

債務不履行損害賠償之體系 ——給付不能概念之重生與再造

黃 松 茂^{*}

要 目

- | | |
|-----------------------|-------------------------|
| 壹、變動中之契約責任法 | (三)小結：「給付不能」概念之三種角色 |
| 一、國際動向 | 參、契約責任之規範體系：救濟導向思維與類型思維 |
| 二、我國債務不履行法修正之芻議 | 一、救濟導向思維：以國際三大契約法統一文件為例 |
| 貳、「給付不能」概念之角色 | 二、類型思維：以我國債法及德國舊債法為例 |
| 一、我國傳統學說見解 | 三、混合模式：德國新債法 |
| (一)債務不履行類型化之起點 | (一)修法歷程 |
| (二)民法第225條及第226條之解釋爭議 | (二)救濟導向思維之因素 |
| 二、德國二〇〇二年債法現代化 | (三)類型思維之因素 |
| (一)德國民法第275條之修正 | 四、綜合比較與反思 |
| (二)理論爭議 | 肆、給付不能理論之重新探討 |
| 三、國際三大契約法統一文件 | |
| (一)聯合國買賣公約（CISG） | |
| (二)PECL及PICC | |

DOI : 10.3966/102398202017120151001

*

德國魯耳波洪大學暨國立臺灣大學雙聯法學博士候選人。

投稿日期：一〇六年二月二十三日；接受刊登日期：一〇六年四月二十八日

責任校對：蘇淑君

一、概述：十九世紀Pandekten法學
與給付不能理論

- (一)給付不能制度之歷史解釋
- (二)古典羅馬法中之「給付不能」

二、Friedrich Mommsen之給付不能
理論

- (一)基本架構
- (二)自始不能
- (三)嗣後不能

三、一九〇〇年德國民法之規定

- (一)不可歸責於債務人之給付不能
- (二)可歸責於債務人之給付不能

四、給付不能理論於二十世紀德國
學說之演變

五、我國債法之給付不能制度與國
際契約法

- (一)作為免責事由之給付不能——

Friedrich Mommsen給付不能理
論之現代意義

- (二)違約救濟手段意義上之給付不能
- (三)自然履行優先原則下之給付不能

伍、債務不履行體系之再構成與修法
展望（代結論）

一、現行法之解釋

- (一)類型區分之相對化
- (二)類型區分相對化之意義：債務不履行作為統一上位概念

二、修法展望：*Quo vadis*？

- (一)用語選擇
- (二)給付遲延之地位
- (三)履行請求權之定位
- (四)自然履行優先原則

摘 要

依我國傳統學說見解，給付不能之概念乃債務不履行類型化之起點。我國民法債編主要繼受德國一九〇〇年民法，然其債務不履行之體系，是否果真如傳統見解所言，以給付不能及給付遲延為兩大基本態樣，為本文所提出之疑問。本文將從學說理論史（*Dogmengeschichte*）之角度，探討「給付不能」之概念在十九世紀Pandekten法學及德國民法立法時所扮演之角色，冀能由此重新檢視我國債務不履行體系，並建立起銜接我國契約責任法與國際契約法之橋梁。另一方面，德國債法修正之初主張效法國際契約法文件，消除一切給付障礙態樣之區分，然德國二〇〇二年債法現代化後之給付障礙法制，是否果真脫離類型區分之羈絆，亦為本文之觀察重點。

關鍵詞：給付不能、給付遲延、債務不履行、履行請求權、聯合國買賣公約、歐洲契約法原則、國際商事契約通則、違約救濟、德國債法現代化、義務違反

壹、變動中之契約責任法

一、國際動向

契約應交易而生，當事人締結契約，旨在實現預期之利益，故履行乃契約之核心。契約如獲順利履行，自無待法律介入，「契約法」亦無從發展。毋寧當契約履行失靈，始生私法體系如何提供救濟，俾益維護受損一方依契約應享權益之問題。他方面，適在契約爭議發生時，促使當事人重新檢視契約之效力及內容。換言之，契約責任連結相關爭議，居於契約法之核心地位。

二十世紀末以來，世界各國不約而同地進行契約責任法之修正工作。先有一九九二年荷蘭新民法典¹，繼而為德國二〇〇二年債法現代化（Schuldrechtsmodernisierung）、日本債法改正試案²、瑞士債務法修正草案（OR 2020）³及法國契約法修正⁴等，緊追在後。

視線離開內國法，二次世界大戰結束後，國際間之契約法統合活動前仆後繼，未曾停歇。自一九六四年「海牙統一國際商品買賣

¹ Jan M. Smits, *The German Schuldrechtsmodernisierung and the New Dutch Civil Code: a Study in Parallel*, available at <http://ssrn.com/abstract=1240562> (last visited: 2017.05.13).

² 陳自強，日本債權法改正新動向——債務不履行，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁273以下，2011年4月。

³ 全稱為Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (OR 2020)，寓有2020年完成修法之意，為瑞士學者協力之產物，修正條文以英、德、法、義四語呈現，各修正條文並附上評註，惟以德、法語為主。以上內容，參閱<http://or2020.ch/>，最後瀏覽日：2017年5月13日。

⁴ 陳自強，法國契約法修正與現代化，月旦法學雜誌，259期，頁143、157以下，2016年12月。

法」(下稱ULIS)⁵，乃至一九八〇年「聯合國國際商品買賣契約公約」⁶，其中後者已有85個會員國簽署，乃公認最為成功之國際契約法文件⁷。此外，國際統一私法協會(UNDROIT)⁸於一九九四年通過並於二〇〇四年及二〇一〇年擴編之「國際商事契約通則」(Principles of International Commercial Contract, PICC)，雖非國際法意義下之條約，卻對世界各國之契約法制定及修正發揮指導作用，並影響著國際商事紛爭之解決。在歐洲方面，歐洲契約法委員會(Commission on European Contract Law)於一九八二年開始起草之歐洲契約法原則(Principles of European Contract Law, PECL)，先後於二〇〇〇年及二〇〇三年出版，開啟歐洲契約法

⁵ 實際上由兩紙公約構成：統一國際商品買賣契約締結公約(Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods)及統一國際商品買賣法公約(Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods)，一般將兩者統稱為ULIS，由「國際統一私法協會」(UNIDROIT，參見同註8)制定。此公約因簽約國太少(僅9個)，未能成功。參閱王澤鑑，一九六四年海牙統一國際商品買賣法，載：民法學說與判例研究(一)，頁111-164，2009年12月。

⁶ 全名為United Nations Convention on the International Sale of Goods，簡稱CISG，由「聯合國貿易法委員會」(United Nations Commission on International Trade Law, UNICTRAL)所制定。

⁷ 參見http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html，最後瀏覽日：2017年5月13日。最近簽署國家為東協國之一的越南(2017年1月1日)，越南揚棄共產主義、投向市場經濟之懷抱，在法治建設上亦有向國際契約法靠攏之趨勢。

⁸ 1928年設立之「國際統一私法協會」(The International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT)為一獨立之政府間組織(Independent intergovernment organization)，以研究國家間私法，特別是商法之現代化、一致化及調和為宗旨，參見陳自強，聯合國商事契約通則在契約法中之地位，國立臺灣大學法學論叢，39卷4期，頁300，2010年12月。

整合之先河⁹。

歐盟方面，歐盟執行委員會（Kommission，下稱執委會）於二〇〇九年提出包括評論及註釋之六大巨冊之《共同參考架構草案》（Draft Common Frame of Reference, DCFR），為歐洲私法學術菁英團隊合作之心血結晶¹⁰。二〇一一年執委會再提出「歐洲共同買賣法」建議草案（Common European Sales Law）¹¹，雖在歐盟議會鎩羽而歸，二〇一五年再接再厲提出「數位內容契約」¹²及「網路交易及其他遠距商品買賣契約」¹³兩項指令之建議草案，可視為執委會在網路世界中推動契約法整合的另一番嘗試¹⁴。

二、我國債務不履行法修正之芻議

國際契約法之整合，對國內契約法之制定或修正，影響深遠。中華人民共和國於一九九九年頒布之合同法，即師法聯合國買賣公約；日本債法改正試案，主要參考對象亦包括CISG、PICC及PECL

⁹ 參閱陳自強，整合中之歐盟契約法，月旦法學雜誌，181期，頁128-129，2010年6月。

¹⁰ 以上介紹，參閱陳自強，歐洲契約法發展之最新動向，月旦法學雜誌，182期，頁117-143，2010年7月。

¹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common Sales Law, COM (2011) 635 final.

¹² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, COM (2015) 634 final.

¹³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, COM (2015) 635 final.

¹⁴ 關此請參閱黃松茂，歐盟契約法之最新發展動向——以數位內容為中心，月旦法學雜誌，266期，頁218-233，2017年7月。

等國際契約法文件¹⁵。由此趨勢可知，現代各國契約法之制定或修正，已不在彰顯民族特色或主權獨立，亦不再以特定國家之法律為效法對象，毋寧漸趨同於CISG以來國際契約法之發展。

誠如詹森林大法官所言¹⁶：「民法債務不履行及瑕疵擔保規定，係繼受舊德國民法及瑞士債務法。鑑於德國債法已經大幅修改，且國際契約法亦有新構想，台灣債法未來發展，應如何因應，亟待深思」，王澤鑑前大法官近來亦特撰專文二篇，指引債法修正之方向¹⁷。顯見，面對契約責任法修正之全球化浪潮，我國債務不履行法修正之可能性及方向，已然是民法學說及實務不得不嚴肅面對之課題。國際上各種修正構想百花齊放，令人目不暇給、眼花撩亂。惟國際契約法整合與國內契約法修正之主要差異在於，後者仍須植基於國內法學工作者之共同理解與想像。蓋法學乃心智活動之產物，「法典」作為法學教育工作者及司法實務工作者觀察及詮釋之「對象」，最終仍不免於成為觀察及詮釋之「結果」¹⁸。更值得注意的是，外國契約法或國際契約法之規定是否與我國既有民法理論（Dogmatik）及體系（System）相符，以避免修法或法律繼受造成「法典的破毀」。另一方面，契約責任法乃市場交易活動者遭遇契約履行機制失靈之救濟手段，自立法政策之角度，應如何設計清晰且合乎公平理念之違約救濟體系，俾利契約當事人有效率解決契

¹⁵ 陳自強，日本債權法改正試案之理念，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁242-243，2011年4月。

¹⁶ 詹森林，台灣民法債務不履行體系之發展，月旦法學雜誌，241期，頁5，2015年6月。

¹⁷ 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，67卷9期，頁1以下，2016年9月；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，67卷10期，頁1以下，2016年10月。

¹⁸ 「作為『理解的』學問之法學」（Die Jurisprudenz als „verstehende“ Wissenschaft），參閱Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁95以下，1996年12月。

約爭議，當為從事法律工作者無從推卸之任務。蓋契約責任法不僅為法學家之法，亦為市場交易活動者之法。本文之論述，將嘗試在上開觀點之下進行。按德國作為臺灣法律繼受及學說繼受¹⁹之母國，其債法修正之經驗，自有值得臺灣參考及借鑑之處。國內關於德國債法修正之介紹與論述，已甚豐富²⁰，本文試從「給付不能」之概念出發，分析德國現行一般給付障礙法（das allgemeine Leistungsstörungenrecht）之體系與規範特色，並與國際契約法統一文件兩相比較，冀能在我國債務不履行法面臨變動之際，略盡微薄之心力。

貳、「給付不能」概念之角色

一、我國傳統學說見解

（一）債務不履行類型化之起點

依傳統見解，給付是否陷於不能，構成區分債務不履行態樣之起點。如鄭玉波教授謂：「所謂『不能』，與『不為』有別，不為係能為而不為，不能則欲為而不能。」²¹王澤鑑教授謂：「給付不

¹⁹ 關於「法律繼受」及「學說繼受」之概念，參閱Zentaro（北川善太郎），Rezeption und Fortbildung des Europäischen Zivilrechts in Japan, 1970, S. 27.

²⁰ 黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，政大法學評論，83期，頁1以下，2005年2月；姚志明，二〇〇二年德國債法現代化——一般給付障礙與買賣契約，載：民事法理論與判決研究（一），頁177以下，2009年11月；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，154期，頁212以下，2008年3月；Arndt Teichmann著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論，79期，頁115以下，2004年6月；Gerhard Hohloch著，楊佳元譯，債法修正及新法侵害契約之類型，月旦法學雜誌，99期，頁42以下，2003年8月。

²¹ 鄭玉波，民法債編總論，頁278，1988年3月，12版。

能與給付遲延在概念上相互排斥，既屬給付不能，即不得再為給付遲延；既屬給付遲延，即不能同時為給付不能。」²²孫森焱教授謂：「倘若債務人之給付，於應為給付之時，已陷於不能，則屬給付不能而非遲延給付」²³亦同斯旨。

通說²⁴認為，債務不履行包含三種型態，即給付不能、給付遲延及不完全給付。最高法院93年度臺上字第42號判決亦謂：「按債務不履行包括給付不能、給付遲延及不完全給付三種，其形態及法律效果均有不同。所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言；若債務人僅無資力，按諸社會觀念，不能謂為給付不能。給付遲延，則指債務人於應給付之期限，能給付而不為給付；倘給付可能，則債務人縱在期限前，預先表示拒絕給付，亦須至期限屆滿，始負遲延責任。至於不完全給付，則指債務人提出之給付，不合債之本旨而言。」

(二)民法第225條及第226條之解釋爭議

依前開通說及實務見解，給付陷於不能時，無論是否可歸責於債務人，債務人均無給付之義務²⁵。另最高法院30年上字第1253號判例：「按物之出賣人因有使買受人取得該物所有權之義務，惟買賣契約成立後，出賣人為二重買賣，並已將該物之所有權移轉於後之買受人者，移轉該物所有權於原買受人之義務即屬不能給付，原

²² 王澤鑑，法律思維與民法實例，頁108，1999年5月。

²³ 孫森焱，民法債編總論（下），頁543，2004年1月，修訂版。

²⁴ 王澤鑑，同註22，頁102-103；孫森焱，同前註，頁493；劉春堂，民法債編通則（一），頁265，2001年9月；黃茂榮，債法總論（二），頁239，2010年9月，3版。

²⁵ 鄭玉波，同註21，頁281：「此種給付不能（按：可歸責於債務人之給付不能），債務人雖亦勿庸為原定之給付……」。另王澤鑑（給付不能，載：民法學說與判例研究（一），頁426，2009年12月）認民法第225條及第226條所指給付不能，概念相同，均包含客觀不能及主觀不能，債務人均無履行義務。

買受人對於出賣人僅得請求賠償損害，不得請求為移轉該物所有權之行為。」似亦認為，縱給付陷於不能之原因乃可歸責於債務人，債務人亦無履行原給付之義務²⁶。

上開見解，與民法第225條之明文規定，容有未洽。首先，關於可歸責於債務人之給付不能，民法第226條僅規定債權人得請求損害賠償，而未言明原給付義務之命運。次按民法第225條第1項係規定，因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人始免其給付義務。換言之，唯給付不能之事由出於不可歸責於債務人之事由，給付義務始歸於消滅。反面推論，若給付不能係可歸責於債務人，給付義務並不消滅。

或謂「因不可歸責於債務人之事由」乃立法失當，自當應予以刪除，或加以限縮解釋，俾使可歸責於債務人之給付不能債務人亦免其給付義務。惟查，第225條立法理由謂：「查民律草案第三百六十一條理由謂給付於債務關係發生後，依客觀或主觀之不能，並其原因非歸責於債務人之事由時，應使債務人免其義務。故設第一項以明示其旨。」其立法意旨甚昭，應非立法者之筆誤。再觀第226條立法理由：「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。」則於可歸責於債務人之給付不能之場合，債務人之給付義務依然存續，否則即無「本於債權之效力」之可言。申言之，倘若給付陷於不能，不論其事由是否可歸責於債務人，債務人給付義務均歸消滅，依「債權與債務相對

²⁶ 相同意旨，見最高法院39年臺上字第411號判例：「物之出賣人應負交付其物於買受人並使其取得該物所有權之義務，固為民法第二百四十八條第一項所明定。惟債之給付不能時，除係因可歸責於債務人之事由所致者，債權人得依同法第二百二十六條第一項規定，請求損害賠償外，不仍請求履行契約。」

應」之債之關係基本架構²⁷，則債權人之債權亦同歸於盡，於可歸責於債務人之給付不能，債權人即無從「本於債權之效力」請求損害賠償。依前開立法理由，於可歸責於債務人之給付不能，給付義務依然存續，債權人方有請求損害賠償之基礎。

二、德國二〇〇二年債法現代化

(一)德國民法第275條之修正

前開爭議，於德國二〇〇二年債法修正前，已見於文獻²⁸。德國舊民法第275條與我國民法第225條相當，其第280條則與我國民法第226條同其意旨。斯時即有學者主張，舊民法第275條「因不可歸責於債務人之事由」之文字，乃立法錯誤，解釋上應認為其不存在²⁹。二〇〇二年德國新債法「從善如流」，將該等文字刪除³⁰，故修正後之德國民法第275條第1項規定，給付對於債務人或任何人屬不能者，債權人之給付請求權及債務人之給付義務，均歸消滅³¹。德國學界主流見解認為，德國民法第275條第1項之規定乃

²⁷ 參見王澤鑑，債之發生，頁5，1999年10月，增訂版。

²⁸ Vgl. *Wieling*, Die Mängel des § 275 BGB, S. 1135ff.

²⁹ *Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl., 1991, Rn. 337; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl., 1999, Rn. 239; *Brox*, Schuldrecht AT, Rn. 248; *Palandt*⁶⁰/*Heinrichs*, § 280 Rn. 5.

³⁰ *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 118; *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2000, S. 307, 主張：「債務人不能提出給付者，不負給付之義務，不論其不能之原因為何（Was der Schuldner nicht leisten kann, das schuldet er auch nicht, und zwar unabhängig von dem Grund seiner Unfähigkeit.）」。

³¹ 德國民法第275條（給付義務之排除）(1)給付對於債務人或任何人屬於不能者，給付請求權消滅。(2)¹給付所需之費用，考量債之關係之內容及誠信原則，與債權人之給付利益相較，顯然失衡者，債務人得拒絕提出給付。²關於

„*impossibilium nulla obligatio est*“（對不能之事無債務）羅馬法原則之展現³²。

（二）理論爭議

1. 嗣後不能

德國民法第275條修正後，理論爭議接踵而至。德國二〇〇二年債法修正重點之一，在於以「義務違反」（*Pflichtverletzung*）作為統合所有給付障礙類型之核心概念。依第280條第1項規定，任何因給付障礙所生之損害賠償請求，均以「義務違反」為前提。惟若給付陷於不能，給付義務即依德國民法第275條第1項規定消滅，則債務人之未能提出給付，即無義務違反之可言³³，從而理論上給付不能縱係因可歸責於債務人之事由所致，債權人亦無權請求不履行之損害賠償。³⁴為解決此項理論爭議，學說立論紛紛出籠。通說雖

可期待債務人耗費之勞力，應併考量給付障礙之發生是否可歸責於債務人。

(3)給付應由債務人個人所提出，而考量給付障礙與債權人之給付利益，不能期待債務人提出給付者，債務人亦得拒絕給付。(4)債權人之權利，依第280條、第280條、第311條a及第326條定之。

³² Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, S. 43, 49; Looschelders, Unmöglichkeit als Leistungsstörungskategorie, S. 213ff.

³³ Schapp, JZ 1993, S. 637, 638; Huber, Der Begriff der Pflichtverletzung, S. 23, 45.

³⁴ 申言之，倘若契約責任之構成亦採取侵權責任之「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性」之三層結構，則在給付不能之場合，債務人既已因給付陷於不能而免除給付義務，則其未提出給付之行爲即無義務違反可言，欠缺「構成要件該當性」以及所由引徵之「違法性」。此點在「自始不能」猶然，蓋給付於締約時業已陷於不能，債務人自始不負給付義務，故而自始不存在義務違反。此乃自行爲導向（*verhaltensbezogen*）觀點建構契約責任所引發之理論問題。因而德國通說認為，在以一定給付效果為內容之給付義務，只要客觀上給付效果未發生，債務人即有義務違反，換言之，在構成要件該當性及違反性層次，僅以客觀上之給付效果未發生為必要，而不要求債務人

認為此際「義務違反」存乎於債務人未為給付之事實³⁵，似無助於爭議之徹底釐清，蓋給付義務既為德國民法第275條第1項所排除，邏輯上債務人之不給付即無「義務違反」可言³⁶。故而有學者建議，學理上不如放棄義務違反此一上位概念，改以「不履行」（Nichterfüllung）代之，俾利將給付不能納入給付障礙體系³⁷。

2. 自始不能

因德國民法第275條之規定，在自始不能發生更嚴重之理論爭議。債法修正刪除舊民法第306條規定，並於新法第311條a第1項宣示，給付縱於締約時即已陷於不能，無礙於契約之生效。契約既屬有效，則債權人於債務人不為履行時，原應本於有效之契約主張不履行之損害賠償。此際又遭遇德國民法第275條第1項之障礙：給付不能之情事既締約時早已存在，則債務人自始無給付義務，其未能給付自無義務違反之可言。為解決此一修法之際已引發之爭論，立法者再於新法第311條a第2項增訂債權人得請求不履行之損害賠償。立法理由謂：「本項損害賠償之基礎，在於依第311條a第1項有效之『給付承諾』（Leistungsversprechen），而不在於給付義務之違反，蓋給付義務（Leistungspflicht）已因第275條之規定而消滅。職是，特以第311條a第2項之獨立規定，定其法律效果。」³⁸惟所謂「給付承諾」為何，其與給付義務間之差異安在，尚待斟酌。

3. 給付義務之雙重規定

因德國民法第275條之制訂，關於債務人之給付義務定有雙重

之行爲符合特定之構成要件，敬請參閱下述參、三、(三)、2.。

³⁵ Looschelders, aaO. (Fn. 32), S. 223, Fn. 52, 並參照下述參、三、(三)、2.。

³⁶ 有學者基於第275條第4項之規定而認為，此處應「擬制」義務違反之存在，參見Looschelders, Schuldrecht AT, Rn. 506; Lorenz, JuS 2007, S. 213, 214.

³⁷ Looschelders, aaO. (Fn. 32), S. 224.

³⁸ BT-Drucks. (德國聯邦議院公報) 14/6040, S. 165.

之規定：債務人「原給付義務」（Primärleistungspflicht）之存否，依第275條規定，與給付障礙是否可歸責於債務人無關；債務人之損害賠償義務，即通說所稱之「次給付義務」（Sekundärleistungspflicht），則依第280條以下之規定，以「義務違反」可歸責於債務人為前提（第280條第1項但書）。此雙重規定設計可能引發不當之結果，試舉例如下：因不可歸責於債務人之事由，致債務人提出給付所需之勞力或費用大幅升高（如汽車在德國出售後、交付前，遭竊取至俄國摩曼斯克³⁹），若債權人之給付利益甚高（如汽車之轉售利潤甚為豐厚），致使債務人升高之費用尚未達不成比例之程度，依德國民法第275條第2項規定，債務人尚不得拒絕提出給付，故債務人之給付義務依然存在，債權人得依德國民法第281條第1項請求替代給付之損害賠償。⁴⁰債務人欲免除其損害賠償責任，僅得證明其未為給付並無故意或過失，惟此證明實際上極為困難，導致債務人無法免責，未盡公平⁴¹。

三、國際三大契約法統一文件

「給付不能」之法律概念，並非德國學說理論（Dogmatik）之專利，在國際三大契約法統一文件中亦可見其蹤跡，然其規範功能，與現行德國民法相較，顯有差異，茲分述如下。

³⁹ Looschelders, Unmöglichkeit – ein Störenfried, S. 63, 73f.

⁴⁰ 德國民法第281條第1項規定，債權已屆清償期，經債權人定期限命債務人為給付，而債務人不提出給付者，債權人得請求替代給付之損害賠償。值得注意者為，修正前之類似規定（德國舊民法第326條）原僅適用於雙務契約，修正後該規定向前挪至第二編第二章第一節，立法者意在藉體系位置之更動，宣示「定期限命債務人為給付」（Fristsetzung）之制度不僅適用於雙務契約，亦適用於單務契約。據此，單務契約之債權人請求不履行之損害賠償，亦已不再以給付陷於不能為限。

⁴¹ Vgl. MüKo-Ernst, § 275 Rn. 9.

(一)聯合國買賣公約（CISG）

1. 「障礙」（impediment）之概念

在CISG中，「不能」（impossibility）之用語，僅出現在買受人喪失解約權之規定中⁴²。CISG第79條第1項⁴³乃債務人損害賠償責任之免責規定，其用語為「障礙」（impediment），而非不能，兩者概念並不相同⁴⁴，然其規範功能與我國民法第225條第1項近似，均係在免除債務人之責任。CISG第79條第1項以„impediment“一詞取代「統一國際商品買賣法」第74條第1項之„circumstances“（情狀），旨在使「障礙」一詞得以客觀化，指稱「外在、客觀之事件」，故債務人主觀之情事（如內在之認識及想法、疾病、入獄或死亡），並非「障礙」⁴⁵。縱認此等情事合乎「障礙」之概念，因CISG第79條第1項尚要求障礙事由須超出債務人之控制範圍（„beyond his control“），否則債務人仍不得主張免責⁴⁶。值得注意的是，„impediment“不以具有終局性者為限，一時性之給付障礙，且合乎CISG第79條第1項規定者，於其存續之期間

⁴² Artt. 82, 84 CISG.

⁴³ Art. 79(1): A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

⁴⁴ 「給付不能」在其客觀意義上，指債務人不能達成給付效果之狀態（如標的物滅失，致出賣人無從交付該物並移轉所有權）；「障礙」則指債務人不能達成給付效果之「原因」，相當於民法第225條第1項之「事由」。

⁴⁵ Fischer, Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht, 2001, S. 59ff.

⁴⁶ AaO., S. 62; Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2013, Rn. 646.

內，債務人不負損害賠償責任（CISG第79條第3項）。

2. 自始之履約障礙

如給付障礙於締約時已存在，例如特定物買賣之標的於締約時已滅失，契約之效力不受影響，並無爭議⁴⁷。有問題者為出賣人得否依CISG第79條第1項免除其損害賠償責任。少數說（通常為英美法學者）認為該規定與英美法上之艱困理論（*frustration*）相當，故僅適用於嗣後之履約障礙⁴⁸。多數說⁴⁹則認為，將自始之履約障礙排除於CISG第79條第1項之適用範圍，不合乎法條文義，且障礙亦可能偶然發生在締約之前，遽然否定出賣人免責之機會，並不恰當⁵⁰。惟通說學者亦承認，實際上出賣人免責之機會極低，蓋依CISG第79條第1項，出賣人須舉證其於締約時運用一切合理之手段，亦無從探知給付障礙已然發生，始得免責。以一則澳洲法院判決⁵¹為例：被告政府機關出售一艘沉船予原告，惟原告在被告指定地點未能覓得該沉船，法院認買賣契約有效，且被告不得免其損害賠償責任，蓋原告應於締約前調查買賣標的物是否存在，而承擔該標的物不存在之風險。

⁴⁷ *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rn. 12; *Huber*, Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht, 1991, S. 16, Fn. 24; *Fischer*, aaO. (Fn. 45), S. 247.

⁴⁸ Vgl. *Fischer*, aaO. (Fn. 45), S. 250.

⁴⁹ Vgl. *Fischer*, aaO. (Fn. 45), S. 250f.

⁵⁰ *Schlechtriem/Schroeter*, aaO. (Fn. 46), Rn. 649.

⁵¹ *McRae v. The Commonwealth Disposals Commission*, 84 C.L.R. 377 (1951)為知名判決，蓋英國買賣法（*Sale of Goods Act*, 1979）第6條規定，特定物之出賣人不知買賣標的物已滅失而出售者，買賣契約無效。Vgl. *Schlechtriem/Schwenzer*, aaO. (Fn. 47), Rn. 12, Fn. 30.

3. 履行請求權

依CISG第46條及第62條規定，債權人有請求原定給付之權，為其基本立場。此於大陸法系國家乃自明之理⁵²，對英美法系國家則為莫大衝擊，蓋在普通法債權人不得請求強制履行，僅得例外於衡平法（equity）容許範圍以訴主張⁵³。作為妥協，CISG第28條規定，若原告依CISG得向被告請求於原定之給付，然法庭地法就此類案件並不會准許強制履行，法院得駁回原告之訴訟。

另一項問題：原定給付陷於不能時，債權人是否仍得請求原定之給付？對此CISG欠缺明文。蓋CISG第79條第5項規定，除損害賠償請求權外，債權人之其他權利，不因CISG第79條之免責規定而受影響⁵⁴。換言之，債權人在解除契約以前，均得請求原定之給付⁵⁵。此項問題在實務上意義甚微⁵⁶，惟在理論上仍不得不加以處理，否則CISG第79條免除債務人損害賠償責任之意旨，將因債權人仍得繼續請求債務人提出原給付而淘空⁵⁷。此項理論問題，多數說認為，應限縮解釋CISG第79條第5項之規定，使同條第1項之免

⁵² Ernst Rabel謂對歐陸法而言，履行請求權乃「債之骨幹」（Rückgrat der Obligation）。Vgl. Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1936, S. 375.

⁵³ Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 477ff.

⁵⁴ 在維也納的會議中，德國代表曾建議CISG第79條之免責規定擴張適用於原給付請求權，惟未受採納，參見Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht, 1981, S. 96.

⁵⁵ Schlechtriem, aaO., S. 97; Schlechtriem/Schroeter, aaO. (Fn. 46), Rn. 449. CISG第48條並規定，出賣人有排除瑕疵或另行交付他物之「權利」。

⁵⁶ 蓋在國際貿易實務上，買賣標的物強制執行之案例甚少，買受人多半另行購入替代之物。Vgl. Fischer, aaO. (Fn. 45), S. 117.

⁵⁷ 例如內國法院可能准許債權人之給付訴訟，並以債務人之費用，命第三人代為履行，或對債務人處以怠金。Vgl. Schlechtriem, aaO. (Fn. 54), S. 97.

責規定亦得適用於履行請求權⁵⁸。

(二) PECL及PICC

繼CISG之後問世之PECL及PICC，在規範技術上更為成熟，大幅減少前述CISG之理論爭議。PECL 8:108及PICC 7.1.7承接CISG第79條之規範架構，均自„impediment“出發⁵⁹，所不同者為，PECL 8:108及PICC 7.1.7明訂其適用限於締約後之履行障礙⁶⁰。關於自始之給付障礙，PECL 4:102及PICC 3.3特稱其為„initial impossibility“（自始不能），以資與„impediment“相區別，PECL 4:102及PICC 3.3明文規定，契約之效力不受影響，但債務人得主張共同錯誤（common mistake）而撤銷其契約（PECL 4:103；PICC 3.2.2）⁶¹。此外PECL 8:101(2)及PICC 7.1.7(4)規定，若債務人就不履行有免責事由，則債務人不僅免損害賠償責任，亦免除原給付之義務，一舉解決前述CISG第79條所引發之爭議。

「不能」（„impossible“）之用語，出現在PECL 9:102及PICC 7.2.2關於「強制履行」（specific performance）之規定中。與CISG相同，PECL及PICC原則上承認債權人有請求原定給付之權利。與CISG不同者為，其強制履行受有相當限制，其中一項限制即為：若履行已陷於不能，債權人即不得請求強制履行。

⁵⁸ Vgl. Fischer, aaO. (Fn. 45), S. 120.

⁵⁹ Ernst, Die Verpflichtung zur Leistung in der Principles of European Contract Law und in den Principles of International Commercial Contracts, S. 129, 138f. 本文所示PICC規定，以2010年版為準。

⁶⁰ Comment to PECL 8:108, in: LANDO & BEALE ED., PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW 379 (2000).

⁶¹ Vgl. Fischer, aaO. (Fn. 45), S. 263ff.

(三)小結：「給付不能」概念之三種角色

若將「給付不能」做廣義之理解，其在國際契約法統一文件中扮演三種角色：

1. 作為免責事由。在此國際契約法統一文件之用語為 „impediment“，須該履行障礙超出債務人之控制範圍，且於債務人締約時所無法預見，其障礙本身或其結果並為債務人無法加以避免或排除者，始足當之。
2. 作為基於錯誤而撤銷契約之事由之一。
3. 作為排除債權人請求強制履行之事由。

參、契約責任之規範體系：救濟導向思維與類型思維⁶²

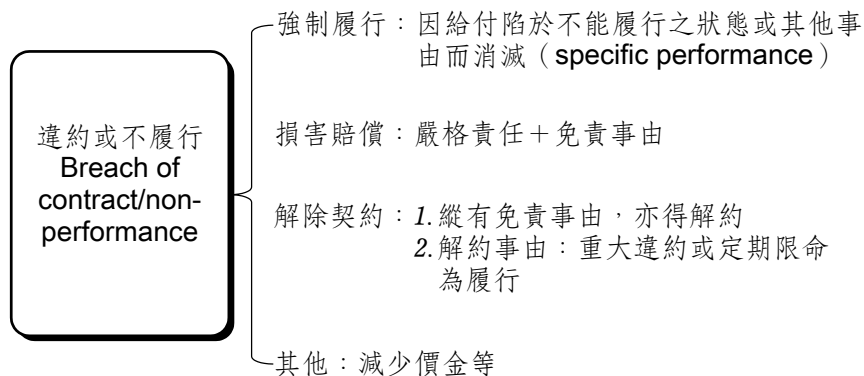
一、救濟導向思維：以國際三大契約法統一文件為例

國際三大契約法統一文件，均採取統一之「不履行」（non-performance）或「違約」（breach of contract）構成要件，並賦予債權人損害賠償、強制履行、解除契約、減少價金等個別之違約救濟手段（remedies）⁶³，形成「統一違約概念＋各式救濟」之規範體

⁶² 兩種規範思維之差異，參見 *Schmidt-Kessel*, Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, S. 85, 88ff. (remedy approach or cause approach); *Looschelders*, aaO. (Fn. 36), Rn. 454; *Grundmann*, AcP 204 (2004), S. 569, 594 (rechtsfolgenorientiert oder tatbestandsorientiert), 並參閱下述參、三、(三)、3。

⁶³ 值得注意的是，CISG第45條第1項及第61條第1項所列救濟，乃列舉而非例示，目的在於限定買受人及出賣人之救濟手段，於CISG適用範圍內排除內國法之適用，確保CISG作為規範國際貿易買賣雙方之唯一準則。故CISG第45條第1項及第61條第1項乃排他性規定，凡非經該規定所列舉之救濟，原則上均受排除。舉例而言，在涉及物之瑕疵之範圍內，因物之性質錯誤而撤銷契約，或締約上過失之損害賠償（回復原狀）之法律制度，在CISG適用範圍

系。國際契約法統一文件於損害賠償採擔保責任（無過失責任），但以例外性之免責事由限制其責任（CISG第79條、PECL 8:108及PICC 7.1.7）。債務人不履行或其履行不合乎契約本旨，債權人即得主張損害賠償之救濟，無再依不履行之原因區分為給付不能、給付遲延或不完全給付之必要。職是，損害之態樣亦無庸如德國法般區分為「替代給付之損害」、「遲延損害」或「固有利益之損害」⁶⁴。按照「違約—救濟」之規範體系，履行請求權亦屬違約救濟手段，以債務人有違約之情事為前提，「給付不能」（impossible）僅係是否賦予債權人此一救濟之考量因素。為便於說明，圖式如下：



內，當事人均不得加以援用，參見Schlechtriem/Schroeter, aaO. (Fn. 46), Rn. 169 u. 448. 此涉及CISG之適用範圍及自主解釋（autonome Auslegung），宜另闢專文加以介紹。

⁶⁴ 參見下述參、三、(三)、4.。

二、類型思維：以我國債法及德國舊債法為例

與前述國際契約法文件之規範模式相較，我國債法及德國舊債法有兩大基本出發點上之差異：(一)債權（給付請求權）為債權人之主觀權利，實體法上債權人得「請求」債務人實現其權利（我國民法第199條第1項、德國舊民法第241條）；(二)依傳統見解，債務人違約時，不先探究債權人享有何種救濟，而是追問不履行之原因（Grund der Nichterfüllung）⁶⁵。其基本思想為所謂「自然履行優先」（Vorrang der Naturalerfüllung）原則，蓋債權人之原始權利為請求原定之給付，須符合一定條件，始得自履行請求權轉為金錢之損害賠償請求權（Übergang von der Sachleistung zum Geldersatz）⁶⁶。

在此規範思維下，除依不履行之原因（不能或遲延）區分債務不履行態樣外，損害種類亦應加以區分：給付陷於不能時，債權人始得請求不履行之損害賠償（Schadensersatz wegen Nichterfüllung）⁶⁷；於給付遲延之場合，債權人僅得請求原定給付及遲延損害之賠償，例外於遲延後之給付於債權人無利益時，方得請求不履行之損害賠償。

因「自然履行優先」原則之限制，亦形成給付不能與積極侵害債權之區別：有別於前者除違反給付義務外，尚須給付陷於不能債權人方得請求損害賠償⁶⁸，在後者債務人一有義務違反（如交付有病之雞隻），對債務人固有利益之損害（如原有之雞隻生病）即應負損害賠償責任。

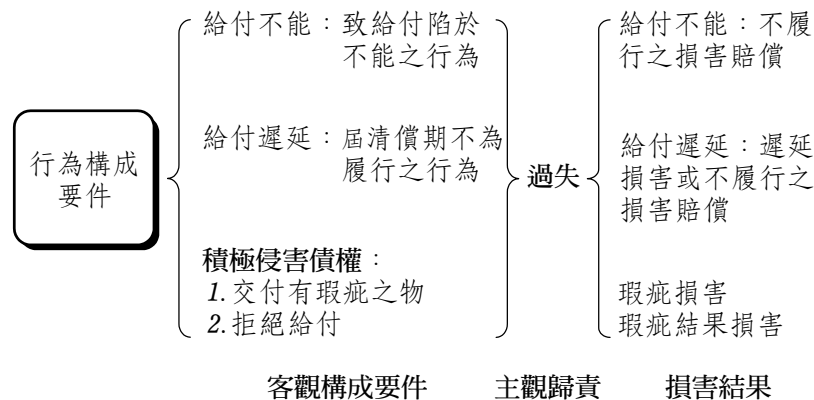
⁶⁵ Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 294; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., 1997, S. 2; Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 53), S. 486.

⁶⁶ Vgl. HKK-Schermaier, § 275, Rn. 31ff., 71ff.

⁶⁷ Emmerich, aaO. (Fn. 65), S. 6.

⁶⁸ 參閱陳自強，請求履行與拒絕履行，載：契約違反與履行請求，頁170，2015年9月。

傳統見解認為，依過失責任原則，損害賠償責任之發生，以債務人故意或過失之行為為必要，搭配前述「履行請求權轉換為損害賠償請求權」及損害種類之區分，形成以債務人故意或過失之行為為基礎之債務不履行責任架構。此種行為導向（*verhaltensbezogen*）之觀點，不免地使給付障礙態樣之分殊化⁶⁹，並使契約責任之架構趨同於侵權責任⁷⁰，茲圖示如下：



⁶⁹ 參見 *Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse*, 2013, S. 13. 據此基於債務人「預示拒絕給付」之行為，亦可建立一種特殊之給付障礙態樣。*Fikentscher*即認為，單純之不履行（*bloße Nichterfüllung*）絕非給付障礙（*Leistungsstörung*），毋寧仍須具備債務人之行為具備一定要件（如遲誤提出給付、致給付陷於不能或所提出之給付不適當），方屬給付障礙。Vgl. *Fikentscher*, aaO. (Fn. 29), Rn. 307ff. 並參見 *Stoll, AcP* 136 (1932), S. 257, 285ff. 惟自債權人之觀點，「預示拒絕給付」與「給付不能」或「給付遲延」，就給付效果未發生一事而言，並無任何不同。

⁷⁰ 以侵權責任架構分析給付障礙責任者：*Schur, Leistung und Sorgfalt*, 2001, S. 71；將給付請求權視為一項應受保護之主觀權利（*das subjektive Recht*）者：*Lobinger, Die Grenzen der rechtsgeschäftlichen Leistungspflichten*, 2004, S. 227. 對此觀點之批評：*HKK-Schermaier*, § 275, Rn. 76.

三、混合模式：德國新債法

(一)修法歷程

由於關於德國債法二〇〇二年現代化之修法歷程，國內文獻⁷¹已論述甚詳，在此僅就與「義務違反」及「給付不能」兩項概念有關者加以探討。

1. 法典化思維與消費者保護

德國二〇〇二年債法現代化之近因，乃一九九九年「歐體消費性商品買賣指令」（1999/EG/44）⁷²。為將該指令之「轉化」（umsetzen）為內國法，德國司法部刻意不採一對一之轉化方式，而採取所謂「大的解決方式」（große Lösung），藉機推出自一九八〇年代以來籌劃已久之債法修正。所謂「大的解決」方式，本質上是一個政治決定，同時也反映出德國立法者面對歐盟指令時處理方式之轉變：過去指令之轉化，立法者多半更動民法之個別條文，或另立特別法；自債法現代化法通過後，德國立法者則選擇將陸續新增之歐盟指令訂入民法典中⁷³。如此雖促進德國民法典

⁷¹ 德國債法之修正歷程，國內文獻論述甚詳，參見郭麗珍，德國與我國債務不履行法之歷史及發展，載：融整法學的經驗與見證——邱聰智・張昌邦教授六秩華誕祝壽論文集，頁221、226-229，2006年9月；蔡晶瑩，從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定的轉變，中原財經法學，9期，頁113、115-117，2002年12月；並參考Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hg.), Das neue Schuldrecht, 2002, S. 1ff.; Zimmermann, JZ 2001, S. 171, 176f.; REINHARD ZIMMERMANN, THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATIONS 30-35 (2005); Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, S. 1ff.

⁷² 郭麗珍，同前註，頁226；Lorenz/Riehm, aaO. Rn. 4, 159.

⁷³ Roth, Die Europäisierung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 25ff. 正如Roth於2003年所預言，近十多年來德國民法典成為「常態性工地」（eine permanente Baustelle），德國民法常隨歐盟指令之頒布而更動。

之「歐洲化」⁷⁴，卻大幅增益消費者保護之色彩，沖蝕德國民法典中私法自治及契約自由等十九世紀古典自由主義之屬性⁷⁵。對於民法之適用而言，除傳統之解釋方法外，尚須注意「合乎指令之解釋」（*richtlinienkonforme Auslegung*）。

2. ULIS及CISG之影響

以規範國際貿易為主軸之聯合國買賣公約，其對德國債法修正之影響亦不容忽視。蓋「歐體消費性商品買賣指令」多處仿效CISG⁷⁶，當中包括：明定出賣人負有交付符合契約所定品質（*conformity with the contract*）之物之義務⁷⁷，並規定違約時買受人得請求補正、解除契約及減少價金⁷⁸。他方面，CISG之影響已見於債法現代化之歷程⁷⁹：早於一九八一年Ulrich Huber受西德司法部之託所提出之「評估與修正建議」⁸⁰中，已建議給付障礙法及買賣法仿效ULIS（CISG前身）進行修正。一九九二年債法修正委員會提出之「委員會版草案」（*Kommissionsentwurf*）及二〇〇〇年之討論版草案（*Diskussionsentwurf*）均承繼U. Huber⁸¹對於德國給

⁷⁴ Dauner-Lieb, Die Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Wissenschaft und Praxis, S. 3, 6f.

⁷⁵ Vgl. Lorenz, Karlsruher Forum 2005, 2006, S. 135. 德國民法第474條以下關於消費性商品買賣之特殊規定，即為適例。

⁷⁶ 關於消費性商品買賣指令與CISG在適用範圍及細部規範上之差異，參閱Magnus, Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, S. 79ff.

⁷⁷ 指令第2條，另參閱Staudenmayer, NJW 1999, S. 2393, 2394.

⁷⁸ 指令第3條。

⁷⁹ Schlechtriem, International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, S. 71ff.

⁸⁰ Huber, „Empfehlte sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes?“, S. 647ff.

⁸¹ AaO. S. 668f. Huber曾如此評價德國舊民法：「ULIS無疑在各方面都比德國給付障礙法優秀……甚而兩者相較，後者也稱不上次佳選擇。若他國有意修正

付障礙法之批判：給付不能之類型，在實務上極少發生（例如特定物買賣），卻處於給付障礙法之中心⁸²；此外，舊法第306條關於自始客觀不能契約無效之規定，不甚合理，卻引發一連串之給付不能之分類⁸³。兩項草案建議，「給付不能」之概念應該兩個層面上予以刪除⁸⁴：(1)債務人之原給付義務（*Primärleistungspflicht*）之存續，不再以給付是否陷於不能為斷，而應僅取決於依債之關係之內容及性質債務人應付出多大之努力；(2)關於損害賠償請求權，應以義務違反作為基礎構成要件，而不問給付是否陷於不能。

惟U. Huber之修正建議與兩項草案有三大不同之處：

①關於基本構成要件，U. Huber之用語為「不履行」（*Nichterfüllung*）⁸⁵，兩項草案則採用「義務違反」（*Pflichtverletzung*），旨在將德國實務所發展出之積極侵害債權中之「義務違反」概念提升為損害賠償之一般要件⁸⁶。

其債法，我們也不會建議其採納德國之法律。」（Fn. 80, S. 669）、「給付不能之概念是不完整、矛盾、不明確且錯誤的，最佳作法是把這個概念從腦海中抹去。」（Fn. 80, S. 758）。

⁸² *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht, aaO. (Fn. 30), S. 16, 118; *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Diskussionsentwurf, aaO. (Fn. 30), S. 176, 307.

⁸³ *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht, aaO. (Fn. 30), S. 16; *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Diskussionsentwurf, aaO. (Fn. 30), S. 176.

⁸⁴ *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht, aaO. (Fn. 30), S. 120ff.; *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Diskussionsentwurf, aaO. (Fn. 30), S. 309ff.

⁸⁵ *Huber*, aaO. (Fn. 80), S. 669.

⁸⁶ *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Abschlussbericht, aaO. (Fn. 30), S. 29; *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Diskussionsentwurf, aaO. (Fn. 30), S. 199: „Das Leistungsstörungenrecht des Kommissionsentwurfs beruht damit auf einer Weiterentwicklung und Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung wegen positiver Forderungsverletzung.“

②U. Huber之修正建議採取擔保責任⁸⁷，兩項草案則回歸過失責任原則⁸⁸。

③關於原給付請求權與損害賠償請求權之關係，U. Huber之修正建議主張，若不履行係基於不可歸責於債務人之事由，則債權人不得請求原給付，亦不得請求損害賠償。兩項草案則就兩項請求權分別加以規定，故原給付請求權之消滅，不以給付障礙事由是否可歸責於債務人為必要⁸⁹。

然而，修法歷程極為戲劇性：因二〇〇〇年之討論版草案遭受學界嚴詞批判，德國司法部為此籌組「給付障礙法委員會」（Kommission Leistungsstörungenrecht），另提出「補強版」草案（konsolidierte Fassung）⁹⁰，其間給付不能之概念重新回到修正草案之中，給付不能不僅重新成為原給付義務消滅之事由之一，並且作為損害賠償請求權之類型之一⁹¹。

更令人意外的是，U. Huber收回其對德國舊法之批評，並主張，只要觀察者不要自陷於概念法學，透過功能性之比較研究（funktionale Rechtsvergleichung）便不難發現，德國舊給付障礙法與國際契約法統一文件在功能上及體系上有諸多一致之處⁹²。U. Huber主張，討論版草案對於給付不能制度之批評，毋寧建立在對

⁸⁷ Huber, aaO. (Fn. 80), S. 789.

⁸⁸ Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlussbericht, aaO. (Fn. 30), S. 122; Bundesministerium der Justiz (Hg.), Diskussionsentwurf, aaO. (Fn. 30), S. 312.

⁸⁹ Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlussbericht, aaO. (Fn. 30), S. 118; Bundesministerium der Justiz (Hg.), Diskussionsentwurf, aaO. (Fn. 30), S. 307，並參見同註30之相關說明。

⁹⁰ Canaris, JZ 2001, S. 499ff.

⁹¹ 有學者戲稱此為給付不能之「平反」（Rehabilitation），參見Schwarz, JURA 2002, S. 73, Fn. 6.

⁹² Huber, ZIP 2000, S. 2137, 2143.

於德國舊民法第275條及第280條之誤解上⁹³。此一觀點，值得關注⁹⁴。

反之，「給付障礙法委員會」成員之一的Canaris主張，給付不能具有兩項不同之功能⁹⁵：①作為排除債務人原給付義務之事由；依「不能之事無債務」（*impossibilium nulla obligatio est*）⁹⁶之羅馬法諺⁹⁷，原給付義務因給付不能而消滅，乃事理之必然，具有先驗之說服力（*apriorische Überzeugungskraft*）；②作為債權人請求替代給付之損害賠償（*Schadensersatz statt der Leistung*）之基礎。Canaris之見解最終為「給付障礙法委員會」全體所接受，化為現行德國給付障礙法之規定。

（二）救濟導向思維之因素

德國現行給付障礙法兼含救濟導向思維及類型思維之兩種因素，故本文稱之為混合模式，茲先就救濟導向思維部分加以論述。

1. 「義務違反」（*Pflichtverletzung*）作為違約救濟之基本構成要件

現行德國民法就違約之情事，以「義務違反」作為各違約救濟之基本構成要件。第280條⁹⁸第1項第1句規定，債務人違反因債

⁹³ AaO. S. 2140.

⁹⁴ 參見下述肆、四。

⁹⁵ Canaris, aaO. (Fn. 32), S. 44ff.

⁹⁶ Celsus D. 50, 17, 185.

⁹⁷ 關於„*Impossibilium nulla obligatio est*“之適用範圍，請參考黃松茂，買賣標的物自始瑕疵與自始客觀不能——兼評最高法院99年度台上字第2033號判決，載：民事法之思想啟蒙與立論薪傳：孫森焱前大法官八秩華誕祝壽論文集，頁663以下，2013年11月；陳添輝，自始給付不能之契約效力，法令月刊，60卷10期，頁57、61以下，2009年10月。

⁹⁸ 德國民法第280條（因義務違反之損害賠償）（1）¹債務人違反因債之關係所生之義務者，債權人得請求賠償因此所生之損害。²債務人就義務違反不可歸責者，不適用之。（2）因遲延給付所生之損害，債權人僅得於第286條所定情形，

之關係所生之義務者，債權人均得請求因此所生之損害。第323條及第324條關於解除契約之規定，亦以債務人違反一定之義務為前提。

在買賣法方面，德國民法第433條第1項第2句明定，出賣人負有義務，令買受人取得無物之瑕疵及權利瑕疵之物。出賣人交付之物有瑕疵時，即屬義務違反，第437條列舉買受人享有之救濟：嗣後履行（*Nacherfüllung*）、解除契約、減少價金或請求損害賠償。在承攬契約，第634條亦有相似之列舉規定。

2. 履行請求權

現行德國民法第275條第1項規定，若給付陷於不能，債務人之給付請求權消滅。同條第2項、第3項規定，依其情形不可期待債務人排除給付之障礙者，債務人得拒絕提出給付。德國有學者認為，本條規定近似於英美法或國際契約法文件中之「強制履行」（*specific performance*）制度⁹⁹，亦有學者進一步認為，因該規定，履行請求權（*Erfüllungsanspruch*）在德國法已不再是主觀權利，而僅是對於違約之制裁或救濟手段¹⁰⁰。關鍵在於，履行請求權之發生是否直接源自於契約本身，或以違約為前提。此項爭議，實務上雖較無重要性，卻富有理論意義：倘若履行請求權之發生以違約事實為必要，則其成為損害賠償以外之另一項違約救濟手段，如此即確立德國現行給付障礙法亦採取國際契約法文件之「違約—救濟」模式。然此一觀點是否與德國民法第241條第1項（相當於

始得請求賠償。(3)替代給付之損害，債權人僅得於第281條、第282條或第283條所定情形，始得請求賠償。

⁹⁹ *Stoll*, JZ 2001, S. 589, 590.

¹⁰⁰ *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, Rn. 465f.; *PWW-Schmidt-Kessel*, § 275 Rn. 1; *Braun*, AcP 205 (2005), S. 127, 137ff.; 陳自強，同註68，頁169：「履行請求權已從債權效力轉換為債務不履行的一個救濟方法」。

我國民法第199條第1項)相符,極有疑問。依該規定意旨,原則上任何債權請求權均有訴求力,不以債務人有不履行之事實為前提,此正為德國及我國民法與英美契約法之重大差異¹⁰¹。

(三)類型思維之因素

1. 法律規定

德國民法形式上雖模仿國際契約法統一文件,以「義務違反」作為違約救濟之基本構成要件,但在個別之救濟上,仍循義務違反之態樣或義務之種類,進行類型區分¹⁰²。在損害賠償方面,立法者針對給付不能設置獨立規定(嗣後不能:第283條;自始不能:第311條a第2項);遲延損害之規定(第286條)依然存在,故給付遲延仍為獨特之給付障礙態樣;除給付遲延外,新法另設「遲誤給付」(*Verzögerung der Leistung*)之態樣,第281條第1項規定,經債權人定相當期間而債務人仍不為給付時,債權人得請求替代履行之損害賠償¹⁰³;「積極侵害債權」雖為第280條第1項所吸收,但

¹⁰¹ Vgl. Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 244, 並參見同註52。

¹⁰² 在編排上仍遵循給付不能、給付遲延及其他義務違反之架構的德國教科書,如: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, S. IX-XI; *Looschelders*, aaO. (Fn. 36), S. XIX-XXIV; *Weiler*, Schuldrecht AT, § 22 Rn. 4ff. 少數從違約救濟手段出發者: *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, aaO. (Fn. 100). 另Gerhard Hohloch著,楊佳元譯,同註20,頁44:「但舊的架構仍可再見。新法要求依債務不履行之種類作區分,因為§ 280 II, III BGB就給付不能及給付遲延另有構成要件規定。」

¹⁰³ 給付遲延(*Verzug*)與「遲誤給付」(*Verzögerung der Leistung*)乃不同之法律概念,前者乃專就債權人請求遲延損害(第286條、第280條第2項)而言,依其定義以可歸責為必要;後者則指經債權人定期間而債務人仍不為給付時,債權人得請求替代履行之損害賠償之情形(第281條、第280條第3項)。「定期間」(*Fristsetzung*)通常可視為「催告」(*Mahnung*),但由於給付遲延(*Verzug*)有時不需催告,如第286條第2項第1款「期限代人催告」(*dies interpellat pro homine*),而第281條之「遲誤給付」則以定期間為必要,故

因第282條之規定（「若債務人違反第241條第2項所定之保護義務，致債權人不能期待債務人提出給付者，得請求替代給付之損害賠償」），使「積極侵害債權」在給付障礙法體系中仍有其特殊意義。據此，給付遲延、給付不能及積極侵害債權三大類型，並未自德國現行法消失。

在法定解除權方面，亦呈現類型區分之樣貌：第326條第1項第1句規定，債務人給付陷於不能者，債權人免對待給付義務。但依同條第5項規定，債權人仍得以意思表示解除契約；另第323條第1項規定，債務人遲誤提出給付，或其給付不合乎契約本旨者，經債權人定期限後仍不給付者，債權人得解除契約；第324條則規定，若債務人違反第241條第2項之保護義務，致債權人不能期待債務人提出給付者，債權人亦得解除契約。

另一方面，為將瑕疵擔保規定整合於一般給付障礙法，新法特於第281條第1項規定，債務人所提出之給付不合於債務本旨者，經債權人定相當期間而債務人仍不為嗣後履行（*Nacherfüllung*）時，債權人得請求替代履行之損害賠償。類似之規定亦出現在第323條第1項。此種類型，德國文獻有出於行文方便而稱之為「不良履行」（*Schlechterfüllung*）或「不良給付」（*Schlechtleistung*）¹⁰⁴，亦有認為不良給付專指瑕疵結果損害或侵害固有利益之情形¹⁰⁵。重點仍在於瑕疵損害及瑕疵結果損害之區分，蓋兩者在現行德國法分別適用不同之請求權基礎¹⁰⁶。

「遲誤給付」之要件較「給付遲延」嚴格。參閱Looschelders, aaO. (Fn. 36), Rn. 486, 606.

¹⁰⁴ Lorenz/Riehm, aaO. (Fn. 71), Rn. 193; Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 102), Rn. 334; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hg.), aaO. (Fn. 71), Rn. 19.

¹⁰⁵ Looschelders, aaO. (Fn. 36), Rn. 570.

¹⁰⁶ 參見下述參、三、(三)、4.。

2. 「義務違反」(Pflichtverletzung)之概念

現行德國給付障礙法仍維持類型區分之外，除給付不能之態樣在修法後階段再度回到草案中之外，更重要的理由在於，德國民法之「義務違反」(Pflichtverletzung)，並不等於英美法之„breach of contract“或國際契約法文件中之„non-performance“。蓋英美法及國際契約法文件自擔保責任出發，契約乃對一定結果之擔保，損害賠償乃為所承擔之風險負責¹⁰⁷。而德國「義務違反」之概念，依立法者之意思，來自「積極侵害債權」理論之一般化¹⁰⁸，在積極侵害債權之脈絡中，所違反者乃「行為義務」(Verhaltenspflichten)¹⁰⁹。此項行為義務，與德國學說上過失概念中之「客觀

¹⁰⁷ ATIYAH, LAW OF CONTRACT 168 (2005), (“the contracting party accepts the risk of non-performance”); REINHARD ZIMMERMANN, THE LAW OF OBLIGATIONS—ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 776 (1996); Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2015, S. 369 (Garantieversprechen); OLIVER WENDELL HOLMES, COMMON LAW 301 (1881): “The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass.”

¹⁰⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 92: „Das Leistungsstörungenrecht des Entwurfs beruht damit auf einer Weiterentwicklung und Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung wegen positiver Forderungsverletzung.“ (本草案之給付障礙規定，乃奠基於關於積極侵害債權之原則的一般化)，此乃自Abschlussbericht以來盛行之見解，參閱同註86。此外，BT-Drucks. 14/6040, S. 135: „Mit Pflichtverletzung meint die Vorschrift (i.e. § 280 Abs. 1) nur ein objektiv nicht dem Schuldverhältnis entsprechendes Verhalten des Schuldners.“ (第280條第1項所定之義務違反，指債務人客觀上違反債之關係之行為)，並參照前述參、三、(一)關於修法歷程之說明。

¹⁰⁹ Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, AT, § 24 I, S. 364: „weitere Verhaltenspflichten“. 另參照Stoll, aaO. (Fn. 99), S. 593, 清楚指出，義務違反之概念僅適合於行為義務(Verhaltenspflichten)，而不適於以一定結果之發生之目標之給付義務(erfolgsbezogene Leistungspflichten)。

注意義務」(Sorgfaltspflichten)，概念上難以區分¹¹⁰。U. Huber於修法前便質疑，此一「義務違反」之概念，乃可歸責於債務人之給付不能、給付遲延及積極侵害債權之上位概念，亦即債務人可歸責之行為；然「不可歸責於債務人之給付不能」能否納入義務違反之概念下，誠有疑問，蓋給付不能既不可歸責於債務人，債務人既無給付義務(德國舊民法第275條第1項、我國民法第225條第1項)，亦無損害賠償責任，何來「義務違反」之有？¹¹¹

為解決此項理論問題，現行德國通說主張，義務違反僅係一項「空白概念」(Blankettbegriff)或「集合性概念」(Sammelbegriff)¹¹²，其本身欠缺可資涵攝之確定內涵(subsumptionsfähiger Inhalt)¹¹³，故須依義務之種類加以區分。依通說見解(區分說)¹¹⁴，首應區分給付義務(第241條第1項)與保護義務(第241條第2項)，前者再依其是否達成一定之給付效果(Leistungserfolg)，區分為「以一定給付效果為內容之給付義務」及「僅以一定行為為內容之給付義務」(如勞務契約)。在以

¹¹⁰ Stoll, FS Hippel, S. 517, 527; Harke, Allgemeines Schuldrecht, 2009, Rn. 224. 並請參閱Martin Josef Schermaier著，田士永譯，德國債法改革：進步還是退步？(簡體)，中德私法研究，5卷，頁3、10，2009年8月。

¹¹¹ Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, S. 31, 100. 同此見解：Schapp, aaO. (Fn. 33), S. 638.

¹¹² Looschelders, aaO. (Fn. 39), S. 67; MüKo-Ernst, § 280 Rn. 10; Huber, aaO. (Fn. 33), S. 48.

¹¹³ MüKo-Ernst, § 280 Rn. 11.

¹¹⁴ Lorenz, aaO. (Fn. 36), S. 213; Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 102), Rn. 336f.; Looschelders, aaO. (Fn. 36), Rn. 563. 修正理由(BT-Drucks. 14/6040, S. 135)僅區分「給付義務」與「與給付無關之義務」，未再就給付義務本身加以區分，受Looschelders批判，參見Looschelders, aaO. (Fn. 36), Rn. 563; 惟德國文獻上仍有採取此等立場者，參見MüKo-Ernst, § 280 Rn. 12ff.; Canaris, Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 30.

一定給付效果為內容之給付義務，只要客觀上給付效果未發生，債務人即有義務違反。在僅以一定行為為內容之給付義務或保護義務，義務違反則存在於債務人之行為未符合債之本旨；在此等情形，第280條第1項之義務違反，等同於過失概念中之客觀注意義務違反（第276條第2項¹¹⁵），換言之，債務人一違反該行為義務，即屬有過失¹¹⁶。

區分說所考量者乃「義務違反」之舉證責任分配¹¹⁷：在以達成一定效果為內容之給付義務，債權人僅須主張給付效果未發生（未受買賣標之物之轉讓或買賣標之物有瑕疵），換言之，只要一定之狀態（Zustand）未發生，債務人即有義務違反；在以一定行為為內容之給付義務，則債權人須具體證明債務人之行為違反何等行為義務。由於此等義務之違反與注意義務之違反，幾無二致，故一經證明有此行為義務之違反，債務人即難有免責之可能¹¹⁸。

少數說（不區分說、行為導向之義務違反概念）¹¹⁹則認為，「義務違反」作為給付障礙之基本構成要件，仍應具備可資涵攝之具體內涵，故在論斷義務違反時，應將義務具體化為一定之行為義

¹¹⁵ 關於過失（Fahrlässigkeit）之概念，德國民法第276條第2項定有明文，指未盡交易上必要之注意（Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt）。

¹¹⁶ Lorenz, aaO. (Fn. 36), S. 214; Lorenz/Riehm, aaO. (Fn. 71), Rn. 182.

¹¹⁷ MüKo-Ernst, § 280 Rn. 18; Lorenz, aaO. (Fn. 36), S. 214; Looschelders, aaO. (Fn. 36), Rn. 506.

¹¹⁸ Lorenz, aaO. (Fn. 36), S. 214; Lorenz/Riehm, aaO. (Fn. 71), Rn. 182. 可能免責之情況包括債務人無責任能力，或事實上或法律上之義務標準為債務人所難以知悉，或例外存在阻卻違法事由等。

¹¹⁹ Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 64ff., 83f.; Harke, JbJZivRWiss 2001, S. 29, 58f.; Canaris, aaO. (Fn. 90), S. 529.（認為在嗣後給付不能，債務人之義務違反存在於違反小心謹慎處理給付標的之附隨義務。）

務，也唯有如此，可歸責（故意或過失）方有可資評價之對象，蓋故意或過失之判斷，以違法性（義務違反）為前提¹²⁰。

兩說之差異，得以嗣後給付不能為例加以說明：依通說，義務違反在於給付效果客觀上未發生，債務人須證明其就不能之發生不可歸責，方能免其損害賠償責任¹²¹；少數說將給付義務一律理解為行為義務，故給付已陷於不能時，給付義務不存在，債務人之未提出給付，並無義務違反。少數說認為，債務人之義務違反毋寧在於其未善盡保管標的物之附隨義務，依第280條第1項第1句，應由債權人證明該義務違反之存在。此證明對債權人有時甚為困難，蓋給付陷於不能之原因通常處於債務人之領域，故少數說援引舉證責任減輕（*Beweiserleichterung*）之理論，以為緩解¹²²。

3. 可歸責（*Vertretenmüssen, Zurechnung*）

前述通說雖認義務違反存於給付效果客觀上未發生，然在可歸責之層次（第280條第1項第2句），基於過失責任原則（德國民法第276條），仍須以債務人之行為作為歸責評價（*Verschuldensurteil*）之基礎，「給付效果之不發生」乃一狀態，並無法作為責任評價之對象¹²³。故實質上通說仍以債務人過失之行為為責任基礎，僅在舉證責任分配之說理不同於少數說而已。

在過失責任原則之下，無論前述通說或少數說，均傾向於將債

¹²⁰ *Ehmann/Sutschet*, JZ 2004, S. 62, 65. *Ehmann/Sutschet*認為，給付義務並非行為義務，而是給付效果之發生。給付義務之不履行，亦即給付效果之不發生，可能基於可歸責於債務人之行為，亦可能基於與債務人之行為無關之行為，故單單「給付義務之違反」本身無法作為評價債務人之行為是否具備違法性及過失之評價對象。參見*Ehmann/Sutschet*, aaO. S. 67.

¹²¹ *Looschelders*, FS Canaris, Bd. 1, S. 737, 738.

¹²² *Ehmann/Sutschet*, aaO. (Fn. 120), S. 71; *Hark*, ZGS 2006, S. 9, 11.

¹²³ *MüKo-Ernst*, § 280 Rn. 28; *Looschelders*, aaO. (Fn. 121), S. 740.

務不履行之損害賠償責任建立在債務人過失行為之基礎上，則舊法時代給付障礙類型（給付不能、給付遲延、積極侵害債權、給付拒絕等）之分類體系重新回到德國文獻中，似屬難以避免。換言之，給付障礙類型之劃分，根源於過失責任主義，或更精確言之，須債務人就其該當一定行為構成要件（致給付陷於不能、遲延給付或交付有瑕疵之物等）且有過失，始成立契約責任之行為責任思想¹²⁴。故Medicus認為，債法現代化後，一般給付障礙法並未發生體系轉換（Systemwechsel），修法結果乃延續德國實務穩定之見解¹²⁵。反之Grundmann主張，現行德國給付障礙法之體系，已從「構成要件導向」（tatbestandsorientiert，即類型導向）逐漸轉向「法律效果導向」（rechtsfolgenorientiert），此種體系轉換來自於法律思維之轉變，亦即從十九世紀個人自由及個人責任之思想所宰制時代，遞嬗至大量市場交易之時代，於是契約責任應不再建立在個別行為之基礎上¹²⁶。Looschelders則持折衷意見，認為現行德國一般給付障礙法乃兼採法律效果導向及構成要件導向之混合體系（Mischsystem）¹²⁷。

以債務人之過失行為為基礎之契約責任思想，在自始不能亦造成學理爭議。為消除自始與嗣後不能之區分，前述討論版及委員會版草案將自始不能納入「義務違反」之概念之下，且均適用過失責

¹²⁴ Vgl. Oechsler, aaO. (Fn. 69), S. 13. Gerhard Hohloch著，楊佳元譯，同註20，頁44：「給付不能在新法是……一個責任構成要件。」

¹²⁵ Medicus, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – behutsame Weiterentwicklung oder Systemwechsel?, S. 61, 63.

¹²⁶ Grundmann, aaO. (Fn. 62), S. 594認為，契約責任之發生不應再取決於個別之行為態樣（給付不能、給付遲延或積極侵害債權），而應於契約未受妥善執行時，即賦予債權人相應之救濟效果（解除契約或損害賠償），以符合大量交易社會中對於法安定性及可預見性之要求。

¹²⁷ Looschelders, aaO. (Fn. 36), Rn. 454.

任主義，其初衷為令債權人在自始客觀不能亦得請求履行利益之損害賠償。惟斯時即有學者指出¹²⁸，在締約前，債務人對債權人並無妥善保管標的物之義務，而僅有探知標的物狀況之前契約義務（*vorvertragliche Pflichten*）¹²⁹，在自始不能之場合，債務人可歸責之義務違反與履行利益之損害間欠缺因果關係，因此債務人至多僅負信賴利益之賠償責任。蓋債務人若踐行該前契約義務，亦即探查標的物之狀況並告知債權人給付已陷於不能，債權人必然不致締約，則履行利益即無從發生¹³⁰。為此，補強版草案特於德國民法第311條a第2項第1句明定，在自始不能之情形，債權人得請求不履行之損害賠償。然為表明新法採取過失責任主義之意旨，而有別於舊法就自始主觀不能採取擔保責任，第311條a第2項第2句復規定，債務人於締約時不知其給付障礙之存在且就其不知不可歸責者，不負損害賠償責任。如此雖賦予自始不能明文之請求權規範，然債務人過失行為與履行利益之損害欠缺因果關係之問題，依然未解¹³¹。第311條a之特別規定亦使自始不能成為獨立之給付障礙類型，自外於第280條第1項之請求權基礎¹³²。

¹²⁸ *Medicus*, NJW 1992, S. 2384, 2387; *Ernst*, JZ 1994, S. 801, 808; *Huber*, ZIP 2000, S. 2273, 2278; *Altmeyden*, DB 2001, S. 1399, 1400. 不同見解：*Canaris*, DB 2001, S. 1815, 1818.

¹²⁹ *Windel*, JR 2004, S. 265, 266.

¹³⁰ *Ehmann/Sutschet*, aaO. (Fn. 119), S. 67; *Katzenstein*, JURA 2005, S. 73, 78.

¹³¹ 有學者因而主張，應拒絕適用德國民法第311條a第2項規定，參見*Lobinger*, aaO. (Fn. 70), S. 279ff., 295ff., 363f. 對此見解之批判，參見*Canaris*, FS Heldrich, S. 11ff.; 方法論上之批判：*Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 354.

¹³² 通說認為，在自始不能不存在義務違反，參閱BT-Drucks. 14/6040, S. 165; *Canaris*, aaO. (Fn. 90), S. 507; *Palandt*⁷⁶/*Grüneberg*, § 311a Rn. 6; *Looschelders*, aaO. (Fn. 36), Rn. 648. 反之亦有學者認為，第311條a第2項亦可納入第280條義務違反之體系，因單純給付之不提出即屬義務違反，自始不能與嗣後不能之

4. 損害之種類 (Schadensarten)

據第280條之規範體系，債權人之損害賠償請求權，除第280條第1項所定「義務違反」之基本構成要件外，尚須依損害種類之不同，符合其他補充性之構成要件¹³³。基本上應先區分「替代給付之損害賠償」(Schadensersatz statt der Leistung，第280條第3項)及「附隨於給付之損害賠償」(Schadensersatz neben der Leistung)，後者因給付遲延在德國法上之特殊地位，再劃分出「遲延損害」(第280條第2項)。第280條第1項具一般條款之效力，主要適用於替代給付之損害賠償及遲延損害以外之「附隨於給付之損害賠償」。

損害分類之理由，德國學說上多認為係基於「自然履行優先」(Vorrang der Naturalerfüllung)原則¹³⁴或給予債務人二度履行之機會¹³⁵。此原則體現在第281條：債務人不履行原給付時，除給付已陷於不能或有其他無須經債權人定期間者外，債權人須定期間催告債務人為給付，債務人仍未給付時，債權人始得請求替代給付之損害賠償。其基本思想在於：債權人對於給付之「履行利益」(Erfüllungsinteresse)，應先透過債務人之提出原定給付加以實現；債務人遲誤給付時，債權人應給予二度履行之機會，而不得逕

差異僅在於債務人可歸責行為之認定有所不同，參見*Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 102), Rn. 333; *MüKo-Ernst*, § 311a Rn. 4, 7. 進一步探討，請參閱黃松茂，同註97，頁697以下。

¹³³ 有學者稱此為「損害現象學之體系化」(schadensphänomenologische Systematisierung)。Vgl. *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), S. 727, 730.

¹³⁴ *Looschelders*, aaO. (Fn. 36), Rn. 600. 在買賣瑕疵擔保領域則稱為「嗣後履行優先」(Vorrang der Nacherfüllung)原則，文獻上並以「出賣人二度給付之權利」(das Recht zur zweiten Andienung)稱之，參見BT-Drucks. 14/6040, S. 220; *Lorenz/Riehm*, aaO. (Fn. 71), Rn. 504.

¹³⁵ *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 102), Rn. 492; *Ackermann*, JuS 2012, S. 865, 866.

行放棄契約原定之給付，請求履行利益之賠償¹³⁶；須待催告債務人為履行而無效果，或原定給付陷於不能，方得以金錢之損害賠償滿足其履行利益¹³⁷。

損害種類之區別標準在於，損害是否因債務人提出給付而得以避免，而得為債權人之「履行利益」所涵蓋¹³⁸：若損害係因債務人最終未能提出給付所生，屬於「替代給付之損害賠償」；若債務人嗣後補行給付，損害仍無法排除，則該損害之發生具有終局性¹³⁹，屬於「附隨於給付之損害賠償」。舉例而言：出賣人交付病雞，致買受人其他雞隻亦因此染病，則出售雞隻之診療費用屬於「替代給付之損害賠償」，蓋其可透過出賣人嗣後之治療或交付其他健康之雞隻加以排除，原則上須經第281條之催告程序始得請求賠償。至於其他同遭感染雞隻之診療費，則屬於「附隨於給付之損害賠償」，無須經催告，即得依第280條第1項規定請求賠償。套用修法前之用語，修法後「瑕疵損害」（出售雞隻之診療費）之賠償，在要件上依然較「瑕疵結果損害」（其他雞隻之診療費）之賠償為嚴苛¹⁴⁰。值得思考的是，兩種損害之請求權基礎，依通說見解，均源自於出賣人違反交付無瑕疵物之義務¹⁴¹，若買受人對於買賣標的物之履行利益在於「獲得無瑕疵之物」，則為何「瑕疵損害」屬

¹³⁶ Lorenz/Stringari, FS Georgiades, S. 237, 246.

¹³⁷ Vgl. Canaris, aaO. (Fn. 114), S. 34.

¹³⁸ Lorenz/Stringari, aaO. (Fn. 136), S. 250.

¹³⁹ 參閱Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 102), Rn. 352f.

¹⁴⁰ 修法前文獻上對此一現象之批評：Medicus, aaO. (Fn. 29), Rn. 355. 依修法前之通說及實務見解，瑕疵損害之賠償限於欠缺出賣人保證之品質或出賣人故意不告知瑕疵之情形（德國舊民法第463條）。Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, BT, Halbband 1, § 41 II, S. 70; Medicus, aaO. (Fn. 29), Rn. 356; BGHZ 59, 303, 309; BGHZ 77, 215, 217.

¹⁴¹ Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 102), Rn. 182; Lorenz/Stringari, aaO. (Fn. 136), S. 246.

於履行利益，「瑕疵結果損害」在履行利益之外，不無疑義¹⁴²。

上述以該損害是否因債務人提出給付而得以避免，而論斷其是否得為債權人之「履行利益」所涵蓋，背後仍為行為責任思想。換言之，必以該損害之發生與債務人之不提出給付（不作為）間有因果關係，始得令債務人對該損害負責。然在季節性商品（Saisonware）之案例，上述觀點未必能理論一貫，例如買受人在夏季開始前向出賣人訂購泳裝一批，若出賣人如期交貨，買受人預期可獲得10萬元之轉售利益，但由於出賣人至夏季尾聲才交貨，買受人之轉售利益降為2萬元。德國學者¹⁴³認為此時買受人之履行利益（替代給付之損害賠償）為2萬元，至於8萬元之轉售利益喪失，則屬遲延損害（第280條第2項及第286條），亦即「附隨於給付之損害賠償」，蓋其係出賣人遲延交貨之行為所致。然而，買受人之履行利益，為何不能解為「夏季開始時即如期交貨之10萬元轉售利益」？誠有疑問。換言之，買受人之履行利益，不僅在該批泳裝本身，還在於出賣人如期履行。

因新法關於損害賠償遵循過失責任主義，故任何基於「義務違反」所生之損害賠償請求權，以該「義務違反」可歸責於債務人為必要（第280條第1項第2句）。此要求導致第281條適用上之學說爭議：可歸責於債務人之義務違反，究應以債務人第一次屆期未履行之行為為準，或以其所定期間經過而仍未履行之行為為準？¹⁴⁴相

¹⁴² 再如買受人為強化工廠之產能而添購特定生產設備，買受人對於該設備之無瑕疵具有基於契約之履行利益，如因該設備之瑕疵發生修繕費用及工廠停止運作之損害，兩者均係該履行利益未能獲得滿足而來。

¹⁴³ 參閱Köhler/Lorenz, Schuldrecht I, AT, S. 67.

¹⁴⁴ 此問題引發學界重大爭論，僅舉數文為例：Huber, FS Schlechtriem, S. 521, 528ff.; Lorenz, FS U. Huber, S. 423ff.; Faust, FS Canaris, Bd. 1, S. 219ff.; Ackermann, aaO. (Fn. 135), S. 865ff.; MüKo-Ernst, § 281 Rn. 48ff.

同爭議轉換戰場至買賣法則變成：可歸責於債務人之義務違反，應以債務人未提出無瑕疵之標的物為準，或以未為嗣後履行（*Nacherfüllung*）為準？¹⁴⁵在此一學說爭議中亦可看出，在行為責任思想之支配下，德國學說對於「義務違反」之概念多無法採取一致之解釋，毋寧隨所欲加以歸責之債務人行為，調整義務違反之認定¹⁴⁶。

針對上述第281條所引發之問題，值得反思者為：若第281條之規定乃出於賦予債務人二度履行機會之思維，則此項問題是否於解除契約之救濟加以處理即可？換言之，只要債權人尚未解除契約，債務人均得再為履行。蓋規範架構上，第323條關於解除契約之規定，與第281條極為類似¹⁴⁷。故立法論上似可就債權人之解約權加以適度節制，如此即可反射出債務人二度履行之權利。此種規範方

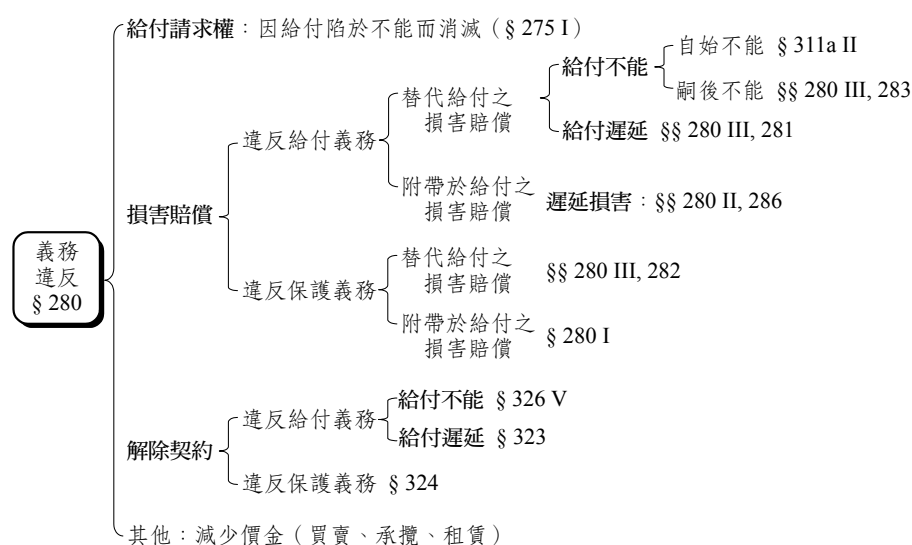
¹⁴⁵ 多數說認為出賣人之義務違反在於未為嗣後履行：Lorenz, aaO. S. 428ff.; Reichenbach, JURA 2003, S. 512, 518; Schur, JA 2006, S. 223, 226. 少數說中，有認為僅存在於未交付無瑕疵之標的物，如：Hirsch, JURA 2003, S. 289, 292, 亦有認為，可選擇性存在於兩者，如：Faust, aaO. S. 235ff.; Staudinger-Otto (2004), § 281 Rn. D 13.

¹⁴⁶ 如Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 102), Rn. 172ff.主張，就買賣標的物之瑕疵所造成之損害，就「瑕疵結果損害」逕以第280條第1項為請求權基礎，其義務違反乃「交付有瑕疵之標的物」，債務人之可歸責（*Vertretenmüssen*）在於因故意或過失導致瑕疵之發生，或因明知有瑕疵或因過失不知其瑕疵。至於「瑕疵損害」，義務違反在於「補正義務之不履行」，債務人之可歸責則依瑕疵能否補正加以區分：瑕疵可補正者，可歸責在「不履行補正義務」之行爲本身；瑕疵不能補正者，在自始不能補正之瑕疵乃明知或因過失而不知瑕疵之不能補正，在嗣後不能補正之瑕疵則在於導致補正陷於不能之行爲。

¹⁴⁷ 第281條第4項規定，債權人請求替代給付之損害賠償者，其給付請求權消滅。同條第5項甚至明文規定，債權人請求替代全部給付之損害賠償者，債務人得依第346條至第348條關於解約後法律關係之規定，請求返還已提出之給付。

式，適為CISG及PECL所採¹⁴⁸。

損害之分類，更加鞏固德國給付障礙法之類型思維，茲圖示如下：



四、綜合比較與反思

德國債法現代化之工程雖受啟發於CISG統一之違約概念¹⁴⁹，然最終並未建立如同CISG、PICC或PECL之契約責任體系，關鍵在於德國立法者仍執守「自然履行優先」原則及行為責任思想，導致在統一之「義務違反」要件之下，仍存在個別之義務違反態樣（給付不能、給付遲延、附隨義務違反）。就違約之損害賠償而言，依現行德國民法之規範體系，仍因給付是否陷於不能而異其請求權基

¹⁴⁸ Vgl. Schmidt-Kessel, aaO. (Fn. 62), S. 88, 99.

¹⁴⁹ 參見前述參、三、(一)、2.。

礎。故Lorenz認為，現行法之類型區分思維之乃延續一九〇〇年德國民法以來之一貫立場，並主張，向來繼受德國民法及學說之國家而言，無須因德國給付障礙法之修正而改變其對德國法之認識¹⁵⁰。然現行德國給付障礙法亦帶有救濟導向思維之要素，已如前述，故而Lorenz亦承認，修正後之德國給付障礙法，更趨近於歐洲契約法原則（PECL），Looschelders亦認為現行德國給付障礙法乃「構成要件導向」與「法律效果導向」之混合模式¹⁵¹。由是觀之，對著手債法修正之法律繼受國而言，是否應亦步亦趨地跟隨德國法之腳步，抑或直接對歐洲契約法進行研究，則為亟待深思之問題。

無論如何，對於自身法典之完整認識及適切評價，殆為著手法律修正前必要之準備工作。我國民法債務不履行規定係繼受一九〇〇年德國民法而來，而彼時之德國民法典是否果真出於類型區分思維，尚待學說理論史（Dogmengeschichte）之檢驗。當中關鍵問題者為：「給付不能」究係責任基礎，抑或實為免責事由？倘若答案為後者，則類型思維是否仍有其規範基礎，即非無疑。為此，有必要就構成德國給付不能制度之十九世紀學說，特別是Friedrich Mommsen之給付不能理論，加以探討。

肆、給付不能理論之重新探討

一、概述：十九世紀Pandekten法學與給付不能理論

（一）給付不能制度之歷史解釋

我國民法及德國舊民法之給付不能制度，可回溯至十九世紀

¹⁵⁰ Lorenz, Entwicklung des Leistungsstörungenrechts im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 88f.

¹⁵¹ AaO. S. 89; Looschelders, aaO. (Fn. 36), Rn. 454.

Pandekten法學及Friedrich Mommsen之給付不能理論¹⁵²。前述U. Huber對於德國舊債法之態度轉變¹⁵³，亦莫基於其對於Pandekten法學及一九〇〇年德國民法立法過程之重新認識¹⁵⁴。以上兩點，應足以正當化本文對於給付不能之學說理論史（Dogmengeschichte），乃至於Friedrich Mommsen給付不能理論之簡要介紹。正如U. Huber於其一九九九年出版之《給付障礙》一書之序言中所言，觀察德國一九〇〇年民法制訂前之法律狀態，並非出於歷史懷舊之興趣，毋寧是堅信，除文義、邏輯及體系解釋外，法律文字之通盤理解，仍須置於其歷史脈絡之中¹⁵⁵。

（二）古典羅馬法中之「給付不能」

首應特別指出者為，古典羅馬法並未如論者¹⁵⁶所言，視給付不能為一種違約態樣。西元六世紀問世之查士丁尼法典（*Corpus iuris civilis*）將*impossibilium nulla obligatio est*列為法律原則（*regula iuris*），與西元前一世紀末至西元三世紀之古典羅馬法之個案判斷（*kasuistisch*）之基本屬性，並不相符¹⁵⁷。換言之，古典羅馬法並未就「自始不能」建立一項法律原則，契約之有效性毋寧取決於契約類型及個案情況¹⁵⁸。

古典羅馬法亦未就「嗣後不能」建立法律原則，遑論以其為違

¹⁵² 郭麗珍，同註71，頁223；蔡晶瑩，同註71，頁118。

¹⁵³ 前述參、三、（三）、2。

¹⁵⁴ Hattenhauer, Zum praktischen Nutzen der Rechtsgeschichte in der Gesetzgebung – der Einfluss Ulrich Hubers auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, S. 191ff.

¹⁵⁵ Huber, Leistungsstörungen, Band I, 1999, S. VI.

¹⁵⁶ Emmerich, aaO. (Fn. 65), § 15 I, S. 160.

¹⁵⁷ Schermaier, Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo 51 (2006), S. 241ff.

¹⁵⁸ 請參閱黃松茂，同註97，頁671以下。

約態樣¹⁵⁹。在屬於嚴法訴訟（*iudicia stricti iuris*）之債務，如問答契約（*stipulatio*），若特定標的物（*certa res*）於締約後滅失，原應基於訴訟程式之理由判決債權人敗訴，但若標的物之滅失係可歸責於債務人，或滅失係發生在債務人遲延，羅馬法學家擬制標的物之存在，使債之關係得以延續（*perpetuatio obligationis*）¹⁶⁰。在屬於誠信訴訟（*bonae fidei iudicia*）之債務，就買賣契約而言，依古典羅馬法，價金危險於締約時即已移轉於買受人（*periculum est emptoris*）¹⁶¹，但出賣人對於締約後買賣標的物之滅失負普通事變之保管責任（*custodia*）¹⁶²。至於買賣以外之誠信契約，債務人之責任限制為「事變」（*casus*），而*casus*之概念本身並不以標的物滅失為限，舉凡徵收、定作人或委任人死亡等事由，均屬*casus*¹⁶³。

不論債之屬性為嚴法訴訟或誠信訴訟，由於古典羅馬法遵循訴訟程式（*Formularprozess*），其*intensio*（訴求基礎及訴求客體）或為物之移轉（*dare*）或一定行為（*facere*），其判決結果均化為金錢賠償，是為金錢賠償原則（*condemnatio pecuniaria*）¹⁶⁴，與普通

¹⁵⁹ HKK-Schermaier, § 275 Rn. 20; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 114; Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, 1970, S. 35, 40; Blaurock, Culpa-Haftung und nachträgliche Unmöglichkeit, S. 52f.

¹⁶⁰ Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 19. Aufl., 2008, § 37 Rn. 3.

¹⁶¹ AaO., § 41 Rn. 21.

¹⁶² HKK-Schermaier, § 275 Rn. 20; Kaser/Knütel, aaO. (Fn. 160), § 36 Rn. 15.

¹⁶³ HKK-Schermaier, § 275 Rn. 20. 古典羅馬法並未一般性地將契約責任建立在過失行為（*culpa*）之上，此一趨勢毋寧至東羅馬帝國時期，乃至查士丁尼法典，方告明顯。自此*culpa*轉向主觀之注意義務（*diligentia*），而帶有道義上（*sittlich*）非難之評價。Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, Die nachklassische Entwicklung, 1959, § 258 IV; Wollschläger, aaO. (Fn. 159), S. 35.

¹⁶⁴ Kaser/Knütel, aaO. (Fn. 160), § 35 Rn. 3.

法（common law）極為相似¹⁶⁵。職是必須給付陷於不能，債權人方得請求金錢賠償之思維，在古典羅馬法並不存在¹⁶⁶。

二、Friedrich Mommsen之給付不能理論

欲介紹並公正評論Mommsen之給付不能理論，縱非給付不能，亦屬「給付艱困」（Leistungserschwerung）。少有法學理論能如Friedrich Mommsen之給付不能理論影響如此深遠，其論述卻如此抽象¹⁶⁷，導致後世學者對其理論之誤解、非難，紛至沓來。然Friedrich Mommsen之給付不能理論為Windscheid之Pandekten教科書所採納¹⁶⁸，最終成為成文法典之內容，其重要性不言可喻。所幸經過二十世紀學者之努力，已能正確掌握Mommsen論述背後所欲傳達之思想。

¹⁶⁵ Jakobs, aaO. (Fn. 159), S. 174.

¹⁶⁶ Jakobs, aaO. (Fn. 159), S. 175.

¹⁶⁷ 與Mommsen處於同時代之Windscheid雖盛讚Mommsen論證之嚴謹及處理羅馬法源之謹慎，卻也如此評論Mommsen《給付不能》一書：「讀者極為費力始能掌握作者之論述方式，蓋其表達不易可理解，文字亦欠清晰。」（[...] dass der Verfasser dem Leser nicht immer leicht gemacht hat, ihm in seinen Entwicklungen zu folgen, dass dieselben häufig von dem Vorwurf einer gewissen Mühsamkeit nicht freizusprechen sind, und dass seine Darstellung nicht selten einen fühlbaren Mangel an der Fasslichkeit und Durchsichtbarkeit verrät.）Vgl. Windscheid, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 2, 1855, S. 106.

¹⁶⁸ Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 8. Aufl., 1900, §§ 264, 315, 360. Vgl. auch Wollschläger, aaO. (Fn. 159), S. 125. Friedrich Mommsen (1818-1892) 原為Schleswig-Holstein法官，曾於柏林聆聽薩維尼講課，1851年參與反抗丹麥國王之活動失敗後遭革除職務，轉至哥廷根從事博士後研究並取得大學教職。1853年至1855年間Mommsen連續出版三份重要之研究論著：不能（Unmöglichkeit）、損害（Interesse）及遲延（Mora），對後世之民法學說產生深遠之影響。參考Wollschläger, aaO. (Fn. 159), S. 124.

(一)基本架構

Mommsen雖依循Savigny見解，列舉各種給付不能之分類（諸如自始、嗣後、主觀、客觀、絕對、相對、一時、永久等）¹⁶⁹，然於其《給付不能》一書中第1頁開宗明義揭示，「給付不能」概念之界定乃依其效果（*Wirkungen der Unmöglichkeit*），而非依其態樣¹⁷⁰。決定法律效果之依據，自係羅馬法之法源，在此Mommsen引用查士丁尼法典第50冊第17章「古代法之各種原則」（*De diversis regulis iuris antiqui*）之兩條規則，作為基本原則：第1條為*impossibilium nulla obligatio*（D. 50. 17. 185：對不可能之事無債務），第2條為*casus a nullo praestantur*（D. 50. 17. 23：對於事變無須負責）。第1條適用於締約前已發生之給付不能，第2條適用於締約後之給付不能，各司其職，涇渭分明。

緊接著Mommsen提出一項問題：何時給付應被視為陷於不能¹⁷¹。對此問題，Mommsen並非正面回答，而是提出「恣意不履行」之概念（*willkürliche Nichterfüllung*）。所謂恣意不履行，指其不履行將對債務人發生不利益之法律效果，如損害賠償責任。與恣意之不履行相對者為「真正不能」（*wahre Unmöglichkeit*）之概念，此為理解Mommsen學說之關鍵。只有在真正不能，債務人方能免除恣意不履行所帶來之不利結果。是以可歸責於債務人之給付不能，其效果上等同於恣意不履行，並非真正之不能。換言之，所謂「真正之給付不能」，在Mommsen之論述脈絡，限於使債之關

¹⁶⁹ Mommsen, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, 1853, S. 3ff.

¹⁷⁰ 同此觀察，Wollschläger, aaO. (Fn. 159), S. 136.

¹⁷¹ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 2: „[...] ob die Leistung als unmöglich zu betrachten ist.“

係無效或使債務人免責之給付不能。如此Mommsen界定出「給付不能」此一概念之外延，也限定其《給付不能》一書之探討主題，亦即「使債之關係無效或債務人免責」之給付不能。如此一來亦不難理解，為何同樣是給付陷於不能，在Mommsen論述之下，於自始不能之場合限於「自始客觀不能」，在嗣後不能則限於「不可歸責於債務人之不能」。蓋在Mommsen，「給付不能」之概念係由法律效果加以界定¹⁷²。至於何時發生債之關係無效或債務人免責之效果，則依羅馬法源中個別案例定之。

(二)自始不能

在Mommsen，*impossibilium nulla obligatio*之適用限於自始客觀不能，亦即特定物之給付於締約前已陷於不能，此時依羅馬法源，債之關係無效，Mommsen認為此屬真正不能¹⁷³。至於債務人欠缺提出給付所必要之權利之自始主觀不能（如買賣他人之物），依羅馬法源，債之關係不受影響，故非真正不能¹⁷⁴。由於債之關係是否無效，全依照羅馬法源之決定，此乃Mommsen承繼Savigny歷史法學派之特色：回歸羅馬法源，而非依照理性法之原則¹⁷⁵，

¹⁷² 同此觀察Würthwein, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhundert, 1990, S. 82.

¹⁷³ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 11. 進一步介紹，請參見黃松茂，同註97，頁682以下。

¹⁷⁴ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 13.

¹⁷⁵ 相較於古典羅馬法*impossibilium nulla obligatio*僅見於少數案例，18世紀理性法將該法諺提升至一般原則，其背後之道德神學及理性倫理之思想為：對於超出債務人能力以外之事，債務人無義務（*ultra posse nemo tenetur*）。據此，給付是否可能之判斷不在於給付本身，而是債務人之能力。債務人對於超出自身能力以外之事為承諾，其承諾無效。換言之，法諺之適用範圍，不但包括所謂「主觀不能」，甚至也及於嗣後不能。Vgl. Würthwein, aaO. (Fn. 172), S. 41; HKK-Schermaier, § 275 Rn. 15.

故將自始主觀不能排除於*impossibilium nulla obligatio*原則之適用¹⁷⁶。

(三)嗣後不能

1. 真正之給付不能

Mommsen主張，*impossibilium nulla obligatio*不適用於嗣後不能，蓋在嗣後不能，重點在於給付不能之發生是否基於事變（*casus*, *Zufall*）抑或出於債務人之行為¹⁷⁷。Mommsen特別強調，倘若該法諺亦得適用於嗣後不能，亦即標的物滅失債務人即免其給付義務，則債之存續將取決於債務人之恣意（*Willkür*），此與債之本質（*das Wesen der Obligation*）不符，蓋債之本質正係拘束債務人之意思¹⁷⁸。

依Mommsen之概念界定，只有令債務人免責之給付不能，方屬「真正不能」，在嗣後不能，只有「不可歸責於債務人之給付不能」，方為「真正不能」。然Mommsen之論述方式係先界定何為「可歸責於債務人之給付不能」，之後才反面得出「不可歸責於債務人之給付不能」。

2. 可歸責於債務人之給付不能

所謂「可歸責於債務人之給付不能」，指所有因並非自外於債務人意思之事件所生之給付不能¹⁷⁹，包括因債務人之故意（*dolus*）及過失（*culpa*）所生之不能。所謂故意，乃債務人使給付陷於不能之意圖，至於過失，則指債務人違反依債之關係所定之

¹⁷⁶ Würthwein, aaO. (Fn. 172), S. 96.

¹⁷⁷ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 228.

¹⁷⁸ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 228.

¹⁷⁹ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 228: „[...] damit nicht durch außer seinem Willen liegende Ereignisse die Erfüllung gehindert und unmöglich gemacht werde.“

注意義務（*diligentia*）¹⁸⁰。Mommsen強調，「可歸責於債務人之給付不能」不生債務人免責之效果，故其對債之內容亦不生任何影響，債務人仍繼續負有給付原標之物之義務，及至債務人為相應之金錢賠償（*Geldäquivalent*）後，債之關係方告消滅¹⁸¹。此見解之實務意義在於，債權人無須因給付陷於不能而改為請求損害賠償，毋寧仍得起訴請求交付原標之物，債務人須證明給付不能係不可歸責於己之事由所致，方能免責¹⁸²。故Mommsen主張，「可歸責於債務人之給付不能」乃損害計算之問題，非給付不能理論之範疇¹⁸³。

Mommsen上開見解，乃對Savigny之「變更說」（*Modifikationslehre*）之反動¹⁸⁴。自十八世紀末原定給付之履行（*Naturalerfüllung*，或稱強制履行*Erfüllungszwang*）逐漸獲得法典承認以來¹⁸⁵，學理上之問題為，何時債權人得不請求債權原定之給付，改為請求金錢賠償。Savigny主張，債權之內容為債權人對債務人一定之行為之支配權¹⁸⁶，須債權因受債務人故意或過失不法

¹⁸⁰ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 229. 此為主觀化之故意或過失概念，參閱同註163。

¹⁸¹ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 229.

¹⁸² Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 230.

¹⁸³ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 231. 因此Mommsen在《給付不能》一書中僅花費4頁之篇幅論述「可歸責於債務人之給付不能」，而將此一問題留待其1855年出版之「損害賠償理論」加以處理。Vgl. Mommsen, *Zur Lehre vom Interesse*, 1855, S. 6, 65.

¹⁸⁴ Schermaier, JZ 2006, 330, 335; HKK-Schermaier, § 275 Rn. 33.

¹⁸⁵ 就此參閱Weller, *Die Vertragstreue*, 2009, S. 107ff.; Rütten, FS Gernhuber, S. 939, 945.

¹⁸⁶ Savigny, *Obligationenrecht I*, 1851, S. 4, 382.

行為之侵害，始改變其內容為金錢賠償¹⁸⁷。換言之，須因債務人故意或過失之行為導致標的物滅失，債權人始得改為請求金錢賠償。反之Mommsen主張，給付縱因可歸責於債務人之行為陷於不能，債務人仍負提出原定給付之義務。Mommsen強調，債務人可歸責之行為，不過是令債權人得以向債務人請求損害賠償，而此項損害賠償，即等於債權人就其債權之履行原可享有之利益，故債權之存在適為損害賠償之基礎¹⁸⁸。Mommsen此項見解奠基於當時之法院實務：在一八七三年民事訴訟法（Civilprozessordnung, CPO 1873）施行前，債權人取得勝訴之給付判決後，鑑於當時法律賦予之強制執行手段不完備，債權人得於強制執行階段透過特殊之鑑價程序（Liquidationsverfahren），將給付判決轉換為金錢賠償判決¹⁸⁹。

3. 不可歸責於債務人之給付不能

關於非因債務人之故意或過失所生之不能，Mommsen稱其為「事變性之不能」（*casuelle Unmöglichkeit*），事變之定義為「非因可歸責於債務人之事由」。

「事變性之不能」用語顯示Mommsen遵循自十八世紀末以來逐漸成為一般原則之「事變理論」（*casus-Lehre*）¹⁹⁰。Mommsen

¹⁸⁷ Savigny, *Obligationenrecht* II, 1853, S. 5f. („Umwandlung der Obligation“). Vgl. auch HKK-Schermaier, § 275 Rn. 32.

¹⁸⁸ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 231.

¹⁸⁹ Würthwein, aaO. (Fn. 172), S. 70ff; Blaurock, aaO. (Fn. 159), S. 56.

¹⁹⁰ Würthwein, aaO. (Fn. 172), S. 100f. 盛行於18世紀之理性法思想將*impossibilium nulla obligatio*適用於嗣後不能（參閱同註175），故標的物滅失時，債權人不得請求該標的物，亦不得請求該標的物價值之賠償。但標的物之滅失係因債務人過失（*culpa*）或遲延（*mora*）時，應負損害賠償責任。換言之，債務人之損害賠償責任建立在過失行為或遲延之上。18世紀末之共同法發展出之「事變學說」則認為，債務人在不可預見亦不可避免之事件（如標的物意外滅失或債務人患病），得免除其給付義務，並同時免除其賠償責任。Vgl.

以「不可歸責於債務人之給付不能」取代「事變」，目的在將所有羅馬法源中債務人免責之案例一網打盡，故Mommsen之學說並非改變既有之事變理論之處理結果，而是加以綜整、體系化¹⁹¹。此亦涉及長久以來對於事變（*casus*, *Zufall*）究應採客觀說或主觀說之爭議¹⁹²。Mommsen認為，過去文獻為區隔輕過失（*culpa levis*）與事變，而將事變定義為「不可預見」或「不可避免」之自然事件（地震、火山爆發、洪水等），純為消極描述，並無法界定*casus*之外延¹⁹³。Mommsen強調，單從事件本身，而不考慮債務人有無可歸責事由，並無從界定*casus*¹⁹⁴。Mommsen並舉一例說明之：過去文獻中之*casus mixtus*（混種事變）或*casus quem culpa praecessit*（事變前之過失）¹⁹⁵，學者多以之為*casus a nullo praestantur*之例外，事實上此種情形因債務人可歸責，已不宜稱為事變¹⁹⁶。

若不從事件界定何謂事變，便能脫離僵固之定義，不再侷限於特定事件（即傳統*casus fortuitus*之定義：地震、火山爆發、洪水等），重新充實「事變性之不能」之內容。若具體債之關係中（如無償契約）債務人僅就重大過失負責，則因輕過失所致之給付不

Würthwein, aaO. (Fn. 172), S. 43f.

¹⁹¹ Würthwein, aaO. (Fn. 172), S. 100f.

¹⁹² HKK-Schermaier, Vor § 275 Rn. 28, 51. 客觀說認為，指「事變」之界定以客觀外在之事實為基礎，主觀說責任則認為應以事件與債務人間之關係為準。Mommsen毋寧採取主觀說之立場。

¹⁹³ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 246.

¹⁹⁴ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 246.

¹⁹⁵ 例如標的物遭雷擊滅失，但係因債務人將其置於空曠之處所致。關此，參閱Wollschläger, aaO. (Fn. 159), S. 46.

¹⁹⁶ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 246.

能，亦可歸入「事變性之不能」¹⁹⁷。此外，繼承人不知所繼承之物實乃被繼承人向他人借貸或他人所託管，而轉讓於第三人者，羅馬法源¹⁹⁸認繼承人無須負責。此案例中由於給付之不能原出於債務人自身之行為，與事變之定義顯不相符，但亦可納入Mommsen理論中之「不可歸責於債務人之給付不能」。

至此已漸明瞭，「不可歸責於債務人之給付不能」於Mommsen學說乃免責要件。至少在嗣後不能之探討中，絕無「債務人因給付陷於不能而免其給付義務」之論述¹⁹⁹，Mommsen亦從未——如批評者所言²⁰⁰——將可歸責於債務人之給付不能視為給付障礙之基本構成要件²⁰¹。據此，在Mommsen理論中，給付不能與給付遲延亦絕非——如現代學者所言——乃兩個相互排斥、截然對立之給付障礙類型。毋寧Mommsen認為，若債務人遲誤其給付，係因「不可歸責於債務人之事由之一時給付不能」，此時債之關係雖仍存在，然債務人於該事由存續期間內暫免給付義務，不負遲延責任，及至該事由消滅時，債務人始回復其給付義務。換言之，在此遲誤給付之場合，「給付不能」具有排除給付遲延責任之效力，亦屬免責事由（*Entschuldigungsgrund*）²⁰²。

¹⁹⁷ Mommsen, aaO. (Fn. 169), S. 233. 同此觀察Huber, aaO. (Fn. 111), S. 56.

¹⁹⁸ Ulpian D. 16. 3. 1. 47; Paulus D. 16. 3. 2. 德國帝國法院之實際案例：RGZ 67, 233. Vgl. Huber, aaO. (Fn. 155), § 3 I 3.

¹⁹⁹ Vgl. Jakobs, aaO. (Fn. 159), S. 113.

²⁰⁰ 參照前述德國修法時對給付不能之批判：參、三、(一)、2.。

²⁰¹ Vgl. Huber, aaO. (Fn. 155), § 3 I 6 S. 77, Fn. 77.

²⁰² Mommsen, Die Lehre von der Mora, 1855, S. 62; Windscheid/Kipp, aaO. (Fn. 168), § 277. 現代德國學者則出於「三分論」（*Dreiteilung*）——給付不能、給付遲延、積極侵害債權（締約上過失）——之體系思維，將德國舊民法第275條給付不能之概念限定於終局不能，導致不可歸責於債務人之一時不能成為所謂之法律漏洞（蓋其既非終局不能，亦非給付遲延，蓋依傳統見解，給付遲延

三、一九〇〇年德國民法之規定

一九〇〇年德國民法大體上遵循Friedrich Mommsen之給付不能理論，茲以立法資料為證，分別論之：

(一)不可歸責於債務人之給付不能

第一版草案（Entwurf I）第237條第1項²⁰³明定，債之關係成立後不可歸責於債務人之事由，致給付陷於不能者，債務人免給付之義務。立法理由²⁰⁴中特別強調，所謂「不可歸責於債務人之給付不能」，不應過度狹隘理解為「事變」（*casus, Zufall*），蓋依法律行為或法律規定，債務人之責任程度可能提升為對一定結果之擔保責任，亦可能較一般之過失為低；據此，給付不能須依個別債之關係之內容具體認定，一一列舉各種給付不能態樣，並不妥當；甚而終局不能與一時不能之區分，亦不應立法加以明定，而應依系爭債之關係加以決定；故草案第237條第1項後段規定永久不能之效果（「債務人免除給付義務」），意在明示，在一時不能僅在障礙事由持續期間內發生免責之效果²⁰⁵。

上述立法理由，與Friedrich Mommsen之給付不能理論一致。相同觀點亦印證於立法理由中關於給付遲延之論述：第一版草案第

以可歸責於債務人為必要）。此項法律漏洞，毋寧係因三分論所創設，參見Fischer, aaO. (Fn. 45), S. 148.

²⁰³ 該規定與德國舊民法第275條第1項及我國民法第225條第1項一致。

²⁰⁴ Motive II, S. 45.

²⁰⁵ Motive II, S. 45.至第二草案時，第237條第1項後段規定遭到刪除，僅係出於編輯上之理由（*redaktionelle Gründe*），意在將（不可歸責於債務人之）終局不能與一時不能均納在「客觀不能」（*Unmöglichkeit*）用語之下，以與（不可歸責於債務人之）主觀不能（*Unvermögen*）作對應。Vgl. Mugdan, Bd. II, Protokolle, S. 529; Huber, FS Gaul, S. 217, 227.

246條²⁰⁶規定，因第237條（不可歸責於債務人之給付不能）及第241條（不可歸責於債務人之錯誤）²⁰⁷所定情形無給付之義務者，債務人不負遲延責任²⁰⁸。此處「不可歸責於債務人之一時不能」顯為免責事由，何時存在「不可歸責於債務人之一時不能」，則依個別債之關係具體定之²⁰⁹。於此益證立法者並無「給付不能與給付遲延乃兩種相互排斥之給付障礙態樣」之想法，毋寧認為，若債務人之不履行係因不可歸責之一時不能所致，即無遲延責任之法律效果。

另一項證明在於所謂「不可歸責於債務人之錯誤」（entschuldbarer Irrtum）。第一版草案第241條規定，若債務人對於債之關係發生不應非難於債務人之錯誤，導致給付陷於一時或永久不能者（例如繼承人不知所繼承之物實乃被繼承人向他人借來或為他人保管，而轉讓於第三人者²¹⁰）。此時給付之不能雖因債務人自身之行為所致，然因其發生不可歸責於債務人，故亦生免責之效果。此規定在第二版草案雖遭刪除，然刪除理由是「事屬當然，無待規定」²¹¹。

²⁰⁶ 該規定與德國舊民法第285條及我國民法第230條相當。

²⁰⁷ 第一版草案第241條乃關於「不可歸責於債務人之錯誤」（entschuldbarer Irrtum）之特殊規定。

²⁰⁸ 此規定顯為Mommson給付遲延理論之明文，Mommson與《給付遲延》一書中明列兩種排除遲延責任之免責事由：其一為「不可歸責於債務人之錯誤」（entschuldbarer Irrtum）；其二為「不可歸責於債務人之一時不能」。Vgl.

Mommson, aaO. (Fn. 202), S. 56ff.

²⁰⁹ Motive II, S. 60.

²¹⁰ Mugdan, Bd. II, Motive, S. 28. 並參見同註198。

²¹¹ Mugdan, Bd. II, Protokolle, S. 522.

(二)可歸責於債務人之給付不能

於Mommsen理論中，給付因可歸責於債務人之事由陷於不能者，於債之關係毫無影響，債權人仍得訴請原定之給付。一九〇〇年德國民法典之立法者亦接受此一觀點，問題在於如何在條文中加以呈現。此際立法之關鍵問題在於：債權人得否於債務人一有不履行之情事便立即請求損害賠償。德國立法者決定不採法國民法第1142條之立法例，而認為不論是否屬行為債務，原則上均須給付陷於不能時，債權人始得不請求原定之給付，而改為請求損害賠償²¹²，是為「自然履行優先原則」（Vorrang der Naturalerfüllung）。另一項理論及實務上之問題在於，若給付已確定陷於不能，債權人是否仍得訴請原定之給付？此際債之內容為何？此為自十八世紀末自然法法典承認自然履行優先原則以來，學說及實務不得不面對之問題。

德國民法第一版草案提出時，存在兩種對立之見解²¹³：第一種見解乃Mommsen學說之立場²¹⁴，認為債之內容不受影響，仍為原定之給付；第二種見解則為Windscheid所採，認為給付陷於客觀不能時，債之內容轉變為損害賠償，若為主觀不能，債權人雖仍得立即請求損害賠償，然此僅為權宜措施，債務人仍負有提出原給付之義務²¹⁵。立法者不願在此項學理爭議上表示立場，並批評二說均有問題：第一種見解認為債之關係存續，固非無據，然損害賠償畢竟不同於原給付；第二種見解主張債之內容變更，容易引發誤

²¹² Motive II, S. 49. 並參閱Blaurock, aaO. (Fn. 159), S. 57.

²¹³ Motive II, S. 50. Vgl. auch Huber, Leistungsstörungen, Band II, 1999, § 58 I 1; Wieling, aaO. (Fn. 28), S. 1140f.; Jakobs, aaO. (Fn. 159), S. 231.

²¹⁴ Mommsen, aaO. (Fn. 202), S. 413.

²¹⁵ Vgl. Windscheid/Kipp, aaO. (Fn. 168), § 264 Fn. 7.

解，以為舊有之債之關係消滅，而由新的債之關係取而代之，而此種見解不利於對原債權所設定擔保之延續。最終立法者僅務實地就損害賠償之法律效果加以規定²¹⁶，然此時債權人仍得以訴請求原定之給付，蓋此種訴訟對債權人具有實益²¹⁷。足見立法者認為，給付因可歸責於債務人之事由陷於不能時，並不排除債權人之履行請求權²¹⁸。

四、給付不能理論於二十世紀德國學說之演變

在Mommsen理論中，適用*impossibilium nulla obligatio*之自始客觀給付不能，與適用*casus a nullo praestantur*之嗣後不可歸責於債務人之不能，乃兩種不同之給付不能概念：前者為客體性（*gegenständlich*）之給付不能概念；後者為評價性、規範性（*normativ*）之給付不能概念²¹⁹。在前者，債務人無須負責之原因在於標的物不存在一事；在後者，債務人免責之原因在於導致給付陷於不能之事由（*Umstände*）不可歸責於（*nicht zu vertreten*）債務人，可歸責之標準取決於個別債之關係之內容。此一給付不能概念之區別，亦為Windscheid所明認²²⁰，構成一九〇〇年德國民法典之基礎。Mommsen之不可歸責於債務人之嗣後不能，實乃責任免

²¹⁶ Motive II, S. 50.

²¹⁷ Motive II, S. 54. 由於債權人通常無法確知，亦難以證明，債務人之給付已陷於不能，故立法者另定一項特殊程序（德國舊民法第283條，2002年債法修正後遭刪除），即債權人獲得確定之給付判決後，得定期間命債務人為履行，若債務人仍不履行，得逕行請求損害賠償，而省去強制執执行程序。

²¹⁸ Huber, aaO. (Fn. 213), § 58 I 2.

²¹⁹ 關於兩種給付不能概念，參閱HKK-Schermaier, § 275 Rn. 36ff.; Stoll, aaO. (Fn. 69), S. 276.

²²⁰ Windscheid/Kipp, aaO. (Fn. 168), §§ 264, 265 Fn. 17.

除事由，其試圖融合自古典羅馬法以來的兩種責任構成方式²²¹：「債務人對於*casus*無須負責」及「債務人對於因*culpa*所致之不履行應負責任」。對Mommesen來說，在嗣後不能，因給付不能所生免責之效果，其原因不在給付不能本身，而是導致給付不能之「事由」²²²。

此一觀點在二十世紀逐漸為德國學說所遺忘，學者將舊法第306條之給付不能與舊法第275條之給付不能視為等同，進而認為「給付不能」之概念本身具有固定之外延，限於物理、自然、絕對、終局之不能，並包含法律不能²²³。伴隨此項見解產生另一種觀點：給付義務因給付陷於不能而消滅，而不問導致給付不能之事由是否可歸責於債務人。此觀點最終總成於第275條之修正，並引發本文初始所介紹之理論爭議²²⁴。

申言之，依照Mommesen理論及一九〇〇年德國民法典之理念，所謂「不可歸責於債務人之嗣後不能」，乃規範性之給付不能概念，其原型為共同法中之「事變」（*casus, Zufall*）概念；之所以將事變轉譯為「不可歸責於債務人之給付不能」，意在將評價觀點（特別是個別債之關係中債務人之責任程度）納入考量；此處之給付不能，所關涉者為債務人之責任（*Haftung*），包含債務人之給付義務及損害賠償兩者。²²⁵二十世紀德國學說上興起客體性之

²²¹ 關於古典羅馬法以來的兩種責任思維，參見HKK-Schermaier, §§ 276-278, Rn. 10ff.

²²² Wollschläger, aaO. (Fn. 159), S. 135.

²²³ 例如Larenz, aaO. (Fn. 109), § 21 I (e), S. 319f.; Fikentscher, aaO. (Fn. 29), Rn. 315; Medicus, aaO. (Fn. 65), § 33 II Rn. 365ff.; Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, S. 91.

²²⁴ 參見前述貳、二、(二)。

²²⁵ HKK-Schermaier, Vor § 275 Rn. 81.

給付不能概念，將原本應綜合評價之「不可歸責於債務人之給付不能」概念，拆解為「可歸責」與「給付不能」²²⁶，舊法第275條之「給付不能」遭剝奪所有評價性之內涵，其給付不能不再處理債務人之責任，而僅涉及給付實際上能否被提出；給付義務被視為單純之行為義務，因而債法修正時已盛行一項觀點：「債務人不能提出給付者，不負給付之義務，不論其不能之原因為何」。²²⁷

U. Huber在德國二〇〇二年債法修正前一改其過往立場，強調一九〇〇年德國民法並未以給付不能作為給付障礙法之核心概念，並特別指出通說關於給付不能學說之五項誤解²²⁸：1. 所有法條中所稱之給付不能，均指永久不能；2. 可歸責於債務人之嗣後不能，亦發生給付義務消滅之效果，因給付不能之發生，使履行請求權轉為損害賠償請求權；3. 關於自始主觀不能存在法律漏洞²²⁹；4. 舊法第275條第1項關於「不可歸責於債務人」之規定，應予刪除；5. 舊法第275條第1項之主觀不能指不能期待債務人加以排除之給付困難。

針對第1項誤解，U. Huber指出，一九〇〇年德國民法立法者認為，在「不可歸責於債務人之一時不能」，亦有舊法第275條之適用²³⁰。針對第2項誤解，如前所述，立法者並不認為履行請求權就此消滅，反認為債權存續不受影響。針對第3項誤解，自始主觀不能未設規定，乃立法者有意之沉默（das beredte Schweigen）²³¹，而非法律漏洞；立法者毋寧認為，舊法第306條之規定僅適用於自

²²⁶ HKK-Schermaier, Vor § 275 Rn. 81.

²²⁷ 參見同註30。

²²⁸ Huber, aaO. (Fn. 111), S. 51f. Huber承認其過去亦犯有第1項及第3項之誤解。

²²⁹ 例如Larenz, aaO. (Fn. 109), § 8 II, S. 100.

²³⁰ Huber, aaO. (Fn. 155), § 3 I 2 b. 實務見解：RGZ 117, 127, 129.

²³¹ Huber, aaO. (Fn. 213), § 22, S. 531.

始客觀不能，於自始主觀不能，債權存續不受影響，故無特加規定之必要²³²。至於第4項及第5項誤解，係誤將舊法第306條之理念適用於舊法第275條之結果。債務人免責之原因，非僅在不能提出給付，尚須不能之事由不可歸責於債務人。債務人是否負有排除給付障礙之義務，視其障礙事由是否可歸責於債務人而定，因個別債之關係寬嚴有所不同²³³。

現行德國民法第275條第1項雖基於前開第2項誤解而規定，給付陷於不能時，給付義務消滅。但修法後之德國通說認為，在嗣後不能，債務人之義務違反在於給付之未提出²³⁴，此見解實際上無異於承認，給付義務在給付陷於不能時依然存在²³⁵。在自始不能，立法理由認為，債權人請求履行利益損害賠償之基礎在於「給付承諾（Leistungsversprechen）之不履行」²³⁶，實際上亦無異於承認，在自始不能，給付義務仍然存續，不過用語置換為給付承諾而

²³² Motive II, S. 45: „Ein solches Unvermögen ist weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes noch als ein nachträglich eintretendes von Einfluss auf die Verbindlichkeit des Schuldners.“（主觀不能，不論債之關係成立時已存在，或成立後始發生，於債務人之債務均無影響。）Vgl. auch Sutschet, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 12f. 而Larenz, aaO. (Fn. 109), § 8 II, S. 100主張，由舊法第306條僅可反面推論（*e contrario*）契約有效，然無從推認債務人負如何之責任，並主張，債務人責任之基礎乃法定擔保義務。實則前開立法理由已揭示，債務人因契約承諾對其給付能力（*Leistungsfähigkeit*）為擔保，並非法定義務。

²³³ Huber, aaO. (Fn. 155), § 4 III 4; Huber, aaO. (Fn. 213), § 60.

²³⁴ 前述參、三、(三)、2.。

²³⁵ Vgl. MüKo-Ernst, § 275 Rn. 69並強調，若債務人未能證明給付係因不可歸責於己之事由陷於不能，則給付義務並不因給付陷於不能而消滅，蓋給付義務係作為損害賠償請求權發生之基礎。

²³⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 165. 並參閱前述貳、二、(二)、2.。

已²³⁷。因此第275條之規定，不過宣示法院在該條所列情形不得下給付判決而已。

五、我國債法之給付不能制度與國際契約法

經過學說理論史之巡禮及比較法上之探討，本文認為我國債法之給付不能制度具有以下三種意義：

(一)作為免責事由之給付不能——Friedrich Mommsen之給付不能理論之現代意義

1. 債之一體性原則

基於前述Mommsen理論，以及對德國一九〇〇年民法乃至於我國民法之適切理解，給付不能乃「債權消滅事由」（如在自始客觀不能，民法第246條第1項參照）或「免責事由」（如在不可歸責於債務人之嗣後不能，民法第225條第1項參照）。如債務人證明免責事由之存在，債務人既無給付義務，亦不負損害賠償責任。如債務人不能舉證免責事由之存在，則債權存續，最終債務人仍須負不履行之損害賠償責任²³⁸。質言之，原定給付之請求權（Anspruch auf Naturalerfüllung）與損害賠償請求權同其命運，德國學說上稱之為「債之一體性原則」（Einheit der Obligation）²³⁹：原定給付之請求權與履行利益之損害賠償請求權乃債權之一體兩面，休戚與

²³⁷ 同此見解：MüKo-Ernst, § 311a Rn. 4.

²³⁸ 參見下述肆、五、(三)。

²³⁹ Sutschet, aaO. (Fn. 232), S. 8ff., 215ff., 250ff.; Ehmann, FS Canaris, Bd. 1, S. 165, 169f.; Jakobs, aaO. (Fn. 159), S. 73; Ehmann/Sutschet, aaO. (Fn. 119), S. 29f., 90f., 122f.; Stoll, aaO. (Fn. 99), S. 590 („einheitliches Forderungsrecht“); Huber, aaO. (Fn. 111), S. 82; Harke, JR 2006, S. 485, 488 („Identität von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch“), Harke並強調此為19世紀德國Pandekten法學之發展結果。德國實務見解，參照RGZ 22, 314, 320.

共。如債務人證明免責事由之存在，兩項請求權同歸消滅，如無免責事由——正如同MommSEN所言²⁴⁰——債權存續至債務人提出相應之金錢賠償為止。職是，（原）給付義務或（原）給付請求權，與損害賠償義務或請求權，並非兩個不同之義務或請求權，毋寧同屬於一個債權；債務人因債之關係非僅負有給付義務，同時亦承擔該義務若未獲履行時之損害賠償責任。惟若有債權消滅事由或免責事由，債務人不僅免（原）給付義務，同時亦免其損害賠償責任。反之，若債務人不能舉證免責事由之存在，則（原）給付義務之存續不受影響，並因債務人未提出給付而違反其給付義務，而負不履行之損害賠償責任，此亦契合第226條立法理由：「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」之意旨。²⁴¹

²⁴⁰ 參見前述肆、二、(三)、2.。

²⁴¹ 此觀點對第225條及第226條之解釋，著有意義。倘認為，第225條第1項「不可歸責於債務人」之文字應予刪除，並主張，給付陷於不能時，無論其情事是否可歸責於債務人，債務人均免其給付義務，則法律邏輯上之疑問為：在可歸責於債務人之給付不能，債務人既已不負給付義務，何以仍就其未為給付一事課予不履行之損害賠償責任？或認為，參酌第225條第2項，可知同條第1項僅免除債務人之「原給付義務」。此見解之出發點為：債務人之義務應區分為原給付義務（*primäre Leistungspflicht*）及次給付義務（*sekundäre Leistungspflicht*），後者包含損害賠償、代償請求權及解除契約之回復原狀。此一歸類，向有教學上（*pädagogisch*）之價值，惟就各該法律制度之理解，似仍有待完善之理論說明。在此欲提出者為：第225條第2項之「代償請求權」，乃獨立之法律制度，其背後之基本思想涉及衡平、不當得利、危險負擔等思維，未必直接關涉債權效力及給付義務。早年德國學說多認為所謂代償請求權乃原債權效力之替代或延長，目前主流見解則認為，代償請求權旨在體現債權人與債務人基於債之關係對於給付標的應有之財產歸屬（*Vermögenszuweisung inter partes*），以及避免債務人因給付不能獲得不當之利益。參閱Bollenberger, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer

上述債之一體性之規範理念，適與前述國際契約法文件不謀而合：債務人就所有因違約或契約不履行所生之損害，原則上均負損害賠償責任，但債務人證明免責事由（CISG第79條、PECL 8:108及PICC 7.1.7）時，不得請求損害賠償，同時喪失請求強制履行之權利（PECL 8:101(2)及PICC 7.1.7(4)，於CISG有爭議）。²⁴²比較法研究者若能不囿於外在文字，透過功能性之法比較（funktionale Rechtsvergleichung）²⁴³，應可發現我國債法與國際契約法文件間存在功能及體系上之相似性²⁴⁴。

2. 「給付不能」與「障礙事由」（impediment）

就債務人之免責而言，如前所述，關鍵不在於給付不能本身，而在於導致給付陷於不能之「事由」（Umstände）²⁴⁵，須該事由不可歸責於債務人，債務人始免其給付義務。國際契約法文件則更明確以„impediment“（德語非官方翻譯為Hinderungsgrund）稱之，須該障礙事由超出債務人之控制範圍，且為其締約時所不可預見，亦不可避免或不能克服者，債務人始免其責任。十九世紀末學者Hartmann曾建議在用語上以障礙事由（Hinderungsgrund）取代給付

Rechtsordnungen, 1999, S. 103ff.; HKK-Schermaier, §§ 280-285 Rn. 81. 關於代價請求權，宜另闢專文詳述之。

²⁴² 宜強調者為，在國際契約法統一文件之規範理念下，強制履行及損害賠償均屬違約之救濟手段，債權人請求強制履行之權利受有多項限制，除給付須屬可能外，如債權人得合理地自他處取得替代性給付時，亦不得主張強制履行（PECL 9:102(2)(d)參照）。相反地，我國或德國民法上之債權請求權行使，並不以債權人無法自他處取得替代給付為前提。因而依照國際契約法統一文件，仍可能發生債權人不得主張強制履行，但因債務人無法舉證免責，故仍得請求損害賠償之情況。然此乃強制履行作為違約救濟手段，帶有訴訟救濟之性質使然，參閱下述肆、五、(三)。

²⁴³ 關於功能性之法比較，參閱Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 53), S. 33ff.

²⁴⁴ Huber, aaO. (Fn. 111), S. 58.

²⁴⁵ 並參照我國民法第225條第1項文字：「因不可歸責於債務人之『事由』」。

不能，雖未成通說²⁴⁶，然足見彼時學者關於給付不能之免責功能，所關注者為導致給付陷於不能之事由。

然「給付不能」之用語仍有其缺陷：(1)易使人誤將給付不能一律作客體性（*gegenständlich*）之理解²⁴⁷；在自始客觀不能，規範重點在給付客體之不存在，在嗣後不能，重點在導致給付不能之事由，兩者卻均以「給付不能」稱之²⁴⁸，不利於對法律之正確解讀²⁴⁹；(2)在種類之債或金錢債務，因受給付不能用語及拉丁法諺 „*genus perire non censetur*“（種類不消滅）²⁵⁰之制約，致使債務人

²⁴⁶ Huber, aaO. (Fn. 205), S. 224, Fn. 34.

²⁴⁷ 請參閱前述肆、四及同註219。

²⁴⁸ 我國民法第246條第1項及第225條將*Unmöglichkeit*及*Unvermögen*劃一譯為「給付不能」，且未區分主觀不能及客觀不能，致第246條第1項是否適用於主觀不能，引發學說爭議，參閱王澤鑑，自始主觀給付不能，載：民法學說與判例研究(三)，頁56，2009年12月；孫森焱，同註23，頁516以下。德文法學用語上，*Unmöglichkeit*如無特別描述指客觀不能，*Unvermögen*則限於指稱主觀不能。

²⁴⁹ 德國1900年民法典立法者高估後世對於19世紀精細的*Pandekten*法學之理解能力，20世紀之法學家則過份低估1900年民法典的立法技術。參閱MüKo-Ernst, Vor § 275 Rn. 25; MüKo-Ernst, § 275 Rn. 4.

²⁵⁰ 「種類不消滅」，語出中世紀註釋法學派學者Azo S. Cod. 4, 48 n 3: *quod in genere debetur, perire non potest*（應交付者為種類物者，無滅失之可能）。參閱Lemppenau, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, 1972, S. 25; Wollschläger, aaO. (Fn. 159), S. 43. 就債務人之責任而言，此一法諺在羅馬法僅適用於問答契約。蓋受現物買賣（*Handkauf*）思維之影響，羅馬法不承認種類物「買賣」，在大宗貨物，當事人多透過問答契約（*stipulatio*）達成交易目的，而問答契約屬於嚴法訴訟，債之關係之存續繫於標之物之存否（參閱前述肆、一、(一)）。若當事人就種類物（如葡萄酒）成立問答契約，由於葡萄酒此一種類物永遠存在，故債務人並無免責之可能。近代對該法諺之批判，多集中在存貨之債或限制種類之債之例外情形，此批判觀點毋寧將存貨之債或限制種類之債劃歸種類之債之範疇。參閱Lemppenau, aaO. S. 25, 30ff.

於此類情形難有主張免責之機會²⁵¹。縱認我國民法第225條第1項亦適用一時不能，亦可能由於金錢或種類之債鮮有給付客體不存在之情事，故無不能之問題，無法令債務人有免責之機會。相較之下，國際貿易雖多屬種類物買賣，然在禁運（Embargo）或外匯管制之情形，其情事多僅具一時性，且給付客體現實上並未消失，惟仍使債務人無從提出給付，就此CISG第79條第3項仍賦予債務人免責之可能，蓋禁運或外匯管制亦屬第79條第1項所稱之「障礙事由」²⁵²。

3. 「可歸責」之概念與過失責任原則

依前述「債之一體性」原則，因債務不履行所生之損害賠償請求權，乃本於債權而來，於契約之債則本於契約關係；債務人僅於證明不履行乃出於不可歸責之事由所致時，始能免其損害賠償責任。據此，損害賠償請求權並非源自債務人之過失行為，而是基於債權之效力（第226條立法理由參照）。縱認我國契約責任因第220條第1項規定而採取「過失責任原則」，亦非不得認為，至少在履行利益之損害賠償，該原則所扮演者為「責任限制」

²⁵¹ 一般認為，普通種類之債僅在屬於該種類之物全部滅失時，始屬給付不能。縱係存貨之債（Vorratsschuld，如存放於特定倉庫之檜木）或限制種類之債（beschränkte Gattungsschuld，如某地之酒場於特定年份出品之紅酒），亦以該特定存貨或屬於該限制種類之物全部滅失時，始發生給付不能，而方有適用民法第225條第1項之可能。Mommson（aaO. (Fn. 169), S. 232）亦主張，貸入之金錢縱非因債務人之過失而遺失，債務人亦不因此免責，蓋金錢之給付永遠可能。然值得注意者為，Mommson（aaO. (Fn. 202), S. 62）亦認為，若債務人因受催告而攜帶金錢前往債權人，途中遭遇盜匪，致錢財悉數遭奪，雖不免其給付義務，然法院得依情形許其延後清償。

²⁵² Schlechtriem/Schroeter, aaO. (Fn. 46), Rn. 683f. 德國帝國法院時代亦曾將德國舊民法第275條第1項規定適用於外匯管制導致債務人不能支付之案例，參閱 Huber, aaO. (Fn. 155), § 3 I 2.

(haftungsbegrenzend)，而非「責任構成」(haftungsbegründend)之角色²⁵³，不同該原則於侵權責任法所扮演之角色。「可歸責」之概念，並不同於故意或過失，民法第225條及第230條關於「因不可歸責於債務人之事由」之規定，係循個別債之關係（民法第220條第2項「依事件之特性」參照）及當事人之特約，靈活調整：例如於贈與契約，債務人證明給付之不能乃出於故意或重大過失以外之事由，即得免責（第410條）；反之，運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到，僅於證明此等不履行情事係因不可抗力、運送之性質或可歸責於託運人或受貨人之過失所致，方能免責（第634條）；債務人對於遲延中所發生之給付不能，縱證明其係因不可抗力之事由所致，原則上亦不能免責（第231條第1項前段）；此外，尚可能因當事人間之特約，使債務人負擔保責任，排除債務人免責之可能。「可歸責」之用語，並非因我國民法採取過失責任原則，致債務人所負之責任較CISG為輕之故，毋寧係出於體系之考量：第220條、第225條及第230條乃債編總論之規定，故須設置較為彈性之責任標準（免責可能性），俾利債編各論顧及個別之契約類型及具體之締約情事，加以調整；CISG等國際契約法文件則以買賣契約等有償之商事契約為藍本²⁵⁴，無須考慮無償契約之情形。

(二) 違約救濟手段意義上之給付不能

應與前述免責意義上之給付不能相區別者，乃違約救濟手段意義上之給付不能。此概念所著眼者並非責任之限制，而是強制履行作為一種違約之法律救濟（remedy; Rechtsbehelf）應在何等範圍為

²⁵³ Ehmann, aaO. (Fn. 239), S. 169, 177, 199; Sutschet, aaO. (Fn. 232), S. 217ff., 245f., 251ff. 同此觀點：磯村保，買賣契約修正草案中出賣人之責任，月旦法學雜誌，261期，頁14，2017年2月。

²⁵⁴ Medicus, Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung, S. 179, 191f.

法院所承認²⁵⁵。PECL 9:102(2)及PICC 7.2.2(a)均規定，履行陷於不能時，債權人不得請求「強制履行」(specific performance)。PECL及PICC之強制履行，性質不同於我國第199條第1項所定之債權請求權，而僅係滿足債權人契約利益之一項救濟手段，故若該手段不經濟、不適當或債權人得透過其他適當方式取得替代給付，PECL 9:102及PICC 7.2.2即排除此項救濟方式，債權人僅得請求損害賠償或解除契約。在此觀點下，若履行已陷於不能，換言之，透過法律承認之執行手段已無法達成強制履行之目的，即無賦予債權人強制履行救濟之必要。

基於上述理解，前述²⁵⁶最高法院30年上字第1253號判例認為，因出賣人為二重買賣，其給付陷於不能之原因雖係可歸責於債務人，債務人亦無履行原給付之義務云云，其給付不能乃救濟手段意義上之給付不能，不涉及民法第225條第1項之適用。出賣人既已將標之物之所有權轉讓於第三人，縱令買受人對出賣人取得確定之給付判決，亦無得遂行該執行名義之強制執行手段，此時若仍判命出賣人對買受人移轉標之物，不合乎民事訴訟之手段目的關係。故判例所稱「不得請求為移轉該物所有權之行為」之「請求」，宜解為訴訟上請求，而非實體法上之請求權²⁵⁷。債權人實體法上有無一項權利，與該權利在訴訟及強制執行上能否被遂行，終屬二事，宜分別看待。

²⁵⁵ Vgl. Schmidt-Kessel, aaO. (Fn. 62), S. 88.

²⁵⁶ 前述貳、一、(二)。

²⁵⁷ 相同理解亦適用於最高法院70年第18次民事庭會議決議(三)，見同註260。此外，最高法院40年臺上字第599號判例（請求交付租賃物）、37年上字第8141號判例（請求交付租賃物）、39年臺上字第411號判例（出賣第三人之物）、31年上字第391號判例（應交付之物於訴訟繫屬中成為不融通物），均屬因欠缺執行手段，而駁回原告給付之訴之請求。

(三)自然履行優先原則下之給付不能

不同於「強制履行」乃涉及得否訴諸法院強制債務人提出原定給付，自然履行優先原則所處理者，為債權人於債務人未提出給付時，得否立即請求不履行之損害賠償。我國民法第226條第1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。此規定一方面揭示自然履行優先原則，他方面在強化債權人之地位，特別是在主觀不能之情形，使債權人無須再等待債務人決定是否排除履行障礙，而逕行請求不履行之損害賠償。或有認為，給付須確定陷於不能，債權人始得請求「替代履行之損害賠償」，並據此認為「因過失致給付陷於不能」乃損害賠償之責任基礎。對此，試說明如下：

1. 就學理（dogmatisch）而言，責任之基礎並非債務人過失之行為，而在於債權之效力（第226條立法理由參照²⁵⁸），且債務人無免責事由。在可歸責於債務人之給付不能，債權存續不受影響。

2. 如債權人提起給付之訴，而債務人主張給付已陷於不能，債權人至少得依民事訴訟法第255條第1項、第2項變更或追加損害賠償之訴。若債權人對債務人關於給付不能之主張不為爭執²⁵⁹，而債務人未能證明給付不能係基於不可歸責於債務人之事由，債務人應依第226條第1項負損害賠償之責。

3. 依最高法院75年度臺上字第2271號判決：「所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言。又債務人是否給付不能，以事實審法院最後言詞辯論終結時為準，如事實審法院最後言詞辯論終結時；債務人處於給付不能之狀態，縱其不能之情形，將來或可除去，仍難謂非給付不能。」就不履行之損害賠償而言，我

²⁵⁸ 前述貳、一、(二)。

²⁵⁹ 民事訴訟法第266條第1項第3款、第270條第1項第3款、第279條參照。

國實務見解對給付不能並未採嚴格認定。是以出賣人將出賣之物移轉於第二買受人，或應給付之物為第三人所有，出賣人雖仍有取得該標之物之可能，然只要事實審法院最後言詞辯論終結前未能取得，買受人即得依第226條第1項請求損害賠償²⁶⁰。

伍、債務不履行體系之再構成與修法展望（代結論）

一、現行法之解釋

（一）類型區分之相對化

1. 給付不能與給付遲延

回歸先前²⁶¹所提出之體系性問題：「給付不能」究係責任基礎或免責事由？經過上開學說理論史之考察，答案已相對清晰：於有效成立之債權，「不可歸責於債務人之嗣後不能」乃免責事由，其給付不能屬終局性者，債務人免給付義務及損害賠償責任（第225條第1項）；其屬一時性者，債務人僅暫免給付義務，且不負遲延責任（第230條）。債務人如不能證明免責事由，依第225條第1項之反面推論（*argumentum e contrario*），債務人仍負給付之義

²⁶⁰ 德國實務亦採類似見解，參閱Huber, aaO. (Fn. 213), § 59 I 2. 此外，給付標的物遭第三人查封，債務人縱仍有解除查封之可能，最高法院70年第18次民事庭會議決議認爲，給付已處於不能之狀態，法院不能命爲移轉登記，併參照註257所列實務見解。另最高法院就請求履行保證契約（89年度臺上字第2940號判決）及請求返還保證金（102年度臺上字第806號判決）之事件中認爲：「按所謂給付不能，係指在給付期或債務人得爲給付之時期有不能給付之情形而言，若在此等時期，給付已屬不能，則不問其爲永久不能抑一時不能，皆當然發生給付不能之效果。縱債務人嗣後回復爲可能給付，亦無從變更此已發生之法定效果。」就此參閱王千維，種類之債下債務人之主給付義務，政大法學評論，145期，頁271，2016年6月。

²⁶¹ 前述參、四。

務，並就其不履行負損害賠償責任²⁶²。是以債務人之損害賠償責任，乃基於債權之效力，而非因債務人之行為符合給付不能、給付遲延或不完全給付之行為構成要件²⁶³並有過失。可歸責於債務人之給付不能與債務人遲延之區分，並不在行為構成要件，而係本於自然履行優先原則而來。第226條第1項乃為強化債權人之地位²⁶⁴，特別是在主觀不能之情形，使債權人無須執守於請求原給付，等待債務人排除履行障礙，而逕行改為請求不履行之損害賠償。²⁶⁵但關於給付不能（特別是所謂「主觀不能」），我國實務之認定並不嚴格，已如前述²⁶⁶。在此範圍內，給付不能與給付遲延之區分有

²⁶² Vgl. *Jakobs*, aaO. (Fn. 159), S. 75ff.; *Huber*, aaO. (Fn. 205), S. 237ff.; *HKK-Schermaier*, Vor § 275 Rn. 4. 結論上與本文相同：陳聰富，出賣人擔保責任與債務不履行之關係，月旦法學雜誌，261期，頁17、25，2017年2月，並請參閱前述肆、五、(一)。

²⁶³ 以行為構成要件之方式建構契約責任之觀點，參照前述參、二。

²⁶⁴ Vgl. *Huber*, aaO. (Fn. 155), § 4 II 1, S. 106; *Jakobs*, aaO. (Fn. 159), S. 72ff. 相同見解：參閱邱聰智，民法債編通則（下），頁465-466，2003年1月，新訂1版。

²⁶⁵ 於此情形，債務人仍得依民法第225條第1項規定，舉證其就給付障礙之發生不可歸責，而免除損害賠償責任。

²⁶⁶ 參見前述肆、五、(三)及同註260。具參考價值者尚有最高法院101年度臺上字第718號判決及歷史判決：原告委請被告承製原告所設計之自行車煞車器，並約定被告不得將煞車器另行銷售。被告事後拒絕出貨，並將所製煞車器轉售於第三人，原告乃依民法第226條第1項請求損害賠償並請求違約金。損害賠償部分為一、二審法院所准許，第三審（最高法院98年度臺上字第921號判決）雖以「不依約出貨尚非給付陷於不能」為由，發回更審，惟更一審（臺灣高等法院98年度重上更(一)字第32號）認被告不依約出貨，原告即得依第226條第1項請求損害賠償，並補充理由謂本件標的物已經契約特定，屬特定之債，而非種類之債，故被告不依約出貨乃給付不能云云。實則被告仍得生產系爭煞車器，並非嚴格意義之不能。本案二度上訴三審遭駁回，損害賠償部分因而確定。

相對化之趨勢。²⁶⁷

類型區分相對化之另一例證在於自始主觀不能與給付遲延之關係。關於自始主觀不能之歸責事由，學說上素有過失責任與擔保責任之爭²⁶⁸。一九〇〇年德國民法典之立法者則認為，債務人依契約擔保其給付能力之存在，換言之，債務人就自始主觀不能原則上無法主張免責²⁶⁹。依我國實務見解，第226條第1項之給付不能包含嗣後不能及自始主觀不能²⁷⁰，債權人得依該規定請求不履行之損害賠償。另一方面，若債務人於清償期屆至時仍未能排除給付障礙，即陷於遲延，依第231條第1項應賠償遲延損害²⁷¹。倘認為「不能」與「遲延」乃兩種截然對立、相互排除之態樣，則在自始

²⁶⁷ 儘管如此，債務人是否及基於何等事由陷於不能，若非債務人主動告知，債權人多半難以確知。對此，德國新法第281條第1項規定，債權已屆清償期，經債權人定適當期限命債務人為給付，而債務人不提出給付者，債權人得請求替代給付之損害賠償。此規定一方面宣示自然履行優先原則，賦予債務人再為給付之機會，他方面亦使債權人得在無從確知債務人是否陷於不能之情況下，得循定期限催告之方式，改為主張不履行之損害賠償，以保障其權益。由於德國多數見解（*Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 102), Rn. 428a; *Grundmann*, aaO. (Fn. 62), S. 579; *Palandt*⁷⁶/*Grüneberg*, § 283 Rn. 1）認為，縱給付業已確定陷於不能，仍無礙於債權人依第281條第1項行使權利，給付不能與給付遲延區分之相對化，更為明顯。

²⁶⁸ 以上參閱王澤鑑，同註248，頁54以下；詹森林，給付不能——自始主觀不能，載：民法學說與判例研究(五)，頁33、40-42，2007年12月；*Larenz*, aaO. (Fn. 109), § 8 II, S. 102f. 採限制擔保責任說。

²⁶⁹ *Motive II*, S. 45. 並參見同註232。

²⁷⁰ 參最高法院86年度臺上字第2071號判決、98年度臺上字第921號判決：「按民法第二百二十六條第一項之給付不能……其給付不能，包括自始主觀不能、嗣後客觀或嗣後主觀不能。」

²⁷¹ Vgl. *Huber*, aaO. (Fn. 213), § 22 II, S. 533. 另王千維，同註260，頁274-275亦認為，種類之債之債務人若因資力欠缺而陷於主觀不能，仍須履行原始之主給付義務，屆期不履行，即陷於給付遲延。

主觀「不能」之情形，債權人斷無請求賠償遲延損害之權利。

2. 不完全給付

第227條所定之「不完全給付」，亦非與給付不能或給付遲延截然對立。首先，依第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。於此在法律效果上，不完全給付與給付不能或給付遲延並無不同。其次，所謂「依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利」，依立法理由，所關心者乃債務人二度履行之機會（即「補正」），亦即自然履行優先原則之問題。然就損害賠償責任之成立而言，仍以債務人不履行（不完全給付，如交付有瑕疵之標的物），且就其不履行並無免責事由。就此而言，與給付不能或給付遲延之情形，並無不同，債權人之損害賠償請求權，亦係本於債權之效力及債務人之債務不履行而來。

至第227條第2項，立法理由特稱其為「加害給付」，意指超過履行利益以外之損害，設想案例之一為出賣人交付病雞，致買受人之其他雞隻亦染病死亡。如認為不完全給付之發生乃給付不合乎債務本旨（第309條參照）²⁷²，亦即債權人未獲得符合債務本旨之給付，則所謂「瑕疵給付」與「加害給付」之分，抑或「履行利益」與「固有利益」之分，自債務不履行之體系之觀點，似純屬損害範圍問題。買受病雞之診療費，與其他雞隻之診療費或死亡所生之損害，俱係因買受人未獲無瑕疵之買受雞隻（不完全給付）所生，就責任成立基礎而言，並無不同²⁷³。

至立法理由中另一設例，即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而受有身體或其他財產之損害，學說

²⁷² 參閱孫森焱，同註23，頁579；最高法院93年度臺上字第42號判決。

²⁷³ 類似見解，邱聰智，同註264，頁463-464。

上有稱之為附隨義務之違反。惟給付義務與附隨義務之界分，取決於給付義務之外延²⁷⁴：對給付義務愈採嚴格解釋，則附隨義務之範圍愈大，反之若採廣義解釋，則附隨義務俱為給付義務或債務本旨之概念所吸收。就該設例而言，若認為出賣人之給付義務僅限於交付並移轉機器所有權，則告知機器特殊使用方法，即落入附隨義務之範疇。反之亦非不得認為，出賣人之給付義務，不僅須交付並移轉機器所有權，尚須告知使用方法並交付說明書。就債務不履行損害賠償之成立而言，給付義務之違反與附隨義務之違反，並無區別，僅說理有異²⁷⁵。

(二)類型區分相對化之意義：債務不履行作為統一上位概念

綜上所述，債務不履行損害賠償責任之基礎，乃債權人之債權未獲履行，而非債務人個別之行為態樣。債務人僅於證明其就給付障礙有免責事由（第225條第1項、第231條第2項）存在時，始免其給付義務及損害賠償責任。債務人債務不履行責任之基礎在於債權之效力，而非類型區分。在此範圍內，我國民法亦有一違約之上位概念，即「債務不履行」。給付不能、給付遲延及不完全給付之類型區分，並非不同之責任構成要件，而係我國民法本於自然履行優

²⁷⁴ 關於廣義及狹義之給付概念，參閱Himmelschein, AcP 135 (1932), S. 255, 282ff. 與Stoll, aaO. (Fn. 69), S. 269ff.間之論戰。Himmelschein採廣義之給付概念，認為給付乃由諸多因素（物體、時間、地點、品質等）加以決定，故所謂積極侵害債權，亦屬給付不能之一種型態。Heinrich Stoll則採狹義之給付概念及客體化（gegenständlich）之給付不能概念，並以債務人可歸責之行為（義務違反）作為解釋、體系化給付不能、給付遲延及積極侵害債權之工具。Stoll之觀點成為顯學，而導致後世對在行為責任之基礎上詮釋德國給付障礙法。

²⁷⁵ 給付義務與附隨義務之區別實益，主要在於與瑕疵擔保規定之競合及法定解除權之容許性，就此請參閱詹森林，臺灣法律發展回顧——民事法，國立臺灣大學法學論叢，39卷2期，頁57以下，2010年6月。

先原則對債權人權利行使所為之限制，亦即債權人不得於債務人一有不履行之情事，即拒絕債務人為二度履行，而請求不履行之損害賠償。惟如前所述，此項權利行使之限制，因我國實務對給付不能之認定採取相對寬鬆之立場，而逐漸受到鬆動，因而導致給付不能與給付遲延區分之相對化，朝強化債權人地位之方向發展。²⁷⁶

二、修法展望：*Quo vadis*？

關於契約責任，國際契約法不僅遵循統一之違約要件，並設置統一之免責規定。債權人就任何因債務人不履行所生之損害，原則上均得請求賠償，無須受制於給付障礙類型及損害種類之劃分。德國債法修正之初雖有意仿效統一之違約要件，卻受行為責任思想及自然履行優先原則之制約，導致類型區分並未消失，反更形鞏固，甚而免責規定，亦因刪除舊法第275條「因不可歸責於債務人之事由」文字，而杳然無蹤。現行德國給付障礙法究係更貼近國際契約

²⁷⁶ 參見同註270所列最高法院86年度臺上字第2071號及98年度臺上字第921號二則判決，就擴大承認債權人得請求不履行之損害賠償而言，認定為客觀不能或主觀不能，已非重點。值得思考者為，現行法雖於第232條及第226條第1項分別論及遲延損害與不履行之損害賠償，惟是否可由此得出解釋上應堅守給付遲延與給付不能區分之結論，仍有待詳論。此處涉及對於損害是否進行分類之問題（*Schadensarten*），遲延損害與不履行之損害（替代給付之損害）處於流動之關係，已如前述（參見前述參、三、(三)、4.）。在具體個案中，堅守損害分類亦造成法律適用上之疑難。茲以一則德國聯邦法院判決（BGH NJW 2013, 2959）為例：債權人從事貨運業務，因債務人未依照繼續性供給繼續提供柴油，而向他人購入柴油，因此所增加之用，究屬遲延損害或替代給付之損害，學說上引發爭議，蓋該損害無疑係債務人未按時提供柴油所致，然而債務人縱再次提出給付，亦已無法避免該損害之發生。立法論上值得參考者為瑞士債務法修正草案，其揚棄給付不能制度，並刪除遲延損害之規定，關於給付遲延僅保留其在事變責任上之特殊地位（參見下述伍、二、(三)）；任何因不履行所生之損害，不區分其種類，債權人均得請求賠償。

法之潮流，或更具德國特色，德國學界對此亦莫衷一是²⁷⁷，仍有待觀察其學說及實務之發展。

比較國際契約法統一文件與現行德國給付障礙法相較，前者之規範模式更為簡潔、清晰，有助於契約當事人與契約爭議中尋得適用之法律。如何將其規範理念透過修法納入我國債務不履行法之體系，仍有諸多問題有待思考。本文認為，我國債務不履行法以債務不履行為上位概念，並以「不可歸責於債務人之嗣後不能」為免責事由，基本出發點與國際契約法類似。惟受到自然履行優先原則之影響，而有第226條（因可歸責於債務人之給付不能之損害賠償）及第230條第1項之規定（遲延責任之損害賠償）之規定，帶有類型區分之色彩，然在我國司法實務之操作下，已有相對化之趨勢。我國債務不履行法如欲取經於國際契約法文件，借鑑於德國之修法經驗，本文嘗試提出以下問題，謹供參考：

（一）用語選擇

德國法選擇「義務違反」為統一之上位概念，其與「行為義務」及「客觀注意義務」之概念，不易區分，且有使契約責任之構成趨同於侵權責任之危險²⁷⁸。「不履行」為我國法典固有用語，亦為學說實務所熟悉，應較「義務違反」為佳²⁷⁹。至於附隨義務理論之發展，乃德國學說實務為彌補德國侵權法之弱點，擴大契約責任之結果²⁸⁰，故其本質為契約法與侵權法之臨界問題，尚非契

²⁷⁷ 參見前述參、三、（三）、3.及同註124至同註126關於構成要件導向與法律效果導向之學說討論。

²⁷⁸ 參見前述參、二及同註70。

²⁷⁹ 對「義務違反」概念之疑慮，參見王澤鑑，債務不履行法的變遷——違約責任與損害賠償（下），同註17，頁23。

²⁸⁰ Stoll, aaO. (Fn. 99), S. 593; Harke, aaO. (Fn. 239), S. 486. 並請參閱前述參、

約責任法之核心，有無必要如德國法般為將附隨義務之違反納入體系，而將義務違反作為契約責任之上位概念，值得斟酌。

第225條第1項乃免責規定，建議修改為「給付障礙」或「履行障礙」，以避免給付不能之用語所造成之誤解，並凸顯債務人免責之原因在於障礙事由，而非其不能提出給付。

第226條所定之「給付不能」，規範功能與第225條不同：前者係規定何時債權人得拒絕原定給付，逕行請求不履行之損害賠償²⁸¹；後者乃免責事由之規定。為免爭議，宜將第226條之「給付不能」修改為「顯無獲得給付之望」或類似文字，俾將預示拒絕給付²⁸²連同主觀不能（如一物二賣）一併納入規範，使債權人於債務人拒絕給付之情形，得逕行請求不履行之損害賠償，而無須受制於給付不能之文義²⁸³，強化債權人之地位。

（二）給付遲延之地位

我國民法繼受德國民法及羅馬法傳統，賦予給付遲延（*mora*; *Verzug*）特殊之地位。連結至給付遲延概念者有以下法律效果：1. 遲延損害（第231條第1項）；2. 事變責任（第231條第2項）；3. 遲延利息（第233條）；4. 解除契約（第254條、第255條）。給付遲延之概念本身是否以債務人可歸責（*Verschulden*）為必要，乃羅馬法學及比較法上之重大爭議。關鍵在於，第254條之「遲延」是否

三、（三）、2.～4.。

²⁸¹ 參見前述伍、一、（一）、1.。

²⁸² 參見同註266所列判決。另德國民法第281第2項規定，債務人嚴詞（*ernsthaft*）且終局（*endgültig*）拒絕給付者，債權人無須定期限催告債務人為給付，得逕行請求替代給付之損害賠償，值得參考。

²⁸³ Vgl. *Huber*, aaO. (Fn. 155), § 4 IV 3, S. 124f.

以債務人可歸責為必要²⁸⁴。立法論上較妥適之作法係就個別法律效果加以規定，而無須執著於給付遲延之概念。瑞士債務法修正草案就損害賠償採取統一之不履行概念（但容許免責事由）²⁸⁵，就解除契約則採取重大違約及定期間催告後解約之模式²⁸⁶，因而給付遲延之特殊地位僅存在於事變責任²⁸⁷，值得參考。

（三）履行請求權之定位

於大陸法系，債權與履行請求權實為一體²⁸⁸，債權之存在乃債權人請求不履行之損害賠償之基礎。有別於此，英美法及國際契約法文件之違約損害賠償責任，源自契約之擔保承諾，所謂強制履行僅為例外之救濟，故否定強制履行請求權（specific performance），不影響損害賠償責任之基礎。德國民法第275條規定，於給付不能或相類情形，排除債權人之對履行請求權，雖係仿效PECL 9:102及PICC 7.2.2，然其所衍生之理論爭議及體系矛盾，已如前述。實則該條規定內容，多屬執行面之考量，是否有必要在實體法中加以規定，尚值斟酌²⁸⁹。

（四）自然履行優先原則

我國民法第226條第1項之規定，旨在彰顯自然履行優先原則。換言之，債務人不履行時，除給付已陷於不能者外，債權人仍應給予債務人二度給付之機會，不得逕行請求損害賠償。立法論上值得

²⁸⁴ 參閱陳自強，契約違反之形態，載：契約違反與履行請求，頁31，2015年9月。

²⁸⁵ Artt. 128, 121 OR 2020.

²⁸⁶ Artt. 130, 131 OR 2020.

²⁸⁷ Art. 124 OR 2020.

²⁸⁸ 參見同註52。

²⁸⁹ Huber, aaO. (Fn. 155), § 4 IV 3, S. 126.

思考的是。若第226條之規範旨在賦予債務人二度履行機會之思維，則此項規範意旨是否可透過解除契約之設計加以實現？亦即，立法論上就債權人之解約權予以適當規範，即可反射出債務人二度履行之權利。此種規範方式，適為CISG及PECL所採²⁹⁰：CISG及PECL並無與第226條第1項相類似之規定，而僅規定債權人就債務人之任何不履行均得請求損害賠償，並就解除契約建立兩項基本原則：1. 重大違約²⁹¹；2. 債務人經定期間催告而仍不履行²⁹²，且契約解除權不以債務人可歸責為必要。如採取CISG及PECL之規範模式，債權人依前開事由合法解除契約，即得拒絕債務人之履行。例如債權人不知給付是否陷於不能，亦不知債務人是否有能力排除給付障礙，得定期間催告債務人為履行，如債務人仍不履行，此時亦已給予債務人二度履行之機會，債權人即得解除契約。此一規範理念，某程度雖已展現於我國民法第254條之規定。惟該條文字規定「遲延給付」，是否以可歸責於債務人為必要（第230條參照），解釋上不無疑問。未來修法時或可參考德國民法第323條第1項規定，以「不給付」取代「遲延給付」，以消除此項爭議。如此一來，第226條之規範功能（自然履行優先原則），已為契約解除制度所取代，有助於在損害賠償領域僅以「不履行」作為基本構成要件，而無須再針對給付不能之態樣特設規定。

²⁹⁰ Vgl. *Schmidt-Kessel*, aaO. (Fn. 62), S. 88, 99.

²⁹¹ CISG Art. 49(1)(a); PICC Art. 7.3.1(1); PECL Art. 9: 301(1).

²⁹² CISG Art. 49(1)(b); PICC Art. 7.3.1(3); PECL Art. 9: 301(2).

參考文獻

一、中 文

1. Arndt Teichmann著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論，79期，頁115-169，2004年6月。
2. Gerhard Hohloch著，楊佳元譯，債法修正及新法侵害契約之類型，月旦法學雜誌，99期，頁42-49，2003年8月。
3. Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月。
4. Martin Josef Schermaier著，田士永譯，德國債法改革：進步還是退步？（簡體），中德私法研究，5卷，頁3-14，2009年8月。
5. 王千維，種類之債下債務人之主給付義務，政大法學評論，145期，頁257-338，2016年6月。
6. 王澤鑑，法律思維與民法實例，1999年5月。
7. 王澤鑑，債之發生，增訂版，1999年10月。
8. 王澤鑑，一九六四年海牙統一國際商品買賣法，載：民法學說與判例研究（一），頁111-164，2009年12月。
9. 王澤鑑，自始主觀給付不能，載：民法學說與判例研究（三），頁41-58，2009年12月。
10. 王澤鑑，給付不能，載：民法學說與判例研究（一），頁413-432，2009年12月。
11. 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，67卷9期，頁1-24，2016年9月。
12. 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，67卷10期，頁1-28，2016年10月。
13. 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，154期，頁212-232，2008年3月。
14. 邱聰智，民法債編通則（下），新訂1版，2003年1月。
15. 姚志明，二〇〇二年德國債法現代化——一般給付障礙與買賣契約，載：民事法理論與判決研究（一），頁177-202，2009年11月。

16. 孫森焱，民法債編總論（下），修訂版，2004年1月。
17. 陳自強，整合中之歐盟契約法，月旦法學雜誌，181期，頁113-132，2010年6月。
18. 陳自強，歐洲契約法發展之最新動向，月旦法學雜誌，182期，頁117-143，2010年7月。
19. 陳自強，聯合國商事契約通則在契約法中之地位，國立臺灣大學法學論叢，39卷4期，頁299-348，2010年12月。
20. 陳自強，日本債權法改正新動向——債務不履行，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁273-305，2011年4月。
21. 陳自強，日本債權法改正試案之理念，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁225-246，2011年4月。
22. 陳自強，請求履行與拒絕履行，載：契約違反與履行請求，頁147-308，2015年9月。
23. 陳自強，契約違反之形態，載：契約違反與履行請求，頁23-146，2015年9月。
24. 陳自強，法國契約法修正與現代化，月旦法學雜誌，259期，頁143-166，2016年12月。
25. 陳添輝，自始給付不能之契約效力，法令月刊，60卷10期，頁57-73，2009年10月。
26. 陳聰富，出賣人擔保責任與債務不履行之關係，月旦法學雜誌，261期，頁17-26，2017年2月。
27. 郭麗珍，德國與我國債務不履行法之歷史及發展，載：融整法學的經驗與見證——邱聰智・張昌邦教授六秩華誕祝壽論文集，頁221-236，2006年9月。
28. 黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，政大法學評論，83期，頁1-102，2005年2月。
29. 黃松茂，買賣標的物自始瑕疵與自始客觀不能——兼評最高法院99年度台上字第2033號判決，載：民事法之思想啟蒙與立論薪傳：孫森焱前大法官八秩華誕祝壽論文集，頁663-713，2013年11月。
30. 黃松茂，歐盟契約法之最新發展動向——以數位內容為中心，月旦法學雜誌，266期，頁218-233，2017年7月。

31. 黃茂榮，債法總論(二)，3版，2010年9月。
32. 詹森林，給付不能——自始主觀不能，載：民法學說與判例研究(五)，頁33-60，2007年12月。
33. 詹森林，臺灣法律發展回顧——民事法，國立臺灣大學法學論叢，39卷2期，頁57-82，2010年6月。
34. 詹森林，台灣民法債務不履行體系之發展，月旦法學雜誌，241期，頁5-24，2015年6月。
35. 鄭玉波，民法債編總論，12版，1988年3月。
36. 劉春堂，民法債編通則(一)，2001年9月。
37. 蔡晶瑩，從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定的轉變，中原財經法學，9期，頁113-143，2002年12月。
38. 磯村保，買賣契約修正草案中出賣人之責任，月旦法學雜誌，261期，頁6-16，2017年2月。

二、外 文

1. Ackermann, Thomas, Schadensersatz statt der Leistung: Grundlagen und Grenzen, JuS 2012, S. 865ff.
2. Altmeppen, Holger, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, S. 1399ff.
3. Atiyah, Patrick S. (2005), LAW OF CONTRACT, Oxford: Clarendon Press.
4. Blaurock, Uwe, Culpa-Haftung und nachträgliche Unmöglichkeit, in: Schlechtriem, Peter (Hg.), Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, Kolloquium aus Anlass des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer, 1983, S. 51ff.
5. Bollenberger, Raimund, Das stellvertretende Commodum – Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen, 1999.
6. Braun, Johann, Leistung und Sorgfalt, AcP 205 (2005), S. 127ff.
7. Brox, Hans, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1999.
8. Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur

- Überarbeitung des Schuldrechts, 1992.
9. *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2000.
10. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499ff.
11. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 2001, DB 2001, S. 1815ff.
12. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen, in: *Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans* (Hg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 43ff.
13. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Karlsruher Forum 2002, 2003.
14. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundlage und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Leistungshindernisse nach § 311a Abs. 2 BGB, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 11ff.
15. *Dauner-Lieb, Barbara*, Die Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Wissenschaft und Praxis, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 3ff.
16. *Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard* (Hg.), Das neue Schuldrecht, 2002.
17. *Ehmann, Horst*, Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung? in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 165ff.
18. *Ehmann, Horst/Sutschet, Holger*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002.
19. *Ehmann, Horst/Sutschet, Holger*, Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Sachleistung - Verschuldens und/oder Garantiehaftung? 2004, JZ 2004, S. 62ff.
20. *Emmerich, Volker*, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl., 1997.
21. *Ernst, Wolfgang*, Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, S. 801ff.
22. *Ernst, Wolfgang*, Die Verpflichtung zur Leistung in den Principles of European

- Contract Law und in den Principles of International Commercial Contracts, in: *Basedow, Jürgen* (Hg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, S. 129ff.
23. *Faust, Florian*, Pflichtverletzung und Vertretenmüssen als Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 219ff.
24. *Fikentscher, Wolfgang*, *Schuldrecht*, 8. Aufl., 1991.
25. *Fischer, Nicole N.*, *Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht*, 2001.
26. *Grigoleit, Hans Christoph/Riehm, Thomas*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, *AcP* 203 (2003), S. 727ff.
27. *Grundmann, Stefan*, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag — System und Perspektiven, *AcP* 204 (2004), S. 569ff.
28. *Harke, Jan Dirk*, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB, Schuldrechtsmodernisierung, *JbJZivRWiss* 2001, S. 29ff.
29. *Harke, Jan Dirk*, Pflichtverletzung und Nichterfüllung, *JR* 2006, S. 485ff.
30. *Harke, Jan Dirk*, Schadensersatz und Nacherfüllung, *ZGS* 2006, S. 9ff.
31. *Harke, Jan Dirk*, *Allgemeines Schuldrecht*, 2009.
32. *Hattenhauer, Christian*, Zum praktischen Nutzen der Rechtsgeschichte in der Gesetzgebung — der Einfluss Ulrich Hubers auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: *Eckert, Jörn* (Hg.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, 2003, S. 191ff.
33. *Heck, Philipp*, *Grundriss des Schuldrechts*, 1929.
34. *Himmelschein, Jury*, Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, *AcP* 135 (1932), S. 255ff.
35. *Hirsch, Christoph*, Schadensersatz statt der Leistung, *JURA* 2003, S. 289ff.
36. *Holmes, Oliver Wendell* (1881), *COMMON LAW*, London: Macmillan.
37. *Huber, Ulrich*, „Empfehlte sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes?“, in: *Bundesministerium der Justiz* (Hg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I, 1981, S. 647ff.

38. *Huber, Ulrich*, Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht, 1991.
39. *Huber, Ulrich*, Zur Auslegung des § 275 BGB, in: Festschrift für Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, 1997, S. 217ff.
40. *Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen, Band I, 1999.
41. *Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen, Band II, 1999.
42. *Huber, Ulrich*, Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, S. 2273ff.
43. *Huber, Ulrich*, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, S. 2137ff.
44. *Huber, Ulrich*, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: *Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard* (Hg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 31ff.
45. *Huber, Ulrich*, Der Begriff der Pflichtverletzung, in: *Eckert, Jörn/Delbrück, Jost* (Hg.), Reform des deutschen Schuldrechts, 2003, S. 23ff.
46. *Huber, Ulrich*, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, S. 521ff.
47. *Jakobs, Horst Heinrich*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969.
48. *Kaser, Max*, Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, Die nachklassische Entwicklung, 1959.
49. *Kaser, Max/Knütel, Rolf*, Römisches Privatrecht, 19. Aufl., 2008.
50. *Katzenstein, Matthias*, Die Bedeutung der vertraglichen Bindung für die culpa-Haftung des Vertragsschuldners auf Schadensersatz (Teil 2), JURA 2005, S. 73ff.
51. *Köhler, Helmut/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 2010.
52. *Kötz, Hein*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2015.
53. *Lando, Ole & Beale, Hugh* ed. (2000), PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, The Hague: Kluwer Law International.
54. *Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987.

55. *Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, Halbband 1, 13. Aufl., 1986.
56. *Lemppenau, Joachim*, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, 1972.
57. *Lobinger, Thomas*, Die Grenzen der rechtsgeschäftlichen Leistungspflichten, 2004.
58. *Looschelders, Dirk*, Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens bei Schadensersatzansprüchen wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 2007, S. 737ff.
59. *Looschelders, Dirk*, Unmöglichkeit – ein Störenfried, in: *Remien, Oliver* (Hg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, 2008, S. 63ff.
60. *Looschelders, Dirk*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2009.
61. *Looschelders, Dirk*, Unmöglichkeit als Leistungsstörungskategorie, in: *Artz, Markus/Gsell, Beate/Lorenz, Stephan* (Hg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 213ff.
62. *Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002.
63. *Lorenz, Stephan*, Einmal Vertretenmüssen – immer Vertretenmüssen?, in: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 2006, S. 423ff.
64. *Lorenz, Stephan*, Entwicklung des Leistungsstörungsrechts im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: *Baum, Harald/Bälz, Moritz/Riesenhuber, Karl* (Hg.), Rechtstransfer in Japan und Deutschland, Sonderheft 7 (2013) zu Zeitschrift für japanisches Recht, S. 67ff.
65. *Lorenz, Stephan*, Karlsruher Forum 2005, 2006.
66. *Lorenz, Stephan*, Grundwissen - Was ist eine Pflichtverletzung (§ 280I BGB)?, JuS 2007, S. 213ff.
67. *Lorenz, Stephan/Stringari, Katerina*, Mangelschaden und Mangelfolgeschaden im reformierten deutschen und griechischen Schuldrecht, in: Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag, 2006, S. 237ff.
68. *Magnus, Ulrich*, Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in: *Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter* (Hg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 2000, S. 79ff.

69. *Medicus, Dieter*, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen, NJW 1992, S. 2384ff.
70. *Medicus, Dieter*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1998.
71. *Medicus, Dieter*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl., 1999.
72. *Medicus, Dieter*, Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung, in: *Basedow, Jürgen* (Hg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, AcP Sonderveröffentlichung, 2000, S. 179ff.
73. *Medicus, Dieter*, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – behutsame Weiterentwicklung oder Systemwechsel? in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 61ff.
74. *Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 2010.
75. *Mommsen, Friedrich*, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, 1853.
76. *Mommsen, Friedrich*, Zur Lehre vom Interesse, 1855.
77. *Mommsen, Friedrich*, Die Lehre von der Mora, 1855.
78. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888 (zitiert Motive).
79. *Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1899 (zitiert *Mugdan*, Bd II, Motive bzw. Protokolle).
80. *Oechsler, Jürgen*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2013.
81. *Palandt, Otto* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., 2001 (zitiert *Palandt*⁶⁰/Bearbeiter).
82. *Palandt, Otto* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., 2014 (zitiert *Palandt*⁷⁶/Bearbeiter).
83. *Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hg.), BGB - Kommentar, 11. Aufl., 2016 (zitiert *PWW-Bearbeiter*).
84. *Rabel, Ernst*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1936.
85. *Reichenbach, Sandy Bernd*, Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung im neuen Leistungsstörungenrecht, JURA 2003, S. 512ff.

86. *Riehm, Thomas*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015.
87. *Roth, Wulf-Henning*, Die Europäisierung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 25ff.
88. *Rütten, Wilhelm*, Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 939ff.
89. *Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, mehrere Bände, 7. Aufl., ab 2015 (zitiert *MüKo-Bearbeiter*).
90. *Savigny, Friedrich Carl von*, Obligationenrecht I, 1851.
91. *Savigny, Friedrich Carl von*, Obligationenrecht II, 1853.
92. *Schapp, Jan*, Probleme der Reform des Leistungsstörungenrechts, JZ 1993, S. 637ff.
93. *Schermaier, Martin Josef*, „Dem Deutschen thut das Studium der Römer noth...“, JZ 2006, S. 330ff.
94. *Schermaier, Martin Josef*, Impossibilium nulla obligatio, Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo 51 (2006), S. 241ff.
95. *Schlechtriem, Peter*, Einheitliches UN-Kaufrecht, 1981.
96. *Schlechtriem, Peter*, International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 71ff.
97. *Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2005.
98. *Schlechtriem, Peter/Schroeter, Ulrich G.*, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2013.
99. *Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl., 2013 (zitiert *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht).
100. *Schmidt-Kessel, Martin*, Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, in: *Remien, Oliver* (Hg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, 2008, S. 85ff.
101. *Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hg.), Historisch-

- kritischer Kommentar zum BGB, mehrere Bände, ab 2003 (zitiert HKK-Bearbeiter).
- 102.Schur, Wolfgang, Leistung und Sorgfalt, 2001.
- 103.Schur, Wolfgang, Schadensersatz wegen Verzögerung der Nacherfüllung und Schlechtleistung im Kaufrecht, JA 2006, S. 223ff.
- 104.Schwarz, Rolland, Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, JURA 2002, S. 73ff.
- 105.Staudenmayer, Dirk, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, S. 2393ff.
- 106.Staudinger, Julius von (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004 (zitiert Staudinger-Bearbeiter (2004)).
- 107.Stoll, Hans, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, in: Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S. 517ff.
- 108.Stoll, Hans, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 589ff.
- 109.Stoll, Heinrich, Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), S. 257ff.
- 110.Sutschet, Holger, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006.
- 111.Unberath, Hannes, Die Vertragsverletzung, 2007.
- 112.Weiler, Frank, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2013.
- 113.Weller, Marc-Philippe, Die Vertragstreue, 2009.
- 114.Wieling, Hans, Die Mängel des § 275 BGB, in: Gerkens, Jean-François (Hg.), Mélanges Fritz Sturm, 1999, S. 1135ff.
- 115.Windel, Peter A., Systematisierung zu § 311a BGB 2004, JR 2004, S. 265ff.
- 116.Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 8. Aufl., 1900.
- 117.Windscheid, Bernhard, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 2, 1855.
- 118.Wollschläger, Christian, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, 1970.

- 119 *Würthwein, Sussane*, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhundert, 1990.
- 120 *Zentaro, Kitagawa* (北川善太郎), Rezeption und Fortbildung des Europäischen Zivilrechts in Japan, 1970.
- 121 *Zimmermann, Reinhard* (1996), THE LAW OF OBLIGATIONS — ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION, Oxford: Clarendon Press.
- 122 *Zimmermann, Reinhard*, Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, S. 171 ff.
- 123 *Zimmermann, Reinhard* (2005), THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATIONS, Oxford: Clarendon Press.
- 124 *Zweigert, Konard/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996.

The Reconstruction of the Non-performance of Obligation System: The Regeneration and Rebuild of the Concept of Impossibility of Performance

Sung-Mao Huang^{*}

Abstract

The concept of impossibility of performance has traditionally been considered as the starting point of the categorization of non-performance of obligation in Taiwan. Since the Obligation Law of Taiwan is transplanted from the German Civil Code (BGB) of 1900, this article attempts to analyze whether or not the impossibility of performance and the delay of performance are the basic types in our non-performance of obligation system—as it is traditionally regarded. This article discusses the role of the concept of impossibility of performance it has played within the Pandekten legal theory in 19th century and also at the beginning of the German Civil Code (BGB) from the history of dogmas point of view. This Article aims to review the impossibility of performance system in Taiwan and to connect our

^{*}

Ph.D. candidate at law faculty of Ruhr University Bochum and National Taiwan University.

Received: February 23, 2017; accepted: April 28, 2017

contract liability law with international contract laws. On the other hand, the draft of the Modernization of the Law of Obligation Act in Germany tended to follow the international contract documents and to eliminate the categorizations of non-performance of obligation. This article examines whether the German Act of Modernization of the Law of Obligation of 2002 is unfettered from the categorization of non-performance of obligation.

Keywords: Impossibility of Performance, Delay of Performance, Non-Performance of Obligation, Damages, Specific Performance, CISG, PECL, PICC, Breach of Contract, Modernization of the Law of Obligations of German Civil Code, Breach of Duty