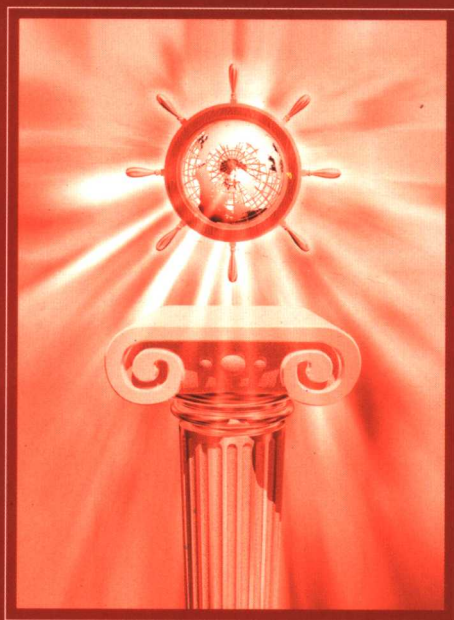


德国新给付障碍法研究

杜景林 卢湛 著

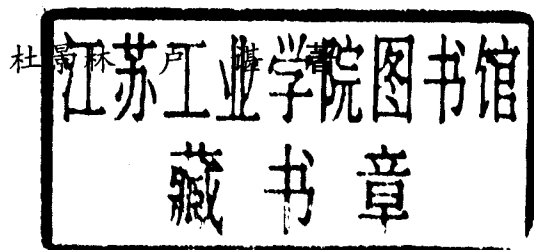


对外经济贸易大学出版社

对外经济贸易大学

“十五”“211 工程”建设成果

德国新给付障碍法研究



对外经济贸易大学出版社

(京) 新登字 182 号

图书在版编目 (CIP) 数据

德国新给付障碍法研究/杜景林, 卢湛著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2006

ISBN 7-81078-681-4

I. 德... II. ①杜... ②卢... III. 赔偿法 - 研究 - 德国
IV. D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 054899 号

© 2006 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

德国新给付障碍法研究

杜景林 卢湛 著

责任编辑: 汪友年

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 148mm × 210mm 6.125 印张 182 千字

2006 年 6 月北京第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-681-4

印数: 0 001 - 3 000 册 定价: 12.00 元

前 言

本专著所称的德国民法典新给付障碍法，是指《德国民法典》全新债法中的给付障碍法，更为确切地说，是指经由 2002 年《德国债法现代化法》（Schuldrechtsmodernisierungsgesetz）创设出来的、《德国民法典》中的全新面貌的给付障碍法；其在内容上限于《德国民法典》中的一般给付障碍法，原则上并不扩及于《德国民法典》债法分则中的特别给付障碍法。在这样一个框架体系之下，如果要论述德国的新给付障碍法，那么，自然应当以《德国民法典》新给付障碍法中的义务侵害或者称义务违反（Pflichtverletzung）这个可以涵摄一切给付障碍形态的统一基本构成作为全部论述的根本出发点，然后再在此基础上，分别论述各种具体的给付障碍形态以及以之为连结根据的法律效果。

然而另一方面也应当认识到，虽然德国的法律改革者对《德国民法典》中的债法进行了彻底的现代化改造，并因此赋予其一个全新的面貌，但在法律体系的二级层面上，仍然要求对给付障碍形态作出传统意义上的区分，故本专著在结构设计上，仍然采取了将那些经典的三选纪给付障碍体系与《德国民法典》中的新债法体系相结合的处理办法。当前在德国仍然有著名学者继续采用这种论述及思路，例如，《德国债法现代化法》的主要立法者之一、著名民法学者迪特尔·梅迪库斯（Dieter Medicus）教授撰写的《德国债法总论》，德国当代大型法典注释《施陶丁格民法典注释》和《慕尼黑民法典注释》^①的主要注释者

① 《施陶丁格（Staudinger）民法典注释》是德国最大规模的民法法典注释，其债法部分共有 28 卷；《慕尼黑民法典注释》（Mueko-BGB）是德国第二大规模的民法法典注释，其债法部分共有 4 卷，计 12 000 余页。另外，常见于我国国内学者著述之中的《帕兰特民法典注释》（Palandt），在世界同样具有极其崇高的地位，当前其已经达到的 65 版的这一版次数，就能够充分地说明这一点。这些注释采用立法的结构，极其详尽地引证法学著述和判例，是德国当代法学文献中的佼佼者。关于法典注释的地位，亦请参见〔德〕罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·C·莱塞著：《德国商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 59 页。

之一、著名民法学者福尔克·埃梅里希（Volker Emmerich）教授撰写的《德国给付障碍法》，以及原德国联邦宪法法院法官、著名民法学者汉斯·布洛克斯（Hans Brox）教授撰写的《德国债法总则概要》，全部都是采用的这种方法和思路。从中国法律与德国法律之间所具有的历史情结和现实联系看，从处在新旧法律之间转折点的重要位置和视角看，这样处理，至少是在现在似乎具有更大的可取性和适应性。

德国 2002 年的债法现代化固然有其内在的、深层次的原因，然而外在的和主观上的考虑同样值得人们去注意，这就是：跟从国际法律发展潮流，并同时在欧洲联盟的宽阔土壤上打造自己的房屋，栽植自己的梧桐树。至于此举是不是有些“特洛伊木马”的内涵意味，我们就不得而知了，但这似乎也没有那么重要，关键的是“发展才是硬道理”！

本专著第一章至第四章由杜景林撰写，第五章至第十章由卢湛撰写。应当说明的是，虽然著者已经做出了最大的努力，但仍然不可避免地存在这样或那样的不足甚至错误之处，敬请专家和学者批评指正。还应当说明的是，本专著与拙著《德国新债法研究》（中国政法大学出版社 2004 年版），同属于对外经济贸易大学“十五”、“211 工程”建设项目；在此，我们衷心感谢学校“211 工程”建设项目对本课题研究所给予的全部支持。

著 者

2006 年 4 月于北京

目 录

第一章 德国新债法给付障碍体系建构	(1)
第一节 给付障碍的概念及形态	(1)
第二节 给付障碍规定在《德国民法典》中的位置	(5)
第三节 德国新给付障碍法概述	(7)
第四节 《联合国买卖法》中的给付障碍法	(17)
第二章 “应当归责”	(21)
第一节 意义	(21)
第二节 基本规则	(23)
第三节 对履行辅助人的责任	(26)
第四节 合同上的责任限制	(28)
第三章 损害赔偿	(31)
第一节 总论	(31)
第二节 损害赔偿的一般要件	(33)
第三节 法律后果——简单损害赔偿	(36)
第四节 延迟给付的损害赔偿	(37)
第五节 替代给付的损害赔偿	(38)
第六节 无谓费用的偿还	(47)

第四章 解除	(48)
第一节 总论	(48)
第二节 解除的类型	(51)
第五章 给付不能	(56)
第一节 概述	(56)
第二节 给付不能对给付义务的影响	(59)
第三节 给付不能的次级层面问题——法律后果	(63)
第四节 给付不能对合同效力的影响	(68)
第五节 给付不能对对待给付义务的影响	(72)
第六节 给付不能示例	(78)
第六章 给付延迟	(93)
第一节 总论	(93)
第二节 迟延要件	(94)
第三节 单方债务关系上的迟延后果	(104)
第四节 双务合同中的迟延	(114)
第五节 不构成债务人迟延的给付延迟	(119)
第六节 给付延迟示例	(119)
第七章 其他义务侵害	(122)
第一节 总论	(122)
第二节 不良给付	(124)
第三节 保护义务的侵害	(128)
第四节 特论：积极侵害债权	(129)
第五节 其他义务侵害示例	(138)

第八章 缔约过失	(145)
第一节 总论	(145)
第二节 缔约过失责任的构成要件	(147)
第三节 与其他规范的竞合关系	(149)
第四节 缔约过失责任的法律后果	(151)
第五节 缔约过失责任的类型	(153)
第六节 第三人责任	(155)
第七节 缔约过失责任的学理归列	(157)
第八节 未预定给付是否可以构成合同接触	(158)
第九节 缔约过失示例	(158)
第九章 法律行为基础障碍	(163)
第一节 总论	(163)
第二节 法律行为基础丧失	(164)
第三节 法律行为基础自始欠缺	(168)
第四节 竞合	(169)
第十章 债权人迟延	(173)
第一节 总论	(173)
第二节 构成要件	(174)
第三节 法律后果	(178)
第四节 债权人迟延示例	(181)
主要参考书目	(182)

第一章 德国新债法给付障碍体系建构

第一节 给付障碍的概念及形态

一、给付障碍的概念

给付障碍^①（Leistungsstörungen）是一个德国法上特有的概念。据学者考察^②，这一概念是由德国学者海因里希·施托尔（Heinrich Stoll）先生于1936年在其大作《给付障碍学说》中首先提出来的。按照施托尔先生的见解，给付障碍是指在实现债务关系本旨时发生的阻碍和妨碍。后世学者一般都是在这个意义上使用给付障碍这一概念的。这个概念后来也被尝试着翻译成为英文，具体被译成为 irregularities of performance，从字面上看，当为“非常态履行”之意。给付障碍的内在涵义是指非正常状态之下的履行，故从这一角度观之，“非常态履行”这一英译当是较为理想的一种选择。但由于法律是直接建立在语言这个根本性基础之上的，因此，最为理想的选择当然是采取一种较为直接的处理方式，只有这样才能最大可能地保证概念体系的科学和完整，也

① 我国大陆民法学者以及我国台湾地区民法学者通常使用的债务不履行、债务违反、违约、违反合同债务、违反合同义务、合同债务不履行、履行障碍、履行障害，等等，大体上都应当归属于此一范畴。而其中的最后两个概念，即履行障碍和履行障害，虽然与德文术语“给付障碍”并不完全相符，但却是与之最相接近的术语。

② Vgl. Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band I, 1999, S. 3.

只有这样才能够最大可能地保证这个体系的持续稳定和长久发展。

然而德国当代著名民法学者福尔克·埃梅里希教授认为,仅仅是表现为单纯不履行的非常态情形,还不能构成给付障碍。^①也就是说,在实行一项债务关系的过程中,并不是所出现的一切情形的障碍都是我们通常所说的给付障碍:无论出现何种障碍,只要债务关系还能够按照原本构想的方式得到实行,即仍然能够通过“实际履行”或者称“实际地履行”(Naturalerfuellung = Erfuellung in Natur)得到实现,那么所出现的问题就不应当是给付障碍法范畴上的问题。在这样的一个考察维度之下,债权人请求债务人履行所负担的给付、甚至是以诉讼方式请求履行、又或者是依民事诉讼程序申请强制执行,都还不能构成所谓的给付障碍的问题。只有当债务关系的实际履行已经不能再不受限制地得到完成之时,所出现的问题才能真正地构成给付障碍的问题。如果所负担的给付现在仅能以明显的迟误得到履行、或者根本不能再得到履行,致使债权人意欲摆脱合同的束缚,又或者是请求损害赔偿,那么这就属于此种情形。显而易见,埃梅里希教授是以债务关系的当事人是否离开了“给付层面”为整体观察视角的,即无论动用何种手段,只要当事人还没有离开原本的给付层面,那么就不能构成给付障碍;而债务关系的当事人一旦离开了给付的层面,并且转而走向了次级层面,所出现的问题即应当以给付障碍论之。

在德国,也有学者不愿意使用给付障碍的概念,而更加倾向于使用“债务关系上的障碍”或者“债务关系中的障碍”(Störungen im Schuldverhaeltnis)。^②这是因为根据现代债法学理,债务关系不仅可以表现为给付的关系,而且同样也可以表现为保护的关系。从这一角度观察,给付障碍这一复合词中的“给付”一语,就显得有些狭窄和不足:其从根本上忽略了保护层面这一视角,也就是没有将那些至为重要的保护义务关系一并纳入到考察视角之内。正是出于这样一种考虑,有些

① Vgl. Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Auflage, 2003, S. 2f.

② Vgl. Hans Brox/ Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 29. Auflage, 2003, S. 200ff.; Eike Schmidt, Das Schuldverhaeltnis, 1. Auflage, 2004, S. 78.

“现代派”的学者更加愿意使用“义务侵害及其法律救济”（Pflichtverletzungen und Rechtsbehelfe）这样的完美表达。^①不世出的德国伟大民法学者卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）教授在其三卷本经典大作《债法教科书》中，更是独具匠心地融经典与现代为一炉而将这称之为“义务侵害与给付妨碍”（Pflichtverletzungen und Leistungshindernisse）。^②国际统一法及债法领域的著名学者彼得·施莱希特里姆（Peter Schlechtriem）教授更是认为，在德国债法现代化之后，作为上位概念，应当避免使用“给付障碍”，而是径行使用义务侵害或者称义务违反。这也应当是债法改革或者称债法现代化的本旨所在。^③

然而不论学者的见解和观念如何，在给付障碍这个术语问题上，可以较为肯定地说，在可以预见的时间长度之内，几乎不可能出现具有重大意义的变化和改变。应当看到，给付障碍并非立法用语，但却能够一直被使用到今天，这是因为其早已约定俗成，并且已经深入人心了。当初的积极侵害契约或者称积极侵害债权也存在着同样的问题，但正如拉伦茨教授所说的那样，无论积极侵害债权的用语有多么的不恰当、有多么的词不达意，要想用其他的概念取而代之，这几乎就是不可能的。^④

其实，给付障碍和义务侵害并不必然构成相互排斥的一对范畴：前者是债法中使用的一个上位概念，其在最为广泛的意义上可以涵摄社会生活中一切可能出现的障碍形态；而后者则是用来调整和规制给付障碍法体系的一种手段和方法。二者之间根本不存在矛盾的关系，而且从法制史的维度看，二者也从来没有存在过矛盾。1980年联合国大会在维也纳通过的《联合国买卖法》即《联合国国际货物销售合同公约》、国际统一私法协会于1994年制定的《国际商事合同原则》（Principles of International Commercial Contracts = PICC）（当前为

① Vgl. Peter Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2003, S. 267.

② Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, S. 275.

③ Vgl. Peter Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2003, S. 147.

④ Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, S. 368.

2004 文本) 以及欧洲合同法委员会于 1998 年制定的《欧洲合同法原则》(Principles of European Contract) 即《兰道原则》(Lando-Principles), 全部都是以义务侵害或者称不履行为调整进路的, 但这并不能够妨碍给付障碍这个概念的使用, 这是因为“《联合国买卖法》中的给付障碍”、“《国际商事合同原则》中的给付障碍”以及“《欧洲合同法原则》中的给付障碍”, 这样的称谓和表达总是能够使用的, 而且总是能够无障碍地使用的: 同贯行的法律传统一样, 给付障碍在这里仍然是指债务人完全不给付、不及时给付或者瑕疵给付等等情形。

在一个国家的民法法典之中, 建立完整的债法体系和赋予债法以完整的地位, 都需要给付障碍和给付障碍法这样的范畴作为支撑。道理很简单, 这一制度范畴能够帮助我们轻松地逾越合同债务关系与法定债务关系之间横亘的鸿沟。也就是说, 这是一个统率性的制度范畴。

二、给付障碍的形态

最为经典的给付障碍形态当为给付不能、债务人迟延和积极侵害债权(即积极侵害契约)。^① 但除此之外, 民法学说上通常也将下述各种障碍形态一并归入到给付障碍问题的范畴之列, 这就是: 法律行为为基础障碍(具体可以包括法律行为基础自始欠缺和法律行为基础嗣后丧失两种情形)、缔约过失和债权人迟延(又称受领迟延)。《德国民法典》债法分则中规定的不良给付(Schlechtleistung), 主要是指买卖、租赁和承揽中的物之瑕疵, 包括买卖、租赁和承揽供给合同中的权利瑕疵, 同样也属于给付障碍的范畴。

^① 过去人们通常或者说大多将目光锁定在给付不能、债务人迟延和积极侵害债权这种给付障碍法的三分体系上。这种对待方法虽然具有简洁和方便的功效, 也符合效益的思考, 但却有致命的缺点和不足, 就是忽略了债务人迟延并非为给付延迟的惟一形式这个问题。应当看到, 除三分的给付障碍形态之外, 还存在不可以归责于债务人的给付延迟以及在确定判决之后的给付延迟问题。前者见旧文本《德国民法典》第 275、291、292 条, 后者见旧文本《德国民法典》第 283 条和第 325 条第 2 款。从历史的角度看, 这种看法确实妨碍了人们对事物发展的认识。Vgl. Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band I, 1999, S. 11.

第二节 给付障碍规定在《德国民法典》中的位置

一、在《德国民法典》旧债法中的位置

在2002年1月1日之前适用的《德国民法典》旧债法中,关于给付障碍方面的规定既见于《德国民法典》中的一般债法即债法总则,也见于《德国民法典》中的特别债法即债法分则。前者即为我们通常所说的一般给付障碍法,后者则构成特别的瑕疵担保权法或者称特别给付障碍法。在旧文本《德国民法典》的债法总则之中,给付障碍的规定共有三处。它们分别是:

(1) 第275条至第304条,这是关于债务关系的一般性的给付障碍规定(allgemeine Leistungsstoerungsvorschriften);

(2) 第320条至第327条,这是关于双务合同(gegenseitige Vertraege)的特别规定;

(3) 第306条至第309条,这是关于自始客观给付不能(anfaengliche objektive Unmoeglichkeit)的规定。

在旧文本《德国民法典》的债法分则中,同样也有关于给付障碍的规定,主要见于第459条以下,这是关于买卖合同物之瑕疵担保责任的规定。

严格而论,旧文本《德国民法典》第306条关于“以不能的给付为标的的合同为无效”的规定并不属于给付障碍法范畴上的问题。这是因为,既然此种合同在《德国民法典》中被规定为无效,那么也就根本没有“给付”或者履行“给付”可言,从而也就根本谈不上“给付”障碍的问题。由于订约并没有促成合同的成立,故此,这里真正发生障碍的是订约而不是“给付”。如果非要使用“障碍”这样的用语,那么这里也是“订约发生了障碍”或者说“订约受到了妨碍”(gestoert ist der Vertragsschluss),而不是“给付发生了障碍”或者说“给付受到了妨碍”。之所以将这一规定放到给付障碍法中来处理,完

全是因为其与给付不能法密切相关。^①

二、在《德国民法典》新债法中的位置

从上文的论述中我们不难看出，旧文本《德国民法典》给付障碍法有一个十分引人注目之处，那就是这方面的法律规定是出现在《德国民法典》的不同位置之中的。在全新文本的《德国民法典》之中，也就是在 2001 年的德国债法现代化改革之后，这一“特色”一如既往地得到了保持。换言之讲，《德国民法典》中一般给付障碍法的新规定仍然是分布在法典的不同位置之中的，但这并非偶然所致，而是 2001 年《德国债法现代化法》的制定者为此付出巨大努力的结果。

具体言之，在新文本《德国民法典》的债法总则之中，给付障碍的规定见于：

(1) 第 275 条至第 304 条，这是关于债务关系的一般性的给付障碍规定；

(2) 第 320 条至第 326 条，这是对双务合同作出的特别规定，其中第 323 条以下是关于债权人解除权 (Ruecktrittsrecht) 的规定；

(3) 第 241 条第 2 款，这是关于附随义务 (Nebenpflichten) 的规定，更为确切地说，这是关于不与给付相关连的附随义务 (nicht leistungsbezogene Nebenpflichten) 的规定，也就是关于保护义务 (Schutzpflichten) 或者称顾及义务 (Ruecknahmepflichten) 的规定；

(4) 第 311 条第 2 款和第 3 款，其中第 311 条第 2 款是关于先契约债务关系 (vorvertragliches Schuldverhaeltnis) 的规定，而第 311 条第 3 款则是关于将第三人纳入债务关系 (Einbeziehung Dritter in das Schuldverhaeltnis) 的规定；

(5) 第 311a 条，这是关于在订约之时即已经存在的给付障碍的规定，也就是关于所谓的自始给付障碍 (anfaengliche Leistungshindernisse) 的规定；

(6) 第 313 条，这是关于法律行为基础丧失 (Wegfall der

① Vgl. Dieter Medicus, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2000, S. 145, Rn. 293.

Geschäftsgrundlage) 或者称法律行为基础障碍 (Störung der Geschäftsgrundlage) 的规定;

(7) 第 314 条, 这是关于因重大事由而终止继续性债务关系 (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) 的规定。

除此之外, 在新文本《德国民法典》的债法分则之中, 同样也有关于给付障碍的规定, 主要见于下述两个位置:

(1) 第 434 条以下, 这是关于买卖合同 (Kaufvertrag) 给付障碍的规定;

(2) 第 633 条以下, 这是关于承揽合同 (Werkvertrag) 给付障碍的规定。

在《德国民法典》的全新债法之中, 第 311a 条关于自始给付障碍的规定、第 313 条关于法律行为基础丧失或者称法律行为基础障碍的规定、以及第 314 条关于因重大事由而终止继续性债务关系的规定, 都不是真正的“给付”障碍问题, 或者说都不能构成真正的“给付”障碍问题。这是因为, 在第 311a 条的情形, 自始不能的给付因《德国民法典》新债法第 275 条 (这是关于排除给付义务的规定) 而不为债务人所负担, 因此也就谈不上“给付”的问题, 更加谈不上“给付”障碍的问题; 而在第 313 条和第 314 条之中, 涉及的则是恪守合同虽然对于一方当事人而言并非为不能, 而是不能够予以苛求的情形, 亦即这里同样也谈不上所谓的“给付”障碍的问题, 这里涉及的只是一个双方当事人利益的权衡问题。之所以要将这些规定放到给付障碍法中来处理, 主要是考虑到其与给付不能相关联, 或者在一定程度上与给付不能相接近而已。^①

第三节 德国新给付障碍法概述

一、以义务侵害为给付障碍的统一基本构成

在《德国民法典》全新面貌的一般给付障碍法之中, 处在核心位置

^① Vgl. Dieter Medicus, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, 2002, S. 145, Rn. 293.

的是“义务侵害”或者称“义务违反”这一概念。^①其原则上构成“义务侵害的损害赔偿”或者称“义务违反的损害赔偿”^②（Schadensersatz wegen Pflichtverletzung）的核心请求权基础，同时原则上构成在障碍情形下合同解除的核心请求权基础。在《德国民法典》新债法中，义务侵害或者称义务违反这一概念原则上涵盖一切种类的给付障碍形态。这也就是说，无论是给付延迟、还是瑕疵给付、或者是给付不能、又抑或是附随义务侵害，全部都在义务侵害或者称义务违反这一概念的统括范围之内。至于说义务侵害或者称义务违反究竟是出于何种原因，以及义务侵害或者称义务违反究竟具有何种法律后果，这些都不重要。在《德国民法典》的全新债法之中，义务侵害的概念同等地适用于主给付义务侵害、从给付义务侵害以及保护义务侵害。^③作为《德国民法典》新给付障碍法的核心连结根据，义务侵害取代了给付不能这一传统并经典的给付障碍范畴。从体系上说，这当然也是2001年德国债法现代化改革的一个根本性要求。^④

根据《德国联邦政府债法现代化法案立法理由书》的见解，《德国民法典》新给付障碍法中的义务侵害仅指“债务人不完成债务关系上的义务方案”^⑤（der Schuldner ist hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurückgeblieben），或者说仅指“在客观上与债务关系不相符的债务人的行为”（ein objektiv nicht dem Schuldverhältnis entsprechendes Verhalten des Schuldners），而并不涉及债务人是否也应当对该行为负责任的问题，这一问题只有在损害赔偿的框架范围之内^⑥始具有意义^⑦，也就是只有在债务关系的次级层面之上始具有意义。

① 见改革后文本《德国民法典》第280条。

② 因义务侵害或者称义务违反而请求损害赔偿之意。

③ 见改革后文本《德国民法典》第241条第2款。

④ Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Bundestagsdrucksache 14/6040, 2001, S. 84.

⑤ Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 134, li. Sp.

⑥ 见改革后文本《德国民法典》第280条第1款第2句。

⑦ Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 135, re. Sp.

然而应当指出的是,在《德国民法典》新债法给付障碍的基本构成之中和在基本构成之外,德国立法者又对个别情形作出了特别的调整 and 规定,但这并不能妨碍法律效果进路这一根本性的要求和建构。这主要是指因过失而延迟给付的情形:其得到了较为独立的调整,并且在一定程度上从统一方案的基本构成中脱离了出来。但应当看到,这只是在救济进路的基础之上作出的二级区分,而并没有离开救济进路。由于各种给付障碍形态在性质和特征上毕竟有所不同,因此,在二级层面上作出相应的不同处理和对待也是理所当然和无可厚非的。其实,仔细考察一下以法律效果进路著称的1980年《联合国买卖法》^①,这一问题的答案就已经清楚地呈现在我们面前了。

在出卖人不交货的情形,也就是在出卖人不履行交货义务的情形下,如果超出规定的交货时间已经构成根本性违反合同,那么买受人可以声明合同无效,即解除合同^②;如果买受人已经为出卖人指定了一个延展期间,并且所指定的期间已经届满而没有任何结果,那么买受人同样可以声明合同无效,即解除合同。^③而在出卖人不履行义务的所有其他情况下,特别是在交付货物不符合合同规定的情形下,买受人声明合同无效即解除合同的权利只是由合同侵害是否构成根本性侵害来决定。这也就是说,在此种情形下,买受人并不能采取指定延展期间的方式而将非根本性的合同侵害提升为根本性的合同侵害。然而在出卖人交付货物不符合合同规定的情形,也就是在出卖人不良给付的情形下,买受人的履行请求权是受到限制的,即只有在不良给付构成根本性合同侵害之时,始能够请求替代性交付^④;但在不交付的情形下,买受人的履行请求权并不受到此种限制。^⑤

可见,在实行法律效果进路的体系框架之下,义务侵害或者称不履

① Vgl. Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), 4. Auflage, 2004, S. 505f.

② 见《联合国买卖法》第49条第1款字母a。

③ 见《联合国买卖法》第49条第1款字母b。

④ 见《联合国买卖法》第46条第2款。

⑤ 见《联合国买卖法》第46条第1款。