

债务不履行

——不完全给付之研究

姚志明 ◆ 著

中国政法大学出版社

债务不履行

——不完全给付之研究

姚志明 ◆ 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

债务不履行:不完全给付之研究/姚志明著. - 北京:中国政法大学出版社,2003.4

ISBN 7-5620-0979-1

I.债... II.姚... III.债权法-研究-中国 IV.D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 030099 号

书 名 债务不履行
——不完全给付之研究

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 7

字 数 90 千字

版 本 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷

印 数 0 001 - 5 000

书 号 ISBN 7-5620-0979-1/D·929

定 价 18.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

作者简介

德国哥廷根大学法学硕士、法学博士
中正大学法律学系暨研究所专任副教授

修 订 序

本书初版之排印有许多错误疏漏之处，因而趁此再刷之时，加以匡正之。此次修订之部分，主要以修正错字及调整版面为主。虽笔者力求避免谬误之发生，然而若仍有误漏之处，则仍祈诸师长先进，不吝教诲。

自本书初版至此次之修订版，元照出版社之纪秋凤小姐不辞辛劳地协助处理出版相关事项，于此特表感激之意。此次修订版，承中正大学法律研究所王志中同学及康育斌同学之协助校勘全文，并此致谢。

吾妻郁珍除督促为本书之修订、协助校对外，并设计本书之封面及徽章，对吾妻之辛劳，铭记在心，并特此致上感激之意。

姚志明 谨识

二〇〇〇年十月十日

于中正大学法律系研究室

序 言

本书之完成，首先要感谢先父与家母。若无其两位老人家之应允笔者到德国求学，笔者也无法走上法律教学研究之工作。先父过世已近七年，忆及其与家母从小至大对笔者呵护疼惜之恩，为人子女者对此十二万分之亲情无以为报，仅以此书献给其两位老人家。自德国完成学业返台后，一直受到现任大法官苏俊雄教授及前“法务部长”萧天赞先生之提携，于此并向二位长辈致上感激之意。

从事教学研究工作以来，对于研究教学方向与研习债法所遇争议性问题，恩师邱聪智教授均不吝给予笔者指导。特别是恩师过去数年公务繁忙，然对于笔者法学疑惑问题之时常询问，从不厌烦。恩师本身除对债法之研究造诣深厚，并为学术界所推崇外，为人做事一向严谨负责，且待人亲切有礼。恩师此教诲之情，笔者铭记在心，于此特别致上感恩之意。

2 序 言

自笔者从德国返台教学以来，恩师林秀雄教授无论在教学研究之历程或为人处事之态度上，一直给予笔者最大之协助与指导，使笔者获益良多。从恩师之形影，笔者所看到的，不只是一位对身份法研究之博学之士，亦是对晚辈之提携不遗余力之长辈。对恩师之情，笔者于此致上万分之谢意。

此外，并感谢笔者民法债编之启蒙恩师刘春堂教授。从事教学研究以来，有关债法上之问题，一直常受东吴大学林诚二教授之指教，教授不仅是位学识广博之债法学者外，并且为敦厚之长者。而本书之内容又承蒙其指正，于此并致谢意。成功大学郭丽珍教授对本书，曾提供了相当宝贵意见，于此并向郭教授表达谢意。

在德国哥廷根大学（Universität Göttingen）求学期间，每学期一定去听 Diederichsen 教授所讲授之民法课程。对于 Diederichsen 教授教学认真之风范，体系分明之教学方法，返台数年后，仍常浮现脑中。硕士求学期间，Diederichsen 教授曾口试笔者之民法，令笔者印象深刻的是，教授除打成绩总分外，并对为半小时之

口试过程中，笔者所回答之内容逐一于书面讲评，此为其他教授罕见之作风。对教授此治学处事严谨之态度，一直促进笔者对民法研究之动力。笔者追随指导教授 Blaurock 教授研究时，教授对治学态度及研究方法之指导，使笔者获益良多。于此，并向此两位教授遥寄感谢之意。

中正大学法学院院长江义雄教授于笔者初入中正时，慨允债编总论课程之授课，笔者因而有更多之机会从事债法教学研究，于本书出版之际，对此并向院长表达谢意。

吾妻郁珍负责设计本书之版面，并对本书提供许多珍贵之建议。自相识及结婚至今十余年来，其不断地鼓励照顾笔者，并照顾一对稚龄儿女。对吾妻过去之付出，于此，特别致上深切诚挚之感谢。

书中之立论，因笔者学疏才浅，谬误疏漏在所难免，尚祈诸法学先进之不吝指教。

姚志明于中正大学法律系研究室

一九九九年十二月十五日

目 录

壹、前言	(1)
贰、不完全给付理论之发展史	(5)
一、不完全给付理论之起源—德国积极 侵害债权	(5)
(一) 积极侵害债权理论之起端、定义 及其演进	(5)
(二) 积极侵害债权之法律规范基础	(12)
1. 德国之现行民法—法律漏洞?	(12)
2. Huber 教授之债法修正建议案	(15)
3. 德国联邦司法部一九九一年之债法修正 政府草案	(20)
二、不完全给付之定义与名称之传入我们 ——德国积极侵害债权定义之修正	(28)
三、不完全给付之法律规范基础	(33)

2 目 录

(一) 债编修正前之争议·····	(33)
1. 学说上之见解·····	(33)
2. 实务上之见解·····	(39)
3. 本书之见解·····	(46)
(二) 债编修正后之规定	
——第二百二十七条·····	(50)
(三) 小结·····	(52)
叁、不完全给付之成立要件·····	(55)
一、现行民法不完全给付成立要件之分析·····	(55)
(一) 通说之见解·····	(56)
1. 须债务人已为给付·····	(57)
2. 须给付不完全·····	(59)
3. 须可归责于债务人·····	(61)
(二) 少数说之见解·····	(61)
1. 王泽鉴教授之见解·····	(61)
2. 黄立教授之见解·····	(63)
3. 刘孔中教授之见解·····	(64)
二、比较法之解析—德国积极侵害债权成立要件之分析·····	(65)
(一) 须存在一个债之关系·····	(66)

(二) 须违反法定给付障碍以外之义务	(67)
1. 不良履行	(67)
2. 违反附随义务	(69)
3. 违反契约履行后之义务	(80)
(三) 须可归责于债务人	(81)
三、本书之见解	(82)
(一) 通说之不完全给付成立要件分类 之疑义	(82)
(二) 少数说之不完全给付成立要件分类 之审思	(84)
(三) 不完全给付成立要件分类之新 思考	(86)
(四) 新修正通过“民法债编”第 二二七条再修正之建议	(88)
(五) 小结	(92)
肆、不完全给付之法律效果	(95)
一、我民法不完全给付法律效果之解析	(95)
(一) 尚能补正	(96)
1. 拒绝受领及补正	(97)

2. 迟延之损害赔偿及补正	(97)
3. 履行利益以外之损害赔偿	(98)
4. 违约金	(106)
(二) 不能补正、补正无利益或不补正	(109)
1. 解除契约及替代之损害赔偿	(111)
2. 履行利益以外之损害赔偿	(112)
3. 违约金	(119)
(三) 消灭时效	(120)
1. 债编修正前	(120)
2. 债编修正后	(121)
(四) 举证责任之负担	(123)
二、比较法之分析 - 德国之积极侵害债权 之分析	(127)
(一) 补正及违反义务之损害赔偿 请求权	(128)
(二) 全部不履行之损害赔偿及解除 契约	(130)
(三) 消灭时效	(133)
(四) 举证责任之负担	(134)

三、本书之见解	(135)
伍、不完全给付与瑕疵担保责任之关系	
——以买卖与旅游契约为例	(137)
一、瑕疵担保责任之性质争议	(138)
(一) 担保说	(141)
(二) 履行说	(141)
(三) 本书之见解	(143)
1. 瑕疵给付为依约履行债务?	(143)
2. 特别情形之规范—特定物买卖与种类之债 买卖之异同	(144)
3. 瑕疵担保责任脱离债务不履行责任 之色彩?	(147)
4. 学理争议无价值?	(147)
5. 小结	(150)
二、瑕疵担保责任规定与不完全给付规定在适用 关系之争议	(151)
(一) 并存关系—通说	(151)
(二) 特别规定之关系—本书之见解	(153)
1. 本质上之分析	(154)
2. 利益衡量之斟酌	(156)

6 目 录

3. 立法背景	(162)
4. 体系解释与并存关系之无法切合	(163)
5. 比较法解释对并存关系之探讨	(164)
6. 小结	(169)
三、各种之债瑕疵担保责任之法律效果	(169)
(一) 总论 - 给付瑕疵为不良履行 (违反 给付义务)	(169)
(二) 买卖	(170)
1. 瑕疵担保责任之规定	(172)
2. 瑕疵担保责任与不完全给付责任 适用上之关系	(181)
3. 小结	(186)
(三) 旅游	(190)
陆、结语	(197)

壹、前 言

不完全给付于我现行民法体系中，学界或实务上均承认其为债务不履行类型之一种。然其却是债务不履行类型中，自债编于一九三〇年五月五日施行以来，最受争议之课题。受争议问题，不仅涉及到其法源基础为何（究竟我们有无明文规定），且有关加害给付之法律效果之法律基础亦为重点之一。此外，不完全给付，与民法各种之债的瑕疵担保责任间之关系，亦为法律人于处

-
- 本书之主要内容原刊登于法学丛刊第一七五期（一九九九年七月）及第一七六期（一九九九年十月）。原内容，乃以债编修正前之民法规定为论述中心。然为因应二〇〇〇年五月五日之民法债编新法施行，笔者因而乃修正原内容，改为单行本出版。于书中，除将文章内容顺序作调整外，并改采新修正通过之债编内容为法源依据，并增订补充或删除一些资料。对于法学丛刊杂志社之提供笔者发表论文之机会，于此笔者向法学丛刊杂志社表示感激之意。

理具体案例时，常觉得困惑之问题。我学者论及不完全给付之概念时，常不讳言表示，我们不完全给付理论，系是受德国法儒 Staub 先生所创设之积极侵害契约理论（现今德国多数学者称为积极侵害债权）所影响，并以之为立论依据。因而，德国之积极侵害债权实深深影响我们之不完全给付理论。不仅我们系如此，连同为大陆法系之日本，亦继受了此理论，并于一九〇六年引进 Staub 之理论。^{〔1〕}

积极侵害债权（positive Forderungsverletzung，简称 pFV）乃为德国实务界及学界通说所认为，于给付不能及给付迟延外，给付障碍（Leistungsstörungen）^{〔2〕}之一种。此种给付不能及给付迟延外之第三种给付障碍之类型，自德国法儒 Staub 先生于一九〇二年提出之积极侵害契约之

〔1〕 于保不二雄，日本民法债权总论，一九九八年，第一〇四页以后。

〔2〕 德国法所称之给付障碍一语，系笔者自德文（Leistungsstörung）一语翻译而来，此译语系较近德文字面原意。然其概念则与我们债务不履行之概念相似，为求符合德国民法之文义，于阐释德国法部分，则仍将以给付障碍一语称之，于此先行说明之。

理论后，演变至今多数说所称之积极侵害债权，俨然于给付障碍中之地位，已蔚为牢不可破了。依德国通说之见解，积极侵害债权之类型于德国民法中并无规定，其乃为法律漏洞，然已为习惯法所承认。九十余年来德国学界对此课题之研讨，可说已相当广泛。并且实务上亦累积相当多之判决。就继受德国民法之我们，于参考彼国之文献资料，当可增进对此相关问题之了解。换言之，于探讨我不完全给付之相关问题时，对德国积极侵害债权之认识，实有其必要。基于此，本书拟参照德国之制度，以促进我们对德国积极侵害债权之了解。

“立法院”于一九九九年四月二日三读通过“民法债编修正案”。民法债编经此次修正后，于“民法”第二二七条对不完全给付设有明文之规定。从而，不完全给付将成为明文规定之债务不履行类型，并且其法律效果于瑕疵给付部分则为准用给付不能或给付迟延之规定（参阅第二二七条第一项）。至于加害给付，则亦有法源依据