

深圳大学法学博士专著系列

A Comparative Study on System
of Leistungsstörungen

给付障碍体系 比较研究

● 王茂祺/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

深圳大学法学博士专著系列

A Comparative Study on System
of Leistungsstoerungen

给付障碍体系 比较研究



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

给付障碍体系比较研究/王茂祺著. —北京:法律出版社,
2006.8

(深圳大学法学博士专著系列)

ISBN 978-7-5036-6504-2

I. 给… II. 王… III. 赔偿法—法律体系—研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 084817 号

©法律出版社·中国

深圳大学法学博士专著系列

给付障碍体系
比较研究

王茂祺 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 胡欣

开本 A5

版本 2007 年 2 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京外文印刷厂

印张 8.5 字数 214 千

印次 2007 年 2 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6504-2

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

深圳大学法学博士专著系列编辑委员会

主任 叶兴平

委员 钟明霞 蒋慧玲 邹平学 黎 军 蔡元庆 张 英
刘 阳

顾问（以姓氏笔画为序）

崔卓兰 董立坤 高铭暄 马新福 肖斯塔科夫(俄国)
徐永康 王传丽 张文显 郑成思 曾令良 种明钊



内容摘要

所谓给付障碍 (Leistungsstörungen) 是指债务人不依债之本质履行债法上的义务。其对于违约责任来说有着十分重要的意义, 因为对于给付障碍的处理不同会导致违约责任的承担方式以及构成要件的不同。现在世界上各国的立法对于这个问题主要存在两种不同的立法例, 一种是二元结构立法, 一种是一元结构立法。采取二元结构立法一般是大陆法的一些国家, 而在英法国家以及一些国际条约中则采取的是一元结构立法。

二元给付障碍体系的特征在于将物之瑕疵担保责任外化于一般给付障碍体系之外, 形成一种不同于一般违约责任的合同责任。这种做法可以追溯到罗马法, 并借助法国法、德国法的影响力传播到了现今主要的大陆法国家和地区的立法之中。就连 2002 年改革后的英国法也吸收了这种做法的合理成分。

罗马法开创了给付障碍二元结构体系的先河。这种创造性成就的起点就是对于消费者、承租人等特殊对象的特别关怀。特别关怀的手段就是对于这些日常生活中最常见的交易制定特殊的规则, 为消费者、承租人等特殊对象提供更多的救济方式, 同时在责任的要件上给予适当地放宽。罗马法中找不到英国法中“买者自慎”的观念, 在衡量促进经济发展与维护社会公平的价值冲突的时候罗马法为大陆法国家开创了一个很好的先例, 可以说这种价值选择直到现代也没有过时。

罗马法的这种特征在法国法中得到了延续, 可以说法国法



比较完整地继承了罗马法的规定。法国法中的物之瑕疵担保的规定基本上是罗马法规则的翻版。而真正对于法国法一般违约体系产生重大影响的是法定的瑕疵担保责任。因为如果存在当事人明示或者默示的物之瑕疵担保,如果交付的标的物有瑕疵,适用的就是有关一般的违约责任。法国法中法定的物之瑕疵担保的规定与罗马法中的市政官告示的规定如出一辙,但是由于法国法在一般违约责任的规定与罗马法已不大一样,所以法国法中物之瑕疵担保责任的独立性呈现出了一些不同于罗马法的特征。如在救济的方式、救济的范围、解除权等方面就有了区别于罗马法的特征。

可以说德国人借助其抽象的思维方式将罗马法的规定加以了升华,这种升华不仅仅在于对物之瑕疵担保责任规则的设定上,还表现在了对于罗马法违约形态的归纳和总结之上。在物之瑕疵担保责任的规则方面,德国旧债法将其完全从一般给付障碍体系剥离了出来,在体系上做到了自我圆满,从而将罗马法的传统推到了极致,这是法国法都没有做到的。而在一般违约形态方面,德国旧债法根据罗马法中的一条法谚,将给付不能认定为给付障碍体系的核心概念,采用“扳道叉式”的原因分类法,按照违约的原因将违约形态分为给付不能、给付迟延两种。这种对于罗马法规定的升华使得德国法的二元给付障碍体系呈现出一种独特的风采。德国法为买卖、租赁及承揽合同制定的规则与履行不能、履行迟延以及积极侵害债权的规则完全不一样。瑕疵担保责任已经从一般的违约责任中外化了出来,形成了一种独立的合同责任形态。由此我们也可以看出,瑕疵担保责任的外化对于整个德国旧债法的给付障碍体系带来了极大的影响。由于有了瑕疵担保责任的独立性,对于违约而言,并不是在所有的情况下,违反合同的约定都会导致相同的违约责任。旧债法为不同的合同当事人提供了不同的救济方式和法律依据。也正因为如此,旧债法中的给付障碍体系无法涵盖所有的违约的情况,这就给德国的法院在司法过程中带来了极大的困难,这也就成为了德国修改其债法的主要原动力之一。



在2002年的债法改革中重要内容之一就是改变原先旧债法中给付障碍体系不合理的地方。改革派希望将“履行不能”这个容易引起争议的概念排除出给付障碍的核心领域,而引入“义务之违反”的概念,按照救济而不是违约的原因重新进行体系编排。其中最主要的一个目标就是“消灭买卖法上的特别担保权”,“买卖法上的物的瑕疵和权利的瑕疵的担保责任统一地停泊于一般给付障碍法这个船坞,并与其融为一体”。从结果看履行不能的概念可以说已经失去原先的核心地位,这一点与改革派的主张是符合的,但是在物质瑕疵担保责任的问题上,修改后的德国债法并没有完全消灭这种特殊的责任。

日本法虽然主要借鉴的是德国法,但是日本和我国台湾地区并不一样,并没有将德国法在给付障碍体系上的规则完全照搬,而是将德国法的规定乃至罗马法的规定加以了修改。在一般违约形态上,日本法接受了德国法的理论,将违约形态按照违约的原因分为给付不能、给付迟延和不完全给付。但是在瑕疵担保责任的问题上,似乎日本法中的权利瑕疵担保责任才更类似于德国法和罗马法,物之瑕疵担保责任可以说几乎淹没在了—般给付障碍体系之中。这也使得日本法的给付障碍体系在大陆法国家之中显得有些特立独行。

一元给付障碍体系的特征在于对所有的不同类型的违约都按照同一个标准加以衡量,而不问具体导致违约的原因。交付的物有瑕疵在这种情况下就属于一种一般的违约,处理办法与根本没有交付或者交付发生迟延的情况下的处理办法都是一样的。这种做法在英美法以及一些国际条约中很普遍,但是不可否认的是这些条约主要受到的是英美法的影响。

英美法之所以是一元给付障碍体系的代表是因为英美法对于违约的处理并不是按导致违约的原因而有不同的。一方面是因为早期英美法中欠缺有关法定的默示担保义务的规定;另一方面也是因为英美法对于导致违约的原因并不感兴趣。在合同遭到违反的情况下,英美法法官所要考虑的只是该违约违反的是“条件”条款还是“担保”条款。至于这种违约到底是由于给



付不能造成的,还是给付迟延造成的,还是交付的标的物有瑕疵,则没有多大的意义。虽然英国的《货物买卖法》和美国的《统一商法典》规定了法定的默示担保义务,但是对于这些义务的违反适用的是一般违约的规则,也就是说要用“条件”与“担保”的模式来衡量瑕疵给付。这样一来,物之瑕疵担保责任在英美法中就被完全归入到了一般违约责任之中,无论是构成要件,还是救济方式,二者都是一致的。这种状态一直到2002年英国对《货物买卖法》加以修改的时候才发生根本性的改观。

新修改的英国《货物买卖法》,在出现违反合同的情况下,首先应当考虑的是这种违约行为是否属于物之瑕疵担保规定的适用范围,如果属于,那么买受人可以为出卖人指定一个合理的期限,要求其修理或者更换货物,也可以要求减少价金和解除合同;如果不属于,就应当考虑当事人违反的条款是“条件”条款还是“担保”条款。如果属于“条件”条款,那么对方当事人就可以主张解除合同,并要求损害赔偿,如果属于“担保”条款,那么对方当事人就只能主张损害赔偿,或者要求实际履行。这就是现行的英国不完全统一的给付障碍规则体系。美国法虽然受到了英国法和德国法的双重影响,但是总的来说还是比较接近2002年之前的英国法。

相关的国际条约如1964年的《国际货物买卖统一法》(ULIS),1980年的《联合国国际货物销售合同公约》以及《国际商事合同通则》在给付障碍的问题上都与英美法的做法很类似,并不区分特殊的物之瑕疵担保责任。

通过对于两种不同立法例的比较,笔者认为罗马法的做法有其优越之处,将物之瑕疵担保责任独立于一般给付障碍体系之外才能在特定的情况下为最需要保护的对象提供更强有力的保护,我们要做的不是削弱这种独立性,而是摒弃一般给付障碍规则中陈旧的概念体系,不让一般给付障碍体系中的问题再来困扰物之瑕疵担保制度。英国也在借鉴这种做法。但是就给付障碍体系的划分来说,笔者认为对于一般给付障碍的划分还是英美法的“条件”与“担保”的这种思路更合理一些,不像德国法



中那样出现范围的冲突,虽然其本身也存在如何解释的难题。综上所述,笔者认为 2002 年改革之后的英国法才是更合理的立法例。这对于我国的相关立法是有借鉴意义的。



引言 给付障碍体系的“二律背反”

所谓给付障碍 (Leistungsstörungen) 是指债务人不依债之本质履行债法上的义务。换个角度说, 给付障碍是指债权人没有得到及时的清偿, 并且也没有清偿代用方式可以使用的情况。换个角度则可以将其表述得更具体, 即给付障碍是指债务人根本不履行、不及时履行或者不以负担的品质履行自己应为之给付, 或者指债务人在履行给付的范围内以其他方式侵害了债权人的利益。还可以换一个角度这样表述: 给付障碍是指因债务人或债权人的行为, 或者因其他的事由而使对债权人的正常清偿全部或一部受到破坏的情形。而根据《德国联邦政府债法现代化法草案说明》, 给付障碍在合同中是指一方当事人根本不履行、不完全履行、不正确履行、不及时履行、不在正确的地点履行或者以其他方式有瑕疵地履行合同的情形。^[1] 从上述不同的表述方式来看其实给付障碍的概念如果从正面的角度去描述的话常常会带来很不周延以及繁琐的印象, 但是如果从反面的角度来看, 可能会更加清楚一些。在合同中, 如果合同得到了全面的履行, 那么债权人的债权将因为获得完全给付而消灭, 只要不是这种情况, 其他所有的情况都应该属于给付障碍的范畴。

[1] 杜景林、卢湛: “德国新债法给付障碍体系重构”, 载《比较法研究》2004年第1期。



如果在出现给付障碍的情况下都适用相同的规则,那么问题就比较简单一些,只要针对不同的情形统一使用相同的规则就可以了,这样可以带来法律后果的确定性和可预期性,同时也为司法机关的裁决提供了便利。但是一些国家由于历史传统的原因并没有采取这种相对来说比较简便的办法,而是在不同的情况下制定了不同的规则,提供不同方式的救济,从而使得给付障碍的问题复杂化了。现在各国的规定在给付障碍方面可以分为两种体系,一种是一元体系,这种体系以 2002 年《货物买卖法》改革之前的英国法为代表,在出现给付障碍的情况下,英国法的法官首先要考虑的问题就是当事人违反的究竟是“条件”条款还是“担保条款”,如果违反的是“条件”条款,那么对方当事人就有权解除合同,并请求损害赔偿,如果违反的是“担保”条款,那么就应当适用“合同应当信守”的原则,不允许对方当事人解除合同,只允许基于违约要求损害赔偿,另外在这种损害赔偿仍然无法弥补其损失的情况下对方当事人还允许其主张实际履行。对于所有的违约适用的都是这个统一的规则,不论其属于完全不给付、给付迟延、瑕疵给付还是预期违约等。虽然英国法中也存在物之瑕疵担保的规定,但是首先在出现物之瑕疵担保的情况下英国法没有提供特殊的救济方式,其次在适用规则的时候仍然是“条件”与“担保”的规定,这样一来物之瑕疵担保的规定就没有取得其独立之地位,而被同化到了“条件”与“担保”的规范体系之中。这种做法在英国 1893 年和 1979 年的《货物买卖法》中最典型。另外一种就是二元体系,这种做法以罗马法、法国法和 2002 年债法改革之前的德国法为代表。根据修改之前的德国旧债法,在一些特殊的合同之中,德国的立法者为这些特殊的合同规定了一种特殊的制度,那就是瑕疵担保制度,这种瑕疵担保制度分为两个部分,一种是物之瑕疵担保,一种是权利之瑕疵担保。对于后者而言,德国法为其制定的规则并不是特殊的规定,其位置虽然是放在买卖法的规定之中,但是根据《德国民法典》旧债法第 440 条第 1 款的规定买受人的权利应当根据第 320 条至 327 条的规定加以确定,也就是说在出



现权利瑕疵的情况下适用的是债法总则之中有关双务合同的一般规则。所以权利瑕疵的问题并没有游离于一般的给付障碍体系之外,也没有对一般的给付障碍体系造成很大的影响。但是对于物之瑕疵担保,由于继受罗马法的缘故,德国法制定了相当特殊的规则。这些特殊的规则无论是从救济的方式来看,还是构成要件来看与一般的违约都是不一样的。这样一来,买受人、定作人、租赁人等只要基于合同法分则中的特殊规定就可以完全保护自己的利益,没有必要再去引用债法总则中的规定。物之瑕疵担保的这种特殊规定给德国旧债法中的一般给付障碍体系带来了巨大的影响,它已经外化于这个体系之外取得了其独立的地位,从而使得德国旧债法的给付障碍体系出现了二元化的特征。

虽然在给付障碍体系之上采纳一元体系的国家和采纳二元体系的国家的规则体系相互对立,但是无论是从规则的适用效果还是从法学界的态度来看,这两种体系都无法达到完美,也无法判断哪个体系更合理,只能说各有利弊。在这种情况下这些国家都修改了这种规范体系,有趣的是原先一直沿用一元体系的英国 2002 年在修改其《货物买卖法》时吸收了罗马法以及德国旧债法的做法,改成了二元体系,而原先一直沿用二元体系的德国在 2002 年却吸收了英国法的做法,极力想将物之瑕疵担保的特殊规则消除掉,从而统一一般的给付障碍体系。虽然这两个国家在这个问题上的轨迹总是方向相反,但是我们从中却可以看到一些共同的东西,那就是物之瑕疵担保制度独立地位的合理性。

可以说给付障碍体系的构建主要就是取决于一般违约形态和物之瑕疵担保责任之间的关系,所以本书将重点对几个典型国家和一些国际条约中的违约形态以及物之瑕疵担保责任的规定做出阐述和评价。



目录

内容摘要	1
引言 给付障碍体系的“二律背反”	1
第一章 给付障碍体系的二元结构	1
第一节 开创给付障碍二元结构体系的罗马法规定	1
一、罗马法中物之瑕疵担保的规定	1
(一) 买卖合同中的物之瑕疵担保规定	2
(二) 租赁与承揽合同中对物之瑕疵担保的规定	10
二、罗马法中的违约形态	11
三、罗马法中的物之瑕疵担保责任的特殊性	14
第二节 追随罗马法规则的法国法	16
一、法国法中物之瑕疵担保的规定	16
(一) 买卖合同中的物之瑕疵担保	16
(二) 租赁合同中的物之瑕疵担保	32
二、法国法中的一般违约形态与违约责任	33
(一) 解除合同与实际履行	33
(二) 损害赔偿	37
(三) 违约责任的排除	38
三、物之瑕疵担保责任的独立性	41
第三节 德国旧债法对罗马法规则的升华	43
一、德国旧债法中的物之瑕疵担保	43
(一) 买卖合同中的物之瑕疵担保	43



(二)租赁合同中的物之瑕疵担保	48
(三)加工承揽合同中的物之瑕疵担保	48
* 二、德国旧债法中的违约形态	49
(一)履行不能	50
(二)履行迟延	58
(三)积极侵害债权(积极违约 Positive Forderungsverletzung)	62
* 三、物之瑕疵担保规则的独立性对给付障碍体系 的影响	66
第四节 日本法对于德国旧债法二元结构的修正	73
* 一、日本法中的违约形态	73
(一)给付迟延	74
(二)给付不能	78
(三)不完全给付	81
* 二、日本法中的瑕疵担保规定	85
第二章 给付障碍体系的一元结构	88
第一节 德国新债法	88
* 一、修改的原因与经过	88
* 二、新的给付障碍体系——融瑕疵担保于“义务 违反”规定之中的尝试	90
(一)“义务违反”概念核心地位的确立和“给付 不能”概念的淡出	91
(二)损害赔偿请求权基础的统一	96
(三)契约解除的新规定	97
(四)减价权的新规定	99
(五)物之瑕疵担保责任的新规定	100
第二节 英美法	104
* 一、英美法中的物之瑕疵担保	105
(一)动产买卖中物之瑕疵担保规定的演进	105
(二)不动产买卖	130



(三) 动产租赁	132
(四) 不动产租赁	132
(五) 加工承揽合同	135
(六) 小结	136
※ 二、英国法中的违约形态——“条件”与“担保”	137
(一) 历史渊源——独立的(independent)与非独立(dependent)的允诺	137
(二) 条件与担保的出现	141
(三) 1893 年的英国《货物买卖法》	146
(四) 香港木材公司案	153
(五) 香港木材公司案之后的情况	156
(六) 萨哈夫诉布雷莫案(Cehave N. V. V. Bremer)	160
(七) 两种改革方案	168
※ 三、2002 年《消费者货物买卖及提供法》对于英国传统给付障碍体系的颠覆	169
※ 四、美国法中的违约形态	176
(一) 违反条件而造成的违约	177
(二) 履行迟延	180
(三) 积极的不履行	182
(四) 拒绝履行与预期违约	183
(五) 可归责于一方当事人的履行不能	184
(六) 小结	185
第三节 《国际货物买卖统一法》与《联合国国际货物销售合同公约》	186
※ 一、“不一致”	186
(一) 主观的不一致	189
(二) 客观的不一致	190
※ 二、“不一致”情况下的救济	196
(一) 更换与修理	197
(二) 解除合同	200
(三) 减少价金	204



(四) 损害赔偿	207
* 三、小结	208
第四节 《国际商事合同通则》	209
* 一、不履行 (Non-performance)	210
* 二、无法律依据 (Non-excused)	211
* 三、根本的 (Fundamental)	212
* 四、履行迟延 (Delay)	217
* 五、预期不履行 (Anticipatory Non-performance)	219
* 六、终止的通知 (Notice of termination)	220
* 七、另外的规定	221
* 八、小结	222
 第三章 两种给付障碍体系的比较分析及对我国 的启示	224
* 一、二元结构立法政策价值取向与弊端之分析	224
* 二、一元结构立法政策价值取向与弊端之分析	227
* 三、我国统一合同法中的物之瑕疵担保的规定	230
* 四、我国统一合同法中的一般给付障碍体系及 其违约形态	233
* 五、我国给付障碍体系完善	234
(一) 物之瑕疵概念的完善与扩张	234
(二) 物之瑕疵担保责任独立性的加强	241
 主要参考文献	243
* 一、著作类	243
* 二、论文类	248
* 三、英文资料	250
* 四、法典类	254
 后记	255



第一章 给付障碍体系的二元结构

二元给付障碍体系的特征在于将物之瑕疵担保责任外化于一般给付障碍体系之外,形成一种不同于一般违约责任的合同责任。这种做法可以追溯到罗马法,并借助着法国法、德国法的影响力传播到了现今主要的大陆法国家和地区的立法之中。就连2002年改革后的英国法也吸收了这种做法的合理成分。

第一节 开创给付障碍二元结构体系的罗马法规定

罗马法开创了给付障碍二元结构体系的先河。这种创造性成就的起点就是对于消费者、承租人等特殊对象的特别关怀。特别关怀的手段就是对于这些日常生活中最常见的交易制定特殊的规则,为消费者、承租人等特殊对象提供更多的救济方式,同时在责任的要件上给予适当的放宽。罗马法中找不到英国法中“买者自慎”的观念,在衡量促进经济发展与维护社会公平的价值冲突的时候罗马法为大陆法国家开创了一个很好的先例,可以说这种价值选择直到现代也没有过时。

一、罗马法中物之瑕疵担保的规定

罗马法在买卖、承揽等合同中规定了物之瑕疵担保责任。