

出國報告（出國類別：考察）

考察德國債法改革發展經驗 及實務運作情形

服務機關：法務部法律事務司

姓名職稱：鍾瑞蘭司長、林裕嘉科長

派赴國家：德國

出國期間：中華民國 108 年 8 月 11 日至 18 日

報告日期：中華民國 108 年 11 月 11 日

摘 要

德國於 2002 年完成債法現代化改革，新債法自 2002 年 1 月 1 日施行，主要修正之重要內容為「消滅時效」及「債務不履行」部分，蔚為國際上民事法發展的一大盛事。因我國民法債編甫於 1999 年完成大幅度修正，雖係繼受德國 2002 年債法現代化前之舊有規範，但當時國內普遍認為不宜在短期內再度啟動修法工作，應先觀察德國新債法後續實務運作之適用狀況後，再予適時檢討。而自 1999 年迄今已過 20 年，近年來司法實務判決已反應出我國現行民法之不足，另為配合全球化國際趨勢、現代新興交易模式及社會脈動與發展，允宜重新檢討我國債法之規範，使我國民法更符合時代潮流，並與國際接軌。

德國作為歐陸法系之繼受母國，在檢討修正我國現行民法之際，德國債法改革之歷程、背景、考量因素及經驗，均可作為我國之借鏡；再者，德國債法現代化的工作也一併歸納參考了近代國際及歐洲有關契約法制之發展，故考察德國債法改革經驗、了解德國債法發展及實務運作情形，將使我國債法之修正收事半功倍之效。職是，本次規劃考察拜會德國聯邦律師公會、法蘭克福高等法院及德國聯邦法院，透過與上開機關(構)之詢答交流，藉以瞭解德國債法改革發展背景、脈絡、法制及實務運作情形，所蒐集之資料將有助於我國汲取及深入瞭解德國債法之規範意旨、適用問題、解釋方法等，並觀察德國債法實務運作情形及未來可能發展，作為我國重新檢討民法重要制度體系架構之參考。本文將簡介德國債法改革之背景、推展過程及國際契約法之發展，再分述德國「消滅時效」及「債務不履行」改革後之法制重點，並就其立法後的實務運作情形，透過拜會相關機關及民間團體，彙整詢答內容，最後依考察心得，提出法制實務建議。

目 次

第一章 考察緣起、目的及行程 -----	1
第一節 考察緣起-----	1
第二節 考察目的-----	2
第三節 考察行程-----	2
第二章 德國債法改革發展歷程及國際整合動向 -----	5
第一節 德國債法改革背景及推展過程-----	5
第二節 國際整合動向及國際契約法文件-----	7
第三章 德國消滅時效法制及實務 -----	9
第一節 德國民法有關消滅時效之改革重點-----	9
第二節 拜會德國聯邦律師公會詢答情形-----	20
第三節 拜會法蘭克福高等法院詢答情形-----	31
第四節 拜會德國聯邦法院詢答情形-----	40
第四章 德國債務不履行法制及實務 -----	62
第一節 德國民法有關債務不履行之改革重點-----	62
第二節 拜會德國聯邦律師公會詢答情形-----	69
第三節 拜會法蘭克福高等法院詢答情形-----	80
第四節 拜會德國聯邦法院詢答情形-----	92
第五章 考察心得與法制實務建議 -----	113
第一節 考察心得-----	113
第二節 對我國民法修正之法制實務建議-----	116

附錄-----	123
【附錄一】主要參考資料-----	123
【附錄二】相片-----	124
【附錄三】德國民事訴訟及刑事訴訟審級體系圖（詳附件電子檔）	
【附錄四】德國聯邦律師公會（BRAK）簡介（詳附件電子檔）	

第一章 考察緣起、目的及行程

第一節 考察緣起

我國民法債編自 18 年 11 月 22 日公布、19 年 5 月 5 日施行至今已將近 90 年，此期間雖於 88 年為較大幅度之修正，也已歷經 20 年。德國於 2002 年完成債法現代化改革，新債法自 2002 年 1 月 1 日施行，因我國民法債編甫於 1999 年（88 年）完成大幅度修正，雖係繼受德國 2002 年債法現代化前之舊有規範，但當時國內普遍認為不宜在短期內再度啟動修法工作，應先觀察德國新債法後續實務運作之適用狀況後，再予適時檢討。而觀察近年司法實務判決，已反應出我國現行民法之不足，另為配合全球化國際趨勢、現代新興交易模式及社會脈動與發展，本部近期已邀集學者專家及實務工作者組成「民法債編研究修正小組」，刻正參考國際契約法制及重要國家立法例進行我國民法之研修，重新檢討消滅時效、債務不履行及瑕疵擔保等重要制度規範體系，使我國民法更符合時代潮流，並與國際接軌。

我國民法採大陸法系，長期受到德國影響，在檢討修正我國現行民法之際，德國債法改革之歷程、背景、考量因素及經驗，均可作為我國之借鏡。另鑑於聯合國國際商品買賣公約(United Nations Convention on International Sale of Goods, 簡稱 CISG)、國際商事契約通則(Principles of International Commercial Contract, 簡稱 PICC)、歐洲契約法原則(Principles of European Contract Law, 簡稱 PECL)、共同參考架構草案(Draft Common Frame of Reference, 簡稱 DCFR)等規範陸續完成並提出後，歐洲私法不斷進行整合，而德國債法現代化的工作也一併歸納參考了近代國際及歐洲有關契約法制之發展，故考察德國債法改革經驗、了解德國債法發展及實務運作情形，將使我國債法之修正收事半功倍之效。

第二節 考察目的

本次考察活動拜會之對象包括德國聯邦律師公會（Bundesrechtsanwaltskammer，簡稱 BRAK）、法蘭克福高等法院（Oberlandesgericht Frankfurt am Main）及德國聯邦法院（Bundesgerichtshof，簡稱 BGH）¹，透過與上開機關（構）之詢答交流，藉以瞭解德國債法改革發展背景、脈絡、法制及實務運作情形，並比較德國不同審級之民事審判法院間、法院與律師團體間，對於德國債法之解讀、操作方式、窒礙難行之處、建議及未來期許等有無不同。本次考察所蒐集之資料，將有助於我國汲取及深入瞭解德國債法之規範意旨、適用問題、解釋方法等，並觀察德國債法實務運作情形及未來可能發展，作為我國重新檢討民法重要制度體系架構之參考。

第三節 考察行程

日期	時間	行程	會晤對象	備註
8月11日 (星期日) 第一天	下午	桃園機場出發		
8月12日 (星期一) 第二天	上午	抵達法蘭克福機場，轉機前往柏林 抵達我國駐德代表處		駐德代表處廖秘書莉莉協助接機
	下午	拜會德國聯邦律師公會（BRAK）	1. Prof. Dr. Volkert Vorwerk (德國律師協會)	駐德代表處廖秘書莉莉陪同

¹ 本次考察活動，承蒙環球商務法律事務所所長王律師國慶於考察前積極協助本部進行行程規劃及協調聯繫，謹此表示誠摯謝忱。另外，我國駐德代表處姜秘書予歆、廖秘書莉莉、駐法蘭克福辦事處薛副組長迪宇、駐慕尼黑辦事處蔣組長憶萍協助行政聯繫、交通接送、住宿及口譯安排，並實際參與訪談，均一併表示謝意。

			<p>(Deutscher Anwaltverein, 簡稱 DAV)主席、德國聯邦憲法法院專屬律師、Gottfried Wilhelm Leibniz 大學榮譽教授、德國國會司法委員會顧問、德國司法部公聽會顧問)</p> <p>2. Dr. Andreas Eickhoff (律師、公證人)</p> <p>3. Daniela Neumann (BRAK 債法專員)</p> <p>4. Swetlana Schaworonkowa (BRAK 亞太及以色列事務專員暨資深法律顧問)</p>	
	晚上	出席駐德代表處謝志偉大使歡迎晚宴		
8月13日 (星期二) 第三天	上午	參訪柏林洪堡大學法學院,並與我國留學生交換對於德國債法法制面上之意見	柏林洪堡大學留學生沈秉怡女士	
8月14日 (星期三) 第四天	下午	搭機前往法蘭克福		駐德代表處廖秘書莉莉協助送機、駐法蘭克福辦事處薛副組長迪宇協助接機

8月15日 (星期四) 第五天	上午	拜會法蘭克福高等法院	<ol style="list-style-type: none"> 1. 法蘭克福高等法院庭長 Dr. Christoph Rennig 2. 法蘭克福高等法院法官 Dr. Lea Eggerstedt 3. Walter Reichard 律師 	駐法蘭克福辦事處張處長維達及薛副組長迪宇陪同
	午間	出席駐法蘭克福辦事處張維達處長歡迎午宴		
8月16日 (星期五) 第六天	上午	搭乘火車前往卡爾斯魯爾		與駐慕尼黑辦事處蔣組長憶萍於卡爾斯魯爾車站會合
	午間	拜會德國聯邦法院	<ol style="list-style-type: none"> 1. Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch (第五民事庭副庭長、柏林洪堡大學榮譽教授) 2. Dr. Alexander Müller-Teckhof (德國聯邦法院院長辦公室研究員，地區法院調辦事法官) 	駐慕尼黑辦事處蔣組長憶萍陪同
	下午	出席卡爾斯魯爾大學臺灣同學會餐敘活動	卡爾斯魯爾大學臺灣同學會會長及留學生代表	駐慕尼黑辦事處蔣組長憶萍陪同
8月17日 (星期六) 第七天	上午	搭機返國 法蘭克福機場出發		駐法蘭克福辦事處薛副組長迪宇協助送機
8月18日 (星期日) 第八天	上午	抵達桃園機場		

第二章 德國債法改革發展歷程及國際整合動向

第一節 德國債法改革背景及推展過程

德國自 1970 年代啟動債法修法工作之時起，迄於 2002 年 1 月 1 日立法者完成債法現代化修法工作為止，參考學者分析²，大約可分為 4 個重大推展階段加以觀察：

- 一、第一階段：1976 年前在擬定一般交易條款法之時，學界與實務界就具體思考修訂債法的問題，認為現行法典已過時、不足與不備，有改革的迫切需求，1978 年 1 月 25 日西德聯邦司法部長向聯邦議會提出報告，表示司法部正考慮對民法債編進行修正，這股思變的觀點受到各邦多數決之支持，接著建議成立修改債法委員會。有鑑於此，聯邦司法部乃委託學者與實務工作者擬定債法修正草案。
- 二、第二階段：聯邦司法部於 1981 年到 1983 年將學者與專家先後完成之建議付梓成書，此「論債法修正鑑定與建議」共有 3 冊 24 篇，債法修正建議書發表後，聯邦司法部長任命成立「債法修正委員會」，其成員包括聯邦司法部部長提名之各邦代表、聯邦律師公會代表以及聯邦公證人公會代表，該委員會之任務為擬訂債法建議案，使立法者制定出合宜時代和條理清晰的一般給付障礙法、買賣和承攬的瑕疵擔保法、消滅時效法。
- 三、第三階段：債法修正委員會於 1991 年 11 月完成並提出「債法改革委員會之結果報告」，建議債法修訂之三大重點為消滅時效、一般給付障礙（債務不履行）、買賣及承攬契約。於債務不履行方面，參照「聯合國國際商品買賣契約公約」中給付障礙之規定，採納學者 Huber 所建議的統一買賣法觀點為基調，試圖建立一個一般性給付障礙法，因而力主義務的違反為一般給付障礙法的核心構成要件。
- 四、第四階段：為因應在 1999 年 5 月 25 日公布之歐盟消費性商品買賣指令，

² 參考向明恩，論德國民法第 275 條給付義務之排除，收錄於「民事法學新思維之再開展—劉春堂教授七秩華誕祝壽論文集」，106 年 11 月，第 16-17 頁。

最遲必須於 2002 年 1 月 1 日轉換成德國內國法之要求³，聯邦司法部重拾以前債法改革結論報告，於 2000 年 8 月提出討論草案，然受到學界與實務劇烈抨擊，故聯邦司法部則於 2000 年 12 月任命「給付障礙法修正委員會」其餘 2001 年 3 月 6 日提出「討論草案合併版本」以供各界討論，於此之後，立法者則緊鑼密鼓正式加快了債法現代化修法工作，聯邦政府於 2001 年 5 月 9 日提出「債法現代化草案」，此草案於 2001 年 11 月 9 日三讀通過。2002 年 1 月 1 日在德國生效。

德國 2002 年 1 月 1 日修正施行之新債法，主要修正重要內容為「消滅時效」及「債務不履行」。消滅時效部分，因為德國舊法對消滅時效期間的規定長短不一，從 6 個月到 30 年不等，且缺乏一定的邏輯可循，而中斷時效之規定也往往有欠公平，關於消滅時效起算時點亦有所爭議，造成實務上繁多的問題。另一方面，在債務不履行之部分，德國舊民法是以「給付不能」為規範核心，但給付不能在實務上卻反而甚少發生，且德國舊民法之給付不能體系非常複雜，導致實務上判斷區辨不易，常有紛爭；此外，舊法在許多領域也不完整，因此須透過德國法院判例發展出許多制度，例如締約上過失責任、積極侵害契約、法律行為基礎欠缺等；又法定解除權之行使限於債務人對債務不履行可歸責之情形，在個案中可能發生不公平之情形。因此，基於上述實務運作的問題，再加上社會的變遷、國際的趨勢、科技的發展、歐盟的指令要求等，均促使德國進行債法現代化之改革，其主要目的之一，就是要使債法規範能夠透明化，主要的修正是體系上的變革⁴。有關德國民法對於「消滅時效」及「債務不履行」之改革法制重點，將分別於本報告第三章及第四章詳加論述之。

³ 歐盟指令並非對歐盟之公民發生直接效力的法律，而係對會員國頒布，會員國則應予轉化為內國法，大部分之會員國通常以特別法方式轉換指令為內國法，德國亦同。歐洲議會於 1999 年 5 月 25 日公布「歐盟消費性商品買賣指令」(1999/44/EC)，德國聯邦政府有義務將歐體指令轉換為德國法律。然究係消費性物品抑或商業用物品，在實際案例中實難以區分，德國立法者因而認為，買賣法必須全盤整修，並同時對於債法通則之債務不履行規定，發生重大影響。參考陳聰富主持，法務部 106 年「民法債務不履行、瑕疵擔保責任及請求權時效制度規範之檢討與立法建議—以現代國際契約法的發展趨勢」委託研究案成果報告書，第 9-10 頁。

⁴ 參考黃立，德國民法消滅時效制度的改革、德國新民法債務不履行規定的分析，兩篇文獻均收錄於「德國新債法之研究」一書，98 年 9 月，第 4-10 頁、第 109-114 頁。

第二節 國際整合動向及國際契約法文件

二次世界大戰結束後，國際間之契約法整合活動不斷進行當中，自 1964 年之「海牙統一國際商品買賣法」（由「統一國際商品買賣契約締結公約」及「統一國際商品買賣法公約」所構成，一般將兩者通稱為 ULIS，此公約因簽署國太少而未能成功），乃至 1980 年由聯合國貿易法委員會制定之「聯合國國際商品買賣契約公約」（United Nations Convention on International Sale of Goods，簡稱 CISG），其中 CISG 已有 85 個會員國簽署，乃公認最為成功之國際契約法文件。此外，國際統一私法協會（UNDROIT）於 1994 年通過並於 2004 年及 2010 年擴編之「國際商事契約通則」（Principles of International Commercial Contract，簡稱 PICC），雖非國際法意義下之條約，卻對世界各國之契約法制定及修正發揮指導作用，並影響國際商事紛爭之解決⁵。

在歐洲方面，1974 年丹麥籍 Lando 教授邀集歐盟各國學者組成「歐洲契約法委員會」，此純為民間學術團體，自 1982 年開始起草「歐洲契約法原則」（Principles of European Contract Law，簡稱 PECL），先後於 2000 年及 2003 年出版，開啟歐洲契約法整合之先驅，其制定目的乃消除成員國內國法之分歧，使歐盟境內交易更順暢，並向歐盟官方展示歐洲契約法統一之可行性，探求歐盟各國法律之異同，廣泛運用比較法研究方法提煉萃取出歐盟各成員國契約法共通核心。另外，歐盟執行委員會（下稱執委會）自 2005 年起，委由歐洲學術團體「歐洲民法典研究團體」（Study Group on a European Civil Code，簡稱 SGECC）及「現行歐盟私法研究團體」（European Research Group on Existing EC Private Law，簡稱 Acquis Group）開始起草共同參考架構，執委會嗣後於 2009 年提出「共同參考架構草案」（Draft Common Frame of Reference，簡稱 DCFR），為歐洲私法學術菁英團隊合作之心血結晶。2011 年執委會再提出「歐洲共同買賣法」（Common European Sales Law，CESL）建議草案，雖未能於歐盟議會通過，但仍可視為執

⁵ 參考黃松茂，債務不履行損害賠償之體系—給付不能概念之重生與再造，收錄於「政大法學評論」第 151 期，106 年 12 月，第 4-6 頁。

委會推動契約法整合的另一番嘗試⁶。

國際契約法之整合，對各國債法之制定或修正有深切影響，上開近數十年來較重要之國際性公約或規範，包括 CISG、PICC、PECL 及 DCFR 等，除 DCFR 因係於 2009 年始提出而無從完整參考之外，前三者均經德國債法參酌採用，尤其 CISG 因採英美法之重要原則，經德國債法採用後，使 CISG 與歐陸、英美兩大法系之原則相符，因而廣受聯合國會員國接受，而 PICC 則採納 CISG 之許多規定。至於 PECL，則因歐盟整合之考量而發展，並參酌 CISG 及 PICC 之相關內容⁷。此外，中國大陸於 1999 年頒布之合同法，亦是採用 CISG 之立法模式；日本 2017 年債法改正試案，主要參考對象亦包括 CISG、PICC 及 PECL 等國際契約法文件。因此，現代各國債法之制定或修正，已漸趨同於 CISG 以來國際契約法之發展趨勢⁸。

⁶ 參考陳自強，整合中之歐洲契約法、歐洲契約法發展之新動向，兩篇文獻均收錄於「整合中之契約法」一書，100 年 5 月，第 186-188 頁、第 200-208 頁；黃松茂，同註 5，第 6 頁。

⁷ 參考許政賢，債務不履行體系再建構之初探--以「違反義務」為中心，收錄於「法令月刊」第 68 卷第 7 期，106 年 7 月，第 54-55 頁

⁸ 參考黃松茂，同註 5，第 6-7 頁。

第三章 德國消滅時效法制及實務

第一節 德國民法有關消滅時效之改革重點⁹

一、概說

德國於 2002 年對消滅時效制度的調整，基本上遵循三大指導原則：一、把長短不一、複雜無序的時效規定予以統一化；二、縮短時效期間；三、將時效期間的起算予以主觀化。除此之外，德國立法者亦參酌了歐洲契約法原則（PECL）之內容，然而修正後的時效制度，僅在涉及一般請求權時效（3 年）時採主觀起算方式，在 10 年或 30 年之最長時效期間則以客觀起算方式。再者，2002 年的修正一方面將諸多過往的中斷事由改納為停止進行事由，另一方面則新增停止進行事由，並將「時效中斷」一詞修正為「時效重新起算」。就舉證責任而言，債務人必須舉證證明時效期間已開始進行，債權人則須證明有時效障礙事由之存在。德國消滅時效制度被置於總則編第 194 條以下，立法者從三大面向進行規範，分別為：消滅時效之客體與期間（第 194 條以下）；消滅時效之停止進行、不完成及重新起算（第 203 條以下）；消滅時效之法律效果（第 214 條以下）。

二、重要法制規定內容

（一）一般消滅時效期間

德國民法第 195 條規定：「一般消滅時效期間為 3 年。」除了第 196 條及第 197 條另有規定外，原則上適用於所有請求權，不論其為契約上或非契約之請求權。改革後之新法特色為，對於不同契約類型與當事人，原則上不再有不同的消滅時效期間。

（二）十年消滅時效期間

德國民法第 196 條規定：「請求移轉土地所有權、成立、讓與、終止或變更

⁹ 以下主要參考黃立，德國民法消滅時效制度的改革，收錄於「德國新債法之研究」一書，98 年 9 月。摘述整理上開文獻對於德國民法重要法制之介紹。

土地上之權利，及該對待給付之請求權，其消滅時效期間為 10 年。」(德國認為建築物為土地之重要成分，故德國法所稱「土地」有關之權利，應解讀為有關「不動產」之權利)土地所有權移轉、設定或終止土地上權利以及相關之對待給付請求權，指以對土地或者對土地上之權利處分之義務(設定、內容變更、移轉、塗銷)，或者創設土地上之權利為內容之請求權，其消滅時效期間為 10 年。其期間之起算，依據第 200 條規定，自請求權發生時起算，故仍是採客觀起算標準。

德國民法第 196 條採較長的 10 年期間，主要考量原因在於履行有關「不動產權利得喪變更」之契約，大多須登記機關的介入或有待公部門一定手續之完成(例如測量、出具完稅證明等)，倘發生時間之遲延影響履行，並非債務人或請求權人所能控制，為保護請求權人，故將消滅時效期間延長為 10 年。另為避免破壞契約給付與對待給付的等值關係，其對待給付之請求權亦同，亦即以買賣不動產為例，所有權移轉請求權與買賣價金請求權，均適用 10 年之消滅時效期間¹⁰。

(三) 三十年消滅時效期間

德國民法第 197 條規定：「除另有規定外，以下請求權之消滅時效期間為 30 年：一、因生命、身體、健康、自由或性自主之故意侵害而生之損害賠償請求權。二、因所有權或其他物權所生返還請求權、第 2018 條遺產返還請求權、第 2130 條及第 2362 條之請求權。三、裁判確認之請求權。四、基於可強制執行之和解或其他可強制執行之文件所生請求權。五、經由破產程序所為之確認可供強制執行者。六、因強制執行所生之費用(第 1 項)。依據第 1 項第 3 款至第 5 款規定，係以未來屆至之規則定期給付為標的者，以一般消滅時效期間代替 30 年之時效(第 2 項)。」其中需特別加以說明者為第 1 項第 1 款之規定。

德國民法第 197 條第 1 項第 1 款之增訂，源自於 2013 年 6 月 26 日生效之「強化性侵害受害者權利」法案(Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG))。增訂後，原來第 1 項第 1 款關於物上請求權之規定挪

¹⁰ 黃立主持，「民法總則發展新趨勢之研究—以德、法、日、瑞士為借鏡」法務部 101 年委託研究案研究成果報告書，第 13-14 頁。

至第 2 款（取代 2010 年 1 月 1 日後被刪除而空下來之第 2 款位置）。「強化性侵害受害者權利」法案之立法者已意識到，第 199 條第 2 項已針對生命、身體、健康及自由之侵害在最長時效方面給予被害人更優渥之保障，但仍決心進一步強化被害人之權利保護。簡言之，由於第 195 條之 3 年一般時效，自被害人知悉或可得知悉時起開始起算。在性侵害案件，由於被害人、被害人之法定代理人或被害人之遺族多半早已知悉加害人及損害，但考量到其可能因為嚴重心理創傷，或者因難以啟齒或對於加害人之依賴關係，未能於知悉後 3 年內決定提起訴訟。因此，縱使第 199 條第 2 項設有最長期間，往往難以使被害人因此受益，蓋第 199 條第 2 項之 30 年最長期間，絕非謂被害人自侵害行為時起 30 年內可不受限制地主張權利，毋寧只是期間之上限，如 3 年一般時效期間較早到達，仍以一般時效為準。

由於第 197 條第 1 項第 1 款著重於強化性侵害受害者之權利，故其適用範圍除生命、身體、健康、自由之侵害外，尚包括性自主之侵害，其保護法益較第 199 條第 2 項為寬。但第 197 條第 1 項第 1 款限於故意侵害，依據立法理由，其旨在避免將 30 年之長期時效擴及於醫療過失所造成之人身損害。第 197 條第 1 項之時效期間，依第 200 條規定，自請求權成立時起算（此點即與第 199 條第 2 項自侵害行為發生時起算不同）。由於第 197 條並未排除時效停止進行規定之適用，故個案中可能使損害請求權歷經超過半個世紀才消滅。例如被害人在未滿 1 歲即遭故意侵害其性自主，依第 208 條規定，至其年滿 21 歲前，時效停止進行，此時始行起算 30 年，故至被害人年滿 51 歲那一年結束時，時效才歸於消滅。

（四）消滅時效的起算

德國民法第 199 條規定：「一般消滅時效期間自有下列情形之年的年度結束後開始起算：一、請求權成立時及；二、債權人知悉請求權成立之情況及何人為債務人或（債權人）因重大過失而不知（前情）時起算（第 1 項）。基於對生命、身體、健康或自由之損害賠償請求權，不論其發生、知悉或重大過失而不知，均自從事行為、違反義務或其他引起損害之情事時起 30 年罹於時效（第 2 項）。其他損害賠償請求權，1. 不論其知悉或重大過失而不知，自損害發生時起 10 年罹於時效。2. 不論其發生、知悉或重大過失而不知，均自從事行為、違反義務或其

他引起損害之情事時起 30 年罹於時效。以先到之期限為準（第 3 項）。以繼承為基礎之請求權或請求權之行使以知悉死因處分為前提，其時效，不考慮知悉或重大過失而不知，自請求權成立時起，經過三十年消滅（第 3-1 項）。損害賠償以外之其他請求權，不論其知悉或因重大過失而不知，均自損害發生時起 10 年罹於時效（第 4 項）。請求權涉及不作為者，以從事違反約定之作為時代替請求權之形成（第 5 項）。」因此，德國民法一般消滅時效期間之起算有下列特色：

1. 「年度最終日原則」—自請求權發生之年度結束後自新年度起算：

德國民法第 195 條之 3 年一般時效，依第 199 條第 1 項規定，適用「年度最終日原則」，亦即請求權已成立，且債權人知悉請求權成立之情事，消滅時效之起算並非自該日開始，而是自發生前述情事之年度終了之日起算。例如 2017 年 7 月 15 日產生之買賣價金債權，自同年 12 月 31 日晚間 24 時終了時，方行起算。

此種起算方式，對德國民法而言並不陌生，早在修法前已適用於部分短期時效（參見舊法第 196 條、第 197 條及第 201 條）。起初於討論草案時打算將此類規定刪除，蓋認為此種計算方式固有利於債權人控管時效，但在帳務電子化之時代，似已無必要。但最終在聯邦議會之法律委員會中，「年度最終日原則」仍獲得採納。學者有認為，在非因契約關係所生之債務，透過此種起算機制，有助於緩和一般時效起算點之主觀要素（債權人知悉或若無重大過失即可知悉），在訴訟中亦可省去證明精確時點之勞力、時間、費用，此在侵權責任事件或醫療糾紛，更為顯著。

2. 客觀之最長期限：

德國民法第 199 條第 2 項至第 4 項規範消滅時效之最長期限。制定最長期限之需求，起因於一般時效期間之起算點既已採取主觀說，為避免債權人經歷甚長之期間始獲悉其權利之存在，導致時效長久不能確定，有必要設置客觀計算之最長期限加以限制。職是，第 199 條第 2 項至第 4 項均有「無論債權人是否知悉或其不知是否出於重大過失」之用語。第 199 條第 4 項乃最長期限之一般性規定，任何不屬於損害賠償請求權（同條第 2、3 項）或基於繼承事件所生之請求權（第 3-1 項）者，均適用該項之規定。例如不當得利返還請求權或契約解除後之回復

請求權。依該項規定，請求權自其成立時起，經過十年而消滅，縱然債權人於十年後方知悉其權利者，亦同。

德國民法之最長期限，嚴格而言並非真正之最長期限，蓋關於時效停止進行、未完成及重新起算之期限亦適用於最長期限，因而最終確定罹於時效時或已遠超過 10 年或 30 年。相較之下，歐洲契約法原則（PECL）第 14:307 條規定：「時效依本原則規定停止進行或延後完成者，消滅時效期間最長不得逾 10 年；在人身損害之請求不得逾 30 年。但時效依第 14：302 條（因訴訟或其他法律程序而停止）停止進行者不在此限。」（The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under these Principles, to more than ten years or, in case of claims for personal injuries, to more than thirty years.），乃真正之最長期限，其 10 年或 30 年之最長期限不再因時效停止進行（suspension）或時效未完成（postponement of expiry）而實質延長。

3. 關於侵害生命、身體、健康或自由所生之損害賠償請求權：

德國民法第 199 條第 2 項毋寧係受到德國債編修正時已問世之歐洲契約法原則(PECL)第 14:307 條之影響，類似規定亦可見於共同協議架構草案(DCFR)第 III-7:307 條，意在強化對生命、身體、健康或自由等人格權之保障。由於該項規定，不論請求權何時成立，亦不論債權人是否知悉或因重大過失不知，均自侵害行為、義務違反及其他引發損害之事件起算。如此規定，意在將以過失行為為要件之侵權責任、契約責任及危險責任，均包含在內。

另有關德國民法第 197 條第 1 項第 1 款規定及第 199 條第 2 項之比較說明，已於前述「(三) 三十年消滅時效期間」項下說明，茲再整理比較表如下：

	第 199 條第 2 項	第 197 條第 1 項第 1 款
法律性質	最長期間	時效期間
期間	30 年	30 年
起算點	自侵害行為、義務違反或導致	自請求權成立時起算

	第 199 條第 2 項	第 197 條第 1 項第 1 款
	損害發生之事件時起算	
適用對象	損害賠償請求權	損害賠償請求權
涉及法益	生命、身體、健康、自由	生命、身體、健康、自由、性自主
侵害行為 態樣	故意侵害、過失侵害、無過失 責任	限於故意侵害

(五) 消滅時效之停止進行、未完成及重新起算

2002 年德國債法修正時，重新檢討時效中斷與時效停止之關係。立法者認為，許多時效中斷事由，不宜賦予時效重新起算之效果，而應轉為時效停止事由；再者，許多散落於債編各論之零星規定應予一般化，以填補漏洞；此外，保全性質之訴訟程序，目的雖非實現債權，但有助於紛爭之解決，亦應賦予時效停止之效果。整體而言，現行德國時效停止進行制度絕非全面翻新，毋寧多半是舊法制度之擴大及一般化，因此舊法時代之判決見解，於新法仍有適用餘地。

德國債法改革之基本理念係削減時效中斷之發生，並以時效停止進行及時效重新起算二者取代時效中斷制度，大幅擴大或補充時效停止事由，相反地將時效重新起算限縮在極少數例外情形。其背後思想為：既然時效起算原則上採主觀說，亦即以債權人知悉或可得而知其權利為前提，已賦予債權人充足之保護，縱債權人在權利行使上受有阻礙，將該受阻之期間不計入時效期間即可，無須任令時效重行起算。時效停止進行之效果，新法規定於第 209 條，時效停止進行之效果，係妨礙存在之期間不計入時效期間，且自妨礙事由消失時起，時效賡續進行。其與舊法第 205 條在內容上並無任何不同。

謹就其中較為重要之修正規定說明如下：

1. 消滅時效之停止進行

(1) 因協商而時效停止進行（第 203 條）

德國民法第 203 條規定：「在債務人與債權人間就請求權或成立請求權之情況進行協商中，在一方或他方拒絕繼續協商時止，消滅時效期間停止進行。此一消滅時效期間在協商停止進行後 3 個月內不完成。」本條為舊法第 852 條第 2 項、第 639 條第 2 項之一般化，故而舊法部分之判解仍有適用餘地。「協商」（Verhandlung）之概念，係採取有利於債權人之寬鬆解釋，任何債權人與債務人間關於請求權或請求權成立事實之一切意見交換，即為已足，除非事證顯示對方明確拒絕協商或否定請求權之存在。但並不需要債務人表達出協商之意願，只要足以使債權人認定，債務人已涉入請求權本身之討論即可。對此，由債權人負舉證之責。

由於第 203 條規定，時效停止進行至「一方當事人拒絕繼續協商」為止。修法時已發生爭議者，為當事人均無明確拒絕繼續協商，但協商停擺之情形。德國文獻大多引用修法前針對舊法第 852 條第 2 項所發展出之判解，認為時效之停止進行，止於依照誠實與信用原則應進行下一次協商之時點。若雙方約定協商暫停，則嗣後應由債務人負責重起協商。第 203 條第 2 句規定，時效「最早」完成於停止事由結束後 3 個月。換言之，若停止事由結束後，剩餘之時效期間超過 3 個月，即無第 203 條第 2 句適用。

(2) 因法律追訴而時效不完成（第 204 條）

德國民法第 204 條規定：「消滅時效因以下情形而停止進行：一、提起給付或確認請求權之訴，強制執行文書之給與或執行判決之發給；二、在簡易程序中就未成年人之扶養費送達申請書；三、依督促程序或歐洲督促程序為支付命令之送達；四、在邦司法行政所設立或承認之調解處，申請為調解之公告，或在雙方協議下在其他調解處所為和解之嘗試，以平息糾紛，業已送件；五、在訴訟上為抵銷之主張；六、爭議告知之送達；七、在進行獨立之證據程序中，申請書之送達；八、在協議之鑑定程序或依據第 641 條 a 程序中為鑑定人委託之開始；九、自聲請發給扣押命令、假執行或假處分，倘聲請書未送達債務人，而扣押命令、假執行或假處分於一個月內公告或一個月內送達債權人者，自債權人提出聲請書

狀時起；十、在破產程序或海商法之分配程序為請求權之申報；十一、仲裁程序之開始；十二、如訴之提起以特定機關之決定為先決要件向此種機關提出申請書，並於此請求案件決定後 3 個月內起訴；就在法院或第 4 款規定之調解處所提出之申請書，其管轄以各該機關之決定為先決要件者；十三、向高等法院為申請之提出，如該高等法院應決定管轄法院，並於申請結束後 3 個月內起訴或依據法院管轄權限規定提出申請者；及十四、提起給予訴訟費用救助初次申請之公告，如該公告在提起申請後被准許，在提起申請時起時效已停止進行（第 1 項）。依據第 1 項之時效停止進行，在確定判決或其他展開之程序終結後滿 6 個月結束。若該程序因雙方當事人均不理會呈現休止狀態，則以雙方當事人、法院或其與涉及程序之處所，最後開庭日代替程序終結。如當事人繼續推動程序者，時效又重新停止（第 2 項）。第 206 條、第 210 條及第 211 條之規定準用於第 1 項第 9、12、13 款之期限（第 3 項）。」

此部分相較於舊法最大之修正，即為將起訴等法律訴追手段(舊法第 209 條)，轉變為時效停止事由。除此之外，事由亦大幅擴增，將諸如調解聲請、獨立之證據程序、約定之鑑定程序及保全程序、訴訟救助聲請，均屬新增之事由。

債權人起訴後，若撤回其訴，或因不合法而受駁回之裁判，德國舊法與現行我國民法相同，均設有「時效視為不中斷」之規定。但此類規定，在修法時悉數刪除。斯時德國議會曾反對此一修法，理由有二：1. 依德國民事訴訟法第 269 條第 3 項，訴經撤回後，失其繫屬效力，此效力不僅是訴訟法，同時有具有實體法性質。2. 助長權利濫用，亦即起訴後隨即撤回，僅為達到中斷時效之效力。但最終兩項理由均未被採納，針對第 1 項異見，反駁理由是，民法第 204 條第 2 項第 1 句乃是實體法性質之特殊規定，不受訴訟法上之訴訟繫屬與否之影響。針對第 2 項異見，反駁理由則是，訴訟費用之負擔應可產生相當之嚇阻效果，另外，由於改採時效停止制度，時效進行僅在起訴至撤回間停止，而非重行起算，故濫用之誘因已甚微小。

(3) 因侵害性自主之時效停止進行（第 208 條）

德國民法第 208 條規定：「因侵害性自主所生請求權時效，在債權人滿 21 歲

前其時效停止進行。因侵害性自主所生請求權之債權人，在時效開始進行時，與債務人同居於一家之內者，在此一家庭關係結束前，其時效停止進行。」於 2002 年修法前，依舊法，除性侵情事發生於夫妻或親子之間而有時效不完成事由之適用（舊法第 204 條）者外，就幼童之性自主受侵害之情形，其父母多半知悉，但可能因考量到加害者或羞恥感而未及時請求，致遲誤時效。就此，新法第 208 條第 1 句令被害人得在年滿 21 歲時重新決定，是否提出請求。如被害人於受性侵時已成年，依第 208 條第 2 句，若被害人與加害人共同居住，則至此狀態終了以前，時效停止進行。值得注意的是，共同居住僅須於時效開始時存在即可，無須於性侵害之行為時存在。但若時效開始進行後才共同居住，於時效之進行無影響。

2. 消滅時效之不完成

(1) 不完全行為能力人之時效不完成

德國民法第 210 條規定：「無行為能力人或限制行為能力人無代理人者，自其成為完全行為能力人或其代理人之欠缺排除時起六個月內，其對於他人或他人對其之請求權消滅時效不完成。時效期間短於六個月者，以其期間代替六個月之期間(第 1 項)。前項情形於限制行為能力人有訴訟能力者，不適用之(第 2 項)。」本條大致承襲舊法第 206 條之文字，但擴大原先時效不完成之範圍，包含「其對於他人或他人對其之請求權消滅時效」，而使時效不完成有了雙向的效果。至於第 2 項規定之理由在於，限制行為能力人如有訴訟能力，即可依第 204 條透過法律追訴程序停止時效之進行，故無須適用本條加以保護。

(2) 遺產之時效不完成

德國民法第 211 條規定：「屬於遺產之請求權及對遺產之請求權，於繼承人承認繼承或遺產破產開始時，或由代理人或對代理人得行使請求權六個月內，其消滅時效不完成。時效期間短於六個月者，以其期間代替六個月之期間。」查歐洲契約法原則（PECL）第 14:306 條、共同協議架構草案（DCFR）第 III-7:306 條均有類似之規定。

3. 消滅時效之重新起算

德國民法第 212 條規定：「消滅時效於以下情形重新起算：一、債務人對債權人就該請求權以支付分期款、利息、提供擔保或以其他方式承認者；或二、採取法院或機關之強制執行行為或提出申請者（第 1 項）。因強制執行行為而重新起算時效者，於該行為經債權人申請或因法定要件欠缺被撤銷者，視為時效不中斷（第 2 項）。因強制執行行為而重新起算時效者，於該申請被駁回或在執行前被撤回或所為之強制執行行為依據第二項規定被撤銷者，視為時效不中斷（第 3 項）。」故消滅時效之重新起算事由只有「承認」與「強制執行」之情況。

（六）合意變更消滅時效

德國民法第 202 條規定：「因故意行為所生責任之消滅時效期間，不得事先以法律行為使其易於完成（第 1 項）。經由法律行為不得協議，使法定消滅時效期間自起算時期逾 30 年（第 2 項）。」規範重點乃在劃定合意變更時效之界限，亦即除了該條規範的兩種例外情形，並無其他限制。換言之，德國民法第 202 條原則上允許以合意變更消滅時效期間，僅就故意行為所生之責任，且僅得於請求權成立之後，方能為縮短時效之約定；又縱能以約定延後時效期間之完成，最長期間仍以 30 年為限，以避免當事人受過長期間約定之拘束，致須承受無法於締約時預見的危險。又第 202 條允許當事人自由約定者，不限於時效期間長短，所有與時效有關、影響時效之因素都包含在內，包含時效之起算、停止進行事由、重新開始事由等，均為當事人可依第 202 條約定之範疇。另德國民法第 305 條以下定有關於定型化契約條款之界限，因此以定型化契約條款減輕消滅時效效力，可能違反德國民法第 307 條之內容管制，德國法院向來就此進行積極之司法控制。

促成德國民法第 202 條之修正者，大致可歸納為下列因素：

1. 配合交易需求：修法前交易實務上充斥各式間接延緩時效完成之特約，與其如此，不如名實相符地刪除舊法第 225 條：「時效不得以法律行為予以排除或使其難於完成。為期使時效易於完成，如縮短時效之期間者，應被許可。」之規定。

2. 時效期間統一化之結果：新法之一般消滅時效期間統一為 3 年，未如修正前就個別契約或交易類型容許較長或較短之時效，可能無法完全配合實際需要。如大量生產之商品壽命僅數日或若干月，時效期間竟達 3 年，顯不合理。
3. 契約自由原則：消滅時效完成，使請求權之行使受阻，實質上達到排除請求權之效果。權利既得自由處分，舉重以明輕，即無不許當事人約定較長或較短時間之理。
4. 國際契約法文件之趨勢：查歐洲契約法原則（PECL）第 14：601 條、國際商事契約通則（PICC）第 10.3 條、共同協議架構草案（DCFR）第 III-7：601 條等國際契約法文件均有類似之規定，允許當事人得合意變更消滅時效。

第二節 拜會德國聯邦律師公會詢答情形

一、修法過程律師協會有無基於何種權責、進行哪些參與？

【回答】：

聯邦律師公會(BRAK)、律師協會(DAV)及其他團體透過提出書面意見書、出席聯邦司法部口頭討論會參與債法改革的過程。BRAK 的債法委員會代表與政府負責人直接溝通並提出建議。有些建議後來也獲得採納，例如民法第 199 條規定時效自當年年底方開始起算，便是一例。

【Antwort】：

Die BRAK hat sich wie auch der DAV und andere Verbände an der Schuldrechtsreform durch schriftliche Stellungnahmen und Mit-Teilnahme an mündlichen Diskussionsveranstaltungen mit dem Bundesjustizministerium beteiligt. Vertreter des Schuldrechtsausschusses haben auch unmittelbar mit den zuständigen Referenten gesprochen und Vorschläge unterbreitet. Einige Vorschläge wurden auch übernommen. So ist die Regelung in § 199 BGB, die die regelmäßige Verjährung mit dem jeweiligen Jahresende beginnen lässt, Ergebnis eines Vorschlags der BRAK-Schuldrechtsausschusses.

二、德國債法改革現代化後，消滅時效及債務不履行之規定大幅修正，德國是如何銜接新舊法之規定？如何設計過渡條款？若有其他大量法律須配合檢討修正，德國是如何進行配套修法？新舊法銜接之際，有無相關經驗或建議可供我國借鏡？

【回答】：

過渡條款並非規定於民法典，而是民法典施行法中。該法第 229 條第 6 款有關於時效的規定。簡言之：

- 若請求權在新法生效前就已時效消滅，則適用舊法。

- 新法生效時尚未罹於時效的請求權則根據新法中所規定的一些技術性轉換方法，從以時效中斷為原則變成以時效停止及重新起算為原則。
- 若在具體案件中，根據新法所計算出來的時效期間比根據舊法計算出來的長，那麼適用舊法。也就是說，時效期間不會因此被延長。
- 若根據新法所計算出來的時效期間較短，則適用新法。在此情形下，時效起算日為 2002 年 1 月 1 日。這項規定導致大量的請求權在 2004 年 12 月 31 日時效消滅。
- 民法施行法之外，也有一些條款立法（Artikelgesetz，或稱包裹立法）。透過條款立法，其他法律中特殊的時效規定也因應民法的新規定進行調整。另外也有些其他法律中的特殊時效規定則是直接被刪除。

【Antwort】：

Die Übergangsregelungen finden sich nicht im BGB, sondern im EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch). Für die Verjährung gilt Art. 229 § 6 EGBGB. Sehr vereinfacht galt:

- Wenn Ansprüche aus der Zeit vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform verjährt waren, blieb es dabei.
- Für alle nicht verjäherten Ansprüche galt grundsätzlich neues Recht mit komplexen technischen Umstellungen vom Prinzip der Unterbrechung auf das Prinzip von Hemmung und Neubeginn.
- Wenn die (konkret berechnete) Verjährungsfrist nach neuem Recht länger gewesen wäre als die nach altem Recht, so galt die Verjährungsfrist nach altem Recht. Die Frist wurde also nicht verlängert.
- War die Verjährungsfrist nach neuem Recht kürzer als nach altem Recht, so galt grundsätzlich die neue Frist, aber mit Fristbeginn am 01.01.2002. Ergebnis dieser Regelung war, dass eine Fülle von Ansprüchen am 31.12.2004 verjährt.

- Über die allgemeine Regelung des EGBGB hinaus gab es mehrere Artikelgesetze, durch die insbesondere Sonderverjährungsbestimmungen in anderen Gesetzen an die Neuregelung des allgemeinen Verjährungsrechts angepasst wurden. Teilweise wurden solche Sonderregelungen auch einfach gestrichen.

三、若根據新法所規定的時效期間較短，則適用新法。是否會有債權人質疑適用新法對其較為不利，從而表示反對或抗議？（補充提問）

【補充回答】：

確實對債權人會較不利益，但從新法施行起仍有 3 年期間可行使權利，修法時所有的律師都知道要把握這 3 年的期間去主張權利，所以不是個問題。債權人應當知道他的請求權永不消滅，在某個特定時間後，債務人即可以拒絕給付，此本為雙方當事人利益的相權衡。對於繼續性債之關係（Dauerschuldverhältnis，例如：租賃）有一特殊規定，起算時點為 2003 年 1 月 1 日，此為一特別的過渡條款。

四、德國民法在許多情形採取「時效停止進行」制度，倘若時效曾多次停止又繼續進行，須認定每段時效停止進行期間的始日及末日，實務上是否會造成當事人或法官計算時效期間的負擔？在證明或判斷請求權是否罹於時效，是否會對當事人或法官造成負擔？例如德國民法第 207 條第 1 項第 1 款及第 208 條均規定當事人「同居關係存續中」或「共同生活期間」時效停止進行，倘若當事人同居一段時間後分居，間隔一段時間後又再次同居，實務對此在認定或舉證上是否會有困難？

【回答】：

- 結構上來說，多次時效停止並非新法才有的問題。舊法適用時，也可能碰到時效停止的事由接連出現的情形，例如協商便是一項非明文的時效停止事由。
- 民法第 207 條中所謂的“Lebenspartnerschaft” 概念，指的是訂於同性生活

伴侶法的同性伴侶，具法律明文的判斷標準，非指事實上之關係。

- 民法第 208 條僅適用於傷害性自主權的情況，因此適用範圍很小。確實，審查事實方面往往很困難。這條裡各個要件的判定都很難，法院實務對是否「共同生活」此要件沒有特別著墨。

【Antwort】：

- Die mehrfache Hemmung der Verjährung nach neuem Verjährungsrecht ist strukturell kein neues Problem. Hemmungsgründe konnten auch früher schon mehrfach hintereinander eintreten, so beispielsweise im Hinblick auf den ungeschriebenen Hemmungsgrund Verhandlungen.
- Der Begriff „Lebenspartnerschaft“ in § 207 BGB bezieht sich auf eine Lebenspartnerschaft nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz, also auf ein formales Kriterium, nicht auf bestimmte tatsächliche Verhältnisse.
- § 208 BGB betrifft nur Ansprüche wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung und damit einen sehr engen Anwendungsbereich. Die Tatsachenfeststellung ist bei diesen Ansprüchen ohnehin schwierig. Besondere Probleme bei der Feststellung, ob eine „häusliche Gemeinschaft“ vorliegt, dürfte nicht über das ohnehin übliche Maß bei derart schwierigen Tatbeständen hinausgehen. Rechtsprechung zu dieser Problematik ist kaum bekannt.

五、2002 年以前，民法尚無明文規定前，實務發展即已將「協商」認定為時效停止進行事由？因德國民法對於協商作為時效停止事由，並未設定期間上限，是否會因協商期間拖很久從而導致法律關係長久不安定？（補充提問）

【補充回答】：

- 此在修法前即為一法律原則，其上位概念即為誠信原則，當事人不可在協商進行中主張時效抗辯，此一背景是因為過去有許多短期時效的規定（例如：醫師或律師的報酬請求權為 2 年），倘若在時效如此短的情形下，仍

將協商期間算入時效，將對債權人相當不利；但對於長期時效期間（例如 30 年時效）而言，此一規定則較無實質效果。2002 年後一般時效期間已縮短為 3 年，在此情形下，協商作為時效停止事由就有了不一樣的意義，所以 2002 年才將之正式納為法律明文規定。只要有律師參與的協商程序，普遍都會將「協商期間不得計入時效期間」此一約定納入書面條款，此亦為使協商能有一個較佳成果的必要方式，在實務上相當常見。

- 在德國不斷地進行協商並不合法，且實務上一般協商都會約定一個最後期限，且實務上也會判定何時是最後一次協商，例如：寄了一封信，對方不再回復或過了一個月才回復，實務上就會認定寄該封信是最後一次協商；或是已明白表示不再進行協商或對話，此時協商就結束，最好的情況就是雙方明白表示協商就此結束，就會有一明確的認定時點，舉一個實務上例子，某一請求權原本會在 2019 年 12 月 31 日時效完成，債權人可以向債務人說，倘若不在 9 月以前清償債務的話就會起訴，債務人可能就會要求現在進行協商，債權人允諾進行協商時，可能會提出此請求權最快在 2020 年 12 月 31 日前才會時效完成，此為一很典型的操作。

六、德國民法第 204 條第 2 項規定：「第 1 項之時效停止進行結束於判決確定或其他程序結束後 6 個月。因當事人不進行致程序停滯時，以當事人、法院或其他程序進行處之最後程序行為替代程序結束。」是否亦適用於當事人撤回訴訟或訴訟不合法（例如不符合起訴程序或未繳裁判費）之情形？如是，是否會導致當事人濫用此規定？如何加以防範？

【回答】：

第 204 條第 2 項無疑適用於因撤回訴訟或透過程序判決駁回訴訟的情形。

- 程序的進行與否由當事人決定，所謂當事人也包含債務人。他只須提出書面的申請，例如申請法院指定磋商日期。
- 理論上，在撤回訴訟的情形中濫用風險確實存在。根據立法理由，在這樣的情形中適用一般性的權利濫用禁止原則。較新的判決裡沒有這方面的討論，實務上這似乎不是一項重要的問題。

- 債務人可對債權人提出消極確認之訴。

【Antwort】：

§ 204 Abs. 2 BGB gilt zweifellos auch für Fälle der Klagerücknahme oder der Abweisung der Klage durch Prozessurteil.

- Das „Betreiben“ des Verfahrens steht beiden Parteien offen, auch dem Schuldner. Er muss nur einen Antrag stellen, z. B. auf Anberaumung eines Verhandlungstermins.
- Theoretisch gibt es im Falle der Klagerücknahme in der Tat ein Missbrauchsrisiko. Die Gesetzesbegründung meint, im Einzelfall helfe der allgemeine Einwand des Rechtsmissbrauchs. Neuere Rechtsprechung zum Problem ist nicht bekannt; es scheint kein wesentliches praktisches Problem zu sein.
- Dem „Schuldner“ steht die Möglichkeit offen, eine sog. leugnende oder negative Feststellungsklage gegen den „Gläubiger“ zu erheben.

七、在訴訟法上倘若撤回訴訟的話，會視為原告未起訴，倘若依第 204 條仍有時效停止之效果，甚至還會多 6 個月，是否會造成訴訟法與實體法上理論有所矛盾的情況？在被告尚未應訴前，原告有無可能為了多停止 6 個月時效而起訴後隨即撤回訴訟？（補充提問）

【補充回答】：

- 訴訟法與實體法是一起作用的，在訴訟法上法院只要曾經開庭過，原告須得到被告同意才能撤回訴訟，所以被告可以不同意原告撤回訴訟。這也是防止法院對同一案件做兩次審判，避免浪費司法資源。
- 在被告尚未應訴的情況下，原告不須被告同意就可以撤回訴訟，撤回訴訟在民法第 204 條並不相當重要，訴訟的目的應該是讓被告知道該程序是會被繼續進行的，如果被告知道原告本來就打算撤回訴訟，那麼有無多此 6 個月都無所謂。

- 本條較重要、較有意義的問題是有關第三人參與訴訟（*Streitverkündung*）之情形，因為此時當事人在前一訴訟終結可以多 6 個月的時間對於該第三人行使請求權；第 2 種情形是訴訟程序已在進行中，當事人想改採法庭外調解的方式（第 204 條第 1 項第 4 款），當調解破局時，當事人又未通知法院繼續進行訴訟程序，則自調解破局時起 6 個月後，法院未再介入，時效就會繼續進行。
- 另一種情形是，一方當事人死亡後，訴訟程序會先行終結，之後才知道誰是繼承人，繼承人就可以有 6 個月的期間繼續行使權利。

八、德國民法第 203 條規定：「債務人與債權人關於請求權或請求權成立之情事之協商進行中，時效停止進行至一方當事人拒絕繼續協商。消滅時效最早完成於停止事由結束後三個月。」惟「拒絕協商」並未如同日本民法第 151 條規定必須以「書面」方式作出拒絕協商之通知，則於訴訟實務上，會如何舉證「一方當事人拒絕繼續協商」之事實？審判實務就此部分之認定係嚴格或寬鬆？

【回答】：

- 以前就存在與現行民法第 203 條相類似的法律狀態。協商時，債務人不可行使時效抗辯（民法第 242 條誠信原則）。因此根據舊法所做之判決可繼續使用。
- 這方面法院認定十分寬鬆。若雙方對於請求權進行相關的意見交換，而債權人能由該交流推論另一方尚未最終確定拒絕其請求，則該次意見交換的過程便可被認定為協商。
- 提出雙方曾有協商的一方，即債務人，負舉證責任。
- 實務上，雙方協商期間往往也會約定，在任一方明示協商失敗以前，放棄行使時效抗辯權。這是一個當事人約定時效的典型例子（參第六題）。

【Antwort】：

- Der Sache gab es eine dem heutigen § 203 BGB vergleichbare Rechtslage

schon früher. Bei Verhandlungen konnte sich der Schuldner nicht auf die Einrede der Verjährung berufen (treuwidriges Verhalten, § 242 BGB). Die Rechtsprechung zum alten Recht kann damit weiter verwertet werden.

- Die Rechtsprechung ist großzügig. Als Verhandlungen gilt jeder Meinungs-austausch über den Anspruch, aufgrund dessen der Gläubiger davon ausgehen kann, dass die Gegenseite sein Begehren noch nicht endgültig abgelehnt hat.
- Die Beweislast trägt derjenige, der sich auf die Verhandlungen beruft, also der Gläubiger.
- In der Praxis werden im Zusammenhang mit Verhandlungen häufig Verjährungsverzichte vereinbart, die so lange gelten, bis eine der Parteien die Verhandlungen ausdrücklich für gescheitert erklärt. Das ist eine typische Ausprägung von Vereinbarungen über die Verjährung (siehe auch Ziff. 6).

九、德國民法第 202 條原則上允許當事人合意變更時效規定，實務上當事人運用本條規定合意變更時效之情形是否普遍？大多會作如何之合意變更（延長或縮短時效期間？變更起算點？時效停止進行、未完成或重新進行之事由？）？對此有無相關統計或研究？另本條僅規定當事人不得合意使法定消滅時效期間自起算時期逾 30 年，並無下限規定，當事人得否事先拋棄時效利益？另為避免當事人以定型化契約條款之方式變更時效規定所可能導致之不公平情況，貴國對此有無相關特別管控機制？法院審查此類定型化契約條款時有無遭遇困難？

【回答】：

- 實務上，雙方當事人約定時效十分常見。例如雙方可約定債務人暫時放棄行使時效抗辯權（參第八題）。另外，當雙方當事人認為有必要先等待其他相關案件的判決結果時，也可能進行時效相關的約定（即在第三方參與訴訟的情形中，約定先等待民事示範性確認訴訟的結果）。
- 實務上不存在個別合約裡對縮短時效的約定。通常情形中，當事人也不會

有進行此種約定的動機。

- 實務上有當事人約定延長時效期間的情形。尤其各銀行與當事人約定設定土地債務時，在銀行提供的表格裡我們往往看到如下約定：土地債務提供者的物權返還請求權不於擔保目的消失後 10 年內罹於時效。
- 另一個可與關於時效之約定相比擬的例子，便是商法典第 377 條。根據此規定，商人間的買賣，若買方未按照其義務在交付後立即檢驗產品以及在發現存在產品瑕疵時，亦未及時通知賣方，則買方所有的針對賣方瑕疵擔保的請求權即不復存在。這項法規常被當事人透過各別約定或定型化契約排除適用。
- 當事人不得事先拋棄時效利益。
- 使用表格以縮短時效的情形主要出現在運輸合約中。這邊適用關於消費品買賣的特殊強制規定（民法第 474 條及第 476 條）。另亦適用民法第 309 條第 8 b 款以下。關於以上法條的適用，審判實務上沒有碰到困難。

【Antwort】：

- Vereinbarungen über die Verjährung sind im Rechtsverkehr durchaus verbreitet. Ein Beispielsfall für individuelle Vereinbarungen ist der Verzicht des Schuldners, sich (temporär) auf die Einrede der Verjährung zu berufen (siehe schon Ziff. 8). Anlass für solche Vereinbarungen kann beispielsweise auch sein, dass der Ausgang von Prozessen abgewartet werden soll, die beide Parteien für ihren Rechtsstreit als relevant erachten (also Prozesse mit Beteiligung Dritter außerhalb der kürzlich eingeführten Musterfeststellungsprozesse).
- Individualvertragliche Vereinbarungen über die Verkürzung einer Verjährungsfrist sind dem Unterzeichner aus der eigenen Praxis nicht bekannt. Dafür besteht normalerweise auch kein Anlass.
- Vereinbarungen über die Verlängerung von Verjährungsfristen kommen vor. So heißt es insbesondere in Grundschuldbestellungsformularen von Banken

häufig, dass der Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgabe der Sicherheit nicht vor Ablauf von 10 Jahren seit Beendigung des Sicherungszwecks verjährt.

- Ein ähnliches Beispiel, das einer Vereinbarung über die Verjährung vergleichbar ist, betrifft § 377 HGB. Nach dieser Norm kann sich im kaufmännischen Rechtsverkehr ein Käufer auf Mängel der gelieferten Ware nicht berufen, wenn er die Ware nicht unverzüglich untersucht und den Mangel gerügt hat. Diese Vorschrift wird häufig, auch in AGB, abgedungen.
- Ein völliger Ausschluss der Verjährung durch Rechtsgeschäft ist unzulässig.
- Die formularmäßige Abkürzung von Verjährungsfristen wird in der Regel Lieferverträge betreffen. Hier gelten weitgehend schon die zwingenden Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufrechts (§§ 474, 476 BGB). Darüber hinaus kommt die Anwendung von § 309 Ziff. 8 b ff) in Betracht. Besondere Schwierigkeiten der Rechtsprechung, mit diesen Normen umzugehen, sind nicht bekannt.

十、德國民法第 202 條為何不設下限規定（例如：PECL 即有規定當事人約定變更時效至少不得短於 1 年）？若經濟強勢的一方以定型化契約條款將時效縮減至 1、2 個月，德國實務會如何認定此種種約款？實務在操作時，當事人是否僅會約定在某個時間點前不主張時效抗辯，而不會具體指明現在約定變更的是時效期間、起算點或停止進行事由？在法無明定的情況下，法院可以偏離法律明文，認定時效在之後才開始起算？（補充提問）

【補充回答】：

- 倘若時效縮減至 0，則請求權根本無法存在，每個請求權都需要能夠被實現，如果清償期屆至的瞬間時效隨即完成，則債權人根本沒有實行請求權的可能性，此種情形理論上不能存在，倘若作此約定，實質上等同於拋棄請求權，這是可以被允許的。
- 民法第 307 條以下有關於一系列定型化約款的規定，若以定型化契約條

款將原本 3 年的時要縮減為 1 個月，此種約款會被法院認定為無效。

- 通常實務上在操作時會直接清楚約定一個最終期限，有必要時可以再延長時效，實務上也相當常見。
- 在擔保物權方面常被討論的一個問題是，保證人擔保了一個債權，基於保證契約而生的請求權時效，是否必須先確認借貸契約請求權確實存在後才開始起算，律師的立場是認為應該要先確認借貸請求權確實存在後，基於保證契約的請求權才能開始起算時效。但立法者最後並未採納這個意見，立法者最後是規定，保證契約請求權仍是自成立時起開始起算時效。在此方面，立法者決定不為擔保物權或保證契約另開一例外規定，所以造成實務上許多程序必須同時進行，而實務上法院在一些例外情形，會偏離法條明文（與法條不相符）而判定時效在之後才開始起算，臺灣在修法之際，可以再考量是否要採取德國立法者的決定（如此造成律師在實務上許多的困擾），抑或改採上述律師的建議。
- 法律比立法者還要有智慧，會透過誠信原則的理論操作，但此仍是立法者必須作的決定。法院仍應依法審判，並非可以隨意偏離法律明文作認定，而是在具體個案中，法院必須找出一些理論基礎去支持一個較合理的結果，因為法律規範本身可能有所不足或有不妥適之處。例如德國一直以來都有「積極侵害債權」的概念，但均未明文定入法條規定。

第三節 拜會法蘭克福高等法院詢答情形

一、關於修法之過程

- (一) 因德國債法改革過程，PECL 及 PICC 亦正在研擬討論中，德國於修法過程有無參考相關研擬內容？因國際契約法文件之規範體系與德國民法既有條文體系差異甚大，如何在有限的修法幅度、盡可能不變動既有條文體系之前提下，兼顧國際潮流？並維持德國民法在國際私法上的競爭優勢？

【回答】：

債法改革首要之目標，係將德國民法施行後司法實務所發展出來的法律制度（例如積極侵害債權、締約上過失等）予以法典化，除此之外，債法改革也旨在轉化歐盟關於保護消費者之指令，並且改革、整合瑕疵擔保法及消滅時效法。在法秩序之競爭中取得競爭優勢，至少並不是主要目標。毋寧，許多東歐國家在鐵幕降下及蘇維埃崩毀之後，向德國尋求建造民事法體系上之協助。這或許可以視為德國債法具有競爭力的證明。

早在 1979 年德國聯邦司法部便已委託學者專家針對債法改革提出鑑定意見，隨後並召集委員會研討債法之修訂，該委員會自 1984 年開啟他們的工作。該委員會的修訂工作，一度因為等待歐盟預計發布歐盟消費性商品買賣指令而受到阻礙，結果該指令到了 1999 年 5 月 25 日才頒布。2001 年年初，德國司法部公布債法現代化法之草案，繼之該草案成為其他專家委員會的討論對象。

歐洲契約法原則及國際商事契約通則的規定，在德國民事程序實務僅扮演不太重要的角色。這是因為，此等契約法文件之適用，以當事人有特約為前提，而這種當事人特約是很罕見的。儘管如此，這些契約法文件的規定促使德國給付障礙法發生了體系的轉換。特別是，討論版草案強烈受到國際商事契約通則的指引，例如瑕疵擔保權利以客觀義務違反為前提。此外，德國民法第 275 條第 2 項及第 3 項亦與國際商事契約通則 Art. 7.2.2 及歐洲契約法原則 Art. 9: 102 II 一致。依照德國民法第 323 條、第 324 條及第 326 條第 5 項，雙務契約債權人之解除權，不再取決於債務人就其給付障礙是否可歸

責。這部分也是新債法仿效國際商事契約通則及歐洲契約法原則的結果。

【Antwort】:

Vorrangige Ziele der Schuldrechtsreform waren die Kodifizierung von Rechtsinstituten, die die Rechtsprechung seit dem Inkrafttreten des BGB entwickelt hatte (z.B. positive Forderungsverletzung, Verschulden bei Vertragsschluss, etc.), darüber hinaus die Umsetzung von Verbraucher schützenden Richtlinien der Europäischen Union und schließlich eine Reform und vor allem eine Vereinheitlichung des Gewährleistungsrechts und des Verjährungsrechts. Ein Vorsprung in einem Wettbewerb der Rechtsordnungen war zumindest kein wesentliches Ziel. Vielmehr suchten viele osteuropäische Staaten nach dem Fall des „Eisernen Vorhangs“ und dem Zerfall der Sowjetunion in der Bundesrepublik Deutschland nach „Aufbauhilfe“ für ihr Zivilrechtssystem. Das sprach für die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Schuldrechts.

Bereits im Jahr 1979 hatte das Bundesministerium der Justiz wissenschaftliche Gutachten zu einer Schuldrechtsreform in Auftrag gegeben und im Anschluss eine Kommission für eine Überarbeitung des Schuldrechts eingesetzt, die 1984 ihre Arbeit aufnahm. Ihre Tätigkeit wurde gehemmt durch das Warten auf den in Aussicht gestellten Erlass einer Richtlinie der Europäischen Union über den Verbrauchsgüterkauf, der erst am 25.05.1999 erfolgte. Anfang 2001 veröffentlichte das Bundesministerium der Justiz einen Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, der dann Gegenstand der Erörterungen in weiteren Expertenkommissionen war.

Die Regelungen der PECL und der PICC haben in der deutschen zivilprozessualen Praxis nur eine unbedeutende Rolle gespielt. Dies hängt damit zusammen, dass die Anwendung dieser Regelwerke zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden muss, was offenbar nur selten der Fall war. Dennoch haben diese Regelungen einen Systemwechsel im deutschen Leistungsstörungenrecht angestoßen. Vor allem der Diskussionsentwurf hat sich

stark an den PICC orientiert, etwa an der Anknüpfung der Gewährleistungsrechte an objektive Pflichtverletzungen. So entsprechen etwa § 275 Abs. 2 und 3 BGB den Art. 7.22 PICC bzw. Art. 9: 102 II PECL. Nach §§ 323, 324, 326 Abs. 5 BGB ist das Rücktrittsrecht des Gläubigers beim gegenseitigen Vertrag nicht mehr davon abhängig, dass der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten hat. Auch insoweit lehnt sich das neue Schuldrecht an die PICC und die PECL an.

(二) 修法過程司法機關有無基於何種權責、進行哪些參與？

【回答】：

具有決定性、由聯邦司法部召集之委員會中，成員除了司法部高階官員及法律學者外，也包含德國聯邦法院法官及邦高等法院法官。

【Antwort】：

Der maßgeblichen, vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission gehörten neben hochrangigen Ministerialbeamten und Rechtswissenschaftlern auch Richter des Bundesgerichtshofs und von Oberlandesgerichten an.

二、關於德國民法內容的疑義、施行後發生之問題及解決方法

(一) 德國債法改革現代化後，消滅時效及債務不履行之規定大幅修正，德國是如何銜接新舊法之規定？如何設計過渡條款？若有其他大量法律須配合檢討修正，德國是如何進行配套修法？新舊法銜接之際，有無相關經驗或建議可供我國借鏡？

【回答】：

關於契約法之過渡性規定是清楚的，在大多數的情況也是正確的：究竟應該適用舊債法或新債法，係以契約訂立之時點為準—在 2002 年 1 月 1 日之前或之後（德國民法施行法 Art. 229 § 5）。對於繼續性債之關係，例如租賃契約、僱傭契約、長期供貨契約，其在 2002 年 1 月 1 日以前訂立者，自

2003 年 1 月 1 日起始適用新債法，而使雙方當事人擁有一年的時間可以適應新法並針對新法為補充之約定。

關於消滅時效，民法施行法 Art. 229 § 6 規定，2002 年 1 月 1 日以前成立之債權，其時效起算、時效停止進行及時效重新起算，依舊法之規定。具體案件中 如請求權之時效依照舊法較新法為短，於其依照舊法時效完成時，視為完成之時。如請求權之時效依照舊法較新法為長，適用較短之時效，但自 2002 年 1 月 1 日起算；但如果依照舊法時效較早完成者，以較早之時點為準。

前述過渡性規定之目的在於，有疑義時，應使時效儘早完成。這樣的決定是很符合實務需求的。

2004 年 12 月 15 日 許多其他民事法中關於時效規定之修正正式施行，這些修正都揚棄了本身的特殊規定，而繼受民法中新的消滅時效規定。有關此等修正之過渡性規定，亦與民法施行法 Art. 229 § 6 一致。

【Antwort】:

Die Übergangsregelung für das Vertragsrecht ist klar und wohl auch in den meisten Fällen gerecht: Für die Frage, ob altes oder neues Schuldrecht gilt, ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend – vor oder nach dem 01.01.2002 (Art. 229 §5 EGBGB). Auf sogenannte Dauerschuldverhältnissen – z.B. Mietverträge, Dienstverträge, Lieferungsverträge mit längeren Laufzeiten –, die vor dem 01.01.2002 abgeschlossen wurden, war das neue Schuldrecht erst ab dem 01.01.2003 anwendbar, so dass die Vertragsparteien ein Jahr lang Zeit hatten, sich auf die Rechtsänderung einzustellen und eventuell ergänzende Vereinbarungen zu treffen.

Bezüglich der Verjährung bestimmt Art. 229 § 6 EGBGB, dass sich bei Forderungen, die vor dem 01.01.2002 entstanden sind, der Verjährungsbeginn, die Verjährungshemmung und -unterbrechung nach altem Recht bestimmen. Sofern im konkreten Fall die Verjährung nach altem Recht kürzer ist als nach

neuem Recht, ist sie dann vollendet, wenn sie nach altem Recht vollendet ist. Sofern die Verjährungsfrist nach altem Recht länger ist als nach neuem Recht, beginnt die kürzere Frist mit dem 01.01.2002. Sollte jedoch die Verjährung nach altem Recht früher vollendet sein als bei der Anwendung dieser Regel, ist der frühere Zeitpunkt maßgeblich.

Diese Übergangsregelung zielt insgesamt darauf ab, die Verjährung im Zweifel eher früher vollendet sein zu lassen. Sie hat sich als praktikabel erwiesen.

Am 15.12.2004 ist eine Reform der Verjährungsregelungen in zahlreichen anderen zivilrechtlichen Gesetzen in Kraft getreten, die in einer Abschaffung von Sonderregelungen und in einer Übernahme der neuen Verjährungsregelungen des BGB bestanden hat. Die Übergangsbestimmungen entsprechen denen des Art. 229 § 6 EGBGB.

(二) 德國民法第 197 條第 1 項第 1 款規定「因生命、身體、健康、自由或性自主之故意侵害而生之損害賠償請求權」，自請求權成立時起 30 年罹於時效，強化人格權之保障。但侵害他人身體、健康、自由之情形可能包含許多態樣，倘若在侵害情節非常輕微之情形亦一體適用 30 年時效，是否易導致證據保存不易、法律關係長久不安定？請問德國實務上本條多適用於何種案件類型？有無限縮其適用範圍（例如僅限於侵害情節重大之情形）？

【回答】：

在適用德國民法第 197 條第 1 項第 1 款之規定時，關於侵害人身完整性之構成要件，並無任何「微小侵害不視為侵害」之限制。由於提出請求之人仍須證明加害人係屬故意之侵害，故該規定應無不當之處。

【Antwort】：

Bei der Anwendung von § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB gibt es keine „Bagatellgrenze“ für die tatbestandliche Verletzung der körperlichen

Unversehrtheit. Ein Korrektiv besteht bereits darin, dass ein Vorsatz des Schädigers erforderlich ist, den der Anspruchsteller beweisen muss.

- (三) 德國民法在許多情形採取「時效停止進行」制度，倘若時效曾多次停止又繼續進行，須認定每段時效停止進行期間的始日及末日，實務上是否會造成當事人或法官計算時效期間的負擔？在證明或判斷請求權是否罹於時效，是否會對當事人或法官造成負擔？例如德國民法第 207 條第 1 項第 1 款及第 208 條均規定當事人「同居關係存續中」或「共同生活期間」時效停止進行，倘若當事人同居一段時間後分居，間隔一段時間後又再次同居，實務對此在認定或舉證上是否會有困難？

【回答】：

時效停止期間之計算，對法院所造成的困難小於對當事人造成的困難，當事人必須加以主張並舉證。只有當債務人提起時效抗辯時，法院才有處理時效問題的必要。

【Antwort】：

Die Berechnung der Zeiträume einer Hemmung der Verjährung ist letztlich weniger für das Gericht ein Problem, als für die Parteien, die dies darlegen und beweisen müssen. Die Frage der Verjährung stellt sich für das Gericht ohnehin nur dann, wenn der Schuldner die Einrede der Verjährung erhebt.

- (四) 德國民法第 204 條第 2 項規定：「第 1 項之時效停止進行結束於判決確定或其他程序結束後 6 個月。因當事人不進行致程序停滯時，以當事人、法院或其他程序進行處之最後程序行為替代程序結束。」是否亦適用於當事人撤回訴訟或訴訟不合法（例如不符合起訴程序或未繳裁判費）之情形？如是，是否會導致當事人濫用此規定？如何加以防範？

【回答】：

德國民法第 204 條第 2 項時效停止進行規定遭濫用之危險是很小的，因為債務人就時效停止進行之發生並無利益可言，因而會使程序繼續進行。無論程

序判決或訴之撤回，都是民法第 204 條第 2 項第 1 句之確定的程序裁判。

【Antwort】:

Die Gefahr eines Missbrauchs der Hemmungsvorschrift des § 204 Abs. 2 BGB ist gering, weil der Schuldner kein Interesse am Eintritt einer Hemmung der Verjährung hat und deshalb das Verfahren weiter betreiben wird. Sowohl das Prozessurteil als auch die Klagerücknahme stellen eine rechtskräftige Entscheidung des Verfahrens im Sinne von § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB dar.

(五) 德國民法第 203 條規定：「債務人與債權人關於請求權或請求權成立之情事之協商進行中，時效停止進行至一方當事人拒絕繼續協商。消滅時效最早完成於停止事由結束後三個月。」惟「拒絕協商」並未如同日本民法第 151 條規定必須以「書面」方式作出拒絕協商之通知，則於訴訟實務上，會如何舉證「一方當事人拒絕繼續協商」之事實？審判實務就此部分之認定係嚴格或寬鬆？

【回答】:

實務上債權人必須證明，他對於債務人所提出之協商要約明白地加以拒絕。債權人只要對於債務人之協商要約不做任何回應，即為已足。否則，當債權人無法證明他已經拒絕協商，則任何當事人間關於請求權本身或其事實基礎之意見交換，均得視為協商而發生使時效停止進行之效果。

【Antwort】:

In der Praxis muss der Gläubiger beweisen, dass er auf ein Angebot des Schuldners hin erkennbar Verhandlungen abgelehnt hat. Dabei genügt es, wenn der Gläubiger nicht auf das Angebot reagiert. Ansonsten - wenn der Gläubiger die Ablehnung von Verhandlungen nicht beweisen kann - führt jeder Meinungs-austausch zwischen den Vertragsparteien über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen eine Hemmung der Verjährung wegen Verhandlungen herbei.

(六) 德國民法第 202 條原則上允許當事人合意變更時效規定，實務上當事人運用本條規定合意變更時效之情形是否普遍？大多會作如何之合意變更（延長或縮短時效期間？變更起算點？時效停止進行、未完成或重新進行之事由？）？貴部對此有無相關統計或研究？另本條僅規定當事人不得合意使法定消滅時效期間自起算時期逾 30 年，並無下限規定，當事人得否事先拋棄時效利益？另為避免當事人以定型化契約條款之方式變更時效規定所可能導致之不公平情況，貴國對此有無相關特別管控機制？法院審查此類定型化契約條款時有無遭遇困難？

【回答】：

縮短時效期間之約定，在企業之間特別普遍。企業經營者與消費者為縮短時效期間之約定，則受到法院較多的限制。此等約定，通常由企業經營者以定型化契約條款之方式為之。依德國民法第 309 條第 8 款 b) ff) 之規定，針對買賣或承攬之瑕疵擔保權利所為之時效期間縮短的約定，無效。同時，消費者之請求權，因定型化契約條款之限制，使其在法定時效起算時點時起一年內罹於時效者，其定型化契約條款之約定亦屬無效。

完全排除時效之適用是不允許的。

有爭議的是，涉及消滅時效之定型化契約條款如何訂入契約。企業經營者就其訂入契約必須加以證明。訂入契約之前提是，消費者（譯按：在締約前）有知悉該定型化契約條款之機會。

在企業經營者間之交易中，雙方之定型化契約條款經常相互衝突。在這種情形，過去德國聯邦法院採取「最後一字」之理論。依照這個理論，最後被拿來談判的定型化契約條款，才構成契約的內容。現在，德國聯邦法院僅承認兩份定型化契約條款間一致部分的契約效力。不一致之處，則適用法律規定。

【Antwort】：

Vereinbarungen über die Verjährung im Sinne einer Verkürzung der Verjährungsfristen sind vor allem im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen

verbreitet. Vereinbarungen mit Verbrauchern sind per Gesetz enge Grenzen gesetzt. Derartige Vereinbarungen werden in der Regel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) formuliert, die vom Unternehmer gestellt werden. Dann sind nach § 309 Nr. 8 b) ff) BGB Vereinbarungen über die Verkürzung von Verjährungsfristen für die Mängelgewährleistung bei Kauf- und Werkverträgen unwirksam und sind ebenso alle Vereinbarungen unwirksam, durch die eine Verjährung von Ansprüchen des Verbrauchers innerhalb von weniger als einem Jahr nach dem gesetzlichen Verjährungsbeginn eintritt.

Ein vollständiger Verjährungsausschluss ist unzulässig.

Streitig ist oft die Einbeziehung der AGB, die Regelungen zur Verjährung enthalten. Der Unternehmer muss die Einbeziehung beweisen. Eine Voraussetzung der Einbeziehung ist eine zumutbare Möglichkeit für den Verbraucher, die AGB zur Kenntnis nehmen zu können.

Im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen kommt es häufig zu Kollisionen zwischen einander widersprechenden AGB beider Unternehmen. In diesen Fällen vertrat der Bundesgerichtshof früher die „Theorie des letzten Wortes“. Danach galten diejenigen AGB als vereinbart, die zuletzt auf den Tisch gelegt wurden. Inzwischen spricht der BGH nur noch den übereinstimmenden Passagen der beiderseitigen AGB Wirkung zu. An die Stelle der nicht übereinstimmenden Passagen treten die gesetzlichen Regelungen.

第四節 拜會德國聯邦法院詢答情形

一、關於修法之過程

- (一) 因德國債法改革過程，PECL 及 PICC 亦正在研擬討論中，德國於修法過程有無參考相關研擬內容？因國際契約法文件之規範體系與德國民法既有條文體系差異甚大，如何在有限的修法幅度、盡可能不變動既有條文體系之前提下，兼顧國際潮流？並維持德國民法在國際私法上的競爭優勢？

【回答】：

聯合國買賣公約以及以此公約為基礎之其他學術性立法建議，如共同參考架構草案(DCFR)、歐洲契約法原則(PECL)及國際商事契約通則(PICC)，其設定之目標與德國債法現代化法不同。1980年聯合國買賣公約之任務在於，從存在於全世界各地不同的買賣法規定，為國際商品之買賣發展出統一的買賣法，此項統一之國際商品買賣法與締約國自身之買賣法並存，而使得國際間之買賣契約得以開展。學術性質之立法建議亦有類似之目標，其有意在歐洲之層次－在國際商事契約通則則不限於歐洲層次－延續聯合國買賣公約所建立之規則。共同參考架構草案及歐洲契約法原則意在擴張其規範架構，使其得以涵蓋債法總論，乃至於其他契約類型及法定債之關係。現在如果有人要制定一部新的民法典，其規定內容必然大不同於1900年所制定者。他或許會刪去一、兩個過時的契約類型，取而代之納入新興、現代經濟生活中重要的契約類型。因此，聯合國買賣公約以及其他學術性質之契約法文件包含了關於買賣契約、部分的債法總則、消滅時效及法定債之關係的現代性規定。

但這些並不是德國債法現代化法之規範目標。德國立法者毋寧透過此法追求兩項目標：首先，將消費性商品買賣指令(1999/44/EG)轉化為德國法。但此項轉化，不應該僅止於專為消費性商品而進行之局部性立法，毋寧應該實現1991年債法修訂委員會所提出之修法建議。但在進行修法之準備時，必須考量到轉化消費性商品買賣指令之期限相當地短，因而市場交易、律師界及司法界只有幾週的時間可以適應。在此一背景之下，無法根本性地對德

國民法中的債法總則及契約法重新加以規範，毋寧必須將修正集中在有必要之處，並且，修正建議之內容，必須讓所有參與者都可以盡可能地在既有的法院判決及註釋書中找到依據。

內容上具有決定性之修正，在於消滅時效的全新規定，在於將不良履行及締約基礎喪失納為德國民法之成文規定以及，在於透過將不良給付及締約基礎喪失納入成文民法典、透過確認第二次給付權利以及以債法總則之救濟手段取代早已被認為過時之買受人救濟途徑，而重新塑造債法總則之救濟手段。債法總則及買賣法規定內容之修正，大量地參考債法修訂委員會之建議。此修正建議以聯合國買賣公約為主要參考對象，因此其基本上與共同參考架構草案、歐洲契約法原則及國際商事契約通則一致。就各該救濟手段來說，此修正建議在內容上與聯合國買賣公約及其他國際契約法文件僅有微小的差異。損害賠償無論如何以義務違反為前提。契約之解消，無論透過解除權之行使或請求替代全部給付之損害賠償（大的損害賠償），依法僅限於債權人/買受人對債務人/出賣人已經定期限催告之情形。德國民法與聯合國買賣公約及其他國際契約法文件間關鍵的差異在於，德國民法之損害賠償責任一粗略地說一以可歸責為前提，而聯合國買賣公約則非如此（參見聯合國買賣公約第 79 條、歐洲契約法原則 Art. 8:108, 9:501）。但這是德國立法者的決定：債務人賠償之範圍，是在責任成立的層次透過可歸責之要件加以控制，而不是一如同聯合國買賣公約及其他國際契約法文件一將應賠償之損害侷限於期待損害。除此之外，並無實質上的差異存在。

然而，債法修訂委員會關於消滅時效之修正建議，立法者只有在某些技術層面的部分加以採用，亦即期間計算之細節及障礙事由之構成要件。至於一般時效期間的規定，立法者必須發展出新的模式。因為，債法修訂委員會所建議之一般時效期間為 3 年，且自請求權成立或已屆清償時起算（譯按：客觀起算）。但這可能會造成，在債權人在得知其有請求權以前，該請求權業已罹於時效。因此，立法者決定採用過去德國民法第 852 條侵權行為損害賠償請求權消滅時效之模式，作為一般性的消滅時效期間。依照此種規範方式，時效期間是 3 年，但並非從請求權成立或者清償期屆至時起算，而是債

權人知悉債務人及使請求權成立之事實，或因重大過失而不知二者時，才開始起算。此種規範模式，與聯合國國際商品買賣消滅時效公約（*Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*）不同，依此公約時效期間為 4 年，自請求權成立時起算。但此種規範模式大體上與歐洲契約法原則相仿。歐洲契約法原則也採取 3 年的一般時效期間（*PECL Art. 14:201*），時效自請求權成立或清償期屆至時起算（*PECL Art. 14:203*）；而債權人之不知僅作為時效進行之障礙事由（*PECL Art. 14:301*）。

新法放棄了對債法總則及買賣法進行大範圍的重新規定，而盡可能地保留舊有的表達方式，依照我的看法，債法現代化成功地使德國民法再度成為能夠討論的對象，而不需要根本性改變其結構。然而，舊有的構成要件，必須總是放在已改變之原則的背景下重新加以閱讀。有一、兩個規定甚至是「同形異義」（*falscher Freund*），大家或許早就知道有這樣的規定，然而在新法的脈絡下必須重新加以解釋。

【Antwort】：

Die CISG und die auf dieser Konvention aufbauenden wissenschaftlichen Vorschläge für einen gemeinsamen Referenzrahmen (DCFR), für europäische Vertragsrechtsprinzipien (PECL) und von UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge (PICC) haben eine andere Zielsetzung als das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Die CISG von 1980 hatte den Auftrag, aus den weltweit existierenden unterschiedlichen Kaufrechtsvorschriften ein einheitliches Kaufrecht für internationale Warenkäufe zu entwickeln, das neben die nationalen Kaufrechte der Vertragsstaaten tritt und die Abwicklung internationaler Kaufverträge ermöglicht. Die wissenschaftlichen Regelwerke haben ein ähnliches Ziel. Sie wollen auf europäischer Ebene, im Fall von UNIDROIT auch darüber hinaus, die Regeln der CISG fortschreiben. Der DCFR und die PECL möchten den inhaltlichen Rahmen weiter spannen und das allgemeine Schuldrecht insgesamt und vor allem auch andere Vertragstypen und die gesetzlichen

Schuldverhältnisse mit einbeziehen. Schreibt man gewissermaßen ein Zivilgesetzbuch heute neu, würde man vieles anders formulieren, als man dies im Jahr 1900 getan hat. Man würde den ein oder anderen überholten Vertragstyp weglassen und stattdessen Regelungen für neu entstandene, im heutigen Wirtschaftsleben wichtige Vertragstypen aufnehmen. Die CISG sowie die wissenschaftlichen Regelwerke enthalten deshalb umfassende modernen formulierte Regelungen für den Kaufvertrag, teilweise auch für das allgemeine Schuldrecht, für das Verjährungsrecht und für die gesetzlichen Schuldverhältnisse.

Das war nicht das Regelungsziel des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. Mit diesem Gesetz hat der Gesetzgeber zwei Ziele verfolgt: Zum einen sollte die Richtlinie 1999/44/EG über einige Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs in das nationale deutsche Recht umgesetzt werden. Diese Umsetzung sollte sich aber zum anderen nicht in einer punktuellen Regelung für Verbrauchsgüterkäufe erschöpfen, sondern die Vorschläge der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts von 1991 verwirklichen. Bei diesem Vorhaben war zu berücksichtigen, dass die Frist zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ausgesprochen kurz war und der Rechtsverkehr, die Rechtsanwaltschaft und die Justiz nur wenige Wochen Zeit zur Umstellung hatten. Unter diesen Rahmenbedingungen konnten das allgemeine Schuldrecht und das Vertragsrecht des BGB nicht von Grund auf neu geschrieben werden. Es war vielmehr notwendig, die Änderungen auf das inhaltlich Erforderliche zu begrenzen und die Änderungsvorschläge so auszugestalten, dass die Beteiligten in möglichst weitgehendem Umfang auf die vorhandene Rechtsprechung und die vorhandenen Kommentierungen zurückgreifen konnten.

Die inhaltlich entscheidenden Änderungen bestanden in einer Neuordnung des Verjährungsrechts, in einer Umgestaltung der Rechtsbehelfe des allgemeinen Schuldrechts durch Einbeziehung der Schlechterfüllung und des Wegfalls der

Geschäftsgrundlage in die geschriebenen Regelungen des BGB und durch konsequente Durchführung des Rechts zur zweiten Andienung und schließlich durch die Angleichung der völlig überholten Rechtsbehelfe des Käufers an die Rechtsbehelfe nach dem allgemeinen Schuldrecht. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Änderungen des allgemeinen Schuldrechts und des Kaufrechts baute der Gesetzgeber weitgehend auf den Vorschlägen der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts auf. Diese waren an der CISG ausgerichtet und entsprachen in ihren Grundlagen auch dem DCFR, den PECL und den PICC. Was die einschlägigen Rechtsbehelfe angeht, unterscheiden sich die Vorschläge im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts inhaltlich nur wenig von den Regelungen in der CISG und in den genannten Regelwerken. Die Haftung setzt in jedem Fall eine Verletzung von Pflichten voraus. Eine Liquidation des Vertrages durch Rücktritt oder durch Schadensersatz statt der Leistung in der Form des großen Schadensersatzes kommt im Grundsatz nur in Betracht, wenn der Gläubiger/Käufer dem Schuldner/Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Der entscheidende Unterschied zwischen dem BGB einerseits und der CISG sowie den genannten Regelwerken andererseits besteht darin, dass die Haftung auf Schadensersatz nach dem BGB, etwas ungenau ausgedrückt, Verschulden voraussetzt, während das nach der CISG nicht der Fall ist (vgl. Art. 79 f. CISG, Art. 8:108, 9:501 PECL). Das allerdings beruht auf einer Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, den Umfang der Haftung des Schuldners auf der Ebene des Haftungstatbestandes durch das Element Verschulden zu steuern und nicht, wie es die CISG und die Regelwerke tun, durch eine Begrenzung des zu ersetzenden Schadens auf den zu erwartenden Schaden. Ansonsten besteht aber in der Sache praktisch kein Unterschied.

Die Vorschläge der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts für das Verjährungsrecht konnte der Gesetzgeber allerdings nur in ihrem gewissermaßen technischen Teil, nämlich bei den Einzelheiten der Fristberechnung und den

Hemmungstatbeständen, übernehmen. Für die Bestimmung der regelmäßigen Verjährungsfrist musste der Gesetzgeber ein neues Modell entwickeln. Die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts hatte nämlich eine regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren vorgeschlagen, deren Lauf mit dem Entstehen bzw. der Fälligkeit des Anspruchs beginnen sollte. Das konnte dazu führen, dass Ansprüche verjährten, bevor der Gläubiger überhaupt bemerken konnte, dass ihm ein Anspruch zustand. Der Gesetzgeber hat sich deshalb dafür entschieden, die für Ansprüche aus unerlaubter Handlung in dem früheren § 852 BGB vorgesehene Verjährung zur allgemeinen Verjährungsfrist zu machen. Das ist eine Verjährungsfrist von drei Jahren, deren Lauf nicht schon mit dem Entstehen bzw. der Fälligkeit des Anspruchs, sondern erst beginnt, wenn der Gläubiger die Person des Schuldners und die Umstände kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt, die den Anspruch begründen. Dieses Regelungsmodell entspricht nicht dem Modell des Verjährungsvertrages zur CISG – vier Jahre ab Entstehen des Anspruchs - wohl aber im Wesentlichen den Regelungsvorschlägen der PECL, denen zufolge die allgemeine Verjährungsfrist ebenfalls drei Jahre beträgt (Art. 14:201) und mit dem Entstehen bzw. der Fälligkeit des Anspruchs zu laufen beginnt (Art. 14:203 PECL); die Unkenntnis des Gläubigers ist dort allerdings als Hemmungstatbestand ausgestaltet (Art. 14:301 PECL).

Durch den Verzicht auf eine umfassende Neuformulierung des allgemeinen Schuldrechts und des Kaufrechts und die möglichst weitgehende Beibehaltung der alten Formulierungen konnte aus meiner Sicht gelingen, dass BGB wieder diskussionsfähig zu machen, ohne seine Strukturen grundlegend zu verändern. Allerdings müssen die alten Tatbestände immer vor dem Hintergrund der geänderten Prinzipien neu gelesen werden. Die eine oder andere Vorschrift erweist sich dabei als „falscher Freund“, als Vorschrift, die man vermeintlich schon kennt, die im neuen Kontext aber anders interpretiert werden muss.

(二) 修法過程司法機關有無基於何種權責、進行哪些參與？

【回答】：

有。德國聯邦層級之法律，通常先在聯邦部會內部中議決，其後轉達由各邦、地方自治團體之聯合會（kommunale Spitzenverbänden）、經濟及消費者保護團體，俾由其表達意見。德國聯邦司法部之法律草案中涉及最高審判機關者，亦會加以轉達。接下來通常會在德國聯邦部會中議決，議決後再交由內閣進行決定，最後先後交給聯邦參議院及聯邦眾議院。德國債法之現代化亦遵守此一程序。較有特色的是，聯邦司法部區別四大主要議題－消滅時效、債法總則、買賣法及消費保護法整合於民法典，分別就各該議題領域交付各邦及經濟及消費者保護團體進行討論。與各邦進行討論時，與各該議題有關之聯邦法院民事庭（第 5、第 7 及第 8 民事庭）均被要求參與。但針對債法總則部分，又成立一個新的委員會，其成員為原債法修正委員會之代表及教授，這個新的委員會並沒有參與與各邦及經濟及消費者保護團體所進行之討論，但這個委員會的結果，與各邦、經濟及消費者保護團體及聯邦法院法官之討論結果，同樣會受到研究。

【Antwort】：

Ja. Der Entwurf eines Bundesgesetzes wird in Deutschland zunächst innerhalb der Bundesministerien abgestimmt und dann den Bundesländern, den kommunalen Spitzenverbänden und den Wirtschafts- und Verbraucherverbände zur Stellungnahme zugeleitet. Gesetzentwürfe des Bundesministeriums der Justiz, die die Interessen der obersten Gerichtshöfe des Bundes berühren, werden auch diesen zur Stellungnahme zugeleitet. Üblicherweise findet anschließend eine Erörterung des Gesetzentwurfs und eine endgültige Abstimmung auf der Ebene der Bundesministerien statt. Danach wird der Entwurf im Bundeskabinett beschlossen und zunächst dem Bundesrat und nach dessen Beschlussfassung dem Bundestag vorgelegt. Bei dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ist dieses

Verfahren auch eingehalten worden. Ergänzend hat das Bundesministerium der Justiz die vier großen Themenblöcke – Verjährungsrecht, allgemeines Schuldrecht, Kaufrecht und Integration der Verbraucherschutzgesetze in das BGB – in jeweils gesonderten Besprechungen behandelt und für jeden Themenblock je eine Besprechung mit den Bundesländern und mit den Wirtschafts- und Verbraucherverbänden durchgeführt. Zu der Besprechung mit den Bundesländern sind in diesem Fall Richter aus den hauptbetroffenen Senaten, insbesondere dem V., dem VII. und dem VIII. Zivilsenat des BGH dazu gebeten worden. Für die Vorschläge zum allgemeinen Schuldrecht ist eine neue Kommission aus Vertretern der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts und aus Professoren gebildet worden, die daran nicht beteiligt waren. Deren Ergebnisse sind ebenfalls mit den Bundesländern und den Richtern aus den erwähnten Zivilsenaten sowie den Wirtschafts- und Verbraucherverbänden erörtert worden.

二、關於德國民法內容的疑義、施行後發生之問題及解決方法

- (一) 德國債法改革現代化後，消滅時效及債務不履行之規定大幅修正，德國是如何銜接新舊法之規定？如何設計過渡條款？若有其他大量法律須配合檢討修正，德國是如何進行配套修法？新舊法銜接之際，有無相關經驗或建議可供我國借鏡？

【回答】：

針對德國民法中因債法現代化而被修正的規定，其過渡性規定是規定在德國民法施行法 Art. 229 §§ 5-7。此處之過渡性規定，與以下規定一致：1900年為了開始施行德國民法所制定之德國民法施行法 Art. 169 及 Art. 170，以及兩德統一時，因為重新加入之原東德各邦要適用德國民法，而制定之施行法 Art. 229 § 5 Satz 1。據此，債法現代化前成立之債之關係，適用修正前之規定。繼續性債之關係則有所不同，針對繼續性債之關係，依民

法施行法 Art. 229 § 5 Satz 2，舊法僅於新法施行後一年內仍有其適用，一年經過後即適用新法。

然而，依照德國立法者的想法，關於消滅時效，讓舊法仍維持一定之適用效力，並不妥當。因為，如果消滅時效仍然適用舊法，那麼將會造成新法施行後多年內新法與舊法仍然會同時並存。這對於國民的法意識是有害的，因為民眾無法徹底記住新的時效期間。因此，本次債法修正之立法者，如同 1900 年德國民法施行時一樣，針對（按：依舊法）所有尚未罹於時效之請求權，原則上都適用新法的規定（參見民法施行法 Art. 169 Abs. 1 Satz 1，關於債法現代化，參見民法施行法 Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1）。但時效起算、時效停止進行及時效未完成或重新起算，其於新法施行前之一定期間發生者，適用舊法。同樣地，某些請求權可能依照舊法其時效視為不重新起算，便適用新法之規定。

但關於時效期間，應該特別注意信賴保護之考量。因此，民法施行法 Art. 229 § 6 Abs. 3 規定，請求權，其時效期間依新法較依舊法為長者，如其依舊法時效已完成者，應視為已完成。相反地，請求權，其時效期間依新法較依舊法為短者，雖然其時效期間應依新法定之，但其時效期間應自 2002 年 1 月 1 日新法施行時起算（參見民法施行法 Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1）

【Antwort】：

Die Überleitungsvorschriften für die Änderungen des BGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts sind in Art. 229 § 5 bis 7 EGBGB geregelt. Sie entsprechen in ihrem Grundkonzept den Überleitungsregelungen, die nach Art. 169 und Art. 170 EGBGB schon bei Einführung des BGB im Jahr 1900 galten, und den Überleitungsvorschriften für die Wiedereinführung des BGB in den neuen Bundesländern bei der deutschen Wiedervereinigung in Art. 231 § 6 EGBGB. Den Grundsatz enthält Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB. Danach gilt für Schuldverhältnisse, die

vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts entstanden sind, das alte Recht. Anders soll es bei Dauerschuldverhältnissen sein. Für sie galt nach Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB das alte Recht nur noch ein Jahr nach Inkrafttreten weiter; danach unterliegen sie dem neuen Recht.

Die Fortgeltung des alten Rechts eignet sich allerdings nach deutscher Vorstellung nicht für das Verjährungsrecht. Würde man nämlich das alte Recht auch auf die Verjährung anwenden, würden über viele Jahre nebeneinander alte und neue Vorschriften gelten. Das ist für das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung schädlich, weil sich die neuen Fristen nicht recht einprägen würden. Deshalb hat sich der Gesetzgeber ebenso wie schon im Jahr 1900 dazu entschlossen, auf alle noch nicht verjährten Ansprüche im Grundsatz das neue Recht anzuwenden (vgl. Art. 169 Abs. 1 Satz 1 EGBGB und für das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Beginn, Hemmung, Ablaufhemmung oder Neubeginn der Verjährung bestimmen sich jedoch für den Zeitraum vor dem Inkrafttreten der Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nach dem bisherigen Recht. Das gilt auch, wenn Tatbestände, nach denen ein Neubeginn der Verjährung unter altem Recht wieder weggefallen wäre, unter neuem Recht eintreten.

Bei den Verjährungsfristen soll allerdings dem Vertrauensschutz Rechnung getragen werden. Deshalb bestimmt Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB, dass die Verjährung von Ansprüchen, für die im neuen Recht eine längere Frist bestimmt ist als nach altem Recht, schon eintritt, wenn sie nach altem Recht abgelaufen wäre. Umgekehrt gilt, dass die Verjährung für Ansprüche, die nach neuem Recht in kürzerer Frist als nach altem Recht verjähren, zwar nach neuem Recht bemessen wird, aber erst mit

dem Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Januar 2002 beginnt (Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB).

- (二) 德國民法第 197 條第 1 項第 1 款規定「因生命、身體、健康、自由或性自主之故意侵害而生之損害賠償請求權」，自請求權成立時起 30 年罹於時效，強化人格權之保障。但侵害他人身體、健康、自由之情形可能包含許多態樣，倘若在侵害情節非常輕微之情形亦一體適用 30 年時效，是否易導致證據保存不易、法律關係長久不安定？請問德國實務上本條多適用於何種案件類型？有無限縮其適用範圍（例如僅限於侵害情節重大之情形）？

【回答】：

新法所引進之較短的 3 年一般時效期間，也適用於因侵權行為所生之請求權。但這對性侵害受害者會造成一定的困境。他經常需要許多時間來回想，在他身上究竟發生了什麼樣的事情，而且，主張權利本身也需要相當的勇氣。尚且，加害人經常是被害者的熟人，因此受害者要主張權利面臨著多重的困難。針對這個情形，德國立法者藉著債法現代化的機會，在德國民法第 199 條第 2 項由 10 年延長為 30 年（按：指客觀最長時效），以及在第 208 條設計特殊的時效停止進行事由。但不久之後，德國立法者仍然認為這樣有所不足。因此，德國立法者依照「2013 年 6 月 26 日強化性侵受害者權利法案(BGBI. I S. 1805)」，又依照第 197 條第 1 項第 1 款使 30 年之時效期間擴張適用於故意侵害生命、身體、健康及性自主之情形。這使得第 199 條第 2 項及第 208 條之規範必要性大幅降低。但立法者並未接受刪除這兩個規定的提議。有問題的是，第 197 條並不僅止於立法者當初所設想之性侵害案例。依照第 197 條之文字，30 年之最長時效不僅適用於性侵害，也適用於其他身體侵害，但此類身體侵害適用如此長的時效恐怕是不恰當的。而正是保留第 199 條第 2 項，使得對這規定為限縮解釋更為困難。第 199 條第 2 項亦適用於性侵害以外之其他身體侵害，甚而也適用於因過失所致之身體侵害而不適用第 197 條第 1 項第 1 款之情形。我認為，較早的規定就已經足夠，並不存在（譯按：

似指性侵害) 特別立法之必要性。

【Antwort】:

Die verkürzte Verjährungsfrist von drei Jahren nach §§ 195,199 BGB gilt auch für Ansprüche aus unerlaubter Handlung. Sie bereitet Opfern sexuellen Missbrauchs allerdings erhebliche Schwierigkeiten. Sie brauchen oft sehr viel mehr Zeit zu begreifen, was ihnen widerfahren ist, und Mut zu fassen, Ansprüche überhaupt geltend zu machen. Außerdem stammen die Täter häufig aus ihrem persönlichen Umfeld, sodass es ihnen doppelt schwerfällt, ihre Ansprüche geltend zu machen. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts diesem Umstand durch eine Verlängerung der Verjährungshöchstfrist von zehn auf 30 Jahren in § 199 Abs. 2 BGB und durch den besonderen Hemmungstatbestand in § 208 BGB Rechnung getragen. Das schien dem Gesetzgeber später nicht mehr ausreichend. Er hat deshalb mit Art. 4 Nr. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) v. 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1805) mit Wirkung vom 30. Juni 2013 zusätzlich die Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 197 Abs. 1 BGB auf Fälle einer vorsätzlichen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung erstreckt. Das hätte an sich die Regelungen in § 199 Abs. 2 und § 208 BGB unnötig gemacht. Der Gesetzgeber hat aber Vorschläge für entsprechende Streichungen nicht aufgegriffen. Problematisch ist diese Regelung nicht in den Fällen, für die sie eigentlich gedacht ist, nämlich für die Fälle sexuellen Missbrauchs. Die Regelung ist in ihrem Wortlaut aber nicht auf diese Fallgestaltungen beschränkt und gilt deshalb auch für andere vorsätzliche Körperverletzungen, für die eine so lange Verjährungsfrist vielleicht nicht sachgerecht ist. Gerade die Beibehaltung von § 199 Abs. 2 BGB macht es schwer, die Regelung einschränkend

auszulegen. Sie gilt deshalb auch für andere Fälle vorsätzlicher Körperverletzung und auch dann, wenn diese von ihrem Gewicht einer fahrlässigen Tat gleichstehen, für die diese lange Verjährungsfrist nicht gilt. Der frühere Rechtszustand war mE ausreichend. Ein legislatives „Muss“ ist die Regelung jedenfalls nicht.

- (三) 德國民法在許多情形採取「時效停止進行」制度，倘若時效曾多次停止又繼續進行，須認定每段時效停止進行期間的始日及末日，實務上是否會造成當事人或法官計算時效期間的負擔？在證明或判斷請求權是否罹於時效，是否會對當事人或法官造成負擔？例如德國民法第 207 條第 1 項第 1 款及第 208 條均規定當事人「同居關係存續中」或「共同生活期間」時效停止進行，倘若當事人同居一段時間後分居，間隔一段時間後又再次同居，實務對此在認定或舉證上是否會有困難？

【回答】：

消滅時效之進行確實可能發生多次停止的情況，也可能基於同一個事實同時發生數個時效停止進行的法定事由。因此在個案中可能需要耗費相當的努力，才能確定時效完成之確切時點。然而，在德國實務案例中，並未發生特別值得注意的計算上之困難。這是因為，時效停止制度整體而言並不是新的規定，而是舊法中就已經存在的。新設的時效停止事由，只有德國民法第 203 條在協商期間之時效停止進行（這部分修法前在部分特別法就已經存在），還有前面提到過的第 208 條關於因性侵害所生請求權之特殊時效停止進行事由。在此範圍內，時效停止制度並未對實務造成任何適用上之困難。對我而言比較重要的是，時效停止進行在新法比在舊法扮演更重要的角色。一般時效期間（譯按：3 年）明顯較舊法為短，因此，只有給予當事人相當的機會，透過時效停止進行事由，阻礙請求權之時效之進行，才能正當化時效期間之縮短。這一點，特別對於第 207 條及第 208 條之情況有其道理。在這裡兩條涉及家庭中發生的請求權，假若不設計時效停止進行事由，請求權很快就會罹於時效。如果有人認為，這些時效停止進行事由之規範不夠精確—就

我個人而言是沒有太大的問題－因而不應予以設置，那反過頭來就要考慮採用較長的時效期間。但是否應該如同第 197 條第 1 項第 1 款適用 30 年時效期間，可能是有爭議的。

【Antwort】:

Die Verjährung kann in der Tat mehrfach gehemmt werden. Es können in einem Fall auch mehrere unterschiedliche Hemmungstatbestände eingreifen. Deshalb kann deshalb im Einzelfall durchaus Mühe bereiten festzustellen, wann die Verjährungsfrist genau abgelaufen ist. Nennenswerte praktische Schwierigkeiten haben sich in Deutschland aber nicht ergeben. Das hängt damit zusammen, dass die Hemmungstatbestände im Wesentlichen nicht neu sind, sondern schon im neuen Recht vorgesehen waren. Neu sind nur die Hemmung der Verjährung wegen Verhandlungen gemäß § 203 BGB, den es vorher nur als punktuelle Sonderregelung gab, und die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung in § 208 BGB. Auch insoweit haben sich praktische Schwierigkeiten nicht ergeben. Wichtig ist mir der Hinweis, dass die Hemmungstatbestände unter neuem Recht eine viel größere Bedeutung haben als unter altem Recht. Die regelmäßige Verjährungsfrist ist deutlich kürzer und nur zu rechtfertigen, wenn die Beteiligten durch entsprechende Hemmungstatbestände ausreichende Möglichkeiten haben, einer Verjährung ihrer Ansprüche rechtzeitig entgegenzuwirken. Das gilt ganz besonders in den Fällen der § 207 und § 208 BGB. Hier geht es nämlich um Ansprüche innerhalb der Familie, die sehr schnell verjähren würden, gäbe es diese Hemmungstatbestände nicht. Wenn man solche Hemmungstatbestände wegen ihrer Unschärfe, die ich persönlich aber nicht für problematisch halte, nicht vorsehen möchte, müsste man wohl eine längere Verjährungsfrist vorsehen. Ob sie 30 Jahre betragen muss wie in den Fällen des § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB, darüber kann man sich allerdings streiten.

(四) 德國民法第 204 條第 2 項規定：「第 1 項之時效停止進行結束於判決確定或其他程序結束後 6 個月。因當事人不進行致程序停滯時，以當事人、法院或其他程序進行處之最後程序行為替代程序結束。」是否亦適用於當事人撤回訴訟或訴訟不合法（例如不符合起訴程序或未繳裁判費）之情形？如是，是否會導致當事人濫用此規定？如何加以防範？

【回答】：

德國民法第 204 條第 1 項第 1 款所定因提起訴訟而使消滅時效停止進行者，自請求權人撤回其訴或其訴經法院裁定駁回後六個月，其時效繼續進行。舊法第 212 條原規定，請求權人撤回其訴或其訴經法院裁定駁回，時效視為不中斷，此種規定在新法中已經看不到了。其規範上之理由在於，新法下提起訴訟之效力以不同於舊法。依照舊法，提起訴訟－依照新法的用語－具有使時效重行起算之效力；時效自訴狀送達時起重新起算，但時效自起訴時起至訴訟終結時停止進行。但現行法已非如此。依照民法第 204 條第 1 項第 1 款，提起訴訟僅僅使時效停止進行，而不發生重新起算之效果。因此，提起不合法的訴訟或撤回已經提起之訴訟的誘因就不存在了。固然不能排除，債權人提起一個根本不合法的訴訟或無意實行之訴訟，而只是為了達到延長時效期間的效果。然而值得注意的是，此時債權人不僅要負擔法院費用（譯按：裁判費及其他一切向法院繳交之費用）及他自己的法院外費用（譯按：如律師費），他還要負擔被告的訴訟外費用（譯按：如律師費）。因為這些費用負擔，無論如何會使得原告僅僅為了或多或少延長一點點的時效期間，顯得不合乎比例。至少對我來說，放棄舊法第 212 條的立法模式，從追求透明而簡化之立法的目的來說，是有正當性的。我會建議採用現行的規定。

【Antwort】：

Die Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB endet nach § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sechs Monate nach erfolgter Rücknahme der Klage oder ihrer Abweisung durch Prozessurteil. Eine dem früheren § 212 BGB entsprechende Regelung darüber, dass

die Unterbrechung entfällt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch Prozessurteil abgewiesen wird, sieht das BGB nicht mehr vor. Grund dafür ist der Umstand, dass die Klageerhebung eine andere Wirkung hat als nach altem Recht. Nach altem Recht führte die Klageerhebung – in der Terminologie des neuen Rechts – zu einem gestreckten Neubeginn. Die Verjährung begann mit der Zustellung der Klage neu zu laufen. Der Lauf der Verjährung war aber sofort durch die Klage bis zu deren Erledigung gehemmt. Das ist heute anders. Die Klageerhebung löst nach § 204 Abs. 1 BGB „nur“ eine Hemmung, aber keinen Neubeginn mehr aus. Damit ist der eigentliche Anreiz, eine unzulässige Klage zu erheben oder die erhobene Klage zurückzunehmen im Wesentlichen entfallen. Es lässt sich allerdings nicht ausschließen, dass ein Gläubiger eine Klage erhebt, die entweder unzulässig ist oder die er letztlich nicht durchführen will, um eine Verlängerung der Verjährungsfrist zu erreichen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass er dafür nicht nur die Gerichtskosten und seine eigenen außergerichtlichen Kosten tragen müsste, sondern auch die außergerichtlichen Kosten des Beklagten. Diese Kostenbelastung steht in aller Regel außer Verhältnis zu dem heute „nur“ noch erreichbaren Effekt einer mehr oder weniger kurzen Verlängerung der mit drei Jahren nicht übermäßig langen Verjährung. Missbräuche habe ich bislang nicht feststellen können. Es erscheint mir jedenfalls nach wie vor gerechtfertigt, auf eine Regelung nach dem Vorbild von § 212 BGB a. F. im Interesse einer übersichtlicheren und einfacheren Gestaltung des Rechts zu verzichten. Ich würde die Regelung heute genauso vorschlagen.

- (五) 德國民法第 203 條規定：「債務人與債權人關於請求權或請求權成立之情事之協商進行中，時效停止進行至一方當事人拒絕繼續協商。消滅時效最早完成於停止事由結束後三個月。」惟「拒絕協商」並未如同日本民法第 151 條規定必須以「書面」方式作出拒絕協商之通知，則於訴訟實

務上，會如何舉證「一方當事人拒絕繼續協商」之事實？審判實務就此部分之認定係嚴格或寬鬆？

【回答】：

實際上，德國法在結果上與日本法相同，而僅僅是達成目的之手段不同。德國商法典第 439 條第 3 項也有類似於日本法的規定。在此規定之外，德國法對於協商及停止協商之形式性不作規定。第 203 條在實務上之應用，使得對當事人間之開始進行協商一事得以較寬鬆之要件加以認定，對停止協商本身則以較嚴格之要件來認定。依照德國聯邦法院之判決見解（見 *Ermann/Schmidt-Räntsch, BGB, 15. Aufl., § 203 Rn. 5a*），只要債權人清楚表示，他要主張的請求權以及該請求權之依據為何，便可視為開始協商。當事人間任何關於損害或其他足以作為請求權內容之事實之意見交換，都可以視為開始協商，只要義務人沒有立即且終局地拒絕請求，或表示請求權人應該透過法院程序來主張。相應地，只有當請求權人或義務人一方終局地表示拒絕協商，才視為停止協商。但是，如果是雙方都沒有進一步的動作，那麼協商也會因為「休眠」而視為停止。在德國實務上，這個協商規定在運作上並未發生任何問題。對當事人間之開始進行協商以較寬鬆之要件加以認定，符合立法者的想法，如前所述，較短的時效必須搭配較寬鬆的時效停止事由，以作為補償。

【Antwort】：

Das Rechtslage nach deutschem Recht unterscheidet sich im Ergebnis praktisch nicht von der Rechtslage nach dem japanischen Recht. Lediglich die Mittel, mit denen dieses Ergebnis erreicht wird, sind verschieden. Das deutsche Recht kennt eine dem japanischen Recht vergleichbare Regelung in § 439 Abs. 3 HGB. Im Übrigen verzichtet das deutsche Recht aber auf eine Formalisierung der Verhandlungen und ihrer Verweigerung. Die Anwendung des § 203 BGB führt in der Praxis dazu, dass die Aufnahme von Verhandlungen zwischen den Parteien unter erleichterten Voraussetzungen

und die Beendigung der Verhandlungen unter erschwerten Voraussetzungen angenommen wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Nachweise bei Ermann/Schmidt-Räntsch, BGB, 15. Aufl., § 203 Rn. 5a) sind Verhandlungen bereits dann anzunehmen, wenn der Gläubiger klarstellt, dass er einen Anspruch geltend machen und worauf er ihn stützen will. Geschieht das, genügt jeder Meinungs-austausch der Parteien über einen Schaden oder einen anderen Sachverhalt, der Gegenstand von Ansprüchen sein kann, sofern nicht jeder Anspruch sofort und eindeutig abgelehnt wird bzw. erklärt wird, dass der Klageweg beschritten werden soll. Entsprechend werden Verhandlungen auch nur durch eine eindeutige Erklärung seitens des Schuldners (oder des Gläubigers) beendet. Wenn allerdings beide Seiten nicht mehr tätig werden, können die Verhandlungen auch durch „Einschlafen“ enden. In der Praxis funktioniert dieses System reibungslos. Das Verhandlungen zwischen den Parteien eher leichter angenommen werden, entspricht den Vorstellungen des Gesetzgebers, der die kurzen Verjährungsfristen, wie ausgeführt, durch erleichterte Möglichkeiten der Hemmung ausgleichen wollte.

- (六) 德國民法第 202 條原則上允許當事人合意變更時效規定，實務上當事人運用本條規定合意變更時效之情形是否普遍？大多會作如何之合意變更（延長或縮短時效期間？變更起算點？時效停止進行、未完成或重新進行之事由？）？貴部對此有無相關統計或研究？另本條僅規定當事人不得合意使法定消滅時效期間自起算時期逾 30 年，並無下限規定，當事人得否事先拋棄時效利益？另為避免當事人以定型化契約條款之方式變更時效規定所可能導致之不公平情況，貴國對此有無相關特別管控機制？法院審查此類定型化契約條款時有無遭遇困難？

【回答】：

揚棄德國舊法第 225 條對當事人合意延長時效期間之禁止，是德國立法者在消滅時效法領域的重點。既然新法將一般時效期間縮短為 3 年，且搭配請求權人之知悉作為時效起算時點，並大舉廢除特殊時效期間，那就有必要賦予當事人相當的自由來自行決定時效期間、時效停止進行事由甚而時效中斷事由。但當事人究竟是否經常行使此一自由，超出我的認知範圍，目前還沒有這方面的統計數據或實質研究。

在個別磋商契約，當事人就消滅時效相關事項有相當大的自由決定權限，原則上只受公序良俗的限制（德國民法第 138 條第 1 項）。但要違反公序良俗，基本上必須時效期間受到極度的縮減，以致於債權人實際上根本沒有主權其權利之可能性，或者反過來，時效期間之延長達到債務人所不能容忍之程度。

在大多數的情況，有關消滅時效之約定是透過定型化契約條款的方式，因而必須依照德國民法第 307 條至第 309 條認定其效力。依照德國聯邦法院之見解，民法第 307 條至第 309 條關於定型化契約條款控制之規定，亦適用於企業經營者之間，因為，違反這些規定足以引徵該定型化契約條款過度侵害一方之利益。依照第 309 條第 7 款，侵害生命、身體及健康所生之損害，係因使用定型化契約條款之一方之過失義務違反所引起者，或因使用定型化契約條款之一方法定代理人或履行輔助人故意或過失義務違反所引起者，不得以定型化契約條款限制其責任。同樣地，其他非因侵害生命、身體及健康所生之損害，其係因使用定型化契約條款之一方之重大過失之義務違反所引起，或因使用定型化契約條款之一方法定代理人或履行輔助人之故意或重大過失義務違反所引起者，亦不得以定型化契約條款限制其責任。時效期間之縮短，屬於對責任之限制，因此原則上是不允許的。依第 309 條第 8 款 b) ff) 之規定，瑕疵擔保請求權（Mängelansprüche）之時效期間，其以定型化契約條款加以縮短者，僅得縮短至自法定時效起算時點起—在承攬契約通常是交付或受領時—1 年。同樣重要的是，在判斷時不僅考量時效之期間，也考量時效之起算時點。關鍵的是，當定型化契約條款關於時效之起算時點之規定亦納入考量後，債權人得否適當主張其權利。

關於時效期間之延長，第 202 條僅規定，其不得超過自法定時效起算時起 30 年。但這並不表示，任何低於這個門檻的時效期間約定都是被允許的。此處同樣是要區別個別磋商及定型化契約條款來處理。若依個別磋商之契約，其限制較小，同樣原則上只受到民法第 138 條第 1 項公序良俗之限制。若依定型化契約條款延長消滅時效期間，其效力依第 307 條規定定之。雖然有人認為，只有具備特殊理由時，才能透過約定使瑕疵擔保請求權之時效期間超過法定之時效期間。但只要特殊理由出現，便可容許時效期間之延長。同樣的理由也適用於第 196 條 10 年之長時效。

利益衡量並不總是很容易。儘管如此，立法者所定之自請求權人知悉時起算 3 年之時效（德國民法第 195 條、第 199 條），法院得以之為基準點進行利益衡量。特別是時效自權利人知悉時起算之部分，如當事人以定型化契約條款加以調整，應受相當之限制。除此之外，其他特殊時效期間（譯按：非 3 年者）之規定以及第 202 條第 2 項之規定，亦得作為利益衡量的參考。做出符合法律規定之評價並不總是很容易。但是至少德國法院在這部分並未遭遇到什麼顯著的困難。

【Antwort】:

Die Aufgabe des früheren Verbots, die Verjährungsfrist zu erschweren, also zu verlängern, in dem früheren § 225 BGB ist ein Kernanliegen des Gesetzgebers im Bereich des Verjährungsrechts. Die Verkürzung der allgemeinen Verjährungsfrist auf drei Jahre mit einem kenntnisabhängigen Beginn und der weitgehende Verzicht auf besondere Verjährungsvorschriften findet den inhaltlich notwendigen Ausgleich in der Freiheit der Parteien, nicht nur die Verjährungsfristen abweichend zu gestalten, sondern auch ihre Berechnung, ihre Hemmung oder ihren Neubeginn. In welchem Umfang die Beteiligten von dieser Freiheit Gebrauch machen, entzieht sich meiner Kenntnis. Statistiken oder belastbare Untersuchungen hierzu liegen nicht vor.

In Individualverträgen sind die Parteien dabei sehr frei. Es gilt im Grunde nur die Grenze der Sittenwidrigkeit (vgl. §138 Abs. 1 BGB), die allerdings dann erreicht sein wird, wenn die Verjährungsfrist entweder so verkürzt wird, dass der Gläubiger keine realistische Möglichkeit der Geltendmachung hat, oder umgekehrt in einem dem Schuldner nicht mehr zu zumutbaren Maße verlängert würde.

In der Mehrzahl der Fälle werden Vereinbarungen über die Verjährung als allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren und deshalb an §§ 307-309 BGB zu messen sein. Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH auch im Verhältnis von Unternehmen untereinander, da eine Verletzung der genannten Vorschriften Indizwirkung auch für eine unangemessene Benachteiligung unter Unternehmern hat. Nach § 309 Nr. 7 BGB darf die Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen ebenso wenig begrenzt werden wie die Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen. Eine Begrenzung der Haftung liegt auch in einer Verkürzung der Verjährung. Sie dürfte deshalb generell unzulässig sein. Bei Mängelansprüchen lässt § 309 Nr. 8 b) ff) BGB eine Verkürzung der Verjährung auf ein Jahr ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn – normalerweise Übergabe bzw. Abnahme im Werkvertrag – zu. Wichtig ist auch, dass es nicht allein auf die Länge der Frist, sondern auch auf ihren Beginn ankommt. Entscheidend dürfte sein, ob der Gläubiger unter Berücksichtigung auch der Regelung über den Beginn der Verjährungsfrist seine Rechte angemessen waren kann.

Für die Verlängerung der Verjährungsfrist bestimmt § 202 Abs. 2 BGB lediglich, dass die Verjährungsfrist nicht auf über 30 Jahre ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn verlängert werden darf. Das bedeutet aber nicht, dass eine Verjährung bis zu dieser Schwelle ohne weiteres zulässig wäre. Auch hier gibt es wieder einen Unterschied zwischen einem Individual- und einem AGB-Vertrag. In einem Individualvertrag sind die Grenzen weit. Es gilt im Grunde genommen wieder nur die Schwelle der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. Bei AGB Verträgen sind Klauseln über die Verlängerung der Verjährungsfrist am Maßstab des § 307 BGB zu messen. Man wird hier keine allgemeinen Regeln aufstellen können. Zwar spricht einiges dafür, dass die Grenzen der gesetzlichen Mängelgewährleistungsfristen nur bei besonderen Gründen überschritten werden können. Wenn es dafür aber besondere Gründe gibt, wäre eine entsprechende Verlängerung zulässig. Das gilt auch für die lange Verjährungsfrist von zehn Jahren in § 196 BGB.

Die Interessenabwägung wird nicht immer einfach sein. Die Gerichte können sich aber immerhin daran orientieren, dass der Gesetzgeber die Verjährungsfrist von drei Jahren mit einem kenntnisabhängigen Beginn in §§ 195, 199 BGB als im Grundsatz angemessen angesehen hat. Das gilt insbesondere für die Regelung über den kenntnisabhängigen Beginn, an deren Veränderung durch Vereinbarung der Parteien jedenfalls in AGB-Verträgen hohe Anforderungen zu stellen sind. Auch wie Fristen geben einerseits die von der regelmäßigen Verjährungsfrist abweichenden Regelungen und andererseits § 202 Abs. 2 BGB Anhaltspunkte, wonach die gesetzlichen Verjährungsfristen grundsätzlich auch verändert werden können. Die Beurteilung entsprechender Regelungen ist nicht immer einfach. Auf nennenswerte Schwierigkeiten sind die Gerichte in Deutschland aber dabei nicht gestoßen.

第四章 德國債務不履行法制及實務

第一節 德國民法有關債務不履行之改革重點¹¹

一、概說

1900 年之德國民法僅認識到給付不能、給付遲延、給付瑕疵等 3 種債務不履行類型，惟對許多案例而言，此 3 種類型規定顯有疏漏。給付不能固為債務不履行之核心，然實務上甚少發生，且只在特定類型的債之關係始有發生可能。給付不能在德國舊民法的體系上相當複雜，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，並可再區分全部不能與部分不能。在個案中須探究是否有給付不能、有無可歸責事由等也有困難，故實務上常有紛爭。此外，舊法上債務不履行之問題不僅複雜，在許多領域也不完整，故德國判例發展出許多制度，如締約上過失、積極侵害契約及法律行為基礎欠缺等。另舊法對於法定解除權的規定，在許多方面亦無法滿足實務需求，例如法定解除權之行使因為限於債務人對於債務不履行有可歸責之情況，因此在個案中可能有不公平的情形，有時債務人縱非可歸責，仍無法期待債權人繼續信守契約，而應賦予債權人得解除契約之權利。

2002 年德國對於債務不履行之改革主要方向是以「義務違反」為核心概念，將原本複雜的體系予以簡化，立法者主要致力於建構清晰之債務不履行體系及簡要之運作方式，希望藉由統一及簡化體系達到債法之現代化。謹就其中重要之法制規定內容說明如下。

二、重要法制規定內容

(一) 以「義務違反」為核心概念

德國民法第 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之損害。如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之（第 1 項）。因給付遲

¹¹ 以下主要參考黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，收錄於「德國新債法之研究」一書，98 年 9 月；許政賢，同註 7。摘述整理上開文獻對於德國民法重要法制之介紹。

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。債權人僅得於符合第 281 條、第 282 條或第 283 條之附加要件下，請求損害賠償代替給付（第 3 項）。」本條涵括一切因為「義務違反」所生損害賠償之情形，以「義務違反」為上位概念，所謂「義務違反」，包括主給付義務、從給付義務、不為給付、給付不能、不完全給付、給付遲延或附隨義務之違反。債務人必須舉證證明其無可歸責事由，才能免除損害賠償責任。「義務違反」不僅涉及損害賠償規範之共同基礎，亦構成買賣、承攬及租賃契約瑕疵擔保權利之基礎。

本條第 2 項及第 3 項分別進一步規定「遲延損害賠償」及「替代給付之損害賠償」之要件，「遲延損害賠償」須另符合第 286 條之附加要件（訂定適當期限催告仍未履行或無催告之必要），「替代給付之損害賠償」則須另符合第 281 條（給付遲延）、第 282 條（違反保護義務）或第 283 條（給付不能）之附加要件。

（二）履行請求權優先原則—以定期限催告給付或補正為一般要件

按德國民法第 281 條規定：「對已屆清償期之給付，債務人未提出或未依債務本旨提出，債權人亦已對債務人定相當期限請求給付或請求補正，而仍無效果者，債權人於符合第 280 條第 1 項要件時，得請求替代給付之損害賠償。債務人提出一部給付者，債權人僅於該部分之給付於己無利益時，始得請求替代全部給付之損害賠償。債務人未依債務本旨提出給付者，該義務違反不重要時，債權人不得請求替代全部給付之損害賠償（第 1 項）。債務人堅定而明確拒絕給付，或衡量雙方之利益後，有可認為立即行使損害賠償具正當性之特殊情事存在者，無須定期限（第 2 項）。依義務違反之種類不考慮定期限者，得以催告代之（第 3 項）。債權人請求替代給付之損害賠償者，給付請求權排除之（第 4 項）。債權人請求替代全部給付之損害賠償者，債務人得依第 346 條至第 348 條請求返還已為之給付（第 5 項）。」自上開規定可知，債權人對於債務人原則上須定相當期限催告其履行，債務人在期限屆滿仍未履行，債權人才能替代履行請求權主張其他權利。

至於在例外情形，倘若債之履行原本就不會有結果，依誠信原則再給予期限並意義，自毋庸再定期限催告，除給付不能之外，尚包含債務人認真且確定的拒

絕給付、非於一定時期為給付不能達其契約之目的、有特殊情形在考量雙方之利益後有理由立即解除者等情形。

（三）法定解除權之新規定

德國民法第 323 條規定：「雙務契約之債務人對清償期屆至之給付，未提出或給付未依契約本旨者，債權人對債務人已定相當期限請求給付或補正而無效果時，債權人得解除契約（第 1 項）。下列情形之一，毋庸定期限：一、債務人認真而明確拒絕給付者。二、債務人未於契約所定確定期日或於一定期限內提出給付，雖債權人於契約訂立前已通知債務人或按其他伴隨契約訂立之情事，可認合於期日或期限之給付，對債權人屬重要者，或三、於未依契約本旨提出給付之情形，如具特別情事，於衡量兩造之利益後，立即解除契約正當者（第 2 項）。依義務違反之種類，無法定期限者，催告取代定期限（第 3 項）。解除之要件顯然將發生者，債權人得於給付清償期屆至前解除契約（第 4 項）。債務人已提出部分之給付者，債權人僅於該部分之給付無利益時，始得解除全部之契約。債務人未依契約本旨提出給付者，其違反義務並非重大時，債權人仍不得解除契約（第 5 項）。債權人對使其得解除契約之情事，完全或大部分可歸責者，或因不可歸責於債務人之事由而債權人受領遲延之情形者，債權人不得解除契約（第 6 項）。」依上開規定，解除契約之新規定有以下變革及特色：

1. 解除契約不再以債務人有可歸責事由為要件：

如前所述，因債務不履行是否可歸責於債務人，在實務上往往難以判斷而容易引起爭議，且於個案中縱使不可歸責於債務人，有時也難以期待債權人繼續受契約拘束，故新法將解除契約與債務人之可歸責性脫鉤，原則上債權人僅須定期限催告債務人給付或補正，債務人屆期仍未給付或補正，債權人即得解除契約。另於例外情形特別規範債權人可不須定期限催告，包含：（1）債務人認真而明確拒絕給付者；（2）依所定期日或期限之給付，對債權人是屬重要者；（3）於未依契約本旨提出給付之情形，如具特別情事，於衡量兩造之利益後，立即解除契約正當者；（4）債務人因違反保護義務，致遵守契約於債權人無期待可能性時（德國民法第 324 條）；（5）給付不能（德國民法

第 326 條第 5 項)。

2. 清償期屆至前之解除契約

依德國民法第 281 條第 1 項規定，債權人要在清償期屆至後定期限催告，才能請求替代給付之損害賠償，但依據第 323 條第 4 項規定：「解除之要件顯然將發生者，債權人得於給付清償期屆至前解除契約。」債權人在清償期屆至前就可以解除契約，主要是指債務人於清償期屆至前預示拒絕給付的情形，在此情形下，已難以期待債權人繼續等待清償期屆至，故應允許債權人解除契約。

3. 解除契約後能否請求損害賠償另行規範

依德國民法第 323 條規定，因債務人是否具有可歸責事由並不影響債權人法定解除權的成立，僅會涉及債權人得否請求損害賠償之問題（德國民法第 280 條），故德國民法第 325 條進一步明定：「雙務契約之損害賠償請求權，不因契約解除而排除。」

4. 債權人不得解除契約之情形

依德國民法第 323 條第 6 項規定：「債權人對使其得解除契約之情事，全部或大部分可歸責者，或因不可歸責於債務人之事由而債權人受領遲延之情形者，債權人不得解除契約。」該項規定亦符合第 326 條第 2 項規定之精神：「債務人依第 275 條第 1 項至第 3 項無須給付之事實，全部或大部分可歸責於債權人者，或因不可歸責於債務人之事由而債權人受領遲延之情形者，債務人仍得請求對待給付。但因免給付而減省之費用，或因使用其勞力於他處而有所取得，或惡意怠於取得者，應扣除之。」

另依德國民法第 323 條第 5 項第 2 句規定：「...。債務人未依契約本旨提出給付者，其違反義務並非重大時，債權人仍不得解除契約。」故若違反之義務非關重要者，則債權人亦例外不得解除契約，只能請求減少價金。

(四) 給付不能構成型態及功能之重構

德國民法第 275 條規定：「給付對債務人或任何人均為不能者，給付請求權排除之（第 1 項）。給付所需之費用，依債之關係之內容及誠實信用之要求，與債權人之給付利益間顯失均衡者，債務人得拒絕給付。可期待於債務人努力之判斷，並應斟酌給付之阻礙是否可歸責於債務人（第 2 項）。債務人應自為給付，且於阻礙其給付之事由與債權人之給付利益互為衡量後，無法期待債務人為給付者，債務人亦得拒絕給付（第 3 項）。債權人之權利，依第 280 條、第 283 條至第 285 條，第 311a 條及第 326 條定之（第 4 項）。」故給付不能自此與可歸責事由脫鉤，僅是作為免除原定給付義務之事由，另一方面，債權人依第 326 條第 1 項規定亦得免除其對待給付義務。至於是否可歸責於債務人，則是另涉及債權人得否請求損害賠償之問題。

又過去舊法規定給付如自始客觀不能時，則契約無效；倘若契約並非無效，須可歸責於債務人所致之給付不能，債權人始得解除契約。然而，給付不能之界線範圍往往處於流動和模糊之狀態，在此情況下契約效力為何通常難以判斷；再者，是否為可歸責或不可歸責於債務人之給付不能，債權人通常是無法認識或獲悉，如此契約效力之狀態再度陷入一個債權人無法確知之疑惑。從法律安定性角度出發，契約效力應取決於債權人之決定，並回歸適用一般解除契約行使之方式，在未行使解除契約之意思表示前，契約效力應仍為有效。故德國民法第 326 條第 5 項規定：「債務人依第 275 條第 1 項至第 3 項規定無須為給付者，債權人得解除契約；契約之解除，毋庸定期限，其餘準用第 323 條規定。」不論給付不能是否可歸責於債務人，債權人均得解除契約；又因給付既然已屬不能，定期限催告已無義務，故此時契約之解除，毋庸定期限。

（五）締約上過失的明文化

依德國民法第 311 條規定：「以法律行為建立債之關係，以及債之關係內容的變更，除法律另有規定外，須有當事人間之契約為必要（第 1 項）。債之關係因為以下之情形，產生第 241 條第 2 項之義務：一、從事契約之協商；二、在締約準備中；三、一方當事人就可能之法律行為關係，給與他方影響其權利、法益及利益之機會，或將其權利、法益及利益託付他方，或有類似之交易接觸者（第

2 項)。債之關係就自身非契約當事人者，亦可能產生第 241 條第 2 項之義務。如第三人有高度信賴並因此影響契約之協商或締結者，尤易產生此種債之關係（第 3 項）。」德國舊民法對於締約上過失責任並無明文，其理念散見於個別的條文中，此一責任卻以習慣法的形態被普遍承認。2002 年修法後，德國民法第 311 條將締約上過失加以明文，規定請求權人因債務人違反義務之行為受有損害，過失的部分適用第 276 條至第 278 條規定，法律效果則依第 249 條規定：「負損害賠償義務者，應回復損害賠償事由發生前之原狀（第 1 項）。因傷害人身或毀損物件而應賠償損害者，債權人得請求回復原狀所必要之金額以代回復原狀。就物之損害依第一句所必要之金額，僅於事實上有營業稅發生時，始包括營業稅在內（第 2 項）。」受害人得要求回復事件發生前之狀況。

又德國有學說認為上述第 311 條第 3 項第 1 句亦可作為「附保護第三人作用之契約」之明文依據，惟尚有爭論，多數見解仍認為 2002 年德國債法修正並未將該制度納為明文，而容留實務及學說相當之發展空間。所謂「附保護第三人作用之契約」，可粗略描述為：契約外之第三人雖非利益第三人契約之第三人，但基於與該契約或契約當事人之一方間之特殊關係，而同受該契約之保護，使其得於因契約履行之障礙而受損害時得請求損害賠償之制度，例如承租人之家人或同居人、締結旅客運送契約之旅客之家屬，甚至包括受借用場地方之邀請而參加舞會之人。此項消極性之意涵界定乃著眼於：「附保護第三人作用之契約」乃德國實務百餘年發展之結果，對於關鍵性問題—同時亦為突破契約相對性之根本性問題—基於何種條件得使契約外第三人同受契約之保護，實務見解變動向有更迭，如何界定範圍並不容易，故迄今仍在發展中。

（六）行為基礎之干擾

德國民法第 313 條規定：「締結契約之基礎，在締約後有重大變更，當事人若能預知其情事，即不會簽約或締結不同內容之契約，如斟酌個案之一切情況，特別是契約或法定之危險分配，無法期待當事人之一方維持原契約者，得請求為契約之調整（第 1 項）。若為契約基礎之基本想法事後確認非屬正確者，視同情事之變更（第 2 項）。如契約之調整並非可能或者對一方不可期待，蒙受不利之一方得解除契約。在長期債之關係，得以終止契約替代解除契約（第 3 項）。」

德國法所謂行為基礎的變更或消失，在我國民法稱為「原則」。德國舊民法對此問題並未作概括的解決，僅在一些特別的情況以個別條文加以規範（如第 779 條（關於和解基礎之錯誤）、第 775 條（免除保證責任請求權）），新法第 313 條對於行為基礎的干擾則定有完整的規定，此一習慣法上承認的一般公平理論，在明文化以後，仍然只有在法律未有特別規定時才有適用。

新法採用「行為基礎的干擾」一詞，而未繼續使用過去實務上長期使用的「行為基礎的喪失」，乃是因為此原則可適用於「行為基礎的喪失」及「行為基礎自始不存在」兩種情況。又所謂行為基礎，包含「客觀行為基礎」與「主觀行為基礎」，前者是指作為契約基礎之事由在客觀上有存在或繼續之必要，才能有意義地維繫當事人之締約目的；後者則是用以處理雙方當事人對於作為締約基礎之情事，共同之主觀認識與客觀實際情形不同之問題，故涉及法律行為基礎自始欠缺之問題（第 313 條第 2 項）。至於行為基礎干擾之效果包含：契約之調整、解除或終止，當事人必須以訴請求為契約之調整，如果契約無法有繼續履行的可能，才會考慮解除或終止契約。

另德國學者 Horn 觀察德國實務及國際商事上的契約實務，在多數長期契約中，都會加入「重新協商條款」（*Neuverhandlungsklauseln*），讓當事人依契約負有義務於特定情況發生時，藉由協商方式變更契約個別條款並對之達成協議，故 Horn 在其債法修正鑑定意見中針對情事變更的規定，提議增訂重新協商義務的條文，但此一建議最終仍不為債法修正案所採納。而德國民法第 313 條是否可導出當事人的重新協商義務，則有爭議；且一方當事人是否能以他方拒絕協商為由，而逕自解除契約，亦有爭議。雖然在德國民法第 313 條的立法理由中，揭示出特別是當事人「應當」（*sollen*）先就契約調整自行進行協商的想，但條文中並未明確這樣規定。因此，在現行德國民法第 313 條下，當事人是否附有重新協商義務，仍有仁智之見¹²。而國際契約法文件上，歐洲契約法原則（*PECL*）第 6:111 條、國際商事契約通則（*PICC*）第 6.2.3 條、共同協議架構草案（*DCFR*）第 III-1:110 條，均定情事變更時當事人負有重新協商義務之明文。

¹² 參考楊宏暉，論情事變更原則下重新協商義務之建構，收錄於臺北大學法學論叢第 97 期，105 年 3 月，第 26-29 頁。

第二節 拜會德國聯邦律師公會詢答情形

- 一、德國民法於第 275 條規定給付義務免除之情形，並且區分第 1 項的「給付請求權排除之」、第 2 項及第 3 項之「債務人得拒絕給付」，請問區別此兩種法律效果之理由為何？實務操作時是否有所區別？另因第 275 條第 2 項及第 3 項均須進行利益衡量，法院在操作時有無困難？有無建立相關適用案例類型？實務上有無發展出更具體細緻的判斷基準？

【回答】：

- 民法第 275 條第 1 項規範真正不能 (echte Unmöglichkeit) 的情形。據舊法便已發展出一系列的案例類型，至今在新法系統下仍適用。
- 民法第 275 條第 2 項及第 3 項的情形中，給付並非完全不可能，只是較困難。在這樣的情形中，債務人可以在履行給付義務時保有其對待給付的請求權。因此，這邊債務人僅擁有一個拒絕給付的權利。
- 民法第 275 條第 2 項的適用範圍很窄，因為約定後卻無法給付之風險原則上就本應由債務人承擔。個案中如有疑問，則民法第 313 條優先於第 275 條第 2 項適用，當事人可能可以根據第 313 條的規定調整合約。
- 民法第 275 條第 2 項的適用門檻比同法第 439 條第 4 項、第 635 條第 3 項高。根據該二條項規定，只要開銷不符合比例原則，當事人便得行使給付拒絕權。
- 民法第 275 條第 3 項適用範圍也很窄。大多數涉及勞動法相關案件，例如當事人因近親屬死亡或重病而無法工作。在很多情形下，勞動法中都有特殊規定，因此民法第 275 條第 3 項真正適用的情形很少。

【Antwort】：

- § 275 Abs. 1 BGB regelt die „echte“ Unmöglichkeit. Dazu gibt es eine Reihe von Fallgruppen, die bereits nach altem Recht entwickelt wurden. Die

Rechtsprechung dazu ist auch nach neuem Recht noch aktuell.

- In den Fällen der Absätze 2 und 3 ist die Leistung nicht schlechthin unmöglich, sondern nur erschwert. Hier soll der Schuldner erfüllen dürfen und dann auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung behalten. Deswegen besteht hier „nur“ ein Leistungsverweigerungsrecht.
- § 275 Abs. 2 BGB hat nur einen sehr engen Anwendungsbereich, weil der Schuldner grundsätzlich das Risiko tragen soll, dass er die Leistung, die er versprochen hat, auch erbringen kann. Außerdem geht im Zweifelsfall die Möglichkeit einer Anpassung des Vertrages nach § 313 BGB als speziellere Norm vor. § 275 Abs. 2 BGB ist insbesondere strenger als die rechtsähnlichen §§ 439 Abs. 4 und 635 Abs. 3 BGB, wo bereits unverhältnismäßige Kosten das Leistungsverweigerungsrecht begründen.
- § 275 Abs. 3 BGB hat ebenfalls nur einen engen Anwendungsbereich. Die meisten Fälle finden sich im Arbeitsrecht; ein Beispielfall ist Arbeitsverhinderung durch Tod oder schwere Erkrankung eines nahen Angehörigen. Vielfach bestehen arbeitsrechtlich allerdings Sonderregeln, so dass § 275 BGB weitgehend leer läuft.

二、其他國際契約法文件並不像德國民法第 275 條區分這麼多給付不能的概念或類型，請問第 275 條第 2 項、第 3 項在實務上適用的案例多嗎？（補充提問）

【補充回答】：

- 第 275 條第 2 項、第 3 項在實務上幾乎沒有相關案例，在學習法律時總會進行這樣的區分，例如第 2 項典型案例是戒指沉入海底，但在實務上幾乎沒有相關案例。實際的案例大多為第 1 項的客觀不能，例如有個人在電視宣稱它可以跟死者對話，觀眾因而一直給他錢，在此情況下，法院判定此為客觀不能。

- 但第 275 條也是必要的，因為它限縮了給付義務的範圍，若無此種規定，當一方履行給付義務（例如一方付了錢）時，就可以向法院訴請他方必須為對待給付，所以這種病態的債之關係，總是要找到方法去解決它，就是本條存在的意義。
- 臺灣修法時曾考慮是否要參考德國民法第 275 條規定，但也有人認為該條規定太過複雜，且因為第 2 項、第 3 項還需要作利益衡量，擔心會對實務運作造成困擾或衍生爭議。因此提出這個問題。
- 一個案件是否屬於真正不能，其實與科技發展也有關係，例如雙方約定在 10 小時內將貨品從德國帶到紐約，或許在過去是不可能的，但現在已經成為可能。

三、德國民法有無「附保護第三人作用之契約」的明文依據？第 311 條第 3 項可否作為「附保護第三人作用之契約」的依據？實務上如何合理限制第三人之範圍？自第 311 條第 3 項文義上來看，擴張及於第三人者似乎僅限於「保護義務」，然實務運作時並不限於債務人違反保護義務之情形（例如在被告律師疏未依委託人指示代立遺囑，以致原告未能成為繼承人之例（BGH JZ 1966, 14），德國聯邦最高法院准許原告對被告律師之損害賠償請求權，被告律師顯係未履行其給付義務，而非保護義務），司法機關對於附保護第三人作用契約效力有無發展出可供參考之操作模式或判斷基準？

【回答】：

- 德國民法無「附保護第三人作用之契約」的明文規定。民法第 311 條第 3 項亦非其依據。民法第 311 條第 3 項規定第三人之責任：第三人雖非合約當事人，但應如合約當事人一般負責。附保護第三人作用之契約則是約定：合約當事人之一方在一些特殊情形下，若違反義務，也應對（非合約當事人的）第三人負責任。
- 傳統上附保護第三人作用之契約規定於民法第 328 條。這並未因債法現代化而改變。舊判決也繼續具有參考價值。

- 關於附保護第三人作用之契約，有發展出一些抽象的判斷指標（缺乏具體的闡述）。
- 為填補法律明文上的空缺，發展出了大量的判例，在 Palandt 所著的小本評釋書裡就佔了兩頁半的篇幅。關於具體個案是否得適用，往往可以透過與這些判例進行比較而獲得結論。

【Antwort】：

- Es gibt im BGB keine ausdrückliche Vorschrift für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. § 311 Abs. 3 BGB ist keine Grundlage für dieses Rechtsinstitut. § 311 Abs. 3 BGB behandelt den Fall, dass eine Person, die tatsächlich nicht Vertragspartner ist, wie ein Vertragspartner haftet; im Falle des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter besteht ein Vertrag, es geht also um die Haftung des Vertragspartners, allerdings wird aus dem Vertrag auch Dritten gegenüber in besonderen Fällen für Pflichtverletzungen gehaftet.
- Traditionell wird das Institut des Vertrages zugunsten Dritter bei § 328 BGB verortet. Daran hat sich durch die Schuldrechtsmodernisierung nichts geändert. Die bisherige Rechtsprechung kann weiterhin herangezogen werden.
- Es gibt Kriterien für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die aber sämtlich abstrakt formuliert sind.
- Zur Ausfüllung gibt es eine umfangreiche Kasuistik, deren Darstellung schon im Kurzkomentar von Palandt zweieinhalb Seiten einnimmt. Anhand dieser Kasuistik wird man häufig dem eigenen Fall vergleichbare Entscheidungen finden können.

四、德國民法並未於 2002 年將「附保護第三人作用契約」納入明文，是否係因為立法技術上有其困難性？【補充提問】

【補充回答】：

- 立法技術上確實十分困難，民法第 311 條所定之附隨義務，文字本身非常不明確，在每個附保護第三人作用裡，都必須去進行契約的解釋，亦即該契約究竟有無附保護第三人效力的作用，所以在此方面無法作一明確的規定。
- 如果當事人間有一租賃契約，若是承租人的友人來訪，該友人即是附保護第三人作用契約的第三人，但若是小偷進屋，則此小偷就不會被保護。例如在一間店家地上有一個香蕉皮致人滑倒受傷，但從外觀來說很難判定該人是要進店消費，還是進店行竊，因此附保護第三人作用契約理論的操作必須依每個案件個別判斷具體情形，判斷在該情況下，究竟有無附保護第三人作用。

五、德國民法於 2017 年 7 月 17 日增訂第 844 條第 3 項，規定「對於損害事故發生時與死者有特別親近之私人關係之人所受之精神上痛苦，損害賠償義務人應賠償相當之金額。死者之配偶、共同生活伴侶、父母及子女，推定為有特別親近之私人關係之人。」增訂該項規定之背景及理由為何？除了死者之配偶、共同生活伴侶、父母及子女外，實務上認定「與死者有特別親近之私人關係之人」的範圍及類型為何？另德國民法已於 1990 年刪除「非財產性損害賠償可繼承性」的限制條件，無條件承認受害人非財產性損害賠償請求權的可繼承性，而死者之配偶、共同生活伴侶、父母及子女等特別親近之私人關係之人亦多為繼承人，在搭配民法第 844 條第 3 項之規定下，是否可能產生該等人之非財產上損害被雙重填補之質疑？

【回答】：

- 德國法中遺族的慰撫金請求權適用範圍很窄（驚嚇損害的相關判決），以前被視為是一項不足。2015 年 3 月一位患精神障礙的飛機駕駛員蓄意使一架乘有 150 名中學生的飛機墜機。這時候立法者真的意識到這方面法規的必要性。

- 法律推定配偶、同居生活伴侶、父母、子女屬於「與死者有特別親近之私人關係之人」。此一推定可以透過舉證推翻。
- 拼組家庭也包含在內。立法者即是基於此一考量採用比較開放性的措詞。
- 實務是否還會建立新的案例類型，仍不明朗，因為此法施行期間仍不夠久。
- 當一名與死者有特別親近之私人關係之人同時是死者的遺產繼承人時，他可能可以基於自身的權利或以繼承人身分行使死者的權利，請求慰撫金。他能獲得雙重的補償，不必然是一個不合理的結果。另外，若事故與死亡之發生間隔不久，慰撫金金額一般不高。最後，可透過斟酌具體情形並調整慰撫金的金額，以避免個案中產生不合理的法律效果。

【Antwort】:

- Es wurde als Mangel empfunden, dass das deutsche Recht Schmerzensgeldansprüche hinterbliebener Menschen nur sehr begrenzt anerkannte (sog. Schockschadenrechtsprechung). Im März 2015 brachte ein offenbar psychisch gestörter Pilot ein Flugzeug mit 150 Schülern bewusst zum Absturz. Spätestens damit sah der Gesetzgeber sich gefordert.
- Dass zu Ehegatten, Lebenspartnern, Eltern und Kindern ein besonderes persönliches Näheverhältnis besteht, wird nach dem Gesetz lediglich vermutet. Die Vermutung ist widerleglich.
- Ein persönliches Näheverhältnis wird vielfach in sog. „Patchwork-Familien“ anzutreffen sein. Deswegen hat der Gesetzgeber den Tatbestand bewusst offen formuliert.
- Ob die Praxis darüber hinaus Fallgruppen bilden wird, ist noch nicht abzusehen. Dafür ist die Norm noch zu neu.

- Es ist richtig, dass der Hinterbliebene, der gleichzeitig Erbe des Getöteten ist, möglicherweise Schmerzensgeld sowohl aus eigenem Recht als auch als Erbe des Getöteten verlangen kann. Das muss aber nicht zwingend unbillig sein. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass im Falle eines schnell eingetretenen Todes die Schmerzensgeldansprüche herkömmlich nicht besonders hoch sind. Schließlich kann man im Einzelfall unangemessene Folgen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes korrigieren.

六、德國民法雖以「義務違反」作為違約救濟之基本構成要件（德國民法第 280 條），但在個別救濟上，似乎仍依義務違反之態樣及義務之種類，進行給付遲延、給付不能及不完全給付的三大類型區分，目前德國各界對於此種「義務違反類型導向」之規範方式有無相關批判？未來是否考慮參考 PECL、PICC、DCFR 等國際契約法統一文件改採「救濟方法導向」之規範方式？若以審判實務的角度，何種規範方式較有利於實務適用？

【回答】：

- 民法第 280 條第 1 項不只進行給付遲延、給付不能及不完全給付的三大類型的區分。該法更重要的目的在於，將從前未明文的法律制度「積極侵害債權」（positiven Vertrags- oder Forderungsverletzung）成文化。
- 民法第 280 條以下必須配合歐盟的消費品買賣指令的內容進行理解。例如根據舊法，買受人沒有法定的另交無瑕疵之物的請求權。若購買之物品有瑕疵，買受人得主張買賣的解銷（Wandlung）或價金的減少（Minderung）。而根據現行法律，第 280 條在買賣法裡也是一個重要的請求權基礎（參民法第 437 條第 3 款）。
- 立法過程中，新法內容也在學術界掀起熱烈討論。最後沒有被採納的意見，想當然耳並沒有隨修法完成而立即不見。實務操作因應新法進行調整，新法實施尚屬順暢。
- 聯合國國際貨物銷售合同公約和其他國際條約無法原封不動地被轉抄進

國內法，對各國和他國都是如此。單單履行身為歐盟成員國應（依自由選擇的形式及立法）執行指令的義務就已有很多困難必須面對了。

- 實務界的人特別看重法的確定性。經驗顯示，法院和律師都能應用現行的法規得到合理的結果、解決實務上的法律問題。缺乏迫切緣由的情形下更動民法的核心要件，對實務者沒有幫助。

【Antwort】：

- § 280 Abs. 1 BGB geht über die Einteilung Unmöglichkeit der Leistung, Verzug und „nicht gehörige Leistung“ hinaus. Ein wesentlicher weitergehender Zweck der Norm war es, das bisher ungeschriebene Rechtsinstitut der sog. positiven Vertrags- oder Forderungsverletzung zu kodifizieren.
- §§ 280 ff. BGB können ferner nur vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie der EU verstanden werden. Nach altem Recht gab es beispielsweise keinen gesetzlichen Nachlieferungsanspruch des Käufers. War die Kaufsache mangelhaft, konnte der Käufer nur Wandelung oder Minderung verlangen. Das hat sich geändert, so dass § 280 BGB nun eine zentrale Anspruchsnorm auch im Kaufrecht geworden ist (vgl. auch § 437 Nr. 3 BGB).
- Die Neuregelung war im Gesetzgebungsverfahren Gegenstand teilweiser heftiger Auseinandersetzungen in der Wissenschaft. Die Kritik gerade derjenigen, die sich mit ihren eigenen Konzepten nicht durchgesetzt haben, ist auch nach dem 01.01.2002 nicht sogleich verstummt. Das wäre auch verwunderlich. Die Praxis hat sich mit dem modernisierten Schuldrecht arrangiert.
- Das CISG und andere „internationale Regelwerke“ können nicht bruchlos in das nationale Recht übertragen werden. Das gilt für Deutschland ebenso wie

für andere Staaten. Schon das Erfordernis EU-richtlinienkonformer Rechtsanwendung bereitet genug Schwierigkeiten.

- Der Praktiker wünscht sich insbesondere Rechtssicherheit. Die Erfahrung mit den geltenden Normen lehrt, dass Gerichte und Anwälte die praktischen Rechtsfragen gut und mit nachvollziehbaren Ergebnissen in den Griff bekommen. Große Eingriffe in den Kernbestand der Zivilrechtsnormen ohne zwingenden Anlass empfindet der Praktiker nicht als hilfreich.

七、CISG 第 48 條、PICC 第 7.1.4 條、PECL 第 8:104 條、DCFR 第 3:202 條等國際契約法文件均有規範「債務人補救之權利（Cure by non-performing party）」，規定在特定條件下，債務人有權可透過修正方式對其債務不履行進行補救，債權人在補救期間內除得拒絕履行其對待給付義務外，不得行使其他救濟方法（終止契約、要求替代給付、損害賠償等）。德國對此有無相關之討論？律師對於增訂此種規定之看法如何？

【回答】：

- 債權人的損害賠償請求權不因債務人仍能為補正履行（Nacherfüllung）而被排除。債權人僅不得請求損害賠償替代給付（Schadensersatz statt der Leistung）。
- 在債法改革以前，承攬契約法裡面就已經有補正履行優先的規定。買賣契約實務上也往往透過契約或定型化契約進行這樣的約定。消費品買賣時補正履行優先原則在歐盟指令中也有明文。這方面沒有什麼特別值得深入討論的問題。
- 如前所述，律師們本來就有適用補正履行優先原則的經驗，因此適用新法並不困難。

【Antwort】：

- Auch wenn der Schuldner noch die Möglichkeit der Nacherfüllung hat, sind

Schadensersatzansprüche des Gläubigers nicht ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist nur der Schadensersatzanspruch statt der Leistung.

- Schon vor der Schuldrechtsmodernisierung gab es im Werkvertragsrecht den Vorrang der Nacherfüllung. Im Kaufvertragsrecht wurden entsprechende Regelungen häufig vertraglich – auch in AGB – vereinbart, waren also Teil der Rechtspraxis. Schließlich war der Vorrang der Nacherfüllung im Verbrauchsgüterkauf durch die EU-Richtlinie vorgegeben. Nennenswerter Diskussionsbedarf zu diesem Aspekt kann nicht festgestellt werden.
- Da die Anwälte den Vorrang der Nacherfüllung bereits kannten (siehe vorstehend), bereiten ihnen die Neuregelungen keine grundlegenden Schwierigkeiten.

八、目前德國民法是從買受人（債權人）的角度規範修補請求權。相對而言，出賣人是否可主張修補優先的權利？例如出賣人拒絕另行給付無瑕疵之物（全新的 3C 產品），而主張以修補方式履行其債務？（補充提問）

【補充回答】：

- 依民法第 439 條，買受人得請求出賣人補正標的物瑕疵，只有在不符合比例原則的情況下，出賣人可能例外得主張其只要修補，此一規定的來源是出於歐盟指令。
- 德國債法改革之際，同時歐盟的指令也被要求必須轉化為國內法，德國對於一般民眾的買賣和涉及消費者的買賣並沒有進行區分，所以多數法規適用於所有情形，僅有少部分專門是用於消費者的買賣，這種規範方式避免了許多困擾和麻煩。
- 德國亦曾討論過在民法以外是否另定消費者保護法，民法中有關定型化契約之規定，不僅適用於消費者，亦可能適用於企業之間的定型化契約。

九、德國債法近期關注之重點為何？

【回答】：

- 意定之債在債法改革以後也進行了大幅修改。遠距交易及網路交易的規範亦然。另有些修法乃受歐盟指令所驅使。
- 目前還沒有計畫進行更動民法基礎架構的大幅度債法改革。

【Antwort】：

- Das Recht einzelner Schuldverhältnisse (z. B. Miete, Darlehen, Reisevertrag) ist auch nach Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung grundlegend überarbeitet worden. Wesentliche Eingriffe gibt es darüber hinaus bei Fernabsatzgeschäften und anderen Geschäften im Internet. Einige Reformen sind wiederum durch EU-Richtlinien getrieben.
- Grundlegende Reformen, die in das System des BGB so tief eingreifen würden wie die Schuldrechtsmodernisierung, sind derzeit nicht geplant.

第三節 拜會法蘭克福高等法院詢答情形

一、關於德國民法內容的疑義、施行後發生之問題及解決方法

- (一) 德國民法於第 275 條規定給付義務免除之情形，並且區分第 1 項的「給付請求權排除之」、第 2 項及第 3 項之「債務人得拒絕給付」，請問區別此兩種法律效果之理由為何？實務操作時是否有所區別？另因第 275 條第 2 項及第 3 項均須進行利益衡量，法院在操作時有無困難？有無建立相關適用案例類型？實務上有無發展出更具體細緻的判斷基準？

【回答】：

第 275 條第 2 項及第 3 項－相對於第 1 項－擴大了債務人免去給付義務的範圍，超越客觀不能及主觀不能，而及於對債務人無期待可能性之情形。但債務人之給付義務並非因此依法消失。毋寧此應由債務人加以主張。這兩項規定應該予以嚴格解釋。

【Antwort】：

Die Absätze 2 und 3 des § 275 BGB erweitern (gegenüber Abs. 1) den Bereich des Wegfalls der Leistungspflicht des Schuldners über die Fälle der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit hinaus auf Fälle der Unzumutbarkeit für den Schuldner. Allerdings fällt dann die Leistungspflicht des Schuldners nicht kraft Gesetzes weg. Vielmehr muss sich der Schuldner darauf berufen. Diese Bestimmungen sind eng auszulegen.

- (二) 德國民法修正前第 276 條第 1 項第 1 句為：「除另有規定外，債務人對故意過失應負責任。」修正後為：「較故意或過失更重或更輕之責任，並未規定，亦無法自償之關係其他內容，尤其自擔保之承擔或獲取風險之承擔等情事導出者，債務人就故意或過失之行為為可歸責。」將修正前之「另有規定」之意旨作進一步闡釋，明文確認故意過失之外，尚有擔保責任及獲取義務之承擔等債務人歸責事由，作此一修正是否係為強

調債務不履行之歸責事由已不再是以故意過失為原則，而是回歸契約解釋？是否有意淡化傳統過失責任之色彩，而朝向英美法之嚴格責任邁進？

【回答】：

在舊法之下，第 276 條「應負責任」（Vertretenmüssens）之概念便已不侷限於過錯（故意及過失）。雖然債務人總是要為故意或過失負責，或者依舊法第 277 條及第 287 條之規定，總是要為故意或重大過失負責，但債務人並不只為故意及重大過失負責。在此範圍內，舊法第 276 條是容易引起誤解的。毋寧從其他規範可以得出，在一定要件之下，債務人負無過失責任。

在所謂危險責任的情況，例如道路交通法第 7 條動力交通工具持有人的責任，或強制責任法第 1 條鐵路經營者之責任，債務人就基於操作動力交通工具或鐵路而生危險之實現所肇致之一切損害，負賠償責任。債務人是否有過錯，在所不論。

除此之外，即便在舊法之下，債權人或債務人在一定條件之下就必須為事變負責，例如出賣人依舊法第 459 條第 2 項規定為買賣標的物欠缺保證品質負責，或陷於受領遲延之債權人依舊法第 300 條第 2 項為標的物因事變而滅失負責。相應的規定，新法規定在第 443 條及第 300 條第 2 項。

修正後民法第 276 條第 1 項之文字，擴大了「應負責任」之內容，然而他不過是基於澄清之目的而納入舊法已承認之情形。第 276 條第 1 項第 1 句第 2 半句之責任擴張或責任縮減，不僅指稱依契約約定（債之內容），也包含依法律訂定。

無論新法第 276 條如何規定，在給付障礙法部分之債法改革，已某程度使其偏離過錯責任原則。這一點在新法第 280 條第 1 項的文字就可以看出來：債務人原則上為義務違反負責（第 280 條第 1 項第 1 句）。債務人為脫免此一責任，必須主張並證明，他就義務違反不可歸責（第 280 條第 1 項第 2 句）。一開始最關鍵的，就僅在於客觀之義務違反。相應地，依照第 275

條第 1 項債務人給付義務之排除及其法律效果，便不以債務人就給付不能可歸責為必要。最後，第 323 條、第 324 條及第 326 條第 5 項關於雙務契約中債權人之解除權，不再以債務人就給付障礙可歸責為必要。

【Antwort】 :

Schon nach dem alten Schuldrecht hat der Begriff des „Vertretenmüssens“ mehr umfasst als nur Verschulden (Vorsatz und Fahrlässigkeit). Der Schuldner musste zwar immer Vorsatz und Fahrlässigkeit vertreten, bzw., etwa in den Fällen der § 277 und 287 BGB a.F., Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Doch musste er nicht lediglich Vorsatz und (grobe) Fahrlässigkeit vertreten. Insofern war § 276 BGB a.F. missverständlich. Vielmehr ergab sich aus anderen Normen unter bestimmten Voraussetzungen eine verschuldensunabhängige Haftung.

In Fällen der sogenannten Gefährdungshaftung, etwa des Halters eines Kraftfahrzeugs nach § 7 des Straßenverkehrsgesetzes oder des Betreibers einer Eisenbahn nach § 1 des Haftpflichtgesetzes, haftete und haftet der Schuldner für alle Schäden, in denen sich eine von dem Betrieb des Kraftfahrzeugs bzw. der Bahn ausgehende Gefahr realisiert. Ob ihn ein Verschulden trifft, war und ist unerheblich.

Darüber hinaus haftete ein Schuldner oder Gläubiger schon nach altem Schuldrecht unter bestimmten Voraussetzungen auch für Zufälle, etwa der Verkäufer nach § 459 Abs. 2 BGB a.F. für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache oder der Gläubiger, der sich im Verzug der Annahme befand, nach § 300 Abs. 2 BGB a.F. für den zufälligen Untergang einer Sache. Vergleichbare Regelungen finden sich nun in § 443 BGB und (noch immer) in § 300 Abs. 2 BGB.

In die Formulierung des § 276 Abs. 1 BGB neuer Fassung sind die gesetzlichen Erweiterungen des Vertretenmüssens, die es schon nach altem Schuldrecht gab, klarstellend mit aufgenommen worden. § 276 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB

betrifft also nicht nur vertraglich vereinbarte Haftungserweiterungen oder -beschränkungen („Inhalt des Schuldverhältnisses“), sondern auch gesetzlich normierte („bestimmt“).

Unabhängig von der Neufassung des § 276 BGB hat die Schuldrechtsreform beim Recht der Leistungsstörungen eine gewisse Abkehr von einer Verschuldenshaftung mit sich gebracht. Dies zeigt sich bereits an der Formulierung des § 280 Abs. 1 BGB: Der Schuldner haftet grundsätzlich für Pflichtverletzungen (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB). Um einer Haftung zu entgehen, muss er darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Entscheidend ist also zunächst alleine die objektive Pflichtverletzung. Entsprechend hängen nach § 275 Abs. 1 BGB der Ausschluss der Leistungspflicht des Schuldners und dessen Rechtsfolgen grundsätzlich nicht mehr davon ab, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Schließlich ist nach §§ 323, 324, 326 Abs. 5 BGB das Rücktrittsrecht des Gläubigers beim gegenseitigen Vertrag nicht mehr davon abhängig, dass der Schuldner die Leistungsstörung zu vertreten hat.

(三) 德國民法有無「附保護第三人作用之契約」的明文依據？第 311 條第 3 項可否作為「附保護第三人作用之契約」的依據？實務上如何合理限制第三人之範圍？自第 311 條第 3 項文義上來看，擴張及於第三人者似乎僅限於「保護義務」，然實務運作時並不限於債務人違反保護義務之情形（例如在被告律師疏未依委託人指示代立遺囑，以致原告未能成為繼承人之例（BGH JZ 1966, 14），德國聯邦最高法院准許原告對被告律師之損害賠償請求權，被告律師顯係未履行其給付義務，而非保護義務），司法機關對於附保護第三人作用契約效力有無發展出可供參考之操作模式或判斷基準？

【回答】：

附保護第三人效力之契約的法律制度，學說上一開始是透過類推適用第 328 條發展出來，隨後才由司法判決加以承認。基於債法改革之目的，照理應該將這個制度納為明文。然而這一點最後並沒有達成。

實務見解早在債法修正以前就為附保護第三人作用之契約發展出清楚且實務上可行的標準。這些標準至今仍是有效的。「附保護第三人作用之契約」中之「保護作用」一詞，是有點誤導的。它並不是說，使契約之一方對第三人負有特別的保護義務，而是，從契約當事人之義務違反第三人得享有自己的請求權。第三人受有損害，而當事人之一方對於他方之請求權則可以說是延伸至第三人所受的損害。在 2.9 所提到的德國聯邦法院判決中，契約係存在於被繼承人與律師之間。律師係違反其原本對於被繼承人之義務，但是由繼承人受有損害。

附保護第三人作用之契約的要件如下：

- 第三人之給付接近性：必須第三人會因為債務人（例如前述之律師）之給付而受到影響。第三人必須如同債權人一般同樣處於債務人義務違反的風險之中。但在前述案例中，被繼承人在其死亡之後即不在受到律師義務違反的影響，而是繼承人。
- 債權人有將該第三人納入契約之利益：必須債權人就將第三人納入契約之保護範圍具有特殊之利益。在前述案例中，此項利益是存在的。被繼承人希望他的財產由繼承人取得，因而特別為了繼承人之利益與律師成立契約。
- 第三人之給付接近性及債權人有將該第三人納入契約之利益，須為債務人可得而知：第三人會受到債務人給付之影響，以及債權人就債務人對第三人應為其義務違反負責，這兩件事必須對債務人而言屬於可得而知。德國聯邦法院在前述案例中也提出這個要件。對於律師來說，他必須知悉，被繼承人係為繼承人之利益而締約。
- 第三人值得保護：只要第三人得對債務人以外之人請求賠償其所受損害，債務人即無須對該第三人負責。

附保護第三人作用之契約是讓不屬於契約當事人之第三人享有請求權，德國民法第 311 條第 3 項則是額外課與不屬於契約當事人之第三人以責任。典型案例是企業之員工銷售金融商品。如該員工對投資人提供錯誤的資訊，使投資人因此受有損害，原本應由企業負責。但若符合德國民法第 311 條 3 項之要件，則該第三人本人額外地必須負責。這在企業已經倒閉、然而該員工名下仍有財產的情況，特別有助於被害人主張權利。

【Antwort】 :

Das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte war zunächst in der Rechtswissenschaft in Analogie zu § 328 BGB entwickelt worden und wurde bald in der Rechtsprechung anerkannt. Entsprechend der Zielsetzung der Schuldrechtsreform hätte es nahe gelegen, auch dieses Rechtsinstitut gesetzlich zu normieren. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

Die Rechtsprechung hatte bereits vor der Schuldrechtsreform klare und praktisch brauchbare Kriterien für die Einbeziehung eines Dritten in einen zwischen anderen Personen geschlossenen Vertrag entwickelt. Sie sind weiterhin maßgeblich. Das Wort „Schutzwirkung“ in dem Begriff „Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte“ ist ein wenig irreführend. Es geht nicht darum, dass einer Vertragspartei besondere Schutzpflichten gegenüber dem Dritten auferlegt werden, sondern darum, dass der Dritte aus Pflichtverletzungen einer Vertragspartei eigene Ansprüche herleiten kann. Der Dritte hat den Schaden, und der vertragliche Anspruch einer der Vertragsparteien gegen die andere Partei wird sozusagen zum Dritten, also zum Schaden, hingezogen. In dem in Frage 2.9. zitierten Fall des BGH bestand der Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Rechtsanwalt. Der Anwalt hat Pflichten verletzt, die primär gegenüber dem Erblasser bestanden. Aber der Erbe hatte letztlich den Schaden.

Voraussetzungen einer Schutzwirkung eines Vertrags für einen Dritten sind:

- Leistungsnähe des Dritten: Der Dritte muss mit der Leistung des Schuldners (z.B. des Anwalts) „in Berührung kommen“. Er muss den Gefahren von Pflichtverletzungen des Schuldners genauso ausgesetzt sein wie der Gläubiger. Dies war z.B. im Fall des Erben zu bejahen. Unter Pflichtverletzungen des Anwalts muss der Erblasser nach seinem Tod nicht mehr leiden, wohl aber der Erbe.
- Einbeziehungsinteresse des Gläubigers: Der Gläubiger muss ein besonderes Interesse daran haben, den Dritten in den Schutzbereich des Vertrages einzubeziehen. Auch das war im zitierten Fall zu bejahen. Der Erblasser will seinen Nachlass dem Erben zukommen lassen und handelt daher auch insbesondere in dessen Interesse.
- Erkennbarkeit der Leistungsnähe und des Einbeziehungsinteresses für den Schuldner: Für den Schuldner muss deutlich werden, dass ein Dritter mit seiner Leistung in Berührung kommt und dass der Gläubiger ein Interesse daran hat, dass der Schuldner auch gegenüber dem Dritten für Pflichtverletzungen haftet. Diese Voraussetzung hat im Fall des BGH ebenfalls vorgelegen. Dem Anwalt musste klar sein, dass der Erblasser letztlich im Interesse des Erben handelte.
- Schutzbedürftigkeit des Dritten: Sofern der Dritte einen Anspruch auf den Ersatz seines Schadens gegen einen anderen als den Schuldner hat, haftet ihm der Schuldner nicht.

Während aus dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ein Anspruch einer nicht an dem Vertrag beteiligten Person folgt, normiert § 311 Abs. 3 BGB eine zusätzliche Haftung einer dritten Person, die nicht am Vertrag beteiligt ist. Typisches Beispiel ist der Mitarbeiter eines Unternehmens, das Kapitalanlagen vertreibt. Berät er einen Anleger fehlerhaft und hat der Anleger infolge dessen einen Schaden, so haftet primär das Unternehmen. Unter den Voraussetzungen des § 311 Abs. 3 BGB haftet aber zusätzlich der Mitarbeiter persönlich. Das ist

dann hilfreich, wenn – wie so oft – das Unternehmen insolvent ist, der Mitarbeiter aber noch Privatvermögen hat.

(四) PECL 第 6:111 條、PICC 第 6.2.3 條、DCFR 第 1:110 條、2016 年修正之法國民法第 1195 條均規定，契約成立後若發生無法預見的情事變更，當事人負有「於合理期限內重新進行協商之義務」，德國債法修正時亦曾有相關討論，但最終仍未被採納，主要理由為何？目前德國民法第 313 條雖未明文規定，但在實務操作上，是否亦可推導出當事人負有重新進行協商之義務？

【回答】：

依照德國民法第 313 條第 1 項規定，契約當事人相互間均得請求契約之調整。此時契約之調整只能透過合意達成，因而任何的調整都必須經過協商。只要一方當事人拒絕協商，受損之他方得依第 313 條第 3 項解除或終止契約。

課與拒絕協商之一方以協商之義務，並沒有意義。這種意義難以強迫其履行。因為，如何強迫一個已經拒絕協商的當事人，繼續進行協商？這種協商義務—不可替代之行為義務—或許能夠以訴請求；原告取得勝訴確定判決後，至多也只能嘗試以怠金或管收之方式迫使相對人與其協商。這是否為達成協商的有效辦法，頗值得懷疑。相反地，讓因為情事變更而受利益之一方承擔因其拒絕協商導致他方解除契約之危險，從受有利益之一方來說，反而為他提供了進行協商以避免契約被解除的誘因。

【Antwort】：

Nach § 313 Abs. 1 BGB können die Vertragsparteien voneinander eine Anpassung des Vertrags verlangen. Eine Anpassung kann nur einvernehmlich erfolgen, so dass jeder Anpassung Verhandlungen voraus gehen müssen. Sofern eine Partei Verhandlungen verweigert, kann die benachteiligte Partei nach § 313 Abs. 3 BGB vom Vertrag zurücktreten bzw. den Vertrag kündigen.

Eine Pflicht zu Verhandlungen würde dem gegenüber keinen Gewinn bringen. Sie wäre nur schwer und vor allem nicht rasch durchsetzbar. Denn wie könnte eine Partei, die Verhandlungen verweigert, zum Verhandeln gezwungen werden? Sie müsste auf die Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung - Verhandeln mit dem Vertragspartner – verklagt werden. Wenn ein entsprechendes Urteil endlich rechtskräftig wäre, könnte die obsiegende Partei nur versuchen, die verurteilte Partei durch Zwangsgelder oder gar Zwangshaft zur Aufnahme von Verhandlungen zu bewegen. Ob das ein Weg zu erfolgreichen Verhandlungen wäre, ist sehr zweifelhaft. Dem gegenüber erscheint aus der Sicht der von einer Veränderung der Umstände begünstigten Partei die Gefahr, dass die Gegenseite sich im Falle einer Verweigerung von Verhandlungen von dem Vertrag lösen könnte, ein wesentlich stärkeres Motiv dafür zu sein, in Verhandlungen einzutreten, um den Vertrag zu retten.

- (五) 德國民法於 2017 年 7 月 17 日增訂第 844 條第 3 項，規定「對於損害事故發生時與死者有特別親近之私人關係之人所受之精神上痛苦，損害賠償義務人應賠償相當之金額。死者之配偶、共同生活伴侶、父母及子女，推定為有特別親近之私人關係之人。」增訂該項規定之背景及理由為何？除了死者之配偶、共同生活伴侶、父母及子女外，實務上認定「與死者有特別親近之私人關係之人」的範圍及類型為何？另德國民法已於 1990 年刪除「非財產性損害賠償可繼承性」的限制條件，無條件承認受害人非財產性損害賠償請求權的可繼承性，而死者之配偶、共同生活伴侶、父母及子女等特別親近之私人關係之人亦多為繼承人，在搭配民法第 844 條第 3 項之規定下，是否可能產生該等人之非財產上損害被雙重填補之質疑？

【回答】：

未亡人之非財產上損害，並不因德國民法第 844 條第 3 項之規定，而受有雙重之賠償。因為，第 844 條第 3 項僅賠償其自己所受的非財產上損害，

亦即自己的精神痛苦。死者之慰撫金請求權則在填補死者之非財產上損害。只有當第 844 條第 3 項所規定之間接被害人同時也是繼承人時，兩個請求權才會歸同一個人所有。

依照德國的法律思維，因一身專屬性利益受侵害而為之賠償給付，一方面僅得由被害人加以主張，他方面不應讓被害人用來作為支應其生活開支。因此，慰撫金請求權依第 847 第 1 項第 2 句規定，只有當被害人已起訴時，始得為繼承。相反地，當被害人請求社會給付（例如訴訟費用之救助）時，慰撫金請求權或已取得之慰撫金不得視為被害人之財產。但第 847 條第 3 項之規定卻導致被認為不合理之結果，亦即被害人在起訴請求慰撫金之前即已死亡。特別是在重大傷害，被害人通常可獲得較高之慰撫金，尤其不合理。因此，第 847 條第 1 項第 2 句之規定已被刪除，據此慰撫金請求權得被繼承。現在，加害人不再因為被害人死亡而得利。

有關何人屬於第 844 條第 3 項所例示以外之人的問題，至今尚無判決。

【Antwort】 :

Über § 844 Abs. 3 BGB werden Hinterbliebene nicht doppelt für immaterielle Schäden entschädigt. Denn § 844 Abs. 3 BGB gibt ihnen einen Anspruch auf den Ersatz eigener immaterieller Schäden, also eigener Schmerzen und eigenen Leids. Dem gegenüber soll der Schmerzensgeldanspruch des Verstorbenen dessen immateriellen Schaden ausgleichen. Nur dann, wenn die in § 844 Abs. 3 BGB genannten Personen auch Erben sind, stehen beide Ansprüche denselben Personen zu.

Nach dem Rechtsverständnis, das dem deutschen Recht zugrunde liegt, sollen Leistungen, durch die höchstpersönliche Beeinträchtigungen kompensiert werden, zum einen nur dem Geschädigten zustehen und zum anderen von dem Geschädigten nicht zum Bestreiten seines Lebensunterhalts eingesetzt werden müssen. Deshalb war nach § 847 Abs. 1 S. 2 BGB ein Schmerzensgeldanspruch nur dann vererblich, wenn er von dem Geschädigten bereits rechtshängig

gemacht worden war. Umgekehrt waren und sind Ansprüche auf Schmerzensgeld oder ist erhaltenes Schmerzensgeld nicht als Vermögen anzurechnen, wenn der Geschädigte Sozialleistungen beantragt, z.B. Prozesskostenhilfe. Diese Regelung führte jedoch dann zu als ungerecht empfundenen Ergebnissen, wenn der Geschädigte verstarb, bevor er seinen Schmerzensgeldanspruch rechtshängig machen konnte. Insbesondere bei schweren Verletzungen, die ein eher hohes Schmerzensgeld gerechtfertigt hätten, war dies häufig der Fall. Deshalb wurde § 847 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. aufgehoben und wurden Schmerzensgeldansprüche vererblich gestellt. Nun kann der Schädiger nicht mehr von einem frühen Tod des Geschädigten profitieren.

Gerichtsentscheidungen zu der Frage, welche anderen als die in § 844 Abs. 3 genannten Personen als „nahestehend“ anzusehen sind, liegen noch nicht vor.

二、未來發展方向

(一) 德國民法雖以「義務違反」作為違約救濟之基本構成要件（德國民法第 280 條），但在個別救濟上，似乎仍依義務違反之態樣及義務之種類，進行給付遲延、給付不能及不完全給付的三大類型區分，目前德國各界對於此種「義務違反類型導向」之規範方式有無相關批判？若以審判實務的角度，何種規範方式較有利於法院裁判時適用？

【回答】：

基本上難以期待會有給付障礙法的根本性修正。

【Antwort】：

Eine grundlegende Reform des Rechts der Leistungsstörungen ist nicht zu erwarten.

(二) CISG 第 48 條、PICC 第 7.1.4 條、PECL 第 8:104 條、DCFR 第 3:202 條等國際契約法文件均有規範「債務人補救之權利（Cure by

non-performing party）」，規定在特定條件下，債務人有權可透過修正方式對其債務不履行進行補救，債權人在補救期間內除得拒絕履行其對待給付義務外，不得行使其他救濟方法（終止契約、要求替代給付、損害賠償等）。德國對此有無相關之討論？審判實務對於增訂此種規定之看法如何？

【回答】：

債法修正後，便已建立「補正先行原則」，這來自於民法第 281 條第 1 項第 1 句及第 323 條第 1 項。從國民經濟的觀點，透過補正履行契約，而免於解消契約，這樣的規定是有意義的。

【Antwort】：

Bereits nach dem reformierten Schuldrecht besteht ein Vorrang der Nacherfüllung. Dies ergibt sich u.a. aus §§ 281 Abs. 1 Satz 1 und 323 Abs. 1 BGB. Unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten dürfte es ebenfalls sinnvoll sein, einen Vertrag im Wege der Nacherfüllung durchzuführen, als ihn zu stornieren.

（三）德國債法近期關注之重點為何？

【回答】：

撤除債法為了配合歐盟規定所為之調整，目前債法並無重大之修正計畫。部分已經修正之規定受到批評，這部分只能透過德國聯邦法院來處理。

【Antwort】：

Abgesehen von der Anpassung des Schuldrechts an Regelungen der Europäischen Union sind derzeit keine wesentlichen Reformen des Schuldrechts geplant. Es gibt allerdings Kritik an manchen Bestimmungen des reformierten Schuldrechts und an deren Umsetzung durch den BGH.

第四節 拜會德國聯邦法院詢答情形

一、關於德國民法內容的疑義、施行後發生之問題及解決方法

- (一) 德國民法於第 275 條規定給付義務免除之情形，並且區分第 1 項的「給付請求權排除之」、第 2 項及第 3 項之「債務人得拒絕給付」，請問區別此兩種法律效果之理由為何？實務操作時是否有所區別？另因第 275 條第 2 項及第 3 項均須進行利益衡量，法院在操作時有無困難？有無建立相關適用案例類型？實務上有無發展出更具體細緻的判斷基準？

【回答】：

當任何人均不能提出原定給付，或至少債務人不能提出原定給付，則債務人依法免除其給付之義務。既然債務人已不能提出給付，仍命債務人提出給付，亦無意義。在德國民法第 275 條第 2 項及第 3 項，情況則有所不同。在這兩種情形，給付之提出客觀上仍屬可能，且對於債務人亦屬可能。當給付所需費用，依照債之關係的內容以及誠實信用之要求，與債權人的給付利益顯然失衡時（德國民法第 275 條第 2 項第 1 句），或給付應由債務人本人親自為之，但考量債之內容及誠信原則之要求，其所需費用與債權人之給付利益相較顯失比例時（德國民法第 275 條第 3 項），雖然應給予債務人拒絕給付之機會。但債務人仍可能有充分理由捨棄免於給付之主張而提出給付。因此，債務人堅持提出給付時，不應加以阻止。對此，實務上一則案例可供參考：德國聯邦法院之木筏案（2012 年 12 月 19 日第 8 民事庭，VIII ZR 96/12, ZIP 2013,319 Rn. 28）。在本案中，一名退休男子出賣其木筏，而該筏船底業已蛀蝕穿透。買受人未經定期限催告出賣人修補，即解除買賣契約，蓋其認為，該船在經濟上已毫無價值可言，且出賣人不會實行補正。此見解並未為德國聯邦法院所採，蓋給付客觀上尚屬可能，且該退休男子始終有進行補正之意願，而無意主張第 275 條第 2 項。至於涉及債務人應親自提出之給付，就該給付債務人雖有主觀上之障礙而有權拒絕給付，但債務人無意主張者，亦有相應的案例。作為第 275 條第 3 項之適用情形而經常被拿來舉例的，是

女歌劇唱家因其子女生病而有加以照護之需要。但女歌劇唱家也有可能把握演出的機會，而將其子女交由他人代為照顧。個人認為，這個機會不應該由強行規定加以禁絕。

在第 275 條第 2 項及第 3 項所為之利益衡量，並不總是很容易。但類型化幾乎是不可能的。關鍵的判斷標準始終是債權人的給付利益及債務人為提出給付所需之物質上或精神上耗費。至於是否發生法院無法克服的困難，至少就我個人而言是聞所未聞。

【Antwort】 :

Wenn die Primärleistung von niemandem mehr oder jedenfalls nicht mehr vom Schuldner erbracht werden kann, muss der Schuldner von der Leistung kraft Gesetzes befreit sein. Es macht keinen Sinn, ihn an einer Leistung festzuhalten, die jedenfalls von ihm nicht mehr erbracht werden kann. In den Fällen des § 275 Abs. 2 und 3 BGB ist das aber anders. In beiden Fällen ist die Erbringung der Leistung objektiv und auch die Erbringung der Leistung speziell durch den Schuldner möglich. Er muss zwar die Möglichkeit haben, die Erbringung der Leistung abzulehnen, wenn sie einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht (§ 275 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des Sonderleistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann (§ 275 Abs. 3 BGB). Er kann aber gute Gründe haben, sich nicht auf die Leistungsbefreiung zu berufen und die Leistung zu erbringen. Ihm darf deshalb die Möglichkeit, an der Leistungserbringung festzuhalten, nicht abgeschnitten werden. Ein praktisches Beispiel hierfür liefert der Holzbootfall des BGH (Urteil vom 19. Dezember 2012 – VIII ZR 96/12, ZIP

2013,319 Rn. 28). In diesem Fall hatte ein Rentner ein Holzboot verkauft, dessen Boden durchgefaut war. Der Käufer war von dem Vertrag zurückgetreten, ohne dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen, weil er von einem wirtschaftlichen Totalschaden ausging und annahm, der Rentner werde das Boot nicht nachbessern. Das ließ der BGH nicht gelten, weil die Leistung objektiv möglich war und sich der Rentner, der die Leistung immer noch erbringen wollte, auf das Leistungshindernis nicht nach § 275 Abs. 2 BGB berufen hatte. Vergleichbare Fälle können auch gegeben sein, wenn es um eine persönliche Leistungserbringung geht, sich der Schuldner aber auf persönliche Hindernisse, die ihn berechtigen würden, die Leistung zu verweigern, nicht berufen möchte. Als Anwendungsfall des § 275 Abs. 3 BGB wird häufig der Fall einer Opernsängerin genannt, deren Kind erkrankt ist und der Pflege bedarf. Hier kann es sein, dass die Opernsängerin die Chance ihres Auftritts nutzen und die Versorgung ihres Kindes anderweit sicherstellen möchte. ME sollte ihr diese Möglichkeit nicht durch eine zwingende Regelung abgeschnitten werden.

Die Interessenabwägung, die sowohl im Fall des § 275 Abs. 2 BGB als auch im Fall des § 275 Abs. 3 BGB anzustellen ist, ist nicht immer einfach. Eine Typisierung ist allerdings kaum möglich. Die maßgeblichen Entscheidungskriterien sind stets das Leistungsinteresse des Gläubigers und der sachliche oder persönliche Aufwand, den der Schuldner zu erbringen hat. Schwierigkeiten, die die Gerichte nicht hätten überwinden können, sind mir nicht bekannt geworden.

- (二) 德國民法修正前第 276 條第 1 項第 1 句為：「除另有規定外，債務人對故意過失應負責任。」修正後為：「較故意或過失更重或更輕之責任，並未規定，亦無法自償之關係其他內容，尤其自擔保之承擔或獲取風險之承擔等情事導出者，債務人就故意或過失之行為為可歸責。」將修正

前之「另有規定」之意旨作進一步闡釋，明文確認故意過失之外，尚有擔保責任及獲取義務之承擔等債務人歸責事由，作此一修正是否係為強調債務不履行之歸責事由已不再是以故意過失為原則，而是回歸契約解釋？是否有意淡化傳統過失責任之色彩，而朝向英美法之嚴格責任邁進？

【回答】：

德國債法現代化之立法者有意識地堅守傳統的過失責任原則，而不追隨盎格魯—美利堅法及聯合國買賣公約之嚴格責任模式。這一點，在現行德國民法第 276 條第 1 項清楚地表達出來。因為在此清楚規定，債務人為故意或過失負責。但如同舊法，此項原則並非毫無限制地適用，毋寧受到法律規定及當事人契約約定之調整。一個依法律規定調整的例子是民法第 599 條，依其規定，貸與人僅就故意或重大過失負責。相反的例子是依法律規定加重債務人之責任，例如負擔危險之債務人就事變（Zufall）亦需負責。

德國民法第 276 條第 1 項的新規定有兩個目的：第一，針對舊法第 276 條第 1 項過失原則之例外進行更清楚的規定。第二，將獲取風險或擔保之承擔予以明文化，以取代被刪除的舊法第 279 條規定。刪除的舊法第 279 條規定並未造成任何實質的變更，負擔種類之債，意謂承擔獲取風險，因此在第 276 條第 1 項納為一項例外採取嚴格責任之明文。

【Antwort】：

Der Bundesgesetzgeber hat in dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts bewusst am traditionellen Verschuldensprinzip festgehalten. Er ist nicht dem Modell der strikten Haftung des anglo-amerikanischen Rechts und der CISG gefolgt. Das kommt auch in der geltenden Fassung von § 276 Abs. 1 BGB sehr gut zum Ausdruck. Denn dort wird gerade bestimmt, dass der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Wie bisher gilt diese Regel nicht uneingeschränkt, sondern unter dem Vorbehalt einer anderen „Bestimmung“.

Eine solche „Bestimmung“ kann sowohl in gesetzlichen Vorschriften als auch im Vertrag der Parteien enthalten sein. Ein Beispiel für eine gesetzliche Vorschrift, die ein anderes Maß vorschreibt, ist § 599 BGB, wonach der Verleiher nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Gegenbeispiel für gesetzliche Vorschriften, die eine strengere Haftung vorsehen, sind die Regelungen über die Gefahrtragung, nach denen der Schuldner auch für Zufall haftet.

Die Neufassung von § 276 Abs. 1 BGB hat einen doppelten Grund: Zum einen sollte die etwas blass formulierte Ausnahme, die auch schon die frühere Fassung von § 276 Abs. 1 BGB enthielt, verdeutlicht werden. Zum anderen sollte die Übernahme eines Beschaffungsrisikos oder einer Garantie ausdrücklich angesprochen werden, um den Wegfall von § 279 BGB a. F. zu kompensieren. Der Fortfall dieser Vorschrift hat zwar nicht zu einer inhaltlichen Änderung geführt. Das ergibt sich aber daraus, dass in der Übernahme einer Gattungsschuld auch die Übernahme eines Beschaffungsrisikos liegt, das deshalb in § 276 Abs. 1 BGB ausdrücklich als Einfall strengere Haftung erwähnt werden soll.

- (三) 德國民法有無「附保護第三人作用之契約」的明文依據？第 311 條第 3 項可否作為「附保護第三人作用之契約」的依據？實務上如何合理限制第三人之範圍？自第 311 條第 3 項文義上來看，擴張及於第三人者似乎僅限於「保護義務」，然實務運作時並不限於債務人違反保護義務之情形（例如在被告律師疏未依委託人指示代立遺囑，以致原告未能成為繼承人之例（BGH JZ 1966, 14），德國聯邦最高法院准許原告對被告律師之損害賠償請求權，被告律師顯係未履行其給付義務，而非保護義務），司法機關對於附保護第三人作用契約效力有無發展出可供參考之操作模式或判斷基準？

【回答】：

「附保護第三人作用之契約」之法律制度迄今在民法中欠缺明文規定。德國債法現代化並未改變這個情況。一般在尋求附保護第三人作用之契約的法律依據時，除民法第 242 條外，通常都會提及第 328 條。因此，無論修法前或修法後，註釋書中關於附保護第三人作用之契約之論述，通常都置於第 328 條項下。但第 328 條並非因附保護第三人作用之契約所生請求權的法律基礎。德國聯邦法院甚至將附保護第三人作用之契約視為依德國民法第 242 條、第 157 條進行契約補充解釋的一種特殊型態。但不同的理由建構並未導致不同的結論。即使依照德國聯邦法院所採之見解—其原則上從契約法的角度—因違反基於附保護第三人作用之契約所生義務而發生之請求權，近似於法定請求權，其並非當事人得處分之對象，因而亦無法以特約加以排除。

在為準備債法現代化草案之擬定所召集之委員會（譯按：依前後文義，應指「給付障礙法委員會」（Kommission Leistungsstörungenrecht））中，對於是否將附保護第三人作用之契約納為成文法，曾經過一番討論。但最後的結論是放棄把這個法律制度加以法典化。但依 Canaris 之建議，在第 311 條第 3 項將藉由第三人引起交易相對人信賴之特殊情形付諸成文規範。但這個規定並未放棄過去司法判解既有之原則，而只是建議司法實務，將此種情形視為一種法定責任。但迄今為止，德國聯邦法院民事庭尚未採納此項建議，而只有少數邦法院之判決引用此項新規定。這是因為，該規定僅適用於前述特殊情形，因此在適用之要件上受到相當的限制。即使德國聯邦法院更加重視此一新規定，它也無法取代過去司法判解既有之原則。

如何將第三人認定為契約保護效果之對象，法院判決已經發展出一定的標準。受契約效力保護之第三人之認定，必須契約之意義及目的，以及依契約所為給付對特定第三人造成可得認識之影響，因而依誠實信用原則應將該第三人納入契約效力之範圍，並且對於契約之一方來說，依據誠信通常可預料，其所應盡之保護及照顧亦應同等適用於第三人。據此，只有當第三人依契約之內容通常會受到主給付之影響，且將第三人納入契約效力保護範圍符合債權

人應受保護之利益，而債務人之利益則在責任擴張之認識可能性及期待可能性中已加以考量，第三人有受保護之需求，始應將第三人納入契約保護效力範圍(BGHZ 216, 37 Rn. 44)。德國聯邦法院一則判決 (NJW 1965, 1955) 符合前述要件。在本案中，原告之父親與被告訂立之律師契約，並非民法第 328 條之利益第三人契約，因為是本案中之父親，而非原告，享有給付請求權。但系爭契約並非僅僅以原告父親之給付請求權為內容。毋寧被告對於原告亦負有保護義務，亦即務使在原告父親過世前適時地依照原告父親所要的內容訂立遺囑。

【Antwort】 :

Das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat im BGB bislang noch keine förmliche Regelung erfahren. Daran hat auch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nichts geändert. Ursprünglich hat man als Rechtsgrundlage hierfür neben § 242 BGB meist noch § 328 BGB genannt. Deshalb fanden und finden sich Ausführungen zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in vielen Kommentaren bei § 328 BGB. Diese Norm ist aber nicht die Rechtsgrundlage für Ansprüche unter dem Gesichtspunkt eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Die genaue Rechtsgrundlage ist umstritten. In der Literatur wird der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als eine auf § 242 BGB gestützte richterliche Rechtsfortbildung angesehen. Der BGH selbst den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter meist als einen Sonderfall der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 242, 157 BGB an. Die unterschiedlichen Begründungsansätze führen jedoch nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen. Auch nach Auffassung des BGH, der einen im Grundsatz vertragsrechtlich Ansatz wählt, handelt es sich bei den Ansprüchen aus Verletzung von Pflichten aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter um quasi gesetzliche Ansprüche, die nicht der Parteidisposition unterliegen und deshalb auch nicht abbedungen werden können.

In der Kommission, die bei der Vorbereitung des Entwurfs des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts für die Änderungen der Vorschriften des allgemeinen Teils des Schuldrechts eingesetzt wurde, ist erörtert worden, ob der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gesetzlich geregelt werden sollte. Im Ergebnis ist von der Kodifizierung dieses Rechtsinstituts abgesehen worden. Auf Vorschlag von Canaris ist mit § 311 Abs. 3 BGB der Sonderfall der Inanspruchnahme von Vertrauen durch einen Dritten einer gesetzlichen Regelung zugeführt worden, die aber die bisher bestehenden Grundsätze der Rechtsprechung nicht aufgeben, sondern nur ein Angebot an die Rechtsprechung darstellen sollte, die Haftung als gesetzliche Haftung zu begreifen. Dieses Angebot ist bislang von den Zivilsenaten des BGH nicht aufgegriffen worden. Es gibt lediglich einige Entscheidungen von Landgerichten, die auf die „neue“ Vorschrift Bezug nehmen. Grund dafür ist die Beschränkung der Vorschrift auf den genannten Sonderfall und die damit in Zusammenhang stehenden engen Voraussetzungen. Sie kann die Grundsätze der Rechtsprechung nicht voll ersetzen, auch wenn der BGH sie vielleicht stärker berücksichtigen sollte.

Die Rechtsprechung hat Kriterien für die Annahme einer Einbeziehung von Dritten in die Schutzwirkung eines Vertrages entwickelt. Danach setzt die Einbeziehung eines Dritten in die Schutzwirkung eines Vertrags voraus, dass Sinn und Zweck des Vertrags und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung auf den Dritten seine Einbeziehung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erfordern und eine Vertragspartei, für den Vertragsgegner erkennbar, redlicherweise damit rechnen kann, dass die ihr geschuldete Obhut und Fürsorge in gleichem Maße auch dem Dritten entgegengebracht wird. Danach wird ein Dritter nur dann in die aus einem Vertrag folgenden Sorgfalts- und Schutzpflichten einbezogen, wenn er mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrags

bestimmungsgemäß in Berührung kommen soll, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags besteht, den Interessen des Schuldners durch Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungserweiterung Rechnung getragen wird und der Dritte schutzbedürftig ist (BGHZ 216, 37 Rn. 44). Diese Voraussetzungen waren in dem zitierten Fall des BGH in NJW 1965, 1955 gegeben. Der Anwaltsvertrag des Vaters der Klägerin mit dem Beklagten war kein Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB, weil nur der Vater, nicht aber die Klägerin eigene Leistungsansprüche haben sollte. Der Vertrag hatte aber nicht nur Leistungsansprüche gegenüber dem Vater der Klägerin zum Gegenstand. Vielmehr hatte der Beklagte auch Schutzpflichten gegenüber der Klägerin, nämlich dafür zu sorgen, dass ihr Vater rechtzeitig vor seinem Ableben das Testament mit dem in Aussicht genommenen Inhalt errichtete.

(四) PECL 第 6:111 條、PICC 第 6.2.3 條、DCFR 第 1:110 條、2016 年修正之法國民法第 1195 條均規定，契約成立後若發生無法預見的情事變更，當事人負有「於合理期限內重新進行協商之義務」，德國債法修正時亦曾有相關討論，但最終仍未被採納，主要理由為何？目前德國民法第 313 條雖未明文規定，但在實務操作上，是否亦可推導出當事人負有重新進行協商之義務？

【回答】：

在現行民法第 313 條施行以前，民法典中雖然並沒有關於締約基礎喪失之基礎及法律效果的明文規定，但德國聯邦法院之判決實務已發展出相應的規則。依據德國聯邦法院之見解，只要考量到具體個案中之所有情事，特別是契約或法定之風險分配，無法期待契約之一方執守契約原有之內容時，即屬締約基礎喪失，其效果為依法調整契約之內容。在此種情形，原來的契約是配合契約中已有之風險分配及已變更之情事，依法調整其契約之內容。

2002年債法現代化之立法者認為，基於締約基礎喪失對於民事法的重要性，將這個法律制度納入民法典是不可或缺的，但無意對德國聯邦法院之見解照單全收。立法者對德國聯邦法院見解之批評並不是契約應變更為如何之內容的問題，而是對於建構，亦即契約「依法」加以調整之依法本身。因為，依照聯邦法院之模式，基於契約之相互的權利及義務「依法」變更，契約當事人卻根本無從知悉變更後義務之內容為何，直到終局判決出現之後。依照立法者的想法，契約當事人應有就契約之調整進行協商之機會。因此，現行第313條第1項第1句規定，雙方當事人均有請求調整契約內容之請求權。這與修正後之法國民法第1195條、歐洲契約法原則 Art. 6:111 PECL、國際商事契約通則 Art. 6.2.3 及 共同參考架構草案 Art. 1:110 實質上吻合。雖然不同於德國民法第313條，這些規定都明確規定請求協商之權利。但德國立法者正是希望透過引進所謂請求權原則，而給予當事人協商之機會。立法者認為，只規定「協商請求權」，目標不夠明確，因為這樣並沒有處理如果協商失敗時該如何之問題。針對協商失敗之情形，前面所舉條文都規定，當事人得解消契約，或請求法院調整契約內容。此等請求權德國立法者已加以規範。這表示，實際上並無任何差別。想要主張契約調整請求權之一方，一開始多半會嘗試先與他方進行協商。如果他不事先進行協商便起訴請求調整契約，那麼他要承擔一項風險：對方立即承認其請求，而使得他必須依民事訴訟法第93條負擔費用。因此，關於協商先行，雖然並不存在一個法律上的強制，但存在一個間接的事實強制。

固然，亦可仿效法國民法第1195條規定法定之協商義務。但這個規定實際上的效果並不是特別大。當受請求之一方拒絕契約調整之協商請求，則契約協商從一開始就受挫。此時，再賦予一方請求協商之權利，並無多大的意義，毋寧應該請求他方同意契約之調整。

【Antwort】：

Vor dem Inkrafttreten des heutigen § 313 BGB gab es zwar keine geschriebene Regelung über Grund und Folgen des Wegfalls

der Geschäftsgrundlage, wohl aber eine Rechtsprechungspraxis des BGH. Danach führte der Wegfall der Geschäftsgrundlage zu einer Anpassung des Vertrages kraft Gesetzes, soweit einer Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. In diesem Fall wurde der Vertrag kraft Gesetzes in dem Sinne geändert, wie es der in dem Vertrag angelegten Risikoverteilung und den veränderten Umständen entsprach. Der Gesetzgeber hielt eine Kodifizierung dieser Grundsätze wegen ihrer Bedeutung für das Zivilrecht für notwendig, wollte aber das Konzept des BGH nicht uneingeschränkt übernehmen. Seine Kritik richtete sich nicht gegen die inhaltliche Ausrichtung der Vertragsanpassung, sondern gegen die Konstruktion, nämlich dagegen, dass der Vertrag kraft Gesetzes angepasst wird. Dadurch würden nämlich die wechselseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag verändert, ohne dass die Parteien letztlich wüssten, welchen Inhalt die veränderten Pflichten hätten. Sie erführen dies erst aus dem abschließenden Urteil in einem Rechtsstreit. Nach Auffassung des Gesetzgebers sollten die Parteien die Möglichkeit haben, über die Anpassung zu verhandeln. Deshalb hat der Gesetzgeber in dem heutigen § 313 Abs. 1 Satz 1 BGB wechselseitige Ansprüche auf Anpassung des Vertrags vorgesehen. Das entspricht in der Sache weitgehend den Regelungen in dem revidierten Art. 1195 Code Civil, Art. 6:111 PECL, Art. 6.2.3 PICC und Art. 1:110 DCFR. Alle diese Vorschriften formulieren zwar, anders als § 313 BGB, ausdrücklich einen Anspruch auf Verhandlungen. Die Möglichkeit solcher Verhandlungen wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des sog. Anspruchsprinzips gerade schaffen. Einen Anspruch auf Verhandlungen sah er als wenig zielführend an, weil er die Frage offenlässt, was im Fall des Scheiterns passiert. Im Fall des Scheiterns sehnen alle genannten

Vorschriften und Texte einen Anspruch auf Aufhebung des Vertrages oder auf seine richterliche Anpassung vor. Diesen Anspruch hat der deutsche Gesetzgeber geregelt. Das bedeutet aber in der Sache keinen Unterschied. Wer den Anpassungsanspruch geltend machen will, tut gut daran, hiermit zunächst an seinen Vertragspartner heranzutreten. Unterlässt er das und erhebt er gleich Klage auf Anpassung des Vertrages, riskiert er nämlich, dass sein Vertragspartner den Anspruch sofort anerkennt und er nach § 93 ZPO die Kosten tragen muss. Es besteht damit zwar kein rechtlicher, wohl aber ein indirekter faktischer Zwang zu Verhandlungen.

Natürlich könnte man nach dem Vorbild von Art. 1195 Code Civil eine Verpflichtung zur Verhandlungen gesetzlich regeln. Der praktische Effekt einer solchen Regelung ist aber nicht sonderlich groß. Wenn die andere Vertragspartei es ablehnt, über den Anpassungsanspruch zu verhandeln, sind die Vertragsverhandlungen im Zweifel von vornherein gescheitert. Es wird deswegen kaum sinnvoll sein, auf Durchführung von Verhandlungen zu klagen. Eine Klage wird vielmehr auf die Zustimmung zur Anpassung des Vertrages in einem bestimmten Sinne zu richten sein.

- (五) 德國民法於 2017 年 7 月 17 日增訂第 844 條第 3 項，規定「對於損害事故發生時與死者有特別親近之私人關係之人所受之精神上痛苦，損害賠償義務人應賠償相當之金額。死者之配偶、共同生活伴侶、父母及子女，推定為有特別親近之私人關係之人。」增訂該項規定之背景及理由為何？除了死者之配偶、共同生活伴侶、父母及子女外，實務上認定「與死者有特別親近之私人關係之人」的範圍及類型為何？另德國民法已於 1990 年刪除「非財產性損害賠償可繼承性」的限制條件，無條件承認受害人非財產性損害賠償請求權的可繼承性，而死者之配偶、共同生活伴侶、

父母及子女等特別親近之私人關係之人亦多為繼承人，在搭配民法第 844 條第 3 項之規定下，是否可能產生該等人之非財產上損害被雙重填補之質疑？

【回答】：

一個損害事件不僅會對直接參與損害事故之人被害人造成損害，也會對未直接參與損害事故之人造成間接的損害。在這個意義下，間接被害人所得主張之權利與直接被害人並不相同。原本舊法僅就第 844 條第 1 項及第 2 項所規定之財產上損害，亦即喪葬費及喪失之撫養費，容許間接被害人得請求賠償。以交通事故為例，如果一位汽車駕駛人因為疏失撞死一名腳踏車女騎士，留下她的丈夫以及兩名幼兒。本案中，丈夫得請求賠償喪葬費及喪失之撫養費。

至於非財產上損害，亦即精神痛苦之賠償，德國民法原本是相當保守的。直接被害人依照舊法只有在侵權行為的情況才能請求非財產上損害賠償，至於損害事故發生於違反契約義務或違反類契約義務之情況則否。德國民法第 847 條刪除，並在第 253 條增定第 2 項之後，德國立法者已某程度放棄此種保守態度。現在，因違反契約或類契約義務而受損害之直接被害人，亦得請求非財產上損害賠償。

但另一個問題是，間接被害人是否以及得在何種條件下請求非財產上損害賠償。損害事故一般來說並不只對直接被害人產生精神衝擊，對於間接被害人也可能產生相當的精神痛苦。起初德國立法者對於此一問題猶疑不前，直到 2017 年才決定，將過去就此問題表達見解之聯邦法院判決予以法典化。依照新法，間接被害人只有在侵權行為事件才能請求賠償非財產上損害，且當其他規定亦準用此一規範時。但並非任何因侵權行為受有精神痛苦之間接被害人，均得請求賠償非財產上損害。請求權人限於與死亡之直接被害人有特殊親屬關係之人。所謂特殊親屬關係，第 844 條第 3 項第 2 句有例示性之規定。由此規定亦可得出，不具婚姻關係之同居人亦得享有非財產上損害之賠償請求權。

此項規定（譯按：第 844 條第 3 項），並不因非財產上損害賠償自 1990 年修法後成為得成為繼承之標的，而成為多餘的條文。在第 844 條第 3 項，未亡人並非請求賠償死亡親屬之非財產上損害，而是請求賠償自己的非財產上損害。此為間接被害人自己的痛苦與憂傷，例如子女死亡對其父母親所造成之精神痛苦。此項損害，無法透過繼承子女之慰撫金請求權來填補。因此，間接被害人獲得雙重賠償之危險，並不存在。

【Antwort】 :

Ein Schadensereignis kann nicht nur zur Schädigung unmittelbar daran beteiligter Personen, sondern auch zu einer nur mittelbaren Schädigung an dem Schadensereignis nicht unmittelbar beteiligter Personen führen. In diesem Sinne mittelbar geschädigte Personen stehen nicht die gleichen Ansprüche zu wie den unmittelbar Geschädigten. Ursprünglich war ihnen nur den in § 844 Abs. 1 und 2 BGB bezeichnete materielle Schaden zu ersetzen, nämlich Beerdigungskosten und entgangener Unterhalt. Nehmen wir das Beispiel eines Verkehrsunfalls, bei dem infolge der Unachtsamkeit eines Autofahrers eine Fahrradfahrerin getötet wird, die einen Ehemann und zwei kleine Kinder hinterlässt. In diesem Fall kann der Ehemann Ersatz der Beerdigungskosten und Ersatz für den entgangenen Unterhalt verlangen.

Bei dem Ersatz immaterieller Schäden, also dem Ersatz für Schmerzen und seelisches Leid, war das BGB ursprünglich zurückhaltend. Der unmittelbar Geschädigte konnte Ersatz seiner immateriellen Schäden verlangen, ursprünglich aber nur im Fall der unerlaubten Handlung, nicht bei Schadensereignissen im Zusammenhang mit der Verletzung von vertraglichen oder quasi-vertraglichen Verpflichtungen. Mit der Aufhebung von § 847 BGB und der Ergänzung des § 253 BGB um den heutigen Absatz 2 hat der Gesetzgeber diese Zurückhaltung aufgegeben. Dem unmittelbar

Geschädigten steht heute ein Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden auch zu, wenn sie infolge der Verletzung vertraglicher oder quasi-vertraglichen Verpflichtungen entstehen.

Es hat sich dann aber auch die Frage gestellt, ob und unter welchen Voraussetzungen mittelbar geschädigte Personen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden haben können. Schadensereignisse sind oft nicht nur für die unmittelbar daran Beteiligten fürchterlich. Sie können auch nicht unmittelbar Beteiligten erhebliche seelische Schäden zufügen. Der Gesetzgeber hatte sich zunächst einer Regelung dieses Problems enthalten, sich 2017 aber dazu entschlossen, die dazu ergangene Rechtsprechung des BGH zu kodifizieren. Danach steht mittelbar Geschädigten ein Anspruch auf Ersatz ihrer immateriellen Schäden zu, aber nur im Fall einer unerlaubten Handlung und wenn andere Vorschriften auf diese Norm verweisen. Er steht auch nicht jedem zu, der durch ein Schadensereignis als Folge einer unerlaubten Handlung einen seelischen Schaden erleidet. Ersatzberechtigt sind nur Hinterbliebene, und diese auch nur, wenn sie in einem besonderen Näheverhältnis zum dem Getöteten gestanden haben. Was darunter zu verstehen ist, wird durch die Beispielsregelung in § 844 Abs. 3 Satz 2 BGB verdeutlicht. Aus dieser Regelung ergibt sich etwa, dass auch der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen solchen Anspruch hat.

Diese Regelung ist auch nicht etwa deshalb überflüssig, weil der Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden seit 1990 vererblich ist. In den Fällen des § 844 Abs. 3 BGB machen die Hinterbliebenen nicht die immateriellen Schäden des getöteten Angehörigen geltend, sondern ihre eigenen. Es geht um ihren eigenen Schmerz und ihren eigenen Kummer, den die Tötung etwa des Sohnes oder der Tochter für die Eltern bedeutet. Diese Schäden könnten nicht dadurch kompensiert werden, dass das Schmerzensgeld der

Tochter oder des Sohnes vererblich ist. Die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Schädigers sehe ich deshalb nicht.

二、未來發展方向

(一) 德國民法雖以「義務違反」作為違約救濟之基本構成要件（德國民法第 280 條），但在個別救濟上，似乎仍依義務違反之態樣及義務之種類，進行給付遲延、給付不能及不完全給付的三大類型區分，目前德國各界對於此種「義務違反類型導向」之規範方式有無相關批判？若以審判實務的角度，何種規範方式較有利於法院裁判時適用？

【回答】：

債法現代化並非完全沒有受到批評。事實上經常受到批評的是，立法者藉由第 280 條第 1 項第 1 句之義務違反引進一個新的典範。部分意見則認為，事實上債法現代化根本沒有必要。如果真的有必要修法，頂多把不良給付訂入法典就夠了。Huber 甚至主張，不良給付在舊法中早已存在，只是沒有被注意到。

但這些批評都忽略了，德國立法者在制定德國民法典時不僅疏未將不良給付納入民法典中，而且針對締約前之階段及締約後之契約履行也欠缺義務違反的規定。因此，亟需一個全面性的概念，一舉網羅所有新的發展。這就是德國立法者在第 280 條第 1 項第 1 句所發展出來的義務違反概念。但即使有這樣的概念，也不能不進行區分。對於遲延損害之賠償，便須符合特別的要件，正如第 280 條第 2 項連結第 286 條所規定者。至於解除契約及替代全部給付之損害賠償，則必須區分遲延及不良給付，以及給付不能。

另一方面，義務違反的概念也可以適切地將其他案例類性包含進來。一個例子是違反給付忠誠之義務，德國聯邦法院第 5 民事庭在 2018 年 1 月 19 日的判決（V ZR 273/16, DNotZ 2018, 686）處理到這個問題。在本案中，買受人向出賣人買受其名下土地之一部分，條件是出賣人確保買受人得通行其未出售之部分土地。嗣後，買受人及出賣人俱將其所有之部分土地移轉於第

三人。可以確定的是，本案中並無地役權之設定。就達成給付效果所應為之一切事項，亦即使買受人取得買受部分之土地所有權以及（對未出售部分）之地役權，出賣人並未盡其為所當為。在本案中，無法繼續透過給付不能、給付遲延及不良給付之三分法加以處理。出賣人已經做了所有他應該做的事。出賣人所沒有做到的，是關於給付忠誠義務（*Leistungstreuepflicht*）的部分，亦即依照契約之風險分配出賣人就給付效果之達成應竭盡其所當為，並且避免任何可能會危害給付效果之達成者。在此就顯現出義務違反概念的優越之處。義務違反的概念可以對上述案例做出反應，而無須更動既有的三分法。因此我並不相信，立法者有基於過時的想法回歸給付障礙類型區分的動機。

【Antwort】：

Die Modernisierung des Schuldrechts ist nicht ohne Kritik geblieben. Es ist in der Tat auch kritisiert worden, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff der Pflichtverletzung in § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB ein neues Paradigma eingeführt hat. Teilweise ist argumentiert worden, einer Modernisierung des Schuldrechts bedürfe es nicht; es genüge, wenn etwas geschehen müsse, die Schlechtleistung in das Gesetz aufzunehmen. Huber hat sogar die Auffassung vertreten, sie habe schon immer im Gesetz gestanden, sei bloß nicht erkannt worden.

Dabei wird aber übersehen, dass der Gesetzgeber bei dem Erlass des BGB nicht nur eine Regelung der Schlechtleistung unterlassen hat, sondern auch eine Regelung der Pflichtverletzung im Vorfeld des Vertrages und die Pflichtverletzung bei der Ausführung des Vertrages. Es bedarf deshalb eines übergreifenden Konzepts, mit dem auch neue Entwicklungen aufgefangen werden können. Das ist das Konzept der Pflichtverletzung, wie es der deutsche Gesetzgeber in § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelt hat. Auch ein solches Konzept kann nicht auf Differenzierungen verzichten. Es bedarf besonderer Anforderungen an den Ersatz des Verzögerungsschadens, wie sie in § 280 Abs. 2 i. V. m. § 286 BGB geregelt sind. Der Rücktritt vom Vertrag und der

Schadensersatz statt der Leistung in der Form des großen Schadensersatzes müssen schon zwischen der Verzögerung und der schlechten Leistung einerseits und der unmöglichen Leistung andererseits unterscheiden.

Mit dem Konzept der Pflichtverletzung lassen sich aber auch andere Konstellationen sachgerecht erfassen. Ein Beispiel ist die Verletzung der Leistungstreuepflicht, mit welcher sich der V. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 19. Januar 2018 (V ZR 273/16, DNotZ 2018, 686) befasst hat. In diesem Fall war die Teilfläche eines Grundstücks mit der Maßgabe veräußert worden, dass der Zugang durch eine Grunddienstbarkeit an dem dem Verkäufer verbleibenden Teilstück gesichert werden sollte. Käufer und Verkäufer verkauften die beiden Teilflächen an Dritte. Dabei stellte sich heraus, dass die Dienstbarkeit nicht bestellt worden war. Der Verkäufer hat in diesem Fall alles seinerseits Erforderliche getan und damit seine primäre Leistungspflicht erfüllt, den Leistungserfolg, nämlich die Verschaffung des Grundstücks mit der Dienstbarkeit, aber nicht herbeigeführt. In einem solchen Fall kommt man mit einer Dreiteilung der Pflichtverletzungen nach Verzug, Unmöglichkeit und Schlechtleistung nicht weiter. Der Verkäufer hatte ja alles getan, was er tun musste. Was er versäumt hatte, war, seiner Leistungstreuepflicht, der Pflicht gerecht zu werden, im Rahmen der Risikoverteilung des Vertrages das seinerseits Erforderliche zur Herbeiführung des Leistungserfolgs zu unternehmen und alles zu unterlassen, was den Leistungserfolg gefährdet. Hierin zeigt sich die Überlegenheit des Konzepts der Pflichtverletzung. Es kann auf solche Fälle reagieren, ohne den Kanon der Leistungsstörungen ergänzen zu müssen. Deswegen glaube ich nicht, dass der Gesetzgeber Veranlassung haben oder sehen wird, zudem im Grunde überholten Konzept eine Differenzierung nach einzelnen Arten von Leistungsstörungen zurückzukehren.

(二) CISG 第 48 條、PICC 第 7.1.4 條、PECL 第 8:104 條、DCFR 第 3:202 條等國際契約法文件均有規範「債務人補救之權利 (Cure by non-performing party)」，規定在特定條件下，債務人有權可透過修正方式對其債務不履行進行補救，債權人在補救期間內除得拒絕履行其對待給付義務外，不得行使其他救濟方法（終止契約、要求替代給付、損害賠償等）。德國對此有無相關之討論？審判實務對於增訂此種規定之看法如何？

【回答】：

關於債務人第二度給付之權利，亦即容許債務人再度進行履行之嘗試，迄今德國法並未特別加以規範。然而德國法並不因此在內容上與國際契約法文件有差異。依照德國法，債務人有義務、且基於此項義務亦有權利提出其對債權人應為之給付。債權人基於其給付忠誠義務負有義務，給予債務人提出給付之機會。所謂第二度給付之權利的問題基本上僅發生在，債權人想要得到的給付有別於債務人所提出者，以及債權人想要解消整個契約（透過解除權之行使或請求替代全部給付之損害賠償）。在這種情況，債務人第二度給付之權利，在德國法中來自於德國民法第 439 條、第 635 條之補正請求權規定，以及定期限催告之要求（第 437 條、第 634 條連結至第 323 條及 281 條）。

特別規定債務人有補正之權利，並無必要。無論如何，不能夠制定一個債務人有補正權利、卻無法與債權人之特定救濟對應的規定。依照我個人的見解，制度出這樣的規定，結果會是一個比德國法更難以閱讀且難以適用的規定。我個人不會建議採取這樣的規定。

【Antwort】：

Das deutsche Recht sieht bislang keine besonderen Regelungen darüber vor, dass der Schuldner das Recht zur sog. zweiten Andienung, also dazu hat, einen weiteren Versuch der Erfüllung zu unternehmen. Daraus folgt aber kein unterschiedlicher Regelungsinhalt. Der

Schuldner ist nach deutschem Recht ebenso wie nach CISG oder den genannten Regelwerken verpflichtet und schon aufgrund dieser Verpflichtung berechtigt, die Leistung zu erbringen, zu der er sich gegenüber dem Gläubiger verpflichtet hat. Der Gläubiger ist aufgrund seiner eigenen Leistungstreuepflicht verpflichtet, dem Schuldner Gelegenheit zur Vornahme der geschuldeten Leistung zu geben. Die Frage nach dem Recht zur zweiten Andienung stellt sich im Grunde nur, wenn der Gläubiger eine andere Art der Erfüllung anstrebt als der Schuldner und wenn er sich von dem ganzen Vertrag, sei es durch Rücktritt, sei es im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung in der Form des großen Schadensersatzes von dem Vertrag lösen will. In diesen Fällen ergibt sich das Recht zur zweiten Andienung im deutschen Recht aus den Vorschriften über das Nacherfüllungsverlangen in §§ 439, 635 BGB einerseits und in der Notwendigkeit zur Fristsetzung nach §§ 437, 634 i. V. m. §§ 323, 281 BGB andererseits.

Einer besonderen zusätzlichen Regelung darüber, dass der Schuldner zur Nacherfüllung berechtigt ist, bedarf es deshalb nicht. Jedenfalls könnte man eine Vorschrift über das Recht des Schuldners zur Nacherfüllung nicht einführen, ohne sie mit den Rechtsbehelfen des Gläubigers zu koordinieren. Nach meiner Einschätzung wäre das Ergebnis eine schwieriger lesbarer und auch schwieriger zu handhabende Regelung als die, die das deutsche Recht jetzt aufweist. Ich persönlich würde sie deshalb nicht vorschlagen.

(三) 德國債法近期關注之重點為何？

【回答】：

德國債法近期並無任何修正之計畫。然而，債法現代化僅僅涵蓋部分債法中有待修正之處。因此，德國立法者已通過許多修正法案。在此值得一提

的，是 2004 年 12 月 9 日為了配合債法現代化而來的修正消滅時效規定之法案（BGB 1. IS. 3214），2013 年 2 月 20 日改善病患權利法案（BGB 1. IS. 277）－在此法案中醫療契約由法律加以明定。此外尚有建築法改革法案、買賣瑕疵擔保責任修正案、2017 年 4 月 28 日強化民事訴訟程序中之權利保護及土地登記簿登記程序中自動化簽章（BGB 1. IS. 969）、2017 年 7 月 17 日旅遊法規定的第三次修正法案（BGB 1. IS. 2394）－藉此以配合歐盟指令將德國旅遊法進行現代化。以上這些雖然不是修正債法或契約法的最終版法律，但我認為，現階段並無「債法改革」之需求。

【Antwort】：

Nein. Allerdings hat das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts den anstehenden Reformbedarf im Bereich des Schuldrechts nur teilweise abgedeckt. Deshalb hat der Bundesgesetzgeber inzwischen einige weitere Reformgesetze erlassen. Ich möchte in diesem Zusammenhang nennen das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. Dezember 2004 (BGB 1. IS. 3214), das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013 (BGB 1. IS. 277), mit dem der ärztliche Behandlungsvertrag gesetzlich geregelt worden ist das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrecht, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch-Anschiss Registerverfahren vom 28. April 2017 (BGB 1. IS. 969), mit dem das Bauvertragsrecht reformiert worden ist, und das Dritte Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften vom 17. Juli 2017 (BGB 1. IS. 2394), mit dem das Reisevertragsrecht aufgrund entsprechender EU-Richtlinien modernisiert worden ist. Diese Gesetze werden zwar nicht die letzten Gesetze sein, mit denen das Schuld-und Vertragsrecht des BGB geändert wird. Bedarf nach einer „Reform des Schuldrechts“ sehe ich danach aber gegenwärtig nicht.

第五章 考察心得與法制實務建議

第一節 考察心得

德國長久以來作為歐陸法系之繼受母國，法學發展歷史悠久而深厚，本次考察可發現德國實務工作者對於德國民法相當引以為豪，亦十分肯定債法現代化之成果，認為實務運作至今尚無發生窒礙或困難，與聯合國國際貨物買賣契約公約（CISG）、歐洲契約法原則（PECL）、國際商事契約通則（PICC）、共同協議架構草案（DCFR）等重要國際契約法文件內容亦無實質上之明顯差異，故未來除了配合歐盟規定進行調整外，現階段並無重大的修正計畫。

促成德國 2002 年債法現代化之重要動機，乃是欲將歐盟消費性商品買賣指令（1999/44/EU）轉化為國內法，但當時歐盟立法者亦意識到，不應僅針對消費性商品買賣進行局部性的修法，而是應該藉此契機重啟自 1980 年代以來即開始進行的債法通則修正，作整體性考量，實現債法修正委員會於 1991 年 11 月所提出之修法建議。然因應歐盟消費性商品買賣指令轉化為國內法之期限相當急迫，德國立法者僅能將修正重點集中在必要之處，故並未根本性改變其原先舊法之結構，許多增修部分實際上乃是法院判決及學說見解之明文化，或是將原本散見於特別法之規定一般化，從而，許多法院判決及註釋書於修法後，仍可繼續作為援用參考依據。例如「締約上過失」、「積極侵害債權」、「行為基礎之干擾」等，在 2002 年修法前雖無明文規定，但德國法院早已藉由法官從事法之續造，並且經過長久實務見解的不斷運作與承認，屬已具習慣法效力之制度，在此背景下，將該等制度納入民法規定，不但可降低新法帶來的衝擊，亦可消弭過去舊法時代法制與實務之間的落差與鴻溝，促進法律的可預見性、透明性及安定性。

觀察我國司法實務，在欠缺法律明文之情形，為兼顧個案公平正義，法院亦會參考學說見解及外國立法例，透過法官造法發展出重要之判決見解，例如：最高法院 91 年度台上字第 1312 號判決謂：「按消滅時效自請求權可行使時起算，民法第 128 條定有明文。而依不當得利之法則請求返還不當得利，以無法

律上之原因而受利益，致他人受有損害為其要件，倘利益授受之雙方當事人，均不知其利益授受之法律上原因不存在，甚或誤認其法律上之原因存在，則須權利人知悉其得行使權利之狀態，時效期間始能起算。蓋權利之行使可被期待甚或要求而不行使，乃權利依時效消滅之理由，若權利人不知已可行使權利，如仍責令其蒙受時效之不利益，自非時效制度之本旨。」（最高法院 93 年度台上字第 1311 號判決亦採相同意旨）不同於現行民法第 128 條採取之客觀起算標準，該判決已於個案中採用主觀起算標準；又最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決謂：「依民法第 225 條第 1 項、第 2 項規定之文義，固須不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得主張代償請求權。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第 225 條第 2 項規定之立法理由謂『其不能給付，「不問其債務人應否負責」，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益』，應認債權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第 226 條第 1 項）或代償請求權以保護其利益。」已擴張現行民法第 225 條第 2 項所定代償請求權之範圍，將代償請求權適用於可歸責於債務人之事由所致給付不能之情形。另一方面，特別法亦可能為因應實務需求而發展出值得參採之制度，例如：強制汽車責任保險法第 14 條第 1 項及第 2 項規定：「請求權人對於保險人之保險給付請求權，自知有損害發生及保險人時起，2 年間不行使而消滅。自汽車交通事故發生時起，逾 10 年者，亦同（第 1 項）。前項時效完成前，請求權人已向保險人為保險給付之請求者，自請求發生效力之時起，至保險人為保險給付決定之通知到達時止，不計入時效期間（第 2 項）。」其中第 2 項即是率先採行「時效停止進行制度」。是以，我國在進行修法之際，除參考國際重要立法例外，亦得自司法判決、學說見解、特別法規定等思考當中有無值得將之一般化、通則化而納入民法債編予以規範者，使得修法在與國際接軌之際，亦可兼顧我國本土實務之需求。

透過本次考察，可深刻體會德國債法改革計畫相當具有宏觀性與整體性，並且重視修法的衡平性與協調性，以確保修正規定之間可妥適配合而不致產生矛盾齟齬。以消滅時效之規定而言，德國民法在將一般消滅時效期間縮短為 3 年後，伴隨的是搭配主觀起算標準（自債權人知悉或若無重大過失即應知悉時

起算)，以及增加時效停止進行之事由並且寬鬆認定（例如：任何當事人間關於請求權的一切意見交換，都可認定為開始協商，從而時效停止進行），給予債權人更多機會或管道阻礙請求權時效之進行，以正當化一般消滅時效期間之縮短；另一方面，為使消滅時效期間統一化與單純化，德國民法刪除了許多特殊時效期間，雖然解決了過去複雜的消滅時效規定所帶來的問題，但過於單一的規定能否因應各類契約特性或實務需求則不免遭人懷疑，因此，賦予當事人相當的自由得自行約定消滅時效期間、時效障礙事由等，以避免統一化、單純化的消滅時效所帶來的僵化問題，回歸當事人意思自主原則，同時也進一步透過定型化契約條款的司法審查機制，控制個案中因談判地位不對等所可能引發之不公平問題。針對每一環節的制度設計都相當思慮縝密，並且兼顧債權人與債務人雙方之利益衡平，也賦予司法介入控制個案正義之彈性空間，令人感佩德國立法的嚴謹與周延，實可作為我國法制之借鏡。

再者，德國債法改革後，債務不履行之法律效果實質上雖然並無重大改變，但體系架構及操作模式較舊法簡單許多，給付不能不再是規範重心，並基於履行請求權優先原則，將過去舊法時期有關承攬契約定作人命承攬人修補有瑕疵工作之規範予以一般化，使其適用範圍不再僅限於承攬契約，原則上債權人僅須透過定期限催告債務人給付或補正，倘若債務人屆期未給付或補正，債權人後續便得請求損害賠償（由債務人舉證證明其不可歸責）或是解除契約，不但較貼近實務運作方式，亦提升對於法律關係之可預見性及明確性，對於繼受德國 2002 年債法改革前舊有規範的我國，頗具參考價值。

第二節 對我國民法修正之法制實務建議

一、有關消滅時效之部分

(一) 一般消滅時效宜納入主觀起算標準，並縮短時效期間

如同前述援引之最高法院 91 年度台上字第 1312 號判決、93 年度台上字第 1311 號判決所示，我國司法實務判決已體認到現行民法一般消滅時效採用客觀起算標準有所不足，尤其在工程實務中，因不動產使用年限較長久，如施工期間偷工減料造成瑕疵，若非明顯外露易見之瑕疵，不動產所有人多未能即時認知到有任何瑕疵或損害發生，倘若仍採用客觀起算標準，勢必對不動產所有人有失公允，亦與消滅時效之制度本旨—「法律不保障在權利上睡眠之人」—有違，蓋倘若請求權人並不知悉或無從知悉請求權已發生，實難以期待請求權人即時行使其權利。而一般消滅時效改採主觀起算標準後，原則上請求權人自應於合理期間內行使權利，故須搭配一般時效期間之縮短方屬合理，而於特殊難以行使權利之情況(例如性侵害被害人可能需要相當時間及勇氣主張其權利)則可考量另定時效障礙事由，以阻礙時效之進行。

(二) 可考量引進時效停止進行制度，減少時效中斷事由

我國民法之時效障礙事由目前僅有「中斷」及「不完成」，因在時效中斷之情形，時效係自中斷之事由終止時重行起算，導致部分情形可能過度優厚債權人，並造成法律關係長期未能確定，例如：最高法院 101 年度台再字第 42 號判決謂：「所稱『中斷之事由終止時』，係指假扣押執行程序之終結（假扣押全部執行行為之終了）而言，必以假扣押之標的脫離假扣押之處置後（如將假扣押標的物交付執行或撤銷假扣押），全部執行行為終了，執行程序皆告終結，始足當之。假扣押之執行查封，僅是執行行為或執行程序之開始而已，要難謂為執行程序之終結。易言之，該時效中斷之事由，必須自執行查封起繼續至斯時，即待假扣押執行行為全部終了，執行程序均已終結時，始得稱中斷之事由終止而重行起算，初非以假扣押執行查封完成（該執行查封祇是部分執行行為

之終了，而非全部執行行為之終了）時為準。」依上述見解，若債務人未命債權人限期起訴，而未排除假扣押之執行情序時，將使時效一直處於中斷狀態，無從重新起算時效期間，其請求權的時效期間將永未完成，對債務人十分不利，且與時效制度的本旨有違。嗣後最高法院 103 年台上字第 344 號判決雖已變更上述見解，認為：「消滅時效因假扣押強制執行而中斷者，於法院實施假扣押之執行情序，例如查封、通知登記機關為查封登記、強制管理、對於假扣押之動產實施緊急換價提存其價金、提存執行假扣押所收取之金錢（強制執行法第 133 條前段）等行為完成時，其中斷事由終止，時效重行起算。」但時效重行起算後，先前已經過之時效期間歸零，是否有過度保護債權人之嫌，仍非無疑。

另一方面，於部分情形，因時效可能視為不中斷，從而將造成債權人不及於時效完成前行使權利，例如：臺灣高等法院暨所屬法院 92 年法律座談會民事類提案第 5 號法律問題之審查意見謂：「按因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，2 年間不行使而消滅；時效因起訴而中斷者，若撤回其訴，或因不合法而受駁回之裁判，其裁判確定，視為不中斷；時效，因請求而中斷者，若於請求後 6 個月內不起訴，視為不中斷。民法第 197 條第 1 項前段、第 131 條、第 130 條分別定有明文。本件甲前提起刑事附帶民事訴訟，既因不合法而被駁回確定，依民法第 131 條之規定，其時效應視為不因起訴而中斷，依最高法院 62 年臺上字第 2279 號判例意旨，雖可解為於上開起訴狀送達於乙時，視為甲對乙為履行之請求，惟甲仍應於請求後 6 個月內起訴，本件甲並未於請求後即 85 年 11 月 17 日起 6 個月內另行起訴，而遲至 87 年 9 月 8 日始另行起訴，時效應視為不中斷，顯然已逾 2 年之消滅時效。」依上開見解，於原告甲之附帶民事訴訟因不合法而被駁回確定時，時效即視為不中斷，從而導致甲之請求權罹於時效，對於甲而言恐有失公允。再者，依民法第 133 條規定：「時效因聲請調解或提付仲裁而中斷者，若調解之聲請經撤回、被駁回、調解不成立或仲裁之請求經撤回、仲裁不能達成判斷時，視為不中斷。」然而「調解不成立」並非均可歸責於債權人，如調解不成立將導致時效視為不中斷，恐將造成債權人於調解時有所顧忌，並影響調解之進行與成效。

自前述說明可知，時效中斷事由將可能導致個案中債權人之保障「全有」或「全無」的問題，而我國強制汽車責任保險法第 14 條第 2 項既已設有「時效停止進行」制度，運作至今並無重大問題，故我國宜參考德國債法改革發展經驗，於民法中引進「時效停止進行制度」，將此制度予以一般化，以滿足實務需求。

（三）為鼓勵當事人自行協商解決，宜增列「協商」為時效障礙事由

透過本次考察可知，德國於 2002 年債法改革前，即已透過民法第 242 條誠信原則之操作，認為協商時債務人不可行使時效抗辯，因此舊法時期法院所為之相關判決於修法後仍可繼續援用，德國實務上，雙方當事人於協商期間往往也會特別約定，在任何一方明示協商失敗前，債務人不得行使時效抗辯權。

我國民法目前並未將「協商」納為時效障礙事由，惟實務上時常發生當事人因多次協商歷時已久，最後於未能達成共識時，債務人即主張時效抗辯而拒絕給付，過去臺灣高等法院暨所屬法院 105 年法律座談會曾就此問題進行討論（民事類提案第 20 號），審查意見認為：「債務人於消滅時效完成前，如因其行為（不論有無過失），使債權人信賴而未及時行使權利中斷時效，俟時效完成後，債務人為時效抗辯，即與其前之行為有所矛盾；或有其他特別情事，因其權利之行使，將致權義狀態顯然失衡，類此情形得認係違反誠信原則（最高法院 103 年度台上字第 1119 號、104 年度台上字第 2434 號民事判決參照）。本提案 A 銀行與 B 保險公司間，於協商過程中，是否因 B 保險公司之行為，使 A 銀行有所信賴，致未適時行使權利以中斷時效，而導致 B 保險公司之時效抗辯，有違誠實信用原則，似屬事實認定問題。」上述見解與德國舊法時期之法院判決相仿，於具體個案中，可能認定債務人主張時效抗辯違反誠實信用原則，此在法無明文時或許是一解決之道，但不免過於迂迴，且尚須繫諸於個案承審法院之判斷，欠缺明確性及可預見性。根本之道，仍宜明文將「協商」納為時效障礙時效，俾鼓勵當事人樂於透過協商解決法律關係爭議，不必擔憂請求權可能因此罹於時效。

(四) 宜檢討消滅時效之強行規定性質，考量允許當事人約定變更

依修正前之德國民法第 225 條規定，時效不得依法律行為妨礙其完成，但促使其完成者，如時效期間之縮短，不在此限。換言之，舊法僅容許促使消滅時效完成之約定。妨礙時效完成之約定，除消滅時效期間之延長外，包含約定法律所無之未完成或中斷事由，均為法所不許。然而，出於交易需求，實務上仍承認得採用間接方式，如延期付款、清償期之推遲、債之更新、不起訴協議等方式，達到延緩消滅時效完成之效果。自本次考察交流可知，目前德國實務上，當事人雙方自行約定消滅時效之情形十分普遍，通常在實際操作時，當事人會直接清楚約定在一個最終期限前，請求權時效不會完成，必要時可以再延長時效。另一方面，為避免一方當事人透過定型化契約條款變更消滅時效規定所可能產生之不公平結果，德國民法第 307 條以下設有關於定型化契約條款控制之規定，該等規定不僅適用於企業經營者與消費者之間，亦適用於企業經營者之間。

按我國現行民法第 147 條規定：「時效期間，不得以法律行為加長或減短之，並不得預先拋棄時效之利益。」蓋我國向來認為消滅時效與公益有密切關係，有關消滅時效的專章規定均屬強行規定，當事人如約定加長或減短時效期間者，其約定原則上無效。然而，消滅時效完成後，將使請求權之行使受阻，實質上達到排除請求權之效果，而基於私法自治、契約自由原則，倘若允許當事人自由處分其權利，則似難以正當化何以不許當事人約定變更消滅時效，故宜檢討消滅時效之強行規定性質，考量允許當事人約定變更，以增加法律適用的彈性，因應實務需求。但另一方面，為確保此一自由不會遭致濫用，仍應參考德國民法第 202 條及第 307 條以下規定，針對當事人得約定變更消滅時效之範圍劃定一定界線，並由法院介入個案進行利益衡量與司法控制。

二、有關債務不履行之部分

(一) 以「義務違反」為核心概念，簡化債務不履行之體系架構，可供參考

聯合國國際貨物買賣契約公約（CISG）乃公認最為成功之國際契約法文

件，而 1991 年德國債法修訂委員會所提出之修法建議，正是以 CISG 為主要參考對象，將「義務違反」作為上位概念，所謂「違反義務」乃指未依債務本旨履行債務，違反及時而完整、無瑕疵地提出給付之義務，在此概念下，究屬主給付義務、從給付義務或保護義務，均已無關緊要，並得藉此導出給付遲延、給付不能、不為給付、瑕疵給付、積極侵害債權等型態，從而債權人於債務人債務不履行時，所得主張之契約解除權、損害賠償請求權等，均可循一致的體系脈絡予以規範。我國民法如能參考此一修法概念，過去法院實務上難以區辨債之關係義務群，或難以判斷給付是否或何時陷於不能之情形，將可因此獲得解決。

（二）應考量將解除契約與可歸責事由脫鉤

依我國民法第 230 條、第 254 條至第 256 條規定，債務不履行必須是因可歸責於債務人之事由所致者，債權人始得解除契約，然而債務人究竟有無可歸責事由，實務上多數情形可能為雙方爭議之所在，因此債權人能否解除契約經常陷於不明確之狀態，故為避免疑慮，不論實際上債務人是否可歸責、債權人有無法定解除權，許多債權人通常仍會先行以存證信函表示解除契約之意思。德國於債法改革後，已將解除契約與債務人之可歸責性脫鉤，原則上債權人僅須定期限催告債務人給付或補正，債務人屆期仍未給付或補正，債權人即得解除契約，另於例外情形（例如給付不能、債務人已明確預示拒絕給付等）特別規範債權人可不須定期限催告，使債權人得以清楚掌控法定解除權取得之要件，亦較契合實務之運作模式；至於是否可歸責於債務人，僅會涉及債權人能否請求損害賠償之問題。

（三）宜將給付不能重新定位為免除原定給付義務之事由

對於「免給付義務」究竟是取決於「給付不能」，亦或尚須以「債務人不可歸責」為要件？在德國舊法時期曾經存在爭議，倘若債務人是否免除給付義務之唯一判斷標準是「給付不能」，則是否可歸責於債務人，其法律效果應是涉及債務人是否成立損害賠償責任之問題。依德國舊民法第 280 條規定：「因

可歸責於債務人之事由至給付不能時，債務人對債權人賠償因不履行所造成之損害。」在可歸責於債務人事由所致之給付不能，因債務人之給付義務已陷於不能，故其無須履行原定給付義務，而是應負損害賠償之責任，因此，可歸責於債務人之嗣後給付不能，債務人仍然免為原定給付義務，故是否可歸責於債務人，並不影響債務人原定給付義務能否免除，僅影響債務人是否須負損害賠償責任而已¹³。

我國現行民法第 225 條及第 226 條將給付不能區分為「不可歸責於債務人」及「可歸責於債務人」之情形，前者依第 225 條第 1 項規定：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」後者第 226 條第 1 項規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」另依我國最高法院見解：「按因可歸責於債務人之事由致給付不能者，該標的物已不存在，債權人自無從請求給付原定標的，原給付內容遂變更為損害賠償請求權，而該損害賠償請求權既係原定給付之代替，在原定給付為特定之標的物時，為使債權人得回復到債務履行時之『應有狀態』，自應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。」（最高法院 92 年度台上字第 829 號判決、最高法院 101 年度台上字第 1324 號判決）準此，在我國現行法制下，不論債務人是否可歸責，其原定給付義務均已不復存在，僅在可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人始須負替代給付之損害賠償責任。是以，2002 年債法改革後，德國民法第 275 條將給付不能重新定位為免除原定給付義務之事由，改變過去將給付不能作為債務不履行規範重心的模式，並與可歸責性脫鉤，符合實務操作模式，應可供我國參考。

（四）如何在維持債之相對性原則下，建構「附保護第三人作用之契約效力」範圍，立法技術上不易將之法制化，尚待學說及實務持續發展

德國學說上起初是透過類推適用民法第 328 條（利益第三人契約）發展出「附保護第三人作用之契約效力」理論，嗣後由司法實務加以承認，經過德國法院長期大量的判決案例累積，已經發展出一定的指標，用以判斷具體個案能

¹³ 參考向明恩，同註 2，第 15-16 頁。

否適用此理論，包含：1.第三人之給付接近性；2.債權人有將該第三人納入契約之利益；3.第三人之給付接近性及債權人有將該第三人納入契約之利益，須為債務人可得而知；4.第三人須值得保護。然而，本次考察德國實務工作者均表示，德國民法迄今仍欠缺「附保護第三人作用之契約效力」之明文規定，2002年債法改革時，原本亦有意將此制度納入民法規定，但最終仍不得不放棄，原因可能係在於立法技術非常困難。

經查我國法院判決，目前尚未發現有援用「附保護第三人作用之契約效力」理論之案例，僅零星判決在當事人起訴或上訴主張中有出現相關用語，但法院並未予多加論述或參採，故此一理論在我國似乎尚在發展中，學說及實務對之並不熟悉，考量德國經過長久的司法實務發展後，仍難以將此制度加以法制化，我國更不宜冒進，應待學說及實務有更深入的研究及闡述後，再行考量將之納入民法。

(五) 國際契約法文件所定「情事變更原則下之當事人重新協商義務」似無明文規定之必要

觀察目前重要之國際契約法文件，歐洲契約法原則(PECL)第6:111條、國際商事契約通則(PICC)第6.2.3條、共同協議架構草案(DCFR)第III-1:110條規定，均規定情事變更時，當事人有重新協商之義務，然而，該重新協商義務之性質、違反該義務之效果為何，尚無一致性的共識。德國民法之立法者雖然也有意使當事人有就契約調整先進行協商之機會，但並未將「協商」明定於法條中，蓋協商義務實際上難以強制履行，以法律加以規範，意義並不大，故德國民法第313條第1項第1句僅規定雙方當事人均得請求為契約之調整，而想要請求調整契約之一方，絕大多數都會先與他方進行協商，協商不成後，才會提起訴訟請求法院調整契約內容或解除契約，故當事人自行協商成為契約調整請求權運作後之附帶效果，並無特別再為規範之必要。此一立法邏輯思維方式，顯示出德國立法者的務實精神，值得我國參考。

附錄

【附錄一】主要參考資料

1. 黃立，德國民法消滅時效制度的改革，收錄於「德國新債法之研究」，98年9月。
2. 黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，收錄於「德國新債法之研究」，98年9月。
3. 陳自強，整合中之歐洲契約法，收錄於「整合中之契約法」，100年5月。
4. 陳自強，歐洲契約法發展之新動向，收錄於「整合中之契約法」，100年5月。
5. 黃立主持，法務部101年「民法總則發展新趨勢之研究—以德、法、日、瑞士為借鏡」委託研究案成果報告書。
6. 楊宏暉，論情事變更原則下重新協商義務之建構，收錄於「臺北大學法學論叢」第97期，105年3月。
7. 許政賢，債務不履行體系再建構之初探--以「違反義務」為中心，收錄於「法令月刊」第68卷第7期，106年7月。
8. 向明恩，論德國民法第275條給付義務之排除，收錄於「民事法學新思維之再開展—劉春堂教授七秩華誕祝壽論文集」，106年11月。
9. 陳聰富主持，法務部106年「民法債務不履行、瑕疵擔保責任及請求權時效制度規範之檢討與立法建議—以現代國際契約法的發展趨勢」委託研究案成果報告書。
10. 黃松茂，債務不履行損害賠償之體系—給付不能概念之重生與再造，收錄於「政大法學評論」第151期，106年12月。

【附錄二】相片



108年8月12日拜會德國聯邦律師公會



108年8月15日拜會法蘭克福高等法院



108年8月16日拜會德國聯邦法院



108年8月16日參訪德國聯邦法院圖書館



108年8月16日參訪德國聯邦法院圖書館



108年8月16日參訪德國聯邦法院民事訴訟庭