

THE HARMONIZATION OF
CONTRACT LAW

整合中之契约法

陈自强 (Chen Ziqiang) 著

在契约法领域，法律之发展不仅在于调和当事人间之利益冲突，更应符合交易之实际需要，实现当事人之缔约目的。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

THE HARMONIZATION OF
CONTRACT LAW

整合中之契约法

陈自强 (Chen Ziqiang) 著



元
照
法
学
文
库



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2012-1352

图书在版编目(CIP)数据

整合中之契约法/陈自强著. —北京:北京大学出版社,2012.11
(元照法学文库)

ISBN 978-7-301-20955-4

I. ①整… II. ①陈… III. ①契约法-研究 IV. ①D913.03

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第154737号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权北京大学出版社出版发行
《整合中之契约法》,陈自强 著
2011年5月版,ISBN 978-957-41-7778-3

书 名:整合中之契约法

著作责任者:陈自强 著

责任编辑:王建君

标准书号:ISBN 978-7-301-20955-4/D·3138

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com> 电子信箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印刷者:三河市博文印刷厂

经销者:新华书店

730毫米×980毫米 16开本 18.5印张 287千字

2012年11月第1版 2012年11月第1次印刷

定 价:38.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

自序

台湾地区现行“民法”有总则、债、物权、亲属及继承五编,但无专为债权契约而存在之“契约编”,从台湾地区民法典体系架构而言,“契约法”并不存在。总则编法律行为章虽有极少数针对契约之规定,但其规范对象仍为抽象的“法律行为”或“意思表示”;债编第二章“各种之债”虽主要针对契约,但此乃有名契约权利义务关系之规范;债编第一章通则所规定之“契约成立”(第153条至第166条之1),仅为第一节五款债之发生原因之一款,第三节第四款“契约”(第245条之1至第270条)亦仅为债之效力之一。依循法典外在体系安排之传统法学教育,契约一般法律原则乃隐藏在法律行为论及债法一般理论中,不仅未成为民法立法者关注之焦点,也未成为财产法教育之重心。初习民法之法律人,无不苦于民法总则法律行为高度抽象之规定及理论。于债编课程之学习上,一般学生对侵权行为之理解似乎优于契约一般法律原则。债法各论则以其涵盖之条文数及内容之复杂性,终其大学法律学习,能熟悉法条之学生,并不多见,能真正掌握契约类型论之精髓,并理解债法各论有名契约类型在交易生活上扮演之角色者,应该更是凤毛麟角。

英美法向来无成文民法典,规范交易关系之判例法并不需要建立在抽象债之概念上,因而形成与侵权行为法鼎足而立之契约法体系。英美契约法因主要为判例法,依附在有名契约下、以制定法形态出现的任意规定(default rules),相较于欧陆成文法典国家或地区(civil law countries),乃寥若晨星,无论为大陆法系之有名契约或无名契约,英美契约法均一视同仁,主要以判例法补充并规整契约关系。

第二次世界大战后,深受英美契约法影响之世界契约法统一文件,逐一跃上规范交易关系之舞台。此所谓世界契约法统一文件,不仅止于具国际公法主体地位之国际组织所制定之具有国际法效力之条约、公约或

2 整合中之契约法

各种形态的国际协定,也包括或不具国际公法地位之国际组织所出版之模范契约、契约法原则。国际商会(International Commercial Chamber)所出版之信用状统一惯例(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits)实际上成为世界各国或地区规范信用状交易最主要之准则后,即使是传统之法律人也不得不面对国家或地区制定法之外之私法(Private law beyond the state)已悄然降临之事实。其他非国际公法组织,如国际顾问工程师协会(或译为国际咨询工程师联合会,简称 FIDIC)所出版的标准契约(The FIDIC Forms of Contract)通用于世界七十余国,广泛地为国际工程契约实务所采用,甚至各国或地区的工程实务,亦广为参酌援用。即使单纯的各国或地区内交易,交易界经由广泛使用定型化契约,极为详尽规范契约关系,大幅减少契约漏洞发生的几率,加上立法者对消费者契约内容之介入,软性的,如制定契约范本,硬性的,如公布定型化契约条款应记载及不得记载事项,使法律任意规定补充契约漏洞之机能日益萎缩凋零。

如依契约当事人主体之不同,将契约区别为双方商事契约、纯粹民事契约及单方商事契约(消费者契约),上述世界契约法之整合,主要仍局限在双方商事契约。1980 年《联合国国际货物销售合同公约》(United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods,简称 CISG)自 1988 年生效迄今,已有 74 国或地区批准或加入,被誉为有史以来最成功之契约法统一文件,其规范对象仍为双方均为商人之间商品买卖。然 CISG 不仅成为国际商品买卖之共主,对世界契约法之整合岂止于推波助澜,其揭橥之法律原则更引领世界契约一般法律原则之形成,可谓在波涛汹涌之世界契约法海洋中,竖立永不熄灭之灯塔。国际统一私法协会(International Institute for the Unification of Private Law,简称 UNIDROIT)于 1994 年通过,并于 2004 年扩编之《国际商事契约通则》(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,简称 PICC),以 CISG 为最主要参考资料,不仅受世界契约法学界瞩目,也被许多国家或地区之法院及仲裁实务援用及参考。

在欧洲,除上述世界契约整合之潮流外,欧洲更面临如何整合契约法以促进欧洲共同市场及单一市场货物、人员、服务及资本四者自由流通之目标课题。几乎与 PICC 之制定同时进行的《欧洲契约法原则》(The Principles of European Contract Law,简称 PECL),也以 CISG 为首要之借鉴对

象。1999年出版的PECL第一及第二部分,虽非欧盟官方之立法活动,而为单纯欧洲学术团体之研究成果,但因其优异之学术说服力,声名远播,享有崇高之国际学术声望,甚至为许多欧洲国家法院援用为判决依据。然而,欧洲契约法之整合并不以此而偃旗息鼓,相反,为处理日益膨胀之欧盟消费者契约法立法活动,欧洲各界不断思考是否须进一步整合消费者契约法,甚至制定欧盟之契约法与民法典。欧盟执委会在2005年委托“欧洲民法典研究团体”(Study Group on a European Civil Code)及“现行欧盟私法研究团体”(Acquis Group)草拟之《共同参考框架》(common frame of reference),2009年对外公开近7000页六大巨册之《共同参考框架草案》(Draft Common Frame of Reference,简称DCFR),实质上已勾勒出欧洲财产法典之内容,为欧洲契约法及民法学界投下震撼弹,迄今余波荡漾。

上述世界契约法统一文件,尤其是CISG、PICC及PECL所谓三大世界契约法统一文件,对20世纪90年代以后许多国家或地区契约法之制定与修正,经常发挥关键性之影响。中国大陆1999年《合同法》之制定,固不待言;2002年德国债编修正关于债务不履行之部分,世界契约法之影响乃德国债法现代化法重要参考素材,立法者在其立法理由中,不断提及上述三者之具体内容。远者不论,同处东亚之日本,2006年启动的债权法改正虽尚未修成正果,但从其于2009年出版的《债权法改正基本方针》以观,其关于债务不履行之修正,经常明示师法CISG,与契约法国际动向相调和乃债权法改正之契机,应可断言。

若上述观察正确,世界契约法正处于整合之阶段。反观台湾地区,似乎以不变应万变,许多法律人对世界契约法之大变局,浑然不知。台湾地区民法学界法律本土化之呼声,响彻云霄,判例研究的确也是促进法院实务进步所不可或缺,法律实证研究亦能使吾人更正确了解法律规范对象之事实关系及法律对事实关系规整之实态。事实上,在已有一定法学基础的台湾地区,比较法研究已非法学研究唯一选项。然而,法学研究如不欲受限于本国或本地区而完全与世隔绝,台湾地区契约法之发展若不欲划地自限,而希冀泉源活水源源不绝,则不仅比较法研究不能偏废,面对世界契约法整合之大势所趋,以国家或地区间实定法之比较为内容之传统比较法方法,亦有其局限性,并不能反映现今世界契约法发展之现状。本书撰写之目的,即在为自知深处于世界契约法整合变局之有志之士,提

4 整合中之契约法

供一愚之得。

本书虽非一气呵成之学术研究成果,但也非零星散落四处文章之大集合。全书各章均围绕在整合中之契约法之主题上。第一章“德国民法债编总论导读”乃个人受台湾大学法律学院之托,担任德国民法债编总论条文(《德国民法》第241条至第432条)翻译时,对债编总论之介绍,文章虽短,但也勾勒出德国2002年债法现代化之来龙去脉,有助于理解其后两章之论述内容。第二章“德国消费借贷之修正与债法之现代化”及第三章“从欧盟及德国代理商法看台湾地区民法之代办商”撰写之最主要目的,固然在借由德国消费借贷及代理商之介绍,彰显台湾地区债编规定之陈旧过时,另外,该二章均能让人清楚认识到德国债法之发展,大概已无法与欧洲契约法整合脱钩。此发展趋势即为个人所谓“区域性的契约法合流”,此与“全球性的契约法合流”均为世界契约法合流的表现,并形成国家或地区法律体系外之“超国家(或地区)私法体系”。

所谓“超国家(或地区)契约法体系”,指在区域性及全球性契约法合流下,既非制定法或判例法,亦非国际法之国际协定,却能对契约关系发生实际上规范作用之契约法统一文件(有概称为 soft law 者)。以下诸章即在探讨此等法律文件之存在意义与实用价值。第四章“整合中之欧洲契约法”及第五章“欧洲契约法发展之新动向”除回顾欧洲第二次世界大战后,在区域性整合之努力下欧洲契约法整合之经纬外,尚介绍对世界契约法发展产生或必将重大影响之 PECL 及 DCFR。第六章“国际商事契约通则在契约法源之地位”及第七章“FIDIC 工程契约条款在契约法源之地位”则将视野扩及全球性契约法整合,从法源论之观点,探讨 PICC 及 FIDIC 契约条款对契约纷争解决可能扮演之角色,借此省思并批判传统之法源论,重新检视契约法之法源。最后,第八章“Soft law 之形成——以国际海事委员会立法活动为中心”,乃个人与蔡英欣教授首次合作的产物,借由国际海事委员会立法活动,一窥 soft law 可能之发展轨迹及其影响力。蒙蔡教授同意将该文稿身本书,让读者也能分享其关于契约法之研究成果,在此谨致万分谢意。第四章及第五章之主要内容曾于2010年3月15日在蔡宗珍教授开设之欧盟法课程讲授;第六章关于契约法法源之论述亦曾公表于2008年9月27日北京大学法学院与台湾大学法律学院合办之学术研讨会;第七章之最基本之架构也在2008年11月1日台湾大学法律学院与寰瀛法律事务所合办之“两岸工程与法律学术研讨

会”宣读过；与蔡英欣教授合撰之论文，则系2010年3月26日台大法律学院企业与金融法中心主办之“展望企业与金融法制之新发展”报告。以上诸报告均增删改写为书面论文。

本书篇幅较长，对正文内容没有兴趣或无暇详读者，同样冗长之自序，或许能在短时间内提供了解本书梗概之必要资讯。在当今全球化契约法之新变局中，对自己之处境有一定之认识与体会，而欲一窥世界契约法发展趋势之读者，自序也许能收提纲挈领之效。野人献曝，自愚愚人，尚望高明有以教之是幸。又本书曾由台湾大学法学论丛编辑委员会呈请两位审查委员进行实质审查，通过后添列台湾大学法学丛书，对两位审查人细心审阅，并提供宝贵意见，由衷感谢。

陈自强

二〇一一年愚人节

于万才馆研究室

目 录

第一章 德国民法债编总论导读 1

第二章 德国消费借贷之修正与债法之现代化 11

一、导论 11

二、债编修正前消费借贷之规定 16

三、德国消费借贷一般规定之修正 21

四、德国消费者金钱借贷之修正 41

五、对台湾地区消费借贷现代化之启发——兼结论 62

六、后记——再修正之消费者借贷 79

第三章 从欧盟及德国代理商法看台湾地区民法之代办商 81

一、问题之说明 81

二、代理商指令下之德国代理商法 85

三、台湾地区民法之代办商及对代理商之规范 116

四、展望 136

第四章 整合中之欧洲契约法 138

一、前言 138

二、欧盟契约法领域之立法活动 142

三、欧洲契约法原则 149

四、结论 159

2 整合中之契约法

第五章 欧洲契约法发展之新动向 161

一、前言 161

二、欧洲契约法委员会以后之学术团体 163

三、欧盟机构对契约法统一之态度 166

四、共同参考框架草案 172

五、展望与启发 184

第六章 国际商事契约通则在契约法源之地位 193

一、问题之说明 193

二、契约法之法源 196

三、UNIDROIT 通则在法源中可能扮演之角色 208

四、展望 226

第七章 FIDIC 工程契约条款在契约法源之地位 228

一、问题之说明 228

二、工程契约之法源 232

三、FIDIC 契约条款在法源中可能扮演之角色 236

四、结论 246

第八章 Soft Law 之形成

——以国际海事委员会立法活动为中心 248

一、前言 248

二、国际海事委员会之成立与组织概要 249

三、国际海事委员会立法活动之变迁 251

四、几个值得观察之点 256

五、结论 261

参考文献 263

本书索引 275

第一章 德国民法债编总论导读

《德国民法》第二编“债之关系法”(Recht der Schuldverhältnisse)(第241条至第853条),相当于中国台湾“民法”(以下简称“民法”)之债编。称债之关系法者,乃着眼于债之内容,与“民法”称债编者,初无二致,与日本民法之债权编及瑞士之债务法,乃从债之主体观察债,虽略有所不同,但仅为观点之差异。

债之关系法主要规范目的为交易目的之实现、法益之保护及不当财产变动之恢复。当事人交易之内容若在移转物之所有权,或将所有权权能中之用益权能或价值权能一时让他人支配,基于物权行为独立性原则,物权之移转与定限物权之设定,均规定于第三编之物权法,债之关系法仅规定债之关系之发生原因、内容及其变动。德国民法相当于“民法”债之通则(Allgemeines Schuldrecht)之部分,规定于债之关系编第一章到第七章,乃以发生债权债务之法律关系,即债之关系之发生、内容、变更、消灭等为其规范内容。除第二章“因定型化契约而生之法律行为之债”(Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen)及第三章“约定债之关系”(Schuldverhältnisse aus Verträge)约70个条文,专以契约为适用对象外,其余规定理论上乃得适用于所有债之关系之共通规定,然而,实际上仍以适用于契约之情形为多。各种典型之交易类型,规定于债之关系法第八章各种债之关系(Einzelne Schuldverhältnisse)中(《德国民法》第433条至第853条)。法益之静态保护,主要由第二十七节之不法行为(Unerlaubte Handlung)(即“民法”之侵权行为)司其职;不当财产变动之恢复,则由第二十六节之不当得利法(Ungerechtfertigte Bereicherung)总其成。

从民法典之外观而言,中国台湾“民法”与德国民法最为接近,均采五编之构造,债编介乎总则编与物权编之间,后殿以亲属编与继承编,编

2 整合中之契约法

排顺序相同,与日本民法物权编先于债权编有所不同。但若仔细与“民法”债编相对比,具体而微之差异,即映入眼帘。依个人粗浅认知,《德国民法》向来被认为“民法”主要之继受对象,此种说法,至少就债编而论,并不精确。事实上,“民法”债编继受德国债编与《瑞士债务法》之程度,应不分轩輊。“民法”债编许多规定非参考《瑞士债务法》无法明其底蕴。首先,“民法”债编仅有通则与各种之债两章,与《德国民法》即有不同,此应为继受《瑞士债务法》之结果。其次,相当于“民法”契约之成立与代理权之授予之规定(第153条至第171条),《德国民法》均规定于民法总论(第145条至第157条、第164条至第181条);相当于“民法”无因管理、不当得利及侵权行为(法定债之关系)之规定(第172条至第198条),《德国民法》则置于第八章各种之债之尾,与“民法”立法例迥然有别。“民法”于债编通则第一节规定债之发生,显然系继受自《瑞士债务法》[《瑞士债务法》第一章第一节即为债之发生(Die Entstehung der Obligationen)]。此外,“民法”债编通则有关债之效力一节,亦应系受到《瑞士债务法》之影响[第一章第二节规定债之效力(Die Wirkung der Obligationen)]。

然而,此等差异乃法典编排顺序之不同,内容上未必大相径庭。另外一个法律体系安排的结构性的差异,却牵动实质内容者,乃在20世纪30年代私法体系法典化之过程,采纳瑞士之民商合一,而非德国、法国与日本等国之民商分立。因无独立之商法典,自然不可能有独立成编之商事主体与商事行为之规定,“商业登记法”及“公司法”固然有关于商事主体之特别规定,然因无商法典之故,无商人乃至商事辅助人的一般性规定,实务上极其重要之经理人及代办商唯有置诸“民法”债各(“民法”第553条以下)。商事行为一般规定亦付之阙如,唯有适用“民法”总则法律行为之一般规定,对德国民法所无之商事契约类型,如行纪、运送、承揽运送等,立法者唯有仿照瑞士之前例置于民法债编各种之债节中,与一般民事契约杂处一室。此外,若干本质上属于商事行为之特殊规定,因无商法典故,不得不规定于债编,“民法”第207条第2项复利禁止之例外规定及第305条、第306条关于营业合并之规定,乃其例证也。

除上述因素外,中国台湾与德国债编之间隙,更因德国2002年《债法现代化法》(Schuldrechtsmodernisierung)(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, vom 29. 11. 2001, BGBl. I 3138)之施行,益形扩大。债编

虽于1998年有大幅度修正,但主要仍为德国、日本学说判例之继受,及“最高法院”实务见解之明文化,且其所继受之德国学说,乃德国《债法现代化法》施行前即已存在者,而所继受之日本学说,依个人观察,更多为日本20世纪70年代以前继受并内化德国学说判例之部分。债编修正固然亦有回应本土法律问题解决重要实务见解之明文化,但总体而言,个人认为并不足以撼动债编之体系架构或使债编之价值判断产生重大改变,并未摆脱“民法”制定以来传统学说之框架。^[1]反之,德国债编修正虽非属洗心革面、颠覆传统之修正,但修正的深度、广度均不小,益发使债法之发展与德国渐行渐远。

德国债法修正虽然可以远溯至1978年联邦司法部部长Vogel在联邦众议院及第52届法学家年会抛出债编修正之议题,但使修正议题浮上台面,使立法者不得不正视者,系来自欧盟公布之一系列与债法有关之指令[或译为准则(Richtlinie、Directive)]。1994年以前欧盟之指令,如1985年7月25日《产品责任指令》^[2]、同年12月20日发布之《访问交易指令》^[3]、1986年《消费者信用指令》^[4]、1993年《消费者契约不公平条款指令》^[5]、1994年《分时分享指令》^[6]等,德国均以制定特别法之方式回应。1994年以后,转化指令之方式却有转折:如1994年为整合1990年6月13日《旅游指令》^[7],即直接在《德国民法》债编第八章第九节第2款增订关于旅游契约之规定(第651a条以下);为转化1997年《跨国汇款指

〔1〕关于台湾地区“民法”债编修正,参见陈自强:《法律行为、法律性质与民法债编修正》(上),载《台湾本土法学杂志》1999年12月第5期,第1—18页;陈自强:《法律行为、法律性质与民法债编修正》(下),载《台湾本土法学杂志》2000年1月第6期,第1—18页。

〔2〕Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC).

〔3〕Council Directive of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (85/577/EEC).

〔4〕Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit;修正版,Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC.

〔5〕Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

〔6〕Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis.

〔7〕Directive 90/314/EEC on package travel and holiday tours.

令》^[8],于《德国民法》债之关系法第八章第十二节“委任及其他类似契约”增订第2款“汇款契约”(Überweisungsvertrag)。然而,1997年《远距离交易指令》^[9]之转化,又回到1994年以前的老路,于2000年制定《远距离交易法》(Fernabsatzgesetz),他方面,以该指令之转化为契机,于民法增订第13条及第14条关于消费者及企业经营者之定义。

由此可知,德国在债编修正前转化欧盟指令之方式迭有变更,举棋不定。然直接促成德国立法者向债法现代化目标加速前进者,为1999年《消费者商品买卖指令》^[10]、2000年《电子商务指令》^[11]、2000年《支付迟延指令》^[12]三个指令。在转化时限之压力下,德国面临以下抉择:一如往昔,特别为履行转化义务针对各该指令制定特别法[此即所谓小改革(die kleine Lösung)];或将各该指令整合于民法典,并趁此机会翻修债编[即所谓大改革(die große Lösung)]。此二改革方向之天人交战,最主要关键在《消费者商品买卖指令》之转化。若指令之内容与债编规定无直接关系,或尚不至于对债编内容带来剧烈之变动,则以制定特别法方式处理,立法困难度较低,亦不至于造成法律适用之困扰。然因《消费物买卖指令》涉及买卖瑕疵担保及与给付障碍一般规定之适用关系,而买卖瑕疵担保,乃债法之核心问题,其转化极可能牵一发而动全身,动摇债编体系核心架构,小改革将使瑕疵与债务不履行问题之处理,有截然不同的两套体系。再者,如前所述,1994年以前关于消费者保护指令之转化,多以制定特别法之方式为之,但于民法之外,又有适用于消费关系之特别法,造成法律适用之割裂,危害法律之安定性,莫此为甚。从而,上述与债法有关的三个欧盟指令之转化,直接转化于民法,自为当时立法大势所趋。从而,立法者毅然决然大刀阔斧进行债法大改革,并趁机将以前散见各地之

[8] Directive 97/5/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997 on cross-border credit transfers.

[9] Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts-Statement by the Council and the Parliament re Article 6(1)-Statement by the Commission re Article 3(1), first indent.

[10] Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

[11] Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

[12] Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions.

债法特别法整合于民法典中。

在此背景下,德国债编修正有两大区块:

第一个部分系与债法有关之欧盟指令之转化及整合,其中,又可分为将为转化欧盟指令所制定之特别法整编到民法典中,及新的指令转化两个部分。债编修正被整合于德国债编之特别法为:

第一,《定型化契约条款规制法》[(AGB-Gesetz),1976年制定,现整合于第305条以下];

第二,《关于访问及类似交易之撤回之法律》[(Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften),1986年制定,现整合于第312条以下];

第三,《分时居住权法》[(Teilzeit-Wohnrechtgesetz),台湾地区学说亦有称为《分时分享契约法》或《度假村契约法》,1996年制定,现整合于第481条以下];

第四,《消费者信用法》[(Verbraucherkreditgesetz),1990年制定,现整合于债之关系编第八章第三节中];

第五,《远距交易法》[(Fernabsatzgesetz),2000年制定,现整合于第312b条以下]。

其中AGB-Gesetz之制定早于欧盟指令,2000年为转化欧盟1993年《消费者契约不公平条款指令》,对该法加以修正,其余诸法均纯粹为欧盟指令之转化。以上债编修正,牵涉之条文数目固然不在少数,但除上述三个尚待整合之指令之转化外,基本上仍属条文之移置,可谓新瓶装旧酒。

德国2002年债编修正的第二个区块,属于具有德国色彩之修正,受世界民法学界瞩目。在此修正区块,立法者在其立法理由中,不仅详述其学说判例之发展现状,更提及诸如《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)、《欧洲契约法原则》(PECL)、联合国《国际商事契约通则》(PICC)等国际统一法律文件之具体内容,可见债编修正受国际契约法发展之影响甚大。Teichmann教授于2003年访问中国台湾期间,关于德国债法现代化之演讲即不断强调国际契约法之影响,为德国《债法现代化法》之重要缘由。^[13]事实上,德国《债法现代化法》有两大议题:第一,欧

[13] Teichmann:《德国民法债编修正之重点》,林易典译,载《政大法学评论》2004年6月第79期,第115—169页。

盟指令之转化及其与民法典之整合;第二,《给付障碍(Leistungsstörung)法》之现代化。前者乃实现欧盟单一市场内人员、货物及服务自由流通的基本要求;后者除解决本土问题外,更企图在不失自主性之前提下,与国际契约法律发展大势相衔接。此二修法契机均非单纯本国法学说判例故步自封式之本土化,固不待言。立法者企图通过债编修正树立债法修正之新典范,企图至少在欧盟契约法乃至欧洲民法典统一之议论过程,能有更大的发言权,并发挥更大的影响力,不让《欧洲契约法原则》独占鳌头,专美于前。

关于第二部分之修正,又可分为三个部分:第一,民法总则消灭时效之修正;第二,给付障碍一般规定之修正;第三,买卖之修正。给付障碍(Leistungsstörung)之修正,无疑为讨论之焦点。给付障碍虽为德国法学界惯用语,但非法律用语,一般认为包括给付不能、给付迟延、积极侵害债权、法律行为基础之丧失及瑕疵等问题,与台湾地区法律人所常用之“债务不履行”概念,并不完全相同。从“民法”债编之观点,德国债编修正可分为三大类:

第一类乃修正后之法律状态,德国与“民法”债编大同小异者;

第二类乃分道扬镳之修正,除再度修正债编之规定,否则,中国台湾与德国债编形成无法跨越之鸿沟者;

第三大类别乃其修正固然导入崭新法律原则,但债编之规定仍留有解释与发展之空间,并未完全阻绝“民法”继续朝德国债编修正之方向发展。

第一类之修正,应以明文化积极侵害债权、缔约上过失(《德国民法》第311条第2项、第3项)及法律行为基础丧失及变更(《德国民法》第313条)等制度在实定法之地位最为重要。德国债编修正前,关于给付障碍,仅有债编通则所规定之给付不能、迟延及规定于各种债之瑕疵。《德国民法》刚刚施行,Staub即发现德国民法债务不履行体系有漏洞存在,为填补此漏洞而发展之积极侵害契约[(positive Vertragsverletzung),后称积极侵害债权(positive Forderungsverletzung)]理论,经学说判例发展而成为具有习惯法效力之制度。德国债编修正前,债务不履行遂由给付不能、给付迟延及积极侵害债权三个独立态样所构成。德国债编修正虽承认该理论,但并未将之列列为独立之债务不履行态样,而立法明文承认积极侵害债权理论最核心的要件:义务违反,并以此为债务不履行最重要的概念之

一,并将该制度吸收在许多个别条文中(《德国民法》第280、281、282、323、324条)。^[14]台湾地区债务不履行之态样,除法律明文规定的给付不能及给付迟延之外,尚有不完全给付,早成为台湾地区通说^[15],仅法条是否已有明文有争执。^[16]从中国台湾学说使用接近日本“不完全履行”之“不完全给付”,而非德文翻译之用语,中国台湾地区所购进之产品虽为德国品牌,但部分零件似乎在日本生产^[17],在中国台湾组装之产品更与德国、日本有若干差异。盖修正前通说将不完全给付分为瑕疵给付及加害给付两种,前者,依补正是否可能,类推适用给付迟延或给付不能之规定,至少瑕疵给付及加害给付之用语,甚少出现于日本学说;德国积极侵害契约(债权)要件中最关键的“义务违反”(Pflichtverletzung),至少在上述“最高法院”民庭总会决议中,并未强调其重要性。1999年债编修正乃将以上经若干本土化之制度形诸文字,立法明文确认不完全给付在债务不履行之地位,但也因轮廓不明,在与侵权行为、物之瑕疵担保及债务不履行一般规定等制度之竞合关系上,残留许多尚待厘清之问题。德国债编修正前,中国台湾与德国法律状态类似,此等问题之解决或许本可继受被继受国(德国)民法学说判例发展之经验,却因台湾地区原地踏步,而德国债编积极调整其债务不履行架构,使德国民法学说从堪为学说继受之对象,降为单纯比较法参考之对象,台湾地区若不愿亦步亦趋,唯有自求多福。

关于缔约上过失,德国债编修正前虽已有若干具体规定:错误撤销之损害赔偿(《德国民法》第122条第2项)、自始客观给付不能之损害赔偿(旧《德国民法》第307条)、无权代理人之损害赔偿(《德国民法》第179条),但并无一般原则之规定,经学说判例之努力,缔约上过失亦被发展为具有习惯法效力之制度,债编修正于《德国民法》第311条第2项、第3项确认先契约义务之存在,终使缔约上过失有成文法依据。台湾地区“民

[14] Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, München, 2002, XVI.

[15] 参见孙森焱:《民法债编总论》(下册),2000年修订版,第567页;此外,是否尚应承认给付拒绝作为债务不履行之态样,有争执,肯定说,参见郑玉波:《债总》,1978年第7版,第265页。

[16] 修正前旧第227条:“债务人不为给付或不为完全之给付者,债权人得声请法院强制执行,并得请求损害赔偿。”所谓之“不为完全之给付”是否即为不完全给付,学说有争论,文献参见王泽鉴:《不完全给付之基本理论》,载《民法学说与判例研究》(第3册),1981年版,第65页以下。

[17] 参见孙森焱,前掲书;郑玉波,前掲书,关于不完全给付说明所引用之日文文献。