

債務不履行
—不完全給付之研究—

昭和2000年
十二月版

姚志明著

先照出版公司

債務不履行
-不完全給付之研究



姚志明著

德國哥廷根大學法學碩士、法學博士
國立中正大學法律學系暨研究所專任副教授



二〇〇〇年十二月

國家圖書館出版品預行編目資料

債務不履行：不完全給付之研究 / 姚志明著.

--修訂版, --臺北市：姚志明出版：元照

總經銷, 2000[民 89]

面; 公分

ISBN 957-97442-6-2 (精裝)

1. 債法

584.3

89015035

債務不履行—不完全給付之研究

2000年1月初版

2000年12月修訂版

作者 姚志明

出版者 姚志明

總經銷 元照出版公司

台北市館前路18號5樓

定價 250元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

ISBN 957-97442-6-2

【版權所有·翻印必究】

修訂序

本書初版之排印有許多錯誤疏漏之處，因而趁此再刷之時，加以匡正之。此次修訂之部分，主要以修正錯字及調整版面為主。雖筆者力求避免繆誤之發生，然而若仍有誤漏之處，則仍祈諸師長先進，不吝教誨。

自本書初版至此次之修訂版，元照出版社之紀秋鳳小姐不辭辛勞的協助處理出版相關事項，於此特表感激之意。此次修訂版，承中正大學法律研究所王志中同學及康育斌同學之協助校勘全文，併此誌謝。

吾妻郁珍除督促為本書之修訂、協助校對外，並設計本書之封面及徽章，對吾妻之辛勞，銘記在心，並特此致上感激之意。

姚志明 謹識

2000年10月10日

於中正大學法律系研究室

序言

本書之完成，首先要感謝先父與家母。若無其兩位老人家之應允筆者到德國求學，筆者也無法走上法律教學研究之工作。先父過世已近七年，憶及其與家母從小至大對筆者呵護疼惜之恩，為人子女者對此十二萬分之親情無以為報，僅以此書獻給其兩位老人家。自德國完成學業返國後，一直受到現任大法官蘇俊雄教授及前法務部長蕭天讚先生之提攜，於此並向二位長輩致上感激之意。

從事教學研究工作以來，對於研究教學方向與研習債法所遇爭議性問題，恩師邱聰智教授均不吝給予筆者指導。特別是恩師過去數年公務繁忙，然對於筆者法學疑惑問題之時常詢問，從不厭煩。恩師本身除對債法之研究造詣深厚，並為學術界所推崇外，為人做事一向嚴謹負責，且待人親切有禮。恩師此教誨之情，筆者銘記在心，於此特別致上感恩之意。

自筆者從德國返國教學以來，恩師林秀雄教授無論在教學研究之歷程或為人處事之態度上，一直給予筆者最大之協助與指導，使筆者獲益良多。從恩師之形影，筆者所看到的，不只是一位對身分法研究之博學之

士，亦是對晚輩之提攜不遺餘力之長輩。對恩師之情，筆者於此致上萬分之謝意。

此外，並感謝筆者民法債編之啟蒙恩師劉春堂教授。從事教學研究以來以來，有關債法上之問題，一直常受東吳大學林誠二教授之指教，教授不僅是位學識廣博之債法學者外，並且為敦厚之長者。而本書之內容又承蒙其指正，於此並致謝意。成功大學郭麗珍教授對本書，曾提供了相當寶貴意見，於此並向郭教授表達謝意。

在德國哥廷根大學(Universität Göttingen)求學期間，每學期一定去聽 Diederichsen 教授所講授之民法課程。對於 Diederichsen 教授教學認真之風範，體系分明之教學方法，返國數年後，仍常浮現腦中。碩士求學間，Diederichsen 教授曾口試筆者之民法，令筆者印象深刻的是，教授除打成績總分外，並對為時半小時之口試過程中，筆者所回答之內容逐一於書面講評，此為其他教授罕見之作風。對教授此治學處事嚴謹之態度，一直促進筆者對民法研究之動力。筆者追隨指導教授 Blaurock 教授研究時，教授對治學態度及研究方法之指導，使筆者獲益良多。於此，並向此兩位教授遙寄感謝之意。

中正大學法學院院長江義雄教授於筆者初入中正時，慨允債編總論課程之授課，筆者因而有更多之機會從事債法教學研究，於

4 序言

本書出版之際，對此並向院長表達謝意。

吾妻郁珍負責設計本書之版面，並對本書提供許多珍貴之建議。自相識及結婚至今十餘年來，其不斷地鼓勵照顧筆者，並照顧一對稚齡兒女。對吾妻過去之付出，於此，特別致上深切誠摯之感謝。

書中之立論，因筆者學疏才淺，謬誤疏漏在所難免，尚祈諸法學先進之不吝指教。

姚志明於中正大學法律系研究室

1999年12月15日

目錄

壹、前言.....	1
貳、不完全給付理論之發展史.....	4
一、不完全給付理論之起源-德國積極 侵害債權.....	4
(一) 積極侵害債權理論之起端、 定義及其演進.....	4
(二) 積極侵害債權之法律規範 基礎.....	10
1.德國之現行民法-法律漏 洞?	11
2.Huber 教授之債法修正建 議案.....	14
3.德國聯邦司法部 1991 年 之債法修正政府草案.....	18
二、不完全給付之定義與名稱之傳入 -德國積極侵害債權定義之修正.....	26

2 目錄

三、不完全給付之法律規範基礎.....	30
(一) 民法債編修正前之爭議.....	30
1. 學說上之見解.....	31
2. 實務上之見解.....	36
3. 本書之見解.....	43
(二) 民法債編修正後之規定-民法第二百二十七條.....	47
(三) 小結.....	48
參、不完全給付之成立要件.....	50
一、我國民法不完全給付要件之分析.....	50
(一) 通說之見解.....	52
1. 須債務人已為給付.....	53
2. 須給付不完全.....	54
3. 須可歸責於債務人.....	56
(二) 少數說之見解.....	56
1. 王澤鑑教授之見解.....	56
2. 黃立教授之見解.....	58
3. 劉孔中教授之見解.....	59
二、比較法之解析-德國積極侵害債權成立要件之分析.....	61

(一) 須存在一個債之關係.....	62
(二) 須違反法定給付障礙以外之 義務.....	62
1. 不良履行.....	62
2. 違反附隨義務.....	64
3. 違反契約履行後之義務.....	75
(三) 須可歸責於債務人.....	76
三、本書之見解.....	76
(一) 通說之不完全給付成立 要件分類之疑義.....	76
(二) 少數說之不完全給付成 立要件分類之審思.....	78
(三) 不完全給付成立要件 分類之新思考.....	80
(四) 新修正通過民法債編第 二百二十七條再修正之 建議.....	82
(五) 小結.....	85

肆、不完全給付之法律效果.....88

一、我國民法不完全給付法律效果

之解析.....88

(一) 尚能補正.....89

1. 拒絕受領及補正.....89

2. 遲延之損害賠償及補正.....90

3. 履行利益以外之損害賠償.....90

4. 違約金.....99

(二) 不能補正、補正無利益或

不補正.....101

1. 解除契約及替代之損害

賠償.....103

2. 履行利益以外之損害賠

償.....105

3. 違約金.....111

(三) 消滅時效.....112

1. 債編修正前.....112

2. 債編修正後.....113

(四) 舉證責任之負擔.....115

二、比較法之分析-德國之積極侵害

債權之分析.....	118
(一) 補正及違反義務之損害 賠償.....	119
(二) 全部不履行之損害賠償及 解除契約.....	121
(三) 消滅時效.....	124
(四) 舉證責任之負擔.....	125
三、本書之見解.....	126
伍、不完全給付與瑕疵擔保責任之關 係-以買賣與旅遊契約為例.....	127
一、瑕疵擔保責任之性質爭議.....	128
(一) 擔保說.....	131
(二) 履行說.....	131
(三) 本書之見解.....	132
1.瑕疵給付為依約履行債 務?	133
2.特別情形之規範-特定物 買賣與種類之債買賣之	

異同.....	134
3. 瑕疵擔保責任脫離債務	
不履行責任之色彩?	136
4. 學理爭議無價值?	137
5. 小結.....	139
二、瑕疵擔保責任規定與不完全 給付規定在適用關係之爭議.....	140
(一) 並存關係-通說.....	140
(二) 特別規定之關係-本書之 見解.....	142
1. 本質上之分析.....	143
2. 利益衡量之斟酌.....	145
3. 立法背景.....	150
4. 體系解釋與並存關係之 無法切合.....	152
5. 比較法解釋對並存關係 之探討.....	152
6. 小結.....	157
三、各種之債瑕疵擔保責任之 法律效果.....	157

（一）總論-給付瑕疵為不良履行 （違反給付義務）	157
（二）買賣	158
1.瑕疵擔保責任之規定	160
2.瑕疵擔保責任與不完全 給付責任適用上之關係	168
3.小結	174
（三）旅遊	177
陸、結語	183

壹、前言*

不完全給付於我國民法體系中，學界或實務上均承認其為債務不履行類型之一種。然其卻是債務不履行類型中，自債編於民國十九年五月五日（西元一九三〇年五月五日）施行以來，最受爭議之課題。受爭議問題，不僅涉及到其法源基礎為何（究竟我國有無明文規定），且有有關加害給付之法律效果之法律基礎亦為重點之一。此外，不完全給付，與民法各種之債的瑕疵擔保責任間之關係，亦為法律人於處理具體案例時，常覺得困惑之問題。我國學者論及不完全給付之概念時，常不諱言表示，我國不完全給付理論，係是受德國法儒 Staub 先生所創設之積極侵害契約理論（現今德國多數學者稱為積極侵害債權）所影響，並以之為立論依

本書之主要內容原刊登於法學叢刊第一七五期（八十八年七月）及第一七六期（八十八年十月）。原內容，乃以債編修正前之民法規定為論述中心。然為因應民國八十九年五月五日之民法債編新法施行，筆者因而乃修正原內容，改為單行本出版。於書中，除將文章內容順序作調整外，並改採新修正通過之債編內容為法源依據，並增訂補充或刪減一些資料。對於法學叢刊雜誌社之提供筆者發表論文之機會，於此筆者向法學叢刊雜誌社表示感激之意。

據。因而，德國之積極侵害債權實深深影響我國之不完全給付理論。不僅我國係如此，連同為大陸法系之日本，亦繼受了此理論，並於一九〇六年引進 Staub 之理論¹。

積極侵害債權 (positive Forderungsverletzung, 簡稱 pFV) 乃為德國實務界及學界通說所認為，於給付不能及給付遲延外，給付障礙 (Leistungsstörungen)² 之一種。此種給付不能及給付遲延外之第三種給付障礙之類型，自德國法儒 Staub 先生於一九〇二年提出之積極侵害契約之理論後，演變至今多數說所稱之積極侵害債權，儼然於給付障礙中之地位，已蔚為牢不可破了。依德國通說之見解，積極侵害債權之類型於德國民法中並無規定，其乃為法律漏洞，然已為習慣法所承認。九十餘年來德國學界對此課題之研討，可說已相當廣泛。並且實務上亦累積相當多之判決。就繼受德國民法之我國，

¹ 於保不二雄，日本民法債權總論，八七年，第一〇四頁以後

² 德國法所稱之給付障礙一語，係筆者自德文 *Leistungsstörung* 一語翻譯而來，此譯語係較近德文字面原意。然其概念則與我國債務不履行之概念相似，為求符合德國民法之文義，於闡釋德國法部份，則仍將以給付障礙一語稱之，於此先行說明之。

於參考彼國之文獻資料，當可增進對此相關問題之瞭解。換言之，於探討我國不完全給付之相關問題時，對德國積極侵害債權之認識，實有其必要。基於此，本書擬參照德國之制度，以促進我國對德國積極侵害債權之瞭解。

立法院於一九九九年四月二日三讀通過民法債編修正案。民法債編經此次修正後，於民法第二百二十七條對不完全給付設有明文之規定。從而，不完全給付將成為明文規定之債務不履行類型，並且其法律效果於瑕疵給付部分則為準用給付不能或給付遲延之規定（參閱民法第二二七條第一項）。至於加害給付，則亦有法源依據（民法第二二七條第二項）。於侵害債權人之固有益時，經此加害給付之明文規定，將可避免是否適用侵權行為之爭議。

我國債編修正後，雖以民法第二百二十七條為不完全給付之規定，然而從該條之立法理由觀之，其乃從債編修正前之通說見解為立法之依據，故就實質法律效果與債編修正前之變化不大。此時，正逢民法債編新規定將於二〇〇〇年五月五日正式生效之前夕，並且既然學說乃為立法之依據，因而本書擬結合新法，並