

國立台灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



論履行請求權之排除

—從英美法、日本債法改正以及賽局理論之觀點—

On the Limits of Specific Performance

From Common Law, the Modernization of Japanese Contract Law and Game Theory
Perspectives

研究生：王柏蘊

Bo-Long Wang

指導教授：陳自強 教授

Advisor: Tzu-Chiang Chen, Ph.D.

中華民國 103 年 10 月

Oct 2014



前言



此篇論文雖並非精闢之論著，然其所蒐集之資料應可免強公諸於世，其間多係拾人牙慧，借用前人之理論，鮮有個人獨特之見解，不論於質或量上，難以與其他同期之國外學生之著作相比，又，於引註之數量之上，亦難與同期之我國學生相比，蓋筆者資質駑鈍，難僅以書中一字而通曉大意，且筆者對於實務用語多有生疏，懼於理解錯誤，故不敢直接引用判決。

然閱讀上，由於本文並非一日一夕所完成，前後用語上或許會給讀者帶來不同筆者之論述之感，此乃下筆時期為不同時期所導致，並非筆者找他人代寫所致，亦無參考任何其他近期國內之碩士論文，如有引註相同之案例、判決抑或學說，純屬巧合，此處為避免誤會，合先敘明。

又筆者於，於論注過程當中，受到各方之支援，筆者此處不勝感激，不免俗地，筆者將之盧列如下，首先，係筆者之指導教授陳自強先生，其微言往往隱含偌大之智慧，默默地給予筆者指引，讓筆者可以順利完成此一論文，其二，係筆者之母親，若無其辛勞之給予，筆者將會是恍惚於工作以及論著之間，其三，係筆者之同窗，若無其無私之指點、指引、寫作工具（如 Endnote）之教導、雜務之分攤、批評以及指正，本篇論文難以完成，其四，係其他外系所之教授，若無其對於外系之問題學生之接納與包容，筆者難以理解法律學以外之學問，並予以結合，其五，係筆者人生路上之其他「老師」，正如大恩無法言謝，千言萬語，僅以此篇之論文作為代表。

中文摘要



給付不能係屬我國債務不履行三大態樣之一，於判斷流程上，係先判斷債務不履行之態樣為何，爾後決定該務不履行之態樣是否可「歸責」於債務人，因此所謂之給付不能，其意涵有其多義性，可類比至英美法之契約頓挫（frustration of contract），亦可能類比至英美法之原定給付履行（specific performance）之否准，換言之，對於給付不能之研究上，由於我國思考脈絡之因素（先判斷給付是否不能，再決定是否可以歸責），於比較法之研究之上，「給付不能」一語容易混雜上開兩概念。然依本文觀察，契約頓挫理論與原定給付履行之否准係處於不同層次之議題，前者所涉及之因素包含契約解釋以及契約風險之分配之議題，後者則涉及風險分配確定後如何調整契約雙方當事人雙方責任、利益之問題，此二議題之區格由於我國思考脈絡之因素，似並非明顯，不論如何，本文所著重者在於後者，亦即原定給付履行之否准之議題，對於前者之議題之詳盡分析，讀者可見，唐仲慶「作為免責事由之給付不能－以比較法研究為中心－」國立臺灣大學碩士論文，指導教授為陳自強先生。

按給付不能之要件，不論係採取形式不能抑或社會通念不能，我國學說多以債務人負擔過重作為依據，此於免責之契約受挫之脈絡之上，較無問題存在，然於可歸責之脈絡之上，給付不能係作為排除債權人履行請求權之重要關卡，此時「債權人因債務人原定履行所可以獲得之利益之討論」則於「債務人負擔過重」此一上位概念之陰影之下，消失無蹤。

另，於種類之債，我國學說多以種類之債並無給付不能之問題作結，此點多係基於「種類之物」之市場流通性而定論，然而此點於比較法（英美法）之觀點上，係屬相當罕見。

除實體法上之給付不能，我國執行法上，針對債務人原定履行之執行（除金錢債務），設有代替執行，學說、實務亦有肯定「代償執行」者，此時執行金額之計算之基準時點，多係以執行當下之物價或勞務價格為準，此時債權人可以透過履行請求權之行使而規避損害減輕義務。此外，即便可以強制履行者，不一定代表可以強制執行，例如典型之夫妻同居義務，係屬不得強制執行者，然其理由係基於「人性尊嚴」之模糊一語。

有鑑於此，本文嘗試就英美法之觀點以及日本債法改正脈絡，進行分析以及比對，希望能透過不修法之方式，將我國民法與國際潮流接軌。

另，針對英美法之本身，實務上長年以來已經有一套定型化之判斷標準，然而，學說對此爭議不斷，本文嘗試借用經濟學之觀點分析英美法之判斷模式，並予以論證，希望能加深英美法系統之合理性，並提供一套判斷標準，以供我國未來實務使用。



英文摘要



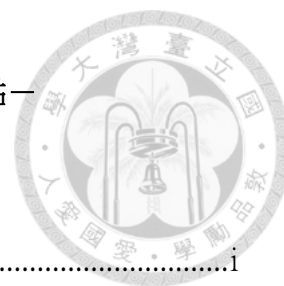
The impossibility of performance constitutes an important type of non-performance in Civil Law. In the stream of thinking thereof, Civil Law lawyers usually start with classifying the types of the disputed non-performance, after which they will usually take the second stance to decide whether the specific type of “non-performance” is attributable to the obligor (debtor) or not. However, it is not the case in Common Law, Common Law lawyers don’t differentiate between types of non-performance, nor do they impose the notion of “attributable”. As long as the debtor fails to comply with the contract terms, itself is de facto in default, except where frustration occurs as a form of creating the impossibility. However, this kind of “impossibility” is different to that in Civil Law in that the Common Law’s notion of impossibility automatically negates each party’s obligation under the contract. Therefore it is nature for us to connect Common Law’s notion of “frustration” with Civil Law’s “non-attributable impossibility”. However, what is the Common Law’s counterpart for “attributable impossibility” in Civil Law? In fact, there exists such thing as the limit to the specific performance in Common Law. This limit also negates the obligation of the debtor and transforms it into monetary compensation, which has the same effect where the impossibility is attributable to the debtor in Civil Law, namely monetary compensation again. Why are these two systems diversing so badly in theory? It is because Civil Law and Common Law have different “thinking procedures” which probably derives from different legal angles. A poor, less precise but necessary explanation is that Common Law starts with “attributability” and then “impossibility”, whereas Civil Law conversely starts with “impossibility” and then “attributability”. It is a simple game of permutation of ideology, yet the most bewildering to all lawyers.

However, the above explanation does not guarantee a substantial homogeneity between these two systems. As you may know, Common Law take the stance of prioritizing monetary relief whereas Civil Law adheres to specific performance more vigorously. A simple example is that for a creditor of generic goods, it usually is permitted to obtain what it truly wants under Civil Law, however it will face hinderance under Common Law. In the latter case, it better goes through monetary relief. The reason for Civil Law to permit specific performance of generic good is that there is no such notion of impossibility in generic goods. However, for Common Law, the notion of impossibility is being replaced by the notion of “the limit to specific performance”, and thus provides more flexibility. In general, when the object is a generic good, the creditor is usually expected to engage in substitutional transaction. In fact, they usually will even without the saying of the law. In the eye of Civil Law, Common Law imposes an impossibility to generic goods, which is of course unthinkable to Civil Law.

Concerning this discrepancy, economists have already landed on this issue several decades ago. Yet no clear conclusion seems to be reached partly due to disagreement among different assumptions. **However, this article tends to reopen the issue with a different tool, namely game theory. In the core of this article, the consecutive interplays between players (debtor and creditor) under the legal structure form a perfect sequential game with exact timing on it. By using this economic tool, we can examine how each player will interact when the court adopts different policies (say, Common Law method or Civil Law method) and how payoffs alters thereof. Once this platform is set up, the court can examine which method fits into the current case and make decision for the best outcomes (the outcome that maximizes the payoffs for both parties). The logic used here is “backward induction” .** As it may be criticized, another alternative logic can be used here is replicator equation in the evolution game theory. However, it would be tremendously unreadable to lawyers. So we will stick to backward induction for the time being. Another thing needed to be noted is that, during the set up of the model, different assumptions may cause different models to emerge. And different models **WILL LEAD** to different conclusions **EVEN WHEN** we are using the same logic to analysis the same case. So the choosing of assumptions is crucial and should be flexible. When the assumptions are more realistic and more in number, the model derived thereof should be more convincing and so is the conclusion.

After trying to apply economics tools into law, this article finds that Common Law method fits more into the welfare of the both parties under certain assumptions. In the end, this article establish a convenient board for lawyers to examine the outcome of each case although the process is paintaking and less elegant. This article hopes there would be a better and smarter mathematical solution to this paintaking process.

論履行請求權之排除
—從英美法、日本債法改正以及賽局理論之觀點—



目錄

前言	i
中文摘要	ii
英文摘要	iv
圖表目錄	x
案例目錄（依章節）	xii
第一章 緒論	1
第一節 問題之提出	1
第二節 研究方法與文章架構	2
第二章 我國法之原本債務內容之履行	4
第一節 概論	4
第二節 傳統見解	6
第一項 孫森焱氏	6
第二項 鄭玉波氏	6
第三項 戴修瓚氏	7
第四項 史尚寬氏	7
第五項 王伯琦氏	8
第六項 梅仲協氏	8
第三節 近來見解	9
第一項 王澤鑑氏	9
第二項 黃茂榮氏	10
第三項 邱聰智氏	11
第四項 詹森林氏	11
第五項 黃立氏	12
第六項 林誠二氏	12
第七項 陳忠五氏	13
第四節 實務見解	15
第五節 小結	26
第三章 英美契約法之原定給付履行	30
第一節 概論	31
第二節 英國法	39
第一項 歷史沿革	39
第二項 案例分析	41
第一款 原則：賠償金非妥適之救濟手段	41
第二款 例外	46

第一目	履行對於債務人負擔過重	46
第二目	契約之履行難以監督	51
第三目	契約涉及個人服務	52
第四目	對等性原則（principle of mutuality）	54
第三款	利益第三人契約之原定給付履行	55
第二節	美國法	57
第一項	歷史沿革	57
第二項	案例分析	58
第一款	原則：賠償金非妥適之救濟手段	58
第一目	損害難以證明	58
第二目	替代性交易之困難	61
第三目	債務人無資力	63
第二款	例外	64
第一目	對於債務人或第三人負擔過重	64
第二目	契約條款內容模糊難以執行	67
第三目	執行或監督困難	68
第四目	債務內容係個人服務	70
第五目	債權人尚未履行對待給付義務	75
第六目	對價（或約因 consideration）不均衡	76
第七目	與公共利益互相違背	78
第八目	契約雙方當事人之約定	79
第三節	小結	81
第四章	日本債權法之履行請求權	82
第一節	概論	82
第二節	二戰前見解	86
第一項	富井 政章	86
第二項	梅謙 次郎	87
第三項	鳩山 秀夫	89
第四項	末弘 嚴太郎	90
第五項	我妻 榮	91
第六項	於保 不二雄	92
第七項	柚木 馨	93
第三節	二戰後見解	96
第一項	星野 英一	96
第二項	水本 浩	97
第三項	平井 宜雄	98
第四項	北川 善太郎	99
第五項	奧田 昌道	100

第六項 平井 一雄	101
第三節 近代見解（1990 年代以降）	103
第一項 中田 裕康	103
第二項 大村 敦志	106
第三項 內田 貴	107
第四項 森田 修	110
第五項 潮見 佳男	111
第六項 山本 敬三	115
第七項 平野 裕之	116
第四節 日本債權法改正基本方針	118
第五節 日本債權法改正中間試案	127
第六節 日本實務判決	135
第七節 小結	145
第五章 賽局理論於履行請求權之排除之應用	148
第一節 觀念建構	150
第一項 賽局理論之介紹	150
第一款 賽局分類	150
第一目 玩家出手的順序是有先後順序，抑或是同時出手？	150
第二目 玩家間的利益是完全相互衝突，抑或是有某種程度上的相互依存？	151
第三目 這場賽局是一次性的賽局還是多次性的賽局？是否皆同一對手？	151
第四目 每一個玩家的資訊是否對稱？	152
第二款 用語解釋以及假設前提	153
第一目 策略（strategy）	153
第二目 報酬（payoffs）	153
第三目 理性（rationality）	154
第二項 序列賽局（sequential game、dynamic game）	156
第一款 賽局樹狀圖（game tree）	156
第一目 決策點（nodes）、分枝（branches）以及行動路徑（path of play）	156
第二目 策略（strategies）以及回推分析（rollback analysis、backward induction）	158
第二款 先手優勢（firs-move advantage）以及後手優勢（second-move advantage）	160
第三項 同時賽局（simultaneous game、static game）	161
第四項 貝氏賽局（Bayesian game）	164

第五項 訊號賽局 (signaling game)	167
第二節 賽局理論於履行請求權排除之應用	170
第一項 假設	170
第一款 締約時資訊揭露 (information disclosure) 及預見可能性原則 (foreseeability)	170
第二款 不完全契約 (incomplete contract)、風險分配與資訊不對稱 (information asymmetric)	174
第三款 償付不能風險 (insolvency risk)	177
第二項 模型之建立 (modeling)	178
第三節 實際案例分析與驗證	202
第四節 小結	206
第六章 英美法及日本債權法改正對於我國之啟示	208
第七章 結語	212
附錄 翻譯詞彙勘誤 (英文)	216
參考文獻	219

圖表目錄



圖表〔一〕：英美法違約救濟流程.....	32
圖表〔二〕：英美法原定給付履行之判斷流程.....	36
圖表〔三〕：日本民法之違約救濟流程.....	84
圖表〔四〕：日本債權法改正之違約救濟流程.....	120
圖表〔五〕：非連續函數之序列賽局（一）.....	157
圖表〔六〕：非連續函數之序列賽局（二）.....	158
圖表〔七〕：非連續函數之同時賽局（一）.....	161
圖表〔八〕：非連續函數之同時賽局（二）.....	162
圖表〔九〕：非連續函數之同時賽局（三）.....	163
圖表〔一〇〕：非連續函數之貝氏賽局（一）.....	164
圖表〔一一〕：非連續函數之貝氏賽局（二）.....	165
圖表〔一二〕：非連續函數之貝氏賽局（三）.....	166
圖表〔一三〕：非連續函數之貝氏賽局（四）.....	167
圖表〔一四〕：非連續函數之訊號賽局.....	168
圖表〔一五〕：損害賠償計算總表.....	182
圖表〔一六〕：違約救濟賽局（一）.....	183
圖表〔一七〕：違約救濟賽局（二）.....	184
圖表〔一八〕：違約救濟賽局（三）.....	186
圖表〔一九〕：違約救濟賽局（四）.....	187
圖表〔二〇〕：違約救濟賽局（五）.....	188
圖表〔二一〕：當事人行為分析表（一）.....	191
圖表〔二二〕：法院判斷分析表（一）.....	194
圖表〔二三〕：違約救濟賽局（六）.....	196
圖表〔二四〕：當事人行為分析表（二）.....	198
圖表〔二五〕：法院判斷分析表（二）.....	200
圖表〔二六〕：違約救濟賽局（七）.....	203



案例目錄（依章節）



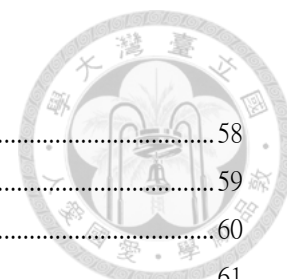
國內

〔C1〕 56 年台上字第 1708 號判例	15
〔C2〕 37 年上字第 8141 號判例	16
〔C3〕 89 年度台上字第 2 號判決	16
〔C4〕 23 年上字第 1061 號判例	17
〔C5〕 23 年上字第 1061 號判例	17
〔C6〕 94 年度台上字第 828 號判決	18
〔C7〕 100 年度台抗字第 283 號裁定	18
〔C8〕 95 年度台上字第 1234 號判決	19
〔C9〕 84 年度重訴字第 125 號判決	19
〔C10〕 82 年度台上字第 1985 號判決	20
〔C11〕 63 年台上字第 215 號判例	22
〔C12〕 81 年度台上字第 2774 號判決	23
〔C13〕 97 年度台上字第 1278 號判決	24

英國

〔E1〕 SKY PETROLEUM LTD V VIP PETROLEUM LTD [1974]	42
〔E2〕 WHITE & CARTER (COUNCILS) LTD V MCGREGOR [1963] 3 ALL E.R. 1178.....	42
〔E3〕 LUMLEY V WAGNER [1852] 1 D.M. & G. 694	44
〔E4〕 EVENING STANDARD CO. LTD. V HENDERSON [1987] I.C.R. 588.....	45
〔E5〕 HILL V CA PARSONS & CO. LTD [1972] CH. 305	45
〔E6〕 DENNE V LIGHT [1857] 8 D.M. & G 174	47
〔E7〕 PATEL V ALI [1984] CH. 238.....	47
〔E8〕 WROTH V TYLER [1974] CH. 30.....	48
〔E9〕 WARNER BROS PICTURES INC. V NELSON [1937] 1 K.B. 209	48
〔E10〕 JOHNSON V AGNEW [1980] A.C. 367	50
〔E11〕 CO-OPERATIVE INSURANCE SOCIETY LTD V ARGYLL STORES (HOLDINGS) LTD [1998] A.C. 1	51
〔E12〕 POWELL V BRENT LONDON BOROUGH COUNCIL [1988] I.C.R. 176	52
〔E13〕 ROBB V HAMMERSMITH AND FULLHAM LONDON BOROUGH COUNCIL [1991] I.C.R 514.....	53
〔E14〕 PRICE V STRANGE [1978] CH. 337.....	54
〔E15〕 BESWICK V BESWICK [1968] A.C. 58.....	55

美國



[A 1] CAMPBELL SOUP CO v WENTZ, 172 F.2D 80 [1948]	58
[A 2] MORRIS v SPARROW, 287 S.W.2D 583 [1956]	59
[A 3] WALGREEN CO. v SARA CREEK PROPERTY CO., 966 F.2D 273 [1992].....	60
[A 4] CENTEXT HOMES CORP. v BOAG, 320 A.2D 194 [1974]	61
[A 5] SEDMAK v CHARLIE' S CHEVROLET, INC, 622 S.W.2D 694 [1981]	62
[A 6] JAMISON COAL & COKE CO. v GOLTRA, 143 F.2D 889 [1944]	63
[A 7] WAITE v O' NEIL [1896]	64
[A 8] VAN WAGNER v S&M ENTERPRISES, 501 N.Y.S.2D 628 [1986]	65
[A 9] CENTRAL ILLINOIS PUBLIC SERVICE CO. v CONSOLIDATED COAL CO., 941 F.2D 622 [1981].....	66
[A 10] NORTHERN DELAWARE INDUSTRIAL DEVELOPMENT CORP. v E. W. BLISS CO. [1968].....	68
[A 11] FLEISCHER v JAMES DRUG STORES, 62 A.2D 383 [1948].....	69
[A 12] BLOCH v HILLEL TORAH NORTH SUBURBAN DAY SCHOLL, 426 N.E.2D 976 [1981]	70
[A 13] LONDON BUCKET CO. v STEWARD, 237 S.W.2D 509 [1951]	70
[A 14] NEW LIFE COMMUNITY CHURCH OF GOD v ADOMATIS, 672 N.E.2D 433 [1996].....	71
[A 15] CITY STORES COMPANY v AMMERMAN, 266 F.SUPP. 766 [1967].....	72
[A 16] CHADY v SOLOMON SCHECHTER DAY SCHOOLS, 645 N.E.2D 983 [1995]	73
[A 17] MADISON COUNTY BOARD OF EDUCATION v WIGLEY, 259 So.2D 233 [1972]	74
[A 18] REGO v DECKER, 482 P.2D 834 [1971].....	75
[A 19] GEORGE W. KISTLER, INC v WILLIAM J. O' BRIEN, 347 A.2D 311 [1975].....	77
[A 20] SEAGIRT REALTY v CHAZANOF, 13 N.Y.2D 282 [1963].....	78
[A 21] TERMPPLAN ARABI, INC. v FRANK M. CAROLLO, 299 So.2D 831 [1974]	79

日本

[J 1] 最高裁判所第一小法廷〈昭和 47 年 04 月 20 日・昭和 44 (オ) 212〉 [1972].....	135
[J 2] 最高裁判所第一小法廷〈昭和 35 年 04 月 21 日・昭和 30 (オ) 720〉 [1960].....	136
[J 3] 名古屋高等裁判所〈昭和 41 年 04 月 18 日・昭和 37 (ネ) 120〉 [1966].....	137
[J 4] 神戸地裁所姫路支部〈平成 14 年 01 月 10 日・平成 11 (ワ) 116〉 [2002].....	137
[J 5] 京都地裁所第三民事部〈平成 15 年 07 月 15 日・平成 13 (ワ) 2752〉 [2003].....	138
[J 6] 東京高等裁判所〈平成 13 年 12 月 19 日・平成 12 (ネ) 5379〉 [2000].....	139
[J 7] 最高裁判所大法廷〈昭和 31 年 7 月 4 日・昭和 28 (オ) 1241〉 [1956].....	140
[J 8] 京都地裁所第二民事部〈平成 25 年 10 月 07 日・平成 22 (ワ) 2655〉 [2012].....	141
[J 9] 最高裁判所第一小法廷〈平成 25 年 3 月 28 日・平成 24 (許) 41〉 [2013]	142
[J 10] 最高裁判所第一小法廷〈昭和 58 年 1 月 20 日・昭和 54 (オ) 158〉 [1983].....	143
[J 11] 最高裁判所第三小法廷〈昭和 54 年 3 月 20 日・昭和 53 (オ) 826〉 [1979].....	143

賽局

[G 1] HADLEY V BAXENDALE [1854] EWHC J70.....	170
[G 2] RUXLEY ELECTRONICS AND CONSTRUCTION LTD V FORSYTH [1996] A.C. 344.....	202







第一章 緒論

第一節 問題之提出

於債務不履行之態樣上，我國學說係繼受德國法之解釋方法，故所謂之給付不能，亦被包含在債務不履行之體系底下，故給付不能係獨立出來，成為一種債務不履行之態樣。

給付不能之判定涉及債務人是否仍應進行原本債務內容之履行，及債權人是否能完全獲得契約底下所期待之利益狀態甚鉅，於債務人，係被免除原本債務內容之履行，於債權人，係被剝奪原本於契約底下所可期待之履行利益。我國學說及實務對於給付不能，多著眼於其分類，如自始及嗣後、主觀及客觀、一部不能及全部不能、永久不能及暫時不能或事實不能及法律不能，此主要係深受德國法之分類之影響，惟，對於「不能」之實質內涵之論述，大多係以「債務人之負擔過重」之觀點出發，則似稍嫌不足。

一旦債務人確定須進行原本債務內容之履行時，進入執行程序中，依照我國強制執行法之程序，於給予債務中，當標的物係特定之物，可透過法院之直接強制為之，於種類之物，雖可透過代替執行（抑或「代償」執行）之方式使債務人滿足債權，但是依照直接強制之優先性，債務人仍須被剝奪標的物之占有¹；而於行為債務中，屬於可以代替之行為債務，係以代替執行為之，至於專屬性服務而無代替可能性者，由於無法代替執行，則交由間接強制為之²，對於債務人之人身自由之侵害不言可喻，故間接強制僅處於補充之地位，惟其仍然存在³。

然而事實上，對這種原本債務內容之履行，約十九世紀中期後，由於高度工業化以及同種類之商品氾濫，已經式微，也不為契約當事人所重視⁴，而事實上，通常僅有低度工業化之國家或鄉村地區會重視原本債務內容之履行，即便在債權人可以合理進行替代性交易轉而請求損害賠償之情形，法院也是會以原本債務內容之履行為主⁵，反觀我國通說，於種類之債，並無給付不能之可能（法諺「Genus perire non censetur」），是否意味我國亦屬低度工業化之國家？

另，於執行程序中，當種類之物執行無效果時，學說有認應該交由給付不能

¹ 楊與齡（1976），〈強制執行法論〉，第2版，頁484，台北：楊與齡。關於此點，係與日本民事執行法相同，詳見，新堂幸司、竹下守夫（1981），〈民事執行法を學ぶ〉，第1版，頁262，東京都：有斐閣。

² 張登科（2007），〈強制執行法〉，第1版，頁538，臺北市：三民總經銷。

³ 陳榮宗（1988），〈強制執行法〉，第1版，頁596，台北市：三民。

⁴ Janwillem Oosterhuis, Specific performance in German, French and Dutch law in the nineteenth century [electronic resource]: remedies in an age of fundamental rights and industrialisation (2011, 1st ed), Leiden, Boston: Martins Nijhoff Publishers, p.87。

⁵ See, Janwillem Oosterhuis, supra note 4, p.88。

處理，實務有認應該以代替執行為之，然而，代替執行是否可以直接適用於物之交付之債務，有待討論，即便論以給付不能，則於損害賠償之計算上，於物價不斷上漲之情形，此時計算之基準時點，應該以執行時為準？抑或應該以債權人於起訴之前可以合理進行替代性交易之時點為準？如果以執行時點為準，為何債權人可以透過自己之行為而擴大債務人之責任？或以後者為準，則為何法院一方面准許債權人進入執程序，而另外一方面，於執行無效果時，進而藉由減低損害賠償額度而制裁債權人？而同樣之問題也可以適用於行為債務之代替執行。

然，我國民法第二百二十六條所謂之給付不能，如予以充實其內容，則於實體上，即可藉由排除債權人之履行請求權而防範上開問題於未然，且上開執行或程序之問題亦可解決。

英美法上，關於債務人是否仍應進行原本債務內容之履行，涉及原定給付履行（specific performance）可否成功訴求之問題，對於此一議題，英美法已有相當深入之探究，一、二百年所累積之判決，已經蔚然可觀。

德國 2002 年對於債法之改正，對此，亦有所認知，另，近年日本債權法改正，亦步亦趨，對於我國之啟示為何，係屬本文之重點。

有鑑於此，本文爰就學力所及，嘗試探索英美法以及日本債權法之來去，為我國現行法之脈絡，提供解釋學上契合之可能性。

第二節 研究方法與文章架構

於研究方法上，本文採取兩種研究模式，其一係屬比較法學之研究方法，亦即本文爰就語言能力所及範圍之內，本文會介紹我國以及其他法系之處理模式，其二係屬經濟分析之研究方法，亦即於本文數理能力所及範圍之內，進行模組之分析以及架構，並且對於以上不同之法系進行驗證。

本文之章節架構係，第二章會先確認我國法之架構以及學說實務之見解，以做為後面章節之對照之基準，第三章，會從比較法之角度開始介紹英美法之原定給付履行之排除事由，第四章，會進入日本學說、實務以及債權法改正之脈絡，觀看英美法或國際契約文件對於日本債法改正之影響，第五章，本文會介紹賽局理論及其於英美法上原定給付履行之排除之應用，從賽局理論之角度，觀看英美法法院如何介入當事人之紛爭並做出經濟效益之判斷，本文在此將會嘗試藉用該理論予以分析、逆向解構英美法之制度，並驗證理論，同時本文亦會藉此分析大陸法之處理方式，並與英美法做一對比，最後，於第六章，本文將會針對英美法以及日本債法改正對於我國法之啟示，做出結論。

於案例上，我國實務案件一概以〔C〕表示，英國法之案例一概以〔E〕表示，而美國法係以〔A〕表示，日本法案判決則以〔J〕代表，另外，於賽局理論之案例分析上，則以〔G〕表示，合先敘明。

由於大陸法系與英美法系，雖然僅於理論上有所差異，然而，針對履行請求權之排除抑或原定給付履行之容許之面向上，兩大法系不論理論抑或實務上皆有

重大之差別，筆者希望藉由本文突顯出此一差異，以做為未來讀者參考之用。

另，於模組之建立之上，由於計算上對於數字之需求，本文亦會嘗試針對契約爭議雙方之賠償金之計算，提出淺見，希望能有所助益。惟本文為學不周，望讀者不吝指正。



第二章 我國法之原本債務內容之履行



第一節 概論

我國民法關於債務人是否應該繼續履行債務之規定，可能之端倪、切入點即我國民法第二百二十六條以及第二百二十五條，前者係屬不可免責之給付不能，而後者係屬免責之給付不能，然兩者皆涉及「給付不能」，於脈絡上，係先判斷債務不履行之態樣，爾後判斷是否可歸責於債務人。此觀我國民法第二百二十六條謂：「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。前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。」自明。然，基於對於英美法原定給付履行之對照之目的，本文以下所著重者，係屬民法第二百二十六條，合先敘明。

我國民法最早之立法，可以溯源自「大清民律草案」，於 1907 年起草時，曾經參照德國、瑞士以及日本之民法典，並於日本法學者之協助下完成。然該草案於公布前，辛亥革命爆發，草案胎死腹中，隨後南京國民政府於 1928 開始起草新民法，並於一年後公布⁶。

我國民法應為南京國民政府於 1928 所起草之新民法，依照我國學說之見解，其體例雖採瑞士民商合一之體例，然而於債務不履行之體系，我國係採取德國法系統⁷。現行瑞士民法典之前身係 The Swiss Civil Code of [1881]，係採取法國民法例，原則上承認債權人得訴請原定給付履行，例外當債務之內容係屬行為債務之時，債權人僅得請求損害賠償，而所有行為債務將解消為損害賠償之債，此係參照法國民法典第 1142 條之立法，惟，於 1911 年，瑞士民法進行改革，其中第五部份 The Code of Obligations，係採取德國之立法體例⁸，惟瑞士債法與 2002 年修正前之德國債法，於細節之處，仍有差異⁹。

至於我國學說之脈絡，學說通說認為，此時債務人之原債務消滅，轉換成損害賠償之責，即債務人無庸履行原本債之關係底下之原本債務。惟，何謂「不能」矣？如債務人將契約標的物予以轉賣，通說認為此係主觀不能，債務人無庸履行

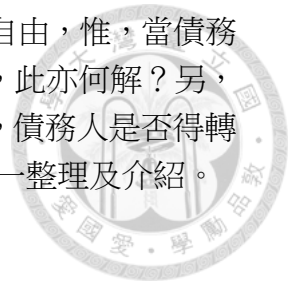
⁶ 朱勇「私法原则与中国民法近代化」法學研究，第 6 期（2005），頁 145。

⁷ 唐仲慶（2011），〈作為免責事由之給付不能—以比較法研究為中心— [Impossibility and force majeure as exemptions : focus on the comparative legal study]〉，頁 7，碩士論文—國立臺灣大學法律學研究所。

⁸ François Dessemontet and Tuğrul Ansay, Introduction to Swiss law (2004, 3rd ed), Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, p.120。

⁹ 茲舉例而言，例如我國民法第 254 條規定，當債務人不於催告期間（Nachfrist）內履行，債權人「得」解除契約，瑞士債法第 107 條第 2 項亦有相同規定，然而修正前之德國民法第 326 條則規定，債權人此時「僅得」解除契約，而不得繼續請求債務人為原本債務內容之履行，詳見，G. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract (1988, 1st ed), London : Oxford University Press, p.328。

原本債之關係底下之原債務，債務人「似」有選擇是否履約之自由，惟，當債務人與第三人之買賣契約附有「買回條款」時，且買回並非難事，此亦何解？另，即便無主觀抑或客觀不能之情事，債務人繼續履約之負擔過重，債務人是否得轉而負擔賠償責任？於此問題，本文以下嘗試針對我國學說，做一整理及介紹。





第二節 傳統見解

第一項 孫森焱氏

按孫森焱氏於其著作中，對於給付不能之定義為，不僅是指物理上之不能或邏輯上不能，凡依照社會通念，認為不能者，亦包含在內，此情形包含，出賣人所應進口之貨物為海關所禁止進口，應交付之土地因為政治因素或天災而流失等，然而該氏學者嚴格區分「給付不能」以及「給付困難」，該氏學者認為，所謂給付困難者，係謂給付雖屬困難，債務本旨仍可能實現，仍非給付不能，而係給付困難，舉例而言，當建物原料因為石油危機導致價格騰漲，以致營建困難，仍屬給付困難，而並非給付不能（最高法院三十二年上字第四七五七號判例），反之，當依照社會一般通念已達不能之程度者，仍應認為係給付不能。

依照該氏學者，給付屬困難「且」達到社會通念之不能者，係屬給付不能¹⁰，故給付困難有可能被論以給付不能。

第二項 鄭玉波氏

關於給付不能，按鄭玉波氏於其著作中謂：「所謂不能者，與不為有所差別，不為係能為而不為，不能係欲為而不能。」¹¹且所謂不能者，可區分為「事實與法律」、「自始與嗣後」、「客觀與主觀」、「永久與一時」以及「全部與一部」之不能，然而其中重點係嗣後不能，而於永久不能，並無區分「事實與法律」以及「客觀與主觀」之不能之必要性¹²。

另，於給付不能之判斷時點之上，鄭玉波氏學者指出，此時有所爭議¹³，有論者認為，給付是否不能，應該以履行期作為判斷標準，只要履行期到來之前，履行皆屬可能，則無履行不能之發生之問題，然而該鄭玉波氏最後認為，履行期與給付是否不能並無關聯，履行期到來之前，履行成為不能者，固然可論為給付不能，然，即便履行期經過之後，履行陷於不能者，仍可論為給付不能，此時便無再論以給付遲延之必要，然鄭玉波氏亦指出，於履行遲延當中，債務人仍必須為不可抗力負責¹⁴。

依其說明，則債務人將契約標的物轉賣予第三人，由於係主觀「不能」，故，債務人對於債權人係「欲為而不能」，其之前轉賣予第三人之行為，可能係於受

¹⁰ 其實此一見解與傳統日本學說係居於相同之立場，詳見後述，鳩山。

¹¹ 鄭玉波（2002），〈民法債篇總論〉，第2版，頁347，台北：三民書局。

¹² 鄭玉波（1978），〈民法債編總論〉，第7版，頁278，台北：三民。

¹³ 事實上此一爭議於日本傳統學說底下有所存在，詳見後述，鳩山、末弘、我妻教授等。

¹⁴ 鄭玉波，前揭註12，頁282。事實上此見解，可以與後述日本傳統學說，柚木教授之見解做一對比。

強制下之行為（因為不欲），應可撤銷。



第三項 戴修瓚氏

關於此一議題，戴修瓚氏有詳細之說明，按該氏學者，債之效力係對於原本債之關係之實現，故債權人得請求債務人實現原本之債之關係，於給付方法上，應依照誠信原則為之（民二一九），然而，何謂誠信原則？該氏對此說明如下，所謂「誠信原則」，係源自十八世紀末至十九世紀中葉，法國民法第一一三四條規定契約之履行應依照信義，於德國薩克森民法第八五八條，亦謂契約之履行應依信義誠實原則，惟，該規定係針對「債務人」履行義務之限制¹⁵，其旨並非在於規範「債權人」對於債權之行使，而現今之誠信原則，係源自於十九世紀後葉，社會本位主義興起，對於債權人之債權行使始課予誠信原則（如瑞士民法一條二項）。

於債權人行使債權，該氏學者舉例而言，如債務人原應給付特定之標的物，惟，債務人另行給付同種之物，兩物對於債權人而言，利益皆一致，若債權人強行要求債務人為原定之給付時，即屬權利濫用¹⁶。

如按該氏學者見解，於給付不能之情形，債務人如欲以損害賠償替代原本之履行，如對於債權人利益狀態皆一致，似無不可之理。

此觀該氏學者於給付不能之部份，亦云，所謂，給付不能向有「絕對主義」及「相對主義」之分，絕對主義下之給付不能，係指理論上之絕對不能，亦即現實上絕無可能性存在可言，反之，相對主義下之給付不能，係謂法律上之不能，亦即雖然現實上仍有可能性存在，但是，強行使債務人為給付，對於債務人負擔過重，在一般社會上之通念，係屬不公平者¹⁷。

至於不能之判斷基準，究竟係主觀基準（以債務人之主觀為準）抑或客觀基準（以法院之客觀基準為主），依照該氏學者所謂之「一般社會通念」，應係指客觀標準而言。

第四項 史尚寬氏

為我國民法起草者之一之史尚寬氏，於其著作中謂，所謂給付不能者，並非指物理上或邏輯上之不能，而係社會上或法律上之不能，例如，海底撈針，物理上雖非不能，惟，於社會觀念上已經屬於不能，另外出賣人一物二賣之情形，「除非」出賣人得依買回方法使契約標的物移轉於原買受人之外，在交易上係屬不能¹⁸。

該氏學者亦謂：「蓋債務人之犧牲有其限度，應依當事人之目的及誠信原則，

¹⁵ 戴修瓚（1961），〈民法債編總論〉，第1版，頁110，台北市：三民。

¹⁶ 戴修瓚，前揭註15，頁114。

¹⁷ 戴修瓚，前揭註15，頁132。

¹⁸ 史尚寬（1983），〈債法總論〉，第1版，頁363，台北市：史吳仲芳。

以定之。但因貨幣貶損所生之價格騰貴，其程度雖如何高深，不得以之為不能之原因。」¹⁹於非貨幣貶損導致之標的物市場價格之上漲，則應如何處理，該氏似未有說明。

另，於一物二賣之情形，出賣人以更高之價格轉賣於第三人時，出賣人可否謂原買受人使其交付標的物之請求，會使其蒙受「機會」喪失之不利益，故對其「負擔」過重，應論以給付不能？依照該氏學者謂：「賣主將自己所有物出賣之後，復讓與第三人而已為交付或移轉登記，則除得依買回或其他方法由第三人取回其物以之移轉於買主之外，在交易上為不能。」依此見解，附有買回條款之一物二賣之出賣人不得為「給付不能」之主張，故此時並無有效率違約（efficient breach of contract）²⁰之可能性存在。

第五項 王伯琦氏

王伯琦氏謂，所謂給付是否可能，應以一般社會通念為判斷，「事實上不能」者，確實是不能，但是事實上縱然可能，但是對於債務人而言，必須做出重大犧牲方能給付者，例如債務人必須承擔生命危險以及違反法律道德上義務等，則應屬「社會通念上之不能」²¹。

依照該氏說明，係以債務人之承擔為準，惟，當債務人之承擔係屬重大，然而債權人之履行利益（期待利益）亦屬重大時，此時，似乎無解。

第六項 梅仲協氏

對此，梅仲協氏雖並未對於「給付不能」之定義有過多之解析，然而值得注意者係，該氏認為，於種類之債，必須市場上其他一切種類之同類之標的物歸於消滅，抑或喪失其市場流通性者，始可謂其係屬客觀不能²²。

然而，邏輯上，當種類之債如果已經於市場上無他同種類之商品存在，此時是否仍是「種類之債」？另，當市場上其他一切種類之同類之標的物並未歸於消滅，則種類之債幾乎無給付不能之可能性存在，進入執行程序中，債務人須面臨直接強制，即便債權人得輕易從市場上取得標的物，亦是如此。

¹⁹ 史尚寬，前揭註 18，頁 364。

²⁰ 關於有效率違約，可見，楊宜良（2013），〈損失賠償與救濟〉，第 1 版，頁 352，北京：法律出版社。

²¹ 王伯琦（1956），〈民法債篇總論〉，第 1 版，頁 160，台北市：王伯琦。

²² 梅仲協（1959），〈民法要義〉，第 6 版，頁 172，台北市：梅仲協。

第三節 近來見解

第一項 王澤鑑氏



關於給付不能，王澤鑑氏認為可以區分為主觀與客觀不能或自始與嗣後不能，而將其排列組合之結果，共有四種類型。

關於我國民法第二四六條所謂之給付不能之含意為何？該氏學者詳細說明，主要係認為，該條所謂之不能，僅限於自始客觀不能，其論述理由在於，Larenz教授為契約於給付為客觀不能之情形，已經喪失其意義，故契約應該歸於無效，故我國民法第二四六條亦應做同一解釋²³。

另外於我國民法第二二六條所謂之不能，一般而言，係包括嗣後客觀不能，然而是否包括嗣後主觀不能？則有爭議，該氏學者認為，應該亦包含嗣後主觀不能，其理由在於，若可讓嗣後主觀不能排除於民法二二六條之範疇之外，則無異於使債務人可以藉由可歸責於自己之事由，讓自己免責，其二，就債權人之利益而言，若該條給付不能不包含嗣後主觀不能，則於債務人負擔過重而無法親自完成債務之情形，債務人仍然必須履行原本債務，有違現代人權理念²⁴。

且依照該氏學者見解，所謂客觀不能者，該氏學者亦認同，應該不僅僅包含自然法則上或物理上之不能，也應該包含基於經濟事實理由上面之不能，舉例而言，於台灣海峽上尋找細針者，此技術上雖有可能，惟於經濟層面上，毫無理由可言，是故，所謂客觀不能，不能單依照自然物理之觀點最為判斷依據，也應該斟酌社會一般經濟觀念而為判斷²⁵，然而，該氏學者亦認為，所謂給付困難與給付不能仍有所差異²⁶。

然而於主觀不能之情形，可否謂出賣人將契約標的物取回所需耗費之代價過高，可謂已經達到「社會一般經濟觀念之不能」，而可以論為客觀不能？如係如此，於嗣後不能之情形，區分主觀不能以及客觀不能之實益何在？如有實益，則其內涵為何？而事實上，該氏學者於之後之論著當中，已經表明：「嗣後不能，應包括主觀不能以及客觀不能在內。換言之，在嗣後不能，主觀不能以及客觀不能不必區分。至於給付是否不能，…應就個別案件，視具體情形斟酌交易觀念而決定。」²⁷

另外，自始客觀不能之情形，契約是否喪失其意義，其係立於契約當事人之角度觀之，抑或係從法官或學者之主觀角度觀察之？當出賣人於訂立契約時擔保

²³ 王澤鑑（2004），〈民法學說與判例研究〔第一冊〕〉，第1版，頁420，臺北市：王澤鑑。

²⁴ 王澤鑑，前揭註23，頁426。

²⁵ 王澤鑑，前揭註23，頁420。

²⁶ 王澤鑑，前揭註23，頁426。

²⁷ 王澤鑑（2003），〈王澤鑑法學全集：民法學說與判例研究〔一〕〉，頁491，北京市：中國政法大學出版社。

一定情事之發生，然而其未能發生（如出賣人擔保有能生產貨物，然而事實上締約之後出賣人仍未能取得該能力），此時將契約論以無效，另蜿蜒擷取錯誤、詐欺抑或締約上過失之途徑予以處理，或有論者並再度區分出賣人明知或無法明知之情形予以不同賠償額度（信賴利益或履行利益）²⁸，似乎過於默視擔保於我國民法上之效力（我國民法三五九、三六〇條），且，依照上一段之推論，若於嗣後不能之情形底下，主觀不能以及客觀不能並無區分必要性，則於自始不能之主觀不能，此時由於債權人負擔擔保責任，故契約仍然有效，則為何自始客觀不能無法做同一解釋？

且，該氏學者於嗣後主觀不能亦應該被包涵於民法第二二六條之理由係「若可讓嗣後主觀不能排除於民法二二六條之範疇之外，則無異於使債務人可以藉由可歸責於自己之事由，讓自己免責」，然而即便嗣後主觀不能「不」被包含於民法第二二六條之「不能」之內，則債務人仍必須履行原本債務，原本債務不因此免除，則何來該說所謂之「免責」之有？

另，該氏學者認為，當債務人因為個人身理缺陷而無法繼續履行債務，此時該氏學者將其解釋為「主觀不能」，然而可否謂此亦屬「社會通念上之客觀不能」？

第二項 黃茂榮氏

針對不能，黃茂榮氏指出，除自始客觀不能之外，給付不能並非使契約歸於無效，給付不能僅為履行障礙，而只是將契約帶入新之階段²⁹。

所謂之「不能」，係指，債務人已經依照交易習慣或誠信原則，已經盡到一切可能之努力，仍無法履行原本債務者，該不能之原因，有因自然因素導致之不能（如標的物滅失抑或標的物淪陷於戰區而無法取回者）者，此謂「自然不能」，亦有因法律規定導致不能者，此謂「法律不能」，亦有因經濟因素導致不能者，此謂「經濟不能」，於經濟不能，如超過債務人所可以負擔之「犧牲界線」（Opfergrenze），即屬之³⁰。

另，針對給付不能之主觀以及客觀不能，該氏學者認為，除自始不能之外，於嗣後不能，並無區分主觀抑或客觀不能之必要，蓋對於債權人而言，於嗣後不能，其法律效果皆一致，至於是否他人得給付之，並非重點所在³¹。

至於給付不能之判斷時點，該氏學者指出，過往實務見解係：「所謂給付不能，係指在給付期或債務人得為給付之時期有不能給付之情形而言，若在此等期間，給付已屬於不能，則不問其為永久不能抑或一時不能，皆當然發生給付不能之效果。縱債務人嗣後回復為可能給付，亦無從變更此已發生之法定效果。」然而此種見解，該氏學者認為並不適當，蓋於一時不能，往後仍可能轉變為可能，

²⁸ 王澤鑑，前揭註 23，頁 429。該氏學者認為應該以履行利益之賠償作為原則，然而如此之作法與回歸我國民法第二二六條有何差異？

²⁹ 黃茂榮（2004），〈債法總論（第二冊增訂版）〉，第 1 版，頁 204，台北市：黃茂榮。

³⁰ 黃茂榮，前揭註 29，頁 206。

³¹ 黃茂榮，前揭註 29，頁 207。

故此時並不宜論以給付不能³²。

然而事實上，不論是否為「一時」不能，或「永久」不能，非立於裁判時點觀之，孰難知悉，故該不能之「判斷時點」究竟應係屬「履行期」抑或「裁判時點」？耐人尋味。



第三項 邱聰智氏

邱聰智氏於其著作中，認為，債務不履行之態樣有三，不論係屬何者，其皆應因債務人可否歸責作為標準，蓋，債務之內容無法實現，有時並非債務人所能避免，此時強求債務人負擔債務不履行之責，未免過苛。

又，於給付不能，該氏學者指出，給付不能本身係屬不確定之概念，以往傳統學說往往徘徊於主觀不能以及客觀不能之間，令讀者迷惘，不論如何，原則上，給付不能僅會發生在特定物之債，於種類之債底下，由於種類之債，債務人得以其他同種類之物作為給付內容，因此不生給付不能之問題³³，然而，所謂「給付不能」應該僅限於客觀不能抑或亦應包含主觀不能？學說多有所爭論，持客觀不能說者認為，該不能必須係屬非個人情事所生之不能，始得認為構成所謂之不能，然而，持主觀不能說者認為，只要社會通念上係屬不能，即可認定係屬給付不能，此時無區分主觀不能抑或客觀不能之必要性存在，而邱聰智氏採取後說³⁴，因此所謂給付不能，不限於事實不能或法律不能³⁵，也包含社會通念上之不能³⁶，舉例而言，當契約標的物係屬貴重珠寶，而於執行程序當中，「為債務人所惡意藏匿」，導致執行無結果，應可認為係屬給付不能³⁷。此外，於自始給付不能之上，邱聰智氏認為，亦應該包含自始主觀不能³⁸。

第四項 詹森林氏

關於此一議題，詹森林氏指出，所謂之不能，學理上眾說紛紜，然而，應該從法條以及實務之見解出發做一理解，針對不能，可以區分為「自始、嗣後」、「主觀、客觀」等，而賦予不同之法律效果。

針對主觀不能以及客觀不能，該氏學者指出，如何區分主觀不能以及客觀不能，理論上，所謂客觀不能係指「所有人」皆無法提出者（例如契約標的物體有物理性之滅失），而主觀不能係指「其他人當中，至少有一人」可以提出（如出

³² 黃茂榮，前揭註 29，頁 208。

³³ 邱聰智（1987），〈民法債編通則〉，第 1 版，頁 264，台北市：輔仁大學法學院法律服務中心經銷。

³⁴ 邱聰智，前揭註 33，頁 265。

³⁵ 邱聰智，前揭註 33，頁 267。

³⁶ 邱聰智，前揭註 33，頁 265。

³⁷ 事實上此說與日本法院之見解有相似之處，詳見下述日本法院判決〔J4〕神戶地裁所姫路支部〈平成 14 年 01 月 10 日・平成 11（ワ）116〉〔2002〕。

³⁸ 邱聰智，前揭註 33，頁 266。

賣他人之物，該他人仍得提出)，於自始主觀不能，並無民法第二四六條之適用³⁹，而針對自始主觀不能，債務人應該負擔無過失擔保責任⁴⁰。然而針對「不能」本身之概念，該氏學者似並未有詳盡之分析。

針對主觀以及客觀不能之區分，依照該氏之邏輯，則當契約訂立之前，契約標的物已經沉入海中，債務人因此放棄其所有權，此時僅有擁有高度尖端科技之打撈公司得加以取出，由於該公司仍得提出給付，故此時係屬「主觀不能」，並無民法第二四六條之適用，債務人應該負擔無過失擔保責任，亦屬樂事一件。

或於契約訂立之前，契約經「特定」之標的物於物理上已經滅失，然而該契約標的物於市場上面仍存在同種之物，此時由於已經特定，故屬「客觀不能」，此時依照民法第二四六條，契約應論以無效，如未特定，由於未特定前並無給付不能之問題，故契約於無其他排除事由存在時，仍屬有效，故尚未特定之時，契約屬於有效，惟，由於尚未特定，故債務人尚且無法給付，惟，於特定之當下，契約旋即歸於無效。

第五項 黃立氏

我國近代學者黃立氏，指出，我國以往判例以及學說對於給付不能，往往以社會觀念之給付不能作為出發，然而此一「社會通念之不能」之內涵為何？則鮮有說明，因此，該氏學者將不能之觀念再加以細分，依照黃立氏之分類，給付不能尚可再細分為「物理上之不能」、「法律上之不能」以及「經濟上之不能」⁴¹

物理上之不能，係屬自然法則上之不能，而法律上之不能，係屬法律上之禁止導致給付不能，最後，所謂之經濟上之不能，則較有爭議，不論如何，通說認為，「經濟上之困難」，原則上不能認為係屬給付不能，然而當該困難已經達到「經濟上不可期待性」，依照第一四八條誠信原則，而可以認為係屬給付不能。另外，於判斷是否為經濟不能，黃立氏學者並指出：「債務人因無可期待性，應認為係屬給付不能，當然亦應考慮到債權人之利益以及該法律行為之風險性，加以審核，此種考慮應屬於民法第一四八條誠信原則之範圍。」⁴²

依照該氏學者說明，認為於判斷給付是否不能之要件上，也應該考慮到債權人因此所可以獲得之利益，然而，債權人可以獲得之利益為何？該「利益」之「內容」為何？如何計算？則該氏學者似並未有進一步詳細之說明。

第六項 林誠二氏

針對給付不能，林誠二氏認為，所謂之給付不能係被包含於債務不履行之態樣之中，而給付是否不能，應從一般社會觀念而為判斷，故，除邏輯上或物理上

³⁹ 詹森林「自始主觀不能」月旦法學教室，第6期（2003），頁58。

⁴⁰ 詹森林，前揭註39，頁63。

⁴¹ 黃立（2002），（民法債編總論），第2版，頁429，臺北市：元照總經銷。

⁴² 黃立，前揭註41，頁430。

不可能以外，尚且包含社會交易觀念上之不能，而種類之債，除非種類之債之標的物全部滅失，原則上並無「不能」之可能，而僅有特定物之債會發生給付不能之可能⁴³。

至於主觀不能以及客觀不能，該氏學者認為，區分主觀抑或客觀不能之標準，不可過份偏離社會中一般人之認知，而現行通說認為，主觀以及客觀不能之區分標準，應以「給付之人之範圍」為標準，故「出賣物遭竊」、「畫家失明」或「聲樂家失聲」等非迄因於個人意思之情形，屬於主觀不能，此時於自始不能之情形，契約仍屬有效，而債務人必須負擔履行利益之損害賠償之責，顯屬過苛，故理論上，此種情形應論以客觀不能，較為妥適，故該氏學者因此認為：「主觀給付不能須基於債務人個人意思而致給付不能，客觀給付不能則須以通常人處於債務人之地位是否能為給付而為決定⁴⁴。」

然而，命畫家 A 作畫，究其債務之性質，應屬高度屬人性債務，因此，當畫家 A 失明，「畫家 A 作畫」之給付，是否可以論為主觀不能？抑或應論以客觀不能？畫家 B 是否可以進行「畫家 A 作畫」之給付？若依該氏邏輯，則由於該種情形係被論為「主觀不能」，故畫家 B 可以進行「畫家 A 作畫」之給付，若非如此，則該氏之推論，似乎有待進一步之研究。又該氏認為，於此種情形，債務人仍須負擔履行利益之損害賠償，似屬過苛，然而，事實上，此種情形難道不能論以情事變更？或是否有契約頓挫（frustration of contract）之適用？該氏學者似乎並未言及於此。

第七項 陳忠五氏

我國陳忠五氏學者特殊之處在於，係留法之學者，針對此一議題，陳忠五氏謂，向來之債務不履行，係環繞於主給付義務，而區分為給付遲延、給付不能以及不完全給付，惟，此種區分方法，於我國實務之操作上，徒增困擾，蓋，同樣是義務之違反，從不同角度觀察，則會有不同之債務不履行之態樣存在，不完全給付之存在是否有所必要，則存在疑問⁴⁵，執是故，債務不履行之類型化之基準則在於「給付義務的不能或可能實現」，亦即，當給付已經成為不能，此時並無兼顧債務人利益之必要，因此，應允債權人行使相關權利，反之，當給付仍屬可能時，此時應兼顧債務人之利益，使其享有修補契約之權利，債權人於一定之要件之下，始得行使相關權利，由此足見，「給付不能」以及「給付遲延」，分別具有不同之法律效果，前者，可謂係屬「不能法理」，後者，可謂係屬「遲延法理」，而其區別基準在於「給付義務可否實現、給付利益是否可能滿足以及契約目的是否可能達成」⁴⁶，詳言之，民法第 255 條所謂：「依契約之性質或當事人之意思表示，非於一定時期為給付不能達其契約之目的，而契約當事人之一方不按照時期

⁴³ 林誠二（2010），〈債法總論新解：體系化解說〔下〕〉，第 1 版，頁 66，臺北市：瑞興圖書。

⁴⁴ 林誠二，前揭註 43，頁 68。

⁴⁵ 陳忠五「給付遲延、給付不能與不完全給付的區別」台灣本土法學雜誌，205 期（2012），頁 36。

⁴⁶ 陳忠五，前揭註 45，頁 42。

給付者，他方當事人得不為前條之催告，解除其契約。」即屬於「不能法理」之適用。

該說對於不完全給付之說明，甚為精闢，惟針對給付不能，何謂「給付義務可否實現、給付利益是否可能滿足以及契約目的是否可能達成」？其詳細之判斷基準何在？是否一概以債務人之負擔為準？是否亦應兼顧債權人之利益？該說似未進一步闡明。

第四節 實務見解



我國實務對於給付不能之要件運用之結果，會因為債務之內容之不同而有所差異，以下本文將以債務之內容作為分類依據⁴⁷，觀看我國法院係如何運用給付不能之概念，另，即便給付係屬可能，於執行程序之上，亦可能產生執行力被排除之現象，對此，本文會一併予以處理，避免以偏概全。於判決之選取基準之上，原則上係以有效判例作為優先考量，又判例中以年代久者為優先，而無判例時，則以判決為準，又判決中以年代近者為優先，以確定現行我國實務思考脈絡，合先敘明。

針對特定物之給付為債務內容之履行，其間之案例如下：

〔C1〕56年台上字第1708號判例

〔事實〕原告承租被告之農地，然而承租人（原告）遲遲未向出租人（被告）請求交付土地，出租人於是在土地上種植高經濟單位之農作，經過十一年，承租人突然向出租人請求交付土地，以作為低經濟單位之農作之用，出租人拒絕，承租人因此提起訴訟，請求法院判令出租人交付土地，原審法院駁回承租人之請求，承租人因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，承租人確實有租賃權，然於出租人未履行義務達十一年之久，承租人皆未行使其租賃權或聲請為假處分，坐令出租人在系爭土地上建築房屋、種植果樹，耗費甚鉅，始引起訴訟，求命其除去地上物交付土地，核其情形，「雖非給付不能」，然亦係「權利之濫用」，有違「誠信原則」。

值得注意者係，精確而言，於此判例當中，真正影響法院判斷之因素並非債權人「長時期不行使權利」，而係「因為債權人長時期不行使權利，故原本債務內容之履行將會對債務人之負擔過重」，此觀判例中所謂「高經濟價值之農作物」等語，可見一斑。對此，英美法上亦有類似之概念，亦即「doctrine of laches」，債權人過久不行使債權，將導致債權人無法成功訴請原定給付履行⁴⁸，不論如何，在此案例底下，當債務人負擔過重，法院並不認為給付係屬不能，惟，法院依照權利濫用之法理，否定債權人之履行請求權。若本件債權人並未怠於行使權利，則又何如？此涉及下一案件：

⁴⁷ 嚴格而論，這種依據債務之內容作為區分之依據並非大陸法（德國法）之用法，而係法國法之用法，學說繼受德國法之日本學說亦會採取此種區分方法，詳見，我妻 榮、川井 健（補訂）、遠藤 浩（補訂）（2008），〈民法案內7〔債權總論・上〕〉，第1版，頁123，東京都：勁草書房。此處，本文為了方便，借用日本法上學說之分類方法，合先敘明。我國傳統學說亦有採取此一區分方法，詳見，鄭玉波，前揭註12，頁8。

⁴⁸ 例如有論者認為，「doctrine of laches」之本意在於遏止權利過久不行使對於社會整體所帶來之不利益以及對於被告所帶來之經濟上無效益，詳見，William Murray Tabb Elaine W. Shoben, Rachel M. Janutis, Remedies, cases and problems (2002, 3rd ed), New York: Foundation Press, p.130。

〔C 2〕37 年上字第 8141 號判例

〔事實〕承租人承租出租人之房屋，然出租人將房屋另行出租予他人，承租人起訴請求出租人交付房屋，原審駁回承租人之訴，承租人不復，提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，出租人已經將房屋另外出租於他人，並移轉占有，係屬「法律上障礙」，應屬「給付不能」，故承租人請求交屋有所不當。

此一案件底下，債權人並未怠於行使權利，然，債務人繼續進行原本債務內容之履行，將會面臨「障礙」，故屬給付不能，對於特定物之給予債務之執行，於不動產，殊難想像會發生執行困難之情形，惟，當給予之標之物係屬特定之動產，即便直接強制，亦可能發生執行無效果或困難之情事，此時，我國法院會依照間接強制之執行手段，強制債務人交付標之物⁴⁹，並予說明。以上〔C 1〕56 年台上字第 1708 號判例以及〔C 2〕37 年上字第 8141 號判例之判例，係針對特定物之給付為債務內容之履行，惟，當債務之內容涉及種類之物之給付時，則又何如？將於下面揭曉：

〔C 3〕89 年度台上字第 2 號判決

〔事實〕被上訴人係為上訴人保管股票，然，被上訴人盜賣上訴人之股票，上訴人依侵權規定，請求被上訴人返還股票於伊，上訴人之先位聲明係請被上訴人返還股票，備位聲明係，當無法返還之時，請求被上訴人給付相當之金額。

〔判旨〕上訴人之先位請求係代替物之給付，則因種類之債，無不能給付之情形，執行法院於債務人不為給付時，亦得逕以債務人之費用執行，自無就代償請求為訴之客觀合併之必要，是以代償請求之訴之客觀合併，必以主位請求為特定之不可代替物之交付者為限。

雖此判決係針對侵權關係所為之判斷，然，本文認為其對於釐清我國實務之見解仍有所幫助，本判決見解係認，種類之物並無給付不能之可能，故債務人仍應給付標之物予債權人，然，本判決尚言及，於執行程序中，債權人得以債務人之費用執行（例如另行購買標之物所生之費用由債務人負擔）⁵⁰，是故，債權人並無請求損害賠償之必要，然，若承認種類之債仍有給付不能之可能性存在時，債權人仍係請求損害賠償，其額度等同於執行費用。惟，依此判決見解，於執行程序中，若種類之物之直接強制尚非不可能時，依照直接強制之優先性，此時應如何處理？且當種類之物之市價持續上漲，原告是否可以捨棄從市場上另行購入標的

⁴⁹ 詳見，最高法院 75 年度台抗字第 505 號裁定以及 69 年度台抗字第 64 號裁定。

⁵⁰ 相同見解，詳見，最高法院 88 年度台上字第 1110 號、87 年度台上字第 2300 號判決。事實上，此一見解濫觴於民國 79 年廳民一字第 778 號法律提案之甲說，當時有二說併存，甲說認為，由於種類之債無給付不能之可能性，因此當執行無效果時，執行法院自得另為「代替執行」，原告自無為備位聲明之必要，乙說認為，由於執行中仍可能發生給付不能之問題，若不使債權人得為備位聲明，則原告必須另行起訴，有違訴訟經濟之嫌，往後最高法院以甲說佔據多數。

物之途徑，轉而藉由強行請求原本債務內容之履行，遲至執行程序當中，始令債務人負擔費用？且我國強制執行法是否有因應之規範存在⁵¹？事實上，本件爭點已經於民國 78 年廳民一字第 778 號法律提案中有所討論，然而有所爭議。

以上〔C 1〕56 年台上字第 1708 號判例、〔C 2〕37 年上字第 8141 號判例以及〔C 3〕89 年度台上字第 2 號判決係針對以有形物之給付作為債務內容之履行之判決或判例，然，當債務之內容係關於一定行為或服務，此時是否有給付不能之適用可能性？首先，關於不可替代之行為債務，詳見下一個判例：

〔C 4〕23 年上字第 1061 號判例

〔事實〕不可考。

〔判旨〕民法上已不認妾之身分，納妾未經妻明示或默示之同意者，如使妾與妻同居一家，自應認妻有民法第一千零零一條但書所稱「不能」同居之正當理由。

此一判例雖係針對夫妻同居之履行，然其涉及身份契約底下高度專屬之行為，故本文認為其有參考價值，此判例認定丈夫納妾，故同居對於妻子負擔過重，故屬「不能」，然而，當同居之負擔並非過重時，則又何如？此涉及下一個判例：

〔C 5〕23 年上字第 1061 號判例

〔事實〕不可考。

〔判旨〕命夫妻之一方同居之判決，既不得拘束身體之自由而為直接之強制執行，民事訴訟執行規則第八十八條第一項所定，間接強制之執行方法，依同條第二項之規定又屬不能適用，此種判決自不得為強制執行。

由此判例可知，由於法院既命夫妻同居，則可推知同居之負擔並非過重，然，及便於此情形之下，法院係基於「人性尊嚴」之考慮，而並非衡量執行對於雙方當事人之利益之影響（例如強制夫妻同居反而會造成不良後果），而將執行力予以排除，由此可見，強制履行與強制執行係屬不同層次之問題，另此處所謂之強制執行，應屬間接強制者而言，並予說明，至於一方可否請求他方給付損害賠償，該判決則未有說明。惟，當債務之內容之行為並非一身專屬性而有代替可能性時，關於我國實務之見解，可參照下一判決：

⁵¹ 就此，我國強制執行法並無明文，學說有認為得類推適用代替執行之方式使債務人承擔費用，然針對該費用之計算之時間基準，並未明言，詳見，陳計男（2012），〈強制執行法釋論〉，第 1 版，頁 541，臺北市：元照。我國實務上，「辦理強制執行應行注意事項」第六十七條復規定：「關於第一百二十七條部分：為執行名義之確定判決，僅命債務人交付一定種類、數量之動產，而未載明不交付時應折付金錢者，執行法院不得因債務人無該動產交付，逕對債務人之其他財產執行。惟命交付之動產為一定種類、數量之代替物者，本應由債務人採買交付，債務人不為此項行為時，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為採買交付。此項費用，由執行法院定其數額，以裁定命債務人預行支付，基此裁定，得就債務人之一切財產而為執行。」然其費用之計算基準時點，亦未明言。

〔C6〕94 年度台上字第 828 號判決

〔事實〕被上訴人係承攬人，與上訴人約定由被上訴人興建房屋，惟，該屋於落成後有嚴重之瑕疵，上訴人因此請求被上訴人修補瑕疵，於二審，法院認為修補雖然係可交由第三人為之，但債務人無法自為給付行為，故認定債務人係屬給付不能，因而判決上訴人敗訴，上訴人不服，提起上訴。

〔判旨〕原判決廢棄，理由在於債務人基於債之關係，固對債權人負有給付義務，惟依債之本旨及當事人之意思，給付可由第三人代替者，自不得以債務人無法自為給付行為，即謂其為給付不能。

簡言之，該判決認為，當債務之內容係非一身專屬性之行為時，而該行為可以透過第三人為之，此時，並無給付不能之問題，由此可見，我國實務在〔C6〕94 年度台上字第 828 號判決之邏輯與〔C3〕89 年度台上字第 2 號判決有相同之類似性，蓋兩者皆以有無代替可能性作為履行是否可能之區分標準之一。

以下係針對另一可以代替之行為債務之裁定：

〔C7〕100 年度台抗字第 283 號裁定

〔事實〕本件抗告人之被繼承人散布足以損害原告商譽之消息，原告因此提起訴訟，請求法院判令本件抗告人之被繼承人，應該以「原告起訴狀中所草擬之簡短之道歉文字」，刊登於媒體，惟，於訴訟進行中，本件抗告人之被繼承人死亡，本件抗告人因此申請續行訴訟，惟遭原審法院以裁定駁回，本件抗告人因此針對該裁定提起抗告。

〔判旨〕抗告有理，原裁定廢棄，理由在於，加害人所負之有關「排除侵害」及「登報道歉」義務，參照強制執行法第一百二十七條第一項，係屬於可代替之行為債務，自可成為繼承之標的，其加害人所負之義務，既非專屬於一身之義務，在訴訟中加害人死亡時，即應由其繼承人承受訴訟。

此一裁定明顯表示「刊登判決內容之擬定之道歉聲明」係屬「可以代替之行為債務」，然而依照本裁定之邏輯，「可以代替之行為債務」係屬「非一身專屬性債務」，故可以成為繼承標的，因此本件抗告人得續行訴訟，而「不可代替之行為債務」係屬「一身專屬性債務」，因此不可成為繼承標的。惟，當被繼承人死亡時，其「不可代替之行為債務」同時陷入「履行不能」，此時轉化為金錢之損害賠償之給予債務，此時自得成為繼承之標的，則後一判斷似乎多餘，本件下級法院以此後一判斷理由駁回申請，其法律見解實屬可議。事實上，此類繼承人接續訴訟之目的往往在於家族或自身名譽，此時與債務之性質為何，毫無關聯可言，不論其為「刊登法院判決」抑或「親自刊登謝罪廣告」，亦復如是，而這種對於名譽之強烈需求，已經足以肯定繼承人必定會以誠信原則接續訴訟。

以上〔C4〕、〔C5〕、〔C6〕以及〔C7〕係針對行為債務之我國實務見解，

另外，當損害已經產生後，債權人是否仍得請求債務人繼續履行債務？此時損害已經發生，若要債務人繼續修補，將會是無任何實益，以下，有一個判決與此相關：

〔C8〕95 年度台上字第 1234 號判決

〔事實〕被上訴人係承包某國立大學學士服之廠商，被上訴人因此向上訴人進口一批布料，然而，該批布料與契約約定內容不符，導致成品即學士服遭到該國立大學退回，被上訴人因此依照契約之約定，以給付不能為由，向上訴人請求違約金，原審法院認為，此種情形已經構成給付不能，判決被上訴人勝訴，上訴人不服，提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，原審判決有理，理由在於，布料已經交付並經製作成學士服，然而遭到該國立大學退回並解約，已屬無法補正，故被上訴人可依給付不能請求違約金。

雖然在此判決當中，債權人係主張損害賠償而並非原本債務內容之履行，然而本文認為，此仍有參考價值，另外，值得注意者係，依照本件判決之意旨，債權人（即學士服承包廠商）無法知悉債務人所交付之布料存有瑕疵，然而，如果本件事實係，債權人於債務人交付布料之後，明知或可得而知該布料有所瑕疵，則債權人似無法請求損害賠償，然理論上，本件債權人不可能承擔商譽受損之風險而擴大債務人之責任，因此債權人理論上應該會盡力檢查瑕疵。

同樣關於瑕疵之修補之困難，詳見下一判決：

〔C9〕84 年度重訴字第 125 號判決

〔事實〕原告於民國 74 年 3 月與被告簽訂房屋委建契約，價金為 14,300,000 元，於民國 75 年 6 月，被告將完工之建物交付原告，然，於民國 83 年 4 月，該房屋出現嚴重之鋼筋腐蝕外露以及樑版龜裂，經查，係被告於民國 74 年興建該房屋時，使用高鹽度之海砂所致，且該海砂亦不符合契約所約定之 A 級材料，且海砂混凝土之平均抗壓度亦未達契約所約定之 210kg/cm 標準，原告因此依據民法第 494 條、第 495 條以及第 227 條請求「重建費用」之損害賠償，共計 29,276,000 元，被告則抗辯，該海砂之瑕疵並非可歸責於己，係上游廠商之疏失，且其亦不知情。

〔判旨〕原告之訴有理，理由在於，（一）被告係從上游廠商進口該批砂石，且檢測當時，普遍尚未有針對海砂之檢測環節存在，且原告亦無法舉證被告係屬知悉或有重大過失，因此依照民法第 499 條，原告之瑕疵修補請求權已經罹於時效，（二）惟，被告身為營建廠商，對於上游廠商所進口之砂石，本身有優於消費者之監督能力，且被告則可藉由價格高低、監督砂石來源及選購信用良好砂石廠商產品之方式而加以控制，已難認被告採用海砂並無

違反善良管理人注意之抽象輕過失，因此被告係屬「可歸責」⁵²，又針對該瑕疵，目前尚未存在符合經濟效益之修補技術，因此，唯有重建，始能保障建物結構之安全，綜上所述，本件原告依據民法第 227 條請求「重建費用」之損害賠償，係屬有理。

如將修補請求權視為履行請求權之延伸或變形⁵³，則民法第 493 條 3 項以及第 494 條所謂之「修補所需費用過鉅者」或「瑕疵不能修補者」即屬「修補義務」之「給付不能」之特別規定，則本件法院以不完全給付類推適用給付不能時，則應遵守民法第 499 條以及第 514 條之瑕疵發現期間以及時效之限制⁵⁴。

又，針對該條所謂之「修補」，其定義為何？是否包括「重建」以及「單純修補」？我國法院並未於本件明言，是否以「追完」作為上位概念會更加妥適？

惟，實則我國法院針對此類案件，由於民法第 499 條（五年）以及第 500 條（須債務人「明知」）設有嚴苛之條件，故多加以迴避，而遁入「不完全給付」予以處理（最高法院 77 年第 7 次民庭會議決議），而適用民法第 125 條之長期時效⁵⁵。

另值得注意者係，此一案件之背景事實與下述之〔G 2〕Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] A.C. 344 英國法院判決以及日本法院判決〔J 10〕最高裁判所第一小法廷〈昭和 58 年 1 月 20 日・昭和 54（才）158〉 [1983]有高度相似性，然，我國判決之事實顯示係屬高度難以修補之瑕疵（且涉及人身安全），此事實背景與下述英國判決〔G 2〕以及日本法院判決〔J 10〕有所差異。我國法院最後肯定債權人重建費用之聲請，然而英國法院於該案件底下，則斷然否定之，僅給予債權人舒適度（amenity）喪失之賠償金，而日本法院同樣否定債權人重建費用之請求，三者可予以比較。

對於承攬之修補困難存在我國判決，同樣地，對於買賣契約底下，對於另行交付無瑕疵之物，亦有類似之判決：

〔C 10〕82 年度台上字第 1985 號判決

⁵² 另，本件法院亦有做出以下論述：「若認為建築業者於此不完全給付事項為不可歸責，不啻將砂石廠商提供海砂之風險，飭由消費者承擔，殊非事理之平。」似乎有意識到「風險」與可否歸責之間之關聯，如係如此，則所謂「抽象輕過失」之論述，僅係風險分配後之潤飾文句。

⁵³ 陳自強「從法律繼受觀點看承攬瑕疵規定：承攬瑕疵擔保之現代化」臺大法學論叢，42 卷特刊（2013），頁 759。

⁵⁴ 陳自強「承攬瑕疵擔保與不完全給付」月旦法學雜誌，220 期（2013），頁 194。惟該氏認為，應該自始排除不完全給付於此之適用，而回歸各論規定，並予說明。

⁵⁵ 惟，針對此種作法，我國陳自強氏認為，若對「給付義務群」有之詳盡認識，則原有之債務不履行體系（給付不能或給付遲延）即足以處理此一類問題（註：加害給付本身，可以透過預見可能性對於損害賠償之範圍予以調整，詳見民法第 216 條），則不完全給付並無必要獨立成為單一之債務不履行態樣，詳見，陳自強「從繼受觀點看不完全給付之生成發展」政大法學評論，130 期（2012），頁 58。相同之見解，詳見，陳忠五，前揭註 45，頁 41。若以上論述成立，則本件判決有違反特別規定優於普通規定之疑慮，自不待言，然考慮個案正義，似無可厚非，惟，比較我國對於瑕疵修補請求權之限制，相較其他國家，係屬寬鬆多，詳見，陳自強，前揭註 54，頁 193。

〔事實〕原告於民國 80 年 5 月 25 日，向被告購買 1991 年份 Ford VW JETTA GL INJECTION 自排車，原告於受領該車三天後，發現該車有經常性熄火之問題，經過被告維修之後，並於同年 7 月 5 日交付給原告之後，原告仍然發現會有間歇性熄火之問題，原告因此依照民法第 364 條，起訴請求被告另行交付無瑕疵之新車予原告，於原審，法院以「瑕疵並非重大，而修補即可」，且「出賣人亦有修補意願」，因此駁回原告之訴，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄發回，理由在於，被上訴人應負物之瑕疵擔保責任，上訴人依民法第三百六十四條行使權利，何以與誠實信用原則違背？原審並未注及，難謂判決無違誤。

此一判決之事實與前述〔C9〕於細微處，有所不同，以上〔C9〕係針對「重建費用」以及「修補費用」之比較（亦即債權人之損害賠償計算上之比較），而此處係針對「另行交付」以及「修補費用」之比較，值得注意者係，本件高等法院判決當中所謂：「…是項瑕疵並非不能修復，被上訴人亦無拒絕修復之情事。…綜上基於誠信原則，上訴人不得請求被上訴人交付無瑕疵之同種類新車…」是否與「金錢係屬妥適之救濟手段（damages are adequate）」之英美法之概念有所關聯或相似⁵⁶？且出賣人於起訴前「有修補意願」一語，是否代表出賣人於起訴前即提出新要約，有意使買受人進行替代性交易⁵⁷？本文不敢斷言，不論如何，本件高等法院之見解不為最高法院所採，探究此一原因，迄因於學說上，亦多認定民法第 364 條係屬瑕疵擔保責任，因此是否另行交付無瑕之物，為買受人之「選擇權」⁵⁸，故出賣人並無置喙之餘地。實則，若種類之債之債務人負有交付無瑕疵之物之義務時，則民法 364 條與債務不履行責任無法切割⁵⁹，則「給付不能」之要件，於此亦應有所適用，惟，即便此一論述成立，對於種類之債，我國學說實務多以種類之債並無給付不能之可能為由，而否定債務人之抗辯，已如前述，此

⁵⁶ 事實上，本件高等法院之見解，亦可以與法國法院（Cour de cassation）之見解相互比對，詳見，Nili Cohen and Ewan McKendrick, *Comparative remedies for breach of contract* (2005, 1st ed), Oxford: Hart, p.114。值得注意者係，該案件底下，法國法院亦將被告承攬人「重建」對於鄰近住戶之影響考慮入內。

⁵⁷ 於英美法上，當債務人於「賠償金」之「訴訟過程前」，提出合理之和解方案（新要約），債權人有義務接受，否則將會被法院認定沒有盡到損害減輕義務，詳見，楊宜良，前揭註 20，頁 334，其中 *Payzu v Saunders* [1919] 2 K.B. 581 一案。若此成立，是否原定給付履行之訴之訴訟程序，亦應作同一考量？

⁵⁸ 黃茂榮（2004），〈買賣法（增訂版）〉，第 1 版，頁 679，臺北市：黃茂榮。

⁵⁹ 陳自強氏說明，德國以及日本學者，多會區分種類以及特定之債，對於種類之債，債務人負有給付無瑕疵之物之義務，若此成立，則我國民法第 364 條似係屬債務不履行之規定，而非瑕疵擔保責任。詳見，陳自強「買賣物之瑕疵擔保規定之法律性質」月旦法學雜誌，213 期（2013），頁 198。於種類之債底下，即便契約成立之時已經存在瑕疵，日本法院仍認定債務人並未依照契約本旨履行債務，而肯定債權人得藉由債務不履行之規定行使權利，詳見，最判昭和三年一月一五日民集一五卷一一號二八五二頁（塩釜放送機械事件），載於，川井 健、遠藤 浩（2007），〈民法基本判例集〉，第 2 版，頁 237，東京都：勁草書房。事實上，於日本學說底下，即便採取法定責任說之學者，係以特定物之買賣做為論證基礎（特定物ドゲマ），關於此學說之整理，詳見，安達 三季生（1993），〈債權法重要論点研究〉，第 3 版，頁 3，東京都：酒井書店。相同見解，詳見，內田 貴（2008），〈民法 II〔債權各論〕〉，第 2 版，頁 127，東京都：東京大学出版会。

時給付不能之討論於此似無重要性可言。然，事實上，單純就本件判決「結論」而言，本文認為，係屬公正，蓋判決事實顯示，瑕疵係屬難以修補（多次無法成功修補），且目的物涉及人身安全之交通工具，難認定賠償金係屬妥適之救濟手段，謹慎而言，另行交付他物並無可厚非。

另，由於我國民法第 364 條明文規定：「買賣之物，僅指定種類者…」故學說⁶⁰或實務⁶¹似傾向於認定，當債務係屬特定之債，買受人不得行使該條權利，因此於特定物之給予債務，即便債務人對於該特定之物具有創造能力（例如買賣畫作而使畫家作畫，然畫作不符合契約之標準），依照最高法院之「邏輯」，則當債權人行使「瑕疵擔保請求權」而訴請債務人另行交付無瑕疵之物時，法院應予以駁回，然而，當債權人行使「履行請求權」請求法院判令畫家盡畫作給付之義務時，則法院則會予以肯定，不亦快哉。

另外，當債務人破產時，債權人可否請求原本債務內容之履行？此關下一個判例：

〔C 11〕63 年台上字第 215 號判例

〔事實〕被上訴人與訴外人訂立土地買賣契約，被上訴人於「給付價金之後」，訴外人仍不交付土地，被上訴人提起訴訟，於訴訟進行中，訴外人經破產宣告，由上訴人成為管理人，於二審，法院認為，被上訴人之債權係屬「財團債務」，故肯認被上訴人得請求上訴人交付土地，上訴人不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原判決廢棄，理由在於，破產宣告前已成立之雙務契約，在破產宣告前，他方當事人「已照約履行」者，破產人固負有為對待給付之義務，但此種債務，性質上與成立於破產宣告前之一般債權無異，當僅得依破產債權行使權利，如認為此種債務係屬破產法第九十六條第二款後段所規定之財團債務，得優先於一般破產債權受償，殊欠公充。故該條款後段所謂財團債務，應以破產宣告後，他方當事人仍照約履行，因而增加破產財團之財產，而應由破產管理人履行之對待給付而言，庶與同條款前段之規定，立法理由趨於一致。

依照此一判例之見解，則債務人破產之際，債權人如欲請求原本債務內容之履行，以避免損害賠償無法完全填補債權人之損害，此時將會被法院駁回，此時，或可謂破產之債務人已屬給付不能。然，值得注意者係，判例當中謂：「破產宣告後，他方當事人仍照約履行…」，換言之，當買受人於破產宣告時尚未給付價金者，可於破產宣告後，給付價金而請求出賣人交付契約標的物，此一運作模式與英美法院之作法有高度相似性，詳見下述美國法院判決〔A 6〕Jamison Coal & Coke Co.

⁶⁰ 黃茂榮，前揭註 58，頁 677。如該氏學者對於該條之解說僅限於種類之買賣，惟其真意為何，尚有討論空間。

⁶¹ 如最高法院第 91 年度台上字第 2027 號判決。該判決並未針對高等法院此一見解予以否定。

v Goltra, 143 F.2d 889 [1944]。

以上〔C1〕至〔C11〕係針對「給付不能」之要件之判決進行介紹，至於法院判定「給付不能」後之損害賠償，應以何種基準時點計算之？則涉及以下判決，首先係特定物之給予債務：

〔C12〕81年度台上字第2774號判決

〔事實〕原告於民國77年6月向被告購買土地以及建物，價金為90萬元（註：判決內容為95萬，似有筆誤），並約定於民國78年6月辦理移轉登記並交屋，其間，土地以及建物價格飛漲⁶²，因此被告屆期不依約履行，並於民國79年6月將土地以及建物以價金200萬元出賣於第三人，並完成移轉登記以及交屋，原告「復於」民國81年年初以價金255萬元向「該第三人」購回該比土地以及建物（註：判決並未明示日期，惟推敲其日期，應為民國81年年初），原告因此起訴請求被告賠償其所生之損害，共165萬元，於原審，法院認定原告並無該165萬元之預期利益，進而判決原告敗訴，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄發回，理由在於，苟被上訴人依約履行債務，上訴人即得享有系爭房地所有權。上訴人當得請求被上訴人賠償其因此所受損害。就上訴人之債權言，由特定債權變更為貨幣債權，其金額自以系爭房地之「客觀價值」為計算依據，原審按定金加倍計付，尚欠允妥。縱系爭房地因經濟發展、社會繁榮，為大眾共同努力之結果，經扣除增值稅及其他必要負擔後，如仍有餘額，亦為上訴人本於出賣人（註：筆誤，應為「買受人」）地位所應得，被上訴人違約不履行債務而竟獲得此項利益，亦非事理之平？原審疏未注意及此，遽將上訴人其餘變更之訴及追加之訴駁回，殊欠允妥。上訴論旨，指摘原判決關於其敗訴部分為不當，求予廢棄，非無理由。

作成本件判決之法官係孫森焱氏，其中所謂「苟被上訴人依約履行債務，上訴人即得享有系爭房地所有權」等語，與下述日本法院〔J1〕最高裁判所第一小法廷〈昭和47年04月20日・昭和44（才）212〉[1972]之判決理由有不謀而合之處。

另，本件判決中，孫森焱氏並未明言，應該以「何時」作為計算原告損害之時點，蓋此時可能有四種計算時點：（一）以民國79年6月被告「實際上」將土地建物出賣於第三人之時點作為計算基準，亦即以「客觀上給付不能」之時點為準，（二）以原告「知悉」被告一物二賣之時點為準，亦即以「原告主觀上知悉給付不能」之時點為準，（三）以原告「實際上」向該第三人購回土地建物之時

⁶² 民國78年至81年為我國土地高速增值時期，詳見，中華民國內政部地政司全球資訊網，地價統計資料，網址：<http://www.land.moi.gov.tw/chhtml/content.asp?cid=14&mcid=194>。（最後瀏覽日期：2014/8/18）

點為準，亦即以「原告實際上進行替代性交易」之時點為準，(四)由於土地建物之特殊性，無法期待原告進行替代性交易，故以「實際判決」之時點為準。此時應以何者為是？可以參考後述日本法院之〔J1〕最高裁判所第一小法廷〈昭和47年04月20日・昭和44(才)212〉[1972]以及〔J2〕最高裁判所第一小法廷〈昭和35年04月21日・昭和30(才)720〉[1960]判決。

最後，茲以綜合性之判決作結：

〔C13〕97年度台上字第1278號判決

〔事實〕原告與被告為親兄弟，原告與被告約定由原告為被告代償其債務，並由被告移轉「其所繼承之土地」中之110平方公尺於原告，其給付之範圍經雙方特定，然，嗣後，被告復將其所繼承之土地「全數」移轉登記於第三人，原告遂起訴請求被告移轉其他同等坪數之土地於原告，於原審，法院以「種類之債經特定後，債務人或債權人原則上固不得變更其給付物，惟該特定物如係代替物，得以同種類、同數量之物代替之者，縱經陷於給付不能，而依其情節顯然係因債務人違反誠信原則所致者，應認債權人有變更權」等理由，判決被告敗訴，被告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，理由在於，上訴人將該特定之土地移轉於三人，係屬給付不能，係上訴人違反誠信原則所致，上訴人既仍有其他土地可供代替給付，應認被上訴人得變更指定其他土地之給付，而不能強命被上訴人僅得行使損害賠償請求權，以符「種類之債」之本旨(註：此處似係指「限定種類之債」)。

由於本件種類之債已經「特定範圍」，依照最高法院之見解，因此成為特定物之給予債務，經債務人全數轉賣於三人，已經陷入給付不能，然，本件最高法院認為，由於現實上債務人並非不得以其他替代之物給付於債權人，因此債權人享有「變更權」，債權人仍得訴請債務人交付替代之契約標的物，相類似之判決，詳見95年度台上字第1171號判決⁶³。然查，我國民法並無「變更權」一語，若謂其為民法第227條之2之情事變更，則須經法院認可，並非債權人當然、絕對之權利，則此處最高法院所謂之「變更權」究指何者？有待觀察。另，為何特定之債，可以以代替之物交付之？是否符合當事人之本意？實則，此處可透露出我國實務對於原本債務內容之履行之執著。

以上，本文嘗試針對我國現行實務見解進行分類，討論不同狀況底下法院對於給付不能之概念之應用，以及債權人是否可以請求原本債務內容之履行。其中，當債務內容係可以替代之行為，不論係給予債務，抑或行為債務，法院會傾向於否定給付不能，然，於執行程序當中，由代替執行予以處理，而由債務人承擔執行費用。當債務內容係特定之物之給予時，法院會判斷是否對於債務人之負擔過

⁶³ 事實上，此一見解係濫觴於日本學說，詳見，鄭玉波(1969)，(民法實用債之通則)，第1版，頁74，台北市：鄭玉波。其中，有泉亨教授對於判民昭和一二年度七九事件評析，該說認為，種類之債雖經特定而成為特定之債，然，仍與原始之特定之債有所不同，亦即仍不完全喪失種類之債之特性，然若因「某種原因」導致特定失效時，仍可還原為種類之債。

重，以決定給付是否不能，縱法院不認定構成給付不能，法院亦會援引權利濫用之法理限縮債權人之履行請求權。當債務內容係特定一身專屬性行為，法院亦會判斷是否對於債務人之負擔過重，以決定是否「不能」，然而，即便一身專屬性行為對於債務人之負擔並非過重，而債務人仍應履行，於執行程序當中，亦有無法以間接強制為之者，如夫妻之同居義務。

另，當債務人已經破產，法院亦會傾向認定債務人已屬給付不能，故債權人不得主張原本債務內容之履行。

第五節 小結



以下本文總結我國學說以及實務對於「給付不能」之看法，於給付不能之要件上，本文認為主要可分為兩類，第一類係針對給付不能本身之「要件」進行解釋，而排除債權人之履行請求權，第二類係「不」針對給付不能之要件加以解釋，一概以「形式上不能或物理上不能」為準，惟，採用「誠信原則」或「權利濫用」之法理，排除債權人履行請求權。例如，有論者認為，給付不能之概念似不宜擴張及於給付困難之情形，而後者應交由誠信原則予以處理⁶⁴。

然而此二說大多皆係從「債務人之履行之負擔過於沉重」出發解釋⁶⁵，僅少數有兼論到對於債權人之利益之填補（如〔C1〕56年台上字第1708號判例有意識到承租人係要將土地來耕作低經濟單位之農作物），惟，更加細緻而論，並無任何一說有仔細論述、衡量「損害賠償」（金錢賠償）與「原本債務內容之履行」對於契約雙方利益狀態之差異。關於此點，本文將會於之後之篇章嘗試論述之。

另，於債務內容係種類之物或非一身專屬性之行為或服務時，依照我國實務或學說見解，由於種類之物或代替服務，係可由市場上輕易取得，故並無給付不能之問題，惟，於執行程序上，由債務人負擔執行費用。然而，當債務人可以從市場上取得標的物（或服務）時，相對地，債權人亦可為之，此時債權人仍請求債務人給付該種類之物時，學說或實務此時似乎不認為債權人之請求有違誠信原則之虞，然，執此意見之論者或認為，債務人仍然可「輕易」從市場上之其他同種類之商品，因此對於債務人而言負擔並未過重，故強使債務人履行原本債務並無任何問題存在⁶⁶，但若債務人衡量過替代性交易之負擔並未過重，為何債務人又會選擇拒絕（明示或默示）繼續履行債務而承擔違約責任？事實上，這一類型推論之隱存前提（implied assumption）⁶⁷係「出賣人進行替代性交易之費用小於或等於買受人進行替代性交易之費用」，當買受人有更高之能力取得替代物品之時

⁶⁴ 葉賽鶯（1986），〈給付不能之理論與實務〉，第1版，頁71，台北市：葉賽鶯。然而此說將「不能」之概念予以彈性化之目的全然在於保護債務人，似乎忽略債權人利益之填補，若以個案所導出之推論套用至通案，恐犯邏輯學上之謬誤「suppressing the evidence」。

⁶⁵ 事實上，此一見解之濫觴源於十九世紀中葉德國法院之見解，詳見，See, Janwillem Oosterhuis, supra note 4, p.104。惟，於種類之債，在查士丁尼法典之下是否可以命債務人為原本債務內容之履行，仍係屬不確定之概念（Oberappellationsgericht），然而當時之德國學者並不如此認為。惟，於羅馬法時代，金錢賠償訴訟程式係立於支配之地位，詳見，陳自強「買賣物之瑕疵擔保羅馬法之繼受」月旦法學雜誌，212期（2013），頁173。

⁶⁶ Allan Schwartz, "The Case for Specific Performance," 89 The Yale Law Journal 271 (1979), p.289。詳見該頁以下註釋，然而值得注意者係，Allan Schwartz 教授之邏輯以及用語係，種類之債底下，債務人從市場上另取得貨物之負擔「通常」並非過重，所以原定給付履行應該成為原則，然，何謂「通常」？若此邏輯為真，則「核電廠通常不會爆炸，所以應該多多加以使用」之論述亦應成立。

⁶⁷ 事實上，Allan Schwartz 教授以上之推論，犯了邏輯學上之邏輯謬誤（fallacy）「suppressing the evidence」，關於此一邏輯謬誤之說明，詳見，Patrick J. Hurley, A concise introduction to logic (2006, 9th ed), Belmont, CA: Wadsworth Pub., p.150。舉例言之，「核電廠通常不會爆炸，所以應該多多加以使用」之論述即是該種邏輯謬誤，因為其藉由「機率很低」的論述（壓抑「會爆炸」之證據），而利用讀者心理上之怠惰而掩蓋「仍會爆炸之事實」。

(例如跨國貿易底下之買受人可以從當地輕易取得替代之原料,然出賣人之當地原料已因戰爭或天災而停產或難以取得,但契約尚未因此受挫),則又何如⁶⁸?是否仍謂種類之債底下,債務人履約之負擔必定輕微?是否可全以「種類之債並無給付不能之可能」一語帶過之而使債務人負擔原本債務之履行之責任?又,於種類之物之執程序上,依照直接強制優先性原則,是否債務人最後仍係負擔代替執行之費用⁶⁹?本文認為,尚有討論空間。

舉例詳言之,於種類之物之出賣人「無法」生產貨物而違約時,可能存在三種情形,(一)出賣人進行替代性交易之負擔「小於」買受人進行替代性交易之負擔,(二)出賣人進行替代性交易之負擔「等於」買受人進行替代性交易之負擔,(三)出賣人之負擔「大於」買受人之負擔。於(一)以及(二)之情形,此時,若依照大陸法系「履行優先」之原則,則並無問題,蓋此時之出賣人,即便必須履行原本債務之內容,其係透過進行替代性交易之方式為之,此時雙方當事人之負擔皆可達到最小,反之,若依照英美法「賠償金優先」之原則,則於(一)之情形,出賣人於知悉其賠償金之額度後,亦會選擇先自動履行契約而進行替代性交易,蓋替代性交易所生之費用遠低於賠償金之額度,於(二)之情形亦同,故雙方負擔亦可達到最小,此時於狀況(一)、(二)不論係採大陸法系或英美法系,殊途同歸。然而於(三)之情形,此時按照大陸法系之作法,出賣人仍必須履行原本債務,此時出賣人只能進行替代性交易,亦即出賣人必須負擔該交易所生之費用,而這費用遠高於買受人自行進行替代性交易所生之費用,反之,若依照英美法之作法,則出賣人賠償買受人進行替代性交易所生之費用即可,此時雙方之負擔,與大陸法系之作法相比,較小。

事實上,若交易型態僅限於「一國」,則(二)之情形係屬常態,此時若採大陸法系之作法,不易產生問題,然而,當交易型態逐漸國際化,航海貿易成為理所當然時⁷⁰,由於不同地域物價波動之因素,此時(一)或(三)之情形往往係屬常態,此時兩種法系之功效相比之下,英美法自然脫穎而出。

另,當債務之內容係屬特定之物之給予或債務人一身專屬行為時,法院則有可能會否定債權人之履行請求權,然其作法有所差異,第一種作法係直接從給付不能之要件予以處理,其二之作法係遁入權利濫用之法理,關於此點,如第一段所論,此處茲不贅述。

惟,即便履行係屬可能,當債務人高度一身專屬行為之執行涉及人性尊嚴之

⁶⁸ 陳自強「契約責任之歸責事由」臺大法學論叢,41卷1期(2012),頁91。陳自強氏於此似已經意識到通說對於債務人所帶來之困難,然其係立於「風險分配之階段」而加以論述,然本文此處係立於「確定風險之分配之後之階段」而加以論述,合先敘明。

⁶⁹ 關於此點,可參考日本法院實務之作法,日本法院對於種類之物之執行仍係以直接強制為優先,當債務人惡意隱匿執行標的之時,係轉換成間接強制為之,而命債務人負擔執行金,然而須注意者係,於日本民事執行法上,這種執行金之歸屬者係債權人,而並非國庫,詳見,森田 修(1995),《強制履行の法学的構造》,第1版,頁316,東京都:東京大学出版會。

⁷⁰ 穗積 陳重(1934),《穗積陳重遺文集〔第一冊〕》,第1版,頁484,東京市:岩波。其中,英美法地區之遠洋貿易商人活動較大陸法地區之商人之活動廣泛,本文推論,由於此種經濟生產之差異,導致法律之不同,然而不排除其他因素存在之可能性,並予說明。

侵害，例如夫妻同居，法院會傾向於不予以執行。然而此一觀點係從債務人之人性尊嚴之角度出發，並非從法院對於執行成果有無監督之可能性之觀點出發。然而，當履行係屬可能，且債務人高度一身專屬行為之執行亦未涉及人性尊嚴之侵害，依此邏輯，此時仍得間接強制之。

事實上，於此情形之下，由於債權人與債務人之信賴關係已經惡化，債權人往往會傾向於請求損害賠償（賠償金），此時不論法制係採取大陸法系抑或英美法系，事實上，並無太大差異，蓋於大陸法系底下，雖以履行作為原則，然，最後是否執行仍係諸於債權人之意思，且債權人得選擇解除契約並請求損害賠償，於英美法下，係以賠償金為原則，無待言之，當然符合債權人之本意。

另，當債務人已經破產，且買受人已經給付價金時，法院亦會傾向認定債務人已屬給付不能，故債權人不得主張原本債務內容之履行。關於此點之限度內，涉及破產法之議題，本文不敢斷下定論，惟，債權人若不得主張履行，轉而請求損害賠償時，將面臨損害賠償不足以填補債權人之損害之問題，此點，並無異議存在。

另，於債務不履行之態樣上，我國學說係繼受德國法之解釋方法，故所謂之給付不能，亦被包含在債務不履行之體系底下，故給付不能係獨立出來，單獨成為一種債務不履行之態樣，與給付遲延成為債務不履行之二大支柱（其後尚有 Staub 所「發現（？）」之不完全給付「positive Vertragsverletzung」之態樣）。依照我國民法第二二六條，於給付不能之債務不履行之態樣底下，係以債務人可否歸責（有故意或過失）作為判斷債務人應否負擔給付不能之債務不履行責任之標準，若債務人不可歸責（無故意或過失）時，則進入價金危險之判斷流程，原則上，於價金危險已經移轉債權人之情形，債務人仍可請求對價，反之，則否。

於履行期限前發生之給付不能，係依照上開之判斷流程，並無異議存在，惟，於履行期限之後發生之給付不能，邏輯上，係存乎於給付遲延之狀態底下，當遲延係可歸責於債務人時，依照我國民法第二三一條，債務人亦須為不可抗力負責，此時債務人給付不能可否歸責之判斷之重要性下降，故是否仍須將其視為債務不履行之態樣之一，抑或僅係給付遲延狀態底下作為原本債務消滅之原因？惟，同法二三一條但書謂：「但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。」我國通說係認為，於給付遲延與給付不能間無因果關係時，債務人仍係以故意過失作為歸責要件⁷¹，此時，由於導致遲延後給付不能之情事亦屬不可歸責於債務人之情事，故此時債務人免責。事實上，此條為移植瑞士債務法第 103 條之規定，而具有將契約之風險移轉於遲延之債務人之效力⁷²，真正決定債務人責任之依據在於，是否有「不可抗力情事」之發生，若將此不可抗力「類比」使契約受挫之嗣後情事，則有類似將契約頓挫之理論（frustration of contract）延展至遲延狀態之下予以處理之傾向，惟，契約頓挫理論於大陸法系（德國以及瑞士）

⁷¹ 詳見，最高法院 82 年度台上字第 3034 號判決，值得注意者係，由於此處舉證「縱不遲延給付，而仍不免發生損害」者係屬債務人。

⁷² See, François Dessemontet and Tuğrul Ansay, supra note 8, p.121。

上，係屬罕見之物，亦有論者認為，可以類比至德國法上之「錯誤」(error)⁷³。若係如此，則給付不能是否仍有必要獨立成為債務不履行之態樣之一？

又，對於債務人於履行期前拒絕履行，依照我國現行民法，無明文予以處理，故實務上有判決不承認此一類型之債務不履行態樣之存在⁷⁴。

然有學說認為，當債務人期前拒絕履行時，不妨將其視為給付不能，加以處理，而使債權人得請求損害賠償⁷⁵，確有其見地，惟，若此時債權人仍欲請求原本債務內容之履行，將會因為債務人之拒絕等同於給付不能，故債權人無法請求原本債務內容之履行，而僅得請求損害賠償，此時若損害賠償無法填補債權人全部之損害，則後果如何，留待讀者想像。

另，針對給付不能所生之損害賠償，其計算之時點應為何？是以客觀上不能之時點之物價作為計算基準，抑或應以債權人「知悉」「不能」之時間點為準？若是肯定債權人之損害減輕義務，則似宜以後者為準，惟，債權人係如何「知悉」呢？是否以債務人拒絕履行或於恩惠期限經過後仍不履行為據？或係於履行期限經過之後仍不履行為基準（當時間係屬契約之重要要素）？若係如此，則給付不能是否有必要繼續論以債務不履行之態樣？

然而，若承認債務人拒絕給付係一獨立之債務不履行之態樣⁷⁶，則於期前給付不能之情形，若債務人因此拒絕給付，則究竟係進入給付不能之脈絡抑或拒絕給付之脈絡？若係進入拒絕給付之脈絡，則期前給付不能之概念是否仍有獨立存在之必要？抑或作為排除債權人繼續請求履行之閘門（債務解故事由）？反之，若論以給付不能，則問題仍在於，債權人係如何「知悉」不能？

以上，本文對於「給付不能之定位」、「給付不能之要件」以及「債務類型對於執行層面之判斷之影響」，於我國法，做出說明，並提出本文疑問，以下，本文將進入英美法之脈絡。

⁷³ See, François Dessemontet and Tuğrul Ansay, *supra* note 8, p.119。

⁷⁴ 詳見，最高法院 93 年度台上字第 42 號判決，其謂：「債務人縱在期限之前，預先表示拒絕給付，亦須至期限屆滿，始負遲延責任。」同樣見解，詳見，89 年度台上字第 1871 號判決，載於陳忠五，前揭註 45，頁 34。

⁷⁵ 陳忠五，前揭註 45，頁 44。事實上，此說與日本傳統學說有所類似之處，詳見下述，四章，二節，於保。

⁷⁶ 我國早期承認拒絕履行作為債務不履行之態樣之見解，詳見，王澤鑑（2004），〈民法學說與判例研究〔第三冊〕〉，第 1 版，頁 83，臺北市：王澤鑑。

第三章 英美契約法之原定給付履行



於英美法下，對於債務人是否應該繼續履行契約原本債務內容之議題，相較於大陸法系（德、瑞）之給付不能，英美法系亦有相類之詞彙，亦即不能（impossibility）、困難（impracticability）以及過度負擔（undue hardship），然而前兩者係立於契約頓挫理論（frustration）而使債務人終局地免責⁷⁷，而於後者，則係屬契約並非受挫，然而，當債權人訴請原定給付履行（specific performance）之時，債務人仍然可以免去原本債務履行之狀況，此時法院可以轉而給予代替原定給付履行之賠償金（damages in lieu of specific performance），惟，同中文摘要所言，本文將重點置於後者。

按原定給付履行（specific performance、enforced performance）係指契約底下，債務人按照契約原定債務內容所為之履行，舉例而言，當貨物出賣人之原定給付履行，即交付貨物，對於買受人而言，即給付價金，惟於後者，賠償金與原定給付履行並無差異，蓋其內容皆係金錢之給付。針對債務之內容係不作為之時，則債權人所可主張者係禁令（injunction）⁷⁸。不論如何，本文以下主要討論者係前者，即原定給付履行。

於英美法，債務人違約後，債權人唯一之救濟手段係請求賠償金（damages），衡平法院（Chancery Court）僅有於例外狀況之下，會給予原定給付履行之救濟（specific performance）⁷⁹，此點於衡平法院與普通法院融合之後，亦未有所改變，原定給付履行之救濟，受有諸多限制，其一，係法律上之限制，例如金錢賠償係妥適之救濟手段時，英美法法院會駁回原定給付履行之訴求，此點與以原定給付履行為根本之大陸法系似有歧異⁸⁰，其二，係事實上之限制，當債權人選擇「訴請」原定給付履行時，則債權人須承擔未盡損害減輕義務之風險（假使原定給付履行之訴為法院駁回，爾後轉而請求賠償金）。於英美法上，原定給付履行（specific

⁷⁷ Ernest W. Huffcut, Edwin H. Woodruff and William Reynell Anson, *American cases on contract* (2010, 1th ed), [S.I.]: Nabu Press, p.644。舉例言之，在法律上不能（legal impossibility）上，*Cordes v Miller*, 39 Mich. 581 [1878] 一案底下，法院採用了契約頓挫之理論，然而此時並無賠償金之問題存在。

⁷⁸ 須注意者係，英美法上之禁令（injunction）一語，亦有其多義性存在，依照教科書之不同，可能指稱針對不作為債務之禁令（禁止債務人進行特定行為，亦即一般之 injunction、negative specific relief），亦可能指稱針對作債務之禁令（強制債務人進行特定行為，亦即 mandatory injunction，在契約案件甚少見），甚可以指稱暫時之禁令（interim injunction、interlocutory injunction、preliminary injunction，類似我國之定暫時狀態假處分），其中第三者之判斷標準不同於前兩者，而係以「balance of convenience test」做為標準，亦即法院衡量債權人勝訴之可能性所帶來之利益以及敗訴對於債務人所帶來之傷害，以及若不給予禁令對於債權人所可能帶來之傷害以及對於債務人所帶來之利益。針對「balance of convenience test」，詳見，Joseph Chitty and H. G. Beale, *Chitty on contracts* (2012, 29th ed), London: Thomson Reuters, p.1557。而 mandatory injunction 與 specific performance 之間之細微之差異在於，前者係債務人並無任何違約之情形出現，但是未來違約之「可能性」極高時，債權人之救濟手段，詳見，Richard Wilmot-Smith, *Construction contracts: law and practice* (2006, 1th ed), New York: Oxford University Press, p.323。

⁷⁹ Paul Richards, *Law of Contract* (2009, 9th ed), UK: Pearson Education, p.387。

⁸⁰ Jill Poole, *Textbook on contract law* (2006, 8th ed), New York: Oxford University Press, p.403。

performance) 同禁令 (injunction) 皆係屬特定救濟 (specific remedies)，而特定救濟並非債權人所享有之權利，最終是否應為原定給付之履行，繫諸於法院之裁量。故英美法實質上給予債務人選擇是否繼續履行債務之自由，如其不欲繼續履約，可以支付賠償金之方式脫離契約之拘束⁸¹，該選擇僅有在例外之情形會予以限縮。以下本文將試著說明英美法上對於債務人這種選擇之限制類型，首先，本文會先從概論出發，對於英美法整體架構與大陸法系做一比較，隨後進入英國與美國法之歷史沿革以及案例分析，最後做出小結，合先敘明。

第一節 概論

英美法與大陸法系，於學理上，存在扞格，思考脈絡以及出發角度皆有極大差異，大陸法係立於立法者之觀察角度，將權利之得喪變更做出定型之模式，冠以抽象之用語，以做為法官判斷之依據，英美法則係立於當事人之角度，個案地觀察法院如何運作可以導正當事人之行為，故英美法對於抽象概念之精確掌握，遠不如大陸法，然而，利弊相伴，而也正係因為如此，英美法並無過多法學概念之糾結，而可以靈活衡量當事人之利益，因此大陸法對於當事人利益之調節，遠不如英美法⁸²，惟於實際應用上，於光譜之兩端之差距會趨近於微小，故英美法系之概念，對於大陸法系學者而言，或不失為他山之石。英美法與大陸法於學理之觀念上，有著相當大的歧異，本文首先會將兩大法體系的重要差異做一概述。

其一，於英美契約法，契約雙方所負者乃嚴格責任 (strict liability)，此與大陸法系之過錯原則 (fault，包含故意以及過失兩個概念) 有所不同，所謂「嚴格」，其目的乃在於尊重當事人契約明文中對於風險之分配及承擔風險之意願⁸³ (除非

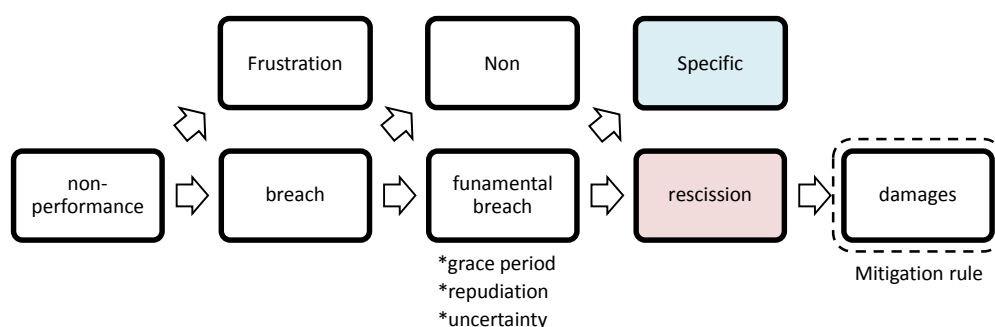
⁸¹ See, G. H. Treitel, supra note 9, p.44。

⁸² 穗積 陳重，前揭註 70，頁 339。英國人民重視實際，不崇尚空理虛飾之言，此反應在英國法學之風氣之上，係先從實際之案例出發，最後才是法學理論之架構。英國法學者大多認為，法律應該兼具體裁以及精神之活用，如果一部法律於體裁之編纂上極盡完美 (例如法國)，然而於實際使用上，卻完全無助於國民幸福之增進，則，不論該部法典外形如何完美，即與死掉的法律沒有兩樣。反之，即便該部法律之精神係促進人民福利，然而於其編纂上疑義百出，容易導致紛爭，則其效果亦僅只於此。

然，英國人亦有其固執守舊之一面，其法典之明文化，係零散為之，編排相當不得宜，難以搜尋，且立法速度緩慢，十九世紀歐洲大陸大部分國家之法律已經明文化，然而英國仍墨守於習慣法，因此，英國法學者往往終其一生鑽研其國家之法律，遑論對於比較法進行研究，且，基於實用之風氣，英國法學者亦認為其國家之法律已堪足用，故比較法學之研究於英國法學上，甚為狹隘。

⁸³ See, G. H. Treitel, supra note 9, p.8。換言之，英美法下，所謂「價金危險」或「不履行的危險」係被置於「不履行」之構成要件上進行討論，惟，事實上，此種說法亦未必精確，蓋僅於「以過錯主義為原則」之大陸法系底下，當債務人之「債務不履行」係「不可歸責」時，才有「價金危險」之問題，而英美法對於這種「危險」或是「風險」，則是依據當事人契約內容加以分配之 (尊重當事人風險分配)，爾後，進而決定是否有「不履行」之情事發生。舉例而言，在英美法下，當出賣人與買受人約定，貨物裝載於船舶後，出賣人就已經完成其義務或已經移轉風險，此時就算貨物在海上因不可抗力而滅失毀損，出賣人也不會構成「債務不履行」，因為出賣人要做的就僅僅是將貨物裝載而已，此時出賣人已經履行完畢，買受人就應該支付價金。在大陸法系底下，這個問題的思考方式則完全逆向、相反，大陸法系會先看該貨物之滅失之「債務不履行」是否「可歸責」於出賣人，如果「不可歸責」，則進入「價金風險」是否移轉之問題，如果價金風險已經

風險超過一定程度而無法期待當事人預見，則進入契約頓挫理論，因為這種可預見之風險是當事人訂立契約時所考慮到而分配之風險，並將之反應在價金上)⁸⁴，惟，大陸法系底下，係由債務人證明自己並無過失，由於舉證之所在即敗訴之所在，故結果與英美法僅係殊途同歸。此外，若債務人之行為並未達到契約明文之標準時，即構成契約之不履行（non-performance of contract），若契約之不履行，並無契約頓挫（frustration）之情事，該不履行即進一步構成英美法底下契約之違反（breach of contract），當契約之違反符合一定之要件而更進一步構成重大違約時（fundamental breach of contract、substantial failure），債權人所可採之救濟途徑（remedies）大致上可分為四類，分別是契約解消（rescission）、賠償金（damages）、原定價金（agreed sum）以及原定給付履行（specific performance），至於原定價金，有時亦會被稱呼賠償金，英美法學者有時不會刻意區分，蓋兩者皆屬以金錢為內容之給付，惟，亦有嚴格區分者。即便契約之違反並非重大而債權人不得解消（全部）契約時，其亦可主張賠償金之給付，此時若價金尚未給付，則是透過減少價金給付之方式進行賠償金的救濟手段。關於此點，可簡化如下圖：



「*」代表重大不履行之態樣，但是不限於此。其中原定給付履行（specific performance）之排除事由，不在其間。

圖表〔一〕：英美法違約救濟流程

其二，係有關契約的不履行之態樣，英美法係對於契約不履行之態樣，並未如大陸法系針對不履行之態樣作出分類，反而，英美法不區分不履行之態樣，債務人如於契約約定之時間點上未能達到契約所約定的標準，即構成義務之不履行，故有學者認為，或可言之，於英美法上，僅有一種違約態樣，即是「遲延」⁸⁵。

移轉，則買受人仍必須支付價金，在這案例底下，由於價金危險於裝載的時候就已經移轉給買受人，所以買受人應該給付價金。至於該不可抗力是否已經達到情事變更〔英美〕（或是價金危險沒有移轉〔大陸〕），則屬另一事，如果該不可抗力已經超乎契約當事人之預期（例如當事人雙方皆無預料之風險），則進入契約頓挫之流程。由此可見，大陸法系之「債務不履行」之概念範圍會比英美法「債務不履行」之範圍更廣。我國有學者希望透過對於「可歸責」之解釋，將英美法上之風險分配納入我國體系，而與國際潮流接軌，其用心良苦可見一斑，詳見，陳自強，前揭註68，頁116。

⁸⁴ The American Law Institute, Restatement of the law, second, contracts 2d §§ 178 to 315 (2007, 1st ed), St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, p.316。

⁸⁵ See, G. H. Treitel, supra note 9, p.8。

其三，英美法上並未有同時履行抗辯權之概念，其係以債務人之履行作為債權人對待債務到期之默示條件（implied condition、constructive condition），故於債務人尚未履行之前，債權人之對待債務皆尚未到期。於英美法上，對此懸置自己履行之作法，稱之為己力實現（self-help），惟己力實現之定義不限於此，尚包括進行替代性交易（substitute contract、cover transaction）⁸⁶。

其四，係有關契約「解消」之要件，於英美法，契約解消之要件係重大違約（fundamental breach），其類型包含，債務人明示拒絕履行（repudiate）、債務人於恩惠期間（grace period）之內不修補契約、債權人對於外來履行之不確定性（uncertainty）等，僅於例外狀況，始肯認非重大違約之情形之契約解消，如當事人定有決斷條款（provision of determination）之情形。

其五，係有關契約「解消」之效果，此點不論是與大陸法系之契約「解除」抑或「終止」皆有極大之差異性，英美法上，對於契約之解消，並非大陸法系底下「損害賠償」與「解除」之兩立主義，於英美契約法上，契約解消之效果，會使「債務人」「應履行但未履行之義務」歸於消滅⁸⁷，而債務人尚未履行之義務之救濟，則交由賠償金或原定價金處理⁸⁸。至於「債權人」「已履行」（accrued）之義務之事實則不因此失去效力⁸⁹，若此時債權人尚未履行義務，則該義務會與賠償金（或原定價金）進行「清算」⁹⁰，剩餘的額度成為最後的賠償金額度⁹¹，事實上，此種處理方式，某程度上也是讓「債權人」「應履行但未履行之義務」歸於消滅，故英美法學者有時會說契約之解消會讓「雙方」「所有應履行但未履行之義務」歸於消滅，惟不影響已履行之義務⁹²。故於英美法下，買受人受領貨物但未給付價金時，原則上，出賣不得向買受人要求返還貨物⁹³，出賣人之救濟手段為直接訴請原定價金，此與大陸法系所謂契約解除後互負返還義務（reciprocal duties of

⁸⁶ See, G. H. Treitel, supra note 9, p.2。另外，於英美法下，「己力實現」一詞有其多義性，舉例言之，債權人享有「所有權保留條款」亦屬於己力實現，而我國之「同時履行抗辯權」（註：英美法上並無此一權利之概念，而係以「履行條件」做為代替），亦屬己力實現之文義範疇，詳見，P. S. Atiyah and Stephen A. Smith, Atiyah's introduction to the law of contract (2006, 6th ed), New York: Oxford University Press, p.374。

⁸⁷ See, G. H. Treitel, supra note 9, pp.383-384。

⁸⁸ See, G. H. Treitel, supra note 9, p.395。

⁸⁹ G. H. Treitel, The Law of Contract (2003, 1st ed), London: Thomson/Sweet & Maxwell, p.849。 , A. S. Burrows, English private law (2007, 2nd ed), New York: Oxford University Press, p.774。

⁹⁰ E. Allan Farnsworth, Contracts (2004, 1st ed), New York: Aspen Publishers, p.563。

⁹¹ See, G. H. Treitel, supra note 89, p.850。

⁹² 關於這一點，可參見同樣是英美法系統的 New Zealand Contractual Remedies Act [1979] § 8(3)：「Subject to this Act, when a contract is cancelled the following provisions shall apply: (a)so far as the contract remains unperformed at the time of the cancellation, no party shall be obliged or entitled to perform it further; (b)so far as the contract has been performed at the time of the cancellation, no party shall, by reason only of the cancellation, be divested of any property transferred or money paid pursuant to the contract.」最為清楚，其中，cancel 一詞即是解消之意。

⁹³ See, G. H. Treitel, supra note 9, p.384。相同見解，詳見，H. G. Beale, W. D. Bishop and M. P. Furmston, Contract: cases and materials (1990, 2nd ed), London: Butterworth, p.543。惟有例外，舉例言之，（一）當出賣人於契約明文中保有貨物所有權之時，（二）詳見 U.C.C. § 2-702(2)，在有償付不能的風險（insolvency risk）之下，允許出賣人取回貨物，惟有諸多限制。之所以有這種限制之原因在於，保護善意第三買受人之期待利益。

restoration) 有所差異。然而，於大陸法系下，若貨物現實上無法返還給尚未收到價金之出賣人時（例如買受人已經將之轉賣），買受人所負擔的責任是相當於貨物的價值的金額（給付不能之損害賠償），此時與英美法的原定價金並無差異，兩者僅是殊途同歸。又例如對於已受領價金，但是尚未給付貨物的出賣人，於英美法下，買受人請求賠償金的額度也會包含原定價金⁹⁴，實質上也頗具有大陸法系底下之互負返還義務之效果，至於雙方實際上都尚未進行給付的狀況（例如拒絕受領），英美法與大陸法的處理方式並無太大差異。

其六，係有關契約「解消」之行使，其方法上，於大陸法系，契約之解除係向對方以意思表示為之，惟，於英美法，契約解消之有無，非以意思表示為準，而係繫諸於債權人現實之行為，例如當債權人現實上進行了替代性交易，即當足之。另，於契約解消之時效性上，一旦經過合理之期限，債權人將無法解消契約，亦即無法請求賠償金，而由債權人承擔自己之損害，此理由係基於債權人對於瑕疵之默認抑或對於債權人損害減輕義務之課予（蓋債權人越晚解消契約，對於債務人損害越大，此時禁止債權人解消契約，而由債權人承擔自己之損害⁹⁵），此與大陸法系縱令解除權除斥期間經過，債權人仍得主張損害賠償有所差異。

其七，係有關代替履行之損害賠償請求權（damages for non-performance、填補賠償），於英美法上，「此類」賠償金之產生係繫諸於債權人是否有解消契約之意思，雖然是否解消契約係繫諸於債權人之選擇，惟，現實上，債權人解消契約後所產生之賠償金會受到損害減輕義務之箝制，故實際上，債權人之選擇會因為避免經濟上之制裁，而受到限制⁹⁶。反之，於大陸法下，代替履行之損害賠償之產生並非係諸於債權人之意思，而係符合一定要件時，其即產生⁹⁷，損害減輕義務係放在損害賠償額度之計算基準時點上予以處理，亦即，於大陸法系，原則上

⁹⁴ See, G. H. Treitel, supra note 9, p.395, Treitel 教授傾向於嚴格區分原定價金以及賠償金。惟有些英美法學者並不嚴格區分原定價金（agreed sum）以及賠償金（damages），See, G. H. Treitel, supra note 89, p.1057。為求觀念的處理上的方便，本文也傾向於不區分兩者，且，原定價金之請求係透過普通法院之訴訟程序為之，而並非衡平法院，如果認定原定價金與賠償金係屬不同性質，則理論上，原定價金之訴求應該透過衡平法院之訴訟程序為之，然而實際上並非如此，反面推論，故原定價金係屬賠償金之性質，並且，於英國法底下，這種原定價金之訴求通常不會被形容為原定給付履行之訴求，且也不會受到原定給付履行訴求之排除事由之影響（除非出賣人訴請買受人受領給付「並且」支付價金，然而此種情形並非此處所謂「典型」之原定價金之訴求），詳見，Joseph Chitty and H. G. Beale, Chitty on contracts (2012, 29th ed), London: Thomson Reuters, p.1523。

關於原定價金之程序，詳見，John Norton Pomeroy, A treatise on the specific performance of contracts [electronic resource]: as it is enforced by courts of equitable jurisdiction in the United States of America (1926, 3rd ed), Albany, N.Y.: Banks & Co., p.8。同樣見解，詳見，古川 吉樹（2010），〈履行請求權と損害軽減義務 -履行期前の履行拒絶に関する考察-〉，第1版，頁23，東京：東京大学出版会。

⁹⁵ 於此種情況，債權人如不得解消契約而請求賠償金，債權人可能也無法成功訴請原定給付履行，See, Paul Richards, supra note 79, p.438, “doctrines of laches”。

⁹⁶ See, G. H. Treitel, supra note 89, p.847。

⁹⁷ See, G. H. Treitel, supra note 9, p.328。詳言之，在大陸法系底下（主要以舊德國債法為例），於Nachfrist之情形，期間經過之後，債權人即取得代替履行之損害賠償請求權，此時債權人喪失履行請求權，See, G. H. Treitel, supra note 9, p.49，惟，於英美法下，即便恩惠期間（grace period）經過，仍須債權人有實際解消之意思（例如進行替代性交易或起訴），契約始因此解消，債權人而得請求賠償金，因此，於債權人有實際解消之意思之前，債權人皆得訴請原定給付之履行。

係直接承認債權人於符合一定要件之下享有代替履行之損害賠償請求權（damages for non-performance），例如以恩惠期限（Nachfrist）經過後之當下做為計算賠償金之時點⁹⁸。

其八，英美法上契約解除後的回復原狀（restoration〔英美〕）與大陸法系契約解除後的相互返還（reciprocal duties of restoration〔大陸〕）有所差異，英美法上所稱之回復原狀，單純係指，買受人須將所受領有瑕疵之給付返還於出賣人，而非指大陸法系上契約解除後之互負返還義務，蓋於英美法上，往往為避免對於交易第三人產生影響，故不使出賣人得向買受人取回標的物（除有例外狀況）⁹⁹。

其九，原定給付履行，係英美法之例外，惟，此係大陸法之原則，然，實際運用上，兩者之結果是否有所差異？向來我國學說於比較法之研究之上，多係認為，大陸法之原則係，原則上肯認債權人原定給付履行之「請求權」，然而，僅於例外狀況之下限縮之，這例外狀況包含，給付（履行）係現實上不能抑或對於債務人負擔過重¹⁰⁰，然而英美法之原則係，債權人並無原定給付履行之「請求權」（actions at law），然而債權人仍得選擇（choice of remedy）不解除契約轉而「訴請」（suit in equity）衡平法院做出裁量，此時衡平法院於符合一定之要件下，會准許債權人原定給付履行之訴求，此時債權人之原定給付履行請求權「始」產生。因此學說區分「履行請求權」之「成立」與「排除」而分別論述英美法以及大陸法。然而，實際上，大陸法系下之債權人如欲實現其履行請求權，最終仍是須對法院提起訴訟、受法院審查，於英美法，債權人雖無原定給付履行請求權，但仍可向法院訴請原定給付之救濟，於符合一定要件之下，法院仍會給予原定給付履行之命令¹⁰¹，而英美法下普通法院和衡平法院於歷史上已經融合為一體，這種請求（actions）與訴求（suit）之間之差異亦趨微小¹⁰²。因此，其謂大陸法系下債權人必定有履行請求權乎？而英美法下必定無原定給付履行請求權乎？本文認為，這種形式區分，於現今下，已經喪失其實益¹⁰³。

於英美法，由於原定給付履行係針對個人（in person），而不同於賠償金係針對財產（in rem），故當債務人不遵守法院之命令之時，將會構成對於法院之輕視（civil-contempt），於執行層面之上，其手段可以是罰金抑或拘禁，惟，其罰金之歸屬者為債權人¹⁰⁴。舉例言之，當法院之命令係債務人交付「特定物」，原則上，

⁹⁸ See, G. H. Treitel, *supra* note 9, p.121。事實上，此一作法與英美法之市場規則（Market rule）近似，詳見 Sale of Goods Act [1979] §§ 51-52。

⁹⁹ See, G. H. Treitel, *supra* note 9, p.384。例外情形，如 U.C.C. § 2-702。

¹⁰⁰ See, G. H. Treitel, *supra* note 9, p.53。

¹⁰¹ Lon L. Fuller and Melvin Aron Eisenberg, *Basic contract law* (2006, 8th ed), St. Paul, MN : Thomson/West, p.325。相同見解，詳見，M. P. Furmston, G. C. Cheshire and C. H. S. Fifoot, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract* (2007, 15th ed), New York : Oxford University Press, p.799。

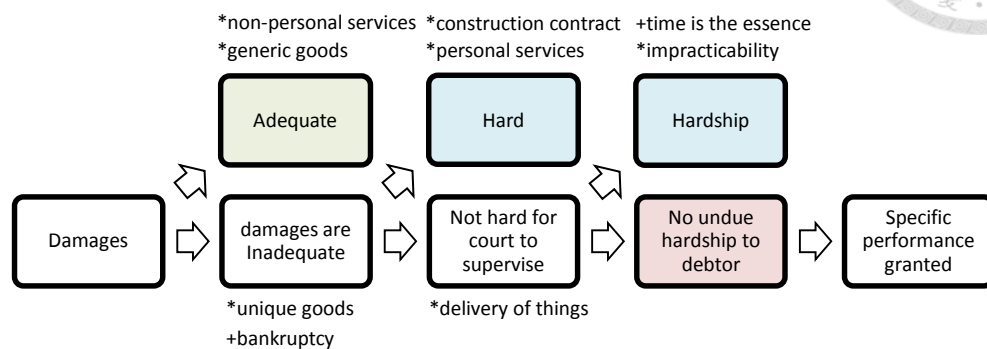
¹⁰² Steven J. Burton, *Principles of contract law* (2006, 3th ed), St. Paul, Minn. : Thomson/West, p.285。

¹⁰³ 相同見解，詳見，A. S. Burrows, *A casebook on contract* (2009, 2th ed), Portland, Or. : Hart Pub., p.452。其中 Hoffman 大法官指出，大陸法與英美法之區分實際上並未如同字面上一樣分隔，Hoffman 大法官並「推測」，大陸法系法官在決定是否要命債務人履行原本債務時，也應該會做出類似英美法法院之判斷，不過 Hoffman 大法官之推測可能有誤。

¹⁰⁴ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane and Arthur R. Miller, *Civil procedure* (2005, 4th ed), St. Paul, MN :

司法執行官會先針對該「特定物」進行強制交付¹⁰⁵，但是當債務人惡意隱匿該特定標之物之時，將會構成對於法院之歧視。

英美法法院之對於原定給付履行之審查流程大致上可簡化如下圖：



「*」代表債務內容，但不一定精確，例如 *unique goods* 也有被認定賠償金是妥適之救濟手段之案例存在，而也有案例中之契約標之物雖然是 *generic goods*，但是法院仍然給予原定給付履行之救濟，詳見後述。

圖表〔二〕：英美法原定給付履行之判斷流程

英美法上要列出所有可能准許原定給付履行之情形將會是相當困難，惟，仍可能列出一些重要之案例類型，於此既定之類型底下，英美法法院會肯定原定給付履行之訴求，舉例而言，當賠償金不足以使債權人回復到如同契約被完滿履行之狀態 (*damages are not adequate*)¹⁰⁶，法院通常會給予原定給付履行之救濟，惟，於原定給付履行難以監督 (*hard to supervise*)、原定給付履行涉及個人服務 (*personal services*) 或「對於債務人負擔過重」 (*undue hardship to the debtor*) 等情形，法院

Thomson/West, p.752。

¹⁰⁵ See, Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane and Arthur R. Miller, *supra* note 104, p.748。值得注意者係，當法院之命令係交付「種類物」之時，執行官得進行類似「代替執行」之程序，然而事實上，於英美法之原定給付之判斷流程之下，此種判決不太可能成立。

¹⁰⁶ See, G. H. Treitel, *supra* note 89, p.1017。需要說明者係，所謂賠償金並非妥適之救濟手段 (*damages are not adequate*) 有多義性存在，舉例而言，當損害過於遙遠 (*remote*) 或難以量化 (*hard to quantify*) 而難以證明之時，賠償金將會是不妥適之救濟手段，同樣地，當替代性交易一時難以進行或難以於市場上找到其他買方或賣方 (*unavailability of the equivalent substitute*)，或難以證明其已經完善盡到損害減輕義務，此時由於損害減輕義務之運作結果可能將會使債權人必須承擔部份之損害，而這些損害原本是債權人所不需要承擔，因此賠償金 (*damages*) 將會是不妥適之救濟手段，此時法院亦會准許原定給付履行之訴求，See, G. H. Treitel, *supra* note 89, pp.1020-1021。

在英美法院實務上面，契約雙方當事人之條款有時會約定「債權人不需要證明賠償金並非妥適之救濟手段，即可訴請原定給付履行」，但如果當事人又同時約定「預定性賠償金之計算方式」，法院會傾向於認定「賠償金係屬妥適之救濟手段」，故法院通常會拒絕債權人原定給付履行之訴，詳見下述案例，[A 21] *Termplan Arabi, Inc. v Frank M. Carollo*, 299 So.2d 831 [1974]。

相反地，契約雙方也可以約定「債務人」有任意解消契約之權利，此時英美法法院會否定債權人原定給付履行之訴，詳見，See, Joseph Chitty and H. G. Beale, *supra* note 94, p.1543。然而，值得注意者係，英美法法院此處否定債權人原定給付履行之訴之理由在於，由於債務人可以任意解消契約，而使得法院之令狀歸於無效 (*nugatory*)，因此法院會否准債權人原定給付履行之訴，其理由是否在於尊重當事人之意思自主，並未明言。

仍會拒絕給予原定給付之救濟。因此於英美法上，對於債權人救濟之態度係，原則上以賠償金為準，例外狀況之下，肯定原定給付之履行，惟，於例外之例外，進而否定原定給付履行¹⁰⁷。

在英美法審判實務上面，法院為求方便，有時候會針對債務之履行內容進行區分，而決定是否給予原定給付履行之令狀（這一點類似法國之作法），舉例而言，當契約之標的物係屬不動產，由於此時賠償金「往往」並非妥適之救濟手段（因為不動產之特殊性、無法替代性），所以法院會給予原定給付履行之救濟，反之，當契約之標的物係屬動產（有可代替性之動產），由於此時賠償金「往往」係屬妥適之救濟手段，英美法法院會否定債權人原定給付履行之訴求，然而這種依據債務內容作為區分依據之手段，在農耕或封建社會底下，確實有其道理，然而現今英美社會底下，不動產之交易已經如同商品買賣一般，這種依據債務內容作為區分依據之手段（categorical rule），可能已經無法適用於現代社會，因此，有學者認為，最終應該回歸最基本之原則，也就是賠償金是否為妥適之救濟手段¹⁰⁸，不論如何，這種以債務之履行內容進行區分方法仍然不失為一種簡便之手段，而現今英美法法院為求方便，也會使用此一區分方法。然不論如何，這種簡便且粗糙之區分方法，於現今之英美法法院之重要性已經降低。

另，原定給付履行之訴求一旦被准許，必然會使得債權人無庸承擔損害減輕義務，故，此二者係處於衝突之狀態¹⁰⁹，故，一旦債權人之原定給付履行之訴求為法院所承認，債權人無庸負擔損害減輕義務，反之，當債權人之原定給付履行之訴求會為法院所否定，債權人即「溯及」負擔損害減輕義務，而必須為先前因為提起原定給付之訴而未能即時進行之損害減輕之行為負責（除無法進行替代性交易，惟賠償金仍為妥適之狀況之外），因此可謂，當債權人負擔損害減輕義務時，則可「推論」債權人不得訴請原定給付履行。

最後，於現今英美法之下，當債權人訴請原定給付履行敗訴之際，法院並非當然駁回債權人之訴，而法院享有直接審酌賠償金之權限（除非法院是基於契約無效等相類似之理由駁回原告之訴求），即便債權人於一開始起訴之時未有如此表明，亦是如此，如此一來，可以省去債權人必須另行起訴請求賠償金之麻煩¹¹⁰，亦可降低未來終局無法受償之風險，針對這種賠償金，英美法多稱之為「damages in lieu of specific performance」，且，其與真正之賠償金無異¹¹¹，因此也受到損害減輕義務之判斷之限制。

並且，至於債權人得否訴請原定給付履行之「判斷時點」（relevant time），由

¹⁰⁷ Brian A. Blum and Amy C. Bushaw, *Contracts : cases, discussion, and problems* (2003, 1st ed), New York : Aspen Publishers, p.764。Also, See, Jill Poole, *supra* note 80, p.408。

¹⁰⁸ George W. Kuney and Robert M. Lloyd, *Contracts : transactions and litigation* (2008, 2nd ed), St. Paul, MN : Thomson/West, p.520。

¹⁰⁹ See, G. H. Treitel, *supra* note 89, p.1020。相同見解，詳見，See, Joseph Chitty and H. G. Beale, *supra* note 94, p.1522。

¹¹⁰ Joseph M. Perillo and John D. Calamari, *Calamari and Perillo on contracts* (2009, 6th ed), St. Paul, Minn. : Thomson/West, p.569。相同見解，See, Joseph Chitty and H. G. Beale, *supra* note 94, p.1565。

¹¹¹ See, Joseph Chitty and H. G. Beale, *supra* note 94, p.1568。

於英美法法院係立於裁判之時點，針對裁判時之現狀加以判斷（the state of affairs as seen at the hearing）¹¹²，故過往之不能是否存在，並非重點所在。

不論如何，本文接下來會聚焦於英美契約法之其九之說明下之債務人之選擇自由以及債權人原定給付履行訴求之排除。於實定法方面，於英國，本文著重於 Sale of Goods Act [1979]（下以「SoGA」代之），於美國，則著重於 Uniform Commercial Code 中之 Article 2 [2002]（下以「U.C.C.」代之），合先敘明。

¹¹² See, A. S. Burrows, *supra* note 103, p.461。

第二節 英國法



第一項 歷史沿革

任何對於法律之研究或解釋，若不深入細究其歷史之發展背景，將會是沒有任何意義¹¹³，於羅馬法上，可確定者係，債務人違約之時，債權人僅得請求賠償金，此觀羅馬法諺「Nemo potest praecise cogi ad factum」自明¹¹⁴。

同樣地，英國法傳統上不認為契約是產生了可以強制之義務，做出承諾的人會單純地被認為是承擔了特定事件發生或是不發生之風險，不管他的承諾是給付一袋棉花，抑或是擔保明天會下雨，皆係如此，法律上唯一通用之承諾之拘束力即：「That the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses.」（法律會要求承諾者給付賠償金，如果其所承諾的事件並未實現。不論在任何狀況之下，在承諾應該被履行之到期日到來之前，承諾人都有用他想用的方法完成他的承諾的自由，因此如果他想要脫離這契約的拘束力，他就有這脫離契約的自由）之所以會有這觀念的緣故在於英國契約法的古老的口頭契約的源頭，而這種口頭契約的訴訟源自於不法行為（delict）的訴訟，在不法行為的訴訟當中，原告可以訴請金錢的賠償¹¹⁵，而原告必須證明被告到底是那一些行為造成了他的損害，這種訴訟往往係於普通法院進行，而普通法院亦往往僅給予賠償金之救濟，進入執行情序後，債務人之財產將會被郡長（sheirff）予以扣押變賣，然而當執行無效果時，普通法院亦無法進行更進一步之救濟¹¹⁶。

隨後於十一世紀，英國法受到羅馬法之影響，契約從不法行為中分離出來，某程度上，係藉用亞里斯多德之理論，亞里斯多德傾向於將當事人之關係區分為「自願性交易」以及「非自願性交易」¹¹⁷。惟，由於英國此時已經有一套自己之司法體系（King's Court），因此對於這種查士丁尼法典之復興，並未如歐洲大陸一般予以廣泛之接受¹¹⁸。

¹¹³ Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, *Contract law and its application : cases and materials* (2007, 7th ed), [St. Paul, Minn.] : Thomson/West, p.102。

¹¹⁴ Edward Fry, William M. Scott and William Donaldson Rawlins, *A treatise on the specific performance of contracts* (1884, 3th ed), America : Albany, N.Y. : W.C. Little & Co., p.3。然而需要注意者係，並非所有學者認同此種解釋，舉例言之，德國法之 Glück 學者認為，雖然債務人可以提出損害賠償，然而，債權人仍有權利選擇是否接受債務人之損害賠償之提出，See, Janwillem Oosterhuis, *supra* note 4, p.91。

¹¹⁵ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations -Roman Foundations of the Civilian Tradition-* (1990, 1th ed), South Africa : Juta & Co, p.776。

¹¹⁶ See, Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, *supra* note 113, p.103。

¹¹⁷ Philip Cooke and David W. Oughton, *The common law of obligations* (2000, 3th ed), London : Butterworths, p.5。

¹¹⁸ John Cartwright, *Contract law : an introduction to the English law of contract for the civil lawyer* (2007,

不論如何，經過歷史之推演，契約單一之救濟手段被證明是不足夠，至少從債權人之角度，係如此無疑，但不論如何，於些許案例下，原定給付之履行係不可能之事，或基於實際之問題，無法強制原定給付之履行（例如命債務人作畫或於歌劇院演出），即便原定履行之強制並無困難，賠償金也會是妥適之救濟手段（例如由債權人於市場上另行進行替代交易，並由債務人賠償其差價），可是債權人對於原定給付履行之需求，仍須被滿足，舉例而言，當契約之標的物係屬土地，而通常對於買受人而言，具有特殊之價值，而無法以金錢衡量¹¹⁹，然而，當這些契約當事人向普通法院訴請原定給付履行時，往往會因為並非法院之管轄而被駁回，這些被普通法院所拒絕的當事人，會進而轉向君王請求衡平救濟，蓋君王可以不受法院規則之制衡，而君王為了避免麻煩，通常係將這些案件交由衡平法院之法官同時也是君王之左右手（Chancellors）處理¹²⁰，此時衡平法院之法官即扮演重要之角色，由於衡平法院法官大多為神職人員且同時也是君王之行政人員，如果要推翻議會所創設之法律既定之規定，這些衡平法院法官必須要有足夠堅強之理由作為後盾¹²¹，無疑地，這些法官會轉向教會法（canon law）尋求答案與後盾，教會法給他們的答案是：「債務人必須要履行自己的債務，不然無法洗去自己的罪（sin）。」衡平法院法官心中之疑慮因此被填補，衡平法院法官因此決定從普通法院中突顯出來，衡平法院法官會在其管轄範圍之內盡可能地給予原定給付履行之救濟，當債務人不遵從衡平法院之判決，法院將會認定債務人係藐視法庭（contempt of the court），輕者，處以罰金，重者，處以拘禁¹²²。

因此，有認為，普通法院之判決係針對債務人之財產（in rem），而衡平法院係針對債務人之人身（in person），但是這兩者之界線何在？若讓債權人同時請求賠償金以及原定給付履行，將會造成債務人之不公。於十六世紀之英國，由於英國王室之權利之高漲，進而引起普通法系統之抗爭，此爭議最後以普通法院之金錢賠償為原則，衡平救濟為例外做結¹²³，並且，衡平救濟本身並非滿足債權人既有之權利，而係法院之裁量，於衡平救濟，衡平法院法官係完全按照自身良心做出裁量¹²⁴，並且，僅有在普通法院所給予原告之救濟（賠償金）不足以填補原告之損害時，衡平法院才會發動救濟程序（原定給付履行）¹²⁵。

於十九世紀後之英國（以及美國），衡平法院與普通法法院融為最高法院，最高法院有權給予兩種救濟，惟，原定給付履行之救濟，仍係例外，且受到諸多既有之限制，於賠償金足以填補債權人之損害之時，原定給付履行之救濟將退居

1st ed), Portland, Or. : Hart Publishing, p.8。

¹¹⁹ Joseph Chitty, A treatise on the law of Contracts (1904, 14th ed), London : Law Publishers, p.699。

¹²⁰ Thomas D. Crandall and Douglas J. Whaley, Cases, problems, and materials on contracts (2008, 5th ed), Austin : Wolters Kluwer Law & Business, p.372。

¹²¹ Dan B. Dobbs, Dobbs law of remedies : damages, equity, restitution [volume 1] (1993, 2th ed), St. Paul, Minn. : West Pub. Co., p.69。

¹²² See, Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, supra note 113, p.103。

¹²³ See, Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, supra note 113, p.103。

¹²⁴ See, Reinhard Zimmermann, supra note 115, p.780。

¹²⁵ Hugh Collins, The law of contract (2003, 4th ed), Dayton, Ohio : LexisNexis, p.427。

第二位，此外，當契約涉及屬人性服務之時，原定給付履行亦將備而不用，又如原定給付履行將會對債務人造成重大困難之時，亦會為法院所拒絕¹²⁶。

惟，由於近年歐洲法體系之整合，以及歐洲消費者買賣指令（Consumer Sales Directives）於經濟上之影響，促使英國開始對於消費者買賣進行法典化，而英國公認最偉大之法官 Lord Denning 亦做出以下感言：「歐洲統合法之到來，過於快速，這潮流並未停在洪水線，反而衝破提防而蔓延到陸地上來，我們若要存活下去，勢必要讓自己變成兩棲類。」以賠償金作為原則之英國，面對以原定給付履行為原則之歐洲消費者買賣指令，可謂面臨難題矣。英國法對於該指令之移植，並未將之統整於 SoGA 之內，反而是將之置於新章節 Part 5A，雖然§ 48B 謂出賣人「必須」修補瑕疵或另行交付無瑕疵之物，然其中§ 48E 又謂：「(2) 依照原告之訴求，法院得要求被告為原定給付之履行，於蘇格蘭，強制被告依照 48B 履行其義務。」故，實際上，英國對於消費者買賣指令之移植，是否已照單全收，仍存有想像空間¹²⁷。

第二項 案例分析

英國法上，現今一般之見解係，當賠償金係妥當之救濟手段，法院不會給予原定給付履行之救濟¹²⁸，故法院如果給予原定給付履行之救濟，則可以推知賠償金並非妥適之救濟手段，惟「邏輯上」，賠償金若非妥適之救濟手段，並不能當然推論法院必定會給予原定給付履行之救濟，例如，賠償金雖並非妥適之救濟手段，惟原定給付之強制無法確保其效果或執行根本不切實際（例如強制畫家作畫，無法期待作品之品質，且法院之對於品質之監督係不可能之事）或對於債務人負擔過重，此時法院亦會駁回債權人之訴求。故實質上，債務人享有相當之選擇空間。以下，本文就法院限制債務人之選擇之狀況做一介紹：

第一款 原則：賠償金非妥適之救濟手段

在賠償金並非妥適之救濟手段時，英國法院「原則上」會限制債務人之選擇自由，而准許債權人原定給付履行之訴求，反之，當賠償金已經係屬妥適之救濟手段，例如債權人可以透過替代性交易從市場上購入相同之標的物時，法院必定會駁回債權人原定給付履行之訴，即便債權人所訴求者係暫定之禁令（interim injunction），亦是如此¹²⁹，所以或許可以說，其判斷標準並非在於賠償金是否為妥

¹²⁶ See, Reinhard Zimmermann, *supra* note 115, p.781。Also, See, Edward Fry, William M. Scott and William Donaldson Rawlins, *supra* note 114, p.12。

¹²⁷ J. M. Smits, Daniel Haas and Geerte Hesens, *Specific performance in contract law: national and other perspectives* (2008, 1st ed), [Maastricht]: METRO, p.121。然而，須注意者係，英國法下，亦有學者認為，此條文之增訂，已經象徵英國法邁入大陸法之見解，詳見，See, A. S. Burrows, *supra* note 103, p.451。

¹²⁸ See, G. H. Treitel, *supra* note 89, p.1020。

¹²⁹ Laurence Koffman and Elizabeth Macdonald, *The law of contract* (2010, 7th ed), New York: Oxford

適之救濟手段，而係在於，原定給付履行是否可以帶來更加完整之救濟（do more perfect and complete justice than an award of damages）¹³⁰，其間所生之案例如下：

〔E1〕 Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd [1974]¹³¹

〔事實〕原告乃係法人，向被告約定由被告向原告供給石油，為期十年，並且，在全世界性之石油短缺之情況，被告意圖解消契約，此舉將使得被告沒有辦法從他處取得替代性之石油來源，原告因此向法院申請禁令。

〔判旨〕原告勝訴，理由在於，雖然石油並非特定之物（unique），但是由於現實上進行替代性交易之可能性為零，因此賠償金並非妥適之救濟手段，無法完全填補原告之損害，且被告如未供給石油予原告，則原告將會面臨營運停擺之困難。

在此案例當中，契約之標的物係屬非特定之物（石油），惟，在該案例當中，事實上要債權人進行替代性交易幾乎係不可能之事，因此法院認定賠償金並無法完全填補債權人之損害，然而，更深入討論，即便債權人無法進行替代性交易，並不當然代表債權人之「期待利益」完全無法透過金錢加以量化，事實上，依照本件判決事實，原告所受到之損害係屬營業利益之喪失，而此通常難以量化¹³²。

以上係針對買受人訴請原定給付履行之情形，然而事實上，英國法院判決上也不乏出賣人訴請買受人為原定給付履行之案例存在¹³³，以下詳述之：

〔E2〕 White & Carter (Councils) Ltd v McGregor [1963] 3 All E.R. 1178

〔事實〕原告同意在垃圾桶上面刊登被告所經營之事業之廣告，為期三年，然而，被告在契約簽訂當天便拒絕繼續履行契約，但是原告仍然將被告之廣告刊登於垃圾桶上面，長達三年，並且在三年之後轉而向被告請求契約所約定之價金，於一審，原告敗訴，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄，理由在於，當債務人可以證明債權人沒有合法之重大利益（legitimate interest，例如經濟上利益或其他利益）時，債權人則無法強制債務人履行或受領契約之給付，在兩種同樣都可以獲得完全滿足之救濟手段當中，此時之債權人不得選擇對於債務人損害最大之一種，然而，本件被上訴人（被告）並未能證明「原告沒有合法重大利益」，並且根據本案之事實、證據觀之，被上訴人（被告）亦不太可能成功地為如此之舉證，因此上訴有理，原審判決廢棄。

University Press, p.587。

¹³⁰ See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1524。

¹³¹ 1 W.L.R. 576, Chancery Division。

¹³² P. S. Atiyah, J. N. Adams and Hector L. MacQueen, The sale of goods (2005, 11th ed), New York : Pearson/Longman, p.562。

¹³³ 此種情形通常係買受人拒絕受領「亦」拒絕給付價金之情形，然而，當買受人已經受領標的物但尚未給付價金之情況，基本上很難存在債權人（出賣人）藉由原定給付履行之手段訴請原本契約底下之價金之訴，蓋此時賠償金（原定價金）已經係屬妥適之救濟手段。

此一案件係屬相當著名之案例，亦有相當之爭議存在，於判決過程當中，上訴人以三比二之票數獲得勝訴，針對此一案件，除了以上 Lord Reid 法官之「合法之重大利益」(legitimate interest) 之見解之外，值得注意者係本件亦有不同之見解，Lord Morton of Henryton 法官於本案表明，本案原告無異於在訴請「倒轉」之原定給付履行 (inverted specific implement)，而依照原定給付履行之判斷流程，當賠償金為妥適之救濟手段之時，債權人唯一之救濟途徑即是賠償金，本案之原告，於被告預期違約之時，即可透過替代性交易之方式而「完全」填補損害，然而本案原告卻怠於為之，故本案原告應該敗訴，而僅得請求相當之賠償金¹³⁴。

本案件於大部分英美法教科書之下，主要係被歸納於「預期違約」(anticipatory breach of contract) 之章節，於預期違約之下，當債務人已經明確拒絕並受領或履行而違約，此時該預期之違約已經構成「重大違約」(fundamental breach of contract)¹³⁵，此時於英國法之下，債權人得選擇繼續維持契約之效力，抑或解消契約、轉而請求賠償金，然而賠償金之計算時點仍係以到期日之替代性交易之市價為準¹³⁶。然，事實上，誠如 Lord Morton of Henryton 法官於本案所言，當債權人選擇繼續維持契約，並訴請對造履行契約之時，某程度上債權人即屬訴請原定給付履行，則，合法之重大利益 (legitimate interest) 之判斷標準，與原定給付履行之判斷標準，有何差異？事實上，許多英國法院，於本案件做成之後，於合法之重大利益 (legitimate interest) 之判斷之上，不乏有以「賠償金難以估計」、「難以進行替代性交易」等等之理由作為肯定債權人有合法重大利益之理由之判決存在¹³⁷，並且，於雇傭契約底下，當雇主錯誤地解僱受僱人並「預期違約」時，受僱人亦無法「選擇」維持契約之效力，此時受僱人往往只能另行尋找另一雇主，並請求賠償金¹³⁸。

如果此推論成立，則依照英美法之既定規則，當債權人訴請原定給付履行之時，應該由債權人舉證證明「賠償金非屬妥適之救濟手段」¹³⁹，則為何 Lord Reid 於本案卻認為：「由於被上訴人（即被告、債務人）未能舉證上訴人（即原告、債權人）並無任何合法利益 (legitimate interest)，並且根據本案之事實、證據觀之，亦復如是，因此被上訴人應該敗訴。」？

不論如何，不論舉證責任之問題，本案之英國法院表明了，當債權人沒有重大合法利益時，債權人僅得請求賠償金，反之，當債權人有合法重大利益時，債權人得訴請債務人為原本契約義務之履行或給付之受領，然而問題又在於，本案之原告是否有重大合法利益？有學者指出，事實上，無法期待本案之原告重新將該廣告空間出租於其他客戶，即便該廣告空間係屬「種類之債」，亦是如此，蓋

¹³⁴ See, H. G. Beale, W. D. Bishop and M. P. Furmston, *supra* note 93, p.545。

¹³⁵ See, G. H. Treitel, *supra* note 89, p.860。

¹³⁶ See, H. G. Beale, W. D. Bishop and M. P. Furmston, *supra* note 93, p.544。

¹³⁷ *Gator Shipping Corp v Trans-Asiatic Oil Ltd SA (The Odenfeld)* [1978] 2 Lloyd's Rep 357。

¹³⁸ Robert Upex and Vivien Shrubbsall, *Contracts of employment : law and practice* (1997, 1st ed), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, p.134。

¹³⁹ Jeannie Marie Paterson, Andrew Robertson and Arlen Duke, *Contract : cases and materials* (2009, 11th ed), Sydney : Lawbook Co., p.741。

本件之原告之損失係屬「lost of volume」¹⁴⁰，亦即，如果本件原告將廣告空間出租於其他客戶，則本件原告之其他廣告空間之需求量會減少，其收益亦會因此被壓縮¹⁴¹，且，該收益之損失往往係屬難以計算之損害（此處原告之純收益為市價扣除成本），故賠償金並非妥適之救濟手段。

以上〔E1〕、〔E2〕係針對給予債務中，金錢所無法填補債權人之損害之案例，以下係針對行為債務之案例：

〔E3〕 Lumley v Wagner [1852] 1 D.M. & G. 694

〔事實〕被告 Wagner 係職業之歌劇演唱者，為原告 Lumley 所僱用，於原告 Lumley 所擁有之劇院內進行為期三個月之演唱，雙方於契約底下，並約定被告 Wagner 於契約之存續期間之內，不得於其他之處所或為他人而演唱，但不論如何，訴外人 Covent Garden Theatre 卻提出更高之價格，邀請被告 Wagner 於其劇院當中演唱，而被告 Wagner 亦同意之。原告 Lumley 因此向法院訴請給予禁令，禁止被告 Wagner 於其他劇院當中演唱，而被告 Wanger 則抗辯，該禁令實質上係相當於原定給付履行之訴，而原告與被告之間之契約，係屬於無法為原定給付履行之訴者，故應該判決原告敗訴。

〔判旨〕原告之訴有理，理由在於，（一）本案之禁令之聲請並非實質上之間接之原定給付履行之訴，（二）法院不會容許給予承諾的一方當事人任意脫離其所承諾之契約關係，而使另外一方當事人僅能從陪審團獲得不確定之賠償金。

此一判決係針對行為債務底下，僱用人訴請原定給付履行請求之狀況，值得注意者係，此一案件下，法院之理由係「禁令並非實質上之間接之原定給付履行」，而避免了英國法院於十九世紀普遍之鐵律「服務契約無法原定給付履行」之難題，蓋，如果本件法院認定禁令係屬實質上之原定給付履行，則原告勢必將會敗訴，雖然本件法院極力否認自己是在給予原定給付履行之事實，但事實上，此時之禁令實質上已經是原定給付履行，而本件法院之 Leonards 法官也明言：「but she has no cause of complaint if I compel her to abstain from the commission of an act which she has bound herself not to do, and thus possibly cause her to fulfil her engagement.」，往後之英美法學者有以「間接」之原定給付履行代稱之¹⁴²。另一相類似，惟有所許

¹⁴⁰ See, H. G. Beale, W. D. Bishop and M. P. Furmston, supra note 93, p.547。

¹⁴¹ 楊宜良，前揭註 20，頁 371。事實上，所謂之「lost volume」之問題，通常發生於「供」過於「求」之狀況，此時即便出賣人進行替代性交易，其總體毛利亦會受到壓縮，至於損失是否可以計算，則屬另一問題。關於此原理之說明，詳見，Victor P. Goldberg, Framing contract law: an economic perspective (2006, 1st ed), Cambridge, Mass.: Harvard University Press, p.238。然而該學者對於此一概念有所批評，亦即債務人之賠償金額度，會因為其所無法預期之情事（供需變動）而有所增減，有所不妥。亦有論者認為，「lost volume」之計算模式違反債務人之預見可能性，其論爭，詳見，Marvin A. Chirelstein, Concepts and case analysis in the law of contracts (2010, 6th ed), New York: Foundation Press/Thomson Reuters, p.207。

¹⁴² William Reynell Anson, J. Beatson, A. S. Burrows and John Cartwright, Anson's law of contract (2010, 29th ed), New York: Oxford University Press, p.584。

不同之案例如下：

〔E 4〕 Evening Standard Co. Ltd. v Henderson [1987] I.C.R. 588

〔事實〕被告 Henderson 係受雇於原告 Evening Standard Co. Ltd (以下簡稱 Evening) 之產銷經理，依照雙方契約之約定，任何一方要解僱契約，應該提前 12 個月通知他方當事人，並且，除得到原告 Evening 之同意之外，被告 Henderson 不可於契約存續期間於公司之外職業，但是於 1986 年 9 月，被告 Henderson 為另外一家與原告競業之公司所挖角，於是被告 Henderson 通知原告 Evening 其將於 2 個月之後離職，原告 Evening 於是向法院訴請禁令 (injunction)，禁止被告 Henderson 於契約所約定之 12 個月之內於其他與原告競業之公司任職，原告於第一審敗訴，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄，理由在於，(一) 被告如果可以任職於原告之競業對手，則原告所受到之損害係難以金錢估計，(二) 本案原告願意給予被告全額之薪資，且不堅持被告「實質上」繼續於原告公司服務，且原告同意不會對於被告進行任何賠償金之索賠，因此禁令不會將被告置於「服務原告或餓死」二選一之難題當中，綜合以上，本件上訴有理。

事實上，這種雇主支付薪資但不讓受僱人履行契約義務之作法，於英美法被稱呼為「garden leave」，主要是為了避免受僱人干擾公司運作或洩漏公司資訊¹⁴³，一般而言，這種行為看似對於受僱人而言，並無過大之負擔，然不乏有學者認為，此種支付薪資但是不讓受僱人履約之作法亦會減損受僱人之名聲、技能之提昇之機會，所以難謂對於受僱人並無任何負擔。以下係針對受僱人訴請原定給付履行之案例：

〔E 5〕 Hill v CA Parsons & Co. Ltd [1972] Ch. 305

〔事實〕原告 Hill 係從 1936 年開始受僱於被告 CA Parsons 公司之工程師，但是到 1968 年之前，原告尚未加入工會，到了 1970 年，被告「被迫」與工程師工會 (DATA) 達成協議，被告所僱傭之工程師應該皆係該工程師工會之成員，否則該工程師工會將會懲其下之工會成員集體罷工，迫使被告必須承受莫大之損失。被告因此督促原告 Hill 一個月之內加入該工會，然而，Hill 仍未加入該工會，因此，於 1971 年 7 月 30 日，被告通知原告，一個月之後其將終止雙方之僱傭契約，其他 37 位同樣堅持不加入 DATA 之工程師也遭受同樣之命運。至此，原告如果再於被告公司服務兩年，將可達到 65 歲之退休年齡，並受到退休金制度之保障，且，「工業關係法案」(The Industrial Relations Act [1971]) 於 1971 年 8 月 5 日將會通過，並於 1972 年 2 月 28 日生效，於此法案底下，無法註冊之工會 (如 DATA 由於其紀錄不良，很可能會

¹⁴³ Richard Taylor and Damian Taylor, Contract law : directions (2009, 2th ed), New York : Oxford University Press, p.337。

是無法註冊)，將無法與原告或其他公司進行壟斷性服務交易（closed-shop agreement）¹⁴⁴，因此，被告不得以原告並非該工會成員為由而解僱之。原告於 1971 年 8 月 13 日起訴請求法院判令被告繼續僱用原告，以做為其他 37 位工程師未來勝訴可能性之試溫計，於第一審，原告敗訴，不論如何，於上訴審，原告勝訴，被告不符，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，原審判決維持，理由在於，（一）被告僅僅於解僱前一個月通知原告，不符合法律應於六個月前通知之規定，因此被告違約，（二）賠償金將會是無法填補原告之損害，蓋原告於兩年後，其退休將會受到退休制度之保障，而無法以金錢衡量原告之損害（三）原告與被告之間之信賴關係尚未被切斷，蓋被告係受到 DATA 之壓力而必須解僱原告，而並非出自於本意，（四）「工業關係法案」通過之後，DATA 將會成為無法註冊之工會，而失去基礎，DATA 對於被告之壓力將會減小，相對地，被告與原告之間之信賴關係亦不易受到影響。綜合以上因素，故本件原審判決應予以維持。

此一案件於英國法上相當著名，且亦相當特殊，蓋，於服務契約底下，英國法院通常會駁回原告原定給付履行之訴，然而，本件由於背景事實特殊，故法院最後容許之，惟，值得注意者係，由於原告達到退休條件後所可以獲得之退休金之保障之損失，將會是金錢所無法衡量，惟，若該退休金之制度係「一次性提領」，則又何如？而其他同樣命運之 37 位工程師是否可以與本案做同一處理？尚待觀察。

第二款 例外

第一目 履行對於債務人負擔過重

即便債權人符合上開所論述之要件，於例外狀況之下，英國法院仍會駁回債權人原定給付履行之訴求，例如，當履行對於債務人而言，係屬「負擔過重」者，然而理論上，此一要件於字面上來看有其多義性，此一要件容易與「不公平條款」或與「契約頓挫」（frustration of contract）之判斷「混淆」，蓋於不公平條款之下，債務人之負擔亦屬過重，且，於契約受挫之情形，亦屬契約因為嗣後情事（contingencies）之發生，導致債務人繼續履行契約之負擔過重者，而於此三種情形之下，法院皆會否定債權人原定給付履行之訴求。然而，前者與後兩者之差異在於，於「不公平條款」之情形，法院可能會基於雙方意思欠缺或受脅迫為由，而將契約論以無效，於「契約受挫」之情形，債務人不須承擔該嗣後情事之風險

¹⁴⁴ 如此，DATA 之成員將會急速流失，本文推論此為本件法案之目的。另，於此法案底下，違法罷工之工會代表（shop-steward）將會被課予罰鍰或甚至監禁，詳見，Unkown, "Statutes [The Industrial Relations Act 1971]," 34 The Modern Law Review 6 (2011), p.671。

而免責，此時即便法院否定債權人原定給付履行之訴求，法院亦無權力轉而給予債權人賠償金，反之，於一般債務人「負擔過重」之情形，此時契約並非受挫，而債務人應該承擔風險，此時當法院否定債權人原定給付履行之訴求時，法院有權力轉而給予債權人賠償金（damages in lieu of specific performance）。

現今，這三者之區分已經相當明顯¹⁴⁵，然而於十九世紀早期之英國教科書，對於這三者並無明顯之區分意識¹⁴⁶。

不論如何，針對債務人負擔過重之情形，其間所生之案例如下：

〔E 6〕 Denne v Light [1857] 8 D.M. & G 174

〔事實〕原告出賣土地於被告，然而該筆土地特殊在於，其前後左右皆為其他不同所有人之土地所環繞，導致被告所買受之土地無法與外界通行，而必須與其他土地所有人協議，並支付通行權利金，被告始得與外界聯繫，被告因此拒絕接受該筆土地，亦拒絕給付價金，原告因此提起訴訟。

〔判旨〕原告之訴駁回，理由在於，原定給付履行對於被告而言，係屬負擔過重¹⁴⁷。

另外一個類似之案例如下：

〔E 7〕 Patel v Ali [1984] Ch. 238

〔事實〕Patel 夫妻係一棟房屋之共同所有人，於 1979 年，Patel 女士將其唯一僅有之房屋出賣給原告 Ali，但是由於 Patel 教授因為破產之因素，導致這筆交易遲遲未能完成，同時 Patel 女士因為骨癌，導致她其中一隻腳必須截肢，同時，不巧的是，Patel 夫妻第二及第三個孩子也在此時誕生，不論如何，原告訴請法院為原定給付履行要求 Patel 夫妻交付房屋，被告 Patel 夫妻在法庭上說著不流利的英文，希望法院能免去他們的負擔，但不論如何，法院仍給予原定給付履行之救濟，Patel 夫妻因此上訴。

〔判旨〕判決駁回，原定給付履行對於被告（上訴人）負擔過重，即便履行之困難並非在於標之物之移轉本身，原定履行會對債務人造成過大之困難（Patel 夫妻及其小孩將必須流落街頭），故 Ali 僅能請求賠償金。

此一案件有兩點特殊之處，其一，即便給付標之物本身之困難與標之物之性質無

¹⁴⁵ 於 Taylor v Caldwell [1863] 3 B. & S. 826 一案之後，英國法院開始承認嗣後情事可以作為契約受挫之基礎。See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1312。此時「契約頓挫」可以說是正式從「債務人負擔過重」之要件中獨立出來。

¹⁴⁶ 舉例而言，於英國法早期專書，認定應該以「契約成立之時」作為判斷債務人負擔是否過重之依據，然而，卻又承認，於特殊情況之下，法院亦會考慮嗣後情事之發生對於債務人所帶來之困難，然而該嗣後情事可能係屬於債務人之風險範圍抑或債權人之風險範圍，作者多未加以明確區分，詳見，Edward Fry, A treatise on the specific performance of contracts, including those of public companies [electronic resource] (1858, 1st ed), Philadelphia: T. & J.W. Johnson, p.99。

¹⁴⁷ See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1539。

關，但是英國法院仍然認為對於債務人負擔過重，其二。Patel 教授係處於破產狀態，Ali 請求賠償金會因為須與其他債權人分配，導致 Ali 無法完全回收債權，且該契約之標的物體係屬不動產，照理說法院通常會給予原定給付履行之救濟，但不論如何，法院仍然駁回 Ali 原定給付之訴求，蓋原定給付履行（交付房屋）對於 Patel 夫妻而言，負擔過苛，將導致 Patel 夫妻及其三個小孩無家可歸¹⁴⁸。

以上係針對特定物之買賣契約所生之判決，然，當英國法院判定債權人不得訴請原定給付履行時，法院有權力直接給予債權人賠償金，以下係針對此類賠償金之計算方式之判決：

〔E 8〕Wroth v Tyler [1974] Ch. 30

〔事實〕原告與以 6,000 英鎊係向被告購買其所擁有之房屋，雙方約定於 1971 年 10 月進行移轉登記以及交屋，然而於履行期到來之前，房屋之市價已經攀升到了 7,500 英鎊，被告因此於 1971 年 7 月向原告表示拒絕履行，並將房屋移轉登記予第三人（其妻），原告因此於 1972 年 1 月向法院提起原定給付履行之訴。

〔判旨〕¹⁴⁹考慮到被告可能會因為原定給付之履行而導致家庭失和，因此原告之訴駁回，然而法院有權力給予賠償金之判決，當法院給予此類之賠償金之時，賠償金應該要使原告之損害填補到如同契約已經完滿履行之狀態，即便該賠償金之計算係以違約之後之時點為準，亦復如是，且，Hadley v Baxendale 一案僅處理到當事人間賠償金之「種類」，並無涉及當事人間賠償金之「計算」或「量化」。綜合上述，本件賠償金應以本件判決做成之時點之房屋市價為準，亦即以 11,500 英鎊為準，扣除尚未給付之價金，被告應賠償原告 5,500 英鎊。

本案法院明確表示不動產之損害賠償之計算時點，惟，針對此一判決，亦有學者提出批評，事實上本件法院之理由「賠償金應該要使原告之損害填補到如同契約已經完滿履行之狀態」容易讓人誤解，更加精準之判斷理由應該是，由於本件原告現實上不可能找到類似之房屋（不動產對於本件原告之特殊性），因此無法期待原告進行替代性交易，因此最後以判決時點之房屋市價作為計算賠償金之基準¹⁵⁰。

另，針對行為債務，債務人亦可能有負擔過重之情形：

〔E 9〕Warner Bros Pictures Inc. v Nelson [1937] 1 K.B. 209

〔事實〕被告 Bette Davis Nelson（以下簡稱 Nelson）係影劇演員，與原告 Warner Bros Pictures Inc.（以下簡稱 Warner）約定，由被告 Nelson 為原告 Warner 提供

¹⁴⁸ See, Hugh Collins, supra note 125, p.433。

¹⁴⁹ 判決日期為 1973 年 1 月。

¹⁵⁰ See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1567。

52 星期之演出，雙方並約定，並且於此一期間之內被告 Nelson 不僅僅是「不可為他人進行演出」，更「不可為他人進行其他種類之服務」，但是被告 Nelson 隨後認為，繼續為原告演出這種「庸俗影劇」將會自毀前程，因此即便知悉會毀約，被告 Nelson 仍然違約，而到英國為他人進行演出。原告因此於英國提起訴訟，訴請法院禁止被告 Nelson 「為他人進行演出」。

〔判旨〕原告之訴有理，理由在於，如果禁止被告 Nelson「為他人進行演出」以及「為他人進行其他種類之服務」，將會是構成「indirect specific performance」，而僱傭契約係屬不得強制原定給付履行者，但本件原告所訴請者僅係禁止被告 Nelson 「為他人進行演出」，因此並無此一問題，且禁止被告為他人進行演出，並不會排除被告其他謀生之可能性。

事實上，本案件中，如果被告 Nelson 僅得「為他人進行其他種類之服務」，則被告 Nelson 將必須放棄其專業演技，而從其他其所不熟習之技能謀生，這將會是不切實際的，且這樣亦會與「indirect specific performance」或「restraint of trade」無異（也就是被告 Nelson 不得「為他人進行演出」以及「為他人進行其他種類之服務」），因此法院不應該為如此之判決，但很明顯地，英國法院並不採納如此之看法。

然而理論上需要區別的是，於僱用人訴請原定給付履行之上，原定給付履行（或間接之原定給付履行，亦即禁令）使債務人必須「履行」原本義務所產生之「負擔」，與原定給付履行之「執行」所帶給債務人之「壓力」，兩者有所差別，而有論者認為後者本身亦可單獨作為駁回原告之訴求之基礎，然而事實上，亦有論者認為這種說法與英國法上經典之〔E 3〕Lumley v Wagner [1852] 1 D.M. & G. 694 Lumley v Wagner [1852] 1 D.M. & G. 694 有所出入¹⁵¹，詳言之，當職業運動員與經理人之間已經喪失信賴關係時，有論者認為，因為給予禁令（禁止該職業運動員受雇於其他球隊）將會導致該運動員無法合理謀生，故法院應否定該禁令，亦有論者認為，此時亦可認為，由於雙方之間已經喪失信賴關係，故禁令對於受僱人而言，係屬過度之負擔¹⁵²，此兩種不同見解存在。

事實上，於勞僱關係上，如果法院給予禁令，禁止受僱人另行受雇於第三人，使得受僱人無法「合理」謀生，此時原僱用人可以合法「剝削」受僱人之空間將會因此「擴大」，對於受僱人而言，難謂繼續受雇於僱用人不會產生任何「更大」之不利益¹⁵³，對於僱用人而言，亦難保受僱人不會減損其履行品質，由此可見，事實上，以上兩種見解並非互斥，事實上，英美法法院對此有深刻之認識，不論是以「債務人必須履行原本義務所產生之負擔過重」為由，抑或以「原定給付履行之執行所帶給債務人之壓力過重」為由，而駁回原告原定給付履行之訴，事實上，兩種見解並無衝突，僅係觀察角度不同所致。

¹⁵¹ See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1560。

¹⁵² See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1559。

¹⁵³ Michael B. Kelly, Inside contract law : what matters and why (2011, 1th ed), New York, NY : Aspen Publishers, p.378。

以上係屬「審判時」原定給付履行對於債務人負擔過重者，然而，於原定給付履行「執行時」，債務人之負擔，亦可能因為第三人之行為或其他因素而此提昇，此時英國法院應該如何處理？將於下一案例揭曉：

[E 10] Johnson v Agnew [1980] A.C. 367

[事實] 原告 Johnson 與被告 Agnew 於 1973 年 11 月 1 日成立買賣契約，約定由被告 Agnew 於 1973 年 12 月給付價金 117000 英鎊給予原告 Johnson，並由原告 Johnson 清償債務而消除其土地上之抵押權，嗣由原告 Johnson 將該筆「乾淨」之土地移轉給被告 Agnew，然而，詎料嗣被告於 1974 年 1 月拒絕履約（給付價金並受領土地），原告因此提起原定給付履行之訴，嗣於 1974 年 6 月原告獲得勝訴判決確定之後，原告之債權人於 1975 年 4 月將該原告現有之該筆土地拍賣，而該拍賣金額僅僅只有 48000 英鎊（註：本文推論該期間之內可能土地市價下跌），導致原告與被告因此無法完成原定給付履行之內容，且原告因此無法獲得其所預期之 69000 英鎊（117000 扣除 48000），原告因此起訴，請求法院判令被告轉而給付賠償金，共計 69000 英鎊，於第一審，原告敗訴，原告因此上訴，而於第二審，法院改認定原告之訴有理，理由在於，雖然原告「解消契約」後即不得「訴請原定給付履行」，然而邏輯上，並不當然代表原告於「訴請原定給付履行」之後即不得「請求賠償金」，且原告於訴請原定給付履行之時所立基之前提係「原定給付履行得加以執行」，並不代表原告本意係訴請「絕對」且「不得更動」之履行，且本件執行上之困難，亦非原告所造成，而原告轉而請求賠償金，並非無理，而賠償金之計算基準時點，應為 1974 年 6 月。被告不服，因此提起上訴。

[判旨] 原審判決雖有部份違誤，然，仍駁回上訴，理由在於，一般而論，當債權人得執行原定給付時，當原定給付之執行被解消會對於相對人造成不公平之時，法院不會准許債權人之解消訴求，然而本件執行上之困難，並非迄因於出賣人，而係買受人久未依照法院命令進行原定給付履行（repudiate）所造成（註：從 1974 年 6 月到 1975 年 4 月，被告仍拒絕履行），此時出賣人尚非不得請求法院解消契約，並請求普通法上之賠償金，然而賠償金之計算之基準時點，應該係本件出賣人之土地「實際上」被債權人拍賣之時點為準，亦即以 1975 年 4 月為準，因此全案出賣人請求 69000 英鎊係屬有理。

本判決涉及原定給付履行以及損害減輕義務之交錯適用，值得注意者係，此一案件中，欲解消契約而請求賠償金者，係債權人，並非債務人，且本案事實如果看成出賣人「被迫」將該土地以低價出售於第三人（替代性交易，self-help），則將會容易理解許多。

在英國法院系統上，原定給付履行之執行之中斷或免除，似乎係以債權人之意思為準¹⁵⁴，債權人因為執行困難而欲請求賠償金，必須向法院申請中斷執行並

¹⁵⁴ See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1569。

轉而給予賠償金。然而於執行階段，法院得否「依照債務人之申請」而再度判斷債務人之負擔之情事，尚待觀察。

不論如何，本案仍有一個疑點存在，本文將其提出來，亦即，1974年6月之後，本案原告是否真的完全不知悉其債權人即將將要拍賣土地？其債權人是否完全沒有催告？本案原告是否可能於1974年6月到1975年4月之間提早申請解消執行？本案被告是否可能知悉原告以上之經濟情況？本案先例一開，以1975年4月做為賠償金之計算時點，不排除未來可能存在惡意出賣人之情形。

第二目 契約之履行難以監督

除了上開之狀況外，法院於難以監督債務人之履行之情形，亦會駁回債權人原定給付履行之訴求，詳見下面之案例：

〔E 11〕 Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd [1998] A.C. 1

〔事實〕被告承租原告所經營之大型百貨商場中之場地，用以作為生鮮超市之營運，雙方契約中之一條條款約定，被告應該在百貨之營業時間之內，維持營運，此一租約約期長達35年，然而到了第16年時，被告通知原告，其將會結束營運，原告表示如果被告斷然結束營業，將會使同百貨商場中之其他商家之營業受到不良影響，不論如何，被告仍然斷然結束營運，原告因此向法院訴請判令被告為原定給付履行，原告於上訴審法院獲得多數法官之支持，不論如何，被告提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄，理由在於，（一）依照先前判例，可以確定法院不會強制債務人繼續經營業務，因為這種監督，需要法院長期性之監督，此與一次性監督（例如房屋之完工）有所差異，（二）被告係基於經濟之考量，而拒絕繼續經營，如要被告繼續經營該超市，將迫使被告承擔經濟上之損失，（三）法院要擬定該命令之內容會是有困難，且可以預見，如果法院真的下達此一命令，雙方當事人必定會有後續之爭執，而會導致更多之訴訟、爭議產生¹⁵⁵。

此一判決值得注意之處在於，英國法院（主要係Hoffmann大法官）於此之理由，「並未」言及因法院監督困難所導致之履行品質之降低，而多係針對「監督上對於契約雙方當事人以及法院所造成之程序負擔」以及「對於債務人所造成之履行之不利益」之兩觀點出發，此點與下述美國法院判決〔A 10〕Northern Delaware Industrial Development Corp. v E. W. Bliss Co. [1968]有所差異，不論如何，兩者結論一致。然而，針對這種「一時性監督」以及「長期性監督」之區分，也不乏有學者提出質疑，認為即便監督有困難，然而情勢上所需（例如公益需求），確實需要法院之監督時，則似乎以一句「長期性監督」為由，而駁回原告之訴，不太

¹⁵⁵ Ewan McKendrick, Contract law (2009, 8th ed), Basingstoke: Palgrave Macmillan, p.361。

妥適¹⁵⁶，且事實上，從本件法院之判斷理由觀之，也確實完全未考慮到債權人之金錢所無法填補之損害，似有不妥¹⁵⁷。

且，針對這種監督困難之理由，亦有論者認為太過於牽強，事實上，很多案件之監督，法院可以指派專業第三人為之，法院「監督」之困難僅在於「指派」監督人選¹⁵⁸，事實上，如果本案件之法官多加以重視債權人之金錢所無法填補之損害，則法院應該不會再以「監督困難」為由，而駁回債權人之訴¹⁵⁹。

第三目 契約涉及個人服務

當契約之內容涉及人身服務之時，法院通常會駁回原告原定給付履行之訴求，針對此種情形，或有論者會認為，係因為強制債務人為債權人服務，有違人性尊嚴之虞，而使得服務契約轉變成為法院所認可之奴隸契約¹⁶⁰，然而事實上，這種說法無法解釋為何英國法院通常會拒絕受僱人訴請法院延長雇傭契約之年限之訴求，蓋此時如果是奴隸契約，則為何受僱人願意繼續受雇於雇傭人？如果並非奴隸契約，則以上高舉「人性尊嚴」之論證存在問題¹⁶¹，因此更加精確之說法應該是，個人服務契約重視乃是雙方當事人之互信基礎（mutual confidence），當這基礎被破壞時，法院不宜、也無法強制或監督雙方當事人依照原本契約內容加以履行，其間所生之案例如下：

[E 12] Powell v Brent London Borough Council [1988] I.C.R. 176

[事實] 原告 Powell 係受僱於被告當地政府機關之稅務人員（principle benefit officer），然而於開始工作數天之後，原告被告知，由於被告於徵選時，違反了平等徵選條款，因此被告與原告之間之委任關係應該屬於無效，原告因此起訴請求法院判令被告繼續僱用原告。

[判旨] 原告勝訴，理由在於，法院不會給予禁令強迫雇主繼續雇傭受僱人，除非（一）該特定情事底下，讓受僱人繼續受雇係屬公平，「且」（二）契約雙方當事人之間仍有信賴關係，至於信賴關係之有無，應視個案情形判斷之，端視契約勞務之性質以及禁令對於契約雙方當事人之影響。而本件事實觀之，原告於被告之服務皆係令雙方滿意，並且原被告雙方對此並無異議，因此本件原被告雙方之信賴關係仍然存在，故判決原告勝訴。

¹⁵⁶ See, A. S. Burrows, supra note 127, p.452。

¹⁵⁷ See, Ewan McKendrick, supra note 155, p.362。Also, see, Janet O'Sullivan and Jonathan Hilliard, The law of contract (2012, 5th ed), Oxford: Oxford University Press, p.428。

¹⁵⁸ See, G. H. Treitel, supra note 89, p.1033。

¹⁵⁹ See, G. H. Treitel, supra note 89, p.1034。本文認為，Treitel 教授在此隱晦地指出，其實此一判斷要件可能係「牽強」之判斷要件。蓋依照 Treitel 教授之邏輯，其實本案法院根本就是認定債權人金錢所無法填補之損害過小，進而駁回債權人之訴。事實上，如果本案之原告之金錢所無法填補之損害過鉅，亦即營運仍有獲利可言，則為何本案之被告欲終止契約？

¹⁶⁰ See, Laurence Koffman and Elizabeth Macdonald, supra note 129, p.592。

¹⁶¹ See, William Reynell Anson, J. Beatson, A. S. Burrows and John Cartwright, supra note 142, p.578。

此一判決係受到前述〔E 4〕Evening Standard Co. Ltd. v Henderson [1987] I.C.R. 588之影響，此照本件法院之邏輯：「法院不會給予原定給付履行之救濟，除非(unless)，其情形係屬公平，且(and)，雙方信賴關係仍然存在。」因此，依此邏輯，當雙方信賴關係不存在時，法院必定不會給予原定給付履行之救濟。然而，事實上，英國法院於特殊情形之下，即便契約雙方當事人之信賴關係已經不存在時，法院仍然會給予原定給付履行之救濟，詳見下一案例：

〔E 13〕Robb v Hammersmith and Fullham London Borough Council [1991] I.C.R. 514

〔事實〕原告 Robb 係受雇於被告議會機關之財務主任，於 1990 年 5 月，原告因為涉及一件貪瀆案件，而遭到調查，於調查程序之中，主任檢察官建議原告 Robb 提前榮退 (special leave with pay)，並且原告與被告開始進行終止僱用契約之協議，因此，於 1990 年 7 月 5 日，主任檢察官通知原告 Robb 對其之調查已經終止，然而原告與被告之協議過程並不順利，於 1990 年 7 月 26 日，被告以原告欠缺資力為由，而終止僱傭契約，原告因此向法院起訴，請求法院給予禁令 (injunction)，禁止被告使該終止發生效力，直到調查程序之結果出現為止。

〔判旨〕原告勝訴，理由在於，儘管原告與被告之間之信賴關係已經不復存在，然而，被告自認係違法解僱原告，且，本件原告之訴求並非繼續於原告處所服務，而係「形式上延長」該僱傭關係，並且重新開啟調查程序，獲得辨白之機會 (the opportunity of ventilating his case and justifying himself at the hearings and inquiries under the procedure)。儘管法院通常不會對於僱傭契約給予禁令之救濟，然而真正且最重要之標準在於，「該禁令是否有實際效用 (workable) 存在」，於本案當中，原告所訴求者，並非「實際上」繼續留任於被告之機關而服務之，而係「形式上」留任，並開啟調查程序，對於後一目的而言，禁令可以有效達成此一目的，故禁令係屬有實際效用。

此一判決「極端」具有爭議¹⁶²，判決所謂之禁令之目的係讓原告「形式上留任」本身已經否定了禁令對於原本僱傭關係之維持之實際效用，法院一方面宣示了標準應為「該禁令是否有實際效用 (workable) 存在」，然而另外一方面，對於該禁令之實際效用之「客體」，從「契約之完滿履行」轉變為「原告所欲達到之目的」，很明顯地，本件法院刻意轉換文義所欲涵攝之事件。如果依照法院此一邏輯，由於原告提起禁令必然係「該禁令可以達到原告所欲達到之目的」，又，如果「該禁令可以達到原告所欲達到之目的」則法院應該給予該禁令，則，只要原告一起訴，法院即應該「立即」給予原告勝訴判決，亦屬樂事一件。

事實上，如果被告違法解僱原告，則契約當然仍然存續，則原告訴請禁令之用意合在？實則原告之用意在於「名譽」，而這係屬金錢所無法填補之鉅大損害，

¹⁶² See, A. S. Burrows, supra note 103, p.459。

本文認為，此時較佳之解釋為，由於該金錢所無法填補之損害過鉅，即便禁令無助於契約原本履行之成效，法院仍應該給予原定給付履行之救濟。

不論如何，在此案件底下，很明顯地，即便原告與被告之間之信賴關係已經不存在，惟，法院最後仍然給予原定給付履行之救濟，重點在於法院之判斷，法院認為「法院不會給予原定給付履行之救濟，除非，其情形係屬公平，且，雙方信賴關係仍然存在」之論述係過於廣泛（far sweeping）且不夠精確。

由此足見，英國法院最後之判斷標準，亦非「信賴關係」或「互信基礎」，而係根本性地，對於實際強制履行之成果（workable）或品質之考量，此點已經與下述美國法院〔A 12〕Bloch v Hillel Torah North Suburban Day Scholl, 426 N.E.2d 976 [1981]之看法，相去不遠，確實，雖然此一原則於本案為法院所濫用並曲解，但不「足以」因此否定此一原則之妥適性。

第四目 對等性原則（principle of mutuality）

於十九世紀底下，所謂對等性原則（mutuality）係指，於契約締結之時，契約所生之義務對於契約雙方當事人而言，互為得訴請原定給付履行者，法院才會准允原告之訴求¹⁶³，然而事實上，於後來之英國法院，這種見解，漸漸底地被法院所廢棄：

〔E 14〕Price v Strange [1978] Ch. 337

〔事實〕被告 Strange 係大樓之主要承租人，與原告 Price 達成協議，由 Strange 分租其層樓予 Price（後），而由 Price 提供大樓之整修服務（先），但是於 Price 進行整修之途中，Strange 禁止 Price 繼續進行，並且以自己之費用，雇請第三人完成整修，同時，Strange 亦拒絕分租其樓層予原告 Price，原告 Price 因此訴請原定給付履行，於一審，法院認定，於訂立契約當時，由於原告所負擔之義務為個人服務，故被告無法訴請原定給付履行，因此原告也無法訴請原定給付履行，故判決原告敗訴，原告不服，提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄，理由在於，（一）由於對等性原則係針對可否訴請原定給付履行之判斷，又原定給付履行之容許性係以裁判之時點之情事為準，因此，對等性原則亦應該以「裁判之時點」為準，（二）即便被告已經自行雇請第三人完成原告之修補義務，然而仍然可以藉由使原告補償被告因此所生之費用，而使被告避免嗣後受償不能之風險，因此原審判決有所違誤。

然而，事實上，本案中，如果被告 Strange 並無以自己之費用請第三人進行修補，而依照本案 Goff 法官之邏輯「對等性原則應該以裁判時為準」，由於裁判時原告之債務係屬行為之債，依照英國法院之見解，由於行為之債無法為原定給付履

¹⁶³ See, Edward Fry, *supra* note 146, p.133。

行，則是否原告仍應該敗訴？

另，承上，進一步假設本案被告所負擔之義務係屬金錢之給付（而並非本案之交付標的物），由於雙方當事人之訟爭性已經產生，是否可以期待原告依照契約完整修補房屋（即便在法院之監督之下）？如果不行，則被告僅得向原告請求賠償金，此時是否仍係「原定給付履行」之訴？

最後，本案被告拒絕讓原告繼續修補房屋，被告本身係屬違約，然而，原告因此而豁免勞務之付出，法院認定原告應該填補被告所支出之費用，其結論本文贊同，然而，其費用之計算，應該以「被告所實際支付給第三人之費用」為準，抑或應該以「原告所可以進行替代性交易所獲得之報酬」為準？本文傾向於後者，蓋如果將本件原告與被告之間之交易，視為「租賃契約」以及「修繕契約」之結合，而雙方應該相互給付之價金相互抵銷，則答案呼之欲出。

不論如何，英國法院於此之見解，與下面美國法院〔A 18〕Rego v Decker, 482 P.2d 834 [1971]之見解相比，英國法院亦強調雙方當事人之訟爭性以及後續償付不能之風險，而有意將契約當事人之紛爭，做一對於雙方損害最小之「統一」之處理，而不再拘泥於形式上之對等性原則，亦有不拘泥於原告之聲明之傾向。

第三款 利益第三人契約之原定給付履行

以上係屬契約之雙方當事人訴請原定給付履行之要件，然而，當契約當事人不僅僅只有雙方，例如，當 B 同意 A 將契約標的物給付於 C，此時會產生兩個問題，第一係，A 是否可以訴請 B 為原定給付履行，第二問題係，C 得否訴請之¹⁶⁴，英國法上，針對第一個問題，答案係屬肯定，然而針對第二個問題，則是模糊不清，以下係屬極端著名之案例：

〔E 15〕Beswick v Beswick [1968] A.C. 58

〔事實〕Peter Beswick 與其姪子約定，由 Peter Beswick 移轉其所有之煤炭公司予姪子，而姪子應該僱用 Peter Beswick 為其公司之顧問，薪資為每月 6 英鎊又 10 先令，當 Peter Beswick 死亡後，其姪子每月應繼續給付 5 英鎊於 Peter Beswick 之配偶，直至其死亡。隨後，Peter Beswick 死亡，然而其姪子停止給付英鎊於 Peter Beswick 之配偶，其配偶因此起訴請求法院判令其姪子繼續給付生活費，然其配偶以兩種身份資格起訴，第一，係立基於 Peter Beswick 之財產管理人之身份，第二，係立基於原本配偶之身份，Beswick 之配偶以此兩種身份進行到第二審，並且勝訴，被告不符，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，然，理由有二，第一，原告僅得基於第一種身份資格起訴（亦即原告僅能以財產管理人之身份起訴），蓋原告並非契約當事人，此時基於「privity doctrine」，原告不得基於原本配偶之身份提起訴訟。第二，原告得訴請原定給付履行，理由在於，由於原告並無任何實質上面之損失，如

¹⁶⁴ See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1548。

果原告無法成功訴請原定給付履行，原告所能獲得之賠償金將會只是名義上之賠償金 (nominal damages)，此時被告將平白無故地獲得該公司之經營權，而不須支付任何代價，將會是極端不公平且有違常理，基於以上理由，因此駁回上訴¹⁶⁵。

此一判決值得注意之處在於，法院最後雖然認定本案原告得訴請原定給付履行，然而係基於迂迴之方式肯定之，此迂迴之作法主要係基於英國法上長期以來之「privity doctrine」，由於原告不得基於自己之身份起訴，因此法院肯認，原告得基於 Peter Beswick 之身份起訴，然而問題之癥結點在於，為何不直接承認原告得以自己之身份訴請之？主要係基於英國法院對於「privity doctrine」之消極態度，英國法院一方面知道這原則有問題存在，但是另外一方面卻不想去處理它，想要留待立法者加以解決，事實上，英國立法者後來確實是解決了此一問題，而是於此案件發生後 30 年，英國立法者始訂立 Contracts (Rights of Third Parties) Act [1999]，承認契約第三人得以自己之名義起訴請求原定給付履行¹⁶⁶。

¹⁶⁵ See, A. S. Burrows, supra note 127, p.486。詳見 Lord Reid 之意見。

¹⁶⁶ See, A. S. Burrows, supra note 127, p.489。然而慶幸的是，我國並無此一問題，詳見民法第二六九條。

第二節 美國法

第一項 歷史沿革



美國法之起源，一般而論，係承繼於英國法之普通法（common law），蓋其移民多係源自英格蘭。然而，嚴格論之，於繼受過程中，殖民初期之美國法其實係混雜德國法¹⁶⁷、殖民地法、英國莊園法、英國普通法及聖經法之法律，美國其實是到 1800 年到 1850 年間，始真正接受英國法院之判決¹⁶⁸，其間多仰賴所謂之彙編者（treatise writers）跋山涉水、遠渡重洋地對於美國及英國法院判決之介紹及整理¹⁶⁹，這種仰賴彙編者的傳統，造就了美國法律彙編（Restatement of the Law〔2rd〕Contract，以下以「RotL」代之）系列書籍之產生，此系列書籍雖非官方文件，但有極大之公信力。

按照 RotL 之說明，美國法承襲英國法之傳統以及普通法與衡平法上救濟的劃分，此為 U.C.C. § 2-716(1) 所保留¹⁷⁰，債權人是否可以訴請原定給付履行，仍然繫諸於法院之裁量¹⁷¹，依照傳統見解，當債權人所未獲得之履行可以從市場上輕易獲取時，要求法院強制原本債務內容之完成，並無任何實益存在，此時較佳之作法為，讓債權人另外進行替代性交易，轉而向債務人請求差價之賠償金¹⁷²。

然而近年來，美國法院漸漸傾向於擴大原定給付履行之救濟，例如在競業禁止條款、涉及公司控制權之股權買賣等案例，由於在這些案例之下，債權人之損害難以以金錢計算，賠償金並非妥適之救濟手段，此時，法院會給予原定給付履行之救濟¹⁷³。

法院近年來擴張原定給付履行之範圍之理由在於，如果賠償金對於債權人是妥適的賠償手段時，債權人為了避免訴訟成本或執行成本，往往不會提起原定給付之訴（蓋賠償金之訴較為簡便），因此，當債權人提起原定給付之訴，可以推知賠償金並非妥適之救濟手段，債權人此時會願意承擔訴訟成本以填補賠償金所無法填補之損害，另外於原定給付履行之執行難以監督之情形，債權人也不會傾

¹⁶⁷ 舉例而言，美國早期契約法教科書有時會出現主觀不能（subjective impossibility）之字眼，然而隨後（1850 年代後）之教科書嚴格區分德國法上之 impossibility 以及英美法上之 impossibility，前者涉及給付不能之議題，而後者則係涉及情事變更以及風險分配之問題，兩者雖字面上相似，然而處理之層次有別。J. I. Clark Hare, *The law of contracts* (2003, 1th ed), Clark, N.J.: Lawbook Exchange, p.638。

¹⁶⁸ Lawrence M. Friedman, *A history of American law* (2005, 3th ed), New York: Simon & Schuster, p.203。

¹⁶⁹ Kermit L. Hall, Paul Finkelman and James W. Ely, *American legal history: cases and materials* (2011, 4th ed), New York: Oxford University Press, p.148。

¹⁷⁰ The American Law Institute, *Restatement of the law, second, contracts 2d §§ 316 to End* (1979, 1th ed), St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, p.162。

¹⁷¹ See, The American Law Institute, *supra* note 170, p.165。

¹⁷² See, Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, *supra* note 113, p.96。

¹⁷³ See, The American Law Institute, *supra* note 170, p.162。

向於要求法院給予原定給付履行之救濟，因為債權人即便訴請原定給付履行成功，其損害也不會被完全填補（因為難以監督債務人履行品質），債權人此時反而多蒙受訴訟費用之損失，因此此時之債權人亦會轉向請求賠償金。這種以訴請賠償金為主流情形，即便在以原定給付履行為原則之德國，亦可見一斑¹⁷⁴，於德國，債權人亦較傾向於請求賠償金，而非強制債務人為原定給付履行¹⁷⁵。

依照以上說明，故最後進入法院之案件，往往多係賠償金並非妥適之救濟手段、債權人無法計算之損害過大，且係對於原定給付履行之執行可以監督之情形¹⁷⁶。舉例而言，例如股權之買賣涉及公司經營權之移轉、競業禁止之約定等。

而此時極端困難之處即在於，若法院准許原定給付履行之訴求，債務人可能會負擔高額之履行成本，反之，若法院駁回原告之訴求，原告之損害將無法被完全填補。

不論如何，以下本文將嘗試就美國法上之案例進行分析，且以下之分類，係按照 RotL (Second) §§360 到 369 之標準而定，合先敘明。

第二項 案例分析

第一款 原則：賠償金非妥適之救濟手段

在賠償金並非妥適之救濟手段時，美國法院「原則上」亦會排除債務人之選擇自由，而准許債權人原定給付履行之訴求，其間所生之案例如下。

第一目 損害難以證明

當債權人之損害難以證明時候，法院「原則上」會准許原定給付履行之訴求，詳見下一判決：

〔A 1〕 Campbell Soup Co v Wentz, 172 F.2d 80 [1948]

〔事實〕 Campbell Soup 公司與 Wentz 兄弟簽訂合約，雙方在合約中約定由 Wentz 兄弟在其坐落於新紐澤西的農地種植一種名叫 Chantenay 的紅蘿菠並將其運送給 Campbell Soup 公司作為製作公司的罐頭湯品之用，價格是從每噸 23 到 30 元美金（依照運送的年份而定），雙方預計於 1948 年以每噸 30 美

¹⁷⁴ John D. Calamari, Joseph M. Perillo and Helen Hadjiyannakis Bender, Cases and problems on contracts (2007, 5th ed), St. Paul, MN : Thomson/West, p.778。 Same point of view, See, G. H. Treitel, supra note 9, p.53。 Also, Bruce W. Frier and James J. White, The modern law of contracts (2008, 2th ed), St. Paul, MN : Thomson/West, p.613。

¹⁷⁵ See, J. M. Smits, Daniel Haas and Geerte Hesens, supra note 127, p.47，其中，可見 Lando 教授對於德國法之看法，然而很可惜的是，Lando 教授並未提出任何數據，對此，本文將於以下章節嘗試借用賽局理論加以分析。同樣見解，詳見，See, John Norton Pomeroy, supra note 4, p.395。

¹⁷⁶ See, John D. Calamari, Joseph M. Perillo and Helen Hadjiyannakis Bender, supra note 174, p.779。

元共 100 噸的紅蘿菠交貨，但是到了要交貨的 1948 年 1 月，該種紅蘿菠的價格飆漲到每噸 90 元美金，而 Wentz 兄弟拒絕交貨，並將該批紅蘿菠（100 噸）的一部分（62 噸）轉賣給另外一個被告 Lojeski，而 Lojeski 將其中的 58 噸於公開市場中轉賣給 Campbell Soup 公司，而市場上幾乎不可能購買到 Chantenay 的紅蘿菠，Campbell Soup 公司最後對 Wentz 兄弟以及 Lojeski 提起訴訟，訴請法院命被告為原定給付之履行，交付剩餘的 Chantenay 紅蘿菠。

〔判旨〕上訴法院維持地區法院對於原告敗訴之判決，惟此係基於不同之理由，上訴法院肯認 Campbell Soup 公司可以訴請原定給付履行，理由在於，其一，Chantenay 的紅蘿菠在市場上難以取得，其二，如果要原告採用別種類之紅蘿菠當作湯品的原料而行銷全國，將會對其長年所建立起來之商譽有所減損，這種減損是金錢所難以估計，惟不論如何，由於上訴法院最後認定契約的其他條款過於不公，因此最後 Campbell Soup 公司仍究敗訴。

於上開案例中，地區法院曾認為 Chantenay 的紅蘿菠的顏色會有參差不齊之狀況，因此「客觀上」來看，Chantenay 的紅蘿菠並非特殊單一物品，但是上訴法院指正這錯誤的見解，上訴法院認為，是否可給予原定給付履行之救濟之標準並非完全都是以客觀之標準，有時受害方的主觀上的情感價值，也會是考慮之對象，例如當契約的標的是傳家之寶的時候，法院也會肯認原定給付之履行¹⁷⁷，即便該傳家之寶在市場上並非獨一無二之商品，亦是如此，法院最後仍肯任 Campbell Soup 公司原定給付履行之訴求，惟，法院最後仍基於其他理由，而駁回 Campbell Soup 公司之訴。

〔A 2〕 Morris v Sparrow, 287 S.W.2d 583 [1956]

〔事實〕 Morris 係肯薩司州 Mountain View 附近一座農場的主人，而 Sparrow 是一名牛仔，且精通於馬匹的訓練，雙方約定當 Morris 去加拿大的這段期間，農場交由 Sparrow 管理，雙方同意由 Sparrow 工作 16 星期，並且由 Morris 給付 400 美元，但是 Sparrow 另外想要取得 Morris 的一匹馬 Keno 作為報酬，Morris 說只要 Sparrow 這 14 個星期的工作令人滿意，他才能取得 Keno，但是 Morris 認為 Sparrow 的工作並不令人滿意，因此 Sparrow 無法取得 Keno，但不論如何，Morris 仍然給付了 400 美元，在雙方針對這個議題進行討論之時，Sparrow 將 Keno 訓練成可以成為頂尖之套馬（roping horse）。

〔判旨〕衡平法院最後准許 Sparrow 交付馬匹的訴求，理由在於，雖然馬匹是一動產，且一般而言，債權人無法對此訴請原定給付履行，但是 Sparrow 既然已經將 Keno 從完全未受到馴服之小馬訓練到可以成為頂尖之套馬，這種動產會有特殊之價值存在。

¹⁷⁷ E. Allan Farnsworth, *Contracts: cases and materials* (2008, 7th ed), [St. Paul, Minn.]: Thomson West, p.586。

此一案例曾引起經濟學者討論，理由在於，Sparrow 對 Keno 進行投資，因此對於原定給付履行之肯認是否會影響債權人投資意願之議題興起，惟事實上，即便法院准許原定給付履行之訴求，雙方當事人往往會私下和解，而非執行法院之令狀（writ）¹⁷⁸，而由債務人與債權人約定雙方均分債務人的期待利益。舉例言之，當債務人 A 欲進行有效率違約，惟 B 經法院允許原定給付履行，此時對於 A，會與 B 達成協議，由 AB 均分轉售利益¹⁷⁹。

〔A 3〕Walgreen Co. v Sara Creek Property Co., 966 F.2d 273 [1992]

〔事實〕Walgreen 是一家量販的連鎖公司，於 Milwaukee 的 Southgate Mall 經營藥房長達數十年，其地主是 Sara Creek，雙方約定 Sara Creek 不應該將 Southgate Mall 之其他地方出租給同樣是經營藥房之競爭對手，但是在 1990 年，Sara 通知 Walgreen 他將要將 Southgate Mall 之其他地方出租給 Phar-Mor，而 Phar-Mor 也是有經營藥房，且 Phar-Mor 緊鄰 Walgreen 僅數百步之距離，Walgreen 對法院提出禁令之訴求，要求法院禁止 Sara 出租空間給予 Phar-Mor，在地區法院，雙方爭執賠償金是否是足以填補 Walgreen 之損害，地區法院最後給予禁令，禁止 Sara 在 Walgreen 的租賃期間，將其他空間出租給予 Phar-Mor，Sara 不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，維持原判決。上訴法院之理由在於，由於 Walgreen 之租期尚餘十年，要計算 Walgreen 因為 Phar-Mor 的競爭所產生之損害，係不可能之事，對於法院以及雙方當事人係過份之負擔。且給予禁令之後，可由 Walgreen 以及 Sara Creek 私下進行協商，由 Sara 與 Walgreen 對於禁令權進行交易，由雙方決定賠償額度，並由 Walgreen 放棄禁令，如此對於雙方皆有好處¹⁸⁰。

做成此判決之法官為 Posner¹⁸¹，其中，Posner 法官對於特定救濟（specific relief），多有說明，已如上述。另外，Posner 於本案亦闡明對於賠償金計算之困難及其可能對法院及當事人之負擔，於此情形，禁令會是理想之作法，交由雙方當事人決定。惟，Posner 亦闡明，禁令並非毫無缺點，蓋對於契約雙方，禁令產生雙向獨占（bilateral monopoly）之效果，契約雙方僅能對於對方進行交易，形成死結（deadlock），雙方僅能於賠償金及另外一方有效率違約之獲益之範圍內，敲定金額，此時雙方一有可能因為交易成本之因素，而不會進行協商，對於雙方甚至第三人皆無利益存在。然而 Posner 法官以上之見解似與 RotL § 364(1)(b)¹⁸²有所出入，惟，RotL § 364(1)(b)係針對債務人繼續履行之「負擔過重」之情形，而本件之債務人

¹⁷⁸ See, E. Allan Farnsworth, supra note 177, p.595。

¹⁷⁹ See, E. Allan Farnsworth, supra note 177, p.605。

¹⁸⁰ 相同見解，詳見，Thomas S. Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies," 83 Mich. L. Rev. 2 (1984), p.370。

¹⁸¹ See, E. Allan Farnsworth, supra note 177, p.603。

¹⁸² See, The American Law Institute, supra note 170, p.184。

係繼續履行將導致其「喪失期待利益」。Posner 法官之作法是否喻有「損害均攤」及「利益均攤」之福利經濟理念存在，本文尚不敢斷下定論。



第二目 替代性交易之困難

當替代性交易難以進行時（如契約之標的物係屬不可代替之物），由於債權人難以證明自己已經盡到損害減輕義務，若債權人請求賠償金，可能會無法獲得全額之填補¹⁸³，此時法院例外亦會准許原定給付履行之訴求，然而需要注意的是，在這個要件底下，不僅僅是買受人，出賣人也是有可能成功訴請原定給付履行¹⁸⁴（儘管出賣人的損害僅僅是可以證明的價金的損害，亦是如此），縱然 RotL § 2-702 至 2-710 並未針對出賣人的救濟手段設定有原定給付履行之規定，仍有學者認為，RotL 之本意並非排除出賣人原定給付履行之訴求之可能¹⁸⁵，而事實上，現今美國法院仍然會給予出賣人此種救濟，其間案例如下：

[A 4] Centext Homes Corp. v Boag, 320 A.2d 194 [1974]

[事實] 原告 Context Homes Corp.（以下簡稱 Context 公司）係位於紐澤西州

¹⁸³ See, G. H. Treitel, *supra* note 89, p.1021。然而針對這種解釋，也有學者提出質疑，See, Hugh Collins, *supra* note 125, p.429。

¹⁸⁴ 於此情形之下，所謂之「原定給付履行」（specific performance）係指「買受人應該受領標的物並且支付價金」，故，此處之「原定給付履行」之本意更加接近於「原定契約之完滿履行」之概念。如套用大陸法系之概念，法學概念之邏輯上，則此處買受人之「給付」係「受領行為之完成」以及「價金之給付」，前者屬於「不可代替之行為債務」，後者係屬「金錢之給予債務」，由於兩者皆與「特定物之給予債務」無關，此時依照英美法之「category rule」，所以並無原定給付履行之適用，然而很明顯地，這結論將會與我們接下來所看到之英美法案例之結論相互違背，故此一推論有其瑕疵存在，此種法學概念之機械式推論過程明顯忽略整體契約之目的係以移轉不可代替之物為其本旨，因此，本文認為，如將 specific performance 解為「原定契約履行」，而將焦點放於契約之繼續進行，且不侷限於「給付」，則可避免此一解釋上之難題，不論如何，為了方便說明，本文以下仍以「原定給付履行」一語指涉之，合先敘明。關於此種情形之下之原定給付履行之內容，詳見，See, John Norton Pomeroy, *supra* note 94, p.12。

事實上，英美法院針對買受人之受領需要買受人之協力時，而法院難以監督時，法院亦會駁回出賣人原定給付履行之訴求，然而此時並非由於出賣人所訴請者係買受人之「受領行為」導致法院駁回出賣人之訴求，而係因為出賣人因原定給付履行所可以獲得之利益過小（出賣人未來履行上所可能遭受之阻礙過大，因而提高履行負擔或成本），此時出賣人僅得主張賠償金。關於此類案例之介紹，See, Joseph Chitty and H. G. Beale, *supra* note 94, p.1539。相同地，上開英國法院判決 [E 11] Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd [1998] A.C. 1，亦是基於此一態度。

日本法上，針對此一議題，傳統見解將所謂履行請求權之基準置於契約之個別債權之履行（債權モデル），因此，針對債權人拒絕受領之情形，則產生齟齬，此時傳統學說會再度承認債權人有「誠信原則」上之受領義務，但是相對應於債權人受領義務，不諦於承認債務人有請求債權人受領之權利，而這「請求受領之權利」究竟是指何者？傳統學說避而未言，蓋如果這請求受領之權利係屬履行請求，則傳統學說對於履行請求之前提、認識將會是完全錯誤（債權モデル），因此有新的學說認為，履行請求之基準並不一定置於個別債權（債權モデル），亦可視為契約整體之完滿履行（契約モデル），關於其間之說明，詳見，窪田 充見「履行請求權」ジュリスト 2006 年 9 月号 [No. 1318] (2006)，頁 105。

¹⁸⁵ Charles M. Thatcher, "Specific Performance as a Seller Remedy for Buyer's Breach of a Sales Contract - the Availability of the Judicial Purchase Order," 57 South Dakota L. Rev. 2 (2012), p.220。

興建住商兩用之大樓之建築公司，原告 Context 公司在 1972 年 9 月 13 日與被告 Boag 簽訂房屋買賣契約，購買大樓當中其中一個獨立產權的公寓（condominium）以做為未來在此辦公之住所，然而不巧的是，被告 Boag 被雇主通知其將必須轉調到伊利諾伊州，因此 Boag 在紐澤西州購買 Context 之公寓旋即喪失意義，故 Boag 通知 Context 公司其將不會進行付款，亦不會受領契約當中所約定之獨立產權的公寓，Context 公司於 1973 年 8 月 8 日起訴請求法院判令買受人 Boag 繼續完成履約，而在此案件發生之前，並沒有任何美國法院存在有關獨立產權的公寓的原定給付履行的判決。

〔判旨〕原告 Context 公司敗訴，理由在於，雖然獨立產權的公寓，其所有權包含部份土地之權利，而可以視為是不動產（real estate）買賣，於不動產買賣上，美國法院大多皆會准允原定給付履行之訴求，而這已經是不爭的事實，然而，事實上，法院應否給予原定給付履行之判決，其判斷標準仍係賠償金是否為妥適之救濟手段，然而在本案件當中，雖然契約之標的物係獨立產權之公寓，然而這種獨立公寓本身並非具有獨立之特色，該特定之公寓，可能存在上千種相同類型之產品存在，而已經類似於 chattel 之買賣¹⁸⁶（因此替代性交易對於出賣人而言並非困難），因此賠償金已經是妥適之救濟手段，故判決本件出賣人 Context 公司敗訴。

此一判決雖然法院最後認定債權人（出賣人）之損害可以藉由賠償金加以填補，而認定出賣人敗訴，然而此處之重點係法院之判斷理由引用了 *Fleischer v James Drug Store* [1948] 中 Heher 法官之理由：「當賠償金係難以確定其額度且並無其他排除原定給付履行之事由存在時，這些因素會給予法院判決原定給付履行之確信。」¹⁸⁷而本案件當中，法院以賠償金係妥適之救濟手段為由駁回原定給付履行之訴求，因此可以推論，當賠償金之精確額度難以證明且符合其他因素之時，法院會准允原定給付之履行，然而，對於不動產之出賣人而言，其損害不外乎原本價金之喪失抑或替代交易所產生之差額，前者幾乎可說是可以精確證明其額度，然而後者並非如此，因此可以推論，出賣人進行替代性交易之困難，會影響法院之判斷。然而事實上，英美法法院以往係以對等性（Mutuality）作為依據，而使得特定之物之出賣人可以訴請原定給付履行，其理由在於，既然買受人可訴請原定給付履行，則相對地，出賣人應亦可為之，然而近代來，這種看法履遭受質疑，有學者因此主張最終應該回歸賠償金是否為妥適之救濟手段之判斷流程¹⁸⁸。

至於買受人進行替代性交易之困難，詳見下一案例：

〔A 5〕 *Sedmak v Charlie's Chevrolet, Inc*, 622 S.W.2d 694 [1981]

〔事實〕原告 Sedmaks 與被告 Charlie's Chevrolet, Inc（以下簡稱 Charlie 公

¹⁸⁶ 相同之見解，詳見，See, Bruce W. Frier and James J. White, *supra* note 174, p.604。

¹⁸⁷ See, Thomas D. Crandall and Douglas J. Whaley, *supra* note 120, p.379。

¹⁸⁸ See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, *supra* note 110, p.569。

司)簽訂一款名為 Corvette 汽車之買賣契約,約定由 Sedmaks 給予被告 Charlie 公司美金 1 萬 5 千元,並由 Charlie 公司交付該款汽車予原告 Sedmaks,而契約當中之標的物 Corvette 汽車,係世界上少數存有之紀念車款,而原告 Sedmaks 有蒐集汽車之狂熱。然而到了約定交貨之前天,Charlie 公司之銷售人員 Krells 通知 Sedmaks 他們將不會供貨給 Sedmaks,理由在於,由於該車在市場上之需求量大增,導致市價遠高過於契約所約定之價格,原告 Sedmaks 於是訴請法院判令 Charlie 公司為原定給付之履行,原審同意原告之訴求,被告不服,因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回,原審判決予以維持,理由在於,雖然契約標的物之 Corvette 之車款,嚴格而論,並非法律上所謂之特定之物(unique goods),然而依據原告 Sedmaks 所提供之年刊,該款汽車於世界上僅存在數款,因此原告進行替代性交易將會負擔過高之締約費用以及不合理之費用之支出,故原定給付履行係屬正確之作法,因而維持原審判決。

此一判決中,值得注意之處在於,法院認為「替代性交易將會負擔過高之締約費用以及不合理之費用之支出」然而,若出賣人衡量過買受人進行替代性交易所增加之額外費用以及因違約所可以獲得之利益後,仍決定違約,則法院強命出賣人為原定給付履行將會是減損雙方之利益。即便出賣人並未為上開衡量,法院給予原定給付履行之結果,將係保護到違約之出賣人,此一推論過程,將會發現與原定給付履行係為保護買受人之本旨有所出入。所以重點並非在於「替代性交易所產生之賠償金額度」而應該是在於「替代性交易之賠償金額度難以估計」¹⁸⁹。

第三目 債務人無資力

當債務人已經陷入破產危機時,如果要債權人(此時通常係屬買受人)轉向請求賠償金,將會導致債權人無法獲得全部之填補,因此,於這種情況之下,由於賠償金並非妥適之救濟手段,美國法院會准許債權人原定給付履行之訴求,然而這只有在不會侵害到其他債權人之前提之下,法院才會准許之,因此,當買受人「已經」給付價金時,由於交付標的物給買受人必然會侵害到其他債權人之共同利益,此時美國法院會否定原定給付履行之訴求,反之,買受人尚未給付價金之時,法院會准許買受人之訴求,然而法院會附加買受人必須同時給付價金之條件(condition)¹⁹⁰,其間所生之案例如下:

〔A 6〕Jamison Coal & Coke Co. v Goltra, 143 F.2d 889 [1944]

〔事實〕原告 Jamison Coal & Coke Co.與被告之被管理人 Goltra 在 1936 年 5 月 6 日簽訂契約,約定由 Jamison 為 Goltra 提供資金,以便於 Goltra 繼續進

¹⁸⁹ See, William Murray Tabb Elaine W. Shoben, Rachel M. Janutis, supra note 48, p.117。

¹⁹⁰ See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, supra note 110, p.556。

行訴訟，雙方並約定，由 Goltra 提供其任職公司之股票予 Jamison，並待勝訴之後，Goltra 會買回該股票，其後，Jamison 依照契約之約定，為 Goltra 提供資金，並助其完成訴訟，然不幸的是，隨後 Goltra 病逝，Goltra 病逝之前，不僅僅是 Goltra 本身面臨破產，且 Goltra 所任職之公司也瀕臨破產，導致 Jamison 手中所持有之股票毫無價值可言，Jamison 因此對 Goltra 之財產管理人起訴，訴請法院判令 Goltra 之財產管理人買回 Jamison 手中之股票，於原審判決當中，Goltra 之其他第三債權人亦參加訴訟，原審衡量後，判決 Jamison 敗訴，Jamison 不服，提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，針對駁回原定給付履行之訴求，理由在於，雖然 Goltra 已經破產，賠償金對於 Jamison 而言不會是妥適之救濟手段，然而，如果讓 Jamison 成功訴請原定給付履行，將會使 Jamison 可以優先於其他債權人受償（preferenece over the other creditors），因此對於其他債權人而言，將會是不公平的，因此原審之判決並無問題存在。

本案件中，雖然法院最後係以 Jamison 與 Goltra 的契約係屬「幫助興訟」契約（champerty）為由，而將契約論以無效，然而法院針對駁回原定給付之訴之理由，可供參考，惟，值得注意者係，美國法院有時候並非完全按照「債權人有無已經為對待給付」之標準作為判斷基準，有時候即便債權人已經為對待給付，或根本係基於單方給付之契約而向債務人為請求，法院仍會准許債權人原定給付履行之訴求¹⁹¹。

第二款 例外

債權人即便符合上開要件（賠償金非妥適之救濟手段），美國法院於例外之情況下，仍會駁回債權人原定給付履行之訴求¹⁹²，其類型可歸類如下：

第一目 對於債務人或第三人負擔過重

第一係原定給付履行對於債務人負擔過重，法院會否定債權人原定給付履行之訴求，於美國早期專書上，與英國不同之處在於，美國專書並不會將此一要件與「不公平條款」抑或「契約頓挫」予以混淆¹⁹³，其間所生之案例如下：

〔A 7〕 Waite v O' Neil [1896]

〔事實〕 A 是一家牛奶工廠之主人，而 B 係農場主人，A 與 B 約定由 B 每

¹⁹¹ Steve Thel and Edward Yorio, Contract enforcement : specific performance and injunctions (2011, ed), New York : Wolters Kluwer Law & Business, p.7-11。

¹⁹² See, Brian A. Blum and Amy C. Bushaw, supra note 107, p.771。

¹⁹³ Edmund Batten, A practical treatise on the law relating to the specific performance of contracts [electronic resource] (1850, 1st ed), Philadelphia : T. & J.W. Johnson, p.90。

天供應 200 垮特之牛奶予 A，持續一年，B 可以從任何之處取得牛奶並供應給 A，但是 B 希望從自己之農場供應牛奶予 A，但是 B 之農場之牛隻因為感染疾病而死亡，因此 B 無法從自己之農場供應牛奶予 A，A 起訴請求 B 為原定給付之履行。

〔判旨〕訴求駁回，理由在於，履行對於債務人而言，過於不公平。

然而，此一案例中，由於 B 可以另行從他處購買牛奶，因此案件也可以解釋為「因為賠償金係妥適之手段」，因此法院駁回原告原定給付履行之訴求，然若賠償金並非妥適之救濟手段，則結果會如何？下一個案例與此有關。

〔A 8〕Van Wagner v S&M Enterprises, 501 N.Y.S.2d 628 [1986]

〔事實〕訴外人 Barbara Michael，於 1981 年 12 月 16 日，將其座落於曼哈頓之房屋旁邊之土地出租於原告 Van Wagner（以下簡稱 Wagner），為期三年，並給予 Wagner 延長四年之選擇權，並且雙方皆知悉 Wagner 係經營廣告招牌之事業，並且 Wagner 想要在該土地上樹立廣告招牌，讓行經曼哈頓隧道入口之車輛皆可看見，隨後，於 1982 年，Wagner 將其廣告招牌出租於經營廣告之訴外人 Asch Advertising, Inc，從 1981 年 3 月 1 日到 1984 年 3 月 1 日。但是 Barbara Micheal 於 1982 年 1 月 22 日將該房屋及土地賣給被告 S&M Enterprises（以下簡稱 S&M），並且被告 S&M 於 1982 年 8 月通知原告 Wagner 其將要解消與 Wagner 之租約，並且回收土地，Wagner 於是荒置土地以示抗議，並且起訴請求法院判令被告為原定給付履行，即交付土地。初審法院認定被告確實是違約，但是原告也僅能請賠償金，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，維持原判決，理由在於，被告雖然違約，且該土地是特定之物(unique)，但是所謂「特定」非係如同「芝麻開門」一般之咒語(magic word)可以因此讓原告得輕易訴請原定給付履行，重點並非在於物理上之特性，而係在於金錢是否可以填補原告之損害、損害是否得加以計算，確實，當標的物係「可以由市場上同類型之商品加以替換」之「非特定之物」，賠償金可以說是精確地加以計算，並完全填補原告之損害，但是這並不代表「當標的物係特定之物，賠償金就必定是無法精確計算出來」，而本案之賠償金是可以加以計算。另外（退步而言，假設賠償金並非妥適之救濟手段），本案也應該考慮到本件標的物之房屋土地已經 40 年沒有轉手，被告 S&M 卻已經投資了數百萬美金購買、整頓該土地、房屋以及周遭區塊，以作為未來住商兩用之群聚建築，如果讓原告可以因此請求原定給付履行，被告之投資將付諸東流，因此初審法院駁回原告原定給付履行之訴求，應屬有理¹⁹⁴。

此一案件與 Walgreen Co. v Sara Creek Property Co. [1992]（前述〔A 3〕Walgreen Co. v Sara Creek Property Co., 966 F.2d 273 [1992]）相比，可見有相當之類似性，然

¹⁹⁴ See, Brian A. Blum and Amy C. Bushaw, supra note 107, p.767。

法院對於兩者處理方式完全相反。假設上開兩個案件皆係債務人會因為原定給付履行而喪失期待利益，且債權人之損害無法藉由金錢加以完全填補，〔A 3〕Walgreen Co. v Sara Creek Property Co., 966 F.2d 273 [1992]Walgreen 案件下，法官給予原定給付履行之救濟，但是於〔A 8〕Van Wagner v S&M Enterprises, 501 N.Y.S.2d 628 [1986]Van Wagner 案件，法官卻否定原定給付履行之救濟，兩個案件唯一之差異在於，在第二個案件當中，被告已經有鉅額之投資會因為原定給付履行之執行而無法回收，然而是否第一個案件當中 Posner 法官之作法可以套用到第二個案件當中，由 Van Wagner 以及 S&M 進行「法院命令之買賣」？則有待觀察。

另外，此一案件當中，Wagner 將其廣告招牌出租於經營廣告之訴外人 Asch Advertising, Inc，如果 Wagner 無法成功訴請原定給付履行，則 Wagner 必須對 Asch Advertising, Inc 負擔賠償金之責任，然而由於 Asch Advertising, Inc 因為賠償金所無法填補之損害也是存在的，而這一點並未在判決當中表示出來，因此「看似」美國法院只會考慮到訴訟當事人之利益狀態。

然而事實上，美國法院也是會衡量到本件訴訟以外之當事人之利益，例如在 R.N. Kelly Cotton Merchant, Inc v York [1974]一案底下，法院就衡量到訴訟以外之「次買受人」因金錢所無法填補之損害過於鉅大¹⁹⁵，而准許原告（原買受人、債權人）之訴求¹⁹⁶，然而是否其他除次買受人以外之關係人（例如員工）也同樣被列入考慮範圍之內？對此，美國法院似乎則顯得較為保守¹⁹⁷。不論如何，關於此點，於大陸法系底下，若不跳脫文義，則係難以想像之作法。

以上係針對出賣人履行負擔過重之情形，以下之案例則係針對買受人負擔過重之判斷，主要係針對〔A4〕之例外排除：

〔A 9〕Central Illinois Public Service Co. v Consolidated Coal Co., 941 F.2d 622 [1981]

〔事實〕被告 Central Illinois Public Service Co.（以下簡稱 Illinois 公司）係座落於 Illinois 州之一家發電公司，因為發電之需求，Illinois 公司因此與原告 Consolidated Coal Co.（以下簡稱 Coal 公司）簽訂契約，雙方約定，由原告 Coal 公司提供煤炭給予被告 Illinois 公司，Coal 公司依照契約約定興建了必須之廠房、運輸帶以及生產線，漸漸地，Coal 公司之產量係取決於 Illinois 公司之需求量，雙方進行契約長達 15 年之後，Illinois 公司突然無預警地預期解消契約（行使其於契約底下所保留之任意解消權），原告 Coal 公司因此訴請法

¹⁹⁵ 相對應地，在 J. Weingarten, Inc. v Northgate Mall, Inc., 404 So.2d 896 [1981]一案底下，美國路易西安那州法院（須注意者係，美國路易西安那州為大陸法系，與其他 50 州相異）亦考慮到與「債務人」相關之其他第三人利益。詳見，Alain A. Levasseur, Comparative law of contracts : cases and materials (2008, 1st ed), Durham, NC : Carolina Academic Press, p.147。同樣地，於禁止侵權人濫用商標之案件，美國法院亦會考量消費者誤認所導致之損害，See, Dan B. Dobbs, supra note 121, p.112。

¹⁹⁶ Howard O. Hunter, Modern law of contracts (1999, revisedth ed), [St. Paul] : West Group, p.13-27。

¹⁹⁷ 舉例而言，在 Northern Indiana Public Service Co. v Carbon County Co. [1986]一案底下，原告（買受人）主張，若其無法主張原定給付履行，則其員工將會面臨失業之問題，而這些員工之失業之損害會是金錢所無法填補，然而本案主張「法律經濟分析」之 Posner 法官最後認定員工失業之損害與本案無關，因此認定賠償金仍係妥適之救濟手段而駁回原告之訴，詳見，Ian Ayres and Richard E. Speidel, Studies in contract law (2008, 7th ed), [St. Paul, Minn.] : Thomson/West, p.394。

院判命被告 Illinois 公司為原定給付履行，繼續購買 Coal 公司所生產之煤炭。
〔判旨〕原告之訴有理，其理由在於，（一）雖然 U.C.C. § 2-703 並未言明出賣人享有原定給付履行之救濟手段，然而 U.C.C. 以及判決先例上，亦無否定出賣人此項救濟途徑之規定存在，（二）且由於本件出賣人與買受人之間，係屬交易特定投資（relation-specific investment），本件煤礦之出賣人 Coal 公司已經為了這筆交易投入大量的固定資金，為買受人 Illinois 公司專門量身訂作了運輸帶、輸送線，而這些特殊設備之架設，將導致出賣人 Coal 公司無法將煤礦出賣於其他買受人，要估算這些投入之資金，將會是不可理喻，故 Coal 公司所受到之損害將會是難以估計，另外，買受人 Illinois 公司已經依照本件契約向出賣人購買煤炭長達 16 年，且買受人因此付出之發電成本遠遠小於其他可能之代替手段，如果要說買受人會遭到任何損害，那絕對是遠遠不及於出賣人因為契約解消而無法被填補之損害（Any loss the buyer would sustain by being ordered to continue purchasing coal from the seller pending a trial on the merits of the seller's claim would be "outweighed by the harm to [the seller] if [the buyer were] allowed to terminate this contract upon only one day's notice"）¹⁹⁸。

在本案件當中，法院最後雖然仍給予出賣人原定給付履行之救濟，然而值得注意者係，法院於判斷理由當中，明確表明，不排除因為買受人繼續進行契約所帶來之損害過高而駁回出賣人之訴求之可能性。此外，相當值得注意者係，本件底下，法院最後並且考慮到出賣人 Coal 公司底下之 500 名員工，會因為出賣人原定給付履行之訴求被駁回，而面臨立即失業之危機，因此如果法院不允許原告之訴求，其結果將會是破壞公眾之利益¹⁹⁹。

然而事實上，如果買受人受領標的物之沒有任何利益存在，或甚至是有負擔過重之情形，出賣人此時也不會冒著終局無法獲得價金之風險而強迫買受人受領標的物，因此這種訴訟幾乎可以說是相當罕見，美國判決歷史上，此種訴訟屈指可數，舉例而言，融資契約底下，當買受人（融資買受人）因財務困難而拒絕繼續契約，出賣人（融資出賣人）往往也不會提起原定給付履行之訴，即屬適例，因此這種案件幾乎不會進入法院，也鮮有案例存在²⁰⁰。

第二目 契約條款內容模糊難以執行

當無法從契約條款確認債務內容時，由於並無監督之標準存在，法院會駁回債權人原定給付履行之訴求：

¹⁹⁸ See, Charles M. Thatcher, *supra* note 185, p.226。

¹⁹⁹ 法院此處之理由，可以再度與主張「法律經濟分析」之 Posner 法官在 Northern Indiana Public Service Co. v Carbon County Co. [1986]一案底下之判斷相互比較。

²⁰⁰ See, Howard O. Hunter, *supra* note 196, p.13-29。

[A 10] Northern Delaware Industrial Development Corp. v E. W. Bliss Co. ²⁰¹ [1968]

[事實] 原告 Bliss 公司與被告 Northern 公司於 1966 年 5 月 26 日簽訂契約，約定由被告 Northern 公司為原告擴充並現代化既有之鋼鐵製造廠房，被告為了履行總價 2 億 7 千萬美元之契約底下之義務，必須於 60 英畝之土地上面大興土木，然而於興建之過程當中，被告之進度不如契約所預期，為了避免工期遲延所造成之損害，原告 Bliss 公司向法院訴請判令被告 Northern 公司每天增加 300 名輪晚班之工人。

[判旨] 原告之訴駁回，理由在於，原告雖然係希望法院命令被告增加輪班之工人，而實際上，原告係希望被告之工期能夠符合契約之約定，因此本件原告之訴求並非被告「完成」一定之確定之工程而得為法院所能監督，如法院准許原告之訴求，即意味著法院必須依據不確定之標準監督被告於原告土地上面之工期，而這工期牽涉複雜且高度技術性之工程契約，且依照現場之施工狀況而言，如果要被告增加工人，可能反而不會有助於工程之進度，反而會「拖延整個工期」，依據以上理由，因此駁回原告之訴。

於此判決之下，法院表示，本案並非認定「工程是否完全完成」，而係認定「工程是否按照進度進行」，由於欠缺監督標準，故法院駁回原告之訴，然而，邏輯上，並不代表當認定之對象係「工程是否完全完成」，法院必定不會駁回原告之訴²⁰²，關於此點，將於下一目揭曉。

然而，事實上，於工程契約之上，此種遲延情形往往係屬常態，定作人（或主承包商、main contractor）除了上開訴請法院判令原定給付履行之手段之外，尚有自行使其他施工團隊進入工地施工者，然而這種情形，往往無助於事，反而會使承攬人之工期更加延後，承攬人對於這些施工團隊亦往往無法指揮，更有甚者，定作人此種行為，可能會被法院論以違約²⁰³。

第三目 執行或監督困難

即已監督之標準存在，美國法院對於執行難以監督之情況，例如，當監督需要耗費不合理之司法資源以及法院之時間、勞力，如承攬人興建大樓，須法院長期之監督，法院亦會駁回債權人原定給付履行之訴求，然而，事實上是否監督困難，與法院本身之意願息息相關，近年有越來越多的證據顯示，這種困難往往被過度誇大，實務上，美國法院往往透過專業鑑定人來監督契約之履行，而減低監督困難之問題，而近數十年來，美國法院對於契約之監督之範圍，亦有擴大之跡象²⁰⁴，以下一案為例：

²⁰¹ 245 A.2d 431。

²⁰² 相同見解，See, A. S. Burrows, supra note 127, p.454。

²⁰³ Roger Knowles, 150 contractual problems and their solutions (2005, 2th ed), Malden, MA : Blackwell Pub., p.255。

²⁰⁴ See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, supra note 110, p.561。

[A 11] Fleischer v James Drug Stores, 62 A.2d 383 [1948]

[事實] 原告 Fleischer 係經營一家坐落於 Nutley 之零售藥局之場所主人，於 1940 年 4 月 15 日加入被告 James Drug Stores 集團並成為被告之附屬連鎖藥局，雙方約定「當被告之董事會認定原告並未遵守集團之計畫之時，被告之董事會得終止雙方之契約」。被告 James Drug Stores 集團之設立目的係在於，於市場上提供穩定且標準化之服務品質，藉由大量之採購之手段，以低於批發價約 11% 之價格出售貨物予下游連鎖廠商並壓低售價，以提昇市占率並建立品牌。然而，不論如何，隨後於 1947 年，被告之董事會於數次決議之後，決定終止其與原告之間之契約，原告認定被告之董事會之成員以「終止契約」作為要脅原告出售藥局於被告之手段，然而被告之董事會則認定原告根本並未盡到雙方契約所約定之品質，而繼續雙方之契約將會有害於被告集團於市場上之商譽。原告因此提起原定給付履行之訴，希望法院判令被告繼續履行契約之義務，於第一審，原告敗訴，原告不服，因此提起上訴。

[判旨] 上訴有理，原審判決廢棄，理由在於，(一) 被告之董事會之成員以「終止契約」作為要脅原告出售藥局於被告之手段，因此被告董事會之決議係屬違約，(二) 原告無法從其他批發商取得同等優惠之批發價格，使得原告遭受營業上利潤之損失（註：提高價格則銷售量下降，但難以計算），並且依照契約之性質，係屬長期性之契約，因此以上種種因素導致賠償金難以精確計算，故賠償金並非妥適之救濟手段，(三) 一般而言，當契約之履行之監督需要法院長期之監督，法院通常會拒絕原告原並給付履行之訴求，惟，此一要件實為法院行政上之政策問題，而並非法律之權限問題（註：亦即法院得視情況「擴大」監督），除非監督上有重大困難，否則法院得開啟監督功能，本件並非屬於監督有重大困難者，蓋被告所需履行者，僅是將提供於其他連鎖藥局之同種之服務以及商品提供於原告，而關於這點，法院可以輕易地完成監督，監督本身於實務上並無任何問題存在，並且，本案之契約係屬現代之商業契約，以便於契約當事人於極端競爭之商業環境中存活下來，且只有原定給付履行能夠滿足受害一方當事人之需求，綜合以上理由，判決原告勝訴。

此一案件仍有後續發展，被告於二審敗訴之後，被告提起上訴，於第三審當中（Fleischer v James Drug Stores, 72 A.2d 404 [1950]），法院最後認定被告之董事並未惡意勾結訴外人迫使原告出賣其營業，並且，由於原告與被告之契約當中明文規定：「總公司保有解消雙方契約關係之權利（reserved the right to cancel the membership, on notice to the member, if, in the directors' judgment, the member did not "properly cooperate in carrying out the said plan. "）」，因此法院認定應該絕對尊重被告之董事會之決議，因此仍判決原告敗訴。事實上，從第三審法院之用語即可知悉，第三審法院「自知」事實上無法代替被告之董事會進行實質上判斷，因為

只有董事會可以明確知悉原告對於被告公司之產品之銷售數量並且判斷原告是否有遵照雙方之計畫 (the corporation could well judge from the quantities and kinds of merchandise it furnished to plaintiff during the period of his membership and from it find whether the plaintiff did or did not as he agreed in his application properly co-operate in carrying out the said Plan.)。



第四目 債務內容係個人服務

即便法院可以從外觀、形式上監督債務人，然而對於履行之品質難以界定時，法院亦會駁回債權人原定給付履行之訴求，當債務之內容涉及「個人」服務之情形，係屬典型之案例。這種專屬性、無代替可能性之行為債務之原定給付履行之否準之判斷流程，相較於有形物之給予債務，多了一個判斷要素，也就是法院對於履行品質之監督之困難²⁰⁵，這個困難會讓法院「有時」傾向於否定債權人原定給付履行之訴求，其間之案例如下：

[A 12] Bloch v Hillel Torah North Suburban Day Scholl, 426 N.E.2d 976 [1981]

[事實] 上訴人、原告 Bloch 係一名於被上訴人、被告 Hillel Torah North Suburban Day Scholl (下簡稱 Day School) 就讀之孩童，Bloch 由於 Day School 不當之退學，導致其無法受到應有之教育，Bloch 之父母因此提起訴訟，要求法院命 Day School 使 Bloch 入學，惟原告於初審法院遭到敗訴，原告不服，因此提起上訴。

[判旨] 上訴駁回。此案件涉及人身服務，因此賠償金會是最佳之救濟手段。

於此判決中，上訴法院提到，其對於賠償金無法完全填補原告損害一事有相當清楚之認識 (cognizant of the difficulties of duplicating the personal services offered by one school)，惟，強制被告為原定給付履行，法院亦無法監督被告之履行之成效，且對於被告之人身強制亦有違人權，且容易導致更多之紛爭、訴訟產生，因此上訴法院認定初審法院對於原告原定給付履行之訴求之駁回，並無錯誤。另一個類似之判決如下：

[A 13] London Bucket Co. v Steward, 237 S.W.2d 509 [1951]

[事實] 原告 Steward 與被告 London Bucket Co. (以下簡稱 Bucket 公司) 約定，由被告 Bucket 公司為原告 Steward 之旅館裝設暖氣系統，然而締約之後，被告 Bucket 公司所裝設之暖氣系統有嚴重之瑕疵，原告要求被告修補該瑕疵，然而被告 Bucket 公司拒絕修理，原告 Steward 因此提起訴訟，訴請法院命被告盡快修補暖氣系統，否則冬天一旦到來，原告將面臨營運被迫停擺之

²⁰⁵ 然而亦有學者認為，「監督困難」以及「個人服務」之判斷仍有其差異存在，See, P. S. Atiyah and Stephen A. Smith, supra note 86, p.383。然而本文認為此二概念有重疊之處，並予說明。

窘境，雖然被告 Bucket 公司抗辯這種個人服務之契約，無法強制原定給付履行，然而不論如何，原審仍肯認原告原定給付履行之訴求，被告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕原審判決廢棄，理由在於，由於法院監督上之困難，工程契約往往無法強制被告為原定給付履行，且原告知因履行所可以獲得之利益並未鉅大到讓法院認同被告應為原定給付之履行之程度。

本判決當中，看似美國法院看似於個人服務之狀況必定皆否定原定給付履行之訴求，如以上〔A 10〕Northern Delaware Industrial Development Corp. v E. W. Bliss Co. [1968]以及〔A 11〕Fleischer v James Drug Stores, 62 A.2d 383 [1948]，然而，其實並非如此。值得注意者係，本件法院明文說到：「原告知因履行所可以獲得之利益並未鉅大到讓法院認同被告應為原定給付之履行之程度」，因此，美國法院其實並不排除針對個人服務判命原定給付履行，只是需要債權人因為原定給付履行所可以獲得之利益高達一定程度²⁰⁶，下兩個案例將會證明這看法：

〔A 14〕New Life Community Church of God v Adomatis, 672 N.E.2d 433 [1996]

〔事實〕原告 New Life Community Church of God（以下簡稱 Church）與被告 Adomatis 約定由原告 Church 購買一處為 Adomatis 所擁有之農地，雙方另外在土地買賣契約當中約定，被告 Adomatis 應該為原告架設環繞排水溝渠（perimeter drainage），然而，被告僅僅裝設了排水瓦管（tile drain），而被告認為他已經盡到契約底下之義務，然而原告卻不這樣認為，原告主張被告已經預期違約，原告因此訴請法院判命被告為原定給付之履行，於原審，法院認定被告並未盡到契約底下之義務，然而法院卻進一步認定「要被告完成排水溝渠之安裝，依照原告教堂之建設計畫，會是不合適的」，因此僅僅判決被告應該支付賠償金給原告，並且原審法院認定，原告因為未能即時減輕損害，而必須自我負擔部份之損害，並賠償金額予以「打折」（實際上僅等同原本契約之價金），原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕原告勝訴，原審判決廢棄，理由在於，是否「要被告完成排水溝渠之安裝，依照原告教堂之建設計畫，會是不合適的」應該依照契約當事人訂立契約時候之意思為準，然而原告於締結契約時，並未有如此之認知，且，依照當事人契約所約定之內容，被告 Adomatis 所應該盡到之義務已經相當明確，故給予原告原定給付履行之救濟。

事實上，原告於提起訴訟之前，曾對被告表示，被告應該完成履行，否則原告將另請他人完成工程，似乎被告之勞務可以透過第三人為之²⁰⁷，然而，關於此點，

²⁰⁶ See, Steven J. Burton, supra note 102, p.291。

²⁰⁷ 當勞務係可以透過第三人為之時，賠償金將會是妥適之救濟手段，法院會因此駁回原告原定給付履行之訴求，See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, supra note 110, p.558。

原審判決抑或上訴審法院，似乎皆未察覺到，不論如何，關於勞務給付之原定給付履行之容許性，下一個類似之判決，有更明白之說明：

[A 15] City Stores Company v Ammerman, 266 F.Supp. 766 [1967]

[事實] 被告 Ammerman 同意將其「未來」興建完成而座落於 Tyson's Corner, Virginia 之商場之區塊出租給原告 City Stores，並且將原告視為主要承租人，並且，依照雙方契約之內容，原告所可以承租之年限不可以少於其他同樣主要之承租人，不論如何，被告 Ammerman 拒絕將商場之區塊出租給原告，原告因此訴請法院發放禁令，禁止被告 Ammerman 將剩餘之區塊出租給其他承租人，法院接受原告之訴求，然而，原告又進一步訴請法院准許原定給付履行，強制 Ammerman 將商場興建完成，並且將剩餘之區塊出租給原告。

[判旨] 原告勝訴，理由在於，雖然本案之原定給付履行涉及不動產建物之興建，這種契約是否可以強制被告履行，有些法院有不同之意見，然而現在漸漸被接受之說法應該是，除非法院監督之困難遠遠超過於原定給付履行對於原告之重要性（unless the difficulties of supervision outweigh the importance of specific performance to the plaintiff），否則法院應該肯認原告之訴求，而於本案件底下，我們無法期待原告另外僱用第三人完成被告之工程，且依照契約之內容來看，雙方當事人對於細節已經有相當之規範，法院對於履行成果之監督亦並非困難，因此判決原告勝訴。

由此判決可見，美國法院在判斷應否給予原定給付履行之救濟之時，並非債務內容涉及個人服務時，皆必然會駁回原告之訴求，或可說，法院係將其所無法監督而產生之履行品質之減損，與賠償金所無法填補之損害，做一比較，當賠償金所無法填補之損害過於鉅大（例如涉及公共利益之因素²⁰⁸）時，儘管命令債務人進行履行所產生之履行瑕疵存在，如法院衡量過原定給付履行對於債務人所帶來之額外負擔，仍認為妥適時，法院不論如何仍會給予原定給付履行之救濟²⁰⁹。事實上，此種見解已經明文化於 RotL § 380²¹⁰。

另外，於雇傭契約上，即便法院不會給予原定給付履行迫使債務人到債權人之公司任職，法院仍係可能透過禁令（injunction）來禁止債務人（勞務出賣人或受僱人）另外尋找工作機會²¹¹，而間接迫使債務人履行債務，進而間接達到原定

²⁰⁸ 關於公共利益之見解，See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, supra note 110, p.564。相同見解，See, Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, supra note 113, p.101。

²⁰⁹ Brian A. Blum, Contracts : examples & explanations (2007, 4th ed), Austin : Wolters Kluwer Law & Business, p.678。

²¹⁰ See, Allan Schwartz, supra note 66, p.304。然而值得注意者係，Allan Schwartz 教授對此提出批評，其認為，此種以「監督困難」作為否定原定給付履行之訴求之作法，並無任何理由存在，其理由在於，如果債權人願意承擔「履行品質之減損」之風險進而訴請原定給付履行，那為何法院要拒絕之？然而本文認為，事實上，如同以上美國法院判決所示，法院拒絕債權人之訴求之理由並非「單純」在於「履行品質之減損」，而係在於「債權人因履行可以獲得之利益與債務人履行負擔之間之失衡」，故該說學者之見解，與現狀有所出入。

²¹¹ Ian Ayres and Gregory Klass, Studies in contract law (2012, 8th ed), New York : Foundation Press, p.1007。

給付履行之強制，故有時此又被稱為「indirect specific performance」²¹²，特別是當債務人可能到債權人（勞務買受人）之其他寡占之競爭公司當中任職抑或債務人之技能係屬特殊、無法取代之才能²¹³，更是如此，然而，這僅限於不會對債務人造成生活上之困難之情況底下始得為之²¹⁴。

然而，法院於此種情況之下之禁令，雖然係針對債務人而發出，然而，美國實務上曾經發生過一個案例，亦即，債權人（勞務買受人）於訴請對於債務人（勞務出賣人）之禁令敗訴之後，轉而訴請法院對於將要僱用債務人之新的雇主發出禁令，惟，美國法院最後仍然是駁斥了債權人這種取巧之作法，法院似乎隱約地指出，債權人這種作法不外乎是希望將先前敗訴之禁令訴訟，重新再度開啟一次²¹⁵。

不論如何，以上〔A12〕、〔A13〕、〔A14〕以及〔A15〕皆係針對「勞務」之買受人對於出賣人之訴求，然而，美國案例上亦不乏「勞務」之出賣人（受僱人）對於買受人（雇主）之訴求（訴求繼續受雇於雇主），然而這些案件往往都被法院一一駁回，理由在於，僱傭雙方關係早已經惡化（distasteful relationship、personally obnoxious），如果將這種契約繼續維持下去，對於雙方都會有不利之後果²¹⁶。以下一個案件為例：

〔A 16〕 Chady v Solomon Schechter Day Schools, 645 N.E.2d 983 [1995]

〔事實〕被告 Solomon Schechter Day Schools（以下簡稱 Schechter School）係一座位於 Illinois 州之私人公益小學，原告 Chady 係於 1969 年開始任教於該所學校，並且於 1976 年開始成為該所學校之終身專任教師，直到 1991 年為 Schechter School 所解僱，解僱理由為，原告 Chady 對於該學年度遲延歸國之理由之誤報違反契約之約款，Chady 因此於 1992 年訴請法院判令被告 Schechter School 將其繼續留任，不論如何，於原審，原告 Chady 敗訴，Chady 因此提起上訴。

〔判旨〕原告之上訴駁回，原審判決予以維持，理由在於，被告 Schechter School 係屬私立學校，因此原告無法援引 The School Code 訴請繼續任職，且，如讓原告可以繼續任職於被告之學校，對於法院而言，將必須付出不合理之負擔進行監督，而且這監督將會是不切實際的，且，服務契約需要契約雙方當事人之契合以及相互之信賴，法院之介入亦會造成契約雙方之摩擦，而有違契約之本意。

²¹² See, Joseph Chitty, *supra* note 119, p.704。

²¹³ Amy Hilsman Kastely, Deborah W. Post and Sharon K. Hom, *Contracting law* (2006, 4th ed), Durham, N.C. : Carolina Academic Press, p.712。

²¹⁴ James F. Hogg, Carter G. Bishop and Daniel D. Barnhizer, *Contracts : cases and theory of contractual obligation : selected rules for contracts* (2008, 1th ed), St. Paul, MN : Thomson/West, p.134。See RotL (First) § 380 and RotL (Second) § 367(2)。

²¹⁵ See, Amy Hilsman Kastely, Deborah W. Post and Sharon K. Hom, *supra* note 213, p.713。

²¹⁶ John D. Calamari and Joseph M. Perillo, *The law of contracts* (1998, 4th ed), St. Paul, Minn. : West Group, p.618。



然而不論如何，如同〔A14〕及〔A15〕係針對〔A12〕、〔A13〕之例外，同理，〔A16〕也有例外存在，以下一個案例〔A17〕即是如此²¹⁷：

〔A17〕 *Madison County Board of Education v Wigley*, 259 So.2d 233 [1972]

〔事實〕原告 Wigley 係任教於 Buckhorn School, Madison County 的一位終身職教師 (tenure)，然而不論如何，被告 Madison County Board of Education (以下簡稱 Board of Education) 於 1963 年 9 月 25 日錯誤地終止雙方之契約，於 1968 年底，該解僱於程序上經過確定之後，原告因此起訴，原審於 1970 年，法院認定被告 Board of Education 解僱原告之行為係屬有誤，因此判決命被告繼續留任原告，並且應該支付 1964 年至 1970 年之全額之薪資，被告不服，因起提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，維持原審判決，針對原定給付履行之理由在於，係依照判決先例而為，且原告所受到損害不僅僅是賠償金或者是薪水之損害 (it is obvious that there was more left in the case than back salary and interest thereon)，且原告 Wigley 於「知悉」解僱於程序上確定之後，立即於 1968 年向原審法院訴請原定給付履行，因此亦無遲延之情事產生 (doctrine of laches)。而針對 1964 年至 1970 年之「賠償金」之全額薪資之部份，由於無法期待原告 Wigley 另外尋找學校任職，因此此處並不適用損害減輕法則 (mitigation rule)，故被告應給予原告 Wigley 該期限之內之全額之薪資。

雖然在這個案例底下，美國法院之判斷大多係環繞在實體法以及程序事項之爭論之上，且針對原定給付履行之判斷，法院之語意係相當隱晦，然而不論如何，即便本件契約雙方之關係已經相當緊張，本件法院不論如何仍然給予原定給付履行之救濟，而有學者指出法院的判決明顯表示，在這些專職終身性之教職之契約上，賠償金往往都會是無法完全被錯誤解僱之一方之當事人之損害，且該無法填補之損害過於鉅大²¹⁸。然而如果將〔A16〕以及〔A15〕做一對比，會發現美國法院於兩個終身任教之契約底下，判決有所分歧，然而值得注意者係，〔A16〕底下之 Buckhorn School 係屬公立學校，而〔A15〕底下之 Solomon School 係屬私立學校，於後者，法院認為，由於 Schechter 係屬私立學校，故無 School Code 之適用，法院似乎意指著私立學校下，不像公立學校一般，法院之監督力量較小，且更加重視契約雙方之相互信賴²¹⁹。

²¹⁷ See, Howard O. Hunter, *supra* note 196, p.13-31。

²¹⁸ Linzer, "On the Amoralism of Contract Remedies - Efficiency, Equity and the Second Restatement," 81 *Colum. L. Rev.* (1981), p.128。

²¹⁹ 然而仍有例外存在，舉例而言，於 *Gleicher, Friberg & Associates, M.D., S.C. v University Health Sciences, The Chicago Medical School*, 586 N.E.2d 418 [1991] 案件底下，雖然 Chicago Medical School 係屬私立學校，法院最後仍給予原告繼續任職之救濟，然而值得注意者係，此案件中之任教契約僅僅三年，而並非終身職。

由以上案例，可以知道，美國法院之處理方式並非完全拘泥於債務之內容而定，而係針對個別案件進行衡量。



第五目 債權人尚未履行對待給付義務

當債權人尚未履行對待給付義務時，法院往往會要求債權人提供一定之擔保，當債權人無法提供擔保時，法院往往會駁回債權人之訴求，此依照美國 RotL § 363 所謂：「Specific performance or an injunction may be refused if a substantial part of the agreed exchange for the performance to be compelled is unperformed and its performance is not secured to the satisfaction of the court.」自明。

事實上，這個原則原本是源自對等性原則（principle of mutuality），在這個原則底下，必須債務人也可對債權人訴請原定給付履行時，法院才會允許債權人原定給付履行之訴求，然而這一個原則於過去之百年之間，飽受批評，詳見上開英國之案例，現今大多數美國法院已經放棄這一要件，然而對等性原則背後之原理，仍然被保留了下來，這個原理反應在，當債權人「尚未」履行對待義務「且」亦無法擔保或保證對待給付履行時，法院會駁回原告原定給付履行之訴之案例²²⁰，當債權人之對待給付係屬一定行為之完成，由於債權人理論上無法擔保之，法院通常會駁回原告之訴²²¹。

而其背後深層之理由在於，由於雙方當事人之間之訟爭性已經浮上檯面，債權人於獲得原定給付履行之後，往往不會履行對待給付義務，用以報復債務人，亦即，對於債務人而言，債權人之債信已經下降，與債務人一開始訂立契約時所欲承擔之受償不能風險（insolvency risk）已經存有鉅大之差異²²²，所以此時法院往往會要求債權人先提供擔保抑或先履行對待給付義務，法院才會進行原定給付履行之強制，某程度上，或可謂，法院提前了債權人之清償期²²³，其間所生之案例，如下所示：

[A 18] Rego v Decker, 482 P.2d 834 [1971]

[事實] 被告 Rego 於 1966 年將其所擁有之土地以及座落於上之三座加油站一併出租給原告 Dekcer，租期為一年，契約當中，雙方約定，（一）租金每個月為 65 美金，當 Decker 賣出之石油超過 4000 加侖後，針對超過之每一加侖，Deckcer 應該額外再給付 Rego 總數為 2 分之美金，（二）Rego 另外同意

²²⁰ See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, supra note 110, p.562。

²²¹ See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, supra note 110, p.563。

²²² 然而亦有學者認為，由於債務人於訂立契約當時，由於其「受清償期」晚於債權人，因此債務人已經可以預見該風險仍願意承擔之，法院並無義務對債務人進行保護，See, A. S. Burrows, supra note 103, p.463。然而本文不採之，理由在於，債務人於締約當時所欲承擔之風險並未達到如此重大之程度。

²²³ 另，因為受償不能之風險（Insolvency risk）而實質上提前清償期之適例，如 U.C.C. § 2-702(2)。且事實上，契約內容存在爭議時，法院決定契約當事人給付之先後順序以及清償期時，也會考慮到受償不能之風險，See, G. H. Treitel, supra note 89, p.764。

為 Decker 所承租之土地鋪設柏油路，並約定於 1966 年 7 月 31 日前完工，(三)雙方並約定，Decker 有將契約更新之權利，一共四年，然而於 1969 以及 1970 年之租金應該提高為每個月 125 美金，(四)並且 Decker 享有購買租賃標的物之權利，(五)當 Decker 表示購買租賃標的物時，買賣契約自動成立，Rego 應該移轉所有權予 Decker 而 Decker 應該每個月支付 125 美金予 Rego，直到支付總額達到 81000 美金為止。然而不論如何，Rego 從未曾為 Decker 所承租之土地鋪設柏油路，而 Decker 於租期之內，於 1967 年 2 月向 Rego 表示其欲承租該租賃標的物，然，不論如何，Rego 也並未移轉該標的物於 Decker，反而是將該買賣標的物移轉於知情之第三人，Decker 於是向法院提起訴訟，請求法院判令被告 Rego 履行原本債務，原審法院同意 Decker 之訴求，因此判令被告 Rego 以及該第三人應該將契約標的物移轉於原告 Decker，被告 Rego 不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄發回重審，理由在於，儘管原審法院準允原告原定給付履行之訴求並沒有問題，然而，衡量到契約雙方當事人之間之訟爭性已經顯現 (controversy and litigation have arisen)，因此對於被告 Rego 而言，於履行原定給付之後，原告 Decker 是否能夠如期履行對待給付，則成為必須保障之標的，且衡量到 Decker 所應該給付給 Rego 之價金之期間，可能長達 50 年之久 (81000 除以 125 或 65)，所以對於被告 Rego 而言，不確定性更高，原審法院於給予原定給付之命令時，可以附加原告 Decker 應該同時給付全額價金之條件，然而並未為之，故因此廢棄發回重審。

此一判決詳細說明給予被告擔保之必要性，另，此一判決值得注意者係，即便債務人將契約標的物轉賣給予知悉之第三人 (grantee noticing of Decker's interest)，原審法院認為該第三人與債務人仍應該將契約之標的物，亦即該「不動產」，移轉給債權人²²⁴，而不以債務人之行為目的係將自己陷入無資力狀態為必要，而此一見解於上訴審獲得認同，然而此一作法於高舉「債權之相對性」之我國，係屬殊難想像之作法，不論如何，可供參考²²⁵。

第六目 對價 (或約因 consideration) 不均衡

對價 (或約因 consideration) 不均衡時，美國法院會駁回原告原定給付履行之訴，然而，針對這要件，有所生爭議，有論者認為，此一要件係對於契約是

²²⁴ 本文推測，本案原審法院可能認為由於契約標的物係屬不動產，故金錢所無法填補之損害過大，因此認定該「惡意」之「第三人」以及債務人 Rego 仍應該將該不動產移轉予債權人 Decker。

²²⁵ 於我國法院，最高法院對於民法第二百四十四條之解釋係以債務人之行為目的係將自己陷入無資力狀態為提起該條撤銷之訴之必要前提，詳見，最高法院 98 年度台上字第 112 號判決以及 95 年度台上字第 1741 號判決。然而事實上，如果將該無資力狀態也看成是「金錢所無法填補之損害」之下位概念，則美國法院於此之作法是否其實更加接近我國民法第二四四條之本意？

否成立之判斷，亦有論者認為，此為詐欺之轉型²²⁶，詳見下一案例：

[A 19] George W. Kistler, Inc v William J. O' Brien, 347 A.2d 311 [1975]

[事實] 原告公司係座落於 Pennsylvania 之經營防火器材、服務以及救火工具之買賣之公司，被告 William 與原告 George W. Kistler 公司於 1970 年 3 月口頭成立雇傭契約，被告成為原告之生產以及服務經理，雙方在契約當中約定了薪資、義務、保險以及其他工作條款，但是並未言及競業禁止條款。於 1970 年 5 月，在被告 William 工作之第一天，被告 William 詢問了公司之人事部門人員關於員工保險之問題，該部門人員遞給被告 William 一疊資料並請被告於簽名處一一簽名，在這一疊資料當中，有一份資料上名為「雇傭契約」之文件，其中一項條款如此規定：「於契約終止後，不論任何原因之終止，受僱人同意，於兩年之內，於以下特定區域，將不會直接或間接從事有關僱用人營業之產品之生產、販售、經銷、加盟或受雇行為」，然而於 1973 年，被告 William 因故離職，其離職原因雙方有所爭議，被告 William 並開始於鄰近區域自行販售滅火器材，此一行為某程度上已經與原告之營業有所衝突，原告因此提起訴訟，訴請法院禁止被告繼續於上開區域進行競業之行為，於原審，法院認定雙方於 1970 年 5 月所簽署之「雇傭契約」係屬雙方唯一之有效契約，並且這份契約係以「整體雇傭契行為」做為「競業禁止」之對價（或約因 consideration），被告敗訴，被告不服，因此提起上訴。

[判旨] 上訴有理，原審判決廢棄，理由在於，依照對於原告之質問之資料，原告已經自行承認雙方於被告正式開始工作之前，於 1970 年 3 月，雙方已經口頭成立雇傭契約，並且已經口頭約定所有事項，但並不包括競業禁止條款，則歲後被告所簽署之「雇傭契約」之「競業禁止條款」，則必須要有相對應之對價（或約因 consideration）存在，並且時間邏輯上，難以認定雙方「先前」約定之「整體雇傭契行為」係做為「後來」發生之「競業禁止」之對價（或約因 consideration），因此本件競業禁止條款欠缺對價（或約因 consideration），因此判決被告勝訴。

事實上，從本案事實觀之，被告 William 似乎並未意識到「雇傭契約」當中存在「競業禁止」條款，事實上，即便被告 William 有意識到此一條款之存在，亦無法期待被告與原告進行更進一步之磋商，蓋被告已經辭去先前之工作，當地亦無他相同之工作機會，此時若被告向原告提出要求，原告可以表示「take it or leave it」。即便被告願意因此被違法解僱，「轉而向原告請求賠償金所需要付出之訴訟成本」與「於遙遠之未來違反競業禁止條款所需負擔之責任」相比，被告會寧可接受原告所擬定之條款。

²²⁶ See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, supra note 110, p.566。

第七目 與公共利益互相違背



當債權人所要求之原定給付之內容涉及損及公共利益抑或有不法行為存在時，法院會駁回債權人原定給付履行之訴求，這個原理通常帶有政策之意含在內，其目的往往不在於保護債務人（因為債務人也涉入該違法之契約當中，如果要說目的係保護債務人則無法自圓其說），而在於讓法院保持「乾淨」²²⁷，其間所生案例如下：

〔A 20〕 *Seagirt Realty v Chazanof*, 13 N.Y.2d 282 [1963]

〔事實〕原告 *Seagirt Realty* 之代表人 *Jacob Landau* 為了躲避債權人之追償，因此將原告名目下之不動產無償移轉於訴外人 *Alfred Landau*，雙方並且約定，*Alfred Landau* 應該依照 *Jacob Landau* 之要求，而將該不動產移轉於其所指定之人，隨後，*Jacob Landau* 要求 *Alfred Landau* 將其不動產無償移轉於被告 *Chazanof* 作為經商之用，被告 *Chazanof* 並且與原告之代表人 *Jacob Landau* 約定，應代表人之要求時，*Chazanof* 應該返還該土地於原告，數年之後，原告之代表人向被告表示其欲取回該不動產，於是雙方簽訂契據（*deed*），作為被告同意將該不動產移轉於原告之證明，然而原告之代表人於登錄（*record*）該契據之前不小心遺失該契據，然而被告拒絕簽訂新的契據給原告，原告因而起訴，訴請法院判令被告簽訂新的契據，於第一審，原告勝訴，然而於第二審，則改判原告敗訴，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄，恢復第一審判決，理由在於，（一）由於原告 *Seagirt Realty* 之負責人 *Jacob Landau* 將該不動產無償移轉給訴外人 *Alfred Landau* 之行為係屬脫產行為，此點並無疑問，然而，訴外人 *Alfred Landau* 依照 *Jacob Landau* 之要求而將該不動產無償移轉予被告 *Chazanof* 作為經商之用並且約定 *Jacob Landau* 有取回該筆不動產之權利之行為，則並非屬於脫產行為，且，（二）為了避免登記名義人與實質上所有人不一致而影響交易第三人對於登記制度之信賴，更應該解為原告之不潔淨之雙手已經因為第二次之移轉行為而洗淨，故判決原告勝訴，因而廢棄第二審判決。

此一判決具有高度爭議性，於第三審法院，法官對於此案件之意見產生分歧，最後多數法官認為應該由原告 *Seagirt Realty* 勝訴，而廢棄二審判決且維持一審判決，然而，不乏有法官認定多數說之意見存在問題，其間之理由包含，（一）如果讓原告可以順利訴請被告為簽訂契據之原定給付履行，則無異於鼓勵原告為脫產行為，（二）多數說之論證基礎在於，將原告之行為切割為前後兩個行為，但是事實上，整體行為無疑是原告 *Seagirt Realty* 之負責人 *Jacob Landau* 為了避免債權人受償之一系列之脫產行為，將這一系列之脫產行為切割為兩個行為，並且賦

²²⁷ See, Joseph M. Perillo and John D. Calamari, *supra* note 110, p.567。

予不同之法律效果，係過度拘泥於機械性之法律操作（technical law），而忽略並混淆整體契約之脫產目的。

另，針對第三審法院對於登記制度之市場信賴之保障方面，第三審法院之見解認為，由於實質上真正所有權利人係原告 Seagirt Realty 之負責人 Jacob Landau，而現今之登記名義人並未能反應此一事實，可能會使交易第三人產生誤會，為了保障交易第三人，故應該判決原告勝訴，以保護將來會從原告買受不動產之買受人²²⁸，然而，事實上，依照判決當中之事實，真正登記人係屬被告 Chazanof，原告遺失契據且亦未能完成移轉登記，則何來「保障交易第三人對於登記制度之信賴」之有？

且，考慮到原告之其他債權人之利益，是否亦應該讓原告可以訴請原定給付履行？不過恆量原告隱匿財產之行為，理論上應該很難期待原告之其他債權人可以因原告之訴求而受惠，然而問題又在於，原告之其他債權人得否代原告訴請原定給付履行，此時結果是否會有差別？

第八目 契約雙方當事人之約定

契約雙方當事人可以明文約定「債權人可以訴請原定給付履行或禁令」，但如果當事人又同時約定「預定性賠償金之計算方式」，法院會傾向於認定「賠償金係屬妥適之救濟手段」，但是亦有例外狀況，法院仍會認定賠償金並非妥適之救濟手段，詳見下一案例：

[A 21] *Termpian Arabi, Inc. v Frank M. Carollo*, 299 So.2d 831 [1974]

〔事實〕被告 Frank 係受雇於原告 Termpian 之經理，雙方於僱傭契約當中約定，當被告 Frank 離職之後，被告 Frank 不可利用原告 Termpian 所有之客戶（accounts）之資料、不可揭露客戶之資料予原告之競爭對手、不可拉攏原告之客戶、不可假借原告之名義營業而使他人誤認其與原告有任何之關係，以及不可慫恿原告之其他現任員工去競爭對手之公司任職，雙方之契約並明文約定：「雙方認同受僱人對於雇主之客戶資料、營業程序以及其他廠商資料之認識係屬特殊且有價值者，並且，受僱人對於上開資訊之洩漏所帶來之損害係屬無法以金錢衡量，如果受僱人對於上開資訊有所洩漏或利用，雇主可以藉由禁令或其他合理之司法救濟手段禁止受僱人繼續為之且雇主同時可以請求 2000 美金之預定性賠償金，雇主可以擇一行使其權利。」被告 Frank 於 1974 年離職之後，即開始受雇於原告 Termpian 之競爭對手，並且開始拉攏原告 Termpian 所既有之客戶並慫恿原告其他現任員工離職而到原告之競爭對手公司任職，原告 Termpian 因此提起訴訟，訴請法院禁止被告 Frank 繼

²²⁸ 原文如下：「Whatever A's old misdeeds, he is the lawful owner of this lot and the records ought to show this fact. The existing record falsely makes R owner. It may mislead scores of honest citizens — people who have strong reasons for wishing to buy the lot, such as creditors of A, creditors of R, or lawyers drawing deeds of adjoining lots who are anxious to insert an accurate description.」

續進行上開行為，於第一審，原告敗訴，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，原審判決維持，理由在於，（一）當事人已經約定預定性違約金，可以因此認為，當事人間已經針對損害之額度進行計算，因此賠償金並非不可計算者，故賠償金係屬妥適之救濟手段，（二）原告抗辯：「於 National School Studios, Inc. v Barrios, 236 So.2d 309 [1970]一案當中，雖然當事人之契約有針對預定性賠償金進行規定，而該案底下，法院最後仍然認定賠償金並非妥適之救濟手段，因此給予原告禁令，因此本件法院亦應做同一處理。」然而觀察 National School Studios 案件之雙方當事人之契約，其預定性賠償金之計算方式係以被告所採用之照片數量做為計算標準，在這種計算模式之下，需要被告所提供之數據為準，很明顯地，這種計算方式係不可行，上開案件之法院因此認定賠償金並非妥適之救濟手段，然而本件當事人契約之賠償金之計算方式係屬一次性之計算（lump sum），而並非如同 National School Studios 一案底下之計算方式，因此原告之抗辯不足採。

預定性賠償金（liquidated damages）於本案之中，法院進一步表示：「預定性賠償金係當事人針對難以計算之損害所做出之賠償金之約定（The nature of liquidated damages is such that it is an agreed amount for damages which would otherwise be difficult or impossible to ascertain）。」換言之，當事人係事前將這種「賠償金難以計算」之問題藉由預定性賠償金予以消除，如果讓當事人嗣後又可以爭執「賠償金難以計算」進而提起原定給付履行之訴或禁令，則有失當初約定預定性違約金之本旨。

第三節 小結

於英美法下，給付不能之觀念並非獨立之債務不履行之態樣，而係採「債務不履行」之單一概念，而「債務不履行」與「履行之拒絕」同為英美法之二大重大違約（fundamental breach of contract）之態樣²²⁹，惟，於近年來，美國法上對於債務人財務風險之擴大之狀況，亦將其納入重大違約之態樣，值得關注²³⁰。

於英美法下，給付是否「不能」除涉及債務人繼續履約之負擔是否過重之議題，亦涉及債權人之利益是否可以完全填補之問題，其係被視為契約「解放效」有無之問題之一，亦即，涉及債權人是否可以成功訴請原定給付履行。

然而，債務人是否可以從原本債務當中解放出來，除債務人之負擔過重之外，於債務之內容涉及高度屬人性服務時候，法院亦會駁回債權人原定給付履行之訴求，此時，雖然此並非「不能」之文義範圍，債務人無庸繼續履行仍係不爭之事實，此時債權人僅得請求賠償金。

另，於金錢賠償即可填補債權人之損害之情形，法院亦會駁回債權人原定給付之訴求，此與「不能」之文義範圍，已相去更遠。

對於大陸法系上履行請求權之唯一「法定」排除事由之「履行不能」²³¹應如何與英美法之原定給付履行之排除做一結合，實為一大難題，關於此點，與我國法同為大陸法系之日本債權法，2004年以降，有著開創性地見解，關於此點，本文將於下面章節介紹之。

²²⁹ 北川 善太郎（2003），〈契約責任の研究：構造論〉，第1版，頁38，東京都：有斐閣。

²³⁰ See, U.C.C. § 2-609。

²³¹ 於大陸法系上，催告期限經過而轉換為損害賠償之情形，由於是否催告以及催告期間長短，原則上係由債權人予以決定，或可謂此情形之履行請求之排除，係繫諸於債權人之意思（意思による排除），然而於履行不能情況底下之履行請求權之排除，係強制排除，不論債權人之意思為何，皆予以排除（不履行による排除），此兩大排除事由構成轉形論之核心，詳見，森田 修（2006），〈契約責任の法学的構造〉，第1版，頁264，東京都：江草忠敬。相同見解，See, G. H. Treitel, *supra* note 9, p.52。不論如何，本文僅將目光聚焦於後者，即「不履行による排除」。

第四章 日本債權法之履行請求權



關於債務人是否應該繼續履約之議題，於日本債權法，亦涉及債權人之「履行請求權」是否排除之爭議，此亦涉及「履行不能」之議題，以下，本文首先將嘗試介紹日本債權法之脈絡及根源，並介紹其學說之演進，最後進入近年來之日本債權法改正方針及試案，輔以日本法院判決，並做出小結。

首先必須說明者係，針對履行請求權之定義，日本向來傳統見解係認為，所謂履行請求係建立於債權之上，亦即債權人得向債務人請求債務內容之「給付」²³²，除此「請求力」之外，隨後學說並賦予「保持力」之概念，但是事實上，若無保持力存在，則賦予請求力似乎並無任何實益存在，故隨後學說僅係重聲傳統學說之隱存見解，兩者終究係以債權之角度出發觀看履行請求權²³³，然而，針對此種見解，近來學書有以契約整體角度觀察所謂之履行請求權²³⁴，不論如何，為了方便說明，以下所謂履行請求權，除非有特別標註，蓋係指傳統學說所謂之履行請求權。

另，日本民法由於其特殊之立法背景以及歷史，可謂一開始即是學說紛爭不斷，有鑑於此，本文嘗試藉由時代脈絡，針對個別學者所思，進行觀摩以及分析，有鑑於切割個別學說並區分脈絡而加以統整，容易使讀者忽略個別學者之體系上連貫性或彼此之間之差異性，因此，本文以下嘗試針對個別學說進行單一介紹，合先敘明。

第一節 概論

我國民法（契約法、債權法）係承繼瑞士債務法之民商合一體系，與德國同為大陸法系²³⁵。日本民法修訂之初，雖係參照法國民法，惟，一波多折，由於日本明治 12 年（1879 年）所起草者係法國人ボアソナード「Boissonade」（其起草之民法被稱為「舊民法」，於明治 23 年公布，預計於明治 26 年施行），而引起國內多數學說以及民眾之反彈，反對者甚至以「民法出，則忠孝亡」加以批評，然亦有支持者，兩者分為斷行派以及延期派，斷行派多為法國法學者，而力主「舊民法」之施行，而延期派多為英美法學者²³⁶，而力主「舊民法」之延期，不論如

²³² 山本 敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト 2006 年 9 月号〔No. 1318〕(2006)，頁 88。

²³³ 山本 敬三，前揭註 232，頁 89。

²³⁴ 窪田 充見，前揭註 184，頁 106。事實上，依照本文觀察，此種見解係受到英美法影響，詳見，前述〔A 4〕Centext Homes Corp. v Boag, 320 A.2d 194 [1974]美國案例之註釋。

²³⁵ 加藤 雅信（2009），〈民法改正と世界の民法典〉，第 1 版，頁 411，東京都：信山社。詳見詹森林氏之說明。

²³⁶ 穗積 陳重（1926），〈法窓夜話〉，第 8 版，頁 334，東京市：有斐閣。

何，最終於貴族院之表決中，延期派以壓倒性票數勝出²³⁷，故，舊民法最終作罷，針對此一時期，學者多論以「法典論爭時期」。

為了因應此一論爭，隨後，於日本明治 26 年（1893 年）成立之「法典調查會」進行法典之重整，「法典調查會」可分為「起草委員」、「審查委員」以及「委員總會」（其後「審查委員」以及「委員總會」進行合併），其中「起草委員」為三人，分別是梅謙、穗積以及富井三大博士，其三人所起草之債權篇，於明治 29 年（1896 年）通過眾議院之審核以及貴族院之可決，終於公布（惟施行日係明治 31 年），基於當時日本之政治環境，最終雖非完全採取德國法之體系²³⁸，而係兼採法國法之體例²³⁹（法律繼受），然而解釋論上，由於當時二戰前之政治環境影響，日本學說解釋最終多係採取德國法之解釋²⁴⁰（學說繼受），因此日本債權法實質上最後深受德國法之影響²⁴¹。我國民法初期之解釋（如鄭玉波與史尚寬氏等），有多處係承繼日本法之解釋方法，故日本「債權法」對於我國之債權法之影響，不言可喻²⁴²。近年日本債權法改正如火如荼地進行，對於我國而言，值得參考²⁴³。

對於債務人應否繼續履約，於日本債權法下，涉及債權人之「履行請求權」可否被排除之議題，此亦涉及所謂履行「不能」之定義為何，蓋一旦被判定係履行不能，債權人即喪失履行請求權。另，所謂之履行請求權，有其多重意含存在，在日本債權法之學說上，有論者認為，所謂之履行請求權係屬債權人於執行程序當中之權利（救済としての請求権），亦有論者認為所謂之履行請求權係屬實體法上債權本質上之權利（実体法上の請求権）²⁴⁴，本文此處所謂之履行請求權，

²³⁷ 穗積 陳重，前揭註 236，頁 351。

²³⁸ 例如日本民法第四一五條僅僅規定了：「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。」（債務人不依照債之本旨履行時，債權人得請求因此所生之損害賠償，可歸責於債務人之事由導致無法履行者，亦同）惟，學說上對此會開始納入德國法債務不履行之三種態樣，見我妻 榮、有泉 亨（補訂）（1957），（債權法），第 1 版，頁 49，東京都：日本評論新社。

²³⁹ 水本 浩、平井 一雄（1997），（日本民法学史〔通史〕），第 1 版，頁 86，東京都：信山社。

²⁴⁰ 平井 宜雄（1985），（債權總論），第 1 版，頁 41，東京都：弘文堂。相同見解，詳見，水本 浩、平井 一雄，前揭註 239，頁 109。

²⁴¹ 加藤 雅信，前揭註 235，頁 336。

²⁴² 詳見，陳自強「日本民法對臺灣民法之影響〔以財產法為中心〕」輔仁法學，40 期（2010），頁 45。然其後我國學者（如王澤鑑氏）係直接從德國引進學說，而不透過日本。

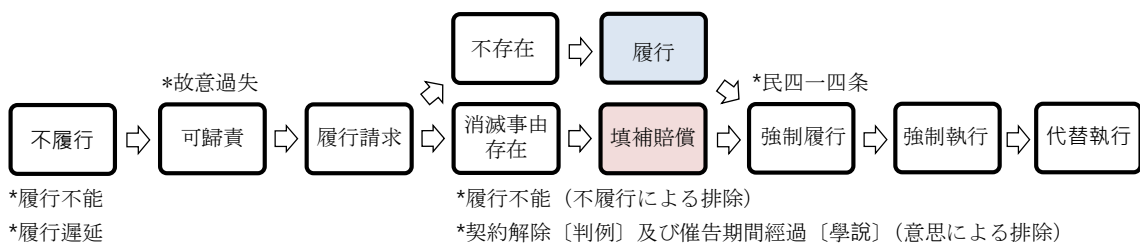
²⁴³ 然而我國民法與日本民法不乏有些許差異，例如，日本民法並無我國民法第二三二條之規定，因此日本有學說會藉由擴張「不能」之概念加以解決此一問題，詳見後述，於保，但其實此為承襲自德國法之學說解釋，See, G. H. Treitel, supra note 9, p.130, “positive Vertragsverletzung”。相異之處例如，我國民法第二三一條，依照最高法院 18 年上字第 2449 號判例，遲延履行債務之當事人，若於催告所定期間仍不給付者，相對人「得」請求不履行之損害賠償（代替履行之損害賠償、填補賠償、damages for non-performance）。惟日本實務上，判例係認為，債權人於解除契約之後始能請求代替履行之損害賠償抑或「填補賠償」（大判大正四・六・一三民錄九三一頁），見我妻 榮、有泉 亨（補訂），前揭註 238，頁 52，但我妻教授反對，見我妻 榮（1964），（新訂債權總論（民法講義 IV）），第 1 版，頁 115，東京都：岩波。事實上，我妻教授係退一步認為，可以將債權人起訴之行為視為解除契約之意思表示，支持見解，見平井 宜雄，前揭註 240，頁 65。然而，我國民法與日本民法「最重大之分歧」，莫過於日本民法於物權之變動採取了法國法之意思主義，而我國則係採取德國債權與物權之分離主義，詳見，陳自強，前揭註 242，頁 47。

²⁴⁴ 森田 修，前揭註 231，頁 7。

係偏向後者，合先敘明。

又，日本傳統學說係以「轉形論」作為主幹²⁴⁵，所謂轉形論係指，債權人之履行請求權消滅之後，將會轉形成為損害賠償請求權，而損害賠償請求權也只會因為履行請求權之消滅而產生，此轉換之事由包括「履行不能」或「催告期間經過但債務人仍不履行」，因此有學說對於「履行不能」之定義有將彈性化並將其擴張及於「催告期間經過但債務人仍不履行」或「債務人拒絕履行」之傾向，故於日本傳統學說上，所謂之「履行不能」有其多樣化之意涵存在。不論如何，單就原本意義之「履行不能」，於日本傳統學說上，所謂之「不能」並非單單指物理上不能，即便物理上係可能，但是社會通念上係屬不能者，亦包含在內²⁴⁶。

對於日本傳統學說之違約救濟體系，大致可簡化如下：



圖表〔三〕：日本民法之違約救濟流程

惟，於近年來，日本債權法受到國際法（如 CISG 等）以及德國 2002 年債法改正之影響，對於債權之概念、債務不履行之概念、債權之履行障害事由（Leistungsstörung，與「債務不履行」之觀念有所差異，其亦包含瑕疵負擔）以及契約解除之要件重新進行檢討²⁴⁷，其間生成日本債權法改正方針及試案，對於「履行不能」之定位及要件，亦有所修正。另外，日本民事執行法，亦已於 2003 年以及 2004 年進行修正，實質上擴張債權人之選擇空間，而不侷於給予債務必然進入直接強制之流程，債權人亦可選擇間接強制²⁴⁸。

由於債權人履行請求權之排除之議題涉及實體法（民法）及程序法（民訴法、民事執行法）之兩大領域，惟本文力有未逮，此處將主要侷限於實體法（民法・債權法）上之介紹以及分析，行有餘力之餘，始會接觸程序法之概念。

於實體法部份，本文著重於「履行不能之定位」以及「履行不能之要件」，

²⁴⁵ 事實上，我國實務亦深受「轉形論」之影響，詳見最高法院 90 年度台上字第 1779 號判決所謂：「按我國民法第 260 條規定乃採〔履行利益賠償主義〕，認為損害賠償請求權係因債務不履行所發生，屬原債權之變換型態，非因解除權之行使而新發生。」同樣地，我國學說亦有受影響者，詳見，邱聰智、劉宗榮（2003），（民法〔財產法篇〕），第 1 版，頁 242，臺北縣蘆洲市：空大。其間謂：「給付不能所生之損害賠償，意義上為原定給付之延長，時效不得重新起算，故稱其為代替性賠償。」

²⁴⁶ 潮見 佳男（2007），（債權總論 III），第 3 版，頁 75，東京都：信山社。

²⁴⁷ 古川 吉樹，前揭註 94，頁 2。

²⁴⁸ 須注意者係，日本民執行法第一七二條一項，間接強制之怠金（制裁金）係交付予債權人，而非國庫，此點與我國有所不同，然而對於此種制裁金之性質，日本學說上有所爭議。

於程序法方面，本文著重於「程序法中對於履行請求權之排除事由」²⁴⁹。

由於日本學說重視傳承，且各家之言，亦有所差距，故以下本文將嘗試就日本既有學說依照時間先後以及傳承做一整理，惟，日本學說發展僅僅百年，要依照時代劃分日本學說，會有某程度上之困難，不論如何，本文目前先著重於二戰後之學說脈絡²⁵⁰，並進入日本債權法改正方針及試案，最後做出小結，合先敘明。

²⁴⁹ 本文認為，於大陸法系上，由於嚴格區分實體以及程序，因此本文傾向於將履行請求權之「法定排除事由」，區分為「實體法上之排除事由」以及「程序法上之排除事由」，前者以給付不能（履行不能、不履行による排除）最為典型，後者以代替執行最為典型，本文認為執行程序中，代替執行係實質上排除債權人之履行請求權，而轉換為損害賠償，然須注意者係，而其排除之本旨係在於「執行經濟」以及「人性尊嚴」之調和，而非在於調節雙方當事人之經濟上之利益狀態。為方便區隔大陸法之實體以及程序，本文必須創設此用語「實體法上之排除事由」以及「程序法上之排除事由」，然而於英美法上，雖有實體以及程序之概念，然而，兩者之區分不具重要性，蓋於英美法上，於原定給付履行之執行階段，一概係以對於法院之輕視（contempt）做為理由而施行拘禁抑或罰金，這種拘禁抑或罰金係針對個人（in personam）而促其遵照法院之命令，且不區分債務之類型（亦包含物之交付），蓋於英美法下，法院已經在訴訟階段衡量過原定給付履行之容許性，當進入執行階段之後，便無必要再為判斷，合先敘明。關於執行經濟抑或程序經濟之說明，詳見，我妻 榮、水本 浩（補訂）（1981），（民法案內〔5-1〕債權總論〔上〕），第1版，頁135，東京都：一粒社。關於「執行經濟」以及「人性尊嚴」之調和，詳見，潮見 佳男，前揭註246，頁94。對於英美法原定給付履行之執行階段，See, Ian Ayres and Gregory Klass, supra note 211, p.980。同樣之介紹，See, Lon L. Fuller and Melvin Aron Eisenberg, supra note 101, p.325。

另，值得注意者係，雖然依照美國 Federal Rules of Civil Procedure § 70，於土地之交付或其他行為或文件之給予上，法院可以「指定第三人履行，而使債務人負擔其費用」，然而依照本文觀察，此第三人純粹係屬「法院執行上之助手」，而並非債權人於起訴前可以透過損害減輕或替代性交易（self-help）之方式而委任者，例如法院命債務人拆除房屋，法院當然可以委任拆除公司代為拆除，然而於勝訴之前，殊難想像債權人可以「逕行」委任該公司代為拆除，如果債權人逕行為之，則將違反「禁止私力救濟」此一大原則。反觀我國對於強制執行法第一二七條「第三人」之解釋，其第三人雖然包括法院上之助手（例如房屋拆遷），然而卻也包括債權人於起訴之前即可委任代為履行之第三人，關於此點，可見，最高法院 88 年度台上字第 1110 號判決，有詳細之說明，抑或詳見，陳計男，前揭註 51，頁 552。

在日本學說上，潮見教授有意識到這一區分，而區分「債權人支配範圍之領域之作為」以及「債務人支配範圍之領域之作為」之兩種情況，前者係屬債權人於起訴之前即可以進行替代性交易者，而後者則否，詳見下述第四章，三節，八項，潮見。

²⁵⁰ 水本 浩、平井 一雄，前揭註 239，頁 4。水本教授對於二戰後之學說，歸類為「第六期」，這段期間之內（1945 年至 1996 年），德國學說已經不如以往佔有優勢，相對地，英美法、法國法學說興起，並且法律學者之數量與過往相比，有著高度之成長。但不論如何，水本教授認為第六期仍應該再加以細分，惟，目前該期尚未告一段落（該期學者大多建在），故水本教授將其歸類為「暫定之第六期」。相同見解，詳見，陳自強，前揭註 242，頁 49。

第二節 二戰前見解



第一項 富井 政章

富井教授係日本民法起草者之一，與穗積陳重以及梅謙次郎同為日本民法之起草三人，係力主承襲德國學說而力斥法國學說（然而其留學正為法國里昂大學），於法典論爭時代，雖然其為法國學者，然而卻係以「延期派」自居，甚為奇特²⁵¹，其後之學說為鳩山教授所承繼，由於其為學謹慎，其「債法」論著並非未以正式之書籍出版。

針對履行不能，富井教授指出，履行不能係債務消滅之原因，相當於法國民法第一二三四條所規定之物件滅失（the loss of the thing），然而（這邊的用語）容易讓人誤會物件之滅失才是債務消滅之原因，然而實際上應該是因為履行不能而使債務消滅，雖然此原則僅僅適用於物件之引渡義務，然而於以「作為」為目的之義務，亦有所適用，舉例而言，命畫家作畫或雕刻家雕刻之場合，債務人由於疾病之因素，導致眼力喪失或手指失靈之情形，此時不論任何人皆無法代之履行債務內容，而其也無法執行，在此限度之內，債務人之義務係當然免除²⁵²。

至於「不作為」義務是否有履行不能之可能？其案例相當罕見，可以斷言幾乎不會發生，惟，不論如何，舉例而言，A 對 B 所擁有之土地享有地役通行權，然而，A 與 B 約定 A 將會放棄該通行權，其後，由於洪水導致 A 對外之其他通路被截斷，若 A 不違背契約，將無法對外通行，此時可說不作為之義務已經無法履行²⁵³。

簡言之，當因為天災之因素，導致履行成為不能，此時一般而言，債權消滅，然而，法國民法僅僅規定「物件滅失」之場合會導致債權消滅，有失妥當，因此，日本民法起草之時，將其文字更正為「履行不能」²⁵⁴。

在英國法底下，契約締結後發生之履行不能，並不會使契約之「法鎖」消滅，但是此原則不乏例外存在，舉例而言，（一）法律變更導致履行成為法律上不能，（二）契約雙方當事人約定，將特定物之存續作為契約存續之基礎，然而該特定物因為不可歸責於債務人之事由而滅失之情形，債務人之義務亦當自動消滅，（三）以自己之勞務之給付做為債務者，債務人死亡，則債務消滅，故實際上與日本民法並無差異²⁵⁵。

另，於物件係屬特定之物，始有履行不能，當物件係屬不特定物，依照其性質，並無不能之可能，惟，不特定物，即便其量經過「特定」，仍必須該「全量」

²⁵¹ 穗積 陳重，前揭註 236，頁 340。

²⁵² 富井 政章（2001），（民法論綱〔人權之部・下〕），第 1 版，頁 335，東京都：新青出版。

²⁵³ 富井 政章，前揭註 252，頁 336。

²⁵⁴ 富井 政章，前揭註 252，頁 337。

²⁵⁵ 富井 政章，前揭註 252，頁 338。

滅失，始得論以履行不能²⁵⁶。

依照民法第四一四條規定，當債務人任意不履行債務之時，債權人可以請求裁判所命其強制履行，而接續之四一五條規定，當債務人不依照債之本旨履行債務之時，債權人可以請求損害賠償，對照此兩條條文之旨趣，債權人原則上可以請求本債務內容的實現，然而即便債權人可以請求原本債務內容之實現，債權人亦可轉而請求損害賠償，此係日本民法所採取之立法體例²⁵⁷。

關於第四一四條之意義，向來素有爭議，其中一說認為，第四一四條實則為債權效力，並非係針對人民私權保護而設立之條文而保障人民得請求國家進行私權之保護，然而忽略此說之學者不在少數，事實上，債權人於債務人任意不履行債務之時，原則上是可以請求強制履行，此點並無疑問（註：無待立法明文），又其適用範圍之上，如果將作為以及不作為債務之強制執行之方法規定於民法上，會是不妥當的，因此，（此說認為）將四一四條解釋為債權之效力，較為妥當。然，富井教授最後認為，事實上，將日本民法第四一四條解釋為注意規定，並無不妥²⁵⁸。

然則，法國民法第一一四二條已明文規定，所有行為債務之債務不履行，將會解消為損害賠償，故於行為債務（obligation de faire）討論履行是否不能，似屬無謂，不論如何，富井教授仍係依從德國學說加以解釋法國民法。

另，富井教授所列舉之「履行不能」之英國案例，實則，於英美法下，係被歸類為「情事變更」抑或「契約頓挫」之脈絡之下之案例，而富井教授所列舉之「履行不能」之原本案例，係屬英美法下，法院基於「債務人負擔過重」而否定原定給付履行之訴求之案例。且，針對日本民法第四一四條，其是否係繼受德國法，尚存疑義，此點為後來學者所提出（如星野、北川教授等）。

勿論如何，由此足見，日本民法，不論其文義，學說一開始即深受德國學說之影響甚深，亦足見法律繼受以及學說繼受之分離。

第二項 梅謙 次郎

梅謙教授係日本民法起草之一，其留學國，包含法國以及德國。與富井教授相反，於民法起草草案送審時，針對委員總會之質疑，梅謙教授係正面予以回應，而位於質疑，完全不予以包容²⁵⁹，相較於此，富井教授對於總會之質疑係虛心接受。

針對債權之效力，首先，何謂「履行」？履行之定義為何？其實就是債權之目的之達成，舉例言之，當債權之目的係一萬圓之支付，則該一萬圓之支付即是

²⁵⁶ 富井 政章，前揭註 252，頁 339。

²⁵⁷ 富井 政章（1918），（債權總論〔上卷〕），第 1 版，頁 104，出版地不詳：出版者不詳。此書係國家圖書館之口述版本，其出處是否真正為富井之手，抑或其學生之手抄，尚有追究空間，並予說明。

²⁵⁸ 富井 政章，前揭註 257，頁 105。

²⁵⁹ 穗積 陳重，前揭註 236，頁 330。

履行，當債權之目的係移轉不動產之所有權，則移轉即屬履行²⁶⁰，然而困難之問題產生，舉例言之，當甲將該一萬圓之匯款單據寄送給乙，此時甲之履行何時終了？是寄發出去的時候終了？抑或係乙方收受之時終了？抑或乙向銀行兌現成功時終了呢？這難題可能要視實際狀況而決定，然而，應以第三種見解為妥當，至於履行期何時到來，也是視個案而定，學說上認為，當履行期有明文時，債務人於該期限屆至仍未履行時，則為「不履行」（狀況一），即便期限經過之後，債務人始履行，仍為「不履行」（狀況二），而債權人得請求損害賠償，日本新民法係採用歐洲大陸之主義，而將狀況二解為「失張履行」（亦即「並無完全的履行」），故廣義之「失張」亦被包含於「不履行」之概念之內，因此，「不履行」並非單指「全部之不履行」，亦包含「遲延之後之履行」²⁶¹。

至於「強制履行」可否為之之問題，債權原本之定義為，一定之人對於他人或事情可以要求之權利，當債務人不履行之際，債權人可以強力使債務人為之，但是雖然債權人不得以自己之手為之，但是債務人得否藉由國家之力量為之？此點於歐洲大陸有各式各樣的沿革，於此沿革之下，債權人通常不容易取得強制執行之允許，其理由在於，由於強制執行會剝奪人性尊嚴以及自由，故不許為之，然而事實上，這種說法誤會了自由（或至少，不能不說這種說法有誤會自由之本意），確實，每個人都有自己之自由，且任何事情都要強制的社會是沒有的，但是也沒有國家是被建立在人民之自由是完全沒有受到限制之前提之上，因此必然多少對於自由有所限制，且，於大多數之情形，債務人係基於自己之自由之意識，而承擔債務，故債務人係基於自己之自由，而束縛自己之自由，舉例言之，當所有人將自己之房出租於他人時，自己即不得使用自己之房屋，因此法律強制債務人為之時，也難以厚非²⁶²，也難以說「法律限制了債務人之自由」，因此沿革上面，進步之法律對於強制履行之範圍會加以擴張，但其執行之方法亦更加進步，舉例言之，於金錢債務之執行，當債務人不履行時，不再係將債務人予以監禁，而係強使債務人交付其金錢，於動產或不動產之交付債務，債權人也可以訴諸於強力之公權力而使債務人交付之²⁶³，此外，較有疑問者係，當債務人所負擔之義務為「不作為」之義務時，則該何如？此時債權人亦可藉由國家之力量而阻礙債務人之行為，舉例言之，當債務人承諾其將不會於債權人營業之商區經營同種業務，惟債務人仍然為之時，債權人可以藉由國家之力量強使債務人關閉其營業，當歌手與劇場之主人約定，歌手不會到其他劇場進行演出，然而該名歌手仍然為之時，此時債權人得藉由國家之力量制止之。

然而於剛剛所提到之場合底下，當強制執行有其困難之時，債權人於執行完畢之後，仍然無法確定債務人是否又再度違反時，舉例而言，於剛剛禁止營業之情形，於防止債務人繼續營業之後，債務人又在同一個商區另行營業，債務人還

²⁶⁰ 梅謙 次郎（1993），（民法講義），第1版，頁350，東京都：信山社。

²⁶¹ 梅謙 次郎，前揭註260，頁351。

²⁶² 以「締約自由」作為肯定原定給付履行之見解，法國學說於十九世紀後半葉開始廣泛採用，See, Nili Cohen and Ewan McKendrick, *supra* note 56, p.109。

²⁶³ 梅謙 次郎，前揭註260，頁358。

不如於債務每次營業之時，依照每日營業額而請求損害賠償，如此一來更為方便²⁶⁴。

然而當債務之履行極度需要債務人之本身之意思時，例如畫家作畫，由於無法想像執行官握著畫家之手作畫，此時依照債務之性質係不許強制執行之，故應該回歸於損害賠償²⁶⁵。

值得注意者係，於債權之效力，梅謙教授並未言及「履行不能」之字眼，惟於執行之論述中，其認為，當債務之性質不許執行時，應該回歸損害賠償，然，當執行容易無效果時候，是否可謂係屬「不許執行」之案例？若係如此，是否於歌手不得於其他劇院演出之案例底下，債權人僅得請求損害賠償？況於此情形，如同梅謙教授所言，債務人不如直接請求損害賠償。另，此處所謂之「不許執行」之概念，與「履行請求權之排除」或「履行不能」是否有所關聯？耐人尋味。

第三項 鳩山 秀夫

鳩山教授係日本債權法早期之重要學說，其學生為我妻教授。鳩山教授係繼受德國學說。

對於履行不能，鳩山教授係將其作為債務不履行中之態樣，債務不履行當中，最重要之態樣莫過於履行不能以及履行遲延，日本民法上，明文規定者（民法第四一五條）只限於此兩者，惟，解釋上，民法第四一五條應該也包含不完全履行，此見解係繼受德國之學說。

然而，當履行成為不能時，並無履行遲延之問題，惟，當「履行期經過後」發生「不能」之情形，此時應該論以「履行遲延」抑或「履行不能」？此時有二說，第一說認為應論以履行不能（德國當時多數說），第二說認為應論以履行遲延，意外地，鳩山教授此處認為應該採取第二說²⁶⁶，鳩山教授對於債務不履行之看法，並非完全以履行不能作為中心。

於履行不能，鳩山教授認為，履行是否不能之標準並非在於物理學上之標準，而係在於社會之一般觀念，蓋，決定履行是否成為不能之標準係在於「誠信原則」以及「履行不能之制度之目的」，因此履行不能不僅僅是包含物理上或理論上之不能，也包含社會通念之不能，然而，所謂之履行不能，不應該與「單純」履行困難混淆，縱然債權發生後之情事發生變化，例如貨物關稅上漲之情形，非謂債務人當然免除其履行之義務，然而當這履行困難之程度達到社會觀念上之不能，即可謂履行係屬不能²⁶⁷。

²⁶⁴ 梅謙 次郎，前揭註 260，頁 359。

²⁶⁵ 梅謙 次郎，前揭註 260，頁 360。事實上，此一見解可以與上開〔A 11〕Fleischer v James Drug Stores, 62 A.2d 383 [1948]之美國法院判決作一對照。

²⁶⁶ 鳩山 秀夫（1925），（增訂改版日本債權法總論），第 1 版，頁 131，東京市：岩波。然而此一見解卻不為其學生我妻教授所採納，詳見後述。

²⁶⁷ 鳩山 秀夫，前揭註 266，頁 143。

鳩山教授指出，在日本早期實務上面，對於一物二賣，實務已經承認履行不能之意義，並非僅在於物理上之不能，於社會一般交易觀念底下之不能，也會認定成履行不能，舉例而言，當出賣人並非將其標的物轉賣於第三人，而係將其「設定抵押」予第三人，且出賣人已經成為無資力狀態而無法除去該抵押權，並不會防礙履行不能之認定，但並不排除買受人可透過主張「取消權」（註：鳩山教授承認債權人有取消權），而使履行成為可能之可能性存在²⁶⁸。

第四項 末弘 嚴太郎

末弘教授與鳩山教授係屬同期之學者，其亦繼受德國之學說。

債權人於債務不履行之時候，原則上係請求原本債務內容之履行，然而不排除債權人得請求損害賠償之可能性，對於債務不履行之態樣，末弘亦是以三分法作為出發基準。

於履行不能之要件上，末弘教授舉例而言，當債務之內容是給予一顆鑽石，但是債務人在行經太平洋途中，將鑽石掉落入海中，就物理上面而言，履行並非不能，但是如果法律不將其論以不能的話將會是不行的，如果強命債務人履行債務的話，會是有違社會觀念的，簡言之，法律上履行是否不能，應該以個案的具體情事以及一般交易觀念決定之，而並非一概以物理上之標準做為判斷基礎²⁶⁹。

至於履行不能之判斷基準時點為何，末弘教授認為應該以履行期做為標準²⁷⁰，舉例而言，當履行期前履行一段時間成為不能，但是履行期前仍成為可能者，則不構成履行不能，又履行期前，履行已經「確定」成為不能者，債權人可以直接請求履行不能之損害賠償，其理由在於，如果履行尚屬暫時不能，此時若讓債權人任意請求履行不能之損害賠償，則有違反誠信原則之虞²⁷¹。

至於履行之強制之部份，末弘教授認為，對於以一定之標的物作為給付之債務（給予債務），由於可以藉由執行官之手加以實現，因此可以透過直接強制之方式為之，這也是民法第四一四條所謂可以「強制履行」（直接強制）之情形，至於作為或不作為之債務（行為債務），由於要透過執行官之手加以實現係屬不可能之事情，因此，此時構成直接強制之例外狀況（民四一四條一項但書），當該行為是可以透過第三人為之時，此時依照民法四一四條二項，債權人可以以債務人之費用使第三人為之，但是此時末弘教授認為，如果係不可代替之行為債務，此時由於並無代替之可能性，債權人除了請求損害賠償之外，別無他途徑²⁷²，且針對給予債務，末弘教授並不排除依照民事訴訟法第七三四條進行間接強制之可

²⁶⁸ 鳩山 秀夫（1930），〈民法研究（第三卷・債權總論）〉，第1版，頁425，東京市：岩波。惟「取消權」涉及日本民法第四二四條之解釋，關於「取消權」是否為「債權」之內涵，仍有所爭議，不論如何，鳩山教授採肯定說。此點對照我國學說，多係從民法第二四四條出發討論。

²⁶⁹ 末弘 嚴太郎（1961），〈民法債權總論〉，頁59，出版地不詳；出版者不詳。

²⁷⁰ 末弘 嚴太郎，前揭註269，頁56。

²⁷¹ 末弘 嚴太郎，前揭註269，頁60。然而，本文認為，此一問題之爭癥結點在於，債權人可能透過請求履行不能之損害賠償之手段，迫使債務人必須承擔更高之責任。

²⁷² 末弘 嚴太郎，前揭註269，頁47。

能性²⁷³。

末弘教授之看法，雖並未被後來之學者所採納，然而卻與近代之學者之見解有不謀而合之處，詳見下述。



第五項 我妻 榮

我妻教授係鳩山教授之學生，其亦繼受德國之學說，然，其見解有些許與其師鳩山教授有所出入。

對於債務不履行之體系，我妻教授係從三分之態樣出發²⁷⁴。於履行不能之要件，我妻教授謂，所謂履行不能係指債權成立之時履行尚屬可能，但是契約成立之後轉換為不能者之謂。

另，履行是否不能，應該以何時作為判斷標準？對此，我妻教授認為，兩者並無關聯可言²⁷⁵，履行期限到來之前，履行確定成為不能，當然係構成履行不能，然而即便履行期限經過之後，也不會妨礙履行不能之成立。

而是否構成不能，應該從社會交易觀念出發做一界定，而並非拘泥於物理上之不能，舉例言之，當出賣人將契約標的物出賣給契約外之第三人之時，應該認定出賣人對於第一買主的債務係屬履行不能，但是當第二買主與出賣人係屬假登記抑或其他可以合理從第二買主處取回標的物之情況，應該認為履行係屬可能。

但是亦有學說認為所謂履行不能，應該僅限於所謂之客觀不能，尚且不包括主觀不能。不論如何，我妻教授認為，依照社會通念，如果將使債權無法存續之事由當作不能的話，特別去區分主觀或客觀不能，似乎也沒有太大之必要性存在²⁷⁶。

然而於種類物之債，是否有履行不能之問題存在？我妻教授舉例言之，當種類之債尚未「特定」之前，其仍屬種類之債，而並非特定之債，因此，當債權人還未特定契約標的物之前，契約之標的物發生滅失，由於此時仍係種類之債，因此不發生履行不能之問題，僅屬履行遲延之問題，反之，當債權人特定契約標的物之後，契約之標的物發生滅失，由於此時係屬特定之債，因此構成履行不能（物理上不能）²⁷⁷。

至於行為債務，是否有履行不能之問題，則複雜許多，原則上並不排除，然理論上，此時之「不能」，尚可以區分為「履行不能」以及「執行不能」，而兩者理論上存有差異，然而實際上，當債務人之履行成為「不能」之時，在日本實務上，債權人往往皆會想要請求損害賠償，而不是執意主張債務人之履行仍然係屬可能。

²⁷³ 末弘 嚴太郎，前揭註 269，頁 49。

²⁷⁴ 我妻 榮、水本 浩（補訂），前揭註 249，頁 213。

²⁷⁵ 我妻 榮，前揭註 243，頁 144。

²⁷⁶ 我妻 榮（1952），（債權總論），第 2 版，頁 84，東京都：岩波。

²⁷⁷ 我妻 榮、川井 健（補訂）、遠藤 浩（補訂），前揭註 47，頁 201。

第六項 於保 不二雄

於保教授係與我妻教授同期之學者，其見解亦係受德國學說之影響。

對於債務不履行之態樣，於保教授認為，債務不履行係屬履行遲延、履行不能以及不完全履行之三種態樣，日本民法第四一五條前段所謂：「當債務人不依從債務之本旨為履行時。」，係針對此種債務不履行之態樣所作出之概括規定，而四一五條後段係特別針對履行不能所為之規定，且債務一部之履行遲延以及履行不能，也可以認為是屬於不完全履行之態樣²⁷⁸。

於履行不能，於保教授謂，所謂履行不能係指，契約成立之後，因可歸責於債務人之事由導致履行不能者，因此，履行不能係針對債權之侵害。

然而所謂之履行不能，不單單僅謂物理上之不能，亦包含社會生活之經驗法則上、交易通念上已經無法期待債務人繼續履行（Zumutbarkeit）者。法律觀念上之不能，非謂物理觀念上之不能（絕對不能），而應該是依據社會觀念上之不能（相對不能），因此，舉例言之，即使物理上係屬可能，但是在社會觀念上毋庸置疑地會被判斷為不能之場合，而要求債務人履行會意含不相當之勞力、費用之付出，此時應該被認定是法律上之不能。

惟，針對以上的說法，於保教授提到，亦有反對之意見存在，此說認為不應該僅考慮到債務人之困難，而應該也要考慮到債權人因為債務人履行所可以獲得之利益，因此：（1）當一身專屬性債務（專屬的作為給付）中，債務人任意不履行債務之時，由於無法強制履行之，因此原則上，不妨將其解釋成為履行不能，並且（2）於債務人遲延之後所為之履行，對於債權人而言已無任何利益存在之時，此時亦不妨將其解釋為履行不能（3）更有甚者，當債務人於催告期間經過後仍不履行，亦為給付不能，其之後則進入損害賠償之救濟程序。總而言之，當現實的履行係可以強制之時，是否將其視為不能，是債權人之權利，而並非義務²⁷⁹。

另外，於保教授認為，於履行是否可能，應該以履行期作為判斷之標準，履行期經過之後，並無履行不能之問題，當履行期間之內發生不能時，而該不能已經屬於確定，則即便履行期限尚未到來，也可以論為履行不能²⁸⁰，雖然針對此一議題，我妻教授與石坂教授有不一樣之意見，然而，履行遲延狀態底下，債務人仍須為不可歸責於自己之事由負履行不能之責任，且履行不能之效果係屬損害賠償，而履行遲延底下，債務人經過催告期間之後仍不履行，其效果亦為損害賠償，故實質上，兩說並無太大差異²⁸¹。

於保教授並認為，在近代法下，確立責任財產之後，針對債務不履行的救濟

²⁷⁸ 於保 不二雄（1983），（〔新版〕債權總論），第1版，頁89，東京都：有斐閣。

²⁷⁹ 於保 不二雄（1959），（債權總論），第1版，頁95，東京都：有斐閣。事實上，之後的學說補充之，將其也包括債務人拒絕履行之情況，將其納入並柔軟化「不能」之概念。

²⁸⁰ 於保 不二雄，前揭註278，頁105。

²⁸¹ 於保 不二雄，前揭註278，頁92，註11。

方法，有損害賠償以及強制履行兩種方法，但不論如何，雖然強制履行在債務的性質所不允許的情況之下不得為之，但是這也只是債權人的權利而並非義務。當債權人無法因為強制履行獲得滿足時候，這並不會妨害他請求損害賠償的權利。另外，損害賠償最後結果也頂多是金錢債權的強制履行。因此，雖然強制履行與損害賠償看似有別，但最後都是回到強制履行。

至於強制履行與強制執行，有兩種見解，第一種是「獨立責任概念否定說」，該說認為兩者並無差異，第二說是「實體法上概念責任論」，於保教授採前者²⁸²。

於保教授進一步認為，強制履行（執行）的定義是，當債務人任意地不履行債務的時候，債權人藉由國家的力量強制債務人實現債權的內容。此係針對任意履行的強制履行²⁸³。

於保教授似未區分實體階段之強制履行及執行階段之強制執行，於保教授認為，債權人的請求分為兩種，第一種是「履行」，第二種是「損害賠償」，當前者無法獲得滿足或消滅時，債權人始得轉向後者，而為一種債的轉形（轉形論），最終皆進入「強制履行」，也是「強制執行」。由此可知英美法上之原定給付履行（specific performance）與日本債權法改正上之強制履行係不同層次之概念，英美法上之原定給付履行較切近日本法之「履行」。

但是往後的日本債權法改正，對於這種債權人的履行請求權做出了排除，詳見後面所述。且，依照日本債權法改正方針於〔3.1.1.61〕之解說，似採「實體法上概念責任論」而並非於保教授之「獨立責任概念否定說」。

並且於保教授指出，界定「不能」之時，也應該要考慮到債權人因債務人履行時所可以獲得之利益。

第七項 柚木 馨

柚木教授亦係日本戰前重要之學者之一，與我妻教授同期，其見解亦係受德國學說之影響。

對於債務不履行之，柚木教授係區分履行遲延、履行不能以及積極之債權侵害，其中，柚木教授認為，履行遲延係指「期限屆至之前，履行尚屬可能，惟，債務人於履行期屆至後仍未履行」者，至於遲延當中發生不能之情事之時，應該論以履行不能，而非履行遲延²⁸⁴。

又，所謂履行不能係指基於可歸責於債務人之事由導致履行不能之謂者。

若欲債務人承擔履行不能之責任之前提係，履行已經成為不能，但是何謂不能，仍需要仔細地檢討。

當履行是物理上不能時，亦即，依照自然法則上，已經產生無法履行的必然性（Notwendigkeit des Nichtgeschehens）的場合，履行可以說是不能的這一點是沒

²⁸² 於保 不二雄，前揭註 279，頁 114。

²⁸³ 於保 不二雄，前揭註 279，頁 115。

²⁸⁴ 柚木 馨（1956），（判例債權法總論〔上卷〕），第 2 版，頁 124，東京都：有斐閣。

有疑問的。

當物理上之履行係屬可能之時，但是法律上係屬不能（Juristische Unmöglichkeit）時，應該可以說履行已經不能。舉例而言，當契約之標的物係菸草，但是因為菸草專賣法之發布，導致交易被禁止之場合底下，可以說履行已經不能。

縱當物理上或法律上係屬可能之時，但是履行將會耗費債務人過多、不相當之犧牲或承擔過重之危險或不違反其他重大義務則將無法除去履行障礙之場合，雖然，這場何是否可以被包括在所謂「不能」之範圍之內，仍有爭議，但不論如何，從理性的、經濟的以及倫理的角度觀點來看，這種場合應該被解釋為履行已經產生了不可要求性（Nichtzumutbarkeit），而這履行應該係屬不能。從而這種不能，應該被認定是社會觀念上之不能²⁸⁵。

最後，於強制履行之層面上，柚木教授認為，有兩個面向應該加以討論，亦即債權之保護以及人格權之侵害，但是這兩者何者應該優先保護呢？這答案之結果不能說完全沒有差異，古代之羅馬法係偏重於債權之保護，對人執行主義盛行，但是到了近代，由於對於人格之尊重，對於這種對人執行主義產生反動，而轉換成對物主義，例如法國民法第一一四二條即明文規定，行為債務轉換為損害賠償之依據，但是這種極端之對物主義，過度薄弱化債權之效力，並不適合現代化之交易之需求，因此，為了求取人格權以及債權之保護之平衡，近代德國民事訴訟法規定了針對給付本身的強制履行，日本民事訴訟法早先繼受了德國民事訴訟法之規定，隨後制定之民法，亦是繼受了這一個觀念，因此於債務人債務不履行之場合下，債權人除了可以請求損害賠償之外（民法第四一四條），尚可以請求裁判所為「直接」以致於「間接」之強制（民法四一五條），關於此點，並無任何異議存在，但是有關係文所謂之「強制履行」則有較多之爭議產生²⁸⁶，首先，以下先將其與民事訴訟法之規定做一對比。

無視債務人之意思而藉由國家機關之力量將債權之內容予以實現之手段稱為直接強制，舉例而言，動產以至於不動產之引渡，係將債務人之占有予以解除，而移轉給債權人，這可以說是債權之最高效果之保護，除此之外，也不會違反對於人格權之尊重之理想，但是，這種直接強制，僅有以物之引渡為目的之債務有其適用空間（即便是法無明文之法國，也是承認可以直接強制），而並不及於其他行為債務（作為或不作為之債務），因此，民法第四一四條第一項所謂之「強制履行」應該是指直接強制，否則，如果將其解釋為一般之強制執行，將會與四一四條二項轉換為代替執行之意旨有所違背²⁸⁷。

藉由債務人之費用，而使債權人或以外之第三人完成債務內容之履行者，係屬代替執行，但是這種執行方法僅僅限於可以代替之給付，而不及於不可代替之給付，例如謝罪廣告之刊登，即屬可以代替之給付（日本實務見解）。

²⁸⁵ 柚木 馨，前揭註 284，頁 123。

²⁸⁶ 柚木 馨，前揭註 284，頁 89。

²⁸⁷ 柚木 馨，前揭註 284，頁 90。

最後，法院可以透過罰金抑或拘留之手段，對於債務人之心理產生壓迫，促使其履行債務，日本民事訴訟法第七三四條所謂之「強制履行」即屬間接強制之謂，此點與民法第四一四條所謂之「強制履行」係屬直接強制有別，然而，此處之間接強制，應該僅僅限於不可代替之給付之債務，至於可以直接強制之債務，就應該進入直接強制，以免對於人格尊嚴過度侵害以及訴訟上不經濟²⁸⁸。

然而事實上日本民法是否繼受德國法，此點本身就已經可以討論，往後之學者提出不同之意見，詳見下述三節。此外，法國「民法」對於給予債務雖然並未於民法典當中予以規定轉換之依據，然而，法國於「民事訴訟法」中，對於此種給予債務，多半係排除直接強制，而使債權人另行進行替代性交易，並向債務人請求差額。並且，對於給予債務中之執行，當債務人惡意隱匿標的物時，近期日本實務仍然給予間接強制之執行，而非拘泥於直接強制，此點於 2003 年日本民事執行法修法後，獲得確認。此外，間接強使債務人履行其不願意履行之行為債務，履行之品質是否即是適合「現代化之交易」之需求？仍有待討論。另外於直接強制之手續當中，法院係直接介入剝奪債務人之占有，此與間接強制係藉由罰金或拘留等手段間接強制債務人履行債務相比，是否必然對於人格尊嚴之侵害更加微小？是以，借用「人格尊嚴」等概括之一語，是否即足以成為區分之標準？

另，於履行不能與履行遲延之關係上，由於日本學說往往區分「填補賠償」以及「遲延賠償」，然而履行不能本身並不包括「遲延賠償」，如遲延當中發生不能之情事之時，如僅論以履行不能，則遲延賠償將失去請求基礎，然實際上，於非金錢之給予債務，較不易出現遲延賠償之問題（除當事人另有約定，或依照目的物之特性以及債權人契約目的），而金錢之給予債務，並無履行不能之可能性，故此說似乎並無大礙。

由此可知，日本早期民法之解釋上，不論條文之來源為何，皆係以德國學說為出發，進而論述。然期間存在諸多疑點，此為後來學說所提出。

²⁸⁸ 柚木馨，前揭註 284，頁 93。

第三節 二戰後見解



第一項 星野 英一

對於日本傳統通說之反動，首推星野教授，星野教授雖然係我妻教授之學生，惟，星野教授對於傳統通說採用德國法解釋卻是有相當之意見，其認為，學說繼受應該回歸法律繼受，而並非學說繼受與法律繼受分離。在日本學說上，星野教授係主張利益衡量論，然而，星野教授之利益衡量論並非繼受英美法，而可能係繼受法國法²⁸⁹。

於債務不履行之態樣之上，星野教授指出，於傳統學說上，日本民法第四一五條後段係所謂「履行不能」之規定，一般而言，債權人於這種情況之下，可以解除契約而請求損害賠償，然而，由於債務已經陷於履行不能，因此也無法強制，因此債務已經因為不能而消滅，此時債權人可以直接請求損害賠償（填補賠償），即便債權人尚未解除契約，亦是如此，此點並無爭議存在。

然而通說向來將民法第四一五條前段解釋為「履行遲延」之規定，且亦將所謂「不完全履行」解釋進去，但是，這種說法其實是將德國民法之構造原封不動地放到日本法下解釋，且，將日本民法第四一五條前段解釋為「履行遲延」之規定會是不妥當²⁹⁰，蓋該條明文上僅僅明定了「債務人不依從債之本旨而為履行時」之一般規定，且該條實際上係繼承法國民法之規定，而並非德國民法，通說之此種解釋，既於文義上不適當，也無必要，一般而言，從字面上面來看，只要債務人不依照契約或其他法律所規定之內容以及態樣進行履行者，即可被包括在內，雖然日本民法於債各設有特別之規定且亦有針對履行之時間、地點之一般之規定，然而實際上當事人於契約當中所約定者才是最主要，舉例而言，除了一般傳統所說之「不完全履行」之外，亦包括以下之狀況，（一）借用人不依照一般使用方法過度耗損租賃標的物，（二）醫師醫療行為產生疏失，導致併發症發作，（三）違反競業禁止條款，（四）於履行期到來之前，履行尚屬於可能，然而債務人堅決且無轉圜地拒絕履行，雖然第四種情況在經過履行期之情況底下，可以借用履行遲延之方法加以處理，但是較佳之見解應該還是認為，債權人可以在履行期到來之前即請求損害賠償²⁹¹。

至於履行不能，並非物理不能，而應該依照極端常識之經驗加以判斷（抑或依照社會交易通念加以判斷），舉例而言，（一）契約約定之戒指掉落田地之中，雖然嚴密地尋找是可以找到，但是，通常而言，可以論為不能，除此之外，（二）法律所禁止之交易亦是如此，並且（三）於預告登記之前，房屋之出賣人已經將

²⁸⁹ 大村 敦志（2001），〈民法總論〉，第1版，頁124，東京都：岩波。

²⁹⁰ 星野 英一（1978），〈民法概論〉，第1版，頁46，東京都：良書普及會。

²⁹¹ 星野 英一，前揭註290，頁48。

房屋出賣給第三人並且已經登記完畢之情形，也可以說是已經構成履行不能，然而，當買賣標的物為出賣人之債權人所假扣押之情形抑或受第三人為假處分之情形，而不會構成履行不能。但是一旦成為履行不能之後，履行又突然成為可能之時（舉例而言，出賣人一物二賣之後，與第二買受人解除契約之情形），此時是否為所謂之「不能」，則應該以裁判外或裁判上之時點為判斷基準²⁹²。

另，於執行層面，星野教授謂，一般而論，債務往往係經由債務人之自願履行而歸於消滅，債務人可能是基於經濟上之需要、社會壓力、對於制裁之恐慌以及其他非法律之動機，而自願履行債務，然而，當債務人不履行債務之時²⁹³，債權人應該為如何之行為？首先，債務人不得藉由私人力量滿足債務，而必須透過身為國家機關之裁判所進行訴求，近代以來，由於對於人性尊嚴之尊重以及對於契約雙方當事人之關係從人身關係轉變到財產關係之觀念之轉變，對於人身強制之制度被廢止，法國民法基於此一觀念，於行為債務（包含不作為債務）之債務不履行之時，原則是轉換為損害賠償，僅於例外之情況，准許代替執行，日本民法亦是繼受此一觀念，只是將以上之「原則賠償例外執行」更改為「原則執行例外賠償」，日本民法第四一四條但書，即是該例外之規定，於行為債務涉及個人之專業、技能以及知識時，則排除強制執行之可能，僅於可以代替之行為債務，允許強制執行（代替執行），然而，其後增訂之舊民事訴訟法係承襲德國之民訴法，因此學說往往將日本民法之規定往德國學說方向解釋，因而，通說將民法第四一四條所謂之「強制履行」解釋為「直接強制」，並且（於該條之條文解釋上）引進民法原本所無之「間接強制」²⁹⁴。

第二項 水本 浩

水本教授係我妻教授之學生，係繼受傳統日本學說。

水本教授對於債務不履行之態樣，亦係採取三分說之見解（履行不能、履行遲延以及不完全履行）²⁹⁵，於其著作中謂，於履行不能之場合，債權人享有損害賠償請求權，但是債權人請求損害賠償，並不能免除對待給付義務（反対給付の義務）²⁹⁶，惟，對於不能之定義，該水本教授似未有詳細之解說。

然而關於種類之債之給予債務，水本教授認為，一般而言，種類之債並無履行不能之問題，所以不生危險負擔之問題²⁹⁷，於日本傳統學說上，當種類之債經過特定時，種類之債不僅僅轉換為特定之債，該物之所有權，亦移轉給債權人（買受人），此時危險負擔係由買受人負擔（註：此係繼受法國法之立法體例，並非

²⁹² 星野 英一，前揭註 290，頁 51。

²⁹³ 星野 英一（1994），（民法〔財產法〕），第 1 版，頁 138，東京都：放送大学教育振興會。

²⁹⁴ 星野 英一，前揭註 293，頁 142。

²⁹⁵ 水本浩（1995），（契約法），第 1 版，頁 84，東京都：有斐閣。

²⁹⁶ 水本浩，前揭註 295，頁 96。

²⁹⁷ 水本浩，前揭註 295，頁 64。

德國法之債權與物權之二分體例)，惟，出賣人仍應該負擔善良保管義務，然而對於此種傳統學說之看法，水本教授認為，所謂種類之債之特定，僅僅係「特定」給付目的物，而應該並非轉換為特定之債，因此，即便債權人指定標之物之後，而標之物滅失之情形，當契約標之物之同種類之物仍然存在時，債權人應該仍可以請求債務人交付其他同種類之標之物²⁹⁸。

水本教授之看法，基本上係對於傳統通說對於物權移轉採取「契約締結時點說」之反動，另，對於種類之債，水本教授於解釋上，係傾向於保護債權人之履行請求權，而限縮履行不能之適用可能性。

第三項 平井 宜雄

平井宜雄教授，係二戰後之重要學說之一，與星野教授大約係同期之學者，森田修教授係其學生，其主要係繼受日本傳統學說。

對於債務不履行之態樣，平井宜雄教授認為，履行不能、履行遲延以及不完全履行之分類方法，無待多言，其中，又以履行不能之態樣在立法技術上最為重要²⁹⁹，履行不能之概念，在歷史上，雖然係被看成是債務之解放事由，但是既然債務作為債務人之義務，則債務人於履行不能之情形，仍應該負擔損害賠償之責任，將履行不能單獨獨立抽取出來作為債務不履行之態樣，於立法技術上係屬必要，其餘之債務不履行之態樣，只要履行不符合債之本旨者，即屬之。

於履行不能之要件上，平井宜雄教授謂，履行是否不能，應該係規範之判斷，亦即，應以一般社會通念之標準為判斷依據，不限於物理上之不能，然而，此並不代表如果契約之標之物滅失，履行即當然屬於不能，例如，廣告刊登契約底下，廣告看板雖然倒塌，但是看板仍有可能重新設置，故履行並非不能（大判昭一二・一一・二七判例〈一一〉民二九三頁）。

惟，於行為債務上，是否有履行不能之可能性存在，平井宜雄教授認為，由於這涉及債務人應該負擔何種程度之行為義務，毋寧認為，行為債務之債務不履行，應該被認為係履行不能以外之其他態樣³⁰⁰，而履行不能大多係發生在給予債務（引渡債務）之情形。

最後於債務之執程序，平井宜雄教授謂，強制履行係實體法上之概念，其對應到程序法，則係強制執行，「強制履行」雖有多義性存在（一般多解為間接強制），平井教授此處將其定義為債權人希望藉由國家之力量將原本債務內容之履行予以貫徹。平井宜雄教授認為，日本民法第四一四條一項，係對於繼受法國民法之舊日本民法的立法主義的否定，而法國民法係絕對尊重債務人之意思自由，在此原則之下，「任何人絕對不應該被強制進行任何行為」（Nemo praecise cogi potest ad factum）之法諺係居於支配之地位，因此法國民法第一一四二條規定，當

²⁹⁸ 水本浩，前揭註 295，頁 67。

²⁹⁹ 平井 宜雄，前揭註 240，頁 43。

³⁰⁰ 平井 宜雄，前揭註 240，頁 48。其整理，詳見，森田 修，前揭註 231，頁 495。

行為債務不履行之時，應該回歸損害賠償，然而日本民法第四一四條並不承認此一「例外」（回歸損害賠償），而係以「直接履行」作為原則。

於執行上，係依照債務之內容而決定執行之方法，其中給予債務（与える債務）係以直接強制之方式為之³⁰¹，而行為債務，則係交由代替執行以及間接強制為之。

第四項 北川 善太郎

於日本戰後，北川教授亦是對於傳統日本通說於學說繼受上不顧立法明文體例而繼受德國學說之反動之濫觴。對於履行不能之定位，北川教授有詳細之論述。

對於日本傳統通說之債務不履行之三分體系（履行不能、履行遲延、不完全履行以至於積極侵害債權），北川教授指出其間存有諸多尚未解決之問題。從日本債權法來看，「履行遲延」已經係「不履行」之態樣，並無疑問，惟，此點從民法明文規定當中即可得知（日民四一二條³⁰²），無待採用德國學說解釋，但是如果將「履行不能」解釋為債務「不履行」之態樣之一，則會與民法第四一五條產生齟齬³⁰³。

北川教授認為，於民法典之體系上，法國民法係採取「履行遲延」以及「不履行」並置之作法³⁰⁴，而德國法係採取「履行遲延」與「履行不能」並置之作法。於起草委員於現行日本民法第四一五條本文之「原案」底下，法條係如此規定：「債務人不依照債之本旨履行之時，債權人可以請求因此所生之損害賠償。但其不履行係迄因於不可歸責於債務人之事由時，不在此限。」事實上，起草委員係將「遲延」以及「不履行」歸納為「不依照債務本旨之履行」，而將但書之「不履行」視為「履行不能」，於此之下，雖然「履行不能」係被包攝於「不履行」之範圍內，但是事實上，由於修正委員認為，將「履行不能」（履行しえない）放置進入所謂「不履行」（履行をしない）之用語範疇之內，用語上將會是沒有道理，因此於日後起草委員所提出之「修正案」中，修正委員將「不履行」一語從四一五條但書中移除，而將其替換成「履行不能」，而新的條文則謂：「債務人不依照債之本旨履行之時，債權人可以請求因此所生之損害賠償。當履行不能係迄因於可歸責於債務人之事由時，亦同。」因此可見，修正委員係將「履行不能」視為是與「不履行」是相異之類別，寧可說，修正委員係將「履行不能」看成是一種注意規定³⁰⁵。法條文義上，看似債務「不履行」係包含「履行遲延」以及「履

³⁰¹ 平井 宜雄，前揭註 240，頁 182。

³⁰² [第 412 條]（履行期と履行遅滞）「(1) 債務之履行有確定期限之時，債務人於該期限到來之時起，負擔遲延責任。(2) 當債務之履行係不確定期限之時，債務人於知悉該期限到來之時起，負擔遲延責任。(3) 當債務之履行未定期限之時，債務人於受債權人請求之時起，負擔遲延責任。」

³⁰³ 北川 善太郎，前揭註 229，頁 302。

³⁰⁴ 北川 善太郎，前揭註 229，頁 37。惟，北川教授指出，於法國法上，亦有學者認為，其實所謂不履行以及履行遲延其實並無區分必要性。

³⁰⁵ 水本 浩、平井 一雄（1997），（日本民法学史〔各論〕），第 1 版，頁 185，東京都：信山社。

行不能」，然而實際上，立法者之原意並非將債務不履行二分化³⁰⁶。基於此立場，北川教授對於傳統學說將債務不履行分成三態樣之作法，產生反動。

因此，本川教授認為，應該回歸統一之債務不履行，而可以稱之為「本旨不履行」³⁰⁷。然而，雖然統一之債務不履行之類型（本旨不履行）係屬重要，然本川教授認為，為了方便說明，於具體之問題之說明上面，可以藉用本來傳統學說之三分態樣，來加以說明³⁰⁸。

首先，所謂之履行不能，不限於契約標的物（目的物）之物理上之滅失，也包含社會生活經驗上以及一般交易觀念底下所謂之不能，然而，針對這種傳統之說法，從比較法之觀點來看，於英美法底下，從十九世紀後半葉開始，履行不能係確定作為免責之事由，同樣地，將履行不能當作債務不履行之第一類型之德國舊民法，於 2001 年改正，也已經將履行不能從債務不履行之態樣當中移除，而將其當作債務之解放事由³⁰⁹。

另，於種類之債底下，是否有履行不能之問題？北川教授認為，如果僅僅以債務之類型為種類之債作為否定履行不能之理由，並無正當性可言一般而言，舉例而言，種類物於市場上存在時候，並無履行不能之問題，此並無疑問，然而，當種類之債底下之契約標的物於市場上已經停止生產，「且」入手該種類之物須要「異常之費用」，依照一般交易觀念，這種入手不能之種類物，仍應該認為係屬履行不能³¹⁰。

然而針對種類物之解讀，往後之學者，如內田教授，有著不一樣之看法，詳見後述。

第五項 奧田 昌道

奧田教授係與星野教授大約同期之學者，奧田教授謂，履行不能係指，債權成立之後，履行於物理上或社會觀念上已經成為不可能。舉例而言，買賣或租賃契約底下之標的物滅失以及醫療債務底下病患死亡等，都為適例。但是當履行不能係迄因於可歸責於債務人之事由所致，債權人此時取得替代履行之損害賠償請求權（且債權維持其同一性，僅僅是債權的內容有所改變），同時債權人亦可解除契約（但是不妨害損害賠償請求權）。當履行不能係不可歸責於債務人之事由所致時，債務消滅，至於債務人是否可以請求對待給付，則涉及危險負擔有無移轉之問題。

法律上之履行不能，並非單純僅限於物理上之不能，亦包含，於社會生活之經驗法則以及交易通念上已經無期待債務人繼續履行契約之可能性存在之場合，

³⁰⁶ 北川 善太郎，前揭註 229，頁 304。

³⁰⁷ 北川 善太郎（2004），〈債權總論〔民法講要 III〕〉，第 3 版，頁 89，東京都：有斐閣。然而北川教授於文本內之用語較為和緩。

³⁰⁸ 北川 善太郎，前揭註 307，頁 90。

³⁰⁹ 北川 善太郎，前揭註 307，頁 97。

³¹⁰ 北川 善太郎，前揭註 307，頁 98。

舉例而言，雖然履行在物理上係屬可能，但是在社會通念上已經被判斷是不能之場合（如大海撈針），以及履行會涉及不相當的勞力、費用的場合，這些場合在法律上都曾被認定是不能。

但是，當債務之內容係給付他人所有之物或者是將來生成之物或權利，雖然現時上現在之履行係屬不可能之事，但是到履行期時，債務人取得這些物或權利的可能性仍然是存在的話，則不構成履行不能³¹¹。

日本民法，並未區分主觀不能抑或客觀不能，並且不能與否之問題，依照社會觀念加以判斷，則可以維持彈性以及靈活性。將「不能」之概念予以彈性化、相對化，可以迅速轉換為損害賠償而救濟債權人。但是另外一方面，所謂不能，並非單純指「一旦債務人不願意履行，旋即構成不能」，正確來說，應該是依照「社會通念」來決定履行是否不能，此時也應該考慮到債務人之負擔之程度³¹²。

依照奧田教授之見解，所謂不能之判斷標準，應以「客觀」之標準為主，並非以債務人之主觀標準為主。

第六項 平井 一雄

平井一雄教授對於債務不履行之體系係以傳統之三分法出發論述，於履行不能之要件上，其並多加以說明。然而針對履行遲延與履行不能之關聯，該說認為，履行遲延當中發生履行不能之情事時，應論以履行不能，而此為日本通說以及實務所採³¹³。

另，履行請求權之排除涉及日本實體法與程序法之交錯，日本民法與民訴法分別係繼受法國民法及德國民訴法，於法國民法底下，由於給予債務（与える債務）係當然可以直接強制，故法國民法並未對其有所規範，惟，法國於民訴法，針對此種直接強制，多有限制（〔舊〕法國民訴法五八三條以下），至於行為債務（なす債務），原則上係以轉換為損害賠償為原則（法國民法一一四二條：「一切作為或不作為之債，於債務人不履行時，均會引起損害賠償。」³¹⁴）。

然而，德國民訴法，並未有法國民訴法此種之規定，於德國民訴法，執行之問題全部於民訴法中規定，且給予債務（与える債務）係當然可以直接強制，並無有如法國民訴之例外規定，且行為債務（なす債務）中可以代替之作為債務，代替執行係被承認，無法替代之作為債務，則以罰金或拘留作為間接強制手段。

此二大體系之扞格，迄因於，法國於民政革命之後，對於王政權之隔絕，並尊重市民個人人格決定之自由，惟，德國則立基於實效及法安定性，則以強力直接之「強制履行」為原則。

日本民法從昭和 55 年施行民事執行法後，上開之爭論仍持續著，惟通說認

³¹¹ 奧田 昌道（1982），〈債權總論〉，第 1 版，頁 144，東京都：筑摩。

³¹² 奧田 昌道，前揭註 311，頁 145。

³¹³ 平井 一雄、清水 元（2012），〈「基本講座」民法 2〔債權法〕〉，第 1 版，頁 49，東京都：信山社。

³¹⁴ 鄭正忠、朱一平、黃秋田（2001），〈法國民法〉，第 1 版，頁 340，臺北市：五南。

為民法第四一四條一項所謂之「強制履行」實為現今強制執行下之直接強制，而第 2 項所謂不適宜「強制履行」者，係指可代替執行之行為債務，此時可越過直接強制。而強制執行中之「直接強制」及「代替執行」與「間接強制」，成為可以選擇之對象，雖然間接強制可以解釋為優先於代替執行，但是通說認為，由於間接強制對於債務人造成身心上壓力，無視於其人格，因此，盡可能將間接強制解釋為補充性之地位（間接強制の補充性）³¹⁵。

不論如何，現今民事執行法之通說係，於作為或不作為為目的之債務，當無法進行代替執行之時，可以進行間接強制（間接強制の補充性）³¹⁶。

然而，異於通說之看法也是存在，此說立基於日本民法第四一四條，認為該條所謂之「強制履行」只是注意規定，而四一四條二、三項其實是損害賠償請求權之依據。此說認為通說誤解民法第四一四條之意旨，蓋民法第四一四條係源自法國民法，且本條注意規定，而法國民法係以轉換為損害賠償為原則。

³¹⁵ 平井 一雄（2002），〈民法 III【債權總論】〉，第 1 版，頁 52，東京：青林書院。

³¹⁶ 平井 一雄，前揭註 315，頁 52。

第三節 近代見解（1990 年代以降）



1990 年代以降，日本民法學者對於傳統通說之反動亦漸增強，以星野教授以及北川教授之學生為主幹，其間多數學者（如內田教授等），係參與日本債權法改正之重要委員³¹⁷，以下本文將介紹此期間內之重要學說。

第一項 中田 裕康

中田教授係星野教授之學生，針對日本民法第四一五條之歷史，有著詳細之說明。

現今日本民法第四一五條，係源自於法國人ボアソナード「Boissonade」對於舊民法第三八三條之草案，於舊民法立法程序中，對於 Boissonade 之草案並未實質上予以更動，而將其援用為舊民法第三八三條，Boissonade 草案謂：「於債務人拒絕履行義務之場合、可歸責於債務人之履行不能之場合或履行遲延之場合，當債權人不得強制執行時，可以使債務人為損害賠償。」而舊民法第三八三條則謂：「於債務人拒絕履行義務且債權人不得請求強制執行或依照義務之性質無法為強制執行之時，債權人得使債務人為損害賠償。可歸責於債務人之履行不能者，亦同。當債務人履行遲延之時，債權人得請求損害賠償。」可見一斑。

實質上舊民法第三八三條，透過 Boissonade 草案，可以追溯於法國民法第一一四二條以及第一一四七條，由此可見法國民法與日本舊民法具有連續性。然而 Boissonade 亦加入不少自己之「創意」，舉例言之，法國民法底下，「債務不履行」之態樣僅有「不履行」（inexécution）以及「履行遲延」兩者，然而 Boissonade 將「債務不履行」之態樣區分為「拒絕履行」（refus d'exécuter par débiteur）、「可歸責於債務人之履行不能」以及「履行遲延」，且 Boissonade 於其他民法條文底下，對於「不履行」之定義亦相當多樣化，有時候「不履行」可以針對「拒絕履行」，有時「不履行」可以針對「拒絕履行以及債務人之履行不能」，總言之，Boissonade 並未將「不履行」當作「債務不履行」之態樣之一，而係個別規定「債務不履行」之態樣³¹⁸。

於法典論爭之後，於新民法起草過程當中，穗積博士之第一草案則為：「債務人不履行其義務或遲延履行其義務之時，債權人可以請求其損害之賠償。但不履行或履行遲疑係起因於不可抗力抑或意外之障礙之時，則不在此限。」於損害賠償之發生上，穗積草案侷限於「不履行」以及「履行遲延」，於此層面之上，穗積草案更加貼近於法國法，穗積博士於第二草案之上，則謂：「債務人不依從債之本旨為履行時，債權人可以請求其損害之賠償。但不履行係不可歸責於債務

³¹⁷ 詳見，法務省，法制審議會，民法（債權關係）部會，民法（債權關係）部會名簿，平成 26 年 7 月 23 日公布，可謂勢力龐大，反觀平井宜雄教授之學生，似不多見。

³¹⁸ 載於，廣中 俊雄、星野 英一（1998），（民法典の百年），第 1 版，頁 4，東京都：有斐閣。

人之時，則不在此限」而此一草案，最後為法典調查委員會所接受，並保留下來，對於此一草案之說明，穗積博士指出「僅是將舊民法第三八三條之文字重新修正」，並且將「不履行」以及「履行遲延」放置入「不依債之本旨履行」之內。

然，由於提出之後兩個半月內，起草委員又提出了新的修正案，其將但書改為：「因可歸責於債務人之事由導致履行不能者，亦同。」於改正之說明之上，富井博士認為，原先草案會將「不履行」包含「履行不能」，於用語上有所不妥，因此予以更正，而此一修正案延續成為現今日本民法第四一五條³¹⁹。

然而問題則因此產生，該修正案所謂之「可歸責」是否係指「故意、過失」？於穗積博士之第二草案底下之說明，所謂之「不可歸責」係有「不可抗力」之廣義之意涵，然而富井博士則將修正案之「可歸責」視為「故意、過失」或「履行遲延之後之不能之場合」。

不過可以確定者係，起草委員三人對於所謂「不可歸責於債務人之履行不能」之「歸責」之定義是否為「故意、過失」，三人之看法皆有異，至少無法確定說「歸責」之定義等同於「故意、過失」³²⁰。

至於履行之強制³²¹，係被規定於民法第 414 條以及民事執行法，其中依照民事執行法之規定，強制債務履行之手段主要有三，分別係直接強制、代替執行以及間接強制，其中依照日本民事執行法第 172 條，間接強制之制裁金，並非歸屬於國庫，而係歸屬於債權人，當這額度不足以填補債權人之損害時，債權人仍得針對剩餘額度請求（民執 172 條 4 號），這種間接強制金之性質為何，學說有兩說，第一說係「違約金說」，第二說係「制裁金說」，中田教授係支持第一說，但是對於此種違約金與債權之關係為何，仍有爭議存在。

至於應該如何執行，依照 2003 年以及 2004 年新修正之日本民事執行法，係交由債權人決定，於物的引渡債務（給予債務）上，債權人可以選擇直接強制抑或間接強制³²²，於行為債務（作為、不作為債務），當代替執行係可能之時候，債

³¹⁹ 廣中 俊雄、星野 英一，前揭註 318，頁 7。

³²⁰ 廣中 俊雄、星野 英一，前揭註 318，頁 10。

³²¹ 中田教授在此係採用「履行之強制」之用語，以便與「強制履行」此一多義之概念做一區分，以強調「履行之強制」係針對「原本債務內容」之「強制履行」，亦即，係針對「履行請求權」之「強制履行」。在日本法上，「強制履行」可以指稱「直接強制」也可以指稱「間接強制」，也有指稱「原本債務內容之強制」者，也有概括指稱「強制執行於實體法上之展現」者，因此「強制履行」一語，有其多義性存在，無法一概而論，須視情況而定。

³²² 依照本文觀察，日本 2003 以及 2004 年對於民事執行法之改正，係放棄間接強制之補充性原則而偏向法國法，關於法國法對於間接強制之制裁金（astreinte、アストラント）之說明，詳見，大濱しのぶ（2004），（フランスのアストラント：第二次世界大戦後の展開），第 1 版，頁 63，東京都：信山社出版。其中值得注意者係，在法國法底下，這種制裁金之歸屬皆屬於債權人，然而針對這種制裁金之性質，法國學說上向來有所爭議，見上開著作，第 15 頁，然而隨著新法國民事執行程序法第三四條規定：「逾期罰款（astreinte）獨立於損害賠償。」法國應該已經明文採取「私的制裁說」。關於法國民事執行法之條文，詳見，羅結珍（2005），（法國民事執行程序法），第 2 版，頁 10，北京：中国法制。

詳言之，法國法底下，債權人是否可以請求原定給付履行，係依照債務之內容作為區分依據，其中，雖然法國民法第一一四二條針對「所有」行為債務（obligation to do or not to do, obligation de faire）有轉換為損害賠償之明文依據，然而此一規定過於廣泛，且實際運作上，本條之適用受到極端之限制，但不論如何，不論係那一種行為債務，由於尊重債務人之人格權，皆不可直接強

權人可以選擇代替執行或間接強制，當代替執行係不可能之時，債權人只可進行間接強制。此時日本民事執行法已經明文廢棄以往之「間接強制補充性原則」³²³，而間接強制所得之執行金，則歸屬於債權人，並非國庫。

但是至於種類之債，於市場上可以輕易取得同種類之物的時候，此時也有見解認為此時不應該允許履行之強制之見解存在（內田）。

根據以往傳統通說之見解，履行之強制不以債務人可歸責為要件，即便債務人係不可歸責，債權人仍得請求履行之強制，僅有於依照債務之性質不適宜履行之強制抑或債務已經陷入履行不能之場合，履行之強制始被排除。依照這種見解，履行之強制有四個要件，其分別係（1）債權存在（2）債務到期（3）履行係屬可能（4）債務之性質並非不適宜履行之強制。

但是近年來有新的學說認為，履行之強制係立基於履行請求權，而履行請求權僅是債務不履行底下，債權人多數救濟手段其中之一之方法³²⁴，在這種見解底下，履行之強制之要件係包含（1）債權必須存在（2）債務人必須是債務不履行（3）必須沒有履行請求權之障害事由。

但不論如何，中田教授認為，雖然近年來新的學說有其見地存在，但是仍應該是以傳統見解為中心，但不排除參考新說之見解將舊說予以體系化之可能性存在，其中，中田教授認為，履行請求權之障害事由，似乎不應該僅從抽象、客觀或物理上之基準加以判斷，而應該要從實質念加以判斷，而國際法或區域法上，

制之，於可代替之行為債務，債權人得以「代替執行」之手段為之（然本文認為此並非大陸法系上之代替執行，然而日本學者多將其解為代替執行），於不可代替之行為債務，當可以執行之行為債務進入執行程序當中，法院係以制裁金（*astreinte*、*アストラント*）作為間接強制債務人履行之手段，而制裁金之歸屬者仍係債權人，舉例而言，當法院強制夫妻履行同居義務，由於法院使用物理強制夫妻同居，反而會造成反效果，夫妻外遇反而會不斷，所以此時法院會傾向於使用制裁金作為執行手段。詳見，山口 俊夫（1986），（*フランス債權法*），第1版，頁210，東京都：東京大学出版会。

另，針對給予債務（*obligation de donner*），法院係以直接強制作為原則，當執行無效果（例如債務人隱匿財產），則轉換成為賠償金予以處理，然而依照法國法院現今之習慣，係以間接強制為之，而命債務人交付制裁金，而歸屬者亦是債權人，然而針對制裁金之性質，法國底下，有學者認為與損害賠償無異，然而也有學者認為係獨立於損害賠償，詳見 Maurice Sheldon Amos and Frederick Parker Walton, *Introduction to French law* (1935, 1st ed), Oxford: The Clarendon Press, p.184。

然，最後須注意者係，法國法上，針對種類物之交付之債務，學理分類上並非將其歸類為「給予債務」（*obligation de donner*），而係將其歸類為「行為債務」（*obligation de faire*），此點較為特殊，當債務人不履行時，債權人得請求法院准許債權人以債務人之費用進行替代性交易，這種費用之性質趨近於賠償金，故這種法院之判決，與德國法底下之「替代執行」費用之判決，有所差異，關於其說明，See, G. H. Treitel, *supra* note 9, p.57。

至於特定物之交付之債，依照法國民法第1184條規定，當履行係屬可能時，債權人得訴請債務人完成原本之債務內容，反之，當履行成為不能時，則否，不論如何，於法國法上，雖然沒有針對損害減輕義務（*mitigation rule*）設有明文規定，然而實際上，當債權人請求債務人支付賠償金時，法國法院也會審酌債權人是否有「reckless attitude」，進而決定是否要減少賠償金之額度，詳見，Michael H. Whincup, *Contract law and practice: the English system with Scottish, Commonwealth, and Continental comparisons* (2006, 5th ed), Frederick, MD: Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Pub., p.378。

³²³ 中田 裕康（2011），（*債權總論*），第1版，頁79，東京都：岩波書店。然而依照新日本民事執行法，間接強制之手段係以金錢賠償為主（若對於怠金之性質採取賠償說）。

³²⁴ 中田 裕康，前揭註323，頁90。

也是從實質層面上加以規範（例如 UNIDROIT [2010] § 7.2.2），這些排除事由，可以說是將以原定給付為例外之英美法系與履行請求權為原則之大陸法系連合為一體之橋樑，讓兩個法系可以相互融合或一致化³²⁵。

由此可見，中田教授係希望在不變動既有之體系之下，藉由透過對於「履行不能」（抑或「履行請求權之障害事由」）之重新架構，將英美法與大陸法進行調和。

第二項 大村 敦志

大村教授亦屬星野教授之學生，首先，係針對債務不履行之態樣，大村教授謂，一般傳統通說底下，係區分為履行不能、履行遲延以及不完全履行，針對於此，新的學說則認為，所謂債務不履行之態樣，係以「有無依照債務之本旨為履行」作為判斷標準，亦即，以單一一元之判斷為依歸，並且，並不一定以故意或過失為必要，確實，如果除去履行不能，這種說法在現行日本民法條文是說得過去的³²⁶。然而，為何這種傳統通說長年以來受到支持呢？關於這一點，有兩點必須指出來，首先，較佳之說法而言，（註：這種狀況）係受到德國法學之影響，在德國底下，於債務不履行之態樣上，係採取履行不能以及履行遲延之二元論，並且隨後再加上不完全履行之態樣，將這種見解投射到日本民法的解釋結果是，日本民法第 415 條前段是指履行遲延，而該條後段是指履行不能，並且將所謂「歸責事由」解釋為「故意或過失」，第二，將債務不履行之態樣區分為遲延以及不能之作法，有其淺顯易懂之處，舉例而言，法律學者只需要判斷一個契約爭議究竟是「無法履行」亦或是「可以履行但是不履行」即可³²⁷。那麼，舊說究竟是為何轉向新說呢？關於第一點，於 1960 年（二戰後）後半後之日本民法學者，洗去德國學說之研究方向開始加強，並成為有力之說法，並且舊說開始遭受批判，但是不僅僅是如此，關於第二點，亦有學者指出，這種債務不履行之二分作法有其奇怪之處，亦即，至今之債務不履行之二元論，也無法詳盡地分析債務不履行之問題，這幾點，導致了學說新舊之交替³²⁸，進而言之，履行不能以及履行遲延，並沒有作為個別獨立類型而為判斷之必要存在。

復針對履行不能之定義，大村教授認為，現在之日本民法，於契約履行之各程面，係將不同之履行不能分為特定之類別，而履行是否不能，大多係以客觀、外部之標準為準，而不以債務人之意思為準，舉例而言，不論是物理上之不能，抑或法律上之不能，甚至是服務契約，係以客觀、外部之標準為準，當超過此一限度之時，即無履行不能之可能性存在³²⁹。但是，在今日之國際契約文件底下，

³²⁵ 中田 裕康，前揭註 323，頁 94。

³²⁶ 大村 敦志（2007），（もうひとつの基本民法 II = Droit civil fondamental ; une autre voie），第 1 版，頁 151，東京都：有斐閣。

³²⁷ 相同見解，詳見，陳忠五，前揭註 45，頁 37。

³²⁸ 大村 敦志，前揭註 326，頁 152。相同見解，詳見，陳忠五，前揭註 45，頁 36。

³²⁹ 大村 敦志，前揭註 326，頁 71。

所謂之不能，並非再以客觀或外部之標準為準，而係將當事人之判斷優位化，亦即基於「物」之實在性之制約已經薄弱化，當事人意思轉而成為支配之原則³³⁰。但是人類並無完全掌握這個世界的能力，於日常之交易底下，超越人類智力所能及之事態都有可能發生，即便假設當事人可以完全預測未來所會發生之事，要契約一方當事人完全承擔該風險，並非一定是妥當的，因此，實際之契約規則應該如何處理這問題呢？可以參考近年來之國際契約規則，首先，例如歐洲契約法原則（PECL），將所謂履行不能以及其類似之概念完全放棄，取而代之者，改以不履行作為違約責任之中心，而該不履行之定義包含「履行遲延、瑕疵履行以及使契約能夠完全實現之協力義務」。一方面，PECL 設定了「重大違約」之概念，作為債權人解消契約之依據，另外一方面，PECL 亦以「免責事由」作為債務人責任之限界³³¹。

事實上，日本法院向來針對種類之債，有「限定種類之債」之概念存在（詳見後述〔J5〕京都地裁所第三民事部〔平成 15 年 07 月 15 日・平成 13(ワ)2752〕[2003]），是否可謂，種類之債底下，契約當事人之本意大多係屬於「限定種類之債」而有履行不能之可能性存在？是否於種類之債底下，出賣人與買受人締結契約之時，出賣人真的有意思要無所不用其極地履行原本債務內容³³²？此說將契約問題之處理導正回歸當事人之本意，似提供了此一解釋上之可能性。另，日本債法改正方針第〔3.1.1.56〕條對於履行請求權之限界之判斷，亦考量到當事人之契約之本意，關於此點，詳見後述。

第三項 內田 貴

內田教授係星野教授之學生，其論述亦與傳統日本學說有所差異，一般在日本學說上，首先從替代性交易之損害減輕義務著眼而排除債權人履行請求權者，內田教授為先驅。

對於債務不履行之態樣，內田教授認為，由於民法第 415 條明文規定，故從「不依從債務之本旨之履行」出發，然，針對該條條文，傳統一般將其解釋為債務不履行之三種態樣，亦即，「履行期限經過後之履行遲延」、「履行後發不能之履行不能」以及「形式上雖然履行了相當之給付，但是該給付並未完全依照債之本旨之不完全履行」（亦被稱為積極侵害債權），這三種類型係繼受德國民法之學說，但是在日本民法第 415 條、第 541 條以及第 543 條，條文文義上面，並未區分「履行遲延」以及「不完全履行」，因此這三種區分態樣，在現行日本民法文

³³⁰ 大村 敦志，前揭註 326，頁 72。

³³¹ 大村 敦志，前揭註 326，頁 73。

³³² 事實上，此種解釋途徑似乎於我國早期已經有學者提出，詳見，鄭玉波，前揭註 63，頁 70，其中鄭玉波氏認為，所謂「種類」，僅係抽象之觀念，惟，此抽象之概念並非絕對，而係屬相對之概念，亦即依照「當事人之意思」而決定，依照當事人之意思，種類之債層層限制下去，必定會成為特定之債，故，兩者之區別係屬相對，而並非絕對。然，不知為何，此說失傳。

義之解釋論上，真的是行得通的嗎³³³？不論如何，為了方便說明，內田教授仍係以傳統三分法進行論述。

至於履行不能之要件上，內田教授並無過多之論述，僅謂履行不能係依照社會通念加以判斷，其大致列舉履行不能之態樣，如契約目的物係法律所禁止者，不動產移轉登記予第三人以及引渡之目的物滅失等³³⁴。

於執行層面，內田教授指出，環繞著日本民法第 414 條，向來有諸多之爭議，且該條條文文義與舊民訴法第 734 條之間之關聯，應該要如何作劃一之理解？向來也是爭議之焦點，傳統通說認為，日本民法第 414 條第 1 項謂「強制履行」，實際上是「強制執行」上之「直接強制」，故當第 1 項之「直接強制」不應該被允許之時（例如行為債務），則應該依照該條第 2 項進行「代替執行」，但是事實上，這種傳統通說之解釋方式存在問題，亦即，如果這真的是立法者的本意的話，那在實體法上面規定執行法之事項，豈不是一件很可笑的事情嗎³³⁵？另外，舊民事訴訟法第 734 條復規定：「依照債務之性質係得強制履行者，第一審受訴法院因訴請而定相當期限，但債務人不於期限之內不為履行之時，法院應該命債務人依照遲延之期間而為一定之賠償或直接賠償損害。」傳統通說為了將舊民訴法第 734 條與民法 414 條作調和，因此將民訴法第 734 條所謂之「強制履行」視為「間接強制」，但是這種解釋方法，完全是不按照文義的恣意解釋。隨後，為了避免這種矛盾，民事執行法第 172 條，依照上開傳統通說進行了立法。

然而，隨後之學說針對民法第 414 條之立法沿革進行了精密之分析，發現了向來傳統通說對於該條以及舊民訴法第 734 條之理解係屬完全錯誤，事實上，從比較法之角度來看，強制債務人進行原本債務內容之履行係屬相對例外之立法體例，英美法以及法國法上，並不以原定給付履行作為原則，很明顯地，日本傳統通說係受到德國法之見解之影響。如果依照後來學說之發現之理解的話，事實上，民法第 414 條在立法者原意底下，毋寧說，係屬債權之效力之規定，亦即行為債務解消為損害賠償之規定矣，順此脈絡，則舊民法第 734 條即可以與民法第 414 條進行文義的統合理解，亦即，舊民訴法第 734 條之本意為，當債權之內容可藉由強制履行之手段實現時，該強制履行之手段即是「單一之間接強制」，因此間接強制在立法者之原意底下，並非作為直接強制抑或代替履行之補充性之手段³³⁶，基於以上新的學說之理解，民事執行法於 2003 年進行改正，承認並恢復間接強制之優先性地位，因此傳統通說對於民法第 414 條之理解，在這種基礎之上，已經喪失其基礎³³⁷。

並且，內田教授謂，不論如何，由以上說明，可知傳統上之於執行程序之方法，包含直接強制、間接強制以及代替執行，原則上係以直接強制為優先，理論

³³³ 內田 貴（2008），（民法 III〔債權總論・擔保物權〕），第 3 版，頁 111，東京都：東京大学出版会。

³³⁴ 內田 貴，前揭註 333，頁 127。

³³⁵ 內田 貴，前揭註 333，頁 119。

³³⁶ 內田 貴，前揭註 333，頁 120。

³³⁷ 內田 貴，前揭註 333，頁 121。

上，於動產之引渡應該也是藉由直接強制為之，但是反而毋寧說交付幼兒之執行案例反而比動產引渡的案例還來得多。

在過去日本的學說上，對於損害賠償與履行請求權之關聯為何，幾乎沒有任何議論存在，一般而言，債務只要構成（1）債務存在（2）債務人不依照債之本旨履行債務（3）履行係屬可能（4）依照債務之性質並非不允許強制執行者，因此動產引渡理論上也是可以藉由直接強制為之（縱然實際上這種案例甚少發生），但不論如何，債權人可以藉由解除契約，進而請求損害賠償，這是債權人之選擇自由。

舉例而言：「A 向 B 購買最近甲教授在 B 書店所販售之教科書，於履行期間，B 向 A 表示其不再進行履行，那 A 是否可以對於已經在 B 書店中之教科書進行強制履行呢？」³³⁸

答案是，可以的（如果依照以上之判斷流程）。但是針對這種答案，有論者認為這是不切實際的，畢竟，縱使 A 不故意藉由強制履行而使 B 承擔履行成本的話，A 也是可以從別間書店買得同樣之教科書，而這會更好（更省時省力）。因此現實上，A 根本不會進行強制履行之請求。在這種可以從交易市場上另行輕易購得標之物之情形，買受人也不會去請求強制履行，買受人寧可去他處進行交易，並請求與原本交易金額之間之差價（如果買貴的話）。

內田教授認為，這種強制履行雖然在理論上是可行的，但是這種執行，將會是無視經濟性之要求，而要求國家提供助力，這種執行之許可是有疑問的。姑且不論 B 商家之販售價格是否便宜，但至少當 B 商家的價格是相當於市價，「且」，A 可以從他處輕易取得相同之商品，可以說 A 根本沒有損害，此時若還要強制 B 履行原本之債務，將會是相當沒有道理的，反應這種社會經濟現實的「常識」的「法理」居然是根本就沒有存在。因此在這種契約標之物係可以輕易透過市場交易所取得之狀況，強制履行不應該被承認。如果承認的話，債務人會因為債權人對於履行請求權或損害賠償請求權任意擇一的行使（非嚴格轉形論），而必須承擔不一樣的責任程度，這將會有失均衡³³⁹。

其中，這種 A 從他處取得相同商品之義務，在英美法上被稱作「損害減輕義務」（mitigation rule），而於這義務底下，出賣人所應該負的損害賠償責任可以因此減輕，若此時還可以讓買受人請求履行，豈不是一件很可笑的事情嗎？

對於損害減輕義務，其實日本傳統通說已經對此有所說明，但是以往都是放在損害賠償額度之調整之脈絡底下討論，並未有人與其將履行請求權之排除做一連結，內田教授說明，如果此時讓債權人仍得請求履行，則有失均衡（バラソマ），債權人得請求履行，將導致債權人無庸承擔損害減輕義務³⁴⁰，因此，對於債權人之履行請求權之排除，應該要考慮到這一點³⁴¹。

³³⁸ 內田 貴「強制履行と損害賠償－損害減輕義務の観点から」法曹時報 42 卷 10 号（1990），頁 2641。

³³⁹ 內田 貴，前揭註 338，頁 2643。

³⁴⁰ 相同見解，See, Nili Cohen and Ewan McKendrick, supra note 56, p.114。

³⁴¹ 內田 貴、大村 敦志（2007），（民法の争点），第 1 版，東京都：有斐閣。錯誤！尚未定義書

但是內田教授之主張，為森田修教授所批評，其內容詳見下述，森田修。

然，本文認為，內田教授立意良善，惟，英美法下之原定給付履行之排除要素之一係「賠償金為妥適之救濟手段」（如種類物之給予），如果賠償金係屬妥適之救濟手段，則法院必會駁回債權人原定給付履行之訴，此時債權人僅得請求賠償金，而須負擔損害減輕義務，然，「邏輯上」，是否可以反向推論，「因為」債權人負擔損害減輕義務，「所以」債權人不得訴請原定給付履行³⁴²？事實上，即便賠償金並非妥適之救濟手段，債權人事實上仍係有進行替代性交易而減輕損害之可能性，而英美法法院此時仍會准許債權人原定給付履行之訴（如前述經典的〔A 3〕Walgreen Co. v Sara Creek Property Co., 966 F.2d 273 [1992]Walgreen Co. v Sara Creek Property Co., 966 F.2d 273 [1992]美國法院判決），故，邏輯上，是否真的是「因為」債權人負有損害減輕義務，「所以」債權人不得訴請原定給付履行？不論如何，本文贊同內田教授之「結論」。

第四項 森田 修

森田修教授係平井宜雄教授之學生，係傳承傳統學說，常與內田教授發生論戰。

對於履行不能之說明，森田修教授首先係著眼於履行請求權之排除，惟，針對「履行請求權之排除」，森田教授區分「債務不履行是否成立之層面之排除」以及「確定債務不履行成立之後之層面之排除」³⁴³，針對後者，復可區分為「基於意思之排除」（如「解除」）以及「基於不履行之排除」（如「履行不能」），並且，針對給予債務之履行不能。

針對內田教授使用損害減輕義務之概念否定債權人之履行請求權之作法，森田教授反對之。森田修教授著眼點係，日本債權法上，傳統上係以履行請求權作為原則，當履行請求權消滅之後，債權人轉而行使損害賠償請求權，而於後者始有損害減輕義務之疑問，森田修教授因此批評內田教授，對於日本債權法之「方向性」有所違反（註：豈可以後概念來反對前概念），因此，正確的說法應該是，正因為履行請求權之存在，所以才導入損害減輕義務之規定³⁴⁴。換言之，雖然損害減輕義務確實和履行之強制之承認相互矛盾，惟，仍應該以實體法構造為前提之限度之內，在不牴觸轉形論以及履行請求權之限度之內，始有損害減輕義務發展之可能性存在。

另外，森田修教授針對損害減輕義務使債權人必須承擔部份之損害之看法，提出批評，理由在於（一）原則上，日本民法底下，當事人是受到履行請求權之

籤。 ，頁 174。

³⁴² 森田 修，前揭註 231，頁 238。於此，森田修教授指出，即便站在英美法之立場，以損害減輕義務作為排除履行請求權之理由，可能係屬一種「假象」。

³⁴³ 森田 修，前揭註 231，頁 352。

³⁴⁴ 內田 貴、大村 敦志，前揭註 341，頁 174。

拘束，除了例外之狀況（如履行不能），債權人必須解除契約，始得請求損害賠償。（二）而且，在日本民法上，債權人係於相當期間之催告經過後，始解消契約而進行替代性交易，此與損害減輕義務底下對於債權人需要常常注意市場物價動向之要求相互矛盾。（三）如果要承認損害減輕義務的話，則不得不承認債權人得藉由簡便之手續脫離契約之規定，然而這與日本民法之規定相互違背。³⁴⁵

然而依照本文觀察，事實上，內田與森田修教授之癥結點在於，森田修教授對於債務不履行之態樣係採取三分法之前提。於英美法下，債權人所定之相當之催告期間尚未經過之前，債務人仍得拒絕履行，債務人拒絕履行時（repudiation as fundamental breach），債權人旋即享有解消契約之權利，此時，債權人須負擔損害減輕義務（除債權人有重大合法利益之情形，亦即 legitimate interest），亦即，債務人得選擇放棄這恩惠期間（grace period）之利益（通常亦無利益可言，所以債務人才會主動放棄這「利益」），而使債權人負擔損害減輕義務，而損害賠償計算上係以市場規則（Market Rule）³⁴⁶為準，因此英美法下，並無森田修教授所謂「催告解除與損害減輕義務相互矛盾」之問題存在，然而於日本法下，則存在。不論如何，隨後之日本債權法改正方針以及試案，亦將拒絕履行放入重大違約之態樣當中，而偏向內田教授之看法，詳見下述四、五節。

第五項 潮見 佳男

於日本法債務不履行之體系之分類上，潮見教授係從德國法於 2002 年之修正切入討論，於德國修法草案底下，委員會係將債務不履行（給付障害）從「義務違反」之觀點作畫一之理解，並且，草案中，已經不再將「不能」作為中心之概念，另外於瑕疵擔保之議題上，草案並且明示「出賣人有給付無瑕疵標之物之義務」，物之瑕疵擔保責任被納入一般的債務不履行之規定的結果是，瑕疵擔保責任被納入義務違反之概念當中，如果順著聯邦司法省的想法的話，債務不履行被劃一成為義務違反係立基於 CISG [1980]以及 PICC [1994]之國際規則。這些國際規則當中之「不履行」之概念與德國債法草案當中之「義務違反」係相同之概念，之所以會這樣，迄因於德國學說上之「不履行」係針對主給付義務之違反而言，至於其他附隨義務之違反，並未被包含在不履行之概念當中，為了避免誤解，故草案用「義務違反」一語代替國際規則「不履行」之字句。

潮見教授認為，不論如何，於日本債務法之現代化上，可以沿用古典的履行請求權或給付義務作為中心體系，大致上將「債務」從「履行義務」之方向加以解釋，而超過債務人行為可能性之部份，則債務人就此不須再負擔債務³⁴⁷，亦即，將履行不能從債務不履行之體系當中抽離出來，成為債務解故事由，而使債權人不得再主張履行請求權。

³⁴⁵ 平野 裕之（2005），〈債權總論〉，第 1 版，頁 193，東京都：信山。詳見，平野教授對於兩說（內田與森田修教授）見解之整理。

³⁴⁶ 楊宜良，前揭註 20，頁 783。

³⁴⁷ 潮見 佳男（2004），〈契約法理の現代化〉，第 1 版，頁 371，東京都：有斐閣。

雖然於目前日本法學界底下，對於履行不能之構成要件仍有所爭議（是否以過失作為要件），惟，於履行不能之態樣之上，日本現今通說不會去區分履行不能之態樣究竟為主觀抑或客觀不能，而係以「社會通念之不能」作結³⁴⁸，且履行不能之效果是債權人喪失履行請求權的這件事亦是沒有爭議的。其間大可總括為三個問題：（1）是否僅限於履行不能才會使債權人喪失履行請求權？（2）當履行不能之時，債權人是否可以請求交付替代物？（3）因為履行不能而受害之一方當事人可否請求更改原定契約之內容？

於債務人不履行債務後，債權人可否不請求履行，轉而請求損害賠償？日本傳統上，對這一問題多歸類為「轉形論」，在日本「傳統的轉形論」底下，債權人因為契約之生效而取得債權，可向債務人請求履行，在履行成為不能，且可歸責於債務人時（當不可歸責於債務人時，債權債務皆消滅），此履行請求權會轉換為損害賠償請求權（維持同一性）。

但是針對這種傳統的轉形論，有新的見解提出批評，在新的見解底下，債權人何時可以請求損害賠償，以及，債權人何時可以請求履行是兩個不同的問題，債權人可否請求損害賠償，並非以履行不能作為必要之基礎。並且應該由債權人自由選擇。是針對新的學說，有論者提出反問：「那債權人何時可以請求損害賠償呢？」

但不論如何，現今日本的有力說係，當「履行成為不能」、「債務人拒絕履行」或「債務人於催告期間經過後仍然不履行債務」，債權人都可以請求損害賠償，其中，於「債務人拒絕履行」或「債務人於催告期間經過後仍然不履行債務」而債權人取得損害賠償請求權之狀況，不以履行請求權之消滅作為前提，某程度上已經是對於傳統通說「履行請求權消滅後，損害賠償請求權始產生」的反動。

次者，於履行不能之要件上，一般而言，有許多分類方法，其中一種係「物理不能」以及「社會通念上之不能」。「物理不能」，舉例而言，標的物滅失之情形包含在內，「社會通念上之不能」，舉例而言，一物二賣之情形，出賣人無法移轉標的物包含在內，但是當出賣人可以「合理」取回標的物之情形（出賣人與第二買受人係虛偽通謀意思表示為買賣或借名登記之情形），則不在此限，另外社會通念上之不能，尚且包括出賣他人之物但是他人不為所有權之移轉以及買賣違反公共秩序等情形³⁴⁹。

由於物理上履行雖然係屬可能，但是由於此外之事由導致被評價為「不能」之情形大有所在（如上開案例），因此，是否所謂排除履行請求權之「不能」之要件仍然具有決定性或重要性呢？於判斷是否可以評價為「不能」之過程當中，

³⁴⁸ 山本 敬三、新井 誠（2009），〈ドイツ法の継受と現代日本法：ゲルハルト・リース教授退官記念論文集〉，第1版，頁220，東京都：日本評論社。值得注意者係，傳統日本學說底下，所謂客觀不能抑或主觀不能，係於「自始不能」底下有區分之實益，然而即便於自始不能底下，往後有諸多學說，傾向於不再區分主觀抑或客觀不能，而一概歸類為自始不能而將契約論以無效，且隨後學說更加傾向於不區分自始抑或嗣後不能，而以「給付能力之擔保（保證）」將契約論以有效。

³⁴⁹ 潮見 佳男（2003），〈債權總論I〉，第2版，頁161，東京都：信山社。

是否可以說不用注意（利益）衡量之過程呢？

此時有幾種作法，第一是將「不能」之概念拔除，轉而以「履行請求權之排除」作為上位概念，第二是保留「不能」之概念，將其當作排除履行請求權之狀況，第三是將「不能」之概念予以多元化，將其包含眾多例外之排除事由³⁵⁰。

第一種作法於 2000 年之德國債法改正當中所被高舉出來，此說係以「給付義務之限界」作為其核心概念，此說認為，當債務人已經盡到一切所可以期待之努力但仍無法履行之狀況底下，債務人可以拒絕履行，此說進一步解說其標準，係衡量「債務人履行之成本」以及「債權人因為履行所可以獲得之利益」，而其實這是過去「經濟不能」之議題，但是如此之作法，不免地，履行請求權之限界以及情事變更原則之劃分標準，必須要說清楚³⁵¹。

但不論如何，2002 年之德國債法最後並沒有採用上面之標準，而仍係採用第二種作法之「不能」之上位概念，但不論如何，這不能之概念已經與從前之概念有所差異。新德國民法第 275 條如下：

〔新德國民法 275 條〕

（1 項）給付於債務人或其他任何人都係不能之場合，債權人之給付請求權被排除。

（2 項）給付所需要之費用，衡量債務之關係以及誠信原則之後，與債權人因給付而獲得之利益相比，有重大不均衡時，債務人可以拒絕給付。當債務人被期待應該付出之努力被確定之時，於該當給付障害之狀況下，應該要審酌該事由是否可歸責於債務人。

（3 項）當債務之實現如果不由債務人為之則無法實現時，衡量該障害事由以及債權人之給付利益後，如果無法期待債權人債務人為給付之時，債務人可以拒絕給付。

（4 項）債權人的各種權利，由 280、283 以至於 285、331a 以及 326 條定之。

由此可見，物理不能以及事實不能被區分開來，其中，德國債法改正有附有債務人「先決權」（イニシアティブ）之意味在內，如果嗣後證實債務人確實履行成本過高，則，債務人拒絕履行即有正當化之事由。然而值得注意者係，潮見教授認為，德國民法對於重大不履行之要求，其實係源自於對於債權人履行請求權濫用之防止之觀點加以出發³⁵²。

另外，潮見教授指出，以上之「不能」之判斷要件，並非以「債務人履行成本」以及「債務人受對待給付之利益」之比較為準，而係亦考慮到債權人之保障、所可以因此填補之損害，舉例而言，當債務人係可歸責（且無情事變更之問題），債權人本來就可以透過損害賠償獲得「全部損害之填補」，但是債權人仍然固執

³⁵⁰ 潮見 佳男，前揭註 349，頁 162。

³⁵¹ 潮見 佳男，前揭註 349，頁 163。

³⁵² 潮見 佳男，前揭註 246，頁 76。

地要求債務人為履行，而使債務人必須承擔高額之費用，此時可以說債權人已經喪失請求履行之正當性。如果債務人「僅僅」以「自己」履行後之成本收益不均衡為理由而拒絕履行，將會是沒有道理的，畢竟是債務人因為自己先前締約的行為，而使得債權人產生了期待利益³⁵³。

此外，潮見教授最後對於履行請求權之排除，再度有更深入之說明，潮見教授指出，其實將履行請求權予以排除之方法，並不只有在「不能」之要件上進行解釋，也有其他立法例係以「不能」以外之事由將履行請求權予以排除，舉例而言，歐洲契約法原則第9：103條，以及UNIDROIT 7.2.2條謂：

〔UNIDROIT 7.2.2〕

當債務人不履行債務時（除金錢債務以外），除有下列各款之一之因素，債權人得請求債務人履行：

- (a) 履行為（物理）上不能或法律上不能。
- (b) 履行的負擔係不合理之沉重或需要過份之費用。
- (c) 債權人可以從他處輕易取得替代性履行。
- (d) 債務之內容涉及高度屬人性之個人服務。
- (e) 當債務人知悉或可以合理知悉債務不履行之情事後一段合理之期間之內，並未要求債務人為履行。

所以履行請求權排除之事由其實可以很多樣化，沒有道理將其一體化來看之³⁵⁴，而反觀日本法傳統上對於履行不能之定義大多係謂「社會通念之不能」，與上開比較法之規範相比，顯得不明確許多，因此這種比較法之立法模式，值得日本國內法作為參考³⁵⁵。

不論如何，隨後之日本債權法改正試案，係將限界事由當作上位概念，而將履行不能當作下位概念，係偏向潮見教授之見解，詳見下述五節。

最後，對於執程序，潮見教授認為，雖然債權人享有履行請求權，但是最終要實現此一請求權，仍必須透過國家之力量為之，在日本法底下，係透過民法第四一四條以及民事執行法之規定進行此一程序，雖然說一般而言，前者係實體規定，而後者係程序法之規定，然而實際上，民法第四一四條係屬執行法之規定，但是由於強制執行不論如何涉及憲法上人性尊嚴之侵害，因此有必要與債務內容之實現之效力作一調和³⁵⁶。

首先，債權人欲進入「履行強制」之前提係，債權人已經確定取得履行請求權，於「給予債務」之下，由於強制債務之履行並未拘束債務人之人身自由，因此承認此種債權內容之貫徹，而此種強制方法係以「直接強制」之手段為之，而民法第四一四條第一項所謂之「強制履行」即屬「直接強制」，而容許直接強制

³⁵³ 潮見 佳男，前揭註 349，頁 167。

³⁵⁴ 潮見 佳男，前揭註 349，頁 172。

³⁵⁵ 潮見 佳男，前揭註 246，頁 76。

³⁵⁶ 潮見 佳男，前揭註 349，頁 242。

之債務，即不容許代替執行或間接強制，其理由在於，由於直接強制係最不拘束債務人人格自由且也是最有效力之執行手段，如果此時容許以其他執行手段代之，則有違訴訟經濟之理念，然而，不論如何，於 2003 年日本民事執行法修正之後，民事執行法第一七三條明文規定，給予債務底下之債權人得選擇以間接強制之方式為之。

於「作為債務」以及「不作為債務」，由於直接強制債務人履行債務，有違人格自由之理念，故不得以直接強制之手段進行執行，但是於債務人以外之第三人也可以實現債務內容之情形（如可以代替之作為債務），為了便利，可藉由「代替執行」之方式為之，然而於無法代替之情形（如不可代替之作為債務抑或不作為債務），則係以「間接執行」之方式為之，雖然間接強制會稍稍壓抑債務人之意思自由，但是於間接強制會違反債務人人格之場合，舉例而言，履行婚約、同居義務、雇傭契約上之義務以及作畫等情形，則不容許間接強制，此時債權人僅得依照債務不履行轉而請求「損害賠償」。然而針對幼兒引渡之強制執行之方法則有爭議，古判例認為，應該以「間接強制」之手段為之，至於學說上，則見解分歧，有論者認為不可將幼兒視為動產，應此應該論以間接強制，然而有學者認為，應該區分幼兒有無意思能力而區分執行手段，亦即，當幼兒無意思能力時，此時採用直接強制之手段，反之，當幼兒有意思能力時，則採用間接強制之手段³⁵⁷。

最後，潮見教授指出，於可以代替之行為債務底下，當係屬債權人所可以支配之領域底下之行為債務時，雖然債權人可以代替執行之手段為之，然而實際上並沒有太大意義，因此在這種情況之下，債權人還不如提早解除契約，使第三人代為完成債務，轉而向債務人請求損害賠償，會來得更加有效率。然而於債務人支配之領域之行為，代替執行則有其實益存在，蓋債權人必須取得對於該權利領域之干預權限，則必須勝訴而進入執程序，此時不外乎進入代替執行³⁵⁸。

第六項 山本 敬三

山本教授謂，所謂履行不能，係指履行已屬不可能之狀態者，由於此時不得再強制債務人為履行，因此，即便債權人向債務人要求其履行，債務人亦得拒絕之。

而履行不能大致上可以分為：(1)物理不能，如物理上給付係不可能者。(2)事實不能，如物理上雖屬可能，但是事實上有無法期待債務人繼續履行之困難存在者，舉例而言，當債務人進行給付所必須付出之費用顯然大過於債權人因此所以獲得之微小利益，此時應該認為不應該強加過大之不利益予債務人。(3)法

³⁵⁷ 潮見 佳男，前揭註 349，頁 244。

³⁵⁸ 潮見 佳男，前揭註 349，頁 245。然而本文認為，此時問題在於，於債務人支配之領域之行為係屬可以代替之行為債務抑或不可代替之行為債務？如拆屋之行為，是否債權人可以透過解消契約之方式而使第三人為之？如否，則此豈非不可代替之行為債務？對此，潮見教授似乎認為此亦屬可以代替之行為債務。

的或社會的不能，當給付係被法律所禁止之場合底下，以這種給付為內容之債務會被認定是履行不能中之法律上之不能，至於社會的不能，則以一物二賣作為代表³⁵⁹。此說大致上係重複之前之學說。



第七項 平野 裕之

平野教授亦屬於近代學者，對於履行不能之定位，其謂，日本民法第四一五條於文義上面係屬於法國民法，並非德國履行不能與履行遲延之二分法之立法體例，因此原本債務不履行的「體系」的議論的必要性是不存在的，但是，由於德國學說之壓倒性的影響，導致學說傳統上係以德國法之解釋論作為出發點。

因此傳統學說以及判例，皆係從履行遲延、履行不能以及不完全履行之觀點出發，解釋所謂之債務不履行的觀念，然而，近年來有學者立於比較法（英美法）之觀點，認為日本民法對於債務不履行的三分態樣（三分說）既沒有必要亦無意義，而認定所謂之債務不履行，應該係不從債之本旨之謂，然而何謂債之本旨，則係從個別契約之解釋得出個別債務之內容為何，而近年來德國債法修正（德國民法第二八〇條一項）亦採用此「包括的債務不履行」之規範模式，使得「一元說」之呼聲達到最高³⁶⁰，同樣地，在法國法上，也是站在一元說之基礎之上，而採取行為債務以及結果債務之區分模式。有學說（平井宜雄教授）之論述受到這一點之影響，而將所謂之「履行不能」與「不依照債之本旨為履行」區分開來而加以說明³⁶¹。

於履行不能之要件之上，平野教授認為，所謂之不能，不限於標的物滅失之物理不能，也包含法律上以及社會通念上面之不能，舉例而言，租賃標的物滅失情形，履行當然係屬不能，然而於契約之標的物為法律所禁止之情形，雖然物理上之履行係屬可能，但是於法律上已經屬於不能，也屬於履行不能，又例如，契約標的物被盜之情形，雖然物理上之履行仍係屬可能，但是仍是社會通念上之履行不能，至於一物二賣之情形，究竟係屬於法律上之不能亦或是社會通念上之不能，則有爭議存在³⁶²。

另外，近年來，德國債法 2001 年之改正，因為履行不能而使得債權人喪失履行請求權之判斷底下，於債務人履行之費用大過於債權人之履行利益之情形，債務人可以拒絕履行，同樣地，於 U.C.C.、PECL 以及 PICC 底下，當債務之履行涉及不合理之費用之負擔，且債權人可以透過其他救濟手段獲得同樣之滿足之時候，債權人之履行請求權將會被否定。這種被當作履行之強制之限界之履行不能以及與其他損害減輕義務相互慣通之法理，皆明顯地顯示出經濟性之要求³⁶³。

最後，於執行程序上，關於履行請求權之程序排除事由，當債務之內容係不

³⁵⁹ 山本 敬三（2008），〈民法講義 IV-1 契約〉，第 1 版，頁 95，東京都：有斐閣。

³⁶⁰ 平野 裕之（2007），〈民法綜合 5〔契約法〕〉，第 3 版，頁 205，東京都：信山社。

³⁶¹ 平野 裕之，前揭註 345，頁 207。

³⁶² 平野 裕之，前揭註 345，頁 221。

³⁶³ 平野 裕之，前揭註 345，頁 222。

特定標的物之給予時，於現行日本民事執行法上，債權人不得從他處購買契約標的物，轉而向債務人請求損害賠償，因此債權人僅得遵從直接強制抑或間接強制之手段（其中間接強制之選擇，係日本民事執行法於 2003 年之修正所增加，係針對間接強制之補充性之反動），而不得選擇代替執行。至於不可代替之行為債務，除有（一）涉及壓抑債務人之自由意思而使其履行之狀況（例如命畫家作畫或舞者跳舞），或（二）強制履行並沒有任何意義之狀況（例如夫妻同居），則可進行間接強制，否則應該轉換成損害賠償³⁶⁴。

³⁶⁴ 平野 裕之，前揭註 345，頁 195。

第四節 日本債權法改正基本方針



由以上之脈絡，可以得知日本民法學說於近年來，有鑑於歐洲區域文件之統合、國際契約文件以及德國債法之修正，而受到一定程度之鼓舞，這一思想之洪流，最終反應在近年來日本債權法一系列之改正之事實之上³⁶⁵，法務省民事局於2006年進行研擬，其間成立「民法（債權法）改正檢討委員會」，法務省審議會亦於2009年成立「法制審議會・民法（債權關係）部會」。

於法制審議會・民法(債權關係)部會成立之前，環繞著債務不履行之制度，已經有兩個提案先存在，第一係民法（債權法）改正檢討委員會所提出之「債權法改正基本方針」（以下簡稱「改正方針」），第二者係「民法改正，國民・法曹・學界有志案」，前者對於現行日本民法有大幅度之改變，而後者則是在延續舊制之基礎上，進行法之續造。民法改正檢討委員會將現行日本民法大幅改正之理由在於，將日本民法與國際潮流接軌，而，所謂之「國際潮流」之意義主要係指國際商品買賣法、歐洲契約法原則等「融合大陸法與英美法之法規範」以及近年來歐洲各國朝此方向之修正³⁶⁶。本文目前先著重於改正方針之內容，針對有關本篇之議題進行研析。

關於履行請求權之排除之議題，可見近年債權法改正方針，日本債權法改正基本方針中，第三篇第一部一章四節〔3.1.1.53〕謂：

〔3.1.1.53〕

「債權者は、債務者に対し、債務の履行を求めることができる。」（債權人可對債務人請求債務的履行）

而這是基於債權所生的履行請求權³⁶⁷，這是債權最基本的效力，雖於審議之過程中，有意見認為這種基本之觀念根本不需要規定，惟，如不予以規定，一旦越過日本國境，則將不為讓外人所理解，從比較法的觀點來看，雖然債權人可以請求債務人履行是大陸法系的特色，但是英美法在原則上卻是與大陸法系相反，日本債權法改正是採取前者的規則，但是於下面的例外狀況，則排除債權人之履行請求權³⁶⁸。此觀〔3.1.1.56〕謂：

〔3.1.1.56〕

³⁶⁵ 陳自強「日本債法改正新動向」法學新論，26期（2010），頁11。

³⁶⁶ 加藤 雅信（2011），〈民法（債權法）改正：民法典はどこに行くのか〉，第1版，頁31，東京都：日本評論社。

³⁶⁷ 民法（債權法）改正檢討委員会（2009），〈詳解・債權法改正の基本方針Ⅱ 契約および債權一般（1）〉，第1版，頁184，東京都：商事法務株式会社。

³⁶⁸ 內田 貴（2009），〈債權法の新時代：「債權法改正の基本方針」の概要〉，第1版，頁80，東京都：商事法務。

「履行が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理に期待できない場合、債権者は、債務者に対して履行請求をすることができない。」(履行為不可能或按照契約之本旨而無法合理期待債務人履行時，債權人不可請求債務人為履行)

本條係〔3.1.1.53〕的履行請求權的障害要件，在日本的現行民法上，雖然沒有對於履行請求權的限界事予以規定，惟於解釋論上，一旦履行被解釋為不能之時，債權人將喪失履行請求權，惟不論如何，學說對於「不能」，往往僅限於觀念上之講解及分類（如主觀、客觀、自始、嗣後等），這些也只是觀念上之區分³⁶⁹。

關於本條，有兩點可以加以說明。其一，履行為不可能之事由可見該條解說之〔事例1〕，例如，當A將自己的所有建物（甲）賣給B，在約定的交付日期上，該建物因為火災而滅失，此時，B不可以請求A將建物（甲）移轉給自己。

其二，何謂按照契約的本旨無法合理期待債務人履行？按照該條解說內容，在現在日本民法下的學說，學說會使用所謂「社會通念」或「社會交易觀念」的補助觀念來柔軟化「不能」的概念，但是，不論如何，這種說法頂多是將傳統有力說的見解重新聲明一遍，然而，更加明確或清楚之判斷標準應該被表示出來，所以方針於此處表明，至於最後履行是否可以期待，應該回歸契約的內容以及目的而定，以合理性以及「客觀性」為準，並非以債務人「主觀性」情事為準。³⁷⁰詳言之，契約之目的、性質、對象、契約當事人之屬性、當事人締結契約時候之情事以及其他環繞當事人之各種情事也應該被納入判斷當中³⁷¹。

依照該條解說的〔事例2〕，舉例言之，A將自己價值30萬日圓的戒指（甲）賣給B，在用腳踏車載送戒指到B的住處的時候，經過橋上，因為腳踏車的物轉失誤，該戒指（甲）滑落湖底，依照當時的科學技術，要把戒指打撈起來是有可能的，但是打撈起來的費用大約要800萬日元幣，在這種場合底下，由於不可能期待A依照契約的意旨將戒指（甲）打撈起來，所以B不得向A請求交付該枚戒指。另外，再依照〔事例3〕，A將兩噸的航空機燃料賣給B，約定三個月後給付，但是在締結契約後兩週內，中東與南美的產油國因為捲入大規模的戰爭，原油價格翻騰十倍，航空機燃料的價格也隨之翻騰十五倍，A要調送飛機燃料是極其困難的，因此B不得請求A交付飛機燃料³⁷²。

至於〔3.1.1.61〕則謂：

〔3.1.1.61〕

「債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者はその強制履行を裁

³⁶⁹ 內田 貴，前掲註368，頁80。

³⁷⁰ 民法（債權法）改正検討委員会（2009），（シンポジウム「債權法改正の基本方針」），第1版，頁16，東京都：商事法務。詳見潮見教授之說明。

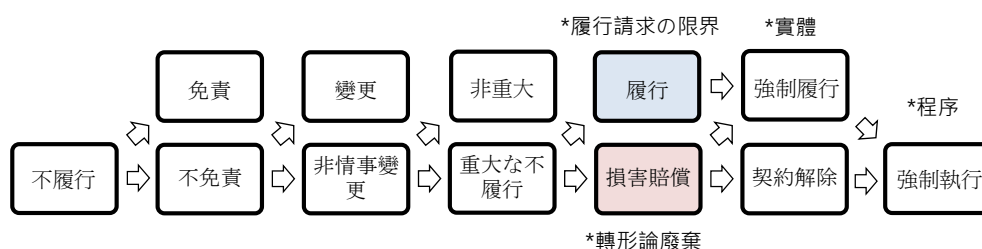
³⁷¹ 民法（債權法）改正検討委員会（2009），（債權法改正の基本方針），第1版，頁132，東京都：商事法務。

³⁷² 民法（債權法）改正検討委員会，前掲註367，頁198。

判所に請求することができる。ただし債務の性質がことを許さないときはこの限りでない。」(債務人任意地不履行債務時候，債權人可以請求裁判所強制債務人為強制履行，但是依債務之性質所不容許者，不在此限)

其中，依照該條解說，債權人主要有享有四種權利，其分別是契約債權、履行請求權、強制履行請求權以及強制執行請求權，其中，契約「債權」係作為契約之統體地位，即便「履行請求權」被排除，契約債權仍然存在，而「損害賠償請求權」亦存續。而履行請求權，除了成為任意請求之根據之外，亦作為禁止債務人不法行為之根據，履行請求權雖然多少發生法之效果，惟真正作為法院可以裁判履行之依據，係後來之強制履行請求權，而強制履行請求權，雖係針對於民事執行法所被規範的強制執行制度之規定，惟實際上係實體法上請求權，至於強制執行請求權，才是程序法上權利，至於強制執行請求權之內容，依照解說，則交由民事執行法予以處理³⁷³。

另外，對於日本債權法改正方針，大致可圖示如下：



圖表〔四〕：日本債權法改正之違約救濟流程

其間，除上開履行請求權之限界事由之外，尚有數點可以加以說明。

其一，於過失責任主義上，現行日本民法第 415 條僅僅謂：「債務人不依從債之本旨履行的時候，債權人可以請求因此所生之損害之賠償。」其文字上面並未有任何關於「過失」之字眼，但是由於德國學說之影響，學說傳統上仍將其解釋為必須以過失為要件，但是事實上，在日本的實務判例上，幾乎沒有「債務人以不可歸責於自己之事由導致履行遲延為由而免除責任」之案例發生，而真正發生「免責」之案例，幾乎都是趨近於不可抗力之事故導致債務人無法履行之狀況。而在檢討委員會試案中，以廢棄這種過失主義為其目標³⁷⁴。舉例言之，A 是電熱器之製造商，B 與 A 約定以 300 元之價格購入一台電熱器，但是在約定交貨的後兩天，該電熱器因為一場大火而滅失，在傳統日本債權法之脈絡底下，首先會先問是否可歸責於債務人，如係可歸責，則進入損害賠償程序處理，反之，當不可歸責於債務人時候，則進入危險負擔之程序進行處理³⁷⁵，但是在改正方針底下，

³⁷³ 民法（債權法）改正検討委員会，前掲註 367，頁 230。

³⁷⁴ 內田 貴，前掲註 368，頁 83。

³⁷⁵ 高須 順一（2010），（民法（債權法）改正を問う：改正の必要性和あるべき姿），第 1 版，頁 78，東京都：酒井書店。

這種過錯原則並非債務不履行之要件，因此危險負擔也沒有必要獨立出來成為一個獨立的制度，債務人就算沒有過失，是否構成債務不履行，則交由債務不履行責任制度處理即可，因此方針在〔3.1.1.85〕明文廢止危險負擔制度³⁷⁶。

其二，於債務不履行之態樣，依照〔3.1.1.62〕謂：

〔3.1.1.62〕

「債權人可以針對債務人因債務不履行所生之損害，請求損害賠償」

依其解說，係揚棄舊德國學說對於債務不履行之態樣之三分法（履行不能、履行遲延、不完全履行），蓋德國債務不履行之三分法，存有諸多問題，如，三分法無法包攝拒絕履行之態樣，又如，一不履行態樣可能被歸類為數種類型，導致適用上之複雜化及矛盾，再如，不完全履行之概念上過度膨脹，導致適用更加上混亂，因此，最後回歸不履行一元論³⁷⁷。

其三，於「不履行」可否「免責」之問題，依照〔3.1.1.63〕謂：

〔3.1.1.63〕

「(1) 債務人因其所不應該承擔之事由而發生債務不履行之時，債務人不負〔3.1.1.62〕之損害賠償責任。(2) 債務人享有〔3.1.1.54〕以及〔3.1.1.55〕所定之同時行抗辯權或不安抗辯權之時，債務人不負〔3.1.1.62〕之損害賠償責任。」

依照該條提案要旨，係避免將其被認定是德國法上之過錯原則（過失原則），故以「不應該承擔之事由」而回到契約之拘束力為核心之觀念，且依照提案解說，其中有幾點須注意之處，本條並非對於「債務不履行」之構成之判斷，也並非對於「債務內容」之解釋與判斷³⁷⁸，更並非對於「不可抗力」之判斷³⁷⁹，亦並非對於「結果債務」抑或「手段債務」之判斷³⁸⁰，而係針對契約中當事人所未能想定之債務不履行之事由做出規範。舉實例而言，以其中〔適用事例2〕為例，B向A訂購電腦程式，此種程式之規格是為了B而量身訂做，以作為B向其顧客展示房屋樣品細節之用，於此程式設計之初，B向A詳細指示，A依其指示製作程式，惟完成後，此電腦程式完全無法運作，經查，係因B之指示有誤，導致程式無法運作，但是契約中並未約定A應承擔B指示錯誤之風險，故如A能舉證如此，則A可免責，此係參照PECL 9:504（內文係調針對9:505，似有誤植），與英美法上之與有過失（contributory negligence、comparative negligence）³⁸¹有所關聯。

³⁷⁶ 高須 順一，前揭註 375，頁 79。

³⁷⁷ 民法（債權法）改正檢討委員會，前揭註 367，頁 243。

³⁷⁸ 民法（債權法）改正檢討委員會，前揭註 367，頁 248。

³⁷⁹ 民法（債權法）改正檢討委員會，前揭註 367，頁 252。

³⁸⁰ 民法（債權法）改正檢討委員會，前揭註 367，頁 253。

³⁸¹ See, G. H. Treitel, *supra* note 89, p.982。

至於所謂「債務人所不應該承擔之事由」以及「社會通念上之不能」之關聯為何，則留待解釋論之發展³⁸²。

然而事實上，日本債權法改正方針會有如此之規定，本文探究其主要之原因係，學者認為，所謂的「義務違反」與「債務不履行」在觀念上是可以區分的，債務不履行不一定就是等於義務之違反³⁸³。

其四，契約解除，依照〔3.1.1.82〕謂：

〔3.1.1.82〕

「(3) 解除權的行使不妨礙損害賠償請求權的行使。」

蓋謂不妨礙者，必係以已經存在之物作為不妨礙之對象，故此並非英美法上之契約解消，而係大陸法契約解除之觀念，惟，依照〔3.1.1.65〕謂：

〔3.1.1.65〕

「(1) 債權人於以下各款所列之事由，本於〔3.1.1.62〕，可對債務人請求替代履行之損害賠償。

ア 履行係屬不可能或履行依照契約本旨係屬無法合理期待者。

イ 不論履行期是否屆至，債務人已經明確表示不履行債務者。

ウ 於債務不履行之時，債權人已經給予一段合理之催告期間，但於該期間經過後債務人仍未履行者。

エ 契約經解除之時。」

其間之事由與爾後之債權法改正試案〔第 11 之 1〕相比，有諸多重疊之處，與英美法之重大不履行（fundamental non-performance）之事由相比，亦有諸多重疊之處，可謂此為重大不履行之概要，於此重大不履行之狀況，債權人可直接請求替代履行之損害賠償，而不需經契約解除³⁸⁴，另，改正檢討委員會在此承認代替履行之損害賠償請求權與履行請求權可以並存，換言之，檢討委員會已經有放棄傳統轉形論與同一性理論之意味存在，但是針對這一點，有學說提出質疑，此說認為，讓債權人可以同時行使損害賠償請求權以及履行請求權，可能會讓債權人有

³⁸² 民法（債權法）改正檢討委員會，前揭註 367，頁 247 及 255。

³⁸³ 內田 貴，前揭註 368，頁 85。惟於英美法下，所謂義務之違反（obligation）恆等價於（≡）債務不履行（non-performance），因為 perform 的對象即是 obligation，See, E. Allan Farnsworth, supra note 90, p.501。這些義務可係契約文件明定的，亦可係解釋出來者（construed），此點與日本債權法改正方針之觀念有所差異。所以日本債權法改正方針之債務不履行並非英美法之債務不履行之觀念，而英美法之「債務不履行」反而更切近於日本債權法改正方針的「不可免責的債務不履行」或「義務之違反」。

³⁸⁴ 大阪弁護士会（2011），（民法（債權法）改正の論点と実務〈上〉：法制審の検討事項に対する意見書），第 1 版，東京都：商事法務。404，頁 21。亦即債權法改正方針在此看似兼採取日本傳統實務見解（解除後賠償），以及日本傳統學說見解（期限後賠償）。然而本文認為，事實上，其後之改正試案對此一議題，實質上卻是完全偏向英美法，而完全不採實務或傳統學說之見解，詳見下述改正試案第〔第 10 之 3〕之說明。

雙重得利之風險，是否更應該表明如果其中一請求權獲得實現之時，另外之權利應該消滅呢³⁸⁵？

其四，針對債權人之追完請求權，基本方針於各種契約之部份，為如下之規定，首先係買賣之規定：

〔3.2.1.16〕（針對目的物之瑕疵之買主之救濟手段）

「(1) 給付給買主之標的物存有瑕疵時，買主可以行使以下之救濟手段。

ア 請求另行交付無瑕疵之物（代物請求抑或修補請求等追完請求）。

イ 請求減少價金。

ウ 解約。

エ 請求損害賠償。

(2) 瑕疵是否存在之判斷時點，係依照〔3.2.1.27〕之危險負擔之移轉之時點為準。」

依照改正方針對於該條之提案要旨，受有瑕疵之給付之買受人，對於出賣人可以請求交付無瑕疵之物，這種「代物請求」以及「修補請求」，統稱為「追完請求」（或稱「完全履行請求」），而與「解約」和「損害賠償」同樣係遵照「債務不履行」之一般原則³⁸⁶，至於「減少價金」，則定義有所差異，依照〔3.2.1.11〕之提案要旨，「減少價金」係不同於其他之獨立之救濟手段，舉例而言，當契約之一部份之給付，由於嗣後發生之免責之情事導致債務人無庸負擔債務不履行之責任時，「減少價金」可以此作為保持對價衡平之救濟手段³⁸⁷。

針對此種瑕疵擔保責任之性質，係屬長久以來之論爭，可分為「法定責任說」以及「契約責任說」，惟其間之爭論並非本文所關注之焦點，大致上，改正方針已經採取「契約責任說」。

另，並依照該條之解說，本條所列舉之買受人之「追完請求」，係從「債務不履行」責任之一般原則所衍生出來之救濟手段，不外乎原本「履行請求」之延長（本來の履行請求の延長にほかならず），然而於債務不履行之一般規定底下，並未針對債權人於個別之契約之原本履行請求權之延長進行規範，因此，本條具有具體化此一救濟手段之重要意義³⁸⁸。

至於個別救濟手段之間之關聯為何？詳見下一提案：

〔3.2.1.17〕（救濟手段之個別要件以及其間之關聯）

³⁸⁵ 池田 真朗、平野 裕之、西原 慎治（2010），（民法（債權法）改正の論理：別冊タートノマン），第1版，頁485，東京都：新青出版。惟，不論如何，此一質疑在改正試案當中獲得回應，詳見下述改正試案第〔第10之3〕。

³⁸⁶ 民法（債權法）改正検討委員会（2009），（詳解・債權法改正の基本方針IV 各種の契約（1）），第1版，頁72，東京都：商事法務株式会社。

³⁸⁷ 民法（債權法）改正検討委員会，前掲註386，頁58。

³⁸⁸ 民法（債權法）改正検討委員会，前掲註386，頁74。

「〔3.2.1.16〕(1) 所定之各種救濟手段之要件以及其相互之間之關聯，規定如下。

ア 〔3.2.1.16〕(1) ア款所規定之代物請求，依照契約以及目的物之性質而不適宜者，不應該被承認。

イ 〔3.2.1.16〕(1) ア款所規定之修補請求，依照瑕疵之程度以及態樣，而修補所需費用過鉅者，不應該被承認。

ウ 〔3.2.1.16〕(1) ア款所規定之代物請求以及修補請求兩者皆有可能存在時，買受人可以依照自己之意思，擇一行使。

於此情形之下，出賣人可以以代物之給付而免除修補義務。

另，針對買受人之代物請求，當瑕疵係屬輕微時，且修補係屬容易為之時，且修補於相當之期限之內可以完成者，出賣人可以於該相當期限之內完成修補而免除給付代物之義務。

エ 〔3.2.1.16〕(1) イ款，於債務人免責且債權人不得行使履行請求權時，應該被承認。但當買受人可以行使ア款之權利之時，買受人為ア款之形為之催告之後，而出賣人仍不於期限之內予答應之限度之內，則イ款應該被承認。

オ 〔3.2.1.16〕(1) ウ款，以「出賣人於經催告之後仍不為無瑕疵之物之給付而該當契約重大不履行」為要件。

カ 出賣人證明有免責事由之時，〔3.2.1.16〕(1) エ款之救濟手段不應該被承認。

キ 當買受人可以行使〔3.2.1.16〕(1) ア款之追完請求權時，〔3.2.1.16〕(1) エ款之救濟手段於買受人定相當之催告間請求出賣人追完，而其期限經過之後出賣人仍不追完者，應該被承認，但是，期限經過之後，出賣人於「買受人行使追完請求」之時點開始，陷入遲延賠償之債務。

ク 買受人行使〔3.2.1.16〕(1) イ款之權利時，〔3.2.1.16〕(1) ウ款之救濟手段不應該被承認。與〔3.2.1.16〕(1) イ款之權利不相容之〔3.2.1.16〕

(1) エ款之救濟手段不應該被承認。」

依照該條之提案要旨，ア和イ款係屬〔3.1.1.56〕(履行請求權之限界事由)之具體化規定，而代物請求以及修補請求，原則上係由買受人自由決定，同時，針對代物請求，出賣人可以以修補代之之要件，於ウ款進行規定³⁸⁹。為了方便說明本條之運作模式，復依照該條之解說，茲舉兩例作為分析標的：

〔適用事例 1-1〕

販賣新車之 A 以 150 萬元之代價出賣中古車甲給 B，於交付之後，甲之引擎乙之重大瑕疵為 B 所發現，為了能夠繼續使用該車甲，必須將引擎乙進行全面之更換。更換所需費用為 50 萬元。

³⁸⁹ 民法(債權法)改正検討委員会，前掲註 386，頁 77。



〔適用事例 1-2〕

販賣中古車之 A 以 150 萬元之代價出賣中古車丙給 B，於交付之後，丙之引擎丁之重大瑕疵為 B 所發現，為了能夠繼續使用該車丙，必須將引擎丁進行全面之更換。更換所需費用為 50 萬元。

以此兩案件為例，強迫使 A 支出 50 萬元之替換費用，是否不符合比例這件事雖然是無法得知的，但是這 50 萬元之費用是否過份，則成為問題。於〔適用事例 1-1〕，當 A 向 B 請求修補乙之時，B 可以替換引擎，以避免支付過高之修補費用，惟，於〔適用事例 1-2〕，由於雙方之契約係中古車之買賣，雙方可能會對於中古車之個別性予以重視，於此前提之上，當 A 有提供其他同種類之中古車之意願而 B 拒絕接受之時（註：由於其為特定物之買賣），A 無法履行債務，此時，如果 B 主張 A 應該修補丙之時，A 在怎樣之場合底下才可以免除此一修補之義務，應該依照了款契約以及目的物之性質以及了款瑕疵之程度以及態樣，而判斷 A 是否必須負擔過份之修補費用（註：此案例似應該係屬需要過份之費用）。

關於追完請求權中之代物請求以及修補請求，兩者並沒有孰優孰劣之問題，於國外之立法體例當中，追完之方法，原則上係由出賣人選擇，另外一方面，於消費者買賣之上，原則上係由消費者選擇³⁹⁰，在本條之下，當買受人請求修補時，出賣人有權選擇給予代替之物，反之，當買受人請求代替之物時，於一定條件之下，出賣人可以轉而以修補為之³⁹¹。

至於了和了款之具體化操作，不妨參照森田宏樹教授之見解，森田宏樹教授認為，可以參照法國民法之理論，當買受人要行使瑕疵修補請求權時，必須符合以下要件，（一）瑕疵並非不可能修補，（二）修補瑕疵所需要之費用與損害賠償之費用相比，並非明顯失衡。亦即，（一）當瑕疵重大到被認為「為達到契約目的而瑕疵修補係屬不可或缺者」時，原則上瑕疵修補請求權應該要被承認，但是「修補瑕疵所需之費用」與「因瑕疵修補所可以獲得之利益」相比，顯失均衡者，不在此限，又例如，（二）瑕疵並非重大，而修補瑕疵所需費用與減價之額度相比，較為微小者，此時瑕疵修補請求權應該要被承認³⁹²。

然而，該說所謂「為達到契約目的而瑕疵修補係屬不可或缺者」，究竟與英美法上所謂之「金錢賠償並非妥適之救濟手段」（damages are inadequate），有何關聯？另外，該說所謂「修補瑕疵所需費用」與「因瑕疵修補所可以獲得之利益」，實際上究竟應該如何計算？前者是否指涉「出賣人因修補瑕疵與損害賠償相比，所需額外付出之費用」？而後者是否係指「因修補瑕疵而填補之賠償金所無法填補之損害」？該說並未明言。另外，事實上，當瑕疵修補所需費用遠低於減價之

³⁹⁰ 民法（債權法）改正檢討委員會，前揭註 386，頁 79。

³⁹¹ 民法（債權法）改正檢討委員會，前揭註 386，頁 80。

³⁹² 森田 宏樹（2002），〈契約責任の帰責構造〉，第 1 版，頁 248，東京都：有斐閣。

額時，為何出賣人會不願意修補瑕疵，而願意讓買受人進入法院訴請修補瑕疵？若並非如此，則爭議進入法院時，往往代表出賣人修補費用高於減價額度，則該說後一判斷要件似屬多餘。

值得注意者係，該條之ㄨ款，可與我國判決〔C10〕82年度台上字第1985號判決做一對比，很明顯地，我國法院認同買受人擁毫無限制之選擇權，而此與改正方針有所不同。

另，本條ㄨ款後段所謂「與〔3.2.1.16〕(1)ㄚ款之權利不相容之〔3.2.1.16〕(1)ㄚ款之救濟手段不應該被承認」似已默認，「減價」之救濟手段可能會與「損害賠償」重疊（當債務人不免責之時），則此與債法改正方針於〔3.2.1.11〕之提案要旨所謂「減少價金係不同於其他之獨立之救濟手段」之意旨相互矛盾。事實上，當買受人請求損害賠償而將其金額與「尚未給付」之價金進行清算或扣減，則與減價有何差異？此處「法定責任說」之殘影似乎散之不去。

依本文見解，事實上，當無法合理期待債務人按照契約的本旨來履行的話，依照日本債權法改正試案的解說之事例，往往是按照社會一般通念，債務人履行負擔過高（如上開〔事例2〕及〔事例3〕），而於此類案例中，債務人亦無意願繼續履行，若債務人經濟上履約對其仍有利益可言，抑或違約後之損害賠償高於履行負擔，則債務人似無理由違約。

日本債權法改正試案，一方面肯定債權人有履行「請求權」，於另一方面於債務人負擔過高之情形排除債權人之履行請求權，進而實質上將「不能」之概念擴張及於「經濟上不能」或「期待不可能之給付困難」之概念³⁹³。

另外，按照〔3.1.1.56〕之解說，履行是否可以期待，應該回歸契約的內容以及目的而定，以合理性以及「客觀性」為準，並非以債務人「主觀性」情事為準。然而，改正方針該條所謂之「合理性」及「客觀性」其內容為何？是否完全係以債務人之負擔為準？抑或應該考慮到債權人無法為損害賠償所填補之損害³⁹⁴以及執行之成效和金錢賠償妥適性？不論如何，其未來之發展如何，將於下節揭曉。

³⁹³ 潮見 佳男，前揭註 347，頁數 361。關於歐洲消費者買賣指令，可見 Article 3。

³⁹⁴ See, E. Allan Farnsworth, supra note 177, p.603。

第五節 日本債權法改正中間試案



隨著民法（債權法）改正檢討委員會之債權法改正方針之推出後數年，法務省審議會之法制審議會・民法（債權關係）部會於 2011 年 4 月 12 日第 26 次會議公布「民法（債權關係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下簡稱「改正論點」），隨後於 2013 年 3 月 11 日第 71 次會議，亦公布「民法（債權關係）の改正に関する中間試案」（以下簡稱「改正試案」³⁹⁵），隨後並於 2013 年 3 月 19 日公布「改正試案之概要」，以及於 4 月 16 日公布「改正試案之補足説明」。體現改正論點之改正試案大體上係延續改正方針，雖稍有修正，但基本上並未有過鉅之變動，且改正試案對於觀念上之釐清，與上一段之方針相比，力求更細緻之表達，改正試案雖非正式之立法，然而，參與改正之人員，三分之二以上係法務省之官員以及有影響力之學者，其未來之發展，不容小覷，以下詳論之。

首先按日本債權法改正試案第 9 之 1（債權の請求力）謂：

〔第 9 之 1〕（債權の請求力）

「債權者は、債務者に対して、その債務の履行を請求めることができるものとする。」

按照改正試案之説明，由於在日本債權法下，雖然有針對債務人不履行時，債權人所可以採取之策略之規定，例如債權人可以依照日本民法第四一四條請求裁判所為「強制履行」，但是作為前提的債權人對於債務人的履行的請求力，並未有明文規定，日本學說通常將債權人之債權區分為「請求力」、「保持力」、「訴求力」，以及「執行力」，然而針對第一者，現行民法並未有明文規定³⁹⁶，因此，試案將學說上一致的多數說予以明文化³⁹⁷。此條與債權法改正方針之〔3.1.1.53〕相比，幾乎一致。

有關於履行不能，第 9 之 2（履行請求権の限界事由）謂：

〔第 9 之 2〕（履行請求権の限界事由）

「契約所生之債權（金錢債權除外）於構成以下任何單一事由（下稱「履行請求の限界事由」）之時，債權人不能對債務人請求履行：

ア 履行在物理上是不可能。

イ 債務人繼續履行的費用如果大過於債權人因為履行所可以獲得之利益。

³⁹⁵ 然須注意者係，此官方之改正試案，係不同於學術所發起之改正試案（如加藤教授所發起者），為避免用語上之混淆，此處之改正試案係指稱前者，合先敘明。

³⁹⁶ 民事法研究会（2011），（民法（債權關係）の改正に関する検討事項：法制審議会民法（債權關係）部會資料 <詳細版>），第 1 版，頁 3，東京都：民事法研究会。

³⁹⁷ 民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き），平成 25 年 3 月 19 日公布。

ウ 其他依照契約之本旨，如果讓債權人請求債務人履行會是不妥當者。」

依照改正試案於該條之說明，向來這種不能請求履行之情形一般而言是被稱呼為「履行不能」，但是不侷限於物理上的不能，履行需要過份費用的狀況，這種難以被解讀為常用的「不能」的狀況也被包含在內，因此，將這種費用過鉅的情形解釋為「不能」是否妥適，即是問題所在，因此，本條將「履行不能」代換為「履行請求之界限」（履行請求權の限界）³⁹⁸。

本條相較於債權法改正方針之〔3.1.1.56〕，有著更為詳盡的規定，其中之イ款，更為明白表示，如果債務人繼續履行的費用如果大過於債權人因為履行所可以獲得之利益，則債權人不得請求債務人為履行，提供了判斷「社會通念之不能」明確之標準，似較接近德國債法改正之作法（德國民法二七五條）³⁹⁹。其中之ア款多了「物理」之規定，使所謂物理不能與社會通念上之不能可以因此區分出來，而最後通稱為履行請求之排除事由。然，事實上，於公布前，在彙集各說意見時，〔第9之2〕草稿中，原本之イ款僅僅謂：「履行に過分の費用を要する。」（於履行上需要過度之費用）這一點為學者所批評，認為與現行日本民法第六三四條一項同樣都是會產生「債權人因履行所獲得之利益」以及「債務人因履行所必須承擔之負擔」之不均衡之現象，因此改正試案應該更加表明如此⁴⁰⁰。

其中至於ウ款則係判斷標準，關於履行請求權之限界事由之判斷標準，依照先前改正論點之說明，一般而言，履行不能之場合底下，履行請求權之限界產生，而應該有明文表彰履行請求權之限界之概念，故於改正會議中，多數意見認為應該設置履行請求權之排除事由，此並無爭議，然而針對排除事由之「判斷標準」，於會議當中，有多數之意見存在，第一種見解係認為應該依照「社會通念」為之，第二種見解認為應該以「契約旨趣」為之⁴⁰¹，第三種見解係認為應該以「社會通念」以及「契約旨趣」為之，第四種見解認為應該以「契約旨趣」底下之「社會通念」為之，各式各樣的見解在會議當中被提了出來⁴⁰²，然而事實上，改正試案最後似乎係採取第四種或第二種見解，此點與之前之改正方針相比，就判斷之標準而言，並無太大之改變。於改正論點之討論會議過程當中，針對這個問題，有論者認為，在現行日本民法底下，在判斷履行是否可能之情況底下，社會的交易觀念以及債務人的主觀情事也會被包含在考慮之範圍之內，然而針對所謂之社會

³⁹⁸ 民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き），平成25年3月19日公布。

³⁹⁹ 潮見 佳男，前掲註246，頁74。同樣，對於各國以及國際之立法例之比較，詳見，民事法研究会，前掲註405，頁8。

⁴⁰⁰ 潮見 佳男，中間試案のたたき台（1）についての意見，平成24年12月4日。事實上，日本民法第六三四條謂「瑕疵並非重要，然而修補瑕疵需要耗費過大之費用之場合」底下，債權人不得請求債務人修補瑕疵，潮見教授認為，此一既已存在之規定其實已經相當類似於近代比較法上之利益衡量之規範模式，而可以將之擴大及於對於履行不能之解釋，詳見，潮見 佳男，前掲註246，頁76。

⁴⁰¹ 民事法研究会，前掲註396，頁9。其中，第一種見解和第二種見解，在3次會議討論當中就已經被提了出來，第一種見解其實就是傳統學說之見解。

⁴⁰² 商事法務（2011），（民法（債權關係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明），第1版，頁20，東京都：商事法務。

交易觀念，很難說完全沒有考慮到當事人之契約之內容以及其他相關契約內容之情事，很難說外在客觀之基準與當事人內在契約之基準是完全可以區別的，舉例而言，日本實務上，當不動產出賣人將契約標的物一物二賣之情形，實務上也會考慮到契約債務內容之履行所伴隨之具體情事對於債務人所造成之困難⁴⁰³。

另外，於審議會議當中，有意見認為，債權人履行請求權之限界也應該影響債權人追完請求權（瑕疵修補請求權）之規定，蓋，於不履行的場合，追完請求權亦是債權人履行請求權之展現，而如果將兩者本質上視為同一的話⁴⁰⁴，則履行請求權之限界事由也應該適用於追完請求權，且亦有必要在各論當中，個別地去細緻規定追完請求權之限界，以便於因應各種不同契約之性質⁴⁰⁵。事實上，這一看法，影響了日後債權法改正試案之修正方向，其後之改正試案於買賣一章節之〔第 35 之 4〕之概要，即明白表示：「それらの履行の追完を請求する権利の限界事由（履行不能）につき，履行請求權の限界事由の一般原則に従うことを明らかにしている。」⁴⁰⁶（就這種請求履行之追完之權利的限界事由，現今明白規定應該遵從履行請求權之限界事由）

針對這種履行請求權被排除之效果，改正試案第 10 之 3（代替履行之損害賠償）對於這種履行請求權被排除之場合，賦予債權人損害賠償請求權：

〔第 10 之 3〕（代替履行之損害賠償）

「民法第 415 後段之規範依次改正如下：

（1）於該當以下任何一款之場合，債權人可以針對債務人請求替代債務履行之損害賠償：

ア 關於債務之履行請求權之限界事由發生。

イ 債權人基於債務之不履行而解除契約。

ウ 於上一イ款，雖債權人不解除契約，但債權人已經定有相當之期間而催告債務人履行，但是債務人仍未履行。

（2）債務人表示有不再繼續履行債務之意思或其他類似之事由，而債務人不履行之意思已經相當明確，以前項事由論處。

（3）當債權人依照前兩項向債務人請求損害賠償時候，債權人不得再向債務人請求債務之履行。」

依照本條規定之概要，對於這種損害賠償，於現行日本債權法上，並無此一規定，以往多係藉由學說解釋，加以填補這規範上之不足，現今將其明文化如上條條文。其中第一項ア款係該當履行請求權之限界事由，學說以往皆認為此時履行請求權

⁴⁰³ 田中 豊(2011), (債權法改正と裁判実務：要件事実.事実認定の重要論点), 第 1 版, 頁 302, 東京都：商事法務。

⁴⁰⁴ 大阪弁護士会，前掲註 384，頁 3。

⁴⁰⁵ 舉例而言，民法（債權關係）部會第 3 次會議當中，有意見認為，履行請求權之限界事由，與追完請求權之限界事由，並無區分之必要性，詳見，民事法研究会，前掲註 396，頁 10。

⁴⁰⁶ 民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き），平成 25 年 3 月 19 日公布。

將轉換為損害賠償請求權，關於此點，並無不一致之見解存在。至於第一項ウ款規定，雖然債權人尚未解除契約，但仍得請求損害賠償，雖然在目前的日本學說上，債權人尚未解除契約，是否仍得請求損害賠償仍係有爭議存在，但是在以下的狀況，讓債權人請求替代履行之損害賠償係有實益存在，例如在繼續性供給契約底下，當債務人其中一部分不履行，如果債權人要請求損害賠償必須解除契約的話⁴⁰⁷，將會是有失均衡，因此此時讓債權人直接請求損害賠償係有實益存在。另外，第二項之規定，不問債務人拒絕履行係於履行期之前抑或之後，只要債務人明示拒絕履行，債權人即取得損害賠償請求權，至於債務人於履行期之前拒絕履行時，債權人得否請求損害賠償，雖然判例沒有明文承認之，但是有判例藉由柔軟化「履行不能」之概念，而讓債權人可以請求損害賠償，除此之外，如果債權人在履行期前已經因為債務人明確地拒絕履行，而確定將無法獲得履行，也應該可以視為履行不能，而做相同之處理⁴⁰⁸。其中，值得注意者係，依照該條概要以及第三項之文義，債權人可以自行選擇履行請求權亦或是損害賠償請求權（可以說是對於傳統轉形論之完全棄守），惟，當債權人選擇損害賠償請求權之後，即不得再向債務人請求履行⁴⁰⁹。

並且，針對〔第 10 之 3〕之損害賠償之計算，改正試案第〔第 10 之 7〕進一步規定：

〔第 10 之 7〕（過失相殺の要件及びその効果）

「民法第 418 條之規定改正如下：

關於債務不履行以及因此所致之損害之發生或損害之擴大，為了防止這種損害之擴大，當依照情況而要求債權人為防止損害擴大之防止措施係屬合理，而債權人不採取此一措施時，法院可以考量此一情形而調整損害賠償之額度。」

依照本條之概要之說明，由於現行日本民法第 418 條於文義上僅針對導致債務不履行之過失進行規範，然而即便債務不履行發生之後之損害之擴大層面上，通說

⁴⁰⁷ 這些的解除應該是指解除全部之契約，係迄因於日本債權法解釋面並無「一部解除」之概念。詳見，平野 裕之，前揭註 360，頁 190，其間謂：「契約は解除により 1 つの契約が消滅するかどうかだけが問題にある。」

⁴⁰⁸ 民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き），平成 25 年 3 月 19 日公布。但不論如何，對於將「拒絕履行」歸類為「履行不能」之作法，有批評者指出，這種作法會使得債權人喪失繼續行使履行請求權之機會（轉形論）。有另外一種見解係，將債務人期前拒絕之行為視為「準備義務」之違反，讓債權人可以因此享有選擇是否催告（並請求賠償）之權利，見中田 裕康，前揭註 323，頁 115。然而實際上，若謂從替代性交易與損害減輕之角度觀察，債權人之催告程序是否仍係必要？若一方面謂債權人有損害減輕義務，而另外一方面要求債權人催告已經不會履行之債務人為履行，是否仍有必要？

⁴⁰⁹ 當債權人「選擇」損害賠償之後，即不得請求履行，所以，此時債權人表面上雖然看似是選擇一個已經存在之損害賠償請求權，惟本文認為，債權人此一「選擇」其實是行使英美法上契約解消之權利，蓋於英美法上，一旦債權人「選擇」解消契約後，債權人即消滅債務人原本債務（first obligation）而取得賠償金之請求權（secondary obligation），而無從訴請原定給付履行之可能，此與該條第三項之意旨相同，故實際上〔第 10 之 3〕（3）此短短一行文，是否才真正係納入英美法解消契約體系之重大關鍵？

認為，還是有可能有債權人之過失相抵之存在可能，因此，本條將通說之說法予以明文化。且該條所謂之「依照情況」，應該依照契約之本旨以及誠信原則為判斷基準，且劃定於債務不履行發生之後，可以合理期待債權人進行何種之損害減輕措施而決定損害賠償之額度⁴¹⁰。

依照概要之說明，則當債權人訴請債務人為履行，但因履行請求權之限界事由而敗訴之際，債權人轉而請求損害賠償時，其金額之計算，似亦應依照〔第 10 之 7〕而為計算。然而，事實上當債權人請求債務人按照原本契約內容履行債務時，由於日本傳統見解底下，可以從市場上進行替代性交易之債務，不論其債務內容係屬行為債務抑或給予債務，由於並無履行不能之可能，因此亦無因履行不能而生之損害賠償（但會有因執行不能或無效果而生之損害賠償，詳見後述〔J 4〕），故邏輯上，此時不會有替代性交易之損害減輕義務於此之適用問題，如日本債權法改正成為正式立法後，此一問題應該會浮上檯面，此時不妨參照英美法院之處理方法，詳見前述美國法院判決〔A 14〕New Life Community Church of God v Adomatis, 672 N.E.2d 433 [1996]之案例。另，改正試案底下，何時「可以合理期待債權人採取損害減輕措施」？改正試案〔第 10 之 7〕於此並未明言，僅以「契約本旨」以及「誠信原則」做結，惟，由於改正試案將「履行請求權之限界事由」當作損害賠償之發生契機，容易導致「以履行請求權之限界事由之發生時點作為合理期待債權人減輕損害之時間點」之結論或誤會，無疑地，若依照此一邏輯，於債權人未能知悉該事由發生時，債權人必須承擔莫大之不利益。反之，若以債權人「知悉」之時點作為基準⁴¹¹，則問題又在於「債權人何時知悉」？是否以債務人「拒絕履行或於恩惠期限經過後仍不履行（明示或默示）」作為債權人損害賠償請求權以及損害減輕義務「同時」發生之契機，於立法技術上會更加一貫？而於債權人仍執意請求債務人履行時，履行請求權之限界事由則成為排除債權人履行請求權之契機？由此可見，日本債法改正試案目前係將「履行請求權之限界事由」與其他重大違約態樣（fundamental breach of contract）並列之「編排方式」，恐容易導致誤會⁴¹²。而事實上，英美法底下所謂之重大違約態樣，並無「履

⁴¹⁰ 民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き），平成 25 年 3 月 19 日公布。

⁴¹¹ 事實上，此一見解於日本傳統實務上已經有所認識，詳見，平井 一雄、清水 元，前掲註 313，頁 77。然而問題在於，債權人何時「知悉」？是否以債務人拒絕或於恩惠期限經過之後仍不履行之時為準？如係如此，是否已經承認拒絕履行為債務不履行之態樣之一？如係如此，則「履行不能」是否仍有必要作為債務不履行之態樣之一？

⁴¹² 此編排方式，看似仍受到傳統學說之影響，而將履行不能視為債務不履行之態樣之一，關於此點，由法制審議會民法（債權關係）部會第 95 回會議所公布之資料中謂：「從前の案である部會資料 79-1 第 8、2 の(2)は、債務者がその債務の履行をする意思がない旨を明らかにした場合を履行不能の場合と同様に扱い、填補賠償の請求をすることができることとしていた。ここで実質的に表現しようとしていた内容は、履行不能の場合と同様に扱ってよい程度の状況が必要である。」可見一斑，詳見，民法（債權關係）の改正に関する要綱仮案の第二次案－補充説明，平成 26 年 8 月 5 日公布，頁 4 之說明。且，將履行之限界事由當作損害賠償之發生之基礎，恐怕與一開始試案所宣稱之「債務不履行一元化」之理念相互違背，本文認為，此處條文編排方式不改，則未來對於損害賠償之計算之基時點之爭議可能會不斷，詳見下述〔J 5〕京都地裁所第三民事部（平成 15 年 07 月 15 日・平成 13（ワ）2752）[2003]日本法院判決。

行不能」或「履行請求權之限界事由發生」之型態存在⁴¹³，蓋所謂履行請求權之限界事由，於英美法下，僅係作為排除原定給付履行（specific performance）之訴求之手段，債權人無法訴請原定給付履行之時，法院可以改定給予代替原定給付之賠償金（damages in lieu of specific performance），而將債權人向衡平法院起訴之行為視為向普通法院起訴請求賠償金，惟並不代表「原定給付履行之排除事由本身係屬違約之態樣」，亦不代表「當法院駁回債權人原定給付履行之訴時，債權人取得新的賠償金請求權」。

最後，改正試案第 11 之 1（契約の解除の要件）對於契約之解除進一步規定：

〔第 11 之 1〕（契約の解除の要件）

「民法第 541 條至 543 條依次改正如下：

（1）當事人一方不履行債務之時，另外一方當事人得給予相當的期間催告之，於該一方當事人不於期間之內履行之時，另外一方當事人得因此解除契約，但是這期間經過後，該一方當事人的不履行並不會使得契約的目的受挫的時候，不在此限。

（2）當事人一方不履行債務的時候，該不履行該當下列任一要件之時，另外一方當事人得不經上開催告而解除契約：

ア 依照契約以及當事人的意思表示，如不於特定期日或於一定期間之內完成履行的話，契約的目的即無法達到，而該一方當事人經過該期間仍不履行者。

イ 就債務的全部，構成履行請求的界線事由者。

ウ 除上開的要件之外，當事人一方於接受催告之後，很明顯地不可能達到足以作為契約目的之履行者。

（3）當事人一方於履行期前明確表示沒有履行債務之意思或於履行期前很明顯地不可能達到足以作為契約目的之履行者，以前項事由論處。」⁴¹⁴

依照本條試案的改正，債務人有履行請求權的界線事由之時，債權人得依此作為解除契約的基礎，且不須給予催告。

而契約解除後之效果，依照改正試案第 11 之 3 之（2），仍是以大陸法上互負回復原狀義務為準，惟其中但書說到，不可以危害到第三人之權益（第三者の権利を害することはできないものとす）⁴¹⁵。

雖然這是大陸法系上之契約解消，惟，在契約解消之前，債權人即得請求履行利益之損害賠償（參照前面第 10 之 3）。

⁴¹³ 雖英美法上仍有以「未來履行之不確定性」（uncertainty as to future performance）之重大違約之型態，然而這種重大違約型態與「預期違約」（anticipatory breach）有著模糊之界線，See, G. H. Treitel, supra note 89, p.774。

⁴¹⁴ 民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き），平成 25 年 3 月 19 日公布。

⁴¹⁵ 民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き），平成 25 年 3 月 19 日公布。

第9之3（履行の強制）謂：

〔第9之3〕（履行の強制）

「民法第414條依次修改如下：

（1）債權人可請求債務人履行的時候，當債務人任意地不履行，債權人可以依照民事執行法的規定向裁判所請求直接強制、代替執行、間接強制以及其他基於強制履行之方法。但是依照債務的性質本身所不允許者，不在此限。

（2）前項，並不妨礙損害賠償請求權之行使。

（3）民法第414條2項以及第3項予以刪除。（註）於第三項刪除民法第414條第2項以及第3項同時，該部份的規定將留由民事執行法予以規定，並且有接續檢討之必要。」

本條之改正試案，與改正方針之〔3.1.1.61〕相比，更為詳細。

依照改正試案於該條之說明，日本民法第414條第1項基本上維持其內容，作為實體法與程序法架橋之意，同時，將強制履行之方法交由民事執行法處理，並且，雖然第1項但書仍維持原狀，但是這但書非僅指不允許直接強制的場合，只要債務的性質與強制的債務內容的實現有所扞格（例如使畫家作畫）都算在內。該條第2項則是將原本民法第414條第4項之內容予以維持。第3項則是將原本民法第414條第2項以及第3項之內容予以刪除，而留由民事執行法規定，至於第1項則是作為民法與民事執行法架橋的規定。

按照日本債權法改正試案第9之2（履行請求權の限界事由），對於傳統通說上位之「不能」之定義轉換為「履行請求權の限界事由」，對於下位之「物理不能」仍保持原狀，另，對於下位之「社會通念之不能」轉換為「利益衡量」，另外新增下位概念「依照契約之本旨」。其間之「利益衡量」，係債權法債正方針所無之判斷要件。

其間，「物理不能」以及「利益衡量」係仿照德國債法改正，至於「利益衡量」中所謂「債務人繼續履行的費用如果大過於債權人因為履行所可以獲得之利益」，其內容為何？潮見教授對此有詳細之闡述，舉例而言，當債權人可以透過損害賠償填補所有損害（例如進行替代性交易），此時債權人就不應該再要求債務人為原定給付履行，而使債務人承擔高額之調度成本（調達コスト）⁴¹⁶。

依照潮見教授之見解，精確而言，所謂之「債權人因為履行所可以獲得之利益」（ア）應係指「債權人於債務人為原定債務內容履行所可以獲得之利益」（ア₁）與「債權人於債務人以金錢為損害賠償時所可以獲得之利益」（ア₂）之「差額」（ア₁ - ア₂），而所謂之「債務人繼續履行的費用」（イ）應係指「債務人繼續履行之成本」（イ₁）與「債務人為金錢賠償之成本」（イ₂）之「差額」（イ₁ - イ₂），當後者大於前者時（ア₁ - ア₂ > イ₁ - イ₂），將屬於「債務人繼續履行的費用如果大過於債權人因為履行所可以獲得之利益」。蓋若非作此解釋，而

⁴¹⁶ 潮見 佳男，前揭註246，頁76。

完全按照字面意思解釋，則當「債權人於債務人為原定債務內容履行所可以獲得之利益」(ア₁)皆大於「債務人繼續履行之成本」(イ₁)或「債務人為金錢賠償之成本」(イ₂)，且「債務人履行成本」(イ₁)高過「損害賠償之成本」(イ₂)，此時即便損害賠償或履行債務對於債權人而言利益狀態皆係一致(ア₁ = ア₂)時，依照文義，債權人仍得請求債務人為原本債務內容之履行，將有失公允，自不在話下。

因此，當債權人可以透過替代性交易從市場上取得契約之標的物，轉向債務人請求差額之損害賠償，與債權人迫使債務人履行原本債務相比，債權人都可以達到與原本契底下相同之目的，且債權人之利益狀態皆一致，此時可以說「債權人因為履行所可以獲得之利益」甚小，然而「債務人繼續履行的費用」過高，兩者相比，此時若仍讓債權人繼續行使履行請求權，將有失公平。

然而若以上成立，則可進一步推論，當債務之內容係屬特定之物之給予，由於替代性交易難以進行，債權人難以藉由損害賠償獲得完全之填補，因此「債權人因為履行所可以獲得之利益」較高，此時應做不同之考量，同理，當債務之內容係屬一身專屬性質之服務或行為債務時，由於法院難以確保執行之成果或品質，因此「債權人因為履行所可以獲得之利益」甚小，與「債務人繼續履行的費用」相比，似不應使債權人繼續行使履行請求權，惟，關於此點，仍有諸多議題尚待解決，將於以下第五章第三節予以論證。

第六節 日本實務判決



本文嘗試藉由以上篇幅，帶領讀者觀看近百年來日本學說之發展，及其於立法上之影響。以下本文將嘗試分析日本實務判決以及判例，釐清脈絡，而本文以下之分類方法，亦係依據債務內容作為區分標準，並且所列案號係以「裁判法院〈裁判年月日・事件番號〉[西元紀年]」作為表示，合先敘明，首先係針對給予債務當中契約標的物係無法代替之判決：

〔J1〕最高裁判所第一小法廷〈昭和47年04月20日・昭和44(才)212〉[1972]

〔事實〕原告與被告簽訂房屋買賣契約，約定由被告交屋給原告，而由原告作為自住之用，然而於契約存續期間之內，該房屋之市價不斷上漲，被告將該房屋出賣予訴外人，原告因此提起訴訟，請求法院判決命被告給付賠償金，原審法院認定被告已經陷於履行不能，而賠償金之計算上，係以履行不能成立之時之市價作為計算損害賠償之依據，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決部份廢棄，理由在於，被告既已將房屋出賣予第三人，已經屬於履行不能，然而於損害賠償之計算之上，原審法院係以履行不能之發生時點時候之市價作為計算損害之依據，於法已經有所違誤，蓋，當債務人履行不能時，應該以其明知或可得而知之損害負其責任（註：法院似乎為本件出賣人可以預見市價上漲之情事），雖然本件買受人買受該房屋之目的係在於自住之用，然而本件出賣人如果不一物二賣，則買受人仍可以保留該筆房屋，而享有現實市價上面之利益，因此，原審法院以履行不能之時點作為損害計算之依據，依照上開法理，已經有所違誤。

於此判決底下，法院認定出賣人已經契約底下之房屋出賣予第三人，已經係屬履行不能，此係日本法院向來之見解，除此之外，當出賣人將契約標的物之不動產設定抵押給予第三人，日本法院亦會以「社會通念之不能」而論以履行不能⁴¹⁷。

另外值得注意者係，於計算損害賠償之上，原審法院係將履行不能之時之房屋價格作為計算損害賠償之依據，此點，有所違誤，最後上訴法院認定「應以言詞辯論終結時之市價」作為計算基準，此一判決與前述英國法院判決〔E8〕Wroth v Tyler [1974] Ch. 30 有所相似。

然而，較為細緻之問題係，本件買受人可否有可能進行替代性交易？如不可能，則損害賠償之計算上如以言詞辯論終結時之市價為準，較無疑問，惟，當本件買受人係可能進行替代性交易時，則又何如？此與美國法院判決〔A4〕Centex Homes Corp. v Boag, 320 A.2d 194 [1974]比較，即知有所差異。不論如何，日本法院於此係以「債務人是否明知或可得而知」作為決定計算損害賠償之時點之依據，

⁴¹⁷ 民事法判例研究會(1954)，(判例民法〔大正十一年度〕)，第1版，頁419，東京都：有斐閣。

而並非「債權人是否可以進行替代性交易」作為依據⁴¹⁸。然而，日本法院於此類案件之判斷，亦並非一致，詳見下一更早判例：

〔J2〕最高裁判所第一小法廷〈昭和35年04月21日・昭和30(才)720〉[1960]

〔事實〕原告出賣其所有之土地建物予被告，被告已經依約完成價金之給付，然而原告遲遲未完成移轉登記，其後，原告將土地建物出賣予第三人，被告於是與原告進行價金返還之協商，在協商過程當中，原告與該第三人完成土地建物之移轉登記，然而，原告與被告之間發生爭議，原告因此起訴請求「確認契約已經解除」，在訴訟當中，被告反訴請求履行不能之損害賠償，於第一、二審，賠償金之計算時點成為雙方之焦點，法院皆係以原告完成登記予第三人之時點作為計算賠償金之基準，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，理由在於，當原告完成移轉登記予第三人時，已經陷入履行不能，因此原審以此作為計算損害賠償之基準時點，並無違誤。

此一判決很明顯地與〔J1〕最高裁判所第一小法廷〈昭和47年04月20日・昭和44(才)212〉[1972]有所差異，然，須注意者係，於此一案例當中，原告與被告係「先」進行協商，可見被告（債權人、買受人）已經「知悉」原告（債務人、出賣人），而履行不能之情事係「嗣後」始發生，然而，本件法院最終係以客觀上履行不能之成立時點作為計算損害賠償之基準。

事實上，此為日本法院傳統之見解，原則上係以履行不能時之市價為準，但是，債務人需要為「將履行陷於不能之際」所可以預見之損害額外負責，故，當買受人買受房屋之目的係屬「自用」，而此為債務人「履行不能時」所知悉，於損害賠償之計算時點之上，係以言詞辯論當下之價值為準，然而，反之，當買受人買受房屋之目的係在於「轉賣」，而此為債務人「履行不能時」所知悉，於損害賠償之計算時點之上，係以其間最高市價為準⁴¹⁹。然本文推論之所以會有這種之推論過程，主要原因在於，日本傳統通說以及實務，係將「履行不能」當作債

⁴¹⁸ 本件〔J1〕判決所採取之看法，係屬傳統之見解，於日本傳統見解底下，履行不能之損害賠償，係以「履行不能成立之時間點」作為計算基準，然而於其後因物價上漲所擴大之損害，則以「相當因果關係」（當事人預見可能性）作為加減之基準，此係因對於日本民法第四一六第一項以及第二項之區分。惟，針對此種見解，近年來有不同意見產生，有認者認為，履行不能之損害賠償之「範圍」或「種類」與賠償金額之「計算」，可以是先後關係（例如前述〔E8〕英國法院之見解），而批評傳統見解係將兩者混為一談，亦有論者認為，此時亦應考慮到債權人之「損害減輕義務」而對於計算時點進行規範，針對此論爭之介紹，詳見，平井 宜雄（1999），〈民法の基本判例〉，第2版，頁111，東京都：有斐閣。然而此涉及「預見可能性」以及「損害減輕義務」之議題，尚非本文所聚焦者，合先敘明。

⁴¹⁹ 內田 貴，前揭註333，頁164。事實上，這種以「履行不能時」所可以預見之損害作為賠償基準，係濫觴於不法行為（侵權行為）之「富喜丸事件」，然此一邏輯推論是否可以套用到契約案件，係屬另一議題，同樣地，日本法院此種見解可以與下開英國法院判決〔G1〕Hadley v Baxendale [1854] EWHC J70 相互比對。

針對此種傳統之思考模式，亦有論者從尊重契約當事人之風險角度出發，而確定損害賠償範圍，故係以契約成立時之預見可能性作為計算基準，詳見，潮見 佳男「損害賠償責任の效果」ジュリスト 2006年9月号〔No. 1318〕（2006），頁134。

務不履行之態樣，自然地，會推導出「原則上」以「履行不能時」之市價作為計算損害賠償基準之結論，然，此於英美法下係屬難以想像之事，蓋履行不能於英美法與損害賠償之計算並無過大之關聯可言，反而「締結契約時之預見可能性」（契約を基点とする損失リスクの分配のスキーマ）以及「損害減輕義務」（機會主義的行動抑止のためのスキーマ）係屬決定性因素，即便法院給予 damages in lieu of specific performance，亦係將其當作「債權人向普通法院起訴請求賠償金」處理，此時債權人仍會受到損害減輕義務（mitigation rule）之制裁，非謂「法院駁回債權人原定給付履行之訴時，債權人取得一個新的賠償金請求權」。

另，下一個關於不動產一物二賣之判決如下：

〔J3〕名古屋高等裁判所〈昭和 41 年 04 月 18 日・昭和 37（ネ）120〉 [1966]

〔事實〕原告向被告購買農地，然而於契約簽訂之後，於移轉登記完成之前，被告將農地轉手出賣給訴外人 D，並且，為了保全 D 之債權，D 與被告「僅」為預告登記（仮登記），於此之後，D 並進一步將該農地出賣於另一訴外人 E，然皆未完成移轉登記，原告因此依據「履行不能」之理由起訴請求損害賠償，原審判決原告敗訴，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，理由在於，被告僅僅與訴外人為預告登記，被告對於原告所應該負擔之債務尚未確定構成「履行不能」，因此原告依據「履行不能」而請求損害賠償，並無依據可言，故原審判決並無違誤。

雖然本件原告並非請求被告繼續履行原本債務，而係請求損害賠償，法院仍駁回原告之訴，此係基於日本傳統轉形論之見解，然而原告起訴之行為，是否可視為解除契約之意思表示？本件法院判決並未有此說明，然而原告解除契約之前提必須是已經經過一定時間之催告，於本件，似乎並無此一事實存在。

另，以上之判旨，與我國傳統學說（如上開史尚寬氏）有不謀而合之處，主要皆認為，當債務人可以合理移轉標之物之不動產時，並無所謂履行不能之問題，主要係著眼於債務人之負擔，而並未論及債權人所可獲得之利益。然而，事實上，近年來日本實務判決亦有從執行之成果對於債權人所能帶來之利益出發，決定是否給予損害賠償者，以下之判決，係具有代表性者：

〔J4〕神戶地裁所姫路支部〈平成 14 年 01 月 10 日・平成 11（ワ）116〉 [2002]

〔事實〕原告係已故之 C 之養子，而被告 A 係原告之養母，也是已故之 C 之妻，被告 B 係 AC 所生之四女之丈夫，原告指控被告不顧原告係祭祀繼承人之地位，而共謀將已故之 C 之墓碑破壞，因此請求損害賠償，並且被告亦將已故之 C 之骨灰取走，原告也請求被告等人返還該骨灰，如執行不能，則請求 1000 萬圓之損害賠償。

〔判旨〕原告勝訴，針對返還骨灰之部份，理由在於，原告基於祭祀繼承人之身份享有該骨灰之所有權，故原告確實享有返還請求權，惟，被告對於原

告於起訴之前之請求，一概相應不理，且於訴訟進行當中之和解程序，被告亦強烈拒絕和解，從此種顯然之事證觀之，可見對於骨灰之執行不能之可能性甚高，且骨灰根本無代替性可言，因此判決原告損害賠償之備位聲明有理。

雖此案件並無涉及契約，然，可謂係屬廣義債之關係，且此一判決值得注意之處在於，法院於判決當中之用語係，「因為」法院考慮到未來對於該係爭標之物之執行不能之可能性甚高，而執行對於債權人而言並無實益可言，雖該標之物係屬無法代替者，法院仍「因此」給予原告「預備」之損害賠償之判決，故其判決理由之用詞並非「當」執行不能時，而給予損害賠償，然而若真係如此，則似乎無再進入直接強制之必要性，是否可直接論為履行不能？本件法院並未明言。

事實上，針對此種具有高度感情依附之物，亦有學者認為，應將其論以間接執行，而不進行直接強制⁴²⁰，此點與我國有高度相似性，惟，本件法院並未考慮此一問題，逕而准許原告之備位聲明。

以上之判決皆係針對契約標之物係屬無法代替者，然，當契約標之物係屬可以從市場上購買所得之物時，是否仍有履行不能之問題？詳見下一個判決：

〔J5〕京都地裁所第三民事部〈平成 15 年 07 月 15 日・平成 13（ワ）2752〉 [2003]

〔事實〕被告將原告施工處所之砂礫取走，並且不法地賣給第三人，被告隨後與原告達成協議，雙方同意由被告交付同種類型且同重量之砂礫給予原告，然而，隨後被告又反悔，不願意交付契約所約定之標之物給予原告，原告因此提起訴訟，請求法院判令被告交付同類型且同重量之砂礫予原告，當執行不能或執行無效果時，請求法院判令被告給付損害賠償予原告。

〔判旨〕原告勝訴，理由在於，種類物之債，並無履行不能之問題，然而當執行不能之時候，不妨害債權人轉而請求損害賠償，此時不以債權人已經「解除」契約為限，債權人亦得逕行請求填補損害之賠償（最判昭和 30 年 1 月 21 日民集 9 卷 1 号 22 頁參照）。

雖然本件日本法院一如往常地，將（一般）種類之債解為無履行不能之可能性⁴²¹，然，值得注意者係，本件法院認為，當執行不能時，不妨解為債權人可以因此請求損害賠償（填補賠償），此與我國法院判決〔C3〕89 年度台上字第 2 號判決有

⁴²⁰ 民事法判例研究會（1954），（判例民法〔昭和九年度〕），第 1 版，頁 330，東京都：有斐閣。

⁴²¹ 相同見解之判決，詳見，最高裁判所第三小法廷〈昭和 33 年 7 月 22 日・昭和 31（オ）918〉 [1958]。惟，日本法院會傾向於區分「制限種類債權」以及「通常の種類債權」，對於前者，例如債務人僅以「其牧場內之一頭乳牛作為目的物」，則該牧場所有之乳牛不存在時，亦可構成履行不能，反之，於後者情形，即便該牧場所有之乳牛不存在時，亦不可能構成履行不能，關於其區分，詳見，最高裁判所第三小法廷〈昭和 30 年 10 月 18 日・昭和 28（オ）1267〉 [1955]。我國並無「制限種類債權」之概念，惟，實務上，似傾向於將此種「制限種類債權」解釋為「特定之債」，故，亦有成立給付不能之可能性，詳見，前述〔C13〕97 年度台上字第 1278 號判決，即屬適例。事實上，對此，德國 Medicus 教授已經有所認識，舊德國民法第 243 條 2 項可以作為基礎，詳見，森田 修，前揭註 231，頁 526。

高度之類似性（詳見前述），然而我國法院係以執行程序當中，以債務人之費用予以執行，如判決內容所示，此時係屬代替執行之手續，反觀日本法院係直接轉換為損害賠償（填補賠償），是否印證本文之前所說，代替執行某程度上係履行請求權之「程序排除事由」？本文亦不敢斷下定論。另，由本件判決可知，於給予債務上，日本法院係將執行不能解為損害賠償之產生要件，亦即，當債權人沒有備位之聲明時（當執行不能時，轉而請求賠償），在民事執行法修正之前，債權人必須另行起訴請求損害賠償⁴²²，然於 2003 年民事執行法修正之後，債權人即便未為備位聲明，亦可選擇進入間接強制之程序（修正後民事執行法第一七三條）。另外，本件判決更加具有重要性之處在於，於該案底下，法院最後認定當執行不能時，計算礫石之損害賠償，應該以「言詞辯論終結時」之市價作為標準（口頭弁論終結時の価格），此係日本法院判決向來之態度⁴²³，此時計算之時點並非以執行確定不能之時之市價為準，亦非以債權人可以合理進行替代性交易之時點為準，此點與前述之改正方針以及試案有所差距，亦與我國法院之作法有所差異（詳見〔C3〕89 年度台上字第 2 號判決）。事實上，日本傳統通說底下，損害賠償之計算之基準時點，係以損害賠償請求權之「發生時點」作為基準，因此，當執行成為不能時，其損害賠償之計算時點，應為執行不能之時點，然而日本法院係以「言詞辯論終結時」作為計算基準，因應此一作法，日本學者有認，當物價下跌時，被執行之出賣人可以於執行當中提起異議之訴，反之，當物價上漲之時，執行買受人可以另訴請求差額，然，針對此一作法，亦有批評者指出，有違反既判力之嫌疑⁴²⁴。由此足見，實體法上位概念之問題所產生之爭議，可以延伸到程序法之中，是否許多程序法之爭議，實際上係由實體法所引起？本文不便多言。

不論如何，以上係屬關於給予債務之判決，以下先觀看有關行為債務當中，可以代替之行為之判決：

〔J6〕東京高等裁判所〈平成 13 年 12 月 19 日・平成 12（ネ）5379〉〔2000〕

〔事實〕原告與被告（承包商）約定由被告為原告興建建物，然而於施工之過程當中，因為被告施工之瑕疵，導致鄰地土地建物產生龜裂，原告因此和被告與住戶達成協議（和解一），約定由被告與原告連帶負擔修復責任，然而於此之後，原告與當地住戶另外達成和解協議（和解二），雙方同意將修補之債更改為損害賠償之債，原告給付完畢賠償金予住戶之後，轉而訴請被告給付原告所支付給住戶之賠償金，於原審，原告勝訴，然而被告不服，提起上訴，於上訴理由當中，被告主張，由於與住戶約定之原本協議（和解一）

⁴²² 星野 英一，前揭註 290，頁 47。值得注意者係，星野教授於此情況之下認為，此種情形可以解為，債權人起訴之時已經為「催告」，故債權人於執行無效果之時，再行起訴請求損害賠償之時，即無須再為催告。然而是否對於履行不能之要件進行調整會更加簡便？

⁴²³ 民法（債權關係）部會資料〔5-2〕，民法（債權關係）の改正に関する検討事項（1）〔詳細版〕，頁 44。相同見解，詳見，內田 貴，前揭註 333，頁 166。

⁴²⁴ 奧田 昌道、安永 正昭、池田 真朗（2005），〈判例講義：民法 II 債權〔補訂版〕〉，第 1 版，頁 43，東京都：悠々社。

當中所約定委任之第三承攬人（日特建設）拒絕修補，故被告已經陷於履行不能，故和解一底下之修補之債已經消滅，故無更改之標的存在。

〔判旨〕上訴駁回，其間，針對履行不能之理由在於，雖然和解一當中所應該委任之第三承攬人拒絕修補，但是被告仍然可以委託其他同樣係屬有修補專業能力之其他同業之承攬人，且，依照和解一之內容來看，和解一之本意並非一定必須指定該第三承攬人進行承攬，因此，即便該第三承攬人拒絕修補，亦無履行不能之問題，被告此處之上訴理由，並不可採。

由此判決可以推知，當行為債務當中可以代替之行為債務，並無履行不能之問題存在，此點係屬日本法院向來之見解，針對這種可以代替之行為債務，進入执行程序後，應如何處理？詳見下一判例：

〔J7〕最高裁判所大法廷〈昭和31年7月4日・昭和28（オ）1241〉 [1956]

〔事實〕被告係候選人，藉由眾議院選舉之際，於台上發表政見演說之時，對於現任之公職人員（原告）進行批評，原告因此提起訴訟，請求法院判令被告於特定日期於特定媒體上面「刊登法院判決」，並且將過往眾所皆知之言論刊登於媒體之上，並且附註「上開言論皆屬虛構，對於閣下所造成之傷害以及困擾，本人深感抱歉」簡短一語。於原審，原告獲得勝訴，被告不服，以原審判決違反憲法第一九條（良心自由）以及二一條（言論自由）為由，提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，理由在於，雖然「一般而論」，命被告於新聞當中親自刊登謝罪廣告，取決於被告本身之意思，且依照民事訴訟法第七三四條，係以間接強制為之，對於被告之人身自由、良心自由以及言論自由之限制係屬存在，然而，「本案」判決之內容僅僅是要求被告，單純地將判決內容以及過往之言論予以公開並附註已經擬定好之簡短之道歉文字（註：係屬他人亦得為之者），依照民事訴訟法第七三三條（註：現行日本民事執行法第一七一條），應屬可以代替執行之方式為之，且「本案」判決，並未課予被告苛刻之勞力，亦未侵害被告之倫理或良心自由，難謂有違反憲法第一九條以及二一條，因此駁回上訴。

本件判例當中，法官之見解出現分歧，總括之，此一類案件爭癥點有三，分析如下，其一，法院判決應為使債務人「刊登法院判決」（包括刊登已經於判決中擬定好之道歉文字）、「親自刊登謝罪廣告」抑或「金錢賠償受害人之損失」？其二，「刊登法院判決」或「親自刊登謝罪廣告」究竟應為「可以代替之行為債務」抑或「不可代替之行為債務」？其三，「刊登法院判決」或「親自刊登謝罪廣告」是否有違日本國憲法第一九條所謂：「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」（思想以及良心之自由，不容侵犯）？

依照日本法院早年判例（二戰前），皆係以「刊登法院判決」作結，並將其

解為「可以代替之行為債務」，於執行層面係回歸「代替執行」⁴²⁵，此為日本法院向來之作法，本件判例僅係重聲此一原則。然，本件判例之見解引起本案部份法官之反彈，舉例而言，如本案藤田八郎法官認定，姑且不論最終執行程序係代替執行抑或間接強制，本件判例「本身」已經嚴重違反憲法第一九條。而入江俊郎法官則認定，本案例之見解基本上係屬妥當，然而，於執行階段，應該不允許間接強制抑或代替執行，理由同藤田八郎法官。

值得推敲者係，「刊登法院判決」之代替執行之費用負擔與「親自刊登謝罪廣告」之履行不能之損害賠償，兩者之間，有何關聯？而憲法上之價值之侵害，對於「親自刊登謝罪廣告」之履行不能之判定有何影響？是否日本法院於判定判決內容應為「刊登法院判決」抑或「親自刊登謝罪廣告」之時，業已考慮後者「履行不能」之情事？

此外，本判例中，入江俊郎以及藤田八郎法官之見解，亦引起另一問題，亦即，所謂「違反人性尊嚴而不適宜間接強制執行」之執行程序之判斷要件，究竟與實體層面之「履行不能」之判斷要件有何關聯？是否兩者實為一體？有待觀察。

事實上，實務上，此一類債權人起訴之目的往往並非僅限於「回復名譽」，亦包括「滿足懲罰債務人之心態」，而金錢賠償無法回復受害人之名譽，自不待言，刊登法院判決雖可回復名譽，但無法滿足受害人之報復心態（可以試想受害人自己刊登謝罪廣告之感受），此時若非債務人親自刊登謝罪廣告，難以撫平債權人之仇恨情緒以及回復名譽，然而另外一方面，對於債務人之負擔而言，金錢賠償可以免去自己名譽之受損，而刊登法院判決，名譽會有所減損，然而親自刊登謝罪廣告，對於政治人物而言，係屬不小之打擊。而履行不能之定義，於此似乎可以予以介入並加以調整，而亦可納入憲法中所欲保障之價值一併判斷，亦屬樂事一件。

不論如何，於此，日本法院之判決明確顯示，「債務人應該將判決主文予以登報」之行為債務，係屬「可以代替之行為債務」，此點，與我國法院判決有相近之處，詳見，前述〔C7〕100年度台抗字第283號裁定。

另，當行為債務係屬無法代替者，如不作為義務，詳見下一個判決：

〔J8〕京都地裁所第二民事部〈平成25年10月07日・平成22（ワ）2655〉〔2012〕

〔事實〕原告係屬在日之朝鮮學校法人，並使用朝鮮語教學，除了日本語言之教學之外，並不使用日本語，學校之佔地並不廣闊，不包括學校南門對面之X公園，然而該公園於放課後往往為朝鮮學校之學生所佔據，並且進行學校活動，此等行為因此引起被告等組織之不滿，而發起抗議活動、包圍X公園，並且於網路上公開其所拍攝之學校活動，並且發表標題為「促進反日教育的犯罪者的大本營，為了早日消滅繼續進行虐待兒童等剝奪孩童未來之行為之朝鮮學校…」等文章，原告因此起訴，請求法院禁止被告等人繼續上

⁴²⁵ 我妻 榮（1996），（民法基本判例集），第6版，頁253，東京都：一粒社。詳見，大判昭和十年一月一日・民集一四卷二〇四四頁〔ゲッツサラダ油登録商標侵害事件〕。

述之行為，同時亦請求損害償。

〔判旨〕原告之訴有理，理由在於，於日本民法之下，不法行為之效果，除了回復名譽之場合之外，係被限定在於金錢賠償，且不法行為並不當然發生不作為之請求權，這是立法者一貫之立場。但是，如果基於不法行為以外之依據，當事人一方對於他方負有不作為義務之場合，該他方當事人享有不作為義務之履行請求權係屬當然之事。不作為義務雖然可由契約約定所生，但是即便當事人之間沒有契約關係，係可能產生此一義務，舉例而言，當土地所有權或袋地通行地役權有受到侵害，並且該侵害有繼續持續下去之疑慮之時候，物權人之不作為義務之履行請求權會以「物權請求權」之型態產生，除此之外，當個人生命、身體、名譽、平穩之生活利益等等人格利益受到侵害，並且該侵害有繼續進行下去之疑慮者，此種場合，也應該解釋為不作為履行請求權發生之情況。本件原告係屬學校法人，雖並非自然人，然而法人亦享有名譽以及平穩正常地繼續經營日常業務之法人之人格權利，如果法人不受如同自然人一般之保護，則無法維持法人之健全之社會機能，因此，本件原告除了針對「已經」發生之權利侵害（業務妨礙以及名譽毀損）享有損害賠償請求權之外，依據以上理由，也應該享有不作為之請求權。

由此判決，可見日本法院係以權利有無之要件進行出發，針對未來極可能發生之損害，認定原告享有不作為請求權，然而，如果未來再度發生同樣之事情，金錢賠償是否足以填補原告之損害？並且，被告所享有之言論自由，是否會過度侵害？於本件法院判決當中，並未表示出此一衡量，然而，是否此種仇恨性、歧視性言論之自由較無保護必要性，並且原告所受之名譽、營業之損害係難以用金錢所衡量？故法院判決原告勝訴？由於判決並未表明，因此本文亦不敢斷下定論。至於不可代替之行為債務之執执行程序當中之排除事由，詳見下一判例：

〔J9〕最高裁判所第一小法廷〈平成 25 年 3 月 28 日・平成 24（許）41〉 [2013]

〔事實〕本件抗告人與取得子女監護權之相對人原屬配偶，針對未成年子女之探望權，本件抗告人於平成 24 年 2 月，於高知家庭裁判所取得勝訴判決（以下簡稱「本件判決」），依照本件判決，本件抗告人得以「一個月兩次，星期六或星期日，每次六個小時」（以下簡「探望條件」）之方式探望子女，本件判決並於當年 3 月確定，本件抗告人並於 5 月向高知家庭裁判所申請間接強制，然而高知家庭裁判所卻以「探望條件中，相對人應該履行之義務內容並未特定到足以執行之程度」為由，駁回本件抗告人之申請，本件抗告人因此提起抗告。

〔判旨〕抗告駁回，理由在於，針對探望權之行使之判決，至少，對於引渡之場所、引渡之手段、會面交流之頻率以及不可妨礙之義務，應該有所規定，然而本件判決當中，針對探望權之行使，僅僅規定了「一個月兩次，星期六或星期日，每次六個小時」，殊難因此認定執行之方式已經明確足以特定而

執行，因此本件原裁定有理，抗告駁回。

本件裁定雖然係屬執行程序之裁定，惟突顯了執行程序中，對於履行請求權之排除，值得注意者係，本件排除之理由在於，欠缺執行標準，此是否與上述〔E 11〕Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd [1998] A.C. 1 以及〔A 10〕Northern Delaware Industrial Development Corp. v E. W. Bliss Co. [1968]之英美法院判決有所相似？惟，為何本件實體法院並未能於審酌實體要件時，予以考慮在內，而使當事人承擔法院之疏失？是否與大陸法系上，向來區分實體以及程序之習慣有所關聯？本文不便多言。

另，於日本民法於承攬（請負）該節第 634 條以及 635 條⁴²⁶，亦有類似我國民法第 493 條以及第 494 條之規定，關於此所生之判決如下：

〔J 10〕最高裁判所第一小法廷〈昭和 58 年 1 月 20 日・昭和 54（オ）158〉 [1983]

〔事實〕原告與被告簽訂承攬契約，約定由被告為了原告建造船舶，然而於船舶完工並交付給原告之後，原告發現船舶存在瑕疵，原告因此改造船舶，並起訴請求法院判令被告給付「（整體）改造費用」以及「（因改造時間經過所生之）延滯費用」（滯船料），於原審，原告敗訴，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，原審判決並無違誤，理由在於，於造船之承攬契約之上，本案建造完成之船舶之瑕疵係屬相對輕微，且，修補所需費用過鉅，此為原審所認定之事實，本所予以尊重，此時依照民法第 634 條 1 項但書之「意旨」，上訴人即原告，不得請求「（整體）改造費用」以及「（因改造時間經過所生之）延滯費用」，原審判決應無違誤，故駁回上訴。

此一判決可與上開我國法院判決〔C 9〕84 年度重訴字第 125 號判決做一對比，值得注意者係，日本法院在比較損害賠償之計算上，承認可以參照日本民法第 634 條 1 項但書之意旨，亦即，於決定如何為最佳之損害賠償方式之計算之上，有參照如同我國民法第 493 條第三項之意旨之用意存在，值得參考。然而，日本實務判決之見解並非如此一貫，詳見下一更早之判決：

〔J 11〕最高裁判所第三小法廷〈昭和 54 年 3 月 20 日・昭和 53（オ）826〉 [1979]

〔事實〕被告承攬原告連續壁之工事，然而該工事導致排水管以及淨化槽產生嚴重瑕疵，原告因此於昭和五〇年三月一二日書面通知被告解除契約，同

⁴²⁶ 按日本民法第 634 條謂：「仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。」第 635 條謂：「仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない。」

時並請求損害賠償，然而被告抗辯，針對該瑕疵之修補，並非不可能，而原告逕行請求損害賠償，不應允許，無論如何，於原審，被告敗訴，被告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴駁回，原審判決並無違誤，理由在於，工作物存在瑕疵時，雖然修補係屬可能，然而定作人亦可不請求修補，轉而直接請求代替修補之損害賠償，原審理由與此並無牴觸，故上訴無理由。

事實上，此為日本實務以及學說向來之見解，是否請求修補抑或損害賠償，其選擇權係歸屬於買受人⁴²⁷，此點，與我國判決有所相似，詳見，前述〔C10〕82年度台上字第1985號判決，然不同之處在於，上開我國判決涉及「代物請求」以及「修補請求」之比較，而此處之日本法院判決係涉及「修補請求」以及「損害賠償（減價）」之比較，然，相類似之處在於，本件日本判決事實顯示，雖然於催告期限之內，出賣人並未修補瑕疵，但事實上出賣人仍有意修補瑕疵，並且，出賣人修補費用低於買受人減價之額度，是否可以看成「買受人拒絕出賣人所提出之修補（替代性交易）之請求，係未盡到損害減輕之義務（mitigation rule）」？以上，本文謹嘗試針對日本法院相關之判決予以分類並加以簡化，而呈現出來給讀者。

⁴²⁷ 森田 宏樹，前揭註 392，頁 249。

第七節 小結



日本由於其特殊之立法以及歷史背景，條文文義上雖採法國法之體例，然而傳統學說或通說，不論如何，仍係以德國法做為依歸。然而深究其間之爭議之原因，為何如此？其實可以追本溯源，從法典論爭時代見到端倪，由於法國法重視者係自然法學，自然法學者相信，一定有一個超越一切時間以及空間之「法理」存在，例如「自由」、「公平」等，然而這對於重視歷史、傳統、國土、民情以及時代之日本國民而言，其係屬難以想像之事，斷行派以及延期派最終只是義氣之爭，兩者根本之哲學出發點有所差異罷矣⁴²⁸。而延期派以及斷行派之爭，雖然英美法暫時勝出，然而最後學說仍系回歸德國法，蓋英美法之背後法理亦非歷史學派，而係利害關係之「分析學派」⁴²⁹，分析學派講究者係高舉功利主義 (utilitarianism) 而追求整體之幸福之最大化，而一切之法制之目的係為此服務⁴³⁰，而法律應該是集人類全體理性之大成⁴³¹，反觀德國法，由於十九世紀國家統合之需要，對於民族意識以及國民特殊性之意識予以加強並強調，因此歷史學派成為重點，廣泛發展⁴³²，再加上德國法之編排體例，易於法律繼受（或學說繼受），或可言，基於這些種種因素，德國法於日本落地生根。

日本民法第四一五條之文義，並非傾向於德國民法之三分體例，反而切近於法國民法，另，針對四一四條，其並非針對強制執行之方法做出規範，而係切近於法國民法第一一四二條之立法模式，於行為債務（なす債務、obligation de faire、obligation to do or not to do）之債務不履行，一概法定排除債權人之履行請求權，而解消為損害賠償，而日本民法第四一四條二項即此明文，至於給予債務（与える債務、obligation de donner、obligation to deliver），原則上，係可以強制執行（除有不可能之情事），由此足見，於原本日本民法之下，並無「履行不能」之概念存在之必要，此觀日本民法第四一五條後段之立法脈絡，亦可見一斑⁴³³，毋寧說，於日本起草者之本意底下，係將履行不能視為單純之債務解放事由⁴³⁴。

然而，隨後增訂之民事訴訟法，卻係採取德國法體例，學說於解釋上，將德國學說引入民法之中加以解釋，因此日本民法第四一四條所謂之「強制履行」，係被認定為係屬執程序當中之「直接強制」，由於該條第二項係針對行為債務之規範，故解釋上，除給予債務之外，行為債務亦可強制執行之，此時已經與日

⁴²⁸ 穗積 陳重，前揭註 236，頁 352。

⁴²⁹ 穗積 陳重（1925），〈法律進化論〔第一冊〕〉，第 3 版，頁 204，東京市：岩波。

⁴³⁰ 穗積 陳重，前揭註 429，頁 206。

⁴³¹ 穗積 陳重，前揭註 429，頁 207。

⁴³² 穗積 陳重，前揭註 429，頁 205。

⁴³³ 辰巳 直彥（1996），〈契約責任の現代的諸相〔上卷〕：北川善太郎先生還曆記念〉，第 1 版，頁 8，東京都：東京布井出版。此說（北川）係從立法過程加以解釋。當初日本立法者係考慮到「不履行」之用語會包含「履行不能」之意，故更正其條文內容，毋寧說係屬注意規定，足見立法者並未有意將「履行不能」納入民法之中。

⁴³⁴ 水本 浩、平井 一雄，前揭註 305，頁 184。

本民法制定之初衷，有所差異⁴³⁵。並且學說上，亦將日本民法第四一五條，解為（舊）德國法上之債務不履行之三分態樣之明文。

執是故，對於履行不能之定位，日本傳統學說將其定位為債務不履行之三種態樣之一，此係繼受德國傳統學說之故所致。對於履行不能之要件，日本傳統學說大致上係以債務人之負擔為唯一依據，另外，於履行請求權與損害賠償請求權之間之關聯，日本傳統通說係以轉形論作為出發點，在這底下，所謂之履行不能之意涵開始多樣化，以作為履行請求權「轉形」為損害賠償請求權之契機。

原本於法國民法底下之種類物之債務，係屬行為債務，故應歸日本民法第四一四條二項處理，惟，於上開日本傳統學說之解釋之脈絡之下，此一「行為債務」，轉變成為「不特定物之給予債務」，故無履行不能之可能，故亦可以直接強制執行之。

然而二戰後，日本學說有所動盪，其間，英美法或法國法之學說影響力逐漸增強，與德國學說分庭抗禮，例如北川教授對於日本債法學說繼受之模式有所不認同，而星野教授亦係反動之先驅，近年，日本民事執行法於 2003 年進行改正，雖然看似係將實務上之作法予以明文化，然已經偏向法國民事執行程序法，2005 年代以降，日本債法亦開始進行改正，其間諸多學說係以英美法或 2002 年修正後之德國債法作為依歸。例如內田教授從英美法之損害減輕義務切入排除債權人履行請求權，而潮見教授亦從德國債法改正著手，對於傳統學說進行調整。

2005 年以降，日本債法改正之呼聲亦高，日本債權法改正方針以及試案並未將履行不能納入債務不履行之體系中，而債務不履行係回歸義務違反之一元體系，並將履行不能當作契約解故事由，另外，於用語上日本債法改正方針以及試案亦放棄所謂「履行不能」之用語，而以「履行請求權限界事由」突顯「履行不能」於契約法上之解放效力，其中，該當限界之事由，雖然改正「方針」並未有細緻之說明，但最新之日本債法改正「試案」有考慮到債權人所無法以金錢填補之損害以及債務人履行之負擔程度，將兩者做出衡量，另外，於損害賠償與履行請求權之關聯，日本債法改正試案明文承認債權人得擇一行使，惟，當債權人行使損害賠償請求權後，即不得再請求履行，然而本文認為，此時債權人行使損害賠償請求權之「選擇」已經近似於英美法上之契約解消，然，語意邏輯上，「當權利 A 消滅後始產生權利 B」，必然會導致「當行使權利 B 時必然會消滅權利 A」，反之亦然，此時日本債法改正試案是否本質上已經放棄傳統之轉形論？抑或改正方針以及試案本質上仍係採取轉形論，表面上仍否定之，僅是了與傳統學說做一區隔之故所致？本文採取保留看法，然，依照日本學說之看法，改正方針以及試案已經係對傳統轉形論之揚棄。

日本債法改正方針抑或試案雖然尚未成為正式之立法，然，其未來之發展不容小覷，且其間諸多見解已經與傳統日本通說對於債務不履行體系、履行不能之定位、履行不能之要件或轉形論之見解相去甚遠，對於我國之啟示為何？發人深省。

⁴³⁵ 星野 英一（1990），（民法講座 4〔債權總論〕），第 1 版，頁 2，東京都：有斐閣。

不論如何，關於此一議題，本文將留待最後一章節進行討論，以下，本文先進入另外一個領域，亦即賽局理論，希望從法實證之角度，觀察英美法之運作。



第五章 賽局理論於履行請求權之排除之應用



以上，本文針對債務人的繼續履行的選擇以及債權人履行請求權之限制，在英美法與日本債權法改正做出介紹。以下，本文將進入另外一個學門，亦即賽局理論。

但是在進入之前，本文會先說明本文之理論類別，及其於法學理論上之歸屬，事實上，已經有許多契約法之理論存在⁴³⁶，大致上，契約法（或個別法律領域）之理論，可以分為四類，第一類係屬歷史學派（historical）⁴³⁷，此說著重於法律於歷史脈絡底下之發展，希望知道法律是如何在歷史的洪流當中進行演變，以及其為何演變，亦即，此說希望知道法律之歷史因果關係，舉例而言，現代契約法學，會著重於十八、十九世紀工業革命對於生產技術所帶來之革新，而認為這種技術之革命導致契約法之現代化，而相對於此，中古世紀之契約法學者則著重於亞里斯多德之道德論。

第二類係屬立法學派（prescriptive），此說著重於「法律應該如何規定」，亦即，何為理想之法律，第三類係屬描述學派（descriptive）⁴³⁸，此說則著重於「現在、現況之法律係如何規定」，實務上之操作法律之人，往往係屬此一類別，而大部分之教科書往往係採用此一學說。

第四類則屬於解釋學派（interpretive），此說希望知道法律為何如此規定，並藉由對於這法律背後之原則之理解，來加強對於法律之認識，或賦予法律清楚之意義（intelligible order）⁴³⁹。

本文應用賽局理論加以分析契約法，故可以被歸屬於第四類，亦即解釋學派，且，解釋學派特色在於，其往往會與其他學派交互重疊，並且，解釋學派與歷史學派往往關係密切，歷史學派往往提供解釋學派歷史素材或學說之演進，而這些素材對於解釋學派而言，於分析上，係屬不可或缺之基礎⁴⁴⁰，又例如立法學派亦有應用解釋學派進行法律續造者，而描述學派對於法律現狀之描述，對於解釋學派而言，亦格外重要。

任何一門新的學科，一開始會試圖說服讀者這門學科在現實當中的重要性，賽局理論也不例外。賽局的影子其實存在於生活的每一個地方，事實上，你也是常常在使用賽局的策略，比如，與你的孩子、親戚、朋友或甚至是你的指導教授⁴⁴¹，無意識間，你可能已經在使用賽局理論裡面的一些分析方法，只是你並未意

⁴³⁶ 關於其契約理論（contract theory）之整理，詳見，Sally Wheeler and Josephine Shaw, *Contract law: cases, materials and commentary* (1994, 1st ed), New York: Oxford University Press, p.30。

⁴³⁷ 如我國學者陳自強氏。某程度上，於法律之繼受上，不乏曲解原本法律之狀況，上開日本民法之繼受歷史，可見一斑，此時歷史學派扮演了撥亂反正之角色。

⁴³⁸ 如我國學者詹森林氏。

⁴³⁹ Stephen A. Smith, *Contract theory* (2004, 1st ed), New York: Oxford University Press, p.4。

⁴⁴⁰ See, Stephen A. Smith, *supra* note 439, p.5。

⁴⁴¹ Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *Games of strategy* (2009, 3rd ed), New York: W. W.

識到這是賽局理論，舉一個簡單的例子，假設你今天早上醒來，看到天外面的天氣是陰天，你可能會把放在門口的雨傘帶出門，但是這雨傘為什麼會被放在門口？因為在前一天，你可能已經意識到今天可能會是陰天，所以今天的自己會需要用到雨傘，所以前一天的你已經把雨傘放在門口，以方便今天的自己可以取用雨傘，這是一場典型的自我賽局，所以其實你已經在使用賽局理論裡面的一些分析方法，只是你並未意識到這是賽局理論的分析方法的其中一種。因此或許可以說，賽局理論之於經濟學，就如同量子力學之於物理學，他到處存在，但是微小到處被忽視，但是一旦他不存在，很多經濟學之基礎理論將會如同被抽去地基之建築。

在許多的學術領域裡面，賽局理論已經被廣泛使用，例如在商業策略裡面，會大量使用賽局理論的分析方法，而近幾年來，政治學也是發展快速，另外，可能出乎你意料之外的是，近幾年生物學的理论也深深受到演化賽局 (evolutionary game) 的影響，而這生物學因此所產生的觀念，則又反過來影響經濟學的發展，即便是哲學以及心理學，也會關注到賽局理論，因此可以說，因為這些學科之間的交互影響，賽局理論開始有了更廣泛的概念以及分析方法，所以你可以說，幾乎所有會處理到有思想的生物的學科都會應用到賽局，除了像是物理學或化學的學科以外⁴⁴²。

在經濟學方面，賽局理論可說是靜態之革命，相較於經濟學，法律並不能說完全沒有論述到這一點，這種追求個人利益之兩個當事人會如何選擇之典型的賽局理論，與私經濟法學有相當程度之密切性，因此，賽局理論對於法學，有相當大之啟示性存在⁴⁴³。法規對於追求私益之玩家會產生何種作用，而會產生何種均衡，對於這種結果或流程的認識，是作為社會工學的法制度設計不可或缺的前提⁴⁴⁴。

本文並不會花篇幅去說明賽局理論的歷史背景以及演進過程，因為本文希望讀者將注意力放在賽局裡面的邏輯和分析方法，以及實際的應用，最後，本文會嘗試結合英美契約法的制度與賽局理論，試圖分析當事人在這制度底下，是如何相互應對、產生交互作用，並試圖以管窺天、分析並解釋法律制度背後的巧思，如何使雙方當事人達到雙贏之局面。本文以下主要參考的書目是Avinash K. Dixit、Susan Skeath以及David Reiley三人所合著的Games of strategy，以及Robert Gibbons的A primer in game theory，前者因其容易入門，而後者有對於前者所忽略的一些概念有更深入的講解，故選擇此二書作為基石。

然而不可否認的是，賽局理論本身的假設有其先天現實上的侷限性，例如賽局理論往往假設了當事人對於彼此的報酬以及行為，相互理解，就算不理解，也會有機率上的認識，但是現實交易中，資訊的取得往往本身會耗費成本，締結契約的交易成本，也是存在的。另外，賽局理論也假設了每一個參與賽局的玩家都

Norton & Co., p.3。

⁴⁴² See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, supra note 441, p.4。

⁴⁴³ 森田 修「ゲーム理論と契約法：法と市場の制度分析のために(その2)」社會科學研究：東京大学社会科学研究所紀要，49卷3号(1998)，頁32。

⁴⁴⁴ 森田 修，前揭註443，頁33。

是完美的精算機器，惟，事實上很明顯並非如此。



第一節 觀念建構

以下，本文嘗試介紹一些賽局理論基礎的觀念，如讀者已經對於賽局理論有所認識，則可直接進入第二節，而忽略此部份之論述：

第一項 賽局理論之介紹

當一個人或者是團隊、政府或企業在決定要如何與對方交涉的時候，雙方一定會有交互作用（cross effect）存在，何謂交互作用，也就是說，一方的決定會影響另外一方的決定，為了要讓這種交互作用成為一場策略賽局（strategy game），雙方必須對於這種交互作用的存在有認知，當你知曉對方會採取甚麼樣的策略來影響你，你會對他的策略產生回應，或者是先發制人，以避免對你自己不好的結果產生，反過來，對方也會知曉你會採取先發制人的策略，而你也知曉他了解你的策略，你可以再進一步採取別的手段，這樣以此類推下去，這樣講也許有點抽象，或許用一個有趣的比喻，更可以讓讀者理解，想像一下，你與你的對手，如同兩面面對面的鏡子，彼此互相的揣摩可以是無限多層次的。而這一種交互作用，以及雙方當事人對於這一點的認知，構成了賽局理論最有趣的菁華以及基礎⁴⁴⁵。

此時，我們必須認定這種交互作用是一種策略賽局，這種情況是一種規律，而非商業、政治或甚至是社會互動的例外，因此，對於策略賽局的理解形成了理解人類社會運作的很重要的一環。

第一款 賽局分類

賽局理論出現在很多文獻當中，且也以非常多不同的面貌呈現，如果要知道全部的賽局種類，是相當困難的，但是這困難的工作可以藉由簡單的分類而將這些賽局歸類為一些種類，因此，賽局學者們發展出一些分類方法，而讀者可以方便地藉由這分類來知道自己現在是在進行或研究哪一種賽局。

第一目 玩家出手的順序是有先後順序，抑或是同時出手？

首先，賽局主要可以分為兩大類，分別是序列賽局（sequential game、dynamic game）以及同時賽局（simultaneous game、static game），這區分是非常重要的，因為這兩種不同的賽局需要不同的互動以及思維模式，在序列賽局當中，每一個玩家必須思考：「如果我這樣做的話，我的對手會接著怎麼做？」因此你現在該走哪一步，你會考慮到未來的對手會怎麼行動，但是在同時賽局，你面臨了一個更

⁴⁴⁵ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.18。

加艱鉅的難題，你必須知道你的對手「現在」會走哪一步，但是你必須知道你的對手也同時在猜測你會走哪一步，而你的對手也在猜測你會猜測他走哪一步，然後你也在猜測你的對手會猜測你在…你們雙方都必須在這思考的螺旋當中找出一個策略⁴⁴⁶。

第二目 玩家間的利益是完全相互衝突，抑或是有某種程度上的相互依

存？

第二，為了預測一場賽局的結果會是如何，你會需要知道每一個玩家不同的選擇的背後的報酬 (payoffs) 會是多少，因為這些報酬會影響每一個玩家的選擇，例如簡單的下棋或是足球賽局，會有一個贏家以及一個輸家，一個玩家的快樂是另外一個玩家的痛，所以雙方的報酬的總和是零，我們稱之為零和賽局 (zero-sum game)，更總括地來講，這場賽局之下，雙方的利益是相互衝突的。

但是大部分的經濟上或社會上的賽局並非零和賽局，例如交易或者是其他經濟活動，通常包含雙贏的賽局，即使是戰爭或是罷工，也並非零和賽局，最令人驚訝的例子就是核彈戰爭，因為在這賽局底下，沒有贏家，而只會有輸家，所以核彈戰爭也不是零和賽局⁴⁴⁷。

第三目 這場賽局是一次性的賽局還是多次性的賽局？是否皆同一對手？

第三，由於賽局是否只進行一次，也會影響玩家對於該次賽局的策略，所以有必要詢問自己所研究的賽局是一次性賽局抑或是多次性賽局，一個一次性的賽局在某些面向上面，比起其他長期或多次性的賽局來得簡單，但是在某些面向上，也來得複雜許多。對於一次性的賽局，你可以毫無後顧之憂地以殘暴且無情的手段對待你的對手，但是在長期性的賽局，你必須考慮到往後賽局中你必須面對同樣的對手以及該對手的報復，或者是其他新的對手對於你的評估。

在一次性的賽局當中，雙方都不知道彼此的狀況，舉例言之，雙方都不知道彼此的能耐以及彼此的喜好，雙方也不知道彼此是否專精於計算或是有哪些弱點可以剝削，因此，在一次性的賽局當中，給對手驚喜或是保持神祕會是一個不錯的策略。

但是在長期性的賽局當中，則需要不同的考量，你有機會來建立別人對於你的評價（例如是強悍的、公平的、誠實的亦或是可靠的等等），也有機會來更加認識你的對手。另外，一個零和賽局在長久來看，也有可能變成非零和賽局而對雙方有利，舉例而言，每個足球隊都想要贏，但是拉近比數反而可以製造話題、

⁴⁴⁶ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.21。

⁴⁴⁷ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.22。

提高票房和人氣，而這對於每一支球隊而言，都是有好處的，這也是為什麼足球聯盟會同意優秀的球隊只擁有最後抽取球員的權利，這樣可以平衡整個聯盟中各個球隊的實力，又例如馬拉松式的賽跑或是腳踏車的競賽，每個參賽者會輪流供給氣流給後方落後的選手，因為自顧自地一直跑下去只會累垮自己，但是這團隊合作到了終點線前面就會自動崩解⁴⁴⁸。

第四目 每一個玩家的資訊是否對稱？

第四，並非所有的賽局裡面的玩家都知道對手或其他特殊環境的狀況，這種資訊的不充分，也會影響一場賽局裡面的玩家的策略，因此你會需要知道每一個玩家的資訊是否充分。在棋盤遊戲中，每一個玩家都知道現在的狀況，以及前因後果，且每一個人也都知道對手的目的是贏得這一盤棋，但是這個情況在現實世界的賽局當中，往往是例外的，在現實世界的賽局當中，玩家往往所擁有的是不充分的資訊，這種資訊的不充分有兩種面向，分別是外部不確定性（external uncertainty）以及策略不確定性（strategy uncertainty），外部不確定性例如要出門遊玩的人並不知道這個周末的天氣會是如何，抑或是買方不知道賣方所出售的貨物的品質，策略不確定性（strategy uncertainty）則是指玩家並不知道他的對手在過去的時間裡採取了甚麼樣的策略，抑或是玩家不知道他的對手同時間下會採取什麼策略，當一個賽局沒有這兩種不確定性的時候，我們稱之為完全資訊的賽局（perfect information），否則我們稱之為不完全資訊賽局（imperfect information）。

更加精微的策略環境會發生在一方玩家知道得比另外一方玩家還來得多的情形，我們稱之為資訊不對稱賽局（information asymmetric），在這種情況之下，玩家彼此間會嘗試揭露對方的訊息、隱藏自己的資訊或有時甚至會揭露他們自身的資訊給對方，玩家的這種決定成為這種資訊不對稱賽局當中重要的一環。在紙牌遊戲當中，每一個玩家都只知道別的玩家手中牌組的部分資訊，每一個玩家的行為會透露資訊給別的玩家（例如繼續下賭注），每一個玩家也會想辦法誤導對方對於自己的認識，但是這樣的玩家必須認識到自己的對手也知道這一點，所以對手會用策略性思考來分析自己的行為。

你也許會認為你一旦擁有較為優越的資訊的時候，你應該永遠不揭露這資訊給別的玩家，但這不是正確的，舉例而言，假設你是藥商公司的CEO而你的研發團隊發現了一種新的且有重大突破的藥品，你會想要讓你的競爭者知道，這樣可以讓他們放棄自己的研究（就算是假的，也可以嚇阻他們的），但是在戰爭之中，你會永遠想要將自己的戰略保持隱密，但是在外交策略當中，當你的目的是和平的時候，你則會想要讓別的國家知道自己的策略。

總體而言，你會想要選擇性地揭露自己的資訊，你會想要揭露一些資訊來導致對方採取有利於你的策略⁴⁴⁹，或是隱藏一些資訊來避免對方採取不利於你的策

⁴⁴⁸ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.23。

⁴⁴⁹ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.24。

略。

但是你的對手並不一定會買你的單，因此他們並不一定會接受你沒有支撐基礎的主張或者是能耐，他們只會採信客觀的證據或是足以支撐你的資訊的行為，這種擁有較為優越資訊的一方當事人的行為，我們稱之為釋放訊息（signal），而使用這種訊號的策略則被稱為，訊號賽局（signaling game），相反地，資訊較不優越的一方當事人會想使擁有優越資訊的一方當事人採取一些策略來揭露自己的資訊，這種策略被稱為過濾（screening），當不同的玩家有不同的資訊的時候，對於資訊的操作本身成為一場賽局，這場賽局也許會比之後發生的賽局來得更加重要。⁴⁵⁰

第二款 用語解釋以及假設前提

第一目 策略（strategy）

策略單純是指每一個玩家所可以做出的選擇，但是這個簡單且基礎的概念需要一些深入的討論，如果賽局是同時性的，則每一個玩家的策略單純是指每一個玩家在當下做出的決定，但是如果賽局是序列性的，那麼後手的玩家可以觀察到前手的玩家的行為而做出決定，因此這時候後手的玩家的策略（strategy）是指「針對前手所有可能的行動而擬訂的不同的因應方式」（complete plan of action）。

但有時候策略一詞也常常於形容一個人在長期時間之內的逐步的決定，儘管在我們意識裡面並沒有任何賽局存在，我們也沒有意識到自己的行為與別人之間的交互影響，比如說，當你開始賺錢之後，你會開始想要存錢，或是展開投資策略，甚至最後策畫退休生活，但是這種用詞與我們這邊所說的策略基本上是相同的，因為你也是一系列地因應不同的環境的變化做出一系列的不同的因應方式，唯一的差別在於，你面對的是環境抑或是一位跟你有著相同目標的對手。

第二目 報酬（payoffs）

當一位新的玩家被問到為何要參與賽局，大部分的新手第一個想到的就是要贏，但事實上並非這麼簡單，有時候，成功的邊際效應是必須被考量到的因素，舉例而言，在R&D（研發）的競爭之中，如果你的產品只有稍微比對手好一點點的話，你的專利權會被挑戰，有時候一個遊戲會給許多參與者小小的獎勵，所以輸贏也並非重點，更重要的是，只有非常少數的賽局是零和賽局或是贏者全拿、輸者全輸，每個玩家之間多少都會有一些競爭或者是一些合作，在思考這些混和的動機的賽局的時候，需要更多的精密的計算，這遠比簡單的零和賽局來得困難，我們會給每一個玩家量化的數字來代表每一個玩家的報酬（payoffs），而每一個

⁴⁵⁰ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, supra note 441, p.24。

玩家的報酬都為別的玩家所知悉。

有時候這種報酬代表了特定結果對於特定玩家的喜好、優劣順序，但有時候這種報酬是自然分量的，例如公司的利潤或電視公司的頻道分享比例。在許多時候，這種報酬是根據自然知識經驗所做出的推測，所以會有誤差存在，在這種情況之下，我們會進行一些感應測試，也就是變動這報酬，看結果是否會有影響，並且在那些變動範圍之內，原先的結果不會被推翻。

兩件重要的事情必須先說明，第一點，在賽局中的報酬對於每一個玩家而言是已經包含了這個玩家全部的考量，但請讀者注意的是，這所謂的玩家的全部的考量並非都是完全考慮到自己，特別是，當這個玩家是利他主義（altruism）的時候，別人的報酬的多寡，對於這個玩家而言，也是納入他的報酬的考量裡面，反之則否。

第二點則較為困難，試想一下，在一個賽局裡面，玩家的報酬都是以金錢來衡量，但有時候這個報酬是依照機率所計算出來的期望值，但是對於風險趨避者而言，這帳面上的價值往往會低於這個風險趨避的玩家的主觀上價值，因此，在計算上，這種風險趨避所帶來的報酬的折扣，也應該要計算在裡面。

第三目 理性（rationality）

大部分的賽局理論，都假設了每一個玩家都是完美的精算機器、無瑕疵的自我中心主義者，這是理性行為的假設，這種理性有兩種涵義，第一是對於自己利益的完全的了解，第二是，毫無瑕疵地計算出什麼行為能夠達成自己利益的最大化。

但是相對重要的是，你也必須理解理性行為並非指每一個玩家都是自私的，一個自我中心的人也會把別人的利益計算進去，而這也成為他的利益的一部分。這意涵也並非指玩家都是短視近利者，事實上，對於未來利益的考量是策略思考很重要的一環，某個不成功的策略短期來看是對玩家不利的，但是對於往後長期的利益來看，反而有重大的影響。最重要的是，維持理性並不代表擁有與別人相同之價值觀，理性僅是指「一個人衷於追求自己的價值觀」，因此，當一個玩家在分析別的玩家會怎麼行動的時候，這個玩家千萬不能將自己的價值判斷放到別人身上，然後假設別人會跟自己一樣行動，如果玩家沒有意識到這一點，而做出的決策往往會是相當致命的，因此許多的「專家」在波斯灣戰爭中預測海珊會放棄政權，但是這些專家的假設是海珊是理性的，而這些專家忘了一件事，海珊的價值觀與西方政府以及這些西方專家的價值觀是格格不入的，這些專家是將自己的價值觀放到海珊身上，因此得到的結論是不符合現實的。

總體而言，每一個玩家並不知道別的玩家價值判斷，這部分解釋了為什麼大部分的現實世界的賽局的資訊都是不充分的，在這種賽局底下，如何隱藏或者是選擇性地揭露自己的資訊成為這個賽局底下重要的一件事。

賽局理論假設玩家都是理性的，但這個假設是正確的嗎？還有建構在此之上

的理論是正確的嗎？在某程度上而言，這個假設不可能是完全正確，因為人們有時候連自己的價值判斷都搞不清楚，更別說對於別人的價值觀，更是無法理解，並且人們通常不會想到這些，往往等到面對真實的狀況的時候才開始認真思考。

不論如何，這種對於理性的假設，在一種狀況之下會趨近於精確，那就是玩家都是特定賽局底下的常客，他們可以藉由經驗以及知識來進行賽局，他們知道別的玩家策略以及雙方的報酬，他們也會知道自己在賽局中處於優勢或劣勢的狀態，身為賽局理論學者，會希望自己的計算結果趨近於他們的選擇。

第二項 序列賽局 (sequential game、dynamic game)



接下來，本文會討論所謂的序列賽局，如同我們之前所說，序列賽局是指有嚴格出手順序的賽局，每一個玩家依照自己的順序進行選擇，且，每一個玩家在進行選擇之前是知道自己前手的玩家選擇了哪一條途徑，要在這種賽局裡面獲得利益的話，每一個玩家必須使用特別的互動思考方式，每一個玩家必須思考：「如果我出了這一步，那麼下一步對方會做出什麼樣的選擇？」不論玩家選擇了哪一條途徑，這個玩家必須知道他的選擇會對於下個對手有什麼影響以及對於之後自己的選擇有何影響，每一個玩家，因此是基於對於未來的計算而做出現在的選擇。

第一款 賽局樹狀圖 (game tree)

在一開始，我們會發展出一套圖表技術，方便展示以及分析序列賽局，我們稱之為賽局樹狀圖 (game tree)，在這樹狀圖是指一個賽局的整體展開 (extensive form)，這樹狀圖包含了所有我們之前所討論到的要素，分別是玩家 (player)、行動 (action) 以及報酬 (payoffs)。

這種樹狀圖也顯示了所有的接續的決策點 (decision point、node)，也包含了每一個玩家 (player) 在每一個決策點 (node) 所可以選擇的行動 (action)，這樹狀圖是賽局當中所有玩家的決策總和，這樹狀圖描繪了所有玩家可以做出的行動，也包含了這些整體的行動最後所產生對於每一個玩家的最後的報酬 (payoffs)⁴⁵¹。

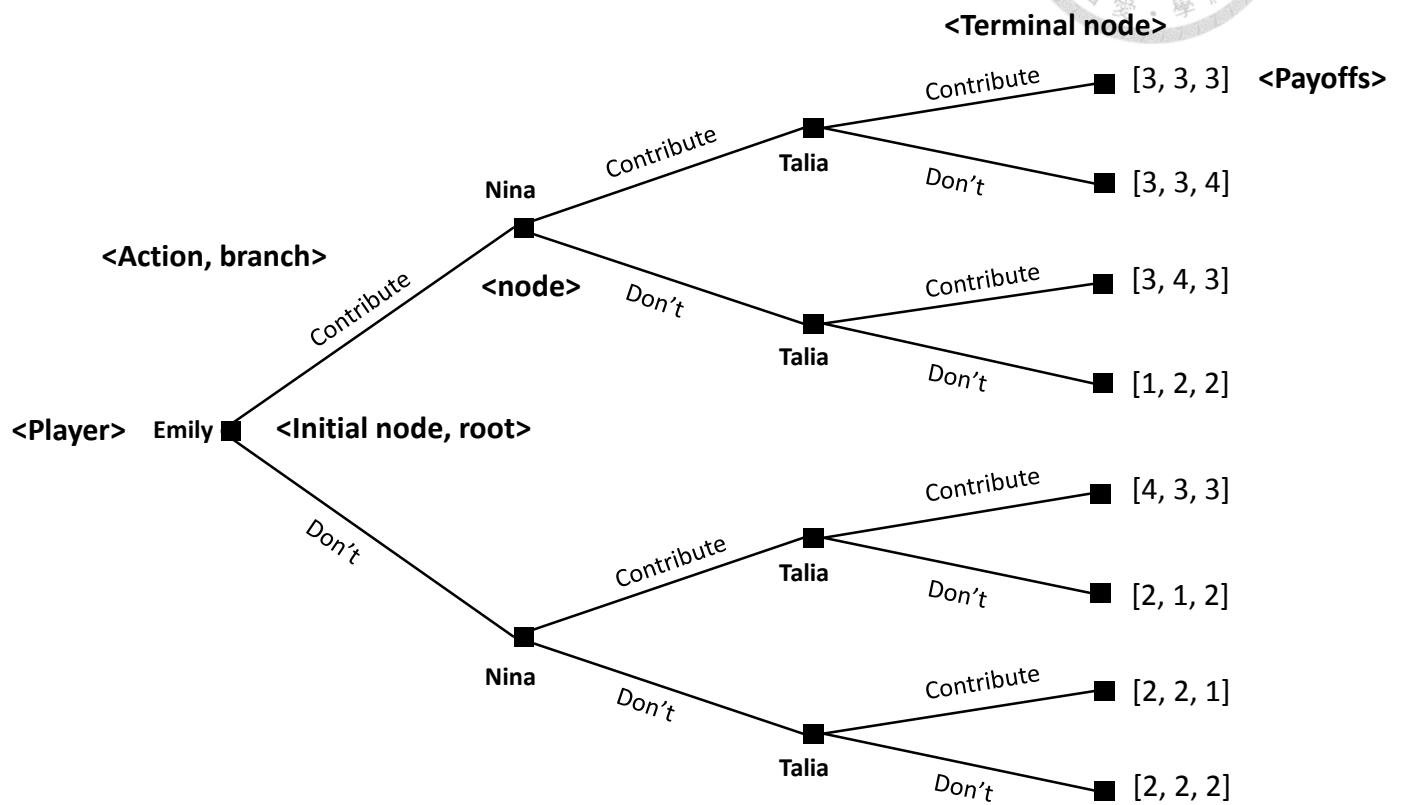
第一目 決策點 (nodes)、分枝 (branches) 以及行動路徑 (path of play)

為了方便說明以下的概念，下圖展示了一個典型的序列賽局，這個賽局背後的故事是，有三個同樣是住在街角的鄰居，分別是 Emily、Nina 以及 Talia，每一個人都被詢問過是否要對於街角上面的花圃的維護做出貢獻，花圃最後的規模以及品質取決於這三個人的貢獻程度，並且每一個人對於花圃的存在感到有回饋，花圃的規模以及品質越高，這三個人的報酬就越高，但是這三個人都會想要不勞而獲。假設這個花圃的維護只有兩個玩家或兩個玩家以上貢獻的話，花圃帶給大家的快樂會是 4 個單位，但如果花圃只有一個或一個以下的玩家維護的話，花圃帶給大家的快樂會是 2 個單位，不論如何，進行維護的成本，對任何一個玩家而言，都會是 1 單位，因此如果有三個玩家同時對於花圃進行維護，大家的報酬都會是 3 個單位，反之，如果大家都不維護花圃，大家的報酬會是 2 個單位，如果一個玩家維護花圃，但是另外兩個玩家不維護花圃，則維護花圃的玩家只有 1 單位的報酬 ($2 - 1 = 1$)，其他偷懶的玩家則有 2 個單位的報酬 ($2 - 0 = 2$)。假設

⁴⁵¹ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.48。

這三個玩家進行的順序會是 Emily 先採取行動，決定是否要對於花園的維護進行貢獻，然後 Nina 觀察過 Emily 的行動之後，Nina 再決定是否要進行貢獻，最後輪到 Talia 透過相同的觀察做出決定。

下圖顯示了關於這場賽局的樹狀圖⁴⁵²：



圖表〔五〕：非連續函數之序列賽局（一）

在這樹狀圖中，這場賽局的規則是，由Emily先採取行動，Emily所在的決策點是樹狀圖的最左方，我們稱之為初始決策點（initial node）抑或是樹根（root），Emily有兩個選擇可能性，他選擇的行動可以是Contribute還有Don't，分別表示對於花園的維護做出貢獻或不做出貢獻，而Emily這些可能的行動便是從初始決策點所衍生出來的分枝(branches)。Emily採取行動之後，觀察到Emily的行動的Nina，會接續採取行動，同樣地，最後，觀察到Emily以及Nina行動的Talia，最後再採取行動，而最後在終點（terminal node）顯示了這個行動路徑（path of play）對於每一個玩家的報酬（payoffs），舉例而言，當Emily、Nina以及Talia都選擇貢獻的時候，三個人分別的報酬是[3, 3, 3]，其中第一個3代表了Emily的報酬，第二個3代表了Nina的報酬，第三個3代表了Talia的報酬，大多數情況，這報酬的顯示的順序是符合玩家出手的順序。

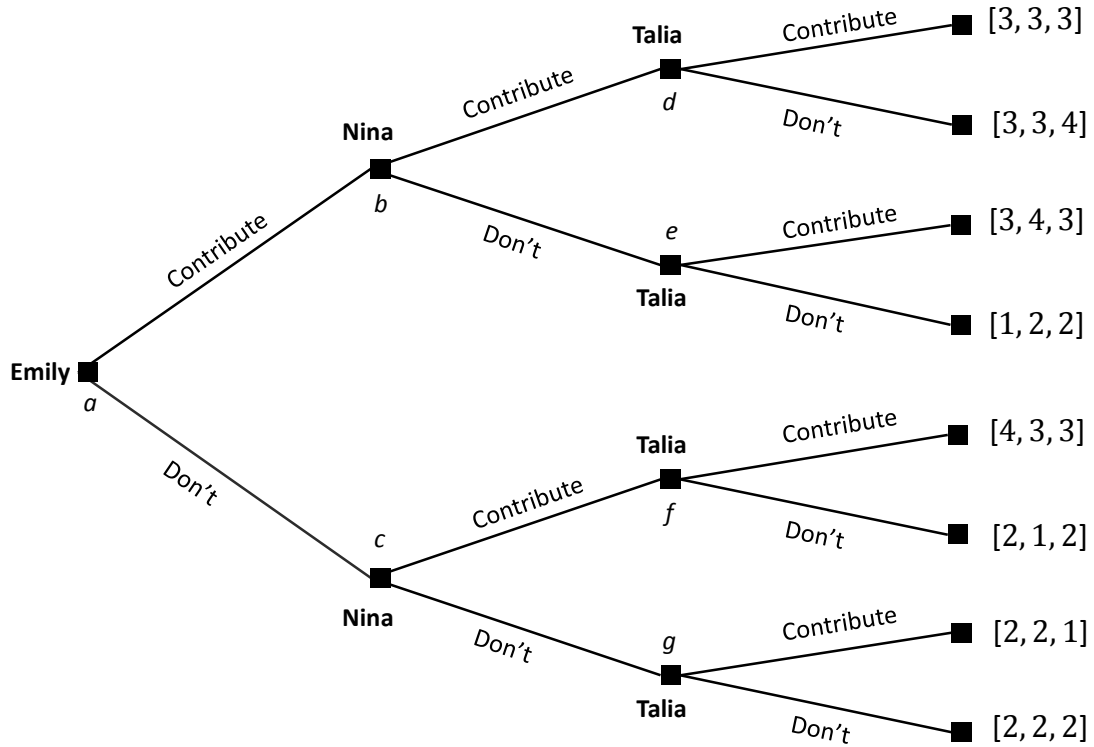
⁴⁵² See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, supra note 441, p.57.

第二目 策略 (strategies) 以及回推分析 (rollback analysis、backward



induction)

策略是一個相當重要的概念，對於這概念的理解會有助於接下來我們對於接下來回推分析 (rollback analysis) 的進行，我們會用上面的樹狀圖來解釋策略的概念，一個玩家在一個決策點可以做出一個行動 (action)，但是玩家可以、也應該要針對每一個可能面對的決策點 (node) 做出不同的行動的決定，這一個整體的決定 (complete plan of action) 叫做一個策略 (strategy)⁴⁵³。為了方便說明策略的定義，我們將上圖的樹狀圖的每一個決策點加上英文符號予以區分不同的決策點，新的樹狀圖如下所示：



圖表 [六]: 非連續函數之序列賽局 (二)

舉例而言，Talia的其中一個策略會是「如果d點的狀況的話，我會貢獻，如果是e的狀況的話，我會不貢獻，如果是f，我貢獻，如果是g，則不貢獻」，這是其中一種策略，因此，我們可以看出Talia所可以採取的策略一共有 $2^4 = 16$ 種，以上Talia的這一種策略可以簡化如下：

⁴⁵³ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, supra note 441, p.50



$$\{C^*(d), D^*(e), C^*(f), D^*(g)\}$$

其中 $C^*(d)$ 代表「如果d的話，則貢獻」， $D^*(e)$ 代表「如果e的話，則不貢獻」，雖然Talia有多達這16種的策略，但是僅有其中一種策略對於Talia而言會是最佳的策略（optimal strategy），也就是：

$$\{D^*(d), C^*(e), C^*(f), D^*(g)\}$$

因為在d點的時候，Talia知道如果他選擇D的話，會有最高的報酬4個單位，同理在e點的時候，Talia知道他自己如果選擇貢獻的話，會有最高的報酬3個單位，同理，在f點的時候，Talia會選擇貢獻，在D點，Talia會選擇對於花園的維護不進行貢獻。

同理，我們分析完Talia所會採取的策略之後，我們再往前推到前一個階段，也就是Nina，現在是Nina進行選擇的時候了，因為Nina知道Talia所會採取的策略是 $\{D^*(d), C^*(e), C^*(f), D^*(g)\}$ ，所以在b的時候，Nina會想：「如果我選C的話，我的報酬會是3個單位，如果我選D的話，我的報酬會是4個單位。」在c的時候，Nina會想：「如果我選C的話，我的報酬會是3個單位，如果我選D的話，我的報酬會是2個單位。」因此對於Nina而言，他所會採取的最佳策略是：

$$\{D^*(b), C^*(c)\}$$

終於，我們可以進入最後一個階段了，也就是Emily，因為Emily知道以上所有的推論，因此Emily也知道Nina以及Talia所採取的策略分別是 $\{D^*(b), C^*(c)\}$ 以及 $\{D^*(d), C^*(e), C^*(f), D^*(g)\}$ ，因此對於Emily而言，Emily知道如果他選擇C的話，之後Nina會選擇D，而Talia會選擇C，這樣他的報酬會是3個單位，反之，如果他選擇D的話，Nina會選擇C，而Talia會選擇C，這樣的他的報酬會是4個單位，因此Emily會選擇D，因此Emily的策略會是：

$$\{D^*(a)\}$$

最後，終於我們可以把上面Emily、Nina以及Talia的最佳策略綜合在一起，我們可以得出個玩家實際上所會進行的路徑（path of play、equilibrium path），也就是從a到c再到f，在這個路徑之下，各個玩家的報酬顯示在最後的節點（terminal node）上面，也就是[4,3,3]，而以上這一系列的分析，就是回推分析（rollback analysis、backward induction），而這最後的均衡就是subgame perfect (Nash) equilibrium，也就是路徑(D, C, C)。

第二款 先手優勢（first-move advantage）以及後手優勢（second-move

advantage）



在上一段的花圃賽局當中，Emily取得了最高的報酬（4個單位），因為Emily有先採取行動的權利，當Emily採取行動之後（選擇不去貢獻），他把這難題丟給了後面兩位玩家，這兩個玩家想要得到最高的報酬的唯一方式就是選擇貢獻，而這會讓Emily的報酬最大化，大部分的人隨意想一想，大概會認為最先行動的玩家擁有優勢，但事實上並非如此，我們很容易就知道有一些賽局，第二手的玩家較有優勢，可以想像兩家都是販售同類商品的公司，如果其中一家公司先把自己的價目先印製出來，第二家公司就會知道對手的定價策略，因此，第二家公司便會開始競價，並且取得先機。

先手優勢（first-move advantage）來自於第一手的玩家將自己置於優勢地位，並且強迫別的玩家接受這條件，第二手優勢（second-move advantage）源自於對於第一手的策略的彈性，究竟那一種才是最重要的（優勢位置抑或是彈性）並沒有一定的準則⁴⁵⁴。

⁴⁵⁴ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.62。

第三項 同時賽局 (simultaneous game、static game)



接下來，我們會介紹所謂的同時賽局，序列賽局的邏輯與同時賽局的邏輯有相當大的差異性，在序列賽局的邏輯底下，每一個玩家都在思考：「當對方進行了這種行動之後，我應該進行哪一種行動？」而在同時賽局底下，每一個玩家都在思考：「如果我想要進行這行動，對方會怎樣想？」所以在同時賽局底下，雙方玩家的策略是一種「思考上」的螺旋，有無限多層次存在。

在同時進行賽局底下，每一個玩家採取行動的時候，很明顯地都不會知道對手所要採取的策略，每一個玩家也都不會知道對手會要如何回應自己的策略，因為雙方彼此都不知道彼此的選擇。每一個玩家都在思考對手會怎行動，這種思考的迴圈，某程度上而言，比序列賽局的分析看起來還要來得錯綜複雜。

同時性賽局可細分為單純策略 (pure strategy) 以及混合策略 (mixed strategy)，亦可細分為非連續變數策略 (discrete strategy) 以及連續變數策略 (continuous strategy)，但不論如何，我們這邊主要關注的是單純策略以及非連續變數策略。

同時性賽局往往會使用報酬矩陣 (payoff table) 作為分析工具，這種報酬矩陣會被稱為是同時性賽局的普通模式 (normal form)，其中的玩家至少是兩個以上，但是玩家的個數應該要和這矩陣的緯度 (dimension) 一致。以下我們舉一個兩個玩家的同時性賽局為例：

		Brown	
		Defect	Cooperate
Sally	Defect	0, 0	10, -10
	Cooperate	-5, 15	5, 5

圖表 [七]: 非連續函數之同時賽局 (一)

在上圖的同時性賽局當中，我們有兩個玩家，分別是 Sally 以及 Brown，這兩個玩家各有兩個策略，分別是背叛 (defect) 以及合作 (cooperate)，矩陣當中的數字個別代表每一個玩家的報酬，舉例而言，其中 -5, 15 分別代表 Sally 以及 Brown 的報酬。

在這賽局底下，Brown 會思考：「如果 Sally 選擇背叛，我也會選擇背叛，這樣我的報酬會比選擇合作來得高，如果 Sally 選擇合作，我也會選擇背叛，這樣我的報酬會比選擇合作來得高。」同樣地，Sally 也會思考：「如果 Brown 選擇背叛，我也會選擇背叛，這樣我的報酬會比選擇合作來得高，如果 Brown 選擇合作，

我也會選擇背叛，這樣我的報酬會比選擇合作來得高。」因此，對於 Sally 和 Brown 而言，雙方最後都會選擇背叛，這個雙方的選擇即是我們所謂的 Nash equilibrium⁴⁵⁵，之所以會有這結果出現，在於背叛對於雙方而言，不論是在何種情形之下，都會是優勢策略（dominant strategy），因此雙方最後的報酬都是 0，我們可以看到，雙方的報酬的總和遠遠小於雙方合作的狀態，這一個典型的囚犯困境（prisoner's dilemma）⁴⁵⁶。

在以上的案例，因為有優勢策略的存在，所以我們可以用論述推論出 Nash equilibrium 的存在，但是當沒有任何一方當事人有所謂的優勢策略存在的時候，情形會變得較為複雜，舉例而言，可以考慮以下的賽局：

		Column		
		Left	Middle	Right
Row	Top	3, 1	2, 3	10, 2
	High	4, 5	3, 0	6, 4
	Low	2, 2	5, 4	12, 3
	Bottom	5, 6	4, 5	9, 7

圖表〔八〕：非連續函數之同時賽局（二）

在這個新的賽局下，沒有任何一方當事人有優勢策略，因此我們勢必要發展出另外一套分析方法，首先，我們先找出每一個玩家的最佳策略（optimal strategy），對於 Row 玩家而言，當 Column 玩家選擇 Left 的時候，Row 最好選擇 Bottom，當 Column 選擇 Middle 的時候，Row 最好選擇 Low，最後，當 Column 選擇 Right 的時候，Row 最好選擇 Low。同樣地，對於 Column 玩家而言，他的優勢策略會是，當 Row 玩家選擇 Top 的時候，Column 最好選擇 Middle，當 Row 玩家選擇 High 的時候，Column 最好選擇 Left，當 Row 玩家選擇 Low 的時候，Column 最好選擇 Middle，當 Row 玩家選擇 Bottom 的時候，Column 最好選擇 Right。我們最後把這兩個玩家的優勢策略用框架表示出來，如下圖所示⁴⁵⁷：

⁴⁵⁵ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.94。

⁴⁵⁶ See, Avinash K. Dixit, Susan Skeath and David Reiley, *supra* note 441, p.97。

⁴⁵⁷ 相同推論，詳見，Douglas G. Baird, Robert H. Gertner and Randal C. Picker, *Game theory and the law* (1994, 1st ed), Cambridge, Mass.: Harvard University Press, p.104。

		Column		
		Left	Middle	Right
Row	Top	3, 1	2, 3	10, 2
	High	4, 5	3, 0	6, 4
	Low	2, 2	5 , 4	12 , 3
	Bottom	5 , 6	4, 5	9, 7

圖表〔九〕：非連續函數之同時賽局（三）

接下來，我們假設每一個玩家都知道彼此的優勢策略，因此 Row 玩家會想：「如果我選擇 High 的話，Column 會選擇 Left，既然 Column 會選擇 Left，那我應該選擇 Bottom，但我選擇 Bottom 的話，Column 最後會選擇 Right，如果是 Right 的話，那我應該選擇 Low，最後 Column 會選擇 Middle，而我仍然是選擇 Low，因此我最後應該選擇 Low。」事實上對於 Row 玩家而言，不論他一開始是從那一個策略出發思考，他最後都會回到 Low 的策略。同樣的道理，Column 玩家也會想：「如果我選擇 Left 的話，Row 會選擇 Bottom，既然 Row 會選擇 Bottom，那我應該選擇 Right，但我選擇 Right 的話，Row 最後會選擇 Low，如果是 Low 的話，那我應該選擇 Middle，而 Row 也仍然是選擇 Low，所以我最後應該選擇 Middle。」事實上，同樣地，對於 Column 玩家而言，不論他從任何一個策略出發思考，他最後也是會停留在 Middle 上面，透過以上的推論，我們可以得知，最後雙方的策略會是 **(Low, Middle)**，這也是我們最後的 Nash equilibrium。我們稱這種分析法叫做最佳回應分析法 (best-response analysis) 透過這種分析法，我們可以在沒有任何優勢策略的情形之下，找到 Nash equilibrium。

這種推論方法，也可以適用到連續變數策略 (continuous strategy) 或是有更多的玩家的情形，其實假設上面的 Row 以及 Column 的玩家有無限多個策略，兩個玩家的策略對應到座標圖上後，可以藉由兩個策略函數的交集，找到最後的 Nash equilibrium。

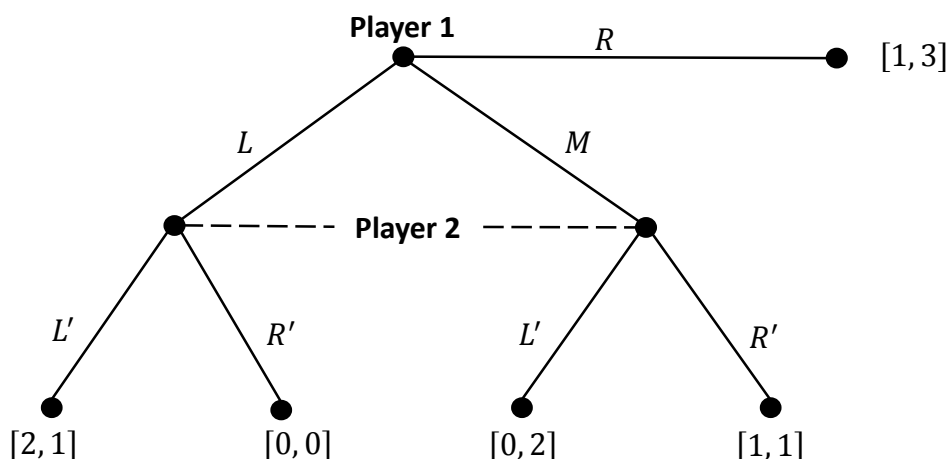
不論如何，由於這種分析法，我們在接下來的論述當中，不會再看到到所謂的同時賽局，故省略之，以上的介紹僅是為了體系的完整性。



第四項 貝氏賽局 (Bayesian game)

以上的賽局都解釋了玩家在資訊充分情況之下，所會採取的行動以及其所產生的 subgame perfect (Nash) equilibrium 以及 Nash equilibrium，但是在現實世界中，玩家彼此之間的資訊往往是不對稱的，為了分析在這種資訊不對稱的狀態下，各個玩家所會做出的選擇，我們要介紹另外一個觀念，也就是 perfect Bayesian equilibrium，perfect Bayesian equilibrium 其實對於 subgame perfect (Nash) equilibrium 的一種進化，perfect Bayesian equilibrium 藉由清楚地分析玩家的信念而強化了 subgame-perfect Nash equilibrium 的要件⁴⁵⁸。

以下我們展示了另外一種序列賽局 (dynamics game、sequential game)，在這賽局底下，首先，玩家 1 可以從三個路線當中選擇一個，分別是 L、M、R，如果玩家 1 選擇 L 或 M，玩家 2 知道玩家 1 並沒有選擇 R，然後玩家 2 可以從 L' 和 R' 裡面選擇一條路線，之後賽局終結。各種狀況底下對於玩家的報酬如後面的數字所示⁴⁵⁹。這個賽局不同於我們之前所討論之處在於，玩家 2 並不知道玩家 1 在前面究竟是選擇了 L 或是 M (但玩家 2 是會知道玩家 1 選擇了 R)，因此對於玩家 2 而言，他的決策點其實只有一個 (因此以虛線連接這兩個決策點)，而這一個決策點包含了兩種資訊 (玩家 1 選擇了 L 或 M)，因此這是一個變生資訊組 (nonsingleton information set)：



圖表 [一〇]: 非連續函數之貝氏賽局 (一)

因為玩家 2 無法區辨玩家 1 在之前採取何種行動，因此，我們在上一段所學到的回推分析 (rollback analysis、backward induction) 在此無法使用，玩家 2 無法

⁴⁵⁸ Robert Gibbons, A primer in game theory (1992, 1th ed), Hemel Hempstead : Harvester, p.174。

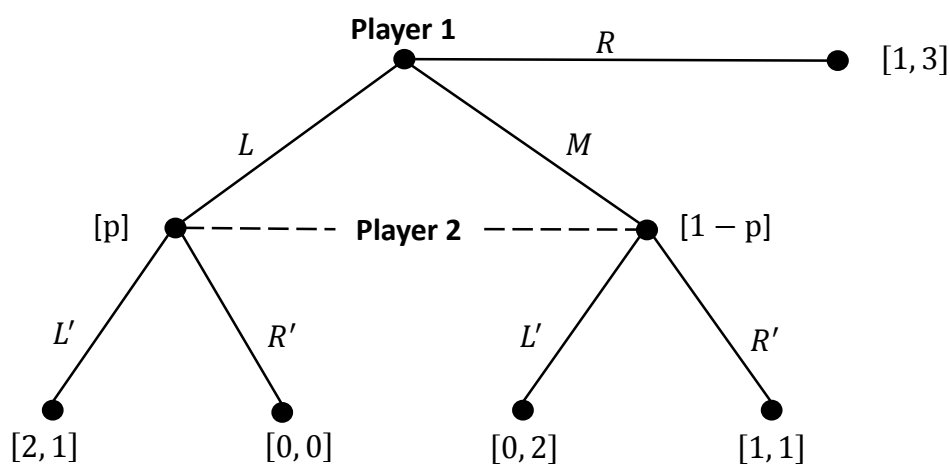
⁴⁵⁹ See, Robert Gibbons, supra note 458, p.176。

針對不同的情況做出不同的反應，因為玩家 2 根本就不知道玩家 1 在此之前採取了何種行動，為了解決這個難題，以下我們必須針對這種回推分析法進行修正，我們在此會增加幾個要件。

第一個要件就是玩家 2 會有一個信念，他必須主觀上認為前一個玩家有多少機率停留在各個決策點上面，但是要注意的是，這機率並不代表現實世界所存在的機率，這機率只是玩家 2 主觀上所認定的機率，而這個玩家 2 的信念為玩家 1 所知悉。

第二個要件就是，玩家 2 依照這他主觀上所認定的機率採取行動，並且謀求自己報酬的最大化。

因此根據這兩個要件，我們可以將上面的貝氏賽局修正如下：



圖表 [一一]: 非連續函數之貝氏賽局 (二)

依據第一個要件而修正後的圖表底下，玩家 2 主觀上會對於一手玩家之前所進行的行動賦予機率上的認定，這個機率為 p 以及 $1 - p$ 所分別代表（也就是玩家 2 認為玩家 1 進行 L 的機率會是 p ，進行 M 的機率會是 $1 - p$ ）。

在玩家 2 的這種信念之下，當玩家 2 進行 R' 的行動的時候，他的報酬會是：

$$p \cdot 0 + (1 - p) \cdot 1 = 1 - p$$

當玩家 2 進行 L' 的行動的時候，他的報酬會是：

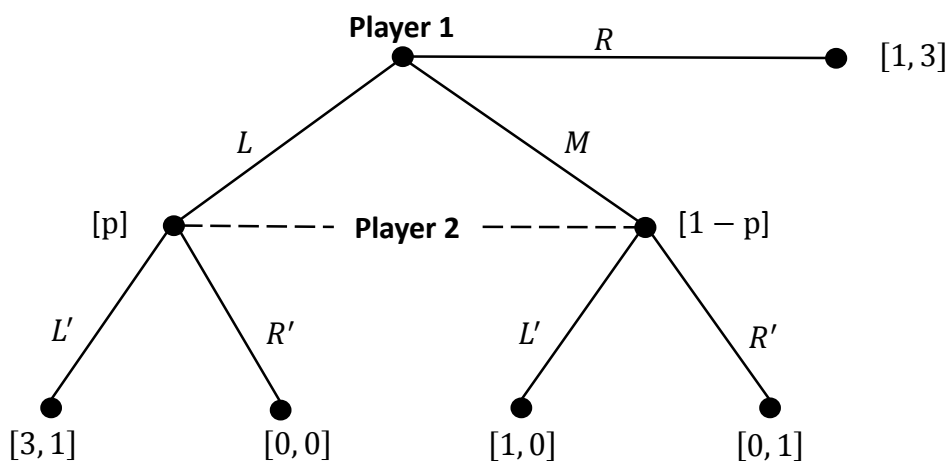
$$p \cdot 1 + (1 - p) \cdot 2 = 2 - p$$

因為對於所有的 p 而言，都會符合：

$$2 - p > 1 - p$$

因此在要件 2 之下，玩家 2 會選擇進行 L' 的行動。而玩家 1 知道玩家 2 的這種主觀上的信念以及因此所會採取的行動，所以玩家 1 會選擇 L ，如此一來可以獲得最大的報酬 2 個單位，最後這 perfect Bayesian equilibrium 會是 (L, L') ⁴⁶⁰。

以上的賽局當中，我們可以找到 perfect Bayesian equilibrium 而不去過問 p 值到底是多少的理由在於，因為 $2 - p > 1 - p$ ，所以不論 p 值是多少，我們都可以得知玩家 2 一定會選擇 L' ，但是事實上，我們並非大部分之狀況都會如此幸運，有時我們仍必須知道玩家 2 的主觀信念會是多少，但事實上，我們仍然可以透過一些要件，來加以分析，為了方便繼續說明，我們將上開的貝氏賽局再修正如下：



圖表〔一二〕：非連續函數之貝氏賽局（三）

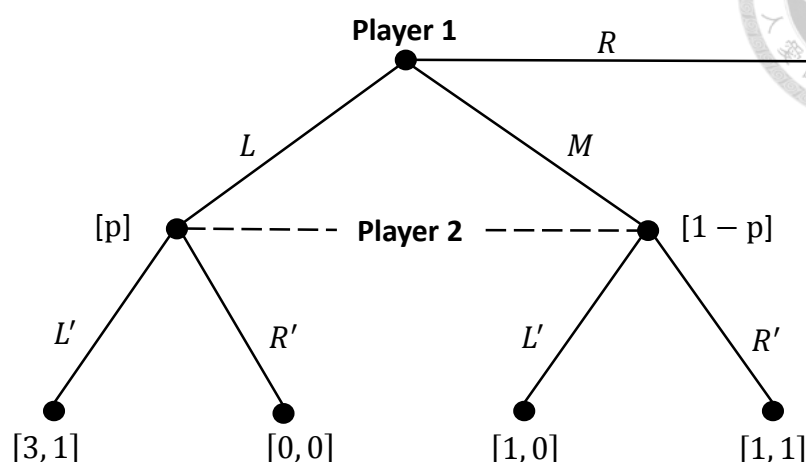
在這個新的賽局當中，我們修正了玩家最後的報酬，其中，與上面不同的地方在於，這裡的玩家 2，選擇 R' 的報酬會是 $1 - p$ ，而選擇 L' 的報酬會是 p ，在這個新的賽局底下，特殊之處在於，對於玩家 1 而言，如果他選擇 L ，則不論玩家 2 怎行動，玩家 1 的報酬都會是 3 或 0，而如果他選擇 M ，不論玩家 2 怎走，玩家 1 的報酬會是 1 或 0，由於 $3 > 1$ 且 $0 = 0$ ，因此玩家 2 沒有理由相信玩家 1 會選擇 M ，因此，玩家 2 對於玩家 1 進行 M 的信念，應該是 $p = 1$ ，這種情形，我們稱玩家 1 對於 M 的選擇是被嚴格地支配 (strictly dominated)，在這種信念之下，玩家 2 會選擇 L' ，而玩家 1 會選擇 L 。因此最後的 perfect Bayesian equilibrium 會是 $(L, L', p = 1)$ ⁴⁶¹。

以上我們都假設了 p 值可以在比較的過程當中被消除或是其中一個玩家的選擇被嚴格地支配而使得 p 值可以被加以確定，但是如果這兩個狀況都不存在，則我們對於最後的 perfect Bayesian equilibrium 的描述，則必須依照玩家 2 對於 p 的主

⁴⁶⁰ See, Robert Gibbons, supra note 458, pp.177-178。

⁴⁶¹ See, Robert Gibbons, supra note 458, pp.233-235。

觀信念而有所改變，因此，我們對於上面的賽局再度進行第三次修正如下：



圖表〔一三〕：非連續函數之貝氏賽局（四）

在這情況之下，玩家 2，選擇 R' 的報酬會是 $1 - p$ ，而選擇 L' 的報酬會是 p ，而且玩家 1 的行動並沒有被嚴格地支配，此時對於玩家 2 而言，他會採取哪一種行動，取決於 p 與 $1 - p$ 之間的關係，此時，當 $p > \frac{1}{2}$ ，玩家 2 會選擇 L' ，而玩家 1 會選擇 L ，此時的 perfect Bayesian equilibrium 會是 $(L, L', p > \frac{1}{2})$ ，反之，當 $p < \frac{1}{2}$ ，玩家 2 會選擇 R' ，而玩家 1 會選擇 R ，此時的 perfect Bayesian equilibrium 會是 $(R, R', p < \frac{1}{2})$ ，而玩家的報酬會是 $[2, 3]$ 。

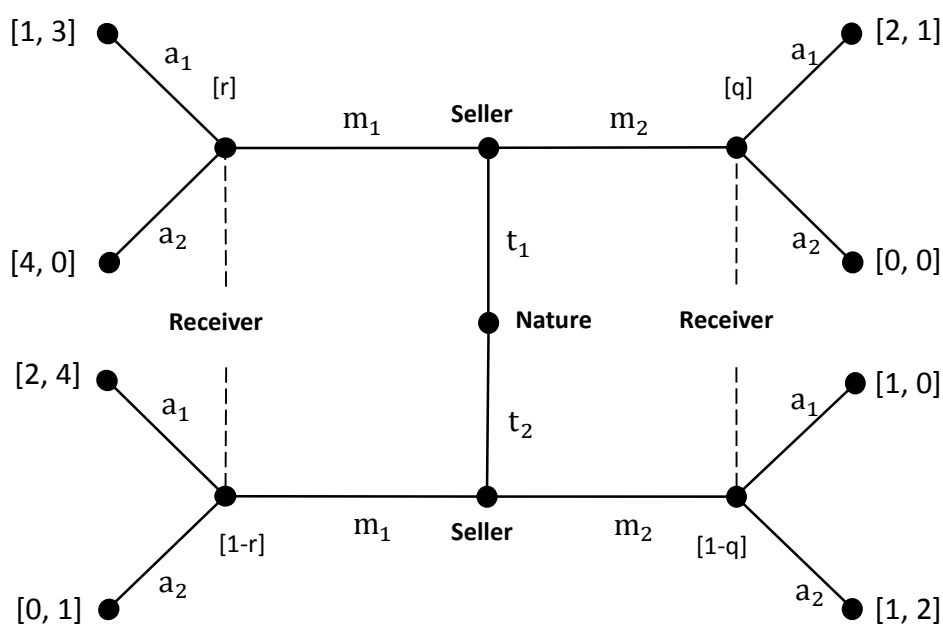
第五項 訊號賽局 (signaling game)

訊號賽局嚴格來說，是將貝氏賽局當中的邏輯，加以運用，所以應該不能獨自歸為一類，此處為了方便說明，故將其獨立出來，先予以說明。訊號賽局濫觴於 Spence 於 1973 年所提出來的就業市場模型。當中有兩個玩家，這兩個玩家分別是發訊者 (sender) 以及收訊者 (receiver)，其中發訊者可以看成是我們在上一段中所提到的玩家 1，而收訊者是我們的玩家 2，只是這邊的訊號賽局與我們在上一段中所討論到的貝氏賽局差別在於，這邊的收訊者知道發訊者採取了何種行動，但是收訊者並不知道發訊者其他隱藏的特殊資訊（例如發訊者的種類），在 Spence 的就業市場模型底下，僱用人並不知道受僱人的類型，但是受僱人知道自己的生產力是高或低，所以資訊不對稱產生，對於受僱人而言，高生產力的受僱人會想要藉由提高自己的教育程度而發出自己是高生產力的訊號，同樣地，雇主

也可能希望過濾出高生產力的受僱人，雇主會觀察受僱人的教育程度或是採取以工計籌的策略，或者是根本不過濾，而採取平均薪資的策略。

在訊號賽局當中，我們將引進另外一個虛擬玩家，也就是自然（Nature），自然決定了發訊者的種類 $T = \{t_1, \dots, t_i\}$ ，且每一種類的發訊者會出現的機率是 $p(t_i) > 0$ 且 $p(t_1) + p(t_2) + \dots + p(t_i) = 1$ ，發訊者知道自己的種類之後，會從 $M = \{m_1, \dots, m_j\}$ 發出 m_j 的訊號，並且收訊者觀察到這 m_j 的訊號之後（但是收訊者無法觀察到 t_i ， t_i 只有發訊者觀察得到），會從 $A = \{a_1, \dots, a_k\}$ 採取 a_k 的行動，發訊者最後的報酬會是 $U_S(t_i, m_j, a_k)$ 而收訊者最後的報酬會是 $U_R(t_i, m_j, a_k)$ ⁴⁶²。

為了方便說明以上的論理，我們將發訊者的種類限縮為兩種，並且我們將發訊者以及收訊者所可以採取的行動限縮為兩種，因此， $T = \{t_1, t_2\}$ ， $M = \{m_1, m_2\}$ 且 $A = \{a_1, a_2\}$ ，並且 $p(t_1) = p$ ，但是要注意的是，在這訊號賽局底下，起始決策點（initial node）並非自然（nature）所在的位置，真正的起始決策點是自然玩家上下兩點的決策點，而在這決策點上，兩個種類的發訊者（ t_1, t_2 ）開始進行賽局，並且這兩個發訊者可以從 m_1 以及 m_2 中選擇一條路徑，然後收訊者觀察發訊者的選擇之後（但是收訊者並不知道發訊者的種類是 t_1 抑或 t_2 ），可以從 a_1 或 a_2 中選擇一條路徑，最後雙方的報酬顯示在最後的節點（terminal node）上面（第一個數字是發訊者的報酬，第二個數字是收訊者的報酬），整個賽局可以圖示如下⁴⁶³：



圖表〔一四〕：非連續函數之訊號賽局

⁴⁶² See, Robert Gibbons, supra note 458, p.183。而雙方會想要讓自己的報酬最大，因此，對於收訊者而言，他必須針對不同的可能性，最佳化他的報酬： $\max_{a_k \in A} \sum_{t_i \in T} \mu(t_i | m_j) U_R(t_i, m_j, a_k)$ 。對於發訊者而言，他也必須最佳化的報酬，但是發訊者可以依據收訊者的這種信念選擇對發訊者自己最佳的途徑： $\max_{m_j \in M} U_S(t_i, m_j, a^*(m_j))$ 。

⁴⁶³ See, Robert Gibbons, supra note 458, p.189。



其中很重要的一點是，雖然 $p(t_1) = p$ ，但是 $p(t_1|m_1) = r$ ，因為 t_1 發訊者與 t_2 發訊者在 m_1 的比率不一定跟原來的比率一樣。在這種情形之下，當收訊者觀察到 m_1 之後，如果他選擇 a_1 的策略，他的報酬會是：

$$3 \cdot r + 4(1 - r) = 4 - r$$

如果他選擇 a_2 的策略，他的報酬會是：

$$0 \cdot r + 1(1 - r) = 1 - r$$

此時 r 被消除，所以收訊者必然會選擇 $a_1^*(m_1)$ ，同理，當收訊者觀察到發訊者採取 m_2 的策略之後，如果他選擇 a_1 的策略，他的報酬會是：

$$1 \cdot q + 0(1 - q) = q$$

如果他選擇 a_2 的策略，他的報酬會是：

$$0 \cdot q + 2(1 - q) = 2 - 2q$$

此時 q 並沒有被消除，因此收訊者的策略會隨 q 值而變動。

但是對於發訊者而言，他知道收訊者的這種思考模式，因此對於 t_2 發訊者而言，他一定會選擇 m_1 （因為 m_2 對於發訊者而言，報酬都只會是1，而1小於2，還不如選擇 m_1 ），反過來，收訊者也知道發訊者的這種思考模式，此時 $1 - q = 0$ （因為 t_2 發訊者不會選擇 m_2 的策略），所以 $q = 1$ ，所以收訊者的策略最後會是 $a_1^*(m_2)$ ，「再」反過來，發訊者知道收訊者的這種思考模式，因此 t_1 發訊者會選擇 m_2 的策略，此時 $r = 0$ ，收訊者的策略 $a_1^*(m_1)$ 仍然是優勢策略，符合一開始的前提，因此賽局停止，最後的 perfect Bayesian equilibrium 會是：

$$(t_1, m_2, a_1) \& (t_2, m_1, a_1)$$

由於 t_2 與 t_1 發訊者所採取的均衡路徑（equilibrium path）有所不同，因此在這個模型底下，可以藉由這種機制的設計，將 t_1 發訊者與 t_2 發訊者區隔開來，我們稱之為分離均衡（separate equilibrium）⁴⁶⁴。

⁴⁶⁴ See, Robert Gibbons, *supra* note 458, pp.188-189。但是請注意原文所採取的分析方法與我們在這邊所看到的分析方法有所不同，原文所採取的分析方法是往前分析法（forward）。

第二節 賽局理論於履行請求權排除之應用



於上一段之說明，本文已試圖闡明賽局理論中重要之概念。接下來，本文會嘗試以賽局理論的觀點，分析英美法底下對於所帶來之效益，並解釋英美法之運作模式。

由於許多經濟學之理論於建設其架構之時，往往忽略其所立基之前提假設，因此遭受批評，這些前提假設之闡明，不僅僅是為了避免用語之誤會或不同理論之間因為前提假設之不同而互相進行之無謂之批評，更重要之處在於，彰顯「為何」要選擇這些假設以及選擇這些假設之理由何在⁴⁶⁵。

故，於進行真正分析前，本文會將假設盧列如下，其目的在於，其一，避免隱存之假設規避檢視，其二，說服讀者這些假設是否符合現實（或法律規範），其三，避免用語、定義上的混淆，其四，利於讀者進行修正以及批判。

第一項 假設

第一款 締約時資訊揭露（information disclosure）及預見可能性原則

（foreseeability）

英美法上，違約方僅需要對於締約當時所可以預見的損害負責⁴⁶⁶，債權人須為其所未揭露之損害自負其責，另，債務人所應負擔之債務（義務），係以契約內容為準，故於契約法範疇上，係以債務人預見可能性作為判斷雙方成本收益之標準，合先敘明。

惟，預見可能性原則之理由何在？本文嘗試以 Hadley v Baxendale [1854]一案加以說明如下，首先，本文將先介紹案例事實及判旨：

〔G 1〕 Hadley v Baxendale [1854] EWHC J70

〔事實〕 Hadley 是一名磨坊主人，其磨坊之轉軸因年久失修而無法運轉，Hadley 因此僱用 Baxendale 將舊轉軸運送至 Greenwich 之工匠處，以利於工匠量制新轉軸，Hadley 僅僅告誡 Baxendale 其轉軸須立即送至工匠處，且 Baxendale 承諾隔天將會將轉軸送至工匠處，不論如何，Baxendale 並不知悉，如果沒有新的轉軸，Hadley 的磨坊將無法運轉。其後，由於 Baxendale 之疏失，致使轉軸送達之時間晚於約定之期日，因此，導致磨坊無法運轉長達五

⁴⁶⁵ R. H. Coase, "The Nature of the Firm," *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (1937), p.386。

⁴⁶⁶ See, G. H. Treitel, *supra* note 9, p.160。

天，隨後，Hadley 請求因此所生之 300 英鎊之賠償金，於該案當中，其爭議在於，Hadley 所可請求之數額為多少？

〔判旨〕受害方僅能回復依照一般商業交易所可以合理預見之損害之賠償金，或契約雙方於締約當時所可以合理考慮到之損害之賠償金，本件被告並不知悉原告將會遭受營運上之損失，且依照一般習慣，原告之其他同種之工作者，往往亦會準備備用之轉軸，因此本件被告僅須為其訂約時所可以預見之損害負責。

於此案下，我們假設高損害之磨坊主人之損害是 L^h ，而低損害之磨坊主人之損害是 L^l ，其中，高損害與低損害的磨坊主人的存在之機率各半，而對於運送人而言，其付出 C 之損害防免成本，就可以減少 $p(C)$ 之損害，而對於高損害的磨坊主人而言，運送人必須付出 C^h 而減少 $p(C^h)$ 之損害，會是最理想的狀況（亦即 $L^h - p(C^h) + C^h$ 會最小化），反之，對於低損害的磨坊主人而言，運送人必須付出 C^l 而減少 $p(C^l)$ 的損害，會是最理想的狀況⁴⁶⁷。

以下區分兩種情況，於第一種情況之下，磨坊主人於契約當中揭露其類型，而於第二種情況之下，磨坊主人並未揭露其類型，惟不論於何種情況之下，運送人皆須為所有損害負責，亦即風險由運送人承擔。

於第一種狀況之下，當運送人知道磨坊主人的類型之後（磨坊主人在契約當中揭露資訊），運送人所負擔的總體成本會是：

$$L^l - p(C^l) + C^l + L^h - p(C^h) + C^h \quad (1)$$

反之，於第二種狀況之下，當運送人不知道磨坊主人之類型，由於資訊蒐集成本過高，運送人會傾向不去蒐集資訊，由於運送人必須為所有損害負責，因此，運送人對於磨坊主人的類型必定會有一定之認識，故運送人主觀上認為高損害與低損害的運送人的機率各是一半，於此情況之下，運送人所承擔的總體成本會是：

$$L^l - p\left(\frac{C^l+C^h}{2}\right) + \frac{C^l+C^h}{2} + L^h - p\left(\frac{C^l+C^h}{2}\right) + \frac{C^l+C^h}{2} \quad (2)$$

此處我們套用一般經濟學上會常常用到的邊際效應的假設⁴⁶⁸，所以 C 與 $p(C)$ 會是對數關係（logarithmic、concave，亦即 $p'(C) > 0$ ，但 $p''(C) < 0$ ），因此：

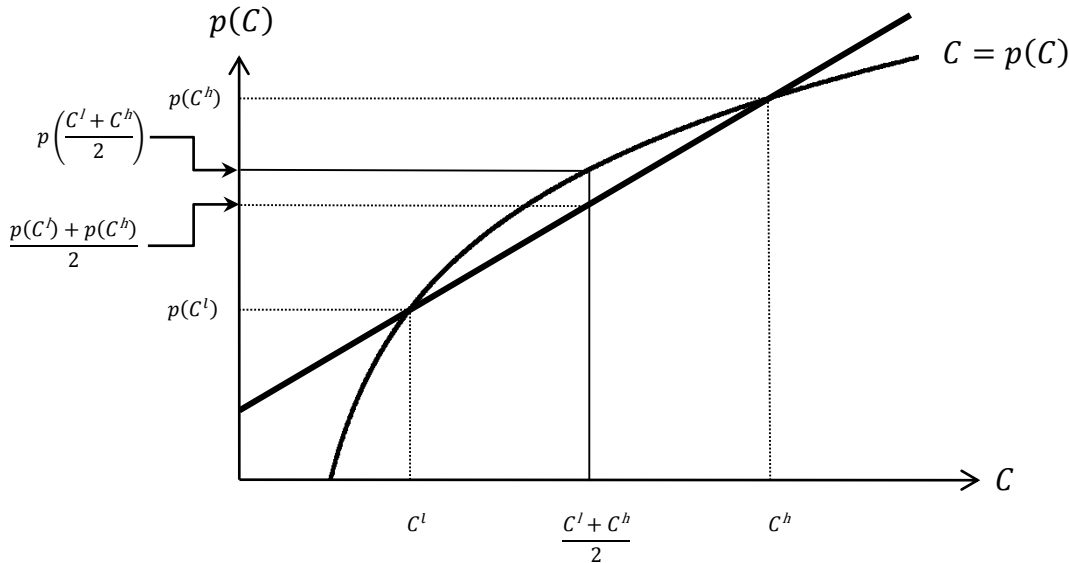
⁴⁶⁷ Douglas G. Baird, *Economics of contract law* (2007, 1st ed), Northampton, MA : Edward Elgar, p.510。
「Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale」本文之模型係參考此一論著，惟，為便於閱讀，本文簡化之，合先敘明。

⁴⁶⁸ N. Gregory Mankiw, *Principles of microeconomics* (2007, 6th ed), Mason, OH : Thomson South-Western, p.264。

$$p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right) > \frac{p(c^l)+p(c^h)}{2} \quad (3)$$



又因為這兩種狀況的運送人的總體成本的總和，唯一的差別僅僅在於 $p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right)$ 與 $\frac{p(c^l)+p(c^h)}{2}$ ，而這可以表示成下圖所示：



因此我們知道第二種狀況的運送人的總體成本會小於第一種狀況，因此，「看似」如果不讓運送人知道磨坊主人的類型的話，運送人會採取較高的注意義務，所以這結果，都會比讓運送人知道磨坊主人的類型的結果還要來得好。法律上，有時有些學者會認為法律條文如果不去明確規範行為的後果責任的話，會讓行為當事人有更高的動機去盡到注意義務，由於不知道自己的行為會產生怎樣後果，因此行為人會比較警惕，如此對於整體社會福利會更好，但是其實並不一定⁴⁶⁹。

為了方便說明此一概念，舉實際案例而言，在 2001 年代晚期，美國波士頓消防局同意員工可以無限次數申請病假，在 2001 年，當年總請假日期是 6432 天，看到這種情形，為了增進消防員的專業技能，美國波士頓消防局決定從 2002 年開始，每一位消防員每年僅可以請 15 天的病假，超過這天數的病假，則該超過日期將不會給付任何薪資，出乎意料地，在 2002 年度，當年總請假日期反而高達 13431 天，遠遠超過 2001 年的兩倍，一種可能的解釋為 University of Pennsylvania School of Law 的 Tess Wilkinson-Ryan 教授所提出，因為這新的政策給予了消防員明確的賠償指示，這種明確性反而鼓勵了消防員去違約。同樣地，在以色列的親子托育中心，Uri Gneezy 以及 Aldo Rustichini 做了樣的實驗，也發現有同樣的結

⁴⁶⁹ See, Douglas G. Baird, supra note 467, p.506。不同見解，詳見，See, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner and Randal C. Picker, supra note 457, p.148。

果，再這實驗之下，家長應該要在下午 4 點將孩子接走，第一種情形是托育中心完全不會對家長做出任何規範，第二種情形，托育中心對於來遲的家長課予一定的罰鍰，實驗結果發現，出乎預料地，第二種情形之下，家長反而會更晚接走小孩，且人數增加。因此似乎不要明確規範行為的後果、責任的時候，會讓當事人更有警惕心態，這種推論也有其道理所在⁴⁷⁰。似乎同樣的道理似乎可以適用在私人契約之間的關係⁴⁷¹，舉例而言，日本學者亦有調查過學生對於刻意違約之接受程度，出乎意料地，各個國家底下，修習法律學科之學生，對於違約之接受程度反而遠高於其他科目之學生⁴⁷²。

本文推論，之所有有這樣的原因，其實就是行為人在不知道行為會產生何種後果的時候，會採取平均的預防措施，在剛剛的消防員案例當中，因為消防員不知道請假次數過多會有何種後果（比如說可能當地剛好失火，如果他曠職的話，會被解僱，但也可能沒有失火，也就是我們模型底下的 L^h 以及 L^l 可能同時並存），因此消防員會比較有警惕的心態，不太敢曠職、請病假（也就是消防員採取我們模型底下的 $\frac{C^l+C^h}{2}$ 損害防免成本），但是法律一旦明確規定了請病假的所需負擔損害只有 L^l ，消防員便會採取 C^l 的損害防免成本，因此結果是，更多的消防員請病假（因為 $C^l < \frac{C^l+C^h}{2}$ ，換言之，消防員會怠惰），同樣的道理在托育中心的案例底下也是如此，家長可能會擔心如果太晚去接小孩，托育中心的人員會對小孩疏於照顧（ L^h 以及 L^l 可能同時並存），但是如果他繳交罰金之後，家長反而會更放心將小孩交給托育中心（因為托育中心已經收了罰金，因此托育中應該有動機繼續照顧小孩，因此小孩應該可以更安全，此時只剩下 L^l 存在的可能性），結果就是家長反而更晚去接走小孩（家長採取 C^l 的損害防免成本，當然家長會默默去衡量 $\frac{C^l+C^h}{2} - C^l$ 與罰金之間的大小），因此，似乎不要明確規範行為的後果，會是一個較佳的方法。

但是不論如何，以上的推論有一個非常致命的地方，這個推論其實已經隱存假設了，於在於公式(2)之情形：

$$L^l > p \left(\frac{C^l+C^h}{2} \right) \quad (2-1)$$

⁴⁷⁰ Robert B. Cooter and Thomas Ulen, Law & economics (2012, 6th ed), Boston : Pearson/Addison-Wesley, p.324。

⁴⁷¹ See, Robert B. Cooter and Thomas Ulen, supra note 470, p.325。

⁴⁷² 加藤 雅信、藤本 亮 (2005), (日本人的契約觀：契約を守る心と破る心), 第 1 版, 頁 89, 東京都：三省堂。本文推論之所有會有如此之結果，係在於法科學生對於責任之輕重較非法科學生有更清楚之認識，因此對於法科學生而言，反而更有動機違反「法律」（蓋其知悉違反之後果為何），然不排除其他可能因素之存在之可能性，例如，商學院學生會考慮長期性之商業利益。

也就是說，以 Hadley v Baxendale [1854]一案為例，低損害的磨坊主人的損害在運送人採取較高的注意義務之時，不會被完全防免，換句話說，「運送人的損害防免成本有功效、並沒有被浪費掉，並沒有矯枉過正」，但是如果情況正好相反，也就是：

$$L^l < p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right) \quad (2-2)$$

在這種情形之下，白話地來說，就是運送人付出了過多的努力來防免損害，這種努力所可以防免的損害 $p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right)$ ，已經遠遠超過實際上會真正發生的損害 L^l ，所以在這種條件之下，邏輯上，所防免的損害是不可能超過實際上真正發生的損害，因此，我們剛剛講的第二種情況的運送人的總體成本則會轉變為：

$$L^l - L^l + \frac{c^l+c^h}{2} + L^h - p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right) + \frac{c^l+c^h}{2} \quad (2-3)$$

此時，我們再將狀況一與狀況二的運送人的總體成本再度比較一次，此時我們只須比較 $p(C^l) + p(C^h)$ 與 $L^l + p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right)$ 之大小即可，此時由於 $p(C^l) < L^l$ 並且 $p(C^h) > p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right)$ ，看似難以比較，但是事實上，由於 $p(C^l) < L^l < p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right) < p(C^h)$ ，且雖然 C 與 $p(C)$ 會是對數關係，但實際上會「接近」於線性，因此我們可以大膽推論 $L^l - p(C^l) < p(C^h) - p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right)$ ，因此得到 $L^l + p\left(\frac{c^l+c^h}{2}\right) < p(C^h) + p(C^l)$ ，因此第一種狀況底下的運送人的總體成本會比二種狀況來得小，因此第一種情況對於雙方的剩餘利益可以最大化。

經過以上的推論，我們或許可以認為，在 Hadley v Baxendale 一案所建立的損害預見性原則底下，磨坊主人沒有讓運送人知道他是那一種類型的磨坊主人，則他必須承擔自己所沒有透漏資訊的損害，如此一來，磨坊主人就有動機去透露自己的類型，而運送人可以「因地制宜」，做出不同的損害防免行為，而總體損害可以減輕到最小，對於雙方當事人的剩餘利益可以最大化。

然，現實交易上，於特定物交易上，買受人往往不會告知出賣人其真實之利潤，以免出賣人在 Bargaining 之過程當中提高價格，然而買受人此種作法必須承擔一些風險。

第二款 不完全契約 (incomplete contract)、風險分配與資訊不對稱 (information

asymmetric)



於上段中，本文假設當事人透過資訊揭露確認了當事人間的契約底下的成本收益關係，即便未揭露，亦以當事人所可以預見之標準為主，惟，交易過程中，嗣後情事（supervening events or contingencies）常常發生，例如買受人之轉售利益下跌、出賣人的履行成本增加或競爭者提出更優惠之價格等，此情事往往導致雙方當事人於原契約底下之成本收益產生變動，此變動會進一步導致雙方當事人有違約動機⁴⁷³，此情事可能是當事人在締約當時所預見（foreseen）或可以預見（foreseeable），而不至於使得契約受挫（frustrated），但也可能並非如此，而契約會因此受挫。

由於在現實交易當中，商議契約是相當耗費費用，且要動用相當多的經紀人以及律師，因此在某一點上，擬定一份完全契約的費用可能會高過於這份契約所會帶來的利益，法院或者是第三人通常無法、也通常不願意嗣後去了解當事人契約底下真實的經濟狀況也是當事人的契約通常是不完全契約的主因之一，即使我們不論這一問題，當事人由於有限理性（bounded rationality）的存在，也會使得當事人去忽略一些對於他們契約有重大影響的變數⁴⁷⁴，並且，有時候，要精準計算每件事情發生的機率，是一件幾乎不可能的事情。因此契約當事人通常只會考慮他們認為與他們契約最為相關的一些變數（與客觀環境相比），如果有當事人所無法預見的突發狀況發生且對於當事人關係有所影響時，但是當事人的契約並沒有對此有任何規定存在，此時符合邏輯的作法就是讓當事人重新協商契約，當契約是長期性契約的時候，契約的重新協商讓當事人可以針對這種無法預見的情事隨機應變⁴⁷⁵。這種交易成本或資訊蒐集成本的存在，會使得當事人重新協商契約會比另外尋找契約關係來得更加理想。這種對於契約是不完全的理論，在許多面向上，是建立在 Coase 以及 Williamson 的交易成本理論之上⁴⁷⁶。

契約一旦受挫，法律上的效果就是契約的當然解消，在這種情形之下，我們也不需要去討論不履行的當事人的選擇以及履行請求權之排除，所以，站在賽局理論的適用可能性之上，我們以下所要討論的這種嗣後情事，是契約當事人雙方在締結契約當時所考慮到的，當契約雙方當事人在訂立契約的時候可以預見嗣後情事會對於契約的履行有所影響，且雙方已經分配好風險，而契約法很重要的一個目的，就是確保當事人可以遵從這風險之分配⁴⁷⁷。

⁴⁷³ See, Linzer, *supra* note 218, p.129。其中，最明顯的案例莫過於，於 1970 年代中期，由於氣候變遷之因素，棉花之價格以三倍之速率成長，當時全世界棉花之價格，從每一磅 3 分美金飆漲到每磅 1 元美金，導致許多棉花農莊違約。

⁴⁷⁴ Gerrit de Geest, *Contract law and economics* (2011, 2nd ed), Northampton, MA : Edward Elgar, p.402。

⁴⁷⁵ Bernard Salanié, *The Economics of Contracts -a Primer-* (2005, 2nd ed), United States : The MIT Press, p.194。

⁴⁷⁶ See, Bernard Salanié, *supra* note 475 p.194。

⁴⁷⁷ Jenny Bourne Wahl, *Economic analysis of contract law, antitrust law, and safety regulations* (1998, 1st ed), New York : Garland Pub., p.58。

舉例而言，當嗣後情事使得契約一方當事人的履行的負擔變得更加沈重，該方當事人會有意願去要求更高的報酬，以填補他所承擔之風險，同樣地，在另外一方面，另外一方當事人如果衡量過他的風險，認為他在契約底下的目的很有可能受挫，則他很有可能就會有動機去減少他所給付給另外一方當事人的報酬。因此雙方當事人藉由對於契約風險的分擔，如果該嗣後情事真的發生的話，契約雙方當事人「不會」因此從契約關係當中解脫出來，在這情形之下，如果風險真的發生的話，損害應該由其所在之當事人承擔⁴⁷⁸，否則法院之恣意將會破壞當事人締約時之考量，對於整體市場有不良影響。

但不論如何，這種嗣後情事嗣後是否真的發生，往往只有當事人一方知道，而另外一方是不知悉的，因此關於這一方面的資訊，是不對稱的，但是，一般而言，如果買受人拒絕繼續契約是因為市價下跌，表示在當時的市場購入價格下滑，以出賣人進行替代性交易所會獲得的價金也會比原本契約來得低⁴⁷⁹，反之亦然，在資訊蒐集成本相對微小之基礎上，買賣雙方當事人是會知道對方替代性交易的價格，這一部份的資訊是透明的。本文以下假設雙方當事人的契約是不完全契約，且關於嗣後情事，除了替代性交易價格的變動之外⁴⁸⁰，雙方的資訊是不對稱的。

對於這種資訊不對稱的狀態，在這種狀況底下，法律規則沒有辦法強迫當事人揭露此一資訊，在定義上，至少法院沒有辦法直接知道那一邊的資訊的揭露是真實的，因此，被強迫要揭露訊息的一方當事人並沒有理由要去說實話，至多，法院只能從當事人的實際的行為中，推測真實為何，因此資訊的揭露只可能透過個人現實的行為得知，這一個觀念對於法律的制定者而言，是相當重要的⁴⁸¹。因為只有個人現實上實際的行為，會展現出他真正的狀況⁴⁸²，舉例而言，無視於孩子之意見而想要爭取孩子監護權的父母，也有可能是最不關心孩子的父母，因為這種父母可能不會將孩子的利益放到自己的利益底下進行考量，一個理想的法律制度有時也會自動考慮到這一點⁴⁸³。

同樣的道理，契約雙方當事人在締結契約之後的狀況是否會有所變動，另外一方當事人也只能從該方當事人是否真實有進行履行行為加以判斷，同理法院也

⁴⁷⁸ See, G. H. Treitel, *supra* note 89, p.901。

⁴⁷⁹ 楊宜良，前揭註 20，頁 372。

⁴⁸⁰ 最明顯的例子就是 U.C.C. § 2-706(3)規定了，當出賣人要進行替代性交易是 private market 的時候，要先詢問買受人的意見，因為買受人對於這種 private market 的市價是不知情的，會侵害到買受人違約時對於其責任的認知。反之，如果是 public market，則並無此一限制（除非有特殊情形）。另外買受人進行替代性交易的價格，U.C.C. § 2-713(2)規定了應該以送達地為準，增加了明確性以及可預見性，減輕了資訊蒐集成本，可供參考。

⁴⁸¹ See, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner and Randal C. Picker, *supra* note 457, p.122。

⁴⁸² 舉例而言，所羅門王的裁決就是利用這種原理，將嬰孩的真正生母區分出來，這是最古老且也最廣為人知的案例，因為在這案例底下，所羅門王宣告繼續進行訴訟將導致孩子的死亡，因此真正生母繼續進行訴訟的「成本」過高（甚至高過於他對孩子獨占的「利益」），反而對於非真正生母，這種「成本」幾乎是不存在，所羅門王附加這成本之後，真正生母必定會放棄訴訟，此時真正生母即被過濾出來（screened），但是這種過濾方法也有風險存在，當非真正生母知道法官的這種過濾手段之後，也是會洋裝真正生母而要放棄訴訟，因此在這種情形之下，法官在決定之前，不透露心證或判斷標準，會是比較好的方法。

⁴⁸³ See, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner and Randal C. Picker, *supra* note 457, p.123。

只能從當事人事實上的行為，加以往回推論、判斷當事人的真實狀況。所以，當出賣人確實有這種嗣後情事導致履行難以進行的狀況，出賣人會拒絕履行或根本不履行，反之，出賣人會繼續履行。



第三款 償付不能風險 (insolvency risk)

契約在進行過程當中，一方當事人有時會變得無償債能力，使得他方當事人無法終局地受償（亦無法取得賠償金），然而是否真的無償債能力，只有債務人自己知道，因此是一種風險（機率），這種風險，對於另外一方當事人來說，是隨著時間的經過而擴大，履行期間越長，契約風險越大⁴⁸⁴。

這種風險，對於契約雙方當事人影響甚大，於締約階段，契約雙方當事人有多種方法可以避免此種風險，舉例而言，契約雙方可以約定由何方當事人先為履行，合理分配此一風險，這風險也決定了恩惠期間的長短，這風險亦決定了債權人是否得提前解消契約，而請求損害賠償。

此外，契約當事人可以透過分期契約 (instalment contract) 之方式，將此種風險降低，其背後原理在於，假設在每一期他方當事人能夠償付之機率為 p ，反之，陷入償付不能的機率為 $1 - p$ ，假設契約的時間長度是十個月，債權人每一個月可獲得之履行利益為10，其中，（一）假設契約是一次性地履行，則債權人的履行利益是100，則債權人償付不能之風險為 $100(1 - p^{10})$ ，（二）假設契約是分期履行，則債權人償付不能之風險為 $10 \cdot 10(1 - p) = 100(1 - p)$ ，由於 $p^{10} < p$ ，故分期契約很明顯地，可以減低此種風險。

⁴⁸⁴ 陳自強 (2004)，〈契約之內容與消滅〉，第1版，頁268，臺北市：學林文化。

第二項 模型之建立 (modeling)



任何對於法律之解釋或分析，如果不順著此一制度之歷史脈絡，將會是沒有任何意義⁴⁸⁵，因此，以下本文會以英美法之歷史脈絡出發，進行模型之建立。

在現代世界，貨幣到處可見，似乎已經是理所當然的事，貨幣成為了交易上方便的媒介，進而成為有形物體的替換物，因此貨幣成為了一個方便量化的工具，在這個前提之上，契約當事人才有可能進行計算以及做出多樣的選擇。但是這種狀況在西元三、四世紀經濟衰退、以物易物的古代羅馬，是難以想像的事情，因此當債務人有給付一隻雞的義務的時候，「法院」也就理所當然地判給債權人一隻雞。

然，約十九世紀中期後，由於交通工具之進步，導致運送成本降低，使得貨物之物價於不同市場之間之物價差異可以減小，且生產技術之進步，導致同種商品於市場上大量流通，一方當事人未能得到的東西往往可以在另外一個市場當中取得，這些經濟層面之因素導致契約當事人追求原定給付履行之需求降低，也間接影響到法律之制度⁴⁸⁶。

由於契約當事人的成本收益，於近百年來，可以藉由貨幣予以量化，這提供了經濟分析的基礎，因此我們可以將當事人締結契約的成本收益或者是報酬，予以量化，本文以下量化的基準是貨幣，但尚且先不處理國際貨幣轉換所生的差額的複雜且困難的問題以及利息問題，先予以說明。

假設市場裡面有一個買方和賣方，經過數次交涉，雙方對於彼此的出價是在其他眾多買方與賣方之間最令彼此滿意，基於「激勵相容」(incentive compatibility)，雙方達成協議，由賣方提供貨物給買方，並由買方支付價金。反之，則雙方不會達成協議。

以下假設出賣人的成本收益是：

$$p - C$$

其中， p 代表出賣人所可以受領的價金， C 代表出賣人所必須承擔的成本。同時，如果出賣人選擇與另外一個買方締結契約的話，出賣人的成本收益會是：

$$p^{CS} - C$$

依照上開的說明，由於買受人所提出的價金，對於出賣人而言，在其他眾多買方之中是最好的，所以我們可以推論：

⁴⁸⁵ See, Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, *supra* note 113, p.102。

⁴⁸⁶ See, Janwillem Oosterhuis, *supra* note 4, p.87。

$$p > \max p^{cs}$$



也就是說，買受人提出的價金會比其他買受人裡面出價最高的買受人所提出的價金還要來得高。接下來是買受人的成本收益：

$$R - p$$

其中， R 代表買受人的收益，而 p 代表買受人必須給付給出賣人的價金，而如果買受人選擇與另外一位賣方締結契約，則買受人的成本收益會改變為：

$$R - p^{cb}$$

同理：

$$p < \min p^{cb}$$

因為

$$\min p^{cs} < p < \min p^{cb}$$

所以雙方對於彼此是激勵相容，因此買賣契約產生。但是出賣人以及買受人在進行交易的過程當中，雙方可能為了本次交易已經投入相當的成本，舉例而言，出賣人為了生產買受人所需要的標的物，進而擴建工廠、生產線，買受人為了種植出賣人的大麥種子，進口了許多的肥料，甚至出賣人錯誤地將別的貨物運送給買受人而被退貨後所生的運費損失抑或是因此而承受的物價下跌的損失，本文也定義是一種廣義的成本，綜合上述，更精確的表達方法可以描述如下：

$$\text{出賣人預期成本收益} = p - C = p - i_s$$

$$\text{買受人預期成本收益} = R - p = u - i_b - p$$

其中， i_s 是出賣人投入的總成本，而 i_b 是買受人投入的其他成本，在這模型下，出賣人的義務是不可分的 (entire)，出賣人必須達到契約所約定的標準，如果沒有，則構成契約之不履行 (non-performance)，換言之，出賣人的給付即便是有一點瑕疵存在，買受人也沒有義務受領，因為買受人已經被剝奪他在契約底下所應該獲得的期待 u 。

當買受人的契約底下的期待 u 被剝奪的時候，亦即買受人「知悉」出賣人違約後，一般而言，買受人有幾種救濟手段，假設買受人尚未給付價金，買受人可以解消契約，然後另行購買他物，並向出賣人請求差價的賠償金，如果買受人已經給付價金，也可以透過契約的解消取回同等差價以及價金之和之賠償金（英美法的解消與大陸法的解除有相當大的歧異，英美法的解消，既不是大陸法系的解除，更不是大陸法系的終止，關於這一點已經在前文有所論述）。

為了方便說明損害賠償計算的過程、讓讀者理解，我們以下假設買受人已經給付價金 p ，但出賣人尚未付出任何履行成本⁴⁸⁷，則一開始雙方當事人的狀況如下：

		$p - i_s$	
Seller			p
Buyer			$-p$
		$u - i_b - p$	

這個圖表需要一些解釋，首先，黑線右方代表目前契約雙方當事人的現實、當下的成本收益狀態，而上下分別是契約雙方當事人在契約完美履行之後所獲得的成本收益，如果出賣人受領價金之後違約，買受人為了要填補自己的損失，買受人有兩種方法，第一就是完全不做出任何行動，等到損害發生之後，直接向出賣人請求所失利益 u ，則雙方當事人最後的狀況如下：

		$p - i_s$	
Seller	$-u + i_b$		p
Buyer	$u - i_b$		$-p$
		$u - i_b - p$	

其中買受人在黑線左方的數值是買受人在黑線右方的成本收益與下方預期的成本收益的差額（ $u - i_b - p - (-p) = u - i_b$ ），即是我們所說的純利潤⁴⁸⁸，這個差額是透過對於出賣人的索取而獲得滿足，所以出賣人在黑線左方的數值會是 $-u + i_b$ ，所以出賣人與買受人在黑線左方的和必定會是零（ $-u + i_b + u - i_b = 0$ ），最後出賣人的成本收益會轉變為 $-u + i_b + p = p - u + i_b$ ，如此一來雙方的損害計

⁴⁸⁷ 至於雙方尚未履行契約義務之情形，並非此處所討論者，合先敘明。

⁴⁸⁸ 關於「純利潤」之解釋，詳見，楊宜良，前揭註 20，頁 77。

算、賠償過程以及各種不同狀況底下的責任的比較可以一目瞭然。

如果買受人已經付出相對應的投資 i_b ，此時買受人的求償額度此時會轉換為 u ，即是我們所知道的履行利益，一般而言，買受人可以選擇請求全部的 u ，買受人也可能衡量過舉證的難易度，而僅僅請求 i_b 之額度（ $u > i_b$ ），也就是我們所說的信賴利益（信賴利益是買受人為了這次交易所付出的投資），由於不論如何，這兩者的差別僅僅在於買受人所請求的額度以及類別（但是近來英國法院有見解認為信賴利益只是履行利益的一種分枝，並無類別之分⁴⁸⁹），但是兩者（ u 以及 i_b ）同時請求，會造成買受人重複受償的狀況⁴⁹⁰。但有時，買受人請求的是 $u - i_b$ 的「履行利益」，加上 i_b 的「信賴利益」（此時總額仍是 $u - i_b + i_b = u$ ），則容易引起爭議。例如買受人同時請求使用機器所得的「淨利」加上機器耗損的費用，在 *Cullinane v British Rema Manufacturing Co [1954] 1 QB 292 CA* 一案中，這種混合式請求就被上訴法院所駁回，但是事實上，重點應該是在於避免重複賠償，而並非指信賴利益的索賠絕對不能與履行利益的索賠同時提出⁴⁹¹。

不論如何，買受人的第二種方法就是，買受人另外尋找其他的出賣人，最後再向原出賣人請求這支出的價金，我們假設買受人另行購買貨物所付出的價金是 p^{cb} （其中的 cb 可以看成是 cover transaction for buyer），由於買受人已經支付價金，所以我們可以認定買受人沒有違約動機，因此 $p^{cb} > p$ ，另外，買受人除了進行替代性交易之外，仍必須付出一些成本，以獲得最後契約底下他所期望的收益，我們假設這現實上買受人所必須付出的成本是 i_b' ，且 $u_*(p^{cb}, i_b')$ 是買受人於花費 p^{cb} 和 i_b' 之後所能獲得最好的收益⁴⁹²，則雙方當事人最後的狀況如下：

$$\begin{array}{r}
 p - i_s \\
 \text{Seller} \quad -u + u_*(p^{cb}, i_b') - p^{cb} - i_b' + i_b \quad \Bigg| \quad p \\
 \text{Buyer} \quad u - u_*(p^{cb}, i_b') + p^{cb} + i_b' - i_b \quad \Bigg| \quad u_*(p^{cb}, i_b') - p^{cb} - i_b' - p \\
 u - i_b - p
 \end{array}$$

這邊會看起來非常複雜的原因是， $-u + u_*(p^{cb}, i_b')$ 其實就是需要扣減的買受人的額外獲利⁴⁹³（當 $-u + u_*(p^{cb}, i_b') > 0$ ），抑或是沒有辦法完全填補的損害（當 $-u +$

⁴⁸⁹ 楊宜良，前揭註 20，頁 87。可見 *The Mamola Challenger [2011] 1 Lloyd's Rep 47* 一案 Teare 大法官的見解。

⁴⁹⁰ 楊宜良，前揭註 20，頁 81。

⁴⁹¹ 楊宜良，前揭註 20，頁 82。

⁴⁹² 我們這邊可以增加一個要件，也就是 p^{cb}, i_b' 會滿足：

$$\max_{p^{cb}, i_b'} [u_*(p^{cb}, i_b') - p^{cb} - i_b']$$

⁴⁹³ 這其實就是英美法之扣減規則，大陸法之損益相抵原則。

$u_*(p^{cb}, i_b') < 0$)，而 $-i_b' + i_b$ 就是買受人因此減少的成本或額外增加的費用⁴⁹⁴，這個計算過程可以與美國統商業法典§ 2-713 做連結，美國統一商法典§ 2-713 規定：「(1) Subject to the provisions of this Article with respect to proof of market price (Section 2-723), the measure of damages for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price together with any incidental and consequential damages provided in this Article (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller's breach. (2) Market price is to be determined as of the place for tender or, in cases of rejection after arrival or revocation of acceptance, as of the place of arrival.」其中的字句可以轉換如下：

出賣人最終責任	U.C.C. § 2-713
$p - p^{cb}$	Difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price
$-p$	N/A ⁴⁹⁵ (由買受人依照§ 2-711 取回相當於價金的賠償金，但是這裡的買受人已經給付價金，所以出賣人的責任會加重，也就是必須返還 p)
$-i_b' + i_b > 0$	Less expenses saved in consequence of the seller's breach
$-u + u_*(p^{cb}, i_b') < 0$	Consequential damages
$-i_b' + i_b < 0$	Incidental damages
$-u + u_*(p^{cb}, i_b') > 0$	N/A (必須留待扣減規則處理) ⁴⁹⁶

圖表〔一五〕：損害賠償計算總表⁴⁹⁷

但是不論如何，為了方便以下的說明，我們以下都是假設 $-u + u_*(p^{cb}, i_b') = 0 = i_b' - i_b$ ，也就是買受人進行替代性交易所獲得的成本收益與預期的成本收益一樣，所以在這情形之下，出賣人的最終責任會是 $p - p^{cb}$ 。

還有第三種可能性，就是出賣人自己進行契約的修補，此時雙方當事人的狀況如下：

$$p - i_s$$

⁴⁹⁴ 更加精確而言，我們可以進一步假設 $\max_{p^{cb}, i_b'} [u_*(p^{cb}, i_b') - p^{cb} - i_b'] = h(t)$ 是對於時間的函數，藉由 $h'(t) = 0$ ，進而找出最佳的進行替代性交易的時間點，但這前提是該特定的修補方法不論在那一個時間點都會是最佳的修補方法。這其實就是美國統一商業法典§ 2-712(1)所要表達之意。

⁴⁹⁵ N/A 代表在此不適用 (non-applicable)。

⁴⁹⁶ 關於扣減規則，係指債權人因為債務人違約所額外獲得之好處，必須在計算損害賠償之際予以扣除，詳見，楊宜良，前揭註 20，頁 363。

⁴⁹⁷ 相類似之計算方法，詳見，Richard L. Hasen, Remedies: examples & explanations (2010, 2th ed), New York: Aspen Publishers, p.131。

Seller

Buyer

|

|

$u - i_b - p$

$p - i_s$

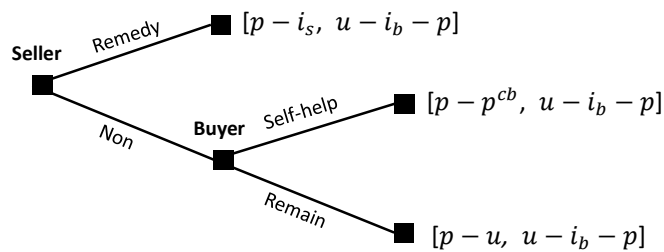
$u - i_b - p$



如讀者所見，出賣人的最終責任會是 $p - i_s$ 。

以上我們已經說明英美法下不同狀況底下之損害賠償之計算，以下我們回顧一下英美法救濟制度之運作。

在英美法歷史底下，原定給付履行是要經由衡平法院的裁量，然而在衡平法院尚未產生之前，債權人（買受人）所得請求者，僅有賠償金，因此實際上是否要修補契約或繼續進行原本債務內容之履行，「原則上」是由出賣人決定，而買受人在「知悉」出賣人的決定之後（這種出賣人的決定可以是積極的表示拒絕履行，也可以是消極地不在恩惠期間之內或履行期限之內做出任何行動）做出行動，買受人可以選擇不做任何行動而令損害擴大至 u ，也可以選擇進行替代性交易⁴⁹⁸，這種規範，形成了一個簡單的序列賽局，如下圖所示：



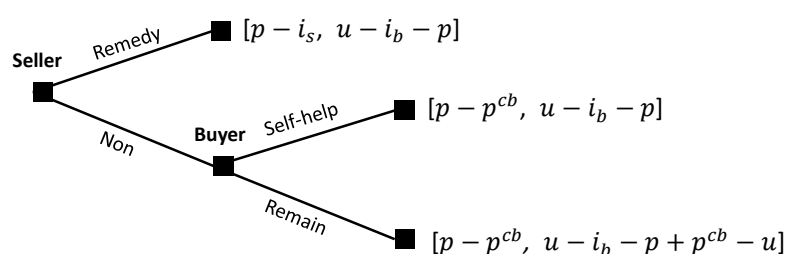
圖表 [一六]: 違約救濟賽局 (一)

在這序列賽局底下，可能產生兩種狀況，第一係， $u > p^{cb} > p$ ，第二係， $p^{cb} > p$ 且 $u < p^{cb}$ （此處暫且不討論 $u = p^{cb}$ 之情形），亦即買受人進行替代性交易所需耗費之成本反而高過於其履行利益，此時可以區分兩種情形討論。

首先係第一種情形，由於 $u > p^{cb}$ ，所以 $p - u < p - p^{cb}$ ，我們可以明顯看到，當買受人「明知」或「可得而知」出賣人違約之後，買受人可以依照自己的自由意思，選擇不進行替代性交易（Remain），在不更動自己的報酬的前提下，擴大

⁴⁹⁸ 此處稍微需要區別者係，債權人何時「實際上」解消契約，與債權人何時「得」解消契約而減輕損害，係屬二事，亦即，當債權人「實際上」解消契約之時，並不代表其解消契約後所生之損害賠償，必定係以其行使「解消權」之當下所生之損害為準，本文此處買受人之己力實現（self-help）所生之報酬，係以買受人「得」行使解消權之當下為準，合先敘明。

出賣人的責任，出賣人的責任一但被擴大後，出賣人雖然更會有意願繼續履行契約，但是整體社會底下的出賣人相較於有被減輕義務的出賣人而言，承擔更多的不利益，儘管兩種狀況底下，買受人最終獲得的利益都是一樣的。另外，這種擴大出賣人的損害的做法看似並沒有對買受人有任何好處，但是這對於買受人而言，可以做為脅持出賣人的一個手段，或作為一個談判的籌碼，因此對買受人而言仍是有套利空間。大部分法體系，對此有因應之道，大陸法系採取了過失相抵（contributory negligence、過失相殺）的概念⁴⁹⁹，傳統底下，英美法則採取了損害減輕義務（mitigation rule）的做法⁵⁰⁰，但不論如何，兩個法系的目的都是一樣的，就是減輕債務人的責任。在這義務底下，買受人應該要為自己所應該能夠減輕到的損害自我負責。因此新的賽局可以形成如下：



圖表〔一七〕：違約救濟賽局（二）

因此，如果 $u > p^{cb}$ ，亦即 $u - i_b - p + p^{cb} - u < u - i_b - p$ ，則買受人會選擇進行替代性交易（self-help）。基於我們一開始的假設，出賣人係知悉買受人進替代性交易之價格，如此一來，出賣人可以衡量，如果 $i_s > p^{cb}$ ，出賣人會選擇不要修補契約（Non）⁵⁰¹，反之，就修補契約（Remedy），如此一來，出賣人的責任可以減輕，所以我們可以得知，這種損害減輕義務的設計，最後可以達到雙贏的局面，使整體社會底下之出賣人承擔更少之不利益。

針對這種損害減輕義務之設計，向來有許多解釋，除了以上基於社會效率之觀點所為之解釋，另外一種解釋係利他主義（altruism）之解釋，此說認為，損害減輕義務之目的在於，使違約之一方之當事人責任降低，係一種道德上之責任，然，不論哪一種解釋，皆殊途同歸⁵⁰²。

⁴⁹⁹ See, G. H. Treitel, *supra* note 9, p.180。事實上，這種 mitigation rule 與 contributory negligence 之區別，有時會是相當模糊。

⁵⁰⁰ See, Thomas D. Crandall and Douglas J. Whaley, *supra* note 120, p.347。

⁵⁰¹ 事實上，如果我們把此處的 i_s 替換成 p^{cs} （其中的 CS 代表 cover transaction for seller），也就是 $p^{cs} > p^{cb}$ ，亦即，出賣人轉賣之價格會高過於買受人進行替代性交易所必須付出之價格，此時出賣人會傾向於中斷契約，轉而賠償買受人，然而為何 $p^{cs} > p^{cb}$ ？其實蘊含著出賣人有較高之資訊蒐集能力，可以找到出價更高之買家（此價格可能會更高於市價），其實這就是有效率違約之原理以及原因（efficient breach of contract），See, E. Allan Farnsworth, *supra* note 90, p.738。

⁵⁰² P. S. Atiyah, *Essays on contract* (1986, 1th ed), Oxford [Oxfordshire]: Clarendon Press, p.124。

不論如何，以上之推論，可以解釋為何英美法法院原則上不願意強制債務人為原定給付之履行 (specific performance)，因為債務人一但選擇不履行，他已經選擇了對自己最佳的策略，法院沒有理由要使債務人在同樣都是完全填補債權人的損害的前提之下，使債務人承擔最大的責任。

再者係針對第二種情形，亦即 $u < p^{cb}$ ，此時債權人進行替代性交易（損害減輕義務）反而會使債務人之責任增加⁵⁰³，亦即，於此情形，債務人之責任，比在債權人任憑損害擴大時，更加沈重，理論上，進行替代性交易之買受人必須承擔該額外之不利益 $-p^{cb} + u$ ，然而以上之推論係立於賽局理論之基礎，然而此一賽局之前提係買受人已經「知悉」替代性交易之價個會遠高於履行利益之損害，然而實際案例上，突發情況會發生，而買受人有時會預估錯誤，亦即買受人無法「知悉」其減輕損害之行為所產生之費用之額度，英美法法院，針對這種情況，並不會太過於苛責買受人，只要買受人之行為合乎常理，買受人仍然可以取回所付出之費用⁵⁰⁴，某程度上，這現狀反應了交易成本抑或資訊蒐集成本之障礙，而這障礙之存在阻礙了買受人對於情況之認知，若法院仍強令買受人承擔該不利益，則市場上之買受人將面臨如何取得精確資訊之難題，若買受人於損害即將擴大前，必須耗時深思熟慮，多方蒐集資訊，再進行替代性交易，則是否能謂其「減輕損害」？不論如何，以下我們僅就第一種情形進行深入討論。

然而問題尚未結束，我們一開始的假設是訂立契約的時候，雙方資訊已經完全揭露，債權人的損害似乎是可以證明，但是實際上，在一些特殊情況之下，買受人獲得之賠償金將無法完全填補其損害，例如（一）債權人之損害雖然係可以觀察得到 (observable)，但是在換算成金錢上會有其困難存在 (non-verifiable)，此時買受人的損害係難以證明，抑或（二）買受人一時難以找到替代性交易之其他市場上之出賣人，此時買受人如果請求賠償金，而可能會難以證明自己已經盡到損害減輕義務而被迫承擔部份之損害，即便債權人可以進行替代性交易，然而無法完全達到債權人之期待，且這期待之落差並非可得計算，抑或（三）當債務人破產，債權人請求賠償金之時，會無法完全受償，以上這些狀況底下，如同我們在第三章的案例所看到，買受人都會有較高的動機主張原定給付履行（因為可以完全填補金錢賠償所無法填補的損害）。

於歷史上，由於普通法院僅能給予賠償金之救濟，然而經過以上列舉，可以發現，這種賠償金之救濟手段，在這些案例底下，將會是無法完全填補債權人之損害，在這種情況之下，權利受侵害之一方當事人如果執意他方履行債務而不減輕損害，則必須承擔所可以減輕但卻未減輕之損害，但是如果權利受侵害之一方當事人選擇賠償金，則其損害將無法獲得全部之填補，此時債權人面臨兩難⁵⁰⁵。因此，對無完全被填補損害之當事人而言，有另尋救濟之必要，這需求促使了衡

⁵⁰³ 舉例而言，於下述 [G 2] Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] A.C. 344 一案底下，債權人如果進行替代性交易（亦即將整個游泳池重建），其所生之費用將會遠高於直接對於債權人之損害進行賠償所生之費用。

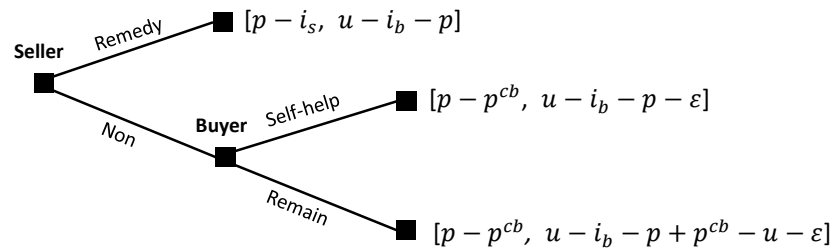
⁵⁰⁴ 楊宜良，前揭註 20，頁 340。

⁵⁰⁵ See, P. S. Atiyah, supra note 502, p.125。

平法院之產生，而衡平法院被賦予肯認債權人原定給付履行之訴求之權限。

而這個傳統則延續到現在，舉例而言，現今英美法對於原訂給付履行例外容許的一些案例，有些是符合這種狀況，例如，契約的標的是有關當事人內心主觀價值的藝術品或是傳家之寶 (heirloom)，即便是在商業契約中，也會有這種情況發生，舉例而言，股票的買賣如果涉及對於公司經營權的掌控，要沒有拿到股票的權利受侵害之當事人證明其所受到的損失會是不可理喻的一件事，因此，在經濟層面上，法院如果容許這種原定給付履行之訴求，一方面可以保護契約當事人的期待，二方面，可以使得契約當事人在締結契約之時有節省揭露這些資訊的締約成本的動機⁵⁰⁶。又例如買受人所購買的書是一本及其罕見的書籍，這本書的價值對於買受人而言，是主觀上難以證實的，法院對於這數額難以確定，在這種情形之下，法院如果要精確去計算這價值，是不完美的，因此法院會傾向於肯定原定給付履行之請求⁵⁰⁷。

因此，順此歷史脈絡延續下去，如果我們假設這種可為法院以及當事人所觀察得到 (observable) 但無法證實 (non-verifiable) 且無法轉換成金錢、無法移轉 (non-transferrable) 的損害為 ε (ε 代表 error, 且 $\varepsilon \geq 0$)，則新的賽局可以表示如下：



圖表〔一八〕：違約救濟賽局（三）

很明顯地，在這種情況底下的買受人，當僅僅是受到金錢賠償是不足夠之時 ($\varepsilon > 0$)，因為 $u - i_b - p - \varepsilon < u - i_b - p$ ，因此，英美法法院此時「原則上」會允許買受人訴請原定給付履行，此時的買受人多了一個選擇，他可以不請求賠償金，轉而訴請原定給付履行 (sue)，但是此時買受人與出賣人都必須承擔額外的「訴訟成本」，由於英國與美國司法制度對於訴訟費用 (律師費用) 之分攤有所不同⁵⁰⁸，

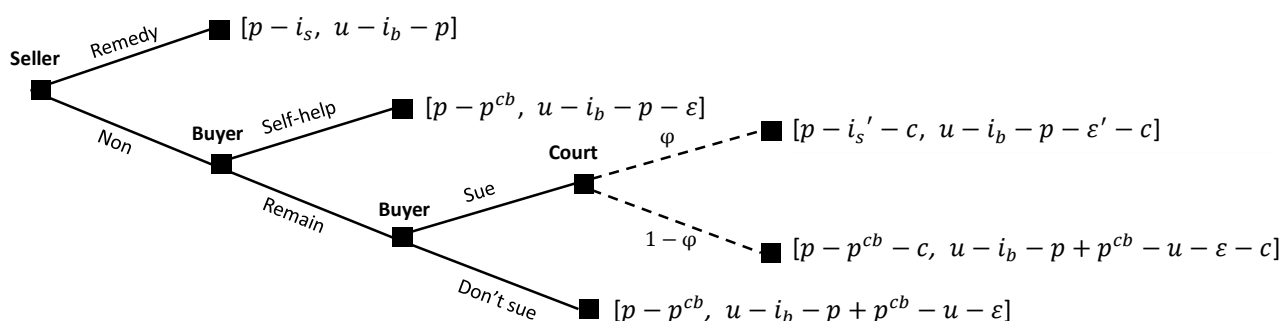
⁵⁰⁶ See, E. Allan Farnsworth, *supra* note 90, p.748。

⁵⁰⁷ See, Robert B. Cooter and Thomas Ulen, *supra* note 470, p.320。

⁵⁰⁸ 美國與英國對於律師費用之規則有所不同，於美國，律師費用是無法請敗訴之一方當事人加以負擔，而英國則係交由敗訴之一方當事人負擔，其各有利弊，美國規則有利之處在於資力懸殊之雙方當事人較不可能透過增加律師費用之方式來嚇阻真正權利人行使權利，但是真正權利人之損害將無法被完全填補，而英國規則之好處在於，真正加害人必須承擔全部之損害，但缺點在於資力雄厚之當事人可以透過恣意增加律師費用之方式使真正權利人知難而退，因此在商業交易上面，由於雙方當事人資力相同，此時雙方會傾向於採取英國規則。關於美國之制度，詳見，E. Allan Farnsworth, *An introduction to the legal system of the United States* (2010, 4th ed), New York :

為求方便，我們這邊採用美國的訴訟費用（律師費用）的制度，也就是由原告雙方各自承擔自己之訴訟費用（律師費用），然而，退步言之，即便認為該訴訟成本並非指涉律師費用，且進行原定給付履行之訴，對於雙方當事人而言，與損害賠償之訴相比，雖非更加複雜，惟，於執行上，卻比賠償金之執行困難，因此這種訴訟成本，也可以看成係執行成本之展現⁵⁰⁹。

不論如何，此一訴訟成本，我們假設對於雙方而言都是 c ，且 $c > 0$ ，並且，如果買受人真的勝訴，執行後對於買受人而言，他的報酬會是 $u - i_b - p - \varepsilon'$ ，其中的 ε' 是執行成果與買受人預期結果之間的落差，且 $\varepsilon' \geq 0$ ，且這落差並非法院所可以藉由監督手段加以填補，對於出賣人而言，執行中所需要負擔之履行成本為 i_s' ，由於我們無法保證出賣人於執行中所需要負擔之成本會與原本契約底下所預期者一致，故此處假設 $i_s' > i_s$ ，此時我們可以將新的賽局形成如下：



圖表〔一九〕：違約救濟賽局（四）

圖表〔一九〕需要一些解釋，在這個圖表底下，我們是將法院看成是如同自然（nature）一般的玩家，因此法院的行動是一種機率的問題（勝敗乃兵家常事，法官午餐前和午餐後的判決會不一樣⁵¹⁰），並且，為求方便，我們假設買受人與出賣人對於法院判定買受人勝訴或敗訴的機率的認識都是一樣的⁵¹¹，我們假設法院讓買受人勝訴的機率是 φ ，而讓買受人敗訴的機率是 $1 - \varphi$ ，並且，如果買受人敗訴，他除了必須承擔訴訟費用之外，他也必須承擔因為進行原定給付之訴而無法

OXFORD UNIVERSITY PRESS, p.120。關於商業交易之習慣，詳見 Theodore Eisenberg and Geoffrey P. Miller, "The English Versus the American Rule on Attorney Fees: an Empirical Study of Public Company Contracts," 98 Cornell L. Rev. 327 (2013), p.377。

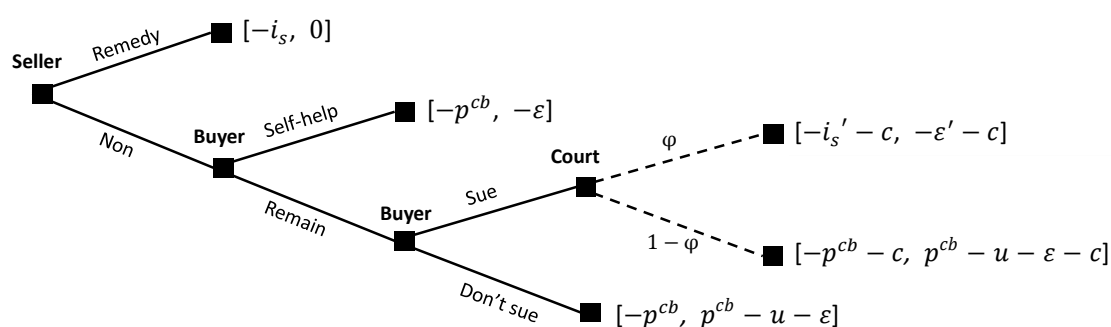
⁵⁰⁹ 舉例而言，有學者即認為，這種執行成本之存在，導致即便是以原定給付履行作為原則之大陸法系，亦鮮有訴請原定給付履行之案例存在之現象，Henrik Lando and Caspar Rose, "On the enforcement of specific performance in Civil Law countries," 24 International Review of Law and Economics (2004), p.481。

⁵¹⁰ 平野 晉（2009），（体系アメリカ契約法：英文契約の理論と法務），第1版，頁36，東京都八王子市：中央大学出版部。其中，對於新古典法學學者而言，法律並非精確之科學。然而即便並非如此，對於雙方當事人而言，難謂其「主觀上」並非認定法院之行動係屬「機率」。

⁵¹¹ 當買受人與出賣人對於法院的機率認定不一樣的時候，情形會複雜化，對此，本文力有未逮，暫不處理，望讀者見諒。

盡到損害減輕義務之危險，也就是說，買受人如果敗訴的話，買受人轉而訴請賠償金，會因為之前沒有即時進行替代性交易而導致損害擴大，而必須承擔部份之損害⁵¹²。

以上的賽局看起來相當複雜，為求方便，我們可以省略去買賣雙方在不同情況之下都存在的報酬，對於出賣人而言，不管那一種狀況，他的報酬裡面都會有 p ，對於買受人而言，不管那一種狀況，他的報酬裡面都會有 $u - i_b - p$ ，因此，在不變動相對報酬的前提之下，我們可以把上面看起來很複雜的賽局簡化如下：



圖表〔二〇〕：違約救濟賽局（五）

到目前，英美法產生衡平法院之後，提供了雙方當事人進行此一賽局之基礎，然而新的問題又產生了，當事人是如何進行此一賽局呢？以下我們先嘗試從當事人之角度出發，觀看當事人會如何進行此一賽局。以下假設不同之狀況，首先當：

$$i_s < p^{cb} \quad (1)$$

的時候，由於 $-i_s > -p^{cb} > -p^{cb} - c$ 且 $-i_s > -i_s - c$ ，此時出賣人必會繼續履行契約義務（remedy），此時賽局結束。當：

$$i_s > p^{cb} \quad (2)$$

的時候，情況會複雜一些，但不變的是，我們這邊仍然是採用回推分析法（backward induction），買受人如果到法院訴請原定給付履行，則對於出賣人以及買受人雙方

⁵¹² 舉例而言，在〔A 14〕New Life Community Church of God v Adomatis, 672 N.E.2d 433 [1996]之案例底下，於原審，原告訴請原定給付履行敗訴，原審法院即以原告選擇訴請原定給付履行之訴為由，使原告必須自己承擔部份之損害，原審法院之用語係：「Because of its decision, New Life is not entitled to damages for the design and construction.」，詳見上述〔A 14〕New Life Community Church of God v Adomatis, 672 N.E.2d 433 [1996]之案例。同樣地，在一個加拿大之案例 Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board, 2012 S.C.C. 51 [2012]底下，訴請原定給付履行而敗訴之原告，在轉而請求賠償金時候，加拿大最高法院認定，原告仍然必須為自己先前提起原定給付之訴而未能盡到損害減輕義務之行為負責。相同見解，See, Joseph Chitty and H. G. Beale, supra note 94, p.1567。

的報酬會是：

$$[\varphi(-i_s' - c) + (1 - \varphi)(-p^{cb} - c), \varphi(-\varepsilon' - c) + (1 - \varphi)(p^{cb} - u - \varepsilon - c)]$$

簡化後可以得到：

$$[\varphi(p^{cb} - i_s') - p^{cb} - c, -\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c]$$

由於 $u > p^{cb} > p$ ，所以對於任何 ε 而言， $-\varepsilon > p^{cb} - u - \varepsilon$ 皆成立，事實上，當：

$$-\varepsilon > p^{cb} - u - \varepsilon > -\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c$$

之時，買受人會請求賠償金，而當：

$$-\varepsilon > -\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c > p^{cb} - u - \varepsilon$$

之時，買受人亦會請求賠償金，僅有當：

$$-\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c > -\varepsilon > p^{cb} - u - \varepsilon$$

之時，買受人才會提起原定給付履行之訴，因此，簡化之後，我們只須要比較 $-\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c$ 與 $-\varepsilon$ 之間之大小，即可推斷最後雙方當事人間之結果，所以我們根本就不需要討論買受人坐視損害擴大之報酬 ($p^{cb} - u - \varepsilon$) 以及提起訴訟之報酬 ($-\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c$) 間之大小，此時比較該雙方之大小，於此之分析並無任何實益存在。歸結以上說法，則當：

$$-\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c < -\varepsilon$$

之時，此時買受人不會提起原定給付履行之訴，反之，當：

$$-\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c > -\varepsilon$$

之時，買受人會提起原定給付履行之訴。但是不論如何，買受人絕對不會坐以待斃，不採取任何行動或不提起訴訟（也就是 remain 加上 don't sue）。

然而較為複雜之問題為，我們如何知悉上開之狀況何時會產生？事實上，我們可以先從 ε 開始著手，此時我們只需要延續條件(3)，並且再度進一步假設，當買受人可以從賠償金完全填補損害，亦即當：



$$\varepsilon = 0 \quad (2-1)$$

之時，由於對於任何 $0 \leq \varphi \leq 1$ 而言， $-\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u) + p^{cb} - u - c < 0$ 皆成立，債權人也不會有動機進行原定給付履行之訴，而付出不必要之訴訟成本。

反之，當債權人之損害無法藉由賠償金加以填補，亦即：

$$\varepsilon > 0 \quad (2-2)$$

之時，情況會複雜一些，不論如何，我們延續之前之推論，也就是當 $-\varphi(\varepsilon' + p^{cb} - u - \varepsilon) + p^{cb} - u - \varepsilon - c > -\varepsilon$ 時候，買受人會提起原定給付之訴，反之則否。我們可以針對這個公式再加以簡化，我們假設 $p^{cb} - u = k$ ，又由於 $p^{cb} < u$ ，所以 $k < 0$ ，以上的公式可以簡化成：

$$-\varphi(\varepsilon' + k - \varepsilon) + k - c > 0$$

$$\varphi(-k - \varepsilon' + \varepsilon) > -k + c$$

也就是僅有當 $\varphi(-k - \varepsilon' + \varepsilon) > -k + c$ 的時候，買受人才會進行原定給付之訴，此時當：

$$\varepsilon' > -k + \varepsilon \quad (2-2-1)$$

之時，由於 $0 > -k + \varepsilon - \varepsilon'$ ，所以對於任何之 $0 \leq \varphi \leq 1$ 而言， $\varphi(-k - \varepsilon' + \varepsilon) < -k + c$ 恆成立，所以買受人必然不會提起原定給付之訴，而會轉而請求賠償金，反之，當：

$$0 \leq \varepsilon' < -k + \varepsilon \quad (2-2-2)$$

之時，由於 $0 < -k + \varepsilon - \varepsilon'$ ，所以 $\varphi(-k - \varepsilon' + \varepsilon)$ 與 $-k + c$ 恆非負，當 $\varphi = 0$ 時，此時 $\varphi(-k - \varepsilon' + \varepsilon) < -k + c$ ，所以買受人會請求賠償金，反之，當 $\varphi > 0$ 時，則僅僅於：

$$\varphi > \frac{-k+c}{-k-\varepsilon'+\varepsilon} \quad (2-2-2-1)$$

之時，才會符合 $\varphi(-k - \varepsilon' + \varepsilon) > -k + c$ ，此時買受人才會提起原定給付之訴。在這種形況之下，我們可以看到，當 ε' 越大的時候， φ 數值會提昇，這背後意含著，當買受人在執行中所無法填補之損害越大，僅有在法院判決買受人勝訴的可能性

非常高的時候，買受人才會提起原定給付之訴。

綜合以上的推論，我們可以知道，當 $0 \leq \varepsilon' < -k + \varepsilon$ ， ε' 越高，則買受人越不會願意提起原定給付之訴，反之，當 $\varepsilon' > -k + \varepsilon$ 的時候，買受人根本不會考慮提起原定給付之訴。由此可以論證， ε' 會影響買受人提起原定給付之訴之意願，但是相對的，即便 ε' 會變動， ε 也是會變動的，此時當 ε 越高，買受人提起原定給付之訴之動機亦會增強。

然而，對於出賣人而言，一旦知悉買受人會提起原定給付履行之訴，出賣人亦會開始計算，當 $\varphi(-i_s' - c) + (1 - \varphi)(-p^{cb} - c) > -i_s$ 時（其中 $i_s' > i_s$ 且 $i_s > p^{cb}$ ），亦即 $\varphi < \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$ ，出賣人寧願坐視買受人提起原定給付履行之訴，也不會

在一開始時就修補契約，反之，當 $\varphi > \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$ 時，出賣人則會於一開始違約之時，即自動修補契約。

我們可以把以上的推論綜合並且簡化如下：

conditions			SPE ⁵¹³		
$i_s < p^{cb}$			(Remedy)		
$i_s > p^{cb}$	$\varepsilon = 0$		(Non, Self - help)		
	$\varepsilon > 0$	$\varepsilon' > -k + \varepsilon$		(Non, Self - help)	
		$0 \leq \varepsilon' < -k + \varepsilon$	$\varphi < \frac{-k + c}{-k - \varepsilon' + \varepsilon}$		(Non, Self - help)
			$\varphi > \frac{-k + c}{-k - \varepsilon' + \varepsilon}$	$\varphi < \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$	(Non, Remain, Sue)
				$\varphi > \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$ ⁵¹⁴	(Remedy)

圖表〔二一〕：當事人行為分析表（一）

因此我們可以推論，最後會進入法院的情形，必定會是 $\varepsilon > 0$ 且 $0 \leq \varepsilon' < -k + \varepsilon$ 之情況⁵¹⁵，且對於雙方當事人而言，法院判決買受人勝訴之機率符合 $\frac{-k+c}{-k-\varepsilon'+\varepsilon} <$

⁵¹³ 代表 sub-game perfect equilibrium。

⁵¹⁴ 這邊需要更加細緻說明的地方在於，出賣人會選擇不修補契約而讓買受人提起原定給付之訴的前提必須是 $-i_s < \varphi(p^{cb} - i_s') - p^{cb} - c$ ，事實上，如果 c 過於鉅大，將會導致 $-i_s > \varphi(p^{cb} - i_s') - p^{cb} - c$ ，出賣人仍然會是選擇修補契約，此時的 equilibrium 就不會是我們這邊看到的 (Remedy)。但不論如何，我們這邊假設 c 並不會過於鉅大，所以 equilibrium 會是我們這邊看到的 (Remedy)。

⁵¹⁵ See, John D. Calamari, Joseph M. Perillo and Helen Hadjiyannakis Bender, supra note 174, p.53。然而該書作者最後認為，正因為最後進入法院之債權人，往往都是賠償金無法填補之損害過大（ ε 過大），因此法院應該盡量給予原定給付履行之判決，然而本文認為，此說忽略了原定給付履行對於債務

$\varphi < \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$ ，也就是說，於債權人方面，金錢所無法填補之損害過高⁵¹⁶，且對於債務人而言，履行成本亦過高，因此，透過以上之分析，我們可以知悉當事人之運作模式。

然而，到現在，於此歷史脈絡之上，當英美法創造衡平法院之後，也知悉了當事人之間的運作模式，但新的問題又產生，亦即，法院應該如何處理當事人的紛爭呢？

法院雖然不是這整個賽局當中一個真正的玩家，但是法院本身的判決會影響玩家的行動，以及對於勝敗的機率的認識，因此，法院本身擁有調節當事人利益狀態的能力，法院可以過不斷判命買受人敗訴，迫使買受人採取賠償金之途徑，法院也可以不斷地判決買受人勝訴，使買受人更有意願提起原定給付之訴，進而調節買賣雙方對於法院勝敗的機率的認識，而影響玩家的行動。

當法院知道自己有這能力的時候，則進一步之問題在於，如同前述，因為買受人既然已經要提起訴訟，那已經代表了出賣人之前已經沒有選擇繼續履行契約 (remedy)，所以對於出賣人而言，履行成本高過於賠償金的成本，也就是 $i_s > p^{cb}$ ，且買受人也提起訴訟了，代表 $\varepsilon > 0$ 且 $0 \leq \varepsilon' < -k + \varepsilon$ ，也就是說，買受人無法透過金錢填補的損害過高⁵¹⁷。

法院此時處於一個很微妙的狀態，一方面如果法院讓買受人可以訴請原定給付履行，則意含著出賣人為了避免進入法院，事先必須承擔高額的履行成本（此處之「成本」之定義亦包出賣人轉售之期待利益之喪失），反之，另外一方面，如果法院讓買受人敗訴，則代表了買受人以後都必須承擔賠償金所無法填補之損害。

為了方便，如同一開始所說，我們假設，法院判決勝敗機率為零或一，亦即 $\varphi \in \{0 \cup 1\}$ ，因此，當 $\varphi = 1$ 的時候，由於 $\varphi > \frac{-k+c}{-k-\varepsilon'+\varepsilon}$ 且 $\varphi > \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$ ，依照上面之表格之分析，買受人會選擇提起原定給付之訴，然而對於出賣人而言，出賣人便會一開始即修補契約，此時當事人之間的報酬會是 $[-i_s, 0]$ ，反之，當 $\varphi = 0$ 的時候，由於 $\varphi < \frac{-k+c}{-k-\varepsilon'+\varepsilon}$ ，同理，買受人會選擇不提起原定給付之訴，此時當事人之間的報酬會是 $[-p^{cb}, -\varepsilon]$ 。

此時法院可以比較，當：

$$-p^{cb} - \varepsilon > -i_s$$

的時候，法院應該要讓 $\varphi = 0$ ，這樣買受人就會選擇請求賠償金，而雙方整體利

人所帶來之負擔。

⁵¹⁶ See, Ewan McKendrick, supra note 155, p.363。該說認為，債權人提起原定給付履行之行為之本身，即意味有金錢所無法填補之損害。

⁵¹⁷ See, Allan Schwartz, supra note 66, p.271。相同見解，詳見，Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, Contract damages : domestic and international perspectives (2008, 1st ed), Portland, Or. : Hart Pub., p.66。

益始可最大化，反之，當：

$$-p^{cb} - \varepsilon < -i_s$$

法院應該要讓 $\varphi = 1$ ，這樣買受人就會選擇請求原定給付履行，知悉這樣結果之出賣人，結果必定會一開始即修補契約，最後雙方的報酬會是整體利益最大化。

其實，上面的兩個不等式可以轉換一下，對於第一個不等式而言，我們可以稍微做一下變化：

$$-p^{cb} - \varepsilon > -i_s$$

$$-p^{cb} - (-i_s) > \varepsilon$$

如果翻譯成文字， $-p^{cb} - (-i_s) > \varepsilon$ 此一不等式背後的含意是「出賣人繼續履行所必負額外付出的費用大於買受人因出賣人履行所可以填補賠償金所無法填補的損害」，此時法院應該要駁回買受人原定給付履行之請求，亦即法院應該要讓 $\varphi = 0$ 。這一段話，似乎與日本債權法改正試案〔第9之2〕底下所謂之「債務人繼續履行的費用如果大過於債權人因為履行所可以獲得之利益則債權人之履行請求權應加以排除」有所關聯，是否如此，留待讀者想像，本文不敢斷下定論。

不論如何，至少，此一模型可以解釋，為何英美法法院對於原定給付履行之訴求，近年來有擴大之趨勢，且較不會以法院監督困難作為駁回債權人原定給付履行之訴之理由（如上開〔A 11〕Fleischer v James Drug Stores, 62 A.2d 383 [1948]之美國案例），蓋，一旦債權人提起原定給付履行，債權人已經衡量過監督困難所導致之履行品質之減損以及金錢所無法填補之損害，而法院最後僅需考慮 $-p^{cb} - (-i_s)$ 與 ε 間之大小即可，即可下判斷⁵¹⁸。

然而，以上的理論，仍然存有一些有趣且尚待解決之問題，其一，以上之推論係立基於長期之法院運作對於「其他相類似案件」所產生之效果，然而針對已經進入法院之「現有案件」，法院應如何處理？針對此一問題，英美法法院係比較，當：

$$-p^{cb} - \varepsilon > -i_s' - c - \varepsilon' - c$$

的時候，法院應該買受人敗訴、轉而請求賠償金（damages in lieu of specific performance），而雙方整體利益始可最大化，反之，當：

$$-p^{cb} - \varepsilon < -i_s' - c - \varepsilon' - c$$

⁵¹⁸ 然而，事實上仍有例外，例如前述〔A 15〕City Stores Company v Ammerman, 266 F.Supp. 766 [1967]一案。

法院應該要買受人勝訴，最後雙方的報酬會是整體利益最大化。

其實，上面的兩個不等式可以轉換一下，對於第一個不等式而言，我們可以稍微做一下變化，我們可以得到 $-p^{cb} - (-i_s') > \varepsilon - \varepsilon' - 2c$ 。

然而更加「艱澀」且進一步之問題在於，英美法法院之作法是否會存在「個案正義導致通案不正義」之問題？事實上，本文認為，此一問題確實存在，如果法院以 $-p^{cb} - (-i_s') > \varepsilon - \varepsilon' - 2c$ 為由而駁回買受人原定給付履行之訴，則難保 $-p^{cb} - (-i_s') < \varepsilon$ 不會發生。換言之，當法院以監督困難為由而使買受人敗訴之際，於個案上，法院可以達到完全效率，然而，對於其他案件亦會有所影響，其他案件底下，買受人知悉其會敗訴，因此買受人會轉而請求賠償金，而知悉此一情事之出賣人會一開始就拒絕修補契約，而使買受人請求賠償金，當雙方當事人最後之報酬是 $-p^{cb} - (-i_s') > \varepsilon$ 時，此時並無問題存在，然而，反之，當 $-p^{cb} - (-i_s') < \varepsilon$ 時，問題則存在，此時法院面臨一個難題，如果為了通案之效率而判決買受人勝訴，則法院必須負擔監督成本，如果為了個案之效率而判決買受人敗訴，則於其他案件上，買受人皆會轉而請求賠償金，此時會造成通案無效率，本文認為，由於我們無法斷定通案之發生數量，故謹慎而言，似應以通案之正義為優先考量。因此，最後我們可以將法院之判斷流程表列如下：

outcomes		Judgement
$-p^{cb} - (-i_s') > \varepsilon - \varepsilon' - 2c$	$-p^{cb} - (-i_s') > \varepsilon$	specific performance denied
	$-p^{cb} - (-i_s') < \varepsilon$	specific performance granted
$-p^{cb} - (-i_s') < \varepsilon - \varepsilon' - 2c$	$-p^{cb} - (-i_s') < \varepsilon$	specific performance granted

圖表〔二二〕：法院判斷分析表（一）

其二，為何債務人（出賣人）被強制履行債務之時，會刻意降低履行品質？有許多種說法，或許會有論者認為債務人受強制時，會刻意降低履行品質（也就是擴大 ε' ），是迄因於心理學上反抗心態，此說亦有其理，惟，反抗之目的為何？是否能以心理因素此一概括之說法加以解釋？不論如何，賽局理論在此提供了一個解釋，其實，從賽局理論角度觀點出發，債務人反抗之心態，主要目的其實在於「嚇阻」債權人起訴請求原定給付之履行⁵¹⁹，因為債務人既然已經不願意繼續履行，則代表債務人履行債務之履行成本高過於賠償金，債務人當然會希望債權人請求賠償金即可，此時債務人可以藉由降低品質而迫使債權人轉向請求賠償金，而並非訴請原定給付履行。

⁵¹⁹ See, H. G. Beale, W. D. Bishop and M. P. Furmston, supra note 93, p.544。事實上，此一見解，Lord Reid 已經於〔E 2〕White & Carter (Councils) Ltd v McGregor [1963] 3 All E.R. 1178 一案當中有所表明：「In most cases by refusing co-operation the party in breach can compel the innocent party to restrict his claim to damages.」

當債權人如果知道債務人會刻意降低履行品質，導致債權人無法受償之損害擴大，債權人越會傾向於不起訴請求原定給付履行，轉而請求賠償金，如此債務人之損害可以降到最低。

但是當債務人這種手段由於債務內容之特殊性，無法為之時（例如法院可以加以監督，而債務人無法規避監督，因此 ε' 趨近於零，例如不動產產權之移轉），債權人會傾向於請求原定給付履行。

這可以解釋為何大多數之債權人往往不會請求原定給付履行，僅僅於例外之情形為之，當債權人這種無由金錢所填補之損害過大，且法院係有監督可能性時，債權人提起原定給付履行之訴之動機會更加強，這種案件，如股權買賣涉及公司之控制權、競業禁止、經銷契約等，在這些案例底下，雖然債權人之損害都是金錢損害，但是，由於損害係基於市場獲利之高度不確定性且難以計算，這種情形下所計算出來的賠償金都無法完全填補債權人之損害，且法院執行監督係有可能性存在，債權人往往會訴請原定給付履行。

然而不論如何，這種情況之下，債權人並不知道債務人實際上進行履行會需要負擔多少額外之成本，萬一債務人所必須負擔之額外成本高過於債權人之想像，則，債權人似乎背負著敗訴之風險進行訴訟，然而，實際上，情況並沒有這樣壞，事實上，債務人也是會有動機透漏自己的履行成本的動機，如此一來，可以嚇阻債權人提起訴訟，債務人也無須進入訴訟程序，而債務人也可因此免除訴訟成本，然而問題又再度發生，債權人要如何知道債務人所透露之資訊屬於正確？蓋債務人也可過度誇大自己履行之成本，達到嚇阻效果，此時，不可避免地，債權人最終必須負擔資訊蒐集成本，然，此為另一議題矣。

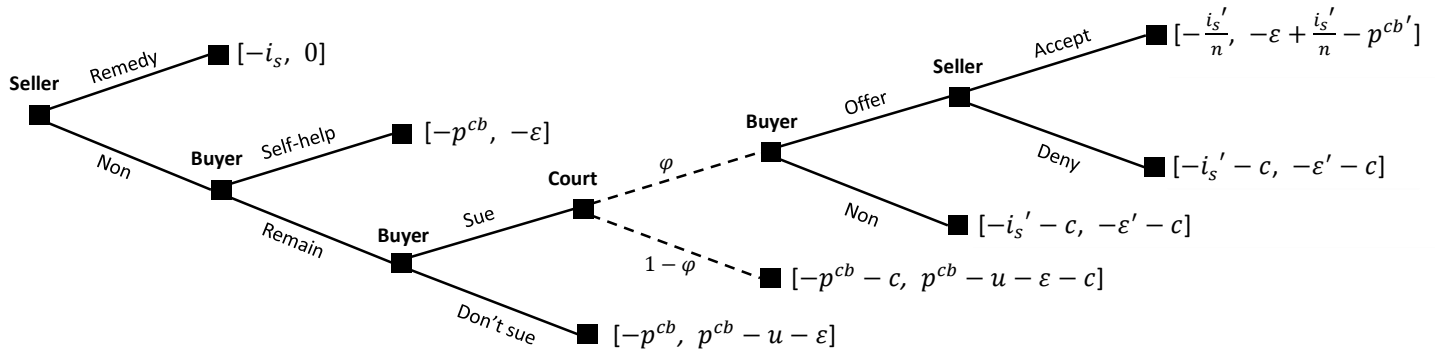
其三，以上之序列賽局仍可能有衍生性之賽局存在，舉例而言，即便 ε 幾乎不存在，亦即賠償金係屬妥適之救濟手段，現實上，買受人也是可能會提起原定給付履行之訴，然而買受人的這種行為與我們上面的論述似乎有所矛盾，因為此時買受人如果提起原定給付履行之訴時，會需要承擔比不提起訴訟更多之不利益（例如承擔額外之訴訟成本），然而事實上並非如此，買受人這種提起訴訟之行為，出乎預料地，其實是完全理性的。

實際上，我們可以將以上的賽局再往執行階段加以延伸，實務上，買受人可以透過與出賣人對於法院令狀（writ、decree）之買賣，來獲得利益⁵²⁰，亦即契約雙方當事人於訴訟終結之後（ex post facto），可以私下交易，舉例而言，本案之出賣人與買受人可以於出賣人之履行費用進行談判，而使出賣人賠償買受人進行替代交易所生之費用，而買受人因此放棄法院之禁令，因此我們可以假設，出賣人最終之報酬會是 $-\frac{i_s'}{n}$ ，其中 $n > 0$ ， $i_s' - \frac{i_s'}{n}$ 則為出賣人所節省之費用，相對地，對於

⁵²⁰ 對於買受人的這種機會主義之說明，詳見，Ian Ayres and Kristin Madison, "Threatening Inefficient Performance of Injunctions and Contracts," 148 U. Pa. L. Rev. 45 (1999), p.48。該作者亦採用賽局理論作為分析工具，然本文此處僅借用其中觀念。

對於這種嗣後交易之肯定見解之介紹，詳見，See, Nili Cohen and Ewan McKendrick, supra note 56, p.65。

買受人而言，其報酬則為 $-\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'}$ ，其中 $-\varepsilon$ 仍為金錢所無法填補之損害，而 $p^{cb'}$ 則定義為買受人嗣後進行替代性交易所產生之費用，同樣地，由於將物價因素列入考量，因此我們假設 $u > p^{cb'} > p^{cb}$ ，因此最後可以針對圖表〔二〇〕：違約救濟賽局（五）延展如下：



圖表〔二三〕：違約救濟賽局（六）

此一賽局需要說明之處在於，於原定給付履行之訴底下，法院判決買受人勝訴之後，買受人可以出賣法院之令狀給予出賣人（或透過和解之方式為之）⁵²¹，而雙方免除執行成本 c ，而出賣人與買受人可以就出賣人原本履行之成本進行分配⁵²²，亦即出賣人最後之報酬為 $-\frac{i_s'}{n}$ ，而買受人最後報酬會是 $-\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'}$ ，其中， ε 係金錢所無法填補之損害，如果使用回推分析法（backward induction），我們可以發現，對於出賣人而言，如果買受人提出出賣法院禁令之要約，基於「激勵相容」（incentive compatibility）原則，雙方必須是符合：

⁵²¹ See, Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, supra note 113, p.100。

⁵²² 然而事實上是否真能「平均」分配，且實際上是否雙方真能達成協議，有論者認為此一問題涉及「交易成本」（transaction cost）之因素，例如上開〔A 3〕Walgreen Co. v Sara Creek Property Co., 966 F.2d 273 [1992]之理論，當雙方當事人交易成本過高，此時無法期待雙方當事人達成協議，進行法院令狀之買賣。

然而亦有論者認為，事實上真正會阻礙訴訟雙方進行令狀買賣之因素並非在於「交易成本」，而係在於雙方之「仇恨心態」（animosity），但事實上，此一仇恨心態也可以看成是一種交易「成本」，詳見，Ward Farnsworth, "Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgement? A Glimpse Inside the Cathedral," 66 U. Chi. L. Rev. 373 (1999), p.409。

然，所謂之交易成本皆係存在，不論任何交易，亦復如是，惟交易成本之觀念過於被廣泛濫用，此一概念亦難以量化，且事實上雙方當事人可以透過第三人之交涉（如律師）避免雙方實際面對面交涉之尷尬場面，故本文認為，交易成本於此之解釋過於「牽強」。如果雙方存在所謂之仇恨心態，則此是否可視為金錢所無法填補之損害 ε ？關於這種心態（vexation、distress 以及 aggravation）導致當事人提起原定給付履行之訴之說明，See, Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, supra note 517, p.90。

$$-\frac{i_s'}{n} > -i_s' - c$$

且：

$$-\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} > -\varepsilon' - c$$

亦即符合：

$$i_s' + c > \frac{i_s'}{n} > p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$$

之條件時，雙方始會達成協議⁵²³，進行交易，反之，則買受人寧願強制出賣人進行原定給付履行，而不會提出任何要約或接受出賣人之要約，此處我們可以區分，當 $i_s' + c > p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$ 時，雙方可以達成協議，反之，當 $i_s' + c < p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$ ，則雙方不會進行交易或「和解」。事實上，當 $i_s' + c > p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$ 時，其間之差距可以看成是類似契約雙方當事人所可以「分享」之大餅，此時契約雙方當事人如果不達成協議，則這大餅就會是落空⁵²⁴，總之，當事人可以進行 Bargaining 這件事是沒有問題的，但是結果會是如何呢？理論上，如果不考慮當事人之厭煩心態（impatience）⁵²⁵，則， $\frac{i_s'}{n} \approx p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$ ，但實際上， $\frac{i_s'}{n} \approx \frac{i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon'}{2}$ 。首先，我們先假設 $i_s' + c > p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$ ，亦即雙方會進行交易或和解，如此若買受人提起訴訟，買受人最後之報酬會是：

$$\varphi \left(-\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} \right) + (1 - \varphi)(p^{cb} - u - \varepsilon - c)$$

其中， φ 是法院判決買受人勝訴之機率，我們再度往前推論，如果買受人不提起

⁵²³ 由此足見，金錢所無法填補之損害 ε 會影響雙方當事人最後是否能達成買賣法院令狀之協議。同理， ε' 亦復如是。

⁵²⁴ Martin J. Osborne and Ariel Rubinstein, A course in game theory (1994, 1st ed), Cambridge, Mass. : MIT Press, p.118。

⁵²⁵ 需要說明者係，事實上，由於買受人會盡量剝削出賣人之利益空間，而出賣人同樣地會藉由拒絕之手段加以抵制，故「直覺上」此處我們可以假設 $\frac{i_s'}{n} \approx \frac{i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon'}{2}$ 。關於此狀況之說明，詳見 Posner，載於，Robert N. Leavell, Cases and materials on equitable remedies, restitution, and damages (2005, 7th ed), St. Paul, MN : Thomson/West, p.97。對於更詳盡之計算模式，詳見，See, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner and Randal C. Picker, supra note 457, p.224，事實上，其計算結果會符合我們的「直覺」。



原定給付之訴，轉而請求賠償金，則買受人之報酬會是 $-\varepsilon$ ，所以，當：

$$\varphi \left(-\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} \right) + (1 - \varphi)(p^{cb} - u - \varepsilon - c) > -\varepsilon$$

時，買受人會有意願提起原定給付之訴，反之，則買受人會寧願請求賠償金。而對於出賣人而言，則可以比較，當買受人有意願提起原定給付履行之時，則當：

$$\varphi \left(-\frac{i_s'}{n} \right) + (1 - \varphi)(-p^{cb} - c) < -i_s$$

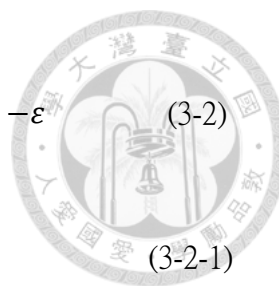
時，出賣人會寧願於一開始便進行修補，反之，出賣人會坐視買受人提起訴訟，而當買受人寧願請求賠償金時，則出賣人可以比較 p^{cb} 與 i_s 間之大小，而決定是否於一開始即進行修補。因此，藉由以上之論述，我們以下可以嘗試針對圖表〔二三〕：違約救濟賽局（六）之賽局進行較為詳盡之分析，因此，新的圖表可以表示如下：

Conditions			SPE			
$i_s' + c > p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$	(3-1)	$i_s < p^{cb}$	(Remedy)			
		$i_s > p^{cb}$	(Non, Self – help)			
	(3-2)	(3-2-1)	(Non, Remain, Sue, Offer, Accept)			
		(3-2-2)	(Remedy)			
$i_s' + c < p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$	$i_s < p^{cb}$		(Remedy)			
	$i_s > p^{cb}$	$\varepsilon = 0$		(Non, Self – help)		
		$\varepsilon > 0$	$\varepsilon' > -k + \varepsilon$		(Non, Self – help)	
			$0 \leq \varepsilon' < -k + \varepsilon$	$\varphi < \frac{-k + c}{-k - \varepsilon' + \varepsilon}$		(Non, Self – help)
				$\varphi > \frac{-k + c}{-k - \varepsilon' + \varepsilon}$	$\varphi < \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$	(Non, Remain, Sue, None)
		$\varphi > \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$	$\varphi > \frac{i_s - p^{cb} - c}{i_s' - p^{cb}}$	(Remedy)		

圖表〔二四〕：當事人行為分析表（二）

其中，針對(3-1)到(3-2)之部份分別為：

$$\varphi \left(-\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} \right) + (1 - \varphi)(p^{cb} - u - \varepsilon - c) < -\varepsilon \quad (3-1)$$



$$\varphi\left(-\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'}\right) + (1 - \varphi)(p^{cb} - u - \varepsilon - c) > -\varepsilon \quad (3-2)$$

$$\varphi\left(-\frac{i_s'}{n}\right) + (1 - \varphi)(-p^{cb} - c) > -i_s \quad (3-2-1)$$

$$\varphi\left(-\frac{i_s'}{n}\right) + (1 - \varphi)(-p^{cb} - c) < -i_s \quad (3-2-2)$$

以上係針對當事人之行為，進行分析，然而法院應如何判斷而做出判決？於 $i_s' + c < p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$ 之情形，此時與圖表〔二二〕：法院判斷分析表（一）並無差異可言，茲不贅述。

然而於 $i_s' + c > p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$ 之情形，情況則可區分，當 $i_s < p^{cb}$ 時，當法院判決買受人敗訴，亦即 $\varphi = 0$ ，此時構成(3-1)之條件，於「通案」之影響上，此時買受人會進行替代性交易，而出賣人會一開始即進行修補，此時雙方報酬會是 $[-i_s, 0]$ 。

反之，當法院判決買受人勝訴，亦即 $\varphi = 1$ ，此時由於 $\frac{i_s'}{n} \approx \frac{i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon'}{2}$ ，所以當 $i_s' - p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' < 0$ 時，此時構成(3-1)之條件，而雙方報酬會是 $[-i_s, 0]$ 。反之，當 $i_s' - p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' > 0$ 時，此時構成(3-2)之條件，然而進一步會構成(3-2-1)抑或是(3-2-2)哪一個條件呢？則較麻煩，不論如何，我們可以看到，當 $\varphi = 1$ 時， $-\frac{i_s'}{n} + i_s = -\frac{-i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon'}{2}$ ，則當 $-i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' > 0$ 時，會構成(3-2-1)之條件，反之會構成(3-2-2)之條件，此時雙方當事人之報酬各會是 $[-i_s, 0]$ ，以及 $[-\frac{i_s'}{n}, -\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'}]$ 。

反之，當 $i_s > p^{cb}$ 時，當法院判決買受人敗訴，於「通案」之影響上，雙方報酬會是 $[-p^{cb}, -\varepsilon]$ ，反之，當法院判決買受人勝訴之時，當 $i_s' - p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' < 0$ 時，同理，此時構成(3-1)之條件，而雙方報酬會是 $[-i_s, 0]$ ，反之，當 $i_s' - p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' > 0$ 時，同理，當 $-i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' > 0$ 時，會構成(3-2-1)之條件，反之會構成(3-2-2)之條件，此時雙方當事人之報酬各會是 $[-i_s, 0]$ ，以及 $[-\frac{i_s'}{n}, -\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'}]$ 。

綜合上述，我們可以延續圖表〔二二〕：法院判斷分析表（一）進行分析，而得到如下結果：

conditions			outcomes	Judgement	
$i_s' + c$ $> p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$	$i_s < p^{cb}$	$i_s' - p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' < 0$		N/A	N/A
		$i_s' - p^{cb'} + \varepsilon$ $-\varepsilon' < 0$	$-i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' > 0$		
		$-i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' < 0$		$-\frac{i_s'}{n} + -\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} > -i_s$	specific performance granted
				$-\frac{i_s'}{n} + -\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} < -i_s$	specific performance denied
	$i_s > p^{cb}$	$i_s' - p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' < 0$		$-i_s > -p^{cb} - \varepsilon$	specific performance granted
				$-i_s < -p^{cb} - \varepsilon$	specific performance denied
		$i_s' - p^{cb'} + \varepsilon$ $-\varepsilon' < 0$	$-i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' > 0$	N/A	N/A
		$-i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' < 0$		$-\frac{i_s'}{n} + -\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} > -p^{cb} - \varepsilon$	specific performance granted
		$-\frac{i_s'}{n} + -\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} < -p^{cb} - \varepsilon$	specific performance denied		
$i_s' + c < p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' - c$			$-p^{cb} - (-i_s) > \varepsilon$	specific performance denied	
			$-p^{cb} - (-i_s) < \varepsilon$	specific performance granted	

圖表〔二五〕：法院判斷分析表（二）

須注意者係， $-\frac{i_s'}{n} + -\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} > -p^{cb} - \varepsilon$ 是不可能發生之狀況，此會違反我們一開始的條件⁵²⁶，亦即 $p^{cb'} > p^{cb}$ ，在此脈絡之上，法院是有可能以 ε' 過大作為駁回買受人原定給付履行之訴之理由（亦即 $-i_s' + p^{cb'} + \varepsilon - \varepsilon' < 0$ ），而此處之真正之判斷依據並非在於 $-\frac{i_s'}{n} + -\varepsilon + \frac{i_s'}{n} - p^{cb'} < -p^{cb} - \varepsilon$ ，而是在於前面的 $\varepsilon - \varepsilon' < i_s' - p^{cb'}$ 。

除此之外，不論當事人嗣後是否會進行法院令狀之買賣或「和解」，法院之判斷應該皆為一致，亦即法院最終皆應該視情況比較 $-p^{cb'} - (-i_s)$ 或 $-p^{cb} - (-i_s)$ 與 ε 之大小，事實上，有趣之處在於，於種類之債，往往係屬 $\varepsilon = 0$ ，當 $i_s > p^{cb}$ 時，而此意涵了 $-p^{cb} - (-i_s) > \varepsilon$ ，如果此時法院不斷肯允原定給付履行之訴，此時結果如何，不在話下，出賣人將會被迫於一開始之時即進行修補，雙方報酬最終會是 $[-i_s, 0]$ ，此時由於 $-p^{cb} - \varepsilon > -i_s$ ，故對於整體社會利益而言，將會是

⁵²⁶ 事實上，須說明者係，即便此一條件不存在，以上判斷流程仍會成立。

降低，於此可以得證。

由此足見，法院究竟是否應該給予原定給付履行，應視個案而定，無法一概而論。當金錢為妥適之救濟手段（亦即 $\epsilon = 0$ ），法院如果執意給予原定給付履行，則於「個案」上，債權人將會取得超過契約所預期能獲得之利益⁵²⁷，於「通案」上，出賣人將被迫於一開始即完成履行，對於整體社會利益亦將減低，因此有學者認為，法院如果過度擴張原定給付履行之適用空間，將會導致買受人機會主義之產生，即便賠償金已經係屬妥適之救濟手段，買受人仍可以不斷透過提起原定給付履行之訴而挾持出賣人，而獲得超乎契約底下原本所應得之利益⁵²⁸，其道理即是如此。然而，事實上，於現今英美法院之運作之下，當賠償金為妥適之手段時（亦即 $\epsilon = 0$ ），法院真正判決買受人勝訴之機率亦會降低，則上開問題即可避免。

反之，於大陸法系底下，由於「種類之債並無履行不能之問題」，因此對於種類之債而言（ $\epsilon = 0$ ），法院真正判決買受人勝訴之機率為百分之百，此時後果如何，自不待言，買受人可以不斷提起「原定給付之訴」而獲得超乎契約所預期之利益，對於社會整體負擔亦是加重。

然而事實上，大陸法系之作法亦無可厚非，誠如一開始所述，其實大陸法系底下所預想之交易型態與英美法之交易型態已有差異，大陸法上，已經預設 $i_s = p^{cb}$ （亦即一開始所提到之「出賣人進行替代性交易之負擔等於買受人進行替代性交易之負擔」），所以於傳統大陸法系之交易底下，即便以「原定給付履行」作為原則，於「個案」上，債權人（買受人）並無任何套利空間可言，於「通案」上，對於整體社會並無太大負擔，蓋此時即便出賣人於一開始即修補契約，亦與賠償買受人替代性交易所生之費用無異，然而大陸法系於現今國際貿易頻繁之社會是否適用，則為另一議題矣。

⁵²⁷ Robert S. Thompson, Remedies : damages, equity, and restitution (2009, 4th ed), Newark, NJ : LexisNexis Matthew Bender, p.59。

⁵²⁸ See, Daniel J. Bussel and Arthur I. Rosett, supra note 113, p.96。

第三節 實際案例分析與驗證



任何解釋學派 (interpretive) 底下之契約法之理論，於決定其是否為合格之理論，首先著重者係，其是否能夠符合其所分析之標的之數據，亦即，這個理論之推論，是否可以契合其所欲解釋之現象或標的⁵²⁹。

故，本文以下將上開原定給付履行之賽局，運用於實際案例，加以分析、驗證，其背後邏輯是，如果本文之理論屬實，則用運相同數據則可以產生與判決相同之結論，反之，若運用相同之數據，但與判決產生不同之結論，則本文理論有修正之必要，然而需要提醒讀者的是，「邏輯上」，即便本文結論與判決結論一致，也並不代表本文理論係當然正確，其間亦可能有其他影響法院判斷之因素存在，例如，法院於個案之感情因素、公益考量或甚至收賄，而恰巧與本文推論結果一致。故，對於案例之驗證，嚴格而論，其本旨非在於「證明、驗證」論證之正確性，而係在於「強化」論證，如果此一理論可被強化到一定程度而使誤差率減小（且仍會存在），而進一步，本文會站在此一理論係屬正確之「前提」或「假設」之上，逆向推論出提起訴訟之當事人隱藏之心態抑或心理，合先敘明⁵³⁰。

然，不可否認者係，契約雙方當事人之成本收益之資訊無法從判決當中加以確認者，係占大多數，由於這些數據難以掌握，對於法社會學家而言，此係一大障礙，許多理論無法驗證，而因此流於論述者，不佔少數⁵³¹。

有鑑於此，本文以下所採取之案例係 Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] A.C. 344⁵³²，所採取之理由在於，此一案例中，雙方之成本收益相較於其他案件而言，係較為清楚者，而有助於驗證本文之理論，首先，我們先回顧此一判決之內容：

〔G 2〕 Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] A.C. 344

〔事實〕於 1986 年秋天，被告 Forsyth 想要於其住家蓋造一座游泳池，於是被告 Forsyth 與原告 Ruxley 達成協議，由原告為被告興建游泳池，並由被告支付原告 17797 英鎊，雙方所約定之泳池之深度為 7 英呎 6 英吋，以便於被告 Forsyth 進行跳水活動，泳池於 1988 年建造完成，但是被告 Forsyth 發現該泳池實際之深度為 6 英呎 9 英吋，與契約所約定者，差了 7 英吋，因此被告拒絕給付價金，原告於是於 1990 年起訴請求被告給付剩餘之價金，於訴

⁵²⁹ See, Stephen A. Smith, *supra* note 439, p.7。

⁵³⁰ 例如，Popper 學者認為，普遍定律只可能被否證 (falsified) 而不可能被驗證，不論有多少符合該理論之適例產生，都無法「斷定」該理論成立，為求精確，本文採取此一見解。詳見，林正弘 (1988)，(伽利略·波柏·科學說明)，第 1 版，頁 101，臺北市：三民總經銷。

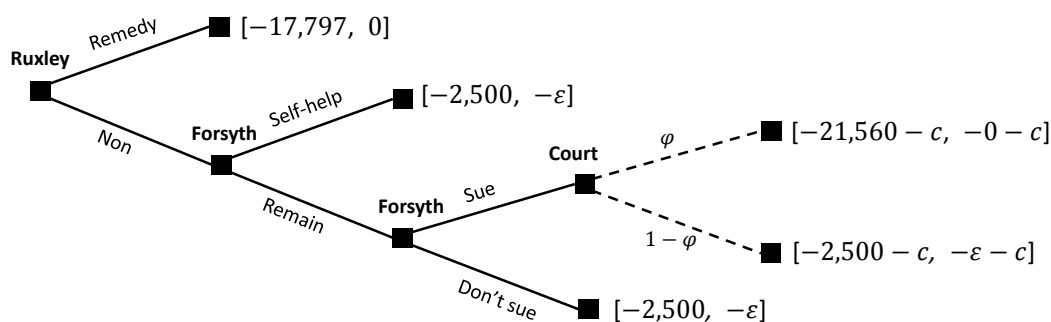
⁵³¹ Jonathan Morgan, *Contract law minimalism: a formalist restatement of commercial contract law*, 1th ed), p.51。

⁵³² 相類似之英國案件，詳見，Ian Mcglinn v Waltham Contractors Ltd [2007] B.L.R. 188, TCC，Robert Fenwick Elliott and Geraldine Glover, *Building contract disputes: practice and precedents* (2009, 1th ed), London: Sweet & Maxwell, p.2/10-12。

訟當中，被告 Forsyth 提起反訴，請求 21560 英鎊之重建費用，於第一審，法官認定跳水最低安全深度為 6 英吋 5 英呎，因此被告於經濟上並無任何損失，然而不能說被告於舒適度 (amenity) 並無任何損失，但是修補、重建之費用亦高過於被告對於舒適度之損失，因此給予被告 2500 英鎊之賠償金，被告不服，因此提起上訴，於第二審，法院認定被告之損失如果不以重建之方式無法獲得完全之填補，且這費用對於經營興建事業之原告而言，係屬可以合理預期之商業風險，因此給予被告重建費用之判決，原告不服，因此提起上訴。

〔判旨〕上訴有理，原審判決廢棄，理由在於，(一) 被告確實具有損失，然而這損失並非金錢所能加以精確計算，(二) 然而，如果要完全填補被告之損害，而使原告負擔重建之費用，將會是極端不合理，蓋此時被告所能獲得之利益與原告之負擔相比，極其有失均衡。

本案件雖非原定給付履行之訴，然而，如果我們將上開案件之事實看成，被告 Forsyth 反訴訴請原告 Ruxley 重新修建游泳池，則本案例事實之金額將可以放入上開圖表〔二一〕：當事人行為分析表(一)之模組，圖示如下：



圖表〔二六〕：違約救濟賽局(七)

其中，有幾點需要說明，其一，對於出賣人(或承攬人) Ruxley 而言，重建所需耗費之成本，包含重新拆除費用以及興建費用，對於此二費用，本文推測與本案價金相去不遠，蓋於本案事實經過當中，出賣人 Ruxley 「已經」曾經因為游泳池之底部破損，而拆除過一次工程標的⁵³³，但最後仍然請求原本契約之價金，故本文推測以上費用之加總，接近於本案之價金。

其二，針對法院判決買受人 Forsyth 勝訴之機率，三審當中，有一審判決 Forsyth 勝訴，因此我們假設 $\varphi = \frac{1}{3}$ ，亦即雙方對於法院勝敗之機率之認識於此案

⁵³³ 詳見 Lord Lloyd of Bewick 法官所謂：「Work started in June 1987. It was carried out by a subcontractor. But the subcontractor did not do the job properly, and the pool bottom cracked. Mr. Hall agreed to remove the existing pool and replace it free of charge.」

件當中係切合於實際，然而事實上，精確之機率，需要大量數據予以支撐，然而礙於現實，本文目前尚且無法獲取此一數據資訊，合先敘明。

對於買受人 Forsyth 而言，提起訴訟所可以獲得之報酬為 $\frac{2}{3}(-\varepsilon - c) + \frac{1}{3}(-c) = -\frac{2}{3}\varepsilon - c$ ，而由於 c 於本案過於微小（幾乎等同己力實現之執行成本），

因此我們可以大膽推測 $-\frac{2}{3}\varepsilon - c > -\varepsilon$ ，因此買受人 Forsyth 會提起原定給付履行之訴，而知悉買受人會提起原定給付履行之訴之出賣人 Ruxley，則會比較原本履行成本以及進入原定給付履行之訴所可以獲得之預期之報酬之大小，此時由於 $-17,797 < \frac{1}{3}(-21560 - c) + \frac{2}{3}(-2500 - c) = -8853 - c$ ，因此出賣人 Ruxley 會坐視買受人提起原定給付履行之訴，由以上分析可知，最後此一案件會進入法院，而事實上亦復如是。

針對法院之判決，此時我們套用上開圖表〔二二〕：法院判斷分析表（一）之模式，我們可以比較 $-p^{cb} - (-i_s)$ 與 ε ，此時由於 $-2,500 - (-17,797) > \varepsilon$ ，因此法院會判決買受人 Forsyth 敗訴⁵³⁴，而此一結論與本案判決一致。因此本文之假設於此並未被推翻。

如以上推論正確，則〔A 12〕Bloch v Hillel Torah North Suburban Day Scholl, 426 N.E.2d 976 [1981]一案底下，由於繼續讓自己子女就讀於被告之學校之風險過高（亦即 ε' 過高），Helen Bloch 之父母「理論上」應該不會提起原定給付之訴，然而，Helen 之父母不論如何，仍然起訴，則可以推論，如果讓 Helen 僅僅獲得金錢之賠償，Helen 之父母將有著金錢所無法填補之鉅大損害（亦即 $\varepsilon' < -k + \varepsilon$ ），而事實上，從 Helen 父母在法庭上之意見觀之，確實也是如此，因為，Helen 父母係猶太人，對於宗教有著極端且狂熱之堅持（the school uniquely corresponded exactly to the religious commitments desired by plaintiffs），而被告所經營之學校，也是猶太之私人學校，且當地並無其他類似之學校存在，因此對於原告而言，要讓其子於其他非猶太教之世俗學校就讀，係屬不可想像之事，因此金錢所無法填補之損害過高，但不論如何，本案之 McNamara 法官最後考慮到學齡兒童與學校之間之關係已經惡化到難以彌補之狀態（可能為了保護孩童），而駁回原告之上訴，並維持原審判決，因此可以逆向推論，本案之法官「主觀上」認定 $-p^{cb} - (-i_s) > \varepsilon$ ，事實上，確實也是如此，本案之法官 A.J. McNamara 係屬共和黨（Republican）之黨員，而與其敵對之民主黨（Democratic）係屬猶太教之大本營，其背後意涵為何，本文不便多言。

復以我國〔C 9〕84 年度重訴字第 125 號判決一案為例，此時亦套用上開圖

⁵³⁴ 事實上，有趣之問題在於，這種金錢所無法填補之舒適度之「價值」為何？這種看不到之價值，例如兒童之家庭幸福或人性尊嚴等等，是否能與金錢比較？但不論如何，於本案可以說，這種 7 英吋（約 18 公分）底下金錢所無法填補之「舒適度」，依一般人之判斷，不可能高於 15297 英鎊。

表〔二二〕：法院判斷分析表（一），則我們可以逆向推論，對於本件原告而言，由於金錢所無法填補之損害過高，因此本件原告會請求「重建費用」之損害賠償（亦即ε過高），事實上，亦是如此，蓋該案件當中被告使用海砂作為混凝土之素材，而海砂會侵蝕鋼筋，影響房屋結構安全，亦包括居住於其內之未來之居民之人身安全，而要在判決當時對於這些無法預測之未來可能發生之人身損害進行計算，係過於困難，又，人身安全本身亦無法以金錢衡量，因此金錢所無法填補之損害過高，而此點即便於判決主文當中無法詳知，亦可推知。

第四節 小結



對於原定給付履行 (specific performance) 是否應成為債權人首要之救濟手段，於英美法學說上，向來素有爭議，執「法律經濟分析」之論者認為，基於「有效率違約」之觀點而論，應該以金錢賠償作為首要之救濟手段，其理由在於，使商品可以流通到最能有效利用該商品之人之手，而使整體利益最大化⁵³⁵。

然而此一論點，基於以下理由，將會無法自圓其說，而飽受批評，其一，即便是以原定給付履行作為首要之救濟手段，債務人可以與債權人進行「法院令狀之買賣」，而商品最終仍會流通到最能有效利用該商品之人之手，故此說無法解釋此一狀況⁵³⁶，其二，金錢賠償之隱存前提 (implied assumption) 係「賠償金可以完全填補債權人之損害」，亦即「賠償金係屬妥適之救濟手段」，然而由於法院或陪審團對於損害之計算之偏差之可能性，因此原定給付履行於個案仍有其存在之必要。

然，執「法律經濟分析」之論者，對此，亦有所反應，針對以上之批評，於其一，法經論者指出，由於「交易成本」(transaction cost) 之存在，無法期待當事人於紛爭結束之後進行法院令狀之交易，於其二，法經論者指出，由於近代計算賠償金之技術進步，故此一問題「漸」不復存。

然本文認為，事實上，賠償金無法確實計算之情形確實存在，即便計算賠償金之技術進步，亦復如是，又，雖「交易成本」確實存在，然而於紛爭後階段，當事人並非不能透過協調人或中間人之角色予以減輕此一成本，故利用「交易成本」一語而否定嗣後交易可能性之說法，係過於牽強，而有濫用「交易成本」此一概念之嫌，惟，不可否認者係，當事人於訴訟之後階段，基於仇視理由，通常不會進行交易，然本文認為，此係基於金錢所無法填補之損害過鉅所致。

於英美法上面，雖實務上已有既定之判斷模式，然對於原定給付履行之學術論爭，長達數十年，且莫衷一是，有鑑於此，本文試圖從賽局理論之觀點，對於訴訟當事人以及法院之行動，從實際上英美法院之判決以及學說進行「逆向分析」，釐清脈絡及其背後之邏輯運作，並引用實例對於本文理論進行驗證。

於邏輯之處理上，由於其目的係供實務判斷之用，所以，本文係先抽離法院之當事人之色彩，將其視為契約雙方當事人判斷之因素之一，首先觀看契約雙方當事人係如何進行賽局，以及在各種情況（包含訴訟之勝敗機率 ϕ ）之下，契約雙方當事人會如何進行活動，並且得到最後之均衡 (SPE)，待確定當事人之完整之行動模式後，我們才會實際討論在各種變數環境之下，法院所給予當事人之變數 ϕ （勝訴或敗訴）所帶來之均衡。最後，我們再度觀看法院在各種變數環境之下，應該如何調整這變數（勝訴或敗訴、給予原定給付履行抑或否定之），以便使契約雙方當事人之報酬可以極大化。

⁵³⁵ See, P. S. Atiyah and Stephen A. Smith, *supra* note 86, p.384。

⁵³⁶ See, P. S. Atiyah and Stephen A. Smith, *supra* note 86, p.385。

而由此分析獲得之結論可知，當賠償金係屬妥適之救濟手段時，亦即種類之債，當法院給予原定給付履行之救濟時，買受人便會不斷提起原定給付履行之訴，迫使出賣人負擔高額之履行成本，並轉而夾持出賣人，為避免無謂耗損，法院此時應該以賠償金作結。反之，當金錢無法完全填補債權人之所損害時，不論其為經濟因素或其他個人因素，此時法院則應該衡量契約雙方當事人之利益，亦即衡量「債權人金錢所無法填補之損害」以及「債務人因為原定履行而必須負擔金錢賠償所無須付出之額外成本」，然於特殊情況之下，法院應該衡量執行對於債權人所帶來之效益，並將其納入考量。

而以上分析結果與英美法傳統之判斷模式相互吻合，因此邏輯上（如本文分析正確），英美法之處理原則可以獲得合理性之強化。

若以上推論成立，則於大陸法之處理原則，當賠償金係屬妥適之救濟手段，亦即於種類之債，由於並無給付不能之可能性存在，因此買受人可以透過原定給付履行之訴，加重出賣人之負擔，對於整體社會利益有所減損，亦難謂符合契約雙方當事人一開始之預想。反之，當金錢賠償並非妥適之救濟手段時，亦即特定之債，由於當債務人負擔過重時，債務人皆可以轉而給予賠償金而免除原定履行，此時並無意識到債權人金錢所無法填補之損害，恐有失均衡。

綜合以上推論，本文認為，大陸法系之處理方式，於解釋層面，似有修正之必要。

第六章 英美法及日本債權法改正對於我國之啟示



於英美法上，債權人原則上僅得請求賠償金，然不排除債權人得訴請原本債務內容之履行之可能性，於符合一定要件之下，法院會准允債權人之訴求，而此涉及原定給付履行應否被准允之問題，其間，對此，英美法並無實體與程序之區分之概念，法院係按照一定之流程判斷債權人之訴求，此一判斷流程係「賠償金是否為妥適之救濟手段」、「法院是否有監督執行成果之期待可能性」以及「執行對於債權人所帶來之賠償金所無法填補之利益是否低於債務人因原定給付履行所必須付出之額外負擔」，根據此判斷流程，「原則上」，對於可代替之給予債務抑或行為債務，由於有代替可能性，故可期待債權人從市場上進行替代性交易，因而賠償金為妥適之救濟手段，此時原定給付履行將會為法院所駁回，於不可代替之行為債務，由於法院對於履行之品質無監督可能性，因此，債權人亦無法訴請原定給付履行，於不可代替之給予債務，法院最後會予以判斷當事人之利益狀態，進行利益衡量，此時結果有二，第一係，法院認定債務人因履行所需承擔之不利利益過高，因此駁回債權人之訴求，第二係，法院認定債務人履行原本債務內容並無過大之困難，此時肯定原定給付之履行之訴求。

於大陸法上，債權人原則上係請求原本債務內容之履行，對於此一履行請求之排除階段（本文此處係指自動・法定之排除），本文認為，為方便說明，可區分為「實體階段」以及「程序階段」之排除事由，其中，實體階段，大陸法系係以給付不能作為排除之事由，係專注對於債務人負擔過重之債務（社會觀念上之不能），於此階段先予以排除，後進入執行階段者，再依照債務之內容，進行不同之執程序，其間，給予債務，不論可否代替，係進入直接強制之程序，而行為債務中可代替者，係依照代替執行為之，而行為債務中不可代替者，係依照間接強制為之，然，期間對於人性尊嚴侵犯過重之履行，亦將不予以間接強制，例如夫妻同居之履行，然而於大陸法之程序排除之事由，其設置之本旨並非如英美法一般係立基於衡量當事人間之利益狀態，而係出自於「執行經濟」以及「人性尊嚴」之觀點，因此其結論與上開英美法有所出入。例如給予債務中可以代替者，於英美法下，其履行係被排除，而迫使債權人轉向賠償金，然而於大陸法下，則係進入直接強制，迫使債務人交付契約標的物，另，例如行為債務中不可代替者，於英美法下，其原定給付履行之訴求係當然被駁回，然而於大陸法下，則係進入間接強制，課予債務人怠金，嚴重者，將以拘留之手段給予債務人心理上強大壓力。

另，於種類物之執程序之上，當執行無效果之時，此時之處理手段，有論者認為可依照「代替」執行之方式為之（我國實務〔C3〕89年度台上字第2號判決），有論者認為可以間接強制之方式為之（日本新民事執行法173條），有論者認為可作為請求損害賠償之依據（日本實務〔J5〕京都地裁所第三民事部〈平成15年07月15日・平成13（ワ）2752〉〔2003〕），有論者認為可論以給付不能

(邱聰智)，亦有論者認為可論為「催告」期限經過(星野)，更有論者認為可經由「代償」執行之手段為之(張登科)⁵³⁷抑或以類推強制執行法一二七條規定為之(陳計男)⁵³⁸，眾說紛紜，莫衷一是，然癥結仍在於，為何種類之債可直接強制？此時債權人之請求難道並無違反誠信原則之虞？(內田)

民法係繼受德國法之日本(學說繼受，非法律繼受)，並無法國民法第一一四二條之規定，因此「行為債務」不論可否代替，並無轉換成損害賠償之明文依據，另外，又日本民事訴訟法係繼受德國民訴法，因此，日本民訴法亦無法國民訴法下「給予債務」轉換為損害賠償之機制存在，從而，可謂日本民法係遵從上開大陸法之流程。然值得注意者係，於日本民事執行法上，間接強制中所課予債務人之執行金，係歸屬於債權人，並非國庫，債權人若受領之額度高於實際損害，債權人亦無庸返還，當不足者，債權人仍得就不足受償之部份再行請求。然該執行金之性質，學說上有所爭議。

民事訴訟法以及民事執行法同樣係繼受德國法之日本，2003年對於民事執行法進行修正，其間，給予債務，不論係可否代替，債權人於執行程序中，債權人得「選擇」直接強制抑或間接強制，此係將過去實務上債務人惡意隱匿之案例之解決方法予以明文化，亦係針對「間接強制補充性原則」之反動，在此底下，種類之物之給予債務，由於債務人惡意隱匿標的物係屬常態，故債權人實質上僅能「選擇」間接強制而獲得金錢填補，抑或直接以執行不能而請求損害賠償作為備位聲明。

另外，日本近年亦進入債法之改正，於實體上之排除事由，日本債法改正試案，進一步對於履行不能之概念進行細緻化之架構，有使其與英美法或國際文件之要件相互結合之傾向，而將排除之重心放在實體階段上之排除事由，對於執行階段之排除事由則予以維持，然其未來之發展為何，仍有待觀察。

反觀我國學說以及實務，對於「給付不能」之看法，多係從債務人之履行負擔出發解釋，僅少數有兼論到對於債權人之利益之填補(如56年台上字第1708號判例有意識到承租人係要將土地來耕作低經濟單位之農作物)，惟，似乎無任何一說有仔細論述、衡量「損害賠償」(金錢賠償)與「原本債務內容之履行」對於契約雙方利益狀態之差異。關於此點，與德國2002年修正後之債法以及日本債權法改正方針及試案相比，已經有相當大之落差。

另外，於債務內容係種類之物或非一身專屬性之行為或服務時，依照我國實務或學說見解，由於種類之物，係可由市場上輕易取得，故並無給付不能之問題，亦即，我國學說或實務之邏輯係，當債務內容係可以輕易替代之行情，債務人並無給付不能之問題存在，進入執行階段後，於種類物之債，債權人得依照直接強制命債務人為原本債務內容之履行，然，在英美法下，當債權人可以輕易從市場上另行取得標的物時，債權人不得訴請債務人為原定給付之履行，蓋此時賠償金

⁵³⁷ 張登科，前揭註2，頁542。然此時之「代償」執行與「代替」執行之差異何在？此說似並未加以說明。

⁵³⁸ 陳計男，前揭註51，頁541。

已經是妥適之救濟手段，且若讓債權人可以訴請債務人為原定給付之履行，將導致債務人必須承擔過高之履行成本，且債權人可以因此規避損害減輕義務，此點，即便是從德國 2002 年修正後之債法出發，債務人也會因為履行所必須付出之成本高過於債權人可以因此所獲得之利益，而可能獲得相同之結論。另外，於非一身專屬性之行為或服務，進入執行階段後，則係以代替執行之方式為之，此時由債務人負擔執行費用，故其結論與英美法相去不遠。

又，於行為債務中不可代替之行為，除有債務人負擔過重之情形，一概係進入間接強制，然，法院對於履行之品質無監督可能性時，是否可解為債務人也會因為履行所必須付出之成本高過於債權人可以因此所獲得之利益？本文認為，此亦非屬不可能之事。

本文認為，對於履行請求權之排除（自動・法定之排除），於我國法，未來可能之解決方式有幾種，本文將其廬列如下：

其一，擴大執程序之排除事由，當債務之內容係種類之物時，以代替執行（抑或「代償」執行）為作為優先考量。當債務之內容係不可代替之行為或服務時，明定轉換為損害賠償。

其二，更改執程序之排除事由，間接強制之怠金之歸屬者從國庫改為債權人，並且明定當債務之內容係種類之物時，當無法直接強制或強制無效果時，轉換為間接強制。

其三，不變動執程序之事由，改從實體之排除事由切入修正，將「給付不能」（抑或「限界事由」）之概念予以細緻化，並將英美法或國際契約文件之排除事由列為判斷給付是否不能之標準，例如賠償金是否為妥適之手段、債務之內容是否有監督可能性以及履行對於契約雙方當事人之利益衡量，此時判斷之依據並非拘泥於債務之內容，而係在於實質利益衡量之判斷。

其四，同其三，然而不針對原本我國給付不能之概念予以更動，而係將「誠信原則」抑或「權利濫用」當作額外之排除要件，並納入國際契約文件之排除事由。

其五，維持原狀，並於實體法上明定執行無效果時轉換為損害賠償之依據，同時適用損害減輕法則（mitigation rule）。

其六，針對種類之債，以契約當事人之本意作為依歸，肯定「限定種類之債」之存在，並有履行不能或給付不能之可能性存在⁵³⁹。

日本於 2003 年對於民事執行法之改正，其係傾向於第二種作法，惟，是否進行間接強制係繫諸於債權人之決定，隨後之日本債法改正試案，係傾向於第三種作法，其內容已如上述，可供我國作為參考。

不論如何，本文傾向於第三種作法，其理由在於，（一）蓋其最可能透過解釋之方式進行實質上修法，節省立法負擔，然不可諱言者係，此種作法亦有諸多缺失存在，詳見下述七章，結語，（二）放棄實體之排除事由，轉而進入程序之排除事由，於執行層面明定轉換成為代替執行（「代償」執行）抑或間接強制（執

⁵³⁹ 事實上，我國早期已有學者意識到此點，詳見鄭玉波，前揭註 63，頁 71。

行金交付予債權人)，關於該代替履行之費用或執行金額度是否亦應有損害減輕法則（mitigation rule）之適用空間？若此時有損害減輕法則之適用可能性時，債權人應該減輕之時點往往係在執行程序開啟之前已經存在（甚至起訴前既已存在），此時不如回歸實體法之規定加以處理，以避免程序以及實體分別規定損害減輕義務對於法律適用上所造成之判斷上之負擔，以及執行法院與民事法院之判斷不同之衝突之可能性，（三）如不更動給付不能之概念，而將國際契約文件之排除要件納入誠信原則抑或權利濫用當中予以處理，則給付不能之判斷要件則將「虛位化」，蓋，我國法底下，原本之給付不能之概念，多係著重於債務人之履行負擔，而並未考慮債權人因此可以獲得之利益，因此，我國之給付不能之概念，係被包含於國際契約文件之要件當中，作為其中微小環節，於法院思考判斷流程上，如先微觀處理（判斷給付是否不能、對於債務人是否負擔過重），爾後宏觀處理（判斷是否違反誠信原則、賠償金是否為妥適之救濟手段），則似有畫蛇添足之嫌，且思考程式脈絡上有其不經濟之處，自不在話下，（四），於實體法上規定執行不能轉換為損害賠償之明文，並適用損害減輕法則，而不於債權人第一次起訴時轉換為損害賠償，恐鼓勵債權人執意進入強制程序，而坐視損害擴大，並於損害擴大且執行無效果時，更加嚴厲地制裁債權人。反之，若無損害減輕法則之適用，而保護債權人，則將造成債務人會因為債權人之決定而負擔更高之責任（例如物價上漲情況底下，買受人仍執意出賣人交付標的物，執行無效果後，買受人請求損害賠償，如此時若無損害減輕義務之適用，則出賣人必須因為買受人遲延請求損害賠償，而必須承擔更高之賠償額度）⁵⁴⁰，（五）針對種類之債，以契約當事人之本意作為依歸，肯定「限定種類之債」之存在之作法，於我國實務底下，可能會遭受法院任意創設「債權人變更權」之見解之影響，詳見，前述我國法院〔C 13〕97 年度台上字第 1278 號判決。綜合以上理由，本文建議，採取第三種作法。

⁵⁴⁰ 張登科，前揭註 2，頁 543。該氏學者認為，於可代替之動產（fungible、generic goods）之交付債務之執行，當執行不能或無效果時，則執行法院應該依該特定物之「市價」命債務人支付金錢。惟，該氏學者似乎認為，此一「市價」之計算時點，應該以執行無效果時為準，而並非以「起訴前」債權人得合理進行替代性交易之時點為準，亦非以言詞辯論終結時之市價為準。

第七章 結語



文末，本文將以上小結以及峻示整理如下，於第二章，於實體法上，本文嘗試針對我國給付不能之要件進行分析，希望對於債權人履行請求權之限界事由，能夠有清楚之介紹，其間針對種類之債，我國學說以及實務多認定並無給付不能之可能，又即便於特定物之債，學說或實務多以「債務人負擔過重」之角度予以論述給付不能，此時債權人因履行之強制所可以獲得之利益，並未被我國學說或實務予以重視（除少數個案）。然而為避免掛一漏萬，本文進一步深入執程序進行分析，可知於強制執程序中，亦有「類似」實體法上之限界事由存在，例如代替執行、代償執行抑或強制執行排除事由，然而此等代替執行、執行上排除事由之目的並非在於調和契約雙方當事人之利益狀態，而係在於調和「執行經濟」以及「人性尊嚴」，並且，於代替執行之執行金之計算之基準時點，似係以執行當下之市價為基準。

於第三章，本文介紹了英國以及美國法上原定給付履行之要件，簡言之，英美法原定給付履行之定義與大陸法有所相異，英美法所謂原定履行，係指契約整體之完滿履行（惟亦有針對契約之部份進行履行者），而並非拘泥於個別之債權債務關係，原則上當金錢係屬妥適之救濟手段，英美法院會駁回債權人原定給付履行之訴，此時契約若非受挫，則法院可以轉而給予代替原定給付履行之賠償金（包含填補賠償以及遲延賠償），反之，當賠償金並不足以填補債權人之損害時，法院則會衡量原定給付履行對於債務人所帶來之額外負擔以及金錢對於債權人所無法填補之損害之大小，而做出決定（然而於例外情形，法院亦會考量執行成果對於債權人所帶來之效益），另，於英美法之執程序，係以對於法院之輕視（contempt of court）作為制裁手段，其詳細之方法包含罰金以及拘禁，針對特定物之執行，亦有類似「直接強制」之程序存在，當債務人不從時（例如債務人阻礙執行或隱匿執行標的），則論以對於法院之輕視，法院得施以拘禁或罰金（類似「間接強制」），然而特殊之處在於，我國「代替執行」之程序於英美法係屬相當罕見，雖英美法亦有類似「代替執行」之程序存在，然而該代替者純屬法院執行上之助手，並非債權人於起訴之前即可藉力者，此點與我國有所不同。

於第四章，由於日本學說與我國傳統法學之臍帶關係，而近年日本債法改正深受世界契約文件之影響，並且可以預計日本債法改正對於我國於未來會有一定程度之衝擊，本文嘗試針對日本立法以及學說之歷史脈絡進行論述，簡言之，日本傳統學說係以德國法出發作為解釋依據（學說繼受），然而雖著時間之推移，漸漸有學說指出事實上日本債法係採取法國法之體例（法律繼受），其債務不履行之態樣應該僅包括「不履行」以及「履行遲延」，而日本民法第 414 條實際上扮演了排除強制履行之重要功能，而並非針對執行方法所做出之規定，以上學說亦間接導致日本強制執行法之修正，以往之間接強制係立處於補充性之地位，然而日本強制執行法則賦予契約當事人選擇之權利，此時該補充性之地位獲得提昇

而成為首要，然而代替執行之程序仍保存下來。近年，日本債法之改正如火如荼，其間納入大量國際契約文件之概念，英美法之身影隨處可見，其間針對履行不能，改以「履行請求權之限界事由」代替之，此一要件深受英美法對於原定給付履行之否准要件之影響，然而日本整體學說往後是否能跨過觀念上之鴻溝，抑或法律繼受與學說繼受再度分離，其未來之發展仍有待觀察。

於第五章，本文嘗試借用賽局理論之概念，針對大陸法系與英美法系進行分析比較，雖然英美法系與大陸法系於學理或歷史沿革上有所差異，然而暫且不論法律如何解釋或演進，於法律之外，契約當事人所面臨之現實現象皆係相同，當事人在德國所看到之太陽，不會因為是在美國看到就變成月亮，當債務人違契，債權人所面臨之選擇亦是相同（應該請求賠償金抑或是原定履行？法院會怎做出判決？我該如何選擇？），因此在這基礎之上，兩大法系可以有比較之平台存在。在此前提之上，本文進行模組之建立並予以分析、比較，結論係，大陸法系（主要係德國）之模式可能有修正之必要。

最後，依本文觀察，制度思維之爭議，往往並非實質之優劣，而僅係各為符合時代需求之產物，時代之需求若為民族或國家之建立，則不免反應於歷史法學之發展（德），若時代之需求為人民之自由或對於王權之壓抑，則自然法學派不免成為主流（法），反之，若時代所需者為，經濟、富裕以及發展，或侷於民族複雜，則經濟或實用法學派亦不免成為關注焦點（英、美）。當人民受到歷史悠久之王權之壓迫，殊難想像人民對於歷史有何期待。於「國家」受周圍列強欺壓之際，而需要以歷史維繫之時，殊難想像經濟對於人民之誘因為何。反之，當國家已經建立完畢，亦無王權，則殊難想像沒有經濟之狀況。

於低度工業化之社會，由於種類物之缺乏，原定給付履行往往成為重要之標的，於羅馬法下係屬如此，承襲羅馬法之德國法（依照德國學說），於十九世紀，接續之⁵⁴¹，反觀英美法，亦係從農業社會演進，手工業係屬工業之主流⁵⁴²，並無特別之處，然而於特殊情形之下（如土地買賣），對於原定給付之需求亦係存在，由於傳統上，英國之普通法院僅僅以賠償金作為賠償之手段往往無法滿足人民之需求，進而導致衡平法院之產生⁵⁴³，然而隨著時間之演進，進入十九世紀之後，英美法「賠償金為原則，原定給付履行為例外」之規則以及功利主義，「恰巧」轉而契合工業社會「以及」國際貿易下之需求⁵⁴⁴，因此廣泛發展，甚至影響德國法 2002 年之改正，或可謂大陸法與英美法如同兩種物種，物競「人」擇⁵⁴⁵，然並非孰優孰劣，而僅係不同時代之不同需求所致，不同時代或不同人民之不同之需求而因此所產生之法律，亦因此有所不同⁵⁴⁶，反之，若國際貿易緊縮「且」工業

⁵⁴¹ See, Janwillem Oosterhuis, *supra* note 4, pp.102-105。

⁵⁴² 然而亦有學者認為，正因為這種手工業與個人服務之間之模糊界線，導致原定給付無法成為主流，See, P. S. Atiyah and Stephen A. Smith, *supra* note 86, p.386。

⁵⁴³ 此可反映 Savigny 所謂之「法律係人民之意志之反映（Volkgeist）」。

⁵⁴⁴ See, P. S. Atiyah and Stephen A. Smith, *supra* note 86, p.386。

⁵⁴⁵ 穗積 陳重（1934），（穗積陳重遺文集〔第二冊〕），第 1 版，頁 85，東京市：岩波。

⁵⁴⁶ 穗積 陳重，前揭註 70，頁 332。

時代過去，則大陸法系將會成為主流，自不在話下，誰言世間之物一概不變。

故，時代亦並非毫無變化之物，隨時代演進，經濟以及政治之環境亦有所變化，人民之需求亦有所改變，此時就制度之間之「適宜性」而言，則產生落差，為求法律之進步或適宜，而比較法之研究，則成為重點⁵⁴⁷，而非一味閉門造車，對於比較法之研究，一概論以「國籍不明」，或僅埋首於國內判決之研究，對於國外立法潮流一概視而不見。

然而，暫且不論此一法律歷史之分析，本文提出一個疑問，是否於此變化之中，有更深之原理存在？為探求此一問題，本文中段勇於嘗試跳脫法律之範疇，離開從小熟悉之法律用語，嘗試從人類共同之交集（成本收益），進行分析，嘗試從經濟學中之分枝，理解英美法制度背後之原理，其旨並非提出任何建議，而僅在於深入分析英美法背後運作的深層原理，以及其與世界經濟發展之一體兩面。畢竟，正如同羅馬法之所以能征服法律世界，其所靠者並非權威，而係靠其健全之法律感情、符合社會之實際需求以及深具說服力之法律論證⁵⁴⁸。

事實上，日本法學者川島 武宜先生已經意識到此點，其謂，在現今經濟政治高速變化之時代，想要高效率地建築邏輯體系，以便司法或立法者可以迅速地依據社會新的變遷做出新的價值判斷，絕對並非易事，而且有心改革者往往著重於對於舊制邏輯之批評，而並未建立一套邏輯體系，因此法律進化上最有效之手段即是「類推適用」⁵⁴⁹，因此，於十九世紀以前，法律可以說是社會科學之先驅者，但是十九世紀以來，法律以外之其他學科（如社會學、政治學、心理學、經濟學等）獲得高速發展，使法律學之巔峰地位產生動搖，由此而生之法律社會學亦為此激盪之下之產物，然而同時也加深了實用法學與法律社會學之間之隔閡，但是如果實用法學給予法律社會學一點點寬限，相信兩者之相互回饋必定會是健全彼此之發展⁵⁵⁰。

有鑑於此，本文嘗試從不同觀點除出看法，惟此舉如同探勘油井，失之毫釐，則差之千里，故本文亦不敢斷下定論，且期間仍存在諸多問題，並未能於本文當中予以解決，甚為遺憾，舉例言之，可能存在債權人無法知悉債務人之履行成本，而債務人也無法知悉債權人之損害之情形，此際產生雙向資訊不對稱（bilateral information asymmetric）之問題，另，債權人於訂立契約之時，不會完全透露自己之履行利益，故表面上賠償金係屬妥適之救濟手段，然實際上並非如此，另外恩惠期間（grace period）之設定之原因為何？並且，買受人之獲利亦可能隨時間經過而有所變化，而債務人之責任亦復如是，此時應該如何設計模組，始能貼近現況？此諸多問題，本文並未予以處理，待留本文能有幸為後人所發掘，進行修正、批評、擷取或延展。

另，對於大陸法系，對於履行不能之判斷，涉及債權人是否可請求原本債務

⁵⁴⁷ 穗積 陳重，前揭註 70，頁 333。

⁵⁴⁸ 引自，陳自強，前揭註 65，頁 173。

⁵⁴⁹ 川島 武宜、申 政武、王 晨（1994），〈現代化与法〉，第 1 版，頁 281，北京市：中國政法大學。

⁵⁵⁰ 川島 武宜、申 政武、王 晨，前揭註 549，頁 285。

之履行甚鉅，對於「不能」之定義，是否仍應擇善固執？另，我國民法對於誠信原則之規定，於給付不能，是否有適用之空間？此時繼受大陸法之我國法，是否可透過解釋力挽狂瀾而與國際接軌，抑或應改弦易章而去蕪存菁，尚待觀察。我國雖繼受德國學說，然而，於經濟生產上，難謂並非重商國家。

本文認為，如可透過解釋，將我國法與國際接軌，而不須透過立法，將可節省立法上之勞力，惟，法條文義不改，則爭議如星火燎原，容易再起，況，過多之法學解釋，對於法律外之市民，於法學之資訊蒐集上，係屬過度之障礙（過度之資訊蒐集成本）。如欲釜底抽薪而修法，則似無馬首是瞻且群龍無首，學說爭議可能不斷。

有鑑於此，故本文針對英美法及日本債權法進行分析及介紹，望對於解釋學之發展，抑或是立法之爭議能有所助長，惟本文為學不周，故僅供參考，望諸位先進能不吝指教。

附錄 翻譯詞彙勘誤 (英文)



Condition precedent 先決條件	Promissory condition 承諾條件
Concurrent condition 共同條件	Contingent condition 偶發條件
Independent premises 獨立前提	Contingent condition precedent 停止條件
Contract 契約	Contingent condition subsequent 解除條件
Obligation 義務	Promise 承諾
Perform 履行	Instalment contract 分期契約
Severable obligation 可分義務	Supervening events 嗣後情事
Divisible contract 可分義務	Supervening illegality 嗣後不法性
Entire obligation 不可分義務	Contingencies 嗣後情事
Non-performance 未為履行、不履行	House of Lords 上議院
Non-acceptance 未為受領、不受領	Insolvency risk 償付不能風險
Breach 違約	Subject-matter 標的
Breach by non-performance	Pass 移轉
Breach by non-acceptance	Proprietary or possessory rights 財產權
Grace period 恩惠期間	Vicarious performance 代理的履行
Repudiate 拒絕履行、拒絕受領	Deposit 提存
Wrongful prevention 錯誤妨害	Fault 過錯
Anticipatory breach 預期違約	Common Law 英美法
Anticipatory repudiation 預期違約	common law 普通法
Substantial failure 實質上不履行	Equity law 衡平法
Fundamental breach 重大違約	Relationship-specific investment 交易特定投資
Material breach 重大違約	Intermediate terms 中間條款
Rescission 解消、撤銷	Liquidated damages 損害預定性違約金
Partial rescission 一部解消	Restoration 回復原狀
Termination 解消、終止	Restitution 返還利益
Cancellation 解消	Unjust enrichment 不當得利
Damages 賠償金	Relief against forfeiture 免除沒收救濟
Cover transaction 替代性交易	Forfeiture clause 沒收條款
Substitute transaction 替代性交易	Fundamental terms 重大條款
Mitigation rule 損害減輕義務	Provision of determination 決斷條款
Agreed sum 原定價金	Self-help 己力實現
Specific performance 原定給付履行	
Enforced performance 原定給付履行	
Injunction 禁令	
Specific relief 特定救濟	





參考文獻

中文文獻

- 王伯琦（1956），〈民法債篇總論〉，第1版，台北市：王伯琦。
- 王澤鑑（2003），〈王澤鑑法學全集：民法學說與判例研究〔一〕〉，北京市：中國政法大學出版社。
- 王澤鑑（2004），〈民法學說與判例研究〔第一冊〕〉，第1版，臺北市：王澤鑑。
- 王澤鑑（2004），〈民法學說與判例研究〔第三冊〕〉，第1版，臺北市：王澤鑑。
- 史尚寬（1983），〈債法總論〉，第1版，台北市：史吳仲芳。
- 林正弘（1988），〈伽利略·波柏·科學說明〉，第1版，臺北市：三民總經銷。
- 林誠二（2010），〈債法總論新解：體系化解說〔下〕〉，第1版，臺北市：瑞興圖書。
- 邱聰智（1987），〈民法債編通則〉，第1版，台北市：輔仁大學法學院法律服務中心經銷。
- 邱聰智、劉宗榮（2003），〈民法〔財產法篇〕〉，第1版，臺北縣蘆洲市：空大。
- 唐仲慶（2011），〈作為免責事由之給付不能—以比較法研究為中心—〔Impossibility and force majeure as exemptions : focus on the comparative legal study〕〉，碩士論文—國立臺灣大學法律學研究所。
- 張登科（2007），〈強制執行法〉，第1版，臺北市：三民總經銷。
- 川島 武宜、申 政武、王 晨（1994），〈現代化與法〉，第1版，北京市：中國政法大學。
- 梅仲協（1959），〈民法要義〉，第6版，台北市：梅仲協。
- 陳自強（2004），〈契約之內容與消滅〉，第1版，臺北市：學林文化。
- 陳計男（2012），〈強制執行法釋論〉，第1版，臺北市：元照。
- 陳榮宗（1988），〈強制執行法〉，第1版，台北市：三民。
- 黃立（2002），〈民法債編總論〉，第2版，臺北市：元照總經銷。
- 黃茂榮（2004），〈買賣法（增訂版）〉，第1版，臺北市：黃茂榮。
- 黃茂榮（2004），〈債法總論（第二冊增訂版）〉，第1版，台北市：黃茂榮。
- 楊宜良（2013），〈損失賠償與救濟〉，第1版，北京：法律出版社。
- 楊與齡（1976），〈強制執行法論〉，第2版，台北：楊與齡。
- 葉賽鶯（1986），〈給付不能之理論與實務〉，第1版，台北市：葉賽鶯。
- 鄭正忠、朱一平、黃秋田（2001），〈法國民法〉，第1版，臺北市：五南。
- 鄭玉波（1969），〈民法實用債之通則〉，第1版，台北市：鄭玉波。
- 鄭玉波（1978），〈民法債編總論〉，第7版，台北：三民。



鄭玉波（2002），（民法債篇總論），第2版，台北：三民書局。
戴修瓚（1961），（民法債編總論），第1版，台北市：三民。
羅結珍（2005），（法国民事执行程序法），第2版，北京：中国法制。



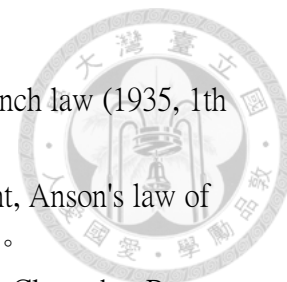
日本文獻

大濱 しのぶ（2004），（フランスのアストラント：第二次世界大戦後の展開），第1版，東京都：信山社出版。
水本 浩、平井 一雄（1997），（日本民法学史〔各論〕），第1版，東京都：信山社。
水本 浩、平井 一雄（1997），（日本民法学史〔通史〕），第1版，東京都：信山社。
平井 一雄（2002），（民法Ⅲ【債権総論】），第1版，東京：青林書院。
安達 三季生（1993），（債権法重要論点研究），第3版，東京都：酒井書店。
大阪弁護士会（2011），（民法(債権法)改正の論点と実務〈上〉：法制審の検討事項に対する意見書），第1版，東京都：商事法務。
於保 不二雄（1959），（債権総論），第1版，東京都：有斐閣。
於保 不二雄（1983），（〔新版〕債権総論），第1版，東京都：有斐閣。
平井 一雄、清水 元（2012），（「基本講座」民法2〔債権法〕），第1版，東京都：信山社。
水本浩（1995），（契約法），第1版，東京都：有斐閣。
民事法判例研究会（1954），（判例民法〔大正十一年度〕），第1版，東京都：有斐閣。
民事法判例研究会（1954），（判例民法〔昭和九年度〕），第1版，東京都：有斐閣。
民事法研究会（2011），（民法（債権関係）の改正に関する検討事項：法制審議会民法（債権関係）部会資料〈詳細版〉），第1版，東京都：民事法研究会。
民法（債権法）改正検討委員会（2009），（シンポジウム「債権法改正の基本方針」），第1版，東京都：商事法務。
民法（債権法）改正検討委員会（2009），（債権法改正の基本方針），第1版，東京都：商事法務。
民法（債権法）改正検討委員会（2009），（詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般（1）），第1版，東京都：商事法務株式会社。
民法（債権法）改正検討委員会（2009），（詳解・債権法改正の基本方針Ⅳ 各種の契約（1）），第1版，東京都：商事法務株式会社。
古川 吉樹（2010），（履行請求権と損害軽減義務 -履行期前の履行拒絶に関する考察-），第1版，東京：東京大学出版会。
新堂 幸司、竹下 守夫（1981），（民事執行法を學ぶ），第1版，東京都：有斐閣。

- 梅謙 次郎 (1993), (民法講義), 第1版, 東京都: 信山社。
- 我妻 榮、有泉 亨 (補訂) (1957), (債権法), 第1版, 東京都: 日本評論新社。
- 森田 宏樹 (2002), (契約責任の帰責構造), 第1版, 東京都: 有斐閣。
- 鳩山 秀夫 (1925), (増訂改版日本債権法総論), 第1版, 東京市: 岩波。
- 鳩山 秀夫 (1930), (民法研究 (第三卷・債権総論)), 第1版, 東京市: 岩波。
- 潮見 佳男 (2003), (債権総論 I), 第2版, 東京都: 信山社。
- 潮見 佳男 (2004), (契約法理の現代化), 第1版, 東京都: 有斐閣。
- 潮見 佳男 (2007), (債権総論 III), 第3版, 東京都: 信山社。
- 平井 宜雄 (1985), (債権総論), 第1版, 東京都: 弘文堂。
- 平井 宜雄 (1999), (民法の基本判例), 第2版, 東京都: 有斐閣。
- 奥田 昌道 (1982), (債権総論), 第1版, 東京都: 筑摩。
- 辰巳 直彦 (1996), (契約責任の現代的諸相〔上巻〕: 北川善太郎先生還暦記念), 第1版, 東京都: 東京布井出版。
- 加藤 雅信、藤本 亮 (2005), (日本人の契約観: 契約を守る心と破る心), 第1版, 東京都: 三省堂。
- 山口 俊夫 (1986), (フランス債権法), 第1版, 東京都: 東京大学出版会。
- 富井 政章 (1918), (債権総論〔上巻〕), 第1版, 出版地不詳: 出版者不詳。
- 富井 政章 (2001), (民法論綱〔人権之部・下〕), 第1版, 東京都: 新青出版。
- 星野 英一 (1978), (民法概論), 第1版, 東京都: 良書普及會。
- 星野 英一 (1990), (民法講座 4〔債権総論〕), 第1版, 東京都: 有斐閣。
- 星野 英一 (1994), (民法〔財産法〕), 第1版, 東京都: 放送大学教育振興會。
- 廣中 俊雄、星野 英一 (1998), (民法典の百年), 第1版, 東京都: 有斐閣。
- 森田 修 (1995), (強制履行の法学的構造), 第1版, 東京都: 東京大学出版会。
- 森田 修 (2006), (契約責任の法学的構造), 第1版, 東京都: 江草忠敬。
- 平野 晋 (2009), (体系アメリカ契約法: 英文契約の理論と法務), 第1版, 東京都八王子市: 中央大学出版部。
- 川井 健、遠藤 浩 (2007), (民法基本判例集), 第2版, 東京都: 勁草書房。
- 我妻 榮、川井 健 (補訂)、遠藤 浩 (補訂) (2008), (民法案内 7〔債権総論・上〕), 第1版, 東京都: 勁草書房。
- 我妻 榮、水本 浩 (補訂) (1981), (民法案内〔5-1〕債権総論〔上〕), 第1版, 東京都: 一粒社。
- 奥田 昌道、安永 正昭、池田 真朗 (2005), (判例講義: 民法 II 債権〔補訂版〕), 第1版, 東京都: 悠々社。

- 商事法務（2011），（民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明），第1版，東京都：商事法務。
- 穂積 陳重（1925），（法律進化論〔第一冊〕），第3版，東京市：岩波。
- 穂積 陳重（1926），（法窓夜話），第8版，東京市：有斐閣。
- 穂積 陳重（1934），（穂積陳重遺文集〔第一冊〕），第1版，東京市：岩波。
- 穂積 陳重（1934），（穂積陳重遺文集〔第二冊〕），第1版，東京市：岩波。
- 北川 善太郎（2003），（契約責任の研究：構造論），第1版，東京都：有斐閣。
- 北川 善太郎（2004），（債権総論〔民法講要Ⅲ〕），第3版，東京都：有斐閣。
- 大村 敦志（2001），（民法総論），第1版，東京都：岩波。
- 大村 敦志（2007），（もうひとつの基本民法Ⅱ = Droit civil fondamental ; une autre voie），第1版，東京都：有斐閣。
- 内田 貴、大村 敦志（2007），（民法の争点），第1版，東京都：有斐閣。
- 内田 貴（2008），（民法Ⅱ〔債権各論〕），第2版，東京都：東京大学出版会。
- 内田 貴（2008），（民法Ⅲ〔債権総論・担保物権〕），第3版，東京都：東京大学出版会。
- 内田 貴（2009），（債権法の新時代：「債権法改正の基本方針」の概要），第1版，東京都：商事法務。
- 加藤 雅信（2009），（民法改正と世界の民法典），第1版，東京都：信山社。
- 加藤 雅信（2011），（民法（債権法）改正：民法典はどこに行くのか），第1版，東京都：日本評論社。
- 高須 順一（2010），（民法（債権法）改正を問う：改正の必要性和あるべき姿），第1版，東京都：酒井書店。
- 山本 敬三（2008），（民法講義Ⅳ-1 契約），第1版，東京都：有斐閣。
- 平野 裕之（2005），（債権総論），第1版，東京都：信山。
- 平野 裕之（2007），（民法総合5〔契約法〕），第3版，東京都：信山社。
- 中田 裕康（2011），（債権総論），第1版，東京都：岩波書店。
- 山本 敬三、新井 誠（2009），（ドイツ法の継受と現代日本法：ゲルハルド・リース教授退官記念論文集），第1版，東京都：日本評論社。
- 池田 真朗、平野 裕之、西原 慎治（2010），（民法（債権法）改正の論理：別冊タートンヌマン），第1版，東京都：新青出版。
- 我妻 榮（1952），（債権総論），第2版，東京都：岩波。
- 我妻 榮（1964），（新訂債権総論（民法講義Ⅳ）），第1版，東京都：岩波。
- 我妻 榮（1996），（民法基本判例集），第6版，東京都：一粒社。
- 田中 豊（2011），（債権法改正と裁判実務：要件事実、事実認定の重要論点），第1版，東京都：商事法務。
- 末弘 厳太郎（1961），（民法債権總論），出版地不詳：出版者不詳。
- 柚木 馨（1956），（判例債権法総論〔上巻〕），第2版，東京都：有斐閣。

英文文獻



- Maurice Sheldon Amos 、 Frederick Parker Walton, Introduction to French law (1935, 1th ed), Oxford : The Clarendon Press ◦
- William Reynell Anson 、 J. Beatson 、 A. S. Burrows 、 John Cartwright, Anson's law of contract (2010, 29th ed), New York : Oxford University Press ◦
- P. S. Atiyah, Essays on contract (1986, 1th ed), Oxford [Oxfordshire] : Clarendon Press ◦
- P. S. Atiyah 、 J. N. Adams 、 Hector L. MacQueen, The sale of goods (2005, 11th ed), New York : Pearson/Longman ◦
- P. S. Atiyah 、 Stephen A. Smith, Atiyah's introduction to the law of contract (2006, 6th ed), New York : Oxford University Press ◦
- Ian Ayres 、 Gregory Klass, Studies in contract law (2012, 8th ed), New York : Foundation Press ◦
- Ian Ayres 、 Richard E. Speidel, Studies in contract law (2008, 7th ed), [St. Paul, Minn.] : Thomson/West ◦
- Douglas G. Baird, Economics of contract law (2007, 1th ed), Northampton, MA : Edward Elgar ◦
- Douglas G. Baird 、 Robert H. Gertner 、 Randal C. Picker, Game theory and the law (1994, 1th ed), Cambridge, Mass. : Harvard University Press ◦
- Edmund Batten, A practical treatise on the law relating to the specific performance of contracts [electronic resource] (1850, 1th ed), Philadelphia : T. & J.W. Johnson ◦
- H. G. Beale 、 W. D. Bishop 、 M. P. Furmston, Contract : cases and materials (1990, 2th ed), London : Butterworth ◦
- Brian A. Blum, Contracts : examples & explanations (2007, 4th ed), Austin : Wolters Kluwer Law & Business ◦
- Brian A. Blum 、 Amy C. Bushaw, Contracts : cases, discussion, and problems (2003, 1th ed), New York : Aspen Publishers ◦
- A. S. Burrows, English private law (2007, 2th ed), New York : Oxford University Press ◦
- A. S. Burrows, A casebook on contract (2009, 2th ed), Portland, Or. : Hart Pub. ◦
- Steven J. Burton, Principles of contract law (2006, 3th ed), St. Paul, Minn. : Thomson/West ◦
- Daniel J. Bussel 、 Arthur I. Rosett, Contract law and its application : cases and materials (2007, 7th ed), [St. Paul, Minn.] : Thomson/West ◦
- John D. Calamari 、 Joseph M. Perillo, The law of contracts (1998, 4th ed), St. Paul, Minn. : West Group ◦
- John D. Calamari 、 Joseph M. Perillo 、 Helen Hadjiyannakis Bender, Cases and problems on contracts (2007, 5th ed), St. Paul, MN : Thomson/West ◦
- John Cartwright, Contract law : an introduction to the English law of contract for the civil lawyer (2007, 1th ed), Portland, Or. : Hart Publishing ◦

- Marvin A. Chirelstein, *Concepts and case analysis in the law of contracts* (2010, 6th ed),
New York : Foundation Press/Thomson Reuters ◦
- Joseph Chitty, *A treatise on the law of Contracts* (1904, 14th ed), London : Law
Publishers ◦
- Joseph Chitty ◊ H. G. Beale, *Chitty on contracts* (2012, 29th ed), London : Thomson
Reuters ◦
- Nili Cohen ◊ Ewan McKendrick, *Comparative remedies for breach of contract* (2005, 1th
ed), Oxford : Hart ◦
- Hugh Collins, *The law of contract* (2003, 4th ed), Dayton, Ohio : LexisNexis ◦
- Philip Cooke ◊ David W. Oughton, *The common law of obligations* (2000, 3th ed),
London : Butterworths ◦
- Robert B. Cooter ◊ Thomas Ulen, *Law & economics* (2012, 6th ed), Boston :
Pearson/Addison-Wesley ◦
- Thomas D. Crandall ◊ Douglas J. Whaley, *Cases, problems, and materials on contracts*
(2008, 5th ed), Austin : Wolters Kluwer Law & Business ◦
- François Dessementet ◊ Tuğrul Ansay, *Introduction to Swiss law* (2004, 3th ed),
Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central and South America by
Aspen Publishers ◦
- Avinash K. Dixit ◊ Susan Skeath ◊ David Reiley, *Games of strategy* (2009, 3th ed), New
York : W. W. Norton & Co. ◦
- Dan B. Dobbs, *Dobbs law of remedies : damages, equity, restitution [volume 1]* (1993, 2th
ed), St. Paul, Minn. : West Pub. Co. ◦
- William Murray Tabb Elaine W. Shoben, Rachel M. Janutis, *Remedies, cases and
problems* (2002, 3th ed), New York : Foundation Press ◦
- Robert Fenwick Elliott ◊ Geraldine Glover, *Building contract disputes : practice and
precedents* (2009, 1th ed), London : Sweet & Maxwell ◦
- E. Allan Farnsworth, *Contracts* (2004, 1th ed), New York : Aspen Publishers ◦
- E. Allan Farnsworth, *Contracts : cases and materials* (2008, 7th ed), [St. Paul, Minn.] :
Thomson West ◦
- E. Allan Farnsworth, *An introduction to the legal system of the United States* (2010, 4th
ed), New York : OXFORD UNIVERSITY PRESS ◦
- Jack H. Friedenthal ◊ Mary Kay Kane ◊ Arthur R. Miller, *Civil procedure* (2005, 4th ed),
St. Paul, MN : Thomson/West ◦
- Lawrence M. Friedman, *A history of American law* (2005, 3th ed), New York : Simon &
Schuster ◦
- Bruce W. Frier ◊ James J. White, *The modern law of contracts* (2008, 2th ed), St. Paul,
MN : Thomson/West ◦
- Edward Fry, *A treatise on the specific performance of contracts, including those of public*

- companies [electronic resource] (1858, 1th ed), Philadelphia : T. & J.W. Johnson ◦
- Edward Fry ◦ William M. Scott ◦ William Donaldson Rawlins, A treatise on the specific performance of contracts (1884, 3th ed), America : Albany, N.Y. : W.C. Little & Co. ◦
- Lon L. Fuller ◦ Melvin Aron Eisenberg, Basic contract law (2006, 8th ed), St. Paul, MN : Thomson/West ◦
- M. P. Furmston ◦ G. C. Cheshire ◦ C. H. S. Fifoot, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract (2007, 15th ed), New York : Oxford University Press ◦
- Gerrit de Geest, Contract law and economics (2011, 2th ed), Northampton, MA : Edward Elgar ◦
- Robert Gibbons, A primer in game theory (1992, 1th ed), Hemel Hempstead : Harvester ◦
- Victor P. Goldberg, Framing contract law : an economic perspective (2006, 1th ed), Cambridge, Mass. : Harvard University Press ◦
- Kermit L. Hall ◦ Paul Finkelman ◦ James W. Ely, American legal history : cases and materials (2011, 4th ed), New York : Oxford University Press ◦
- J. I. Clark Hare, The law of contracts (2003, 1th ed), Clark, N.J. : Lawbook Exchange ◦
- Richard L. Hasen, Remedies : examples & explanations (2010, 2th ed), New York : Aspen Publishers ◦
- James F. Hogg ◦ Carter G. Bishop ◦ Daniel D. Barnhizer, Contracts : cases and theory of contractual obligation : selected rules for contracts (2008, 1th ed), St. Paul, MN : Thomson/West ◦
- Ernest W. Huffcut ◦ Edwin H. Woodruff ◦ William Reynell Anson, American cases on contract (2010, 1th ed), [S.I.] : Nabu Press ◦
- Howard O. Hunter, Modern law of contracts (1999, revisedth ed), [St. Paul] : West Group ◦
- Patrick J. Hurley, A concise introduction to logic (2006, 9th ed), Belmont, CA : Wadsworth Pub. ◦
- The American Law Institute, Restatement of the law, second, contracts 2d §§ 316 to End (1979, 1th ed), St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers ◦
- The American Law Institute, Restatement of the law, second, contracts 2d §§ 178 to 315 (2007, 1th ed), St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers ◦
- Amy Hilsman Kastely ◦ Deborah W. Post ◦ Sharon K. Hom, Contracting law (2006, 4th ed), Durham, N.C. : Carolina Academic Press ◦
- Michael B. Kelly, Inside contract law : what matters and why (2011, 1th ed), New York, NY : Aspen Publishers ◦
- Roger Knowles, 150 contractual problems and their solutions (2005, 2th ed), Malden,

- MA : Blackwell Pub. °
- Laurence Koffman 、 Elizabeth Macdonald, *The law of contract* (2010, 7th ed), New York : Oxford University Press °
- George W. Kuney 、 Robert M. Lloyd, *Contracts : transactions and litigation* (2008, 2th ed), St. Paul, MN : Thomson/West °
- Robert N. Leavell, *Cases and materials on equitable remedies, restitution, and damages* (2005, 7th ed), St. Paul, MN : Thomson/West °
- Alain A. Levasseur, *Comparative law of contracts : cases and materials* (2008, 1th ed), Durham, NC : Carolina Academic Press °
- N. Gregory Mankiw, *Principles of microeconomics* (2007, 6th ed), Mason, OH : Thomson South-Western °
- Ewan McKendrick, *Contract law* (2009, 8th ed), Basingstoke : Palgrave Macmillan °
- Jonathan Morgan, *Contract law minimalism : a formalist restatement of commercial contract law*, 1th ed), °
- Janet O'Sullivan 、 Jonathan Hilliard, *The law of contract* (2012, 5th ed), Oxford : Oxford University Press °
- Janwillem Oosterhuis, *Specific performance in German, French and Dutch law in the nineteenth century [electronic resource] : remedies in an age of fundamental rights and industrialisation* (2011, 1th ed), Leiden, Boston : Martins Nijhoff Publishers °
- Martin J. Osborne 、 Ariel Rubinstein, *A course in game theory* (1994, 1th ed), Cambridge, Mass. : MIT Press °
- Jeannie Marie Paterson 、 Andrew Robertson 、 Arlen Duke, *Contract : cases and materials* (2009, 11th ed), Sydney : Lawbook Co. °
- Joseph M. Perillo 、 John D. Calamari, *Calamari and Perillo on contracts* (2009, 6th ed), St. Paul, Minn. : Thomson/West °
- John Norton Pomeroy, *A treatise on the specific performance of contracts [electronic resource] : as it is enforced by courts of equitable jurisdiction in the United States of America* (1926, 3th ed), Albany, N.Y. : Banks & Co. °
- Jill Poole, *Textbook on contract law* (2006, 8th ed), New York : Oxford University Press °
- Paul Richards, *Law of Contract* (2009, 9th ed), UK : Pearson Education °
- Djakhongir Saidov 、 Ralph Cunnington, *Contract damages : domestic and international perspectives* (2008, 1th ed), Portland, Or. : Hart Pub. °
- Bernard Salanié, *The Economics of Contracts -a Primer-* (2005, 2th ed), United States : The MIT Press °
- Stephen A. Smith, *Contract theory* (2004, 1th ed), New York : Oxford University Press °
- J. M. Smits 、 Daniel Haas 、 Geerte Hesens, *Specific performance in contract law : national*

- and other perspectives (2008, 1th ed), [Maastricht] : METRO ◦
- Richard Taylor、Damian Taylor, Contract law : directions (2009, 2th ed), New York : Oxford University Press ◦
- Steve Thel、Edward Yorio, Contract enforcement : specific performance and injunctions (2011, ed), New York : Wolters Kluwer Law & Business ◦
- Robert S. Thompson, Remedies : damages, equity, and restitution (2009, 4th ed), Newark, NJ : LexisNexis Matthew Bender ◦
- G. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract (1988, 1th ed), London : Oxford University Press ◦
- G. H. Treitel, The Law of Contract (2003, 1th ed), London : Thomson/Sweet & Maxwell ◦
- Robert Upex、Vivien Shrubsall, Contracts of employment : law and practice (1997, 1th ed), London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters ◦
- Jenny Bourne Wahl, Economic analysis of contract law, antitrust law, and safety regulations (1998, 1th ed), New York : Garland Pub. ◦
- Sally Wheeler、Josephine Shaw, Contract law : cases, materials and commentary (1994, 1th ed), New York : Oxford University Press ◦
- Michael H. Whincup, Contract law and practice : the English system with Scottish, Commonwealth, and Continental comparisons (2006, 5th ed), Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Pub. ◦
- Richard Wilmot-Smith, Construction contracts : law and practice (2006, 1th ed), New York : Oxford University Press ◦
- Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations -Roman Foundations of the Civilian Tradition- (1990, 1th ed), South Africa : Juta & Co ◦

中文期刊

- 朱勇「私法原则与中国民法近代化」法学研究，第6期（2005）。
- 陳自強「日本民法對臺灣民法之影響〔以財產法為中心〕」輔仁法學，40期（2010）。
- 陳自強「日本債法改正新動向」法學新論，26期（2010）。
- 陳自強「契約責任之歸責事由」臺大法學論叢，41卷1期（2012）。
- 陳自強「從繼受觀點看不完全給付之生成發展」政大法學評論，130期（2012）。
- 陳自強「承攬瑕疵擔保與不完全給付」月旦法學雜誌，220期（2013）。
- 陳自強「從法律繼受觀點看承攬瑕疵規定：承攬瑕疵擔保之現代化」臺大法學論叢，42卷特刊（2013）。
- 陳自強「買賣物之瑕疵擔保規定之法律性質」月旦法學雜誌，213期（2013）。
- 陳自強「買賣物之瑕疵擔保羅馬法之繼受」月旦法學雜誌，212期（2013）。
- 陳忠五「給付遲延、給付不能與不完全給付的區別」台灣本土法學雜誌，205

期 (2012)。

詹森林「自始主觀不能」月旦法學教室，第6期 (2003)。

日文期刊

窪田 充見「履行請求権」ジュリスト 2006年9月号〔No. 1318〕(2006)。

潮見 佳男「損害賠償責任の効果」ジュリスト 2006年9月号〔No. 1318〕
(2006)。

森田 修「ゲーム理論と契約法：法と市場の制度分析のために(その2)」社會
科學研究：東京大学社会科学研究所紀要，49卷3号 (1998)。

内田 貴「強制履行と損害賠償－損害軽減義務の観点から」法曹時報 42卷10
号 (1990)。

山本 敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト 2006年9月号
〔No. 1318〕(2006)。

英文期刊

Ian Ayres、Kristin Madison, "Threatening Inefficient Performance of Injunctions and
Contracts," 148 U. Pa. L. Rev. 45 (1999)。

R. H. Coase, "The Nature of the Firm," *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (1937)。

Theodore Eisenberg、Geoffrey P. Miller, "The English Versus the American Rule on
Attorney Fees: an Empirical Study of Public Company Contracts," 98 Cornell L.
Rev. 327 (2013)。

Ward Farnsworth, "Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgement? A Glimpse
Inside the Cathedral," 66 U. Chi. L. Rev. 373 (1999)。

Henrik Lando、Caspar Rose, "On the enforcement of specific performance in Civil
Law countries," 24 International Review of Law and Economics (2004)。

Linzer, "On the Amorality of Contract Remedies - Efficiency, Equity and the Second
Restatement," 81 Colum. L. Rev. (1981)。

Allan Schwartz, "The Case for Specific Performance," 89 The Yale Law Journal 271
(1979)。

Charles M. Thatcher, "Specific Performance as a Seller Remedy for Buyer's Breach of a
Sales Contract - the Availability of the Judicial Purchase Order," 57 South Dakota
L. Rev. 2 (2012)。

Thomas S. Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of
Contract Remedies," 83 Mich. L. Rev. 2 (1984)。

Unkown, "Statutes [The Industrial Relations Act 1971]," 34 The Modern Law Review 6
(2011)。

