

# 自序

文獻上關於債務不履行法之研究，主要針對債務不履行要件或類型承認本身，以及針對有名契約法與債編總論裡債務不履行法之競合。國內文獻上這類研究已累積相當數量與達到水準以上。但關於債務不履行法法律效果之研究，數量上則不成比例地少。在法律生活裡，當人們涉身到債務不履行時，往往主要關心的對象，乃究竟能獲得多少賠償金額，能否拿回已支付價金，而非關注債務人究竟是什麼債務不履行。在法院訴訟實務方面，債務不履行損害賠償請求權的內容，解除契約後所生返還或償還請求權的內容，以及減少價金所生不當得利返還請求權的內容，不僅是訴之聲明裡所必須記載的內容，以及當事人攻防的對象，亦是法院判決主文所必須加以回應者。

在如此的認知與背景底下，本人2006年4月自柏林回國開始教學與研究至今，一直以債務不履行之法律效果作為研究重點之一。期間完成了數篇關於解除契約之期刊論文，其中有為升上副教授之代表著作，即「解除契約、回復原狀與損害賠償義務」一文，亦完成了數篇關於債務不履行損害賠償之期刊論文，其中有為升上教授之代表著作，即「替補賠償請求權之結構」。

2002年4月的夏季學期，本人於德國柏林自由大學法學院修讀法學碩士課程。在這學期裡，全德國大學法學院的師生，包括本人，面臨了才剛施行的債務法現代化法。對

# 目 錄

## 自 序

◆導 論.....	1
◆替補賠償請求權之結構	
壹、問題提出與背景.....	5
貳、原則之損害賠償——符合相應於違約類型.....	11
一、給付不能決定替補賠償.....	11
二、給付遲延決定遲延損賠.....	15
三、瑕疵給付決定遲延損賠與替補賠償.....	18
四、違反保護義務決定完整利益損賠.....	25
參、替補賠償作為例外	
——給付對債權人無利益之判斷.....	28
一、給付於債權人無利益之限制.....	28
二、以瑕疵給付無利益為要件.....	30
肆、替補賠償之結構.....	32
一、金錢賠償取代給付（免給付義務）.....	33
二、代替性質所決定之結構.....	35
三、財產上損害.....	37
伍、有名契約法裡之替補賠償請求權.....	44
一、故意不告知或保證品質.....	45
二、承攬人工作瑕疵.....	52
三、受任人過失處理委任事務.....	57

德國教授與學生而言，這學期不僅意味著前所未有的挑戰，亦意味著時代的轉換。債務法現代化讓德國民法典以更透明、更和諧的秩序，順利前進到西元21世紀。10幾年來的施行經驗，這波現代化更強化德國民法典的典範意義。若干曾繼受德國民法典的亞洲國家，其民法典之現代化仍多少受到德國這波現代化之影響。在這波亞洲國家民法典現代化的浪潮裡，頗引人注目者，乃大陸在這幾年亦正進行著民法典之編纂。其編纂的成果，不僅將呈現出大陸民法研究與實踐之深度與廣度，亦將有機會證明，能否從自己土地上的生活經驗裡，長出有著自己特色之民法典，而非只是毫無反思與稀薄本土經驗之繼受。

這本論文集所收錄的論文，基本上乃民法釋義學本質之研究。這些法釋義分析結果，縱對兩岸民法之研究深度與現代化無多少實質助益，但至少有著累積文獻量的蚍蜉貢獻。本人研究重點，向來著眼於國內文獻上較少或根本欠缺著墨之命題，往後擬將研究焦點移至國內文獻上較有爭論之問題，以及擬將著手撰寫若干教學性質之期刊論文與其他文本。

本人由衷感謝，指導學生兼助理，林軒鋒、曾文儀、蕭嘉德及周家偉，感謝他們在教研路上的陪伴與協助。最後，本人衷心感謝，元照出版公司一直以來於出版論文集方面毫無保留的支持，協助出版共三冊論文集。

## 游 進 發

2019年5月12日

陸、替補賠償原則化之立法論 .....	59	參、過失責任 .....	100
一、債權人行使權利上之困境——遲延與瑕疵 .....	59	肆、請求權案例解說 .....	102
二、給付遲延亦是違約（債務不履行） .....	64	一、以民法第231條第1項為請求權基礎 .....	103
三、瑕疵本身要求得選擇請求大損害賠償 或小損害賠償 .....	66	二、以民法第226條第1項為請求權基礎 .....	104
四、違反保護義務亦要求替補賠償 .....	69	伍、結 論 .....	106
柒、結 論 .....	72	<b>◆債務不履行法中以給付瑕疵為要件的請求權</b>	
<b>◆給付不能損害賠償</b>		壹、判決摘要 .....	109
——損害賠償代替給付與財損之計算		貳、裁判簡評 .....	109
壹、本案事實 .....	75	<b>◆契約解除、回復原狀與損害賠償義務</b>	
貳、爭 點 .....	77	壹、問題提出與背景 .....	117
參、判決理由 .....	77	貳、回復原狀義務 .....	122
肆、評 析 .....	78	一、以解除契約作為成立要件 .....	122
一、問題提出與背景 .....	78	二、以廣義債務不履行或契約為正當性基礎 .....	123
二、損害賠償代替給付 .....	80	三、原物返還、價額與費用償還 .....	125
三、財損之計算 .....	83	參、回復原狀義務是不當得利返還義務？ .....	136
四、結 論 .....	89	一、義務的正當性基礎不同 .....	136
<b>◆給付遲延中之給付不能亦是遲延損害</b>		二、義務內容相同不必然導出性質相同 .....	138
壹、問題提出與背景 .....	91	三、欠缺無法律上原因的要件事實 .....	140
貳、遲延損害之特徵 .....	92	四、解除契約效果的根據 .....	147
一、給付不能之因果性格——給付遲延純粹 作為原因 .....	93	五、結 論 .....	150
二、遲延損害之累積發生可能性 .....	96	肆、原物返還不能的危險 .....	151
		一、以解除債務人為承擔主體 .....	151
		二、以解除權人為承擔主體 .....	154

伍、解除契約不妨礙損害賠償請求.....	175	三、親民之兩立主義 .....	214
一、侵權行為損害賠償請求權？ .....	175	四、瑞士債務法之規範模式 .....	215
二、信賴利益損害賠償請求權？ .....	178	參、使解除與債務不履行損賠併存之 兩種可能形式 .....	218
三、履行利益損害賠償請求權 .....	180	肆、結 論 .....	221
陸、結 論 .....	187		
<b>◆契約解除與不履行損害賠償請求之擇一兼 契約解除前提下之信賴利益損害賠償請求 ——瑞士債務法之規範模式</b>		<b>◆德國民法上之應負責概念</b>	
壹、問題提出與背景 .....	193	壹、前 言 .....	223
貳、瑞士債務法之規範模式 .....	196	貳、主句——應負責與過失原則 .....	225
一、契約解除與契約消滅損害賠償請求之兩立？ .....	196	參、子句——加重或減輕責任 .....	227
二、契約解除與不履行損害賠償請求之擇一 .....	197	一、德文教學 .....	227
三、以契約解除為前提之契約消滅損害賠償 請求權 .....	203	二、規範內容 .....	230
參、結 論 .....	206	肆、結 論 .....	232
<b>◆解除契約與債務不履行損害賠償 ——以對最高法院九十六年度台上字第一二〇四號 判決之反思為限</b>		<b>◆物之出賣人權利無缺及權利存在給付義務</b>	
壹、解除契約之債務不履行損賠效果？ .....	208	壹、研究動機、方法與範圍 .....	233
貳、解除契約取代債務不履行損賠？ .....	210	貳、物之出賣人權利無缺給付義務 .....	235
一、替補賠償債權始是轉來之債 .....	210	一、民法第三四九條之釋義分析 .....	235
二、解除、違約損賠對債權人財產總額狀態之 影響 .....	213	二、他人之物之買賣 .....	240
		參、物之出賣人權利存在給付義務 .....	249
		一、民法第三五〇條釋義上之初步分析 .....	249
		二、民法第三五〇條之「債權或其他權利」 .....	250
		三、結 論 .....	261
		肆、自始權利瑕疵之限制？ .....	262
		一、第三四九及三五〇條之可能文義 .....	264

二、第三五一、三五九、三四九與三五〇條間 之意義關聯 .....	265
三、德國民法舊法第四三四及四三七條 .....	266
四、對價關係均衡之維持 .....	267
五、決定性文義——自始權利瑕疵及嗣後權利 瑕疵 .....	268
伍、總 結 .....	269

## ❖ 民法第四七九條第一項消費借貸借用人價值 償還義務

### ——扞格不入下之融入嘗試

壹、問題提出與背景 .....	271
貳、自始不能？ .....	277
一、要物性——借用物所有權移轉自始客觀 不能——契約不成立 .....	277
二、自始主觀不能——種類債務本質背離 .....	279
參、嗣後不能 .....	279
肆、主觀不能？僅客觀不能！ .....	280
一、種類債務本質 .....	281
二、規範矛盾判定 .....	282
三、規範矛盾排除——立法理由說明與體系 合致 .....	287
四、黃金交易禁止——借用人嗣後客觀返還 不能？ .....	288
伍、不可歸責借用人返還不能？ .....	289
一、歸責原則與規範矛盾判定 .....	290

二、規範矛盾排除不能之論據 .....	291
三、規範矛盾排除及評價矛盾避免——有償、 無償消費借貸與租賃、使用借貸 .....	297
四、結 論 .....	298
陸、可歸責借用人返還不能 .....	298
柒、金錢借貸返還不能釋義結構分析 .....	299
捌、總 結 .....	301

## ❖ 德國民法上承攬人之瑕疵責任

壹、前 言 .....	303
貳、承攬人無瑕疵給付義務 .....	305
一、第六三三條第一項 .....	305
二、我國法之分析與檢討 .....	306
參、瑕疵概念 .....	307
一、物之瑕疵 .....	307
二、權利瑕疵 .....	309
三、比較法之觀察與分析 .....	309
肆、定作人瑕疵權利（Mängelrechte） .....	310
一、補正請求權 .....	311
二、自行排除瑕疵 .....	318
三、解 約 .....	320
四、減少報酬 .....	328
五、損害賠償 .....	330
六、徒勞費用賠償 .....	344

# 導 論

伍、時 效.....	347
一、第六三四條a .....	347
二、比較法之觀察與分析.....	349
陸、總 結.....	350

## ❖ 受任人過失處理委任事務

壹、甲女星依民法第544條規定，得請求乙律師 損害賠償，端視.....	353
一、委任契約成立 .....	353
二、處理委任事務有過失.....	354
三、損 害.....	356
四、結 論.....	358
貳、甲女星依民法第227條第1項、第226條 第1項規定，得請求乙律師損賠，端視.....	358
一、瑕疵給付 .....	358
二、過失歸責.....	358
三、損 害.....	359
四、結 論.....	360
參、甲女星依民法第227條第2項規定，得請求 乙律師賠償500萬元廣告代言費，端視.....	360
肆、甲女星依民法第227條第2項、第227條之1 規定、第18條第2項，得請求乙律師賠償 相當之金額（慰撫金），端視.....	361
伍、甲女星依民法第184條第1項前半段規定， 得向乙律師請求損害賠償，端視.....	362
陸、競 合.....	364

國內與國外文獻上關於債務不履行法之研究，向來是非常重點之所在。如此的文獻呈現一點也不意外。民法釋義學作為以民法法條之解釋，系統分析與適當評價活動為內容的學科，不僅關係著如何以現行法妥當解決已發生之紛爭，規範設計上給予相關事實適當評價，以提供人民事前遵守之行為規範，亦更是一直持續關注之焦點。關於債務不履行法與其研究，因此不僅應以現行法之解釋適用為內容，亦更以提供適當的規範設計，以及調整不當的規範設計為內容。

關於債務不履行法之研究，國內與國外文獻大多集中在債務不履行法之要件或類型。從法條的結構原則上有其要件與法律效果為出發點以觀，不僅這類研究要緊且有必要，關於債務不履行法法律效果的研究，亦同樣重要且必要。再者，在法律生活裡，當人民涉身到債務不履行時，往往所關心的主要對象是債務不履行的法律效果，例如當買受人買受了海砂屋或輻射屋或鬼屋（凶宅）時，往往關心的是，得否請求出賣人償還其已交付之價金，得否請求所受損害之賠償，而非關注出賣人究竟以何等方式不履行其債務。儘管如此，我國文獻上這類相關法律效果之研究仍相當不成比例的少見。

債務不履行法之法律效果基本上有兩大方向，即解除權與損害賠償。如此的規範設計原則上理應符合相應於債務不履行，換句話說，債務不履行本身即要求規範設計上給出解除權與損害賠償。債權人未因債務人之債務不履行而受有損害者，債權人對於未來法律生活的規劃基本上有兩種可能方向，即堅持待在債之關係裡，直到得到給付利益為止，或從這項債之拘

束中解脫。規範設計上因債務人之債務不履行而給出解除權，即符合相應債權人應得從債之拘束中解脫這項狀態：當債權人解除契約時，如其尚未為對待給付，則免對待給付義務，債務人也同免給付義務；如其已為對待給付，則得請求返還對待給付。解除契約目的因此乃回到彷彿契約成立前之狀態。契約成立前，當事人並無給付義務，已給付者，則得請求返還。從讓債權人自債之拘束中解脫而言，被解除契約之效力如何，其實已顯得無關緊要。可見解除權、解除契約並非概念產物本質，他是從人們的生活經驗中長出。

債權人因債務人之債務不履行而受有損害者，規範設計上即應對損害有所反應。這項規範設計不僅是為符合相應債務人之債務不履行，亦是為應符合相應因此所生之損害。但損害賠償責任之發生，原則上應連結過失這項要件。單單債務不履行這項要件，並無法充實損害賠償責任基礎與這項法律效果之結構。既然債務不履行之損害賠償是符合相應債務不履行而生，則其結構必然以賠償取代給付為內容。損害賠償之目的，乃填補損害達到彷彿無損害之狀態。由損害賠償這項目的設定以觀，債務不履行損害賠償，亦是為填補損害達到彷彿無損害之狀態，即彷彿債務人給付之狀態，而應以賠償代替給付。債務不履行損害賠償計是為符合相應債務不履行而生。從這項目的設定以觀，其結構同樣必然以賠償代替給付。至於作為損害賠償方法之回復原狀，在此間一開始便不在規範設計考量之列，良以債務人已債務不履行，請求回復原狀，即請求給付，而回復原狀損害賠償請求權，並非契約給付請求權。取代給付之方法必然是金錢賠償。符合相應於債務不履行之損害賠償，因此原則上應是替補賠償之結構。

債務不履行有著多種法定類型，即給付遲延、給付不能、瑕疵給付、加害給付與違反保護義務。符合相應於這些更為具

體之法定類型，亦必然產生這些法定類型自己所有之損害賠償，即遲延損害賠償、給付不能之損害賠償、瑕疵損害賠償，違反保護義務之損害賠償。遲延損害賠償之結構，乃遲延所生損害之賠償，非常攸關緊要的要件，乃因果關係。凡因遲延所生之損害，原則上即在賠償之列。給付不能之損害賠償，乃替補賠償，良以債務人已不能給付，於是只能以金錢賠償達到彷彿給付可能，且已給付的狀態。

瑕疵損害賠償以瑕疵補正不能為前提，補正義務亦是給付義務，性質上亦為無瑕疵給付義務，補正義務履行不能，因此乃給付不能，其賠償因此亦是替補賠償，以金錢賠償取代給付。由於瑕疵給付對債權人而言可能尚有利益，但也可能無利益，甚至有害。於是規範設計上為符合相應這項狀態，債權人便得選擇請求小損害賠償或大損害賠償，以金錢賠償代替無瑕疵給付，而保留下有瑕疵的給付，以金錢賠償代替無瑕疵給付與給付，而（應）返還有瑕疵的給付。加害給付之損害賠償，則是完整利益損害賠償之性質，良以瑕疵給付加害了給付利益以外之權利或利益。至於違反保護義務之損害賠償之性質，則取決於保護義務之內容（違反先契約保護義務之損害賠償之性質，亦同），在個案中可能是完整利益之損害賠償，可能是信賴損害賠償，或者可能是給付利益之損害賠償。

債務不履行法的法律效果，即解除權與債務不履行損害賠償請求權。這兩項法律效果對債權人財產的影響不盡相同。解除契約的目的，乃回到契約成立前的狀態。替補賠償的目的，乃填補損害達到彷彿給付。單從這兩項目的以觀，債務不履行損害賠償，尤其是替補損害賠償，對債權人財產狀態之影響，超越解除契約對債權人財產狀態之作用。替補損害賠償的作用超越解除契約。而且規範設計上並無法期待、無法要求人民有能力正確理解這兩項制度的釋義結構，從而做出有利於自己的

#### 4 債務不履行之法律效果

理性決定。這兩項權利的行使，因此並不應處在互斥的擇一關係之中，尤其當債權人解除契約時，並不應因此喪失債務不履行損害賠償請求權，尤其不應因此喪失替補賠償請求權。債權人因債務人債務不履行所受的損害，縱使債權人於請求賠償前已解除契約，仍應獲得填補。上開解除權與債務不履行損害賠償請求權的理性結構，正是兩立主義的表現。相對於選擇主義單從邏輯出發，兩立主義所形成的釋義結構不僅理性，亦正視且解決人民在法律生活裡的難處。德國債務法現代化法因此廢除選擇主義，而改採兩立主義。

以上說明企圖傳遞出一則訊息，即債務不履行法之法律效果，並非如同文獻上或教學上所呈現出，如此概念、脫離現實生活之規範設計。無論是解除權、解除契約，抑或債務不履行損害賠償，各項債務不履行法定類型之損害賠償，均是符合相應於債務不履行這項狀態而生，均是符合相應債務不履行各項法定類型而生。他們是從人們的生活經驗中長出來的規範設計，是符合現實的規範設計。相關更深入、更詳細之說明，請參閱本論文集所收錄之論文。

## 替補賠償請求權之結構\*

### 壹、問題提出與背景

債務不履行可導致損害賠償義務。此間之損害賠償義務，首先乃相應債務不履行之法定類型而生。每項法定債務不履行類型，均有與自己類型相應之損害賠償，亦即固有、原則之損害賠償：在給付遲延，乃遲延損害賠償；在給付不能，乃替補賠償；在給付瑕疵，瑕疵可補正時，是補正遲延賠償；瑕疵補正不能時，乃瑕疵損害賠償（瑕疵給付損害賠償），包括大損害賠償與小損害賠償。在每項法定債務不履行類型均有之損害賠償，但並非固有、原則的損害賠償，而是例外之損害賠償，例如民法第226條第2項、第232條、第227條準用第226條第2項、第232條規定之替補賠償：縱使在一部不能之情形，債權人只有在可能部分之給付對其無利益時，始得請求代替全部給付之損害賠償；在給付遲延之情形，債權人亦只有在遲延後之給付對其無利益時，始得請求替補賠償；在瑕疵給付之情形，債權人只有在瑕疵補正對其無意義時，始得請求替補賠償。

上開針對債務不履行各法定類型而生之損害賠償，主要著眼於類型本身（固有），以及呼應損害賠償回到彷彿無損害地步之目的：在給付遲延，應填補至彷彿無遲延之地步；在給付瑕疵，則應至無瑕疵之地步；於給付不能，則應至已給付之地步。制定前揭例外之損害賠償之原因，主要著眼於債務不履

---

\* 筆者衷心感謝，審查委員及編輯委員們之建議，均依建議修改；助理蕭嘉德與曾文儀同學幫忙蒐集資料與校對論文。

行，亦即無論哪種債務不履行法定類型，均為債務不履行，債務人均未給付，以及損害賠償之目的既然在回復原狀（回到彷彿沒有發生損害之狀態），則當發生債務不履行，債務人未給付時，便應有彷彿回到債務履行之損害賠償，以使債權人仍能取得因給付所生之利益。

實則，若應符合相應債務不履行各項法定類型均為債務不履行，而制定替補賠償（代替給付之損害賠償），則並無理由使這類損害賠償成為例外之損害賠償，而應將其原則化。如此之規範設計，始處在理性之結構之中，也才滿足法律適用上之因果關係之要求，亦即唯有法條之諸構成要件彼此處在邏輯關係之中，彼此不相矛盾，諸構成要件與法律效果亦處在邏輯之中，彼此不相矛盾時，當其構成要件該當時，其法律效果始可能發生<sup>1</sup>。西元2002年施行之德國新債法，基本上採行如此之規範設計，例如德國民法第281條、第282條、第283條、第280條第1項、第3項、第311a條第2項等規定<sup>2</sup>。國內相關文獻專對替補賠償之著墨，並不多見，縱便有涉及者，亦尚未達到透徹之地步，相關之說明大抵著眼於替補賠償請求權之依據<sup>3</sup>，對於請求之內容與其功用，則並未有太多說明，對於與替補賠償請求權相關聯制度之研究，亦略嫌不足。在此間應附帶說明者，乃我國若干文獻似認為，僅民法第226條第2項與第232條

所規定之損害賠償，始為替補賠償<sup>4</sup>。史尚寬先生之說明，則明顯並未有如此之限定<sup>5</sup>，亦即民法第226條第1項規定之損害賠償，以及第227條第1項準用第226條第1項規定之損害賠償，亦均是替補賠償。本文基本立場與史尚寬先生之見解相同。良以這兩項損害賠償亦均具有替補賠償之結構。本文將於相應之處（肆、替補賠償之結構），詳細分析這項結構。故而本研究之目的，乃將替補賠償請求權之結構更清楚地呈現出。至於針對各項債務不履行法定類型而生之損害賠償，因其與此項結構亦有相同與對照之關聯，故而亦在本研究分析之列。

保護義務並非給付義務，違反保護義務之一方當事人，亦可能已為給付。是以已給付之情形，是否亦應發生替補賠償請求權，不無疑問？就這則問題，西元2002年施行之德國新債法亦已增訂第282條規定，明確表示肯定立場<sup>6</sup>。但外國立法例僅有參考價值。於是，如何解決這則問題，應尚直接面對現行法，包括法理與待規範事物（一方當事人已為給付，但違反保護義務之情形），用以探求在現行法中，是否存在著與此則問題之關聯與答案。

立法論上，替補賠償請求權應予以原則化，而非僅限定於例外情形始發生。以這項立法論為前提，緊接著必須處理替補賠償請求權與給付請求權之關係。單從替補賠償請求權之替補概念可得知，給付請求權因替補賠償請求權之因素而消滅。但

<sup>1</sup> 關於法條之邏輯結構，Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975, S. 232。

<sup>2</sup> Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 70. Aufl., 2011, § 281 Rn. 4; Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2010, Rn. 600 f.

<sup>3</sup> 國內關於替補賠償請求權之說明，史尚寬，債法總論，頁361，自版，1990年；黃立，民法債編總論，頁484，自版，2006年修正3版；林誠二，債法總論新解：體系化解說（下），頁82、109、154，瑞興，2013年2版。

<sup>4</sup> 例如鄭冠宇，民法債編總論，頁163、173、189，自版，2015年。

<sup>5</sup> 史尚寬，同註3，頁360、372、388、403。

<sup>6</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 141-142; MünchKomm/Ernst, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, § 282 Rn. 1-2, 12; Palandt/Grüneberg, a.a.O. (Fn. 2), § 282 Rn. 1 f.; Jauernig/Stadler, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 16. Aufl., 2015, § 282 Rn. 1-8.

問題是，給付請求權何時消滅？在替補賠償請求權發生時？抑或其行使時？若認為於替補賠償請求權發生時，給付請求權消滅，則兩項請求權之關係，乃自始處在代替關係之中，亦即這兩項請求權一開始並不併存，而無法由債權人選擇其一行使。但若認為給付請求權於行使替補賠償請求權時消滅，則這兩項請求權自替補賠償請求權發生時起即併存，而得由債權人選擇其一行使，選擇行使替補賠償請求權時，給付請求權始消滅。其次，由於債務人依契約負有給付義務，而非負有替補賠償義務，是以替補賠償請求權之規範正當性，勢必得面臨這項契約結構之挑戰。債務人債務不履行，可作為替補賠償請求權之正當因素，但既然給付義務將因替補賠償請求權而消滅，則替補賠償請求權之發生，得否與其他給付義務與債務不履行損害賠償義務（遲延賠償、加害給付損害賠償、違反保護義務之損害賠償）併存之情形作相同處理，實在不無疑問。以上兩則問題之答案，將給與替補賠償請求權不同之結構，是本研究重點客體之一。

考量到請求權之四大命題，即請求權人、請求權相對人、請求之依據、請求權之內容，替補賠償請求權之研究，原則上可從這四則命題展開。替補賠償請求權人與相對人，原則上並無疑問，輪廓顯得相當清晰。但替補賠償請求權之內容，文獻上並無多少著墨。另外，儘管替補賠償請求之依據，於民法債總之範圍內，並無多少爭論。但在有名契約法範圍內，若干法條是否為替補賠償請求權之依據，不無疑問，例如民法第360條、第495條第1項、民法第514條之7第2項規定。於是，本項關於替補賠償請求權之研究，除從請求權四則命題展開之外，更將重點對替補賠償請求權之依據與內容進行分析。另外，財產上損害有無與計算方式之理論，亦關係到替補賠償請求權，於替補賠償請求權亦有適用之餘地。是以尤其於替補賠償請求

權之內容一處，一併加以說明。

替補賠償請求權之依據，在有名契約法之範圍內，往往發生疑問。例如民法第495條第1項規定，良以該條規定文義並未明指出不履行，於是很難認為其所規定之損害賠償，具有替補賠償結構。最高法院96年度第8次民事庭會議：「一、民法第四百九十五條所規定之損害賠償不包括加害給付之損害。」最高法院在這則決議認為，民法第495條規定所指損害賠償，乃債務不履行損害賠償，不包括加害給付損害賠償，但債務不履行損害賠償，包括各種因債務不履行所生損害之賠償，包括遲延損害賠償，瑕疵結果損害賠償，給付不能損害賠償。民法第495條第1項規定，果真包括這些債務不履行法定類型之損害賠償？不無疑問。

更有甚者，最高法院早期曾有令人感到突兀之見解。例如，最高法院41年台上字第104號判例：「上訴人與被上訴人訂約承攬之橡皮水管，其工作之完成，既有與原約品質不符及不適用於使用之各重要瑕疵，而又拒絕被上訴人之催告修補，依民法第四百九十四條之規定，被上訴人本有法律所認之契約解除權存在，自得向上訴人為解除契約之意思表示，從而其以此項契約已經合法解除為原因，請求返還已交付之酬金與附加利息，並賠償因解除契約所生之損害，自為同法第四百九十五條、第二百五十九條第一款、第二款之所許。」最高法院在這判例甚至認為，該條所規定損害賠償，包括因解除契約所生損害之賠償。但就解除契約與債務不履行損害賠償之關係，民法第260條規定採取兩立主義，即債權人解除契約時，得再請求債務不履行損害賠償，並非如同瑞士債務法所採取之規範模式，即請求債務不履行損害賠償時，得再解除契約，解除契約時，不得再請求債務不履行損害賠償，但得請求因契約消滅所

生損害之賠償（信賴利益損害賠償）<sup>7</sup>。最高法院在這則判例中所指因解除契約所生之損害，似誤解民法第260條規定採取瑞士債務法規範模式，而認為民法第495條所規定損害賠償，包括信賴利益損害賠償。但最高法院70年台上字第2699號判例：「定作人依民法第四百九十五條規定請求損害賠償，並不以承攬契約經解除為要件。」似以民法第495條所規定之損害賠償，並不包括因解除契約所生損害之賠償。從以上說明可知，最高法院上開見解，實歸因於替補賠償請求權之結構尚不夠清楚，於是單以此點度之，替補賠償請求權結構之研究，即非常有必要。

類似之問題，也發生於民法第544條規定。受任人依委任契約，負有處理委任事務之義務。受任人可能違反這項事務處理義務，亦即債務不履行（違約）。民法第544條規定「受任人因處理委任事務有過失」之文義，並未有債務不履行法定類型之限定文義，換句話說，遲延處理委任事務、不能處理委任事務，以及瑕疵處理委任事務，均在該條規定文義範圍內。民法第544條所規定之損害賠償請求權，包括以上三項債務不履

<sup>7</sup> BGE 90 II 285 S. 295; Eugen Bucher, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 1988, S. 379; 游進發，契約解除與不履行損害賠償請求之擇一兼契約解除前提下之信賴利益損害賠償請求——瑞士債務法之規範模式，法令月刊，第58卷第3期，頁52-60，2007年3月；游進發，瑞士債務法採契約利益主義？，台灣法學雜誌，第130期，頁256-258，2009年6月。文獻上一般認為，瑞士債務法採行契約利益主義，例如史尚寬，同註3，頁538；戴修瓚，民法債編總論，頁255，1993年；楊芳賢，給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討，政大法學評論，第58期，頁168，1997年12月；鄭玉波著，陳榮隆修訂，民法債編總論，頁442，2002年修訂2版；孫森焱，民法債編總論（下冊），頁760，2010年修訂版；林誠二，同註3，頁295。但這項見解，恐有誤解瑞士債務法之嫌。

行法定類型之損害賠償請求權。這條規定適用範圍之問題，亦與替補賠償請求權有關，良以當發生瑕疵損害賠償請求權時，即發生損害賠償代替無瑕疵事務處理與損害賠償代替事務處理。另外，頗有疑問者，乃瑕疵結果損害賠償與違反保護義務（附隨義務）之損害賠償，是否亦在該條規定之文義範圍內。民法第544條所規定之損害賠償，於是也成為本研究之客體之一。

## 貳、原則之損害賠償——符合相應於違約類型

民法明文規定之債務不履行有三大類型，即給付不能、給付遲延與不完全給付。這三項類型乃法定類型，並非指法學方法論上傳統意義之類型，而是指概念化之類型，亦即藉由法律明文規定而成為概念之類型。於是，該三項法定類型不僅具有經驗類型之意義，亦具有概念之意義<sup>8</sup>。植基於這項認知，當立法者為債務不履行計畫法律效果時，便應符（合相）應類型之特徵，以及概念結構內之理性<sup>9</sup>。以下分析以這項規範計畫為內容。

### 一、給付不能決定替補賠償

依民法第225條第1項與第226條第1項規定，債務人給付不能者，無論就其給付不能是否可歸責，均免給付義務，僅於可歸責之情形，負有損害賠償義務，良以法律不強人所難，況且即便令債務人不免給付義務，對債權人並無任何意義，蓋其此

<sup>8</sup> Detlef Leenen, *Typus und Rechtsfindung: Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, 1971, S. 96 f.

<sup>9</sup> Larenz, a.a.O. (Fn. 1), S. 232 f.

時無論如何並無法取得給付本身<sup>10</sup>；但若就其給付不能可歸責，則負有損害賠償責任。民法第225條第1項文義，乍看之下極易使人誤以為：僅債務人就給付不能可歸責者，始免給付義務，亦即若反面解釋該條項規定，則可得到債務人就給付不能不可歸責者，並不免給付義務之文義。德國民法第275條第1項文義則明確指出，給付對債務人或任何人不能者，無給付請求權，而且亦未傳遞無任何歸責要件與免給付義務與否掛勾之訊息。給付不能作為債務不履行法定類型之一，其免給付義務，但發生損害賠償責任之結構，要求以替補賠償作為其「原則性」之法律效果：債權人因給付不能而無法取得給付利益，規範設計上債務人亦無法回復原狀，而僅能以金錢賠償之，於是應以金錢賠償之<sup>11</sup>；這項損害賠償乃以金錢賠償，取代給付為債權人所帶來之財產上利益（給付利益）<sup>12</sup>；立法者以替補賠償作為給付不能之法律效果，而且乃原則之法律效果<sup>13</sup>，換句話說，只要當債務人就給付不能應負責者，即負有代替給付之損害賠償責任，而別無其它要件之要求。關於替補賠償之結構將於以下相關地方進行更詳細之說明。此間說明主要僅針對替補賠償乃給付不能底下原則、固有之損害賠償。

<sup>10</sup> 蔡晶瑩，從德國民法債務不履行法之修正看給付不能之轉變，中原財經法學，第9期，頁132，2002年12月；楊佳元，雙務契約給付不能之效力，臺北大學法學論叢，第61期，頁23，2007年3月。

<sup>11</sup> 楊佳元，同註10，頁26。

<sup>12</sup> 王澤鑑，債務不履行法的變遷——違約責任與損害賠償（上），法令月刊，第67卷第9期，頁13，2016年9月。

<sup>13</sup> 史尚寬，同註3，頁388；游進發，受任人過失處理委任事務，台灣法學雜誌，第294期，頁145-146，2016年4月；游進發，給付不能損害賠償——損害賠償代替給付與財損之計算，裁判時報，第49期，頁25，2016年7月。

最高法院40年台上字第599號判例<sup>14</sup>：「租賃契約成立後，依民法第四百二十三條之規定出租人固負交付租賃物於承租人義務，惟此僅為出租人與承租人間債之關係，出租人違反此項義務而將租賃物租與他人，並經交付時，則其交付租賃物之義務，即已不能履行，承租人對於出租人，祇能依民法第二百二十六條第一項請求賠償損害，不得再行請求交付租賃物。」最高法院在若干判例與判決中指出，給付不能者，債權人僅得依民法第226條第1項規定，請求損害賠償，而不能請求給付。最高法院這項見解，以債務人因給付不能而免給付義務，固無疑問。但對這項觀察可以進一步以替補賠償之性質補充：給付不能損害賠償，乃符應給付不能這項債務不履行法定類型而生，乃以金錢賠償代替給付，文獻上稱為替補賠償或代替給付之損害賠償，在這項損害賠償之結構中，債務人不僅因給付不能而免給付義務，因債權人請求金錢賠償代替給付，亦不再負有給付義務。

司法院院字第2478號解釋：「因可歸責於債務人之事由。致給付不能者。債權雖仍存在。而其內容則已變為損害賠償請求權。不復以原定之給付為標的。故債權人僅得依民法第二百二十六條第一項規定。請求賠償損害。不得請求為原定之給付。」司法院這號解釋則以給付不能損害賠償，乃替補賠償，在替補賠償之結構裡，債務人乃因替補賠償之請求，而免給付義務，而非因給付不能免給付義務。但如前所述，在給付不能之損害賠償裡，債務人免給付義務之原因有兩端，一是給付不能，一是替補賠償之請求，單任何一項原因，都足使債務人免

<sup>14</sup> 司法院院字第2182號解釋、最高法院39年台上字第411號民事判例、最高法院33年上字第5264號民事判例、最高法院30年上字第1253號民事判例、最高法院29年上字第1140號民事判例；吳秀明，黃立主編，民法債編各論（上），頁326，元照，2002年。

給付義務。

在給付不能這項債務不履行法定類型中，替補賠償本質所形成之（因請求替補賠償而）免給付義務之結構，其實並不明顯，良以債務人早已因給付不能而免給付義務<sup>15</sup>。但在債務不履行其他法定類型之中，則顯而易見。債務人遲延給付者，債權人亦可能享有替補賠償請求權（民法第232條）。從該條規定「拒絕給付」與「並請求賠償因不履行而生之損害」之文義可得知，給付義務與賠償義務無法並存，換句話說，當債權人請求賠償時，債務人便不再負有給付義務。債務人僅一部給付不能者，債權人亦可能就全部給付享有替補賠償請求權（民法第226條第2項）。從該條規定文義「拒絕該部之給付」與「請求全部不履行之損害賠償」之文義亦可得知，可能部分之給付義務與全部不能之損害賠償，亦無法並存，亦即當債權人請求全部不履行之損害賠償時，債務人免可能部分之給付義務<sup>16</sup>。

給付不能可能是一部不能，也可能是全部不能。民法第226條第1項規定之適用範圍，因此及於一部不能與全部不能。該條所規定之替補賠償，既然是為符應於給付不能（分別符應包括一部不能或全部不能）這項債務不履行法定類型之要求而生，則其便應包括損害賠償代替不能部分之給付，以及損害賠償代替全部不能之給付。前者可觀察為小損害賠償，後者則可以觀察為大損害賠償。換句話說，債務人一部不能者，債權人原則上僅得請求損害賠償代替不能部分之給付，全部不能者，原則上始得請求損害賠償代替全部不能之給付<sup>17</sup>。最高法院

103年台上字第218號民事判決即謂：「因可歸責於債務人之事由，致給付一部不能者，除其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部分之給付，請求全部不履行之損害賠償之情形外，債權人僅得就不能部分請求賠償損害，不得請求全部不履行之損害賠償。」

綜合以觀，在給付不能，替補賠償乃原則之法律效果，亦即債務人就給付不能應負責者，發生替補賠償請求權，而非只有在例外情形，始發生該項請求權。民法第226條第1項規定以給付不能（以及其他因素）作為要件，以替補賠償請求權作為原則之法律效果，不僅形式上具有理性（規定理論與命令理論），亦因替補賠償乃符應給付不能這項債務不履行法定類型之要求而生，實質上亦合乎理性。

## 二、給付遲延決定遲延損賠

依民法第231條第1項與第230條規定，債務人限於給付遲延者，負有遲延損害賠償責任。民法第231條第1項文義「賠償因遲延而生之損害」明確指出，該項損害賠償責任，乃符應給付遲延這項債務不履行法定類型而生。民法第231條規定僅規定損害必須因給付遲延而生，而且凡因給付遲延所生之財產上不利益，均在賠償之列<sup>18</sup>。換句話說，該條規定文義僅以損害必須出於遲延給付之因果關係，限制損害賠償之範圍<sup>19</sup>。是以這項損害賠償除以所受損害與所失利益，以及歸責要件作為遲延賠償責任之控制因素外，原則上只受到這項因果關係之限

<sup>15</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137; Jauernig/Stadler, a.a.O. (Fn. 6), § 281 Rn. 14-15.

<sup>16</sup> 游進發，給付不能損害賠償——損害賠償代替給付與財損之計算，同註13，頁25。

<sup>17</sup> 林誠二，同註3，頁83；孫森焱，同註7，頁519。

<sup>18</sup> 孫森焱，同註7，頁535。

<sup>19</sup> 最高法院101年台上字第1497號民事判決：「民法第230條規定，損害賠償之債之成立，其要件除損害之發生、歸責原因之具備外，尚須損害發生原因事實與損害間，有相當因果關係始可。」林誠二，同註3，頁83、153-154。

制。既然凡因給付遲延所生之財產上損害，均在應賠償之損害之列，則由此以觀，給付遲延作為遲延損害之原因，具有非常決定性之作用，以及遲延損害可能非常多，可能持續不斷發生，直到給付遲延狀態終了為止，其賠償範圍可能非常廣泛。

從最高法院決議中亦可得知，給付遲延作為原因要件，具有決定性作用。最高法院91年度第6次民事庭會議：「買賣雙方當事人約定由買受人負擔土地增值稅者，其數額以雙方依約應辦理移轉登記之時為計算之基準點。因出賣人遲延辦理移轉登記，致增加該稅額負擔，則此項增值稅額之增加，與出賣人遲延辦理移轉登記間，即非無因果關係，超出原應繳納之稅額部分，依約買受人本無須負擔，為達契約目的，而以出賣人之名義向稅捐機關繳交該項稅額，買受人自受有損害，依民法第二百零三十一條第一項應由出賣人負賠償之責。」從最高法院這則決議可知，因果關係在遲延損害賠償之關鍵作用：買賣雙方當事人約定由買受人負擔土地增值稅者，增值稅數額之計算以約定應辦理移轉登記之時為計算時點；當出賣人遲延辦理移轉登記，以致買受人應繳之土地增值稅額，較原應繳之數額增加時，該增加之稅額部分，乃遲延損害，良以其乃給付遲延（遲延辦理移轉登記）造成。

最高法院103年台上字第2062號民事判決：「買受人於遲延中，在出賣人解除契約以前，其雙方原有之買賣關係仍繼續存在，出賣人所負交付標之物之義務並非當然消滅；倘買受人於遲延中復向出賣人表示受領之意思，且客觀上具有可隨時受領之情形，除出賣人能證明買受人並無受領之真意或其客觀上已不能受領外，買受人遲延之狀態即因滌除而終了，出賣人僅得向買受人請求賠償其遲延狀態終了以前所生之損害，而不能再請求遲延狀態終了後發生之損害。」最高法院在這則判決裡即明白指出，作為原因之給付遲延，對遲延損害賠償之發生與

範圍，有著決定性作用，因給付遲延所生之遲延損害，可能持續不斷發生，直到給付遲延狀態終了為止。

在此間應說明者，乃依民法第230條規定，債務人之可歸責乃針對給付遲延，而非針對遲延損害之發生。民法第231條第2項本文規定，即是以給付遲延作為可歸責客體這項釋義結構為前提，進而規定：在給付遲延開始後（以給付遲延為原因），倘給付遲延可歸責於債務人，縱使是因不可抗力而生之損害，仍是可歸責於債務人。換句話說，依該條規定，是否應予以賠償之遲延損害，取決於該損害是否以給付遲延為原因，且取決於債務人就給付遲延是否可歸責，而與債務人就遲延損害之發生是否可歸責，完全無關<sup>20</sup>。但文獻上大多以該條規定是加重責任、不可抗力責任之規定<sup>21</sup>，而與本文見解（該條規定為過失責任，以給付遲延是否可歸責於債務人，決定不可抗力之因素所生之損害，是否可歸責於債務人）。民法第231條第2項本文之立法理由即謂<sup>22</sup>：「又同律第三百七十條理由謂債務人既有遲延，則雖因不可抗力而滅失其給付之標之物，致不能給付，其原因究係本於債務人遲延之故，仍使債權人得請求其不履行之損害賠償，此為對於第二二五條第一項及第二三〇條之例外規定。」從以上說明可知，在遲延損害賠償法裡，給付遲延具有決定性之作用，其不僅作為遲延損害之發

<sup>20</sup> 類似觀察，但仍以該條規定為不可抗力責任之規定：孫森焱，同註7，頁536；林誠二，同註3，頁160。

<sup>21</sup> 鄭玉波著，陳榮隆修訂，同註7，頁362；黃茂榮，債法總論，頁529，植根法學叢書編輯室，2010年增訂3版；林誠二，同註3，頁160；詹森林，台灣民法債務不履行體系之發展——外國法之繼承、本國理論與實務之變遷，月旦法學雜誌，第241期，頁7，2015年6月。

<sup>22</sup> 黃立，同註3，頁484。

生原因，甚至還決定了，遲延損害之發生是否可歸責於債務人。

依民法第231條第2項但書規定，債務人若能證明，縱使自己給付遲延，債權人仍不免受到損害，亦即給付遲延並非該損害之原因時，該損害便不在賠償之列。從這條項但書所規定之因果關係推定亦可得知，一切因給付遲延所生之財產上不利益，均是遲延損害，債權人所受財產上不利益，是否是遲延損害，以因果關係作為唯一判斷標準。這條項但書規定亦明確指出，給付遲延作為因果關係之原因要件，決定遲延損害之作用。綜合以上說明，遲延損害賠償，乃給付遲延這項債務不履行法定類型之原則、固有之損害賠償。這項損害賠償之結構，完完全全符應給付遲延這項債務不履行法定類型，給付遲延於是決定這項損害賠償之結構。

### 三、瑕疵給付決定遲延損賠與替補賠償

因瑕疵給付所生之損害賠償，乃符應瑕疵給付這項債務不履行法定類型所生。但這項損害賠償請求權之發生，相當關鍵地取決於給付是否有瑕疵。最高法院亦有若干具有指標性之判決，涉及瑕疵有無之判斷。職是之故，以下研究首先著眼於瑕疵概念，而後始聚焦於損害賠償。

#### (一)瑕疵概念

就瑕疵給付之法律解釋與適用而言，理論上與實務上較有疑問者，乃給付是否有瑕疵之判斷。瑕疵之有無關係著，補正請求權與替補賠償是否發生。文獻上一般將瑕疵理解成，給付不能與給付遲延以外，未依債之本旨所為之給付<sup>23</sup>。由於瑕疵

有無之判斷，涉及相當多之不同案例，以下僅擇要分析，在當今法律生活中常出現、較為重要之幾則瑕疵給付。依最高法院見解，數量不足構成物之瑕疵，良以其價值減少。最高法院91年台上字第660號判決即謂：「所謂物之瑕疵係指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者即為物有瑕疵。若出賣之特定物所含數量短少，足使物之價值、效用或品質有欠缺者，亦屬之。」價值減少之瑕疵概念，射程範圍相當廣泛，任何足以影響買賣標的物價值之因素，均在該項概念可能文義之範圍內。依最高法院上開見解，即便是給付之數量不足，亦成立物之瑕疵，良以買賣標的物之價值已因此減少。德國債務法現代化法亦以數量不足為物之瑕疵，以下簡要說明之。

德國民法舊法與新法，從以前至今日，均無價值減少之物之瑕疵概念。而我國民法生效施行時起（民國18年），即已有價值減少之瑕疵概念。從而在我國法上，數量不足自彼時起，即已可能是價值減少之物之瑕疵。德國債務法現代化法通過施行後，德國民法第434條第3項、第633條第2項第2句規定，亦透過擬制之手段明白表示，數量不足乃物之瑕疵<sup>24</sup>。德國新債法使用擬制，而非直接表明數量不足乃物之瑕疵之原因，在於德國民法並無我國民法上之價值減少瑕疵之物之概念。而且從德國現行民法以觀，德國新債法明顯亦不採納價值減少之物之

付遲延與不完全給付的區別，台灣法學雜誌，第205期，頁44-47，2012年8月；王千維，種類之債與給付不能，頁149以下，新學林，2016年。

<sup>24</sup> MünchKomm/Westermann, a.a.O. (Fn. 6), § 434 Rn. 47-49; Claus-Wilhelm Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 329; HK-BGB/Saenger, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Handkommentar, 9. Aufl., 2017, § 434 Rn. 21-22.

<sup>23</sup> 史尚寬，同註3，頁397；鄭冠宇，同註4，頁187。國內關於給付不能、給付遲延與不完全給付之區別之說明，陳忠五，給付不能、給

瑕疵概念。在如此之考量底下，德國新債法之立法者，只能透過擬制之立法技術，將數量不足與德國民法第434條第1項之物之瑕疵等價，使其受到物之瑕疵之評價。最高法院早於西元1980年代初期，即明白表示數量不足構成瑕疵之見解。最高法院77年台上字第569號判決即謂：「被上訴人主張其於七十年三月十三日向上訴人購買上述店位（及其基地應有部分），約定營業面積六·三二坪，公共面積一·〇八坪，共計七·四〇坪，總價金七百九十八萬元之事實，為上訴人所不爭執，茲上訴人所交付之營業面積僅三·五七六坪，短少二·七四四坪，必影響店位營業之價值及效用，自構成物之瑕疵，上訴人應負瑕疵擔保責任。」我國民法自始即有價值減少之物之瑕疵，而德國法直至西元2002年始透過擬制之手段，使數量不足受到物之瑕疵之評價，若謂我國民法及最高法院較德國民法更早現代化，其實並不為過。

若將瑕疵給付之定義與瑕疵概念相對照，可以直觀到一項法律解釋結論，即儘管因著價值減少之瑕疵概念，物之瑕疵概念之射程範圍相當廣泛，但相較於瑕疵給付概念，則卻顯得較為限縮。是以當成立物之瑕疵時，亦成立瑕疵給付。理論上當成立物之瑕疵時，既亦成立瑕疵給付，則買受人此時必可能享有瑕疵補正請求權（瑕疵能補正者，得請求補正）與瑕疵擔保權（解除權與減少價金權）<sup>25</sup>。但在我國文獻卻仍有採否定見

<sup>25</sup> 這項結構乃履行理論之內容。贊同這項結構，亦即履行理論者，楊芳賢，黃立主編，民法債編各論（上），頁54，元照，2002年；陳添輝，買賣，頁94，三民，2006年；姚志明，物之買賣瑕疵擔保責任之研究，民事法理論與判決研究（一），頁69，元照，2009年；詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院七十七年度第七次到九十六年度第八次民事庭會議決議，國立臺灣大學法學論叢，第39卷第3期，頁24、104，2010年9月；林大洋，物的瑕疵責任之法律適用，司法周刊，第1601期，頁11，2012年7月；陳自強，

解<sup>26</sup>。最高法院就這則法律解釋適用問題，則採取較為折衷之立場，即在特定物買賣，區別自始與嗣後物之瑕疵，在後者，始有民法第227條第1項規定之適用可能<sup>27</sup>。礙於本文主題限制，在此間並不涉入這項爭論。

在台灣，甚至連人之死亡都可能造成不動產之物之瑕疵<sup>28</sup>，這項法律見解，主要源自民法第354條規定。該條所規定之價值減少之瑕疵概念，基本上涵攝範圍非常廣泛，凡足使標的物價值減損者，均該當物之瑕疵。而如前所述，當構成物之瑕疵時，邏輯上亦該當民法第227條第1項之瑕疵要件。德國債務法現代化法通過施行後，德國民法第434條第1項第2句第2款雖明文規定，通常效用減少之瑕疵概念，但價值減少之客觀瑕疵概念，則不在其規範之列。此間之差別，恐怕乃對物與其價值之理解之文化不同所致。足使價值減少之因素，非常非常多。在台灣，甚至不動產內之人之死亡，亦可能使該不動產之價值減少，死者之隨身貴重動產，亦可能因其死亡而減損價值。但該不動產與動產之通常效用，無論如何並不致減損。

不完全給付與物之瑕疵——契約法之現代化Ⅱ，頁182-185，新學林，2013年；王澤鑑，債務不履行法的變遷——違約責任與損害賠償（下），法令月刊，第67卷第10期，頁17，2016年10月。

<sup>26</sup> 這項結構乃擔保理論之內容。贊同這項結構，亦即擔保理論者，錢國成，不完全給付與物之瑕疵擔保，法令月刊，第29卷第4期，頁4，1978年6月；鄭玉波，債法各論（上），頁64，自版，1991年14版；孫森焱，同註7，頁567。

<sup>27</sup> 最高法院103年台上字第218號民事判決、最高法院77年4月19日，77年度第7次民事庭決議（一）。

<sup>28</sup> 朱柏松，我國及德國新債法之比較分析——以物之瑕疵擔保責任為中心，月旦法學雜誌，第154期，頁222-223，2008年3月；向明恩，物之瑕疵擔保責任之再探——以凶宅為例——評台灣臺北地方法院九十九年度訴字二一八號民事判決，裁判時報，第12期，頁104，2011年12月。

能影響物之價值之因素非常多，包括理性因素與非理性因素。將減少價值之瑕疵加入民法典，的確也可解決若干棘手之問題，例如數量不足是否構成瑕疵，例如房屋是否為凶宅之問題。但這同時意味著，作為理性法之民法典，因此具有非理性因素，也因此進入未知之領域。實則將民法典之一部分非理性化，用以解決上開問題，根本沒必要。蓋例如原本透過當事人意思之解釋，亦可得出當事人有凶宅乃瑕疵之約定<sup>29</sup>；原本透過民法第184條第1項後半段規定，以侵害意思自主之利益為由，便得以填補損害回復原狀之方法，廢止該關於凶宅之買賣契約；透過締約上過失制度，以違反據實說明義務為由，亦得以填補損害回復原狀之方法，廢止該關於凶宅之買賣契約。準此而論，將買賣之凶宅解為具有價值減少之瑕疵，從而使非理性因素進入民法之解釋適用，在法律解釋上根本並無必要<sup>30</sup>。

## (二)補正遲延與不能

債務人負有無瑕疵給付義務。當債務人所為之給付有瑕疵時，規範設計上首要者，乃補正義務，良以應給予債務人機會履行其無瑕疵給付義務，而且這項機會之賦予，同時有助於債

權人取得良好之給付，亦即是對雙方當事人均有益之規範設計。植基於這項理解，補正義務便被理解為事後（在瑕疵給付後）履行無瑕疵給付義務。德國法上以字面意義為事後履行之Nacherfüllung作為補正義務，即是如此思考這項釋義結構。由此亦可得知，補正義務與無瑕疵給付義務具有同一性，兩者只有發生時間上之不同。

文獻上一般以瑕疵能否補正，決定債權人應如何行使權利<sup>31</sup>。儘管民法第227條第1項規定並未明文規定這項法律適用上之區別。但這項區別，乃我國與德國文獻上之一般見解。最高法院102年台上字第406號判決即謂：「按民法第227條第1項規定，因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。又債務人未依債務本旨履行致為不完全給付，若其瑕疵給付已不能補正，或縱經補正與債務本旨仍不相符，應依給付不能之規定賠償債權人所受之損害。是以，因可歸責於債務人之行為核屬不完全給付，且其瑕疵給付已無從補正，自應依給付不能之規定判斷債權人所受之損害。」以瑕疵能否補正，決定債權人如何行使權利，乃是基於符應瑕疵給付這項債務不履行法定類型，蓋這項區別要件不僅以瑕疵給付這項要件為出發點，而且亦與給付遲延損害賠償與給付不能損害賠償處在和諧、無衝突之結構中，於是當上開要件該當時，前揭法律效果始有可能當然發生。

<sup>29</sup> 蔡晶瑩，凶宅交易之法律問題，台灣法學雜誌，第222期，頁169，2013年4月。

<sup>30</sup> 最高法院103年台上字第584號民事判決：「按承租人與租屋期間如有人於該屋自殺，致系爭房屋成為凶宅者，似此情形，系爭房屋本身並未遭受任何物理性變化，所有權亦未受侵害，是承租人有無侵害出租人之何種權利，是否需須負民法第184條第1項前段之損害賠償責任，即有待推求之餘地。又房屋縱因人自殺而成兇宅，造成房屋經濟價值減損，然此是否即該當為租賃物毀損滅失，仍有待商榷。」最高法院這則判決涉及之事實與法律解釋問題，乃承租人因某人死亡，是否對出租人負有侵害租賃房屋所有權之侵權責任。與此間所討論之成立凶宅買賣契約，乃不同之問題，因而並非本文所得加以研究分析者。

<sup>31</sup> 鄭玉波著，陳榮隆修訂，同註7，頁356-357；詹森林，不完全給付——最高法院決議與判決之發展，民事法理與判決研究(二)，頁147，元照，2003年；黃立，同註3，頁471-474；邱聰智，新訂民法債編通則(下)，頁462，自版，2008年增訂1版；孫森焱，同註7，頁571-572；林誠二，同註3，頁107-108；王澤鑑，同註25，頁7。

瑕疵可能補正或不能補正。當瑕疵不能被補正時，即不能履行補正義務，也形同不能事後履行無瑕疵給付義務，但無論如何均屬給付不能。由此亦可得知，無瑕疵給付義務與補正義務具有同一性，僅有事前與事後之差別。民法第227條第1項準用第226條第1項規定，使債權人得請求替補賠償，亦即得請求損害賠償代替補正與無瑕疵給付義務（小損害賠償），或請求損害賠償代替給付義務（大損害賠償），不僅符應給付瑕疵這項債務不履行法定類型，亦符應給付不能這項法定類型。瑕疵補正可能者，債權人得請求補正。而既然補正義務與無瑕疵給付義務具有同一性，補正義務乃事後之無瑕疵給付義務，其發生之前提，乃無瑕疵給付義務之不履行，亦即債務人給付瑕疵。可見，當債權人請求補正者，債務人此時已陷於給付遲延，確切而言，陷於無瑕疵給付之遲延；債務人既然負有無瑕疵給付義務，但卻給付瑕疵，則自債務人應履行之時起，即未履行其無瑕疵給付義務。債務人於是自債權人得請求給付時起，例如履行期屆至時起，或經定相當期間催告，而債務人卻仍給付瑕疵時起，負有遲延損害賠償責任。

綜合以上說明，在瑕疵給付之情形，（補正）遲延損害賠償與替補賠償，乃符應瑕疵給付這項債務不履行法定類型之損害賠償，乃固有、原則之損害賠償。由於補正義務履行遲延，其實意味著無瑕疵給付義務履行遲延，故遲延乃自得請求履行時開啟。替補賠償乃以金錢賠償代替無瑕疵給付與補正義務。最後，應附帶說明者，乃在瑕疵結果損害，亦即因瑕疵所生之加害給付，因這項損害以瑕疵為前提，故而在瑕疵結果損害之情形，倘若瑕疵不能補正，則亦發生瑕疵損害賠償請求權。依民法第227條規定之立法理由，違反保護義務所生之損害，亦是加害給付。縱使不以其為加害給付，亦即加害給付僅限於因瑕疵所生之加害給付，均不致影響應有與這項債務不履行類型

對應之損害賠償之評價。與違反保護義務這項債務不履行類型對應之損害賠償之性質，乃以下說明內容。

#### 四、違反保護義務決定完整利益損賠

誠實信用原則要求，雙方當事人對彼此負有保護義務（附隨義務），保護彼此給付利益以外之利益不受侵害，若因此受到損害時，則得請求完整利益（固有利益）之損害賠償。保護義務之正當性來自誠實信用原則。保護義務之內容因此多元。但無論如何，保護義務並不以給付利益之取得為內容。取得給付利益乃給付請求權之客體。是以違反保護義務所造成之損害，便不可能是給付利益上之損害，而是給付利益以外權力利益或法益上之損害。德國民法第241條第2項即明文規定<sup>32</sup>：「債之關係依其內容，亦得使任一方當事人，負有顧及他方權利、法益或利益之義務（Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten）。」

在此間應特別說明者，乃德國民法第241條第2項規定所指之保護義務，除包括狹義之保護義務外，是否包括與給付相關之附隨義務，亦即廣義之保護義務，並非毫無疑問。但立法者在德國民法第241條第2項規定裡，並未提及給付相關（leistungsbezogene）或稱給付確保（leistungssichernde）之保護義務（Nebenpflicht），而且這兩者所連結之法律效果並無不同，均是完整利益損害賠償（德國民法第280條第1項、第242條第2項），但均與違反給付義務所連結之法律效果不同。由此即可推知，德國債務法現代化立法者已放棄這項法律適

<sup>32</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 126 f.; MünchKomm/Bachmann, a.a.O. (Fn. 6), § 241 Rn. 46 f.; Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht, 2002, S. 68.

用上無必要性之區別<sup>33</sup>。

符應違反保護義務這項債務不履行法定類型，其所連結之法律效果，便是給付利益以外利益上損害之賠償。這項結構受到最高法院<sup>34</sup>與學界<sup>35</sup>廣泛之承認。儘管如此，民法並未以「明文規定」規範保護義務，以及其違反時所連結之法律效果，但民法第227條之立法理由卻認為有明文規定。民法第227條之立法理由：「不完全給付如為加害給付，除發生原來債務不履行之損害外，更發生超過履行利益之損害，例如出賣人交付病雞至買受人之雞亦感染而死亡，或出賣人未告知機器之特殊使用方法，致買受人因使用方法不當引起機器爆破，傷害買受人之人身或其他財產等是。遇此情形，固可依侵權行為之規定請求損害賠償，但被害人應就加害人之過失行為負舉證責任，保護尚嫌不周，且學者間亦有持不同之見解者，為使被害人之權益受更周全之保障，並杜疑義，爰於本條增訂第二項。明定被害人就履行利益以外之損害，得依不完全給付之理論請求損害賠償。」從這則立法理由關於「出賣人未告知機器之特殊使用方法」部分之說明明顯可得知，立法者以不完全給付包括違反保護義務所生之損害賠償，債權人得依且應依民法第227條第2項規定，請求完整利益（固有利益）之損害賠償，而僅能依侵權行為法相關規定，請求損害賠償。

<sup>33</sup> 詳細說明，MünchKomm/Bachmann, a.a.O. (Fn. 6), § 241 Rn. 52-55。

<sup>34</sup> 例如最高法院104年台上字第2081號、第1010號、第799號民事判決、最高法院101年台上字第2098號民事判決、最高法院100年台上字第2號民事判決、最高法院99年台上字第789號民事判決、最高法院98年台上字第78號民事判決、最高法院91年台上字第2380號民事判決。

<sup>35</sup> 例如，王澤鑑，同註25，頁6-7；陳自強，同註25，頁70。

最高法院基本上採用，這項在立法理由裡所揭示之法律解釋適用，例如最高法院100年台上字第2號民事判決即謂<sup>36</sup>：「查契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，應負民法第二百二十七條第一項不完全給付債務不履行之責任。」學界其實也廣泛承認這項法律解釋適用<sup>37</sup>。

民法第227條第2項規定之文義，其實並不支持這項由立法者所提出之法律解釋適用。民法第227條第1項規定之「不完全給付」文義，乃指瑕疵給付，是以債權人應且得分別準用給付不能與給付遲延之規定，行使相關權利，即請求補正、請求補正遲延損害賠償或瑕疵損害賠償。同條第2項規定「因不完全給付而生前項以外之損害者」之文義，乃指因瑕疵給付所造成之瑕疵損害與補正遲延損害以外之損害，換句話說，仍以瑕疵給付作為前提；該條項「並得」之文義，乃指若債權人因瑕疵給付同時受有瑕疵損害、補正遲延損害與瑕疵結果損害時，均得請求債務人加以賠償<sup>38</sup>。而違反保護義務這項債務不履行法定類型，並不以當事人瑕疵給付為要件，立法者在立法理由裡所舉之債務人未告知機械有特殊使用方法之例子即清楚顯示，

<sup>36</sup> 例如，最高法院104年台上字第2081號、第799號民事判決、最高法院99年台上字第789號民事判決、最高法院98年台上字第78號民事判決、最高法院93年台上字第1185號民事判決、最高法院91年台上字第2380號民事判決。

<sup>37</sup> 錢國成，不完全給付與瑕疵擔保，法令月刊，第31卷第10期，頁58，1980年10月；王澤鑑，同註25，頁6-7。

<sup>38</sup> 類似的批評，陳自強，同註25，頁68。

違反保護義務與瑕疵給付完全無關。由此以觀，民法第227條第1項與第2項規定之文義，完全不支持因違反保護義務之損害賠償，但其立法理由卻完全支持這項法律解釋適用。而立法理由與法條文自相矛盾之情形，並不多見。

儘管本文認為，民法並未明文規定違反保護義務之損害賠償，鑑於民法第227條立法理由完全支持這項法律解釋適用，以及考量到這項法律解釋適用已行之有年（法安定性之維持），是以本文並不反對以民法第227條第2項作為因違反保護義務之損害賠償請求權之依據。但在往後可能進行之債務法現代化立法過程，似有必要重新檢討這則法條文義與立法理由矛盾之現象。

### 參、替補賠償作為例外——給付對債權人無利益之判斷

以上說明，乃符應債務不履行各項法定類型之損害賠償，乃其固有、原則之法律效果。以下說明，主要針對債務不履行各項法定類型之損害賠償，其屬例外情形方可能發生者。

#### 一、給付於債權人無利益之限制<sup>39</sup>

依民法第232條規定，在債務人給付遲延時，只是例外情況始得請求替補賠償，例外情形乃指遲延後之給付，於債權人無利益者。換句話說，這項例外之替補賠償請求權，乃以定期行為債務作為發生要件。最高法院85年台上字第926號民事判

決即謂<sup>40</sup>：「如遲延後之給付，於債權人有利益，債權人僅得請求債務人履行債務及賠償因遲延而生之損害。若遲延後之給付，於債權人無利益，債權人得拒絕債務人之給付，而請求賠償因不履行而生之損害。」給付遲延，乃未遵守履行期。履行期後始提出給付，乃遲延後之給付。是以所謂「遲延後之給付，於債權人無利益」，顧名思義，是指將給付對債權人是否有利益，取決於給付之提出是否遵守履行期。至於將兩者牽連一起之原因，要不是當事人之約定，包括明示或默示約定，便是依契約性質<sup>41</sup>。此間所謂「契約性質」之探究，應依誠實信用原則與交易慣例為之，例如為結婚或其他意義重大場合所訂購之大禮服或其他僅適合此類場合穿著之衣物，其交付遲延。

最高法院在其裁判中即明白表示，民法第232條規定是以定期行為為規範客體，遲延後之給付是否對債權人無利益之判斷，因此應以解釋契約為斷。最高法院103年台上字第1200號民事判決：「依契約當事人之意思表示，非於一定時期為給付不能達其契約之目的，而契約當事人之一方不按照時期給付者，他方當事人雖未解除契約，仍得以遲延後之給付於其無利益，依民法第二百三十二條規定予以拒絕，並得請求賠償因不履行而生之損害。」最高法院在這則判決中認為，是否非於一定時期為給付，即不能達到契約之目的（定期行為債務），應以當事人意思之解釋加以判斷，從而決定債權人是否得請求替補賠償。

依民法第226條第2項規定，當給付一部不能，但其他可能部分之給付，於債權人無利益者，債權人得請求全部不履行之

<sup>39</sup> 民法第232條與第226條第2項基本上繼受自德國民法，原給付義務是否轉進替補賠償義務，替補賠償是否取代原給付義務，完全取決於債權人就尚可能部分之給付，是否能有利益。就此，參閱，BT-Drucks. 14/6040, S. 137。

<sup>40</sup> 相同見解，鄭冠宇，同註4，頁174。不同見解，楊芳賢，黃立主編，同註25，頁194、198。

<sup>41</sup> 類似說明，史尚寬，同註3，頁388。

損害賠償。該條規定所指「其他部分之履行，於債權人無利益」之判斷，原則上亦應解釋當事人意思（契約）加以判斷。雙方當事人明示或默示約定，債權人只有取得全部給付，始有利益可言時，債務人一部給付對其即毫無利益。若當事人並無約定，亦即無法透過契約之解釋解決上開問題者，則應依契約之性質加以判斷。此間契約性質之探究，應依誠實信用原則與交易慣例為之。在人們法律生活中，給付本質上是否可分，通常形成此間之契約性質：給付若本質上可分，則往往一部給付對債權人仍然有利益，反之若給付本質上不可分，則一部給付往往對債權人毫無利益可言，而且不僅往往無法提出一部給付，縱使能提出一部給付，在其他部分給付不能時，亦往往構成全部不能。最高法院71年台上字第1498號判例即謂<sup>42</sup>：「而一部不能情形，惟在給付可分者始有之，不可分債之給付，祇有全部不能。無所謂一部不能。」

## 二、以瑕疵給付無利益為要件

既然債務人負有給付義務，且給付必須無瑕疵，則可將無瑕疵給付觀察成給付義務之一部，從而可將瑕疵補正不能（無瑕疵給付義務與補正履行不能）觀察為一部給付不能。民法第226條第1項規定適用範圍，即於一部不能與全部不能。依民法第227條第1項規定，瑕疵補正不能者，準用民法第226條規定。於是有疑問者，乃瑕疵給付者，債權人應依民法第227條第1項準用第226條第1項規定，請求原則、固有之損害賠償代替給付（小損害賠償），抑或只能依民法第227條第1項準用第226條第2項規定，請求例外之損害賠償代替給付（大損害賠

償）？這項法律適用之區別意義在於，債權人之替補賠償請求權，是否亦以瑕疵給付於債權人無利益作為發生要件：在民法第227條第1項準用第226條第1項規定內，替補賠償請求權，並不以欠缺這項給付利益作為發生要件，反之在準用第226條第2項規定內，則以這項欠缺給付利益作為發生要件。

民法第227條之立法理由：「按不完全給付，有瑕疵給付及加害給付兩種，瑕疵給付，僅發生原來債務不履行之損害，可分別情形，如其不完全給付之情形可能補正者，債權人可依遲延之法則行使其權利；如其給付不完全之情形不能補正者，則依給付不能之法則行使權利。為期明確，爰修正本條為不完全給付之規定。」從這則立法理由完全無法得知，當瑕疵不能補正時，應如何準用給付不能之規定，從而也無從得知，債權人是否原則上得選擇請求大損害賠償或小損害賠償（準用民法第226條第1項），抑或原則上僅得請求小損害賠償（準用民法第226條第1項），而僅於例外情形，始得請求大損害賠償（準用民法第226條第2項）。由此以觀。或許在於當初制定民法第227條第1項關於準用之規定時，立法者並未清楚意識到，給付義務與無瑕疵給付義務、大損害賠償與小損害賠償（均為替補賠償）之結構，以致於產生這則準用上之疑義。

最高法院77年度第7次民事庭會議決議(一)：「出賣人就其交付之買賣標的物有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。買受人如主張：一、出賣人應負物之瑕疵擔保責任，依民法第三百六十條規定請求不履行之損害賠償；或依同法第三百六十四條規定請求另行交付無瑕疵之物，則在出賣人為各該給付以前，買受人非不得行使同時履行抗辯權。二、出賣人應負不完全給付之債務不履行責任者，買受人得類推適用民法第

<sup>42</sup> 最高法院86年台上字第1379號、第924號民事判決；林誠二，同註3，頁82。

二百二十六條第二項規定請求損害賠償。」最高法院在這則決議認為，應類推適用民法第226條第2項規定，使債權人得請求大損害賠償。最高法院這項見解除類推適用部分，因民法第227條第1項之制定而應修正為準用外，其他部分至今仍在被一直援用之列<sup>43</sup>。

學界大多贊同最高法院上開見解<sup>44</sup>，均支持分別準用民法第226條第1項與第226條第2項規定，債權人原則上僅得請求小損害賠償，以金錢賠償代替無瑕疵之給付（民法第226條第1項），僅於例外情形（瑕疵給付對債權人無利益），始得請求大損害賠償，以金錢賠償代替整體給付，包括給付義務與無瑕疵給付義務（民法第226條第2項）。應予以說明者，乃本文認為，既然立法者並未說明，如何準用民法第226條規定，則亦容許以下解釋空間，即應依民法第227條第1項規定準用第226條第1項規定，使債權人得選擇請求大損害賠償或小損害賠償。但在此間僅以通說見解之說明為準。至於支持得選擇請求大損害賠償與小損害賠償之釋義結構之理由，則擬於以下相關之處，加以詳細說明。

## 肆、替補賠償之結構

以上說明主要針對，各項債務不履行法定類型所固有、原則之損害賠償，以及在各項債務不履行法定類型中，例外情形，始得請求之替補賠償。透過這些說明，替補賠償請求權之結構，包括其在給付不能乃原則且固有之結構，以及在其他債務不履行法定類型卻是例外之結構，已略為呈現出。以下說明

<sup>43</sup> 最高法院103年台上字第218號民事判決。

<sup>44</sup> 孫森焱，同註7，頁571-572；林誠二，同註3，頁108；陳自強，同註25，頁196-197。

則直接面對替補賠償請求權，將其結構清楚呈現出。

### 一、金錢賠償取代給付（免給付義務）

在現行法秩序底下，替補賠償請求權作為違約之法律效果之一，可以是原則、固有之法律效果（民法第226條第1項），亦可以是例外之法律效果（民法第226條第2項、第232條、第227條第1項準用第226條第2項規定、第227條第1項準用第232條規定）。替補賠償亦是損害賠償，是以仍然適用全部填補原則（民法第213條第1項）。在這項規範目的之指引下，賠償唯有達到使債權人處在彷彿給付帶來之利益狀態中，方可算得上是全部填補。替補賠償因此是在取代給付為債權人所帶來之利益狀態。簡單而言，在替補賠償，損害賠償乃在取代給付<sup>45</sup>，而且債務人因替補賠償代替給付這項結構，免給付義務。德國民法第281條第4項即明文規定<sup>46</sup>：「以債權人請求損害賠償代替給付者為限，給付請求權消滅（Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat）。」再者，倘若債務人不因此免給付義務，則其不僅得請求給付，尚得請求代替給付之損害賠償，而可能取得雙倍之給付利益，反而成立不當得利。德國民法第281條第4項即明文規定，當債權人請求損害賠償代替給付時，免給付義務<sup>47</sup>。

<sup>45</sup> 實則史尚寬早已指出，替補賠償請求權，乃以損害賠償代替給付，史尚寬，同註3，頁388；游進發，給付不能損害賠償——損害賠償代替給付與財損之計算，同註13，頁25。

<sup>46</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137; Jauernig/Stadler, a.a.O. (Fn. 6), § 281 Rn. 14-15.

<sup>47</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 141.

債權人請求替補賠償亦意味著，其有不再有享受給付原狀，而以金錢賠償替代給付之意思。是以當債權人請求替補賠償，使債務人仍負有給付義務之規範設計，並不符合債權人之意思。如前所述，自德國民法第281條第3項「以債權人請求損害賠償代替給付者為限」之文義可知，自請求替補賠償時起，債務人免給付義務。德國聯邦法院與學界通說均如此認為<sup>48</sup>。綜合以上說明，替補賠償免除給付義務之結構，乃由損害賠償全部填補原則與符合債權人意思所共同形成。最高法院在最近的判決中，已觀察到給付不能之損害賠償，乃以金錢賠償代替給付義務，其法律適用已不再如同以往一概處於，僅指稱給付不能損害賠償之脈絡底下<sup>49</sup>。最高法院102年台上字第797號民事判決即謂<sup>50</sup>：「又民法第226條第1項規定，係以損害賠償請求權代替債務人原應給付之標的，其損害賠償之方法當應給付金錢，該損害賠償之目的在於填補債權人所生之損害，自應將契約成立後所生之變動狀況考慮在內。」

在因給付不能與瑕疵不能補正所生之原則、固有之替補賠償請求權裡，原本因著給付不能與補正不能，即已不能回復原狀。但在例外之替補賠償請求權裡，並無給付不能支持免給付義務之結構。儘管如此，在替補賠償免給付義務這項結構本

身，與損害賠償之回復原狀亦不能有意義關聯，良以債權人請求替補賠償時，即有著不願再享有給付原狀，而以金錢賠償代替給付之意思；免給付義務亦正當化無須回復原狀，而直接進入金錢賠償之作法，否則透過回復原狀義務將回到債務人仍負有給付義務之狀態。最高法院在上開判決即明白表示，替補賠償要求直接進入金錢賠償，債務人不負有回復原狀義務。

替補賠償既然是以金錢賠償取代給付，則可見其是金錢債務。當替補賠償義務人賠償遲延者，債權人理論上是可能再請求替補賠償。但是如此之理論可能，在法律適用上及對當事人而言，不僅並無任何意義，而且也不必要。蓋此間是以金錢賠償取代金錢賠償。替補賠償既然是金錢債務，則賠償義務人無支付能力（主觀不能）者，並不免給付義務，只有客觀不能時，始免給付義務。但必須瞭解者，乃此間金錢債務之履行客觀不能，實在是殊難想像之事，良以無論如何均不至於發生客觀不能，亦即不存在任何具有通用效力貨幣之情形<sup>51</sup>。準以上所言，在替補賠償義務不履行之情形，唯一有意義之法律效果，乃遲延賠償。當替補賠償義務人遲延，應賠償遲延利息與其他遲延損害。而且本於替補賠償乃金錢債務之本質，這項遲延賠償，乃無過失之損害賠償責任<sup>52</sup>。

## 二、代替性質所決定之結構

替補賠償既在代替給付，則可見其與原給付具有同一性，乃原給付之延伸，而且唯有如此之結構，始能賦予替補賠償代

<sup>48</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137; BGH, NJW 1999, S. 3115; Jauernig/Stadler, a.a.O. (Fn. 6), § 281 Rn. 14-15.

<sup>49</sup> 例如最高法院40年台上字第599號民事判例、最高法院39年台上字第411號民事判例，甚至連立法者亦是在如此簡單，其實祇是重複法條而已之脈絡底下，對民法第226條規定進行立法理由說明：「查民律草案第三百五十五條理由謂因歸責於債務人之事由，致不能給付者，應使債權人得本於債權之效力，請求其不履行之損害賠償，以保護債權人之利益。此第一項所由設也。」

<sup>50</sup> 最高法院105年台上字第974號民事判決，最高法院102年台上字第797號民事判決。

<sup>51</sup> 游進發，民法第四七九條第一項消費借貸借用人價值償還義務—扞格不入下之融入嘗試，月旦民商法雜誌，第24期，頁153，2009年6月。

<sup>52</sup> Huber/Faust, a.a.O. (Fn. 32), S. 78; Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 177, 312, 315.

替給付之資格。文獻上一般均肯認替補賠償請求權這項與原給付具有同一性、自原給付延伸而來之結構<sup>53</sup>。替補賠償這項結構同時也決定其他項結構，例如替補賠償請求權消滅時效利益與不利益，以及原債權之擔保續存於替補賠償請求權。

最高法院104年台上字第1399號民事判決<sup>54</sup>：「借名登記之契約，其性質與委任關係類似，應類推適用民法第550條規定，除契約另有訂定或因契約事務之性質不能消滅者，因當事人一方死亡而消滅。此際借名者或其繼承人自可依借名契約消滅後之借名標的物返還請求權請求出名者或其繼承人返還該標的物，如該標的物因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，借名人得請求賠償損害，且該項損害賠償之債，性質上為原債權之延長，與原債權具有同一性，其請求權之消滅時效應自原債權之請求權可行使時起算。」最高法院在這則判決裡認為，替補賠償請求權與原債權具有同一性，乃自原債權延伸而來，是以原債權請求權消滅時效之利益與不利益，自繼續存在於替補賠償請求權，其消滅時效自原債權請求權可行使時起算。

文獻上有認為<sup>55</sup>，債務不履行損害賠償乃原債權之延伸、與原債權具有同一性，是以抵押權擔保債權之範圍，及於債務不履行損害賠償。但債務不履行損害賠償債權並非總是原債權之延伸，並非總與原債權具有同一性，遲延損害賠償債權，即與原債權並存，因此並無原債權之延伸，並無與原債權具有同一性可言。只有債務不履行損害賠償中之替補賠償，始為原債

權之延伸、與原債權具有同一性，始可能為抵押權效力所及。而且倘若此時不允許這項擔保範圍之延伸，則勢將造成債務人可透過不履行債務，誘使債權人請求替補賠償，從而輕而易舉地使擔保原債權之抵押權因替補賠償免給付義務（給付債權消滅）而消滅之現象。簡要而言，抵押權所擔保債權之範圍，並非一概及於任何類型之債務不履行損害賠償債權，而僅及於替補賠償<sup>56</sup>。

如前所述，在有抵押權擔保之金錢債權，請求替補賠償，乃請求以金錢賠償代替金錢給付（原金錢債權消滅），根本無意義，從而抵押權所擔保債權之範圍縱使及於替補賠償，仍然是擔保同樣數額之金錢債權，因此同樣也失去意義。抵押權所擔保債權之範圍延伸至替補賠償之結構，只在原債權並非以金錢支付，而是例如以財產移轉為內容時，始具有較多意義。詳細而言，在有抵押權擔保之財產權債權，債權人請求替補賠償時，乃請求以金錢賠償代替財產權移轉之給付，財產權移轉之給付債權因此消滅，抵押權若不繼續存在於該替補賠償債權，則將因此消滅，而為避免這項因債務人不履行債務，反而使抵押權消滅之荒謬結構，抵押權擔保債權之範圍，必須延伸至該替補賠償債權。

### 三、財產上損害<sup>57</sup>

替補賠償請求權既然在乎取代給付，而且要求直接進入金錢賠償，則可知其乃為填補財產上損害。關於財產上損害有無，以及多寡計算之理論，便構成該項請求權之內容，乃以下

<sup>53</sup> 邱聰智，同註31，頁453；孫森焱，同註7，頁516；林誠二，同註3，頁82；鄭冠宇，同註4，頁163。

<sup>54</sup> 最高法院104年台上字第357號民事判決。

<sup>55</sup> 陳榮隆，擔保物權之新紀元與未來之展望，台灣本土法學雜誌，第93期，頁22，2007年4月；陳榮隆，新普通抵押權法之評析（上），月旦法學雜誌，第145期，頁223，2007年6月。

<sup>56</sup> 游進發，給付不能損害賠償——損害賠償代替給付與財損之計算，同註13，頁26。

<sup>57</sup> 游進發，給付不能損害賠償——損害賠償代替給付與財損之計算，同註13，頁27-28。

分析之客體。

### (一)抽象計算——多義與誤解

關於財產上損害概念（有無財產上損害），以及財產上損害範圍（有多少財產上損害），文獻上似一概以德國法上之差額理論加以解決，而且認為該項理論乃我國與德國通說<sup>58</sup>。這類說明不僅並非毫無疑問，與司法實務運作及人民法律生活完全不符，亦可能產生許多無視人民系爭與系爭外實體權利之疑問。實則即便在德國法上關於財產上損害概念與計算之理論，仍舊充斥著多義<sup>59</sup>，甚至誤導<sup>60</sup>。就相關問題，德國聯邦法院於其裁判中所採之立場亦未統一。擬於以下說明財產上損害賠償請求權這項結構。

Karl Larenz很早前於其債總教科書中便已明白指出，財產上損害之抽象計算概念（abstrakte Schadensberechnung）具有多義性，其甚至直接了當地建議，財產上損害之計算，應是依市場價格之平均標準所計算出之數額，但若於具體個案中，具體得出之財產上損害高於這項平均數額時，則高出數額之損害亦在得請求賠償之列<sup>61</sup>。德國聯邦法院在1960年代<sup>62</sup>與21世紀初<sup>63</sup>均曾贊同這項見解，學者亦頗有贊同者<sup>64</sup>。文獻上一般用

以決定財產上損害概念，所謂之差額理論（或稱差額假設），應置於如此意義下之抽象計算方法底下。良以差額理論底下所指之損害，乃若無受到損害時與實際發生損害時，兩項財產整體狀態比較下所得出之差額，而這兩項財產總體，乃依市場價格之平均值計算，而且若不作此理解，對財產上損害概念及其範圍之理解，將顯得自相矛盾<sup>65</sup>。本文贊同如此定義之抽象計算方法。

文獻上另一派見解<sup>66</sup>，則將抽象計算方法使用於所失利益之計算，即依民法第216條第2項規定，債權人就其蒙受之所失利益損害，僅須抽象地指出並證明（計算），其依通常情形、計畫、設備可得之預期利益，而卻因損害事件無法取得這項利益。Larenz將這項計算所失利益之「抽象計算方法」，改稱為「具體」類型化之「損害計算」，並以其間所涉及者，僅為舉證責任之減輕<sup>67</sup>。本文基本上不僅採取Larenz上開抽象計算方法之理解，亦贊同其對文獻上以所謂抽象計算方法計算所失利益見解之批判。民法第216條第2項規定乃例示規定。所失利益原本並不限於該項規定之例示，債權人原應增加之財產，因損害事件而不增加者，均為所失利益。但相較於財產積極減少之情形，這項應增加卻不增加之財產狀態（財產消極減少），往

<sup>58</sup> 曾世雄，損害賠償法原理，頁153，自版，1996年修訂2版；王澤鑑，損害概念及損害分類，月旦法學雜誌，第124期，頁207-208，2005年9月。

<sup>59</sup> Karl Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band. 1, 1987, S. 511; Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 2003, S. 353; Martin Gebauer, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, 2007, S. 83; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I, 2015, Rn. 679 f.

<sup>60</sup> Larenz, a.a.O. (Fn. 59), S. 512; Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 59), S. 355.

<sup>61</sup> Larenz, a.a.O. (Fn. 59), S. 512-513.

<sup>62</sup> BGH, JZ 1960, S. 409 = DB 1960, S. 549.

<sup>63</sup> BGH, NJW 1994, S. 999. 德國聯邦法院在這則判決裡，對其受Larenz

影響之財產上損害概念給予時間限制。對這則判決詳細之分析，Gebauer, a.a.O. (Fn. 59), S. 191 f.

<sup>64</sup> Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 59), S. 355.

<sup>65</sup> 類似方向之說明，例如林誠二教授即謂：「然而，損害賠償中之損害，多有充當賠償計算之功能。」林誠二，債法總論新解：體系化解說（上），頁533，瑞典，2012年；陳聰富，人身侵害之損害概念，侵權違法性與損害賠償，頁185，元照，2008年。

<sup>66</sup> Palandt/Grüneberg, a.a.O. (Fn. 2), § 252 Rn. 6. 關於這派學說之詳細說明與批判，Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 59), S. 340-341, 355.

<sup>67</sup> Larenz, a.a.O. (Fn. 59), S. 513.

往非常難以證明。立法者於是將（所失）利益之典型予以規範化、具體化，以減輕債權人就此所負之舉證責任。

關於財產上損害有無與多寡之計算，尚有另一項方法，即具體計算（konkrete Schadensberechnung）。具體計算方法是指，債權人具體指明財損之所在。民法第213條第1項規定不僅支持抽象計算方法（即差額理論），亦支持具體計算方法<sup>68</sup>，乃其法律依據，蓋從該條規定「應回復他方損害發生前之原狀」之文義可推論出，在財產上損害賠償之情形，只有當財產達到若無受到損害之狀態，才是回復原狀，而抽象計算方法，透過若無受到損害之財產整體狀態與實際受到損害之財產整體之比較，恰恰在數學計算上符合回復原狀之要求。但抽象計算方法並不僅限於差額理論，亦包括交換理論。兩者不同之處在於：在差額理論底下，自動抵銷債權人之對待給付債權，債權人此時無須為對待給付；交換理論則具有保持交換關係之功能，以財產上損害賠償交換對待給付，債權人此時仍負有對待給付義務<sup>69</sup>。

從民法第213條第1項回復原狀之文義亦可導出，具體指明（全部）財損之所在，從而加以填補，始符合全部填補原則。不僅如此，民法第216條第1項與第2項關於損害賠償範圍之規定，同樣支持具體計算方法。良以依該條第1項與第2項規定，損害賠償之範圍包括所受損害與所失利益，亦可將損害觀察為兩大種類，即所受損害與所失利益兩大種類，債權人因而至少得具體、實際地指出，其受有多少所受損害、多少所失利益。

## （二）抽象與具體計算之自由選擇

數學上，抽象計算方法輕而易舉地符合全部填補原則。在具體計算方法裡，若債權人具體指出全部損害，則同樣符合全部填補原則。但在個案裡，無論是抽象或具體計算方法，均無法保障財產上損害計算（包括計算出全部財產上損害）結果之正確性：在抽象計算方法裡，財產總額亦可能出差錯；在抽象計算方法裡，可能根本不存在差額，但實際上仍然有財產上損害，例如破壞債權人老舊、不堪居住之房屋；在具體計算方法裡；亦可能尚有損害未被指出。倘若只准當事人以抽象計算方法決定財產上損害概念，則在損害賠償請求訴訟中，債權人勢必不得不將自己財產總額狀態之隱私公布於眾，以求勝訴。當事人為請求財產上損害賠償，竟然必須將自己財產總額狀態之隱私公布於眾，實在令人難以理解，例如若依文獻上只得以差額理論決定財產上損害之向來見解，在台灣街頭常見之車禍侵權事件中，被害人為請求損害賠償，將被迫揭露自己財產總額狀態。如此之法律解釋結果，遠遠脫離人民現實生活，猶如超脫人間之法律解釋。

從法院裁決可以發現到，當事人大抵以具體計算方法計算財產上損害，具體指出其受到多少財產上損害。幾乎鮮少在法院裁判發現到，當事人依差額理論，計算財產上損害，亦即主張，若無受到損害之財產總額與受到損害之財產總額之差額。況且，倘若以具體計算方法所計算出之財產上損害，較多於以抽象計算方法計算出之損害，則本文所採，由Larenz所提出前揭財產上損害之抽象計算方法，原本就允許債權人得請求賠償這些多出之損害。

最高法院103年台上字第2407號民事判決：「據此，系爭土地買賣契約既經解除，林○○收受被上訴人已繳納之系爭土

<sup>68</sup> Larenz, a.a.O. (Fn. 59), S. 480; Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 59), S. 185, 353.

<sup>69</sup> Huber/Faust, a.a.O. (Fn. 32), S. 140-141; Palandt/Grüneberg, a.a.O. (Fn. 2), Vorb. v. § 249 Rn. 21.

地部分價款一千零二十二萬元，即應負返還之責。末按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；損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限；依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，民法第二百二十六條第一項、第二百十六條分別定有明文。衡諸上訴人與吳○聯簽訂之房屋（土地）預定買賣契約書，系爭房屋總價款為一千六百三十三萬元；系爭契約之系爭房屋總價款為一千五百二十七萬元等情以察，依通常情形觀之，堪認被上訴人於解除系爭契約前，受有系爭房屋轉售價差利益一百零六萬元之損害，被上訴人備位主張請求瓏山林公司賠償損害，並自本判決確定之日起算之法定遲延利息，亦屬有據。從而，被上訴人分別依民法第一百七十九條、第二百二十六條第一項規定，請求上訴人各給付如上聲明所示本息，應予准許，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘所辯及舉證，為不可採及不再論述之理由，因將第一審所為被上訴人此部敗訴之判決廢棄，改命上訴人給付如上開金額本息。按民法第二百二十六條第一項『損害』之範圍，應以債權人因債務人之給付不能致其財產受有損害，就其財產所受之損害額與其債權受侵害後財產之價值狀態，綜合衡量比較，以決定其財產法益所受不利益之數額。又民法第二百十六條第二項所謂依通常情形可得預期之利益，係指依通常情形，具有客觀確定性可得預期之利益，不以現實有此具體利益為限。」

在最高法院上開判決裡，債權人明顯採取具體計算方法，決定與計算財產上損害，蓋其並未指明受有財產上損害後之財產總額，以及若無受到財產上損害之財產總額<sup>70</sup>，而是具體指

出，其受到無法取得106萬元轉售利益（所失利益）之財產上損害。但最高法院在判決理由裡卻採取差額假說。姑且不論最高法院之法律解釋適用，並不符應當事人所主張之事實，但至少與本文所採，德國法上之有力見解相左，而且甚至亦與德國法上另一派見解相左，蓋就債權人所主張無法取得轉售利益（所失利益）之財產上損害，最高法院亦未提及該見解向來用以計算所失利益之「抽象計算方法」。當然，我國法院之法律解釋適用，並無須依外國法律與理論。或許最高法院對財產上損害之計算有著不同之理解，期待其於往後相關裁判中，加以闡釋之。

另外，更重要者，乃財產上損害有無與多寡之計算，不僅涉及實體法上財產上損害賠償請求權之有無與內容（系爭實體利益），亦涉及原告之系爭外實體利益，例如財產狀態不公開揭露之隱私權，以及涉及原告程序利益之保護（使用法院所支出之勞力、時間與費用）：原告為實現其財產上損害賠償請求權，向法院聲明之證據方法，以證明財產上損害之有無與多寡，其所花費之勞力、時間與費用。為原告之程序利益，一概只准當事人以差額理論計算財產上損害，將完全忽略原告之程序選擇權（於得斟酌系爭與系爭外實體利益之前提下，決定優先追求系爭實體利益或系爭外實體利益或程序利益）<sup>71</sup>。例如若原告能輕而易舉地，具體指出財產上損害，法院即不應要求

院102年台上字第1276號、第1129號、第837號民事判決、最高法院101年台上字第1497號民事判決、最高法院100年台上字第1716號、第1296號民事判決、最高法院99年台上字第1767號、第1620號、第1206號民事判決、最高法院98年台上字第2420號民事判決。

<sup>71</sup> 為證明損害數額所耗費之程序上不利益，亦可能高於實體利益，邱聯恭講授，許士宦整理，口述民事訴訟法講義(三)，頁204，自版，2012年。

<sup>70</sup> 最高法院實以具體計算方法計算財產上損害之裁判者，例如最高法

其僅得依差額理論，證明實際受有財產上損害時之財產總額與若無受有財產上損害時之財產總額，兩者之差額，而使其多耗費勞力、時間與費用；倘若較諸於具體計算方法而言，原告更能證明這兩項財產總額之差額，法院不得反而要求其僅得依具體計算方法，計算財產上損害，而使其多花費勞力、時間與費用。

綜合以上說明，可見財產上損害概念與計算，在在涉及財產上損害賠償請求權人諸多權利，而且既然兩大項財產上損害之計算方式，均有其法律依據，實無任何理由一概只准其僅得依抽象計算之差額理論，決定與計算財產上損害，而應是財產上損害賠償請求權人，得自由選擇<sup>72</sup>抽象或具體計算方法，以決定與計算財產上損害；使其得於斟酌、衡量何種計算對己較有利或便利之前提下，於法院前主張其財產上損害賠償請求權。

## 伍、有名契約法裡之替補賠償請求權

符應於債務不履行法定類型，每項債務不履行法定類型均有其原則、固有之損害賠償。此外，每項債務不履行法定類型裡，亦有於例外情形始發生之損害賠償。透過如此之分析，替補賠償請求權之輪廓，以及其所處場域，已略為給出，但尚未到達透徹之地步。直到直接面對替補賠償請求權，其結構與立身之處，始清楚呈現出來。但如此之呈現，只能是一般債務不履行法裡之替補賠償請求權之整體觀，尚非民法典裡替補賠償請求權之整體觀，尚待補充有名契約法之替補賠償之整體觀，始稱得上是民法典理替補賠償請求權之整體觀。以下分析之客

體，因此聚焦在有名契約法之替補賠償請求權。應特別說明者，乃以下分析，並不出於窮盡有名契約法之替補賠償請求權之企圖，良以對於民法典裡替補賠償請求權整體觀之呈現而言，如此作法並非必要，透過幾則解釋適用上頗生疑問規定之分析，即可產生舉一反三之作用，該項整體觀於是給出。

### 一、故意不告知或保證品質

有名契約法若干規定之文義，均以物之瑕疵為要件，以不履行損害賠償為法律效果，例如民法第360條、第495條第1項規定。文獻上就這項損害賠償性質之說明，往往僅止於履行利益損害賠償或債務不履行損害賠償。最高法院關於民法第360條與第495條第1項之裁判不在少數。礙於篇幅，以及前述不窮盡之目的設定，以下之分析，因此僅限於在法律生活中常發生，上開規定所指之損害賠償。

#### (一)替補賠償

依民法第360條規定，買賣之物，缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償；出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同。這條規定之立法理由：「查民律草案第五百七十二條理由謂其出賣人就標之物之品質，特約擔保者，視為因此所生之一切結果，皆有擔保之意，故使買受人得請求不履行之損害賠償，以代契約之解除，或代減少價金之請求。出賣人明知有瑕疵而故意不告知買受人者，亦使買受人得請求不履行之損害賠償，以代契約之解除，或減少價金之請求，以保護買受人之利益。此本條之所由設也。所指不履行之損害賠償請求權之性質。」從這項立法理由僅可得知，立法者認為，這條規定之損害賠償責任，乃約定之擔保、加重責任，亦即約定之無過失責任除這項訊息以外，

<sup>72</sup> 方向與結論上類似，MünchKomm/Emmerich, a.a.O. (Fn. 6), Vorb. § 281 Rn. 6。

其餘均為法條內容之重覆，因此無法由其中得知，該條規定所指損害賠償之性質與正當性基礎。以下分析之客體，即這項損害賠償之性質，以及其正當性基礎。

最高法院101年台上字第1916號民事判決<sup>73</sup>：「而民法第360條之損害賠償請求權，關於物之損害，請求金錢賠償，其有市價者，應以請求時或起訴時之市價為準。蓋損害賠償之目的在於填補所生之損害，其應回復者，並非原來狀態，而係應有狀態，應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。故其價格應以加害人應為給付之時為準，被害人請求賠償時，加害人即有給付之義務，算定被害物價格時，應以起訴時之市價為準，被害人於起訴前已曾為請求者，以請求時之市價為準。故減少價金與損害賠償之計算方式不同。」從最高法院這則判決可得知較多訊息，即民法第360條所規定之不履行損害賠償，乃關於物之損害之金錢賠償。

民法第360條規定，以買賣之物欠缺出賣人所保證之品質為要件。保證品質之內涵有二<sup>74</sup>：其一，乃品質約定，買賣之物欠缺約定品質乃物之瑕疵，最高法院亦如此認為<sup>75</sup>；其二，如上開立法理由所述，乃擔保，即加重、無過失責任之約定。既然這項要件意味著物之瑕疵，則與其連結之損害要件，乃以瑕疵損害為內容，與其連結之法律效果，乃以瑕疵損害賠償請

求權為內容。準此而論，可見該條所規定之損害賠償，與民法第227條第1項準用第226條第1項所規定之瑕疵損害賠償性質相同，兩者均是替補賠償。依本文見解，民法第227條第1項準用第226條第1項所規定之替補賠償，包括大損害賠償（損害賠償代替整體給付，亦即代替給付與無瑕疵給付）與小損害賠償（損害賠償代替無瑕疵給付）。

倘若依通說見解，如前所述，瑕疵損害賠償中之小損害賠償之依據，乃民法第227條第1項準用第226條第1項規定，瑕疵損害賠償中之大損害賠償之依據，乃民法第227條第1項準用同條第2項規定。無論依本文見解或依通說見解，瑕疵損害賠償均包括大損害賠償與小損害賠償，只是依據不同而已。既然民法第360條所規定之損害賠償，與民法第227條第1項所規定之損害賠償相同，兩者均是瑕疵損害賠償，性質上均是替補賠償，則其亦應包括大損害賠償與小損害賠償<sup>76</sup>。最高法院上開見解（民法第360條所規定之不履行損害賠償，乃關於物之損害之金錢賠償），至少符合替補賠償乃以金錢賠償代替給付之結構，以及符合瑕疵損害賠償乃以物之瑕疵為要件。

依民法第227條第1項規定準用第232條第1項規定，債權人得請求補正遲延賠償，亦即無瑕疵給付義務履行遲延賠償。但這項準用之前提，乃瑕疵能補正，以及無瑕疵給付義務與補正請求權。但在特定物買賣，出賣人是否負有無瑕疵給付義務、補正義務，並非完全無爭論。最高法院在其決議裡（最高法院77年度第7次民事庭會議決議(-)，區別特定物買賣與種類物買賣，在特定物買賣之情形，區別物之瑕疵為自始瑕疵與嗣後瑕疵，從而分別給予不同之評價，在嗣後瑕疵，始有民法第227

<sup>73</sup> 最高法院99年台再字第37號民事判決、最高法院87年台上字第575號民事判決、最高法院84年台上字第2143號民事判決、最高法院83年台上字第3279號、第1837號、第1707號、第1205號民事判決、最高法院82年台上字第1285號民事判決。

<sup>74</sup> 鄭玉波，同註26，頁54-55；蔡晶瑩，物之瑕疵概念在買賣法上之適用，中原財經法學，第15期，頁244-247，2005年12月；陳添輝，同註25，頁118-119。

<sup>75</sup> 最高法院71年台上字第208號民事判決。

<sup>76</sup> 錢國成，同註37，頁61；黃茂榮，買賣法（增訂版），頁81，自版，2002年增訂5版；陳添輝，同註25，頁99。

條第1項規定適用之餘地，換句話說，僅在嗣後瑕疵，特定物之出賣人始負有無瑕疵給付義務與補正義務；種類買賣之情形，出賣人則負有無物之瑕疵給付義務，但補正請求權之內容，也僅限於另行交負無物之瑕疵之物（民法第364條）。若依最高法院這項見解，此間之法律適用將顯得十分複雜，相關法律規定將簡直毫無透明度可言。而且對立法者而言，所謂不履行損害賠償與遲延賠償，乃不同之指涉，立法者向來並無混用之例。立法者向來以不履行損害賠償表達替補賠償之意思，向來並無包括遲延損害賠償之意。民法第360條規定繼受自德國民法舊法第463條。文獻上一般以為，該條規定所規定因不履行之損害賠償（Schadenersatz wegen Nichterfüllung）乃替補損害賠償<sup>77</sup>。債務法現代化法之立法者亦如此確定這項法律狀態。準此而論，民法第360條規定所指之損害賠償，僅限於替補賠償，而不包括補正遲延損害賠償。

最高法院76年台上字第1449號民事判決：「上訴人既為房屋之出賣人，房屋缺少其所保證之品質，被上訴人自得依民法第三百六十條規定請求不履行之損害賠償。次查系爭房屋重建費用經鑑定估算為九十一萬零九百零一元，每戶各為四十五萬五千四百五十元五角。上訴人又拒絕修建。被上訴人據以請求上訴人賠償被上訴人每人四十萬五千六百元，即無不合。又被上訴人係依民法第三百六十條規定，上訴人缺乏所保證之品質請求損害賠償，非依同法第三百六十五條規定請求減少價金，無該三百六十五條所定法定期間之適用。」最高法院在這則判決裡提到：買賣之房屋缺少出賣人所保證之品質，房屋重建費

用共為910,901元，每戶為455,450.5元，上訴人之買受人依民法第360條規定，請求不履行損害賠償計455,450.5元，為有理由。最高法院這項見解恐有待商榷。瑕疵損害賠償之小損害賠償，乃以金錢賠償代替無瑕疵之給付，無論依差額說或依具體計算方法，財產上損害首先見於給付本身因物之瑕疵所減損之價額，債務人於是應賠償減損價額之金錢，以代替無瑕疵給付，從而使給付彷彿無瑕疵，亦即回復至原狀。在小損害賠償底下，房屋重建費用，無論如何並非給付因物之瑕疵所減損之價額<sup>78</sup>。瑕疵損害賠償之大損害賠償，乃以金錢賠償代替給付，無論依差額說或具體計算方法，財產上損害首先見於未取得給付本身，債務人因此應賠償給付市價平均值之金錢，以代替給付整體，從而使給付彷彿無瑕疵，亦即回復原狀。在大損害賠償底下，房屋重建費用，無論如何亦無法被觀察為給付本身之市價。

最高法院71年台上字第208號民事判決：「本件上訴人訴求被上訴人給付新台幣（下同）十萬三千二百八十元及其利息，係主張伊於民國六十二年一月廿七日向被上訴人承購坐落台北縣中和市○○街四八七號第四層房屋一棟，有：(一)牆壁裂縫(二)大門對講機損壞(三)廚房洗槽損壞(四)浴室漏水(五)浴室不出熱水等重大之瑕疵，因被上訴人不為檢修，不能供居住之使用，致伊不得已而另行租屋，受有如聲明所載金額之損害，依民法第三百六十條規定，被上訴人應負不履行之損害賠償責任，為其起訴之原因事實。按民法第三百六十條，係就約定物之瑕疵擔保責任所為之特別規定。必出賣人就買賣標之物曾與買受人

<sup>77</sup> BGH, NJW 1995, S. 518; BGH, NJW 2008, S. 436; BGH, DB 2009, S. 2375; Palandt/Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 59. Aufl., 2000, § 463 Rn. 14-19; MünchKomm/Emmerich, a.a.O. (Fn. 6), Vorb. zu § 281 Rn. 1.

<sup>78</sup> 依德國聯邦法院見解，買受人僅得請求賠償因瑕疵所減損價額，而不能請求賠償符合保證品質之房屋重建費用，縱使前者之金額小於後者，BGH, NJW 2008, S. 436; BGH, NJW 2015, S. 468。

約定，保證有某種品質，而其物又欠缺所保證之品質時，買受人始得依該條規定向出賣人請求不履行之損害賠償。苟無此種約定，縱其物有滅失或減少其價值，或有滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵，亦僅得依同法第三百五十九條解除契約或請求減少其價金。本件被上訴人出賣上開房屋與上訴人，並無保證有某種品質之約定，既為原審斟酌調查證據而所合法認定之事實，縱有如上訴人主張之瑕疵存在，仍無依民法第三百六十條規定對被上訴人請求所謂不履行之損害賠償之餘地。」

最高法院在這則判決裡認為，出賣人保證品質之要件並不成立，從而否定買受人之替補賠償請求權，但其亦認為，倘若這項要件成立，則買受人依民法第360條規定，請求賠償其另行租屋費用之損害。瑕疵損害原則上乃因瑕疵所減損之價額。在最高法院這則判決裡，買受人因瑕疵受到另行租屋費用之損害。這項損害實質上乃因排除瑕疵遲延所致。但民法第360條所規定之不履行損害賠償，既然是替補賠償，而非遲延賠償之性質，則另行租屋費用之補正遲延損害，無論如何並不在民法第360條規定之損害賠償範圍之內，而應依民法第231條第1項規定填補這項遲延損害。

### (二) 締約上過失責任

最高法院86年台上字第1777號民事判決：「惟按民法第三百六十條後段所稱之瑕疵，應指於契約訂定時即已存在於標之物之固有瑕疵，並非指契約訂定後始發生之瑕疵而言，買受人原本即有按物之性質依通常程序檢查所受領標之物有無固有瑕疵之義務，此觀之同法第三百五十六條第一項第二項之規定自明，是出賣人所以應例外的負不履行之賠償責任，實因其違背契約上之誠實告知義務，而於立法上課以其債務不履行之責，

故出賣人負此賠償責任，以其明知買賣標之物於契約訂定時，已具有瑕疵而隱匿故意不告知買受人為前提。」最高法院在這則判決裡認為，民法第360條所規定之損害賠償，乃因違反誠實告知義務所致，而且出賣人於契約訂定時，即已負有這樣義務。

最高法院在上開判決裡從未提到締約上過失，但其所表示之見解，實是締約上過失之結構。文獻上向來有認為，以締約上過失責任之態樣，只能是信賴損害賠償責任<sup>79</sup>。但締約上過失責任既然以違反先契約保護義務（附隨義務）為要件，則因過失違反這項義務所生之損害，即均在應予以賠償之列。而且既然依誠實信用原則所決定之先契約保護義務之內容非常多元，例如保密、訊息告知、人身保護，則因違反這樣義務所生之損害必定非常多元。既然締約上過失之損害非常多元，則其必然涉及民法上三大類損害，即完整利益（固有利益）損害、信賴損害與履行利益損害。準此而論，締約上過失責任之態樣，可以是完整利益之損害賠償責任，可以是信賴損害賠償責任，也可以是履行利益損害賠償責任<sup>80</sup>，當代德國法上締約上過失責任向來即是以如此面貌呈現而出<sup>81</sup>。

植基於締約上過失責任態樣可以非常多元之認知上，民法第360條規定以違反先契約瑕疵告知義務為要件，以不履行損害賠償為法律效果，便一點也不令人意外。以替補賠償作為違

<sup>79</sup> 鄭玉波著，陳榮隆修訂，同註7，頁404；邱聰智，同註31，頁525；孫森焱，同註7，頁684；林誠二，同註3，頁232。

<sup>80</sup> 游進發，信賴損害賠償請求權理論之建構，中研院法學期刊，第13期，頁50，2013年9月。

<sup>81</sup> Lorenz/Riehm, a.a.O. (Fn. 52), Rn. 379-384; MünchKomm/Emmerich, a.a.O. (Fn. 6), § 311 Rn. 186; HK-BGB/Reiner Schulze, a.a.O. (Fn. 24), § 311 Rn. 26.

反先契約瑕疵告知義務之法律效果，其理性在於：其一，既違反先契約瑕疵告知義務，亦有買賣標的物有物之瑕疵之脈絡，則以瑕疵損害賠償作為法律效果，亦是合理；其二，出賣人未告知瑕疵，而使買受人與其成立契約，出賣人如告知瑕疵，買受人則可能選擇不成立買賣契約，亦可能對價金多寡另行磋商，而後成立買賣契約。瑕疵損害賠償作為替補賠償，可以是大損害賠償，亦可以是小損害賠償：大損害賠償乃以金錢賠償代替整體給付，包括給付與無瑕疵給付，在這項結構底下，買受人並未受領給付，而這項狀態比較接近買受人選擇不成立契約，而未受領給付之情形；小損害賠償乃以金錢賠償代替無瑕疵給付，在這項結構底下，買受人受領且保有有瑕疵之給付，而這項狀態比較接近，買受人選擇對價金多寡另行磋商，而後成立買賣契約之情形。由此以觀，瑕疵損害賠償既然較接近買受人締約當時之意思，以及隨之而來之利益狀態，則以其作為違反先契約瑕疵告知義務之法律效果，亦合乎理性。

依法律規定、依民法第360條規定，締約上過失責任之態樣，因此亦可以是債務不履行損害賠償中之替補賠償。德國民法舊法第463條規定類似我國民法第360條規定。德國聯邦法院與學界，亦均以該條所規定之損害賠償責任，具有締約上過失責任之性質<sup>82</sup>。

## 二、承攬人工作瑕疵

最高法院96年度第8次民事庭會議：「定作人對於因可歸責於承攬人事由，致工作發生瑕疵之損害，得否於民法第五百十四條第一項所定一年期間經過後，另依同法第二百二十七條不完全給付損害賠償請求權，請求承攬人賠償損害？甲說：民

法第四百九十五條規定：因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依同法第四百九十三條及第四百九十四條規定請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。此之損害賠償請求權，係本於承攬瑕疵擔保責任所生之請求權，與因債務不完全給付而生之損害賠償請求權，係屬獨立併存之請求權，各有其時效之規定，互不影響。債權人得擇一行使，倘其中一請求權已達目的，另一請求權固隨之消滅；惟若其一請求權因罹短期時效而消滅者，其他長時效之請求權，則仍存續。故定作人於民法第五百十四條第一項所定一年期間經過後，仍得依同法第二百二十七條不完全給付損害賠償請求權，請求承攬人賠償損害。乙說：民法第四百九十五條既將承攬人之不完全給付責任予以特別規定。承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百十四條第一項既已定有短期時效，自應解為係承攬人債務不履行損害賠償請求權之特別規定，自應優先適用。無再依債務不完全給付規定，適用民法總則編第一百二十五條所定十五年一般消滅時效之餘地。定作人於民法第五百十四條所定一年期間經過後，不得再依同法第二百二十七條規定，主張長期時效，請求承攬人賠償損害。以上二說，應以何說為當？請公決。決議：一、民法第四百九十五條所規定之損害賠償不包括加害給付之損害。二、承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用。」

最高法院這則決議傳遞出很多訊息：其一，民法第495條第1項規定所指之損害賠償，不包括加害給付損害賠償，亦即不包括瑕疵結果損害賠償，換句話說，該條規定僅適用於瑕疵

<sup>82</sup> BGH, 10.12.2010 - V ZR 203/09; Palandt/Putzo, a.a.O. (Fn. 77), Rn. 25.

## 54 債務不履行之法律效果

損害賠償請求權；民法第495條第1項規定之適用，不排除民法第227條第1項規定之適用，換句話說，這兩條規定之替補賠償請求權得競合、併存；其三，民法第495條第1項規定之瑕疵損害賠償請求權消滅時效期間，固然依民法第514條規定，乃一年短期消滅時效期間，民法第227條第1項準用第226條之瑕疵損害賠償請求權消滅時效期間，則不應適用民法第125條之十五年一般消滅時效期間，亦應適用民法第514條之一年短期消滅時效期間，換句話說，最高法院採取請求權相互影響說，以免民法第514條一年短期消滅時效期間之規範意旨落空，當民法第495條第1項規定之瑕疵損害賠償請求權罹於消滅時效時，民法第227條第1項準用第226條之瑕疵損害賠償請求權，亦罹於消滅時效。最高法院在其後之判決，亦均如此理解這則決議，例如最高法院104年台上字第2417號民事判決<sup>83</sup>：「承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，定作人請求損害賠償，基於承攬之性質及法律安定性其權利行使期間，應優先適用一年之短期時效期間。定作人另請求不完全給付損害賠償，亦無再適用十五年一般消滅時效之餘地。」

承攬工作有物之瑕疵，乃瑕疵給付，因此所生損害之賠償，可能是瑕疵損害賠償，也可能是瑕疵結果損害賠償。瑕疵

<sup>83</sup> 最高法院102年台上字第1404號、第1147號民事判決、最高法院98年台上字第2274號民事判決。學者亦頗有贊同這則決議者，林誠二，因承攬瑕疵所生損害賠償請求權消滅時效之適用問題，月旦法學教室，第66期，頁11，2008年4月；蔡晶瑩，承攬之瑕疵修補與損害賠償，台灣法學雜誌，第131期，頁179-180，2009年7月；姚志明，承攬瑕疵損害賠償與不完全給付於最高法院判決發展之軌跡，月旦法學雜誌，第198期，頁38，2011年10月；陳自強，承攬瑕疵救濟學說實務見解之分析，月旦法學雜誌，第219期，頁78，2013年7月；杜怡靜，承攬之瑕疵擔保請求權與損害賠償請求權之關係，月旦法學教室，第131期，頁20，2013年8月。

損害賠償，乃為符應給付「瑕疵本身」這項債務不履行法定類型而生。最高法院在上開決議裡，以民法第495條第1項之損害賠償乃瑕疵損害賠償，不包括瑕疵結果損害賠償，誠屬本質觀。儘管如此，最高法院上開決議仍造成若干評價矛盾。首先，最高法院這項決議將加害給付損害賠償（瑕疵結果損害賠償），排除於民法第495條第1項規定之適用範圍外，使瑕疵結果損害賠償請求權，只能回頭以民法第227條第2項規定作為依據。瑕疵結果損害，乃因侵害人格權所造成之非財產上損害，而得請求慰撫金者，依民法第227條之1規定準用民法第197條規定，這項瑕疵結果損害賠償請求權之消滅時效期間，乃二年與十年，而不再受民法第514條之一年短期消滅時效影響；瑕疵結果損害乃財產上損害者，這項瑕疵損害賠償請求權之消滅時效期間，依民法第125條規定，為十五年之一般消滅時效期間，亦不受民法第514條之一年短期消滅時效影響。至於民法第495條第1項規定之瑕疵損害賠償請求權，如前所述，則是替補賠償請求權，是財產上損害賠償請求權，其消滅時效期間，乃民法第514條之一年短期消滅時效期間。簡單而言，最高法院上開見解，區別瑕疵損害賠償請求權與加害給付損害賠償請求權，尤其是因侵害人格權所生加害給付損害賠償請求權，使兩者之消滅時效期間不等長，前者乃民法第514條之一年短期消滅時效期間，後者乃二年與十年之消滅時效期間。

若該條規定包括加害給付，則因侵害人格權所生之加害給付損害賠償，勢將適用第514條規定之一年短期消滅時效期間，勢將造成更劇烈之評價矛盾；法益權衡上，人格權應優先於財產權，應受到較優待之評價；定作人之瑕疵損害（損害發生於給付利益這項財產利益之上）賠償請求權之消滅時效期間，與因侵害其人格權之加害給付損害賠償請求權之消滅時效期間，竟然均為一年之短期消滅時效期間；上開兩項請求權之

消滅時效期間，實不應同樣均為一年，侵害人格權之加害給付損害賠償請求權之消滅時效期間，理應較瑕疵損害賠償請求權之消滅時效期間為長，始為妥當之評價。最高法院上開作法區分「人（加害給付損害賠償請求權，尤其是因侵害人格權所生加害給付損害賠償請求權）」與「物（瑕疵損害賠償請求權）」，亦即將加害給付損害賠償（包括因侵害人格權之加害給付損害賠償請求權）排除於民法第495條第1項規定適用範圍之外，從而使人與物不受到相同消滅時效期間之評價，前者之消滅時效期間為二年與十年之主客觀消滅時效期間，後者之消滅時效期間，則僅為一年之客觀消滅時效期間，前者明顯較後者為長，人受到之評價因此較物所受到之評價優惠，乃適當之法律解釋活動。

依民法第125條規定，民法第227條第1項之瑕疵損害賠償請求權（財產上損害賠償請求權）之消滅時效期間乃十五年。依民法第125條規定，民法第227條第2項之瑕疵結果損害賠償請求權中關於財產上損害之部分，其消滅時效期間乃十五年；依民法第227條之1規定，民法第227條第1項之瑕疵損害賠償請求權中關於侵害人格權造成非財產上損害之部分，其消滅時效期間乃二年與十年。二年與十年短於十五年。如此消滅時效期間之適用結果，明顯是人不如物，物受到之評價明顯較人所受到之評價優惠。由此足見，在消滅時效法裡，明顯存在著評價矛盾。而且根本無法透過解釋與造法排除該項矛盾，恐怕是前次債編修正所料未及之處。

最高法院上開決議以瑕疵結果損害賠償請求權，不在第495條第1項與第514條規定之適用範圍內，使瑕疵結果損害中因侵害人格權之部分，其消滅時效期間乃民法第227條之1準用第197條規定之二年與十年主客觀混合消滅時效期間，瑕疵結果損害賠償請求權中侵害財產利益之部分，其消滅時效期間乃

民法第125條規定之十五年一般消滅時效期間。二年與十年均短於十五年。如此消滅時效期間之適用結果，明顯是人不如物，物受到之評價明顯較人所受到之評價優惠。由此亦足見，儘管最高法院上開決議裡之法律解釋，如前所述，有其妥當之部分，但同時也造成這項評價矛盾。但這項矛盾並非可歸責於最高法院，良以在現行消滅時效法裡，如前所述，原本即存在著無法透過解釋與造法所能排除之評價矛盾。現行民法消滅時效法秩序內，無論在百年前民法典制定時之狀態，抑或在近二十年前之債編修正後之狀態，從來都不存在著以不同價值（例如人與物）區別消滅時效期間長短之規範內容。

### 三、受任人過失處理委任事務

受任人依委任契約，負有處理委任事務之義務。受任人可能違反這項事務處理義務，亦即債務不履行（違約）。債務人負有無瑕疵給付義務。受任人亦是債務人，因此亦應負有無瑕疵之事務處理義務。民法第544條規定「受任人因處理委任事務有過失」之文義，並未有債務不履行法定類型之限定文義，換句話說，遲延處理委任事務、不能處理委任事務，以及瑕疵處理委任事務，均在該條規定文義範圍內。但文獻上有將其限定在瑕疵給付之法定類型<sup>84</sup>。民法第544條所規定之損害賠償請求權，包括以上三項債務不履行法定類型之損害賠償請求權。頗有疑問者，乃瑕疵結果損害賠償與違反保護義務（附隨義務）之損害賠償，是否亦在該條規定之文義範圍內。

民法第544條規定「受任人因處理委任事務有過失」之文義，明顯將損害賠償請求權限定在違反委任事務處理義務。該條規定同時規範越權處理事務。而越權處理事務，並非違反保

<sup>84</sup> 劉春堂，民法債編各論（中），頁174，自版，2011年。

護義務，良以當事人既已約定何等事務是於委任之範圍內，則約定範圍外之事務處理，則是違約，亦即瑕疵處理委任事務。瑕疵結果損害賠償與違反保護義務之損害賠償，可能是以侵害人格權為原因。是以若認為，民法第544條規定之適用範圍，亦及於瑕疵結果損害賠償與違反保護義務（附隨義務）之完整利益（固有利益）損害賠償，則將造成於因侵害人格權之瑕疵結果損害賠償與違反保護義務之損害賠償之情形，無償受任人僅就具體輕過失負有損害賠償責任（第535條規定與第220條第2項）之後果。但既然是侵害人格權，則豈可使無償受任人僅負有具體輕過失之減輕責任。如此法律解釋恐怕是不當之法律解釋，如此之評價活動恐怕是不當之評價。而且在請求權相互影響理論之作用下，在此間競合發生之侵權行為損害賠償請求權與第227條第2項所規定之損害賠償請求權，恐將一併適用這項減輕責任構成要件，將使上開不當評價更顯不當。基於以上種種理由，民法第544條所規定之損害賠償，不應包括這兩項損害賠償。儘管本文不認為，民法第544條規定之適用範圍，及於違反保護義務與瑕疵結果損害賠償，但並不同時認為，民法第544條之限定文義並有排除民法第277條第2項規定之適用之意思，換句話說，委任人仍得依民法第227條第2項規定，請求賠償瑕疵結果損害與違反保護義務所生之損害<sup>85</sup>。

民法第544條規定既然並無債務不履行類型限定之文義，則其包括三項債務不履行損害賠償（遲延損害賠償、給付不能損害賠償與瑕疵損害賠償），但基於以上種種理由，並不包括瑕疵結果損害賠償與違反保護義務之完整利益（固有利益）損害賠償。由此可觀，依民法第544條規定，受任人過失處理委任事務，乃以給付不能損害賠償、遲延損害賠償、瑕疵損害賠

償與補正遲延損害賠償作為其原則固有之法律效果。

## 陸、替補賠償原則化之立法論

以上說明，已讓替補賠償請求權之結構清楚呈現而出。但如前所述，替補賠償請求權體系裡仍有著不適當之處，亦即只有在例外情形，始發生替補賠償請求權這部分。換句話說，替補賠償請求權體系裡，應有著一般化之替補賠償請求權之結構，而不應有於例外情形，始發生替補賠償請求權之結構，乃以下分析之客體，性質上乃立法論性質之分析。

### 一、債權人行使權利上之困境——遲延與瑕疵

債務人僅一部給付者，尚未給付之部分可能是給付不能（民法第226條第1項），也可能是仍然可能給付（民法第232條第1項），其判斷理論上並不困難。但在法律生活中，債權人在這項判斷裡卻往往陷入進退維谷、兩難或至少頗為無奈之局面。德國債務法現代化法立法者即謂<sup>86</sup>：「對債權人而言，原則上首先僅未給付本身為可得而知，未給付之原因，則不然（Für den Gläubiger ist in aller Regel zunächst nur das Ausbleiben der Leistung selbst, nicht aber der Grund hierfür erkennbar）。」若債權人將債務人之可能但尚未給付之部分誤認為不能給付，則將浪費權利行使時間，亦即錯失及早定期催告，以使債務人及早陷於遲延之時間。如前所述，儘管債權人可以透過定期催告解脫這項困境，但在事後發現尚未給付之部分乃不能給付之情形，這項解決方案畢竟意味著費用支出。只因可歸責於債務人之一部未給付，債權人卻必須承擔這項判斷困難與費用支出！

<sup>85</sup> 游進發，受任人過失處理委任事務，同註13，頁143。

<sup>86</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 138.

這項因債務人可歸責之一部給付，而對債權人造成之不利利益，將更加惡化。對債權人而言，與其等待債務人可能之一部給付，而任由債務人就未給付之部分，負遲延損害賠償責任，以及保留已受領之一部給付，但請求金錢賠償不能給付之部分（替補賠償之小損害賠償），都不如請求金錢賠償代替全部給付（替補賠償之大損害賠償），來得更有意義、一勞永逸，以及更節省勞力、時間、費用。債權人透過代替全部給付之損害賠償請求權，不僅得以獲得一筆金錢賠償，更得以擺脫契約之拘束，至市場上取得同樣之全部給付<sup>87</sup>。但民法第232條與第226條第2項規定，卻剝奪債權人請求大損害賠償之替補賠償之可能性。債權人此時不僅必須判斷，尚未給付之部分是否是可能或不能給付，尚必須判斷，尚未給付之部分對債權人是否無利益。這項可能部分之給付對債權人是否有利益之判斷，往往頗有爭議。當債權人以給付對其無利益為前提，而決定行使相關權利時，這項可能部分之給付對債權人是否有利益之判斷，將頗為風險，亦即債權人冒著判斷錯誤，而必須再次正確地行使權利之不利利益<sup>88</sup>。因可歸責於債務人之事由，至一部尚未給付，但卻造成債權人如此權利行使上之雙重負擔、困擾。

債務人瑕疵給付，而瑕疵可補正者，債權人依民法第227條第1項準用第231條規定，得請求補正遲延賠償；依民法第227條第1項規定準用第232條規定，僅於瑕疵補正於債權人無利益之前提下，始得請求替補賠償。債務人瑕疵給付，而瑕疵不能補正者，依通說見解，債權人依民法第227條第1項準用第226條第1項規定，得請求小損害賠償，僅於無瑕疵部分之給付於債權人無利益之前提下，始得請求大損害賠償（民法第227

條第1項準用第226條第2項）。瑕疵是否能補正之判斷，理論上雖然不見得是件難事（其實偶爾也發生疑問），而在人民法律生活中，往往非常不容易。若債權人誤認瑕疵不能補正，則將浪費權利行使時間，亦即錯失及早定期催告補正，以使債務人及早陷於遲延之時間。儘管債權人此時可以透過定期催告解脫這項困境，但在事後發現瑕疵不能補正之情形，這項解決方案畢竟意味著費用支出。只因可歸責於債務人之瑕疵給付，債權人卻必須承擔這項判斷困難與費用支出！

這項因債務人可歸責之瑕疵給付，而對債權人造成之不利利益，將更加惡化。對債權人而言，與其請求債務人補正，等待債務人補正，而任由債務人負補正遲延損害賠償責任，以及保留瑕疵給付，但請求金錢賠償給付有瑕疵之部分（替補賠償之小損害賠償），往往都不如請求金錢賠償代替全部給付（替補賠償之大損害賠償），來得更有意義、一勞永逸，以及更節省勞力、時間、費用。債權人透過大損害賠償之替補賠償請求權，不僅得以獲得一筆金錢賠償，更得以擺脫契約之拘束，至市場上取得同樣之無瑕疵給付。

但民法第227條第1項準用第232條規定，以及民法第227條第1項準用第226條第2項規定，卻剝奪債權人可選擇請求大損害賠償之替補賠償之可能性。債權人此時不僅必須判斷，尚瑕疵補正是否是可能給付或不能給付，尚必須判斷，以及未有瑕疵部分之給付對債權人是否無利益。這項未有瑕疵部分之給付對債權人是否有利益之判斷，往往頗有爭議。當債權人以一部分之給付無瑕疵，且該部分對其無利益為前提，而決定行使相關權利時，這項無瑕疵部分之給付對債權人是否有利益之判斷，將頗具有風險，債權人將冒著判斷錯誤，而必須再次正確地行使權利之不利利益。只因可歸責於債務人之瑕疵給付，卻造成債權人如此行使權利上之雙重負擔、困擾！

<sup>87</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137.

<sup>88</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137.

從以上分析可知，並無明顯理由認為，如此之債務不履行法乃妥當之規範設計。德國債務法現代化法針對給付遲延與瑕疵給付之情形，在前者將替補賠償請求權予以原則化、固有化，在後者則將大損害賠償與小損害賠償請求權之選擇原則化、固有化<sup>89</sup>，廢除類似我國民法第226條第2項與第232條之規定（第286條第2項、第326條第2項（債務人遲延）），而新增德國民法第281條規定：「以債務人未給付或未依債之本旨給付者為限，債權人已訂適當之給付或補正期限而未果者，於民法第280條第1項之前提下，得請求損害賠償代替給付（Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat）。」

上開廢除舊法規定與新增規定之理由：其一<sup>90</sup>：「原給付請求權轉進代替這項給付之損害賠償請求權，符合債權人之迫切利益：債權人往往必須於他處獲取未履行之原給付，而且較諸於特定原給付請求權而言，一項以金錢為目的之損害賠償請求權，更易於強制執行（Der Übergang vom Anspruch auf die Primärleistung zu einem diese Leistung ersetzenden

<sup>89</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 140. 依德國民法第281條第1項第3句，債權人這項大損害賠償請求權，乃以義務違反（瑕疵）非無關緊要者為要件。基於這條規定之雙重否定（nicht unerheblich）文義，文獻上一般認為，瑕疵原則上是重大。就此，參閱Huber/Faust, a.a.O. (Fn. 32), S. 202。準此而論，德國法是以大損害賠償與小損害賠償請求權，作為瑕疵給付之原則、固有之法律效果。

<sup>90</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137.

Schadensersatzanspruch kann einem dringenden Interesse des Gläubigers entsprechen: Häufig wird dieser sich die ausgebliebene Primärleistung anderswo besorgen müssen; auch lässt sich ein auf Geld gerichteter Schadensersatzanspruch regelmäßig leichter vollstrecken als der Anspruch auf eine bestimmte Primärleistung)。」其二<sup>91</sup>：「在此間，草案追求之目的，乃使債權人得以最簡單之方法，瞭解給付請求權之存續或以損害賠償請求權取代原請求權（Hier verfolgt der Entwurf das Ziel, dem Gläubiger eine Möglichkeit an die Hand zu geben, mit der er in möglichst einfacher Weise Klarheit über den Fortbestand des Leistungsanspruchs bzw. über die Substituierung des Primäranspruchs durch einen Schadensersatzanspruch erlangen kann）。」

其三<sup>92</sup>：「於債務人瑕疵給付之情形，當涉及得加以區別，且得以輕易排除之瑕疵時，代替尚未給付之損害賠償請求權，通常即為已足。在其他情形，債權人對約定給付之利益，將使代替全部給付之損害賠償請求權更有必要……於瑕疵給付之情形，利益消滅之嚴格標準本身，卻對債權人造成不當之負擔。瑕疵之範圍越是廣泛，債權人之給付利益，毋寧將更有必要，使其得請求損害賠償代替全部給付（Bei einer Schlechtleistung des Schuldners wird der Schadensersatz statt der ausgebliebenen Leistung nur genügen können, wenn es sich um abgrenzbare Mängel handelt, die ohne Schwierigkeiten behoben werden können. Im Übrigen wird das Interesse des Gläubigers an der geschuldeten Leistung oft Schadensersatz statt der ganzen

<sup>91</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 138.

<sup>92</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 140.

Leistung erforderlich machen..... Im Ergebnis bereitet das an sich strenge Kriterium des Interessefortfalls bei einer mangelhaften Leistung aber keine unangemessene Belastung des Gläubigers. Je umfangreicher die Mängel sind, desto eher wird das Leistungsinteresse des Gläubigers es auch erforderlich machen, dass er Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen kann)。」

## 二、給付遲延亦是違約（債務不履行）

給付不能與瑕疵給付這兩項債務不履行法定類型，均是以替補賠償請求權作為其原則、固有的法律效果。但同樣是債務不履行，亦即均為違約，給付遲延則是以替補賠償作為例外之法律效果（民法第232條）。儘管給付遲延已以遲延損害賠償作為其原則、固有之法律效果。但這項法律效果，如前所述，僅是為符應給付遲延這項債務不履行法定類型而已，並無法顧及到，給付遲延也是違約（債務不履行）這項狀態。若應符應債務不履行各項法定類型均為債務不履行，而制定替補賠償（代替給付之損害賠償），則並無理由使這類損害賠償在給付遲延成為例外之損害賠償，而應將其原則化。

給付遲延與給付不能均是未給付。既然兩者不僅具有違約這項共同點，亦有均是未給付這項相同點，則更無理由使給付遲延只能以替補賠償作為例外（限於定期行為債務）之法律效果（民法第232條與第226條第2項）。若非定期行為之債務人一直未給付，遲延狀態一直持續下去，則債權人始終無法取得給付、始終無法獲得給付利益。這項狀態與定期行為債務遲延後之給付對債權人無利益無異，換句話說，無論債務是否為定期行為債務，在債務人一直未給付，遲延狀態一直持續下去之前提下，對債權人而言都是無給付利益。而且債務人遲延中，

債權人未必受有遲延損害，但可能受有替補賠償中之損害，例如買受人以較低於市價之價金買受標的物，但出賣人遲不移轉與交付，而買受人並未受有任何遲延損害之情形，債權人此時依現行法並無法透過替補賠償，以金錢賠償代替買賣標的物，而獲得這項因買低所得之利潤。

債務人給付遲延，一直到遲延狀態終了之前，債權人可能未受到任何給付遲延損害。在一項獲利交易，例如買受人以較低於市價之價金，買進標的物之情形，若出賣人一直給付遲延，買受人即無法這項交易而了結獲利，即受到價金與標的物價差之財產上損害。買受人因給付遲延而一直無法取得這項價差，並非遲延損害，良以債務人仍負有給付義務。替補賠償請求權原本設定，即在填補這項財產上損害，良以金錢賠償取代給付，債務人因請求而不再負有給付義務。若買受人在此間完全未受到任何遲延損害，使其享有原則、固有之替補賠償請求權，而非僅於例外情形（定期行為債務），始得請求替補賠償之規範設計，即顯得更有意義。基於以上種種理由，債務人遲延中，除應使債權人得請求給付，同時請求遲延賠償之餘地外（現行法確實也是如此結構），亦應使其原則上得請求替補賠償，以脫離遲延中之債之關係。

但應附加說明者，乃採取這項結構前，必須顧及到債務人為提出給付，可能已花費相當勞力、時間與費用。為避免因債權人請求替補賠償，而使債務人所支出之勞力、時間與費用成為徒勞、白忙一場，規範設計上在債權人請求替補賠償時，應再給予債務人一次履行債務之機會，例如訂適當期間催告其履行，若債務人不把握這次機會履行債務，則形同二次違約，使其負有替補賠償義務，則一點也不為過度之要求<sup>93</sup>。基於這項

<sup>93</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 139.

考量，德國民法第281條第1項規定，以債務人經債權人訂適當期間催告其履行，而其未於期限內履行，作為替補賠償請求權之發生要件<sup>94</sup>。礙於篇幅限制與題目設定，本文就此不深入討論德國民法第281條第1項規定。

給付瑕疵而該瑕疵能補正者，如前所述，債務人履行期屆滿起，或債權人定相當期間催告債務人補正而仍未補正，該期間經過時起，負有遲延賠償責任，良以債務人在此時仍未履行無瑕疵給付義務，亦即乃無瑕疵給付義務遲延。既然這項狀態與給付遲延之狀態並無不同，則上開關於替補賠償在給付遲延之情形，應予以原則化之立法論，在此間亦應加以適用。

### 三、瑕疵本身要求得選擇請求大損害賠償或小損害賠償

若將給付義務與無瑕疵給付義務作一體觀，則可得出一項結構，無瑕疵給付只是給付義務之一環，當債務人瑕疵給付，且瑕疵不能補正時，則如同一部不能之狀態。於是，將產生瑕疵給付與一部不能之比較問題。但在此間應先解決，給付一部不能，但其他部分可能之情形，應否將替補賠償請求權原則化、固有化之問題。給付一部不能，但其他部分可能且已給付時，儘管在一部不能之情形，成立違約，但其他部分可能且以給付之情形，則不成立違約。而且，當事人約定或契約性質，只有全部給付始為債權人帶來利益，一部給付對債權人是無利益者，這項狀態與不可分給付無異，因此應受到與全部不能相同之評價，亦即發生代替全部給付之損害賠償請求權。反之，依當事人約定或依契約性質並無法得出，只有全部給付始為債

權人帶來利益者，則這項狀態明顯與可分給付無異，因而應就給付各部分別給予評價，而非就整體給付給予評價，詳細言之，如同兩項給付義務一般，其中一項給付義務履行不能，並不應影響到另一項給付義務履行之可能性。

德國民法第283條第2句準用第281條第1項第2句規定，亦明文採行相同之規範設計。德國民法第281條第1項第2句規定：「債務人一部履行者，債權人以一部給付對其無利益者為限，得請求損害賠償代替全部給付（Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat）」；德國民法第283條第1句與第2句分別規定：「債務人依第275條第1項至第3項規定，無須給付者，債權人於第280條第1項之要件下，得請求損害賠償代替給付。第281條第1項第2句與第3句，以及第5項規定，準用之（Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. § 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung）」。

德國法債務法現代化法立法者就此認為<sup>95</sup>，在一部不能之情形，亦有必要使債權人得請求代替全部給付之損害賠償，但也不應毫無限制，良以這將對債務人造成較大之負擔；在通常情形，代替未給付部分之損害賠償請求權，完完全全符應一部不能，代替全部給付之損害賠償請求權，毋寧是例外。綜合以上說明，民法第226條第2項規定，並無法修正之必要，並不應將代替全部給付之損害賠償請求權規定成一部給付不能時原則、固有之法律效果。

<sup>94</sup> 就此之詳細說明，BT-Drucks. 14/6040, S. 138-139; MünchKomm/Ernst, a.a.O. (Fn. 6), § 281 Rn. 43 f.。

<sup>95</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 140.

瑕疵補正不能是否應與一部不能受相同評價，亦即是否亦僅限於債權人對瑕疵給付無利益之情形，始發生大損害賠償請求權？如前所述，德國債務法現代化法之立法者認為，瑕疵之範圍越是廣泛，債權人之給付利益，毋寧將更有必要，使其得請求損害賠償代替全部給付。債權人之給付利益，通常並不限於給付本身，而且還及於無瑕疵之給付。換句話說，與在一部不能，通常可以割裂判斷給付利益有無之情形不同，在瑕疵給付，債權人之給付利益乃整體判斷，給付一旦有瑕疵，債權人根本無給付利益。而且瑕疵可能造成加害，倘若只允許原則小損害賠償請求權，將無異強迫債權人留在有瑕疵之給付關係之中受害，而不能透過請求大損害賠償，擺脫瑕疵關係。

準以上所言，並不應將瑕疵給付與一部不能相同處理，並不應使代替整體給付之損害賠償請求權成為例外之情形，其乃通常之情形，應予以原則化處理，債權人於是應得選擇請求大損害賠償或小損害賠償。通說見解<sup>96</sup>以小損害賠償之替補請求權為原則之法律效果（民法第227條第1項準用第226條第1項），以大損害賠償之替補賠償請求權為例外之法律效果，恐怕有不妥當之處。

如前所述，民法第227條第1項規定只要求準用給付不能與給付遲延之規定，在瑕疵不能補正之情形，只要求準用給付不能之規定，並未要求區別民法第226條第1項與第2項規定之準用，換句話說，民法第227條第1項規定裡，亦存在著債權人得選擇請求大損害賠償或小損害賠償請求權之可能文義。是以令人慶幸的是，依現行民法，尚不至於到達必須透過修法，始能加以解決這則應如何準用之法律解釋適用問題。基於以上種種

理由，這項可能文義乃應予以適用，亦即決定性之文義。將來可能進行之債編現代化，恐怕亦應將這項法律解釋適用予以明文化，或者縱使不採取與德國民法與本文相同之處理方式，但至少亦應面對處理這則法律解釋適用問題。

但在此間應附加說明者，乃採取這項結構前，必須顧及到債務人為補正，可能已花費相當勞力、時間與費用。為避免因債權人選擇請求替補賠償，尤其是選擇請求大損害賠償之替補賠償，而使債務人所支出之勞力、時間與費用成為徒勞、白忙一場，規範設計上在債權人請求替補賠償時，應再給予債務人一次補正，亦即事後履行無瑕疵給付義務之機會，例如訂適當期間催告其補正，若債務人不把握這次機會履行補正債務，則形同二次違約，使其負有替補賠償義務，則一點也不為過度之要求<sup>97</sup>。基於這項考量，德國民法第281條第1項規定，以債務人經債權人訂適當期間催告其補正，而其未於期限內補正，作為替補賠償請求權之發生要件<sup>98</sup>。礙於篇幅限制與題目設定，本文就此亦不進行深入討論。

#### 四、違反保護義務亦要求替補賠償

無論保護義務是否與給付利益相關，違反保護義務縱使並未使債權人受到任何完整利益上之損害，包括財產上損害與非財產上損害，往往都破壞債權人對債務人之信任感，往往動搖債權人對債務人之誠實信用度，而無法期待債務人履行債務。例如承攬人在承攬定作人住家重新裝潢之工作，但經常在工作時於住宅內吸菸，經定作人再三勸阻，仍置之不理，定作人之住家裡頗多進口高級家具與地毯，但尚未因此受到任何損害。

<sup>96</sup> 孫森焱，同註7，頁571-572；林誠二，同註3，頁108；陳自強，同註25，頁196-197。

<sup>97</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 139.

<sup>98</sup> 就此之詳細說明，BT-Drucks. 14/6040, S. 138-139; MünchKomm/Ernst, a.a.O. (Fn. 6), § 281 Rn. 43 f.。

若此時認為，已不應使債務人透過負有給付義務，而繼續待在給付關係裡，應使債權人得解除契約（債務人違反保護義務，債權人亦應得解除契約<sup>99</sup>），則應同時處理債權人因此無法取得，但原應取得給付利益一事。例如在上開例子，定作人解除契約拒絕承攬人工作，而另委託他人完成剩餘之裝潢工作，因此產生出更多費用，唯有透過給與定作人替補賠償請求權，始得填補之<sup>100</sup>。

債務人違反與給付相關之保護義務，可能同時使債權人受到完整利益上之損害，以及無法取得給付利益，例如出賣人自國外進口極精密之機械，與買受人訂定該機械之買賣契約後，在移轉交付該機械之前，製造原廠始發出該款機械必須依特定方法使用（非物之瑕疵），否則損壞可能之通知，但出賣人卻未將之告知買受人，果不然買賣之機械不僅因買受人之使用而全毀，其身體亦因此受傷。在這則例子裡，買受人不僅無法占有使用收益買賣之機械，喪失其所有權，亦受到完整利益上之損害。違反保護義務，乃以完整利益（又稱固有利益）損害賠償作為其原則、固有之法律效果（民法第227條第2項）。完整利益損害賠償請求權之目的，並不在於保護給付利益，亦即並不在於使債權人透過金錢賠償而取得給付利益，而是為保護給付利益以外之權利、法益與利益。是以在上開例子，縱使買受

<sup>99</sup> 國內文獻對此已形成共識，例如最高法院104年台上字第799號民事判決、最高法院100年台上字第2號民事判決、最高法院93年台上字第1488號民事判決、最高法院91年台上字第2380號民事判決、最高法院76年台上字第2167號民事判決；林誠二，契約義務與契約解除權之關聯性，台灣法學雜誌，第150期，頁78，2010年4月；向明恩，違反附隨義務、契約目的不達與解除契約之連結關係——最高法院一〇〇年度台上字第2號民事判決評析，月旦法學雜誌，第209期，頁274-276，2012年9月；王澤鑑，同註25，頁7。

<sup>100</sup> 類似例子，BT-Drucks. 14/6040, S. 141。

人享有完整利益損害賠償請求權（民法第184條第1項前半段），得請求賠償其身體權所受之損害，但並無法請求賠償其無法使用租賃物之無法取得給付利益之損害。

符應瑕疵給付這項債務不履行法定類型，瑕疵損害賠償請求權（替補賠償性質），乃瑕疵給付其原則、固有之法律效果。在這項違反無瑕疵給付義務之結構之脈絡底下，大抵債務人負有瑕疵告知之保護義務。違反保護義務亦是債務不履行。於是，基於均負有保護義務這項相同之處，以及均是債務不履行這項相同之處，違反保護義務應受到與違反無瑕疵給付義務所受評價相同之評價，兩者均應以替補賠償請求權作為原則、固有之法律效果。

德國債務法現代化法立法者，基本上即允許於一方當事人違反保護義務時，他方除可能得請求完整利益之損害賠償（德國民法第280條第1項、第241條第2項）外，亦可能得請求損害賠償代替給付<sup>101</sup>，而增訂民法第282條規定：「債務人違反第241條第2項所規定之義務者，且對債權人而言，已無法再期待債務人之給付者，於第280條第1項之前提下，得請求損害賠償代替給付（Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist）。」該條所指第241條第2項所規定之義務，是指保護義務。德國民法第241條第2項規定：「債之關係依其內容，亦得使任何一方當事人，負有顧及他方權利、法益與利益之義務（Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils

<sup>101</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 141-142.

## 72 債務不履行之法律效果

verpflichten)。」

在此間應再次特別說明者，乃如前所述，在德國民法第241條第2項規定裡，債務法現代化立法者並未提及給付相關（leistungsbezogene）或稱給付確保（leistungssichernde）之保護或附隨義務（Nebenpflicht），以及狹義保護義務，這兩者所連結之法律效果並無不同，均是完整利益損害賠償（德國民法第280條第1項、第242條第2項），但均與違反給付義務所連結之法律效果不同。而且，於德國民法第282條規定裡，債務法現代化立法者亦未提及任何給付相關之保護義務，是以依第282條規定，違反給付相關之保護義務或違反狹義之保護義務時，均可能發生替補賠償請求權。由此即可推知，德國債務法現代化立法者已放棄這項法律適用上無必要性之區別（狹義保護義務與給付相關保護義務之區別）<sup>102</sup>。

基於以上種種理由，應有必要使大損害賠償之替補賠償請求權，成為違反保護義務之原則、固有之法律效果。換句話說，符應違反保護義務這項債務不履行法定類型，違反保護義務除應以完整利益損害賠償請求權作為其原則、固有之法律效果外，亦應同時以替補賠償請求權作為其原則、固有之法律效果。

## 柒、結 論

替補賠償請求權，乃代替給付之損害賠償請求權，其原初設定目的，顧名思義，即透過金錢賠償回到彷彿債務履行之狀態。替補賠償請求權之內容，即金錢賠償與免除給付義務。財產上損害有無與多寡之計算方法，亦共同構成替補賠償請求權之內容。替補賠償請求權之結構，完全符應每項債務不履行法

定類型。儘管如此，在現行民法秩序裡，若干替補賠償請求權，只是某些債務不履行法定類型例外之法律效果，而非原則、固有之法律效果：僅在定期行為債務遲延時，始發生替補賠償請求權；給付一部不能者，僅其他可能部分之給付於債權人無利益時，始發生替補賠償請求權。更有甚者，違反保護義務，僅發生完整利益損害賠償請求權，而不發生替補賠償請求權。

給付不能亦以替補賠償請求權作為原則、固有之法律效果：給付一部不能時，以小（代替不能部分之給付）損害賠償請求權為法律效果，給付全部不能者，以大（代替全部給付）損害賠償請求權為法律效果。瑕疵給付亦以替補賠償請求權作為原則、固有之法律效果：以小（代替無瑕疵給付）損害賠償請求權與大（代替給付與無瑕疵給付）損害賠償請求權之選擇，作為法律效果。

有名債務契約法裡若干規定，以替補賠償請求權為原則、固有之法律效果。民法第360條規定以瑕疵損害賠償請求權（包括大損害賠償與小損害賠償請求權之選擇）作為法律效果。民法第495條第1項規定以承攬工作瑕疵為要件，以瑕疵損害賠償請求權（包括大損害賠償與小損害賠償之選擇）作為法律效果。民法第544條規定以受任人過失處理事務為要件，包括以過失不能處理事務、遲延處理事務與瑕疵處理事務為要件，而分別以給付不能損害賠償（替補賠償）請求權、遲延損害賠償請求權與瑕疵損害賠償請求權作為法律效果，符應於各項債務不履行法定類型。

立法論上，違反保護義務，亦應以替補賠償請求權作為原則、固有之法律效果，而不應僅限於完整利益損害賠償請求權；給付遲延亦應以替補賠償請求權作為原則、固有之法律效果，而非僅以其為例外之法律效果，而非僅以遲延損害賠償請

<sup>102</sup> 詳細說明，MünchKomm/Bachmann, a.a.O. (Fn. 6), § 241 Rn. 52-55。

求權作為原則、固有之法律效果。現行法之解釋亦允許，不能補正之瑕疵，以大損害賠償請求權與小損害賠償請求權之選擇，作為其原則、固有之法律效果，而非僅以小損害賠償請求權作為原則、固有之法律效果，但僅以大損害賠償請求權作為例外之法律效果。

## 給付不能損害賠償 損害賠償代替給付與財損之 計算

### 壹、本案事實

本件被上訴人主張：伊於民國（下同）96年5月13日就上訴人共同開發之預售屋「博物館建案」（下稱「系爭建案」），其中A2號第3樓及其坐落之臺北市○○區○○段○○○○地號土地所有權應有部分及地下四層編號230、231停車位（下合稱「系爭房地」，建物部分則稱「系爭房屋」），同時與上訴人瓏○林企業股份有限公司（下稱「瓏○林公司」）簽訂房屋預定買賣契約書（下稱「系爭房屋買賣契約」），與上訴人林○堯簽訂土地預定買賣契約書（下稱「系爭土地買賣契約」），約定系爭房屋價款為新臺幣（下同）1,527萬元（含車位），土地部分價款為5,111萬元，總價6,638萬元，伊已支付二成之系爭房屋價款306萬元及土地價款1,022萬元（兩造間之上開買賣契約下通稱「系爭契約」）。上訴人於97年11月下旬發函（下稱「第一份函件」）催告伊於同年12月23日前辦妥貸款手續，以付清全部尾款。惟伊發現系爭房屋有虛增坪數、未約定驗收程序等諸多有違誠信疑問，即向上訴人表明暫無配合續付尾款義務。上訴人僅於同月25日再次發函（下稱「第二份函件」）限期催告伊應於98年1月8日前辦妥貸款手續，否則沒收伊已繳之價金並解除系爭契約。詎上訴人竟於98年1月9日以伊未付尾款違約為由發函（下稱「第三份函件」）

解約並沒收已繳價金，並不合法。嗣上訴人於98年10月2日將系爭房地所有權移轉登記予訴外人吳○聯，致給付不能，經伊於100年7月27日以民事更正暨補充理由狀（下稱「系爭書狀」）解除系爭契約，林○堯應返還伊已付價金1,022萬元，瓏○林公司應賠償伊因給付不能之損害106萬元等情，爰先位聲明依民法第179條之規定，求為命林○堯給付1,022萬元、備位聲明依民法第226條之規定，求為命瓏○林公司給付106萬元，及各加計自原判決附表一（下稱「附表一」）「本院認定」欄所示各筆本金之繳款日、本判決確定之翌日起算之法定遲延利息之判決（逾上開請求金額及利息部分，分經被上訴人於原審減縮上訴聲明及受敗訴之判決後，已因其未聲明上訴而告確定，該未繫屬部分，不予贅述。又上述民法第226條第1項規定，係被上訴人於原審始追加為備位之訴）。

次查上訴人曾於97年11月下旬，以第一份函文謂系爭建案使用執照已於同月20日核發，函催被上訴人應於同年12月23日前辦妥貸款手續，以付清全部尾款等事實，為兩造所不爭執；佐以第一份函文所載：「……台端如已委託辦理銀行貸款抵繳部分或全部期款者……」、「另台端如為自治金融機構辦理貸款者，則敬請於民國97年12月23日前辦妥貸款手續（含備齊抵押權設定契約書、撥款委託書交付代書並繳清核貸差金額），逾期依買賣合同（貸款約定）即視為放棄貸款，應於七日內以現金一次繳清，否則即係違約。」等內容；被上訴人於收受第一份函文後，復於97年（原判決誤載為95年）12月16日發函向上訴人表明：「……惟據……擬委託辦理貸款之銀行表示……故貸款銀行無法承諾能否於12月23日前辦妥貸款手續。」等語，足認被上訴人乃自治金融機構辦理貸款，依系爭土地買賣契約第5條第1項、系爭房屋買賣契約第18條第1項（原判決均誤載為第2項）約定，如未能依上訴人所定期限辦理貸款完

成，視為放棄貸款而負有於7日內（即97年12月30日）以現金繳清尾款之義務，是被上訴人應至97年12月30日仍未以現金給付尾款時，始負遲延責任。參酌系爭土地買賣契約第4條第2項、系爭房屋買賣契約第7條第2項之約定內容，可知被上訴人給付遲延時，上訴人須以存證信函定5日相當期間為催告後，始得解除系爭契約。惟上訴人於被上訴人尚未陷於給付遲延時，即於97年12月25日以第二份函文通知被上訴人，尚不生催告之效力。準此，上訴人於98年1月9日寄發第三份函文予被上訴人，逕以被上訴人未給付第六期尾款，解除系爭契約並沒入已繳價金，即不生解除系爭契約之效力。

## 貳、爭 點

- 一、給付不能損害賠償請求權。
- 二、財損之計算。

## 參、判決理由

最高法院103年度台上字第2407號判決：「據此，系爭土地買賣契約既經解除，林○堯收受被上訴人已繳納之系爭土地部分價款一千零二十二萬元，即應負返還之責。末按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；損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限；依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，民法第二百二十六條第一項、第二百十六條分別定有明文。衡諸上訴人與吳○聯簽訂之房屋（土地）預定買賣契約書，系爭房屋總價款為一千六百三十三萬元；系爭契約之系爭房屋總價款為一千五百二十七萬元等情以察，依通常情形觀之，堪認被上訴人

於解除系爭契約前，受有系爭房屋轉售價差利益一百零六萬元之損害，被上訴人備位主張請求瓏○林公司賠償損害，並自本判決確定之日起算之法定遲延利息，亦屬有據。從而，被上訴人分別依民法第一百七十九條、第二百二十六條第一項規定，請求上訴人各給付如上聲明所示本息，應予准許，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘所辯及舉證，為不可採及不再論述之理由，因將第一審所為被上訴人此部敗訴之判決廢棄，改命上訴人給付如上開金額本息。按民法第二百二十六條第一項『損害』之範圍，應以債權人因債務人之給付不能致其財產受有損害，就其財產所受之損害額與其債權受侵害後財產之價值狀態，綜合衡量比較，以決定其財產法益所受不利益之數額。又民法第二百二十六條第二項所謂依通常情形可得預期之利益，係指依通常情形，具有客觀確定性可得預期之利益，不以現實有此具體利益為限。」

## 肆、評 析

### 一、問題提出與背景

文獻上對於給付不能損害賠償之性質與內容，著墨不多，縱有說明，大抵並不超越法條本身太多。文獻上對於財損計算之說明，往往頂多提及差額理論，除此之外，也未有太多說明。文獻上對於所失利益之說明，雖然並不乏舉例，但其他以外之說明，則往往付之闕如。從民法釋義學之角度來看，如此之文獻說明，並無法使法條顯得透明，從而存在著法律適用錯誤之風險，法律解釋適用之結果縱使妥當或「正確<sup>1</sup>」，但也是受到幸運女神垂憐之故。慶幸的是，最高法院終於能在前揭

判決裡，針對給付不能損害賠償提出一些說明。但似乎受到文獻相關說明之影響與限制。

給付不能損害賠償請求權，乃請求權。請求權有四則命題，即請求權人、請求權相對人、請求依據與請求之內容。給付不能損害賠償請求權，亦有上開四則命題。但我國民法學教育與考選制度，似乎向來特別強調請求之依據，對於請求權其他三則命題，尤其是請求權之內容，似乎並未給予等量齊觀之關注。請求權之四則命題，幾乎完全反映出起訴狀之記載，即請求權人乃原告，請求權相對人乃被告，請求權之依據，乃訴訟標的即權利主張之依據，請求權之內容，乃訴之聲明之部分。在法學教育，甚至在法律文獻裡，對請求權內容，以及對給付不能損害賠償請求權之忽略，或將導致法律從業人員在通過國家考選制度後，始開始以當事人之請求權作為練習之對象。是以對請求權內容、給付不能損害賠償請求權內容之教學與研究，不僅具有學術研究價值，亦有迎合實務操作（符合起訴狀之記載），將在法學院裡受過此類訓練之新血送進法律實務世界裡等意義。

我國文獻上就債務不履行法之討論，大多著眼於債務不履行之態樣、發生依據，對債務不履行法之法律效果<sup>2</sup>，包括解除與損害賠償本身之討論，則顯得較少。實則在法律生活與訴訟中，對當事人，尤其對債權人而言，這些法律效果才是更緊要之事，例如賠償額之多寡。由於我國在事實審並未採律師強制，當事人對請求之依據與性質，往往完全欠缺了解。但法官

<sup>1</sup> 在此間，「正確」是指符合終級審法院裁判之法律適用。Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, S. 369-370.

<sup>2</sup> 早期對債務不履行法法律效果之研究，例如，林誠二，論附隨義務之不履行與契約之解除，收錄於：民法理論與研究，1991年7月修訂版，415頁。晚近文獻，例如，詹森林，出賣人附隨義務之實務發展，最高法院裁判之研究，法令月刊，61卷3期，2010年3月，45頁。

知法，且透過闡明，應曉諭當事人請求之依據與其結構（避免法律適用之突襲性裁判），例如向當事人闡明如何計算有無及多少損害。對於債務不履行法之法律效果，包括給付不能損害賠償之研究，或多或少能稍減輕法官思考與闡明之負擔。

本文之目的除在追求上開價值外，亦在於對相關法條貢獻點文獻量，以稍稍增加其透明度，以及針對最高法院上開判決所涉及之法律解釋適用，進行更清楚之說明。本文之初衷並非在於評論或批判最高法院上開判決，而是於事後（判決之後）與法院共同為法條之解釋與適用，營造更多內容及妥當之環境。

## 二、損害賠償代替給付

債務人給付不能者，固然免給付義務（民法225 I、226 I），但倘若就起付不能應負責（民法220），即可歸責者，則負有損害賠償責任。單從損害賠償法以觀，任何損害賠償之目的，乃在回復損害發生前之狀態。民法第226條第1項所規定之損害賠償，因此亦是為了回到給付可能，且已給付之狀態。由債務不履行損害賠償法以觀，債務不履行損害賠償之目的，是為達到依債之關係本旨而為給付之狀態。民法第226條第1項所規定者，亦是違約責任，即債務不履行損害賠償責任。債權人在此間所蒙受之損害，乃因無法取得給付所致。該條所規定之損害賠償責任，因此亦是為達到依債之關係本旨，而為給付之狀態。綜觀以上兩項觀察結果，可以得出一項結論：民法第226條第1項所規定給付不能損害賠償，乃在代替不能之給付，換言之，以損害賠償代替給付。該項請求權，因此可稱為代替給付之損害賠償請求權（Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung）。

如此之損害賠償請求權，其實並不僅存在於給付不能法裡；不僅存在於民法第226條第1項規定裡，亦存在於同條第2項規定，以及其他債務不履行法之中，即民法第232條規定、第227條第1項準用第226條第1項規定、第227條第1項準用第232條。這項損害賠償請求權以代替給付形成其結構。單從文義來看，代替給付亦意味著，債務人必免給付義務，債務人一部不能或全部不能者，免該一部或全部給付之義務；債務人雖僅一部不能，但其他可能部分之給付於債權人無利益，且債權人請求權全部不履行之損害賠償者，免全部給付之義務，債務人遲延後之給付於債權人無利益，債權人請求不履行損害賠償者，免全部給付之義務。

我國文獻上，史尚寬<sup>3</sup>先生早已將代替給付之損害賠償請求權，明確稱為替補賠償請求權。但就此或與此相關為統一之說明，以及專門以之為研究內容者，則付之闕如。教科書類文本大多只提及，因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求損害賠償，亦即大多僅有針對這項損害賠償請求權之依據，以及給付不能乃債務不履行其中一項態樣之說明。如此之說明意味著重複法條之內容。但無論在德國債務法現代化法施行前或施行後，均可於德國相關文獻裡，閱讀到這項損害賠償性質或特徵之相關說明<sup>4</sup>。法條之理解與說明，必須是再詳細也不為過，良以這意味著，對法律適用結果之正確或妥當性，提供一定程度之保障。

文獻上常有債務不履行損害賠償，乃轉來債務，是由給付義務<sup>5</sup>轉來之說明<sup>6</sup>。不僅如此，文獻上亦常見自這項法律結

<sup>3</sup> 史尚寬，債法總論，1990年8月，388頁。

<sup>4</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137, 142-143; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rn. 342 f.

<sup>5</sup> 給付義務並非學術用語，而是法條用語。由民法第199條第1項規定

構導出更進一步法律效果之說明<sup>7</sup>。債務不履行損害賠償，共有四項態樣，即給付不能損害賠償、給付遲延損害賠償、不完全給付損害賠償，以及違反保護義務之損害賠償。這四項損害賠償並非均由給付義務轉來。若債務不履行損害賠償無法由給付義務轉來，則上開文獻上之說理嘗試，便無法正當化其所企圖達到之法律效果。以下分析這四項損害賠償是否均由給付義務轉來。

債務人陷於給付遲延，且就此應負責者，除依民法第231條第1項規定，負有給付遲延損害賠償義務外，依契約仍然負有給付義務。可見，給付義務並未因給付遲延而消滅，換句話說，給付遲延損害賠償義務，並非從給付義務轉來。瑕疵結果損害賠償，乃瑕疵給付侵害給付利益以外之利益導致，其所保護者乃完整利益（固有利益），與給付義務與損害賠償代替給付請求權乃在保護給付利益不同（民法227 I）。可見，這項義務並非由給付義務轉來。違反保護義務之損害賠償，亦同。債務人負有給付不能損害賠償義務（民法226 I）時，並不再負有免給付義務這項損害賠償義務之目地，乃為達到給付可能且已給付之狀態，亦即代替給付義務而負有這項損害賠償義務。人們同時亦得將這項結構觀察成，該損害賠償義務乃由給付義務轉來。債務人不僅負有給付義務，亦負有無瑕疵給付義務。當給付有瑕疵時，債務人於是負有補正義務，這項義務內容，原則上包括排除瑕疵與另為無瑕疵之給付。瑕疵損害賠償義務（民法227 I 準用226 I），包括大損害賠償與小損害賠

可知，債務乃給付義務，債權乃給付權利，債權請求權乃給付請求權。

<sup>6</sup> 例如，劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，2011年12月增修版，338頁；史尚寬，同註3，281頁。

<sup>7</sup> 例如，史尚寬，同註3，281頁。

償，乃因瑕疵排除義務不能所導致，性質上與給付不能並無不同。債務人此時已不再負有瑕疵排除義務。由此可見，瑕疵損害賠償義務，乃由無瑕疵給付義務與補正義務轉來。

綜合以上說明，債務不履行損害賠償義務，並非均由給付義務轉來，從而任何以轉來義務合理化更進一步法律效果之企圖，恐怕難以通過釋義上之檢驗，而欠缺正當性基礎。例如給付義務附有擔保者，只有代替給付之損害賠償請求權，始是從給付義務轉來，該擔保權（例如抵押權）始有可能且得繼續擔保該替代給付之損害賠償請求權<sup>8</sup>。礙於篇幅有限，在此間無法詳細分析其他具體案例。最高法院在這則判決裡肯認債務人因其給付不能免給付義務，但對債權人負有給付不能損害賠償請求權，雖未明白指出該項請求權是替補賠償請求權。但從其肯認當事人免給付義務，負有賠償義務以觀，想必已掌握給付不能損害賠償請求權這項結構。

### 三、財損之計算

給付不能損害賠償（民法226 I）所填補之損害，乃財產上損害。財產上損害有無與多寡計算之理論，因此也參與了給付不能損害賠償請求權內容之形成，擬於以下詳細說明之。

#### (一)抽象與具體計算

關於有無財產上損害（財產上損害概念），有多少財產上損害（財產上損害範圍）之問題，文獻上大多似一概只以德國法上之差額說解決，而且似以之為我國與德國通說<sup>9</sup>。這類說

<sup>8</sup> Karl Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band. 1, 1987, S. 333. 類似之說明，鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，2011年2月修訂17版，310頁。

<sup>9</sup> 對德國法上損害概念詳細之研究，王澤鑑，損害概念及損害分類，

明不僅恐怕些許簡略，與司法實務運作及人民法律生活完全不符，亦可能產生許多無視人民系爭與系爭外權利之疑問。實則即便在德國法上關於財產上損害概念與計算之理論，仍舊充斥著爭議<sup>10</sup>，甚至誤導<sup>11</sup>。以下說明財產上損害賠償請求權這項結構。

依Larenz之說明，財產上損害之抽象計算（*abstrakte Schadensberechnung*）有多義，其建議財產上損害之計算，應是依市場價格之平均標準所計算出之數額，但若在個案中具體得出之財產上損害多於這項平均數額時，則多出的這些損害亦在賠償之列<sup>12</sup>。德國聯邦法院在1960年代<sup>13</sup>與21世紀初<sup>14</sup>均曾贊同這項見解，學者亦頗有贊同者<sup>15</sup>。本文基本上贊同這項見解。至於對財產上損害抽象計算之其他理解，礙於篇幅有限，並不在本文分析與批判之列。在如此意義下之抽象計算方法，文獻上一般以所謂之差額理論（或稱差額假設）決定財產上損

害概念。這項理論應置於抽象計算方法底下。良以差額理論底下所指之損害，乃若無受到損害時與實際發生損害時，兩項財產整體狀態比較下所得出之差額，而這兩項財產總體，乃依市場價格之平均值計算；而且若不作此理解，對財產上損害概念及其範圍之理解，將顯得自相矛盾<sup>16</sup>。

關於財產上損害有無與多寡之計算，尚有另一項方法，即具體計算（*konkrete Schadensberechnung*）。具體計算方法是指，債權人具體指明財損之所在。在本文給出之意義下，民法第213條第1項規定不僅支持抽象計算方法（即差額理論），亦支持具體計算方法<sup>17</sup>，蓋從該條規定「應回復他方損害發生前之原狀」之文義可推導出，在財產上損害賠償之情形，只有當財產並達到若無受到損害之狀態，始是回復原狀，而抽象計算方法，透過若無受到損害與實際受到損害之財產整體比較，恰恰在計算上符合這項要求。但抽象計算方法並不僅限於差額理論。交換理論亦在其中之列。兩者不同之處在於：差額理論將自動抵銷債權人之對待給付，換句話說，債權人無須另為對待給付<sup>18</sup>，交換理論則能保持交換關係，以財產上損害賠償交換對待給付，換句話說，債權人仍須對待給付。從該文義亦可導出，具體指明（全部）財損之所在，從而加以填補，始符合全部填補原則。

月旦法學雜誌，124期，2005年9月，203頁以下。關於差額假設之簡要說明，鄭冠宇，民法債編總論，2015年9月，109頁。

<sup>10</sup> Martin Gebauer, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, 2007, S. 83; Hermann Lange/Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, 2003, S. 353; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, *Schuldrecht I*, 2015, Rn. 679 f.; Karl Larenz, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Band. 1, 1987, S. 511.

<sup>11</sup> Karl Larenz, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Band. 1, 1987, S. 512; Hermann Lange/Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, 2003, S. 355.

<sup>12</sup> Karl Larenz, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Band. 1, 1987, S. 512-513. 文獻上常見以所謂抽象計算方法計算所失利益。Larenz認為這項理解誤導人們，並將其改稱為具體類型化之損害計算，在此間所涉者，僅為舉證責任之減輕。

<sup>13</sup> BGH, JZ 1960, 409 = DB 1960, 549.

<sup>14</sup> BGH, NJW 1994, 999. 德國聯邦法院在這則判決裡，對其受Larenz影響之財產上損害概念給予時間限制。對這則判決詳細之分析，Martin Gebauer, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, 2007, S. 191 f.

<sup>15</sup> Hermann Lange/Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, 2003, S. 355.

<sup>16</sup> 國內文獻上類似方向之說明，例如林誠二教授即謂：「然而，損害賠償中之損害，多有充當賠償計算之功能。」林誠二，*債法總論新解*，體系化解說（上），2012年10月，533頁；陳聰富，*人身侵害之損害概念*，收錄於：*侵權違法性與損害賠償*，元照，2008年12月，185頁。

<sup>17</sup> Karl Larenz, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Band. 1, 1987, S. 480; Hermann Lange/Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, 2003, S. 185, 353.

<sup>18</sup> Palandt/Grüneberg, *Vorb. v. § 249 BGB*, Rn. 21 (70. Aufl.).

民法第216條第1項與第2項關於損害賠償範圍之規定，亦支持具體計算方法。良以該條第1項與第2項規定，不僅使損害填補之範圍及於所受損害，尚及於所失利益（文獻上向來之說明），同時也將損害區別成兩大種類，即所受損害與所失利益，債權人因而至少得具體、實際地指出，其受有所受損害或所失利益及該等損害之所在。Larenz將文獻上常見，以所謂「抽象計算方法」計算所失利益，改稱為「具體」類型化之「損害計算」，在此間所涉及者，僅為舉證責任之減輕<sup>19</sup>。本文以民法第216條第1項與第2項規定，同時作為具體計算方法之依據，即與Larenz這項見解有雷同之處。

### (二)自由選擇

抽象計算方法在數學上符合全部填補原則。在具體計算裡，如指明全部損害亦符合全部填補原則。但一概只允許當事人僅得依其中一種計算方法決定財產上損害，並無法通過以下檢驗：其一，在個案、法律生活中，無論是抽象或具體計算方法，就財產上損害之計算，以及是否已計算出全部損害之問題，均無法保障其答案之正確；其二，在抽象計算方法中，財產總額、整體亦可能有差錯；有可能在抽象計算裡根本並無差額存在，但實際上仍然有損害，例如破壞債權人老舊、不堪居住之房屋；在具體計算裡，亦可能有損害並未在指明之列；其三，倘若只准當事人以抽象計算方法決定財產上損害，則當事人勢必為於法院前主張損害賠償請求權，而不得不將自己財產總額狀態隱私公布於眾。當事人為於法院外與法院內主張財產上損害賠償請求權，竟然必須將自己財產總額狀態之隱私公布於眾，實在令人難以理解，例如在臺灣街頭常見之車禍侵權事

件中，被害人為請求損害賠償，竟然必須揭露自己財產總額狀態，只因文獻上一概指稱只得以差額理論決定財產上損害概念。

其四；如此之法律解釋結果，遠遠脫離人民現實生活，猶如超脫人間之法律解釋。在法院判決中，當事人實則大抵以具體計算方法，指明財產上損害之所在<sup>20</sup>，蓋在裁判中幾乎未發現到有當事人主張，若無受到損害與受到損害之財產整體總額之差額。況且，具體計算出之財產上損害多於抽象計算出之損害者，本文所採，由Larenz所提出之財產上損害之抽象計算，原本即允許債權人得請求賠償這些多出之損害<sup>21</sup>。

其五，往往更攸關緊要者，乃財產上損害有無與多寡之計算，不僅涉及實體法上財產上損害賠償請求權之有無與內容（系爭實體利益），亦涉及當事人，尤其是原告之系爭外實體利益，例如前揭隱私權，以及程序上之不利益（為使用法院所支出之勞力、時間與費用）：原告為實現其財產上損害賠償請求權，向法院聲明用以證明財產上損害之有無與多寡證據方法，其所花費之勞力、時間與費用。為保障當事人，尤其是原告之程序利益，一概只准當事人以差額理論計算財產上損害之有無與多寡，除可能忽略當事人之程序選擇權，亦即當事人於得斟酌系爭與系爭外實體利益多寡、比例之前提下，自主決定優先追求實體利益或程序利益，例如若原告能輕而易舉地具體指明財產上損害之有無與多寡，法院即不應要求其僅得依差額理論，證明受損前與受損害之財產總額，而使其多耗費勞力、時間與費用；倘若較諸於具體計算方法而言，原告更能證明受

<sup>19</sup> Karl Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band. 1, 1987, S. 513.

<sup>20</sup> Larenz早有如此之觀察。Karl Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band. 1, 1987, S. 481; 王澤鑑，同註9，207頁。

<sup>21</sup> Karl Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band. 1, 1987, S. 513.

損前受損害之財產總額，法院不得反而要求其僅得依具體計算方法，計算財產上損害，而使其多花費勞力、時間與費用<sup>22</sup>。

綜合以上說明，財產上損害概念與計算，在在涉及財產上損害賠償請求權人諸多權利，而且既然兩大項財產上損害之計算方式均有其法律依據，實無任何理由一概只准其僅得依抽象計算之差額理論，決定與計算財產上損害，而應是財產上損害賠償請求權人，得自由選擇<sup>23</sup>抽象或具體計算方法，以決定與計算財產上損害，使其得於斟酌、衡量何種計算方法對自己較有利或便利之前提下，於法院前主張其財產上損害賠償請求權。

在最高法院這則判決裡，債權人明顯採取具體計算方法，決定與計算財產上損害之有無與多寡，蓋其並未指明受損後之整體財產總額，以及若無受到損害之整體財產總額，而是具體指明受到轉售利益喪失（所失利益）共106萬元之損害。但最高法院在判決理由中卻提及差額假說。姑不論其適用法律並不符（合相）應當事人之事實主張，但至少與本文所採德國法上之有力見解相左，而且甚至亦與德國法上另一派見解相左，蓋其就債權人所主張喪失轉售利益（所失利益）之損害，亦未提及所謂「抽象計算方法」<sup>24</sup>。當然，我國法院解釋適用法律，

<sup>22</sup> 關於程序利益之保護，邱聯恭，程序利益保護原則，收錄於：程序選擇權論，2005年12月，3頁以下。

<sup>23</sup> 縱使對於抽象計算方法之理解相當不同，但各家結論上大多認為，得自由選擇抽象或具體計算方法，BGG, NJW 2006, 843; Palandt/Grüneberg, § 252 BGB, Rn. 6 (70. Aufl.); Karl Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band. 1, 1987, S. 482; 曾世雄，損害賠償法原理，1996年9月修訂2版，153、190頁。類似見解，林誠二，同註16，533頁。

<sup>24</sup> 依這派見解，抽象計算方法乃在計算所失利益而已，債權人據此只須抽象地指明且證明，依事物通常過程，可取得系爭利益。就此，

並無須依外國法律及理論。或許最高法院對財產上損害之有無與多寡之計算，有著不同之理解，期待其於往後相關裁判中，加以闡釋之。

#### 四、結 論

給付不能損害賠償請求權，乃代替給付之損害賠償請求權。現行法上這類損害賠償請求權，並不僅存在於給付不能這項違約態樣，於其他違約態樣中亦存在著。但其間有著原則與例外法律效果之區別：於給付不能，替補賠償請求權乃原則性之法律效果，於給付遲延則是例外之法律效果。至於是否應將替補賠償請求權一般化，亦即於任何違約態樣中，其是否均應為原則之法律效果，則是另一則問題，屬立法論之問題，並非本文所能討論者，擬另為文加以研究之。

給付不能損害賠償請求權，乃財產上損害賠償請求權，關於財產上損害有無與多寡之理論，因之共同形成其內容。本文所採取之抽象計算方法，乃取依市場價格平均值進行計算之意義，而非採取僅用於計算所失利益之意義；差額理論處在抽象計算方法之脈絡底下，債權人則自由選擇依抽象計算方法或具體計算方法，決定與計算財產上損害。

Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 2006, Rn. 687; Palandt/Grüneberg, § 252 BGB, Rn. 6 (70. Aufl.)。國內文獻上贊同這項見解者，曾世雄，同前註，190頁。

# 給付遲延中之給付不能 亦是遲延損害

## 壹、問題提出與背景

最高法院100年度台上字第1460號民事判決：「民法第231條第1項規定，債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害，惟此所謂損害，係指因債務人遲延而生之損害而言。若債務人於遲延中陷於不能給付，則自不能給付之時起，債權人即不得再請求賠償此項損害。」最高法院在這則判決裡所表示之法律解釋適用，一刀兩斷式地非常清楚，即遲延中發生給付不能者，自給付不能之時點起（包括給付不能時點本身），債權人請求（往後）損害賠償之依據，乃民法第226條第1項規定；給付不能之時點前所受之損害為遲延損害，債權人請求賠償這些損害之依據，乃民法第231條第1項規定。儘管最高法院在這則判決裡並未表明，這項給付不能損害賠償責任是無過失責任，抑或是過失責任。但從文獻上一概以這項責任為加重責任的狀況或可推知<sup>1</sup>，最高法院亦是以其是加重責任為前提。

---

<sup>1</sup> 鄭玉波、陳榮隆，民法債編總論，修訂二版，2002年6月，360-361頁；林誠二，債法總論新解——體系化解說（下），二版，2013年1月，146-147頁；陳自強，契約違反與履行請求，2015年9月，27頁；劉春堂，民法債編通則（一）契約法總論，增修版1刷，2011年12月，347頁；鄭冠宇，民法債編總論，二版，2017年9月，186頁。

但給付遲延中發生給付不能者，債務人竟然應負無過失的給付不能損害賠償責任。這項立法評價與法律解釋適用結果不禁令人感到有點訝異。各項債務不履行損害賠償原則上以債務人之過失為要件。債務人之遲延賠償責任乃過失責任。債務人之給付不能賠償責任同樣是過失責任。但給付遲延中發生給付不能者，債務人所負之給付不能責任卻是無過失責任，無論將債務人這項責任理解為遲延損害賠償責任，抑或理解為給付不能損害賠償責任，均無法說明何以不同於一般遲延損害賠償責任與給付不能損害賠償責任是過失責任，這項責任卻是無過失責任。而且既然這項加重責任來自前階段的過失遲延損害賠償責任，則何以前後兩階段的責任態樣並不相同，即前階段是過失責任，後階段卻是無過失責任？

即便若干債務不履行損害賠償責任乃加重責任，例如運送人所負之通常事變責任，金錢債務人與種類債務人就給付遲延所受之無過失責任，但這些責任加重之原因均依循著一定理性。上開依最高法院與通說所形成之加重責任，其加重之理由究竟何在？本文以下研究的對象，即民法第231條第2項規定使遲延債務人之責任加重之原因。

## 貳、遲延損害之特徵

相較於其他債務不履行類型而言，文獻上關於遲延損害賠償之說明（包括外國法之介紹），不僅大抵侷限在教科書文獻，而且數量上亦顯得少了許多。以下分析內容主要針對遲延損害賠償的兩項特徵，即給付遲延與遲延損害。

### 一、給付不能之因果性格——給付遲延純粹作為原因

在給付不能之損害賠償裡，債權人蒙受之損害往往只是給付利益之市場價格平均值，亦即無法取得給付利益本身而已，例如甲出賣A花瓶於乙，交付前一日，A古董花瓶全毀，乙因此蒙受之財產上損害，僅為A花瓶的市價平均值。但債權人於個案裡仍可能受到其他所受損害或所失利益。例如承上例，乙自甲承買A古董花瓶，乃為於某展覽會上將之展出，但A花瓶既已全毀，乙遂向他人承租同種類與同年代之古董花瓶出展，支付租金若干元，這筆租金支出即給付不能本身以外之所受損害；乙隨即以高於市價之價金，出賣於A花瓶於他人，這筆轉售利益，即具有所失利益這類財損之性格。

在損害賠償因果關係之結構裡，給付不能本身通常既是損害發生原因，也是作為結果的損害之一。給付不能之損害賠償乃替補賠償，以金錢賠償代替給付。給付不能損害賠償這項結構恰好能說明，給付不能在損害賠償因果關係之結構中同時扮演著因（損害發生原因）果（損害）之角色<sup>2</sup>。瑕疵補正不能亦有給付不能性質。依民法第227條第1項規定準用第226條第1項規定，債務人給付患有瑕疵，且不能補正瑕疵者，債權人得請求金錢賠償代替無瑕疵給付（小損害賠償），或請求金錢賠償代替全部（無瑕疵給付與給付）給付（大損害賠償）。這兩項損害賠償基本上乃替補賠償之結構，是以首先也以無法取得給付利益（無法取得無瑕疵給付利益與無法取得給付利益）本身作為損害。換句話說，在損害賠償因果關係結構裡，無瑕疵給付與補正不能本身不僅意味著因（損害發生原因），同時也意味著果（損害）。

<sup>2</sup> 游進發，替補賠償請求權之結構，臺北大學法學論叢，104期，2017年12月，10-14頁。

最高法院105年度台上字第974號民事判決：「按民法第226條第1項規定之給付不能，係以損害賠償請求權代替債務人原應給付之標的，其賠償額得依原應給付標的之價值計算。是當事人間就標的之價值似已有約定，則損害賠償請求權人主張債務人應以該約定之價值進行賠償，法院自應對此進行審究，倘未予以詳加探討，遽為不利請求權人之判決，判決即有可議。」依最高法院這則判決，債務人就給付不能應負損害賠償責任時，應以原給付標的之價值計算賠償金額，若當事人約定價值者，則應以該約定作為賠償額，最高法院這則判決可以證明，給付不能本身即是財產上損害。

最高法院102年度台上字第195號判決：「民法第226條第1項規定債務人因嗣後不能所負之損害賠償責任，係採取完全賠償之原則，且屬『履行利益』之損害賠償責任，該損害賠償之目的在於填補債權人因而所生之損害，其應回復者並非『原有狀態』，而係『應有狀態』，應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。從而給付標的物之價格當以債務人應為給付之時為準，債權人請求賠償時，債務人即有給付之義務，算定標的物價格時，應以起訴時之市價為準；債權人於起訴前已曾為請求者，則以請求時之市價為準。」依最高法院這則判決，債務人就其給付不能應負損害賠償責任時，其賠償額為起訴時標的物之市價，起訴前已請求者，其賠償額為標的物之市價（具體計算方法）。最高法院這則判決可以證明，本文所指給付不能本身即是財產上損害之觀察結果。

最高法院95年度台上字第653號判決：「按損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，民法第二百十六條第一項定有明文。而損害賠償之目的在於填補所生之損害，其應回復者，並非原來狀態，

而係應有狀態，應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。故其價格應以加害人應為給付之時為準，被害人請求賠償時，加害人即有給付之義務；算定被害物價格時，應以起訴時之市價為準。故上訴人賠償之金額，應以高○平請求時或起訴時之市價為準。」依最高法院這則判決，債務人就其給付不能應負損害賠償責任者，亦應以債務人請求賠償時給付之市價計算賠償額。

但在給付遲延之情形，債權人所受之損害（遲延損害）與給付遲延，則是兩則不同現象。給付遲延只是因（損害發生原因），並非如給付不能般亦是果（損害）。儘管給付遲延本身只具有遲延損害賠償之原因功能，但在遲延損害賠償裡這項原因限制卻扮演尤其關鍵之角色（如此說明並不意味著，在其他債務不履行損害賠償裡，各項債務不履行作為各項債務不履行損害賠償之原因，並不重要）。民法第231條第2項本文規定明白指出，遲延損害以給付遲延作為原因，而且一切因遲延所生之損害均在賠償之列。從該條規定如此明確之原因文義即彰顯出，這項原因限制之重要性。相較於民法第231條規定透過文義（因遲延所生之損害）明確強調出給付遲延作為原因，民法第226條第1項、第227條第1項準用民法第226條第1項規定，則並未透過類似文義（例如因給付不能所生之損害、因瑕疵補正不能所生之損害）特別強調出，給付不能與瑕疵補正不能作為原因。將兩種規範模式相對照可知，給付遲延作為遲延損害原因之關鍵性地位。

依民法第231條第2項本文規定，只要債務人陷於給付遲延，縱使損害是不可抗力之因素所致，甚至亦是應予以賠償之遲延損害。依該條項但書規定，債務人若能證明，縱使自己給付遲延，債權人仍不免受到損害，亦即當給付遲延並非該損害

之原因時，該損害便不在賠償之列。從這條項本文與但書所規定之因果關係推定亦可得知，給付遲延作為遲延損害原因之關鍵地位：一切因給付遲延所生之財產上不利益，甚至其後因不可抗力所生損害，均是遲延損害。民法第226條第1項、第227條第1項準用第226條第1項規定，則並無強調債務不履行作為損害原因之文義。兩者相較之下更可見，給付遲延作為遲延損害原因之關鍵性地位。

民法第231條規定之立法理由亦指出，在遲延損害賠償裡，給付遲延扮演著遲延損害原因之關鍵角色：「又同律第三百七十條理由謂債務人既有遲延，則雖因不可抗力而滅失其給付之標的物，致不能給付，其原因究係本於債務人遲延之故，仍使債權人得請求其不履行之損害賠償，此為對於第二二五條第一項及第二三〇條之例外規定。然若債務人能證明即使不遲延給付，而標的物仍不免因不可抗力而滅失者，則其損害不得謂為本於債務人遲延，自不應使任損害賠償之責。此第二項所由設也。」

## 二、遲延損害之累積發生可能性

依民法第231條第1項規定，遲延損害乃因給付遲延所生之損害。可見任何因給付遲延所生之財產上不利益，均是遲延損害。給付遲延這項原因決定哪些損害乃遲延損害。遲延損害基本上也只有這項原因限制。給付遲延本質上乃遲誤時間，而時間是與過去連結，往未來發展，亦即具有延續性。因果鏈本身也具有延伸可能性。基於以上各項觀察結果可以得知，在以給付遲延作為開端的因果鏈上，隨著時間的經過，可能不斷發生遲延損害，這項因果關係鏈因此可能不斷延伸。給付遲延損害具有累積可能性之本質。

從民法第233條第1項規定之「遲延利息」文義，以及同條第3項規定之「有其他損害者，並得請求賠償」之文義亦可得知，遲延損害這項累積發生可能性之特徵：在金錢債務裡，除必定發生遲延利息這類損害外，尚可能發生其他遲延損害，而且只要一直處在支付遲延之中，即不斷發生遲延利息這類損害，即可能不斷發生其他遲延損害。從民法第231條第2項本文規定「在遲延中，對於因不可抗力而生之損害」之文義可以發現，遲延損害這項累積發生可能性之特徵：一旦債務人陷於給付遲延，則債權人除可能已受到若干遲延損害外，在遲延繼續狀態之中尚可能再受到其他遲延損害，甚至包括已不能取得給付利益之這類損害。

基於這項累積發生可能性，對債務人而言在個案中的遲延損害賠償，可能是難以承受的嚴重。對債權人而言，其所蒙受的財產上不利益，亦可能是難以接受的嚴重後果。尤其當債權人就給付利益，對未來法律生活或營業發展有著可得確定之規劃與執行時，一旦債務人履行債務遲誤時間，債權人所蒙受所失利益之財產上損害可能並非小額。倘債務人此時繼續處在遲延之中，債權人的法律生活甚至營業活動，輕則因此擱淺，進退不得，重則招惹更多原本確定可得預期利益之落空。任何人包括債權人理應且得對自己未來有所規劃與落實執行。為避免債權人對給付利益進行更多往著未來法律生活裡帶來財產上利益之規劃與執行，卻因債務人自己之給付遲延而使得債權人這些規劃或執行落空，而應賠償更多遲延損害，理性的債務人不應將債權人置於自己之給付遲延之中而不加理會，亦即應及時通知債權人自己遲誤之狀態與原因。當債務人已通知債權人遲誤狀態與原因，債權人反而對給付利益展開更多這類規畫或落實執行時，債權人此後所蒙受之財產上不利益便是其自己過失

所致，債務人應得以債權人與有過失為由，而免除或減輕這部分之損害賠償。以下以幾則最高法院裁判，證明遲延損害有著累積發生可能性這項特徵。

最高法院103年度台上字第2062號判決：「買受人於遲延中，在出賣人解除契約以前，其雙方原有之買賣關係仍繼續存在，出賣人所負交付標之物之義務並非當然消滅；倘買受人於遲延中復向出賣人表示受領之意思，且客觀上具有可隨時受領之情形，除出賣人能證明買受人並無受領之真意或其客觀上已不能受領外，買受人遲延之狀態即因滌除而終了，出賣人僅得向買受人請求賠償其遲延狀態終了以前所生之損害，而不能再請求遲延狀態終了後發生之損害。」從最高法院這則判決可知，在給付遲延狀態因給付而終了前，遲延損害可能持續發生。

最高法院105年度台上字第463號判決：「損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者間有相當因果關係為其成立要件。因此，出租人同意展延返還房屋期限，承租人既得使用收益該房屋，出租人主張展延返還房屋期限前未能將房屋出租受有之租金損失，與承租人無涉。」依最高法院這則判決，若出租人未展延返還房屋期限，則出租人於承租人返還房屋之前，即受有未能將房屋出租以收取租金之損害。從這項法律解釋結果更可得知，隨著未返還房屋時間之經過，亦即於承租人返還房屋於出租人之前，這類損害將繼續發生。

最高法院93年度台上字第46號判決：「按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任，其經債權人起訴，或依督促程序送達支付命令者，與催告有同一之效力，修正前民法第二百二十九條第二項定有明文。關於六二號等十三筆土地部分，既經上訴人起訴請求移轉登記並獲勝訴判決確定，姑不論上訴人於起

訴前是否曾經催告被上訴人給付，依上說明，上訴人之起訴即與催告有同一之效力。被上訴人應為之六二號等十三筆土地移轉登記義務，自上訴人於八十年間起訴時起負遲延責任，則上訴人依民法第二百三十一條第一項請求被上訴人賠償其因遲延而生之損害，似非無據。」依最高法院這則判決，既然起訴與催告有同一效力，則債務人所負土地所有權移轉義務，自債權人起訴時起陷於給付遲延，且將可能持續不斷發生遲延損害，直至債務人完全履行土地所有權移轉義務為止。

最高法院91年度台上字第1179號判決：「復按債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害，民法第二百三十一條第一項定有明文。又民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。被上訴人既已解除兩造合約，自得向上訴人請求解除合約前已經發生之損害賠償。」依最高法院這則判決，自債務人陷於給付遲延時起，負有遲延損害賠償責任，而遲延損害將可能持續不斷發生，直至債權人有效解除契約為止。

債務人陷於給付遲延，且於遲延中發生給付不能者，這項給付不能（例如作為買賣標之物之花瓶全毀）基本乃遲延損害，良以如前所述，遲延損害乃財產上不利益，而如前所述這項給付不能本身亦是財產上損害；遲延損害以給付遲延作為原因，這項給付不能亦以給付遲延作為原因（因遲延所生之損害）；自債務人陷於遲延時起，遲延損害可能持續不斷發生，直至遲延狀態終了為止，這項給付不能乃自遲延時起，接續於其他已發生遲延損害後所發生之遲延損害。

## 參、過失責任

民法第230條規定：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」這條規定乃民法第231條第1項所規定遲延損害賠償請求權之障礙要件規定，亦即不可歸責這項要件事實，由債務人負舉證責任（障礙意義之所在），可歸責仍是遲延損害賠償請求權之要件（要件意義之所在）。依民法第220條第1項規定，可歸責原則上指過失歸責<sup>3</sup>。不僅當事人得約定減輕或加重遲延賠償責任，亦有法定之加重責任或減輕責任，例如金錢債務人之支付遲延責任，種類債務人之給付遲延責任，均是法定加重責任<sup>4</sup>。

依民法第230條規定，可歸責於債務人之對象，亦即債務人過失之客體，乃債務人之給付遲延，而不及於損害與損害範圍。依民法第226條第1項規定「可歸責於債務人之事由，致給付不能」之文義，可歸責於債務人之對象，亦即債務人過失之客體乃債務人之致給付不能之事由（包括給付不能本身）。依民法第184條第1項前半段規定「過失……侵害他人權利」之文義，債務人即加害人過失之對象亦是針對侵害權利，而不及於損害。無論依德國法<sup>5</sup>或依我國民法<sup>6</sup>，原則上過失對象均僅限於義務違反或侵害權利或利益，而不及於損害；均是以責任範圍之相當因果關係控制損害賠償範圍，而非以過失原則（預見可

能性）控制損害賠償範圍。相當因果關係以條件律為必要內涵，要求上並不見得較過失為寬鬆。倘若以過失控制損害賠償之範圍，則原即處在條件律且具有相當性之損害，可能並非善良管理人所應注意與所能預見之對象，該損害因此不在賠償之列，在解決損害應由誰來承擔這件事上，往往造成不合理之結果。例如受害人患有糖尿病，為加害人駕車撞傷，其受傷之處不易癒合。在治療這項損害所生醫療費用一事上，成立責任範圍之相當因果關係，但因受害人乃糖尿病患這事，並非善良管理人於交通上所應注意及所能預見者，加害人因此就這項損害不負賠償之責。

另外，應附加說明者，乃儘管在現行民法秩序裡過失對象原則上不包括損害，但亦有法律規定須及於損害者，例如民法第184條第1項後半段規定「故意……加損害於他人」之文義即清楚傳遞出一則訊息，即故意對象不僅須即於受侵害之權利或利益，亦須及於損害<sup>7</sup>。

既然過失對象乃債務人之債務不履行，而並不及於損害，過失對象僅針對給付遲延本身，並不及於遲延損害，而且如前所述，既然遲延損害有著累積發生可能性，在給付遲延中發生之給付不能乃遲延損害，則給付遲延中發生給付不能，縱使該遲延損害（給付不能）乃因不可抗力所致，債務人就此所負之遲延損害賠償責任，仍非不可抗力責任，而是過失責任。換句話說，依民法第230條規定，民法第231條第2項所規定之損害賠償責任，仍屬過失責任性質，並非不可抗力之加重責任。但我國通說則以這項責任乃不可抗力責任<sup>8</sup>。

<sup>3</sup> 關於應負責任概念與可歸責概念，游進發，德國民法上之應負責概念，月旦法學教室，176期，2017年6月，47頁。

<sup>4</sup> 游進發，同前註，50頁；游進發，德國民法上承攬人之瑕疵責任，月旦法學雜誌，141期，2007年2月，98頁。

<sup>5</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 136; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 21. Aufl., Rn. 366.

<sup>6</sup> 史尚寬，債法總論，1980年，114、113頁；鄭玉波、陳榮隆，民法債編總論，修訂二版，2002年6月，292頁；陳自強，同註1，34頁。

<sup>7</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 21. Aufl., Rn. 366.

<sup>8</sup> 通說以遲延損害賠償責任為不可抗力責任，鄭玉波、陳榮隆，同註6，362-363頁；鄭冠宇，同註1，187-188頁；林誠二，同註1，152頁。

民法第231條第2項規定「在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責」之文義，其實並未限制在給付不能本身這項損害，而是尚包括其他損害。這些損害乃因給付遲延而生（民法第231條第1項），因此原即且仍然是遲延損害。依民法第230條規定，債務人可歸責客體、過失客體，乃給付遲延。如前所述，債務人縱使就遲延損害並無過失，一旦就陷於給付遲延有過失，即仍應賠償該遲延損害。在如此的文義與關聯文義（體系）理解底下，倘若以債務人遲延中發生給付不能，債權人請求損害賠償之依據為民法第226條第1項規定，同法第231條第1項為加重責任構成要件，則這項法律解釋適用並無法說明，何以在遲延中所發生給付不能以外之（遲延）損害之情形，債權人請求賠償之依據是民法第231條第1項規定，而非民法第226條第1項規定。既然無論給付不能與給付不能以外之遲延損害均是因遲延所生之損害，既然兩者均是遲延中因不可抗力所生之損害，則何以區別損害類型（給付不能與給付不能以外之遲延損害），而異其賠償依據！

綜合而論，依民法第230條規定，可歸責，包括過失的對象僅限於給付遲延，依民法第231條第1項規定，債務人應賠償因遲延所生之損害。給付不能本身具有損害意義。是以只要債務人就自己陷於給付遲延有過失，即便就遲延損害之發生並無過失（包括不可抗力），因遲延而生損害（包括給付不能本身）之賠償責任仍然是過失責任。民法第231條第2項之規範內容，因此只是重複這項上開法條之體系觀而已。

#### 肆、請求權案例解說

甲將其所有之A車（市價100萬元）出賣於乙，約定價金70萬元，約定某日交付。甲屆期遲未交付A車已達1個月。乙

原本開車通勤，但因購置A車，便於約定交付A車之前1日，將其車出賣並交付他人。遲未交付之1個月期間，乙因此多花費通勤費用1萬元。A車於遲交滿1個月當日因甲住所地地震來襲而全毀。該地震完全未波及乙住所地。試問，乙就A車全毀一事，對甲有何權利可資主張？

#### 一、以民法第231條第1項為請求權基礎

若認為，給付遲延中發生給付不能時，這項給付不能仍然是遲延損害這項遲延損害賠償責任，是過失責任，則請求賠償這項損害與其他遲延損害之依據，均是民法第231條第1項規定。乙依民法第231條第1項規定，得請求甲賠償1萬元通勤費用及A車之市價，端視：

##### (一)陷於遲延

民法第231條第1項規定，以債務人陷於給付遲延為要件。依民法第229條第1項規定，債務人於履行期屆滿時仍未給付者，無須經債權人催告，即陷於給付遲延。依題目所示，甲與乙兩人確實有約定交付A車日期，且遲未交付A車已達1個月。是以依上開規定，甲已陷於給付遲延。

##### (二)遲延損害

依民法第231條第1項規定，債務人應賠償因遲延所生之損害，亦即債權人凡因給付遲延所受之財產上不利益，均在得請求賠償之列。

A車於交付遲延中因地震全毀，A車既已全毀，則甲移轉A車所有權與交付A車義務之履行均為不能，即（嗣後客觀）給付不能，給付不能本身乃財產上損害，而這項財產上損害之發生原因乃A車交付遲延，因此是遲延損害。依具體計算方法，這項財產上損害為A車市價（平均值）。

乙於約定交付A車日之前一日，即將其所有之B車出賣並移轉其所有權於他人。但甲遲未交付A車達1個月之久，致乙共多支出1萬元通勤費用。這項1萬元通勤費用之額外支出乃財產上不利益，亦即財產上損害，其發生原因為甲交付A車遲延，因此亦是遲延損害。

### (三)過失

依民法第230條規定，可歸責之對象，包括過失之對象，乃債務人之給付遲延。甲與乙兩人確實有約定買賣之A車之交付日。善良管理人應注意遵守約定期日，亦即應注意不發生給付遲延。而且履行期日既經約定，則必有預見該期日之可能，亦即能預見倘未遵守期日約定，則將陷於給付遲延。甲未遵守這項期日約定，因此成立抽象輕過失。

結論：乙依民法第231條第1項規定，請求甲賠償1萬元通勤費用及A車之市價，有理由。

## 二、以民法第226條第1項為請求權基礎

若認為，給付遲延中發生給付不能，而這項給付不能乃給付不能之損害，這項給付不能損害賠償責任，乃不可抗力責任，則這項給付不能損害賠償之依據，乃民法第226條第1項規定。乙依民法第226條第1項規定，得請求甲賠償A車之市價，端視：

### (一)給付不能

依題旨所示，A車於約定交付日之前一日全毀，亦即於甲與乙所訂定之A車買賣契約成立後始全毀，任何人因此皆嗣後不能移轉A車所有權於乙，成立嗣後客觀給付不能。

### (二)損害

給付不能損害賠償之對象，乃因給付不能所生之損害，包括給付不能本身。依題旨所示，A車於約定交付日之前一日因地震全毀，甲因此免A車所有權移轉義務與交付義務，乙因此（給付不能）無法取得A車所有權與占有。依具體計算方法，無法取得A車所有權與占有即財產上損害，這項財產上損害額即A車市價（平均值）。

給付遲延中發生給付不能者，發生給付不能之前所生之損害，乃遲延損害，請求賠償這類遲延損害之依據，並非民法第226條第1項規定，而是民法第231條第1項規定。如前所述，乙多支出之1萬元通勤費用乃遲延損害，請求賠償這項損害之依據因此是民法第231條第1項規定，而非民法第226條第1項規定<sup>9</sup>。

### (三)加重責任

依民法第226條第1項與第220條第1項規定，債務人就給付不能所負之損害賠償責任是過失責任，而且這項過失對象乃針對給付不能。依題旨所示，A車於約定交付日之前一日因地震全毀，即甲就其不能移轉A車所有權於乙一事（嗣後客觀給付不能）並無過失。但民法第231條第2項所規定之損害賠償責任，乃不可抗力責任，這條項規定因此是民法第226條第1項所規定損害賠償請求權之加重責任構成要件。既然甲這項給付不能是發生於其給付遲延中，則其所負之給付不能損害賠償責任，即不可抗力責任，換句話說，甲就其給付不能縱無過失，亦應負損害賠償責任。

<sup>9</sup> 考試時必須另起一項遲延損害賠償請求權之架構，在其中檢驗這項遲延損害賠償之請求是否有理由，於此不另贅述。

結論：乙依民法第226條第1項規定，請求甲賠償A車之市價，有理由。

## 伍、結 論

法官依法裁判。法官應於法條<sup>10</sup>文義範圍內裁判。法條彼此間可能有著關聯文義（法條之體系觀）。法官依法裁判的內涵因此包括法條之關聯文義。但法條彼此間之關聯文義往往並不容易被發現，從而可能導致法律適用錯誤或立法或修法錯誤（違反法官依法裁判原則）。法條之體系觀因此不僅於法學研究範疇裡可能帶來法學上發現，在法學教育裡亦應該是講授重點之一。

本文雖以給付遲延中發生給付不能者，該給付不能本身是遲延損害，但如同前揭請求權案例說明所示，無論以該給付不能本身是遲延損害，抑或以該給付不能為給付不能之損害，兩者在結論上並無不同，即均應負損害賠償責任（以給付不能本身是遲延損害者，債務人過失對象原即僅及於給付遲延，而無須及於給付不能，亦即倘若債務人針對給付遲延有過失，原即無論針對作為遲延損害之給付不能有無過失，均應就該給付不能負其責任；以給付不能本身是給付不能之損害者，債務人原即就不可抗力之給付不能，仍應負責）。

但忽略法條體系觀的結果，並不總是如此幸運地不致影響到法官依法裁判，而是可能帶來法律適用錯誤或不妥當的法律適用，例如最高法院104年度第3次民事庭會議(一)關於準共同共有債權行使之決議<sup>11</sup>，或可能帶來立法或修法錯誤，例如民法

第113條<sup>12</sup>與第245條之1<sup>13</sup>規定。本文目的只在於，透過指出上開具體法條體系觀強調法條體系觀之重要性。

---

報，45期，2016年3月，9-16頁；游進發，再論準共同共有債權之行使——以最高法院一〇四年度第三次民事庭會議(一)為反思對象；關於準分別共有與準共同共有債權之行使，游進發，準分別共有與共同共有債權之行使——以最高法院102年度台上字第1307號裁定為出發點，裁判時報，34期，2015年4月，15-23頁。

<sup>12</sup> 王澤鑑，民法第一一三條規範功能之再檢討，收錄於：民法學說與判例研究(四)，1994年，55頁；詹森林，再論「民法第一一三條與其他規定之競合關係」——最高法院八十九年度台上字第二一〇二號判決評釋，台灣本土法學雜誌，29期，2001年，21頁；詹森林，民法第一一三條與其他規定之競合關係，台灣本土法學雜誌，1期，1999年，37頁；游進發，法條之邏輯結構——以民法法為例，收錄於：民法之釋義與編纂，2018年4月，145頁以下；游進發，信賴損害賠償請求權理論的建構，收錄於：民法之釋義與編纂，2018年4月，200頁以下。

<sup>13</sup> 游進發，法條之邏輯結構——以民法法為例，收錄於：民法之釋義與編纂，2018年4月，148頁以下。

<sup>10</sup> 此間所指之法條（Rechtssatz），包括制定法、習慣法與法理。

<sup>11</sup> 以這則決議不符合債權行使之體系觀者，林誠二，準共同共有債權之行使——最高法院104年度台上字第2184號民事判決評釋，裁判時

# 債務不履行法中以給付瑕疵 爲要件的請求權

## 壹、判決摘要

最高法院99年台上字第2033號判決：「債務不履行，除消極不給付的債權侵害之『給付遲延』及『給付不能』外，尚包括積極的債權侵害之『不完全給付』，是項債務不履行，因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人固得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利，此可參酌民法第227條第1項規定。惟該條所稱之不完全給付，係專就『瑕疵給付及加害給付』而為規範，必以契約成立前給付可能，嗣後給付內容不符合債務本旨，違反信義與衡平原則，而積極的債權侵害，始足稱之；若於契約成立前即自始存在以不能之給付為標的者，即屬民法第246條第1項或第247條第1項、第2項所定『契約因以不能之給付為標的而全部或一部無效』之範疇，初不生不完全給付之問題，亦無適用同法第二百二十七條規定之餘地。」

## 貳、裁判簡評

首先要說明的是，在德國債務法現代化法生效施行前，瑕疵損害賠償請求權基礎，是給付不能或給付遲延損害賠償請求權規範的類推適用，只不過在出賣人負有物的瑕疵擔保責任時，買受人是否還得請求賠償瑕疵損害，則有履行理論與擔保

理論的爭論，德國債務法現代化法已明確採履行理論<sup>1</sup>；因瑕疵給付所造成的瑕疵本身以外的損害，是瑕疵結果損害，其賠償的請求權基礎才是具有習慣法性質的積極侵害債權<sup>2</sup>；因違反附隨義務（或稱保護義務）所造成的損害，其賠償請求權基礎，才是具有習慣法性質的積極侵害債權<sup>3</sup>。最高法院以積極侵害債權包括瑕疵給付及加害給付損害賠償請求權，這點當然沒有疑問，因為德國民法舊法確實並沒有規範瑕疵損害、瑕疵結果損害及違反附隨義務等情形，而這三種情形的共同特徵都在債務人並非沒有給付，只是請求賠償損害的依據，如前面的說明，並不全然相同，而以是否有法律規定可以被類推適用為斷。

民法第227條第1項與同條第2項，兩者是不同的請求權基礎。若以債務人負有無瑕疵的給付義務，而債務人給付有瑕疵時，首先應該形成的是補正請求權規範，而不是損害賠償請求權規範。民法第227條第1項的準用文義，只表明了幾種可能的損害賠償（與解除契約）：其一，民法第225條第1項表明了，債權人只得就瑕疵補正不能（包括一部與全部不能）的部分，請求不履行的損害賠償；其二，同條第2項表明了，債權人只有在一定的條件下，才得就瑕疵補正一部不能請求全部不履行

的損害賠償；其三，民法第231條第1項指出，債權人得請求因瑕疵補正遲延所生損害的賠償；其四，同條第2項指出，債權人只有在一定條件下，才得拒絕瑕疵的補正，而請求不履行的損害賠償。在如此的文義表達中，並沒有發現到補正請求權基礎的隻字片語，而且為了避免產生債權人不能請求補正的結論，並無法以民法第227條第1項所準用的規定作為補正請求權基礎，而只能以其本身。應依給付是種類或非種類性質，來決定補正請求權的內容：給付義務是種類債務性質時，補正請求權的內容，首先是另為無瑕疵的給付，否則種類債務人將透過瑕疵給付，而免除了自己在市場獲取無瑕疵給付的義務，只有在種類債務的履行嗣後客觀不能時，才轉換成為瑕疵的排除；給付義務並非種類債務性質時，規範設計上似無法且不應該要求債務人另為無瑕疵的給付，因為這項作法無異是強人所難，況且債務人原本就只負有該給付義務，而不是另外的給付。

但這樣的釋義結構似乎不是顛撲不破的。在德國債務法現代化法生效施行後，若出賣人交付有瑕疵的物時，便違反了德國民法第433條第1項第2句的交付無瑕疵的買賣標的物義務。買受人依同法第437條第1款的規定，首先享有補正請求權。依同法第439條第1項規定，買受人得依其選擇，請求排除瑕疵或交付另一無瑕疵的物，作為補正。在這樣的法律狀態下，就產生了一項爭論：在特定物買賣，補正請求權的內容是否也可以是另交付無瑕疵的物？文獻上存在著肯定說與否定說：肯定說認為<sup>4</sup>，若買賣標的物能被替換時，補正請求權的內容也可以是另交付無瑕疵的買賣標的物；否定說認為<sup>5</sup>，出賣人只負有

<sup>1</sup> 詹森林，不完全給付，最高法院決議與判決之發展，民事法理與判決研究(二)，元照，2003年4月初版第1刷，頁173以下；詹森林，物之瑕疵擔保、不完全給付與買賣價金之同時履行抗辯，前揭書，頁105。

<sup>2</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 85, 87, 224, 226。筆者的博士論文第二指導教授Detlef Leenen上課時說道：「想要瞭解德國債務法現代化法者，這份篇幅總計288頁的立法理由說明（BT-Drucks. 14/6040）是不可或缺的文本，相關文獻大抵不會超出其內容，除非是新法施行後產生的特殊問題。」

<sup>3</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 125, 133, 135, 136.

<sup>4</sup> Canaris, JZ 2003, 831; Ball, NZV 2004, 217, 220; Jauernig/Berger, § 439 BGB Rn. 13; Palandt/Putzo, § 439 BGB Rn. 15; Spickhoff, BB 2003, 589, 590.

<sup>5</sup> Ackermann, JZ 2002, 378, 378; Bamberger/Roth/Faust, § 439 BGB, Rn.

交付特定物的義務，是以並不應該使其負有另交付無瑕疵買賣標的物的義務。德國新債法的這項爭論，或許能讓我國往後在進行債務法的現代化時，加以考慮是否使特定物的出賣人負有以另交付無瑕疵買賣標的物為內容的補正義務。

依民法第227條第1項準用第226條第1項，債權人只能就瑕疵補正不能的部分，請求替補賠償：一部不能時，請求該部的替補賠償；全部不能時，請求全部的替補賠償。對給付不能來說，替補賠償請求權的法律效果是最適合的，因為給付不能本身對債權人來說就是損害；給付既然已經不能，就只能以損害賠償來替代給付。依民法第227條第1項準用第226條第2項，瑕疵補正一部不能時，若其他部分的補正，對債權人來說無利益時，債權人得請求全部不履行的損害賠償。因瑕疵補正一部不能，而請求全部不履行的損害賠償的情形，應該並不少見，因為對債權人來說，保留著罹患瑕疵的給付其實存在著很多風險。

依民法第227條第1項準用第231條第1項，債權人享有補正遲延賠償請求權。債務人負有無瑕疵的給付義務。若其提出瑕疵的給付，且這瑕疵是能被補正時起，就負有補正義務。意定之債的當事人在事前有機會去約定履行期，而法定之債的當事人在事前原則上並沒有這項機會。在這種情況下，法定之債的債務人原則上只能且應該從這項時點起，就負有遲延責任<sup>6</sup>。補正義務既然也是法定義務，則並沒有受到不同處置的理由。

28; Huber, NJW 2002, 1004, 1006; Ulrich Huber, Festschrift für Schlechtriem, S. 521, 523; Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 505; Lorenz, JZ 2001, 742, 744; Petersen, JURA 2002, 461, 462; Schwab, JuS 2002, 01, 06; Reinking, ZfS 2003, 57, 58.

<sup>6</sup> 林誠二，債法總論新解，體系化解說（下），瑞興，2010年3月初版，頁109。

準此而論，債務人原則上也是從補正義務發生時起，就負有遲延責任。依民法第227條第1項準用第232條規定，若瑕疵補正對於債權人無利益時，債權人得請求替補賠償（損害賠償替代補正）。相對於同法第231條第1項關於遲延賠償責任的一般規定來說，這條規定以就是條例外規定：這項替補賠償責任的發生，並不只以遲延賠償責任的成立為發生要件，而是它還有自己獨特的要件。

依德國民法第281條第1項（給付遲延與瑕疵給付）<sup>7</sup>，第282條（違反保護義務）<sup>8</sup>第283條（給付不能）<sup>9</sup>、第311a條第2項（自始客觀不能）<sup>10</sup>等規定，損害賠償替代給付請求權已經是債務不履行法、締約上過失責任法與保護義務法的一般且原則的法律效果。德國債務法現代化法已經廢除了類似我國民法第246條及第247條的規定。依德國民法第311a條第1項規定，以自始客觀不能的給付為內容的契約，仍然有效。而且在這類契約發生債務不履行時，同條第2項規定亦規定了一般的損害賠償替代給付請求權。反觀我國民法：仍然只以替補賠償請求權作為例外的法律效果，亦即並非只要有給付遲延或瑕疵給付，就發生這項請求權，而是還須其它只屬於自己的獨特的要件；在保護義務違反與締約上過失等方面，都不承認有這類請求權存在的必要；以自始客觀不能的給付為內容的契約，無效，並不發生債務不履行損害賠償請求權<sup>11</sup>，而是發生信賴利益損害賠償請求權。其實只要在債之關係中發生了損害，原則上是必要使當事人在一定條件下得請求替補賠償，否則無益使

<sup>7</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 141.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 142.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

<sup>11</sup> 最高法院96年度台上字第2084號判決。

債權人受困在已經沒有特殊信賴的相對關係中，承受著財產上的不利益；民法第246條以給付不能發生的時點，來決定契約是否有效其實造成評價矛盾，因為只要是給付不能都應該受到相同的對待；若還進一步以這項標準來決定債權人是享有債務不履行或信賴利益損害賠償請求權，那麼這項評價矛盾還將更加劇；解除契約並不能取代替補賠償的認知，現今已經受到廣大的承認<sup>12</sup>，若替補賠償的規定仍然只是例外，那債務不履行法填補財產上損害的功能顯然是很有限。

依民法第227條第2項規定，債權人得請求瑕疵結果損害賠償。這條項規定的文義「因不完全給付而生前項以外之損害」，非常明確地將損害限制在因不完全給付所造成的損害。違反附隨（保護）義務所造成的損害，因此就不在其計劃填補的損害的範圍內。但民法第227條的修正理由：「不完全給付，如為加害給付，除發生原來債務不履行之損害外，更發生超過履行利益之損害，例如出賣人交付病雞致買受人之雞群亦感染而死亡，或出賣人未告知機器之特殊使用方法，致買受人因使用方法不當引起機器爆破，傷害買受人之人身或其他財產等是」很明顯就不這麼認為。最高法院在若干判決中也表明過，民法第227條第2項是保護義務違反的損害賠償請求權基礎。最高法院100年度台上字第2號判決就說道<sup>13</sup>：「民法第227條第1項規定，因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付

者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。又契約成立生效後，債務人除負有給付義務外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，應負前揭規定不完全給付債務不履行責任。」

應該填補違反附隨義務所造成的損害，這項結論至少在修正理由與最高法院前揭判決中看來，已經是共識。但很顯然地文義並不能顯示出這項結論。其實最好是另外明文規定，當事人互負有保護義務，而違反這項義務造成損害者，負有損害賠償義務，因為至少文義將很明確，不會產生是否承認保護義務的爭論，而且也不應該混淆保護義務的違反與加害給付。

瑕疵給付不僅可能造成給付利益以外的財產上的損害，還可能造成非財產上的損害。民法第18條第2項就明白要求，必須是人格權受到侵害，且法律有特別規定時，才能就非財產上的損害請求賠償相當金額（慰撫金）。立法者在民法總則中作出了這項價值判斷，是為了使各編的制定及往後各編的增修，都符合這項價值判斷。債編修正的立法者承認這項價值判斷，制定了民法第227條之1，慰撫金請求權的發生原因，從此不再在僅限於侵權行為，還包括債務不履行。儘管給付不能與給付遲延造成非財產上損害，比較難以想像，但民法第227條之1並沒有限定債務不履行的類型，其目的在於傳達一項價值觀：人格權的不容侵害，不會因侵害原因是債務不履行或侵權行為，而有不同，更不會因為債務不履行的類型而有不同。

以上的說明的主要目的在於，透過以瑕疵給付為要件的請求權的分析指出，債務不履行法其實在很多地方或許有待現代化。規範設計上或許可行的基本模式是：債務不履行法應該一般的法律效果，換句話說，不論哪種債務不履行的類型，都會

<sup>12</sup> 關於解除契約與債務不履行損害賠償的關係，德國債務法現代化法因此就揚棄了選擇主義的立法例，而改採兩者併存的立法例。BT-Drucks. 14/6040, S. 187-188。

<sup>13</sup> 最高法院的相同見解，最高法院98年度台上字第78號判決。最高法院100年度台上字第2號判決其實還表明了，違反附隨義務時，在一定條件下，還發生解除權。光從這則判決來看，我國債務法很明顯有待現代化了。

有的法律效果，例如替補賠償與解除權，因為不論是哪種類型，它們都是債務不履行。頂多在一定得顧及到類型的特殊性時，這項一般的法律效果發生與否，還取決個別類型自己才有的額外要件。當然這樣的結構並不排除，每種類型自己才有的法律效果，例如遲延損害賠償與瑕疵給付的小損害賠償（因瑕疵所減損的價額）。

## 契約解除、回復原狀 與損害賠償義務\*

### 壹、問題提出與背景

民法第254條至第256條是解除權規範，以債務不履行為解除權的成立要件。同法第353條、第359條、第398條及第484條等規定也是解除權規範。關於解除契約（解除權行使）的效果如何？文獻上合計有三說：直接效果理論、間接效果理論及折衷理論。依直接效果理論，經有效解除的契約，其效力溯及消滅（自始無效），解除當事人給付義務尚未履行的部分溯及免除、消滅，自始不負該給付義務，至於解除債務人就已受領給付的部分，則自始欠缺保有所受領給付的法律上原因，而負民法第259條所定的回復原狀義務，屬於不當得利返還義務的性質。依間接效果理論，經有效解除契約仍然有效，解除只發生阻止契約效力的作用，解除當事人因此得拒絕履行尚未履行的給付義務，得請求返還已履行的給付。依折衷理論，經解除契約並非自始無效，而是尚未履行的義務向將來消滅，已經履行義務部分的契約關係則轉為回復原狀關係<sup>1</sup>。

\* 本文是96年度國科會專題研究計畫的完整研究成果（NSC 96-2414-H-128-006）；99年3月5日發表在，「違約與救濟」學術研討會，主辦單位是國立臺北大學法律學院。筆者感謝多位審稿委員給予很多寶貴的建議，從中學習到不少，也因此深感自己實在還有很多不足之處。筆者當然自負本文的文責。在這裡筆者還得感謝，常給予鼓勵與幫助的老師們及朋友們，讓筆者能持之以恆地從事研究工作。

<sup>1</sup> 關於直接效果理論、間接效果理論與折衷理論的一覽說明，Hans

至今在我國及德國法晚近的文獻上還沒有人贊同間接效果理論。但在德國20世紀初期文獻上則頗有人支持這項理論<sup>2</sup>。在德國民法舊法時期，直接效果理論曾經是一般見解<sup>3</sup>，其後則改為折衷理論<sup>4</sup>。德國法2世紀初期文獻上已有贊同折衷理論者<sup>5</sup>。最高法院23年上字第3968號判例<sup>6</sup>：「契約經解除者，溯及訂約時失其效力，與自始未訂契約同。此與契約之終止，僅使契約嗣後失其效力者迥異。」由最高法院這則判例可知，關於

Georg Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag*, 1975, S. 153 f.; 林誠二，債法總論新解·體系化解說（下），頁293、294，瑞興，2010年；郭麗珍，契約解除與損害賠償——我國民法與德國民法相關規定之研究，*中興法學*，第43期，頁471以下，1997年12月；鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），*民法債編總論*，頁442，三民，2008年修訂2版；馬維麟，*民法債編註釋書*（三），頁335，五南，1999年。

<sup>2</sup> 例如，Heinrich Dernburg, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens*, Band 1, 1909, S. 290; Carl Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Band 2, 1902, S. 200; Paul Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1910, S. 235; Eduard Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Band 2, 1909, S. 271。

<sup>3</sup> BGH, NJW 1955, 417 = BGHZ 16, 153, 155.

<sup>4</sup> BGH, NJW 1984, 42; 1998, 3268; 1990, 2068; Ernst Wolf, *Lehrbuch des Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 1978, S. 316; Klaus Tiedtke, *Verzugsschaden und Rücktritt vom Vertrag*, NJW 1984, 767, 768; MünchKomm/Baier, *Vorb. v. § 346 BGB*, Rn. 3; Schulze/Dörner/Ebert/Schulze, § 346 BGB, Rn. 9。瑞士聯邦法院也採取折衷理論，BGE 114 II 152 S. 158。

<sup>5</sup> Otto v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Band 3, 1917, S. 307-308; Bernhard Matthiass, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1910, S. 223.

<sup>6</sup> 持相同見解的最高法院判決，例如：最高法院40年台上字第1020號判例、最高法院49年台上字第1597號判例、最高法院51年台上字第2829號判例、最高法院91年度台上字第1552號判決、最高法院91年度台上字第577號判決、最高法院93年度台上字第957號判決、最高法院91年度台上字第1412號判決。

解除契約效果如何問題，最高法院採取直接效果理論，似乎是我國通說<sup>7</sup>，但也有人贊同折衷理論者<sup>8</sup>。為了避免因法律論爭而影響到法律的透明性，進而妨礙法律的正確適用及安定性，在我國民法應該採取哪種理論？實在有研究的必要，擬透過相關規定的系統分析探求這個問題的答案。

契約經解除者，當事人就已受領的給付負回復原狀義務。回復原狀義務是不當得利返還義務？還是法定義務？關於這個問題的答案，或許可以只從法律邏輯面來看，亦即若認為經有效解除的契約既然是自始無效，則解除債務人自始欠缺保有所受領給付的法律上原因，回復原狀義務性質因此屬於不當得利返還義務<sup>9</sup>；若不認為經有效解除的契約是自始無效，則沒有

<sup>7</sup> 例如，史尚寬，*債法總論*，頁506，自版，1990年；邱聰智，*新訂民法債編通則*（下），頁576，自版，2003年；林誠二，同註1，頁294；陳猷龍，*民法債編總論*，頁252，自版，2005年4版；黃茂榮，*債法總論*（二），頁119，自版，2004年增訂版；孫森焱，*民法債編總論*（下），頁755，自版，2009年修訂版；劉春堂，*民法債編通則*（一）·*契約法總論*，頁391，三民，2006年；鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁437。

<sup>8</sup> 例如，王澤鑑，*債法原理*（二）·*不當得利*，頁308，自版，2009年增訂新版；黃立，*民法債編總論*，頁552，自版，2006年3版；陳洗岳，*契約解除之給付物的「返還不能」*，*臺灣本土法學雜誌*，第21期，頁44-46、51，1991年4月；楊芳賢，*解除契約後仍適用不當得利之見解——簡評最高法院93年度臺上字第957號判決*，*臺灣本土法學雜誌*，第76期，頁64以下，2005年11月；陳自強，*雙務契約不當得利返還之請求*，*政大法學評論*，第54期，頁219-220，1995年12月；郭麗珍，同註1，頁473；馬維麟，同註1，頁352。

<sup>9</sup> 最高法院94年度台上字第1874號判決、93年度台上字第957號判決；林誠二，同註1，頁294；邱聰智，同註7，頁576；鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁438；Eduard Heilfron, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Band 2, 1909, S. 273。

欠缺法律上原因可言，回復原狀義務因此並非屬於不當得利返還義務<sup>10</sup>；也有認為經解除契約雖然自始無效，但卻以回復原狀義務不是不當得利返還義務<sup>11</sup>。由以上的理論爭議可知，單從解除契約的效果導出回復原狀義務的法律性質，似無法得到令人信服的答案，故而應該再直接面對民法第259條各款本身，或許才能探知到真正令人信服的答案<sup>12</sup>。民法制定了許多解除權規定。契約被解除後引向回復原狀請求規範。回復原狀請求規範因此顯得舉足輕重，其研究也因此顯得有必要。德國債務法現代化法大幅修正了舊法關於回復原狀義務的規定，包括廢除舊法關於解除權喪失事由的規定。這項修正的內容如何、為何作成如此的修正與廢除？透過這些問題的研究，應該會使人們更能掌握民法第259條（尤其同條第6款）及第262條的解釋與適用。

從解除效果如何的問題還可以延伸出，解除契約與損害賠償請求權關係如何的問題（民法第260條）。為了解決這個問題，我國文獻上向來有三說（立法例）<sup>13</sup>：選擇說、解除契約與契約消滅（信賴利益）損害賠償兩立說、解除契約與債務不履行損害賠償兩立說。依選擇說，債權人只得選擇解除契約或請求債務不履行損害賠償（德國民法舊法第325條及第326

條）。依解除契約與契約消滅（信賴利益）損害賠償的兩立說，債權人得解除契約及請求契約消滅損害賠償。依解除契約與債務不履行損害賠償兩立說，債權人得同時主張解除契約與債務不履行損害賠償請求（德國民法第325條）。在契約法領域內，損害賠償請求權有履行利益損害賠償請求權、信賴利益損害賠償請求權與完整利益損害賠償請求權（民法第227條第2項）。但民法第260條文義只簡單提到損害賠償請求，因此它所指的損害賠償請求權的性質是什麼？不禁令人疑問。

單由民法第260條的簡短立法理由：「謹按契約之解除，與損害賠償之請求，有無妨礙，各國立法例，有契約當事人一方遲延給付時，他方當事人或請求賠償損害，或解除契約兩者之中任擇其一者，亦有由他方當事人除解除契約外，並得損害請求賠償者，兩種法例。後者最為妥適。本條特定解除權之行使，於損害賠償請求權並無妨礙，所以祛實際之疑惑也」可知，指因債務不履行所生損害之賠償請求權而言，似乎告訴人們，民法第260條採取解除契約與債務不履行損害賠償兩立說。但何以解除契約與債務不履行損害賠償請求的兩立說最妥適？在上開立法理由中並未見到有任何說明。解除契約與債務不履行損害賠償請求兩立說似乎是我國通說<sup>14</sup>。但是也有採解除契約與契約消滅（信賴利益）損害賠償的兩立說<sup>15</sup>。為了避免法律論爭影響法律適用的安定性，民法第260條究竟採取以

<sup>10</sup> 王澤鑑，不當得利在實務上的發展（上）——九十至九十六年度最高法院若干重要判決綜合評釋，月旦法學雜誌，第157期，頁229，2008年6月；黃立，同註8，頁552；楊芳賢，同註8，頁64；陳自強，同註8，頁219、220；陳洗岳，同註8，頁46。

<sup>11</sup> 林誠二，民法總則，頁231，瑞興，2007年3版；陳猷龍，同註7，頁253。

<sup>12</sup> 類此的說明，Hans Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1968, S. 55。

<sup>13</sup> 林誠二，同註1，頁297-298；鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁442。

<sup>14</sup> 最高法院55年台上字第2727號判例、最高法院55年台上字第1188號判例、最高法院94年度台上字第913號判決、最高法院90年度台上字第1779號判決、最高法院90年度台上字第1199號判決；最高法院62年度第5次民庭庭推總會決議四；黃立，同註8，頁556；鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁442；孫森焱，同註7，頁760。

<sup>15</sup> 黃茂榮，同註7，頁122。

上何種理論？有研究的必要。本於科學精神，應該先擱置對立法者以上結論的信念，進而從事以民法第260條所指損害賠償請求權性質為命題的分析，用以勾勒出解除契約與損害賠償請求權的關係。而為建構出這項關係，首先應直接面對且系統分析民法第260條、民法關於債務不履行、信賴利益及完整利益損害賠償的規定。

## 貳、回復原狀義務

回復原狀請求義務的法律性質是什麼？為了能夠得到問題的答案，以下擬先分析該條各款規定，以使解除契約效果如何的問題的答案能夠處在穩固的基礎上。民法第262條規範的是解除權喪失的特別事由，是回復原狀請求權發生的障礙，規範背景涉及到危險負擔的問題：解除債務人返還不能時，是否免返還義務？免返還義務時，是否負償還義務，換句話說，返還不能的危險應該由解除債權人或由解除債務人承擔？也是以下分析的客體。

### 一、以解除契約作為成立要件

解除權規範以解除權發生為法律效果，有自己的構成要件，例如債務人可歸責性、債務不履行及瑕疵等要件，是完整性法條。請求權規範以請求權發生為法律效果，有自己構成要件，也是完整性法條。民法第259條是回復原狀請求權規範，以回復原狀請求權發生為法律效果，有自己的構成要件，是完整性法條。雖然民法解除權規範的數量很多，但回復原狀請求權規範則只有同法第259條。民法第259條以解除權發生為要件，亦即解除權是回復原狀請求權的成立要件。解除權規範要件事實出具者，充足解除權規範的要件，所連結的法律效果

（解除權）因此發生，合於規定理論（Bestimmungstheorie）<sup>16</sup>。回復原狀請求權規範（成立）要件事實（例如解除權、發生契約經有效解除）均出具者，充足回復請求權規範要件，連結法律效果（回復原狀請求權）發生。

因此，若沒有制定民法第259條，則很多解除權規範將形同具文；若民法並沒有任何解除權規範，則同法第259條也將形同具文。由此可知，民法具有高度的意義及價值的關聯性，欠缺其中一項關聯時，系統要不是不成立，就是會有缺漏；若適用民法規定的人沒有充分掌握到民法規定的關聯性，則有可能適用法律錯誤。民法第259條以解除權發生為要件，這項作法意味的是：一定得先適用解除權規範，才會發生解除權，才有可能適用本條規定。這些說明都足以證明，法律的適用從來都不是只適用某一條法條，而是適用相關聯的數條法條<sup>17</sup>。

### 二、以廣義債務不履行或契約為正當性基礎

民法上義務的發生要不是以當事人合意為基礎，就是以法律規定為基礎。以當事人合意為義務發生的基礎時，該規範的

<sup>16</sup> 關於規定理論，Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975, S. 232; Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 1999, Rn. 111 ff. 另外應該說明的是，在規定理論的適用下，構成要件與法律效果的關係，並不是自然因果律意義下的必然性，而是規範意義下的必然性，亦即適用命令關係。就此，Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 235; Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1994, S. 23; Walter Schlupe, Einladung zur Rechtstheorie, 2006, Rn. 228; Engisch雖然是命令理論支持者，但也有人並不反對法條構成要件與法律效果間的規範必然性，亦即法條的適用命令。就此，參閱，Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1997, S. 8, 18。

<sup>17</sup> 王澤鑑，民法總則，頁35，自版，2009年；Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 1999, Rn. 745; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975, S. 248, 315 ff.。

正當性原則上在於當事人合意，因為契約是雙方同意（自主決定）<sup>18</sup>下的自我拘束<sup>19</sup>本質，原本就是正性（Richtigkeit）因子<sup>20</sup>。義務以法律規定為基礎時，若不採取最偏隘的法實證主義的立場，制定的程序對該規定來說，就只具有形式正當的意義，它的實質正當性或許還有不足，而應該另外在它處尋得，例如歸責原則<sup>21</sup>。

法定解除權的發生不外乎以可歸責的債務不履行為要件，或以使債務人負擔保責任的瑕疵給付為要件（以廣義債務不履行為要件），要非早在解除權發生的原因階段就可觀察到債務人的可歸責性（此點同民法第213條第1項所規範情形），便是規範設計上解除權的發生本來就不以債務人過失為構成要件，例如民法第359條及第495條第1項等關於瑕疵擔保解除權的規定。因此，在法定解除權方面，民法第259條回復原狀義務的正當性基礎在於，其制定性與債務人廣義的債務不履行為<sup>22</sup>。約定解除權的發生則不一定以債務不履行或使債務人負擔保責任瑕疵給付為要件。換句話說，當事人亦得約定，縱使沒有這些情事，也發生解除權。既然是約定解除權，則使解除權發生的雙方當事人合意，就是民法第259條回復原狀義務的正當性

基礎<sup>23</sup>。

Leser氏則認為，無論於約定或法定解除，回復原狀請求權規範都以契約為責任發生的依據<sup>24</sup>。Leser氏認為<sup>25</sup>：「回復原狀義務及擔保義務是以和『草案』所指的契約相同的契約為基礎，且因解除權人的選擇而發生……雙方原物返還所受領的給付，是一個平均上的極小值，它的當事人是為了從契約解脫而允諾的人……因為廣義的給付干擾，故解除權人為了回復也只得採用這項方法，在回復上並未受到優遇。」按當事人一方債務不履行時，使其負債務不履行責任作法的正當性，包括解除權的正當性，在於債務不履行及以債務不履行為規範客體的規定，是以債權人解除契約時，使雙方當事人負回復原狀義務作法的正當性，就可以回溯到債務不履行。雙方當事人既然沒有約定解除權，則當事人一方債務不履行時，仍然以使發生給付義務的契約為回復原狀義務的正當性基礎的作法，就無視於債務人廣義的債務不履行為。準此而論，Leser氏上開見解似乎不是沒任何疑問。

### 三、原物返還、價額與費用償還

民法第259條各款除規定回復原狀的請求權基礎外，也規定回復原狀請求權的內涵。其內涵計有三大方向：原物返還、本質上原物返還不能的價額償還、費用償還。但為了顧及論述內容的關聯性與架構的環環相扣（體系思維），以下擬將屬於內涵相同的各款請求權置於相同或緊鄰的位置來進行分析，而非單純依以上三大方向的內涵進行分析。德國現行民法第346

<sup>18</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp (Hrsg.), 1986, S. 159, 205; Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, S. 431.

<sup>19</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, S. 432.

<sup>20</sup> Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Ralf Dreier/Stalney L. Paulson (Hrsg.), 2003, S. 136 ff.; Martin Kriele, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2004, S. 19.

<sup>21</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp (Hrsg.), 1986, S. 215.

<sup>22</sup> Ernst Wolf, *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 1978, S. 319-320.

<sup>23</sup> Ernst Wolf, *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 1978, S. 319-320.

<sup>24</sup> Hans Georg Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag*, 1975, S. 194 ff.

<sup>25</sup> Hans Georg Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag*, 1975, S. 197.

條大抵與舊法第346條（約定解除權）、第327條第1句、第467條及第634條準用第346條（法定解除權）相同，都規範原物返還及價額償還。是故，關於民法第259條各款規定的比較法分析，原則上僅引用關於德國現行民法的文獻，而不另外引用關於舊法的文獻<sup>26</sup>。

### （一）原物返還

由民法第259條第1款及第4款文義「受領」及「給付」可知，他方當事人因一方當事人給付行為而取得該物時，本條款才有適用的餘地。再者，解除契約是為了再現當事人於契約成立前的法律狀態<sup>27</sup>，使解除債務人返還自解除債權人所受領給付物的規範設計，因此是切合解除契約本質的規範設計。準此而論，若他方當事人不是因一方給付行為而取得該物所有權或占有，則不負本款所定（原物）的返還義務。債權人解除的是其與債務人間的債務契約<sup>28</sup>。至於履行行為或許是物權契約，或許是事實行為，但它們都不是被解除的客體<sup>29</sup>，是以債務契約被解除時，在解除契約從而回復原狀目的（再現當事人於契約成立前的法律狀態）的指引下，就發生了解除債務人應否返還或償還自解除債權人給付行為所受領者的問題。準此而論，

「返還」、「給付」及「受領」這些構成要件的選取合於解除本質。

民法第259條各款的解釋與適用，應該受到解除契約從而回復原狀意旨的指引。是以依民法第259條第1款及第4款規定，解除債務人應返還原物，亦即解除債務人應返還所受領的給付物於解除債權人，才是最能再現當事人於契約成立前法律狀態的作法。受到前述解除契約從而回復原狀目的的指引，民法第259條第1款所指的原物返還，是指解除債務人應返還於解除債權人的是，所受領的給付物的所有權<sup>30</sup>及占有的移轉、所有權移轉或占有移轉；解除債務人受領給付物的所有權及占有者，應返還該物的所有權及占有；僅受領給付物的所有權時，僅應返還該物所有權；僅受領給付物的占有時，僅應返還該物的占有，才是再現當事人於契約成立前法律狀態的最適切的手段。

依民法第259條第4款規定，解除債務人應返還給付物所生的孳息。若解除債務人所受領的給付是金錢，則因同條第2款已經規定，解除債務人受領給付是金錢時，解除債務人負利息（同法第68條第2項）償還義務，故同條第4款所指的受領給付物並不包括金錢，同條款所指孳息也並不包括以金錢形態呈現出的孳息，例如金錢形態呈現出的利息、租金<sup>31</sup>。因為民法第69條規定了天然與法定孳息，故首先有疑問的是，民法第259條第4款所指的孳息是否包括天然及法定孳息？還是只指天然或法定孳息？按民法第259條第4款文義既然只談到孳息，則天

<sup>26</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVI; MünchKomm/BG, § 346 BGB, Rn. 17; Handkommentar/Kostkiewicz, § 109 OR, Nr. 2.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 189, 這是最重要的債務法現代化立法理由。另外參閱, Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 43。

<sup>28</sup> 最高法院28年上字第2113號判例、最高法院62年台上字第1045號判例；史尚寬，同註7，頁510。

<sup>29</sup> 最高法院62年台上字第1045號判例、最高法院84年度台上字第2858號判決。

<sup>30</sup> 最高法院就此相關的裁判，最高法院62年台上字第1045號判例、最高法院84年台上字第2858號判決、91年台上第1429號判決。

<sup>31</sup> 鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁440；史尚寬，同註7，頁535；孫森焱，同註7，頁758；劉春堂，同註7，頁393。

然與法定孳息原則上都在文義範圍內。再者，天然及法定孳息既然都是原物（給付物）的收益（民法第765條），則規範上就應該平等處置它們：所受領的給付物產生天然孳息時，解除債務人固然應該返還這項天然孳息，所受領的給付物產生法定孳息時，也應該返還這項法定孳息<sup>32</sup>。但若第三人以金錢型態支付法定孳息於解除債務人（例如以金錢形態支付的利息、租金），且在解除債務人並無混合的情事（民法第813條）發生時，則同法第259第4款關於孳息原物返還的規定仍然有適用的餘地<sup>33</sup>。第三人以金錢型態支付法定孳息於解除債務人，且於解除債務人發生混合的情事時，應該適用民法第259條第6款規定，因為解除債務人已經不能返還原物。

關於民法第259條第4款的解釋與適用，有疑問的是，解除債務人返還義務範圍是否限於已收取的天然孳息？按若解除契約時，解除債務人尚未自給付物收取天然孳息，則因天然孳息仍然屬於給付物的成分，故解除債務人應該以原物形態返還所受領的給付物，而無返還天然孳息可言；若解除債務人已經自給付物收取天然孳息，則因該天然孳息已經不是給付物的成分，而是獨立的物，故解除債務人應該以原物形態返還天然孳息。至於未收取的天然孳息（包括可歸責（怠）及不可歸責於解除債務人的事由致未收取的天然孳息），因已經原物返還不能，故應適用同法第259條第6款關於價額償還義務的規定<sup>34</sup>。至於民法第259條第4款的適用範圍，是否僅限於解除契約時解除債務人已收取的法定孳息？按天然孳息及法定孳息都是原物

的收益，解除債務人的天然孳息返還義務既然僅限於已收取者，則法定孳息返還義務亦應該僅限於已收取者。

關於民法第259條第1款及第4款所規定的原物返還義務，有疑問的是，解除債務人所受領給付物是代替物時，無論其所受領的代替物是否因消費或其它原因致而原物返還不能，是否只應返還種類、品質及數量相同的物？換句話說，解除債務人能返還原物時，是否仍然應該返還原物？是否只有不能返還原物時，才可以且應該返還種類、品質及數量相同的物？還是只須償還價額？最高法院有兩則判決與這個問題有關。首先，最高法院90年台上字第2182號判決：「民法第259條第6款規定之『應返還之物』，係指同條第1款規定之『由他方所受領之給付物』而言，經受領之給付物不論為代替物或不代替物，均應將原物返還，如該應返還之物有毀損滅失情事，或因其他事由，致不能返還者，始應償還其價額。」其次，最高法院97年台上字第72號判決：「民法第二百五十九條第六款規定之『應返還之物』，係指同條第一款規定之『由他方所受領之給付物』而言，經受領之給付物不論為代替物或不代替物，均應將原物返還，倘應返還之原物本體，並無毀損、滅失或因其他事由所生變動，而致不能返還之情形，不得僅因當事人主觀需求改變、或社會經濟狀況、科技發展等外在情事變遷，致其價值貶損，即謂為不能返還原物而應償還其價額。」由最高法院前揭二則判決可知，解除債務人所受領的給付物是代替物，且原物返還可能時，仍然應返還原物，不能返還時，則應償還其價額。史尚寬先生則認為<sup>35</sup>：「受領之物為代替物時，受領人不必返還原物，以返還同種同質同等同量之物為己足。」由此

<sup>32</sup> 邱聰智，同註7，頁577；史尚寬，同註7，頁535；孫森焱，同註7，頁758。

<sup>33</sup> 史尚寬，同註7，頁535。

<sup>34</sup> 孫森焱，同註7，頁758；史尚寬，同註7，頁535-536；劉春堂，同註7，頁393、394。

<sup>35</sup> 史尚寬，同註7，頁534；相同見解，鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁440；類似見解，邱聰智，同註7，頁577。

可知，史尚寬先生認為，無論解除債務人能否返還原物，都只應返還種類、品質及數量相同的物，換句話說，縱使解除債務人能返還原物，仍然只應返還種類、品質及數量相同的物；不能返還原物時，仍然應返還種類、品質及數量相同的物，而不是償還價額。本文見解結論上贊同史尚寬先生上開見解，明顯與上開最高法院見解不同。

得以種類、品質、數量相同的物相互代用，是代替物的本質。這個本質要非構成債務契約的內容，便是締約的基礎，故而：縱使解除債務人能返還原物，使其（只）應返還種類、品質及數量相同的物的作法，還是在雙方當事人的意思或對這項締約基礎的認知內；還是在回復原狀的目的內（再現當事人於契約成立前的法律狀態），仍然屬於原物返還；若解除債務人不能返還原物，則仍舊使其應返還種類、品質及數量相同的物的作法，才合乎雙方當事人的意思或對這項締約基礎的認識，還是在於解除契約的目的內，因此仍然是原物返還。法律現象觀察上代替物雖然不一定是消費物，但通常是消費物，且這項性質一般也構成當事人約定的內容，例如金錢、米或酒<sup>36</sup>。消費物本質是指，同一人不能再以同一目的使用的物。因此，若消費物一經消費，便已原物返還不能。若經解除的債務契約以代替且消費物為客體，則因該物一經使用便告消費，故不能返還原物。此際有二種可能的回復原狀方法：其一，價額償還；其二，返還種類、品質及數量相同的物。解除契約既然是為了再現當事人於契約成立前的法律狀態，則返還種類、品質及數量相同的物，才是最符合這個目的的回復原狀方法。代替物及消費物的本質是民法關於物的制度的一部分。若解除債務人因

代替物被消費或因其它原因致不能原物返還，則使解除債務人返還種類、品質及數量相同的物、使其負種類、品質及數量相同的物的獲取義務<sup>37</sup>，才符合民法上開物的體系。

簡要來說，解除債務人所受領的給付物是代替物時，無論解除債務人能不能夠返還原物，都只應返還種類、品質及數量相同的物，縱使解除債務人能返還原物，仍然只應返還種類、品質及數量相同的物；縱始不能返還原物，仍然應該返還種類、品質及數量相同的物，而不是償還價額。在這裡還應該補充說明的是，因代替且消費物一經消費，所有權便告消滅，故這裡所謂的返還是指移轉種類、品質、數量相同的物的所有權，而不是只有移轉其占有，因為只有這樣才能再現當事人於契約成立前的法律狀態。又以上的說明在民法秩序一點也不陌生，民法第474條及第478條規定就是個明顯的證據。準以上的說明，最高法院上開見解並未明辯解除債務人所受領的給付物具有代替物的性質，從而其關於縱使解除債務人能返還所受領的給付物，仍然應返還原所受領的給付物，不能返還原物時，應償還價額的見解，除了違反當事人的意思，以及民法第259條第1款文義與民法關於物的體系外，也不是最適切的回復原狀手段。

## (二) 價額償還

金錢是支付工具，著重在其所表徵的價額，而不在其所有權。準此而論，關於金錢債務的規定應以金錢這項經濟性格為內涵，否則其是否內涵社會性因子、是否具社會有效性，就不無疑問<sup>38</sup>。金錢混合（民法第813條）是常態。在這個常態

<sup>36</sup> 鄭玉波（著），黃宗樂（修訂），民法總則，頁210，三民，2007年修訂10版。

<sup>37</sup> 結論上類同，劉春堂，同註7，頁392。

<sup>38</sup> Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2005, S. 29, 139; Thomas Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2007, S. 258-261.

中，返還債務人不能原物返還金錢的占有及所有權，只能償還其價額。因此，使債務人償還價額的規範設計，例如民法第479條、第480條及第816條等規定，就符合上開金錢的經濟性格。是以若解除債務人所受領的給付是金錢，則使其無須返還原物、無須返還原受領金錢的所有權或占有，而僅使其償還價額（民法第259條第2款），符合立法者向來所採取的規範設計。

依民法第259條第2款規定，解除債務人價額償還義務附利息支付義務。至於解除債務人應支付多少利息，則取決於利率與自受領時起算至價額償還義務發生時的期間。民法第259條第2款所規定的利息債務，是同法第203條所指的「應付利息之債務」。儘管本條規定了利息債務，但並未規定利率。是故，依民法第203條規定，民法第259條第2款所規定的利息債務的利率，是週年利率百分之五。利息是使用原本、金錢的對價，這項經濟上的觀察固然符合有償金錢借貸的法律結構，因為借用人取得貸與人所移轉借用物（金錢）所有權，且負對待給付的利息債務，但這經濟上觀察是否契合法定金錢債務的結構，就不無疑問。依民法第233條第1項規定，金錢債務人履行遲延者，債權人得請求依法定利率計算的遲延利息。遲延損害填補是為了使債權人處於若無遲延的應然狀態。因此，若金錢債務人未遲延支付，則債權人得將自債務人所受領者有償貸與他人（民法第474條），或得將其消費寄託成立有償金錢借貸（民法第602條第1項準用第474條以下），借用人因此負利息或其他報償義務，是原本（金錢）使用的對待給付義務。因金錢債務人支付遲延，故金錢債權人不可能取得此項金錢使用的對價。民法第233條第1項因此以上開關於原本（金錢）使用對價的說明為本，而以法定利率計算的遲延利息為遲延損害，以其為最低的遲延損害賠償額。

依民法第176條第1項規定，管理人為本人支出必要及有益費用者，得請求本人償還其費用及自支出時起的利息。若管理人並未為了本人而支出費用，則其就可能將這筆費用挪為它用，從而可能取得其使用的對價。準此而論，管理人除得請求本人償還所支出的必要及有益費用外，亦得請求本人償還該筆費用自支出時起的使用對價。民法第176條第1項關於利息償還的規定，因此也以上開利息是原本使用對價的經濟觀察為本。依民法第182條第2項規定，不當得利受領人於受領時不知無法律上原因，或其後知悉者，應將受領時所得利益，或知無法律上原因時所現存的利益，附加利息一併償還。受領人知道或其後才知道所受領者是不當時，負不當得利返還或償還義務。若受領人所應償還者屬於原本性質，則因受損人若無損益變動原因事實可能取得使用對價，故應償還自不當得利返還義務發生時（損益變動原因事實發生時）起計算的利息。但受領人實際上最早可返還或償還的時點，是受領人知悉不當得利時。因此，若受領人所應償還者屬於原本性質，則基於上開償還時點的事實上限制，其所應償還利息的計算時點，並不可以是不當得利返還義務發生的時點，而應該是受領人知悉其得利屬不當時。簡要來講，民法第182條第1項也以利息是原本使用對價的經濟觀察為本。這項經濟上的觀察除符合有償金錢借貸的法律結構外，也契合法定金錢債務的結構。

如果解除債務人所受領的是勞務，則因受領的勞務依其本質是原物返還不能，故解除債務人只能以價額償還（民法第259條第3項）<sup>39</sup>。再者，由民法第488條第2項（於未定期限僱

<sup>39</sup> 史尚寬，同註7，頁535；Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 377；BT-Drucks. 14/6040, S. 190。

傭契約，受僱人得隨時終止契約）、第489條第1項（於定有期限傭傭契約，當事人一方遇有重大事由者，亦得終止契約）、第511條（定作人得隨時終止契約）及第549條第1項（任一方當事人得隨時終止委任契約）等規定可導出，當事人得任意排除勞務給付及勞務給付受領義務。因此，使解除債務人返還同類勞務，亦即使解除債務人給付同類勞務，但卻未同時使其得任意排除勞務給付義務的作法，違反勞務給付的本質。依被解除的債務契約，解除債權人原本是勞務給付債務人，通常專以勞務換取報酬，以報酬為其生存基礎。若使解除債務人應返還同類勞務，亦即使其應給付同類勞務，實在有違這項社會觀察。且因為在解除契約前，解除債權人是勞務給付的債務人，而解除債權人可以自己從事同類勞務，故使解除債務人返還同類勞務，亦即使解除債權人受領自己也可從事的同類勞務，實在不合理，至少對解除債權人而言，這項作法並不理性、並不利於自己。

若解除債務人所受領的給付是物的使用，則因物的使用依其本質原物返還不能，故解除債務人只應償還其價額（民法第259條第3項）<sup>40</sup>。依民法第765條規定，物的利益有使用收益及交換利益。物的收益利益是指天然及法定孳息<sup>41</sup>。民法第259條分別規範收益利益的原物返還義務及使用利益的價額償還義務：民法第259條第4款所指的孳息返還，是指物的收益利益的原物返還，同條第5款所指物的使用的價額償還，是指物的使用利益的價額償還。至於物的交換利益則不是民法第259條所可以規範的，因為解除契約是為了再現當事人於契約成立前的法律狀態，最多與所受損害相重疊，而不是為了填補所失

利益，不得延伸到轉售差價此等交換利益的領域內。

### （三）費用償還

民法上所指的費用，包括必要費用及有益費用。必要費用指的是管理、保存上所必須的費用<sup>42</sup>，例如民法第176條第1項、第259條第5款、第427條、第428條、第429條第1項、第469條第1項、第546條第1項、第582條、第595條、第678條、第776條、第778條、第780條、第799條、第822條第1項、第887條第1項及第2項、第934條、第954條及第957條等規定即以必要費用為規範對象。有益費用指的是利用或改良（所受領給付物）且因此增加價值的費用，例如民法第431條第1項、第469條第2項、第582條、第678條及第955條等規定即以有益費用為規範客體。至於奢侈費用是指超出必要及有益費用範圍的費用，其償還在民法上並無依據，因為自己奢侈已經是不道德，更不用說要轉嫁這項費用於他人<sup>43</sup>。準此而論，民法第259條第5款只規定必要及有益費用的償還，而未規定奢侈費用的償還。

關於民法第259條第5款費用償還義務的規定，鄭玉波先生認為<sup>44</sup>：「原狀回復義務僅在於回復未訂約以前之原狀，故其返還物祇具備受領當時之原狀為已足，若受領人支出必要費用或有益費用，造成現時超越原狀之事實者，則如照此返還，實已逸出原狀回復義務範圍外，反使受返還人享有不當得利，故法律明定得向他方請求返還費用，但須於他方返還時所得利益之限度內為之，以示限制。」必要費用既然是為保存或管理應

<sup>40</sup> 史尚寬，同註7，頁535。

<sup>41</sup> 謝在全，民法物權論（上），頁185，自版，2004年修訂3版。

<sup>42</sup> 謝在全，民法物權論（下），頁576，自版，2007年修訂4版。

<sup>43</sup> Dieter Medicus, Das Luxusargument im Schadensersatzrecht, NJW 1989, 1889.

<sup>44</sup> 鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁442。

返還的物所必須支出的費用，則不支出此等費用，應返還物的價值就可能因此減損，是以令使他方當事人償還此等費用的作法是正當，為同法第259條第1款的制定原因。一方當事人既然就所受領的給付物已支出必要或有益費用，則為了再現該方當事人契約成立前的法律狀態，便應該使他方當事人償還必要或有益費用。

### 參、回復原狀義務是不當得利返還義務？

回復原狀法律義務是否屬於不當得利返還義務的性質？透過以上關於民法第259條各款所列的具體回復原狀義務及第262條的分析，已勾勒出回復原狀義務的輪廓。只有在掌握住這個輪廓後，才能探究出其性質，至少比較容易進行探究，否則與瞎子摸象無異。

#### 一、義務的正當性基礎不同

因為經有效解除的契約是自始無效，故解除債務人在解除前受領解除債權人所為的給付者，是受有利益，致解除債權人受有損害，自始欠缺法律上原因，直接效果理論因此認為回復原狀義務屬不當得利返還義務性質。但是不當得利返還義務與回復原狀義務的正當性基礎並不相同：民法第179條基本上採取統一說<sup>45</sup>（第179條文義），輔以非統一說<sup>46</sup>（同法第180條

<sup>45</sup> 瑞士債務法第62條採統一說，因為它的文義「以不正當方法自他方財產得利者，應返還得利」，就是如此。就此相關，19世紀末至20世紀初的文獻，參閱，Albert Schneider, Das schweizerische Obligationenrecht, Band 1, 1893, S. 168。但應強調的是，瑞士債務法第62條雖然採統一說的立法例，但晚近瑞士聯邦法院判決及學者則採納區別給付不當得利與非給付不當得利的思維，例如，BGE 117 II 404 S. 409; 129 III 646 S. 650; 124 II 570 S. 579; 129 III 422; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner

文義「給付」)<sup>47</sup>。因此，可以依照這個規範模式來分析關於不當得利返還義務的正當性問題。

依統一說，民法第179條所定不當得利返還義務的正當性基礎在不當得利<sup>48</sup>（得利原則）。受領人自他方受領給付，但給付關係不存在，或因使生給付關係的債務行為不成立、無效、被撤銷者，是受有利益，致他方受有損害，且無法律上原因，負返還或償還所受領給付於他方的義務，換句話說，給付不當得利返還義務的正當性基礎在給付關係的欠缺<sup>49</sup>。受領人取得應該歸屬於他人權利內容者（權益歸屬理論），應返還所受的利益於該利益歸屬主體。換句話說，給付不當得利返還或償還義務的正當性基礎在權益歸屬的保護<sup>50</sup>。兩者正當性基礎既不相同，則回復原狀義務怎可能屬於不當得利返還義務的性

Teil, 2006, S. 386; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 654, 658, 659-660。

<sup>46</sup> 德國民法第812條第1項採取非統一說，因為它的文義「因他方給付或其它以他方犧牲之方法」就是如此。就此相關，19世紀末至20世紀初的文獻，參閱，Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 1887, S. 624 ff.; Otto v. Gierke Deutsches Privatrecht, Band. 3: Schuldrecht, 1917, S. 996; Heinrich Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, Band 2: Einzelne Obligationen, 1915, S. 720; 晚近文獻，BGH, JuS 2005, 179 = NJW 2005, 60; Ulrich Loewenheim, Bereicherungsrecht, 2007, S. 13 ff.; Bamberger/Roth/Wendehorst, § 812 BGB, Rn. 1。

<sup>47</sup> 王澤鑑，同註8，頁33、31。關於統一說與非統一說，陳自強，同註8，頁210。

<sup>48</sup> Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 657; Nathalie Voser, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, 2006, S. 60 ff.

<sup>49</sup> Nathalie Voser, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, 2006, S. 86-87.

<sup>50</sup> Nathalie Voser, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, 2006, S. 87-88.

質，以回復原狀義務屬於不當得利返還義務的性質的見解（直接效果說），因此就很難通過這點檢驗。

## 二、義務內容相同不必然導出性質相同

給付關係因原因行為無效、不成立或被撤銷而不存在者，一方當事人應返還自他方受領的給付（民法第179條）；契約經有效解除者，解除債務人應返還由他方所受領的給付物（同法第259條第1款）。給付關係因原因行為無效、不成立或被撤銷而不存在者，一方當事人應償還自他方受領金錢的價額（民法第179條、第181條）；契約經有效解除者，解除債務人應償還自他方受領金錢的價額（民法第259條第2款）。契約經有效解除者，解除債務人應償還自他方受領勞務的價額（民法第259條第3款）；給付關係因原因行為無效、不成立或被撤銷而不存在者，一方當事人應償還自他方受領勞務的價額（同法第179條、第181條）。解除債務人所受領的給付為物的使用，契約經有效解除時，應償還依其受領時的價額（民法第259條第3款）；受領人受領的給付是物的使用，而給付關係因原因行為無效、不成立或被撤銷而不存在者，應償還其價額（同法第179條、第181條）。契約經解除者，解除債務人應返還受領給付物所生的孳息（民法第259條第4款）；受領人自所受領的給付收取孳息，而給付關係因原因行為無效、不成立或被撤銷而不存在者，應返還該孳息（同法第179條、第181條）。受領人就所受領的給付支出必要或有益費用，但給付關係因原因行為無效、不成立或被撤銷而不存在者，得請求受損人償還此等費用（民法第179條、第181條）；契約經有效解除者，解除債務人就所受領給付已支出必要或有益費用，得請求他方請求償還此等費用（同法第259條第5款）。

綜上以觀，不當得利返還（或償還）義務與回復原狀義務的內容並無不同。但由義務內容同一性可否推論出，回復原狀義務屬於不當得利返還義務的性質？首先聚焦於無權占有及民法第184條第1項前段、第767條、第179條。無權占有他人之物者，不法侵害他人所有權（占有權能之侵害），依同法第184條第1項前段，負損害賠償責任，應返還占有物於所有人（同法第213條第1項）；依第767條，應返還占有物於所有人；依同法第179條，無法律上原因，受有占有利益，致所有人喪失占有利益，應返還占有物於所有人。儘管這三項返還義務的內容都是占有物返還，具同一性，但向來並不因此認為，所有物返還義務屬於侵權行為損害賠償義務或不當得利返還義務的性質；向來並不因此認為，以占有物的返還為內容的侵權損害賠償義務，屬於所有物返還義務或不當得利返還義務的性質；向來不因此認為，以占有物返還為內容的不當得利返還義務屬於侵權損害賠償或所有物返還義務的性質。由這些說明可推論出，由不當得利返還義務與回復原狀義務內容的同一性絕對沒法導出，後者具前者性質。並不存在「義務內容相同，性質必然也相同」這項必然性。

再聚焦在民法第227條第2項及第184條第1項前段所規定的損害賠償。民法第227條的修正理由：「不完全給付如為加害給付，除發生原來債務不履行之損害外，更發生超過履行利益之損害，例如出賣人交付病雞致買受人之雞群亦感染而死亡，或出賣人未告知機器之特殊使用方法，致買受人因使用方法不當引起機器爆破，致傷害買受人之人身或其它財產。」民法第227條第2項保護的是債權人給付利益以外的利益。同法第184條第1項前段保護的也是給付利益以外的利益。由此可知，加害給付與上開侵權行為賠償義務的內容，都是給付利益以外利益的損害的填補，具同一性。用在上開修正理由的例子來說

明，出賣人交付的病雞致買受人的雞群因感染而死亡，是加害給付，依民法第227條第2項規定，應填補買受人因此所受的財產上不利益；至少是過失不法侵害買受人雞群中個別雞隻的所有權，依民法第184條第1項前段規定，應填補買受人因此所受的財產上不利益。儘管加害給付損害賠償義務與上開侵權行為損害賠償義務，都以履行利益以外利益的損害的填補為內容，具同一性，但自從承認不完全給付是獨立的債務不履行型態以來，並不因此認為，加害給付損害賠償義務屬於侵權行為損害賠償義務的性質，且尤其向來不因此認為，上開侵權行為損害賠償義務是加害給付損害賠償義務的性質，而只是認為，加害事實同時該當民法第227條第2項及第184條第1項前段的要件。因此，解除債務人所負的返還或償還義務（民法第259條各款），並不一定就是不當得利返還義務。

綜合而論，在現行民法秩序內，縱使二個義務的內容相同，它們的性質也未必相同。縱使回復原狀義務的內容與不當得利返還義務的內容相同，但回復原狀義務卻也未必屬於不當得利返還義務的性質。回復原狀義務與不當得利返還義務的正當性基礎既然不同，則前者更不當然因其內容與後者內容相同，而屬於後者的性質，以回復原狀義務屬於不當得利返還義務性質的直接效果理論，因此很難通過這點檢驗。

### 三、欠缺無法律上原因的要件事實

若認為被解除的債務契約自始無效（直接效果理論），則解除債務人自始欠缺保有受領給付的法律上原因，應返還受領的給付於解除債權人，回復原狀義務因此屬不當得利返還義務性質，是合邏輯<sup>51</sup>。倘認為，經解除的債務契約不是自始無效

（間接效果理論及折衷理論），則並沒有解除債務人欠缺保有受領給付的法律上原因可言，解除債務人依民法第259條所負的回復原狀義務，就不屬於不當得利返還義務性質，是合邏輯<sup>52</sup>。以下所分析的是，經解除的債務契約是否真的是自始無效的命題。

#### （一）自始無效欠缺法律依據

法律行為無效是以自始、當然、確定、全部無效為原則，任何法律行為的無效都是因為法律規定，例如依民法第71條規定，法律行為違反強制或禁止規定者，無效；依同法第72條，法律行為背於公共秩序或善良風俗者，無效；依同法第73條，法律行為不依法定方式者，無效；依同法第75條前段規定，無行為能力人為法律行為者，該法律行為無效；依同條後段，雖非無行為能力，在無意識或精神錯亂中為法律行為者，該法律行為無效；依同法第87條，表意人與相對人通謀而為虛偽法律行為者，該法律行為無效。再者，依民法第114條第1項規定，法律行為經撤銷者，視為自始無效。因撤銷原因都是法定，例如同法第88條（意思表示錯誤）、第89條（傳達錯誤）、第92條（被詐欺或脅迫而為意思表示）、第408條（贈與契約任意撤銷性）、第416條（受贈人忘恩背義行為）等規定，故經撤銷的法律行為，其自始無效有兩個法律依據，其一是民法第

號判決；林誠二，同註1，頁294；邱聰智，同註7，頁576；鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁438；Eduard Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 2, 1909, S. 273。

<sup>52</sup> 王澤鑑，不當得利在實務上的發展（上）——九十至九十六年度最高法院若干重要判決綜合評釋，月旦法學雜誌，第157期，頁229，2008年6月；黃立，同註8，頁552；楊芳賢，同註8，頁64；陳自強，同註8，頁219-220；陳洗岳，同註8，頁46。

<sup>51</sup> 最高法院94年度台上字第1874號判決、最高法院93年度台上字第957

114條第1項，其一是以撤銷權人撤銷權行使自由為內涵的撤銷權規範。這個作法不只顧及到法律行為的瑕疵，例如詐欺、脅迫、錯誤、忘恩背義行為等瑕疵，也使撤銷權人得自主決定是否仍然受該患有瑕疵的法律行為拘束。

法律行為自始無效以法定為原則。民法所有的解除權規範都沒有使經有效解除的契約自始無效。解除契約與否、撤銷法律行為與否，雖然都取決於解除權人與撤銷權人的權利行使自由，但關於解除權行使效果一事，立法者既然並未制定與民法第114條第1項自始無效類似的擬制規定，則解除權行使的效果就不可以是契約自始無效<sup>53</sup>，以經有效解除的契約是自始無效的直接效果理論，因此就不無疑問。

#### (二)自始無效為返還或償還義務的發生要件？

履行行為是物權契約時：債務契約無效，而物權契約有效者，依物權行為無因性，物權契約效力不因此受到影響。但因債務契約是物權契約的原因行為，故債務契約無效者，債權人自始欠缺保有因物權契約（給付行為）所得利益的法律上原因，應返還或償還此等利得（民法第179條、第181條）；契約經解除者，依民法第259條，解除債權人要不是負有返還因物權契約所得利益的義務（同條第1款及第4款），就是負有償還此等利益的義務（同條第2款、第3款、第5款、第7款）。履行行為是事實行為時：若債務契約無效，則債權人欠缺保有因事實行為所得利益的法律上原因，應返還或償還此等利得（民法第179條）；契約經解除者，依民法第259條各款，解除債權人要非負返還因事實行為所得利益的義務（同條第1款及第4款），便負償還此等利益的義務（同條第2款、第3款、第5

款、第7款）。

儘管債權人及解除債務人都負返還或償還所受領給付的義務，但由此卻絕對無法更認為，債權人負有上開義務者，契約既然自始無效，則解除債務人負上開義務者，經有效解除的契約也應該是自始無效，因為民法上返還或償還義務的發生並不一定以契約法律行為無效為要件，例如：其一，債務不履行或侵權行為損害賠償義務人雖然應以回復原狀方式返還自債權人處所受領的給付（民法第213條），雖然應以金錢賠償方式償還自債權人所受領的給付（同法第215條），但此等義務的發生並不以法律行為自始無效為要件；其二，無權占有人雖然負返還所有物（民法第767條）或金錢賠償義務（同法第953條及第956條），但此等義務的發生也不以法律行為無效為前提：占有不具正當權源的原因，可能是因債務契約及物權契約都無效、不成立或被撤銷（例如買賣契約及買賣標的物所有權移轉），可能僅是因債務契約、無效不成立或被撤銷（例如租賃契約），也可能是因與以上情形都無關單純侵奪他人之物的情形；其三，消費借貸貸與人不能返還借用物者，雖然負價額償還義務，但這項義務的發生也並不以消費借貸契約自始無效為要件；其四，無因管理人及有因管理人（例如受任人）雖然都負費用償還、債務清償及損害賠償義務（民法第176條、第546條），但無因管理卻不因此成為有因管理，有因管理也不因此成為無因管理。解除債務人與受益人雖然都負返還或償還所受領給付之義務，但以給付不當得利成立時契約既然自始無效，則經解除的契約也應該是自始無效的作法，在現行法秩序上並不是理所當然，不存在這項必然性，故而以這項作法為內容的直接效果理論是否可採，在此點上就不無疑問。

<sup>53</sup> 瑞士聯邦法院早已如此明白表示，BGE 114 II 152 S. 159。

### (三)自始無效為免除效果的發生要件？

契約經解除者，當事人免尚未履行部分的給付義務，文獻上稱這項解除契約的效果為免除效果。儘管這項效果並沒有法律依據，但還是受到一般的肯認<sup>54</sup>。直接效果理論認為，給付不當得利受領人不能返還原物而免返還義務，既然是以契約自始無效（無法律上原因）為前提，則只有使經有效解除的契約是自始無效，才能發生這項給付義務免除的效果。但民法上很多關於免給付義務的規定並不以法律行為自始無效為要件，換句話說，欲使債務人免給付義務，並無須使法律行為自始無效<sup>55</sup>，例如依民法第225條、第226條及第266條規定，債務人雖然免給付義務、債權人雖然免對待給付義務，但這些規定並不使該法律行為自始無效；依民法第215條，債務不履行損害賠償義務人不能履行回復原狀義務者，雖然免回復原狀義務，但該條規定並不使該法律行為自始無效。再者，為了達到免除（給付義務）效果，而強使經解除的契約自始無效，也明顯是大於免除目的的手段<sup>56</sup>。換句話說，為了使債務人免除給付義務，最適切的作法是免除其所負的給付義務，而非讓使生該給付義務的法律行為無效。

至於民法第246條形式上雖然以契約自始無效為手段，而使債務人免給付義務，但該條規定實際上使契約自始無效的原因，著眼在自始客觀不能給付。依德國民法第311a條第1項，債務人依第275條第1項至第3項無須給付，且給付不能於契約

締結時已存在者，契約有效性不因此受到影響<sup>57</sup>。德國民法該條規定以自始客觀不能給付為標的的契約仍然有效，但債務人免給付義務的規範設計，更足以證明，不是只有使契約自始無效的作法才能免除債務人給付義務。在現行法秩序內，只有使契約自始無效才能免除債務人給付義務的命題並不成立。況且為使發生免除效果，而強令使經解除的契約為自始無效的作法，亦是過度手段。因此，單就這二點而論，關於解除契約效果如何的問題的答案，不應該採取直接效果理論，而應該採折衷理論：解除契約的免除效果不以經解除契約為自始無效，僅發生於尚未履行的給付義務，且向將來發生，換句話說，該給付義務向將來消滅。

間接效果理論以滅卻性抗辯權結構使解除當事人免受到契約的拘束。這項見解僅見於德國民法典生效初成時期的文獻<sup>58</sup>。只是這項以當事人就尚未履行部分的給付義務（包括債務不履行）享有滅卻性抗辯權的作法，並沒有法律依據。民法上滅卻性抗辯權只有消滅時效抗辯權，是依法律規定而發生。再者，若解除當事人不主張抗辯權而仍為給付，則這部分給付是否納入已給付從而回復原狀義務的範圍內，就不是沒有疑問。或許正因為如此，後世便很少有人採取間接效果理論，而只有直接效果理論與折衷理論的論爭。在現行法秩序下，只有使契約自始無效才能免除債務人給付義務的命題既然不成立，既然是過

<sup>54</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 190; Han Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 171-175, 150, 157; Jauernig/Stadler, Vorb. vor § 346 BGB ff., Rn. 3.

<sup>55</sup> Han Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 171-175, 150, 157.

<sup>56</sup> Han Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 171-175.

<sup>57</sup> 關於德國民法第311a條，BT-Drucks. 14/6040, S. 164 ff.; Bamberger/Roth/Gehrlein, § 311a BGB, Rn. 4。

<sup>58</sup> 在德國早期文獻上贊成這項理論的，例如，Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1910, S. 235; Carl Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 2, 1902, S. 200; Heinrich Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, Band 1, 1909, S. 290。

度手段，則有疑問的是，解除契約免除效果的立論何在？因這個問題的答案與解除契約改造效果根據為何的問題的答案，都在解除契約效果根據論這個命題內，故而擬一併在解除契約的改造效果一處分析，以免贅述。

#### 四、結論與延伸

法律行為自始無效以法定為原則，民法的解除權規範並未規定經解除的契約是自始無效。解除契約與否、撤銷法律行為與否，雖然都取決於解除權人與撤銷權人的權利行使自由，但關於解除權行使效果一事，立法者並沒有制定類似民法第114條第1項的規定。是故，解除權行使的效果就不可以是契約自始無效。解除債務人與受益人雖然都負返還或償還所受領給付的義務，但以給付不當得利成立時契約既自始無效，則經解除的契約也應該自始無效的作法，在現行法秩序上並不是理所當然。在現行法秩序下，僅契約自始無效才能免除債務人給付義務的命題並不成立。再者，為了引發免除效果，強使經有效解除的契約自始無效的作法，也是過度手段。是故，契約經有效解除者，在此間並不存在該當於無法律上原因的要件事實（契約非自始無效），故而以回復原狀義務屬於不當得利返還義務性質的見解（直接效果理論），就不無疑問<sup>59</sup>。

契約經解除者，既不是自始無效，則債務不履行（法定解除權發生原因）與其損害賠償，以及債務人應負瑕疵擔保責任的瑕疵（法定解除權發生原因）與這項瑕疵擔保責任，就仍然以經有效解除的契約為立基點，不因此而消滅。換句話說，經有效解除的契約既不是自始無效，則仍然能夠以它維持解除契約前已發生的債務不履行損害賠償責任或瑕疵擔保責任。關於

解除契約與損害賠償請求權的關係的研究（民法第260條），擬在以下相關處進行。

#### 四、解除契約效果的根據

契約經解除者，除發生免除效果外，尚發生民法第259條所定回復原狀義務。民法第259條是回復原狀義務規範，回復原狀義務根據論因此在其制定。但法律規範的依據絕對不可以自滿於其制定，否則民主國家的法律與獨裁國家的法律就沒有什麼不同。準此而論，回復原狀義務發生的依據論不得只在民法第259條本身。但是又應該在哪裡找到它的依據？經解除的契約既然不是自始無效，則回復原狀義務依據論的充實，自不得在不當財貨損益變動。解除權是形成權。形成權指的是，形成權人以意思表示使自己與他人間或使他人間法律關係發生變動的權能。因此，屬形成權的解除權也有形成效果，解除權人得以意思表示使已經履行的債務關係轉為回復原狀關係（同法第259條）、使尚未履行的給付義務向將來消滅。債權人可透過不行使解除權（權利行使自由）再給債務人一次履行債務的機會，若債務人還是不履行時，則可透過解除權（形成權）的行使將契約改造為回復原狀關係。詳細來說，本於形成權理論及權利行使自由，解除權人得自主決定是否免受尚未履行的給付義務的拘束（免除效果）<sup>60</sup>；解除權人得自主決定是否改造已履行債務關係為回復原狀關係（改造效果）<sup>61</sup>。以上兩種效果合稱為形成效果，發生上兩者並不可割裂：解除權人雖然可以自主決定是否行使解除權，但並不意味其得自主決定只發生免除效果或只發生改造效果，而是意味著，契約經有效解除，

<sup>59</sup> 也同樣質疑直接效果理論，郭麗珍，同註1，頁473。

<sup>60</sup> Han Georg Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag*, 1975, S. 160, 172.

<sup>61</sup> 早有類似方向的說明，陳自強，同註8，頁219。

且該當於兩種效果的前提時，這兩種效果都發生；無論解除權人是否已經給付，解除權人得自主決定是否解除契約，不意味著其得自主決定只在自己才發生免除效果及改造效果，在他方當事人並不發生這兩個效果，而是意味著，契約經解除，且該當於這兩種效果的前提時，在雙方當事人都發生這兩個效果。

以解除權屬形成權性質，進而以權利行使自主原則為解除契約效果（包括免除效果及改造效果）的依據，除考量到債權人有調整因債務人債務不履行或應負瑕疵擔保責任的瑕疵所造成利益狀態的需求，或考量到使發生約定解除權的合意外，在權利行使自由原則的規範設計下，也給了債務人還有一絲遵守契約的空間。在折衷理論的適用下，解除契約效果也相當程度吻合不履行損害賠償（替補賠償）義務履行的效果：債權人請求不履行損害賠償以代給付時（拒絕自己之給付，而請求不履行損害賠償），給付義務雖然向後消滅，但使發生該等給付義務的債務契約仍然有效，而依折衷理論，債權人（解除權人）解除契約者，經解除的契約仍然有效，只是尚未履行的給付義務向後消滅而已。債權人是否請求不履行損害賠償以代給付，仍然取決於自己的意思，是本於權利行使自由原則，而債權人（解除權人）是否解除契約，也取決於自己的意思，也是本於權利行使自由原則。

雙務契約給付客觀價額低於或等於對待給付客觀價額時：債權人請求不履行損害賠償以代給付者<sup>62</sup>，除債務人因此無須給付外，債權人依差額理論也得拒絕對待給付，從而原則上未受有民法第215條所指的積極損害（所受損害）<sup>63</sup>，故而以此

為限，並無請求回復原狀（返還）或金錢賠償（償還）可言；債權人（解除權人）解除契約者，在解除契約免除效果的作用下，債權人與債務人都免尚未履行的給付與對待給付義務，解除契約改造效果此時並無法發揮作用，故而無返還或償還已為給付與對待給付可言，也因此並沒有回復至尚未給付與對待給付的狀態可言，簡單來講，以上開的情形為限，債權人因請求不履行損害賠償以代給付所得的結果，與其因解除契約所得的結果，兩者並無不同<sup>64</sup>。是以或可謂，解除契約可替代不履行損害賠償，或不履行損害賠償可以替代解除契約。但若給付客觀價值高於對待給付的客觀價額，不履行損害賠償義務履行的效果就超出解除契約的效果，因為依差額理論，債權人至少受到了對待給付與給付客觀價額的差額的積極損害；倘債權人尚受到了消極損害，則解除契約的效果無論如何更無法與不履行損害賠償義務履行的效果相比擬，無法及於消極損害賠償的領域，是以解除契約就無法取代不履行損害賠償。簡要來說，回復原狀關係性質如何的問題的答案，無須再求諸不當得利返還義務的釋義結構，而應求諸形成權理論、權利行使自由原則及再給與債務人履行債務機會的思維。直接效果理論忽略解除契約這項釋義結構，從而認為經解除的契約自始無效，進而賦予回復原狀義務不當得利返還義務的性質，最終導致過度於其所欲達致回復目的的手段，也因此釋義結構上難以解決其與債務不履行損害賠償請求權關係如何的問題。由植基於上開於折衷理論適用下所產出結果（解除契約之結果相當程度吻合不履行損害賠償義務履行之結果）可知，這二個別制度可併存，並

<sup>62</sup> 例如買受人以高價（100萬元）向出賣人買入古董瓷器（客觀價額50萬元）。

<sup>63</sup> 若債權人受到民法第215條的消極損害（所失利益）者，例如前揭例

子，買受人嗣後又以更高價（150萬元）轉賣給次買受人，則仍然可以請求金錢賠償這些損害。

<sup>64</sup> 類此見解，Han Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 172; BT-Drucks., 14/6040, S. 187-188。

非互斥，因此也呈現出民法第260條的存在意義，也是德國債務法現代化法廢除解除契約與債務不履行損害賠償擇一論的原因，擬於以下相關處比較分析此問題。

## 五、結 論

不當得利返還義務的正當性基礎主要在無法律上原因，回復原狀義務的正當性基礎在廣義債務不履行或契約。兩者正當性基礎既然不同，則前者更不當然具後者性質。在現行民法秩序內，縱使兩個義務的內容相同，但性質卻不一定也會相同。縱使回復原狀義務的內容與不當得利返還義務的內容相同，但回復原狀義務卻不一定就因此屬於不當得利義務的性質。以回復原狀義務屬於不當得利返還義務性質的直接效果理論，就很難通過這點檢驗。解除債務人與受益人雖然都負返還或償還所受領給付的義務，但以給付不當得利成立時契約既然自始無效，則經解除的契約也應該自始無效的作法，在現行法秩序上並不是理所當然。再者，為了引發免除效果，而使經解除的契約自始無效的作法，也是過度手段。因為在解除契約中並沒有該當於無法律上原因的要件事實，故以回復原狀義務屬於不當得利返還義務性質的見解（直接效果理論），就不無疑問。

依形成權理論、權利行使自由原則、再寬容債務人一次履行債務機會的思維，契約經解除者，發生改造及免除效果：解除權人得以意思表示使免給付義務與對待給付義務的效果發生、改造債務關係成為回復原狀關係，債務人在解除權人行使解除權前，還有機會履行債務。是以回復原狀關係性質如何的問題的答案，就無須再求諸不當得利返還義務的釋義結構。直接效果理論沒有察知解除契約這個釋義結構，以經解除的契約自始無效，進而賦予回復原狀義務不當得利返還義務的性質，最終導致過度於其所欲達致目的的手段，也因此難以解決其與

債務不履行損害賠償請求權究竟處在怎樣的關係的問題。

## 肆、原物返還不能的危險

民法第259條第1款至第5款都沒涉及到原物返還不能（不包括本質上原物返還不能，例如物的使用、勞務給付或金錢支付）。這點由上開說明就可得知。解除債務人在契約解除後原物返還不能時，立法者應該如何分配這項給付危險，是以下分析的客體。

### 一、以解除債務人為承擔主體

若沒有民法第259條第6款規定，則：契約經解除者，當事人就已受領的給付負原物返還義務，解除債務人因不可歸責於自己的事由，致原物返還不能者，依民法第225條第1項規定，免原物返還義務（解除債權人承擔給付危險），依同法第226條第1項的反面推論，解除債務人不負損害賠償義務；解除債務人因可歸責於自己的事由，致履行不能時，也免原物返還義務<sup>65</sup>（解除債權人承擔給付危險），依同法第226條第1項及第215條規定，解除債務人負金錢賠償義務。「不能者，無債務」原則是民法第225條、第226條及第266條規範設計的出發點，這點由司法院院字第2182號解釋：「債之關係發生後給付不能者，無論其不能之事由如何，債權人均不得請求債務人為原定之給付，此觀民法第225條及第226條之規定自明」與最高法院39年台上字第411號判例：「物之出賣人應負交付其物於

<sup>65</sup> 最高法院29年度上字第1140號判例、最高法院30年度上字第1253號判例、最高法院33年度上字第5264號判例、最高法院39年度台上字第411號判例、最高法院40年台上字第599號判例；司法院院字第1446號解釋、司法院院字第2182號解釋；邱聰智，同註7，頁453；孫森焱，同註7，頁530；劉春堂，同註7，頁293、294。

買受人並使其取得該物所有權之義務，固為民法第248條第1項所明定。惟債之給付不能時，除係因可歸責於債務人之事由所致者，債權人得依同法第226條第1項規定，請求損害賠償外，不仍請求履行契約」就可得知。再者，羅馬法、德國民法第275條<sup>66</sup>及瑞士債務法第119條、第97條等規定也採取「不能者，無債務」原則<sup>67</sup>。

依民法第259條第6款規定，解除債務人原物返還不能者，不論是否因可歸責於自己的事由，致原物返還不能，都免原物返還義務（解除債權人承擔給付危險）。由此可知，民法第259條第6款內關於免原物返還義務部分的規範設計，與民法第225條、第226條及第266條相同，都以債權人來承擔給付危險。前者是具體規定，後者是抽象規定，前者先引發適用命令，後者因此並無適用的餘地<sup>68</sup>。但解除契約是為再現當事人於契約成立前的法律狀態，僅使解除債務人免原物返還義務的作法，雖然滿足上開關於不能的原則，但卻不能達到這項解除契約的目的，因為解除債務人免原物返還義務，解除債權人卻

仍然負回復原狀義務，並不是契約成立前的法律狀態<sup>69</sup>。為了達到這個目的，立法者就使解除債務人負價額償還義務，從而由解除債務人來承擔原物返還不能的危險。類似價額償還的作法在現行法也並不陌生，例如賠償義務人回復原狀（民法第213條第1項）不能（或顯有重大困難）者，應以金錢賠償權利人的損害（同法第215條），此其一；其二，不當得利受領人不能返還其所受的利益時，應償還其價額。簡要來說，解除債務人雖然免原物返還義務，但負價額償還義務，由其仍然負價額償還義務來看，現行法終究是以解除債務人來承擔原物返還不能的危險。

民法第259條第6款以解除債務人承擔原物返還不能危險的作法（負價額償還義務）在現行法一點也不陌生，也是理性的作法，因為原物返還不能的危險在受領給付物時已經移轉給解除債務人（例如民法第373條及第508條第1項），且受領給付者占有所受領的給付物，對其享有事實上管領力，能夠防止所受領的給付物返還不能。德國債務法現代化法政府草案立法理由<sup>70</sup>：「一般而言，依現行法第446條或第644條規定，雙方將給付干擾回復原狀、不可抗力滅失或毀損的危險發生在已移轉給解除債務人的時後」就能夠證明以上的說明。但如果在以上的分析又加入了可歸責與不可歸責的因素，則是否會使解除債務人雖然免原物返還義務，但負價額償還義務（解除債務人負擔原物返還不能的危險），從而再現當事人在契約成立前法律狀態的作法的正當性受到影響，就不是沒有疑問。

因為民法第259條第6款不以解除債務人就原物返還不能可歸責為價額償還義務的發生要件，故縱使解除債務人就原物返

<sup>66</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 127; Claus-Wilhelm Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329; Wolfgang Däubler, Neues Schuldrecht - ein erster Überblick, NJW 2001, 3729, 3732; Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1, 2.

<sup>67</sup> BGE 111 II 352 S. 355; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 416, 422, 424; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 438.

<sup>68</sup> 由抽象至具體的編纂邏輯，是編纂法學的結晶，Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 2005, S. 151。依Bernhard Windscheid（德國民法典起草人之一）的說明，編纂法指的是源自羅馬法的普通德意志私法，Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 1887, S. 1。

<sup>69</sup> 以二重得利進行說明，史尚寬，同註7，頁546、547。

<sup>70</sup> BT-Drucks, 14/6040, S. 190.

還不能不可歸責，也負價額償還義務。法定解除權的發生不外乎是以可歸責債務人的債務不履行或債務人應負擔保責任的瑕疵給付為要件，要不是早在解除權發生的原因階段債務人就已經是可歸責（此點同民法第213條第1項），就是規範設計上解除權的發生原因原本就不以債務人過失為要件。因此，若解除債務人本來就是債務人，則民法第259條第6款使其免原物返還義務，但負價額償還義務，從而再現當事人在契約成立前法律狀態的作法，其正當性就不因解除債務人就原物返還不能可歸責而受到影響<sup>71</sup>。約定解除權的發生則不一定以債務不履行或債務人應負擔保責任的瑕疵給付為要件，當事人也可以約定，縱使沒有類似情事，也發生解除權。既然是約定解除權，則民法第259條第6款使原本是債務人的解除債務人免原物返還義務，但負價額償還義務，從而再現當事人在契約成立前法律狀態的作法，其正當性就在於發生解除權的當事人合意<sup>72</sup>。但若解除債務人是債權人及法定解除權人，且就受領的給付物返還不能可歸責，則應該是怎樣內容的規範設計？若解除債務人同時是債權人及約定解除權人，且就受領的給付物返還不能可歸責，則應該是如何內容的規範設計？擬在以下解決這二個問題。至於上開情形，因民法第259條所規定的回復原狀義務的正當性要非在於債務不履行（法定解除權），便是在於契約（約定解除權），故解除債務人就受領的給付物返還不能不可歸責時，尚無法動搖這項法律狀態。

## 二、以解除權人為承擔主體

在法定解除權的情形，民法第262條所指的解除權人，是

指債權人，因為民法的解除權規範是以債務不履行或瑕疵給付為要件，以債權人享有解除權為法律效果，民法第254條、第256條、第227條第1項準用第254條及第256條、第353條準用第254條及第256條、第359條、第398條及第484條等規定，就都以債權人為解除權人。在約定解除權的情形，由民法第262條文義「所受領之給付物」可知，它所指解除權人，是指得請求債務人給付物，進而得受領該物的債權人。由本條文義「所受領之給付物……不能返還」可知，解除權人應返還所受領的給付物，是解除債務人。

依本條規定，解除權人解除契約前已不能返還原物者，不得解除契約。解除權人既未解除契約，則要非是應返還的物的所有人，便有權占有應返還之物。解除權人雖然不是所有人，但有權占有應返還的物，且就應返還的物返還不能有過失者，是過失違反他人的物完整性的保護義務。這裡所指的過失，是指一般意義下的過失（民法第220條），是對於他人的過失。解除權人是應返還的物的所有人，且就應返還之物返還不能有過失，則過失違反尊重所有物的完整性義務。這裡所指的過失，並不是一般意義下的過失，而是對於自己的過失，換句話說，解除權人對自己過失違反以所有物完整性保護為內容之不真正義務<sup>73</sup>。由此以觀，民法第262條涉及到解除權人就受領給付物返還不能可歸責的問題，擬於以下進行相關的研究。

### （一）規範的歷史與正當性

若沒有民法第262條規定，則：依民法第259條第6款規定，無論解除權人因可歸責或不可歸責於自己的事由，致不能返還所受領的給付物時，都免原物返還義務，但負價額償還義

<sup>71</sup> 同註22。

<sup>72</sup> 同註23。

<sup>73</sup> 王澤鑑，債法原理（一）·基本理論·債之發生，頁51以下，自版，2005年；黃茂榮，債法總論（一），頁108，自版，2003年修訂版。

務。這項規範設計以解除權人（債權人、解除債務人）承擔應返還物返還不能的危險，藉此再現當事人於契約成立前的法律狀態。以買受人因買賣標的物有瑕疵而解除契約為例，依民法第259條第6款規定，買受人仍然負價額償還義務，依民法第259條第2款規定，出賣人受領價金者，負價金償還義務。這項規範設計以買受人承擔應返還的物返還不能的風險，藉此再現當事人於契約成立前的法律狀態。依民法第262條規定，解除權人（債權人）的解除權消滅。解除權人（債權人）既然喪失了解除權，則除了並沒有免除解除債務人原物返還義務及負擔價額償還義務可言外，也並無請求解除相對人償還對待給付的價額可言。以買賣標的物有瑕疵為例，買受人喪失解除權，無從解除契約，從而並無免除買受人原物返還義務及負擔價額償還義務可言，也並沒有請求出賣人返還價金可言。是以可以認為，解除權人也負擔原物返還不能的危險。這項危險負擔的構造（解除權消滅，從而債務關係無從轉入回復原狀關係）雖然明顯與民法第259條第6款的危險負擔的構造（解除債務人雖免原物返還義務，但負價額償還義務）不同，但結論上它們都以受領給付物的人來承擔受領給付物原物返還不能的危險<sup>74</sup>。儘管民法第259條第6款與第262條結論上都以受領給付物者負擔受領給付物原物返還不能的危險，但如果所解除的債務契約是雙務契約，則因依民法第259條第6款規定，債務關係轉換成回復原狀關係，故有對待給付返還的問題，牽涉到給付與對待給付關係的維持，在同法第262條，債務關係就無從轉換成回復原狀關係，故並無這類問題，不得不辨。

由民法第259條及同條第6款文義「解除契約時」及「應返還之物有毀損、滅失或因其他事由，致不能返還者」也可以得

知，該條規應只適用在解除契約時解除權人已不能原物返還應返還物的情形。但為何民法第262條使債權人喪失解除權？該條規定的立法理由：「查民律草案第五百四十七條理由謂有解除權人，因歸責於己的事由，致不能履行回復原狀義務時，若仍使其有解除權人，有害相對人之利益，故應使其解除權消滅。又同律第五百四十八條理由謂有解除權人，因加工或改造，將其所受領之給付物，變為他種類之物時，亦應使其解除權消滅，否則解除後必須回復原狀，而物已變更，相對人受之，未必能有利益也」並未提供這個問題的答案，是以以下分析的是民法第262條的成因。

我國民法第262條繼受自德國民法舊法第351條，該條第1句<sup>75</sup>：「解除權人就所受領的客體毀損、滅失或其它返還不能有過失者，解除權消滅。」依德國債務法現代化法政府草案立法理由，這條規定是普魯士普通國法（Das Preußische Allgemeine Landrecht = ALR）及普通法的折衷產物<sup>76</sup>。普魯士普通國法第1部第5章第326條：「給與人<sup>77</sup>不能擔保瑕疵品質者，受領人<sup>78</sup>得解除契約（Kann der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewahren, so kann der Uebernehmer von dem Contracte wieder abgehn）。」同法第327條：「受領人此際應以受領時的狀態返還所受領的物（Er mus aber alsdann die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat,

<sup>75</sup> 關於德國民法舊法相關規定，國內重要文獻，楊芳賢，受領之給付物毀損滅失等對解除權之影響及如何償還價額之問題，臺灣大學法學論叢，第31卷第4期，頁199，2002年7月。

<sup>76</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 192。將「ALR」翻譯成「普魯士一般國法」者，葉百修，司法院釋字第670號解釋·協同意見書。

<sup>77</sup> 指出賣人。

<sup>78</sup> 指買受人。

<sup>74</sup> Hans Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 210.

zurückgeben)。」同法第328條：「受領人不能返還或無意返還者，不得解除契約 (Kann oder will er dieses nicht, so hat es bey dem Contract sein Bewenden...)。」依前揭普魯士普通國法的規定，買受人解除契約者，負原物返還義務，以能返還所受領的客體以受領時狀態者為限，享有解除權，換句話說，買受人不能原狀返還所受領的客體者，不得解除契約<sup>79</sup>。依普通法規定，應返還客體滅失者，買受人仍然享有解除權；返還不能不可歸責買受人者，買受人除不負價額償還義務外，尚得請求償還價金；返還不能或減損可歸責買受人者，以同時提出償還價額者為限，始得請求償還價金<sup>80</sup>，而仍然得請求償還價金。綜上以觀，德國民法舊法第351條第1句以上開普魯士普通國法為本，在其中加入只有上開普通法才有的可歸責及不可歸責區別的要件，從而以契約經有效解除者，雙方當事人負原物返還義務；若解除權人就原物返還不能可歸責，則不得解除契約；若不可歸責，則負價額償還義務。我國民法第262條也是同樣的內容<sup>81</sup>。

但由上開分析只能得知，民法第262條及德國民法舊法第351條第1句的歷史成因，至於如此內容的規範設計的正當性基礎在哪？由以上說明仍然無法得知。關於德國民法第351條規範形成的依據，德國聯邦法院有如下說明<sup>82</sup>：「買受人在瑕疵擔保範圍內請求解除契約，並藉此請求履行買賣契約時，依德

國民法舊法第467條及第346條第1句規定，應返還買賣標的物於出賣人。因此若買受人不願返還所買受的物，縱使其有能力返還，也不允許其行使解除權，這點除了由解除本質（依德國民法舊法第462條，因為解除，以可能者為限，應回復買賣契約的法律效果）可得知外，由德國民法舊法第351條以下規定也可得知。如同Wolff氏的說明，依德國民法舊法第467條規定，這些規定準用在解除，立基在禁反言的思想。就所買受的物毀損、滅失或其它返還不能有過失（德國民法舊法第351條）或加工改造者（德國民法舊法第352條），倘其儘管如此仍然解除且藉此請求回復買賣契約，則一般是以違反誠實信用的方法，使自己與自己行為處於矛盾。相同地，若買受人主張解除買賣契約，但自始無意返還買賣標的物於出賣人，而是想要終局保有它，也是行為矛盾。」由德國聯邦法院以上的說明可知，德國民法舊法第351條是以禁反言原則為依據<sup>83</sup>：解除權人原物返還不能後解除契約者，違反禁反言原則，從而為了避免這項情形，就應該使解除權消滅，反面推論這個結論：解除契約後才原物不能返還時，德國民法舊法第351條並沒有適用的餘地。

最高法院93年台上字第32號判決：「民法第二百五十四條之規定，僅為法律所認解除權之一種，並非禁止契約當事人間另有保留解除權之特別約定。當事人間有約定解除權者，就其解除權發生之原因、解除權行使之方法、解除後之效果，有特別約定者，應依其約定。次按民法第二百六十二條因受領物不能返還致解除權消滅之規定，須有解除權人所受領之給付物不能返還，係發生於解除權行使以前，解除權始歸消滅。」最高

<sup>79</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 192; Hans Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 51.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 192; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 1887, S. 515-517; Heinrich Dernburg, Pandekten, Band 2, 1900, S. 276; Hans Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 45-45.

<sup>81</sup> 楊芳賢，同註75，頁205。

<sup>82</sup> BGH, NJW 1972, 155, 156.

<sup>83</sup> Palandt/Heinrichs, § 351 BGB, Rn. 1, 59. Aufl.; Jauernig/Vollkommer, § 351 BGB, S. 395, 7. Aufl.

法院92年台上字第1267號判決：「有解除權人因可歸責於自己之事由，致其所受領之給付物不能返還，須發生在行使解除權之前，其解除權始歸於消滅；倘於行使解除權後，始發生其所受領之給付物不能返還之情形，契約既經合法解除，要無更使解除權消滅之可言。」

最高法院與德國聯邦法院上開判決，都以禁反言原則為民法第262條的正當性基礎：解除權人在解除權行使前已不能返還所受領的給付物，但其後卻解除契約者，違反禁反言原則，因為解除契約意味的是，解除權人欲使發生拒絕給付或請求返還所為給付及返還所受領給付的法律效果。解除權人既然已經不能返還原物，則解除契約後又如何返還原物，因此單從形式來看，解除權人與自己的先行行為矛盾。為了避免這項情形，就應該使解除權消滅，反面推論這個結論，解除權人解除契約後才不能返還原物時，就不可能牴觸禁反言原則，民法第262條並沒有適用的餘地<sup>84</sup>。準此而論，民法第262條既然以解除權人解除契約時已不能返還應返還的物為要件，則若想要使債權人喪失解除權（民法第262條），就只能以上開禁反言原則為正當性基礎。

## （二）規範具正當性基礎<sup>85</sup>？

在民法領域內以禁反言原則為規範正當性基礎，實在是罕見的作法，除了民法第262條規定外，也只有民法第180條第3款。文獻上對這個罕見的規範設計很少有詳細、深入的說明，

<sup>84</sup> 這是一般見解，史尚寬，同註7，頁546；林誠二，同註1，頁303；孫森焱，同註7，頁786，邱聰智，同註7，頁583，劉春堂，同註7，頁399；鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁445。

<sup>85</sup> 早就以德國債法修正草案為理由，質疑民法第262條正當性，郭麗珍，同註1，頁485、486。

因此有研究的必要。立法者在民法第262條認為，解除權人在原物返還不能後解除契約是違反禁反言。但立法者這項觀察是否正確？是以下分析的重點。

### 1. 解除權人自我矛盾行為與對己過失的要件

民法第262條既然以禁反言原則為正當性基礎，則這條規定關於對己過失的要件似乎就是多餘，因為縱使解除權人就應返還的物的完整性尊重這項不真正義務的違反沒有過失，但倘在其後行使解除權，則仍然牴觸禁反言原則。但解除權人就應返還的物的完整性尊重這項不真正義務的違反沒有過失時，民法第262條並沒有適用的餘地。由此可知，這條規定實際上並不只以禁反言原則為正當性基礎，而是也以解除權人的對己過失為要件，這點由該條文義就可得知。換句話說，只有禁反言原則還不足充實民法第262條的正當性，更須以解除權人對己過失的要件作為補充<sup>86</sup>。如同前面的說明，解除權人原物返還不能後解除契約時，是自我矛盾行為，可能違反禁反言原則，而為了避免解除權人違反禁反言原則，就使其喪失解除權。在民法第262條的規範設計內，解除權人（應返還之物之所有人）被處置成為非所有人，負尊重應返還的物的完整性的義務。但解除權人既然是應返還的物的所有人，則本來就可以任意處分（事實上與法律上處分）其所有物、應返還的物。因此，民法第262條這項平等處置就不是沒有疑問。

解除權人是約定解除權人，亦即應返還的物的所有人時，規範形成上就能夠期待他在還未解除契約前就能預見到解除契約，從而能夠期待他尊重應返還的物的完整性。因此，若約定解除權人過失滅失或毀損應返還的物，亦即過失違反應返還的

<sup>86</sup> 僅以對己過失（違反不真正義務）為該條規定的正當性基礎，楊芳賢，同註75，頁211。

物的完整性的義務，似乎就可以使其喪失解除權。但因約定解除權是依當事人的合意而發生，故縱使約定解除權人過失滅失或毀損應返還的物，亦即過失違反應返還的物的完整性的義務，得否使約定解除權人喪失解除權，就不無疑問。權利的取得既然是依契約，其正當性既然在契約，則若規範設計上想要使這項權利喪失，其正當性應該首先在於契約。準此而論，依雙方的合意使約定解除權人喪失解除權的作法才是正當。倘解除權人是法定解除權人、應返還的物的所有人，而不能返還應返還的物，則規範形成上能否期待其於未解除契約前就能夠預見解除權的發生原因，從而能否期待其尊重應返還的物的完整性，進而使其於過失滅失或毀損應返還的物的情形喪失解除權，就不是沒有疑問<sup>87</sup>。德國債務法現代化法政府草案立法理由<sup>88</sup>：「在約定解除保留，受領給付一方當事人對他方當事人負妥善處置給付客體的義務，解除權消滅時，這項義務才消滅，違反這項義務時，他方當事人就享有政府草案第280條第1項所規定的損害賠償請求權。在法定解除權，當事人首先得以移轉給自己的客體終局地是自己財產的構成部分。當事人知悉或應知悉解除要件成立時，才發生注意處置義務。其最遲在表示解除時發生。在此間因解除債務人違反義務，故也已經發生政府草案第280條第1項所規定的損害賠償義務。債務人在法定解除對解除原因應該負責時，依政府草案第325條及第281條規定，他方享有損害賠償請求權。」

<sup>87</sup> PWW/Medicus, § 346 BGB, Rn. 1.

<sup>88</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 195。另外德國債務法現代化法聯邦眾議院法委員會的立法理由，也與這項說明相同，BT-Drucks.14/7052, S. 193-194。

由上開立法理由說明可知，德國債務法現代化法立法者認為，規範上能期待，約定解除權人在解除契約前就能夠預見解除契約的情事，從而能夠期待其尊重應返還的物的完整性；規範上尚無法期待法定解除權人在解除契約前能預見解除原因，從而無法期待其尊重應返還的物的完整性，適足以證明上開的說明。因此，除了只有自我矛盾行為要件還無法充實民法第262條正當性基礎外，輔以解除權人就應返還的物的返還不能有過失為要件，仍然無法補足第262條的正當性缺口，其正當性仍然不足。

## 2. 欠缺具保護必要的信賴

如同前面的說明，解除契約意味的是，解除權人想要使回復原狀的法律效果發生（民法第259條），包括拒絕給付、請求返還所為給付、返還自他方所受領的給付。解除權人既然已經不能返還原物，則解除契約後又如何返還原物。是以單從形式來看，就有解除權人自我矛盾行為。依通說，不是只有自己矛盾行為就可以引發禁反言原則的適用，還要有信賴要件<sup>89</sup>，換句話說，禁反言原則除了以自己矛盾行為為內涵外，還以信賴保護為內涵。信賴保護原則除了在憲法價值體系占有一席之地外，也是民法廣泛接納的法倫理原則，例如民法第91條、第110條、第245條之1及第247條等規定。簡單來講，信賴保護原

<sup>89</sup> 王澤鑑，權利失效，民法學說與判例研究(一)，頁338，自版，1996年；BGH, NJW 1958, 1988; NJW 1986, 2104, 2107; NJW 1997, 3377; BAG, NJOZ 2002, 1936, 1940; NJOZ 2006, 1855, 1857; Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht, S. 287; Reinhard Singer, Wann ist widersprüchliches Verhalten verboten? - Zu den Rechtsfolgen der form- und grundlosen Eigenkündigung eines Arbeitnehmers, NZA 1998, 1309, 1310。

則受到廣泛的承認，是法倫理原則<sup>90</sup>，故而以信賴保護為內涵的禁反言原則也是法倫理原則。

詳細來說，欲使當事人仍然受到無效法律行為所欲引發的法律效果拘束時，只有自我矛盾行為還無法充實發生這項拘束力的正當性，因為法律行為無效時，原則上仍然應該以無效因素優先，而不得使該法律行為所欲的法律效果發生，例如以強制與禁止規定優先，否則就有使無效因素形同虛設的疑慮；欲使權利人發生權利失效的效果時，只有自我矛盾行為還不能夠充實權利失效的法律效果的正當性，因為當事人是否行使權利，縱使有自我矛盾行為，在權利尚未行使前，仍然應該以自主決定為優先，且（自羅馬人時起便以）禁反言是法倫理原則<sup>91</sup>，權利本身（自啟蒙運動起）也具有法倫理因素，故而質與量上只有自我矛盾行為是否就已經超越權利，就不無疑問。如此的說明並非意味，自我矛盾行為本身絲毫不具正當性，而是其本身就是正當，只是單憑其本身還不能正當化權利失效及法律行為拘束力的發生<sup>92</sup>。

只是在這裡是否有維持債務人契約效力，且具保護必要性的信賴？亦即有無債權人不解除契約，且具保護必要性的信賴？民法上的信賴並非可以憑空產生，並非可以毫無憑藉發生。憑空產生的信賴並不是信賴，只能是輕率，不具保護必要性。契約成立後，雙方當事人應堅守契約，這點可以憑徵出契約效力維持的信賴，包括債務人信賴債權人不解除契約。但債

務人債務不履行時，債權人除了可以請求履行利益損害賠償外，還享有解除權，若債務人選擇債務不履行，則是選擇破壞其與債權人間的信賴，則哪還能期待債權人不行使解除權，因而縱使債務人信賴債權人不解除契約，也沒有必要保護這項信賴；債務人雖本無意債務不履行，其債務不履行仍破壞此信賴關係，但因解除權行使與否取決於債權人意思，故縱債務人信賴債權人不解除契約，也沒有必要保護這項信賴。再者，在約定解除權，解除權的發生雖然不是一定以債務不履行為要件，但既然是約定解除權，則雙方當事人自能預見解除契約，從而哪有維持契約效力的信賴，哪有不解除契約的信賴可言。德國債務法現代化法政府草案立法理由<sup>93</sup>：「買受人（定作人）依法定解除權解除契約時，危險返轉於出賣人，才合乎事理。契約因此被解除，因為出賣人（承攬人）沒有完全履行，未依規定給付者，不得信賴<sup>94</sup>危險終局移轉至他方。只違反保護義務（例如說明義務之違反）時，不因此成立未依規定所為的給付。應由不可責難的參與人其中何者來承擔損失的兩難，在這裡間應以有利於解除權人的方法來解決，也符合現行法的通說」也明白表示，解除權相對人並沒有保護必要的信賴。

### 3. 解除前・可責・喪失解除權・無賠償義務／ 解除後・亦可責・但賠償義務——評價矛盾

解除權行使前，解除權人因可歸責於自己的事由，致應返還的物滅失或毀損時，民法第262條才有適用的餘地。依通說<sup>95</sup>，反面推論這條規定就可得知，解除權行使前，解除權人

<sup>90</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 266 ff.

<sup>91</sup> BGH, 1954, 1644; Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 288.

<sup>92</sup> 如此明確指出，Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 287。

<sup>93</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 196。相同見解的是，Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XL。

<sup>94</sup> 筆者在這加了引號，是為以凸顯這裡欠缺有保護必要的信賴。

<sup>95</sup> 楊芳賢，同註75，頁205-206；陳自強，同註8，頁225-226；陳洸

因不可歸責於自己的事由，致應返還的物滅失或毀損時，解除權不消滅，解除權人因此仍然可以解除契約，且因其在解除時已能預見將負民法第259條第6款的價額償還義務，故同法第266條並沒有準用的餘地，解除權人因此仍然負這項價額償還義務。至於若解除契約以後，解除權人因可歸責於自己的事由，致應返還的物滅失或毀損，則民法第262條並沒有適用的餘地，解除權不消滅。而由於回復原狀義務也是債權債務關係，且民法第259條第6款主要任務在於分配契約解除後當事人的危險負擔，故在解除權人可歸責時，並沒有能力排除解除權人的給付不能損害賠償義務，尤其在解除相對人受到所失利益的損害，而價額償還義務本質上並無法涵蓋所失利益這部分時，更沒有排除民法第226條第1項適用的理由。至於解除權人不可歸責時，雖然依民法第226條第1項的反面推論，其並不負損害賠償義務，但依民法第259條第6款規定，卻負價額償還義務，危險負擔的分配原本就立基於雙方當事人的意思（交換意思），而由於解除權人能夠預見解除後將負價額償還義務，故上開規範設計也並沒有違反危險負擔分配的本旨。另外要說明的是，民法第260條的適用應該僅限於解除權並未依民法第262條規定消滅的情形，因為如果解除權已依這條規定而消滅，則沒有「解除權行使」不妨礙損害賠償請求權可言，是以並不能以民法第260條及解除契約與債務不履行損害賠償兩立說為理由，而認為無論解除前或解除後解除權人都負債務不履行損害賠償義務。

德國民法舊法第280條第1項、第351條與我國民法第226條第1項、第262條的內容完全相同，德國債務法現代化法修正理由因此也明確表明與以上分析結果相同的結論：「應返還的物

因解除權人的過失而滅失者，依現行法規定，取決於這項情形發生在解除的表示發出前或後。在解除表示前滅失時，解除權消滅。在這項時點後滅失時，解除權不消滅，但依現行法規定，解除權人應賠償損害。」簡要來講，依民法第262條及第259條第6款規定，解除前，解除權人可歸責，喪失解除權，不負賠償義務；解除後，解除權人可歸責，負賠償義務。但解除契約前及解除後，解除權人雖然都因可歸責於自己的事由，致應返還的物滅失或毀損，但卻受到不同的處置，明顯是評價矛盾<sup>96</sup>。單以應返還的物滅失或毀損發生時點上先或後於解除契約的區別，明顯不能正當化這項差別待遇。若應返還的物滅失或毀損發生在解除契約不久前或後，甚至一秒鐘前或後，則上開評價矛盾更顯得尖銳，是廢除德國民法舊法第351條的理由<sup>97</sup>。德國債務法現代化法立法理由<sup>98</sup>：「應返還的物因解除權人的過失而滅失者，依現行法規定，取決於此情形發生在解除表示發出前或後。在解除表示前滅失時，解除權消滅。在這時點後滅失時，解除權不消滅，但依現行法規定，解除權人應賠償損害。這項區別並不具說服力，患有物或權利瑕疵的自行車，在買受人行駛中因交通事故嚴重受損時，對法律效果來說，在解除表示不久前或不久後發生交通事故，應沒有什麼不同。」

<sup>96</sup> 關於評價矛盾，Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1997, S. 212。

<sup>97</sup> 另一個理由則是前面所指的欠缺保護必要的信賴。

<sup>98</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 195; Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVI.

德國債務法現代化法立法理由甚至明白表示<sup>99</sup>：「依草案，解除權人故意滅失應返還的物時，解除權原則上仍然不消滅。可以贊同這項結論。故意滅失時間上在解除表示之後時，依現行法也是如此——儘管解除權人應該賠償損害，但仍然享有第346條所規定的回復原狀請求權。順帶一提的是，在極端情形，權利人的請求可能是權利濫用。」依這項立法理由，解除契約後，解除權人故意滅失應返還的物時，負損害賠償責任，解除權行使前，縱使解除權人故意滅失應返還之物，也應使其不喪失解除權，也應使其負損害賠償責任（損害賠償替代給付責任）<sup>100</sup>。依這項說明，德國債法現代化的立法者就透過廢除德國民法舊法第351條關於解除權喪失的規定（類同我國民法第262條），排除上開評價矛盾。

#### 4. 德國民法第346條關於返還不能危險承擔的規定

為了使本文以上關於民法第262條的批判更具說服力，以下擬分析德國民法相關規定。但因其究竟不是本文的重點，故只能在證明上開分析的範圍內，擇要進行分析。德國民法第346條第1項：「契約一方當事人契約保留解除或享有法定解除權者，解除契約時，應返還所受領的給付與所收取的使用收益。」這條項規定基本上與我國民法第259條第1款至第5款相同，都以解除契約時，解除債務人負原物返還義務為內容<sup>101</sup>。同條第2項第1句：「債務人依所取得的本質不能返還（第1款）、已消費、移轉、設定負擔、加工或改造所受領客體（第

2款），或所受領客體毀損或滅失（第3款）者，應償還價額，以代返還。但合於規定的使用所生的毀損，不在此限。」同條項第2句：「在契約中規定對待給付者，在價額償還計算時，應以其為基礎。為了消費借貸的使用利益而負價額償還者，得證明使用利益價值（於契約成立時）<sup>102</sup>較低（於對待給付）<sup>103</sup>。」這條項規定基本上與我國民法第259條第2款、第3款及第6款相同，都以原物返還不能為前提，以價額償還義務為法律效果<sup>104</sup>。一般認為，解除債務人因返還不能而對第三人損害賠償請求權時，解除債權人除得請求價額賠償外，也可比不主張這項價額賠償請求權，而向解除債務人請求讓與其損害賠償請求權，或請求交付其所受領的賠償物（德國民法第285條第1項）<sup>105</sup>。簡要來說，應返還的物原物返還（德國民法第346條第1項）不能時，解除權人雖然仍然可以解除契約，但負價額償還義務（同條第2項第1句），仍然以解除債務人承擔返還不能的風險。

但德國民法第346條第3項第1句規定：「在客體加工或改造時，使發生解除權的瑕疵始顯露出（第1款），或債權人對於毀損或滅失應負責，或縱使無須負責，損害仍然發生（第2款），或於法定解除權情形，毀損或滅失發生在解除權人，縱使其已盡與處理自己事務同一的注意（第3款），價額償還義務消滅。」依這條規定，返還不能危險回轉至解除債權人。詳

<sup>99</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 196; Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVI.

<sup>100</sup> 詳見後述。

<sup>101</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 195-196; Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVI; Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 10/9.

<sup>102</sup> 括號內是筆者所加的註解。

<sup>103</sup> 括號內係筆者所加的註解。

<sup>104</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 195-196; Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XXXVI; Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 10/14 ff..

<sup>105</sup> Haas/Medicus/Walter/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Rn. IV/33; MünchKomm/ Gaier, § 346 BGB, Rn. 47.

細來講：其一，倘解除債權人因可歸責自己的事由，致應返還的物原物返還不能，則不應該由解除債務人承擔這項返還不能危險，從而不只應該使其免原物返還義務，也應該使其免價額償還義務（德國民法第346條第3項第1句第2種情形）<sup>106</sup>；其二，應返還的物原物返還不能也將發生在解除債權人時，亦即解除債務人行為與返還不能間不成立因果關係者，這項返還不能危險也不應該由解除債務人來承擔，從而不只應使其免原物返還義務，也應使其免價額償還義務（德國民法第346條第3項第1句第3種情形），換句話說，這項返還不能是可歸責於解除債務人<sup>107</sup>。

最後，應返還的物原物返還不能，雖然是因原物加工或改造所造成的，但原物所罹，使發生解除權的瑕疵在加工或改造時才顯露出來時，這項返還不能的危險也不應該由解除債務人來承擔，故而不只應該使其免原物返還義務，也應使其免價額償還義務（德國民法第346條第3項第1句第1種情形），蓋倘應返還的物沒有罹患瑕疵，則加工或改造是否一定導致原物返還不能，還是個未知數，且倘瑕疵一開始就已顯露出來，則規範上能期待解除債務人（買受人或定作人）可得而知<sup>108</sup>瑕疵情事，而得自主決定是否仍然加工或改造原物，進而自主決定是否承擔返還不能的危險，反之則否。

因法定解除權人在解除契約前是所有人，得以自己是終局享有應返還的物的所有人，故直到解除契約前，實沒有照管他人的物的保護義務可言，原本他就可以任意處分應返還的物，是以德國民法第346條第3項第1句第4種情形規定，若法定解除權人於應返還之物滅失或毀損防免一事，已善盡與處理自己事物同一的注意時，除了免原物返還義務外，也免價額償還義務，返還不能的危險返轉至解除債權人。應附加說明的是，這裡所謂與處理自己事物同一的注意，是指不真正義務，違反者，成立對己過失<sup>109</sup>。換句話說，法定解除權人只以就應返還之物返還不能有故意或重大過失者為限，才負價額償還義務。至於與處理自己事物同一的注意這個要件不外是為了呼應上開立法理由（解除權人為應返還的物所有人，就能終局以應返還的物是自己的所有物）<sup>110</sup>。規範形成上約定解除權人在約定解除權時，就能夠預見解除契約，故而能期待其尊重應返還的物的完整性。因此，德國民法第346條第3項第1句只適用在法定解除權，在約定解除權則無適用餘地，且法條文義也只提到法定解除權<sup>111</sup>。

非常有爭論的是，若法定解除權人明知解除原因，則第346條第3項第1句第4種情形是否有適用餘地，亦即應否目的性

<sup>106</sup> Martin Schwab, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach § 346 ff. BGB n.F., JuS 2002, 630, 634; Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 10/30.

<sup>107</sup> Martin Schwab, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach § 346 ff. BGB n.F., JuS 2002, 630, 634; MünchKomm/Gaier, § 346 BGB, Rn. 52; Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 10/32.

<sup>108</sup> MünchKomm/Gaier, § 346 BGB, Rn. 50.

<sup>109</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XLIV; Klaus Reinschl, Grundfälle zum neuen Schuldrecht - 3. Teil. Der Rücktritt, JuS 2003, 667, 670.

<sup>110</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 195; Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XLIII. ff.; MünchKomm/Gaier, § 346 BGB, Rn. 56; Haas/Medicus/Walter/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Rn. IV/63.

<sup>111</sup> BT-Drucks. 14/7052, S. 193; Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XL; Sudabeh Kamanabrou, Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung, NJW 2003, 30.

限縮該規定適用範圍在法定解除權人不知且非可得而知解除原因的情形？依通說<sup>112</sup>，約定解除權人既然因為明知解除原因，而不得免除價額償還義務，則若法定解除權人明知解除原因，也不得免除價額償還義務。債務法現代化立法者也認為<sup>113</sup>：「委員會認為在第3項內的責任免除構成要件是正確的。這也適用在第3款內所規定的法定解除權人的責任免除。Lorenz氏、Kaiser氏及Hager氏對此的批判並無法說服委員。他方違反義務時，法定解除權發生。在約定解除權則不同。解除權人在這理可以有餘地。針對批評，委員會認為解除狀態已被知悉時，約定及法定解除權人處在可以相提並論的狀態。草案就是如此地考慮。法定解除權人也得毫無限制地援用第3項第3款規定。在法定解除權，儘管當事人首先得以移轉於自己的客體終局地是自己財產的部分，但當事人知悉或應知悉解除前提成立時，才發生注意處置的法義務，最遲在解除表示時發生，但有時也可能在更早前已發生。」

<sup>112</sup> 例如，Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XLVII; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, Rn. 4/63-66; Reiner Schulze/Martein Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 366, 370; Schulze/Dörner/Ebert/Schulze, § 346 BGB, Rn. 16; Martin Schwab, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach § 346 ff. BGB n.F., JuS 2002, 630, 635; Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Rn. 10/36; PWW/Medicus, § 346 BGB, Rn. 18。持反對見解，Stephan Lorenz, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, 1889, 1893; Bamberger/Roth/Grothe, § 346 BGB, Rn. 53; Palandt/Heinrichs, § 346 BGB, Rn. 13 (64. Aufl.); Erman/Bezenberger, § 346 BGB, Rn. 34 ff.; Klaus Reinschl, Grundfälle zum neuen Schuldrecht - 3. Teil. Der Rücktritt, JuS 2003, 667, 672; MünchKomm/Gaier, § 346 BGB, Rn. 57; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 2006, Rn. 538.

<sup>113</sup> BT-Drucks.14/7052, S. 193-194.

至於法定解除權人雖然不知，但可得而知解除原因者，是否仍然免價額償還義務，亦即應否目的性限縮德國民法第346條第3項第4種情形在可得而知的情形，則很多人採持保留的態度<sup>114</sup>。德國民法第346條第4項：「債權人因第1項所規定的義務違反，得依第280條至283條規定，請求損害賠償。」本條所指的損害賠償，是指損害賠償替代給付、瑕疵給付損害賠償及遲延賠償責任而言，不只在解除表示後有適用餘地，在解除表示前也有適用餘地：在法定解除權，自法定解除權人明知或可得而知解除原因時起，縱使尚未解除契約，負保護應返還的物的義務（類似先契約義務性質），故而可能負本條項所定的損害賠償責任；在約定解除權，自契約成立時起，約定解除權人負應返還的物的保護義務，故而可能負有本條項所規定的損害賠償責任<sup>115</sup>。但法定解除權人雖然不知解除原因，但可得而知時，是否負損害賠償責任，則也有爭議<sup>116</sup>。有認為，僅解除契約後，解除債務人才可能負損害賠償責任，因為解除契約前原物返還義務尚未發生，而第346條第4項文義明確以第1項所指義務的發生為要件<sup>117</sup>。也有認為，上開問題解決的關鍵

<sup>114</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XLVII; Martin Schwab, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach § 346 ff. BGB n.F., JuS 2002, 630, 635.

<sup>115</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 195; Sudabeh Kamanabrou, Haftung des Rücktrittsberechtigten bei Untergang der empfangenen Leistung, NJW 2003, 30, 31; Haas/Medicus/Walter/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Rn. IV/70-75; Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 434; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 2006, Rn. 538.

<sup>116</sup> Martin Schwab, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Rückabwicklung von Verträgen nach § 346 ff. BGB n.F., NJW 2002, 630, 636.

<sup>117</sup> Erman/Bezenberger, § 346 BGB, Rn. 34 ff.; Klaus Reinschl, Grundfälle zum neuen Schuldrecht - 3. Teil, Der Rücktritt, JuS 2003, 667, 673.

在於，解除債務人就原物返還義務應負責與否，與知悉解除原因與否無關；縱使尚未解除契約，而還沒發生原物返還義務，也無礙就義務違反應負責與否的認定，因為技術上本來就沒有真正義務的要求<sup>118</sup>。

簡要來說，我國民法第262條與德國民法舊法第351條類同。但德國民法舊法這條規定已經被廢除。依德國民法第346條第2項規定，法定及約定解除權人不能返還應返還的物時，仍然得解除契約，雖然免原物返還義務，但負價額償還義務。依同條第3項規定，倘法定解除權人就應返還的物的完整性尊重義務的履行，已善盡與處理自己事務同一的注意，則不負價額償還義務，亦即只以就這項義務的違反有故意或重大過失者為限，始負價額償還義務。

### (三) 結 論

由民法第262條「解除權行使前，應返還之物滅失或毀損」的要件可知，該條規定是為了避免發生解除權人違反禁反言原則的行為。詳細來說，解除契約意味的是，解除權人想要使回復原狀的法律效果發生，包括拒絕給付、請求返還其所為給付及所受領給付（民法第259條）。而解除權人既然已經不能返還原物，則解除契約後又如何返還原物。是以單從形式以觀，便存在解除權人自我矛盾行為。

但民法第262條實在不是只以禁反言原則為正當性基礎，而是同時與可歸責要件為正當性基礎。再者，只有自己矛盾行為還無法以引發禁反言原則的適用，還須要有值得保護的信賴，而無論在法定或於約定解除權情形，解除相對人都沒有保護必要的信賴。其次，無論在解除契約前應返還的物已返還不

能的情形，抑或在解除契約後應返還的物才返還不能的情形，解除權人都因可歸責於自己的事由，致應返還的物滅失或毀損，但卻受到不同處置：在契約解除前，解除權人喪失解除權，不負民法第226條第1項所規定的損害賠償義務，在契約解除後，解除權人負損害賠償責任，明顯是評價矛盾。單以應返還的物滅失或毀損發生時點先或後於解除契約的區別，明顯不能正當化以上的不同處置。倘應返還的物滅失或毀損發生在契約經有效解除不久前或不久後、一秒前或一秒後，則上開評價矛盾將更顯得尖銳。準此而論，似應該廢除民法第262條規定。如果真的廢除掉這條規定，則還得面對解除相對人（解除債權人）因不可歸責於自己的事由，致解除債務人（解除權人）應返還的物返還不能時，這項返還不能風險應由解除權人或相對人來承擔的問題。德國民法第346條第3項在這方面就很具有參考價值。

## 伍、解除契約不妨礙損害賠償請求

民法上損害賠償請求權大抵有三種：履行利益損害賠償請求權、信賴利益損害賠償請求權、侵權行為損害賠償請求權。因此，民法第260條所指的損害賠償請求權屬於以上何種請求權？是以下分析的命題。

### 一、侵權行為損害賠償請求權？

債務人因可歸責於自己的事由，致給付遲延者，依民法第231條第1項規定，雖然負遲延損害賠償義務，依同法第232條規定，雖然甚至負不履行損害賠償義務（以代給付），但原則上不負民法第184條第1項前段、同條項後段，或同條第2項所

<sup>118</sup> PWW/Medicus, § 346 BGB, Rn. 26; Palandt/Heinrichs, § 346 BGB, Rn. 15, 64. Aufl.

規定的侵權行為損害賠償義務<sup>119</sup>。債務人因可歸責於自己的事由，致嗣後給付不能者，依同法第226條第1項規定，雖然負不履行損害賠償義務，依同條第2項規定，雖然甚至免其它部分可能的給付，而負全部不履行損害賠償義務，但原則上不負上開規定所規定的侵權行為損害賠償義務。債務人因可歸責於自己的事由，致給付有瑕疵者，若可以補正瑕疵，依同法第227條第1項準用第231條第1項規定，雖然負遲延損害賠償義務；若不能補正瑕疵，依同法第227條第1項準用第226條第1項規定，雖然負不履行損害賠償義務，但原則上不負上開侵權行為損害賠償義務。因此，債務人單純不履行債務時，原則上並不構成民法第184條第1項前段所指的侵害他人權利，尚難謂是以背於善良風俗的方法，加損害於他人（債權人），也沒有違反保護他人（債權人）的法律可言。在現行民法秩序內，並沒有債務人侵害債權人債權，只有債務人不履行債務可言<sup>120</sup>。債務不履行既然不會使發生侵權行為損害賠償義務發生，則縱使債權人行使解除權，也沒有妨礙侵權行為損害賠償請求權可言。由此可知，民法第260條所指的損害賠償請求，並不是指前揭侵權行為損害賠償請求。

債務人因可歸責自己的事由，致加害給付者，依民法第227條第2項規定，負瑕疵結果損害賠償義務（財產上損害賠償義務），依同法第227條之1準用第195條第1項規定，負慰撫金賠償義務（非財產上損害金錢賠償義務），依第184條第1項前段，負侵權行為損害賠償義務，依第195條第1項、第184條第1

<sup>119</sup> 最高法院43年台上字第639號判例、最高法院97年度台上字第2088號判決。

<sup>120</sup> 結論上相同，但以欠缺不法性進行說理，陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體——權利與利益區別正當性的再反省，頁203以下，新學林，2008年。

項前段，也負慰撫金賠償義務。契約自始無效、不成立或被撤銷者，債務人因此不負給付義務，倘其卻仍然給付，且給付是加害，則雖然不負上開契約責任，但仍然負侵權責任。因此，上開侵權行為損害賠償義務的發生，並不取決於契約有效成立與否，而是單純取決於合乎侵權責任規範的要件事實。準此而論，債權人行使解除權者，也不妨礙債務人所負的侵權行為損害賠償義務，從而民法第260條所指的損害賠償請求權，並不是這裡所指的侵權行為損害賠償請求。

債務人因可歸責於自己的事由，違反保護（附隨）義務，致債權人給付利益以外的利益受損害者<sup>121</sup>，除負賠償債權人此等損害的賠償責任外，也往往因違反交易安全注意義務，負民法第184條第1項前段所定的損害賠償義務。是以在這裡可以認為，侵權責任透過交易安全注意義務，契約責任則透過附隨義務，連結彼此，形成交接地帶。縱使債務人因契約不成立或生效，而不負附隨義務，從而並沒有因違反這項義務所生的契約責任可言，但其仍然可能負交易安全注意義務，從而負侵權責任。是故，前揭侵權行為損害賠償義務的發生，並不取決於契約有效成立與否，而是單純取決於合乎侵權責任規範的要件事實。準此而論，債權人行使解除權者，也不會因此妨礙到債

<sup>121</sup> 有疑問的是，因單純違反附隨義務所生的損害賠償請求權的基礎在哪？依民法第227條的立法理由，在於民法第227條第2項規定。相同見解，例如林誠二，同註1，頁103；劉春堂，同註7，頁321；孫森焱，同註7，頁584、585。但民法第227條第2項文義「因不完全給付而生前項以外之損害」，明顯是指因瑕疵給付所生的損害，亦即只指瑕疵結果損害而言，至於附隨義務違反所造成的損害，則不僅限於瑕疵結果損害。詳言來說，縱使可以認為，瑕疵結果損害是附隨義務違反所造成，但違反附隨義務所造成的損害，則不僅限於瑕疵結果損害。毫無疑問的是，債務人違反附隨義務者，應賠償債權人因此所受的損害。

務人上開的侵權行為損害賠償義務，民法第260條所指的損害賠償請求權，因此並不是這裡所指的侵權行為損害賠償請求權。

簡要來說，因債務人債務不履行不構成侵權行為，故沒有解除契約妨礙侵權行為損害賠償請求可言；債務人加害給付者，雖然也負侵權行為損害賠償義務，但因這類侵權責任的發生，原本就不取決於契約有效成立與否，因為契約縱使不成立、生效，只要債務人有加害給付，則仍然負此等侵權責任，是以解除權行使不妨礙這類侵權行為損害賠償請求權；債務人違反附隨義務，除了負賠償債權人因此所受損害的契約責任外，亦往往負侵權責任，而此等侵權責任的發生原本就不取決於契約有效成立與否，只取決於合乎侵權責任規範的要件事實，是以解除契約也不妨礙此等侵權行為損害賠償請求權。民法第260條所指的損害賠償請求，因此不屬於侵權行為損害賠償請求權的性質。

## 二、信賴利益損害賠償請求權？

關於解除契約效果如何的問題的答案，黃茂榮教授採取以解除契約為信賴利益損害賠償請求權要件的見解，其理由如下<sup>122</sup>：「自理論言，契約既因解除而溯及訂約時失其效力，以該契約之效力為依據之請求權，包括請求履行及請求債務不履行之損害賠償的權利，皆當因之喪失其規範基礎。從而在解除契約後，原則上自當只得請求信賴利益的賠償，亦即只得請求締約費用、準備履行契約之費用及準備受領給付之費用等因解除契約，而落空所構成之損害的賠償而言，以將解除權人之利益狀態，通過信賴利益的賠償，回復至締約時的水平……考

諸在契約有解除事由時，債權人依民法第二百二十六條、第二百三十二條，事實上尚可不解除契約，而請求因不履行而生之損害（履行利益）的賠償，主張解除權人依民法第二百六十條得請求履行利益之賠償並無意義。」按凡是信賴利益損害賠償請求權規範，例如民法第91條、第110條、第245條之1、第247條等規定，一定具信賴、信賴主體、信賴客體、信賴憑徵、義務違反、因果關係、信賴損害及歸責事由等要件。因此，某規範是否足當信賴利益損害賠償請求權規範，端視其是否具前揭要件。民法第260條文義僅言及「解除權行使，不妨礙損害賠償之請求」，而由此中雖然最多可得出「損害賠償」要件，但「損害賠償」是指什麼？仍舊無從得知。再者，倘不以經解除的契約為無效，而認為解除權人藉由行使解除權使未履行的給付義務向將來消滅，改造已履行的給付義務關係為回復原狀關係，則因民法上信賴利益損害賠償僅發生在法律行為無效或不成立的情形<sup>123</sup>，故以民法第260條為信賴利益損害賠償請求權規範的見解，就不無疑問。縱使採取直接效果理論，而認為經解除的契約是自始無效，但因民法第260條尤其欠缺信賴相關要件，故其仍然不足當信賴利益損害賠償規範。

我國民法上信賴利益損害賠償請求權規範，只發生在法律行為無效或不成立的情形，而解除契約以契約有效成立為前提，是以得解除契約者，不可能在這之前就發生信賴利益損害賠償請求權，從而原本就沒有解除契約妨礙信賴利益損害賠償請求權可言。例如意思表因錯誤而被撤銷，且發生信賴利益損害賠償請求權時，原則上並沒有發生解除權從而解除契約可言，是以也沒有解除權行使妨礙信賴利益損害賠償請求權可言。準此而論，民法第260條所指的損害賠償請求權，應另有

<sup>122</sup> 黃茂榮，同註7，頁122。

<sup>123</sup> 林誠二，同註11，頁121。

所指。債權人先解除契約者，不得請求債務不履行損害賠償，只能請求信賴利益損害賠償，但一般而言，在前者所應填補的範圍，大於在後者應填補的範圍。因此，上開見解是否妥適，就不無疑問。倘認為民法第260條是信賴利益損害賠償請求權規範，則甚不利於債權人。綜上說明，契約經解除者，立法者並沒有創設信賴利益損害賠償請求權規範的意思，並沒有以民法第260條為信賴利益損害賠償請求權規範的意思；在契約無效或不成立，且發生信賴利益損害賠償請求權的情形，並沒有發生解除權從而解除契約可言，是以也並沒有解除權行使妨礙信賴利益損害賠償請求權可言。

### 三、履行利益損害賠償請求權

如同前面的說明，民法第260條所指的損害賠償請求，並不屬於侵權行為及信賴利益損害賠償請求權的性質。因此在這裡應該分析的是，其是否屬於履行利益損害賠償請求權的性質。為了解決這個問題，最高法院以二則判例表明其採履行利益損害賠償請求權的立場。最高法院55年台上字第2727號判例：「民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，並非積極的認有新賠償請求權發生，不過規定因其他已發生之賠償請求權，不因解除權之行使而受妨礙。故因契約消滅所生之損害，並不包括在內，因此該條所規定之損害賠償請求權，係專指因債務不履行之損害賠償而言。」最高法院55年台上字第1188號判例：「民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，據此規定，債權人解除契約時，得併行請求損害賠償，惟其請求損害賠償，並非另因解除契約所生之新賠償請求權，乃使因債務不履行（給付不能或給付遲延）所生之舊賠償請求權，不因解除失其存在，仍得請求而已，故其賠償範圍，應依一般損害賠償之法則，即民法第二百

六十條定之。其損害賠償請求權，自債務不履行時起即可行使，其消滅時效，亦自該請求權可行使時起算。」

#### (一)直接或折衷理論對各類型債務不履行損害賠償請求之影響

解除契約與債務不履行損害賠償的兩立說，是我國通說<sup>124</sup>。鄭玉波先生對此有詳細說理<sup>125</sup>：「我民法上述條文，依其所謂解除權之『行使』『不妨礙』損害賠償之請求等字義觀之，可認為屬於兩立主義中之解除契約與債務不履行損害賠償（替補賠償）之兩立主義，亦即與法、日民法相同是也。蓋既曰行使，又曰請求，可知兩者係彼此對立；既曰行使『不妨礙』請求，可知並非因解除權之行使，而新生損害賠償請求權，祇是原有之債務不履行損害賠償請求權，不因解除權之行使而受妨礙而已。依純理論言之，原有債務不履行之損害賠償請求權，不過為原債權之變形與擴張，原債權既因解除契約溯及的消滅，則其損害賠償請求權，自亦應歸於消滅，德民之所以規定債權人須就解除契約或賠償請求擇一行使，即貫徹此理論之故；然而因債務不履行所生之損害，究屬一種事實，解除權之行使，僅能消滅契約之效力，不能並此事實亦消滅之，因而倘不使其兩立時，實際上難免不平，故民法乃有如是之明定。於是契約之解除，無論由於給付不能，抑由於給付遲延，均得併行請求債務不履行之損害賠償（替補賠償）。」

<sup>124</sup> 最高法院55年台上字第2727號判例、最高法院55年台上字第1188號判例、最高法院94年度台上字第913號判決、最高法院90年度台上字第1779號判決、最高法院90年度台上字第1199號判決；最高法院62年度第5次民庭庭推總會決議決議四；黃立，同註8，頁556；鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1；孫森焱，同註7，頁780。

<sup>125</sup> 鄭玉波（著），陳榮隆（修訂），同註1，頁442。

最高法院及鄭玉波先生關於民法第260條所指的損害賠償請求權非因解除契約權所生損害賠償請求權的說明，是指民法第260條不採取瑞士債務法第109條第2項關於契約消滅損害賠償請求權的立法例<sup>126</sup>。儘管最高法院上開判決表明其採取履行利益損害賠償請求權的立場，但並未說明採這項立場的理由。以下擬依債務不履行的類型逐一分析，何以民法第260條所指損害賠償請求權是履行利益損害賠償請求權。附隨（保護）義務的發生本來就不僅限於契約有效成立，契約有效成立前、契約不成立或不生效（先契約保護義務）及消滅後（後契約保護義務），依誠信原則，雙方當事人都負這項義務。因此，倘認為經有效解除的契約自始無效（直接效果理論），一方當事人違反保護義務致他方受損害者，仍然應該負賠償此等損害的責任，其責任不因此受到妨礙，且也不應該因此而受到妨礙。倘認為契約仍有效，只是尚未履行的給付義務向將來消滅（折衷理論），或解除債務人享有減卻性抗辯權（間接效果理論），則因違反保護義務所生的損害賠償責任也不因此而受到妨礙、更不應因此而受到妨礙。換句話說，無論採取哪種理論，關於解除契約效果如何的問題，解除契約本來就不妨礙上開因違反附隨義務所生的損害賠償請求<sup>127</sup>。是以以上開理解為限，民法第260條具有宣示意義。

債務人給付罹有瑕疵，造成債權人給付利益以外利益的損害，且就此可歸責時，應賠償此等損害（民法第227條第2

<sup>126</sup> 游進發，解除契約與不履行損害賠償請求之擇一兼解除契約前提下之信賴利益損害賠償請求——瑞士債務法之規範模式，法令月刊，第58卷第3期，頁52以下，2007年3月；游進發，瑞士債務法採契約利益主義？，臺灣法學雜誌·裁判簡評，第130期，頁256以下，2006年6月。

<sup>127</sup> Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1978, S. 317.

項)<sup>128</sup>。倘以經解除的契約自始無效，則當事人自始不負無瑕疵給付義務，並無加害給付可言，解除契約使已經發生的加害給付損害賠償請求權消滅，妨礙其請求。為了避免加害給付損害賠償請求權制度的意旨落空，就有必要使解除權行使不妨礙這項損害賠償請求權。或許可以認為，因加害給付損害賠償責任可以和侵權責任競合，故其屬於侵權責任的性質，本來就與解除契約無關，從而並沒有妨礙這項責任成立可言<sup>129</sup>。但這項理解無異否認加害給付損害賠償責任制度的存在，似不可行。倘認為經解除的契約向將來失其效力，則因該解除契約時點以前的效力仍然存在，故解除權行使不使已發生加害給付損害賠償請求權消滅，從而以這項理解為限，民法第260條也具有宣示意義。

遲延賠償請求權以給付義務遲延履行為要件，倘認為經解除的契約自始無效，則自始無給付義務，從而無履行遲延可言，是以解除契約便使已發生的遲延損害賠償請求權消滅，妨礙其請求。為了避免給付遲延制度的意旨落空，有必要使其不妨礙這項請求權。倘以經解除的契約向將來失其效力，則因該契約被解除時點以前的效力依舊存在，故解除契約不使已經發生的遲延損害賠償請求權消滅，因而以這項理解為限，民法第260條具有宣示意義。債務人因可歸責於自己的事由，致給付

<sup>128</sup> 應嚴加區別加害給付（瑕疵結果損害）與附隨義務違反，前者是因給付有瑕疵，從而造成債權人給付利益以外利益的損害，後者雖然也涉及到債權人給付利益以外利益的損害，但其並不以瑕疵給付為原因。或可認為無瑕疵給付義務也是附隨義務。但德國民法第281條第1項、第433條第1項第2句、第434條、第435條、第633條第1項已明文規定，債務人、出賣人、承攬人負無瑕疵給付義務，且第241條第2項、第280條第1項、第282條等規定，也明文規範附隨義務。由此可知，應區別這二種情形。

<sup>129</sup> Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1978, S. 317.

不能（民法第226條第1項），或致給付不能（同條第2項）、給付遲延（同法第232條）、瑕疵給付（同法第227條第2項準用第226條第2項，或第227條第2項準用第232條），且該當一定要件者，負不履行損害賠償（替補賠償）責任。因債務人此際所負的損害賠償責任是為了替補該被免除的給付義務（損害賠償替代給付），換句話說，以給付義務免除為其發生要件，故倘以經解除的契約自始無效，則債務人自始不負給付義務，從而也無損害賠償替代給付可言，解除契約遂使已發生的替補賠償請求權消滅，妨礙其請求，為了避免替補賠償制度的意旨落空，有必要使解除權的行使不妨礙這項損害賠償請求權；倘以經解除的契約向將來失其效力，則因該契約被解除時點以前的效力仍舊被維持著，故解除權行使不使已經發生的給付義務及替補賠償請求權消滅，從而以這項理解為限，民法第260條具宣示意義。

### （二）解除契約無法完全取代債務不履行損害賠償請求

損害賠償範圍包括所受損害及所失利益。損害賠償替代給付（替補賠償）產生免除給付義務及回復至損害發生前狀態的效果。解除契約發生免除效果與改造效果。解除契約與替補賠償在這點上並無不同。舉例詳細來說：雙務契約給付客觀價額低於或等於對待給付客觀價額時：債權人請求不履行損害賠償以代給付者，除了債務人因此無須給付外，依差額理論，債權人也得拒絕對待給付，從而原則上並沒有受到民法第215條所謂的積極損害（所受損害），故而以此為限，並無請求回復原狀（返還）或金錢賠償（償還）可言；債權人（解除權人）解除契約者，在解除契約免除效果的作用下，債權人與債務人都免尚未履行的給付與對待給付義務，債權人與債務人都沒給付與對待給付者，解除契約改造效果自無法發揮作用，故而也無

返還或償還已為的給付與對待給付可言，也因此並無回復至尚未給付與對待給付的狀態可言，簡單來講，以上揭情形為限，債權人因請求不履行損害賠償以代給付所得的結果，與其因解除契約所得的結果，兩者並無不同<sup>130</sup>。是以或許可以認為，解除契約可以替代不履行損害賠償；不履行損害賠償可以替代解除契約，解除契約與不履行損害賠償因此（可且應）立於擇一關係。

但倘給付客觀價值高於對待給付的客觀價額：不履行損害賠償義務履行的效果，就超出解除契約的效果，因為依差額理論，債權人至少受有對待給付與給付客觀價額兩者差額的積極損害；倘債權人尚未受到消極損害，則解除契約的效果，更無法與不履行損害賠償義務履行的效果相比擬，無法及於消極損害賠償的領域，是以以這項情形為限，解除契約無法取代不履行損害賠償。簡要來講，免除義務的效果與回復原狀義務所能回復者，至多也只能與不履行損害賠償所要求的所失損害的填補相比擬，無論如何也無法與所失利益的填補相比擬<sup>131</sup>。解除契約既然無法全部取代不履行損害賠償，則兩者就不應該處於擇一關係，而應該處於得一起主張的狀態，因此民法第260條所指的損害賠償請求權，應該是指履行利益損害賠償請求權。解除權人無法正確理解解除契約與替補賠償意義，而先解除契約者，上開解除契約無法代替替補賠償從而不利解除權人的後果，將更被凸顯出來。在這項情形，德國聯邦法院曾苦心強解當事人解除契約的意思表示為行使替補賠償請求權的意思<sup>132</sup>。為了避免這項情形發生，解除契約與履行利益損害賠

<sup>130</sup> 類此見解，Han Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 172; BT-Drucks., 14/6040, S. 187-188。

<sup>131</sup> BT-Drucks., 14/6040, S. 187-188。

<sup>132</sup> BGH, NJW 1988, 2878。

償請求權就不應該處在擇一狀態，而應該處在得併主張的狀態，民法第260條所指的損害賠償請求權，因此應該是指履行利益損害賠償請求權。

最後，德國民法第325條：「解除，不排除在雙務契約請求損害賠償的權利」也明示採取解除契約與履行利益損害賠償兩立的規範模式。本條規定立法理由極其詳細，相關文獻的說明大抵不能超越它，特節譯如下<sup>133</sup>：「依現行法，縱使欠缺保證品質或工作瑕疵，依第325條及326條規定，債權人須在解除契約與損害賠償間做出選擇。相反地，在旅遊契約法，因可歸責的旅遊瑕疵，除了得終止外，也可以請求不履行損害賠償（第651f條第1項）。倘債權人主張損害賠償請求權，且損害依差額理論算出，則縱使解除效果與第325條及326條所規定的不履行損害賠償結論上總是一致，損害賠償與解除的擇一仍後受到不足的評價。債權人無須給付者，無論如何也得如此作為。債權人先給付金錢，或甚依通說，給付某物而未移轉其所有權於債務人，從而無須解除契約，便得請求返還者，解除契約實際結論上也同損害賠償。應賠償的契約費用與解除買賣契約並存也多少意味，解除與損害賠償並存。買受人依現行第463條、第482條第2項請求大損害賠償，且請求返還物者，解除買賣契約也與損害賠償一致。因此，債權人先解除契約者，尤其是難題。法院判決很慷慨地以此等表示為請求損害賠償（參閱，BGH, NJW 1988, 2878）。統一買賣法無條件允許解除契約與損害賠償並存，大多外國法於此方面也如此作為。解除契約與損害賠償邏輯上之困難，也曾影響美國法，現今則已廢除。現行法這個結果不合事理。何以債權人僅於選擇損害賠償時，方能使兩種制度的法律效果一致，在選擇解除契約時，

則否，令人無法理解。因此，依債務法委員會在委員會草案第280第2項所提的建議，應該廢除解除與損害賠償的擇一。」

綜合而論，無論在何種債務不履行類型，也無論關於解除契約效果如何的問題採取哪種理論，民法第260條要非是為了避免各該損害賠償制度的意旨落空，而使解除權行使不妨礙各該損害賠償請求權，便是為了宣示解除契約（本）不妨礙各該損害賠償請求權。德國民法舊法原本採取解除契約與履行利益損害賠償擇一的規範模式，現行民法則不採取這種規範模式；德國現行民法條第325條文義上完全與我國民法第260條相同，該條規定修正理由說明也明白表示，解除契約不應妨礙損害賠償請求權。

## 陸、結 論

回復原狀義務以契約經有效解除為發生要件。在法定解除權，回復原狀義務的正當性在於廣義債務不履行（包括使生瑕疵擔保責任的瑕疵給付），在約定解除權，則是使發生解除權的當事人合意。回復原狀義務的具體內涵有三：原物返還、本質上原物返還不能的價額償還（例如勞務給付或物之使用）、費用償還。

依民法第262條規定，解除權人（債權人）的解除權消滅。解除權人（債權人）既然喪失解除權，則除了並沒有免除解除債務人原物返還義務及負擔價額償還義務可言外，解除權人也負擔原物返還不能的危險。解除權人既然已經不能返還原物，則解除契約後又如何返還原物。因此，單從形式以觀，便存在解除權人自我矛盾行為。但民法第262條不單以禁反言原則為正當性基礎，而是尚透過可歸責要件來補充。且僅有自己矛盾行為也還不足以引發禁反言原則的適用，還須要有值得保

<sup>133</sup> BT-Drucks., 14/6040, S. 187-188.

護的信賴。無論在法定或在約定解除權，解除相對人都不具保護必要的信賴。在契約尚未被解除前，解除權人喪失解除權，不負民法第226條第1項所規定的損害賠償義務，在契約被解除後的情形，解除權人負損害賠償責任，明顯是評價矛盾。單以應返還的物滅失或毀損發生時點先於或後於解除契約的區別，明顯不能正當化上開不同處置。倘應返還的物滅失或毀損發生在契約經有效解除不久前或不久後、一秒前或一秒後，則上開評價矛盾將更顯得尖銳。本於上開理由，德國民法舊法第351條（類同民法第262條）已經被廢除。依德國民法第346條第2項規定，法定解除權人及約定解除權人不能返還應返還的物時，仍然得解除契約，雖然免原物返還義務，但負價額償還義務。準此而論，似應該廢除民法第262條規定。倘真的廢除這條規定，則還應該面對，解除相對人因不可歸責於自己的事由，致解除權人應返還的物返還不能者，返還不能的風險應由解除相對人或解除權人來承擔的問題。德國民法第346條第3項在這裡就很具參考價值。依該條規定，倘法定解除權人就應返還的物的完整性尊重義務的履行，已善盡與處理自己事務同一的注意，則不負價額償還義務，亦即僅以就這項義務違反有故意或重大過失者為限，才負價額償還義務。

法律行為無效以法定為原則。民法諸解除權規範未規定經解除的契約自始無效。解除契約與否、撤銷法律行為與否，雖然都取決於解除權人與撤銷權人的權利行使自由，但關於解除權行使效果一事，立法者沒有制定與民法第114條第1項自始無效類似的規定。因此，解除權行使的效果不就可以是契約自始無效。不當得利返還義務的正當性基礎主要在無法律上原因，回復原狀義務的正當性基礎在適當評價廣義債務不履行或契約。兩者正當性基礎既然不同，則前者更不當然因此屬於後者的性質。在現行民法秩序內，縱始二項義務的內容相同，性質

卻不一定也相同。縱使回復原狀義務的內容與不當得利返還義務的內容不同，但回復原狀義務卻不一定因此屬於不當得利義務的性質。以回復原狀義務屬於不當得利返還義務的性質的直接效果理論，就很難通過這裡的檢驗。解除債務人與受益人雖然都負返還或償還所受領的給付的義務，但以給付不當得利成立時契約既然自始無效，則經解除的契約也應該自始無效的作法，在現行法秩序並不是理所當然，換句話說，不存在這項必然性。再者，為了引發免除效果，使經有效解除的契約自始無效的作法也是過度。因在解除契約間並沒有該當於無法律上原因的要件事實，故以回復原狀義務屬於不當得利返還義務的性質的見解（直接效果理論），就不無疑問。經有效解除的契約既然不是自始無效，則債務不履行損害賠償及瑕疵擔保責任仍然可以經有效解除的契約為立基點，不因此消滅。換句話說，經解除的契約仍然可以維持解除契約前已發生的債務不履行損害賠償責任或瑕疵擔保責任。本於形成權理論、權利行使自由原則，從而再寬容債務人一次履行債務機會的思維，契約經解除時，發生改造及免除效果：解除權人得以意思表示使發生免給付義務與對待給付義務的效果、改造債務關係成為回復原狀關係，債務人在解除權人行使解除權前，還履行債務的機會。是以關於回復原狀關係法律性質如何的問題的答案，就無須再求諸不當得利返還義務的釋義結構。直接效果理論沒有見到解除契約這項釋義結構，而以經解除的契約自始無效，進而賦予回復原狀義務以不當得利返還義務的性質，是過度的手段，也因此釋義結構上難以解決其與債務不履行損害賠償請求權間關係如何的問題。

因債務人債務不履行不構成侵權行為，故並沒有解除契約妨礙侵權行為損害賠償請求權可言；債務人加害給付者，雖然也負侵權行為損害賠償義務，但因此等侵權責任的發生原本就

不取決於契約有效成立與否，因為縱使契約不成立、生效，一旦債務人有加害給付，則仍然負此等侵權責任，是以解除權行使並不妨礙此等侵權行為損害賠償請求權；債務人違反附隨義務，除負賠償債權人因此所受到損害的契約責任外，也往往負侵權責任，而這類侵權責任的發生原本就不取決於契約有效成立與否，僅取決於合乎侵權責任規範的要件事實，是以解除契約也不妨礙這類侵權行為損害賠償請求權，故而可認為民法第260條所指的損害賠償請求權不屬於侵權行為損害賠償請求權的性質。

只要是信賴利益損害賠償請求權規範（例如民法第91條、第110條、第245條之1、第247條等規定），就一定有信賴、信賴主體、信賴客體、信賴憑徵、義務違反、因果關係、信賴損害及歸責事由等要件。因此，某規範是否是信賴利益損害賠償請求權規範，端視其是否具以上要件。民法第260條文義談到「解除權行使，不妨礙損害賠償之請求」，則由此就可推論出，該條規定並不屬於信賴利益損害賠償請求權規範。倘不以經有效解除的契約自始無效，而認為解除權人藉由解除權的行使使未履行的給付義務向將來消滅，使已履行的給付義務關係轉為回復原狀關係，則因民法上信賴利益損害賠償只發生在法律行為無效或不成立的情形，故以民法第260條為信賴利益損害賠償請求權規範的見解，就不無疑問。縱使採取直接效果理論，而認為經有效解除的契約自始無效，但因民法第260條規定尤其欠缺信賴相關要件，故其仍然不是信賴利益損害賠償規範。民法上信賴利益損害賠償請求權規範只發生在法律行為無效或不成立的情形，而解除契約以契約有效成立為前提，是以得解除契約者，不可能在這之前就已經發生信賴利益損害賠償請求權，從而並沒有解除契約妨礙信賴利益損害賠償請求權可言，民法第260條所指的損害賠償請求權，便應該另有所指。

一般而言，在前者所應該填補的範圍，大於在後者所應該填補的範圍。因此，若以民法第260條為信賴利益損害賠償請求權規範，則甚不利於債權人。免除義務的效果及回復原狀義務所能回復的，最多也只能夠與不履行損害賠償所要求的所失損害的填補相比擬，無論如何也無法與所失利益的填補相比擬。解除權人無法正確理解解除契約與替補賠償意義，而先解除契約時，上開解除契約無法代替替補賠償從而不利解除權人的後果，將更被凸顯出來。解除契約既然無法取代不履行損害賠償，則兩者就不應該處於擇一關係，而應該處於得併主張的狀態，民法第260條所指的損害賠償請求權，因此應該是指履行利益損害賠償請求。無論在何種債務不履行類型，也無論關於解除契約效果如何的問題採哪種理論，民法第260條要非是為避免各該損害賠償制度的意旨落空，而使解除權行使不妨礙請求損害賠償，便是為了宣示解除契約原本就不妨礙請求損害賠償。德國民法舊法原本採取解除契約與履行利益損害賠償擇一的規範模式，德國現行民法則揚棄這種規範模式：德國民法第325條文義上完全同我國民法第260條規定，該條規定修正理由也明白表示，解除契約不應妨礙損害賠償請求權。

# 契約解除與不履行損害賠償 請求之擇一兼契約解除前提 下之信賴利益損害賠償請求 ——瑞士債務法之規範模式

## 壹、問題提出與背景

我國民法第二六〇條規定：「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」就此規定，有疑問者，乃本條所稱之損害賠償請求，究何所指。

就此問題，於最高法院五五年台上字第二七二七號判例，最高法院認為：「民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，並非積極的認有新賠償請求權發生，不過規定因其他已發生之賠償請求權，不因解除權之行使而受妨礙。故因契約消滅所生之損害，並不包括在內，因此該條所規定之損害賠償請求權，係專指因債務不履行之損害賠償而言。」

此外，於最高法院五五年台上字第一一八八號判例，最高法院亦謂：「民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，據此規定，債權人解除契約時，得併行請求損害賠償，惟其請求損害賠償，並非另因契約解除所生之新賠償請求權，乃使因債務不履行（給付不能或給付遲延）所生之舊賠償請求權，不因解除失其存在，仍得請求而已，故其賠償範圍，應依一般損害賠償之法則，即民法第二百六十條定之。其

損害賠償請求權，自債務不履行時起即可行使，其消滅時效，亦自該請求權可行使時起算<sup>1</sup>。」

依上述最高法院判例，我國民法第二六〇條所稱之損害賠償請求，乃指契約解除前，已發生之債務不履行損害賠償請求，至於因契約消滅（因契約解除所致）所生之損害（信賴利益損害<sup>2</sup>）賠償請求，並不包括在內。申言之，依上述最高法院判例，我國民法第二六〇條，並非契約消滅損害賠償請求之依據，因契約消滅所生之損害賠償請求，於我國現行民法，並無所據。

最高法院持此等見解之理由何在？此吾人由最高法院九〇年台上字第一七七九號判決，或可得知。於此一判決，最高法院認為：「契約解除後，原契約溯及的失其效力，雙方當事人因而互負回復原狀之義務，如當事人因訂立契約而受有損害，是否仍得請求賠償，各國立法例有採選擇主義、契約利益主義或履行利益賠償主義者，我民法第二百六十條規定：『解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求』，乃採履行利益賠償主義，認為損害賠償請求權係因債務不履行所發生，屬原債權之變換型態，非因解除權之行使而新發生，條文所稱『不妨礙損害賠償之請求』，自係表明原有之損害賠償請求權，不因契約之解除失其存在。」由是可知，最高法院係以外國立法例，為其所

<sup>1</sup> 相同見解者，最高法院八八年台上字第一二一九號、九〇年台上字第一一九九號、九〇年台上字第一七七九號、九四年台上字第九一三號判決；最高法院六二年度第五次民庭庭推總會議決議四。

<sup>2</sup> 就信賴利益、信賴利益損害，並無相對應之德文法律措辭。德文法律措辭，意涵上同此者，乃negative Interesse（消極利益）、Vertrauensschaden（信賴損害）。就此，施啟揚先生早有類似說明：「……『信任損害』（Vertrauensschaden）一般稱為信任利益，容易引起誤解……。」鑑於信賴利益一辭已相沿成習，故本文從之。

持見解之說理依據。

特別值得一提者，乃於此判決，就契約解除與損害賠償請求之關係，最高法院提及三種不同之立法例：選擇主義，履行利益主義、契約利益主義。所謂選擇主義（選擇說），乃契約解除與債務不履行損害賠償請求，債權人僅得擇一行使，德國民法舊法第三二五及三二六條採行之。所謂履行利益主義（契約解除與債務不履行損害賠償兩立之規範模式），乃契約解除與債務不履行損害賠償請求，債權人得併行使之，解除契約者，復得請求債務不履行損害賠償，請求債務不履行損害賠償者，復得解除契約，為德國現行民法第三二五條所採<sup>3</sup>。至於何謂契約利益主義（契約解除與契約消滅之損害賠償請求兩立之規範模式），史尚寬先生則有所說明：「債權人得就契約解除及因契約消滅所生之消極的契約上之損害賠償，合併請求。……信賴利益說：此即瑞士債務法所規定的消極的契約上之損害 例如契約訂立之費用，履行準備之費用，失去他方面訂約機會之損失。」考諸我國文獻，一般咸認為，瑞士債務法第一〇九條第二項，乃採契約利益主義<sup>4</sup>，殆同史尚寬先生之

<sup>3</sup> 依史尚寬先生、戴修瓚先生及鄭玉波先生之見解，日本民法第五四五條第三項，以及法國民法第一一八四條第二項，亦採契約解除與債務不履行損害賠償兩立之規範模式。就此，史尚寬，《債法總論》，1990，第538頁；鄭玉波，《民法債編總論》，1993，第364頁；戴修瓚，《民法債編總論》，1993，第255-256頁。又關於德國現行民法第三二五條，見本文註25。

<sup>4</sup> 史尚寬，《債法總論》，1990，第538頁；林誠二，《民法債編總論下冊》，2001，第249頁；孫森焱，《民法債編總論下冊》，2006，第779頁；鄭玉波，《民法債編總論》，1993，第364頁；戴修瓚，《民法債編總論》，1993，第255頁；楊芳賢，給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討，政大法學評論，85期，第168頁。

見解。然如此說明，僅涉及於契約解除與契約消滅損害賠償請求，至於契約解除及不履行損害賠償之關係，則全無觸及。是故，以下所欲探究者，乃瑞士債務法，契約解除與契約消滅損害賠償請求之關係，以及契約解除與不履行損害賠償請求之關係。至於契約解除與損害賠償請求（包括不履行及信賴利益損害賠償請求）關係之問題，於我國現行民法，究應如何處置，則非本文所欲探討者，擬另為文分析之。

## 貳、瑞士債務法之規範模式

### 一、契約解除與契約消滅損害賠償請求之兩立？

瑞士債務法<sup>5</sup>第一〇九條第一項規定：「債權人解除契約者，得拒絕承諾之對待給付，並請求返還所為之給付（Wer vom Vertrage zurücktritt, kann die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern）。」同條第二項規定：「此外，債務人不能證明其無過失者，債權人得請求因契約消滅所生損害之賠償（Überdies hat er Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle）。」

史尚寬先生關於瑞士債務法第一〇九條第二項之見解——債權人得就契約解除及因契約消滅所生之消極的契約上之損害賠償，合併請求等等——似有未盡週延之處。蓋依瑞士債務法第一〇九條第一及二項之規定【該條第一項文義——解除契約者（Wer vom Vertrage zurücktritt）、該條第二項文義——此外（Überdies）、契約消滅（Dahinfallen des Vertrages）】，債

權人因契約消滅所生損害之賠償請求權，係以契約解除為成立要件，換言之，債權人必也先有效解除契約，而後方取得因契約消滅所生之損害賠償請求權。契約解除及因契約消滅所生之損害賠償請求，兩者無從併存，無從兩立。準此，史尚寬先生所言合併請求云云，似有語病。

綜合言之，於我國文獻，一般咸認為，瑞士債務法第一〇九條第二項，係採契約解除與契約消滅損害賠償請求兩立之規範模式。惟此種說法似患有語病。蓋瑞士債務法第一〇九條第二項所規範者，乃因契約消滅所生損害之賠償請求，性質上屬信賴利益損害賠償，係以契約經有效解除為要件。準此，契約解除與契約消滅損害賠償請求權，兩者無從併存、無從兩立。

### 二、契約解除與不履行損害賠償請求之擇一

如前所述，瑞士債務法第一〇九條第一項所涉及者，乃契約解除後之回復原狀。同條第二項所規範者，乃因契約消滅所生損害之賠償請求權。換言之，單由瑞士債務法第一〇九條第一及二項，並無從得知，契約解除與不履行損害賠償請求之關係如何。是故，有疑問者，乃於瑞士債務法，契約解除與不履行損害賠償請求之關係如何？換言之，債權人解除契約者，得否復請求不履行損害賠償；請求不履行損害賠償者，得否復解除契約？

設於瑞士債務法，契約解除與不履行損害賠償請求，係處於兩立關係，則債權人除享有解除權及不履行損害賠償請求權外，尚得請求因契約消滅所生損害之賠償；倘於瑞士債務法，契約解除與不履行損害賠償請求，係處於擇一關係，則債權人先解除契約者，並不得請求不履行損害賠償，惟得請求因契約消滅所生損害之賠償；債權人先請求不履行損害賠償者，即不

<sup>5</sup> 2006年1月15日，下載自<http://www.admin.ch/ch/d/sr/c220.html>。

得解除契約，從而亦不得請求因契約消滅所生損害之賠償。

關於契約解除與不履行損害賠償請求，瑞士債務法究採何等規範模式？本文援就債務不履行之形態，於下分別說明並歸納之。

### (一) 給付遲延

瑞士債務法第一〇七條第一項規定：「於雙務契約，債務人陷於給付遲延者，債權人對於債務人，為嗣後履行，得訂相當期限，或得使權責機關訂定之（Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen im Verzuge befindet, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen）。」同條第二項規定：「直至該期限屆滿，而仍未履行者，債權人除得訴請因遲延之損害賠償外，仍得訴請履行。債權人亦得不訴請履行，而即時為嗣後給付拋棄之表示，併請求因不履行所生損害之賠償，或解除契約（Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen oder vom Verträge zurücktreten）。」

由債務人行為可得知，期限訂定係徒然、因債務人遲延，給付對於債權人無利益，或由契約可得知，當事人之意圖，乃給付應於特定時期，或特定時期前為之者，為嗣後履行之期限訂定，並無必要（瑞士債務法第一〇八條第一至三款）。

由瑞士債務法第一〇七條第二項之「請求因不履行所生損害之賠償，……『或』解除契約（entweder ... oder）」，吾人

可知，債權人就不履行損害賠償請求權及解除權，享有選擇權，得擇一行使。就此，瑞士聯邦法院<sup>6</sup>及該國學者<sup>7</sup>，均如是認為，殆無異議。於此，特節譯二瑞士聯邦法院判決：其一<sup>8</sup>：「判決要旨：債務法第一〇七條。於債務人遲延，債權人之選擇權……。判決理由：……債權人拋棄嗣後給付，且屬意不履行損害賠償者，債務人應賠償債權人所拋棄給付之價值，相對地債權人原則上仍應為一己之給付。債權人享有所謂之積極或履行利益賠償請求權，應置其於合乎契約正常履行時之財產狀態。相反地，契約解除則使發生回復原狀或結算關係。於此關係中，業已為之給付，應依原狀返還，或依價額償還，以使當事人處於合乎契約從未締結時之財產狀態……。」其二<sup>9</sup>，「判決要旨：……債權人期限之訂定與選擇權之行使……。判決理由：……債務法第一〇七條第一項之期限訂定，就其本身，並無效力。債權人於期限經過未果後，就於債務法第一〇七條第二項所列之數可能性，得加以選擇，期限訂定僅乃此之要件……。」

瑞士債務法第九七條，乃關於債務不履行（Nichterfüllung）損害賠償請求之基本規範（Grundnorm）。該條規定，尤其為關於過失之要件，於同法第一〇七條第二項之債權人不履行損害賠償請求權，亦有適用餘地<sup>10</sup>。反之，債

<sup>6</sup> BGE 103 II 102 S. 107; BGE 123 III 16 S. 23。又本文所引瑞士聯邦法院判決，均取自瑞士聯邦法院網站：<http://www.bger.ch/index.htm>。

<sup>7</sup> Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1988, S. 345, 369, 371（下稱Bucher, OR AT）；Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 451-452（下稱Schwenzer, OR AT）。

<sup>8</sup> BGE 123 III 16 S. 23.

<sup>9</sup> BGE 103 II 102 S. 107.

<sup>10</sup> Bucher, OR AT, S. 379-380; Schwenzer, OR AT, S. 452.

權人契約解除權之取得，並不以債務人（無）過失，為（障礙）要件<sup>11</sup>。因此，於債務人就給付遲延無須負責之情形，債權人僅享有契約解除權。扼要言之，於債務人就給付遲延須負責之情形，依瑞士債務法第一〇七條第二項規定，債權人就契約解除與不履行損害賠償，得擇一行使。

### （二）嗣後給付不能

通說（瑞士聯邦法院及學者）認為，因債務人就嗣後給付不能須負責者，債權人依瑞士債務法第九七條第一項<sup>12</sup>之規定，得請求履行利益損害賠償<sup>13</sup>。

此外，依通說見解，於債務人給付不能之情形，債權人亦得解除契約（瑞士債務法第一〇七條第二項之類推適用），蓋於嗣後給付不能情形，債權人所受之保護，不應劣於於給付遲延之情形<sup>14</sup>。申言之，於債務人就嗣後給付不能須負責之情形，債權人就履行利益損害賠償請求及契約解除，得擇一行使。

<sup>11</sup> Schwenger, OR AT, S. 453.

<sup>12</sup> 瑞士債務法第九七條第一項：「債務履行不能，或不能適法履行，債務人如未能證明其無過失，應賠償因此所生之損害（Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle）。」

<sup>13</sup> BGE 82 II 332 S. 333; 84 II 266 S. 274; 109 II 474 S. 476; Bucher, OR AT, S. 339, 424; Huguenin, Claire, <http://www.elu.unizh.ch/orbt/Lektionen/Kauf/LeistungsstoerungenKaufvertraege/LeistungsstoerungenKaufvertraegeTeil1.html>, 2007, 01, 15; Schwenger, OR AT, S. 439.

<sup>14</sup> Bucher, OR AT, S. 339, 424; Gerhardt, Gregory/Leisinger, Benjamin, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Fragen und Antworten, 2005, S. 167（下稱Gerhardt/Leisinger, F & A）。

### （三）不完全給付

通說認為（瑞士聯邦法院及學者），債務人就瑕疵給付須負責者，債權人依瑞士債務法第九七條第一項之規定，得請求履行利益損害賠償（瑕疵損害），以及瑕疵結果損害賠償<sup>15</sup>。

又通說認為，債務人瑕疵給付者，依瑞士債務法第一〇七條第二項之類推適用，債權人得解除契約<sup>16</sup>。申言之，於債務人就瑕疵給付須負責之情形，債權人就契約解除與履行利益損害賠償請求，得擇一行使。

### （四）預示給付拒絕

當事人之一方預示拒絕給付者，依瑞士聯邦法院<sup>17</sup>及學者<sup>18</sup>之見解，他方得解除契約，「或」請求因不履行所生損害之賠償（瑞士債務法第一〇七及一〇八條之類推適用）。換言之於預示給付拒絕，就契約解除與不履行損害賠償請求之關係，瑞士債務法係採擇一之規範模式。

於此，特節譯瑞士聯邦法院判決<sup>19</sup>：「判決要旨：一、出賣人因買受人預示受領拒絕，而決定解除契約者，應依瑞士債務法第一〇七及一〇八條之類推適用，為之。又瑞士債務法第一〇八條之要件成立者，出賣人得不訂定嗣後履行之期限（Will der Verkäufer wegen antizipierter Annahmeverweigerung des Käufers vom Vertrag zurücktreten, so hat er analog den Regeln

<sup>15</sup> BGE 122 III 420 S. 423; 127 III 543 S. 543; 128 III 22 S. 23; Bucher, OR AT, S. 335-336; Gerhardt/Leisinger, F & A, S. 176; Schwenger, OR AT, S. 460.

<sup>16</sup> Bucher, OR AT, S. 335-336; Gerhardt/Leisinger, F & A, S. 177; Schwenger, OR AT, S. 460.

<sup>17</sup> BGE 111 II 156 S. 157.

<sup>18</sup> Bucher, OR AT, S. 363-364.

<sup>19</sup> BGE 111 II 156 S. 157.

der Art. 107 und 108 OR vorzugehen und darf auf eine Nachfristansetzung nur dann verzichten, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 108 OR gegeben sind)。」

瑞士債務法第九一至九六條乃關於債權人遲延之規定。瑞士債務法第九一條規定：「債權人無正當理由，拒絕受領適法提出之給付，或拒絕其應為之準備行為，而債務人無此準備行為，則履行不能者，陷於遲延（Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert)。」

此外，依瑞士債務法第二一一條之規定，於非土地之買賣（Fahrniskauf），買受人負有受領買賣標之物之義務<sup>20</sup>。依瑞士債務法第二二一條準用第二一一條，於土地買賣（Grundstückkauf），買受人亦負有受領買賣標之物之義務<sup>21</sup>。是故，此一判決所提及之受領拒絕，亦為給付拒絕：買受人預示拒絕受領買賣標之物者，依瑞士債務法第九一條之規定，買受人陷於債權人遲延；依瑞士債務法第一〇七及一〇八條之類推適用，買受人陷於給付遲延，出賣人得解除契約，「或」請

<sup>20</sup> 瑞士債務法第二一一條第一項：「買受人負有支付契約所定價金，並受領出賣人適法提出買賣標之物之義務（Der Käufer ist verpflichtet, den Preis nach den Bestimmungen des Vertrages zu bezahlen und die gekaufte Sache, sofern sie ihm von dem Verkäufer vertragsgemäss angeboten wird, anzunehmen）。同條第二項：「未另有約定或習慣者，應即受領（Die Empfangnahme muss sofort geschehen, wenn nicht etwas anderes vereinbart oder üblich ist)。」

<sup>21</sup> 瑞士債務法第二二一條：「此外，關於非土地買賣之規定，於土地買賣準用之（Im Übrigen finden auf den Grundstückkauf die Bestimmungen über den Fahrniskauf entsprechende Anwendung)。」

求因不履行所生損害之賠償。

#### （五）附隨義務違反

瑞士聯邦法院及學者一致認為<sup>22</sup>，債務人就附隨義務違反須負責者，債權人依瑞士債務法第九七條第一項之規定，得請求因此所生損害之賠償<sup>23</sup>。

又通說以為，債務人違反附隨義務，且其違反非無關緊要者，債權人依瑞士債務法第一〇七條第二項之類推適用，得解除契約<sup>24</sup>。申言之，於債務人就附隨義務違反須負責，且其違反非無關緊要之情形，債權人就履行利益損害賠償及契約解除，得擇一行使。

#### （六）小 結

綜上所述，吾人可知，於給付干擾情形，瑞士債務法，就不履行賠償請求與契約解除之關係，乃採擇一之規範模式，債權人得擇一行使：債權人解除契約者，不得請求不履行損害賠償；請求不履行損害賠償者，不得解除契約。

### 三、以契約解除為前提之契約消滅損害賠償請求權

#### （一）瑞士債務法第一〇九條第二項——信賴利益損害賠償請求權規範

依瑞士債務法第一〇九條第二項之規定，債權人解除契約者，得請求因契約消滅所生損害之賠償。本條規定為請求權規範（Anspruchsnorm）。關於契約解除與不履行損害賠償請求，德國民法舊法第三二五及三二六條，係採擇一之規範模

<sup>22</sup> BGE 122 III 106 S. 109; Schwenger, OR AT, S. 460.

<sup>23</sup> 或為履行利益損害賠償，或為固有利益損害賠償。

<sup>24</sup> Schwenger, OR AT, S. 461; Gerhardt/Leisinger, F & A, S. 177.

式——債權人解除契約者，並不享有不履行損害賠償請求權；請求不履行損害賠償者，不得解除契約<sup>25</sup>。又於契約解除情形，德國民法舊法並未規定有契約消滅損害賠償請求權。要之，依德國民法舊法，債權人解除契約者，並不享有任何損害賠償請求權，並不享有不履行及契約消滅損害賠償請求權。

關於契約解除與不履行損害賠償請求之關係，瑞士債務法第一〇七條第二項雖同德國民法舊法，亦採擇一模式。然而，同法第一〇九條第二項規定有契約消滅損害賠償請求權。要之，依瑞士債務法，債權人解除契約者，雖不享有不履行損害賠償請求權，惟享有契約消滅損害賠償請求權。是故，相較於德國民法舊法，瑞士債務法對於解除契約債權人之保護，可謂較週延<sup>26</sup>。

復次，瑞士聯邦法院<sup>27</sup>及學者<sup>28</sup>一致認為，瑞士債務法第一〇九條第二項所規定之契約消滅損害賠償請求權，性質上屬消極利益損害賠償請求權。諸如使用上之折舊、收益喪失等，於該條規定適用範圍內，皆賠償適格<sup>29</sup>。

<sup>25</sup> 於此，須說明者，乃德國「現行」民法第三二五條。該條規定：「於雙務契約，損害賠償請求不受礙於解除。」於債務法現代化法之立法理由說明書中，立法者即明確表示，採契約解除與損害賠償替代給付請求（不履行損害賠償請求）兩立之規範模式。就此，參閱BT-Drucks. 14/6040, S. 187-188; Palandt/Heinrichs, BGB § 325 Rndm. 1。

<sup>26</sup> 認為較德國民法舊法所採之規範模式，具有彈性者，Bucher, OR AT, S. 379。

<sup>27</sup> BGE 90 II 285 S. 295.

<sup>28</sup> Bucher, OR AT, S. 379.

<sup>29</sup> BGE 90 II 285 S. 295; Bucher, OR AT, S. 295.

## (二)構成要件與舉證責任分配

瑞士債務法第一〇九條第二項規定：「此外（債權人解除契約），債務人不能證明其無過失者，債權人得請求因契約消滅所生損害之賠償。」本條規定，依其原文，文法上係由一主句及一附雙重否定用語之條件子句所組成。如此主句與附雙重否定用語子句之區別，反應於請求權規範結構上，乃請求權成立、障礙及消滅要件之分配<sup>30</sup>。詳言之，瑞士債務法第一〇九條第二項主句所規定者，乃請求權成立要件（anspruchs begründene Voraussetzungen），至於該條規定之條件子句所規定者，則為請求權障礙要件（anspruchshindernde Voraussetzungen）。準此，債權人之契約消滅損害賠償請求權，係以契約解除（Überdies）、損害（Schaden）、契約消滅（Dahin-fallen des Vertrags）與損害間之因果關係（aus ... erwachsenen），為其成立要件，至於債務人之無過失，則為其障礙要件。

此外，此等法條文法及請求權規範結構之區別，反應於程序法上，乃主張及舉證責任之分配。債權人就請求權成立要件，負主張及舉證責任，債務人則就請求權障礙（與消滅）要件，負主張及舉證責任<sup>31</sup>。準此，關於契約消滅損害賠償請求權，債權人就契約解除、損害、契約消滅與損害間之因果關係，負有主張及舉證責任；債務人則就其無過失，負有主張及

<sup>30</sup> 藉由法條本文與附雙重否定語但書之區別，亦可達致請求權成立、障礙與消滅要件以及主張與舉證責任之分配，例如德國現行民法第二八〇條第一項本文及但書。

<sup>31</sup> 以上之關於請求權結構及主張與舉證責任分配之說明，亦適用於同法第九七條第一項。又關於請求權結構及與此相關之主張與舉證責任分配，參閱Schapp, Jan, Methodenlehre des Zivil-rechts, 1997, S. 46 ff。

舉證責任<sup>32</sup>。瑞士債務法第一〇九條第二項子句之文義——債務人不能證明其無過失者，亦足證此一關於主張及舉證責任分配之說明<sup>33</sup>。

### (三) 小 結

瑞士債務法第一〇九條第二項乃請求權規範，乃契約消滅損害賠償請求權基礎，係以契約解除為要件之一。契約消滅損害賠償，性質上屬信賴利益損害賠償。

## 參、結 論

就不履行賠償請求與契約解除之關係，瑞士債務法乃採擇一之規範模式，債權人得擇一行使。

瑞士債務法第一〇九條第二項所規範者，乃因契約消滅所生損害之賠償請求，性質上屬信賴利益損害賠償，係以契約經有效解除為要件。契約解除與契約消滅損害賠償請求權，兩者無從併存、無從兩立。

是故，於給付干擾情形，契約解除與不履行損害賠償請求之擇一，兼契約解除前提下之信賴利益損害賠償請求，乃瑞士債務法所採之規範模式。

<sup>32</sup> BGE 90 II 285 S. 295.

<sup>33</sup> 一般以為，於我國民法，債務人債務不履行之不可歸責性，乃債務不履行損害賠償請求權之障礙要件，債務人就此負有主張及舉證責任。然而，由我國民法第二二六及二二七條文義，所得出之結論，卻非如此。質言之，如認為法條之訂定，應彰顯請求權成立及障礙要件之區別、應顧及主張及舉證責任分配者，則立法技術上，我國民法第二二六及二二七條，實有失周延。

# 解除契約與債務不履行 損害賠償

## ——以對最高法院九十六年度 台上字第一二〇四號判決 之反思為限

最高法院九十六年度台上字第一二〇四號判決：「契約解除後，原契約溯及的失其效力，雙方當事人因而互負回復原狀之義務，如當事人因訂立契約而受有損害，是否仍得請求賠償，各國立法例有採選擇主義、契約利益主義或履行利益賠償主義者，我民法第二六〇條規定：「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求」，乃採履行利益賠償主義，認為損害賠償請求權係因債務不履行所發生，屬原債權之變換型態，非因解除權之行使而新發生，條文所稱「不妨礙損害賠償之請求」，即係表明原有之損害賠償請求權，不因契約之解除失其存在。蓋自解除契約之效果而言，於契約有效期間，基於債務所為之給付均應返還，始能回復契約訂立前之狀態，則契約有效時，基於債務所生之損害亦應一併賠償，方可達回復原狀之趣旨。民法第二六〇條規定，即係在立法政策上，對於契約之溯及效力，酌加限制，允許當事人得就債務不履行所生損害請求賠償，亦即在此範圍內，契約之效力仍然存續，是其損害賠償請求權，自不分行使解除權之當事人抑相對人，均不因契約之解除而失其存在。

最高法院在這則判決裡認為：其一，關於解除契約與債務不履行損害賠償請求權之關係，計有三種立法例，即選擇主義、契約利益主義、履行利益賠償主義；其二，債務不履行損害賠償債權，乃原債權之變換形態；其三，解除契約者，就已給付之部分，發生返還效果，始是回復契約訂立前之狀態；其四，解除契約之回復意旨，不僅要求上開返還效果，尚要求債務不履行損害賠償；其五，民法第二六〇條規定採取結算說（清算說），亦即唯有透過限制契約無效之溯及效力，方有可能允許解除權人得請求債務不履行損害賠償。

於私法科學世界裡，解除契約乃違約（作為要件）之法律效果之一，於德國法律文化圈是如此，在英美法律文化圈亦是如此。最高法院以上見解，均尚有討論之空間。以下擬於有限之篇幅內，以對最高法院上開見解之反思為限制，清楚地呈現出解除契約相關之釋義結構，以及本文認為最高法院上開諸見解，尚有討論餘地之理由。

## 壹、解除契約之債務不履行損害賠償效果？

解除契約之規範意旨，在於回到契約成立前之狀態<sup>1</sup>。最高法院在上開判決中，亦如此認為。民法第二五九條各款規定，解除當事人彼此間之返還義務與償還義務。儘管該條規定「回復原狀」文義，明顯以解除當事人之返還或償還義務為回復原狀之全部。但如此之文義，實乃當初繼受時，對德文掌握不足所致。德國法上關於解除契約之文獻通常使用

Rückabwicklung一字，乃回復原狀之意義<sup>2</sup>。在如此文字脈絡裡，只有返還或償還義務之解除結構，無法總是達到解除是為回復原狀之規範意旨，良以在解除之前，當事人不僅可能已有給付或對待給付，亦有可能尚未給付或對待給付，而返還與償還義務只能應付已給付或對待給付之情形，完全無法對應尚未給付或對待給付之情形。換句話說，於德國民法，作為解除契約之目的，回復原狀乃指回到契約成立前之狀態，而為回到契約成立前之狀態，必須發生返還或償還義務（針對已給付或對待給付之部分），以及免除義務（針對尚未給付或對待給付之部分）之效果。於是，解除契約發生回復原狀效果，包括免除債務與返還或償還義務<sup>3</sup>。

至於債務不履行損害賠償之目的，亦如同一般之損害賠償，均是達到若無損害之狀態，在搭配債務不履行作為原因之前提下，亦即達到如同已履行債務之狀態，而且賠償之範圍不僅止於所受損害，尚及於所失利益。兩相對照之下，可知解除契約與債務不履行損害賠償之目的，可謂是南轅北轍，解除契約乃應往契約成立前之狀態發展，債務不履行損害賠償乃應往如同債務履行之狀態發展，解除契約因此根本無法要求債務不履行損害賠償。解除契約只能發生免除義務與返還或償還義務之效果，無論如何無法發生債務不履行損害賠償之效果。只有債務不履行，才能發生債務不履行損害賠償之效果。最高法院在上開判決所表示之見解「自解除契約之效果而言，於契約有效期間，基於債務所為之給付，均應返還，始能回復契約訂立前之狀態，則契約有效時，基於債務所生之損害，亦應一併賠

<sup>1</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 189; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 54; 游進發，契約解除、回復原狀與損害賠償義務，臺北大學法學論叢，79期，2011年9月，218頁。

<sup>2</sup> Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 54 f., 151, 171-172; BT-Drucks. 14/6040, S. 190.

<sup>3</sup> Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 150 f.; 171-172; BT-Drucks. 14/6040, S. 189.

償，方可達回復原狀之趣旨」亦即其認為，解除契約得正當化債務不履行損害賠償請求權之併存，恐怕並未完全掌握解除契約與債務不履行損害賠償之規範意旨，不僅似誤以為返還或償還義務乃解除契約回復原狀目的之全部。其似亦誤以為解除契約要求債務不履行損害賠償。這項見解似雖只是合理化兩立主義之嘗試，但恐將進一步造成解除契約乃債務不履行損害賠償構成要件之推論，恐怕是在其意料之外。

## 貳、解除契約取代債務不履行損賠？

解除契約無法發生債務不履行損害賠償之法律效果，換句話說，規範設計上無法以解除契約作為債務不履行損害賠償之要件，而只有債務不履行始能作為債務不履行損害賠償之要件。既然如此，民法第二六〇條規定允許債務不履行損害賠償與解除契約併存，允許債權人同時行使兩者之理由何在，乃以下分析客體。

### 一、替補賠償債權始是轉來之債

債務不履行損害賠償之類型（法定類型），首先且原則上是符（合相）應債務不履行之類型（法定類型）而存在，即給付不能損害賠償（民法第二二六條第一項）、給付遲延損害賠償（民法第二三一條第一項）、瑕疵損害賠償（民法第二二七條第一項準用第二二六條第一項）、瑕疵結果損害賠償（民法第二二七條第二項），以及違反保護義務之損害賠償（民法第二二七條第二項）。給付不能損害賠償乃因應給付不能這項類型而生；給付遲延損害賠償則是因應給付遲延類型；瑕疵損害賠償則是符應瑕疵補正義務履行不能；違反保護義務之損害賠償，則是符應違反保護義務這項債務不履行類形而生。其次，針對各項債務不履行損害賠償類型，但卻屬例外性質之損害賠

償，則均是替補賠償，又稱代替給付之損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）<sup>4</sup>，例如民法第一三二條規定、第二二七條第一項準用第二三二或二二六條第二項規定。

給付不能損害賠償本質上乃替補賠償，蓋給付不能者，免給付義務，此間所生之損害賠償，乃是為回到若無給付不能且已給付之狀態，但給付不能即回復原狀不能，而只能以金錢賠償至若無給付不能且已給付之狀態，於是可將如此之賠償觀察為：其一，金錢賠償是在代替回復原狀，從而代替給付；其二，金錢賠償是由給付義務轉來，債務人因此不再負有給付義務，而負有該項金錢賠償義務。民法第二二七條第一項準用第二二六條第一項所規定之瑕疵損害賠償（瑕疵給付損害賠償），本質上亦屬代替給付之損害賠償，包括大損害賠償（損害賠償代替給付與無瑕疵給付）與小損害賠償（損害賠償代替無瑕疵給付）。瑕疵損害賠償是以補正（Nacherfüllung）義務履行不能為前提。補正義務亦是給付義務，由無瑕疵給付義務轉來。是以補正義務履行不能性質上與一般給付義務履行不能，並無不同，從而因此所生之損害賠償本質上亦是替補賠償。

民法第二二六條第二項、第二三二條所規定之損害賠償，雖亦為替補賠償，但不同於給付不能損害賠償與瑕疵損害賠償，乃因應給付不能與瑕疵補正不能這兩項債務不履行類型而生，而且是原則之損害賠償，這兩條法條所規定之替補賠償，乃於例外情形始可能發生之損害賠償。德國民法（債務法現代化法）採取替補賠償一般化之規範模式，於任何債務不履行（義務違反）類型，包括給付遲延與違反保護義務，原則上均

<sup>4</sup> 最高法院77年度台上字第2555號判決。最高法院在77年度這則判決裡早已表明，替補賠償乃代替給付之損害賠償。

可能發生替補賠償，而非如同我國民法所採取之規範模式，即僅於給付不能與瑕疵給付類型，始可能發生替補賠償，於給付遲延與違反保護義務，原則上並不發生這類損害賠償，僅於給付遲延時，始可能例外地發生。無論替補賠償作為原則性之損害賠償或例外之損害賠償，當債權人請求替補賠償時，債務人必定免給付義務，在給付不能時，固然是如此，在瑕疵不能補正時，債務人亦免補正義務；在民法第二二六條第二項所規定之情形，債務人就給付可能之部分，免給付義務，從而免全部給付之義務，在民法第二三二條所規定之情形，債務人亦免給付義務。

文獻上常有債務不履行損害賠償，乃由原給付關係轉來等類似之說明，例如最高法院在上開判決即謂：「損害賠償請求權係因債務不履行所發生，屬原債權之變換型態」。但並非任何債務不履行損害賠償類型，均由原給付關係轉來，而是只有替補賠償始是由原給付關係轉來，原給付義務在此間已消滅。給付遲延損害賠償，並非由原給付關係轉來，債務人此時不僅負有給付義務，而且負有遲延賠償義務，給付義務仍然存在，當事人違反保護義務，而負有損害賠償義務時，仍然負有給付義務，債務人加害給付，而債權人未請求大損害賠償或小損害賠償時，仍然負有給付義務。在這些情形，給付義務與債務不履行損害賠償併存，並無轉來可言。任何從轉來之債導出法律效果之嘗試，均須正確認知到轉來之債這項結構，否則推論將不合邏輯，無法提供法律效果之正確性<sup>5</sup>。

## 二、解除、違約損賠對債權人財產總額狀態之影響

解除契約與債務不履行損害賠償，對債權人財產總額之影響，兩者往往並不一致。解除契約發生免除義務或返還或償還義務之效果，目的在於回到契約成立前之狀態，債務不履行損害賠償則是為達到彷彿債務履行之狀態。單從如此之目的設定即可得知，解除契約並無法使債權人於解除契約後之財產總額，較多於契約成立前。債務不履行損害賠償，則可能使債權人財產總額較多於契約成立前。

甲出賣其市價五萬元之A腳踏車於乙，約定價金僅二萬元。乙已支付二萬元價金於甲。甲其後卻酒駕發生車禍，導致A腳踏車全毀。若乙解除該買賣契約，則得請求甲返還二萬元價金。乙解除契約後之財產總額，並未多於其於買賣契約成立前之財產總額，而是剛好等於。但若乙請求給付不能損害賠償，則雖不得請求甲返還二萬元價金，但享有五萬元之損害賠償，乙此時之財產總額，無論如何高於該買賣契約成立前之財產總額，即多出三萬元，若乙更受有無法取得轉售利益之損害，則賠償額將高於五萬元。乙此時之財產總額將因此更高於買賣契約成立前之財產總額。但若約定價金高於A腳踏車之市價，例如七萬元，而且乙亦未受有所失利益之損害，則乙依具體計算方法計算財產，而請求替補賠償之結果，將使自己此時之財產總額，低於買賣契約成立前之財產總額；若乙解除契約，則得請求返還已支付之七萬元，乙解除後之財產總額多於解除前之財產總額。從以上這則簡單例子可知，解除契約對債權人財產狀態之作用，可能小於或大於債務不履行損害賠償中之替補賠償。只有當甲與乙兩人約定價金為五萬元，恰恰等於市價，而且乙亦未受到所失利益之損害時，解除契約對債權人財產總額之作用，始與債務不履行損害賠償中之替補賠償相當。

<sup>5</sup> 類似說明，Karl Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band. 1, 1987, S. 333。

至於其他債務不履行損害賠償與解除契約對債權人財產狀態之影響，礙於篇幅，本文不再多加分析。但大抵上是兩者作用並不相當，而且往往是解除契約對債權人財產總額之作用，較小於其他債務不履行損害賠償。綜合以上觀察結果，解除契約與債務不履行損害賠償中之替補賠償，對債權人財產總額之影響，既不相當，前者並不恆大於後者，後者亦不恆大於前者，於是解除契約不應取代債務不履行損害賠償，債務不履行損害賠償也不應取代解除契約，兩者應得併存<sup>6</sup>。準此而論，最高法院於上開判決裡表明之見解：「蓋自解除契約之效果而言，於契約有效期間，基於債務所為之給付，均應返還，始能回復契約訂立前之狀態，則契約有效時，基於債務所生之損害，亦應一併賠償，方可達回復原狀之趣旨。」亦即解除契約要求債務不履行損害賠償之見解，恐無法通過解除契約與債務不履行損害賠償上開作用分析結果之檢驗。

### 三、親民之兩立主義

解除契約與債務不履行損害賠償對債權人財產狀態之作用，對當事人而言，往往是陌生、一無所知。而且債務不履行損害賠償，還涉及財產有無與多寡之計算方法。即便對法律人而言，恐怕花費相當之努力，亦無法正確瞭解解除契約、債務不履行損害賠償、財產上損害計算方法之釋義結構，以及這些結構對財產狀態之作用。採取選擇主義，將迫使非法律人要非正確瞭解如此不容易之釋義結構後，始解除契約或請求債務不履行損害賠償，便是完全承受不利於自己之權利行使結果。

<sup>6</sup> BT-Drucks., 14/6040, S. 188; Han Georg Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 172; 游進發，同註1，264頁。

德國聯邦法院<sup>7</sup>於其審判過程中，發現到選擇主義對當事人在瞭解法律知識之要求上有多麼地苛刻，而將債權人解除契約強解為請求債務不履行損害賠償之意思。德國債務法現代化法亦基於這項理由，廢除選擇主義，而改採我國民法第二六〇條規定所採取之兩立主義<sup>8</sup>。民法應是親民之民法，無論是文字之使用，甚至是規範內容之形成，應盡可能立於使人民較容易進入民法之態度為之。

### 四、瑞士債務法之規範模式

最高法院在上開判決裡認為，瑞士債務法就債務不履行損害賠償與解除契約之關係採取所謂契約利益主義。我國文獻上一般認為，瑞士債務法第一〇九條第二項規定採契約利益主義<sup>9</sup>。關於契約利益主義，史尚寬先生：「債權人得就契約解除及因契約消滅所生之消極的契約上之損害賠償，合併請求……信賴利益說：此即瑞士債務法所規定的消極的契約上之損害，例如契約訂立之費用，履行準備之費用，失去他方面訂約機會之損失。」但如此說明僅指涉契約解除與契約消滅損害賠償請求，而完全未指涉契約解除及不履行損害賠償之關係。

<sup>7</sup> BGH, NJW 1988, 2878.

<sup>8</sup> 詹森林，台灣民法債務不履行體系之發展——外國法之繼受本國法理論與實務之演變，月旦法學雜誌，241期，2015年6月，12頁；郭麗珍，契約解除與損害賠償——我國民法與德國民法相關規定之研究，中興法學，43期，1997年12月，465頁。

<sup>9</sup> 史尚寬，債法總論，1990年，538頁；林誠二，債法總論新解——體系化解說（下），二版1刷，2013年1月，295頁；楊芳賢，給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討，政大法學評論，58期，1997年12月，168頁。

瑞士文獻上一般認為<sup>10</sup>，瑞士債務法第一〇九條第二項規定所規定之請求權，乃信賴利益損害賠償請求權。瑞士債務法第一〇七條第一項規定：「於雙務契約，債務人陷於給付遲延者，債權人對於債務人，為嗣後履行，得訂相當期限，或使權責機關訂定之。」同條第二項規定：「直至該期限屆至，而仍未履行者，債權人除得訴請因遲延之損害賠償外，仍得訴請履行。債權人亦得不訴請履行，而即時為嗣後給付拋棄之表示，以及請求因不履行所生損害之賠償或解除契約。」由瑞士債務法第一〇七條第二項文義「請求因不履行所生損害之賠償……『或』解除契約」可知，債權人就不履行損害賠償請求權及解除權享有選擇權，得擇一行使乃瑞士一般見解<sup>11</sup>。瑞士文獻上一般以為，當事人一方預示拒絕給付者，應類推適用瑞士債務法第一〇七條及第一〇八條規定，他方得解除契約「或」請求因不履行所生損害之賠償，換句話說，於預示給付拒絕，就解除契約與不履行損害賠償請求之關係，瑞士債務法亦採行擇一之規範模式<sup>12</sup>。

瑞士債務法第九七條規定：「債務履行不能，或不能適法履行，債務人未能證明其無過失者，應賠償因此所生之損害。」這條規定乃關於債務不履行損害賠償請求之基本規範，於同法第一〇七條第二項所規定不履行損害賠償請求權，該條

規定亦有適用之餘地<sup>13</sup>。反之，債權人取得解除權並不以債務人過失為要件<sup>14</sup>。是以債務人就給付遲延無須負責者，債權人僅享有解除權。簡要來講，債務人就給付遲延須負責者，依瑞士債務法第一〇七條第二項規定，債權人就解除契約與債務不履行損害賠償，僅得擇一行使。一般認為，債務人就嗣後給付不能應負責者，依瑞士債務法第九七條第一項規定，債權人享有債務不履行損害賠償請求權<sup>15</sup>，但依瑞士債務法第一〇七條第二項規定之類推適用，亦享有解除權，良以於嗣後給付不能，債權人所受之保護不應劣後於給付遲延之情形<sup>16</sup>，但債權人就債務不履行損害賠償及解除契約，僅得擇一行使。債務人就瑕疵給付應負責者，依瑞士債務法第九七條第一項規定，債權人得請求瑕疵損害或瑕疵結果損害賠償<sup>17</sup>。債務人瑕疵給付者，依瑞士債務法第一〇七條第二項規定之類推適用，債權人得解除契約<sup>18</sup>，但債權人就解除契約與債務不履行損害賠償，

<sup>10</sup> BGE 90 II 285 S. 295; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 379.

<sup>11</sup> BGE 103 II 102 S. 107; BGE 123 III 16 S. 23; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 345, 369, 371; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 451-452.

<sup>12</sup> BGE 111 II 156 S. 157; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 363-364.

<sup>13</sup> Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 379-380; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 451-452.

<sup>14</sup> Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 451-453.

<sup>15</sup> BGE 82 II 332 S. 333; 84 II 266 S. 274; 109 II 474 S. 476; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 339, 424; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 439.

<sup>16</sup> Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 339, 424; Gregory Gerhardt/Benjamin Leisinger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2005, S. 167.

<sup>17</sup> BGE 122 III 420 S. 423; 127 III 543 S. 543; 128 III 22 S. 23; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 335-336; Gregory Gerhardt/Benjamin Leisinger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2005, S. 176; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 460.

<sup>18</sup> Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,

僅得擇一行使。瑞士文獻上一般認為，債務人就附隨義務違反須負責者，依瑞士債務法第九七條第一項規定，債權人得請求因此所生損害之賠償（包括履行利益及固有利益損害賠償）<sup>19</sup>，債務人違反附隨義務，且其違反非無關緊要者，依瑞士債務法第一〇七條第二項規定之類推適用，債權人得解除契約<sup>20</sup>，申言之，債務人就附隨義務違反應負責，且其違反非無關緊要者，債權人就債務不履行損害賠償及解除契約，僅得擇一行使。

綜合以上分析，瑞士債務法就債務不履行損害賠償與解除契約之關係，採取選擇主義併信賴利益損害賠償之規範模式：債權人請求債務不履行損害賠償者，不得解除契約；解除契約者，雖不得請求債務不履行損害賠償，但得請求信賴利益損害賠償。文獻上一般以瑞士債務法在此間採行契約利益主義，要非是過於簡化，便是誤解瑞士債務法<sup>21</sup>。

### 參、使解除與債務不履行損害賠償併存之兩種可能形式

解除契約與債務不履行損害賠償併存下之釋義結構，亦即

1988, S. 335-336; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 460.

<sup>19</sup> BGE 122 III 106 S. 109; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2006, S. 460.

<sup>20</sup> Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 461; Gregory Gerhardt/Benjamin Leisinger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2005, S. 177.

<sup>21</sup> 游進發，瑞士債務法採契約利益主義？，台灣法學雜誌，130期，2009年6月15日，256-258頁；游進發，契約解除與不履行損害賠償請求之擇一兼契約解除前提下之信賴利益損害賠償請求——瑞士債務法之規範模式，法令月刊，58卷3期，2007年3月，52-60頁。

兩者併存之手段，乃以下分析客體。當然，文獻上相關見解，在必要範圍內，亦在分析之列。

債務不履行損害賠償與解除契約併存形式之問題，與被解除契約效力之問題有關。直接效果理論以被解除之契約自始無效，且唯有透過被解除之契約自始無效。解除當事人始可能免給付義務；返還或償還義務本質上乃不當得利返還義務，但返還或償還義務乃特別規定，不當得利相關規定，例如善意不當得利受領人之減輕責任，並無適用餘地；透過被解除之契約自始無效，以及返還或償還義務乃不當得利之特別規定，達到解除契約回復原狀之目的。於德國民法典施行前，直至施行後文獻上出現回復原狀理論（結算說或稱清算說）前，德國法上通說乃直接效果理論<sup>22</sup>，其後則改為回復原狀理論<sup>23</sup>。

回復原狀理論之核心想法，乃解除契約時，給付關係發展成回復原狀關係，於是解除當事人就未給付之部分，免給付義務，就已給付之部分，則負有返還或償還義務；使解除當事人免給付義務，無須採取被解除之契約自始無效之手段。在如下的理解下，文獻上因此常有謂，被解除之契約乃嗣後無效之觀察結果<sup>24</sup>。回復原狀理論底下，給付關係既然因解除契約而發

<sup>22</sup> BGH, NJW 1955, 417 = BGHZ 16, 153, 155.

<sup>23</sup> BGH, NJW 1984, 42; 1998, 3268; 1990, 2068; Klaus Tiedtke, Verzugsschaden und Rücktritt vom Vertrag, NJW 1984, 767, 768. 瑞士聯邦法院也採取折衷理論，BGE 114 II 152 S. 158.

<sup>24</sup> 王澤鑑，債法原理(二)不當得利，增訂新版，2009年，308頁；林誠二，債法總論新解——體系化解說(下)，瑞興，2010年，293、294頁；黃立，民法債編總論，三版，2006年，552頁；陳洗岳，契約解除之給付物的「返還不能」，台灣本土法學雜誌，21期，2001年4月，44-46、51頁；楊芳賢，解除契約後仍適用不當得利之見解——簡評最高法院93年度臺上字第957號判決，台灣本土法學雜誌，76期，2005年11月，64頁以下；陳自強，雙務契約不當得利返還之請

展成回復原狀關係，並非因自始無效之契約而自始不存在，於是解除契約之前已發生之債務不履行損害賠償，便完全不受影響，仍然存在，已發生之債務不履行損害賠償，即立基於由給付關係發展成回復原狀關係之上。但這只是以回復原狀理論之結構而採取兩立主義之形式理由，實質理由則如前述，乃解除契約無法取代債務不履行損害賠償，債務不履行損害賠償亦無法取代解除契約，以及避免人民難以瞭解兩者區別，從而無法作出適當決定。但縱使採取直接效果理論，亦不當然採取選擇主義；採選擇主義者，亦不當然採取直接效果理論。單基於上開支持採取兩立主義之實質理由，縱使在採直接效果理論之前提下，亦可認為兩者「應」併存，彼此「應」互不影響。

最高法院向來認為被解除之契約自始無效<sup>25</sup>，乃採直接效果理論。但最高法院在上開判決卻一改向來立場，而認被解除之契約向將來失其效力，改採回復原狀說（結算說或稱清算說）：「民法第二百六十條規定，即係在立法政策上，對於契約之溯及效力，酌加限制，允許當事人得就債務不履行所生損害，請求賠償，亦即在此範圍內，契約之效力仍然存續，是其損害賠償請求權，自不分行使解除權之當事人抑相對人，均不因契約之解除而失其存在。」我國學者則大多贊同回復原狀理論<sup>26</sup>。

求，政大法學評論，54期，1995年12月，219-220頁；郭麗珍，契約解除與損害賠償——我國民法與德國民法相關規定之研究，中興法學，43期，1997年12月，471、473頁。

<sup>25</sup> 最高法院23年度上字第3968號判例、最高法院40年度台上字第1020號判例、最高法院49年度台上字第1597號判例、最高法院51年度台上字第2829號判例、最高法院91年度台上字第1552號判決、最高法院91年度台上字第577號判決、最高法院93年度台上字第957號判決、最高法院91年度台上字第1412號判決。

<sup>26</sup> 同註24。

## 肆、結 論

最高法院九十六年度台上字第一二〇四號判決，以債務不履行損害賠償乃轉來之債，為原債權之轉變形態。最高法院這項見解似未看清債務不履行損害賠償各項類型之性質。並非任何債務不履行損害賠償類型均是原給付關係之轉來，只有替補賠償始為原給付關係之轉來。文獻上常見以轉來之債作為進一步法律效果之正當性基礎。但在未正確認知上開債務不履行損害賠償各類型結構之前提下，由轉來之債所導出法律效果，反而欠缺正當性基礎。

最高法院在上開判決誤認為，返還或償還義務乃解除契約回復原狀目的之全部。立法者早在制定民法典當時，亦誤以為返還或償還義務為回復原狀之全部。但「回復原狀」不僅以返還或償還義務為必要，亦應包括免除義務效果。最高法院在上開判決認為，解除契約要求債務不履行損害賠償。這項見解雖然似僅在嚐試合理化兩立主義，但恐將進一步造成解除契約乃債務不履行損害賠償構成要件之推論，恐怕並非其本意。

民法第二六〇條規定之規範意旨，乃解除契約與債務不履行損害賠償之作用，受到各自且不同目的（回到契約成立前之狀態，以及賠償至如同已給付之狀態）之指引，兩者並不恆劃上等號，是以前者無法取代後者，後者也無法取代前者。而且相較於選擇主義，兩立主義明顯是親民之立法例：非法律人通常難以正確理解解除契約與債務不履行損害賠償之結構，從而無法作出有利於己或符合自己需求之決定，兩立主義允許兩者併存，可避免這項對非法律人行使權利上之過度要求。

於回復原狀理論（結算說或稱清算說）底下，原給付關係自解除契約時起向回復原狀關係發展，並非自始不存在，已發生之債務不履行損害賠償因此仍可存在於該發展成回復原狀關

係之給付關係之上，而這項形式結構亦支持，解除契約不妨礙債務不履行損害賠償之請求。單基於上開支持兩立主義之實質理由，縱使在採直接效果理論之前提下，兩者亦「應」併存。

我國文獻上一般認為，瑞士債務法就解除契約與債務不履行損害賠償之關係，採取契約利益主義。但這項見解恐誤解或過於簡化，瑞士債務法所採規範模式之精華。本文作者一再為文表明，瑞士債務法乃採選擇主義兼以解除契約為要件之信賴損害賠償。

最後，特別值得注意者，乃最高法院於上開判決，一改向來贊同直接效果理論之立場，而改採回復原狀理論（結算說或稱清算說）。最高法院上開判決訊息豐富，可見其努力嘗試詳附理由之態度，值得敬佩。

# 德國民法上之應負責概念

## 壹、前言

1900年，德國民法典生效施行。這項法典化乃編纂法學<sup>1</sup>之時代成就<sup>2</sup>。德國民法典百餘年來之施行實踐顯示出，在其中存在著非常多的矛盾與不透明。2002年，德國債務法現代法生效施行，其目的即在排除上該矛盾與不透明。這次之德國民法典修正，可以說是當代德國民法學之成就。在此間講解之內容，因此乃德國民法學兩百多年來成就之所在，即德國民法條，而非法院裁判或學者研究文本。

德國民法典這次修正（債務法現代化法）重點之一，乃給付干擾法（das allgemeine Leistungsstörungen<sup>3</sup>）。德國給付

<sup>1</sup> Uwe Wesel, Geschichte des Rechts, 3. Aufl., 2006, S. 467.

<sup>2</sup> 編纂法（das Pandektenrecht）學，乃指在19世紀時，對羅馬法進行系統化分析之法學。羅馬法在彼時乃指私法，以習慣法之形式呈現出。由於羅馬法普遍適用於彼時德語諸國統治圈內，於是被稱為普通法（gemeines Recht）。凡此相關，參閱，Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd, 1, 1997, S. 1-8; Friedrich Carl, Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 1, 1840. S. 1-5。

<sup>3</sup> 文獻上多將das Leistungsstörungen翻譯為給付障礙法。但本文認為，應將其翻譯為給付干擾法。良以die Störung一字雖有多義，但首先乃干擾之意，障礙一詞則多翻譯為das Hindernis；干擾一詞語意上較障礙來得廣泛，足以包括債務不履行各項法定類型，障礙一詞則只能包括給付不能。而且更要緊之理由，乃法條文義明白指出，das Hindernis僅指給付不能：德國民法第275條規定，乃關於給付不能之規定，該條第2項第2句規定使用das (Leistungs) Hindernis這字，將其與不能（die Unmöglichkeit）劃上等號；該條第3項規定同樣也使用das Hindernis這字，將其與不能劃上等號；同法第311a條規定，乃關

干擾法之修正，有著非常多重點內容。德國民法法條常使用若干德文文法，例如情態助動詞之代替。在法學德文教學上，這些德文文法之說明，即顯得非常有意義。以下說明之重點內容，即在於情態助動詞之代替。德國民法第276條第1項第1句規定，關乎主動與被動式之代替情態助動詞之文法，於是成為以下講解之客體。應另外說明者，該條規定乃因給付干擾所生之損害賠償請求權之要件規定，乃該項請求權體系中之一環。基於這點請求權體系觀具有民法教學上之價值，該條規定亦成為以下說明之內容。

„Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist.“ (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB)

將上開條文翻譯如下：

德國民法第276條第1項第1句<sup>4</sup>規定：「一項較重或較輕之責任，既未有規定，依債之關係之其他內容，尤其依擔保承擔

於自始客觀不能之規定；該條第2項規定亦使用das (Leistungs) Hindernis這字，將其與不能劃上等號。就此，參閱，游進發，德國民法上承攬人之瑕疵責任，月旦法學雜誌，141期，2007年2月，80頁（註1）。

<sup>4</sup> 本文不建議將德國法條Satz 1（第1句）、Satz 2（第2句）等法條文法句子結構，翻譯為前半段或後半段等類似用詞，良以如此翻譯一來超越文義，二來頂多只能應用在有著三條句子之法條，即前半段、中段與後半段，而倘若一條法條有4句以上句子構成時，例如德國民法第484條第1項第1至5句、第492條第1項第1至5句、第494條第2項第1至6句、第497條第3項第1至5句、第502條第3項第1至6句、第922條第1至4句、第978條第2項第1至5句等規定，將難以翻譯，而且恐怕將會出現，例如前段、前中段、中段、後中段、後半段等難以理解之翻譯。

或獲取風險，亦不可得者，債務人應就故意或過失負責。」

## 貳、主句——應負責與過失原則

以下說明之主要內容，乃上開法條之文法結構與字義。至於該法條之規範內容，在避免誤解，以及教學上屬要緊之必要範圍內，亦將加以說明之。

德國民法第276條第1項第1句規定裡，有一條主句與作為條件句之子句。這則主句之主格為der Schuldner（債務人），直接受格（der Akkusativ）為Vorsatz（故意）oder（或；連接詞）Fahrlässigkeit（過失），助動詞為zu haben（應），及物動詞為vertreten（負責）。在這則主句裡，有著以zu加原型動詞與haben（主動式）代替三項情態助動詞（können、müssen或sollen）之文法。關於這三項情態助動詞之代替，說明如下；其一為表可能性（50%上下）、能力、資格或特性，或有權利之können；其二為表相當高之可能性（90%上下）或義務或責任之müssen；其三為表較低之可能性（70%上下），或表第三人要求、希望、企圖之sollen；應依上下文或語意，決定究竟取用以上哪項意義之助動詞；在句子裡，出現機率最高者，乃können，再者為müssen，其次則為sollen。

依這項文法，可將„Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten“這條主句改寫如下：Der Schuldner muss Vorsatz oder Fahrlässigkeit vertreten。Der Schuldner為主詞，第三人稱單數。這則主詞傳遞出主動之意義。muss為情態助動詞，müssen之第三人稱單數之變化；德國民法第276條之規範客體，乃過失原則，因此在此間應取義務或責任（應）之情態助動詞意義。德國民法第276條第1項第1句規定因這項文法而有著「應（müssen）」之意義。德語動詞文法上可轉為

名詞屬性，其第一字母必須大寫，冠詞屬性為中性。動詞 *vertreten* 可轉為 *das Vertreten* 名詞。情態助動詞 *müssen* 可轉為 *das Müssen* 名詞。文法上亦可將兩則，甚至兩則以上名詞連結起來。可以將 *das Vertreten* 與 *das Müssen* 連結起來。於是造就了 *das Vertretenmüssen*（應負責）這名詞。德國文獻上<sup>5</sup>，包括債務法現代化法聯邦政府草案版本之立法理由<sup>6</sup>，因此均使用 *das Vertretenmüssen*（應負責）這字。這條法條之主句明確表示過失原則（*das Verschuldensprinzip*）<sup>7</sup>，其意義與我國民法第220條第1項規定相同<sup>8</sup>，解釋適用上並無太多困難與爭議。（債務人）應負責之內容，原則上乃過失。

但德國民法百餘年來之實踐經驗指出，德國民法第276條第1項第1句規定之難題或重點在於，該條法條子句裡所表示之加重責任與減輕責任。關於此間所指減輕責任，例如限制之勞工責任（*die eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung*），亦即勞工在勞動關係內，原則上僅就其故意或重大過失行為所生之損害，負賠償責任<sup>9</sup>。勞工在此間所應負責者，亦即其應負責之

內容，乃減輕之故意或重大過失。關於此間所指加重責任，例如獲取風險承擔（在種類債務與金錢債務）與擔保承擔（品質保證）。債務人在此間所應負責者，亦即其應負責之內容，乃加重之無過失。德國民法第276條第1項第1句規定之子句裡，僅有獲取風險與擔保承擔這兩則加重責任之例示，而無關於減輕責任之例示。以下說明之主要內容，乃這條規定之子句。

### 參、子句——加重或減輕責任

德國民法第276條第1項第1句規定之子句內有著大量訊息。是以以下首先乃關於該子句之德文教學，其後則是其規範內容之簡要說明。

#### 一、德文教學

這一整條句子裡之條件子句，有著雙重否定（*Doppelnegation*）之連結詞，即「既不……亦不……（*weder ... noch ....*）」，其將兩條原本以 *und*（與）相連結之條件否定句連結在這則條件句內：*wenn eine strengere oder mildere Haftung nicht bestimmt ist; wenn eine strengere oder mildere Haftung aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, nicht zu entnehmen ist. wenn* 為表條件之意思。*wenn* 可以使用在任何表條件，尤其在不強調時間或範圍限制之情況。依民法立法者之文字使用習慣，應將 *wenn* 這字

<sup>5</sup> BGHZ 163, 234 = NJW 2005, 2852; Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 173; Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 73.

<sup>6</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 131-132. 應特別說明者，BT-Drucks. 14/6040 為聯邦眾議院出版品（*Bundestagsdrucksache*）之一，其內容乃聯邦眾議院所接受之聯邦政府草案與立法理由，是關於德國債務法現代化法最重要之參考文獻之一。大多關於德國債務法現代化法文本之內容，大抵並不超出這份立法理由。

<sup>7</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 131.

<sup>8</sup> 我國民法除採用可歸責概念（例如民法第225、226、227、267條等規定）外，亦同時採用應負責概念（民法第220條），兩者內容上並無不同。

<sup>9</sup> BT-Drucks. 14/7052, S. 204; 14/6857, S. 48; BAG, NZA 2003, 37 = BB 2003, 528; Däubler, NZA 2001, 1329, 1331; Jousen, NZA 2001, 745,

748; Walker, JuS 2002, 736, 740. 中文相關文獻，游進發，德國民法上勞動契約的特性，財產法暨經濟法，35期，2013年9月，58-61頁；陳彥良，論勞動關係中之債務不履行(一)，勞工之友，523期，1994年7月，24頁；陳彥良，論勞動關係中之債務不履行(二)，勞工之友，524期，1994年8月，26頁。

翻譯為「……者」。

被連結的兩條句子之主格，均為eine（一；不定冠詞）strengere（較重的；形容詞、比較級）oder（或）mildere（較輕的；形容詞、比較級）Haftung（責任），動詞則分別為bestimmt ist（規定；被動態、現在完成式）、zu entnehmen ist〔有目的地取出、（訊息）提取〕。bestimmen之名詞為Bestimmung。依債務法現代化法立法者之立法理由說明，bestimmen這則動詞有著兩項意義，即（當事人）約定與（法律）規定。Bestimmen（Bestimmung）這字向來並未自限在法律規定之意義。依債務法現代化法立法者之立法理由說明，bestimmen或Bestimmung這字有著當事人約定與法律規定之意義<sup>10</sup>。德國民法所指之一般交易條款（allgemeine Geschäftsbedingungen），本質上亦是當事人約定。德國民法關於一般交易條款之規定，例如德國民法第305條第1項第2句、第305c條、第306第2項、第307條第1與2項、第308條第1、2、5、6、7款、第309條第1至4、6、8、10至13款等規定，均使用Bestimmung這名詞。由此足見，即便德國民法法條亦以bestimmen（Bestimmung）這字亦有當事人約定之意義。文獻上有將其僅理解為法律規定，恐怕是誤解。

entnehmen這動詞可同時接直接受格與間接受格，例如Duden字典所舉之例子：der Kasse Geld entnehmen（從出納處領錢）；jemandem eine Blutprobe entnehmen（自某人身上採取血液樣本）；ein Leitbild der Literatur entnehmen（從文獻獲得典範）；亦可接介系詞aus（自、從之意）之後，而僅接直接受格，例如Duden字典所舉之例子：aus der Kasse Geld entnehmen（從出納處領錢）。德國民法第276條第1項第1句規

定，則使用entnehmen接aus之用法。

在zu entnehmen ist裡有著一項以zu加原型動詞與sein（被動式）代替三項情態助動詞（können、müssen或sollen）之文法。這項文法與上開代替三項情態助動詞之文法間，只僅有主動與被動式之區別而已，其餘則均相同。依德國民法第276條第1項第1句規定之「既不……亦不……」之文義，債務人是否應負較重或較輕之責任，首先端視法律是否有規定，以及當事人是否有約定加重或減輕責任，若無者，則應檢視債之關係之其他內容，是否支持加重或減輕責任。由此可見，法律規定與當事人約定，以及債之關係之其他內容，均有著使加重或減輕責任成立之資格，換句話說，乃加重或減輕責任之依據。是以在zu entnehmen ist這條子句裡，被代替之情態助動詞，應是表能力、資格或特性之意之können。於是可將這條子句改寫成如下：wenn eine strengere oder mildere Haftung aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, nicht entnommen werden kann。

aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses乃自債之關係之其他內容之意；aus這介系詞後接間接受格（der Dativ）；dem Inhalt為內容之意，dem為其定冠詞der之間接受格變化；（dem）sonstigen（Inhalt）乃形容詞，其他之意，因著aus後接間接受格，故其形容詞字尾變化為en；des Schuldverhältnisses則為Schuldverhältnis乃債之關係之意，其字尾乃定冠詞之屬格變化，des則為其定冠詞das之屬格（der Genitiv）變化，乃之、的之意義。insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos，乃尤其自擔保或獲取風險之承擔之意；insbesondere為尤其、特別之意，aus乃自……而來、而生、從……而來、而生之意，der

<sup>10</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 131.

Übernahme為承擔，der為其定冠詞之間接受格變化，einer Garantie為擔保之意，einer為其不定冠詞之間接受格變化，oder乃或之意，連結詞，將獲取風險與擔保連結起來，eines Beschaffungsrisikos乃獲取風險之意，其字尾為不定冠詞之屬格變化，eines為其不定冠詞之屬格變化。

## 二、規範內容

自德國民法第242條關於債之關係內容乃給付義務（第1項）與保護義務（第2項）之規定以觀，前揭債之關係之其他內容，乃指（法律規定或當事人約定）給付義務與保護義務以外之內容。但債之關係之內容，並不僅限於給付與保護，亦可能同時以其他事物為內容，例如減輕或加重責任、延長或縮短消滅時效之約定或法律規定。法定與約定加重或減輕責任，因此亦是債之關係之內容。而既然已有法定與議定減輕或加重責任，則並無自債之關係之其他內容導出加重或減輕責任之必要。德國民法第276條第1項第1句「既不……亦不……（weder ... noch ...）」之文義，即清楚傳遞出這項邏輯關係。於是，前揭債之關係之其他內容，應指（法律規定或當事人約定）給付義務與保護義務以外，亦未有意定或法定加重或減輕責任情形時之內容。

立法者以排除之方式，設定債之關係之其他內容這項概念。但為避免因過於抽象而造成理解與法律解釋適用上之困難，因此將擔保承擔（保證品質之意）與獲取風險承擔這兩項情形予以例示規定化，並特別強調（insbesondere）之。擔保承擔之意義，與我國民法第360條及德國民法舊法第463條所規定之品質保證相同：擔保承擔有著兩項規範內容，不僅有著品質之約定，亦即關於瑕疵有無之約定，亦包括加重責任，亦即

無過失損害賠償責任之約定<sup>11</sup>。

獲取風險承擔，亦有兩項規範內容，即債務人在市場上獲取給付而不能時，不因此免給付義務，以及債務人就給付遲延負有無過失遲延賠償責任<sup>12</sup>。當事人鮮少有獲取風險承擔之約定，其頂多也只可能發生在種類債務與金錢債務。而且縱使當事人就此並未約定，但由種類債務與金錢債務本身亦可導出，獲取風險承擔。換句話說，獲取風險承擔亦是種類債務與金錢債務之內容，而這項內容乃前揭法條所謂債之關係之其他內容，亦即種類之債與金錢之債<sup>13</sup>之其他內容。

德國民法第276條第1項第1句之子句之雙重否定與條件文義傳遞出一項訊息，即其主句所規範之過失原則，僅於子句適用之前提下，始適用之：法律規定加重或減輕責任規定者，過失原則並無適用之餘地（依條件文義）；當事人若有約定加重或減輕責任者，亦無過失原則之適用，可見過失原則之規定乃任意規定之性質<sup>14</sup>，換句話說，當事人得約定較過失為輕或重之責任，排除主句所規定過失原則之適用（依條件文義）；債之關係之其他內容，得使成立加重或減輕責任時，過失原則亦無適用餘地（依條件文義）；唯有三項責任依據均不適用時，債務人始負原則之過失責任（依雙重否定文義）。

<sup>11</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 132.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 132.

<sup>13</sup> 同樣以金錢債務人之無過失責任，乃債之關係之其他內容者，Palandt/Grüneberg, § 276 BGB, Rn. 28 (70. Aufl., 2011); Peter Huber/Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 79.

<sup>14</sup> 我國民法相當多規定，亦有表明任意規定性質之文法句子結構，例如但書（例如民法第351、373條）與除外句（例如民法第352、378條）。

從以上說明可知，德國民法上之應負責（das Vertretenmüssen）概念，較過失概念為廣，是過失概念與加重及減輕責任之上位概念。債務人在個案中所應負責者，可能是原則之（抽象輕）過失，可能是減輕之具體輕過失，可能是減輕之故意或重大過失，亦可能是加重之無過失。

## 肆、結 論

從以上說明應可以體會到，德國民法法條之解釋適用，有著掌握語言之隱藏前提。無怪乎蠻多德國法學教授在課堂上或文獻上<sup>15</sup>均強調，語言之掌握對法律人之重要性。

依德國民法第280條第1項規定，同法第276條第1項第1句所規定之應負責概念，乃因給付干擾所生損害賠償責任之構成要件之一，亦即乃損害賠償請求權要件之一。由此可見，德國民法第276條第1項第1句與第280條第1項規定有著意義關聯，均關係著上開損害賠償請求權之發生與否，換句話說，德國民法第276條第1項第1句關於應負責之規定，乃上開損害賠償請求權之責任要件規定，而與其他要件規定（包括第280條第1項之要件）共同形成一項損害賠償請求權體系。只瞭解德國民法第276條第1項第1句，抑或只瞭解同法第280條第1項規定，均無法得到該項損害賠償請求權之全貌。礙於篇幅與題目設定，德國民法第280條第1項規定，僅能留待日後加以重點說明之。

<sup>15</sup> Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie, 2013, Rn. 151.

# 物之出賣人權利無缺及 權利存在給付義務

## 壹、研究動機、方法與範圍

一般言之，文獻<sup>1</sup>上凡提及民法<sup>2</sup>第三四九及三五〇條者，不外乎以權利瑕疵擔保「責任」為著眼點。於此，責任云者，乃出賣人就因權利瑕疵所生之法律後果，尤乃損害賠償義務，以全部財產為其擔保，債務人未滿足此等後果者，則以出賣人全部財產供強制執行<sup>3</sup>。

法學因法學上發現，而向前邁進一大步<sup>4</sup>。令人扼腕者，乃法學上發現終究極其少數。法學上所以有所發現，乃因發現者超人一等之洞燭力。發現者之學術成就，深值吾人敬佩，蓋終法律人之一生所研究者，或僅為瑣碎片斷之事。然而，或可謂，若非有前人、今者及後人，或宏觀或細膩且不間斷之研究，則混沌不明之處，亦無由稍加澄清，亦無從於其中有所發現。若此，法學進步主因，應非法學上發現，而在於前人、今者及後人，或宏觀或細膩且不間斷之研究。

<sup>1</sup> 著作應便於讀者閱讀（leserfreundlich）。準此，本文所引著作，倘有重覆者，於不占多少篇幅，以及文末附有參考文獻表之前提下，並不採「見前揭註」或其它類似之作法，而採重覆兼略稱之作法。

<sup>2</sup> 以下凡法條前未加註律名者，皆指我國民法。

<sup>3</sup> 林誠二，《民法債編總論（上）》，2000年，第20頁以下。

<sup>4</sup> 關於法學上之發現，參閱，王澤鑑，《民法學說與判例研究四》，第1頁以下。

姑不論價值判斷於法學所扮演之角色，法學身為一門獨立科學，其科學性應首見於，理性批判檢驗與窮盡式分析說理。

依德國現行民法第四三三條第一項第二句規定，物之出賣人負有無物之瑕疵之給付義務，以及無權利瑕疵之物之給付義務。同法第四三七條第一款規定，物罹有瑕疵者，買受人依第四三九條之規定，得請求補正。詳言之，物之出賣人負有無權利瑕疵之物之給付義務，買賣標的物罹有權利瑕疵者，出賣人即違反其無權利瑕疵之物之給付義務，出賣人即負有補正義務，此其一。其二，物之出賣人負有無物之瑕疵之物之給付義務，買賣標的物罹有物之瑕疵者，出賣人即違反其無物之瑕疵之物之給付義務，出賣人即負有補正義務。由此可知，德國現行買賣法關於出賣人無瑕疵之物之給付義務之規定，規範邏輯上極其細膩且前後一貫。

基於上述觀點，本文擬以較細膩之方法，反於一般文獻以責任為著眼點，由出賣人是否負有義務，若有者，其義務內容為何，又可否更具體細分之角度切入，分析釋義出賣人權利瑕疵擔保責任前提。此外，就關於此等責任前提之學說與見解，本文亦將有所批判嘗試。

凡分析者，必有其客體。如前所述，本文所欲分析者，乃出賣人權利瑕疵擔保責任之前提。反面推論，責任——法律效果——本身並非本文主要課題。又於現行買賣法體系內，凡言及買賣者，有物之買賣及權利買賣。鑑於物乃私有財產制之核心，且為免篇幅過於冗長，故本文所為之釋義分析，僅限於物之買賣。

## 貳、物之出賣人權利無缺給付義務

依買賣契約<sup>5</sup>，物之出賣人負有交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。然買賣法對於物之出賣人之要求，並不以此為滿足。依第三四九條規定，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權利。

物之出賣人是否因第三四九條之適用，而負有義務？物之出賣人因之負有義務者，其義務內容又為何，可否更具體化？凡此，乃以下所欲分析研究者。

### 一、民法第三四九條之釋義分析

民法第三四九條規定：「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。」本條所規範者，是為權利追奪擔保，適用於物之買賣及權利買賣。本文就第三四九條所為之釋義分析，則僅限於物之買賣。

#### (一)所有權與「任何權利」

關於第三四九條所指之權利，有疑問者，乃第三四九條所指之「任何權利」，是否包括所有權，進一步言之，可否適用於他人之物之買賣。就此問題，我國通說係採肯定見解<sup>6</sup>。本

<sup>5</sup> 第三四八條第一及二項，並非出賣人及買受人主給付債權請求權基礎。蓋使生債務關係（買賣關係）者，乃契約（買賣契約），而非定義法條（第三四八條第一及二項）。出賣人及買受人主給付債權請求權基礎，乃買賣契約。就此，參閱，Schapp, MethL, S. 58-61; Medicus, SchuldR I AT, Rn. 55 (13. Aufl.)。

<sup>6</sup> 最高法院87年台上字第733號、82年台上字第700號、77年台上字第2422號、55年台上字第123號判決；王澤鑑，《民法學說與判例研究（三）》，第54頁；邱聰智，《新訂債法各論（上）》，2002年，第97頁；黃茂榮，《買賣法》，2004年，第39頁；陳自強，《契約之內容與消滅》，2004年，第158頁；陳添輝，《民法系列——買賣》，

文從之，理由如下：其一，法條文義言及「任何權利」，所有權自不絕於「任何權利」之外。

其二，第三四九條繼受自德國民法舊法第四三四條。就德國民法舊法第四三四條規定所指之權利，是否亦包括所有權，進一步言之，是否適用於他人之物之買賣之問題，多數係採肯定見解<sup>7</sup>。準此，依德國民法舊法第四三四及四四〇條規定，物之出賣人負有權利無缺給付義務，第三人（所有人）就買賣標的物，對於買受人主張所有權者，出賣人即違反其權利無缺給付義務，買賣標的物即罹有權利有缺之瑕疵，即第四四〇條所謂之不履行（Erfüllt ... nicht = Nichterfüllung）。

又應提及者，乃德國現行民法第四三三條第一項第二句及第四三五條規定第一句。德國現行民法第四三三條第一項第二句規定：「出賣人應使買受人取得免於物及權利瑕疵之物。」德國現行民法第四三五條第一句規定：「第三人就買賣標的物，對於買受人無權利可資主張，或僅得主張買賣契約之權利者，買賣標的物無物之瑕疵。」

通說認為<sup>8</sup>，德國現行民法第四三五條第一句規定所指之權利，並不包括所有權，第三人（所有人）就買賣標的物，對於買受人主張所有權者，非屬權利有缺之瑕疵，惟買賣標的物所有權移轉自始主觀不能者，乃買賣標的物所有權移轉義務之

違反。由此可知，依德國現行民法第四三三條第一項第二句之規定，物之出賣人雖負有「無權利瑕疵」之給付義務，依德國現行民法第四三五條規定第一句，此一義務具體化至權利無缺給付義務，然權利無缺給付義務，並不具體至所有權無缺給付義務。簡言之，依德國現行民法第四三五條第一句之規定，物之出賣人負有權利無缺給付義務，惟並不負所有權無缺給付義務。

第三人（所有人）就買賣標的物，對於買受人主張所有權者，換言之，買賣標的物所有權移轉自始主觀不能（買賣標的物所有權移轉義務之違反）者，依德國現行民法第二七五條第一項之規定，物之出賣人免買賣標的物所有權移轉義務，依第三一一a條第一項之規定，買賣契約仍屬有效<sup>9</sup>；物之出賣人明知買賣標的物所有權移轉自始主觀不能，或就其不知須負責者，買受人得依德國現行民法第三一一a條第二項之規定，請求損害賠償替代給付或徒勞費用之賠償，依德國現行民法第三二六條第一項第一句，買受人雖免價金支付義務，惟仍得依同條第五項規定，解除契約。另須注意者，乃依德國現行民法第三二五條規定，於雙務契約請求損害賠償替代給付之權利，不受礙於解除契約。買受人基於第三一一a條第二項所享有之損害賠償替代給付或徒勞費用之賠償請求權，依第一九五條規定，其消滅時效期間為三年，其起算則依第一九九條。

如認為，德國現行民法第四三五條規定第一句所指之權利，包括所有權<sup>10</sup>，則第三人（所有人）就買賣標的物，對於買受人主張所有權者，即屬買賣標的物罹有權利瑕疵，物之出賣人即違反權利無缺給付義務、具體言之，即違反所有權無缺

2006年，第76頁；鄭玉波，《民法債編各論上冊》，1995年，第32頁。

<sup>7</sup> BGH, NJW 1997, 3164, 3165; Jauernig/Vollkommer, BGB § 434, S. 485. 採否定見解者，Palandt/Putzo, BGB § 434, Rn. 4 (59. Aufl.); 國內文獻，王澤鑑，《民法學說與判例研究(三)》，第54頁以下。

<sup>8</sup> OLG Karlsruhe, NJW 2005, 989; MünchKomm/Westermann, BGB § 435, Rn. 7; Bamberger/Roth/Faust, BGB § 435 Rn. 15; Palandt/Putzo, BGB § 435, Rn. 8 (64. Aufl.); Lorenz/Riehm, Rn. 335 ff.

<sup>9</sup> 關於第三一一a條及第二七五條，詳見後述。

<sup>10</sup> Pahlow, JuS 2006, 289, 292.

給付義務。此一權利有缺、所有權有缺之瑕疵補正不能者（自始主觀不能），依第二七五條第一項規定，出賣人免補正義務。依第三二六條第一項第二句規定，買受人並不免價金支付義務。惟依德國現行民法第四三七條第二款及第三二六條第五項之規定，買受人得解除契約，買受人因之無須支付價金，或依德國現行民法第四三七條第二款及第四四一條之規定，減少價金，依德國現行民法第四三七條第三款及第三一一a條第二項之規定，（並<sup>11</sup>）得請求損害賠償替代給付，或徒勞費用之賠償。買受人基於民法第四三七條第三款及第三一一a條第二項之規定，所享有之損害賠償替代給付或徒勞費用之賠償請求權，依第四三八條第一項第一至三款，其消滅時效期間分別為三十年（於第三人基於一物權，得請求返還買賣標之物之情形）、五年（於工作物，或買賣標之物依其通常使用方式，係為工作物而使用之情形）或兩年（其它情形），依同條第二項，買賣標之物為土地者，自交付（Übergabe）時起算，其他情形，自交付（Ablieferung）<sup>12</sup>時起算。

綜上所述，買賣標之物所有權移轉自始主觀不能者，如德國現行民法第四三五條規定第一句所指之權利，包括所有權，物之買受人享有解約權、損害賠償替代給付及徒勞費用之賠償請求權；如德國現行民法第四三五條規定第一句所指之權利，不包括所有權，物之買受人亦享有解除權、損害賠償替代給付及徒勞費用之賠償請求權。兩種解釋結果，其差異僅在於，請求權消滅時效期間及其起算。是故，除此點外，就德國民法而言，關於物之出賣人是否負有所有權無缺給付義務之問題，可

<sup>11</sup> 德國現行民法第三二五條。

<sup>12</sup> 關於Übergabe與Ablieferung之區別，參閱，Lorenz/Riehm, Rn. 553，於此不贅。

謂實益不大。

## （二）綜合分析

由本條規定文義——「應」——可知，物之出賣人負有義務<sup>13</sup>。由文義——「對於買受人」——可導出，物之出賣人對於買受人負有「給付」義務<sup>14</sup>，而非負有一般義務、對世義務。由文義——「就買賣之標之物不得主張任何權利」——可知，物之出賣人對於買受人所負之義務，乃以權利無缺為內容；第三人就買賣標之物，對於買受人主張權利者，即屬權利有缺，買賣標之物即權有權利有缺之瑕疵，出賣人即違反其權利無缺給付義務，即第三五三條所謂之不履行。

本條立法理由：「謹按出賣人之義務，在擔保無第三人就買賣標之物，對於買受人主張權利。若有，則出賣人應負除去之義務。」此一立法理由不外乎說明，第三人就買賣標之物，對於買受人主張權利者，物之出賣人即違反其權利無缺給付義務，而此一義務違反之效果，乃除去義務之賦與（第三五三條）。

由此可知，規範性質上，第三四九條乃出賣人權利無缺給付義務之依據，此其一。其二，第三四九條亦為定義規定，就何謂違反權利無缺義務、何謂權利有缺之瑕疵等命題，提供有解答。詳言之，依第三四九條之規定，買賣契約有效成立者，出賣人即負有權利無缺給付義務。第三人就買賣標之物或權利，對於買受人主張權利者，買賣之物或權利即權有權利有缺之瑕疵，出賣人即違反其權利無缺給付義務。

<sup>13</sup> 林誠二，《民法總則（上）》，2005年，第63頁；Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 111, 129；Zippelius, MethL, S. 2-6；Mayer-Maly, Rechtsphilosophie, S. 15 ff。

<sup>14</sup> 陳添輝，《民法系列——買賣》，2006年，第82頁。

如前所述，由第三四九條文義可得出，物之出賣人負有權利無缺給付義務。由上述立法理由說明——「出賣人應負除去之義務」——亦可導出，物之出賣人權利無缺給付義務，蓋非如此，出賣人無從負有權利有缺之瑕疵之除去義務。

又物之出賣人既負有權利無缺給付義務，則第三人就買賣標的物對於買受人主張權利者，買賣標的物即罹有權利有缺之瑕疵，出賣人即其違反權利無缺給付義務，即第三五三條所謂之不履行。此際，依第三五三條之規定，物之出賣人負有權利有缺之瑕疵之除去義務<sup>15</sup>。由前述立法理由亦可得知，有除去義務一事。

史尚寬先生認為，物之出賣人權利無缺給付義務，乃主給付義務<sup>16</sup>。然而，物之出賣人權利無缺義務非「主」給付義務，蓋物之出賣人主給付義務，乃買賣標的物所有權移轉並該物之交付。

## 二、他人之物之買賣

他人之物之買賣屬物之買賣。是故，民法關於物之買賣之規定，亦適用於他人之物之買賣。此外，民法規定涉及他人之物之買賣者，主要有第一一八、二四六及三四九條。前二者涉及契約效力之問題，後者則關係給付義務違反與否之問題，詳言之，於買賣契約有效，權利無缺給付義務違反與否之問題。是故，論述上，應先探討他人之物之買賣契約是否有效，如有有效者，始有探討權利是否無缺之餘地。

### (一)民法第一一八條之處分？

最高法院「曾」認為，他人之物之買賣契約，係屬民法第

<sup>15</sup> 陳添輝，《民法系列——買賣》，2006年，第82頁。

<sup>16</sup> 史尚寬，《債法各論》，1986年，第21頁。

一一八條第一項所稱之「無權處分」，須經有權利人之承認，始生效力，權利人就該他人之物之買賣契約承認者，買受人得向權利人請求履行契約<sup>17</sup>。

就他人之物之買賣與無權處分，以及最高法院就此相關之判決，王澤鑑教授曾三度為文評釋，並分析指出，民法第一一八條所謂之「處分」僅指處分行為，並不包括負擔行為，他人之物之買賣契約係屬債務契約、負擔契約，非屬第一一八條所稱之「處分」，無須經權利人（買賣標的物所有人）之允許或承認，本屬有效<sup>18</sup>。

最高法院「今」則認為，買賣契約非處分行為，故他人之物之買賣契約，無須經買賣標的物所有人之允許或承認，本屬有效，出賣人負有交付其物並移轉其所有權與買受人之義務<sup>19</sup>。由此可知，此一曾困擾我國實務界達數十年之久之法學精靈<sup>20</sup>，今已為吾人所馴服。

### (二)民法第二四六條之適用？

於他人之物之買賣，買賣標的物非出賣人所有，而為他人所有，出賣人必也自所有人處，取得買賣標的物所有權，或使所有人逕將買賣標的物所有權移轉於買受人，方為買賣標的物所有權移轉（給付）義務之履行。買賣標的物所有人，非對於任何人，皆不願轉讓買賣標的物所有權，而僅出賣人不能自所

<sup>17</sup> 例如，最高法院39年台上字第105號判例、69年台上字第3037號、69年台上字第558號判決。

<sup>18</sup> 王澤鑑，《民法學說與判例研究(四)》，第129及141頁以下、《民法學說與判例研究(五)》，第77頁以下。

<sup>19</sup> 最高法院71年台上字第5051號判例、81年台上字第1205號、91年台上字第379號判決。

<sup>20</sup> 「法學上之精靈」一詞，語出，王澤鑑，《民法學說與判例研究(五)》，第150頁。

有人處，取得買賣標的物所有權，或不能使所有人，逕移轉買賣標的物所有權於買受人者，則就出賣人買賣標的物所有權移轉（給付）義務而言，構成主觀不能。又出賣人此一主觀給付障礙於買賣契約成立時，既已存在，故又為自始不能。簡言之，於他人之物之買賣，就出賣人買賣標的物所有權移轉，有構成自始主觀不能<sup>21</sup>之可能。

第二四六條第一項規定：「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。」該條規定文義僅言及自始不能（以「不能」之給付……當事人於「訂約時」）。是故，自始主觀及自始客觀不能，均為該條規定之可能文義。然兩者是否皆為該條規定之決定性文義，換言之，如買賣標的物所有權移轉自始主觀不能者，第二四六條第一項是否即適用於他人之物之買賣契約？

就此問題，我國通說以為<sup>22</sup>，第二四六條所謂不能，僅指自始客觀不能，並不包括自始主觀不能。基於立法理由說明<sup>23</sup>，

<sup>21</sup> 王澤鑑，《民法學說與判例研究(五)》，第96-97頁。黃立，《民法債編總論》，1999年，第431頁。

<sup>22</sup> 最高法院89年台上字第45號、87年台上字第281號、84年台上字第1308號判決；王澤鑑，《民法學說與判例研究(三)》，第46頁以下、《民法學說與判例研究(五)》，第95頁；林誠二，《民法理論與問題研究》，第351頁；劉春堂，《民法債編通則(一)契約法總論》，2001年，第203頁以下。

<sup>23</sup> 第二四六條之立法理由說明：「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。」

法比較法上之分析<sup>24</sup>，以及第二四六及二四七條之有待商榷性，本文贊同通說見解。此一問題非本文所欲處理之重點，故於此並不詳加說理。

### (三)適用範圍有限與評價矛盾生成之民法第三四九條

如前所述，他人之物之買賣契約乃負擔契約，非屬第一一八條之處分，無須經買賣標的物所有人之允許或承認，本屬「有效」。第二四六條所謂不能，僅指自始客觀不能，並不包括自始主觀不能。是故，於他人之物之買賣契約，就出賣人買賣標的物所有權移轉，縱構成自始主觀不能，他人之物之買賣契約仍屬有效。

他人之物之買賣契約，既不因第一一八條第一項或第二四六條第一項而無效，則第三四九條即有適用之餘地。蓋該條規定之適用，乃以買賣契約有效為前提。

此外，如前所述，依第三四九條之規定，物之出賣人負有權利無缺給付義務。他人之物之買賣亦屬物之買賣。是故，他人之物出賣人亦負有權利無缺給付義務。第三五一條、不動產登記制度與第八〇一及九四八條之適用，於他人之物買賣有何影響，乃以下所欲詳究者。

#### 1. 民法第三五一條、不動產登記制度與第八〇一、九四八條

依第三五一條本文規定，買受人於契約成立時，知有權利瑕疵者，出賣人不負擔保之責。該條規定所指之不負擔保之責，究何所指，即不無疑義。

考第三五一條本文所以如此規定，乃因買受人於締約時，知有權利瑕疵者，自當與出賣人就價金多寡、是否存有權利瑕

<sup>24</sup> 關於德國現行民法第三一—a條，容後詳述。

疵、對價關係是否均衡一事，有所折衝、合意，申言之，當事人就價金多寡、對價關係不受有干擾、無權利瑕疵之存在一事，自當有所合意。就買賣標的物或權利並無罹有權利瑕疵一事，當事人既有合意，則出賣人自不負擔保之責。惟當事人非如此約定者，則仍存有權利瑕疵，出賣人仍應負擔保之責（第三五一條但書）。是故，第三五一條所謂不負擔保之責，應指無權利瑕疵，出賣人從而不負擔保之責而言。又如此之解釋亦兼顧第三四九及三五〇條規範性質——請求權規範（出賣人負有權利無缺給付義務）及定義規範（何謂權利有缺之瑕疵、何謂權利無缺給付義務之違反）。詳言之，依第三四九及三五〇條規定，出賣人負有權利無缺及權利存在給付義務。買受人於契約成立時知有權利瑕疵者，依第三五一條之規定，並無權利有缺或權利不存在之瑕疵，出賣人並無違反權利無缺或權利存在給付義務，出賣人因之不負擔保之責。

綜上所述，依第三四九條之規定，他人之物出賣人負有權利無缺給付義務。依第三五一條之規定，買受人於契約成立時，知出賣人非買賣標的物所有人者，並無權利有缺之瑕疵，出賣人並無違反其權利無缺給付義務，出賣人因之不負擔保之責。

又於他人不動產之買賣，因有不動產登記制度，故買受人於買賣契約成立時，不知出賣人非買賣標的物所有人之情形，顯屬少見。又買受人於契約成立時，縱不知出賣人非買賣標的物所有人，然因有不動產登記制度，於不動產所有權移轉（登記）時，買受人亦往往可知出賣人非所有人、就其不知通常可認為屬重大過失<sup>25</sup>，從而無從善意取得買賣之不動產所有權（土地法第四三條）。買受人既無從善意取得買賣之不動產所

有權，則第三人（所有人）就買賣標的物，對於買受人主張所有權者，買賣之不動產即罹有權利有缺之瑕疵，出賣人即違反其權利無缺給付義務，即第三五三條所謂之不履行，出賣人因之負有第三五三條所規定之責任。

要之，於他人不動產之買賣，他人不動產出賣人負有權利無缺給付義務（第三四九條），惟因第三五一條及不動產登記制度，故買賣之不動產通常並無權利有缺之瑕疵，出賣人並無違反權利有缺給付義務（第三五一條本文），故而不負債務不履行之責。簡言之，他人不動產出賣人負有債務不履行責任之情形，可謂鮮屬少見矣。

他人動產買受人於契約成立時，不知出賣人非買賣標的物所有人（第三五一條），於契約成立後始知之者，則於買賣標的物所有權移轉時，買受人通常非屬善意，買受人因之無從依善意取得之規定（第八〇一及九四八條），取得買賣標的物所有權。第三人（所有人）就買賣標的物，對於買受人主張所有權者，買賣之動產即罹有權利有缺之瑕疵，出賣人即違反其權利有缺給付義務，即第三五三條所謂之不履行，故負有第三五三條所規定之責。

他人動產買受人於契約成立時，不知出賣人非買賣標的物所有人（第三五一條）。惟買賣標的物既為他人所有，出賣人如未經所有人授與處分權，而為買賣標的物所有權移轉者，則該移轉行為乃屬無權處分（第一一八條第一項）。此際，如買受人於買賣標的物所有權移轉之際，不知出賣人非買賣標的物所有人，且就其不知並無重大過失者，則善意取得買賣標的物所有權（第八〇一及九四八條）。若此，原所有人對於買受人，即無所有權可資主張，買賣標的物即無罹有權利有缺之瑕疵，出賣人並未違反其權利有缺給付義務，從而不負有第三五三條所規定之責任。於他人動產之買賣，買賣標的物如屬盜賊

<sup>25</sup> 陳添輝，《民法系列——買賣》，2006年，第80頁。

物或遺失物，被害人（所有人）或遺失人（所有人），自被盜或遺失之時起，二年以內，請求（善意）占有人（買受人）回復其物（第九四九條），換言之，第三人（盜贓物或遺失物所有人）就買賣標的物，對於買受人主張所有權者，買賣標的物即擁有權利有缺之瑕疵，出賣人即違反其權利無缺給付義務，即第三五三條所謂之不履行，出賣人從而負有第三五三條所規定之責任。

扼要言之，於他人動產之買賣，買受人於契約成立時知有權利瑕疵，亦即知悉出賣人非買賣標的物所有人者，依第三四九條之規定，出賣人雖仍負有權利無缺給付義務，惟因買賣之動產並無擁有權利有缺之瑕疵，出賣人並未違反其權利無缺給付義務，從而不負債務不履行之責（第三五一條）。又於他人動產之買賣，買受人於契約成立時，縱不知出賣人非買賣標的物所有人，且於所有權移轉之際，亦不知出賣人非買賣標的物所有人，且就其不知並無重大過失者，買受人善意取得買賣標的物所有權。此際，原所有人對於買受人，並無所有權可資主張，買賣標的物並無擁有權利有缺之瑕疵，出賣人並未違反其權利有缺給付義務<sup>26</sup>，從而不負第三五三條所規定之責任。

綜上所述，於他人動產之買賣，依第三四九條之規定，出賣人負有權利有缺給付義務（第三四九條）。然因有第三五一條及第八〇一、九四八條，故出賣人違反其權利有缺給付義務（買賣之動產擁有權利有缺之瑕疵），從而負有第三五三條所規定責任之情形，可謂有限<sup>27</sup>；於他人不動產之買賣，因第三五一條及不動產登記制度，故出賣人違反其權利有缺給付義務

（買賣之不動產擁有權利有缺之瑕疵），從而負有第三五三條所規定責任之情形，可謂鮮屬少見矣。

## 2. 評價矛盾與其容認

他人動產買受人於契約成立時，不知出賣人非所有人。於所有權移轉之際，買受人「非屬善意且無重大過失」，從而無從善意取得買賣標的物所有權。此際，所有人就買賣標的物，對於買受人主張所有權者（權利有缺之瑕疵、權利有缺給付義務之違反），買受人「得」依債務不履行之規定，行使其權利（出賣人負有第三五三條所規定之責）。另一方面，他人動產買受人於契約成立時，不知出賣人非所有人，於所有權移轉之際，亦不知出賣人非所有人，且就其不知並無重大過失者，買受人「善意」取得買賣標的物所有權。此際，原所有人就買賣標的物，對於買受人並無所有權可資主張，然買受人卻「不得」依債務不履行之規定，行使其權利（出賣人「不」負第三五三條所規定之責）。是故，於此兩種情形間，存有評價矛盾<sup>28</sup>。

扼要言之，他人動產買受人於契約成立時，不知出賣人非所有人：於所有權移轉之際，他人動產買受人「非屬善意且無重大過失」者，「得」依關於債務不履行之規定，行使其權利。於所有權移轉之際，他人動產之買受人「善意」者，卻「不得」依關於債務不履行之規定，行使其權利。是故，於此兩情形間，存有評價矛盾。

惟此一評價矛盾，卻須所容認者。蓋善意之他人動產買受人，已依善意取得之規定，取得買賣之動產，而第三四九條之規範意旨，恰為買受人取得給付利益（買賣標的物所有權或買

<sup>26</sup> 最高法院77年台上字第2422號判決；陳添輝，《民法系列——買賣》，2006年，第80頁。

<sup>27</sup> 陳添輝，《民法系列——買賣》，2006年，第80頁。

<sup>28</sup> 關於評價矛盾，參閱，Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1997, S. 212（下稱Engisch, Einf.）。

賣權利之取得)<sup>29</sup>。

又他人動產買受人既已因其「非屬善意且無重大過失」，而無從善意取得買賣動產所有權，故規範計畫上，不應使其更受有不利益。申言之，關於他人動產買受人即便善意者，亦不得依關於債務不履行之規定，行使其權利，則他人動產買受人惡意者，更不得依關於債務不履行之規定，行使其權利云云，此一舉重明輕之論點，應不成立。

#### 四小 結

他人之物之買賣契約乃負擔契約，非屬第一一八條之處分，無須經買賣標的物所有人之允許或承認，本屬「有效」。第二四六條並不適用於自始主觀不能之情形。於他人之物之買賣，就出賣人買賣標的物所有權移轉，縱構成自始主觀不能，他人之物之買賣契約仍屬有效。

他人之物之買賣屬物之買賣。依第三四九條之規定，物之出賣人負有權利無缺給付義務，他人之物出賣人亦負有權利無缺給付義務。然因第三五一條及第八〇一、九四八條之適用，故第三五三條之適用範圍極其有限，從而他人動產出賣人負第三五三條所定責任之情形，可謂有限。因第三五一條及不動產登記制度，故第三五三條鮮有適用餘地，從而他人不動產出賣人負第三五三條所定責任之情形，可謂鮮屬少見。

於所有權移轉之際，他人動產買受人「非屬善意且無重大過失」者，「得」依關於債務不履行之規定，行使其權利。於所有權移轉之際，他人動產之買受人「善意」者，卻「不得」依關於債務不履行之規定，行使其權利。於此兩情形間，存有評價矛盾，惟此一評價矛盾，乃所須容認者。

<sup>29</sup> 關於評價矛盾之容認，參閱，Engisch, Einf., S. 213。

## 參、物之出賣人權利存在給付義務

### 一、民法第三五〇條釋義上之初步分析

第三五〇條前半段規定，債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在（權利存在擔保）。由本條規定文義——「債權或其他權利之出賣人」——可導出，債權或其他權利出賣人，對於買受人，負有給付義務，而非一般義務、對世義務。蓋買賣契約屬債務契約，具相對性，亦即債務人僅對債權人負有給付義務，是為原則。立法者如欲為反此原則，而為規定者，自應有所說明。

由文義——「其權利確係存在」——可知，債權或其他權利出賣人，對於買受人，所負之給付義務，乃以權利存在為內容；買賣之權利不存在者，即屬罹有權利不存在之瑕疵，債權或其他權利出賣人即違反權利存在給付義務。除此之外，由本條文義——「擔保」——並配合第三五三條以觀，債權或其他權利出賣人違反其權利存在給付義務者，縱無過失亦應負責，買受人仍得依關於債務不履行之規定，行使權利。

依第二四六條第一項規定，契約以自始客觀不能之給付為標的者，無效。契約既無效，則債務人無從負有因契約所生之給付義務。依第三五〇條前半段之規定，債權或其他權利出賣人負有權利存在給付義務，債權或其他權利自始不存在，亦即其移轉自始客觀不能者，即有權利不存在之瑕疵，出賣人即違反其權利存在給付義務。

考權利存在義務之違反，係以有一權利存在給付義務為前提，而權利存在給付義務之有，又以契約有效成立為前提。由是觀之，依第三五〇條規定，縱債權或其他權利自始不存在，亦即其移轉自始客觀不能，買賣契約仍有效，否則無從生有權利存在給付義務，否則買受人無從負有之，否則無從違反之。

申言之，就買賣契約是否有效一點，第三五〇條與二四六條規範評價上有所衝突。第三五〇條僅適用於買賣。是故，可將之解為特別規定，從而排除此一規範矛盾（Normwiderspruch）。

## 二、民法第三五〇條之「債權或其他權利」

第三五〇條前半段規定，債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在（權利存在擔保）。有疑問者，乃本條規定是否亦適用於物之買賣、物之出賣人是否負有權利存在給付義務。關於此問題，所涉及者，乃「債權或其他權利」之解釋。

### （一）不存在之所有物——無效之買賣？

就此問題，黃茂榮教授認為<sup>30</sup>：「按一法律規定，若在概括規定之前有例示規定者，則概括規定在性質上必須有前例示規定之特徵……。觀諸第三五〇條所稱之『債權』和『其他權利』之意義，若此『債權』為例示規定，而『其他權利』為概括規定，則法條之概括規定必須受限制，否則例示規定變成毫無意義。蓋若『其他權利』汎指一切權利，則債權自亦包括其中，而無庸在特別例示規定之必要。在此瞭解下，首先必須探討第三五〇條『債權』之特徵，作為界定『其他權利』之範圍的依據。按債權就其與不能有關之事項而論，其特徵只要其給付內容一般為可能、確定、合法，在法律上即不會發生客觀不能之情形。職是之故，第三五〇條之『其他權利』亦必須充分例示規定之特徵——合法、客觀可能、確定。……在特定物不存在之買賣情形，其所有權不存在的類型特徵，與我們所提之債權的特徵不符，所以無適用第三五〇條之餘地。如果系爭之標的為非特定物即依交易之觀點將來一般可能存在，則此所有權與第三五〇條之債權特徵相符，此種所有權即可看成『其他

權利』。申言之，在物之買賣，若所牽涉到的為特定物買賣，而該特定物並不存在時，則該所有權即無存在之可能性，而應歸類為第二四六條所規範之案例，亦即在此所牽涉到的雖是權利存在與否之問題，然而並不依第三五〇條，而依第二四六條的規定處理之。」

鄭玉波先生則認為<sup>31</sup>：「權利存在之擔保（即民法第三五〇條之規定），則僅適用於權利之買賣，蓋物之買賣僅指所有權之買賣，只要有其所有物存在，則無所有權不存在之問題，只是所有權之歸屬有問題，或所有權受否限制有問題，亦即權利完整與否之問題而已，若所有物根本不存在，則買賣契約無效，應依民法第二四六、二四七條之規定決之。」

就鄭玉波先生之見解，有疑問者乃：其一，所有物存在者，則所有權存於其上，從而所有權移轉自屬可能，所有權若自始非屬讓與人者，則其移轉自始主觀不能，第三四九條因之有適用之可能性，第二四六條第一項本文或第三五〇條前半段因之並無適用餘地。今設所有物自始不存在，則無從生有所有權，從而其所有權移轉自始客觀不能。然此一情形究應適用第三五〇條前半段，抑或適用第二四六條，申言之，何以第三五〇條前半段並不適用於物之買賣，上述見解並未有所說明。推敲上述見解，其顯係先入為主認為，於所有物自始不存在之情形，應適用第二四六條第一項本文；於所有物自始存在之情形，則應適用第三四九條。

其二，所有物存在與否，法律上所涉及者，乃所有權移轉是否可能之問題。蓋所有物既不存在，則即無所有權可言。所有物自始不存在者，所有權移轉自始客觀不能，依第二四六條第一項本文規定，使生以該物所有權移轉為內容之給付義務之

<sup>30</sup> 黃茂榮，《買賣法》，2004年，第363-364頁。

<sup>31</sup> 鄭玉波，《民法債編各論上冊》，1995年，第34頁。

債務契約，無效。然於給付義務係以所有權以外權利之移轉為內容之情形，此等推論亦可成立，例如，所有權以外之權利自始不存在者，則此等權利移轉自始客觀不能，從而第二四六條第一項本文應適用之。職是之故，上述見解之說理並未能說明，何以第三五〇條前半段並不適用於物之買賣。

### (二)物之買賣及權利買賣——體系二分法

就此問題，本文以為：依民法第三四五條第一項規定，買賣乃以財產權移轉與價金支付為內容之債務契約。第三四八條第一項所規定者，乃物之買賣之要素。同條第二項所規定者，乃權利買賣之要素。對照兩者以觀，可知物之買賣實乃所有權買賣（所有權乃財產權），權利買賣乃所有權以外之（財產）權利之買賣。申言之，立法者係以有償財產權移轉，為買賣之必要內容，區別財產權為所有權或所有權以外之權利，進而架構一二分之規範系統。

第三五〇條前段之「債權」為「其他權利」之例示規定，同條之「其他權利」相應地即為概括規定。概括規定之解釋，應符合例示規定所顯之特徵規則<sup>32</sup>。「債權」既為所有權以外之（財產）權利，則「其他權利」亦應解釋為所有權以外之（財產）權利。職是之故，第三五〇條前段並不適用於物（所有權）之買賣<sup>33</sup>，應適用於物之買賣者，乃民法第二四六及二四七條。換言之，物之出賣人並不負權利（所有權）存在之給付義務，買賣標的物自始不存在，則無所有權，所有權移轉自始客觀不能，依第二四七條第一項規定，物之出賣人僅負信賴利益損害賠償責任。

<sup>32</sup> 黃茂榮，《買賣法》，2004年，第363頁。

<sup>33</sup> 史尚寬，《債法各論》，1986年，第16頁，惟未說明，何以第三五〇條前段並不適用於物之買賣。

### (三)欠缺說服力之立法理由

如上所述，依文義及體系，第三五〇條前段並不適用於物之買賣。此外，本條規定類同德業經廢除之德國民法舊法第四三七條。彼邦通說亦認為，該條僅適用於權利買賣<sup>34</sup>。惟第三五〇條之立法理由則謂：「謹按債權，或其他權利之出賣人對於買受人，應擔保其權利之確係存在。前如甲寄存乙處米穀十石，乙以之出讓與丙，設甲對丙主張該米穀為自己所有之物，則乙應負賠償之責。」由此立法理由可知，立法者顯認為，第三五〇條前段亦適用於物之買賣。蓋其所舉之例，乃他人之物之買賣，而他人之物之買賣即為物之買賣。

立法理由不同於法律文義、體系及被繼受國法律規定者，尚屬少見。雖非因之即可認為，上述立法理由有所誤解法律規定。然法條文義、體系及法比較上（德國民法舊法）之解釋，既皆相左於此一立法理由，正足證其欠缺說服力。換言之，依法條文義、外部體系及法比較上（德國民法舊法）之解釋，第三五〇條並不適用於物之買賣，應適用之者，乃第二四六及二四七條。

### (四)民法第三五〇條之類推適用

#### 1. 評價矛盾

於物之買賣，買賣標的物自始不存在者，則自始即無所有權可言，從而所有權移轉自始客觀不能。第三五〇條既不適用於物之買賣，則應適用第二四六條第一項本文之規定，物之買賣契約因之無效，依第二四七條第一項規定，出賣人即應負信賴利益損害賠償責任。

<sup>34</sup> Palandt/Putzo, BGB § 437, Rn. 4 (59. Aufl.); Jauernig/Vollkommer, BGB § 437, S. 487 (7. Aufl.).

然相較於第三五〇條而言，第二四七條適用上顯較不利於物之買受人。蓋第二四七條所規定之信賴利益損害賠償責任，乃過失責任，而第三五〇及三五三條則為擔保責任，亦即無過失責任，此其一。其二，信賴利益損害賠償，雖不必然低於履行利益損害賠償，惟通常低於之<sup>35</sup>。再者，物之買賣交易上之重要性，並不亞於權利買賣。準此，何以第三五〇及三五三條此等較有利於買受人之規定，僅適用於權利買賣，而不適用於物之買賣？如此之不同處置，顯有評價矛盾。

我國民法第三五〇條同德國民法舊法第四三七條。彼邦通說亦認為，該條規定僅適用於權利買賣，適用於物之買賣者，乃第三〇六及三〇七條。惟鑑於此等不合理區別，德國債務法現代化法廢除民法舊法第四三七條。關於德國現行民法相關規定，如下詳述。

## 2. 德國現行民法相關規定之分析

### (1) 德國民法舊法第四三七條（同我國民法第三五〇條）之廢除

德國現行民法第四三五條以下，乃關於物之買賣之規定，第四三五條乃關於物之買賣權利瑕疵之定義規定。該條規定：「第三人就買賣標的物，對於買受人不得主張權利，或僅得主張自買賣契約所承擔之權利者，無權利瑕疵。於土地登記簿所登記之權利不存在者，同權利瑕疵。」同法第四三六條第一項規定：「除另有約定外，不論費用債務發生之時點，土地出賣人應承擔開發費用，以及其它直至締約日，就建築技術上已開展措施之投資費用。」同條第二項規定：「土地出賣人，就土地免於公法稅捐及免於其它不適於記載於土地登記簿之公法負

擔，不負其責。」

德國現行民法第四三五條關於權利瑕疵之定義規定，同舊法第四三四條（同我國民法第三四九條）關於權利追奪之規定。德國民法舊法第四三七條（同我國民法第三五〇條）關於權利存在與否之規定，通說認為僅適用於權利買賣。惟該條則業已廢除<sup>36</sup>。由此可知，德國現行買賣法權利瑕疵概念，並不包括權利及所有權不存在之情形<sup>37</sup>，從而權利出賣人並不負有權利存在給付義務，物之出賣人並不負有權利存在給付義務，買賣之物或權利不存在，從而權利或所有權移轉自始客觀不能者，（均）應適用同法第三一一a條第一及二項關於自始不能之規定<sup>38</sup>。

就債權或其他權利自始客觀不能，以及所有權移轉自始客觀不能，德國現行民法並不加區別，而為不同之處理：買賣之債權或其他權利之移轉自始客觀不能者，買賣契約仍為有效（德國現行民法第三一一a條第一項），權利買受人得請求損害賠償替代給付或徒勞費用賠償（同條第二項）。買賣標的物所有權移轉自始客觀不能者，買賣契約仍為有效（德國現行民法第三一一a條第一項），物之買受人得請求損害賠償替代給付或徒勞費用賠償（同條第二項）<sup>39</sup>。關於德國現行民法第三一一a條之釋義分析，詳見後述。

<sup>35</sup> Palandt/Heinrichs, BGB Vorbem. v. § 249, Rn. 17 (59. Aufl.).

<sup>36</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 202; MünchKomm/Westermann, BGB § 435, Rn. 1.

<sup>37</sup> Bamberger/Roth/Faust, BGB § 453, Rn. 12, 16.

<sup>38</sup> Eidenmüller, NJW 2002, 1625, 1626; MünchKomm/Westermann, BGB § 453, Rn. 10; MünchKomm/Ernst, BGB § 311a, Rn. 56.

<sup>39</sup> Lorenz/Riehm, Rn. 334.

(2)契約有效性之維持與履行利益與徒勞費用賠償請求之選擇

德國現行民法第三一一a條第一項規定：「債務人依第二七五條第一至三項無須給付，且給付障礙於契約締結時已存在者，不妨礙契約之有效。」同條第二項規定：「債權人依其選擇，得請求損害賠償替代給付，或第二八四條所規定範圍內之徒勞費用賠償。但債務人不知契約締結時之給付障礙，且就其不知無須負責者，不在此限。」同法第二七五條第一項規定：「給付對債務人或對任何人皆不能者，以不能者為限，無給付請求權。」同條第二項第一句：「依債之關係內容及誠信原則，給付所費與債權人給付利益顯不相當者，債務人得拒絕給付。」同條項第二句：「確定債務人所費，亦應顧及債務人對於給付障礙是否須負責。」同條第三項規定：「應由債務人親為給付，且顧及給付障礙及債權人給付利益，給付對於債務人無可期待者，債務人得拒絕給付。」

德國現行民法第二七五條第一項所指之「給付對債務人不能（für den Schuldner unmöglich）」乃指主觀不能；所謂「對任何人不能（für jedermann unmöglich）」乃指客觀不能。由此可知，德國現行民法並不區別主觀不能及客觀不能<sup>40</sup>。此外，德國現行民法亦不區別自始不能及嗣後不能<sup>41</sup>，蓋德國現行民法以「die Leistung unmöglich „ist“」取代舊法之「die Leistung unmöglich „wird“」<sup>42</sup>。由本條文義——「以不能者為限（soweit）」——可知，德國現行民法亦規範有全部及一部不能，給付一部不能者，債務人免該部之給付義務。再者，德

國現行民法對於債務人就給付不能是否須負責（nicht zu vertretende und zu vertretende Unmöglichkeit），亦不加區別，苟不能者，債務人皆免給付義務<sup>43</sup>，蓋給予債權人一不能實現之給付請求權，並無意義<sup>44</sup>。此由同條第三項規定（債權人權利依第二八〇條、二八三、二八五、三一一a、三二六條定之）亦可得知。

德國現行民法第二七五條第二項第一句所規範者，乃事實不能（faktische Unmöglichkeit）<sup>45</sup>，亦即給付雖屬可能，然對理性債權人而言，給付並無可期待，例如大海撈戒指。是故，藉由給付拒絕權（抗辯權）之設，德國現行民法係任債務人自行決定，是否履行給付義務<sup>46</sup>。

德國現行民法第二七五條第三項所規範者，乃人身不能（persönliche Unmöglichkeit），尤針對僱傭契約及勞動契約，例如來自土耳其之勞工受徵召，須返國服兵役，逃兵者，恐有受死刑之虞；亦可能適用於承攬及委任契約，例如聲樂家演出時，其孩兒染有重病。藉同條第二項給付拒絕權（抗辯權）之設，債務人得自行決定，履行給付義務與否<sup>47</sup>。

綜上所述，吾人可知，德國現行民法第三一一a條第一項所謂「債務人依第二七五條第一至三項無須給付」，乃指債務人因給付不能，而依第二七五條第一項免給付義務、或因事實上不能或人身不能，債務人援引給付抗辯權之情形。德國現行民法第三一一a條第一項所指之「給付障礙於契約締結時已存

<sup>40</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 128; Medicus, JuS 2003, 521, 522, 525.

<sup>41</sup> 同註40。

<sup>42</sup> 就此，參閱BT-Drucks. 14/6040, S. 128。

<sup>43</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 128.

<sup>44</sup> 同註43。

<sup>45</sup> 關於事實不能，參閱BT-Drucks. 14/6040, S. 129-130。

<sup>46</sup> 關於第二七五條第二項之事實不能，經濟上不能與法律行為基礎干擾或喪失之關係，參閱，Canaris, JZ 2001, 499, 501。

<sup>47</sup> 凡此，參閱BT-Drucks. 14/6040, S. 130。

在者」，則指自始不能，換言之，立法者就自始客觀不能及自始主觀不能，並不加區別<sup>48</sup>。

如前所述，我國民法第三五〇條類同業經廢除之德國民法舊法第四三七條。此外，我國民法第二四六及二四七條類同德國民法舊法第三〇六及三〇七條規定，而該等規定業經廢除，而有所修正於德國現行民法第三一一a條。是故，德國現行民法第三一一a條規定，除適用於物之買賣外<sup>49</sup>，亦適用於權利買賣<sup>50</sup>。依該條第一項規定，買賣標的物自始不存在，所有權移轉因之自始移轉不能者，買賣契約仍有效；買賣之權利自始不存在，權利移轉因之自始移轉不能者，買賣契約仍有效。依該條第二項第一句，物之買受人得請求損害賠償替代給付或徒勞費用之賠償；權利買受人得請求損害賠償替代給付或徒勞費用之賠償。

德國現行民法第三一一a條第二項第一句所規定之損害賠償替代給付請求權（Schadensersatz statt der Leistung），性質上屬履行利益損害賠償<sup>51</sup>，其賠償方法僅限於金錢賠償。蓋回復原狀意味給付，而給付恰不能<sup>52</sup>，此其一，其二，如允以回復原狀者，則債務人仍須為給付，若此則非損害賠償「替代」給付。同法第三一一a條第二項第一句所指之徒勞費用賠償（Ersatz vergeblicher Aufwendungen），性質上屬信賴利益損害賠償（Ersatz des Vertrauensschadens）<sup>53</sup>。依同法第三一一a

條第二項第二句，損害賠償替代給付請求權及徒勞費用賠償，皆以債務人就其不知給付障礙於締約時已存在之無須負責（nicht zu vertreten hat = Vertretenmüssen<sup>54</sup>），為成立障礙要件。簡言之，債務人所負之損害賠償替代給付及徒勞費用賠償責任，皆為過失責任。

### 3. 小 結

我國民法第三五〇條類同業經廢除之德國民法舊法第四三七條。德國現行民法第四三六條之權利瑕疵概念不復包括權利不存在之情形。買賣之權利自始不存在者，同買賣標的物自始不存在之情形，亦應適用同法第三一一a條之規定。

依德國現行民法第三一一a條第一項規定，買賣標的物縱自始不存在，亦即其所有權移轉自始客觀不能者，該物之買賣契約仍為有效；買賣之權利自始不存在，亦即其移轉自始客觀不能者，該權利買賣契約仍為有效。此際，依同法第三一一a條第二項規定，物之買受人及權利買受人皆得請求「損害賠償替代給付」，惟亦得不請求損害賠償替代給付，而請求徒勞費用之賠償。損害賠償替代給付，性質上乃履行利益損害賠償。至於徒勞費用賠償請求權，則屬信賴利益損害賠償。兩者皆以出賣人之過失為成立要件。

綜上所述，吾人可知，德國現行民法對於債權人之保障，較我國周延：物之買受人所受法律上之保障，同權利買受人所受者，買賣標的物所有權移轉自始客觀不能者，買賣契約仍有

<sup>48</sup> MünchKomm/Ernst, BGB § 311a, Rn. 1.

<sup>49</sup> Lorenz/Riehm, Rn. 334.

<sup>50</sup> Eidenmüller, NJW 2002, 1625, 1626; MünchKomm/Ernst, BGB § 311a, Rn. 56; MünchKomm/Westermann, BGB § 453, Rn. 10.

<sup>51</sup> Jauernig/Stadler, BGB § 281, Rn. 16.

<sup>52</sup> Lorenz/Riehm, Rn. 331.

<sup>53</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 143-144.

<sup>54</sup> 買受人就買賣標的物所有權移轉自始主觀不能，不知且不知無須負責，乃權利成立障礙要件（第三一一a條第二項之文義——Dies gilt „nicht“, wenn ... „nicht“）。換言之，債權人權利，不以債務人之明知或就其不知須負責，為成立要件，債權人就此因之不負主張責任與主觀及客觀舉證責任，而由債務人就其不知及不知無須負責，負主張責任與主觀及客觀舉證責任。

效，買賣之權利移轉自始客觀不能者，買賣契約仍有效。此際，物之買受人及權利買受人所得請求者，並不僅侷限於信賴利益損害賠償，履行利益損害賠償亦於選擇之列。反觀我國現行民法，第三五〇條並不適用於物之買賣，所適用者，乃第二四六條本文規定。買賣標的物所有權移轉自始客觀不能者，物之買賣契約因之無效，依第二四七條規定，出賣人僅負信賴利益損害賠償責任。第三五〇條僅適用於權利買賣，買賣之權利移轉自始客觀不能者，權利買賣契約因之仍有效，出賣人須負履行利益損害賠償責任。

如前所述，立法者如此不同之處理，顯不具倫理基礎，乃評價矛盾。是故，於尊重現行法之前提下，換言之，於不修法之前提下，為排除此一評價矛盾，第三五〇條應類推適用於物之買賣，使出賣人負有權利存在給付義務、所有權存在給付義務。

又如欲修法，有兩種修正可能性：其一，修正第三五〇條，使之亦適用於物之買賣。其二，廢除第三五〇條，以及修正第二四六及二四七條之法律效果——以自始不能之給付為標的之契約仍有效，債務人免給付義務，債權人得依其選擇，請求履行利益或信賴利益之損害賠償。本文傾向修正第三五〇條<sup>55</sup>。蓋就物之買賣及權利買賣之處置，上述建議並不致生有評價矛盾。其二，無大幅更動債務不履行法之擾：第二四六及二四七條適用於所有債務契約，一經修正，所涉及者非單僅買賣契約。又如修正第二四六及二四七條之法律效果者——契約有效與否及得否請求履行利益損害賠償，則實又涉及自始及嗣後不能應否差別待遇之問題。

### 三、結 論

民法第三四八條第一項乃關於物之買賣之規定，同條第二項為關於權利買賣之規定。物之買賣實為所有權之買賣，故權利買賣為所有權以外（財產）權利之買賣。買賣法即為如此之二分規範系統。準此，民法第三五〇條之「債權」乃指所有權以外之（財產）權利。概括規定之解釋應從例示規定所顯之特徵。因此，民法第三五〇條所謂之「其他權利」應指所有權以外之（財產）權利。依法條文義、體系及法比較上（德國民法舊法）之解釋，第三五〇條並不適用於物之買賣，應適用於物之買賣者，乃第二四六及二四七條。準此，民法第三五〇條並不適用於物之買賣，物之出賣人因之並不負有權利存在給付義務、所有權存在給付義務。

第三五〇及三五三條此等較有利於買受人之規定，僅適用於權利買賣，而不適用於物之買賣？如此之不同處置，顯無倫理基礎、顯有評價矛盾。

有鑑於此，德國債務法現代化法廢除其民法舊法第四三七條（同我國民法第三五〇條）。買賣標的物所有權移轉自始客觀不能者，買賣契約仍有效（德國現行民法第三一一a條第一項），物之買受人得請求履行利益損害賠償或徒勞費用之賠償（同條第二項）。買賣之權利移轉自始客觀不能者，買賣契約仍有效（同法第三一一a條第一項），權利買受人得請求履行利益損害賠償或徒勞費用之賠償（同條第二項）。

是故，為排除此一評價矛盾，第三五〇條應類推適用於物之買賣，使出賣人負有權利存在給付義務、所有權存在給付義務。惟如欲修法者，本文傾向修正第三五〇條，蓋就物之買賣及權利買賣之處置，上述建議並不致生有評價矛盾，且亦無大幅更動債務不履行法之顧慮。

<sup>55</sup> 於此，須強調者，乃如此之作法，並非意味，買受人與其他債權人之差別待遇，係令人滿意。

## 肆、自始權利瑕疵之限制？

規範性質上，第三四九及三五〇條有二內涵：其一為請求權規範，其二為定義規範<sup>56</sup>。準此，依第三四九及三五〇條之規定，出賣人負有權利無缺及權利存在給付義務。第三人就買賣標的物，對於買受人主張權利，買賣標的物即罹有權利有缺之瑕疵，出賣人即違反其權利無缺給付義務。第三人就買賣之權利，對於買受人主張權利者，買賣之權利即罹有權利有缺之瑕疵者，出賣人即違反其權利無缺給付義務。買賣之權利不存在者，買賣之權利即罹有權利不存在之瑕疵者，出賣人即違反其權利存在給付義務。買賣標的物不存在者，買賣標的物即罹有權利不存在之瑕疵者，出賣人即違反其權利存在給付義務（第三五〇條之類推適用）。

出賣人權利無缺及權利存在給付義務，依權利係自始或嗣後無缺，係自始或嗣後存在，可細分為：權利自始無缺給付義務、權利嗣後無缺給付義務、權利自始存在給付義務、權利嗣後存在給付義務。又權利有缺之瑕疵及權利不存在之瑕疵，依權利係自始或嗣後有缺，係自始或嗣後不存在，可細分為：權利自始有缺之瑕疵、權利嗣後有缺之瑕疵、權利自始不存在之瑕疵、權利嗣後不存在之瑕疵。

惟我國通說認為，權利瑕疵須自始即已存在，亦即以自始權利瑕疵為權利瑕疵擔保責任前提之一<sup>57</sup>。詳言之，依通說見解，出賣人僅負有權利自始無缺及權利自始存在給付義務，不

負有權利嗣後無缺及權利嗣後存在給付義務；權利有缺之瑕疵僅為權利自始有缺之瑕疵，權利不存在之瑕疵，則僅為權利自始不存在之瑕疵。

林誠二教授贊同通說，並有所詳細說理<sup>58</sup>：「權利瑕疵是否須於買賣契約成立時存在，我民法並無明文規定。但瑞士債務法第一百二十九條第一項有明文規定，德國民法並不明確，我國學界通說認為德、法學者之解釋，均從瑞士債務法規定，權利之瑕疵應於買賣成立時存在，始生擔保責任，否則僅生債務不履行或危險負擔問題，實務見解亦同。查我國民法就此問題雖未明文規定，權利瑕疵擔保責任亦無與物之瑕疵擔保責任有民法第三百五十四條之明文規定，但民法第三百五十一條有『買受人於「契約成立時」，知有權利瑕疵者，出賣人不負擔保之責。』以及參酌民法第二百四十六條第一項前段之規定：『不能之給付為契約標的者，其契約無效。』綜合觀之，若不作瑞士債務法之解釋者，權利瑕疵擔保責任幾無成立之可能，且於權利有不存在之瑕疵者，勢必均有民法第二百四十六條之適用，買賣契約因自始不能而無效，殊非法律創設權利瑕疵擔保之意旨。故本書採肯定說。依上述見解，須注意者有：一、權利瑕疵與嗣後不能有別，如權利瑕疵於契約成立之時並未存在，而於契約成立後發生者，為債務不履行（嗣後不能），非權利瑕疵。二、如於契約成立時權利瑕疵不存在者，買受人不得主張權利瑕疵擔保。三、如於契約成立時即有瑕疵，且於履行期時瑕疵仍存在者，債權人可就權利瑕疵擔保責任及債務不履行責任，擇一行使。」

由此可知，依通說見解，依第三四九及三五〇條，出賣人僅負有權利自始無缺及權利自始存在給付義務，不負有權利嗣

<sup>56</sup> 就此，參閱前述。

<sup>57</sup> 最高法院71年台上字第4114號判決；史尚寬，《債法各論》，1986年，第19頁；林誠二，《民法債編各論（上）》，2003年，第109-110頁；邱聰智，《新訂債法各論（上）》，2002年，第97頁；鄭玉波，《民法債編各論上冊》，1995年，第35頁。

<sup>58</sup> 林誠二，《民法債編各論（上）》，2003年，第109-110頁。

後無缺及權利嗣後存在給付義務，此其一。其二，第三四九、三五〇條關於權利無缺及權利存在瑕疵定義之規定，並不包括權利嗣後有缺及權利嗣後不存在之瑕疵。是故，適用於權利嗣後有缺及權利嗣後不存在之瑕疵者，僅能為第二二七條第一項之規定。

然依第三四九及三五〇條之規定，出賣人果否僅負有權利自始無缺及權利自始存在給付義務，而不負有權利嗣後無缺及權利嗣後存在給付義務？權利有缺及權利不存在之瑕疵，果否僅包括權利嗣後有缺及權利嗣後不存在之瑕疵？就此問題，本文擬以釋義分析為基礎，分析批判通說見解，並提出一己之短見。

### 一、第三四九及三五〇條之可能文義

第三四九條規定：「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權利。」第三五〇條本文規定：「債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在。」由無瑕疵之觀點切入，第三四九條就第三人不得主張權利一事，並未限定於自始不得主張，換言之，嗣後不得主張亦為可能文義之一。第三五〇條就權利確係存在一事，亦未限定於自始確係存在，換言之，嗣後確係存在亦為可能文義之一。

由罹有瑕疵觀點以言，第三四九條就第三人主張權利一事，並未限定於自始得主張，換言之，嗣後不得主張亦為第三四九條可能文義之一。第三五〇條就權利不存在一事，並未限定於權利自始不存在，換言之，權利嗣後不存在亦為第三五〇條可能文義之一。

就此，陳聰富教授有類似之見解：「民法第三百四十九條，並未以標的物之權利瑕疵，須於買賣契約成立時存在為條

件，學說上之限制，在實定法上，尚乏依據<sup>59</sup>。」

自始及嗣後權利瑕疵，皆為第三四九及三五〇條之可能文義，殆無疑義。惟何者乃決定性文義，抑或兩者皆是，則須援用其他解釋方法，方得知。

### 二、第三五一、三五九、三四九與三五〇條間之意義關聯

第三五一條規定：「買受人於契約成立時，知有權利之瑕疵者，出賣人不負擔保之責。但契約另有訂定者，不在此限。」本條所謂「契約成立時，……權利之瑕疵」，即關乎自始權利瑕疵<sup>60</sup>。

然出賣人所以不負擔保之責，並非單因第三五一條表面文義——買受人於契約「成立」時，「知」有權利瑕疵。其所以不負擔保之責，實因買受人於契約成立時知有權利瑕疵者，勢必復與出賣人就價金多寡，就對價關係是否均衡，有所折衝、合意，當事人就對價關係不受有干擾、就無權利瑕疵一事，既有合意，換言之，當事人並不認為有無權利瑕疵之存在，則出賣人自不負瑕疵擔保責任（第三五一條本文）。惟當事人非如此約定者，則仍存在有權利瑕疵，出賣人仍應負擔保之責<sup>61</sup>。

要之。第三五一條並無法說明，何以第三四九及三五〇條僅適用於自始權利瑕疵之情形，換言之，並無能說明，何以單只自始權利瑕疵為第三四九及三五〇條之決定性文義。

又第三五九條之適用，並不以自始物之瑕疵為限，於買賣契約成立後，危險移轉前所生之瑕疵，亦有適用之餘地。申言

<sup>59</sup> 陳聰富，出賣人之權利瑕疵擔保責任，月旦法學雜誌，第67期，第10頁。

<sup>60</sup> 林誠二，《民法債編各論（上）》，2003年，第109頁。

<sup>61</sup> 黃茂榮，《買賣法》，2004年，第55頁。

之，買賣標的物是否罹有物之瑕疵，概以危險移轉為判斷基準。物之瑕疵為瑕疵，權利瑕疵亦為瑕疵。第三五九條關於物之瑕疵規定之適用，既不以自始物之瑕疵為限，則第三四九及三五〇條自應為同樣之解釋。要之，由第三五九條觀之，非單僅自始權利瑕疵為第三四九及三五〇條之決定性文義，嗣後權利瑕疵亦足當之。

### 三、德國民法舊法第四三四及四三七條

德國民法舊法第四三四條同我國民法第三四九條。就該條規定之適用，彼邦通說認為，並不限於自始權利有缺<sup>62</sup>。惟於權利嗣後有缺、其補正不能之情形，依第四四〇條第一項（同我國第三五三條）之規定，不能係可歸責出賣人者，買受人得依第三二五條之準用（構成要件準用），行使其權利，不能係不可歸責於出賣人者，則依第三二五條之準用（構成要件準用），行使其權利。申言之，出賣人所負之責任乃過失責任。於物之買賣、自始權利有缺，且其補正主觀不能之情形（如他人之物之買賣），契約仍有效，買受人得請求不履行之損害賠償或解除契約（第三二五條之法律效果準用，申言之，出賣人所負之責任乃擔保責任）。於權利買賣、自始權利瑕疵，且其補正主觀不能者，買受人得請求不履行之損害賠償或解除契約（第三二五條之法律效果準用，申言之，出賣人所負之責任乃擔保責任）<sup>63</sup>。

德國民法舊法第四三七條同我國民法第三五〇條。就該條規定之適用，彼邦通說則認為，僅限於自始權利不存在之情

形<sup>64</sup>。是故，買賣之債權或其他權利（不包括物之買賣）自始不存在者，亦即債權或其他權利之移轉自始客觀不能者，依第四四〇條第一項（同我國第三五三條）之規定，買受人得請求不履行之損害賠償或解除契約（第三二五條之法律效果準用，申言之，出賣人所負之責任乃擔保責任）<sup>65</sup>。權利嗣後不存在者，出賣人則依第三二三及三二五條之規定（適用），負債務不履行之責（過失責任）。

綜上所述，吾人可知，依通說見解，德國民法舊法關於權利瑕疵擔保之規定，並非全然僅適用於自始權利瑕疵：關於權利無缺擔保之規定，亦適用於嗣後權利有缺之瑕疵，出賣人此際所負之債務不履行責任，乃過失責任。

### 四、對價關係均衡之維持

出賣人就買賣之物或權利罹有瑕疵，所以負擔保責任者，乃因建立於當事人合意基礎上之對價關係，受有干擾<sup>66</sup>。第三五一條、三五五條第一項及第三五九條關於減價之規定，即為此之明證。

又依第三四九及三五〇條之規定，出賣人負有權利無缺及權利存在給付義務，買賣之物或權利有缺或不存在者，出賣人負有除去義務，權利瑕疵一經除去者，對價關係干擾因素因之排除。是故，吾人可謂，此等義務實亦為對價關係均衡之維持。自始權利瑕疵干擾對價關係，固不待言，嗣後權利瑕疵亦足使對價關係失卻均衡。又物之瑕疵，無論係自始或嗣後，既

<sup>62</sup> BGH, NJW 1991, 915, 916; Jauernig/Vollkommer, BGB § 434, S. 485 (7. Aufl.); Medicus, SchuldR II BT, Rn. 24 (9. Aufl.); Palandt/Putzo, BGB § 434, Rn. 3 (59. Aufl.).

<sup>63</sup> Jauernig/Vollkommer, BGB § 440, S. 491-492 (7. Aufl.).

<sup>64</sup> Jauernig/Vollkommer, BGB § 437, S. 488 (7. Aufl.); Palandt/Putzo, BGB § 437, Rn. 8 (59. Aufl.).

<sup>65</sup> Jauernig/Vollkommer, BGB § 437, S. 488, § 440, S. 491-492 (7. Aufl.).

<sup>66</sup> 林誠二，《民法債編各論（上）》，2003年，第108頁；鄭玉波，《民法債編各論上冊》，1995年，第31頁。

干擾對價關係之均衡，則權利瑕疵，無論自始或嗣後，亦足令致之。申言之，凡瑕疵均干擾買賣對價關係均衡。準此，第三四九及三五〇條亦適用於嗣後權利瑕疵。

### 五、決定性文義——自始權利瑕疵及嗣後權利瑕疵

自始及嗣後權利瑕疵，均為第三四九及三五〇條之可能文義，蓋文義並未有所限定。第三五一條雖有自始權利瑕疵之字眼，惟與第三四九及三五〇條是否僅適用於自始權利瑕疵之問題，並無關聯。德國民法舊法關於權利瑕疵擔保之規定，並非全然僅適用於自始權利瑕疵，關於權利無缺擔保之規定，亦適用於權利嗣後有缺之瑕疵。自始權利瑕疵干擾對價關係，嗣後權利瑕疵亦足使對價關係失卻均衡——凡（非屬無關緊要之）瑕疵均足干擾買賣對價關係。

綜上所述，吾人可知，並無任一解釋方法支持，何以僅自始權利瑕疵，方為第三四九及三五〇條之決定性文義。反之，依法比較上之分析，權利無缺擔保之規定，亦適用於嗣後權利有缺之瑕疵。又規範意旨亦指出，自始及嗣後權利瑕疵，「均為」第三四九及三五〇條之決定性文義。是故，第三四九及三五〇條之適用範圍，並不限於自始權利瑕疵，亦及於嗣後權利瑕疵：出賣人負有權利無缺給付義務——權利自始無缺給付義務、權利嗣後無缺給付義務。出賣人負有權利存在給付義務——權利自始存在給付義務、權利嗣後存在給付義務。又權利有缺之瑕疵及權利不存在之瑕疵，依權利係自始或嗣後有缺，係自始或嗣後不存在，可細分為：權利自始有缺之瑕疵、權利嗣後有缺之瑕疵、權利自始不存在之瑕疵、權利嗣後不存在之瑕疵。

## 伍、總 結

依買賣契約，物之出賣人負有交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。然立法者對於物之出賣人之要求，並不以此為滿足。依第三四九條規定，物之出賣人負有權利無缺給付義務——權利自始無缺給付義務、權利嗣後無缺給付義務。依第三五三條之類推適用，物之出賣人負有權利存在給付義務——權利自始存在給付義務、權利嗣後存在給付義務。

第三人就買賣標的物，對於買受人主張權利者，無論係自始即得主張或嗣後方得主張，買賣標的物即罹有權利有缺之瑕疵，物之出賣人即違反其權利無缺給付義務，即第三五三條所謂之不履行，依第三五三條之規定，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。因第三四九條之文義——擔保，以及規範意旨——對價關係均衡之維持，故物之出賣人此際所負之責任，乃擔保責任；故第三五三條所謂依關於債務不履行之規定，乃指債務不履行之規定之法律效果準用。

買賣標的物自始或嗣後不存在者，亦即買賣標的物所有權移轉自始或嗣後客觀不能者，物之出賣人即違反其權利存在給付義務、所有權存在給付義務，即第三五三條所謂之不履行，依第三五三條之規定，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。因第三五〇條之文義——擔保，以及規範意旨——對價關係均衡之維持，故物之出賣人此際所負之責任，乃擔保責任；故第三五三條所謂依關於債務不履行之規定，乃指債務不履行之規定之法律效果準用。

# 民法第四七九條第一項消費 借貸借用人價值償還義務 ——扞格不入下之融入嘗試

## 壹、問題提出與背景

台灣<sup>1</sup>民法第四七九條第一項規定：「借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還者，應以其物在返還時、返還地所應有之價值償還之。」本條項立法理由說明：「謹按消費借貸，借用人本應以與借用物種類、品質、數量相同之物返還貸與人，若不能以種類、品質、數量相同之物返還，而遽免其義務，則保護貸與人，失之過薄。故令以該物在返還時及返還地之價值，償還貸與人本條項規定。」

然而於台灣民法，不能態樣區別具有意義者，乃自始不能與嗣後不能、主觀不能及客觀不能、可歸責債務人不能與不可歸責債務人不能。詳言之，立法者區別不能係自始不能或嗣後不能、主觀不能或客觀不能、可歸責債務人或不可歸責債務人不能，從而分別賦予不同法律效果。民法第四七九條第一項卻祇泛言「不能」。因此，有疑問者，乃民法第四七九條第一項

---

\* 法秩序一體性乃屬理想，實則法秩序內多存有矛盾。就此，Vgl. Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, 1999, Rn. 774-776. 自矛盾已為排除此一結果以觀，矛盾存在之謂，便屬無據。就此，Vgl. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 1997, S. 210. 儘管如此，或可謂，法秩序內存有諸多矛盾，祇尚未被發現。

<sup>1</sup> 以下稱民法者，乃指台灣民法。

所稱「不能」究何所指？係指自始不能或嗣後不能？抑或兩者皆足當之？係指主觀不能或客觀不能？抑或兩者皆足當之？乃指可歸責債務人不能或可歸責債務人不能？抑或兩者皆足當之？於上開立法理由說明，並未見有此一問題解決。

最高法院三十二年上字第二一五〇號判例：「民法第四七九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。」顯以民法第四七九條第一項所指不能為客觀不能，包括自始及嗣後不能、可歸責及不可歸責不能，蓋其祇言及客觀不能——「依社會觀念……已屬不能」。

然而何以得出此一決定性文義，最高法院並未有任何說明。再者，於消費借貸，借用人負有種類、品質、數量相同之物返還義務，是屬種類債務性質。依台灣文獻一般說明<sup>2</sup>，於種類債務，並無不能之問題，祇種類客觀滅絕者，該種類債務始消滅。最高法院上開判決所示見解，亦即民法第四七九條第一項所指不能為客觀不能，包括自始及嗣後不能、可歸責及不可歸責不能，是否係以種類債務本質為本，從而認為，依民法第四七九條第一項規定，借用人便負有價值償還義務？於判決中並未見有相關說明。

依史尚寬先生見解<sup>3</sup>，民法第四七九條第一項係繼受自法國民法第一九〇三條第一項、日本民法第五九二條。然而民法

大抵繼受自德國民法，再者繼受自瑞士民法及瑞士債務法<sup>4</sup>。民法第四七九條第一項則繼受自法國民法及日本民法。法國民法與德國民法二者不同處，所在多有，擬於本段以下簡要說明之。

法國民法並無物權行為概念（法國民法一一三八）<sup>5</sup>，物權行為獨立性及無因性規範模式，是為德國民法所採者。法國侵權行為法乃一概括、抽象、規範設計上，權利及利益等同保護之規範體系（法國民法一三八二、一三八三），至於德國侵權行為法則採三個侵權行為類型規範模式，以保護客體係權利或利益為類型形成基準<sup>6</sup>。

法國民法原則上並不區別自始與嗣後不能，僅區別主觀及客觀不能：給付客觀不能者，契約絕對無效，債務人負既得利益（如因締約所生費用）及可得利益損害賠償義務<sup>7</sup>，給付相對不能者，契約仍有效，債務人負不履行（法國民法一一四二）或不當履行損害賠償責任<sup>8</sup>。法國民法未設有自始客觀不能一般性規定，祇第一六〇一條第一項規定，買賣標的物全部滅失者，買賣無效<sup>9</sup>。

德國民法舊法則區別自始及嗣後不能：給付自始客觀不能者，契約無效，債務人負信賴利益損害賠償責任（德國民法舊

<sup>4</sup> 王澤鑑，民法總則，再刷，2006年8月，20頁。

<sup>5</sup> 史尚寬，物權法論，初版六刷，1987年1月，20頁；鄭玉波，民法物權，修訂十六版，1995年8月，35頁；尹田，法國物權法，1999年，27、73-74頁。

<sup>6</sup> 王澤鑑，侵權行為法(一)·基本理論·一般侵權行為，初版十一刷，2006年，45-52、75-76頁。

<sup>7</sup> 斯等賠償類同信賴利益損害賠償。

<sup>8</sup> 尹田，法國現代契約法，1999年，168、223、268、323、335頁。

<sup>9</sup> 鄭正忠、朱一平、黃秋田譯著，法國民法，2001年，511頁。

<sup>2</sup> 鄭玉波、陳榮隆，民法債編總論，二版二刷，2004年10月，262頁；林誠二，民法債編總論（上），2000年9月，394頁；孫森焱，民法債編總論（上），2005年12月，385頁；劉春堂，民法債編各論（上），初版二刷，2006年，495頁。

<sup>3</sup> 史尚寬，債法各論，初版六刷，1986年11月，271頁。

法三〇六、三〇七)，給付自始主觀不能或嗣後不能者，契約仍有效，於前者，債務人負履行利益損害賠償責任，依多數說見解，此一責任是為擔保責任，於後者，債務人負履行利益損害賠償責任，是屬過失責任性質<sup>10</sup>。

德國現行民法第二七五條第一項並不區別主觀及客觀不能、自始及嗣後不能、可歸責及不可歸責債務人不能：凡給付不能者，債務人免給付義務，一部給付不能者，僅免該部給付義務，同法第二七五條第二項第一句所規範者，乃事實不能，第二七五條第三項所規範者，乃人身不能。

債務人給付嗣後不能者，依德國現行民法第二八三條第一句、第二八〇條第一項規定第一句、第二八〇條第一項第二句、第二八〇條第三項等規定，債權人得請求損害賠償替代給付，或依同法第二八四條，得請求徒勞費用賠償。債務人自始不能給付者，依德國現行民法第三一〇條第一項規定，契約仍有效，依同條第二項第一句規定，債權人依其選擇，得請求損害賠償替代給付或徒勞費用賠償<sup>11</sup>。

綜上以觀，法國民法關於不能所採規範模式，即與德國現行民法及舊法所採者，有所出入。

法國民法第一九〇二條規定：「借用人應按與約定相同之數量、質量及期限、償還借用物。」同法第一九〇三條第一項規定：「借用人不能履行前述義務者，應以依約定應償還借用物之時與地價額，償還之<sup>12</sup>。」

德國現行民法第四八八至四九〇條乃關於金錢借貸之規定，並無涉及借用人返還不能。同法第四九一至四九八條則為關於消費者借貸契約之規定，適用於有償金錢借貸，其屬消費者契約性質者（同法三一〇Ⅲ、十三及十四），對於同法第四八八至四九〇條而言，適用關係上居於補充地位<sup>13</sup>，亦無涉及借用人返還不能。

德國現行民法第六〇七至六〇九條是為關於物之消費借貸規定。依同法第六〇七條第二項規定，此等規定並不適用於金錢移轉，蓋倘無此排除規定，則因金錢亦為代替物，故同法第六〇七至六〇九條適用範圍勢將及於金錢借貸<sup>14</sup>。

由德國現行民法第四八八條第一項文義「因金錢借貸契約，貸與人負有約定數額不特定金錢，供借用人支配之義務」，以及第六〇七條第一項第一句文義「因物之消費借貸契約，貸與人負有移轉約定不特定代替物所有權，於借用人之義務」吾人可知，於德國現行民法，金錢借貸與物之消費借貸均為諾成契約<sup>15</sup>。同德國現行民法第六〇七至六〇九條，德國民法舊法第六〇七至六〇九條亦無關乎借用人返還不能，故而本文不擬介紹之，而祇說明德國現行民法，以免贅述。

綜上以觀，德國現行民法第六〇七至六〇九條亦未涉及借用人返還不能，換言之，類同法國民法第一九〇三條第一項之規定，德國現行民法並無設有。

<sup>10</sup> Palandt/Heinrichs, Vorb. v. § 275 BGB Rn. 6; § 275 Rn. 16; § 306 Rn. 3, 9; § Vorb. v. § §323-325, Rn. 2 (59. Aufl.).

<sup>11</sup> 德國民法相關規定之詳細說明，參閱游進發，德國民法上承攬人之瑕疵責任，月旦法學雜誌，141期，2007年2月，91、97、100頁。

<sup>12</sup> 尹田，註8書，337-338、430頁。

<sup>13</sup> Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Schuldrecht, Besonderer Teil, 27. Aufl., S. 197.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 259.

<sup>15</sup> 就此，參閱BT-Drucks. 14/6040, S. 259; MünchKomm/Berger, § 488 BGB Rn. 1, § 607 BGB, Rn. 5; HansBrox/Wolf-DietrichWalker, Schuldrecht Besonderer Teil, 27. Aufl., S. 193; Palandt/Putzo, Vorb. v. § 488 BGB, Rn. 1, § 607 BGB, Rn. 1 (64. Aufl.).

瑞士債務法第三一二至三一八條是為關於消費借貸之規定。依瑞士債務法第三一二條規定，消費借貸契約是為諾成契約<sup>16</sup>，於當事人意思表示一致時，契約即成立，貸與人因此負有移轉借用物所有權義務。凡此規定亦未涉及借用人返還不能，換言之，類同法國民法第一九〇三條第一項之規定，瑞士現行債務法亦並未設有<sup>17</sup>。

基於上述德國及法國民法不同處之說明，尤其是兩國關於不能規定不同處之說明，吾人即可合理質疑，繼受自法國民法第一九〇三條第一項之民法第四七九條第一項，是否與以德國民法為本之民法體系有所衝突矛盾？又倘該條項規定與民法體系扞格不入，則吾人又應如何使其融入？

民法第四七九條第一項所指不能究何所指此一問題解決，文義上有二大可能方向<sup>18</sup>：其一，或可逕謂，於民法第四七九條第一項內，不能態樣對立法者而言，並非不同處置之理。換言之，民法第四七九條第一項所稱「不能」即字義上所泛指不能，自始不能、嗣後不能、主觀不能、客觀不能、可歸責及不可歸責借用人不能，皆是為決定性文義<sup>19</sup>。若此，則有疑問者，乃於民法第四七九條第一項內，立法者究基於何等理由而不為不同處置？其二，或可謂，民法第四七九條第一項所稱「不能」並非字義上所泛指不能，而係另有所指。倘若如此，則該條項規定所稱不能究何所指？決定性文義究為何？便有待確

<sup>16</sup> 就此，參閱Handkomm/Hünerwadel, Art. 312 OR, N. 1。

<sup>17</sup> 凡此，參閱Heinrich Honsell, Obligationenrecht Besonderer Teil, S. 255 ff。

<sup>18</sup> 關於可能與決定性文義，參閱，Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975, S. 309-310。

<sup>19</sup> 關於「決定性」與「適用」方法上關聯，參閱Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 18), S. 172。

定。諸此疑問，乃以下所分析者<sup>20</sup>，係以系統分析方法，直接面對相關聯規定，從而使問題解決以其所如示地立於明證下。

## 貳、自始不能？

以下所欲分析者，乃自始不能是否係民法第四七九條第一項所指不能，是否係該條項規定決定性文義。

### 一、要物性——借用物所有權移轉自始客觀不能——契約不成立

民法第二二五、二二六、二六六及二八七條等規定雖祇言及（給付）不能，惟其並不適用於自始不能，至少並不適用於自始客觀不能<sup>21</sup>。民法第四七九條第一項亦祇言及不能。是此，吾人或可推斷，民法第四七九條第一項亦應不適用於自始不能，台灣學者亦多持如此結論<sup>22</sup>。

然而單憑此等意義關聯分析<sup>23</sup>並不足以說明，何以該條規定僅適用於嗣後不能，故而有必要再為進一步說理。又借用人種類、品質、數量相同之物返還（所有權移轉<sup>24</sup>）義務，亦是

<sup>20</sup> 就此等疑問之分析，法比較上首應參考者，乃法國法院及學者如何解釋適用法國民法第1903條第1項規定。然因筆者不諳法文，故就此部分法比較分析，祇能且應止於此。

<sup>21</sup> 類同德國民法舊法第306及307條、台灣民法第246及247條之規定，法國民法並無設有。就此，參閱尹田，註8書，337-338頁。

<sup>22</sup> 如此結論者，史尚寬，註3書，271頁；鄭玉波，民法債編各論（上），十六版，1995年4月，326-327頁；邱聰智，新訂債法各論（上），2002年，529頁。

<sup>23</sup> 關於意義關聯分析，參閱Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 18), S. 324; Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 91。

<sup>24</sup> 凡後有同此或類此者，恕不另贅述。

為消費借貸契約標的。是故，有疑問者，乃於借用人返還義務，民法第二四六及二四七條是否有適用餘地？

按因消費借貸契約乃要物契約，故未有借用物所有權移轉者，契約便不成立。換言之，借用物所有權移轉乃消費借貸契約成立要件，貸與人移轉借用物所有權前，消費借貸契約並不成立。契約有效成立者，當事人一方始負有義務。準此以言，借用物所有權移轉非為貸與人義務。又凡有義務者，便有義務履行能否問題。準此，於消費借貸契約，貸與人並不負借用物所有權移轉義務，從而並無貸與人借用物所有權移轉義務履行不能問題；借用人負有種類、品質、數量相同之物所有權返還義務，故而有返還不能問題。

於消費借貸，借用物乃種類物。消費借貸借用人種類、品質、數量相同之物返還義務，性質上屬種類債務。倘借用物所屬種類自始全部滅絕，或為法令自始禁止交易者，則於任何人，包括貸與人（移轉）與借用人（返還），皆自始客觀不能。

貸與人既不負借用物所有權移轉義務，則自亦無借用物所有權移轉義務履行自始客觀不能問題可言，從而民法第二四六、二四七條並無適用餘地，是為一本質直觀。再者，貸與人未移轉借用物所有權者，消費借貸契約不成立，消費借貸契約既未成立，則自無從有民法第二四六及二四七條有否適用餘地之問題，蓋概念上必也契約成立後，始生契約生效與否問題，此係就貸與人方面以言。

稱自始不能者，乃指契約成立時即不能；客觀不能者，乃指任何人皆不能。以此度量借用人返還義務，即可得出，倘借用人於消費借貸契約成立時，借用物所有權返還義務履行客觀不能，則貸與人借用物所有權移轉自亦自始客觀不能——任何人皆不能，包括貸與人及借用人——從而消費借貸契約無從成

立，是以並無借用物所有權移轉義務履行自始客觀不能問題，民法第二四六、二四七條便因此無適用餘地，此係自借用人方面以觀。

此際（自始客觀不能情形），消費借貸契約既不成立，借用人種類、品質、數量相同之物所有權返還義務云云，便是為無據，故而借用人是否負價值償還義務之問題，即屬無的，從而民法第四七九條第一項所指不能，應不包括自始客觀不能。

要之，由消費借貸要物契約性，吾人即可導出，於消費借貸契約，民法第二四六及二四七條並無適用餘地，從而民法第四七九條第一項所指不能並不包括自始客觀不能。

## 二、自始主觀不能——種類債務本質背離

於借用人返還自始主觀不能，民法第四七九條第一項規定是否亦有適用餘地？此一問題解決涉及種類債務本質。種類債務本質者，債務人主觀給付不能者，無論係自始主觀給付不能或嗣後給付主觀不能，皆不免給付義務，而應於市場上獲取屬同種類之物於債權人。

借用人自始主觀返還不能者，倘猶令使其免返還義務，從而令使負價值償還義務，則有違種類債務本質。換言之，基於法秩序一體性之要求、為合於種類債務本質，借用人自始主觀返還不能者，並不免返還義務，而應於市場上獲取屬同種類之物於貸與人，此際民法第四七九條第一項規定亦應無適用餘地，祇借用人嗣後（客觀）返還不能者，始有適用餘地。

關於種類債務本質、民法第四七九條第一項所指不能意涵、嗣後不能，其間關聯性分析，尚容於後詳為之。

## 參、嗣後不能

以時點區別，不能可區別為自始不能及嗣後不能。如前所

述，民法第四七九條第一項所指不能既不以自始不能為決定性文義，則自僅餘嗣後不能始有可能為決定性文義<sup>25</sup>。

民法第四七九條規定立法理由說明：「謹按消費借貸，借用人本應以與借用物種類、品質、數量相同之物返還貸與人，若不能以種類、品質、數量相同之物返還，而遽免其義務，則保護貸與人，失之過薄。故令以該物在返還時及返還地之價值，償還貸與人，然此僅限於有約定返還時日及返還地點者，方可適用，若當事人間於借貸之際，並未為返還時及返還地之約定，此時應使借用人以其物在訂約時或訂約地之價值償還貸與人，以昭公允。此本條所由設也。」

民法第四七九條第一項立法理由說明並未指出，該條項規定所指不能究何所指？所以然者，或因立法者認為並無此等疑問。然而，立法者、法官及學術研究者，就其立法、判決、見解，均負有詳細說明義務。蓋非如此，法學並不成科學，且甚有恣意之虞。況且民法大抵繼受自德國民法，再者則繼受自瑞士民法及瑞士債務法。民法第四七九條既繼受法國民法，則為避免體系扞格，換言之，為顧及平等要求<sup>26</sup>，其立法理由說明自再詳細亦不為過。準此以言，就民法第四七九條第一項所指不能究何所指此一問題而言，該條規定立法理由說明似尚有不足之處。

#### 肆、主觀不能？僅客觀不能！

於消費借貸，借用人負有種類、品質、數量相同之物返還義務。由此可知，借用人返還義務是屬種類債務性質。因此，

<sup>25</sup> 同註23。

<sup>26</sup> 就此，參閱Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O. (Fn. 23), S. 16 ff.; Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 18), S. 315, 324。

於民法第四七九條第一項所指不能意義決定問題上，基於法秩序一體性、為免法律適用錯誤，即應符應種類債務本質，乃以下所欲分析、探究者。

#### 一、種類債務本質

當事人一方所負債務是為種類債務，抑或特定債務？此一問題解決係依當事人意思以為斷<sup>27</sup>。當事人約定一方負有種類債務者，種類債務人即應克服其主觀獲取不能，不因其主觀獲取不能而免給付義務，是為種類債務（客觀面）本質觀察，亦即使生種類債務之約定（主觀面），其本質觀察<sup>28</sup>。種類債務本質，詳細如下：除債務人所應給付之物，其種類於市場上全部滅絕或有其他客觀不能情事（例如黃金交易禁止）外，債務人縱主觀獲取不能，仍應給付屬該種類之物，亦即獲取風險（債務人能否於市場上獲取屬該種類之物<sup>29</sup>）由債務人承擔，此其一；其二，債權人因債務人獲取遲延所受損害，縱債務人無過失，仍得請求賠償之<sup>30</sup>。

<sup>27</sup> MünchKomm/Emmerich, § 243 BGB, Rn. 5.

<sup>28</sup> 德國現行民法第276條第1項第1句即規範有獲取風險承擔（Übernahme eines Beschaffungsrisikos）。種類債務人主觀獲取不能者，並不免給付義務，就債權人因獲取遲延所受損害，負無過失賠償之責，便是以獲取風險承擔為依據。由本條項「承擔」此一文義即可得知，無論係種類債務人或特定債務人，皆可依其意思表示負有此一獲取風險。再者，種類債務人承擔此一獲取風險，是一推定，是為種類債務（約定）本質（觀察）。就此，參閱BT-Drucks. 14/6040 S. 132; MünchKomm/Grundmann, § 276 BGB, Rn. 171, 178; Dieter Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Rn. 349 (13. Aufl.)。

<sup>29</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 132; MünchKomm/Emmerich, § 243 BGB, Rn. 15; 史尚寬，註3書，367、370頁。

<sup>30</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 132; Stephan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 276; 史尚寬，註3書，頁386。

又應附帶一提者，乃台灣文獻上常有謂，於種類債務，並無給付（嗣後）不能之問題<sup>31</sup>。然而如此說明有未臻精確之處。蓋於種類債務，亦可有給付不能情事，從而有疑問者，僅乃債務人是否免給付義務之問題。詳言之，於種類債務，債務人主觀獲取不能者，不免給付義務，客觀獲取不能者，始免給付義務。

## 二、規範矛盾判定

借用人返還義務是為種類債務性質。種類債務人（自始及嗣後）主觀給付不能者，並不免給付義務，仍負有給付屬該種類之物之義務，僅嗣後客觀給付不能者，始免給付義務。然而倘依上開民法第四七九條第一項係指嗣後不能之說明，則於返還嗣後不能情形，關於消費借貸借用人責任，便有以下兩種解釋可能：

（一）無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能，借用人均「免」屬該種類之物之「返還義務」（且不論返還不能可否歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限<sup>32</sup>），借用人（一概或始）負有損害賠償之「金錢賠償」義務（民法二一五），蓋給付不能者，除免給付義務外，尚有債務不履行損害賠償，亦即替補賠償之規範設計（民法二二六 I），且倘返還不能即民法第二一五條所指「不能回復原狀」，要非如此，則原本給付、返還不能者，即令使免給付義務、免返還義務（民法二二

<sup>31</sup> 例如鄭玉波、陳榮隆，民法債編總論，二版二刷，2004年10月，262頁；林誠二，民法債編總論（上），2000年9月，394頁；孫森焱，民法債編總論（上），修訂版，2005年12月，385頁；劉春堂，民法債編各論（上），初版二刷，2006年，495頁。

<sup>32</sup> 關於歸責性問題之探討，詳見後述，於此僅限於嗣後主觀不能問題之探討。

五 I、二二六 I、二六六 I），而卻又於替補賠償路徑上令使回復原狀，此一作法無異係令使仍負給付義務，如此規範設計不只毫無意義，亦是自相矛盾。

（二）無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能，借用人屬該種類之物之返還義務，並「不」因此「免除」（且不論返還不能是否可歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限<sup>33</sup>），依民法第四七九條第一項規定，（一概或始）逕轉為價值償還義務。

本文上述用語「損害賠償之金錢賠償義務（民法二一五）」、「轉為價值償還義務」雖皆係轉來（給付）義務（sekundäre（Leistungs）Pflicht<sup>34</sup>）性質，從而於此點上二者並無差別。然而此卻非此處用語重點，而係為表明前者屬損害賠償性質，從而生有歸責性原則（民法第二二〇 I、一八四）適用與否之問題；後者非屬損害賠償性質，係單依同法第四七九條第一項規定所生之價值償還義務。

有鑑於以下所欲處理問題核心，在在涉及規範矛盾與評價矛盾判定，而釋義分析上此等判定有其難處，故合先說明二者<sup>35</sup>。

規範矛盾者，乃兩規範構成要件皆為T，但法律效果卻一為R，一為non-R。評價矛盾者，乃一規範之構成要件為T<sup>1</sup>，另一規範構成要件為T<sup>2</sup>，依評價，二者構成要件本質上相同，惟法律效果卻一為R，一為non-R<sup>36</sup>。又處於抽象與具體關係之

<sup>33</sup> 同註32。

<sup>34</sup> 關於次生即轉來義務，參閱MünchKomm/Kramer, § 241 BGB Rn. 14; Erman/H. P. Wettermann, Einl. v. § 241 BGB, Rn. 7。

<sup>35</sup> 一般言之，並無須說明為基礎者，應逕於此等基礎上為進一步之說理。然而為加強方法論意識，故仍說明此等為基礎者。

<sup>36</sup> 就此，參閱Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O. (Fn. 23), S. 117; Karl Larenz,

兩規範間，發生有規範是否矛盾之問題。蓋構成要件上二者僅有抽象與具體之別。至於不具抽象與具體關係之規範間，例如以租賃物占有返還不能為內容之規範，以及以消費借貸種類、品質、數量相同之物返還不能（所有權移轉不能）為內容之規範，二者法律適用關係上，則有評價矛盾發生與否之問題<sup>37</sup>。

上揭二種可能解釋——無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能，借用人均「免」屬該種類之物之「返還義務」（且不論返還不能可否歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限），借用人（一概或始）負有損害賠償之「金錢賠償」義務（民法二一五）；無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能，借用人屬該種類之物之返還義務，並「不」因此「免除」（且不論返還不能是否可歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限），依民法第四七九條第一項規定，（一概或始）逕「轉為」價值償還義務——皆以借用人返還義務為內容。借用人返還義務與種類債務（兩規範），二者處於具體與抽象關係，均以種類（皆為T）為其構成要件。

因此，倘其一可能解釋——無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能，借用人均免屬該種類之物之返還義務，（且不論返還不能可否歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限），借用人（一概或始）負有損害賠償之金錢賠償義務（民法二一五）——是為決定性者，則顯背離種類債務本質——除債務人所應給付之物，其種類於市場上全部滅絕或有其他客觀不能情事（例如黃金交易禁止）外，債務人縱主觀給付不能，仍負給付屬該種類之物之義務，亦即獲取風險係由債務人承擔；債權人因債務人獲取遲延所受損害，債務人縱無過失，債

a.a.O. (Fn. 18), S. 324.

<sup>37</sup> Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1997, S. 209.

權人仍得請求債務人賠償之——亦存有一規範矛盾，蓋於主觀不能，種類債務人並不免給付義務，而借用人卻免返還義務。

又倘另一可能解釋——無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能，借用人屬該種類之物返還義務並不因此免除（且不論返還不能是否可歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限），依民法第四七九條第一項規定，（一概或始）逕轉為價值償還義務——是為決定性者，則亦顯背離種類債務本質，亦存有一規範矛盾，其理由如下：於主觀不能，法律效果上借用人顯受有優待，蓋（不論返還不能可否歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限，）借用人不免返還義務，且此一義務（一概或始）轉為償還義務此一作法即意謂著，借用人甚連獲取努力亦無必要，償還價值即為已足，而種類債務人卻負有獲取義務，非可逕償還價值；於客觀不能，法律效果上借用人明顯受有劣後待遇，蓋種類債務給付客觀不能者，本免給付義務，僅其就客觀給付不能性有可歸責者，始負有損害賠償之金錢賠償義務（民法二一五），而依民法第四七九條第一項規定，借用人卻不免返還義務（且不論返還不能是否可歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限），而（一概或始）負有轉來之價值償還義務。

無論給付不能可否歸責於債務人，依民法第二二五條第一項及第二二六條第一項規定，「不能者，即無債務（impossibilium nulla obligatio）」，債務人均免給付義務<sup>38</sup>。其一可能解釋——無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能，借用人均免屬該種類之物返還義務（且不論返還不能可否歸責借用人，或以返還不能可歸責借用人為限），借用人（一概或

<sup>38</sup> Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, S. 424.

始) 負有損害賠償之金錢賠償義務(民法二一五)——於嗣後主觀不能方面, 雖不符種類債務本質, 惟退一步言之, 至少尚契合「不能者, 即無債務」原則。另一可能解釋——無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能, 借用人屬該種類之物之返還義務, 並不因此免除(且不論返還不能是否可歸責借用人, 或以返還不能可歸責借用人為限), 依民法第四七九條第一項規定, (一概或始) 逕轉為價值償還義務——則除不合種類債務本質外, 亦完全背離「不能者, 即無債務」原則。

又由民法第四七九條立法理由說明「借用人若不能以種類、品質、數量相同之物返還, 而遽『免』其義務」, 吾人便可推斷, 立法者實係以可能解釋——無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能, 借用人均免屬該種類之物之返還義務(且不論返還不能可否歸責借用人, 或以返還不能可歸責借用人為限), 借用人(一概或始) 負有損害賠償之金錢賠償義務(民法二一五)——為本。

凡此均足以說明, 可能解釋——無論返還嗣後主觀不能或返還嗣後客觀不能, 借用人均免屬該種類之物返還義務(且不論返還不能可否歸責借用人, 或以返還不能可歸責借用人為限), 借用人(一概或始) 負有損害賠償之金錢賠償義務(民法二一五)——於嗣後主觀不能方面, 雖不符種類債務本質, 惟退一步言之, 至少尚契合「不能者, 即無債務」原則<sup>39</sup>——方有可能是為決定性文義。因此, 以下分析便以此一可能解釋為本。

<sup>39</sup> 結論上, 如此認為者, 鄭玉波, 註22書, 頁327; 邱聰智, 註22書, 529頁; 黃立、蘇惠卿, 民法債編各論(上), 初版二刷, 2004年2月, 545頁。

### 三、規範矛盾排除——立法理由說明與體系合致

一般言之, 規範矛盾排除方法<sup>40</sup>是為「高位階法廢止低位階法 (lex superior derogat legi inferiori)」、「後法廢止前法 (lex posterior derogat legi priori)」、「特別法廢止普通法 (lex specialis derogat legi generali)」。

種類債務本質與可能文義——無論返還主觀不能或客觀不能, 借用人均免屬該種類之物返還義務——乃處於同位階關係, 蓋皆為民法規定; 並非先後法關係, 蓋施行生效日期皆同。準此以言, 或可認為, 相對於種類債務本質, 民法第四七九條第一項乃特別規定, 從而以其排除上述規範矛盾, 換言之, 借用人縱返還主觀不能, 亦免返還義務, 惟負有價值償還義務。

如前所述, 民法第四七九條立法理由說明雖未指出, 民法第四七九條第一項所稱不能究何所指。然而由民法第四七九條立法理由說明「遽免其義務」, 吾人或可推斷, 本條項規定所指不能係針對(嗣後)客觀給付不能情形而言。蓋於種類債務, 債務人主觀給付不能者, 不免給付義務, 客觀不能者, 始免給付義務, 於法秩序一體之想像下, 就民法第四七九條之制定而言, 立法者便係由種類債務本質出發——種類債務人主觀不能者, 本不免給付義務, 客觀不能, 始有「遽免」給付義務可言。準此以言, 以特別規定此一方法並無法排除因可能解釋——無論返還主觀不能或客觀不能, 借用人均免屬該種類之物返還義務——所生規範矛盾, 祇立法理由說明與體系解釋, 始得排除之。

<sup>40</sup> 就規範矛盾排除方法, 參閱Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O. (Fn. 23), S. 116-117; Karl Engisch, a.a.O. (Fn. 37), S. 209 ff.; Bernd Rüthers, Rechtslehre, 1999, Rn. 770 ff.。

綜合言之，反於一般情形，上述規範矛盾排除並非以特別法（民法四七九條1）優先於普通法（種類債務本質）此一論據為之，蓋立法者並無此意。立法者所欲者，實係以符應種類債務本質之體系解釋，排除嗣後主觀不能於該條項規定適用範圍外<sup>41</sup>。民法四七九條第一項所指不能可能文義之一——返還嗣後主觀不能——並不具決定性，具決定性者，乃返還嗣後客觀不能。

#### 四、黃金交易禁止<sup>42</sup>——借用人嗣後客觀返還不能？

今倘有償消費借貸客體是為黃金<sup>43</sup>，則借用人負有以種類、品質、數量相同之黃金返還（所有權移轉）義務。倘此等有償消費借貸成立後，黃金交易為法令所禁止，且於可預期時間內，並無解禁可能，則借用人返還義務履行是否嗣後客觀不能，即不無疑問。就此問題，鄭玉波先生認為<sup>44</sup>：「種類物之債，甚少有給付不能之問題，故此之規定，適用機會不多，然亦非絕對無有，例如借用黃金（注意借用黃金仍屬其他代替物之借貸，與下述之金錢借貸，不可混為一談），其後因禁止交易，而返還不能是。此種情形，即應以金錢返還其價值也（司法院三十年院字第二一二八號解釋、行政院四十五年二十二日致財政部代電）。」鄭玉波先生顯認為，因有黃金交易禁止，借用人返還義務之履行即嗣後客觀不能，故依民法四七九條

<sup>41</sup> 結論上相同者，黃立、蘇惠卿，註39書，544頁。又結論上似相同者，最高法院32年上字第2150號判例、司法院院字第2128、2160號；林誠二，民法債編各論（上），修訂二版，2003年7月，501頁；史尚寬，註3書，271頁。

<sup>42</sup> 黃金交易禁止乃時代產物。

<sup>43</sup> 黃金得為消費借貸客體，殆無疑義。就此，參閱史尚寬，註3書，272頁；鄭玉波，註22書，327頁。

<sup>44</sup> 鄭玉波，註22書，327頁。

第一項規定，借用人負有價值償還義務。

按除動產擔保交易法有「交易」一辭使用外，民法並未有使用之。交易云者，法律上乃指有償行為、給付、對待給付（履行行為），例如於買賣，係指買賣契約、買賣標的物所有權移轉及價金支付。準此以言，黃金交易云者，乃指以黃金為內容之有償行為、給付及對待給付。黃金交易禁止者，乃指此等行為皆無效，以黃金消費借貸為例，消費借貸契約無效，以免物價平準受有干擾。

有償黃金消費借貸契約成立後，黃金交易禁止者，借用人以種類、品質、數量相同之黃金「返還」於貸與人，此一履行行為「本身」尚難謂於禁止之列。蓋於有償消費借貸，處於給付與對待給付關係者，乃借用物交付與利息及其他報償給付<sup>45</sup>，而借用人黃金所有權移轉並非對待給付。又借用人縱自「他人」以對價取得種類、數量、品質相同之黃金，並以之返還於貸與人者，亦不能因此認為，此一「返還」亦於禁止之列。蓋獲有對價者，乃該他人，而非借用人。於嗣後黃金交易禁止，借用人種類、品質、數量相同之黃金返還，應非於禁止之列，換言之，黃金所有權移轉物權契約應仍有效（民法七一條但書），從而返還義務之履行仍屬可能。返還義務之履行既屬可能，民法四七九條第一項關於返還不能規定自無適用餘地。

#### 伍、不可歸責借用人返還不能？

民法四七九條第一項規定，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還者，應以其物在返還時、返還地所應有之價值償還之。法條文義既泛言不能，則不可歸責借用人之不能即為其可能文義之一。至於不可歸責借用人之不能此一可能文義

<sup>45</sup> 王澤鑑，債法原理·債之發生，再刷，2005年9月，162頁。

是否為決定性者，亦即民法第四七九條第一項是否適用於不可歸責借用人之返還不能，換言之，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還，且就返還不能不可歸責者，是否負有價值償還義務，亦即民法第四七九條第一項，相對於歸責原則而言，是否為特別規定<sup>46</sup>，乃以下所欲分析者。

### 一、歸責原則與規範矛盾判定

依民法第二二六條第一項規定，因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求損害賠償。依此一規定反面推論及同法第二二〇條規定，因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人並不享有損害賠償請求權。債務人因給付不能負損害賠償義務者，依民法第二一三條第一項規定，應回復他方損害發生前之原狀，依同法第二一五條規定，不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。扼要言之，因可歸責債務人事由，致給付不能者，債務人負有損害賠償義務——應回復原狀，不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應賠償價額；因不可歸責債務人事由，致給付不能者，債務人不負損害賠償義務——不負回復原狀義務、不負金錢賠償義務。

兩相比較之下，民法第四七九條第一項之可能文義——借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還，且「就返還不能不可歸責」者，亦負有價值償還義務——明顯背離歸責原則，亦即背離同法第二二六條第一項、第二一三條第一項、第二一五條之規範模式，存有一規範矛盾（皆以債務人<sup>47</sup>、給付不能、不可歸責為構成要件，然法律效果上，債務人不負金錢賠

<sup>46</sup> 所以如此替代說明，乃為凸顯方法上關聯。就此，參閱註18、19及40。

<sup>47</sup> 借用人是為債務人。

償義務，借用人卻負有價值償還義務）。

### 二、規範矛盾排除不能之論據

文獻上關於上開規範矛盾排除之論據，亦即「消費借貸性質」、立法理由「遽免義務……保護……即失之過薄」、「價值實際享受」，其批判，乃以下所進行者。

#### (一)立法理由「遽免義務……保護……即失之過薄」？

就此等規範矛盾，民法第四七九條第一項之立法理由說明即謂：「……借用人……若不能以種類、品質、數量相同之物返還，而遽免其義務，則保護貸與人，失之過薄。故令以該物在返還時及返還地之價值，償還貸與人……。」

由此可知，立法者係以「遽免義務……保護……即失之過薄」為由，認有必要背離歸責原則，而以民法第四七九條第一項定性為特別規定，用以排除上開規範矛盾，令使借用人無論就返還不能可歸責與否，一概負有價值償還義務。

倘借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還，則依民法第二二五條第一項及二二六條第一項併「不能者，即無債務」原則，借用人免返還義務。然而借用人免返還義務本係依法律規定，從何有「遽免」、從何有如此價值判斷可言，縱便有之，亦未見立法者有所說明。再者，何以借用人免返還義務，即有失之過薄，亦未見立法者有所說明。立法者或欲以「遽免」引出「失之過薄」。倘真如此，則立法者如此作法不單只為惜字如金，更只是不證自明。

此等理所當然、不證自明之立法理由說明，立法者能否以之說服自己，即不無疑問，批判其不具科學精神，即絕非無的放矢。或許此與昔日吾國法學之不發達，有所關聯，因而有其不得不然之苦衷。若此，吾人誠可理解。然無論如何，此等理

所當然、不證自明之作法，吾人應以之為鏡，日夕攬照，以為警惕——法學者，乃須附詳細說理之科學，即再嚴謹亦不為過。要之，以民法第四七九條第一項立法理由說明，並不能排除上述規範矛盾。

### (二)消費借貸性質？

就此一規範矛盾之排除，史尚寬先生則謂<sup>48</sup>：「又例如借用彈藥，其後禁止買賣，返還不能時，若依一般原則使借用人免除返還義務（民法二二五 I），則反於消費借貸性質，故與使用借貸不同，認借用人有價值返還義務。」

史尚寬先生顯係以消費借貸性質為由，而認為，對於歸責原則而言，民法第四七九條第一項乃特別規定。至於史尚寬先生所云消費借貸性質究何所指？此由史尚寬先生所云「故與使用借貸不同」，吾人或可得知，係指使用借貸與消費借貸不同之處。

規範設計上，使用借貸與消費借貸二者不同處在於：於使用借貸，借用物經借用人使用後，猶存在，故而貸與人僅須移轉借用物占有於借用人，借用人因之負有借用物占有返還義務（原物返還義務）；於消費借貸，借用物一經借用人使用後，即為之消費，從而不復存在，故而貸與人應非移轉借用物占有於借用人，而係應移轉借用物所有權，借用人因此不負有借用物（原物）返還（占有移轉）義務，而係負有種類、品質、數量相同之物返還（所有權移轉）義務。又應說明者，乃倘不為如此規範設計，則消費借貸借用人於使用後，勢必抗辯：因借用物使用即消費，從而不復存在此一情事，係依消費借貸契約，亦即依消費借貸性質，故而就借用物（原物）占有返還不

能，並無有損害賠償可言；貸與人所移轉者，乃借用物占有，而非借用物所有權，縱令須返還種類、品質、數量相同之物（所有權移轉），貸與人勢必因損害填補，受有不當得利。

以消費借貸性質——消費——確可說明，何以借用人無須返還原物占有，而僅須返種類、品質、數量相同之物，然是否能以之進一步說明，何以借用人就種類、品質、數量相同之物返還不能不可歸責者，借用人亦負有價值償還義務，換言之，以消費借貸性質並無法說明，對於歸責原則而言，何以民法第四七九條第一項乃特別規定。按借用人所以負有價值償還義務，非因消費使用，而係因返還嗣後客觀不能，且就返還不能「可歸責」。倘單以消費為由，責令借用人以價值償還義務，則借用人為避免返還嗣後客觀不能，勢將不消費使用借用物。倘真如此，則不啻禁止借用人消費使用借用物，則便無消費借貸存在必要。

要之，以消費借貸性質並無法說明，何以民法第四七九條第一項，對於歸責原則而言，是為特別規定，故而無法用以排除上開規範矛盾。

### (三)價值實際享受？

鄭玉波先生則謂<sup>49</sup>：「按一般債務之給付不能，本應以是否可歸責於債務人，而分別適用民法第二二五條及二二六條之規定，但消費借貸之返還不能，則應優先適用上述之特別規定。因而在消費借貸，縱因非可歸責於債務人之事由而返還不能，仍應以金錢償還之，而不能免除返還義務。蓋借用物之價值，既已由借用人實際享受，則雖同種類品質數量之物，不能返還，但仍不得不返還其價值也。」鄭玉波先生顯係以「價值

<sup>48</sup> 史尚寬，註3書，271頁。

<sup>49</sup> 鄭玉波，註22書，327頁。同此見解者，黃立、蘇惠卿，註39書，545頁；劉春堂，註31書，495頁。

業已由借用人實際享受」為由，認民法第四七九條第一項應背離歸責原則，乃特別規定。

以物之使用為主要內容之有名契約，計有租賃、使用借貸、消費借貸。消費借貸係以借用物使用為主要內容，可為有償，此點同租賃。消費借貸係以借用物之使用為主要內容，可為無償（此吾人由民法第四七四條第一項、第四七六及四七七條，即可得知），此點同使用借貸。

消費借貸與租賃及使用消費借貸不同之處在於：於前者，因其消費之性質，故貸與人及借用人義務均非以占有移轉為內容，而係以所有權移轉為標的。於後二者，因其性質與消費無涉，故為借用物及租賃物占有移轉。然而如前所述，以消費性質並不能說明，何以不可歸責借用人種類、品質、數量相同之物返還不能者，借用人亦負有價值償還義務，並無法排除此一規範矛盾。

民法第四七九條適用於有償及無償消費借貸，蓋其適用範圍並未受限。於消費借貸，借用人不能返還種類、品質、數量相同之物（所有權移轉嗣後客觀不能），且就其返還不能不可歸責者，借用人是否應負有價值償還義務？就此疑難解決，首應考慮者，乃立法者究如何處置使用借貸借用物與租賃物返還不能（占有移轉嗣後客觀不能）。蓋同租賃及使用借貸，消費借貸亦以物有償或無償使用為主要內容。

### 1. 有償消費借貸與租賃

租賃關係存續中，租賃物全部滅失，即保管義務違反，即租賃物占有返還不能，租賃關係即消滅。此際，倘承租人就租賃物全部滅失有可歸責事由（民法第二二〇條第一項及第二二六條第一項、以及第四三四條關於責任減輕之規定），則依同

法第四三二條第二項規定<sup>50</sup>，便負有損害賠償義務<sup>51</sup>。又租賃關係消滅後（因租賃物全部滅失以外原因），承租人負有租賃物占有返還義務（民法四五五）。此際倘租賃物占有返還不能，則依民法第二二六條第一項規定，以返還不能可歸責承租人為限，承租人始負有損害賠償義務。

簡而言之，承租人就租賃物占有返還不能可歸責者，負有損害賠償之金錢賠償義務；不可歸責者，便不負損害賠償之金錢賠償義務，此等規範設計與承租人是否實際使用收益租賃物此一問題，二者間並無絲毫關聯。申言之，承租人是否負有損害賠償之金錢賠償，須取決於承租人有無可歸責性。承租人就租賃物占有返還不能不可歸責者，縱其已有使用收益租賃物，仍不負損害賠償之金錢賠償。

租賃必為有償，以租賃物使用為主要內容。有償消費借貸亦以借用物使用為主要內容。承租人租賃物占有返還不能，且就返還不能不可歸責者，縱已有使用收益租賃物，既亦不負損害賠償之金錢賠償義務，則借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還，且就返還不能不可歸責者，縱已使用收益借用物（實際享受借用物價值），亦應不負有價值償還義務。

準此以言，於有償消費借貸，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還（嗣後客觀不能），且就返還不能不可歸責者，是否亦應負價值償還義務此一問題，與借用人「實際享受價值」與否此一問題，二者間並無關聯。換言之，以「價值實際享受」並無法說明，何以民法第四七九條第一項，對於歸責

<sup>50</sup> 民法第432條第2項乃請求權基礎。

<sup>51</sup> 最高法院18年上字第1074號判例；邱聰智，註22書，447頁；鄭玉波，註22書，213頁。

原則而言，乃特別規定，故無法用以排除上開規範矛盾<sup>52</sup>。

## 2. 無償消費借貸與使用借貸

使用借貸關係存續中，借用物全部滅失者，即保管義務違反，借用物占有即返還不能，使用借貸關係即消滅。此際，倘借用人就借用物全部滅失可歸責（民法二二〇 I 及二二六 I），則依同法民法第四六八條第二項，便負有損害賠償義務<sup>53</sup>。又使用借貸關係消滅後（因借用物全部滅失以外之原因），借用人負有借用物占有返還義務（民法四七〇）。此際，倘借用人借用物占有返還不能，則依民法第二二六條第一項規定，以返還不能可歸責借用人為限，始負有損害賠償義務。

使用借貸必為無償，乃以借用物使用為主要內容。無償消費借貸亦以借用物使用為主要內容。於使用借貸，借用人借用物占有返還不能，且就返還不能不可歸責者，縱已有使用收益租賃物，借用人既亦不負損害賠償之金錢賠償義務，於無償消費借貸，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還，且就返還不能不可歸責者，縱已使用收益借用物（實際享受借用物價值），借用人亦應不負有價值償還義務。

準此以言，於無償消費借貸，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還（嗣後客觀不能），且就返還不能不可歸責者，借用人是否亦應負價值償還義務此一問題，與借用人實際享受價值與否此一問題，二者並無任何關聯。換言之，以「價值實際享受」並無法說明，何以民法第四七九條第一項，相對

<sup>52</sup> 「民法第479條第1項，相對於歸責原則，乃特別規定」此一可能文義不僅無法排除其所致之規範矛盾，更使生有評價矛盾。就此，詳見後述。於此則祇探討「價值實際享受」。

<sup>53</sup> 史尚寬，註3書，254頁。

於歸責原則，乃特別規定，故無法用以排除上述規範矛盾<sup>54</sup>。

## 三、規範矛盾排除及評價矛盾避免——有償、無償消費借貸與租賃、使用借貸

以物之有償及無償使用為主要內容之有名契約，計有租賃、使用借貸、消費借貸。於有償及無償消費借貸，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還（嗣後客觀不能）者，是否應負有價值償還義務？就此一問題解決，如前所述，首應考慮者，乃於使用借貸借用物與租賃物占有返還不能情形，立法者所採規範設計。

於使用借貸，借用人借用物占有返還不能，且就返還不能不可歸責者，借用人既不負損害賠償之金錢賠償義務，於承租人租賃物返還不能，且就返還不能不可歸責者，承租人既不負損害賠償之金錢賠償義務，則於有償及無償消費借貸，借用人就種類、品質、數量相同之物返還不能不可歸責者，借用人亦應不負有價值償還義務。倘認為，於有償及無償消費借貸，借用人就種類、品質、數量相同之物返還不能不可歸責者，借用人亦應負有價值償還義務，則生有一評價矛盾（承租人與使用借貸借用人就返還不能不可歸責者，不負損害賠償之金錢賠償義務，消費借貸借用人就返還不能不可歸責者，卻負有價值償還義務）。

要之，借用人種類、品質、數量相同之物返還不能（嗣後客觀不能），且就返還不能不可歸責者，亦負有價值償還義務，此一可能文義應不具決定性，換言之，於不可歸責借用人返還嗣後客觀不能，民法第四七九條第一項並無適用餘地。蓋非如此，則非僅無法以此排除所生規範矛盾，更因此生有一評

<sup>54</sup> 同註53。

價矛盾。

#### 四、結 論

「借用人不能返還種類、品質、數量相同之物（所有權移轉嗣後客觀不能），且就返還不能不可歸責者，借用人亦負有價值償還義務」，乃民法第四七九條第一項之可能文義。然而，此一可能文義背離歸責原則，亦即背離同法第二二六條第一項、第二一三條第一項、第二一五條之規範模式。因此，二者間存有一規範矛盾。

又文獻上為排除此一規範矛盾，有認為，民法第四七九條第一項，相對於歸責原則，乃特別規定。然而以立法理由說明「遠免義務……保護……即失之過薄」、「消費借貸性質」、「價值實際享受」皆無法說明，何以民法第四七九條第一項，相對於歸責原則，是為特別規定，故而無法用以排除上述規範矛盾。凡此不啻意味著，上開可能文義並不具決定性。此外，倘認為此一可能文義是為決定性者，則更生有一評價矛盾。因此，為避免此一評價矛盾，此一可能文義應非決定性者。

總而言之，於借用人不能返還種類、品質、數量相同之物，且就返還不能不可歸責情形，民法第四七九條第一項並無適用餘地。

#### 陸、可歸責借用人返還不能

不能者，有可歸責及不可歸責債務人不能之分。不可歸責借用人返還（嗣後客觀）不能，既非民法第四七九條第一項之決定性文義，則僅餘「可歸責借用人返還（嗣後客觀）不能」此一可能文義有決定性可言。

承租人租賃物占有返還不能（嗣後客觀），且就返還不能可歸責者，負損害賠償義務。於使用借貸，借用人借用物占有

返還不能（嗣後客觀不能），且就返還不能可歸責者，借用人負有損害賠償義務。「於有償及無償消費借貸，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還（嗣後客觀不能），且就返還不能不可歸責者，借用人亦負損害賠償義務」此一可能文義，合於體系（包括歸責原則）、合於平等要求，賦予其決定性，殆無疑義。

總而言之，於消費借貸，借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還者（嗣後客觀不能），以返還不能可歸責借用人為限（民法二二〇 I 及二二六 I），借用人始負有價值償還義務（民法四七九 I）。

#### 柒、金錢借貸返還不能釋義結構分析

民法第四七九條第一項僅言及借用物。是故，金錢亦為該條文義所及。然而該條項規定是否亦適用於金錢借貸，乃以下所欲分析者。

由民法及破產法秩序可導出，於金錢債務，適用「人必須有錢（Geld muss man haben）」原則：於金錢債務，債務人自始或嗣後無支付能力（主觀不能）者，並不免給付義務<sup>55</sup>，蓋非如此，則破產法秩序形同多餘。至於債務人自始或嗣後客觀支付不能者，實屬殊難想像，惟亦非絕無可能，果真發生者，債務人仍免給付義務<sup>56</sup>。金錢借貸是為金錢債務。因此，凡上所述者，亦應適用於金錢借貸。

<sup>55</sup> 關於金錢債務，參閱 BT-Drucks. 14/7058 S. 183; Dieter Medicus, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Rn. 351-354 (13. Aufl.); Stehpan Lorenz/Thomas Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 177。

<sup>56</sup> BT-Drucks. 14/7058 S. 183.

如前所述，基於消費借貸要物性及其種類債務性質，民法第四七九條第一項並不適用於主觀不能。如此結論契合金錢債務本質，從而吻合金錢借貸本質。

民法第四七九條第一項不祇不適用於主觀返還不能，亦不適用於不可歸責借用人之返還不能，於前已證成。準此以言，於金錢借貸，僅借用人就金錢返還客觀不能可歸責者，民法第四七九條第一項始有適用餘地。然而於金錢借貸，金錢返還客觀不能可歸責於借用人者，實屬殊難想像，毋寧係不可歸責於借用人，殆可斷言。準此，於金錢借貸，借用人金錢返還客觀不能，且就不能不可歸責者，民法第四七九條第一項亦無適用餘地，從而於金錢借貸全然無適用餘地，是為一金錢債務、金錢借貸本質直觀。

實則，金錢債務標的是為金錢，價值償還亦以金錢為標的，且規範上關切者，乃金錢債務人應否遲延賠償，而非金錢債務人是否「仍負有」以「金錢」為內容之轉來義務，例如替補賠償、價值或價額償還、損害賠償之金錢賠償。本為金錢債務者，又轉為金錢債務性質者，如此之作法實毫無意義<sup>57</sup>。準此以言，於金錢借貸，民法第四七九條第一項自始自終並無適用空間。於金錢借貸，首要關切之規定，乃民法第二三三條。

又應附帶說明者，乃民法第四八〇條第一款所規範客體，是否為金錢返還「不能」。按於消費借貸，借用人所應返還者，乃種類、品質、數量相同之物。貨幣乃支付工具，著重點是為交換價值。以金錢消費目的成立消費借貸者，乃著重於金錢交換價值，而非其實體使用價值消費。準此以言，於金錢借貸，借用人所應返還者，是否為種類、品質、數量相同者，判斷上即非可等同於其他消費物情形，非可單著重消費物種類、

品質、數量，尤其非可囿於種類，而係應著重於其價值。因此，於返還時，約定貨幣雖失其通用效力，惟倘尚有其它具有通用效力貨幣，則應認為，借用人種類、品質、數量相同之金錢返還義務履行仍屬可能，而非不能。

民法第四八〇條第一款所規範者，並非金錢返還不能，蓋尚有其他通用效力貨幣。因種類構成要件之執著，故於約定貨幣失其通用效力情形，認成立有返還不能，從而借用人免返還義務、不負有損害賠償責任（民法二二五 I、二二六 I），此一釋義分析結果，正係民法第四八〇條第一款所欲避免者。換言之，藉由民法第四八〇條第一款規定，立法者即陳明，於金錢借貸，應著重於金錢交換價值，而非種類實體使用價值，故而倘約定貨幣失其通用效力，借用人即應返還其它具有通用效力之貨幣。

## 捌、總 結

民法大抵繼受自德國民法、瑞士民法與瑞士債務法。民法第四七九條第一項則繼受自法國及日本民法。德國民法與法國民法二者多有不同。是故，繼受自法國民法之民法第四七九條第一項，是否與以德國民法為本之民法體系有所衝突矛盾，即不無疑問。倘若有之，則如何使其融入，信非易事。儘管如此，吾輩法律人仍應勉力為之，蓋體系破碎避免，關乎平等意義下之正義追求。

民法第四七九條第一項僅泛言不能。因此，自始不能及嗣後不能、主觀不能及客觀不能、可歸責借用人不能與不可歸責借用人不能，皆為該條可能文義。於民法法條文義及其彼此間意義關聯之考量下，自始不能應非民法第四七九條第一項決定性文義。民法第四七九條第一項所指不能既非以自始不能為決

<sup>57</sup> Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 55), Rn. 351.

定性文義，則餘下祇嗣後不能得為之。又由消費借貸要物契約性，吾人亦可導出，於消費借貸契約，民法第二四六、二四七條並無適用餘地；民法第四七九條第一項所指不能並不包括自始客觀不能。

主觀不能及客觀不能皆為民法第四七九條第一項可能文義。借用人返還義務是為種類債務。為避免與種類債務本質衝突矛盾，民法第四七九條第一項決定性文義應係客觀不能。此吾人由民法第四七九條立法理由說明，即可得知。又消費借貸契約成立後，黃金交易為法令所禁止者，借用人種類、品質、數量相同之黃金返還（所有權移轉）仍屬可能，民法第四七九條第一項並無適用餘地。

借用人不能返還種類、品質、數量相同之物，且就返還不能不可歸責者，民法第四七九條第一項並無適用餘地，蓋非如此，便背離歸責原則，亦即背離同法第二二六條第一項、第二一三條第一項、第二一五條規範模式。至於立法理由說明「避免義務……保護……即失之過薄」、「消費借貸性質」、「價值實際享受」皆無法說明，何以相對於歸責原則，民法第四七九條第一項係特別規定。倘強以此為理由，則更生有評價矛盾。凡此不啻意味著，不可歸責借用人之返還不能，並非民法第四七九條第一項決定性文義。

又不能者二分有可歸責及不可歸責債務人。民法第四七九條第一項既不適用於不可歸責借用人返還嗣後客觀不能，則僅於可歸責借用人返還嗣後客觀不能，始有適用餘地。

於金錢借貸，民法第四七九條第一項自始至終並無適用餘地，首要關切之規定，乃民法第二三三條。至於民法第四八〇條第一款所規範者，並非金錢返還不能，蓋尚有其它具通用效力之貨幣。

## 德國民法上承攬人之 瑕疵責任

### 壹、前言

德國民法典（Bürgerliches Gesetzbuch）於一九〇〇年一月一日生效施行。施行百餘年來，社經情況及相關價值觀屢有變革。因此，於時效法（Verjährungsrecht）、一般給付干擾<sup>1</sup>法（allgemeines Leistungs- störungsrecht）、買賣及承攬瑕疵擔保法（kauf und werkvertragliches Gewährlei- stungsrecht），即產生為數眾多且部分尚屬重大之缺陷<sup>2</sup>。儘管如此，藉由規範架構、規範內容抽象性（尤其係債務法）及法官之法續造（richterliche Rechtsfortbildung），於規範私法法律關係上，德國民法之適用尚不至滯礙難行<sup>3</sup>。

\* 匿名審稿者不吝斧正本文，筆者獲益良多，於此特致謝忱。

<sup>1</sup> Leistungsstörung應以給付干擾之譯為宜，而非給付障礙。蓋障礙為Hindernis，且Störung本以干擾為首義。此外，第275條2項2句關於事實不能之規定、同條第3項關於人身不能之規定、以及第311條a第1項關於自始不能之規定，皆係使用給付障礙（Leistungshindernis）一詞。因此，若將Leistungsstörung譯為給付障礙，則僅能涵蓋給付不能。

<sup>2</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 1.

<sup>3</sup> 關於德國民法典生成之簡要介紹Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg, Rechtsgeschichte - Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 3. Aufl., 2003, Rn. 577 ff.。

早自一九七九年，德國法律人即著手研究德國債務法之現代化。一九九九年，歐盟公布施行消費財買賣方針（Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999）。消費財買賣方針第三條第三項規定，買賣標的物有瑕疵者，消費者得請求補正（包括修補及另交付無瑕疵之物）、解約及減價。凡此皆涉及德國民法典多有缺陷之處。同方針第五條則規定二年之責任期間，包括消滅時效期間。消費財買賣方針第十一條第一項則規定，歐盟各會員國至遲於二〇〇二年十二月三十一日，應將此一方針轉為其國內法。是故，消費財買賣方針可謂係債務法現代化之推動力。

除消費財買賣方針外，應轉為歐盟各會員國國內法之方針者，尚有支付遲延方針（Die Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000）及電子商務方針第十、十一及十八條（E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000）。

二〇〇一年五月十八日，聯邦眾議院一讀通過債務法現代化法政府草案（BT-Drucks. 14/6040）<sup>4</sup>。此一草案為其後新法所本，且立法理由說明極其詳盡之能事。二〇〇一年七月十三日，聯邦參議院針對政府草案採取立場（BT-Drucks. 14/6857）<sup>5</sup>。二〇〇一年九月二十五日，聯邦眾議院法委員會通過建議決議（BT-Drucks. 14/7052）<sup>6</sup>。同年十一月十日，聯邦眾議院二、三讀通過現代化法委員會建議決議（版本）。二〇〇二年一月一日，債務法現代化法生效<sup>7</sup>。

<sup>4</sup> 可於德國聯邦眾議院網站（<http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>）下載。

<sup>5</sup> <http://dip.bundestag.de/btd/14/068/1406857.pdf>。

<sup>6</sup> <http://dip.bundestag.de/btd/14/070/1407052.pdf>。

<sup>7</sup> 關於債務法現代化法生成歷史，Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.),

新法通過後，討論焦點一般集中於買賣瑕疵責任法（及一般給付干擾法）。承攬瑕疵責任法則獲得較少青睞。蓋交易上，買賣契約極具重要性。此外，一般給付干擾法關於損害賠償及解除契約之規定，於買賣瑕疵責任法，亦有準用空間。藉由討論較具體者，益加可使一般規定透明化。然而，承攬契約實務重要性並不遑多讓於買賣契約。關於瑕疵概念及瑕疵權利，買賣與承攬瑕疵責任法多有雷同。一般給付干擾法關於損害賠償及解除契約之規定，於承攬契約責任法，亦有準用空間。既得藉由研究買賣瑕疵責任法瞭解（一般給付干擾法）及承攬瑕疵責任法，反之則亦當屬可行。此外，新法施行後，相關法律解釋與適用上所生之問題，本文亦當有所介紹並分析。

本文欲藉呈現承攬瑕疵責任法面貌，反映買賣瑕疵責任法及一般給付干擾法之相關規定。所謂他山之石，可以攻錯，且我國民法大抵繼受（Rezeption）德國民法舊法。因此，德國承攬瑕疵責任新法之研究，便極具價值。此外，我國相關法律之分析與檢討，本文亦將有所重點著墨。

## 貳、承攬人無瑕疵給付義務

### 一、第六三三條第一項

我國民法第四九二及四九三條及德國民法舊法第六三三條第一及二項規定，承攬人對於定作人，僅須完成無物瑕疵之工作。德國現行民法<sup>8</sup>第六三三條第一項則規定，承攬人對於定作人，應使工作免於物及權利瑕疵。就此，德國債務法現代化法立法者認為：「相較於買賣契約，權利瑕疵於承攬契約方面，較無關緊要。然而，於著作權法及營業權益保護範圍內，

Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. IX ff.。

<sup>8</sup> 以下凡法條前未加註律名者，皆係德國民法。

亦可發生權利瑕疵。因此，早於舊法時期，第四三三條以下關於權利瑕疵之規定，即有類推適用餘地<sup>9</sup>。」

承攬人對於定作人，同出賣人對於買受人般（第四三三條第一項第二句），亦負有無物及權利瑕疵之給付義務<sup>10</sup>，違反者，皆屬第二八〇條第一項之義務違反（Pflichtverletzung）。所不同者，乃前者因法律而發生（第六三三條第一項之hat zu<sup>11</sup>）後者係因契約而發生（第六三一條第一項之durch den Werkvertrag）。藉由承攬人之無瑕疵給付義務，承攬瑕疵責任法得與一般給付干擾法接軌。

## 二、我國法之分析與檢討

如前所述，依我國民法第四九二條規定，承攬人無須完成無權利瑕疵之工作。細思本條立法時代背景，著作權及營業權益保護意識幾可謂無有。然現今分工社會，承攬人獨自完成工作可謂少見，著作權及營業權益保護意識，即便非廣植人心，至少亦係逐漸抬頭。因此，昔日第三人就工作，對於定作人主張權利之事，雖屬殊難想像之事，然今日則不無可能。工作有權利瑕疵者，雖依我國民法第一條，可「類推適用」第三四九、三五〇及三五三條關於權利瑕疵之規定。然法律漏洞本為規範計畫不完整性。是故，依我國民法第一條，法官負有義務填補之；致力於規範計畫完整性，立法者亦責無旁貸。

此外，我國亦已將不完全給付制度明文化（第二二七條）。據此，債務人應依債之本旨給付。如能修法，令使定作人亦須完成無權利瑕疵工作，則承攬瑕疵擔保法得與一般給付

干擾法接軌。若能如此，則有助法透明性，私法（民法）法律關係主體——人「民」則因之較能接近、瞭解與其生活息息相關之民法。

此外，有疑問者，乃可否「適用」我國民法第三四七條，從而準用第三四九、三五〇及三五三條，使承攬人負有完成無權利瑕疵工作之義務。如前所述，於民法立法背景時代，並無著作權及營業權益保護意識。因此，立法者並未規定有承攬人無權利瑕疵工作完成義務。同理，關於第三四七條適用於承攬契約，從而準用買賣第一節第三四九、三五〇及三五三條，依第三五三條準用，復準用關於債務不履行之規定一事上，亦應係屬立法者想像之外。是故，於此可認有一法律漏洞存在，應類推適用第三四九、三五〇及三五三條關於權利瑕疵之規定，以填補之。然就結論而言，於承攬人負有完成無權利瑕疵工作義務一事上，類推適用與適用並無歧異。

## 參、瑕疵概念

### 一、物之瑕疵

關於物之瑕疵判斷，第六三三條第二項規定有四層次。本條項第一句：「工作具約定品質者，無物之瑕疵。」本規定同第四三四條第一項第一句關於買賣標的物之瑕疵規定，皆以主觀瑕疵概念為首<sup>12</sup>。

第六三三條第二項第二句第一款：「當事人未約定品質，如工作適於為契約前提之使用者，無物之瑕疵。」同條項第二款規定：「此外，工作適於通常使用，具備同類工作之通常品質，且具定作人依工作種類可資期待之品質者，無物之瑕

<sup>9</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 261.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 261.

<sup>11</sup> 惟立法者認為，承攬人無瑕疵給付義務係因契約而生。就此BT-Drucks. 14/6040 S. 261。

<sup>12</sup> BT-Drucks 14/6040 S. 261.

疵。」此一規定同第四三四條第二項第二句關於買賣標的物物之瑕疵規定。兩者不同之處在於：第四三四條第二項第三句將出賣人、製造人或其輔助人之公開聲明，特別是廣告中之公開聲明，納入第四三四條第二項第二句之品質概念。承攬瑕疵責任法則不採此擴張瑕疵概念。蓋第四三四條第二項第三句係針對大眾商品而言。一般言之，製造人係刊登廣告推銷商品者，而非實際出賣商品於大眾者。承攬人主給付義務為完成一定工作。完成一定工作且刊登廣告者非承攬人之情形，可謂無有。承攬人刊登廣告必也以定作人為對象。於此，若涉有工作品質者，品質約定（第六三三條第二項第一句）亦屬通常。因此，於承攬擔保法上，此一擴張瑕疵概念並不具意義<sup>13</sup>。

第六三三條第二項第三句：「定作人完成非指定工作，或工作數量短少者，等同物之瑕疵。」立法者認為：「相較於買賣契約，此等等同規定對於承攬契約較不具重要性。然也非無意義<sup>14</sup>。」此一規定同第四三四條第三項，皆係為避免錯誤交付（Falschlieferung）及短少交付（Zuweniglieferung）與物之瑕疵概念區別上之困難。短少交付等同物之瑕疵。惟有疑義者，乃買受人此際應依第四三七條第二款準用第三二三條第五項第二句，解除契約，依第四三七條第三款準用第二八一條第一項第三句，請求損害賠償替代給付<sup>15</sup>，抑或第四三四條第三項關於錯誤交付之規定，於此並無適用之餘地，從而買受人應依第三二三條第一項及同條第五項第一句規定（適用），解除契約，依第二八一條第一項第二句（適用）請求損害賠償替代給付<sup>16</sup>。相同問題亦可發生於承攬瑕疵責任法。本文從前者。

<sup>13</sup> BT-Drucks 14/6040 S. 261.

<sup>14</sup> BT-Drucks 14/6040 S. 261.

<sup>15</sup> BT-Drucks 14/6040 S. 187.

<sup>16</sup> Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. XX f.

蓋第四三四條第三項、第六三三條第二項第三句、及第三二三條第五項第二句之文義及立法理由，皆已明確說明應如此處理。此外，於買賣瑕疵責任法，物之瑕疵概念尚包括安裝瑕疵及安裝說明瑕疵（第四三四條第二項，即IKEA條款）。此為承攬瑕疵責任法所無。

綜上所述，吾人可知，於承攬瑕疵責任法，物之瑕疵概念並不僅侷限於品質。如此瑕疵概念，除兼顧契約特性外，亦多少呼應第二八一條第一項第一句、第三二三條第一項、第三二六條第一項第二句未依債之本旨給付之概念（die fällige Leistung nicht wie geschuldet erbringt; Erbringt eine fällige Leistung nicht vertragsgemäß; im Fall der nicht vertragsgemäßen Leistung）。

## 二、權利瑕疵

第六三三條第三項：「第三人關於工作，對於定作人不得主張權利，或僅得主張自承攬契約承擔之權利者，工作無權利瑕疵。」

如前所述，舊法時期，承攬人並不負有完成無權利瑕疵工作義務，從而亦未對權利瑕疵作有定義。今第六三三條第一項則規定有，定作人完成無權利瑕疵工作義務，同條第三項並定義有權利瑕疵概念。

## 三、比較法之觀察與分析

我國民法第四九二條規定，承攬人完成工作，應使具備約定品質，及無減少或減失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。本條同德國民法第六三三條第二項第一句，皆首以具備約定品質與否，判斷工作是否罹有物之瑕疵；皆以當事人意思為首。其次，兩者皆以適於約定使用（為契約前提之使用）與

否，判斷工作是否罹有物之瑕疵。此等契約前提之使用，雖通常非契約內容，然往往乃當事人一方所以締結契約之因素。再者，兩者皆以適於通常使用與否，判斷工作是否罹有物之瑕疵。

於德國承攬及買賣瑕疵責任法，短少交付皆等同物之瑕疵。我國則無此等等同規定。我國買賣及承攬瑕疵擔保法，關於無價值減少或滅失之規定，則為德國民法所無。於特定物買賣情形，最高法院認為，數量不足，足使物之價值有所欠缺，構成物之瑕疵<sup>17</sup>。由此可知，兩國規定雖有不同，然就此一事件處理，結論上並無不同，均認為構成物之瑕疵。

#### 肆、定作人瑕疵權利 (Mängelrechte)<sup>18</sup>

第六三四條：「工作有瑕疵者，定作人依下列規定，且於法律未另有規定之情況下，得，

第一款：依第六三五條請求補正，

第二款：依第六三七條自行排除瑕疵並請求償還必要費用，

<sup>17</sup> 最高法院73年台上字第1173號判例、93年台上字第914號、92年台上字第2360號、87年台上字第2872號判決。同最高法院見解者，王澤鑑，出賣物之數量不足、物之瑕疵、自始部份不能與不當得利，民法學說與判例研究(八)，2003年9月，172頁；林誠二，民法債編總論(下)，瑞興，2001年3月，93頁。

<sup>18</sup> 於此，並不譯為瑕疵擔保權利。蓋新法通過施行後，文獻上大多使用Mängelhaftung(瑕疵責任)，而非使用Gewährleistungshaftung(瑕疵擔保責任)。此由立法理由措辭，即可瞧見端倪，BT-Drucks. 14/6040, S. 208。所以然者，乃Gewährleistung為擔保之意，亦即無過失之意，而新法通過施行後，買受人及定作人一般地享有以(無)過失為(障礙)要件之損害賠償替代給付及瑕疵結果損害請求權。就此，詳見後述。

第三款：依第六三六、三二三條或第三二六條第五項解除契約，或依第六三八條減少報酬，並

第四款：依第六三六、二八〇、二八一、二八三或第三一一條a請求損害賠償，或依第二八四條請求徒勞費用賠償。」

第六三四條規範定作人瑕疵權發生之基本要件——瑕疵工作。第六三四條第一至四款則規定，準用其它法律規定(構成要件準用=Rechtsgrundverweisung)，用以分別規範補正請求權(Nacherfüllungsanspruch)、自行排除瑕疵(Selbstvornahme)權及必要費用償還請求權、解除(Rücktritt)契約與減少(Minderung)報酬權、損害及徒勞費用賠償(Ersatz vergeblicher Aufwendungen)請求權。

第六三四條僅言及工作有瑕疵。由此可知，第六三四條並不區別權利及物之瑕疵。

#### 一、補正請求權

##### (一)主張優先性

工作有瑕疵者，定作人依第六三四條第一款、第六三五條規定，得請求承攬人補正。第六三四條第一款、第六三七條規定，承攬人未於定作人所定適當期限補正者，定作人得自行排除瑕疵，並得請求償還為排除瑕疵所生之必要費用；第六三四條第三款、第三二三條第一項、第六三八條第一項第一句規定，承攬人未於定作人所定適當期限補正者，定作人得解除契約或減少報酬；第六三四條第四款、第二八一條第一項第一句規定，承攬人未於定作人所定適當期限補正者，定作人得請求損害賠償替代給付(Schadensersatz statt der Leistung)或徒勞費用賠償。由此可知，定作人必先主張補正請求權未果後，始

得主張其他瑕疵權。主張上，補正請求權須先於其它瑕疵權<sup>19</sup>。此外，補正請求權規定於第六三四條第一款。由此亦可得出補正請求權主張上之優先性<sup>20</sup>。藉由補正請求權，承攬人尤得避免全無性之解除契約與損害賠償替代給付。此外，補正權須先於其它瑕疵權主張，亦無損定作人期待<sup>21</sup>。

### (二) 性質

承攬人之工作有瑕疵者，即屬無瑕疵給付義務違反、未依債之本旨給付，依第六三四條第一款、第六三五條規定，定作人得主張補正請求權。由此可知，補正請求權係由定作人無瑕疵工作請求權轉來，亦有時效問題。兩者不同之處在於，無瑕疵工作請求權時效期間係依第一九五、一九九條規定（一般時效期間及其起算），補正請求權時效則係依第六三四條a規定。買賣及承攬瑕疵責任法均對補正請求權消滅時效有所規範。相對一般時效規定而言，補正請求權時效規定均為特別規定。

### (三) 內容

第六三五條第一項：「定作人請求補正者，承攬人得依其選擇，排除瑕疵或完成新工作。」同第四三九條第一項關於買受人補正請求權規定，第六三五條第一項亦規範選擇權歸屬及補正兩種可能形態——排除瑕疵及完成新工作。兩者不同處在於選擇權歸屬一事上。買受人（債權人）選擇排除瑕疵或另交付一無瑕疵之物，承攬人（債務人）選擇排除瑕疵或另完成一新工作<sup>22</sup>。所以選擇權歸承攬人者，乃因承攬人較定作人接近

生產程序、通常較定作人具有專業知識，因之較定作人更易於判斷，瑕疵可否排除、是否有完成另一新工作之必要、甚或何者花費較少。工作有瑕疵，經承攬人排除瑕疵，或完成新工作，其受領如對定作人不可期待者，定作人亦得依誠信原則拒絕受領。定作人因之不承擔選擇錯誤風險<sup>23</sup>。

於買賣瑕疵擔保法，關於補正請求權內容，頗有爭論者，乃出賣人是否受制於買受人所選擇者，亦即買受人之選擇為選擇之債（Wahlschuld）或選擇競合（elektiver Konkurrenz）<sup>24</sup>。於承攬瑕疵責任法，此等爭論則少有實益。蓋承攬人為選擇權主體。況廣泛之瑕疵排除亦可認係新工作完成<sup>25</sup>。

關於品質不能（qualitative Unmöglichkeit）：雙務契約債務人未依契約本旨給付，且補正不能者，雖依第二七五條第一項規定，免補正義務。惟債權人並不因之依瑕疵部分，免對待給付（第三二六條第一項第二句）。蓋於瑕疵工作情形，減價或減少報酬皆特別規定，並無相關減免對待給付之一般規定。況買受人及定作人於可解除契約前提下（第四四一條第一項第一句、六三三條第一項第一句之stattzurückzutreten），始取得減價或減酬等形成權。苟僅依瑕疵補正不能部分，債務人依法（自動）免對待給付，則不免產生評價矛盾（例外者，乃第五三六條第一項第一及二句）。因此，承攬人所選擇不能者，依第二七五條第一項規定，以不能為限，免給付義務。承攬人就未選擇者，仍負補正義務。瑕疵排除及新工作完成皆不能者，承攬人始全免補正義務。依第三二六條第一項第二句規定，承攬人雖免補正義務，惟仍得請求全部報酬<sup>26</sup>。此際，定作人對

<sup>19</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417, 1418; Petersen, JURA 2002, 461, 463.

<sup>20</sup> Westermann, NJW 2002, 241, 248.

<sup>21</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 262, 220.

<sup>22</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 262.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 265.

<sup>24</sup> Spickhoff, BB 2003, 589, 590; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2016.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 264.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 189.

於瑕疵工作仍有請求權，惟得行使減酬權（第六三四條、第六三八條第一項第一句）。定作人如不欲行使減酬權，亦即不欲受有瑕疵工作並支付相對報酬者，則得解除契約（第六三四條、第三二六條第五項）或（並<sup>27</sup>），請求損害賠償替代給付（第六三四條④、第二八三條第一句或三一一條a第二項第一句）。

種類物買受人得請求出賣人另交付無瑕疵之物（第四三九條第一項）。有爭議者，乃特定物買受人得否請求出賣人另交付無瑕疵之物（第四三九條第一項）<sup>28</sup>。承攬定作人則僅須完成一定工作，無特定及種類物之區別。是故，工作具瑕疵者，定作人得請求承攬人另完成一新工作，殆無疑義。

#### 四必要費用負擔、給付拒絕抗辯、瑕疵工作返還

因補正所花費之必要費用，尤其運輸費、路費、勞動及材料費，由定作人負擔（第六三五條第二項）。出賣人亦承擔此等必要費用（第四三九條第二項）。

補正僅以過鉅費用始可能者，除依第二七五條第二、三項外，承攬人得拒絕之（第六三五條第三項）。本條規定同第四三九條第三項第一句。第六三五條第三項規定主要乃針對，工作瑕疵係因承攬人供應商過失所致，且承攬人亦無過失之情形<sup>29</sup>。

第六三五條規定：「承攬人完成新工作者，得依第三四六至三四八條之規定請求定作人返還瑕疵工作。」第三四六至三

四八條為關於契約解除後回復原狀規定。苟無此規定，瑕疵工作返還，究應依解除契約後回復原狀之規定，抑或依不當得利規定，則恐有爭議<sup>30</sup>。買賣瑕疵責任法亦有相同之準用規定（第四三九條第四項）。

#### 五我國法之分析與檢討

##### 1. 修補請求權主張優先性與併存性

由德國民法第六三四條，吾人可知，主張上，補正請求權須先於其它瑕疵權。我國民法第四九四條本文規定，承攬人不於前條第一項所定期限內，修補瑕疵，或依前條第三項之規定，拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬。由此可知，主張上，定作人修補請求權，須先於解約及減少報酬。

民法第四九四條第一項則規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。由此一規定文義——「除……之外」、「並得」，吾人可知，主張上，修補請求權係與損害賠償請求權併存<sup>31</sup>。於此，應說明者，乃瑕疵如經修補而無瑕疵損害者，瑕疵損害賠償請求權（履行利益損害賠償請求權）不成立。於此方面，兩者主張上之併存性並不具意義。是故，修補與損害賠償請求權主張上之併存性，其意義在於，第四九五條所規定之損害賠償亦包括瑕疵結果損害賠償。

##### 2. 承攬人負有新作義務？

工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補

<sup>27</sup> 第325條：「於雙務契約請求損害賠償之權利，不受礙於解除。」

<sup>28</sup> 就此OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053 = JZ 2003, 863; Canaris, JZ 2003, 831; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2016, 2019; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1826.

<sup>29</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 265.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 265.

<sup>31</sup> 最高法院76年台上字第1954號判決。

（民法四九三）。有疑問者，乃第四九三條是否僅限於瑕疵修補義務，亦即定作人僅得請求承攬人修補瑕疵，而不得請求完成另一新工作。

就此問題，最高法院態度如何，無從確切得知。由其晚近判決，或可認為，最高法院似以為，定作人僅得請求承攬人修補瑕疵，而並不得請求完成另一新工作<sup>32</sup>。

史尚寬先生則認為：「然民法第四九三條之規定，不能解釋於受領前，對於無瑕疵工作之製作履行請求權，已有一般限制效力。蓋給付在受領前尚未特定，定作人如同買賣，原則上得行使其履行請求權，而請求新作。蓋有瑕疵之工作非履行，不過為履行之嘗試也。若準用民法第四九三條第三項規定，如新作需費過鉅時，承攬人得拒絕新作，並依誠信原則（民法二一九）如以瑕疵修補為已足，定作人亦得拒絕新作，則承攬人之保護亦可顧及<sup>33</sup>。」

分析此一見解，可知，史尚寬先生認為，受領前，工作尚未特定。是故，定作人可請求完成另一新工作。受領後，工作則業已特定，完成另一新工作之請求，即屬不能，承攬人因之僅得就已特定之工作為修補。

此一見解尚難贊同。蓋依第五〇八條規定，受領與否僅決定工作毀損、滅失之危險是否移轉，尚不足使生特定效果。換言之，定作人並不因之當然有特定工作之意思。定作人受領工作，亦不足以因之認為係承認此一瑕疵工作，從而使其僅得為修補之請求。蓋工作是否有瑕疵，縱定作人如何謹慎，往往亦無法於受領時查知。

此外，由承攬人瑕疵修補義務，雖可推知，承攬人負有完成無瑕疵工作義務。然工作有瑕疵者，依第四九三條文義，定作人僅得請求承攬人修補工作瑕疵，而不得請求完成另一新工作。文義上，修補無論如何並無法解釋為，亦包括完成另一新工作。申言之，承攬人完成無瑕疵工作義務，於工作有瑕疵時，依第四九三條文義，僅轉為修補義務，而非如依德國民法第六三五條第一項規定，轉為或排除瑕疵或完成另一新工作之選擇債務。

再者，提出之工作有瑕疵者，雖不生給付提出效力、不生清償效力。然依債務本旨實行提出給付者，僅生使債權人陷於受領遲延之可能。依債務本旨實行提出給付，經有受領權人之受領者，僅債之關係消滅。申言之，承攬人所提出之工作有瑕疵者，僅無能使定作人陷於受領遲延，僅承攬人完成無瑕疵工作義務並不消滅，卻並無從阻其依第四九三條文義，轉為修補義務。

立法理由則謂：「一、例如房屋建築告竣，因土地疆界，位置不便，遽欲移動，則與創造無異，仍令承攬人修補，似覺過酷，故許其有拒絕權。」由此一立法理由說明，吾人可知，立法者實以修補與完成另一新工作為二事。蓋立法者認為，對於承攬人而言，創造（完成另一新工作）過於苛酷，故實難責其為之。二、修補如已可與創造相比擬者，則承攬人得拒絕修補。

有以比較法（德國民法舊法）觀點出發並認為，承攬人負有新作義務<sup>34</sup>。此一見解深值吾人參考，固不待言。然而，德國民法新法第六三五條第一項以瑕疵排除（Beseitigung des

<sup>32</sup> 最高法院73年台上字第2814號、81年台上字第2736號、86年台上字第2298號、91年台上字第771號判決。

<sup>33</sup> 史尚寬，債法各論，1986年11月，319頁。

<sup>34</sup> 楊芳賢，第八章：承攬，民法債編各論（上），元照，2002年7月，607頁。

Mangels) 及新工作完成 (Herstellung eines neuen Werks) 為補正請求權之內容。舊法第六三三條第二項則僅規定有排除瑕疵 (Beseitigung des Mangels)。此不啻說明，德國通說見解——排除瑕疵亦包括新工作完成，並不符合舊法第六三三條第二項文義。

修補瑕疵所花費，超出另完成一新工作所需花費，亦非無法想像。因此，於此情形，吾人或可將新工作完成強解為，係瑕疵工作之重大修補。然此等強解實有逾越解釋範圍之嫌，亦有違背立法者評價之虞。因此，永久解決之道在於，修法明訂，承攬人依其選擇，得修補瑕疵或完成新工作，則除顧及承攬人利益及能力外，亦無損定作人利益、並不加劇已成立之義務違反 (工作有瑕疵)。完成另一新工作往往更符合定作人利益。蓋工作一有瑕疵，其修補難免有其極限、難趨完善。

## 二、自行排除瑕疵

工作有瑕疵者，定作人依第六三四條第二款、第六三七條，得自行排除瑕疵，並請求承攬人償還因此所生之必要費用。第六三七條第一項：「定作人因工作瑕疵，為補正訂有適當期限，承攬人於期限內未補正，且無正當理由拒絕補正者，定作人得自行排除瑕疵，並請求償還因此所生之必要費用。」自行排除瑕疵等相關規定，為買賣瑕疵擔保法所無。因此，買受人如自行排除瑕疵者，得否請求償還必要費用，不無疑問。有認為，應類推適用第三二六條第二項第二句<sup>35</sup>，有認為，應適用第六八三條關於不適法無因管理之規定<sup>36</sup>。就此，本文認為，應類推適用第六三七條第一項規定，使買受人得請求償還

因排除瑕疵所生之必要費用。蓋第六三七條第一項規定深涵寬恕承攬人工作瑕疵之意，定作人既已自行排除瑕疵，對價均衡關係則僅因定作人必要費用支出，而受有干擾，賦予定作人必要費用償還請求權，即足以排除雙務契約對價均衡關係干擾因素。如此規範目的思維，於買受人自行排除瑕疵情形，應可妥善解決買賣雙方當事人利益衝突狀態。就此，礙於題旨及篇幅，恕不詳述。

於瑕疵給付情形，藉由訂適當期限要件，立法者串聯起一般及特別給付干擾法<sup>37</sup>。債權人、買受人、定作人因瑕疵給付所生之損害賠償替代給付請求權、徒勞費用償還、契約解除、買受人減價權及定作人減少報酬權、定作人自行排除瑕疵及必要費用償還請求權，皆係以債務人、出賣人、承攬人未於適當期限內補正為成立要件 (第二八一條第一項第一句、第三二三條第一項、第四三七條第二至三款、第六三四條第二至四款)。不以未於適當期限補正為成立要件者，如承租人損害賠償請求權、自行排除瑕疵，及因此所生之必要費用償還。三者皆係以出租人陷於瑕疵排除遲延為成立要件 (第五三六條a第一項、同條第二項)。

第六三七條第二項：「準用第三二三條第二項規定。補正失敗或補正對定作人不可期待者，亦無須訂適當期限。」依第三二三條第二項第一至三款準用，承攬人嚴正且終局拒絕補正、特定期日或特定期限內未補正，且定作人給付利益之存續，繫於補正及時性、或顧及雙方給付利益，特殊情形合理自行瑕疵排除者，定作人無須訂適當期限，即得自行排除瑕疵，並請求償還因此所生之必要費用。特定期日或特定期限內未補正，且定作人給付利益之存續繫於補正及時性云云，係針對相

<sup>35</sup> Lorenz, NJW 2003, 1417.

<sup>36</sup> Oechsler, NJW 2004, 1825, 1826.

<sup>37</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 266.

對定期行為（relatives Fixgeschäft）而言<sup>38</sup>。顧及雙方給付利益，特殊情形合理自行瑕疵排除者，係所謂之攔接構成要件（Auffangtatbestand），適用於同條第一至二款以外之情形<sup>39</sup>。補正對定作人不可期待性要件，適用空間不廣。如有適用，則可能涉及承攬人補正不可期待性。蓋定作人本欲自行排除瑕疵補正。因此，吾人或亦可將補正對定作人不可期待性情形，視為補正失敗之派生情形<sup>40</sup>。

第六三七條第三項則規定：「定作人得請求承攬人，預付為排除瑕疵所必要之費用。」

### 三、解 約

工作有瑕疵者，定作人依第六三四條第三款準用第三二三條或第三二六條第五項規定，得解除契約。買賣瑕疵責任法亦有相同規定（第四三七條）。第三二三條第一項：「雙務契約債務人未依債之本旨給付，且未於債權人為補正所定適當期限內補正者，債權人得解除契約。」第三二六條第五項前半段：「債務人依第二七五條第一至三項無須給付者，債權人得解除契約。」至於究應準用第三二三條或三二六條第五項，則依瑕疵能否補正判斷。瑕疵能補正者，準用第三二三條。瑕疵補正不能者，則準用第三二六條第五項。

#### (一)瑕疵補正不能

##### 1. 關於第三二六條第五項及第二七五條第一至三項

工作瑕疵補正不能者，定作人依第六三四條第三款準用第三二六條第五項，得解除契約。第三二六條第五項前半段：

「債務人依第二七五條第一至三項無須給付者，債權人得解除契約。」第二七五條第一項：「給付對債務人或對任何人皆不能者，以不能者為限，無給付請求權。」第二七五條第二項第一句：「依債之關係內容及誠信原則，給付所費與債權人給付利益顯不相當者，債務人得拒絕給付。」第二七五條第二項第二句：「確定債務人所費，亦應顧及債務人對於給付障礙是否須負責。」第二七五條第三項：「應由債務人親為給付，且顧及給付障礙及債權人給付利益，給付對於債務人無可期待者，債務人得拒絕給付。」

所謂給付對債務人不能，係指主觀不能。所謂對任何人不能，係指客觀不能。由此可知，新法並不區別主觀及客觀不能。此外，新法亦不區別自始及嗣後不能。蓋新法以 die Leistung unmöglich „ist“ 取代舊法之 die Leistung unmöglich „wird“<sup>41</sup>。由「以不能者為限（soweit）」可知，新法規範全部及一部不能。立法者亦不加區別債務人對給付不能是否須負責，苟不能者，債務人皆免給付義務<sup>42</sup>。蓋給予債權人一債務人不能使實現之給付請求權亦無意義<sup>43</sup>。此由同條第三項規定（債權人權利依第二八〇、二八三、二八五、三一—a、三二六條定之）亦可得知。

第二七五條第二項第一句所涉及者乃事實不能（faktische Unmöglichkeit），亦即給付雖屬可能，然對理性債權人而言，給付係無可期待。因此，藉由給付拒絕權（抗辯）權之設，吾人可知，立法者係任債務人自行決定，是否履行給付義務<sup>44</sup>。

<sup>38</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 185.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 186.

<sup>40</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 266.

<sup>41</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 128.

<sup>42</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 128.

<sup>43</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 128.

<sup>44</sup> 關於第275條第2項之事實不能，經濟上不能與法律行為基礎干擾或喪失之關係，Canaris, JZ 2001, 499, 501。

教學上常舉大海撈戒指之例<sup>45</sup>。

第二七五條第三項所規範者乃人身不能（persönliche Unmöglichkeit），尤針對僱傭契約及勞動契約。承攬及委任亦可能適用本規定。教學之例：其一，聲樂家演出時，其孩兒染有重病。其二，來自土耳其之勞工受徵召，須返國服兵役，逃兵者，恐有受死刑之虞。同條第二項，立法者亦藉由給付拒絕權（抗辯權）之設，任債務人自行決定，是否履行給付義務<sup>46</sup>。

綜上所述<sup>47</sup>，所謂債務人依第二七五條第一至三項無須給付，準用於承攬瑕疵責任法，即指承攬人瑕疵補正不能（品質不能），可為物理不能、法律不能、事實及人身不能。此外，第六三五條第三項規定並未排除第二七五條第二項之適用。因此，第二七五條第二項關於事實不能之規定，可適用於定作人依第六三五條第三項可拒絕補正之情形。蓋非如此，因第三二六條第五項僅提及第二七五條第一至三項，並無提及第六三五條第三項之情形，定作人即便可依第六三五條第三項拒絕補正瑕疵，卻不得解除契約。

## 2. 關於第三二六條第五項後半段及第三二三條

第六三四條第三款準用第三二六條第五項後半段。第三二六條第五項後半段：「於無須定期限前提下，準用第三二三條之規定。」因此，定作人依第六三四條第三款準用第三二六條第五項後半段、第三二六條第五項後半段準用第三二三條，無須定有期限，即得解除契約。除此之外，依第三二三條第二項第一至三款準用，承攬人嚴正且終局拒絕補正、特定期日或特

定期限內未補正，且定作人給付利益存續繫於補正及時性者，或顧及雙方給付利益之特殊情形合理自行瑕疵排除者，定作人亦無須訂期限，即得解除契約<sup>48</sup>。依第六三四條第二款準用第六三六條、承攬人依第六三五條第三項規定拒絕給付，或補正對定作人無可期待者，除第三二三條第二項所規定之情形外，定作人亦無須訂有適當期限。於瑕疵補正不能之情形，此等準用空間皆不大。蓋依第六三四條第三款準用第三二六條第五項後半段，定作人本無須定有期限。然須注意者，乃瑕疵可否補正往往不明。因此，定作人（債權人）為解除契約（包括為減少報酬、請求損害賠償、請求徒勞費用賠償），實際上仍以訂適當期限請求承攬人（債務人）補正為宜，以杜絕無謂爭議。

第三二三條第三項準用空間亦不大，蓋其主要針對以不作為為給付內容之情形，而承攬人主給付義務卻係完成一定工作。依第三二三條第四項準用，解約前提成立顯而易見者，定作人於承攬人應補正工作瑕疵前，得解除契約。所謂解約前提成立顯而易見，主要係針對預先拒絕給付，亦即承攬人預先拒絕補正瑕疵<sup>49</sup>。

依第三二三條第五項第二句準用，工作瑕疵無關緊要者，定作人不得解除契約。瑕疵是否僅限於局部或全部，動輒難以判斷。因此，僅得以瑕疵是否緊要，決定得否解除契約，乃有或無之問題，而非一部或全部<sup>50</sup>。惟有認為，第六三三條第三項關於缺少交付等同物之瑕疵之規定，於工作有瑕疵情形，不適用之，從而應適用第三二三條第一項及同條第五項第一句。此說並不可採。蓋如前所述，第四三四條第三項、第六三三條

<sup>45</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 129-130.

<sup>46</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 130.

<sup>47</sup> 關於不能規定之說明，礙於題旨，僅止於此。詳細說明，Canaris, JZ 2001, 499。

<sup>48</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 262.

<sup>49</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 186.

<sup>50</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 186-187.

第二項第三句、及第三二三條第五項第二句文義及立法理由，皆已明確說明，準用第三二三條第五項第二句。

依第三二三條第六項準用，定作人對於工作瑕疵應單獨負責或負極大部（weit überwiegend）責任，或定作人受領遲延中，發生承攬人無須負責之工作瑕疵者，定作人不得解除契約。債權人對於損害發生與有過失者（Mitverschulden），依第二五四條規定，可輕易決定損害賠償義務及其範圍，於解除契約則否。因此，於第三二三條第六項所指之情形，解除權非有即無<sup>51</sup>。於第三二三條第六項準用上，須注意者，乃於債權人受領遲延（Gläubigerverzug）中，債權人僅就故意或重大過失，負其責任（第三百條第一項）。

### （二）瑕疵補正可能（第三二三條第一項）

工作瑕疵補正可能者，定作人依第六三四條第三款準用第三二三條第一項，得解除契約。第三二三條第一項：「雙務契約債務人屆期未給付或未依債之本旨給付，於債權人所訂適當期限內未為給付或補正者，債權人得解除契約。」所謂屆期未給付係指給付遲延而言，不包括給付不能。蓋給付不能依第三二六條第五項。所謂（屆期）給付未依債之本旨係指不良給付（Schlechtleistung），至於給付何以未依債之本旨，則在所不問。藉由訂適當期限請求給付或補正之設，債權人可確定債務人給付之狀態，亦給予債務人再次給付或補正之機會。此外，訂適當期限請求給付或補正，亦可視為第二八六條第一項為使債務人陷於遲延之催告（Mahnung）。因此，債權人已訂適當期限請求債務人給付或補正，債務人未給付或補正者，債權人無須另為催告，債務人即陷於遲延。關於第三二三條其他各項

準用，見前所述。

### （三）我國法之分析與檢討

#### 1. 第四九四條但書——解約權排除事由

無論依我國民法第四九四條但書，抑或依德國民法第六三四條第三款準用第三二六條第五項、第三二六條第五項準用第三二三條第五項第二句，工作瑕疵非重要者，定作人不得解除契約。

依我國民法第四九四條但書規定，所承攬之工作為建築物，或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約。苟無此一規定，則契約一經定作人解除，建築物將有拆除可能，如此不僅耗費資源，土地亦不得盡其用<sup>52</sup>。

依德國民法第九四條規定，與土地表面及地下緊密結合之物，尤為建築物，為土地重要構成部分。據此，承攬人於定作人土地所工作之建築物，即為定作人土地之重要構成部分。定作人既享有土地（包括建築物）所有權，則當為最利己之考量，以決定是否解除契約、是否返還建築物所有權。是故，德國民法不以「承攬工作為建築物或其它土地上工作物」為解除權排除原因。

須注意者，乃最高法院認為：「民法第四九四條但書規定，所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約，係指承攬人所承攬之建築物，其瑕疵程度尚不致影響建築物之結構或安全，無庸拆除重建者而言。倘瑕疵程度已達建築物有倒塌之危險，猶謂定作人仍須承受此項危險，而不得解除契約，要非立法本意所在<sup>53</sup>」。

<sup>51</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 187.

<sup>52</sup> 詹森林，建築物或其他土地上工作物承攬契約之解除，台灣本土法學雜誌，22期，2001年5月，96頁。

<sup>53</sup> 最高法院83年台上第3265號判例。

此一判例不拘泥法條文義、以規範意旨導引修正法律適用、體重法律生活現實<sup>54</sup>，除值吾人贊同外，最高法院尋覓正義之努力，更令吾人不禁敬佩萬分。詹森林教授亦率先為文，贊同此一判例，並認為，放任有倒塌危險之建築物存在，而不予以拆除，除不符合定作人利益外，亦有害於第四九四條但書所欲保護之社會經濟。除此之外，詹森林教授更認為：「如工作物之瑕疵，已達無法藉請求減少報酬方式，以保障定作人之利益並兼顧維持建築物或其它土地上之工作物之經濟價值者，縱該建築物或工作物尚無倒塌之危險，定作人亦得解除契約。例如在承攬之房屋使用輻射鋼筋，則房屋並無倒塌危險，但顯然危害人體健康，定作人亦應得解除契約<sup>55</sup>」。

此項見解，深值贊同。蓋由最高法院此一判例，吾人可歸納出一法理：其一，亦即如建築物之存在，危及定作人人身安全者，則應允以定作人解除契約權，以使得拆除之。蓋建築物既已危及定作人人身安全，則工作物價值必嚴重減損減少，以締約時為基礎之對價關係，則受嚴重干擾。其二，建築物既已危及定作人人身安全，尚難謂其符合社會公益。蓋其存在，對於他人而言，亦不失為一危險來源。類此法理之規定者，就我國民法而言，亦不陌生。蓋民法第四二四條即規定，租賃物為房屋或其他供居住之處所者，如有瑕疵危及承租人或同居人之安全及健康者，得終止契約<sup>56</sup>。

## 2. 第四九五條第二項——解約權取得與可歸責事由

新法第四九五條第二項規定，承攬工作為建築物或其他土

地上工作物，而工作瑕疵重大致不能達使用之目的，定作人僅於工作瑕疵係可歸責承攬人之前提下，始得解除契約。此一新規定與前述判例關係如何，最高法院尚未有所表示。由其晚近判決<sup>57</sup>「或」可推知，最高法院依新法規定修正該判例內容，亦即瑕疵程度已達建築物有倒塌之危險（瑕疵重大致不能達使用之目的），且瑕疵係可歸責於承攬人者，定作人得解除承攬契約。

就此，詹森林教授則認為：「定作人得否解除契約，與承攬人就工作物發生瑕疵有無可歸責之事由，並無關聯。民法於第四九五條第二項增訂條文，乃錯置位置，應移至民法第四九四條第二項。在修法更正前，應解為八十三年台上字第三二六五號判例，不因民法第四九五條第二項規定之施行，而失其規範功能。申言之，建築物或其它土地上之工作物之瑕疵，可歸責於承攬人而發生者，定作人得依民法第四九五條第二項之規定，解除契約。其瑕疵之發生不可歸責於承攬人者，定作人得依八十三年台上字第三二六五判例意旨，解除契約<sup>58</sup>。」

於瑕疵擔保制度內，債權人取得解除權，與瑕疵之發生可否歸責債務人，並無關聯。此一說理極具說服力，固不待言，惟似非顛撲不破之理。就我國民法以言，將解除權發生與歸責事由予以連結，亦非全然無法想像。依第二二七條第一項、第二五四、二二五或二五六條，債權人解約權取得，皆以債務不履行事由，係可歸責於債務人為前提<sup>59</sup>。

<sup>54</sup> 深入說理者，詹森林，註52文，97-98頁。

<sup>55</sup> 詹森林，註52文，98頁。

<sup>56</sup> 以此說明者，黃茂榮，論承攬，民法研究2，1999年11月，103頁；詹森林，註52文，100頁。

<sup>57</sup> 最高法院92年台上第2741號判決。

<sup>58</sup> 詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌，129期，2006年2月，9-10頁。

<sup>59</sup> 林誠二，註17書，71-72、87、96-97、134-141頁。

此外，立法理由即謂：「依第四九四條但書之規定，承攬之工作為建築物或其它土地上之工作物者，縱因可歸責於承攬人之事由，致有瑕疵者，定作人仍不得解除契約。在瑕疵重大致不能達使用之目的時，例如承攬人利用海砂為建材建築房屋，如海砂嚴重腐蝕鋼筋，致不能達使用之目的時，此項規定對定作人即有失公平，且有礙社會公益。為兼顧定作人之權益及維護社會公益，爰增訂第二項，俾資公平。」

由此一立法理由可知，立法者本欲以第四九五條第二項為第四九四條但書之例外規定。換言之，立法者本欲以可歸責事由為定作人解除權發生前提<sup>60</sup>。此吾人觀諸立法理由：「依第四九四條但書」、「縱因可歸責於承攬人之事由」、「定作人仍不得解除契約」、「此項規定對定作人即有失公平，且有礙社會公益」、「為兼顧定作人之權益及維護社會公益」、「爰增訂第二項」，即明。

最後，應再說明者，乃最高法院八十三年台上第三二六五號判例與第四九五條第二項之關係。如前所述，由此一判例，吾人可歸納出一法理，亦即如建築物之存在，危及定作人人身安全者，則應允以定作人解除契約權。於第四九五條第二項之適用下，此一理解應修正為，建築物之存在，危及定作人人身安全，且可歸責於承攬人者，定作人得解除契約。所謂危及定作人人身安全，則可認為係屬第四九五條第二項所謂「瑕疵重大致不能達使用之目的」。蓋建築物之存在，既已危及定作人人身安全，則建築物之使用，即無法再使定作人安家或樂業。

#### 四、減少報酬

工作瑕疵補正不能者，定作人依第六三四條第三款準用第

六三八條，得減少報酬。減少報酬相關規定同減少價金相關規定（第四三七條②及第四四一條）。一般給付干擾法並無此類規定。

第六三八條第一項第一句：「定作人對承攬人得以意思表示減少報酬，以代解除。」由「代解除」可知：其一，解約與減少報酬係處於二擇一之關係，解除契約者，即不得減少報酬；減少報酬者，即不得解除契約。其二，減少報酬須以得解除契約為前提，亦即原則上以承攬人未於定作人所訂適當期限內，補正工作瑕疵為要件。由「對承攬人得以意思表示減少報酬」可知，減少報酬為形成權，其行使須以承攬人為受領人，以一方意思表示為之<sup>61</sup>。

第六三八條第一項第二句：「第三二三條第五項第二句關於排除原因之規定，不適用之。」依此規定準用，即便工作瑕疵無關緊要者，定作人仍得減少報酬。

第六三八條第二項：「定作人或承攬人之一方有數人者，減少報酬僅得全體或對全體為之。」

第六三八條第三項第一句：「定作人減少報酬，應依如契約締結時，無瑕疵工作價值與實際價值比例，為之。」同條第三項第二句：「如必要者，減少報酬應依估價為之。」

第六三八條第四項第一句：「定作人所支付逾經減少之報酬者，承攬人應償還逾付額。」同條第四項第二句：「第三四六條第一項及三四七條第一項準用之。」第三四六條第一項：「依契約或法律規定當事人之一方有解除權者，於解約時，應返還所受領給付及所使用。」依第一百條規定，使用係指物或權利孳息，及物或權利之使用利益。第三四七條第一項第一句：「債務人能收取使用，而反於正常經濟規則未收取者，應

<sup>60</sup> 詹森林，註52文，98-99頁。

<sup>61</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 266.

對債權人償還其價額。」依此規定準用，承攬人應返還逾付額及其使用。同條第二句：「於法定解除權情形，權利人關於使用，僅應與處理自己事務為同一之注意。」依此規定準用，承攬人就所受領定作人逾付部分，僅負具體輕過失責任。

## 五、損害賠償

工作有瑕疵者，定作人依第六三四條第四款準用第二八一、二八三、第三一一條a或第二八〇條，得請求損害賠償。買賣瑕疵責任法亦有相同規定（第四三七條③）。

關於損害賠償替代給付請求權基礎：瑕疵嗣後補正不能者，第六三四條第四款準用第二八〇條第一及三項、第二八三條。瑕疵自始不能補正者，第六三四條第四款準用第三一一條a第二項。補正可能，而未補正者，第六三四條第四款準用第二八〇條第一及三項、第二八一條第一項第一句第二種情形。

定作人依第六三四條第四款準用第二八〇條第一項，得請求瑕疵結果損害賠償。

### (一)損害賠償替代給付

#### 1. 補正嗣後不能

工作瑕疵補正嗣後不能者，定作人依第六三四條第四款準用第二八〇條第一及三項、第二八三條，得請求損害賠償替代給付。

#### (1)關於第二八三條

第二八三條第一句：「債務人依第二七五條第一至三項規定無須給付者，債權人於第二八〇條第一項規定前提下，得請求損害賠償替代給付。」同條第二句：「第二八一條第一項第二及三句及同條第五項準用之。」關於債務人依第二七五條第一至第三項規定無須給付，見前述。據此，工作瑕疵補正嗣後

不能，承攬人依第二七五條第一至第三項規定無須給付，定作人依第二八〇條第一及三項，得請求損害賠償替代給付。同前述解約情形，定作人雖依第二八三條準用，無須訂適當期限請求承攬人補正，即得請求損害賠償替代給付。惟實際上瑕疵可否補正往往難以確知。為免無謂爭議，定作人於工作有瑕疵情形，仍以訂適當期限請求承攬人補正，始為上策。

#### (2)關於第二八〇條第一及三項

第二八〇條第一項規定第一句：「債務人違反債之關係義務者，債權人得請求賠償因此所生之損害。」第二八〇條第一項第二句規定：「但債務人義務違反無須負責者，不在此限。」第二八〇條第三項：「債權人僅得另於第二八一條所規定要件下，請求損害賠償替代給付。」

債之關係義務（eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis）包括意定及法定。法定者，尚包括先契約債之關係（締約上過失；第三一一條II）及保護義務關係（第二四一條II）<sup>62</sup>。所以限於債之關係義務，乃為與一般義務、由侵權行為法導出之不得侵害他人權益之義務有所區別。保護義務（Schutzpflicht）與先契約保護義務（vorvertragliche Schutzpflicht）雖屬本條所指之義務，一般給付干擾法因之與侵權行為法相疊。然而，如此作法並不即意味，放棄給付義務與一般義務之區別。給付遲延、給付不能<sup>63</sup>、不良給付即為義務違反。保護義務及先契約保護義務之違反亦同。據此，承攬人負有完成無瑕疵工作義務，工作有瑕疵者，即屬義務違反，定作人得請求補正，亦即承攬人負有補正義務。承攬人瑕疵補

<sup>62</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 135-136.

<sup>63</sup> 自始不能損害賠償替代給付請求權基礎為第311條a第2項。BT-Drucks. 14/6040 S. 135.

正不能者，亦屬義務違反。

第二八〇條第一項第一句所規定之損害賠償請求權係以義務違反、損害以及兩者間之因果關係（hierdurch entstandenen）為成立要件（anspruchs begründende Tatbestände）。第二八〇條第一項第二句所規定者則為請求權障礙要件（anspruchshindernde Tatbestände）。此等規範技術於程序法上之意義為：債權人主張損害賠償請求權者，僅須就義務違反、損害以及兩者間之因果關係，負主張（Behauptungslast）及舉證責任（Beweislast）。債務人欲免責者，則須就其義務違反無須負責，負主張及舉證責任<sup>64</sup>。據此，定作人僅就瑕疵補正不能、損害及因果關係，負主張及舉證責任。承攬人欲免責者，則須就其瑕疵補正不能無須負責<sup>65</sup>，負主張及舉證責任。

何謂（無）須負責（[nicht] zu vertreten hat = [Nicht] Vertretenmüssen<sup>66</sup>），於第二七六條第一項第一句有所定義。第二七六條第一項第一句：「減輕或加重責任法律及契約未有規定，亦無從由債之關係內容，尤由擔保或獲取風險承擔得出者，債務人就故意及過失負責。」本條揭示過失原則（Verschuldensprinzip）。擔保承擔（Übernahme der Garantie）及獲取風險承擔（Übernahme des Beschaffungsrisikos）係加重責

<sup>64</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 135.

<sup>65</sup> 如此見解 Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 649（下稱「Lorenz/Riehm」）。惟亦有認為，承攬人應就工作有瑕疵無須負責，負主張及舉證責任。就此，Teichmann, JuS 2002, 417, 421。

<sup>66</sup> (Nicht) zu vertreten hat = (Nicht) Vertretenmüssen 應以（無）須負責之譯為宜，而非（不）可歸責。蓋（不）可歸責無「必須」之意。且（不）可歸責應為 (Un)Zurechbarkeit。

任，為債之關係內容例示。出賣人保證買賣標的物具一定品質<sup>67</sup>，或承攬人保證工作具一定品質者，即屬擔保承擔。由種類之債可導出獲取風險承擔<sup>68</sup>。

關於債之關係內容之例為金錢之債。金錢債務人即便就其無支付能力無過失者，亦不能免責（Grundsatz: Geld muss man haben）<sup>69</sup>。損害賠償替代給付請求權，顧名思義，即損害賠償取代給付，同舊法時期所謂之不履行損害賠償請求權（Schadensersatz wegen Nichterfüllung）。債權人請求損害賠償替代給付者，無給付請求權（第二八一條第四項）。因此，第二八〇條第三項規定，債權人僅得「另於」第二八一、二八二或二八三條所規定要件下，請求損害賠償替代給付者<sup>70</sup>。第二八〇條第三項因之具宣示及警示效果。

綜上所述，承攬人就瑕疵補正義務，如無保證一定品質，則僅負過失責任。此乃本文所以稱承攬或買賣瑕疵「責任」法，而不稱瑕疵擔保法之故。補正嗣後不能者，定作人僅得於另於第二八三條之前提下，請求損害賠償替代給付。

(3)關於第二八一條第一項第二句及第三句及同條第五項

第二八一條第一項第二句：「債務人一部給付生清償之效果者，債權人僅於對未給付之部分無利益之前提下，始得請求損害賠償替代全部給付。」同條項第二句：「債務人未依債之本旨給付，義務違反於債權人無關緊要者，不得請求損害賠償替代全部給付。」本條規範出發點，同第三二三條第五項關於一部或全部解約之規定。第二八一條第一項第二及三句原則性揭示所謂之小損害賠償（kleiner Schadensersatz）：於一部給

<sup>67</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 132.

<sup>68</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 132.

<sup>69</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 132.

<sup>70</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 136-137.

付情形，債權人得保留一部給付，就未給付之部分，得請求賠償；於瑕疵給付情形，債權人得保留瑕疵給付，請求因瑕疵所造成之價差。損害賠償替代全部給付即所謂大損害賠償（großer Schadensersatz）。大及小損害賠償皆屬履行利益損害賠償。現實言之，於一部給付情形，債權人對於未給付部分通常有利益，小損害賠償因之乃屬常態；於瑕疵給付之情形，義務違反對債權人而言，則通常有關緊要，小損害賠償因之無寧屬例外<sup>71</sup>。

於工作有瑕疵情形，應準用第二八一條第一項第三句，而非不適用第六三三條第二項第三句，從而適用第二八一條第一項第二句。蓋如前所述，第四三四條第三項、第六三三條第二項第三句及第三二三條第五項第二句之文義並立法理由，皆已明確說明第三二三條第五項第二句之準用。此等說理，亦可適用於損害賠償替代給付情形。

第二八一條第五項：「債權人請求損害賠償替代全部給付者，債務人依第三四六條至三四八條之規定，得請求返還所給付。」第三四六至三四八條為關於解除契約回復原狀規定。立法者認為，準用第三四六至三四八條係合目的性<sup>72</sup>。關於第三四六至三四八條，礙於篇幅及題旨，於此恕不另加說明。須提及者，乃損害賠償替代給付之效果，類同解約後回復原狀效果。蓋損害多寡，原則上係依差額理論（Differenztheorie）得出<sup>73</sup>。此吾人由第二八一條第五項準用第三四六至三四八條之規定，亦可窺知一二。所不同者，乃前者（包括大及小損害賠償）尚包括所失利益之賠償（第二五二條）<sup>74</sup>。

<sup>71</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 140.

<sup>72</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 141.

<sup>73</sup> Canaris, JZ 2001, 499, 513.

<sup>74</sup> Canaris, JZ 2001, 499, 514.

第三二五條規定，雙務契約請求損害賠償之權利，不受礙於解除。據此，債權人之大損害賠償請求權與解除權得並存。惟於給付瑕疵對債權人無關緊要，債權人「不得」請求損害賠償替代全部給付情形，債權人並不得另解除契約（目的性限縮第三二五條）。蓋非如此，則第二八一條第一項第三句之規範目的將遭規避<sup>75</sup>。須注意者，乃債權人解除契約者，並不得另請求小損害賠償。蓋此時債權人並無給付請求權，從而欠缺保留瑕疵給付之法律上原因<sup>76</sup>。

債權人請求損害賠償替代給付者，無論大或小損害賠償，其損害賠償方法僅限於價額償還（第二五一條）。蓋苟非如此，則非損害賠償替代給付<sup>77</sup>。

#### (4) 結 論

工作瑕疵補正嗣後不能者，承攬人依第二七五條第一至第三項規定，無須給付。定作人依第六三四條第四款準用第二八〇條第一及三項、第二八三條，得請求損害賠償替代給付。依第六三四條第四款準用第二八〇條第三項，定作人僅得於第二八三條所規定之前提下，請求損害賠償替代給付。依第六三四條第四款準用第二八〇條第一項，工作瑕疵補正嗣後不能即為義務違反，定作人就瑕疵補正（嗣後）不能、損害及因果關係，負主張及舉證責任，承攬人原則上僅就其過失負責，並就其無過失，負主張及舉證責任。第二八三條準用第二八一條第一項第三句，對定作人而言，工作瑕疵無關緊要者，定作人不得請求損害賠償替代全部給付，僅得請求損害賠償替代瑕疵補正，必也瑕疵對其而言緊要，始得損害賠償替代全部給付。第

<sup>75</sup> Canaris, JZ 2001, 499, 514.

<sup>76</sup> Lorenz/Riehm, Rn. 542; Bamberger/Roth/Grothe, BGB § Rn. 7。不同見解者，Derleder, NJW 2003, 998, 1001。

<sup>77</sup> Lorenz/Riehm, Rn. 345.

二八三條準用第二八一條第五項，定作人請求損害賠償替代全部給付者，承攬人依第三四六至三四八條之規定，得請求返還工作。

## 2. 補正自始不能

### (1) 關於第三一一條a第一、二項及第二八四條

工作瑕疵補正自始不能者，定作人依第六三四條第四款準用第三一一條a第二項規定，得請求損害賠償替代給付。第三一一條a第一項：「給付障礙於契約締結時已存在，債務人依第二七五條第一至三項無須給付者，無礙契約之有效性。」第三一一條a第二項第一句：「債權人依其選擇，得請求損害賠償替代給付，或於第二八四條所定範圍內之費用賠償。」同條項第二句：「但債務人於締約時不知給付障礙，或對其不知無須負責者，不在此限。」第二八四條：「因信賴給付取得、且正當而言所得支出之費用，債權人得請求賠償，以代損害賠償替代給付。但債務人未違反義務，其目的仍不達者，不在此限。」

舊法第三〇六條規定，契約以自始客觀不能之給付為標的者，無效。舊法第三〇七條則規定債權人消極利益（*negatives Interesse*）損害賠償請求權。然給付於締約時是否已客觀不能，或係於締約後始客觀不能，常取決於偶然，且往往難以證明<sup>78</sup>。偶然並無法合理說明，何以須區別自始與嗣後不能。給付對債務人（自始）不能者，契約有效，債權人因之享有一債務人無法使實現之給付請求權，惟債權人得請求積極利益（*positives Interesse*）損害賠償；給付對任何人（自始）皆不能，契約反而無效，債權人僅得請求消極利益損害賠償，凡此

不啻評價矛盾。因此，新法廢除此等規定。契約苟有效者，不因給付係自始不能，包括主觀或客觀不能，而無效。此際，債權人得請求損害賠償替代給付或徒勞費用賠償（積極利益損害賠償）。

第三一一條a第二項所謂於第二八四條所定範圍內之費用，即指第二八四條所規定之因信賴給付取得、且正當而言亦得支出之費用。徒勞費用賠償性質上屬信賴利益（或稱消極利益）損害賠償<sup>79</sup>。於舊法時期，信賴利益損害賠償請求僅限於第一二二條、第一七九條第二項、第三〇七、三〇九條，或締約上過失（*Verschulden bei Vertragsverhandlungen = culpa in contrahendo*）等情形<sup>80</sup>。

此外，於損害賠償替代給付情形，徒勞費用可歸為所失利益賠償（第二五二條第一項），第二五二條第二項亦規定有舉證責任轉換（推定）。然依差額理論，債權人並無受有（實質）損害，或無法證明受有損害<sup>81</sup>。因此，舊法時代，德國聯邦法院發展出獲利推定（*Rentabilitätsvermutung*）理論。該理論認為，對債權人而言，徒勞費用係於成本計算考量內，藉由對待給付抵消。債務人未履行對待給付，至少於可獲利契約之情形，此等費用即為最起碼之損害。債權人如藉由契約未實質獲利者，則不得請求此等費用之賠償<sup>82</sup>。換言之，此一理論推定債權人依契約可獲實質利益，債務人可舉反證證明，債權人依契約無獲實質利益<sup>83</sup>。

<sup>78</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 164.

<sup>79</sup> Canaris, DB 2001, 1815, 1816-1817.

<sup>80</sup> BGH, NJW 1987, 831, 834.

<sup>81</sup> Medicus, Dieter, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 13. Aufl, 2002, Rn. 388; Canaris JZ 2001, 499, 516.

<sup>82</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 142.

<sup>83</sup> BGHZ 99, 182, 196 = NJW 1987, 831, 834.

然並非所有契約皆可獲利，債權人因之可能無徒勞費用賠償請求權。有鑑於此，第二八四條原則上採此理論，惟藉由但書規定（但如債務人未違反義務，其目的仍不達者，不在此限），並不限於債權人因契約須有實質獲利<sup>84</sup>。藉此但書，尤可避免債務人轉嫁投機性及市場策略性風險於債權人<sup>85</sup>。

第二八四條僅限於徒勞費用賠償，而非泛言信賴利益賠償。如此即意味著，立法者對於信賴利益賠償，仍有所保留。蓋非如此，債務人則可能承擔原應由債權人承擔之風險<sup>86</sup>。所謂以代損害賠償替代給付係指：其一，徒勞費用賠償及損害賠償替代給付請求權兩者處於二擇一關係。請求徒勞費用賠償者，便不得請求損害賠償替代給付；請求損害賠償替代給付者，便不得請求徒勞費用賠償。其二，徒勞費用賠償請求，係以損害賠償替代給付請求權成立，為前提，尤其乃須訂適當期限請求債務人給付或補正<sup>87</sup>。藉由「正當而言所得支出」此一要件，徒勞費用賠償並不以履行利益為上限<sup>88</sup>。此外，應強調者，乃徒勞費用賠償性質上係屬信賴利益（消極利益）損害賠償。依第二八四條規定，徒勞費用賠償雖可替代損害賠償替代給付（履行利益損害賠償），然並不因此轉為履行利益損害賠償<sup>89</sup>。

藉由第三一一條a第二項第二句（但債務人於締約時不知給付障礙，或對其不知無須負責者，不在此限），立法者創設

一與第二八〇條第一項不同之規定，第三一一條a第二項因之由第二八〇條第一項分出，而為獨立請求權基礎<sup>90</sup>。

此外，應說明者，乃依第三一一條a第一項規定，契約以自始不能之給付為標的，仍屬有效。是故，損害賠償替代給付請求權（履行利益損害賠償）之賦予，即屬可能。徒勞費用賠償（信賴利益之損害賠償）請求之可能，亦不因契約仍有效，而消失<sup>91</sup>。債權人依其選擇，得請求損害賠償替代給付，或於第二八四條所規定之徒勞費用賠償（第三一一條a第二項第一句）。

## (2) 結 論

工作瑕疵補正自始不能者，承攬契約原有效者，仍有效（第三一一條a第一項）。定作人依其選擇，得請求損害賠償替代給付，或於第二八四條所定範圍內之費用賠償，定作人僅得二擇其一行使。債務人於締約時不知給付障礙，或對其不知無須負責者，債權人則不享有此等請求權（第六三四條第四款準用第三一一條a第二項）。

## 3. 補正可能

工作瑕疵補正可能而承攬人未補正者，定作人依第六三四條第四款準用第二八〇條第一及三項、第二八一條第一項第一句第二種情形，得請求損害賠償替代給付。關於第二八〇條第一及三項、第二八一條第一項第二及三句、第二八一條第四至五項，見前述。以下僅就第二八一條第一項第一句及同條第二

<sup>84</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 142; Bamberger/Roth/Grüneberg, § 284 Rn. 3; Lorenz, NJW 2004, 26, 27.

<sup>85</sup> Canaris, JZ 2001, 499, 516.

<sup>86</sup> Canaris, JZ 2001, 499, 517.

<sup>87</sup> Bamberger/Roth/Grüneberg, § 284 Rn.5-6.

<sup>88</sup> Bamberger/Roth/Grüneberg, § 284 Rn. 11.

<sup>89</sup> Canaris, DB 2001, 1815, 1816-1817.

<sup>90</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 166.

<sup>91</sup> 於我國，多有以為，信賴利益損害賠償係以法律行為無效或不成立為前提，孫森焱，民法債編總論（上），2005年12月，434頁；黃立，民法債編總論，元照，2002年9月，366頁；僅限於以法律行為無效為前提者，林誠二，民法債編總論（上），瑞興，2000年10月，449頁。

及三項，加以說明。

(1) 第二八一條第一項第一句

第二八一條第一項第一句：「債務人屆期未給付或未依債之本旨給付，於債權人所訂適當期限內未給付或補正者，債權人於第二八〇第一項所規定前提下，得請求損害賠償替代給付。」所謂屆期未給付係指給付遲延，不包括給付不能。蓋給付不能依第二八三條。所謂（屆期）給付未依債之本旨係指不良給付，至於給付何以未依債之本旨，則在所不問。藉由訂適當期限請求給付或補正之設，債權人可確定債務人給付之狀態，給予債務人再次給付或補正之機會。

此外，訂適當期限請求給付或補正，亦可視為第二八六條第一項使債務人陷於遲延之催告。因此，債權人已訂適當期限請求債務人給付或補正，債務人未給付或補正者，債權人無須另為催告，債務人即陷於遲延<sup>92</sup>。本條基本上同第三二三條第一項關於解約之規定，僅第三二三條第一項適用於雙務契約，第二八一條第一項則適用於以給付為內容之債之關係。

(2) 第二八一條第二及三項

第二八一條第二項：「債務人嚴正且終局拒絕給付，或顧及雙方利益之特別情形合理即時請求損害賠償者，債權人無須訂有期限。」本條規定基本上同第三二三條第二項第一及三款。第二八一條第三項：「依義務違反方式無須訂期限者，得以催告代替之。」本條規定基本上同第三二三條第三項，所謂依義務違反方式無須訂期限，例如以不作為為內容之給付。

(二) 瑕疵結果損害賠償

1. 瑕疵結果損害賠償請求權基礎

所謂瑕疵結果損害（Mangelfolgeschäden）係指債權人因瑕疵所受給付利益（Leistungsinteresse）以外之財產損害。於舊法時期，此等損害係依積極侵害債權（positive Forderungsverletzung）請求賠償。債務法現代化立法者認為，此等損害賠償係單以第二八〇條第一項為請求權基礎<sup>93</sup>。因此，定作人因承攬人工作瑕疵，受有給付利益以外之財產損害者，依第六三四條第四款準用第二八〇條第一項，得請求損害賠償。蓋給付利益損害賠償則係依第二八〇條第一及三項及第二八一條第一項為之<sup>94</sup>。

2. 給付遲延損害或瑕疵結果損害？

瑕疵補正遲延，對於因此所生之損害，買受人應依第四三七條第三款準用第二八〇條第一及二項、第二八六條（給付遲延損害賠償 = Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung）<sup>95</sup>或依第四三七條第四款準用第二八〇條第一項，請求損害賠償<sup>96</sup>，迭有爭論。文獻上，此等問題討論，雖集中於買賣瑕疵責任法，惟於承攬瑕疵責任法，亦可發生此等爭論。蓋兩者皆有瑕疵補正問題，皆準用一般給付干擾法之規定。就此問題，立法者認為：「義務違反如係因出賣人給付瑕疵之物者，則第二八〇條第二項及第二八六條無準用餘地。例如於出賣人交付一瑕疵機器，買受人因而無法使用機器之情形，對於無法使用之損害，準用第二八〇條第一項，賠償之。因補正遲延所造成

<sup>92</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 138; Canaris, JZ 2001, 499, 515.

<sup>93</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 225, 136, 263.

<sup>94</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 225, 138.

<sup>95</sup> Petersen, JURA 2002, 461, 462-463.

<sup>96</sup> Canaris, ZIP 2003, 321, 326.

更進一步之損害，則準用第二八〇條第一及二項、第二八六條<sup>97</sup>。」

由此可知，立法者認為，關於瑕疵結果損害賠償，應準用第二八〇條第一項，因瑕疵補正遲延所生之損害，其賠償，則應準用第二八〇條第一項及第二項、第二八六條。

### (三)給付遲延損害賠償

所謂給付遲延損害，係指因給付遲延所生之損害。如前述，立法者認為，瑕疵補正遲延所造成之損害，其賠償依第二八〇條第一及二項、第二八六條。瑕疵結果損害賠償則依第二八〇條第一項。因此，定作人因瑕疵補正遲延所生之損害，其應賠償請求依據為第二八〇條第一及二項、第二八六條。

第二八〇條第二項：「債權人僅另於第二八六條之前提下，始得請求因給付遲延之損害賠償。」所謂第二八六條之前提，主要係指使債務人陷於遲延之催告。此規定與同條第三項皆具有警示及宣示效果。債權人請求損害賠償替代給付及遲延損害賠償，除依第二八〇條第一項之外，尚須於其它相關規定之前提下（第二八一條第一項之訂適當期限、第二八六條之催告），始得為之。第二八一條第一項之訂適當期限及第二八六條之催告要件因之為凸顯出<sup>98</sup>。第二八六條第二項各款則規定無須催告之情形，如給付訂有期限（同條項第一款）及期限可得確定（同條項第二款）。凡此，皆如法諺云：「期限代人催告。」債務人嚴正且終局拒絕補正（同條項第三款）及顧及雙方給付利益下，特殊情形合理自行瑕疵排除（同條項第四款）者，債權人亦無須催告，債務人即陷於遲延。

此外，債權人請求損害賠償替代給付者，無給付請求權

（第二八一條第四項）。債權人請求遲延損害賠償時，則仍得請求給付。

### (四)我國法之分析與檢討——瑕疵結果損害賠償請求權基礎

依德國民法第六三四條第四款準用第二八〇條第一項，定作人因承攬人工作瑕疵，受有給付利益以外之財產損害者，定作人得請求損害賠償，承攬人就其無須負責（請求權障礙要件），負主張及舉證責任。

損害賠償替代給付（不履行之損害賠償）請求權基礎：瑕疵嗣後補正不能者，第六三四條第四款準用第二八〇條第一及三項、第二八三條。瑕疵自始不能補正者，第六三四條第四款準用第三一一條a第二項。補正可能，而未補正者，第六三四條第四款準用第二八〇條第一項及第三項、第二八一條第一項第一句第二種情形。

德國民法如此之規定，尤其定作人得請求瑕疵結果損害賠償，對我國相關法律之解釋適用而言，或可供為參考。依我國民法第四九五條第一項規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。本條所規定之損害賠償首指履行利益損害賠償、瑕疵損害賠償。第四九五條第一項僅言及損害賠償，並未有所限定。是故，第四九五條第一項除包括履行利益損害賠償外，亦應包括瑕疵結果損害賠償<sup>99</sup>。

此外，若第四九五條第一項僅限於履行利益損害賠償，則依民法立法者措辭上習慣（例如第二二六條第二項、第二三二

<sup>97</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 136, 225, 263.

<sup>98</sup> Canaris, ZIP 2003, 321, 322.

<sup>99</sup> 黃茂榮，註56文，107頁。

條、第三六〇條<sup>100</sup>、第五〇二條第二項），應使用「不履行損害賠償」一詞，而非「損害賠償」一詞。

由民法第四九四條第一項文義——「除……之外」、「並得」，吾人可知，主張上，修補請求權係與損害賠償請求權併存。惟瑕疵如經修補，而無瑕疵損害者，瑕疵損害賠償請求權（履行利益損害賠償請求權）不成立。於此方面，兩者主張上之併存性並不具意義。是故，修補與損害賠償請求權主張上之併存性，其意義在於，第四九五條所規定之損害賠償亦包括瑕疵結果損害賠償。

再者，不完全給付已明文化於第二二七條。若第四九五條第一項亦適用於瑕疵結果損害賠償，尚不致與第二二七條之評價有所衝突。使定作人得依第四九五條第一項請求瑕疵結果損害賠償，亦不致使原應由定作人所承擔之損害風險，轉嫁於承攬人。蓋第四九五條第一項仍以可歸責與否，限制損害賠償責任之有無。

## 六、徒勞費用賠償

### （一）第二八四條

工作有瑕疵者，定作人依第六三四條第四款準用第二八四條，得徒勞費用賠償。第二八四條規定，因信賴給付取得，且正當而言所得支出之費用，債權人得請求賠償，以代損害賠償替代給付。但債務人未違反義務，其目的仍不達者，不在此限。於瑕疵自始補正不能處，第二八四條已有討論，於此恕不另贅述。於此，僅再次強調，徒勞費用賠償性質上係屬信

賴利益（消極利益）損害賠償。依第二八四條規定，徒勞費用賠償雖可替代損害賠償替代給付（履行利益損害賠償），然並不因此轉為履行利益損害賠償<sup>101</sup>。此外，信賴損害（Vertrauensschaden），其賠償，即信賴利益（消極利益）損害賠償<sup>102</sup>。

### （二）我國法之適用

依德國民法第二八四條，債權人可請求信賴利益損害賠償，然亦僅限於徒勞費用賠償。換言之，並非所有信賴利益損害，皆得請求賠償。所以增設第二八四條，乃因於得請求履行利益損害賠償之情形，第二五二條第一項關於所失利益之規定，及聯邦法院所發展出之獲利推定理論，並無法完滿解決關於徒勞費用（信賴損害之一類型）損害賠償之問題。我國是否有必要將信賴利益保護一般化，抑或如德國民法僅限於徒勞費用，抑或就相關問題之解決，依現行法及實務運作，尚屬遊刃有餘。關於此等問題，本文認為關鍵在於，於得請求履行利益損害賠償之前提下，最高法院如何解釋適用第二一六條關於所失利益之規定。

最高法院定義有何謂所失利益：「民法第二一六條第一項所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於積極的損害。所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。本件被上訴人以上訴人承攬之工程違約未予完成，應另行標建，須多支付如其聲明之酬金，並非謂房屋如已完成可獲轉售之預期利益，因上訴人違約而受損失，是其請求賠償者，顯屬一種積極損害，而非消極

<sup>100</sup> 筆者以為，於第360條所規定兩種情形，買受人瑕疵結果損害賠償請求權基礎，應為第227條第2項。釋義上說理，限於題旨及篇幅，於此無法詳為之。

<sup>101</sup> Canaris, DB 2001, 1815, 1816-1817.

<sup>102</sup> Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs BGB, Rn. 353.

損害<sup>103</sup>。」

由此一判例可知，最高法院認為，定作人因承攬人違約，未得轉售之預期利益者，即所失利益。本文認為，此等損害亦可歸為信賴損害。蓋此等轉售之預期利益係以信賴承攬工作（給付）取得為基礎。

此外，晚近最高法院一判決：「後因原審所稱之因可歸責於甲之事由，致乙公司終止契約，該公司因而無法營運，回收設施費用，自屬乙公司所受之積極損害，與其請求之『所失利益』核屬二事（依卷附計畫書損益表所載及原審認定，乙公司似係將其設備平均攤提，列為成本，而以每年收入扣除其成本、管銷費用、稅捐後為其稅後淨利，即乙公司請求之所失利益）；反之，如其設施已因該次颱風來襲受損而無法營運，乙公司嗣亦未修復，則除應審究該公司是否仍得請求甲賠償設施費用外，依當時之計畫、設備，乙公司能否取得如計畫書所列之利益，而得依民法第二一六條規定請求甲處賠償，亦值澄清<sup>104</sup>。」

由此一判決可知，最高法院認為，稅後淨利未得者，即所失利益。本文認為，此等損害性質上亦可歸為信賴損害。蓋此等稅後淨利係以信賴使用利益（給付）取得為基礎。

然而，此等轉售利益及稅後淨利卻非德國民法第二八四條所謂之徒勞費用賠償。是故，於得請求履行利益損害賠償情況下，以第二一六條解決徒勞費用賠償，是否有所困難，則由極有限之最高法院判決資料，尚難得知。

## 伍、時 效

### 一、第六三四條a

第一九四條規定，請求他人作為或不作為之權利，屈於時效。第六三四條第一款所規定之補正請求權、同條第二款之必要費用償還請求權、及同條第四款所規定之損害賠償請求權，皆屬請求權，因之亦屈於時效。因此，第六三四條a第一項特為規範此等請求權之時效。蓋非如此，第一九五及一九九條關於一般時效之規定，則將全無保留地適用於此等瑕疵請求權，則無法完整顧及其特性。

第六三四條a第一項：「第六三四條第一、二及四款所指之請求權

第一款：除第二款外，於工作結果為物之製造、維修保養或改變，或對此之規劃或監視之情形，因兩年間不行使而罹於時效。

第二款：於建築工作及工作結果為對此規劃或監視之情形，因五年間不行使而罹於時效。

第三款：於其它情形，罹於一般時效期間。」

同條第二項：「於第一及二款之情形，時效自受領起算。」同條第三項：「承攬人惡意隱瞞瑕疵者，偏離第一項第一及二款及第二項之規定，請求權因一般時效期間內不行使而罹於時效。」

第六三四條a第一項第一及二款係針對有形（物之製造、維修保養或改變）及無形之工作（對此之規劃或監視）。所不同者，乃第二款係針對建築工作，第一款則係針對建築工作以外之物。於第一款所指之情形，請求權時效期間為兩年。

於第二款所指之情形，請求權時效期間為五年。依同條第二項規定，兩者時效期間皆自受領時起算。惟依同條第二項規

<sup>103</sup> 最高法院48年台上第1934號判例。

<sup>104</sup> 最高法院92年台上第2109號判決。

定，承攬人如惡意隱瞞瑕疵者，則原應適用第六三四條a第一項第一及二款及第二項之情形，即依一般時效規定定其時效期間及起算，惟請求權罹於時效不先於依第六三四條a第一項第一及二款及同條第二項所規定。

一般時效期間，依第一九五條規定，為三年。依第一九九條第一項規定，自債權人知悉或因重大過失而不知請求權成立事實時，起算，惟不先於請求權發生之年終起算（主觀期間）。其最長時效期間（客觀期間）：於損害賠償請求權係因侵害生命、人身、健康或自由之情形，例如瑕疵結果損害賠償請求權，為三十年，自義務違反時起算（第一九九條第二項）。於其它情形，例如損害賠償替代給付請求權，為十年，自請求權發生時起算（第一九九條第三項第一句①），為三十年，自義務違反時起算（第一九九條第三項第一句②）。依較早終止者（第一九九條第三項第二句）。非損害賠償請求權者，例如補正請求權，時效期間為十年，自其發生時起算（第一九九條第四項）。

第六三四條a第四項第一句：「第二一八條適用於第六三四條所規定之解約權。」同條項第二句：「依第二一八條第一項解除無效者，定作人於如因解除契約可拒絕支付報酬限度內，得拒絕支付報酬。」同條項第三句：「定作人因此拒絕支付報酬者，承攬人得解除契約。」第六三四條a第五項：「第二一八條及第四項第二句之規定，準用於第六三四條所規定之減少報酬權。」

第二一八條第一項第一句規定：「給付請求權或補正請求權罹於時效，且債務人援用時效抗辯者，因未給付或未依債之本旨給付所為之解除，無效。」同條項第二句：「債務人依第二七五條第一至三項、第四三九條第三項或第六三五條第三項規定，無須給付，且如無此等情事，給付或補正請求權亦罹於

時效者，亦同。」

第六三四條a第四及五項同第四三八條第四及五項。關於第六三四條a第四項第一句、第二一八條第一項第一及二句：給付或補正請求權如因罹於時效，且因債務人主張時效抗辯而無法實現，或出賣人或承攬人補正義務因不能而免除，或罹於不能抗辯，致無法實現者，解除權亦應使其無法實現（無效）<sup>105</sup>。蓋非如此，則時效制度，敦促債權人行使權利之意旨，將落空，不能之相關規定，不強人給付所不能之意旨，亦將落空。定作人依第六三四條a第四項第二句拒絕支付報酬，承攬人已完成（瑕疵）工作。於此情形，對價均衡受有干擾，故承攬人得解除契約，惟定作人就已支付者，則不得請求返還。蓋其怠於行使補正請求權<sup>106</sup>。

## 二、比較法之觀察與分析

依我國民法第四〇八條規定，定作人工作交付後經過一年，始發現工作瑕疵者，不得解除契約。工作依其性質無須交付，定作人工作完成後經過一年，始發現工作瑕疵者，不得解除契約。

德國承攬瑕疵責任法雖未規定解除權除斥期間，然總則第二一八條關於解除無效之規定，有準用餘地（第六三四條a第四項第一句），以免法律關係長懸不確定狀態。於工作瑕疵補正可能情形：補正請求權罹於時效，且承攬人援用時效抗辯者，定作人因工作瑕疵所為之解除，無效（第二一八條第一項第一句準用）。於工作瑕疵補正不能情形，如無因瑕疵補正不能，承攬人無須補正瑕疵之情事，補正請求權亦罹於時效者，

<sup>105</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 124.

<sup>106</sup> BT-Drucks. 14/6857 S. 67.

定作人因瑕疵所為之解除，亦無效（第二一八條第一項第二句準用）。

由此可知，藉由第六三四條a第四項第一句準用第二一八條第一項第一及二句，可免解除權關係長懸不確定之狀態，其效果，大致同我國民法解除權除斥期間之規定。

## 陸、總 結

承攬人應完成無物及權利瑕疵之工作（第六三三條第一項）。第六三三條第二及三項定義有何謂瑕疵。工作有瑕疵者，構成義務違反（第二八〇條第一項），定作人得訂適當期限，請求承攬人補正瑕疵。期限內不補正者（第六三四條①準用第六三五條），定作人得自行排除瑕疵，並請求償還因此所生之必要費用（第六三四條②準用第六三七條）。瑕疵未經排除者，定作人得解除承攬契約或減少報酬（第六三四條③準用第三二三條、第三二六條第五項或第六三六條）。承攬人未補正瑕疵或瑕疵補正不能者，定作人得請求損害賠償替代給付（第六三四條④準用第二八〇、二八一，二八三或第三一一a條）。因瑕疵所生給付利益以外之財產損害，定作人得請求損害賠償（第六三四條準用第二八〇條第一項）。解除契約雖不防礙損害賠償請求，惟契約經解除者，定作人不得請求小損害賠償。

關於瑕疵定義，除安裝及安裝說明瑕疵外，承攬瑕疵責任法同買賣瑕疵責任法。關於瑕疵權，除自行排除瑕疵權及必要費用償還請求權外，承攬瑕疵責任法同買賣瑕疵責任法，皆準用一般給付干擾法相同之規定。關於瑕疵權時效法，除第六三四條a第四及五項同第四三八條第四及五項外，承攬瑕疵責任法大抵不同於買賣瑕疵責任法。

綜上所述，吾人可知：一、藉由出賣人及承攬人無瑕疵給付義務以及瑕疵權方面，準用一般給付干擾法之相關規定，德國債務法現代化法立法者，使買賣及承攬瑕疵責任法與一般瑕疵干擾法，彼此接軌、互相協調。舊法時期所存在許多令生評價矛盾之問題（如特定物出賣人有無交付無瑕疵物義務、買受人是否僅於保證品質、出賣人故意不告知瑕疵之情形，始得請求損害賠償），因之為排除。一般及特別給付干擾法即便非因之一目了然，然至少亦非令人難明所以。二、承攬瑕疵責任法多同於買賣瑕疵責任法，兩者互為呼應，其透明度因之更增。

# 受任人過失處理委任事務

甲女星日前受性侵，便委任乙律師，為其代理侵權訴訟，訴請加害人損害賠償，並約定於訴訟結束後，支付乙律師100萬元律師報酬。甲女星將證據，包括受性侵之影片與照片交付於乙律師，並約定乙律師絕不能讓照片與影片外流。甲女星於該訴訟獲得本案勝訴判決，該判決已確定。乙律師在訴訟過程中，卻因過失，將該等照片與影片證據遺失於所搭乘之捷運車箱，遍尋許久而不得，導致該等照片與影片於網路上廣為流傳。廣告商依約終止其與甲女星之廣告代言契約，拒付往後之500萬元廣告代言費。甲女星精神上亦頗受折磨。試問，甲女星對乙律師，有何權利可資主張？

## 壹、甲女星依民法第544條規定，得請求乙律師損害賠償，端視<sup>1</sup>

### 一、委任契約成立

當事人意思表示一致者，契約成立。契約成立，才發生契約給付請求權。契約給付請求權之發生要件，乃契約成立。契約本質乃雙方同意下之自我拘束<sup>2</sup>，亦即一方當事人因自己之

---

<sup>1</sup> 出於教學目的，本文全文之說明並不自限於案例事實，內容不僅關係案例演習，亦關係民法基礎認知之說明。但特別提醒讀者，考試之作答，應以案例事實為限。另外，本文只以請求權之方法解題。

<sup>2</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Suhrkamp (Hrsg.), 1986, S. 159, 205; Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 431.

同意，而負有義務，他方當事人亦因一方之同意與自己之同意，而取得相應之請求權。一方當事人只在自己同意，亦即自己意思之範圍內受拘束，蓋這正是其意思，而不在其同意，亦即其意思範圍外受拘束，蓋這也正好是其意思。他方當事人只在一方意思之範圍內，以及自己意思之範圍內，取得相應之請求權，在這兩項意思之範圍外，並無法取得該等請求權，蓋這也正好是雙方之意思。從目前為止之本質說明可導出，契約只是雙方之意思，第三人並未參與雙方之意思，第三人於是原則上無法自該契約中取得法律上之力，以及無法自該契約受到任何拘束。

契約成立與債之相對性作為法律概念，不僅原則上符（合）應契約之本質，也才正當，亦藉此承載著自己意思拘束（自我拘束）之價值，而以其實現作為目的。法律概念應符應概念客體之本質，始終承載著一定價值，以實現該價值為目的。法律適用者有可能活在概念之堆積中，而忽略了此間的本質觀與價值追求，甚而導致法律適用錯誤。提出契約成立與債之相對性之本質與其價值追求，可避免這項困境。依案例事實，甲女星與乙律師間之委任契約成立，並無疑義。通常契約成立之糾紛，在台灣法律實務中並不多見。是以於考試方面，通常也不是則問題。

## 二、處理委任事務有過失

受任人依委任契約，負有處理委任事務之義務。受任人可能違反這項事務處理義務，亦即債務不履行（違約）。民法第544條規定「受任人因處理委任事務有過失」之文義，並未有債務不履行法定類型之限定文義，換句話說，遲延處理委任事務、不能處理委任事務，以及瑕疵處理委任事務，均在該條規

定文義範圍內<sup>3</sup>。民法第544條所規定之損害賠償請求權，包括以上三項債務不履行法定類型之損害賠償請求權。蠻有疑問者，乃瑕疵結果損害賠償與違反保護義務（附隨義務）之損害賠償，是否亦在該條規定之文義範圍內。首先，民法第544條規定「受任人因處理委任事務有過失」之文義，明顯將損害賠償請求權限定在違反委任事務處理義務。

再者，民法第544條規定同時規範越權處理事務，而越權處理事務，亦難以認為是違反保護義務，蓋既已約定何等事務於委任之範圍內，則約定範圍外之事務處理，是違約，具體而言，是瑕疵處理委任事務。其次，若認為民法第544條規定適用範圍，及於瑕疵結果損害賠償與違反保護義務（附隨義務）之損害賠償，則將造成無償受任人僅就具體輕過失負損害賠償責任（第535條規定與第220條第2項），而且在請求權相互影響說之作用下，侵權責任與第227條第2項所規定之損害賠償責任，恐將一併適用這項減輕責任構成要件。基於以上理由，民法第544條所規定之損害賠償，不應包括這兩項損害賠償。儘管難以認為，民法第544條規定之適用範圍，及於違反保護義務與瑕疵結果損害賠償。但這項限定文義並不意味著，其有排除民法第277條第2項規定之適用之意思。

保護義務之客體，乃當事人給付利益以外之權利或利益。而當事人亦得透過約定保護此等權益。於是，若以保護這些權益作為約定之內容時，則該約定本質上已不再是保護義務，而是給付義務本質之從給付義務，該權益已成為給付利益。依案例事實，甲女星與乙律師既已約定保管與保密事務，亦即將其約定成給付義務，則保管與保密不再是保護義務之性質。民法

<sup>3</sup> 但有將其限定在瑕疵給付之法定類型，劉春堂，民法債編各論（中），2011年11月初版4刷，自版，頁174。

第544條規定之適用範圍，是否包括違反保護義務之疑問，於此案例之法律適用，因此並無任何關係。乙律師依委任契約，負有處理委任事務之義務，包括代理訴訟事務，以及甲女星所交付影片與照片等證據方法之保管與保密事務。乙律師卻將該等證據方法遺失於捷運車箱，遍尋不得，導致該等影片與照片於網路上廣為流傳，乃違反受委任保管與保密之給付義務，亦即瑕疵處理委任事務，而且不能排除該瑕疵，蓋已遍尋不得，且已廣為流傳，眾人既已知悉，又如何能再轉為不知。

依民法第535條規定與第220條第2項規定，有償受任人應以善良管理人之注意，處理委任事務。甲女星與乙律師約定委任報酬共100萬元，乃有償委任。乙處理上開事務，應以善良管理人之注意為之。依案例事實，乙律師卻將其遺失在所搭乘之捷運車廂，乃違反善良管理人之注意義務，即過失，而違反保管與保密事務義務<sup>4</sup>。

### 三、損害

民法第544條規定所賠償之損害，與其所規範之損害賠償之性質，基本上是同一則命題。依上開說明，該條規定所指損害賠償，並不包括瑕疵結果損害賠償與違反保護義務之損害賠償。瑕疵損害，乃指發生於給付利益之上之財產上損害。瑕疵結果損害，乃指發生於給付利益以外之權利或利益上之損害。瑕疵損害與瑕疵結果損害之區別，具有意義，即指明瑕疵結果損害，不僅具有債務不履行損害之意義，同時具有侵權本質損害之意義。加害給付這項制度原初目的，在於賦與侵權本質之瑕疵結果損害，具有債務不履行損害之意義，進而亦轉換此間

過失有無之舉證責任，由債務人就損害發生無過失一事，負有舉證責任。這項意義賦與之正當性基礎在於，瑕疵結果損害仍是瑕疵給付所造成。儘管兩者發生原因相同，但如同兩者定義所透露出之訊息，兩者仍有不同，即發生之領域不同。

甲女星與乙律師既已將保管與保密約定成給付義務，則甲女星之給付利益是照片與影片本身，包括其完整性，以及私密不為人知。甲女星因乙律師過失違反保管與保密事務處理義務所受之瑕疵損害，為喪失照片與影片證據方法，以及私密廣為人知。甲女星依民法第544條規定，得請求乙律師返還影片與照片（損害賠償之回復原狀）。在此項情形，並無大損害賠償（損害賠償代替給付），而只有小損害賠償（損害賠償代替無瑕疵給付）可言，亦即只得請求損害賠償代替無瑕疵之保管與保密事務處理，良以一來委任關係已近終了，若得請求大損害賠償，則委任人將必須償還整體保密與保管事務處理利益，但這項償還對雙方並不具意義，而只徒增清算之困擾，排除甲女星得選擇大損害賠償之可能，亦即僅得請求小損害賠償，亦符合其意思。

如前所述，已不能排除瑕疵，於是當請求損害賠償時，當然是回復原狀不能，而只得請求金錢賠償。但案例事實並未指出，此等照片與影片，以及私密之市場價值為何（其實或許往往無法計算出私密之客觀價值，否則人格將很容易物化？），故而無從得知乙律師應賠償多少金錢。至於廣告商依約終止其與甲女星之廣告代言契約，拒付往後之500萬元廣告代言費，雖是財產上損害，以及甲女星所受之精神上痛苦，雖是非財產上損害，均非發生在保管與保密給付利益之上，故而並非瑕疵損害，而是瑕疵結果損害，其賠償並不在民法第544條規定之適用範圍內。

<sup>4</sup> 最高法院62年台上字第1326號判例；史尚寬，債法各論，1986年，自版，頁379；林誠二，債編各論新解——體系化解說，2015年6月3版1刷，瑞興，頁256。

#### 四、結 論

甲女星依民法第544條規定，請求乙律師其前所交付之照片與影片之金錢賠償，以及私密廣為人知之金錢賠償，有理由。

### 貳、甲女星依民法第227條第1項、第226條第1項規定，得請求乙律師損賠，端視

#### 一、瑕疵給付

如前所述，甲女星與乙律師間成立委任契約，乙律師負有處理委任事務之給付義務，委任事務之範圍包括訴訟代理、保管與保密事務之處理。而乙律師卻遺失相關照片與影片，是瑕疵給付，而且已無法排除該瑕疵。儘管民法第227條第1項規定，關於並無補正請求權，以及債務人負有無瑕疵給付義務之文義，而有法律規定不透明之缺點，如此之法典並非親民之民法典。非法律人，甚至法律人根本無法一望即得知，補正義務或無瑕疵給付義務之所在。但從該條規定不完全給付之文義與立法理由均可探知到，其本在解決給付瑕疵之問題，是以理當有債務人負有補正義務或無瑕疵給付義務規範之意。而且被準用之法條（民法第226條與第231條），亦無補正之文義。是以最終僅能以民法第227條第1項規定，作為補正請求權或無瑕疵給付請求權之依據，實是不得已之作法。

#### 二、過失歸責

民法第227條第1項所規定可歸責之客體，乃不完全給付。但當準用民法第226條第1項時，可歸責之客體卻是瑕疵補正不能，是以此間發生規範矛盾，而發生應以民法第227條第1項規定為依據，或同法第226條第1項規定為依據之問題。固然或可

認為，該條項所規定之準用，乃法律效果準用，進而以民法第226條第1項規定為依據，解決這項法律適用問題。但民法第226條第1項規定之法律效果，針對全部不能乃大損害賠償，針對一部不能乃小損害賠償，而債務人不能補正瑕疵者，若債權人不得選擇大或小損害賠償，而只能即請求小損害賠償，將造成債權人只能保有瑕疵之給付，而使其有加害自己之可能；只能請求大損害賠償，將造成債權人只能返還瑕疵之給付，而無法保有瑕疵之給付。如此之規範設計根本上無視，債權人依契約得請求與保有給付利益。

補正義務意旨之一，在於透過排除瑕疵損害，給予債務人避免債權人直接請求損害賠償與解除契約之機會，但並不在使其無法排除瑕疵損害，且就無法排除瑕疵無過失時得免責。債務人於前階段（給付有瑕疵）具有過失，縱使在後階段（瑕疵補正不能）無過失，仍應負損害賠償責任之作法，在現行法上亦不陌生，例如當損害賠償義務人就回復原狀不能無過失時（損害發生後之階段），但由於損害原因發生時有過失（前階段），故仍應負金錢賠償責任（民法第215條）。

基於以上認知，民法第227條第1項所規定可歸責之客體，應是針對瑕疵給付。依案例事實，乙律師既過失違反保管與相關之保密事務義務，縱使乙律師就排除瑕疵，亦即尋回照片與影片已盡相當多努力（遍尋不得），仍無法認為其就不能返還與不能回到私密，無須負責。

#### 三、損 害

依民法第227條第1項準用第226條第1項規定，債權人得請求瑕疵損害賠償。這項損害賠償性質上屬替補賠償即損害賠償代替給付，依債權人之選擇，可分為損害賠償代替整體給付（大損害賠償），以及損害賠償代替無瑕疵之給付（小損害賠

償)。但如前所述，在此則案例事實裡，甲女星並不可能請求大損害賠償，而只能請求小損害賠償，亦即請求金錢賠償代替無瑕疵保管與保密事務處理。至於乙律師應賠償多少金錢？因案例事實並未指出，此等照片與影片，以及私密之市場價值為何，故無從得知。

#### 四、結 論

甲女星依民法第227條第1項、第226條第1項規定，請求乙律師其前所交付之照片與影片之金錢賠償，以及私密廣為人知之金錢賠償，有理由。

### 參、甲女星依民法第227條第2項規定，得請求乙律師賠償500萬元廣告代言費，端視

如前所述，乙律師過失瑕疵處理保管與保密事務，致甲女星之廣告商終止廣告代言契約，甲女星因此無法取得往後之500萬元廣告代言費，乃財產上之不利益。該筆財產上不利益，並非發生於保管與保密此項給付利益之上，而是發生於此項給付利益以外之利益之上，為民法第227條第2項所規定之瑕疵結果損害。而若乙律師未瑕疵處理保管與保密事務，甲女星之廣告商尚不至於終止廣告代言契約，甲女星便可取得往後之廣告代言費500萬元。但乙律師卻瑕疵處理保管與保密事務，致使甲女星無法取得500萬元廣告代言費，乃民法第216條第2項所規定之所失利益。甲女星依民法第227條第2項規定，請求乙律師賠償500萬元廣告代言費，有理由。

### 肆、甲女星依民法第227條第2項、第227條之1規定、第18條第2項，得請求乙律師賠償相當之金額（慰撫金），端視

違反保護義務，如同侵權行為，可能同時造成財產上損害與非財產上損害，固無疑問。違反無瑕疵給付義務，亦同。瑕疵給付不僅能於給付利益以外之權益之上，造成財產上損害，亦可能同時在其上造成非財產上損害（精神上痛苦）。民法第227條之1規定，不僅具有同法第18條第2項所指特別規定之意義，其亦明確指出，瑕疵結果損害範圍及於瑕疵侵害人格權所生之非財產上損害。在如此之認知下，民法第227條之1規定，並非慰撫金請求權基礎，而只是瑕疵結果損害適格之規定。瑕疵結果損害賠償請求權之依據，乃民法第227條第2項規定。依民法第227條之1規定，第227條第2項規定所欲填補之損害，及於債權人因瑕疵侵害人格權所致之精神上痛苦。

依案例事實，乙律師將照片與影片遺失在捷運車箱，乃過失瑕疵處理保管與保密事務，即民法第227條之1所規定之債務不履行。甲女星之私密因此廣為人知，乃第227條之1與第195條所規定之隱私權受侵害。甲女星精神上頗受折磨，確實受有精神上痛苦，乃第227條之1與第195條所規定之非財產上損害。這類損害通常無法回復原狀，只能請求金錢賠償。但精神原則上並無財產價值可言，是以無法計算出精神上痛苦之客觀價值，無從得知這類損害之全部，而應排除全部填補原則之適用，只能請求相當之金額，由法官於個案中判斷，應賠償多少金錢，始是相當。

法官判斷相當慰撫金時，首先應依法律上之判斷標準，而在損害賠償法體系中，仍然存在著可作為此間判斷標準之關聯：全部填補原則除意味著，應賠償全部之損害外，其尚意味

著當損害越多時，便應賠償越多，直到全部已獲賠償為止；非財產上損害並無客觀價值可言，無從得知其全部何在，是以應排除全部填補原則「全部」內涵之適用，其另一部分內涵（損害越多時，即應賠償越多）仍有適用之餘地。簡單而言，法官應依這項關聯，這項法律上之判斷標準，判斷應賠償多少慰撫金，始是相當：當受害人精神上越痛苦時，應賠償更多慰撫金，始是相當。至於事實上之判斷標準<sup>5</sup>，例如被害人與加害人之社經地位、身分與經濟狀況，亦是正當之判斷因素，蓋相當原則本在追求個案正義，個案中之事實因素，自在相當原則適用範圍之列。甲女星請求乙律師賠償相當之金錢（慰撫金），有理由。

### 伍、甲女星依民法第184條第1項前半段規定，得向乙律師請求損害賠償，端視

乙律師將甲女星之影片與照片，過失遺失於捷運車箱，導致其私密廣為人知，乃侵害甲女星私密不為人知之隱私權。民法第184條第1項前半段規定保護人格權，包括隱私權。民法第195條第1項規定，亦具體指出隱私權這項人格權。依案例事實，乙律師遺失行為，乃侵害甲女星隱私權之手段。該侵害不僅使甲女星受有影片與照片所有權喪失，以及私密廣為人知之財產上損害（金錢賠償其客觀價值），亦使其受有私密廣為人知之非財產上損害。兩者均是所受損害（民法第216條第1項）。倘若乙律師未遺失照片與影片於捷運車箱，甲女星之廣告商不致於終止廣告代言契約，甲女星預期可取得500萬元廣告代言費，但該侵害行為導致該廣告代言契約終止，甲女星

<sup>5</sup> 最高法院47年台上字第1221號判例、最高法院104年度台上字第136號判決、最高法院74年度第9次民事庭會議。

因此無法取得往後500萬元廣告代言費，受有所失利益之損害（民法第216條第2項）。

民法第18條第2項規定兩項慰撫金請求權要件：其一，限於侵害人格權；其二，法律明文規定得請求慰撫金，亦即法律明文規定得以金錢填補非財產上損害。民法第195條第1項明文規定，本於侵害人格權之侵權行為損害賠償請求權，得以金錢賠償非財產上損害，民法第227條之1準用第195條第1項規定，亦明文規定，本於侵害人格權之債務不履行損害賠償請求權，亦得以金錢賠償非財產上損害。民法第227條之1準用第195條規定，因此不僅具有符（合相）應民法第18條第1項規定之功能，亦即避免人格財產化，亦具有平等待遇之功能，亦即相同處理侵權行為法與債務不履行法填補損害之方法與範圍，而將兩項責任法之距離拉近<sup>6</sup>。

從以上案例事實的說明可知，至少在這則案例中，一般侵權行為法所填補之損害範圍，不僅較廣於民法第227條第1項規定，亦較廣於第227條第2項規定。這項差異一點也不令人意外，蓋當事人之給付利益受到契約之限制，因違約所生之損害，自然而然地也僅限於給付利益之上，也僅在契約範圍內發生。儘管在損害賠償範圍方面，侵權行為法之保護，似乎較優於債務不履行為法，但債務不履行法亦有較優於侵權行為法之處。債務不履行法之消滅時效期間（民法第125條），較長於侵權行為法之消滅時效期間（民法第197條第1項）；在債務不履行法，債權人就債務人之過失，不負有舉證責任，但在侵權行為法，作為受害人之債權人就作為加害人之債務人之過失，卻負有舉證責任。

<sup>6</sup> 林誠二，債法總論新解（下），2010年3月初版，瑞興，頁112。

## 陸、競 合

甲女星基於同一案例事實，對乙律師享有上開請求權：就甲女星所受影片與照片所有權喪失，以及私密廣為人知所生之瑕疵損害（照片與影片、以及私密之客觀價值之金錢賠償）而言，民法第544條所規定損害賠償請求權，包括瑕疵損害賠償請求權，與第227條第1項所規定之瑕疵損害賠償請求權<sup>7</sup>、第184條第1項前半段所規定之侵權行為損害賠償請求權相同；就其所受500萬元廣告代言費無法取得而言，民法第277條第2項所規定之瑕疵結果損害賠償請求權，與第184條第1項前半段所規定之損害賠償請求權，並無不同，均填補該項所失利益之損害；就其所受精神上痛苦之金錢賠償而言，民法第184條第1項前半段與第195條第1項、第18條第2項所規定之侵權行為損害賠償請求權，與第227條第2項、第227條之1、第195條第1項、第18條第2項所規定之瑕疵結果損害賠償請求權，並無不同。

既然這些請求權均在填補同一損害，而且亦無減輕或加重責任構成要件，是以並無相互影響之必要；債務不履行法之消滅時效期間，原則上均適用民法第125條規定，侵權行為法之消滅時效期間，則依民法第197條第1項規定，在這兩項消滅時效期間規定裡，基本上並無加長或縮短之意旨可言，是以上開請求權均各別適用其消滅時效期間規定，而非一概適用同一消滅時效期間規定（請求權相互影響理論<sup>8</sup>）。唯一例外者，乃

民法第227條之1規定準用第197條第1項規定。這項準用規定造成，因侵害人格權所生契約責任法上之慰撫金請求權（民法第227條第2項、第227條之1）之消滅時效期間，以及侵權慰撫金請求權之消滅時效期間，均為2年與10年<sup>9</sup>。

項等價處理具有正當性，蓋瑕疵結果損害賠償亦具有侵權責任本質。不過短期消滅時效期間，明顯不足以保護債務人。但必須瞭解者，乃這項保護不週，並非準用法條本身所給出的評價不當所致，而是侵權消滅時效法本身（第197條）過於老舊所致；將財產上損害之瑕疵結果損害，以及因侵害人格權所生非財產上損害之瑕疵結果損害，兩者相同處理，使兩者均適用相同之消滅時效期間（第197條），亦非適當之評價活動。但這項不當亦非準用法條本身所給出的評價不當所致，而是侵權消滅時效法過於老舊所致。

<sup>7</sup> 最高法院103年度台上字第497號判決。最高法院在這則判決亦認為，民法第227條第1項與第544條所規定之損害賠償請求權，兩者得競合。

<sup>8</sup> 最高法院92年度台上字第1057號判決；王澤鑑，侵權行為法，2009年7月，自版，頁101；林誠二，債法總論新解（下），2010年3月初版，瑞興，頁121、173；詹森林，民事法理與判決研究（四），頁155、頁166以下；游進發，請求權競合理論之明文規定，月旦法學雜誌，

第239期，頁181-197。

<sup>9</sup> 鄭冠宇，民法債編總論，2015年9月1版，自版，頁190。