

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

德國新民法債務不履行制度之研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC92-2414-H-004-060-

執行期間：92年08月01日至93年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：黃立

計畫參與人員：張南薰(兼任研究助理)

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 93 年 8 月 9 日

德國新民法債務不履行規定的分析

An Analysis on the Breach of Duty in New German Civil Law

政治大學法律系教授 黃立

中文摘要

德國債法從 1896 年(RGBI.S.195)到 2002 年 1 月 2 日(BGBI.I S.42, ber.S.2909)經歷了一百多年，社會的變遷、科技的進步、歐盟的立法、國際的趨勢都使得這部法典成了非大幅修正不可。德國民法改革的主要目的之一，就是要使債務不履行的規範能夠透明化。主要的修正是體系上的變革。原先在債編各論中有關債務不履行的要件，均被納入了債編總論之中，義務的違反成爲核心規定。於給付對債務人或任何人皆無可能時，就排除了給付請求權。羅馬法諺：不能之契約無效的原則因此被突破。依據新法第 280 條規定，債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生損害。此時推定債務人對義務之違反有過失，債權人於亦符合第 286 條之附加要件下，請求因給付遲延所生損害。於符合第 281 條、第 282 條或第 283 條之附加要件下，債權人得請求損害賠償代替給付。縱然在締約時給付業已不能，不影響契約之成立。但給付對債務人或任何人皆無可能時，就排除了給付請求權。債務人有可歸責事由者，有損害賠償代替給付的義務、債權人亦得請求信賴其可受領給付所爲之支出，而依公平方式原得開銷者作爲替代。債務人就原應交付之標的取得賠償物或有賠償請求權者，債權人可以請求債務人交付其作爲賠償取得之物或移轉賠償請求權。就債務人遲延的要件與法律效果，修正的幅度不大。不良履行部分，不履行說代替瑕疵擔保說、瑕疵損害改成過失責任、受限制的債務不履行請求權。解除權的新規定，原則上解除不以可歸責事由爲條件。在雙務契約中，債權人曾給債務人以給付或補爲給付之相當期限，債務人對已屆至之債務仍未提出給付或未依債之本旨給付，債權人得解除契約，依情形給予或不需額外之期限。締約過失的明文化與行爲基礎的干擾，均爲法官法的明文化。

Abstract

The German Law of Obligations was promulgated in 1896 and has been for more than 100 years from now. All the factors such as the changes of the society, the development of the science and technology, the legislation in EU and the international environment, make it necessary for the civil code to have substantial modification. One of the major objectives of the new German Civil Code, is to reform the regulations concerning breach of duty, making the legal system transparent. The modification focused mainly on remodelling the whole system. The breach of duty regulations originally contained in particular articles of the civil code have been integrated into the general articles. Remedies for breach of duty become the central part of the new regulation. A claim for performance cannot be made in so far as it is impossible for the obligor or for anyone else to perform. Thus the new code gave up the "impossibilium nulla est obligatio." principle of old roman law. If the obligor fails to perform his duties arising from the obligation, the obligee may claim compensation for the loss resulting from this breach. In this case, the obligor's fault will be assumed. The obligee may demand compensation for delay in performance if the additional requirement in § 286 is satisfied. The obligee may demand compensation in lieu of performance, if the additional requirements of § 281, § 282 or § 283 are

satisfied. Even the impossibility for performance already exists at the time of contracting does not prevent the contract from being valid. A claim for performance though cannot be made in so far as it is impossible for the obligor or for anyone else to perform. If the obligor fails to perform his duties arising from the obligation, the obligee may claim compensation for the loss resulting from this breach. This does not apply, however, if the obligor is not deemed liable for the failure to perform. The obligee may also demand reimbursement of the expenditure which he incurred in reasonable reliance on the performance, except where the expenditure would be paid for nothing even if the obligor had not breached his duty. If the obligor obtains a substitute for the object owed, the obligee may demand surrender of what has been received. There were no substantial modifications on Delay by the obligor. By a contract of sale the seller of a thing is bound to deliver the thing to the buyer and to transfer to him ownership of the thing. The guarantee of no defect doctrine has been replaced by non-performance principle. Delivery of defected goods will only result in responsibilities, if the obligor has fault. The rights of obligee have been limited. If under a synallagmatic contract the obligor fails to perform when due or to perform in accordance with the contract, the obligee may terminate the contract, with or without giving the other party an additional grace period. Culpa in contrahendo and clausula rebus sic stantibus which were rules made by judge, have both now been incorporated into status.

關鍵字

義務之違反、債務不履行或未依債之本旨履行、補償無結果的費用、債務人遲延、締約時之給付不能、給付義務之排除、給付遲延、契約解除權、締約過失、情事變更原則、契約應遵守原則、不能之契約無效原則

Key Words

breach of duty, failure to perform or failure to perform properly, Reimbursement for wasted expenditure, Delay by the obligor, Impediment to performance at the time of the conclusion of the contract, Exclusion of the obligation to perform, delay in performance, the right of termination, culpa in contrahendo, clausula rebus sic stantibus, pacta sunt servanda, impossibilium nulla est obligation.

1.改革之原因及目的

1.1 給付不能是舊法債務不履行規定的核心

給付不能在實務上甚少發生，卻是舊法債務不履行規定的核心。區分為自始客觀不能、自始主觀不能、嗣後客觀不能與嗣後主觀不能，也要區分全部與部分不能。都要追究有無可歸責事由要區分給付不能 *Unmöglichkeit* 與不能給付 *Unvermoege*n，也有困難。

1.2. 舊法給付自始客觀不能之規定並非合理

舊法第 306 條規定「契約以不能之給付為標的者，無效。」僅負信賴利益的賠償責任；債務人就自始主觀不能給付時，不論其有無過失，均就履行利益負責。當事人明知給付自始客觀不能而仍簽署契約，賠償責任較輕；若締約時給付尚屬可能，嗣後成為不能者，其惡性遠不如前者，責任卻是履行利益的損害賠償，自非公允。

1.3 舊法債務不履行的規範在許多領域不完整

在舊法上債務不履行的問題不僅複雜，在許多領域也不完整，在不良履行 *Schlechterfuellung* 部分尤甚。因此德國判例發展了許多的制度，如締約過失責任、積極侵害契約以及行為基礎的欠缺。

依據修法理由指出，此次的修正將債總改成較為簡單易懂、具有透視性的規範。主要內容為：

I.對於債務不履行的部分，目的主要是一致化與簡化。特別是將法官造法的部分納入法典，提高了法典的透明性與法律安定性

II.將所有給付干擾的類型歸納為「義務之違反」（第 280 條）的上位概念

III.儘可能整合了原本在債各規範的瑕疵擔保規定，使債總在實務上的意義大幅的增強。此一結構的調整必須以更高度的抽象化與引據技術為代價，使新的條文仍非淺顯易懂，部分爭議問題在新的架構下只是換了包裝，仍未根本的解決

2.改革之重點

2.1.義務之違反作為債務不履行的核心概念

2.1.1 與國際協定接軌

私法統一化國際組織(UNIDROIT) <http://www.unidroit.org> 所編纂之 1994 年版國際商務契約原則第 7.1.2.條[他方當事人之干擾]：A party may not rely on the non-performance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party act or omission or by another event as to which the first party bears the risk.」歐洲契約法原則第 9.501 條規定：「(1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Art. 8: 108. (2) The loss for which damages are recoverable includes: (a) non-pecuniary loss; and (b) future loss which is reasonably likely to occur.」新法第 280 條之規範與

此二國際規範相符。在修法過程中也借鏡 1992 年的荷蘭民法典 *das Burgerlijk Wetboek*

2.1.2. 新法第 280 條是損害賠償的核心條款

不履行與義務之違反並無實質的不同。用語上「義務之違反」看起來容易與過失有不當的聯想，相反的，「不履行」固然可以避免此一聯想，附隨義務、遲延、不良履行等，若有部分履行就不當然包括在內。故採用「義務之違反」涵括所有的債之關係新法第 280 條規定，債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生損害。積極侵害契約並未在法條中出現，修法理由中也未納為基本類型，只被當成一般原則，使過去借助於判決解決的難題，在新制下自行解決。原則上本條含括了一切因為義務違反所生損害賠償的情況。所有其他的契約類型，均不再需要自身的請求權基礎。因此新法刪除了買賣與承攬中第 635 條 a 第 1 項、第 536 條 c 第 2 項、第 651 條 f 第 1 項之規定(第 2 項仍被保留，因為其所賠償的是非財產上損害)。

2.1.3. 損害賠償義務的構成

依第 280 條第 1 項之規定，債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生損害。如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之。此一規定非強制規定，因此若約定較嚴苛或溫和之責任，或基於債之關係承擔保證責任者，可以依據約定，而將債務人之責任減弱至故意(第 276 條第 3 項)，或者加重至事變責任(如第 287 條)或保證責任 *Garantiehaftung*。

I.所有可歸責之義務違反，均構成損害賠償義務。不再區分主給付義務、從給付義務、不為給付、給付不能、不良履行，給付遲延或附隨義務的違反。

II.除了包括債務不履行之外，也包括了債務不履行特殊型態的給付不能、給付遲延、締約過失與積極侵害契約。

III 本條第 1 項之規定並不是無過失責任，不過第 2 句明定如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之，使債務人必須舉證證明其並無可歸責的事由，才能免除賠償的責任。當潛在之顧客進入百貨公司，由於地上有香蕉皮而滑倒受傷，即可引據本條而為主張，百貨公司就必須證明其對顧客的滑倒並無可歸責事由才能免責。

2.1.4. 履行請求權優先適用

新法對於債務不履行的第二特色為，債權人對於債務人原則上定相當期限催告其履行，期限屆滿仍未履行，才能替代履行請求權主張其他權利。太短的期限並非無效，而是繼續到一定適當的期間。

債務不履行包括了兩大類型，就是給付遲延或者不良履行，其不履行仍可排除者。依新法第 281 條第 1 項之規定，如債務人曾為部分清償，債權人於部分清償對於無利益者，始得請求損害賠償代替請求全部之給付。債務人已依債之本旨清償，而其義務之違反非關重要者，債權人不得請求損害賠償代替請求全部之給付。又新法幾乎全部刪除買賣中關於瑕疵擔保的規定，目的在於排除或者大幅減少物之瑕疵與權利瑕疵、特定之債與種類之債、買賣與承攬間的差異。

2.1.5. 毋庸給予期限

新法第 281 條第 2 項則係規定無須給予期限之情形。若債之履行原本就不會有結果，依誠信原則再給予期限並無意義。新法第 323 條第 4 項則係指債務屆至前債務人拒絕履行者。不過第 281 條疏忽未納入明文規範。債務人惡意隱瞞瑕疵，也應該被納入此一要件之下。

2.2. 債務人就可歸責的義務違反負責

2.2.1. 債務人自身之行爲

新法第 276 條之規定，基本架構仍然承襲舊法的規定。保證之承諾指如買賣、承攬、或與物有關之類似契約中，所爲之特性或品質之保證。

2.2.2. 履行輔助人之故意或過失

第 278 條對於履行輔助人之故意或過失的規定：債務人就其法定代理人及爲履行債務所使用人的故意或過失，應與自己故意或過失相同的範圍內負責。於此情形，不適用第 276 條第 2 項之規定。一字不易的承襲了舊法規範。沒有將本人負責的範圍擴大及於非履行給付或保護義務以外之人，也未對技術性器材(如自動販賣機)有特別之規範。立法者採取了債編編修委員會的看法，不認爲有擴張責任之必要。

2.3. 可歸責性的舉證責任

原則上任一當事人主張有利於自己之事實者，負舉證責任。依據新法第 280 條第 1 項而爲主張者，就其要件之完備負舉證責任。新法第 280 條第 1 項之要件，包括雙方有債之關係、債務人有義務之違反、有損害的發生、義務違反與損害發生間的因果關係，應由債權人舉證。但是請求權人對於債務人違反義務有無可歸責事由，通常無法得知，因此該條項規定：「(1) 債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生損害。如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之。」至於於債務人違反說明義務時，特別是職業義務的重大違反(如醫師違反告知後同意義務)，不僅是可歸責性，就義務違反與損害發生間的因果關係，也應該轉換其舉證責任，由債務人負責。其理由也是債權人舉證的困難，欠缺足夠的了解及專業知識，無法得知及證明，損害在債務人未違反義務時是否不會發生。

2.4. 債務人不因可歸責事由負責的例外

2.4.1. 特性之保證

從第 279 條規定當然也可以認爲，在客觀自始不能或從事債權買賣情形，從債之關係的其他內容認爲有保證責任。舊法第 463 條第 1 句已刪除，出賣人出售瑕疵物依新法第 437 條：「物有瑕疵者，除另有規定外，買受人得於符合以下規定之要件時，1.依據第 439 條請求補行交付，2. 依據第 440 條、第 323 條、第 326 條第 5 項解除契約或依據第 441 條減少價金及 3.依據第 440 條、第 280 條、第 281 條、第 283 條、第 311 條 a 請求損害賠償或依據第 284 條請求支出費用之補償。」

2.4.2. 承擔特性之風險

舊法第 279 條規定：「僅以種類指示債務之標的物者，同種類之給付如屬可能債務人縱因不歸責於自己之事由致給付不能時，亦應負責。」已被刪除。過去學說與實務上將種類之債當作債務人財務給付能力的保證的見解，並未變更。因為本條所指的「保證之承諾」，仍然包括了種類之債。

3. 自始不能的新規範

3.1. 廢止對自始客觀不能無效的特別規定

新法第 311 條 a 第 1 項說明了，縱然在締約時給付業已不能，對契約之效力並無影響。在舊法第 306 條刪除後，本項的規定其實只具有澄清的功能。舊法第 309 條被刪除後，因為在新法有添加了第 241 條第 2 項與第 280 條第 1 項有關締約過失之責任，結果上有沒有大的變更。

3.2. 給付不能之義務違反

3.2.1. 新法第 275 條第 1 項真正的給付不能

新法第 275 條第 1 項規定：「(1)於給付對債務人或任何人皆無可能時，就排除了給付請求權。」過去自始客觀不能使契約無效，現在則僅排除了給付請求權，也就是說給與債務人否定性抗辯 *Einwendung*。依據新法第 311 條 a 第 1 項規定：「(1)債務人依據第 275 條第 1 至 3 項規定無須給付，而給付之障礙在締約時已經存在者，不影響契約之效力。」其契約仍為有效，不過這個有效的契約卻沒有主給付義務，其義務之違反，係因給付不能使債務人未為履行。

新法給付不能的分類與特點：

I.事實上的給付不能 *faktische Unmöglichkeit*(新法第 275 條第 2 項)

II.道德上的給付不能 *moralische Unmöglichkeit*(新法第 275 條第 3 項)

III.真正的給付不能 *wirkliche Unmöglichkeit*(反推論第 1 項的當然解讀)

新法第 275 條第 1 項的規定，排除了主給付請求權。給付不能的可歸責性與主給付義務的免除並無關聯，也就是說，不論是否有可歸責性，均排除了給付請求權。

3.2.2.新法第 275 條第 2 項事實上不能

新法第 275 條第 2 項規範的是事實上的給付不能 *faktische Unmöglichkeit*，指排除給付障礙在理論上雖屬可能，但即使是理性的債權人也無法期待債務人會履行者。如甲不慎將應交付給乙的戒指掉落海中。重要的判別標準在於，依誠信原則有無重大失衡之關係。亦即債務人提出給付是否須支出不成比例的耗費，耗費除了指金錢上的費用外，也指人的作為與努力。此一耗費應與債權人之給付利益[與債務人之利益無關]做比較。當然考量不成比例問題時，也必須斟酌債務人有無可歸責之事由。若債務人有可歸責之事由，債權人當然會期待債務人以較多的努力來克服障礙，例如出買人甲有責的將特定車輛轉賣第三人，必要時當然可以要求其高於市價購回，使給付回復為可能。在符合新法第 275 條第 2 項第 1 句之情形，債務人得拒絕給付。債務人的拒絕給付權，是一種阻礙性抗辯 *Einrede*。也就是說，債務人其實也可以使用不成比例的耗費，

去提出給付。但只要債務人依據本項或第 3 項規定提出抗辯，就排除了給付遲延，因為此時債務人已經可以享受拒絕提供主給付的權利。換言之，本項或第 3 項抗辯之行使，縱然在給付遲延發生後，卻可以溯及既往的排除遲延效果。

3.2.3.新法第 275 條第 3 項道德上的不能

新法第 275 條第 3 項係規定道德上不能之情形，在此規定下之債務人須親自提出給付的契約，如僱傭、承攬或委任契約。衡量此一給付所面對之障礙，與債權人之給付利益相較，不能被期待者，債務人亦得拒絕給付。例如一位歌星的小孩在加護病房醫療，當然無法期待其在此一情況登台演唱。此時與債務人有無可歸責事由無涉，也與行為基礎的變更無關，僅產生拒絕給付之阻礙性抗辯。本項是基於債務人利益，所為的比例性審查考量。德國法在此處將此一客觀上不可期待的理論，正式的納入明文的規範。其實第 275 條第 1 項之規定，與第 2 項及第 3 項規定，在法律效果上並無不同。在**第 275 條第 1 項**之情形，債務人依法就已經被免除給付義務（法院應主動斟酌之否定性抗辯 *Einwendung*），在第 2 項及第 3 項規定之情形，債務人必須提出阻礙性抗辯才能免責。

3.2.4 暫時給付不能

暫時給付不能係指在一定期間內無法提出給付之情形。新法捨棄了 2001 年 5 月 9 日之草案，對此未加規範，留待學說與判決實務解決。這種暫時給付不能，如我國在 SARS 流行期間，對口罩暫時禁止出口，原先簽訂的出口契約在禁止出口期間，就成了暫時給付不能。依據德國通說與判例，暫時的給付障礙指在絕對定期行為，或者在發生暫時的給付障礙時，無法預見何時可以排除此一障礙，而等待對債權人無可期待，才有法律上的意義。

3.3. 債務人第二線責任的產生

3.3.1. 概說

只要債務人依據第 275 條前三項規定，免除了主給付義務，就產生了以下的第二線責任 *Sekundaerleistungspflicht*：

I.債務人有可歸責事由者，依據第 280 條及第 283 條有損害賠償代替給付 *Schadenersatz statt der Leistung* 的義務。也就是說，債務人免除了主要給付義務，不過沒有說明債務人要不要負損害賠償責任。為了判別債務人免給付責任後，債務人有無損害賠償的責任，第 275 條第 4 項明文規定應該適用第 280 條；第 283 條、第 311 條 a、及第 326 條之規定。

II.依第 284 條主張補償無結果的費用 *Ersatz vergeblicher Aufwendungen*，取代損害賠償代替給付。

III.與有無歸責事由無關的返還，交出已取得之補償或補償請求權。（第 285 條第 2 項）

3.3.2. 債務人之可歸責性

原則上債務人有可歸責事由者，債權人得主張損害賠償代替給付。例外是在自始客觀不能的情

況，依據新法第 311 條 a 第 2 項但書規定，債務人於締約時不知有給付障礙而其不知並無過失者，可以免責。

3.3.3. 損害賠償代替給付

損害賠償代替給付指的是舊法中的履行利益，也就是因不履行的損害賠償。新用語的選擇是以功能的考量(代替了主給付)，而非從賠償的理由(不履行)去考量。新法也用義務違反的上位概念，取代了過去的債務不履行。因為催告對於給付不能的情況並無意義，故不以附期限催告為必要。

3.3.4. 請求補償無結果的費用

新法第 284 條規定請求損害賠償代替原給付者，債權人亦得請求信賴其可受領給付所為之支出，而依公平方式原得開銷者作為替代。但其目的縱無債務人之義務違反亦無法達成者，不在此限。此係從帝國法院所發展的獲利推定原則 *Rentabilitätsvermutung* 而來，原因是，債權人通常只會在有獲利可能時才會支出費用，使其在無法證明的所失利益的情況，可以主張費用的補償。要件為：

(1)所為之支出必須是依公平方式原得開銷者，因此不成比例的高額費用並不在補償之列(例如買了一匹馬，卻為了該尚未交付的馬買了一個農場，以便飼養該馬之用，此一購買農場的費用當然不屬於依公平方式原得開銷者)

(2)費用支出的目的必須是因為債務人義務的違反而損失，以防止債權人就縱無債務人之義務違反亦無法達成目的之費用求償。例如甲與房東乙訂定租約後，立即訂購餐廳廚房設備，後來房屋並未交付，但該屋原本位於住宅區並不可能取得餐廳的設立許可。

3.3.5. 交出已取得之補償或代償請求權

新法第 285 條規定之交出請求權與債務人有無可歸責事由無關。債務人將物轉讓第三人所取得之對價，縱然較物之價值或其對待給付為高，債權人仍得行使代償請求權。

3.4. 債務人免給付責任對雙務契約的效果

3.4.1. 免除對待給付

新法第 326 條第 1 項第 1 句規定，債務人依據第 275 條第 1 項至第 3 項規定無須給付者，其對待給付請求權亦因此喪失，也就是說，首先不問給付不能是否任何一方當事人有可歸責之事由，對待給付不待主張依法當然喪失。價金風險]在未為完全履行前由債務人負擔。本句指債務人的給付義務全部被免除，而對待給付也全部喪失之情形，在給付部分不能時，也部分免除了對待給付。

不過新法新法第 326 條第 5 項規定債務人依據第 275 條第 1 項至第 3 項不須給付，債權人得解除契約；其解除準用第 323 條不須指定期間之規定。理由是債權人對於債務人不履行的理由無須知悉。若債權人依據第 323 條第 1 項行使權利，在補行履行期間經過後當然可以解除契約，

縱然債務人之不履行係以給付不能為基礎亦同。

3.4.2. 不當然免除對待給付

新法第 326 條第 1 項第 2 句之目的在於使債務人不能依據第 439 條或第 634 條規定修補或為替代給付者，並不會自動喪失對待給付，債權人可以決定，是否(1)保留有瑕疵之物並請求較少的損害賠償，或者(2) 保留有瑕疵之物並請求減少價金；(3)解除契約並請求較多的損害賠償。

3.4.3. 無須給付仍保有對待給付

新法第 326 條第 2 項規定，就債務人依據第 275 條第 1 項至第 3 項規定無須給付之情況，如債權人應單獨或負最主要之責任 (weit überwiegend verantwortlich) 者，....，債務人仍保有對待給付請求權。但債務人因免除給付所節省之費用或將其勞力作其他使用有所收益或惡意不為收益者，應於扣除。」不過在什麼情況下，債權人應單獨或負主要之責任，頗有爭議；如債權人違反其一般義務者，可以類推適用新法第 276 條的法律效果。債權人若違反自身利益範圍內的職責 Obliegenheit，可以類推新法第 254 條，認為債權人有非技術性的過失。

3.4.4. 債權人得請求損害賠償以代給付

依新法第 326 條第 1 項第 2 句之規定，債權人得於符合新法第 280 條及第 283 條規定之要件下，請求損害賠償以代給付。在買賣與承攬的不良履行，若依據第 439 條或第 635 條之補為履行 Nacherfüllung 不可能時，仍回歸第 326 條第 1 項規定之適用。

4. 債務人給付遲延

4.1. 給付遲延概說

債務人給付遲延是實際生活中最常見的債務不履行型態。新法第 280 條第 2 項規定：「(2)因給付遲延所生損害，債權人僅能於亦符合第 286 條之附加要件下請求之。」法條中所未提及的要件是主給付仍屬可能，因為主給付若已經不可能，依據新法第 275 條規定就已經免除了給付義務。修正的重點在於，不再純粹從技術理念去了解遲延的意義，而是將其認為是第 280 條義務違反的一種。其賠償的損害也只是賠償遲延所生損害(第 280 條第 2 項)與遲延利息(第 288 條)。因此，債務人就債之關係所生義務，在時間上未能及時履行，也構成義務之違反。可是不當然產生損害賠償請求權，還必須該當以下的要件：1.有效的請求權；2..已屆至；3.不為給付；4.無抗辯權存在；5.催告；6.可歸責性。

4.2. 債務人「事實與道德不能」可以排除遲延

債法修正後，創設了兩種新的給付不能型態，就是事實與道德不能。依據新法第 275 條第 2 項及第 3 項規定，如果符合各該項之要件，不能期待債務人提出給付，就可以拒絕給付。如前所述，只要債務人依據新法第 275 條第 2 項或第 3 項規定提出抗辯，就排除了給付遲延的效果。

4.3. 不待催告的遲延

新法第 286 條第 2 項規定毋庸催告之情形。

4.4. 單方債之關係下遲延的效果

4.4.1. 賠償遲延之損害

若基於遲延而要求不履行之損害代替給付，依據新法第 280 條第 3 項規定，仍須符合第 281 條之附加要件。也就是說，債務人就已屆期之給付未為清償，債權人曾給與債務人相當時間為給付或補為給付未果，得依據第 280 條第 1 項之規定，請求損害賠償以代替原給付。所以「因給付遲延所生損害」，其實指「因遲延所生債務不履行之損害」，也就是說，除了繼續提供主給付外，應該另行補償債權人遲延的損害。債務人應該使債權人處於若及時履行原應有之財產狀況。因此債權人基於給付標之物之未能及時使用的所失利益，當然含括在內。

4.4.2. 遲延利息

遲延利息在舊法只有 4%(商法第 352 條為 5%)，此一利率早已經由加速屆期債權清理法提高為基本利率加 5%。歐體排除營業往來上支付遲延準則的規定，也迫使新法第 288 條規定：「(1) 金錢債務在遲延期間應付利息。利率應以年基本利率加上五個百分點。(2) 在消費者未參與之法律行為中，就報酬之債的利率為年基本利率加上八個百分點。(3) 債權人有其他法律上理由者得要求較高之利息。(4) 進一步損害之主張不因此被排除。」消費者被給予較低利率的理由，是由於其並非以他人之資本營運。

4.4.3. 責任之加重

新法第 287 條規定，債務人於遲延中就任何過失均應負責。就給付因事變所生責任亦應負責。但縱然及時給付損害仍不免發生者，不在此限。基於條文的文義，與給付無關之責任就不會有加重的問題。

4.4.4. 損害賠償代替給付

債權人之利益：債權人於債務人遲延時，除了可以請求遲延利息及補償遲延損害外，仍得要求債務人履行主給付。若此一給付並非金錢給付，債權人可能因為遲延而失去對標之物之利益，或者有執行上的困難，債權人就會要求損害賠償代替給付。在構成遲延時通常均有債務人無可免責之義務違反。

4.6. 不構成債務人遲延的延後給付

並非每一給付的延後均構成債務人的遲延，例如由於不可抗力使債務人暫時無法提出給付。不過第 323 條的解除契約規定，卻與債務人有無遲延無關。

5. 不良履行

5.1. 損害的發生

債務人不依債之本旨給付，是一種義務違反。如果債務人所提出之給付，於品質上與約定者不符，是為不良履行 *Schlechterfüllung*。主給付義務不良履行的損害，指債權人所收受給付的價值，低於債務人若依債之本旨履行的情形。對於此種價值差異，在許多的契約類型如買賣、互易、

租賃、承攬、旅遊等，均不問債務人有無可歸責事由，除有補為履行 *Nacherfüllung* 之規定外，原則上容許減少價金(如第 441 條、第 536 條、第 635 條、651 條 e)。當然有時也可以主張解除契約(如第 437 條第 2 款、第 634 條第 3 款)或者終止契約(如第 543 條、第 569 條、651 條)。

5.2. 損害賠償的請求權基礎與舉證責任

損害賠償的請求權基礎仍是新法第 280 條，其第 1 項規定：「債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生損害。如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之。」由於不良履行是義務的違反，自然有本條項的適用。債務人必須要就其不良履行的無過失負舉證責任。

5.3. 不履行說代替瑕疵擔保說

債法修正的主要目的之一在於實施歐體消費物買賣準則[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 (OJ L 171, 7.7.1999, p. 12)]，給予物之瑕疵擔保與權利瑕疵擔保相同之待遇，並納入一般債務不履行的規範內。因此在第 433 條第 1 項第 2 句規定：「出賣人應使買受人取得之物無物之瑕疵及權利瑕疵。」此一規定捨棄了瑕疵擔保說，而採取了不履行說。破除了出賣人交付有瑕疵之物也算義務之履行，而買受人之瑕疵擔保主張應受限制的迷思。

5.4. 瑕疵概念

新法追隨了歐體消費物買賣準則之規定，採取了主觀的瑕疵概念，並以第 1 項第 2 句與第 3 句之客觀要素補充。不過本條並未明文規定瑕疵的定義，只說明了什麼是無瑕疵之物。

5.5. 瑕疵損害改成過失責任

德國民法將解除權融合的過程中，最大的特色就是出賣人的瑕疵損害責任改成過失責任。在有瑕疵要解除契約的情形，必須符合第 323 條之規定，因此以債務人有過失為必要。只有減少價金仍然被保留了，不過轉換成了形成權。若債務人可歸責的給付有瑕疵之物，債權人可以依據第 280 條與第 281 條請求損害賠償。

5.6. 受限制的債務不履行請求權

買受人於交付之物有瑕疵時，原本可以立即主張解除契約或減少價金，現在卻只能主張補為給付。多給了出賣人一次機會。舊法第 462 條及舊法第 465 條改以形成權代替。補為給付依據第 439 條規定可以是修理或者另行交付。只有在訂定相當期限請求出賣人補為給付未有結果之後才能解除契約(第 323 條第 1 項及第 281 條第 1 項)。給付有瑕疵時，其「補為給付」權利依據第 438 條第 1 項第 3 款規定，於兩年後客觀的罹於時效，而非主觀的自知悉時起三年罹於時效。

6. 結論

德國債編對於債務不履行的修正重點，有以下幾處：

因應社會的變遷、科技的進步、歐盟的立法、國際的趨勢：基於此一原因，德國法修正對我國的參考價值，大為增加。

德國民法改革的主要目的之一，就是要使債務不履行的規範能夠透明化。主要的修正是體系上的變革。原先在債編各論中有關債務不履行的要件，均被納入了債編總論之中，義務的違反成爲核心規定。改變了過去將實際生活中較少見的給付不能，反而是債務不履行的重心的情況。我國法仍然有此問題，也就是說最少發生的給付不能，規範度最密，最常發生的不完全履行，只有一個條文(民法第 227 條)。體系上有待調整。

於給付對債務人或任何人皆無可能時，就排除了給付請求權。突破了『不能之契約無效』的羅馬法諺。依據新法第 280 條規定，債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生損害。此時推定債務人對義務之違反有過失，債權人於亦符合第 286 條之附加要件下，請求因給付遲延所生損害。於符合第 281 條、第 282 條或第 283 條之附加要件下，債權人得請求損害賠償代替給付。縱然在締約時給付業已不能，不影響契約之成立。使對於惡性可能較低的嗣後不能的債務人，反須負履行利益之賠償責任，惡性較高的自始客觀不能的債務人反僅須負信賴利益賠償責任的長期不公，有所改善。我國則仍有此一問題存在。

不良履行部分（不完全履行），以不履行說代替瑕疵擔保說、瑕疵損害改成過失責任、受限制的債務不履行請求權。值得我們重新檢討，債各瑕疵擔保與債總債務不履行之間的衝突，是否可以繼續存在。