

# 西德債法改革之可能趨勢

梁 松 雄\*

## 目 次

第一章、前言	第四節、學者專家之意見
第二章、債法改革之原因	第四章、債法改革趨勢蠡測
第一節、老態龍鍾之民事法典	第一節、特別法規之兼容並蓄
第二節、支離破碎之債法法源	第二節、學說判例之去蕪存精
第三節、落伍不堪之立法依據	第三節、契約類型之增加規定
第四節、滿筐滿籬之學說判例	第四節、歐陸法例之參考取捨
第三章、債法改革之緣起	第五節、民法商法之界限重分
第一節、債法改革之前奏	第六節、社會個人之利益調和
第二節、債法改革之楔機	第五章、結語
第三節、債法改革之初步	

## 第一章 前 言

民法爲人類營社會生活之基本規範，債法又爲財產法之核心法律<sup>1</sup>，與吾人之日常生活及社會上之經濟活動更息息相關；吾人之生活方式固因時而轉，社會之經濟活動形態更隨世而變，是以爲其所本之生活規範自亦非一成不變，此所以現代各國民法公布之後，無論學者之學理解釋，或法界之實際運用，決不拘拘於舊制，泥古不化，亦不牽強附會，妄事臆測，而忽視時代精神。

※本文作者：本系專任副教授，西德法蘭克福大學法學博士。

德國民法之制定，歷經波折，始成爲十九世紀末葉創時代之偉大法典，姑不論當初立法者如何聰明睿智，如何殫精竭慮，如何力求其適應社會需要，配合時代精神；惟以血肉之軀又無未卜先知之能而定一規範萬民之重要法典，本難求其至善至美<sup>2</sup>，矧該法甫行公布之際，責全之聲已時有所聞，況經時數十載，歷劫非一次；欲求其再適用於當今之世，縱無扞格不入之難題，必有偏而不周之弊病，惟若長此

以往，不論法學專家或社會大眾，皆將望債法而興嘆！是以有改革債法之議焉。

## 第二章 債法改革之原因

### 第一節 老態龍鐘之民事法典

德國民法典於 1896 年 8 月 18 日公布依其施行法第一條之規定，於 1900 年 1 月 1 日施行於當時之德意志帝國領域內。此後，歷經四個完全不同之政治體系，第一為德意志帝國時代（1867—1918），第二為威瑪共和國時代（1919—1933），第三為希特勒獨裁時代（1933—1945），第四為東西德時代（1945 年）。兩次世界大戰之浩劫，使當年立法者所標榜之私法為戰時緊急處置與特別法規等破壞無遺。二次世界大戰後，德國一分而為二，西德依其基本法第一二三條第一項及第一二五條之規定，以 1896 年公布之民法法典為聯邦法律之一，而為現行民法施行於西德之法律依據。東德於 1965 年公布親屬法，1975 年頒行適合其國情之民法，而廢止舊民法。

德國民法典中之債篇，自 1896 年以來，除有其他特別之單行法規外，幾無任何重大修正而保留其原貌迄今<sup>8</sup>。債篇內容能歷經八十年而容顏不衰，固有其特殊之適應彈性，惟老牛破車已難與飛彈火箭並駕齊驅，所以債法之必須改頭換面，乃時勢所趨也。

### 第二節 支離破碎之債法法源

德國民法債編之規定久已非規律民事債務關係之唯一法源<sup>4</sup>。自民法典頒行迄今，已有為數甚夥之重要債務關係由特別法規加以規範，此情形且將與時俱增<sup>5</sup>；時至今日，有關債務關係之特別法竟多如牛毛<sup>6</sup>，據估計結果，其數額已逾 250 種，共計約 2700 個條文<sup>7</sup>；例如：有 130 個單行法規，共約 460 個條文涉及民法總則之範疇，就中關於德國民法第一三四條違反法律禁止規定者有 185 條。關於以書面作為法律行為方式之特別法規有 55 種，100 個條文。關於時效之特別法有 80 種，100 條文，有關契約責任之特別法約有 70 種，400 條文<sup>8</sup>。

關於債務關係特別法之疊架情形，以旅客運送之規定最具典型<sup>9</sup>，其中有法令，有規章、有國際條約等，名目之繁，條文之多，令人目不暇給。如空中交通法、鐵路交通法、關於鐵路運送、公路交通及定期班車之一般運輸條例、郵政法、華沙公約及其附加條款、關於鐵路交通暨旅客與行李運送之國際協定（1970），就船舶所有人於旅客運送時責任限制之國際協定（1957），移民法（1975）等等<sup>10</sup>。

有關債務關係之特別法規如下：

- (一) 分期付款法，1894 . 5 . 16 .
- (二) 商法，1897 . 5 . 10 .
- (三) 動力交通工具法，1909 . 3 . 6 .
- (四) 道路交通法，1952 . 12 . 19 .
- (五) 原子法，1976 . 10 . 31 .

(六)責任法，1978 . 1 . 4 .

### 第三節 落伍不堪之立法依據

德國民法之制度，固曾旁徵他國，內準國情，運用立法者之聰明睿智，融冶內外精華於一爐，而確立其適合德意志民族性之民事法典；然考其立法精神，實不外遠承羅馬法之遺緒，並以十九世紀盛行之私經濟組織為其基幹，近世個人主義為其立法之指導原則，諸如意思自治、契約自由、私有財產制度、所有權自由、過失責任等原則均由現行德國民法加以確認<sup>11</sup>。

德國民法立法之十九世紀末葉，其社會經濟結構尚屬農業社會，是以民法條文中，尤其與社會經濟生活息息相關之債法殆皆以此社會型態作為立法依據；方今之世，已由農業社會步入高度工業化之社會，如欲以規律農業社會之債法適用於今之工業社會，縱無削足適履之弊，亦必有方枘圓鑿之譏<sup>12</sup>。

### 第四節 滿筐滿籬之學說判例

德國民法規定之內容，尤其是債編之原則性規定，包含甚多抽象之一般規範，且條文之含義，亦富有極大之彈性；具體而刻板之規定反不多見<sup>13</sup>，是以歷經數十年，學說與判例就債法之基本問題暨其個別之疑難問題，迭相補充創見；如今，果立法者能起死回生，亦難以辨認其所制定債法之廬山真面目矣<sup>14</sup>！

關於學說判例就債法所為補充，舉其大者約略如下：誠實信用原則之擴大適用

，情事變更原則之重新認定，信賴保護原則之確定，第三人損害賠償之可能性，非財產上損害賠償援用於人格權侵害之案例<sup>15</sup>。

## 第三章 債法改革之緣起

### 第一節 債法改革之前奏

自德國民法頒行以來，其各編中修正之多，變動之大者厥為親屬編，蓋以現代社會倫理觀念與人際關係，歷經兩次世界大戰之衝擊，已大異曩昔，作為人倫規範之親屬法亦唯有亦步亦趨，始克配合時代潮流；如婚姻關係之變動，夫妻財產制之更改，離婚條件之放寬，非婚生子女在特定範圍內權利之認定，父母保護義務之加強，收養關係之重訂等<sup>16</sup>。他如物權編及繼承編均正進行修改中，其修正案之獲通過，亦指日可待。

關於債法部分，雖全貌未經大變，惟自1975年迄今，亦已有七次之小修正，如第一三八條之暴利行為，第二〇九條之時效中斷，第二一三條之時效中斷，第四七六條a買受人之補正權。關於男女就業平等之問題如六一一條a、六一一條b、六一二條a、六一三條a、六一六條、六三三條及八五二條第二項。關於旅行契約問題有六五一條a至六五一條k。

### 第二節 債法改革之楔機

1974年3月，聯邦法規修訂小組從事「一般法律行為條款法」之制定工作時，認為以該法之規定內容，對消費者之保護尚嫌不週；為彌補此一缺點起見，有認為應將民法債編總則及分則之部分內容，同時加以修正<sup>17</sup>；此點雖未獲具體結論，惟於此一小組工作結束後，有六邦行文聯邦司法部，同意組成另一委員會，繼續研討全部契約法問題，並進一步就整個債法之是否修正及如何修正之問題，加以深入之探討。

1978年1月25日，聯邦國會預算審查會中，當時之司法部長佛歌耳對於當前之債務特別法規之汗牛充棟，感慨系之；為就債法之繼往開來尋求一最佳途徑，於會後隨即委由司法部民事司，就債法之單一法規性繼續研究其可行性，亦即債法範疇內之各種單行法規回歸民法之可能性，或特別法所定內容直接由民法加以規定。

與此同時，正值增訂旅行契約之立法工作進行中，原案本擬以特別法之方式問世，因草案公布後，迭遭各方詬病，尤以司法官協會之反對聲浪震天，氣勢驚人，修訂小組遂捨特別法而採納入民法債編之方式為之<sup>18</sup>。本案通過後，各方反應尚佳，惟其修訂過程之餘波盪漾，則歷久不息，或以為原擬以特別法之方式問世之旅行契約，其特別法草案，既可胎死腹中，並由民法債編借屍還魂，則其他現行特別法亦不難以移花接木之方式，讓其本幹——民法債編——益形茁壯。

其後，債法改革之議更加波濤洶湧。

1978年11月15日內閣會議因各方要求改革債法之聲浪，已沛然莫禦，遂就債法之修正擬訂基本方針如下：(一)就屬於債法領域之各種特別法規納入民法之可能性加以慎重研究。(二)學說及判例有關債法之部分加以整理檢討，作為將來修正之參考。(三)債法中所未規定而社會上實際行之已久之新契約類型加以整理歸納，並考慮其列入債法中之可行性。

### 第三節 債法改革之初步

1887年德國民法第一次草案之起算工作，其草案之編撰委員，閉門造車，獨行其是，既不與社會上一般人士有所接觸，又不諮詢法學專家之意見，致該草案公布後，眾口交謫，甚且被批評得體無安膚，而不得不另起爐灶，重新起草，始獲通過公布施行。

如今聯邦司法部負責債法修正工作之人員，因有前車之鑑，不敢重蹈舊轍，而於內閣會議決定修正方針之後，即將有關債法修正可能涉及之各種法律上問題，委由學有專長之學者專家研擬報告意見書，再由聯邦司法部彙印成冊，公諸社會大眾，公開批評討論。

### 第四節 學者專家之意見

漢堡外國法暨國際私法研究所<sup>19</sup>

比較法：歐洲主要國家契約法之最新發展情形

斐德思及威謀滿<sup>20</sup>

消滅時效期間：就消滅時效期間加以

統一規定之可能性。  
何若何<sup>21</sup>  
一般損害賠償法：損害法之法律規定  
問題。

梅迪庫斯<sup>22</sup>  
締約上過失：締約過失問題之法典化  
及其內容。

洪恩<sup>23</sup>  
長期性契約：繼續性及長期性債務關  
係加以法律規定之問題  
。

胡柏<sup>24</sup>  
給付障礙：給付障礙之各種法律問題  
及修改債法之配合問題。

胡柏<sup>25</sup>  
買賣契約：買賣契約涉及之技術上、  
經濟上及法律上問題，暨  
其將來發展趨勢與各種有  
關買賣特別法之收納問題  
。

易格<sup>26</sup>  
養老院契約：養老院之住院老人與所  
有人間所可能產生民事  
法上契約關係之立法問  
題。

寶意鄰<sup>27</sup>  
醫療契約：病人與醫師間民事法律關  
係之立法技術問題。

白雅士<sup>28</sup>  
承攬契約：現行法上承攬契約之補充  
規定及未能發展趨勢。

穆紀臘克<sup>29</sup>

有償之事務處理：委任、僱傭及承攬  
等各種有償事務處  
理契約之界限問題  
。

何與者<sup>30</sup>  
劃滙關係：以銀行為仲介人之非現金  
來往關係。

柯勒<sup>31</sup>  
有價證券法：有價證券法在民法上之  
重新修正及其補充規定  
之問題。

科立希<sup>32</sup>  
不當得利：民法以外有關不當得利規  
定納入民法之可能性。

史列希特林<sup>33</sup>  
契約責任與契約外之責任：責任種類  
之重新規  
定及其相  
互關係之  
問題。

馮霸<sup>34</sup>  
侵權行為法：侵權行為之要件問題等  
。

科茨<sup>35</sup>  
危險責任：危險責任在民法上規定之  
必要性。

魏斯特曼<sup>36</sup>  
消費者保護：由消費者保護所特別發  
展之單一法規，如分期  
付價法、一般法律行為  
條款法、函授教學法等  
是否適於併入民法之中

，尤其是就特定範圍之人所定之特別法是以得以普通化？何等歐洲國家立法例得作為債法之參考？

葉梅立希<sup>37</sup>

動力供應契約：在民法典中是否得就動力供應之問題，加以原則性之規定；又此等規定究應列入債總或債各之中？

李伯<sup>38</sup>

僱傭契約：僱傭契約之補充規定，尤其是不屬於勞動法範疇之有償事務處理契約之問題。

閻霍次<sup>39</sup>

建築法：關於營造建築當事人雙方民事法律關係之特別規定問題，即自營建物之建築計劃開始至成品出讓之各種法律問題；又有關建築法之各種特別法規，於改革債法時之立法問題。

黑穆<sup>40</sup>

無因管理：有關無因管理在法律制度上之功能，暨其他法律體系之適用與相互關係。

史密特<sup>41</sup>

合夥：民法上合夥規定之變革與補充問題。

哈丁<sup>42</sup>

保證：民法上保證契約在事實上及法律上之演變及其發展情形，又其他特殊保證契約在民法中以特別法律關係規定之可能性。

## 第四章 債法改革趨勢蠡測

### 第一節 特別法規之兼容並蓄

德國有關債法範疇內之特別法，因泛濫過甚，迭受各方交相指責，聯邦司法部長於1978年1月25日特將特別法付諸討論，隨即組成特別法整理委員會，擬議特別法納入民法債編之可行性<sup>43</sup>；惟關於特別法規是否納入民法債編之問題，各方意見迄未能一致，反對之聲浪仍時有所聞，其所持理由如下：

(一)特別法規殆皆以特殊之債務關係為基礎，而具有特殊性之法律問題，尤其是富有技術性、時空性且其內容又有隨時變化之可能者，此等情形自不宜由萬世經典之民法加以規範。如分期付款法、函授教學法、一般法律行為條款法等或規範某種特殊法律問題，或釐定特殊之生活規範，皆其特例。

(二)特別法規所定內容，如涉及特殊之契約類型時，與現行債法之規範要點亦不盡相侔，是否能納入民法債編，實不無可疑。

(三)大多特別法之內容或屬公法領域，或屬公私法混合規定，如為公法領域之規範，自不宜訂入私法法典之民法中，如屬

公私法混合規定者，亦與純粹私法範疇之民事法典不相稱<sup>44</sup>。

不論反對者之氣焰如何高漲，惟自旅行契約以納入民法債編取代另訂單行法之後，贊成特別法向民法債編歸隊者已寔然居於壓倒性之多數，考其立論所在，不外如下列數點：

- (一)目前有關債務關係之特別法規已泛濫過甚，縱使法學素養甚高之專家亦為之頭昏腦脹，如不早為之謀，終有不可收拾之一日<sup>45</sup>。
- (二)在現行德國民法中亦不乏有關公法範疇之規定，如第二二條規定：「以經濟上營業為目的之社團，除國家法律有特別規定外，因其所在地之邦之授與而取得權利能力。」第七九五條規定：「在國內發行之無記名證券，載明為一定金額之支付者，限於國家之核准且無許可例外者，始得流通，其細節以聯邦法律定之。應經國家核准之無記名證券，未經核准而流通者，無效；其發行人應向持有人賠償因其發行所生之損害。」
- (三)在眾多單行之特別法規中，經常發現重複規定，或矛盾現象，此等各自為政之單一法規，欲求一統起見，自以盡行納入民法債編中為最恰當<sup>46</sup>。
- (四)不論特別法之特殊性如何，亦不論其與民法債編規定之關係如何，更不論其有無違背民法上基本原則等，均可置之不問。而各得依其所屬之債務關係範疇，分別訂入民法債編之適當位置；如分期付款價法雖與民法上契約之自由之原則有

違，但亦不妨訂入民法第六〇七條 a 之中。

不論反對之聲浪如何，但如言改革債法，而任令各種單一之特別法規繼續存在，則所有之債法改革均屬空中樓閣，故將各種特別法規納入民法債編之中，實為改革債法之第一步驟，茲就可能歸隊之重要特別法規分述如下：

(一)一般法律行為條款法：

一般法律行為條款法於 1976 年 12 月 9 日公布前，敦促其內容納入民法債編之聲浪已時有所聞<sup>47</sup>；惟因現行民法係基於自由主義、個人主義作為其立法依據，而一般法律行為條款法等則屬社會政策性質之私法範疇，如強行性之規定過多且國家就契約得以准許等方式加以控制，至於契約型態、契約之訂立方式等均乏自由可言，此與民法上契約自由原則顯相違背<sup>48</sup>，故此法終得以單一之特別法問世。

如今正值改革債法之勢，沛然莫之能禦之際，特別法納入民法債編尤為其重要課題之一，故一般法律行為條款法亦難免還本歸根之命運，至其方式，一般認為其主要內容得由民法第三一九條關於第三人指定給付效力規定之，關於各種條款之目錄部分則可由買賣契約或承攬契約詳細規定之。

惟一般法律行為條款法中，所有之強行條款或由公權力就契約內容加以審核與核准等，如與民法之基本理念有違者，自應妥善抉擇，詳加取捨，惟其標準如

何，實屬立法難題之一。

(二)旅行契約法：

旅行契約之內容殆皆屬於承攬契約中給付障礙之問題，是以1979年5月4日已將旅行契約併入民法債編承攬內，即第六五一條a至第六五一條k。

(三)分期付款法：

德國分期付款法於1894年5月16日公布，同年6月實施，現行民法第二次草案起草委員會之所以將分期付款法保留其特別法之單一法規，而未併入民法之立法工作處理，乃因其內容與民法上契約自由之原則背道而馳也<sup>49</sup>；當時立法者認為民法應維持其自由主義之單純面貌，自不能因容納分期付款法之內容而使白璧玷上微瑕<sup>50</sup>。此等偏狹之立法論，導致今日德國特別法多如過江之鯽。現既因改革債法而擬將當年漏網之分期付款法重新網羅，自不免產生一連串之難題，如吾人將分期付款法容納於民法債編買賣契約之第四三三條以下，則就1974年改革草案所增列融資法律行為之基本規定，將難以安插，或以為該部分可隸屬於第六〇七條a之借貸，惟此仍非易事。

(四)函授教學法

函授教學與一般教學性質雖異，惟究屬殊途同歸，遂有以為得與一般教學法於債法中加以共同規定<sup>51</sup>，惟一般認為函授教學法不妨於僱傭契約中加以規定，或於勞動法中加以規定<sup>52</sup>。

(五)責任法：

責任法亦如分期付款法，當民法初訂之際，應加以收容而竟仍任其以單一之特別法規消遙於民法之外。嗣後且因各種特殊責任問題有增無已，而產生更多之相關單行法規；如1909年之動力交通工具法，1921年之航空法，1934年之物品損害責任法，1959年之原子法，1970年之藥劑法。關於危險責任之特別法規雖如此之多，但於民法債編中，就危險責任之範圍加以釐定，並不違民法之基本理論體系<sup>53</sup>。

## 第二節 學說判例之去蕪存精

學說判例是否為法源之問題，爭論固多，惟就一部行之數十年未改之民事法典，一方因其立法基礎問題，另一方面因社會變遷之關係，而不能配合現今社會之需要時，自須由學說判例加以適當之補充，此等由學說判例所創設而為民法所未規定之法律體系，於債法改革之際，自應加以適當之抉擇，俾使改革後之債法，不再漏洞百出；茲就學說判例創設之法律理論體系擇要分析如下：

(一)締約過失：

當事人於從事訂立契約之際，因一方之過失致他方當事人受損害時，其法律問題應如何解決，在現行德國民法中並無原則性之一般規定，因之，學說與判例對此討論歷久不衰<sup>54</sup>；締約過失之問題，原屬侵權行為法上之問題，繼被劃歸契約法之範疇，不論學說或判例皆各有其理論依據及個別之法律體系。此等由



學說及判例所創造發展之法律制度，於債法改革之際，是否納入債編中，及以何種方式為之？西德慕尼黑大學教授梅迪庫斯認為應就歷來學說判例所為歸類分別討論之：第一類為傳統上所謂之締約過失，即當事人之一方於締約之際，因他方當事人之過失致受損害時，應屬侵權行為責任問題，而不屬契約法之範疇。第二類為當事人原信賴契約可成立，嗣竟於訂約談判中擱淺，致契約無法訂立時，梅迪庫斯認為此點無特予立法之必要<sup>55</sup>，古倫斯基教授亦同意此看法<sup>56</sup>。第三類為當事人原已信賴契約之可能成立却因故致契約不成立時，其明知或可得而知其事之當事人就他方當事人因此所受之損害應負賠償責任，至因過失而不知者不負損害賠償責任<sup>57</sup>。關於締約過失之問題，德國學說與判例擾攘數十年，現正值債法改革之際，就此應如何加以規範，仍無定論，反不若東歐小國希臘早將締約過失之問題訂入其民法第一九七、一九八條<sup>58</sup>。

#### (二)非財產上損害賠償：

德國民法中關於人權受侵害之非財產上損害賠償，未設一般性規定，二次大戰後，鑑於納粹政府侵害個人自由之嚴重性，暨各種因素之影響，人格權隨時有受侵害之虞；學者首揭其端，強調人格權之保護有予加強之必要；並經德國法學家會議之討論議決<sup>59</sup>，而使侵害人格權之問題益形重要。此外，法院就人格權之侵害案件，曾援引西德基本法第一

、二條之規定，判令加害人予以金錢賠償<sup>60</sup>。學說及判例就人格權受侵害而為金錢賠償之問題已加以確認，聯邦司法部除於1958年草擬「民法上保護人格及名譽規定修正草案」外，並擬於民法第八二三、八四七條中加入人格權受侵害之損害賠償規定，此等修正計劃雖迄未實現，惟現值從事債法改革計劃工作進行中，關於人格權受侵害之賠償問題，自應作通盤之檢討，就其規定方式及內容，作妥善之安排。

#### (三)消滅時效期間：

消滅時效問題在學術界之討論，一直受到冷落與忽視，縱有零星討論之文獻，亦僅如鳳毛麟角；聯邦司法部委由斐德思及威謀滿提出之意見書<sup>61</sup>，不僅對關於時效期間之問題，詳加討論，且就時效之開始、進行、效力等問題，反覆申論，更參考瑞士、義大利、荷蘭、東德、南非、蘇聯等立法例，加以分析闡述。是以學者有認為本篇就時效問題，初次作如此廣範圍之探討，實彌足珍貴<sup>62</sup>。

依斐德思等之意見書，認為消滅時效之問題仍應規定於民法總則而非債編之中。惟目前現行法中關於時效期間自六個月至三十年不等，種類紛繁，長短不一，當事人稍一疏忽，其請求權已罹於短期時效矣！為求時效期間簡潔明瞭起見，斐德思等認為各種時效期間宜一律規定為二年，如已取得執行名義時，其時效期間延長為十年。批評者認為，如將

時效期間統籌規定為二年，尤其是三十年驟減為二年，未免太過極端化，且二年之期間是否過於短暫，亦不可無可疑<sup>68</sup>。

#### 四情事變更原則：

現行德國民法中，不論總則編或債編，對於繼續性或長期契約進行中所生之難題，應如何加以解決，未設明文規定<sup>64</sup>，即於長期契約進行中，因訂約時之基礎情況有變化時，究應堅持遵守原契約條款，或依新情況調整契約內容，在現行民法條文中，尚無明文可據也。首將繼續性債務關係以法律明文加以規定者，厥推「一般法律行為條款法」<sup>65</sup>。法院判例對於情事變更原則之援用，極不一致，聯邦普通法院曾認為當事人於訂約時，即顧及將來之發展情況，預為籌謀，並於其支出費用及贏利中加以概括之，不得以事後之情事有變更而請求更改契約內容<sup>66</sup>；車樑高等法院就一租賃關係之條件，因市場發展情況與訂約時預估之情形相差太大而賦予承租人提前終止契約，而不必就承租之商號，為毫無實益之繼續經營<sup>67</sup>。

學說上大抵皆同意當事人援用情事變更原則以解決嗣後發生之不利情況，惟其所持理由，極不一致，或以為此種原則應屬當事人為意思表示之附款，尚未至條件之程度也。或從相互性之理論並依公平之原則，賦予當事人變更給付內容或終止契約之權也。或以為當事人作為訂約基礎之事態既已不存在或已消失

，自無令當事人再嚴守契約條款之必要。亦有依誠實信用原則以說明情事變更原則之適用也<sup>68</sup>。

就此問題提出意見書之洪恩教授參照法院實務上之看法，及學者之見解，認為繼續性債務關係及其他長期契約，於其原有之行為基礎有變動時，應以法律規定，因情事變更而受不利之當事人得請求變更原有之契約條款或終止契約關係<sup>69</sup>。

### 第三節 契約類型之增加規定

債法為動態法律之最主要典型法律，原立法者在債編所定之有名契約，隨着社會現象之變化，已不敷事實上需要，而社會上所通行又為現行法所未規定之無名契約，如任其在無規範依據之下自由發展，設有糾紛發生，必致生無窮之困擾，故對此實有以典型契約加以規定之必要，惟反對納入債法者，認為新發展之契約類型，並非皆具有普遍性，果將之列列入萬世經典之民法中，是否得當，仍不無可疑<sup>70</sup>。

在現行法就契約類型未加規定之際，一般法界人士每將新契約類型歸類於原有之債務關係中，如醫療契約納入僱傭契約體系，養老院契約歸屬於租賃契約，銀行契約併在有償之事務處理契約，動力供給契約則由買賣契約吸收。惟吾人如進一步深入探討，將可發現事實上並不如此簡單，所有此等新契約類型並不只具有某一契約之內涵，而兼有其他契約之要素，是以此等契約類型應如何納入民法債編之中，

應就各個契約探討<sup>71</sup>：

### 一、醫療契約

實務上幾全認為醫療契約為僱傭契約之一種，惟實際上，醫療契約有其獨自之契約特性，此等契約特性，即非僱傭契約所能概括，如醫師得在無契約關係下從事診斷治療，醫師從事各種治療時，應對病人或其家屬盡說明之義務，病人或其家屬並有查閱病歷表之權利，於病人病情較為特殊或較為嚴重時，有將其轉送大醫院治療之義務；凡此種種，既非僱傭契約內容所能容納之，自有就醫療之法律問題特別加以規定之必要<sup>72</sup>。

### 二、銀行契約

關於銀行與客戶間，劃滙往來等活期存款戶之開戶，開戶後之現金往來，票據發行與提兌、轉帳、貼現等問題，在現行德國民法上，僅能類推適用民法第六七五條有關委任之規定，暨商法第三五五條至三五七條有關有價證券之條文。對一般銀行及儲蓄銀行尚得援引「一般法律行為條款法」中之部分規定為依據。惟學說及部分判例就所謂之銀行契約，已發展成一種具有特定權利義務關係之契約形態<sup>73</sup>，就此而言，民法暨一般法律行為條款法有關規定，已不足以概括此型契約之全部法律關係，因此於改革債法時，自有將銀行契約特設規定之必要<sup>74</sup>。

### 三、養老院等契約

有關養老院之法律於1974年公布<sup>75</sup>，該法雖於公法規定外，間亦涉及民事法律

關係，然對養老院契約所應具有之重要內容仍付諸闕如<sup>76</sup>，依民事法理而言，住進養老院之老人亦具有承租人之同等地位，而受租賃法之保護；但當該老人舉步維艱，動需扶持時，則養老院與該住院老人之間，不啻醫院與病人之關係也，此時，如解為僱傭契約關係，較合實情。學者有認為養老院契約不妨與醫療契約併為同一之新契約類型，而以保護照顧之特殊債務關係為其主要內容<sup>77</sup>。

## 第四節 歐陸法例之參考取捨

西德聯邦司法部委由漢堡之外國法暨國際私法研究所，就歐洲主要國家契約法之最新發展，作一比較研究，並評估德國現行債法是否已達修正之成熟階段，如有修正之必要，則關於此等應修正之各種問題，有關國家是否就之已有規定，又其規定之特點何在；尤以各國以何種方式使契約法之內容能符合千變萬化之經濟與社會現象，諸如特別法之問題，契約類型之範圍，債法之基本原則等等，均由該研究所以抽絲剝繭之方式，一一加以探討研究，其所涉及之國家有奧地利、瑞士、法國、義大利、荷蘭、瑞典及英國等。

民法尤其是債法之改革工作，在歐洲各國進行頗不順利，第二次世界大戰後，法國雖曾從事民法之改革工作，義大利亦於六十年代繼續跟進，而採判例法體系之英國且曾試圖就契約法加以法典化；惜因各種社會及政治因素未能密切配合，上述各

國之努力，終歸泡影，而未能付諸實現。唯一例外者，厥推荷蘭之全面改革私法計劃，其民法之修正草案中更包括現行德國債法修正之重大課題，如最新之契約類型之法典化及特別法之母法化，此草案之施行時間，已可拭目以待。

關於特別法之問題，除上述荷蘭已於民法修正草案中，將特別法重新納入母法外；英國與瑞典既無統一之民法典，亦未將一般所謂之契約法加以法典化，法國因民法典中之契約法部分，自頒行迄今，並無任何大修正，故所有契約法上之各種特殊問題，殆皆以特別法加以容納規範<sup>79</sup>；瑞士除其責任法因採危險責任之原則，與債務法之立法根據不同，而以特別法之方式出現外，所有其他債法上之各種特殊問題，莫不由債務法包羅殆盡。荷蘭及瑞士有關特別法之立法原則，最有可能為西德改革債法時加以採用。

此外，其他有關債法修正所遷涉之各種問題，如保護弱者之問題、消費者保護之問題、旅行契約之問題、給付障礙問題、締約過失問題、情事變更原則、遲延利息等等，均由該研究所詳加討論，並分析其利害得失，以作為西德改革債法之參考。

### 第五節 民法商法之界限重分

德國現行民法頒行前，在各邦間早已存有一般商法典，嗣因民法之頒布，為期與民法之施行相配合，乃於1897年5月10日頒布現行商法典。惟原由商法所規

律之股份有限公司法於1968年9月6日另行制定單行法。而有限公司法（1892年4月20日）及合作社法（1889年5月1日）則早於民法頒行之前即已有之。

德國商法之規定，原則上適用於商人與商人間暨商人與非商人間之法律交易行為。其中關於商人與非商人間之法律交易行為，究應繼續由商法加以規定，或納入民法債編之中，乃修訂債法之重大課題，惟各方之意見極不一致<sup>79</sup>；原則上，與大眾日常生活有關之大眾化法律行為，如買賣契約、旅客運送契約、銀行劃匯之法律關係，支票等有價證券暨其他非以現金支付之帳目往來關係等，既僅行為當事人之一方為商人，似應完全由民法債編規定取代現今之商法條文，較為妥當<sup>80</sup>；尤以旅客運送契約之問題，即因特別法甚多，而引起適用上之諸多困難，似此即可將其基本原則列入民法債編之中<sup>81</sup>。

### 第六節 社會個人之利益調和

德國現行民法雖繼受羅馬之餘緒，於第一五七條及第二四二條明白揭櫫誠實信用原則，及交易習慣之遵守，以調和利害之衝突，填補掛漏之缺陷，而樹立公平正義之楷模；惟此等抽象之原則性規定，對於千變萬化之民事上交易關係，實難應用自如，況當初立法者對於現今社會上、經濟上交易往來之各種不平等與不相稱之現象，亦絕無所聞。是以對危險責任之各種問題，對於交易當事人雙方之利益調和、經濟上弱者之保護，不得不於民法典之外

，更以特別法之方式加以規定<sup>82</sup>。此等特別法之各種規定，因零亂不堪，對社會與個人之正當利益，自難盡周到完全之保護，是以有認為，言債法改革，自應先將有關保護消費者之法律，如商品製造人責任之問題、登門推銷商品之行為、消費者貸款問題等等，盡量規定於民法債編之中。

## 第五章 結 語

德國現行民法之制定，經歷二次草案，並由多人參與，始奏膚功；制定之初，因頗能符合當時社會之需求，而備受讚揚；惟立法者均為血肉身軀之凡人，對於茫不可知之未來，自無未卜先知之可能，而其所立之法自亦難期歷百代而不變，互萬世而不朽<sup>83</sup>，是以現行德國民法隨著時代巨輪之演進，已漸與現實脫離而成為烏托邦式之法律，因而修正債法，實乃勢所必行。

法律乃一種社會規範，而非某階層之專利品，果談修改法律，則在其適用上，一方面使專家學者得以輕易引用，另一方面，使一般外行人士亦能通曉其義；在其內容上，尤應顧及社會上全體之利益；西德聯邦司法部主持債法修正人士，不惜憚

精竭慮，一般法學專家亦樂意共襄盛舉，不外冀求修正方式及內容能不負大眾之厚望。

專家學者受聯邦司法部之委託，就債法之修改所提供之意見書，係各就單一之法律問題，提出各人之見解及將來修改債法之可能意見，因各提供意見者相互間並未就有關問題，相互商討研究；因此，某些重疊之部分問題，各人有各人之觀點，各人有各人之見解；如給付障礙之問題幾為大部分意見書所涉及，但徧查各意見書就之所提之意見，竟無相同或相似者，對此意見紛紜之意見書，徒增將來從事法案起草者決定取捨之困難，雖如此，學者意見書之價值，仍難一筆抹殺，蓋以其不僅對將來改革債法有所助益，且對現行法之解釋與適用亦有參考之價值也。

立法難，修改法律更難，尤以就一部曾被公認為創時代之偉大法典，加以修改，更非易事；主其事者如何就特別法之取捨問題，社會上已通行而未為現行法規規定之契約類型以及民商法分合等錯綜複雜之問題中，執簡駁繁，定立改革債法之基本原則，更如何從學者意見書之象牙塔中，尋出一條最恰當之修改債法途徑，實攸關債法改革之成敗，吾人自當樂觀其成！

## 附 註

- 1) Jauernig-Vollkommer, BGB 3. Aufl. vor § 241, 1.
- 2) Schmude, NJW 1982, 2017.
- 3) Schwark, JZ 1980, 741.
- 4) Schmude, NJW 1982, 2018.
- 5) Schwark, JZ 1980, 741; Diederichsen, AcP 1982, 101.
- 6) A. Wolf, ZRP 1978, 249.
- 7) Bericht aus Bonn, ZRP 1982, 249.
- 8) A. Wolf, AcP 182, 83; Schmude, NJW 1982, 2017.
- 9) Herber, NJW 1974, 629.
- 10) Schmude, NJW 1982, 2019.
- 11) Esser-Schmidt, Schuldrecht I. 1. § 1 II.; A. Wolf, ZRP 1978, 250.
- 12) Soergel-Reimer-Schmidt, BGB Einl. Rdn. 40, 65.
- 13) A. Wolf, ZRP 1978, 250.
- 14) Schwark, JZ 1980, 741.
- 15) Schwark, JZ 1980, 746; A. Wolf, AcP 1982, 93.
- 16) Jauernig-Schlechtriem, BGB 3. Aufl. Einführung zum Familienrecht.
- 17) Bundesminister der Justiz (hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. I. Einl.
- 18) Richterbund, DRiZ 1978, 267; Bartl, NJW 1978, 736.
- 19) Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Rechtsvergleichung, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts. Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1-76.
- 20) Frank Peters und Reinhard Zimmermann; Verjährungsfristen, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 77-374.
- 21) Hohloch, Gerhard, Allgemeines Schadensrecht, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 375-478.

- 22) Medicus, Dieter, Vertragsdauer, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 479-550.
- 23) Horn, Norbert, Vertragsdauer, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 551-646.
- 24) Huber, Ulrich, Leistungsstörungen, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981. S. 647-910.
- 25) Huber, Ulrich, Kaufvertrag, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981. S. 911-950.
- 26) Igl, Gerhard, Heimvertrag, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981. S. 951-1048.
- 27) Deutsch, Erwin, Medizinischer Behandlungsvertrag, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1049-1114.
- 28) Wegers, Hans-Leo, Werkvertrag, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1115-1208.
- 29) Musielak, Hans-Joachim, Entgeltliche Geschäftsbesorgung, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1029-1316.
- 30) Häuser, Franz, Giroverhältnis, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1317-1426.
- 31) Koller, Ing, Wertpapierrecht, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1427-1514.
- 32) König, Detlef, Ungerechtfertigte Bereicherung, im: Gutachten und

- Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1515-1590.
- 33) Schlechtriem, Peter, Vertragliche und außervertragliche Haftung, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1591-1680.
- 34) von Bar, Christian, Deliktsrecht, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1681-1778.
- 35) Kötz, Hein, Gefährdungshaftung, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 1779-1834.
- 36) Westermann, Harm Peter, Verbraucherschutz, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1983, S. 1-122.
- 37) Emmerich, Volker, Energielieferungsvertrag, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1983, S. 123-182.
- 38) Lieb, Manfred, Dienstvertrag, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1983, S. 183-240.
- 39) Keilholz, Kurt, Baurecht, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1983, S. 241-333.
- 40) Helm, Johann Georg, Geschäftsführung ohne Auftrag, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1983, S. 335-411.
- 41) Schmidt, Karsten, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1983, S. 413-569.
- 42) Hadding, Walther, Bürgschaft und Garantie, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1983, S. 569-634.



- desminister der Justiz, 1983, S. 571-759.
- 43) A. Wolf, ZRP 1978, 249.
- 44) Schwark, JZ 1980, 744 f; A. Wolf, AcP. 1982, 85.
- 45) Schmude, NJW 1982, 2019.
- 46) A. Wolf, ZRP 1978, 252.
- 47) Schmude, NJW 1982, 2019.
- 48) Schwark, JZ 1980, 744; Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1980, 3f.
- 49) Schwark, JZ 1980, 741; A. Wolf, AcP 182, 85.
- 50) 陳榮宗先生著，德國分期付款買賣法，載：「民事程序法與訴訟標的理論」，頁 224 以下。
- 51) Dörner, NJW 1979, 241.
- 52) A. Wolf, AcP 182, 88; Schwark, JZ 1980, 745.
- 53) Schwark, JZ 1980, 744.
- 54) Pilpel, Das Wesen der culpa in contrahendo, 1976, 5ff.
- 55) Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts. Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, 494ff.
- 56) Grunsky, AcP 182, 456.
- 57) Medicus, aaO, 504ff.
- 58) 王澤鑑先生著，締約上之過失，載：民法學說與判例研究，1975，頁 90～91。
- 59) 王澤鑑先生著，人格權之保護與非財產損害賠償，前揭書，頁 381；施啓揚先生著，從個別人格權到一般人格權，載：歐洲法制論叢，67 年 5 月，頁 1 以下。
- 60) BGHZ 26, 39=JZ 1958, 571; 40, 345ff=JZ 1964, 420.
- 61) F. Peters und R. Zimmermann, Verjährungsfristen, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 77ff.
- 62) Heinrichs, NJW 1982, 2021.
- 63) Grunsky, AcP 1982, 454.
- 64) Bundesminister der Justiz (hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, Einl.; Haarmann,

Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, 1979, 21ff.

- 65) § § 10 III, 11XI, XII AGBG.
- 66) BGH NJW 1978, 2390, 2391; Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, 1981, S. 10ff; Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1980, 117f.
- 67) OLG Celle NJW 1978, 2510.
- 68) Chiotellis, aaO, 4ff; Köhler, aaO, 119ff; Schieferstein, Gesetzesänderung und Geschäftsgrundlage, 1970, 7ff, 31ff.
- 69) Horn, Vertragsdauer, im: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 1981, S. 551, 557.
- 70) A. Wolf, ZRP 1978, 252.
- 71) Schwark, JZ 1980, 747.
- 72) Schwark, JZ 1980, 747; Deutsch, NJW 1980, 1305; Uhlenbruck, NJW 1980, 1339; Ott, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, 1978, S. 9; Gramberg-Danielsen, Die Haftung des Arztes, 1978, S. 30ff; Weimar, Arzt und Patient, 1974, S. 11ff.
- 73) Canaris, Bankvertragsrecht, 1975, S. 548ff.
- 74) Schwarzer, JZ 1980, 747.
- 75) BGBI, 1974 I, 1873.
- 76) Staehle, NJW 1978, 1359; A. Wolf, ZRP 1978, 252.
- 77) A. Wolf, AcP 182, 88f.
- 78) Gilles, Reformgesetzgebung und Neukodifikation des Schuldrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 6.
- 79) Schwark, JZ 1980, 748.
- 80) Herber, ZHR 144(1980), 71ff.
- 81) A. Wolf, AcP 182, 91.
- 82) Dietlein, NJW 1974, 969.
- 83) Schmude, NJW 1982, 2017.