

國立政治大學法律學系碩士論文

指導教授：陳洸岳 博士

給付不能之研究—以自始給付不

能為中心

研究生：曾彥傑

中華民國 100 年 10 月

## 謝辭

本篇論文的完成，首先要感謝恩師陳洸岳老師。陳老師從論文的文獻收集到論文的校閱上給與我很大的幫助，並且透過和老師討論論文的過程中，使我了解老師研究學問的嚴謹態度。老師從研一開始就對我十分照顧，還讓我有機會擔任老師的助理，使我在研究所求學過程中，有機會在老師身旁學習，並且有穩定的收入。

再來要感謝王千維老師和杜怡靜老師在期中最忙碌的時刻，能抽空前來擔任我的口試委員。在大學時期曾修過杜老師的課，當時即被老師深厚的民法素養給折服，這次在口試的過程中，感謝杜老師提出了許多我的論文架構上錯誤之處，使我的論文可以更加進步。而在研究所時有幸修過王千維老師的課，老師對德國法素有研究，在口試的過程中，提出許多德國法的觀點來給與我論文建議，使我獲益良多。真的非常感謝兩位老師給與我論文批評和指教，使我了解自己不足之處。

回顧研究所的生涯，基本上是在國考的苦海中沉浮，在準備國家考試的過程中，還好有研究所最好的朋友宗佑兄的幫忙，給與我物質上和精神上的幫助，讓我順利脫離國考的苦海。而且本篇論文的完成，也要感謝宗佑兄給與許多意見上的幫助和不辭辛勞的校閱，口試當天也熱心的幫我張羅許多事務，使我深深覺得在研究所中最幸運的就是能認識宗佑兄這個人生的好友。也要感謝研究所曾經和我一同作報告的老廖和豪哥以及陪伴我度過國考漫長歲月的讀書會同伴們。

此外要感謝帶領我走上法律之路的創價學會的莊弘鈺大哥，從大學時期就不斷的鼓勵我，並且時常會買書送我，在我落榜時也適時給我鼓勵，我會謹記弘鈺大哥對我的教誨，絕不會忘記自己念法律的初衷！也祝福現在正在美國深造的弘鈺大哥和大嫂能夠一切順遂，早日學成歸國造福社會。

最後要感謝我的家人，謝謝兄長和父親辛苦賺錢可以使我在讀研究所的期間中，不必爲了經濟方面的問題所苦擾，也要感謝母親從小就灌輸我正確的價值觀和人生觀。沒有家人在背後默默支持，也不可能有今日的我，僅把本篇論文獻給我最深愛的父母和兄長。

# 目錄

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機.....	1
第一項 民法第 246 條之定位.....	1
第二項 民法第 246 條與債權人之保護.....	2
第三項 立法論之探討.....	4
第二節 研究方法和範圍.....	5
第一項 研究方法.....	6
第二項 研究範圍及本文架構.....	6
第一款 研究範圍.....	6
第二款 論文架構.....	7
第二章 關於我國法之自始主觀給付不能 .....	9
第一節 自始主觀不能的要件.....	9
第一項 須為主觀不能.....	9
第一款 區別標準.....	9
第二款 評析.....	10
第二項 須為自始不能.....	13
第一款 須有主觀給付不能的事實存在.....	13
第二款 須為自始存在.....	14
第二節 自始主觀不能的效力.....	14
第一項 契約效力.....	14
第一款 包括自始主觀不能說.....	15
第二款 僅限自始客觀不能說.....	16
第三款 本文見解.....	17
第二項 損害賠償.....	18
第一款 是否須可歸責債務人?.....	19
第二款 評析.....	21
第三項 「可歸責事由」內涵之重新建構.....	25
第一款 學說之檢討.....	27
第二款 日本債權法之修正.....	30
第三款 我國民法債務不履行之「可歸責事由」的省思.....	34
第三節 自始主觀不能和其他制度的關聯.....	40
第一項 權利瑕疵責任.....	40
第一款 出賣人就權利瑕疵是否須負「擔保」責任?.....	40
第二款 權利瑕疵責任之出賣人「可歸責」事由.....	44
第二項 意思表示瑕疵.....	45

第一款 錯誤.....	45
第二款 詐欺.....	46
第三項 締約上過失.....	47
第四節 自始主觀不能的相關實務案例分析.....	49
第三章 我國民法上自始客觀給付不能.....	66
第一節 民法第 246 條之性質及要件.....	66
第一項 性質與適用範圍.....	66
第二項 要件分析.....	67
第一款 須自始有給付障礙存在.....	67
第二款 永久不能與客觀不能.....	68
第二節 自始客觀不能的效果.....	69
第一項 絕對無效與相對無效.....	69
第二項 傳統見解—民法第 246 條之絕對無效.....	71
第一款 損害賠償.....	71
第二款 回復原狀.....	74
第三項 依無效原因區分民法第 246 條之無效.....	76
第一款 民法第 246 條係屬絕對無效或相對無效.....	76
第二款 民法第 246 條中相對無效之分析.....	77
第三款 小結.....	81
第三節 自始客觀不能實務相關案例分析.....	82
第一項 農地買賣.....	82
第二項 違反取締規定之契約.....	86
第一款 臺灣高等法院 96 年上易字第 543 號判決(承租國宅).....	86
第二款 臺灣高等法院 98 年建上字第 63 號判決(違反土地法相關規定之委任契約).....	87
第三款 最高法院 85 年台上字第 1642 號判決(債務人不具有特定資格).....	89
第四款 綜合評析.....	91
第三項 小結.....	93
第四章 自始給付不能立法論的探討及我國法之省思.....	95
第一節 比較法介紹.....	95
第一項 德國法制之介紹.....	95
第一款 德國 2002 年債法修正前後之演變.....	95
第二款 民法第 311 條之 1 的檢討.....	97
第二項 日本法制之介紹.....	100
第一款 日本學說之見解.....	100
第二款 日本債權法改正試案.....	102
第三項 聯合國國際商業契約原則(PICC)和歐洲契約法原則(PECL) 及聯合國國際商品買賣公約(CISG).....	103

第四項 比較法之小結.....	104
第二節 民法第 246 條的再構成—兼論其存廢.....	106
第一項 學說.....	106
第二項 檢討.....	109
第三項 比較法之啟發.....	111
第五章 結論 .....	114
參考文獻.....	119



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

### 第一項 民法第 246 條之定位

給付不能就我國現行民法之規定可知，被分為自始不能和嗣後不能，前者適用民法第246條第1項前段而無效；而後者契約則有效，再依據債務人就給付不能可否歸責，而分別適用民法第225條或民法第226條。舉例來說，甲以已燒毀的房屋A為買賣契約的標的物，和乙訂立買賣契約，此時依據民法第246條第1項前段之規定，該買賣契約無效；若甲於訂約時知道房屋A已燒毀，且乙非因過失而信其契約有效，此一情況下，甲即須對乙負信賴利益損害賠償責任(民法第247條第1項參照)。

相對而言，若甲、乙訂約後，A屋才燒毀，此時買賣契約依然有效，並依據甲對於A屋燒毀有無可歸責事由，來分別定甲之責任；若甲可歸責，則甲對乙即須負履行利益的損害賠償(民法第226條第1項參照)；反之，若甲不可歸責，甲對乙即無須負擔損害賠償責任(民法第225條第1項參照)。

不過以給付不能的存在時點，來區分當事人間的法律關係，是否妥適，恐有討論必要。蓋給付不能的存在時點，不論是契約成立前或契約成立後，對乙來說並非重要，因為最後結果，乙均無法受領該房屋；且若房屋A在契約成立前已燒毀，在符合民法第247條第1項的要件下，乙只能對甲請求信賴利益的損害賠償，反之，房屋於締約後才燒毀，在符合民法第226條第1項的要件下，乙卻可向甲請求履行利益的損害賠償，而在通說認為信賴利益不可大於履行利益的前提下<sup>1</sup>，乙在自始不能的情況時，相較於在嗣後不能的情形，無法充分獲得保障，但給付不能存在於契約成立前或契約成立後，可能僅因偶然的原因而產生，卻對乙形成如此大的差異是否妥當？立法者就自始不能和嗣後不能差別待遇是否有合理性？

又，參酌民法第246條的立法理由，自始不能之所以規定無效，主要是因為契約已無法履行，要求當事人受其拘束已無實益；從法制史的角度切入，此一民

---

<sup>1</sup> 由於信賴利益和履行利益有支出和產出的關係，所以不但信賴利益和履行利益無法並存，且在法律規定僅能請求信賴利益的情形時，信賴利益的數額不能大於履行利益，參見黃茂榮，概論損害賠償之債(二)，植根雜誌第 25 卷 4 期，2009 年 4 月，頁 149。相似見解，參見楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月，頁 36。

法規定是受到羅馬法學家塞爾蘇斯(Celsus)所提出之法諺：「impossibilium nulla obligation est」(當事人無法就不可能的事物來負有義務)所影響<sup>2</sup>。不過，給付義務是否可履行和契約是否有效，並無邏輯上必然關連。參考德國民法之規定，以自始不能給付為契約標的，契約仍然有效，不過債務人無原給付義務(德國民法第275條和第311條之1參照)，此時再依據債務人於締結契約時是否明知或因過失而不知有給付障礙之情事，而讓債務人負履行利益的損害賠償責任。又參考我國民法第350條之規定，在買賣所有權以外之權利中有自始客觀不能的情況時，契約依然有效，再視債務人有無民法第353條之情形，而讓債務人負履行利益的損害賠償<sup>3</sup>。就此可知，義務無法履行，未必然會導致契約無效的結果，我國民法第246條的立法理由，恐有探討之空間。

再來從私法自治原則思考，契約應儘量使其有效，無效乃例外，故應從嚴解釋，而民法第246條大多數之情況僅涉及當事人間的私益，並無涉及公益，故立法者並無必要強制規定無效<sup>4</sup>；且債務人就締約時之能為給付，由於在其掌握中，故應較締約後負更大責任<sup>5</sup>，不過現行法卻規定在自始不能的情況下，契約無效，債務人僅須負信賴利益的賠償責任，反之在嗣後不能的情況下，債務人卻須負擔較重的履行利益的賠償責任，責任輕重顯失平衡<sup>6</sup>。

## 第二項 民法第 246 條與債權人之保護

雖依上所述，我國民法第246條在立法論上有所爭議，但是畢竟此為我國實定法，故在現行民法尚未修正前，仍須正視此一規定。因為自始不能適用民法第246條第1項前段之結果，將會使契約無效，從而使債權人無法請求履行利益，因此站在保護債權人的角度，在解釋論上應儘量限縮民法第246條第1項前段之適用範圍，讓契約有效。

而要達成此一目標可思考之角度有三：其一為，採比較法的方式，仿德國舊

---

<sup>2</sup> Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論第 79 期，2004 年 6 月，頁 125，注 19。

<sup>3</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 52。

<sup>4</sup> 陳添輝，自始給付不能之契約效力—最高法院 96 年台上字第 2677 號判決之研究，法令月刊第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，頁 70。

<sup>5</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 56。

<sup>6</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 52。

民法的規定，將自始不能區分為自始客觀不能和自始主觀不能，而認民法第246條第1項前段僅適用於自始客觀不能的情形<sup>7</sup>。

其二為，使他方當事人，即便處於自始客觀不能的情形時，亦有可以請求履行利益的機會。向來學說以契約是否有效成立，作為區分信賴利益和履行利益的標準；因此在自始客觀不能契約無效時，他方當事人依民法第247條第1項所請求的損害賠償，性質即為信賴利益的損害賠償。但是若當事人於締約時，明知有給付障礙，卻仍和他方相對人訂約，僅要求其負信賴利益的賠償責任是否妥適？可否考慮透過誠信原則中禁反言的制度，使當事人有負賠償履行利益的可能性？

其三為，從民法第246條的法律效果著手。向來我國傳統學者認為，無效除非法律上有特別規定(例如民法第87條第1項但書、民法第92條第2項)，否則原則上為自始、當然、絕對無效，且任何人均可主張<sup>8</sup>；不過此一見解是否妥當？恐有探究之空間。例如甲明知房屋已燒毀，仍出賣給乙，此時買賣契約依民法第246條第1項前段之規定無效；若採通說之見解，此一無效為絕對無效，故任何人均可主張，因此甲此時亦可主張該買賣契約無效，不過甲一方面和乙訂立契約，卻又主張契約無效，如此將會有違反誠信原則(禁反言)的疑慮。再者，自始客觀不能，因為涉及當事人締約前告知義務之違反，所以從羅馬法以來，向來被認為乃締約上過失之問題<sup>9</sup>。而告知義務保護的對象，以上述買賣燒毀之房屋為例，應為乙而非甲，從而甲是否可依民法第246條第1項前段主張無效？似乎有討論空間。

綜上，本文嘗試引進外國法上相對無效的概念<sup>10</sup>，並搭配當事人違反先契約義務的效果，進行自始客觀不能之契約的效力分析。就以上述甲、乙買賣已燒毀之A屋為例，分別依各種具體情況來探討契約是否有效，以及甲、乙間法律關係為何。其可分為四種情況檢討：1、甲明知或可得而知A屋已滅失，而乙不可歸

<sup>7</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981年3月，頁58；黃茂榮，債法總論第二冊，自版，2002年9月，頁299；邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，自版，2001年2月新訂1版，頁119~120；姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003年8月，頁74~75；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第54期，1995年12月，頁252~253；何孝元，民法債篇總論，自版，1971年9月8版，頁191。

<sup>8</sup> 王澤鑑，民法總則，王慕華發行，2000年9月，頁519。

<sup>9</sup> ゲオルク・クリンゲンベルク著，瀧澤榮治譯，ローマ債權法講義，大學教育，2001年，頁62。

<sup>10</sup> 在此所指的相對無效並非我國固有相對無效之概念，而是外國學說上所稱的相對無效，其效果類似我國民法的撤銷或是效力未定，詳見本文第3章第2節第1項。



責而不知；2、甲明知或可得而知A屋已滅失，而乙亦明知或可得而知；3、甲不可歸責而不知A屋已滅失，而乙明知或可得而知；4、甲不可歸責而不知A屋已滅失，而乙亦不可歸責而不知。

### 第三項 立法論之探討

不過本文上述思考脈絡，須以承認「相對無效」此一法律概念為前提，而外國法上「相對無效」類似我國撤銷或效力未定的概念，在我國已有撤銷和效力未定的制度下，是否承認外國法上「相對無效」的概念，恐有疑慮<sup>11</sup>。因此本文最後會從立法論上的探討出發，介紹各國自始不能的立法例，作為我國民法第246條修法的借鏡。

以德國立法為例，有關自始不能之效果，規定於德國舊民法第306條「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。」和德國舊民法第307條第1項「不能之給付為契約之標的者，當事人於締約時就給付不能之情事明知或可得而知者，其對於因信賴契約之有效性而受有損害之他造當事人，負損害賠償之責任，惟其數額不得超過契約有效時，他造所得享有之利益。如他造當事人就給付不能之情事明知或可得而知者，不生損害賠償之義務。」<sup>12</sup>而上述德國舊民法第306條和第307條之規定，可謂為我國民法第246條、第247條之繼受來源，依德國多數學者之見解僅適用於自始客觀不能的情況<sup>13</sup>。

就此可知，在德國2002年債法現代化之前，自始客觀不能的法律效果為無效，相對人僅能請求信賴利益的損害賠償。此一結果對於相對人十分不利，蓋依德國舊民法第307條第1項之規定，信賴利益不能大於履行利益。惟不能發生的時點，在契約成立前或成立後純屬時間上的偶然，證明上有一定難度<sup>14</sup>；僅因為不能的情形發生於締約前或締約後，即產生如此大的差異，對於債權人的保護來說，是否妥適？畢竟「自始不能」和「嗣後不能」純屬時間上的偶然，對債權人而

<sup>11</sup> 陳聰富教授於民法研究會第11次研討會之發言。見陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，民法研究會第11次學術研討會，收錄於民法研究會編，民法研究會實錄第3冊，學林文化出版，1999年10月，頁182~184。

<sup>12</sup> 德國民法第306條和307條第1項之翻譯，參見Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論第79期，2004年6月，頁125，注16、17。

<sup>13</sup> 陳添輝，自始給付不能之契約效力—最高法院96年台上字第2677號判決之研究，法令月刊第60卷第10期，2009年10月，頁65。

<sup>14</sup> 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第311a条の立法過程を手がかりにして，法政研究72卷3号，2006年1月25日，頁765。

言，均為給付不能，並無差異<sup>15</sup>，區分上並無實益。

基於上述自始不能之契約採無效見解之不當，德國於2002年債法現代化時，刪除德國舊民法第306條到309條之規定，而增訂德國民法第311條之1。在新法的架構下，履行障礙縱於締約時已存在，契約仍有效，使當事人可以請求替代原給付之履行利益的損害賠償。如此自始不能和嗣後不能的效果可以一致<sup>16</sup>，以保障債權人利益，並貫徹私法自治，儘量使契約有效的原則。

又，自始不能，不影響契約有效性之見解，不僅為現行德國民法所採，依照聯合國商事契約通則(Unidroit Principles of International Commercial Contracts, (2010)；簡稱PICC)3.1.3條第1項、歐洲契約法原則(Principles of European Contract Law；簡稱PECL)4：102條及聯合國國際商品買賣公約(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)；簡稱CISG)之規定<sup>17</sup>，亦採同一之立法模式。此外，和我國同為繼受法國家的日本，由學者為主所組成的民法改正檢討委員會於2009年5月8日出版「民法改正の基本方針」(下簡稱債權法改正試案)，其中的債權法改正試案【3.1.1.08】，也回應了當前世界潮流，變更了日本向來通說之見解，就自始不能改採不影響契約有效性之見解。

因此我國現行民法第246條第1項前段就自始不能採無效的見解，已和目前的立法趨勢脫節，實有進行全面檢討之必要。由於我國民法大部分繼受於德國，故本文就民法第246條進行立法論上的探討時，將從比較法上的角度出發，就德國2002年修法前後進行介紹和分析，以期作為我國日後修法上的借鏡；日本目前債法改正試案上，傾向就自始不能的法律效果改採有效說，此一變更引起學說和實務上的廣泛討論，此部分也可作為我國立法討論上的他山之石。此外，國際交易標準(CISG、PICC、PECL)的動向，亦值得注意。最後本文會就目前我國學者之見解作整理並輔以各國立法例，來探討民法第246條之存廢並對自始不能的概念重新建構。

## 第二節 研究方法和範圍

<sup>15</sup> 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第54期，1995年12月，頁256。

<sup>16</sup> 但兩者的歸責構造仍不相同，詳細之分析見本文第4章第1節第1項第2款。

<sup>17</sup> CISG雖就自始不能之契約，並無明文規定其有效性，但是透過解釋之方式，自始不能之契約，仍可適用一般債務不履行之規範，從而亦可推知，自始不能並不會影響契約之有效性，詳細之論述，參見本文第4章第1節第3項。

## 第一項 研究方法

自始不能之契約，其效力為何？各國立法例各有不同。而我國是採原則無效，例外有效之見解(民法第 246 條參照)。不過此一立法方式，無法貫徹私法自治，契約應盡量使其有效之原則，因此並不妥適。是以，學界均認為民法第 246 條和第 247 條有刪除之必要<sup>18</sup>。不過刪除後的自始不能要如何重新建構？此時其他之立法例，即有參考價值。因此本文將會以比較法之方式，一方面藉此檢視我國現行法制之問題所在，一方面透過對上述外國法制的研究，做為日後我國民法第 246 條修正的啓發。

而用以借鏡之立法例，如前所述，本文將選擇德國債法、日本債權法改正試案、以及國際交易規範(CISG、PICC、PECL)。蓋我國身為繼受德國法之國家，對於德國修法的動態必須予以重視；而德國債法現代化後，已完全變更舊法時代對於自始不能之見解，相關之沿革，值得我國觀察。

此外，日本在學說上受德國法影響頗深，然債權法改正試案，對於自始不能之契約，已改採原則有效之看法，其中所檢討的相關問題，對於日後我國修法亦有相當的參考價值。

最後，在全球化的趨勢下，如何和國際法制接軌甚為重要，因此本文亦會對 PECL、PICC 以及 CISG 予以研究分析。

## 第二項 研究範圍及本文架構

### 第一款 研究範圍

本篇論文的研究範圍，主要放在自始不能的契約效力和自始不能的法律效果兩部分。針對自始不能的契約效力部分，本文先透過現行法下解釋論，來限縮民法第 246 條之範圍，之後再從立法論來檢討「自始不能之契約，原則無效，例外有效」之見解的妥當性，並且利用外國立法例來作為重新建構我國自始不能制度的基礎。

而針對自始不能的法律效果部分，本文研究之重點在於，若認為自始不能之

---

<sup>18</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，1990 年 10 月 8 版，頁 51；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 258；陳添輝，自始給付不能之契約效力—最高法院 96 年台上字第 2677 號判決之研究，法令月刊第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，頁 68~70。

契約有效，則自始不能和嗣後不能將如何整合？而其中關鍵之點，乃是自始不能和嗣後不能之可歸責事由(不可歸責事由)的內涵。因此本文將會將研究範圍限縮於自始不能和嗣後不能的可歸責事由之探討。

## 第二款 論文架構

本篇論文共分為 5 章，第 1 章為緒論，第 5 章為結論，而第 2 章到第 4 章則為論文主軸部分。

### 一、自始主觀不能與自始客觀不能

首先就論文架構安排上，因為通說認為自始不能適用於我國民法第 246 條之規定，依我國民法第 246 第 1 項前段可知，以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。此一規定，由於無法充分保障債權人且違反私法自治，契約應盡量維持效力的看法，故備受學者所批評。是以，在現行法解釋論下，學說上有採比較法的方式，仿德國舊民法的規定，將自始不能區分為自始客觀不能和自始主觀不能，而認民法第 246 條僅適用於自始客觀不能，限縮民法第 246 條的範圍，以保障債權人的權益。本文亦贊同此一區分方式，故論文中會分別對自始主觀不能和自始客觀不能，分別在論文第 2 章和第 3 章，進行我國民法自始不能解釋論層次之討論。

在第 2 章主要是針對自始主觀不能進行討論。除了檢討構成要件外，在效果上，本文認為，有自始主觀不能的情形時，由於自始主觀不能概念之創設，主要是為了限縮民法第 246 條之不當立法，其法律效果其實和給付不能並無不同，換言之，契約仍有效，並且可直接適用於民法嗣後不能的規定(民法第 225 條、第 226 條、第 266 條、第 267 條)。

不過在適用嗣後不能的過程中，如何來解釋可歸責債務人事由(不可歸責債務人事由)之內涵？向來通說立基於過失責任原則下，認為民法第 226 條之可歸責債務人事由，指債務人就不履行有故意或過失而言。不過由於締約前債務人對給付之可能實現與否，並不負注意義務，既無注意義務，難謂債務人於訂約之前，有故意過失。從而以故意或過失作為可歸責事由的標準，並不適用於自始主觀不能的情況。

因此學說上有認以債務人是否於締約時知悉給付不能之事實，作為判斷之標準。不過若採此說，將造成在自始主觀不能和嗣後不能，判斷債務人可歸責事由之標準不相同，而無法整合自始主觀不能和嗣後不能。從而本文在此嘗試就債務不履行的可歸責事由重新進行建構，以國際交易之相關法規(PECL, PICC, CISG)和日本債權法改正試案作為借鏡，來闡釋我國民法第 226 條(第 225 條)的可歸責債務人(不可歸責債務人)事由內涵，以期能使自始主觀不能和嗣後不能，可以適用相同可歸責事由之標準。

在第 3 章，本文除了對於自始客觀不能之要件進行分析外，並希望透過解釋論的方式，儘量整合自始不能和嗣後不能。而若要使自始客觀不能亦能適用一般債務不履行之規範，主要之關鍵在於，契約必須有效。在此本文會從自始不能的理論基礎，締約上過失責任(告知義務違反)，和外國學說上相對無效之見解，來重新掌握民法第 246 條之範圍，將其適用之機會再次加以限縮，形成即使有自始客觀不能的事實時，契約依然有有效之可能。

## 二、立法論

而第 4 章是站在立法論之層次，透過各國之立法例，來檢視我國現行法之缺失。首先是外國法制度的介紹，在此本文研究之切入點是，自始不能的契約效力，以及自始不能和嗣後不能如何整合之問題。再來是探討民法第 246 條和第 247 條刪除後，如何藉由外國法制度，重新建構我國自始不能的法律制度。最後本文認為，現行民法第 246 條和第 247 條無法充分保障債權人利益，乃是不當立法，日後修法時，宜改採自始不能，不影響契約有效性的見解；並且在自始不能時，若契約有效，直接適用嗣後不能的規定即可，相關內容將在本文第 5 章結論作論述。

## 第二章 關於我國法之自始主觀給付不能

就理論而言，不論是自始主觀不能或自始客觀不能，對於債權人來說，均屬不能，從而實無區分之必要。惟因為民法第 246 條，將自始不能之契約，規定為無效有不當之處，故學說上創設出自始主觀不能的概念，藉此限縮民法第 246 條之適用範圍。

而自始主觀不能既是學說上發展出的概念，其要件和效果為何？則有檢討的必要，以下就自始主觀不能的要件，和自始主觀不能的效果，分別討論之。

### 第一節 自始主觀不能的要件

自始主觀不能的要件，須債務人有主觀給付不能的情形，且該不能須自始即存在，以下分別就相關要件檢討如下：

#### 第一項 須為主觀不能

##### 第一款 區別標準

何謂主觀不能？涉及到客觀不能和主觀不能如何區分之間題，就此學說上有不同的區別方式，茲析述如下<sup>19</sup>：

一、以不能給付之人的範圍為標準者<sup>20</sup>。無論何人均不能給付者，謂之客觀不能；僅債務人不能給付者，謂之主觀不能。舉例來說，出賣他人之物，僅債務人無法給付，故為主觀不能；給付標的物滅失，任何人均無給付，則為客觀不能。

二、因給付之性質，致不能實現債務本旨，為客觀不能；由於債務人個人之事由，致不能實現債務本旨，為主觀不能。此說為葉賽鶯教授所採。葉教授認為，將自始不能區分為主觀和客觀之學者薩維尼(Savigny)即採此一區分方式；且就文義而言，主觀者，就債之關係而言，自指債之主體即債權人或債務人方面觀察，而造成給付不能者為債務人，自應由債務人面觀察；客觀者，就債之關係而言，自應由債之標的即給付面觀察，如此方符合債之關係的本質<sup>21</sup>。

<sup>19</sup> 參見孫森焱，論所謂自始主觀不能，收錄於施茂林主編，當代法學名家論文集，法學叢刊社出版，1996年，頁317~319；孫森焱，民法債編總論(下冊)，自版，2006年1月修訂版，頁511~516；葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986年，頁56以下。

<sup>20</sup> 此說為王澤鑑教授所採，參見王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981年3月，頁45。

<sup>21</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986年，頁58~59。

三、以發生不能之原因為判斷標準<sup>22</sup>。依事物之原因而不能者，為客觀不能；非專屬於債務人之給付，其不能係基於債務人之人的原因，為主觀不能，蓋債務人專屬之給付，雖因債務人本身之情事而為不能，自客觀立場言之，仍為基於事物之原因，即應列為客觀不能。且在此說下，若出賣他人之物，因物之所有人和債務人不睦，而不願意對債務人給付，為主觀不能；反之，物之所有人，不願意對任何人給付，則為客觀不能<sup>23</sup>。

四、有以不能是否基於債務人個人事由所致為區分標準<sup>24</sup>。凡基於債務人個人之事由，致不能給付者，為主觀不能。惟其給付具有債務人專屬性者，因不能由第三人代為履行，則屬客觀不能。且由於給付不能既然是依社會觀念認定，因此所謂債務人個人之事由，自須依通常之人處於債務人地位，是否亦屬不能給付來判斷。若通常之人處於債務人相同地位，可能給付者，則屬債務人因個人事由不能給付，為主觀不能；反之，若第三人處於債務人相同地位，亦不能給付，則此不能給付之原因，即非因債務人個人之事由所致，應屬客觀不能。舉例來說，在出賣他人之物時，原則上不僅債務人不能，任何人處於債務人之地位，均屬不能；不過若第三人以同意將標的物移轉與債務人，僅債務人無資力從第三人手中取得標的物，則為主觀不能<sup>25</sup>。

## 第二款 評析

上述區分方式，各有學者採之，判斷上亦各有利弊，故有學者認為，我國民法給付不能之概念，依判例之見解<sup>26</sup>，既然以社會觀念為衡量，自然不因主觀不能或客觀不能而有所不同<sup>27</sup>。此一見解的確有所論據，蓋對債權人而言，究屬主觀不能抑或是客觀不能，對債權人來說均無差別，故確無區分主觀不能和客觀不能之必要；且理論上不只嗣後不能無區分之必要，即便是自始不能亦相同，此觀之德國 2002 年新增訂民法第 311 條之 1 第 1 項和民法第 275 條第 1 項自明<sup>28</sup>。

<sup>22</sup> 史尚寬教授採此說，參見史尚寬，債法總論，自版，1954 年，頁 366。

<sup>23</sup> 史尚寬，債法總論，自版，1954 年，頁 367。

<sup>24</sup> 鳩山秀夫，日本債權法總論，152，轉引自孫森焱，民法債編總論(下冊)，自版，2006 年 1 月修訂版，頁 512。

<sup>25</sup> 參見葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 57。

<sup>26</sup> 依 22 年上字第 3180 號判例：「民法上所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，買受人無支付價金之資力，按諸社會觀念，不得謂為給付不能。」

<sup>27</sup> 孫森焱，論所謂自始主觀不能，收錄於施茂林主編，當代法學名家論文集，法學叢刊社出版，1996 年，頁 319；孫森焱，民法債編總論(下冊)，自版，2006 年 1 月修訂版，頁 516。

<sup>28</sup> 依德國 2002 年新增訂的民法第 311 條之 1 第 1 項：「債務人依據第 275 條第 1 項至第 3 項規定

不過由於我國就自始不能採無效的法律效果，和現德國民法在自始不能時，不影響契約效力的觀點不同，因此德國現行法制在自始不能時，不區分主觀不能和客觀不能之看法，並不適用於我國。在我國制度下，爲了要限縮民法第 246 條之範圍，使契約儘量有效，並以此保障債權人之利益，故在自始不能時，有區分客觀不能和主觀不能之必要，從民法第 246 條之立法理由<sup>29</sup>，可窺知一二。因此在我國現行法制下，於自始不能時，的確有必要尋找區分主觀不能和客觀不能之標準，以下就上述四種區分方式，進行檢討。

就以給付性質或債務人個人事由作爲區分標準之第二說而言，在一些案例時，可能標準並不明確，舉例來說，債務人因爲住居所的交通中斷，以至於無法給付；或明星因爲服兵役而無法演出等情形，究屬債務人個人事由，抑或是給付性質導致不能，恐難以區分；且給付物被第三人所盜，經尋找而不知下落，究因給付性質使然，抑或債務人個人事由所致，亦無從辨別<sup>30</sup>。

而以發生不能之原因爲判斷標準之第三說而言，所謂事物原因所指爲何？在定義上並不明確，恐增加判斷的困難<sup>31</sup>。

就第四說而言，係以不能是否基於債務人個人事由所致爲區分標準。其所謂債務人個人之事由所致的給付不能，乃指通常之人處於債務人地位，是否亦屬不能給付來判斷；若是，則爲客觀不能，若否，則爲主觀不能。不過此說倘將債務人不能給付之原因，亦列爲「債務人地位之客觀因素」來考慮的話，凡處在債務人地位之第三人，亦應同樣具備此不能給付之客觀原因，則債務人不能給付者，任何人均無法將其變爲可能，換言之，所有給付不能，均爲客觀不能<sup>32</sup>。例如因疾病或轉業等原因致不能給付，第三人處於債務人地位，亦應同樣考慮疾病或轉業之原因，此時第三人亦無法給付，而被判斷爲客觀不能，如此將造成民法第 246 條的適用範圍擴大，恐非妥適。

---

無法給付，而給付障礙於締約時已存在者，不影響契約效力」，又依同法第 275 條第 1 項：「於給付對債務人或任何人皆無可能時，就排除了給付請求權」可知，德國之自始不能包括主觀和客觀不能，且兩者有相同之法律效果。

<sup>29</sup> 民法第 246 條之立法理由：「謹按民律草案第五百十三條及第五百十七條謂當事人，得自由以契約訂定債務關係之內容，而其標的，則以可能給付爲必要。故以客觀之不能給付（不問其爲相對的不能或絕對的不能）爲標的之契約，法律上認爲無效，所以防無益之爭議也。但係主觀之不能給付，其契約仍應認爲有效，使債務人負損害賠償之責，此無待明文規定也……」

<sup>30</sup> 孫森焱，民法債編總論(下冊)，自版，2006 年 1 月修訂版，頁 512。

<sup>31</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 59。

<sup>32</sup> 孫森焱，民法債編總論(下冊)，自版，2006 年 1 月修訂版，頁 513。



而就第一說而言，係以不能給付之人的範圍為判斷標準。雖有學者批評，此說將區別標準求諸於對債之關係無涉之第三人，認第三人有給付可能者，為主觀不能，第三人無給付可能者，為客觀不能，如此將導致第三人是否可能給付，成為主觀不能或客觀不能之分際，和債之相對性的本質不符<sup>33</sup>。又有學者認為若採此說，將造成客觀不能的範圍過於狹隘<sup>34</sup>。

不過本文認為，此說判斷標準具體明確，且民法第 246 條之立法頗有爭議，應儘量限縮其適用範圍，採此說剛好可以達成此一目標。此外，姑且不論民法第 246 條的立法理由是否妥當，從該條的立法意旨觀察，契約無效之原因，乃是因為自始不能時，契約已失其客體、失其目的，而契約之給付無論任何人均無法履行時，即符合「契約已失其客體、失其目的」的狀態，若契約僅債務人無法給付，則表示該給付障礙仍有排除之可能，自不符合民法第 246 條所揭櫫的意旨，從而以不能給付之人的範圍為判斷標準，剛好符合立法理由判斷是否構成民法第 246 條之方式。何況此說雖僅借用第三人的角度，來作為判斷主、客觀不能的標準，契約之效力仍不會及於第三人，並未破壞債之相對性，比較其他學說，應最為可採。此亦為我國<sup>35</sup>和德國<sup>36</sup>之通說。

但是，上述通說在一身專屬性之給付(即只有債務人本身，非得由任何人提出之給付，通常是因為取決於債務人本身能力)則會產生判斷之困難<sup>37</sup>，舉例來說，聲樂家失聲不能演唱或畫家失明不能作畫，此究為客觀不能或主觀不能？孫森焱教授認為，若依第一說，則屬主觀不能；若依第四說，則屬客觀不能，蓋任何聲樂家若失聲，即不能演唱，畫家若失明，自不能作畫，非債務人個人為然，是為客觀不能<sup>38</sup>。王澤鑑教授則認為，此類給付性質特殊，屬於所謂之邊界案件，視為客觀不能或主觀不能，均有所據。不過在解釋上宜認為係屬主觀不能，以維

<sup>33</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 58-59。

<sup>34</sup> 孫森焱，民法債編總論(下冊)，自版，2006 年 1 月修訂版，頁 511。

<sup>35</sup> 黃茂榮，債法總論第二冊，自版，2002 年 9 月，頁 294；姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 94-95；詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月，頁 58；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 251。

<sup>36</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 44。

<sup>37</sup> 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 260。

<sup>38</sup> 孫森焱，論所謂自始主觀不能，收錄於施茂林主編，當代法學名家論文集，法學叢刊社出版，1996 年，頁 317-318。

持契約之效力，保障債權人權益<sup>39</sup>。

惟林誠二教授主張，現行通說乃以給付之人的範圍而區別，認為畫家失明、聲樂家失聲等非肇因於個人意思之情況，屬於主觀給付不能，雖係為加強保護債權人而使契約有效，但因此要求債務人需負履行利益損害賠償責任，顯然對債務人不公，縱使該說主張仍須視有無可歸責事由，但如此反有課債務人締約前義務之嫌，且不若直接認定其客觀不能，並使債務人僅負信賴利益損害賠償責任來的公允<sup>40</sup>。黃茂榮教授亦認為，在高度之屬人性給付，例如藝術工作，主觀不能同時導致客觀不能<sup>41</sup>。而德國實務上認為除非債務人應為之給付，得由債務人之代理人代為履行，否則傾向認為乃客觀不能<sup>42</sup>。

本文認為，在屬人性專屬性給付時，若以給付之人的範圍為判斷標準，由於債務人不能給付，任何人亦無法給付，所以理論上來說，應為客觀不能。不過考量到劃分自始主觀不能和自始客觀不能的理由，乃在於將民法第 246 條的適用機會降到最低，因此在此種邊際案例時，仍應認為是自始主觀不能較為妥適。

## 第二項 須為自始不能

### 第一款 須有主觀給付不能的事實存在

在此給付不能，係指主觀給付不能。換言之，指債務人本身無法給付。其產生的原因，有可能是因為事實上之理由無法給付，例如債務人成立勞務性之義務時，即存在因生病無法給付之事實<sup>43</sup>。或債務人欠缺給付所需的法律權限<sup>44</sup>，例如出賣他人之物<sup>45</sup>或出賣被查封之物<sup>46</sup>等。

<sup>39</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981年3月，頁44~45。相似見解，參見郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第54期，1995年12月，頁260。

<sup>40</sup> 林誠二，民法債編總論一體系化解說(下)，瑞興圖書股份有限公司出版，2001年3月，頁57。並且林誠二教授認為主觀和客觀不能的區別標準為，該不能是否出於債務人個人意思，氏認為，凡「僅係出於債務人個人意思而不能，且並無真正不能給付之情況(即非不能也，是不為也)應屬主觀給付不能。」反之，若係「非出於債務人個人意思而致不能，且通常人居於債務人地位亦皆不能者，為客觀不能。」因此上述的特殊案例，由於非出於債務人個人意思而造成不能，故性質上為客觀不能，詳見林誠二，民法債編總論一體系化解說(下)，瑞興圖書股份有限公司出版，2001年3月，頁77。

<sup>41</sup> 黃茂榮，債法總論第二冊，自版，2002年9月，頁294，注13。

<sup>42</sup> 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003年8月，頁95；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第54期，1995年12月，頁260。

<sup>43</sup> 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003年8月，頁94。

<sup>44</sup> 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003年8月，頁95。

<sup>45</sup> 72年台上字第471號判決。

## 第二款須為自始存在

創設自始主觀不能的概念，目的在於限縮民法第 246 條之範圍，使契約有效，儘量保障債權人利益，因此在探討主觀不能的事實存在之時點時，須和自始客觀不能一致。而自始客觀不能給付障礙存在之時點，通說以締約時為判斷基準<sup>47</sup>，是以，在自始主觀不能的情形時，亦應以主觀不能的事實存在於契約締結前為限。

又，由於締約時已存在之主觀不能的事實，債務人並非不能排除。以典型的自始主觀不能的案例，出賣他人之物來觀察，債務人可設法取得該物之所有權，然後移轉於買受人；或使該他人逕將物之所有權移轉於買受人，來排除在締約時即存在的主觀不能的情事。

不過須注意者為，依民法第 316 條之規定可知，債權人無法於履行期前請求清償(請求對方排除該自始主觀給付障礙)，從而債務人雖於締約時存在主觀不能的情事，但須待債務人於履行期屆至時，仍無法履行(排除該主觀不能的障礙)並有可歸責事由時，債務人才需負擔損害賠償責任。故清償期屆至時，債務人如已成為給付可能者，債權人自無法以債務人締約時之主觀不能，主張債務人須負擔債務不履行責任<sup>48</sup>。換言之，在締約前有主觀不能的事由，到履行期屆至該主觀不能的事由仍未被排除時，才是「確定」的自始主觀不能，債務人方須負擔債務不履行責任。

## 第二節 自始主觀不能的效力

### 第一項 契約效力

自始主觀不能的效力為何？依據現行德國民法第 311 條之 1 之規定可知，縱於締結契約之時，給付之障礙已存在，其仍無礙契約之有效性；且由於該規定不區

---

<sup>46</sup> 82 年台上字第 1034 號判決。

<sup>47</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 51~52；黃茂榮，債法總論第二冊，自版，2002 年 9 月，頁 295；姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 85~86；林誠二，民法債編總論—體系化解說(下)，瑞興圖書股份有限公司出版，2001 年 3 月，頁 56；黃立，民法債編總論，自版，2002 年 2 版 3 刷，頁 485；陳猷龍，民法債編總論，五南圖書出版，2005 年增訂 4 版，頁 216；潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 35。又依德國 2002 年新增訂的民法第 311 條之 1 第 1 項：「債務人依據第 275 條第 1 項至第 3 項規定無法給付，而給付障礙於締約時已存在者，不影響契約效力」可知，在德國亦以締約時作為認定自始不能的時點。

<sup>48</sup> 詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月，頁 60。

分自始主觀或客觀不能<sup>49</sup>，故不論是自始主觀不能或自始客觀不能，契約均有效，因此在德國現今已無區分自始主觀不能或自始客觀不能的必要，亦無探討自始主觀不能效果的實益<sup>50</sup>。

但我國民法第246條第1項乃沿襲德國舊民法第306條之規定，就自始不能的契約效力規定為：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效」。而民法第246條之規定是否包括自始主觀不能？將影響到自始主觀不能之契約效力。若認為包括，則自始主觀不能之契約為無效；反之，若認為不包括，則自始主觀不能的契約為有效。因此在我國並非如同德國，仍有探討自始主觀不能的實益。由於自始主觀不能的契約效力，涉及到民法第246條的解釋，因此以下就民法第246條的適用範圍進行討論。

依我國民法第246條第1項：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。」，條文中「以不能之給付」所指為何？是僅指自始客觀不能給付？抑或是除了自始客觀不能給付外，兼指自始主觀不能給付？我國學者各有不同之見解，茲析述如下：

### **第一款 包括自始主觀不能說**

採包括自始主觀不能說之學者，其理由大概可以從以下角度切入。

#### **一、比較法的角度<sup>51</sup>**

孫森焱教授認為，主觀不能與客觀不能之分辨，學說上既有分歧，若賦與不同之法律效果，則其實定法之依據何在，即不能不顧及。在德國舊民法第306條規定中，契約以不能之給付為標的者無效。所稱不能之給付，係指自始客觀不能而言，此就文義解釋，unmögliche leistung 係指客觀上不能之給付可知，故解釋德國民法，應釐清客觀不能與主觀不能之分別。然我國民法第246條第1項規定不能之給付並未明示專指客觀不能，而判例<sup>52</sup>所稱給付不能又依社會觀念為衡

<sup>49</sup> 黃立，德國新債法之研究，2009年9月，頁128；姚志明，民事法理論與判決研究(一)—不完全給付與瑕疵擔保責任—，自版，2009年11月，頁187。

<sup>50</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003年第2版，頁160。

<sup>51</sup> 參見孫森焱，論所謂自始主觀不能，收錄於施茂林主編，當代法學名家論文集，法學叢刊社出版，1996年，頁318~319。

<sup>52</sup> 22年上字第3180號判例：「民法上所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，買受人無支付價金之資力，按諸社會觀念，不得謂為給付不能。」

量，不問其為主觀不能抑或客觀不能而有所不同，因此在我國並無必要採德國將自始給付不能區分為主觀不能和客觀不能之見解。

## 二、自始主觀和自始客觀不能性質相同，兩者不應區別對待<sup>53</sup>

楊佳元教授認為，當事人於訂約時，明知給付不能或可得而知，仍訂定契約者，不論主觀不能或客觀不能實應負擔相同之責任，而且不因給付不能是否可歸責於當事人而有不同，蓋自始主觀或自始客觀不能，均屬不能，他方當事人之信賴應受到同樣的保護。

且在此思考脈絡下，自始主觀不能適用民法第 246 條及第 247 條規定，當事人應負信賴利益之損害賠償。此項信賴利益的損害賠償，雖然以當事人於訂約時知其不能或可得而知給付不能為要件，但是賠償義務人明知給付不能仍為締約之行為者，基於禁反言原則，相對人亦得選擇履行利益之損害賠償。如此一來，對於當事人之保護似應足已，不須特別將自始主觀不能排除於民法第 246 條和 247 條之規定外。

### 第二款 僅限自始客觀不能說

採僅限自始客觀不能說之學者，其理由大致可從以下角度切入。

#### 一、從歷史解釋和民法第 246 條規範目的出發<sup>54</sup>

參考民法第 246 條之立法理由：「謹按民律草案第五百十三條及第五百十七條謂當事人，得自由以契約訂定債務關係之內容，而其標的，則以可能給付為必要。故以客觀之不能給付（不問其為相對的不能或絕對的不能）為標的之契約，法律上認為無效，所以防無益之爭議也。但係主觀之不能給付，其契約仍應認為有效，使債務人負損害賠償之責，此無待明文規定也。……」上開立法理由明示民法第 246 條第 1 項前段規定契約以不能之給付為契約標的無效，僅限於標的自始客觀不能的情形，蓋此時契約自始失其目的、失其意義、失其客體，故使之不發生效力。若標的為自始主觀不能，由於不會有上述之考量，因此契約效力自不受影響，債務人仍須負債務不履行損害賠償之責。

<sup>53</sup> 楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月，頁 17。

<sup>54</sup> 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 252；相似見解，參見姚志明，債務不履行之研究（一）—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 74~75；王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 58。

## 二、從比較法的觀點<sup>55</sup>

我國民法第 246 條第 1 項前段，採德國立法例，因此有關德國的觀點，必須加以考量。德國舊民法第 306 條規定：「以自始客觀不能之給付為契約之標的者無效」(Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig)，依照德國通說見解認為上開條文僅適用於自始客觀不能的情形，而不包括自始主觀不能的場合。蓋對嗣後客觀不能，法有明文債之關係依然有效，德國舊民法第 275 條(因不可歸責於債務人之事由而致給付嗣後不能)於第 2 項中明文規定嗣後主觀不能與嗣後客觀不能同樣適用；然而第 306 條(自始客觀不能)則欠缺這樣的比照規定，反面解釋的結果，德國舊民法第 306 條不適用於自始主觀不能的情形，因此我國亦應採同一解釋，將自始主觀不能排除於民法第 246 條之外。

## 三、從當事人利益出發<sup>56</sup>

基於私法自治原則，契約解釋應儘可能探求當事人真意，而維持其效力，因此契約無效，事屬例外，應從嚴解釋；且債務人僅負信賴利益之賠償責任，不足保護債權人之利益。故對民法第 246 條所稱「不能之給付」，應作限制解釋，不包括主觀不能之情形，以維持契約之效力，保護債權人之利益。

## 四、從交易安全出發<sup>57</sup>

就交易安全而言，契約動輒無效，勢必使人憚於交易，經濟活動勢必陷於停滯。因此，就標的不能之適用範圍，從規範目的為限縮解釋，即有必要。

### 第三款 本文見解

從民法第 246 條法條文義解釋，的確有包括自始主觀不能的空間；且依照我國實務見解<sup>58</sup>，是否構成「不能」乃依照社會通念來認定，因此並無區分主觀不能

<sup>55</sup> 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 252~253。

<sup>56</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 58；相似見解，參見郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 253。

<sup>57</sup> 邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，自版，2001 年 2 月新訂 1 版，頁 119~120；相似見解，參見黃茂榮，債法總論第二冊，自版，2002 年 9 月，頁 299。

<sup>58</sup> 22 年上字第 3180 號判例：「民法上所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，買受人無支付價金之資力，按諸社會觀念，不得謂為給付不能。」；32 年上字第 2150 號判例：「民法第四百七十九條第一項所謂不能以種類、品質、數量相同之物返還，係指依社會觀念其返還種類、品質、數量相同之物已屬不能者而言。若依社會觀念其返還種類、品質、數量相同之物，並非不能，自無同條項之適用。」

和客觀不能的必要；再者，到底是自始主觀不能或自始客觀不能，對債權人來說，均無法滿足其利益，因此自始主觀不能和自始客觀不能的確無區分之必要與實益<sup>59</sup>。

但是現行民法第 246 條將自始不能規定為無效，若認為自始主觀不能亦包括在內，將擴大適用民法第 246 條的不當立法<sup>60</sup>；且依照民法第 246 條之立法理由可知，立法者已經意識到區分自始主觀不能和自始客觀不能，因此在方法論上，自應採限制解釋，限縮民法第 246 條的範圍，將自始主觀不能排除於外<sup>61</sup>。再者，我國既然是繼受德國舊民法第 306 條之規定，德國學說上針對該條之看法，則須一併加以考量；依照德國通說見解認為，德國舊民法第 306 條因為並無像舊民法第 275 條第 2 項(嗣後不能)，有將主觀不能和客觀不能相同處理之規定，因此民法 306 條僅適用於自始客觀不能的情形，至於自始主觀不能，契約仍有效<sup>62</sup>。

此外，雖然有學者主張，賠償義務人明知給付不能仍為締約之行為者，基於禁反言原則，相對人亦得選擇履行利益之損害賠償，如此即便將自始主觀不能認為無效，對相對人保護亦已足夠<sup>63</sup>。惟賠償義務人是否明知，涉及到當事人的主觀心理狀態，因此恐碰到相對人難以舉證的難題，從而上開作法是否真能充分保護相對人利益，似乎仍有討論空間。

綜上所述，本文認為民法第 246 條第 1 項前段之規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效」。其中「不能給付」僅限於自始客觀不能，不包括自始主觀不能。而自始主觀不能則適用嗣後不能的規定來處理<sup>64</sup>，換言之，在自始主觀不能時，契約仍有效。

## 第二項 損害賠償

<sup>59</sup> 德國 2002 年修正的民法第 311 條之 1 和民法第 275 條即採不區分自始客觀不能和自始主觀不能的見解。

<sup>60</sup> 就民法第 246 條的立法論上之批評，詳見本文第 4 章第 2 節。

<sup>61</sup> 王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法雜誌第 4 期，2004 年 6 月，頁 19。

<sup>62</sup> 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 765；潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 40；陳添輝，自始給付不能之契約效力—最高法院 96 年台上字第 2677 號判決之研究，法令月刊第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，頁 65；迪特爾·梅迪庫斯(Dieter Medicus)著，杜景林、盧謙譯，法律出版社出版，2004 年，頁 291。

<sup>63</sup> 楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月，頁 17。

<sup>64</sup> 88 年上字第 117 號判決：「按以不能之給付為契約標的者，其契約為無效，固為民法第 246 條第 1 項前段所明定，惟查其所謂不能之給付，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，即客觀之不能，且係自始之不能給付而言，其為自始客觀不能者，法律行為當然無效；其為自始主觀、嗣後客觀或嗣後主觀不能者，則生債務不履行之問題，二者之法律效果並不相同。」

## 第一款 是否須可歸責債務人？

自始主觀不能是否須可歸責債務人，債務人才需負擔損害賠償責任？主要涉及到自始不能的歸責可能性之問題，若以「債務人之故意或過失，作為可歸責債務人事由之內涵」為前提，學說上有三種不同見解，析述如下：

### 一、過失責任

德國學者提茲(Titze)認為，以自始主觀不能為給付標的者，其契約固然有效，但並非因此而產生債務人應負無過失責任之結果，法律對之既無明文，自宜類推適用嗣後給付不能的結果，亦即債務人於締約時可歸責者，始負履行利益的損害賠償責任，否則即免責<sup>65</sup>。

採此說的理由主要之依據乃是<sup>66</sup>，1、過失責任為民法的基本原則(我國民法第 220 條和德國民法第 276 條參照)，自始主觀不能無異其處理的必要。2、且採此說可避免區分自始主觀不能和嗣後主觀不能的困難和不公。3、並且使給付不能的四種類型中(自始主觀、自始客觀、嗣後主觀、嗣後客觀)，僅自始客觀不能適用民法第 246 條，而其它類型均平等對待，皆以故意或過失為歸責要件。4、自始主觀不能和嗣後主觀不能均不影響契約之效力，故債務人之責任不宜區分，應適用同一原則，須有可歸責事由，債務人才需負責。

我國傳統學者多採此說<sup>67</sup>，不過是類推適用民法嗣後給付不能的規定，或直接適用，學者則看法不一。主張直接適用嗣後不能規定者認為，就民法第 225 條、第 226 條、第 266 條、第 267 條之規定可知，皆未在文義上自限於「嗣後不能」，所以在自始主觀不能時，可直接適用上述規定來解決<sup>68</sup>。另有學者主張，自始主

<sup>65</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 158；林誠二，民法債編總論一體系化解說(下)，瑞興圖書股份有限公司出版，2001 年 3 月，頁 61。

<sup>66</sup> 參見詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月，頁 59；王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 56。

<sup>67</sup> 胡長清，中國民法債篇總論，1968 年 6 月台 2 版，頁 354；王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 56；葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 160~161。

<sup>68</sup> 張永健，論給付不能的分類與歸責問題，法令月刊第 54 卷 6 期，2003 年 6 月，頁 105~106。且自始主觀不能直接適用嗣後不能之規定，為我國實務多數見解所採，例如 86 年台上字第 2071 號判決認為：「民法第二百二十六條所謂「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者」，凡有效成立之契約，因可歸責於債務人之事由，致給付不能者均屬之。上訴人指稱唯嗣後不能者始有該條之適用，自始主觀不能者不在其中，尚有未合」。另 79 年台上字第 2147 號判決認為：「所謂給付不能，有自始不能與嗣後不能，主觀不能與客觀不能之分。其為自始客觀不能者，法律行為當然無效，當事人於行為當時知其無效或可得而知者，依民法第一百十三條規定，應回復原狀或損害賠償之責任；其為自始主觀、嗣後客觀或嗣後主觀不能者，則生債務不履行之問題，債權人得



觀不能和嗣後給付不能，可歸責事由的內涵有出入，故以類推嗣後給付不能之規定為宜<sup>69</sup>。不過也有學者認為，自始主觀不能，首先應探求當事人之意思和及解釋契約，以決定債務人應負之責任；當事人無約定者，原則上須債務人對主觀給付不能可有可歸責事由，始應負責，並且在締約時，債務人就自己無給付能力明知或可得而知，應負締約上過失責任<sup>70</sup>；就此似乎並無明確指出，自始主觀不能應「直接適用」或「類推適用」嗣後給付不能的規定。

## 二、擔保責任

此為德國實務見解所採<sup>71</sup>。其主要的理論有二，其一立基於「默示擔保責任之約定」；蓋在自始主觀不能的情形時，債務人就自己在締約時，是否有給付不能的情事，應該知悉，若債務人知悉給付不能，卻又和他人締約，則債務人顯然係透過締約的意思表示，向債權人擔保有能於清償期屆至時給付，故債務人屆時無法依擔保而為給付，自無法再以其欠缺故意或過失來免責。倘若債務人於締約時不知給付不能的情形，則必然是因為債務人未詳細探查所致，自應負債務不履行責任<sup>72</sup>。

亦有基於交易上「信賴保護」之必要，認為自始主觀不能之給付，性質上為可能之給付，債務人於為此項給付之約定時，債權人信賴其約定，並期待債務人履行給付，若債務人違背債權人之期待與信賴，不使之負賠償責任，將無以維持交易安全和保障其信賴，故應使債務人負無過失履行利益賠償責任<sup>73</sup>。

詹森林教授亦採擔保責任說。氏認為若當事人間有特別約定，或法律上有特別規定(例如權利瑕疵擔保)時，應依據當事人間之約定和法律上的規定來處理。惟若無上述情形，則締約時債務人有無難以履約之情事，債務人知之甚詳，自不得諉為不知，故令債務人就無過失負擔保責任，符合當事人之訂約目的，且合理

---

依民法第二百二十六條規定，請求債務人賠償損害，或於解除契約後依民法第二百五十九條及第二百六十條規定，請求回復原狀及賠償損害，二者之法律效果並不相同」。

<sup>69</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986年，頁163。

<sup>70</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981年3月，頁56。

<sup>71</sup> 此說為德國實務所採，詳見詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第6期，2003年4月，頁59，注20；王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981年3月，頁55。

<sup>72</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986年，頁157；詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第6期，2003年4月，頁59~60。

<sup>73</sup> 參見葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986年，頁157。

分配契約風險，並保障交易安全，又不致造成債務人過苛負擔<sup>74</sup>。而姚志明教授同樣認為，在自始主觀不能的情形，不論債務人是否具有可歸責事由均須負責，蓋在自始主觀不能的情況下，相對於契約締結後情況之預知，債務人更應被推定具有期待可能性預見契約締結時之狀況，所以債務人在自始主觀不能的情況，應比嗣後給付不能更無須被保護，而對給付不能負擔保責任<sup>75</sup>。

### 三、限制擔保責任<sup>76</sup>

此說為德國學者拉倫茲(Larenz)所提出。氏認為，擔保責任原則可採，但過於嚴格，故應考慮以下情形加以限制：1、債務人已對債權人表示有給付不能的情形，或 2、明白表示不對主觀不能負責，或 3、主觀不能係因不屬於債務人支配範圍的事由，例如他人介入或不可抗力所引起。對於這些情形，債務人如無過失即無須負責，即便有過失，僅須負擔締約上過失責任。其理由在於，債務人雖因負給付義務，而應盡一切可期待之努力使之可能，然倘已盡力而仍無結果，則不用負履行利益損害賠償責任，但是主觀不能是因為債務人可支配的範圍內所引起，則應負履行利益的損害賠償責任<sup>77</sup>。

#### 第二款 評析

##### 一、自始主觀不能之可歸責事由的必要性？

在自始主觀不能時，是否要求債務人具有可歸責事由，涉及到自始主觀不能時，損害風險由誰承擔之問題，此時若當事人有特別約定，本諸私法自治契約自由，此時應優先適用當事人間之約定；若當事人間無特殊約定時，則適用法律明文之風險分配之規定。

由於自始主觀不能屬於給付不能的下位概念，而給付不能的風險分配規定於民法第 225 條、第 226 條、第 266 條、第 267 條，但是上開條文可否直接適用於自始主觀不能的情形？從條文之文義觀察，民法第 225 條第 1 項：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者……」；民法第 226 條第 1 項：「因可歸責於債務人

<sup>74</sup> 詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月，頁 63、69。相同見解，郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 267。

<sup>75</sup> 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 97。

<sup>76</sup> 此說為德國學說所採，詳見詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月，頁 60，注 21。

<sup>77</sup> 參見黃茂榮，買賣法，自版，2002 年 5 月增訂 5 版，頁 369；王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 55。

之事由，致給付不能者…」；民法第 266 條第 1 項：「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者…」；民法第 267 條：「當事人之一方因可歸責於他方之事由，致不能給付者…」。上開條文文義只規定「給付不能」，並未限定於嗣後給付不能，從而自無限縮之必要；況且通說認為自始主觀不能時，契約仍有效，此時和嗣後不能性質並無差距，自可直接適用上述民法之規定，如此一來，亦可使自始主觀不能和嗣後不能整合為一體。此亦為我國實務多數見解所採<sup>78</sup>。

而上述擔保責任說，認為自始主觀不能時，並不要求債務人要具有可歸責事由，才須負責，將造成同樣為給付不能，卻因為不能的事由存在於締約前或締約後，而分別適用不同規範，恐非妥當，蓋自始主觀不能和嗣後不能，對於債權人來說並無不同，將兩者區別對待的正當性為何？似乎仍有探討空間。此外限制擔保責任說，除了亦有前述擔保責任說的缺點外，尚會面臨難以清楚界定「債務人可支配範圍」此一概念，恐造成法律之不安定<sup>79</sup>。

因此本文認為，債務人就自始主觀不能，須有可歸責事由，才須負擔債務不履行之責。換言之，在自始主觀不能時，可直接適用民法給付不能的規定，來處理當事人間的法律關係。

## 二、可歸責事由之內涵

### (一)學說

依本文上述，自始主觀不能須債務人有可歸責事由，才須負責，但自始主觀

<sup>78</sup> 79 台上字第 2147 號判決：「所謂給付不能，有自始不能與嗣後不能，主觀不能與客觀不能之分。其為自始客觀不能者，法律行為當然無效，當事人於行為當時知其無效或可得而知者，依民法第一百十三條規定，應負回復原狀或損害賠償之責任；其為自始主觀、嗣後客觀或嗣後主觀不能者，則生債務不履行之問題，債權人得依民法第二百二十六條規定，請求債務人賠償損害，或於解除契約後依民法第二百五十九條及第二百六十條規定，請求回復原狀及賠償損害，二者之法律效果並不相同。」；最高法院 86 年台上字第 2071 號判決：「民法第二百二十六條所謂「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者」，凡有效成立之契約，因可歸責於債務人之事由，致給付不能者均屬之。上訴人指稱唯嗣後不能者始有該條之適用，自始主觀不能者不在其中，尚有未合。」；98 台上字第 921 號判決：「民法第 226 條規定，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。前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。該條第 1 項之給付不能，債權人得請求損害賠償者，與同法第 232 條因給付遲延，而生之損害賠償，兩者不同。前者指因可歸責於債務人之事由，致給付不能者言；其給付不能，包括自始主觀不能、嗣後客觀或嗣後主觀不能；後者係指因債務人之給付拒絕或給付遲延，遲延後之給付，於債權人已無利益者，債權人得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生之損害賠償言。」從上述判決可發現，實務基本上是將自始主觀不能和嗣後不能作相同處理，換言之，即便是在自始主觀不能，債務人仍須具有可歸責事由，才須負責。

<sup>79</sup> 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 266。

不能的可歸責事由所指為何？學者間有不同見解，茲析述如下：

### 1. 對締約前不能之事實有故意或過失

王澤鑑教授認為，出賣人之畫於締約前被盜，出賣人就該畫之保管並無疏懈時，對其給付不能，不負責任<sup>80</sup>。就此可知，王澤鑑教授似乎是認為對締約前不能之事實有故意或過失，債務人即須負擔債務不履行責任。

### 2. 債務人於訂約時明知或可得而知其給付不能

葉賽鶯教授認為，在嗣後給付不能時，其可歸責事由指，債務人既因訂約而負給付義務，則對給付之能否實現，自應負注意義務，乃債務人明知並有意使約定給付成為不能，或應注意、能注意而不注意致使給付成為不能，自應負責。但自始主觀不能的情形，其不能之事由，係於訂約前已存在，而在締約前債務人對給付之可能實現與否，並不負注意義務，既無注意義務，若謂債務人於訂約之前，為有故意過失，就理論而言，似有未妥。是以，在自始主觀給付不能之情形，所謂「可歸責事由」，似應指債務人於訂約時明知或可得而知其為給付不能。債務人既明知或可得而知其給付為不能，竟仍予訂約，則就其不能履行，為有可歸責事由存在，應負履行利益之損害賠償責任，在理論上似乎較為妥當<sup>81</sup>。此亦為德國2002年新修正的民法所採<sup>82</sup>。

### 3. 依優勢風險承擔理論來判定

學者張永健先生認為，若契約中未約定風險分配之方式，則適用現行法下風險分擔的標準，即「可歸責債務人」(民法第 226 條)、「可歸責債權人」(民法第 267 條)、「不可歸責雙方當事人」(民法第 225 條和第 266 條)。若債務人的「估定成本」(measurement costs)與「交易成本」(transaction costs)<sup>83</sup>之和較低時，債務人是優勢風險負擔者，論為「可歸責於債務人」；當債權人的「估定成本」與「交易成本」之和較

<sup>80</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981年3月，頁56。

<sup>81</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986年，頁162~163。

<sup>82</sup> 依德國民法第311條之1第2項後段之規定：「債權人得選擇請求替代原給付之損害賠償，或對於第二八四條所定範圍內支出之費用請求賠償。惟如債務人於締結契約時不知有給付障礙之情事，且其不知悉係屬不可歸責者，不適用前揭之規定。」第二百八十一條第一項第二、三句及第五項之規定準用之。」

<sup>83</sup> 估定成本發生於估計「風險實現率」和「風險（損失）的額度」時（兩者的乘積是風險所失的期望值）；交易成本發生於分散風險的程序，譬如，向保險公司投保的成本，詳見張永健，論給付不能的分類與歸責問題，法令月刊第54卷6期，2003年6月，頁98。

低時，債權人是優勢風險承擔者，論為「可歸責於債權人」；雙方成本一樣大時，論為「不可歸責雙方當事人」<sup>84</sup>。

## (二)學說之檢討

就第 1 說而言，將「債務人對締約前不能之事實有故意或過失」，作為可歸責事由之內涵。此說立基於傳統的過失責任原則，固有一定道理，不過此說忽略其不能之事由，於訂約前已存在，而在締約前債務人對給付之可能實現與否，並不負注意義務，既無注意義務，難謂債務人於訂約之前，有故意過失<sup>85</sup>。因此以「債務人對締約前不能之事實有故意或過失」作為自始主觀不能的可歸責事由內涵，並不妥適。

就第 3 說而言，以優勢風險承擔理論判定之結果，作為可歸責事由之內涵。此說將債務不履行責任跳脫過失責任原則，而使法官可以更彈性依據各案來具體判斷值得贊同。不過，此說過於強調以客觀化的標準(估定成本和交易成本之和)作為判斷可歸責事由之依據，不無忽略從當事人主觀角度，來看契約風險分配之疑慮。

就第 2 說而言，將「債務人於訂約時明知或可得而知其給付不能」，作為可歸責事由之內涵，好處在於可以避免第 1 說的缺點的不當。但是債務人訂約時明知或可得而知其給付不能之事實而仍執意和債權人締約，此時乃可歸責債務人，造成其違反締約前確認自己無給付能力並告知相對人的義務<sup>86</sup>，並非因有上述事由而造成債務人違反契約成立後的給付義務。因此債務人就訂約時是否明知或可得而知其給付不能之事實，將影響債務人是否需負締約上過失責任或是否構成詐欺之問題，和債務人是否需負債務不履行責任並無關連，無法作為債務不履行(自始主觀不能)的可歸責事由內涵。

再者，德國民法第 311 條之 1 的規定，雖以債務人明知或因過失而不知給付

<sup>84</sup> 張永健，論給付不能的分類與歸責問題，法令月刊第 54 卷 6 期，2003 年 6 月，頁 106。

<sup>85</sup> 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 782；李銀榮，原始的不能と契約締結上の過失責任，收錄於加藤雅信等編集，21 世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流紀念，信山社，2005 年，頁 134。

<sup>86</sup> 通說認為民法第 247 條為締約上過失的條文之一，而民法第 247 條即以當事人於締約時，對不能之事實是否知悉，當作當事人是否須負締約上過失之要件。此觀之民法第 247 條第 1 項之規定：「契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負賠償責任。」自明。

障礙之事實，作為自始不能之可歸責事由。但是德國民法第 311 條之 1 第 2 項的自始不能之損害賠償請求權，並非是違反給付義務的損害賠償請求權，而是因為處罰債務人輕率締約的獨立之損害賠償請求權<sup>87</sup>；而我國民法在自始主觀不能時，該契約有效，可直接適用於一般債務不履行的規定，不用再創設獨立請求權基礎，因此和德國法制並不相同，是以，德國在自始不能時，債務人的可歸責事由，於我國是否適用，恐有探討餘地。

此外，採此說之學者，認為債務不履行責任為過失責任，因此在嗣後不能時，可歸責事由之內涵，以債務人就給付不能有意或過失而定；而在自始主觀不能時，由於債務人在締約前，就給付不能之事實，並無故意或過失，因此以債務人於締約時是否知悉給付不能之事實，作為可歸責事由之內涵；且由於自始主觀不能的歸責事由之內涵和嗣後不能不同，從而在自始主觀不能時，應類推民法嗣後給付不能之規定，來處理當事人間的法律關係<sup>88</sup>。不過本文認為，類推必須在法律有漏洞時，才有適用之餘地；若債務不履行的一般規定，文義範圍內已可涵蓋自始主觀不能的情形時，是否有類推必要，恐值得探究。且採此說，將形成嗣後不能和自始主觀不能，契約同樣有效，債務人同須負債務不履行責任，但是可歸責事由之內涵卻不相同之奇異現象。

最後，不論是自始不能或嗣後不能，對債權人來說均無差別，其債權均無法獲得滿足，因此區分自始不能和嗣後不能之必要性並不存在<sup>89</sup>。為了將自始不能和嗣後不能進行整合，應尋求將兩者的可歸責事由(不可歸責事由)之內涵，作一致性考量的可能性。

綜上所述，採過失責任原則下的債務不履行責任，將無法達成整合自始不能和嗣後不能之理想，因此有必要重新建構債務不履行的可歸責事由(不可歸責事由)內涵，使自始不能和嗣後不能均可適用。

### 第三項「可歸責事由」內涵之重新建構

依多數學者之見解，給付不能之可歸責事由之內涵，是依民法第 220 條第 1 項：「債務人就其故意或過失之行爲，應負責任。」來認定<sup>90</sup>。亦即指對給付不能

<sup>87</sup> 黃立，德國新債法之研究，自版，2009 年 9 月，頁 127。

<sup>88</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 162~163。

<sup>89</sup> 因為現行民法第 246 條之存在，故嗣後不能和自始主觀不能，仍有需加區分之見解。

<sup>90</sup> 鄭玉波著、陳榮隆修訂，民法債編總論，三民書局發行，2002 年 6 月修訂 2 版 1 刷，頁 334

的事由有故意或過失而言。惟此一見解是否妥適？不無疑義。蓋學者通說認為「可歸責事由」指對給付不能的事由有故意或過失，乃是受到德國民法所影響<sup>91</sup>。而德國採此一見解的主要背景，是因為債務不履行和侵權行為同樣帶有制裁性質（債務不履行是透過損害賠償責任制裁債務人），因此和侵權行為可具有同樣的主觀歸責要件。在侵權行為時，為了保障行為人的行動自由而設的故意和過失要件，在債務不履行亦有適用餘地<sup>92</sup>。

但是為了保障債務人的行動自由而採過失責任，在債務不履行是否真的有絕對重要性，恐有探究空間。蓋基於自己責任原則，契約既然是由當事人所約定，自應由當事人負擔使契約實現之責任，而且為了保護債權人對契約實現時所獲得之利益的期待，在此過失責任作為原則的重要性，已大幅滑落<sup>93</sup>。何況在契約責任下，債務人並無決定履行與否之空間，自無需保障其行動自由。並且若以過失責任為原則，債務人可以動輒以無過失來免責，將有礙交易安全<sup>94</sup>。從而不應拘泥於過失之有無，來決定債務人是否負有損害賠償責任<sup>95</sup>。是以，在債務不履行時，是否以故意過失作為可歸責事由之內涵，似乎有再探討之必要。

尤其是在自始主觀不能的情形時，以故意或過失，作為債務人須負責的可歸責事由內涵，更顯不當。舉例來說，甲於和乙訂立買賣 A 車的契約時，A 車已被第三人所盜，此時若以故意過失作為民法第 226 條可歸責事由之內涵，則締約前甲對乙並不負保管 A 車的注意義務，故甲對於 A 車給付義務之違反，並無故意或過失可言，從而將造成甲不可能有可歸責事由，亦即對乙不可能負擔債務不履行之責<sup>96</sup>，如此結果恐非妥適。

因此本文試圖就債務不履行的可歸責事由重新建構，而在日本學界對於其民法第 415 條<sup>97</sup>(相當於我國民法第 226 條)中的可歸責事由(不可歸責事由)，有豐富

---

以下；邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，自版，2001 年 2 月新訂 1 版，頁 412 以下；林誠二，民法債編總論一體系化解說(下)，瑞興圖書股份有限公司出版，2001 年 3 月，頁 31 以下。

<sup>91</sup> 依照德國民法第 276 條之規定：「債務人由約定或由債之關係的其他內容，無法認為有較嚴格或寬鬆之責任者，因故意及過失負其責任…」

<sup>92</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 262。

<sup>93</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 270。

<sup>94</sup> 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，自版，2011 年 2 月，頁 278。

<sup>95</sup> 中田裕康，民法（債權法）改正と契約自由，法の支配第 156 号，2010 年 1 月，頁 37。

<sup>96</sup> 除非就自始主觀不能之性質，採擔保責任說，此時甲才須對乙負債務不履行之責，不過如此解釋，又和我國民法第 226 條不符。

<sup>97</sup> 日本民法第 415 條：「債務人未依其債之本旨履行時，債權人可以請求因此而生的損害賠償請求權。由於可歸責於債務人之事由，致不能履行時，亦同」。

此外，雖然日本民法的法條文義僅規定於給付不能才須要求債務人具有可歸責事由，但是通說認

的討論，足供我國在探討民法債務不履行「可歸責事由」時作為借鏡，介紹如下：

## 第一款 學說之檢討

由於受到繼受德國民法的影響，日本傳統學者將可歸責事由在過失責任原則下進行理解，認為可歸責事由指「債務人故意、過失或在誠信原則上可和故意、過失同視之事由」<sup>98</sup>。不過以故意或過失作為債務不履行的可歸責事由，和契約責任的本質不盡相符，已如本文上述；再加上日本晚近受到法國民法所影響，引進手段債務和結果債務區分方式<sup>99</sup>和國際法規的履行障礙之免責事由<sup>100</sup>影響，日本學界開始思考從其他角度進行可歸責事由的建構。

### 一、結果債務、手段債務(方法債務)

#### (一)意義

早期有學者引入法國民法的概念，將債務區分為結果債務和手段債務<sup>101</sup>。所謂的結果債務指，當事人約定「以一定結果的實現」作為契約標的之內容；而手段債務指，當事人約定「為了結果的實現，應善盡注意義務」作為契約標的之內容<sup>102</sup>。兩者區別的實益乃是，在結果債務的情況下，僅有結果不發生的事實，即可認定債務人非依債之本旨履行並且有相當高的程度可推測債務人有可歸責事由存在；相對於此，在手段債務的情況下，縱使有結果不發生的事實，不可直接認定債務不履行乃至債務人有可歸責事由存在，還要更進一步探究契約的意旨，並且依據債務人之具體行為態樣，來評斷歸責事由之存否<sup>103</sup>。換言之，當結果不發

---

為在給付遲延、不完全給付亦要求可歸責事由，參見中田裕康，債權總論，岩波書店，2008年，頁122；平野裕之，基礎コ-ス民法2-債權法，新世社，1999年，頁92；広中俊雄、星野英一編，民法典の百年3-個別的觀察(2)債權編，有斐閣，1998年，頁33。

<sup>98</sup> 我妻榮，判例コンメンタールIV，債權總論，コンメンタール刊行会，1965年，頁83。

<sup>99</sup> 有關法國學者對於手段債務和結果債務的歸責構造的討論，詳見荻野奈緒，契約責任における不可抗力の位置づけ — フランスにおける議論を中心として —，同志社法學58卷5號，2006年11月30日，頁373~384。

<sup>100</sup> 例如PECL第8：108條第1項、PICC第7.1.7條第1項、CISG第79條第1項。

<sup>101</sup> 川島武宜=平井宜雄，「契約責任」『企業責任—経営法学全集18』，ダイヤモンド社，1968年，頁266，轉引自潮見佳男，債權總論I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003年第2版，頁263。

依法國民法第1126條之規定可知，契約的標的全部可分為，使當事人負移轉標的物之義務，或使當事人負行為(不行為)義務。個別的效果分別規定在民法第1136條以下(移轉債務)和民法第1142條以下(行為或不行為債務)，參見今野正規，フランス契約責任の形成(1)，北大法學論集第54期，2003年10月9日，頁303。

<sup>102</sup> 淡路剛久，債權總論，有斐閣，2002年，頁143。

<sup>103</sup> 潮見佳男，債權總論I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003年第2版，頁263；淡路剛久，債權總論，有斐閣，2002年，頁142以下。



生時，負有結果債務的債務人，即有可歸責事由，除非舉證證明有不可抗力之情形存在，否則即須負擔債務不履行責任；反之，債務人負有手段債務時，雖結果不發生，但是若債務人證明履行債務之際，已盡到相當注意義務，並無行為態樣之錯誤(行為義務之違反)，債務人即無可歸責事由(無過失)，而無須負擔債務不履行責任<sup>104</sup>。

## (二)區別標準

即使是手段債務，其也須著重一定之「結果」，例如在典型的手段債務醫療契約中，雖然不要求治癒病人的結果，但是仍要求醫生所為的醫療行為達到一定之醫療水平的結果<sup>105</sup>。因此單純僅以契約所約定者是結果或手段來作為區分兩債務之標準，並非妥適，比較精確來說，兩債務區別應以當事人明確約定結果確實實現(結果債務)，還是僅約定朝向結果實現，債務人須盡具體之行為(手段債務)，所謂的「債務的強度」作為區別標準<sup>106</sup>。

## (三)歸責依據和歸責事由之判斷

以手段債務和結果債務作為前提的契約責任之歸責構造，乃是債務人違反自己所訂下的契約規範，從而債務人負責的依據，係違反契約的拘束力，因此既然債務人負責依據是契約之違反，從而不論是結果債務或手段債務，在歸責事由之判斷上，均須注意契約內容的解釋，並且對應契約內容之不同，歸責事由的內容和判斷方式也會有所差異<sup>107</sup>。

在結果債務中，當事人著重於契約結果是否會確實實現，因此若非因為不可抗力，而導致債務人無法履行契約時，債務人本身即存有歸責事由，而無須再判斷債務人是否有對於結果之實現，為一定之具體行為，債務人免責的唯一可能，乃是舉證債務不履行是出於不可抗力，在此意義下，不可抗力為結果債務的不可歸責事由<sup>108</sup>；而在手段債務中，當事人著重於債務人須為朝向結果努力之一定具

<sup>104</sup> 森田宏樹，契約責任の歸責構造，有斐閣，2002年6月30日，頁47；荻野奈緒，契約責任における不可抗力の位置づけ — フランスにおける議論を中心として —，同志社法學 58 卷 5 號，2006年11月30日，頁368。

<sup>105</sup> 森田宏樹，契約責任の歸責構造，有斐閣，2002年6月30日，頁15。

<sup>106</sup> 森田宏樹，契約責任の歸責構造，有斐閣，2002年6月30日，頁16。

<sup>107</sup> 森田宏樹，契約責任の歸責構造，有斐閣，2002年6月30日，頁49。

<sup>108</sup> 森田宏樹，契約責任の歸責構造，有斐閣，2002年6月30日，頁50；莊錦秀，醫療民事責任體系再建構－以契約責任法理為中心－，台灣大學法律學研究所博士論文，指導教授陳自強博士，2011年，頁238。

體行爲，亦即債務人未爲具體行爲，造成債務不履行時，即須負擔責任。若將過失定義爲，債務人未爲使給付實現的一定具體行爲的話，債務人在手段債務中可說是負過失責任<sup>109</sup>。

#### (四)日本學界之趨勢

於日本民法施行屆滿 100 年之際，日本私法學會於 1998 年以「日本民法 100 年及債權法改正之課題與方向」召開學術研討會，會中有多位學者拋出債權法改正議題<sup>110</sup>。其中能見善久教授在該次私法學會討論會中，即以結果債務和手段債務的類型化方式，提出民法修正建議。在能見教授提出的修正條文中，首先在性質上之結果義務(例如：以物的移轉作爲契約標的)和合意之結果義務(因爲當事人之合意，使債務人負有使結果實現之義務)，當結果不發生時，債務人除非證明結果的不實現，是因爲「超出自己可控制的客觀障礙」所生，否則即須負擔損害賠償責任。其次，契約標的使債務人負有一定作爲或不作爲義務，債務人可以證明不可歸責於己之事由，來免除損害賠償責任。最後，在金錢債務の場合，仍沿襲日本民法第 419 條之見解，即便是不可抗力，債務人亦不可免責<sup>111</sup>。就能見教授所提的修正提案發現，手段債務和結果債務的區分方式，已對於日本學界有一定之影響。

## 二、過失責任、保證責任

潮見佳男教授亦採將債務不履行二分之見解，不過潮見教授是從債務的歸責原理出發，將債務不履行責任類型化，區分爲過失責任、保證責任(無過失責任)。氏認爲債務不履行責任不僅是過失責任，亦包括無過失責任的情形。在無過失責任下，以債務人對於結果的保證作爲可歸責事由，此時只要未發生保證的結果，債務人即須負擔債務不履行責任，至於債務人具體行爲是否妥當並非重點，因此亦可將無過失責任稱之爲保證責任<sup>112</sup>。並且在以下之場合可認債務人須負擔結果保證<sup>113</sup>：1、法律上要求債務人須負擔結果保證的情形，例如依日本民法第 419

<sup>109</sup> 荻野奈緒，契約責任における不可抗力の位置づけ — フランスにおける議論を中心として —，同志社法學 58 卷 5 號，2006 年 11 月 30 日，頁 371；潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 273~275。

<sup>110</sup> 陳自強，日本債權法改正新動向—改正試案之理念，法學新論第 26 期，2010 年 10 月，頁 2。

<sup>111</sup> 能見善久，履行障礙，收錄於山本敬三等著，債權法改正の課題と方向：民法 100 周年を契機として(別冊 NBL 第 51 號)，商事法務研究会，1998 年，頁 119~121。

<sup>112</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 271。

<sup>113</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 276~277。

條之規定可知，在金錢債務不履行時，債務人不可對債權人主張不可抗力的抗辯來因此免責。換言之，債務人須負徹底的結果責任(絕對無過失責任)。2、當事人間有特別約定保證結果實現的情形。3、在雙務有償契約下，基於給付和對待給付須等價交換的理論，債務人提供給付之場合。換言之，在有保證約束、法律、以及等價交換的情形下，債務人負有結果保證，若債務人不實現契約之結果，則構成可歸責事由。

此外在債務人負擔保證責任時，限於不可抗力或因債權人之(壓倒性)過失<sup>114</sup>導致結果不發生，債務人才可免除債務不履行責任<sup>115</sup>；而債務人負過失責任時，則維持傳統見解的看法，以債務人有過失為必要，才須負擔債務不履行責任。

從上開之論述可知，潮見教授所採的過失責任和保證責任的區分方式，其實本質上和法國法上所採的手段債務和結果債務的二分法，僅為用語上的差異，就債務人可歸責事由的判斷上並無不同，蓋兩者的判斷方式，均是將債務區分為債務人就結果不發生時，即須負擔債務不履行責任，和債務人須未為朝向結果實現的一定的具體行為，才須負擔債務不履行責任等兩種類型，並且均重視當事人契約的內容。因此潮見教授所提出的理論，基本上亦是沿襲手段債務和結果債務的區分方式。

## 第二款 日本債權法之修正

### 一、債權法改正試案相關建議

在平成 18 年(2006 年)10 月 7 日，由學者為主，組成民法(債權法)改正檢討委員會<sup>116</sup>，經歷過大約 2 年半的討論，於平成 21 年 3 月底(2009 年 3 月底)提出「債權法改正の基本方針」<sup>117</sup>。雖然該債權法改正試案並非政府草案，但是在討論的

<sup>114</sup> 例如日本民法第418條：「債權人對債務之不履行有過失時，法院可考慮此，來定損害賠償責任和賠償數額」。和聯合國商事契約通則(PICC)第7.1.2條：「債務之不履行，是因債權人自己的作為(不作爲)或因爲債權人所應承擔的風險之偶發事由造成，債權人不可對債務人主張債務不履行。」有關PICC之條文參見，UNIDROIT國際商事契約原則2010版(內田貴=曾野裕夫=森下哲朗譯)：<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-japanese.pdf>。

<sup>115</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 277~279。

<sup>116</sup> 就民法(債權法)改正檢討委員會的構成成員之名單，詳見網站：[http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/Japanese/index\\_j.html](http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/Japanese/index_j.html)。

<sup>117</sup> 鹿島秀樹，民法(債權法)改正の動向—契約責任の位置付けを中心として，日本女性法律家協會會報第 48 期，2010 年 11 月，頁 112。

過程中，始終有日本法務省的參與，因此其重要性亦不可忽視<sup>118</sup>。

在債權法改正試案中，相對應於日本民法第 415 條(債務不履行損害賠償)之規定，乃債權法改正試案【3.1.1.62】和【3.1.1.63】。依債權法改正試案【3.1.1.62】<sup>119</sup>之規定：「債權人可以對債務人請求因債務不履行所生的損害賠償」。又依債權法改正試案【3.1.1.63】第 1 項規定<sup>120</sup>：「因為非債務人在契約上承擔之事由，而生債務不履行時，債務人不負債務不履行的損害賠償。」

從上開債權法改正試案的規定可發現，當債務人不履行債務時，除非其可舉證證明，該債務不履行是因為非其在契約上所承擔之事由所致，否則即須對債權人負債務不履行責任。就此可知，在上開債權法改正試案中，最重要之修正者乃是，以契約之拘束力作為歸責基礎，而非用以往之過失責任原則。蓋過失責任是為了保障人之行動自由，但是基於契約應嚴守之原則，債務人在契約責任下，已無決定是否履行契約之空間，從而自無保障其行動自由的必要，是以，過失責任在契約責任之領域，已無法成為債務人歸責之依據<sup>121</sup>。

而以契約之拘束力，作為債務人歸責基礎之具體表現，乃是運用「非債務人在契約上承擔之事由」之概念<sup>122</sup>來取代「無過失」，作為免責事由之內涵。所謂「非債務人在契約上承擔之事由」所指為何？依民法債權法改正檢討委員會之見解，乃是指當事人於締約時未預見且無法要求當事人預見之事由<sup>123</sup>。因為上開事由，

<sup>118</sup> 陳自強，日本債權法改正新動向—改正試案之體系架構，月旦法學雜誌第 187 期，2010 年 12 月，頁 88。

<sup>119</sup> 日本債權法改正試案【3.1.1.62】（債務不履行を理由とする損害賠償）  
「債權者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。」參見民法債權法改正檢討委員會編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債権一般(1)，商事法務，2009 年，頁 242。

<sup>120</sup> 日本債權法改正試案【3.1.1.63】（損害賠償の免責事由）  
「<1>契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。」參見民法債權法改正檢討委員會編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債権一般(1)，商事法務，2009 年，頁 243。

<sup>121</sup> 民法債權法改正檢討委員會編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債権一般(1)，商事法務，2009 年，頁 251。

<sup>122</sup> 有關「非債務人在契約上承擔之事由」和不可抗力之差異，債權法改正試案認為，不可抗力是以人力可否支配、控制之觀點，作為認定免責之基準，而【3.1.1.62】第 1 項是從契約風險的分配之觀點來判定債務人可否免責，兩者並不相同。不過，若不可抗力亦採從契約風險分配的角度出發，則兩者亦有可能相同。民法債權法改正檢討委員會編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債権一般(1)，商事法務，2009 年，頁 252。

<sup>123</sup> 民法債權法改正檢討委員會，債務の履行、損害賠償、解除・危険負担、受領障害に関する報告，出自 2008/03/18 第 5 回全体会議用資料，頁 30~31。

資料來源：[http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/Japanese/index\\_j.html](http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/Japanese/index_j.html)。

導致債務不履行時，由於債務人負責之依據為契約之拘束力，因此該等事由既非當事人所預見，即非契約拘束力之範圍，從而該事由所造成的債務不履行，自非債務人所需承擔，債務人可藉此而免責<sup>124</sup>。其所舉具體的事例有<sup>125</sup>：

1、A 向 B 購買 500 個神戶牛肉味噌。但是該牛肉味噌並非由神戶牛所作，而是原產地不明之乳牛。B 不可主張因為其所買之牛肉是向具有多年交易經驗之大公司 C 所購買，其可信賴 C 所交付之牛肉乃神戶牛肉，藉此來免除對 A 負債務不履行責任。

2、B 向 A 訂購電腦系統。此一系統的功能，乃是 B 可以對考慮購屋之人，發送出其所以希望購買的房屋之詳細資訊。A 依照 B 之指示和說明，設計此一電腦系統。但是完成後，該系統有瑕疵而無法發揮完全功能。由於此設計瑕疵，是因為 B 說明指示的不適當所致，從而並非 A 在契約中應承受之風險，因此 A 無須對 B 負債務不履行之責。

從上述事例中可發現，債務人可否舉證免責，涉及到造成債務不履行的風險，應由契約當事人何者承擔之問題？在具體判斷上，往往涉及到契約當事人間的風險分配。像是在第 2 個事例中，債務人 A 設計的電腦系統有瑕疵，是因為債權人 B 之指示不當所致，所以此部分之風險自應由債權人 B 來承擔，換言之，A 無須承受此一風險，其可舉證證明系統瑕疵是因為 B 指示不當所致，來免除債務不履行責任。

反之若是在第 1 個事例的情形，由於 C 所交付給 B 的牛肉不具有特定品質，以致於 B 出賣與 A 的牛肉味噌不符合 A、B 間的約定，因此 C 交付不具有特定品質牛肉，乃是造成 B 對 A 債務不履行的原因。因為 C 以往是跟 B 交易，B 相較於 A 應更有可能預見此一風險(C 交付不具有特定品質牛肉之風險)，從而 B 不可以用 C 交付不具有特定品質之牛肉為由，來作為免責事由。

## 二、審議會之提案

除了上述學者所提的修法意見外，在日本法務省於平成 22 年(2010 年)1 月 26 日所召開之法制審議會民法（債權關係）部會第 3 次會議，所討論的審議資

<sup>124</sup> 參見民法債權法改正検討委員會編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債權一般(1)，商事法務，2009 年，頁 244。

<sup>125</sup> 民法債權法改正検討委員會編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債權一般(1)，商事法務，2009 年，頁 249。

料「民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1)」中，亦對「可歸責債務人事由」提出 A、B 兩個修法方案。

A 方案沿襲日本傳統見解，將可歸責債務人事由，求諸於過失責任主義。其主要的理論根據在於，假設債務人若無故意或過失或依誠信原則可和故意過失同視之事由，仍須就債務不履行負損害賠償責任，將無法保護債務人之行動自由<sup>126</sup>。

並且站在此一立論基礎，對於日本民法第 415 條「應可歸責債務人事由」之修正出現兩種見解：1、維持現行民法「應可歸責債務人事由」之用語。不過採此看法，將無排除文義上用語不明確的疑慮。2、改成「故意、過失或誠信原則上應同視之事由」。蓋既然 A 方案是將可歸責事由求諸於過失責任主義，自可用法條將其明文化<sup>127</sup>。

B 方案則是將可歸責債務人事由，求諸於契約之拘束力。債務不履行的損害賠償歸責根據，不再是過失責任主義，而是因為當事人依自己的意思締約，自須受到契約所拘束，所以違反契約內容所生的債務不履行本身，即為損害賠償之可歸責依據。只有在例外的情形，若是基於契約風險分配外的障礙事由，導致債務不履行，債務人才可因此免責。此一思考方式，重視契約上風險分配，但是風險分配未必須以在契約上之明文為必要，因此判斷分配風險之方式，應綜合考慮有關契約之各種情形後，再決定應由契約上何當事人負擔契約上風險<sup>128</sup>。

又，站在此一立論基礎，日本民法第 415 條「應可歸責債務人事由」之修正，可能出現兩種方向<sup>129</sup>：1、維持「應可歸責債務人事由」之用語，並從解釋論著手，引進 B 方案的立場。2、捨棄可歸責事由之用語，以免責事由的概念來代替。

而免責事由的具體內涵為何？又可從兩種方向思考，有認為可以用「不可抗力」來填充，又有認可用「非債務人契約上所承擔的事由」之用語。就前者而言，由於不可抗力的涵蓋範圍並不明確，因此亦有認為修法時，可仿 PECL、PICC、

<sup>126</sup> 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，民法(債權關係)部會資料 5-2，頁 28。  
資料來源：<http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>。

<sup>127</sup> 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，民法(債權關係)部會資料 5-2，頁 30。  
資料來源：<http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>。

<sup>128</sup> 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，民法(債權關係)部會資料 5-2，頁 29。  
資料來源：<http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>。

<sup>129</sup> 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，民法(債權關係)部會資料 5-2，頁 30~31。  
資料來源：<http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>。

CISG 之規定，將不可抗力具體內容予以明文化<sup>130</sup>；就後者而言，雖然此修正之方式，直接反映了 B 修正方案的理念：基於契約風險外的障礙所造成的損害，債務人無須負責，但是何謂「非債務人在契約上承擔的事由」，用語上恐過於曖昧不明，因此有認在修正上，宜舉例說明是否構成「非債務人在契約上承擔的事由」的判斷要素<sup>131</sup>。

就上述之討論可知，A 方案和 B 方案各有各之理論基礎。A 方案受到德國學說所影響，以過失責任原則，作為歸責依據；反之，B 方案則受到手段債務和結果債務的區分理論所影響，以契約責任的拘束力，作為債務不履行可歸責事由的依據。而要採 A 方案或 B 方案作為修法之方向，目前官方仍未有定論，更何況不論是採 A 方案或 B 方案，就債務不履行的「可歸責債務人事由」應如何修正，個別均存有不同的看法，因此目前就日本民法第 415 條要如何修正，官方仍處於莫衷一是的情形。

### 第三款 我國民法債務不履行之「可歸責事由」的省思

#### 一、基礎論點

雖然日本法務省對於日本民法第 415 條要如何進行修正，目前尚未有定論。但是從最近學者之意見，以及債權法改正試案的看法，已有傾向和國際標準 PECL、PICC、CISG 整合的趨勢。依據目前的國際標準，基於債務不履行的損害賠償，已不再從債權人的角度出發，而是從債務人之立場出發。具體的表現乃是，用免責事由的概念，來取代可歸責債務人事由<sup>132</sup>。並且債務不履行的可歸責依據，不再是過失責任，而是求諸於契約之拘束力。

上開日本債權法改正試案，足可作為我國解釋債務不履行可歸責事由的參考。從目前日本債權法修正趨勢以觀，發現日本就債務人是否須負擔債務不履行責任，傾向不再用可歸責事由，而用債務人免責事由的概念來建構<sup>133</sup>。但是免責事由的內涵為何？似乎未有定論。由於債權法改正試案是由學者和法務省的官員

<sup>130</sup> 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，民法(債權關係)部會資料 5-2，頁 31。資料來源：<http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>。

<sup>131</sup> 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，民法(債權關係)部會資料 5-2，頁 31。資料來源：<http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>。

<sup>132</sup> 依據 PECL、PICC、CISG 之見解，當債務人有債務不履行，除非有免責事由(PECL 第 8：108 第 1 項、PICC 第 7.1.7 第 1 項及 CISG 第 79 條第 1 項)，否則即須負擔債務不履行責任。

<sup>133</sup> 債權法改正の基本方針【3.1.1.63】第 1 項參照。

所一同討論而提出，故其中的意見，即有可能成爲日後債權法修正的方向，因而有討論之實益。在債權法改正試案【3.1.1.63】第1項中，是以「非債務人契約上所承擔的事由」作爲免責事由之內涵；從該免責事由觀察，用「非債務人在契約上所承擔的事由」來取代傳統「無過失」作爲免責要件，其理論依據即在於貫徹契約的拘束力，蓋若是債務人於契約上所須承擔之事由，本在契約的拘束範圍內，係屬其應承擔之風險，當事人自不可舉證免責，就該事由所造成的給付不能，應負債務不履行之責。

在上述思考脈絡下，因爲債務人在契約上所承擔之事由，導致債務不履行時，債務人即須負擔損害賠償責任。是以，債務人在契約上應承擔的事由，即爲債務不履行之可歸責事由<sup>134</sup>，其判斷上涉及到契約風險分配的問題。具體而言，債務人在契約締結時，預見或可預見不履行之原因時，該不履行之風險即須由債務人所承擔；反之，若債務人未預見且預見對債務人亦無期待可能性時，則爲「非債務人承擔之事由」，可作爲債務人免責依據。且在判斷風險分配上，並不限於契約書面上的合意內容，還包括廣泛考慮契約締結時之情況和締結契約後而生的不履行事由之關聯，來判斷當事人在原本合意下，履行障礙之風險如何分配<sup>135</sup>。

對於債權法改正試案的內容，雖有不同之見解認爲，何謂「非債務人承擔事由」？在文義上恐曖昧不明，而難以理解；而且當事人爲了免責，會在契約中詳細記載免責條件，將造成契約書份量的膨脹化，增加交易成本；並且在當事人間交涉能力有差距時，有強大地位的當事人難保不會作成對自己有利之契約，而侵害到他方的利益<sup>136</sup>。又有見解認爲，爲了確認「非債務人承擔事由」的範圍，在檢討締約時當事人的動機、背景、目的、履行後的計畫等，由法院認定當事人所應承受的契約風險，但是契約書通常僅簡略記載契約要素，並未詳盡記載契約締結動機、背景、目的等，且當事人作成交涉議事錄的習慣亦較少，法院如何認定？結果恐造成當事人舉證「承受契約風險的意思不存在」之困難<sup>137</sup>。尙有見解批評，債權法改正試案所提出之見解，是以法國民法作爲藍本，而非以具有世界通用性

<sup>134</sup> 參見民法債權法改正檢討委員會編，詳解債權法改正の基本方針Ⅱ—契約および債權一般(1)，商事法務，2009年，頁252。

<sup>135</sup> 鹿島秀樹，民法(債權法)改正の動向—契約責任の位置付けを中心として，日本女性法律家協会會報第48期，2010年11月，頁112。

<sup>136</sup> 野口善一，履行障害について(特集 司法書士からみた民法(債權關係)改正)，月報司法書士第460號，2010年6月，頁14。

<sup>137</sup> 律師西村光治之評論，收錄於佐瀨正俊、良永和隆、角田伸一編，民法(債權法)改正の要点—改正提案のポイントと実務家の視点—，ぎょうせい，2010年，頁126。



的法典(例如 PICC、CISG、PECL)作為基礎修正，如此捨棄世界標準方式之立法，是否妥適？並且法律修正之方向，應朝向使實務以往已建構 100 年以上之見解，能夠和修正之標準相結合，而非捨棄以往之實務見解而不用<sup>138</sup>。此外學說上有認為，債權法改正試案是採債務不履行和可歸責事由二分之見解，而可歸責事由是指「債務人在契約上應承擔之事由」，若認為構成過失之前提的注意義務，是依契約(債務)內容決定的話，則以過失責任作為歸責內涵和以「債務人在契約上應承擔之事由」作為歸責內涵，就判斷是否構成債務不履行責任上，其結果應差異不大，因此在契約責任領域中，無捨棄過失責任的必要<sup>139</sup>。

但是本文認為，以「非債務人在契約上承擔之事由」作為免責事由之內涵，可以貫徹私法自治原則，由當事人自己來決定自己之責任，而且還可督促當事人詳細擬定契約，來事先分配風險，增加當事人的預見可能性，減少日後訴訟的機會。並且契約之當事人既然以契約來承擔義務，契約之風險已由契約分配，契約不履行之不利益，自應由不履行之當事人承擔<sup>140</sup>，用「非債務人在契約上承擔之事由」作為免責事由之內涵，將可充分發揮此一精神，值得贊同。此外，若當事人交涉地位有差距時，可以透過定型化契約條款的相關規定來避免具有優勢地位之一方，事先擬定不利於他方之免責條款。至於雖有見解認為，以過失責任作為歸責依據或以契約拘束力作為歸責依據，在判斷債務人是否構成債務不履行責任上，並無太大差異；本文基本上認同此一看法，但是在契約責任領域中，若不捨棄過失責任的話，將形成自始不能和嗣後不能無法適用相同歸責要件的情形，蓋締約前並無給付義務違反的故意或過失，因此在自始不能時無法以過失責任作為歸責依據，倘若嗣後不能以過失責任作為歸責依據的話，將造成自始不能和嗣後不能無法完全整合的狀況<sup>141</sup>。

不過比較日本債權法改正試案中免責事由和 PECL、PICC、CISG 所揭櫫的免責事由，用語上似乎有所不同，是否當然影響判斷，恐須於後討論，方能下定論，就此茲析述如下。

## 二、國際標準的內容

<sup>138</sup> 石崎泰雄，債權法改正の基本方針の検討—契約の不履行の基本構造—，首都大学東京法学会雑誌 50 卷 2 号，2010 年 1 月 29 日，頁 118。

<sup>139</sup> 田中教雄，債務不履行における過失責任の原則について，法政研究 78 卷 1 號，2011 年 7 月，頁 140。

<sup>140</sup> 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，自版，2011 年 2 月，頁 278~279。

<sup>141</sup> 詳細之討論，參見本文第 4 章第 1 節第 1 項第 2 款。

依據 PECL 第 8：108 條第 1 項和 PICC 第 7.1.7 條第 1 項以及 CISG 第 79 條第 1 項之規定可知，債務人可舉證免責的情形為：1、由於非債務人可控制的事由，導致給付發生障礙，並且 2、在契約締約時，無法合理期待債務人預見該給付障礙，或無法合理期待債務人迴避或克服該給付障礙或損害結果<sup>142</sup>。

從分析上述免責事由可發現，要構成債務人的免責事由，除了客觀上導致債務不履行的事由必須是債務人無法控制之外，主觀上還必須無法合理期待債務人於締約時預見該障礙事由或迴避、克服該障礙事由。

如何判斷債務人於締約時合理預見該障礙事由？學者認為，除了債務人預見給付障礙外，還須預見該障礙事由發生的日期和時間；且所謂合理預見，是以「通常人處於同樣狀況下可以預見」作為基準，例如在某定區域一年的某個時間可以預見會有颱風侵襲，若颱風發生於該特定時間之外，則對債務人即屬不可合理預見的障礙事由<sup>143</sup>。又如何認定該障礙事由是債務人無法迴避、克服？在這裡債務人必須要證明，其無法合理克服並且無法合理迴避該障礙事由，才能免責；不過須注意，在此並不要求債務人為了迴避風險，而採取和風險不相符的方法，或違法之手段<sup>144</sup>。

而從日本債權法改正試案的免責事由觀察，似乎只要債務人證明因為當事人於締約時未預見且無法要求當事人預見之事由，造成債務不履行時，債務人即可免除債務不履行。相較於上開國際交易法規的免責事由，似乎不要求客觀要件(該造成給付障礙之事由，是債務人無法控制)。但是如此看法並不妥適。蓋若是債務人可以支配之事由，理應要求債務人必須預見，因此自非債務人可以免責之事由。從而即便採日本債權法改正試案「非債務人契約上承擔之事由」作為免責事由的標準，實際操作的結果和國際交易法規的標準應差異不大。因此日本債權法改正試案可說是將 CISG、PICC 和 PECL 的免責事由之用語給精簡化，兩者精神應無差異<sup>145</sup>。

<sup>142</sup> 石崎泰雄，債權法改正の基本方針の検討—契約の不履行の基本構造—，首都大学東京法学会雑誌50巻2号，2010年1月29日，頁117~118；ユルゲン・バセドウ編，半田吉信等訳，ヨロッパ統一契約法への道，法律文化社，2004年，頁234；曾野裕夫，売買条約（CISG）の締結とその文脈，法の支配第153号，2009年4月，頁23。

<sup>143</sup> オーレ・ランドー、ヒュー・ビール編，潮見佳男、松岡久和、中田邦博訳，ヨロッパ契約法原則 I、II，法律文化，2006年，頁392。

<sup>144</sup> オーレ・ランドー、ヒュー・ビール編，潮見佳男、松岡久和、中田邦博訳，ヨロッパ契約法原則 I、II，法律文化，2006年，頁392~393。

<sup>145</sup> 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，自版，2011年2月，頁280。此外，債權法改正試

不過上開國際法規，其債務不履行的免責事由，不一定在自始不能時均可適用。依CISG第79條第1項免責事由的文義，只要是當事人不可預見、迴避之事由，債務人即可免責；且CISG並不區分障礙發生的時間點，因此即便該障礙事由存在於締約前(自始不能)，亦有上開免責事由之適用<sup>146</sup>。但是PICC和PECL的債務不履行免責事由，雖和CISG的免責事由內涵一致，卻不適用於自始不能之情形<sup>147</sup>。而本文認為，債權法改正試案【3.1.1.63】既然是參考CISG第79條所訂立，因此自應採和CISG同一之解釋，換言之，該免責事由在自始不能時亦可適用<sup>148</sup>。

### 三、分析

至於我國是否有引進上述國際交易標準和日本債權法改正試案，來作為論述債務不履行可歸責事由(不可歸責事由)之空間？分析如下：

依我國民法第226條之法條文義，雖將可歸責債務人之事由，作為債權人對債務人請求損害賠償的構成要件之一。不過通說認為，債權人對債務人請求債務不履行之損害賠償時，並不需要就可歸責債務人之事由負舉證責任，反而是債務人須就不可歸責於己之事由舉證免責<sup>149</sup>。因此在我國亦和國際標準相同，是從免責事由的角度出發，來理解債務不履行責任。

而免責事由(不可歸責事由)的內涵，是否可和上述國際標準結合？將面臨到民法第 220 條如何解釋之問題。依民法第 220 條之規定，債務人就其故意或過失

---

案的免責事由，是參考 CISG 第 79 條所訂立，因此更可見兩者應無差異，參見民法債權法改正検討委員会編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債權一般(1)，商事法務，2009 年，頁 244。

<sup>146</sup> 渡辺達徳，「ウィーン売買条約」(CISG)における契約違反の構造，商学討究 41 卷 4 號，1991 年 3 月 30 日，頁 146。

<sup>147</sup> ペーター・シュレヒトリム編，半田吉信等譯，ヨーロッパ債務法の変遷，信山社，2007 年，頁 31。

<sup>148</sup> 潮見佳男教授亦認為，在自始不能契約有效的情形時，債務人可舉證有債權法改正試案

【3.1.1.63】之事由來免責，詳見 NBL 編集部編，インタビュー「債權法改正の基本方針」のポイント—企業法務における関心事を中心に，商事法務，2010 年 3 月，頁 19。

<sup>149</sup> 姜世明，民事證據法實例研習(一)，正點文教出版，2005 年 2 月，頁 253~260；82 台上第 267 號判決「民法第一百八十四條第一項前項規定侵權行為以故意或過失不法侵害他人之權利為成立要件，故主張對造應負侵權行為責任者，應就對造之有故意或過失負舉證責任（參照本院五十八年台上字第一四二一號判例）。又在債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。故債務人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責（參照本院二十九年上字第一一三九號判例意旨）。二者關於舉證責任分配之原則有間。」

之行爲，應負責任。就此而言，似乎我國免責事由的內涵，應以無過失來掌握，而無和國際標準接軌的空間。

不過本文認爲，從文義解釋出發，我國民法第 225 條第 1 項用不可歸責之用語，而非無故意、過失之用語，可見無故意或過失，未必等同不可歸責；更何況，可歸責事由與故意、過失概念截然不同，傳統故意或過失概念本身具有非難性，反之，可歸責僅謂債務人應負其責，至於債務人何時就債務不履行應負責任，取決於歸責規範<sup>150</sup>。此外過失責任，僅爲債務人應負責的原因之一，未必代表過失責任即爲契約責任的唯一歸責依據<sup>151</sup>，此從民法第 220 條第 1 項僅謂債務人就其故意或過失之行爲，應負責任，可知一二。且民法第 222 條僅規定故意或重大過失之責任，不得預先免除，並未禁止當事人以契約約定歸責事由的範圍<sup>152</sup>。因此綜上所述，在契約責任中，仍有跳脫出過失責任，而改以契約拘束力作爲歸責依據之空間。

是以，本文認爲債務不履行責任，應以契約拘束力作爲歸責依據，並從免責事由的角度，來理解債務不履行。而該免責事由的內涵，可採和日本債權法改正試案相同之見解，以「非債務人在契約上承擔之事由」作爲標準，且此一標準不論是自始主觀不能或嗣後不能，均有適用，而使自始主觀不能和嗣後不能可以整合爲一體。此外以契約拘束力作爲歸責依據，本文認爲其並非擔保責任，蓋擔保責任是不管債務人有無可歸責事由，均須負責，但是在契約拘束力概念下，債務人並非一有債務不履行的情事即須負責，其仍可以在有免責事由之情形下，舉證免責。因此若將免責事由(非契約上債務人應承擔之事由)定位爲不可歸責事由，則無免責事由(有契約上債務人應承擔的事由)，即爲有可歸責事由，換言之，在契約拘束力的概念下，債務人仍須有可歸責事由(契約上債務人應承擔之事由)才須負責，在此意義下，以契約拘束力作爲歸責根據，並非擔保責任。

最後回歸到本文之主題，以自始主觀不能典型的個案爲例。甲和乙訂立A車之買賣契約，但是甲賣之A車於締約前已被他人所盜，若甲預見此一情況仍出賣予乙，此時A車被盜即屬甲所需承擔之事由，因此在履行期屆至，甲仍無法給付

<sup>150</sup> 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，自版，2011年2月，頁280。

<sup>151</sup> 唐仲慶，作爲免責事由之給付不能—以比較法研究爲中心，台灣大學法律學研究所碩士論文，指導教授陳自強博士，2011年，頁163。

<sup>152</sup> 莊錦秀，醫療民事責任體系再建構—以契約責任法理爲中心—，台灣大學法律學研究所博士論文，指導教授陳自強博士，2011年，頁205，注590。

A車時，即須依民法第226條第1項對乙負損害賠償責任<sup>153</sup>。

### 第三節 自始主觀不能和其他制度的關聯

#### 第一項 權利瑕疵責任

通說認為權利瑕疵擔保中「權利瑕疵」須於契約成立時存在<sup>154</sup>，而自始主觀不能其「不能」的事實狀態，亦於締約前已存在，故兩者可能會產生競合<sup>155</sup>，由於權利瑕疵責任規定於民法債編各論中，故兩者競合時，自應優先適用民法權利瑕疵責任的規定<sup>156</sup>。

所謂權利瑕疵，指「所給付之權利，帶有依契約之約定，不應帶有之負擔」<sup>157</sup>，主要表現於我國民法第349條和第350條。又違反權利瑕疵擔保的效果，依民法第353條之規定：「出賣人不履行第348條至第351條所定之義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利」。其中「依關於債務不履行之規定」所指為何？是指「法律要件準用」債務不履行之規定，抑或是「法律效果準用」債務不履行之規定，將影響出賣人是否須就權利瑕疵負擔保責任。就此學者間意見分歧，有釐清之必要，以下就其分析之：

#### 第一款 出賣人就權利瑕疵是否須負「擔保」責任？

##### 一、多數學者和實務之看法

詹森林教授認為，民法第353條之適用結果，須視出賣人不履行其義務，係嗣後不能或自始不能而有差異<sup>158</sup>。若是嗣後不能，則民法第353條：「買受人得

<sup>153</sup> 雖然採此一看法的結果，和葉賽鶯教授一致，但是因為葉教授在嗣後不能時的可歸責事由內涵和自始主觀不能時的可歸責事由內涵不相同，而無法完全整合自始不能和嗣後不能。但是若採以契約拘束力，作為可歸責事由之內涵，則自始不能和嗣後不能均可直接適用民法第226條、第225條之規定，使自始主觀不能和嗣後不能可完全整合。

<sup>154</sup> 林誠二，民法債編各論(上)，瑞興圖書股份有限公司出版，2007年3月2版2刷，頁113；71年台上字4114號判決：「權利之瑕疵，出賣人對之負擔保責任者，以買賣契約成立時業已存在者為限，若於契約成立當時權利並無瑕疵，而嗣後權利始有欠缺，則僅生債務不履行或危險負擔之問題，與權利瑕疵擔保責任無關。」

<sup>155</sup> 野澤正充，瑕疵担保責任の比較法的考察(二)：日本・フランス・EU，立教法学第74卷，2007年9月，頁97。

<sup>156</sup> 詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第6期，2003年4月，頁61。

<sup>157</sup> 黃茂榮，買賣法，自版，2002年5月增訂5版，頁324。

<sup>158</sup> 不過我國實務上認為，構成買賣權利瑕疵擔保之前提，須權利瑕疵須於締約前已存在，故無嗣後不能的類型，在嗣後不能時，直接適用債務不履行之規定即可(71年台上字4114號判決)。相同見解，林誠二，民法債編各論(上)，瑞興圖書股份有限公司出版，2007年3月2版2刷，頁113。

依關於債務不履行之規定」，係指法律要件準用，簡言之，出賣人有可歸責事由時，適用民法第 226 和第 256 條之規定，買受人得請求損害賠償或解除契約；反之，若是自始不能，則該條法律規定「買受人得依關於債務不履行之規定」，係指法律效果準用，亦即不論出賣人對自始主觀不能之事實有無故意或過失，均應負擔債務不履行責任<sup>159</sup>。蓋出賣人於締約當時，就自己可否使買受人取得無負擔之標的物所有權與占有，應當知悉甚詳，因此出賣人訂約時，已有主觀不能之情事，卻仍締約者，則其於確定無法履約時，即不得又以自己不可歸責為理由而免責，始符合當事人締約目的，並保障買受人之信賴與交易安全。此與嗣後不能的情形，任何人均無法預料到締約後的變化，故須出賣人有可歸責事由，才須負擔債務不履行責任，應有所區別<sup>160</sup>。

由於本文所欲探討者，為權利瑕疵責任和自始主觀不能競合之問題，故在此不就嗣後不能的部分進行討論，合先敘明。而就自始主觀不能和權利瑕疵擔保競合時，依詹森林教授之見解，民法第 353 條所謂「買受人得依關於債務不履行之規定」，係指依債務不履行的效果(法律效果準用)，簡言之，權利瑕疵責任為法定無過失責任，實務上亦採此一見解<sup>161</sup>，例如 43 年台上字第 946 號判決稱「民法第三百四十九條規定出賣人之擔保責任，並不以被追奪之瑕疵存在於買賣標的物之本身者為限 (例如以土地所有權為標的之買賣，其土地上有地上權、永佃權(編註：現已廢止)或典權者為是)，亦不問出賣人有無過失。苟買賣契約成立後，第三人對於買受人主張權利，而非可歸責於買受人之事由所致者，除當事人間有特約或為買受人於買賣契約成立當時所知悉者外，出賣人均應負擔擔保責任。」；71 年台上字第 2395 號判決亦稱「出賣人所負之權利或物的瑕疵擔保責任，係屬一

<sup>159</sup> 在出賣人有自始不能的情形時，我國多數學者亦認為，應採法律效果準用，換言之，債務人須負擔法定無過失擔保責任，詳見葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 167；黃茂榮，買賣法，自版，2002 年 5 月增訂 5 版，頁 543；林誠二，民法債編各論(上)，瑞興圖書股份有限公司出版，2007 年 3 月 2 版 2 刷，頁 113；姚志明，民事法理論與判決研究(一)—不完全給付與瑕疵擔保責任一，自版，2009 年 11 月，頁 3。

<sup>160</sup> 詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月，頁 62~63。

<sup>161</sup> 不過實務上亦有少數見解似乎認為民法第 353 條「買受人得依關於債務不履行之規定」係指法律要件準用，參見台灣高等法院 90 年上易字第 15 號判決「按出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。出賣人不履行第三百四十八條至第三百五十一條所定之義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。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。本件上訴人向被上訴人王○然承購前揭中古車，係一盜贓之車輛，經警查局查獲發還失竊之車主，被上訴人王浩然依前揭法條規定，自應負出賣人權利瑕疵擔保責任，且為可歸責於己之事由，致給付不能，對於買受人即上訴人應負損害賠償責任。經查上訴人以五十八萬元向被上訴人王○然買受該盜贓車輛，自受有五十八萬元之損害，惟上訴人已由原車主獲補償一十五萬元，上訴人實受之損害為四十三萬元，其訴請被上訴人王○然賠償四十三萬元，於法尚非無據，應予准許。」

種法定責任，依民法第三百五十一條及第三百五十五條規定之反面解釋，顯不以出賣人對於瑕疵之發生，有故意或過失為必要。」；70年台上字第422號判決也認為「出賣人所負關於瑕疵擔保責任，係屬一種法定責任，不以出賣人對於瑕疵之發生，有故意或過失為必要。果本件系爭房地所在，於兩造訂立買賣契約時，已列入堤防預定地，則依民法第三百四十九條，第三百六十八條第一項規定，上訴人尚非不得拒絕給付尾款。」

## 二、本文見解

雖依民法第349條「出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。」和民法第350條「債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在。有價證券之出賣人，並應擔保其證券未因公示催告而宣示無效。」文義可知，權利瑕疵責任似乎為法定擔保責任，和債務不履行的責任性質不同，為債務不履行的特別規定。換言之，民法第353條「依債務不履行之規定，行使其權利」為法律效果準用，不要求出賣人有可歸責事由，才須就權利瑕疵負責。

在日本學說上有認為出賣人須就權利瑕疵負無過失擔保責任，可能立基於在特定物買賣中，出賣人並無給付無瑕疵之物的義務，亦即出賣人給付之物如有瑕疵，仍不會構成契約義務的違反，因此權利瑕疵責任對於買受人不是債務不履行的效果，而是從法律上特別要保護買受人的信賴和雙務契約的對價平衡之角度，所課與出賣人的法定無過失責任<sup>162</sup>。

但是上開見解並不妥適，蓋依民法第353條之規定「出賣人不履行第348條至第351條所定之義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利」。其中民法第348條為買賣契約之主給付義務，出賣人應負過失責任；而民法第349條，若依我國學者多數見解，採擔保責任之看法，將會造成民法第353條「買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利」，在違反民法第348條時採過失責任(法律要件準用)，而在違反民法第349條之規定時，卻採擔保責任(法律效果準用)，同一法條割裂適用的不當<sup>163</sup>。

<sup>162</sup> 八田公人，瑕疵担保責任における損害賠償請求権の範囲，北大法学研究科Junior Research Journal第5卷，1998年，頁68。

<sup>163</sup> 陳添輝，權利瑕疵責任之初探，收錄於劉鐵錚教授七秩祝壽論文集編輯委員會編輯，新世紀宏觀法學之研究與展望—劉鐵錚教授七秩華誕祝壽論文集(一)，元照出版，2008年10月，頁205。

再者，出賣人完全不交付買賣標的物和移轉所有權，僅依一般債務不履行負過失責任；但若出賣人已履行上開義務，但給付之物具有權利瑕疵，此時依學者多數意見，卻須負擔無過失擔保責任。形成前者出賣人之歸責性較大，卻僅須負擔過失責任，後者出賣人的可歸責性較小，卻須負擔無過失責任。在價值判斷下，有輕重失衡的疑慮<sup>164</sup>。

最後，從立法趨勢觀察，德國 2002 年債法修正時，已將瑕疵擔保責任納入一般債務不履行的規範中<sup>165</sup>。依德國 2002 年修正的民法第 433 條第 1 項第 2 句「出賣人應使買受人取得之物無物之瑕疵以及權利瑕疵。」可知出賣人有給付無瑕疵之物予買受人之義務，若出賣人違反上述義務，即構成債務不履行。

並且現行德國民法中已無獨立之瑕疵擔保請求權，瑕疵擔保責任已被規定於一般債務不履行的規範中。依 2002 年修正之德國民法第 437 條：「物有瑕疵者，除另有規定外，買受人得於符合以下規定要件時，1、依據第 439 條請求補行交付，2、依據第 440 條、第 323 條、第 326 條第 5 項解除契約或依據第 441 條減少價金及 3、依據第 440 條、第 280 條、第 281 條、第 283 條、311 條之 1 請求損害賠償或依據第 284 條請求補償支出之費用<sup>166</sup>。」可知，出賣人給付之物具有瑕疵時，同時構成瑕疵擔保和一般債務不履行，此時須在符合一般債務不履行之個別規定時<sup>167</sup>，出賣人才須負責。而債務不履行，原則是採過失責任，換言之，出賣人有可歸責事由時，才須就買賣標的物之瑕疵負責。

此外，將瑕疵擔保制度和一般債務不履行完全整合，作為契約義務違反的一元化思考，還有 CISG 之規定。依據 CISG 第 35 條第 1 項之規定可知，出賣人有交付合於契約約定的數量、品質以及規格的買賣標的物之義務；並且如果出賣人違反

<sup>164</sup> 陳添輝，權利瑕疵責任之初探，收錄於劉鐵錚教授七秩祝壽論文集編輯委員會編輯，新世紀宏觀法學之研究與展望—劉鐵錚教授七秩華誕祝壽論文集(一)，元照出版，2008 年 10 月，頁 205。

<sup>165</sup> 黃立，德國新債法之研究，自版，2009 年 9 月，頁 154~155；姚志明，民事法理論與判決研究(一)—不完全給付與瑕疵擔保責任—，自版，2009 年 11 月，頁 16；朱岩編譯，德國新債法：條文及官方解釋，法律出版社，2003 年 1 月，頁 188~189、212~213；Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論第 79 期，2004 年 6 月，頁 137；古谷貴之，ドイツ新債務法における瑕疵担保法と契約締結上の過失の交錯，同志社法學第 60 卷 5 號，2008 年，頁 1828。

<sup>166</sup> 條文翻譯參見，Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論第 79 期，2004 年 6 月，頁 137，注 41。

<sup>167</sup> 嚴格來說，在自始主觀不能和權利瑕疵擔保競合時，依德國民法的見解，須符合自始不能的損害賠償請求權之規定(德國民法第 311 條之 1)，才可主張出賣人就權利瑕疵責任。而德國民法第 311 條之 1 乃獨立之損害賠償請求權，並非契約義務違反的債務不履行規定，所以權利瑕疵責任並未和一般債務不履行完全結合，而是跟一般的自始不能的損害賠償請求權結合。



該義務，則依一般債務不履行的規定(CISG第45條)負責<sup>168</sup>。換言之，CISG亦將瑕疵擔保責任定位為債務不履行的一種情形。

而日本在近來債法修正討論時，也針對權利瑕疵擔保的性質，提出立法論上的建議。依據日本法務省於2010年(平成22年)9月7日所召開之法制審議會民法(債權關係)部會第14次會議，所討論的審議資料「民法(債權關係)の改正に関する検討事項(10)」<sup>169</sup>。在該檢討事案中，立法論上有提出，將瑕疵擔保制度和債務不履行做出一致性之整合之見解。換言之，因瑕疵擔保而生的損害賠償，直接依據日本民法第416條之規定(日本一般債務不履行的條文)即可。如此整合的好處，將可減少瑕疵擔保和一般債務不履行，適用上彼此間處於何種關係之爭議<sup>169</sup>。

因此在立法論上瑕疵擔保責任已被吸收到一般債務不履行的規範中(德國民法、CISG)，而成為債務不履行的一種情形，當出賣人給付之物有瑕疵時，在符合一般債務不履行的要件下，才須負擔損害賠償責任。是以，權利瑕疵責任並非擔保責任，民法第 353 條之規定「買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利」乃是法律要件準用，須以出賣人有可歸責事由為限，才須就權利瑕疵負損害賠償責任。

## 第二款 權利瑕疵責任之出賣人「可歸責」事由

就上述可知，權利瑕疵責任僅為債務不履行的宣示性規定，民法第 353 條「買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利」乃是依債務不履行的要件和效果行使權利(即法律要件準用)；換言之，出賣人有可歸責事由時，才須負權利瑕疵責任。但在此會跟自始主觀不能相同，將面臨到「可歸責」事由的內涵為何之問題。

依德國 2002 年修正的民法第 437 條之規定，當出賣人給付之物具有權利瑕疵並同時構成自始不能時，此時直接適用德國民法第 311 條之 1(有關自始不能)的規定。當出賣人於締約時，明知或因過失而不知給付障礙之事實，買受人即可請求損害賠償(民法第 311 條之 1 第 2 項後段參照)，因此「明知或因過失而不知給

<sup>168</sup> 參見石崎泰雄，瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論，早稻田法學 70 卷(3 号)，1995 年，頁 286；曾野裕夫，売買条約(CISG)の締結とその文脈，法の支配第 153 号，2009 年 4 月，頁 22。

<sup>169</sup> 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(10) 詳細版，民法(債權關係)部會資料 15-2，頁 32，出處來源：<http://www.moj.go.jp/content/000053608.pdf>。

付障礙之事實」即為出賣人的可歸責事由。而王澤鑑教授，就權利瑕疵的可歸責事由內涵，曾就以買賣已查封之物為例，認為「出賣人明知不動產被查封，仍為出售，有可歸責事由<sup>170</sup>。」似乎可推知王澤鑑教授亦主張，只要出賣人明知或可得而知自始主觀不能的給付障礙，即有可歸責事由。

由於目前將債務不履行和瑕疵擔保責任進行整合，而產生的契約義務違反的一元化思考是國際之趨勢<sup>171</sup>，因此本文認為，瑕疵擔保的可歸責事由，自然須和一般債務不履行的可歸責事由相同。而一般債務不履行的可歸責事由內涵，依本文前述之見解(詳見本文第2章第2節第3項第3款)乃「債務人契約上應承擔之事由」，其具體的判斷標準以債務人於訂約時是否可以預見或應預見為斷。是以，在債務人給付有權利瑕疵時，債務人須舉證證明非出於自己契約上所承擔之事由(換言之，非於訂約時預見或應預見之事由)造成瑕疵時，才可免除瑕疵擔保責任。

最後，因為德國民法債務不履行是採過失責任，而本文參考日本債權法改正試案所建構的債務不履行是立基於契約拘束力，所以雖然本文就權利瑕疵責任可歸責事由判斷上和德國民法類似，但是兩者的理論基礎卻有不同之差異，不可混為一談。

## 第二項 意思表示瑕疵

原則上當事人訂立契約，當然是希望契約得以順利履行，倘若契約成立時已存有主觀不能的情況，當事人卻仍然訂約，依具體情形，通常可認為當事人發生意思表示之瑕疵，例如債權人可能受到債務人詐欺或是因為錯誤而訂約。以下分別就自始主觀不能和意思表示瑕疵間之關連，分析如下：

### 第一款 錯誤

一般言之，當事人為意思表示，進而因意思表示之合致而成立契約，其目的在於契約的內容即給付的實現，則其給付既已不能，當事人猶訂立契約，除有特別情事，可認為當事人有特殊用意外(例如買受人明知出賣人無所有權，通常買

<sup>170</sup> 王澤鑑，出賣被查封的不動產與給付不能-最高法院 82 年度台上字第 1034 號判決之檢討，法學叢刊第 39 卷第 1 期，1994 年 1 月，頁 6。

<sup>171</sup> 德國民法第 437 條和 CISG 第 45 條第 1 項以及 CISG 第 35 條第 1 項。有關 CISG 條文，請參照：[http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg\\_ej.pdf](http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg_ej.pdf)。

受人先前已向第三人買賣該標的物，或該出賣人較容易取得該買賣標的物所有權），經常有意思表示瑕疵存在，尤以錯誤情形居多<sup>172</sup>。

在和自始主觀不能的競合上，若意思表示錯誤是出於債權人之一方，倘債權人不欲受到契約效力拘束，在符合民法第 88 條之情形下，自可撤銷意思表示；反之，若債權人想取得替補原給付的賠償，在符合民法第 226 條第 1 項之情形下，則可向債務人請求履行利益的損害賠償，固不待言。

較有疑問者乃是，若意思表示錯誤是出於債務人之一方，此時債務人可否撤銷意思表示，而使契約無效，來脫免債務不履行責任？針對此一問題，依德國民法第 311 條之 1 的規定，自始不能已不再依主觀不能或客觀不能來區分法律效果，而一律改採契約原則有效的看法，在符合特定要件下，債務人須負擔債務不履行責任；並且學說上有認為，若撤銷權之行使，將導致債權人無法行使損害賠償請求權和瑕疵擔保請求權時，將排除債務人依意思表示錯誤，撤銷契約的可能性<sup>173</sup>。蓋債務人若可歸責而不知締約時給付障礙已存在，此時契約有效，並且需依民法第 311 條之 1 負履行利益的損害賠償，若債務人可以因錯誤而撤銷該契約（德國民法第 119 條參照），將造成債務人僅需賠償信賴利益（德國民法第 122 條參照），恐架空民法第 311 條之 1 保護債權人的意旨。

而在我國現行法制下，亦可得與德國相似之見解。蓋在我國依據民法第 88 條第 1 項但書之規定可知，表意人若欲撤銷意思表示，須以其對於該錯誤並無可歸責事由為前提。因此若債務人可得而知主觀不能的事實時，依本文所建構的可歸責事由的內涵，債務人不但須依民法第 226 條第 1 項負債務不履行責任，無法舉證免責外，由於在此狀況下，債務人對於意思表示錯誤有可歸責事由，從而亦無法主張民法第 88 條撤銷意思表示。換言之，當債務人就自始主觀不能須負責時，其即無法再依錯誤撤銷意思表示，而須負擔履行利益的損害賠償責任。

## 第二款 詐欺

<sup>172</sup> 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 164；小林一俊，最近の統一売買法における原始不能ドグマ否認の構想，亜細亜法学 20 卷 1、2 號合併號，1986 年 3 月，頁 106。

<sup>173</sup> 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 775；ユルゲン・バセドウ編，半田吉信等訳，ヨ-ロッパ統一契約法への道，法律文化社，2004 年，頁 250；朱岩編譯，德國新債法：條文及官方解釋，法律出版社，2003 年 1 月，頁 129~130。

民事法上所謂詐欺云者，係謂欲使相對人陷於錯誤，故意示以不實之事，令其因錯誤而為意思之表示（最高法院 18 年上字第 371 號判例參照）。而民法第 92 條第 1 項之詐欺，除了積極告知相對人不實訊息之作爲詐欺外，亦包括消極不陳述之不作為詐欺（緘默詐欺）。但是不作為詐欺的構成，須以行爲人有說明義務爲限<sup>174</sup>。

不過要如何判斷行爲人有說明義務？我國實務上係以法律上或契約上或交易習慣上來斷定。德國聯邦最高法院判斷標準更爲具體，其認爲即使在當事人追求對立利益之契約磋商階段，於根據交易觀點可期待時，一方也必須對可能破壞他方契約目的而對其決定具有重要意義之事項爲說明<sup>175</sup>。

以自始主觀不能的典型案件，出賣他人之物爲例。若出賣人故意告知錯誤訊息(其有所有權)與買受人，將構成民法詐欺固不待言。不過有疑義者乃是，若出賣人單純不告知買受人其無所有權，是否會構成不作為詐欺？依本文上述，此時關鍵點在於，出賣人就其不具有所有權之訊息，是否具有告知買受人之義務。

本文認爲，雖然出賣人有無所有權，不會影響到買賣契約的效力<sup>176</sup>，但是買賣契約中，買受人訂約之目的，在取得買賣標的物的所有權，出賣人是否具有所有權，將會影響到買受人的買受意願，故屬於「可能破壞他方契約目的而對其決定具有重要意義之事項」，就此出賣人自須負擔告知義務。若出賣人就其不具有買賣標的物所有權之資訊，不告知買受人，致使買受人陷於錯誤而訂立契約，此時買受人可依民法第 92 條第 1 項，向出賣人撤銷買賣契約。

### 第三項 締約上過失<sup>177</sup>

在自始不能時，由於「債務人有無給付能力」之資訊，對於債權人來說甚爲重要，可能影響到債權人締約的意願；且此一資訊，債務人相較於債權人更具有能力以較少的金錢和時間來取得(當事人間具有資訊收集能力之不對等)。因此債務

<sup>174</sup> 33 年上字第 884 號判例：「民法第九十二條第一項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行爲爲限，然單純之緘默，除在法律上、契紙上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即與本條項之所謂詐欺不合。」

<sup>175</sup> 楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所博士論文，指導教授蘇永欽博士，2009 年，頁 144。

<sup>176</sup> 81 年台上字第 1205 號判決：「出賣人對於買賣標的物，縱無處分權，其買賣契約仍屬有效，出賣人亦負有交付其物並移轉其所有權與買受人之義務。買賣標的之所有人縱令事後同意承認，亦不能使買受人因而取得向真正所有人請求履行契約之權利。」

<sup>177</sup> 有關締約上之過失之發展，詳見王澤鑑，締約上之過失，收錄於氏著，民法學說與判例研究第一冊，自版，1975 年 6 月，頁 77~91。

人在締約階段，須收集、調查資訊，來確認自己無給付能力，並且將此一資訊告知債權人<sup>178</sup>。若債務人違反此先契約義務，即須負擔締約上過失責任<sup>179</sup>。不過在自始主觀不能時，契約仍有效，此時是否會影響締約上之過失之構成？

依民法第 245 條之 1 第 1 項之規定文義可知，契約未成立時，當事人爲準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任。其中「契約未成立」之用語是否代表締約上之過失之構成，一定要於契約無法成立時，始用適用<sup>180</sup>？

針對此一問題，本文認爲，雖然民法第 245 條之 1 第 1 項規定「契約未成立……」，但是此非說明締約上過失一定要於契約未成立時始有適用，而是在闡釋締約上過失義務違反的時間點，須於契約未成立時發生，至於契約嗣後是否成立，並不影響締約上過失責任之構成<sup>181</sup>；在外國立法論上，亦承認契約成立的締約上過失責任<sup>182</sup>。因此即便在自始主觀不能時，契約有效的情況下，仍可構成締約上過失，此時債權人可以主張債務人違反說明義務，依民法第 245 條之 1 第 1 項第 1 款或第 2 款請求相對人負賠償責任<sup>183</sup>。

在當事人依締約上之過失負損害賠償責任時，由於損害賠償之效果是以回復原狀爲原則(民法第 213 條參照)，因此回復到債務人有盡告知義務的結果，債權人即不會和債務人訂立契約。是以，債權人可以請求回復到未訂立契約之狀態，

<sup>178</sup> 在私法自治原則下，如果雙方經濟力之平等未被破壞，契約相關知識或資訊取得須要金錢和時間，不能直接歸由對方負責；但是如果資訊取得不再處於平等狀態時，則可由對方負責資訊的收集和給予，參見 Kurt Siehr 著，侯英冷譯，德國新債法之締約過失，月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月，頁 52；陳洸岳，非對等契約當事人間之資訊提供義務的確立—以日本「金融商品販賣法」及 UNIDROIT「加盟契約開釋義務模範法」爲中心，律師雜誌第 293 期，2004 年 2 月 15 日，頁 41；潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 578。

<sup>179</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 47。

<sup>180</sup> 從立法過程中之討論，似乎認爲必須限於契約未成立時，才有民法第 245 條之 1 的適用，參見楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所博士論文，指導教授蘇永欽博士，2009 年，頁 207。

<sup>181</sup> 詹森林教授和學者林美惠於民法研究會第 14 次學術研討會之發言，出自陳洸岳，「中斷交涉」與締約上過失責任之序論研究，民法研究會第 14 次學術研討會，收錄於民法研究會編，民法研究會實錄第 4 冊，學林文化出版，2000 年 9 月，頁 54、62；王澤鑑，債法原理第 1 冊，基本理論債之發生—契約、代理權授與無因管理，王慕華發行，1999 年 10 月增訂版，頁 269。

<sup>182</sup> 加藤新太郎，判例 Check—契約締結上の過失，新日本法規出版，2004 年 6 月 4 日初版 2 刷，頁 7~8；円谷峻，新契約の成立と責任，成文堂，2004 年，頁 262；大山直樹，我が国における契約締結上の過失責任をめぐる諸問題に関する一考察，東洋大学大学院紀要 46 集，2009 年，頁 10。

<sup>183</sup> 楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所博士論文，指導教授蘇永欽博士，2009 年，頁 210~211。

換言之，即廢棄(解除)該契約<sup>184</sup><sup>185</sup>。若債權人不請求廢棄(解除)契約，其亦可選擇金錢賠償，而其賠償的範圍，不限於信賴利益，包括履行利益。蓋若無告知義務的違反，契約將會以較有利內容成立或將會跟第三人締結契約，因此當事人可依據締約上過失，來調整契約內容，此性質屬於履行利益<sup>186</sup>。舉例來說，若出賣人締約時即告知買受人其無所有權，該瑕疵可能會反映在買賣價金之數額上，因此若出賣人未告知此一資訊，買受人自可依據締約上過失責任，來請求出賣人調整契約內容。

#### 第四節 自始主觀不能的相關實務案例分析

由於自始主觀不能和自始客觀不能的法律效果有所不同，因此在判斷個案係屬自始主觀不能或自始客觀不能將極為重要，本文以下將就實務上認定為自始主觀不能的個案予以介紹，嘗試歸納實務判斷之標準，並針對相關爭議之案件，進行檢討。

此外，在實務判斷為自始主觀不能之情況時，債務人是否須有可歸責事由才須負責？若須有可歸責事由，其內涵又為何？本文就此部分將會觀察實務之判斷，並就本文於前所建構的債務人可歸責事由內涵，跟實務見解進行整合。

最後，債務人在訂約時明知有主觀不能的給付障礙，卻未告知債權人此一資訊，而和債權人訂約，依本文第 2 章第 3 節第 2 項第 2 款所述，可能涉及到詐欺之問題，就此部分實務亦有相似之看法，將於以下介紹。

<sup>184</sup> 円谷峻，新契約の成立と責任，成文堂，2004年，頁285；上田誠一郎，契約責任と契約解釈の交錯と限界：契約締結上の過失による契約調整と不明確条項解釈準則，同志社法學第258号(49卷6号)，1998年3月31日，頁28；楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所博士論文，指導教授蘇永欽博士，2009年，頁151；曾姿璇，契約磋商中斷責任之研究－以民法第245條之1之規範意義為探討中心－，成功大學法律學研究所碩士論文，指導教授郭麗珍博士，2006年，頁30。

<sup>185</sup> 在德國立法上有討論，違反締約上過失而廢棄契約，和因未盡說明義務而構成詐欺時，兩者可否競合和如何競合之問題。德國聯邦最高法院認為，由於締約上過失的主觀歸責要件較詐欺為廣，不以故意為必要，因此為了避免架空詐欺的規定，當事人依締約上過失主張解除契約時，必須限於有財產上的損害。參見林惠美，締約上過失及其諸類型之探討-附論民法增訂第245條之1-，月旦法學雜誌第87期，2002年8月，頁164~165；曾姿璇，契約磋商中斷責任之研究－以民法第245條之1之規範意義為探討中心－，成功大學法律學研究所碩士論文，指導教授郭麗珍博士，2006年，頁31~35；円谷峻，新契約の成立と責任，成文堂，2004年，頁284~287；潮見佳男，契約法理の現代化，有斐閣，2004年，頁156以下；内山敏和，意思形成過程における損害賠償法の役割についての一考察：損害賠償法と法律行為法・その1，早稻田法學會84卷3号，2009年3月20日，頁301~303。

<sup>186</sup> 楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所博士論文，指導教授蘇永欽博士，2009年，頁151。另有關德國契約調整制度之介紹，詳見上田誠一郎，契約解釈の限界と不明確条項解釈準則，日本評論社，2003年，頁215以下。

## 一、最高法院 82 年台上字第 1034 號判決(已遭查封不動產之買賣契約)

### (一) 案件事實

本件之被上訴人出賣已查封之房屋與上訴人，上訴人並於訂約之日，交付 100 萬元之訂金予被上訴人，但是因為系爭房屋已被查封，造成被上訴人無法移轉系爭已查封的房屋所有權予上訴人，上訴人因此以被上訴人違約為由解除買賣契約，並請求其加倍返還定金，被上訴人仍置之不理，從而上訴人起訴請求，命被上訴人給付 2 百萬元及加付法定遲延利息。

針對上訴人的起訴主張，被上訴人抗辯，就系爭買賣標的物遭受查封之情事，上訴人已知悉，且同意以第二期款清償該筆債務，塗銷查封登記，但是上訴人卻未交付第一期價金，因此被上訴人以上訴人違約為由，解除買賣契約並沒收上訴人交付之訂金。

### (二) 法院見解

本件之主要爭點為，買賣已查封的不動產，其契約效力為何？本件高等法院和最高法院見解南轅北轍，羅列如下：

#### 1. 高等法院

法院略以「……惟按以不能之給付為契約標的者，其契約為無效；民法第二百四十六條第一項前段定有明文；又不動產如被法院查封，在撤銷查封前，屬於給付不能之狀態。（最高法院七十年七月七日七十年度第十八次民事庭會議決定櫛參照）。本件上訴人與被上訴人於八十年五月十七日訂立買賣契約，向被上訴人買受系爭房地前，系爭房地於八十年五月十日已經台灣中小企銀聲請台北地院予以查封，尚未撤銷，為不爭之事實。則兩造買賣契約因給付不能而無效。……」

#### 2. 最高法院

法院略以「…查依兩造不爭之不動產買賣契約書第二條約定：「本買賣不動產權利，乙方（指被上訴人）保證本買賣標的物絕無任何產權不清及其他糾葛情事，或任何他項權利之負擔與設定抵押，如有上述情事，致與第三人發生糾紛時，應由乙方負責於甲方（指上訴人）尾款付清以前速予理清一切，不得因此而損害

甲方之權益」……準此，縱上訴人不知系爭房地被法院查封，然因有上開約定，被上訴人似應擔保契約之履行，且依民法第三百四十九條規定出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利，如不履行，則依同法第三百五十三條規定買受人得依債務不履行之規定，行使其權利。是買賣標的物於買賣契約成立之初，即為第三人聲請執行法院予以查封，亦不得遽指買賣契約係以不能之給付為標的而無效。原審未遑注及，遽憑上揭理由為上訴人敗訴之判決，尚嫌疏略。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

### (三)評析

出賣已查封之不動產，依修正前之土地登記規則第 128 條規定(現為第 141 條)，在法院撤銷查封前，登記機關不得允許所有權人申請移轉登記，故係處於給付不能之狀態<sup>187</sup>；且該不能之狀態於契約成立前已存在，故構成自始不能。而自始不能依照我國學者多數的見解，可分為自始客觀不能和自始主觀不能，兩者法律效果有極大差異，前者適用民法第 246 條第 1 項前段而無效，後者則依民法第 226 條第 1 項處理。而本件的爭議點即在於出賣已查封的不動產，是屬於自始客觀不能或自始主觀不能。

依本件高等法院的見解，出賣已查封的不動產符合民法第 246 條第 1 項前段之規定，故該買賣契約無效。不過本件的最高法院認為，上訴人和被上訴人曾簽定擔保買賣契約履行的條款，且依據民法第 349 條和第 353 條之規定，被上訴人對上訴人仍須負擔債務不履行之責，似乎認為出賣已查封的不動產之買賣契約仍有效。

就上述高等法院和最高法院的理由觀察，似乎均未意識到民法第 246 條第 1 項前段的涵蓋範圍，僅及於自始客觀不能而不包括自始主觀不能，蓋在高等法院的見解下，只要是自始不能即適用民法第 246 條第 1 項前段之規定；而最高法院雖認為本件無民法第 246 條第 1 項前段之適用，但是其理由亦非因為本件是自始主觀不能，而是因為權利瑕疵擔保和當事人間曾簽定擔保履行條款之緣故。

首先從高等法院的見解來檢討。自始不能可分為主觀和客觀不能；在自始主觀不能的情形下，契約仍有履行的可能，此時斷無必要剝奪債務人排除障礙的機

<sup>187</sup> 最高法院 70 年第 18 次民事庭會議決議 (二)。



會，此從民法第 246 條的立法意旨中可窺知一二，故在自始主觀不能的情形，不適用於民法第 246 條之規定。

而出賣已查封之物，雖屬自始不能，但是查封後對於標的物所有權移轉的限制，僅存在於債務人個人事由中，蓋依強制執行法第 58 條第 1 項之規定，債務人仍可提出現款聲請撤銷查封；且縱查封物被拍賣，由拍定人取得所有權，嗣後債務人仍得自拍定人手上獲取所有權，再移轉買受人，此狀況和出賣他人之物相同，均為主觀不能<sup>188</sup>。因此本件係屬自始主觀不能的情形，不適用於民法第 246 條第 1 項前段，該買賣已查封的不動產契約仍有效，被上訴人(出賣人)因買賣標的物被查封而無法移轉所有權於上訴人(買受人)，應依債務不履行來處理。高等法院認為契約無效恐有爭議。

而就最高法院的見解分析，本件買賣契約有效原因有兩點，其一為，當事人有簽訂擔保履行條款；其二為，本件有權利瑕疵擔保的適用。

就第一點理由觀察，最高法院略以「…然因有上開約定，被上訴人似應擔保契約之履行……亦不得遽指買賣契約係以不能之給付為標的而無效」，似乎是認為縱使符合民法第 246 第 1 項，致使買賣契約無效，當事人亦得以特約約定出賣人應擔保契約之履行，使買受人得請求履行利益的損害賠償<sup>189</sup>。

就第二點理由觀察，最高法院認為出賣已查封之物構成權利瑕疵擔保。此一見解值得贊同，蓋買賣標的物被查封時，出賣人不得移轉所有權與買受人(強制執行法第 51 條第 2 項)，其狀況和出賣他人之物相同，因此既然出賣他人之物無法移轉所有權時，會構成權利瑕疵，買賣已查封的標的物，自應採同一解釋<sup>190</sup>。

不過雖然最高法院的結論值得贊同，但是並未意識到自始不能有主觀不能和客觀不能之分，而民法第 246 條第 1 項前段僅適用於自始客觀不能，似乎仍有少許缺憾。

<sup>188</sup> 王澤鑑，出賣被查封的不動產與給付不能-最高法院 82 年度台上字第 1034 號判決之檢討，法學叢刊第 39 卷第 1 期，1994 年 1 月，頁 5；詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月，頁 62；吳光陸，論債務人出售查封物之效力，法令月刊 46 卷第 6 期，1995 年 6 月，頁 20。

<sup>189</sup> 王澤鑑，出賣被查封的不動產與給付不能-最高法院 82 年度台上字第 1034 號判決之檢討，法學叢刊第 39 卷第 1 期，1994 年 1 月，頁 5。

<sup>190</sup> 王澤鑑，出賣被查封的不動產與給付不能-最高法院 82 年度台上字第 1034 號判決之檢討，法學叢刊第 39 卷第 1 期，1994 年 1 月，頁 6。

最後，若依本文上述見解，本案是自始主觀不能和權利瑕疵責任競合之情形，而權利瑕疵規定於民法債編各論，因此應優先適用。由於權利瑕疵責任性質為債務不履行責任，因此權利瑕疵的規定是債務不履行的宣示性規定，從而買受人依民法第 353 條準用債務不履行的規定是指，準用債務不履行之要件和效果，換言之，出賣人須有可歸責事由，才須就權利瑕疵對買受人負責。而權利瑕疵責任之可歸責事由的內涵和一般債務不履行相同，乃是「債務人於契約上所承擔之事由」，並以債務人於訂約時是否預見或應預見該事由為具體判斷標準。本件之出賣人是因為標的物被查封，而導致債務不履行，而該買賣標的物被查封的事實(造成債務不履行的事由)，出賣人於訂約時有所預見，因此該標的物被查封的事實自屬出賣人於契約上所需承擔之事由，債務人無法就此事由所造成的債務不履行舉證免責。是以，債務人須就上開自始主觀不能的事實，依民法第 353 條準用第 226 條第 1 項負債務不履行的損害賠償責任。

## 二、最高法院 71 年台上字第 368 號判決(出賣他人之物)

### (一) 案件事實

本件被上訴人(買受人)起訴主張：上訴人陳足、陳緣、陳樟、陳阿桓、陳玉花、陳錫斌及陳文郎(以下簡稱陳足等)之被繼承人陳倚臨(出賣人)生前與上訴人許木池(出賣人)於民國六十五年十二月二十七日將其共同向訴外人林萬芳買受坐落南投縣南投鎮林子段南崗小段第三三五之二二一號土地，面積○·○二九八公頃內約九十坪部分，出賣與伊，約定價金新台幣(下同)貳拾參萬肆千元，已於六十六年五月十六日以前付清，由於上開土地係南崗工業區配售與林萬芳之住宅用地，因此兩造同意俟林萬芳取得所有權時，應逕行辦理所有權移轉登記與伊，旋林萬芳於取得所有權後，陳倚臨及許木池均未依約履行，而陳倚臨繼於六十七年九月三日死亡，由陳足等繼承其遺產，伊乃代位上訴人等訴求林萬芳履行契約，詎經台灣台中地方法院六十九年度訴字第二一一二號確定判決認係林萬芳之妻林金魚無權代理林萬芳將上開土地出賣陳倚臨及許木池，買賣應屬無效，因而為伊敗訴之判斷。由於伊買受上開土地以後，已於六十六年十二月五日以柒拾萬元轉賣訴外人陳甘等，因上訴人不能履行契約，致伊受有損害，自應由上訴人連帶賠償等情，求為命上訴人陳足等連帶與上訴人許木池給付柒拾萬元及自訴狀繕本送達之翌日起算付遲延利息之判決。

上訴人(出賣人之繼承人)則以：被上訴人所付價金係由林萬芳收走，且上訴人陳足等繼承時，損害賠償義務尚未具體確定，況被上訴人對於本件買賣契約之不能履行，自始即有過失，即不得請求上訴人賠償，又本件買賣既以不能之給付為標的，則買受人請求損害賠償之範圍僅以消極利益為限，而土地價格之漲落，並非買受系爭土地時，所得預期，亦不得視為所失利益，抑有進者，被上訴人出賣與陳甘等之土地與本件買賣標的物亦有不同云云資為抗辯。

## (二) 法院見解

本件判決的主要爭點在於，上訴人出賣他人之土地與被上訴人，並且上訴人最後無法移轉所有權與被上訴人，此時該買賣契約是否有效？上訴人要對被上訴人負何種責任？

針對契約是否有效之問題。本件最高法院略以「…經核出賣人以第三人所有之物為買賣標的物與買受人訂立之買賣契約，並非所謂以不能之給付為契約標的，即不得依民法第二百四十六條第一項前段規定認該買賣契約為無效」。

另外，在買賣契約有效的前提下，最高法院認為，此時出賣他人之物應構成權利瑕疵，並且本件上訴人具有可歸責事由，應依民法第 353 條和第 226 條第 1 項負責。最高法院略以<sup>191</sup>「…查陳倚臨與許木池向林萬芳買受上開土地時，係與林萬芳之妻林金魚洽談，因未得林萬芳之同意致契約歸於無效等情，業經證人蔡國儒在另案兩造間所有權移轉登記事件審理中證明屬實，是陳倚臨與許木池將該土地又轉賣與被上訴人，終致給付不能，應認係可歸責於陳倚臨與許木池之事由所致，自應對被上訴人因此所致損害負賠償責任」。

## (三) 評析

### 1. 本件買賣契約有效

民法第 246 條第 1 項前段僅限於，在締約時已存在任何人均無法給付的事實，亦即自始客觀不能的情況下，才有其適用。而出賣他人之物，僅締約時出賣

<sup>191</sup> 此雖為本案高等法院之見解(台灣高等法院台中分院 70 年上字第 715 號判決)，但是最高法院採認：「本件原審援引之本院五十一年台上字第二一〇一號判例係專就契約因出賣人以不能之給付為標的而歸無效者說明損害賠償之範圍，與本件兩造間之爭訟，尚無關涉。惟依原審判決確定之事實以觀，本件被上訴人之請求，核與民法第三百五十三條，第二百二十六條第一項之規定，尚無不合，是原判決之理由雖有未當，結果仍應維持」。因此最高法院仍認同高等法院除了損害賠償範圍外之論述。

人無法給付，其他人仍有給付可能，性質為自始主觀不能<sup>192</sup>；且出賣他人之物，出賣人仍有排除此一障礙的機會(例如向買賣標的物所有人取得所有權，再移轉買受人)，若認為應適用民法第 246 條第 1 項前段而無效，不但剝奪出賣人補正瑕疵的機會，也使買受人無法請求履行利益的損害賠償，並非妥適。因此本件最高法院認為，出賣他人之物，買賣契約並不適用民法第 246 條第 1 項前段之規定，因此該契約仍有效，其見解值得贊同<sup>193</sup>。

## 2. 權利瑕疵責任的效果

又上訴人出賣他人之物無法移轉所有權構成權利瑕疵，應負擔權利瑕疵責任，雖本件被上訴人於締約時已知悉買賣標的物為他人所有，但是依據本件的被上訴人主張的事實「…由於上開土地係南崗工業區配售與林萬芳之住宅用地，因此兩造同意俟林萬芳取得所有權時，應逕行辦理所有權移轉登記與伊…」可知，被上訴人於和上訴人間另有約定上訴人排除障礙後須履行契約，依民法第 351 條但書之規定，上訴人仍有負擔權利瑕疵責任之可能。

而構成權利瑕疵責任的法律效果，依民法第 353 條之規定，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。而到底是依債務不履行之效果還是債務不履行的要件跟效果，學者間存有爭議，在此本文認為權利瑕疵責任性質是債務不履行的宣示性規定，因此買受人須依債務不履行的要件和效果(法律要件準用)行使權利。換言之，出賣人(上訴人)須有可歸責事由，才須就權利瑕疵對買受人(被上訴人)負責。

此外，由於本文就一般債務不履行的可歸責事由內涵，是跳脫出過失責任而參考日本債權法改正試案，以「債務人契約上承擔之事由」為標準。又依據國際立法之潮流，瑕疵責任和債務不履行，目前是傾向一元化之思考，亦即兩者的可歸

<sup>192</sup> 王澤鑑，三論「出賣他人之物與無權處分」：基本概念仍待澄清-最高法院歷年相關案例之檢討 -，法學叢刊第 31 卷第 1 期，1986 年 1 月，頁 26~27。87 年台上字第 1236 號判決：「所謂給付不能，有自始不能與嗣後不能，主觀不能與客觀不能之分。其為自始客觀不能者，法律行為當然無效；其為自始主觀、嗣後客觀或嗣後主觀不能者，則生債務不履行之問題，二者之法律效果不同。出賣他人所有之物，除該他人原始（自始）絕對對於任何人不肯出讓，為客觀不能者外，通認係主觀不能，蓋買賣僅在使出賣人負擔移轉財產權於買受人之債務，並非以即行移轉，為契約之成立要件（民法第三百四十八條），出賣人可以取得其物以移轉於買受人，或使該他人逕移轉於買受人，使買受人取得其物之所有權故。」

<sup>193</sup> 相同實務見解，72 年台上字第 471 號判決：「以他人所有之物為出賣之標的物，訂立買賣契約者，其出賣人須先取得該物之所有權，然後移轉於買受人；或使該他人逕將物之所有權移轉於買受人，如出賣人不履行所有權移轉之義務，依民法第三百五十三條之規定，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。」

責事由(不可歸責事由)內涵相同，因此在出賣他人之物的情形，債務人必須舉證該瑕疵是因爲「非其契約上所承擔之事由」所造成，才可因此免除權利瑕疵責任。而其具體之判斷，是以該導致給付不能之事由，是否爲「非債務人訂約時預見或應預見之事由」，倘若爲債務人預見或應預見的事由造成債務不履行時，此爲債務人契約上所須承擔之風險，債務人應就債務不履行負賠償責任，不可舉證免責。

而本件中，最高法院認爲民法第 353 條是指法律要件準用，因此上訴人(出賣人)須有可歸責事由，才須就權利瑕疵負責(換言之，須上訴人有不可歸責事由，才能免除權利瑕疵責任)，此從判決理由中，對於上訴人是否有可歸責事由做出論述，可推知一二，此見解值得贊同。法院略以「…查陳倚臨與許木池向林萬芳買受上開土地時，係與林萬芳之妻林金魚洽談，因未得林萬芳之同意致契約歸於無效等情，業經證人蔡國儒在另案兩造間所有權移轉登記事件審理中證明屬實，是陳倚臨與許木池將該土地又轉賣與被上訴人，終致給付不能，應認係可歸責於陳倚臨與許木池之事由所致，自應對被上訴人因此所致損害負賠償責任」。

又從最高法院判斷債務人是否有可歸責事由的理由中可發現，最高法院認爲上訴人一開始和土地所有人之妻訂立一個無權代理的買賣契約(下稱 A 契約)，因未得土地所有權人之同意而無效，竟然還將該土地再轉賣與被上訴人(下稱 B 契約)，嗣後無法移轉土地所有權，乃可歸責上訴人之事由致給付不能，應對被上訴人依民法第 353 條和第 226 條第 1 項負債務不履行責任。

但是上述見解似乎稍嫌速斷。蓋本件導致上訴人無法履行 B 契約的原因，乃是上訴人無系爭買賣土地之所有權。若上訴人於締結 B 契約時，已預見上述之障礙事由(無土地所有權)，最後由於此障礙事由導致 B 契約無法履行，此當屬上訴人在契約上所需承擔之事由，上訴人自應負擔債務不履行責任。而如何判斷上訴人是否已預見上述障礙事由？本文認爲，須廣泛考慮契約締結時之情況和締結契約後而生的不履行事由之關聯，亦即不僅要從訂立 B 契約時認定，尙須考量上訴人訂立 A 契約時的具體狀況綜合判斷。

因爲雖然上訴人在訂立 B 契約時，知悉自己並無系爭土地所有權，不過由於上訴人先前已先訂立 A 契約，因此上訴人極有可能計畫取得系爭買賣土地之所有權後，再移轉給被上訴人，故上訴人在簽訂 B 契約時可能僅預見到「其暫時無土地所有權」可移轉與被上訴人，尙難因此而認定，上訴人已預見 B 契約無法

履行的結果。因此不可僅以上訴人訂立 B 契約的時間點來判斷，應從上訴人訂立 A 契約時來認定上訴人有無預見到該給付障礙的事由。

換言之，上訴人想要免除 B 契約債務不履行責任，可以舉證證明，上訴人並不知道土地所有權人之妻並無代理權，進而主張上訴人未預見最終會導致 B 契約債務不履行之結果。不能斷然以上訴人將該土地轉賣，即認為其有可歸責事由，而須對被上訴人負債務不履行責任，以避免對於上訴人造成過重的負擔。

### 三、最高法院 96 年台上字第 2617 號判決(出賣公告徵收之土地)

#### (一) 案件事實

本件的案件事實大約可以簡化為，本件上訴人甲(買受人)和被上訴人丙(出賣人)簽訂不動產買賣契約書，買受丙所有之土地 A；嗣甲將 A 地轉賣予訴外人張楊惠美、柯清文、顏漏有(下稱張楊惠美等三人)，並指定直接登記予張楊惠美等三人所有。此外另一上訴人乙(買受人)委任訴外人王葉祺向被上訴人丁、壬、戊、己、庚、辛(出賣人等)買受其等共有之 B 地，嗣轉賣予顏漏有。

詎張楊惠美等三人及顏漏有分別欲將上開土地辦理移轉登記時，始發現 A 地和 B 地，均遭被上訴人桃園縣中壢地政事務所(下稱中壢地政事務所)註記為已徵收土地，不得辦理移轉登記，因此甲和乙乃依民法第 349 條、第 353 條、第 226 條第 1 項、第 256 條規定解除前開買賣契約，請求返還價金。

#### (二) 法院見解

本案之主要關鍵在於，出賣已徵收之土地，該買賣契約之效力為何？依本件最高法院的見解，出賣已徵收之土地，以出賣之被徵收之土地，國家是否已發放補償金而異其效果。最高法院略以「…易言之，公告徵收土地之所有權人於受核發徵收補償費之前，雖仍為徵收土地之所有權人，惟因受土地法第二百三十二條第一項之限制，仍不得就業經公告徵收之土地為移轉，是以經公告徵收而尚未核發徵收補償費之土地，出賣人若將之出賣他人，因包括徵收土地所有權人在內之任何人均不能移轉徵收土地所有權，該買賣契約自屬以客觀不能給付之土地為契約標的，其買賣契約應屬無效。反之，倘徵收機關業將徵收土地之補償款核發予土地所有權人，國家即已原始取得徵收土地所有權，用地機關應即迅速函請相關地政機關辦理徵收土地之所有權移轉登記，於此情形，國家一經核發徵收補償款

即已原始取得徵收土地所有權，而無確認徵收或補償對象之問題，出賣人若有出賣國有土地之情形應與出賣他人土地之情形，等同看待，其契約之法律效力亦不應二致，亦即此買賣契約標的係因出賣人個人原因事由而不能給付，應屬自始主觀不能，而非客觀給付不能，自非以不能之給付為契約之標的，則買賣契約應屬有效。……」

本件出賣被徵收之土地時，國家已發放給被上訴人(出賣人)補償金，此時土地所有權已由國家取得，該買賣契約屬出賣他人之物，乃自始主觀不能，契約仍有效。最高法院略以「…系爭土地既早於六十八年間已由當時土地權利人領取徵收補償款，國家於依法發放徵收補償款完畢時即原始取得系爭土地所有權，……等六人出賣系爭土地予上訴人，與出賣他人土地之情形並無二致，兩造間所訂買賣契約之標的，並非客觀給付不能，系爭土地之買賣契約自屬有效」。

又出賣他人之物而無法移轉所有權時，屬權利瑕疵，出賣人應依民法第 353 條對買受人負責。不過本件事實中，上訴人已因善意取得不動產之所有權，因此所取得之權利並無瑕疵，不可依權利瑕疵責任對被上訴人主張；且上訴人已取得所有權，故被上訴人並無給付不能的情形。最高法院略以「…土地法所為之登記有絕對效力，土地法第四十三條規定甚明，此係為保護因信賴登記取得土地權利之第三人，故將登記事項賦予與絕對真實之公信力。真正權利人祇許在未有第三人取得權利前，以登記原因無效或得撤銷為塗銷登記請求，若已有第三人本於現存之登記而為取得權利之新登記後，真正權利人除請求損害賠償外，不得更為塗銷登記及訴請返還之請求，且土地法第四十三條之保護不因國家徵收而原始取得土地所有權有所不同。系爭土地固於六十八年經徵收及發放徵收補償金而成為國家所有之道路用地，惟系爭土地登記簿上並無經徵收或國家為所有權人或中壢市公所為管理機關之記載，此為兩造所不爭執，則上訴人自無從知悉系爭土地已因徵收屬國家所有，基於土地登記記載之公信力，應推定上訴人係屬善意。系爭土地登記標示地目固為「道」，惟因政府財政困窘，就私人所有而地目標示為「道」之預定道路用地，尚未進行徵收或價購者，所在多有，且私人購買預定道路用地以抵繳稅捐之合法節稅情形，更時有所聞，尚難僅以系爭土地地目為「道」即推定上訴人取得系爭土地為惡意。縱系爭土地之前手黃鵬飛、丁○○等六人均為無權處分人，上訴人仍應受土地登記公信力之保護，而取得系爭土地所有權。上訴人既已取得系爭土地所有權，則其主張丙○○、丁○○等人給付不能，即非可採。

又上訴人經由買賣並已完成系爭土地所有權移轉登記，並依土地法第四十三條規定，因信賴登記而取得之系爭土地所有權應受保障，則上訴人就所取得之系爭土地所有權並無權利瑕疵可言」

### (三)評析

本案涉及到自始不能之爭點為，在土地徵收時，自始主觀不能和自始客觀不能如何區分之間題。依本件最高法院之見解，以買賣契約締約時，國家之徵收程序是否已完成，作為區分自始主觀不能和自始客觀不能的標準。其見解是否妥適，不無疑義。分析如下：

若徵收程序終了(徵收補償費已發放完畢)，依土地法第 235 條之規定，此時國家已原始取得所有權，而出賣人仍將該筆土地出賣時，性質上與出賣他人之物無異，從而應屬自始主觀不能，本件最高法院針對此一部分見解並無錯誤。

不過若已公告徵收，但是尚未發放補償費時，最高法院認為，依土地法第 232 條第 1 項之規定可知<sup>194</sup>，任何人均無法移轉徵收土地所有權，該買賣契約自屬以客觀不能給付之土地為契約標的，其買賣契約應屬無效。

本文認為，上開最高法院之見解並不妥當。因為在徵收土地的案件時，自始客觀不能的給付障礙，並非永久存在，其理由在於，導致任何人無法移轉徵收土地所有權的狀態，乃是補償費尚未發放完畢，但是此一事由可以加以排除，蓋徵收補償費須於一定期間內發放完畢<sup>195</sup>，若無法於一定期間發完，則該徵收處分即會因此而失效<sup>196</sup>。從而雖然在訂立買賣契約時，徵收補償費尚未發放完畢，在締

<sup>194</sup> 土地法第 232 條第 1 項：「被徵收之土地公告後，除於公告前因繼承、強制執行或法院之判決而取得所有權或他項權利，並於公告期間內聲請將其權利登記者外，不得移轉或設定負擔。土地權利人或使用者不得在該土地增加改良物；其於公告時已在工作者，應即停止工作。」

<sup>195</sup> 土地法第 233 條第 1 項：「徵收土地應補償之地價及其他補償費，應於公告期滿後十五日內發給之。」

<sup>196</sup> 大法官釋字第 516 號解釋：「國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償。此項補償乃因財產之徵收，對被徵收財產之所有人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家自應予以補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失。故補償不僅需相當，更應儘速發給，方符憲法第十五條規定，人民財產權應予保障之意旨。準此，土地法第二百三十三條明定，徵收土地補償之地價及其他補償費，應於「公告期滿後十五日內」發給。此項法定期間，雖或因對徵收補償有異議，由該管地政機關提交評定或評議而得展延，然補償費額經評定或評議後，主管地政機關仍應即行通知需用土地人，並限期繳交轉發土地所有權人，其期限亦不得超過土地法上述規定之十五日（本院院字第二七〇四號、釋字第一一〇號解釋參照）。倘若應增加補償之數額過於龐大，應動支預備金，或有其他特殊情事，致未能於十五日內發給者，仍應於評定或評議結果確定之日起於相當之期限內儘速發給之，否則徵收土地核准案，即應失其效力。行政法院八十五年一月十七日庭長評事聯席會議決議略謂：司法院釋字第一一〇號解釋第



約時任何人均無法將此一障礙排除(客觀不能),但是等到補償金發放完畢後,此給付障礙即有除去可能(此時狀態與出賣他人之物相同),因此不能的狀態不具有永久性;而適用自始客觀不能的前提,觀之民法第 246 條第 1 項但書之規定可知,必須是該給付障礙永久無法除去,若僅是一時無法除去,仍非自始客觀不能,而為自始主觀不能。因此即便是於締結買賣契約時,補償費尚未發放完畢,但是亦不可適用民法第 246 條第 1 項而使買賣契約無效。

因此有學者主張,徵收程序之開始,應經公告,並通知土地所有權人,所以在這種締約時尚未實現,但已有不能原因之自始不能的情形,應不區分主觀或客觀不能,使債務人皆負與自始主觀不能者相同之責任<sup>197</sup>。

#### 四、台灣高等法院高雄分院 95 年上字第 208 號判決(調解瑕疵)

##### (一) 案件事實

本件的案件事實大致可以簡化為,上訴人(調解契約債權人)和被上訴人(調解契約債務人)成立調解,而該調解內容為「被告(編註:被上訴人)願給付原告(編註:上訴人)180 萬元。給付方式:被告應會同原告訴訟代理人蔡坤展律師領取本院 92 年度存字第 2203 號提存事件之擔保金 3,017,624 元,並當場將所領取之國庫支票交由被告訴訟代理人黃小舫律師保管,待存入原告指定帳戶兌現後,由黃小舫律師於 3 日內從該帳戶帳款給付 180 萬元予原告。」不過系爭擔保金於調解成立前即遭被上訴人之其他債權人假扣押,導致上訴人無法領取;且被上訴人故意隱瞞系爭擔保金遭其他債權人假扣押之事實,並一再保證於國庫支票兌現後即可給付上訴人 180 萬元,致上訴人陷於錯誤而與之成立調解。因此上訴人向法院起訴,先位主張確認調解已因構成民法第 246 條而無效,被位主張依詐欺撤銷調解。

##### (二) 法院見解

###### 1. 金錢債務無自始客觀不能

---

三項,固謂徵收土地補償費額經標準地價評議委員會評定後,主管機關通知並轉發土地所有權人,不得超過土地法第二百三十三條所規定之十五日期限,然縱已逾十五日期限,無從使已確定之徵收處分溯及發生失其效力之結果云云,其與本解釋意旨不符部分,於憲法保障人民財產權之旨意有違,應不予適用。」

<sup>197</sup> 黃茂榮,買賣法,自版,2002年5月增訂5版,頁370,注23。

就系爭和解契約是否構成自始客觀不能而言。法院認為，當事人所定系爭調解契約，雖因系爭擔保金遭被上訴人之其他債權人假扣押致無法領取，但此乃屬被上訴人無法以兩造所約定之給付方式履行調解內容之問題，被上訴人既非不得以其他現金為給付，與以不能之給付為標的之情形尚屬有間。法院略以「…按以不能之給付為契約標的者，其契約為無效，因為民法第 246 條第 1 項前段所明定，惟查其所謂不能之給付，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，即客觀之不能，且係自始之不能給付而言，其為自始客觀不能者，法律行為當然無效；其為自始主觀、嗣後客觀或嗣後主觀不能者，則生債務不履行之問題，二者之法律效果並不相同（最高法院 88 年度上字第 117 號判決參照）。而凡基於債務人個人之事由，致不能給付，如由第三人代為履行，則屬可能者，為主觀不能；以金錢為給付標的之債務乃種類之債，不生客觀上給付不能之問題，如債務人因資力不足等原因致無法給付，則生給付遲延等債務不履行之法律效果，尚難認有無效之原因。是被上訴人依調解內容應給付上訴人現金 180 萬元，固因系爭擔保金遭被上訴人之其他債權人假扣押致無法領取，乃屬被上訴人無法以兩造所約定之給付方式履行調解內容之問題，被上訴人既非不得以其他現金為給付，與以不能之給付為標的之情形尚屬有間，至於被上訴人如因資力不足，除系爭擔保金外，無其他資產足以履行調解內容，亦屬應對上訴人負給付遲延等債務不履行責任之問題。從而，上訴人主張系爭擔保金於兩造調解成立前已遭假扣押，故上開調解內容係以不能之給付為標的，且屬欠缺法律行為成立要件之情形，應屬無效云云，洵屬無據。」

## 2. 詐欺之成立與否

此外，在自始不能的情形時，通常亦有可能涉及到詐欺之問題。法院認為，該調解契約約定以領取被上訴人之擔保金，作為調解金給付之方式；並且將該現金給付方式詳細載明於調解筆錄，堪認現金給付係上訴人同意成立調解之重要因素。被上訴人自有告知上訴人系爭和解金已被其債權人所扣押之義務，被上訴人違反此一義務，即構成詐欺。法院略以「…惟據證人即上訴人於系爭清償債務事件及調解事件之訴訟代理人蔡坤展律師證稱：開調解會議時，最初金額未一致，後來談到 180 萬元，上訴人要求現金給付，當時被上訴人負責人許○○有到場，表示沒有錢，如果押在法院的擔保金領回，上訴人可以拿到其中 180 萬元，剩下的她可以自己使用，所以就在調解筆錄上詳細約定國庫支票領取方式，因為上

訴人也擔心支票遭別人領取，才另設帳戶並由雙方律師介入，而將給付方式特別約定出來，列在第一條，表示很重視給付方式，認定一定要有現金；當時沒有提到有可能被扣押的情況，依現場談話的情況，沒有辦法想像錢會被假扣押，許慧蘭並且表示如果上訴人在幾天內沒有同意調解內容，她所提的調解條件就不算，給上訴人很大的時間壓力；當時認為雙方都很有誠意，所以沒有設想會有其他事情發生（本院卷 55 頁），及被上訴人於系爭事件委任之訴訟代理人黃小舫律師具狀陳稱：被上訴人於兩造洽談和解時，表示願以系爭擔保金清償債務，故在記載調解內容時，乃以領取提存金作為清償債務之方式，上訴人並於收受調解筆錄後，立即向提存所領取，其時始知遭他債權人假扣押，並通知被上訴人；被上訴人從未提及擔保金已遭其他債權人假扣押之事（本院卷 43 頁），是上訴人原請求被上訴人給付之金額達 301 萬餘元，其願以 180 萬元和解，顯然已作極大之讓步，兩造之訴訟代理人復稱上訴人係以給付現金為條件，該現金給付方式並詳細載明於調解筆錄，堪認現金給付係上訴人同意成立調解之重要因素，則上訴人如事先知悉系爭提存之擔保金已遭假扣押而無法領取，其債權無法立即受償，將不致於捨棄大部分債權而與被上訴人成立調解。而上訴人於 93 年間固曾受通知系爭擔保金遭假扣押之事實，然迄兩造調解時，已逾 2 年期間，其間被上訴人是否曾對執行假扣押之債權人清償，或有撤銷假扣押情事，非上訴人所能置喙，上訴人亦無詳加調查之義務，況且，其餘假扣押之債權人亦有撤回假扣押之執行者，業如上述，及據證人所稱被上訴人曾於調解時給予極大之時間壓力，要難期待上訴人於短時間內，正確查知系爭擔保金是否仍在假扣押當中。從而，應認上訴人於調解過程中就系爭擔保金仍遭他債權人假扣押中，並無認知，而被上訴人就其提存之擔保金仍遭扣押中，則屬明知而有告知之義務，其竟隱瞞此事實，並主動提議可就系爭擔保金受償，致上訴人誤信被上訴人可立即提領系爭擔保金，並自該擔保金受現金清償，而同意被上訴人提出之調解條件，其係受被上訴人詐欺而為調解讓步之意思表示，至為灼然。是以，上訴人主張系爭調解有得撤銷之原因，請求判決撤銷系爭調解，核屬有據，應由本院撤銷系爭原審法院 95 年移調字 42 號所為調解。」

### （三）評析

針對本件系爭調解，是否構成自始不能，法院認為雖上訴人無法依調解所載方式，取得調解金，但是金錢給付不會有不能之問題，從而認定本件調解有效。

就結論而言值得贊同，但是理由恐值商榷。蓋本件上訴人和被上訴人所約定之調解之標的為：「依調解所約定的方式(由上訴人領取被上訴人所提存之擔保金)給付和解金」，並非單純僅給付調解金，所以仍會有給付不能之可能。

在締約時如果已無法依據調解所約定的方式給付調解金(提存之擔保金已被被上訴人之其他債權人所扣押)，自然為自始不能，但是因為該給付障礙並非無法排除，蓋被假扣押之擔保金，可能因為假扣押依民事訴訟法第 529 條、第 530 條被撤銷後，而使上訴人得依調解約定之方式，取得調解金，故非屬客觀不能，而為主觀不能。因此該調解為自始主觀不能之契約，不適用民法第 246 條第 1 項前段之規定，而須適用一般債務不履行之規定處理。由於被上訴人於成立調解時，已知悉該主觀不能的給付障礙(假扣押)，該給付障礙自屬於被上訴人於契約上所需承擔之風險，最後因該給付障礙而使被上訴人無法依調解內容來履行時，被上訴人自須負擔債務不履行責任而無法舉證免責。

此外自始主觀不能在一定情況下，亦有可能構成詐欺。在本件中，被上訴人並未主動提供上訴人不實資訊，因此可能涉及者為緘默詐欺，而緘默詐欺之構成，依照 33 年上字第 884 號判例之意旨，須以行為人有說明義務為限。而行為人是否有說明義務的判斷標準，依照本文前述的看法，可參考德國聯邦最高法院之見解，若為可能破壞他方契約目的而對其決定具有重要意義之事項，行為人即有說明義務。在本件判決中，法院認為現金給付方式詳細載明於調解筆錄中，堪認現金給付之方式，係上訴人同意成立調解之重要因素，而擔保金被假扣押之事實，將會影響現金給付方式，進而動搖被上訴人和上訴人間調解之成立，因此被上訴人自有告知該擔保金已被假扣押的義務，其未告知自屬於緘默詐欺。就此可知，法院就緘默詐欺判斷之標準，和德國聯邦最高法院類似，說理明確值得贊同。

## 五、小結

### (一)自始主觀不能和自始客觀不能的區分標準

以實務上較常見的自始主觀不能之個案，出賣他人之物為例，可發現實務將自始不能劃分為主觀不能或客觀不能之標準，是以該給付障礙是否為任何人永久無法排除(無法給付)，作為判斷之依據。不過從出賣公告徵收之土地的案件中，實務似乎不認為，該給付障礙必須為永久無法排除，只須於給付時任何人無法除去即可，惟如此解釋忽略民法第 246 條第 1 項但書之文義，而不當擴大民法第 246

條第 1 項前段適用範圍，恐有不當之處。

## (二) 自始主觀不能和權利瑕疵責任

此外在自始主觀不能時，通常亦會構成權利瑕疵責任，就以典型的自始主觀不能的案例「出賣他人之物」為例，在最高法院 71 年台上字第 368 號判決中，法院認為出賣人會構成權利瑕疵責任。而權利瑕疵責任之性質，向來我國多數實務見解主張是無過失擔保責任，出賣人無須有可歸責事由即須負責<sup>198</sup>，但是從本件最高法院的論述過程推知，本件最高法院似乎認為權利瑕疵責任之構成須以出賣人具有可歸責事由為前提，換言之，民法第 353 條「買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利」乃是依債務不履行的要件和效果行使權利(即法律要件準用)。

而可歸責事由的判斷上，由於現在國際立法趨勢是將債務不履行和瑕疵擔保進行整合<sup>199</sup>，因此債務人之給付有權利瑕疵時，亦須符合一般債務不履行的規定，債務人始須負責，從而瑕疵擔保的可歸責事由，和債務不履行的可歸責事由須相同。本文認為，債務不履行的可歸責事由內涵是「債務人於契約上所須承擔之事由」，而其具體的判斷標準，以是否為債務人訂約時預見或應預見的事由為斷。本件法院認為，出賣人和土地所有權人之妻訂立無權代理的買賣契約而後再轉賣買受人，具有可歸責事由，似乎認為出賣人已預見無所有權仍和買受人訂約，嗣後因為無所有權而造成無法移轉土地所有權給買受人，屬於其契約上所須承擔之事由，自須負擔債務不履行責任。

不過本文認為，判斷造成給付不能的事由是否為債務人預見或應預見的事由，應廣泛考慮契約締結時之情況和締結契約後而生的不履行事由之關聯。本案中，出賣人先前已先和土地所有人之妻，訂立無權代理之買賣契約，若出賣人不知無權代理之情事，極有可能出賣人本來之計劃是取得所有權後再移轉給買受人，換言之，出賣人根本未預見會因為無所有權造成給付不能，從而在此狀況下「無所有權」並非出賣人所須承擔之事由，而本件最高法院並未調查此點，似乎有些可惜。

## (三) 自始主觀不能和緘默詐欺

<sup>198</sup> 相關討論詳見本文第 2 章第 3 節第 1 項第 1 款。

<sup>199</sup> 例如德國民法和 CISG。

並且自始主觀不能在定位上屬於締約上過失之問題，債務人違反締約前確認自己給付能力並告知債權人義務，而緘默詐欺亦涉及到告知義務的違反，因此兩者有產生競合的可能性，在台灣高等法院高雄分院 95 年上字第 208 號判決中可窺知一二。



## 第三章 我國民法上自始客觀給付不能

自始客觀不能在要件上，須自始有客觀不能給付之障礙存在，而所謂客觀不能給付的障礙，其具體的範圍為何，將會於本章進行討論。此外，自始客觀不能的效果，依我國民法第 246 條第 1 項前段之規定，乃是無效，不過無效對於債權人的利益無法充分保護，因此本文在此章欲透過外國法制上的相對無效的概念和自始不能的本質為締約上過失，來限縮民法第 246 條之適用範圍，藉以保障債權人的利益。

### 第一節 民法第 246 條之性質及要件

#### 第一項 性質與適用範圍

##### 一、性質

以不能之給付為契約標的者，其契約為無效，民法第 246 條第 1 項定有明文。而該條規定的性質為何？是強行規定？抑或是任意規定？依民法第 246 條第 1 項但書之規定：「……其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。」就此可知，即便締約時有客觀不能之狀況，當事人亦可特約排除民法第 246 條之適用，從而民法第 246 條之性質為任意規定。

##### 二、適用範圍

###### (一) 單獨行為

依我國民法第 246 條第 1 項：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。」可知，民法第 246 條第 1 項之適用範圍，就文義解釋而言，只適用於契約關係，就單獨行為似乎無適用餘地，惟學者認為就單獨行為，若給付內容亦是自始客觀不能，則應類推適用民法第 246 條和第 247 條之規定<sup>200</sup>。

實務基本上亦採同一見解，認為遺贈若是以自始不能給付為標的，應類推民法第 246 條處理，此參酌最高法院 72 年台上字 1332 號判決略以「…遺囑為法律

<sup>200</sup> 王澤鑑，出賣被查封的不動產與給付不能-最高法院 82 年度台上字第 1034 號判決之檢討，法學叢刊第 39 卷第 1 期，1994 年 1 月，頁 3；姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 76；馬維麟，民法債編註釋書(三)，五南圖書出版，1996 年 9 月，頁 142。

行爲之一種，遺囑人以遺囑將其所有農地遺贈他人，旨在使該他人取得農地之所有權者，應有土地法第三十條規定之適用，設遺囑人將其所有農地遺贈於無自耕能力之人，即以不能之給付爲遺囑之客體，類推適用民法第 246 條第 1 項之規定，此部分遺囑應屬無效，受遺贈人自不得依該遺囑請求遺囑人之繼承人或遺產管理人履行。」可知一二。因此實務亦認爲民法第 246 條可類推適用於單獨行爲。

## (二)物權契約

若當事人自行創設物權，例如當事人約定抵押權須占有，此時是否適用於民法第 246 條之規定？由於物權契約直接發生物權之變動，故無所謂以不能之「給付」爲標的，自不符合民法第 246 條第 1 項之文義<sup>201</sup>。因此物權行爲有自始客觀不能之情形時，不適用民法第 246 條之規定。德國通說也採同一見解<sup>202</sup>，蓋物權採法定主義，當事人自不得主張受到信賴利益的保護。

### 第二項 要件分析

#### 第一款 須自始有給付障礙存在

依據德國民法第 311 條之 1 第 1 項可知，自始不能之構成，須於締約時，已存在給付障礙之事由；又依據我國民法第 246 條第 1 項但書之文義：「……當事人訂約時並預期於不能之情形……」可知，在我國亦以訂約時有無給付障礙，作爲認定是自始不能或嗣後不能之依據。是以，區分自始不能和嗣後不能之標準，自應以締約時來斷定，此亦爲我國通說所採<sup>203</sup>。

而給付障礙在概念上，學者認爲包括自然法則上不能和法律上不能以及事實上不能<sup>204</sup>。所謂自然法則上不能指，依自然法則上之理由或是依科學技術及標準，任何人均無法履行原定債務(例如買賣的房屋已滅失)。而法律上不能指，契約所約定之給付，基於法律上之理由而無法被履行(例如給付標的爲違禁物或不融通物)；不過須注意，如違反之法規非效力規定，而爲取締規定時，並無民法

<sup>201</sup> 王澤鑑，出賣被查封的不動產與給付不能-最高法院 82 年度台上字第 1034 號判決之檢討，法學叢刊第 39 卷第 1 期，1994 年 1 月，頁 3；楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月，頁 5；詹森林，自始客觀不能，月旦法學教室試刊號，2002 年 10 月，頁 54；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 269。相反之見解，詳見馬維麟，民法債編註釋書(三)，五南圖書出版，1996 年 9 月，頁 143~145。

<sup>202</sup> 馬維麟，民法債編註釋書(三)，五南圖書出版，1996 年 9 月，頁 142。

<sup>203</sup> 詳見本文注 47。

<sup>204</sup> 以下整理自姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 78~81。



第 246 條之適用，契約仍有效<sup>205</sup>。事實上不能指，其給付可行，但是給付之花費和給付之價值存在顯然不相當之狀態，此種事實上不能雖非任何人均無法給付，但是對於任何人而言，存在一個相當大的及無法克服的困難性，致使任何一個理性之人，若無其他特別動機下，不會嘗試冒險為該給付(例如約定交易沉於海底的戒指)。

本文認為自始客觀不能的給付障礙，包括自然法則的不能和法律上之不能，惟是否包括事實上不能恐有值得探討的空間。蓋若認為自始客觀不能，包括事實上不能，雖和目前德國之見解相同(德國民法第 311 條之 1 第 1 項和民法第 275 條第 2 項參照)，但是目前德國民法就自始不能已改採原則有效之見解，締約時有事實上不能之情形，原給付義務被排除，在符合民法第 311 條之 1 第 2 項之規定下，債權人可以向債務人請求代替原給付之損害賠償；反觀我國民法第 246 條第 1 項前段，就自始客觀不能仍採無效的看法，若認為包括事實上之不能，將無法充分保障債權人利益和維持契約效力，有擴大民法第 246 條不當立法之嫌。因此自始客觀不能的締約時給付障礙，應不包括事實上不能，較為妥適。

## 第二款 永久不能與客觀不能

就理論上而言，若自始客觀不能的給付障礙不具有持續性仍有排除可能，此時斷無強制規定契約無效之必要，此觀之民法第 246 條第 1 項但書之規定自明。因此通說認為，給付不能須具有持續性，若僅為暫時不能，並不適用於民法第 246 條第 1 項前段之規定<sup>206</sup>。不過在實際上要如何判斷給付障礙具有持續性？在因為自然法則上之障礙所造成之給付不能的情形時(例如買賣標的物自始燒毀)，由於給付障礙不會有嗣後排除之可能，判斷上較無問題；有疑問者乃是，因為法律上之障礙所造成之給付不能的情形(例如給付標的物為違禁物)，由於法律規定有可能會變更，若認為給付障礙須永遠存在，才會構成自始客觀不能，倘嗣後法律變更，此時給付障礙不具有持續性，是否表示契約即會因此而有效？若採肯定見解，是否有礙法律安定性？針對此一問題，本文將於本章第 3 節第 1 項中進行討論。

<sup>205</sup> 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 80，注 56。

<sup>206</sup> 邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，自版，2001 年 2 月新訂 1 版，頁 517；姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 83；馬維麟，民法債編註釋書(三)，五南圖書出版，1996 年 9 月，頁 151；葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年，頁 64。

另外民法第 246 條之構成，須自始具有客觀不能的給付障礙，而有關客觀不能和主觀不能的區分方式，依本文上述見解，是以不能給付之人的範圍為判斷標準；所謂客觀不能乃契約標的對任何人來說，均無法給付。相關內容詳見本文第 2 章第 1 節第 1 項。

## 第二節 自始客觀不能的效果

若自始客觀不能符合民法債編各論的特別規定時，則優先適用特別規定來定其效力，自不待言，例如甲出賣不存在的債權給乙，由於民法第 350 條在某一範圍內乃第 246 條第 1 項前段的特別規定，故此時應優先適用民法第 350 條和民法第 353 條之規定，亦即該買賣契約仍有效，甲須對乙負擔債務不履行損害賠償責任。

而本文在此所欲探討者為，若自始客觀不能非適用民法債編各論的特別規定，而適用自始客觀不能原則性規定(民法第 246 條)時，會產生如何的法律效果？分析如下。

### 第一項 絕對無效與相對無效

若當事人於締約時已知房屋燒毀，卻仍然出賣給他方，若允許其嗣後再依民法第 246 條主張無效，恐有悖於誠信原則，是否妥適，不無疑義？且自始不能涉及到締約前告知義務的違反，而告知義務保護的對象為他方當事人，當事人可否主張？因此在自始客觀不能無效的情形，有限制當事人之一方主張無效的必要。而在外國法上，對如何限制當事人一方主張無效，學說上有提出「相對無效」<sup>207</sup>之概念的主張，可供作我國解釋民法第 246 條參考之用。因此以下先介紹外國法上「相對無效」之理論。

我國學者傳統上將無效區分為絕對無效和相對無效兩種。前者指任何人均得主張法律行為無效或對任何人均得主張法律行為無效；後者指僅得由特定人主張

---

<sup>207</sup> 瀨戶正二，契約の無効、取消，收錄於淡路剛久等著，遠藤浩等監修，現代契約法大系第 2 卷—現代契約の法理(2)，1988 年初版 3 刷，頁 223~224；佐藤秀勝，禁止法規違反行為と無効主張者の制限：ドイツ法を参考にして，一橋研究 26 卷 1 號，2001 年 4 月 30 日，頁 70 以下；佐藤秀勝，オーストリア法における無効主義者の制限：相對的無効概念を中心に，一橋論叢 127 卷 1 號，2002 年，頁 39 以下；熊谷芝青，日本民法における「無効及ヒ取消」：効力否認論序説，早稲田法学会誌 42 卷，1992 年 03 月 25 日，頁 208 以下；岡田愛，心裡留保と錯誤に基づく無効の効果について，大阪商業大學論集 5 卷第 1 號，2009 年 5 月，頁 311 以下。

法律行為無效或僅得對特定人主張法律行為無效<sup>208</sup>。此外傳統上認為無效以絕對無效為原則，相對無效為例外，相對無效須以法律有明文規定者為限；並且絕對無效和相對無效最大之差異點在於，無效之效力對於善意第三人可否主張？若法律有明文規定無效不可對抗善意第三人，則屬相對無效，反之，則屬絕對無效<sup>209</sup>。

不過上述就絕對無效和相對無效的區分方式，晚近受到學者所批評。有學者認為，通說不區分無效的原因，而使當事人雙方均可主張無效，是否妥適？且無效不論是相對無效或絕對無效，均屬無效之法律概念的問題，而無效可否對抗第三人，乃無效之法律效力之問題，通說相對無效之認定，恐有混淆兩者之嫌；且以無效得否對抗善意第三人，作為區分相對或絕對無效的標準，將會發生和私法信賴保護原則在規範功能上，相互重疊，造成相對無效無實際規範功能<sup>210</sup>。

因此學說上有提出以「法規範所保護利益之種類與性質」作為區分標準；若法規目的在保護一般、抽象公共利益，則為絕對無效，反之，法規目的在保護個別、特殊利益或特定當事人利益，並不直接涉及公共利益之維護，違反此等規範之法律行為，乃相對無效<sup>211</sup>。

而絕對無效的內涵，和傳統學說所建構的絕對無效大致相同，換言之，任何人均可主張無效；而相對無效的概念，由於在保護當事人之一方，因此僅能由被保護之人主張<sup>212</sup>。而其主張之方式，在立法例上，有兩種不同的規範模式。其一為，類似撤銷之概念；換言之，相對無效的法律行為，在有主張無效權利之人，主張無效之前，該法律行為有效<sup>213</sup>。其二為，類似效力未定之概念；亦即，相對無效的法律行為，以無效為原則，但是有無效主張權之人，可以放棄主張無效，而承認該法律行為，使該法律行為溯及生效<sup>214</sup>。不論是採上述何者方式來理解相

<sup>208</sup> 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 158~159。

<sup>209</sup> 王澤鑑，民法總則，王慕華發行，2000 年 9 月，頁 519。

<sup>210</sup> 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 163 以下。

<sup>211</sup> 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 192。

<sup>212</sup> 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 214。

<sup>213</sup> 依日本民法第 95 條前段之規定可知，意思表示有錯誤時，該意思表示無效。日本實務和學者認為，由於該條規定是在保護表意人，因此原則上只有表意人才可主張無效，而在表意人主張前，該意思表示仍有效。是以，該無效的效果即與撤銷無異，詳見岡田愛，心裡留保と錯誤に基づく無効の効果について，大阪商業大學論集 5 卷第 1 號，2009 年 5 月，頁 317~319。

<sup>214</sup> 有關相對無效法律行為之承認，詳見陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法

對無效，只要有無效主張權之人，不願意主張無效，該相對無效的法律行為即有效。

而民法第 246 條之無效，係屬絕對無效或相對無效？以下分別就傳統學者之見解，和本文之看法，分別討論如下。

## 第二項 傳統見解—民法第 246 條之絕對無效

就自始不能的法律效果而言，德國舊法因為受到羅馬法之影響，因此認為自始不能之契約無效。而我國繼受德國舊民法之規定，從而在民法第 246 條第 1 項前段，亦明文將自始不能的法律效果規定為無效。若以傳統學者對於無效的看法和絕對無效以及相對無效的區分方式而言，民法第 246 條之規定，因為無不可對抗善意第三人之明文<sup>215</sup>，所以性質上屬絕對無效。在此前提下，當事人可以請求的權利有：

### 第一款 損害賠償

#### 一、信賴利益損害賠償

##### (一)依民法第 247 條第 1 項

民法第 247 條第 1 項規定「契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負賠償責任。」，其中「損害賠償責任」所指為何？學者多數認為其指信賴利益的損害賠償責任，並非履行利益的損害賠償責任<sup>216</sup>；而實務亦採同一見解謂「契約因出賣人以不能之給付為標的而歸無效者，買受人所得請求賠償之範圍，依民法第 247 條第一項自以因信賴契約有效所受之損害為限，此即所謂消極的契約利益，亦稱之為信賴利益。例如訂約費用、準備履行所需費用或另失訂約機會

---

學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 227~233。

<sup>215</sup> 屬於相對無效之情形，例如民法第 87 條第 1 項但書、民法第 92 條第 2 項。

<sup>216</sup> 邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，自版，2001 年 2 月新訂 1 版，頁 519；黃茂榮，概論損害賠償之債(二)，植根雜誌，25 卷 4 期，2009 年 4 月，頁 136~137；王澤鑑，損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢，月旦法學雜誌第 119 期，2005 年 4 月，頁 130；林誠二，民法債編總論一體化解說(下)，瑞興圖書股份有限公司出版，2001 年 3 月，頁 203；劉昭辰，履行利益、信賴利益，月旦法學雜誌第 116 期，2005 年 1 月，頁 100。

之損害等是。至於積極的契約利益，即因契約履行所得之利益，尚不在得為請求賠償之列<sup>217</sup>。」

又從民法第 247 條第 1 項之規定可知，損害賠償須以他方當事人無過失才可請求，因此若他方當事人於締約時知悉給付障礙之存在，則無法請求信賴利益的損害賠償<sup>218</sup>，但是在立法論上有主張，即便相對人有過失仍可請求信賴利益的損害賠償，不過此時可用與有過失之法理，進行賠償數額的調整<sup>219</sup>。不過本文認為，若相對人已知悉或可得而知給付障礙的存在，此時已充分獲得締約之重要資訊，若仍訂立契約，應認已無保護之必要，因此相對人應無法請求損害賠償，而非適用與有過失之法理調整賠償金額。

此外信賴利益的賠償額，在德國法上明文認為不可大於履行利益的賠償額<sup>220</sup>，此見解亦為我國傳統學者所採<sup>221</sup>。不過傳統學說上信賴利益一定不能大於履行利益的命題，恐有值得討論之空間。理由在於若當事人是依據撤銷錯誤意思表示(民法第 91 條)，而對相對人負賠償責任，基於法律保護表意人無須就主觀上無意欲的行為負責之理由，其賠償自無法大於履行利益。不過民法第 247 條並無此一保護損害賠償義務人的理由存在，蓋自始客觀不能契約無效，主要是因為事物當然之理，和民法第 91 條不同，並無保護任何一方當事人利益存在之意；且因契約無效有過失之人，並不存在保護理由，故須就完整的範圍賠償，換言之，民法第 247 條之信賴利益未必須小於履行利益<sup>222</sup>。因此信賴利益賠償額是否一定不能大於履行利益，須視當事人所違反的法規目的而定，不可一概而論。

## (二)依民法第 113 條？

<sup>217</sup> 最高法院 51 年台上字第 2101 號判例。

<sup>218</sup> 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 91；民法第 247 條立法理由：「查民律草案第五百十五條理由謂以不能給付為標的之契約，如當事人兩造皆明其不能給付，或因過失而不知者，其契約當然無效，損害賠償之問題，亦不發生。若僅當事人之一造知其不能給付，或因過失而不知之，則對於相對人，仍應負損害賠償之責。」

<sup>219</sup> 大山直樹，我が国における契約締結上の過失責任をめぐる諸問題に関する一考察，東洋大学大学院紀要 46 集，2009 年，頁 10；潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 37；楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月，頁 8；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 256。

<sup>220</sup> 德國民法第 122 條第 1 項(相當我國 91 條)和德國舊民法第 307 條第 1 項(相當我國民法第 247 條)明文規定，信賴利益不得大於履行利益，參見林誠二，民法理論與問題研究，瑞興圖書股份有限公司出版，1991 年 7 月，頁 324；潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 317。

<sup>221</sup> 林誠二，民法理論與問題研究，瑞興圖書股份有限公司出版，1991 年 7 月，頁 324，注 101。

<sup>222</sup> 劉昭辰，履行利益、信賴利益，月旦法學雜誌第 116 期，2005 年 1 月，頁 108~109。

依最高法院 79 年台上字第 2147 號判決之見解<sup>223</sup>「所謂給付不能，有自始不能與嗣後不能，主觀不能與客觀不能之分。其為自始客觀不能者，法律行為當然無效，當事人於行為當時知其無效或可得而知者，依民法第 113 條規定，應負回復原狀或損害賠償之責任；其為自始主觀、嗣後客觀或嗣後主觀不能者，則生債務不履行之問題，債權人得依民法第 226 條規定，請求債務人賠償損害，或於解除契約後依民法第 259 條及第 260 條規定，請求回復原狀及賠償損害，二者之法律效果並不相同」。就此可知，實務見解認為在構成自始客觀不能時，亦可依民法第 113 條主張回復原狀或損害賠償。

不過此一見解是否妥適，備受學者所批判。蓋，就民法第 113 條之損害賠償的效果而言，僅要求賠償義務人，於行為時知其無效或可得而知，即須負擔損害賠償之責；反觀民法第 247 條之損害賠償，除了要求賠償義務人，於訂約時知其不能或可得而知外，還要求賠償權利人須善意並無過失；此外，就消滅時效來比較，民法第 247 條乃 2 年，而民法第 113 條為 15 年，若認為在自始客觀不能的情況下，當事人可適用民法第 113 條主張損害賠償，將造成民法第 247 條被架空的疑慮<sup>224</sup>。本文贊同上述學說主張而認為，契約依民法第 246 條無效時，不可依民法第 113 條請求損害賠償。

## 二、履行利益的損害賠償

向來傳統之見解認為，所謂履行利益(積極利益)是指，法律行為(尤其是契約)有效成立，但因債務不履行而生之損失；而信賴利益(消極利益)指，法律行為(契約)不成立或無效時，由於信其契約有效成立而遭受的損害<sup>225</sup>。就此可知，信賴利益和履行利益的區分標準在於，法律行為是否有效成立<sup>226</sup>。而自始客觀不能之效果，為契約無效，因此相對人依民法第 247 條請求之損害賠償的性質，按照傳統

<sup>223</sup> 相同見解：最高法院 92 年台上字第 2786 號判決、最高法院 87 年台上字第 1396 號判決、最高法院 89 年台上字第 2102 號判決。

<sup>224</sup> 詹森林，再論民法第 113 條與其他規定之競合關係，台灣本土法學雜誌第 29 期，2001 年 12 月，頁 31 以下；曾品傑，債務不履行之新風貌，台灣本土法學雜誌第 77 期，2005 年 12 月，頁 175。

<sup>225</sup> 實務亦採相似見解，79 年台上字第 2292 號判決「所謂信賴利益或信任利益之損害，係指信賴『無效』之法律行為，誤以為有效所受之損害，此與法律行為原屬有效，於債務人履行該法律行為後，債權人可得受之利益，而因債務不履行致受損害，債務人應賠償債權人所受該『履行利益』之損害，顯屬有間。」

<sup>226</sup> 林誠二教授認為，債務不履行，係法律行為成立有效後，所產生的狀態，此項損害賠償，乃原有給付之替代，故以法律行為「有效」為前提；至信賴利益賠償，則係法律行為成立後因無效所生的損害排除，故以「無效」為前提，參見林誠二，民法理論與問題研究，瑞興圖書股份有限公司出版，1991 年 7 月，頁 283。

學者之區分標準，為信賴利益而非履行利益，此亦為從羅馬法以來，向來所承認的看法<sup>227</sup>。

但是在契約無效或不成立時，當事人是否真的僅能請求信賴利益，而無請求履行利益的可能性？針對此一問題，雖學說上有認為即使契約無效、不成立之場合，也有成立履行利益的可能性，例如沒有義務違反的話，可以確實締結有效之契約，此時當事人須賠償契約若履行的話，他方當事人可以得到的利益(履行利益)，其具體事例即為，在契約已接近締結階段，一方當事人無正當理由拒絕締約<sup>228</sup>。

惟在自始客觀不能的情形，無法適用上述理論。蓋若當事人未違反義務(即有告知他方當事人，自始有客觀不能之給付障礙的情形)，他方當事人即不會和其締約，從而不會有履行契約的可能性，因此他方當事人自不可請求履行利益的損害賠償。但是，若當事人明知給付不能仍為締約之行爲者，基於禁反言原則，他方相對人亦有選擇履行利益之損害賠償之機會<sup>229</sup>。

## 第二款 回復原狀

### 一、民法第 767 條第 1 項前段或民法第 179 條

若當事人的給付不生物權效力，此時當事人可依民法第 767 條第 1 項前段，請求返還所爲之給付<sup>230</sup>。例如在舊土地法 30 條刪除前，買受人不具有自耕能力，和出賣人訂立買賣農地契約並交付農地，此時債權行爲違反民法第 246 條第 1 項無效，而物權行爲違反舊土地法第 30 條和民法第 71 條前段而無效<sup>231</sup>，若地政機關因爲疏忽，而誤爲土地移轉登記，此時出賣人即可依民法第 767 條第 1 項前段，請求返還土地並塗銷登記。且出賣人亦可依民法第 179 條請求返還，蓋此時債權行爲因爲自始客觀不能而無效，買受人受領利益即無法律上原因，構成不當得利

<sup>227</sup> 石田文次郎，消極的利益の賠償を論ず（一），法學論叢（京都大学）8 卷 5 号，1922 年 11 月，頁 27；ゲオルク・クリンゲンベルク著，瀧澤榮治譯，ローマ債權法講義，大學教育，2001 年，頁 62。

<sup>228</sup> 日本多數學說認為，雖然通常在締約中斷的情形，當事人僅能請求信賴利益的賠償，但是在交涉已近締約的階段時，當事人亦可請求履行利益的損害賠償，詳見池田清治，契約交渉の破棄とその責任(1)―現代における信賴保護の一態様として，北大法學論集第 42 卷 1 號，1991 年 11 月 30 日，頁 44。

<sup>229</sup> 楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月，頁 17。

<sup>230</sup> 詹森林，自始客觀不能(二)，月旦法學教室第 2 期，2002 年 12 月，頁 56。

<sup>231</sup> 最高法院 65 年第 9 次民事庭會議決議。

又，若契約之給付不但構成民法第 246 條第 1 項前段，且違反強制或禁止規定時(例如違反舊土地法第 30 條之私有農地買賣)，則已給付之一方當事人，得否依據不當得利請求返還給付？換句話說，在此有無民法第 180 條第 4 款之適用？針對此一問題，實務認為<sup>233</sup>：「按民法第一百八十四條第四款規定，因不法原因而為給付者，不得請求返還。所謂不法原因係指給付之原因違反公共秩序或善良風俗而言，非謂凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。蓋法律禁止或強制規定，或因國家政策考量之結果，若概指為不法原因之給付而謂已給付者不得請求返還，將有失衡平。」，從站在避免適用民法第 180 條第 4 款之結果，反而使受利人得享有不法利益，造成「不法即合法」之不當結果，在認定違反強行或禁止規定時，是否構成不法給付，仍須斟酌該規定之立法意旨<sup>234</sup>，實務上開見解值得讚同。故不可僅因當事人之給付違反強行禁止規定，即不准給付之當事人依不當得利請求返還。

## 二、民法第 113 條回復原狀

有疑義者，在契約因民法第 246 條第 1 項前段無效時，當事人可否依民法第 113 條請求回復原狀？依上述最高法院 79 年台上字第 2147 號判決之見解可知，自始客觀不能者，法律行為當然無效，當事人於行為當時知其無效或可得而知者，依民法第 113 條規定，應負回復原狀之責。

不過實務之見解是否妥適，不無疑義。蓋就民法第 113 條之回復原狀的效果而言，民法第 113 條要求當事人之一方於行為時知其無效或可得而知，相對人才可請求回復原狀；可是自始客觀不能的法律效果，依民法第 246 條第 1 項前段之規定乃無效，此時當事人本可依據不當得利主張回復原狀，而不當得利並不要求當事人就利益的不當移動，有可歸責事由<sup>235</sup>，因此適用民法第 113 條機會不大。

綜合上述，本文認為，在自始客觀不能的情況下，並不適用民法第 113 條之規定。實務之見解，尚有討論之空間。

<sup>232</sup> 台灣高等法院 93 年上易字第 1114 號判決。

<sup>233</sup> 最高法院 81 年台上字第 742 號判決。

<sup>234</sup> 詹森林，自始客觀不能(二)，月旦法學教室第 2 期，2002 年 12 月，頁 57。

<sup>235</sup> 林誠二，民法債編總論一體系化解說(上)，瑞興圖書股份有限公司出版，2000 年 9 月，頁 197；邱聰智，新訂民法債編通則(上)，自版，2000 年 9 月新訂 1 版，頁 105。



### 第三項 依無效原因區分民法第 246 條之無效

#### 第一款 民法第 246 條係屬絕對無效或相對無效

雖有學者認為，民法第 246 條之無效，因其與契約法之公共政策有關，事涉契約雙方當事人之共同利益，是一種絕對無效。蓋契約標的不能之無效，乃能否發揮「契約之社會、經濟效益」層面上的問題，不是能否實現「契約正義」層面上之問題，契約標的既然自始失其客體，契約交易目的自始確定不能實現，從國家法的角度而言，該契約因無法發揮其社會經濟效益，如承認其效力，強制其實現，使其具有強制拘束力與履行力，不但沒有意義且無必要<sup>236</sup>。

不過本文認為，民法第 246 條第 1 項前段之無效，係屬絕對無效或相對無效，不可一概而論。契約以不能給付為標的，該不能給付之原因，可能因為自然法則而不能或因法律規定而不能；針對因法律規定而不能而言，固須視法規保護的目的為私人利益或公共利益而分別認定<sup>237</sup>，但是契約標的因為自然法則之不能，而無法給付時，應屬相對無效。其理由在於：

雖依照民法第 246 條之立法理由可知，自始客觀不能之所以規定無效，乃是因為此時契約已無法履行，繼續讓其存在，並無意義<sup>238</sup>。不過此一看法並非妥適，蓋契約義務可否被履行，和契約是否有效成立，並無邏輯上的必然關連<sup>239</sup>，從而此一立法理由之妥當性，恐值懷疑，就民法第 246 條，有必要找尋其他勉強足以支撐其存在之理由。

在定位上，自始客觀不能性質上即為締約上過失之問題<sup>240</sup>，當事人若違反該

<sup>236</sup> 陳忠五教授於民法研究會第 11 次研討會後書面答覆，出自陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，收錄於民法研究第 3 冊，頁 198；陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 194；相同見解，參照岡田愛，心裡留保と錯誤に基づく無効の効果について，大阪商業大學論集 5 卷第 1 號，2009 年 5 月，頁 320。

<sup>237</sup> 因為法律規定而自始不能時，會受到民法第 71 條影響，而民法第 71 條是絕對無效或相對無效，須視違反之法規，其所保護之利益而定，詳見陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 197；佐藤秀勝，禁止法規違反行為と無効主張者の制限：ドイツ法を参考にして，一橋研究 26 卷 1 號，2001 年 4 月 30 日，頁 81；佐藤秀勝，オーストリア法における無効主義者の制限：相對的無効概念を中心に，一橋論叢 127 卷 1 號，2002 年，頁 42。

<sup>238</sup> 民法第 246 條之立法理由：「謹按民律草案第五百十三條及第五百十七條謂當事人，得自由以契約訂定債務關係之內容，而其標的，則以可能給付為必要。故以客觀之不能給付（不問其為相對的不能或絕對的不能）為標的之契約，法律上認為無效，所以防無益之爭議也。但係主觀之不能給付，其契約仍應認為有效，使債務人負擔損害賠償之責，此無待明文規定也……」

<sup>239</sup> 林誠二，民法債編總論一體系化解說（下），瑞興圖書股份有限公司出版，2001 年 3 月，頁 209。

<sup>240</sup> 邱聰智，新訂民法債篇通則（下），自版，2001 年 2 月新訂 1 版，頁 514；林誠二，民法債編總論一體系化解說（下），瑞興圖書股份有限公司出版，2001 年 3 月，頁 200；王澤鑑，締約上之過

締約前確認自己有無給付能力並告知相對人之義務，應對他方當事人負締約上過失的損害賠償責任。依民法第213條之規定，損害賠償以回復原狀為原則；在回復原狀的情況下(回復到義務未違反的狀態)，當事人明知或可得而知自始給付不能的障礙，就不應為訂約之行爲，從而不致使契約有效成立<sup>241</sup> (或回復到當事人對他方當事人有盡告知義務之狀態，此時他方當事人知當事人已無法給付時，就不會和當事人訂立契約<sup>242</sup>，因此契約不會有效成立)。故民法第246條之規定，以締約上過失為由認為無效，有其正當性。

嚴格來說，他方當事人在當事人未盡告知義務的情況下，本可向當事人依締約上之過失，廢棄(解除)契約(相關討論詳見本文第2章第3節第3項)；在私法自治的觀點下，立法者並無必要強制介入規定契約無效，尤其在履行利益通常大於信賴利益的前提下，有理性之他方當事人，通常不會主張該契約無效，而使自己有向當事人主張履行利益的機會。故是否要主張跳脫此一法律關係，應由他方當事人自己決定，從而更可見立法者將自始不能強制規定無效之不當。因此或許以締約上之過失來作為民法第246條無效的理由，亦有不當之處，不過相較於民法第246條原本之立法理由，以締約上過失來掌握，將可以減少民法第246條之適用機會，乃不得不之考量。

是以，若將「自始客觀不能，契約無效」之原因，以締約上過失責任來掌握；締約時當事人應負有「確認自己有無給付能力並告知他方當事人」之締約前義務，使他方當事人能夠在締約時獲得充分資訊，來做是否訂約之決定<sup>243</sup>。就此可知，民法第246條乃是為保護他方當事人自主決定權所設，自應僅能由他方當事人主張無效，性質上即為相對無效。

## 第二款 民法第246條中相對無效之分析

---

失，收錄於氏著，民法學說與判例研究第一冊，自版，1975年6月，頁88；王澤鑑，給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第一冊，自版，1975年6月，頁421；李銀榮，原始的不能と契約締結上の過失責任，收錄於加藤雅信等編集，21世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流紀念，信山社，2005年，頁128。

<sup>241</sup> 劉昭辰，履行利益、信賴利益，月旦法學雜誌第116期，2005年1月，頁100；田中教雄，原始的不能による損害賠償について—ドイツ民法第311a条の立法過程を手がかりにして，法政研究72卷3号，2006年1月25日，頁781。

<sup>242</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003年第2版，頁531。

<sup>243</sup> 雖然在因為法律規定而不能給付的情況下，當事人亦有告知相對人義務，來保障相對人自主決定權。不過因違反禁止規定而無效的情形，是否為相對無效，尚須探究被違反之法規所保護的利益，因此不一定均為相對無效。

依循上述之思考脈絡，自始客觀不能的理論建構，來自於締約上之過失，因此只有在當事人要對自始客觀不能之事實，負締約上過失責任時，契約才會因為違反民法第 246 條第 1 項前段之規定而無效。從而民法第 246 條第 1 項前段之規定，應限縮在有民法第 247 條之情況時(當事人於訂約時知其不能或可得而知者，而他方當事人非因過失而不知)才有適用餘地，蓋當事人符合締約上過失的歸責要件，才須負擔締約上過失責任。以下用「甲出賣給乙之 A 屋在締約前已因火災滅失」為事例，分別依據各種不同的具體情況，來進行分析說明：

### 一、甲知悉或可得而知 A 屋已滅失，而乙不可歸責而不知：

在此一狀況時，甲須負擔締約上過失責任，因此甲、乙所訂之買賣契約依民法第 246 條第 1 項前段而無效。不過由於該條法律規定保障的對象為乙，此時只能由乙來主張買賣契約無效。若乙主張契約無效，此時甲須依民法第 247 條第 1 項，對乙負擔信賴利益的損害賠償。

反之，若乙不主張無效，而向法院起訴請求甲依民法第 226 條第 1 項負債務不履行的損害賠償時，由於相對無效的承認，原則無需踐行一定方式，明示或默示均無不可，只要具備承認權之人，有在任何客觀上足以使相對人推知其有承認意思之行為，均足當之(例如向法院起訴請求該給付義務)<sup>244</sup>，因此乙向甲訴請賠償之行為，客觀上可認為乙有承認該相對無效的買賣契約之意，(放棄依民法第 246 條第 1 項前段主張買賣契約無效之機會)，從而使該買賣契約溯及自始生效。

又在舉證責任採規範說之見解下，雖民法第 246 條第 1 項前段之無效屬於權利障礙事由，應由主張權利不存在之甲負舉證責任<sup>245,246</sup>，但是基於誠信原則(甲明知有給付障礙卻仍締約，自不可嗣後再主張無效)，和民法第 246 條之規範保護目的(締約前資訊提供義務保障之對象為乙)，甲自不得在訴訟中主張該買賣契約違反民法第 246 條第 1 項前段而無效。且民法第 246 條，僅涉及到當事人間的私益，不涉公益，仍有辯論主義之適用，因此當事人若不主張系爭買賣契約違反民

<sup>244</sup> 參見陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 237~238。

<sup>245</sup> 在規範說下，否認權利存在之人，應就權利妨礙法律要件(權利障礙事由)、權利消滅法律要件、或權利抑制法律要件負舉證責任，參見姜世明，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋，新學林出版，2006 年 11 月，頁 201。

<sup>246</sup> 不過有學者認為，權利障礙抗辯，會使請求權消滅，因此訴訟中縱使相對人未提出，法院亦應職權審查，參見王澤鑑，民法總則，王慕華發行，2000 年 9 月，頁 103。

法第 246 條第 1 項前段，法院即不得主動依民事訴訟法第 288 條予以調查<sup>247</sup>。此外非買賣契約之當事人，通常無確認利益<sup>249</sup>，所以亦無法主張甲、乙間的買賣契約無效。

其結果造成，即便在自始客觀不能的情形，只要乙已舉證證明符合民法第 226 條第 1 項之要件，甲即須依民法第 226 條第 1 項負損害賠償責任(履行利益)。

## 二、甲明知或可得而知 A 屋已滅失，而乙亦明知或可得而知：

在甲、乙均於締約時明知 A 屋已被燒毀的情況下，由於甲和乙已知悉契約無法履行的事實，依照通常情形應認甲和乙應無訂立買賣契約之真意，其所為的買賣契約應可類推通謀虛偽意思表示之規定<sup>250</sup>，從而甲和乙所訂立之買賣契約，應屬無效。

除了上述情形外，若甲可得而知 A 屋已滅失，而乙明知或可得而知；或者是甲明知 A 屋已滅失，而乙可得而知 A 屋已滅失的情形，甲是否仍有締約前之告知義務，而須負擔締約上過失責任？立法論上有主張，乙明知或可得而知不能給付之事實，此時可適用與有過失之法理，並不因此排除甲之締約上過失責任<sup>251</sup>；惟本文認為，由於乙明知或可得而知給付不能之事實，其已有獲得充分資訊之可能，來決定是否訂約，再課與甲締約前說明義務已無必要，故甲不應負擔締

<sup>247</sup> 民事訴訟法第 288 條之適用範圍，僅限於一般事件其中涉及公益事件(例如股東會決議撤銷之訴)和有武器平等之虞之事件(例如公害事件、醫療事件及產品責任事件)，參見姜世明，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋，新學林出版，2006 年 11 月，頁 72。

<sup>248</sup> 雖實務見解(64 年台上字第 1352 號判例)有謂「土地法第三十條規定，私有農地所有權之移轉，其承受人以承受後能自耕者為限，而此項承受人自耕能力之有無，縱未經當事人主張或抗辯，法院亦應先為調查認定，以為判斷之依據，倘承買人並無自耕能力而竟承買私有農地，即係以不能之給付為契約標的，依民法第二百四十六條第一項前段之規定，其契約為無效。」(編註：本則判例於民國 90 年 3 月 20 日經最高法院 90 年度第 3 次民事庭會議決議以土地法第 30 條已於民國 89 年 1 月公布刪除為由，而不再援用。)

就此可知實務見解似乎認為，就是否構成民法第 246 條之事由，縱當事人未主張或抗辯，法院應主動調查認定。但是上開實務見解是針對契約自始違反舊土地法第 30 條之問題，而此種締約時契約標的已因法律規定而無法給付之無效的類型，須視其所違反之法律保護目的而定，由於該土地法保障的為農業發展之公共利益，因此屬於絕對無效，從而任何人均可主張。換言之，和本文在此所討論之情況並不相同。

<sup>249</sup> 依民事訴訟法第 247 條之規定可知，當事人須有確認利益，才能提起確認訴訟。

<sup>250</sup> 在日本學說上，有認為此時應類推通謀虛偽意思表示之規定，詳見潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 45。

<sup>251</sup> 大山直樹，我が国における契約締結上の過失責任をめぐる諸問題に関する一考察，東洋大学大学院紀要 46 集，2009 年，頁 10；潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 37；楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月，頁 8；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 256。

約上過失責任<sup>252</sup>。換言之，在此甲、乙所簽訂之買賣契約，並不適用民法第 246 條第 1 項前段之規定，從而契約仍有效<sup>253</sup>。

此時甲、乙間的法律關係，依給付不能之規定處理。由於甲在締約前可預見給付障礙之事由(房屋已因火災而滅失)，因該事由導致最後給付不能時，屬於甲契約上所須承擔的風險。是以，甲無法舉證免責，應依民法第 226 條第 1 項對乙負擔債務不履行責任<sup>254</sup>；不過由於在締約時，乙亦明知或可得而知上述給付不能之事實，所以可適用民法第 217 條之規定，來酌減損害賠償範圍。

### 三、甲不可歸責而不知 A 屋已滅失，而乙知悉或可得而知：

在此一狀況下，由於甲無須負擔締約上過失責任，因此甲、乙的買賣契約不適用民法第 246 條第 1 項前段，該買賣契約仍有效。且該給付障礙，於締約時甲未預見且無法要求甲預見，因此 A 屋因火災而滅失，非甲在契約上所承擔之事由，甲可依民法第 225 條之規定舉證免除債務不履行責任。

又 A 屋是否存在，屬於影響甲決定訂約的重要事實，甲誤認此一事實構成動機錯誤。由於 A 屋存在與否之事實，在交易上甚為重要，依民法第 88 條第 2 項和民法第 88 條第 1 項之規定，甲亦可撤銷該買賣契約。

### 四、甲不可歸責而不知 A 屋已滅失，而乙亦不可歸責而不知：

---

<sup>252</sup> 相似的立法，可參見我國保險法第 64 條。依保險法第 64 條第 1 項：「訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明。」可知，在締約前要保人對保險人有據實告知義務，且法理上屬於締約上之過失。若保險人已明知或可得而知要保險人所應告知之事實，此時對於保險人的危險評估不至於錯誤，因此即便要保人未盡其據實告知義務，仍不可依保險法第 64 條之規定解除契約。而保險法第 62 條：「當事人之一方對於左列各款，不負通知之義務：一、為他方所知者。二、依通常注意為他方所應知，或無法諉為不知者。三、一方對於他方經聲明不必通知者。」在此狀況下，亦有適用，詳見江朝國，保險法基礎理論，瑞興圖書股份有限公司出版，2003 年 9 月新修訂 4 版，頁 284~285。

此外奧地利民法第 878 條第 3 句(相當我國民法第 247 條)亦採相同之立法模式，詳見陳添輝，自始給付不能之契約效力—最高法院 96 年台上字第 2677 號判決之研究，法令月刊第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，頁 67。

<sup>253</sup> 雖然在此和民法第 247 條之立法理由(查民律草案第五百十五條理由謂以不能給付為標的之契約，如當事人兩造皆明其不能給付，或因過失而不知者，其契約當然無效，損害賠償之問題，亦不發生。若僅當事人之一造知其不能給付，或因過失而不知之，則對於相對人，仍應負損害賠償之責。此本條第一項所由設也……)抵觸，但是民法第 247 條基本上是依循民法第 246 條本來的立法理由為思考脈絡的基礎，而本文既然是重新找尋勉強可支持民法第 246 條之理由，在此自然會和民法第 247 條的立法理由所揭櫫之情況有所不同。

<sup>254</sup> 債務不履行的可歸責事由(不可歸責事由)內涵，應以契約上當事人承擔事由(非契約上當事人所承擔事由)來掌握，詳見本文第 2 章第 2 節第 3 項第 3 款。

由於甲無須負擔締約上過失責任，因此不適用民法第 246 條第 1 項前段之規定，甲、乙間的買賣契約仍有效。不過由於甲和乙均誤以為 A 屋仍未滅失而訂約，對於決定為買賣契約意思表示的重要事實(A 屋存在)認知錯誤，發生了雙方動機錯誤之問題。依學者之見解，在發生雙方動機錯誤的情形時，應由雙方當事人共同承擔此一法律行為基礎不存在的風險，此時應依誠信原則調整當事人間的法律關係<sup>255</sup>。本文認為，由於甲依民法第 225 條第 1 項之規定，已無給付 A 屋之義務，而乙依民法第 266 條第 1 項之規定，亦同免對待給付，此時繼續讓買賣關係存在已無實益，故應認甲和乙均可解除該買賣契約，來調整彼此間的法律關係。

### 第三款 小結

雖然將民法第 246 條之適用範圍，限縮於須債務人負有締約上過失時，始有適用，恐和民法第 246 條本來的立法意旨有不盡相符之處，但是就法學方法論而言，目的性限縮亦有為了追求比該法條之立法目的，更值得保障之利益，而限縮法律適用範圍的類型，不過由於此時的目的性限縮，將會違反立法者之意旨，因此需要更嚴謹的論證<sup>256</sup>。

本文認為，民法第 246 條本來之立法意旨，乃是因為自始給付不能，其契約已失其意義，因此為防無效之爭議，從而認為契約無效，不過當事人可否給付，和契約是否有效，並無邏輯上之必然關連性，此觀之我國民法第 350 條和德國民法第 311 條之 1 第 1 項自明，因此民法第 246 條的立法目的已不具正當性，相較於身為民法原則的私法自治，契約應儘量使其有效的規範秩序，自應退居後位，因此透過本文所採取之手段限縮民法第 246 條之範圍，來維護私法自治原則，應為可行之方案。

而在上述各種情形分析下，情況一和情況二的部分情形，雖然會造成甲和乙所訂立之契約無效。可是在情況一時，乙有是否主張無效的權限；若乙不主張契約無效，結果上仍可向甲依民法第 226 條第 1 項主張履行利益的損害賠償。

<sup>255</sup> 王澤鑑，民法總則，王慕華發行，2000 年 9 月，頁 401~402。

<sup>256</sup> 大法官在釋字第 362 號解釋即採用此一方式。大法官認為善意後婚者之信賴和婚姻自由之保障相較於民法第 988 條所追求的立法目的「一夫一妻之社會秩序」更值得保障，因此限縮民法第 988 條之範圍，在婚姻自由和信賴保護等非民法第 988 條立法目的下，始有重婚之適用，換言之，後婚是當事人非善意時才有適用餘地，詳見王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法雜誌第 4 期，2004 年 6 月，頁 25~29。

在情況二的部分情形(甲和乙均明知 A 屋已滅失)，甲、乙間的買賣契約雖然無效，惟是因爲類推通謀虛偽意思表示而無效，並非適用民法第 246 條第 1 項前段而無效。而其他情形，由於甲並不構成締約上過失，所以甲、乙間的買賣契約均有效，再分別依據給付不能和錯誤<sup>257</sup>以及其他意思表示瑕疵相關規定處理。

因此結論上可發現，民法第 246 條之存在，幾乎無實益<sup>258</sup>，在立法論上宜刪除之。

### 第三節 自始客觀不能實務相關案例分析

構成自始客觀不能的原因，有可能是因爲約定之給付違反法律之規定所造成，若當事人在訂約時，該契約約定之給付，違反法律之規定，不過嗣後法律變更，使給付變爲可能，此時契約的效力爲何？又實務上是否認爲只要契約之給付，自始違反法律規定，即一律適用民法第 246 條第 1 項前段，而不區分契約之給付所違反之法規的性質？且違反法律規定，是否即爲永久無法除去之障礙？針對上述之問題，本文將會在本節中，藉由分析相關之實務見解來進行檢討。

#### 第一項 農地買賣

##### 一、實務判決

依民國 89 年 01 月 26 日刪除前之土地法第 30 條之規定「私有農地所有權移轉，其承受人以能自耕者爲限，並不得移轉爲共有。但因繼承而移轉者，得爲共有。違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」可知，在民國 89 年土地法第 30 條刪除前，私有農地所有權之移轉，須以承受人具有自耕能力爲限。雖然土地法第 30 條目前已刪除，無自耕能力之私人，亦可承受農地所有權移轉，但是許多農地買賣的糾紛均發生在土地法第 30 條刪除前，故實務對於舊土地法第 30 條之見解，於驗證自始客觀不能之效力的問題上，有一定參考之價值。

依實務之見解<sup>259</sup>，於民國 89 年 01 月 26 日前，和無自耕能力者<sup>260</sup>買賣農地，就農地移轉的物權行爲，因違反舊土地法第 30 條之強行規定而無效(民法第 71

<sup>257</sup> 自始不能構成意思表示錯誤時，所涉及的通常爲動機錯誤，參見田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして 法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 785。

<sup>258</sup> 在契約標的因法律規定無法給付之情形時，亦同時構成民法第 71 條，此時依該規定，契約本應無效(依法律保護的法益，有可能爲絕對無效或相對無效)，無再依民法第 246 條來斷定契約有效性之必要，因此民法第 246 條規定在此亦無實益。

條)；就農地買賣的債權行爲，由於買賣契約所約定之給付(移轉私有農地之所有權與無自耕能力之人)，屬於違反強制規定(土地法第 30 條)之行爲，即屬法律上之給付不能，亦即客觀的給付不能(自始不能)，除非符合 246 條第 1 項但書和第 2 項之規定，否則依民法第 246 條第 1 項前段之規定，該買賣契約無效<sup>261</sup>。

若農地於民國 89 年 1 月 26 日(農業發展條例修正日)到民國 92 年 2 月 07 日前(農業發展條例第 11 條刪除)買賣者，須受到目前已刪除的農業發展條例第 11 條第 2 項「私人取得之農地面積合計超過二十公頃者，其超過部分之轉讓契約或取得行爲無效，並不得移轉登記。」所限制。而其具體的操作，可參考上述已刪除之土地法第 30 條之相關實務見解<sup>262</sup>。

## 二、臺灣高等法院暨所屬法院 89 年法律座談會<sup>263</sup>

在會中所提出「甲與乙在民國八十三年間，就甲所有之農地訂立買賣契約，將農地出賣予乙，甲隨即將土地交付乙使用，乙並即繳交大部分款項，惟因乙未具自耕能力，無法爲移轉登記，然因甲離鄉他遷，也未再積極辦理，亦未催繳餘款，土地仍由乙使用，嗣土地法於八十九年二月二日修正，乙乃請求甲將土地辦理移轉登記，問乙之請求有無理由？」之爭議問題，經討論後有以下意見及結論。

### (一)甲說

按「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者爲限，違反此項規定者，其所有權之移轉無效，土地法第三十條第一、二項定有明文，故約定出賣農地與無自耕能力人之買賣契約，除有民法第二百四十六條第一項但書及第二項之情形外，依同條第一項前段規定，其契約應屬無效，如當事人訂約時並無預期買賣之農地變爲非農地再爲移轉之情形，縱令契約成立後該農地已變爲非農地，亦不能使無效之契約成爲有效。」最高法院著有七十四年台上字第一七八一號判例<sup>264</sup>。

<sup>259</sup> 最高法院 65 年度第 9 次民庭庭推總會會議決議(二)。本則決議已因土地法第 30 條刪除而於民國 92 年 5 月 13 日經最高法院 92 年度第 8 次民事庭會議決議不再供參考。另相同見解，見詹森林，私有農地之買賣-最高法院相關判決之評析-，政大法學評論第 58 期，1997 年 12 月，頁 213~214。

<sup>260</sup> 有關自耕能力之判斷，詳見詹森林，私有農地之買賣-最高法院相關判決之評析-，政大法學評論第 58 期，1997 年 12 月，頁 206~208。

<sup>261</sup> 有關農地買賣例外有效之情形，詳見詹森林，自始客觀不能，月旦法學教室試刊號，2002 年 10 月，頁 53~54。

<sup>262</sup> 詹森林，自始客觀不能，月旦法學教室試刊號，2002 年 10 月，頁 52。

<sup>263</sup> 民事類提案第 2 號。

<sup>264</sup> 本文從司法院的法學資料檢索系統中查詢，此非判例而爲判決，在此恐爲誤植。



又法律之行爲之無效爲當然、自始、絕對無效，因此本件情形，買賣契約既因給付不能，而無效，自不因嗣後法律之修正而受影響，買賣契約既爲無效，乙自不得請求甲移轉土地之所有權。

## (二)乙說

按法律概念之作用係在發現並堆砌法律規範，其正確性之檢驗並不僅僅在於內在邏輯之一致性，更在於是否符合於公義之實踐，而法律行爲因爲瑕疵所生之法律效果，固然可以區分爲無效或得撤銷，並在要件之構成以及效力之強弱上作出區別，但是在現實社會的情況，法律行爲之無效必須經過法院加以宣告，例如民法第六十四條董事行爲無效之宣告，或是並不使無效之法律行爲絕對無效，例如民法第二百四十六條第一項但書等，其實踐上之意義乃在當法律行爲之無效可能反而使當事人間法律關係陷入一種非法律目的所欲產生之結果時，寧可放棄概念上一致性，而追求當事人間權利義務關係的公義規範。在農地買賣之情形，目前實務上均係認爲係因給付不能而依民法第二百四十六條第一項前段之成爲無效，但同條項但書亦規定在當事人有預期之情形下，仍可使法律行爲成爲有效，可見因爲給付不能所產生之法律行爲無效之法律效果，法律仍然允許在特定狀況下，使法律行爲轉而成爲有效之法律行爲，則在法律有修正，使農地之移轉不再以具有自耕能力者爲限之情形下，給付已經不再是一種不能狀態，殊無必要仍持無效法律概念之運作，而認爲仍然屬於一種無效之法律行爲。因此在本案之情形，法律行爲仍爲有效，乙之請求爲有理由。

審查意見和研討結果均採甲說。

## (三)評析

依民法第 246 條第 1 項但書之規定可知，當事人以自始不能給付爲契約標的，若該履行障礙可於日後除去，並且當事人締約時有預期時，於障礙除去後，該契約仍有效。惟若當事人於締約時並未預期履行障礙於日後可除去，而該給付不能的事由於日後除去時，此時契約效力爲何？

針對此一部分，最高法院 66 年台上字第 2655 號判例<sup>265</sup>曾謂「查私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者爲限，違反前項規定者，其所有權之移轉無效，

<sup>265</sup> 雖本則判例已經最高法院 90 年度第 3 次民事庭會議決議不再援用，但是其不再援用之理由乃是土地法第 30 條之刪除，並非是判例對於民法第 246 條第 1 項但書之解釋有所不當，因此判例

土地法第三十條第一、二項定有明文。故約定出賣私有農地與無自耕能力人之買賣契約，除有民法第二百四十六條第一項但書及第二項之情形外，依同條第一項前段規定，其契約應屬無效。如此項契約當事人訂約時並無預期買賣之農地變為非農地後再為移轉之情形，縱令契約成立後該農地已變為非農地，亦不能使無效之契約成為有效。」是以最高法院似乎認為，若雙方當事人未預期到日後履行障礙可除去，即不符合民法第 246 條第 1 項但書的文義，因此回歸民法第 246 條第 1 項的本文，該契約無效；且此一無效的契約，並不會因為履行障礙日後除去，而使之變為有效。而本法律問題之結論，亦採相同之看法。不過此一見解是否妥適？恐有探究之空間。蓋實務之見解，雖使已無效的法律行為，不會因為嗣後法律之變更而有效，貫徹了法律安定性。但是卻無法使契約效力有效維持，不符合當事人訂約之真意。

而乙說之結論，站在維護私法自治，契約應盡量維持其效力之見解，其用心值得贊同。但是其見解已背離傳統學說對於無效概念之認知<sup>266</sup>；且不論給付障礙被排除之時間的長短，均認為可以補正無效，似乎亦有礙法律安定性，因此亦有檢討之必要。

是以，上述甲、乙兩說均有所不當。本文認為，此一問題，應考量在無效之法律概念下，於契約效力之維持和貫徹法律安定性之間找尋平衡點。學說上有主張，給付之客體若於契約訂立後，已變為可能，倘他方當事人尚未獲得民法第 247 條信賴利益的損害賠償，而該給付對於其尚有利益時，則可適用(類推)民法第 227 條之 2 之情事變更之規範，調整雙方當事人間之法律關係<sup>267</sup>。此見解值得贊同，蓋用情事變更原則調整當事人間的法律關係，可以避免採取無效補正看法，使無效的法律概念崩解的不當；且利用他方當事人是否已取得信賴利益損害賠償，來作為限制用情事變更原則，調整當事人法律關係的時間點，亦兼顧法律安定性。至於要如何調整當事人間的法律關係？本文認為，似可引進再交涉義務<sup>268</sup>，使當事人在此一狀況下，重新締結契約。

---

對於民法第 246 條第 1 項但書的論述，仍具有相當參考價值。

<sup>266</sup> 即便是採本文認定民法第 246 條之無效的方式，土地法第 30 條保障的為農業發展之公共利益，故該無效應屬絕對無效，而非相對無效，從而不可補正。

<sup>267</sup> 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 86。

<sup>268</sup> 有關再交涉義務的介紹，參見潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 230 以下。

不過像本件的情形，由於乙於訂約時已知悉自始給付不能的障礙，因此並無法向甲請求信賴利益的損害賠償，從而無標準可用來作為限制當事人依情事變更原則，調整法律關係的時間點。在此本文認為，可考慮用當事人原本契約的履行期，作為限制當事人用情事變更調整法律關係的時點，以維護法律安定性。

換言之，在本件事實中，若土地法第 30 條之刪除，是在履行期間內的話，此時可依情事變更原則，來調整當事人間的法律關係，使甲、乙有重新訂約之可能。反之，在履行期過後，給付障礙才排除，此時基於法律安定性，應無法再依情事變更原則，調整甲和乙的法律關係。

## 第二項 違反取締規定之契約

### 第一款 臺灣高等法院 96 年上易字第 543 號判決(承租國宅)

#### 一、案件事實

就涉及到自始客觀不能的案件事實大致可以簡化為，被上訴人將其所居住之國宅，出租於上訴人供作經營寵物店之用，並於 94 年 2 月 27 日與上訴人簽訂「店屋租賃契約書」，租期自 94 年 3 月 1 日起至 98 年 5 月 31 日止，每月租金 45,000 元。

嗣後台北市政府於 94 年 6 月 15 日發函與上訴人，稱系爭房屋乃居住用國宅，不得開店對外營業，否則將依法收回該住宅及基地，並得移送法院裁定後強制執行，上訴人始發覺受騙，因此主張系爭租賃契約自始即違反法律規定，依民法第 246 條第 1 項規定而無效，進而依民法第 247 條請求被上訴人賠償其信系爭租賃契約有效而支出裝潢費用 21 萬元。

#### 二、法院見解

本件系爭租賃契約，是否構成民法第 246 條第 1 項前段而無效？法院認為，被上訴人和上訴人之一陳○○所簽訂的租賃契約，雖違反「國民住宅條例」第 21 條第 5 款<sup>269</sup>，但是由於該條例性質為取締規定而非效力規定，從而上開契約並不違反民法第 246 條第 1 項前段之規定仍有效。法院略以「…按以不能之給付為

<sup>269</sup> 政府興建之國民住宅出售後，有左列情事之一者，國民住宅主管機關得收回該住宅及基地，並得移送法院裁定後強制執行：……第五款變更為非居住使用或出租，經通知後逾三十日未予回復或退租。……

契約標的者，其契約為無效，固為民法第 246 條第 1 項前段所明定。惟本條項所指給付不能，僅限於自始客觀不能情形，其契約始為無效。經查：政府直接興建之國民住宅，承購人如有變更為非居住使用或出租者，依國民住宅條例第 21 條第 1 項第 5 款之規定，經國民住宅主管機關通知後逾 30 日未予回復或退租者，國民住宅主管機關得收回該國宅及基地之問題，並非承購人一旦變更為非居住使用或有出租之行為，即概為無效。換言之，國民住宅條例第 21 條之規定，並非效力規定，系爭租賃契約縱有違反該規定，並非當然無效。因此，本件被上訴人陳○○將系爭房屋出租予上訴人張○○經營系爭寵物店使用，固違反國民住宅條例第 21 條第 1 項第 5 款規定，惟並不能據此認定張○○與陳○○間所簽訂之系爭租賃契約，係以不能之給付為契約標的而為無效。是上訴人張○○主張系爭租賃契約為無效，依民法第 247 條、第 184 條第 2 項規定，請求被上訴人陳○○賠償其支出之裝潢費 21 萬元，為無理由。<sup>270</sup>

## 第二款 臺灣高等法院 98 年建上字第 63 號判決(違反土地法相關規定之委任契約)

### 一、案件事實

就涉及到自始客觀不能的案件事實大致可以簡化為，被上訴人(委任人)為興建寶山高爾夫球場會館大樓，乃於民國 88 年 9 月 16 日與上訴人(受任人)簽訂寶山高爾夫球場會館大樓新建工程委任契約書及委任契約書但書，惟系爭委任契約內容，違反土地法第 84 條、飲用水管理條例第 5 條第 1 項第 7 款、水污染防治法第 13 條、建築法第 25 條第 1 項、山坡地保育利用條例第 10 條、第 30 條之 1 第 6 款、區域計畫法第 15 條及同法施行細則第 15 條等規範，因此在上訴人向被上訴人請求委任契約報酬時，被上訴人主張系爭契約因構成民法第 246 條而無效，而拒絕給付報酬。

<sup>270</sup> 本件第一審法院亦採相似見解，其謂「按以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。固為民法第 246 條第 1 項前段所明定。惟依誠信及私法自治原則併考量交易習慣，通說認為本條項所指給付不能應排除主觀不能之情形，亦即僅限於自始客觀不能情形，其契約效力始為無效。又於政府直接興建之國民住宅，其承購人如有變更為非居住使用或出租者，依國民住宅條例第 21 條第 1 項第 5 款之規定，僅生經國民住宅主管機關通知後逾 30 日未予回復或退租者，國民住宅主管機關得收回該國宅及基地之問題，非謂其變更用途或出租之行為概為無效，亦即，上開國民住宅條例第 21 條之規定，非效力規定，無民法第 71 條之適用。是本件被告丁○○將系爭店址出租原告乙○○經營寵物店使用，固違反國民住宅條例第 21 條第 1 項第 5 款規定，亦不能遽指渠等間租賃契約係以不能之給付為標的而無效。準此，原告以被告丁○○交付系爭店址以經營店鋪違反法律規定，依民法第 246 條第 1 項規定契約應屬無效，被告丁○○並應依民法第 247 條規定賠償其損失云云，即乏依據」

## 二、法院見解

本件當事人所簽訂之委任契約，因為在締約時即違反土地法等諸多規定，是否會構成自始客觀不能？法院認為系爭契約違反者為取締規定，並非效力規定，且該契約但書符合民法第 246 條第 1 項但書之情形，故不會構成自始客觀不能而無效。法院略以「…被上訴人上開系爭契約書、契約但書之內容，違反土地法第 84 條、飲用水管理條例第 5 條第 1 項第 7 款、水污染防治法第 13 條第 1 項、建築法第 25 條第 1 項、山坡地保育利用條例第 10 條、第 30 條之 1、區域計畫法第 15 條及同法施行細則第 15 條等強制或禁止規定，及上訴人違反建築法第 25 條而設計圖面，所提之設計圖尚未通過主管機關審核發給建築執照，亦未提出取得建照之證明文件，系爭委任契約應為無效，其無庸給付委任報酬云云。然土地法第 84 條、區域計畫法第 15 條、同法施行細則第 15 條分別規定：『使用地之種別或其變更，經該管直轄市或縣（市）地政機關編定，由直轄市或縣（市）政府公布之』、『區域計畫公告實施後，不屬第十一條之非都市土地，應由有關直轄市或縣（市）政府，按照非都市土地分區使用計畫，製定非都市土地使用分區圖，並編定各種使用地，報經上級主管機關核備後，實施管制。變更之程序亦同。其管制規則，由中央主管機關定之。前項非都市土地分區圖，應按鄉、鎮（市）分別繪製，並利用重要建築或地形上顯著標誌及地籍所載區段以標明土地位置』、『直轄市或縣（市）政府依本法第十五條規定編定各種使用地時，應按非都市土地使用分區圖所示範圍，就土地能供使用之性質，參酌地方實際需要，依下列規定編定並繪入地籍圖；其已依法核定之各種公共設施用地，能確定其界線者，並應測定其界線後編定之：一、甲種建築用地：供山坡地範圍外之農業區內建築使用者。二、乙種建築用地：供鄉村區內建築使用者。三、丙種建築用地：供森林區、山坡地保育區、風景區及山坡地範圍之農業區內建築使用者。四、丁種建築用地：供工廠及有關工業設施建築使用者……』等，均為規定各直轄市及地方政府對使用地種別或其變更之編定權。而上訴人依系爭契約受任之工作乃系爭工程之規劃設計及重點監造，非新建工程之興築，更與使用地種別或變更之編定無涉，自未侵害各直轄市及地方政府之行政權限，即無上開規定之適用。至飲用水管理條例第 5 條第 1 項及第 2 項第 7 款、水污染防治法第 13 條第 1 項、建築法第 25 條第 1 項、山坡地保育利用條例第 10 條固依序規定：『在飲用水水源水質保護區或飲用水取水口一定距離內之地區，不得有污染水源水質之行為。前項污染水源水質之行為係指……七、高爾夫球場之興、修建或擴建』、『事業於

設立或變更前，應先檢具水污染防治措施計畫及相關文件，送直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關審查核准』、『建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除』、『在公有或他人山坡地內，不得擅自墾殖、占用或從事前條第一款至第九款之開發、經營或使用』，惟上揭各條規定之性質，係在對於違反者課以制裁，以禁止其行為為目的，非以否認該行為之法律上效果為目的，故為取締規定而非效力規定。其違反者，主管機關固得依各該法律之規定予以撤銷建照、申請許可或處以裁罰等行政處分；然本於私法自治原則，兩造間系爭契約仍應認為有效。況『以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效』，民法第 246 條定有明文。是縱認系爭契約所約定委任事項中有關之建造執照申請及工程監造事宜受限於上開行政規定，而有無法進行之情事，然有關使用地地目變更及各該行政規定非無變更之可能，則系爭契約所約定之給付，顯無客觀、永久不能之情事，此觀契約但書約定：『日後待甲方處理完成土地行政等相關事宜後，再按照本契約第二條之約定支付酬金。若甲方因故不進行本新建工程，乙方同意就其已收取之預付款按實際已完成之工作，以實報實銷方式結清服務酬金』等語，顯然兩造於訂約時已預期於不能之情形除去為給付無疑，則被上訴人上開辯稱，即無可取。」

### **第三款 最高法院 85 年台上字第 1642 號判決(債務人不具有特定資格)**

#### **一、案件事實**

就涉及到自始客觀不能的案件事實大致可以簡化為，上訴人和被上訴人成立契約，約定共同製作臺灣電視股份有限公司連續劇「目蓮傳」事宜，由上訴人負責促成節目播出及品質督導，被上訴人負責提供製作費用及公司租金、雜費，節目製作人須由雙方同時掛名，以節目名稱對外之合作事宜須經雙方同意。不過上訴人向臺視公司提報該節目時卻未將被上訴人列為製作人，該劇播出時亦僅由上訴人獨自掛名為製作人，因此被上訴人向上訴人主張給付不能的損害賠償。

而上訴人抗辯主張，由於被上訴人自始即不具有節目製作人資格，依八十四年三月二十二日修正前之廣播電視事業負責人與從業人員管理規則第十條規定本不得列於製作人，因此其未將被上訴人列為製作人，乃不可歸責於己。

## 二、法院見解

最高法院贊同二審法院之見解，認為系爭上訴人和被上訴人所簽訂之契約，因為被上訴人根本不具有閩南語電視連續劇製作人資格，所以當事人所約定共同掛名為製作人即違反八十四年三月二十二日修正前之廣播電視事業負責人與從業人員管理規則第十條規定：「廣播、電視事業之節目製作人、主持人、播音員、編審、導播，應具有大專程度或曾任相關之助理職務三年以上成績優良者，始得擔任之規定。」換言之，該契約因違反法令之規定，而屬法律上給付不能，其契約應屬無效。法院略以：「被上訴人主張兩造訂約共同合作製作連續劇「目蓮傳」，約定將伊併列為節目製作人，伊已支出製作費用、公司租金及雜費合計一百八十三萬八千六百元之事實，為上訴人所不爭執，且有合約書影本附卷，堪信為真實。上訴人雖以前揭情詞置辯，惟查兩造於合約書中，雖約定系爭電視連續劇之製作人須雙方同時列名，然依八十四年三月二十二日修正前之廣播電視事業負責人與從業人員管理規則第十條規定，廣播、電視事業之節目製作人、主持人、播音員、編審、導播，應具有大專程度或（原判決遺漏或字）曾任相關之助理職務三年以上成績優良者，始得擔任，有上開修正前後之管理規則附卷，並經行政院新聞局及臺視公司分別函覆在卷。被上訴人既自認其不具備節目製作人之資格，從而上訴人抗辯兩造於簽立合約時，被上訴人並不具備前揭管理規則第十條所規定之電視事業節目製作人資格等語，自堪信實。被上訴人雖主張實務上作法，有製作人資格得與一無製作人資格者同時掛名為製作人云云，但既與前開規定有違，應難採信。次按『以不能之給付為契約之標的者，其契約為無效』，民法第二百四十六條第一項前段定有明文。被上訴人於兩造訂立前開合約時，既不具備擔任電視節目製作人資格，則所約定共同掛名為製作人即因法令之規定而屬法律上給付不能，其契約應屬無效。該合約書中其他事項之約定，或為被上訴人支付費用之義務，或為上訴人負該連續劇之播出及製作品質督導之責，或為節目播出後給付報酬及紅利及如何共同對外合作之條款，顯屬配合被上訴人列名製作人後所為相關權利義務之約定；再參酌兩造均一再斤斤計較於被上訴人有無電視節目製作人之資格等情，足徵共同列名該連續劇製作人之約定，應為其契約必要之點，該部分

約定既因自始給付不能而無效，其契約亦應屬全部無效。且兩造並未約定預期於不能情形除去後始為履行，故上開契約亦無民法第二百四十六條第一項但書規定之適用。再查上訴人於送請臺視公司審查系爭節目企劃時即未將被上訴人列為製作人，兩造簽約後亦未向臺視公司申請加列被上訴人為製作人等情，為其所自認之事實。又上訴人係以海內外電視廣告及電視節目之製作為其營業項目，並可供應廣播電視節目製作及廣告，有行政院新聞局廣播電視節目供應事業許可證、經濟部公司執照、臺北市政府營利事業登記證附卷可查，其既為廣播、電視節目之專業製作公司，就掛名為電視節目製作人應具備之資格之相關規定，自屬明知或可得而知。而兩造簽訂合約前，已合作製作節目九個月，被上訴人不具備製作人資格，應為上訴人於簽立系爭書面合約書前所明知，依民法第一百十三條規定，對該無效之法律行為自應負回復原狀或損害賠償責任。」

#### 第四款 綜合評析

##### 一、自始客觀不能亦可能因為法律上不能所造成

雖有學者認為，法律上不能和標的不能(民法第 246 條)不同。前者契約內容合法，僅給付因法律強行規定不能實現，例如購買禁止進口之汽車或非自耕農買賣農地禁止移轉；後者為契約內容(標的)不合法，例如約定出賣能以走私方式輸入汽車，以為出賣<sup>271</sup>。

惟本文認為，上述之見解並非妥適。蓋從民法第 246 條第 1 項前段之文義而言，並無法導出排除法律上不能的意思，且法律上不能和自然法則上不能並無本質上之差異<sup>272</sup>，因此民法第 246 條應包括法律上不能和自然法則上不能<sup>273</sup>。

##### 二、契約自始違反效力規定，才會構成自始客觀不能

從上述之實務見解分析，實務亦採不區分法律上不能和標的不能的看法，更進一步，上述見解認為，契約標的在締約時，已違反法律規定，該法律必須為效力規定而非取締規定，如此才有民法第 246 條之適用。而學者亦採此一見解<sup>274</sup>。

惟在上開最高法院 85 年台上字第 1642 號判決中，法院似乎採取不同見解。

<sup>271</sup> 林誠二，民法債編總論一體系化解說(下)，瑞興圖書股份有限公司出版，2001 年 3 月，頁 57。

<sup>272</sup> 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，2003 年 8 月，頁 89，注 77。

<sup>273</sup> 邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，自版，2001 年 2 月新訂 1 版，頁 517。

<sup>274</sup> 詹森林，自始客觀不能(二)，月旦法學教室第 2 期，2002 年 12 月，頁 55。



在本案中，上訴人和被上訴人所簽訂之契約，其中約定上訴人和被上訴人要共同掛名為電視節目製作人，因為被上訴人不具有製作人之資格，從而契約之約定自始違反 84 年 3 月 22 日修正前之廣播電視事業負責人與從業人員管理規則第 10 條規定：「廣播、電視事業之節目製作人、主持人、播音員、編審、導播，應具有大專程度或曾任相關之助理職務三年以上成績優良者，始得擔任之規定」(下稱管理規則)。

在上述情況下，是否即可認定構成民法第 246 條第 1 項前段而使契約無效？依通說之見解，須先判斷該管理規則第 10 條之性質，是否為效力規定，若為效力規定，才會構成民法第 246 條第 1 項前段而使契約無效。惟本件承審法院，似乎未認識到此點，僅以該契約違反管理規則第 10 條，即逕行認為構成民法第 246 條第 1 項前段而使契約無效，就此而言，恐稍嫌速斷。

本文認為該管理規則第 10 條，只是禁止不具有特定資格者擔任製作人的職務，乃是以禁止其行為為目的，而不是否認其法律效力，故該管理規則第 10 條，應屬取締規定而非效力規定。從而上訴人和被上訴人所訂立之契約，不會構成民法第 246 條第 1 項前段而無效。

是以，被上訴人可以依民法第 226 條第 1 項，向上訴人請求不履行之損害賠償，且該給付障礙之事由(被上訴人不具有製作人之資格)，為上訴人於訂約時所預見，應屬其契約上所需承擔之風險，從而不能主張免責。

### 三、契約之給付自始違反法律和民法第 246 條第 1 項但書之判斷

此外，契約之給付，即便為自始違反法律規定之情形，由於法規有變更之可能，從而該障礙亦非一定為永久無法除去，其是否有除去之機會，仍須依法規內容具體判斷；並且搭配民法第 246 條第 1 項但書之結果，可以使契約不至於無效。臺灣高等法院 98 年建上字第 63 號判決認為「系爭契約所約定委任事項中有關之建造執照申請及工程監造事宜受限於上開行政規定，而有無法進行之情事，然有關使用地地目變更及各該行政規定非無變更之可能，則系爭契約所約定之給付，顯無客觀、永久不能之情事，此觀契約但書約定：『日後待甲方處理完成土地行政等相關事宜後，再按照本契約第二條之約定支付酬金。若甲方因故不進行本新建工程，乙方同意就其已收取之預付款按實際已完成之工作，以實報實銷方式結清服務酬金』等語，顯然兩造於訂約時已預期於不能之情形除去為給付無疑。……」

」。就此可知，實務見解並不認為契約之給付自始違反法律規定即無效，仍會依法規之內容，判斷有無變更之可能，並且再由契約中之條款，來認定兩造當事人有無預見法規之變更，綜合上述之分析，再決定是否適用民法第 246 條第 1 項但書，而使契約有效。此見解展現出民法第 246 條第 1 項但書適用之彈性，並且可以充分維護私法自治的原則，值得贊同。

#### 四、民法第 246 條之存在必要性

實務多數見解<sup>275</sup>，以法律行為所違反之法規，為效力規定或取締規定<sup>276</sup>，來作為是否適用民法第 71 條之標準。就此可知，當事人在締約時所約定之給付，違反法律規定(效力規定)時，同時會因為構成民法第 71 條和民法第 246 條第 1 項前段，而導致契約無效。因此從立法論上分析，在因法律上不能所導致的自始客觀不能時，適用民法第 71 條，即可導出無效的法律效果，民法第 246 條之存在是否有價值？恐值深思。

#### 第三項 小結

依上述之實務見解可知，若契約標的自始違反法律規定時，是否構成民法第 246 條第 1 項而無效？須先判斷其違反之法規性質，乃取締規定或效力規定；若是效力規定，才會構成民法第 246 條第 1 項，而使契約無效。此外，是否構成民法第 71 條的判斷標準亦和上述相同，因此民法第 246 條和民法第 71 條會在某一部分重疊，從而使民法第 246 條的存在實益大幅降低。

再者，違反法規所造成的自始不能，並非一定為永久無法除去，在判斷上須注意法規的具體內容，並且從契約的條款中來認定當事人是否有預見法規變更，而決定民法第 246 條第 1 項但書之適用。

最後，形成給付障礙之法律嗣後變更時，倘債權人尚未受領信賴利益損害賠

<sup>275</sup> 最高法院 68 年台上字第 879 號判例：「證券交易法第六十條第一項第一款乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用。證券商違反該項規定而收受存款或辦理放款，僅主管機關得依證券交易法第六十六條為警告，停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，非謂其存款或放款行為概為無效。」；台北地方法院 96 重訴字第 565 號判決：「證券交易法第 43 條之 8 對於私募有價證券轉售之限制，應僅為主管機關為管理有價證券市場公平秩序之行政規範，非轉售之法律行為價值本身應受非難。該條項其所著重者為違反行為之事實行為價值，而非違反行為之法律行為價值，亦即該項規定是以禁止其行為為目的，而非否認其法律效力為目的，故其應屬取締規定，而非效力規定，違反者非概為無效，並無民法第 71 條之適用。準此，有價證券私募之應募人及購買人違反該項規定再行賣出者，僅行為人應負同法第 177 條所定之刑事責任，非謂其買賣行為概為無效。」

<sup>276</sup> 效力規定和取締規定的判斷標準，王澤鑑，民法總則，王慕華發行，2000 年 9 月，頁 302。

償，本文認為可(適用)類推民法第 227 條之 2 的規定，使當事人間負有重新訂約之義務，以兼顧法律安定性和契約有效性。



## 第四章 自始給付不能立法論的探討及我國法之省思

在本章中主要就德國和日本以及國際法規(PICC、PECL、CISG)來進行自始不能制度的立法論上之探討。切入之重點在於，自始不能的契約有效性，以及自始不能和嗣後不能如何進行整合。最後再藉由上開立法論之探討，作為我國日後修法之省思。

### 第一節 比較法介紹

#### 第一項 德國法制之介紹

##### 第一款 德國 2002 年債法修正前後之演變

##### 一、舊民法第 306 條和第 307 條

德國舊民法受到羅馬法諺：「impossibilium nulla obligatio est」(當事人無法就不可能的事物來負有義務)之影響，因此在自始不能的情形時，依德國舊民法第 306 條規定：「契約以不能之給付為標的者，無效。」

此時當事人間的法律關係依德國舊民法第 307 條第 1 項之規定：「以不能之給付為契約之標的者，當事人於締約時就給付不能之情事明知或可得而知者，其對於因信賴契約之有效性而受有損害之他造當事人，負損害賠償之責任，惟其數額不得超過契約有效時，他造所得享有之利益。如他造當事人就給付不能之情事明知或可得而知者，不生損害賠償之義務。」

並且德國通說認為，德國舊民法第 306 條僅適用於自始客觀不能，不包括自始主觀不能的情形。而自始主觀不能法無明文，通說認為此時契約有效，並且由於債務人對給付能力有擔保存在，因此即便是債務人對給付不能並無過失，仍須負擔履行利益的損害賠償責任；至於自始客觀不能，乃涉及到締約上過失之問題，因此相對人僅能依民法第 307 條請求信賴利益的損害賠償<sup>277</sup>。

##### 二、修正後民法第 311 條之 1

不過德國舊民法針對自始不能的規定(民法第 306~309 條)備受質疑。例如自始主觀不能法無明文，適用該概念之案例類型，學說和實務間有很大爭論；不能

<sup>277</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003年第2版，頁39~40；吳哲，原始的不能についての一考察—2002年ドイツ債務法改正を契機として—，千葉大学人文社会科学研究第16冊，2008年3月15日，頁243。

的事實發生於締約前或締約後，屬於偶然情況，當事人通常難以證明不能事實發生的正確時間點；況且縱使是自始客觀不能的情形，依據舊法第 437 條(相當我國民法第 350 條)，亦可承認當事人得請求履行利益損害賠償，從而自始客觀不能之契約，規定無效的理由並不妥適<sup>278</sup>。

因此在2002年德國債法現代化時<sup>279</sup>，刪除第306~309條之規定，並且增訂第311條之1：「(1) 債務人無須依第275條第1項至第3項給付者，縱於締結契約之時，給付之障礙已存在，其仍無礙契約之有效性。(2) 債權人得選擇請求替代原給付之損害賠償，或對於第284條所定範圍內支出之費用請求賠償。惟如債務人於締結契約時不知有給付障礙之情事，且其不知悉係屬不可歸責者，不適用前揭之規定。第281條第1項第2、3句及第5項之規定準用之。<sup>280</sup>」

由德國民法第311條之1第1項可知，現行法就自始不能的規定，已參照PECL第4：102條，改採有效之見解<sup>281</sup>。而且連結民法第275條第1項「於給付對債務人或任何人皆無可能時，就排除了給付請求權。」之結果，自始不能已不再區分為主觀和客觀不能，不論是何者，原則上契約均為有效<sup>282</sup>；且不論債務人可否歸責，債務人原給付義務均被排除<sup>283</sup>，又依德國民法第326條第1項之規定，債權人之對待給付亦被排除，並且依同條第5項之規定可以解除契約<sup>284</sup>。此外該規定並不排除因為違反法律規定而無效之情形，例如德國民法第134條<sup>285</sup>(相當我國民法第71

<sup>278</sup> 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 764~765。

<sup>279</sup> 有關德國民法第 311 條之 1 詳細之編纂過程，請參閱田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 762 以下。

<sup>280</sup> 法規翻譯參見 Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論第 79 期，2004 年 6 月，頁 126，注 20。

<sup>281</sup> 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 768；朱岩編譯，德國新債法：條文及官方解釋，法律出版社，2003 年 1 月，頁 129。

<sup>282</sup> 黃立，德國新債法之研究，自版，2009 年 9 月，頁 128；姚志明，民事法理論與判決研究(一)——不完全給付與瑕疵擔保責任——，自版，2009 年 11 月，頁 187；半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年，頁 166。

<sup>283</sup> ユルゲン・バセドウ編，半田吉信等訳，ヨーロッパ統一契約法への道，法律文化社，2004 年，頁 247。

<sup>284</sup> Prof. Dr. Juergen Proelss 著，金岡京子譯，ドイツ法における契約義務違反責任の基本特性，法律科学研究所年報第 27 期，明治學院大學，2011 年 7 月 30 日，頁 71；半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年，頁 165。

<sup>285</sup> 民法第 134 條：「法律行為違反法律上禁止限度者，無效；但法律另有規定者，不在此限。」翻譯自趙文俊、徐立、朱曦 譯，德國民法，五南圖書出版，1992 年，頁 24。

條)和民法第138條<sup>286</sup>(相當我國民法第72條和74條)<sup>287</sup>。

就法律效果而言，由於債務人原給付義務被排除，因此債權人僅得選擇請求替代原給付之損害賠償，或對於第284條所定範圍內支出之費用請求賠償<sup>288</sup>；又，民法第311條之1第2項，性質上並非債務不履行的損害賠償請求權(民法第280條或第283條)，而是立基於債務人對於契約拘束力違反，所產生的獨立損害賠償請求權基礎<sup>289</sup>。債務人只有在證明締結契約時不知有給付障礙之情事，且其不知悉係屬不可歸責的情形下，才能免除責任<sup>290</sup>。若債務人沒有上開歸責事由，雖無須依民法第311條之1第2項對相對人負履行利益賠償責任，不過學說上有主張，此時可以類推民法第122條<sup>291</sup>(相當我國民法第91條撤銷錯誤意思表示的賠償規定)，對相對人負信賴利益的損害賠償；蓋自始不能涉及債務人給付能力(資格)欠缺的問題，此和意思表示錯誤具有類似性(當事人資格的動機錯誤)故可類推<sup>292</sup>。而表意人因為錯誤，撤銷意思表示時，即便無可歸責事由，仍須依民法第122條對相對人負信賴利益的賠償責任，是以，類推民法第122條之結果，債務人即使就自始不能無可歸責事由，仍須負擔信賴利益的損害賠償。

## 第二款 民法第 311 條之 1 的檢討

從德國債法於 2002 年修正前後分析，就自始不能的部分，已從 2002 年前區

<sup>286</sup> 民法第 138 條：「違反善良風俗之法律行為，無效。」

法律行為係乘他人窮困、無經驗、缺乏判斷能力或意志薄弱，使其為對自己或第三人之給付作財產上利益之約定或擔保，而此種財產上之利益與給付，顯然為不相稱者，該法律行為無效。」翻譯自趙文俊、徐立、朱曦 譯，德國民法，五南圖書出版，1992 年，頁 25。

<sup>287</sup> ユルゲン・バセドウ編，半田吉信等譯，ヨーロッパ統一契約法への道，法律文化社，2004 年，頁 249；半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年，頁 164；朱岩編譯，德國新債法：條文及官方解釋，法律出版社，2003 年 1 月，頁 129。

<sup>288</sup> 在此之費用賠償較信賴利益賠償的範圍小，因為信賴利益賠償還可能包括因為締約機會喪失之損害賠償，參見潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 325。

<sup>289</sup> 黃立，德國新債法之研究，自版，2009 年 9 月，頁 127；ユルゲン・バセドウ編，半田吉信等譯，ヨーロッパ統一契約法への道，法律文化社，2004 年，頁 287；半田吉信，ドイツ新債務法と民法改正，信山社，2009 年，頁 70~71。

<sup>290</sup> 半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年，頁 165。

<sup>291</sup> 德國民法第 122 條：「意思表示依第 118 條無效，或依第 119 條及第 120 條撤銷時，如其表示應向相對人為之者，對於因信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人應負賠償責任，但賠償數額不得超過相對人或第三人於意思表示有效時所受利益之數額。」

如受害人明知或可得而知意思表示為無效或得撤銷之原因，或因過失而不知者，表意人不負損害賠償責任。」翻譯自趙文俊、徐立、朱曦 譯，德國民法，五南圖書出版，1992 年，頁 21~22。

<sup>292</sup> 德國學者卡納里斯(Canaris)採此一見解，詳見半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年，頁 166；半田吉信，ドイツ新債務法と民法改正，信山社，2009 年，頁 74；田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 775。

分為自始主觀不能和自始客觀不能，並且就自始客觀不能採無效的見解，改變為現行民法第 311 條之 1 不區分客觀不能或主觀不能，契約原則上均有效的看法；並且債權人可以向債務人請求履行利益的損害賠償，對於債權人的保護甚為周到，並符合國際潮流(PECL 第 4：102 條、PICC 第 3.1.3 條第 1 項參照)，原則上值得肯定。

不過自始不能時，債權人有和一般債務不履行(民法第 280 條參照)不同的獨立之請求權基礎(民法第 311 條之 1 第 2 項)，而無法有效整合自始不能和嗣後不能。此外，自始不能涉及締約前的資訊提供義務之違反，並非給付義務違反，若依據損害賠償的一般法理，僅可請求信賴利益的損害賠償<sup>293</sup>，但是現行法卻承認債權人可以請求履行利益的損害賠償，其論理基礎為何？有探究之必要。

針對第一個問題，自始不能時，債權人有獨立之請求權基礎之部分。德國學者阿爾特梅彭(Altmeyen)批評現行法之不當，其認為自始不能所違反的締約前資訊提供義務，亦屬於民法第 280 條第 1 項<sup>294</sup>基於債之關係而生之義務的下位概念，換言之，民法第 280 條第 1 項亦可以作為自始不能的請求權基礎，而不用再對於自始不能創設獨立的請求依據(民法第 311 條之 1 第 2 項)<sup>295</sup>。不過學者卡納里斯(Canaris)採相反之看法，氏認為若以締約前資訊提供義務違反本身作為歸責依據，將會導出債權人只能請求信賴利益的見解，而無法得到債權人可以請求履行利益的結果，並不妥當，因此不應尋求民法第 280 條第 1 項，作為債權人於自始不能的請求權依據<sup>296</sup>。

針對第二個問題，自始不能時，債權人可以請求履行利益的損害賠償部分。德國學者阿爾特梅彭(Altmeyen)認為，由於自始不能時，債務人違反者為締約前義務，若要其負履行利益損害賠償之責，在歸責構造上，只能尋求擔保責任作為責任依據，而非過失責任<sup>297</sup>。而學者卡納里斯(Canaris)認為，民法第 311 條之 1

<sup>293</sup> 半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年，頁 163。

<sup>294</sup> 民法第 280 條第 1 項：「如債務人違反由債之關係所生之義務，債權人得就因之所生之損害請求賠償。惟義務之違反是不可歸責債務人時，不適用之。」參見 Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論第 79 期，2004 年 6 月，頁 136，注 40。

<sup>295</sup> 參見田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 777。

<sup>296</sup> 參見田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 778。

<sup>297</sup> 參見田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 778。

第 2 項之履行利益的損害賠償請求權，其責任基礎並非民法第 275 條所排除之給付義務的違反，而是違反有效的自始不能之契約，所形成的給付約束不履行，若當事人不履行契約約束，則應負擔代替約定給付之等價賠償(履行利益損害賠償)<sup>298</sup>。

本文認為，自始不能本來涉及為締約前資訊提供義務的違反，若採德國學者阿爾特梅彭(Altmeyen)之見解，將締約前義務作為民法第 280 條第 1 項的下位概念，形式上雖可使自始不能和嗣後不能同樣適用相同的法條規定，達成整合自始不能和嗣後不能的目標，但是實質上嗣後不能是採過失責任(民法第 276 條參照)，而自始不能亦採過失責任的話，過失違反締約前義務的結果，債權人僅能請求信賴利益的損害賠償，而不能請求履行利益的損害賠償，如此一來，將無法達成修法保障債權人的意旨；且德國學者阿爾特梅彭(Altmeyen)本身見解似乎有矛盾之處，蓋其認為自始不能時，債權人可以請求履行利益的原因是因為採擔保責任，因此自始不能和民法第 280 條第 1 項的歸責依據並不相符，從而民法第 280 條第 1 項自無法適用於自始不能之情形。是以，本文認為若債務不履行，繼續堅守過失責任原則的話，那麼民法第 280 條即無法作為自始不能的請求依據，如此一來，則有必要為自始不能創設獨立的請求權基礎。

而學者卡納里斯(Canaris)為了使自始不能時，債權人亦可以請求履行利益，因此將自始不能定位為給付約束(契約)的違反，而非給付義務或締約前資訊提供義務之違反。但是給付約束違反的責任性質為何？是擔保責任？抑或是過失責任？本文認為，若將給付約束違反的責任性質，定位為過失責任，則雖可以解釋，為何有民法第 311 條之 1 第 2 項後段之情形時，債務人可以舉證免責，但是民法第 311 條之 1 第 2 項後段是針對債務人未於締約時善盡「確認自己給付能力，並告知債權人」之締約前義務之過失，所以民法第 311 條之 1 第 2 項是違反締約前義務的損害賠償請求權，而違反締約前義務之結果，僅能請求信賴利益，如此一來，將無法解決為何債權人可以請求履行利益損害賠償之問題<sup>299</sup>。

因此唯一合理之解釋，是將給付約束違反的責任性質，定位為擔保責任，不

<sup>298</sup> 參見田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 768~769、779；半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年，頁 163。

<sup>299</sup> 參見田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 780。



過並非完全的擔保責任，而是以無民法第 311 條之 1 第 2 項後段之情形(亦即明知或可歸責而不知給付障礙之存在)作為限制擔保範圍的條件，換言之，自始不能是採附限制擔保責任作為歸責依據<sup>300</sup>，其性質近似於德國學者拉倫茲(Larenz)在舊法時代針對自始主觀不能，所提出之限制擔保責任<sup>301</sup>。

但是採附限制的擔保責任的看法，將碰到無法完整的統一自始不能和嗣後不能之問題<sup>302</sup>。蓋若要整合自始不能和嗣後不能，則嗣後不能的歸責依據，必須要是和自始不能相同，採限制擔保責任之見解，但是嗣後不能的歸責根據係採過失責任，換言之，債務人對於義務違反須有故意或過失(德國民法第 276 條和 280 條之規定參照)，才須負擔債務不履行責任，並非像自始不能時，不要求債務人對於契約義務違反有故意或過失<sup>303</sup>。

因此德國的給付不能制度，在 2002 年債法現代化後，雖然於自始不能時，債權人已可請求履行利益的損害賠償，但是在法律概念上，依然區分為嗣後不能和自始不能兩大區塊，而無法完全整合。

## 第二項 日本法制之介紹

### 第一款 日本學說之見解

#### 一、傳統見解

日本就自始不能之法律效果為何？並無法律明文。但是受到德國民法之影響，因此傳統學者多數認為，自始客觀不能時該契約無效<sup>304</sup>；並且當事人於締約時違反確認自己有無給付能力並告知相對人之締約前義務，因此就自始不能之討論，通常放在締約上過失之層次來進行，在此狀況下，相對人僅能請求信賴利益

<sup>300</sup> 參見田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 780、784。

<sup>301</sup> 半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年，頁 166。

<sup>302</sup> 雖然自始不能和嗣後不能均為契約拘束力之違反，因此在此範圍內，形式上似乎仍可將自始不能和嗣後不能統合。但是兩者的責任內涵仍不相同，一者為擔保責任，一者為過失責任，因此兩者實質上仍無法有效整合。

<sup>303</sup> 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 784~785。

<sup>304</sup> 民法(債權關係)の改正に関する検討事項(6) 詳細版，民法(債權關係)部會資料 11-2，頁 8，資料來源：<http://www.moj.go.jp/content/000047330.pdf>。實務亦採相同見解，最高法院第一小法廷昭和 24 年(オ)字第 306 號判決認為：「於契約締結之當初，一般契約之履行，已客觀不能時，該契約即是以不能之給付，作為契約之標的，因而無效。……」

的損害賠償<sup>305</sup>。

## 二、近期有力說

於 1970 年代之後，「自始不能，契約原則無效，例外有效」的理論逐漸受到學者所挑戰，此時學者的見解大概可以分為兩派：

### (一)自始不能，契約一律有效

此說站在自始不能和嗣後不能不應區分之立場；且給付義務無法被履行和契約是否有效成立，並無邏輯上的必然關連性，因此自始不能之契約，仍然有效。並以此為前提，債權人可以請求履行利益的損害賠償<sup>306</sup>。

### (二)自始不能契約之有效性，依據當事人之意思決定

基本上此說是站在第一說之立場，認為自始不能，契約一律無效的必然性，並不存在；但是契約也並非一律有效，須視當事人之意思來決定契約之有效與否。換言之，若當事人雙方就自始客觀不能的事實，均有所認識，則類推適用通謀虛偽意思表示之規定，契約無效；另外，若雙方當事人認知到給付不能的可能性，但當事人以甘願承擔此不能之風險的意圖，而締結契約(一種投機行為)時，該契約有效，對待給付可以成立<sup>307</sup>。

且此說是用「不能僅以自始不能，作為使契約無效的唯一理由」當作命題，來否定「自始不能，契約原則無效，例外有效」之概念；目前 PICC 和 PECL，傾向採此一看法<sup>308</sup>。採此說時，自始給付不能之契約，可能因為當事人的風險分配而有效。在自始不能契約有效的情形時，由於並無將自始不能和嗣後不能分別對待之正當性，因此應依嗣後給付不能之規定處理，亦即債權人可請求履行利益的損

<sup>305</sup> 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日，頁 760；大山直樹，我が国における契約締結上の過失責任をめぐる諸問題に関する一考察，東洋大学大学院紀要 46 集，2009 年，頁 3；加藤新太郎，判例 Check—契約締結上の過失，新日本法規出版，2004 年 6 月 4 日初版 2 刷，頁 2~3；加藤亮太郎，取引における信義誠実の原則，神戸学院法学 36 卷第 3、4 号，2007 年 4 月，頁 116；潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 47；中田裕康，債權總論，岩波書店，2008 年，頁 23、頁 104；平野裕之，基礎コ-ス民法 2-債權法，新世社，1999 年，頁 91。

<sup>306</sup> 北川善太郎，契約責任の研究，有斐閣，1963 年，頁 278 以下、頁 373 以下；星野英一，民法概論 IV，良書普及會，1986 年，頁 50。

<sup>307</sup> 奥田昌道，債權總論(増補版)，悠々社，1992 年，頁 32。

<sup>308</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 46。

害賠償或解除契約<sup>309</sup>。

## 第二款 日本債權法改正試案

由學者為主，所組成的民法改正檢討委員會，針對民法債權法修正之部分，進行大規模討論，而於 2009 年 5 月 8 日將其討論之結果，集結成「民法改正の基本方針」一書而出版。而其中的債權法改正試案【3.1.1.08】乃是針對自始不能的情形做出規定。

依債權法改正試案【3.1.1.08】<sup>310</sup>：「在締結契約之時，契約債務已經無法履行或依照契約之意旨無法合理期待債務人履行之情形，除非當事人有反對之合意存在，否則契約仍有效。」

從上述債權法改正試案可發現，自始不能時契約原則有效，但是當事人舉證有反對的合意時，契約無效。此種立法模式著眼於，尊重契約當事人對於風險之分配，而由當事人決定契約有效或無效<sup>311</sup>。若契約有效時，債權人雖然無法請求債務人履行(債權法改正試案【3.1.1.56】<sup>312</sup>參照)，但是可以依債權法改正試案【3.1.1.62】<sup>313</sup>請求債務不履行之損害賠償或解除契約<sup>314</sup>。反之，當事人若有約定在自始不能時，契約無效；此時應認為雙方當事人，有自己承擔自始給付不能所生的不利益之意思，因此在此一場合，一方當事人不可向他方當事人請求信賴利益的損害賠償<sup>315</sup>。

由債權法改正試案之說明可知，將自始不能契約之有效性委由當事人自己來

<sup>309</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 46~47。

<sup>310</sup> 原文【3.1.1.08】(契約締結時に存在していた履行不可能、期待不可能) 契約上の債務の履行が契約締結時点で既に履行することが不可能であった場合、その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できなかった場合も、その契約は、反対の合意が存在しない限り、有効である。

<sup>311</sup> 民法債權法改正検討委員会編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債權一般(1)，商事法務，2009 年，頁 35。

<sup>312</sup> 原文【3.1.1.56】(履行を請求することができない場合) 履行が不可能な場合その他履行することが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合、債権者は、債務者に対して履行を請求することができない。  
翻譯：契約已無法履行或依照契約之本旨，無法合理期待債務人履行時，債權人不可請求債務人履行契約。

<sup>313</sup> 有關債權法改正試案【3.1.1.62】之相關內容，參照本文前揭注 119。

<sup>314</sup> 民法債權法改正検討委員会編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債權一般(1)，商事法務，2009 年，頁 38。

<sup>315</sup> 民法債權法改正検討委員会編，詳解債權法改正の基本方針 II—契約および債權一般(1)，商事法務，2009 年，頁 38。

決定，是受到 CISG、PECL、PICC 所影響<sup>316</sup>。在契約有效的情形下，當事人可以適用債務不履行之規定，請求履行利益的損害賠償<sup>317</sup>；由於債權法改正試案

【3.1.1.63】<sup>318</sup>(免責事由)文義上並未區分自始不能或嗣後不能，且該改正試案是參考 CISG 第 79 條所制訂，而 CISG 第 79 條可適用自始不能和嗣後不能的情況，因此在自始不能，契約有效的情形時，債務人仍可依該條規定來免責。如此有助於整合自始不能和嗣後不能。

### 第三項 聯合國國際商業契約原則(PICC)和歐洲契約法原則(PECL)及聯合國國際商品買賣公約(CISG)

依 PICC 第 3.1.3 條第 1 項規定：「在契約締結時，不能僅以債務之履行已不能之事實，影響契約的有效性<sup>319</sup>」。就性質上，該條規定並非強行規定，而為任意規定<sup>320</sup>。又在此規定下，自始不能的法律效果和嗣後不能相同，均依債務不履行的規定處理<sup>321</sup>。而 PECL 就自始不能之效果，亦採和 PICC 相同之見解。此觀之 PECL 第 4：102 條：「在締結契約時，不能僅以債務已履行不能或當事人對於財產無處分權，而使契約無效<sup>322</sup>。」自明。此外該規定不排除詐欺、錯誤等意思表示瑕疵制度，在自始不能時適用的可能性<sup>323</sup>。

不過雖然 PICC 和 PECL 認為，在自始不能時，可適用一般債務不履行之規定，但是債務人並無法主張免責事由(PICC 第 7.1.7 第 1 項、PECL 第 8：108 條)，換言之，債務人就自始不能的損害，對債權人負擔保責任<sup>324</sup>。

<sup>316</sup> 詳見民法債權法改正檢討委員會，債務の履行、損害賠償、解除・危険負担、受領障害に関する報告，出自2008/03/18第5回全体会議用資料，頁12。

資料來源：[http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/Japanese/index\\_j.html](http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/Japanese/index_j.html)。

<sup>317</sup> 由於向來實務見解認為「自始不能時，契約無效」，相對人只能請求信賴利益的損害賠償，而債權法改正試案之提出，顛覆向來傳統實務之看法，因此實務界對債權法改正試案抱持較為質疑的態度，參見佐瀨正俊、良永和隆、角田伸一編，民法（債權法）改正の要点—改正提案のポイントと実務家の視点—，ぎょうせい，2010年，頁84~85。

<sup>318</sup> 有關債權法改正試案【3.1.1.63】之相關內容，參照本文前揭注120。

<sup>319</sup> UNIDROIT國際商事契約原則2010版(內田貴=曾野裕夫=森下哲朗譯)：  
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-japanese.pdf>。

<sup>320</sup> 中林啓一，ユニドロワ國際商事契約原則と國際私法，立命館法学第293号，2004年，頁136。

<sup>321</sup> 中林啓一，ユニドロワ國際商事契約原則と國際私法，立命館法学第293号，2004年，頁142。

<sup>322</sup> オーレ・ランドー、ヒュー・ビール編，潮見佳男、松岡久和、中田邦博翻譯，ヨーロッパ契約法原則I、II，法律文化，2006年，頁202。

<sup>323</sup> ペーター・シュレヒトリーム編，半田吉信等譯，ヨーロッパ債務法の変遷，信山社，2007年，頁10。

<sup>324</sup> ペーター・シュレヒトリーム編，半田吉信等譯，ヨーロッパ債務法の変遷，信山社，2007年，頁31。

而 CISG 並未如上述 PICC 和 PECL 有「自始不能時，不影響契約有效性」之明文。但是因為 CISG 第 68 條之規定(有關危險移轉)<sup>325</sup>，是以在自始不能的場合時，契約仍有效為前提而制定；此外從債務者的免責事由(CISG 第 79 條<sup>326</sup>)的立法過程以及法條文義觀察，並未排除自始不能的情況，因此在自始不能時，契約仍有效，並且適用一般債務不履行之規定(CISG 第 45 條<sup>327</sup>以下、第 60 條<sup>328</sup>以下)，於債務人未主張免責事由時，就給付不能負損害賠償責任<sup>329</sup>。不過須注意者，在 CISG 中並無意思表示錯誤撤銷的規定<sup>330</sup>，且自始不能已依一般債務不履行之規定處理，債權人得主張解除契約(CISG 第 45 條、第 49 條<sup>331</sup>)，債務人在符合 CISG 第 79 條要件下，可以免除債務不履行之責，因此並無承認意思表示錯誤制度來解放契約責任的必要<sup>332</sup>。

## 第四項 比較法之小結

### 一、契約之有效性

就自始不能時，契約之效力為何？可能有三種不同之規範模式：1、「自始不能之契約，原則無效，例外有效」。2、「自始不能之契約，一律有效」。3、「自始不能之契約，原則有效，例外依當事人約定而無效」。

而德國民法第311條之1、PECL第4：102條、PICC第3.1.3條第1項、CISG、以

<sup>325</sup> CISG 第 68 條：「……但是，如果賣方在訂立契約時，已知悉或可得而知貨物已經毀損或滅失，又不將此一毀損或滅失之事實，明確告知買方，則賣方應負擔此貨物毀損或滅失之損失。」

資料來源：[http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg\\_ej.pdf](http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg_ej.pdf)。

<sup>326</sup> 有關債務人免責事由的內涵，詳見本文第 37 頁。

<sup>327</sup> CISG 第 45 條以下是規範出賣人違反義務時，買受人可主張之權利。其中重點條文是 CISG 第 45 條第 1 項：「在出賣人不履行本公約或契約義務時，買受人可以(a)行使第 46 條到第 52 條之權利(b)或者依第 74 條到 77 條請求損害賠償」。

資料來源：[http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg\\_ej.pdf](http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg_ej.pdf)。

<sup>328</sup> CISG 第 60 條以下是規範買受人違反義務時，出賣人可主張之權利。其中重點條文是 CISG 第 61 條第 1 項：「在買受人不履行本公約或契約義務時，出賣人可以(a)行使第 62 條到第 65 條之權利(b)或者依第 74 條到 77 條請求損害賠償」。

資料來源：[http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg\\_ej.pdf](http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg_ej.pdf)。

<sup>329</sup> 小林一俊，最近の統一売買法における原始不能ドグマ否認の構想，*亜細亞法学* 20 卷 1、2 號合併號，1986 年 3 月，頁 104~105。相似見解，盧謙，*德國民法專題研究*，法律出版社出版，2008 年 8 月，頁 115。

<sup>330</sup> ペーター・シュレヒトリム編，半田吉信等譯，*ヨーロッパ債務法の変遷*，信山社，2007 年，頁 31。

<sup>331</sup> 依 CISG 第 49 條第 1 項(a)之規定，出賣人不履行依本公約所產生的義務或契約義務，而達重大違反契約之程度，買受人得主張解除契約。

條文規定，詳見：[http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg\\_ej.pdf](http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg_ej.pdf)。

<sup>332</sup> 小林一俊，最近の統一売買法における原始不能ドグマ否認の構想，*亜細亞法学* 20 卷 1、2 號合併號，1986 年 3 月，頁 108~109。

及日本債權法改正試案【3.1.1.08】，均認為自始不能，不影響契約之有效性，而非認為自始不能，契約一律有效，換言之，是採取上述第3種立法模式。此一規範方式，著重在當事人可自由依據契約來分配風險，因此若當事人就自始不能之契約，另外有無效之約定時，該契約亦可能無效。此外，在自始不能契約有效的場合，構成其他意思表示瑕疵(例如錯誤)或違反強行禁止規定或公序良俗時，仍可依個別規定處理之<sup>333</sup>。

## 二、自始不能和嗣後不能之整合

雖然結論上，自始不能時，上述各種法規範，在契約有效，符合特定要件下，債權人均可以請求債務人負履行利益的損害賠償責任。不過由於德國民法就自始不能的責任性質，認為乃限制擔保責任，而嗣後不能的責任性質為過失責任，因此自始不能無法完全整合入一般債務不履行的規定中。而PICC和PECL雖認為自始不能契約有效時，債務人須依債務不履行的規定，對債權人負履行利益的賠償責任，但是有關債務人免責事由的規定，卻不適用於自始不能的情形，所以亦無法完全整合自始不能和嗣後不能。不過日本債權法改正試案和CISG認為債務人免責事由的規範，不論自始不能或嗣後不能均可適用，形成自始不能和嗣後不能可以適用相同規範而完全整合的情形。

之所以有上述立場上之差異，涉及自始不能的風險，應劃歸由當事人何人承擔之問題。在日本債權法改正試案和CISG中，可能認為自始給付不能的風險，原則上由債務人承擔，但是例外債務人仍可主張免責事由，將風險轉為債權人負擔。但是在德國民法、PECL、PICC之情形，立法者可能認為，自始不能時，債務人相較於債權人對於給付障礙的事實，具有較大的掌控能力，因此由債務人承擔此一自始不能的風險。不過即使是在此一思考脈絡下，德國民法和PICC以及PECL間，仍有些許差異。舉例說明，依德國民法第311條之1第2項後段之規定可知，債務人並非就自始不能負完全的擔保責任，而是須限於債務人對給付障礙的事實，明知或可歸責而不知的情形，才須負債務不履行責任；反之，在PICC和PECL的情形，債務人負完全的擔保責任，無主張免責的可能性。此外德國民法、PICC以及PECL，雖均認為債務人無法主張不可歸責事由，來免除其責，不過德國民法的不可歸責事由為無故意或過失，而PICC和PECL的不可歸責事由(免責事由)類似不可抗力，所以雖均為擔保責任，但是其中的內涵似仍有不同。

<sup>333</sup> 不過須注意 CISG 並無意思表示錯誤制度。

## 第二節 民法第 246 條的再構成—兼論其存廢

### 第一項 學說

#### 一、從法制史角度觀察說<sup>334</sup>

王澤鑑教授從自始不能的法制史發展出發，而對我國民法第 246 條和第 247 條的妥當性提出質疑。王澤鑑教授認為，按「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效」，此項規定係源於羅馬法學家 Celsus 所提出之法諺：「impossibilium nulla obligatio est」。此項原則，在羅馬法並不具有一般適用性，羅馬法學大家 Gaius 之見解，其主要之適用案例計為，1、基於問答契約(言語契約)(stipulatio)約定死亡奴隸之給付，誤以自由人為奴隸之給付，2、神話中怪獸(Hippocentaur)之給付，3、不具交易性物品(宗教上聖物)之給付等。依學者之研究，此類契約，尤其關於以給付神話中怪獸及宗教上聖物為標的之契約，所以無效主要係因其標的物根本不存在或根本不得為交易之客體，損害之多寡自始無法計算，故否定其契約之效力。且應注意的是，於上述羅馬法上少數契約無效之情形，尚設有若干例外，例如出賣人為惡意，而買受人為善意者，買賣契約仍屬有效，買受人仍得請求損害賠償，以資保護。由此可知，在羅馬法上，因給付不能致契約無效者，僅限於特定客觀給付不能之情形，其適用範圍極為有限。

#### 二、公平角度說<sup>335</sup>

郭麗珍教授認為，現行規定針對自始不能和嗣後不能所賦與的法律效果，截然不同，雖謂標的不能契約無效之規定是任意法，當事人得以特約之方式約定維持契約之效力，或擴大損害賠償的範圍，但此特約誠屬例外，倘若當事人間無任何明示或默示的特約，則勢必面臨契約無效的結果，因此，如此之規定雖可達到立法者所欲「防無益之爭議」的用意，然而對債權人而言，則非盡公允。特別是當債務人於訂約時明知或因過失而不知標的客觀不能(有可歸責事由)時，依現行法之規定，當事人若無其他特約，則契約當然無效，有過失之債務人對無過失之債權人只須負信賴利益的損害賠償責任，依德國舊民法之規定及我國通說之見解，信賴利益不得大於履行利益，如此之法律效果實有可議之處。

<sup>334</sup> 整理自王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981年3月，頁51。

<sup>335</sup> 整理自郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第54期，1995年12月，頁258。

再者，即使形式上維持民法第 246 條之規定，其適用之範圍必須嚴格的限縮，況且債各契約法中有諸多規定都優先適用，因此該條文之適用對象僅有於自始「無意義、無目的、無對象之契約」，其重要性微乎其微。此外為避免自始不能與嗣後不能、主觀不能與客觀不能不對等之法律效果，宜刪除民法第 246 條、第 247 條。刪除後的結果，使得契約效力得以維持，債權人得請求履行利益之損害賠償，如此一來，自始客觀不能與自始主觀不能即有相同之法律效果。

刪除上開條文後令人質疑者可能為，本應為第 246 條的適用範圍內之情況應作如何處理？基本上諸多情況乃涉及契約是否適法、妥當之問題，可考慮適用之條文如民法第 72 條：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」或第 71 條：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」或對於意思表示之解釋，表意人是否出於真意(民法第 86 條、第 87 條)或有無錯誤(民法第 88 條)，來解釋契約之效力。當然仍殘餘一些情況無法適用上述規定，若將第 246 條、第 247 條刪除，則契約仍舊有效，債務人於契約成立前就其給付能力並未為足夠的審查，假設使債務人負擔了思想法則上不可能之給付義務，則亦無義務違反的可能，其損害賠償範圍應僅為信賴利益，但不以履行利益為限。簡言之，將自始客觀不能之法律制度回歸一般給付障礙法中誠屬必要，因為多數情況均屬債務人義務違反，若為可歸責者，應負履行利益之損害賠償之責。如此一來諸多評價上矛盾得以避免，與聯合國國際商品買賣公約之規定亦得一致。

### 三、架構平衡說<sup>336</sup>

陳添輝教授認為，自始不能契約無效，乃不當之立法，其主要從三個方面來論述。

#### (一)從物權變動理論之剖析

羅馬法規定，買賣契約以不能之給付為契約標的者，該契約為無效，其理由在於古羅馬之買賣制度，係建立在「現實買賣」之架構上。買賣標的若為現在不存在之物、禁止融通之物或已屬於買受人之物者，出賣人於訂立買賣契約時，不能將買賣標的物之所有權移轉於買受人，故移轉所有權之買賣契約原則上應屬無

<sup>336</sup> 整理自陳添輝，自始給付不能之契約效力—最高法院 96 年台上字第 2677 號判決之研究，法令月刊第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，頁 68-70。



效。

此外依法國民法第 711 條規定：「物之所有權，因債之效力而取得。」同法第 1138 條第 2 項規定：「買賣、互易、贈與等債之契約，僅當事人互相表示意思一致，即足使債權人成爲所有權人。」依照法國民法上開規定，債權契約具有物權之效力，只要買賣契約當事人就買賣標的物及買賣價金互相意思表示一致，即足使買賣標的物之所有權發生移轉之效果，不以出賣人交付買賣標的物爲要件，亦不以買受人支付買賣價金爲要件。因此，於訂立買賣等債權契約時，如果債務人不能給付，不論係主觀不能，抑或是客觀不能，均不能立即使債權人成爲所有權人，故具有移轉所有權作用之債權契約應屬無效。於是，法國民法將「自始給付不能，契約無效」之見解，適用於所有契約，擴張發展爲具有普遍性之不能理論，縱使僅債務人主觀給付不能，契約亦屬無效。就物權之變動理論，日本採用法國之純粹意思合致原則，故日本學者通說認爲，給付不能，不論是自始客觀不能或自始主觀不能，契約均爲無效。

相對地，關於物權之變動，我國學者通說認爲，我國民法係採用德國民法之物權行爲獨立性與無因性理論。換言之，買賣契約有效成立，僅使買受人及出賣人互負給付之義務，買賣標的物之所有權並不因買賣契約有效成立而自動移轉於買受人。因此，出賣他人之物，出賣人只要在債務清償期屆至前，向物之所有人購買，取得物之所有權，或逕使物之所有人將所有權移轉於買受人即可，並無讓契約無效之理。因此，在爲物權變動理論不同之情況下，我國民法第 246 條將自始不能規定爲無效，是否妥適，似有討論之空間。

## **(二)嗣後不能和自始不能的比較**

爲什麼自始客觀不能，契約是無效，債務人負締約過失責任，其賠償範圍爲信賴利益？自始主觀不能，契約就是有效，債務人就要負無過失之擔保責任，其賠償範圍爲履行利益？而嗣後不能，不分客觀不能或主觀不能，債務人原則上均應負過失責任？其理由安在？上述區分方式並無邏輯上的必然性。由於不論是自始不能、嗣後不能，抑或是主觀不能、客觀不能，因債務人均無法提出給付，縱使法院判決債務人應提出給付，亦無法強制執行，故於給付不能之情形，法律應規定債務人免給付義務，並於有可歸責於債務人之事由時，使債務人負損害賠償責任，如此作法已足夠，並無規定契約無效之必要。

### (三)從比例原則的角度切入

法律行為違反公益者，其瑕疵程度上最為嚴重，故法律賦予該法律行為無效之法律效果；法律行為違反私益者，其瑕疵程度次之，故法律賦予該法律行為得撤銷之法律效果；法律行為之程序有欠缺者，其瑕疵程度較輕微，故法律賦予該法律行為效力未定之法律效果。民法第 246 條第 1 項前段規定，以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。給付不能，並未涉及公益，法律為何賦予契約無效之法律效果，似乎未能有強烈的理由支持，恐非妥適。

## 第二項 檢討

### 一、比較法的角度

綜合上述學說之見解可證，依民法第 246 條第 1 項前段之規定可知，以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。其立法理由乃是，因為契約在締約時，已無法給付，繼續讓契約有效，亦無任何實益，因此為防無益之爭議，故在自始不能時，將契約規定無效。

不過此一立法理由是否妥適，不無疑義，蓋義務可否履行和契約有效與否乃兩個不同之概念，義務無法履行和契約無效之間，未必具有邏輯上之必然性，從而民法第 246 條之立法理由值得懷疑，此從 PICC 第 3.1.3 條第 1 項、PECL 第 4：102 條、德國民法第 311 條之 1 以及日本債權法改正試案【3.1.1.08】之比較法的檢討可知一二。

### 二、自始不能和嗣後不能並無區別的正當性

另外，在嗣後不能時，債權人可以依民法第 226 條第 1 項請求履行利益的損害賠償，在自始不能時，他方當事人僅可請求信賴利益的損害賠償；而傳統見解認為，信賴利益不可大於履行利益，如此僅因為給付不能之事實存在於締約前或締約後，即產生如此大的差別，恐欠缺正當性，蓋以契約成立之時點，作為區分給付不能類型之標準，並不妥適，因為不論是自始不能或嗣後不能，均為履行期屆至時，債務人無法給付，因此締約前的不能和締約後的不能性質相同，兩者不應區別對待<sup>337</sup>。更何況給付不能存在於締約前或締約後，通常可能僅因偶然的原

<sup>337</sup> 小林一俊，原始不能法廢止の動向と課題--二一世紀ドイツ法改正を中心として，法学志林第 101 卷 1 号，2003 年 11 月，頁 76。

因產生，更可見我國民法區分自始不能和嗣後不能之不當<sup>338</sup>。

此外，債務人就締約時之能為給付，由於在其掌握中，故應較締約後負更大責任<sup>339</sup>。不過現行法卻規定在自始不能的情況下，契約無效，債務人僅須負信賴利益的賠償責任，反之在嗣後不能的情況下，債務人卻須負擔較重的履行利益的賠償責任，輕重顯失平衡<sup>340</sup>。

### 三、自始不能僅涉及當事人私益，應由當事人自己決定契約效力

又基於私法自治原則，契約應盡量使其有效，無效乃例外應從嚴解釋，而民法第 246 條大多數之情況僅涉及當事人間的私益，並無涉及公益，故立法者並無必要強制規定無效。此時契約是否無效，應依當事人在契約上的風險分配來決定之<sup>341</sup>。

### 四、法制史的角度

再者，從歷史解釋出發，「自始不能，契約原則無效，例外有效」之理論，源自於羅馬法。而此一理論在羅馬法發展之背景，是因為古羅馬的買賣制度建構在「現時買賣」，且並無區分債權和物權行為，但是我國採債權、物權行為分離原則，是否仍有援用羅馬法的必要，須再斟酌。何況縱使是羅馬法，上述理論亦僅限於少數的交易行為始有適用，不具有一般性，其重要性微乎其微，是否須作為一般原則，而明訂於法律中，恐值深思。

### 五、避免將給付不能區分為主觀不能和客觀不能

不論是主觀不能或客觀不能，對於債權人來說並無不同，因此兩者應無區別之必要，但是由於我國民法自始不能規定之不當，為了限縮其範圍，不得已創設出自始主觀不能之概念，將其排除於民法第 246 條之範圍外，若刪除民法第 246 條之規定，而改採契約原則有效的看法，即再無區分主觀不能和客觀不能的實益<sup>342</sup>，如此可以避免學說上區分主觀不能和客觀不能之困難(詳見本文第 2 章第 1 節

<sup>338</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 43~44。

<sup>339</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 56。

<sup>340</sup> 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981 年 3 月，頁 52。

<sup>341</sup> 潮見佳男，債權總論 I(債權關係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版，頁 46。

<sup>342</sup> 潮見佳男，日本における客觀的不能と主觀的不能の區別，收錄於新井誠、山本敬三編，ドイツ法の継受と現代日本法—ゲルハルド・リース教授退官紀念論文集，日本評論社，2009 年，

第 1 項第 1 款)。

## 六、民法第 246 條欠缺存在實益

最後，就民法第 246 條存在實益而言。現行法已有許多其他制度可以來擔負民法第 246 條之功能。例如契約標的於締約時已因法律規定無法給付，此時直接可依民法第 71 條處理；而在契約因為自然法則而自始無法給付時，若依本文前述之見解(詳見第 3 章第 2 節第 3 項第 2 款)，幾乎不會發生無效的效果，此時分別適用錯誤或一般債務不履行或其他意思表示瑕疵制度之規定即可，足以證明民法第 246 條已形同具文。

故我國多數學者認為，民法第 246 條乃不當之立法，應予以刪除之意見值得贊同。

### 第三項 比較法之啟發

雖有學者主張，民法第 246 條和第 247 條之存在，可以一方面利用信賴利益來嚇阻無意義的契約，一方面不因過多的賠償而引發競租行為，扭曲有效率的資源配置，並無端耗費國家訴訟資源，因此民法第 246 條和第 247 條仍有保留價值<sup>343</sup>。但是此一論點是否妥適，不無疑義，蓋立法論上維持民法第 246 條和第 247 條存在之結果，雖有助於效率追求但是對於債權人並不公平，在效率追求和公平原則的衡量下，仍應以後者優先考量。

因此民法第 246 條乃不當立法應予以刪除，似已為我國大多數學者之共識。不過刪除後要如何處理自始不能的概念，可能須面臨以下之問題：是否要立法明文規定自始不能之契約效力？若採要立法明文規定的看法後，那要採何種立法模式？最後，若自始不能契約有效時，是要賦與債權人獨立的損害賠償請求權，抑或是將自始不能整合入一般債務不履行之規範中，使債權人依給付不能之規定請求即可？

首先，針對是否要明文立法之層次。就比較法上而言，有明文規定自始不能時，契約之效力者，例如 PICC 第 3.1.3 條第 1 項、PECL 第 4：102 條、德國民法第 311 條之 1、日本債權法改正試案【3.1.1.08】；亦有不立法明訂，而是直接利

---

頁 220。

<sup>343</sup> 張永健，自始客觀不能的經濟分析，月旦法學雜誌第 86 期，2002 年 7 月，頁 163 以下。

用法規中債務不履行的規定，並未區分自始不能和嗣後不能的特性，透過解釋論之方式，將自始不能吸納入債務不履行的規定中(CISG)，並藉此推知契約之效力。

本文認為，「自始不能，契約原則無效，例外有效」之理論，在我國已行之多年，若僅透過解釋論之手段，將自始不能吸收到一般債務不履行之規定中，將來在遇到自始不能的案件時，恐增紛擾。是以，將來在刪除民法第 246 條和第 247 條之後，宜在立法上明訂自始不能時之契約效力。

其次，針對要如何評價自始不能時契約之效力。本文認為，宜選擇「自始不能，契約原則有效，例外依當事人約定而無效」之立法方式<sup>344</sup>。蓋此不但符合國際潮流，且尊重當事人對於契約風險之分配，有助於交易安全之提升，符合私法自治之精神。

最後，自始不能之效力，在契約有效時，雖然可以請求履行利益的損害賠償。但是債務人請求損害賠償的依據，將因債務不履行可歸責事由內涵之差異，而導致不同之結果。

在德國由於採過失責任原則，故債務不履行的可歸責事由，以債務人之故意或過失來掌握(德國民法第 276 條參照)；而自始不能之歸責依據，並非過失責任原則，蓋在締約前債務人對給付之可能實現與否，並不負注意義務，自無給付義務違反之故意、過失可言。因此在德國自始不能無法適用一般債務不履行之規定，所以德國民法第 311 條之 1，除了就自始不能之契約效力為規定外(民法第 311 條之 1 第 1 項)，尚賦與債權人一個法律上獨立的損害賠償請求權基礎(德國民法第 311 條之 1 第 2 項)，在債務人明知或因可歸責而不知給付障礙的前提下，負履行利益的損害賠償之責(負限制擔保責任)。

而日本債權法改正試案有關債務不履行的規定，立基於契約拘束力之觀點，認為債務人違反契約本身，除非債務人可證明是因為非其於契約上所承擔之事由所致，否則即有可歸責事由，須負擔損害賠償責任(日本債權法改正試案【3.1.1.62】和【3.1.1.63】參照)。而上開思考脈絡，不僅可用於嗣後不能，自始不能時亦可適用，蓋自始不能時之契約，和嗣後不能時相同，均為有效，所以也可以從契約拘束力違反之觀點，來探討自始不能時債務人之責任。是以，日本債權法改正試案【3.1.1.08】，僅就自始不能的契約效力為規定，在契約有效的情形時，債權人

<sup>344</sup> 有關國際法規就自始不能的立法可能方式，詳見本文第 4 章第 1 節第 4 項。

可以直接依一般債務不履行之規定，向債務人請求履行利益的損害賠償，無須像德國民法第 311 條之 1 第 2 項，還須明訂自始不能的獨立損害賠償請求權<sup>345</sup>。

若依照我國通說之見解，債務不履行的歸責性，為過失責任原則，那民法第 246 條和第 247 條刪除後之修正，即可參考德國民法第 311 條之 1 之見解。但是本文認為債務不履行的歸責依據在於契約之拘束力，因此修法時，宜以日本債權法改正試案【3.1.1.08】作為立法藍本，如此一來，給付不能即無須再區分自始不能和嗣後不能，也無須區分主觀不能和客觀不能，均可適用同一債務不履行規範，減少概念區分上之困難。

將來修法後，自始不能，除非當事人有無效的約定，否則不影響契約的有效性。不過此時契約的效力，仍可能因為個案情節之不同，構成意思表示之瑕疵(錯誤、詐欺)而被撤銷，或違反民法第 71 條、第 72 條而無效。若無上述之情形，在契約有效的前提下，除非債務人舉證免責，否則債權人可以依一般債務不履行的規定，向債務人主張履行利益的損害賠償。

---

<sup>345</sup> 值得注意者，在 PICC 和 PECL 中，債務不履行歸責依據，雖以契約拘束力來掌握(PICC 第 7.1.7 條第 1 項、PECL 第 8：108 條第 1 項)，而非用過失責任，但是債務不履行的免責事由，並不適用於自始不能的情形，換言之，債務人就損害負擔保責任(無法主張免責事由)，形成無法整合自始不能和嗣後不能的情況。

## 第五章 結論

### 一、我國民法第 246 條之定位和債權人保護

依民法第 246 條第 1 項前段之規定可知，以不能之給付為契約標的者，其契約為無效，他方當事人僅能依民法第 247 條請求信賴利益的損害賠償，而無法請求履行利益的損害賠償，因此民法第 246 條之規定無法充分保護債權人利益，乃不當之立法，故應儘量限縮其適用範圍。

在解釋論上，保護債權人利益，可運用之手段有三種，其一為，創設自始主觀不能的概念，將民法第 246 條第 1 項前段限縮在自始客觀不能時，始有適用。其二為，利用禁反言之概念，使他方當事人有請求履行利益的可能。其三為，引進外國相對無效之制度，來限制當事人主張無效的權利；並且站在將自始不能定位為締約上過失之角度，使民法第 246 條限縮在構成民法第 247 條的情形下始有適用，藉以增加自始不能契約有效的可能性，讓他方當事人有請求履行利益的機會。

### 二、自始主觀不能和其歸責事由之內涵

首先，針對自始主觀不能而言，在定義上必須債務人自始有主觀不能的給付障礙存在。而何謂主觀不能？基於判斷標準明確並且可限縮民法第 246 條的範圍之理由，本文贊同通說之意見，以不能給付之人的範圍為判斷標準。若僅為債務人個人無法給付，為主觀不能；反之，若是任何人均無法給付則為客觀不能。且民法第 246 條僅適用於自始客觀不能的情形，倘為自始主觀不能，契約仍有效。

其次，在自始主觀不能，契約有效的前提下，由於不論是自始主觀不能或嗣後不能對於債權人來說並無差別，其債權均無法獲得滿足，因此兩者均應適用民法第 226 條第 1 項之規定，以債務人有可歸責事由為前提，才須負擔給付不能之責。

而可歸責事由之內涵，傳統學說以過失責任來掌握，其理由在於保障債務人行動自由。不過在契約責任時，債務人並無選擇不履行債務之自由；且若以過失責任作為可歸責事由之內涵，將導致自始不能和嗣後不能的可歸責事由不一致，而無法達成整合給付不能的目標。從而以過失責任，作為債務不履行責任可歸責事由之內涵之重要性，已大幅滑落，有必要重新建構可以使自始不能和嗣後不

能，能相互整合的債務人可歸責事由。

依照 CISG、PICC、PECL 以及日本債權法改正試案之規定可知，目前國際法規已有傾向以契約之拘束力，作為債務不履行之責任依據，除非債務人舉證有免責事由(不可歸責事由)存在，否則契約違反時，債務人即須負擔債務不履行責任。

在日本債權法改正試案中，以契約之拘束力，作為債務人歸責基礎之具體表現，乃是運用「非債務人在契約上承擔之事由」之概念來取代「無過失」，作為免責事由之內涵。所謂「非債務人在契約上承擔之事由」所指為何？依民法債權法改正檢討委員會之見解，乃是指當事人於締約時未預見且無法要求當事人預見之事由。因為上開事由，導致債務不履行時，由於債務人負責之依據為契約之拘束力，因此該等事由既非當事人所預見，即非契約拘束力之範圍，從而該事由所造成的債務不履行，自非債務人所需承擔，債務人可藉此而免責。並且此一免責事由，亦可適用於自始不能的情形，使自始不能可以完全整合入一般債務不履行之規定中。

再者，本文認為，我國債務不履行責任之歸責依據，有跳脫過失責任，改採契約拘束力之空間，蓋從民法第 225 條第 1 項文義解釋出發，我國民法第 225 條第 1 項用不可歸責之用語，而非無故意、過失之用語，可見無故意或過失，未必等同不可歸責。所以只要債務人違反契約，不論是自始主觀不能或是嗣後不能，均可適用相同規範，若債務人無法舉證導致給付不能的原因，是非其在契約上承擔之事由，債務人即須負擔債務不履行責任。以具體個案而論，甲和乙訂立 A 車之買賣契約，但甲賣之 A 車於締約前已被他人所盜，若甲預見此一情況仍出賣予乙，此時 A 車被盜即屬甲所需承擔之事由，因此在履行期屆至，甲仍無法給付時，即須依民法第 226 條第 1 項對乙負損害賠償責任。

### 三、民法第 246 條的適用範圍和相對無效

本文採取學說上所提出以「法規範所保護利益之種類與性質」作為標準，來對於無效概念進行區分。若法規目的在保護一般、抽象公共利益，則為絕對無效，反之，法規目的在保護個別、特殊利益或特定當事人利益，並不直接涉及公共利益之維護，違反此等規範之法律行為，乃相對無效。

而契約以不能給付為標的，該不能給付之原因，可能因為自然法則而不能或因法律規定而不能；針對因法律規定而不能而言，固須視法規保護的目的為私人



利益或公共利益而分別認定，但是契約標的因為自然法則之不能，而無法給付時，應屬相對無效。蓋自始客觀不能定位上即為締約上過失之問題，締約時當事人應負有「確認自己無給付能力並告知他方當事人」之締約前義務，使他方當事人能夠在締約時獲得充分資訊，來做是否訂約之決定。就此可知，民法第 246 條乃是為保護他方當事人自主決定權所設，自應僅能由他方當事人主張無效，性質上即為相對無效。

此外，自始客觀不能的理論建構，來自於締約上之過失，因此只有在當事人要對自始客觀不能之事實，負締約上過失責任時，契約才會因為違反民法第 246 條第 1 項前段而無效。因此民法第 246 條第 1 項前段應限縮在有民法第 247 條之情況時(當事人於訂約時知其不能或可得而知者，而他方當事人非因過失而不知)才有適用餘地，蓋當事人符合締約上過失的歸責要件，才須負擔締約上過失責任。

依循上開思考脈絡，透過本文假設「甲出賣給乙之 A 屋在締約前已因火災滅失」之事例，分別依據四種不同的具體情況(1、甲明知或可得而知 A 屋已滅失，而乙不可歸責而不知；2、甲明知或可得而知 A 屋已滅失，而乙亦明知或可得而知；3、甲不可歸責而不知 A 屋已滅失，而乙明知或可得而知；4、甲不可歸責而不知 A 屋已滅失，而乙亦不可歸責而不知)分析檢討後可發現，情況 1 和情況 2 的部分情形，雖然會造成甲和乙所訂立之契約無效，可是在情況 1 時，乙有是否主張無效的權限，若乙不主張契約無效，結果上仍可向甲依民法第 226 條第 1 項主張履行利益的損害賠償。

在情況 2 的部分情形(甲和乙均明知 A 屋已滅失)，甲、乙間的買賣契約雖然無效，惟是因為類推通謀虛偽意思表示而無效，並非適用民法第 246 條第 1 項前段而無效。而其他情形，由於甲並不構成締約上過失，所以甲、乙間的買賣契約均有效，再分別依據給付不能和錯誤以及其他意思表示瑕疵相關規定處理。因此結論上可發現，民法第 246 條之存在，幾乎無實益，在立法論上宜刪除之。

#### 四、比較法上的趨勢和我國法的省思

從各國立法例上觀察，就自始不能時，契約之效力為何？可能有三種不同之規範模式：1、「自始不能之契約，原則無效，例外有效」。2、「自始不能之契約，一律有效」。3、「自始不能之契約，原則有效，例外依當事人約定而無效」。而立法趨勢上(德國民法第311條之1、PECL第4：102條、PICC第3.1.3條第1項、CISG、

以及日本債權法改正試案【3.1.1.08】)是採第3種見解。此一規範方式，著重在當事人可自由依據契約來分配風險，因此若當事人就自始不能之契約，另外有無效之約定時，該契約亦可能無效。且若自始不能之契約構成其他意思表示瑕疵(例如錯誤)或違反強行禁止規定或公序良俗時，仍可依個別規定處理之。

雖然結論上，自始不能時，上述各種法規範，在契約有效，符合特定要件下，債權人均可以請求債務人負履行利益的損害賠償責任。不過由於德國民法就自始不能的責任性質，認為乃限制擔保責任，而嗣後不能的責任性質為過失責任，因此自始不能無法完全整合入一般債務不履行的規定中。而PICC和PECL雖認為自始不能契約有效時，債務人須依債務不履行的規定，對債權人負履行利益的損害賠償責任，但是有關債務人免責事由的規定，卻不適用於自始不能的情形，所以PICC和PECL亦無法完全整合自始不能和嗣後不能。不過日本債權法改正試案和CISG認為債務人免責事由的規範，不論自始不能或嗣後不能均可適用，其結果使自始不能和嗣後不能可以適用相同規範而達到完全整合的狀態。

最後以上述國際法規作為借鏡，來進行我國法日後修法的省思。首先從比較法、法制史，當事人間公平性、自始不能和嗣後不能無區別正當性、避免將給付不能區分為主觀不能和客觀不能、民法第 246 條存在實益、私法自治等角度觀察，現行民法第 246 條和民法第 247 條有關自始不能之規定乃不當立法，將來應刪除。而刪除後，本文認為，「自始不能，契約原則無效，例外有效」之理論，在我國已行之多年，若僅透過解釋論之手段，將自始不能吸收到一般債務不履行之規定中，日後在遇到自始不能的案件時，恐增紛擾。是以，在刪除民法第 246 條和第 247 條之後，宜在立法上明訂自始不能時之契約效力。

並且站在符合國際潮流，以及尊重當事人對於契約風險之分配，有助於交易安全之提升，符合私法自治之精神等角度，將來立法上宜選擇「自始不能，契約原則有效，例外依當事人約定而無效」之立法方式，除非當事人可以舉證證明有無效的合意外，否則契約原則有效。此外考量到自始不能和嗣後不能本質相同之觀點，給付不能不應再區分自始或嗣後不能，只要有債務不履行的情事，即應適用相同規範，因此本文認為修法時，應以能完全整合自始不能和嗣後不能的日本債權法改正試案為參考依據。

而民法將來修正後之結果，自始不能之契約，除非當事人可以舉證證明有無

效的合意外，否則契約原則有效；不過此時契約的效力，仍可能因為個案情節之不同，構成意思表示之瑕疵(錯誤、詐欺)，而被當事人撤銷或違反民法第 71 條、第 72 條而無效；若無上開情事，在契約有效的前提下，適用一般債務不履行的規範，並且於債務人無法舉證證明有免責事由的存在時，負擔債務不履行責任。如此一來，給付不能即無須再區分自始不能和嗣後不能，也無須區分主觀不能和客觀不能，均可適用同一債務不履行規範，減少概念區分上之困難。



## 參考文獻

### 一、中文部分(依姓氏筆劃排序)

#### (一)書籍

1. 王澤鑑，締約上之過失，收錄於氏著，民法學說與判例研究第一冊，自版，1975年6月。
2. 王澤鑑，給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第一冊，自版，1975年6月。
3. 王澤鑑，自始主觀給付不能，收錄於氏著，民法學說與判例研究第三冊，自版，1981年3月。
4. 王澤鑑，民法總則，王慕華發行，2000年9月。
5. 王澤鑑，債法原理第1冊，基本理論債之發生—契約、代理權授與無因管理，王慕華發行，1999年10月增訂版。
6. 史尚寬，債法總論，自版，1954年。
7. 江朝國，保險法基礎理論，瑞興圖書股份有限公司出版，2003年9月新修訂4版。
8. 朱岩編譯，德國新債法：條文及官方解釋，法律出版社，2003年1月。
9. 何孝元，民法債篇總論，自版，1971年9月8版。
10. 林誠二，民法債編總論—體系化解說(上)，瑞興圖書股份有限公司出版，2000年9月。
11. 林誠二，民法債編總論—體系化解說(下)，瑞興圖書股份有限公司出版，2001年3月。
12. 林誠二，民法債編各論(上)，瑞興圖書股份有限公司出版，2007年3月2版2刷。
13. 林誠二，民法理論與問題研究，瑞興圖書股份有限公司出版，1991年7月。
14. 邱聰智，新訂民法債篇通則(上)，自版，2000年9月新訂1版。
15. 邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，自版，2001年2月新訂1版。
16. 胡長清，中國民法債篇總論，1968年6月台2版。
17. 姜世明，民事證據法實例研習(一)，正點文教出版，2005年2月。
18. 姜世明，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋，新學林出版，2006年11月。
19. 姚志明，債務不履行之研究(一)—給付不能、給付遲延與拒絕給付，自版，

2003 年 8 月。

20. 姚志明，民事法理論與判決研究(一)—不完全給付與瑕疵擔保責任—，自版，2009 年 11 月。
21. 孫森焱，論所謂自始主觀不能，收錄於施茂林主編，當代法學名家論文集，法學叢刊社出版，1996 年。
22. 孫森焱，民法債編總論(下冊)，自版，2006 年 1 月修訂版。
23. 馬維麟，民法債編註釋書(三)，五南圖書出版，1996 年 9 月。
24. 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，自版，2011 年 2 月。
25. 陳添輝，權利瑕疵責任之初探，收錄於劉鐵錚教授七秩祝壽論文集編輯委員會編輯，新世紀宏觀法學之研究與展望—劉鐵錚教授七秩華誕祝壽論文集(一)，元照出版，2008 年 10 月。
26. 陳猷龍，民法債編總論，五南圖書出版，2005 年增訂 4 版。
27. 黃立，民法債編總論，自版，2002 年 2 版 3 刷。
28. 黃立，德國新債法之研究，自版，2009 年 9 月。
29. 黃茂榮，債法總論第二冊，自版，2002 年 9 月。
30. 黃茂榮，買賣法，自版，2002 年 5 月增訂 5 版。
31. 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年。
32. 趙文伋、徐立、朱曦 譯，德國民法，五南圖書出版，1992 年。
33. 鄭玉波著、陳榮隆修訂，民法債編總論，三民書局發行，2002 年 6 月修訂 2 版 1 刷。
34. 盧謙，德國民法專題研究，法律出版社出版，2008 年 8 月。

## (二)期刊論文

1. 王澤鑑，出賣被查封的不動產與給付不能-最高法院 82 年度台上字第 1034 號判決之檢討，法學叢刊第 39 卷第 1 期，1994 年 1 月。
2. 王澤鑑，三論「出賣他人之物與無權處分」：基本概念仍待澄清-最高法院歷年相關案例之檢討-，法學叢刊第 31 卷第 1 期，1986 年 1 月。
3. 王澤鑑，損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢，月旦法學雜誌第 119 期，2005 年 4 月。
4. 王鵬翔，目的性限縮之論證結構，月旦民商法雜誌第 4 期，2004 年 6 月。
5. 吳光陸，論債務人出售查封物之效力，法令月刊 46 卷第 6 期，1995 年 6 月。

6. 林惠美，締約上過失及其諸類型之探討-附論民法增訂第 245 條之 1-，月旦法學雜誌第 87 期，2002 年 8 月。
7. 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月。
8. 陳洸岳，非對等契約當事人間之資訊提供義務的確立—以日本「金融商品販賣法」及 UNIDROIT「加盟契約開釋義務模範法」為中心，律師雜誌第 293 期，2004 年 2 月 15 日。
9. 陳自強，日本債權法改正新動向—改正試案之理念，法學新論第 26 期，2010 年 10 月。
10. 陳自強，日本債權法改正新動向—改正試案之體系架構，月旦法學雜誌第 187 期，2010 年 12 月。
11. 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，台大法學論叢第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月。
12. 陳添輝，自始給付不能之契約效力—最高法院 96 年台上字第 2677 號判決之研究，法令月刊第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月。
13. 黃茂榮，概論損害賠償之債(二)，植根雜誌第 25 卷 4 期，2009 年 4 月。
14. 張永健，自始客觀不能的經濟分析，月旦法學雜誌第 86 期，2002 年 7 月。
15. 張永健，論給付不能的分類與歸責問題，法令月刊第 54 卷 6 期，2003 年 6 月。
16. 曾品傑，債務不履行之新風貌，台灣本土法學雜誌第 77 期，2005 年 12 月。
17. 楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月。
18. 詹森林，再論民法第 113 條與其他規定之競合關係，台灣本土法學雜誌第 29 期，2001 年 12 月。
19. 詹森林，自始客觀不能，月旦法學教室試刊號，2002 年 10 月。
20. 詹森林，自始客觀不能(二)，月旦法學教室第 2 期，2002 年 12 月。
21. 詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室第 6 期，2003 年 4 月。
22. 詹森林，私有農地之買賣-最高法院相關判決之評析-，政大法學評論第 58 期，1997 年 12 月。
23. 劉昭辰，履行利益、信賴利益，月旦法學雜誌第 116 期，2005 年 1 月。

### (三)研討會論文

1. 陳洸岳，「中斷交涉」與締約上過失責任之序論研究，民法研究會第14次學術研討會，收錄於民法研究會編，民法研究會實錄第4冊，學林文化出版，2000年9月。
2. 陳忠五，法律行為絕對無效與相對無效之區別，民法研究會第11次學術研討會，收錄於民法研究會編，民法研究會實錄第3冊，學林文化出版，1999年10月。

### (四)學位論文

1. 唐仲慶，作為免責事由之給付不能—以比較法研究為中心，台灣大學法律學研究所碩士論文，指導教授陳自強博士，2011年。
2. 莊錦秀，醫療民事責任體系再建構—以契約責任法理為中心—，台灣大學法律學研究所博士論文，指導教授陳自強博士，2011年。
3. 曾姿璇，契約磋商中斷責任之研究—以民法第245條之1之規範意義為探討中心—，成功大學法律學研究所碩士論文，指導教授郭麗珍博士，2006年。
4. 楊宏暉，締約前資訊義務之研究，政治大學法律學研究所博士論文，指導教授蘇永欽博士，2009年。

### (五)譯著

1. 迪特尔·梅迪库斯(Dieter Medicus)著，杜景林、盧湛譯，法律出版社出版，2004年。
2. Kurt Siehr 著，侯英冷譯，德國新債法之締約過失，月旦法學雜誌第99期，2003年8月。
3. Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論第79期，2004年6月。

## 二、日文部分(依出版刊載年代排序)

### (一)書籍

1. 北川善太郎，契約責任の研究，有斐閣，1963年。
2. 我妻榮，判例コンメンタールIV，債權總論，コンメンタール刊行会，1965年。

3. 星野英一，民法概論 IV，良書普及會，1986 年。
4. 瀬戸正二，契約の無効、取消，収録於淡路剛久等著，遠藤浩等監修，現代契約法大系第 2 卷—現代契約の法理(2)，1988 年初版 3 刷。
5. 奥田昌道，債権総論(増補版)，悠々社，1992 年。
6. 広中俊雄、星野英一編，民法典の百年 3—個別的観察(2)債権編，有斐閣，1998 年。
7. 能見善久，履行障礙，収録於山本敬三等著，債権法改正の課題と方向：民法 100 周年を契機として(別冊 NBL 第 51 号)，商事法務研究会，1998 年。
8. 平野裕之，基礎コース民法 2 -債権法，新世社，1999 年。
9. 淡路剛久，債権総論，有斐閣，2002 年。
10. 森田宏樹，契約責任の歸責構造，有斐閣，2002 年 6 月 30 日。
11. 潮見佳男，債権総論 II(債権関係、契約規範、履行障害)，信山社，2003 年第 2 版。
12. 上田誠一郎，契約解釈の限界と不明確条項解釈準則，日本評論社，2003 年。
13. 半田吉信，ドイツ債務法現代化法概説，信山社，2003 年。
14. 潮見佳男，契約法理の現代化，有斐閣，2004 年。
15. 円谷峻，新契約の成立と責任，成文堂，2004 年。
16. 加藤新太郎，判例 Check—契約締結上の過失，新日本法規出版，2004 年 6 月 4 日初版 2 刷。
17. 李銀榮，原始的不能と契約締結上の過失責任，収録於加藤雅信等編集，21 世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流記念，信山社，2005 年。
18. 中田裕康，債権総論，岩波書店，2008 年。
19. 半田吉信，ドイツ新債務法と民法改正，信山社，2009 年。
20. 民法債権法改正検討委員会編，詳解債権法改正の基本方針 II—契約および債権一般(1)，商事法務，2009 年。
21. 潮見佳男，日本における客観的不能と主観的不能の區別，収録於新井誠、山本敬三編，ドイツ法の継受と現代日本法—ゲルハルド・リース教授退官記念論文集，日本評論社，2009 年。
22. NBL 編集部編，インタビュー「債権法改正の基本方針」のポイント—企業法務における関心事を中心に，商事法務，2010 年 3 月。



23. 佐瀬正俊、良永和隆、角田伸一編，民法（債権法）改正の要点—改正提案のポイントと実務家の視点—，ぎょうせい，2010年。

## (二) 期刊論文

1. 石田文次郎，消極的利益の賠償を論ず（一），法学論叢（京都大学）8巻5号，1922年11月。
2. 小林一俊，最近の統一売買法における原始不能ドグマ否認の構想，亜細亜法学20巻1、2号合併号，1986年3月。
3. 渡辺達徳，「ウィーン売買条約」(CISG)における契約違反の構造，商学討究41巻4号，1991年3月30日。
4. 池田清治，契約交渉の破棄とその責任(1)—現代における信頼保護の一態様として，北大法学論集第42巻1号，1991年11月30日。
5. 熊谷芝青，日本民法における「無効及ヒ取消」：効力否認論序説，早稲田法学会誌42巻，1992年03月25日。
6. 石崎泰雄，瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論，早稲田法學70巻(3号)，1995年。
7. 八田公人，瑕疵担保責任における損害賠償請求権の範囲，北大法学研究科 Junior Research Journal 第5巻，1998年。
8. 上田誠一郎，契約責任と契約解釈の交錯と限界：契約締結上の過失による契約調整と不明確条項解釈準則，同志社法學第258号(49巻6号)，1998年3月31日。
9. 佐藤秀勝，禁止法規違反行為と無効主張者の制限：ドイツ法を参考にして，一橋研究26巻1号，2001年4月30日。
10. 佐藤秀勝，オーストリア法における無効主義者の制限：相対的無効概念を中心に，一橋論叢127巻1号，2002年。
11. 小林一俊，原始不能法廃止の動向と課題--二一世紀ドイツ法改正を中心として，法学志林第101巻1号，2003年11月。
12. 今野正規，フランス契約責任の形成（1），北大法学論集第54期，2003年10月9日。
13. 中林啓一，ユニドロワ国際商事契約原則と国際私法，立命館法学第293号，2004年。

14. 田中教雄，原始的不能による損害賠償について--ドイツ民法第 311 a 条の立法過程を手がかりにして，法政研究 72 卷 3 号，2006 年 1 月 25 日。
15. 荻野奈緒，契約責任における不可抗力の位置づけ — フランスにおける議論を中心として —，同志社法學 58 卷 5 號，2006 年 11 月 30 日。
16. 加藤亮太郎，取引における信義誠実の原則，神戸学院法学 36 卷第 3・4 号，2007 年 4 月。
17. 野澤正充，瑕疵担保責任の比較法的考察(二)：日本・フランス・EU，立教法学第 74 卷，2007 年 9 月。
18. 呉哲，原始的不能についての一考察—2002 年ドイツ債務法改正を契機として—，千葉大学人文社会科学研究所第 16 冊，2008 年 3 月 15 日。
19. 古谷貴之，ドイツ新債務法における瑕疵担保法と契約締結上の過失の交錯，同志社法學第 60 卷 5 號，2008 年。
20. 曾野裕夫，売買条約 (CISG) の締結とその文脈，法の支配第 153 号，2009 年 4 月。
21. 岡田愛，心裡留保と錯誤に基づく無効の効果について，大阪商業大学論集 5 卷第 1 號，2009 年 5 月。
22. 大山直樹，我が国における契約締結上の過失責任をめぐる諸問題に関する一考察，東洋大学大学院紀要 46 集，2009 年。
23. 内山敏和，意思形成過程における損害賠償法の役割についての一考察：損害賠償法と法律行為法・その 1，早稲田法學會 84 卷 3 号，2009 年 3 月 20 日。
24. 中田裕康，民法 (債権法) 改正と契約自由，法の支配第 156 号，2010 年 1 月。
25. 石崎泰雄，債権法改正の基本方針の検討—契約の不履行の基本構造—，首都大学東京法学会雑誌 50 卷 2 号，2010 年 1 月 29 日。
26. 野口善一，履行障害について(特集 司法書士からみた民法(債権関係)改正)，月報司法書士第 460 號，2010 年 6 月。
27. 鹿島秀樹，民法(債権法)改正の動向—契約責任の位置付けを中心として，日本女性法律家協会会報第 48 期，2010 年 11 月。
28. 田中教雄，債務不履行における過失責任の原則について，法政研究 78 卷

1 號，2011 年 7 月。

(四)譯著

1. ゲオルク.クリンゲンベルク著，瀧澤栄治譯，ロ-マ債權法講義，大學教育，2001 年。
2. ユルゲン.バセドウ編，半田吉信等訳，ヨ-ロッパ統一契約法への道，法律文化社，2004 年。
3. オーレ ランドー、ヒュー ビール編，潮見佳男、松岡久和、中田邦博翻訳，ヨ-ロッパ契約法原則 I、II，法律文化，2006 年。
4. ペーター.シュレヒトリーム編，半田吉信等譯，ヨーロッパ債務法の変遷，信山社，2007 年。
5. Prof. Dr. Juergen Proelss 著，金岡京子譯，ドイツ法における契約義務違反責任の基本特性，法律科学研究所年報第 27 期，明治學院大學，2011 年 7 月 30 日。

三、網路資料

1. 司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。
2. 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/>。
3. 裁判所：<http://www.courts.go.jp/>。
4. 民法(債權関係)の改正に関する検討事項(10) 詳細版：  
<http://www.moj.go.jp/content/000053608.pdf>。
5. 民法(債權関係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版：  
<http://www.moj.go.jp/content/000059836.pdf>。
6. 民法(債權関係)の改正に関する検討事項(6) 詳細版：  
<http://www.moj.go.jp/content/000047330.pdf>。
7. 法庫：<http://www.houko.com/>。
8. UNIDROIT 国際商事契約原則 2010 版(内田貴=曾野裕夫=森下哲朗譯)：

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-japanese.pdf>。

9. 民法債權法改正検討委員會，債務の履行、損害賠償、解除・危険負担、受領障害に関する報告，出自 2008/03/18 第 5 回全体会議用資料：  
[http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/Japanese/index\\_j.html](http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/Japanese/index_j.html)。
10. CISG 英文和日文對照版：[http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg\\_ej.pdf](http://www.juris.hokudai.ac.jp/~sono/cisg/cisg_ej.pdf)。

