

# 從繼受觀點看不完全給付 之生成發展\*

陳 自 強\*\*

## 要 目

- |                         |                       |
|-------------------------|-----------------------|
| 壹、問題之說明                 | 三、日本之不完全履行            |
| 貳、德國瑞士與日本之積極侵害債權        | (一)三分體系之確立            |
| 一、德國之積極侵害債權             | (二)完整利益之侵害與加害給付之概念    |
| (一)法律漏洞存在？              | (三)義務論之展開——二次繼受       |
| (二)不良給付                 | (四)日本學說對不完全履行之批判      |
| (三)其他義務違反               | 參、我國不完全給付             |
| 二、瑞士債務法                 | 一、債編修正前之法律繼受與學說繼受     |
| (一)債務不履行之類型             | (一)修正前第227條與瑞士債務法第97條 |
| (二)積極侵害契約與未依債務本旨履行      | (二)日本不完全履行理論之繼受       |
| (三)物之瑕疵擔保與不履行損害賠償請求權之關係 |                       |

\* 國科會研究計畫NSC 99-2410-H-002-156-MY3成果之一。

\*\* 臺灣大學法律學院教授，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：一〇一年一月九日；接受刊登日期：一〇一年五月十七日

責任校對：林嘉瑛

(三)德國附隨義務理論之繼受

二、債編修正及其檢討

(一)第227條之修正

(二)不完全說或義務違反說

(三)瑕疵給付之承認

(四)保護義務之承認?

三、不完全給付概念之再展開

(一)不完全給付之未依債務本旨

(二)結果債務與手段債務之區別

(三)結果債務給付提出卻未依契約  
本旨

(四)手段債務給付提出卻未依契約  
本旨

(五)單純保護義務違反

四、不完全給付規定之必要性

(一)從給付義務根本不履行

(二)與給付有關之附隨義務違反

(三)加害給付

肆、結 論

## 摘 要

一九九九年民法第227條之修正乃日本民法不完全履行理論學說繼受之結果，附隨義務概念之導入主要為一九八〇年以後留德學者之貢獻，附隨義務違反構成不完全給付並為最高法院所承認。從給付不完全掌握不完全給付本身，時有其窮。在結果債務，不良給付本身即為不完全給付所謂「未依債務本旨給付」，於其他情形，均為義務違反判斷之問題。

**關鍵詞：**不完全給付、積極侵害債權理論、瑕疵給付、加害給付、義務違反、附隨義務、學說繼受

## 壹、問題之說明

不完全給付成為我國民法學界關注之焦點，由來已久。戴修瓚及陳瑾昆二位留日學者，在一九三〇年民法制定後不久出版之債總教科書即論及不完全給付，認為不完全給付乃「債務人雖為給付，而其給付不合於債務本旨。」<sup>1</sup>自是而後迄一九九九年債編修正前，學說對不完全給付之理解，八九不離十<sup>2</sup>，最高法院亦無不同<sup>3</sup>。最高法院一九八八年第七次民事庭會議決議雖係為不完全給付與物之瑕疵擔保之關係及第264條同時履行抗辯權規定之適用而作，但其第二點：「出賣人應負不完全給付之債務不履行責任者，買受人得類推適用民法第二百二十六條第二項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。」決議內容，也確立不完全給付在債務不履行之體系地位及其法律效果。

<sup>1</sup> 陳瑾昆，民法通義債編總論，頁216，1930年；戴修瓚，民法債編總論，頁140，1930年。

<sup>2</sup> 孫森焱，論不完全給付，法官協會雜誌，2卷1期，頁1，2000年6月，更加上「違反信義與衡平之原則」；劉春堂，民法債編通則(一)：契約法總論，頁316，2006年，則有「致債權人受有損害」等字眼；其他文獻，參照，姚志明，回顧不完全給付制度於民法七十年來之發展，載：民事法理論與判決研究(一)，頁211註13，2009年。

<sup>3</sup> 最高法院73年度臺上字第4051號判決：「被上訴人既主張上訴人因簽發不實之出口公證報告，致伊受有損害，亦即上訴人雖為給付，但給付之內容並不符合債務本旨，是為不完全給付，屬於債權之積極侵害。」王澤鑑，不完全給付之基本理論，載：民法學說與判例研究(第三冊)，頁69-71，1981年，舉更早之最高法院66年度臺上字第2142號及67年度臺上字第2251號判決為證，認為實務早已承認不完全給付為債務不履行之一種；最高法院77年度第7次民事庭會議決議前最高法院其他判決之整理，參見，詹森林，不完全給付，載：民事法理論與判決研究(二)，頁132-135，2003年。

債編修正前不完全給付學說爭議焦點，並非是否應承認不完全給付為給付不能及給付遲延以外的債務不履行第三個獨立態樣，而為民法制定時第227條「不為完全給付」是否即為學說所謂之「不完全給付」，法律漏洞說、明文規定說及新的規範功能賦予說等學說各有堅持，僵持不下<sup>4</sup>。前述最高法院民事庭會議決議認為不完全給付應類推給付不能及給付遲延之規定，乃採法律漏洞說<sup>5</sup>。一九九九年債編修正改裝第227條使之成為不完全給付之明文規定，使上述論爭失所附麗。抑有其進者，修正前加害給付得否依不完全給付請求損害賠償之疑義<sup>6</sup>，也因債編修正於民法第227條增訂2項而塵埃落定，修正前通說主張不完全給付有瑕疵給付及加害給付兩種，也獲得債編修正立法者之肯認。債編修正後，不完全給付之法律依據雖不再成為問題，然關於不完全給付之研究並未因債編修正戛然而止，特別是不完全給付與物之瑕疵擔保之關係，更因最高法院二〇〇七年第八次民事庭總會關於承攬物之瑕疵擔保之決議再度成為學說關注之焦點，相關文獻讓人目不暇給<sup>7</sup>。此外，諸如給付拒絕是否為不完全給付之案例或應為獨立的債務不履行類型<sup>8</sup>？民

<sup>4</sup> 文獻整理，參照，姚志明，同註2，頁218-219。

<sup>5</sup> 王澤鑑，物之瑕疵擔保、不完全給付與同時履行抗辯權，載：民法學說與判例研究（第六冊），頁129，1991年5版；詹森林，同註3，頁139。

<sup>6</sup> 錢國成，不完全給付與瑕疵擔保，法令月刊，31卷10期，頁58，1980年10月，認為債權人僅得依侵權行為之法則請求損害賠償。依其見解，不完全給付僅有瑕疵給付，與通說認為加害給付亦為不完全給付之一種，壁壘分明；肯定說乃我國通說，參見，王澤鑑，同註3，頁81。

<sup>7</sup> 我國法學文獻論文標題同時出現「不完全給付」與「物之瑕疵」者，依個人有限蒐集能力所及即有13篇。最近論文，參見，詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院七十七年度第七次到九十六年度第八次民事庭會議決議，國立臺灣大學法學論叢，39卷3期，頁69-108，2010年9月。

<sup>8</sup> 參照，邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁78，2008年；姚志明，同註2，

法第227條之1是否為債務不履行共通的效力，抑或僅可能發生在加害給付之情形<sup>9</sup>？等等問題，及不完全給付與債務不履行一般規定、締約上過失、性質錯誤、侵權行為責任等等制度之關係，均不因債編修正而塵埃落定。

我國不完全給付之研究，在最高法院一九八八年第七次民事庭總會決議公表前，乃以德國Staub在一九〇二年所「發現」的積極侵害契約（positive Vertragsverletzung）理論為出發點之德國日本學說之繼受，目的在使不完全給付在我國債務不履行體系中取得一席之地。不完全給付經最高法院背書而得與給付不能給付遲延鼎足而立後，學說逐漸擺脫單純德國學說之介紹與繼受，而邁向以該決議之法律見解為基礎、實務案例為中心之本土化研究，關注焦點移轉為不完全給付與其他制度之關聯。此等議題之討論，乃以不完全給付制度本身具有明晰清楚之輪廓，並有明確之要件及效果為前提，然於瑕疵給付，債權人仍需依給付不能及給付遲延行使其權利，承認瑕疵給付為獨立於不能及遲延之債務不履行態樣，實益如何，不免令人起疑，此外，債權人完整利益之侵害，何以需在契約外損害賠償請求權外，另外承認加害給付，加害給付所能保護之完整利益伊於胡底，也有待釐清。準此以解，非唯不完全給付與其他制度之關聯有探討之價值，不完全給付本身更有研究之迫切性<sup>10</sup>。

---

頁234，二者均認為債編修正將「不為給付」刪除，使預示拒絕給付成為法無規定之漏洞。

<sup>9</sup> 即使在債編修正後，我國債編教科書亦有所謂「債務不履行之效力」之論述，強制執行及損害賠償為其內容，但加害給付以外之債務不履行態樣是否可能致債權人人格權受侵害，並未明示，關此，參照，孫森焱，民法債編總論（下冊），頁585-590，2010年修訂版；姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，載：民事法理論與判決研究（一），頁316，2009年，則明確主張給付不能亦會造成履行利益以外之損害賠償。

<sup>10</sup> 黃茂榮，債法總論（第二冊增訂版），頁406，2004年，註19：「該條修正後

本文研究之目的，乃從法律繼受與學說繼受之觀點，重新審視不完全給付制度本身，正本清源後，也許有助於耙梳整理與其他制度盤根錯節的關係。我國不完全給付成品之原料及配方，均自外國引進，更深入瞭解最有可能影響我國不完全給付發展的德國、瑞士及日本等國之法律狀態及學說發展，回顧我國不完全給付生成之脈絡軌跡，並觀察我國不完全給付制度之現在是否為唯一的抉擇，是否有所缺漏，對我國不完全給付乃至於債務不履行體系之建構，應該有正面且積極之意義。回顧之後也許才能真正的前瞻，若能因回顧而賦予不完全給付新的生命與力量，甚至勾勒出債務不履行未來之願景，更乃喜出望外者也。

## 貳、德國瑞士與日本之積極侵害債權

我國民法向來被認為屬於德國法系，債務不履行之一般規定之內容最接近一九〇〇年施行的德國民法，不完全給付一般也認為濫觴於一九〇二年德國Staub之積極侵害契約理論，故從繼受之觀點，首應理解德國積極侵害債權之現狀（下述一、）。此外，從繼受之觀點，瑞士債務法更不能視若無睹，蓋債編修正前第227條之規定，我國學者有認為係仿自瑞士債務法第97條<sup>11</sup>，再訪瑞士債務

---

之規定雖然消除了原規定中引人誤解的內容。但不僅還是沒有具體指出何謂不完全給付，而且就不完全給付與給付遲延和給付不能之關係亦未明文規定。」亦有類似的批判。

<sup>11</sup> 王澤鑑，同註3，頁72，並認為：「依瑞士債務法之立法資料及判例學說，該條係關於因可歸責於債務人之事以致給付不能之規定，與「積極侵害債權」（不完全給付）理論，並無關連。」王伯琦，民法債篇總論，頁164，1962年臺1版，認為：「吾民第二二七條既仿自瑞債第九十七條。惟瑞債無相當於吾民第二二六條之規定，故有第九十七條規定之必要。吾民既仿德民第二八〇條而有第二二六條之規定，又仿瑞民而有第二二七條之規定，似嫌多贅。」

法之發展，對我國不完全給付之未來，或許有一定啟發也未可知（下述二、）。此外，日本民法債務不履行之規定雖與德國及我國民法有相當差異，而比較接近法國立法例<sup>12</sup>，但我國民法之發展，依個人所知，在一九七〇年前殆為日本學說之介紹繼受及消化整理<sup>13</sup>，日本法之生成發展對掌握我國不完全給付之來龍去脈不僅有正面之意義，更有其必要（下述三、）。

### 一、德國之積極侵害債權

德國二〇〇二年債法現代化前，積極侵害債權為具有習慣法效力之法律制度，之後，則已冰消溶解於債務不履行一般規定中<sup>14</sup>。有鑑於積極侵害債權理論之發展，我國學說已有詳盡的介紹，德國債務不履行之修正要旨，也早為我國學者關切之對象<sup>15</sup>，以下僅賅述修正前後之法律狀態。

#### (一)法律漏洞存在？

##### 1. 德國民法制定時

積極侵害債權既然在填補被Staub發現的德國民法債務不履行體系之漏洞，積極侵害債權因而被理解為所有因故意過失違反義務（給付障礙）之案型，其既非給付不能，亦非給付遲延，亦不生物之瑕疵擔保責任者，為具有習慣法效力之給付障礙之第三種態

<sup>12</sup> 關於日本現行債務不履行體系，簡要說明，參照，陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，頁274-276，2011年。

<sup>13</sup> 陳自強，同前註，頁342-346。

<sup>14</sup> Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, Einführung, XVI.

<sup>15</sup> 關於德國債務不履行之修正，我國文獻，參照，黃立，德國新債法之研究，頁107-191，2009年；姚志明，德國民法債編修正介紹——一般給付障礙與買賣契約，月旦法學雜誌，99期，頁95-108，2003年6月。



樣<sup>16</sup>。然而，一九〇〇年施行的德國民法果真有漏洞存在？

事實上，無論從十九世紀末之法律狀態<sup>17</sup>或德國民法制定之過程，一九〇〇年德國民法第276條<sup>18</sup>係債務人因不履行及不良履行一般責任之規定，乃無庸置疑者也<sup>19</sup>。Staub理論出現之前，德國帝國法院承繼民法制定前之法律狀態，認為給付有瑕疵亦為契約違反，依第276條發生債權人之損害賠償請求權。積極侵害契約理論提出後，帝國法院雖注意到有此概念，但仍繼續引用第276條為損害賠償之依據，僅在少數案例類推適用修正前第326條關於契約解除之規定。聯邦最高法院成立後，法院才認為第276條僅為責任標準而非責任規定，情事方急轉直下，而使積極侵害債權成為德國民法遺漏之制度<sup>20</sup>。Staub之法律漏洞說不僅無視德國民法向來之法律傳統及民法制定之過程，其對德國民法之解讀更過於拘泥於文字（拘泥文字法學Buchstabenjurisprudenz），其後學者多不察德國民法制定史，人云亦云，在聯邦最高法院加持下，積極侵害債權方成為具有習慣法效力之制度。於今觀之，德國民法積極侵害債權之發

---

<sup>16</sup> Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 1993, § 35 I 3; Musielak, *Grundkurs BGB*, 2. Aufl., 1989, Rn. 129.

<sup>17</sup> 羅馬法古典時期盛期知法學者Julian主張出賣人不僅對木材有瑕疵及動物染有傳染病標的物價值減損負責，買受人使用該木材建屋房屋倒塌，或自己的牛因染病而死亡，對所有因給付標的物有瑕疵所生之損害（擴大損害）亦在買受人訴權（*actio empti*）之範圍內，參照，REINHARD ZIMMERMANN, *THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION* 310 (1996).

<sup>18</sup> 德國債編修正前第276條第1項：「除另有規定外，債務人對故意過失應負責任。違反交易上必要之注意者，為過失。第827條、第828條之規定準用之。」

<sup>19</sup> Schermaier, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II /1, 2007, §§ 276-278 Rn. 98.

<sup>20</sup> Schermaier, aaO., vor §§ 275 Rn. 87.

展雖不能說是誤入歧途，但亦非走投無路之唯一抉擇。

## 2. 債編現代化後

孫森焱在二〇一〇年最新出版之債總教科書依然認為：「債務不履行，除不能給付及遲延給付外，另有不完全給付，乃德、日及我國學者之通說。」<sup>21</sup>然德國二〇〇二年債法現代化後，不完全給付是否仍為德國現行法債務不履行第三個獨立的態樣，不無疑義。

一如債編修正前，Musielak認為債法現代化後，因債務人之事由而生之給付障礙，除未履行（不履行）及因故意過失而遲延提出給付（債務人遲延）外，尚有不良履行（Schlechterfüllung），氏所謂之不良履行不僅指債務人所提出之給付少於其所應提出者，尚包括債務人違反行為義務之情形<sup>22</sup>。Medicus/Lorenz則將Musielak所謂之不良履行區別為不良給付（Schlechtleistung）及附隨義務（保護及照顧義務）違反，並認為給付障礙除未為履行、給付遲延及不良給付外，尚有債權人遲延、給付困難無期待可能等六個情形<sup>23</sup>。依Brox/Walker，債之關係障礙可分為給付不能、給付遲延、不良給付、保護義務之違反及受領遲延<sup>24</sup>。上述學說關於給付障礙之分類，僅隨手可得者也。無論如何，德國債編修正後，向來債務不履行給付不能、給付遲延及積極侵害債權三分天下之態勢已被打破，立法者試圖以「義務違反」Pflichtverletzung為中心建構給付障礙法，已為眾所共認<sup>25</sup>，債編修正前具有習慣法效力之積極侵

<sup>21</sup> 孫森焱，同註9，頁564。

<sup>22</sup> Musielak, Grundkus BGB, 7. Aufl., 2002, Rn. 464.

<sup>23</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 2010, Rn. 334.

<sup>24</sup> Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl., 2006, § 21 Rn. 4. 認為法律行為基礎之干擾屬於廣義的給付障礙。

<sup>25</sup> 立法理由，BT-Drucks. 14/6040, S. 92, S. 133 f.; 並參照，Hadding, Leistungspflichten und Leistungsstörungen nach ‚modernisierterm‘ Schuldrecht, FS

害債權制度，則已分化溶解在新構成之給付障礙體系中，上述債法教科書關於給付障礙之分類，僅為論述之方便，而非基於法律體系觀點。就義務違反之種類而言，一般從義務是否與給付有關，可分為與給付有關（實現給付利益）及與給付無關之義務，給付不能、給付遲延及不良給付均違反與給付有關之義務，保護義務則與給付無關<sup>26</sup>。

## （二）不良給付

### 1. 債編修正前

德國積極侵害債權最重要之案型為不良給付<sup>27</sup>，通常指主給付義務之瑕疵履行，而不構成給付不能、給付遲延且亦不屬於債編各論瑕疵擔保規定規範對象者<sup>28</sup>。因積極侵害債權在填補法律漏洞，積極侵害債權不良履行案型因而適用於：第一，無瑕疵擔保特別規定之契約類型（如僱傭及委任）；第二，雖有瑕疵擔保規定但物之瑕疵擔保未規定之情形，依實務見解，買賣標的物瑕疵所致瑕疵損害優先適用買賣物之瑕疵擔保之規定，唯有在瑕疵結果損害，即給付義務之履行有瑕疵致履行利益以外其他法益之侵害（附隨損害或瑕疵結果損害），買受人方能依積極侵害債權請求損害賠償<sup>29</sup>。職是之故，德國學說多理解不良給付為因給付之瑕疵致債權人給付利益以外法益侵害之情形<sup>30</sup>。套用我國不完全給付之術語，德國積極

---

für Konzen, 2006, S. 64.

<sup>26</sup> Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), Rn. 341-350.

<sup>27</sup> Schlechtriem, Schuldrecht, Allegeimer Teil, 1992, Rn. 336將不良給付與積極侵害契約（債權）相提並論，其所謂不良給付乃廣義解；Fiktenstcher, Schuldrecht, 9. Aufl., 1997, Rn. 310則認為不良履行之用語較積極侵害債權（契約）為佳。

<sup>28</sup> Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., 1991, S. 218.

<sup>29</sup> Emmerich, aaO., S. 221.

<sup>30</sup> Musielak, aaO. (Fn. 16), Rn. 439; Jauernig/Vollkommer, BGB, 8. Aufl., 1997, §

侵害債權中不良履行案型，主要在處理加害給付，僅於債各無瑕疵擔保規定時，給付有瑕疵方構成積極侵害債權。

積極侵害債權之法律效果乃類推修正前第280條、第286條、第325條及第326條給付不能及給付遲延之規定，其中最主要之法律效果為債權人得請求賠償義務違反所生之損害，此請求權乃與債權人原定給付之請求權併存。然債務人是否有補正義務，使得應為之給付符合債之本旨<sup>31</sup>，個人認為尚待推敲<sup>32</sup>。此外，若義務違反危及契約目的及契約之實現，無法期待債權人繼續維持契約，債權人得拒絕原定給付而請求不履行之損害賠償（替補賠償）或解消（解除或終止）契約<sup>33</sup>。

## 2. 債編修正後

積極侵害債權制度雖因債法現代化而冰消瓦解於一般給付障礙體系中，且已失其作為損害賠償請求權基礎之地位，但不良給付之用語並未因而銷聲匿跡，使用反而愈發頻繁。不良給付在修正後依然指債務人提出給付之全部或一部不符合應有品質，第281條第1項第1句所謂「給付未依債務本旨」或第323條第1項所謂「給付未依契約本旨」學說即認為指不良給付<sup>34</sup>。因新法確立出賣人及承攬人均有給付無瑕疵之物之義務（德國民法第433條第1項第2句；第633條第1項），即使在特定物買賣，債務人所提出之給付全部或一部

---

276, Anm. 52-54.

31 此為姚志明，同註9，頁305，對德國債編修正前積極侵害債權法律效果之解讀。

32 至少在Jauernig/Vollkommer, aaO. (Fn. 30), Anm. 64-68關於積極侵害債權之法律效果之論述，債權人得請求補正並未被提及。

33 Westermann/Bydlinski, BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1999, Rn. 10/7.

34 Brox/Walker, aaO. (Fn. 24), § 24 Rn. 2.

不符合應有之品質，不僅構成物之瑕疵，亦為德國民法第280條第1項第1句所謂之義務違反<sup>35</sup>，且為與給付有關之義務違反。依第437條及第634條之規定，買受人或定作人以標的物有瑕疵主張解除契約、損害賠償或無益費用之償還，均依債總給付障礙一般規定。因不良給付基本上適用與給付不能或給付遲延相同之原則<sup>36</sup>，學說因而認為所有的有瑕疵的給付，結構上若不屬於給付遲延即屬於給付不能<sup>37</sup>。

無瑕疵之給付若自始不可能，且無法交付無瑕疵之物，則為自始、品質上一部不能，出賣人明知瑕疵除去不可能或可得而知者，買受人得依第311a條第2項請求損害賠償<sup>38</sup>；嗣後補正不能可歸責於出賣人時，買受人得依第280條第1、3項及第280條請求替代給付之損害賠償。反之，瑕疵除去若可能，買受人得請求補正（第439條），買受人若已定補正之相當期限但無效果者，亦得請求替代給付之損害賠償，即請求瑕疵損害賠償（Ersatz des Mangelschadens），使買受人在經濟上處於該物具有應有品質時應有之經濟狀態。

無論補正是否可能，債權人若能請求替代給付之損害賠償，瑕疵損害賠償之計算方法有兩種可能性：第一、保有瑕疵給付並請求有瑕疵及無瑕疵給付之價值之差額之損害賠償，若因給付有瑕疵而使債權人受有其他直接的財產上損害，如債權人對第三人因而負損害賠償義務時，亦得請求損害賠償。第二、瑕疵重大時，債權人得返還有瑕疵之給付而請求全部不履行之損害賠償，買受人得請求返

<sup>35</sup> Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 173.

<sup>36</sup> 第281條及第323條均將債務人不提出已屆清償期之債務及未依債之本旨並列為得請求替代給付之損害賠償及契約解除之情形。

<sup>37</sup> Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), Rn. 344-346.

<sup>38</sup> Dauner-Lieb, Im Labyrinth der Pflichtverletzungen, FS für Konzen, 2006, S. 64 f.

還價金，並得請求重購之差價、所失利益等<sup>39</sup>。不良給付若侵害債權人完整利益發生瑕疵結果損害時，債權人除得請求履行原定給付外，亦得請求損害賠償<sup>40</sup>。然與上述因不良給付而使給付價值減損或所失利益之損害賠償請求權基礎並不相同，前者為第280條第1項，後者則為第281條、第283條。依第284條之規定。此外，債權人得不請求替代給付之損害賠償而請求費用償還。

債權人請求不良給付所生之損害賠償，無論請求權基礎如何，均以可歸責於債務人為要件。除損害賠償及費用償還外，依第326條第5項及第323條第1項之規定，亦得解除契約<sup>41</sup>，契約解除不再以可歸責為要件，與債法現代化前迥然有別<sup>42</sup>。

### (三)其他義務違反

#### 1. 債編修正前

除主給付義務外，債之關係尚有從給付義務、附隨義務或保護義務及不真正義務等其他義務，乃德國民法制定後德國民法之重要發展<sup>43</sup>。若主給付以外其他義務並非立法者所謂之給付義務，且認為違反其他義務致債權人生損害時，亦應負賠償責任時，則不得不認為此類案型屬於積極侵害債權之案型。準此，德國積極侵害債權之案型，除不良履行外，尚有其他義務違反。德國學說與判例關於

<sup>39</sup> Brox/Walker, aaO. (Fn. 24), § 24 Rn. 15-18.

<sup>40</sup> 關於時效，學說則有爭執，參照，Kötz, Vertragsrecht, 2009, Rn. 1189.

<sup>41</sup> Brox/Walker, aaO. (Fn. 24), § 24 Rn. 26-35.

<sup>42</sup> 關於契約解除之要件，個人已另文詳述。

<sup>43</sup> 關於債之關係義務群，我國文獻，王澤鑑，債之關係的結構分析，載：民法學說與判例研究（第四冊），頁90-110，1982年；德國民法制定後債之關係之發展，詳參，Dorn, in: Historisch- kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II /1, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband 2007, § 241 Rn. 71-113.

其他義務之種類及分類，極不一致<sup>44</sup>。事實上，因契約關係之型態千變萬化，當事人利益狀態也形形色色，契約約定之義務亦日益詳盡甚至瑣碎，義務之歸類整理未必有其實際意義。然而，學說殆無不認為義務違反所侵害之法益為何，對積極侵害債權乃至於契約責任之構成有極為重要之意義。蓋完整利益之保護本為侵權行為法固有任務，若契約法也能保護完整利益，不啻契約責任之擴張，此時，如何正當化契約責任之擴張？其與侵權行為法之關係如何？均非如以契約法實現給付利益乃天經地義者也。從而，不良履行以外之積極侵害債權案型，德國學說最大的公約數乃分為實現給付利益之附隨義務之違反及義務違反侵害完整利益兩大類，前者乃確保契約依債務本旨履行，與契約目的之實現有關，學說對其他義務分類之爭議，其實也在乎於此，後者，與狹義契約目的實現無關<sup>45</sup>，即所謂保護義務違反案型<sup>46</sup>。

## 2. 債編修正保護義務之成文法化

債編修正前積極侵害債權可大別為不良給付及主給付以外其他義務違反，後者所謂義務又可分为與給付有關及與給付無關二者。債法現代化即以此學說最大公約數為基礎，在確立不良履行在債法之體系地位後，進一步將保護義務成文法化（第241條第2項、第311條第2、3項、第282條、第324條），與給付有關之附隨義務，立法者則認為為無明文規定之必要，其違反所生損害賠償請求權僅需適用第281條之規定即可<sup>47</sup>。

<sup>44</sup> 我國文獻，姚志明等，誠信原則與附隨義務——民法研究會第二十三次學術研討會記錄，法學叢刊，46卷4期，頁135-161，2001年10月。

<sup>45</sup> 若認為不侵害他方當事人之完整利益亦為契約目的所涵蓋，則保護義務與其他義務更不易區別，事實上亦無區別之必要。

<sup>46</sup> Musielak, aaO. (Fn. 16), Rn. 440即採此分類。

<sup>47</sup> 此亦為通說，vgl. Göschler, Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflich-

因可歸責於一方當事人之事由違反保護義務致他方受損害者，依修正後第280條第1項，得請求完整利益之損害賠償，此請求不影響原定給付請求權，金額不以履行利益為限<sup>48</sup>。若義務違反達到由債務人給付對債權人無期待可能性之程度時，依第282條得請求替代給付之損害賠償。抑有其甚者，依第324條之規定，保護義務之違反若無法期待債權人繼續維持契約時，債權人得解除契約<sup>49</sup>。

## 二、瑞士債務法

現行瑞士債務法之施行（一九一二年）雖晚於德國民法，但瑞士債務法並非全新立法，而為一八八一年通過、一八八三年施行之舊債務法之修正與補充<sup>50</sup>，受德國民法影響之處雖非烏有，卻不大重要<sup>51</sup>。瑞士債務不履行之規定是否曾受德國積極侵害債權理論而改頭換面，尚待進一步研究。

### （一）債務不履行之類型

瑞士債務法債務不履行一般法律原則，規定在第一編「通則」、第二章「債務之效力」、第二節「不履行之效果」（die Folgen der Nichterfüllung）（第97條到第109條）。「不履行效果」節又分為A「未為履行」（Ausbleiben der Erfüllung）及B「債務人

---

ten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht, FS für Konzen, 2006, S. 120.

<sup>48</sup> Brox/Walker, aaO. (Fn. 24), S. 295.

<sup>49</sup> 德國聯邦政府草案除無期待可能性外，尚要求重大義務違反，後被國會法律委員會刪除，蓋此完全可被期待可能性吸收，無獨立之意義，關此，參照，Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 135.

<sup>50</sup> 關於瑞士債務法，陳自強，代理權與經理權之間——民商合一與民商分立，頁271-273，2006年。

<sup>51</sup> Kramer, Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 200 (2000), S. 365, 372.



遲延」兩個部分，該節並未有相當於我國民法第226條之規定。類似我國民法第225條、第266條之規定，現身在第三章「債務之消滅」中（第119條），契約內容不能，則與契約內容違法或違背公序良俗，規定在第一章「債務之發生」、第一節「契約之成立」中（第20條）。

從此法典規定之形式而言，瑞士債務法與德國民法有顯著差異，瑞士債務法債務不履行是否一如德國民法有給付不能、給付遲延及積極侵害債權三個態樣，不無疑義。Bucher認為不履行涵蓋給付遲延、因故意過失之給付不能、給付提出但未依債務本旨及違反契約之不作為義務四種態樣<sup>52</sup>；Schwenzer認為不履行之型態除給付不能及給付遲延外，尚有nicht gehörige Erfüllung（未依債務本旨履行）或Positive Vertragsverletzung（積極侵害契約）<sup>53</sup>；Berger主張在此三者外，尚可能給付之不履行亦為給付障礙之類型<sup>54</sup>。問題之關鍵在於瑞士債務法第97條第1項之解讀：

瑞士債務法第97條：「債務根本無法履行或無法依債務本旨為履行者（Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden），債務人若無法證明其無故意過失時，應賠償因此所生之損害。（第1項）<sup>55</sup>強制執行，依1899年4月

<sup>52</sup> Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1988, S. 334.

<sup>53</sup> Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2006, Rn. 67.01; Guhl/Merz/Koller, Das Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Aufl., 1991, S. 222.

<sup>54</sup> Berger, Allgemeines Schuldrecht, 2008, Rn. 1488-1494.

<sup>55</sup> 鄭玉波，民法債編總論，頁285，1962年，頁285之翻譯：「怠於義務之履行或其履行不適法時，債務人非證明自己無有過失之責任，即負賠償因此生損害之義務。」1987年鄭玉波受當時司法行政部民法研究修正委員會委託之翻譯為：「債務人對於債務完全不履行或不為完全之履行者，對於因而發生之

1日債務清理法與破產法之聯邦法律及2008年12月19日民事訴訟規則（ZPO）之規定。（第2項）」之規定，早期學說雖有主張乃針對給付不能之規範，*nichtgehörige Erfüllung*僅指一部不能者<sup>56</sup>，然現在通說認為瑞士債務法第97條第1項係揭櫫契約違反一般基本原則之規定，即債務人對契約違反若無法證明自己無故意或過失，則須負損害賠償責任<sup>57</sup>。該條所謂債務根本無法履行*Nichterfüllung*，指嗣後、客觀或主觀、法律或事實、部分或全部、永久、有故意過失之給付不能<sup>58</sup>。不依債務本旨履行原本涵蓋給付遲延在內之給付不能以外所有契約違反之態樣，但立法者依循普通法時代之傳統，就給付遲延設有特別規定（第102條至第109條），故*nichtgehörigen Erfüllung*應指既非給付遲延亦非給付不能之所有契約義務違反之情形<sup>59</sup>。*Wiegand*也主張債務人因故意過失違反契約義務，除給付遲延有特別規定外，均得以第97條第1項為請求權基礎，給付不能與未依債務本旨為履行規定在一個條文中，乃因二者均為因故意過失違反契約義務，無論如何進一步區別債務不履行態樣，事實上均為違反契約義務，*Wiegand*因而認為債務不履行態樣之類型化固然有助於掌握債務不履行之結構，但因其概念均有流動性且具爭議性，故宜謹慎為之<sup>60</sup>。

---

損害應負賠償之責，但債務人能證明該損害非因其過失者，不在此限。」

<sup>56</sup> Schmid, in: Basedow (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, 2001, S. 1022；此似乎亦為我國學者對瑞士債務法第97條第1項之認識，參見，王澤鑑，同註3，頁72。

<sup>57</sup> Bucher, aaO. (Fn. 52), S. 334, N. 25; *Wiegand*, in: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 1992, Art. 97, N. 1.

<sup>58</sup> AaO., Art. 97, N. 7.

<sup>59</sup> Berger, aaO. (Fn. 54), Rn. 1733; Kälin, *Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR*, AJP/PJA 2007, S. 1339.

<sup>60</sup> *Wiegand*, aaO. (Fn. 57), Art. 97, N. 23.

## (二)積極侵害契約與未依債務本旨履行

準此，瑞士債務法債務不履行之體系較現代化前之德國簡潔明瞭：所有不屬於給付不能及給付遲延之契約義務違反均屬於第97條第1項未依債務本旨履行 *nichtgehörigen Erfüllung*，故該條乃債務不履行概括規定 *Auffangbestimmung*<sup>61</sup>。

瑞士債務法雖無法律漏洞之存在，不須求助德國之積極侵害契約理論<sup>62</sup>，但積極侵害契約之用語在瑞士文獻仍相當常見。學說多理解積極侵害契約為給付不能與給付遲延以外所有契約義務違反，故也涵蓋不作為義務違反之情形<sup>63</sup>，但也有以之專指契約附隨義務違反，**Bucher**則認為指債務人應提出給付，卻因其消極行為違反其積極義務，積極契約侵害因而不包含不作為義務違反<sup>64</sup>，更有認為除契約義務違反外，更包括清償期屆至前表示履行拒絕之情形。因此理解之混亂，**Koller**建議乾脆揚棄「積極侵害契約」之用語<sup>65</sup>。

瑞士債務法雖未繼受德國積極侵害契約理論，但德國債之義務群理論對瑞士債務法仍有一定程度之影響。給付不能及給付遲延以外之債務不履行態樣，**Guhl/Merz/Koller**名為廣義的不良履行<sup>66</sup>，

<sup>61</sup> Guhl/Merz/Koller, aaO. (Fn. 53), S. 226.

<sup>62</sup> von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen OR I, 3. Aufl., 1979, S. 107; 依Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Aufl., 2009, S. 621之見解，不僅瑞士學說甚少受德國積極侵害契約理論之影響，奧地利民法學說亦明示拒絕德國積極侵害契約理論。

<sup>63</sup> Gauch/Schluemp, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 5. Aufl., 1991, Rn. 2610.

<sup>64</sup> Bucher, aaO. (Fn. 52), S. 335，主張不作為義務違反需類推適用瑞士債務法第97條第1項之規定。

<sup>65</sup> Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2006, S. 166.

<sup>66</sup> Guhl/Merz/Koller, aaO. (Fn. 53), S. 225-226.

更分為以下兩大類：

第一，乃Guhl/Merz/Koller所謂的狹義的不良履行，即債務人雖提出給付，但給付有瑕疵<sup>67</sup>。給付義務若為實現給付結果，則結果全部或一部無法實現即為不良履行，若為手段債務，縱結果不發生，但須給付行為未盡注意或未為足夠之注意。債權人除得依第97條請求瑕疵所生之損害賠償外，尚得訴請完全之履行（補正），但得否拒絕受領並請求損害賠償，並無統一的答案。

第二，則為德國學說所謂其他義務違反案型。學說關於其他義務之概念、分類及其發生等，均有爭論。學說多區別為給付取向之附隨義務違反（間接之不良履行）及義務違反侵害完整利益兩個情形，但對實務而言，唯有依義務得否強制履行，區別為從給付義務及狹義附隨義務，有其重要性<sup>68</sup>。

### （三）物之瑕疵擔保與不履行損害賠償請求權之關係

瑞士債務法，物之瑕疵擔保責任要件具備，買受人得解除契約、請求減少價金，於種類之物買賣，亦得請求另交<sup>69</sup>。瑞士債務法瑕疵擔保損害賠償請求權，僅於權利瑕疵及（第195條）及因物之瑕疵而解除契約時（第208條）有之，無過失之損害賠償責任限於直接損害（unmittelbarer Schaden）（第208條第2項），出賣人若能證明自己無故意過失則不需負其他損害之賠償責任（第208條第3項）<sup>70</sup>，依聯邦法院（BGE 82 II, 136 ff., 139）之見解，係以買受人解除契約為前提，並非如我國民法第360條與契約解除權處於選擇關係。關於物之瑕疵擔保所規定之損害賠償與債務不履行損害賠

<sup>67</sup> Schwenger, aaO. (Fn. 53), S. 456稱為主給付之不良提出。

<sup>68</sup> Wiegand, aaO. (Fn. 57), Art. 32-35; Schwenger, aaO. (Fn. 53), S. 458.

<sup>69</sup> Huguenin, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., 2008, S. 48.

<sup>70</sup> Bucher, Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., 1983, S. 64.

償一般規定之關係，瑞士聯邦法院（BGE 107 II, 166 f.）一方面認為物之瑕疵擔保與債務不履行損害賠償處於競合關係，前提為出賣人有故意或過失，此故意或過失並非針對瑕疵本身而言，而係契約成立時明知或因過失而不知有瑕疵，他方面卻認為買受人依第97條請求損害賠償，亦須具備物之瑕疵擔保責任之特定要件，如第201條瑕疵之異議、第210條之時效及第199條之責任排除等，造成物之瑕疵擔保規定乃債務不履行一般規定之特別法相同之結果<sup>71</sup>。學說對此實務見解批判之聲，不絕於耳，如有認為物之瑕疵擔保之規定乃完整之規定，排除債務不履行一般規定之適用<sup>72</sup>，亦有認為第97條第1項損害賠償之要件不應加上前述物之瑕疵擔保責任之特定要件<sup>73</sup>。

### 三、日本之不完全履行

日本民法與德國民法債務不履行規定之差距，遠大於瑞士債務法之於德國民法，相去不可以道里計，然透過學說繼受，履行不能、履行遲延及不完全履行之三分體系竟然也支配日本學說近百年。然此學說繼受並非單一學者單一理論之繼受。殫精竭慮於不完全履行理論完備之學者，不斷從德國汲取最新的相關理論，不同學者參考之素材亦有所不同，日本不完全履行理論之發展加上學者自己之詮釋，使日本學說繼受呈現多采多姿繽紛的色彩。以下關於日本民法不完全履行理論發展之賅述，無法一覽無遺<sup>74</sup>，礙於時間及篇幅僅能選取其中特別與我國不完全理論發展可能有關之學說。

<sup>71</sup> Huguenin, aaO. (Fn. 69), S. 55.

<sup>72</sup> Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 1991, S. 78.

<sup>73</sup> 文獻，參見，Huguenin, aaO. (Fn. 69), S. 55.

<sup>74</sup> 關於日本不完全給付學說史的探討，北川善太郎，契約責任の研究，頁307-319，1963年，乃首發者。

## (一)三分體系之確立

### 1. 立法當時之理解

日本民法債權編總則第二節第一款「債務不履行責任等」固然有關於履行遲延（第412條）與受領遲延（第413條）之規定，但規定甚為簡單，此外，並無相當於我國民法第225條、第226條、第266條、第267條等關於給付不能之規定，類似我國民法第227條之規定，更付之闕如，相反地，卻有債務不履行損害賠償之一般規定：「債務人不依債務本旨為履行者，債權人得請求其賠償因此所生之損害。因可歸責於債務人之事由致履行不能者，亦同。」（第415條）。民法制定時之學者，如梅謙次郎（一九〇二年）或岡松參太郎（一八八七年）均認為完全未履行、遲誤履行期、未在約定時間為履行或其他不完全履行，均為該條所謂之未依債務本旨<sup>75</sup>。

### 2. 德國積極侵害契約理論之引進

德國積極侵害契約理論出現後不久，學說即見風轉舵。日本初期不完全履行理論發展之特徵，依長坂純之分析有三點：第一、並非因實務上需要而發展，而係因理論繼受；第二、不完全履行是否有其必要雖有疑問，但仍承認不完全履行；第三、承認完整利益之侵害有損害之特殊性<sup>76</sup>。

公認將Staub積極侵害契約理論引介到日本民法學界者乃岡松參太郎。氏於一九〇六年發表「所謂『積極的債權侵害』論」，論文檢討三個Staub積極侵害契約理論所討論之案型：不作為義務違反、不完全給付與給付拒絕。論文結論認為不作為義務違反屬於履行不能；於給付拒絕，因清償期前表明拒絕給付，並不因而於清償

<sup>75</sup> 潮見佳男，債務不履行、契約責任論史，載：日本民法學史各論，頁184，1997年。

<sup>76</sup> 長坂純，契約責任の構造と射程，頁140-141，2010年。

期喪失給付之權利，故尚非債務不履行；債務人雖為不完全給付之嘗試卻致債權人損害，如有瑕疵之物之給付、履行地以外之場所之給付、不正確報告書之提出等債務人雖為其給付但其給付不合債務本旨之情形，並非給付不能，故有在遲延及不能外，承認不完全給付為獨立類型之必要。至於債權人請求因不完全給付之損害賠償請求權，法律依據並無困難，換言之，日本民法第415條前段雖僅著眼於履行遲延，但不完全給付文義上仍可解為屬於該條所謂之不依債務本旨為履行<sup>77</sup>。

### 3. 繼受之完成

岡松所確立之遲延、不能與不完全給付三分法之原型，成為後來學說發展之基礎。鳩山秀夫一九一六年出版之「日本債權法總論」主張民法第415條「不依債務本旨」不僅指完全不履行，亦得包括履行但不依債務本旨之情形，從而確立不完全履行在日本民法之體系地位，完成日本不完全履行之學說繼受<sup>78</sup>。一九二五年同書之增補版並明確指出不完全履行又稱不完全給付，乃債務人違反債務本旨而為給付，其法律效果，除得主張給付不完全之損害賠償外，尚得依補正是否可能類推遲延或不能之規定，請求替補賠償或解除契約<sup>79</sup>。

### 4. 傳統通說見解之確立

集岡松以來學說之大成並確立傳統通說之見解者，我妻榮當之無愧。我妻榮在一九四〇年出版的債權總論即認為不完全履行之要

<sup>77</sup> 岡松參太郎，新報16卷二號19-21（引自，早川真一郎，不完全履行、積極的債權侵害，載：民法講座(4)——債權總論，頁56，1985年）。

<sup>78</sup> 潮見佳男，同註75，頁190。

<sup>79</sup> 參見，下村正明，不完全履行論には、どういふ基本的論点が残されているか，載：講座現代契約と現代債權の展望第二卷——債權總論(2)，頁69，1991年。

件有三：給付不完全、可歸責於債務人、不完全履行具違法性，而不完全履行基本上有標的物（給付內容）之瑕疵、履行方法不完全及給付之際怠於必要之注意等三個型態<sup>80</sup>，具體案例究竟屬於何種型態並不重要，關鍵仍在是否無法歸類在給付不能與給付遲延，若不屬於此二者即為不完全履行<sup>81</sup>。

### (二)完整利益之侵害與加害給付之概念

不完全履行導入之初期，歸責事由幾乎未被提及，而集中在不完全履行（客觀要件）內容之檢討上，並以債權人之生命、身體財產完整利益之侵害（擴大損害）之案例為中心<sup>82</sup>。

#### 1. 完整利益之侵害為損害賠償範圍之問題之主張

鳩山秀夫主張不完全履行乃債權之積極的侵害（給付染病之雞傳染債權人其他之雞、調查礦山之債務人交付不完全之報告書礦山變為無價值、應繼續供給啤酒之債務人因啤酒品質低劣使債權人客戶盡失），此時，與遲延不能相同，損害賠償應於相當因果關係範圍內被考慮<sup>83</sup>。末広嚴太郎認為清償期雖有清償，但其清償所為之給付數量或品質上有缺，如六法全書缺頁，致參加考試之學生考試不及格，或買豬，因豬染病傳染買受人其他豬，在日本民法第416條所定之相當因果關係範圍內，且債務人就履行不完全無法提出不可抗力抗辯，應負損害賠償責任<sup>84</sup>。此外，我妻榮亦認為擴大損害

<sup>80</sup> 孫森焱，民法債編總論，頁382，1980年3版，關於給付不完全之說明，與我妻榮之見解相同。

<sup>81</sup> 我妻榮，債權總論，頁150-151，2008年。

<sup>82</sup> 長坂純，同註76，頁140。

<sup>83</sup> 鳩山秀夫，日本債權法總論，頁141-146，1916年（引自，長坂純，同註76，頁167）。

<sup>84</sup> 末広嚴太郎，債權總論，頁63-65，1940年（引自，長坂純，同註76，頁1167-168）。



之情形，不必勉強區別積極的債權侵害，作為特別情形之損害（日本民法第416條第2項），於相當因果關係之適用之際注意即可<sup>85</sup>。

## 2. 勝本正晃之不完全履行論

日本學說在不完全履行學說繼受完成之階段，認為不作為義務違反為遲延或不能之問題，履行期前之拒絕履行並非債務不履行，對債務不履行之態樣僅關切其為積極的或消極的。勝本正晃不完全履行論則進一步分析不完全履行之行為態樣，開啟從積極的行為態樣掌握不完全履行研究之端緒<sup>86</sup>。

我國民法債編制定公布之同一年（一九二九年）勝本正晃在法學協會雜誌，47卷4~6・8号發表「不完全履行論」，將不完全履行從不履行區別開來，主張真正不履行係消極的不履行，而不完全履行乃有履行行為的外形（表現的履行）之積極的行為或狀態。勝本將不完全履行分為：第一、關於履行期之不完全履行（履行遲延）；第二、關於履行方法之不完全履行；第三、關於履行標的物之不完全履行；第四、加害的履行（債權之積極的侵害）。加害的履行指債權人因受領不完全履行使債權人發生積極的損害，並非單純不完全，而為有害。加害的履行乃廣義的不完全履行之下位概念<sup>87</sup>。

岡松及鳩山以與德國學說相同之理解使用積極的債權侵害及不完全給付之概念，相對於此，勝本將債權積極的侵害列為不完全履行之型態之一，不完全給付從原本僅為積極的債權侵害型態之一，升格為包括後者在內之上位概念，且提出加害的履行概念，並將之與債權之積極的侵害等而視之，均與其以前之學說不同，特別值得

<sup>85</sup> 我妻榮，同註81，頁150-151。

<sup>86</sup> 參見，潮見佳男，同註75，頁190、194。

<sup>87</sup> 參見，潮見佳男，同註75，頁194-195。

吾人注意。

### 3. 石田文次郎之不完全履行二分論

石田文次郎在一九三六年「債權總論講義」雖認為不完全履行亦為積極的行為態樣，但在履行過程具有不同之意義，並主張以「積極的債權侵害」取代「加害的履行」。石田認為履行遲延、履行拒絕、履行不能均含有債務人不為其所應為之行為之消極要素，不完全履行，債務人以履行意思為履行，其履行違反債務目的，並非依債務本旨，故不完全履行分為有瑕疵給付與積極的債權侵害。前者指債務人於履行期雖為標的物之給付，但給付之數量或品質有瑕疵，然特定物有原始之瑕疵為瑕疵擔保，非債務不履行問題。於給付有瑕疵，債權人得請求修補、請求完全之給付，分別補正是否可能，依履行遲延、不能之法理處理。積極的債權侵害乃因債務人為不完全給付而使債權人損害，損害與履行行為間需有因果關係，從而，履行行為時債權人器物之破損、煙蒂失火燒到債權人房屋為侵權行為，而非積極的債權侵害<sup>88</sup>。積極的債權侵害理論上亦為第415條前段所謂未依債務本旨為履行，債權人得依該條請求損害賠償，此外，他部給付之補正或全部之給付能達目的時，得與瑕疵的給付相同處理<sup>89</sup>。

---

<sup>88</sup> 參見，潮見佳男，同註75，頁195-196。

<sup>89</sup> 石田文次郎，債權總論，頁185-189，1947年，並未改變其初衷。

### (三)義務論之展開——二次繼受

以上所述之日本學說乃從不履行之態樣分析不完全履行，戰後受到德國債之關係義務群理論之影響，學說開始從義務之觀點掌握不完全履行乃至於積極的債權侵害。

#### 1. 松坂佐一保護義務理論之繼受

松坂佐一乃日本最早提出以保護義務為完整利益侵害契約責任構成依據之主張之學者<sup>90</sup>，在一九四四年日本海外戰火方酣之際，受染有納粹社會主義思想之Heinrich Stoll<sup>91</sup>之影響，提倡債之關係除給付義務之外，尚有「不從屬於給付關係之保護義務」。蓋為達到適合國家目的財貨分配之共同目的，債權人及債務人相互處於協力關係，因此協力關係之信賴關係負有防止損害發生之義務。松坂並主張向來所謂「積極的債權侵害」不外保護義務之不履行，擴大損害為保護義務違反之問題，不需有「因給付義務違反之擴大損害」之用語<sup>92</sup>。

#### 2. 於保不二雄之債務不履行論

於保不二雄在一九五九年出版的「債權總論」認為債務不履行有履行遲延、履行不能及不完全履行三個態樣，第415條前段乃債務不履行態樣之概括規定。不完全給付乃債務人雖為履行，但非依債務本旨，有「給付義務之不完全履行」及「附隨於給付義務之注意義務之不完全履行」（積極的債權侵害）兩種型態。前者，或為一部遲延、一部不能，或雖為全部之履行行為但履行不完全，於履行不完全，特別具有彌補出賣人擔保責任制度不足之重要意義。反

<sup>90</sup> 松坂佐一，積極的債權侵害の本質について，京都帝国大学法学会論集，15冊1号，1944年（引自，潮見佳男，同註75，頁197）。

<sup>91</sup> 關此，Dorn, aaO. (Fn. 43), § 241 Rn. 101.

<sup>92</sup> 參見，潮見佳男，同註75，頁172-173。

之，違反附隨於給付義務之注意義務而給付有瑕疵之標的物或履行方法錯誤，使債權人發生積極的損害，為積極的債權侵害，乃不完全履行之中心的課題<sup>93</sup>。積極的債權侵害多不僅為注意義務之不履行，同時發生給付義務遲延或不能之不履行，故理論上給付義務不履行與注意義務不履行應一併分析。無論如何，既然承認不完全給付不履行之態樣，應儘量努力將不屬於單純履行遲延或履行不能之不履行，應統一的涵蓋在不完全履行中<sup>94</sup>。

上述於保之主張有兩點值得注意，第一、乃其「給付義務之不完全履行」包括一部遲延及一部不能；第二、其「附隨於給付義務之注意義務之不完全履行」所謂之注意義務乃保護債權人之完整利益，其所謂積極的債權侵害概念上與石田及我國所謂之加害給付並無以異，套用德國當今流行用語，其所謂「注意義務」不啻保護義務<sup>95</sup>。

### 3. 北川善太郎之契約責任論

一九六三年北川善太郎關於契約責任之研究，主張在向來以給付義務為中心之契約責任體系（基本的契約責任）之外，亦應承認以契約利益之保護為目的之附隨義務及間接維持契約利益之注意義務<sup>96</sup>為內容之補充的契約責任，被認為使學界從債權法學邁向契約

<sup>93</sup> 引自，潮見佳男，同註75，頁199；於保不二雄，債權總論，頁89、110-113，1972年新版見解亦相同。

<sup>94</sup> 於保不二雄，同前註，頁112。

<sup>95</sup> 孫森焱，同註9，頁569-570，認為不完全給付標的物瑕疵有(1)部分遲延或部分不能給付；(2)給付之標的物為他人所有或為他人設定他項物權；(3)欠缺注意義務之不履行等三者，並認為「因違反注意義務而給付有瑕疵標的物，或以不相當的給付方法履行債務，致生損害於債權人，即屬債權的積極侵害。」其說除(2)外，與於保之主張若合符節。

<sup>96</sup> 北川在1987年註釋民法(10)頁399以下，將注意義務變更名稱為「安全義務」（引自，潮見佳男，同註75，頁201-202）。

法學之橋頭堡<sup>97</sup>。

其次，就不完全履行與積極的債權侵害論與契約責任之構造，北川認為向來積極的債權侵害之領域橫跨基本的契約責任（給付結果質的不完全）及補充的契約責任（以注意義務違反為中心），不完全履行發生與瑕疵擔保統一的問題，積極的債權侵害則發生與附第三人保護作用之契約及締約上過失關聯之問題<sup>98</sup>。

#### 4. 奧田昌道之義務構造論

奧田昌道在一九八二年出版之債總教科書亦主張傳統三分論，但既非僅從不完全履行之態樣，亦不僅從義務之類型分析不完全履行之要件及效果，其分析的觀點有三：

第一、債務之性質：首先將債務區別為給與債務（買賣型）或行為債務<sup>99</sup>（可區別為承攬之結果債務及委任僱傭等手段債務）；

第二、被侵害的義務：其次將義務區別為給付義務、附隨的注意義務（保護給付利益的債務人義務）及保護義務三者；

第三、被侵害客體：最後更區別被侵害之客體為給與債務之標的物、行為債務之給付行為或給付結果，抑或一般法益（保持利益）。

準此，奧田認為在給與債務有給付義務之不完全履行、附隨的注意義務違反及保護義務違反三種情形，給付義務之不完全履行又有權利瑕疵及標的物瑕疵兩種情形，於標的物瑕疵又依交付債務是否為特定物而分別論述，至於所謂行為債務，則區別為結果債務及

<sup>97</sup> 田中宏治、北川善太郎，契約責任の研究——構造論，載：民法學說百年史，頁458-461，1999年；潮見佳男，債權總論 I ——債權關係・契約規範・履行障害，頁16，2003年2版。

<sup>98</sup> 北川善太郎，同註74，頁93；並參見，潮見佳男，同註75，頁201-202。

<sup>99</sup> 鄭玉波，民法債編總論，頁8，1978年7版，債務可區別為給與債務與行為債務之見解，應為日本學說之繼受。

手段債務兩種情形<sup>100</sup>。

上述奧田對不完全履行態樣之分析方法，在海峽兩岸均有類似的見解。在臺灣，孫森焱在分析給付不完全之給付標的物瑕疵時，亦區別特定物之債與不特定物之債，並認為標的物為他人所有或為他人設定他項物權及欠缺注意義務之不履行亦為給付標的物瑕疵之類型<sup>101</sup>。在中國，韓世遠對不完全履行之類型之分析與奧田說法更為接近，重要之不同，乃前者將附隨的注意義務及保護義務合併為附隨義務而已<sup>102</sup>。

以上，簡要介紹日本民法制定後迄一九八二年奧田傳統債務不履行三分論學說之發展。日本債務不履行理論之發展，戰前，主要為德國積極侵害債權理論之繼受，戰後到一九七〇年之前，為德國債之關係義務群理論之繼受。從岡松另創不完全給付概念，並主張Staub積極侵害契約案型中唯有不完全給付有承認獨立債務不履行態樣之必要<sup>103</sup>之點而論，岡松提出不完全給付概念乃有意與德國積極侵害契約相區隔，其所謂不完全給付並非德文positive Vertragsverletzung，而應為德文Schlechtleistung之日文翻譯。至於德國「積極的債權侵害」之用語，日本學者並未因有不完全給付而拋諸九霄雲外，雖有認為積極的債權侵害與不完全給付乃同義字<sup>104</sup>，但更多學者認為二者不完全重疊，積極的債權侵害指完整

<sup>100</sup> 奧田昌道，債權總論，頁158-166，1982年。

<sup>101</sup> 孫森焱，同註9，頁567-570。孫森焱，同註80，頁382，則無與奧田類似的論述，而與我妻榮見解接近。

<sup>102</sup> 韓世遠，合同法總論，頁376-382，2008年2版。

<sup>103</sup> 潮見佳男，同註75，頁187-188。

<sup>104</sup> 如早川真一郎，同註77，頁49-72；川井健，民法概論(3)：債權總論，頁79，2005年2版，認為積極的債權侵害乃不完全履行之上位概念乃有力說，但因積極的債權侵害之中心為不完全履行，故結果上，二者可視為一致。

利益之侵害<sup>105</sup>，換言之，積極的債權侵害乃不完全履行的一個態樣，與繼受伊始認為不完全給付為積極侵害債權的一個態樣，上位概念與下位概念間之關係完全顛倒。

#### (四)日本學說對不完全履行之批判

##### 1. 與法律規定牴觸之學說繼受

債務不履行三分體系雖仍為當今多數說，但質疑批判之聲自戰後即不絕於耳。川島武宜在一九四八年出版之債權法教科書指出日本民法損害賠償體系大抵為法國民法之譜系後<sup>106</sup>，學者開始對傳統三分體系提出反省與批判。對三分體系致命一擊的，竟然是法律條文規定本身。學說重新檢視日本民法制定之過程，發現民法第415條起草時雖曾參照多數之外國立法例，但基本上乃以法國民法為母法<sup>107</sup>。依立法當時之理解，前段所謂不依債務本旨為履行並不限於履行遲延，後段之規定乃因怕日語語感上誤以為「不能履行」無法包含於「不依債務本旨為履行」之中，為免誤解遂有後段之注意規定，即後段「履行不能」僅為前段債務不履行之一例，並非獨立於前段之債務不履行類型<sup>108</sup>。債務不履行三分體系並非日本民法條文解釋所必然，無寧為與條文切割而強行導入德國民法理

<sup>105</sup> 戰後日本學者亦有如是主張者，參照，鈴木祿弥，債權法講義，頁303，1997年3訂版。

<sup>106</sup> 參見，潮見佳男，同註75，頁205-206。

<sup>107</sup> 中田裕康，民法四一五條・四一六條（債務不履行による損害賠償），載：民法典の百年Ⅲ，頁11，1998年。法國民法給付障礙之核心概念為不履行（*inexécution*），問題不在於給付不能、給付遲延及積極侵害債權之區別，而為未依債務本旨履行所生之法律效果，關此，Hübner/Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, 2. Aufl., 1988, S. 143.

<sup>108</sup> 中田裕康，同前註，頁8-9。

論之結果<sup>109</sup>。

## 2. 一元論

日本民法第415條若為法國民法之繼受，無漏洞存在，無採三分體系之必要，則一元論之崛起乃遲早之事。債務不履行一元論躍上舞臺，甚至備受矚目，國際契約法統一運動之激勵乃重要之因素。

眾所皆知，英美法系將契約理解為擔保承諾，只要契約所允諾之結果不發生，除有免責事由外，無論因根本不履行、遲延或未依適當方法，甚至物之瑕疵，皆為契約違反，故不須區別給付障礙之類型<sup>110</sup>。上述英美法契約法原則，也被世界三大契約法統一文件所採，可謂國際間契約法趨勢<sup>111</sup>。瑞士債務法第97條被理解為契約義務違反債務不履行損害賠償之一般規定，及德國二〇〇二年債法現代化試圖以「義務違反」建構統一的給付障礙體系，雖因瑞士與德國對債務不履行損害賠償請求權仍以可歸責於債務人為要件，而與上述國際契約法統一文件採免責主義不相同<sup>112</sup>，但瑞士債務法學者及德國債法現代化立法者力求擺脫債務不履行三分體系束縛之企圖，歷歷在目。對國際變動極為敏感的日本民法學者對此國際契約法發展之大勢所趨，自然無法置身事外，置若罔聞，思有以調整日本債務不履行體系之學者，在一九九〇年前後可謂前仆後繼，蔚為風潮，而有所謂新契約責任論之崛起，主張契約責任之問題不能與發生契約義務之契約本身須臾或離<sup>113</sup>。

<sup>109</sup> 潮見佳男，同註97，頁143。

<sup>110</sup> Kötz, aaO. (Fn. 40), Rn. 1075.

<sup>111</sup> 扼要說明，陳自強，同註12，頁277。

<sup>112</sup> 陳自強，契約過失責任與無過失責任之間——歸責事由之比較法觀察，政大法學評論，123期，頁23-42，2011年10月。

<sup>113</sup> 關此，參照，潮見佳男，總論——契約責任論の現状と課題，ジュリスト，



關於債務不履行體系之建構，最值得重視者乃平井宜雄之主張。平井不以曖昧不明的不完全給付概念為中介，並放棄契約義務群構造之分析，完全從債務發生原因之契約內容確定何謂非依債務本旨為履行。蓋德國民法制定時僅承認給付不能及給付遲延，故需承認給付義務以外之其他義務，並以積極侵害債權處理其他義務違反之問題，德國債之關係義務群乃因德國民法特有構造而起，日本民法既然有不依債務本旨均為債務不履行之規定（第415條），並無追隨德國起舞之必要。從而，應在債務發生原因之契約各論之層次上，依個別契約解釋探討何謂「依債務本旨」，即應先確定何等義務乃當事人明示或默示之合意內容。若依契約解釋作業無法認定當事人之意思如何時，方需進行規範解釋作業，判斷何者為當事人意圖目的達成上所應承認之義務<sup>114</sup>。

### 3. 新三分說

一元論之主張及其後國際契約法統一文件所彰顯之大勢所趨，即使是偏袒傳統三分體系之學者也不敢纓其鋒，不得不承認一元論對三分說之批判有其正當性，但三分法仍得便宜使用（新三分說）。蓋依現行法（日本民法第415條後段、第534條第1項、第536條第2項），履行不能者，原來債務消滅，債務人可歸責時則該債務以損害賠償義務存續，履行不能之概念有其存在之機能。其次，履行遲延與其他債務不履行之區別，理論上雖無意義，但履行遲延傳統上被認為有清楚之概念，在要件（履行期經過）、效果（以遲延賠償為原則）等方面有不同特徵，且實務上亦為重要型態，承認

---

1318期，頁81-86，2006年9月。

<sup>114</sup> 平井宜雄，債權總論，頁49，1994年2版；該書第1版乃1985年。然平井認為履行不能之概念有其法技術之意義，因而將債務不履行分為履行不能及履行不能以外之其他債務不履行，職是之故，中田裕康，債權總論，頁94，2008年，稱平井之見解為二分說。

履行遲延之概念亦方便適宜。學說遂主張日本民法第415條前段不僅指履行遲延，也包括其他債務不履行，與後段履行不能鼎足為三，其他債務不履行之內容則較向來所謂不完全履行為廣，以此三分法理解日本民法第415條之規定<sup>115</sup>。

日本新三分說強調履行不能、履行遲延及其他債務不履行之三分法，僅為方便適宜，而非如傳統三分體系嚴格區別履行不能、履行遲延及不完全履行三者，與瑞士學者主張債務不履行態樣之類型化雖有助於掌握債務不履行之架構，但同時強調概念有其流動性且具爭議性，不宜執著於概念之區別，乃基於相同之思想脈絡<sup>116</sup>。

### 參、我國不完全給付

我國不完全給付，經過漏洞說、明文說或法條借用說之爭辯，及一九九九年債編修正之法典化，迄今八十寒暑。不完全給付是否因債編修正足堪擔當解決今後問題之重責大任，尚待評估。以下將先回顧債編修正前不完全給付之繼受過程（下述一、），再檢討債編修正（下述二、），之後，提出個人對不完全給付概念展開之看法（下述三、），最後附帶觀察民法第227條規定之必要性如何（下述四、）。

#### 一、債編修正前之法律繼受與學說繼受

我國民法制定時債務不履行體系是否有漏洞存在，於今觀之，似乎已無關宏旨，然答案若為否定，不僅債編修正多此一舉，更可

<sup>115</sup> 以上，參見，中田裕康，同前註，頁94。

<sup>116</sup> 加藤雅信，新民法大系Ⅲ：債權總論，頁110，2005年，主張債務不履行分為補正可能及補正不可能兩種（債務不履行二分論），可供參考。

能因修正而喪失在原來健全的條文基礎上建構我國債務不履行體系之先機。

#### (一)修正前第227條與瑞士債務法第97條

債編修正前學說對不完全給付之爭論，並不在於是否應承認不完全給付為債務不履行之態樣，而僅在於其法律依據，問題癥結乃民法制定時第227條：「債務人不為給付或不為完全給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」所謂「不為完全給付」是否為不完全給付<sup>117</sup>。此爭議固然已因債編修正而不復有探討之價值，長篇大論之論說爭辯更讓人有不知今夕是何年之想，然若該條之母法果真如王伯琦所言為瑞士債務法第97條<sup>118</sup>，民法制定後之學說倘也能擺脫繼受德國之日本不完全給付理論之糾纏，不落入德國日本債務不履行三分論之窠臼，本於對瑞士債務法第97條正確之認識詮釋我國修正前民法第227條之規定，或許將發現我國民法制定時並無漏洞存在，不為給付乃除因給付不能或債務人應負遲延責任外其他債務人根本不給付之情形，而不為完全之給付則涵蓋其他契約義務違反，不為完全給付乃不為給付以外所有債務不履行之情形，我國債務不履行責任體系發展之重點，也許可以將注意力集中在契約義務之認定上，該條也許將被詮釋為對所有未依債務本旨為給付時法律救濟基本原則之宣示。至於何時得請求損害賠償，是否均以可歸責於債務人為必要？是否在所有情形均得訴請給付及請求強制執行？必須從體系解釋觀點綜合運用，必要時透過法

<sup>117</sup> 姚志明，債務不履行——不完全給付之研究，頁30-35，2000年，對學說有詳細整理。

<sup>118</sup> 王伯琦，同註11，頁164；錢國成，同註6，頁57，雖認為修正前第227條仿瑞士債務法第97條，但卻將後者解讀為「債務人對於債務完全不履行或不為完全之履行」，與瑞士通說之理解顯有不同。

律解釋確定之，諸此立法後因法條規定不明確而有待學說判例發展者，比比皆是，因此謂我國民法有漏洞，太過沉重。

### (二)日本不完全履行理論之繼受

我國民法受瑞士民法影響之處乃超出吾人想像，然學者卻鮮少因法律繼受瑞士民法而繼受或深入參考瑞士民法學說，民法制定時第227條乃鮮明例證。我國民法雖與日本民法差距頗大，日本不完全履行理論在我國烙下的刻印，迄今卻仍清晰可見。

#### 1. 德國積極侵害契約理論不完全繼受

我國傳統通說認為不完全給付乃債務人雖為給付而給付不依債務本旨，顯為日本傳統見解之繼受。依陳瑾昆：「債務人違反債務。其反面即為侵害債權。然德、法及日本民法所規定之債權侵害。均僅給付不能及給付遲延二種。此均僅為消極之侵害。即單純未履行其所負擔之債務而已。晚近學者。又於此外更認債權之積極侵害。即因債務人曾為與其所負擔給付不同之給付。致債權人之債權積極受侵害之情形是也。凡此諸種情形。既非不為給付。亦非給付遲延或給付不能。且不僅有債權之消極侵害。並有債權之積極侵害。故此種債務違反。應與上述二種債務違反區別。不完全給付。亦得於債權積極侵害之情形見之。觀上述三例自明。」之見解，給付不能與給付遲延乃債權消極侵害，不完全給付乃債權積極侵害之情形之一<sup>119</sup>，積極的債權侵害概念乃較不完全給付為廣，其說與岡松之理解並無二致。換言之，陳瑾昆雖試圖導入德國債權積極侵害理論，卻受日本學說之影響而僅承認積極債權侵害中的不完全給付，乃德國理論之不完全繼受。

<sup>119</sup> 參見，陳瑾昆，同註1，頁216；類似的見解，戴修瓚，同註1，頁141：「而不完全給付。其侵害債權。則係債務人積極的為其不符之給付。故學者或謂為債權積極的侵害之一種。」

## 2. 不完全給付概念之擴張

如前所述，勝本卻將債權積極的侵害列為不完全履行之型態之一，不完全給付從原本僅為積極的債權侵害型態之一，升格為包括後者在內之上位概念，不啻擴張不完全給付之範疇，以不完全履行之用語取代「積極的債權侵害」。此種觀念不僅影響到其後日本學者，似乎也感染我國學說，如依孫森焱之見解：「因違反注意義務而給付有瑕疵標的物，或以不相當的給付方法履行債務，致生損害於債權人，即屬債權的積極侵害。例如修繕電燈時，因欠缺注意將燈罩燒毀；家具店搬運家具時，不甚將買受人屋內之地毯毀損等情形，斯為加害給付。」<sup>120</sup>其所主張之債權的積極侵害，與勝本見解可謂不謀而合。林誠二主張依不完全給付之態樣，可分為給付標的之瑕疵及給付方法之瑕疵兩類<sup>121</sup>，其所理解之不完全給付似亦較岡松所理解者為廣，而為擴張後之不完全履行。一九八〇年以後留德學者直接從德國進口積極侵害債權理論，並不假思索直接套用德國之積極侵害債權理論於我國之不完全給付，積極侵害債權與不完全給付為同義字，自是而後更無質疑者。

## 3. 瑕疵給付與加害給付二分體系之形成

我國不完全給付所謂「未依債務本旨」，依向來之通說，有瑕疵給付與加害給付兩類，瑕疵給付之瑕疵，與物之瑕疵並不相同，數量不符、品質不合、方法不當、地點不妥或時間不宜等情形屬瑕疵給付，乃眾所共認<sup>122</sup>；加害給付乃債務人之瑕疵給付致債權人

<sup>120</sup> 孫森焱，同註9，頁569-570。

<sup>121</sup> 林誠二，債法總論新解：體系化解說（下），頁104-106，2010年。

<sup>122</sup> 王伯琦，同註11，頁163；鄭玉波，同註99，頁286；邱聰智，同註8，頁442；錢國成，同註6，頁57-58，則依不完全給付之情形，分為給付標的、給付方法、給付時間、給付處所不完全及附隨義務不履行等五種。

受履行以外之其他損害<sup>123</sup>。上述通說之主張如何形成，是否為學者獨創，或亦為學說繼受之結果，因無文獻指引可徵，無法鐵口直斷，但其所謂瑕疵給付，與前述勝本正晃主張加害的履行之外不完全履行其他三個型態（關於履行期、履行方法及履行標之物之不完全履行），大同小異。石田文次郎雖以積極的債權侵害取代加害的履行，但其將不完全履行分為瑕疵給付與積極的債權侵害，與我國瑕疵給付與加害給付二分體系更僅為用語之不同。準此，將不完全給付區別為瑕疵給付與加害給付，原產地並非德國而為日本，我國瑕疵給付與加害給付概念及不完全二分體系之確立，似乎應歸功於勝本及石田二位學者。

### （三）德國附隨義務理論之繼受

我國不完全給付雖以瑕疵的給付為核心，但自學說意識到債之關係除給付義務外，尚有附隨義務之後，不完全給付理論方粲然大備。然附隨義務之導入並非日本學說之啟蒙或我國學者之匠心獨運，應可歸功於史尚寬德國學說之直接繼受。蓋日本雖早意識到有附隨於給付義務之附隨的義務存在<sup>124</sup>，然詳細分析給付義務與附隨義務之理論的關聯，一九六〇年代北川善太郎關於契約責任構造之研究乃先驅者，在此之前，論及附隨義務之構造者，如鳳毛麟角<sup>125</sup>。史尚寬在一九五四年出版之債法總論在「誠信原則與債之關係」標題下，引用一九三二年Ennecerus-Lehmann<sup>126</sup>民法教科書第二冊，提出附隨義務之概念，認為附隨義務有兩類，一為輔助的

<sup>123</sup> 參見同前註文獻。

<sup>124</sup> 參照，本文貳、三、（三）、2。

<sup>125</sup> 依潮見佳男，契約規範の構造と展開，頁99註2，1991年；中嶋玉吉，民法積義卷之三 債權總論上，1921年，乃唯一之例外。

<sup>126</sup> 依潮見佳男，同前註，頁58，Lehmann亦為德國附隨義務原始型態之提出者。

或非獨立的附隨義務，二為獨立的或補充的附隨義務<sup>127</sup>，並主張附隨義務之未履行構成不完全給付<sup>128</sup>，自是而後，越來越多學者承認附隨義務違反亦得構成不完全給付<sup>129</sup>，附隨義務在我國債法終於有其安身立命之所。

## 二、債編修正及其檢討

民法制定時第227條之規範內容及意旨雖不盡明朗卻而有許多不同的解讀可能，但若能不囿於日本與德國之積極侵害債權理論，而能同時觀照瑞士債務法第97條之學說判例發展，舊法民法第227條不僅不需更動，也許反而能提供法律發展之活棋。債編修正斷絕與瑞士債務法藕斷絲連之關係，擁抱德國日本傳統的積極侵害債權理論，是否為現代化之表徵，抑或反而陷入德國與日本新理論急於擺脫之困境，不無探究價值。

### (一)第227條之修正

#### 1. 三分體系之確立

依一九九九年債編修正理由之說明：「次按債務不履行之種類，除給付遲延及因可歸責於債務人之事由致給付不能兩種消極的債務違反外，更有另一種不完全給付之積極的債務違反，即因可歸責於債務人之事由，提出不符合債務本旨之給付。此在學者間已成通說，我國實務上亦承認此種債務違反之態樣，惟法條上尚欠明白之規定，學者雖有主張現行條文中所謂『不為完全之給付』即屬關於不完全給付之規定者，但其規定之效果，仍欠周詳。」立法者認

<sup>127</sup> 史尚寬，債法總論，頁329-330，1954年臺初版。

<sup>128</sup> 史尚寬，同前註，頁399-400。

<sup>129</sup> 債編修正前之文獻，王澤鑑，同註3，頁74；錢國成，同註6，頁58；黃立，民法債編總論，頁455，1996年。

為給付不能與給付遲延為消極的債務違反，不完全給付為積極的債務違反，修正目的乃將通說實務見解所承認之不完全給付明文化，以去爭議。準此，我國債務不履行三分體系似乎已蓋棺論定。

#### 2. 提出不符合債務本旨之給付

債編修正立法者認為不完全給付乃積極的債務違反，與百年前 Staub 之主張並無不同，而不完全給付係提出給付但不符合債務本旨，乃日本戰前之通說，然附隨義務違反是否亦為不完全給付之案型，語焉不詳。債編修正於第 483 條之 1 雖明文肯定僱用人之保護義務，但保護義務是否一般性的被承認，其違反是否亦為不完全給付，更是隻字未提。

#### 3. 歸責事由之必要

舊法第 227 條並未以可歸責於債務人為債權人聲請強制執行及損害賠償之要件，乃因該條並不僅規範損害賠償，亦及於強制執行，原定給付若有給付可能，債權人得訴請強制履行，並不以可歸責於債務人為要件。給付不能與給付遲延之損害賠償均明文以歸責事由為要件（民法第 230 條、第 226 條），舊法第 227 條若解為不完全給付之規定，則不完全給付是否亦以可歸責為必要，法無明文。債編修正明確揭櫫不完全給付以可歸責於債務人為要件，使歸責事由成為我國債務不履行責任之共通要件。

#### 4. 瑕疵給付與加害給付之二元構造

依修正理由：「按不完全給付，有瑕疵給付及加害給付兩種，瑕疵給付，僅發生原來債務不履行之損害，可分別情形，如其不完全給付之情形可能補正者，債權人可依遲延之法則行使其權利；如其給付不完全之情形不能補正者，則依給付不能之法則行使權利。為期明確，爰修正本條為不完全給付之規定。不完全給付如為加害給付，除發生原來債務不履行之損害外，更發生超過履行利益之損害，例如出賣人交付病雞致買受人之雞群亦感染而死亡，或出賣人



未告知機器之特殊使用方法，致買受人因使用方法不當引起機器爆破，傷害買受人之人身或其他財產等是。遇此情形，固可依侵權行為之規定請求損害賠償，但被害人應就加害人之過失行為負舉證責任，保護尚嫌不周，且學者間亦有持不同之見解者，為使被害人之權益受更周全之保障，並杜疑義，爰於本條增訂第二項，明定被害人就履行利益以外之損害，得依不完全給付之理論請求損害賠償。」債編修正除確立不完全給付為債務不履行之態樣外，更承繼向來通說之見解，認為不完全給付有瑕疵給付與加害給付兩種。因立法者認為加害給付可使被害人權益受更周延保護，似也肯定侵權行為責任與契約責任有競合可能向來通說之見解，且發生舉證責任轉換之效果。

## (二)不完全說或義務違反說

從債編修正理由所舉例證，立法者心中設想的不完全給付大概是因標的物有瑕疵致債權人之給付利益（瑕疵給付）及因瑕疵給付而致債權人完整利益（加害給付）受損害之情形，因此為核心案例，且此瑕疵又與物之瑕疵所謂之瑕疵相同，使不完全給付與物之瑕疵之關係成為我國不完全給付討論之焦點。然而，我國不完全給付所處理之案型是否以標的物有瑕疵致債權人受損害之情形為限，或尚有其他案型？換言之，我國不完全給付除德國所謂不良給付外，是否尚有其他案型？答案若為肯定，此其他案型應如何確認？其要件如何？等等問題，並未因債編修正而塵埃落定。從日本不完全履行發展的經驗來看，不完全給付的掌握有兩個大方向，一方面為以不完全履行態樣之分析為中心之不完全說，他方面則為義務違反說。

### 1. 不完全說？

如前所述，我國傳統通說認為數量不符、品質不合、方法不

當、地點不妥或時間不宜等情形屬瑕疵給付，加害給付則以瑕疵給付為前提，乃債務人之瑕疵給付致債權人受履行利益以外之其他損害。諸此以分析給付不完全之態樣掌握不完全給付本身之方法，不妨借用北川善太郎稱為「不完全說」<sup>130</sup>。此說有不少尚待釐清的疑點：

第一、我國通說所舉瑕疵給付情形，除品質不合為給付有瑕疵（即德國所謂不良給付）無爭議之案例外，其他情形不少與給付不能與遲延有區別之困難，如給付可分而數量短少，雖為數量不符，但是否需以不完全給付法則處理，甚有疑問。時間不宜，若為清償期後為給付之提出，亦多構成給付遲延。

第二、通說所舉瑕疵給付態樣若僅為例示，而非列舉，如何認定瑕疵給付之其他態樣，該說並未提出明確之標準。

第三、該說最大破綻乃以給付「不完全」掌握「給付不完全」，純粹在給付之抽象層次上思考不完全給付，而與給付義務發生之原因切割。在不完全給付最主要適用對象之契約關係，苟對約定內容及契約內容完全不加聞問，無視當事人所欲達成之契約目的，不僅無法提出其他不完全給付之認定標準，連甚至如何認定給付方法不當、地點不妥也不無困難。

第四、如何認定此說所謂之不完全給付之歸責事由？究竟是給付提出行為本身可歸責，或是給付結果不完全本身可歸責？依孫森焱之見解：「要求於加害人之注意義務乃『履行債務時，應盡交易上之注意義務，以避免加害於債權人』，如其給付係不完全，則屬違反此項注意義務，應認為履行上之過失而負賠償責任。」<sup>131</sup>似乎只要一有不完全給付即為違反注意義務，應認為有過失。若此解

<sup>130</sup> 北川善太郎，同註74，頁309。

<sup>131</sup> 孫森焱，同註2，頁14。

讀無誤，則給付是否不完全本身乃問題之關鍵，個案注意義務之認定乃屬多餘之舉，加害人並無舉證免責之可能，加害給付無異於無過失責任。

第五、以給付標的物有瑕疵為核心的不完全給付，乃以出賣人交付標的物之債務為一般案型，充其量得處理諸如承攬人工作完成義務等以一定結果發生為內容之債務（結果債務），對不以發生一定結果為內容之單純勞務給付債務，如受僱人之給付義務或醫療服務提供者之給付義務，如何認定給付為不完全，不無疑義。星野英一早在一九七八年即指出日本傳統通說見解主要在處理物之交付債務給付不完全之情形，對作為債務、不作為債務之研究並不充分。個人認為傳統不完全說乃以一時性給付為其設想對象，縱然同樣是以結果發生為內容之承攬人給付義務，承攬人之義務常不以工作物之完成與交付為限，基於契約約定之內容，不僅承攬人單方負有給付義務，工作之完成常有賴定作人之協力，不完全說是否有能力解決複雜且經常涉及長時間履行期之契約關係，更有待斟酌。

總之，不完全說一味強調主給付之不完全，忽略契約目的之達成常有賴債務人其他義務之履行，甚至他方之協力，然義務違反及不為必要之協力，影響契約目的達成之嚴重性亦有等差，僅僅聚焦於主給付之不完全給付，並不能滿足現代契約法之規範需求。

## 2. 附隨義務地位之扶正

債編修正前，附隨義務違反亦屬於不完全給付之主張仍被稱為少數說<sup>132</sup>。「附隨義務」乃至於「義務」並未現身在債編修正理由，立法者是否贊同肯定說，立法理由並無法提供明確答案。若認為債務為給付義務，則理由所謂「債務違反」可勉強解為「義務違反」。再者，修正理由所舉之例：「出賣人未告知機器之特殊使用

<sup>132</sup> 文獻，參見，姚志明，同註117，頁56-60。

方法，致買受人因使用方法不當引起機器爆破」，倘亦得解釋為出賣人負損害賠償責任之原因，係因違反告知義務，則義務違反構成不完全給付，縱然非立法者之原意，亦不能謂牴觸其初衷。債編修正後附隨義務違反為不完全給付之態樣之主張，不僅變為多數說<sup>133</sup>，更為實務見解所是認<sup>134</sup>。最高法院九十九年度臺上字第七八九號判決：「按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。此項附隨義務不僅係基於誠信原則及補充契約解釋（契約漏洞之填補）而生，且於八十八年四月二十一日修正公布之民法第二百二十七條第二項立法理由亦加以承認。附隨義務包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益，倘債務人未盡此項義務，債權人自得依民法第二百二十七條不完全給付規定行使其權利。」更認為一九九九年債編修正已明文承認附隨義務。附隨義務在我國債法已取得無法撼動之一席之地，無論是修正之意旨或最高法院假傳聖旨，學說判例之發展均功不可沒。

### 3. 義務違反說？

前揭最高法院判決明確指出契約成立生效後，債務人負有主給付義務、從給付義務及附隨義務，乃對一九八〇年代以後德國債之關係義務群理論直接繼受成果之肯定<sup>135</sup>。縱使附隨義務之承認亦為立法者之意思，然不完全給付之構成本身是否轉變為以契約義務違反為核心？債編修正後，不完全給付是否一律以義務違反為要件？均頗耐人尋味，許多問題有待釐清：

第一、不完全給付若以義務違反為前提，且附隨義務僅限於輔

<sup>133</sup> 林誠二，同註121，頁103；劉春堂，判解民法債編通則，頁236，2010年修訂6版；姚志明，同註9，頁302-304。

<sup>134</sup> 若以「附隨義務」為全文檢索語詞，查詢裁判書查詢資料庫出現「附隨義務」之判決，自1996年起迄今共可得114筆（檢索日期，2011年11月30日）。

<sup>135</sup> 先驅者乃王澤鑑，同註43，頁83-127。

助實現債權人給付利益之情形，則如何讓加害給付在不完全給付找到棲身之所？

第二、從給付義務違反是否亦屬於不完全給付，或應如同主給付義務違反相同處理？前揭判決均未明示，仍留待學說判例之發展。

第三、無論採取一元論認為過失等同於義務違反，或主張過失乃對義務違反內在注意之欠缺（二元論）<sup>136</sup>，過失均與義務違反無法脫勾。若物之瑕疵擔保責任採獨立於債務不履行責任之無過失之擔保責任說，特定物買賣出賣人僅有給付特定物之義務，縱給付有瑕疵之標的物亦非違反給付義務，則給付有瑕疵之物致債權人損害，其所違反之義務為何？恐不易回答。

第四、依通說，債務人須就不完全給付不可歸責於自己負舉證責任<sup>137</sup>。因給付標的物有瑕疵造成損害，債權人依不完全給付請求損害賠償時，債權人是否仍需證明違反一定之義務，或僅需證明標的物有瑕疵即可？若以義務違反為不完全給付之要素，則債權人似乎仍需證明債務人違反一定義務，然此是否有其必要？

### （三）瑕疵給付之承認

因可歸責於債務人之瑕疵給付，債權人得依關於給付遲延及給付不能之規定行使權利，並無爭論。然若瑕疵給付並無特有之救濟法則，其作為不完全給付之態樣，意義安在，尚待分析檢討。因物之瑕疵與不完全給付之關係將為個人另文論述之對象，本文僅為最

<sup>136</sup> 關於侵權行為法過失之一元論及二元論，參照，陳自強，同註12，頁110-113。

<sup>137</sup> 王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，載：民法學說與判例研究（第八冊），頁241，1996年；姜世明，新民事證據法論，頁349，2004年修訂2版。

小限度之說明。

### 1. 給付標的物有瑕疵

所謂標的物瑕疵，除標的物現有品質與應有品質不合而不利於買受人外，更包括給付不可分之數量短少<sup>138</sup>。承認物之瑕疵亦可能構成不完全給付最大之實益乃於有補正可能時，債權人得請求完全的給付，即使補正不可能或縱經補正，與債務本旨已不相符合時，亦得請求損害賠償<sup>139</sup>，此與現行法物之瑕疵擔保並無瑕疵補正請求權，且損害賠償以第360條所述之情形為限，大相逕庭。然若瑕疵給付之債權人係依關於給付遲延或給付不能行使其權利（第227條第1項），且瑕疵給付，亦與給付遲延或給付不能相同，均以可歸責於債務人為要件，則與認為補正可能之瑕疵給付為給付遲延，補正不能之瑕疵給付為給付不能之態樣，直接適用給付不能與給付遲延之規定，結果並無不同<sup>140</sup>。準此以言，瑕疵給付獨立列為不完全給付之態樣並非基於當事人之要求，而為法律人對債務不履行態樣之區別。特別承認瑕疵給付為不完全給付之態樣，主要的實益也許是在解決因瑕疵給付而致債權人其他損害之加害給付之要件問題。

### 2. 給付時間不宜

其次，給付時間不宜，若為期前清償，如無反對之意思表示時，債務人得於期前為清償（民法第316條），反之，有反對之意思表示時，債權人得拒絕受領，其經債權人受領者，債之關係消

<sup>138</sup> 參照，最高法院73年臺上字第1173號判例。

<sup>139</sup> 孫森焱，同註9，頁571-572。

<sup>140</sup> 孫森焱，同註9，頁568，乃在給付標的物瑕疵之類型中「部分遲延或部分不能給付」之標題下，討論數量不足或品質有瑕疵之問題，似亦認為此本為遲延及不能之問題；日本法之解釋上，鈴木祿弥，同註105，頁262，亦有相同之看法。

滅，應無疑義，不知于不完全給付何事？清償期後給付之提出，則依遲延處理即可，債權人因給付時間不宜所受之損害，難道不是遲延損害（民法第231條第1項）？

### 3. 其他瑕疵給付態樣

至於通說所舉其他瑕疵給付態樣，於地點不妥，債權人本得以非依債務本旨所提出之給付拒絕受領，若經債權人受領，債之關係亦應消滅，不需勞駕不完全給付。至於所謂方法不當，在約定之債，主要為契約約定解釋的問題，債務人應為如何之給付，或給付提出應如何，不啻債務人給付提出時之其他義務，所謂其他瑕疵給付，不難轉換為違反與給付有關之義務，從債務人是否違反與給付有關之義務判斷給付方法之妥當性，更符合約定之內容，判斷上也更為容易。

## （四）保護義務之承認？

德國積極侵害債權或日本不完全履行理論主要處理之對象，並非瑕疵給付，而為加害給付。債編修正理由所舉加害給付之例有二，交付病雞致買受人之雞群亦感染而死亡之例（例一），乃最典型且無爭議案例，然在出賣人未告知機器之特殊使用方法，致買受人因使用方法不當引起機器爆破，傷害買受人之人身或其他財產的情形（例二），是否因給付標的物有瑕疵所致，容有討論空間，若認為標的物之給付本身並無瑕疵，而僅係違反告知義務，則是否應承認所謂單純保護義務違反之案型，有待詳論。

### 1. 加害給付為違反保護義務？

因標的物有瑕疵致債權人完整利益受侵害，向來認為係債務人未依債務本旨為給付或違反主給付義務損害賠償範圍認定，即單純

因果關係判斷之問題，故稱為擴大損害或瑕疵結果損害案型<sup>141</sup>。反之，亦有認為完整利益之保護並非給付及給付義務所能處理者，乃給付義務以外其他義務違反的問題<sup>142</sup>，此義務於保不二雄名為「附隨於給付義務之注意義務」，亦有認為所有完整利益之侵害均為保護義務違反之問題<sup>143</sup>。然若認為保護義務違反所負之損害賠償責任，乃基於信賴關係而生之信賴責任，何以所交付之病雞（給付標的物本身）死亡之損害賠償不需基於信賴關係，債權人自己之雞感染而死亡之損害賠償卻係基於信賴關係，似乎難以索解，更不用說給付利益與完整利益之區別時有困難。從而，個人認為給付標的物有瑕疵致債權人給付利益無法全部實現或完整利益受侵害，均為給付義務違反的問題。

給付義務之履行合乎債務本旨，但仍他方當事人完整利益受侵害，是否仍應依契約責任處理？或留待侵權責任？乃真正問題關鍵所在。關於此點，涉及不完全給付與侵權行為之關係，有待他日詳論。

## 2. 單純保護義務違反

德國債法現代化將長久以來學說判例發展之保護義務明文化（第241條第2項），依第282條之規定，保護義務違反達到由債務人給付對債權人無期待可能性時，得請求替代給付之損害賠償，債

<sup>141</sup> 上述貳、一、(二)；三、(二)。

<sup>142</sup> 姚志明，民法債務不履行之新發展，載：民事法理論與判決研究(一)，頁161，2009年，認為瑕疵給付乃給付義務之違反，加害給付則為附隨義務違反。

<sup>143</sup> 日本學者如奧田昌道，上述，貳、三、(三)、4.；德國債編修正後，認為此為給付無瑕疵之物義務違反之見解固然為多數說，但亦有認為此為德國民法第241條第2項保護義務違反之問題，學說狀況，Dauner-Lieb, aaO. (Fn. 38), S. 207；中田裕康，同註114，頁106-109，同時為給付義務違反及保護義務違反。



編修正理由所舉案例，乃給付本身正常，單純違反保護義務之情形<sup>144</sup>。在上述我國債編修正所舉例二，若認為機器本身並無瑕疵，買受人完整利益之侵害係因出賣人違反告知義務所致，則我國債編修正亦認為契約關係之義務群亦有保護債權人完整利益者。如認為保護義務乃附隨義務之一種，附隨義務體系地位一旦確立，保護義務自然而然取得安身立命之所。然保護義務理論之發展並非依附在附隨義務理論下，而有獨自之發展軌跡，不僅德國如此，日本保護義務理論乃由松坂佐一在一九四四年自納粹德國引進，其發展較前述附隨義務為早<sup>145</sup>，我國附隨義務之引進反而較保護義務為早，後者，約莫在一九八〇年才由王澤鑑透過德國債之關係義務群理論之介紹，正式與民法學界認識<sup>146</sup>。因而，嚴格來說，我國學說所理解之附隨義務是否包含保護完整利益之保護義務，尚待研究。保護義務是否如附隨義務在我國債法體系之地位已堅若磐石，尚待檢驗。

### 三、不完全給付概念之再展開

德國積極侵害債權理論之提出乃認定德國民法有漏洞存在，故德國債編修正前之積極侵害債權，乃處理無法依給付不能與給付遲延解決之可歸責於債務人之給付障礙。瑞士債務法第97條乃規範給付遲延以外之所有契約義務違反所生之損害賠償，性質上為債務不履行損害賠償之一般規定，關於債務不履行之損害賠償並無法律漏洞存在，德國積極侵害債權理論遂無用武之地。若認為我國民法制

<sup>144</sup> BT-Druck, 14/6040, S. 141: 「甲委託乙油漆房間，乙油漆工作本身正常，但卻在進入油漆場所時不斷疏於注意而損害房門及家具。」

<sup>145</sup> 北川善太郎因而稱保護義務以外之附隨義務為狹義的附隨義務，參見，潮見佳男，同註125，頁56。

<sup>146</sup> 王澤鑑，同註43，頁90-100。

定時之第227條並非瑞士債務法第97條之繼受，或主張前者雖為後者之繼受，後者僅為給付不能之規定，故我國民法有與德國民法相同之漏洞存在，則我國不完全給付法律原則之形成，亦應填補此漏洞，讓債務不履行體系臻於完備無缺漏。苟有其不然，則法律之發展或債編修正不能不謂有虧職守。

#### (一)不完全給付之未依債務本旨

我國不完全給付能否捕捉所有理應屬於債務不履行之案例，繫於對給付不完全之理解，若將不完全給付完全建立在標的物之瑕疵之上<sup>147</sup>，則不完全給付制度充其量僅能處理與給付標的物有關之未依債務本旨之情形。我國通說既然將不完全給付定義為未依債務本旨而為給付，則不完全給付制度是否能不辱使命，關鍵在於「未依債務本旨」概念之展開是否能涵蓋所有債務不履行之情形。

##### 1. 未依債務本旨為債務不履行之共通要件

按不完全給付雖係德國學說之繼受，但前揭不完全給付之定義，並非德國特產，乃進口自日本。我國學說毫無猶豫的接受日本對不完全履行之理解，除繼受伊始，日本乃最主要之民法理論進口國外，最重要的原因乃「依債務本旨」之概念，在我國民法絕不陌生，第235條本文：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。」及第309條第1項：「依債務本旨，向債權人或其他有受領權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。」均可見「依債務本旨」之身影。日本民法出現「債務本旨」也有兩處，除前揭第415條外，尚有第493條：「清償之提供，應依債務本旨現實為之。但債權人預示拒絕受領或給付需債權人之行為時，通知清償之準備

<sup>147</sup> 孫森焱，同註9，頁567-570，關於給付不完全之說明，僅有給付標的物之瑕疵。

並為受領之催告即可。」此二者互為體用，即清償之提供應依債務本旨為之，給付若未依債務本旨致債權人受損害者，不僅不生清償效力（第493條本文），債務人應負債務不履行之損害賠償責任（第415條）。我國民法雖因就債務不履行損害賠償，分別就給付不能與給付遲延有明文規定，而未繼受日本民法第415條之立法例，卻繼受其債務本旨之概念。我國學說認為債務不履行乃未依債務本旨為給付，以滿足債權之狀態<sup>148</sup>，在債務不履行三分體系，看似無多大意義，但債務不履行概念之構成，若能結合第235條及第309條第1項之規定，不僅統一的債務不履行概念得以形成，也能找到債務不履行損害賠償責任之一般基礎，即因債務人有依債務本旨提出給付之義務，不僅根本不履行，給付但未依債務本旨，亦為違反此義務，若可歸責於債務人，債務人應負損害賠償責任<sup>149</sup>。

## 2. 契約本旨主要為契約解釋之問題

然則，給付未依債務本旨如何展開？依債務本旨為清償，一般而言，指由適格之人，在清償地、清償期向有受領權之人，實行提出全部之給付<sup>150</sup>，然此乃清償所規定之清償之態樣與方法而已。傳統通說從給付標的物之品質、給付之時間、地點所認之給付不完全之情形，乃與債之發生原因一刀兩斷、停留在債之抽象層次之思考方式。對契約法而言，不僅給付義務係基於約定而生，以輔助實現債權人給付利益之附隨義務，如最高法院九十九年度臺上字第七八九號判決所言，亦係基於誠信原則及補充契約解釋（契約漏洞之

<sup>148</sup> 史尚寬，同註127，頁356；鄭玉波，同註99，頁333；孫森焱，同註9，頁481。

<sup>149</sup> 同說，王伯琦，同註11，頁160：「債務人不給付者，債務違反其給付義務之謂也。債務人有依債之關係成立之本旨為給付之義務，如其違反此種義務，是為不給付，亦即不履行，應負責任。」

<sup>150</sup> 陳自強，契約之內容與消滅，頁386，2004年。

填補)而生,義務之法律基礎最終仍為契約。抑有其進者,於維護契約相對人完整利益之保護義務,縱然採信賴關係說,保護義務之發生亦為基於始於因談判締約磋商而生之信賴關係<sup>151</sup>,與契約法之秩序不能謂毫無關聯,而且,若認為雙方當事人依契約負有維護信賴關係之義務,在此信賴關係存續之範圍內,完整利益保護亦為當事人之契約義務,並非無稽之談。換言之,債務人除原定給付之提出外,是否尚有其他行為義務,並非完全取決於實定法,主要為具體契約當事人約定及其表彰於約定之契約目的探求之契約解釋的問題。準此,不完全給付之概念構成應以未依契約本旨為給付為核心,所謂債務本旨,於契約法領域,應為契約本旨。

債務本旨與契約本旨二者看似僅為用語之問題,實則不然。蓋民法所謂之債或債之關係,均指個別債權或債務而言,包括法定債之關係,然於契約法,契約絕大多數係由多數債權債務所構成之雙務契約,給付義務彼此間乃為契約目的之達成而有機的存在。為此目的之達成或不妨礙契約目的之達成,除給付義務之外,尚有其他行為義務,無論給付義務或其他義務,均直接間接與契約目的之達成或不妨礙有關,故而,契約關係中債務本旨之判斷,無法與契約義務發生原因之契約須臾或離,並非個別債權債務本身是否履行或清償的問題。契約本旨若主要為契約當事人約定之問題,給付是否提出,是否符合契約本旨均取決於契約約定,則債務人未依契約本旨為履行應負契約責任,亦為契約拘束力的範疇,立法者無法規範契約本旨之具體內涵,充其量僅能於當事人未約定未依契約違反之救濟方法及其要件時,制定任意規定以補充約定之不足。債務人未依契約本旨為給付致債權人受有損害時,損害賠償責任是否應以故意過失為要件或僅需規定債務人之免責事由,甚至負最嚴格責任,

---

<sup>151</sup> Canaris, Bankvertragsrecht, 1. Teil, 3. Aufl., 1988, Rn. 14.

均屬立法者之價值判斷，但給付是否符合契約本旨之判斷則否。

### (二)結果債務與手段債務之區別

清償期屆至債務人無任何給付之提出，債務人並未依契約本旨，無庸贅言，然債務人提出之給付，債權人主張未依契約本旨而拒絕受領時，債務人是否已依契約本旨而提出之判斷，個人認為應首先透過契約解釋，認定債務為結果債務或手段債務。

所謂結果債務，乃債務人承諾一定結果發生之債務，手段債務則係指債務人不擔保一定結果之發生，而僅承諾盡力使結果發生之債務，二者雖源自法國民法學說，但此觀念不僅影響到屬於法國法系的國家，日本在二次戰後也引進此二概念，作為歸責事由論展開之基礎<sup>152</sup>。德國民法雖未繼受法國結果債務與手段債務之區別，但學說早已承認給付有雙重意義，即有時給付僅指一定行為，大多數情形乃指給付結果<sup>153</sup>，晚進復受到法國手段債務與結果債務區別之影響，對義務違反損害賠償之舉證責任分配，將義務區別結果義務erfolgs- 與行為關聯義務verhaltensbezogene Pflichten之見解漸成德國之有力說<sup>154</sup>。如前所述，債法現代化以義務違反為給付障礙法之核心概念，依立法者，債務人之行為與債之關係客觀之義務計畫不合即為義務違反<sup>155</sup>，故出賣人未於清償期讓買受人取得標的物之所有權及占有即為義務違反，歸責事由僅為損害賠償責任之要件，反之，如專門職業技術人員所提供之服務，其給付若不以發生給付結果為必要，債務人提出給付未盡交易上必要之注意為義務

<sup>152</sup> 陳自強，同註112，頁35-38。

<sup>153</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 7.

<sup>154</sup> Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2007, § 280 Rn. 138.

<sup>155</sup> BT-Drucksache 14/6040, S. 135 f.

違反<sup>156</sup>。英美法債務人雖負嚴格責任，但若為單純勞務給付債務，提供者亦僅需盡合理之注意<sup>157</sup>。

結果債務與手段債務之用語在我國雖不常見，但在日本學說影響下<sup>158</sup>，類似的給與債務與行為債務之區別早已引進國內，前者乃債務人應給與一定財物之債務，後者，乃債務人應為一定給付行為（作為及不作為）之債務<sup>159</sup>，然應給付一定財物之債務何以非作為債務，國內學說語焉不詳，在日本，給與債務指物之交付債務（特定物之債或不特定物之債），行為債務，則係如勞務給付債務之作為債務，或如不競業義務之不作為債務，二者區別實益在於強制履行上，即行為債務之不履行，不能強制履行，僅得請求損害賠償<sup>160</sup>。因行為債務乃勞務給付債務，故可能如承攬以工作完成為給付結果之結果債務，亦可能如僱傭以單純服勞務為內容之手段債務，準此，行為債務並不同於結果債務，買賣雖為給與債務之典型，但承攬人之工作完成義務亦屬於給與債務<sup>161</sup>。

結果債務與手段債務或類似概念之區別所以超越法系成為國際間之共識，個人認為並非單純法律繼受或模仿，而係合理解釋當事人契約內容之結果。如買賣契約之目的在使買受人取得標的物之所有權及占有，無論是出賣人自己移轉所有權或占有，或令他人為

<sup>156</sup> Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), Rn. 338.

<sup>157</sup> 陳自強，同註112，頁33。

<sup>158</sup> 依平井宜雄，同註114，頁15，給與債務 *obligation de donner* 與行為債務 *obligation de faire ou de ne pas faire* 乃法國民法契約所生債務最基本之分類，係由我妻榮引進日本。

<sup>159</sup> 鄭玉波，同註99，頁8；劉春堂，同註133，頁8。

<sup>160</sup> 平井宜雄，同註114，頁16。

<sup>161</sup> 劉春堂，同註133，頁9，結果債務似稱為「結果實現債務」，手段債務則為「狹義行為債務」。

之，均無不可，出賣人縱然已竭盡所能，但仍無法使買受人取得所有權或占有，仍為客觀債務不履行；反之，受僱人僅需依僱用人之指示服勞務，其服勞務充其量僅需盡最大努力，勞務預期結果縱然不發生，此風險亦不應歸受僱人負擔。從而，契約所生之義務有手段債務與結果債務之區別，乃基於契約之規範計畫及契約目的，我國民法「債務本旨」乃至於契約本旨之展開，應該區別結果債務及手段債務。

### （三）結果債務給付提出卻未依契約本旨

買賣雙方之主給付義務乃最為典型之結果債務，其他以財產權之移轉為內容之債務（互易之雙方當事人及贈與人之給付義務），及以物供他人使用收益之債務（如出租人交付租賃物之義務），亦屬之，再者，勞務給付契約中，承攬人完成工作之債務，也屬結果債務。結果債務，債務人雖提出給付但未依契約本旨，可分為以下情形：

#### 1. 不良給付

於特定物之債，孫森焱認為若該特定物於契約成立時即有瑕疵存在，債務人以特定物之現狀交付，即為依債務本旨為履行<sup>162</sup>，然如認為出賣人有給付無瑕疵之物之義務<sup>163</sup>，給付之物有瑕疵時，出賣人之給付並未依契約本旨，似乎為邏輯推論。其他結果債務，債務人提出之給付標的物有瑕疵，亦應如是。此項爭議，涉及物之瑕疵擔保責任與不完全給付之關係如何，擬作為個人獨立研究

<sup>162</sup> 孫森焱，同註9，頁567；最高法院77年度第7次民事庭總會決議認為買賣標的物有瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且應可歸責於出賣人。

<sup>163</sup> 此為最高法院一貫見解，參照，87年度臺上字第387號判決、89年度臺上字第1085號判決、91年度臺上字第1315號判決、99年度臺上字第264號判決、99年度臺上字第2443號判決。

課題，茲不論。無論如何，一旦認為給付有瑕疵之標的物也構成不完全給付，剩下的問題乃歸責事由之認定，及債務人對何種範圍之損害應負賠償責任之問題，至於係因給付利益或完整利益受損害，並無關宏旨。換言之，即使是完整利益之侵害，被害人僅需證明給付標的物有瑕疵，債務人須證明不可歸責，方得免責<sup>164</sup>。

#### 2. 與給付有關之附隨義務違反損害給付利益

給付標的物本身無瑕疵，債權人卻因債務人違反與給付有關之附隨義務受有損害，則此義務違反本身乃未依契約本旨，債權人就此須負主張及舉證責任，無待贅言。

#### (四) 手段債務給付提出卻未依契約本旨

手段債務主要出現在勞務給付契約中，然勞務給付契約也可能為結果債務，承攬人之工作完成義務，固不待言，旅遊契約旅遊營業人之給付義務，亦同，因此之故，二者均有瑕疵擔保責任之問題（民法第492條以下；第514條之6及之7）。反之，受僱人服勞務義務乃手段債務最典型之情形，此外，無論醫療契約之法律性質如何，醫療服務提供者之給付義務，絕大多數為手段債務。委任契約受任人處理事務義務是否為之屬，則應個案判斷。

手段債務債務人僅負有依善良管理人或有理性之人之注意提出給付之義務，而不負有使一定結果發生之義務，債務人盡其注意義務為給付即符合契約本旨，故債權人應主張債務人提出給付並未盡此等注意義務而生損害方得依不完全給付請求損害賠償。債權人因債務人違反給付有關之附隨義務，亦同。

---

<sup>164</sup> 關此，個人在「契約責任之歸責事由」，有詳細的說明。參照，陳自強，契約責任之歸責事由，國立臺灣大學法學論叢，41卷1期，頁71-131，2012年3月。



#### (五)單純保護義務違反

債務人雖依約定提出給付，僅單純違反保護義務致侵害他方當事人之完整利益，無論為結果債務或手段債務，不完全給付所謂未依契約本旨乃保護義務之違反，債權人需主張及證明債務人違反保護義務。

### 四、不完全給付規定之必要性

不完全給付規定之適用要件，有兩大關鍵，分別為債務本旨（契約本旨）之判斷及歸責事由之認定，前者，結果債務標的物有瑕疵即能認係給付未依債務本旨，其他情形，仍須先確定義務之存否及其內容，如同侵權行為責任過失之判斷，均須委諸個案之裁判。關於歸責事由之認定，若亦主要為故意過失之判斷，也為個案裁判認定之問題，民法第227條除作為請求權基礎外，對解決實際問題幫助似乎極其有限。以下，將探討民法第227條之規定是否絕對必要。

#### (一)從給付義務根本不履行

給付義務可分為主給付及從給付義務，不僅為上述最高法院九十九年度臺上字第七八九號判決所是認，亦為學說一致見解<sup>165</sup>。主給付義務雖已履行（純種狗之出賣人已將狗交付買受人），但從給付義務（血統狗證書）尚未履行，債權人固然得請求履行，但損害賠償之請求權基礎為何？我國學說見解似不明朗。

若認為給付不能及給付遲延僅能處理主給付之不能及遲延，則從給付義務不履行之損害賠償請求權基礎不得不求助於不完全給付。從給付義務之違反縱然認為應依不完全給付處理，但依第227

---

<sup>165</sup> 陳自強，同註150，頁89-90。

條第1項之規定，債權人仍需依給付不能及給付遲延行使其權利。與其輾轉迂迴，不若直接認定從給付義務不履行，依其情形為履行可能或履行不能，分別直接適用給付遲延或給付不能之規定，似乎更為直接了當。買受人受領標的物義務並非買賣契約類型特徵所不可欠缺，非構成雙務契約牽連關係之主給付義務，充其量屬於從給付義務<sup>166</sup>，依最高法院六十四年臺上字第二三六七號判例：「買受人對於出賣人有受領標的物之義務，為民法第三百六十七條所明定，故出賣人已有給付之合法提出而買受人不履行其受領義務時，買受人非但陷於受領遲延，並陷於給付遲延，出賣人非不得依民法第二百五十四條規定據以解除契約。」買受人不受領標的物，出賣人得「依」民法第254條規定解除契約<sup>167</sup>，似乎也認為從給付義務之根本不履行，可以直接適用給付遲延之規定行使其權利。

從給付義務確保或輔助實現債權人之給付利益，主給付義務則為構成契約類型特徵不可欠缺之要素，在有名契約類型，二者固有顯而易見之差別，然在無名契約類型，何謂主給付義務，並非一見即明。抑有其進者，對當事人而言，從給付義務之履行有時亦為契約目的達成所不可欠缺者，僅從債各有名契約規定之觀點，切割主給付義務與從給付義務，是否違背當事人之規範計畫，並非毫無斟酌餘地。德國債編修正前，給付遲延解除契約固然限於主給付

---

<sup>166</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 12. Aufl., 1981, S. 94 認為出賣人雖得訴請買受人受領標的物，但受領義務僅為附隨義務（Nebenpflicht）。

<sup>167</sup> 學說多贊成判例之見解，參照，劉春堂，民法債編各論（上），頁98，2003年；鄭玉波，民法債編各論（上冊），頁68，1979年；林誠二，民法債編各論（上），頁106，1994年；邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（上），頁159，2008年；反對說，楊芳賢，買賣，載：民法債編各論（上），頁144，2004年，即以受領標的物為從給付義務為由，認為標的物受領遲延，出賣人僅得依第229條以下，請求遲延損害之賠償，反對前開判例之見解。

Hauptleistung，但依德國實務見解，主給付並不以構成契約類型特徵絕對不可欠缺者為限，關鍵在於具體個案當事人是否有以該給付為契約重要之給付wesentliche Vertragsleistung之意思<sup>168</sup>。主給付及從給付之區別若乃基於契約類型論，而非攸關契約本旨之判斷，對從給付義務根本不履行得否請求損害賠償或解除契約，並非重要之觀點。抑有進者，從給付義務根本不履行不符合瑕疵給付之定義，認定其屬於不完全給付，似亦有困難。

### (二)與給付有關之附隨義務違反

無論如何理解瑕疵給付，瑕疵給付乃損及債權人給付利益，此乃與加害給付不同所在。如前所述，債編修正立法者乃以不良給付為一般案例，但經學說判例之發展，也肯認附隨義務違反可能構成不完全給付。若參照德國流行觀點，將附隨義務分為「與給付有關之附隨義務」及「與給付無關之附隨義務」<sup>169</sup>，前者之違反當然構成不完全給付。

與給付有關之附隨義務及從給付義務之不同，依通說，乃訴求力之有無<sup>170</sup>，姑不論附隨義務均無法訴請履行之命題是否正確，就與給付有關之附隨義務違反之損害賠償甚至契約解除之救濟而言，基於與前述從給付義務違反相同之理由，先認定構成不完全給付後，再依第227條第1項之規定，按給付不能或給付遲延行使其權利，似亦多此一舉。

<sup>168</sup> Jauernig/Schlechtriem, BGB, 8. Aufl., 1997, § 326, Anm. 2.a.bb.

<sup>169</sup> 詹森林，最高法院裁判與民事契約法之發展，載：最高法院九十九年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，頁363，2011年。

<sup>170</sup> 王澤鑑，債法原理(一)：基本理論、債之發生，頁43-44，1999年。

### (三)加害給付

出賣人交付染有病毒之飼料致債權人之雞死亡，乃給付義務未依契約本旨侵害債權人完整利益之案型，此亦為債編修正立法者所設想之加害給付一般案型，然若給付標的物並無瑕疵，是否亦可能構成加害給付，有待檢討。

#### 1. 不良給付

因給付標的物有瑕疵致損害債權人給付利益以外之其他法益，可謂積極侵害債權制度發展之契機與核心。關於加害給付損害賠償請求權之基礎，德國舊法時期，乃積極侵害債權，債法現代化後，則依義務違反損害賠償之一般規定（第280條第1項）。日本繼受德國學說後，就完整利益之侵害，有認為乃主給付義務違反損害賠償責任範圍的問題（日本民法第416條），亦有主張此乃獨立於給付義務以外之保護義務違反之問題。我國債編修正後改裝第227條之規定，使之成為不完全給付損害賠償一般規定，加害給付之損害賠償應以該條為請求權基礎，似已穩如泰山。然而，即使無第227條之規定，受損之當事人未必無其他請求權基礎。詳言之，我國民法雖無類似日本民法第415條債務不履行損害賠償之一般規定，但有第220條第1項：「債務人就其故意或過失之行為應負責任。」之規定。若債務人有依債務本旨提出給付之義務，給付但未依債務本旨致生損害於他方當事人，至少於債務人有故意過失之情形，應負損害賠償責任，乃當然之解釋。我國民法第220條即使不完全是瑞士債務法第99條之繼受<sup>171</sup>，也曾參考德國民法第276條，則參照瑞士債務法之解釋<sup>172</sup>及本於正確解讀德國民法第276條之規定（前述貳、一、(一)），以我國民法第220條第1項為債務人因故意過失不良

<sup>171</sup> 關於瑞士債務法第97條，參照，陳自強，同註112，頁23-28。

<sup>172</sup> 關此，陳自強，同註112，頁23。

給付損害賠償之依據，並非不可想像。

## 2. 單純保護義務違反

德國債法現代化明文承認保護義務，並不在處理不良給付致損害完整利益之情形，主要乃規範給付義務之履行符合契約本旨，僅單純違反保護義務之情形。在所謂先契約責任及後契約責任，給付義務及與給付有關之附隨義務尚未發生或已消滅，僅有保護義務之問題，然在契約履行階段，亦可能發生單純違反保護義務之情形。在我國法，債務人給付義務雖已消滅，但違反保護義務時，是否該當傳統學說對不完全給付之定義，並非無疑，然基於上述1. 相同之理由，個人認為縱然承認保護義務及其違反之損害賠償責任，請求權基礎未必非第227條第2項不可，民法第220條第1項之規定亦足堪重責大任。

## 肆、結 論

1. 民法制定時第227條之規定乃仿自瑞士債務法第97條。瑞士通說認為其債務法並無類似德國民法法律漏洞存在，所有不屬於給付不能及給付遲延之契約義務違反均屬於第97條第1項所謂未依債務本旨履行（nicht gehörigen Erfüllung）。我國學說若能擺脫繼受德國之日本不完全給付理論之糾纏，而持續觀察瑞士債務法學說之動向，我國債務不履行責任之體系應該能呈現不同之面貌。

2. 一九〇〇年德國民法第276條係債務人因不履行及不良履行一般責任之規定，德國民法制定時並無法律漏洞存在，積極侵害債權理論未必有提出之必要。二〇〇二年債法現代化建立以義務違反為核心的給付障礙體系，積極侵害債權制度已失其作為請求權基礎之意義。保護義務雖不以契約有效存在為前提，但其明文化，也確認單純保護義務違反亦為給付障礙之案型。

3. 依我國通說及實務見解，不完全給付乃債務人雖為給付，而其給付不合於債務本旨。此定義並非源自德國，而為日本傳統見解之繼受。日本岡松參太郎在引進Staub積極侵害契約理論之際，以與德國學說相同之理解使用積極的債權侵害及不完全給付之概念，不完全給付僅為積極的債權侵害型態之一。陳瑾昆及戴修瓚將不完全給付概念介紹到我國時，理解亦復如是。其後日本學說擴大不完全給付之範疇，稱為不完全履行，多以不完全履行指稱德國所謂之積極債權侵害，所謂積極的債權侵害，則多指德國積極侵害債權中不良履行致完整利益侵害（擴大損害或瑕疵結果損害）案型。我國學者雖亦有相同之理解者，但一九八〇年以後，留德學者直接從德國進口積極侵害債權理論，並套用德國之積極侵害債權理論於不完全給付，積極侵害債權與不完全給付為同義字，自是而後無質疑者。

4. 我國瑕疵給付與加害給付概念及不完全二分體系之確立，似乎應歸功於勝本正晃及石田文次郎二位學者。加害給付之用語，應係仿自勝本正晃一九二九年不完全履行論所提之「加害的履行」之概念，石田文次郎於一九三六年建議以債權積極的侵害取代「加害的履行」，並將不完全履行分為瑕疵給付與積極的債權侵害，與我國瑕疵給付與加害給付二分體系僅為用語之不同。

5. 債編修正前，附隨義務違反亦屬於不完全給付之主張仍被稱為少數說。日本意識到有附隨義務之存在，乃一九六〇年代以後之事，史尚寬雖搶先一步引進附隨義務之概念，但其落地生根則應歸功於一九八〇年代以後留德學者。債編修正後附隨義務違反為不完全給付之態樣之主張，不僅變為多數說，更為實務見解所肯定。保護義務雖被認為屬於附隨義務，但二者各有不同之理論發展脈絡。保護義務是否如附隨義務在我國債法體系之地位已堅若磐石，尚待檢驗。

6. 無論從德國民法制定時之法律狀態或二〇〇二年債法現代化義務違反概念之導入，或瑞士債務法之未依本旨為給付概念之解釋，甚至日本新契約責任理論未依債務本旨為履行之強調，不難窺知擺脫三分體系之羈束而建立債務不履行責任或契約違反之概括條款，乃國際動向之共識。我國民法既然亦有「依債務本旨」之概念，得作為債務不履行之共通要件，則因可歸責於自己之事由而未依債務本旨為給付致債權人受損害，債權人得請求損害賠償，亦應為我國債法一般法律原則。

7. 不完全給付未依債務本旨之判斷，於契約關係乃契約本旨之認定，債務人為給付之提出，除結果債務之不良給付本身即為未依契約本旨為給付外，其餘情形，包括手段債務給付義務未依契約本旨之認定，及附隨義務違反，均需確定義務之存在及其違反。

8. 從給付義務根本不履行及與給付有關之附隨義務違反，均與給付不能及給付遲延相同，為未依契約本旨給付，直接依給付不能與給付遲延處理即可，不需特別承認其為債務不履行之獨立態樣。即使是依契約本旨履行義務致債權人完整利益受損害，無法依給付不能及給付遲延處理之情形，民法第220條第1項亦得作為請求權基礎。民法第227條之規定未必不可想像其不存在。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 王伯琦，民法債篇總論，臺1版，1962。  
Wang, Bo-Chie, *General Provisions of Obligations under Civil Code*, 1962.
2. 王澤鑑，不完全給付之基本理論，載：民法學說與判例研究（第三冊），頁59-87，1981。  
Wnag, Tze-Chien, *The Fundamental Theory of Non-conforming Performance, in Theories and Judicial Cases of Civil Law III*, pp. 59-87, 1981.
3. 王澤鑑，債之關係的結構分析，載：民法學說與判例研究（第四冊），頁83-127，1982。  
Wnag, Tze-Chien, *The Structural Analysis of Obligation Relationship, in Theories and Judicial Cases of Civil Law IV*, pp. 83-127, 1982.
4. 王澤鑑，物之瑕疵擔保、不完全給付與同時履行抗辯權，載：民法學說與判例研究（第六冊），5版，頁115-141，1991。  
Wnag, Tze-Chien, *Warranty for Goods and Works, Non-conforming Performance, and Concurrent Performing Counterplea, in Theories and Judicial Cases of Civil Law VI, 5th ed.*, pp. 115-141, 1991.
5. 王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，載：民法學說與判例研究（第八冊），頁233-273，1996。  
Wnag, Tze-Chien, *Product Liability and Pure Economic Loss, in Theories and Judicial Cases of Civil Law VIII*, pp. 233-273, 1996.
6. 王澤鑑，債法原理(一)：基本理論、債之發生，1999。  
Wnag, Tze-Chien, *The Theories and Principles of Contract Law I: The Basic Theories and the Occurrence of the Debt*, 1999.
7. 史尚寬，債法總論，臺初版，1954。  
Shih, Shang-Kuan, *General Principles of Obligation Law*, 1954.
8. 林誠二，民法債編各論（上），1994。



- Lin, Chen-Erh, *Obligation Law: Particular ( I )*, 1994.
9. 林誠二，*債法總論新解：體系化解說（下）*，2010。  
Lin, Chen-Erh, *General Principles of the Law of Obligations ( II )*, 2010.
10. 邱聰智，*新訂民法債編通則（下）*，2008。  
Ciou, Cong-Jhih, *General Principles of the Law of Obligations ( II )*, 2008.
11. 邱聰智著、姚志明校訂，*新訂債法各論（上）*，2008。  
Ciou, Cong-Jhih, Jau, Chih-Ming, *Obligation Law: Particular ( I )*, 2008.
12. 姜世明，*新民事證據法論*，修訂2版，2004。  
Chiang, Shih-Ming, *A New Commentary on Civil Evidence Law*, 2d ed., 2004.
13. 姚志明，*債務不履行——不完全給付之研究*，2000。  
Jau, Chih-Ming, *Default of Performance—The Study on Non-conforming Performance*, 2000.
14. 姚志明等，*誠信原則與附隨義務——民法研究會第二十三次學術研討會記錄*，*法學叢刊*，46卷4期，頁135-161，2001。  
Jau, Chih-Ming et al., *Good Faith Principle and Supplementary Duty—The Records of the 23th Conference of Civil Law*, *China Law Journal*, vol. 46, no. 4, pp. 135-161, 2001.
15. 姚志明，*德國民法債編修正介紹——一般給付障礙與買賣契約*，*月旦法學雜誌*，99期，頁95-108，2003。  
Jau, Chih-Ming, *Introduction to the Reform of German Obligation Law—Impediments to Performance and Sales Contract*, *The Taiwan Law Review*, no. 99, pp. 95-108, 2003.
16. 姚志明，*民法債務不履行之新發展*，載：*民事法理論與判決研究(一)*，頁151-176，2009。  
Jau, Chih-Ming, *The New Development of Default on Civil Law*, in *Theories and Judicial Cases of Civil Law I*, pp. 151-176, 2009.
17. 姚志明，*回顧不完全給付制度於民法七十年來之發展*，載：*民事法理論與判決研究(一)*，頁203-236，2009。

- Jau, Chih-Ming, A Review for the Development of Non-conforming Performance in Seventy Years, in *Theories and Judicial Cases of Civil Law I*, pp. 203-236, 2009.
18. 姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，載：民事法理論與判決研究（一），頁259-320，2009。
- Jau, Chih-Ming, The Study on Active Infringement of Contracts and Incomplete Performance, in *Theories and Judicial Cases of Civil Law I*, pp. 259-320, 2009.
19. 孫森焱，民法債編總論，3版，1980。
- Sun, Sen-Yen, *General Principles of Obligation Law*, 3d ed., 1980.
20. 孫森焱，論不完全給付，法官協會雜誌，2卷1期，頁1-23，2000。
- Sun, Sen-Yen, Non-conforming Performance, vol. 2, no. 1, pp. 1-23, 2000.
21. 孫森焱，民法債編總論（下冊），修訂版，2010。
- Sun, Sen-Yen, *General Principles of Obligation Law (II)*, 2010.
22. 陳自強，契約之內容與消滅，2004。
- Chen, Tzu-Chiang, *The Content and Elimination of Contract*, 2004.
23. 陳自強，代理權與經理權之間——民商合一與民商分立，2006。
- Chen, Tzu-Chiang, *Between Agency and Managerial Power Integration and Separation of Civil and Commercial Codes*, 2006.
24. 陳自強，契約過失責任與無過失責任之間——歸責事由之比較法觀察，政大法學評論，123期，頁1-50，2011。
- Chen, Tzu-Chiang, Comparative Survey on the Fault and Non-fault Principles in the Law of Breach of Contract, *Chengchi Law Review*, no. 123, pp. 1-50, 2011.
25. 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，2011。
- Chen, Tzu-Chiang, *Taiwan Civil Law and the Modernization of Japanese Contract Law*, 2011.
26. 陳自強，契約責任之歸責事由，國立臺灣大學法學論叢，41卷1期，頁71-131，2012。
- Chen, Tzu-Chiang, The Attributable Reasons for the Duty of Damages in the

- Breach of Contract, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 41, no. 1, pp. 71-131, 2012.
27. 陳瑾昆，民法通義債編總論，1930。  
Chen, Jin-Kun, *General Principles of Obligation Law*, 1930.
28. 黃立，民法債編總論，1996。  
Hwang, Li, *General Principles of Obligation Law*, 1996.
29. 黃立，德國新債法之研究，2009。  
Hwang, Li, *The Research on New Obligation Law of Germany*, 2009.
30. 黃茂榮，債法總論（第二冊增訂版），2004。  
Hwang, Mao-Zong, *General Principles of Obligation Law II*, 2004.
31. 楊芳賢，買賣，載：民法債編各論（上），頁1-254，2002。  
Yang, Fang-Hsien, *Obligation Law: Particular ( I )*, pp. 1-254, 2004.
32. 詹森林，不完全給付，載：民事法理與判決研究(二)，頁127-182，2003。  
Jan, Sheng-Lin, *Non-conforming Performance*, in *Theories and Judicial Cases of Civil Law II*, pp. 127-182, 2003.
33. 詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院七十七年度第七次到九十六年度第八次民事庭會議決議，國立臺灣大學法學論叢，39卷3期，頁69-108，2010。  
Jan, Sheng-Lin, *Practical Developments of Non-Conforming Performance and Warranty for Goods and Works: From the 7th Resolution of 1988 to the 8th Resolution of 2007 of the Supreme Court*, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 39, no. 3, pp. 69-108, 2010.
34. 詹森林，最高法院裁判與民事契約法之發展，載：最高法院九十九年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，頁355-412，2011。  
Jan, Sheng-Lin, *The Development of Supreme Court's Decisions and the Law of Obligations*, in *Collection of Essays of the 2010 Supreme Court Symposium on Civil Law and the 80th Anniversary of the Implementation of the Law of Obligation*, pp. 355-412, 2011.

35. 劉春堂，民法債編通則(一)：契約法總論，2006。  
Liou, Chun-Tang, *General Principles of the Law of Obligations I : General Principles of Contract Law*, 2006.
36. 劉春堂，民法債編各論(上)，2003。  
Liou, Chun-Tang, *Obligation Law: Particular ( I )*, 2003.
37. 劉春堂，判解民法債編通則，修訂6版，2010。  
Liou, Chun-Tang, *Studies on Cases of General Principles of Obligation Law*, 6th ed., 2010.
38. 鄭玉波，民法債編總論，1962。  
Zen, Yu-Po, *General Principles of Obligation Law*, 1962.
39. 鄭玉波，民法債編總論，7版，1978。  
Zen, Yu-Po, *General Principles of Obligation Law*, 7th ed., 1978.
40. 鄭玉波，民法債編各論(上冊)，1979。  
Zen, Yu-Po, *Obligation Law: Particular ( I )*, 1979.
41. 錢國成，不完全給付與瑕疵擔保，法令月刊，31卷10期，頁57-62，1980。  
Chien, Guo-Chen, *Non-conforming Performance and Warranty for Goods and Works*, *The Law Monthly*, vol. 31, no. 10, pp. 57-62, 1980.
42. 戴修瓚，民法債編總論，1930。  
Tai, Hsiu-Tsan, *General Principles of Obligation Law*, 1930.
43. 韓世遠，合同法總論，2版，2008。  
Han, Shih-Yuan, *General Principles of Contract Law*, 2d ed., 2008.

## 二、日 文

1. 下村正明，不完全履行論には、どういふ基本的論点が残されているか，載：講座現代契約と現代債權の展望第二卷——債權總論(2)，頁67-94，1991。
2. 川井健，民法概論(3)：債權總論，2版，2005。

3. 中田裕康，民法四一五條・四一六條（債務不履行による損害賠償），載：  
民法典の百年Ⅲ，頁1-56，1998。
4. 中田裕康，債權總論，2008。
5. 中嶋玉吉，民法積義卷之三 債權總論上，1921。
6. 加藤雅信，新民法大系Ⅲ：債權總論，2005。
7. 北川善太郎，契約責任の研究，1963。
8. 平井宜雄，債權總論，2版，1994。
9. 末広巖太郎，債權總論，1940。
10. 田中宏治、北川善太郎，契約責任の研究——構造論，載：民法學說百年  
史，頁458-461，1999。
11. 石田文次郎，債權總論，1947。
12. 早川真一郎，不完全履行、積極的債權侵害，載：民法講座(4)——債權總  
論，頁49-72，1985。
13. 我妻榮，債權總論，2008。
14. 於保不二雄，債權總論，新版，1972。
15. 松坂佐一，積極的債權侵害の本質について，京都帝国大学法学会論集，15  
冊1号，1944。
16. 長坂純，契約責任の構造と射程，2010。
17. 奥田昌道，債權總論，1982。
18. 鈴木祿弥，債權法講義，3訂版，1997。
19. 鳩山秀夫，日本債權法總論，1916。
20. 潮見佳男，契約規範の構造と展開，1991。
21. 潮見佳男，債務不履行、契約責任論史，載：日本民法學史各論，頁183-  
224，1997。
22. 潮見佳男，債權總論Ⅰ——債權關係・契約規範・履行障害，2版，2003。
23. 潮見佳男，總論——契約責任論の現状と課題，ジュリスト，1318期，頁  
81-86，2006。

### 三、外 文

1. Schmid, Jörg, in: Basedow, Jürgen (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, 2001.
2. Berger, Klaus Peter, *Allgemeines Schuldrecht*, 2008.
3. Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, *Allgemeines Schuldrecht*, 31. Aufl., 2006.
4. Bucher, Eugene, *Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl., 1983.
5. Bucher, Eugene, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1988.
6. Canaris, Claus-Wilhelm, *Bankvertragsrecht*, 1. Teil, 3. Aufl., 1988.
7. Canaris, Claus-Wilhelm, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002.
8. Dauner-Lieb, Barbara, *Im Labyrinth der Pflichtverletzungen*, FS für Konzen, 2006, S. 63-83.
9. Dorn, Franz, in: *Historisch- kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II /1, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 1. Teilband 2007.
10. Emmerich, Volker, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3. Aufl., 1991.
11. Fiktenstcher, Wolfgang, *Schuldrecht*, 9. Aufl., 1997.
12. Gauch, Peter/Schluep, Walter, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Bd. II, 5. Aufl., 1991.
13. Göschler, Peter, *Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht*, FS für Konzen, 2006, S. 109-129.
14. Guhl, Theo/Merz, Hans/Koller, Alfred, *Das Schweizerisches Obligationenrecht*, 8. Aufl., 1991.
15. Haas, Lathar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger, *Das neue Schuldrecht*, 2002.
16. Hadding, Waler, *Leistungspflichten und Leistungsstörungen nach ‚modernisierterm‘ Schuldrecht*, FS für Konzen, 2006, S. 193-216.
17. Honsell, Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 1991.
18. Huber, Ulrich/Faust, Florian, *Schuldrechtsmodernisierung*, 2002.
19. Hübner, Ulrich/Constantinesco, Vlad, *Einführung in das französische Recht*, 2.

- Aufl., 1988.
20. Huguenin, Claire, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., 2008.
  21. Jauernig, Othmar, *BGB*, 8. Aufl., 1997.
  22. Kälin, Oliver, *Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR*, *AJP/PJA* 2007, S. 1339-1346.
  23. Koller, Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II*, 2006.
  24. *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 1992.
  25. Kötz, Hein, *Vertragsrecht*, 2009.
  26. Kramer, Ernst A., *Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht*, *AcP* 200 (2002), S. 365-400.
  27. Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil*, 12. Aufl., 1981.
  28. Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., 1987.
  29. Medicus, Dieter, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 1993.
  30. Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 19. Aufl., 2010.
  31. *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl., 2007.
  32. Musielak, Hans-Joachim, *Grundkurs BGB*, 2. Aufl., 1989.
  33. Musielak, Hans-Joachim, *Grundkurs BGB*, 7. Aufl., 2002.
  34. Ranieri, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3. Aufl., 2009.
  35. Schlechtriem, Peter, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 1992.
  36. Schermaier, Martin Josef, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/1*, 2007.
  37. Schwenger, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2006.
  38. von Tuhr, Andrea/Escher, Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen OR I*, 3. Aufl., 1979.

39. Westermann, Harm Peter/Bydlinski, Peter, BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1999.
40. ZIMMERMANN, REINHARD, THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION (1996).



# Positive Malperformance from the Perspective of Reception

Tzu-Chiang Chen<sup>\*</sup>

## Abstract

The reform of our law of obligation concerning positive malperformance in Article 227 of the Civil Law Code resulted from the reception of the Japanese doctrine of malperformance. The introduction of ancillary duties after the 1980s is the contribution of a lawyer who graduated from a German university. The violation of the ancillary duties obliged the debtor to damages are recognized by our Supreme Court. Whether there is a positive malperformance, it is insufficient only from the perspective of the insufficiency of performance. Although in the case of the obligation of result, the insufficiency itself matters; in other cases, it is the violation of the duties that counts.

**Keywords:** Non-Conforming Performance; The Doctrine of Positive Malperformance; Ancillary Duties; Breach of Duties; Reception of Doctrine

---

<sup>\*</sup> Professor, College of Law, National Taiwan University; Dr. of Law, München University, Germany.

Received: January 9, 2012; accepted: May 17, 2012