

契約解除原物返還嗣後不能^{*}

陳 自 強^{**}

要 目

壹、問題之說明	參、我國之法律狀態
貳、比較法觀察	一、第262條解除權消滅
一、不得解除模式	(一)返還不能
(一)德國舊法	(二)可歸責於有解除權之買受人
(二)其他歐陸國家	(三)給付物變更種類
(三)日 本	二、解除前返還不能之價額償還
(四)聯合國國際商品買賣公約	(一)民法第259條第6款之返還不能
二、價額償還模式	(二)可歸責於無解除權之出賣人
(一)德國新法	(三)解除權人為出賣人
(二)法 國	(四)償還價額義務
(三)聯合國國際商事契約通則	三、解除後返還不能
(四)歐洲契約法原則	(一)給付不能規定適用說
三、解除效果無明文規定	(二)給付不能一般規定適用之疑點
(一)英 國	(三)危險分配基準之貫徹
(二)奧地利	肆、修法建議

DOI : 10.3966/102398202021060165002

^{*} 本文為科技部研究計畫「危險負擔之比較法研究」編號（MOST 108-2410-H-002-157-MY3）研究成果之一。

^{**} 臺灣大學法律學院特聘教授，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：一〇九年十月七日；接受刊登日期：一一〇年二月二十四日

責任校對：蘇淑君

一、維持不得解除模式

(一)修正第262條

(二)修正第259條第6款

二、改採價額償還模式

(一)採德國新法模式

(二)聯合國國際商事契約通則模式

三、民法第261條之修正

伍、結 論



元照出版提供 請勿公開散布

摘 要

標物受領後原物返還嗣後不能，我國現行法下，受領人欲解除契約請求返還其所為之對待給付，層層關卡，困難重重。解除法律效果之規定是否排除給付不能一般規定之適用，又相關規定所謂「可歸責」應如何理解，不無疑義。最高法院認為契約解除後返還不能，適用給付不能及危險負擔一般規定，使返還不能之責任因返還不能發生在解除前或後而有不同。本文認為標物毀損滅失之危險，原則上應由受領人負擔，契約解除前，表現在解除權喪失上，契約解除後，則體現在損害賠償責任上。返還不能，除非可歸責於他方當事人，否則，均屬於第261條及第226條所謂可歸責之情形，解除前有解除權受領人返還不能，解除權消滅；解除後返還不能，受領人負賠償責任。

元照出版提供 請勿公開散布

關鍵詞：原物返還不能、不得解除模式、價額償還模式、給付不能、危險負擔

壹、問題之說明

契約解消後，尚未屆清償期之債務，債務人免給付義務¹。雙方均尚未履行時，契約解消基本上即能回復到締約前的狀態（回復原狀）²。若一方或雙方已為給付，在繼續性契約關係之終止，受領人不負返還之責³，於一時性契約關係，則發生回復原狀關係。回復原狀義務固然以原物（*in natura*）返還為首，但有時無法原物返還或原物返還無法完全回復到契約成立時之狀態。可能之情形有三：第一、自始返還之障礙：如勞務給付、標之物之使用，因原物之性質，受領時即無法原物返還；第二、嗣後返還之障礙：原物雖非性質上無法返還，但受領後標之物滅失、毀損致標之物價值減損，或因受領人讓與標之物或為加工等添附行為等致無法以受領時之狀態返還；第三、一方收取孳息、支出費用或因信賴契約有效存在而支出其他費用。民法第259條從原物返還，到利息償還、勞務或物之使用之價額償還、孳息返還、費用返還，甚至返還不能時價額償還，均有詳盡而完整的規定。

與契約解除效力有關之規定，尚有我國民法第261條：「當事人因契約解除而生之相互義務，準用第二百六十四條至第二百六十

¹ 關於契約解消之概念，參見陳自強，*違約責任與契約解消*，頁191，2018年10月，2版。

² 在我國民法，「回復原狀」為極具多義性的概念，在返還關係上，第259條契約解除回復原狀義務之用語，乃源自日本民法，實際上乃返還義務之意。關於回復原狀與契約之回復之概念，參見陳自強，*契約失敗給付返還序說*，*月旦法學雜誌*，301期，頁156以下，2020年6月。

³ 不僅在終止權之行使或合意終止，在許多國家，契約之撤銷亦未必發生返還義務，在繼續性關係，如勞動契約、合夥契約，一般而言，不影響已為之給付，參見Meier, *RabelsZ* 80 (2016), S. 873; Phillip Hellwege, *Particular Remedies for Non-performance*, in *COMMENTARIES ON EUROPEAN CONTRACT LAWS* 1185 1387-88 (Nils Jansen & Reinhard Zimmermann eds., 2018).

七條之規定。」契約解除後雙方互負返還義務的情形，德國民法第348條及日本民法第546條均有同時履行之規定，我國民法第261條準用第264條同時履行抗辯，甚至第265條不安抗辯之規定，不足為奇，惟準用第266條及第267條雙務契約危險負擔之規定，則為德國與日本民法所無。此等危險負擔規定之準用，得否與民法第259條回復原狀規定和平共處，尚待探究。如新車買賣，銀貨兩訖後，車因不可歸責於雙方當事人之事由滅失，買受人後來發現車有出賣人應負擔保責任之瑕疵。因標的物滅失並非可歸責於解除權人，買受人仍得依民法第359條解除契約（第262條），然買受人標的物返還不能，究竟應依民法第259條第6款，負價額償還義務？抑或因返還義務給付不能，適用民法第225條第1項給付不能一般規定，買受人免返還義務？在此情形，價金之返還，並無給付不能之問題，惟應適用民法第259條第2款，償還價金附加自受領時起之利息，或者依第261條準用第266條第1項，出賣人免返還價金之義務？此等因準用而衍生的問題，德國及日本民法並無類似規定，法律狀態迥異，唯有自求多福。

抑有進者，我國民法第262條解除權消滅之規定，並非立法者之創見，而為日本民法第548條及一九九〇年德國民法第350條、第351條之繼受。一九九〇年德國民法關於契約解除效力之規定，向來被認為是負面教材，不滿之聲，不絕於耳，學說推陳出新，文獻汗牛充棟⁴。標的物返還不能對解除權之影響，被認為是契約法最棘手的問題之一⁵。契約解除之規定雖經二〇〇一年債法現代化大

⁴ 德國債編修正前學說狀態，中文文獻，參見楊芳賢，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序論，國立臺灣大學法學論叢，31卷4期，頁199-242，2002年7月。

⁵ Dölle/Weitnauer, Einheitliches Kaufrecht 1976, Rdnr. 39 vor Artikel 78 bis 81（引自Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 191）。

刀闊斧的修正，尤其是法定契約解除不再以可歸責於債務人為要件，且契約解除不妨礙損害賠償請求⁶，採納國際契約法共識，讓人耳目一新，但關於契約解除效力規定之檢討與批判，並未因法律修正而銷聲匿跡，相關文獻如雨後春筍，令人目不暇給⁷。我國民法是否應以不變應萬變，維持現行法之立法模式，甚至更完整地複製德國修正前之法律狀態，或應踏循德國二〇〇二年債編修正前學者的腳步，矯正現行法之缺失，固仍屬解釋論課題。一旦德國學者對修正前法律狀態之不滿，也感染到我國，然礙於條文之明確性，解釋論上，欠缺改革的著力點，則修法為唯一選項。

我國民法解除之規定為德國、日本等外國法之繼受，解釋論上，被繼受國學說及實務見解的發展狀況，相較於其他國家之法律有更高的參考價值，固不待言，然得作為法律之修正參考對象的外國法或其他法律素材，並不須劃地自限於法律被繼受國，異質法律體系的相關規定，常能提供意想不到的解決方案，開啟前所未有的視野。一旦契約解除之法律效果成為我國債法修正議題，不僅德國、日本關於契約解除規定修正之議論有參考價值，其他國家及國際契約法統一文件的規定、考量因素、價值判斷標準等，均足堪借鏡。

本文為個人最近關於契約給付返還關係一系列研究的第四個部

⁶ 簡要說明，陳自強，整合中之契約法，頁10以下，2011年5月。

⁷ 詳細分析與檢討，德國博士論文，信手拈來，如Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 49ff.; Müller-Teckhof, Gefahrtragung und Haftung bei Rücktritt vom Vertrag, 2009, S. 183ff.; Döll, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S. 150ff.; 德國修正後中文介紹，楊芳賢，論德國民法有關解除契約法律效果規定之修正，載：私法學之傳統與現代（下），頁129-158，2004年4月。

分⁸，旨在探討契約解除原物返還嗣後不能的法律關係。個人在前開系列第三個部分雖係以契約解除法律效果之比較研究為核心，但礙於篇幅，並未及於標的物返還嗣後不能，本文將先補足該部分之比較法研究（下述貳、），再分別依返還不能發生在契約解除之前及其後，論述我國現行法之法律狀態（下述參、）。標的物嗣後返還不能實務上多發生在買賣，為使問題意識更為清楚明確，以下將以買賣契約之解除為討論主要設想對象。

貳、比較法觀察

標的物交付後原物返還不能，若發生在解除權行使後，無所謂解除權喪失或不得解除，問題毋寧在於受領人是否須負損害賠償或償還價額之責、請求權基礎為何。情形如發生在解除權行使前，標的物毀損滅失之不利益應由何人以何種方式承擔，立法例上，固然有不得解除模式（下述一、）及價額償還模式（下述二、）之對立，但在此原則下，無不容許有例外存在。何種情形構成例外，事關原物返還不能不利益應由何人承擔，惟不利益分配基準，各國規定差異甚大，國際契約法統一文件作法也未盡一致。

一、不得解除模式

解除權行使前原物返還不能，採取不得解除契約為原則的立法例，無不同時允許在一定情形仍得解除契約。

⁸ 已刊登者，依序為：陳自強，同註2，頁149-167；陳自強，契約解除效果法律發展一瞥，月旦法學雜誌，303期，頁201-225，2020年8月；陳自強，契約解除效果法律之比較法觀察，月旦法學雜誌，305期，頁136-158，2020年10月。

(一)德國舊法

解除前原物返還不能，最常發生在買賣標的物有瑕疵之情形，在羅馬法時代，主要發生在奴隸或家畜之買賣，現在，則常出現在車之買賣。買受人基於物之瑕疵解除契約時，一九九〇年德國民法制定前，德國境內有兩種規範模式：依一七九四年普魯士普通法（*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*），返還原物可能時，買受人方得解除契約。反之，依普通法時代通說，買受人不因標的物滅失而不得解除契約，返還不能若非因故意過失，買受人不須償還價額，仍得請求返還價金；返還不能或價值減損倘係因買受人之故意或過失，買受人僅於償還價額時，得請求返還價金⁹。

1. 不得解除之情形

一九九〇年德國民法採不得解除模式：依舊法第351條，因解除權人之故意或過失，致其所受領之標的物重大毀損、滅失或其他返還不能者，不得解除契約¹⁰；解除權人因加工、改造受領之標的物致變更其種類者，亦同（舊法第352條）。準此，倘買受人超速發生車禍，車全毀，買受人不得解除契約，出賣人已為契約義務之履行，並無給付不能，買受人不得請求價金之返還，車之滅失之不利利益由買受人承擔。

標的物毀損滅失時，返還債務人倘不知有解除權，通說認為應類推適用舊法第327條第2句之規定，減輕其責任，因而，善意買受人僅須返還現存利益，而不須賠償損害¹¹。

⁹ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 192.

¹⁰ 德國民法舊法第351條*Verschulden*，中文有譯為因可歸責者，參見楊芳賢，同註4，頁203。關於德國民法*Verschulden*之概念，詳下述，參、二、(一)。

¹¹ *Bartels*, AcP 215 (2015), S. 209-210.

2. 解除權不消滅時

依舊法第350條規定，解除權人受領之標的物因事變（Zufall）滅失者，解除權不受影響，仍得解除契約。出賣人交車後，非因買受人之過失車滅失，鑑定時，發現車有瑕疵，買受人仍得解除契約，而請求返還價金，不負賠償責任，車無法原物返還之風險由出賣人負擔。契約解除後，無論標的物毀損滅失或因其他情形返還不能發生在解除前或解除後，解除人對標的物滅失，僅有損害賠償，而無價額償還問題，依舊法第347條第1句，解除人與相對人關於標的物毀損滅失或其他情形返還不能之損害賠償責任，自受領時起負過失責任（德國民法第989條）¹²。

(二) 其他歐陸國家

1. 瑞 士

依瑞士債務法第207條第1項、第2項之規定，標的物縱因標的物之瑕疵或因事變而滅失，買受人仍得主張瑕疵之解除，買受人解除買賣契約後，僅須依標的物之現狀返還。依同條第3項，標的物因買受人故意或過失（Verschulden）而滅失、讓與標的物或加工，不得解除契約，僅得減少價金。此之過失，學說有認為指買受人因自己行為而導致標的物滅失之情形，加工時才發現瑕疵，仍得解除契約。又法條雖僅明文規定滅失，價值減損適用相同原則，但買受人造成單純的不重要價值減損，並不影響解除¹³。上述規定，基本上為德國舊法之繼受，對德國舊法不以為然的瑞士學者Honsell，直言瑞士債務法繼受錯誤之立法例¹⁴。

¹² Staudinger/Dagmar Kaiser (2012) Vorbem zu §§ 346-354, Rn.14.

¹³ Honsell, in: Honsell/Peter Vogt, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 62, N. 2-3.

¹⁴ Honsell, ZSR 2011 II, S. 62.

2. 一八〇四年法國民法瑕疵之解除

一八〇四年法國民法標的物之返還乃個別返還原因之法律效果，散見各處，如非債清償（舊法第1376條以下）、權利瑕疵擔保（第1630條以下）、瑕疵擔保（第1644條以下）、出賣人買回（第1659條以下）及因重大損害而解除契約（第1674條以下）¹⁵。

依法國民法第1644條、第1645條，瑕疵之物之買受人得主張解約或減價。於物之瑕疵之解除，依第1644條，解約以買受人得返還標的物為前提，買賣標的物滅失，不得解除契約。第1647條第1項為此原則之例外規定：標的物因瑕疵滅失時，買受人得解除契約，不須返還標的物。第1647條第2項再度回到不得解除的原則：標的物滅失非因故意過失者，買受人不得解除契約，危險由其承擔，因買受人之過失所致者，更不得解除，與德國舊民法第350條不同¹⁶。

權利瑕疵解除之返還，與一般返還不同。第1631條規定價值重大減損縱係因買受人之過失，危險仍由出賣人負擔¹⁷。

（三）日本

十九世紀末制定的日本民法關於債務不履行的規定，受法國民法影響較大，然或許因一八〇四年法國民法並無解除法律效果之特別規定，契約解除法律效果方面，參考德國一九九〇年民法規定處不少，標的物毀損滅失之危險分配，基本上也是如此。我國民法關

¹⁵ Yves-Marie Serinet, *Restitution Following the Destruction of a Contract (articles 1161 to 1164-7)*, in REFORMING THE FRENCH LAW OF OBLIGATIONS: COMPARATIVE REFLECTIONS ON THE AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS ET DE LA PRESCRIPTION ('THE AVANT-PROJET CATALA') 567, 569 (John Cartwright, Stefan Vogenauer & Simon Whittaker eds., 2009).

¹⁶ *Wagner*, FS Huber, S. 596-597.

¹⁷ *Schlechtriem*, *Restitution and Unjust Enrichment in Europe*, I, 2000, Kap. 3, Rn. 597.

於契約解除之規定，從債務不履行法定解除之要件（第254條到第256條），契約解除不妨礙損害賠償之請求（第260條），到契約解除之法律效果，模仿日本民法之處，比比皆是，我國民法第262條關於標的物返還不能之規定，應是自日本轉口而來。

1. 不得解除之情形

舊法第548條第1項：「解除權人因自己行為或過失致標的物重大毀損或不能返還時，或因加工改造而變更為其他種類之物時，解除權消滅。」採德國舊法不得解除契約模式。依學者我妻榮的看法，該條規範對象有三：第一、標的物重大毀損；第二、無法返還，包括解除權人使標的物滅失及讓與第三人；第三、標的物加工或改造而變更為他種類之物，但加工而改變之標的物若僅為小部分，並不喪失解除全部契約之權利¹⁸。此等情形，依民法起草者梅謙次郎的看法，固然可考慮令受領人負損害賠償責任，但損害額算定不容易，課受領人價額償還義務，相對人之利益保護不周，不如採不得解除模式，視為受領人拋棄解除權，較為公平¹⁹。

學說有認為取得標的物權利之解除權人就標的物之權利本得自由處分，解除前讓與標的物難謂係因解除權人之故意或過失，因此，該條所謂「行為」應解釋為包括故意在內之行為，亦即不限於故意²⁰，然通說認為債權人受領契約之履行而處分受領之物，固然難以認為是對相對人違反義務，然從原狀返還關係而言，上開行為應受非難，因而該條「因行為或過失」，應理解為故意或過失，此故意過失並非就解除權存否，而是就標的物毀損或返還不能而

¹⁸ 我妻榮『債權各論上卷』岩波書店206頁（1954年12月）。

¹⁹ 中田裕康『契約法』有斐閣242-243頁（2017年9月）。

²⁰ 平井宜雄『債權各論 I 上——契約總論』弘文堂231頁（2008年9月）。

言²¹。二〇一七年債權法改正按此通說意旨，「因行為」修正為「因故意」。

2. 解除權人不知有解除權

日本債權法改正審議過程中，雖有人認為基於契約履行受領標的物之人，本可自由處分改造標的物，買受人不知有受領之標的物有瑕疵而消費或加工，解除權消滅，對解除權人過苛，遂建議修正為受領人僅須負價額償還義務²²，惟此建議並未被採納。他方面，若認為解除權消滅係因解除權人拋棄解除權，則因解除權拋棄以明知有解除權為前提，若不知有解除權，無所謂解除權拋棄的問題，二〇一七年債權法改正遂於第548條增訂但書：「解除權人不知有解除權時，不在此限。」之規定²³。此修正固然提高受領人解除契約的機會，但契約解除後受領人之責任，依舊無明文，舊法時代危險負擔規定類推說及價額返還說之爭，似不因修正而消弭於無形。

3. 危險負擔規定類推說

在日本民法，契約解除發生物權溯及效，契約解除後，買受人負有保管他人之物之義務，標的物滅失違反義務時，負價額賠償義務。然若未違反保管義務，如因第三人侵權行為標的物滅失，或解除前，買受人不知有解除原因，標的物滅失時，是否不負價額償還義務，舊法並未有片言隻語，如何處理，眾說紛紜，莫衷一是。債權法改正雖刪除舊法第548條第2項之規定：「契約標的物非因解除權人之行為或過失而毀損滅失者，解除權不消滅。」舊法爭議，並未煙消雲散。

²¹ 谷口知平、五十嵐清編集『新版注釈民法(3) 債權(4) 契約総則 §§ 521-548』有斐閣904-905頁(2006年12月)〔山下末人〕。

²² 民法(債權関係)の改正に関する検討事項(1)部會資料5-2, 90頁。

²³ 潮見佳男『民法(債權関係)改正の概要』金融財政事情研究会245頁(2017年4月)。

解除前或解除後標的物毀損滅失時返還義務人之責任，有解除權之債權人若已為物之給付，標的物因債務人之故意或過失而滅失時，學說認為債務人應依解除當時之價額返還，此價額返還義務，具有債務不履行損害賠償之性質²⁴。標的物毀損滅失若非因返還義務人之故意或過失而毀損滅失，返還義務人不僅無損害賠償責任，也不負價額償還義務，抑或仍負價額償還義務，學說大致有危險負擔規定類推適用說及價額返還說（債務獨立說）兩大陣營之對立。

依危險負擔規定類推說，契約解除後，當事人之關係也應適用關於雙務契約之規定，出賣人之回復原狀義務是否存續或消滅，應依危險負擔法則處理。在危險負擔採對待給付義務消滅之見解下，因不可歸責於買受人之事由而滅失，負返還標的物義務之買受人負擔對價危險（債務人主義），買受人返還義務消滅，出賣人價金返還義務也消滅。但若可歸責於出賣人而滅失時，出賣人之回復原狀義務仍存續²⁵。

4. 價額返還說（債務獨立說）

上述危險負擔規定類推說受到嚴厲批判，蓋解除原因一旦存在，買受人與出賣人之給付與對待給付，從而回復原狀義務之均衡受到破壞，適用舊法第536條雙務契約二請求權主觀的牽連性之正當性已不復存在。若價金為30萬元，車有重大瑕疵價值剩3萬元，買受人解除契約的實質原因為標的物有瑕疵致價值減少27萬元，契約解除，標的物因不可抗力滅失，類推危險負擔規定，買受人雖免相當於3萬元之返還義務，卻也不得請求返還價金，對買受人並不公平²⁶。

²⁴ 我妻榮，同註18，195頁。

²⁵ 以上參見潮見佳男『新債權總論 I』信山社602頁（2017年6月）。

²⁶ 同註22，87-89頁。

反對危險負擔規定類推說之學者，強調履行過程與清算過程之異質性，履行過程係實現契約時當事人間主觀的等價性，清算過程為清算時客觀價值之等價性。原物返還不能，不問原因如何，當事人負償還價額義務，價額償還義務與出賣人之價金返還義務對立，處於同時履行關係²⁷。價金為30萬元，車有重大瑕疵價值剩3萬元，買受人車之返還義務變為價額返還義務，與價金返還義務各自獨立²⁸。回復原狀義務不能履行可歸責於出賣人時，此危險應例外地由出賣人負擔，買受人不負價額償還義務，回復原狀義務消滅，出賣人應返還價金，不得主張抵銷²⁹。

(1)與金錢返還義務之關係

買賣雙方均已履行，買受人原物返還不能所負之價額償還義務與出賣人價金返還義務之關係如何，有代償說（發生兩個金錢請求權）及差額說（二金錢給付相減，計算其餘額，僅承認一個請求權）之爭，舊法時代，差額說為通說³⁰。

(2)價額償還義務以自己負擔之對價為限？

當事人以他方違約解除契約時，若須償還標的物之客觀價值，有時解除契約反而對自己不利。如以70萬元買值40萬元之A物，出賣人交付值90萬元之他物（B物），買受人以此為由解除買賣契約，其後，B物滅失，買受人解除契約，須償還B物90萬元之價額，而得70萬元價金之返還，因解除，反而受到20萬元之不利益。此將削減債權人解除之誘因，學說遂有認為償還義務應以自己負擔

²⁷ 潮見佳男，同註25，601頁。

²⁸ 民法（債權法）改正検討委員會（編者）『詳解・債權法改正の基本方針(2)——契約および債權一般』商事法務332頁（2009年10月）。

²⁹ 山本敬三『民法講義IV-2——契約』有斐閣201-202頁（2005年11月）。

³⁰ 潮見佳男，同註25，603頁。

之對價為限，買受人僅在價金限度內負償還價額之責³¹。

(3) 價額算定時點

價額償還價額計算基準時點，多數說主張應以解除時為基準時點，但也有給付時價格、標的物毀損滅失時、契約成立時等不同見解³²。

(四) 聯合國國際商品買賣公約

聯合國國際商品買賣公約採不得解除契約模式，但風險分配規則過於複雜，產生無數問題，被認為與德國修正前之舊法均屬於過時的解決方案³³。

1. 不得解除為原則

依該公約第82條第1項規定：「買受人若無法以受領時實質上相同狀態之物返還者，買受人喪失解除權或請求另交之權利。」買受人解除契約，基本上以能返還原物為要件³⁴。該規定僅規定買受人解除契約之情形，出賣人若因買受人支付價金遲延，不因買受人返還不能而不得解除契約。買受人雖依前開規定不得解除契約，但不影響其他依該公約所得享有之救濟（第83條）。買受人須對因其自己行為或其使用人行為所致之標的物毀損滅失或未為損害避免之必要措施負責。買受人一旦知有返還義務時，注意程度提高。毀損

³¹ 潮見佳男，同註25，604頁。

³² 潮見佳男，同註25，605頁。

³³ Reinhard Zimmermann, *Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts Under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats*, 16 UNIF. L. REV. 719, 730 (2005).

³⁴ 關於公約第82條之解釋適用問題，參見楊芳賢，一九八〇年聯合國國際商品買賣公約有關解除契約法律效果之規定與若干案例之分析，政大法學評論，94期，頁201-216，2006年12月。

同時為買賣雙方行為而生時，如何處理，學說有爭執³⁵。

2. 仍得解除之例外

上開原物返還可能方得解除之原則，公約第82條第2項規定設有三個例外：第一、無法返還或無法以受領時實質上相同狀態之物返還，並非因買受人之作為或不作為³⁶；第二、商品或其一部之毀損滅失係公約第38條規定檢查之結果，買受人若已依規定檢查，出賣人應負擔標的物檢查之危險；第三、商品或其一部在買受人明知或可得而知標的物不符約定之前，已在通常營業範圍內出售，或在通常使用的過程中消費或改造。此三者使出賣人負擔大多數無法原物返還之危險，實際的結果，不得解除契約反而為例外，對出賣人不公平，學說遂有認為例外規定應僅適用於出賣人違約之情形，違約方若為買受人或合意解除契約，應適用不同的風險分擔法則³⁷。以上例外，買受人之作為或不作為應如何解釋，最具爭議。

(1) 標的物瑕疵或其他出賣人違約

上述情形一，依通說，涵蓋標的物毀損滅失係因瑕疵而起之情形³⁸，出賣人負擔所有商品瑕疵或交貨違約之風險，如因瑕疵而造成商品更多的毀損（煞車有瑕疵致車滅失、因瑕疵導致機器之爆炸）、因物或權利瑕疵商品被沒收。出賣人其他違約，如交貨地點時間違約、欠缺使用說明，除非買受人負有危險避免義務或減損義

³⁵ Laimer, Durchführung und Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung bei nachträglichen Erfüllungstörungen, 2009, S. 157.

³⁶ 非洲整合商法組織（OHADA）一般商法統一法（Uniform Act Concerning General Commercial Law）第298條也規定買受人若因其行為或不行為致買賣標的物無法原物返還時，不得解除契約，關此，參見Bridge, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, CISG, 2. Aufl., 2018, CISG Art. 82, Rn. 26.

³⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Fountoulakis, Kommentar CISG, 7. Aufl., 2019, Art. 82, Rn. 12.

³⁸ Wagner, aaO. (Fn. 16), S. 599.

務，否則，出賣人亦承擔標的物毀損滅失之危險³⁹。

(2) 買受人支配範圍外之危險

標的物毀損滅失若非因瑕疵，買受人得否解除契約，並非取決於過失之有無，而係標的物毀損滅失是在何人之支配領域，買受人支配領域外及無法預見及無法避免之事件，由出賣人負擔危險⁴⁰。損害原因若不在買受人支配範圍內，依通常注意並無預見可能且避免可能時，買受人仍得解除契約。因不可抗力標的物滅失之風險由出賣人負擔，此與德國舊法第350條相同，而與法國民法第1644條瑕疵解除以買受人得返還標的物為前提之規定有別。標的物若已交付買受人，買受人也依物之用法使用標的物，是否一律認為返還不能係因買受人之行為而不得解除契約，不無判斷上困難。如買受之車非因買受人之過失發生車禍而滅失，有認為買受人不知有解除權，依交易上通常方法使用標的物時，解除權不受影響，亦有學者主張買受人在知悉解除權前，將標的物置於使標的物滅失之風險，縱無過失，亦須承擔此風險⁴¹。

(3) 標的物之讓與或加工

買受人不知也不可得而知標的物有瑕疵，而在通常營業交易範圍內讓與或依物之用法加工，並不喪失解除權。買受人知有瑕疵，可認為已知有返還義務發生之可能，而仍讓與或加工，不得解除。依公約第38條檢查程序可得而知之瑕疵，可認為知有瑕疵，負有後續之保管標的物義務。標的物之讓與或使用是否在通常營業過程中，應視一般合理之人處於相同情況將如何處理。物之通常使用若導致標的物重大變更，買受人不知亦不可得而知標的物有瑕疵，仍

³⁹ *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Fountoulakis*, aaO. (Fn. 37), Art. 82, Rn. 13a.

⁴⁰ *Laimer*, aaO. (Fn. 35), S. 156.

⁴¹ *Wagner*, aaO. (Fn. 16), S. 599-600.

得解除契約⁴²。

3. 利益之返還

原物返還不能，買受人仍能解除契約時，依公約第84條第2項(b)，應返還所有自商品或其一部收取之利益予出賣人。若無代償利益，買受人得請求返還價金，自己僅須返還已收取的孳息⁴³。

買受人利益返還責任，除返還不能前已收取之利益外，主要係針對因返還不能而取得之代償物，在標的物毀損滅失返還不能，買受人應償還因而取得之損害賠償請求權或保險給付之價額；在物之使用或改造，應以金錢償還因使用或改造而獲得之利益（物上代位物 *commodum ex re*）；於讓與而返還不能之情形，指法律行為交易所得之利益（*commodum ex negotiatione*）⁴⁴。

學說認為上開規定得類推適用於出賣人解除契約，買受人因讓與而返還不能之情形，買受人應返還之利益指淨利而言，因而得扣除費用等支出⁴⁵。

二、價額償還模式

採不得解除契約模式之立法例，均設定一定基準，決定得否解除契約或解除權是否喪失：我國民法第260條曰：「有解除權人，因可歸責於自己之事由」；德國民法舊法第351條、瑞士債務法第207條、日本民法第548條第1項均以解除權人是否有故意過失為標準；返還不能若係基於買受人之行為或不行為，依聯合國國際商品買賣公約第82條，買受人不得解除契約。解除權人是否喪失解除

⁴² Laimer, aaO. (Fn. 35), S. 159-160.

⁴³ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Fountoulakis, aaO. (Fn. 37), Art. 84, Rn. 39.

⁴⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Fountoulakis, aaO. (Fn. 37), Art. 84, Rn. 35.

⁴⁵ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 4. Aufl., 2007, Rn. 784.

權，取決於過失、歸責事由、行為或不行為等抽象概念之展開，一旦認定解除權不因返還不能而消滅，在實務上最重要的買賣標的物瑕疵解除契約情形，買受人解約後得請求返還價金，出賣人則可能一無所得，而須承擔標的物毀損滅失之危險。標的物毀損滅失或其他返還不能情事係在買受人管領中，出賣人若於無故意過失或其他應負責之事由，何以返還不能之危險須由出賣人承擔，再者，上述劃定得否解除契約之標準，並不明確，影響法律關係之安定性，解除權人更可能因而對是否解除契約猶豫不決，法律賦予其解約救濟之良法美意無法落實。

職是之故，較新的立法例多採價額償還模式，解除權人均得行使解除權，返還不能時，返還義務人以負擔價額償還義務為原則，但也有不須償還價額之例外規定。

(一)德國新法

1. 不因返還不能而不得解除契約

依修正前第350條規定，標的物非因解除權人之故意過失而滅失者，不喪失解除權。因標的物有瑕疵標的物滅失時，買受人仍得解除契約，因無過失，不須負賠償責任，標的物滅失之風險遂由出賣人負擔。新法刪除有關原物返還解除權消滅及損害賠償相關規定，不論返還義務人為解除人或相對人，原物返還不能者，負無過失之價額償還義務。因物之通常使用所生之價值減損，如駕駛車輛所生之價值減損，排除在價額返還義務之外（第346條第2項第1句第3款）。

2. 價額之計算

依新法第346條第2項第2句，標的物之價值首先取決於契約決定之對待給付，約定之給付及對待給付關係（主觀等值subjektive Äquivalenz）因而得以維持。買賣標的物之價值若大於價金，買受

人若轉售而無法原物返還時，保有契約之獲利，出賣人因買受人付款遲延而解除契約時，亦同，出賣人仍保有依第285條請求返還買受人讓與所得之權利⁴⁶。契約未約定對待給付時，客觀決定其價額⁴⁷。此等立法模式得以避免買受人以解除契約於己不利之交易，如乙以100萬元向甲買值80萬元之車，價額若一律取決於標之物之客觀價值，車返還不能，乙解除契約後，僅須償還車之客觀價值80萬元，而得請求返還100萬元價金。價額之計算因取決於對待給付，車之價額為約定之100萬元，乙須償還100萬元，方能請求返還價金⁴⁸。

交付之標之物若有瑕疵，價額仍以約定之價金為準，對買受人並不公平，通說認為以約定對價為準，以標之物無瑕疵為前提，買受人因物有瑕疵解除買賣，不適用之，標之物之價值應以減少後之價值為準，上述之例，價額之計算應類推標之物瑕疵減少價金之規定（德國民法第441條第3項），而非原約定之價金⁴⁹。

3. 例外不負價額償還義務

新法第346條第3項第1句規定在以下三個情形，不負價額償還義務，僅須返還現存利益：第一、使解約發生之瑕疵在加工後才發

⁴⁶ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 2010, Rn. 566.

⁴⁷ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 196.

⁴⁸ GERHARD DANNEMANN, THE GERMAN LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT AND RESTITUTION: A COMPARATIVE INTRODUCTION 64 (2009). 舉格林童話中（Hans im Glück）故事為例說明德國民法之適用：Hans以金塊與馬互易，後因馬有瑕疵，解除互易契約，得請求返還金塊，但若金塊滅失或出售，Hans應返還馬，原馬主所應償還之金額並非金塊之價值，而為契約所約定的馬之價值，即無瑕疵時馬之價值。

⁴⁹ *Faust*, in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 252; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl., 2006, Kap. 5, Rn. 30; *MüKoBGB/Gaier*, 8. Aufl., 2019, BGB § 346 Rn. 54; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 14. Aufl., 2019, § 40 Rn. 17.

現；第二、滅失係因可歸責於返還債權人之行為，特別是物之瑕疵或標的物毀損滅失同樣也會發生在返還債權人身上；第三、標的物毀損滅失，法定解除權人已盡與處理自己事務相同之注意⁵⁰。返還債務人若免價額償還義務，依第346條第3項第2句，仍應返還現存利益。現存利益之返還，依不當得利法律效果之規定，返還債務人不知有解除事由時，得主張所受利益不存在，自知有解除原因時起，依一般規定負不能返還之責⁵¹。

4. 解除後返還不能

契約解除後，雙方負返還義務。返還義務之違反，依一般規定負損害賠償責任（德國民法第346條第4項）⁵²。

(二) 法 國

一八〇四年法國民法契約之解除亦有以債務不履行為由及以瑕疵為由解除契約兩大體系。債務不履行並不區別給付不能、遲延及不完全給付三個類型，而僅有「不履行」單一概念，以債務不履行為由解除契約，原則上須經法院裁判⁵³。非因故意過失標的物滅失，債務人給付不能，適用法律無明文規定之危險承擔法則，給付義務自動免除，並不得請求對待給付，無待法院解除契約之裁判。返還標的物滅失，不影響一般解除權，依法院見解，應償還價額。

⁵⁰ 關於德國民法第346條之解釋與適用，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，頁251以下，2011年9月；陳忠將，論契約解除後受領給付標的物回復請求關係之規範——以現行德國民法第346條相關規定為中心之探討，華岡法粹，64期，頁183-245，2018年6月，有相當詳盡的說明。

⁵¹ BeckOK BGB/H. Schmidt, 48. Ed. 1.11.2018, BGB § 346 Rn. 69.

⁵² Staudinger/Dagmar Kaiser (2012) Vorbem zu §§ 346-354, Rn. 20.

⁵³ 參見陳自強，契約責任歸責事由之再構成——契約法之現代化 I，頁174-175，2012年12月。

價額償還義務使契約解除對債權人無吸引力，多數情形，主張第1142條以下之損害賠償⁵⁴。買賣物及權利瑕疵之契約解除則不適用上述債務不履行解除法則⁵⁵。於不重要的毀損，無論一般解除或瑕疵解除均不受影響，但應償還價值減損的部分，以契約成立時為計算時點。價額償還義務也包括因通常使用而生之價值減損⁵⁶。

二〇一六年法國契約法修正，一般契約解除制度，無論在要件、行使方法及效果方面，均有大徹大悟的變革。依新法，在一方不履行契約或履行瑕疵（第1217條），縱無約定解除權，於重大違約，得向法院或以意思表示解除契約（第1224條）。契約解除後之返還關係，適用第四編「債之通則」、增訂第五章「返還」（*restitutions*）專章之規定（第1229條第4項）。新法第1352條揭櫫原物返還原則，原物返還不能時，按返還之日之價值返還。負返還義務之人就導致物之價值減少的毀損負責，但毀損善意且無過失者，不在此限（第1352-1條）。標的物出售時，善意受領人僅須返還價金；惡意受領人應返還價金與標的物返還之日的價值二者較高者（第1352-3條）⁵⁷。

（三）聯合國國際商事契約通則

通則第7.3.6條第2項、第3項：「原物返還不能或不適當時，在合理範圍內，應以金錢償還。原物返還不能若可歸責於他方當事人時，受領人不負償還價額義務。」分別規定原物返還不能之原則及例外。

⁵⁴ *Schlechtriem*, aaO. (Fn. 17), Kap. 3, Rn. 594.

⁵⁵ *Schlechtriem*, aaO. (Fn. 17), Kap. 3, Rn. 60, 69, 72.

⁵⁶ *Schlechtriem/Schroeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2013, Rn. 596.

⁵⁷ 參見李世剛，法國新債法統一返還規範研究，河南社會科學，25卷2期，頁93-94，2017年2月。

1. 價額償還

依前該規定第2項，除原物返還不能外，原物返還不適當時，亦應償還價額（**an allowance in money has to be made**），價額通常為受領之給付之價值。依官方註釋，原物返還導致不合理之勞力或費用，如A出售200枚戒指給商人B，B未支付價金，A解除契約後才發現B已將戒指交船運，運載標的物之船已沉，雖仍可能搜救，但花費過鉅，無法期待B為之，B應以戒指之價值為基準而計算的合理金額予A。所謂合理範圍內（**whenever reasonable**），指唯有當履行對受領人有利益之範圍內方須償還，如因在使用標的物過程中發現瑕疵，因而解除契約，並不須償還價額。如A公司委託B設計專業軟體以改善其內部的通訊系統，B設計完成並安裝軟體，並未達成約定的效果，A得解除契約，請求返還價金，且因安裝之系統對A無利用價值，無法合理要求A對安裝之軟體償還價金⁵⁸。

2. 例外

第3項規定不負價額償還之例外。首先，標的物毀損滅失若係因隱有瑕疵所致，因返還不能可歸責於返還債權人，返還債務人免償還義務，在買賣，風險由出賣人負擔。如車製造商A售B公司車，車煞車故障，致撞到他車全毀，因車有瑕疵，B得解除契約並請求返還價金，不須因返還不能而償還價額。然標的物縱未交付，返還不能仍會發生時，如A出售其車予B並交付，後海嘯同時沖毀A及B所有之土地，車縱未交付予B，也將因海嘯而滅失。B主張車有瑕疵解除契約，有認為B無價額償還義務，蓋車滅失與買受人管領該車無關⁵⁹。聯合國國際商事契約通則起草者認為應由買受人承

⁵⁸ The fourth edition of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016, p. 266-267.

⁵⁹ Peter Huber, *Termination*, in COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC) 813, 860 (Stefan Vogenauer &

擔風險，仍不免價額償還義務。

此外，該條可歸責於他方之規定，不僅指嚴格意義之不能，也包括不適當的情形（*inappropriate*）。若返還不能可歸責於雙方，如車因與他車相撞而毀，部分因車有瑕疵，部分因買受人超速，風險應公平分配⁶⁰。契約解除後標的物毀損滅失，因解除後受領人負有返還義務，返還責任適用一般違約法則。

（四）歐洲契約法原則

歐洲契約法原則關於契約解消效果之規定，係以繼續性債務為主要規範對象，契約解消原則上無溯及效，但第9:306條到第9:309條就一時性契約有例外規定。契約解除後標的物毀損滅失如何處理，並未明確交代⁶¹。契約解除前標的物滅失，歐洲契約法原則僅在第9:309條有一般性規定：「當事人之一方提出之給付返還不能，且未因給付而取得金錢或其他標的物時，得請求償還給付之相當金額。」採價額償還模式，標的物縱在買受人處滅失，仍得解除，出賣人之利益則以價額償還請求權保障⁶²。與聯合國國際商事契約通則不同者，歐洲契約法原則受到英國法以對價完全欠缺為不當因素之規範模式的影響，請求返還，以未取得對價為要件⁶³。契約解消後，出賣人依第9:308條得請求返還價金尚未支付之標的物，標的物若尚未交付或買受人合法退回標的物時，買受人依第9:307條得請求返還價金。依第9:306條，解除契約之當事人所受領

Jan Kleinheisterkamp eds., 2009).

⁶⁰ Reinhard Zimmermann, *The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010*, 16 UNIF. L. REV. 563, 576-77 (2011).

⁶¹ Zimmermann, *supra* note 33, at 725.

⁶² Beale, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, 2000, S. 82, 427 note 6; Wagner, aaO. (Fn. 16), S. 600-601.

⁶³ Zimmermann, *supra* note 33, at 722.

之標的物，因他方不履行而價值重大減少時，得退回標的物，如買賣之車有重大瑕疵，買受人得退回標的物而請求返還價金。

三、解除效果無明文規定

以上，無論採不得解除模式或價額償還模式，均屬於就契約解除或解除有明文規定其法律效果者，然許多國家，特別基於歷史因素，對解除之法律效果並無特別規定。

(一) 英國

出賣人交付標的物後，買受人得否以標的物因事變而毀損退回標的物，在英國並無權威的實務見解可稽。一種處理方式，除非標的物毀損滅失係因出賣人之違約，否則，退回標的物以能原物返還為要件，標的物毀損滅失，不得返還。另外一種可能的解決方法，係基於所有人負擔危險原則，所有權若尚未移轉，買受人負保管之責，但危險由出賣人負擔。在一八七一年 *Head v. Tattersall* 一案，出賣人表示馬曾參加過狩獵，若非真實，當事人約定在一定時間內得返還標的物。交馬時，買受人知馬並不具此約定品質，仍受領之。後非因買受人之過失馬因事故而重傷。因退貨期限未滿，買受人帶馬回出賣人處並請求返還價金。*Court of Exchequer* 認為約定解除權並不因事變（買受人無過失）而被排除，此與德國舊法第350條相同⁶⁴。*Reynolds* 認為此問題雖與所有權歸屬無關，結果仍回到危險由所有人負擔原則，而由買受人負擔滅失危險⁶⁵，*Bridge* 認為除非標的物毀損滅失與瑕疵有關，否則應由買受人負擔危險⁶⁶。英國

⁶⁴ *Wagner*, aaO. (Fn. 16), S. 597.

⁶⁵ Francis Martin Baillie Reynolds, *Remedies in Respect of Defects*, in BENJAMIN'S SALE OF GOODS para. 12-001, para. 12-059 (Michael Bridge ed., 2014).

⁶⁶ MICHAEL BRIDGE, THE SALE OF GOODS para. 4.30 (2014).

及蘇格蘭對頓挫案例，因嗣後原因而生之不利益由雙方平分⁶⁷。

(二)奧地利

在奧地利，瑕疵修補不能時，得減價或解除契約。標的物毀損，受領人有過失時，是否仍得解除，法院及學者看法不一：法院對瑕疵解除採否定說，於意思表示之撤銷，則採肯定見解，學說方面，早期認為標的物毀損滅失及讓與，不得主張瑕疵解除，依新說，返還障礙縱有過失亦不排除解除，買受人負償還價額義務⁶⁸，原物返還是否可能，並非契約解除之要件，返還不能，依其情形，應償還價額。有瑕疵之標的物因事變毀損滅失、依物之用法之加工或不知有瑕疵而讓與，完全不影響解除權，然返還債務人就無過失負舉證責任。若知有瑕疵仍繼續使用，可認為拋棄解除權⁶⁹。



參、我國之法律狀態

買受人受領標的物後返還不能，正如同一般危險負擔，涉及三個不同層次的問題：第一、標的物毀損滅失本身的不利益由何人承擔；第二、負原物返還義務之買受人是否因返還不能而須負損害賠償或償還價額之責（相當於給付危險）；第三、買受人得否請求返還價金（相當於價金危險）。

關於第一個問題，依事變由所有人負擔原則，除非另有得將損害轉嫁於他人的原因，否則，法益所有人應承擔標的物毀損滅失危

⁶⁷ Hellwege, *supra* note 3, at 1401.

⁶⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Fountoulakis, aaO. (Fn. 37), Art. 82, Rn. 33; Bydlinski, in: Koziol u.a. (Hg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, 3. Aufl., 2010, § 932, ABGB, Rz. 15.

⁶⁹ Laimer, aaO. (Fn. 35), S. 163-164.

險。在我國，基於物權行為無因性原則，物權行為不因債權契約無效、撤銷或解除而失其效力，物權行為若有效，買受人為所有人，應負擔標的物毀損滅失之不利益。

第二及第三個問題，涉及契約風險分配。因不可歸責於雙方當事人之給付不能，債務人免給付義務（第225條第1項），自無損害賠償乃至於價額償還責任，但也無法請求對待給付（第266條），從而，我國民法立法者對給付不能有相當明確的危險分配規則。反之，我國民法契約解除關於原物返還不能有兩個看似互不相容的規定：第259條第6款規定應返還之物有毀損、滅失或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額；第262條返還不能之法律效果則為解除權消滅。邏輯上，須先有解除權，契約解除後，方有適用回復原狀關係規定之餘地，第259條規定之適用須先跨越第262條之門檻。若按傳統說法，以債務不履行為由解除契約均須可歸責於債務人，則在我國民法欲以解除契約請求返還價金之買受人，須通過三關考驗：第一關為解除權取得：債務人證明債務不履行不可歸責自己若越容易，債權人解除權取得的機率越低；第二關為解除權得而復失：縱取得法定解除權，標的物毀損滅失返還不能尚須不可歸責於自己；第三關為價額償還：即使幸運地解除權不消滅，仍須償還價額，標的物之價額若以客觀標準計算，而價額大於價金時，買受人最後可能空手而回，甚至須償還高於價金之價額。若法定解除權係賦予債務不履行之債權人（守約方）的救濟，尚未履行者，免給付義務，標的物原物返還可能時，得取回原物，但原物返還不能時，解除規定適用的結果，也許令其悔不當初。我國民法立法者雖欲繼受德國舊法及日本民法不得解除模式，但因又有返還不能價額償還規定，而有出人意表的結果。

一、第262條解除權消滅

民法第262條規定之解除權消滅事由，與民法第259條第6款價額償還義務之發生，固然不完全重疊，但「物有毀損滅失或其他事由致返還不能」為二者所同。

(一)返還不能

標的物物理上不存在，如車因車禍全毀，所謂絕對滅失，乃返還不能最無爭議的情形。若尚未達滅失程度，受領人已無法按交付時之狀態返還他方⁷⁰，甚而標的物實體並無變更而僅為價值減少，是否亦得構成第262條毀損而返還不能，判斷不易。

1. 物理上毀損

史尚寬一方面認為毀損指給付物所有價值之減少，不限於物之形狀等變更，毀損程度須至不能返還之程度，即以原物返還及減少價額之償還，已不能達完全回復原狀之目的，他方面又認為須有現實的毀損，價值或使用之不良觀感，尚為未足⁷¹。所謂現實的毀損，是否指物理上毀損，或包括單純客觀上價值減少，並不明確。上開見解，也被最高法院採納⁷²。原物返還及償還減少價額通常即使返還債權人之經濟上地位處於如同締約前之狀態，何時會發生原物返還及償還減少價額無法完全達成回復原狀目的的情形，並不

⁷⁰ 最高法院104年度臺上字第1523號判決對第262條之適用，曾謂：「果系爭機器設備已無法按交付時之狀態返還藏盛公司，該不能返還之情形係於何時發生，是否可歸責於瓏順公司，與其解除權已否消滅所關頗切，應予釐清。」

⁷¹ 史尚寬，債法各論，頁546，1960年11月。

⁷² 最高法院87年度臺上字第1122號判決：「所謂毀損，係指給付物所有價值減少，不獨物之形狀等之變更，給付物設定有第三人之權利者，亦包括在內；如已至不能返還之程度，亦即以原物返還及減少價額之償還（民法第二百五十九條第一款、第六款），已不能達完全回復原狀之目的者，其解除權消滅。」同旨，最高法院104年度臺上字第2011號判決。

明朗。如車經事故車體受損，雖經修復仍無法完全回復外觀，買受人倘同意償還減少之價額，得否認為因無法回復外觀，有不可磨滅之瑕疵，無論多輕微，均構成民法第262條所謂標的物毀損，不無疑問。

德國普通法時代，毀損尚未足以排除解除權，僅發生補償責任，德國民法第二委員會一讀會時才加上重大毀損之情形⁷³，依德國一九九〇年民法第351條第1項，毀損須為重大，解除權方被排除。日本民法第548條並未如我國民法毀損滅失並列，而僅規定顯著毀損。我國民法第262條毀損雖未明文限定在重大，但毀損若得與滅失相提並論，同為解除權消滅之事由，標的物毀損應達到無法合理期待返還債權人接受，幾近滅失的狀態。我國民法如欲繼續維持不得解除模式，而在解除權人與相對人間取得平衡，解釋論上或立法論上，毀損應限制在情節重大的情形，毀損若非情節重大，則為民法第259條第6款適用問題⁷⁴。

我國民法解除權消滅事由不區別滅失與毀損，而何種情形之毀損足以達到返還不能並不明確，其判斷又攸關解除權是否喪失，判斷稍有不慎，輕重失衡，造成不公平的結果，此乃近年來國際立法無不近價額償還模式而遠不得解除模式的原因之一。

2. 主觀不能

民法第262條返還不能，除物之實體受破壞而達到毀損滅失（客觀不能）之外，動產遺失或被竊而無法尋回、不動產被徵收等

⁷³ Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 65.

⁷⁴ 孫森焱，民法債編總論（下），頁765，2014年9月，訂正版：「若僅有輕微之毀損，於全部給付物之返還無關宏旨者，解除權仍不消滅。」排除輕微毀損；楊芳賢，同註4，頁235，主張立法論上，非重大毀損，不可歸責於有解除權之物之受領人時，解除權並不消滅，但就物之毀損，應償還基於給付與對待給付主觀均衡所計算之價額。

情形，物之實體縱未受破壞，亦得為該條返還不能之情形（主觀不能）。

此外，受讓人讓與標的物所有權或設定權利予第三人時，因契約解除不生物權效，基於有效物權行為之物權變動並不受影響，縱第三人明知有得為解除之原因，亦取得所有權或定限物權，物之實體雖未受破壞，仍構成民法第262條之滅失（相對滅失）。

3. 代替物之返還

受領之標的物雖返還不能，受領人得否主張受領之給付物為代替物，雖無法以受領之物返還，但仍得以種類品質數量相同之物之返還，因而並無返還不能，從而仍得解除契約？此點，學說及判決雖少有討論，但在契約解除後回復原狀義務的討論上，學說多主張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量之物為已足⁷⁵，最高法院判決則採原物返還說，不論為代替物或不代替物，均應將原物返還⁷⁶。個人贊同多數說，並認為受領之物若為代替物，縱受領之原物返還不能，有解除權之受領人若得以種類品質數量相同之物返還，即非返還不能，甚至在給付物加工改造而變更其種類時，解除權亦不消滅。蓋如依民法第262條立法理由所言：「查民律草案第五百四十七條理由謂有解除權人，因歸責於己之事由，致不能履行回復原狀之義務，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

⁷⁵ 史尚寬，債法總論，頁536，1954年7月；陳泐岳，契約解除之給付物的「返還不能」——最高法院八十九年度台上字第五三九號判決評釋，台灣本土法學雜誌，21期，頁46-47，2001年4月；游進發，解除債務人原物返還義務與代替物，台灣法學雜誌，150期，頁157-158，2010年4月15日；游進發，同註50，頁220-222。

⁷⁶ 最高法院90年度臺上字第2182號判決、97年度臺上字第72號判決；同說，孫森焱，同註74，頁757。

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。」解除權消滅係為保護相對人之利益，以種類品質數量相同之物返還應足以保護其利益，在法定契約解除，解除權賦予之法律規範目的又能達成，誰曰不宜。

(二)可歸責於有解除權之買受人

契約解除前，標的物毀損滅失返還不能，契約當事人可能面對兩個截然不同的命運：解除權消滅或償還價額，分水嶺就在返還不能之事由是否可歸責於有解除權之受領人⁷⁷。

1. 可歸責不等於故意過失

我國民法第262條及其所參考的德國舊法與日本民法均有解除權因返還不能而消滅之規定。德國舊法第351條的用語，並非債務不履行規定慣用的zu vertreten（可歸責），而是verschuldet hat。德國民法所謂Verschulden，向來指故意過失行為而言⁷⁸，若非因債務人之故意過失，羅馬法以來的歐陸傳統稱為Zufall⁷⁹，中文多譯為事變，德國舊法第350條規定標的物滅失若係基於Zufall，解除權並不消滅，翻譯為非基於故意過失，亦無不可。日本民法自始自終未使用可歸責或具有歸責事由之用語，二〇一七年債權法改正第548條，僅將「解除權人自己行為或過失」修正為「解除權人之故意或過失」。我國民法第262條並未忠實繼受德國及日本規定，而選用「可歸責」的用語，無論立法者是否認為故意過失即為可歸責，用

⁷⁷ 約定解除權之行使，依最高法院96年度臺上字第25號判決，不受民法第262條之限制。

⁷⁸ Mot I 281（引自Jauernig/Vollkommer, BGB, 8. Aufl., 1997, § 276 BGB, Anm 10）。

⁷⁹ Kaser, Römisches Privatrecht, 16. Aufl., 1992, S. 172.

語的不同使我國民法享有更寬廣的解釋的空間。

標的物受領後返還不能之原因，如區分為物理上毀損滅失、法律上處分及給付物變更種類三大類，因有解除權之買受人加工改造給付物種類變更，解除權消滅，法有明文，因法律上處分無法原物返還，乃買受人故意所致，且買受人多因讓與或設定定限物權而獲得對價，令其喪失解除權，符合事理。物理上毀損滅失的原因則相當多樣，大致有以下幾種情形：

第一、因買受人之過失：如援用傳統債務不履行過失概念，所謂過失，可為重大過失、具體輕過失或抽象輕過失；

第二、因買受人之行為，但買受人並無過失；

第三、因給付本身隱有之瑕疵；

第四、因返還債權人違反契約義務；

第五、因不可抗力；

第六、雖因不可抗力，但縱未交付，標的物仍將在給付人處發生毀損滅失。

2. 學說

以上幾種情形是否可歸責於解除權人，繫於民法第262條可歸責概念之展開。該條所謂可歸責，傳統見解理解為故意或過失⁸⁰，買受人為解除權人時，標的物因其故意過失返還不能，解除權消滅。然而，過失責任主義下的過失，以違反真正義務為必要，買受人若不知有解除權發生事由，基於所有人之地位對標的物本來就可以自由處分收益（民法第765條），對給付人並不負有保管標的物義務，既無法律上真正義務，自無真正的過失可言。我國學者遂有認為所謂過失指買受人「疏於注意而言，惟不一定限於義務違反之概念，蓋以受領權人就給付物之返還，在解除契約前，尚非債務人

⁸⁰ 史尚寬，同註75，頁546；鄭玉波，民法債編總論，頁445，1962年6月。

也。」⁸¹也有參照德國舊法時代流行看法，認為民法第262條之規定是為避免解除權人違反禁反言原則的行為⁸²。至於此注意之標準究竟為客觀標準，即買受人是否採取理智之人處理對待給付物以防止給付物毀損滅失⁸³，抑或主觀標準，即是否已盡與處理自己事務相同之注意⁸⁴，學說見解不同。

德國舊法第351條雖明文規定以過失為返還不能解除權消滅原因，但契約解除前，買受人本得自由處分，標的物毀損滅失並不能說其有過失⁸⁵，學說因而多透過解釋擴張該條過失之概念，出發點雖同，但各奔前程，自行其道：有認為該條之過失並非固有意義之過失⁸⁶，而為具體輕過失；亦有認為該條解除權喪失係基於矛盾行為禁止原則；也有認為標的物毀損滅失若係基於買受人自由行為或危險升高行為，不利益應由買受人承擔，解除權消滅⁸⁷。我國民法第262條誤打誤撞使用不同於德國、日本的用語「可歸責」，解釋上足以認為解除權人應以喪失解除權承擔標的物返還不能危險的事由，均可認為係可歸責於解除權人。換言之，我國該條可歸責概念之展開，不應掉入德國論爭之泥沼而不能自拔，問題的關鍵不在於解除權人返還不能是否有故意或過失，及過失應如何理解，而在於應以何種基準與價值判斷分配返還不能的危險。

81 邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁187，2001年2月。

82 游進發，同註50，頁249-251、256。

83 楊芳賢，同註4，頁215。

84 游進發，同註50，頁253，似傾向如是說。

85 Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 192.

86 德國民法過失（Fahrlässigkeit），指欠缺交易上必要之注意（舊法第276條第1項第2句；新法第276條第2項），即我國學者慣稱的抽象輕過失。

87 我國文獻介紹，參見楊芳賢，同註4，頁211-213。

3. 可歸責概念之再展開

在侵權損害賠償責任，對非因自己故意而致的損害是否應負責任，涉及損害轉嫁問題，在過失責任主義下，唯有過失的行為方須負賠償責任。受領後非因買受人之故意標的物毀損滅失，一如因不可歸責於債務人之給付不能，如前所述，牽涉到三個風險：標的物本身的危險、給付危險及價金危險。給付物返還不能，標的物已交付，與一般給付不能，債務人尚未履行，情形迥然有別，從而，依民法第262條，給付返還危險固然也是取決於解除權人是否可歸責，但在分配危險時，不能無視民法第373條危險移轉揭櫫的價值判斷，換言之，標的物一旦處於買受人支配範圍，不僅標的物之利益由買受人承受，危險亦由其承擔⁸⁸，買賣標的物毀損滅失之不利利益，無論基於所有人負擔原則或買賣危險移轉規定之價值判斷，此危險分配原則不應該因契約解除而有所改變。我國民法採不得解除模式，意味在返還關係上，買受人以不得解除契約的方式負擔返還不能的危險，此為立法者價值判斷，在法律修正前應予尊重。

他方面，買受人承擔其管領中標的物毀損滅失之不利利益，依其情形，亦可能發生不公平。事實上，民法第267條明文規定可歸責於他方當事人之給付不能，一方不必承擔對待給付危險。個人認為民法第262條所謂可歸責，應認為原則上有解除權之買受人應負擔此危險，解除權消滅，但若毀損滅失可歸責於出賣人時，仍得解除契約（下述二、(二)）。不可抗力標的物毀損滅失之危險，無論標的物毀損滅失本身之不利利益或標的物返還之危險，均應由管領標的物之買受人負擔，買受人若為解除權人，其解除權依第262條喪失，而無法請求返還價金，買受人以喪失解除權的方式，負擔標的物毀

⁸⁸ 標的物毀損滅失的不利益，原則上，由標的物受領人承擔，被認為是最佳的風險分配原則，文獻參見Hellwege, *supra* note 3, at 1404.

損滅失之不利益⁸⁹。

(三)給付物變更種類

除因可歸責於解除權人之事由而返還不能者外，民法第262條尚規定給付物因加工或改造被變更種類時，解除權也消滅。類似的規定也出現在德國一九九〇年民法第352條及日本民法第548條，解除權之消滅不以變更種類有故意過失為必要⁹⁰。我國民法第262條之適用上，通說也認為加工或改造不以可歸責於解除權人要件⁹¹。

二、解除前返還不能之價額償還

(一)民法第259條第6款之返還不能

民法第259條第6款以返還不能為價額償還義務發生之要件，其所謂返還不能與民法第262條之返還，是否同其概念，不無疑問。民法第262條之適用，在決定解除權是否消滅，其結果，乃全有（有解除權）全無（解除權喪失），民法第259條第6款則在透過價額償還讓給付人之經濟上地位回復到解約前之原狀。倘二者概念相同，亦即唯有當標的物物理上滅失，或與幾乎等同於滅失無法期待給付人受領，或有法律上處分等主觀返還不能等情形發生時，方發生價額償還義務，則標的物尚未達到等同於滅失之程度，應如何處理，不無困難。問題癥結在於民法第259條第1款及第6款之關係如何，適用上是否有互斥性？

⁸⁹ 個人前曾主張民法第262條之「可歸責」。在法定解除，受領人負具體輕過失，約定解除，則負抽象輕過失責任（參見陳自強，雙務契約不當得利返還之請求，政大法學評論，54期，頁226，1995年12月），今變更見解。

⁹⁰ Leser, aaO. (Fn. 73), S. 66.

⁹¹ 孫森焱，同註74，頁767；反對說，鄭玉波，同註80，頁368：「加工、改造雖不必限於有解除權人所自為。但亦須由其應負責之行為所致者始可。」

1. 與第259條第1款之適用關係

誠然原物返還以返還可能為前提，因而邏輯上與返還不能無法相容⁹²，然第1款係規定應返還由他方所受領之給付物，而非應返還與受領時完全相同狀態之給付物。從而，不僅理論上該款得與第6款併存，實際運用上亦有其必要。如買受人受領之車因事故而毀損，車雖經修復仍有價值之減損，買受人依第1款返還該車，並依第6款償還減少之價值，若已足以完全達到回復原狀之目的，依前揭學者及最高法院對毀損之闡釋，並不構成民法第262條之毀損，標的物之返還及價額償還即為回復原狀之方法。準此，民法第259條第6款返還不能與第262條之返還不能，異其概念，價額償還義務之發生，亦可能在彌補標的物返還仍無法完全達到回復原狀的情形。

2. 單純價值之減損

新車買賣，交車後一經使用，甚至過戶後尚未開始使用，經過一段時間，市價即會減少，第一年折舊率多在百分之十以上，縱車保養得宜，外觀與新車無異，交易價值也大幅減少，3C產品，價值減損，不遑多讓。契約解除後，買受人返還標的物時，價值減損部分，是否應償還價額，德國學說見解不一。新法修正後，通說認為第346條第2項第1句第3款所謂毀損，指物之實體不利益的變更或物之功能受損，標的物市價減少並非毀損，毀損亦不包括通常使用所致之標的物價值減損⁹³。最高法院89年度臺上字第539號判決：「上訴人辯稱：系統設備經被上訴人受領使用迄今已達二十年，被上

⁹² 陳泐岳，同註75，頁47：「文義上為二者擇一之概念」。

⁹³ BeckOK BGB/H. Schmidt, 55. Ed. 1.8.2020, BGB § 346 Rn. 54; MüKoBGB/Gaier, 8. Aufl. 2019, BGB § 346 Rn. 50; Bartels, aaO. (Fn. 11), S. 217-219; Bockholdt, AcP 206 (2006), S. 779.

訴人任其棄置荒廢，未加任何保養維護，因年久失修，已喪失原有品質、功能，淪為廢品等語，聲請囑託公正之鑑定機構予以鑑定，此抗辯攸關係爭設備有否不能返還之情形，自應予調查，原審法院徒以系爭設備外觀上無毀損滅失之情形，即認其非不能返還，殊嫌速斷。」亦認為功能喪失亦構成返還不能。

我國最高法院判決多認為民法第259條第6款所謂不能返還，係指依社會通常觀念其返還已屬不能者而言，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，僅因社會經濟狀況、科技發展等外在情事變遷，致其價值貶損，尚難謂為不能返還。不得以返還之標的物為科技產品，因擺置多年，科技進步，致喪失其市場價值，逕認為返還不能⁹⁴，亦不得以系爭科技產品自交付時起至法院審理時，擺置十年以上，已超過耐用年數、折舊率、報廢年限，已無市場價值可言，遽認無法返還⁹⁵。

楊芳賢主張應類推適用民法第259條第6款，由物之受領人就給付物之價值貶損部分，負擔價額償還之義務⁹⁶，個人認為給付物若非物理上發生毀損，而僅因使用或時間經過價值減損，就價值減損，受領人不負價額償還義務。買受人若須返還使用收益標的物之利益，又須償還價值減損部分之價額，乃雙重負擔。

(二)可歸責於無解除權之出賣人

因不可歸責於債務人之給付不能，除標的物本身之危險及給付危險外，尚涉及對待給付危險（價金危險），即債務人得否請求對待給付，此乃狹義的危險負擔問題。依民法第373條規定，標的物

⁹⁴ 最高法院87年度臺上字第494號判決。

⁹⁵ 最高法院86年度臺上字第364號判決。

⁹⁶ 楊芳賢，同註4，頁219-220。

受領後，由買受人負擔價金危險，標的物毀損滅失，買受人仍須支付價金。標的物毀損滅失不可歸責於有解除權之買受人，解除權不消滅，買賣契約解除時，買受人得否請求返還價金，為標的物毀損滅失牽涉的第三個危險分配問題。此第三個問題又有三個問題點：第一、可歸責於出賣人之概念如何界定；第二、買受人若得解除契約，契約解除後，是否須償還價額；第三、買受人得否請求返還價金。

1. 不可歸責於買受人

個人認為民法第262條之可歸責，非即故意或過失，立法者有意透過具有彈性的概念適當合理分配標的物毀損滅失的危險。如前所述，標的物毀損滅失係因出賣人應負責任之瑕疵或違反義務，出賣人應負擔危險，國際間已漸漸形成共識。物之瑕疵擔保責任之發生並不以可歸責於出賣人為必要，更不須有故意或過失，然標的物毀損滅失若係因物之瑕疵或出賣人違反契約或法定義務，危險不應由買受人負擔，而為我國民法第262條之不可歸責。

2. 買受人之價額償還義務

出賣人負擔危險的方式，在採價額償還模式的立法例，係讓買受人例外無須償還價額，在不得解除模式，則為讓買受人仍得解除契約，請求返還價金，返還不能若無過失，亦無損害賠償責任。日本民法採不得解除模式，但無價額償還規定，返還不能之買受人責任如何，如前所述，有危險負擔規定類推說及價額償還說之爭。我國民法立法者有先見之明，第259條第6款明文規定應返還之物有毀損、滅失或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額。不可歸責於有解除權之買受人標的物返還不能，雖得解除契約，仍須償還價額。買受人因出賣人違反義務所生之損害賠償責任並不因契約解除而受影響（第260條），固不待言。

3. 請求返還價金

買賣契約解除後，價金尚未支付時，買受人免價金給付義務，已支付者，得依第259條第2款請求返還價金並附加自受領時起之利息。

因唯有當標的物毀損滅失係因標的物有瑕疵或出賣人違反義務，為危險例外由出賣人負擔之情形。此時，返還不能因可歸責於出賣人，故不可歸責於買受人。

(三)解除權人為出賣人

以上設想案例為買賣標的物有瑕疵，買受人依民法第359條解除契約前，標的物即已毀損滅失，因返還不能不可歸責於受領標的物之買受人，解除權不消滅時，依第259條第6款，買受人應償還價額。出賣人若為解除權人，因非受領給付物之人，無論買受人返還不能是否可歸責於出賣人，解除權均不消滅，契約解除後，買受人須償還價額。

(四)償還價額義務

1. 過失責任？

解除權若不因標的物返還不能而消滅，買賣契約合法解除後，買受人依民法第259條第6款須償還價額。有解除權之買受人解除契約後，又須償還價額，而無任何例外，對無違約情事的買受人，不無過苛之處。若依本文見解，返還不能之危險原則上應由受領人負擔，有解除權人之買受人，僅於返還不能可歸責於出賣人始不喪失解除權時，返還不能仍能解除契約即屬例外，契約解除後復令買受人償還價額，更是有失厚道。

通說雖認為價額償還義務並非損害賠償，不以受領人有故意過

失為要件⁹⁷，但如返還義務人縱不受領其物仍不免毀損滅失者，無返還義務，至其依據，史尚寬求諸誠信原則，孫森焱則認為此情形，損害與契約訂立無因果關係，即使當事人未曾訂約，給付人亦無法避免該損害，應類推適用第231條第2項但書之規定，由給付人承擔該毀損滅失之不利益⁹⁸。通說承認之例外，德國新法第346條第3項第1句列為免價額償還義務的情形。此外，亦有學者主張價額償還義務以返還義務人返還不能可歸責或有故意過失為要件⁹⁹，目的亦在緩和民法第259條第6款之嚴格性。

2. 客觀價值或約定之價金

關於價額之計算，前揭判決尚主張原物返還不能，價額之計算，應以價額償還義務成立時客觀之價額為準，然也有學者主張「以約定之給付代替客觀價額作為物之滅失或不能返還之價額，或者維持給付與對待給付主觀均衡，以計算物受毀損時應償還之價額。」¹⁰⁰ 後者，顯然受到德國債編修正的影響。

如前所述，德國新法明訂價額原則上以對待給付為準，此立法者價值判斷受到學者諸多質疑。如乙以100萬元向甲買值80萬元之車，交付後不久乙就合法解除契約，乙須返還之車仍僅值80萬元，出賣人須返還100萬元之價金，而不得主張為維持契約主觀等值，契約若不被解除，將可獲利20萬元，故僅須返還80萬元。契約若被撤銷，依不當得利返還法則，價額應客觀計算，契約被解除，解除人同樣以解除表明欲擺脫對價關係之約定，何以契約解除時，對價關

⁹⁷ 楊芳賢，同註4，頁239。

⁹⁸ 史尚寬，同註71，頁536；孫森焱，同註74，頁759。

⁹⁹ 陳泂岳，同註75，頁49；馬維麟，民法債編註釋書(三)，第259條，邊碼43，1996年9月：令負無過失責任，違背民法過失主義之基本原則，故應以歸責事由為要件。

¹⁰⁰ 楊芳賢，同註4，頁239。

係反而被維持，令人不解¹⁰¹。批判者更認為契約解除之目的在回復到契約成立時之狀態，以約定對價為準，牴觸契約解除之目的¹⁰²。

我國民法雖有價額償還規定，但如何計算並無明文。物因侵權行為而受損害，請求金錢賠償，依最高法院64年度第6次民庭庭推總會決議，以請求時或起訴時之市價為原則。價額償還固然與損害賠償不同，但標之物之計算以客觀價值為準，應為穩妥之見解，是否改採約定之對價，應屬立法者之抉擇，逾越解釋論範疇。不當得利法價額之計算，亦以客觀說為通說¹⁰³。在標之物有瑕疵的情形，應償還標之物有瑕疵時之客觀價值，固不待言。

3. 決定標之物價值之時點

決定標之物價值之時點，理論上有幾種可能性：第一、契約締結時；第二、標之物受領時；第三、標之物毀損滅失時；第四、解除時；第五、請求返還或償還價額時；第六、最後事實審言詞辯論終結時。最高法院103年度臺上字第2139號判決採解除說¹⁰⁴。個人認為以受領時說為妥¹⁰⁵。

4. 所受利益不存在規定之類推？

個人在一九九五年發表的論文中，提議解除權人因不可歸責於己之事由致返還不能時，類推民法第182條第1項之規定，於相對人請求償還價額時，得主張未因標之物返還不能而所有利益，或所受

¹⁰¹ Faust, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 252; Brox/Walker, aaO. (Fn. 49), Kap. 5, Rn. 29.

¹⁰² Reinhard Zimmermann, *Restitution After Termination for Breach of Contract: German Law After the Reform of 2002*, in MAPPING THE LAW: ESSAYS IN MEMORY OF PETER BIRKS 323, 335 (Andrew Burrows & Alan Rodger eds., 2006).

¹⁰³ 王澤鑑，不當得利，頁280，2015年1月，增訂新版。

¹⁰⁴ 同說，史尚寬，同註75，頁536。

¹⁰⁵ 同說，陳泐岳，同註75，頁48。

之利益已不存在¹⁰⁶。楊芳賢教授提出數點理由表示反對¹⁰⁷。依個人現在的理解，縱在給付不當得利，特別是契約無效或被撤銷給付之返還，不得主張所受利益不存在，民法第181條第1項類推適用於契約解除之回復原狀關係已失其基礎，因而揚棄以前見解，贊同反對說的結論。

三、解除後返還不能

當事人因契約解除而生之相互義務，民法第261條明文規定準用第264條，返還義務處於同時履行關係，故而，出賣人得於買受人返還買賣標之物之前，拒絕返還價金。契約解除所生之返還義務亦為債務，返還義務違反，若無特別規定，當有債務不履行一般規定之適用，如返還遲延，適用給付遲延（第229條以下），返還債權人若對給付物之返還，不能受領或拒絕受領，當有受領遲延法則之適用。契約經合法解除後，始發生其所受領之給付物不能返還時，契約既經解除，無所謂解除權消滅的問題¹⁰⁸，民法第262條解除權喪失之規定，自無適用之可能。問題在於是否一如解除前返還不能，有第259條第6款之適用。

(一)給付不能規定適用說

最高法院向來認為在契約解除後始發生不能返還之情形，應適用關於給付不能之規定，不得援用契約解除回復原狀之規定，第259條第6款之規定，當然無其適用¹⁰⁹。最高法院89年度臺上字第

¹⁰⁶ 陳自強，同註89，頁247。

¹⁰⁷ 楊芳賢，同註4，頁206-208。

¹⁰⁸ 參見最高法院92年度臺上字第1267號判決。

¹⁰⁹ 最高法院86年度臺上字第364號判決、87年度臺上字第1898號判決、91年度臺上字第1290號判決、93年度臺上字第32號判決、96年度臺上字第25號判決、

539號判決明確宣示此情形之法律適用關係：「不能返還如係因不可歸責於雙方當事人之事由所致，依民法第二百五條第一項、第二百六十六條第一項規定，受領人免給付義務，他方當事人亦可免為對待給付之義務；如受領人因可歸責於他方當事人之事由而不能返還，依民法第二百五條第一項、第二百六十七條規定，其可免給付義務，仍得請求對待給付；如因可歸責於受領人之事由致不能返還，依民法第二百二十六條第一項規定，他方當事人得請求賠償損害。」學者對第266條及第267條之準用，多無質疑者¹¹⁰。

上開見解以解除時點為是否有第259條適用之楚河漢界：解除後始發生之返還不能，適用給付不能之一般規定，因不可歸責於雙方當事人之事由而返還不能，受領人免返還義務，他方也免返還對待給付義務，此時，因雙方均已給付，無免除效，又因雙方均免返還義務，亦無契約解除之返還效，形同維持契約履行之狀態。唯有當法律賦予契約解除一定法律效果，如承認當事人得請求因解除所生之損害賠償時（如民法第507條），契約解除方有其實益。

（二）給付不能一般規定適用之疑點

個人在一九九五年發表的論文，曾主張契約一旦解除，唯有適用民法第259條回復原狀關係規定一途，受領之標的物返還不能，應依該條第6款償還價額，不以可歸責為要件¹¹¹。返還義務固然仍有債務不履行規定適用之餘地，但債務不履行一般規定並無價額償還的規定，返還不能若可歸責於買受人，買受人依第226條所負之責任為損害賠償責任，與價額償還責任競合，若不可歸責，買受人

99年度臺上字第860號判決。

¹¹⁰ 史尚寬，同註75，頁542；鄭冠宇，民法債編總論，頁285，2019年8月，3版。

¹¹¹ 陳自強，同註89，頁226。

免原物返還及損害賠償之責，但仍應償還價額¹¹²。如此主張，係基於對給付不能規定適用說之若干疑點：

1. 第225條及第226條並未在準用之列

契約解除後返還義務之不履行，若為債務不履行的問題，返還不能應一律適用給付不能之規定，則民法第261條明文規定準用第266條、第267條，似多此一舉¹¹³。眾所皆知，第266條及第267條係關於價金危險，在返還關係適用上，為返還不能債務人得否請求返還對待給付之問題。第261條僅明示準用第266條及第267條，而未準用第225條及第226條，立法者是否有意適用第259條第6款價額償還規定，換言之，無論返還不能是否可歸責於受領人，均負價額償還義務，對待給付之返還方準用第266條及第267條之規定，並非無想像空間。

2. 直接效果說

若依最高法院所採的直接效果說，契約解除使契約關係溯及消滅¹¹⁴，則無論何時解除，回復原狀關係之內容，至少就原定給付之返還，應無不同。解除之效力發生，在直接效果說並非解除之表示時，而為契約成立時，返還不能的時點不應影響到回復原狀規定之適用。因返還不能發生時點而異其法律適用，在直接效果說未必有正當性。最高法院87年度臺上字第1898號判決：「負回復原狀義務之當事人，如應返還之物有毀損、滅失，或其他事由致不能返還者，則依同條第六款之規定，應償還其價額，惟此係就契約解除當時

¹¹² 楊芳賢，民法債編總論（下），頁254，2017年1月，亦認為第266條之規定不宜準用。

¹¹³ 日本學者我妻榮對我國民法第261條也認為準用第264為已足，其餘均無意義可言（引自史尚寬，同註75，頁542）。

¹¹⁴ 最高法院23年上字第3968號判例、49年臺上字第1597號判例、82年度臺上字第1292號判決、100年度臺上字第2號判決。

有上開情事者而言，乃契約解除之回復原狀，係因解除而新發生之義務，其內容並於解除效力發生時確定，故契約解除之效力發生以後，始有不能返還之情事者，即不可再援解除契約回復原狀規定，請求償還其價額。」認為回復原狀內容於解除效力發生時確定，牴觸其向來主張的直接效果說，且若回復原狀義務於解除效力發生時確定，則解除後返還前發生之利息、標的物之使用收益、勞務提供等問題如何處理，亦為難題。

3. 輕重失衡

同為因不可歸責於解除權人事由而返還不能，解除前之返還不能，受領人解除契約後，須償還價額，解除後返還不能，不僅無價額償還問題，亦無損害賠償責任。解除前不知有返還義務（善意）受領人責任反而較解除後知有返還義務之（惡意）受領人為重，不無有失其平之處¹¹⁵。

(三) 危險分配基準之貫徹

給付不能一般規定適用說固然有上述疑點，惟我國民法不僅有第259條，也有第261條之規定，若返還不能無論解除前或解除後，契約解除後均適用第259條第6款，則第261條準用第266條及第267條並無意義。第259條價額償還之規定，並無如德國現行法設有例外規定，解除後返還不能一律負償還義務，未必全然妥適。個人認為在法律修正前，與其適用不具彈性的價額償還規定，毋寧透過第225條及第226條歸責事由的具體化，更能達到合理公平分配解除後返還不能的危險的目標。

¹¹⁵ 游進發，同註50，頁249-251、256：「在解除契約前，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。單以應返還的物毀損或滅失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的處置。」

孫森焱一方面贊成給付不能規定適用說，認為契約解除後，準用第266條、第267條規定，回復原狀義務應以可歸責為要件，但「當事人之一方向他方以意思表示解除契約時，若同時請求回復原狀，則依民法第二二九條第二項規定，他方就應負回復原狀復原狀之債務即自解除時起負遲延責任，並依同法第二三二條第二項規定對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。」¹¹⁶其說固有若干值得商榷之處：第一、民法第266條及第267條在解決對待給付危險，而非給付危險，嚴格來說，第261條準用第266條及第267條並無法得出買受人之返還責任須具備歸責事由的推論；第二、依第229條第2項之規定，債務人乃自催告時起，而非自解除時起負遲延責任¹¹⁷；第三、遲延責任仍以可歸責於債務人為要件¹¹⁸，並非自請求或催告時起當然負不可抗力責任。受領人若能證明標的物毀損滅失不可歸責於自己（民法第230條），自無民法第232條第2項之適用。上述見解雖不無有待商榷之處，該說若意在使債務人負不可抗力責任，似也認為交付後之危險，應由受領人負擔。

如前所述，標的物毀損滅失之危險，原則上應由受領人負擔，契約解除前，我國民法係表現在解除權喪失上，契約解除後，則體現在損害賠償責任上。換言之，契約解除後返還不能，除非返還不能事由可歸責於他方當事人，否則，均屬於第226條所謂可歸責於債務人之情形，受領人須負損害賠償責任，返還不能若可歸責於他方，則受領人不僅免賠償義務（第225條），亦得請求返還對待給付（準用第267條）。因唯有可歸責於他方，返還不能方不可歸責受領人，不可歸責於雙方的情形並不會發生。危險分配之基準如貫

¹¹⁶ 孫森焱，同註74，頁763。

¹¹⁷ 參見楊芳賢，同註4，頁238。

¹¹⁸ 孫森焱，同註74，頁534。

徹到契約解除後標的物毀損滅失返還不能，則所謂可歸責於他方，在買受人解除契約之情形，亦應指因出賣人應負責任之瑕疵或違反義務所致者。

肆、修法建議

將來債編修正，倘有鑑於契約解除回復原狀之規定，實務運作上，並未帶來太多困擾，決議維持現狀，而由學說實務見招拆招，採船到橋頭自然直的策略，而集中精力於更重要的議題，亦無不可。一旦決定修正，但維持解除回復原狀與其他契約給付返還制度之獨立性¹¹⁹，僅修正解除之規定，乃規模最小、變動幅度最小的「小改革」。關於標的物返還不能的部分，修法可能方向，不一而足：

一、維持不得解除模式

(一)修正第262條

1. 歸責修正為故意過失

我國民法如欲繼續維持不得解除模式，應設法在解釋論或立法論上消除第262條解除權消滅及第259條第6款價額償還規定間的緊張關係。首先，為法律定性計，應具體化「可歸責」之內涵。德國一九九〇年民法不僅在返還不能損害賠償責任方面，解除權喪失也以故意過失為要件，我國民法立法者或許以為故意過失即為可歸責，使用「可歸責」之用語，抑或藉此以示不同，不可得而知，無論如何，如何透過概念之釐清，妥適分配返還不能之風險，為當務之急。以「故意過失」取代民法第262條之「可歸責」，解除權喪

¹¹⁹ 關於多元的契約返還關係，陳自強，同註2，頁149-167。

失事由上，或許更明確，但如何判斷有過失，仍舊不明。「可歸責」修正為「因故意或未盡與處理自己事務相同之注意」，或許更為明確。

2. 模仿日本新法

以過失取代可歸責，解除權喪失之機率，取決於過失概念之運用。政策上若認為應增加有解除權受領人解除契約的機會，仿日本新法之例，於第262條增訂「有解除權人不知有解除權時，不在此限。」之例外，亦可考慮。此修正與上述1.，並不衝突，固不待言。有解除權之受領人於解除後，依第259條第6款之規定，負價額償還之責。

3. 列舉解除權不消滅事由

以上(1.及2.)之修正，過失之概念扮演重要的角色，但與其求諸於過失概念之展開，不如直接明訂解除權不消滅之具體情形。如前所述(貳、一、(四)、2.)，聯合國國際商品買賣公約第82條第2項明文列舉解除權不消滅的事由，將來債編修正參酌援用，無形中導入迄今有史以來最成功的國際契約法文件的法則，收與國際同步之效，為其優點。他方面，聯合國國際商品買賣公約解除權消滅模式缺點不少，尤其依該條所列的第一個情形：「無法返還或無法以受領時實質上相同狀態之物返還，並非因買受人之作為或不作為」，在非因買受人之作為或不作為之返還不能，縱為非因標的物瑕疵所致，甚在不可抗力，風險均由出賣人負擔，對標的物有事實上管領力之買受人仍得解除契約請求返還價金，買受人僅須依第84條第2項負返還利益之責，不須償還標的物價額。基於一般危險由有管領人負擔法則，且標的物毀損滅失之危險，買受人可透過保險方式分散，由出賣人負擔風險並不公平，聯合國國際商品買賣公約

之規定並不盡妥適¹²⁰。

依個人所見，標的物交付後，標的物毀損滅失及返還不能之危險原則上應由買受人負擔，但返還不能若係因標的物之瑕疵或出賣人違反義務所致，危險例外由出賣人負擔。從而，第262條可修正為：「有解除權之受領人因標的物毀損滅失或其他返還不能者，解除權消滅，但因標的物之瑕疵或相對人義務違反所致者，不在此限。」

(二)修正第259條第6款

1. 受領人負過失賠償責任

有解除權人之受領人若不因給付物返還不能而喪失解除權，受領人為買受人時，解除契約後固然得請求返還價金，但其是否應對給付物返還不能負責，仍有待解決。

一九九〇年德國民法並無類似我國民法第259條第6款價額償還規定，無論解除前或後，受領人僅就其過失負損害賠償責任¹²¹。標的物返還不能之損害賠償責任，若依一般規定，則在解除前之返還不能，受領人對標的物並無注意義務，難謂其有真正過失而須負侵權行為責任，且因返還義務尚未發生，無法構成義務違反之債務不履行責任，德國一九九〇年民法明文規定準用占有人就占有物毀損滅失之損害賠償責任之規定（第953條、第956條），概此之由。然準用之技巧，徒增法律適用複雜性，我國民法第259條第6款若修正為：「因受領人之故意過失致應返還之物有毀損、滅失或因其他事由不能返還者，應負損害賠償責任額。前項情形發生在契約解除後者，亦同。」可一併解決契約解除後返還不能時受領人責任法律

¹²⁰ Hellwege, *supra* note 3, at 1404; 楊芳賢，同註34，頁202-203。

¹²¹ Zimmermann, *supra* note 102, at 329-31.

適用爭議，並能使標的物毀損滅失的時點為解除前及後，適用相同法則，過失之認定則留待法院個案之判斷。此修正使我國不得解除模式，更接近德國舊法。

2. 負代償利益返還責任

同採不得解除模式的聯合國國際商品買賣公約，亦無價額償還規定，而僅在第84條第2項規定契約解除後，買受人應返還自商品所收取的利益。若採此立法例，第259條第6款可修正為：「應返還之物有毀損、滅失或因其他事由，致不能返還者，僅於因返還不能之事由而受有損害賠償或其他代償利益時，負利益返還之責。」德國二〇〇二年新法價額償還模式下，返還債務人若例外不負價額償還義務，亦須返還其現存利益，包括代償物¹²²。

3. 移植德國免價額償還之規定

修法者若以忠於百年前德國及日本民法不得解除模式（民法第262條）的歷史傳承為己任，且對我國特有的返還不能價額償還規定，不離不棄，則增訂無須償還價額之例外規定，似為唯一道路。

法務部委託臺灣大學法律學系研究案「民法債務不履行、瑕疵擔保責任及請求權時效制度規範之檢討與立法建議——以現代國際契約法的發展趨勢」期末報告¹²³，一方面繼續維持不得解除模式，不修正第262條之規定，他方面，建議增訂免負償還價額之規定（第259條之1）：「一、因可歸責於債權人之事由，致受領之給付物毀損、滅失或受領之給付物縱於債權人占有中，仍不免發生損害者；二、標的物於加工或改造時，始發現得解除契約之瑕疵者；三、

¹²² MüKoBGB/Gaier, 8. Aufl., 2019, BGB § 346 Rn. 68.

¹²³ 期末報告下載網址：<https://www.moj.gov.tw/cp-271-44935-d4a03-001.html>，最後瀏覽日：2021年5月4日。關於草案建議條文之介紹，陳聰富，臺灣民法債編修訂新動向，月旦法學雜誌，300期，頁118-131，2020年5月。

於法定解除權之情形，有解除權人縱盡與處理自己事務同一之注意，仍不免其所受領之給付物發生毀損、滅失者。」¹²⁴巧妙地將德國舊法不得解除模式及新法價額償還模式之精髓結合在一起，匠心獨具，別出心裁，固可收減緩受領人責任過重之效，但德國民法已無類似我國民法第262條之規定，前揭免價額償還例外規定，係建立在價額償還模式，而非不得解除模式之上，將德國免償還價額規定移植到我國民法第259條第6款，不無移花接木之嫌。抑有其甚者，如按修正建議通過，將來法律解釋適用，恐唯有能掌握德國新舊法法律狀態與論爭來龍去脈之法律人方能得心應手。

二、改採價額償還模式

倘僅於民法第259條第6款增訂免償還價額之例外規定，固然可稍微降低有解除權買受人標的物返還不能之責任，但如未同時釐清第262條不可歸責於解除權人之內涵，法律狀態依然不明確，解除權人是否因返還不能喪失解除權，也處於未定之天。我國精通德國解除制度發展的學者，基於不同的理由，廢止民法第262條之提議，不絕如縷。游進發認為第262條因評價矛盾而應廢除¹²⁵；郭麗珍認為欲判斷解除權人有無故意或過失，徒增困擾，且第262條之立法目的所欲避免者應為解除權人故意所為者，此種情形可依權利濫用理論予以解決，因此第262條之規定可以考慮廢除¹²⁶。

¹²⁴ 上述建議內容乃德國民法第346條第3項規定之翻譯，修正建議理由表明聯合國國際商品買賣公約亦為其參考對象，但此應有誤會。

¹²⁵ 游進發，同註50，頁249-251、256。

¹²⁶ 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，頁486，1997年12月。

(一)採德國新法模式

不得解除模式，全有全無，過於僵化，且解除權喪失之事由與仍得解除之情形，區別困難，被認為缺點多於優點，堅守此模式並非最佳選擇。價額償還模式容許於返還不能時解除契約，較具彈性，立法論上，為較佳的立法例。

對我國民法影響較大的幾個立法例中，德國二〇〇二年債法現代化，從善如流改採此模式，我國將來債編修正，追隨德國腳步，義無反顧，告別過去，刪除民法第262條之規定，改採價額償還模式，並全盤繼受德國民法契約解除法律效果之規定，明訂返還不能時返還義務人之價額償還義務及其例外，德國學說及實務發展均可為吾人所用，技術支援，不虞匱乏，不失可行之途。

他方面，德國學者認為其新的價額償還模式，過於複雜、難以理解、法律技術不夠成熟¹²⁷。我國民法將來債編修正解除之效果，德國立法例未必為最佳選擇，全盤移植未必是明智之舉。法定解除權人雖已盡與處理自己事務相同之注意標的物仍滅失時，仍得解除契約且不負價額償還義務之規定（第346條第3項第1句第3款），尤為炮火焦點¹²⁸。買受人受領標的物而為所有人，縱有意拋棄其物，亦為處理自己事務，如何處置其物均可謂盡與處理自己事務相同之注意¹²⁹。

(二)聯合國國際商事契約通則模式

據余所信，聯合國國際商事契約通則第7.3.6條對一時性契約返還關係之規定，簡單且具有彈性，最值得推薦。該條第2項規定

¹²⁷ Zimmermann, *supra* note 102, at 341; Bartels, aaO. (Fn. 11), S. 205-206.

¹²⁸ 文獻參照Bartels, aaO. (Fn. 11), S. 205-206.

¹²⁹ Wieling, *Bereicherungsrecht*, 3. Aufl., 2007, S. 80-81.

原物返還若不能或不適當，以金錢償還若合理時，應償還價額，第3項規定若原物無法返還應由他方當事人負責時，受領人不須償還價額。標的物毀損滅失的危險不應由受領人負擔，受領人不須償還價額的情形，官方註釋特別提及他方當事人之過失或因給付隱有瑕疵，標的物縱未交付標的物仍將毀損滅失，通則起草者認為應由買受人承擔風險¹³⁰。

三、民法第261條之修正

如前所述，契約解除後雙方互負之返還義務，處於同時履行關係，為各國所承認。我國民法第261條規定準用第264條同時履行抗辯規定，雖非不可欠缺，但有澄清作用。解除後返還義務亦為債務，返還債務人違反返還義務，傳統所謂債務不履行一般規定，當有其適用。民法第261條僅準用第264條至第267條規定，引發債務不履行一般規定，特別是民法第225條、第226條給付不能規定是否有其適用的疑問。債編修正第261條如修正為：「當事人因契約解除而生之相互義務，準用第264條之規定（第一項）。返還義務人違反返還義務所負之責任，適用債務人義務違反之一般規定（第二項）。」適當表明此旨，避免爭議。

伍、結 論

標的物嗣後返還不能對契約解除權之影響，不得解除模式與價額償還模式分占兩端，惟二者均承認例外，前者為德國一九九〇年民法及其追隨者的日本及我國民法所採行，後者則為德國二〇〇二年債法修正及多數國際契約法統一文件所採。在德國舊法，買受人

¹³⁰ Zimmermann, *supra* note 60, at 576.

返還不能，若無故意過失，不喪失解除權，得請求返還價金，且因無過失，不負賠償責任。契約解除後，若因過失無法原物返還，負損害賠償責任。日本民法也採不得解除模式，二〇一七年債權法改正導入解除權人不知有解除權時，解除權不消滅之規定，契約解除的可能性固然因而提高，但因未規範受領人之責任，舊法時代殘留的爭議，即應類推適用危險負擔之規定或課受領人償還價額之責，並未煙消雲散。

標物交付後，毀損滅失之危險，原則上應由占有標物、而有事實上管領力之買受人負擔，乃立法者於民法第373條所示的價值判斷。此危險分配原則不應該因契約解除而有不同。在我國民法，標物受領人承擔返還不能之危險，契約解除前，係表現在解除權喪失上，契約解除後，則體現在損害賠償責任上。解除前買賣標物即返還不能，買受人若為解除權人，返還不能原則上均可歸責於買受人，從而，解除權消滅（第262條）。但返還不能係因買賣標物有瑕疵或出賣人義務違反所致，乃可歸責於出賣人，依第267條風險分配法則，返還不能之危險應由出賣人負擔，買受人仍得解除契約。返還不能不可歸責於有解除權之買受人，或出賣人為解除權時人，解除權均不因標物返還不能而消滅，契約解除後，買受人應償還價額。

契約解除後發生返還義務，返還義務之違反有債務不履行規定之適用。返還不能是否應依第226條負損害賠償責任，取決於返還不能是否可歸責於返還債務人。基於上述危險分配基準，除非有應由返還債權人負擔風險之例外，否則均屬於可歸責於返還債務人之情形。

契約解除前標物毀損滅失不可歸責之有解除權之受領人，解除權方不喪失，無可諱言，大大降低契約解除之機率。縱不採本文見解，而堅持以故意過失理解民法第262條之可歸責，並降低受領

人之過失責任，僅於未盡與處理自己事務為同一之注意方不得解除契約，惟合法解除契約後，受領人仍須償還價額方能請求返還價金，對有解除權之受領人設下重重關卡，極可能使解除權人退避三舍，以解除權之賦予作為違約救濟手段，宛如空花泡影，並非妥適之立法例，將來若有修正之議，亟待思有以矯正之。



元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

一、中文

1. 王澤鑑，不當得利，增訂新版，2015年1月。(Tez-Chien Wang, *Unjust Enrichment*, rev. ed. (2015).)
2. 史尚寬，債法總論，1954年7月。(Shang-Kuan Shih, *General Principles of Obligation Law* (1954).)
3. 史尚寬，債法各論，1960年11月。(Shang-Kuan Shih, *Kinds of Obligations* (1960).)
4. 李世剛，法國新債法統一返還規範研究，河南社會科學，25卷2期，頁92-97，2017年2月。(Shi-Gang Li, *A Study on the Unified Restitution of New French Law of Obligations*, 25(2) HENAN SOCIAL SCIENCES, 92-97 (2017).)
5. 邱聰智，新訂民法債編通則（下），2001年2月。(Cong-Jhih Ciou, *General Principle of Obligation Law (II)* (2001).)
6. 孫森焱，民法債編總論（下），訂正版，2014年9月。(Sen-Yen Sun, *General Principles of Obligation Law (II)*, rev. ed. (2014).)
7. 馬維麟，民法債編註釋書(三)，1996年9月。(Wei-Lin Ma, *Commentary of Obligation Law (III)* (1996).)
8. 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，頁465-490，1997年12月。(Li-Jen Kuo, *Termination and Damages for Breach of Contract—A Study of Taiwanese Civil Code and German Civil Code*, 43 CHUNG HSING LAW REVIEW, 465-490 (1997).)
9. 陳自強，雙務契約不當得利返還之請求，政大法學評論，54期，頁205-249，1995年12月。(Tzu-Chiang Chen, *Restitution of Unjust Enrichment in Synallagmatic Contract*, 54 CHENGCHI LAW REVIEW, 205-249 (1995).)
10. 陳自強，整合中之契約法，2011年5月。(Tzu-Chiang Chen, *The Harmonization of Contract Law* (2011).)
11. 陳自強，契約責任歸責事由之再構成——契約法之現代化 I，2012年12月。(Tzu-Chiang Chen, *The Reconstruction of the Attributable Reasons for*

Contractual Liability—The Modernization of Contract Law I (2012).)

12. 陳自強，違約責任與契約解消，2版，2018年10月。(Tzu-Chiang Chen, *The Termination of Contract and the Liability of Breach of Contract*, 2d ed. (2018).)
13. 陳自強，契約失敗給付返還序說，月旦法學雜誌，301期，頁149-167，2020年6月。(Tzu-Chiang Chen, *An Introduction to Restitution of Failed Contract*, 301 THE TAIWAN LAW REVIEW, 149-167 (2020).)
14. 陳自強，契約解除效果法律發展一瞥，月旦法學雜誌，303期，頁201-225，2020年8月。(Tzu-Chiang Chen, *A Glimpse of the Effect of Termination*, 303 THE TAIWAN LAW REVIEW, 201-225 (2020).)
15. 陳自強，契約解除效果法律之比較法觀察，月旦法學雜誌，305期，頁136-158，2020年10月。(Tzu-Chiang Chen, *A Comparative Law Study on the Legal Effect of Termination*, 305 TAIWAN LAW REVIEW, 136-158 (2020).)
16. 陳忠將，論契約解除後受領給付標的物回復請求關係之規範——以現行德國民法第346條相關規定為中心之探討，華岡法粹，64期，頁183-245，2018年6月。(Chung-Chuan Chen, *Analysis of the Specification Regarding Recovery of the Subject Matter of the Contract After the Termination of Contract—Based on German Civil Code Article 346*, 64 HWA KANG LAW REVIEW, 183-245 (2018).)
17. 陳洸岳，契約解除之給付物的「返還不能」——最高法院八十九年度台上字第539號判決評釋，台灣本土法學雜誌，21期，頁41-52，2001年4月。(Guang-Yueh Chen, *Impossible to Return Prestation Received in Case of Termination—Comment on Supreme Court Civil Judgment 89 Tai-Shang-Tzu 539*, 21 TAIWAN LAW JOURNAL, 41-52 (2001).)
18. 陳聰富，臺灣民法債編修訂新動向，月旦法學雜誌，300期，頁118-131，2020年5月。(Tsung-Fu Chen, *The Trend in Revision of Contract Law in Taiwan*, 300 TAIWAN LAW REVIEW, 118-131 (2020).)
19. 游進發，解除債務人原物返還義務與代替物，台灣法學雜誌，150期，頁157-158，2010年4月。(Chin-Fa You, *Fungible Goods and Debtor's Duty to Return Original Things in Case of Termination*, 150 TAIWAN LAW JOURNAL, 157-158 (2010).)
20. 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，

- 頁207-277，2011年9月。(Chin-Fa You, *Rescission, Restoring to Status Quo Ante and Compensation*, 79 TAIPEI UNIVERSITY LAW REVIEW, 207-277 (2011).)
21. 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序論，國立臺灣大學法學論叢，31卷4期，頁199-242，2002年7月。(Fang-Hsien Yang, *A Question on Restitution and Compensation for Lost Value Caused by Destruction or Debasement of Prestation Received*, 31(4) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 199-242 (2002).)
22. 楊芳賢，論德國民法有關解除契約法律效果規定之修正，載：私法學之傳統與現代（下），頁129-158，2004年4月。(Fang-Hsien Yang, *The Revision of Legal Effects of Termination in German Civil Code, in: THE TRADITION AND MODERN TIMES IN PRIVATE LAW (II)*, 129-158 (2004).)
23. 楊芳賢，一九八〇年聯合國國際商品買賣公約有關解除契約法律效果之規定與若干案例之分析，政大法學評論，94期，頁173-216，2006年12月。(Fang-Hsien Yang, *Effects of 'Avoidance' Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Analysis of Some Related Cases*, 94 CHENGCHI LAW REVIEW, 173-216 (2006).)
24. 楊芳賢，民法債編總論（下），2017年1月。(Fang-Hsien Yang, *General Principles of the Law of Obligations (II)* (2017).)
25. 鄭玉波，民法債編總論，1962年6月。(Yu-Po Zen, *General Principles of Obligation Law* (1962).)
26. 鄭冠宇，民法債編總論，3版，2019年8月。(Gung-Yeu Jeng, *General Principles of Obligation Law*, 3rd ed. (2019).)

二、日 文

1. 山本敬三『民法講義IV-2——契約』有斐閣（2005年11月）。
2. 中田裕康『契約法』有斐閣（2017年9月）。
3. 平井宜雄『債權各論 I 上——契約總論』弘文堂（2008年9月）。
4. 民法（債權法）改正検討委員会（編者）『詳解・債權法改正の基本方針(2)——契約および債權一般』商事法務（2009年10月）。

5. 我妻榮『債權各論上卷』岩波書店（1954年12月）。
6. 谷口知平、五十嵐清編集『新版注釈民法(13) 債権(4) 契約総則 §§ 521-548』有斐閣（2006年12月）。
7. 潮見佳男、『民法（債権関係）改正の概要』金融財政事情研究会（2017年4月）。
8. 潮見佳男『新債権總論 I』信山社（2017年6月）。

三、外 文

1. *Bartels, Florian*, Wert- und Schadensersatzansprüche im Rücktrittsfolgenrecht, AcP 215 (2015), S. 209ff.
2. *Beale, Landal*, Principles of European Contract Law, Parts I and II, 2000.
3. *Bockholdt, Frank*, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 206 (2006), S. 779ff.
4. *Bridge, Michael* (2014), THE SALE OF GOODS, London: Oxford University Press.
5. *Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl., 2006.
6. *Dannemann, Gerhard* (2009), THE GERMAN LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT AND RESTITUTION: A COMPARATIVE INTRODUCTION, London: Oxford University Press.
7. *Döll, Yves*, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011.
8. *Hellwege, Phillip* (2018), *Particular Remedies for Non-performance*, in Nils Jansen & Reinhard Zimmermann eds., COMMENTARIES ON EUROPEAN CONTRACT LAWS. (London: Oxford University Press).
9. *Hellwege, Phillip*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004.
10. *Honsell, Heinrich*, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, S. 62ff.
11. *Honsell, Heinrich/Peter Vogt, Nedim* (Hg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020.

12. Huber, Peter (2009), *Termination*, in Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp eds., COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC). (London: Oxford University Press).
13. Huber, Peter/Faust, Florian, Schuldrechtsmodernisierung, 2002.
14. Jauernig, Othmar/Vollkommer, Max (Hg.), Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 1997.
15. Kaiser, Dagma/Kessal-Wulf, Sibylle (Hg.), Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 346-361, 2012.
16. Kaser, Max, Römisches Privatrecht, 16. Aufl., 1992.
17. Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund (Hg.), Kurzkomentar zum ABGB, 3. Aufl., 2010.
18. Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas/Perales Viscasillas, Pilar, CISG, 2. Aufl., 2018.
19. Laimer, Simon, Durchführung und Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung bei nachträglichen Erfüllungsstörungen, 2009.
20. Leser, Hans G., Der Rücktritt vom Vertrag, 1975.
21. Looschelders, Dirk, Schuldrecht, Besonderer Teil, 14. Aufl., 2019.
22. Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 2010.
23. Meier, Sonja, Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen, RabelsZ 80 (2016), S. 851ff.
24. Müller-Teckhof, Alexander, Gefahrtragung und Haftung bei Rücktritt vom Vertrag, 2009.
25. Reynolds, Francis Martin Baillie (2014), *Remedies in Respect of Defects*, in Michael Bridge ed., BENJAMIN'S SALE OF GOODS. (London: Sweet & Maxwell).
26. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 8. Aufl., 2019.
27. Schlechtriem, Peter, Restitution and Unjust Enrichment in Europe, I, 2000.
28. Schlechtriem, Peter, Internationales UN-Kaufrecht, 4. Aufl., 2007.
29. Schlechtriem, Peter/Schroeter, Ulrich G., Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2013.
30. Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Schroeter, Ulrich/Fountoulakis, Pascal, Kommentar CISG, 7. Aufl., 2019.

31. Schmidt, Hubert, BeckOK BGB, 48. Ed., 2018.
32. Schmidt, Hubert, BeckOK BGB, 55. Ed., 2020.
33. Serinet, Yves-Marie (2009), *Restitution Following the Destruction of a Contract (articles 1161 to 1164-7)*, in John Cartwright, Stefan Vogenauer & Simon Whittaker eds., REFORMING THE FRENCH LAW OF OBLIGATIONS: COMPARATIVE REFLECTIONS ON THE AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS ET DE LA PRESCRIPTION ('THE AVANT-PROJET CATALA'). (London: Oxford University Press).
34. Wagner, Gerhard, *Mortuus redhibetur im neuen Schuldrecht?*, in: Festschrift für Ulrich Huber, 2006, S. 591ff.
35. Wieling, Hans Josef, *Bereicherungsrecht*, 3. Aufl., 2007.
36. Zimmermann, Reinhard, *Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts Under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats*, 16 UNIF. L. REV. 719 (2005).
37. Zimmermann, Reinhard (2006), *Restitution After Termination for Breach of Contract: German Law After the Reform of 2002*, in Andrew Burrows & Alan Rodger eds., MAPPING THE LAW: ESSAYS IN MEMORY OF PETER BIRKS. (London: Oxford University Press).
38. Zimmermann, Reinhard, *The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010*, 16 UNIF. L. REV. 563 (2011).

The Impossibility of Restitution in Kind in Cases of Termination of Contracts

Tzu-Chiang Chen^{*}

Abstract

The restitution of performance after a contract has been terminated is governed by specific contract law rules which define the mutual restitutionary claims which may arise after termination (§ 259 Taiwan Civil Code). Among the issues arising out of the termination of contract, the destruction of subject matter is recognized as the most complicated one. This research aims at finding out if there is a possibility to rebuild or reconstruct the law of recovery of performance de lege lata and de lege ferenda.

Keywords: Destruction of Subject Matter, Exclusion of the Right to Terminate the Contract, Restitution of Values, Burden of Risks

^{*} Doctor of Law, Professor, College of Law, National Taiwan University; Dr. jur., University of Munich, Germany.

Received: October 7, 2020; accepted: February 24, 2021