



論拒絕履行

李建星 著

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11142>

論拒絕履行

李建星 著



元照出版

搶先試閱版

元照出版公司

推薦序

建星是我指導的第一位博士生，他原本報考知識產權專業，後轉換至我門下。其於此前對民法未曾用功，初入學時功底不算紮實。論文開題時，我鼓勵他研究「拒絕履行」，之所以如此，是考慮如下幾點：(一)縱觀歐陸主要民法體系，就拒絕履行或給付拒絕，有兩種截然不同的處理模式；一種是將之規定為獨立的給付障礙形態，另一種是僅將之作為無須指定期間即得發生替代給付損害賠償請求權或解除權的特殊情形之一。兩種模式之優劣利弊，頗值研究，若有所得，於民法典制定時，或可資參考。(二)就拒絕履行之法效果，中國近年出現諸多爭議案型，司法實務對此頗為躊躇，比較法上解決方案也不無探討餘地。比如繼續性契約中，無任意終止權之一方拒絕履行，另一方卻要求信守契約，此時若認他方負減損義務，就合理期間屆滿後之損害不得主張賠償，不啻間接賦予拒絕履行方以任意終止權，與立法者之初衷如何協調？又如期前拒絕履行，消滅時效何時起算，亦有可議之處。(三)給付障礙法規範眾多、體系龐大複雜，適於民法教義學訓練，有助於提升民法研究能力。後建星以其聰穎與勤奮，順利完成博士論文的寫作，雖未能全部解決預定的幾個疑難問題，但上述第三點考慮，算是基本實現了。

建星此書，即在其博士論文基礎上修訂而成。作為青年學者的試水之作，本書難免略顯稚嫩，且多有辭不達意之「宿

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11142>

疾」，但亦已不乏可觀之處；讀書如遊山水間，於不經意間而勝景滿目，方謂快哉，故本書「亮點」亦應由讀者自覓，序者不宜「劇透」而敗人興致。

如今之世，學術指標化，流風所及，對真學問之堅守及鑑賞力日益衰微。但看學術史上，學術真有創見者，無不皓首窮經、嘔心瀝血，方有小成；故知：學問之道，何其之難，從來速成非學問！身命有窮，形壽易盡，「莫為浮雲遮望眼，風物長宜放眼量」，以此共勉。

是為序。

華東政法大學教授博士生導師



元照出版

搶先試閱 **金可可**

2019年4月30日

目 錄

推薦序

金可可

導 論

一、大陸法系與英美法系資料	3
二、統一法項目資料	3
三、裁判資料	4

第一章 拒絕履行的基礎理論

第一節 拒絕履行概述	5
一、拒絕履行是債務人不想履行的違約行為	5
二、拒絕履行類型	11
三、拒絕履行的義務違反	14
四、意思表示生效規則之類推適用	19
第二節 拒絕履行的規範基礎	27
一、損害賠償依據	27
二、解除權依據	37

第二章 拒絕履行的體系定位

第一節 拒絕履行體系定位之爭議	47
第二節 拒絕履行與預期違約	49
一、預期違約的發展軌跡	49
二、預期違約的涵蓋範圍	54
三、預期違約與不安抗辯權的區分	64
第三節 拒絕履行與履行不能	85
一、履行不能概述	85

二、履行不能與拒絕履行的區別	88
三、履行不能規則優先適用	89
第四節 拒絕履行與遲延履行	90
一、遲延履行概述	90
二、拒絕履行與遲延履行的區別	91
三、是否應設定寬限期的早期爭議	93
第五節 拒絕履行與積極違反契約	98
一、拒絕履行不等於不完全履行	98
二、拒絕履行從屬積極違反契約的地位被模糊	100
第六節 小 結	115
一、臺灣民法對德國法的雙重誤讀	115
二、二分模式的中國法繼受	117
三、總 結	120
第三章 拒絕履行的構成要件	
第一節 當事人存在有效債務	121
一、債務有效並可實現性	121
二、債務關係的可實現性	124
第二節 債務人拒絕履行主義務	125
一、主義務的範圍	126
二、債務人拒絕履行義務的類型化	127
三、拒絕履行保護義務與不真正義務不構成拒絕履行	141
第三節 無須債務人的可歸責性	145
一、可歸責性與拒絕履行	145
二、意思錯誤或意思表示不自由與拒絕履行	146
第四節 不構成嚴肅、明確拒絕履行的情形	148
一、債務人拒絕不具備明確性	148
二、債務人拒絕不具有嚴肅性	150

第四章 拒絕履行的法律救濟措施(一)

——主給付義務維持

第一節 救濟措施間的選擇競合	151
一、選擇競合概述	152
二、拒絕履行中的選擇競合	155
第二節 合同履行抗辯權	160
一、合同履行抗辯權體系	161
二、履行抗辯權的適用方法	166
第三節 履行請求權	171
一、履行請求權的存續	171
二、履行請求權的適用	176
三、程序法的將來給付之訴	191
四、履行請求權可以轉化為其他權利	193

第五章 拒絕履行的法律救濟措施(二)

——給付義務消滅

第一節 合同解除權	197
一、拒絕履行的解除權依據	197
二、期前拒絕履行的權利行使	200
三、解除權行使的不可變更性	202
第二節 損害賠償請求權	205
一、遲延履行損害賠償	206
二、替代給付損害賠償	207

結 語	225
-----------	-----

參考文獻	227
------------	-----

後 記

補 記

導 論

債務人拒絕履行（Erfüllungsverweigerung），又稱拒絕給付，或合同廢止（Vertragsaufsage），¹是一種常見的債務不履行形式。然而，拒絕履行在長期的學說演進中卻未獲得充分探討。

傳統理論受到德國法系的影響，一般明文規定履行不能、遲延履行兩種不履行形式。前述兩種不履行形式均屬導致法律關係發生變動的事實。實踐中的諸多情形是債務人以自己的行為造成債務不履行。法儒赫爾曼·史韜伯（Hermann Staub）在1902年提出「積極違反契約」（positive Vertragsverletzung）理論，指出除前述兩種障礙形態，還存在諸多明顯有違契約的例子，如某人應不作為，但卻積極作為，因該積極作為危及債務，或雖已履行，但履行不合約定。²拒絕履行屬前種積極作為危及債務的形式，被劃入積極違反契約的範圍。

在中國法的語境下，由於參與《合同法》立法的全國人大工作人員將該法第94條第2項解釋為因預期違約解除合同。³拒絕履行的特殊性、內在體系與運行原理被預期違約的「大帽」完全掩蓋，至今沒有得到充分展開。首先，在學者的歸納中，應採何種方式定義拒絕履行？是將其定性為法律行為還是事實行為，或者僅為違約行為？如是違約，其在程度上與瑕疵履行有何區別？是否構成《聯合國國際貨物銷售合同公約》（United-Nations Convention on Contracts of International Sales of Goods，以下簡稱「CISG」）第25條所指的「根本違約」？如債務人想重新回到債務關係中，是否可以撤回拒絕履

¹ Medicus, Schuldrecht AT, 2. Aufl. München 1984, S. 171.

² Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, in Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo, Hermann Staub, Die Positiven Vertragsverletzungen, Bad Homburg 1969. 中譯本參見[德]赫爾曼·史韜伯：《論積極違反契約》，金可可譯，《華東政法大學學報》2015年第2期，第126-141頁。

³ 胡康生主編：《中華人民共和國合同法釋義》（第三版），法律出版社2013年版，第176頁。

2 論拒絕履行

行？如果可以，應當如何撤回？

依照約定、法定以及誠信原則，債務人對債權人存在諸多義務。拒絕履行是不履行何種義務，違反具體何種義務？是否應當區分出不同類型的拒絕履行確定其義務違反的類型？拒絕履行是在違約形態中占據何種地位？是否存在歸屬於債務人的，獨立於履行不能、遲延履行、不完全履行之外的違約形態——拒絕履行？拒絕履行又與這些違約形態存在何種不同？大陸學界對預期違約與合同履行抗辯權存在長期的爭議，加入拒絕履行考量是否會導致問題更為複雜？如不是，拒絕履行與預期違約、合同履行抗辯權的關係又是如何？

法教義學首先需要整理出規範素材。債權人面對債務人的拒絕履行，有什麼權利？權利依據是什麼？《合同法》第107條以下規定了債務人的違約責任。拒絕履行的權利應如何納入《合同法》第107條以下的體系中，從而為裁判者提供完整的裁判依據？拒絕履行的具體規則如何體現在龐雜的司法解釋體系中？還有，現有文獻集中討論在雙務牽連性合同中的當事人拒絕履行問題。然而，在單方債務關係中、或在雙務非牽連性債務關係的債務人拒絕履行義務，應當如何適用法律並未有充分展開。前述問題必須在全面梳理現行法體系下，才能釐清其全貌。

比較法將是本文的重點研究方法。比較法本身也會給中國法的研究帶來啟示。本文將梳理清楚拒絕履行制度在德國的發展軌跡。在2002年債法改革（Schuldrechtsreform）前的《德國民法典》（以下簡稱「原《德國民法典》」）時期，雖然缺乏明確的法律依據，習慣法——法官法與學者通說共同促使拒絕履行成為一項可以運行的重要制度。但由於立法者的疏忽，拒絕履行在現行《德國民法典》生效後，反而喪失在原有司法實踐與學說理論中應有的地位。

債務人僅表達出不想履行債務的意圖，尚不構成拒絕履行。要構成違約意義上的拒絕履行，必須具備諸多構成要件。除存在有效成立的債務關係等一般要件外，要構成違約意義的拒絕履行，必須從債權人的角度看出債務人是嚴肅（ernsthaft）且明確（endgültig）地拒絕履

行債務。如何認定構成嚴肅性與明確性，可以借助類型化的方式處理。

本文最為關注的是拒絕履行的法律效果，換言之，債權人就債務人拒絕履行享有何種權利？如何行使相關權利？作為違約形態，債權人當然可針對債務人的拒絕履行適用一般責任規定主張自身權利，但是否存在不同於其他形態的權利行使方式？是否存在特殊之處？第一個重大理論問題是，要解決債權人的各項權利的關係為何？第二個問題是，如債務人拒絕履行，債權人是否享有履行抗辯權？如何行使履行抗辯權？是否會因行使不安抗辯權導致與解除權存在衝突？第三個問題在於，債權人是否仍有履行請求權？如有，應當如何行使履行請求權？尤其是在金錢之債中，是否有特殊之處？第四個重大理論問題在於，如何計算拒絕履行的損害賠償？本文將圍繞前述問題展開論述，力求給予其清晰、明確的回應，解決重大理論問題，為實踐提供可供操作的指引。

改革開放後的民事立法，尤其是《合同法》制定，均考慮到「與國際市場接軌的實際出發，廣泛參考借鑑發達國家和地區成功的立法經驗和判例學說，採納現代合同法的各項新規則和新制度」。⁴在研究拒絕履行時，至少學說理論之外，還有三個重要方面的比較法資源值得借鑑：

一、大陸法系與英美法系資料

本文的比較法研究著重於德國法系的文獻梳理與歸納。同時，也兼顧理解英美法的制度。學術研究最終要回歸解決中國的實際問題。為解決中國實際問題，須精確地描述國外立法例，並理解該制度背後的原意，方能為中國的立法與司法實踐提供理論資源。

二、統一法項目資料

隨著全球一體化的加深，聯合國與國際統一私法協會提供了諸多

⁴ 梁慧星：《統一合同法：成功與不足》，《中國法學》1999年第3期，第14頁。

4 論拒絕履行

法律文本。早在1972年，《國際貨物買賣統一法》（Convention on Uniform Law for the International Sale of Goods, 1972）即已經頒布。在CISG之後，還有國際統一私法協會發布的《國際商事合同通則》（Unidroit Principles of International Commercial Contracts，以下簡稱「PICC」）。隨著近年歐盟一體化的加深，法律一體化的步伐在加快。從1999年的《歐洲合同法原則》（The Principles of European Contract Law, 1999，以下簡稱「PECL」），到《歐洲示範民法典草案》（Draft Common Frame of Reference, 2009，以下簡稱「DCFR」），再到2011年的《歐洲統一買賣法（草案）》⁵（Common European Sales Law, 2011，以下簡稱「CESL」）。以上統一法項目均有拒絕履行的相關規定。

三、裁判資料

一般認為，大陸法系的法官僅得依法裁判。然而，拒絕履行在德國法系國家長期缺乏明文規定。此時，法官法對拒絕履行的法律適用、構成要件、法律效果幾乎發揮了決定作用。從共同法時期，帝國高等商事法院（Reichsoberhandelsgericht，以下簡稱「ROHG」），到德意志帝國時期的帝國法院，再到二戰之後的德國聯邦最高法院，均有大量針對拒絕履行的判決。總結這些判決將可梳理出拒絕履行在實務中的明確發展軌跡。

⁵ 中譯本參見王琢、李建星譯：《歐洲統一買賣法（草案）》，載梁慧星主編：《民商法論叢》（第57卷），法律出版社2015年版，第745-797頁。

補 記

從2016年至今，幾經猶豫，終於決定將博士論文修改出版，當中天人交戰，自然是冷暖自知。相較於博士畢業時的版本，本次出版稿主要進行了三方面的增補與修訂：

第一，任教後，個人研究焦點並未脫離博士論文的論題，仍圍繞著本論題進行提料與加工。相應成果在《法商研究》、《法學家》、《政治與法律》、《中德法學論壇》等出版物發表。本次出版稿將前述發表論文的主要部分納入當中。

第二，修改內容，包括了調整全文結構，使得更像一本專著，而非一篇博士論文；增加中國與德國的相應判決，展示裁判實踐的全貌；全面修訂行文表述，刪除重複、囉嗦的表達。

第三，全部更新相應的中文文獻，例如，之前引用的著作推出了新版，本次出版稿即引用新版。

本次出版，感謝吳從周老師牽線，讓我有機會認識元照出版公司的工作人員，從而促成出版事宜；感謝華東師範大學法學院學術出版基金的支持，這是一個「有愛」的學院；感謝北大博士生鐘嘉兒通讀全文，提出不少有益的意見。

誠然，這是一本很快就要「過氣」的著作，因為本書主要立足於現行《合同法》，但是中國「民法典」即將在2020年頒布，相應的法條序號、立法價值判斷可能會發生較大變動，希望在「民法典」時代，能繼續更新本書；顯然，本書離「五優」仍有較大差距，希望業界同仁不吝批評！

李建星

華東師範大學法學樓
2019年4月10日

購書請上：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=11142>

國家圖書館出版品預行編目資料

論拒絕履行／李建星著. -- 初版. -- 臺北市：

元照， 2019.09

面； 公分

ISBN 978-957-511-114-4（平裝）

1.民法 2.賠償 3.論述分析

584

108007820



元照出版

搶先試閱版

論拒絕履行

5X073PA

2019 年 9 月 初版第 1 刷

作 者 李建星

總 經 銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 28 號 7 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 350 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-114-4

論拒絕履行

本書試圖就「拒絕履行」這一違約形態進行全面整理，從拒絕履行基礎理論、體系定位、構成要件、法律效果四個位面展示其全貌。在四個位面中，一直貫穿著比較法與中國法的碰撞、成文法與裁判實踐互動、歷史到現今的流變三個維度。本書就拒絕履行與積極違反契約的內在關係、拒絕履行與違約形態劃分、拒絕履行與履行抗辯權的適用等諸多重大爭議問題作出回應。本書還提煉了拒絕履行的裁判觀點、擴展了拒絕履行與預期違約在中國法的制度內涵。回顧本書探討的諸項主題，無論是從宏觀上把握拒絕履行的體系定位，還是從微觀上審視其法律效果，其本質都是要闡明當事人在違約中的互動關係。



元照出版公司

地址：台北市館前路28號7樓

電話：02-2375-6688

網址：www.angle.com.tw



元照網路書店



元照讀書館

ISBN 978-957-511-114-4



9 789575 111144



5X073PA

定價：350元