考虑到受害一方肯定都会选择撤销,所以应该像德国法一样直接规定无效,而不是可撤销。<sup>[44]</sup>

从中国视角来看,后一评论显然多少是路径依赖所致,因为比较法中也有将显失公平作可撤销处理的先例。<sup>[45]</sup> 同理,德国学者曾经对于中国法中赋予可撤销合同的变更权也多予以批评,但一些国际示范合同法中允许法院依当事人申请变更合同的情形却不罕见。<sup>[46]</sup> 此外,德国法中显失公平无效的法律效果过于严厉,而且这一无效后果不能通过《德国民法典》第 141 条无效法律行为确认的制度而被排除,所以司法实践中不得不允许在例外情形下(如德国最为典型的暴利租金)对显失公平的法律行为进行变更,使其有效。<sup>[47]</sup> 少数观点甚至认为显失公平的行为原则上都应可以通过“维持效力的限缩”(geltungserhaltende Reduktion)而避免无效。<sup>[48]</sup> 考虑到此点,中国法规定可撤销的结果,如果配合以变更的可能性,将更有利于维护合同效力。<sup>[49]</sup>

[40] 就德国法中无权利能力社团的详细讨论,参见卜元石、韦西蒙:《中德第三民事主体的比较研究》,载卜元石主编《域外中国法评论》(第一辑),上海人民出版社 2009 年版,第 14-18 页。

[41] 参见唐勇:《论非法人组织的泛主体化及其教义学回正——兼论合手原理的引入与限度》,《中外法学》2021 年第 4 期,第 1007 页及以下;Kort, in Thomas M. J. Möllers & Hao Li eds., *The General Rules of Chinese Civil Law: History, Reform and Perspective*, Nomos, 2018, pp. 160, 166.

[42] Vgl. Windel, *OMG - German Legal Dogmatics*, 2020, S. 102.

[43] Vgl. Säcker, *ZChinR* 2019, 6, 9.

[44] Vgl. Windel, *OMG - German Legal Dogmatics*, 2020, S. 124.

[45] 比较法的例子:《瑞士债法典》第 21 条,我国台湾地区“民法”第 74 条,《国际商事合同通则》第 3.2.7 条以及《欧洲私法参考框架》第 2-7:207 条。

[46] 参见《欧洲合同法原则》第 4:105 条,《欧洲私法参考框架》第 2-7:207 条,《国际商事合同通则》第 3.2.7 条。

[47] Vgl. Wendtland, in: *BeckOK BGB*, 67. Ed. 1. 8. 2023, § 138 Rn. 58.

[48] Vgl. Fischinger, in: *Staudinger BGB*, 2021, § 138 Rn. 212, 294.

[49] 参见贺剑:《〈合同法〉第 54 条第 1 款第 2 项(显失公平制度)评注》,《法学家》2017 年第 1 期,第 166 页。

此外,有德国学者认为《民法典》第 156 条与《德国民法典》第 139 条所规定的全部无效原则不同,尽管二者都允许无效民事行为的部分有效,但第 156 条需要进行目的性限缩,即只有在“其他部分”能够构成独立法律行为时,其效力才不受影响。<sup>[50]</sup> 这一观点是基于《德国民法典》第 139 条适用时所采取的两步法,即第一步为判断一个无效法律行为是否可以拆解出一个独立、有效的法律行为,第二步为判断维持该部分有效是否符合当事人的假定意思。<sup>[51]</sup> 但中文文献一般也认为根据中国法,法律行为只有在可分时,才能成立部分有效。<sup>[52]</sup> 存有疑问的是,第 156 条中的“不影响其他部分效力的”的表述,是采取客观解释还是主观解释,并不清楚。如果采用主观解释,即被解释为符合当事人的假定意思,中德法律只是表述不同,但实质相同。<sup>[53]</sup>

### 三 物权编

《民法典》物权编的前身《物权法》,在制定过程中即受到德国法的较多影响。德国学者对于物权编的评论涉及诸多问题,如物权公示原则、物权法定、善意取得、预登记、建筑物区分所有权及住宅建设用地使用权的延长。<sup>[54]</sup> 下文只讨论德国文献关注较多的三个问题。

#### (一) 物权行为

在源于德国法的所有法律制度中,物权行为无因性原则无疑是最具争议性的。作为无因性原则的前提,物权行为是否存在的问题,在中国民法学界引发了广泛与持久的争论,在《民法典》制定后并未告终,某种程度上也成为关乎中国民法学研究自主性的根本议题。<sup>[55]</sup> 对于《民法典》是否承认了物权行为(或物权合意)的问题,德国文献没有统一的认识。主流观点认为,《民法典》主体上采取的是一种“不完全的区分原则”,这种区分原则并非德国法所采取的物权行为与债权行为的区分,而是负担行为效果与物权转让效果的区分;在采取登记对抗的情形下,中国所采取的是法、日两国的合意原则。<sup>[56]</sup> 中国债权债务合同所能引发的物权变动的效果,通常只有在公示行为完成后才会产生,而公示行为本身仅为事实行为,欧洲多个国家如瑞士、奥地利、匈牙利等都采取与中国法相同或类似的

[50] Vgl. Windel, *OMG - German Legal Dogmatics*, 2020, S. 126.

[51] Vgl. Busche, in: *Münchener Kommentar BGB*, 9. Aufl. 2021, § 139 Rn. 23, 24.

[52] 参见蔡睿:《民法典恢复“可变更合同”规则之必要性——围绕“重大误解”与“显失公平”案件的实证分析》,《北方法学》2020 年第 1 期,第 134、135 页;陆家豪:《论法律行为的部分无效与全部无效》,《东方法学》2022 年第 1 期,第 168 页及以下。

[53] 参见潘运华:《论无效民事法律行为转换与解释、补正、确认和部分无效的关系》,《南大法学》2021 年第 6 期,第 133、134 页。

[54] 就住宅建设用地使用权的延长,在德国马克斯普朗克比较法和国际私法研究所与中国社会科学院法学研究所于 2023 年 7 月 25 日共同举办的《民法典》研讨会上,德国律师 Nils Pelzer 建议可以参考德国地上权(Erbbaurecht)期限延长的做法,即土地所有人可以决定是否延期,如果不延期,所有人需赔偿建筑物的价值。另外可以参考德国地上权使用费每年支付的办法,对建设用地权的转让金也采取定期支付的方式,而不是目前的一次性支付。

[55] 参见王轶:《民法学如何讲道理?》,《中外法学》2023 年第 1 期。

[56] Vgl. Kort, in: Möllers/Li (Hrsg.), *CZGB*, S. 38; Pißler, *ZChinR* 2021, 85, 86 f.; Stürmer, in: Bu (Hrsg.), *ZGB*, S. 52, 54.



模式。不动产过户时交易当事人共同提出申请的行为,也不能被解释为物权合意,而仅仅构成一种程序性行为。<sup>[57]</sup> 因此,根据这种观点,即便肯定《民法典》承认了区分原则,这一区分原则与德国法语境下的区分原则含义也是不同的。有学者由此认为中国总体上采纳的是合意原则(Einheitsprinzip;又译为“同一原则”<sup>[58]</sup>),接近于罗马法上的“名义(Titulus)”+“形式(Modus)”的权利变动模式,<sup>[59]</sup>当然从这些观点似乎可以看出,德国学者对于合意原则到底是什么、如何与区分原则相界分,理解也不一致。还有学者认为,从中国法中虽然无法明确得出其是否承认物权合意的结论,但采取肯定说无疑更具体系性,如果放弃把物权行为等同于抽象原则的成见,认识到物权行为也可与有因原则相匹配,中国法完全具备承认物权行为的基础。<sup>[60]</sup> 笔者也一直主张这一观点,只不过对于一些德国学者而言,没有抽象性的物权行为,也就失去了其最独特的价值,还不如直接放弃。这一观点或许忽视了,作为分析工具,物权行为无疑有其不可替代的作用。

虽然主流观点不承认中国法上存在物权行为,但德国学者观察到,中国《民法典》中对于“处分”一词的重视超过《德国民法典》,《民法典》第208、209、214、215条中对于处分的各种形式进行了明确的列举,而《德国民法典》完全没有与此对应的规定。<sup>[61]</sup> 随着处分行为的使用越来越频繁,物权行为肯定说未来在中国演变为主流说,也并非毫无可能。

## (二) 物权法定与动产担保

与中国法不同,德国物权法定原则没有明文规定,但可以从《德国民法典》第137条推导出来。有德国学者认为,《民法典》在物权法定问题的态度上更为坚决,这也更符合中国强调立法者宏观控制的需要,但同时建议中国不妨考虑适当缓和物权法定原则,比如承认让与担保,以满足经济需求。<sup>[62]</sup> 德国现有物权类型被认为能够充分满足实践需要,无论是主张放弃物权法定原则还是引入新型物权的观点,都只有极少数学者支持。<sup>[63]</sup>

动产担保是《民法典》修订以往立法的一个重点,但德国的评论总体上并不多,融资租赁、保理等《民法典》立法予以明文规定的担保工具,并未引起德国学者的关注。笔者认为其内在原因是多重的。最直接的是这两个法律制度均属于金融法,与税法联系紧密,非专攻这些领域的德国民法学者对此并不熟悉,更无从对中国的规范加以评论。此外,这两种合同在德国法中都属于无名合同,虽然融资租赁在德国经济生活中的作用相当可观,<sup>[64]</sup>

[57] Vgl. Stürmer, in: Bu (Hrsg.), ZGB, S. 51–53.

[58] 相关翻译参见陈永强:《区分理论的历史源流、体系构成及规范模式》,载《复旦民商法学评论》编委会编《复旦民商法学评论》(总第四集),法律出版社2007年版,第57页。

[59] Vgl. Kort, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 37 f.; Veicht, Rezeption und Zivilrechtskodifikation in China seit 1900, 2022, S. 309 f.

[60] Vgl. Veicht, Rezeption und Zivilrechtskodifikation in China seit 1900, 2022, S. 318–323. 中国文献中也有学者主张这种观点,如陈永强:《中国民法处分行为之多元模式》,《法治研究》2020年第4期,第26页。

[61] Vgl. Kort, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 28.

[62] Vgl. Stürmer, in: Bu (Hrsg.), System, S. 75, S. 84 f.

[63] 详见卜元石:《物权法定与法典体例——基于德语晚近文献的分析》,《中德法学论坛》第22辑,2023年(待刊)。

[64] 根据租赁行业(包括经营租赁)协会2023年年报,租赁业2022年占德国总投资比例的13.4%。<https://jahresbericht.leasingverband.de/leasing-markt-und-umfeld/investitionsdefizit-in-deutschland-hat-sich-verstaerkt/#8788>,最近访问时间[2023-10-21]。

但应用类型较多,难以统一规定,考虑到司法实践中已形成比较成熟的规则,所以德国租赁行业协会与立法者均否定了民法中的规制需要,也否认了登记的益处。<sup>[65]</sup> 值得注意的是,《民法典》关于融资租赁合同部分法条的内容,在德国如果被纳入格式合同,会因偏袒出租方而无效。至于保理业务,尽管实践意义不小,<sup>[66]</sup>但民法规制需求可能更小。不同于融资租赁,笔者在德文文献甚至没有找到相关立法必要性的讨论。在德国担保法的相关书籍中,对于融资租赁有比较详细的介绍,对于保理篇幅相对有限,而且讨论的问题主要是保理与所有权保留延长至价款时所造成的冲突之解决。因为德国保理并无登记可能,这一冲突解决的路径也与中国法差异较大。

对于中国在动产担保方面对《美国统一商法典》的借鉴,德国学者认为,《美国统一商法典》动产担保部分在起草的过程很有可能受到了德国帝国法院判决的影响,美国学者也发现德美两国在这一领域存有亲缘关系。<sup>[67]</sup> 不过,这一历史纽带并未使德美动产担保在实现路径上趋同。与美国法强调登记的做法相反,德国学界的主流对于不具备公信力的登记簿抱有强烈的怀疑态度,认为其只增加费用,收益有限,因而排斥以登记作为对抗效力或者是设定效力的要件。<sup>[68]</sup> 在德国,所有权保留、保理、融资租赁、让与担保的设立都无需也无法登记,导致有德国学者惊讶于中国法中登记对抗的规定。<sup>[69]</sup> 对登记要求的批评,亦有中国学者与德国主流观点立场近似。<sup>[70]</sup>

在德国,尽管基于其民法典第 137 条第 2 句的规定可以便利地设定让与担保,但这也造成了体系上的矛盾:让与担保与所有权保留均导致了所有权的分裂。比照德国相关制度的发展历程可以想见,中文文献中对于所有权保留教义学构造的讨论还要持续一段时间。解决的办法也许是撇开现有教义学体系,直接以法律明文规定来解决现实问题,比如让与担保与所有权保留在破产程序中的处置,并修订不合理的解释,如买受人已经支付标的物总价款的 75% 以上,禁止出卖人行使取回权相关司法解释的规定。<sup>[71]</sup>

### (三) 善意取得与公示原则

《德国民法典》中没有关于特别动产的规定,因此在德国法语境下,对登记对抗的理解尤为困难,有学者认为没有对抗效力的物权带来的更多的是权利状况混乱,可以考虑废除。<sup>[72]</sup> 特别动产在德国善意取得的方式也支持这一论断。在德国法中船舶与飞行器的

[65] Vgl. Tonner, Behandelt das BGB das Leasing stiefmütterlich?, in: Kokemoor et al (Hrsg.), Recht im Dialog, 2013, S. 207; Obst/Kilee, Symposium zum chinesischem Finanzierungsleasingrecht, ZChinR 2005, 363, 364.

[66] 根据其行业协会 2022 年年报,2022 年业务额也达到德国 GDP 的 9.7%,<https://www.factoring.de/sites/default/files/JB2022.pdf>,最近访问时间[2023-10-21]。

[67] Vgl. Stürmer, in: Bu (Hrsg.), ZGB, S. 74.

[68] Vgl. Heese, Das U. S. -amerikanische Registerpfandrecht als Modell für deutsche und europäische Reformen?, KTS 2010, 405, 405 ff.

[69] Vgl. Korves, Kreditsicherheiten in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, ZChinR 2021, 18, 18-19.

[70] 参见叶金强:《现行动产担保模式之批判》,《法学杂志》2022 年第 6 期,第 33 页及以下。

[71] 有学者就《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 36 条指出,虽然最高院给出的理由是为了平衡买卖双方的利益,但事实上,此条偏袒买方,因其支付了 75% 的价款就无需担心卖方要求返回原物。Vgl. Lichtenstein, Neue Auslegungsbestimmungen zum chinesischem Kaufrecht, IHR 2013, 98, 101.

[72] Vgl. Stürmer, in: Bu (Hrsg.), ZGB, S. 56.

登记由特别法规定,其中部分船舶可以登记,登记内容也产生积极公信力,此时善意取得与不动产类似;飞行器可以登记,但登记不具备民事法律效力,所以其善意取得仍然适用动产善意取得的一般规定。至于机动车,车辆管理部门出具的相关证书包括行车证(Fahrzeugschein)与车产证(Fahrzeugbrief),在二手车交易中,买受人应查看卖方的车产证,否则在卖方无处分权时,无法善意取得车辆所有权,但登记也没有对抗效力。<sup>[73]</sup>

此外,有德国学者指出《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第15条第1-3项似属错误规定,这是因为无论受让人是否知悉登记的异议、预告登记或者查封决定,都排除善意取得的可能,这是登记效力客观限制所导致的必然后果。<sup>[74]</sup>对此笔者的理解是,存在这种登记,善意就无从产生,即便物权能够移转给受让人,也只能是因为后续证明转让人仍然具有处分权,即受让人获得物权是基于有权处分,而不是无权处分,因此上述第15条第1-3项关于恶意的推定混淆了有权处分与无权处分。

## 四 合同编

### (一) 通则分编

在合同编通则分编,德国学者的评论集中在违约救济的体系上,主要讨论了中国违约救济的体系、实际履行请求权以及救济方式的选择三个方面。

#### 1. 违约救济的体系

德国债法、给付障碍法的体系具有二元化的特色,即区分给付义务与保护义务(Schutzpflichten;中文亦称附随义务<sup>[75]</sup>),在此基础上根据违约形态,规定了差异化的救济方式,并不以损害赔偿作为首要救济方式。<sup>[76]</sup>德国债法虽然经过改革,引入了义务违反(Pflichtverletzung)的概念,但并未根本上改变这种二元架构。<sup>[77]</sup>在《民法典》的制定过程中,保护义务并未被提升到体系的高度,也未给予特别关注,学者提出的建议也均否定了德国模式在中国的可资借鉴性。<sup>[78]</sup>德国给付障碍规范分布在三个层次:(1)在债法总则编设置了损害赔偿请求权;(2)在合同之债分编规定了终止与解除;(3)在典型合同分编对违约救济的一般前提再次调整,并增加了其他的救济方式,如减价。因为各种救济的适用均以满足特定要件为前提,统一的“义务违反”概念实践意义有限。在此背景下,德

[73] Vgl. Kort, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 56-57.

[74] Vgl. Stürmer, in: Bu (Hrsg.), System, S. 64.

[75] 德文与中文文献对这一概念使用都存在一定的混乱,参见迟颖:《我国合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》,《政治与法律》2011年第7期。本文使用语义更为明确的保护义务。现有中文文献中,附随义务比保护义务范围更广泛,包括从给付义务。参见汪倪杰:《论〈民法典〉中合同与侵权的开放边界——以附随义务的变迁为视角》,《法学家》2022年第4期,第17页。

[76] Vgl. Stürmer, in: Bu (Hrsg.), System, S. 61; Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 173 ff.

[77] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 174. 正如陈自强教授所指出的,在德国债法改革前,违约更像是个外国法术语,参见陈自强:《民法典草案违约归责原则评析》,《环球法律评论》2019年第1期,第62页。

[78] 参见汪倪杰:《我国〈民法典(草案)〉中附随义务体系之重构——以中、德附随义务学说溯源为视角》,《交大法学》2020年第2期;孟勤国、王厚伟:《从附随义务到合作义务——兼论未来民法典合同编应明确规定合作义务》,《北方法学》2019年第3期,第19页。

国学者对《民法典》在此问题上所采取的立场尤为关心。

有德国观点认为《民法典》深受《联合国国际货物销售合同公约》(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, 下称“《公约》”)的影响,而《公约》对违约法律后果采取一元化处理,而且《民法典》对于违约后果设置了第 577 条这样的统摄性条款,不区分违反的是给付义务还是保护义务,进而得出中国合同编采取了一元模式的结论。<sup>[79]</sup>但在中文文献中,对于违约救济体系的划分采取的标准不同,不是从违反义务的性质出发,而是区分违约后果的原因进路与救济进路,并认为中国法采用的是混合模式,重点在后者。<sup>[80]</sup>不过中德两种视角是相通的,即两国在违约后果规制方面,中国不强调违约形态的细分,而德国正好相反。

此外,中国违约救济的特色被认为是在于条文的开放性,如第 577 条对于违约后果并未进行封闭式列举,第 582 条、第 566 条第 1 款同样如此。对此可以看到,确有中国学者从第 582 条中推导出代替给付的损害赔偿这一法律未明文规定的救济方式。<sup>[81]</sup>

## 2. 实际履行请求权的定位

在中国合同法领域,德国学者一直探究的一个问题是,中国法中是否承认作为原始权利存在的履行请求权。<sup>[82]</sup>其原因在于将实际给付作为违约时的原始救济,被认为是德国法的一个特色,并未因德国债法改革而被放弃。<sup>[83]</sup>而这种作为本权利存在的实际履行权在英美法中并不存在。在违约救济方式上,德国主流观点认为中国合同法并不区分原始请求权(Primäranspruch)与派生请求权(Sekundäranspruch),实际履行更多是被设计为派生请求权,只有在违约的时候才会产生。<sup>[84]</sup>换言之,这一观点认为中国法中不承认作为原始请求权存在的实际履行请求权,但未透彻解释其根源。

有鉴于此,笔者认为有必要稍做论述,以便读者能够更好地理解中德对请求权认识的不同。其实,在请求权基础日益成为中国民法主流分析工具的今天,一些学者已经认识到,从中国法的规定可以推导出两个履行请求权,一是违约救济层面的继续履行,作为一种违约责任请求权存在,二是原给付请求权,在违约前已经产生。<sup>[85]</sup>这种观点认为,“原给付请求权具有独立意义,其请求权基础可以是典型合同分编的特别规范或当事人之间具体的合同约定;形式上属于违约责任的继续履行请求权,只是原给付请求权在违约阶段的规范表达。”<sup>[86]</sup>甚至早在十多年前,就有学者指出,“债权人的履行请求权包括两个方

[79] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 166, 181.

[80] 参见韩世远著:《合同法总论》(第 4 版),法律出版社 2018 年版,第 477 页。

[81] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 182, 207. 中国学者观点,参见武腾:《救济进路下不完全履行的定位和效果》,《法律科学》2021 年第 3 期,第 159 页。

[82] 早在《合同法》时代,德国学者就认为中国合同法在违约方面效仿英美法,不承认作为原始权利存在的实际履行请求权,而且认为实际履行在中国法中只有在例外情形才可以适用,中国法主导的救济方式为损害赔偿,参见 Pißler, Das neue chinesische Vertragsrecht im Spiegel des Handbuchs von Bing Ling, RablsZ 2004, 328, 344.

[83] Vgl. Stürmer, in: Bu (Hrsg.), System, S. 61.

[84] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 171, 182, 203; Pißler, ZChinR 2021, 85, 96 f.

[85] 参见姚明斌:《民法典违约责任规范与请求权基础》,《法治现代化研究》2020 年第 5 期,第 40 页;吴香香著:《请求权基础:方法、体系与实例》,北京大学出版社 2021 年版,第 11 页。

[86] 姚明斌:《民法典违约责任规范与请求权基础》,《法治现代化研究》2020 年第 5 期,第 39 页。

面内容：其一是任意履行请求权，是指债权人任意请求债务人履行的权利；其二是履行请求权，是指债权人请求法院强制债务人履行的权利……继续履行请求权本质上是履行请求权的一部分。”<sup>[87]</sup>但上述观点均未阐明为何中国会出现内容一致的两种履行请求权。

根据德国请求权理论，合同成立生效后履行请求权就产生了，立即具有可诉性，不必等到债务到期时。<sup>[88]</sup>在这一理论框架下，因违约而产生的派生请求权自然也就不必包括履行请求权，因为该请求权在违约前就已经存在，由此德国法中也就不存在两种履行请求权。而在英美救济法的框架下，合同成立生效后，不立即产生可诉的合同权利，只有在满足一定前提时，才能向法院请求判定承担违约的后果，而每项具体的后果如损害赔偿、实际履行都需要满足法律另外规定的特定前提。<sup>[89]</sup>在这个语境中，请求实际履行的权利在合同成立之初尚未产生。因为英美救济法体系与德国请求权体系的理念不兼容，所以在救济法中没有所谓的请求权，只有申请法院裁判救济的权利，也就是说，作为违约责任的请求继续履行之权利只是一种程序上的权利。英美法中违约前的合同权利，在请求权的框架中无法准确表达，德文将其称为“不可诉的请求权”（Unklagbare Ansprüche），其实也存在概念使用上的矛盾，因为请求权通常都应是可诉的。<sup>[90]</sup>反过来，“救济权”“违约救济”这样的名词在德国合同法中也较少使用，这是因为“救济”在德国法中是一个程序法上的概念，用在实体法上容易引起误解。<sup>[91]</sup>在这一点上，德国法与英美法在违约法律后果上有着理念上的根本性隔阂。中国合同法从发展背景来看，无疑更接近英美救济法的模式，忽视这一点，用德国模式的请求权范畴来解释，就难免产生两个履行请求权并行的结论。从德国法的视角来看，根本不需要“继续履行请求权”，因为这一“请求权”原本是程序上的权利，不能被冠之以请求权之名。

甚至有德国学者以此为根据，认为中国法中不存在任何债权请求权，债的实现依靠的是民事责任制度，其进一步推导得出，中国合同法也不对实体法权利与此类权利程序上的实现进行明确区分，采取了禁止竞合理论即为明证。<sup>[92]</sup>这种观点多少颠覆了当下对于《民法典》存在众多请求权规范的主流认识，因此有必要考察其论证逻辑。

民事责任是中国民法的一个特色，但在概念上长期与“债”纠缠不清，直至今日实际功用极其有限，但却构成了比较法学者理解中国法的一个难点。<sup>[93]</sup>《民法典》大量条文中对于法律后果的规定都仅仅限于“承担民事责任”，而并未明确具体承担的是哪一种民事责任。严格地说，限于法律后果的不确定，这类法律规范确实也无法发挥请求权基础的作用。但是，据此却难以全面否定《民法典》中债权请求权的存在。这是因为《民法典》的编纂者，不太可能完全无视这一期间针对请求权理论的热烈讨论，多处条款有意使用了

[87] 王洪亮：《强制履行请求权的性质及其行使》，《法学》2012年第1期，第105页。

[88] 可以起诉并不意味着此时债权人可以胜诉，具体参见姚明斌：《民法典违约责任规范与请求权基础》，《法治现代化研究》2020年第5期，第40页。

[89] Vgl. Weller, Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR, JZ 2008, 764, 764.

[90] Vgl. Weller, JZ 2008, 764, 766.

[91] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 191.

[92] Vgl. Pißler, ZChinR 2021, 85, 96 f.

[93] Vgl. Bu, Das Haftungskonzept im chinesischen Zivilgesetzbuch, ZeuP 2022, 585, 586 ff.

“请求”一词,推测就是为昭显其作为请求权基础的功能。

因此,分析《民法典》中不存在债权请求权的观点,需要考察其第二个论据,即中国法不区分实体法权利与其诉讼实现。追踪溯源,德国请求权概念的创立,就是为了解决权利可诉性的问题,从而摆脱罗马法在这方面的局限,因此才有前文所述“请求权必然可诉”的说法。也就是说,通过诉讼来实现请求权,并不借助额外的、程序上的权利。德国法也有程序上的请求权一词,作为与实体上请求权对应的概念,但程序上的请求权是诉讼标的的同义词,是原告就同一生活事实在诉讼中所主张实体请求权的集合。<sup>[94]</sup>这就意味着,原告如果因同一事件要求法院判决被告赔偿其损失,可以同时主张所有实体请求权,而无需像中国法一样必须做出选择。<sup>[95]</sup>无论原告主张了多少个实体请求权,其程序请求权只有一个。反观中国法,在请求权竞合时,原告必须将其主张的请求权限定为一个,意味着被抛弃的实体权利其实是不可诉的,这就违反了“请求权必然可诉”的原理。换言之,认定实体权利无法在程序上实现,就必然否认请求权的存在。这也解释了上文德国学者所认定的中国合同法不存在请求权的看法,但需要指出的是,这一观点没有看到中国虽然可能没有德国意义上的请求权,但中国的民事责任包括诉权,有请求权的“精神内核”。<sup>[96]</sup>

### 3. 违约救济权的选择

在违约救济方式方面,德国法各种违约救济权的行使是遵循一定顺序的,如果违反的是给付义务,实际履行为首要的救济方式,损害赔偿则位居其次。而在中国法中,德国学者没有发现实际履行优先性的规范基础,事实上中国大多数学者也不承认这种优先性的存在。<sup>[97]</sup>在不完全履行方面,《民法典》第 582 条把仅在特定合同中有意义的修理、更换、重做、退货、减价放在合同法的一般规定部分,而且只要求在这些违约责任作出“合理选择”,但既未规定每一种救济方式的要件,也未规定其顺序,有些德国学者试图从中违约救济体系中推导出救济方式的次序,但也承认缺乏明确规定必然造成法律不明确。<sup>[98]</sup>

在损害赔偿方面,德国学者指出中国法中的若干不同,主要包括:(1)《民法典》第 583 条不区分与履行并存的损害赔偿与替代履行的损害赔偿,在德国法中前者无需债权人设定一个宽限期而后者需要(《德国民法典》第 281-283 条);(2)中国违约损害赔偿不以过错为前提,这一做法更适合商事合同,对于民事合同未必有优越性;(3)中国法对于损害赔偿以可预见性为限,德国法中则通过相当因果关系说达到相同效果。<sup>[99]</sup>

在合同解除方面,德国学者认为中国法所设的门槛更高,不同于《公约》和德国法,因

[94] Vgl. Schmidt-Räntsch, in: Erman BGB, 17. Aufl. 2023, § 204 Rn. 7.

[95] 德国在请求权竞合时之所以不限制原告主张请求权的个数,是因为在请求内容不变的情况下,法院不受当事人所提出法律理由的限制,例如原告只主张其损害赔偿请求权源于过错侵权,法院仍然可以适用危险责任。参见卜元石著:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社 2021 年版,第 137 页。

[96] 参见冯珏:《我国民事责任体系定位与功能之理论反思》,《政法论坛》2022 年第 4 期,第 80 页。

[97] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 182. 武腾:《救济进路下不完全履行的定位和效果》,《法律科学》2021 年第 3 期,第 160 页,及该文脚注 38 中的文献。

[98] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 183, 185, 194 ff.; Möllers, ZChinR 2021, 169, 175 f. m. w. N. 类似尝试参见朱心怡:《不完全履行下债权人救济途径选择权之限制》,《法学》2022 年第 4 期。

[99] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 186, 195, 197. Schulze 也指出,效果是否相同不仅仅与理论相关,更多是与司法实践中如何判断可预见性与相当因果关系。

为德国法中合同解除不以根本违约为前提,只需要宽限期之内没有履行,即便违反的不是主给付义务或者不构成重大违约,原则上也可以解除,只要义务的违反不是微乎其微的。<sup>[100]</sup> 中国法区分主要债务的未履行和其他性质的违约行为,前者采取类似于德国法上的催告解除模式,后者采取《公约》中的根本违约模式,但如果把《民法典》第 582 条中所规定履行不符合约定时“退货”的权利也视为一种解除,那么解除的严格要求似乎有所缓和(因其不以构成根本违约为前提)。此外,《民法典》并未规定继续性合同因重大原因可以单方解除,因此不定期继续性合同也只能适用一般性的规定,即《民法典》第 563 条。<sup>[101]</sup>

对于中国学界激烈讨论的《民法典》第 580 条第 2 款(“违约方解除权”),德国学者评价道,履行不能在德国法中不必然导致合同的解除,在合同目的不能实现的情形下,如果构成了情势变更,德国法中当事人可以通过解除或终止来单方解除合同,无需法院判决;此外,《民法典》第 580 条第 2 款规定了合同权利义务关系的终止,但又“不影响违约责任的承担”,这里哪些具体责任不受影响,缺乏明确规定,只能从体系解释中推导出这些责任应该不包括实际履行与第 582 条中所规范的补救履行。<sup>[102]</sup> 对此可以看出,德国学者对第 580 条第 2 款的分析并未联想到违约方解除权,与《民法典》不同,合同目的一词在德国给付履行障碍法中不是救济手段适用的标准,而是主要在情势变更的构成要件中发挥作用,所以德国学者对第 580 条第 2 款的解读也是朝着这个方向进行。

## (二) 典型合同分编

德国学者对于有名合同的评论,涉及了买卖合同、租赁合同与技术合同,主要是针对权利义务配置的合理性,比较细碎,此处不加以详细总结,而重点讨论一条批评意见,即《民法典》对于弱者的保护不够。有观点认为《民法典》没有纳入消费者保护的相关内容,无法体现民法典在保护弱势群体的重要作用。<sup>[103]</sup> 但在这一问题上需要看到,德国学者也并非都支持消费者合同入典的做法,毕竟这造成了其民法典经常需要修改的状况。此外,中国传统上一直把消费者保护法划归到经济法范围内,但这一理由德国学者表示难以理解,其原因笔者推测是相关背景知识最近才在德文文献中有详尽介绍。<sup>[104]</sup>

弱者保护的一个范例为房屋租赁合同中对于承租人的保护,在这一方面德国国家管制力度大,存在多重管制工具,而《民法典》几乎完全没有与此相对应的条文。<sup>[105]</sup> 这一差异,一方面是因为两次世界大战曾经导致德国住房短缺、管控不可或缺,另外一方面德国房屋自有比例水平低,目前不到 50%,在欧洲仅高于瑞士。<sup>[106]</sup> 在一个租客比例如此之高的国

[100] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 189, 193.

[101] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 190.

[102] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 204 f.

[103] Vgl. Möllers, ZChinR 2021, 169, 177.

[104] Vgl. Möllers, ZChinR 2021, 169, 177. 解亘、王洪亮、叶金强等教授对消费合同法在民法典立法过程中未必纳入的原因介绍,参见 Ruhl, in: Bu (Hrsg.), System, S. 251 f. 在此之前也有中国学者对此的阐述,参见 Wu Yiyue, Die Eingliederung der Verbraucherverträge in das chinesische ZGB, in: Bu (Hrsg.), ZGB, S. 110 ff.。

[105] Vgl. Gsell/Veicht, Der Schutz der Wohnungsmieter in Deutschland und China, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 275-276.

[106] Vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/155734/umfrage/wohneigentumsquoten-in-europa/>, zuletzt abgerufen am 1. 11. 2023.

家,支持住房管制的政治力量巨大,存在限制房租上涨与房东解约、驱逐房客必须通过法定程序、收取过高的房租甚至会触犯刑法、禁止非自住住宅空置等规定。这些规定对于中国而言十分陌生,而且中国房屋自有率比例相当高,<sup>[107]</sup> 导致相应的管控手段很难被社会接受。不过,德国对住房承租人的保护使得德国人没有买房的刚需,避免了因房价高企可能造成的种种社会问题。当然,管控可能造成对住房投资不足,最后反而导致供给短缺、房租高涨,因此在德国如何协调房屋租赁合同双方的利益,也同样是个棘手的社会热点问题。

### (三) 准合同分编

对中国不当得利立法,现有德国的相关研究予以了积极的评价,<sup>[108]</sup> 但因中国否认无因原则,德国学者认为不当得利适用范围会小很多。<sup>[109]</sup> 事实上,德国不当得利法存在过度教义化的倾向,有必要予以精简,中文文献已经指出这种风险。<sup>[110]</sup> 在德国不当得利法适用最为广泛的领域,即失败合同的返还,中国式特别规定也许是更便利的做法。<sup>[111]</sup> 在无因管理领域,德语文献中对《民法典》的相关评价也都趋正面,但德国同样存在适用范围过于广泛的问题,在知识产权领域甚至出现了滥用。<sup>[112]</sup> 正如中国学者所意识到的那样,在无因管理的适用上,不宜完整借鉴德国法的规范模式。<sup>[113]</sup> 在法定之债方面,中国采取的是大侵权法的架构,无因管理与不当得利相对较弱,而德国法则与此不同,此点在引入德国理论时不可不察,以避免法律无谓的复杂化,有违法治的本意。

## 五 其他各编

### (一) 人格权编

在人格权方面,德国法的法源极度分散,相关条文分布在多个单行法中。尽管如此,对于中国人格权独立成编,德国学者的看法趋于中性,认为两者各有千秋。首先,德国以单行法调整,规定详尽,更便于法律适用,但增加了体系性解释难度,中国法规定集中,却过于简略,未必能发挥更好的保护效果。<sup>[114]</sup> 其次,德国也曾经多次尝试对人格权法进行改革,并产生了多个草案版本,但因多方、特别是媒体的极力反对,均以失败告终,这反过来说明人格权法典化在德国法学界曾经被认真考虑过,即便在德国语境下“法典化”所指

[107] 根据 2017 年的调查数据,全国家庭住房拥有率为 92.8%,全国家庭住房自有率为 85.0%,参见甘犁、中国家庭金融调查与研究中心:《2017 中国城镇住房空置分析》, [https://chfs.swufe.edu.cn/\\_local/D/65/2B/57D2F2A832F77C8F3C1DDC4926E\\_ADF9EA0C\\_121D6C.pdf](https://chfs.swufe.edu.cn/_local/D/65/2B/57D2F2A832F77C8F3C1DDC4926E_ADF9EA0C_121D6C.pdf), 最近访问时间[2023-11-01]。

[108] Vgl. Veicht, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 240.

[109] Vgl. PiBler, ZChinR 2021, 85, 100. 中文文献类似观点参见陈自强:《不当得利法体系之再构成》,《北方法学》2020 年第 5 期,第 8 页。

[110] 参见陈自强:《不当得利法体系之再构成》,《北方法学》2020 年第 5 期,第 11 页及以下。

[111] 参见叶名怡:《不当得利法的希尔伯特问题》,《中外法学》2022 年第 4 期,第 996 页;陈自强:《不当得利法体系之再构成》,《北方法学》2020 年第 5 期,第 17 页。

[112] 比如在德国侵权警告函的收件人需要支付发送人的律师费,其所主张并为法院所认可的请求权基础正是无因管理,最终德国不得不在 2020 年通过立法来规制恶意警告。

[113] 参见杨鸿雁:《论我国民法典无因管理的规范模式》,《法商研究》2023 年第 4 期,第 173 页。

[114] Vgl. Benecke, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 312, 315, 335.



的只是在《德国民法典》增加几个条款,而不是单设一编。<sup>[115]</sup>再次,在人格权保护方面,中国法似乎更强调预防功能,而德国则以补偿功能为主,这是因为《民法典》人格权编法律后果多处提到预防性保护,<sup>[116]</sup>而《德国民法典》对于人格权的防御性请求权缺乏明文规定,需要准用物权编第1004条。

在人格权编与侵权责任编的关系上,有德国学者指出还有一些问题需要澄清,比如中国《民法典》第992条规定人格权不能继承,但因侵害人格权而产生的精神损害赔偿请求权是否可以继承,就不明确;而德国法在这一问题上做法更加细化,在侵权造成受害人立即死亡的情况下,精神损害不能继承,但受害人经过较长时间的痛苦挣扎才去世,精神损害赔偿请求权可以继承,而侵害名誉权而产生的精神损害赔偿请求权不能被继承。<sup>[117]</sup>

## (二) 婚姻家庭编

### 1. 婚姻法

在婚姻家庭法领域,中德两国的法律规定、立法重点、研究兴趣可以说迥然不同,德国婚姻家庭法关注的焦点集中在同性婚姻甚至周末伴侣等新型婚姻、类婚姻关系。此外,缺乏对相关实践的了解,在一些问题上也很难共情。比如离婚冷静期,德国离婚对分居时间的要求更高,不了解中国离婚的诸多现实问题,德国学者可能会觉得冷静期未必不妥。可比性的欠缺,使得德国学者对于中国法的评论,更多是指出中德法律的不同。本文从其三个切入点来展现这一点:

第一,《民法典》对男性与女性法定婚龄规定的不同,从德国视角来看违反男女平等的原则。德国法规定男、女满18岁均可结婚,比中国早很多,即便如此还有德国学者认为其不当地限制了未成年人的自主决定权,因此中国的婚龄要求从德国视角来看无疑过高,这一点与中国部分学者的主张是一致的。<sup>[118]</sup>

第二,婚姻财产问题是中国婚姻法中争议最多的领域,但德国学者对此评论很少,笔者认为这主要是因为德国法定夫妻财产制与中国完全不同,采用增益共有制,其实践中的问题及解决思路与中国法差异巨大。比如针对中国法中出现离婚时的房产纠纷,德国学者指出根据德国法,婚姻缔结前(或婚姻存续期间)所购置的不动产登记在夫妻一人名下,所有权就只归属一方,未登记的一方即便帮助清偿贷款,也不能获得不动产的份额,而是作为婚内给与(ehebedingte Zuwendung)来处理。<sup>[119]</sup>中国学界同样有观点赞成引入这一法律制度来解决夫妻之间房产赠与问题。<sup>[120]</sup>但值得注意的是,根据德国法,如无相反约定,婚内给与只有在例外情形下才能要求返还。其原因还是在于德国法所采取的增益共有制,在婚姻存续期间本质上是财产分别制,即如无另外约定,夫妻财产是分开的,只有

[115] Vgl. Werthwein, Das Persönlichkeitsrecht im künftigen chinesischen Zivilgesetzbuch, in: Bu (Hrsg.), ZGB, S. 82.

[116] Vgl. Benecke, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 318, 335.

[117] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 594 f.

[118] Vgl. Freyler, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 402;薛宁兰:《社会转型中的婚姻家庭法制新面向》,《东方法学》2020年第2期,第33-35页。

[119] Vgl. Freyler, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 414. 这里所指是一般情形,例外情形参见王葆蔚:《德国婚姻赠与返还制度研究》,《中国应用法学》2020年第3期,第146页及以下。

[120] 参见叶名怡:《夫妻间房产给予约定的性质与效力》,《法学》2021年第3期,第142页。

个人财产,不形成夫妻共同财产,因此也无需区分婚前财产与婚后财产,<sup>[121]</sup>婚内赠与或给与也就变得十分常见。原则上禁止婚内给与在离婚时要求返还,就是为了避免对婚姻存续期间夫妇间大量的财物往来、劳务付出关系一一进行清算。

中国夫妻一方在毫不知情的情况下“被负债”的情形,在德国也不会出现,除了前述日常家事代理权,无特别约定一般也不会形成共同债务,离婚时,德国财产分割采取的是“只对财产同甘不对负债共苦”的做法,一方并不分担另一方的债务,<sup>[122]</sup>因此在中国法语境中,德国法中的增益“共有制”的概念名称有一定误导性。而且从这一角度来看,婚后所得共同制所对经济地位弱势的一方是否更为有利,恐怕还需要进一步考察。总之,正如有的德国学者所观察到的那样,中国法中夫妻财产分为三份,即夫妻各自的个人财产与夫妻共同财产,使得处分权对于中国婚姻法有着异乎寻常的意义。<sup>[123]</sup>

第三,中国没有亲权的概念。中国法中采取大监护的概念,监护与亲权、抚养的关系不明确,<sup>[124]</sup>而德国采取的是小监护概念,这使得中德这方面的比较非常困难。德国学者指出,德国法的亲权大致对应中国法的监护,德国法中承认对于未成年子女,父母一方可以单独享有亲权,而中国法规定监护权不能放弃,所以原则上不允许父母双方通过合同把对未成年子女的监护转移到一方。<sup>[125]</sup>

## 2. 收养法

与婚姻法类似,收养法所对应的中德社会现实完全不同。德国收养法关注的重点包括多个父母亲收养、同性婚姻中一方生育儿童的收养以及代孕子女的收养问题。有德国学者指出,在德国有收养意愿申请人的数量远远超过需要被收养儿童的数量,在中国的情况则恰恰相反;另外德国被收养的儿童主要为继子女,中国收养所面临的弃婴、被拐卖儿童的收养问题,在德国基本不存在。<sup>[126]</sup>中国对可被收养人的限制也多于德国,在德国亲生父母同意、有人愿意收养、收养有利于儿童利益,就可以收养;中国收养关系的解除远远易于德国,从德国视角来看,不利于儿童利益。<sup>[127]</sup>

### (三) 继承编

德国学者对于继承编的评价有一些与国内学界的认识高度一致,包括条文与法律制度稀少,无法满足被继承人自由处分的需要;法定继承人范围过小,并未考虑到独生子女的继承问题;父母作为第一顺序继承人导致继承向上、向姻亲流动,不符合继承法的基本原则;遗嘱自由限制太少,无特留份等。<sup>[128]</sup>对于这些问题,有德国学者也提出了一些解决

[121] 参见李娜:《“夫妻财产增加额均衡”制度研究:以德国为例》,《环球法律评论》2011年第3期,第115页。

[122] 具体操作参见李娜:《“夫妻财产增加额均衡”制度研究:以德国为例》,《环球法律评论》2011年第3期,第122页。

[123] Vgl. PiBler, ZChinR 2021, 85, 103 f. 中文中类似观点参见王战涛:《日常家事代理之批判》,《法学家》2019年第3期,第148-149页。

[124] 参见夏吟兰:《民法典未成年人监护立法体例辩思》,《法学家》2018年第4期,第4页。

[125] Vgl. PiBler/von Hippel, Länderbericht China, in: Bergmann et al (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, 246. Lf. 2022, S. 100 f., 107.

[126] Vgl. Schulze, Deutsches und chinesisches Adoptionsrecht im Vergleich, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 451 f.

[127] Vgl. Schulze, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, 460, 484.

[128] Vgl. Windel, Buch VI des Mǐn Fǔ Diǎn, ZChinR 2021, 276, 277 ff., 530 ff.; PiBler, ZChinR 2021, 85, 111.

建议,比如扩大法定继承人的范围,并在远亲继承时收取遗产税。<sup>[129]</sup> 该学者认为中国虽然没有前位继承、后位继承、替代继承以及共同遗嘱,但可以通过现有规定来构建这些制度,无需立法解决,这一观点是否成立,现有中文文献中看法不一。<sup>[130]</sup> 对中国继承法的赞许包括遗产管理人的引入,与在遗产分配时优先考虑生活困难的家庭成员的做法;后者被认为优于德国僵化的法定特留份。<sup>[131]</sup>

在被继承人对财产的处分方面,有不同于中文文献的观察。《民法典》第 1142 条第 2 款“立遗嘱后,遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的,视为对遗嘱相关内容的撤回”,在德语文献中被认为存在逻辑错误,因为这种处分对于遗产并无影响,只有在被继承人死亡时所遗留的财产才构成遗产,之前被处分掉的财产不属于遗产,所以无需规定撤回。<sup>[132]</sup> 撤回的后果甚至不利于遗嘱人实现自己的意愿,例如遗嘱人指定甲来继承其某品牌汽车一辆,后来遗嘱人卖掉该车,买进另一辆其它品牌汽车,根据第 1142 条第 2 款甲无法继承新车,而无此条规定,甲就可以通过对遗嘱的解释继承新车。

对第 1142 条第 2 款的正当性,中国学者的一种解释是,该条解决的是遗嘱是否仍然存在的先决问题,而相反行为所涉及的特定财产是否仍为遗产则属于后续问题。<sup>[133]</sup> 而德国学者的解题思路正好相反,其中多少能看到《德国民法典》第 2169 条第 4 款的影子,即围绕着遗产范围来解决问题。当然德国法对于遗嘱撤回的严格要求可能也是德国学者得出上述结论的另外一个因素。此外,还应该看到德国学者是从历史解释的角度,把第 1142 条第 2 款中的“民事法律行为”理解为处分行为,因其前身《最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国继承法若干问题的意见》第 39 条指的是处分行为,导致第 1142 条第 2 款被认定覆盖的范围远远小于条文原意,进而否定了该条的作用。如果第 1142 条第 2 款中的“民事法律行为”也包括负担行为,比如遗赠人在遗嘱生效后死亡前签订的买卖合同、赠与合同,甚至离婚等身份法上的行为,那么此条当然有存在的必要,因为在这种情况下遗嘱人的行为并不会影响到遗产的范围。类似的因受德国相应条款影响,导致对中国继承法的误读,还包括认为无法区分中国法中遗嘱继承与遗赠的看法。<sup>[134]</sup>

比较新颖的评论还包括,有德国学者认为,遗产债务是德国法律中最为复杂的内容,但中国法中对于该内容并没有特别的重视。根据中国《合伙企业法》第 50 条,合伙企业

[129] Vgl. Windel, ZChinR 2021, 276, 278; 杨立新:《民法分则继承编立法研究》,《中国法学》2017 年第 2 期。

[130] Vgl. Windel, ZChinR 2021, 276, 282. 认为共同遗嘱及后位继承在《民法典》的框架下可以实现的观点,参见汪洋:《貌离神合:家庭财产法对传统家观念的呈现》,《法学研究》2023 年第 3 期,第 125 页;认为需要引入新规定的观点,参见杨立新:《民法分则继承编立法研究》,《中国法学》2017 年第 2 期,第 74 页。

[131] Vgl. Windel, ZChinR 2021, 276, 280, 282, 284.

[132] Vgl. Windel, ZChinR 2021, 276, 280 f.; Pißler, ZChinR 2021, 85, 107.

[133] 参见刘征峰:《嗣后财产灭失、相反行为与遗嘱效力》,《法学研究》2021 年第 5 期,第 70-72 页。

[134] 笔者认为这一误解的根源是德国法中对于遗嘱继承与遗赠的区分标准不同,并不以受益人是否为法定继承人为依据。这就是说,非法定继承人可以成为遗嘱继承人,法定继承人也可以成为受遗赠人。受益人是遗嘱继承人还是受遗赠人,取决于死者在遗嘱中表达的真实意愿。在这一背景下,其实中国法中对于遗嘱继承与遗赠的区分是简单明了的。只不过因为中国法中继承人、遗嘱继承人、法定继承人三个概念的外延范围是一致的,而在德国法上是递减的,导致德国学者对中国法概念产生了混淆。该学者在其后发表的文章中,删去了相关部分,应该是察觉了这一误解。Vgl. Windel, ZChinR 2021, 276, 281; ders., Buch VI - Erbrecht: Nach der Kodifikation ist vor der Reform, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 535.

的份额可以被继承,就会产生遗产债务的问题。<sup>[135]</sup> 这一评论值得重视,并将在中国破产法中增加个人破产的内容后具有更大的实践意义。<sup>[136]</sup>

#### (四) 侵权责任编

因为各类保险广泛的存在,在德国的日常生活中,侵权法远没有在中国那么重要,这当然也影响了立法者的改革热情。德国已有文献对中国侵权法的关注度高,但也许正是出于这一原因,《民法典》出台后德国学者对侵权责任编的评价反而相对精简,毕竟这一编对包括司法解释在内的既有法律改动有限。评论的内容包括对共同过失侵权的否定,对公平责任滥用的担心,对于同命同价原则的难以理解等方面。<sup>[137]</sup>

对于前文所提及的防御性请求权,从中国视角来看,《民法典》第 236 条似乎与《德国民法典》第 1004 条所规定的物权请求权并无太大区别,只不过有的中国学者将第 236 条划归为侵权救济。<sup>[138]</sup> 德国学者产生困惑的原因可能是《民法典》第 236 条德文翻译中译者所附条目标题是“排除请求权”(Beseitigungsanspruch),因此认为该条不包括停止侵害请求权。认为《民法典》第 1167 条仅限于过错行为的看法,在中国根据通行观点看来也应是一种误解。<sup>[139]</sup> 根据主流观点可以推定,只要引发侵权责任的行为,就可以被认定为侵权行为,过错与违法性都非前提,这也是中国侵权法是责任法,而德国侵权法称为“不法行为法”差异的体现。且不论这一解释的可行性,<sup>[140]</sup> 仅是这一解释的推导过程也缺乏规范基础,毕竟侵权责任编对其核心概念“侵权行为”并未加以定义。更何况亦有中国学者认为“侵权行为”的使用属于表述不当,应从第 1167 条要件中剔除,进而使该条成为独立于侵权法的请求权基础。<sup>[141]</sup> 但不容忽视的是,《德国民法典》第 1004 条的适用范围已经从最初的物权领域不断扩大,延伸出覆盖人格权的准防御性请求权,并在互联网法领域开发出应用广泛的妨害人责任(Störerhaftung),<sup>[142]</sup> 《民法典》中所有的防御性请求权规范叠加在一起,恐怕也尚未达到该第 1004 条的适用范围。这些误解抑或见解的产生,一方面是因为第 1004 条的重要性,使得德国学者极为关注外国法这方面的处理方法,另一方面也显示了《民法典》对于防御性请求权规范远未至善。

对于具体侵权类型,有德国学者以饲养动物责任为例,发现中德存在如下不同:(1)德国法区分动物饲养人与看管人的归责原则,前者为危险责任,后者为过错推定责任,中国法对此统一对待;(2)在德国法中危险责任适用的动物也包括野生动物,而中国法的体系由三个部分组成:第 1245 条适用于饲养动物,第 1246 条还可以适用于未驯服动

[135] Vgl. Windel, ZChinR 2021, 276, 277, 284.

[136] 参见李永军:《论我国民法上遗产诉讼的主体》,《比较法研究》2023 年第 1 期。

[137] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 581-590.

[138] 参见朱虎:《物权请求权的独立与合并——以返还原物请求权为中心》,《环球法律评论》2013 年第 4 期,第 34 页。

[139] 参见程啸:《中国民法典侵权责任编的创新与发展》,《中国法律评论》2020 年第 3 期,第 51 页。

[140] 这个解释的牵强之处,具体参见邹海林、朱广新编:《民法典评注:侵权责任编》(第一卷),中国法制出版社 2020 年版,第 28、29 页。笔者认为若使这一解释可行,必须将不作为侵权的范围无限扩大,使其接近绝对权请求权。

[141] 参见杨旭:《论民法典中请求权规范的体系构造》,《中国法律评论》2022 年第 3 期,第 210 页。

[142] 中国司法实践对于网络服务商责任的确定倾向于借助安保义务采取侵权法路径,是否存在对妨害人责任继受的空间,还有待观望,具体参见余佳楠:《网络服务提供者的妨害人责任——以合比例为中心》,《中外法学》2021 年第 6 期,第 1648 页及以下。

物,包括关在笼子里的与在自然保护区活动的动物,第 1247 条应该只适用于无法驯服的危险动物如虎、熊等猛兽,而且危险动物是否适用责任的减轻与免除并不清楚;(3) 中国法中的饲养人被理解为动物所有人,而管理人为动物的直接占有人,德国法对动物饲养人与看管人的区分十分复杂,并不与物权上的归属与占有直接挂钩。<sup>[143]</sup> 显然,《民法典》中第 1245、1246、1247 条的适用范围,三个条文之间的体系,在德国学者中造成了困惑,导致他们的理解大大偏离了中文文献中的主流观点。

总体上,中德侵权法上的差异相对较多,特别在涉及多人侵权的情形。比如在《民法典》中未成年人的侵权责任与其监护人合为一体,而德国法则予以严格区分,此外在共同侵权、共同危险、分别侵权方面中德相关条文的对接,中德学者认识有所不同。比如,有德国学者认为《民法典》第 1170 条(共同危险)相当于《德国民法典》第 830 条第 1 款第 2 句,《民法典》第 1171 条对应《德国民法典》第 840 条第 1 款。<sup>[144]</sup> 但中文中主流观点认为《民法典》第 1171 条属于具有中国特色的规定,《德国民法典》中没有对应条款。<sup>[145]</sup> 如果对《民法典》第 1168 条作广义解释,则该条相当于《德国民法典》第 830 条第 1 款第 1 句、第 2 句与第 840 条第 1 款的加总,但这一观点又将《德国民法典》第 830 条第 1 款第 2 句与《民法典》第 1170 条对接。<sup>[146]</sup> 事实上,德国法多人侵权无论适用上面的哪一条款,结果并无太多区别,产生的都是连带责任,而中国法则不同,因为《民法典》第 1171 条规定的是按份责任。在这一点上,中国的做法与大陆法、普通法都不同,导致中国法需要对共同侵权、共同危险、分别侵权的界分更为重视,处理更为精准。这是因为,《民法典》第 1171 条所规定的情形,即无意思联络的多因一果,是多人侵权最为常见的基本类型,共同故意与共同危险实属例外情形。但在侵权责任编具体侵权类型的条文中,《民法典》却又偏离了第 1171 条所确立的按份责任原则,规定了补充责任、相应的补充责任、不真正连带等其他责任类型,导致相关规范整体价值取向不一致、对内与对外关系的模糊,这也是侵权责任编司法解释草案主要针对这些情形加以补充规定的原因。相信这一领域的深耕,不仅可以发掘中德侵权法深层逻辑的不同,而且可以把审视的目光延伸到民法特别法中,进而推动中国法中多人侵权规则的体系化整合,对外国学者对中国法的批评给予必要回应。<sup>[147]</sup>

## 六 结论与展望

行文至此,笔者尝试从民法学界可能感兴趣的方面,对上述讨论加以总结,并在此基

[143] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 599 ff.

[144] Vgl. Wurmnest, in: Möllers/Li (Hrsg.), CZGB, S. 580–584.

[145] 参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注:侵权责任编》(第一卷),中国法制出版社 2020 年版,第 63、64 页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 32 页。

[146] 参见邹海林、朱广新主编:《民法典评注:侵权责任编》(第一卷),中国法制出版社 2020 年版,第 41、42 页。

[147] 有学者认为中国法处理共同危险,即择一因果关系(alternative causation)的方式落后于国际前沿水平,参见 Ken Oliphant, *Uncertain Causes: the Chinese Tort Liability Law in Comparative Perspective*, in Lei Chen & C. H. (Remco) van Rhee eds., *Towards a Chinese Civil Code: Comparative and Historical Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 397–398。但事实上,在中国的司法实践中,共同危险参与者一般都被判决承担按份责任,就此参见季若望:《〈民法典〉视域下共同危险行为规则解释论》,《法学家》2021 年第 4 期,第 118 页。

础上对中德民法学未来互动交流的方向,作出一个初步展望。

### (一) 德国学者眼中的中国《民法典》已有相当成就,创新之处仍有待时间检验

因为概念、规则与学说继受,中德民法学者拥有众多共同语言,也存在大量共识。但也应看到,在中德法律规范差异较大的身份法方面,德国学者的研究目前似乎仍然比较难以深入,在制度借鉴广泛的总则与物权领域,研究则更为顺畅。无论对体例安排、具体制度,还是价值取向,德国学者对《民法典》评价的主流之声是积极的,肯定了法典对于个体权利保护的加强。贯穿《民法典》各个分编的主要批评是针对弱势群体保护的力度不足,认为《民法典》更接近《德国民法典》刚问世时的状态,更强调私法自治,价值取向上更加靠近英美法,强调程序正义高于实体正义。在身份法领域,法典制定者并未充分回应中国社会结构的变化,意思自治实现的法律工具尚有欠缺。无论是接受还是驳斥这一看法,都会促使中国学者进一步反思国家干预与私法自治的关系。对于《民法典》体例与制度上的创新,德国学者没有急于给出自己的观点,而是认为来日方长,需要时间来验证这些做法是否能够成为他国所效仿的新范式。

### (二) 德国学者对《民法典》的评价力图客观,但亦不免偏颇

相对于以高度技术性与抽象性为特征的《德国民法典》而言,中国《民法典》无疑更易于理解,其中的优点、不足与缺失也更容易被发现。但是,尽管德国学者力图给出客观评判,《民法典》条文表述的俭省、规范之间体系关联的模糊、中德相同概念的不同内涵、对中国法实践了解的缺乏、路径依赖的局限等因素,都会导致德国学者论述中出现困惑甚至可能产生误解与误读。德国学者作为旁观者对《民法典》的观察,通常从其所熟悉的本国法出发,在评价切入点上倾向于选择那些最具德国特色的制度来进行比较,如妨害人责任、物权行为、无因原则、保护义务、原始与派生请求权,这些外部视角虽然催生了不少真知灼见,也为中国学者进一步的研究提供了线索,但其本身也具有一定主观色彩。这导致中国学者对外国评价的期待比较迫切的方面,可能不是德国学界感兴趣的点。中德关注点并不同步,使得德国学者的论述有时游离于国内读者的预期之外,不免产生不着痛点的感。在准合同与动产担保领域,中德交流还有进一步深入的空间。

### (三) 《民法典》在德国民法学界的被关注度有待提升

《民法典》颁布生效至今仅有两年多,判断其对外国立法、学术的影响还为时尚早。即便如此,仍然可以看到德国学者在其研究中,把《民法典》的内容作为论据加以援引,涉及的领域包括侵权法、人格权法、动产担保等。<sup>[148]</sup>当然,目前的状况还有待改观。如果中国学界有意提高中国法在德国的影响,有两个方面值得考虑。一是增加德语文献中对于中国法知识的供给。这一方面需要中国学者投身其中,另外也需要德国有一定数量的精通中文、熟悉中国法律的专业人才,能够把中国法的内容和理论介绍给德国同行,而这两个方面都存在制约因素。<sup>[149]</sup>特别是近几年德国中国法人才的后备力量出现大幅下滑,这

[148] See Thomas Kadner Graziano, The Purposes of Tort Law, 14 *Journal of European Tort Law* 23, 35, 38 (2023); Hoffmann, *Kreditsicherheiten und Sachbestandteile*, ZEuP 2022, 913, 915. 此外,还有不少关于个人信息保护的文章,因为数量较多,这里不一一列出。

[149] 具体参见卜元石著:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社 2021 年版,第 359-361 页。

种断层需要中德双方学者共同努力,及时推出应对措施予以解决。二是《民法典》的世界贡献尚待观察。《民法典》哪些内容具有前瞻性、开创性,真正解决了全球民法领域一直苦苦思索的难题,也值得中国民法学界进一步发掘。比如,中国绿色原则之所以吸引了众多国家学者的关注,也是因为其涉及的是一个紧迫的全球性问题。又如,《民法典》中动产担保意图以统一登记系统,高效地处理权利冲突,如果这一登记系统能够解决德国民法学界一直所诟病的问题,那么可以想见不仅是德国,而且其他国家也会以中国法为学习对象。目前国内对于德国法的研究多以借鉴德国法为目的,但从中国视角讨论德国法中的缺陷、不足的,比较鲜见。加强从中国法的视角讨论德国法的得失,一方面可以加深中国民法学界对德国法的全面认识和学习借鉴,另一方面也可为德国学界关注中国法提供契机。总之,一种具有可持续性、令人愉悦的学术交流关系,必定是平等与双向的。

#### (四)以理性心态对待德国法学的借鉴

法律与法学自主的发展与借鉴他国法律与理论之间的关系,是比较法学界历久弥新的一个话题。<sup>[150]</sup> 法律规范效力的地域性局限,决定了法学具有天然的内向性。以本国制定法和相关司法判决为对象的教义学研究,其所形成的认识很大程度都是地方性知识,具有强烈的自主性。正是因为如此,才有必要克服以实在法为导向的法教义学之局限,通过探索规范背后具有普遍性的原理,来增加法学的科学性。比较法是实现这一目标的重要手段。德国学者也是在欧洲法律一体化的进程中,通过与其他国家法律的对比,才更加深切地认识到本国法律的特色。对于中国而言,尽管《民法典》出台后,制定法的框架愈加细密,急剧挤压了规范借鉴的空间,而缺乏实在法规范的依托,理论继受的证成也愈发困难;但德国法学知识,只要其能够填补中国文献中的空白,就会源源不断传播到中国,发挥其潜移默化的影响。无论是寻找相应观点来佐证,或是援引支撑的论据对己方观点补强,还是探索解决中国问题的方案,德国的研究成果,只要其闪烁着智慧与理性的光芒,并与中国的理论和规则体系契合,都没有理由弃之不用。更重要的是,中国民法学界可以思考德国法学发达背后的机理,参考德国学界的法学研究方法,重视通过法律评注这一载体对法学知识的集成,进一步提高法学研究成果积累的效率。

最后值得一提的是,面对面的学术交流切磋是比较法研究中的重要一环,本文涉及的德文文献多为会议论文也证明了这一点。学术研讨活动为沟通构建了平台,中国学者的学术报告也为德国学者的研究提供了必要的前提,反之亦然。《民法典》的出台无疑为中德之间的学术交流注入了新的动力。展望未来,面对复杂多变的国际环境,中德学者需要以冷静务实的态度,通过互动增进彼此的了解与信任,促进法律文化间的交融。

[150] 就这一点,德语文献有大量的讨论。德国民法教师1999年年会的主题为纪念《德国民法典》诞生施行百年,为此会议邀请了多位来自瑞士、奥地利、希腊、芬兰、荷兰、韩国、日本、匈牙利等国知名学者来评价《德国民法典》对其所在国的影响。尽管在这些国家,德国民法影响可观、甚至是主导性的,但受邀学者大都指出,第一,尽管可能存在继受关系,但其民法规范更多是本土学术与实践的结晶,其民法典并不逊色于《德国民法典》,日本学者更是认为德日民法典为孪生姐妹、各美其美;第二,德国法只是影响本国法律的域外法之一,而且主要是在学术界发挥作用;第三,德国法学不可只专注自身,应该同样关注其他国家法学成果,避免目光狭窄。具体讨论参见《德国民法实务档案》(Archiv für die civilistische Praxis, AcP)2000年第3、4期。

## Chinese Civil Code in the Eyes of German Scholars: Insights, Confusions, Misinterpretations and Prospects

[ **Abstract** ] The promulgation of the Chinese Civil Code (CCC) is a milestone in the development of Chinese law and has also attracted the attention of foreign civil law scholars. German scholars have commented on the CCC from the perspective of structural arrangements, specific institutions and value orientations. In particular, legal figures with the most German characteristics, such as *Störerhaftung*, *acts in rem*, *Abstraktionsprinzip*, obligations of protection, and primary and secondary claims, are selected to compare with the CCC. Structurally, German scholars believe that the CCC has borrowed the Pandectic system but is still relatively thin in terms of the stock of norms. Some articles are too simplified and the use of references is too rare. Substantively, German scholars affirmed the establishment of basic principles in the General Part and the provisions on civil subjects, but questioned the approach to gross disparity. In the Book on Property, German scholars believe that although China generally adopts the Principle of Separation, it does not distinguish between an act of obligation and that of disposal. In the Book on Contracts, China's system of remedies for breach of contract is considered to follow a unitary approach. Specific performance is considered to be realized not through claims, but through civil liability; there is no fixed order in the availability of remedies. Protection obligations do not constitute a supporting concept of contract law. Regarding the compilation of personality rights in an independent book in the CCC, German scholars' views tend to be neutral. In the fields of status law, which has large differences in legal norms between China and Germany, it is difficult for German scholars to make in-depth comparisons. In terms of the Book on Torts, the CCC is deemed to be mainly a continuation of existing laws. In the eyes of German scholars, although the CCC is to a certain extent insufficient in protecting the weaker parties, it definitely stands at par with the existing civil codes. However, its innovative parts still need to be tested by time. Although German scholars try to give objective judgments, factors such as the parsimonious expression of the provisions of the CCC, the ambiguity of the systematic relationship between norms, the different connotations of the same concepts in China and Germany, the lack of understanding of Chinese legal practice, and path dependence have led to confusions, misunderstandings and misinterpretations in German scholars' discussions. Due to the divergence of the interests of Chinese and German legal scholarship, there is still room for further in-depth exchanges between China and Germany in the fields of quasi-contracts and chattel security that Chinese scholars are more concerned about. The promulgation of the CCC has injected new impetus into academic exchanges between China and Germany. Going forward, Chinese and German scholars need to create platforms for interaction with a calm and pragmatic attitude, in order to enhance mutual understanding and trust and promote the integration of legal cultures.

---

(责任编辑:余佳楠)