

【法学译介】

## 《德国民法典》中的履行障碍法：过去与未来

[德]马丁·舍尔迈尔(Martin Schermaier)\*

朱晓峰 译\*\*

摘要: 履行障碍法是各国合同法的核心内容。尽管1900年《德国民法典》未明确规定不履行概念,但从它确立履行迟延、不能履行的历史背景与相关法律文本的具体规定看,在这两种违约形态的背后存在统一的不履行概念,而依据不履行概念解释《德国民法典》第275条等,可以将积极侵害债权等纳入到既存法律规则的调整范畴。尽管2002年的债法改革受错误学说的影响,将义务违反而非不履行置于履行障碍法的核心,然而对于履行障碍法的解释,仍应考虑其历史基础并虚心学习受其影响但有独立发展的别国有益经验。

关键词: 履行迟延 不能履行 不履行 义务违反

### 一、1900年《德国民法典》中履行障碍法的学理概念

在债法现代化之前,德国判例与学说是以履行迟延(Verzug)、不能履行(Unmöglichkeit)与积极侵害债权(positive Vertragsverletzung)<sup>(1)</sup>这种三分法的履行障碍法(Leistungsstörungenrecht)为前提。<sup>(2)</sup>这种分法其实并未被规定在1900年的《德国民法典》当中。即使通过审慎的观察,至多也只能从当时

\* 德国波恩大学法学院教授,法学博士,德国当代著名民法学家。本文原题为Das Recht der Leistungsstörungen im BGB: Vergangenheit und Zukunft,原文作为特稿发表于2011年《〈韩国民法典〉五十周年》一书。

\*\* 中央财经大学法学院讲师,法学博士。

(1) 一开始,施陶布(Staub)创制的概念是“积极侵害合同”(参见H. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin, 1902; 2. Aufl., 1904);然而自1945年以后人们普遍性地将其称之为“积极侵害债权”。

(2) 参见L. Enneccerus/H. Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse (12. Aufl., Tübingen, 1932), § 55 und 15. Bearb. 1958, 234; H. Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht (Tübingen, 1936), 1; K. Larenz, Vertrag und Unrecht, 1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch (Berlin, 1936), 182 ff., bes. 185; 之后参见K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil (2. Aufl., München, 1957), 202 ff. (§ 21), 211 ff. (§ 22) und 223 ff. (§ 23); in der 14. Aufl., 1987, 332 ff. (§ 22), 344 ff. (§ 23) und 363 (§ 24); J. Esser, Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil (2. Aufl., Karlsruhe, 1960), 321 (§ 75 Nr. 6). 对此特别参见U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. 1: Die Allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände (Tübingen, 1999), 112 ff.; U. Huber, Zur Auslegung des § 275 BGB, in: E. Schilken u. a. (Hg.), Festschrift für Hans Friedhelm (Hg.), Historisch – kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, Teilband 1 (Tübingen, 2007), Vor § 275; 对德国履行障碍法历史的讨论还包括: H. P. Glöckner, Positive Vertragsverletzung. Die Geburt eines Rechtsinstituts (Frankfurt a. M., 2006); S. Seong, Der Begriff der nicht gehörigen Erfüllung aus dogmengeschichtlicher und rechtsvergleichender Sicht (Frankfurt a. M., 2003).

法典的相关规定中(1900年《德国民法典》第275条及以下)获知履行障碍法的下述两种主要情形,即履行迟延与不能履行。这两种情形特别是在法律后果上存在着差异,它一方面规定在1900年《德国民法典》第280条以及第286条,另一方面——在双务合同履行障碍中——规定在第325条及以下条款。对履行障碍开放的1900年《德国民法典》第275条所确立的规则,实质上仅仅涉及(缔约后)履行不能的情形:

第275条:(1)债的关系成立后产生不可归责于债务人的事由,致使给付不能的,债务人免除其给付义务。

(2)债务人事后发生的无给付能力,与债的关系成立后发生的给付不能相同。

第276条:(1)除另有其他规定外,债务人应对其故意或者过失行为负责。在交易中未尽必要注意的,为过失行为。于此适用第827条、第828条的规定。

(2)债务人因故意行为而应负的责任,不得事先免除。

第280条:(1)因可归责于债务人的事由致使给付不能时,债务人应对债权人因不履行而产生的损害负赔偿责任。

(2)在部分给付不能的情况下,如果部分给付对债权人无利益,债权人可以拒绝尚能履行的部分,而就全部债务的不履行要求损害赔偿。于此准用第346条至第356条关于合同解除权的规定。

第283条:(1)债务人收到确定判决后,债权人可以为债务人规定一个适当的给付期限,并声明,逾期将拒绝受领给付。如果债务人未及时履行给付,期限届满后,债权人可以因不履行而要求损害赔偿;要求履行的请求权即归消灭。因不可归责于债务人的事由致给付不能时,债务人不负损害赔偿责任。

(2)期限届满时只有部分给付未履行时,债权人亦享有第280条第2款规定的权利。

第286条:(1)债务人应对债权人因迟延而产生的损害负赔偿责任。

(2)如果迟延后的给付对债权人无利益,债权人可以拒绝受领给付,而就不履行要求损害赔偿。于此准用第346条至第356条关于合同解除权的规定。

第325条:(1)一方当事人因可归责于自己的事由,致不能履行由双务合同产生的自己应履行的给付时,另一方当事人可以因不履行而要求损害赔偿或者解除合同。在部分不能履行时,如果合同的部分履行对另一方当事人无利益,另一方当事人可以根据第280条第2款的规定,以全部债务的不履行而要求损害赔偿或者解除合同。另一方当事人也可以主张第323条的情形中规定的权利,而不行使损害赔偿请求权或者解除合同。

(2)在第283条规定的情形下,期限届满前不履行给付或者在期限内部分不履行的,亦同。

第326条:(1)一方当事人对于由双务合同产生的自己应履行的给付有迟延时,另一方当事人可以为其规定一个适当的履行期限,并声明,逾期将拒绝受领给付。期限届满后,如果一方当事人未及及时给付,另一方当事人可以因不履行

而要求损害赔偿或者解除合同;其履行请求权即归消灭。期限届满前部分给付未履行时,准用第325条第1款第2句的规定。

(2) 合同迟延履行对另一方当事人无利益的,另一方无需规定期限即享有本条第1款规定的权利。

只有那些无视前述规则形成历史的人才能够得出这样的结论,他们将之表述为履行障碍的两项基本事实构成:履行不能与迟延履行。事实上,在这两项事实构成的背后存在着统一的不履行<sup>(3)</sup>(Nichterfüllung)概念。如果人们使不履行与履行结果,即债权人基于债务关系理应有权期待的物事相联系,那么,其得出给“履行不能”与“迟延履行”预先规定的法律后果就是自然而然的:如果债权人的预期不能再被履行,则存在“履行不能”;如果履行仍然可能,但是债权人因为已经发生的迟延而遭受不利,则“迟延履行”存在。但是,如果人们仅以不履行概念为出发点,就会使债务人的迟延履行如同履行不能的情形一样被表述:如果债权人因为履行的迟延已经遭受了不利,则其有权期待之履行即不再是可能的。将履行不能与迟延履行涵括于统一的事实构成所显现出来图景并不适当,因为人们之后必须在这种统一的事实构成内部依法律后果区分:只要债权人仍对给付抱有兴趣,则其应能在迟延损害外还有权利主张给付本身(迟延履行)。如果债权人的利益通过物之给付同样不能部分地被满足,则其应能够因落空的给付而整体性地主张损害赔偿——至少在债务人应对不履行负责的时候如此。

履行不能与迟延履行是立法者因其在法律后果上的前述差异而被制定的——并不是因为它们存在不同的事实构成。他们两个仅是不履行的表现形态,然而这在1900年以后的很多场合却不被注意。虽然不履行概念在相关的很多规则中都存在,不仅债法总则如此,买卖合同和承揽合同中同样如此,并且它们由此关联并形成了所谓的一般与特殊履行障碍法。然而一个基于债务人行为(“履行行为”)(die, Leistungshandlung)的行为理论所确定的解释<sup>(4)</sup>却排除1900年《德国民法典》关于此的核心概念。对于立法者而言,前述规则中的不履行概念是如此的不言自明,以至于其在1900年《德国民法典》第275条和第276条中并没有述及下述情形:<sup>(5)</sup>债务人在未履行时是否免于履行,仅当不履行情形存在时才予以合理的考虑。立法者的这种考虑同样也适用于1900年《德国民法典》第276条:债务人应该对之负责的,仅当存在不履行时方才重要;否则,债权人的利益可不会存在着侵害。<sup>(6)</sup>

惟有那些追随《普鲁士国家普通邦法》(ALR)行为理论的履行障碍法学者,例如施陶布

(3) 对此及进一步的说明见:Huber, Leistungsstörungen I (Fn. 2), 4 f.

(4) 例如,Staub, Positive Vertragsverletzung (Fn. 1)第12页作出了一个错误的论断“存在一个因积极行为而导致的义务侵害。”

(5) 其他的还有:F. Ph. v. Kübel, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1: Allgemeiner Teil mit Begründungen, Berlin 1882, Abschnitt 1, Titel 3 III, § 1. 现载于:W. Schubert, Hg., Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil, (Berlin/New York, 1980), 849.

(6) 《第一草案》(1888年)第224条内还详细写到,第276条的前任规则“债务人是负担着义务的,这是依据债务行为之债务人有义务完全履行而被引起。债务人担负责任不仅因为故意,而且他的义务因过失不履行也是如此。”参见对1900年《德国民法典》第276条的产生历史的论述,例如Huber, Leistungsstörungen I (Fn. 2), 89 ff.

(Staub)、<sup>(7)</sup>齐特尔曼(Zitelmann)<sup>(8)</sup>或拉伦茨(Larenz)<sup>(9)</sup>等 因对此类要素相互之间的关系存在认识上的错误,才能够发现存在于1900年《德国民法典》的规则中的漏洞。所有施陶布列举的、准备通过它证明1900年《德国民法典》第275条以降之漏洞的例证,以不履行概念为基础可以毫无困难地予以解决:如果某人给付患有虫蛀之苹果,<sup>(10)</sup>该存有瑕疵之苹果亦使受领给付之债权人的仓库存货受损,则于此毫无疑问地存在不履行的情形,因为债权人并不处于如其基于债务关系基础所能期待的情形当中。如果债权人对履行不再存有利益,则其能够主张对瑕疵履行所致之损害,以及作为不履行之损害的未给付之履行价值的赔偿。然而如果债权人仍对债务人依据合同约定的履行存有利益,则其也应该能够主张。与此同时,该债权人在这种情形下能主张对已经发生损害的赔偿:此类请求权是以1900年《德国民法典》第280条为依据,因为债权人同样不再因一个嗣后仍是依合同约定的债务人的履行而被置于如同其原初理应预期的境地;就此而言——与瑕疵履行相联系而引致的损害——存在履行不能的情形。然而这样的请求权同样可以从1900年《德国民法典》第286条得出,因为人们必须把一个嗣后提供的依据合同约定的履行,视为相对首次履行尝试而导致失败结果而言的迟延履行。若债务人在这种情形下应对失败负责,则依据首次履行所作的尝试,其处于因为依据合同约定而履行的迟延履行当中。如果将(这确实涉及买卖合同)对待给付的命运的判断也包括在内,则——依据不同的论据——1900年《德国民法典》第325条或第326条作为请求权基础于此就存在着问题。

人们也能够从这两种可能的解决方案之中看到,基于可归责之不能履行(vertretender Unmöglichkeit)的责任与基于可归责之迟延(vertretender Verspätung)(=履行迟延)的责任之间并没有原则性的区别。在这里,于1900年《德国民法典》中确立的解决方案的缺陷,存在于人们割裂了的“可归责之不能履行”和“履行迟延”的事实构成当中。它迫使法律规范于此不得不重复规定:在债权人对再次给付尝试不再享有利益的情形中就是如此,法律予以这种情形双重规制:一层明确地存在于履行迟延规则的框架内,<sup>(11)</sup>一层则暗含在不能履行规则的框架内:给付的不能履行同样也存在于如果债权人的利益——不同于通过利益补偿——不再能够被满足的情形当中。虽然依据1900年《德国民法典》所确立的规则,前述两种情形会导致同样的法律后果,但是同时这种双重规范也表明了因为本质上存在于“不能履行”概念适用中的不确定性所引起的立法缺陷。<sup>(12)</sup>而在我们讨论旧的履行障碍法的谬误之前,必须先观察初始仅为部分学者而嗣后成为德国民法主流学说的完全背离立法者构想的解释。

## 二、学说理论中的误解

1900年之后开始的范式转变(Paradigmenwechsel)确定了履行障碍法的命运。如前所述,在债务

(7) Wie o. Fn. 1.

(8) E. Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Selbstmahnung des Schuldners. Zwei Beiträge zum Schuldrecht, in: Festgabe der Bonner juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum (Berlin, 1911), 265 ff.

(9) Larenz, Vertrag und Unrecht I (Fn. 2), etwa 182 “债务人以违反合同之方式迟延其给付或其不能为给付(!) 远不是唯一的合同违反行为的情形(!) ……”

(10) 施陶布所举的例子,参见: Staub, Positive Vertragsverletzung (Fn. 1), 12 f.

(11) 1900年《德国民法典》第286条第2款与1900年《德国民法典》第326条第2款(因迟延履行致利益丧失的情形)。

(12) 关于此的详尽论述参见: HKK/Schermaier (Fn. 2), Vor § 275, Rn. 58 ff.

人侵害一项其通过债务关系而负担之义务的情形下,1900年《德国民法典》是基于不履行的思想构建第275条等相应条款的规则,而部分学说则以下述内容为出发点,即如果债务人侵害了一项其因债务关系而担负的义务,则存在一项履行障碍。法典编纂以债权人为关注视角,这与以债务人为关注视角正好相反。这种情形乍看起来似乎并不存在问题,因为我们自康德(Kant)处得知,一项义务对应的每个权利<sup>(13)</sup>要求债务人的错误行为也必须在债权人被侵害的权利之前就已经发生。另外,如我们在《屈贝尔草案》(Kübels Entwurf)<sup>(14)</sup>以及在两个委员会<sup>(15)</sup>的材料中已经看到的,当涉及履行障碍的探讨时,《德国民法典》之父们也使用债务人的“义务”(Pflichten)或者“担负义务”(Verpflichtungen)概念。在坚持一项履行障碍仅存在于当债权人无法获得其理应期待之利益的情形这一原则的时候,这样的术语是不存在危害的。然而一旦当这一立场转变,并更多涉及债务人所为错误行为导致损害发生等疑难问题的解决时,1900年编纂的法典体系就崩溃了。

本文这里讨论的范式转变,尤其着力于下述两个方面“不能履行”概念的重新解释与“义务侵害”(Pflichtverletzung)概念的引入。这两项讨论交织存在于思想观念史,并且相同的法学家参加了这两项讨论。

### (一) “不能履行”概念的转变

不能履行概念于1900年后经历了双重的重新界定:一方面,其与给付行为关联且不再被理解为与给付结果相关联;另一方面,它的规范意义消失了,取而代之的是一个内涵纯粹具体事物的意义。尽管这两种新的解释相互之间联系在一起,但通过它们不同的后果可以将之区分开来。

第一项转变与履行概念本身的转变紧密交织在一起:如果说1900年《德国民法典》以不履行概念为出发点,并将履行结果未予实现看做一项履行障碍,那么在1900年之后,人们则将注意力专注于给付行为的判定。<sup>(16)</sup>施陶布已经通过举例为不履行概念的范式转变提供了一个令人印象深刻的证明,他想通过这种举例表明《德国民法典》中存在的漏洞。施陶布通过前述出售人交付患有虫蛀之苹果的案例分析其中的内在联系:<sup>(17)</sup>

“对有瑕疵与完好苹果的出售人而言,交付完好的苹果并非完全不能,尽管如此,其依然交付了存有瑕疵的苹果。同样地,在其交付存有瑕疵的苹果之后,并非不能代之以完好的苹果交付;同样,‘部分不能’于此并不存在,因为其早在约定的履行期间届满之前,即已完成交付,于此其确实既有能力,又有时间于事后完成其担负之义务。”

(13) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten in zwey Theilen, II: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, (Königsberg, 1797), 8 (= Werke in sechs Bänden, hg. von W. Weischedel, 6. Aufl., Darmstadt 2005, Bd. IV, 512). “每项义务都对应着一个行动的权利,然而所有义务并不意味着对应着一个强迫任何他人的权利,但只有这种义务方称为法律上的义务。”

(14) V. Kübelin-Schubert (Fn. 5) 认为“该在此标题之第1和第2小节已有的规定强调指出,何种担负的义务是债务人于一般情形下鉴于其义务之履行而担负的职责”。

(15) 其已使第224 E 条第1款的术语据此制定(见前脚注6)。同时试比较: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse (Berlin/Leipzig, 1888), 49 (zu § 240 E I). “当存在债务人的过错时,则在有责任之义务的伤害中存在一个(主观的)对债权人的违法性”。

(16) 关于履行结果与履行行为的二元性已存在于1900年《德国民法典》的结构中的观点,见: F. Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I (München, 1965), 783 ff.

(17) Staub, Positive Vertragsverletzung (Fn. 1), 12.

因为给付行为仍会被提供,如果出卖人确实始终还是能供给无瑕疵的苹果,则“不能履行”即不发生。施陶布如是论证。施陶布错误地以为,1900年《德国民法典》第275条系以不履行为起点,所以其据此着重关注履行后果、债权人的预期是否还能够被实现。债务人是否还能履行,则并非1900年《德国民法典》第275条所能确定的。《普鲁士国家普通邦法》同样地将“不能履行”理解为与行为相关联。<sup>[18]</sup>因此,这里施陶布的误差是可以理解的。然而在施陶布的“发现”过了一百多年之后,<sup>[19]</sup>这种指责仍然存在,因为他没有重视立法者的意图及关于此的法律本身。<sup>[20]</sup>

此外,涉及如前所述的不能履行概念的第二项转变。以晚期学说汇纂法学派的不能履行学说(die Unmöglichkeitstheorie der SpätPandektistik)为基础,<sup>[21]</sup>弗里德里希·蒙森(Friedrich Mommsen)认为“不能履行”并不是客观的,在一定程度上属于必然性的范畴,而是一个规范性的概念。<sup>[22]</sup>若不能再被履行,债务人即获自由——当且仅当其不应为不能履行之原因负责时才成立;<sup>[23]</sup>蒙森据此论述了“嗣后发生之不能履行”(casueller Unmöglichkeit),<sup>[24]</sup>“不能履行”惟有在存在这样一个“嗣后发生”之不能履行时,才具有法律上的重要意义,债务人即因此完全免给付义务。因此,如果成功之履行效果不能通过物之给付再被实现,则债务人负有赔偿受损利益的义务。惟有“意外事件”(Zufall)可使债务人免于义务之承担,并且“意外事件……始于债务人之责任停止之所在”。<sup>[25]</sup>何种情形下债务人必须对之负责,而何种情形则毋需负责,对此从罗马古典时期的规则开始,即依据债务关系和利益衡平而被决定。因此,不能履行与必须负责是配对的概念,它不允许彼此被分割开而加以判断。<sup>[26]</sup>

诚然,萨维尼(Savigny)已经将不能履行概念与履行对象联系起来,以说明何时债务人负担物之给

[18] 清晰地存在于《普鲁士国家普通邦法》第360条第1款第5项之规定,其向关于“履行不能”的章节开放“如果允诺人因为自己的过错而未对他人给予或履行承诺,则其必须为债权人之利益而依据债务关系对可归责于其之过错负责。”

[19] 我于此所指的是:H. Dölle, Juristische Entdeckungen, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentags (Düsseldorf, 1957), Bd. II, Teil B (1958), 1 ff.

[20] 事实上,施陶布天真地认为立法者未顾及其所述之情形。吕克特所说的与法律史之“事后诸葛亮”有关的观点是正确的。参见:J. Rückert, Leistungsstörungen und Juristenideologien heute und gestern – ein problemgeschichtliche Beitrag zum Privatrecht in Europa, in: Informatik – Wirtschaft – Recht. Regulierung in der Wissensgesellschaft. Festschrift für Wolfgang Kilian (Baden – Baden, 2004), 722; 除此而外参见:Huber, Leistungsstörungen I (Fn. 2), 79 f.

[21] 当然弗里德里希·蒙森没有创造“不能履行学说”,而是拉贝尔创造,见:E. Rabel, Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Aus Römischem und Bürgerlichen Recht. Festschrift Ernst Immanuel Bekker (Weimar, 1907), 171, 174 (= in: H. G. Leser [Hg.], Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze, Bd. I: Arbeiten zum Privatrecht, Tübingen, 1965, 1, 2); ders., Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 3 (1911), 467, 468 (= in: Gesammelte Aufsätze I, 56, 57); J. Himmelschein, Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932), 255, 282; ders., Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 (1959/60), 273, 285; O. Scherner, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung. Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit, Wies – baden 1965, 143; V. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (6. Aufl., München, 2005), 3. 完全与之相对的观点参见:H. H. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung (Bonn, 1969), 117.

[22] F. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abtheilung), Braunschweig 1853. 对此相近的阐述见:HKK/Schermaier (Fn. 2), Vor § 275, Rn. 49 ff. und HKK/Schermaier (Fn. 2), § 275, Rn. 25 ff.

[23] Mommsen, Unmöglichkeit (Fn. 22), 232 “债务人免于履行的义务负担,倘若不存在一个可归责于其的过错致不能”;已存之相似观点见L. Arndts, Lehrbuch der Pandekten, München 1852, 427 f. (§ 274). “将不再承担责任,当且倘若……履行因为意外事件,即不存在义务人的过错而致不能……”

[24] 参见:Mommsen, Unmöglichkeit (Fn. 22), 1 f., 228 ff; 对此参见Jakobs, Unmöglichkeit (Fn. 21), 112 ff., bes. 119 f.

[25] 参见Motive II (Fn. 15), 45.

[26] 参见仍具说服力的Motive II (Fn. 15), 45 “不能履行,如果其足够远阔且不可归责于债务人,则排除债务人的责任,与事物之自然属性及现行有效之法律相适应。”

付义务,何时负担赔偿给付义务。赔偿给付义务仅适用于物之给付不能再被提供的场合。于此,物之债(Sachschuld)即“变更”为金钱之债(Geldschuld)。<sup>(27)</sup>然而这种解决思路受到尤其是蒙森,但也包括其他同时代学者的批评:对债务人有约束的总是同一个债务关系,然而在诉讼过程中却不是这样的。首先是在强制执行程序中才可以清楚,债务人究竟是提供物之给付或是金钱给付。<sup>(28)</sup>所以,若在实体法中重视物之债到金钱之债的变更,则将视提起诉讼的债权人负担决定,究竟是对物之给付还是对金钱给付提出诉讼。这一反对意见具有足够的说服力,它使《德国民法典》之父们并未就此追随萨维尼的变更理论。1900年《德国民法典》第283条即明确表明了这一点,依据该条规定,当债权人获得物之给付的判决时,对给付未发生部分,其依然能够基于不履行主张损害赔偿,并且这一点在今天(债法改革之后)依然存在于《民事诉讼法典》第893条以及——在裁判程序期间——第264条第3项的规定之中。

因此,《德国民法典》之父们没有把“履行不能”与物之给付的提供联系起来,而是将之与给付义务整体地联系起来。“不能履行”是一个规范性概念,其同样应该包括不履行的情形,例如加重给付(Leistungerschwerung)或者迟延给付的情形。然而毫无疑问的是,不能概念不幸是有讲究的,因此,其由于“具体的不履行”(gegenständlichen Unmöglichkeit)概念而缺陷尤多,例如使用这一概念的自然法典,特别是《普鲁士国家普通邦法》(ALR)、《奥地利普通民法典》(ABGB)与《法国民法典》(Code civil)均存在这样的问题。<sup>(29)</sup>interritus rei,即负担物之毁损,仅为债务关系消灭之诸多原因中的一种。

这种使一个“具体的”不能履行的内涵支配对第275条的解释,尤其可被归因于普鲁士法学家如施陶布和克吕克曼(Krückmann)<sup>(30)</sup>的影响,他们当然地以下述命题为出发点,即《德国民法典》在同《普鲁士国家普通邦法》同等意义的范围内使用“不能履行”:将之与由债务人提供的给付行为联系起来并且使之独立于债务人是否须对不能履行承担责任。

## (二) 义务侵害的修正

如前面所展示的,对被编入法典的1900年《德国民法典》中履行障碍法的行为理论性的解释是以普鲁士法学家的解释为出发点。而使用普鲁士的遗产同样要转向解释“义务侵害”的概念;也可以这样说,即“反转”过来也是如此,因为《普鲁士国家普通邦法》也在一些履行障碍法的规则当中适用义务侵害<sup>(31)</sup>的概念,并且因此采用了改革后普鲁士自然法支持者尤其是克雷斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff)的观点。<sup>(32)</sup>“义务”及“义务侵害”与行为(Handlungen)相关联,而与预期(Erwartungen)无关。“officium”与“义务”是道德神学与道德哲学的关键概念,这是有意义的。罗马法与普通法没有使用这

(27) 对此称之为“变更学说”的论述见 F. C. v. Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, hg. v. H. Hammel (Frankfurt a. M., 1993), 255; 基于此,普赫塔接受了这一概念,参见 G. F. Puchta, Pandekten (3. Aufl., Leipzig, 1845), 349 (§ 240) und 376 (§ 263); ders., Vorlesungen über das heutige römische Recht. Aus dem Nachlaß herausgegeben von Adolf August Friedrich Rudorff, Bd. II (Leipzig, 1848), 45 (§ 240) und 85 (§ 263); 对此详见 HKK/Schmaier (Fn. 2), § 275, Rn. 32. 然而,萨维尼有时候也说“形变”(Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin, 1840, 393) 或者“转变”(Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. II, Berlin, 1853, 1 und 5 f.)。

(28) 对此详见 HKK/Schmaier (Fn. 2), § 275, Rn. 32 f.

(29) 参见《普鲁士国家普通邦法》第360条第1款第5项;1900年《奥地利普通民法典》第919条《法国民法典》第1147条。

(30) 尤其是: P. Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess; zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz, AcP 101 (1907), 1 ff.

(31) 参见《普鲁士国家普通邦法》第285条第1款第5项。

(32) 详见: HKK/Schmaier (Fn. 2), § § 280-285, Rn. 10.

一概念,是因为在当事人间的利益平衡中并没有他们想探寻的东西。“义务”概念本身引起且有助于纠纷避免;然而私法是一项关于纠纷解决的机制。“义务侵害”是对错误所为之情事的谴责;但是私法所关注的并非是此类谴责,而是被侵害之利益。私法所关注的非为错误之行为,而首先是损害。特别是因为自然法探寻理性规则,寻找合乎道德的正确法则。因此,利益侵害(Interessenverletzung)也能够由义务侵害替代。

然而此类内在的联系并不为1900年以后的法学家们所熟知。在19世纪以及在法典制定期间所使用的非技术性的“担负义务”概念,因此急速转变——在普鲁士传统的压力下<sup>(33)</sup>——为一项技术性的“义务”与“义务侵害”概念。齐特尔曼已经于1910年开始着手填补这些因施陶布之著作<sup>(34)</sup>引发的意见浪潮所针对的《德国民法典》中的漏洞,<sup>(35)</sup>并整理概念性的内容。于此,其将履行障碍法作为“义务侵害”规则体系<sup>(36)</sup>来加以描述,并且界定了——或许依据克吕克曼的模式<sup>(37)</sup>——仍于今天普遍流行的主义务与附随义务(Haupt- und Nebenpflichten)概念。<sup>(38)</sup>同样是普鲁士法学家的西贝尔(Siber)接受了这一区别并相应地补充了很多区分点。<sup>(39)</sup>

一部分学说<sup>(40)</sup>特别是帝国法院初始反对这些普鲁士法学家所作的修正。然而在大多数情形下,当学说还仍然使用非技术性概念的同时,“义务”与“义务侵害”的语辞还是潜移默化地进入到了法律语言的体系;在帝国法院的司法实践中同样如此。<sup>(41)</sup>尤为清楚的是,该理论在关于劳动关系附随义务的劳动法学说中,产生了明显的效果;<sup>(42)</sup>于此,“照顾义务”(Fürsorgepflicht)概念(第617条)自20世纪20年代晚期同样被技术性地使用了。

一项具有决定性意义的历史转折是,国家社会主义掌权并且在国家社会主义共同福祉思想意义上启动的《德国民法典》的改革。在这种情形下,义务概念转变为《德国民法典》重新释义的核心支点:民事法律规则不应是帮助实现个体利益,而应是促进国民共同体的最大福祉。“义务”与“义务侵犯”因此失去了其个体道德性的内容而被嵌入了用以说明在共同体服务中的个体的任务,以及对此之侵犯的制裁。关于此,人们可以阅读由赫尔曼·朗格(Hermann Lange)(1934)所表述的下述内容,即

(33) Staub, Positive Vertragsverletzung (Fn. 1), 17. 于此施陶布为“过错侵害义务”的概念而参引了普鲁士文献与帝国法院关于普鲁士法律的判决(RGZ 44, 242)。

(34) 施陶布自己较少批评“义务侵害”,但他已经开始了对该概念的批评(neben S. 17)。Staub, Positive Vertragsverletzung (Fn. 1), 10, 13, 23.

(35) 关于前30年之文献的概括见:H. Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, AcP 136 (1932), 257, 259, Fn. 3. 进一步的说明见:Glöckner, Positive Vertragsverletzung (Fn. 2), 683 ff.; HKK/Schernaier (Fn. 2), § § 280-285, Rn. 19.

(36) Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung (Fn. 8), 263 ff.

(37) Krückmann, Unmöglichkeit (Fn. 30), 210. 于此其反对授予“主担负之义务”与“附随担负之义务”。

(38) 参见:Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung (Fn. 8), 269 ff. und 272 ff.; F. Westhelle, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung (Köln, 1978), 31 ff.

(39) H. Siber, in: E. Strohal, H. Siber (Hg.), Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II/1, Berlin 4. Aufl. 1914, vor 275-292, Anm. I 3 b (S. 185 ff.); ebenso ders., Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Schuldrecht (Leipzig, 1931), 98 ff., bes. 100 ff.; genauer dazu HKK/Schernaier (Fn. 2), § § 280-285, Rn. 20.

(40) 例如:P. Fritz, Die Schlechtlistung im besonderen Teil des Schuldrecht, 1931, 5; F. Leonhard, Das Schuldrecht des BGB, Bd. I: Allgemeines Schuldrecht des BGB (München, 1929), 540 ff.; L. Enneccerus/H. Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse (12. Bearb., Tübingen, 1932), 211 (§ 55).

(41) 说明见:HKK/Schernaier (Fn. 2), § § 280-285, Rn. 18.

(42) 对此阐述见:HKK/Schernaier (Fn. 2), § § 280-285, Rn. 21.



个体意志必须回撤至“共同体义务”(Gemeinschaftspflicht)之后。<sup>(43)</sup> 卡尔·拉伦茨于稍后不久在其教科书中写到,不履行“……不仅是针对其他合同当事人的,而且同时也是针对共同体秩序的”;<sup>(44)</sup> 因此,在新的债法中“作为一项义务侵害的请求权侵害(Forderungsverletzung)性质必须重新明确地被表达”<sup>(45)</sup> 出来。此后,作为履行障碍法之典范的“不履行”在拉伦茨的著述中再未出现;对其而言,债权人的预期不再有任何意义。在对一个从未在法律上生效的《民众法典》(Volksgesetzbuch)的咨询意见中,拉伦茨坚决地维护一个双轨制的履行障碍法:义务侵害与其他履行障碍<sup>(46)</sup> 并存。在拉伦茨的教科书当中,他仍然强行背反1900年《德国民法典》的意旨并为此发展出了履行障碍法的三位一体理论体系:不能履行、迟延履行与其他义务侵犯。<sup>(47)</sup>

通过纳粹政权以及第二次世界大战的恐吓和驱逐,使得前述问题的争论被强制性地解决了。在20世纪50年代和60年代,拉伦茨的债法教科书——《合同与不法》(Vertrag und Unrecht)(在当时法律教育中居于主导地位)——中的语辞,同样是出于前述不能履行、履行迟延以及“不当履行与其他义务侵害”的理论体系,而不是出于不履行。<sup>(48)</sup> 战后,年轻一代的法官与律师在此类教科书的教育下长成,并对这种区分深信不疑。虽然在理论争议中仍然存在着反对的声音,<sup>(49)</sup> 但这在学术讨论和最高法院的司法实践中并不被重视。

### 三、1900年《德国民法典》中履行障碍法的瑕疵

这种履行障碍法中的范式转变,即债权人视角转变为债务人视角,在欧洲的语境下是特立独行的。至少其自1945年开始,就使法学家固守下述观点,即1900年《德国民法典》的履行障碍法唯有两种事实构成:不能履行和履行迟延。因为人们——如前所述——把不能履行与债务人的给付行为(债务人的“义务”)联系起来,法律规则中存在的巨大漏洞由此呈现在人们的面前,因为法律规则未将被称之为“不当履行”(Schlechterfüllung)的情形涵括其中。人们利用被施陶布称之为“积极侵害合同”(positiven Vertragsverletzung)且已为司法判例自1953年通过习惯法证实的模型来弥补这一漏洞。<sup>(50)</sup>

(43) H. Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht (Hamburg, 1934), 67; w. H. bei HKK/Schermaier (Fn. 2), §§ 280–285, Rn. 24 ff.

(44) Larenz, Vertrag und Unrecht (Fn. 2); 同等意义上见: Stoll, Leistungsstörungen (Fn. 2), 23. “义务履行的思想对人民适用……即使是在法律行为的交往中”。

(45) Larenz, Vertrag und Unrecht (Fn. 2), 165 f., Zitate 166.

(46) Larenz, Referat von Karl Larenz: Leistungsstörungen, in: W. Schubert (Hg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945, Protokolle der Ausschüsse, Bd. III/5 (Berlin, 1993), 70 ff., bes. 72.

(47) Larenz, Vertrag und Unrecht (Fn. 2), 173 ff., 179 ff.

(48) K. Larenz, Schuldrecht I (2. Aufl., München, 1957), 202 ff. (§ 21), 211 ff. (§ 22) und 223 ff. (§ 23); in der 14. Aufl. (München, 1987), 332 ff. (§ 22), 344 ff. (§ 23) und 363 ff. (§ 24).

(49) 尤其必须提及的是: J. Himmelschein, Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung, AcP 158 (1959/60), 273 ff.; Westhelle, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung (Fn. 38) und Jakobs, Unmöglichkeit (Fn. 21); unter den Lehrbüchern sind W. Fikentscher, Schuldrecht (9. Aufl., Berlin, 1997), Rn. 387 ff. und V. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen (4. Aufl., München, 1997), 2 f. Zu nennen. 于后期出现的胡贝尔的手册(脚注2)对该讨论没有决定性的影响。无论如何都值得一读的是胡贝尔在债法现代化背景下于雷根斯堡的学术研讨会上所作的报告: Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: W. Ernst/R. Zimmermann (Hg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (Tübingen, 2001), 31 ff. 基于文献与判决的说明同样参见 Huber, Leistungsstörungen I (Fn. 2), 79 ff.

(50) BGHZ 11, 80, 83 “一般性承认的法律规则”; 其“至少从类似法律的应用得出关于过错之不能履行与迟延履行结果的规定”。

这种模型给20世纪80年代的改革努力与2002年的“债法现代化”(Schuldrechtsmodernisierung)指明了道路;<sup>(51)</sup>它作为典型的“义务侵犯”类型,构成了债法现代化的核心事实构成(2002年《德国民法典》第280条)。

在对20世纪德国学说的所有批判中,人们必须承认,1900年《德国民法典》的履行障碍法存在事实性的错误与缺陷,并且在事实上它亟需一场改革。在1900年之后爆发的争论也存在着法律自身的原因。虽然这些争论提供了相应的契机,但依据这种契机所确定的却不是这一争论的方向。

(1) 我们已经看到,与结果关联并且具备规范性的不能履行概念的内在含义已经在法典制定期间被排除出去了,尽管法律概念(1900年《德国民法典》第275条以下及第283条)还以之为基础。这种现象清楚地表现在被法典编纂委员会首次表述的1900年《德国民法典》第275条第2款当中,它似乎把(客观)不能与债务人不能等同起来了。如已在联邦参议院的争论中被说明的,<sup>(52)</sup>《第一草案》因此转变到了与之相反的立场上来。<sup>(53)</sup>所以这里并不奇怪,曾经的《德国民法典》第一草案以具体且与行为关联的不能履行概念为基础。<sup>(54)</sup>

(2) 通过将《第一草案》中的第144条(此处界定了过错等级)归入嗣后的1900年《德国民法典》第276条并将第242条分离出来,留下了不为《德国民法典》的注释者所知晓的内容,<sup>(55)</sup>即第276条以涉及“不履行”的必为责任为出发点。惟有如此,施陶布才能于嗣后发现法典中所存在的前述漏洞,因为他猛烈地驳斥1900年《德国民法典》第276条与不履行有关。<sup>(56)</sup>然而施陶布的立场仅在下述情形中才能站得住脚,即避免对1900年《德国民法典》第276条进行严格的历史解释,并同样地将从《屈贝尔草案》至《第二草案》(Protokollen)的立法素材予以忽略。吴韦·布劳洛克(Uwe Blaurock)直到1983年甚至还达到了预期的目的,<sup>(57)</sup>尽管他声称他的观点与历史上立法者的意图一致。<sup>(58)</sup>如果立法者保留对不履行的说明,则德国履行障碍法的历史也许就是另外的走向了。<sup>(59)</sup>

(3) 1900年《德国民法典》内存之规则的一个明显缺点存在于下述情形当中,即当债务人须为不履行——或者是不能(1900年《德国民法典》第325条),或是迟延(“迟延履行”,1900年《德国民法典》第326)负责的时候,合同债权人的解约才是可能的。于此存在的原因是,普通法对单方解除合同

(51) 揭示并为“债法现代化”的科学性程度进行的说明构成规制的基础,参见:C. - W. Canaris (Hg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, 670 “另一方面,对于新规则就内容方面的理由,采纳义务侵害的概念较好(即优于“不履行”概念)。对此,其中一个理由是下述情形,即民法典的履行障碍规则完全没有规制最重要的履行障碍形态,为此在德国该概念标志着积极侵害合同或者积极侵害债权已被采用。该概念也与——这是第二项内容方面的观点——合同侵害概念相适应(“合同违反”),合同侵犯在国际上也被视为是真正的债务人责任的基础。”尤其是后一个观点是极其错误的。对此参见HKK/Schermaier (Fn. 2), § § 280 - 285, Rn. 44.

(52) 参见:H. H. Jakobs/W. Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse I (Berlin/New York, 1978), 243 f.

(53) “人们在一个这样的‘编纂者’面前有点儿不知所措”,雅各布斯如是评论,见其论著:Unmöglichkeit (Fn. 21), 149;第二委员会也碰到了这样的批评(参见:Huber, FS Gaul, Fn. 2, 231)然而他们并未使批评观点得以改变。

(54) 说明见:HKK/Schermaier (Fn. 2), § 275, Rn. 60.

(55) 可予证明的文件见:Jakobs/Schubert, Beratung (Fn. 52), 252 ff.

(56) 参见:Staub, Positive Vertragsverletzung (Fn. 1), 31 ff.

(57) U. Blaurock, Culpa - Haftung und nachträgliche Unmöglichkeit, in: P. Schlechtriem/H. G. Leser (Hg.), Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht. Kolloquium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer (Tübingen, 1983), 51, 52 ff.

(58) 然而正确的是:Huber, Leistungsstörungen I (Fn. 2), 89 ff.

(59) Huber, Leistungsstörungen I (Fn. 2), 90 ff. 以下述观点为出发点,即第276条的改变与重新表述因此是随着后来为避免债务人为不履行之每项情形负责的印痕而出现的。对此论述亦见诸于:HKK/Schermaier (Fn. 2), § § 276 - 278, Rn. 81.

极不信任。<sup>(60)</sup> 为此,一方面形成了买卖、承揽与租赁合同中的抗辩制度,此外,如果物之债务人不对不履行负责,那么解除合同(或解除长期合同)与减少价款亦为可能。另一方面,一项重要的含义被不履行概念拿掉了:未为之给付不再用以表明债权人解除合同是正确的,而是债务人须为“不能履行”或者迟延履行负责的情形。

(4) 该买卖、承揽与租赁合同的特殊规则与一般的履行障碍规则并未充分协调一致。这尤其适用于买卖法的瑕疵规则。一项区分前已述及:如果出卖人提供了瑕疵给付,则买受人始终有权解除合同与减少价款;然而1900年《德国民法典》第325条及以下规定的解除或部分解除惟在下述情形下方可适用,即物之债务人(出卖人)须对不履行负责。一条严重的分歧存在于这两项规则之间:人们用什么来界定“物之瑕疵”(1900年《德国民法典》第459条意义上的)以使买受人有权(当然是在6个月期限范围内)解除合同或减少价款。其他不履行的表现样态(如供给错误标的物的情形)使主体有权解除合同或减少价款,惟有在出卖人须为之负责的情形下方为可能——于此当然在剩余时效期间内。<sup>(61)</sup> 此类特别的意见分歧导致了不同寻常的判决,如联邦最高法院判决的一个案例中即为如此。该案中,一个农民交付了供春小麦种植的种子代替了供冬小麦的种子,于此法院必须判定,春小麦的种子仅系存有瑕疵的冬小麦种子,或是给予了错误标的物。<sup>(62)</sup>

(5) 但是,一般规则与买卖法的特殊规则之间,在其他方面同样存在实质性的分歧。一方面,论者能以第276条为基础论证下述情形,即过错导致的不履行或一个债务人过错引致的履行不能(1900年《德国民法典》第325条)引起了损害赔偿请求权;同时在另一方面,买卖法的瑕疵规则却仅在下述情形下才同意买受人的赔偿请求权,即当出卖人担保的标的物的品质或其知道,其出售了瑕疵之物的时候。因此,当买卖法追随罗马法的故意责任(*dolus - Haftung*)时,在一般规则中却原则性地适用了过错责任(*culpa - Haftung*)。虽然帝国法院已经于1902年明确提出,除了买卖法的瑕疵责任之外,基于不履行的一般责任同样也在考虑之列;<sup>(63)</sup>然而人们之后却转而认为,须在瑕疵自身产生的损害(瑕疵损害)(*Mangelschaden*)与基于瑕疵而导致买受人财产瑕疵的损害(瑕疵引致之损害)(*Mangelfolgeschaden*)之间进行区别。后者依据一般规则(第276条或积极侵害合同)应该是可赔偿的,前者惟有依据买卖法的瑕疵规则才能主张损害赔偿<sup>(64)</sup>——当然同样伴有不同的时效期间。联邦最高法院在下述案件的判决中所为之情事确实是声名狼藉的:在该案中,出卖人把他提供的常规汽油注入了需加载特别汽油的储藏器,由此导致了买受人实验引擎的损害。<sup>(65)</sup>那么,于此涉及的是瑕疵损害(也许买受人的请求权已经诉讼时效经过)或者仍然是瑕疵引致的损害(基于积极侵害债权则依然存在请求

(60) 对此的论述尤其参见: *O. Scherner*, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung. Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit (Wiesbaden, 1965); *B. Schmidlin*, Der Rücktritt vom Vertrag. Von der Nichtigkeit ex tunc zum vertraglichen Liquidationsverhältnis – ein dogmengeschichtlicher Wandel, in: Schermaier (Hg.), FS Mayer – Maly (Köln/Wien, 2002), 677 ff.; *Chr. Hattenhauer*, in: M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann (Hg.), Historisch – kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, Teilband 2 (Tübingen, 2007), § § 323 – 325, Rn. 30 ff.

(61) 对买卖合同而言共计30年,见1900年《德国民法典》第195条。

(62) BGH, NJW, 1968, 640 = JZ 1968, 68.

(63) RGZ 52, 18 (., Nasser Roggen ‘).

(64) RG in Wayneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 1941 Rn. 201; RGZ 161, 330 (insb. 337 ff.). 嗣后见: BGHZ 70, 356, 359 ff.; BGHZ 101, 337, 339. 详见: *V. Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB (4. Aufl., München, 2001), Vor § 275, Rn. 211 ff. (下文引用简称: *Müko/Emmerich*), 以及 *U. Huber*, in: H. Th. Soergel (Begr.), Kommentar zum BGB, (11. Aufl., Stuttgart, 1986), § 463, Rn. 68 ff., bes. 80 ff.

(65) BGHZ 107, 249.

权)? 联邦最高法院支持后者, 它的判决理由在于, 因为汽油本身并无瑕疵, 而是注入行为导致了储藏器的损害。然而从在储藏器中发现错误汽油的买受人角度出发, 呈现出的却是另外的情形; 因此该案中存在的问题是, 常规汽油究竟是属于有“瑕疵责任的”特别汽油, 抑或是一给付之错误标的物?

#### 四、侵权法的缺陷

尽管1900年《德国民法典》履行障碍法的概念中存在着前述错误, 然而相关规定——尤其是“积极侵害债权”的样态——还是频繁地将之用于消除“侵权法的缺陷”。在很多依据侵权法规则(第823条及以下)不能为受害人创设赔偿请求权的案例中, 法院竭力通过求助于履行障碍法, 以为受害人之法律救济提供支持。这意味着, 必须在所有规则中论证说明, 在形成损害结果的时刻, 因该结果而被侵害的债务关系, 已经存在于受害人与加害人之间。于此, 人们意欲(并且以后继续如此打算) 绕开侵权法存在如下不同理由。

(1) 或许最为重要的理由是, 在德国没有为每项关于违法与过错责任的损害主张赔偿请求权规定一个一般性的侵权条款。更确切地说, 德国侵权法专注于下述三项一般请求权类型: 权益的侵害(第823条第1款), 保护性规范的侵害(第823条第2款) 与故意违反善良风俗的损害(第826条)。纯粹经济损失虽然在第826条的框架内是可赔偿的, 然而实践中“故意违反善良风俗的损害”所具有的却是微不足道的意义。那些为保护财产但存在缺陷的保护性法律同样并不非常充分。因此, 很多请求权因受害人不能证明存在一个为第823条第1款保护之权益的侵害而落空。该存在于第823条第1款中的用以涵摄的开放条款, 即当“其他权利”被侵害时亦存在一项赔偿请求权在实践和学理中也很少被使用。于此最为人所熟知的是“一般人格权”和“已设立且在运营中的营业权”。然而通过履行障碍法来赔偿纯粹经济损失则无难题: 债权人(当债务人须为损害负责时) 始终能够主张恢复至不履行(或者“积极侵害债权”或“义务侵害”) 未曾发生之状态时的请求权。

(2) 侵权法相对于履行障碍法的另一个缺点是, 不利的举证负担分配: 受害人必须证明, 加害人存在过错行为。而在履行障碍法当中, 对债权人而言, 证明下述内容为已足, 即债务人未恰当履行(或者同样: 违反了他的“义务”)。债务人在该种情形当中毫无疑问需承担责任——除非其能证其毋需为不履行(或者: 义务侵害) 负责(1900年《德国民法典》第282条, 现在为第280条第1款第1项)。

(3) 最后, 债务人始终需为履行辅助人的行为负责(第278条), 然而如果其对事务辅助人的选任和指示并无疏漏(第831条), 则债务人能够避免承担对事务辅助人的责任。也就是说, 如果在侵权责任框架内事务本人能证明, 他的辅助人是被很好选任、指示并监督的, 则其本身毋需对辅助人所致之损害负责。但是, 如果一个辅助人协助某一项义务的履行并造成债权人的损害, 则事务之本人需为其辅助人之行为承担责任是毫无疑问的。恰好这种对第三人担保义务内的区分, 导致了法律规则的部分内容失之谨慎, 而部分内容则使履行障碍法的规则草率得以扩大。

#### 五、积极侵害债权的案例与类型

前述学说与判例发展出来的规避策略, 在所有规则中都与施陶布创立的、被帝国法院毫无疑问地仍以1900年《德国民法典》第276为依据支持的“积极侵害合同”样态相联系。虽然其并非一贯如此,

但它仍涉及第三人参与的情形; 对其中最为重要的情形, 在这里简述如下。

### (一) 保护义务之侵害(Verletzung von Schutzpflichten)

在“积极侵害债权”原初适用的范围内, 早先已被西贝尔界定的一种类型内涉及“确定状态下债权人或第三人”权益的保护。<sup>(66)</sup> 嗣后人们称之为所谓的“保护义务”; 现在它们是——作为债务关系中的附随义务——作为第 241 条第 2 款中“顾及他方权利、权益与利益”之义务而被表述的。对保护义务而言, 它的核心内容涉及既存债务关系之表象中的侵权法。

在施陶布的“发现”被承认之前, 帝国法院以下述内容为出发点, 即债权人权益的侵害表现为“履行不能”这一情形, 因为义务不再能如其所负担的那样被完成。<sup>(67)</sup> 在此类情形中也同样如此, 然而通过援引 1900 年《德国民法典》第 276 条, 帝国法院在嗣后的判决中认为, 如果债权人在蒸汽浴室被烫伤,<sup>(68)</sup> 在客栈从楼梯上摔下<sup>(69)</sup> 或乘车过程中被侵害,<sup>(70)</sup> 则其有权主张赔偿请求权。此类不是依据第 823 条第 1 款, 而是依据既存义务之侵害而得以处理的案件<sup>(71)</sup> 所指明的方向, 可以使法院更简单地使债务人同样为辅助人负责。<sup>(72)</sup> 同样地, 那些惟有在个别信赖责任之特别情形中而被编入法典的缔约过失责任(如 1900 年《德国民法典》第 122 条、第 179 条第 2 款、第 306 条), 则必须在下述关系中被提及: 帝国法院在地毯案<sup>(73)</sup> 中这样判决, 即使是保护义务在合同缔结前就被侵害, 然而基于(积极)合同侵害的债务人保护义务却是存在的。

应由债务人承担的保护义务, 不仅是相对于债权人而言的, 而且同样也针对那些因债务人的履行而与之发生联系以及债权人对之负责的第三人。依据一项已被帝国法院所确立的判决<sup>(74)</sup> 可知, 如果第三人权利或权益被侵害, 则该第三人自身有权主张一项自己的对债务人的损害赔偿请求权。之后从拉伦茨开始, 人们将这种形态称为“对第三人具有保护效力”(mit schutzwirkungen für Dritte) 的合同。<sup>(75)</sup> 众所周知, 该形态尤其是通过一个完全普通平常的案件而形成的, 该案例为“沙拉盘案”(Salatblatt - Falls):<sup>(76)</sup> 一个女孩陪同母亲去购物, 她在出卖人的营业空间内因为沙拉盘而摔倒了。联邦最高法院判决认为, 该女孩有权对(缔约中的)(in contrahendo) 出卖人主张一项自身的损害赔偿请求权。该案的案情及判决与帝国法院的地毯案(Linoleumrollen - Fall) 存在极大的相似性。然而在今天, 人们认为, 依据“对第三人具有保护效力的合同”创造出了新的法律样态, 人们同样相信, 为了法律教

(66) 参见: Planck/Siber, Kommentar II/1, 4. Aufl. (Fn. 39), vor §§ 275 - 292, Anm. I 3 b α (S. 185).

(67) RG in: Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Nr. 58 (1903). 轮船乘客因存有隐患之门而被弄伤: 帝国法院判决支持该乘客对运送人的合同性损害赔偿请求, 判决理由在于“如果合同在侵害发生后不再能够如其应该被履行而被履行, 则被告承担对不能履行非因可归责于被告之事由的举证责任。”

(68) RG, in: Deutsche Juristenzeitung (DJZ) 1902, Beil 17/18, S. 1, Nr. 51.

(69) RG in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 46 (1903), 1186.

(70) RGZ 65, 17 (‘, Feldberg - Fahrt ‘).

(71) 更丰富的案例详见: H. P. Glöckner, Die positive Vertragsverletzung, in: U. Falk, Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896 - 1914) (Frankfurt, 2000), 155 ff. und ders., Positive Vertragsverletzung (Fn. 2), 397 ff.

(72) 例如其适用于前脚注 67 提及的侵害轮船乘客的情形, 对《帝国法院民事裁判集》第 55 卷第 353 页所述之案情也适用, 该案中, 一个旅客因为电车工作人员的过错而遭受损害。

(73) RGZ 78, 239.

(74) RGZ, 94, 21 (‘, Tuberkulose - Fall ‘).

(75) 参见拉伦茨批驳海斯克(J. Heiseke)的论文: Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, 78, 79. 该争论的动机是: ‘, Capuzol - Fall ‘, BGH NJW 1959, 1676.

(76) BGHZ 66, 51.

育需要新的论证与新的案例样本。

## (二) 告知义务的侵害(Verletzung von Informationspflichten)

告知义务是和保护义务一样的债务关系的“附随义务”,因为其不能离开负担之给付内容而独自行为,而惟有附随给付方始成行。人们试图用这种法院自1945年<sup>(77)</sup>即开始在数不胜数的案件中所简要阐述并予以确定的概念,<sup>(78)</sup>来将各种不同的主动告知与被动答复的义务涵括其中。此类案件中的绝大多数所指涉的案情涉及的都是合同缔结前疏于或未完全说明的情形,也就是说,其本来涉及的是缔约过失责任。因此,在2002年之前的司法实践中,是基于第242条支持因为告知义务侵害所主张的请求权,而不是如同积极侵害债权的请求权一般,是基于第276条。然而正如教义学上所讨论的一样,这种抽象的范畴同样涉及“义务”及与债务关系有关的义务侵害问题。举凡思索行为理论的人,都会发现此类“义务”已被编纂入1900年的《德国民法典》当中:若出卖人须担保出卖物无瑕疵,则将出卖人未告知买受人关于物之瑕疵的情形解释为对其“告知义务”的违反。人们在这种例证中即已看到,此类告知义务的制度化,具有扣人心弦的破坏力:其不仅使1900年瑕疵规则中业已确定的惟有诈欺之出卖人因不履行而承担损害赔偿责任(1900年《德国民法典》第463条)的规则作废,而且它还排除位于第123条(因恶意欺诈之意思表示的可撤销性)的被编纂入法典的故意主义。<sup>(79)</sup>当人们大体上接受了限制第123条的适用,并有权依据缔约过失责任规则解除(作为损害赔偿)因过失的指示错误而订立的合同的同时,也尝试着在此实施之前,保护买卖法的瑕疵规则:如果出卖人未充分告知,当涉及买卖标的物之品质时,则出卖人未充分告知这种情形基于积极侵害债权而不能对任何一个请求权提供论证基础。<sup>(80)</sup>因此,一个涉及判断且属教义学上的问题,就转变到一个纯粹的概念性层级,即不可或缺的信息究竟是否涉及买卖物的某项“品质”。

## (三) 忠实履行义务的侵害(Verletzung von Leistungstreuepflicht)

忠实履行义务的概念迄今为止并不清晰精确。<sup>(81)</sup>人们在合同当事人的义务下来理解忠实履行义务,以使合同的经济目的以及关于此合同的另一方当事人通过合同追求的利益不受威胁。为此人们认为,债权转让人的义务是,其自身不得接受被转让的债权,<sup>(82)</sup>或者出卖人的义务是,不能把一辆新汽车的零件替换为旧汽车之零件。<sup>(83)</sup>这两个例子已经显现出,人们意欲通过忠实履行义务来填补其首先因放弃“不履行”而制造的行为理论之漏洞。因此始终是这样的,如果债权人不存在如其依据合同有权期待之情形,则存在“不履行”;如果债务人必须为此负责,则债权人有权依据1900年《德国民法典》第280条(或者在双务合同中:以1900年《德国民法典》第325条为依据)主张一项请求权。

(77) 然而“告知义务”概念源出于: *Krückmann*, AcP 101 (1907), 181, bes. 202 f.; auch ders., *Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie*, 2. Beitrag, *Jherings Jahrbücher* 59 (1911), 233, 318 ff.; und *P. Klein*, *Anzeigepflicht im Schuldrecht* (Berlin, 1908), bes. 101 ff.

(78) 罗特(Roth)提供了一个概要性的说明,载: *Münchener Kommentar zum BGB*; (4. Aufl., München, 2001), § 242 Rn. 260 ff. und (因附随义务自2002年债法现代化已在第241条第2款被提及) *G. Roth*, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (5. Aufl., München, 2007), § 241, Rn. 114 ff. (下称: Müko/Roth)。

(79) 对此参见: *H. Chr. Grigoleit*, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München 1997; *H. Fleischer*, *Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung*, AcP 200 (2000), 91 ff.

(80) 对此参见: Müko/*Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor § 275, Rn. 95 ff.

(81) 参见: Müko/*Emmerich*, 4. Aufl. 2001, Vor § 275, Rn. 240 ff.; *W. Ernst*, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (5. Aufl., München, 2007), § 280, Rn. 91 ff. (下称: Müko/Ernst)。

(82) BGH, in: *Lindenmaier/Möhring (Begr.)*, *Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs*, § 276 (Hd) Nr. 6.

(83) BGH NJW 1978, 260.

如果推测“忠实履行义务”的侵害,于此惟独存在于债务人是否必须对不履行负责这一问题中。然而因为人们于1900年之后转回这一观点,并且仅专注于债务人应如何行为的方面,人们同样地创造出忠实履行义务的样态。

此外,人们在一般性的“义务侵害”概念之外创造出的一个新的类型,原因也许在于,在该类情形中“继发性的忠实义务”(nachwirkende Treuepflichten)遭受了侵害,因为债务人在履行之后以使合同目的存在危险的方式为行为。于此同样,这种因为债务人的行为而得确定的核心内容,可以是引起误解的理由:如果债务人已经为给付,则债务关系终结并且债务人不再承担义务。谁以债权人的视角观察此类情形,将毫无疑问地认为这是不履行。帝国法院于1939年首次作出的一个有关此类情形的判决<sup>(84)</sup>如下:某人出售土地时保证,与该土地相邻之土地不会被用作建筑使用。然而在买受人在所购之土地上建起房子之后不久,出卖人在前述相邻之土地上亦为相应的建筑。买受人因此主张损害赔偿请求权。在地方法院拒绝买受人该项请求权的情形下,帝国法院却以积极侵害债权为由,判决给予受害人以赔偿,在它看来,因为——特别是——当事人之间“……已经通过合同这一法律纽带而连结起来,并且基于对已发生之语辞效力一般性确信的约束力,也存在着合乎道德的理由,随着合同有条不紊地进行,其不能被完全毫无顾忌地取消”。<sup>(85)</sup>不能被忽视的是国家社会主义的口吻通过判决中的一些其他评语而被加强了。<sup>(86)</sup>1945年以后,虽然该判决极少被援引,然而它的中心思想与理由却被毫无保留地接受了。<sup>(87)</sup>

#### (四) 无正当理由的履行拒绝(Unberechtigte Erfüllungsverweigerung)

最近同样被视为是对忠实履行义务侵害的是无正当理由的履行拒绝。<sup>(88)</sup>这与“忠信义务”(Treuepflicht)概念(与后来<sup>(89)</sup>被过度使用的“信赖义务”完全一样)穿插存在于整个民法中相联系。该概念既过于概括,也毫无意义。然而履行拒绝的法律样态与其法律后果却自百年前即已流行开来:若债务人无正当理由拒绝履行——不管在债务关系的何种阶段——他都对债权人基于履行利益而承担责任。胡贝尔(Huber)称其为“习惯法规则”(Regel des Gewohnheitsrechts),<sup>(90)</sup>帝国法院确定,该规则与1900年《德国民法典》第326条第2款相类似。学说则仍试图将该形态归入积极侵害债权的情形。<sup>(91)</sup>这也许与这种债务人必须有附随义务、必须是愿意履行的(或履行意愿)这种不恰当的观念相

(84) RGZ 161, 330.

(85) RGZ 161, 330, 340.

(86) 例如,当帝国法院(RGZ, 161, 334)谈及“德意志人民的空间危机”时,或当其(S. 338)引用朗格《从旧债法到新债法》(脚注43)第70页以下之内容时,即为如此。

(87) 对之进一步的说明参见:Chr. v. Bar, „Nachwirkende“ Vertragspflichten, AcP 179 (1979), 452 ff.; Müko/Emmerich, 4. Aufl. 2001, Vor § 275, Fn. 240 ff.; Müko/Roth, 5. Aufl., 2007, § 241, Rn. 82 ff.; Müko/Ernst, 5. Aufl. 2007, § 280, Rn. 109 ff.

(88) BGH NJW 2005, 2779, 2780. “在严重且确定的履行拒绝场合涉及的仅是一般忠信履行义务侵害的属类型”;同时参见:H. Weidt, Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Tübingen 2008, bes. 107 ff.; M. Ph. Weller, Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue (Tübingen, 2009), 302 ff.

(89) 参见:H. Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen. Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens (Tübingen, 1950); K. Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch stellvertreter, AcP 151 (1950/51), 501 ff.;变得普遍流行是因为卡纳里斯的缘故,参见C. - W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (München, 1971).

(90) U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. 2: Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit (Tübingen, 1999), 566 ff.;在该书中详述了该法律形态的立法发展。

(91) 然而胡贝尔对此却是小心翼翼的,参见:Huber, Leistungsstörungen II (Fn. 90), 579. “……一项积极侵害债权的特有形式”。

联系。<sup>(92)</sup> 这种观点源出于齐特曼,<sup>(93)</sup> 并且在债法现代化之后再次被予以讨论。<sup>(94)</sup> 然而更可能的是,该归入与德国学理将其制度化的尝试向实用教学理论看齐多于向合逻辑的教义学理论看齐相关联。

## 六、改革的企图与改革

尤其是因债务人无正当理由而拒绝履行的情形使人注意到,如同积极侵害债权的形态经过多年的发展一样,其他法律样态也纳入进履行障碍法并且最后成为它的主要制度。除意识形态上的尤其是在“《民众法典》”(1944年夭折)的准备过程中扮演着重要角色的动因之外,这些制度也力争在20世纪的所有的改革思考中居于普遍被予重视的位置。“积极侵害债权”的概念理所当然地被认为是过于碍手碍脚。因此,国家社会主义者建议采用“义务侵害”。该概念很好地与其亦欲在私法中着重强调的人民之“义务观念”(Pflichtgedanken)的意识形态相符合。<sup>(95)</sup> 然而对此之后的改革而言,“义务侵害”因此变得不再有失体统。毕竟《普鲁士国家普通邦法》也采用了这一概念,此外它与新学说与判决创立的行为理论性的道德阐述论上的特征相适应。

当然,人们在20世纪80年代的债法改革讨论期间所得出的结论,是值得注意的。乌尔里希·胡贝尔(Ulrich Huber)被委托出具关于履行障碍法的专家意见,在专家意见书中,胡贝尔支持使一项义务性的“不履行”概念成为新规则的核心事实构成。<sup>(96)</sup> 而改革委员会则当然对此表示反对,投票表决时的多数票也支持“义务侵害”概念。对此人们论证到,“不履行”非属日常习惯术语,因为对此一般仅指最后的履行未发生,<sup>(97)</sup> “基于不履行之损害赔偿”的转变是具有迷惑性的,<sup>(98)</sup> 此外统一买卖法也提及了“义务侵害”。<sup>(99)</sup>

所有此类争论不是错误就是通常不具有说服力:1900年《德国民法典》中的“不履行”术语肯定不是“非日常习惯性的”。虽然《德国民法典》在迟延履行中仍未提及“不履行”是正确的,但是胡贝尔的建议无论如何比选择“义务侵害”这一不被《德国民法典》所熟悉的概念更有意义。因为人们对这种完全不同的两种事物予以相同的刻画,并且他们还想对之以同等对待:履行未发生(出于债权人的观点考察)与债务人的瑕疵行为。<sup>(100)</sup> 这不仅是一个教义学问题,也是一个实践问题:如果债权人不能如其有权期待的那样获得利益,则债务人的“义务侵害”将被采纳;债权人既不需声称也不需提出证据。然而若债务人侵害一项附随义务,则债权人负有举证义务证明存在这样的义务且债务人已经侵害

(92) 批判性的论述见:Huber, Leistungsstörungen II (Fn. 90), 579.

(93) Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung (Fn. 836), 272 ff., bes. 273.

(94) 如:J. D. Harke, Schadensersatz und Nacherfüllung, in: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2006, 9-11; und W. Schur, Leistung und Sorgfalt. Zugleich ein Beitrag zur Lehr von der Pflicht im Bürgerlichen Recht (Tübingen, 2001), 207 ff., 267 ff.

(95) 拉伦茨(Akademie für deutsches Recht, Fn. 46, 68 ff., 71 f.) 所以支持该概念,是因为它立于“我们的法律思维阵线之中”,“该法律思维同样也把法律交往中的义务观念置于前列”。

(96) U. Hubers, Leistungsstörungen, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (Bonn, 1981), 671 f. (vorgeschlagene Normen), 779 ff. (Begründung).

(97) Bundesminister der Justiz (Hg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, 130.

(98) Abschlußbericht (Fn. 97), 131.

(99) Abschlußbericht (Fn. 97), 30 und 129.

(100) 关于义务概念的双重意义的说明比如见 MüKo/Ernst, 5. Aufl., 2007, 9 ff.; HKK/Schermaier (Fn. 2), § § 280-285, Rn. 39 f.



了它。

“基于不履行之损害赔偿”的转变具有迷惑性,因为损害赔偿的履行也意味着“给付”,然而这是诡辩性的争论。此外,债法改革委员会也同时建议讨论替代履行的损害赔偿。因为虽然债务人的履行利益并不意味着“给付”,它仍可能是“履行”。<sup>(101)</sup>最后,《联合国买卖法》(UN-Kaufrecht)将“义务侵害”置于履行障碍法的核心位置依然是错误的。<sup>(102)</sup>更确切地说,《联合国买卖法》的履行障碍法依然是以债权人不再能获得基于合同而有权期待的内容为出发点。<sup>(103)</sup>

政治格局不允许20世纪90年代债法改革的建议付诸实践。当红/绿联盟(die rot/grüne Koalition)在1998年能组织政府时,它的第一个规划中的一项内容就是将逾十年前即以开始但还未实施的债法改革付诸实践。旧的建议稿仅在个别的部分尚需要修改和充实。在委婉的标题“债法现代化”<sup>(104)</sup>与服务于欧洲指令<sup>(105)</sup>的国内法转化的托辞之下,它于2002年1月1日成为法律并且因此根本性地改变了德国履行障碍法。

于此仅列举那些最为重要的但却在关于“积极侵害债权”之发展报告中未被提及的变化。

(1) 不能履行概念现在没有任何规范性因素,其仅与自然的或具体的不能履行相联系。这已经表明,法律将主观不能与客观不能相等量齐观。所以,其尽力以第275条第2款与第3款来规范给付加重或履行之不可期待——依据尚存疑问之标准。<sup>(106)</sup>

(2) 履行障碍的核心事实构成不再是不履行,而是义务违反。虽然立法者于2002年考虑到了不履行,然而在其统一规定义务侵害时——这从第280条和第323条(解除合同)的比较中展现出来——履行障碍法据此却获得了一个明晰主观的、专注于债务人行为的特性。它似乎不再关注债权人因债务关系而理应期待的内容,而是关注债务人必为之所在。

(3) 这导致了——恰好在面对第275条时——奇怪的结果:如果债务人对其不再能履行负责,那么虽然他基于第275条第1款不对履行承担义务,然而他因为不履行仍然侵害了基于债务关系的义

(101) 对之批判见: HKK/Schermaier( Fn. 2 ), § 280 - 285 , Rn. 101.

(102) 对之见 Abschlusßbericht ( Fn. 97 ), 128 f und 130 , 以及最后参见政府的理由, 载 Canaris( Hg. ), Schuldrechtsmodernisierung , 669 f; 对出于学理上的例证参见: W. Rolland , Schuldrechtsreform - Allgemeiner Teil , NJW 1992 , 2377 , 2380. “对履行障碍法的基础概念是以被《国际货物买卖合同公约》所借鉴的义务侵害为起点, ……” 对此整体的论述见: HKK/Schermaier( Fn. 2 ), § 280 - 285 , Rn. 36 ff.

(103) 仅参见《国际货物买卖合同公约》第25条。

(104) 对此参见: R. Zimmermann , Schuldrechtsmodernisierung? , JZ 2001 , 171 ff. , = in: Ernst/Zimmermann , Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform ( Fn. 49 ) , 1 ff.

(105) 关于这种指令转化为国内法时的所谓的“大”或者“小”解决方案的争议, 参见: W. Ernst/B. Gsell , Kaufrechtsrichtlinie und BGB , ZIP 2000 , 1410; dies. , Nochmals für die „kleine Lösung“ , ZIP 2000 , 1812; A. Schwartze , Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa. Die Verbrauchsgüterkauf - Richtlinie vor ihrer Umsetzung , ZEuP 2000 , 544; B. Gsell , Kaufrechtsrichtlinie und ihre Schuldrechtsmodernisierung , BGB , JZ 2001 , 65 , bes. 75; H. Honsell , Die EU - Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB , JZ 2001 , 278 und ( aus dem Lager der Regierung ) Weis , Einführung in den Diskussionsentwurf , in: Ernst/Zimmermann ( Fn. 49 ) , Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform , 26; H. Däubler - Gmelin , Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform - Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts , NJW 2001 , 2281.

(106) 对此批判见: Th. Lobinger , Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten. Zugleich ein Beitrag zur autonomie. Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB , JZ 2003 , 1035 ff. und ders. , Die Mehrleistungspflicht bei nicht zu vertretender Leistungerschwerung nach Allgemeinem Schuldrecht und Kaufrecht. Zur Kritik der § § 275 Abs. 2 und 439 BGB , in: B. Dauner - Lieb u. a. ( Hg. ) , Festschrift für Horst Konzen ( Tübingen , 2006 ) , 687 ff. ; HKK/Schermaier( Fn. 2 ) , § 275 , Rn. 62 ff. ; M. Schermaier , Was schuldet der Schuldner? Die „Pflicht zur Anstrengung“ im modernisierten Schuldrecht , in: F. Harrer/H. Honsell/P. Mader ( Hg. ) , Gedächtnisschrift Mayer - Maly , Wien , 2011.

务。然而人们不能再将这种义务侵害仅认为是单纯不履行的事实,因为债务人确实不再对给付负有义务。因此义务侵害必须意味着债务人不管怎么都处于谨慎义务违反的情况。对此,人们观察到,混淆积极侵害合同、义务侵害和谨慎义务侵害的毛病,在新的履行障碍法中依然没有消除。旧有的关于“义务”与“必须负责”的作用范围与界限讨论于此延伸了下去。在评注中的变更也极为有限。

## 七、结语

将不履行概念置于履行障碍法核心位置的其他立法例中,“不能履行”自始即仅指向具体的不能履行。因此,这种立法模式为个别事实构成与不履行类型的发展预留了足够的空间。如果人们在1900年后重视1900年《德国民法典》第275条等是在何种前提下形成的,也许人们同样会保留使用“不履行”概念。并且如果改革委员会的成员采纳胡贝尔的建议,将“不履行”重新置于履行障碍法的核心位置,则德国民法就会继续保持对作为道德解释论意义层级之上的“义务侵害”的避免。然而选择已经被宣布了,虽然这一选择是如此的迅速而没有被详细审查。对于未来的发展而言,我们应建议德国法学思考其历史基础,并且密切关注外国的发展——特别是受1900年《德国民法典》启示的国家相应法律的发展。在履行障碍法领域,德国毫无疑问应向韩国、日本、中国等学习。

### **Irregularities of Performance in the German Civil Code: Past and Future**

Martin Schermaier

**Abstract:** Irregularities of performance is the core content in different countries' contract law. Although in 1900 the German Civil Code did not clearly define the concept of non-performance, it provided the historical background for the delay in performance and the impossibility of performance as well as related legal texts. Therefore, the concept of non-performance actually existed behind the concepts of delay in performance and impossibility of performance. According to the concept of non-performance, the Article 275 in the German Civil Code and other existed regulations could adjust positive infringement of contracts. Although the German reform of obligation law in 2002 regarded the breach of duty, rather than non-performance as the core of irregularities of performance, the explanation of irregularities of performance should consider its historical basis and learn from other countries which are influenced by Germany but have their own development.

**Keywords:** delay in performance; impossibility of performance; non-performance; breach of duty

(责任编辑:丁洁琳)