



元照出版提供 請勿公開散布

「以不能之給付為標的者契約無效」

法則存廢之遞嬗變遷

——兼論契約神聖原則對自始不能替代
給付損害賠償之影響*

向 明 恩**

要 目

壹、前 言	二、Mommsen援引羅馬法諺以建構 給付不能契約無效法則
貳、羅馬法「對於不能無義務」與 Mommsen「以不能之給付為標的 者契約無效」之關聯	(一) Mommsen確立給付不能契約無 效之理由
一、羅馬法時期就「對於不能無 義務」適用之範圍與內涵	(二) Mommsen之給付不能契約無效 法則之適用範圍
(一) 要式口約 (Stipulatio) 契約	(三) 十九世紀學界對給付不能契約 無效法則之質疑
(二) 合意買賣 (emptio venditio) 契約	三、以不能給付為標的者契約無效 法則之凝結與潛藏之破口—— 代小結
(三) 「對於不能無義務」非法律通 則 (regula iuris)	

DOI: 10.53106/102398202022120171001

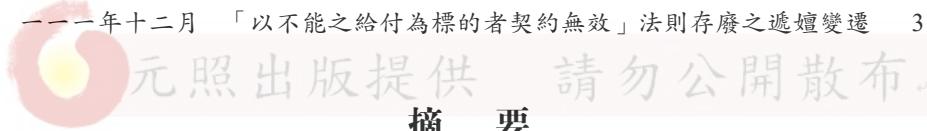
* 本論文的完成，作者衷心感謝兩位匿名審查人對於本文悉心審查與深入建議，使作者能就疏漏部分加以補充與修正。

** 臺北大學法律學系專任副教授，德國敏斯特大學法學博士。

投稿日期：一一一年五月十五日；接受刊登日期：一一一年八月二十四日

責任校對：鍾淑婷

- 參、對「以不能之給付為標的者契約無效」法則之法典化與去法典化
- 一、「給付不能契約無效」法則在修正前德國民法第306條之落實
- (一)立法過程與體系安排
- (二)修法委員會之異見
- (三)任意性法規屬性之定調
- 二、學界對修正前德國民法第306條之質疑與反思
- (一)對不能之給付為標的者契約無效之重度批判
- (二)對自始不能與嗣後不能、客觀不能與主觀不能區分之連動批評
- 三、德國司法實務擴大默示契約理論以規避「給付不能契約無效」法則之運用
- 四、以不能之給付為標的者契約無效法則之去法典化趨勢——代小結
- 肆、德國新債法對「以不能之給付為標的者契約無效」法則之去法典化與再造
- 一、給付不能概念與契約效力之融合
- 二、契約神聖與契約誠信之互動與其對契約效力之牽動
- (一)契約神聖和契約誠信之關係
- (二)契約之拘束力
- (三)契約之履行
- 三、契約神聖與契約誠信對自始不能替代給付損害賠償規範模型之重塑
- (一)自始不能法制度重要性之再生
- (二)自始不能與嗣後給付不能損害賠償規範模型之裂解
- (三)自始不能、契約有效與替代給付損害賠償請求權連結所生之論爭
- (四)自始不能之替代給付損害賠償法律定位論爭之緣由
- (五)以契約神聖、契約誠信兼融倫理觀點詮釋自始給付不能履行利益之賠償
- 四、契約神聖與契約誠信開創自始給付不能法之新路向——代小結
- 伍、給付不能契約無效法則在我國適用之省思：代結語
- 一、從擬制意思理論走向契約神聖和契約誠信為範式之契約效力模型
- 二、以債之一體性與倫理性建構自始給付不能之履行賠償模型



摘 要

我國民法第246條「以不能之給付為標的者契約無效」法則，繼受德國舊民法第306條之規定，學說咸謂此法則是受羅馬法法諺：「對於不能無義務」（*Impossibilium nulla est obligatio*）影響。惟此法諺是否得推導出客觀自始給付不能，契約即為無效之範式，為本文首要探索處。觀察德國民法發展曲線，特別是德國新債法在現代化、歐體化與國際化之定調下，已揚棄「以不能之給付為標的者契約無效」法則，轉而訴諸契約為有效之立場。本文將深入分析契約神聖原則對自始客觀給付不能契約效力之滲入，並藉由自始客觀給付不能契約無效或有效法則之消長，描繪出契約不履行典範移轉之路徑。藉由德國債務不履行理論之更迭，反思我國自始給付不能制度所面臨之問題，並為我國自始不能替代給付損害賠償法律效果之建構上，尋求妥適性定位，供我國債務不履行法修正之參考。

關鍵詞：對於不能無義務、自始客觀給付不能、自始主觀給付不能、契約合意、契約神聖、契約拘束力、債之一體性、過失責任、擔保責任

元照出版提供 請勿公開散布

“契約神聖：倘沒有尊奉誓言作為基本原則，契約將永遠不會成為現代法學家引以為傲的抽象共相。”

～艾倫·蘇皮歐（出自：法律上的人——法的人類學機能，2007¹）

壹、前言

一九〇〇年德國民法典中之第306條規定：「以不能之給付為契約標的者，契約無效」，此不能給付致契約無效，而生之法律救濟，則於舊民法第307條第1項為規定：「以不能之給付為契約標的，明知或可得而知給付不能之一方，對因信契約為有效而受損害之他方，負賠償責任，但賠償數額，不得超過他方在契約有效履行時所得之利益」，此為締約上過失損害賠償責任之個別具體性規範。

尋繹我國民法制訂時立法資料，民律第二次草案第229條方見有：「以不能為契約標的者，其契約無效。但其不能之情形，可以除去，且當事人結約時，係豫期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。附停止條件或始期之契約於條件成就或屆期前不能之情形已除去者，其契約有效。」之規範，草案第230條則建議規定：「契約以不能之給付為契約標的而無效者，結約時知其不能或可得而知之當事人，對於非因過失而信契約有效至受損害之當事人負賠償責任。前項規定，於應依選擇而定之數宗給付中不能情形

¹ ALIAN SUPHOT, HOMO JURIDICUS—ON THE ANTHROPOLOGICAL FUNCTION OF THE LAW 86 (2007), “Pacta sunt servanda: without this principle which grounds respect for pledge word, the contract would never have become the abstract universal that is the pride of modern jurists.”

元照出版提供 請勿公開散布

者，準用之。²」嗣後上開草案之規定，分別體現在現行民法第246條與第247條。學者史尚寬先生表示，以契約為標的者，其契約為無效，為羅馬法以來所公認之 *Impossibilium nulla obligatio est*，德瑞以明文規定，我國從之³。由是可知，民法第246條與第247條之基本內容，仿自上德國舊民法之規定。彼時德國立法者，為何將給付標的係涉自始客觀不能時者，契約即評價為無效？其理論依據究竟何在，自有探究之必要。

解構我國民法第246條之內涵，我國學者通說或實務同於德國舊債法時期之觀點，認為本條亦指自始客觀給付不能。至於對自始客觀給付不能契約為無效之評價，學者王澤鑑先生早提出高度質疑，謂：「當事人雙方意思表示趨於一致時，契約即為成立，為貫徹私法自治原則，應儘量承認其效力。契約以客觀不能之給付為標的無效，此項理論之依據何在，頗有爭議。依吾人之見解，此非基於邏輯之必然性，蓋法律在此種情形，儘可承認契約之效力，而令債務人賠償因其不能履行致債權人所受之損害。又民法第350條規定，出賣債權或其他權利縱不存在，買賣契約仍為有效，由是可知，以客觀不能之給付為標的者，契約仍為有效，自邏輯觀點言，並非不可能。⁴」

觀察德國債法增修歷程，德國聯邦司法部在於一九七八年起即著手為之，學界力主廢除「自始客觀給付不能契約為無效」之立論不絕於耳。二〇〇二年債法修正則廢棄該條，並另增訂民法第311a條第1項，並確立「在締結契約時給付業已不能者，契約仍為有

² 法律修訂館編輯，民律第二次草案，民律草案債編，頁1-2，1973年6月，臺1版。

³ 史尚寬，債法總論（中冊），頁488，1990年8月。

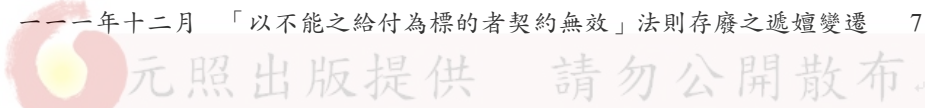
⁴ 王澤鑑，給付不能，載：民法學說與判例研究(一)，頁420，2002年3月。

元照出版提供 請勿公開散布

效」之基調。藉由此法則在德國之存廢流動移轉，以尋繹出現代契約法所欲追求之本質，藉以作為反省我國民法第246條之定位，並以新視角反省我國債務不履行法之未來新路向，係為是本文核心。

學者史尚寬先生早已明確指出，我國民法第246條是繼受修正前德國民法第306條規定，此係以被譽稱為「給付不能之父」之學者Mommsen所建構的給付不能理論為基調。學者葉賽鶯先生於一九八六年所著《給付不能之理論與實務》一書中，除詳盡描繪給付不能理論形成歷程外，更表示：Mommsen不僅構築不能之概念外，亦將羅馬法「對於不能無義務」（*Impossibilium nulla est obligatio*）確立為一般性之法律通則⁵，並融入於修正前德國民法第

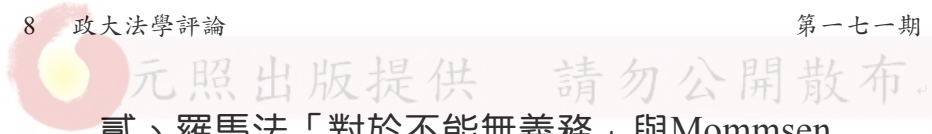
⁵ 葉賽鶯，給付不能基本理論與實務見解之研究，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁12，1980年1月，本論著是國內文獻中對給付不能理論分析最為詳盡者；其他與給付不能制度有關且具有參考性之中文文獻依發表時間先後計有：郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論，54期，頁251-269，1995年12月；邱琦，債務不履行體系的再構成，法令月刊，51卷10期，頁754-775，2000年10月；王澤鑑，同前註，頁413-432；王澤鑑，自始主觀給付不能，載：民法學說與判例研究(三)，頁41-58，2002年3月；張永健，自始客觀不能的經濟分析，月旦法學雜誌，86期，頁155-166，2002年7月；蔡晶瑩，從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定之轉變，中原財經法學，9期，頁113-143，2002年12月；陳彥良，論給付障礙法之新體例——以德國新修正之民法債篇為中心，月旦法學雜誌，95期，頁123-143，2003年4月；Gehard 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42-64，2003年8月；張永健，論給付不能之分類與歸責問題，法令月刊，54卷6期，頁89-109，2006年12月；詹森林，給付不能——自始客觀，載：民事法理與判決研究(五)，頁1-30，2007年12月；詹森林，給付不能——自始主觀不能，載：民事法理與判決研究(五)，頁34-59，2007年12月；黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，載：德國新債法之研究，頁107-192，2009年9月；陳添輝，自始給付不能之契約效力——最高法院96年度台上字第2677號民事判決之研究，法令月刊，60卷10期，頁57-73，2009年10月；陳自強，日本債法改正新動向——債務不履行，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁273-302，2011年4月；黃宏全，我國民法給付不能之類型與效力，法令



306條「以不能之給付為標的者，契約無效。」之規定。為清楚呈現德國立法者在二十世紀與二十一世紀對「以不能之給付為標的者，契約無效」法則，從肯定立場幡然走進揚棄路徑之轉折與契機，囿於篇幅之故，本文將不依時間軸依序逐一地分析給付不能之發展情況⁶。而是以Mommsen聲稱「對於不能無義務」為法則作為觀察中心點，回溯探究「對於不能無義務」之法諺，在羅馬法時期是否已具有通則性之效力，並關注Mommsen之觀點，如何影響一九〇〇年所制定之德國民法典，以及學界對此法則所提出反省。德國新債法之修法者又是凝聚合成何種推力，進而於二〇〇二年揚棄此法則，並重塑自始給付不能法，是本文討論之架構。

月刊，63卷6期，頁63-88，2012年6月；陳忠五，給付遲延、給付不能與不完全給付的區別，台灣法學雜誌，205期，頁29-47，2012年8月1日；陳自強，契約法講義III：契約違反與履行請求，頁186-251，2015年9月；向明恩，論德國民法第275條給付義務之排除，載：民事法學新思維之再展開——劉春堂教授七秩華誕祝壽論文集，頁3-38，2017年11月；黃松茂，債務不履行體系之再構成——給付不能概念之重生與再造，政大法學評論，151期，頁1-90，2017年12月；黃松茂，買賣標的物之自始瑕疵與不完全給付之損害賠償／評最高法院103台上2631號及105台上2245號判決，台灣法學雜誌，371期，頁261-269，2019年7月14日。相關學位論文有：曾彥傑，給付不能之研究——以自始給付不能為中心，政治大學法律學系研究所碩士論文，2010年10月；楊淑儀，由日本債法修正研議展望我國債法之未來——以債務不履行為中心，臺灣大學法律學系研究所碩士論文，2012年7月。

⁶ 對此細膩之論述參見 *Wollschläger*, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, 1970, S. 1ff.; *Arp*, *Anfängliche Unmöglichkeit*, 1988, S. 1ff.



貳、羅馬法「對於不能無義務」與Mommson 「以不能之給付為標的者契約無效」之關聯

一、羅馬法時期就「對於不能無義務」適用之範圍與內涵

眾所周知，「以不能之給付為標的者契約無效」法則係深受羅馬法法諺：「對於不能無義務」之影響，此法諺收錄於羅馬法大全（*Corpus juris civilis*）學說彙編（*Digesta*）中，由羅馬法學家Celsus所提出⁷。然而此法諺是否足以建構給付不能契約即為無效之法律通則（*regula iuris*），甚至推導出自始給付不能、嗣後給付不能、主觀給付不能與客觀給付不能之區辨，確實存有討論之空間，針對此疑義有待從法歷史角度切入，以揭開此面紗。尋繹羅馬法大全對「不能無義務」所留下痕跡，不外乎都是透過個別具體個案中為觀察，其適用之具體內容與其適用之契約類型究竟如何，分述如下：

（一）要式口約（*Stipulatio*）契約

羅馬法學家Pomponius在學說彙編（D.18.1.6）中，對Celsus提出的「對於不能無義務」，為如此註釋：「年輕Celsus將不能無義務運用於單務性和口式允諾性之要式口約契約時，有如此表示，『給付之標的為自由人、為禁止給付之標的者，如神聖之宗教場所、或為不具交易之性質者，如公共廣場，該要式口約契約歸於無效。⁸』」另外，Gaius在法學提要（*Institutiones*）中，也有相類似

⁷ Paulus (16 Plaut.) D.50.17.; *Wollschläger*, aaO., S. 13; *Arp*, aaO., S. 8. 另有關於要式口約契約之說明參見，陳朝壁，羅馬法原理（上冊），頁129，1961年8月，臺2版。

⁸ *Fitting*, Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen, 1876, S. 12; Pomponius (9 ad Sab.) D.18.1.6. pr.: “Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non



的註解，要式口約有下列情形之一者，其契約為無效：以移轉交付標的為目的之要式口約，若該標的在本質（*in rerum natura*）上不存在者，如允諾時，應移轉交付之奴隸業已死亡；或若該標的本質上根本不得為之者，如應交付移轉之標的，為神話中的半人馬獸（*hippocentaurus*）；或若該標的不具有交易上之性質者，例如應移轉交付之標的為宗教場所、公共場所等⁹。同時，允諾給付之標的物業已為債權人所有¹⁰或將不具有所有權性質之自由人誤為奴隸之情形¹¹，也屬此所稱之不能者¹²。從要式口約契約得適用不能無義務之案例可知，羅馬法時期就不能無債之「不能」（*impossibilis*）之認定，係取決於交易客體之屬性。亦即是，應給付客體之性質，不僅是債務人不能為給付，亦指向任何第三人均無法為之者而言，故此與現今所稱之客觀給付不能概念相同。循此，債務人之主觀給付不能，將不肇致要式口約契約為無效¹³。

值得一提的是，在Celsus提出「對於不能無義務」觀點後之百年，法學家Venuleius舉出三種攸關承諾人欠缺給付能力的事例，藉以表徵其與自然障礙（*natürlich Hindernis*）之差異：一是，給付人允諾給付金錢，但應給付時無法給付者；二是，應交付之奴隸不在給付地；三是，給付之標的物係為他人所有且為其不欲轉讓之奴隸。其認為，前開三種案例之所以和自然障礙不同，是因為此三種

posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse; ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut es campus Martius.”

⁹ Gaius 3.97.; Inst. 3.19.1.; *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 9.

¹⁰ Gaius D.44.7.1.10.; *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 9.

¹¹ Gaius D.44.7.1.9.; *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 9.

¹² *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 9.

¹³ *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 9.

元照出版提供 請勿公開散布

情況是有關承諾人個人給付能力欠缺之問題，在本質上僅僅屬於單純之困難（*difficultas*），故欠缺給付能力之要式口約，應評價為有效¹⁴。法學家Venuleius即使企圖區辨自然障礙與給付能力欠缺，但要式口約有效與否之論斷，仍是繫諸於標的客觀上得否可履行，至於要式口約之承諾人對不能是否有所認識，以及有無過錯，則非關所要¹⁵。

（二）合意買賣（*emptio venditio*）契約

要式口約契約中得運用不能無義務之相關事例，原則上亦得援用於合意買賣契約。換言之，倘合意買賣契約標的係為不存在者、為法律交易所禁止者或其已為債權人所有者，買賣契約亦評價為無效¹⁶。然而值得注意的是，不能無義務在合意買賣契約之適用上，卻不具有一般之影響效力，而僅視為各別性或單獨性之無效要件（*als gesonderte Unwirksamkeitstatbestände*）¹⁷。具體言之，當合意性買賣契約之標的涉及不存在之權利或繼承權者，則不能無義務不僅不能適用，而是無適用之餘地，因此類事例在屬性上被理解為期待買賣，且給付內容與對物之要求（*Sacherfordernis*）無關¹⁸。另外，不能無義務在具體個案中得否適用，尚有重要考量元素，即是經濟性與當事人保護必要性¹⁹。因在涉及合意且具有誠意性買賣之誠意訴訟（*bonae-fidei-iudicia*）時，法官應依公平原則判斷契約形成之基礎與契約之義務。具體言之，在羅馬法之誠意訴訟中，就個

¹⁴ Venuleius (1 stip.) D.45.1.137.4.

¹⁵ *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 10, 11.

¹⁶ HKK-Hark, § 311a Rn. 4; Pomponius D.18.1.16. pr.

¹⁷ HKK-Hark, § 311a Rn. 4.

¹⁸ HKK-Hark, § 311a Rn. 4.

¹⁹ Paulus D.18.1.57.; HKK-Hark, § 311a Rn. 4.

元照出版提供 請勿公開散布
案之判斷上應置入「不管為何，被告應依誠信原則負擔給付」
(*quidquid ob eam rem N^{um} N^{um} A^o A^o dare facere oportet ex fide bona*)²⁰作為基本且核心之評價思維。

羅馬法中之合意買賣是不以物所有權移轉之授受或以履行特定方式為要件，債務人在履行義務則應誠信為之（*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*）。也就是，在合意買賣中，買賣標的物所有權之移轉，雖有賴引發所有權移轉之行為，如要式買賣（*mancipatio*）或其他事實²¹，但在買賣契約標的有給付不能時，則必須以誠信為考量，特別應斟酌當事人知悉與否²²。例如，合意買賣之標的為不具有交易性質或為自由人時，於保護善意買受人之情形下，給付不能契約為無效之觀點，則發生鬆動²³。

另外，在羅馬法之合意買賣契約中有一種值得關注之類型，即是以合意形成且具有現實結構性質之契約，或稱現實買賣（*Barkauf*），此類型契約係援引要式口約「對於不能無義務」之觀點²⁴。在羅馬法時期就現實買賣標的物滅失之危險分配，受「標的物於締結買賣契約時滅失者，危險由買受人承擔」（*periculum est emptoris*）法則所支配²⁵，則買賣契約締結時，給付標的物因意

²⁰ *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 11. 關於羅馬法契約法之相關中文論述參，Cosima Möller著，李君韜譯，羅馬契約法的基礎，月旦法學雜誌，197期，頁222-243，2011年10月。

²¹ HKK-Hark, § 311a Rn. 4.

²² *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 11; 值得一提的是，西元250年之羅馬法學家Modestin卻有不同意見，主張此時契約應評價為無效，但惡意的出賣人對於善意買受人負信賴利益賠償責任（*ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur*），Modestin D.18.1.62.1.; *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 12.

²³ HKK-Hark, § 311a Rn. 4.

²⁴ HKK-Hark, § 311a Rn. 4.

²⁵ 此法則在13世紀則受到嚴厲批評，註釋法學派的法學者Cuiacius借助學說彙編

元照出版提供 請勿公開散布

外滅失，價金危險由買受人承擔，故買受人須支付價金。也因為如此，古典羅馬法時期之學者則認為，在現實買賣中，有效買賣契約之標的必以眼可見、且存在之有體物為要件。按此，買賣契約成立前，標的物已滅失者，則契約為無效²⁶。現實合意買賣契約之標的為不存在、為法律交易所禁止或是已為債權人所有之物者，契約無效²⁷。

(三) 「對於不能無義務」非法律通則 (regula iuris)

Celsus提出之「對於不能無義務」思維，在羅馬法時期是否已形成「給付不能契約為無效」之法律通則，是存有質疑性的。從上開「對於不能無義務」適用之事例可知：此法諺僅在要式口約事例中普遍地被適用。就不能之判斷，雖繫諸於客體之性質，然不能契約無效所適用之事例，卻未就自始與嗣後不能為區辨；在合意買賣契約中，不能無義務並不具有一般性之效力，毋寧僅是屬於一種個別性之事實要件。又合意買賣契約之核心，在於契約當事人應依誠信原則負擔給付，契約有效與否，取決於當事人為善意或為惡意，標的不能與否則非所要。縱在合意現實買賣契約中，雖「對於不能無義務」有所適用，但現實買賣之危險負擔移轉時點，係因採契約成立時之故，方適用「不能無義務」。綜合上述之觀察，「對於不能無義務」在羅馬法時期，非通用於各種契約類型上，而是僅侷限於要式口約以及合意買賣之特殊事例之中。據此，在羅馬法時期「對於不能無義務」是不具有法律通則效力與作用的²⁸。

中之觀點，認為危險分配的時點應以物交付時為基準點，參D18.1.62.1.; D19.2.33.; *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 11f.

²⁶ *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 12, S. 50.

²⁷ HKK-Hark, § 311a Rn. 4.

²⁸ *Schermaier*, AUPA 51 (2006), S. 241-268; HKK-Hark, § 311a Rn. 5.

(一) Mommsen確立給付不能契約無效之理由

十九世紀被譽為「給付不能之父」之法學家Mommsen，將羅馬法中「對於不能無義務」法諺確立為一般性之法律通則，並明文化修正前德國民法第306條。Mommsen在一八五三年以《給付不能對債之關係影響》一書中²⁹，借助Savigny之意思理論，建構對於不能契約無效之法則³⁰。其表示：「當事人若知其給付為不能，則明顯地欠缺存有成立以給付該標的為債務之真正意思（*ernstlichen Willen*），本此乃否定有效債務之成立。然這種論點，似乎是有不及於締約雙方當事人於締約時明知給付不能之情形，於是似應無疑地可推認，雙方有成立給付該標的債務之真正意思；然而，另一方面，也似乎應是無疑地可認為，倘若締約雙方當事人知其給付為不能者時，當事人則自無締結給付該債務之意思。³¹」在此假設性命題之指引下，Mommsen側重於以擬制締約當事人無締結契約意思作為基礎，以建構出「不能之給付契約無效」具有一般法則性之效力，而不受羅馬法「對於不能無義務」在實踐面上之侷限性，即是僅限於要式口約與合意買賣契約個別事例適用之情形。

Mommsen之所以藉助Savigny意思表示理論建構出「以不能之給付契約無效」之法則，是基於意思理論背後有兩大不可忽略之法歷史形成關鍵鏈，分別為：

²⁹ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung un ihrem Einfluß auf obligatiione Verhältnisse, 1853.

³⁰ 葉賽鶯，同註5，頁11以下。另外值得注意的是，Mommsen另藉助羅馬法「任何人不對意外事件負責原則」（*casus a nullo praestantur*）建構嗣後不可歸責於債務事由之給付不能，參Huber, Leistungsstörungen, Band I, 1999, S. 74; 黃松茂，債務不履行體系之再構成——給付不能概念之重生與再造，同註5，頁56。

³¹ Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 106.

元照出版提供 請勿公開散布

一是，揚棄嚴格形式性契約，改採以意思表示為共通且核心之契約結構體：

在羅馬帝國後期，法學家雖著力於合意所形成之契約，然合意僅限特殊具體類型契約之構成分子，而尚未成為契約之普遍性要件，嚴格形式性契約結構仍支配著契約之內涵³²。在歷經中世紀黑暗時代之歲月中，自然法學派之理性思維也漸次滲入與支配著契約法則，甚至於整個民法體系之中，以十三世紀經院學派（*Scholastische Imputationslehre*）之代表人物Saint Thomas為例，其在榮顯上帝之際，也以人文態度提升人類之地位，將自然法視為人類尊嚴與能力之表現，承認人之理性與自由意志，並強調契約義務之形成源自於個人之自治（*individuellen Autonomie*）³³，也為契約法核心理論——意思主義奠下試金石³⁴。

在十六世紀，隨著文義復興與宗教改革之推展，除了肯認人類之理性外，更相信在人類理性運作存著一套永恆不易之法則，將法律效果和倫理上自主負責之人之意志相連結，而荷蘭法學家Grotius即為此說之代表者，其強調應揚棄羅馬法時期以訴之型態為導向來區分契約類型之方式，並亟力主張契約之所以有拘束力源自於單方之允諾，而允諾即是源自於自為立法者所生之效力。換言之，即是每一個人均為自己之立法者，而個人單方允諾之意思也因此具有普

³² 張奎，羅馬法上合意，甘肅法學院學報，6期，頁123-131，2012年11月；Cosima Möller著，李君韜譯，同註20，頁222-243。

³³ *Coing, Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, Band I, Älteres Gemeines Recht, 1985, S. 405f.*

³⁴ 13世紀教會法學家Saint Thomas吸取Aristotle哲學思維，是中世紀神學結合自然法思維之最重要代表人物，參見MARTIN HOGG, *PROMISES AND CONTRACT LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES* 76 (2011)；中文文獻可參，劉沐比，聖多瑪斯《神學大全》中的自然法，輔仁大學宗教學系碩士論文，頁1以下，2016年7月。

元照出版提供 請勿公開散布

遍之性質，並得通用於各類型之契約³⁵。十七世紀德國法學家Pufendorf雖採納Grotius之允諾理論（Versprechenslehre），但卻更進一步主張契約是因雙方當事人合意（mutuus consensus）而成立，藉以取代單方承諾理論³⁶。十八世紀法國法學家Pothier更完整表示，契約係由兩人或是兩人以上當事人之意思合致（Willenübereinkunft）而成立，亦即是契約因一方當事人承諾他方當事人所提出之允諾而成立，就此契約拘束力和給付義務之形成，係以承諾他方之允諾為要件³⁷；與此同時，德國法學者Nettelblatt開啟法律行為（actus iuridicus oder negotium iuridicum）和意思表示之法概念，並指明意思（Willen）為法律行為特徵性之要件（charakteristisches Merkmal），而契約之形塑乃是訴諸意思³⁸。

十九世紀德國法學者Savigny則進一步將法律行為與意思表示串連，並強調意思是法律關係建立之重要性和有效性根據，而契約之拘束力則因當事人意思合意所形成，此合意為一種特殊形式意思（Willen）之呈現。具體言之，其認為契約是異於個別性之意思表示，契約是透過多數意思合致形塑而成之一個單一性、完整性，且不可割裂性之意思（einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen）之謂³⁹。至此，以意思表示作為契約成立之一般性與普遍性因子之局

³⁵ Fröde, Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit, 2012, S. 125.

³⁶ Wieacker, FS Welzel, S. 14.

³⁷ Weller, Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz - Leistungstreue, 2012, S. 83; ROBERT JOSEPH POTHIER, TREATISE ON OBLIGATION—CONSIDERED IN A MORAL AND LEGAL VIEW 5 (Francois-Xavier Martin trans., reprint 1999); REINHARD ZIMMERMANN, LAW OF OBLIGATION, ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 570 (1996).

³⁸ Köbler, Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes, 2010, S. 94.

³⁹ Savigny, System des heutigen Romischen Rechts, Band 3, 1840, S. 309; Weller,

元照出版提供 請勿公開散布

面也已然成形。

二是，意思理論漸次滲入契約法則，並藉意志思維決定契約拘束力形成與否：

誠如上開所言，在理性主義與自然法思維之引領下，契約之底蘊源自於當事人之意思，是故在斟酌給付標的不能，契約效力若何之判斷上，也伴隨地與個人之意志或意思相結合。Grotius所主張之不能理論乃基於意志力之欠缺，具體言之，即是拘束力（*Verbindlichkeit*）是因為個人自由權力之行使，故依據自然法則無人應承擔任何人或其不能給付或禁止給付之義務。依此，標的涉及事實上不能或交易上禁止而不能者，契約應為無效⁴⁰。至於，給付不能，倘涉及允諾人主觀不能者，則契約不成立，因允諾人之權能（*Potestas*），付之闕如⁴¹。其後，Pufendorf則表示，羅馬法有關「不能給付無義務」與「任何人對不能不負擔責任」（*ad impossibilia nemo tenetur*）等法諺，既過於空洞，也落於濫調，乃試圖將道德上義務與該法諺予以連結。其則表示：債務之內容，原則上須符合一般道德義務所允許者，因債務係源於法律行為，而給付本身涉及不能者，則任何人均無法有效承擔此義務⁴²。同Grotius之觀點，其具體指出，允諾人欠缺物理或道德權限（*facultas moralis*）之給付時，允諾為無效⁴³。十八世紀在康德之理性主義與

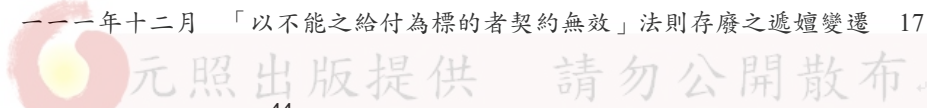
aaO. (Fn. 37), S. 88.

⁴⁰ Wollschläger, aaO. (Fn. 6), S. 77.

⁴¹ DANIEL LEE, POPULAR SOVEREIGNTY IN EARLY MODERN CONSTITUTIONAL THOUGHT 261 (2016); Wollschläger, aaO. (Fn. 6), S. 78.

⁴² Wollschläger, aaO. (Fn. 6), S. 79.

⁴³ Pufendorf, *Observationen über Gegenstände des Civil- und Prozeßrechts*, 1841, S. 26f.; Wollschläger, aaO. (Fn. 6), S. 78.



元照出版提供 請勿公開散布

經驗主義的影響下⁴⁴，德國學者Glück表明，只有意思主體外之自由行動行為（*äußere willkürliche freye Handlungen*），方得作為法律的標的（*Gegenstand des Gesetzes*）。依此，當意思主體喪失自由行動行為之能力（*das Vermögen*）時，於法律層面上，自無由發生義務（*Verbindlichkeit*）。其因此強調，凡發生物理上之不能者，自由行動行為即為喪失，法律則當不得強加任何人，承擔此物理上之不能⁴⁵。

在自然法與理性主義的催化與滲透下，Savigny藉由道德必然性（*necessitas moralis*）連結義務（*Obligation*）之概念，以描繪出債務人意志拘束（*Willensbindung*）之形成要求和給付不能契約無效間之關係。其在一八五一年所著之《作為當代羅馬法一部之債法》一書中，對債之關係之理解，從債務人自由行動行為之角度出發，而導出債務人自然自由之有限性。其有謂：一方面，債務人個人自由（*die persönliche Freiheit*）超出其本身之當然界限（*natürliche Gränze*）時，則可將其視為是對陌異之人之支配；另一方面，債務人之自然自由（*die natürliche Freiheit*）受限性，則可視為是一種束縛或必然之狀態。⁴⁶本於債務人行動行為自由本身的

⁴⁴ 江玉林，康德《法學的形上學基本原理》導讀——與當代法學的對話，台灣法學雜誌，195期，頁52-66，2012年3月1日。另外，對於康德之法律論與道德論之描述參，學者蔡章麟先生舉康德為例，他說：「法保各人的意思自由（*Freiheit der Willkühr*）要在外部得到共存的一般規定，其特徵為他律的，為第二次規範；反之，道德保各人理想之普遍的立法，其特徵為自律的，內面的，即所謂第一次規範」（*Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*），參蔡章麟，債編各論下冊，頁22，1959年4月。

⁴⁵ Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar, 1797, S. 70.

⁴⁶ Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, 1851, S. 5.

元照出版提供 請勿公開散布

當然界限，進而抽繹出義務之成因，並表示：「從此角度觀之，我們將義務之本質（Wesen der Obligation）視為是此種行為的轉變，也就是義務之全然目的（der ganze Zweck der Obligationen），是使有權利之人能準確地預期此事件之發生（den Eintritt dieser Ereignisse）。⁴⁷」最後，Savigny透過道德必然性的圖像將債務人意思拘束（Willensbindung）解讀為具有類自然法則之強制力（quasi-maturgesetzlicher Zwang）⁴⁸。其主張：「但是，本應構成義務履行的行為，若為不能之時，則與上述所描述之義務特質相抵觸。是的，我們甚至可得同樣斷言，因行為本身所存在之必然性，故不能藉由義務，而其轉變為必然性之行為。⁴⁹」循此，Savigny以自律性之意思概念為基礎，亦即是以債務人之意思（Wille）作為債權之標的，當債權之標的不在債務人之意志範圍之內，如絕對給付不能者，則給付效力缺乏自我因果性（selbst-Kausalität），對債務人而言無從生第二次之有效性。此即為何以不能之給付為標的者，應評價為無效之故⁵⁰。據上，Savigny的意思理論對Mommsen之給付不能契約無效法則的立論，因此提供了思考上之憑藉。

（二）Mommsen之給付不能契約無效法則之適用範圍

在Mommsen的《給付不能對債之關係影響》經典作品中，欲處理兩大議題，分別為：一是，何謂真正不能（wahre Unmöglichkeit）；二是，不能對於債務效力之影響為何。其認為，是否為真正不能，取決於法律效果。即是，不能之法律效果，僅於被評價為無效或者被賦予免除給付義務之效力時，方得以認識何謂

⁴⁷ Savigny, aaO., S. 8.

⁴⁸ Wollschläger, aaO. (Fn. 6), S. 154.

⁴⁹ Savigny, aaO. (Fn. 46), S. 382.

⁵⁰ Wollschläger, aaO. (Fn. 6), S. 154.

元照出版提供 請勿公開散布

真正之不能。為繪製出真正不能與契約無效，以及免除給付義務間之互動與區分關係，**Mommsen**分別藉助羅馬法之兩大法諺，一為「對於不能無義務」，另一為「任何人不對意外事件負責」（*Casus a nullo praestantur*），作為不能理論構築之基底⁵¹。

Mommsen就給付不能無義務適用之範疇，曾明確表示：「從給付不能概念中即已得出，不能之給付，是不能被履行的⁵²。」亦即是債務人應為給付之標的物有立即不能（*bei sogleich vorhandener Unmöglichkeit*）時，如債務人承諾給付標的物已不存在、契約締結前標的已滅失、或標的在交易上為不能者，則債權人無法請求債務人給付其該標的⁵³。此處之不能原因係存在於標的之本身⁵⁴，亦即是債務人不能給付之源由（*die Ursachen des Nicht-Leisten-Können*），係屬自始客觀上之不能。在此應續行思考之問題為，就債務人之給付有自始客觀不能時，是否容許債權人對債務人主張契約上之履行利益。若採取肯定之立場，與之相隨地，必然（*mit Notwendigkeit*）是以契約之有效為前提⁵⁵。在立即不能給付之情形下，即是在自始客觀給付不能時，**Mommsen**以**Savigny**意志理論為底蘊，為立即給付不能之雙務性之效力（*synallagmatischer Wirkung*）找到基點⁵⁶。換言之，就是擬制雙方當事人欠缺契約之合意方式，以強化契約無效之立場⁵⁷。**Mommsen**除了亟力建構給付不能契約無效之法則與劃定真正不能之概念外，其亦承襲羅馬法學

51 *Mommsen*, aaO. (Fn. 29), S. 103, 106-108.

52 *Mommsen*, aaO. (Fn. 29), S. 103.

53 *Mommsen*, aaO. (Fn. 29), S. 103f.

54 *Mommsen*, aaO. (Fn. 29), S. 5.

55 *Mommsen*, aaO. (Fn. 29), S. 107

56 *Wollschläger*, aaO. (Fn. 6), S. 154.

57 *Mommsen*, aaO. (Fn. 29), S. 107.

元照出版提供 請勿公開散布

家Modestin論點主張，在契約無效之情況下，債務人得對債權人請求信賴利益之損害賠償⁵⁸。Mommsen將此種利益損害看作為，「債權人就應受給付之事實狀態（*die wahre Beschaffenheit der Leistung*），有不被欺騙之利益⁵⁹。」易言之，其將契約無效視為損害之原因，而對信賴利益損害之賠償計算，也因此特別強調須以契約之無效為必然前提。另外，Mommsen也認為，此種損害請求權之成立，尚須要求主觀性要件，即是債務人在締約時以故意（*dolus*）或與重大過失（*culpa lata*）為必要，且債權人對給付標的屬性之錯誤⁶⁰，則須為不知或不可得而知者⁶¹。至於，自始主觀給付不能，Mommsen認為該不能之原因存於債務人個人之關係，或是債務人個人與債務標的之關係，此不能給付為債務人不欲給付（*Nicht-Leisten-Wollen*）所致，故當事人間之契約則評價為有效⁶²。

在此另不可忽略的是，透過羅馬法「任何人不對意外事件負責」之法諺，得以認識Mommsen所建立的另一種真正不能之概念範疇⁶³。其認為，「任何人不對意外事件負責」原則是適用於嗣後

58 有關Modestin觀點之說明，參見本文同註22處。

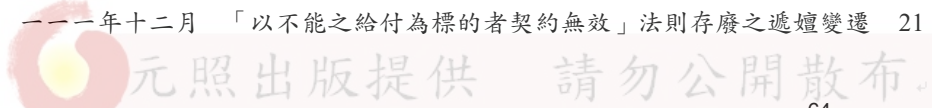
59 Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 107.

60 國內關於契約錯誤法則之重要基本論與現代化之發展趨勢參，陳自強，契約錯誤法則之基本理論——契約法現代化IV，2015年9月，頁1以下。

61 Emmert, *Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten: die Rechtsprechung des Reichsgerichts 1914-1923*, 2001, S. 11; Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 108ff. 另外，值得注意得是，Mommsen提出之信賴利益損害與履行利益損害之區分概念，則為隨後Jhering建構一般性積極利益（*positive Interesse*）與消極利益（*negative Interesse*）類型化的重要參考依據，Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, S. 1ff.

62 Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 264.

63 由此可見，在Mommsen給付不能架構體系中，其並未思考去建立統一性的給付不能概念與效力。



發生不能（bei nachfolgender Unmöglichkeit）給付之情形⁶⁴。且其將casus理解為，與債務人意志無關之外來事件⁶⁵，循此，嗣後給付不能則無區分主觀與客觀不能之必要，毋寧是應將重心移置於嗣後給付不能原因是否可歸責於債務人所致者⁶⁶。嗣後給付不能是異於自始客觀給付不能之情形，當事人間債之關係有效，因於此當事人間有負擔法律上給付義務之意思（der Verpflichtungswille der Parteien），且此負擔法律上給付義務意思之效力，一般係指向繼續存在之債之關係⁶⁷。換言之，Mommsen認為債之關係一旦有效成立，則相應地形成所謂之維持義務（Verhaltungspflicht），此義務係以防免給付不能之發生為目的⁶⁸。此種對當事人有負擔法律上給付義務之詮釋方式，無疑地係屬合理且符合公平（der Billigkeit）⁶⁹。Mommsen循羅馬法「任何人不對意外事件負責」之原則，進而主張在不可歸責於債務人事由，致嗣後給付不能之情形，縱契約有效，但應終局性免除（endgültige Befreiung）債務人之給付義務；又債務人之給付義務既已終局性免除，則當然亦免除債務人承擔不能給付原定標的之替代責任⁷⁰。此種不可歸責於債務人事由之嗣後給付不能，並產生免除債務人給付義務效果之情形，即屬Mommsen認定之真正不能類型之一。至於，可歸責於債務人事由，致嗣後給付不能者，債之關係繼續有效，債務人應給付之義務

⁶⁴ Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 323.

⁶⁵ Wollschläger, aaO. (Fn. 6), S. 126.

⁶⁶ Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 323.

⁶⁷ Bernhardt, Der Anspruch des Eigentümers einer gestohlenen Sache gegen ihren gutgläubigen Veräußerer, 1930, S. 24.

⁶⁸ Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 228f.

⁶⁹ Motive II, S. 46.

⁷⁰ Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 232.

元照出版提供 請勿公開散布

猶為存續，而債權人之債權係由債務人應給付之義務由生，故此不能為給付之原定義務，則因此相應地轉換為等價物（Äquivalent）⁷¹。易言之，債務人之給付義務依然存在，其僅轉換成為另一種形式以履行之，亦即是以金錢為替代（Geldäquivalent）以履行債務人之原定給付義務，故有論稱此為利益給付（Interesseleistung）或是履行利益（Erfüllungsinteresse）⁷²。

（三）十九世紀學界對給付不能契約無效法則之質疑

自Mommsen在一八五三年提出給付不能契約無效之論證觀點後，並在法律彙編學派巨匠Windscheid的推波助瀾下⁷³，Mommsen之「給付不能契約無效」法則終在德國民法典舊民法第306條留下明確且重要之法典化身影。然而，在Mommsen提出給付不能契約無效法則時起，迄至其被引入德國民法典之期間，以學者Brinz和學者Hartmann所進行的反思與批判尤其是值得關注。其分別簡要說明之：

首先是十九世紀中葉提出責任理論（Haftungslehre）之推動學者Brinz⁷⁴，其認為權利（das Recht）雖意在於實現，但也可能不存在⁷⁵。具體言之，其主張主觀權利（subjektiven Rech）的實現，僅僅是一種準事實（eine blosse quaestio facti），是一種事物本質在

⁷¹ Mommsen, aaO. (Fn. 29), S. 66.

⁷² Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 3 Aufl., 1873, S. 30.

⁷³ Wollschläger, aaO. (Fn. 6), S. 125ff.

⁷⁴ Rascher, Die Rechtslehre des Alois von Brinz, 1975, S. 13; Hoops/Beck/Steuer, Reallexikon der germanischen Altertumskunde, Band 27, 2004, S. 366; Sutschet, Garantshaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006, S. 43.

⁷⁵ Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Band 1, 1873, S. 106f.; Weller, aaO. (Fn. 37), S. 102.

元照出版提供 請勿公開散布

物理上之能為，然而卻與主觀權利之本質無涉⁷⁶。在此思維背景之形塑下，乃進而力主義務（Obligation）不是以債務為特徵，責任才是義務之本質。故給付（Prästation）不側重於原定履行（Naturalexekution），而是當給付不履行時，得以金錢為代替，方是義務的內涵⁷⁷。循此立論，標的不能為給付者，債務人是存有以金錢替代履行原定給付之責任，依此當是無法推衍得出以不能之給付為標的者，契約即歸於無效之通則性效力⁷⁸。

學者Hartmann受到學者為Brinz啟發，在一八七五年出版《債務——對於其目的與架構之研究》一書中⁷⁹，對於給付不能契約無效法則也提出深度質疑，其表示：羅馬法法諺「不能無義務」，係是羅馬學者基於自己自然理性（ratio naturalis），或者是本於簡單自然邏輯（natürliche Logik）所建立的。而此法諺，針對以下難題卻是空白未予表態，即是對於不能之標的，是否肯定債務人有給付義務（Prästationspflicht），以及債務人在何種程度下有給付義務，又是否肯定債務人得以可能之替代物為（mit einem möglichen Surrogat）給付，以及在何種程度下債務人以替代物承擔此給付義務⁸⁰。Hartmann一如Brinz立場，反對Mommsen以假設當事人意思之方法，作為給付不能契約無效法則之正當化基礎，並認為此種論證不具說服力的。Hartmann借助羅馬法中有關合意性買賣契約之事例力

⁷⁶ Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts: In zwanglosen Heften, Teil III, 1851, S. 8

⁷⁷ Brinz, AcP 70 (1886), S. 389.

⁷⁸ 關於Brinz對於Mommsen給付不能理論之批評可參，葉賽鶯，同註5，頁19-21。

⁷⁹ Hartmann, Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, 1875, S. 1ff.

⁸⁰ AaO., S. 173.

元照出版提供 請勿公開散布

持：「沒有法律行為，存有不適宜性之內容（*Kein Rechtsgeschäft ohne tauglichen Inhalt*）⁸¹」，而得以排除全部之義務。依契約主要之關係，縱原先預定之目的或結果不能實現，但其得以他種適宜性內容，亦即是得以另一種關係，或是另一種方式及方法呈現時，則契約仍為有效。故依Hartmann之觀點，僅在原先預定之契約結果不能實現，並且其替代之契約內容也為失卻（*hinauslaufen*）時，才例外地將此給付不能之契約評價為無效⁸²。

循此，Hartmann則進一步直指，Mommesen以給付不能即徵引契約無效，並以此作為給付不能理論之通則性命題，是欠缺穩妥性與說服性。其強調，契約有效或無效之評價，必須考量契約之本質與交易之內容，特別是在古典時期之羅馬法對於自由人之買賣與不存在債權之買賣，即本於契約之性質與交易之內容，而認為上開買賣契約仍為有效。換言之，於羅馬法中買賣契約之本質，係涉誠意性之債務（*bonae fidei Obligation*）與有償性之契約，在此誠意性與有償性契約之理念下，並斟酌有理性典型締約人（*Muster Contrahente*）之意欲，在契約內容之闡釋上必然得出，於原始給付發生不能之情形下，同時也存在著有次給付義務，作為原始給付義務代償之意思，依此契約效力自不應受影響，而應評價為契約依然有效⁸³。

附帶一提的是，Hartmann反對當時通說對於主觀與客觀不能之區辨，其認為債之關係並非課予債務人履行實現給付義務，毋寧是去達成結果之努力義務，故其對「主觀給付不能」概念為如

⁸¹ Hartmann, aaO. (Fn. 79), S. 177.

⁸² “Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi”, Hartmann, aaO. (Fn. 79), S. 179.

⁸³ Hartmann, aaO. (Fn. 79), S. 177-186.

元照出版提供 請勿公開散布

此認識：「為完全防止對『主觀不能』不正確之認識，應該直接地探究個別債所形成之事實為決定，特別是應著力於闡釋意思（Willensinterpretation）：義務之應然（das Soll der Obligation），尚應擴及於考量在何種程度下與應支出如何程度之費用，方得排除特定法律上（或事實上）之障礙，而此種障礙阻卻了事實上最後目的之履行。倘若義務人能證明，其已盡到所要求之努力（Kraftanstrengung）程度時，則其能免責，此乃為是否存有真正不能之決定。⁸⁴」由此可知，Hartmann藉由當事人意思之闡釋與結果努力義務之履行，以突破Mommsen對於真正不能所建構之概念藩籬，並嘗試重建統一性之法律效果。

三、以不能給付為標的者契約無效法則之凝結與潛藏之破口——代小結

綜上，不能給付為標的者契約無效法則之提出者，為十九世紀建構給付不能理論的重要代表學者Mommsen，其藉助兩道思維形塑此法制：一是，以羅馬法「對於不能無義務」法諺為支點，即使該法諺於羅馬時期僅適用於要式口約契約與現實買賣之情形，但Mommsen卻將有形物質存在作為契約有效之要求予以一般化，而適用於所有契約之類型；二是，在十三世紀後隨著道德神學思維、自然法與理性主義脈動之滲入，「沒有人有義務做不可能之事」（*memo potest ad impossibile obligari*）之格言，也因此影響了對義務在理解上界線，其僅及於義務人意志能力之範圍。同時，Mommsen將義務聚焦於原給付義務上，並結合契約合意之理論，以擬制性方式認為當事人無締結契約意思，而將以不能給付為標的者之契約，評價為無效。

⁸⁴ Hartmann, aaO. (Fn. 79), S. 199.

元照出版提供 請勿公開散布

然而，Mommsen藉助上開二基點建構之「以不能之給付為標的者契約無效」法則，卻欠缺完備性之支撐點，而充斥著質疑性的懸念有二：一是，羅馬法之「對於不能無義務」法諺，非通用於各種契約類型，不具有法律通則之效力。尤其在有關具有誠意性之合意買賣契約，須以誠信為考量，縱有給付不能之情況下，也無礙於契約之有效性；二是，將義務理解，限於標的是否在義務人之意志能力範圍，僅以原給付有形物質之不存在，而擬制性地否認契約合意之效力。在十九世紀不論採責任理論之學者Brinz或是採債務理論之學者Hartman⁸⁵都一致性指向，給付發生不能時，仍存有次給付義務，故「以不能之給付為標的者契約無效」法則是不具說服力的。

參、對「以不能之給付為標的者契約無效」法則之法典化與去法典化

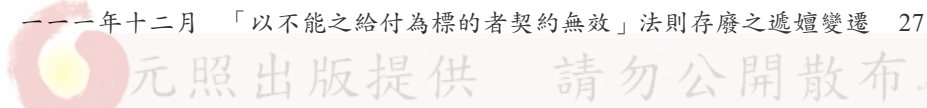
一、「給付不能契約無效」法則在修正前德國民法第306條之落實

回顧德國民法制定時之立法資料，可確知立法者在修正前德國民法第306條運用並堅持Mommsen的「給付不能契約無效」法則，對於該條立法過程軌跡，如下分別為說明。

(一)立法過程與體系安排

一八八三年法官von Kübel在草擬德國民法典有關契約部分之草案時，係援引Mommsen所建構之「給付不能契約無效」法則，並強調有效契約僅存於給付為可能、給付不違背法令或善良風

⁸⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 79), S. 159.



俗之情形，並提出以下之條文：

第1條 關於契約之給付為不可能，給付違反法律或背於善良風俗者，則契約無效。特別是契約給付之物或其權利在交易上禁止者，契約亦為無效。

第3條 向他方當事人允諾給付之一方當事人知該給付不能者，或者因重大過失而不知者，應對不知或應不知不能之他方當事人負損害賠償⁸⁶。

此建議草案在德國民法典制定第一次委員會中並未引起太大爭議，僅針對二個問題予以討論：一是，第一次委員會委員認為，前開第1條草案但書部分之規定係為多餘，應予刪除；二是，從體系性思考，既然民法總則已就法律行為為規定，是否仍須在債法中另設規定，對此問題第一次委員會仍決定予以保留，內容修正為⁸⁷：

第1條 關於契約之給付為不可能，給付違反法律或背於善良風俗者，則契約無效⁸⁸。

查該條草案之立法理由，係無疑義的採取 Mommsen 結合 Savigny 意思理論所建構之「給付不能契約無效」法則，其乃論道：依契約當事人允諾給付之意思表示觀之，若該給付不能者，契約為無效，因為當事人所理解之契約內容，如同法律行為之內容，是僅限於契約義務之履行是可能者而言，倘給付為不能者，則與當

⁸⁶ Kübel, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil, Herausgegeben von Werner Schubert, 2009, S. 229; Arp, aaO. (Fn. 6), S. 146.

⁸⁷ Jakobs/Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systemmatischen Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen: Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 713.

⁸⁸ AaO., S. 370.

元照出版提供 請勿公開散布

事人之意思相矛盾。至於給付金錢為義務之事例，係屬給付不能契約無效之例外事例⁸⁹。在肯定「給付不能契約無效」之法則下，其相關法律效果之草擬條文為：

向他方當事人允諾給付之一方當事人知其給付為不能或因過失而不知者，依民法總則第74條第3項之規定對他方當事人負損害賠償責任。但他方當事人知其不能或應知者，不在此限⁹⁰。

帝國司法部的修法前置會議中將第一次草案委員會提案之第1條草案有關契約部分之「給付為不可能」與法律行為之「給付違反法律或背於善良風俗」拆解開來，分別放於民法之總則編與債編中⁹¹。此種模式為第二次修法委員會接受，並依此建議於德國民法典進行體系性安排與規定。

(二) 修法委員會之異見

特別值得一提的是，在帝國司法部修法前置會議與第二次修法委員會討論過程中，修法委員會中之委員Jacubezky曾提案刪除上開第1條草案，對於給付不能契約無效法則的置入，採取否定立場。並主張就給付義務本質觀之，此規定無疑是多餘的⁹²。Jacubezky有謂：「在所有因給付喪失之事例中，係僅涉及契約上應給付之標的發生阻礙，而契約依然為有效存在，是因於此仍得以

⁸⁹ Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil 2, 1981, S. 159.

⁹⁰ Jakobs/Schubert (Hg.), aaO. (Fn. 87), S. 372.

⁹¹ Jakobs/Schubert (Hg.), aaO. (Fn. 87), S. 372.

⁹² Jakobs/Schubert (Hg.), aaO. (Fn. 87), S. 372.

元照出版提供 請勿公開散布
獲取其他之標的，以替代原承諾之給付。⁹³」Jacubezky縱提出反對意見，但卻不被第二次修法委員會之多數委員所支持。

然而，Jacubezky的論證理由，卻滲入並影響一九〇〇年制訂之德國民法典，立法者軟化「給付不能契約無效」法則之效力，此法則僅具任意性規範（dispositiven Charakter der Norm）的屬性。在自始客觀給付不能之情形下，則容留當事人存有擔保承諾（Garantieversprechen）之可能性⁹⁴。

（三）任意性法規範屬性之定調

綜上所述可知，Mommsen之「給付不能契約無效」法則，係直接投射在修正前德國民法第306條，就關於信賴利益之損害賠償，則修正前德國民法第307條第1項規定：「當事人訂立不能之給付為契約標的時，已知或應知給付為不能者，對於信其契約為有效致受損害之他方當事人，負損害賠償責任，但其賠償不得超過他方當事人在契約有效時享有利益之價額。他方當事人已知或應知給付不能者，不在此限。」另修正前德國民法第306條規定在屬性為任意性規範，非具強行效力。

二、學界對修正前德國民法第306條之質疑與反思

如前所言，Mommsen之給付不能理論原則是毫無保留地轉化於一九〇〇年制定之德國民法典中，而修正前德國民法第306條更是吸納——以不能之給付為契約標的者，契約無效——法則。德國通說認為，給付不能契約無效之規範僅係適用於自始客觀給付不能，而不包括自始主觀給付不能。因修正前德國民法第275條第2項

⁹³ Mugdan II, S. 614; HKK-Schermaier, 2007, § 275 Rn. 54.

⁹⁴ Mugdan II, S. 614; HKK-Schermaier, 2007, § 275 Rn. 56.

元照出版提供 請勿公開散布

就嗣後主觀與嗣後客觀給付不能設有同其法律效力之規定，然對自始給付障礙卻未有設相應性之同等對待規定，故在解釋論上透過對修正前德國民法第306條進行反面推論（Umkehrschluss），而得出自始主觀不能契約有效，且適用修正前德國民法第275條與第323條至第325條之規定⁹⁵。學者Rabel在一九〇七年在〈給付不能——民法批判性研究⁹⁶〉一文有表示：「但1896年8月18日公布之民法典諸多路徑規範之中，並非所有都是同樣妥適的。」藉以揭開學界對「以不能之給付為標的者契約無效」法則之反思。

（一）對不能之給付為標的者契約無效之重度批判

分析德國民法修正前之相關文獻，諸多論述本於學者Brinz和Hartmann提出之質疑性觀點，進而對修正前德國民法第306條規定為批判，蓋均稱「以不能之給付為標的者契約無效」之法則，是令人質疑的、是不幸的、是不符合目的性的、是違反利益的、是背離體系的⁹⁷。批判論者，無不質疑地反問自己：給付不能，如給付之早已滅失，在自然邏輯上是否即是無義務？對於這樣提問，學者Rabel從邏輯角度出發，而作出自省式回答：「在我看來之，以一個相當平淡無奇的意見（ein recht hausbackenes Bedenken）即可反

⁹⁵ Larenz, Schuldrecht AT, S. 94; Motive II, S. 45; Soergel-Wolf, BGB, § 306 Rn. 5, Rn. 25. 自始客觀給付不能之事例，如債務人應給付之標的物自始發生物理性滅失、債務人應給付標的物自始無約定之物理上性質、負勞務性給付義務之債務人自始無約定之專屬資格能力者等；而自始主觀給付不能之事例，如債務人自始欠缺應履行所需之權利（Recht）或權限（Befugnis）、負勞務性給付義務之債務人自始因法律上或事實上原因無法履行者等，參詹森林，給付不能——自始主觀不能，同註5，頁38-39。

⁹⁶ Rabel, FS Bekker, S. 173.

⁹⁷ 關於德國學說對修正前德國民法第306條批判觀點的整理與論述參，Arp, aaO. (Fn. 6); S. 35ff.; Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999, S. 230f.

元照出版提供 請勿公開散布

對此種邏輯。我們如何知悉，義務為一種必然性（*Notwendigkeit*），稱其為道德或者是其他？語言是好的邏輯學家。義務包含一種應然，同時應然（*Sollen*）不是必然（*Müssen*）。從我不能為給付，就一定得出我不會為給付……或者說，一個和另一個是一樣，對一個確信無疑之判斷，是可以以不同表達方式為之。但是絕非可推導出，我對此是不負義務的（*schuldig*）。或許此義務（*Obligation*）是無結果的，要式口約（*Stipulatio*）契約是無效的（*inutilis*）。但是，從純邏輯角度觀之，義務仍得存在於人與人間之紐帶中。義務僅僅是包含一種應然；真是如債務人資產無法抵償債務時，在其複式記帳本（*Schicksalsbuche*）之帳戶中，僅記載著資產增加或稱借記（*Soll*），而沒顯現支出項目或稱貸記（*Haben*）一樣。⁹⁸

隨後，學者Blomeyer在一九六九出版的《債編總論》一書中，也直言不諱地對修正前德國民法第306條予以負面評價，其表示：此規範顯得是如此不具說服力，同時將給付不能契約無效法則明文規定於民法中，也是違反體系的。其之所以不具說服力，是因即使該給付不能被履行，然而往往得透過價金補償之方式，達成相同之經濟結果。同時，此法則之所以違反體系，是因其忽略當事人對不可能合意之基礎⁹⁹。德國立法者在草擬德國民法典之際，對於給付不能契約無效法則引入法條之作法，修法委員Jacubezky在當時即已提出異見，然而立法者卻力持將此法則明文化在舊民法第306條中。由是可知，立法者係將原定履行（*Naturalerfüllung*）置於中心點與優先地位，並認為契約旨在實現之給付為不可能時，契約從一

⁹⁸ Rabel, aaO. (Fn. 96), S. 178.

⁹⁹ Blomeyer, Allgemeiner Schuldrecht, 4. Aufl., 1969, S. 87; 以解釋論方式限縮民法第306條適用之論述可參，Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2 AT, S. 308f.; Palandt-Heinrichs, 1994, § 306 Rn. 1.

元照出版提供 請勿公開散布

開始就欠缺目的性，因而無其意義性，同時也不具有客體性，故在法律效果評價之選擇上，採取契約無效之規範路徑¹⁰⁰。然此論點引發學界高度質疑，轉而不斷抨擊將契約評價為無效，完全是欠缺說服力的。

由是，即使原給付義務有不能者，關照體系規範之邏輯與衡酌雙方當事人之意思以及利益，應是無礙得將契約續行地評價為有效，並由債務人負擔次給付利益之責任。具體言之，透過解釋當事人意思，以限縮不能給付為標的者契約無效法則之適用，藉由民法內在與外在體系之解釋，也更為揚棄此法則，蓄積下修法的動力。

(二)對自始不能與嗣後不能、客觀不能與主觀不能區分之連動批評

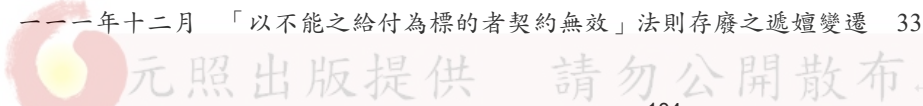
學者Rabel在一九〇七年對於修正前之德國民法採取自始不能與嗣後不能差別對待規範模型，提出批判性觀點¹⁰¹。其認為，究竟為自始不能抑或是嗣後不能，繫諸於關鍵性的分與秒之間差，而因此異其法律效果，是不具適當性的。例如，出賣之貨船在公海沉沒，究竟雙方之買賣契約為無效或是有效，並進而是為成立信賴利益或是履行利益之損害賠償責任，最終決定則完全端視於貨船沉沒於公海時點，此時點到底是在契約締結前的一分鐘，還是在締結後的一分鐘¹⁰²。學者Canaris對自始不能與嗣後不能之區分對待，則進一步提出質疑性立場：一是，此種差別待遇性的規範模型，本身產生高度價值衝突；二是，在實際操作上，面臨調查與舉證不能形成始點之困難¹⁰³。另有論者Bach則表示，就個案中既定之事實，

¹⁰⁰ Larenz, aaO. (Fn. 95), S. 94; Wallow, Risikozeuweisung und Vertragshaftung, 2008, S. 18.

¹⁰¹ Rabel, aaO. (Fn. 96), S. 220.

¹⁰² Rabel, aaO. (Fn. 96), S. 219.

¹⁰³ Canaris, FS Heldrich, S. 20



也是會陷入自始不能或是嗣後不能之判斷困境¹⁰⁴。例如，A球團將一足球球員釋出轉讓給B球團，該球員在契約成立前已捲入醜聞，但在契約成立後醜聞被公開，以致喪失比賽資格¹⁰⁵。在此有疑問的是，不能是在捲入醜聞時（自始）即已發生，還是喪失比賽資格時（嗣後）方發生？換言之，此種判斷難題，即猶如炸彈引線在契約締結時業已點燃，但炸彈卻在之後才引爆一樣的問題¹⁰⁶。

至於對於客觀不能與主觀不能之區辨規範模型，亦受到學者Rabel的嚴厲批評與反對，其並藉由具體案例以呈現主觀不能與客觀不能區辨之困難性與不妥適性，而有謂：出賣之物被偷而喪失，大部分觀點認為這是主觀不能；而被盜的有價證券（Wertpapier），小偷將其丟入火中燒毀，或者被盜的飾品，不可逆轉地被燒熔，則認定為自然客觀的不能。然到底會落入哪一種型態，以及債務人之責任為何，都掌握在小偷的手中，外人卻通常無法知悉小偷在哪裡，也無法知曉被竊之物，又將會如何被處置¹⁰⁷。

三、德國司法實務擴大默示契約理論以規避「給付不能契約無效」法則之運用

如前所述，德國民法典之立法者除肯定引入「給付不能契約無效」具有普遍性法則外，也例外地承認在客觀給付不能事例中，仍存在著擔保承諾的可能性，而使契約為有效。此例外之事由，是經由意定性保證承擔（rechtsgeschäftliche Garantieübernahme）¹⁰⁸或者

¹⁰⁴ Bach, Leistungshindernisse, 2017, S. 231.

¹⁰⁵ BGH, 13.11.1975 – III ZR 106/72, NJW 1976, 565.

¹⁰⁶ Bach, aaO. (Fn. 104), S. 231.

¹⁰⁷ Rabel, aaO. (Fn. 96), S. 214; 國內提出重構給付不能法之論述參，陳自強，契約法講義III：契約違反與履行請求，同註5，頁188-251。

¹⁰⁸ Kley, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Die Funktion der Unmöglichkeitstat-

元照出版提供 請勿公開散布

是法定性保證承擔而生。有關法定性保證承擔之規範，在買賣契約部分係規定於修正前德國民法第437條、第459條及第463條¹⁰⁹，在租賃契約部分則見諸於修正前德國民法第537條¹¹⁰與第538條¹¹¹，

bestände im BGB und der Reformversuch der Schuldrechtskommission, 2001, S. 134ff.

¹⁰⁹ 修正前德國民法第437條規定：「I.債權或其他權利出賣人應擔保其債權或其他權利在法律上確實存在。II.有價證券之出賣人應擔保其有價證券為因公示催告宣告無效。」修正前德國民法第459條規定：「I.物之出賣人應對買受人擔保其物在危險責任移轉於買受人時，其價值無減失或減少，或無通常效用或契約預定效用之瑕疵。II.價值或效用之減少程度微小者，不得視為瑕疵。出賣人亦應擔保，物在危險責任移轉時，具有其保證之品質。」修正前德國民法第463條規定：「I.出賣之物出賣時欠缺保證之品質，買受人不解除契約或減少價金，而請求不履行之損害賠償。II.出賣人故意不告知物之瑕疵時，亦同。」

¹¹⁰ 修正前德國民法第537條規定：「I. 1.租賃物交付於承租人時有瑕疵，致契約約定使用之適合性減失或減少，或於租賃存續期間發生該瑕疵者。承租人於約定使用之適合性喪失期間，免付租金，而於約定使用之適合性減少期間，得依第472條、第473條規定減少支付相當租金。2.適合性減少程度輕微者，不得視為瑕疵。II.保證之品質欠缺或嗣後發生欠缺者，適用前項第一段之規定。」修正前德國民法第538條規定：「I.締結契約時以存有第537條所列之瑕疵，或因嗣後因可歸責於出租人事由生前述之瑕疵時，或出租人遲延排除該瑕疵者，承租人得不行使第537條規定之權利，而請求不履行之損害賠償。II.出租人除去瑕疵遲延者，承租人得自行為之，並請求償還支出之必要費用。」

¹¹¹ 修正前德國民法第538條規定：「I.締結契約時以存有第537條所列之瑕疵，或因嗣後因可歸責於出租人事由生前述之瑕疵時，或出租人遲延排除該瑕疵者，承租人得不行使第537條規定之權利，而請求不履行之損害賠償。II.出租人除去瑕疵遲延者，承租人得自行為之，並請求償還支出之必要費用。」值得注意的是，在適用德國修正前民法之時期，租賃物在締約前已存有瑕疵，就修正前德國民法第538條與修正前德國民法第306條之適用關係，德國最高法院認為第538條為特別規定，故優先適用之，BGHZ 54, 236, S. 238; Soergel-Wolf, BGB, § 306 Rn. 9.

元照出版提供 請勿公開散布

該等規定均涉及物或權利瑕疵情形，相對於修正前德國民法第306條給付不能契約無效之普通法（*legis generali*）屬性，此種蘊含著擔保為特徵之特別法（*lex specialis*），自當優先適用¹¹²。

一九一〇年在Thekla Bohlen案例中¹¹³，德國漢堡高等法院就給付不能契約無效之問題上，先導性地透過契約解釋之操作，以迴避修正前德國民法第306條與第307條規定之適用，肯定債務人有默示保證承擔（*die stillschweigende Garantieübernahme*）之意思，而認為雙方所締結之契約為有效¹¹⁴。饒富趣味的是，觀察德國聯邦最高法院持續性之立場可確知，在個案上為防止和避免適用修正前德國民法第306條契約無效之規定，司法實務因此無礙地援引默示性保證承擔為判決理由之支撐（*Krücke*）¹¹⁵，以限縮適用該條¹¹⁶。同時，學者Rabel早有表示，依整個交易上之通則，負擔給付義務者，應事先檢視給付能力，以及對其所為之承諾應予以嚴守¹¹⁷。也在此思維下，Rabel對於實務所採取之立場，並未予以苛責，並強調適用默示性保證承擔（*Garantieübernahme*），雖涉及擬制性之

¹¹² Palandt-Heinrich, 61. Aufl., 2002, § 306 a.F. Rn. 14.

¹¹³ OLG Hamburg, SeuffA 65, Nr. 160. Thekla Bohlen案事實為：原告向被告購買裝載在航行中Thekla Bohlen貨輪的1,000箱加那利品種馬鈴薯，雙方就這批品種2號和3號馬鈴薯分別約定具體價格。同時，被告和原告締結買賣契約前，被告收到其在Las Palmas港托運人的裝運通知。然Thekla Bohlen貨輪抵達Hamburg時，船上卻只有品種3號的106箱馬鈴薯屬於被告的，而其他大量品種2號和3號的馬鈴薯，卻是他人所有的。由於被告僅能交付Thekla Bohlen貨輪所裝載的106箱裝3號馬鈴薯，致原告必須高價另行購買替代的馬鈴薯。原告乃向被告請求積極利益之損害賠償。但被告卻抗辯，買賣標的為特定物，且該特定之物於締結契約前部分即為不能，故雙方就此部分之契約應為無效。

¹¹⁴ Palandt-Heinrich, 61. Aufl., 2002, § 307 a.F. Rn. 2.

¹¹⁵ Arp, aaO. (Fn. 6), S. 42.

¹¹⁶ MüKO-Söllner, 1979, § 306 Rn. 10; Zweigert, SJZ 1949, S. 412ff.

¹¹⁷ Rabel, aaO. (Fn. 96), S. 235.

元照出版提供 請勿公開散布

保證，但無疑也是權宜之計，應予以允許¹¹⁸。

於關於給付不能契約無效所衍生之法律效果部分，依修正前德國民法第307條規定債權人得對債務人主張信賴利益之損害賠償¹¹⁹，然在肯認債務人有為保證承擔之意思之事例中或者是在法定性保證承擔優先適用之情況下，債務人對自始客觀給付不能應負履行利益之損害賠償¹²⁰。

四、以不能之給付為標的者契約無效法則之去法典化趨勢——代小結

一九〇〇年德國民法典之立法者接收Mommsen以擬制當事人意思，並將現實給付義務和契約結果視為一體性，認為契約締結時，給付標的已為不能者，則契約失其意義與目的，乃肯認「以不能之給付為標的者契約無效」法則並明文化。於進入二十世紀後¹²¹，學說無不嚴厲抨擊修正前德國民法第306條之立法模式，認為其割裂給付不能法內在一體釋義性之發展，亦即是在自始客觀不能給付之情形，立法者選擇將債務人對其承諾所應承擔之責任，以及其在

¹¹⁸ Rabel, Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, RheinZ 3, 1911, S. 475ff. = Rabel, Gesammelte Aufsätze I: Arbeiten zum Privatrecht, 1965, S. 65f.; Joenig, Die anfängliche Unmöglichkeit, 2006, S. 123, Fn. 420.

¹¹⁹ 關於德國締約過失損害賠償要件與法律效果之中文文獻可參，向明恩，德國締約上過失理論之發展，臺北大學法學論叢，70期，頁1-79，2009年6月。

¹²⁰ RGZ 137, 84; MüKO-Söllner, 1979, § 306 Rn. 9-10.

¹²¹ 德國學者Jassen觀察近代歐洲契約之合流，其認為從17世紀就可開始看出各國從分裂契約法漸次走向一致價值之脈動，諸如放棄傾向絕對化意思理論（zugunsten einer verabsolutierten Willentheorie）等，參Jassen, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität: eine historische und methodische Bestandsaufnahme, 2004, S. 28ff.; Rehberg, Das Rechtfertigungsprinzip: Eine Vertragstheorie, 2014, S. 567ff.

元照出版提供 請勿公開散布

法律交易上之表示所引發信賴之有效性，予以排除。而司法實務為迴避修正前德國民法第306條適用，則藉助契約之解釋，肯定債務人有默示承諾承擔意思，並就債務人在法律交易引起信賴之表示，而認定契約為有效。在學說抨擊之聲浪下與司法實務迴避適用之實踐下，在契約神聖原則（*pacta sunt servanda*）、契約誠信（*Vertragstreue*）與契約拘束力（*Vertragsbindung*）取得優位性與引領性地位，「以不能之給付為標的者契約無效」法則自面臨著一波波嚴峻的崩解挑戰。諸如：德國學者Huber在一九八一年在《論債法修正鑑定與建議》書中，援引統一國際商品買賣法之給付障礙法提出革命性之建議，以不履行（*Nichterfüllung*）概念為給付障礙法的核心要件，則給付不能、債務人給付遲延、積極侵害債權、締約過失、基礎法律關係滅失，以及瑕疵擔保等均歸入於債務不履行概念之列。具體言之，在不履行之概念下，不再強調以給付義務為核心所建構之債務不履行體系，並亟力主張廢棄德國民法第306條之規範，以建構統一性之債務不履行法。於此無疑折射出學者Huber欲透過立法方式建構德國債務不履行法之未來發展，並藉此打破依Mommsen之給付不能理論所建構之不能概念與法律效果藩籬¹²²。另外學者Medicus同在《論債法修正鑑定與建議》書，〈就論締約過失責任明文化之必要性〉一文中，也亟力主張自始客觀給付不能之契約，不應評價為無效，自始不能與嗣後不能之法律效果當等同對待，故建議修法刪除修正前德國民法第306條之規定¹²³。故在一九九二年聯邦司法部債法修正委員會提出的「債務法修正委員會之結論報告」中具體建議刪除當時現行適用之德國民法第306

¹²² Huber, Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufrechts? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen würden sich dabei ergeben?, S. 647-909.

¹²³ Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, S. 510f.

元照出版提供 請勿公開散布
條與第307條¹²⁴。

肆、德國新債法對「以不能之給付為標的者契約無效」法則之去法典與再造

一、給付不能概念與契約效力之融合

承上所述，修正前德國民法第306條「以不能之給付為標的者契約無效」不是為法律通則，也不是法律邏輯所必然，百年來歷經學界的不斷質疑以及司法實務的弱化運用，二〇〇二年德國債法現代化變革之一部中，即以揚棄「以不能之給付為標的者契約無效」規定為修法重要方向之一環。

在歐體化、現代化和國際化之重力推波下，在內國學理和實務高度自省化之助瀾下，德國聯邦司法部在二〇〇〇年十二月啟動組成「給付障礙法修正委員會」（Kommission zur Überarbeitung des Leistungsstörungenrecht），展開現代化債法研修工作，大幅修改債務不履行法之相關規定。二〇〇一年十月十一日聯邦議會通過現代債法修正草案條文，次年一月一日公布施行¹²⁵。承載德國債法現代化使命之立法者，循著契約神聖之理念¹²⁶，重塑德國債務不履行法，以義務違反為核心，弱化給付不能在新債務不履行法之中心地位，並將給付不能移入由義務違反所建構之債務不履行法體系之

¹²⁴ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 16f., S. 145.

¹²⁵ 德國債法現代化修法歷程參見，Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002: Gesetzesdokumentation, 2002, S. IX-XI.

¹²⁶ BT-Drucksache, 14/6040, S. 84, 86, 89, 92, 181, 182, 184, 220, 230; Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281, S. 2286; Weller, aaO. (Fn. 37), S. 275, S. 302ff.

元照出版提供 請勿公開散布

列¹²⁷。也就是，立法者以統一給付不能制度為目的，並在契約神聖、契約誠信與契約拘束力基石之鋪墊下，企圖在規範模型上拋棄主觀不能與客觀不能之區變，廢棄自始不能與嗣後不能之區分，刪除德國民法典中舊民法第306條至第309條之規定，以形塑出以因給付不能而契約仍有效成立之法律效果規範。我國學者陳自強先生亦表示，在契約有效成立而相隨之效力中¹²⁸，以訴求力最為重要，即是在債務人違反契約上義務時，債權人對其請求現實給付或是請求替代給付之損害賠償之效力而言¹²⁹。按此，在債務人給付不能時，如何規制債權人原定給付請求權以及替代給付之損害賠償，為修法重心所在。

如前所言，立法者刪除德國舊民法有關給付不能契約無效法則與其相應之法律效果規定，同時給付障礙法修正委員會委員之一學者Canaris撰文直言，廢棄給付不能契約無效法則，在立法政策上是廣受支持的，特別是契約神聖原則實不因有該條之規定，而受到破壞與悖離¹³⁰。為彰顯契約神聖、契約誠信與契約拘束力為顛覆給付不能契約無效法則之關鍵點，修法者增訂第311a條之規定：「(1)債務人依第275條第1項到第3項之規定無須給付時，給付障礙縱然

¹²⁷ Canaris, aaO. (Fn. 125), S. 655ff.; 關於德國債務不履行體系之再重構，參陳自強，契約責任歸責事由之在構成——契約法之現代化 I，頁124-144，2012年12月。縱立法者企圖消弭與淡化主觀不能與客觀不能、自始不能與嗣後不能之區分，但在德國相關教科書、註釋書以及學說討論上，仍沿用與維持舊法時期之區分架構為討論。

¹²⁸ 學者王澤鑑先生對債權實現之機能分別為，訴請力、強制執行力、私力實現力、處分權能與保持力等，參王澤鑑，債法原理，頁18-20，2021年3月，增訂新版。

¹²⁹ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 29; 陳自強，契約法講義III：契約違反與履行請求，同註5，頁10。

¹³⁰ Canaris, JZ 2001, S. 521.

元照出版提供 請勿公開散布

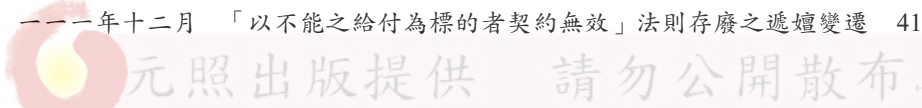
於締結契約時已存在，亦不影響契約之有效性。(2)債權人得選擇請求替代原定給付之損害賠償，或在第284條之範圍內請求費用支出之賠償。但債務人締結契約時，不知有給付障礙之情事，且其不知係不可歸責者，則不在此限。第284條第1項第2句、第3句及第5項準用之。」由此可知，締結契約前已發生給付障礙事由，該給付不論是債務人（自始主觀不能）抑或是任何人（自始客觀不能）為不能時¹³¹，依第311a條第1項規定契約仍為有效，且經由此項之規定也彰顯契約神聖、契約誠信與契約拘束力在德國新給付不能法所占之重要地位。更有論者強調，因德國新民法第311a條第1項之規定，表徵契約神聖原則、契約誠信與契約拘束力地位之再提升。同時，按德國新民法第275條之規定，債務人原給付義務在邏輯上則是排除之¹³²。

德國現行民法第311a條第1項在立法過程中，亦有參酌國際契約法相關文件之規定，而增訂之。其分別參考兩大契約法素材有：一是，Lando委員會在二〇〇二年完成之「歐洲契約法原則」（Principles of European Contract Law, PECL）中之第4:102條就自始不能為規定：「僅因契約成立時，已有不能履行所應承擔之義務者，或僅因一方無權處分（dispose）與契約有關之財產者，無礙契約之有效。」PECL針對自始給付不能之問題採取英美法之思維，原則上將契約評價為有效，並透過錯誤理論以調整契約效力¹³³；

¹³¹ 德國新債法揚棄在買賣契約與承攬契約章節中就瑕疵擔保之損害賠償另為規定，而是將其融入於給付障礙法之一般規定，參Mitzkait, Leistungsstörung und Haftungsbefreiung, 2008, S. 104.

¹³² AnwKom-BGB-Dauner-Lieb, § 311a Rn. 8; 關於德國新民法給付不能規定之深入分析，參黃立，同註5，頁124-144；向明恩，同註5，頁5以下。

¹³³ Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, 2002, S. 263.



二是，國際統一私法協會於一九九四年整合，並在二〇〇四年擴編之「國際商事契約法通則」（Principles of International Commercial Contracts, PICC）¹³⁴中之第3.1.3條就自始不能亦有規定：「僅因契約成立時，已有不能履行所應承擔之義務者，無礙契約之有效。(2) 僅因一方於契約成立時，無權處分（dispose）與契約有關之財產者，無礙契約之有效。¹³⁵」PICC不區分自始不能與嗣後不能，契約為有效，並將給付不能置入契約不履行概念中，債務人不履行契約時，對債權人即應負契約不履行之擔保責任。

據上所述，德國新給付不能法在契約神聖、契約誠信與契約拘束力之引導下，於舊給付不能法之基礎上，參酌國際契約法素材進行重整，以規範制定契約有效成立以及其相關法律效果。德國現行民法第275條與第311a條¹³⁶有關給付不能效力規定，即是融合性之具體新模型。本於上開立法規範和模型，契約神聖、契約誠信與契約拘束力究竟扮演何種關鍵性角色，將續行探究之。

二、契約神聖與契約誠信之互動與其對契約效力之牽動

(一) 契約神聖和契約誠信之關係

學者Steinwenter表示，契約神聖一語，現今流行以契約誠信概

¹³⁴ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016 at 97 (2016), available at https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles_2016-e.pdf (last visited: 2002.05.12). 另就關於PICC之法源說明，參陳自強，整合中之契約法，頁238-279，2011年5月。

¹³⁵ Art. 3.1.3. UNIDROIT Principles 2016.

¹³⁶ 德國現行民法典法條之中文翻譯參見，國立臺灣大學法律學院／財團法人台大法學基金會，德國民法（上），頁321，2016年10月，修訂2版。

元照出版提供 請勿公開散布

念為表達¹³⁷。契約神聖和契約誠信是同義詞¹³⁸。學者Thier表示，所謂契約神聖，係指契約當事人僅透過雙方之合意，無須其他要件，即得建立具有拘束力與執行力之契約上義務¹³⁹。契約神聖公式雛形之形成，可回溯至十二世紀教會法時期。

如前所言，羅馬法著重形式要件¹⁴⁰，契約未依一定方式，不生法律效力，也不具有訴求力。按此，不履行一定方式之契約，在羅馬法時期既是無法律上效力，亦不得為訴訟之原因，僅具有自然債務之關係，稱其為簡約（*pacta*）¹⁴¹。中世紀之世俗法，承襲羅馬法契約形式偏重之立場，就簡約部分，乃分別發展出兩種類型之簡約，分別為有拘束性之契約種類與無拘束性之契約種類，亦即是穿衣簡約（*pacta vestita*）與赤裸簡約（*pacta nuda*）之區分，而穿衣簡約得為訴訟之原因¹⁴²。

與此相對的，基督道德神學思維卻跳脫契約形式要求與契約類型強制之框架，即使當事人之意思欠缺形式上之要求，亦足資作法律行為之義務基礎。如西元一一八八年Pisa的主教Huguccio有謂：「上帝希望，在信守方面，一種簡單承諾和一種宣誓性（*eidlichen*）或者是其他發誓性（*bekräftigen*）的承諾，是沒有區別的。¹⁴³」基於上帝的旨意，雙方當事人應受相互允諾之拘束，以遵守契約；在此同時，Pavia的主教Bernhard另有表示，在迦太基

¹³⁷ Steinwenter, JurBl 72, S. 173, 174.

¹³⁸ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 37.

¹³⁹ HKK-Thier, § 311 I Rn. 4.

¹⁴⁰ 參本文貳、二、(一)處。

¹⁴¹ 陳朝壁，同註7，頁128-134。

¹⁴² HKK-Thier, § 311 I Rn. 11-13.

¹⁴³ HKK-Thier, § 311 I Rn. 14; 另外關於契約法理念思維之中文文獻參，王利明，法平如水，一位法學家的思想隨筆，頁75以下，2016年1月。

元照出版提供 請勿公開散布

會議（das konzil von karthago）所核定的聖經正典中，已載有「和平應予維持，協議應予遵守」（Pax servetur, pacta custodiantur）之經文，此則折射出合意（consensus）對契約之重要性¹⁴⁴。由此，因而衍生契約規範性效力之爭，也就是契約效力陷入源自於當事人意思，抑或是上帝意旨之爭辯。Huguccio主教之允諾違反即具罪惡性之觀點，在教會法之體系中，則取得優勢性論證地位¹⁴⁵。在教會法影響下，進入近代法時期，自然法理論與法律彙編學派也因此形塑出，在構成要件層面上，當事人之意思合致，即符合合意原則（Konsensprinzip），無契約類型強制之要求。換言之，當事人間只要意思一致，普遍性地即承認發生契約拘束力¹⁴⁶。

契約神聖之意義，從法歷史發展軸線可知，由契約構成要件之著重，翻轉指向契約之法律效果，亦即是契約拘束力和契約履行原則¹⁴⁷。故吾人現今對於契約神聖之理解，也相隨地聚焦於契約效果有關之面向，且常以契約應予嚴守或契約應於遵守為表示。我國最高法院在103年度臺上字第308號民事判決同此思維，有謂：「當事人苟於契約中對於日後所發生之風險預作公平分配之約定，而綜合當事人之真意、契約之內容及目的、社會經濟情況與一般觀念，認該風險事故之發生及風險變動之範圍，為當事人於訂約時所能預料，基於『契約嚴守』及『契約神聖』之原則，當事人故僅能依原契約之約定行使權利，而不得再根據情事變更原則，請求增減給付。……」

如前所言，契約誠信與契約神聖為同義詞，關於契約誠信之內

¹⁴⁴ HKK-Thier, § 311 I Rn. 14; 參本文貳、二、(一)處。

¹⁴⁵ HKK-Thier, § 311 I Rn. 14.

¹⁴⁶ ZIMMERMANN, *supra* note 37, at 576.

¹⁴⁷ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 38.

元照出版提供 請勿公開散布

涵，學者Steinwenter在一九五〇年〈民法上之契約誠信〉一文中指明，契約誠信蘊含著契約拘束力和契約履行（Vertragserfüllung）¹⁴⁸，就此二者之具體內容，將於如下說明之。

（二）契約之拘束力

就關於拘束力之部分，德國學界與司法實務均肯定，契約誠信之核心在於契約拘束力¹⁴⁹。學者Bydlinski表示，契約誠信源自於對諾言（Wort）或允諾（Versprechen）之道德性拘束力¹⁵⁰。Steinwenter則早已認為，本於雙方當事人之允諾，法秩序賦予當事人在法律上有信守諾言之義務，單方不得收回其諾言¹⁵¹。契約拘束力在於雙方當事人應堅守契約，不論其為雙務契約，抑或是單務契約，均相同。

學者Lorenz表示，契約拘束力之核心功能，除在保護交易上之安全與維護契約當事人間之信賴外，其更建立一獨特且至關重要之作用，即是契約之未來續行效力，其將之稱為「債權契約（Schuldvertrag）為未來性之規制（Zukunftsregelung）¹⁵²。」或有論者則以「契約之未來維度（Zukunftsdimension）」¹⁵³稱之。對於

¹⁴⁸ Steinwenter, aaO. (Fn. 137), S. 173f. 另有論者認為，契約誠信蘊含之因子，除有契約拘束力和契約履行外，尚有給付誠信（Leistungstreu），給付誠信之內容，在消極層面上，係指契約雙方當事人不為干擾或妨礙契約目的實現或契約履行之行爲，以維護契約當事人之利益，同時在積極層面上，其亦應協力以促使契約目的之實現，詳見Weller, aaO. (Fn. 37), S. 39, 306, 315. 就關於給付誠信部分，筆者將另文詳論之。

¹⁴⁹ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 41, Fn. 121, 122.

¹⁵⁰ Bydlinski, AcP 180 (1980), S. 1; Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 109ff.

¹⁵¹ Steinwenter, aaO. (Fn. 137), S. 173; Weller, aaO. (Fn. 37), S. 301.

¹⁵² Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 28.

¹⁵³ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 278.

元照出版提供 請勿公開散布

契約拘束力之持續效力，學者Jhering在一九八九年所著之《法律中之目的》（*Der Zweck Im Recht*）一書中即有所敘明，略謂：「契約拘束力之肯認，無非是意味著對契約原始目的之確保，以避免其嗣後受利益移轉或受他方利益評估變化所生之不利影響，或者是利益變動而生法律上之無效性（*rechtlichen Einflusslosigkeit*）。……允諾（*Versprechen*）是將契約從現在的束縛中脫離（*Entbindung*）出來。……因而諾言（*Wort*）意指給付（*Leistung*），則應確保諾言以自己時間來換取給付。此履行之擔保是基於強制。允諾效力之法律表述即是契約之拘束力。¹⁵⁴」據此，契約拘束力在現代交易之社會，尤其是在非涉及現實性契約交易樣態時，更顯契約拘束力對契約續行風險分配所承載之重要性。

承上所言，契約拘束力係指契約有效成立後，當事人間應履行一切依契約所生之義務。在契約拘束力意義所指向之義務，不僅為給付義務，同時也包含其他從義務，諸如準備義務、照顧義務、說明義務、告知義務和協力義務等，甚至不真正義務（*Obliegenheiten*）亦包括之¹⁵⁵。而德國債法修訂之立法者，於增修第241條規定時，即折射出此種思維，其規定：「債務人基於債之關係，得向債務人請求給付。依債之關係之內容，得使當事人一方對他方負有考量他方之權利、法益及利益之義務。」依此，契約雙方當事人意思表示合致，契約有效成立，也相隨地發生拘束之效力。契約拘束力為債務人給付義務以及其他行為義務，有稱為保護義務，或有稱為注意義務（*Rücksichtspflicht*）之形成基礎¹⁵⁶。

¹⁵⁴ Jhering, *Der Zweck im Recht*, Band I, 1877, S. 78, 262.

¹⁵⁵ BGHZ 11, 80, S. 83.

¹⁵⁶ Bydlinski, *AcP* 180 (1980), aaO. (Fn. 150), S. 66; Weller, aaO. (Fn. 37), S. 277.

元照出版提供 請勿公開散布

(三)契約之履行

就契約之履行，學者Siegel在一八七三年所撰《在現今法中承諾視為責任基礎》（*Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*）之一書中表示：「因允諾或承諾而課予應履行（*erfüllen*）或應給付（*leisten*）之義務（*Verpflichtung*），對此應理解為債務或是債務之約束力（*Schuldverbindlichkeit*），至於因允諾而課予應嚴守之義務，則應解讀為諾言之拘束力（*Gebundenheit*）¹⁵⁷。」即試圖區分契約履行與契約拘束力。德國學說與司法實務肯認，契約誠信之意義內含兩個面向，一是契約拘束力，另一是契約履行。如學者Bitter和Rauhut有稱，契約履行義務（*Vertragsdurchführungspflicht*）來自於契約神聖¹⁵⁸；德國最高法院表示，契約履行係屬契約誠信之一部分，而有謂：每一契約當事人應依契約之誠意性以恪守之。特別是契約當事人不得拒絕履行契約，或是不得表示不欲依約履行¹⁵⁹。

然而，關於契約履行所指涉之內涵，究竟為何？也就是，在契約神聖與契約誠信之牽引下，債務人依契約應履行者，究竟是以原定履行為原則（*Naturalerfüllungsgrundsatz*），還是以金錢賠償為原則？對此提問，德國學者Stürner直言，此為千年之爭議¹⁶⁰。從法歷史時間軸觀察，其論爭之發展概況，如下說明之：

古典羅馬法時期深受程式訴訟程序之制約，就債務不履行之問題，非從應為之給付（*Leistensollen*）出發，而著力於責任，因原

¹⁵⁷ Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht: Eine germanistische Studie*, 1873, S. 20f., 41ff.

¹⁵⁸ Bitter/Rauhut, *JZ* 2007, S. 965.

¹⁵⁹ BGH, *Urt. V. 21.3.2005*, II ZR 310/03, *NJW* 2005, S. 1788,

¹⁶⁰ Stürner, *JZ* 1976, S. 389.

元照出版提供 請勿公開散布

定給付與物回復原狀請求欠缺制度性之強制程序，無法強制執行，故僅以金錢賠償原則（*omnis condemnatio pecuniaria*）為救濟手段¹⁶¹。在古典羅馬法後期，隨著社會經濟與政治之轉變，以及公平原則（*aequitas*）思維之介入，嚴格程式訴訟程序鬆動，金錢賠償原則（*omnis condemnatio pecuniaria*）也相隨軟化，始得契約強制履行可能性產生¹⁶²。

中世紀以羅馬法大全（*Corpus Iuris Civilis*）為研究素材所建構之普通法（*jus commune*）法學中，多數學說觀點就契約現實原則置入可能性，分成兩部分進行討論¹⁶³：一是，契約之約定係為移轉交付物者（*obligationes dandi*），則債權人得以訴請求原定履行；二是，契約之約定係為不作為或作為（*obligationes faciendi*）者，基於「沒有人得直接被迫為一行為」（*nemo potest praecise cogi ad factum*）之法諺，債權人則僅得請求債務人以金錢賠償之。與此同時，教會法認為違反允諾之誠信，是一種罪惡，應予懲罰，又實際獲取之風險，自應由加害人承擔，而非被害人為之。按此，中古世紀教會裁判者肯定債權人得向違約之債務人主張強制履行契約，且不區分允諾內容之類型¹⁶⁴。

進入十八世紀，以自然法為主流思維之時期，原定履行原則和金錢賠償原則之論爭亦是方興未艾，此時期係就作為或不作為債務

¹⁶¹ Jörs/Kunkel/Wenger, *Römisches Privatrecht*, 3. Aufl., 1994, S. 64; 陳自強，買賣瑕疵擔保羅馬法之繼受，*月旦法學雜誌*，212期，頁160以下，2013年1月。另外有關羅馬法損害賠償制度之相關中文論述參，丁玫，羅馬法合同賠償制度，*政法論壇*，5期，頁29以下，2001年9月。

¹⁶² Kaser, *Römisches Privatrecht*, 2. Aufl., 1975, S. 343ff.

¹⁶³ Coing, aaO. (Fn. 33), S. 433.

¹⁶⁴ Repgen, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, 1994, S. 328f.; ZIMMERMANN, *supra* note 37, at 780.

元照出版提供 請勿公開散布

仍是以金錢賠償原則取得優勢地位，如一七五六年頒布之巴伐利亞民法典（*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*）¹⁶⁵與一八〇四年頒布之法國民法典（*Code Civil*）¹⁶⁶。然而此時卻有論者持不同立場：法國代表論者為學者Pothier，其亟力主張，應強化債權人之法律地位，採取原定履行優位原則，俾於敦促債務人善盡顧慮義務（*Rücksichtspflichten*）¹⁶⁷；德國代表論者為學者Thomasius¹⁶⁸，其表示，法律請求權得否強制執行，涉及法律與道德核心性之區分。完全性法律義務具有可執行性，至於不具強制性者，則屬不完全的道德義務¹⁶⁹。其更強調，一個絕對的或無條件的（*unbedingte*）契約拘束力不僅是私法之基本原則，同時也是原定給付義務得以強制性之基礎¹⁷⁰。一七九四年頒布之普魯士國家一般邦法（*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, ALR*），即採取原定履行優位原則¹⁷¹。

十九世紀德國法律彙編學派之學者間，亦呈現出分歧立場：責任理論（*Haftungslehre*）之推手學者Brinz，其認為債之任務與目的，不在於給付，而是於給付之違反。依此，承擔債務者應對不履行之情形，負有滿足該履行之擔保責任，債務本身即是責任¹⁷²，

¹⁶⁵ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 97.

¹⁶⁶ 1804年法國民法典（*Code Civil*）第1142條規定：「作為或不作為債務，在債務不履行之情形，轉變為賠償損害之責任。」

¹⁶⁷ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 99.

¹⁶⁸ 劉信義，走出神學邁向理性論自然法學說托馬秀斯的法律思想，月旦法學雜誌，83期，頁248-253，2002年4月。

¹⁶⁹ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 99.

¹⁷⁰ Repgen, aaO. (Fn. 164), S. 329.

¹⁷¹ 普魯士國家一般邦法（*ALR*）第一部第5章第276條規定：「對應履行之行為有過失（*schuldig*）者，法院得依訴訟法規定，對其採取強制措施。」

¹⁷² Brinz, aaO. (Fn. 75), S. 21.

元照出版提供 請勿公開散布

故應採金錢賠償為原則¹⁷³；至於主張債務論之代表論者，有學者 Savigny¹⁷⁴、學者 Mommsen 和學者 Hartmann¹⁷⁵，其中 Mommsen 在一八五五所著之〈利益理論〉一文中明確指出，債權人對給付本身有主張之權利¹⁷⁶。而履行利益僅表徵，其對債原定標的具有等價（*Aequivalent*）關係，則債之本質繫諸於債務，非在於責任，則契約之目的係以原定履行原則。循此，Hartmann 在一八七五年發表之〈債務——對於其目的與架構之研究〉文中也指明，若有效契約之債權人之債權在本質上（*in Natur*）無法獲得滿足時，鑑於債權人之履行利益（*Erfüllungsinteresse*），債務人得以等價之金錢替代履行之¹⁷⁷。一九〇〇年頒布之德國民法即採取原定履行原則，金錢賠償則為原定給付之替代。查德國民法之立法歷程資料，尤其法官 von Kübel 於一八三三年在草擬德國債法之建議草案中有明確指出，契約履行係為原定履行（*Naturalerfüllung*）¹⁷⁸，即是依原約定之給付而言¹⁷⁹。學者 Steinwenter 也認為，契約誠信係指應盡可能地按允諾合乎義務（*pflichtgemäß*）為履行¹⁸⁰。同時，在二十一世紀

¹⁷³ 採取相同立場，且擷取英美法觀點之德國論者如 Rheinstejn 和 Rabel，其分別之論著為：*Rabel, Recht des Warenkaufs, Band I, 1964, S. 263*；*Rheinstejn, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im Anglo-Amerikanischen Recht, 1932, S. 235ff.*

¹⁷⁴ Savigny, aaO. (Fn 46), S. 4.

¹⁷⁵ Hartmann, aaO. (Fn. 79), S. 160f.

¹⁷⁶ Mommsen, *Lehre vom Interesse*, 1855, S. 70.

¹⁷⁷ Hartmann, aaO. (Fn. 79), S. 53ff.

¹⁷⁸ Motive I, S. 357; Kübel, aaO. (Fn. 86), S. 857.

¹⁷⁹ 契約誠信與契約強制履行之連結關係係於中世紀形成，就此部分之深入論述可參，*Reppen*, aaO. (Fn. 164), S. 13ff.

¹⁸⁰ Steinwenter, aaO. (Fn. 137), S. 173.

元照出版提供 請勿公開散布

對德國債法現代化扮演著重要影響力之學者Canaris¹⁸¹和Huber¹⁸²亦強調，契約神聖原則包含著原定履行原則。鑑於此，新近更有論者表示，原定履行原則在德國民法規範中居要位，就原定履行與以金錢計算履行（*Pekuniarerfüllung*）間之關係，是在原定給付發生給付障礙事由時，次給付債之關係——替代給付之損害賠償——代以為之。由此可見，德國民法之立法者在立法技術上，不論在舊法制訂上或在新法修訂路徑上，是藉由替代機制（*Substitutionsmechanismus*），以金錢計算之履行作為契約原定履行之一種代替¹⁸³，契約履行之形式不僅指向原定履行，亦包含代以金錢計算之履行。從此亦可見，債與責任不再陷入擇一性之關係，毋寧是債和責任具有一體兩面性之關係，亦即是契約履行之視角，非限於原定履行，也延伸至金錢替代之履行。

三、契約神聖與契約誠信對自始不能替代給付損害賠償規範模型之重塑

(一)自始不能法制度重要性之再生

如前所言，德國債法修訂歷程中，特別是在一九九二年聯邦司法部債法修正委員會在立法走向上之基本建議為，弱化給付不能制度在債務不履行法中之核心角色，並將給付不能置入由義務違反建構之債務不履行法體系，並在契約神聖、契約誠信與契約拘束力基石之鋪墊下，拋棄主觀不能與客觀不能之區變，廢棄自始不能與嗣後不能之區分，形塑出以因給付不能而契約仍有效成立之法律效果

¹⁸¹ Canaris, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, S. 129.

¹⁸² Huber, FS Schlechtriem, S. 557.

¹⁸³ Weller, aaO. (Fn. 37), S. 44, 281; Conow, Vertragsbindung als Freiheitsvoraussetzung, 2015, S. 44.

元照出版提供 請勿公開散布
規範。

德國聯邦司法部在二〇〇〇年八月四日提出之「債法現代化討論草案」(Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)¹⁸⁴，承襲前開之修法政策，以弱化或甚至排除給付不能法為導向¹⁸⁵。採取此種走向之討論草案，隨即在學界引發高度爭議，尤其在立法政策上企圖將給付不能制度嵌合融入統一性債務不履行之構成要件與體系之作法¹⁸⁶。此討論草案引起學界熱烈批評與迴響，其中有論者強調，給付不能在釋義學上，蘊含著一個不容忽視之獨立意義，即是給付不能對原定給付義務命運(Schicksal)之影響¹⁸⁷。進言之，即是債務人違反債之義務或是發生給付障礙之情事時，原則上債務人之原定給付義務不會直接受到影響，而續行存在，但債務人給付不能之樣態，卻屬例外。因債務人之給付既然已為不能，則原定給付義務自無續行維持之必要。有鑑於此，聯邦司法部在二〇〇一年三月六日本於「債法現代化討論草案」推出「加強版本之現代債法草案」(Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)¹⁸⁸，並在此加強版中再度賦予給付不能制度一個鮮明性之規範地位，嗣後德國聯邦政府於二〇〇一年五月九日所提出之「債法現代化草案」(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts)中乃

¹⁸⁴ 關於2000年德國啓動債法現代化修法歷程之詳細說明參，Canaris, aaO. (Fn. 125), S. IXff.

¹⁸⁵ Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 16, S. 201f.

¹⁸⁶ Looschelders, Schuldrecht AT, S. 20.

¹⁸⁷ AaO., S. 154.

¹⁸⁸ Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 11, 25.

元照出版提供 請勿公開散布

延續此思維¹⁸⁹，並於德國現行民法第275條就給付不能原定給付義務之排除事由為規定：「(1)給付義務對於債務人及任何人皆為不能時，債務人免其給付義務。(2)債務人考量債務內容與誠信原則，若其給付利益與費用顯不均衡，得拒絕給付。在決定債務人之合理給付內容時，應考量債務人對給付障礙是否可歸責。(3)債務人應為親自之給付，而考量給付障礙與債權人之給付利益，無法期待債務人為給付時，債務人得拒絕給付。(4)債權人之權利，依第280條、第283條至第285條、第311a條及第326條定之。」以彰顯給付不能在德國新債務不履行法體系中，仍續行保有獨立作用（*eigenständige Funktion*）之地位¹⁹⁰。

(二)自始不能與嗣後給付不能損害賠償規範模型之裂解

在自始給付不能與嗣後給付不能損害賠償之規範部分，德國修法者在二〇〇一年三月六日之「加強版本之現代債法草案」中，一反過去在修法建議所持之自始與嗣後不能同等對待立場，並就嗣後給付不能與自始給付不能之替代給付損害賠償請求權改以各自規範之模式¹⁹¹。此分裂式規範模型，嗣後為德國聯邦政府提出之「債法現代化草案」中所承接¹⁹²，並在德國現行民法第283條與第311a條分別規定之。以下就此規範模型為說明：

¹⁸⁹ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 6, 126ff.

¹⁹⁰ Looschelders, aaO. (Fn. 186), S. 154; Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 142; 另關於現行德國民法第275條與修正前法律狀態之比較、相關學說和司法實務觀點之梳理，可參考之中文文獻為，向明恩，同註5，頁13以下；黃松茂，債務不履行體系之再構成——給付不能概念之重生與再造，同註5，頁11以下。

¹⁹¹ Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S. 25.

¹⁹² Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 164ff.

元照出版提供 請勿公開散布

關於嗣後給付不能之損害賠償，德國現行民法第283條有規定：「債務人依民法第275條第1項到第3項規定無須給付者，債權人得依民法第280條第1項請求替代給付之損害賠償。第281條第1項第2段、第3段及第5項規定，準用之。」同時，依德國現行民法第280條第1項規定，債務人違反債之關係所生之義務，債權人得請求損害賠償。債務人就義務違反不可歸責者，不適用之。由是，在債務人因嗣後給付不能而無須為給付者，係為義務違反類型之一種，亦即債務人違反給付義務。若此給付義務違反係可歸責於債務時，債權人得向債務人主張替代給付之損害賠償¹⁹³。至於債務人歸責性標準，則依德國現行民法第276條之規定：「較故意或過失更重或更輕之責任既未訂定，特別自擔保之承擔或獲取風險之承擔等情事導出者，債務人就故意或過失之行為為可歸責。第827條及第828條規定，準用之。未盡交易上之必要注意者，為有過失。債務人故意之責任，不得預先免除。¹⁹⁴」

至於在自始給付不能部分，德國新民法刪除自始客觀給付不能契約無效與有關信賴利益損害賠償之規定，於德國現行民法第311a條第1項增訂：「債務人依第275條第1項到第3項規定無須給付時，給付障礙縱然於締結契約時已存在者，不妨礙契約之生效。」亦即是，給付不論是債務人抑或是任何人為不能時，債務人即使得依新民法第275條規定，排除原定之給付義務，亦無礙於契約為有效。修法者強調，本項規定具有釐清作用¹⁹⁵。又依同條第2項規定：

¹⁹³ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 164.

¹⁹⁴ 國立臺灣大學法律學院／財團法人台大法學基金會，同註136，頁283；我國學者陳自強先生觀察德國民法第276條之規範功能與內涵強調，德國債法現代化依然沿用過失責任原則，並穩固性地採取違反交易上之必要注意為過失客觀化之規定模式，陳自強，同註127，頁82。

¹⁹⁵ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 164.

元照出版提供 請勿公開散布

「債權人得依其選擇，請求替代給付之損害賠償，或於第284條所定之範圍內請求費用之償還。債務人於契約訂定時不知有給付之阻礙，且不知亦不可歸責者，不適用之。第281條第1項第2段、第3段及第5項規定，準用之。」債法修法者將自始給付不能之替代給付損害賠償請求權另於第311a條第2項訂定之，是為表明與確保債權人之履行利益或積極利益¹⁹⁶。就此修法者乃更進一步表示，在自始給付不能之情形下，給付請求權縱然自始是不被考慮在內，然在釋義學上，卻不意味著與契約有效是相衝突的。於此僅指有契約，但無給付義務而言，乃長期以來已為釋義學範疇（dogmatische Kategorie）所肯認的¹⁹⁷。

又修法者續行指明，本條第2項旨在規範自始給付不能之法律效果，且替代給付之損害賠償請求權係在確保債權人之積極利益。於此，之所以有必要將積極利益之請求權視為適切之法律效果，係因依一般性之損害賠償法則，債務人於違反先契約說明或資訊義務（vorvertraglichen Informationspflicht）情形下，債權人僅得請求消極利益¹⁹⁸，故在此須另為特別予以明訂。修法者也更進一步為如此闡釋：從釋義學上（dogmatisch）觀之，鑑於前項有關契約為有效之規定，自始給付不能而得主張履行或積極利益之正當化基礎，在於給付承諾（Leistungsversprechen）之違反，而非為給付義務（Leistungspflicht）之違反。換言之，修法者認為給付在契約成立前已然為不能，債務人給付義務則自始無法形成，故自始給付不能則與給付義務之違反無涉¹⁹⁹。同時德國民法第311a條第2項之損害

¹⁹⁶ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 165.

¹⁹⁷ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 164.

¹⁹⁸ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 165.

¹⁹⁹ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 165.

元照出版提供 請勿公開散布
賠償請求權與費用賠償（Aufwendungsersatz）請求權繫諸於過失（verschuldensabhängig）²⁰⁰。

綜上可知，修法者就自始與嗣後給付不能之替代給付損害賠償請求權，在立法政策之定調上，並未採取統一性規範模型，而是分別脫勾規定之。

（三）自始不能、契約有效與替代給付損害賠償請求權連結所生之論爭

如前所言，德國債法之修法者藉由契約神聖原則或契約誠信原則為自始給付不能，契約仍為有效之立場，提供正當性之基礎，然其在自始給付不能之替代給付損害賠償規範上，卻在釋義學上存留著曖昧不清之立場²⁰¹，因而引發德國學界之高度爭論。有論者指稱自始不能替代給付損害賠償請求權之立論基礎混淆不清²⁰²，亦有論者表示德國民法第311a條第2項規定係違反責任釋義學（Haftungsdogmatik）上之基本規則²⁰³，更有論者直指該項規定不僅不適當（Unangemessenheit）且為恣意（Willkür）²⁰⁴。為揭開德國民法第311a條第2項規定在德國學界引起重度質疑之源由前，本文將先梳理學界對自始給付不能替代給付損害賠償請求在釋義上存

²⁰⁰ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 165.

²⁰¹ 關於自始給付不能與費用賠償請求權之規範，在德國學界並未引起爭論，可參Altmeppen, DB 2001, 1821ff. 另外就德國現行民法第284條無益費用償還請求權中文詳細論述可參，葉新民，債務不履行中無益費用支出之賠償——以德國法為中心，靜宜法學，7期，頁295-360，2018年12月。因篇幅及本文主題聚焦於自始客觀給付不能契約無效法則轉變之故，就費用償還請求權部分將不於本文處理之。

²⁰² Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 251f.

²⁰³ Altmeppen, DB 2001, 1399, S. 1400.

²⁰⁴ Katzenstein, JR 2003, 447, S. 452. 值得注意的是，學者Katzenstein不將德國民法第311條之1第2項有關替代給付之損害賠償，視為前契約責任之一特殊類型，係因締約過失責任係對信賴利益損害為賠償。

元照出版提供 請勿公開散布

在著各異性立場，以尋繹各歧異觀點之觀察視角為何，茲分述如下：

1. 過失違反前契約義務

或有論者認為，既然修法資料已明確表示德國現行民法第311a條第2項所定之替代給付損害賠償請求權係採過失原則，並與給付義務無涉，在此立場之指引下，自始給付不能之替代給付損害賠償請求權應轉向訴諸於債務人違反前契約義務。即是，其援引德國現行民法第241條第2項：「依債之關係之內容，得使當事人一方對他方負有考量他方之權利、法益及利益之義務。」規定為思考依據，並主張債務人於契約締結前，有確認（*vergewissern*）自己或任何人能否履行給付之義務。換言之，在自始不能給付之情形，不論是債務人不能抑或是任何人不能，基於給付之允諾，債務人對債權人因此負有前契約之注意義務（*Rücksichtspflicht*），其對債權人負有告知自己給付能力（*Leistungsfähigkeit*）之義務，以及說明其他給付障礙事由之義務²⁰⁵。循此，債務人違反前契約之資訊或說明義務，則為第311a條第2項替代給付損害賠償請求權之責任成立行為（*haftungsbegründendes Verhalten*）²⁰⁶。具體言之，債務人於訂約時，明知或可得而知給付不能者，應負第311a條第2項替代給付之損害賠償責任。論者也因此主張，債務人就自始不能應負替代給付損害賠償之責任，在屬性上係因違反前契約之資訊和說明義務，以及攸關錯誤（*Irrtumsproblematik*）之問題²⁰⁷。其因此結論性表示，德國現行民法第311a條第2項之替代給付損害賠償請求權規範體系

²⁰⁵ HK-BGB-Schulze, § 311a Rn. 2; PWW-Stürner, § 311a Rn. 16; *Weller*, aaO. (Fn. 37), S. 277; NK-BGB-Dauner-Lieb, § 311a Rn. 6; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), aaO. (Fn. 150), S. 66.

²⁰⁶ *Katzenstein*, aaO. (Fn. 204), S. 448f.; *Pütz*, *Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung und das allgemeine Schuldrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung*, 2009, S. 72.

²⁰⁷ *Canaris*, aaO. (Fn. 130), S. 507.

元照出版提供 請勿公開散布
之定位上，為德國民法第311條第2項、第3項、第280條第1項與第241條第2項一般締約過失責任以外之一種特殊違反前約義務責任類型²⁰⁸。

2. 過失違反給付義務

另有論者主張，既然立法者在增修德國現行民法第311a條立法理由有謂：「釋義學上……積極利益之正當化基礎為給付允諾之不履行（*Leistungsversprechen*）」，則給付允諾之不履行即屬義務之違反。且過失認定立基點不在於引發給付障礙，而是在於締結不能履行之契約²⁰⁹，故給付允諾之不履行則連結著履行利益之責任。進言之，不論是給付允諾之不履行，抑或是給付義務之違反，蓋為債務人行為或不行為所致之不給付。據此，給付允諾不履行與給付義務違反之用語雖為不同，但均指向同一內容與結果。易言之，債務人對債權人之給付，有德國民法第275條規定之不能事由時，債

²⁰⁸ 附帶一提的是，德國學界採過失違反前契約義務之論者中，亦存有其他不同意見：或有論者主張，債務人僅就個人給付能力負有前契約之資訊或說明義務，至於其他之前契約障礙事由，則不在其列。亦即是，相對於自取資訊（*Eigeninformation*）而言，他送資訊（*Fremdinformation*）非屬債務人前契約注意義務之範疇，vgl., HK-BGB-Schulze, § 311a Rn. 2; 或有論者認為，債務人違反前契約資訊或說明義務時，其對債權人應負損害賠償，而損害賠償方法依德國民法第249條以下規定，以回復負原狀為原則。即是，倘債務人在契約締結前向債權人為適當地說明，則債權人基本上不會和債務人締結契約，故債務人對債權人應負之責任，是信賴利益之賠償責任，而非為履行利益之賠償責任，故德國民法第311a條第2項規定之替代給付損害賠償屬性與正當化事由間存在內在矛盾性，vgl. *Altmeppen*, aaO. (Fn. 203), S. 1400ff. 另外，德國締約過失責任理論之發展以及明文化規定之中文論述可參，向明恩，同註119，頁1以下。

²⁰⁹ *Canaris*, aaO. (Fn. 103), S. 11, 12, 23f.; *Fehre*, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, 2005, S. 139, 142ff.; *Lorenz*, *NJW* 2002, 2497, S. 2500.

元照出版提供 請勿公開散布

權人之原定給付請求權排除之。給付允諾之界限與債務人原應給付給付之界限是相應和的。債權人之原定給付請求權，因不能之障礙事由被排除時，債權人主張替代原定給付之地位，不應不能始點之不同，受到不同或不利待遇之影響。故給付允諾之不履行與給付義務之違反僅是詞語變化（*bloße verbale Variation*），本質上並沒有區分²¹⁰。對此國內學者黃松茂先生在闡釋德國自始不能之新規範時，亦也指出履行利益之損害賠償之基礎在於給付承諾之不履行，給付義務仍存續，僅是德國修法者將給付義務，換置為給付承諾之用語²¹¹。綜言之，自始給付不能之替代給付請求權之基礎為德國民法第280條第1項之規定：「債務人違反債之關係所生之義務，債權人得請求損害賠償。債務人就義務違反不可歸責者，不適用之。」至於德國民法第311a條第2項之功能則是歸責必要性之特殊規範（*Spezialregelung des Vertretenmüssens*）²¹²。

3. 限制性之擔保責任

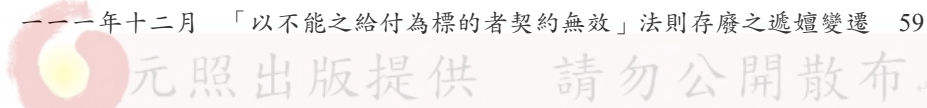
另有論者將焦點集中在修法資料所稱之「給付允諾」（*Leistungsversprechen*），即是自始不能之替代給付損害賠償責任根源於與給付允諾勾稽之擔保責任（*Garantiehaftung*）²¹³。主張擔保責任之論者則從不同視角，對德國現行民法第311a條之所以蘊含擔保責任予以詮釋：或有認為，德國現行民法第311a條第1項規範模型無

²¹⁰ *Maier-Reimer*, Totgesagte leben länger! Die Unmöglichkeit aus der Sicht der Praxis, S. 291ff.

²¹¹ 黃松茂，債務不履行體系之再構成——給付不能概念之重生與再造，同註5，頁59。

²¹² 此說立基於自始不能與嗣後不能同等對待之立場，*Canaris*, aaO. (Fn. 103), S. 34; *Maier-Reimer*, aaO. (Fn. 210), S. 303; *Lorenz*, aaO. (Fn. 209), S. 2500.

²¹³ *Schapp*, FS Kollhosser, S. 621ff.; *Katzenstein*, aaO. (Fn. 204), S. 450; *HKK-Hark*, § 311a Rn. 12; *Sutschet*, aaO. (Fn. 74), S. 259ff.



元照出版提供 請勿公開散布

助詮釋替代給付損害賠償之正當性，因該規定僅具循環論證（*petitio principii*）之效，即是債務人給付自始不能者，契約為有效，債務人之原定給付義務免除之，而以履行損害之次給付義務替代之。至於德國現行民法第311a條第2項第1句之所以蘊含擔保責任之屬性，是因此項規定承載著類似刑罰性質上具法律適用指引之規範（*rechtszuweisende Norm mit strafähnlichem Charakter*）²¹⁴；或另有強調，自始給付不能之替代給付損害賠償之所以具有擔保責任性質，是本於「債之一體性原則」（*Prinzip der Einheit der Obligation*）²¹⁵，亦即契約履行是以原定履行之優位性為基調，而原定履行與替代原定履行之等價金錢履行在本質上是一體的。換言之，在契約有效存在之前提下，債務人不履行原定給付時，債權人本於有效且存在之履行請求權，自得請求以等價性之金錢替代原定給付，滿足債權人之履行利益。

前述採取擔保責任說之論者，對於德國民法第311a條第2項第2句規定：「債務人於契約訂定時不知有給付之阻礙，且不知亦不可歸責者，不適用之。」之模式定位，也有各自的解讀：或有力主，本條第2項第1句和第2句是一種混合型結構（*hybride Struktur*）²¹⁶。亦即自始不能之替代給付損害賠償模型為過失原則要件與擔保責任之交織體。具體言之，債務人本於意定給付允諾，擔保其將履行給付，再附加以過失要件之要求，以作為擔保責任之限制²¹⁷。反對過失原則要件與擔保責任混合體之論者，批評此種過失責任和擔保責任混合體之模型是前所未見的，且將擔保責任與前契約過失要件

²¹⁴ Katzenstein, aaO. (Fn. 204), S. 450.

²¹⁵ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 8.

²¹⁶ Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 12.

²¹⁷ Schapp, aaO. (Fn. 213), S. 621f.

元照出版提供 請勿公開散布

相加混色作法不僅奇特，無疑也是新奇（Novum）和異常（Anomalie）²¹⁸。將責任成立要件之過失與擔保責任結合，在理解與實際操作上也因此衍生不必要之複雜性²¹⁹。故其表示，既然德國民法第311a條第1項和第2項第1句之替代給付損害賠償係以擔保責任為基礎，則同條第2項第2句在結構則應解為擔保責任免責事由較為妥適²²⁰。循此，更有論者進一步闡明，德國民法第311a條第2項係為法律推定（gesetzlich vermutete）之擔保責任。既然以擔保責任為基調，則意指由債務人承擔違反契約之風險。於此，義務違反與損害間之因果關係連結，非關所要，其決定性問題點毋寧僅存於：債務人意欲允諾擔保之範圍是若何，又是否有事實上依據，得以反證法律推翻推定之擔保責任²²¹。具體而言，在債務人無過錯，而不知有履行障礙事由時，鑑於誠信考量，則不得強加債務人負擔保責任。據此，德國民法第311a條第2項第2句在擔保責任架構下，自得理解為擔保責任之免責事由²²²。

（四）自始不能之替代給付損害賠償法律定位論爭之緣由

梳理上述德國學界對於自始給付不能、契約有效與替代給付損害賠償間之關係，可看出兩道不同的釋義路徑：一是，以過失原則為核心所建構之履行賠償；另一是，以擔保責任為導向所形塑之履行賠償。之所以形成兩種不同釋義路徑，無非是導源於原定履行與以金錢賠償間之關係，也就是原給付債之關係與次給付債之關係立於各自分離或相互繫屬之各異性立論。值得觀察的是，德國學界無

²¹⁸ Katzenstein, aaO. (Fn. 204), S. 451.

²¹⁹ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 263.

²²⁰ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 263.

²²¹ Wallow, aaO. (Fn. 100), S. 417.

²²² Wallow, aaO. (Fn. 100), S. 417.

元照出版提供 請勿公開散布

疑義地從契約合意、契約神聖、契約誠意與契約履行原則為出發，肯定德國現行民法第311a條第1項規定：「債務人依第275條第1項到第3項規定無須給付時，給付障礙縱然於締結契約時已存在者，不妨礙契約之生效。」為債和責任一體兩面性之具體落實，然而在自始不能替代給付損害賠償請求權規範之建構上，德國學界卻在此重掀起原定履行與以金錢賠償間互動關係之論爭，茲分述如下：

1. 以債之一體性原則為導向之擔保責任

學者Hartmann早已指出，債之概念係是由雙重內容之拘束力——債務與責任——模型建構而成的²²³。易言之，債指向債務和責任之一體兩面性，故有學者稱其為「履行請求權與替代請求權同一性原則」（*Identität zwischen Erfüllungsanspruch und Ersatzanspruch*）²²⁴，新近更有學者Sutschet稱此為「債之一體性原則」²²⁵。債之一體性原則，是以原定履行原則之優位性為基礎，強調原定履行與替代原定履行之等價金錢履行具有一體性。其以債之有效存在為前提，在債務人不履行原定給付時，債權人得主張以等價性之金錢替代之，以滿足債權人之履行利益。學者Sutschet指出，債之一體性原則縱未於德國民法中明文化具體呈現，卻是無聲地滲入並內置在債法規定之中²²⁶。而債之一體性原則之所以如此隱性藏身在德國民法中，不外乎下列幾點原因：首先是債務人不履行現有義務（*die bestehende Verpflichtung*），則其應給付等價物（*„Äquivalent zu prästiren“*）以為替代之思維，素為共同法（*das gemeine Recht*）所不容置疑與無庸強調之命題，立法者因而無意識將其內化於德國民

²²³ Hartmann, aaO. (Fn. 79), S. 53ff.

²²⁴ Meincke, AcP 171 (1971), S. 27.

²²⁵ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 8.

²²⁶ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 9; Zimmer, NJW 2002, S. 2.

元照出版提供 請勿公開散布

法中；其次在履行請求權可訴性與優先性主導效應下，債之一體性原則乃當然陷入被遺忘之處境；再則為確保履行請求權優先性原則，在立法技術乃將原給付請求權（*Primärleistungsanspruch*）與次給付請求權予以分離，更是引發債之一體性原則陷入不被認識之窘境²²⁷。然尋繹立法過程素材，則可窺得債之一體性原則在給付不能規範體系烙下之痕跡。尤其是民法草案建議者von Kübel對於可歸責於債務人之嗣後給付不能²²⁸與因意外所致之給付不能之效果²²⁹，曾為如此表示：「前者不影響債之關係，並僅賦予債權人以另一標的取代原來給付標的之權，而不可歸責之不能，則產生債務人債務消滅事由（*Aufhebungsgrund*）之作用。²³⁰」以此為啟示，新近論者Sutschet乃表示，債務人責任之關鍵因子在於債之續存，並非在於給付不能。也就是，給付不能尚非具有免除債務之效力，債之存在是不受影響。換言之，給付不能所指向之效力，係僅（*nur*）以另一標的取代原定給付之標的²³¹。且其亦藉由立法資料之說明，對持以給付不能導致債關係消滅為論述者，或者是取以可歸責於債務人之給付不能為新債務形成之立場者，嚴正表示：此二論點不僅與「債

²²⁷ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 9.

²²⁸ 修正前德國民法第280條規定：「I.因可歸責於債務人事由致給付不能時，債務人應對債權人賠償不履行所造成之損害。II.給付一部不能，而能為給付之部分對於債權人無利益者，債權人得拒絕能為履行之部分，並就全部債務之不履行，主張損害賠償。前項準用第346條至第356條關於契約解除全之規定。」

²²⁹ 修正前德國民法第257條第1項規定：「債之關係成立後，因不可歸責於債務人事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」因不可歸責於債務人事由之嗣後給付不能，依法（*ex lege*）債務人免除給付外，損害賠償義務亦無法相隨產生。Vgl. Soergel-Wiedemann, BGB, § 275 Rn. 80.

²³⁰ Kübel, aaO. (Fn. 86), S. 860.

²³¹ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 10.

元照出版提供 請勿公開散布
之本質不合²³²」，且也與「史料基礎（quellenmässig）不符²³³」。綜合言之，債務人應負以金錢為替代之義務之基礎，與應負原定履行義務之正當性事由是相同的，亦即是給付之允諾（das Leistungsversprechen）²³⁴。

德國債法之修法者在增修德國現行民法第311a條立法理由有謂：「釋義學上……積極利益之正當化基礎為給付允諾之不履行（Leistungsversprechen），……，非為給付義務（Leistungspflicht）之違反。」依此，自始不能之積極利益損害賠償之正當化基礎在於給付允諾，洵屬的論。惟給付允諾既然有效，自債之一體性原則觀之，若不肯定有履行請求權之存在，又當如何相隨地推導出履行利益受損之賠償請求權。且依德國現行民法第275條規定可知，在契約締結時給付之障礙業已存在之情形下，得排除債務人之原給付義務，而非免除其給付義務。由是，給付不能縱在契約成立前已存在，且給付義務在契約締結前也尚未形成，然本於給付之允諾，債務人自有給付之義務，而當原定給付不能履行時，則應以金錢替代履行之，該條規範之內在價值，應是與嗣後給付不能之規定等同待之。也因如此，力持債務一體性原則之論者Sutschet總結性表示：有效存在之履行請求權（Erfüllungsanspruch），於其不履行時，債務人應就該不履行負積極利益之責任²³⁵。由此，自始給付不能之履行賠償採擔保責任之正當性基礎，則是在於債之一體性原則。以債之一體性原則作為自始給付不能履行損害賠償之價值導向，自得推衍出擔保責任之結構體。

²³² Kübel, aaO. (Fn. 86), S. 861.

²³³ Kübel, aaO. (Fn. 86), S. 861.

²³⁴ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 12.

²³⁵ Sutschet, aaO. (Fn. 74), S. 216.

元照出版提供 請勿公開散布

以債之一體性所建構之違約擔保責任模型，原則上與英美法之嚴格契約責任思維路徑是相似的。英美法對契約之詮釋為，兩個以上當事人間具有法律拘束力之協議（**binding agreement**），或是由一個以上當事人所為一組具有法律拘束力之允諾²³⁶。也就是，契約由一個或一組有拘束力之允諾所組成，違反此具有拘束力之允諾，即為違約²³⁷，法律則應給予救濟。英美契約法之核心理念是契約神聖原則（**pacta sunt servanda**），而契約神聖原則內在關鍵為嚴格拘束力。換言之，即是契約當事人必須堅持其所為之約定（**man must stick his bargain**）²³⁸。英美法此種嚴守契約之誠意性思維，在莎士比亞文學作品《威尼斯商人》（**The Merchant of Venice**）為可見²³⁹。契約嚴守原則對美國契約法之影響尤為彰顯²⁴⁰，

²³⁶ MINDY CHEN-WISHART, *CONTRACT LAW* 4 (2012); 楊楨，英美契約法論，頁1，2006年1月，修訂4版。

²³⁷ 英美法所稱之違約（**breach of contract**），係指契約之不履行、未依契約之內容或未於正確時間履行契約，亦包含未遵守其他契約之義務而言。

²³⁸ 英美法採嚴格契約責任之立場，見諸於1647年Paradine v. Jane一案，英國法院明確表示違約係採嚴格責任（**absolute liability, strict liability**），違約之當事人不論有無主觀上之過錯，都應承擔違約之責任，即是，主張違約救濟之一方只須證明他方違約已足。ALFRED WILLIAM & BRIAN SIMPSON, *LEGAL THEORY AND LEGAL HISTORY: ESSAYS ON THE COMMON LAW* 194 (1987).

²³⁹ 在19世紀以前，在個案中就有關因給付標的係涉違法、履約當事人一方死亡、給付標的物因不可抗力而滅失或因瘟疫工程遲延履行之事由，英國法院肯定債務人得免除違約責任。JAMES GORDLEY, *FOUNDATIONS OF PRIVATE LAW: PROPERTY, TORT, CONTRACT, UNJUST, ENRICHMENT IV* (2006).

²⁴⁰ 例如英國法與美國法就自始客觀給付不能之處理是採取不同方式：美國本於嚴格契約責任，即使是自始客觀給付不能，基於當事人之合意，契約仍為有效，另端視於不能（**impossibility**）情事為何，存有免責之可能性；然英國法部分，自始不能契約無效法則卻可見諸於英國1979年之貨物買賣法（**Sale of Goods Act 1979**）第6條規定中，特定貨物買賣契約，契約締結時貨物已滅失，且出賣人所不知者，契約無效。（**Goods which have perished Where there**

元照出版提供 請勿公開散布

美國最高法院法官Holmes對違約效力作下一經典註腳：「一個具有法律約束力之允諾，倘若該允諾之行為不為應驗時，其唯一普遍結果是法律課予允諾者賠償責任。²⁴¹」嗣後，其又在一八九七年所論著〈法律之路〉（*The Path of Law*）一文表示，在普通法中之契約堅守義務，係指債務人預測（*prediction*）其未能堅守契約時，其即應付損害賠償金。據此，契約義務不僅指債務人應履行給付義務，也指向當其不履行時，則負有損害賠償之義務²⁴²。由是，英美法在違約救濟上不僅採損害賠償前置原則，且該損害賠償為契約履行之替代²⁴³，同時契約允諾更表彰著嚴格責任，即是擔保責任。承上前所言，英美法就違約之損害賠償原則上採擔保責任，然在個案判決中也漸次累積出免責事由，以軟化絕對或嚴格契約責任。換言之，即是先藉助默示條件觀點²⁴⁴，嗣後再轉換由不

is a contract for the sale of specific goods, and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract is made, the contract is void.) , see Sebastian Lohsse, *Art. 4:102: Initial Impossibility*, in COMMENTARIES ON EUROPEAN CONTRACT LAWS 653, 654 (Nils Jansen & Reinhard Zimmermann eds., 2018).

²⁴¹ OLIVER WENDELL HOLMES JR., *THE COMMON LAW* 236 (1881), “The only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised act not come to pass.”

²⁴² Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. LAW REV. 457, 462 (1897); 在約40年後，承Holmes觀點深入探討違約損害賠償之經典論著為，Lon Fuller & William Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52, 52 (1936); Daniel Friedmann, *Rights and Remedies*, in COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 3, 6 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005). 有關美國違約損害賠償之中文文獻參，郭冠甫，美國契約法中違約損害賠償責任之探討：以信賴利益為中心，靜宜法學，7期，頁267-294，2018年12月。

²⁴³ CHARLES E. F. RIKCETT, *JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIE* 128 (2008).

²⁴⁴ 關於默示條件理論形成之先例為Taylor v. Cadwell案，(1863) 3 B. & S. 826. 值

元照出版提供 請勿公開散布

能理論 (the doctrine of impossibility)²⁴⁵ 或目的頓挫理論 (the doctrine of frustration of purpose)²⁴⁶ 之建立，將債務人應承擔之嚴格契約責任，再次進行風險分配與調整，以免除債務人因違約所應負之賠償義務。英美法嚴格違約責任與免責事由之建構模式，也影響著國際契約法相關規範對違約損害賠償救濟之建制，CISG第45條和第79條，PECL第8:101條和第8:108條以及PICC第7.1.1條和第7.1.7條等規定，即是例證²⁴⁷。

得注意，以默示條件理論來緩和嚴格契約責任之觀點，學界提出嚴厲批判，認為其僅純粹擬制當事人事實上之真意，此理論嗣後因此不再運用，而關注視角轉換為契約目的頓挫之情形，William Herbert Page, *Development of the Doctrine of Impossibility of Performance*, 18 MICH. L. REV. 589, 600 (1920).

²⁴⁵ MARCO J. JIMENEZ, *CONTRACT LAW: A CASE & PROBLEM-BASED APPROACH* 1023 (2021). 另外值得注意，美國統一商法典 (Uniform Commercial Code, U.C.C.) 第2-615條係規範以不能作為免責事由，另U.C.C.第2-613條、第2-312條規定可能涉及自始不能情形參，國立中興大學法律研究所主譯，美國統一商法典及其註釋 (上冊)，頁131，1986年10月，3版；有關英美法不能理論之中文文獻可參，唐仲慶，作為免責事由之給付不能——以比較法研究為中心，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁10以下，2011年6月。

²⁴⁶ JIMENEZ, *id.* at 1053. 另外值得注意，英國1979年之貨物買賣法 (Sale of Goods Act 1979) 第7條規定，即是制訂法將頓挫理論明文化之表現：「約定出售特定貨物，嗣後貨物於賣方或買方沒有任何過錯之情況下，危險轉移於買受人前貨物滅失，則契約解消之。」(Where there is an agreement to sell specific goods and subsequently the goods, without any fault on the part of the seller or buyer, perish before the risk passes to the buyer, the agreement is avoided) 有關英美法契約目的頓挫理論之中文文獻可參，彭韻婷，英美法契約頓挫理論之研究，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁13以下，2012年1月。

²⁴⁷ 關於CISG、PECL和PICC有關損害賠償救濟之立法技術詳細說明可參，黃松茂，債務不履行體系之再構成——給付不能概念之重生與再造，同註5，頁15-19；至於另一重要國際契約法文件DCFR，其在違約損害賠償之規範模式，未承襲英美法之嚴格契約責任 (strict contractual liability)，而採取折衷立法模式，因DCFR第三 - 3:701條第1項有規定：「債權人得就債務人債務不履行所

元照出版提供 請勿公開散布

2. 以原給付債關係與次給付債之關係之各自獨立性為指引之過失責任

一九〇〇年德國民法典生效施行後，德國學界對契約型態（*Morphologie*）之見解發生轉變。多數學說不再關注債之一體性，也不認為原定履行請求權和替代給付之損害賠償請求權是契約請求權之一體兩面性，毋寧是採取原給付請求權與次給付請求權為兩個各自分別獨立請求權之立場²⁴⁸。此說之論證理由，分別為：

有論者以廣義契約關係為觀點，主張契約係為複合性法律關係（*zusammengesetztes Rechtsverhältnis*），亦即是基於統一性之目的，將拘束（*Gebundenheiten*）與利益（*Begünstigungen*）聚合為一整體²⁴⁹。對契約關係之認識，應從廣義觀點闡釋契約義務，由此契約義務，不僅指向原定給付義務，亦包含次給付義務、注意義務（*Rücksichtspflicht*）和對己義務等，稱此為「契約之集束理論」（*Bündeltheorie*）²⁵⁰。在契約複合理論或集束理論之衝擊下，債之一體性原則也因此被溶蝕。

或有論者則進一步關注責任之構成要件，強調責任是以過失要件為原則，同時責任效力不僅僅以相當金錢代替給付為賠償外，其還及於附隨損害（*Begleitschäden*）和結果損害（*Folgeschäden*）。

生之損害，請求損害賠償。但債務人對債務不履行不可歸責時，不在此限。」對於在歸責事由之斷定上，引入所謂之給付障礙是否存於債務人所能控制或影響之領域，或給付障礙是否為債務人能合理預見與顧慮等因子（DCFR第III-3:104條），關於此部分之說明可參，向明恩，歐洲債務不履行類型與效力之統合——以學術版之共同參考架構草案（DCFR）為藍本，月旦民商法雜誌，29期，頁12以下，2010年9月。

²⁴⁸ *Weller*, aaO. (Fn. 37), S. 214.

²⁴⁹ *Lehmann*, *Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht*, 1906, S. 63.

²⁵⁰ *Staudinger-Olzen*, § 241 Rn. 38.

元照出版提供 請勿公開散布

依此，債務和責任已然存有著顯著差異性和切割必要性²⁵¹。

更有論者從債務與責任各自所承載之目的為觀察，而主張原給付債之關係與次給付債之關係具有各自獨立性。責任之目的是在維持現存之財產狀態（*Wahrung der bestehenden Vermögenslage*），而債務是以狀態之改變為目的，且此種改變不是基於正義之緣由（*Gerechtigkeitsgründen*），毋寧是因債務人之履行，使債權人資產得以增加（*Aufstockung*）或獲益（*Bereicherung*）²⁵²。循此立場，新近學者Lobinger則進一步闡釋，責任和債務內在組成原因各有不同，二者有劃分必要性：責任是他律的（*heteronom*），是僅得以法律課予債務人承擔之。即是，責任是本於規範（*Ordnung*）內在之邏輯，此係規制個人之法律關係，將特定財貨或財產價值分配歸屬於個人，並賦主觀性之權利（*subjektive Rechte*），以保護其不受侵害；相對地，法律行為上之給付義務是自律的，是透過給付之允諾使債務人自為承擔，其僅攸關債權人資產增加之問題²⁵³。循此，債與責任之形成和消滅乃各自獨立，換言之，即是原定給付義務因契約之成立而發生，次給付義務之形成則與給付允諾無關，毋寧是繫諸於法規範所要求之構成要件。

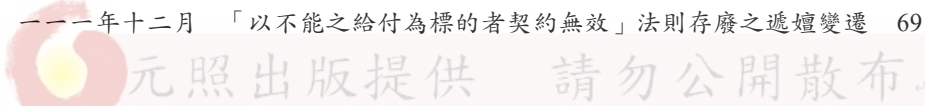
德國民法第311a條之立法資料有謂：「……法律效果則在第311a條獨立（*eigenständig*）規定之……」²⁵⁴，此為債與責任各自

²⁵¹ Huber, aaO. (Fn. 30), S. 260ff. 關於給付不能與過失責任間之關係本文肆、三、(三)處將續行討論之；至於國內詳細闡釋違約與歸責關係之重要新近文獻可參，陳自強，同註127，頁1以下；魏志霖，債務不履行損害賠償歸責事由之修正模式——以日本債權法為例，東吳法律學報，29卷4期，頁73-116，2018年4月。

²⁵² Picker, AcP 183 (1983), S. 505f.; Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 6f.

²⁵³ Lobinger, Rechtsgeschäftliche verpflichtung und autonome bindung, 1999, S. 89ff.

²⁵⁴ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 165.



分離思維之烙印在中，因其有謂：由此指向替代給付之損害賠償請求權則與原定給付脫鉤分離²⁵⁵。由是債務人之原定給付義務源自於雙方合意或是契約上給付之允諾，至於因給付不能而生之替代給付損害賠償請求權成立與否，則依德國現行民法第280條以下及第311a條所規定要件之要求為獨立判斷。又立法資料亦有揭示，德國民法第311a條第2項之「損害賠償請求權與費用賠償（Aufwendersatz）請求權取決於過失（verschuldensabhängig）²⁵⁶。」且其進一步表示，從公平角度觀之，採取保證責任原則所肇致之結果，是不具有說服力的。然而與此相對地，過失原則之特色不僅蘊含著較高之法律倫理說服力（höhere rechtsethische Überzeugungskraft），同時也存有著更大之靈活度（größer Flexibilität）²⁵⁷。此說之論者在原給付債關係與次給付債之關係之各異性基礎上，延續舊債法規範模型，將具有公平性、倫理性與靈活性之過失作為違約損害賠償責任成立之要件。德國司法實務與通說認為違約之過失原則，係以債務人違反義務為前提，且過失之注意義務與義務違反在內容上是具一致性的，只是過失認定，必須以債務人違反契約行為具有可預見性與可預防性（Voraussehbarkeit und vermeidbarkeit des vertragswidigen Verhaltens）為必要條件²⁵⁸。既然自始不能之替代給付損害賠償責任以過失為要件，而其又必以

²⁵⁵ MüKO-Grundmann, 2019, § 276 Rn. 24ff.; NK-BGB-Dauner-Lieb, § 311a Rn. 5; Looschelders, aaO. (Fn. 186), S. 226; Weller, aaO. (Fn. 37), S. 215.

²⁵⁶ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 165.

²⁵⁷ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 165.

²⁵⁸ BGHZ 39, S. 285; MüKO-Grundmann, 2019, § 276 Rn. 53ff., 關於民事有關侵權與契約損害賠償責任成立要件之相互對照說明參，王千維，民事損害賠償責任成立要件之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，8期，頁50以下，2000年6月。

元照出版提供 請勿公開散布

債務人違反義務為前提要件，故在釋義上產生兩種不同論述路徑：一是，債務人就自始不能所應之替代給付損害賠償責任，係因其過失違反前契約之說明義務；二是，債務人就自始不能所應負替代給付損害賠償責任，係因其過失違反給付義務²⁵⁹。

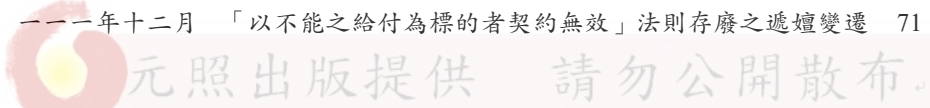
(五)以契約神聖、契約誠信兼融倫理觀點詮釋自始給付不能履行利益之賠償

如前所述，德國債法修訂模型，一如過往地採取原定履行優位原則，在自始給付不能損害賠償規範設計上，卻再度燃起契約履行效力之論爭，其究竟以債之一體性為本質抑或轉換為一獨立性之損害賠償請求權，自有深探必要。

如前所言，從攪動與翻轉「以不能之給付為標的者契約無效」發展史觀之，債之一體性原則是悄然無息流竄在民法思維脈絡中，而一九〇〇年德國民法典制訂時，從給付不能法規範觀之，原給付與次給付債關係分離原則之所以取得優勢地位，是因採此說之論者將關注點集中於次給付債之關係——即為替代給付之「損害賠償」，而強調替代給付之「損害賠償」，不僅應採過失原則，且損害賠償範圍得及於結果損害，甚至基於損害賠償內在目的等理由，將其與原定給付義務為切割。惟在契約神聖與契約誠信基石上，本於有效成立之契約，債務人對債權人所為允諾，負有應為給付責任（*Leistensollen*），即是本文前述所稱之契約履行²⁶⁰。債權人之所以得向債務人請求履行，是基於有效成立之契約，而當債務人之原定給付義務發生障礙時，其得以金錢代替給付以履行之。由是，債務人以金錢填補債權人之履行利益，為契約履行之替代，在本質上

²⁵⁹ 參本文肆、三、(一)、1.和2.處之論述。

²⁶⁰ 參本文肆、二、(三)處。



元照出版提供 請勿公開散布

仍屬契約履行，只是形式上發生給付標的之轉換。另外，德國舊債法就債權人對債務人給付不能所得主張之損害賠償，明文化稱為「不履行之損害賠償」（*Schadenersatz wegen Nichterfüllung*），為履行請求權和不履行損害賠償請求權之各自獨立性，提供論證之基礎。然而此種切割方式，忽略不履行之損害賠償請求與原定給付間之連接性轉換關係。且不履行之損害賠償（新債法改稱為「替代給付之損害賠償」）是一個混合體（*ein hybrides Gebilde*），其內容除指向以金錢替代本來給付外，也同時包含其他因給付未獲實現所生之損害²⁶¹。循此可知，契約不履行之損害賠償與契約履行之延續上，不論從本質或內涵上觀之，是具有必然連結性的，是無法切割的。

德國債法修法資料中表明，基於公平性、倫理性和靈活性考量，自始不能給付之損害賠償請求權應採過失原則²⁶²，德國學說或有認為自始不能給付之損害賠償已與原定給付脫勾，而是因過失違約而生之責任。循此，德國學說因而發展出如前所述之兩種不同論述觀點，然此兩種不同論述，在釋義上均面臨欠缺說服力之質疑，理由說明如下：

一是，有論者認為在自始給付不能事例中，於契約成立時，債務人應給付標的既然已不能給付，且依德國現行民法第275條規定原定給付義務排除之，債務人就自始給付不能所應負之履行利益賠償，則與給付義務違反無涉，而是攸關前契約說明義務之違反。至於債務人過失違反前契約說明義務，是否得推導出其應負積極利益賠償責任，是有疑義的²⁶³。從損害賠償責任基本原則觀之，損害

²⁶¹ *Sutschet*, aaO. (Fn. 74), S. 97, 103.

²⁶² *Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts*, S. 165.

²⁶³ *NK-BGB-Dauner-Lieb*, § 311a Rn. 6, Fn. 12; *Larenz*, aaO. (Fn. 95), § 9, S. 100ff.

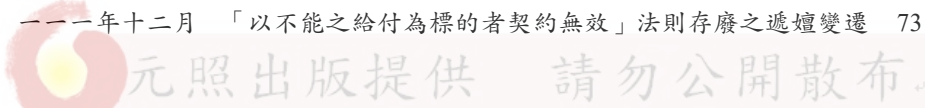
元照出版提供 請勿公開散布

賠償係以回復原狀為原則。在債務人過失違反前契約說明義務致生自始給付不能之損害時，債務人應回復原狀者，係指締結契約時，應對債權人為完整或正確之說明。然在契約締結之際，倘債務人為完整說明，債權人根本不會與債務人締結契約，則契約無從有效成立，自不生積極利益損害賠償之責任，而僅是消極利益賠償之問題。以過失違反前契約說明義務作為自始不能給付之履行利益賠償論者，也因此招致嚴重批判，即是：混淆積極利益損害與信賴利益損害賠償責任之建構基礎；又為化解此種積極利益與消極利益賠償之內在矛盾，或許修法者就債務人自始不能應負履行利益損害賠償之要件上，以債務人過失違反前契約說明義務為要求時，在立法方式上乃因此特別以法律另有規定為之，但此種方式則也顯露出修法者之恣意性²⁶⁴。

二是，另有論者為落實嗣後不能與自始不能同等對待之立場，避免價值衝突，故就自始給付不能之替代給付之損害賠償，亦在釋義上同採過失違反給付義務為要件。此說同為面臨不具說服力之挑戰，因自始給付不能和嗣後給付不能於法律基礎之實然面上，確實存在者不容否認之差異性。亦即是，在嗣後給付不能之事例中，給付義務於契約成立時為是可能，但嗣後因障礙事由而給付不能；相對地，在自始給付不能之事例中，給付義務於契約成立時已是為不能，在邏輯上給付義務一秒鐘都未曾形成²⁶⁵。主張自始給付不能替代給付損害賠償責任是以過失違反給付義務為構成要件之一，將面臨一個論證上之困境，即是自始給付不能中債務人必須以違反給付義務為前提，且過失之注意義務與義務違反在內容上須具一致性的，但自始給付不能在契約締結時，給付義務實質上無法形成，過

²⁶⁴ Katzenstein, aaO. (Fn. 204), S. 452.

²⁶⁵ Gieseler, JR 2004, S. 136.



失注意義務則無從附麗。退步言之，或許有論者將「不能之肇致」（*die Herbeiführung der Unmöglichkeit*）理解為給付義務違反之的一種，而不注重於給付義務在契約締結時是否已形成²⁶⁶。但以此種方式解讀所謂之過失違反給付義務，在論證上亦欠缺說服力，因德國基本法（*Grundgesetz*）第14條對私有財產權保障之規定觀之，在契約締結前，債務人自得對自己資產為任意處置，即使在締結契約前係為債務人故意毀損或滅失致不能者，此種不能之發生，仍是不具有非難性的²⁶⁷。

修法者在德國現行民法第311a條第2項之修法資料中就自始給付不能之替代給付損害賠償請求權之正當性，曾明確表示「給付之允諾」一語。故以給付「允諾」為基調，可尋得自始不能替代給付損害賠償在釋義學上之妥適性定位。學者Rabel有言，依整個交易上之通則，負擔給付者，應事先檢視給付能力，以及對其所為之承諾予以嚴守²⁶⁸，此為契約拘束力之效力。故債務人若不踐履其所為之「給付允諾」，即可解為義務之違反之一種。又德國現行民法第311a條項規定：「給付障礙縱然於締結契約時已存在，亦不影響契約之有效性。」依此，替代給付之損害賠償是本於有效之給付允諾而來。修法者乃無意識地滲入並運用債之一體性原則，刻畫出有效之給付允諾與替代給付損害賠償一體連動性之關係。給付之「允諾」應予嚴守，既意味與此允諾蘊含給付擔保之意思，不僅為自始給付不能契約有效提供論證基礎，更為自始不能之原定給付債務與替代原定給付之損害賠償責任奠定下連動性軌跡。

具體言之，在自始給付不能之情事下，依德國現行民法第275

²⁶⁶ *Gudian*, NJW 1971, S. 1239, 1241; *Krbek*, AcP 177 (1977), S. 47.

²⁶⁷ *Palandt-Heinrichs*, 1994, § 306 Rn. 9.

²⁶⁸ *Rabel*, aaO. (Fn. 96), S. 235.

元照出版提供 請勿公開散布

條規定，債務人原定給付義務縱然排除之，但本於有效之給付允諾，債權人之給付請求權不僅有效存在，且基於債務人在契約締結時對契約履行存有擔保允諾意思，原定給付為不能履行時，則轉換成以金錢替代之。又，德國現行債務不履行法不再使用「不履行之損害賠償」一詞，而改以「替代給付之損害賠償」稱之，透過文義性表達之轉換，修法者將長期內化蘊藏之債之一體性原則予以體現。

最後，在修法資料中修法者曾表示，自始給付不能之替代給付損害不宜採欠缺靈活度之擔保責任，而應以有倫理性與靈活度之過失責任為引導²⁶⁹。從比較法之觀點可知，英美法在違約損害賠償之救濟路徑上縱採擔保責任，但也例外肯認有免責之事由，以軟化絕對或嚴格契約責任²⁷⁰。不論是從該條之規範意旨觀之，或是從履行利益和信賴利益賠償責任體系之劃分明確性出發，甚或是以債和責任之一體化為連結，德國現行民法第311a條第2項第1句之替代給付損害賠償，在屬性上係指債務人於締結契約時，對給付負有擔保責任而言。衡酌責任之倫理性與公平性，亦應以限制性擔保責任為必要。從而該條第2項第2句對擔保責任明訂排除事由，「債務人於契約訂立時，不知有給付之障礙，且其不知亦非可歸責者，不適用之」。據此，債務人則得免除自始不能替代給付之損害賠償責任。具體言之，債務人在締約前，鑑於對事物接近性（*Sachnähe*）與對給付標的之計畫使用利益，通常是更有能力去認識或預見以及消彌利用之風險²⁷¹，故債務人之給付允諾即是就抽象可控性（*abstrakter Beherrschbarkeit*）與可能吸收（*der Möglichkeit der*

²⁶⁹ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts, S. 165.

²⁷⁰ 參本文肆、(三)、1.處。

²⁷¹ Schollmeyer, Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage, 2014, S. 261.

元照出版提供 請勿公開散布

Absorption) 之風險為責任之擔保²⁷²。換言之，自始給付障礙若非存在或發生在債務人影響領域 (Einflussosphäre) 範疇，而債務人欲免除自始給付不能之替代給付損害賠償責任者，自應就該不能——即給付阻礙——之不知非為其可歸責負舉證責任²⁷³。

基上所述，在債務人不知有履行障礙事由，且無可歸責時，鑑於契約倫理考量，不得強加債務人負擔保責任。據此，德國現行民法第311a條第2項第2句在擔保責任架構下，自得理解為擔保責任之免責事由²⁷⁴。另外附帶一提的是，從契約神聖、契約誠信、契約履行，甚至是債之一體性原則萃取出自始不能替代給付損害賠償為給付允諾之擔保責任，並置入倫理性思維存有免責之規範模型，與其他所謂過失違反前契約義務或過失違反給付義務為要件之規範模型間，在論證基點上確實存在著對立性。然在實際操作上，不論是採過失原則責任或是採限制性擔保責任，在結論上卻無差異，其原因為：自始給付不能損害賠償即使是採過失原則責任為模型，債務人基於契約本旨，自應負有給付責任，此為契約神聖和契約履行之大原則，故債務人有給付不能者即推定債務人有故意或過失，而債務人欲免除該給付不能之損害賠償責任者，自應就無故意或過失負舉證責任；而自始給付不能損害賠償即採限制性擔保責任為模型者，本於契約神聖、契約誠信、契約履行與債之一體性原則，債務

²⁷² Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, S. 65.

²⁷³ 自始不能替代給付損害賠償歸責性認定與風險分配之詳細說明，囿於篇幅之故，作者將另文再論。另就德國過去通說與實務所採之限制性擔保責任，我國學者詹森林先生早有引介並表示：「原則上，債務人故應就其自始主觀不能負擔保責任，但債務就自己事物範疇以外之事項 (Umstände ausserhalb eigenes Geschäftskreises)，如亦應負擔保責任，則顯然過苛。」詹森林，給付不能——自始主觀不能，同註5，頁42。

²⁷⁴ Wallow, aaO. (Fn. 100), S. 417.

元照出版提供 請勿公開散布

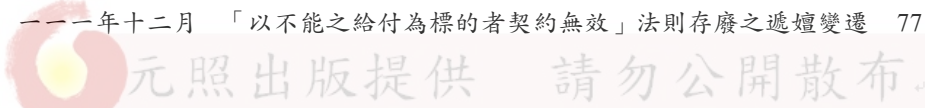
人就給付不能自應負擔擔保責任，惟其欲免除該擔保責任時，自應就不知給付不能無可歸責負舉證責任²⁷⁵。故從適用結果觀之，給付不能替代給付損害賠償規範不論是採過失責任或是採限制性擔保責任，此二者已呈現出異中求同之結論，彼此間猶如鏡中影，互為反射與互為借鏡。

四、契約神聖與契約誠信開創自始給付不能法之新路向—— 代小結

一九九二年聯邦司法部債法修正委員會在立法走向上之基本建議為，弱化給付不能制度在債務不履行法中之核心角色，將給付不能置入由義務違反建構之債務不履行法體系，拋棄主觀不能與客觀不能之區變，廢棄自始不能與嗣後不能之區分，形塑出統一性之給付不能契約有效與履行利益賠償之規範模型。從二〇〇〇年德國啟動之現代化債法修法資料中得知，其雖仍延續以義務違反核心概念建構債務不履行法，但在契約神聖、契約誠信、契約拘束力與契約履行之鋪墊下，給付不能制度卻重生且居於重要地位，也為嗣後不能與自始給付不能契約同為有效之統一性立場，提供充分正當性。

在修法資料中修法者強調，自始不能替代給付損害賠償之正當性基礎，在於給付承諾之違反，而非在於給付義務之違反，此種觀點無疑是契約拘束力與契約履行內涵之折射，也是自始給付與嗣後給付不能替代給付損害賠償請求權規範劃分之原因。同時在契約神聖、契約誠信、契約拘束力與契約履行原則之指引下，也彰顯有效之給付允諾、給付義務與替代給付損害賠償一體連動性之關係。給付允諾蘊含給付擔保之意思，其為自始給付不能契約有效提供論證基礎，也將自始不能之原定給付債務與替代原定給付之損害賠償責

²⁷⁵ *Wallow, aaO.* (Fn. 100), S. 422.



任牽動性聯繫起來。斟酌責任之倫理性與公平性，兼及擔保責任靈活度，應以限制性擔保責任作為自始給付不能替代給付損害賠償為規範模型。具體言之，本於有效之給付允諾，債務人在締約時自負有確認自己給付能力或確認應給付標的存在之義務，違反此給付允諾之義務時，而不能為給付時，應對債權人負自始給付不能之替代給付損害賠償責任，但債務人能證明該自始給付阻礙非為其所知，且其不知亦非可歸責者，得免責之。

伍、給付不能契約無效法則在我國適用之省思：代結語

一、從擬制意思理論走向契約神聖和契約誠信為範式之契約效力模型

從德國民法立法者對於「以不能之給付為標的者契約無效」普遍性原則之確立與揚棄之過程，引發契約本質與契約內涵之再探。Mommesen著重於意思理論，藉由假設當事人之意思，形塑出「給付不能契約無效」法則，在論證理由上忽略契約允諾與契約誠意。契約之本質在於契約拘束力。契約拘束力在實踐效力上，係指向當事人締結契約之真意，應當是擴及於契約不履行時，應負責之拘束力。在汲取德國法民法立法與修正之轉折經驗，並參考國際相關統一契約法文件之規範可知，契約拘束力是債務不履行制度核心之所在²⁷⁶。又解構羅馬法之法諺「*Impossibilium nulla est obligatio*」（對於不能之給付為無義務），非當然可得出「給付不能契約無效」之法則。由是，回歸契約自由、契約合意原則、契約拘束力原

²⁷⁶ 甚至觀察進行之日本債權法修正試案亦可看到日本債法以契約拘束力核心，重塑日本債法之修正走向，其詳細內容參陳自強，日本債法改正新動向——債務不履行，同註5，頁1以下。

元照出版提供 請勿公開散布

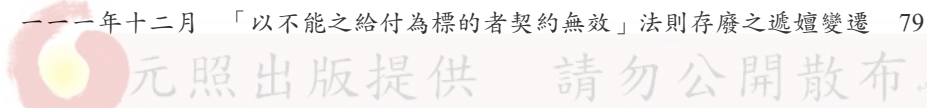
則，甚至是契約神聖原則，對於不能給付之解讀，係指無法履行原給付義務，而其他次給付義務係依然存在。據此，自始給付不能契約無效之規範模型，並非顛撲不破之法則。

德國債法修正之內省歷程與給付不能規範體系之範式移轉，甚至是國際契約法文件對給付不能規範模型之選取，無疑對以德國民法典中之舊給付不能法作為學習系統之我國，起著重塑之重要引領作用。我國學者對於「給付不能契約無效」法則之廢除，早已有深刻反省，其論述分別為：

學者王澤鑑先生針對我國民法第246條「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。」之規範早已提出存疑，並強力質疑地表示：「當事人雙方意思表示趨於一致時，契約即為成立，為貫徹私法自治原則，應儘量承認其效力。契約以客觀不能之給付為標的無效，此項理論之依據何在，頗有爭議。依吾人之見解，此非基於邏輯之必然性，蓋法律在此種情形，儘可承認契約之效力，而令債務人賠償因其不能履行致債務人所受之損害。又民法第三五〇條規定，出賣債權或其他權利縱不存在，買賣契約仍為有效，由是可知，以客觀不能之給付為標的者，契約仍為有效，自邏輯觀點言，並非不可能。²⁷⁷」

隨後，學者黃立先生討論我國民法在第246條、第247條、第225條與第226條之給付不能之規定時，特別對我國民法246條規定「以不能之給付為標的者契約無效」之評價上，藉助評析德國民法典舊債法第306條規範之變動，為我國未來給付不能法之改革奠定下基石：無法說明為何在契約自始無效時，僅負信賴利益之賠償責任；而依據德國聯邦法院持續之判決，債務人就自始主觀不能給付時，不論其有無過失，均就履行利益負責，因為債務人就其給付之

²⁷⁷ 王澤鑑，同註4，頁420。



承諾，默示承擔了給付可能之保證責任。德國聯邦法院在一些情形下，認為債務人既然許諾為給付，就作了提出給付之擔保。在自始客觀不能者，雖然依據舊法第306條規定，契約無效，仍依據擔保契約負履行利益之損害賠償責任，當事人明知給付自始客觀不能而仍簽署契約，賠償責任較輕；若締約時給付尚屬可能，嗣後成為不能者，其惡性遠不如前者，責任卻是履行利益的損害賠償，自非公允。舊法第306條的規定明顯地不很妥適。²⁷⁸」

另外，學者陳添輝先生從物權無因性理論之基礎上、在嗣後不能與自始不能差別待遇之不妥性上與於法律行為瑕疵程度輕重之區分上，論證自始不能契約無效法則的不具正當性²⁷⁹。

學者陳自強先生在〈債務不履行方法論之再出發——契約不履行法律原則之形成〉一文中，更力主契約拘束力為契約責任之基石，並就其內涵為如此生動之描繪：「契約關係……基礎無寧為基於當事人約定而生之契約拘束力。當事人約定內容因而在私法自治容許範圍內而被實定法承認具有法律上效力，就實現契約目的之立場而言，契約之法律上拘束力最重要之作用為訴求力，債務人不願履行時，債權人得訴請法院請求實現契約內容，或為按原定約定內容請求履行，或為請求不履行之損害賠償。²⁸⁰」以強調在債務不履行責任之建構基石應訴諸契約本質，亦即是契約之拘束力，為重塑「以不能之給付為契約標的者，契約無效」規範構築了扭轉性之支點。

綜合上述，我國學者對「以不能之給付為契約標的者，契約無

²⁷⁸ 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6，2005年2月。

²⁷⁹ 陳添輝，同註5，頁68-70。

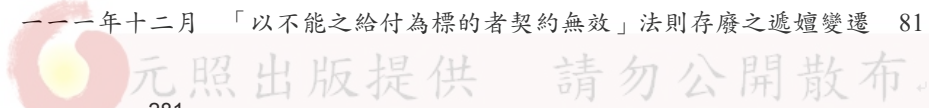
²⁸⁰ 陳自強，債務不履行方法論之再出發（下）——契約不履行法律原則之形成，月旦法學雜誌，209期，頁169，2012年8月。

元照出版提供 請勿公開散布

效」之建構理論和價值取向已投下質疑性之論點，透過此種質疑性的交互對話，已為揚棄我國民法第246條規定與再建構給付不能法規範累積足夠之動能。同時，本諸契約自由、契約合意原則、契約拘束力原則，甚至是契約神聖原則，自始客觀給付不能並不影響契約之有效成立。

二、以債之一體性與倫理性建構自始給付不能之履行賠償模型

如前所述，德國債法修正給付不能法之目的在於消弭自始給付不能與嗣後給付不能間區別與規範間隙，以建立整合性之給付不能法。然歷經二十逾年修法努力，修法者在契約神聖、契約誠信與契約拘束力原則之引領下，企圖揚棄主觀不能與客觀不能、自始不能與嗣後不能之區辨，形塑出給付不能，契約有效成立之統一性之評價規範。然德國修法者意識到自始不能和嗣後不能之替代給付損害賠償請求權形成事由之各異性，亦即是債務人之所以應負自始不能替代給付損害賠償責任，係因其違反給付之允諾，至於債務人之所以應負嗣後給付不能替代給付損害賠償責任，則因其違反給付義務，故而放棄統一性之給付不能替代給付損害賠償之規範，而裂解地分別在德國現行民法第283條與第311a條為規定。修法者也強調，德國現行民法第311a條第2項規定之自始不能替代給付損害，係屬履行利益之損害。而如何就自始不能、給付允諾與履行損害賠償間，在釋義學上尋得妥適連結關係，德國學說上或有藉助過失違反前契約說明義務為論述、或有援引過失違反給付義務為詮釋，然此兩種釋義性之觀點，不是混淆積極利益損害與信賴利益損害賠償責任之建立基礎，就是忽略自始不能在契約成立前給付義務尚未形成之實然面，更甚或是漠視契約締結前財產所有人有任意處置其財



產之權利²⁸¹。既然自始給付不能契約為有效之關鍵點是契約誠信以及債和責任之一體兩面性，在契約誠信與債之一體性之鋪墊下，當可推導演繹出自始給付不能之履行損害係源於給付允諾，此給付允諾係指擔保責任，為兼及倫理性與公平性之靈活介入，例外地容許債務人對影響領域範疇，舉證免責之。

如上所述，因給付不能類型之不同，而賦予契約各異性效力之立法例，已被我國學界亟力抨擊。自始客觀給付不能，契約為有效之法律評價，國內學界也已有共識。循此，未來在我國債法修正之思考路徑上，則應將自始客觀不能融合於自始主觀不能之中，並藉由自始主觀給付不能之法律效果，以重建自始不能之損害賠償制度。然自始主觀不能損害賠償是否以故意過失為必要，在我國學界存有異見：或有論者認為自始主觀給付不能既然法未明文，則應適用或類推適用我國民法第225條與第226條規定，視債務人就給付不能有無故意或過失，以決定其應否負給付不能之損害賠償責任²⁸²；或有論者認為自始主觀不能之損害賠償責任係屬擔保責任，因本於給付承諾之本旨、合理分配契約風險以及保障交易安全，並參酌民法第353條規定，不論債務人有無過失，除不可抗力外，均應對債權人負損害賠償責任²⁸³。在自始主觀給付不能契約有效之觀點

²⁸¹ 參本文肆、三、(五)處之論述

²⁸² 王伯琦，民法債篇總論，頁160，1990年11月；王澤鑑，同註5，頁56，此時學者王澤鑑先生對自始主觀給付不能損害賠償係採過失責任說；劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，頁328，2011年12月，增修版；楊芳賢，債編總論(下)，頁83，2017年1月；最高法院86年度臺上字第2071號判決。

²⁸³ 王澤鑑，同註4，頁429，學者王澤鑑先生原對自始主觀給付不能損害賠償係採擔保責任說；詹森林，給付不能——自始主觀不能，同註5，頁38；值得注意的是，採擔保說之學者陳自強先生更進一步陳明，唯有將自始主觀給付不能視為真正債務不履行之問題時，才有探討可否歸責於債務人問題，也就說唯有自始主觀不能非構成權利瑕疵擔保時，方有討論過失責任與擔保責任之

元照出版提供 請勿公開散布

下，針對債務人自始主觀給付不能應負賠償損害之內容究竟為何？我國學界有提出履行利益損害²⁸⁴與信賴利益損害之歧見²⁸⁵。由是，自始主觀給付不能損害賠償之內涵，究竟應採過失原則責任與否，抑或是指涉履行損害，至今仍有爭論。在比較法上，藉由德國新債法對給付不能制度重塑之過程，特別是萃取自始給付不能契約為有效之理肌，在契約神聖、契約誠信、契約拘束力、契約履行匯聚提煉出之債之一體性則之指引下²⁸⁶，自始給付不能替代給付損害賠償之內涵指向履行利益之損害，且以債務人之給付允諾作為替代給付損害賠償之基調，復融入倫理性元素，以緩和嚴格擔保責任之立法架構與模型，足堪為我國未來就自始給付不能損害賠償制度新布局之參考範式。

實益，參陳自強，同註127，頁138。

284 王澤鑑，同註4，頁429，學者王澤鑑先生原主張自始主觀給付不能損害賠償內容係指向履行利益之損害；楊佳元，雙務契約給付不能之效力，臺北大學法學論叢，61期，頁17，2007年3月；詹森林，給付不能——自始主觀不能，同註5，頁38。

285 王澤鑑，同註5，頁56，學者王澤鑑先生認為自始主觀給付不能損害賠償責任係屬締約過失責任，債務人對債權人應負信賴利益之損害賠償。

286 我國最高法院在102年度臺上字第1688號判決已明示，給付不能之損害賠償係為原定給付之變形與延長，債之同一性原則亦早已是債務不履行制度中核心思維，故其有謂：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害，為民法第二百二十六條第一項所明定；此項損害賠償之債，性質上為原債權之延長變形。債務人如因可歸責之事由致給付不能，其原有之給付義務（第一次之義務），即轉變成損害賠償義務（第二次之義務），要屬同一債務之不同次給付義務。」另新近最高法院110年年度臺上字第1957號判決與111年度臺上字第205判決中紛紛直指給付不能之損害賠償與原定給付間具有同一性，其論道：原定給付若為特定標的物，則以該標的物應有之市價計算損害額，且該項損害賠償之債，性質上為原債權之延長、變形，與原債權具有同一性，請求權消滅時效，亦自原債權請求權可行使時起算。



參考文獻

一、中 文

1. Cosima Möller著，李君韜譯，羅馬契約法的基礎，月旦法學雜誌，197期，頁222-243，2011年10月。
2. Gehard 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42-64，2003年8月。
3. 丁玫，羅馬法合同賠償制度，政法論壇，5期，頁24-31，2001年9月。
4. 王千維，民事損害賠償責任成立要件之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，8期，頁7-64，2000年6月。
5. 王伯琦，民法債篇總論，1990年11月。
6. 王利明，法平如水，一位法學家的思想隨筆，2016年1月。
7. 王澤鑑，自始主觀給付不能，載：民法學說與判例研究(三)，頁41-58，2002年3月。
8. 王澤鑑，給付不能，載：民法學說與判例研究(一)，頁413-432，2002年3月。
9. 王澤鑑，債法原理，增訂新版，2021年3月。
10. 史尚寬，債法總論(中冊)，1990年8月。
11. 向明恩，德國締約上過失理論之發展，臺北大學法學論叢，70期，頁1-79，2009年6月。
12. 向明恩，歐洲債務不履行類型與效力之統合——以學術版之共同參考架構草案(DCFR)為藍本，月旦民商法雜誌，29期，頁5-20，2010年9月。
13. 向明恩，論德國民法第275條給付義務之排除，載：民事法學新思維之再展開——劉春堂教授七秩華誕祝壽論文集，頁3-38，2017年11月。
14. 江玉林，康德《法學的形上學基本原理》導讀——與當代法學的對話，台灣法學雜誌，195期，頁52-66，2012年3月。
15. 法律修訂館編輯，民律第二次草案，民律草案債編，臺1版，1973年6月。
16. 邱琦，債務不履行體系的再構成，法令月刊，51卷10期，頁754-775，2000年10月。
17. 唐仲慶，作為免責事由之給付不能——以比較法研究為中心，臺灣大學法律



學研究所碩士論文，2011年6月。

18. 國立中興大學法律研究所主譯，美國統一商法典及其註釋（上冊），3版，1986年10月。
19. 國立臺灣大學法律學院／財團法人台大法學基金會，德國民法（上），修訂2版，2016年10月。
20. 張永健，自始客觀不能的經濟分析，月旦法學雜誌，86期，頁155-166，2002年7月。
21. 張永健，論給付不能之分類與歸責問題，法令月刊，54卷6期，頁89-109，2006年12月。
22. 張奎，羅馬法上合意，甘肅法學院學報，6期，頁123-131，2012年11月。
23. 郭冠甫，美國契約法中違約損害賠償責任之探討：以信賴利益為中心，靜宜法學，7期，頁267-294，2018年12月。
24. 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論，54期，頁251-269，1995年12月。
25. 陳自強，日本債法改正新動向——債務不履行，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁273-302，2011年4月。
26. 陳自強，整合中之契約法，2011年5月。
27. 陳自強，債務不履行方法論之再出發（下）——契約不履行法律原則之形成，月旦法學雜誌，209期，頁170-185，2012年8月。
28. 陳自強，契約責任歸責事由之在構成——契約法之現代化I，2012年12月。
29. 陳自強，買賣瑕疵擔保羅馬法之繼承，月旦法學雜誌，212期，頁155-173，2013年1月。
30. 陳自強，契約法講義III：契約違反與履行請求，2015年9月。
31. 陳自強，契約錯誤法則之基本理論——契約法現代化IV，2015年9月。
32. 陳忠五，給付遲延、給付不能與不完全給付的區別，台灣法學雜誌，205期，頁29-47，2012年8月。
33. 陳彥良，論給付障礙法之新體例——以德國新修正之民法債篇為中心，月旦法學雜誌，95期，頁123-143，2003年4月。
34. 陳添輝，自始給付不能之契約效力——最高法院96年度台上字第2677號民事判決之研究，法令月刊，60卷10期，頁57-73，2009年10月。

元照出版提供 請勿公開散布

35. 陳朝壁，羅馬法原理（上冊），臺2版，1961年8月。
36. 彭韻婷，英美法契約頓挫理論之研究，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2012年1月。
37. 曾彥傑，給付不能之研究——以自始給付不能為中心，政治大學法律學系研究所碩士論文，2010年10月。
38. 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。
39. 黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，載：德國新債法之研究，頁107-192，2009年9月。
40. 黃宏全，我國民法給付不能之類型與效力，法令月刊，63卷6期，頁63-88，2012年6月。
41. 黃松茂，債務不履行體系之再構成——給付不能概念之重生與再造，政大法學評論，151期，頁1-90，2017年12月。
42. 黃松茂，買賣標的物之自始瑕疵與不完全給付之損害賠償／評最高院103台上2631號及105台上2245號判決，台灣法學雜誌，371期，頁261-269，2019年7月。
43. 楊佳元，雙務契約給付不能之效力，臺北大學法學論叢，61期，頁1-41，2007年3月。
44. 楊芳賢，債編總論（下），2017年1月。
45. 楊淑儀，由日本債法修正研議展望我國債法之未來——以債務不履行為中心，臺灣大學法律學系研究所碩士論文，2012年7月。
46. 楊楨，英美契約法論，修訂4版，2006年1月。
47. 葉新民，債務不履行中無益費用支出之賠償——以德國法為中心，靜宜法學，7期，頁295-360，2018年12月。
48. 葉賽鶯，給付不能基本理論與實務見解之研究，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1980年1月。
49. 詹森林，給付不能——自始主觀不能，載：民事法理與判決研究(五)，頁34-59，2007年12月。
50. 詹森林，給付不能——自始客觀不能，載：民事法理與判決研究(五)，頁1-30，2007年12月。

元照出版提供 請勿公開散布

51. 劉沐比，聖多瑪斯《神學大全》中的自然法，輔仁大學宗教學系碩士論文，2016年7月。
52. 劉信義，走出神學邁向理性論自然法學說托馬秀斯的法律思想，月旦法學雜誌，83期，頁248-253，2002年4月。
53. 劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，增修版，2011年12月。
54. 蔡章麟，債編各論下冊，1959年4月。
55. 蔡晶瑩，從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定之轉變，中原財經法學，9期，頁113-143，2002年12月。
56. 魏志霖，債務不履行損害賠償歸責事由之修正模式——以日本債權法為例，東吳法律學報，29卷4期，頁73-116，2018年4月。

二、外 文

1. *Altmeppen, Holger*, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, DB 2001, S. 1821ff.
2. *Altmeppen, Holger*, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, S. 1399ff.
3. *Arp, Torsten*, Anfängliche Unmöglichkeit, 1988.
4. *Bach, Ivo*, Leistungshindernisse, 2017.
5. *Bar, Christian von/Zimmermann, Reinhard*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, 2002.
6. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, 14. 05. 2001 (Zitiert: Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Schuldrechts).
7. *Bernhardt, Heinz*, Der Anspruch des Eigentümers einer gestohlenen Sache gegen ihren gutgläubigen Veräußerer, 1930.
8. *Bitter, Georg/Rauhut, Tilman*, Vertragsdurchführungspflicht des Werkbestellers? - § 649 BGB zwischen wirtschaftlicher Vernunft und Treuwidrigkeit, JZ 2007, S. 964ff.

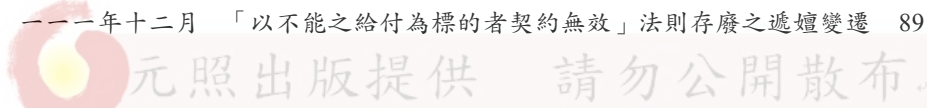
元照出版提供 請勿公開散布

9. *Blomeyer, Arwed*, Allgemeiner Schuldrecht, 4. Aufl., 1969.
10. *Brinz, Alois*, Kritische Blätter civilistischen Inhalts: In zwanglosen Heften, Teil III, 1851.
11. *Brinz, Alois*, Obligation und Haftung, AcP 70 (1886), S. 371ff.
12. *Brinz, Alois*, Lehrbuch der Pandekten, Band 1, 1873.
13. *Bundesminister der Justiz*, Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992 (Zitiert: Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts).
14. *Bydlinski, Franz*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967.
15. *Bydlinski, Franz*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), S. 1ff.
16. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499ff.
17. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas/Hopt, Klaus/Roxin, Claus/Schmidt, Karsten/Widmaier, Gunter (Hg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Band I, Bürgerliches Recht, 2000, S. 129ff.
18. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 11ff.
19. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Schuldrechtsmodernisierung 2002: Gesetzesdokumentation, 2002.
20. *Chen-Wishart, Mindy* (2012), CONTRACT LAW, London: Oxford University Press.
21. *Coing, Helmut*, Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800, Band I, Älteres Gemeines Recht, 1985.
22. *Conow, Andreas*, Vertragsbindung als Freiheitsvoraussetzung, 2015.
23. *Däubler-Gmelin, Herta*, Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform- Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des

元照出版提供 請勿公開散布

Schuldrechts,, NJW 2001, S. 2281ff.

24. *Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard*, Schuldrecht: Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, 2002 (Zitiert: AnwKom-BGB-Bearbeiter).
25. *Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner*, NomosKommentar, BGB, Schuldrecht, Band 2/1, §§ 241-610, 3. Aufl., 2016 (Zitiert: NK-BGB-Bearbeiter).
26. Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Entwurf des Bundesministeriums der Justiz mit dem Stand vom 4.8.2002 (Zitiert: Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes).
27. *Emmert, Jochen*, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten: die Rechtsprechung des Reichsgerichts 1914-1923, 2001.
28. *Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 6. Aufl., 1984.
29. *Fehre, Adrea*, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2005.
30. *Fitting, Hermann*, Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen, 1876.
31. *Friedmann, Daniel* (2005), *Rights and Remedies*, in Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT. (London: Bloomsbury Publishing).
32. *Fröde, Christian*, Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit, 2012.
33. *Fuller, Lon & Perdue, William*, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52 (1936).
34. *Gieseler, Dieter*, Die Strukturen des Leistungsstörungenrechts beim Schadensersatz und Rücktritt, JR 2004, S. 133ff.
35. *Glück, Christian Friedrich von*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar, 1797.
36. *Gordley, James* (2006), FOUNDATIONS OF PRIVATE LAW: PROPERTY, TORT, CONTRACT, UNJUST ENRICHMENT, London: Oxford University Press.
37. *Gudian, Gunter*, Die Haftung für anfängliches Unvermögen, NJW 1971, S. 1239ff.



38. *Hartmann, Gustav*, Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, 1875.
39. *Hogg, Martin* (2011), PROMISES AND CONTRACT LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES, London: Cambridge University Press.
40. *Holmes, Oliver Wendell, Jr.*, THE COMMON LAW (1881), Boston: Little, Brown, and Company.
41. *Holmes, Oliver Wendell, Jr.*, *The Path of the Law*, 10 HARV. LAW REV. 457 (1897).
42. *Hoops, Johannes/Beck, Heinrich/Steuer, Heiko*, Reallexikon der germanischen Altertumskunde, Band 27, 2004.
43. *Huber, Ulrich*, Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufrechts? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen würden sich dabei ergeben?, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, S. 647ff.
44. *Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen, Band I, 1999.
45. *Huber, Ulrich*, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: Festschrift Peter Schlechtriem, 2003, S. 521ff.
46. *Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner* (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systemmatischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen: Recht der Schuldverhältnisse I, 1978.
47. *Jassen, Nils*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität: eine historische und methodische Bestandsaufnahme, 2004.
48. *Jhering, Rudolf von*, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band 4, 1861, S. 1ff.
49. *Jhering, Rudolf von*, Der Zweck im Recht, Band I, 1877.
50. *Jimenez, Marco J.* (2021), CONTRACT LAW: A CASE & PROBLEM-BASED APPROACH, Philadelphia: Lippincott Williams & Wilkins.

元照出版提供 請勿公開散布

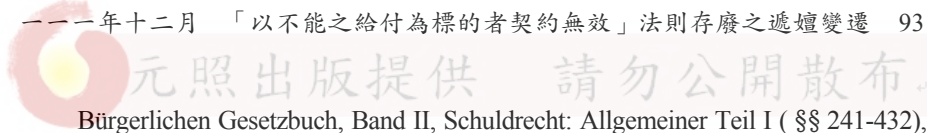
51. *Joening, Elke*, Die anfängliche Unmöglichkeit, 2006.
52. *Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold*, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., 1994.
53. *Kaser, Max*, Römisches Privatrecht, 2. Aufl., 1975.
54. *Katzenstein, Matthias*, Die Nichterfüllungshaftung nach 311 a Abs. 2 BGB, JR 2003, S. 447ff.
55. *Kley, Britta*, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Die Funktion der Unmöglichkeitstatbestände im BGB und der Reformversuch der Schuldrechtskommission, 2001.
56. *Köbler, Ulrike*, Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes, 2010.
57. *Koller, Ingo*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979.
58. Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf der Grundlage des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, der hierzu vorliegenden Stellungnahmen und der Ergebnisse der Beratungen der Arbeitsgemeinschaften zu den einzelnen Komplexen und der Kommission Leistungsstörungenrechts, SMG-DE03-060301, 06.03.2001 (Zitiert: Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes).
59. *Krbek, Franziska-Sophie Evans-von*, Gleichstellung des anfänglichen Schuldnerunvermögens mit dem nachträglichen?, AcP 177 (1977), S. 35ff.
60. *Krüger, Wolfgang* (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I (§§ 241-310), 8. Aufl., 2019 (Zitiert: MüKO-Bearbeiter, 2019).
61. *Kübel, Franz Philipp von*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1: Allgemeiner Teil, Herausgegeben von Werner Schubert, 2009.
62. *Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl.,



- 1982.
63. Lee, Daniel (2016), *POPULAR SOVEREIGNTY IN EARLY MODERN CONSTITUTIONAL THOUGHT*, London: Oxford University Press.
64. *Lehmann, Heinrich*, Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906.
65. *Lobinger, Thomas*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004.
66. *Lobinger, Thomas*, Rechtsgeschäftliche verpflichtung und autonome bindung, 1999.
67. Lohsse, Sebastian (2018), *Art. 4:102: Initial Impossibility*, in Nils Jansen & Reinhard Zimmermann eds., *COMMENTARIES ON EUROPEAN CONTRACT LAW*. (London: Oxford University Press).
68. *Looschelders, Dirk*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2011.
69. *Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997.
70. *Lorenz, Stephan*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, S. 2497ff.
71. *Maier-Reimer, Georg*, Totgesagte leben länger! Die Unmöglichkeit aus der Sicht der Praxis, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente – Brennpunkte – Ausblick*, 2003, S. 291ff.
72. *Medicus, Dieter*, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, 1981, S. 479ff.
73. *Meincke, Jens Peter*, Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag, AcP 171 (1971), S. 19ff.
74. *Mitzkait, Anika*, Leistungsstörung und Haftungsbefreiung, 2008.
75. *Mommsen, Friedrich*, Die Unmöglichkeit der Leistung un ihrem Einfluß auf obligatione Verhältnisse, 1853.
76. *Mommsen, Friedrich*, Lehre vom Interesse, 1855.
77. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Band 1, 2. Aufl., 1896 (Zitiert: Motive I).
78. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Band 2, 2. Aufl., 1896 (Zitiert: Motive II).

元照出版提供 請勿公開散布

79. *Mugdan, Benno* (Hg.), Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, 1899 (Zitiert: Mugdan II).
80. *Page, William Herbert*, *Development of the Doctrine of Impossibility of Performance*, 18 MICH. L. REV. 589 (1920)
81. *Palandt, Otto* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 53. Aufl., 1994 (Zitiert: Palandt-Bearbeiter, 1994).
82. *Palandt, Otto* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 61. Aufl., 2002 (Zitiert: Palandt-Bearbeiter, 2002).
83. *Picker, Eduard*, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), S. 369ff.
84. *Pothier, Robert Joseph* (1999), TREATISE ON OBLIGATION—CONSIDERED IN A MORAL AND LEGAL VIEW (Francois-Xavier Martin trans., reprint), New Jersey: The Lawbook Exchange.
85. *Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hg.), BGB-Kommentar, 14. Aufl., 2019 (Zitiert: PWW-Bearbeiter).
86. *Pufendorf, Wilhelm von*, Observationen über Gegenstände des Civil- und Prozeßrechts, 1841.
87. *Pütz, Andrea Agnes*, Die versicherungsrechtliche Erfüllungshaftung und das allgemeine Schuldrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung, 2009.
88. *Raab, Thomas*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999.
89. *Rabel, Ernst*, Recht des Warenkaufs, Band I, 1964.
90. *Rabel, Ernst*, Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, RheinZ 3, 1911, S. 467ff. = Rabel, Gesammelte Aufsätze I: Arbeiten zum Privatrecht, 1965, S. 56ff.
91. *Rabel, Ernst*, Unmöglichkeit der Leistung - Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Aus römischem und bürgerlichem. Recht: Festschrift für Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907, S. 117ff.
92. *Rascher, Jürgen*, Die Rechtslehre des Alois von Brinz, 1975.
93. *Rebmann, Kurt v./Säcker, Franz-Jürgen* (Hg.), Münchener Kommentar zum



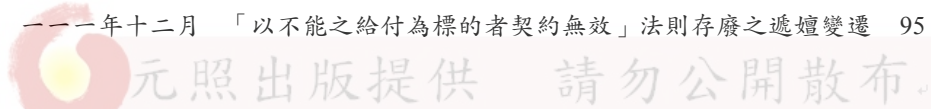
- Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil I (§§ 241-432), 1. Aufl., 1979 (Zitiert: MüKO-Bearbeiter, 1979).
94. *Rehberg, Markus*, Das Rechtfertigungsprinzip: Eine Vertragstheorie, 2014.
95. *Repgen, Tilman*, Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, 1994.
96. *Rheinstein, Max*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im Anglo-Amerikanischen Recht, 1932.
97. *Rickett, Charles E. F.* (2008), JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIES, London: Bloomsbury Publishing.
98. *Savigny, Friedrich Carl von*, System des heutigen Römischen Rechts, Band 3, 1840.
99. *Savigny, Friedrich Carl von*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, 1851.
100. *Schapp, Jan*, Der anfängliche unbehebbarer Sachmangel beim Stückkauf, in: Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag, Band II: Zivilrecht, 2004, S. 619ff.
101. *Schermaier, Martin Josef*, Impossibilium nulla obligatio, Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht, AUPA 51 2006, S. 241ff.
102. *Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hg.), Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, Band II/1., Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2007, §§ 241-304 (Zitiert: HKK-Bearbeiter).
103. *Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hg.), Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, Band II., Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2007, §§ 305-432 (Zitiert: HKK-Bearbeiter).
104. *Schollmeyer, Mario*, Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage, 2014.
105. *Schubert, Werner* (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil 2, 1981.
106. *Schulze, Reiner* (Hg.), Bürgerlichen Gesetzbuch Handkommentar, 10. Aufl., 2019

元照出版提供 請勿公開散布

(Zitiert: HK-BGB-Bearbeiter).

107. *Siegel, Heinrich*, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht: Eine germanistische Studie, 1873.
108. *Soergel, Hans Theodor* (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl., 1986 (Zitiert: Soergel-Bearbeiter, BGB).
109. *Staudinge, Julius v.* (Hg.), Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Einführungsgesetz und Nebengesetz, Neubearbeitungen, Berlin, 2009 (Zitiert: Staudinger-Bearbeiter).
110. *Steinwenter, Artur*, Die Vertragstreue im bürgerlichen Recht, JurBl 72, 1950, S. 173ff.
111. *Stürner, Rolf*, Der Anspruch auf Erfüllung von Treu- und Sorgfaltspflichten, JZ 1976, S. 384ff.
112. *Supiot, Alain* (2007), HOMO JURIDICUS—ON THE ANTHROPOLOGICAL FUNCTION OF THE LAW, London: Verso.
113. *Sutschet, Holger*, Garantiehftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006.
114. *Wallow, Astrid*, Risikozuweisung und Vertragshaftung, 2008.
115. *Weller, Marc-Philippe*, Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, 2012.
116. *Wieacker, Franz*, Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: FS für Hans Welzel, 1974, S. 7ff.
117. *William, Alfred & Simpson Brian* (1987), LEGAL THEORY AND LEGAL HISTORY: ESSAYS ON THE COMMON LAW, London: Hambledon Press.
118. *Wilmowsky, Peter von*, Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis – Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts-, JuS 2002, Beil. zu Heft 1/2002, S. 3ff.
119. *Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 3. Aufl., 1873.
120. *Wollschläger, Chrisrian*, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, 1970.
121. *Zimmer, Daniel*, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, S. 1ff.

一一年十二月 「以不能之給付為標的者契約無效」法則存廢之遞嬗變遷 95



元照出版提供 請勿公開散布

¹²²Zimmermann, Reinhard (1996), LAW OF OBLIGATION, ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION, London: Oxford University Press.

¹²³Zweigert, Konrad, Anmerkung zu: OLG Stuttgart, Urteil vom 9.6.1948, SJZ 1949, S. 412ff.

元照出版提供 請勿公開散布

Paradigm Schiff for “Initial Impossibility of Performance on the Invalidity of the Legal Transaction”: Influence of Sanctity of Contract on Compensation Instead of Performance

Ming-En Hsiang^{*}

Abstract

Article 246 of Taiwan’s Civil Code stipulates that “If the prestation of a contract is impossible, it is void,” which follows the provisions of Article 306 of the old German Civil Code. This provision is influenced by the Roman legal maxim: “*Impossibilium nulla est obligatio*”. However, It remains questionable whether this legal maxim can lead to the conclusion that where it is not possible objectively to perform the contract at the time of its conclusion, it is void. This article first deals with the reasons for the formation of this norm and the legal historical background. Then, by observing the development process of German civil law, especially in the course of modernization of German obligation law, it can be deduced that the principle of “If the prestation

^{*} Associate Professor of Law, College of Law, National Taipei University; Ph.D. in Law (Dr. Iur.), University of Münster, Germany.

Received: May 15, 2022; accepted: August 24, 2022



of a contract is impossible, it is void” is obsolete, and the contract is valid instead. The second part of the article explores the core reasons that influence German legislators to change their legal policies and legal theories. Finally, the article draws a path for the paradigm shift of the legal system of the impossibility of performance in the German Civil Code, as a way to reflect on the problems faced by the initial impossibility in Taiwan. And for the reconstruction of the modernization of Taiwan’s civil law, this article provides an appropriate suggestion to establish a modern system of the impossibility of performance and compensation instead of performance.

Keywords: Impossibilium Nulla Obligatio Est, Initial Objective Impossibility, Subjective Initial Impossibility, Consent Agreement, Sanctity of Contract, Binding Force of Agreement, Identification Obligation, Fault Liability, Guarantee Liability