

國立臺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

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



唐仲慶

Chung-Ching Tang

指導教授：陳自強 博士

Advisor: Tzu-Chiang Chen, Ph.D.

中華民國 100 年 7 月

July, 2011

謝 辭

終於到了寫謝辭的時候，回想起來這真是一條漫長的道路。在台大法研所讀了四年，一直以來都有許多外務纏身，如國家考試、外文檢定，甚至在四年級時於司訓所過了水深火熱的一年，一邊在擬判與段末大考的壓力下，一邊寫論文，現在回想起來，也不知道是怎麼撐過來的，週末無事化這個夢想，在過去一年中實在是很難達成。無論如何，這本論文總算是寫完了，雖然從開始動筆到結束大概花了二年的時間，但不論內容寫得如何，能完成碩士論文作為我待在台大8年的畢業禮物，實在是一個很棒的禮物。

在研究所就讀期間，我最感謝的就是指導教授陳自強老師。老師從我研一時就對我十分照顧，不管是課業方面或生活處事方面，都不吝於對我細心指導，擔任老師研究助理的三年間，也很謝謝老師容忍我的不細心，有時未在時間內把事情完成。本論文的題目是老師上課時對我的啟發，並提供許多豐富的外文資料予我閱覽，在撰寫論文期間，藉由與老師討論後讓我對免責事由的概念更加清楚，並糾正我一些觀念上的錯誤。雖然拖了很久才完成本論文，老師仍熱心地指導我，真的非常謝謝老師。很高興能成為老師的學生，讓我對民法的學習充滿熱忱，祝老師身體健康，學問精進。

再來要感謝於百忙之中抽空擔任口試委員的林仁光老師與向明恩老師。林仁光老師提出許多有趣的案例與議題與我一起討論，並指導我英美契約法上的許多概念，讓我能更正一些論文上寫作之錯誤。向明恩老師則對於德國法素有研究，不但提供我一些翻譯上的建議，以及對於免責事由之定義提出意見，使我能更精準地於論文中寫作。二位老師都十分親切，又很認真地審閱本論文而提出建議，很感謝二位老師的指導。

在大學與研究所求學期間，台大法壘是我最懷念的團體。法壘的學長們都十

分照顧我，不管是球技上或課業上，給予我很多的指導。同屆的育駿、阿儒、小夫、席林歐、小光、台客、星爺，我們一起奮戰過數屆大法盃，也於2007年青年公園大法盃拿下冠軍，在法壘的回憶是我求學期間最美好的一段時光。研究所時與學弟們一起打球也很快樂，經理群在奕華帶領下愈來愈茁壯，法壘像一個大家庭，我會永遠記在心裡。也希望未來能有繼續一起打球的機會。

另外要感謝司訓所裡最令人敬愛的懷閔學長，很高興能和學長成為室友，在苦悶的司訓所時光裡每天互相抱怨，抒發煩躁的心情。每次有不曾的問題，不管是司訓所的課業或是論文中有關民法上的疑問，懷閔學長都能幫我解答，真是太罩了。以後工作上可能還會常要請教學長，希望學長不吝指教，祝學長家庭生活幸福美滿，愛情事業兩得意。

最後要感謝我的爸爸媽媽，於台北念書的這段時間，平常少有機會回家，一年中見面的時間不多，我又不擅以言詞表示心裡的話，也很少打電話關心你們。今天我能念完大學與研究所，一切都要歸功於你們的支持與鼓勵，不但給我全部經濟上的來源，也一直扮演我心理上的支助，在我困難的時候一直支持我，在這裡，我要特別跟你們說，爸爸媽媽我愛你們。

摘要

給付不能為我國債務不履行類型之一，向來為我國學說討論債務不履行之重點。傳統上於討論債務不履行時，偏重債權人損害賠償請求權之依據，甚少有就債務人免給付義務之部分加以探討，然而，就債務不履行之概念而言，可將之分為二部分，包括客觀上不履行之態樣以及不履行之法律效果，而不履行之法律效果又可再細分為債務人免給付義務與債權人之損害賠償請求權。本文在探討債務不履行之概念下，係自債務人之角度出發，而非傳統上偏重債權人之損害賠償請求權，藉由給付不能之概念操作，意在釐清債務人給付義務之界線，並論及債務人損害賠償責任之基礎，重新為我國民法第 225 條與第 226 條之給付不能賦予新的意涵，而作為我國免責事由之一般性概念。

免責事由之概念於我國雖屬陌生，但於比較法上並非冷僻的話題，而是違反契約下之重要概念。自契約嚴守原則來看，債務人有履行契約之義務，其不履行本應負損害賠償責任，但於債務人因不可預期之契約障害發生，致債務人對於繼續履行契約為事實上不可能或不具期待可能性，此時債務人應為免給付義務或享有拒絕給付之抗辯權，此種契約障害即所謂之免責事由，債務人因免責事由之存在而無須繼續履行契約或負損害賠償責任。就這點來看，免責事由是作為債務人對於債務不履行之重要抗辯。

比較法上關於免責事由之規定各不相同。英美法系以契約頓挫理論（frustration of contract）來處理契約違反之問題，只要構成契約頓挫，契約即屬無效，債務人無須履行契約與負擔損害賠償責任。而契約頓挫之主要類型為給付不能（impossibility），要構成給付不能主要之情形為契約之標的物消滅，然不以此為限，而須綜合判斷債務人履行契約之困難性與債權人受領給付之利益而為比較，以利益衡量作為最後之判斷依據，這是英美法系個案判斷之特色。而大陸法系之德國法與我國債務不履行規定十分類似，仍係以給付不能作為債務不履行之主要規範，2002 年德國債法修正後，仍將給付不能作為債務人免給付義務

之依據（德國民法第 275 條第 1 項），並且於德國民法第 275 條第 2 項與第 3 項明文規定事實上不能與個人之不能的情形時，債務人有拒絕給付之抗辯權，以期待可能性作為債務人主張抗辯權之理由。同為大陸法系之法國法，則區分結果債務與手段債務分別為不同規定，於結果債務中，只要結果未實現，即推定債務人具有過錯（faute），債務人欲免責，必須證明有不可抗力或事變導致債務人無法履行（法國民法第 1147 條）；而於手段債務，債務人須有過錯才負損害賠償責任，債權人必須證明債務人過錯之存在。

世界三大契約模範規則於折衝整合下，對免責事由之規定十分一致。不管是 CISG 第 79 條之免責事由規定（exemption），還是 PECL 第 8:108 條之障害事由免責（Excuse due to an Impediment），或是 PICC 第 7.1.7 條之不可抗力（force majeure），其所稱之障害事由或不可抗力事件的要件皆為不可控制性、不可預見性與不可避免性，基本上與法國法不可抗力之立法模式相同，可認為是現代契約法整合之趨勢。

本文對於我國給付不能作為免責事由之一般性規定，係透過操作給付不能之概念，以及可歸責性之解釋而建構。民法第 225 條第 1 項規定給付不能之債務人免給付義務，故給付不能即為債務人履行義務之界線。就此部分，本文認為應以經濟性、效率性之角度出發來理解給付不能，蓋當事人訂立契約之目的在於達成契約內容，以享有給付之利益，當給付為客觀上不能，或依成本利益考量無法期待債務人為給付時，此時履行契約已無法達成當事人訂立契約之目的，故應賦予債務人免責之機會。至於可歸責性之解釋，應區分契約類型而定，於契約內容重在達成一定結果者，即所謂結果債務，本於契約拘束力，一旦債務人未能履行契約內容，即應屬可歸責，而負擔保責任，僅在債務人不履行契約內容係因不可抗力之事件所致，方例外得為免責；而於契約內容重在債務人以一定慎重注意義務來處理事務者，即所謂手段債務，債務人對於未能達成契約結果，僅負過失責任，當債務人未盡慎重注意義務來處理事務時，始為可歸責，而負損害賠償責任。

最後，契約法之研究博大精深，債務不履行又為契約法之重要領域，本文限於能力只能就債務不履行中給付不能之概念作探討，目的在於透過給付不能之概念解釋來建構我國免責事由之規定，希冀能不透過修法亦使我國債務不履行之規定能適用於現代社會，並成功與國際立法趨勢接軌。隨著社會變動，契約法必須與時俱進，法律之修正緩不濟急，惟透過解釋亦可賦予法律新生命，本文提供比較法上之判斷標準，以供未來我國實務上判斷之用。



簡 目

第一章 緒論	1
第一項 問題之提出	1
第二項 比較法上之免責事由	4
第三項 我國給付不能之概念與免責事由	6
第四項 研究方法與論文架構	6
第二章 英美法系之給付不能理論	9
第一節 總論	9
第一項 概述	9
第二項 英美法系之契約頓挫理論	10
第三項 給付不能與契約頓挫	11
第二節 給付不能理論之發展	13
第一項 英國法上之契約嚴守原則 (The doctrine of absolute contracts)	13
第二項 英國法上給付不能理論之濫觴	17
第三項 給付不能理論遭遇之困難	20
第三節 給付不能理論之主要類型	21
第一項 給付不能理論之定義	21
第二項 契約標的消滅 (destruction of the subject-matter)	22
第三項 契約解消與風險分配	23
第四項 風險移轉之契約類型	24
第五項 小結	30
第四節 給付不能理論之其他類型	31
第一項 概述	31
第二項 死亡或失能 (Death or incapacity)	32
第三項 無效用 (Unavailability)	32
第四項 特定來源不足 (Failure of a particular source)	35
第五項 履行方式不能 (Method of performance impossible)	38
第五節 實現不能 (impracticability)	42
第一項 給付不能與實現不能之不同	42
第二項 美國法上實現不能之概念	43
第三項 英國法上實現不能的概念	46
第六節 給付不能之法律效果	50
第一項 契約自動解消	50
第二項 契約解消後雙方當事人之權利義務	51
第七節 給付不能理論之總結	56
第一項 給付不能理論之整理	56

第二項 給付不能理論之限制	58
第三項 給付不能理論之困境	60
第四項 小結	63
第三章 大陸法系之免責事由	65
第一節 總論	65
第一項 契約責任之體系	65
第二項 債務不履行之新發展	66
第二節 德國法之契約免責事由	67
第一項 德國法之契約責任發展	67
第二項 傳統上德國民法典債法之不足	68
第三項 2002 年德國民法修正後之免責事由	70
第四項 小結：德國法上給付不能之新規定	82
第三節 法國法之契約免責事由	86
第一項 契約責任體系概說	86
第二項 契約上債務人之過錯	88
第三項 債務人履行債務之免責事由	90
第四項 不預見理論 (théorie de l' imprévision)	94
第四章 國際契約法關於免責事由規定	97
第一節 國際契約法之整合趨勢	97
第一項 國際化的世紀	97
第二項 契約法整合	97
第二節 聯合國商品買賣公約	99
第一項 背景介紹	99
第二項 CISG 對於免責事由之規定	101
第三項 契約免責條款：不可抗力與艱難情形條款	106
第四項 CISG 第 79 條之檢討	106
第三節 歐洲契約法原則	110
第一項 背景介紹	110
第二項 歐洲契約法原則之目的	112
第三項 歐洲契約法原則對免責事由之規定	114
第四節 國際商事契約原則	119
第一項 國際商事契約原則第 7.1.7 條不可抗力	119
第二項 當事人間之風險分配	121
第三項 不可抗力之違約法則	121
第四項 不可抗力之法律效果	125
第五節 小結	126
第一項 CISG 第 79 條	126
第二項 PECL 第 9:102 條、第 8:108 條、第 6:111 條	126

第三項 PICC 第 7.1.7 條	128
第五章 給付不能作為免責事由理論之建構	129
第一節 我國給付不能體系之介紹	129
第一項 債務不履行之意義	129
第二項 我國傳統上給付不能之類型	130
第三項 我國給付不能體系之問題	142
第二節 給付不能與履行請求權	143
第一項 給付不能之意義	143
第二項 給付困難與給付不能之區別	145
第三項 本文對給付不能與給付困難之見解	146
第四項 小結：我國給付不能之新內涵	154
第三節 給付不能之可歸責性與免責事由	156
第一項 可歸責性與免責事由	156
第二項 可歸責性之概念	157
第三項 損害賠償責任之法理基礎	159
第四項 給付不能可歸責性之再建構	162
第四節 小結	168
第六章 結論	170
參考文獻	175

詳 目

第一章 緒論	1
第一項 問題之提出	1
第二項 比較法上之免責事由	4
第三項 我國給付不能之概念與免責事由	6
第四項 研究方法與論文架構	6
第二章 英美法系之給付不能理論	9
第一節 總論	9
第一項 概述	9
第二項 英美法系之契約頓挫理論	10
第一款 英國	10
第二款 美國	11
第三項 給付不能與契約頓挫	11
第二節 給付不能理論之發展	13
第一項 英國法上之契約嚴守原則 (The doctrine of absolute contracts)	13
第一款 Paradine v. Jane 判決	13
第二款 早期契約嚴守原則之限制	14
第一目 嗣後不法 (supervening illegality)	14
第二目 寄託契約：受託者義務	16
第三目 個人債務：死亡或喪失能力之效果	16
第四目 商品買賣：特定商品之毀損	17
第二項 英國法上給付不能理論之濫觴	17
第一款 Taylor v. Caldwell 判決	17
第二款 Taylor v. Caldwell 判決之意義	18
第三款 Taylor v. Caldwell 案對契約頓挫理論之影響	19
第三項 給付不能理論遭遇之困難	20
第三節 給付不能理論之主要類型	21
第一項 給付不能理論之定義	21
第一款 自始不能與嗣後不能	21
第二款 客觀不能與主觀不能	22
第二項 契約標的消滅 (destruction of the subject-matter)	22
第三項 契約解消與風險分配	23
第四項 風險移轉之契約類型	24
第一款 商品買賣契約	24
第一目 商品於風險移轉後毀損	25
第二目 商品於風險移轉前毀損	25

第二款 土地買賣契約	28
第三款 工程契約	28
第一目 工程契約為建造全新建築物	29
第二目 工程契約為現存建築物內施工	29
第三目 中間案例	30
第五項 小結	30
第四節 給付不能理論之其他類型	31
第一項 概述	31
第二項 死亡或失能 (Death or incapacity)	32
第三項 無效用 (Unavailability)	32
第一款 一時無效用 (Temporary unavailability)	33
第二款 情況改變 (Change in conditions)	34
第三款 遲延與部分履行契約	34
第四款 個人債務契約	35
第五款 僱傭契約	35
第四項 特定來源不足 (Failure of a particular source)	35
第一款 契約標的之來源	36
第一目 契約內容明示來源	36
第二目 一方當事人預想之來源	36
第二款 契約標的來源部分不足	38
第五項 履行方式不能 (Method of performance impossible)	38
第一款 總論	38
第二款 蘇伊士運河案	39
第一目 買賣契約	39
第二目 運送契約	41
第三目 結論	41
第五節 實現不能 (impracticability)	42
第一項 給付不能與實現不能之不同	42
第二項 美國法上實現不能之概念	43
第一款 起源	43
第二款 美國統一商法典第 2-615 條	44
第三款 市場波動與商業上實現不能	45
第三項 英國法上實現不能的概念	46
第一款 實現不能通常並非契約解消之理由	47
第二款 例外情形	47
第一目 實現不能與給付不能之結合	47
第二目 明示之契約條款	48
第三目 不定期之繼續性契約	49

第四目 外交與商業關係之斷絕	49
第三款 通貨膨脹	50
第六節 給付不能之法律效果	50
第一項 契約自動解消	50
第二項 契約解消後雙方當事人之權利義務	51
第一款 普通法	52
第二款 契約頓挫法 (Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943)	53
第一目 契約頓挫法第1條第2項	53
第二目 契約頓挫法第1條第3項	54
第七節 給付不能理論之總結	56
第一項 給付不能理論之整理	56
第二項 給付不能理論之限制	58
第一款 定有契約條款	58
第二款 預見或可得預見之情事	59
第三款 自招契約頓挫 (self-induced frustration)	59
第三項 給付不能理論之困境	60
第一款 給付不能理論之問題	60
第二款 現代契約法之解決方案	61
第一目 可歸責性	61
第二目 艱困情形 (hardship)	62
第三目 經濟性觀點 (Economic Perspective)	63
第四項 小結	63
第三章 大陸法系之免責事由	65
第一節 總論	65
第一項 契約責任之體系	65
第二項 債務不履行之新發展	66
第二節 德國法之契約免責事由	67
第一項 德國法之契約責任發展	67
第二項 傳統上德國民法典債法之不足	68
第一款 給付不能作為債務不履行之核心概念	68
第二款 判例法對民法典之補充	68
第三款 情事變更原則之缺乏	69
第三項 2002年德國民法修正後之免責事由	70
第一款 新契約責任的概要	70
第二款 給付不能之檢討	72
第一目 舊法之不足	72
第二目 給付不能作為契約免責要件	73

第三目 事實上不能	73
第四目 個人之不能	75
第五目 暫時給付不能	75
第六目 給付不能的法律效果	76
第四項 小結：德國法上給付不能之新規定	82
第一款 德國民法第 275 條	82
第一目 給付義務之免除（德國民法第 275 條第 1 項）	83
第二目 債務人拒絕給付之權利	83
第二款 經濟上不能於德國民法修正後之定位	84
第一目 經濟上不能之意義	84
第二目 經濟上不能與法律行為基礎理論	85
第三節 法國法之契約免責事由	86
第一項 契約責任體系概說	86
第一款 債務關係之分類	86
第二款 契約免責事由之概念	87
第二項 契約上債務人之過錯	88
第一款 結果債務中過錯之推定	88
第二款 手段債務之特殊規定	89
第三項 債務人履行債務之免責事由	90
第一款 法定免責事由：不可抗力與偶發事故	90
第一目 不可抗力之要件	90
第二目 不可抗力之法律效果	92
第二款 債權人或第三人造成債務不履行	92
第一目 債權人造成債務不履行	92
第二目 第三人造成債務不履行	92
第三款 免責約款	93
第四項 不預見理論（théorie de l' imprévision）	94
第一款 法國行政法院之不預見理論	94
第二款 不預見理論之爭議	95
第四章 國際契約法關於免責事由規定	97
第一節 國際契約法之整合趨勢	97
第一項 國際化的世紀	97
第二項 契約法整合	97
第一款 結論之整合	97
第二款 法源之整合	98
第三款 國際法律統一文件	98
第二節 聯合國商品買賣公約	99
第一項 背景介紹	99

第一款 起源	100
第二款 立法目的	100
第二項 CISG 對於免責事由之規定	101
第一款 CISG 第 79 條	101
第二款 CISG 第 79 條要件之檢驗	102
第一目 障害存在 (Existence of an impediment)	102
第二目 障害為不可控制 (Impediments beyond control)	103
第三目 不可預見 (Unforeseeability)	104
第四目 不可避免 (Unavoidability)	105
第五目 不履行之因果關係 (Causality for non-performance)	105
第三項 契約免責條款：不可抗力與艱難情形條款	106
第四項 CISG 第 79 條之檢討	106
第一款 免責事由與履行請求權	106
第二款 免責事由與瑕疵給付	107
第三款 情事變更原則與其相關理論	108
第三節 歐洲契約法原則	110
第一項 背景介紹	110
第一款 便於歐洲內部跨國之交易	111
第二款 歐洲統一市場的強化	111
第三款 為歐盟契約法作準備	111
第四款 提供立法方針予各國法院與立法者	111
第五款 建構大陸法系與英美法系之橋樑	112
第二項 歐洲契約法原則之目的	112
第一款 作為歐洲立法之基礎	112
第二款 依當事人明示採用	113
第三款 商事習慣法 (Lex Mercatoria) 之現代的定型化	113
第四款 司法上與立法上契約法發展的模範	113
第五款 契約法調和之基礎	113
第三項 歐洲契約法原則對免責事由之規定	114
第一款 歐洲契約法原則第 8:108 條之免責事由	114
第一目 總論	114
第二目 適用範圍	115
第三目 障害事由之要件	115
第二款 免責事由之法律效果	117
第三款 一時之契約障害	118
第四款 通知	119

第四節 國際商事契約原則	119
第一項 國際商事契約原則第 7.1.7 條不可抗力	119
第二項 當事人間之風險分配	121
第三項 不可抗力之違約法則	121
第一款 無法合理預見之事件	122
第二款 障害事由不能合理迴避或克服	123
第三款 不可抗力之通知	124
第四項 不可抗力之法律效果	125
第五節 小結	126
第一項 CISG 第 79 條	126
第二項 PECL 第 9:102 條、第 8:108 條、第 6:111 條	126
第三項 PICC 第 7.1.7 條	128
第五章 給付不能作為免責事由理論之建構	129
第一節 我國給付不能體系之介紹	129
第一項 債務不履行之意義	129
第二項 我國傳統上給付不能之類型	130
第一款 給付不能之意義	130
第一目 給付之意義	130
第二目 不能之意義	130
第二款 給付不能類型之分析	131
第一目 自始客觀給付不能	131
第二目 自始主觀給付不能	132
第三目 嗣後不能	136
第三項 我國給付不能體系之問題	142
第二節 給付不能與履行請求權	143
第一項 給付不能之意義	143
第一款 客觀不能	143
第二款 主觀不能	144
第三款 給付不能之例外	144
第一目 無資力	144
第二目 種類之債	144
第二項 給付困難與給付不能之區別	145
第三項 本文對給付不能與給付困難之見解	146
第一款 給付不能之概念應從效率性、經濟性觀點出發	146
第一目 我國實務見解：以社會通常觀念決定給付不能	146
第二目 履行請求權之界限：自經濟性、效率性觀點來排除履行請求權	148
第二款 本文對給付不能與給付困難之區別與處理	152

第四項 小結：我國給付不能之新內涵	154
第一款 給付不能之類型化	154
第二款 其餘非屬給付不能之類型	155
第三節 給付不能之可歸責性與免責事由	156
第一項 可歸責性與免責事由	156
第二項 可歸責性之概念	157
第一款 故意	157
第二款 過失	158
第三款 事變	158
第四款 債務人對其代理人或使用人之責任	159
第三項 損害賠償責任之法理基礎	159
第一款 損害賠償責任之理論基礎：契約拘束力	159
第二款 「債務內容之確定」與「債務不履行之判斷」	161
第三款 擔保責任與過失責任之區別	161
第四項 給付不能可歸責性之再建構	162
第一款 可歸責性之內涵	162
第二款 可歸責性與免責事由	164
第三款 免責事由之判斷	166
第一目 免責事由之原理：合理的危險分配	166
第二目 免責事由之具體化	167
第四節 小結	168
第六章 結論	170
參考文獻	175

第一章 緒論

第一項 問題之提出

「作為免責事由之給付不能」這個題目，乍看之下並不知道到底在探討些什麼。給付不能於我國係屬債務不履行之類型之一，並規定於民法第 225 條與第 226 條。而免責事由一詞，顧名思義即免除責任之事由，民法上並未有規定免責事由之條文，環顧其他法律，則可於海商法第 69 條與第 70 條找到運送人免責事由之規定。由海商法第 69 條與第 70 條可知，因免責事由所發生之損害，運送人不負賠償責任，也就是說，免責事由是讓債務人免除契約責任之依據。雖然免責事由本身之概念並不清楚，可能包含債務人免損害賠償責任、免給付效力、解除契約等等，本文是以給付不能作為免責事由之建構，故重點將放在免給付效力之部分，其餘如免損害賠償或解除契約等，內文僅會部分提及，但非本文核心部分，重點仍在免給付效力上，亦即如何處理給付不能之免給付效力作為免責事由，為本文要探討之問題。

本文之重心既在研究免責事由之一般性規定，其目的是為了重新檢視我國債務不履行之規定。我國民法雖分為總則、債、物權、親屬及繼承五編，但並無專為債權契約而存在之契約編，也就是說，自我國民法之架構來看，「契約法」並不存在，於債編總則裡與契約法相關之規定係以法律行為作規定，而另於債編各論裡規定各種有名契約類型，實際上契約法之一般原則則隱藏在法律行為論及債法之一般理論中。並且，在民法債編之研究上，契約法相較於侵權行為法，所受關愛之程度甚少，在契約法之研究上，又偏重於消費者保護法之領域，對於作為契約法領域內核心的雙方商事契約（B2B）¹，我國法律學界似乎置身事外。然而，契約法在實務上之重要性極高，只因商事契約下之糾紛多依仲裁程序解決，未進入

¹ B2B 為 Business to Business。關於以企業觀點之契約分類，詳參陳自強，代理權與經理權之間——民商合一與民商分立，元照，2006 年，頁 295。

法院訴訟程序，故以實務判決之法學研究未以之作為研究重心，造成契約法領域之法學研究缺乏。在我國法學研究已日漸成熟之際，不可缺乏對契約法之研究。

契約法之領域，自契約之成立至消滅，可分為契約之成立、契約之生效、契約之內容與契約之消滅，此為正常之契約流程。若非屬正常之契約流程，則契約是否成立、契約是否生效、契約之內容為何、契約是否消滅，皆屬契約法要探討之問題。契約是否成立是當事人意思表示一致之問題；契約是否生效是法律規定與公序良俗之規範問題；契約之內容為何為契約解釋之問題；契約是否消滅是契約履行之問題。本文探討之免責事由屬於契約是否消滅的層次，也就是契約未能正常履行該如何處理，我國習慣稱為債務不履行。債務不履行之內涵無疑是整個契約法的核心，蓋契約若正常履行則無紛爭產生，自無須法律規定，一旦契約未能正常履行，究竟債務人是否須繼續履行，或是否須負損害賠償責任等等問題，即浮上台面。我國民法之債務不履行規定以給付不能、給付遲延與不完全給付之三分體系為規範，並且是以給付不能作為債務不履行之基本架構，無論是免給付義務、損害賠償責任、解除契約、危險負擔等問題，民法皆以給付不能作基本規定。然而，有關給付不能之概念向來並非清晰，客觀不能、主觀不能、自始不能、嗣後不能等繁複之概念，更造成法律適用上之困難，也使契約法之糾紛多朝向訴訟外紛爭解決方式處理，而不願由法院依民法規定判決。訴訟外紛爭解決方式最大之特徵即無須完全依照法律作出判斷，而可依衡平法則為之，然而實定法若由法官本於學說判例發展，以法學方法論之方式操作法條規定，很大程度也能兼顧當事人雙方利益而達到個案正義，如德國本於學說判例發展出「積極侵害契約」、「締約上過失」與「法律行為基礎理論」等制度，於2002年德國民法修正時方明文納入法律規定內，法國自1804年拿破崙民法制定以來，迄今並未修法，法國民法猶能適用於21世紀之現代，所仰賴者就是法官強大之解釋學。以我國而言，債務不履行體系下之給付不能，實際上亦可透過法官之解釋學來達成個案正義，即藉由解釋給付不能之概念與可歸責性之內涵，來達成債務人免責之法律效果，此

為本文題目「作為免責事由之給付不能」之意義，企圖以解釋學之方式重新建構債務不履行之體系，希冀不透過修法也能解決我國債務不履行向來之問題。

債務不履行問題在於履行障害之發生是否對債務人造成影響。原則上，從契約嚴守原則之角度出發，只要當事人意思表示一致，契約即屬成立，債務人有義務要履行契約內容。然而，契約成立後至履行前，若發生不可預見之經濟、政治與社會情事可能會阻礙契約之履行，例如貨幣下跌、經濟危機、武裝衝突、港口封鎖、禁口限制等不可預見之履行困難事件。在此種情形下，要如何分配契約成立後因基礎事實劇烈改變造成當事人之履行風險，即為重要的問題。這樣子的問題雖然僅出現在未有契約條款來處理突發事件之情形，然由於當事人之意思並非總是清晰可見，不論我們如何嘗試延伸解釋契約之意思來填補契約漏洞，仍需要進一步的工具或手段來處理重大改變契約均衡之情事變更情形。

以另外一個角度來看，可以將這個問題視為私法自治原則與情事變更原則之衝突。雖然自羅馬法以來並沒有情事變更原則的觀念，私法自治原則一向主宰了契約法之領域，更成為拿破崙制定法國民法的三大原則之一，但是於二次世界大戰中，由於嚴重的政治紛擾、經濟物價波動，使私法自治原則下的契約嚴守原則受到強烈的挑戰，並且隨著國內與國際貿易之頻繁，要如何處理契約遭遇履行上阻礙之問題，即十分重要。因此，對現今的契約法來說，如何合理調適私法自治原則與情事變更原則即為最重要的問題。

對於不可預期之履行障害情事，債務人無法繼續履行或難以期待其繼續履行，將會遭遇到以下三個問題：第一，債權人之履行請求權是否繼續存在？第二，債權人得否請求債務人為損害賠償？第三，契約是否因此解除或終止？這三個問題為債務不履行之核心內容，也就是履行請求權、損害賠償與契約解除之要件與內涵。債權人之履行請求權係本於契約內容之給付效力，於債務人不履行契約內容時，得訴請國家以強制執行之方式達成契約目的；而債權人之損害賠償請求權

乃履行請求權之變形，於債務人不履行契約時，以金錢之損害賠償來代替原始之履行請求權。換言之，債權人之履行請求權與損害賠償請求權其本質皆係基於契約效力。對債務人而言，雖然受契約拘束力之限制，而須遵守契約內容履行，但於某些情形下，繼續履行契約乃不可能或難以期待，此時即有免除契約責任之可能，蓋絕對之契約嚴守可能會違反公平正義與吾人之法律感情，這也是近代情事變更原則興起帶來之影響。是以，債務人免責事由之探討即從此處出發，在討論債權人履行請求權之界線，並順帶論及債務人損害賠償責任之免除，本文對免責事由之討論即集中於此。至於契約解除與終止之問題，係債務不履行之另一大問題，限於能力與篇幅，並非本文主要之探討對象，故不特別介紹。

第二項 比較法上之免責事由

免責事由之概念在我國雖屬陌生，但於比較法上並非冷僻的話題，反而是國際商事契約中常見之概念，尤其是免責條款之約定。在英美法系²與大陸法系³對於契約免責之問題各有不同之規範來處理，而國際上之契約法整合對免責事由則形成高度一致性之規定，可說是目前之契約法整合趨勢。因此，欲研究免責事由，無法單純由我國既有之實務與學說出發，外國比較法資料之介紹，乃是必要之研究方法。

在英美法系，由於採嚴格契約責任，不論債務人是否可歸責，皆須負絕對地履行責任。然而，嚴格契約責任在許多情形下會顯得不合理，遂經由判例之發展，逐漸形成給付不能（impossibility⁴）、嗣後違法（illegality）、契約目的不達（frustration of purpose）等三種免責事由，這些免責事由皆屬於「契約頓挫

² 英美法系為 common law 之翻譯，又有稱普通法系，我國習慣稱英美法系，本文從之。英美法系以案件法（case law）為其法源，主要代表國家有英國、美國等。但目前英美法系裡成文法法規亦大量出現，如今日之美國，惟判例法並未消失，即成文法與判例法同樣皆為法源之一種，而具有效力。詳參，William Burnham 著，林莉芝譯，英美法導論，元照，2005 年，頁 46 至 54。

³ 大陸法系為 civil law 之翻譯，相較於英美法系之判例法，大陸法系以成文之法典作為法源，主要代表國家如德國、法國，德國民法典與法國民法典為大陸法系之二大立法例。

⁴ Impossibility 為英美法上之免責制度，本文照字面意思翻譯成「給付不能」，惟英美法上之給付不能與我國或德國所稱之給付不能係不同概念，合先敘明。

理論 (frustration of contract)⁵」之內容，亦即契約頓挫理論即在處理何種情形會導致契約解消⁶，使契約當事人得免除其履行契約之責任。

而在大陸法系下，德國民法向來之債務不履行體系中以給付不能 (Unmöglichkeit) 作為主要概念，債務人陷於給付不能時可免除給付義務。惟此給付不能僅限於客觀給付不能，主觀給付不能不在免責之範圍。惟於兩次世界大戰後，因社會環境之劇烈變動，使契約嚴守原則受到了挑戰，帝國法院本於誠信原則在判決中創造許多判斷標準，使當事人能獲得救濟，包括「無期待可能性」、「法律行為基礎喪失 (Wegfall der Geschäftsgrundlage)」等理論，這些判決見解經由日後法院繼續援用，至 2002 年德國民法修正時將判決見解明文化。至於法國法仍堅守拿破崙法典以來之契約嚴守原則，契約之當事人只有在「不可抗力 (force majeure)」下方能免除契約責任，法國行政法院雖然於行政契約上發展出「不預見理論」(imprévision)，但並未為普通法院所採用。

另外，在現今國際契約法整合之趨勢下，比較法上各種契約免責事由之雜亂無章，某程度可獲得解決。1980 年聯合國商品買賣公約 (United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 以下簡稱 CISG)、歐洲契約法原則 (Principles of European Contract Law, 以下簡稱 PECL) 與國際商事契約原則 (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 以下簡稱 PICC) 皆有對於契約免責事由做出規定，且呈現高度一致性，皆以不可抗力作為立法準則，或可代表目前國際契約法之主流見解。

當然，最普遍之原則仍是契約嚴守原則 (pacta sunt servanda)，也就是契約必須遵守。這個穩固的原則代表受契約合意拘束之當事人必須對其不履行合意內容而負責，即使該不履行之原因係超越其能力所及並於契約合意當時無法預

⁵ 本文將「frustration of contract」翻譯為「契約頓挫」，此翻譯係參考林誠二教授，情勢變更原則之理論與實際－債法上之比較研究，中興法學 14 期，1978 年 1 月。

⁶ 由於英美法系並未區分解除契約與終止契約之概念，而是依契約性質決定是否解約之效力要溯及既往或自後失效。因此，本文有關英美法系之契約解除或終止，皆以契約解消一詞統稱。

見。這個原則至今仍是各國法體系內最基礎、最核心的原則，以顧及法律之確定性與穩定性。

第三項 我國給付不能之概念與免責事由

於我國現行民法上，雖然並無一般性免責事由之規定，但並非對於履行障害所造成債務人不能履行或難以期待其履行之情形毫無處理方式。作為債務不履行基本型態的給付不能，雖然並非實務上常見之債務不履行類型，實用性也不如幾乎無所不包之不完全給付規定，但做為最早發展之債務不履行類型，其規定與理論至今仍十分具有價值，而可用來重新建構我國免責事由之一般性規定。

關於履行請求權之界線，由於民法第 225 條第 1 項規定，因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務，可知在我國民法給付不能即為債務人無須繼續履行契約內容之免責事由。雖然可歸責於債務人之給付不能並未規定債務人免給付義務，但實務與學說皆肯認之，故給付不能可作為履行請求權之界線，殆無疑義。問題之重點在於給付不能之內涵為何，即免責事由之一般性規定應如何判斷，此為本文欲待探討之問題。

再者，關於債權人之損害賠償請求權，依民法第 226 條規定，須因可歸責於債務人之事由致給付不能，債權人方得請求損害賠償。因此，債務人若欲免除損害賠償責任，必須證明其係不可歸責，換言之，在我國民法規定下，可歸責事由是債務人損害賠償責任之依據。是以，若從債務人免責事由之角度來探討損害賠償責任，可將不可歸責於債務人之事由作為免責事由，以此來理解免責事由之概念。並且，由於訴訟上損害賠償之可歸責性係由債務人證明其為不可歸責，概念上與免責事由相同，故藉由不可歸責之解釋來建構免責事由之一般性規定，應屬可能。

第四項 研究方法與論文架構

本文探討契約免責事由，欲從比較法之研究出發。由對外國相關法制之比較研究，尋找出一般法律原則之存在，進而以之為法理以解釋我國現行法，而強調比較法之功能性原則。尤其在契約法之領域，規範重心在於貫徹私法自治原則，促進財貨自由移轉以實現當事人之意思自主，值此國際交往日益頻繁之時，法律之規定與解釋若自外於世界之潮流，獨樹一格，可能因而造成國際間法律相互瞭解之困難，徒增法律交往上之風險，有礙財貨自由流通，因而，重要外國法之比較研究，在契約法領域實乃不可或缺⁷。

再者，以往比較法之參考資料多為德國、法國等主權國家所制定之民法典，但於市場全球化之今天，契約法全球化為大勢所趨，世界三大契約模範規則 CISG、PECL 與 PICC，在國際社會不斷溝通協調折衷下，共識逐漸形成。2002 年德國債編修法，亦強調國際間契約法之影響為德國債法現代化之重要緣由。目前正在進行之日本債權法改正，除參考大陸法系與英美法系外，亦將上述三大世界契約法統一文件作為重要參考資料，可知契約法之統一趨勢已從歐陸、英美而傳至東亞⁸。我國 88 年債編修正時並無參考世界契約法統一文件，至今尚未感受全球化所帶來之契約法整合趨勢，但世界契約法統一文件既已成為各國債法修法之重要參考資料，且在國際上已逐漸形成共識，是在研究契約免責事由之際，不可遺漏世界契約法統一文件。

我國近年強調法律本土化，而著重於實務與判決之研究，以解決我國實際發生之問題。然而，法律本土化之工作，目的在實際問題之解決，而建構本土之法律體系，但於國際性之契約法領域，外國法律及其學說判例之研究，相當程度仍為不可或缺，此種比較法研究非以認識外國法為主要目的，而係將外國法之現狀，以之為法理來解釋我國現行法，進而解決實際問題⁹。於債務不履行之體系，我國民法採德國法之立法例，又我國採民商合一之立法，故於商事契約中之債務不履

⁷ 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，元照，2011 年，頁 13 至 14。

⁸ 陳自強，同上註，頁 241 至 243。

⁹ 陳自強，無因債權契約論，新學林，2005 年，頁 24。

行亦屬德國法之立法例，惟在國際交易上，著重交易安全與安定性考量，對於契約不履行多採取英美法系之嚴格契約責任，CISG 與 PICC 對於違反契約 (breach of contract) 亦採英美法系之立法例，故對違反契約之研究，不可僅只於大陸法系之債務不履行，尚應同時認識英美法系之違反契約，此在我國以外國貿易為主之商業交易上尤需重要。因此，本文討論給付不能作為免責事由，即可作為商事契約下違反契約之解釋適用。

本文之架構以免責事由之比較法研究為中心，第二章先介紹英美法系下之免責事由，即「契約頓挫理論 (frustration of purpose)」，其中之「給付不能 (impossibility)」與「實現不能 (impracticability)」為重要之契約免責事由。第三章介紹大陸法系下之兩大龍頭—德國法與法國法，德國法之部分為債務不履行之「給付不能 (Unmöglichkeit)」之發展，以及 2002 年德國債編修法之重要內容；而法國法之部分則以「不可抗力 (force majeure)」作為免責事由。第四章介紹上述世界三大契約法模範規則 CISG、PECL 與 PICC 關於免責事由之規定。在比較法皆介紹完以後，對於各國免責事由之規定已有初步了解，在第五章將先檢討我國給付不能之體系，針對我國給付不能與免責事由之關聯性做討論，嘗試以解釋論之方式將給付不能作為免責事由，以建構我國免責事由之一般性規定。最後於第六章提出本文之結論。

第二章 英美法系之給付不能理論

第一節 總論

第一項 概述

當提到「契約頓挫(frustration of contract)」、「給付不能(impossibility)」或「情事變更(change of circumstance)」等概念時，這些概念所要處理之情形基本上是相同的。也就是說，當契約訂立後，因為不可預見之情事發生，導致契約之履行為法律上或事實上的不可能，或是變成極度困難、昂貴與實現不可能，或是繼續履行契約對一方當事人已不再具有意義¹⁰。在這些情況下，契約內容之履行是否仍為必須，或是要透過調整、終止或解除契約來處理這些情形，為契約法上的核心問題。

另一方面，國際法上對契約法之整合正在進行中，如 CISG、PECL 與 PICC，皆是在為契約法之整合作出貢獻。雖然歐洲為現代法律之法源地，法國與德國確實也在世界法學舞台上有一段風光歲月，但隨著德國法影響力逐漸衰退，世界法學之領導地位逐漸由美國取代，美國契約實務散播至全世界，使英美法之契約觀點成為國際契約法之主流。以世界上目前最成功的契約法統一文件 CISG 為例，其債務不履行體系並非吾人熟悉的三分體系，債務不履行責任亦非可歸責為要件，也非原則上以債務人有故意或過失為可歸責，而係採納英美法之統一的契約違反體系及擔保責任¹¹。既然世界契約法之發展篇好英美法系，是以，在討論給付不能與契約免責等問題時，必須先行了解英美法系是如何操作。我國民法係參考大陸法系之立法，就債務不履行之部分亦然，對於英美法系之契約法甚少接觸，以下將先簡單介紹英美法系之契約頓挫理論之發展。

¹⁰ See MICHAEL G. RAPSOMANIKAS, *Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law*, 18 DUQUESNE REVIEW, p.551 (1980).

¹¹ 陳自強，歐洲契約法發展之最新動向，月旦法學雜誌，第 182 期，2010 年 7 月，頁 139。

第二項 英美法系之契約頓挫理論

第一款 英國¹²

在英國，契約頓挫理論經歷了有趣且具備活力的發展。英國法上契約頓挫理論之起點來自於「嚴格契約責任」，出現於 17 世紀 *Paradine v. Jane* 的判決。嚴格契約責任之例外於 19 世紀 *Taylor v. Caldwell* 一案中首次提出，該案建立了物理上給付不能得作為免責之依據。之後又有二個免責事由出現，包括債務人因生病或死亡無法履行個人勞務契約，或是法律上給付不能。這三個免責事由係因締約後之偶發情事，導致完全不可能履行契約內容。但是，在 *Taylor v. Caldwell* 判決之前，個別的變動已開始進行，之後被命名為「契約頓挫」，支持債務人於過度履行困難下得以免責。契約頓挫包括了一系列船舶運送案件與著名的「加冕案」¹³，這個理論中有許多情形係與給付不能的案件重複，最後也導致契約頓挫與給付不能理論融合於一起。

契約頓挫理論之新結構於 *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* 一案中發展。該案之判決中，Radcliffe 法官發表準則：「契約頓挫發生於情事變更致給付徹底與原先契約預想者不同，且不能給付非可歸責於任何一方契約當事人。」這個「徹底不同 (radically different)」準則於現今英國法十分盛行，雖然它的理論基礎仍模糊不清，且其適用十分嚴格，正如蘇伊士運河案¹⁴中所示。

至 1943 年，契約頓挫理論僅有一種法律救濟方法，即契約因此解消。宣告契約解消意味契約向後終止，不得請求價金或信賴利益之賠償。直到 *Fibrosa Spolka*

¹² 習慣上所稱之英國，其國家全名為「大不列顛及北愛爾蘭聯合王國 (The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)」，簡稱「聯合王國 (United Kingdom)」，通稱英國，由英格蘭、蘇格蘭、威爾斯與北愛爾蘭四個國家聯合組成。就法體系上，英格蘭、蘇格蘭、威爾斯與北愛爾蘭同為英美法系，各自有自己之案例法，本文所討論之英國法係指英格蘭，不包括其他國家，惟為行文方便與習慣，仍以英國法稱之。

¹³ *Krell v. Henry* [1903] 2 KB 740.

¹⁴ 參見本章第四節中之討論。

Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd. 案方承認得請求價金，其他賠償請求包括信賴利益之分配，於1943年契約頓挫法（Law Reform (Frustrated Contracts) Act of 1943）中獲得承認。

第二款 美國

在美國，契約頓挫理論始終為一個模糊不定的法則，實務上之適用總是與理論不一致。此外，美國法院比英國法院更不願意准許當事人之救濟。19世紀時，美國自英國繼受 *Paradine v. Jane* 之法則，並長期獲得美國法院之援用。19世紀末，美國法上透過數種方法之運用，嚴格契約責任出現破裂¹⁵：

首先，主觀與客觀不能之區別被建立，僅有客觀不能足以令債務人免責。這個區別被美國整編契約法第一版（the First Restatement of Contracts）採納，並於第二版中維持，但遭到強力批評。

其次，美國法類比英國法有三種給付不能之案件：嗣後違法、勞務契約之債務人死亡或生病、必要之人、事或給付方式之欠缺。雖然體系之一貫性遭受質疑，但這三種給付不能之類型被編入美國整編契約法第一版與第二版。

最後，「實現不能（impracticability）」成為一個不履行之免責之事由，其被定義為：「極端不合理之困難、花費、傷害與損失」。這個用語在美國統一商法典（Uniform Commercial Code）廣泛使用，並於美國整編契約法第二版（the Second Restatement of Contracts）中取代給付不能（impossibility）之用語，但無論是法典或評論文獻，皆未給予實現不能一個適當的分類，而仍為一個不確定的概念。

第三項 給付不能與契約頓挫

英美法系之契約頓挫理論是由給付不能法則開始，逐步經由判決擴張其適用

¹⁵ See MICHAEL G. RAPSOMANIKAS, *supra* note 10, p.557-59.

範圍與創造新的理論依據，最後成為所謂的「契約頓挫理論」。在英美法系上，提到契約頓挫即意謂契約解消之意思，至於何者為契約頓挫之理由，大致上可分為三類：給付不能（impossibility）、嗣後違法（illegality）、契約目的不達（frustration of purpose）。其中又以給付不能為最主要之理由，也是本文要探討之主題，蓋契約違法所涉及者為公共秩序等國家利益，與契約之不履行較無關係，而契約目的不達是「加冕案」所創造出之概念，牽涉「動機」與「目的」等探討，是另一個複雜的問題，本文主要著重在給付不能概念之探討，故不對契約目的不達多加討論。

必須先說明的是，英美法系與大陸法系不同，英美法系以案件法（case law）為中心，透過判決先例原則（stare decisis），其他法院在審判相同事實之案件時，不能違反先前已成立之判決，也就是法律的判決可作為未來案件之法源。至於成文法，英美法系之法官將成文法視為含有特定規定的法律，且必須依其條款適用，而未列入成文法之法律領域仍由英美法規範，也就是成文法與案件法二者同為法源，案件法可補充成文法之不足¹⁶。因此，在討論英美法系之契約法時，將著重在案件之探討，究竟何案例創造出何種法律原則供後人參考，又或者如何推翻判決先例建立新的法律原則，這些都是討論的重點。在英美法系，法官之判決可說是促使法學進步之原動力，經由法官造法所發展出之法律原則，與大陸法系法官以成文法典為依據之判決，具有相當大的不同，也是英美法系的一大特色。

最後，必須說明英美法系中英國與美國之不同。美國原屬英國之殖民地，亦同為英美法系之國家，就英國所發展之契約法，由於已成為英美法系之規範，故美國仍有適用之。然而，美國法相當程度重視成文法典，如統一商法典與美國整編契約法，多為各州所採用，因此形成判例法與成文法混合而成的契約法。本文在探討英美法系之契約法，主要係以英國之發展為主，蓋英國為英美法系之鼻祖，也是契約法之起源，故英國之發展相當具有代表性。至於美國法之部分，只有在

¹⁶ William Burnham 著，林莉芝譯，同註 2，頁 50。

與英國法有相異之處，且具有特別提及之必要，方討論之。以下各節將逐步介紹英美法系中給付不能理論的發展，以及其各種類型與法律效果。

第二節 給付不能理論之發展

第一項 英國法上之契約嚴守原則 (The doctrine of absolute contracts)

第一款 Paradine v. Jane 判決

所謂契約嚴守原則係指契約之內容為絕對地，當事人依據合意所成立之契約，則當事人對於契約內之義務須絕對履行，不論事後情事如何變更，皆不改變契約之內容，如當事人不履行契約之義務，即為契約之不履行。

一般認為 Paradine v. Jane 一案是英國法上契約嚴守原則之先趨¹⁷。本案事實為，原告 Paradine 為土地所有人，將土地出租於被告 Jane，並交付土地與 Jane 使用。之後，由於戰爭因素，外國敵人 Prince Rupert 入侵領土，剝奪 Jane 對土地的占有長達三年，這三年期間 Jane 皆無法使用土地。待 Prince Rupert 離開，Paradine 起訴對 Jane 請求支付欠繳之地租。對此，被告 Jane 的抗辯為，由於土地遭外國敵人占領，其無法就土地為收益。而原告 Paradine 反駁此抗辯，其認為縱使於土地遭占領的期間，被告仍應依租賃契約而負支付地租之債務。

法院判決表示：當法律課予當事人義務，而當事人在不可歸責下不能履行此義務，且無救濟方法，法律將予以免責。但是當契約課予當事人本身義務，在不違法之下，不論有任何無法避免的困難，當事人必須完善履行義務，因為他應該預先以契約作準備。¹⁸

¹⁷ See G. H. TREITEL, FRUSTRATION AND FORCE MAJEURE (2nd ed.) pp.19-20 (2004).

¹⁸ 原文為：「Where the law creates a duty or charge and the party is disabled to perform it without any default in him, and hath no remedy over, there the law will excuse him..... But when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his

由上可知，法院在判決中區分了二種情形，一種為法律課予當事人義務，另一種為契約課予當事人義務，而為不同之判斷。前者於當事人不可歸責下不能履行義務時，法律將予以免責；後者則無論有任何無法避免的困難，當事人仍應履行義務。舉例而言，於第一種情形，房屋租賃契約下，法律規定承租人有保管義務，不得破壞租賃物，當房屋遭暴風雨摧毀時，承租人得免責；而於第二種情形，房屋租賃契約之承租人承諾會修繕房屋，縱使房屋遭雷擊而燒燬，承租人仍應修繕房屋。

法院區分的這二種情形，其中的第二種情形被視為契約嚴守原則的典範，日後被大量引用。對照於此，第一種情形則往往被忽略了。在這樣的情況下，英國法上的契約嚴守原則僅限於契約當事人有明確約定的債務，若為法律所課予之義務，如因契約而來之法定義務，則非契約嚴守原則的範圍。本文探討英國法上的契約嚴守原則，皆奠基於 *Paradine v. Jane* 的定義之上。

第二款 早期契約嚴守原則之限制

契約嚴守原則意謂當事人所為的契約必須絕對履行，但在一些情形下，英國法卻將這些類型視為契約嚴守原則的範圍之外，也就是當事人無須為此種違約負責。在英國法上，對於違約是採取嚴格責任，意即只要契約當事人不遵守契約履行，不問有無可歸責事由，即屬違反契約（breach of contract），他方當事人得主張解消契約（discharge of contract）。是以，若貫徹契約嚴守原則，在嚴格責任下，當事人只要一無法履行契約即須負違約責任，在某些情形下似有不公。為此，有二種解決方法，其一，介定契約嚴守原則的範圍，在這個範圍以外者，即不適用契約嚴守原則；其二，即使落在契約嚴守原則的範圍之內，亦有某些情形為契約嚴守原則的例外，就此英國法院發展出四種例外情形，以下分別敘述之。

第一目 嗣後不法（supervening illegality）

正如前面所述，英國之契約嚴守原則來自於Paradine v. Jane一案，因此，要探討契約嚴守原則的範圍，也必須從該案來看。由上可知，Paradine v. Jane案中區分法定義務與意定義務，僅有意定義務才有契約嚴守原則的適用，若為法定義務，在當事人不可歸責致無法履行時，則得予以免責。

至於在意定義務下，因為契約嚴守原則的適用，如當事人無法履行意定義務，即構成違反契約。然而，Paradine v. Jane判決中所述「But when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract.」對於當事人是否負違約責任，加上了一個要件「if he may」，此要件究屬何意，即有探討之必要。

「if he may」可能之涵義有二：第一，當事人現實上能履行義務；第二，當事人法律上能履行義務。如果「if he may」是指當事人現實上能履行義務，則當該義務客觀上無法履行時，由於不符合要件，即不適用契約嚴守原則，而不必負違約責任；反之，如果「if he may」是指當事人法律上能履行義務，則除非有法律禁止當事人履行，否則皆仍須適用契約嚴守原則，一旦不能履行義務，即屬違約。

對此問題，英國法院向來認為「if he may」是指當事人法律上能履行義務，其認為此種情形為「法律廢除了契約」(the statute repeals the covenant)¹⁹。也就是說，在該義務客觀上無法履行時，只要法律上為合法，仍有契約嚴守原則之適用。後來更進一步認為，契約履行雖不違法，但違反公共利益(public police)，也不受契約嚴守原則的限制²⁰。

由上可知，契約嚴守原則在英國法中的適用範圍是極大的，只要是意定債務，

¹⁹ Brewster v. Kitchell (1679) 1 Salk. 198.

²⁰ Atkinson v. Ritchie (1809) 10 East 530 at 534.

且無違反法律或公共利益之情形，皆有契約嚴守原則之適用。換言之，英國法傳統見解認為契約嚴守原則是絕對的，除非有強力之公共利益之要求，否則不得破壞當事人間之契約約定。如當事人嗣後客觀上不能履行，依上開見解，仍須負違約責任，而不得免責。當然，上開判決發展出所謂「嗣後不法」(supervening illegality)的法則，開啟了契約嚴守原則之免責事由。

第二目 寄託契約：受託者義務

在 *Paradine v. Jane* 案之前，就已經有寄託契約中契約嚴守原則之案例。*Williams v. Lloyd* 案例中，寄託人將一匹馬交給受託人保管，在寄託人尚未請求返還之前，該匹馬非因受託人之過失而死亡，法官認為受託人無須對無法返還馬匹於寄託人的不履行負責²¹。

這個案例中可探討之處有二。第一，此案例係發生於 *Paradine v. Jane* 案之前，若依 *Paradine v. Jane* 案中之分類，受託人返還寄託物之義務是屬於「法律課予當事人之義務」，於當事人不可歸責下不能履行義務時，法律將予以免責，換言之，並無絕對契約嚴守原則之適用。就此而言，*Williams v. Lloyd* 案與 *Paradine v. Jane* 案的判斷是一致的。第二，縱使是契約嚴守原則，也不能要求當事人承受超越其能力之注意義務，如果當事人盡其所能仍不能避免契約之不履行，此時不受不履行之評價²²。

第三目 個人債務：死亡或喪失能力之效果

當契約之履行需要特定人持續之能力，將會因特定人死亡或喪失能力而使契約解消。例如一個畫家受僱去畫一幅畫，當畫家突然失明時，該契約之履行將被免責，理由在於此為上帝所造成 (act of God renders it impossible)，非人力所能及²³。

²¹ *Williams v. Lloyd* (1628) W. Jones 179.

²² See G. H. TREITEL, *supra* note 17, pp.31-32.

²³ *Hall v. Wright* (1858) E.B. &E. 746 at 749.

第四目 商品買賣：特定商品之毀損

英國法上第四種對契約嚴守原則之限制是關於商品買賣之情形。舉例而言，特定物之商品買賣，在約定交貨日之前，出賣人先將商品交給買受人，於交付之後，該商品非因出賣人之過失而毀損，此時由於風險已隨同商品交付而移轉至買受人處，出賣人無須再履行一次交付貨物之責任，而可免責²⁴。

上開例子中，依照 *Paradine v. Jane* 所宣示之契約嚴守原則，即使出賣人未為對待給付（即交付特定商品），買受人仍必須給付價金。唯一不同之處在於，出賣人得為免責。至於買受人是否無須支付價金，涉及危險負擔移轉之問題，在早期英國法案例中尚未討論至此，將留待本章第三節再為論述。

第二項 英國法上給付不能理論之濫觴

第一款 *Taylor v. Caldwell* 判決

Taylor v. Caldwell 案普遍被認為是英國契約法上的轉捩點，它使契約法之走向不再完全偏向契約嚴守原則，而統整在此之前之判決，逐漸建構出因嗣後情事使契約解消之型態，歸納出幾種特定類型，可說是給付不能理論之開端。

本案事實為，被告出租薩理郡花園（*Surrey Gardens*）與音樂廳予承租人，目的在 1861 年夏天的指定日期舉辦四場大型音樂會，被告同時在花園內提供多樣的餘興節目與娛樂活動。原告同意支付每場 100 英鎊並提供必要之表演人員。在首場音樂會舉辦的六天之前，音樂廳因為火災而燒燬，導致被告不可能提供音樂廳。

法院判決表示，被告對承租人支出宣傳費用與其他費用之損失為不可歸責。當事人應該自始知道，除非某些特定事物持續存在，否則契約無法被履行。在這個情形中，特定事物之存在並不是一個積極之契約，而是被認為屬於默示條件，

²⁴ *Rugg v. Minett* (1809) 11 East 210.

如果在違約之前，當事人之履行因為該事物之消滅而變成不能，且當事人並無過錯，則當事人應該免責²⁵。

第二款 Taylor v. Caldwell 判決之意義

在 Taylor v. Caldwell 判決中，Blackburn J. 法官依據前面所敘述之幾種緩和契約嚴守原則之情形，包括死亡或永久喪失能力導致無法履行個人債務、特定商品的買賣於交付買受人後商品毀損、以及寄託契約中寄託物非因受託人過失而毀損等案例，從這些案例中，歸結出普遍性之原則，而於判決中載明：「從契約之本質，當事人必須知悉，除非有某些特定事物持續存在，否則契約無法履行。」而其法律效果為：「如果在違約之前，當事人之履行因為該事物之消滅而變成不能，且當事人並無過錯，則當事人應該免責。」這個突破性的發展，並非直接來自於前述的案例，而係 Blackburn J. 法官在本案判決中歸納出之原則，在英國契約法上為給付不能理論之判決先例。

對於個人債務，Blackburn J. 法官認為「死亡或欠缺能力」使債務人免責；對於寄託契約，Blackburn J. 法官認為「寄託物之毀損」使受託人免於返還寄託物；對於特定商品買賣，於商品交付於買受人時，風險亦同移轉，故商品毀損出賣人無須負責，Blackburn J. 法官更進一步闡釋，此時僅為出賣人免責，買受人並不因此免責，也就是說，Blackburn J. 法官之論述與先前 Paradine v. Jane 案之不同僅在於當事人之履行因為不能（impossibility）而免責，買受人支付價金之義務，並非不能履行，所以不因此免責。

據此，此判決有二項重大意義。第一，「履行義務」是因為「不能」才使債務人免責；第二，「給付不能」是來自於人或物之消滅。這個公式提供了日後法官們

²⁵ Taylor v. Caldwell (1863) 3 B. & S. 826 at 836.

判決摘要原文：“the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless... some particular specified thing continued to exist, **and in these circumstances it was not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without the fault of the contractor**”.

擴張契約嚴守原則的例外規定的可能性，使例外逐漸形成普遍性原則，可以說 Taylor v. Caldwell 案開啟了現在英國法上契約解消理論之發展。

第三款 Taylor v. Caldwell 案對契約頓挫理論之影響

在 Taylor v. Caldwell 案之後數年間，進入了契約頓挫理論發展的高峰期。由給付不能開始，逐漸向外延伸。首先，第一步是大幅度擴展給付不能的型態，由人或事的永久欠缺，變成暫時性的欠缺；或是事物不能之型態僅影響履行之方式；或是契約之標的並非特定物，但標的物指定之來源已經消滅。更進一步的討論，則是嗣後情事之發生並不影響契約之履行，而係造成當事人履行契約的目的落空，有名的例子為「加冕案」²⁶。這些情形究竟是否屬於給付不能之範圍，而使當事人得為免責，將在本章第三節給付不能之主要類型中加以討論。

「加冕案」之情形是在探討契約目的不達 (frustration of purpose) 時，契約應如何處理。相較於此，有一個概念與契約目的不達類似，亦即因為嗣後情事導致履行契約之成本提高或更為艱困，當事人因此主張解消契約，此稱為「實現不能 (impracticability)」²⁷。若說給付不能是在探討客觀層面上之給付不能，契約目的不達與實現不能即在探討當事人主觀層面上之給付不能。詳細之討論會於本章第五節加以論述。

總括而言，Taylor v. Caldwell 案建立給付不能理論之雛型，而後逐漸擴充，填補其細節，此是屬於客觀層面之給付不能。而主觀層面之給付不能，由「加冕案」開始，有契約目的不達之探討，之後又有所謂「實現不能」之理論，這些皆為整體給付不能理論之架構所包含。從另一個角度觀察，這些都是契約訂立後，因發生某些情事，導致當事人無法履行或難以履行契約，而欲解消契約產生出之理論，可統稱為契約頓挫理論之內容。英國法上將這整體稱為「契約頓挫」，以我國法之角度觀察，就是契約免責事由。這理論之根源可說是由 Taylor v. Caldwell

²⁶ Krell v. Henry (1903) 2 K. B. 740.

案之給付不能理論而來，故本章接下來會先探討給付不能理論之各類型，再探討與給付不能相關連之實現不能的概念，以求窺探英國契約頓挫理論之全貌。

第三項 給付不能理論遭遇之困難

給付不能理論之核心就是契約的解消，亦即在何種情況下，當事人得解消契約，不再受契約之拘束，這是給付不能理論所要探討的問題。當然，契約的解消也代表契約嚴守原則的破壞，因此必須審慎以對，尤其在商業活動上，契約之遵守就是商業活動賴以生存之方法，商業利益之計算考量皆以契約為本。英國係以商業立國，極度重視私法自治原則與契約嚴守原則，將契約安定性視為重要利益，而抗拒當事人任意地不履行契約，契約頓挫理論在英國發展極為侷限，即使有給付不能理論之出現，但其適用範圍仍非常狹隘。

1956 年蘇伊士運河關閉，導致嚴重的商業危機，但於英國法上只有二件主張契約頓挫理論成功的案例，且於日後皆被推翻。當 1967 年蘇伊士運河再次關閉時，則不再有主張契約頓挫理論而成功者。至 1973 年石油危機時，英國法院則不再有人主張契約頓挫作為抗辯²⁷。

由蘇伊士運河案可以得知，英國法院不會僅僅因為履行對一方當事人變得艱難即允許其解消契約，而且沒有任何例外。這是遵照契約嚴守原則而來的解釋，從更實際的角度觀察，有二個論點可以支持它。第一，契約當事人可以預先擬定契約條款，無論是對特定情事或一般可能發生的履行障害；第二，解消契約之結果使雙方當事人皆為免責，並不是一個妥適分配風險的方法²⁸。這些都導致英國法院不願去介入當事人契約，而希望委由當事人自行解決。這是給付不能理論發展中所面對的困難，值得日後於每個案例中細想這些論點，再來判斷法院之判決是否妥當，或有無更佳之解決方法，可供吾人作為參考。

²⁷ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.58.

²⁸ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.59.

第三節 給付不能理論之主要類型

第一項 給付不能理論之定義

英國法自始並無給付不能導致契約解消之概念，給付不能理論是由法院判決累積而來，並且給付不能之概念是由大陸法系傳來。然而，英國法僅借用這個概念，並非全盤照抄大陸法系關於債務不履行之內容，是以，不能以大陸法系對於給付不能之理解直接套用到英國之英美法系上。以下為明白區別二者之不同，以大陸法系關於給付不能之分類來看英國法之給付不能理論。

第一款 自始不能與嗣後不能

大陸法系視不能之情事是發生於契約成立之前或之後，而區分自始不能與嗣後不能。自始不能者其契約為無效，嗣後不能者則視債務人是否可歸責，而決定債權人可否解除契約。不過，德國於 2002 年通過債法修正，自始不能之契約效力不再為無效，而回歸一般債務不履行體系處理，故自始不能與嗣後不能之分類已經鬆動。然而，於繼受大陸法系之我國債務不履行體系中，仍存在此種分類模式，實務亦受其影響²⁹。

英國法之給付不能理論，其認為債務人之履行陷於不能而得解消契約之情形，是奠基於契約標的（subject-matter of contract）於契約訂立後至契約履行前已消滅。換言之，依大陸法系對於自始不能與嗣後不能之分類，英國法給付不能理論中契約標的消滅之時間是於契約成立後，故應屬於嗣後不能之分類。至於契約成立前契約標的已消滅，此時當事人訂立之契約該如何處理，英國法上認為應以錯誤理論（mistake）來處理，此時已非給付不能理論之射程範圍³⁰。

²⁹ 我國民法第 246 條第 1 項：「以不能之給付為標的者，其契約無效。」所謂「不能之給付」，實務上認為係指「自始客觀不能」，此可參照最高法院 87 年台上字第 281 號判決、84 年台上字第 1308 號判決。由此看來，自始不能與嗣後不能之分別，於我國實務上仍深具實益。

³⁰ See EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW (7th ed.), pp.323-24 (2007).

第二款 客觀不能與主觀不能

大陸法系區分客觀不能與主觀不能：客觀不能係指任何人都無法履行債務；主觀不能則指契約當事人因為自己之能力而無法履行債務，但是其他人可以履行債務。傳統上，客觀不能相較於主觀不能更容易作為解消契約之依據，但是這不代表主觀不能就無法作為解消契約之依據。不過，主觀不能不必然能作為解消契約之依據。例如，債務人之債務為給付種類物或是給付金錢，此時債務人不能僅因為未能擁有預期數量之種類物或金錢，就主張解消契約，即使債務人本身並無過失。在這個情形下，債務人所負的責任為嚴格責任，因為債務人被認為應該承擔取得種類物或金錢的風險。另一個解釋方法是，在種類物與金錢之債下，沒有給付不能之情形，不管是客觀不能還是主觀不能，因為種類物與金錢在法律上認為是充足無虞的³¹。

由上可知，即使在大陸法系，客觀不能與主觀不能之區別實益也不甚大。不管是客觀不能或主觀不能皆能作為解消契約之依據，於主觀不能之情形，重點還是在實際上該由何人負擔風險，依個案而定，而非單純區別概念就能解決問題。給付不能之概念雖然是由大陸法系傳入英美法系，但英國法並未如大陸法系一般區分客觀不能與主觀不能，理由在於二者之區別甚為模糊，而且是個不必要之概念，對於解決個案並無幫助。例如債務人生病導致不能履行勞務契約，到底是客觀不能或是主觀不能，則難以說明，問題之重點應在於生病之程度是否嚴重到影響履行勞務契約。因此，英國法院不區分客觀不能與主觀不能，而以個案之情形作為衡量標準。

第二項 契約標的消滅 (destruction of the subject-matter)

由 Taylor v. Caldwell 案發展出的給付不能理論，最典型之情形即是契約標的於契約成立後消滅，這通常得作為契約解消之依據。如 Taylor v. Caldwell 案

³¹ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, pp.72-73.

中，音樂廳之毀損使音樂會無法於指定之期日舉辦，致租賃契約解消，即為例示。在此案例中，音樂廳即為租賃契約之標的。商品買賣契約亦為相同之情形，如果商品在風險移轉於買受人前即已滅失，且非因任何一方當事人之過失，則買賣契約因此解除。

契約標的消滅不必為全然的消滅，僅有一部的消滅也可能構成給付不能。Taylor v. Caldwell 案中，租賃契約之標的為「薩理郡花園與音樂廳」，後來僅音樂廳失火焚燬，花園仍然可以使用，仍構成給付不能使契約解消。因為租賃契約之目的是舉辦音樂會，這個目的因音樂廳的焚燬而無法達成。就此而言，如果契約標的部分消滅，但是不影響契約之主要目的，即不構成給付不能使契約直接解消。惟一方當事人仍可能以此作為免責事由，或使他方當事人有權終止契約³²。

此外，有時候契約標的並未消滅，但某些必要之履行條件消失，也會構成給付不能。例如，契約約定要在某家工廠裝置機器，即使契約標的是機器，但該契約會因工廠的毀損造成給付不能³³。何種履行條件是必要的，需視契約之類型而定。

第三項 契約解消與風險分配

由上面論述可以得出之結論是，契約標的因當事人無法控制之嗣後情事而消失，應解消契約。因此，當事人無法控制之嗣後情事所造成的風險，因契約解消而平均分擔於雙方當事人。從雙務契約之特性來看，雙務契約中雙方當事人各具有給付義務，如買賣契約中，出賣人有交付標的物之義務，買受人有給付價金之義務，如因嗣後情事導致標的物消滅，出賣人陷於給付不能，因契約解消之結果，不僅出賣人無須給付標的物，同時買受人亦無須給付價金，此即所謂平均分擔風險之概念。

然而，風險分配絕非一成不變，在某些特殊型態之契約，應適用不同的風險

³² See EDWIN PEEL, THE LAW OF CONTRACT (12th ed.) p.929 (2007).

³³ Appleby v. Myer (1867) L.R. 2 C.P. 651.

分配規則。具體而言，即所謂「風險移轉 (passing of risk)」之概念。原本之契約解除法則係將風險平均分擔於雙方當事人身上，而風險移轉則是將風險集中由一方當事人承擔。風險移轉之概念並非在使一方當事人絕對不能解除契約，而只是在處理嗣後情事影響契約標的之物理上整體性的風險。換言之，契約標的消滅之風險由一方當事人承擔，但承擔風險之當事人仍得以其他理由主張契約解除（如給付遲延或違法）。適用風險移轉之類型，其法律效果將與一般契約解除之情形大不相同。在一般契約解除之情形，雙方當事人將會免去其全部債務，但於風險移轉之類型中，一方當事人得免去其部分債務³⁴。

風險一詞通常意謂著偶發事件之發生，應用於契約的術語上，即指商業或財務風險之總和（例如價格、貨幣價值波動或破產）。在商品買賣契約，風險不僅是出賣人給付標的物後無法回收相對應價金之事，還包括在履行買賣契約之前，商品已毀損的風險。在這裡所稱之「風險移轉」，是指商品毀損之風險，而非價格之風險，它是來自於法律之規定，而非當事人約定，不過當事人得為相反之約定，自不待言。

「風險移轉」之規則並非廣泛適用於各式契約，而僅適用於特定類型之契約，於英國法上所討論者包括商品買賣、土地買賣與建築契約，以下將會就各類型契約為分析。

第四項 風險移轉之契約類型

第一款 商品買賣契約

由於商品於契約締結後至履約前可能遺失或毀損，風險移轉之規則即在決定該由何人承擔這個風險。於買賣契約中，當商品交付於買受人，除非當事人另有約定，否則風險隨著商品移轉至買受人，此為英國法之原則。CISG 第 66 條亦為

³⁴ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.77.

相同之規定³⁵。

第一目 商品於風險移轉後毀損

如果商品於風險移轉後才毀損，買賣契約並不因此解消，在這情況下，風險移轉意謂買受人必須支付價金，即使出賣人已免除其給付標的物的責任。

在此情形，雖然免除出賣人給付標的物的責任，但並不免除出賣人其他契約上的責任。例如，契約可能約定出賣人（出口商）必須交付裝運單據（shipping documents）予買受人（進口商），在風險移轉後買賣標的物毀損的情形，為了使買受人獲得這些裝運單據，好用來請求保險金或作為證明之用，出賣人交付裝船單據之責任仍會繼續存續³⁶。

第二目 商品於風險移轉前毀損

由上可知，商品於風險移轉後毀損，買賣契約不因此解消，以此來看，商品於風險移轉前毀損，似乎買賣契約將因此解消。這個推論雖然大致上正確，不過卻有一個問題存在，即如何「特定」買賣契約之標的物為何？

買賣契約之標的物須特定後風險才能移轉，特定之方法有很多，可以於契約特定或以其他方法特定。當商品於風險移轉後毀損，可以確定的是該商品的確為契約標的，但是在風險移轉前，出賣人主張毀損之商品是否為契約標的，情形則不明瞭。是以，要使買賣契約解消，首先必須確定契約標的是否毀損消滅，此即特定買賣契約標的物之問題。英國法區分以下二種情形可供參考。

1. 特定商品

在一般情形中，商品毀損將使出賣人給付標的物與移轉所有權之義務變成給付不能，同時也使買受人收受標的物之義務同樣變成給付不能。英國商品買賣法

³⁵ CISG Article 66 “Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller.”

³⁶ Manbré Saccharine Co Ltd v. Corn Products Co Ltd [1919] 1 K.B. 198.

(Sale of Goods Act 1979) 第 7 條規定，特定商品之買賣契約，於契約訂立後至風險移轉於買受人前，非因任何一方當事人之過失致該特定商品毀損，買賣契約因此無效³⁷。商品買賣法的規定提供了契約解消理論的法律依據³⁸。這是最典型、最清楚的案例，通常不容易發生爭議。

同時，商品買賣法第 61 條第 1 項也對特定商品作出定義，所謂特定商品為契約訂立時即合意特定之商品³⁹。是以，要適用商品買賣法第 7 條規定，必須是買賣契約訂立時就特定好買賣標的物之商品。這樣子的定義，也使契約訂立時未特定標的物，而僅以種類、性質稱呼的種類物買賣契約無法適用商品買賣法第 7 條，詳細情形如下所述。

2. 種類物商品

與特定商品相對應的是種類物商品，亦即買賣契約未特定某個商品，而僅以性質、種類稱呼。例如某等級、產地、種類的 5000 噸小麥。如果出賣人將該種類的 5000 噸小麥裝在貨櫃中，在未交付前該貨櫃已遺失，由於風險尚未移轉，買賣契約不因該貨櫃移失而解消，出賣人有義務再提供另外 5000 噸的小麥交付於買受人。此時，出賣人如無法取得其他同等級、產地、種類的 5000 噸小麥交付於買受人，即為不履行買賣契約之義務。對出賣人而言，雖然是主觀不能之情形，但不能因此使買賣契約解消。

然而，這不代表種類物買賣契約絕對不能使買賣契約解消。在種類物未確實準備提出之前，風險無疑地仍存在買賣標的物上。商品買賣法第 7 條雖僅適用於「特定商品」，且該特定商品必須是於契約訂立時即特定，故種類物買賣契約不適用商品買賣法第 7 條。惟商品買賣法第 62 條第 2 項規定表示，英美法的一般原理

³⁷ Sale of Goods Act 1979, s.7 “Where there is an agreement to sell specific goods and subsequently the goods, without any fault on the part of the seller or buyer, perish before the risk passes to the buyer, the agreement is avoided.”

³⁸ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.87.

³⁹ Sale of Goods Act 1979, s.61(1) “specific goods” means goods identified and agreed on at the time a contract of sale is made.

原則仍得適用於商品買賣契約中⁴⁰，故因契約標的消滅使契約解消的給付不能法則仍得適用於種類物買賣契約。

種類物買賣契約於未特定之前，出賣人負有給付義務，不能因自己主觀上無法給付而免其給付義務，因為此時風險尚未移轉，出賣人自當承受風險，縱使商品毀損也不得因此解消契約，換言之，契約標的消滅之給付不能理論被排除適用。不過當出賣人特定買賣契約之標的物，並通知買受人將以某特定貨物為給付，情形將有些許不同。如這些特定商品於風險移轉予買受人前即毀損，買受人無疑地不須支付買賣價金。理由有二：其一，商品之風險仍存於出賣人處意味著買受人無須承擔商品毀損之風險；其二，因為交付商品與給付價金是處於同時履行之關係，在出賣人交付商品之前，買受人自無須給付價金。因此，在出賣人已特定買賣標的物下，商品於風險移轉前毀損，買受人無須支付價金⁴¹。

上面是自買受人之觀點出發，表明了種類物買賣契約中，即使標的物已特定而後毀損，買受人仍不須支付價金。不過回到出賣人之角度，難道種類物買賣契約出賣人沒有解消契約之可能嗎？答案當然是否定。如果買賣契約之標的是固定數量之種類物，但約定必須自某特定出處中取得，例如 A 糧倉中有 1000 噸之玉米，買賣契約之標的是 A 糧倉中的 200 噸玉米，此時雖非特定物買賣契約，而為種類物買賣契約，但如 A 糧倉於訂立契約後燒燬，且不可歸責於出賣人，仍構成契約標的消失而使買賣契約解消⁴²。

綜上所述可得出之結論為，如果商品於風險移轉前已毀損，有二種情形可使買賣契約解消：第一，買賣標的物已特定；第二，買賣標的物雖未特定，但其必須自某特定出處取得，而該出處之全部商品均已毀損⁴³。

⁴⁰ Sale of Goods Act 1979, s.62(2) “The rules of the common law, including the law merchant, except in so far as they are inconsistent with the provisions of this Act, and in particular the rules relating to the law of principal and agent and the effect of fraud, misrepresentation, duress or coercion, mistake, or other invalidating cause, apply to contracts for the sale of goods.”

⁴¹ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.97.

⁴² Howell v. Coupland (1876) 1 Q.B.D. 258.

⁴³ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.930.

第二款 土地買賣契約

一般而言，買賣土地常常是為了土地上之建築物，當這些土地上建築物於訂立契約後至交付前毀損時，即出現了該由何人承擔此種風險之問題。當然，理論上可能發生土地自己本身滅失的情形，例如因為地震、土石流、山崩等導致土地消失，不過由於缺乏實際案例，英國法院從未針對這些自然災害之案件發表過意見，故以下重點將不置於此，而是處理土地上建築物毀損之案例。

現今英國法之見解為，土地買賣契約之風險於契約訂立時即移轉至買受人之處。Paine v. Meller 案被認為是土地買賣契約之風險規則的起源，雖然判決中並沒有直接使用「風險」這個字。該判決中英國法院表示，買受人並不能因土地上之建築物毀損而主張契約解消，因為買受人將成為建築物所有人一事只是他個人本身的動機與預想⁴⁴。法院判決理由中暗示了風險與財產的聯結關係，買受人自契約訂立時起承擔風險，因為土地買賣契約使買受人自契約訂立時即成為土地所有人⁴⁵。

買受人可於訂立土地買賣契約而成為土地所有人，蓋出賣人不履行契約時，買受人可透過強制履行（specific performance）之救濟方式取得土地所有權⁴⁶。是以，土地買賣契約之風險於契約訂立時即移轉至買受人處，也可視為是所有人自承風險之原則的應用。總結而言，風險與契約解消之間的關係是，如果風險已移轉，則契約標的消滅不再作為契約解消之原因，於土地買賣契約上，風險於契約訂立時即已移轉至買受人處，買受人自不得以建築物消滅作為解消契約之原因。

第三款 工程契約

工程契約中，於工程完工前，建造人所為之工程毀損，將產生兩個問題。首先，建造人是否能取得約定完工時之報酬？再者，建造人是否必須再度施工，且

⁴⁴ Paine v. Meller (1801) 6 Ves. Jun. 349 at 352.

⁴⁵ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.105.

⁴⁶ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.107.

不得收取額外費用？在大陸法系下，前者稱為「價金風險」，後者稱為「履行風險」，於大陸法系廣泛被採用之原則為，風險存於建造人處，至工程完成或由他方收受後，風險才為移轉。

英國法上情形亦為相同，工程之風險是由建築之一方承擔，直到約定之工程完成為止。惟在討論工程契約之風險移轉，英國法區分兩種類型之工程契約加以討論，一種為約定建造一棟新的建築物，一種為於既存之建築物內為施工，二種情形之風險分配規則有所不同，以下分別敘述之。

第一目 工程契約為建造全新建築物

這種類型下，於建築物完工前風險由建造人承擔。因此，契約約定要建築一棟房屋或一間廠房，該契約不會因工作物於完工前毀損而使契約解消，建造人仍必須再為施工且不能收取額外費用，即使該工作物之毀損並非來自建造人本身之過失（例如失火）⁴⁷。此種情形為典型案例。

然而，這並不代表工程契約絕對不會因為嗣後情事而解消契約。在嗣後情事不僅摧毀了建築物，同時使重建為不可能或不適宜時，工程契約因給付不能而解消。例如建築物座落之土地因土石流沖刷而流失，或土地因毒性物質污染而不適宜居住。英國法上稱此種情形為「不可抗力」（prevented ... by the act of God）⁴⁸。

第二目 工程契約為現存建築物內施工

契約約定當事人要於現存之建築物內作工程，例如於工廠內安裝機器，情形將與前者有所不同。此時，在工程完成前，如果工廠毀損，契約將會解消⁴⁹，但是如果只是機器毀損，契約仍繼續存在，建造人必須繼續完成安裝機器之工作，且

⁴⁷ 英國法上支持這個規則的案例包括 *Company of the Proprietors of the Brecknock and Abergavenny Canal Navigation v. Pritchard* (1796) 6 T.R. 750, *Brown v. Royal Insurance Co* (1859) 1 E. 4 E. 853.

⁴⁸ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.130.

⁴⁹ *Appleby v. Myers* (1867) L. R. 2 C.P. 651.

不能收取額外之費用。

第三目 中間案例

於上開二種典型案例可以明顯看到風險分配的不同，但於邊緣案例有時難以區分應適用何種風險分配規則。例如，契約之內容為於現存之建築物上增建新的一部分，究竟應適用何種類型之風險分配規則並不十分明瞭。法院在定性契約屬於何種類型之時，同時也決定了風險分配規則適用範圍之大小。

法院在定性時所考慮者為風險該由何人承擔較為公平。因為嗣後情事導致建築物損壞，建造人通常較建築物所有人更有能力去發現問題並加以避免。而當損害之發生是非可歸責於雙方當事人，如火災或颱風，該由建造人承擔二度施工的不利益，或是由建築物所有人承擔二度給付價金的不利益。這些都是法院應加以考量之處。在英國實務上，為了避免定性之不確定性，契約當事人通常會預先於契約條款上約定風險分配原則，以應付契約訂立前或訂立後之突發情事，或是預先保險以控制風險。這些契約條款也造成現代契約法上缺乏討論定性之案例，蓋當事人已預先控制風險。

第五項 小結

契約成立後因嗣後情事造成給付不能之情形可能構成契約解消之原因，但並不是任何情況之給付不能都會導致契約解消。如 Simon 法官於 Joseph Constantine 案中表示：「在英美法中，嗣後給付不能並非如嗣後不法一樣必定能解消契約；契約是否解消須視個案條件與環境 …… 某些類型之給付不能在某些環境中並不能解消契約。另一方面，給付不能在其他案例中是嚴格的規則。⁵⁰」⁵¹

⁵⁰ 原文為：「Discharge by supervening impossibility is not a common law rule of general application like discharge by supervening illegality; whether the contract is terminated or not depends on its terms and the surrounding circumstances in each case …… Some kinds of impossibility may in some circumstances not discharge the contract at all. On the other hand, impossibility is too stiff a test in other cases.」

⁵¹ Joseph Constantine SS Line Ltd v. Imperial Smelting Corp Ltd [1942] A.C. 154 at 163-164.

給付不能是否能作為契約解消之原因必須視個案而定，具體而言，給付不能之效果受風險移轉規則所支配。由 Taylor v. Caldwell 發展而來之給付不能法則，其判斷標準為契約標的消滅，只要契約標的消滅即構成給付不能。但是否能解消契約，仍須視風險分配規則，承擔風險之一方必須承擔因嗣後情事所造成之損害，而不得主張給付不能而解消契約。

在商品買賣契約、土地買賣契約與工程契約，英國法院各自發展出不同的風險分配規則，以符合各種類型中當事人之利害關係。於商品買賣契約中，大體說來依循的原則是，財產所有人須自己承擔風險，故以財產權之移轉做為風險移轉之判斷，不過也有財產權尚未移轉但風險已移轉之情形，此時即為例外。而土地買賣契約則是契約一訂立風險就移轉至買受人處，日後土地上之建築物毀損不影響契約之效力，蓋此僅為買受人之購買土地之動機，而非契約標的。工程契約中起造人之責任須將工程完工，在完工前之風險自負，惟若施工之根基已消滅，此時已無二度施工之可能性，則工程契約因此解消。

這些英國法上之風險分配規則是用來調整契約當事人間之利害關係，不單以契約標的消滅作為契約是否解消的唯一判斷標準。契約標的消滅只是給付不能理論的主要類型，給付不能理論尚有其他類型可使契約解消，將於第四節中為論述。

第四節 給付不能理論之其他類型

第一項 概述

第三節已經討論過契約標的消滅之相關案例，在本節將討論給付不能理論之其他類型。英國法上曾出現過之案例包括；契約標的並未消滅，只是變成無法利用的；契約履行目的之本質已消失或變成無意義；因為特定人之死亡或失能導致無法履行契約；某特定來源無法取得，但僅使契約履行之方式無法達成。

以上這些案例皆是英國法上曾經以給付不能理論解消契約之案例，雖然將它們分成這些類型，但實際上各類型間是有重疊的，換言之，沒辦法清楚畫分。更甚者，這些類型並非給付不能理論之全貌，而僅為例示性，當然有可能再去想像出其他類型之給付不能。雖然之前尚未有先例，但新的類型仍有可能作為解消契約之基礎，而納入給付不能理論之一部分。以下將介紹英國法上曾經出現過之案例作為參考之用。

第二項 死亡或失能 (Death or incapacity)

某些「個人債務」(personal obligation)，如僱傭契約、學徒或委任契約，會因當事人一方之死亡而解消契約關係。即使在商事契約裡也可能牽涉當事人之信賴關係，如一方當事人信賴他方當事人具備某項個人技能，在這種情況下，具備個人技能之當事人死亡將使他方當事人能解消契約。

當事人若為永遠之失能而不能履行契約，情形亦為相同。因此，契約之內容為寫書，將會因嗣後作者精神錯亂而使契約解消⁵²。而契約之內容為提供勞務者，如持續性地提供勞務對提供者之身體狀況有嚴重危險之虞，也有解消契約之可能

⁵³。

以上所述及之情形皆為提供勞務之一方之死亡或失能，反過來看，接受契約履行之一方因嗣後情事影響其能力，同樣有可能使契約解消。例如，當事人預訂了舞蹈課程，但因為嚴重之受傷而不能再跳舞，亦應得解消契約⁵⁴。

契約也可能因第三人之死亡或失能而解消。例如，A 與 B 訂立契約要為 C 畫肖像畫，如果 C 於肖像畫開始畫之前即死亡，契約因此解消。

第三項 無效用 (Unavailability)

⁵² Jackson v. Union Marine Ins Co Ltd (1874) L.R. 10 C.P. 125 at 145.

⁵³ Condor v. The Barron Knights Ltd [1966] 1 W.L.R. 87.

⁵⁴ Parker v. Arthur Murray Inc 295 N.E. 2d 487 (1973).

雖然契約標的並未消滅，但契約履行之目的已不可獲得，也有可能使契約解消。是以，商品買賣契約可能因為商品被徵用而使契約解消；傭船契約可能因為船被徵收或扣押而使契約解消。關於契約履行之無效用可分為以下幾點說明。

第一款 一時無效用 (Temporary unavailability)

在這些案例中，可能遭到之質疑為，如果這些障害情事只是一時性的，是否還能使契約解消？契約履行內容之本質的人或物，可能因嗣後情事造成於某特定時點無法履行，但是之後又變成可以履行。這種一時無效用之類型最明顯能解消契約之情形為，契約之內涵或條件必須於特定時間或特定期間內履行，此為該契約之本質。換言之，最典型因不可獲得而使契約解消之情形，重點為時間為契約之本質，且對於契約履行有重大影響，契約只能在特定日或特定期間內履行，否則即失去契約履行之意義。例如，契約之內容是於特定日為音樂表演，表演者於當日生病而無法演出，契約因此解消⁵⁵。

一時無效用之類型也可能發生在時間並非契約之本質的情形，在這種案例下，契約之解消並不單純因為遲延之本身，而是因為遲延時間之「長度」。也就是說，即使時間並非契約之本質，如果遲延之後的履行將變成與原先受領完全不同者 (become as a matter of business a different thing)，也可能解消契約⁵⁶。無論是給付之受領者或履行者皆有可能發生上述之情況：對受領者而言，遲延履行對受領之當事人為無用或無意義；對履行者而言，遲延履行對履行者必須付出更繁重之成本。

以 Jackson v. Union Marine Ins Co 案為例，當事人於 1871 年 11 月訂立傭船契約，欲載運鐵軌自紐波特 (Newport) 至舊金山。在航程中，該船於 1872 年 1 月擱淺且直至該年八月皆未修復。此時，因為該船能夠再度航行時已與契約之設想有重大不同，遲延之時間長度將使傭船契約解消。就如同傭船契約是用來載運

⁵⁵ Robinson v. Davison (1871) LR 6 Exch 269.

⁵⁶ See G. H. TREITEL, AN OUTLINE OF THE LAW OF CONTRACT (6th ed.), p.352 (2004).

水果，將會因遲延之時間已至水果產季結束而使契約之履行為無效用⁵⁷。這種類型之案例，契約之所以解消是因為遲延之履行對受領之當事人不再有用或有意義，就如同上述之傭船契約承租人。

第二款 情況改變 (Change in conditions)

另一種類型之案例是，於遲延履行後，履行契約內容對一方當事人為過於嚴苛。這可以 *Acetylene Co of GB v. Canada Carbide Co* 案為例，商品買賣契約之出賣人因為第一次世界大戰爆發而無法尋得船位來運送商品，長達三年未為交付，出賣人主張解消買賣契約，理由為，當履行交付貨物為可能時，出賣人應不再有義務交付，蓋商業上之條件已經重大地改變⁵⁸。

第三款 遲延與部分履行契約

目前所討論之案例中，當一時無效用之情事停止之後，契約之履行應為完整之履行。在其他案例中，包含繼續性契約，應著重者並非契約之完整履行，而是契約之平衡 (the balance of the contract) 應被維持。當遲延履行之情事造成契約之履行已不可能 (或預期不可能) 之時，契約將會解消。因此，於 *Countess of Warwick SS Co v. Le Nickel Sa* 案中，戰爭時期之徵用某艘船舶，該船舶有一年期間之傭船契約，於徵用當時尚有半年期間未為履行，因為該船舶不可能於半年期間內返還，無法提供船舶承租人任何實質之服務，該傭船契約因此解消⁵⁹。基於相同理由，在數個案例中，因為傭船契約之船舶於兩伊戰爭中遭逮捕，預計長期無法提供承租人使用，傭船契約因此解消⁶⁰。

另一方面，遲延之情事結束後，如果部分之履行是有可能的，契約是否存續須視中斷之部分與契約全體應履行之部分的比例程度，其所占的部分愈大，愈有可能解消契約。於 *Tamplin SS Co Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Co* 案，本

⁵⁷ *Jackson v. Union Marine Insurance Co Ltd* (1874) LR 10 CP 125 at 140.

⁵⁸ *Acetylene Corp of Great Britain v. Canada Carbide Co* (1921) 6 Ll L Rep 468.

⁵⁹ *Countess of Warwick SS Co v. Le Nickel SA* [1918] 1 K.B. 372.

⁶⁰ *The Evia* (No 2) [1983] 1 AC 736; *The Wenjiang* (No 2) [1983] 1 Lloyd's Rep 400.

案中因第一次世界大戰而徵用船舶，徵用期間為 1915 年 2 月至 1917 年 12 月，該船舶本有一個為期五年之傭船契約，但此徵用船舶並不使傭船契約解消。英國法院採用之理由為：「在傭船契約五年期滿前，還有許多個月是船舶可以提供使用的⁶¹。」

第四款 個人債務契約

疾病、徵兵或拘留都可能使個人債務之繼續性契約一時性地不能履行。一時性不能履行之事由是否會使繼續性契約解消？這裡再一次地，英國法院是依比例程度來決定。Morgan v. Manser 案中，自 1938 年開始，音樂表演藝人僱用了一個經紀人，為期 10 年。該藝人自 1940 年起入伍當兵，至 1946 年才退伍，該僱傭契約於 1940 年即解消，理由為該藝人很可能會在軍隊中服役一段很長的時間⁶²。

第五款 僱傭契約

僱傭契約可能因為受僱人之疾病而使契約解消，但是受雇人一時的疾病並不會直接使契約解消。疾病是否使僱傭契約解消也是依比例程度來決定，只有在該疾病是非常嚴重，依商業角度（in a business sense）來看不可能繼續履行僱傭契約時，才會使契約解消⁶³。例如，在合理期間內，受僱人實際上不能履行契約。

不過，如果只是輕微的疾病，尚未嚴重達完全不能履行僱傭契約的程度，並不會使契約解消，而是有其他法律上效果。它能暫時作為當事人不履行契約之免責事由，同時也使僱用人有權利主張終止契約，但不會直接使僱傭契約解消⁶⁴。

第四項 特定來源不足 (Failure of a particular source)

契約標的如果是要取自某特定來源，該來源非可歸責於雙方當事人而無法取得時，契約亦會解消。例如當事人約定要從某國進口貨物，但因為戰爭、自然災

⁶¹ Tamplin SS Co Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Co [1916] 2 A.C. 397 at 405.

⁶² Morgan v. Manser [1948] 1 K.B. 184.

⁶³ Jackson v. Union Marine Insurance Co Ltd (1874) LR 10 CP 124 at 145.

⁶⁴ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.935.

害或禁運而無法進口，有可能使契約解消。類似的情形，已經於前面種類物買賣契約之部分討論過，在這裡是將它獨立成為一種契約解消之類型，以與單純的契約標的消滅作區別。這樣的案例將產生兩種疑問：第一，什麼樣的不足情事會使契約解消？第二，如果特定來源只有部分不足，會產生什麼樣的法律效果？以下將分別論述。

第一款 契約標的之來源

第一目 契約內容明示來源

當契約之內容已明示商品將自何處取得，如果該來源無法取得，契約將會解消。是以，於 Howell v. Coupland 案，某農夫約定要出售自家農地生產的 200 噸馬鈴薯，當農地上之馬鈴薯大量遭受病蟲害而死亡時，買賣契約會因此解消⁶⁵。就此而言，可認為契約內容具體係指定特定之供貨來源，且為排他性之指定。如果契約內容同時指定數個供貨來源，僅其中一個供貨來源無法取得，將不會使契約解消。

第二目 一方當事人預想之來源

如果契約內容並未明示契約標的之來源，而僅為一方當事人單獨預想要自該處取得，縱使該預想之來源無法取得，契約也不會因此解消。舉例而言，契約之內容是買賣「芬蘭樺木」，出賣人雖然預期要自芬蘭進口，但此僅為其自身之預想，並未構成契約之內容，其後因為 1914 年戰爭爆發航運中斷，出賣人無法自芬蘭進口，契約並不因此解消，蓋一般買受人皆認為，可以用英國內之存貨交付之⁶⁶。

另外，如果只是單純因為供應商不提供貨物予出賣人，且該供應商並未明示於契約內容中，並不能解消契約。這項規則於 Intertradex 案中被提出。該案之買賣契約內容為 800 公噸之馬利落花生榨油機 (Mali groundnut expellers)，出

⁶⁵ Howell v. Coupland (1876) 1 QBD 258.

⁶⁶ Blackburn Bobbin Co Ltd v. TW Allen Ltd [1918] 2 K.B. 467.

賣人知悉該機器只是一家供應商製造，但是買受人並不知道這件事，之後因為唯一一家供應商之工廠的廠房故障，出賣人無法順利取得機器。法院認為出賣人不能主張解消契約，因為出賣人預計可自供應商處取得損害賠償，假如無法取得（可能供應商有免責事由），出賣人應該對買受人負起絕對責任。如果出賣人無法履行契約，可以認為出賣人並未適切尋找供應商而為可歸責，在這基礎上，出賣人不得主張解消契約⁶⁷。

第三目 雙方當事人共同預想之來源

上述兩種情形較容易解決，容易出現爭議的案例為契約並未明示契約標的之來源，但雙方當事人皆有共同預想來源該從何處之情形。在英國法，少有判例在處理雙方當事人共同預想之來源嗣後消滅是否得做為解消契約之基礎的問題。而 Re Badische Co 案常被認為是支持雙方當事人共同預想之來源嗣後消滅得解消契約的案例。在本案中，契約之內容為提供化學原料，雙方當事人共同預想該化學原料是來自德國，但 1914 年戰爭爆發，因為法律禁止與德國貿易，該契約因嗣後不法而解消⁶⁸。然而，本案之重點應放在嗣後不法，而非因嗣後給付不能而解消，契約是於戰爭爆發後因違反公共政策而解消，這個結果將不分契約標的之來源是特定的或僅僅是預想的。在嗣後不法下，法院所考量的為公共利益，而嗣後給付不能應考量的是當事人間之風險分配，故本案不應作為嗣後給付不能之案例⁶⁹。

英國法上並未有明顯之判決支持雙方共同預想之來源消滅也能解消契約，由上述第二種情形可知，只有一方預想之來源消滅，法院拒絕其作為解消契約之理由，或許可認為於雙方共同預想之來源消滅時，法院亦將同樣拒絕其作為解消契約之理由。另一方面，於商業交易上，出賣人常約定禁運條款（prohibition of export clause）作為免責事由，這樣一來，應可更加肯定雙方共同預想之來源消

⁶⁷ Intertradex SA v. Lesieur Torteaux SARL [1978] 2 Lloyd's Rep. 509.

⁶⁸ Re Badische Co [1921] 2 Ch. 331.

⁶⁹ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.184.

滅不能解消契約⁷⁰。

第二款 契約標的來源部分不足

由上可知，契約內容已特定契約標的之來源，當來源全部消滅時，無疑地會導致契約解消。因此，進一步的問題時，當只有部分來源消滅時，情形將會如何？這樣的情況可以區分出賣人與買受人之部分，加以討論：

1. 出賣人對於不足之部分得免責。就如同 *Howell v. Coupland* 案的結果，由於出賣人先前已給付實際生產的部分，對於剩餘之部分則無須為給付。
2. 出賣人必須給付實際生產的部分予買受人，除非該生產之部分，除非該部分過於稀少不具經濟上採收價值。（另有認為這種案例可視為全部不足之一種類型⁷¹。）
3. 如果給付之數量低於契約之約定，買受人得不為受領。英國買賣契約法第 30 條規定，出賣人給付買受人之標的物少於契約之約定，買受人得拒絕受領，但如買受人受領，必須依比例給付價金⁷²。

第五項 履行方式不能 (Method of performance impossible)

第一款 總論

當契約內容約定必須以特定方式履行時，履行方式之不能達成也會使契約解消。舉例而言，運送契約約定於一月份以指定船舶載運貨物，但該船舶擱淺直至一月份結束都無法載運貨物，運送契約會因此解消⁷³。這種類型的契約內容，必須是契約之內容只能以特定方式履行，如果不是的話，僅僅因為合意之履行方式無法達成，尚不會導致契約之解消。例如運送契約並不會因此部分合意之航道封閉

⁷⁰ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.936.

⁷¹ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.937.

⁷² Sale of Goods Act 1979, s.30(1) “Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods less than he contracted to sell, the buyer may reject them, but if the buyer accepts the goods so delivered he must pay for them at the contract rate.”

⁷³ *Nickoll and Knight v Ashton, Edridge & Co.* [1901] 2 KB 126.

就解消，只要還有其他可以到達目的地之航道存在，且為經濟上合理可行（commercially reasonable），運送人仍必須履行運送契約⁷⁴。

在這種案例中，契約當事人是否仍必須繼續履行契約內容，取決於替代的履行方式是否與原先約定之履行方式有重大不同（fundamentally different）⁷⁵。這點顯現在以下所討論的蘇伊士運河案。

第二款 蘇伊士運河案

契約也可能因為嗣後情事之發生，使剩餘可實行的履行方式與原先雙方當事人所預期者產生重大改變，而導致契約解消。關於這個問題，法院實務上曾有一系列案例為討論，這是發生在 1956 年與 1967 年，由於中東危機導致蘇伊士運河關閉，在運河關閉期間，運送人無法經由蘇伊士運河往來地中海與紅海，而必須繞行非洲的好望角，這種航道改變將使履行成本大幅增加，對契約是否為重大改變，換言之，是否能使契約解消，即為最著名之案例。在這一系列的案例中，因蘇伊士運河關閉所生的契約爭議可概分為兩類，一類是買賣契約，一類是運送契約，二種契約所考量之點有不同之處，以下分別討論之。

第一目 買賣契約

首先強調的是，以下所討論之買賣契約，皆以 c. i. f 條件之方式運送，亦即出賣人索取之買賣價金是包含保險費與運費，出賣人必須確保商品運送至買受人處。通常於買賣契約中並不會特別約定商品之運送路徑，買受人所關心者僅為取得商品，至於如何運送至買受人處，並非契約內容之核心。在蘇伊士運河案中也是如此，當事人並未特別約定商品之運送路徑，而當運河封閉無法通行，出賣人即欲主張運河封閉將使買賣契約解消，探究出賣人之動機，無非是想避免支出繞行好望角之額外運費，蓋 c. i. f 條件中，買賣價金已包含運費在內，如果契約繼

⁷⁴ See G. H. TREITEL, *supra* note 56, p.354.

⁷⁵ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.939.

續有效存在，出賣人之成本增加，而獲利減少，甚至可能賠本，故買賣契約是否因此解消，對從事國際貿易之商人而言額外重要。

在一系列蘇伊士運河案中，唯一上訴至上議院之案件為 Tsakiroglou & Co Ltd v Noblee Thorl GmbH 案，故本案可視為英國法院對蘇伊士運河案之看法。本案之事實為，1956 年 10 月 4 日當事人訂立了買賣契約，買賣之標的物為 300 噸之蘇丹落花生，運送方式為 c. i. f，目的地為漢堡。契約內容約定 1956 年 11 月或 12 月自蘇丹港出發，在契約訂立時，雙方當事人皆預想船舶會經由蘇伊士運河，但蘇伊士運河於該年 11 月 2 日即封閉，直至契約約定之船期時間皆未能開放。

英國法院認為，蘇伊士運河之封閉並不會導致買賣契約解消。因為買賣契約並未明定船舶之路徑將經過蘇伊士運河，亦沒有任何默示之契約條款，故這並非契約明定之履行方式不能達成，而不是契約解消之理由⁷⁶。出賣人的責任是按通常交易習慣，將商品經由適當之途徑交付買受人，在蘇伊士運河封閉時，繞行好望角即是適切之途徑。雖然雙方當事人的確是預想經由蘇伊士運河來運送，但是單純之預想與明示或暗示之契約條款終究有所不同，縱使預想之內容不能達成，但這並非契約履行之方式不能達成，蓋仍得經由好望角將商品運送至漢堡。儘管繞行好望角比起經由蘇伊士運河將會多耗費二倍半的時間，費用亦增加二倍，但這仍然不足以認為有「重大性」(fundamental)而解消契約。對此，有以下二點理由可供參照⁷⁷。

首先，即使繞行好望角會使出賣人增加成本，但也不能因此使買受人遭受損害。本案中之商品並非會在長途運送旅程中損壞或貶值，亦非季節性之商品講求時效性，故遲延到達並不會減損其價值。

再者，c. i. f 條款可認為是一種分配運費風險之契約條款。由於出賣人索取之買賣價金內包含商品之運費，出賣人承受運費升高之風險。相反地，當運費降低

⁷⁶ Tsakiroglou & Co Ltd v. NoBlee Thorl GmbH [1962] AC 93.

⁷⁷ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.200.

時，買受人亦不能因此主張減少支付價金，同樣承受運費降低之風險。這樣說來，運費之升高或降低並不得作為解除契約之基礎。

第二目 運送契約

這邊之運送契約所指的是運送人以固定之運費（通常以貨櫃來計算），由出發港至目的港載運託運人之貨物。因為運河之關閉使航期延長，雖然因此使成本增加，但運送人並不能再收取額外之運費。於是，運送人急欲主張運送契約解消。

在這裡最經典的案例為美國法上的案例，Transatlantic Financing v. US。本案之事實為，1956 年 10 月 2 日，Transatlantic 公司與美國政府訂立契約，由 Transatlantic 公司載運小麥從美國運到伊朗。7 月 26 日時，埃及政府將蘇伊士運河收歸國有。10 月 27 日，Transatlantic 公司的船離開 Galveston 預計通過直布羅陀與蘇伊士運河。10 月 29 日，以色列入侵埃及，10 月 31 日，英國與法國同樣入侵埃及。11 月 2 日，埃及政府關閉蘇伊士運河。大約 11 月 7 日時，Transatlantic 的員工詢問美國政府的員工，是否同意給付繞行好望角航程額外的運費。這個要求被拒絕。該船改變路線並繞行好望角到達伊朗⁷⁸。

本案中，船舶經由好望角航行多增加了 3000 哩之航路（原始航路為 10000 哩），且對運送人而言增加了 44000 美元之成本（原始成本為 306000 美元）。法院認為，這些的改變還不足達到重大性的程度，而不能解消運送契約。

第三目 結論

由以上對於蘇伊士運河案一系列的討論，可以得到一個結論，亦即法院並不將運河的關閉以及對契約當事人隨之而來的不可預期的成本增加視為契約解消的理由。

簡要言之，在蘇伊士運河案中，買受人（託運人）預想出賣人（運送人）運

⁷⁸ Transatlantic Financing Corp v. US 363 F. 2d 312 (1966).

送貨物將經由蘇伊士運河，故契約之運送費用也是以此為基礎計算。如果契約內容為運送人以固定之價格將貨物運送至目的地，當運送人必須使用一個更長更遠的路途，運送人將承受履行之困難（hardship）⁷⁹。反之，如果契約內容為按運送日程給付運費，將變成貨物之託運人必須給付不可預期之龐大費用使貨物送達至目的地，亦即由托運人承受給付價金之困難。不過，不管是哪一種情形，通常皆不能使運送契約解消。要使契約解消，必須有非常堅強之事實去支持這個主張，例如運送之標的物為易腐壞之水果，繞行好望角航行運送之標的物將於航行途中即腐壞，此時即可認為剩餘可實行的履行方法重大違反當事人之預期，而使運送契約有解消之可能。

第五節 實現不能（impracticability）

第一項 給付不能與實現不能之不同

到目前為止，前面皆在討論給付不能之類型，包括主要類型與其他類型。在這裡，將要介紹一個與給付不能相關之概念，即「實現不能」。要構成給付不能，一部分決定於現今科技水準，另一部分決定於履行之困難與費用⁸⁰。縱使於公認為給付不能理論之濫觴的 Taylor v. Caldwell 案，也並非是個純粹客觀給付不能之案例，蓋只要花費巨額金錢仍可能於表定音樂會期日前重建一座音樂廳，但是理性的當事人並不會有動機去支出此項花費，要求被告必須採取此一行為亦屬不合理。1876 年 Sir Frederick Pollock 教授表示：「契約內容約定建造一個實際上能飛行的機器並不是絕對地給付不能」。然而，吾人可以另一個例子來作比較，例如

⁷⁹ Hardship 於國際契約法統一文件中所謂「艱困法則」之立法，如 PICC Art 6.2.2, Art 6.2.3。其法律效果為契約繼續存在，債務人仍須履行契約，惟債務人有權要求重新協商，協商不成或債權人拒絕協商時，債務人得訴請法院調整契約或終止契約。艱困法則並非免責事由之類型，其法律效果乃當事人有再協商義務，僅於例外時方得訴請法院調整契約或終止契約。適用上較類似於我國民法第 227 條之 2 規定之情事變更原則。

⁸⁰ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.940.

契約約定提供地球上已開採殆盡的礦石，但該種礦石於月球上仍存有大量可開採之區域，雖然契約的履行並非絕對地給付不能，但是沒有人會期待出賣人要去月球上取得該礦石，出賣人也不會因為沒去月球上採礦就為可歸責⁸¹。是以，給付不能之概念絕非是純粹客觀上判斷，而係從經濟上合理第三人的立場出發加以考量，故美國法上現今之趨勢為，廢棄「給付不能」之用語，而改用「實現不能」，此可參照美國統一商法典（Uniform Commercial Code, U.C.C）第 2-615 條⁸²。

實現不能的概念擴張了因嗣後情事而解消契約之基礎，因為實現不能的概念包括了對一方當事人而言為「極度不合理之困難、花費或損害」。美國統一商法典第 2-615 條對於可能導致實現不能的原因列舉下列數種情形：因為戰爭導致原料嚴重短缺、禁運、糧食短缺、不可預見之主要供應源停止供應所導致顯著的成本增加，當增加之成本超越通常之範圍，就可以使契約解消⁸³。然而，英國法與美國法對實現不能的概念有不同的看法，其認為不正常的價格升降並不能影響契約之效力，將商業上之給付不能（commercially impossibility）視為給付不能之類型是一個危險的概念，不應輕易承認，除非當事人早已清楚地於契約內約定此效力⁸⁴。

由此看來，美國法與英國法在實現不能之概念上有重大差異，這種立場選擇的不同可能係來自兩國之文化與背景的不同。以下將分別敘述美國法與英國法之對實現不能的看法。

第二項 美國法上實現不能之概念

第一款 起源

⁸¹ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.262.

⁸² U.C.C., s.2-615 (a)

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made **impracticable** by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

⁸³ U.C.C., s.2-615, Comment 4.

⁸⁴ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.941.

美國法上的實現不能可以追溯回 Mineral Park Land Co v. Howard 案⁸⁵。本案事實為，被告與政府機關訂立契約去建造一座水泥橋橫越原告所有的陸地上深谷。他們與原告訂立契約，原告允許他們有權利從原告的土地中搬運砂石與泥土，而且被告同意所有橋上填補與水泥工程所需之砂石與泥土都從原告的土地中取得。被告的工程使用 101,000 立方碼，但從原告外的第三人處取得 50,869 立方碼。法院發現原告的土地涵蓋超過 101,000 立方碼的泥土與砂石，但是被告只取走 50,131 立方碼來使用。為了要拿更多，被告必須使用蒸汽挖泥船，而且被取出的泥土與砂石在曬乾前將無法使用。

原告主張被告應為未能取得之部分為損害賠償，但是法院拒絕了原告的請求。理由在於，被告尚未挖取之部分係低於地下水面，要挖取該部分必須花費比平常多 10 到 12 倍之「高額成本」，而且在挖取出來的砂石在風乾之前無法使用，工程將會停止而遲延。法院表示：「當一件事是不能實行的，或是只有在非常高的價格與不合理的成本下才能實行，在法律上它就是給付不能。」

第二款 美國統一商法典第 2-615 條

美國法上之所以支持實現不能作為解消契約之基礎，是因為絕對地給付不能並非總是能使契約解消，為了滿足需要，而建立起因為額外成本或其他不可預期的障害情事所造成的實現不能。不過，如果吾人想嘗試精準的定義實現不能的要件，將會發現大部分案例中充斥著模糊的詞句，如嚴重短缺（severe shortage）、顯著上升（marked increase）、基本預想（basic assumption）或不可抗力（force majeure）等，使我們難以對之後發生之案例作出預測。為匯整討論焦點，對於美國法上實現不能之討論將把重心放在統一商法典的規定，看這些原則如何被適用，並討論實現不能對個案所來之影響為何。

美國統一商法典第 2-615 條 a 項規定如下：「因為嗣後情事之發生，由契約訂

⁸⁵ Mineral Park Land Co v. Howard, 156 P 458 (1916).

定或可適用之外國或本國法律或命令之基本預想不存在，契約之履行為實現不能。出賣人在遵守第 b 項與 c 項之規定下，其全部或部分之遲延給付或不給付並非違反買賣契約義務。⁸⁶」在這個條文下，出賣人要免除不給付之契約責任，可歸納出幾點要件⁸⁷：

1. 出賣人不必承受不可預見情事之風險。
2. 未發生之事件必須早已是契約之基本預想。
3. 嗣後情事之發生必須使履行成為商業上實現不能。

當然，在判斷出賣人是否承受風險時，常常是在判斷出賣人得否預見情事之發生。當出賣人明示承受風險時，他早已預見風險的存在。接下來問題就在未發生的事件是否為「基本預想」，這個解釋常與履行是否為實現不能相牽連，二者為不可分的關係。Farnsworth 教授認為，給付不能的案例即為當事人未能適切表示他們的意圖，如果法院面臨判斷問題，首先應該嘗試判斷當事人是否得預見事件之發生，如果當事人得預見，法院應該探知當事人真正的期望，從契約協商之過程中，包括各種提案，可以佐證當事人在不同之事件發生時所預設之作法，或是由交易慣例來解決問題。如果這些資料可以清楚表達當事人的意圖，則應該如此處理⁸⁸。

然而，更多時候當事人是無法預見偶然事件的發生，在這樣的情形裡，則必須去擬制當事人的期望。法院在此之工作並非叫做解釋契約，而是指引出一個公平合理的結果⁸⁹。

第三款 市場波動與商業上實現不能

⁸⁶ U.C.C s.2-615(a)條文可參照註 82。

⁸⁷ See JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, *UNIFORM COMMERCIAL CODE* (Third Edition), pp.157-58 (1988).

⁸⁸ See E. ALLAN FARNSWORTH, *Disputes Over Omission in Contracts*, 68 Colum.L.Rev. p.860 (1968).

⁸⁹ See JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, *supra* note 87, p.159.

美國統一商法典第 2-615 條最有爭議之問題是，出賣人成本之劇烈上升是否得使其免除給付之義務？在前述所提到的 Mineral Park Land Co. v. Howard 案為最有力之實務見解，該案指出增加之成本得單獨使契約履行變成實現不能，因此法院免因為巨大之成本增加而免除買受人之義務。然而，另一方面於 Transatlantic Financing Co. v. United States 案，運送人因為蘇伊士運河關閉而繞道好望角增加約 44000 美元之成本，其原始契約運費約為 300000 美元，法院則否定本案有構成實現不能⁹⁰。

為何美國法上少有成功主張實現不能的案例？原因可能有以下三點⁹¹。

1. 實現不能的討論是與預見可能性不可分的。在商業愈來愈複雜與多變下，很容易受到外在事件的干擾，如禁運、戰爭、革命、恐怖主義等。如果突發情事越容易預見，將越不可能適用統一商法典第 2-615 條來免除責任。
2. 契約內容有價格調整條款時，法院通常容易傾向排除實現不能的適用。理由在於，這樣的契約條款係當事人分配風險的依據，當事人未預想到之成本或價格的波動是雙方必須共同承擔的
3. 出賣人以市場價格上升導致成本增加為由主張解消契約，比起買受人以市場價格下降低於原先契約價格而主張解消契約，前者之理由較為有力。因為前者因為價格上升將理論上可能遭受無上限的損失，但後者因價格下降之損失範圍將不會超過契約預定之價格。

綜上所述，市場波動能否作為實現不能之一種類型，法院的思考重心仍是放在風險分配的概念上。除了預見可能性外，對於風險之分配將會考量當事人所為之契約條款以及其所遭受之損害，這些都是在判斷是否構成實現不能的重要因素。

第三項 英國法上實現不能的概念

⁹⁰ Transatlantic Financing Co. v. United States 363 F.2d 312, D.C. Cir (1966).

⁹¹ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, pp.279-80.

第一款 實現不能通常並非契約解消之理由

相較於美國法，英國法通常不將實現不能作為契約解消之基礎。英國上議院曾表示，價格異常之上升或下降並不會影響買賣契約⁹²。同時，有許多案例顯示，實現不能本身不足以使契約解消。如 Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban DC 案，建造人同意於 8 個月內以 94000 英鎊的價格為當地政府建造 78 棟房屋，因為勞工短缺，該工程歷時 22 個月並支出 115000 英鎊的成本，建造人主張契約解消，但是上議院駁回此主張，蓋造成遲延之事件是通常商業上可能發生的，並未帶來重大情事的改變。本案中，Radcliffe 法官表示：「本案並非艱難或不便或實質損害所導致契約頓挫法則的適用。必須因為該事件使契約債務顯著改變，如果履行會與契約內容有重大不同。⁹³ ⁹⁴」

第二款 例外情形

由上可知，在英國法中單純的實現不能並不能作為契約解消的理由，然而，如一方當事人因成本增加或商業上履行困難將承受嚴重經濟上或商業上艱困情形，則例外可以因此解消契約。下述四種情形即為實現不能與其他情事結合後使契約解消之類型。

第一目 實現不能與給付不能之結合

於暫時給付不能之情形，當給付再度為可能（或預期給付為可能）時，環境情事已劇烈改變致使之後的給付與原先當事人所為之給付有重大不同，契約可以解消。例如，因為戰爭限制導致長期的遲延給付，當限制解除後，當事人無須於徹底改變之環境中繼續履行契約。就此而言，情事變更後的履行是一種「實現不能」，但是實現不能並非唯一使契約解消的理由，另一個的理由是，長期的戰爭環

⁹² British Movietonews Ltd v. London and District Cinemas Ltd [1952] AC 166 at 185.

⁹³ 原文為：「It is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for.」

⁹⁴ Davis Contractor Ltd v. Fareham Urban DC [1956] A.C. 696 at 729.

境使給付已成為事實上不可能⁹⁵。

若契約明定的契約履行方法為不可能，但是還有其他方法得履行契約，問題之重心將會在前後之履行方法是否有「重大不同」。如蘇伊士運河案，運送人因為運河關閉而增加之費用與原先預想成本之比例，尚不足以認定前後之履行方法有重大不同。由此可知，只要增加之成本達到顯著的程度，就可以做為契約解消的理由。這樣的契約解消仍然並非單純因為實現不能，而是實現不能加上某種類型的給付不能，如果沒有給付不能之伴隨，單獨因為成本之增加是不能構成契約解消的理由⁹⁶。

第二目 明示之契約條款

第二種情形為因為契約條款之實現而解消契約的情形，例如不可抗力條款（force majeure）或禁止出口條款（prohibition of export clause）。這樣的契約條款可適用在相當於實現不能之情事中，當有具體情事使當事人無法履行契約，該條款將免除一方當事人或雙方當事人之責任。這種契約條款並不是單純因為嗣後情事使履行更為困難或更為昂貴而保護一方當事人，也不是於一種契約履行方式不能時，免除當事人以其他方式履行契約的義務，例如，出賣人所預想之貨物來源不可獲得，因為禁止出口使供應商無法供貨，這時出賣人仍必須以其他可供應之貨物來源來給付貨物給買受人。

然而，這種契約條款是出賣人對於不合理的契約履行的例外條款，因為這樣的契約履行會使價格上升至「前所未聞的程度」（unheard of levels）。在這種案例中，出賣人無須為實現不能與商業上不適宜（commercially unsuitable）之履行。這種案例之契約解消並非來於傳統之契約解消法則，而是因為明示的契約款所約定之情事發生。這樣的契約條款在契約解消法則不足或欠缺的時候，常常能

⁹⁵ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.942.

⁹⁶ See G. H. TREITEL, *supra* note 17, p.293-94.

發揮效用，而涵蓋實現不能法則之情形⁹⁷。

第三目 不定期之繼續性契約

第三種可認為實現不能作為契約解消之理由即為不定期之繼續性契約的情形。以 *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co* 案為例，本案之事實為 1919 年某醫院賦予水公司有權從井裡取水，而水公司同意自此之後以固定價格供水予醫院。1975 年，水公司供水之成本已提升 18 倍，而給予醫院 7 個月的期限通知要終止契約，法院認為該通知是有效的⁹⁸。本案看似屬於因為 1919 年至 1975 年間的情事變更已使契約解消，但是這個觀點已於之後案例被推翻，本案中更好的理由是該契約屬於不定期之繼續性契約，因此通常可以認為，於不定期之繼續性契約中隱含著賦予任何一方當事人於合理通知後的終止權。如果這樣來看，假設該契約是定期契約，如約定十年之期限，判決結果將有不同，在十年之期限內，縱使水公司供應給水之成本提高也不能因此主張解消契約。這個觀點被之後的判決採用，同時意謂著於固定期限、價格之契約中，當事人必須承受市場波動之風險，如果當事人不願意承受這種風險，或是只願意承受部分風險，他們可以採用現今實務常用之方式，亦即彈性之價格（flexible price），以便對應市場波動⁹⁹。

第四目 外交與商業關係之斷絕

即使契約之履行並未變昂貴或無利益，契約仍可能因為非商業上的理由而使契約解消。於 *The Playa Larga* 案¹⁰⁰，古巴之國有貿易組織賣糖給智利之國有貿易組織，契約訂立時，古巴與智利皆為馬克斯主義政府，但於交付完成前智利之馬克斯主義政府被推翻，兩國的外交關係中斷，導致兩國之商業往來完全斷絕。法院判決表示，本案中出賣人並非陷於極度艱困（extreme hardship）之情形，而

⁹⁷ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.943.

⁹⁸ *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co* [1978] 1 W.L.R 1387.

⁹⁹ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.944.

¹⁰⁰ *The Playa Larga* [1983] 2 Lloyd's Rep. 171.

是因為情事改變，任何一方當事人都無法再履行契約，在這種情況下，契約不再有拘束力。通常情形，政府間之外交與商業關係的斷絕並不是契約解消之理由，但是在 The Playa Larga 案可以導出契約解消，是因為雙方當事人皆為政府所控制之組織¹⁰¹。

第三款 通貨膨脹

前面已經討論過成本之增加導致履行契約會使其中一方當事人不利益之案例，與此相似的情形為，通貨膨脹減少當事人於契約上預期可獲得之真正利益。於 British Movietonews 案，「突發之貨幣貶值」雖然為不可預見之轉變，但並不被視為可使契約解消¹⁰²。該案判決表示出一個普遍被接受的論點，如果有「重大不同之局面」（fundamentally different situation）顯現，契約將會失其拘束力。由此可知，英國法院並不認為通貨膨脹為契約解消的理由，但是也非全然排除極度嚴重之通貨膨脹（相對於一般程度之通貨膨脹）可能使契約解消。害怕因通貨膨脹遭受損害之當事人，可以透過明示之契約條款來對抗通貨膨脹，藉此保護自身利益，例如透過物價指數計算價額（index-linked payments），或是制定價額調漲條款（price-escalation clause），來解決通貨膨脹帶來之不利益。

第六節 給付不能之法律效果

第一項 契約自動解消

當給付不能之情事發生後，契約於該時點起自動解消。即使於該情事發生後，當事人仍以契約繼續存在般地履行契約，法院仍然會主張契約已經解消¹⁰³。但是，這並不代表法院不考量當事人的觀點，真正的立場應該是，當事人的觀點並非決

¹⁰¹ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.945.

¹⁰² British Movietonews [1952] A.C. 166 at 185.

¹⁰³ Hirji Mulji v. Cheong Yue SS Co [1926] AC 497.

定性的，它可能作為法院判斷是否構成給付不能之理由，絕非認為當事人的想法與契約解消毫不相關。

既然給付不能會使契約自動解消，代表著無須任何一方契約當事人主張解除或終止契約。就這點而言，與違反契約（breach of contract）之法律效果不同，於違反契約之情形，需要權利受害之一方選擇決定是否要使契約解消。同時，給付不能之法律效果可能由任何一方當事人行使，不限於因給付不能情事而受損害之一方當事人。例如，傭船契約因該船被徵用使承租人無法取得預定之給付，惟船主仍得主張給付不能，即使承租人仍願意完整支付租金。此時，假若政府因徵用船舶所支付之償金高於傭船契約之租金，船主實際上將會因給付不能而獲利。可以理解法院並不願意如此適用給付不能法則，當事人因給付不能而獲利，這樣的結果是否合理有討論之空間。

某程度上，這個問題與自招契約頓挫（self-induced frustration）有關連。當事件是因為一方當事人之故意行為而發生，該當事人即不得主張契約解消之法律效果，但是他方當事人仍得主張。例如，受雇人因為刑事犯罪而遭監禁，不能繼續履行僱傭契約，於此情形，僱用人可以主張契約解消，但是受僱人則否，此為自我招致契約解消之限制¹⁰⁴。

當然，給付不能之法律效果是否能改成由受損害之一方當事人主張解除權或終止權，的確有討論餘地。給付不能使契約自動解消，如此嚴格的法律效果，也造就法院適用上之疑慮，不敢輕易宣告嗣後情事構成給付不能，這在英國法與美國法都可看到相同的情形，也造成給付不能理論適用上之困難。

第二項 契約解消後雙方當事人之權利義務

給付不能法則之法律效果為解消契約，剩下之問題是，在給付不能前所取得之權利應如何處理，例如已給付之價金是否應返還，以及先前給付之商品或服務

¹⁰⁴ F C Shepherd & Co v. Jerrom [1987] Q.B. 301.

的價值應如何填補。這些規則係由普通法之發展與成文法規定二者共同處理這個問題。

第一款 普通法

普通法對契約解消後雙方當事人之權利義務係以 *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* 案為指標¹⁰⁵，該案之事實為，一家英國公司約定販賣機器予一家波蘭公司，價金為 4800 英鎊，且必須預先支付 1600 英鎊。當支付 1000 英鎊後，因為 1939 年戰爭爆發，德國入侵格丁尼亞（Gdynia，波蘭北方之海港），契約因此解消。上議院認為波蘭公司可以請求返還 1000 英鎊，蓋英國公司沒有機器之任何一部分，故支付價金之約因已經全部消滅。給付額外 600 英鎊之責任亦已消滅，因為要求買受人再給付此 600 英鎊，買受人亦有權利得立即請求返還。由上可知，契約解消前支付之金錢於約因全部消滅（total failure of consideration）後得請求返還。而約因全部消滅係指請求返還之當事人完全未取得契約預定之標的。

但是這種解決方式有兩項缺點。其一，給付人僅得於約因全部消滅時方得請求，如果約因只是部分消滅，將不得請求返還。於 *Whincup v. Hughes* 案¹⁰⁶，一位父親將其兒子送至鐘錶匠處作學徒，為期六年，每年學費為 25 英鎊。一年過後，該鐘錶匠過世，父親並不能請求返還已繳交之學費，因為約因只是部分消滅。其二，當受款人使用這筆費用用來履行契約的前階段，允許給付人得請求返還預先支付之費用，有時可能會對受款人產生不公平。例如於前述 *Fibrosa* 案，被告將預先支付之費用用來製造機器，但是卻不能留下 1000 英鎊中用來製造機器的部分，的確對受款人有所不公¹⁰⁷。不過，如果有浪費之行為，所造成之損失應全部由受款人負擔。

¹⁰⁵ *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1943] AC 32.

¹⁰⁶ *Whincup v. Hughes* (1871) L.R. 6 C.P. 78.

¹⁰⁷ See EWAN MCKENDRICK, *supra* note 30, p.319.

第二款 契約頓挫法 (Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943)

上述普通法經由案例所形成之規則於 1943 年被成文法修正，此規定於契約頓挫法第 1 條第 2 項。這個法案是由英國國會制定，用來處理契約解消後當事人之權利義務關係。由於之前普通法之規則有前述兩項缺點，本法案係針對這兩項缺點作出修正，包括全部與部分約因消滅之爭議，以及價值增益之問題，都獲得修正。

第一目 契約頓挫法第 1 條第 2 項

契約頓挫法第 1 條第 2 項規定¹⁰⁸：「契約解消前當事人為履行契約所給付或應給付之金錢總額，於契約解消後，已給付之數額給付人得向受款人請求返還；未給付之數額得拒絕給付。

契約解消前已給付或應給付之數額，受款人為履行契約之目的所支出之費用，法院得公平考量個案情形，在不超過支出費用之數額內，允許受款人保留或回復全部或部分已給付或應給付數額。」

契約頓挫法奠定三項規則：(1) 契約解消前所給付之金錢得請求返還。(2) 契約解消前應給付之金錢得拒絕給付。(3) 受款人有權保留或回復為履行契約之目的所支出之費用。這些修正解決了普通法的兩個缺點，即給付人請求返還金錢不再限於約因全部消滅（因為條文並未規定「約因全部消滅」之要件），以及受款人得拒絕返還其為履行契約之目的所支出之費用。

就上述第三點而言，法院在判定得拒返還之數額時，不必完全依照所支出之

¹⁰⁸ Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 s.1(2)

“All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as 'the time of discharge') shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable:

Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.”

費用，而有權依個案情形自行判斷其數額。法律之判斷須受兩點限制：其一，數額不得超過支出費用；其二，數額亦不得超過原定預先給付之金額。換言之，受款人得拒絕返還之數額必須在支出費用以及原定預先給付之金額之下。法院在判斷數額時，的確某程度會受到個案情形之影響，也就是契約解消之情事對當事人利益狀態的影響。例如，為某顧客製造機器，可以很容易再賣給其他顧客，此時法院判斷得拒絕返還之數額即很小；反之，如果是將某物拆毀，拆毀之物對當事人無法再利用，法院很可能判定高額の拒絕返還數額。又以 Fibrosa 案為例，假設出賣人收受 1600 英鎊之預付款，而且將其全數用於契約履行之目的上。在普通法規則下，出賣人必須全數返還 1600 英鎊，亦即由出賣人承擔全部多餘花費之損失，此種處理方法不甚公平；而在修法後，法院若允許出賣人保留全數 1600 英鎊無須返還，即由買受人承擔全部之損失，亦為另一種不公平。藉由裁量權之運用，法院可以將損失依比例分擔，由出賣人與買受人分別承受一部分之損失，而非單純將損失由一方當事人移轉至他方當事人，應屬較為公平之作法¹⁰⁹。

但是，在修法過後仍有缺點繼續存在。法條並未清楚規定法院在計算受款人有權保留之數額的判斷基準。究竟是全數或半數，還是其他比例，還是完全不能保留，有非常多可能性存在，無論是法條本身或相關判決皆未表示出任何判斷基準，常迫使法院容易採取全額或平均分擔。法院之工作只是在維護當事人未預想且未約定時之公平正義，並且減輕全部損失由一方承受所可能帶來之困難。在寬闊的裁量權中，法院必須依個案事實決定公平正義之所在。雖然表面上法院未建立起裁量權之判斷標準是可議的，但是可貴的是對合理分配損失之判決的嚴謹堅持¹¹⁰。目前可以建立某程度之確定性的是舉證責任，由受款人負責證明其保留任何一部分之預付額是公平合理的¹¹¹。

第二目 契約頓挫法第 1 條第 3 項

¹⁰⁹ See EDWIN PEEL, *supra* note 32, p.975.

¹¹⁰ See EWAN MCKENDRICK, *supra* note 30, p.320.

¹¹¹ *Gamerco SA v. ICM/Fair Warning (Agency) Ltd* [1995] 1 WLR 1226.

接下來要考慮的是契約解消後，當事人是否得請求回復契約解消情事發生前已給付之商品或服務之價值。在普通法中，Appleby v. Myers 案是為判決先例¹¹²。該案中原告於被告工廠中負責製作與設置機器，已達二年，報酬係待工作完成時給付。在部分機器完成設置後，突如其來的大火摧毀了工廠與機器，同時也使契約解消。法院認為原告無法請求工作之報酬，因為他只有在工作完成時才有權請求，當大火阻止工作之完成，原告即不能請求報酬。

上述普通法之規則明顯造成服務提供者於契約解消下之不利益，契約頓挫法第1條第3項推翻普通法之規則，而規定為¹¹³：「契約當事人於契約解消前所取得之有益價值（除適用前項金錢給付規定之外），係由他方當事人為契約履行目的所支出，在不超過獲得利益之範圍，獲得利益之人應返還他方當事人相當之數額，並由法院考量個案一切情事決定公平之數額。其中（a）契約解消前當事人為契約履行目的所支出之花費包含當事人依前項規定得保留或請求返還之為契約履行目的所支付或應付之費用。（b）關於既存利益，個案情事之效果導致契約解消。」

本項是一個複雜的條文。它基本之效果是在處理契約解消前一方當事人對他方當事人增加之「有益價值（valuable benefit）」（金錢給付已規定於同條第2項，故不在此項範圍內），支出費用之當事人有權在不超過增加的價值內請求返還「公平之數額（just sum）」。本項條文有兩個爭議問題¹¹⁴：

第一，如何定義有益價值。條文本身並未規定法院如何判斷服務之價值。

¹¹² Appleby v. Myers (1867) LR 2 CP 651.

¹¹³ Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 s.1(3)

“Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular, -

(a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and

(b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract.”

¹¹⁴ See EWAN MCKENDRICK, *supra* note 30, pp.321-22.

Robert Goff J 法官曾在判決中提出，當服務帶來之產品因嗣後情事而毀損，服務提供者將無法主張第 1 條第 3 項之法律效果，因為有益價值已經因嗣後情事而減少至零¹¹⁵。如此解釋有益價值會帶來不好的影響，依英國法院之看法，前述 *Appleby v. Myers* 案將沒有適用第 1 條第 3 項的可能，蓋原告之機器已經因為大火而毀損，未剩下任何產品存在。雖然如此，這樣的見解還是提供了一個區分方法，即有益價值並非履行契約之行為，單純提供服務不算是有益價值的範圍。

第二，如何計算公平之數額。首先必須記得，獲得利益之數額是作為公平之數額的上限。契約之風險分配通常是用來決定公平之數額的相關因素，但是仍很難預測法院會如何決定數額多寡。Robert Goff J 法官曾提出以「避免被告不當得利」之角度來判斷公平之數額，類似於法院在決定「應得報酬 (quantum meruit)」之判斷。但是這個方法似乎被上訴法院拒絕，其理由為「什麼是公平應由法官決定，上訴法院無權介入法官判斷公平數額之心證，除非它明顯為不公平¹¹⁶。」結果使法官對公平數額的裁量權幾乎不受拘束。上訴法院未藉機建立標準來協助法官運用裁量權，使判決有一致性之標準，十分可惜。

McKendrick 教授認為第 1 條第 3 項是拙劣的立法，適用上產生許多令人不能接受的結果。氏認為有益價值應為服務之價值，而非服務之產品的價值。由於契約頓挫法之重點在避免不當得利，因此，信賴利益之損害賠償與當事人間的損害分配並非本法要處理的地方。然而，未妥適處理這些議題，使得契約頓挫法有缺陷，適用上也遭受限制，也不令人意外了¹¹⁷。

第七節 給付不能理論之總結

第一項 給付不能理論之整理

¹¹⁵ BP v. Hunt [1979] 1 WLR 783.

¹¹⁶ BP v. Hunt [1982] 1 All ER 952, 980.

¹¹⁷ See EWAN MCKENDRICK, *supra* note 30, pp.322-23.

由第二節至第六節，本文已將英美法系上給付不能理論之相關概念與發展作介紹，並且討論其法律效果。簡要來說，英美法系上之給付不能理論是在處理契約訂立後因不可預見之情事發生導致無法履行契約義務，或是嚴重改變當事人訂立契約之目的。歷史上，本於契約嚴守原則，契約訂立後當事人即無法免責，直到1863年的Taylor v. Caldwell案，給付不能理論才開始建立。給付不能之類型主要以「契約標的消滅」作為判斷標準，其他如「債務人死亡或失能」、「履行無效用」、「履行方式不能」等亦屬給付不能之情形。契約標的消滅、債務人死亡或失能之情形，係屬客觀上評價，概念清楚，然履行無效用與履行方式不能，則非單純客觀上評價，而牽涉債權人主觀上之履約目的，而履行方式不能，更以替代履行之方式是否與原先履行方式有重大不同作為判斷標準，此為整體考量債權人與債務人情事之綜合評價，決非單純以客觀情事作為判斷標準。

履行無效用係指契約標的雖未消滅，但契約履行之目的已不可獲得。其所考量者為債權人締結契約之目的會因債務人之障害事由而無法達成，因而使契約解消，以保護債權人之利益。典型例子為契約須於特定時間履行方對債權人有意義，如債務人因障害事由遲延履行，契約會因履行對債權人無效用，而構成給付不能，使契約解消。其所保護者除債權人締結契約之目的外，尚使債權人無須為對待給付，蓋契約解消後債權人亦無須為對待給付。

而履行方式不能，重點在探討因嗣後情事發生致原先之履行方式不能達成，其債務人是否應以替代履行方式來履行契約，典型案例即蘇伊士運河案。在此，法院所考量者為替代履行方式與原先預定之履行方式是否有重大不同，即整體評價雙方當事人之利益狀態，並著重於債務人履行債務之成本是否顯不均衡，以經濟理性之角度來決定債務人是否應以替代方式履行契約，若否，則契約會因給付不能而解消。

綜合上述來看，給付不能理論之類型每種各有其要件，但彼此間也非全然互

斥，而有可能為重疊之概念，有時候具體案例也相當難區分是屬於何種類型，其內涵可能同時包含客觀與主觀方面之評價，有契約標的物喪失與債務人死亡等客觀評價，亦有債權人締約目的與債務人履行債務之困難程度之主觀考量。不過，是何種類型並非重點，重點是構成給付不能後能解消契約，在此必須特別注意，每種類型可能有其自己之規則，尚須考量風險移轉或契約本質等概念，並非絕對能解消契約。也就是說，英美法系上給付不能之判斷重點在於平衡考量債權人與債務人之狀態，蓋構成給付不能之法律效果為契約解消，而非單純債務人免責，故其不僅針對債務人之履約層面考量，亦同時考量債權人締結契約之目的，作整體性之合理風險分配。

另外，美國法上就給付不能之外，尚發展出實現不能（impracticability）之概念，實現不能係以經濟上合理第三人之角度出發，如履行債務為十分困難或成本極高，經濟理性之第三人將不能期待其為履行債務，則屬實現不能。美國法上以實現不能取代給付不能之概念，偏重以經濟效率之方法來解釋，為其特別之處。但以英美法系上傳統之給付不能來說，並非給付不能就不考量債務人主觀層面之履約成本或可能性，此在履行方式不能之類型中特別明顯，毋寧說給付不能同時兼顧債權人與債務人雙方之利益，而非單純以債務人之角度出發。實現不能概念之重大意義在於明示給付不能並非單純客觀不能之問題，深論其本質，其實與原先英美法系之給付不能並非全然不同，只是將債務人履行困難之程度作為判斷雙方整體利益之重大要件而已。

第二項 給付不能理論之限制

即使嗣後情事導致給付不能，當事人可能因為下述情形而排除適用給付不能之法律效果。

第一款 定有契約條款

給付不能理論是於嗣後情事發生後，為契約當事人找尋一個公平分配風險之

方法。但是，這並不排除當事人預先制訂契約條款來避免風險發生。換言之，當事人得明示約定嗣後情況造成之風險應由何人承擔，或以何種方式來處理風險。這樣子的契約條款將會排除給付不能理論之適用，蓋當事人已事先分配完該事件之風險。

第二款 預見或可得預見之情事

契約當事人若於訂立契約之時，可預見嗣後情事之發生將影響契約履行，合理推論可以認為該契約必定已對此嗣後情事有所因應。例如，如果嗣後情事將使履行成本增加，當事人可能就會提高收費。事先於契約內容分配風險，即使嗣後情事確實發生，也不會使契約解消，該風險即應照契約分配由某一方承擔。

第三款 自招契約頓挫 (self-induced frustration)

契約頓挫係當事人因自己行為所導致，他應該為此負責，而不得主張解消契約。舉例而言，傭船承租人承租某船航行至戰爭區域，該船因此被拘留，承租人不得以船被拘留而主張給付不能來解消契約¹¹⁸。與此類似，如違反契約未使船舶具適航性，造成船舶於海上航行損壞，此時亦排除適用給付不能法則。這顯示出過失（未使船舶具備適航性）也可能排除給付不能法則之適用。

若給付不能之事件係因一方當事人之故意行為，該當事人不得主張給付不能法則，即使這個行為未必造成違反契約。但是他方當事人得視其目的決定是否主張契約解消。例如，受僱人因刑事犯罪入獄服刑，致無法履行勞務契約，僱傭人得主張給付不能，即使該刑事犯罪與僱傭契約無關。但是受僱人則無法主張給付不能，蓋其本身係自招契約頓挫¹¹⁹。

再者，即使是過失行為也會排除給付不能法則之適用。例如於 Taylor v. Caldwell 案，如果火災是由於被告之過失行為所致，被告即不得主張給付不能之

¹¹⁸ The Eugenia [1964] 2 Q.B. 226.

¹¹⁹ Sumnall v. Statt (1984) 49 P. & C.R. 367.

法律效果。不過，在過失行為的判斷上，仍需依個案情形來認定。例如一位歌手因為不小心感冒而不能上台表演，但是因為個人行為對身體健康的影響是難以預見的，在這種案例下仍然得主張給付不能法則，而不受自招契約頓挫之限制¹²⁰。

第三項 給付不能理論之困境

第一款 給付不能理論之問題

英美法系上給付不能理論之發展，由最早之契約嚴守原則，經由不同的個案逐漸侵襲，累積成契約嚴守原則之例外，也就是給付不能理論。給付不能理論之原型為契約標的消滅，不過由前面所討論之眾多案例，可以得知契約標的消滅並非唯一之理由，事實上於某些情況下，契約仍得繼續履行，並非事實上絕對不能，但法院仍認為構成給付不能而解消契約，由此可知，契約之解消並非因為債務人事實上無法履行契約，而是另有其他因素使契約解消，是以，重點應放在何種情形之發生會構成給付不能而使契約解消。

英美法系與大陸法系對契約責任採取不同之看法。英美法系認為契約之不履行即屬違反契約，不考慮當事人是否可歸責，屬於嚴格契約責任，例外才承認給付不能作為免責事由。大陸法系之法國係以不可抗力作為契約免責事由，德國則是以可歸責之不履行契約方屬違反契約。然而，這不代表英美法系與大陸法系對契約責任有不同之政策或立場，事實上於實踐上，二種法系之處理結果通常是一樣的¹²¹。二種法系之不同處理方式只是其各自歷史發展之不同而已，不管怎樣，二種法系皆要面對相同的問題，也就是契約是否應繼續履行。因此，問題又回到何種情形之發生會構成給付不能而使契約解消。

順帶提及，此種以個案判斷為主的特色，可看出大陸法系與英美法系之不同。大陸法系強調依法裁判，此法律為成文法，法官之工作在認事用法，即將個案事

¹²⁰ Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corpn Ltd [1942] AC 154 at 166-167.

¹²¹ See JAMES GORDLEY, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, p523 (Summer 2004).

實涵攝進入法律要件而得出法律效果；而英美法系雖然同樣係依法裁判，但此法律乃指自然法，原本即存在於世間，法官之工作是在個案中找尋法之所在，即個案中最符合公平正義之法律。英美法系之判決可說是法官造法之成果，它是為個案之事實所作出之判斷，後人再從前面具有代表性之判決中找出原理原則，作為後面判決之依據。這些從眾多判決中歸納而來之原理原則，並非如成文法如此嚴謹，一個一個要件如列出來，重點在於判決所闡釋出的法理，此才是自然法之根本，而後人面對其個案事實時，再本於此法理作出最適切之判斷。雖然二種法系之思考方式有所不同，但目標都是在尋求對於個案最妥適之判斷，故最後所找出之解決方案，常常具有相當高之類似性，可以說是殊途同歸。

第二款 現代契約法之解決方案

雖然前述舉了這麼多給付不能理論之案例，但是實際於英美法系上，鮮少有成功適用給付不能理論而免責的案例。法院不願意適用給付不能理論的主要理由有二：首先，法院不願使契約頓挫成為逃避履行契約的任意門，當事人可能會任意毀棄對其不利的契約內容；再者，未來具有不確定性，價格可能突然提升、通貨膨脹嚴重、勞資糾紛爆發等，當事人應先將其納入考量而訂立契約條款¹²²。

要判斷是否構成給付不能，現代契約法嘗試以下列幾種方法作為判斷標準：

第一目 可歸責性

現代契約法在解釋給付不能或實現不能之概念時，仍然依賴當事人是否需為給付不能之事由負責，即所謂的可歸責性。如 CISG 第 79 條第 1 項規定：「當事人如能證明不履行債務係因其所不能控制之障害，且該障害於訂立契約時無法合理預見而事先加以考量，或避免或克服障害或其結果，當事人對於不履行為不可歸責。¹²³」即為可歸責性之適例。

¹²² See EWAN MCKENDRICK, *supra* note 30, p.302.

¹²³ CISG Article 79I:「A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected

在 CISG 可歸責性之概念下，「不能控制之障害」是否意味著當事人無法以相當努力克服之障害？又「訂立契約時將障害事先加以考量」是否意味著當事人應有合理預見？如果答案為是，那可歸責性之焦點應置於「過失」概念上，也就是當事人未盡相當努力克服障害，或是未有合理預見，即屬有過失，而為可歸責。

而且，過失的概念與風險分配之問題息息相關。Posner 教授認為，若當事人有較佳能力預見風險，事先以保險契約來對抗風險，或較有能力阻止風險發生，則較適合承擔此種風險¹²⁴。不過預見可能性之問題於某些案件上無法適用，例如戰爭，當事人縱使預見戰爭即將發生，亦無法阻止戰爭發生，也無法以投保方式來減輕戰爭帶來之損害，是以另外又產生一個新的概念：控制力。由於沒有人能控制戰爭是否發生，故戰爭之發生對當事人為不可歸責。以風險分配之角度來看，對障害有較高控制力之人，可採取合理之預防措施，而較適合承擔風險¹²⁵。

第二目 艱困情形 (hardship)

現代契約法對於契約之履行並非事實上不能，而係履行契約之困難性超越雙方當事人之事先預想，亦同樣給予救濟。典型案例即為 Mineral Park Land v. Howard 案¹²⁶。

在這裡，履行契約之成本為考量之重點。契約之價格可能有二種約定方式，一種為成本加成契約 (cost plus contract)，一種為固定價格契約。成本加成契約係指以一定之成本為基礎，再以加上一定比例或費用來確定價格。至於要如何決定比例，則以契約所約定之方式為準。目的係在承受履行契約所遭遇艱難情形所導致成本提高之風險。而固定價格契約則是由履行人承擔不可預見之成本提高風險。成本提高契約通常於工程契約中使用，主要是為了確保契約確實履行，

to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.」

¹²⁴ See RICHARD A. POSNER & ANDREW M. ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEG. STUD. 83 (1977).

¹²⁵ See JAMES GORDLEY, *supra* note 121, p524.

¹²⁶ 參見本章第五節第二項第一款之討論。

使工程如其完工，不因成本提高而有艱困情形之發生。

要如何判斷艱困情形之發生，可視成本之增加是否造成當事人履行契約有重大困難，超越當事人合理承擔風險之範圍，使契約衡平性喪失。在商業契約上，當事人通常會約定艱困情形條款（hardship clause），於發生艱困情形後，規定當事人必須再度協商，協調出合理之契約履行方式來面對艱困情形之結果。

第三目 經濟性觀點 (Economic Perspective)

從經濟性的觀點來看，給付不能法則的考量之點主要有二：風險分配與資訊取得。風險分配功能目的在提供最合適之風險分配，重點在考量雙方當事人於不同之情形下會同意以何種方式內容來締約，也就是達到風險分配之衡平。以此來看，包括當事人對風險之趨性（喜好風險或厭惡風險）、履行契約之可能性、當事人對取得資訊之可能性皆應納入考量。在不同之情形下，應該採取不同之給付不能法則，以求達到最適之風險分配狀態。而關於資訊取得，由於風險是自契約外產生的，當事人間對風險之發生與危害可能有不同的認識，應如何處理即成疑問。在這種情況下，擁有較多資訊之人能較精準預測風險發生之可能性以及契約解消之後果，此時應考量當事人是否事先揭露資訊予他方，以及該資訊之真實度與可信度為何，來決定風險之分配¹²⁷。

第四項 小結

如同先前之討論，不可預期之事件發生導致契約履行不能或困難之情形，此時面臨二大原則之衝突，即契約嚴守原則與情事變更原則，如何妥適處理此問題為契約法之重點。英美法系上之契約頓挫理論係發展自此種情形，其核心內容乃給付不能理論。由蘇伊士運河案之判決，英國法上發展出以「履行有重大不能（fundamental difference in performance）」作為給付不能之標準，而美國法

¹²⁷ See MARTA CENINI & BARBARA LUPPI & FRANCESCO PARISI, *The Comparative Law and Economics of Frustration in Contracts*, (October 10, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1418035>

則以「商業上實現不能 (commercial impracticability)」作為給付不能之基準。無論何者，法院皆係考量交易習慣、商業協議或實務操作慣例，建立起合理之風險分配原則，以供未來操作之基準，不過要達到一個放諸四海皆準之原則，目前似乎尚未能做到，實際操作上仍相當依賴法院對個案之裁量權，以求達到個案正義，這是英美法系之最大特色。



第三章 大陸法系之免責事由

第一節 總論

第一項 契約責任之體系

大陸法系主要可分為二大體系，即德國法與法國法。就契約責任的領域而言，相較於英美法系上所謂之契約違反（breach of contract），大陸法系是以債務不履行（non-performance）、契約侵害（Vertragsverletzung）或契約不履行（inexécution du contrat）稱之。在英美法系上，契約違反可以包含全部債務不履行之種類，這與法國法上之契約不履行基本上是相同的。但於德國法上，債務不履行或稱契約侵害則可區分為給付不能、給付遲延以及積極侵害契約（positive Vertragsverletzung）等情形，2002 年德國債法修正後，此種分類類型仍繼續存在，而作為債權人請求損害賠償之依據。其中，積極侵害債權是指契約履行過程中之注意義務違反，而類推適用關於履行遲延的規定。另外，給付具有瑕疵物的標的物並非被視為不履行之種類，買受人之救濟手段為關於瑕疵擔保（Gewährleistung）之特別規定。

不管是何法系，不履行之概念皆同時包含得免責之情形於不得免責之情形。在英美法系上是以契約頓挫理論來處理契約免責之問題，即如前述第二章所介紹。而於德國法所謂之契約侵害，則是以不履行當事人之歸責事由作為要件。只有在不履行當事人具有可歸責事由之情形下，始承認債權人對於契約侵害擁有救濟手段，包括債務人之損害賠償請求權與契約解除權皆然。惟瑕疵擔保與種類債務之情形，則不要求不履行當事人要有可歸責事由。在判斷不履行當事人之歸責事由時，債務人是被推定有故意或過失的。自始客觀不能之情形，契約為無效；嗣後不能之情形，若債務人不具歸責事由，債權人即無任何救濟手段。然於給付瑕疵物之情形，即使出賣人並無歸責事由，買受人仍得請求解除契約或減少價金。

就此而言，可知德國法上所稱之債務不履行或契約侵害，其意義在處理債權人之損害賠償請求權與債務人之給付義務。至於解除契約與債務不履行並非絕對具有關連性，解除契約乃考量契約雙方當事人整體之利益衡量，與債務不履行單純考量主給付義務之履行或不履行，層次並不相同，2002 年德國債法修正即將二者脫勾處理，將解約權之要件與債務不履行分開規定，即可得知。

在法國法上，契約責任區分手段債務（obligations de moyens）與結果債務（obligations de résultat），採取不同的責任標準與舉證責任，前者為過失責任，後者為嚴格責任。負擔手段債務之債務人，必須證明其已盡相當之注意義務，即未有任何過錯（fault），才能免除契約責任；而負擔結果債務之債務人，由於必須負嚴格責任，只有在不可抗力（force majeure）下才能免責¹²⁸。

第二項 債務不履行之新發展

德國於 2002 年重新公布民法典，完成了民法典現代化，其中主要目的之一即為債法之改革。本次改革主要目的有四：（1）債務不履行之再構成與簡略化；（2）將判例所形成之規則於法律中明文化；（3）消費者保護法與民法典之整合；（4）消滅時效法律之改革。在這些目的中，最重要者還是債務不履行的修正。向來德國民法採取之債務不履行體系，一方面區分不能與遲延，一方面又於各種契約類型中規定擔保責任，這樣複雜的形式於新法中遭到修正，德國民法第 280 條以統一的義務違反之概念取代以往各種區分的體系。尤其是在關於買賣契約債務不履行之救濟，與一般規定為調和。又雖然不能與遲延之概念仍留存於德國民法典中，但其地位已與之前有所不同¹²⁹。

我國民法相當程度上是繼受德國法而來，在各種解釋論上也繼受德國之學說理論，是以，德國法之修正對我國法律適用上，是具有啟示作用的。對於繼受國

¹²⁸ ピエール・カタラ，野澤正充 訳，フランス民法典—債務法改正草案への動き，民法改正と世界の民法典，民法改正研究会，信山社，2009 年，頁 253。

¹²⁹ カール・リーゼンフーバー，宮下修一 訳，ドイツ民法典—その背景と発展および今後の展望，民法改正と世界の民法典，民法改正研究会，信山社，2009 年，頁 360。

而言，比較法之研究之法律解釋之重要手段，可以探知法律條文背後立法之緣由，作為將來適用之參考，尤其是被繼受國之法律解釋，對繼受國來講更是第一手參考資料。2002 年德國民法之修正，是德國民法自 19 世紀公布以來之一大改變，不僅將實務見解明文化，更與世界契約法之潮流接軌，朝契約法統一之路邁進，稱為民法典之現代化並不為過。我國債法施行至今已逾 80 年之久，但其架構仍延續 19 世紀德國民法典之架構，在契約責任體系上亦為如此，是德國民法本次修正所改善之缺失，正可作為我國民法未來解釋與修法之借鏡，重要性極高。

以下本章將介紹德國民法向來之債務不履行體系以及 2002 年修法後之情形，並介紹同屬大陸體系之法國法有關契約責任之規定，以供我國解釋參考之用。

第二節 德國法之契約免責事由

第一項 德國法之契約責任發展

德國民法於立法之初即於債務不履行內區分不能與遲延之態樣，之後法院依照 Staub 的著名論文，將「積極侵害契約」的理論作為新的債務不履行態樣，來補足民法上規定之不足。法院本於德國民法第 242 條誠信原則之一般規定，承認當事人具有保護債權人固有利益之附隨義務。其次，依據締約上過失的理論將契約上的義務擴展至契約締結前之階段，締約上過失理論並非德國民法立法之際即明文承認，而係由 Jhering 的理論發展而來。再者，為了處理第一次世界大戰後過度通貨膨脹的問題，本於誠信原則，法院採用關於法律行為基礎理論，依據此理論而將對價關係嗣後變成過度不均衡之契約，賦予調整契約之可能性¹³⁰。這些法院實務判例的發展，在 2002 年德國民法典現代化中，皆已成為法律之規定，可視為德國民法制定以來一百多年發展之成果。

¹³⁰ カール・リーゼンフーバー，宮下修一 訳，同上註，頁 348。

由上可知，德國民法關於契約責任體系可分為債務不履行（不能、遲延、積極侵害契約）、締約上過失、法律行為基礎理論等類型。本文研究之範圍主要在於契約免責事由，亦即契約成立後因不可預見之障害導致債務人無法履行契約或難以履行契約之情形，就此而言，締約上過失與積極侵害債權之理論，並非本文討論範圍，故省略之。至於給付遲延之部分，亦非契約免責事由之一種，且於德國新民法頒布後，以統一之義違反作為損害賠償之要件，故本文將不特別針對給付遲延作介紹，合先敘明。

第二項 傳統上德國民法典債法之不足

第一款 給付不能作為債務不履行之核心概念

傳統上德國法債務不履行的核心概念為給付不能（Uumöglichkeit der Leistung），如在特定物買賣中出賣之標的物毀損，或是在僱傭契約中債務人生病，或是於承攬契約中工作物遭大火焚燬，這些情況下皆會使債務人之給付成為「不能」。舊德國民法第 306 條規定，自始客觀給付不能的契約無效，由此而來的自始不能與嗣後不能、客觀不能與主觀不能之區分似乎是必要的。此外，還要區分全部不能與一部不能、最終不能與暫時不能，並且還要區分歸責於債務人、債權人或歸責於雙方的主觀履行不能和客觀履行不能。現今普遍認為舊德國民法第 306 條的規定是失敗的，該條規定自始客觀不能之法律效果為無效，而債務人的責任限於消極利益之損害賠償（舊德國民法第 307 條）。而且，法律上沒有關於自始主觀不能的規定，此種類型之法律效果至今仍於學術界爭論不休。在客觀不能與主觀不能之畫分上，似乎也無法準確定義這兩個概念，形成了永無止盡的區分問題，而無法提供一個令人滿意的解決方法。因為客觀不能與主觀不能的選擇不同來決定不同的法律效果，在個案上往往無法達成令人滿意的結果¹³¹。

第二款 判例法對民法典之補充

¹³¹ 朱岩 編譯，德國新債法：條文及官方解釋，中國：法律出版社，2003 年，頁 60。

積極侵害契約是德國法院藉由判例法之方式所發展出之契約責任體系。積極侵害契約涉及兩個任務：其一，雖然不存在給付不能與給付遲延之情形，但當債務人就其所負擔的債務為瑕疵給付，即非依契約之本旨履行，或者危害其他契約義務造成債權人損害，此時積極侵害契約即可發揮作用。其二，信賴契約的一方在他方根本違約可請求損害賠償或解除契約，例如當債務人正式或最終拒絕履行，或者以其他方式違反契約並影響契約進一步履行行為，則可援引積極侵害契約之制度。因此，積極侵害契約擴展了德國民法上債權人得解除契約與請求損害賠償之前提要件¹³²。

然而，瑕疵擔保請求權與積極侵害契約所生的請求權競合，在法律適用上造成許多模糊與困難。瑕疵擔保請求權與積極侵害契約在法律要件與法律效果上存在許多不同：首先，就主觀事由方面，瑕疵擔保不以出賣人有故意過失為必要，而積極侵害契約則以債務人為可歸責為限；其次，在法律效果方面，只有當標的物缺乏保證之品質或出賣人故意不告知瑕疵，出賣人才需負損害賠償責任，而積極侵害契約並無如此嚴格限制，僅須債務人可歸責即負損害賠償責任。就此而言，德國法院認為瑕疵擔保之損害賠償瑕疵損害，而不及於瑕疵結果損害，而積極侵害契約可同時賠償瑕疵損害與瑕疵結果損害；最後，二者之時效期間不同，瑕疵擔保為短期消滅時效，而積極侵害契約則適用一般消滅時效規定。

判例上對瑕疵擔保與積極侵害契約作出這些適用上之區別，此種區分亦造成許多模糊不清之處，最重要的是為何一個案件發生適用不同制度就會得到不同的結果，其區別之正當性何在，有無需要如此繁雜之規定，這些都是舊有德國民法上所出現的問題。

第三款 情事變更原則之缺乏

德國民法立法時並未將情事變更原則納入體系，20 世紀時，因為兩次大戰使

¹³² 朱岩 編譯，同上註，頁 61。

民生凋零，經濟情況大符改變，維持契約嚴守原則嚴重侵害當事人間之公平正義，帝國法院為此開始以判決方式於創造各種理論，供其他法院於未來裁判之用。這些理論包括「無期待可能性」、「法律行為基礎喪失」、「誠信原則」、「對價關係破壞」等等，使契約當事人能援引這些理論，作為免除契約責任之用，可以認為是情事變更原則在德國法之復甦。二次大戰後，德國法院採納法律行為基礎理論作為調整契約之理論依據，惟法院依誠信原則而為調整契約之行為亦遭到批評，蓋若無法律規定，法院並無權利去變動當事人的契約內容，事實上，整個法律行為基礎理論皆無法律明文規定，這也是該理論在運用上最大的困難。這些都是舊德國民法在契約責任體系所遇到之問題。

第三項 2002 年德國民法修正後之免責事由

第一款 新契約責任的概要

第一目 德國債法現代化之緣由

2002 年德國債編修正不僅係將判例之見解明文化，尚包括對於歐盟指令之轉化，但最重要之緣由在於受諸如 CISG、PECL、PICC 等國際契約法發展之影響。總合而言，德國債法現代化有兩大議題：第一、歐盟指令之轉化及其與民法典之整合；第二、給付障礙法¹³³之現代化。德國立法者企圖在不失自主性之前提下，透過債編修正與國際契約法律發展相接軌，而促成 2002 年德國債法之現代化¹³⁴。

第二目 給付障礙法之修正

德國民法修正後關於契約責任體系之特徵有三：（1）債務不履行責任與擔保責任二分法之去除；（2）義務違反作為債務不履行之統一原因；（3）債務不履行法律效果的統一。債務不履行與擔保責任二分法之去除代表廢棄了自羅馬法以來之二元化契約責任，惟德國新民法並非將二者完全的統一，而是規定買賣契約之

¹³³ 給付障礙（Leistungsstörung）為德國法上之用語，一般認為包括給付不能、給付遲延、積極侵害債權、法律行為基礎喪失與瑕疵擔保等問題，與我國之債務不履行概念並不完全相同。

¹³⁴ 陳自強，整合中之契約法，元照，2011 年 5 月，頁 7。

瑕疵擔保責任將適用債總規定之債務不履行責任。第二個特徵即義務違反作為債務不履行的統一原因，立法時存有許多意見，而以義務違反作為共同之債務不履行責任原則是各說之最小共通點，立法者遂以此來為立法。德國民法第 280 條第 1 項規定：「債務人違反債之義務，債權人得請求因此所生之損害賠償。但債務人對違反義務不具歸責事由者，不在此限。」本條是給付不能、給付遲延與不完全給付之請求權基礎，亦即本條為所有債務不履行責任之請求權基礎。這樣義務違反的概念與傳統之給付不能、給付遲延為如何之關係，存有許多議論，有認為本條規定是以義務違反之概念來包攝固有之債務不履行內容，其解釋上並無不同，另有認為本條是採取如英美法系與 CISG 相同之立法，將義務違反作為違反契約之唯一原因，而放棄向來德國法上債務不履行內容之分類。在修法過後，解釋上存有這兩種對立之見解¹³⁵。本文認為，若從德國民法國際化之角度出發，德國民法第 280 條之「義務違反」的用語，係與 CISG 中所使用之「契約義務未被履行(fail to perform any of his obligations under the contract)」之概念相呼應，因此可以認為，德國民法第 280 條之規定是要建立起一個概括性的損害賠償規範，也就是德國民法第 280 條就是債務不履行之核心請求權基礎¹³⁶。

德國民法在第一次給付義務之法律效果區別為損害賠償與解除契約，而債務不履行與義務違反之損害賠償請求權維持債務人需有歸責事由之必要，即維持過失主義。再者，可歸責之給付不能之情形，契約之清算不再依不當得利之規定，而依統一之解除規定。自始客觀不能之法律效果不再為無效，自始主觀不能之情形也不存在擔保責任，此為新法所為之規定。

德國之新契約責任體系，是為了債法之單純化與除去債務不履行之複雜性，也就是說，新法是否成功之決定性問題在於體系實際上明確、單純與無矛盾。以下分別就給付不能及法律行為基礎變更等免責事由為敘述。

¹³⁵ 半田吉信，ドイツ新債務法と民法改正，信山社，2009 年，頁 22。

¹³⁶ 蔡晶瑩，從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定的轉變，中原財經法學，第 9 期，2002 年 12 月，頁 123 至 124。

第二款 給付不能之檢討

第一目 舊法之不足

依德國民法第 241 條，債務人負有履行債務之義務。對債務人而言，如果履行債務遭受困難後，由其繼續負擔履行債務是否公平，於是產生下列兩個問題：

- (1) 何種困難是債務人必須承受，而繼續負擔給付義務？又何時債務人能免除給付義務？
- (2) 債務人免除給付義務是直接依據法律規定，還是需要債務人之行為，如提起抗辯權？

舊德國民法第 275 條¹³⁷回答了上述兩個問題，只有嗣後給付不能時，債務人始得免除給付義務。是以，給付不能即成為債務不履行規定的核心概念。同時，免除給付義務係直接依據法律規定，債務人無須主張給付不能。

舊法之主要不足表現在於其將給付不能制度作為債務不履行規定之支柱之一（另一支柱為給付遲延），並由此產生規定漏缺，而須由民法中並未規定的積極侵害債權制度加以補充。由於給付不能在實務上甚少發生，德國民法將給付不能作為債務不履行的核心，體系亦十分複雜，如何區分自始客觀不能、自始主觀不能、嗣後客觀不能與嗣後主觀不能而異其法律效果，判斷上常有疑義，也引起實務許多紛爭。同時，舊法下規定自始客觀不能之契約為無效，債務人僅負信賴利益損害賠償，但自始主觀不能契約則為有效，債務人不論有無過失，均需就履行利益負擔保責任，因為債務人就其給付之承諾默示擔保了給付可能之擔保責任¹³⁸。這種規定，體系上不只複雜，規定亦不甚完整，而有賴法院以判例補充，如積極侵害契約與法律行為基礎欠缺等制度，故有必要於債務不履行的部分作出重大改

¹³⁷ 舊德國民法第 275 條：「(1)債務人於債之關係發生後，因不可歸責於自己之事由致給付不能者，免其給付義務。(2)債務人之嗣後給付不能，視同債之關係發生後所引起之不能。」本節所引之舊德國民法係參考，國立臺灣大學法律研究所編譯，德國民法，1965 年。

¹³⁸ 黃立，德國新債法之研究，元照，2009 年，頁 109 至 110。

革，將其規定修正為簡單明瞭，達成一致性與簡化之目的，並將歷年來德國法院判例發展之制度納入法典，提高法律透明度與安全性。

第二目 給付不能作為契約免責要件

雖然學說上多所批判，但新法仍繼續保有給付不能之概念。亦即，給付不能時債務人無須提起抗辯，給付義務將自始消滅。德國民法第 275 條第 1 項規定：「給付義務對債務人及任何人皆為不能時，債務人免其給付義務。」本項規定給付不能時債務人免除給付義務，與向來德國學說對舊法之解釋並無不同。而德國民法第 275 條第 2 項與第 3 項規定之事例，考量當事人特別之利益狀態而賦予其給付拒絕權，與向來實務上以給付不能作為上位概念而正當化債務人之抗辯權的狀態，並無本質上之不同¹³⁹。

德國民法第 275 條第 1 項現今已明白將各種給付不能的種類賦予第一次給付義務之免責，意即自始不能、嗣後不能、主觀不能與客觀不能皆為相同之規定。特別是自始不能之情形，舊德國民法第 306 條已經刪除，亦即自始客觀不能之契約仍屬有效，僅發生第一次給付義務免責之事由。

CISG 雖然欠缺關於給付不能之規定，這是因為國際商業交易實際上少有給付不能之案例，但是 CISG 對於客觀不能之情形仍存在排除給付請求權之規定，與德國民法為一致之立法。PECL 第 9：102 條規定¹⁴⁰，債務之給付變成不能時，不論債務人是否可歸責，給付義務因此消滅，亦與德國民法之精神相同。

第三目 事實上不能

德國民法第 275 條第 2 項規定了事實上不能，而賦予債務人抗辯權。本條第 2

¹³⁹ 半田吉信，同前註 135，頁 60。

¹⁴⁰ PECL Article 9：102 II：「Specific performance cannot, however, be obtained where: (a) performance would be unlawful or impossible ; or (b) performance would cause the debtor unreasonable effort or expense ; or (c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship ; or (d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.」

項規定：「債務人考量債務內容與誠信原則，若其給付利益與費用顯不均衡，得拒絕給付。在決定債務人之合理給付內容時，應考量債務人對履行障礙是否為可歸責。」本條規定之事實上不能係指排除履行障礙雖屬可能，但理性之債權人也無法期待債務人會履行者。舉例而言，以戒指為特定物之買賣契約，而該戒指掉落海中，在新法下將會落入事實上不能之範疇。重要之判別標準在於依據誠信原則有無重大失衡之關係，即債務人提出之給付是否為不成比例，此項重大失衡需斟酌債權人之給付利益與債務人之支出費用，並考量債務人有無可歸責事由，若債務人為可歸責，自應承擔較高之風險，而應付出較多之努力來克服障礙。

舉德國法上討論甚多的案例，A 將某車以 10000 歐元出賣，契約締結後該車被盜，數日後該車於摩爾曼斯克（Murmansk）¹⁴¹ 發現，取回的費用為 10000 歐元，而買受人已將該車以 20000 歐元轉賣。在這個案例中，Lorenz 教授認為，通常當事人之意思為，只有在汽車存在於原處下才負有給付義務，因此上開例子出賣人為給付不能，依德國民法第 275 條第 1 項為給付免責，不生同條第 2 項的問題。與此相對，Canaris 教授認為，出賣人交付瑕疵之物時負有補正義務，故由出賣人負擔取回汽車之費用為理所當然的，而德國民法第 275 條第 2 項考量債權人之利益與債務人之負擔顯不均衡時，債務人得拒絕給付，應由此方面加以思考¹⁴²。本文認為，既然德國民法已增訂第 275 條第 2 項與第 3 項，故第 1 項之給付不能可限縮於客觀不能之情形，至於關於經濟上不能即契約當事人之給付與對待給付是否均衡，應依第 2 項加以處理，如此畫分能使體系清楚明確。從而，上開案例出賣人並非客觀上無法履行，蓋其已發現汽車於何處，而僅是增加其履行契約義務之成本，故非客觀不能，不得依德國民法第 275 條第 1 項免除給付義務，而因從同條第 2 項加以思考。考量出賣人未保管好該車，而致該車被盜，應有可歸責事由，且出賣人增加之費用 10000 歐元僅為提高一倍之成本，並非不可忍受，故應由出

¹⁴¹ 摩爾曼斯克位於俄羅斯西北沿海柯拉河口東岸，在柯拉灣內，瀕臨巴倫支海的西南側，是俄羅斯北冰洋沿岸最大的海港，是一個商港兼漁港。始建於 1916 年，為俄羅斯北方航海的重要基地。

¹⁴² 半田吉信，同前註 135，頁 62。

責人承擔此項損失，而不可依德國民法第 275 條第 2 項拒絕給付。

第四目 個人之不能

德國民法第 275 條第 3 項規定：「債務人應為個人之給付，而考量履行障害與債權人之給付利益，無法期待債務人為給付時，得拒絕給付。」本條係規定個人之不能的情形，在此規定下之債務人須親自提出給付的契約，如僱傭、承攬或委任契約。衡量此一給付所面對之障礙，與債權人之給付利益相較，不能被期待者，債務人亦得拒絕給付。例如一位歌星的小孩在加護病房醫療，當然無法期待其在此一情況登台演唱。此時與債務人有無可歸責事由無涉，也與行為基礎的變更無關，僅產生拒絕給付之阻礙性抗辯。本項是基於債務人利益，所為的比例性審查考量。德國法在此處將此一客觀上不可期待的理論，正式的納入明文的規範¹⁴³。

其實德國民法第 275 條第 1 項之規定，與第 2 項及第 3 項規定，其背後之立法精神並無重大不同，皆在於債務人不能履行或難以期待其履行契約。唯一的差別在於，在第 275 條第 1 項之情形，債務人依法就已經被免除給付義務。在第 2 項及第 3 項規定之情形，債務人必須提出阻礙性抗辯才能免責。

第五目 暫時給付不能

暫時給付不能係指在一定期間內無法提出給付之情形。對此，德國民法捨棄修正草案之內容，對此未加規範，留待學說與判決實務解決。依德國民法第 275 條第 1 項之反面解釋，債務人陷於暫時給付不能之狀態時，並不能免除其第一次給付義務，而僅生暫時不履行之抗辯。依據德國通說與判例，暫時的履行障礙指在絕對定期行為，或者在發生暫時的給付障礙時，無法預見何時可以排除此一障害，而等待對債權人無可期待，才有法律上的意義¹⁴⁴。亦即，此時可將暫時給付不能視為終局給付不能，而依一般給付不能規定來處理。

¹⁴³ 黃立，同前註 138，頁 131 至 132。

¹⁴⁴ 黃立，同前註 138，頁 132 至 133。

至於非絕對定期行為之暫時給付不能，此時仍有可能期待債務人於給付障礙排除後繼續履行，故應以給付遲延之規定處理較為適當。

第六目 給付不能的法律效果

1. 免除給付義務

依德國民法第 275 條第 1 項，給付不能之法律效果為債務人免其給付義務；而同條第 2 項與第 3 項，在事實上不能與個人之不能的情形，債務人得拒絕給付。也就是說，不論債務人是否可歸責，皆可依德國民法第 275 條免其給付義務或拒絕給付。又依德國民法第 326 條第 1 項前段，債務人免其給付義務時，其對待給付請求權亦依法喪失。亦即，給付與對待給付是互依互存，只要債務人之給付義務被免除，其對待給付也會因此喪失。

惟依德國民法第 326 條第 1 項後段：「於債務人未依債之本旨給付情形，依第 275 條第 1 項至第 3 項規定無須補行給付者，不適用前段之規定。」其立法理由在於使債務人不能依第 439 條或第 634 條規定修補或為替代給付者，並不會自動喪失對待給付，債權人可以決定，是否（1）保留有瑕疵之物並請求較少的損害賠償；（2）保留有瑕疵之物並請求減少價金；（3）解除契約並請求較多的損害賠償¹⁴⁵。

由上可知，債務人之給付不能，除其本身得免除給付義務外，亦不得請求對待給付。這些法律效果與舊法之規定並無不同。

2. 債務人之第二線責任

債務人依德國民法第 275 條為免除給付義務或拒絕給付後，僅係免除其第一次給付責任，但仍可能產生下列之第二線責任。也就是說，到底債務人是否需損害賠償責任，無法由德國民法第 275 條本身得出，該條第 4 項明文規定應適用第 280 條、第 283 條至第 285 條、第 311 條第 a 項，與第 326 條。故應從這幾條來決

¹⁴⁵ 黃立，同前註 138，頁 141 至 142。

定債務人之第二線責任為何。依德國民法第 280 條之規定，債務人為可歸責致給付不能時，需負損害賠償責任。或依德國民法第 283 條，在符合第 280 條之要件下（即債務人需可歸責），債權人得請求損害賠償以代給付。又依德國民法第 284 條，請求損害賠償代替原給付者，債權人亦得請求信賴其可受領給付所為支出，而依公平方式原得開銷者作為替代，但其目的縱無債務人之義務違反亦無法達成者，不在此限。本條係債權人請求補償無結果的費用，取代損害賠償代替給付。再依德國民法第 285 條，不論有無歸責事由，債務人應交出已取得之補償或補償請求權給債權人。是以，債務人之第二線責任可分為三種：損害賠償代替給付、請求補償無結果之費用與交出已取得之補償請求權。以下分別敘述之。

3. 損害賠償代替給付

按德國民法第 280 條第 1 項：「債務人違反債之義務，債權人得請求因此所生之損害賠償。但債務人對違反義務不具歸責事由者，不在此限。」是本條即為債權人主張損害賠償之請求權基礎，並從其但書可知，需債務人對給付不能為可歸責時，才需負損害賠償責任，就此點而言與舊法並無不同。

復按德國民法第 280 條第 3 項：「債權人僅能在構成第 281 條、第 282 條或第 283 條所規定的要件下請求以損害賠償代替給付。」所謂損害賠償代替給付是指履行利益之損害賠償，與舊法上所說不履行所生之損害賠償意義相同。之所以改採損害賠償代替給付之用語，係因新法以義務違反之上位概念取代過去強調之債務不履行，故基於損害賠償之功能性考量，也就是代替主給付義務，而稱為損害賠償代替給付，而非如舊法上之債務不履行強調賠償之層面¹⁴⁶。

而德國民法第 283 條規定：「債務人依據第 275 條第 1 項至第 3 項免其給付義務，債權人於符合第 280 條第 1 項規定下，得請求損害賠償代替給付。第 281 條第 1 項第 2 句、第 3 句及第 5 項規定準用之。」本條與同法第 280 條第 1 項之間

¹⁴⁶ 黃立，同前註 138，頁 137。

究竟為何種關係，即生問題。事實上，德國民法第 283 條並非為附加構成要件的規定，而是例外的構成要件。換言之，原則上債務人違反義務時債權人就能請求損害賠償，但債權人若欲請求履行利益之損害賠償，即所謂以損害賠償代替給付，則須符合第 283 條之規定，準用第 281 條第 1 項第 2 句及第 3 句「…如債務人曾為部分清償，債權人於部分清償對其無利益者，始得請求損害賠償代替請求全部之給付。債務人已依債之本旨清償，而其義務之違反非關重要者，債權人不得請求損害賠償代替全部之給付。…」以及第 5 款：「債權人請求損害賠償地替給付者，債務人依第 346 條至第 348 條之規定，得請求返還已為之對待給付。」也就是說，債權人請求損害賠償代替給付之請求權基礎仍為德國民法第 280 條，只是在請求損害賠償代替給付時，其損害賠償範圍須視債務人是否已清償及該清償對債權人是否有利益。當然，這樣混亂的立法方式，的確會造成閱讀上的困難，其原因在於法典上仍保留給付不能與給付遲延之區別，而分別於第 281 條至第 283 條為規定，造成一系列準用之條文規範。

4. 請求補償無結果之費用

按德國民法第 284 條：「請求損害賠償代替給付者，債權人亦得請求信賴其可受領給付所為支出，而依公平方式原得開銷者作為替代。但其目的縱無債務人之義務違反亦無法達成者，不在此限。」本條規定是基於「獲利推定原則（Rentabilitätsvermutung）」，即由生活經濟顯示，債權人通常只會在有獲利可能時才會支出費用，其所支出的費用至今會與應收到給付的利益相等，故當債權人無法證明所失利益的情況，可以主張支出費用的補償。並且，債權人請求損害賠償代替給付和請求補償無結果之費用，兩者只能擇一行之，蓋請求補償無結果之費用本來即係為保護債權人無法證明履行利益中之所失利益時所為的替代規定

¹⁴⁷。

¹⁴⁷ 黃立，同前註 138，頁 139。

本條請求權行使有兩個要件。其一，所為之費用支出必須是依公平方式原得開銷者，因此，不成比利的高額費用並不在補償之列。例如，債權人買了一匹馬，卻為了該尚未交付的馬買了一個農場，以便飼養該馬之用，此一購買農場的費用當然不屬於依公平方式原得開銷者。其二，費用支出的目的必須是因為債務人義務的違反而損失，以防止債權人就縱無債務人之義務違反亦無法達成目的之費用求償。例如，債權人與債務人訂立就某屋訂立租約後，立即訂購餐廳廚房設備，後來房屋並未交付，但該屋原本位於住宅區內，並不可能取得餐廳的設立許可，此一訂購餐廳廚房設備之費用即不能求償¹⁴⁸。

5. 交出已取得之補償請求權

按德國民法第 285 條規定：「(1) 債務人因第 275 條第 1 項至第 3 項規定無須提出給付時，就原應交付之標的取得賠償物或賠償請求權者，債權人得請求債務人交付賠償物或移轉賠償請求權。(2) 債權人如請求損害賠償以代替給付，若其行使第 1 項所定之權利者，其賠償額應扣除賠償物或賠償請求權。」本條與舊法第 281 條之規定幾乎完全相同，即債權人之代償請求權。本條之債權人代償請求權與債務人有無可歸責事由無關，不論是否債務人可歸責，而且即使債務人將物轉讓第三人取得之對價，縱然較物之價值或其對待給付為高，債權人仍得行使代償請求權¹⁴⁹。

6. 自始客觀不能之新規範

新法對自始客觀不能的規定與向來之法律規定有極大的差異。舊德國民法第 306 條規定，以不能之給付所為之契約無效，惟現今德國民法第 311a 條第 1 項規定：「債務人依第 275 條第 1 項至第 3 項規定無須給付，而給付之障害在締約時已經存在者，不影響契約之效力」，亦即，自始客觀不能之契約為有效。同條第 2 項規定：「債權人得選擇損害賠償以代替原給付，或依據第 284 條規定範圍費用之補

¹⁴⁸ 黃立，同前註 138，頁 139 至 140。

¹⁴⁹ 黃立，同前註 138，頁 140。

償。但債務人於締約時不知有給付障害而其不知並無過失者，不在此限。第 281 條第 1 項第 2 句、第 3 句及第 5 項規定準用之。」是以，債務人不能證明其不知有履行障害之基礎事實時，也就是債務人無法證明其不具歸責事由，即須負損害賠償以代給付之責任，亦即課予債務人積極利益之損害賠償責任（或德國民法第 284 條之補償費用損害賠償責任）。

首先，舊法時認為自始客觀給付不能之契約為無效，是依循法諺所云，不得強迫債務人為不可能之事，同時債務人應對債權人負損害賠償責任，隱含有債務人應擔保標的物存在之義務，一旦標的物不存在，債務人即為可歸責。惟在法律實務上，何謂自始客觀給付不能，存有許多爭議，姑且不論出賣月亮這種明顯的案例，如契約內容為製造某種技術上無法實現的裝置，如何判斷該技術是否無法實現，即產生疑問。是以，傳統判例是將自始客觀不能做最狹義的解釋，例如在權利之買賣中擔保權利真實之責任，或是買賣契約中約定之給付內容為技術上不可能之供給或製造，凡此責任皆以買賣契約中之法定擔保責任為優先規定。就此而言，舊德國民法第 306 條已逐漸被為數甚多之例外所蠶食，其理論之基礎支柱也無法完整解釋各式各樣的契約內容。從而，新法規定的最大目的在於將自始不能與嗣後不能、主觀不能與客觀不能皆等同看待，並依據各別之條件加以評價其法律效果¹⁵⁰。

債權人對自始客觀給付不能之請求權基礎為德國民法第 311a 條第 2 項¹⁵¹、第 280 條第 1 項與第 283 條。立法者對自始客觀不能作出特別之責任規定，雖然契約為有效，但依德國民法第 311a 條得不遵守該有效之給付約定。此種契約仍有效之規定內容與德國民法第 275 條第 1 項的規定並不矛盾，第 275 條第 1 項是適用於給付不能的情形，但在此不存在實際給付請求權，這代表新法表明了理論上長期

¹⁵⁰ 半田吉信，同前註 135，頁 70。

¹⁵¹ 德國民法第 311a 條第 2 項：「債權人得請求損害賠償以代給付或第 284 條所確定範圍內之支出補償。但債務人在訂立契約時不知悉給付障害且為不可歸責者，不適用之。第 281 條第 1 項第 2 句、第 3 句與第 5 款準用之。」

所承認的一種類型，即契約可以在無實際給付請求權下而存在。在此，構成了第 285 條所規定的代償請求權與第 311a 條第 2 項的損害賠償請求權的基礎。

德國民法規定第 311a 條，已超越向來之爭論，而對於自始不能與嗣後不能、主觀不能與客觀不能等標準所帶來的價值判斷的偶然性加以除去。例如已締結某車之買賣契約，而該車於契約訂立前遭小偷盜取或破壞，還是契約締結後遭小偷盜取或破壞，在現今已未有區別，直接依相同的價值判斷來決定。也就是說，德國民法第 311a 條除去此種偶然性，在無法確定給付不能之時期，無論是自始不能或嗣後不能，債務人皆可主張免責，債權人亦得請求損害賠償。就債務人而言，要主張免責必須證明其於締約時不知有給付障害，且對該不知並無過失。在此之上，給付不能若發生於契約成立之後，債務人應為知悉，且該給付不能之原因係基於契約成立前所存在者，此時必須類推適用德國民法第 311a 條第 2 項，債權人得請求損害賠償以代原給付或補償所支出之費用¹⁵²。

7. 自始主觀不能之新規範

德國民法第 311a 條同時包含自始客觀不能與自始主觀不能，因此，契約的效力與債務人責任種類，不依偶然之給付不能發生時期而有不同。自始主觀不能之事例中，與向來之法律規定相比，不再輕視過失主義，這並非是排除基於給付約定之擔保責任，而是現今認為擔保之範圍須以當事人積極之意思為必要。現今德國民法學者多數認同這樣的修法，亦即將自始主觀不能與自始客觀不能同樣處理，無論是何種情形，債務人雖然免除給付義務（德國民法第 275 條第 1 項），但契約仍屬有效（德國民法第 311a 條第 1 項），債務人於訂立契約時對給付障害事由不知悉，須由其來證明歸責事由不存在，以排除債權人請求履行利益與信賴利益之損害賠償¹⁵³。

8. 可歸責於雙方當事人之給付不能

¹⁵² 半田吉信，同前註 135，頁 72 至 73。

¹⁵³ 半田吉信，同前註 135，頁 74 至 75。

在德國新法下，可歸責於雙方當事人之給付不能可獲得明快的解決。依德國民法第 326 條第 2 項所規定：「債務人依第 275 條第 1 項至第 3 項規定之無須給付之情形，如債權人單獨承擔責任或負主要責任，或非可歸責於債務人之事由於債權人受領遲延中發生，債務人仍得請求對待給付。但債務人因無須給付而節省、取得或故意不取得之利益，應扣除之。」基此，債權人對給付不能負主要責任時，仍維持債務人之對待給付請求權，但是，其餘雙方有共同責任的情形，該如何考量雙方之責任比例，本條即未規定。

此種雙方有共同責任的情形，可以依其他法條得到明快的結論。債務人之報酬請求權，因為德國民法第 326 條第 2 項未規定此種事例，從而依同條第 1 項債務人即喪失報酬請求權。但是，作為喪失報酬請求權的代價，依德國民法第 254 條第 1 項¹⁵⁴，可以依債權人共同過失的比例縮減債權人依德國民法第 280 條第 1 項之損害賠償請求權範圍。債權人再依差額說（給付價值與報酬之差額）加以計算，於其共同過失之比例內縮減損害賠償請求權範圍。本於差額說之計算，而將所失利益由雙方當事人依比例分擔¹⁵⁵。

第四項 小結：德國法上給付不能之新規定

第一款 德國民法第 275 條

德國民法有關給付不能之規定，在 2002 年債編修正前，與我國有關給付不能之規定極為相似。而在 2002 年德國債編修正後，整個給付障礙法體系大幅改變，對給付不能之規定亦與舊法有重大不同。修正後之德國民法先去除自始不能與嗣後不能之區別，自始不能之契約仍為有效。其次，德國民法第 275 條將給付不能區分為三種情形，而賦予不同之法律效果。

¹⁵⁴ 德國民法第 254 條第 1 項：「損害之發生，被害人與有過失者，損害賠償義務及其賠償之範圍，應依當時情事而定之，即如關於損害之引起究於如何範圍內係以加害人或被害人為其主要原因，應予斟酌。」

¹⁵⁵ 半田吉信，同前註 135，頁 76 至 77。

第一目 給付義務之免除（德國民法第 275 條第 1 項¹⁵⁶）

德國民法第 275 條第 1 項所稱之給付不能包含客觀不能（任何人均無法給付）以及主觀不能（債務人個人無法給付），也就是客觀不能與主觀不能之情形下，債務人均免給付義務。

第二目 債務人拒絕給付之權利

1. 客觀不可期待性（德國民法第 275 條第 2 項¹⁵⁷）

當債務人之給付所需之費用與債權人之給付利益顯不相當時，此時債務人有權拒絕給付。如何衡量債務人對於給付之花費和力氣是否具有不可期待性，可考量下列數點：其一，債權人對於給付之利益，如由契約締結之內涵可明顯得知存在於債權人利益與回復給付能力之花費不成比例時，而且雙方能考量到這點，即存在不可期待性；其二，誠信原則；其三，造成給付困難之原因的考量，特別要注意債務人對給付困難是否具有責性¹⁵⁸。

2. 主觀不可期待性（德國民法第 275 條第 3 項¹⁵⁹）

於債務人個人不能之情形，亦即債務人須親自履行債務，債務人所面臨之給付障礙與債權人之給付利益間衡量下，對於債務人履行該給付無期待可能性時，債務人得拒絕給付。至於何種給付對債務人是可期待的，必須衡量此拒絕給付對債務人的利益，以及此給付對債權人的利益，並且要考量債務人的基本人權，如何涉及債務人的基本人權，如宗教上良心的理由，債務人亦有可能合法的拒絕給付¹⁶⁰。

¹⁵⁶ 德國民法第 275 條第 1 項：「給付義務對債務人及任何人皆為不能時，債務人免其給付義務。」

¹⁵⁷ 德國民法第 275 條第 2 項：「債務人考量債務內容與誠信原則，若其給付利益與費用顯不均衡，得拒絕給付。在決定債務人之合理給付內容時，應考量債務人對履行障礙是否為可歸責。」

¹⁵⁸ 陳彥良，論給付障礙法之新體例——以德國新修正之民法債編為中心，月旦法學雜誌，第 95 期，2003 年 4 月，頁 133。

¹⁵⁹ 德國民法第 275 條第 3 項：「債務人應為個人之給付，而考量履行障礙與債權人之給付利益，無法期待債務人為給付時，得拒絕給付。」

¹⁶⁰ 陳彥良，同前註 158，頁 135。

由上可知，修正後之德國民法分別針對給付不能與給付困難賦予不同之法律效果，給付不能為債務人給付義務之免除，給付困難為債務人得拒絕給付。而給付不能與給付困難之區別在於給付障礙之情形，如給付障礙具不能克服性，如傳統客觀不能下之自然上不能、法律上不能，即具不能克服性，債務人免給付義務；若給付障礙雖為可克服，但債務人給付債務具不可期待性，則屬給付困難之情形，債務人得拒絕給付。不可期待性又區分為客觀不可期待性與主觀不可期待性，客觀不可期待性著重於雙方當事人間給付利益之均衡，主觀不可期待性重點則為高度屬人性給付下債務人人性尊嚴之保障。

第二款 經濟上不能於德國民法修正後之定位

第一目 經濟上不能之意義

德國民法於立法時對於契約法之規定，完全採取形式的觀點。20世紀時，因為兩次大戰使民生凋零，經濟情況大符改變，維持契約嚴守原則嚴重侵害當事人間之公平正義，帝國法院為此開始以判決方式於創造各種理論，供其他法院於未來裁判之用。首先，帝國法院先創設「經濟上不能」的概念。傳統德國民法之給付不能係指自然上之不能，乃物理的、絕對的、任何人皆無法履行的不能。而帝國法院將經濟不能提升至與自然不能相同之地位，其法律效果均為債務人得免其給付義務。至於如何判斷債務人構成經濟不能，法院是以債務人之給付「無期待可能性」作為判斷標準。不過，單純標的物市場價格上揚，不能構成無期待可能性，因此出賣人不得以價格上漲為理由而主張經濟不能而要求免責，蓋若免除出賣人之供應義務，不啻將出賣人履行此項義務所受之損失轉由買受人負擔，此種約定價格與市場價格差異之風險，應該優先保障買受人之利益，因為契約之約定價格正是在排除此價格危險之用。但當價格上漲之原因是由於通貨膨脹導致金錢購買力大幅下滑，雖說債務人原則上應以其全部資力履行債務，但此項原則亦應有所限制，故帝國法院創設所謂「生存毀滅之抗辯」及「經濟廢墟」二項標準，

認為此時債務人之履行為無期待可能性，可因通貨膨脹而免責¹⁶¹。

上述以「生存毀滅之抗辯」及「經濟廢墟」作為無期待可能性之理由，可能導致法院對於有資力與窮困之債務人的差別待遇，何況債務人如無資力，本應宣告破產，而非於個案中免除其給付責任。因此決定性的因素不應在於債務人之資力，而應回歸原契約中給付與對待給付的「對價」是否遭到破壞，這種對價關係的破壞，始為債務人依誠信原則成為無期待可能性之經濟不能的理由。當然，「經濟廢墟」通常亦會發生對價關係障礙情形，但是雖未達到「生存毀滅」之程度，但債務人給付與對待給付「幾乎無法看出雙務契約本質必須存在之對價關係」時，此時債務人已無給付期待可能性，故應以給付與對待給付間之對價關係是否遭到破壞作為無期待可能性之決定標準¹⁶²。

第二目 經濟上不能與法律行為基礎理論

對於以經濟不能解決契約簽訂後履行困難的情形，碰到之困難為，一旦發生經濟不能，其法律效果只能免除債務人給付義務，但有時契約雙方當事人願意繼續履行契約，以獲得原本可得之對待給付，此種情況尤其出現在繼續性之契約關係，此時經濟不能之概念即無法解決問題。因此，德國法院轉而採取學說上之「法律行為基礎理論」，做為此類情事變更問題的裁判依據。

「法律行為基礎理論」為學者奧特曼（Paul Oertmann）所提出，氏認為「法律行為基礎為締造法律行為時，當事人一方，對於特定環境之存在或發生，所具有之預想，該預想之重要性為相對人明知且未作反對表示；或多數當事人對於特定環境之存在或發生，所具有之共同預想，且基於此種預想之上而形成為法律行為之意思者」。此即著名的「奧特曼公式」¹⁶³。當法律行為基礎不論自始欠缺或嗣後喪失，各該法律行為一概無效，似有矯枉過正之嫌，比較合理的解決方式是賦予因法律行為基礎之瑕疵而受不利益之當事人，一種消滅法律關係之可能，如解

¹⁶¹ 彭鳳至，情事變更原則之研究中、德立法、裁判、學說之比較，五南，1984年，頁106。

¹⁶² 彭鳳至，同上註，頁109至110。

¹⁶³ 彭鳳至，同上註，頁31至32。

決權或終止權。另外，法律行為基礎僅對某些特定契約內容有瑕疵時，消滅整個契約關係即有欠公允，應可承認當事人有建議變更契約內容的權力，如他方當事人拒絕，即可取得解除權或終止權，始能兼顧雙方當事人的利益。¹⁶⁴

德國法院採納「法律行為基礎理論」，以上述之「奧特曼公式」為準則，在法律行為之基礎發生障礙後，如仍令其嚴格履行原訂義務，是否無期待可能性，或對相對人而言構成權利濫用，答案為肯定時，始得獲得權利之保護。德國法院適用「法律行為基礎理論」之法律效果，是以對於既定法律義務更動最少的方式，最常見者乃保留原契約，而對其內容為「調適」，使其適應於變更後之現實環境；僅於極度必要時，始考慮終止契約或使契約無效。

在德國民法修正後，以往所謂經濟上不能之情形應如何適用？因德國民法新增訂第 313 條¹⁶⁵，即法律行為基礎喪失之明文，為德國法上情事變更原則之依據。而經濟上不能之情形，事實上即為情事變更原則之問題，故適用德國民法第 313 條由法院調整契約，較為妥適。而德國民法第 275 條第 2 項與第 313 條之法律行為基礎喪失有何不同？簡單來說，德國民法第 275 條第 2 項是針對債權人之利益，而第 313 條是在調整債務人之負擔¹⁶⁶，著重之點不同，當然，兩者是有競合之可能。

第三節 法國法之契約免責事由

第一項 契約責任體系概說

第一款 債務關係之分類

¹⁶⁴ 彭鳳至，同上註，頁 40 至 42。

¹⁶⁵ 德國民法第 313 條第 1 項規定：「已成為契約基礎之情事在契約訂立後發生重大變更，而假使雙方當事人預見到此變更即不會訂立契約或會以不同之內容訂立契約，得請求變更契約內容；但以考慮個案之全部情況，特別是約定或法定之風險分配下，維持契約內容不變，對於一方是不能合理期待者為限。」

¹⁶⁶ 陳彥良，同前註 158，頁 135。

學說上本於債務關係之目的，將債務關係分為「結果債務 (obligation de résultat)」與「手段債務 (obligation des moyens)」，此種分類亦為判例所採用。所謂結果債務，係指債務關係之目的在於確定之結果，如該結果未能實現，債務人即須負債務不履行責任。例如，鐵路公司負有將乘客安全運送至目的地之債務責任。而手段債務係指結果之實現本身並非債務關係之目的，僅是為了當事人所期待之結果發生，債務人使用所有之手段，以慎重注意之行為作為債務關係之目的。例如，醫生之醫療行為即為手段債務¹⁶⁷。

結果債務與手段債務之區別，最重要的是關於故意過失之舉證責任。在結果債務中，只要結果未實現，即推定債務人具有故意過失，與此相對，在手段債務中，原則上債務人之故意過失須由債權人舉證證明，此為兩者最大之不同。

第二款 契約免責事由之概念

法國民法第 1134 條第 1 項規定：「依法訂立之契約，對於締結契約之當事人，具有相當於法律之效力。」本條揭示了契約強制力之基本原理，而「相當於法律之效力」的文句，簡潔有力地顯示出意思自治與契約自由之原理原則。由此著名的條文可知，契約之強制力不僅對於締結契約之當事人有適用，同時亦對適用法律之法官產生拘束力，必須依契約之內容作為判斷標準。但是，這樣的契約強制力，於契約發生當事人未預想到之新事態時，是否應維持當初的履行條件，即成為問題。也因此必須討論何種事由會構成債務人免除履行契約義務之免責事由。

債務人依契約而對債權人負有給付義務，對給付義務之不履行，債權人通常不只甘於損害賠償，在可能的範圍內會盡量希望請求現實履行。當事人必須本於誠實信用原則履行契約，即使在經濟狀況變動的結果下，履行之成本增高，原則上債務人仍不能減免其負擔。但是，在這樣嚴格的原則下，卻例外承認因外來原因導致給付不能之情形，債務人得從給付義務中解放。法國民法第 1148 條是外來

¹⁶⁷ 山口俊夫，フランス債權法，財産法人東京大学出版社，1986 年，頁 5。

原因之主要規定，本條規定為：「若因不可抗力或事變，致使債務人無法履行給付、或其他特定之作為或不作為義務時，不生任何損害賠償責任。」本條列舉不可抗力（force majeure）與偶發事故（cas fortuit）作為損害賠償責任之免責條款¹⁶⁸。與此相反，在情事變更原則之承認上，法國之民事判例上則為消極之見解，不承認有情事變更原則之適用。

由上可知，法國契約責任之特性在於區分不同種類債務而有不同之契約責任，在結果債務，由於原則上推定債務人有故意過失，故債務人欲免除損害賠償責任只有在不可抗力或偶發事故時方能免責，而在手段債務，債權人則須證明債務人有故意過失，才能請求損害賠償。以下將分別對損害賠償責任中債務人之過錯（faute¹⁶⁹）、契約免責事由與情事變更原則做介紹，以求了解法國契約責任體系之全貌。

第二項 契約上債務人之過錯

債務人對於契約責任之損害賠償，依據法國民法第1147條規定：「債務人無法證明其不履行債務係因不可歸責之外來原因時，即使其非惡意，仍須對債務不履行或給付遲延負損害賠償責任。」此處債務不履行的解釋，一般認為隱含有「契約上債務人之過錯」的概念，因此，學說對於債務人過錯之舉證責任討論，遂分成「結果債務」與「手段債務」加以區別。

第一款 結果債務中過錯之推定

依法國民法第1147條，債務不履行之情形中，原則上債權人無須證明債務人之過錯，債務人之責任即被推定。亦即，債權人僅需證明債務不履行或給付遲延之事實，即可推定債務人之過錯。但是，債務人若能證明該不履行係基於不可歸責之外來原因時，即可推翻過錯之推定，而為免責。此種該當免責事由之「外來

¹⁶⁸ 山口俊夫，同上註，頁 65。

¹⁶⁹ 法國法上「過錯」（faute）之概念同時包含不法性與可歸責性，是與德國法上債務人對債務不履行之故意過失尚有不同，我國亦缺乏相當之概念，故本文直接譯為「過錯」。

原則」的典型為法國民法第1148條所稱之「不可抗力或偶發事故」。此種原則係適用於債務人對債權人約定某種特定結果實現之債務，學說上稱為結果債務¹⁷⁰。

第二款 手段債務之特殊規定

相對於上述之原則，在物之交付上，關於物之保全之債務定有特殊規定。法國民法第1137條第1項規定：「物之保全之債務，無論該債務係對當事人一方或雙方有利，債務人均應負善良管理人之注意義務。」基此，在此種債務上（例如買賣（標的物交付前）與租賃中債務人之標的物保全義務），債權人不僅對於債務不履行或給付遲延之事實須為舉證，尚須對債務人未盡善良管理人注意義務一事負舉證責任。所謂善良管理人注意義務，係指謹慎小心、達到一般人平均注意義務之程度。並且，債務人為了免責，得舉證其已盡善良管理人注意義務之程度，例如係因原因不明之火災造成標的物滅失之情形。此種特殊規定係適用於債務人對債權人提供自己所有之手段的債務關係，故不須受超過自己最大注意義務以上之債務拘束，學說上稱為手段債務。例如，醫療契約中醫師的債務，以及委任契約中受任人之債務等情形¹⁷¹。

另外，關於物之保全義務並非一律平等的適用法國民法第1137條第1項之「善良管理人注意義務」即「抽象輕過失」這樣抽象的過錯標準，於同條第2項之規定¹⁷²，某些場合會要求債務人更高之注意義務。例如使用借貸之情形，法國民法第1882條規定：「借用物因意外事故滅失時，如借用人使用其本人之物則得保證該物不會滅失者，或在其借用物與本人之物間，僅能保全一物時，借用人選擇保全自己之物者，在此情形，應對借用物之滅失負損害賠償責任。」。又於某些場合只要求債務人較低之注意義務，例如寄託之情形，法國民法第1927條規定：「受寄人對寄託物之保管，應與保管自己之物為同一之注意。」據此，在這些情形中，債

¹⁷⁰ 山口俊夫，同前註167，頁216。

¹⁷¹ 山口俊夫，同前註167，頁217。

¹⁷² 法國民法第1137條第2項：「前項義務之範圍，對於某些契約有所不同，其效果於有關各編中規定。」本節所引之法國民法條文係參考鄭正忠、朱一平、黃秋田譯，法國民法，五南，2001年。

務人之責任為「具體輕過失」責任，而非一概適用抽象輕過失責任¹⁷³。

第三項 債務人履行債務之免責事由

依法國民法第1147條規定，：「債務人無法證明其不履行債務係因不可歸責之外來原因時，即使其非惡意，仍須對債務不履行或給付遲延負損害賠償責任。」可知當債務的不履行係因不可歸責於債務人之外來原因時，除非債務人負有擔保責任，否則債務人不負契約責任。又同法第1148條進一步具體規定：「若因不可抗力或偶發事故，致使債務人無法履行給付、或其他特定之作為或不作為義務時，不生任何損害賠償責任。」故第1147條所謂之「外來原因」，在第1148條被具體化為不可抗力或偶發事故，一旦出現不可抗力或偶發事故，債務人即可免除契約責任。

由上可知，不可抗力與偶發事故是債務人履行義務之免責事由，但第1147條所謂之外來原因不只包括不可抗力與偶發事故，還包括債權人或第三人造成債務不履行，以及免責約款等等。以下將分別對此三種類型，依序敘述之：

第一款 法定免責事由：不可抗力與偶發事故

第一目 不可抗力之要件

法國民法第1148條所稱之不可抗力與偶發事故係屬該當同法第1147條契約免責事由之「外來原因」，而推翻債務人過錯之推定，無須負損害賠償責任。不可抗力與偶發事故這兩個概念，一般認為是相同的東西，無法區分。而要構成不可抗力與偶發事故，須具備幾個要件：

1. 債務人對事件之發生不具故意過失關係

不可抗力之特點即在於排除過失的概念，捨棄以債務人主觀之故意過失來作為否免責之判斷。

¹⁷³ 山口俊夫，同前註167，頁217。

2. 事件為無法迴避 (inévitable) 且不可預見 (imprévisibilité)

不可抗力之事件必須為債務人無法迴避且為其訂立契約時不可能預見。所謂事件無法迴避，係指債務人採取合理措施仍無法避免結果之發生，亦即該事件之結果為債務人無法改變。並且該事件應為債務人不可預見，而無法合理事先分配風險，如果致使債務不能履行的事件為債務人早已預見，債務人即應採取相當之避險手段，平衡契約當事人間之利益，而不得主張不可抗力而免責。

3. 事件具不可抵禦性 (irrésistibilité)

所謂不可抵禦性係該事件為債務人難以克服之障害可能，單純履行困難或成本提高並不該當。換言之，不可抗力須為人力所不可能抵禦的事件，若該事件有被克服的可能，即使該事件的發生為契約履行困難或使債務人履行義務的費用增加，亦不構成不可抗力。例如，由於港口因冰雪封閉，造成承運人無法以船舶運送貨物，惟承運人可改採空運之方式運送貨物，即使承運人之費用會因此增加，仍不構成不可抗力。也就是說，支付費用的不可抗力客觀上是不存在的。但是，如果所發生的事件係債務人不可克服的事件，則其可免除不履行契約的全部責任。例如，一場火災將工廠全部摧毀，雇主可因此免除向被解雇的工人支付賠償費的責任。亦即，不可抗力的不可抵禦性具有絕對性，而非相對性¹⁷⁴。

4. 事件為外在性 (extériorité)

不可抗力的事件必須是債務人自身原因以外的事件，否則債務人不能免除責任。所謂債務人「自身」，不僅包括債務人，也包括債務人為履行契約而僱傭的人。例如，企業主不得以人員、原材料或技術的缺乏為由而主張免除契約

¹⁷⁴ 尹田，法國現代契約法，五南，1999年，頁354。

責任¹⁷⁵。

第二目 不可抗力之法律效果

不可抗力為法定免責事由，原則上債務人將從債務中解放，不負任何損害賠償責任，此為法國民法第 1148 條所示。但是，此原則亦有例外，債務人對偶發事故的結果須為自己負擔之情形（例如法國民法第 1772 條：「承租人得依租約條款之明文規定，對意外事故負擔責任」），以及債務人陷於遲延之狀態（法國民法第 1138 條第 2 項¹⁷⁶），此時不可抗力對債務人不生免責之效果¹⁷⁷。

第二款 債權人或第三人造成債務不履行

第一目 債權人造成債務不履行

如果債務不履行係因債權人的原因而引起，則構成債務人的免責事由。例如，貨物運輸契約中，如果貨損係由託運人包裝不當而引起；或旅客運輸契約中，旅客的傷害係因旅客自己不謹慎而引起，運送人均不負任何責任。

因債權人之原因導致債務不履行時，無需具備不可抗力之要件，債務人即可免責。債權人本身對造成債務不履行之原因主觀上是否具有故意過失，在所不論，例如，當託運的貨物因貨物本身的缺陷而毀損時，無論託運人對此有無過失，運送人均不承擔損害賠償責任。至於債務人之免責範圍可以是全部責任，也可以是部分責任，須依具體情況而定。若債權人和債務人對於債務不履行均有過失，則根據債權人過失的嚴重程度，債務人僅得部分免責¹⁷⁸。

第二目 第三人造成債務不履行

¹⁷⁵ 尹田，同上註，頁 355。

¹⁷⁶ 法國民法第 1138 條第 2 項：「自該物應交付之時起，即使尚未實際進行物之交付，債權人已成為物之所有人並由其負擔物之風險，但債務人遲延給付者，不在此限。於此情形，物之風險仍由債務人負擔。」

¹⁷⁷ 山口俊夫，同前註 167，頁 221。

¹⁷⁸ 尹田，同前註 174，頁 356。

如果第三人造成之債務不履行具有不可預見性與不可抵禦性，債務人對之也無擔保責任，則同樣構成債務人之免責事由。事實上，第三人的原因也應屬於不可抗力的一種。但是，債務人之代理人、使用人所為之行為，雖然也屬第三人，與不可抗力呈現同一性格，但代理人與使用人係為債務人之利益而為履行債務，債務人享受利益之餘，亦應承擔其所帶來的風險，而不可將其視為不可抗力，故此時應排除不可抗力之適用，而不能主張免責。例如，法國民法第 1735 條承租人責任¹⁷⁹與第 1953 條場所主人責任¹⁸⁰，即為適例。

第三款 免責約款

免責約款於法國民法典中未規定，惟依照判例見解，雖然關於侵權行為之免責約款與責任減輕之特約會因違反公序良俗而無效，但於契約責任中之免責約款原則上是有效的。是以，若當事人於契約中定有免責約款，於不履行之事由發生時，若符合免責約款之內容，債務人可據此而為免責，無須負損害賠償責任。

然而，免責約款也有例外視為無效的情形，舉例如下¹⁸¹：

1. 故意行為與被視同故意的重大過失行為之免責約款，將會被論為違反公序良俗與法國民法第 1174 條之規定而無效¹⁸²。
2. 關於人身損害之免責約款，如果是關於醫療契約、旅客運送契約、危險性活動與運動訓練之契約，其有效性學說上議論紛紛，判例上也見許多躊躇猶豫之處，而多數說傾向認定為無效。舉例而言，醫師與病患間不能訂立對診察與手術失誤之免責約款。另外，旅客運送契約是依據特別法來規制免責約款，將約定賠償責任數額低於法定限度之約款視為無效。

¹⁷⁹ 法國民法第 1735 條：「承租人對因其房屋內之人或轉租人所引起之損壞或滅失，負損害賠償責任。」

¹⁸⁰ 法國民法第 1953 條第 1 項：「如此種物品被偷盜或有損失，無論係由旅館或飯店之傭人、工作人員所為，還是由出入旅館或飯店之其他人所為，旅館或飯店主人均應對此負責。」

¹⁸¹ 山口俊夫，同前註 167，頁 221 至 222。

¹⁸² 法國民法第 1174 條：「凡是按負擔債務之一方當事人之任意條件而締結之債，無效。」

3. 特定契約類型也可能依特別法來規制免責約款。例如，商品運送契約依法國商法典第 103 條認為責任限定約款是有效的，但完全性免責約款是無效的。旅館住宿契約依法國民法 1953 條第 2 項與第 3 項¹⁸³，關於旅館內旅客之物品失竊與毀損的完全性免責約款是無效的。還有勞動契約，禁止受僱人事前放對雇主不當解雇之損害賠償請求權。此些皆是免責約款之特別規定，目的在保護不同契約類型中弱勢之一方，避免因免責約款而喪失其法律上權利。

第四項 不預見理論 (théorie de l' imprévision)

第一款 法國行政法院之不預見理論

基於契約之強制力，即使發生契約締結時當事人未預想到之新事態，究竟仍應嚴格維持當初的履行條件，還是當事人得以情事變更為理由主張變更契約內容，即成為問題。對於此問題之討論與契約變更可能性，「不預見理論」持肯定見解，我國關於此問題之討論則為情事變更原則之議題。

法國法中，行政法院對行政契約一般認為適用不預見理論，成為行政契約之一個特性。行政法院對不預見理論之容認可見於關於公共事務之委任契約履行。例如 1916 年 3 月 30 日之 Gaz de Bordeaux 事件，因為戰爭使瓦斯之製造成本提高，受委託負擔波爾多市 (Bordeaux) 照明之企業公司其經濟赤字大幅增加，本於公共事務之繼續性為理由，法國行政法院判決命波爾多市應支付契約未約定之補償金。除此之外，還有許多類似的判決，皆為法院行政法院採納¹⁸⁴。

相對於此，民事契約中，英美法院依法國民法第 1134 條而嚴格維持契約強制性之原則，不承認情事變更之主張，自法國最高法院 1876 年 3 月 6 日 canal de Craponne 事件以來，此立場即未改變。canal de Craponne 事件為關於灌溉運河

¹⁸³ 法國民法第 1953 條第 2 項：「寄託至旅館或飯店主人手中之任何性質之物件，於被偷盜或受毀損之情形，或旅館與飯店主人無正當理由，而拒絕接受寄存此物品時，旅館主人負全部賠償責任，任何相反之條款約定，均無效。」

¹⁸⁴ 山口俊夫，同前註 167，頁 65。

之利用，原告以 16 世紀所定之使用費用對運河建設公司現今維持運河使用之費用已顯然不均衡為理由，請求改定使用費用，Aix 上訴法院之判決雖然承認原告得改定使用費用，然而該判決遭法國最高法院廢棄，其理由為法院並不具有變更基於當事人自由合意決定之內容的權限¹⁸⁵。

第二款 不預見理論之爭議

關於不預見理論之討論，肯定說認為契約應本於誠實信用而履行，情事變更之主張與契約衡平及公平正義相符，應予容許；否定說則認為，發生之事件若不屬於不可抗力，即不得容認契約之變更，即使債務人之負擔加大仍必須履行契約，此為契約制度之本質，以衡平與正義為由創造契約拘束力之例外，對交易安全將造成危害，不應准許。肯定說與否定說兩派論點僵持不下，時至今日，這樣的爭論逐漸沉靜下來，有力說一致的支持判例之立場，即否定於民事契約中有不預見理論之適用，另一方面，若發生新事態致廣泛契約經濟之顛覆，在考量社會一般利益之情形，要對契約關係作系統性之變更並非法院之任務，而是立法者之任務，從而，法院不應於個案中作契約內容之變更¹⁸⁶。

因此，實際上發生有必要系統性的變更契約關係之事態時，立法者即以一連串之措施加以介入，故學說上關於不預見理論之爭議即歸於沉靜。是以，第一次世界大戰與第二次世界大戰後，關於租金與租賃期間變更之多數法律、營業財產之交易價格變更之法律、終身定期金之增額等一連串之法律，即為立法者為契約內容作出之調整。另外，對於法官而言，立法者賦予法官得審酌債務人之情事、經濟狀況、約款性質等而為契約變更之權限，而且這些措施係於民法典規定本身作出修正，是以對法官而言，契約強制力的效果獲得緩和。例如法國民法第 1244 條之 1（1985 年 10 月 11 日修正）¹⁸⁷，法官得斟酌債務人經濟上之情事而賦予其 2

¹⁸⁵ 山口俊夫，同前註 167，頁 65。

¹⁸⁶ 山口俊夫，同前註 167，頁 66。

¹⁸⁷ 法國民法第 1244 條之 1 第 1 項：「但法官考慮債務人之狀況及債權人之需要，得判令延期或分期清償所欠之款項，其期間不得逾二年。」

年猶豫期間之救濟。又如法國民法第 1152 條第 2 項¹⁸⁸（1975 年 7 月 9 日修正），當事人間約定之違約金條款，如明顯過大或過小時，法院得變更違約金數額。當然，對於法官而言，適用當事人之合意之契約是其義務，在適用契約之時，契約之解釋亦應尊重當事人之意思，即探求當事人共通之意圖，並依善意、誠信原則與衡平之概念來解釋當事人之意圖，故法院在依職權變更契約內容時，亦應考量上開契約解釋之原則，儘量尊重當事人真意，於極例外時方予以介入¹⁸⁹。



¹⁸⁸ 法國民法第 1152 條第 2 項：「但在原約定之數額明顯過高或過低時，法官得依職權，減少或增加此種違約金之數額。任何相反之條款規定，均視為未訂立。」

¹⁸⁹ 山口俊夫，同前註 167，頁 63 至 64；77 至 78。

第四章 國際契約法關於免責事由規定

第一節 國際契約法之整合趨勢

第一項 國際化的世紀

二十世紀以來，隨著科技之進步，世界各地交流日漸頻繁，貿易國際化帶來的問題是，如何以最有效率之方式進行貿易，這也導致國際契約法顯著之改變。由於各國國內法之歧異，加上複雜的選法規則，造成國際貿易適用上的不便以及不安定，因此，各國法學家們想從各國契約法中，歸納出原則性之規定，整合成國際契約法之規範性規定，以利日後國際貿易之適用。

傳統上，國家之主權顯現於法律之適用，這導致統一契約法之可能性被排除，蓋國家並不會放棄自己的主權而主動適用外國法，除非符合國際私法上之選法規則，此規則亦建立於平等互惠原則上，並非當然如此。統一之國家與法律不被接受，有許多原因，包括歷史上或現今存在於國家間的不和諧，或是法體系制度的不同（例如大陸法系與英美法系）。就此而言，雖然一般認為如果只有一個法律與司法權來處理國際交易之案件，將會降低法律上之風險與成本，但要建立起一個統一的司法權可能永遠無法達成。因此，唯一的可能性便是建立統一的契約法，適用於全部或大部分的內國法院，才能達到上述效果。另一個方法是建立公約，對於加入公約並將公約納入內國法之國家，同樣可以達到相同的效果¹⁹⁰。是以，統一之契約法或國際公約便是法學家努力之目標。

第二項 契約法整合

第一款 結論之整合

契約法之整合可以從二個面向來看，結論之整合與法源之整合。結論之整合

¹⁹⁰ See BRUNO ZELLER, CISG AND THE UNIFICATION OF INTERNATIONAL TRADE LAW, pp.1-2 (2007).

係適用法律之結論能有一致性，在法律適用上具有安定性與可預測性，這是普遍之期望。安定性與可預測性通常意味著「一個爭議，一個答案」，但契約法之適用結果卻常常無法達到這個理想狀態。只要爭議進入訴訟程序，由不同人來適用法律，結論常常會不同。原因在於即使是最精心規劃之法律公式，也無法適切地針對每一種情形作出規劃，而必須保留裁量空間予法律適用者，是以，在法律實務上無法達成完全的安定性與可預測性¹⁹¹。於是，吾人只能追求法律要件與效果之一致性，努力在要件上規定更為清楚明確，盡量達到法律適用之安定性與可預測性，契約法之整合就是在將各法系對於契約法之規範整理出原理原則，以相同之原理原則適用於不同之案件上，來追求判決之一致性。

第二款 法源之整合

法源之整合係指有一部統一之法典，來規範全世界之商業交易行為。惟要透過內國法之立法或修法來達成統一之法典，無異於緣木求魚，先不論法體系之不同，歷史文化之差異更使得各國有不同之法律背景，民族國家之興起，主權之概念為各國所堅持不肯輕易讓渡，統一之法典代表同一之主權，此是各國所不能接受的。雖然歐盟（European Union, EU）努力想要制定歐洲統一之法典，但目前尚未成功，所制定之法律整合仍仰賴各國透過立法程序將其轉換為內國法，或是本於契約自由原則由交易當事人自行援用，無法稱為統一之法典，可見其達成之不易。

第三款 國際法律統一文件

相對於以具有拘束力之內國法作為法律整合之方式，以國際法律統一文件（international uniform law instruments）來進行，毋寧是較為容易的方法。所謂國際法律統一文件，不限於具有國際法效力之條約、公約或各種型態的國際協定，更包括不具有國際法效力之模範契約、契約法原則等。全球化之法律整合，

¹⁹¹ See MAREN HEIDEMANN, METHODOLOGY OF UNIFORM CONTRACT LAW, pp.40-41 (2006).

透過約定、契約解釋或商事習慣之適用，使國際法律統一文件具有法律規範之效力，在實際適用上達成法律整合之效果¹⁹²。此種國際法律統一文件，在契約法之整合上，主要有三：CISG、PECL 與 PICC。其中，CISG 是各國簽署之國際公約，而 PECL 與 PICC 則純粹屬於不具國際法主體地位之私人組織所制定，如 PECL 是由歐盟契約法委員會所制定，PICC 則是國際統一私法協會所出版。此三大國際契約法統一文件，雖然各自為不同之機構所制定，且訴求的對象有所不同，如 CISG 與 PICC 之訴求對象為世界商事交易之參與者、商事交易紛爭之解決者及世界各國之立法者，PECL 之訴求對象則為歐盟機構與歐盟各國立法者，但實際上具體內容之差異相當有限，許多地方甚至完全相同。並且，三者均有志一同繼受 CISG 之某些法律原則，可知基本法律原則與契約當事人主體為商人（企業經濟者）或消費者無關，而為世界多數契約法學界、法官，甚至交易當事人及其他利害關係人對契約基本法理及基本共識原則之表現，以此最大公約數為基礎建構出世界契約法主流¹⁹³。

德國 2002 年債法現代化之重要使命之一，在歐盟關於消費者指令之轉化及給付障害之現代化，此係直接或間接受到 CISG 之影響。又日本 2006 年由內田貴教授設立之「民法（債權法）改正檢討委員會」所提出之「債權法改正の基本方針」，在提案要旨上不斷引用 CISG 之規定，可知其欲以世界契約法接軌之立法目的。本文意在探討契約中有關給付不能與契約免責之相關規定，以下將先討論 CISG 就此部分之規定，再討論 PECL 與 PICC，以了解目前世界契約法整合之趨勢為何，以供我國未來民法修正與解釋之用。

第二節 聯合國商品買賣公約

第一項 背景介紹

¹⁹² 陳自強，整合中之歐盟契約法，月旦法學雜誌第 181 期，2010 年 6 月，頁 114 至 115。

¹⁹³ 陳自強，同上註，頁 130 至 131。

第一款 起源

CISG 現今已獲得世界上普遍之接受，自 1988 年 1 月生效以來，由原先之 64 國，至 2010 年 6 月已增加至 76 國，鄰近之中國大陸與日本皆為 CISG 之會員國¹⁹⁴。CISG 是由聯合國國際貿易法委員會（United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL）所制定，並於 1980 年於維也納簽署，所以有時也被稱為維也納公約（Vienna Convention）。經由多國完成簽署後，於 1988 年 1 月正式生效。因為 CISG 被多數國家接受，範圍橫跨不同地理區域、不同經濟社會發展、與不同法體系之國家，被譽為是最成功的契約法整合公約¹⁹⁵。

第二款 立法目的

只有衡平之契約法，對於任何經濟政策色彩保持中立，才能成為各國所接受之公約，而促進國際貿易之進行。CISG 正是在此立場下之產物，即使是發展中國家之人民作為國際交易之買受人或出賣人，也該賦予其合理之權利義務，以中立之規則規範交易當事人，如此方能達成法律之安定性。是以，會員國在協商時特別強調要達成買受人與出賣人間之衡平，在個案中如果條文規定無法達成這個要求時，可以透過解釋之方式（第 7 條¹⁹⁶），或是以契約排除 CISG 條文之適用，依契約自由原則自行以契約條款來規範雙方當事人（第 6 條¹⁹⁷）¹⁹⁸。

¹⁹⁴ 日本是 2008 年 7 月成為 CISG 之會員國，各會員國之資料參見 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html，最後瀏覽日期：2011 年 4 月 30 日。

¹⁹⁵ See JOHN FELEMEGAS, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*, PACE REVIEW OF THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), p115 (2000).

¹⁹⁶ CISG Article 7 : 「(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.」

¹⁹⁷ CISG Article 6 : 「The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.」

¹⁹⁸ See PETER SCHLECHTRIEM & INGBORG SCHWENZER, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), Second (English) Edition, p.13 (2005).

經由衡平之立法方式，CISG 被認為有助於消除國際間交易之障害與促進其發展。這樣的立法目的雖然只具有宣示性意義，促進各國接受契約法之整合，但如個案中契約內容被認為嚴重違反 CISG 之精神，則可利用第 7 條第 1 項誠信原則之概念加以解釋，或為漏洞填補，這是立法目的在個案中之具體實踐。

第二項 CISG 對於免責事由之規定

第一款 CISG 第 79 條

CISG 第 79 條是對當事人因不可控制之障害至履行不能時的免責事由之規定，與其相對應之概念為不可抗力（force majeure）、契約頓挫（frustration）、給付不能（impossibility）與商業上實現不能（commercial impracticability）等。更精確的說，CISG 第 45 條第 1 項第 b 款¹⁹⁹與第 61 條第 1 項第 b 款²⁰⁰是規定當事人於他方不履行時請求損害賠償，然而，如果符合第 79 條之免責事由，無論是出賣人或買受人，不履行之一方皆無需負損害賠償責任。

CISG 第 79 條第 1 項規定為：「債務人如能證明不履行債務係因其所不能控制之障害，且該障害於訂立契約時無法合理預見而事先加以考量，或避免或克服障害或其結果，債務人對於不履行為不可歸責。²⁰¹」也就是說，債務人要對其不履行之損害賠償獲得免責，必須證明以下三點：

1. 不履行是歸因於不能控制之障害。
2. 債務人於訂立契約時無法合理預見該障害。

¹⁹⁹ CISG Article 45 : 「(1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may: (a) exercise the rights provided in articles 46 to 52; (b) claim damages as provided in articles 74 to 77.」

²⁰⁰ CISG Article 61 : 「(1) If the buyer fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the seller may: (a) exercise the rights provided in articles 62 to 65; (b) claim damages as provided in articles 74 to 77.」

²⁰¹ CISG Article 79 : 「(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.」

3. 一旦障害發生，債務人不能合理避免或克服其結果。

就上述而言，可以簡單歸納出三項要素：控制力、預見可能性與不可避免性，即為 CISG 第 79 條免責事由的判斷標準。

第二款 CISG 第 79 條要件之檢驗

債務人之不履行要依第 79 條免責，必須該不履行之障害事由是超越其控制、不可預見與不可避免。並且，該障害事由是不履行之原因。以下分別檢驗其要件。

第一目 障害存在 (Existence of an impediment)

CISG 第 79 條的障害事由概念是由契約中的免責條款而來，定義上傾向限縮與客觀之解釋。只有逾越債務人責任之客觀環境情事才能被視為第 79 條規定之障害，而且如 Honnold 教授所言，「要洗淨內心中來自內國法傳統之預設，以全新的角度來看第 79 條之規定在國際交易上之適用與需求。²⁰²」

免責的障害事由可能存在於契約成立前或是契約成立後，惟第 79 條的障害之概念，不限於嗣後障害。即使將當事人之利益納入考量，自始障害與嗣後障害在免責事由上沒有理由要為區別對待。契約成立時債務人保證要履行契約者，則債務人不可因嗣後障害而免責，然而，在缺乏特定保證下，債權人不能預期債務人必定會絕對履行契約內容，如果在訂立契約時存有債務人無法合理預期或無法克服之障害，例如商品不存在或本身之瑕疵，債務人應得免責。但若債務人於契約成立時已知悉障害存在，債務人之承諾將被視為履行契約之保證，而不得免責²⁰³。

就此而言，第 79 條可適用於買賣契約訂立時商品已不存在的情形。這樣的適用方法並不遵守「不能之契約為無效 (impossibilium nulla obligation est)」的法諺，而將契約標的自始不存在之情形亦視其契約為有效，而後法官或仲裁人再依據第 79 條來決定債務人是否免責。法官或仲裁人在適用第 79 條時，應嘗試

²⁰² See JOHN O. HONNOLD, *UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES*, p.476 (1999).

²⁰³ See PETER SCHLECHTRIEM & INGBORG SCHWENZER, *supra* note 198, p.813.

解釋當事人之締約意圖，並決定當事人在契約標的不存在下是否希望契約仍為有效。同時，在解釋時依第 7 條之規定，應以誠實信用原則作為解釋之最高指導方針，使不同法系之國家在適用上能盡量達到一致性之結論。

第二目 障害為不可控制 (Impediments beyond control)

障害事由必須是屬於債務人不可控制之範圍，換言之，第 79 條之規定是奠基在債務人僅在其可控制之範圍內為可歸責。因為在客觀可控制之範圍內，債務人方可被期待以適當之手段或方式來避免障害之發生。債務人不可控制之障害，通常為外在事件，例如自然災害（洪水、地震、颱風、火災、雷擊、乾旱、嚴寒等）、社會或政治情事（戰爭、革命、暴動、政變、總罷工等）、法律上之障害（商品被扣押、禁運、進口或出口之限制等）以及其他類型之障害（載運船舶毀損、運輸或儲藏之物遭竊盜或搶劫、大規模能源供應中斷等）。上述之任何事件會導致（1）催毀出賣人之經營場所或工廠；（2）阻止出賣人或運送人交付貨物與買受人或其代理商；（3）造成商品全部或部分之損害；（4）阻止買受人支付價金²⁰⁴。

然而，這些事件不當然構成第 79 條的履行障害，是否為履行障害需視個案中情形而定。例如，出賣人之經營場所被火焚燬，如出賣人未具備基本之預防措施來防備火災，將不能解除其交付商品之責任。因為若出賣人採取適當之措施即可避免，則火災是屬於出賣人之控制範圍內。

此外，債務人個人之義務與承擔之風險不被視為第 79 條的履行障害。因此，商業虧損、個人不具備能力、公司清算或破產、未能保留必要之人員、債務人之疾病、死亡或遭逮捕、出賣人之供應商未能提供原物料、罷工導致工廠內部之之對抗（惟總罷工應視為履行障害）、或原物料價格之上漲，皆不能使債務人免除履行債務之責任。其中，當事人常爭執出賣人之供應商的不履行或遲延履行是否為

²⁰⁴ See DIONYSIOS P. FLAMBOURAS, *The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis*, PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW, p. 267 (2001).

第 79 條的履行障害，就這點而言，法院、仲裁法院與學者一致認為此風險應該由出賣人承擔，尤其是在種類物買賣契約時。惟出賣人毋庸承擔國際市場上原物料或商品不能供應之風險，例如某特定之石油僅於伊拉克生產，因為國際上之禁運而無法取得，出賣人不需承擔此種風險，而仍得主張免責²⁰⁵。

第三目 不可預見 (Unforeseeability)

第三個要件為不可預見，在此要件中，預見可能性的判斷標準是非常彈性的。許多內國法均採取類似相同的概念，如果障害事由是可預見的，在沒有契約條款約定下，違約之一方當事人因為得知悉而被視為承擔此風險。如果抽象地思考，似乎幾乎所有的事件都是可預見的，但以此方式來理解第 79 條是錯誤的。本條文顯示了契約之風險分配，即以「合理預見 (reasonable foreseeability)」作為判斷標準。也就是說，在訂立契約的實際情況下，何者是債務人應該事先預見存在或嗣後發生之障害事由。

預見可能性必須以契約成立時來評價，判斷債務人是否應合理預見障害事由實際發生的可能性。因此，法官或仲裁人不應過度關心「預見各種災難之悲觀主義者」或是「從未預見不幸事件的堅決樂觀主義者」。然而，在判斷預見可能性時，其他環境情事亦應被考量，如契約存續期間（愈長的存續期間，契約當事人愈不可能預見可能發生的障害），或是國際市場上商品價格之上下波動，或是在契約訂立時障害事由之早期徵兆已明顯發生。舉例而言，1987 年 8 月 20 日，出賣人同意出售 8000 噸之鋼鐵予買受人，並賦予買受人在 1987 年 12 月 15 日前以相同價格另外購買 80000 噸鋼鐵的選擇權。買受人於 1987 年 11 月 26 日行使選擇權，但出賣人拒絕以原來價格交付額外數量的鋼鐵。因為鋼鐵之價格上漲，買受人遭受損害，嗣後對出賣人請求損害賠償。出賣人主張因為鋼鐵價格上漲是不可避免的事件而得免除其責任。仲裁人雖然未直接適用 CISG 之條文，但分析相關規定後否決出賣人之主張。理由在於出賣人應該預測到鋼鐵價格的上漲，因為這樣的上漲在

²⁰⁵ *ibid* at 268.

國際鋼鐵市場上是很常見的。此外，在契約訂立時鋼鐵的價格已經開始上漲，出賣人可以於契約內訂立價格調整條款或再協商條款來保護自己²⁰⁶。

第四目 不可避免 (Unavoidability)

即使是不可預見的障害，但要使不履行之債務人免責，只有在債務人能證明其無法避免障害，或採取合理措施克服其結果發生。就此而言，在國際交易上要適用免責規定是非常嚴格的。在這個觀點下，債務人被期待要以克服障害事由來履行契約，即使這樣的結果會增加債務人大量的成本支出並迫使其承受商業上之損失。是以，債務人基本上要以其他可能之替代方法來運送貨物，即使會導致高額之成本。例如蘇伊士運河案中，法院認為因為蘇伊士運河的關閉而經由好望角來運送，並不是「商業上的重大不同」，債務人得合理預見該履行方式²⁰⁷。本案在此看來，可以認為因為仍有透過好望角運送之路徑，故蘇伊士運河關閉造成運輸之障害並非不可避免，債務人並不能因此免責。

不可避免之情形包括「絕對不能」與「經濟不能」二種情形，只是在經濟不能上應該以經濟上之觀點來看其有效性，依各案情形，債務人應提供商業上合理之替代方案以求達到同樣履行契約之目的。再此，理性之人再一次成為判斷標準。不過，問題是在如何區別「絕對不能」與「經濟不能（導致履行嚴重艱難）」，個案分析仍是有必要的。如上述蘇伊士運河案，雖然經由好望角之運輸成本高達二倍以上，英國法院仍認為不適用契約頓挫原則，也就是並非導致債務人履行嚴重困難，而與原本之契約履行沒有重大不同，即係以經濟上之觀點來為審查。

第五目 不履行之因果關係 (Causality for non-performance)

第 79 條的免責事由是預設一個不可預見且不可克服的障害作為履行不能的唯一原因。但是，如果同時有其他原因導致履行不能，例如由於瑕疵包裝使商品在

²⁰⁶ ICC Arbitration Case No. 6281/1989.

²⁰⁷ Tsalirolou & Co Ltd v. Noble Thorl GmbH [1962] AC 93.

不可預見之自然災禍中遺失，債務人係屬可歸責。當履行不能是數個事件結合起來之結果，其中至少某些事件為債務人可預見或避免者，債務人應不得免責。同樣地，因為債務人交付遲延，嗣後發生障害事由致履行不能，債務人亦不能主張免責²⁰⁸。

第三項 契約免責條款：不可抗力與艱難情形條款

CISG 第 79 條之適用有時會被全部或部分排除，因為國際貿易上之契約當事人通常具有經驗並知悉風險於何處存在，故他們可能會於契約中加入特殊條款，或使用定型化契約來面對各別交易。在這樣的契約中可能會看到不可抗力或艱難情形條款。不可抗力條款係規範未來發生超過當事人控制力之事件並造成當事人暫時或永久無法履行契約，例如不可抗力事件、禁運或出口、進口限制等，在這些事件發生時是否能使債務人免除其債務。不可抗力條款會在不可抗力之情事發生時提供債務人免責之效力。另一方面，艱難情形條款嘗試預測並處理不可預見之情事重大改變契約之均衡的事件，例如嚴重之經濟負擔危及當事人本身，或是重大貨幣貶值之事件發生。這樣的條款會以契約之整體設定參數，作為契約再協商之標準。

不可抗力條款通常用於一次性之買賣契約，契約當事人之義務為交付貨物與給付價金。在這種情形，各種解約事由會列舉於不可抗力條款中。另一方面，在繼續性契約中絕對地適用契約嚴守原則看起來過於嚴厲，蓋可能因為不可預測或不可避免的事件導致履行契約義務過於困難或不公平，而使契約之信賴關係消失。是以，於繼續性契約關係加入艱難情形條款通常是必要的²⁰⁹。

第四項 CISG 第 79 條之檢討

第一款 免責事由與履行請求權

²⁰⁸ See PETER SCHLECHTRIEM & INGEBORG SCHWENZER, *supra* note 198, pp.818-19.

²⁰⁹ See DIONYSIOS P. FLAMBOURAS, *supra* note 204, p.284.

第79條之法律效果為免除債務人損害賠償之義務，而到底債權人得否繼續請求履行契約義務，則有疑問。依本條第5項：「本條規定不妨礙任何一方行使本公約規定損害賠償以外的任何權利。」就此可知，債權人原則上得繼續請求履行契約義務。然而，這樣的解決方法在履行請求權已不可能、或履行之標的物已不存在（例如商品已毀損）、或履行會造成過度嚴苛之花費（例如商品沉落於大海，打撈工作需花費極高之費用），如果債權人仍能請求履行契約，似有不妥。因此，在這樣極端的情形應該採取目的性解釋，於無法期待債務人履行義務之情形下，承認某些「犧牲的限制」。舉例而言，出賣人約定給付一定數量的化學原料，此為買賣契約之標的，但因為該化學原料之禁止使用與處罰規定，影響了相關之交易，在這個情形下，雖然依第79條第5項買受人得請求出賣人交付約定數量的化學原料，但是本於目的性解釋第46條第1項，買受人應不得向出賣人請求給付貨物，因為這樣的履行行為會使出賣人違反禁止規定，並承擔罰金或喪失執照的風險。這樣的解釋方式是與英國法相同的，亦即，在缺乏契約明示條款規定當事人對此事之權利義務時，因為禁止規定之結果會使履行變成給付不能或違反當地法律，買賣契約將被視為契約解消。當然，當契約未特定「商品來源」且禁運之對象為某區域，出賣人仍必須尋找其他可能獲得之商品來源，即使將花費更高之成本，亦不得據此主張解除契約²¹⁰。

第二款 免責事由與瑕疵給付

第79條的第二個問題是，本條是否免除出賣人給付瑕疵商品之責任？有學者認為，即使符合第79條之要件，出賣人仍不得免除瑕疵商品之責任。其基本理由為出賣人通常不會依本條第4項通知買受人障害事由的存在，尤其在瑕疵不明顯的時候，故不應免除出賣人之瑕疵商品的責任²¹¹。惟反對見解則強調出賣人依本條得免除瑕疵商品之責任。理由為CISG對出賣人與買受人之違反契約皆提供相同的

²¹⁰ See DIONYSIOS P. FLAMBOURAS, *supra* note 204, p.275.

²¹¹ See JOHN O. HONNOLD, *supra* note 202, pp.493-95.

損害賠償請求權，論理上 CISG 也會對契約當事人不履行之免責為相同規定。故應可認為，第 79 條第 1 項條文內容規定「當事人之任何債務(any of his obligation)」並未對出賣人與買受人做進一步區分²¹²。因此，應認為只要符合第 79 條之要件，出賣人亦得免除瑕疵商品之責任為是。

第三款 情事變更原則與其相關理論

CISG 第 79 條只規範給付不能之情形，當影響履行之情事並不完全排除履行可能性（例如情事變更、艱難情形、經濟不能、商業上履行不能等等），只是造成相當程度之困難或艱難情形，是否可視為本條所稱之障害事由（impediment），即有疑問。在這些情形下，因為契約義務並非完全不能履行，無法適用給付不能理論，而是履行契約義務變成異常艱難（hardship），或是因嗣後情事變更使契約訂立時之經濟情況消失（德國稱為「法律行為基礎喪失（Wegfall der Geschäftsgrundlage）」），或是契約訂立時之未預想之情事嗣後發生導致履行不可能（美國稱為「商業上履行不能」（Commercial Impracticability））。

多數見解認為上述之情事不再第 79 條之範圍內，可證明 CISG 不採情事變更原則（*clausula rebus sic stantibus*），契約之有效性是取決於契約之成立時點，而不考慮嗣後變遷之情事。因此，原物料突然之上漲或劇烈之貨幣貶值並無法使出賣人免除其不給付貨物之責任，或是允許對買賣契約條件之再協商。儘管如此，在許多商業情況下，這樣嚴格解釋「契約嚴守原則（*pacta sunt servanda*）」的確是太嚴苛，特別是在繼續性契約（如合作協議）、工程契約或分期契約、經銷契約等，不可預見之事件可會造成契約均衡性之重大破壞，因而導致履行契約義務過度艱難。例如履行成本之重大提升或履行價值之重大下跌，前者對債權人，後者對債務人，皆會承擔嚴重不利益的損害。

有經驗之商人於契約成立時通常會意識到可能發生之風險，而於契約內容中

²¹² See DIONYSIOS P. FLAMBOURAS, *supra* note 204, p.276.

加入不可抗力條款 (force majeure clause) 或艱難情形條款 (hardship clause)，或是其他特殊條款，來處理不可預見之情事發生而重大改變契約對價均衡性時，造成當事人沉重經濟上負擔的情事。雖然如此，契約當事人卻常常不夠熟稔或過於不注意自身利益，忽略加入此種契約條款或以不適當之方式制定契約條款，而無法處理特定事件或情況。這時候問題就產生了，CISG 並無特定條文規定允許當事人再協商，或是在經濟不能、實現不能或艱難情形下來為契約變更。此為 CISG 之立法漏洞，有必要以第 7 條第 2 項來找尋填補漏洞之方法。

在此情形，方法論上的第一步係找尋 CISG 上是否有一致性之原理原則來處理上開問題。給付不能之第 79 條免責規定是否得類推適用至經濟不能、艱難情形、情事變更或商業上實現不能等狀況，亦即是否可將第 79 條當作一般原理原則來適用？然而，這樣的解釋方法會違反第 79 條之文義與目的，因為本條僅提供不履行當事人對損害賠償請求之抗辯，而與再協商或法院調整契約無涉。

另一種可能的方式為完全不管第 79 條之規定，而是依第 7 條誠實信用原則來涵蓋與上述議題有關之一般原理原則。然而，這樣的解釋方法會造成二個結果：其一，由誠信原則增加當事人義務；其二，增加內國法院為不同解釋的風險，危及 CISG 要促進法律適用一致性的目標²¹³。故此種方法亦不甚妥當。

由於上述問題無法依 CISG 之一般原理原則為一致性的處理，下一個可能的方法為依國際私法選擇適用之法律，從這些適用的法律中尋找出相關條文之立法精神，再加以處理這個問題。由適用之法律來決定契約在情事變更的情況下是否有效，或是當事人需要再協商，而當事人無法達成合意時，由法律來調整契約等等。然而，因為各內國法與其理論之不一致，尋求內國法之依據可能會導致適用上的不一致，而與直接適用 CISG 之結果相同，也無法徹底解決問題。

第四款 免責事由與懲罰性違約金

²¹³ See HUGH COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, 14 OXFORD J. LEGAL STUD., p.225(1994).

契約當事人常常於買賣契約中加入懲罰性違約金之約定。這裡產生的問題是，在符合第 79 條之要件下，債務人可否免除其所負擔之懲罰性違約金責任？有見解認為懲罰性違約金並不在 CISG 之規範內，而應由契約準據法決定其效力²¹⁴。然而，即使適用契約準據法，問題之解答仍取決於契約條款之約定內容，蓋懲罰性違約金之約定包括當事人明示與暗示。因此，若買賣契約包含寬鬆的懲罰性違約金約定，且這個約定未提供契約當事人在特定情事下得免除給付責任之內容，縱使符合第 79 條之要件，法院在判決時仍會適用懲罰性違約金約定，而未予免責。這個見解從方法論之角度來看是最合適的，因為當事人之契約意思已取代 CISG 第 79 條之規定，亦即對於懲罰性違約金未設有例外情形之絕對給付義務乃當事人契約自治之表現，符合 CISG 第 6 條規定之意旨²¹⁵。

至於違約金條款，與上開討論則有不同，必須視違約金條款是否屬於「損害賠償」。如果認為違約金是損害賠償之一種，違約金條款所生之金錢給付義務，債務人亦得依 CISG 第 79 條而為免責，與懲罰性違約金之情形不同²¹⁶。

第三節 歐洲契約法原則

第一項 背景介紹

歐洲契約法原則是歐洲契約法委員會（Commission on European Contract Law）之產物，該委員會是由歐盟會員國中聚集而來之法學家組合而成，代表者為 Ole Lando 教授。歐洲契約法委員會目的在統合歐洲內部之契約法，制定歐洲內部契約法之基本原則。歐洲內部形成統一之契約法有下述幾項優點²¹⁷：

²¹⁴ ICC Arbitration Case No. 7585/1994, J. DR. INT'L 1015 (1995).

²¹⁵ CISG Article 6: 「The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.」

²¹⁶ See DIONYSIOS P. FLAMBOURAS, *supra* note 204, p.282.

²¹⁷ オーレ・ランドー/ヒュ・ピール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，ヨーロッパ契約法原則 I・II，頁 21 至 23，2006 年。

第一款 便於歐洲內部跨國之交易

歐洲內外對於一致性之規定皆有強烈需求，用以消除內國法之不同所造成跨國交易行為之不便，增進交易之效率。這樣的法律調和工作可以對從事跨國交易之契約當事人帶來特別的利益，因為這些契約當事人，可以在不同之國家領域內適用統一之準則來締結契約。這樣統一的準則，是從特定國家之法制度中拆解而來，然後在統一的準則所使用的各種語言中，至少有一種與言為當事人所能理解，使利用統一準則從事交易之當事人，在時間之經過下，比起各自不同之內國法，更能熟悉運用統一之準則。

第二款 歐洲統一市場的強化

契約法基本原則之調和對於歐洲統一市場之適切運作具有重要關係，因為統一之法律適用方法與規定對於克服交易障害有本質上之重要性，並可解決歐盟會員國內法律之不同所造成之市場扭曲。

第三款 為歐盟契約法作準備

歐盟之立法者積極活動於契約法之領域。保險契約、勞動契約、商事代理人契約、消費者借貸契約、消費者保護、訪問買賣與對於消費者之不公平條款等指令皆已公布。不止這些指令，其他部分也正穩定成長。然而，並沒有統一之契約法原則作為基礎。現今於各國契約法間存有許多不同之處，包括重要議題如契約的成立、形式的與實質的有效性、契約的效力、對於不履行之救濟手段，以及不履行之免責要件等等。甚至不存在共通的用語。因此，歐洲契約法原則設計上不僅是在減少歐洲統一市場之內國法的不同，也在提供契約法之基礎，使特定方式之法律調和能被完成。

第四款 提供立法方針予各國法院與立法者

歐洲契約法原則欲反映契約法問題之解決方法的共同核心。透過分析各國法

院裁判之方式，逐步累積判決，而獲得共同解決方式。在許多議題上，比起傳統法學思考，研習各內國法之規定可以提供更適切之答案來滿足各案。即使超越歐盟境界，歐洲契約法原則仍得提供他國立法者供作立法參考，以求在市場經濟上形成統一之契約法。

第五款 建構大陸法系與英美法系之橋樑

歐洲法律整合最棘手之問題為大陸法系與英美法系之調和。當然在大陸法系與英美法系間存有許多顯著的不同，但在同一問題之解決上，不同法系卻常有相類似之處理方法。但是，大陸法系與英美法系間主要之差異在於法律結構及理由構成、專門用語、基本概念、分類，以及法律政策之不同。以下二個例子足以作為適例。第一個例子，大陸法系中誠信原則作為一般性原則存在，但在英國法並不存在這樣的一般性原則。英國法中僅在特定情形有必要時適用誠信原則，並有一系列規定在規範誠信原則之適用，而不直接訴諸誠信原則的概念。第二個例子，大陸法系中為防止契約當事人違反契約而在契約中設有懲罰性違約金之條款，認定此種違約罰為適切之條款，而在英國法中，由於這種懲罰性違約金並非作為填補當事人預期損失的損害賠償，課予當事人懲罰性違約金是不適切且無法強制履行的。這些種類的不同，構成歐洲統一市場效率機能之障害。歐洲契約法原則的主要優點之一即在提供大陸法系與英美法系之橋樑，以整合之規定來調和不同法律之立法政策。

第二項 歐洲契約法原則之目的

歐洲契約法原則之制作係為了各種機關、企業與個人，詳情可分為以下五點²¹⁸：

第一款 作為歐洲立法之基礎

歐洲契約法原則提供未來歐盟立法之必要基礎。本原則不只幫助歐盟各機關

²¹⁸ オーレ・ランドー/ヒュ・ビール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同上註，頁 23 至 25。

立法之用，亦可提供法院與仲裁人等法律適用機構作為適用法律之參考。最後，成立統一之歐洲民法典是歐盟的最終目標。

第二款 依當事人明示採用

於不同國家之交易間，當事人希望有一套中立之規則供其適用，而非來自任一內國法律之規定，此時，歐洲契約法原則即提供最好之解決方案。當事人可以明表示契約之準據法是歐洲契約法原則。

第三款 商事習慣法 (Lex Mercatoria) 之現代的定型化

國際交易之當事人若欲將其約定依國際所接受原則來規範，或是無法達成適用內國法律體系之協議時，可以選擇以商事習慣法來規範契約內容。契約中未指定以商事習慣法，但在仲裁過程中選擇「一般法律原則」或「國際上承認之原則」等類似語句作為判斷基礎者，情形並不少見。處理這種契約的仲裁人應該如何尋找出這樣的原則呢？他可能以自己認為習慣上所接受的原則，或是以常識來下判斷，但不管何者都不是一個可靠的方法來決定案件。如果有國際上普遍接受的原則存在，仲裁人的工作將變得比較容易，而且也可減少採取不同處理方法的不確定性。歐洲契約法原則的一個立即的目標即是提供歐洲內部一個被普遍接受的契約法原則，並可被仲裁人直接適用，效果上等同於現代歐洲之商事習慣法。

第四款 司法上與立法上契約法發展的模範

歐洲契約法原則可以幫助法院與仲裁人來處理內國法未適切規範之議題。他們可以採用本原則所提供之解決方式，此些解決方式代表歐洲各國契約法之共同核心，或是從共同核心進一步發展而來。同樣地，這些解決方式也會被立法者採用，來重新建構其自己本國之契約法。

第五款 契約法調和之基礎

歐盟之各會員國最終目標是希望能調和其各自之契約法，而歐洲契約法原則

可以在調和之工作上作為模範。因此，歐洲契約法原則不只有短期之目的，也有長期的目的。短期之目的是對契約之當事人，以及決定契約紛爭之法院與仲裁人得直接供其使用。並且，不論是歐洲或各內國法之立法，歐洲契約法原則皆可供立法者在制定法律上之用。長期之目的為在歐盟境內達成一般契約法之調和，此亦為歐洲契約法原則之最大制定目的。

第三項 歐洲契約法原則對免責事由之規定

第一款 歐洲契約法原則第 8:108 條之免責事由

第一目 總論

歐洲契約法第 8:108 條規定²¹⁹：「(1) 當事人一方之不履行，係因超越當事人所能支配之障害所致，而該障害於契約締結時未為預見，且無法合理期待回避或克服該障害之結果，如當事人能證明此情形，即可免責。(2) 障害僅具一時性，本條免責之效力僅限於障害存在時。但履行遲延構成重大不履行之情形，債權人得主張重大不履行之法律效果。(3) 不履行當事人必須於知悉或應為知悉障害事實與其是否影響履行效力後之合理期間內，將該事實通知他方當事人。他方當事人未收受通知因此所生之損害，得請求損害賠償。」

本條是在規範非因當事人過失或可歸責事由之事件所導致不履行之結果。歐洲契約法原則另於第 6:111 條有條文規範因不可預見之情事導致履行過度艱難之情形，即為情事變更原則之規定。因此，與 CISG 之相等規定即該公約第 79 條不

²¹⁹ PECL Article 8:108 : Excuse Due to an Impediment

- (1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.
- (2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.
- (3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.

同，本條僅適用於因障害事由所生之不履行²²⁰。

本條並非強制規定，當事人仍得自行調整給付不能之風險，不管是整體性之改革或是關於特定障害事由之調整，皆為允許。另一方面，習慣法也可能有相同的效果，特別是海事運送之習慣法，可能對契約免責事由產生影響。

第二目 適用範圍

本條之免責事由得適用於各種契約債務，包括金錢之債。然而，破產通常不屬於本條障害事由之文義範圍，蓋其非「超越債務人支配」之障害。相反地，政府管制運輸總額則屬於本條之障害事由。「障害」(impediment)一詞包含各種事件種類，如自然災害、公權力處分或第三人之行為²²¹。

第三目 障害事由之要件

關於本條障害事由之規定要件，與傳統不可抗力之要件相類似。因為構成障害事由之事實關係多樣化，所以必然只能以一般性要件加以描述。欲主張免責事由之當事人必須證明障害事由要件之構成。

1. 超越債務人之支配

首先，障害事由必須超越債務人之支配。因自己行為所生之風險，應由行為人自身承受。因此，債務人之機械故障的情形，即使該機械故障是不可預見且無法避免，仍非屬本條所稱之障害事由，因而無須實際調查機械故障是否得為預見或事先預防。同樣地，債務人應對第三人之行為承擔責任者，即無須再調查第三人之行為是否得為預見或事先預防。從而，債務人之履行輔助人的不履行行為，不能作為債務人主張免責之理由。例外情形為，沒有其他履行輔助人能完成履行行為，且該障害事由亦超越該履行輔助人之支配，此時債務人例外得對履行輔助人之不履行行為主張免責。

²²⁰ オーレ・ランドー/ヒュ・ビール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同前註 217，頁 390。

²²¹ オーレ・ランドー/ヒュ・ビール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同前註 217，頁 391。

舉例而言，供應天然瓦斯之國營企業因不可預期之罷工事件而停止供應天然瓦斯，某家陶瓷器製品公司之製作陶瓷器的窯爐因僅能使用天然瓦斯來加熱，因而中斷陶瓷器之製作。此時，由於此種情形構成免責要件，陶瓷器製品公司對其顧客不負責任，蓋其不履行之原因是由外部而來。另一個例子為，某公司之員工為迫使公司購買外國機器來改善勞動環境，因而採取罷工（該罷工為不可預見）。但實際上，當下不可能購買到該外國機器。此時，該公司對於顧客不能主張罷工作為免責事由，因為罷工事件並未超越公司之支配範圍²²²。

不可抗力必須雙方當事人皆無過失。如果不可預見之事件阻礙契約履行，但若當事人不遲延履行即不會使該事件阻礙契約履行，則當事人不得主張免責。例如，一家法國 A 銀行受 B 銀行委託，於 7 月 15 日之前向 X 國內之銀行給付一定數量之金錢。遲至 7 月 18 日，A 銀行仍未依指示給付金錢，同日法國與 X 國間全部之金錢移動停止。此時，A 銀行不得對 B 銀行之債務主張免責，因為如果在契約約定期限內履行，該給付金錢是可能的²²³。

1. 未能事先將障害事由納入考慮

第二點是障害事由必須於契約締結時未能納入考慮。如果事先能考慮障害事由，當事人可能承擔此風險，或是當事人因未能預見障害事由而有過失，即不得再主張免責。

然而，重要的並非是該事件本身是否得由雙方當事人考慮，而是事件發生之日期與期間。例如，某段期間之價格控制是得預見的，但其實際上之持續時間是當事人無法預見，仍得作為免責事由。同樣地，這裡必須提到「合理預見」的概念，也就是說，一般人於通常情形是否得預見該事件，不去討論特別樂觀主義或特別悲觀主義者。因此，在某特定區域每年某些時間會有颱風是可以預見的，但

²²² オーレ・ランドー/ヒュ・ビール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同前註 217，頁 391。

²²³ オーレ・ランドー/ヒュ・ビール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同前註 217，頁 392。

無法預見颱風會於何特定時間發生，對當事人而言，這就不屬於合理預見之範圍²²⁴。

3. 無法克服的障害事由

障害事由必須為無法克服且無法迴避，而以合理性作為要件。為了主張免責，在此必須強調二個要件：其一，當事人無法迴避該障害；其二，當事人無法克服該障害。要主張本條免責事由，當事人必須證明上述二個要件才行。

一個事件是否能避免，或該事件之結果是否能克服，必須視其事實而定。在某個地震頻繁區域，地震之結果得以特殊建築技術加以克服，但是如果發生大地震則情形又有不同。我們不能期待債務人採取不合比例之預防措施（例如建立事實上保壘之建築物），或採取非法手段（例如於禁止資金移動下，以走私之方式給付資金）來迴避風險。於此情形，即屬無法克服之障害事由²²⁵。

第二款 免責事由之法律效果

符合上述要件之履行障害，不履行當事人之責任將被免除。但是何謂責任被免除，這裡再一次的必須為此模糊不清的概念下一次定義。可以用實際的條文來闡釋此定義。也就是說，受損害當事人對種種救濟手段是否有利用之可能，舉例來說，歐洲契約法原則第 8：108 條第 2 項規定，當不履行為免責時，受損害之當事人即不得主張救濟方法，如請求履行與損害賠償。

一方面，任何形式之請求履行當然都是不可能的。除當事人另有合意外，也無法請求損害賠償。另一方面，關於契約解消之問題，因為較為複雜，為了單純化，歐洲契約法原則在契約不履行之情形維持與一般法律相同之體系，亦即，不履行具重大性，基於當事人一方之意思表示，得使契約解消。因此，原則上債權人依第 9：303 條規定需對債務人為契約解消的通知，才能行使解消契約之權利。但是，履行契約內容是全部且永遠不可能時，契約繼續存續對受損害當事人而言

²²⁴ オーレ・ランドー/ヒュ・ピール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同前註 217，頁 392。

²²⁵ オーレ・ランドー/ヒュ・ピール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同前註 217，頁 393。

完全沒有意義，從而，此時解消的通知則為不必要。這規定在第 9：303 條第 4 項。這樣的結論與依不可抗力使契約自動解消之法體系是相同的²²⁶。

當主給付義務或次給付義務之其中一部分為給付不能時，債務人有選擇權，以剩餘部分之給付對債務人有無價值來決定是否要維持契約繼續存在。這種選擇權是受一般法律原則所規範，也就是以不履行是否具備重大性來決定債務人是否有解約權。如果受損害當事人沒有選擇解消契約，剩餘部分之契約內容債務人仍必須履行。在此情形，債務人可依第 9：401 條主張依比例減少價金。舉例而言，A 將某倉庫出租與 B，而後該倉庫之一部分因火災而燒燬，造成一時之契約障害，如果占有倉庫之全部為契約之核心部分，則 B 得主張解租租賃契約。另一方面，如果 B 未為解消契約之通知，B 不得請求損害賠償，但得主張依比例降低租金。

第三款 一時之契約障害

原則上一時之契約障害僅會導致一時之免責，此為第 8:108 條第 2 項所明定。一時之契約障害不僅意味造成妨礙履行之事實，還包括其所引發之後續結果，所引發之後續結果可能長於障害事實本身。因此，免責之範圍為整體債務人無法履行之時間。例如，某藥房原物料倉庫因不可預見之洪水致原物料無法使用，其對客戶之遲延給付可為免責，不僅包括洪水之期間，也包括藥房製造商再添購新原物料之必要期間。

然而，遲延履行可能對受損害之當事人不具意義，因而，當遲延給付之本身具重大性時，即賦予受損害之當事人有解消契約之權利。舉例來說，某表演者於 10 月 1 日至 10 月 31 日於漢堡之劇場為男高音之演唱，該表演者因感冒必須休養，他告知劇場其無法於 10 月 10 日前為演唱。假設男高音之存在是契約之重要部分，則劇場得主張解消契約。如果劇場不選擇解消契約，契約仍繼續存在，但是男高音之表演費用將依比例為減少。

²²⁶ オーレ・ランドー/ヒュ・ピール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同前註 217，頁 393。

第四款 通知

第 8：108 條第 3 項係貫徹整部歐洲契約法原則之誠信原則的具體應用。不履行之當事人必須在發生契約障害事由與其結果之合理期間內通知他方當事人，而該通知使他方當事人有機會採取措施來避免不履行之結果。並且，履行契約係部分不能或遲延之情形時，因為解消契約之權利是歸屬於他方當事人，為使他方當事人有行使權利之機會，此時也有通知之必要。

合理期間可能是短時間內，有時因情事需要而需立即通知。該合理期間自契約障害事情與結果發生時開始起算，或是自不履行當事人應知悉時開始起算。如果不履行當事人無法立即說明障害事情之結果為何，基於誠信原則，不履行當事人需為兩次成功之通知。未為通知之法律責任為不履行當事人需對他方當事人因未受通知而遭受之額外損害負責，通常以損害賠償之方式彌補²²⁷。

第四節 國際商事契約原則

第一項 國際商事契約原則第 7.1.7 條不可抗力

PICC 第 7.1.7 條所處理之問題，在英美法系是以契約頓挫理論（frustration of contract）與給付不能（impossibility）處理，而在大陸法系是以不可抗力（force majeure）、給付不能（Unmöglichkeit）等理論處理，雖然這些理論內容不盡然相同。之所以會選用「不可抗力」這個用語，是因為多數國際契約中含有所謂「不可抗力」條款，這在國際交易實務上是廣為人知的用語，故以此作為統稱。

本條之條文規定如下：「(1) 債務人能證明不履行係起因超越自己支配之障害而生，而該障害未於契約締結時考慮、且無法迴避障害之結果，並不能合理期待

²²⁷ オーレ・ランドー/ヒュ・ビール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，同前註 217，頁 395。

債務人克服障害時，免除其不履行之責任。(2) 一時的障害，必須影響合理期間之契約履行，方有前項免責效力。(3) 未履行之債務人，必須通知債權人關於該障害及自己履行能力受影響之程度。債務人於知悉或應知悉障害事由之時起，未於合理期間內對債權人為通知，債務人對因此未通知所生之損害負賠償責任。(4) 本條不妨礙當事人行使契約解除權，或是保留履行、請求應支付之金錢利息。²²⁸」由此可知，本條將履行之障害定性成不可抗力，只有在不可抗力之情形下能使不履行免責，並使債務人免於損害賠償責任。除非當事人另有約定，否則本條是嚴格契約責任下唯一能使債務人對其不履行結果無須負責之情形，即使債務人已盡謹慎注意亦同²²⁹。

一般法律原則下，因超越當事人控制之事件致履行契約為不能時，有必要去減輕債務人之責任，但於各不同法體系中存有許多不同之細節規定。法國法之概念為不可抗力 (force majeure)；德國法為給付不能 (Unmöglichkeit) 與可歸責 (Vertrenmüssen)；英美法系之概念為不可抗力 (act of God)、給付不能 (impossibility) 與契約頓挫 (frustration)；美國法上尚有實現不能 (impracticability) 之概念。在這些共同的背景下，本條規定之文字與內容試圖為免責規定為一個嚴謹且自治之解釋。本條文字無疑的將舉證責任全部置於債務人處。英美法系為免大陸法系解釋本條文時將其廣泛使用之「過錯 (fault)」概念應用於不履行之損害賠償上，因而未於本條條文內容規定任何過錯之文字。

²²⁸ PICC Article 7.1.7 :

- 「(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.
- (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.
- (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.
- (4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due. 」

²²⁹ See STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKAMP, COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC), Oxford, p.766 (2009).

過錯概念與本條規定之遙遠的關係僅存在障害事由無法控制的判斷上面，但此判斷同樣出現於英美法下給付不能之免責事由上。

相對於 CISG 第 79 條以英美法系之觀點出發，PICC 之立法者偏好法國法之不可抗力。這個選擇並不意味完全以法國法之概念解釋，反而更偏向以國際契約上廣泛使用的「不可抗力條款」，來吸引商事契約當事人之使用。關於本條之適用範圍，本條並不適用於因債權人造成之履行障害事由，此種情形事實上並無「不履行」之存在，故無免責之問題。而自始之契約障害導致之履行不能會落在本條之適用範圍內，因為自始不能並不影響契約之有效性，通常也不會使契約無效。當然，本條亦非在規範債務要盡力履行，因為各別債務是否適切履行之風險是由債權人單獨承擔的。²³⁰

第二項 當事人間之風險分配

PICC 第 7.1.7 條第 1 項提供了當事人間違反契約時之風險分配原則。此風險分配原則僅於當事人間未自行於契約內分配風險時方有適用，當事人得自行設定違反契約之事由，不管是擴大或限縮皆可，例如當事人合意將建造房屋之風險交由債務人負擔，因而可認為債務人對建造房屋負有絕對保證履行之責任。相反地，透過免責條款來限制債務人之責任，如果已過度限制債權人之權利，將會被禁止適用。風險分配之契約條款的適用範圍與結果取決於契約解釋。不可抗力條款可能使因預期性風險（anticipated risks）導致之不履行免責，或是使可歸責於債務人控制領域內之事由也為免責，例如供應商或機器故障導致之不履行。契約之風險分配可能起因於履行之形式，如價格波動條款，使債務人能對抗外國貨幣價格變更之風險。

第三項 不可抗力之違約法則

如果當事人沒有特別以契約條款來為風險分配，PICC 第 7.1.7 條第 1 項規定

²³⁰ *ibid* at 768.

當不履行係因不可抗力所造成，債務人得為免責。然而，條文所舉之免責事由令人感到困惑。如果契約障害不能事先合理納入考量，且事後無法避免或克服，則該契約障害必然是超越債務人之控制。由上可知，本項規定債務人必須證明其不履行係因超越控制之障害事由。障害事由是否超越債務人之控制，係由二個要件來判斷，其一，債務人無法於締造契約時合理預測障害事由存在，並加之納入考量；其二，無法避免或克服障害事由所帶來之後果。如果債務人可以證明障害事由如不可抗力一般，將可以完全免除損害賠償責任，只要其有給債權人具體通知即可。

障害事由是造成不履行之原因事件，而債務人必須證明該事件與不履行間有因果關係。然而，因果關係通常並非障害事由爭執之重點，蓋因果關係常被事件發生對履行之影響是否為可避免或可以其他方法克服所吸收。舉例說明，閃電摧毀了電力公司之發電系統，但仍有其他替代方法可為發電；或是道路被土石流所阻塞，但仍有其他替代道路可供運送之用；或是外匯管制使金錢無法匯出，但債務人在國外設有其他帳戶可付款。惟債務人於不可抗力事情發生之前，已經因給付遲延而處於不履行之狀態，此時因果關係即具有相關性，蓋該事件並未對履行造成任何影響。

障害事由的概念邏輯上隱含造成不履行之原因必須是外在性，即外在於債務人所承受之風險。但是這個要件在 PICC 第 7.1.7 條之規定下並非是必要，在許多情形下，契約已經作好風險分配，而排除 PICC 第 7.1.7 條之障害事由的問題。若當事人未為風險分配，由於風險範圍與控制範圍是相同意義，唯一相關的問題就是債務人可否預見並避免或克服障害事由。

第一款 無法合理預見之事件

PICC 第 7.1.7 條第 1 項的第一個要件是債務人無法於契約締造時合理預見障害事由並將之納入考量。本要件的原因在於如果債務人可以預測事件之風險與其

結果，則他將會或應該要為不同的契約協商，或是不接受契約，或是於契約內加入不可抗力之免責條款。因此可以說，預見可能性僅於前階段為具可迴避性。未來的債務人具有先契約義務盡其努力去預測所有可能無法迴避或無法克服的履行障害，如果理性第三人在該環境中可於締造契約時預測到某事件會導致不履行，債務人卻未能考慮到此風險，履行遲延或不能之風險應由其自行承受。如果市場更為高度發展與專業化，或是更複雜的協商，債務人將更能預期去預見風險²³¹。

第二款 障害事由不能合理迴避或克服

PICC 第 7.1.7 條第 2 項的要件是不能合理期待債務人去迴避或克服障害事由，或是最終導致履行不能之結果。能被合理迴避或克服之履行障害並非真正之障害事由，特別是，如果該事件造成不履行是因為債務人自己或其員工之行為，即屬於可得迴避之事件，此時不得主張不可抗力之法律效果。司法沒收之財產只有在沒收為非法且非因債務人之行為所致時，才得主張免責效力。

一般交易上認為個人情形屬於債務人之風險，例如特殊不可預見之疾病或債務人遭逮捕或債務人之主要員工遭逮捕。這些問題可以減化成受影響之人是否為可替代性，通常答案為否定，即不可主張免責，但如果契約履行需要債務人或其員工之特殊技能，則例外可認為係障害事由而主張免責。

給付貨物之債務僅被分類成一個種類，如典型之生產產品或穀物，通常隱含有取得風險之預設。債務人之存貨或收獲之損失，除非全部變成無法收取或契約內容限制賣出之部分為受損之存貨或土地，否則不影響契約效力。履行金錢債務之能力基本上在任何契約下都是不能免責的，除非法律進行破產程序。收取外國貨幣之情形亦同，除非外國貨幣進行管制或其他如戰爭妨礙於國外給付外國貨幣時，方有契約免責之適用。

有些情形常被提及作為不可抗力之典型案例，如自然災害（洪水、地震、暴

²³¹ See STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKAMP, *supra* note 229, p.772.

雨、火災、雷擊、乾旱、冰凍)、流行病、重大意外、戰爭或民變、政府措施(進口與出口之限制、貿易制裁、交通路線關閉、禁運、貨幣管制)等。不過,儘管於以上這些情形,只有在它們的結果是無法合理避免或克服時,才能使履行免責。

罷工包括勞工爭議通常被視為不可抗力,特別是影響運輸功能之情形時。債務人工廠之罷工,如果是關於薪水或工作條件之抗爭,不能算是不可抗力,因為此種罷工之風險是取決於債務人管理層面之控制,而最終反應在價格之計算上。同樣的推論也可適用在專屬供應商之工廠的罷工事件上,因此債務人與其選擇最便宜之供應商,到不如選擇較貴但其對待員工較為正確且值得信賴之供應商。即使是面對不可避免之罷工,問題仍在於其結果為何,例如停止生產,可透過合理之預防手段如屯積存貨來避免,不一定會構成不可抗力²³²。

僅僅是不可預見之微小事件造成履行契約變成異常困難,並不能使剩餘未履行之部分免責。著名的例子即為蘇伊士運河因阿拉伯與以色列之戰爭而封閉,迫使運送人必須以超過原先合意價格之高額成本繞行好望角。惟債務人為達成契約所付出之努力僅限於合理範圍內,故此為純粹經濟上之問題,即多付出多少之花費會變成不合理。以不可抗力之例外性格來看,經濟上合理限制至少要與給付困難之程度相同,即要到達重大改變契約均衡之程度。如果達到此種程度之努力來履行契約,是否要由債務人承受此種損失取決於風險成本分析,即不免責之不履行的潛在損害與可避免之履行之成本,作效率分析,來決定是否屬於免責之範圍。當屬於經濟上合理之費用來避免或克服履行障害事由,這些額外之費用仍歸屬於不可避免之履行遲延內,而之後可依PICC第7.1.7條而免責²³³。

第三款 不可抗力之通知

債務人因不可抗力之障害事由致無法履行契約義務,必須通知債權人。該通知必須告知他方當事人債務人主張不可抗力之障害事由以及該障害事由影響債務

²³² See STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKAMP, *supra* note 229, p.773.

²³³ See STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKAMP, *supra* note 229, p.774.

人履行能力之效果。並且，不可抗力之通知必須於債務人知悉或應知悉障害事由發生後的合理期間內為之。因此，債務人有義務於知悉或應知悉相關不可抗力之事實後，立即將不可抗力之訊息通知他方當事人。基於事件本質，從債務人開始意識到不可抗力之時點起，至知悉或應知悉障害事由之效果，中間可能經過一段時間，但是一旦債務人知悉障害事由之事實，在主張 PICC 第 7.1.7 條免責效果前，即無理由為遲延通知。然而，遲延通知並不會剝奪債務人主張不可抗力之法律效果，只是遲延會使債務人對債權人因此造成之損害負損害賠償責任²³⁴。

第四項 不可抗力之法律效果

如果債務人能證明其不履行是因此不可抗力，依 PICC 第 7.1.7 條第 1 項，債務人為免責。債務人不履行依 PICC 之規定為免責後，受損害之當事人不得對因不履行所受之損害請求損害賠償。結果就是，債權人必須承受契約不履行所損失之履行利益以及信賴利益。若不可抗力事件僅使不履行之部分免責，則債務人只有在該免責部分得排除損害賠償責任。

如果履行之障害事由只是暫時性，債務人對不履行損害賠償之免責也僅就限於履行障害事由之合理期間。這表示債務人之保護於原本障害事由消失後，若其於履行期間內並無遲延，該免責效果得持續一段時間。這使得原始障害事由所引發之後續障害事由亦得納入免責之範圍，如橫越西伯利亞的輸油管建設因不可抗力而遲延一個月，但因遲延後西伯利亞之寒霜使工程無法於明年春天前完工，這後續障害事由債務人亦得免責²³⁵。

不履行免責後，債務人只能對抗債權人所主張不履行之損害賠償。PICC 第 7.1.7 條第 4 項明確表示，不可抗力不能阻止債權人依同法第 7.3.1 規定行使解約權。在契約解消後，全部因不可抗力導致之損害最終將由債務人承受，因債務人將無法取得契約對價。而在暫時性履行障害時，如果因此造成之履行遲延會構

²³⁴ See STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKAMP, *supra* note 229, pp.774-775.

²³⁵ See STEFAN VOGENAUER AND JAN KLEINHEISTERKAMP, *supra* note 229, p.775.

成重大不履行，債務人得主張解消契約。

最後，債務人要主張不可抗力之免責效果，必須證明 PICC 第 7.1.7 條第 1 項之全部要件。債權人只負遲延通知之舉證責任，即當債權人要主張其損害係因債務人遲延通知所致。

第五節 小結

本章已針對三大國際契約法統一文件關於契約免責之規定為簡單介紹，在此再為簡單之回顧。

第一項 CISG 第 79 條

CISG 並無給付不能之規定，相似之規定是有關債務人免責之規定。CISG 第 79 條第 1 項規定：「債務人如能證明不履行債務係因其所不能控制之障害，且該障害於訂立契約時無法合理預見而事先加以考量，或避免或克服障害或其結果，債務人對於不履行為不可歸責。」也就是說，債務人要免除契約責任，必須證明給付障害是債務人無法控制，且於訂立契約時無法合理預見，並於障害發生時債務人無法克服其結果。簡言之，控制力、預見可能性與不可避免性為債務人免責之要件。這樣的規範基本上與法國法上不可抗力之規定相同。而債務人免責之法律效果為何？即債權人不得對債務人請求履行契約與損害賠償。然而，除不可抗力之情事外，其餘造成債務人給付困難之情事，CISG 並未為規定，商業實務上通常契約當事人會自行以契約條款分配風險，如未約定契約條款，原則上給付困難不會使債務人免責。

第二項 PECL 第 9:102 條、第 8:108 條、第 6:111 條

PECL 第 9:102 條第 2 項²³⁶對於非金錢債務規定了四種情形不能強制履行：(1) 履行係違法或不能；(2) 履行致債務人生不適當之負責或需費過鉅者；(3) 履行為一身專屬之勞務提供或與個人關係有關者；(4) 受損害之當事人得自其他地方適當獲得履行。本條可視為 PECL 對於履行請求權之限制，原則上除了第四種情形外，與德國法第 275 條之規定相當。歐洲民法典研究團體所整理之共同參考架構草案 (Draft Common Frame of Reference, 以下簡稱 DCFR)，進行統整歐洲契約法之工作，其中 DCFR III-3:302 條第 3 項²³⁷亦援引 PECL 第 9:102 條第 2 項規定，僅排除 PECL 第 9:102 條 2 項 (d) 款之規定²³⁸，可認前三款規定已為歐洲契約法整合中之共識。

另外，PECL 關於免責事由之規定與 CISG 相同，皆是以法國法上不可抗力之概念作為契約免責之要件。PECL 第 8:108 條第 1 項規定：「當事人一方之不履行，係因超越當事人所能支配之障害所致，而該障害於契約締結時未為預見，且無法合理期待回避或克服該障害之結果，如當事人能證明此情形，即可免責」同樣以控制力、預見可能性與不可避免性作為債務人免責之要件。惟與 CISG 不同之處為，PECL 有針對給付困難之情形作出規定，即 PECL 第 6:111 條²³⁹，其規定因情事變更而使而過度增加債務人履行契約之負擔，致契約產生重大不均衡，且當事人未事先合理考量情事變更之情形，此時雙方當事人有再協商義務，如不能達成合意，

²³⁶ PECL Article 9:102 II：「(2) Specific performance cannot, however, be obtained where: (a) performance would be unlawful or impossible; or (b) performance would cause the debtor unreasonable effort or expense; or (c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship; or (d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.」

²³⁷ DCFR III Article 3:302 III：「(3) Specific performance cannot, however, be enforced where: (a) performance would be unlawful or impossible; (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it.」

²³⁸ 向明恩，歐洲債務不履行類型與效力之統合——以學術版之共同參考架構草案 (DCFR) 為藍本，月旦民商法雜誌，第 29 期，2010 年 9 月，頁 10。

²³⁹ PECL 第 6:111 條：「I. 即使因履約成本增加或履約價值減少而使一方當事人之履行負擔加重，該方當事人仍應履行債務。 II. 但在滿足下列前提時，如情事變更致履行負擔過分加重，雙方當事人應為調整或終止契約而進行協商：a. 情事變更發生在契約訂立後；b. 締約時不能合理預見情事變更之可能性；c. 受影響之當事人依約無義務承受情事變更之風險。 III. 如雙方當事人不能於合理期間內達成協議，法院得：a. 在法院之確定日期按其確定之條件終止契約；或 b. 以公平合理分配當事人間因情事變更所生損失和利益來調整契約。」

法院得終止契約或調整契約內容。換言之，給付困難之情形並非債務人免給付義務，而係契約當事人有義務針對契約內容再次進行磋商，不能達成合意時方由法院介入。整體看來，給付困難後債務人仍有給付義務，只是其給付義務之內容會隨著協商之內容或法院之調整而改變，僅在例外狀態下法院方為終止契約。

第三項 PICC 第 7.1.7 條

PICC 關於給付不能之規定與 CISG 以及 PECL 相同，亦是以不可抗力之規定來處理，此可見 PICC 第 7.1.7 條第 1 項：「債務人能證明不履行係起因超越自己支配之障害而生，而該障害未於契約締結時考慮、且無法回避障害之結果，並不能合理期待債務人克服障害時，免除其不履行之責任。」要件同樣為控制力、預見可能性與不可避免性。同時，關於給付困難之規定亦與 PECL 相同設有艱困法則之規定，即 PICC 第 6.2.2 條²⁴⁰與第 6.2.3 條²⁴¹，其內容與 PECL 第 8:108 條幾乎完全相同，皆強調給付困難需達到契約衡平性重大改變，且為締造契約時無法合理預見，並該風險非當事人有義務承受。至於其法律效果同樣是當事人有再協商義務，協商不成後法院方得介入為終止契約或調整契約。另外，PICC 第 6.2.3 條第 2 項特別強調重新協商之要求不因此使處於不利地位之當事人有權停止履行義務，也就是縱使發生給付困難之情形，債務人仍不得拒絕履行債務，債務人不因此取得給付拒絕權。

²⁴⁰ PICC 第 6.2.2 條：「所謂艱困情形，係指發生之事件使一方當事人履約成本增加或所獲得之履約價值減少，因而重大改變契約之衡平，並且：a. 事件之發生或處於不利地位之當事人知悉事件之發生在契約訂立後。b. 處於不利地位之當事人在訂立契約時不能合理預見事件之發生。c. 事件超出處於不利地位之當事人所控制；且 d. 事件之風險非由處於不利地位之當事人承擔。」

²⁴¹ PICC 第 6.2.3 條：「I. 若出現艱困情形，處於不利地位之當事人得要求重新協商。但不得遲延且必須說明提出協商之理由。II. 重新協商的要求不因此使處於不利地位的當事人有權停止履行義務。III. 在合理期間內不能達成協議時，雙方當事人皆得訴請法院裁判。IV. 法院如認為存在艱困情形且認為合理，即可：a. 於特定期日及附有特定條件而終止契約，或 b. 為回復契約衡平而調整約。」

第五章 給付不能作為免責事由理論之建構

第一節 我國給付不能體系之介紹

第一項 債務不履行之意義

所謂債務不履行，係指債之關係發生後，可歸責於債務人未依債之本旨履行債務。換言之，在發生給付障害之事實時，尚須存在可歸責於債務人之事由，始有債務不履行之責任。而債務不履行之類型有三：分別為給付不能、給付遲延與不完全給付²⁴²。另有學者姚志明教授認為，債務不履行係以履行障害之事實為基礎，再加上以債務人是否須負責為債務不履行之核心。則就我國現行民法觀之，除可歸責於債務人之事由之履行障害事實，須由債務人負責外，尚有無須有可歸責於債務人之事由而生之障害事實，仍須由債務人負責之瑕疵擔保責任規定，如民法第 359 條，因而可認瑕疵擔保責任為可歸責債務人事由之債務不履行概念之例外²⁴³。

本文認為，債務不履行概念可分為二部分來看，一方面指債務不履行之狀態，即客觀上給付義務不履行之狀態，另一方面指債務不履行之責任，即債務人因不履行所負之損害賠償責任。而我國債務不履行原則上是以可歸責於債務人之事由為前提。在歸責事由上，是以過失為原則，即民法第 220 條第 1 項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」亦即我國債務不履行體系係採過失責任主義，僅例外在法律有特別規定時，則優先適用明定之特別規定，如民法第 434 條承租人僅就重大過失負失火責任，或如民法 634 條運送人對運送物之喪失負通常事變責任。

再者，本文之研究重點在於給付不能與契約免責事由，即發生何種事實得使

²⁴² 邱聰智，新訂民法債編通則（下），元照，2001 年，頁 429 以下。

²⁴³ 姚志明，債務不履行之研究（一）：給付不能、給付遲延與拒絕給付，元照，2003 年，頁 19。

債務人免除契約責任。就此而言，我國給付不能之類型可分為自始不能與嗣後不能、主觀不能與客觀不能，而各自有不同之法律效果。又我國可歸責事由係以過失責任為原則，例外有法律特別規定時方優先適用法律特別規定，但可歸責之概念其實是相對於不可歸責之概念，債務人之故意過失僅為可歸責概念之其中一種，另外如第三人之情事或人為社會狀況之變化，致為給付不能時，債務人究竟是否可歸責，概念並不明確。故以下將先就我國向來給付不能之分類作介紹，再進一步介紹我國可歸責概念之探討，做一個初步的理解與分析。

第二項 我國傳統上給付不能之類型

第一款 給付不能之意義

第一目 給付之意義

給付即債之標的，債務人應為如何之給付，依債之發生原因定之。學說上有將給付義務分成主給付義務、從給付義務與附隨義務。主給付義務指債之關係上固有、必備，並用以決定債之關係類型的基本義務；從給付義務具補助主給付義務之功能，其不在於決定債之關係之類型，乃在於確保債權人的利益能獲得最大的滿足；附隨義務則在輔助實現債權人給付利益，並維護他方當事人人身或財產上利益²⁴⁴。區別給付義務與附隨義務之實益在於給付不能之判斷，原則上給付不能係指債之關係之基本義務不能達成，即主給付義務之不能達成，至於附隨義務之不履行，由於其目的在保護當事人之人身或財產上利益，非契約固有之內涵，其性質實相當於侵權行為法上的社會安全義務（Verkehrspflicht）²⁴⁵，故附隨義務之不履行並非構成給付不能，而係屬民法第 227 條之不完全給付之規定範圍。

第二目 不能之意義

給付不能法制上起源於羅馬法中所稱之「不能」，最初僅限於給付客體在物理

²⁴⁴ 王澤鑑，債法原理第一冊：基本理論、債之發生，2003 年，頁 37 至 45。

²⁴⁵ 王澤鑑，侵權行為法第一冊：基本理論、一般侵權行為，2003 年，頁 51。

上之不能，嗣後始漸次擴張及於法律上之不能。更甚者，目前學者與實務已承認給付不能此一法律概念上之不能，除上開物理上或邏輯上之不能外，並兼指給付依當時社會交易觀念上認為不可能為之或不可實現者²⁴⁶。例如約定登陸太陽以目前之科技而言，確實無此可能，應認為不能。但約定登陸月球之給付，以往雖視為神話，但以如今之科技水準確實有可能達到，而非認為給付不能。至於約定為他人所有物之給付，以社會觀念而言，亦屬不能。

由此可知，不能之內涵是隨著時間而改變，由嚴至寬逐漸膨脹。另外，尚有主張所謂經濟上不能者，使給付不能與給付困難此二者之界限，幾乎難以明確劃出。此亦為給付不能概念現今所面臨到之問題。

第二款 給付不能類型之分析

給付不能若以不能之情事發生之時點來看，可分為自始不能與嗣後不能；若以不能之發生原因來看，可分為客觀不能與主觀不能，兩者之區別在於，凡任何人均不能給付時，為客觀不能，僅債務人不能給付，如由第三人給付則屬可能者，為主觀不能²⁴⁷。如此排列組合下，即出現自始客觀不能、自始主觀不能、嗣後客觀不能、嗣後主觀不能等四種類型，於學說與實務上對此四種類型之法律效果各有爭論，彼此意見互左，實為給付不能之重大爭議，以下將分別檢討之。

第一目 自始客觀給付不能

自始客觀不能之名詞，並未出現於民法條文上，而係學說與實務分類下之產物。我國實務與學者通說認為，以自始客觀不能之給付為標的者，其契約原則上無效，理由為民法第 246 條第 1 項前段規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。」該條立法理由謂：「當事人得自由以契約訂定債務關係內容，而其標的則以可能為必要，故以客觀之不能給付（不問其為相對之不能或為絕對之不能）

²⁴⁶ 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，1986 年，頁 49。

²⁴⁷ 王澤鑑，自始主觀給付不能，民法學說與判例研究（三），1996 年，頁 44，

為標的之契約終歸無效，所以防無益之爭議也。但其不能係指主觀之不能而言，則其契約仍應認為有效，使債務人負損害賠償之責，然此無待明文規定，故本條僅明示其旨。」可知該條之立法理由僅係為「防無益之爭議」。學者則認為，契約為法律上行為之一種，故標的可能亦為契約生效要件之一，如標的不能者，則其契約為無效，此項原則羅馬法稱之為「對於不能無義務」之原則²⁴⁸。

以自始客觀給付不能為契約標的者，其契約原則上為無效，但不能之情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效（民法第 246 條第 1 項但書）。例如，甲乙成立買賣契約，然出賣之標的尚為法律所禁止買賣，若政府已公布將於半年後對該標的買賣之禁令予以廢止，則甲乙間之買賣契約則仍為有效²⁴⁹。再者，依民法第 246 條第 2 項規定，附停止條件或附始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約仍為有效。此皆屬於自始客觀不能之契約無效之例外。

而依民法第 247 條第 1 項規定，契約因不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負損害賠償責任。其要件有三：第一，須因自始客觀不能而契約無效；第二，當事人於訂約時知客觀給付不能或可得而知者；第三，須他方當事人非因過失而信契約為有效，而受損害。此種損害賠償責任乃一種締約上過失責任，所應賠償者為信賴利益（消極利益）上之損害，至於履行利益（積極利益）之損害，即於有效之法律行為下，債務人履行該債務，債權人可獲得之利益，則不需賠償²⁵⁰。

第二目 自始主觀給付不能

1. 自始主觀給付不能之契約效力

所謂主觀不能，係給付對一般人乃屬可能，惟對該債務人為不能。而自始主

²⁴⁸ 葉賽鶯，同前註 246，頁 171。

²⁴⁹ 詹森林，自始客觀不能，月旦法學教室，創刊號，2002 年 10 月，頁 53。

²⁵⁰ 姚志明，同前註 243，頁 90。

觀給付不能是否屬於民法第 246 條第 1 項所稱「不能之給付」，學者通說採否定說，認為該項所稱「不能之給付」，不包括主觀不能在內，故以主觀不能之給付為標的者，契約仍為有效。如上所述，民法第 246 條立法理由已明文指出主觀不能之契約仍屬有效，雖然法律並未明文規定，但此乃事屬當然，向無疑義²⁵¹。

學者孫森焱教授對通說提出質疑，認為民法第 246 條第 1 項所稱「不能之給付」，除客觀不能外，應兼指主觀不能，即不區分客觀不能與主觀不能，於自始不能之情形，契約應均屬無效。其理由有四：第一，主觀不能與客觀不能之界限難定，亦引起紛擾；第二，嗣後不能之情形包括主觀不能及客觀不能，法律適用上並無不同，若自始不能僅指客觀不能，並不包括主觀不能之情形，前後顯然不能呼應；第三，法律並無明文規定分別就主觀不能與客觀不能而賦予不同法律效果，如此解釋顯然欠缺法律依據；第四，債務人之給付既自始不能，不論其原因係出自債務人個人之事由與否，均無實現之可能，債權人即無從因而獲得履行利益，契約係自始失其目的、失其意義、失其客體，以之為無效，對債權人亦不發生積極損害，倘因善意無過失而信契約為有效，致生損害，則得依民法第 247 條規定，請求信賴利益之損害賠償，以資彌補²⁵²。例外於出賣他人之物時，雖係自始主觀不能，然依民法第 353 條規定，如出賣人不履行所有權移轉之義務，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利，其立法意旨係鑑於買賣契約之有償性，並為保護善意之買受人，乃賦予出賣人以權利瑕疵擔保責任，固而承認契約之效力。此為自始主觀不能之情形下，例外使契約為有效，係因買賣有此特別規定之故²⁵³。

惟學者王澤鑑教授認為，民法第 246 條第 1 項是否兼指主觀不能，重點在於利益衡量之判斷價值。主觀不能與客觀不能雖然有區別之難易，但任何法律概念皆有其核心部分與邊界區域，於特殊情形誠有難以判斷之苦，不足為病，故不得以此作為否認主觀不能與客觀不能應區別之理由。雖然法律並無明文規定，但由

²⁵¹ 王澤鑑，同前註 247，頁 46；葉賽鶯，同前註 246，頁 146；姚志明，同前註 243，頁 98。

²⁵² 孫森焱，新版民法債編總論（下冊），2000 年，頁 500 至 505。

²⁵³ 孫森焱，同上註，頁 510 至 511。

立法理由可知立法者有意區別主觀不能與客觀不能，立法理由得用以確認法律規範內容，應受高度尊重，以主觀給付不能之給付為契約標的者，契約仍為有效，立法者之意思至為明確，其判斷價值亦不因社會變遷而受影響。又從法制史之角度，「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效」，此項原則在羅馬法上並不具有一般適用性，此類契約之所以無效，係因其標的物根本不存在或根本不得為交易之客體，損害之多寡自始無法計算，故特否定其契約之效力，故其僅限於特定客觀給付不能之情形，其適用範圍極為有限。最後，自始不能之情形，法律仍可承認契約有效，而令債務人負不能履行之賠償責任，相較於嗣後不能之情形，債務人有可歸責之事由時，債務人得請求不履行之損害賠償或解除契約，何以於自始不能，債務人僅負賠償信賴利益之責任，價值判斷不免失其均衡。因此，民法第 246 條第 1 項所稱「不能之給付」，應作限制解釋，不宜擴張及於主觀不能之情形，以維持契約之效力，並保護債權人之利益²⁵⁴。

由上可知，學者通說認為以自始主觀不能之給付為契約標的者，其契約仍屬有效。實務見解亦認自始主觀不能之契約為有效，僅生債務不履行之問題²⁵⁵。是以，現今之問題在於，自始主觀不能之法律效果為何，所謂債務人之債務不履行責任應為如何處理，與嗣後不能是否有所區別，即為以下所探討者。

2. 自始主觀不能之法律效果

在採取自始主觀不能之契約為有效說下，債務人就其給付不能，應負債務不履行責任，債權人得請求損害賠償或解除契約，即適用民法第 225 條與第 226 條。惟於評價債務人之責任時，是否須以可歸責於債務人時，債務人始須負損害賠償責任，亦即，債務人責任之成立，是否以有可歸責之事由為要件，學說上向有爭

²⁵⁴ 王澤鑑，同前註 247，頁 49 至 53。

²⁵⁵ 最高法院 79 年度台上字第 2147 號判決：「所謂給付不能，有自始不能與嗣後不能，主觀不能與客觀不能之分。其為自始客觀不能者，法律行為當然無效，當事人於行為當時知其無效或可得而知者，依民法第一百十三條規定，應負回復原狀或損害賠償之責任；其為自始主觀、嗣後客觀或嗣後主觀不能者，則生債務不履行之問題，債權人得依民法第二百二十六條規定，請求債務人賠償損害，或於解除契約後依民法第二百五十九條及第二百六十條規定，請求回復原狀及賠償損害，二者之法律效果並不相同。」

議。

多數學者大都主張直接適用有關嗣後給付不能之規定，亦即債務人有可歸責之事由時，始應負責，否則不負責任，蓋自始主觀不能之契約與英美契約發生同一之效力，只能因可歸責於債務人，而令債務人負損害賠償責任。若是可歸責於債務人時，則債務人需負全部不履行之損害賠償責任，而非信賴利益之損害賠償責任，若是不可歸責時，債務人則不負損害賠償責任。並且，學者王澤鑑教授認為，債務人如於訂約時明知或可得而知者，應負締約上過失責任²⁵⁶。

然而，另有所謂法定擔保責任說，主張自始主觀不能之債務人應負無過失之履行利益賠償，其主要理由有三：第一，債務人為給付之約定時，對其訂約時之能為給付，在交易上應解為含有擔保之意思；第二，債務人就締約時之能為給付，應較訂約後負更大之責任，蓋前者在其掌握之中，後者則難預測；第三，出賣他人之物，亦屬主觀不能，出賣人應依權利瑕疵擔保之規定，負無過失責任，於其他情形之主觀不能，亦應適用同一原則。因此，基於交易上保護信賴之必要，應使債務人負無過失之履行利益賠償責任。此說為德國通說見解²⁵⁷。

學者詹森林教授對於出賣他人之物之自始主觀不能，認為出賣人應負擔保責任，與德國通說相同。其認為出賣他人之物造成買受人、轉賣人、再轉賣人等之損失，其一切問題，皆屬於風險分配，亦即如何將因該出賣人自始主觀不能而生之風險，分配予相關當事人負擔。基於「風險製造者，應自行承擔風險」之基本原則，由各出賣人對其買受人負擔無過失之擔保責任，符合最低成本要求，乃最佳之契約風險分配。如各出賣人不願承擔此項擔保責任，仍得揭露情事並依協議，而轉嫁其風險於其買受人。簡言之，原則上由出賣人負無過失之擔保責任，但得與買受人合意免其責任或僅負過失責任，係最公開、透明、公平、效率之風險分

²⁵⁶ 王澤鑑，同前註 247，頁 56。

²⁵⁷ 姚志明，同前註 243，頁 99；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法律評論，第 54 期，1995 年 12 月，頁 267。

配²⁵⁸。

以上兩說之爭論，迄今未有定論。就法定擔保責任說而言，其說最大之缺陷在於僅以保護信賴為由作為採取無過失責任之依據，然民法第 220 條第 1 項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」此為民法之基本原則，是以如無特別規定或約定，而謂當事人應負無過失責任，即與過失責任原則不符。若例外由契約具體內容與當事人意思，可認有明示或默示擔保責任之約定者，自屬所謂特別約定，則可作為無過失責任之依據²⁵⁹。另外，以債權人之信賴與期待之保護作為無過失責任之理由，則於嗣後不能之情形，亦同樣有債權人之信賴與期待之情形，何以嗣後不能仍需以債務人有歸責事由為要件，自始主觀不能即不需歸責要件，法定擔保責任說似乎未能清楚說明。至於以風險分配來解釋法定擔保責任說，確實有其道理，惟當出賣人非因過失而不知買賣標的物已為他人所有時，將無法於訂立契約時為妥適之風險分配，無法達成最佳風險分配之情形，此時如仍令出賣人負擔保責任，似嫌過苛。

因此，自始主觀不能之情形，除非能探求當事人意思即解釋契約具體內容得出有擔保責任之約定，否則原則上仍須債務人對主觀給付不能有可歸責之事由，始應負責。至於何謂自始主觀不能之可歸責事由，應指債務人於訂約時是否明知或可得而知其給付為不能，債務人既明知或可得而知其給付為不能，竟仍予訂約，則就其不能履行，為有可歸責事由存在，應負履行利益之賠償責任，應屬妥當²⁶⁰。

第三目 嗣後不能

嗣後不能是指給付不能之狀態發生在債之關係成立後所生之給付不能。契約訂立時，契約標的之給付既屬可能，自無民法第 246 條第 1 項之適用，換言之，嗣後給付不能不影響契約之效力。因此，嗣後不能所欲探討者，為債務人就其給

²⁵⁸ 詹森林，給付不能—自始主觀不能，民事法理與判決研究（五），2007 年，頁 51。

²⁵⁹ 葉賽鶯，同前註 246，頁 160。

²⁶⁰ 葉賽鶯，同前註 246，頁 162。

付不能應負何種責任？原則上，契約既屬有效，債務人本負有給付義務，其不為給付即應負損害賠償責任，惟債務人不為給付之原因甚多，有可歸責於債務人者，亦有不可歸責於債務人者，如債務人為不可歸責，仍令債務人負損害賠償責任，即有失衡平。是以，民法第 225 條與第 226 條分別就債務人是否可歸責之給付不能作出規範，而有不同之法律效果，以下將分別為討論。

另外，客觀不能與主觀不能之區別在嗣後不能之情形是否有區別實益？學者通說²⁶¹與實務見解²⁶²認為嗣後不能之法律規範上不區分客觀不能與主觀不能，一概適用相同之規定。惟學者姚志明教授認為，主觀不能乃係不能之原因僅存於債務人身上，從本質上觀之，給付尚具可能性，其情形與給付遲延類似，故應將主觀不能視為給付遲延處理之²⁶³。本文認為，給付不能與給付遲延終究有所不同，給付不能係按社會通常觀念認為給付已屬不能，而給付遲延為暫時未為給付，其給付仍屬可能，二者得為區分，故不應將主觀不能視為給付遲延來處理。至於如何區分主觀不能與給付遲延，須視具體個案情況審酌債務人之給付可能性，此涉及給付不能之判斷，留待後述。以下，於嗣後不能之情形將不區分客觀不能與主觀不能，而一律適用相同之規定處理之，合先敘明。

1. 不可歸責於債務人之給付不能

（1）債務人免給付義務

按民法第 225 條第 1 項：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」本條所稱免給付義務所代表之意義應有二點：第一，免去債務人之原給付義務，例如，約定出賣某棟房屋，但該房屋因颱風摧毀而給付不能時，

²⁶¹ 黃茂榮，債法總論（第二冊），2002 年，頁 300。

²⁶² 最高法院 85 年度台上字第 1389 號判決：「給付之障害雖可得除去而未除去前，給付仍屬不能，例如買受人依買賣契約請求出賣人將第三人所有之物移轉或交付與買受人，自屬給付不能，該買受人自亦無從請求為不能之給付，且依社會通常觀念，如屬給付不能，即不問該給付不能之為主觀或客觀原因而異其效果，故民法第二百二十六條所定給付之情形，應不限於客觀上給付不能，因之債權人依民法第二百五十六條規定，以債務人之給付有同法第二百二十六條之情形而解除契約時，亦不以客觀上給付不能為限。」

²⁶³ 姚志明，同前註 243，頁 115 至 116。

債務人免給付義務；第二，債務人免負損害賠償責任，蓋民法僅於第 226 條規定因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求損害賠償，於不可歸責於債務人之給付不能則未有規定，故債務人無須為其給付不能負損害賠償責任，其規範意旨來自於過失責任原則。

次按民法第 225 條第 2 項：「債務人因前項給付不能之事由，對第三人有損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。」此項規定即債權人之代償請求權。例如債之標的物因第三人之故意或過失毀滅者，債務人雖可免其給付義務，惟債務人因而對該第三人有損害賠償請求權，或對保險人有保險金給付請求權時，債權人即得請求債務人讓與該請求權，或交付其所受領之賠償物（參照保險法第 53 條）。並且，代償請求權所得請求讓與之利益，以債務人因給付不能之事由而取得者為限，換言之，須利益與不能之事由有因果關係存在，且該利益即係給付標的物之代替利益，始足當之²⁶⁴。

（2）雙務契約之對待給付與危險負擔

民法第 225 條第 1 項僅規定不可歸責於債務人之事由所致之給付不能，債務人免給付義務，然而，該給付不能所生之給付危險該由誰承擔？於單務契約，由於無對待給付，債權人為獲有債權利益之一方，當債務人免去給付義務時，實質上給付危險承受之人為債權人。而於雙務契約，一方當事人因不可歸責所致之給付不能而免給付義務，若能向他方當事人請求對待給付，無疑係將給付不能之損失轉由他方當事人承擔，若不向他方當事人請求對待給付，則該給付不能之損失即由免給付義務之當事人自行負擔。此種問題，即稱為危險負擔之問題。

關於危險負擔，通常指價金危險，而不指給付危險。所謂給付危險，係指債之標的不能給付，因利益受損害之危險，由於民法第 225 條第 1 項在不可歸責於債務人之給付不能時已免除債務人之給付責任，故給付危險係由債權人承擔。而

²⁶⁴ 孫森焱，同前註 252，頁 517。

價金危險係指雙務契約中一方當事人所負債務陷於給付不能者，致他方之債權歸於消滅時，其相對之債權是否亦隨同消滅，此為民法上危險負擔之規範設計上的出發點。

民法第 266 條第 1 項規定：「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務。如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。」同法第 267 條規定：「當事人之一方因可歸責於他方之事由，致不能給付者，得請求對待給付。但其因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。」是以，給付因不可歸責於雙方之事由致給付不能時，債務人免給付義務，他方亦免為對待給付義務，可知我國民法係將對待給付之危險由債務人負擔。至若給付不能係可歸責於他方當事人之事由，債務人仍得請求對待給付，此時對待給付之危險即由債權人負擔，蓋債權人對給付不能係屬可歸責。惟此時非真正之危險負擔問題，真正之危險負擔的前提應為不可歸責於雙方當事人所致之給付不能，其給付與對待給付之關係，即民法第 225 條與第 266 條之問題。

由上可知，我國雙務契約之危險負擔是採債務人承擔主義，由債務人負擔給付不能時之價金風險。雖然如此，但如危險負擔已為移轉，則債務人不再負擔雙務契約之價金危險，而轉由債權人負擔。最典型之例子為買賣契約，民法第 373 條規定：「買賣標之物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔。但契約另有訂定者，不在此限。」亦即當買賣標之物交付於買受人時，價金危險即由買受人承擔，而非由出賣人承擔，此為民法第 266 條之例外規定。同理，民法第 374 條亦屬危險負擔移轉之規定。

2. 可歸責於債務人之給付不能

按民法第 226 條第 1 項規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求損害賠償。」是原定給付既因可歸責於債務人之事由致不能實現，

自應由債務人負其責任，即負擔損害賠償責任。此時債權人是否仍得請求債務人履行原有債務？法條並未明文，惟學者通說²⁶⁵與實務見解²⁶⁶皆認為此時債權人不得請求債務人履行原有債務，只能請求履行利益之損害賠償。然實務見解僅稱債權人不得請求原給付義務，但理由為何，則不甚明，究竟原給付義務是否繼續存在，或原給付義務因債務人給付不能而消滅，未進一步論述。對此一問題有特別提及者乃司法院院字第 2487 號解釋：「（一）因可歸責於債務人之事由。致給付不能者。債權雖仍存在。而其內容則已變為損害賠償請求權。不復以原定之給付為標的。故債權人僅得依民法第二百二十六條第一項規定。請求賠償損害。不得請求為原定之給付。如債權人起訴請求為原定之給付。而未依民事訴訟法第二百五十六條第三款變更為請求賠償損害之訴者。應認其訴為無理由而駁回之。」依其見解，認為因可歸責於債務人之事由致給付不能後，債務人之原給付義務並未消滅，仍繼續存在，只是原給付義務之內容轉變為損害賠償請求權而已。

將損害賠償請求權認為是原給付義務之變形或延長者，學說上亦有相同見解²⁶⁷。學者林誠二教授則認為，如給付已屬不能者，而仍要求債務人依契約債之本旨履行，從經濟理論之觀點而言，該履行成本勢必大於原有契約利益，故屬不經濟，是由法律經濟分析之角度來看原給付義務是否繼續履行²⁶⁸。另有學者葉賽鶯教授認為，給付義務與給付不能並無必然關連，民法第 225 條第 1 項明定「免給付義務」，

²⁶⁵ 孫森焱，同前註 252，頁 519；姚志明，同前註 243，頁 155。

²⁶⁶ 最高法院 29 年上字第 1140 號判例：「訟爭之地現為某甲所有，某甲且已得有認其阻止被上訴人交地於上訴人為正當之確定判決，是被上訴人對於上訴人所負交地之債務已屬給付不能，縱令其給付不能，係因可歸責於被上訴人之事由所致，上訴人亦僅得請求被上訴人賠償損害，不得再行請求交地。」

最高法院 40 年台上字第 599 號判例：「租賃契約成立後，依民法第四百二十三條之規定出租人固負交付租賃物於承租人義務，惟此僅為出租人與承租人間債之關係，出租人違反此項義務而將租賃物租與他人，並經交付時，則其交付租賃物之義務，即已不能履行，承租人對於出租人，祇能依民法第二百二十六條第一項請求賠償損害，不得再行請求交付租賃物。」

最高法院 30 年上字第 1253 號判例：「物之出賣人固有使買受人取得該物所有權之義務，惟買賣契約成立後，出賣人為二重買賣，並已將該物之所有權移轉於後之買受人者，移轉該物所有權於原買受人之義務即屬不能給付，原買受人對於出賣人僅得請求賠償損害，不得請求為移轉該物所有權之行為。」

²⁶⁷ 邱聰智，同前註 242，頁 453。

²⁶⁸ 林誠二，民法理論與問題研究，1991 年，頁 191。

似即暗示給付義務並不因給付不能而當然消滅，否則若已當然消滅，如何免除？其不可歸責者尚且如此，其可歸責者，民法第 226 條亦僅明定「債權人得請求賠償損害」，更應認為給付義務存在。重點在於給付義務與損害賠償責任是否具有同一性，惟於債務人有歸責事由之情形，亦有承認代償請求權之必要，由此可見，原債權似非當然因給付不能而變形為損害賠償請求權。故可認原給付義務、損害賠償請求權與代償請求權皆為併存，僅因基於司法經濟之理由，認為在此種情形債權人請求履行原給付義務並無判決之實益與執行之可能，故不應准許²⁶⁹。

本文認為，原給付義務是否因給付不能而消滅，涉及羅馬法以來所謂「對於不能無義務」之原則。原給付義務是否繼續存在，或為變形，應從經濟分析之角度出發，判斷原給付義務繼續存在之實益為何，在訴訟上是否有必要，此將留待本章第二節之部分深入探討之。

關於可歸責債務人之事由致給付不能者，其法律效果以損害賠償責任為核心。此之損害賠償責任係指履行利益之損害賠償，即債務人依債之本旨履行債務時，債權人可獲得之利益。至於雙務契約之對待給付部分，如果處理債權人之損害賠償請求權與債務人之對待給付請求權，學說上有交換說與差額說之不同見解，惟此非本文所要處理之重點，故在此省略不論。

3. 可歸責於雙方當事人之給付不能

可歸責於雙方當事人之給付不能，我國並未明文規定，解釋上有下列數種可能。其一：依可歸責於債務人之事由致給付不能之規定（民法第 226 條），由債務人負損害賠償責任，並依民法第 217 條規定，以被害人就損害之發生或擴大與有過失，定其損害賠償範圍；其二：依雙方當事人過失之輕重，分別適用其規定，如債權人之過失較重者，適用民法第 267 條之規定，債務人之過失較重者，則適用民法第 226 條規定；其三：如雙方當事人之過失程度相等，應類推適用民法第

²⁶⁹ 葉賽鶯，同前註 246，頁 215。

225 條與第 266 條規定²⁷⁰。

整體而言，應分別依可歸責於債務人、債權人之事由之規定較為妥適。亦即，債權人得主張民法第 226 條之損害賠償請求權，此時亦有民法第 217 條過失相抵之適用。且債權人亦有過失，故亦應同時適用民法第 267 條之規定，須為對待給付。並且，既然債權人亦有歸責事由，縱使債務人過失較重，亦不宜使債權人得逕行解除契約。此為我國通說見解²⁷¹。

第三項 我國給付不能體系之問題

由上述分析可知，我國就給付不能之體系有下列二大問題。

第一，給付不能之概念為何？學說上有所謂客觀不能與主觀不能之區別，客觀不能之概念較為明確，惟主觀不能之情形則多有歧異，如因通貨膨脹致物價飛漲，無法期待債務人為給付時，是否屬於主觀不能之情形，換言之，給付困難與給付不能之區別為何？法律效果有何不同？而對給付不能之法律效果之討論可再細分為二部分。其一，給付不能後之原給付義務是否繼續存在？其二，給付不能後債務人是否需負損害賠償責任？我國民法第 225 條與第 226 條之規定是否妥適，有無改進之處，仍待探討。

第二，可歸責於債務人之概念為何？就我國給付不能體系，對是否可歸責於債務人之事由致給付不能為不同之規定，不可歸責於債務人之給付不能，債務人免給付義務，可歸責於債務人之給付不能，債務人須負損害賠償責任。然而，民法並未清楚定義何謂可歸責，僅於民法第 220 條揭示過失責任主義。我國雖然是以過失責任主義為基本原則，但於許多場合並非一概採取過失責任主義，如不可抗力責任與通常事變責任。因此，於何種情形下債務人係屬可歸責，或從另一方面來看，何種情形債務人為不可歸責，即何種情形屬於債務人之免責事由，為本

²⁷⁰ 孫森焱，同前註 252，頁 830 至 831。

²⁷¹ 孫森焱，同前註 252，頁 831；邱聰智，同前註 242，頁 605；姚志明，同前註 243，頁 173 至 174。

文之核心探討概念。

第三，自始不能與嗣後不能之區別是否仍有必要存在？民法第 246 條規定以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。通說認為該條係指自始客觀不能之契約無效，然亦有學者認為自始主觀不能之契約同屬無效。然而，將自始不能之契約以無效處理是否妥適，不無疑問，蓋自始不能與嗣後不能之區別僅在於不能之時點是出現於契約成立前或契約成立後，現今學說亦朝向限縮自始客觀不能之契約無效情形，區分自始不能與嗣後不能而作不同之處理，不但分類上徒增困擾，實益何在，實有檢討之必要。

以下第二節至第三節，將分別針對上述二大問題作討論，並以外國法之角度提出分析，最後再於第四節作出總結，對我國給付不能與免責事由之關係提出個人淺見。而自始不能與嗣後不能之區別，雖然是我國給付不能體系之重大爭議，惟此屬契約效力之問題，與本文主要在探討免責事由之部分不同，故下面並不特別行文探討，併此敘明。

第二節 給付不能與履行請求權

第一項 給付不能之意義

第一款 客觀不能

客觀不能係指任何人均無法為給付。客觀不能又可區分為事實上不能與法律上不能。事實上不能又稱自然不能，即基於自然法則為不能之情形，如甲出賣一件古董於乙，但該古董因地震而滅失，甲即屬於給付不能；又如丙約定出賣天上之北極星於丁，但事實上丙不可能交付北極星予丁，故丙亦為給付不能。而法律上不能係指契約約定之給付，基於法律上之理由而無法被履行，即屬法律上之不能。例如當事人約定販賣第一級毒品海洛因，然海洛因為第一級毒品，屬違禁物，

依法律不得販賣，故該契約約定之給付即為給付不能；又如土地法第 14 條第 1 項規定²⁷²不得私有之土地，若以該不得私有之土地作為買賣契約之標的，因為法律規定無法移轉所有權，是該買賣契約之債務人亦屬給付不能。

第二款 主觀不能

主觀不能謂債務人對於約定之給付無法為履行，但第三人仍有履行之可能。例如出賣他人之物，雖然第三人仍有給付之可能，但對債務人而言屬於給付不能；又如一屋二賣，債務人已將房屋移轉予其中一位買受人，則對另一位買受人即屬給付不能。

第三款 給付不能之例外

第一目 無資力

債務人無資力非給付不能。蓋債務人對於所負給付金錢之義務，應負無限責任，以其現在及將來之一切財產，為其債務之總擔保，故債務人不得以無清償能力為給付不能，企圖減免責任²⁷³。換言之，金錢之債即無給付不能存在，最高法院 20 年上字第 233 號判例：「金錢債務不容有不能之觀念，即有不可抗力等危險，亦應由其負擔，決不能藉口損失及人欠未收以冀減免責任。」可供參照。

第二目 種類之債

種類之債之標的物，在未特定給付標的物之前，無給付不能存在。蓋以種類指示給付物者，社會上苟不失其存在，且無不能融通之情事，即屬給付可能²⁷⁴。是故，給付不能僅於特定之債始能發生。最高法院 37 年上字第 7140 號判例：「松柴債務係僅以種類指示給付物之債務，並非特定物給付之債務，縱令上訴人所稱

²⁷² 土地法第 14 條第 1 項：「左列土地不得為私有：一、海岸一定限度內之土地。二、天然形成之湖澤而為公共需用者，及其沿岸一定限度內之土地。三、可通運之水道及其沿岸一定限度內之土地。四、城鎮區域內水道湖澤及其沿岸一定限度內之土地。五、公共交通道路。六、礦泉地。七、瀑布地。八、公共需用之水源。九、名勝古蹟。十、其他法律禁止私有之土地。」

²⁷³ 孫森焱，同前註 252，頁 499。

²⁷⁴ 孫森焱，同前註 252，頁 499。

存積之松柴，在杭州淪陷時被敵偽毀滅非虛，亦不生給付不能之問題。」可資參照。

第二項 給付困難與給付不能之區別

給付不能之概念依上所述，看似明確，然而問題出在給付困難之情形。所謂給付困難，係指給付仍屬可能，惟因經濟上之障害，致債務人須負擔極高之履約成本方能為給付，即屬給付困難之情形。學說上亦有將給付困難稱為經濟不能，即系爭給付在規範或事實的意義下雖尚可能，不過由於事後發生之經濟上障礙，已非憑藉可期待之資源所能負擔得起，此時債務人應像不可歸責之客觀給付不能一樣，免給付義務²⁷⁵。

然而，給付困難是否屬於給付不能之一種形態？實務上採否定見解。最高法院 32 年上字第 4757 號判例：「被上訴人主張上訴人於民國二十九年十一月二十七日，出賣於被上訴人之八寸軟片一百打，已於同月二十九日交付五十打，其餘五十打經被上訴人於同年十二月一日去函催交，上訴人遂於原函批以片日內由碇運到，即送上不誤字樣，業經原審查據被上訴人提出之函件，認定屬實，上訴人對於此項認定，並未有所指摘，是其出賣之軟片僅以種類指示，並非特定物，通常不致給付不能，且上訴人應為給付之期，係在民國二十九年十二月間，縱令當時軟片來源已屬稀少，亦僅給付困難，不得謂為給付不能，上訴人乃主張依民法第二百二十五條第一項之規定，免其給付義務，殊無理由。」由此看來，給付不能與給付困難乃不同之概念，給付困難不得依給付不能之規定免給付義務，債務人仍負給付義務。

事實上，學說會將給付困難之情形以經濟不能稱之，係受德國法影響。德國於第一次世界大戰後，為解決嚴重通貨膨脹之問題，帝國法院創設經濟不能之概念，以債務人之給付無「期待可能性」為判斷標準，當債務人給付會造成其生存

²⁷⁵ 黃茂榮，同前註 261，頁 292。

毀滅或成為經濟廢墟，即為經濟上不能，而得依給付不能之規定主張免責。然而，經濟上不能係給付不能概念之擴張使用，與傳統給付不能之概念有所不同，蓋傳統上給付不能是指因自然法則或法律規定致無法給付，或因債務人個人事由而不能給付，但經濟上不能卻例外創設因履約成本過高而不能期待債務人履行契約得作為免責事由，且是否有經濟不能之情事，其認定繫於法院之判斷，可預見性相形較低，故經濟不能之概念是否妥適，非無審酌之餘地。

法律之概念會與時俱進，隨著社會情事之發展而改革，故給付不能之概念當然也可能因社會情事之發展而變更其內涵，故經濟上不能之出現，不必然為錯誤，甚至可能是必要。惟給付困難之情形，其原因在於契約訂立後，因時間的經過或雙方未預見之情事發生，使對價關係受到干擾，動搖契約基礎，此時，如強令債務人依原來約定之對價履行債務，確有無期待可能性之情形。然以經濟不能來處理給付困難之情形，其法律效果僅為履行責任之免除，也就是將債務人不能履行契約之風險完全交由債權人承擔，此種全有全無之處理方式，對債權人不一定公平，且無法針對實際情形適當課以債權人與債務人之責任，是以，經濟上不能之概念，並非妥適處理給付困難之方法。

第三項 本文對給付不能與給付困難之見解

第一款 給付不能之概念應從效率性、經濟性觀點出發

第一目 我國實務見解：以社會通常觀念決定給付不能

我國給付不能之概念以往學說多繼受德國法上客觀不能與主觀不能之分類，並進而解釋我國民法第 225 條、第 226 條、第 246 條等規定。學說之繼受對身為法律繼受國之我國來說，確實有其必要性，但於民法已於我國施行 80 年後之現今，是否還有必要追隨外國之學說來為我國民法之解釋，或是能以我國累積適用法律之經驗作為基礎進行解釋，此為法律解釋學上不可不面對之重大問題。對此，我國學說上亦早有倡導不區分客觀不能與主觀不能，而以社會通常觀念決定給付不

能之概念，凡依社會通常觀念，得強制債務人實現債務本旨者，即非不能給付²⁷⁶。最高法院 22 年上字第 3180 號判例認為：「民法上所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，買受人無支付價金之資力，按諸社會觀念，不得謂為給付不能。」亦以社會觀念來界定何謂給付不能。然而，社會通常觀念之語究竟為不確定法律概念，若無判斷基準實際上將難以操作，而容易流於法官任意判斷，缺乏法律適用之預見可能性，不利於人民適用及理解法律之規定。是以，仍有必要對給付不能之概念提出判斷標準，而可求諸比較法上之研究。

給付不能之概念在比較法上可資對照之概念如英美法上之給付不能 (impossibility) 與實現不能 (impracticability)、法國法與國際契約統一文件採取之不可抗力 (force majeure) 以及德國法上之客觀不能與主觀不能。有純粹客觀判斷者，亦有參酌債務人與債權人主觀判斷在內者，此雖與各國法律傳統有關，但最重要者在於法律效果之不同而決定各概念之寬嚴。若其法律效果為契約解消者，則其要件通常較嚴，若其法律效果僅為債務人免責者，要件會較寬。另外，給付不能概念亦與「契約嚴守原則」與「情事變更原則」有關，愈重視契約嚴守之國家，給付不能之要件即較嚴，相反地，較偏向支持情事變更原則之國家，給付不能之要件即較寬。蓋給付不能在處理債務人因給付障害事由而不能或難以繼續履行契約時，是否免給付義務以及損害賠償之問題，此為契約嚴守原則之例外，故也受情事變更原則之影響。

本文認為，要探討給付不能之內涵必須同時探討其法律效果，蓋研究給付不能之目的即為討論其法律效果，且由比較法之研究可知，法律效果之差異會影響給付不能概念之大小，從而，必須同時處理此二項問題，方能得到妥適之答案。回歸契約之本質，契約為雙方當事人合意之內容，本於「契約必須遵守」之原則，債務人對於合意之內容有給付之義務，此為契約拘束力之法理，為了保護債權人對契約內容之利益，債權人本於契約得請求債務人履行契約內容，這是從保護債

²⁷⁶ 孫森焱，同前註 252，頁 503。

權人利益之角度來理解契約拘束力²⁷⁷。因此，債務人應盡其所能去履行契約內容。

然而，債權人對債務人之請求並非絕對，在某些情形下，債務人繼續履行債務為不可能或不可期待，此時即有檢討契約拘束力之必要。這裡出現兩個問題，第一，債務人是否需繼續履行原有債務？第二，債務人是否需負損害賠償責任？第一個問題是債權人履行請求權是否仍繼續存在，第二個問題是履行請求權與損害賠償請求權之問題。此二者為給付不能法律效果之重大問題，以下分別檢討之。

第二目 履行請求權之界限：自經濟性、效率性觀點來排除履行請求權

傳統上皆承認給付不能之情形或使履行請求權消滅，羅馬法上亦有「對於不能之事無債務」之原則。是以，既然債務都已經消滅，依據債務內容而生之履行請求權當然也隨之消滅。而且，由比較法之研究可知，給付不能之概念，除了如標的物滅失之物理上不能的情形外，亦有認為包括經濟上不能的情形，對於給付不能之判斷採取相對寬鬆之基準。是以，給付不能之判斷基準的妥當性問題，必須慎重考量。

本文認為，履行請求權之界限可以經濟性、效率性之觀點作為判斷基礎。也就是說，當債務人履行債務會伴隨不當之高額成本時，即可否定履行請求權之存在。從而，履行請求權之界限在於衡量債權人之利益與債務人之不利益，但若係債務人一方單純之成本增加，並不會因此排除債權人之履行請求權²⁷⁸。以經濟性、效率性之觀點來判斷履行請求權之界限，理由如下：

1. 給付不能致債務人免責意味著債務人能因此由契約債務中解放，而其基本精神在於當事人締結契約時對於契約內容預想之給付可能性，因為履行障害之存在而無法履行契約。換言之，區別給付可能與給付不能之實益即在於債務人是否須繼續履行契約，或是得為免責。因此，要判斷債務人是否得為免責，必須考

²⁷⁷ 山本敬三，契約の拘束力と契約責任論の展開，ジュリスト，No.1318，2006年9月，頁88。

²⁷⁸ 潮見佳男，債權總論，信山社，2003年，頁165。

量契約之內容與性質，法律上契約履行強制力重點在於契約目的之達成。所謂契約目的之達成，在契約關係強調誠信原則之下，應係指當事人雙方共同利益之極大化，原則上契約之內容為當事人協商下之結論，雙方各自承擔權利義務，以追求各自之利益，是契約之內容即為雙方主觀上利益極大化之狀態。但在給付障害發生後，此利益極大化之狀態已被破壞，而債務人之免責即在避免其因給付障害而繼續履行契約所受之過度不利益。因此，在給付障害已破壞契約之均衡時，債務人無須繼續履行契約為保護債務人之制度。而當事人之契約利益，雖含有主觀上之特殊動機，但最主要者仍在於金錢利益，是給付不能之判斷仍不得脫離經濟性之考量，否則有違其制度之本旨。

2. 履行請求權之概念有二：其一，實體法上之權利義務關係之履行請求權；其二，司法機關賦予履行實現之履行請求權。因此，以司法機關賦予履行請求權之實踐的角度來看，履行請求權之訴求力與執行力乃最為重要者，單純實體法上權利義務之履行請求權，若無法強制執行，僅能轉變為損害賠償之形式存在，而失去訂立契約之原始目的²⁷⁹。而履行請求權之實踐仰賴債務人之配合，若債務人不為履行，則藉諸法院強制執行以求實現，因此，縱使抽象理論上尚有執行之可能，但技術上或經濟上業已不能執行者，仍應解為給付不能，較為妥當²⁸⁰。從而，如強制實現需費過鉅，例如修繕舊屋，其價格逾於新建，此時強令債務人負擔原超過原本預定價格之修繕成本，並不符合當事人訂立契約之目的，且債權人將不當受領超出契約目的之利益，此時應認屬給付不能之情形，而排除債權人之履行情求權。故從強制執行之角度來理解履行請求權，亦不脫經濟性、效率性之觀點。
3. 英美法上之給付不能（impossibility）與實現不能（impracticability），同屬債務人免責事由之制度，其判斷標準並非單純以標的物喪失為債務人免責事

²⁷⁹ 窪田充見，履行請求權，ジュリスト，No.1318，2006年9月，頁103至104。

²⁸⁰ 邱聰智，同前註242，頁37。

由，毋寧是綜合考量契約雙方當事人之利益狀態，尤其重視交易成本與履約成本。蓋絕對之給付可能性會隨著科技水準之提升而改變，以往認為登陸月球為不可能之事，但現今已非無稽之談，而契約法要探討者並非自然科學，而是契約當事人之利益衡平。從而，在履約成本已顯然超越債務人訂立契約時所預想之負擔，此時強令債務人履約並非合理，而得使契約解消。亦即，履約成本之多寡為英美法在考量債務人免責之重要因素，此即以經濟性、效率性之觀點為出發來探討契約免責制度。

4. 我國之給付不能係繼受自德國之債務不履行體系，而德國法於 2002 年已歷經債法修正，以義務違反作為債務不履行之核心概念。雖然德國法上仍保有給付不能之概念，但其主要是作為免責事由之概念而存在。德國民法第 275 條第 1 項，當給付的內容就其本質為不可能時，債權人的給付請求權消滅，因為即使強使給付義務不消滅，在實際上也欠缺意義，縱使透過強制執行之方式，原給付義務仍然無法實現。而德國民法第 275 條第 2 項與第 3 項，為債務人拒絕給付之抗辯權，本條第 2 項規範之對象主要指事實上不能的情形，即給付障害的克服在理論上僅管可能，但當債權人知悉這樣的給付障害存在時，以他理智、嚴謹之判斷，無法期待債務人或克服萬難來提出給付，即從債務人所負擔的物質上花費與相對人因此而受滿足的債權，無論從債之實體內容以及誠信原則來觀察，都在交易規則的比例關係上呈現重大的不平衡。可知德國民法對履行請求權之排除原因，從客觀物理性之不能概念開始，朝向主觀社會經濟之角度，對於判斷履行義務之界限，以當事人當初合意之內容作為基礎，朝排除原因柔軟化之方向發展，不拘泥於物理性之客觀不能²⁸¹。並且，縱使於修法之前，德國學說與實務上之操作，早已將給付不能之內涵擴張，就債務人是否應負擔給付義務，從社會或經濟的觀點出發，視其是否為可以期待，將給付不能之範圍擴張為自然上不能、法律上不能與事實上不能，而於修法後於法條明文加以確

²⁸¹ 森田修，契約責任の法学的構造，有斐閣，2006 年，頁 537 至 538。

認²⁸²。由此看來，以經濟性與效率性之觀點來理解給付不能實為目前各國之趨勢，縱使不透過修法，亦可由解釋論為之。

5. 給付不能之制度為民法上之規定，在我國採取民商合一之立法例下，會同時適用於民事契約與商事契約。關於民事契約與商事契約之概念或許不夠精確，若以契約主體來看，即可分為 B2B、B2C、C2C 三種契約²⁸³。現代契約法之發展，重心在於雙方商事契約（B2B）上，國際上之契約法律統一文件亦以商事契約做為規範標的²⁸⁴，蓋契約法講求雙方當事人經濟力、談判地位對等，本於契約自由原則自行決定契約內容，在現代社會上，私人間之交易雖非全無，但重要性不高，而企業經濟者作為交易之主體毋寧才是大宗，故契約法之研究應以商事契約為主要標的，而有關經濟上弱勢者保護之問題再委諸消費者保護法。而於雙方商事契約，企業經濟者透過契約所欲追求者無非是金錢利益，也就是當事人利益狀態之衡平可以金錢計算之，在此之下，以履約成本來考量是否得期待債務人繼續履行契約內容，即屬妥適，是以從經濟性、效率性之觀點來解釋給付不能，在雙方商事契約中乃即為合理之事。並且，雙方商事契約下之契約法一般原理原則，既以契約自由平等為基礎，除消費者立法政策考量外，對於純粹民事契約亦應能提供公平之解決模式，故得作為民法上契約法一般法律原則²⁸⁵。

由上可知，履行請求權之界限在於是否可合理期待債務人繼續履行契約，而此合理期待並非單純從債務人觀點出發，而須本於契約內容即雙方當事人利益狀態，視債務人繼續履行契約是否符合經濟性、效率性之成本考量，以此來解釋給付不能之概念。當然，債務人單純之履約成本增加，並不能使債務人免除履行債

²⁸² 蔡晶瑩，同前註 136，頁 129 至 130。

²⁸³ B2B 為 Business to Business，B2C 為 Business to Consumer，C2C 為 Consumer to Consumer。關於以企業觀點之契約分類，詳參陳自強，同前註 1，頁 295。

²⁸⁴ CISG 與 PICC 皆明文稱其適用客體為商事契約，PECL 雖稱為歐洲契約法原則，以契約法一般法律原則為規定，但其條文與 PICC 幾乎大同小異，可知國際法律統一文件之適用客體以商事契約為主。

²⁸⁵ 陳自強，同前註 1，頁 304。

務之義務，此不論於各國比較法或國際法律統一文件皆係如此。至於要到何種程度之履約成本增加，才能認為債務人繼續履行契約不符經濟性與效率性，無法一概而論，而須視具體個案而定，有賴實務上判決之發展，第二章與第三章等外國法上之案例或許可提供判斷給付不能之參考。

第二款 本文對給付不能與給付困難之區別與處理

在本文見解下，給付不能必須以經濟性、效率性之觀點出發，而考量債務人履約成本之困難。就此而言，本文見解下之給付不能與給付困難似已難以區分，蓋傳統上之給付困難係指給付之標的因價格上漲或來源稀少或其他原因，致債務人給付陷於不利或困難之境地，但二者之法律效果差別甚大，因給付不能得使債務人無庸繼續履行債務，但給付困難時債務人仍須繼續履行債務，因而二者仍有區分之必要。

於德國法上，對於給付之極端困難已逾越債務人之「犧牲限度」時，債務人以誠信原則為由主張拒絕給付，即所謂給付之期待不能。之後又發展出「法律行為基礎喪失」之理論，將給付之極端困難或等價關係之破壞，認係客觀的法律行為基礎喪失之情形，而發生解除權或其他法律效果。2002年德國債法修正增訂第275條第2項與第3項，於債務人給付具不可期待性時，得主張拒絕給付，同時又增訂第313條，將法律行為基礎喪失之理論明文化，而為上述學說與判例之再確認。

本文認為，給付不能與給付困難為程度上之區別，而非本質上之不同，換言之，二者之基本法理皆在於債務人履行契約之期待可能性。這樣一來，給付不能與給付困難是否仍有區別之必要？本文認為此二者仍有區別之實益，不在於債務人期待可能性有無不同，而在於法律效果為不同之考量。由前可知，給付不能之最重要法律效果為免給付義務，不論債務人有無可歸責事由，債務人皆無須再為給付，此是因為債務人客觀上不可能為給付或基於經濟性、效率性之考量認為不

可期待債務人履行債務。然而，給付困難與給付不能最大之區別在於給付困難時債務人仍須繼續履行債務，而不得主張免給付義務，但是，在具體個案已逾越債務人犧牲界限，屬於給付期待不能時，債務人應得有權主張拒絕給付。

如果將給付困難之情形皆產生免給付義務之法律效果，有時未必符合當事人之意思。例如，債務人因受石油危機影響，致營建成本大幅增加，已達到不可期待債務人履行時，然而，債務人可能為保障商譽或其他利益，縱使成本極高仍願意繼續為履行債務，故一律使債務人免給付義務似乎不合適，而應賦予債務人有拒絕履行之權利即可。又如債務人原本依契約內容要上臺表演舞台劇，但臨時因父母病危而無心表演，此時雖然主觀上不可期待債務人繼續履行債務，但債務人亦可能因有專業演員之敬業心態，而欲繼續上臺表演，此種情形使債務人免給付義務亦不妥適，而應賦予其有拒絕履行之權利，視債務人是否主張。因此，本文認為給付困難之法律效果係賦予債務人有拒絕履行之權利，而非如給付不能一般直接免給付義務，德國法第 275 條第 2 項與第 3 項給付困難之拒絕履約權可供參照。然而，給付困難之拒絕履約權在我國現行法下並無規定，僅能以民法第 148 條誠信原則為依歸，學說上亦有認同此見解者²⁸⁶。惟本文認為可以解釋當事人之契約內容而得出債務人拒絕履行權之依據，蓋債務人給付困難之拒絕履約權屬於抗辯權之一種，而抗辯權不以法律明文規定為限，當事人約定之契約內容亦可發生抗辯權之效力。於給付困難時，基於期待可能性本不能強使債務人繼續履行契約，此為當事人於訂立契約時所得預想，並且以之定入契約內容並不違反當事人本意，故本於解釋客觀上當事人訂立契約之真意，應得認為當事人對於給付困難時債務人享有抗辯權一事具有默示同意，而成為契約內容之一部分，故即使法未明文，依然得透過契約解釋之方法得出給付困難之債務人抗辯權。

上述處理方式，法律效果雖屬明確，但仍不可迴避者即給付不能與給付困難之區別。本文認為給付不能與給付困難僅為給付期待可能性程度上之不同，故難

²⁸⁶ 葉賽鶯，同前註 246，頁 71。

從期待可能性之觀點去區分給付不能與給付困難，而應從強制執行之角度出發，若無法以強制執行達成契約目的者，應屬給付不能，債務人免給付義務，反之，得以強制執行達成契約目的，而係不可期待債務人履行債務者，則屬給付困難，債務人得拒絕給付。舉例而言，給付標的物滅失等情形，固屬給付不能無疑；登陸月球或大海撈針等客觀上難以期待債務人履行之債務，亦無法為強制執行，亦屬給付不能；出賣他人之物，以經濟性、效率性之觀點來看，難以期待債務人將他人之物購入而履行契約內容，且該物亦非屬債務人之財產，無法以強制執行達成契約目的，應屬給付不能。而債務人應通貨膨脹致履約成本增加，不具給付期待可能性時，此時履行債務本身並無不同，僅是履約成本之考量，強制執行亦屬可能，應屬給付困難，債務人得拒絕給付；債務人因個人主觀因素，如父母病危無法為一身專屬性之債務履行，此時債務人具履行契約之不可期待性，且對債務人之手段債務無法用強制執行達成契約目的，應屬給付困難，債務人得拒絕給付，亦即債務人享有抗辯權。

第四項 小結：我國給付不能之新內涵

第一款 給付不能之類型化

綜合上述，本文係以債務人履約之期待可能性與是否可以強制執行之方式達成契約目的來區分給付不能與給付困難。所謂債務人履約之期待可能性可區分為一般性債務與一身專屬性債務，在一般性債務下，應以經濟性與效率性之觀點來判斷債務人履約之期待可能性，而一身專屬性債務時，應考量債務人心理層面之期待可能性，尤其是道德上或義理上之因素。是否可以強制執行之方式達成契約目的，源起於羅馬法上「不能之債務為無效」之原則，可用來區分給付不能與給付困難。因而，在一般性債務時，如不具債務人履約之期待可能性以及無法以強制執行達成契約目的時，屬於給付不能，債務人免給付義務；若債務人不具履約之期待可能性，但可以強制執行達成契約目的，屬於給付困難，債務人得拒絕給付。然而，

必須注意者為給付不能與給付困難皆屬例外，在契約嚴守原則下，債務人有義務盡力去履行契約內容。因此，在判斷債務人給付之期待可能性時，必須十分例外且極端之情形才能認定無期待可能性，單純之成本或價格波動，或是債務人個人之好惡，並不屬於給付障害，債務人仍必須盡力履行契約內容。

就此而言，本文認為民法第 225 條所稱之給付不能，應包含下列數種情形：

1. 凡任何人均不能給付者（基於自然法則或法律規定而無法給付）。如標的物已滅失或自始不存在，屬於傳統上客觀不能之情形。
2. 依經濟性、效率性之考量，不可期待債務人為給付，且無法藉由強制執行達成契約目的。舉例而言：（1）客觀上雖為可行，但履行成本極高，譬如大海撈針、登陸月球；（2）出賣他人之物。
3. 個人專屬債務下之債務人死亡或失能。如委任契約之受託人死亡，或是歌手本應登臺歌唱，因喉嚨發炎而不能唱歌。

第二款 其餘非屬給付不能之類型

德國法上關於事實上不能、個人之不能與經濟上不能之給付不能類型，本文認為在我國應分別適用給付困難或情事變更原則來處理。

1. 事實上不能：即債務人考量債務內容與誠信原則，其給付利益與費用顯不均衡時，德國法上稱為事實上不能。本文認為此種情形雖屬不可期待債務人去履行契約，但其強制執行仍屬可能，與給付不能之本質不同，且債務人仍可能基於成本以外之考量而去履行契約，如為保全商譽，不宜逕行剝奪債務人履行之機會，故非屬給付不能，而應賦予債務人拒絕給付之權利即可，其法律依據可基於民法第 148 條誠信原則。
2. 個人之不能：即一身專屬之給付因債務人個人事由之不能，如舞蹈家因家人生病而無心表演。此時亦非給付不能之情形，如基於倫理與道德上不可期待債務

人履行契約，因賦予債務人拒絕給付之權利，始屬正當，其法律依據亦為民法第 148 條誠信原則。

3. 經濟上不能：經濟上不能是因履行成本增加至契約中給付與對待給付之衡平遭破壞，而不可期待債務人履行契約。其履行債務本身並非不可能，強制執行亦屬可能，就此而言，應屬給付困難之範圍，而非給付不能。在我國可考慮之方式是與事實上不能相同，依民法第 148 條賦予債務人拒絕給付之機會，或者是依民法第 227 條之 2 規定適用情事變更原則，請求法院調整契約內容。

	給付不能	給付困難	非給付障害情形
債務人履約之期待可能性	無期待可能性	無期待可能性	有期待可能性
強制執行得否達成契約目的	無法達成	可以達成	可以達成
主要法律效果	債務人免給付義務	債務人得拒絕給付 (抗辯權)	債務人須繼續履行契約
法律依據	民法第 225 條	契約解釋	民法第 199 條

第三節 給付不能之可歸責性與免責事由

第一項 可歸責性與免責事由

依民法第 225 條與第 226 條，可知我國對於給付不能之損害賠償係以可歸責性為區分，債務人若屬可歸責，即須對給付不能之結果負損害賠償責任，若債務

人為不可歸責，即不須負損害賠償責任。甚且，依民法第 266 條與第 267 條之對待給付，亦以可歸責性作為判斷標準，若債權人為不可歸責，即無須為對待給付，債權人若為可歸責，則須為對待給付。就此看來，可歸責性之要件為決定給付不能之法律效果的重點，尤其是損害賠償之部分。當然，免給付義務就我國實務與學說來看，不問債務人是否可歸責，只要為給付不能，債務人皆為免給付義務，故此部分之法律效果與可歸責性無關。

另一方面，給付不能之情形，由於無法以強制執行來達成契約目的，此時債務人固免給付義務，惟債務之內容將轉變成損害賠償之形式，以滿足債權人之契約利益²⁸⁷。而是否須負損害賠償責任，視債務人是否為可歸責，若屬不可歸責，即無須負損害賠償責任。換言之，若債務人為不可歸責之給付不能，依民法第 225 條與第 226 條，不僅免給付義務，亦無須負損害賠償責任，屬於完全之免責狀態。也就是說，債務人欲完全免除契約責任，必須不具可歸責性，自不待言。

何謂可歸責性，在我國民法採取過失責任主義下（民法第 220 條），過失責任即為債務人可歸責之原則。然而，於不同之契約類型債務人可歸責性應有不同，過失責任僅為原則，不代表永遠不變，以下將先介紹我國可歸責性之現狀，再以比較法之觀點提出檢討。

第二項 可歸責性之概念

第一款 故意

民法第 220 條第 1 項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」是債務人對其故意行為應負責任，且依同法第 222 條規定，故意責任不得預先免除，故以契約條款免除債務人之故意責任者，其免責條款為無效。而故意之內涵為何？民法並未為定義，解釋上可參考刑法第 13 條之規定²⁸⁸，包含直接故意與間接故意，

²⁸⁷ 潮見佳男，總論——契約責任論の現状と課題，ジュリスト，No.1318，2006 年，頁 85。

²⁸⁸ 刑法第 13 條：「（1）行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。（2）行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」

重點在於債務人知悉之狀態。

第二款 過失

同樣依民法第 220 條，可知債務人對其過失行為原則上亦須負責。過失責任可在我國民法上區分為重大過失、抽象輕過失與具體輕過失三種客觀準則，其區分依據為債務人注意義務程度之高低。重大過失為債務人未盡一般人之注意義務，抽象輕過失為債務人未盡善良管理人之注意義務，具體輕過失為債務人未盡與處理自己事務同一之注意義務。

原則上，於通常情況下債務人係負抽象輕過失責任，只有於法律明文規定時，如民法第 410 條（贈與人責任）與第 434 條（承租人之失火責任）才依重大過失負責。而具體輕過失責任須就個案中關係人之個人習慣決定，在法律上一般均規定於當事人間有密切關係之人際關係，如民法第 672 條（合夥人之注意義務）、第 535 條前段（受任人之注意義務）與第 590 條前段（受寄人之注意義務）²⁸⁹。

第三款 事變

事變乃非因故意過失所生之變故，如戰爭之暴發、疾病之流行等，且事變不僅為外在之自然事實，即人之行為亦包括在內，例如被竊盜或債務人非出於故意過失之動作。

事變可分為通常事變及不可抗力兩種。通常事變乃債務人雖盡其應盡之注意義務，而仍不免發生，然若再予特別嚴密之注意，或可避免者。例如旅客行李於店內被竊，倘店主特加防範，或不致發生。故通常事變其程度未達不可抗力，亦非債務人之故意過失，而係在兩者中間之事故²⁹⁰。民法對特種營業突破過失責任原則，使其就通常事變負責，如民法第 606 條（場所主人責任）、第 634 條（運送人之責任）、第 654 條（旅客運送人之責任）、第 607 條（飲食店等類似場所主人之

²⁸⁹ 黃立，民法債編總論，元照，2000 年，頁 421。

²⁹⁰ 曾瑞慶，債務不履行歸責事由之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，1982 年，頁 45。

責任)等。

而不可抗力係指由外部來臨、異於尋常的事件，也就是人力所不能抗拒之事由，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免者²⁹¹。不可抗力之發生，有來自自然界之力量，如水災、火山爆發、地震，有來自第三人之群體行為，如戰爭、內亂、罷工、或第三人之個體行為，如徵收、竊盜，有來自當事人自己內在之障害，如昏迷不醒。不可抗力不問屬於何種態樣，其共通要素為「無法抗拒」²⁹²。債務人對不可抗力需負責者需法律有特別規定，如民法第 231 條（債務人遲延中對不可抗力而生之損害）、第 525 條（著作交付後出版人因不可抗力滅失之負擔）等。

第四款 債務人對其代理人或使用人之責任

民法第 224 條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債務之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」其法理在於債務人就其所負債務之履行，既藉由他人之行為加以輔助，用以擴張自己之活動範圍，增加利潤，從而債務人之代理人或使用人，關於債務之履行有故意或過失時，債務人就此危險所生損害，即應負擔保責任²⁹³。準此，債務人對履行輔助人之行為應負無過失責任，性質上屬於法定擔保責任，此項嚴格責任是基礎當事人間之利益衡量，債務因分工役使他人而受益，理應承擔其危險性，且使債務人負擔保義務亦可促使債務人慎於選任、監督履行輔助人²⁹⁴。

第三項 損害賠償責任之法理基礎

第一款 損害賠償責任之理論基礎：契約拘束力

由上可知，債務人是否需負損害賠償責任視其可歸責性而定，而債務不履行之歸責事由原則上以債務人之故意過失為主，在特殊契約類型另有調整過失責任

²⁹¹ 孫森焱，同前註 252，頁 489。

²⁹² 曾世雄，民法總則之現在與未來，1993 年，頁 263。

²⁹³ 孫森焱，同前註 252，頁 492。

²⁹⁴ 王澤鑑，為債務履行輔助人而負責，民法學說與判例研究（六），1994 年，頁 72。

為通常事變責任者。而債務人之過失原則係指抽象輕過失，即負善良管理人注意責任。此種思考方法是立基於債務人行動自由之保障的觀點，不問損害賠償是否得當，只要債務人不具備故意過失或與此同視之事由，債務人不負損害賠償責任，藉此保護債務人行動自由。然而，若由「契約拘束力」來看，債務人對於締結之契約，必須受其拘束，即法諺所云：「契約必須遵守」，即所謂「契約嚴守原則」。本於契約嚴守原則，債務人對契約內容中負擔之債務無法履行時（即債務不履行），債務人對債權人自應負損害賠償責任。這樣一來，契約內之債權因債務不履行所生之損害賠償的問題，因為債務人受契約拘束對債權人負擔債務，其一般之行動自由亦同受拘束，故以債務人之行動自由保障來作為可歸責原理是否妥當，即屬疑問。實現契約內容是締結契約後之義務，而且這種行動自由之限制是來自於債務人本身之制約，以行動自由之限制即「過失責任原則」來說明債務不履行所生損害之歸責事由，理論上的確有問題²⁹⁵

並且，本於自己責任原則，債務人本於自己決定而成立之契約，必須承擔其未能實現所受之損害，又契約拘束力是為保障債權人對於契約內容實現之期待，國家本於尊重自己決定自己責任之原則，而賦予債權人有契約之履行請求權，在履行請求權無法實現時，則賦予債權人有損害賠償請求權代替履行請求權，以填補債權人對於契約內容實現期待落空之損害。在此之下，債務不履行之損害賠償責任，並非在苛責債務人不履行之過錯，而是在填補債權人所受之損害，故以債務人行動自由為出發點之過失責任原則，維持債務人可歸責性作為損害賠償之要件的見解，並不適宜評價債務人是否應負損害賠償責任²⁹⁶。毋寧應認為，債務人因債務不履行所生之損害賠償，係因契約而來之債務負擔，債務人有義務受其拘束。簡單來說，契約拘束力即是債務人因債務不履行所負損害賠償責任之正當化依據

²⁹⁵ 詳解債權法改正の基本方針Ⅱ——契約および債權一般（1），民法（債權法）改正検討委員會編，商事法務，2009年10月，頁247。

²⁹⁶ 潮見佳男，同前註278，頁270。

第二款 「債務內容之確定」與「債務不履行之判斷」

在契約拘束力之下，要判斷是否構成債務不履行，必須先確定契約中債務人之給付義務為何，即所謂債務內容之確定，然後在此給付義務未實現時，即構成債務不履行，而有損害賠償之問題。換句話說，債務內容之確定與債務不履行之判決，即為損害賠償責任之免責所要考慮之先決問題²⁹⁷。

債務之內容必須透過契約解釋而確定，依據契約債務人對債權人有何種義務，此種債務內容之確定為處理損害賠償問題第一個重要課題。例如，結果債務與手段債務之區別，或是以過失責任原理為基礎的契約債務以及以擔保一定結果實現之擔保責任為基礎的契約債務的區別，這樣的問題都是屬於債務內容之確定的層次，而非處理免責問題之層次。

再者，即使確定了債務之內容，如果債務人對債務內容為適切之履行，因為債務人已經完全履行債務，此時即無債務不履行之問題。關於債務不履行之判斷應如何評價，涉及各種債務內容之不同，而有不同之判斷標準，簡單來說，如果債務人能於履行過程之各種狀況下均遵照契約之本旨為合理之行為，即盡到債務人之義務，在此意義之下，債務人已盡其合理注意，故無債務不履行，當然不負損害賠償責任。

第三款 擔保責任與過失責任之區別

若從契約拘束力之角度來理解債務人損害賠償之基礎，則只要債務人一旦無法履行契約，債務人即應負損害賠償責任，此種不問債務人具體行為之當否，而以保證之結果不發生作為歸責事由而令債務人負損害賠償，可稱為擔保責任。另一方面，以債務人履行過程具體行為義務違反為理由而令債務人負損害賠償責

²⁹⁷ 森田宏樹，契約責任の歸責構造，有斐閣，2002年，頁46。

²⁹⁸ 森田宏樹，同上註，頁49。

任，可稱為過失責任，此處之過失指的是債務人未盡契約中合理期待之努力。

擔保責任與過失責任之二種歸責事由，究竟何者較為妥當，本文認為無法一概而論，而應客觀解釋契約內容而定。若契約之本旨重在契約確定之結果實現，即所謂之結果債務，債務人應負擔擔保責任，擔保契約結果之實現，若契約結果未能實現，債務人應負損害賠償責任；若契約之本旨非在確定結果之實現，僅是為了當事人所期待之結果發生，即所謂之手段債務，則債務人負過失責任，僅在未盡合理期待之努力時，方負損害賠償責任。然而，以一定結果之實現作為契約內容來區分結果債務與手段債務，理論上似有缺陷，蓋縱使是手段債務，亦以一定實現結果或目的為契約內容，另一方面，結果債務之結果，並非債務人應盡全部努力去達成使結果實現，而是契約當事人期待之結果，故結果之不實現如係因不可抗力所致，此時仍不可命債務人負損害賠償責任。就此而言，結果債務與手段債務之區別，不在於結果是否擔保實現，而在於當事人應以何種努力來達成契約之結果實現，即「債務強度」之區別²⁹⁹。以此來探討契約當事人對於損害賠償責任之免責事由，方屬當事人訂立契約之真意。

是以，在具體之契約損害賠償之判斷上，若屬結果債務，即經由法律規範評價，債權人保有給付結果之利益為適當者，債務人若未達成契約內容，基於擔保責任，應負損害賠償責任，僅在結果之不實現為不可抗力時，無須負損害賠償責任。反之，若屬手段債務，即應以一定慎重之注意義務來達成契約結果者，如債務人未盡該注意義務，應負損害賠償責任，此時須評價債務具體之行為態樣，而屬過失責任。此種擔保責任與過失責任之二元化體系，乃法國法對於債務不履行之體系，可供我國參考。

第四項 給付不能可歸責性之再建構

第一款 可歸責性之內涵

²⁹⁹ 森田宏樹，同前註 297，頁 16。

按民法第 226 條規定，債務人給付不能之損害賠償責任必以可歸責為前提，惟歸責事由之內涵為何，法條並未明文規定，而須透過解釋得之。傳統上以民法第 220 條債務人之注意義務作為可歸責事由，即過失責任原則，但過失責任原則僅為債務人應負責之原因之一，不代表債務人必以過失責任做為可歸責之基礎，此由民法另於特殊契約類型規定通常事變責任或不可抗力責任即可得知。因此，可歸責性之內涵於不同契約之內容下，債務人之歸責事由並不相同，此點應可肯定。

並且，由之前論述可知，契約拘束力為損害賠償之法理基礎，債務人對於結果之實現受契約拘束之情形（即所謂結果債務），且非因不可抗力導致結果不能實現，此時，債務人未使契約結果實現本身即違反契約嚴守原則所生之契約拘束力，基於擔保責任，債務人為可歸責，應負損害賠償責任，而不須再去討論債務人有無盡一定之注意義務。另一方面，契約之內容重在債務人應以一定慎重之注意義務來達成契約結果者（即所謂手段債務），債務人不履行可歸責性之判斷，必須就債務人具體行為態樣為評價，而於債務人未盡合理期待之注意義務，即具有可歸責性，須負損害賠償責任，此是以過失責任為可歸責事由。也就是說，債務人之歸責事由須視契約內容屬結果債務或手段債務而分別依擔保責任或過失責任決定之，因此，歸責事由存否之判斷，必須依契約內容而定³⁰⁰。

或有認為我國並無結果債務與手段債務之區別，則上開擔保責任與過失責任之二元化體系難以適用於我國。本文認為並非如此，此可從民法第 199 條之解釋得之。依民法第 199 條第 1 項規定：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。」本條所謂之給付，即為基於債權之給付請求權，現代債法理論認為所謂「給付」，不僅指債務人應為一定行為，大多數情形下，尚指債務人應盡其所為，使約定的結果發生，即發生給付結果³⁰¹。如買賣契約之情形，民法第 199 條所稱之給付應指

³⁰⁰ 小粥太郎，債務不履行之歸責事由，ジュリスト，No1318，2006 年 9 月，頁 120。

³⁰¹ 陳自強，契約之內容與消滅，學林，2004 年，頁 10。

給付結果而言，讓買受人取得買賣標的物所有權與占有，就是買受人基於買賣契約所得請求的「給付」，買受人未取得占有與所有權之前，其債權並未消滅。然而，於某些契約類型，給付不以發生結果為必要，如醫療契約，醫師僅需盡其注意義務，按照當時醫療科技水準為醫療行為，即已履行其給付義務，醫療行為報酬請求權的發生，並不以治癒為要件。在此種情形，醫療契約醫療行為人所應負的給付義務，不包括給付結果，單純地指給付行為。總合來看，民法第 199 條所稱之給付具有雙重意義，多數情形指給付結果而言，但在若干契約類型，給付單純指給付行為³⁰²。是以，民法第 199 條所稱之給付，並未限定為給付結果或給付行為，而須依契約類型而定。契約著重於給付結果者，可稱為結果債務，而適用擔保責任；契約著重於給付行為者，可稱為手段債務，而適用過失責任。如此二元化體系之區別，並無逾越我國法條內容之文義範圍，解釋上應屬可行。

	可歸責事由	免責事由	舉證責任
結果債務	契約拘束力： 擔保責任	不可抗力	由債務人證明免責事由 存在
手段債務	未盡注意義務： 過失責任	已盡注意義務	由債權人證明可歸責事 由存在

第二款 可歸責性與免責事由

就可歸責性之證明上，傳統上皆認為債務人給付不能時，債權人起訴請求損害賠償時僅須證明給付不能之事實，無須對債務人可歸責性負舉證責任。亦即，債務人要免除給付不能之損害賠償責任，必須自己證明其屬於不可歸責，就此而

³⁰² 陳自強，同上註，頁 11。

言，可歸責性之內涵等同於免責事由，由債務人自行證明不可歸責之事由，來免除給付不能之損害賠償責任。此種免責事由，在債務人應負擔保責任之契約類型時，係以不可抗力作為債務人免責事由，法國民法第 1148 條、CISG 第 79 條、PECL 第 8:108 條、PICC 第 7.1.7 條等皆採取相同之立法例，即以不可抗力作為債務人免除不履行損害賠償責任之免責事由。日本債權法改正提案第 3.1.1.62 條³⁰³，亦參考 CISG 第 79 條以不可抗力作為損害賠償之免責事由。蓋即使於契約嚴守原則所生之契約拘束力下，若超越債務人可得控制之範圍所致之契約不履行，本不得苛求債務人必須對此負責，故以不可抗力作為債務人之免責事由。因此，若給付不能係因不可抗力之事由所致，本質上即屬不可歸責於債務人之事由，債務人依民法第 226 條之反面解釋即無須負損害賠償責任。

以此來理解可歸責性，可知債務人基於契約嚴守原則之擔保責任而負給付不能之損害賠償責任係屬原則，且債務人之給付不能本身即因違反擔保責任而具可歸責性，債權人無庸舉證證明。故可歸責性之重點在於債務人須舉證證明其有不可歸責之事由，簡而言之，即不可抗力事由。另外，除不可抗力事由外，基於效率性考量，債務人給付成本與債權人所獲得之利益相差極大，無法期待債務人為履行時，此時亦屬債務人免責事由之一種，債務人為不可歸責，英美法上之給付不能（impossibility）與實現不能（impracticability）可供債務人主張免責事由之參考。惟不論是英美法之給付不能與實現不能，其履行成本效益考量必須具有重大性，且為債務人訂立契約時未能合理預見，經合理風險分配後認債務人無須繼續履行契約而構成給付不能時，方得認為其屬不可歸責，而一併免除其損害賠償責任。

至於債務人對其履行輔助人負責一事，雖屬可歸責事由之一，但其牽涉債務人對第三人之責任，與本文主要探討給付不能作為免責事由並非高度相關，故不

³⁰³ 日本債權法改正第 3.1.1.63 條第 1 項：「因契約中債務人不承擔之事由所生之債務不履行，債務人不負損害賠償責任。」提案要旨參照 詳解債權法改正の基本方針Ⅱ——契約および債權一般(1)，民法（債權法）改正検討委員会編，商事法務，2009 年 10 月，頁 245。

在本文論述範圍內。而手段債務以過失責任作為可歸責事由，重點在探討債務人注意義務之程度，與現行解釋並無重大不同，亦與本文之免責事由著重契約解釋與風險分配之概念有所差異，反而與侵權行為關於故意過失概念之探討較有關係，故本文亦不深入探討，併此敘明。

第三款 免責事由之判斷

第一目 免責事由之原理：合理的危險分配

契約係當事人間之特別結合關係，契約責任即應置於契約預定結果之保證上，而因為契約結果實現受法律之保護，故債務人未能實現契約結果應負契約責任，即損害賠償責任。蓋債務人於訂立契約時即得合理分配風險，危險之支配有控制可能性，若屬債務人具有控制力之履行障害所造成之不履行結果，屬於典型債務人之責任範圍，自應負損害賠償責任³⁰⁴。從此處理解債務人之契約責任，可知若給付障害為契約訂立時所未能預期之危險，且該危險並非債務人所能控制者，因為債務人對此種危險欠缺支配可能性，亦無法預先以契約條款來分配風險，故債務人對此種風險不具可歸責性，不應使其負損害賠償責任，而得主張免責。

CISG 第 79 條、PECL 第 8:108 條、PICC 第 7.1.7 條基於上開理論，對於構成免責事由之給付障害提出三項要件，「不可控制性」、「不可預見性」與「不可避免性」，整體看來與法國法上所稱之不可抗力相同。換言之，債務人只要能證明造成給付不能之事由為不可控制性、不可預見性以及不可避免性，即屬不可歸責，得主張免責，不負損害賠償責任。另外，UCC 第 2-615 條亦對免責事由提出三項要件，「出賣人不必承受不可預見情事之風險」、「未發生之情事必須是契約之基本預想」、「嗣後情事之發生必須使履行構成商業上實現不能」，就前二項要件主要是預見可能性之問題，與 CISG 第 79 條、PECL 第 8:108 條、PICC 第 7.1.7 條等規定並無不同，主要不同在於商業上實現不能之概念，此是以成本效益之角度為分析，

³⁰⁴ 潮見佳男，契約責任の体系，2000 年，頁 142。

即債務人若要以極度高額且不合理之成本來履行契約即構成免責事由，其基本思想仍不脫風險合理分配之概念。本文認為，不管是不可抗力或實現不能皆可作為免責事由，蓋其基本內涵皆屬風險分配，只要債務人能證明免責事由存在，即為不可歸責，而不須負損害賠償責任。

第二目 免責事由之具體化

為了提供未來判斷免責事由之參考，以下將舉出國際商業交易上普遍承認之免責事由，作為上述判斷標準之具體化舉例。詳細論述可參考第四章國際法律統一文件關於免責規定之介紹。

1. 自然災害：如洪水、颱風、地震、海嘯、火災、傳染病、海難、火山爆發等。
2. 人為的社會狀況之變化：戰爭、內亂、交通封鎖、原物料不足、勞資爭議下之罷工、停工、怠業等。
3. 公權力之拘束：標的物遭扣押、法令之變更等。

以上之例為國際商事契約上常見之不可抗力條款所列舉之事由，由於契約乃高度當事人自治，關於契約之風險分配自應優先尊重當事人之意思，故當事人若有約定免責條款，則依當事人所約定之免責條款處理之。只有在當事人未預先以免責條款分配風險，而契約訂立後又發生無法預期之給付障害，造成當事人無法履行契約，方有上述免責事由之適用。因此，免責事由乃當事人無免責條款之約定下，法律基於合理危險分配之概念，客觀解釋當事人之契約內容，逆推若當事人預先得知給付障害之存在將會為如何安排。故於具體個案判斷上，法院要做的是探求當事人真意，明瞭當事人將如何合理分配風險，此時，商業常規與交易習慣為很好的判斷標準，即在一般商事交易上，當事人通常為如何之分配風險。而如何探求商業常規與交易習慣，在這國際化之社會，國際交易頻繁，我國身處國

際交易體系之一環，對世界契約法之潮流走向自不能置身事外，國際契約法統一文件包括 CISG、PECL 與 PICC，對於契約免責事由已有高度統一性，採取不可抗力之立法例，而以「不可控制性」、「不可預見性」與「不可避免性」作為判斷標準，此種國際契約法之整合，可代表目前契約法之走向，並可作為現代商人法之商業常規，足供我國參考。另外，日本債權法改正提案，以「期待可能性」作為判斷債務人免責事由之依據，亦可供我國參考。

第四節 小結

給付不能之概念在我國為債務不履行三種類型之一，向來係作為債權人請求債務人為損害賠償之請求權依據（民法第 226 條第 1 項）。然而，從債務人之角度出發，給付不能並非單純債權人請求損害賠償之依據，反而具有使債務人免責之效力。就債務人遇到給付障害之情事後，將遇到二項問題，其一，債務人是否須繼續履行契約；其二，債務人是否須負損害賠償責任。此二項問題之解答，皆可從給付不能之概念與法律效果獲得答案。

首先，債務人是否須繼續履行契約，須視該給付障害情事是否構成給付不能。依民法第 225 條，因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免給付義務，同法第 226 條可歸責於債務人之給付不能雖未規定債務人免給付義務，惟實務與學說皆肯認之，因此，給付不能下之債務人免給付義務，無須繼續履行契約，乃無疑義。問題在於何種給付障害情事會構成給付不能？本文認為應從給付不能之本意出發，蓋給付不能之原始意涵為債務人無法履行契約，此種無法履行契約可能係基於物理上之不能，亦可能基於主觀上之不能。物理上之不能構成給付不能，殆無疑義，主觀上之不能是否構成給付不能，本文認為應從經濟性、效率性之觀點出發，若債務人履行契約嚴重違反成本效益，且無法以強制執行之手段達成契約目的者，則屬給付不能之型態，債務人免給付義務。至於自成本效益考量，無

法期待債務人繼續履行契約，但仍得以強制執行之手段達成契約目的，應屬給付困難，債務人得拒絕給付，其依據為民法第 148 條誠信原則。換言之，給付不能與給付困難同屬履行請求權之界限。

再者，債務人是否須負損害賠償責任，須從給付不能之可歸責性要件檢討，蓋民法第 226 條第 1 項規定可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得請求賠償損害。可歸責性之檢討在於契約之風險分配，客觀解釋契約類型來合理分配給付障害之風險該由何人承擔。本文認為可將債務種類分成結果債務與手段債務，對於結果債務債務人應負擔擔保責任，原則上本於契約拘束力，只要不履行契約即應負損害賠償責任，僅於不可抗力下得為免責；而於手段債務下債務人負過失責任，必須債務人未盡注意義務，債權人方得請求損害賠償。是以，於結果債務下，契約拘束力即為債務人不履行契約之可歸責性，債務人要免除損害賠償責任，必須證明免責事由之存在，此可參考 CISG、PECL 與 PICC 關於免責事由之規定，而以不可抗力作為免責事由，其判斷標準為「不可控制性」、「不可預見性」與「不可避免性」。另外於英美法上之「實現不能」或日本債權法改正提案之「期待可能性」，同樣屬於免責事由之一種，亦可供我國未來發展免責事由之參考。至於不同之契約類型可能會有不同之考量，此於解釋契約之內容時尤需特別注意，上述判斷標準僅為提供一般性之參考，而為各種契約類型之共通判斷標準，於個案上仍有調整之空間，併此敘明。

總結而言，給付不能可作為債務人免給付義務之依據，同時，對於不可歸責於債務人之給付不能，可作為債務人免除損害賠償之依據。是以，就此種意義看來，給付不能乃債務人免責之依據，可同時免除給付義務與損害賠償責任。也就是說，在我國法中，給付不能可作為債務人免責事由，而為契約嚴守原則之例外。從這個角度出發，給付不能之概念可賦予其新意涵，而非單純債務不履行之類型之一而已。

第六章 結論

由比較法之研究可知，各國對於免責事由之規定各不相同，相當程度反映各國之歷史背景與發展，以及各國對契約嚴守原則與情事變更原則之看法。強調契約嚴守之國家，免責事由之概念就會放得比較窄，債務人較難獲得免責之機會；反之，雖亦強調契約嚴守原則，但較往情事變更原則之處靠攏之國家，免責事由之概念會放得比較寬，債務人比較容易獲得主張免責之機會。給付不能之發展源自羅馬法之「對於不能之事無債務」之原則，例如約定給付宗教上之聖獸其約定無效，以此為基礎建構德國法上「給付不能 (Unmöglichkeit)」之概念，基本內涵為客觀上不能履行之事債務人無庸履行。嗣後，德國法上「給付不能」之概念逐漸發展，並向外傳遞。在英國法中，雖然契約嚴守原則作為原則存在，但至1863年 Taylor v. Caldwell 判決，借用大陸法系之給付不能概念，創造出以契約標的物消滅之給付不能 (impossibility) 作為債務人免責事由，並且，隨著判例法之累積，英國法上給付不能之概念不限於契約標的物消滅，其餘如債務人死亡或失能、契約履行目的對債務人不具效用、特定來源不足、履行方式不能等，皆有作為給付不能之案例存在，可知英國法上之給付不能作為免責事由存在，以此為主要內容建立起「契約頓挫原則」，來決定契約是否因契約訂立後嗣後發生之情事影響而解消，而契約頓挫原則並非單純考量債務人無法履行契約，而係綜合評價債權人與債務人之風險與利益後，決定是否賦予債務人免責之機會。另一方面，美國法遵循英美法中判例所形成之原則，亦即美國法上亦有給付不能 (impossibility) 之概念，但美國法上另創造出實現不能 (impracticability) 之概念以取代給付不能，實現不能之重點在於債務人成本效益之考量，若債務人履行債務之成本遠超過其訂立契約時預期之程度，造成債務人極度不合理之困難、花費或損害，即構成實現不能，可作為債務人免責事由。因此，綜合英國法與美國法來看，英美法系雖採嚴格契約責任，債務人不履行即須負損害賠償責任，

但由判例法形成之給付不能與實現不能等概念，得作為債務人免責事由，以此平衡契約當事人風險之分配，而不致造成極度不公平之情形。

在德國法上，給付不能於債務不履行之發展中，不再僅指客觀不能，亦包括主觀不能在內，擺脫傳統以純粹客觀不能履行之事作為給付不能之唯一內涵。惟主觀不能之概念具有歧異性，德國法上亦爭論不休，如經濟不能是否屬於主觀不能之範圍，並非明確。2002 年德國債法修正，除去債務不履行之類型分別，統一以義務違反作為債務不履行之原因，並於第 275 條第 1 項規定：「給付義務對債務人及任何人皆為不能時，債務人免其給付義務。」維持以往見解，以客觀不能做為債務人免責事由。同時，德國民法第 275 條第 2 項與第 3 項規定事實上不能與個人之不能等情形，賦予債務人有拒絕履行之權利：事實上不能係考量債務內容與誠信原則，若其給付利益與費用顯不均衡，債務人得拒絕給付；個人之不能係債務人應為個人之給付，而考量履行障害與債權人之給付利益，無法期待債務人為給付時，得拒絕給付。由此看來，現今德國法上之免責事由仍係以給付不能之概念出發，客觀不能依德國民法第 275 條第 1 項債務人免給付義務，事實上不能與個人之不能依德國民法第 275 條第 2 項與第 3 項，債務人得拒絕給付。

法國法強調契約嚴守原則，故對債務人免責事由之規定較為嚴格。其將債務關係區分為結果債務與手段債務：於結果債務中，只要結果未實現，即推定債務人具有過錯（faute），債務人欲免責，依法國民法第 1147 條，必須證明有不可抗力或事變導致債務人無法履行；而於手段債務，債務人須有過錯才負損害賠償責任，債權人必須證明債務人過錯之存在。至於不可抗力之事故具外來性、無法迴避性、不可預見性與不可抵禦性，只要構成不可抗力，債務人即免其責任。

雖然英美法系與大陸法系對免責事由之立法例差異甚大，世界三大契約模範規則於折衝整合下，對免責事由之規定卻十分一致。不管是 CISG 第 79 條之免責事由規定（exemption），還是 PECL 第 8：108 條之障害事由免責（Excuse due to

an Impediment)，或是 PICC 第 7.1.7 條之不可抗力（force majeure），其所稱之障害事由或不可抗力事件的要件皆為不可控制性、不可預見性與不可避免性，基本上與法國法不可抗力之立法模式相同，可認為是現代契約法整合之趨勢。之所以會將免責障害事由採取不可抗力之立法模式，原因可能在於國際商事契約上慣行已久之免責約款內容多以不可抗力事件作為免責事由，某程度已達商人法之確信。另外，綜觀英美法系與大陸法系對免責事由之立法例，可知不可抗力事件不論於各法系皆會被認定為免責事由，達成最低限度之共識，這也是各國會支持不可抗力作為一般性免責事由之因素。

回歸我國，向來缺乏免責事由之概念，而如同德國法以債務不履行之規定處理契約障害的問題。免責事由之法律效果主要在處理履行請求權之界線以及債務人免除損害賠償責任之問題，本文係以給付不能規定來作為免責事由，同時處理上述兩項問題。首先，關於履行請求權之界線，由於民法第 225 條第 1 項已規定不可歸責於債務人之給付不能，債務人免給付義務，同法第 226 條第 1 項對於可歸責於債務人之給付不能雖未有同樣規定，但學說與實務皆肯認給付不能使債務人免給付義務，可知給付不能在我國為債權人履行請求權之界線，只要陷於給付不能，不論可否歸責，債務人皆免給付義務。因此，重點在於給付不能之判斷為何？本文認為應以經濟性、效率性之角度出發來理解給付不能，蓋當事人訂立契約之目的在於達成契約內容，以享有給付之利益，當給付為客觀上不能，或依成本利益考量無法期待債務人為給付時，此時履行契約已無法達成當事人訂立契約之目的，故應賦予債務人免責之機會。惟一旦認為屬給付不能時，債務人即免給付義務，有時難免剝奪債務人欲繼續給付之機會。因此，本文認為應分別給付不能與給付困難，當契約內容客觀上無法履行，或雖客觀上能履行，但無法期待債務人為之，且國家機關無法以強制執行之方式達成契約內容時，應屬給付不能，債務人免給付義務；而因嗣後情事發生，與契約訂立之預想不同，以成本利益考量顯然無法期待債務人繼續履行契約時，應屬給付困難，基於客觀解釋當事人契

約真意，應得認為當事人訂立契約時已默示同意給付困難時債務人享有抗辯權，而得拒絕給付。

再者，關於債務人損害賠償責任之問題，民法第 226 條第 1 項係以可歸責於債務人之事由作為損害賠償責任之基礎，從而，欲探討債務人免責事由，亦須由可歸責性之要件出發。傳統上以過失責任原則作為債務人可歸責事由，惟民法另有許多特別規定排除過失責任原則，可知過失責任原則並非絕對，而應依契約類型來決定債務人可歸責事由。本文認為可歸責事由應區分契約類型而定，於契約內容重在達成一定結果者，即所謂結果債務，本於契約拘束力，一旦債務人未能履行契約內容，即應屬可歸責，而負擔保責任，僅在債務人不履行契約內容係因不可抗力之事件所致，方例外得為免責；而於契約內容重在債務人以一定慎重注意義務來處理事務者，即所謂手段債務，債務人對於未能達成契約結果，僅負過失責任，當債務人未盡慎重注意義務來處理事務時，始為可歸責，而負損害賠償責任。就此而言，於結果債務中，可歸責性之探討重點不在可歸責事由，蓋契約拘束力為契約訂立之基本，反而重點在於不可歸責之事由，此即本文一再探討之免責事由，而以不可抗力作為原則免責事由，亦符合世界契約法整合之趨勢。當然，不可抗力僅為免責事由之一種，若於具體個案中為合理風險分配後，認為不應由債務人負擔此風險，亦可認為債務人為不可歸責，而如何為合理風險分配，可參考英美法系下之契約頓挫理論，包括給付不能與實現不能等案例，而為個案性之判斷。

綜上所述，本文由比較法之角度出發，而以解釋論之方法重新建構給付不能作為免責事由之規定。主要透過解釋給付不能之概念以及可歸責事由之操作，將給付不能作為債務人免除給付義務與損害賠償責任之依據，而成為我國民法中債務人免責事由之一般性規定。事實上，免責事由僅能為原則性之規定，無法一一詳列各種免責事由，其內涵不脫契約嚴守原則與情事變更原則之糾纏，如何在契約嚴守原則下，去尋找債務人對於不履行契約內容之免責事由，重點即在於風險

分配之概念，如何衡平當事人間之利害關係，有待個案再為判斷，但仍需特別注意下列幾點，如契約條款之約定（有無免責約款）、當事人訂立契約時之預想、契約障害之預見可能性、迴避可能性、債務人履行契約之期待可能性、履約成本與債權人利益間之關係等要點，綜合具體情事為判斷，方能得出妥適之結果，此為免責事由之最大意義所在。



參考文獻

一、中文文獻

1. William Burnham 著，林莉芝譯，英美法導論，元照，2005 年
2. 尹田，法國現代契約法，五南，1999 年
3. 王澤鑑，為債務履行輔助人而負責，民法學說與判例研究，第 6 冊，自版，1994 年 8 月 8 版，頁 67 以下
4. 王澤鑑，自始主觀給付不能，民法學說與判例研究，第 3 冊，自版，1996 年，頁 41 以下
5. 王澤鑑，債法原理第一冊：基本理論、債之發生，自版，2003 年
6. 王澤鑑，侵權行為法第一冊：基本理論、一般侵權行為，自版，2003 年
7. 向明恩，歐洲債務不履行類型與效力之統合——以學術版之共同參考架構草案（DCFR）為藍本，月旦民商法雜誌，29 期，2010 年 9 月，頁 5-20
8. 朱岩編譯，德國新債法：條文及官方解釋，中國：法律出版社，2003 年
9. 邱聰智，新訂民法債編通則（下），元照，2001 年
10. 林誠二，情勢變更原則之理論與實際——債法上之比較研究，中興法學，14 期，1978 年 1 月，頁 289-317
11. 林誠二，民法理論與問題研究，中興大學圖書部，1991 年
12. 姚志明，債務不履行之研究（一）：給付不能、給付遲延與拒絕給付，元照，2003 年
13. 孫森焱，新版民法債編總論（下冊），自版，2000 年
14. 陳自強，契約之內容與消滅，新學林，2004 年
15. 陳自強，無因債權契約論，新學林，2005 年
16. 陳自強，代理權與經理權之間——民商合一與民商分立，元照，2006 年

17. 陳自強，整合中之歐盟契約法，月旦法學雜誌，181 期，2010 年 6 月，頁 113-132
18. 陳自強，歐洲契約法發展之最新動向，月旦法學雜誌，182 期，2010 年 7 月，
頁 117-143
19. 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，元照，2011 年
20. 陳自強，整合中之契約法，元照，2011 年
21. 陳彥良，論給付障礙法之新體例——以德國新修正之民法債編為中心，月旦
法學雜誌，95 期，2003 年 4 月，頁 123-143
22. 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法律評論，54 期，1995 年 12 月，
頁 251-269
23. 黃立，民法債編總論，元照，2000 年
24. 黃立，德國新債法之研究，元照，2009 年
25. 黃茂榮，債法總論（第二冊），自版，2002 年
26. 曾世雄，民法總則之現在與未來，自版，1993 年
27. 曾瑞慶，債務不履行歸責事由之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，
1982 年
28. 彭鳳至，情事變更原則之研究——中、德立法、裁判、學說之比較，五南，1984
年
29. 詹森林，自始客觀不能，月旦法學教室，創刊號，2002 年 10 月，頁 50-56
30. 詹森林，給付不能——自始主觀不能，民事法理與判決研究，第 5 冊，元照，
2007 年，頁 33 以下
31. 葉賽鶯，給付不能之理論與實務，自版，1986 年
32. 鄭正忠、朱一平、黃秋田譯，法國民法，五南，2001 年
33. 蔡晶瑩，從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定的轉變，中原財經法
學，9 期，2002 年 12 月，頁 114-140

二、西文文獻

1. Cenini & Luppi & Parisi, *The Comparative Law and Economics of Frustration in Contracts*, (October 10, 2010). Available at SSRN:
<http://ssrn.com/abstract=1418035>
2. Collins, *Good Faith in European Contract Law*, 14 OXFORD J. LEGAL STUD (1994)
3. Farnsworth, Disputes Over Omission in Contracts, 68 Colum.L.Rev. (1968)
4. Felemegas, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation , Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (2000)
5. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis*, Pace International Law Review (2001)
6. Gordley, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, American Journal of Comparative Law (Summer 2004)
7. Heidemann, Methodology of Uniform Contract Law (2006)
8. Honnold, Uniform Law for International Sales (1999)
9. Mckendrick , Contract Law (7th ed.) (2007)
10. Peel, The Law of Contract (12th ed.) (2007)
11. Posner & Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. Leg. Stud. 83 (1977)
12. Rapsomanikas, Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law, 18 Duquesne Review (1980).

13. Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Second (English) Edition (2005)
14. Treitel, An outline of The Law of Contract (6th ed.) (2004).
15. Treitel, Frustration and Force Majeure (2nd ed.) (2004)
16. Vogenauer & Kleinheisterkamp, Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford (2009)
17. White & Summers, Uniform Commercial Code (Third Edition) (1988).
18. Zeller, CISG and the Unification of International Trade Law (2007)

三、日文文獻

1. オーレ・ランドー/ヒュ・ビール編，潮見佳男/中田邦博/松岡久和 監訳，ヨーロッパ契約法原則 I・II，2006 年
2. 小粥太郎，債務不履行の帰責事由，ジュリスト，No1318，2006 年 9 月，頁 117-126
3. 山口俊夫，フランス債権法，財産法人東京大学出版社，1986 年
4. 山本敬三，契約の拘束力と契約責任論の展開，ジュリスト，No.1318，2006 年 9 月，頁 87-102
5. 民法改正研究会，民法改正と世界の民法典，信山社，2009 年
6. 民法（債権法）改正検討委員会編，詳解債権法改正の基本方針 II——契約および債権一般（1），商事法務，2009 年
7. 半田吉信，ドイツ新債務法と民法改正，信山社，2009 年
8. 森田宏樹，契約責任の帰責構造，有斐閣，2002 年
9. 森田修，契約責任の法学的構造，有斐閣，2006 年
10. 窪田充見，履行請求権，ジュリスト，No.1318，2006 年 9 月，頁 103-116

11. 潮見佳男，契約責任の体系，2000 年
12. 潮見佳男，債権総論，信山社，2003 年
13. 潮見佳男，総論——契約責任論の現状と課題，ジュリスト，No.1318，2006 年，頁 81-86

