

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



代償請求權之研究

A Study on Claim of the Return of Reimbursement

戚本昕

Pen-Hsin Chi

指導教授：吳從周 博士

Advisor: Chung-Jau Wu, Dr. iur.

中華民國 109 年 6 月

June 2020

## 謝辭

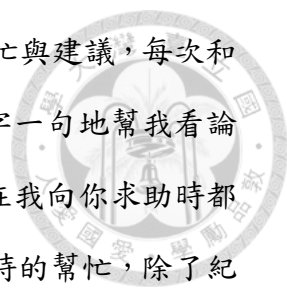


去年吳門尾牙後與從周老師的一番討論，在歷經波折與猶疑後，終於下定決心以此作為論文題目，這一年半的時間中雖不敢說竭盡全力，但縱使不在寫作，論文仍時時掛心。寫論文中充滿苦澀與無力，更因深切體會學識的不足，信心不時動搖，雖最終成果未臻完備，仍有思慮不周之處，但這一路以來的辛酸血淚，仍無法掩蓋完成論文的喜悅，對於過程中曾受到的幫助，在此表達最高的謝意。

論文能夠完成，首要感謝的就是從周老師。一開始是大學時在北大受到老師鞭辟入裡的論文以及說學逗唱的教學所吸引，到台大成為老師的指導學生後，更是被老師對學術研究嚴謹的態度與熱忱所感染。特別感謝老師在我寫作過程陷入瓶頸時的指引與關心，每次與老師討論後都被老師用心的指導所感動。此外，也很感謝老師提供難得的經驗與鼓勵，不論是參與研究計畫，還是跟隨老師參加兩岸碩博論壇，都開拓了我的視野也學習到寶貴的經驗。有幸能在研究所期間跟隨老師學習，不論是學術研究或待人處事上，都讓我受益匪淺，著實銘感於心。

非常感謝擔任論文口試委員的陳洸岳老師，謝謝老師在素昧平生的情況下願意擔任我的口試委員，老師對於論文修改的建議與疏漏之處的指正，使論文能更趨完整，不論是在信件的往來或當面的交談中，也充分地感受到老師的親切與和藹，希望以後還有機會受教於老師。

也非常感謝擔任口試委員的顏祐紘老師，感謝老師在烈日下陪小孩之餘，仍抽空讀我的論文。老師在口試時分享的想法與建議，彌補了論文中許多思慮不周之處，感激不盡。此外，也要謝謝老師一路以來，不論是研究計畫還是兩岸碩博論壇等過程中的照顧與經驗分享，沒有老師的從旁協助這些過程不會如此順利，無法擔任老師助理藉此多跟老師學習是研究所過程的小遺憾，希望未來不再錯過能跟老師學習的機會。



首先要感謝我的師兄彥丞學長，感謝學長自入門以來的幫忙與建議，每次和學長討論問題都獲益良多，更謝謝學長在律師工作百忙之中一字一句地幫我看論文，實在是無以回報。感謝恩寧學姊領我入門，謝謝學姊每每在我向你求助時都不吝嗇地分享，以及口試前的幫忙與鼓勵。也要感謝奕萱口試時的幫忙，除了紀錄外，還在我當天匆忙時分擔諸多事務，真的是辛苦你了。

再來要感謝我的偶像旻諺，當初一同修課撰寫的報告，促發我鑽研這個問題的興趣，以此為論文題目後，謝謝你不厭其煩地跟我討論，在受訓之餘也撥空幫我看論文並給予回饋。感謝我的另一個偶像佑軍，成立論文讀書會並不時督促關心我的論文進度，並在我進度不如預期時，聽我抱怨發牢騷。謝謝良鏡耐心地回答我眾多的日文問題，在我用日文讀羅馬法崩潰時，一字一句地幫我確認翻譯。謝謝戴旻諺提供外文文獻，與你討論英美法相關的問題，對論文很有幫助。感謝品諭陪我去政大幫我借參考資料，也謝謝育驊遠在日本交換還幫我蒐集文獻。

也要謝謝我的衣食父母法律圖，謝謝我的主管鳳儀、軒雍跟玉珠姐，提供溫馨的工作環境，讓我不愁吃穿甚至賴著不想走。還有在法圖的同事們，不論是剛進去時的前輩們，還是後來一起工作的夥伴，離開學校後我一定會懷念休息時間跟大家在辦公室吃飯、聊天的日子。此外，好友睿麒、涵睿、若懷、禹辰、敬元跟杰春，與大家出遊歡笑總是特別輕鬆自在，希望大家未來在各自領域一切順利。政洳、勝盟、晉良、琪雯等，謝謝你們在這一年間時常被迫來公館聚會，在寫作煩悶的日子裡與你們一同玩樂、喝酒、打電動是最好的調劑。感謝 2414、2411 的大家、法壘的大家，對於一路上給予幫助、陪伴我的每一個人，致上萬分謝意。

謝謝品璇，何其幸運在這段日子有你的陪伴，與你相遇是一件美好的事。

謝謝我親愛的家人，感謝爸爸、媽媽跟叡叡一直以來的照顧以及對於生活上諸多的包容，沒有你們的支持我絕對無法完成論文，對你們的感謝實在無法三言兩語道盡。

戚本昕 2020.8 於台大萬才館

## 摘要



我國代償請求權之規定最早可追溯於德國 Pandekten 法學時期，學者 Mommsen 將代償請求權與給付不能概念連結，以「利益應歸屬於承擔危險之人」作為理論依據，影響德國舊民法第一草案。惟德國自舊民法修正第一草案後，即擺脫與危險負擔制度之連結。我國現行法承襲國民律草案，採取較近似於德國舊民法第一草案之立法例，而非德國舊民法之立法例。

其次，日本改正前民法雖無代償請求權明文規定，仍受德國法影響被通說承認。但因相關制度立法例之不同，致多以危險負擔之補充規定理解代償請求權。然而，於債權法改正後，危險負擔揚棄債權人主義，並於改正後民法第 422 條之 2 新增代償請求權之規定，賦與代償請求權獨立之意義。

關於規範目的，代償請求權承載調整當事人間不當利益流動之意旨。所謂不當係指侵害歸屬於他人相對性債權之利益造成之財產變動，與調整絕對權利益侵害之不當得利制度，於民法上違反權益歸屬之調整，各自扮演重要角色。

關於構成要件，不論意定之債或法定之債，亦不論債之內容，均不排除代償請求權適用之可能。於給付不能可歸責於債務人時，民法第 225 條第 2 項雖以不可歸責於債務人為要件，但應認為此時存有法律漏洞，債權人得類推適用主張之。給付不能事由與債務人取得代償利益間，應認為僅須有間接因果關係即足以滿足要件。替代性之判斷上，原給付標的須與代償利益間具有目的上之同一性。

關於法律效果，代償請求權僅具有請求權效力，行使範圍原則上應以原給付標的客觀價額為限，例外於被立法者評價為具高度不法性時，方允許債權人得就代償利益之全額為請求，以剝奪債務人獲利之方式嚇阻之。此外，於代償利益價值小於原給付時，債權人應得依比例縮減其對待給付義務。

關鍵字：民法第 225 條第 2 項、代償請求權、代償利益、給付不能、獲利返還

## Abstract



The earliest provision of Claim of the Return of Reimbursement in Taiwan can be traced back to the German Pandekten law period. Scholar Mommsen connected the Claim of the Return of Reimbursement with the concept of impossibility, and based on the source of Roman law that "*commodum eius esse debet, cuius periculum est*", which influenced the first draft of the old German civil code. However, since the amendment of the first draft of the old civil code, German civil law got rid of its connection with the risk of loss system. The current civil code of Taiwan inherits the draft of civil code of Republic of China, adopting an instance of legislation that is more similar to the first draft of the old German civil code, instead of the old German civil code.

Secondly, despite the absence of a provision for the Claim of the Return of Reimbursement in Japanese civil code before law of obligations reform, it was still generally recognized under the influence of German law. Nevertheless, due to differences of the relevant legislation, the provision of Claim of the Return of Reimbursement is often deemed as the supplementary provisions of risk of loss system. However, after the reformation, the risk of loss system abandoned the doctrine of risk of loss on impossibility is taken by creditors, and the amended Article 422-2 of the Japanese civil code added a provision for the Claim of the Return of Reimbursement, giving it autonomous meaning.

Regarding the purpose of regulation, the Claim of the Return of Reimbursement carries the intention of adjusting the unjust allocation of assets between parties resulted from contracts. The unjust allocation here refers to the property changes caused by the infringement of the interests attributable to right in personam from

others, and the unjust enrichment system of adjusting the infringement of the interests attributable to right in rem, each plays an important role in the adjustment of the rights and interests attribution in violation of the civil law.

Regarding the elements, either contractual obligations or non-contractual obligations, the possibility of the application of the Claim of the Return of Reimbursement is not excluded, moreover, the content of the obligations is also irrelevant. When the debtor is imputed to the impossibility, though Paragraph 2, Article 225 of the civil code requires that the debtor is not imputed, it should be considered as a legal loophole, thus the creditor may claim that Paragraph 2, Article 225 of the civil code should apply *mutatis mutandis*. Between the impossibility by reason of a circumstance and the substitute interest debtor obtain, it should be considered that indirect causation is still sufficient to meet the element. In the judgment of the element of substitution, subject matter of obligation must have the same purpose as the substitute interest.

Regarding the effects, the Claim of the Return of Reimbursement only has the effect of the claim, and the scope of exercise should in principle be limited to the objective value of the subject matter of obligation. However, the legislator may make exceptions for certain highly illegal cases, allowing the creditor to claim full amount of the substitute interest. By depriving the profit, highly illegal behaviors of the debtor may be deterred. If the value of the substitute interest is less than the subject matter of obligation, the creditor may reduce its obligation to counter-prestation.

Keywords: Paragraph 2, Article 225 of the civil code, Claim of the Return of Reimbursement, substitute interest, impossibility, disgorgement

# 簡目



謝辭 .....	I
摘要 .....	III
ABSTRACT.....	IV
簡目 .....	VI
詳目 .....	X
表目錄.....	XXVI
<b>第一章 緒論.....</b>	<b>1</b>
第一節 研究動機與問題意識.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	5
第三節 研究架構.....	6
<b>第二章 代償請求權之起源與發展 .....</b>	<b>8</b>
第一節 德國舊民法制訂前.....	8
第一項 Jhering 之代償理論.....	8
第二項 Mommsen 之代償請求權理論 .....	9
第三項 Windscheid 之代償請求權理論.....	22
第四項 小結.....	23
第二節 德國舊民法.....	24
第一項 立法歷程.....	24
第二項 西元 1896 年德國舊民法典.....	31
第三節 德國現行民法.....	33
第一項 債法改正計畫.....	33

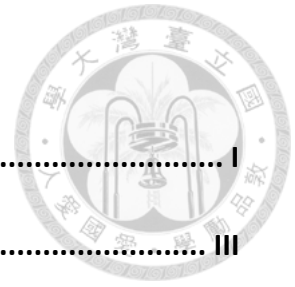
第二項	債法現代化.....	37
第三項	現行債務法.....	43
第四節	日本舊民法.....	44
第一項	Boissonade 草案 .....	44
第二項	法律取調再調查委員會修正案.....	45
第三項	明治時期舊民法.....	46
第四項	舊民法修正後刪除.....	46
第五節	日本改正前民法.....	47
第一項	承認與否之爭論.....	47
第二項	最高法院昭和 41 年 12 月 23 日判例.....	56
第三項	代償請求權之依據.....	61
第六節	日本改正後民法.....	71
第一項	債權法改正審議前.....	71
第二項	法制審民法部會審議過程.....	72
第三項	改正後民法.....	78
第七節	我國法之立法歷程.....	80
第一項	大清民律草案.....	80
第二項	民國民律草案.....	82
第三項	現行民法.....	83
第八節	小結.....	83
<b>第三章</b>	<b>代償請求權之規範目的 .....</b>	<b>91</b>
第一節	立法理由.....	91
第二節	契約補充解釋說.....	92
第三節	除去侵害獲益說.....	94



第四節	平衡權益歸屬認知之落差說.....	95
第五節	調整失當財產價值分配說.....	95
第一項	內涵.....	95
第二項	與不當得利之關係.....	98
第三項	學說上之質疑.....	101
第六節	債權人利益保護說.....	102
第一項	純為保障債權人.....	102
第二項	確保債權人處於與取得標的物相同價值狀態.....	104
第三項	不增加債務人負擔下取代原請求權.....	105
第七節	填補債權人損害說.....	106
第八節	本文見解.....	106
<b>第四章</b>	<b>代償請求權之構成要件.....</b>	<b>109</b>
第一節	給付陷於不能.....	109
第一項	債之關係.....	109
第二項	給付不能.....	117
第三項	不可歸責於債務人.....	122
第四項	可歸責於債務人之爭論.....	126
第二節	債務人因給付不能取得代償利益.....	148
第一項	因果關係.....	148
第二項	可移轉性.....	152
第三項	替代性（同一性）.....	154
<b>第五章</b>	<b>代償請求權之法律效果.....</b>	<b>171</b>
第一節	性質.....	171
第一項	請求權與形成權之爭論.....	171

第二項	債權人之選擇權.....	173
第三項	小結.....	175
第二節	客體.....	176
第一項	損害賠償請求權.....	176
第二項	損害賠償以外之類推適用.....	178
第三節	行使範圍.....	204
第一項	德國法.....	204
第二項	日本法.....	217
第三項	我國法.....	234
第四項	民法上利益返還責任中之獲利返還.....	239
第五項	違反契約義務之獲利返還.....	247
第六項	本文見解.....	265
第四節	債務人支出費用之扣減.....	268
第五節	與損害賠償請求權之競合.....	269
第一項	德國法.....	269
第二項	日本法.....	271
第三項	我國法.....	275
第四項	小結.....	281
第六節	債權人之對待給付義務.....	283
第一項	德國法.....	283
第二項	我國法.....	283
第三項	小結.....	287
<b>第六章</b>	<b>結論.....</b>	<b>289</b>
	<b>參考文獻.....</b>	<b>297</b>

# 詳目



謝辭 .....	I
摘要 .....	III
ABSTRACT.....	IV
簡目 .....	VI
詳目 .....	X
表目錄.....	XXVI
<b>第一章 緒論.....</b>	<b>1</b>
第一節 研究動機與問題意識.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	5
第三節 研究架構.....	6
<b>第二章 代償請求權之起源與發展 .....</b>	<b>8</b>
第一節 德國舊民法制訂前.....	8
第一項 Jhering 之代償理論.....	8
第二項 Mommsen 之代償請求權理論 .....	9
第一款 Mommsen 的給付不能理論 .....	10
第一目 古典羅馬法時期之給付不能.....	10
第二目 給付不能之概念.....	11
一、 自始給付不能.....	12
二、 嗣後給付不能.....	12
(一) 可歸責於債務人之嗣後給付不能.....	13
(二) 不可歸責於債務人之嗣後給付不能.....	13

第二款	代償請求權理論.....	14
第一目	因第三人之侵權行為而生.....	15
第二目	因債務人之法律行為而生.....	18
第三目	學說之評價.....	20
一、	Heinrich Siber.....	20
二、	Manfred Harder.....	20
第三項	Windscheid 之代償請求權理論.....	22
第一款	自始給付不能.....	22
第二款	嗣後給付不能.....	23
第四項	小結.....	23
第二節	德國舊民法.....	24
第一項	立法歷程.....	24
第一款	西元 1882 年部分草案 (Kübel 草案).....	25
第二款	西元 1887 年第一草案.....	25
第一目	草案內容.....	25
第二目	理論依據.....	27
第三目	學說之批評.....	27
第三款	修正第一草案.....	28
第四款	暫定第一草案.....	29
第五款	暫定編纂第一草案.....	29
第二項	西元 1896 年德國舊民法典.....	31
第三節	德國現行民法.....	33
第一項	債法改正計畫.....	33
第一款	債法修正鑑定意見.....	33
第二款	債法修正委員會最終報告書.....	34

第一目	給付義務之排除.....	34
一、	以義務違反為前提.....	34
二、	義務排除之新規定.....	35
第二目	代償請求權.....	36
第二項	債法現代化.....	37
第一款	債法現代化討論草案.....	37
第二款	債法現代化整理案.....	38
第三款	現代化法草案.....	39
第一目	代償請求權.....	39
第二目	給付義務之排除.....	40
一、	給付不能.....	40
二、	給付困難.....	41
第三項	現行債務法.....	43
第一款	給付義務之排除.....	43
第二款	代償請求權.....	43
第四節	日本舊民法.....	44
第一項	Boissonade 草案.....	44
第二項	法律取調再調查委員會修正案.....	45
第三項	明治時期舊民法.....	46
第四項	舊民法修正後刪除.....	46
第五節	日本改正前民法.....	47
第一項	承認與否之爭論.....	47
第一款	否定說.....	48
第一目	物權行為之立法例.....	48
第二目	無實益說.....	50

第二款	肯定說.....	50
第一目	危險負擔補充規定說.....	51
一、	承認代償請求權之理由.....	51
二、	代償請求權之適用場合.....	52
三、	對於否定說之回應.....	54
第二目	原給付價值轉換說.....	55
第二項	最高法院昭和 41 年 12 月 23 日判例.....	56
第一款	案例事實概要.....	56
第二款	原審判決.....	56
第三款	最高法院之判例意旨.....	57
第一目	理論基礎與構成要件.....	57
第二目	規範上之依據.....	59
第三目	學說上之質疑.....	60
第三項	代償請求權之依據.....	61
第一款	改正前民法之危險負擔.....	61
第一目	原則採債務人主義.....	61
第二目	例外採債權人主義.....	62
一、	以特定物之物權設定或移轉為目的之雙務契約.....	62
二、	因可歸責於債權人之事由致債務之給付陷於不能.....	64
第二款	以改正前民法第 536 條第 2 項作為依據.....	64
第一目	肯定說.....	64
第二目	否定說.....	66
一、	錯誤理解改正前民法第 536 條第 2 項後段.....	66
二、	代償請求權與危險負擔制度無關.....	67
第三款	與民法改正後危險負擔制度之關係.....	68

第一目	危險負擔制度之重建.....	68
第二目	債權人主義之廢棄.....	69
第三目	行使代償請求權即不得再拒絕履行對待給付.....	70
第六節	日本改正後民法.....	71
第一項	債權法改正審議前.....	71
第一款	債權法改正基本方針.....	71
第二款	民法改正研究會試案.....	72
第二項	法制審民法部會審議過程.....	72
第一款	第一階段.....	72
第一目	檢討事項提案.....	72
第二目	中間論點整理.....	73
第二款	第二階段.....	74
第一目	中間論點整理之檢討.....	74
一、	要件.....	74
二、	範圍.....	75
第二目	中間試案.....	76
第三款	第三階段.....	77
第一目	綱要試案.....	77
第二目	綱要案.....	78
第三項	改正後民法.....	78
第一款	民法一部改正法律案.....	78
第二款	民法改正後之質疑.....	79
第七節	我國法之立法歷程.....	80
第一項	大清民律草案.....	80
第二項	民國民律草案.....	82

第三項	現行民法.....	83
第八節	小結.....	83
	一、    德國法.....	84
	二、    日本法.....	85
	三、    我國法可能之來源.....	87
<b>第三章</b>	<b>代償請求權之規範目的.....</b>	<b>91</b>
第一節	立法理由.....	91
第二節	契約補充解釋說.....	92
第三節	除去侵害獲益說.....	94
第四節	平衡權益歸屬認知之落差說.....	95
第五節	調整失當財產價值分配說.....	95
第一項	內涵.....	95
第二項	與不當得利之關係.....	98
第一款	屬於不當得利制度之一環.....	98
第二款	不當得利係保護絕對權而無關.....	99
第三款	與不當得利各司其職.....	99
第三項	學說上之質疑.....	101
第六節	債權人利益保護說.....	102
第一項	純為保障債權人.....	102
第二項	確保債權人處於與取得標的物相同價值狀態.....	104
第三項	不增加債務人負擔下取代原請求權.....	105
第七節	填補債權人損害說.....	106
第八節	本文見解.....	106
<b>第四章</b>	<b>代償請求權之構成要件.....</b>	<b>109</b>



第一節	給付陷於不能.....	109
第一項	債之關係.....	109
第一款	德國法.....	109
第一目	不限於意定之債.....	109
第二目	不限於以物為內容之債.....	109
第三目	物權關係無適用餘地.....	111
第二款	日本法.....	111
第一目	債權關係.....	111
一、	不以意定之債為限.....	111
二、	不以移轉標的物為內容之債務為限.....	112
第二目	物權關係.....	114
第三款	我國法.....	115
第四款	小結.....	116
第二項	給付不能.....	117
第一款	德國法.....	117
第二款	日本法.....	118
第一目	給付不能之判斷基準.....	118
第二目	不再限於嗣後給付不能.....	119
第三目	不區分主觀抑或客觀給付不能.....	120
第三款	我國法.....	120
第三項	不可歸責於債務人.....	122
第一款	歸責事由之概念.....	122
第二款	民法第 225 條「不可歸責事由」之判準.....	123
第三款	舉證責任.....	125
第四款	實務見解之觀察.....	125

第四項	可歸責於債務人之爭論.....	126
第一款	德國法.....	126
第二款	日本法.....	127
第一目	否定說.....	128
一、	為危險負擔之補充規定.....	128
二、	與損害賠償範圍相同而無實益.....	128
三、	對於債務人財產管理過度干預.....	129
四、	審議過程中對肯定說之質疑.....	129
第二目	肯定說.....	129
一、	遵循德國法之解釋.....	130
二、	避免對債權人保護不足.....	130
三、	基於體系定位之理由.....	131
四、	避免主張及舉證上產生詭異之結果.....	131
第三款	我國法.....	132
第一目	學說見解.....	132
一、	否定說.....	132
二、	肯定說.....	133
第二目	實務見解.....	134
第三目	實務見解之評析.....	135
一、	類推適用說.....	135
（一）	法律漏洞.....	136
（二）	歷史解釋.....	137
二、	舉輕以明重說.....	140
（一）	內涵.....	140
（二）	疑義.....	141

第四目	本文見解.....	142
一、	無法單以立法理由得出得類推之結論.....	142
二、	循規範目的確認民法第 225 條第 2 項有法律漏洞.....	143
三、	應肯認可歸責於債務人時得類推適用民法第 225 條第 2 項.....	144
	(一) 類推適用於法學方法上之角色.....	144
	(二) 類推適用之具體操作.....	145
第四款	小結.....	147
第二節	債務人因給付不能取得代償利益.....	148
第一項	因果關係.....	148
	第一款 德國法.....	149
	第二款 日本法.....	149
	第三款 我國法.....	150
	第四款 本文見解.....	150
第二項	可移轉性.....	152
	第一款 非財產上損害賠償請求權.....	152
	第二款 財產上之人身損害賠償請求權.....	153
第三項	替代性（同一性）.....	154
	第一款 德國法.....	154
	第一目 目的上的同一性.....	154
	一、以推定債務人承擔債務意思及於代償為理論基礎.....	155
	二、以調整失當之財產價值分配為理論基礎.....	156
	第二目 經濟上的同一性.....	157
	第二款 日本法.....	158
	第三款 我國法.....	159
	第一目 通說對於替代性之解讀.....	159

第二目	替代之概念.....	161
一、	讓與請求權.....	162
二、	抵押權之物上代位.....	163
(一)	正當性.....	163
(二)	代位物之認定.....	164
三、	動產質權、留置權之物上代位.....	165
四、	動產抵押物之物上代位.....	166
五、	信託財產之代位物.....	167
第四款	本文見解.....	167
<b>第五章</b>	<b>代償請求權之法律效果.....</b>	<b>171</b>
第一節	性質.....	171
第一項	請求權與形成權之爭論.....	171
第一款	德國法.....	171
第二款	日本法.....	171
第一目	特殊的請求權說.....	171
第二目	雙重性質說.....	172
第三款	我國法.....	173
第二項	債權人之選擇權.....	173
第三項	小結.....	175
第二節	客體.....	176
第一項	損害賠償請求權.....	176
第一款	發生原因不限.....	176
第二款	以金錢為填補方法.....	177
第二項	損害賠償以外之類推適用.....	178

第一款	連帶保證人之代位權、物上保證人之求償權.....	179
第二款	徵收補償金.....	180
第三款	自動拆除獎勵金.....	181
第四款	保險金.....	182
第一目	日本法.....	182
第二目	我國法.....	183
第五款	交易對價.....	184
第一目	議價購買之價金.....	184
第二目	拍賣之價金.....	185
第三目	交易之價金.....	185
一、	德國法.....	186
(一)	實務見解之變遷.....	186
(二)	學說見解之突破.....	188
二、	日本法.....	189
(一)	否定說.....	190
(二)	肯定說.....	190
三、	我國法.....	192
(一)	學說見解.....	192
(二)	實務見解.....	194
(三)	最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決之影響.....	198
第四目	小結.....	200
一、	比較法上相關討論之分析.....	201
二、	本文見解.....	202
三、	最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決之檢討.....	203
第三節	行使範圍.....	204

第一項	德國法.....	204
第一款	不當得利返還責任範圍.....	205
第二款	實務見解.....	207
第一目	不以標的物價值為限.....	207
第二目	不當得利返還義務陷於不能時受其返還範圍限制.....	208
第三款	學說見解.....	210
第一目	全額返還說.....	210
一、	應剝奪債務人藉違約所取得之利益.....	210
二、	代償請求權獨立於損害賠償制度而不受損害限制.....	211
三、	債之關係成立後標的於經濟上即歸屬於債權人.....	212
第二目	限制返還說.....	212
一、	應與不當得利返還之範圍相同處理.....	212
二、	應參照保險代位制度以債權人所受損害為限.....	213
三、	德國民法典中並未承認一般之獲利返還責任.....	214
四、	以債務人免給付義務之價值為返還標的.....	215
第四款	小結.....	216
第二項	日本法.....	217
第一款	不當得利返還責任範圍.....	217
第二款	昭和 41 年 12 月 23 日判例.....	220
第一目	以債權人所受損害為限.....	220
第二目	學說上對判例理由之推測.....	221
第三目	判例所採納之學說.....	222
第三款	學說見解.....	223
第一目	行使範圍應受限制.....	223
一、	以債權人所受損害為限.....	223

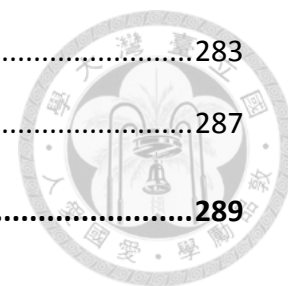
二、	批評.....	225
第二目	全額返還說.....	226
一、	債務人承擔債務之意思及於全部代償利益.....	226
二、	應受契約拘束之債務人不得保有違約取得之利益.....	226
三、	應制裁違約之債務人而剝奪其全部之利益.....	227
第三目	歸責事由區分說.....	227
第四目	現存利益返還說.....	228
第四款	改正後民法第 422 條之 2.....	229
第一目	審議過程之討論.....	229
第二目	學說之評析.....	230
第五款	小結.....	231
一、	繼受德國法而不對範圍作限制.....	231
二、	實務判例以所受損害作為範圍限制之分析.....	232
三、	學說見解之變遷.....	233
四、	民法改正後之突破與遺憾.....	233
第三項	我國法.....	234
第一款	實務見解.....	234
第二款	學說見解.....	235
第一目	全額返還說.....	235
第二目	客觀價值返還說.....	237
第四項	民法上利益返還責任中之獲利返還.....	239
第一款	不當得利之返還責任.....	239
第一目	不當得利返還之範圍.....	239
一、	返還之客體.....	239
二、	善意受領人之返還範圍.....	240

三、	惡意受領人之返還範圍.....	241
第二目	對於獲利返還責任之態度.....	242
一、	受領人仰賴其個人能力所得之利益無須返還.....	242
二、	超過客觀價額之獲利已逾越不當得利法之射程範圍.....	243
第二款	不法管理之返還責任.....	244
第三款	經理人或代辦商之責任.....	245
第四款	小結.....	246
第五項	違反契約義務之獲利返還.....	247
第一款	契約嚴守原則之貫徹.....	248
第一目	契約嚴守原則.....	248
第二目	貫徹之方式.....	249
第二款	效率違約理論之爭論.....	250
第一目	效率違約論.....	251
一、	內涵.....	251
二、	適用情狀.....	252
第二目	效率違約論之質疑與批判.....	254
一、	未必能以最低之成本使資源流入效率最高者.....	254
二、	未納入訴訟成本之考量.....	255
三、	忽略無形利益之考量.....	256
第三目	效率違約論爭辯之啟示.....	256
一、	無法以效率違約論否定獲利返還之效率.....	257
二、	效率「不」違約僅於債務人可歸責時方有適用之可能.....	258
三、	經濟分析於法學方法上之極限.....	259
第三款	自由競爭之倫理化.....	260
第四款	小結.....	261



一、	違約獲利返還責任具例外性.....	261
二、	違約獲利返還責任之例外—以借名登記為例.....	263
第六項	本文見解.....	265
一、	原則上行使範圍以原給付客觀價額為限.....	265
二、	例外具高度不法性時方得就代償利益之全額行使.....	267
第四節	債務人支出費用之扣減.....	268
第五節	與損害賠償請求權之競合.....	269
第一項	德國法.....	269
第一款	與損害賠償請求權之競合.....	269
第二款	舉證責任.....	270
第二項	日本法.....	271
第一款	一方行使他方縮減.....	272
第二款	債務人與有過失之抗辯.....	273
第三款	時效起算與進行各自獨立.....	274
第四款	訴訟上之利弊.....	274
第三項	我國法.....	275
第一款	競合理論.....	276
第二款	與民法第 226 條損害賠償請求權之異同.....	278
第三款	學說及實務見解.....	280
第四項	小結.....	281
一、	二者並存債權人得依其利弊自由選擇.....	281
二、	第三人無資力之風險由債權人承擔.....	282
三、	債務人與有過失之抗辯.....	282
第六節	債權人之對待給付義務.....	283
第一項	德國法.....	283

第二項	我國法.....	283
第三項	小結.....	287
<b>第六章</b>	<b>結論.....</b>	<b>289</b>
	一、 發展與起源.....	289
	二、 規範目的.....	290
	三、 構成要件.....	291
	(一) 所有債務皆有適用.....	291
	(二) 可歸責於債務人時得類推適用.....	291
	(三) 具有間接因果關係即足.....	292
	(四) 具有目的上同一性.....	293
	四、 法律效果.....	293
	(一) 行使範圍.....	293
	(二) 債務人支出之必要、有益費用之扣減.....	295
	(三) 與損害賠償請求權之競合.....	295
	(四) 債權人之對待給付義務.....	296
	<b>參考文獻.....</b>	<b>297</b>



## 表目錄

表格一：代償請求權比較法上以及立法歷程中重要規定與草案.....	87
表格二：我國代償請求權立法歷程相關規定與草案.....	137



# 第一章 緒論



## 第一節 研究動機與問題意識

回顧文獻上關於代償請求權之討論，除代償請求權消滅時效相關之爭議，例如代償請求權時效之起算時點、原債權罹於時效後原給付始陷於給付不能應如何處理等外<sup>1</sup>，多集中於債務人非因法律行為所取得之客體，例如債務人因給付不能所取得非損害賠償金之徵收補償金、保險金等，得否適用或類推適用代償請求權規定之爭議。此等爭議因非可歸責於債務人，亦無債務人個人能力之考量，且多為填補原給付標的為目的而不至於超過原給付標的之客觀價額，近似於代償請求權典型之態樣，故學說及實務之討論僅止於客體之討論，並未詳究代償請求權各要件之認定，亦未探究其行使範圍是否應受限制<sup>2</sup>。

直到被選為具參考價值裁判之最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決以及

---

<sup>1</sup> 阮富枝 (2008)，〈代償請求權消滅時效之起算點 (上)〉，《司法周刊》，第 1399 期，頁 2-3；阮富枝 (2008)，〈代償請求權消滅時效之起算點 (下)〉，《司法周刊》，第 1400 期，頁 2-3；向明恩 (2015)，〈剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算—以最高法院 100 年度台上字第 1833 號判決為楔子〉，《月旦民商法雜誌》，第 48 期，頁 138-154；陳聰富 (2019)，〈論時效起算時點與時效障礙事由〉，《月旦法學雜誌》，第 285 期，頁 16-18。

<sup>2</sup> 黃茂榮 (1992)，〈公用徵收與給付不能，危險負擔和代償請求權〉，《植根雜誌》，第 8 卷第 4 期，頁 1-9；陳聰富 (2002)，〈代償請求權〉，《台灣本土法學雜誌》，第 32 期，頁 149-154；鄭玉波 (2002)，《民法債編總論》，修訂二版，頁 349-350，台北：三民；黃立 (2006)，《民法債編總論》，第 3 版，頁 460-462，台北：元照；王澤鑑 (2009)，〈出賣之土地於移轉登記前被徵收時，買受人向出賣人主張交付受領補償費之請求權基礎—法學方法論上之檢討〉，氏著，《民法學說與判例研究 (第五冊)》，頁 253-270，台北：自版；王澤鑑 (2009)，〈出售之土地被徵收時之危險負擔、不當得利及代償請求〉，氏著，《民法學說與判例研究 (第六冊)》頁 101-114，台北：自版；王澤鑑 (2009)，〈土地徵收補償金交付請求權〉，氏著，《民法學說與判例研究 (第七冊)》，頁 129-141，台北：自版；孫森焱 (2009)，《民法債編總論》，民國 98 年 2 月修訂版，頁 513-515，台北：三民；劉春堂 (2011)，《民法債編通則(一)契約法總論》，增修版，頁 334-337，台北：三民；林誠二 (2013)，《債法總則新解—體系化解說 (下冊)》，第 2 版，頁 79-80，台北：瑞興；邱聰智 (2013)，《新訂民法債編通則 (下)》，新訂 2 版，頁 57-59，台北：承法。少數對代償請求權因法律行為所取得之代償利益有詳細說明討論者：史尚寬 (1983)，《債法總論》，民國 72 年 3 月版，台北：自版，頁 373-376；謝哲勝 (1995)，〈民法第二百五條第二項債權人代償請求權客體之研究〉，《財產法專題研究》，初版，頁 113-127，台北：三民；陳自強 (2015)，《契約違反與履行請求》，初版，頁 245-252，台北：元照；陳自強 (2016)，《違約責任與契約解消》，頁 153-154，台北：元照；楊芳賢 (2017)，《民法債編總論 (下)》，頁 92-93，台北：三民。

最高法院 106 年度台上字第 696 號判決之出現，學說始發現並開始重視，債務人因法律行為所取得之交易對價得否作為代償請求權客體，以及其所衍生之眾多爭議<sup>3</sup>。

上述判決皆係借名登記契約中，借名人死亡後，出名人違反借名物返還責任而將其出售與第三人，因而產生借名人之繼承人得否類推適用民法第 225 條第 2 項代償請求權規定，向出名人請求交付其所取得之交易對價之爭議。雖前述二判決繼承人之主張最終皆因代償請求權已罹於時效遭駁回，但最高法院明確表示反對原審判決，以不應續亂給付不能可歸責於債務人時以損害賠償請求權救濟，不可歸責時債權人應以代償請求權為主張之體系<sup>4</sup>，或交易對價非損害賠償請求權所得或受領之賠償物<sup>5</sup>為由，否定代償請求權適用之可能，以下詳述。

最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決認為：「...按民法第 225 條第 2 項所

---

<sup>3</sup> 林誠二(2019)，〈交易所得對價與代償請求權—簡評最高法院 105 台上 2111 號民事判決〉，《台灣法學雜誌》，第 382 期，頁 135-141；吳志正(2020)，〈代償請求權若干爭議之辯證—最高法院 106 年度台上字第 696 號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，第 96 期，頁 20-32。

<sup>4</sup> 臺灣高等法院 104 年度重家上更(二)字第 5 號民事判決(106 台上最高法院 106 年度台上字第 696 號判決之前審判決)認為：「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』、第 2 項規定：『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』。觀諸該條文之文義及立法理由，民法第 225 條第 2 項規定之適用，應以『因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者』為前提，此與民法第 226 條規定相互以參，益徵明白。...上訴人及追加原告得依民法第 226 條第 1 項規定為本件請求，已如前述，本件事實並無欠缺法律規範，不應再類推適用民法第 225 條第 2 項規定，紊亂民法第 225 條、第 226 條之法律體系。上訴人及追加原告翁寶秀、翁寶劍主張類推適用民法第 225 條第 2 項規定，請求被上訴人給付出售系爭土地之價金，難認有據。」

<sup>5</sup> 臺灣高等法院 104 年度重家上更(二)字第 10 號民事判決(最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決之前審判決)認為：「上訴人另主張本件得類推適用民法第 225 條第 2 項代償請求權規定為請求云云。...觀諸民法第 225 條規定『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。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。』核係規範給付於債務關係發生後，依客觀或主觀之不能，並其原因非歸責於債務人之事由時，應使債務人免其義務；並於債務人因其債務標的不能給付，有由第三人受損害賠償者，有向第三人取得損害賠償請求權者，此時其不能給付，不問其債務人應否負責，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益，此觀該條立法意旨甚明。與本件係因可歸責於債務人即被上訴人之事由致給付不能之情形顯有不同，而出售所得，亦非因被上訴人對買受人有何損害賠償請求權所得或受領之賠償物，顯與民法第 225 條規定無『同一法律理由』可言，上訴人此部分主張亦無足憑信。」

定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。又依民法第 225 條第 1 項、第 2 項規定之文義，固須不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得主張代償請求權。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第 225 條第 2 項規定之立法理由謂「其不能給付，『不問其債務人應否負責』，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益」，應認債權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第 226 條第 1 項）或代償請求權以保護其利益。...

單從判決理由即可發現，上述案例一次涉及代償請求權中最具爭議性地兩個問題，即給付不能可歸責於債務人時，債權人得否類推適用代償請求權之規定，以及債務人因法律行為所取得之交易對價，得否類推適用作為代償請求權客體之爭議。關於前者，判決以立法理由中「不問其債務人應否負責」之文字而認為，立法者無意將代償請求權限縮於不可歸責於債務人之情形，此時存有法律漏洞而得類推適用。然而，將民法第 225 條及 226 條一併觀之，該立法理由顯與文義不符，該立法理由是否確能顯示立法者之意旨？且歷史解釋僅為探求規範意旨方法之一，是否得「單」藉此得知立法者之規範計畫？其次，法學方法論上，以類推適用填補法律漏洞，除須認定規範是否存有法律漏洞外，尚須判斷二者法律上有意義的特徵是否相同而具有「類似性」，判決明顯並未完整操作，是否能得出如此解論仍有待檢驗。再者，通說認為本條係繼受德國舊民法第 281 條之規定<sup>6</sup>，惟該條要件並不問債務人之歸責性，則民法 225 條第 2 項明文以「給付不能不可

---

<sup>6</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 2，頁 111；史尚寬（1983），前揭註 2，頁 373。

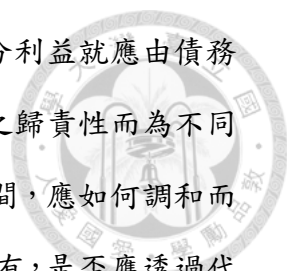
歸責於債務人」為要件係從何而來？德國舊民法代償請求權之規定何以不問債務人之歸責性，亦值得探究。此外，倘一概肯認可歸責於債務人時得類推適用，則其與民法第 226 條損害賠償請求權間之處於何種關係？此等疑義，皆具有深入研究之必要。

關於後者，判決自規範目的出發，認為交易對價屬「給付不能事由直接轉換利益」，且雖與損害賠償發生原因不同，但「性質同為給付不能之替代利益」而採取肯定之見解。然而，判決並未說明如何知悉代償請求權係以調整失當之財產價值分配為規範目的？此見解是否恰當？應如何探求？倘若有理，則代償請求權與民法第 179 條以降不當得利制度間之關係又為何？其次，構成要件認定上，似以給付不能「直接轉換而來」認定因果關係，先不論將因果關係限縮於直接因果關係是否恰當，本案給付不能之事由為出名人之物權移轉行為，而交易對價係因出名人與他人間買賣契約之債權行為而得，交易對價非直接轉換而來至為明顯，判決顯有矛盾。惟是否即代表其間必然不具有因果關係？有待討論。再者，判決似以是否為「給付不能之替代利益」作為替代性之檢驗，但先不論依實務一貫之見解，本判決似有誤解而應係「原給付」之替代利益<sup>7</sup>，以此認定替代性顯得空洞而無依據，亦顯現出實務判決多忽略代償請求權要件上之認定，多潦草帶過而忽略其重要性。因此，具體上代償請求權要件應如何認定？尤其是因果關係與替代性認定上標準之採擇，因將直接影響因債務人法律行為所取得之利益，得否作為代償請求權之客體，對於代償請求權適用上之重要性不言而喻。

更重要卻被判決忽略之疑義係，若肯認交易對價得類推適用作為代償請求權之客體，因其係債務人透過法律行為所取得，其中可能含有債務人所付出之技能、

---

<sup>7</sup> 民國 81 年廳民一字第 02696 號審查意見所採之乙說：「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之物之代替利益，始足當之。...」；最高法院 90 年度台上字第 262 號判決：「...系爭補償費之性質即屬楊春生之繼承人不能為所有權給付之替代利益，被上訴人自得類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，請求上訴人讓與系爭土地補償費給付請求權。」



勞力與時間等仰賴個人能力所得之利潤。因此，可能涉及該部分利益就應由債務人保留抑或歸由債權人，應如何為價值判斷？是否應視債務人之歸責性而為不同處理？與民法上其他如不當得利、不法管理或損害賠償等制度間，應如何調和而不至於產生評價不一致之衝突？倘認為該利益不應由債務人保有，是否應透過代償請求權則剝奪個人能力所得之利潤處理？尤其在日本債權法改正後新增之代償請求權規定中，明文將代償請求權之範圍限縮於債權人所受損害之範圍內，更彰顯我國法當前對此問題之忽視。此外，更進一步所衍生，債務人所支出之必要、有益費用得否自代償利益中扣除？債權人行使代償請求權後應為之對待給付，是否應隨代償利益之價值與原給付價值之差異而有所調整？此等問題，不僅直接影響代償請求權之功效，於實務上具有重要性。且彼此間環環相扣，而應為整體宏觀之考量，不宜割裂理解。上述爭議之研究，實為實務尚未意識到，卻對於代償請求權之法律效果至關重要之問題。

綜上所述，近期實務見解之發展，將代償請求權之討論帶入更細緻之領域，本文將以代償請求權為研究主軸，從代償請求權之起源、發展談起，並立基於此探求規範目的，進而釐清構成要件之認定，同時對於法律效果為適當之解釋。期以提供實務參考，使未來得更具體明確操作代償請求權，甚至為債編修正之討論提出不同之觀點與思維。

## 第二節 研究方法與範圍

本文主要以實務判決於代償請求權適用上所生之相關疑義，以及目前雖有觸及但尚未意識到而未來可能產生之問題為主軸。代償請求權於現行法債務不履行以過失原則與損害賠償為主之體系中，具有其獨特之地位，欲充分了解代償請求權之規範目的與體系定位，不得不自其源頭開始探究。因此，於我國繼受德國法之背景下，本文首先將從德國舊民法制訂前 Pandekten 法學時期談起，探求代償請求權之起源，以及其於德國法與深受德國法影響之日本法上之發展。



其次，觀察我國實務判決所面臨之問題，參考並詳細統整國內外文獻上對於相關爭議之見解，除比較其間之異同外，更深入分析造成不同見解可能之因素，以利對於代償請求權適用上提出適當且一貫之解釋。

再者，基於我國民法之繼受背景，研究上當然不得忽略繼受母國德國民法對於相關問題之討論，德國法上亦早已意識前述相關問題，對於我國法之解釋實具有值得借鏡之處。此外，日本法雖主要繼受於法國民法，但學說上卻受到德國法影響甚深，尤其代償請求權更是完全移植於德國法。然而，就代償請求權之部分，日本法之發展背景與我國法相同，但卻呈現出與德國法不同之發展脈絡。因此，代償請求權於日本法上之發展、其背後可能導致之因素以及學說與實務間彼此之對話，實具有參考價值。尤其，自西元 2020 年 4 月 1 日開始施行之改正後債權法，經過數年之審議過程後，新增民法第 422 條之 2 代償請求權之規定，其審議過程與學說上之討論，亦有一併納入本文研究中之必要。

總上所述，本文研究除包含代償請求權之起源外，更囊括德國、日本及我國法上之立法歷程與發展，並且涵蓋代償請求權各構成要件之認定以及法律效果之解釋，後者尤其聚焦於行使範圍之部分。囿於篇幅，代償請求權時效相關之爭議，文獻上已有眾多討論可參，而不在本文主要研究範圍內。

### 第三節 研究架構

本文期許能對於代償請求權相關之疑義為全面性之研究，因此本文設計研究架構如下：

第一章〈緒論〉：說明本文之研究動機並提出問題意識，同時解釋本文將透過何種方式對所提出之問題為研究，並劃定研究之範圍。

第二章〈代償請求權之起源與發展〉：探求代償請求權於大陸法系之起源，以及繼受母國德國法之立法歷程，一併說明就代償請求權與我國相同繼受背景之日本法上之發展，與其對於代償請求權刪除明文規定後，近期卻又新增至改正後

民法之脈絡。並藉上述說明分析我國現行法代償請求權規定可能之來源，以利對於代償請求權之理解與分析。

第三章〈代償請求權之規範目的〉：對於代償請求權任何解釋上所生之疑義，皆應自規範目的出發，若無法充分理解規範目的，則恐淪於恣意而不具說服力。故於本章分析文獻上對於代償請求權規範目的之理解，並提出最適切之見解，奠定分析代償請求權各種適用上疑義之根基。

第四章〈代償請求權之構成要件〉：當前實務操作上最為缺乏的，即為對於代償請求權各構成要件適當之解釋以及具體之操作，本章分別就給付不能、債務人不可歸責、因果關係、替代性(同一性)各要件為說明，並於統整我國及德國、日本文獻上之討論後，提出最適當之解釋。

第五章〈代償請求權之法律效果〉：關於代償請求權之法律效果，除過往學說所討論之客體外，尚包含行使範圍、債務人之支出得否扣除以及對待給付之縮減等面向有待檢討。此部分除主要借助外國文獻之回顧與分析外，更從法秩序之一致性與經濟效率分析之角度切入，尋求最適切之作法。

第六章〈結論〉：總結前述章節之重點，分析並提出本文對於代償請求權相關爭議之見解。

## 第二章 代償請求權之起源與發展



### 第一節 德國舊民法制訂前

#### 第一項 Jhering 之代償理論

代償請求權之概念於羅馬法時代即已存在，但直至 19 世紀 Pandekten 法學<sup>1</sup>興盛期始將代償請求權體系化並以代償為名，德國 19 世紀法學者 Jhering，於其著作《羅馬法論文集》中，首次將代償請求權自學說上對羅馬法法源：「利益應歸屬於承擔危險之人。」之適用與檢討中劃分出來，並將其獨立成為一個命題<sup>2</sup>。

Jhering 對代償請求權之貢獻在於，整理散落於羅馬法源中與代償相類似之概念，首次架構並確立了代償請求權中「代償 (Surrogat)」之概念。其所整理出查士丁尼學說彙纂 (Digest) 中與代償相關之法源如下<sup>3</sup>：

1. D.18.4.21：「二重買賣之標的物因事變 (casus) 而滅失時，出賣人不負將第二次買賣之價金償還與第一買受人之義務。」
2. D.12.1.23：「遺贈之標的物遭他人出賣與第三人後滅失時，受遺贈者得向該他人請求償還其取得之價金。」
3. D.18.4.21：「出賣人將其所繼承之全部繼承財產出售，又將其繼承財產中之物售予他人後，標的物滅失時，該全部繼承財產之買受人，得向出賣人請求償還其所因二重買賣取得之價金。」
4. I.3.23.3a：「售出之奴隸遭竊時，出賣人應將其竊盜訴權移轉與買受人。」

---

<sup>1</sup> Pandekten 法學之特色在於，自羅馬法源中提取其概念，並將其精緻體系化。

<sup>2</sup> 田中宏治 (2018)，《代償請求權と履行不能》，初版，頁 212-213，東京：信山社。

<sup>3</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 213-214。

乍看之下，這些與代償相關之法源並沒有一貫的理論基礎，應償還與不須償還之利益皆混雜一起。但 Jhering 認為混雜原因來自於各法源中受益人行為之差異，不得據以認為羅馬法源中並不存在代償請求權之理論。對於上述與代償請求權相關之羅馬法源，Jhering 以該利益「是否係因法律行為而生」來區別之<sup>4</sup>（上述法源 1 與法源 2~4 之差異）。

Jhering 首先對「請求他人交付標的物」與「請求他人為積極作為」作出區別，其並認為請求他人交付標的物者，僅得請求因該物所生之利益，而無法請求因他人法律行為所生之利益<sup>5</sup>。申言之，其認為於請求他人交付標的物之契約中，僅契約之標的物所生之利益得為代償，因法律行為（如交易）所生之利益則不得作為代償請求權之客體。Jhering 之所以如此區別之理由在於其認為，任何人（如二重買賣之交易主體）應就標的物本身相關之責任負責時，應追究該責任本身即可，而沒有必要以代償之方式來索賠<sup>6</sup>。

是以，可知 Jhering 就現今代償請求權之客體，即何種利益得為代償利益而得請求之，何種利益則未包含於代償之概念，依據其所整理之相關羅馬法源，明確表示應以該「利益是否來自於法律行為」來區分。惟就代償請求權之其他要件如給付不能等，則並未作出說明。就代償請求權其他之要件，及代償請求權與給付不能理論之關係，直至 Mommsen 所提出之給付不能理論與代償請求權理論始有完整之論述。

## 第二項 Mommsen 之代償請求權理論

相較於 Jhering 的代償理論，Mommsen 搭配其所提出之給付不能理論，對代

---

<sup>4</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 214。

<sup>5</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 214。

<sup>6</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 214。

償請求權做出更完整更有體系之論述。其與 Jhering 的代償理論之不同在於，Mommsen 提出代償請求權之理論基礎為「危險負擔」之見解。此外，因 Mommsen 將其所提出之給付不能理論作為代償請求權要件之一，可謂首度建立給付不能與代償請求權之連結。據此以解，Mommsen 認為即使是因法律行為所取得之代償，亦得作為代償請求權之客體，此點亦與 Jhering 之主張不同。以下先就 Mommsen 之給付不能理論簡單敘述。

## 第一款 Mommsen 的給付不能理論

古典羅馬法並未就給付不能建立體系化之法律原則，Mommsen 之學說受到 Savigny 的不能論及 Jhering 的代償理論所影響，並以羅馬法法源為基礎建立之給付不能理論，後為 Windscheid 採納，最終成為德國民法典之主要內容，對於德國舊民法典時期給付不能之概念有舉足輕重之腳色。

### 第一目 古典羅馬法時期之給付不能

古羅馬時期並未就自始給付不能建立法律原則，而將契約之有效性取決於契約之類型及個案之情況<sup>7</sup>。對於嗣後之給付不能亦未建立法律原則，而依債務之類型異其法律效果。歸類於嚴法訴訟<sup>8</sup> (iudicia stricti iuris) 之債務，如問答契約<sup>9</sup> (stipulatio)，若特定之契約標的物於締約後滅失，原應基於訴訟程式之理由判

---

<sup>7</sup> 黃松茂(2017),〈債務不履行損害賠償之體系－給付不能概念之重生與再造〉,《政大法學評論》,第 151 期,頁 43。

<sup>8</sup> 所謂嚴法訴訟指要求審判員依照嚴格法定程式之標準進行審判,裁判員於審判中沒有自由裁量之餘地,例如消費借貸之借款返還之訴,因屬於嚴法訴訟,裁判員應就契約之約款決定判決之內容,即使裁判員發現原告對被告亦負有債務,除非被告提出抗辯,否則裁判員無權根據實情抵銷。參見:黃風(2003),《羅馬私法導論》,第 1 版,頁 29,北京:中國政法大學;黃右昌(2008),《羅馬法與現代》,第 1 版,頁 250,北京:北京大學。

<sup>9</sup> 所謂問答契約指以問及答之方式所成立之言詞契約,內容不限,故所有可能想像之給付內容均能以問答之方式成立而發生訴權。參陳自強(2013),〈買賣物之瑕疵擔保羅馬法之繼承〉,《月旦法學雜誌》,第 212 期,頁 158-159。

決債權人敗訴，然若標之物之滅失係可歸責於債務人時，羅馬法學家擬制標之物之存在而使債之關係得以繼續<sup>10</sup>；歸類於誠信訴訟<sup>11</sup>之債務，以買賣契約為例，給付危險與價金危險於締約時即移轉於買受人<sup>12</sup>，但出賣人對締約後標之物之滅失負普通事變之保管責任（custodia）<sup>13</sup>，而買賣契約以外之誠信契約，債務人之責任限制於事變（casus）<sup>14</sup>。

## 第二目 給付不能之概念

Mommsen 承襲 Savigny 之見解，將給付不能區分為：1. 自然法則上的不能與法律上的不能。2. 主觀的不能與客觀的不能。3. 全部的不能與一部的不能。4. 自始的不能與嗣後的不能。5. 相對的不能與絕對的不能。6. 永久的不能與一時的不能<sup>15</sup>。與 Savigny 不能論不同之處在於，Savigny 未就自始不能及嗣後不能之上位概念「不能」作出有體系之說明，Mommsen 就自始不能及嗣後不能之對比及其法律效果有精闢之見解，對給付不能體系影響深遠。

Mommsen 雖承襲 Savigny 對給付不能之分類，惟其認為給付不能概念之界定，係依其效果而非其態樣，而決定效果之依據則援引羅馬法之法源查士丁尼學說彙纂中之 D.50.17.185：「對不可能之事無債務（*impossibilium nulla obligatio*）」以及 D.50.17.23：「對於事變無須負責（*casus a nullo praestantur*）」此兩條規則以

<sup>10</sup> 黃松茂（2017），前揭註 7，頁 44。

<sup>11</sup> 誠信訴訟指賦予審判員較寬之自由裁量權，允許審判員享有根據善良和公平審酌應返還原告金額之權力，買賣契約、租賃契約皆適用此種程序。參黃風（2003），前揭註 8，頁 29。

<sup>12</sup> 於羅馬法法源（D.18.6.13）之買賣法中，於標之物因不可歸責於出賣人之事由滅失時，因羅馬法就危險負擔採債權人負擔主義，自契約成立時起標之物之風險與可能產生之利益均由買受人承受，故即使標之物尚未交付與買受人，買受人仍應為對待給付（通常為價金）。參見：Okko Behrends（著），河上正二（譯）（2002），《歷史の中の民法：ローマ法との対話》，頁 231-232、243，東京：日本評論社；黃風（2003），前揭註 8，頁 299；鄭玉波（1977），《羅馬法要義》，第 4 版，頁 56，臺北：翰林。

<sup>13</sup> Okko Behrends（著），河上正二（譯）（2002），前揭註 12，頁 231。

<sup>14</sup> 黃松茂（2017），前揭註 7，頁 44。

<sup>15</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 216。

之作為基本原則，分別適用於自始給付不能與嗣後給付不能定其法律效果<sup>16</sup>。

又對於何時陷於給付不能之判斷，Mommsen 並未直接對其定義，而提出「恣意不履行」及「真正不能」之概念來說明。所謂恣意不履行係指其不履行將會對債務人發生如損害賠償等不利益之效果；反之，而與其相對之概念為真正不能，且僅真正不能免除恣意不履行所帶來之不利結果<sup>17</sup>。Mommsen 所討論之給付不能，限於使債之關係無效或使債務人免責之給付不能。換言之，於 Mommsen 之脈絡下，自始不能限於自始客觀不能，嗣後不能限於不可歸責於債務人之給付不能<sup>18</sup>。

## 一、 自始給付不能

如前所述，Mommsen 認為僅自始客觀不能得適用羅馬法源：「對不可能之事無債務」，適用之效果為債之關係無效，屬真正之不能。而自始主觀不能，繼承 Savigny 之見解而認為，因債務人仍應承受不利益之結果，非真正之不能，故債之關係不受影響<sup>19</sup>。

## 二、 嗣後給付不能

Mommsen 認為嗣後給付不能不得適用羅馬法源：「對不可能之事無債務」，蓋嗣後給付不能之重點在於其係肇因於事變抑或債務人之行為。再者，若該法源得適用於嗣後不能，將導致債之存續與否取決於債務人之恣意之結果，與債之本質為拘束債務人之意思不符<sup>20</sup>。

---

<sup>16</sup> 黃松茂 (2017)，前揭註 7，頁 46。

<sup>17</sup> 黃松茂 (2017)，前揭註 7，頁 46。

<sup>18</sup> 因自始主觀不能與可歸責於債務人之嗣後不能，債務人均應承受不利益之結果，非其定義之真正不能而不在範圍。參見：黃松茂 (2017)，前揭註 7，頁 47。

<sup>19</sup> 黃松茂 (2017)，前揭註 7，頁 47；田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 209。

<sup>20</sup> 黃松茂 (2017)，前揭註 7，頁 48；田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 218。



## (一) 可歸責於債務人之嗣後給付不能

Mommsen 其先界定何為可歸責於債務人之給付不能後，再反面推論出何為不可歸責於債務人之給付不能（真正之給付不能）。可歸責於債務人之給付不能係指，所有因並非自外於債務人之意思之事件所生之給付不能，包含因債務人之故意（dolus）及過失（culpa）所生之不能<sup>21</sup>。Mommsen 認為可歸責於債務人之給付不能，不生免責效果，其對債之內容不生影響<sup>22</sup>，債務人仍繼續負有給付原標之物之義務，直到債務人為相應之金錢賠償或其他方式後，債之關係方告消滅<sup>23,24</sup>。

如此之實意在於，債權人無須因給付不能而變更請求為損害賠償，仍得起訴請求交付原標之物，避免加重債權人之舉證責任（原債務陷於給付不能、陷於給付不能之事由係可歸責於債務人等），而債務人須證明給付不能係因不可歸責於其之事由所致，方得免責<sup>25</sup>。須特別說明者為，Mommsen 認為給付不能之發生只是為了履行債務，必須將債權人請求權之目的轉為請求給付等價物（金錢），給付不能前後債務仍具有「同一性」<sup>26</sup>。

## (二) 不可歸責於債務人之嗣後給付不能

Mommsen 將非因債務人之故意及過失所生之不能稱為事變性之不能，並為

---

<sup>21</sup> 黃松茂（2017），前揭註 7，頁 48。

<sup>22</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 217。

<sup>23</sup> Mommsen 援引羅馬法源 D.21.1.31.11 所提及：「當奴隸死亡時，必須先調查是否係因可歸責於財管人（債務人）之事由所致，若係因債務人之過失，則奴隸視為存活，因而債務人必須支付一切若奴隸存活本應給付之物。」

<sup>24</sup> 於該時期，依循羅馬法以來的傳統，債權人起訴請求給付原債務，法院得命給付經裁量後之等價物。黃松茂（2017），前揭註 7，頁 49；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 222。

<sup>25</sup> 黃松茂（2017），前揭註 7，頁 49。田中宏治（2018），前揭註 2，頁 220-221。

<sup>26</sup> 否定 Savigny 認為可歸責於債務人之給付不能後，債務喪失同一性之見解。參見：田中宏治（2018），前揭註 2，頁 218、220-221。



了將所有羅馬法源中免責之案例納入，而以「不可歸責於債務人之事由」取代事變。蓋 Mommsen 認為單從事件本身而不考慮債務人是否具有可歸責事由，無法界定事變，且不從事件本身界定何謂事變，可不再侷限於特定事件而得充實事變性不能之內容<sup>27</sup>。若具體債之關係中，債務人僅就重大過失負責，則因輕過失所致之給付不能亦可納入事變性不能<sup>28</sup>。於不可歸責於債務人之給付不能，依羅馬法源：「對於事變無須負責」，其間債之關係消滅，債務人之債務免除且亦不得藉由等價物履行債務<sup>29</sup>。從可歸責與不可歸責之給付不能比較後，可知給付不能本身並非債之關係消滅之原因，不可歸責於債務人之給付不能乃債務人之免責要件，並由其舉證後債之關係方告消滅<sup>30</sup>。

## 第二款 代償請求權理論

Mommsen 認為代償請求權最重要的羅馬法法源為：「利益應歸屬於承擔危險之人 (*commodum eius esse debet, cuius periculum est*)。」而此法源所提之利益包含了從屬利益 (*accessorisches commodum*) 以及代償 (*stellvertretendes commodum*) 兩個概念。代償的問題在於，原給付陷於「嗣後」給付不能 (依其不能理論，自始客觀不能債之關係消滅，而自始主觀不能非真正之不能) 時，債務人「因與給付不能同一原因而取得替代原標的物之利益」，此時債權人是否得請求該替代原標的物之利益<sup>31</sup>。

相較於 Jhering 的代償理論，除了將代償請求權與嗣後給付不能連結，並對代償利益為定義外，Mommsen 反對 Jhering 對何種利益得償還、何種則否所作之區別，將給付不能而生代償請求權之行為，區分為第三人的侵權行為與債務人之

---

<sup>27</sup> 黃松茂 (2017)，前揭註 7，頁 51。

<sup>28</sup> 黃松茂 (2017)，前揭註 7，頁 51-52。

<sup>29</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 217、223。

<sup>30</sup> 黃松茂 (2017)，前揭註 7，頁 52；田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 221。

<sup>31</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 224。

法律行為二種。以下分別就其法源依據以及推導過程詳述之。



## 第一目 因第三人之侵權行為而生

Mommsen 以數個羅馬法源作為因第三人侵權行為所生之代償請求權存在之依據，其中最具代表性並提及「利益應歸屬於承擔危險之人」之羅馬法法源為，查士丁尼《法學階梯》中之 I.3.23.3。Mommsen 首先據此以買受人承擔危險，作為代償利益歸屬之依據<sup>32</sup>。其次，再依強盜訴權之讓與及竊盜訴權之讓與等法源，推論出買受人於「出賣人不負損害賠償責任」且「未因所有權人地位取得訴權」時<sup>33</sup>，方得主張代償請求權。

首先，羅馬法法源查士丁尼《法學階梯》I.3.23.3 規定：「買賣契約成立時，買賣標之物之危險即由買受人承擔，即使標之物尚未移轉與買受人亦同。因此，奴隸死亡或身體一部受傷、房屋全部或一部因火災滅失、土地因河川之作用而全部或一部流失或是樹木因洪水或強風傾倒致土地變小或變差時，既已出售予買受人則此等危險皆由其負擔，買受人即使未取得標之物，亦應給付價金。蓋若出賣人並無故意或過失之情事，其對於買受人之請求權並無造成危害。然而，於買受人買入土地後，因堆積而附著之物，該利益亦須歸屬於買受人，蓋利益須歸屬於承擔危險之人。<sup>34</sup>」

基於此法源，可知危險移轉時起（通常是買賣契約成立時起），果實等從屬利益（akzessorischens commodum）及竊盜之賠償金等代償利益（stellvertretendes commodum）皆歸屬於買受人。故 Mommsen 認為買受人限於「由其承擔危險時」方取得代償請求權，進而得出，代償請求權係以「利益應歸屬於承擔危險之人」

---

<sup>32</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 227。

<sup>33</sup> 田中宏治（1998），〈民法五三六條二項但書類推適用論の批判的検討—代償請求權に関する一考察—〉，《阪大法学》，第 48 卷第 1 号，頁 198。

<sup>34</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 226。

作為依據<sup>35</sup>。而此法源也是唯一提及以買受人承擔危險作為利益歸屬之理由的法源，雖然其他法源並未如同此法源，明示將利益歸屬於買受人之理由係因其承擔危險，但 Mommsen 亦以承擔危險為代償利益歸屬之原則理解之<sup>36</sup>。

其次，關於對第三人之強盜訴權，羅馬法法源查士丁尼學說彙纂中之 D.19.1.31 pr：「因買賣契約使我負提供標的物之責任，若該標的物被利用暴力奪走，即使我負有保管該物之責任，我除了應將對該物行使之訴權讓與買受人之外，我不須提供任何東西給買受人。因保管責任面對暴力行為之保護並不足夠。」<sup>37</sup>

Mommsen 對此法源反面解釋而認為，於出賣人保管責任範圍內（如強盜以外的情形），若對於買賣標的物之保管有瑕疵，買受人得對出賣人請求因瑕疵所生之損害賠償時，買受人除損害賠償請求權以外，不得請求移轉其他之訴權<sup>38</sup>。據此以解，Mommsen 認為上述法源是因為債務人的保管責任對於暴力行為之保護不足，因而賦予買受人得對出賣人請求讓與其對第三人之訴權。惟出賣人對買受人負損害賠償責任時，買受人並無承擔風險（無保護不足），故無取得代償之權利<sup>39</sup>。

又關於對第三人之竊盜訴權，羅馬法法源查士丁尼學說彙纂 D.18.1.35.4：「出賣物因竊盜而喪失時，應先調查當事人間對於標的物之保管有何協議，若無任何明確之協議，買受人得請求出賣人以如同對自己之物一般對該物盡善良管理人之保管責任。於出賣人縱已盡其保管責任，該物仍然滅失時，儘管其不須對買受人負責，仍應將所有物返還請求權及不當得利返還請求權移轉於買受人。」<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 199-201。

<sup>36</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 199。

<sup>37</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 227。

<sup>38</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 199。

<sup>39</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 227。

<sup>40</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 228。

於單純竊盜而非強盜之情形，羅馬法法源認為，買受人應負過失責任，僅於出賣人沒有重大的過失時，買受人方得對出賣人請求移轉其訴權<sup>41</sup>。若買受人為標的物之所有人而標的物因侵權行為而滅失或損傷，取得對加害人之訴權時，因未承擔危險，故不得向出賣人主張代償請求權。基此，Mommsen 認為，此法源得推論出「出賣人不負損害賠償責任」，且「買受人基於其所有權人地位亦未取得訴權」，亦即買受人承擔危險之情形，基於利益應歸屬於承擔風險者之法源，方得主張代償請求權。

總括上述法源，Mommsen 認為標的物因第三人之侵權行為致債務人給付不能，而標的物之所有人（即債務人）因而取得對第三人之侵權行為訴權，此為代償請求權最典型所欲處理之情況。Mommsen 以買賣契約為例，債務人之給付陷於給付不能，於買受人仍須負擔支付價金之義務，卻「無法請求損害賠償時」，亦即危險移轉由買受人負價金危險時，即於下列四種情形時，使得請求出賣人移轉其訴權或因行使訴權取得之物<sup>42</sup>：

1. 當第三人自出賣人竊取買賣契約標的物時，買受人得向出賣人請求移轉其對第三人之所有物返還請求權（*vindicatio*<sup>43</sup>）、竊盜物不當得利返還請求權（*condictio*<sup>44</sup>）以及竊盜罰金請求權（*actio furti*<sup>45</sup>）<sup>46</sup>。
2. 當第三人自出賣人處強取（*gewaltsam wegnehmen*）買賣契約標的物時，買

---

<sup>41</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 199。

<sup>42</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 225。

<sup>43</sup> 鄭玉波（1977），前揭註 12，頁 56。

<sup>44</sup> 鄭玉波（1977），前揭註 12，頁 56。

<sup>45</sup> 竊盜訴權包含請求罰金訴訟、對物訴訟及對人訴訟（請求賠償物之價值，與對物訴訟只得擇一提起），對竊盜者之制裁依十二銅表法視現行竊盜與非現行竊盜而異其內容，現行竊盜時，被害人取得向加害者請求客體價格四倍之罰金請求權；非現行竊盜時，被害人取得向加害者請求客體價格四倍之罰金請求權。參見：黃右昌（2008），前揭註 8，頁 257-258；鄭玉波（1977），前揭註 12，頁 59-60。

<sup>46</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 225。

受人得向出賣人請求移轉其取得之對第三人之訴權<sup>47</sup>。

3. 第三人之行為致買賣契約標的物毀損或滅失時，買受人得請求出賣人移轉其依據阿奎利亞法所取得對第三人之訴權<sup>48</sup>（*actio legis Aquiliae*<sup>49</sup>）。
4. 因第三人的暴力或隱匿行為，或因第三人改變雨水自然的流向而致買賣標的物陷於給付不能時，買受人得向出賣人請求移轉其所取得對加害第三人之回復財產禁令（*quod vi aut clam*）或雨水阻止訴權（*actio aquae pluviae arcendae*）<sup>50</sup>。

## 第二目 因債務人之法律行為而生

羅馬法法源查士丁尼學說彙纂 D.18.4.21：「某人就其所繼承之財產簽訂問答契約後，透過訴訟追回遺產中某特定物，又將該特定物（遺產）二重買賣與第三人，就該問答契約之結果，出賣人承擔了怎樣的給付義務成為問題，蓋問答契約不能同時課予債務人必須給付標的物與替代該物之價金發生兩次效力。…若標的物出售後，出售遺產之問答契約始生效，則應認為此問答契約係以替代標的物之買賣價金為目的；若問答契約成立後，出賣人始取得契約標的物之占有，則締結契約之目的即為該標的物。若繼承人所得並出售的為一名奴隸，而該嗣後奴隸死亡時，出賣人是否須返還買受人其二重買賣所得之價金呢？當某人已締結出售 S 奴隸之問答契約，而後又將該 S 奴隸出賣與他人時，若 S 奴隸之死亡且其於此時未陷於遲延時，則出賣人無須承擔任何責任。然而，若我概括出售所繼承之財產後，又二重出賣遺產其中一物時，不如將之視為我為了買受人所做的行為。但

<sup>47</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 225。

<sup>48</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 225。

<sup>49</sup> 阿奎利亞訴訟（*actio legis Aquiliae*）指就故意或過失殺死或傷害他人的奴隸、牲畜或以其他任何方式損害他人財產而被要求給予賠償金的訴訟。參見：彬田金支助（2011），《羅馬法》，復刻版，頁 287、290，東京：信山社。

<sup>50</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 226。

如果出售的是 S 奴隸這樣特定的物，則不適用於此規則。蓋即使我把奴隸出賣與你，可是之後於交付前又二重出賣該奴隸與第三人，並受領價金，當該奴隸死亡時，只要我對於該交付不負任何遲延之責任，我就不因買賣契約對你承擔任何債務。換言之，出售奴隸之價金並非來自該物，而是直接因交易行為取得。因此，正如同不曾出賣與第三人一般。因為我對你承擔之債務的標的是物，而非對其之訴權。與此相反，（將概括繼承之財產二重賣出時）似乎可以當作有默示合意而認為，當出售繼承之財產時，我就如同買受人的管理人一般，作為繼承人所承受之一切的相關行為，均須對買受人承擔責任。...但是，如果在物為他人所占有，我將其出賣，隨後若我向占有買賣標之物之第三人，提起請求返還標之物之訴卻獲得賠償金時，我對買受人所負之義務係標之物抑或賠償金？顯然應負之責任係標之物之責任。蓋我的債務的目的是標之物之轉讓，而非訴權之移轉。假使我的占有被強制奪取或被判決給付加倍竊盜訴權之金額，皆對買受人沒有影響。因出賣人非因過失而喪失物之占有時，出賣人僅須將其因此而生之訴權或透過訴訟所取得之賠償金移轉，而不必籌措該物或價值。建物失火滅失時，出買人僅需交付其建地地即可。」<sup>51</sup>

Mommsen 對此法源作出如下解釋，二重買賣之出賣人因其第二次買賣之行為致第一次買賣陷於給付不能，應對第一買受人負損害賠償義務。換言之，出賣人應承擔對第一買受人交付不能之價金危險。買受人因不承擔價金危險，故買受人不得依代償請求權向出賣人請求移轉自第三人（第二買受人）所取得之價金。簡言之，因利益必須歸屬於承擔危險之人，故代償不包含二重買賣中第二次出賣之價金<sup>52</sup>。

---

<sup>51</sup> 田中宏治(2018)，前揭註2，頁229-230；查士丁尼(著)，劉家安(譯)(2001)，《買賣契約》，初版，頁151-152，北京：中國政法大學。

<sup>52</sup> 田中宏治(2018)，前揭註2，頁230。

然而，與上述法源不同者在於，Mommsen 認為，原則上應肯認因法律行為所取得之利益得作為待償請求權之客體(僅於債務人承擔交易危險時例外否定)，並認為以第二買賣之價金「非由標的物所生」為理由，否定其為待償請求權之客體之見解有誤。蓋上述法源，將使惡意債務人(出賣人)除了自第一買受人得到買賣價金外，之後又將標的物移轉與第二買受人並保有自第二買受人取得之價金。如此使惡意債務人得獲得加倍之惡意報酬之結論，與正義的要求相違。是故，基於利益衡量，Mommsen 採取與 Jhering 不同之見解，原則上肯認因債務人法律行為所生之利益得作為代償請求權之客體<sup>53</sup>。

### 第三目 學說之評價

#### 一、 Heinrich Siber

20 世紀法律學者 Siber 承襲 Mommsen 之見解，肯認代償請求權係以危險負擔為要件之制度，並基於前述之羅馬法源 I.3.23.3：「利益需歸於承擔危險者。」及 D.50.17.10：「各種物之利益自然應歸於承擔該物之不利益者」之意旨，而認為自危險移轉時起(通常為訂立買賣契約時)，除了果實等從屬利益以外，竊盜之賠償金等代償亦歸屬於買受人<sup>54</sup>。

#### 二、 Manfred Harder

學者 Harder 反對 Mommsen 以羅馬法法源 I.3.23.3 為依據，將危險負擔作為代償請求權要件之解釋方式。

Harder 認為羅馬法法源 I.3.23.3 中：「利益歸屬於承擔危險之人。」就「從

---

<sup>53</sup> 田中宏治(2018)，前揭註 2，頁 230-231。

<sup>54</sup> 田中宏治(2018)，前揭註 2，頁 232。

屬利益」而言適用上確實並無不妥，惟於代償利益是否亦應遵循則有疑慮。蓋該法源中所舉之事例皆為從屬利益，前半段之具體事例中（如售出之奴隸死亡或身體受傷的時候、售出之房屋全部或一部被燒毀、售出之土地因河流氾濫而一部或全部滅失、售出之土地其樹木被暴風吹倒時）此等不利益因出賣人及第三人皆不需負任何責任，根本沒有代償請求權之問題（因根本沒有利益）。此時並無法藉由羅馬法法源 I.3.23.3 前半部分之事例，以及最後部分「利益應歸屬於承擔危險之人」，得出代償利益應歸屬於承擔危險之人之結論<sup>55</sup>。相對於此，從這些不利益之事例中，卻可能出現產生從屬利益之情況，例如土地因堆積而增大。故應認為該法源中之利益係指從屬利益，而與代償利益無關，不得作為代償請求權之依據<sup>56</sup>。

再者，先不論「利益須歸屬於承擔危險之人」此法源之正當性，Harder 認為此法源僅顯現出利益終應歸屬於承擔風險之人，但並不表示承擔風險為享受利益之必要條件。因此，此法源之文句與代償請求權之要件並無關聯<sup>57</sup>。

Harder 認為，Mommsen 將羅馬法法源 D.19.1.31 pr（標的物遭暴力奪走即使有保管責任，除了移轉訴權外不必再付任何責任）以及羅馬法法源 D.18.1.35.4（標的物遭竊出賣人已盡保管責任，即使不用對買受人負責仍須移轉訴權）解為當買受人於買賣標的物受保管而取得損害賠償請求權時，買受人並不會同時取得代償請求權，故代償請求權係以買受人之承擔危險為依據之見解不當<sup>58</sup>。蓋無法當然地從，買受人無損害賠償請求權時具有代償請求權，推論出買受人有損害賠償請求權時無代償請求權。Harder 認為買受人得主張因保管責任所生之損害賠償

---

<sup>55</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 201。

<sup>56</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 233。

<sup>57</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 201-202；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 233-234。

<sup>58</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 234。



請求權時，是否同時承認買受人的代償請求權為另一問題<sup>59</sup>。換言之，其認為 Mommsen 因保管責任所生之損害賠償請求權與代償請求權僅得二擇一之主張，並沒有找到法源依據。

綜上所述，harder 認為羅馬法源：「利益應歸屬於承擔風險之人。」解釋上無法直接導出代償應歸屬於承擔風險之人之結論。此外，亦無法從該法源得到承擔危險係代償請求權要件之結論，蓋於買受人不承擔危險（債務人可歸責之給付不能）時，是否得主張代償請求權自上述法源以觀，仍有解釋空間。故尚難認為代償請求權之規定系危險負擔制度之補充規定。

### 第三項 Windscheid 之代償請求權理論

法律學者 Windscheid 活躍時期與 Mommsen 相仿，其大力支持 Mommsen 的學說，雖其並未對 Mommsen 之代償請求權理論新增任何內容，但對該理論之質疑做出了回應，與 Jhering、Mommsen 三人對於將代償請求權明訂於德國民法典有很大的貢獻<sup>60</sup>。

#### 第一款 自始給付不能

Windscheid 認為，當被請求給付者主張給付不能時，應區別該不能之事由為自始即存在，抑或訂立契約後始發生。於自始不能的情形，應進一步區分為自始客觀不能及自始主觀不能。於自始客觀不能時，提及「不能之債務不存在」此法源，本來雙方藉由法律行為所產生之債之關係自始不發生，故不論給付本身或其替代物債權人皆不得請求；於自始主觀不能時，不影響債之關係之發生。此時，

---

<sup>59</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 202；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 234。

<sup>60</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 235-236。

債權之目的為，給付替代給付不能之等價物<sup>61</sup>。



## 第二款 嗣後給付不能

於嗣後不能之情形，重點不在區分不能係主觀抑或客觀之不能，而在於不能之事由「可否歸責」於債務人。於給付不能之事由不可歸責於債務人時，債務人可免除原給付義務，此時，債務人僅負交付原給付標的之殘餘物或替代物之給付義務。換言之，於不可歸責於債務人之嗣後給付不能時，債務人雖自原給付義務之束縛中解放，但同時亦應負交付替代原給付之物之責任。其繼承 Mommsen 之給付不能理論，即不可歸責於債務人之嗣後給付不能得作為給付義務消滅之原因，並以此為基礎，明確了此時所消滅之義務為原給付義務，而代償請求權即為原給付義務以外的請求權之一<sup>62</sup>。

於給付不能之事由可歸責於債務人時，債務人則負履行利益之金錢賠償義務。惟債務人「可選擇」以代償交換之，即請求移轉歸屬於債權人與原給付目的相關之請求權，作為損害賠償請求權之替代<sup>63</sup>。此部分對 Mommsen 所強調具有損害賠償請求權時，則代償請求權不發生之見解稍作修正。

## 第四項 小結

德國民法典制訂前，法律學者藉由羅馬法法源之解釋及推論，提出代償請求權之理論。此時期，不論首先提出代償請求權理論之 Jhering，還是將代償請求權與給付不能連結之 Mommsen，或者更細緻化 Mommsen 理論的 Windscheid，皆以羅馬法法源中「利益應歸屬於承擔危險之人」作為代償請求權解釋之依據，即以危險負擔作代償請求權之理論基礎。惟羅馬法時期以買賣契約為例，標的物

<sup>61</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 236。

<sup>62</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 237-238。

<sup>63</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 236。

及價金之危險皆買受人承擔，此與日後德國法及我國法不同，本文認為應另尋現代代償請求權之正當化基礎，並探求代償請求權於現行法下之定位。

關於代償請求權之解讀則有不同。Jhering 最大之貢獻在於區分何種利益屬於代償，其認為債權人僅得向債務人請求標的物所生之利益。換言之，債務人因法律行為所取得之利益非代償利益。且代償請求權以債務人對標的物不負責任為要件，因此時無賦予代償請求權之必要。

Mommsen 反對以因法律行為所生作為是否係代償之區別，而將代償請求權與其給付不能理論連結，以債權人「須支付價金」且「無損害賠償請求權」作為代償請求權之要件，蓋債務人對給付不能有損害賠償責任時債權人並未承擔風險。惟與 Jhering 不同者係，Mommsen 認為因債務人法律行為所生之利益，基於利益衡量，為避免惡意（一物二賣）之債務人保有雙重報酬，應肯認債權人此時原則上具有代償請求權。

Windscheid 則更細緻地將代償請求權與給付不能之態樣作結合，確立於債務人不可歸責之嗣後給付不能，債務人雖免除原給付義務，但應負移轉代償利益之此原給付義務外之責任。並修正 Mommsen 之見解，而認為於債務人可歸責之嗣後給付不能，債務人得選擇以代償請求權「替代」損害賠償請求權，換言之，代償請求權與損害賠償請求權係利於選擇關係而非互斥。Windscheid 之見解亦對日後德國民法典有重大之影響。

## 第二節 德國舊民法

### 第一項 立法歷程

我國民法制定過程中受到德國舊民法之影響甚深，代償請求權之規定更是如此，通說皆認為係受到舊民法第 281 條之影響。因此在探求我國代償請求權立法

目的之過程中，不可避免地必須先理解德國法上代償請求權規定制定之歷程。故以下簡單介紹德國舊民法第 281 條相關規定之立法歷程，並統整代償請求權制定過程中之討論。



## 第一款 西元 1882 年部分草案(Kübel 草案)

部分草案號 22 第 11 條第 2 項：「債務人因原債務給付不能之事由取得代償或其請求權時，債務人依債權人之請求必須將作為代償之金額返還或移轉其請求權與債權人。」該規定雖僅使用「不能」作為要件，但解釋上應解為不可歸責之給付不能。如此解釋之理由有三，首先，參考法國舊民法第 1303 條以不可歸責標的物之滅失為要件。其次，本條置於第 10 條嗣後不可歸責債務人之給付不能，債務人給付義務消滅之規定後。第三，Kübel 於理由書中僅提及不可歸責於債務人之給付不能<sup>64</sup>。

## 第二款 西元 1887 年第一草案

### 第一目 草案內容

概觀第一草案中代償請求權之規定，可以說是體現 Mommsen 代償請求權理論的成果，第一草案將代償請求權之規定置於不可歸責於債務人之給付不能，債務人給付義務消滅之規定後(草案第 237 條<sup>65</sup>)。第一草案第 238 條第 1 項規定：「債務人因依第 237 條規定免給付義務之事由，取得關於給付標的之代償或其請求權時，債務人依債權人之請求必須將代償償還或移轉請求權與債務人。」同條

---

<sup>64</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 241-242。

<sup>65</sup> 舊法第一草案第 237 條規定：「債務人因於債務關係發生後始生之不可歸責於債務人之事由，致給付陷於不能時，不負給付義務。給付陷於永久不能時，債務人得不受債務拘束。債務人應以特定物為給付，因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，亦適用之。」田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 242。

第 2 項規定：「前項規定，債務負有停止條件或請求權具有期限時，且給付不能發生於其條件成就或期限到來前時亦適用之。」

首先，本條第 1 項之規定，延續自羅馬法時期對代償請求權之理解，當滿足「不可歸責於債務人」之嗣後給付不能導致第一次給付義務消滅之要件時，即生第二次給付請求權（代償請求權）。第一草案理由書中亦提及，於給付標的因第三人的侵權行為致給付不可能，債務人因而取得損害賠償或得請求損害賠償時特別能發揮作用，如侵權行為之損害賠償金、保險金等<sup>66</sup>。因此，可謂代償請求權具有補充免除給付義務規定之機能<sup>67</sup>。

其次，第一草案理由書中，首次提及代償請求權之意旨為代償原則（Surrogates Prinzip）。所謂代償原則，係透過羅馬法源：「利益歸應屬於承擔危險者」而來<sup>68</sup>，一般來說指將義務人所取得替代標的物之經濟上利益，授與原標的物權利人之思維<sup>69</sup>，惟其理論依據備受爭議。

本條之適用上，草案理由書中認為，債權人行使民法第 238 條代償請求權時，債務人所負之義務涉及將其就原給付目的所取得之代償或其請求權交付移轉與債權人，因此根據具體的債之關係，應先考量「當事人間原給付目的」為何，以及債務人是否就原給付目的取得代償或其請求權<sup>70</sup>。立法理由似以探求契約當事人雙方締約之目的，來判斷債務人所取得之賠償物或請求權是否為代償。換言之，

<sup>66</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 247-248。

<sup>67</sup> 遠山純弘（2002），〈法律行為による利益（*lucrum ex negotiatione*）と代償請求權（一）—ドイツにおける議論状況とその問題点—〉，《北海学園大学法学研究》，第 36 卷第 1 號，頁 28-29。

<sup>68</sup> 中川敏宏（2010），〈代償請求權—債務不履行体系の変容と代償利益の引渡し—〉，円谷峻（編），《社会の変容と民法典》，頁 371，東京：成文堂。

<sup>69</sup> 甲斐道太郎（1972），〈代償請求權と不当利得〉，谷口知平教授還暦記念發起人編，《不当利得・事務管理の研究：谷口知平教授還暦記念（3）》，頁 162，東京：有斐閣；多治川卓朗（2009），〈代償請求權と調整機能—利益吸い上げ機能との関連に着目して〉，新井誠、山本敬三編，《ドイツ法の継受と現代日本法：ゲルハルド・リース教授退官記念論文集》，頁 305，東京：日本評論社。

<sup>70</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 248-249。

立法理由似以契約之目的分割出代償請求權客體之範圍。



## 第二目 理論依據

本條之草案理由書中另一個重點為，其首次就代償請求權之理論依據之論述，草案理由書認為該請求權之依據為，「可斟酌地推定於已陷於給付不能之債之關係，當事人債務承擔之意思（Verpflichtungswille）中包含代償在內」<sup>71</sup>。申言之，立法理由似假設當事人於締約提雙方之意思表示合致之範圍，即已包含當給付陷於不能時，債權人得請求以原對待給付交換債務人所取得之代償之意思，並以之作為債權人得行使代償請求權之正當性基礎<sup>72</sup>。

## 第三目 學說之批評

關於第一草案將代償請求權之要件限縮於不可歸責於債務人之給付不能，反對之學者 Laband 等認為，代償請求權之起源，係為調整因標的物危險與給付危險之不一致，造成債務人與債權人間財產失當之分配<sup>73</sup>。而第一草案理由書第 46 頁中所以提及之代償原則，與草案第 237 條給付不能不可歸責於債務人時免給付義務之規定，嚴格而言並無關連。蓋於債務人對給付不能之事由應負責時，賦予債權人代償請求權更具正當性<sup>74</sup>。再者，於給付不能可歸責於債務人時，債權人僅得對之請求損害賠償；於債務人不可歸責時，得請求作為代償全部的利益，

---

<sup>71</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 248-249；藤原正則（1994），〈侵害不当利得法の現状：代償請求と利益の返還（Gewinnherausgabe）〉，《北大法学論集》，第 44 卷第 6 期，頁 183。

<sup>72</sup> 此亦為德國多數學說對立法理由之理解，即將 Billigkeit 一詞解為正當性。然亦有學說認為應採狹義的解釋，將立法理由中「Billigkeit」一詞與不當得利制度之意旨「當事人間之公平」作同一解釋，認為維護當事人間公平亦為代償請求權目的，並進而認為代償請求權為不當得利制度中之一環。反對者以當事人間之公平只是 Billigkeit 一詞之其中一個解釋，以及代償請求權之發展與不當得利制度沒有直接關連為由反對之。參田中宏治（2018），前揭註 2，頁 249-250；遠山純弘（2002），前揭註 67，頁 28。

<sup>73</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 69，頁 301，東京：日本評論社。

<sup>74</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 69，頁 302；遠山純弘（2002），前揭註 67，頁 29-30。

將可能造成前者之地位，反而不如後者的矛盾<sup>75</sup>。

因而，應對代償請求權為以下之理解，即於債務人應對給付不能負責時，債權人得請求債務人移轉對第三人之損害賠償請求權，債權人之損害賠償請求權；於債務人對於給付不能無須負責時，「至少」債權人得取得對第三人之請求權，此對於債權人之意義重大<sup>76</sup>。

### 第三款 修正第一草案

第一草案提出後，受到學說之批評如上所述，認為於債務人應對給付不能負責之情形，不賦予債權人代償請求權並不合理，修正第一草案進而修正第 238 條之規定，於可歸責於債務人之給付不能的情形時，亦承認代償請求權<sup>77</sup>。修正第一草案第 238 條第 1 項規定：「於債務人給付不能的情形，債務人因給付不能之事由而取得關於給付標的的代償或代償請求權時，債務人依債權人之請求，應將代償償還或將請求權讓與債權人。」同條第 2 項規定：「前項規定，於附有停止條件或請求權具有期限的債務，給付不能發生於其條件成就或期限到來前時準用之。」

修正草案為了擴大本條之適用範圍以納入嗣後可歸責於債務人之給付不能，將條文從「因依第 237 條債務人免給付義務之事由」修正為「於債務人給付不能的情形，債務人因給付不能之事由」排除嗣後不可歸責於債務人之給付不能「依第 237 條規定」之文句。

從而，修正後草案第 238 條已非以適用第 237 條給付義務消滅為要件，不再

---

<sup>75</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 68，頁 371；遠山純弘（2002），前揭註 67，頁 30。

<sup>76</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 69，頁 302-303。

<sup>77</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 252。

只是補充第 237 條之規定<sup>78</sup>。申言之，因代償請求權已非僅以不歸責於債務人之事由致給付不能為要件，可認為修正第一草案已捨棄第一草案時，立法者對代償請求權之定位，其已非僅為因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人給付義務消滅後之補充制度<sup>79</sup>。且要件從不可歸責轉為不論可否歸責之修正，學者認為此改變可顯示出德國民法對代償請求權之理解，已與自羅馬法時期起與之息息相關之「利益應歸屬於承擔危險之人」原則漸行漸遠<sup>80</sup>。

#### 第四款 暫定第一草案

暫定第一草案第 238 條刪除原修正第一草案第 238 條之第 2 項而修正為：「於債務人給付不能的情形，債務人因給付不能之事由而取得關於給付標的之代償或代償請求權時，債務人依債權人之請求，應將代償償還或將請求權讓與債權人。」

關於修正第一草案第 238 條之第 2 項應保留或刪除產生有論戰，主張應保留之少數說認為，如果刪除了第 2 項，可能會有給付不能發生於停止條件成就或期限到來前時，不能主張代償請求權這樣的誤解。但是，主張應刪除之多數說則認為，立法者之任務非為防範這樣的誤解，因此決定刪除第 2 項之規定<sup>81</sup>。惟關於修正草案第 238 條之第 1 項將代償請求權之適用範圍擴及於因可歸責於債務人之事由而致之給付不能，委員會僅表示暫時保留而無詳細說明。

#### 第五款 暫定編纂第一草案

暫定編第一草案對代償原則的適用範圍擴大及於可歸責於債務人之事由致給付不能達成共識。其理由為同為嗣後不能，給付不能之事由可歸責於債務人與

---

<sup>78</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 252-253。

<sup>79</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 273。

<sup>80</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 68，頁 371。惟亦有採反對見解者，參見：遠山純弘（2002），前揭註 67，頁 32。

<sup>81</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 255。



不可歸責於債務人相比，可歸責於債務人時對債權人所生之不利益是不正當的。因此，若於給付不能不可歸責於債務人時承認債權人有代償請求權，於給付不能可歸責於債務人時亦應承認之<sup>82</sup>。再者，債權人因可歸責於債務人之事由致給付不能，而取得損害賠償請求權之外，同時亦取得代償請求權對其更為有利。蓋雖然給付不能可歸責於債務人時，債權人得對其主張損害賠償，但於主張損害賠償時，債權人時常面臨對於債務人之過失有舉證困難的難題。相較於損害賠償請求權，代償請求權中並無「過失之要件」，因而對債權人之求償較為有利<sup>83</sup>。

基上所述，暫定編第一草案將原暫定第一草案第 238 條移至第 224 f 條，並規定：「於債務人給付不能的情形，債務人因給付不能之事由而取得關於給付標的之代償或代償請求權時，債權人得請求償還代償或移轉其請求權。債權人因債務不履行而取得損害賠償請求權時，其金額於債權人行使本條規定之權利所取得之金額內減少之。」

就第 2 項之增訂，爭議之點在於，當可歸責之債務人為履行代償債務，而將其對第三人之返還請求權移轉於債權人時，其性質為「清償損害賠償之債務」抑或「給付之替代」。多數說認為係為清償損害賠償債務，蓋於債務人可歸責時，承認債權人具有代償請求權之理由係，為提高債權人其債權滿足之可能性。此外，一般債權人扣押可歸責之債務人對第三人之債權，並提起收取訴訟<sup>84</sup>時，該強制執行之目的為清償對債權人之債務，故於其主張代償請求權時亦為如此<sup>85</sup>。相對於此，少數說則認為係為給付之替代，代償請求權應解為可歸責之債務人與債權

---

<sup>82</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 257。

<sup>83</sup> 遠山純弘 (2002)，前揭註 67，頁 30。

<sup>84</sup> 原文為「取立訴訟」，相當於我國強制執行法第 120 條之「收取訴訟」。所謂收取訴訟係指，執行債權人因第三債務人於接到法院之執行命令後，不承認債務人之債權、其他財產權之存在或就數額有爭議，於法定期間內提出異議，債權人認為其聲明不實，基於法院之收取命令，以自己為原告，對第三人起訴請求法院判令第三人為給付之訴訟。

<sup>85</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 2，頁 258。

人之間達成以給付替代和解之合意<sup>86</sup>。

二說最大之差異在於，當債務人所移轉之對第三人之損害賠償請求權無法實現而主張損害賠償請求權時，依少數說之見解，則損害賠償請求權仍須於對第三人之損害賠償請求權之客觀價額範圍內縮減之。反之，依多數說之見解，則損害賠償請求權之金額不受影響。換言之，依少數說之見解，第三債務人無資力資之風險由債權人承擔；而依多數說之見解，則由債務人負擔第三人無資力之風險<sup>87</sup>。

經過審議後，委員會決定將暫定編纂第一草案第 224 f 條後段獨立出來作為第 2 項，並做細部之文句修正。暫定編纂第一草案第 224 f 條第 1 項規定：「於債務人給付不能的情形，債務人因給付不能之事由而取得關於給付標的之代償或代償請求權時，債權人得請求償還代償或移轉其請求權。」同條第 2 項規定：「債權人因債務不履行而取得損害賠償請求權，並行使前項所揭之權利時，其損害賠償請求權於取得之代償或其請求權之價額內減少之。」<sup>88</sup>

從暫定編纂第一草案第 224 f 條之條文觀之，於給付不能之事由可歸責於債務人，代償請求權與損害賠償請求權競合時，已明文規定履行代償請求權係為清償損害賠償債務。又本條為現行德國民法第 285 條第 2 項之前身，故對現行法之理解亦應如此。

## 第二項 西元 1896 年德國舊民法典

最終通過之條文<sup>89</sup>，僅將代償請求權移至第 281 條，並未就條文內容做出任

---

<sup>86</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 258。

<sup>87</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 258。

<sup>88</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 257。

<sup>89</sup> 第一草案後至舊民法典制定前，尚有第二草案、聯邦參議院提出草案以及第三草案（帝國議會提出草案），惟其僅作條號及字句之變動，故以下僅列出代償請求權相關之條文，而不再做說

何更動。德國舊民法第 281 條第 1 項規定：「債務人因給付不能之事由而取得關於給付標的之代償或代償請求權時，債權人得請求償還代償或移轉其請求權。」同條第 2 項規定：「債權人因債務不履行而取得損害賠償請求權，並行使前項所定之權利時，債務人應給付之損害賠償，於債權人取得之代償或其請求權之價額內減少之。」<sup>90</sup>

民法典制定後，實務上關於代償請求權之案例不多，其中就代償請求權之正當性存有爭議。有實務見解引用第一草案之立法理由認為，得斟酌地推定當事人之承擔債務之意思中包含代償，為代償請求權之根據。惟此推定僅於原給付目的與代償之給付目的相同時方為妥當，即僅於原給付目的與代償之給付目的相同時，始得認為將代償歸屬於債權人是合乎當事人雙方意思之結果。於此脈絡下，可認為代償請求權之規定係民法對契約補充解釋之明文規定<sup>91</sup>。

德國帝國法院則以商法第 384 條第 2 項（批發商之歸還義務）及民法第 812 條（不當得利返還義務）為例，認為代償請求權之制度，其背後之思維為，從經濟上判斷，將財產價值歸屬於較適當之人。因而認為代償請求權規定之目的，係

---

明。

1894 年第二委員會公布以暫定編纂第一草案為基礎之第二草案，就代償請求權之規定，僅作條號的變動及文句之修正。第二草案第 237 條第 1 項規定：「於債務人給付不能的情形，債務人因給付不能之事由而取得關於給付目的之代償或代償請求權時，債權人得請求償還代償或移轉其請求權。」同條第 2 項規定：「債權人因債務不履行而取得損害賠償請求權，並行使前項所定之權利時，其損害賠償請求權於取得之代償或其請求權之價額內減少之。」其後，再度變更代償請求權之條號，並就字句部分稍作修正使其更為簡潔。

聯邦參議院提出草案第 275 條第 1 項規定：「債務人因給付不能之事由而取得關於給付目的之代償或代償請求權時，債權人得請求償還代償或移轉其請求權。」同條第 2 項規定：「債權人因債務不履行而取得損害賠償請求權，並行使前項所定之權利時，債務人應給付之損害賠償，於債權人取得之代償或其請求權之價額內減少之。」

第三草案（帝國議會提出草案）第 275 條第 1 項規定：「債務人因給付不能之事由而取得關於給付目的之代償或代償請求權時，債權人得請求償還代償或移轉其請求權。」同條第 2 項規定：「債權人因債務不履行而取得損害賠償請求權，並行使前項所定之權利時，債務人應給付之損害賠償，於債權人取得之代償或其請求權之價額內減少之。」

<sup>90</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 260、262-263。

<sup>91</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 307。

以均衡不當之財產價值分配為限，若債務人最終所取得之財產價值不超過其給付義務時，即可達成此目的<sup>92</sup>。

此判決認為代償請求權規定之目的為平衡不恰當之財產分配，後成為主流，然因判決中提及不當得利之制度，亦成為日後德國債法修正時，主張代償請求權為不當得利制度中一環之論述依據<sup>93</sup>。

### 第三節 德國現行民法

#### 第一項 債法改正計畫

德國舊民法自西元 1900 年實行後至債法現代化前，從未有重大之修正與變動，學說之補充解釋及實務所發展之法律原則，適時因應社會之轉變，可謂維繫民法典基本體系架構經久耐用之功臣，然學說及實務與民法典法規內容差距越來越大，難以純粹就法條內容解決相關法律問題<sup>94</sup>，加上國際契約法規如聯合國買賣公約（CISG）、國際商事契約準則（PICC）及歐洲契約法原則（PECL）之發展，促使德國法界開始修訂債法之計畫，西元 1984 年組成債法修訂委員會，並將債務不履行的通則規定作為此次修法之重點之一<sup>95</sup>。

#### 第一款 債法修正鑑定意見

債法修正鑑定意見第 281 條訂有代償之建議規定如下：「債務人因不履行事由取得關於給付標的之代償或請求權時，債權人得請求償還代償或移轉該請求權。」同意見第 292 條 a 規定：「債權人因給付不能得依第 281 條規定請求償還

---

<sup>92</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 308。

<sup>93</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 308。

<sup>94</sup> 蔡晶瑩（2002），《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，頁 114-115。

<sup>95</sup> 蔡晶瑩（2002），前揭註 94，頁 116-117。

利益或移轉請求權，抑或得請求返還相當金額的情形時，債權人行使該權利時，債權人所得之損害賠償，應於其所取得之代償或其請求權之價額以及償還之利益或相當金額範圍內縮減之。」

對照舊德國民法第 281 條之規定可知，鑑定意見對內容並無做實質之變動，最大的差別在於，將原第 281 條第 2 項損益相抵之規定脫離另訂於 292 條 a，其理由為代償請求權之規定僅為損害賠償請求權之一種，損益相抵規定之適用不應僅限於債權人行使代償請求權時<sup>96</sup>。又鑑定意見將原舊德國民法第 281 條之給付不能之事由，修正為不履行之事由，配合新債務不履行體系排除不能之用語，使得代償請求權不再以給付不能時為限<sup>97</sup>。

## 第二款 債法修正委員會最終報告書

### 第一目 給付義務之排除

為解決德國舊民法給付障礙相關規定之缺陷，1992 年債法修正委員會所提出最終報告書，對債務不履行制度作出大幅度之修正。

#### 一、以義務違反為前提

債法改正委員會草案（下稱改正草案）第 280 條義務違反之損害賠償第 1 項規定：「債務人違反債之關係所生之義務時，債權人得請求因此所生之損害賠償。債務人就義務違反不可歸責時，不適用之。」本條為債務不履行之核心請求權基礎，透過此條之規定，「義務違反」成為債務不履行之統一基本要件。申言之，義務違反成為債務不履行之核心概念，藉此上位概念得以導出給付遲延、未

---

<sup>96</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 317-318。

<sup>97</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 318。

為履行以及瑕疵給付，重塑債務不履行之體系，不論請求損害賠償或解除契約皆須符合義務違反之前提事實<sup>98</sup>。又義務違反係一種客觀事實的存在判斷，概念本身並不加入價值判斷<sup>99</sup>，當然債務人對義務違反之事由可否歸責亦不需納入考量。

## 二、義務排除之新規定

改正草案第 275 條給付義務的排除規定：「於債務非金錢債務，債務人限於依債之關係內容與性質，即便做出努力仍無法實現給付時，得拒絕給付。此時債權人之權利適用第 280 條、第 281 條、第 283 條以及第 323 條之規定。」

關於要件方面，如前所述，捨棄以債務人是否能克服給付障礙（不能）為給付義務之界限，改以債務人是否有義務違反之情事為要件。所謂義務違反，指未依債務本旨履行債務，違反適時而完整（無瑕疵）提出給付之義務，亦即賦予債務人為實現給付應為一定程度努力之義務，而該努力之程度則依債之關係之內容與性質定之<sup>100</sup>。同時，改正委員會將給付義務之免除與歸責性脫鉤，僅於損害賠償之規定方設有歸責性之要件<sup>101</sup>。且改正草案第 275 條之適用與舊法時期不同，不僅限於嗣後之給付障礙，自始之給付障礙亦有適用，故障礙發生之時點對於義務違反之判斷已無關緊要<sup>102</sup>。

就效果方面，改正委員會提案，於符合第 275 條之要件下，債務人須提出抗辯，方得免除第一次給付義務。蓋給付障礙事由多偏在於債務人側，債權人或法

---

<sup>98</sup> 許政賢（2017），〈債務不履行體系再建構之初探—以「違反義務」為中心〉，《法令月刊》，第 68 卷第 7 期，頁 57-58；蔡晶瑩（2002），前揭註 94，頁 122。

<sup>99</sup> 蔡晶瑩（2002），前揭註 94，頁 122-123。

<sup>100</sup> 鹿野菜穗子（1996），〈義務の内容と給付義務の限界〉，下森定、岡孝（編），《ドイツ債務法改正委員会草案の研究》，頁 18，東京：法政大学現代法研究所。

<sup>101</sup> 鹿野菜穗子（1996），前揭註 100，頁 19。

<sup>102</sup> 鹿野菜穗子（1996），前揭註 100，頁 18。

院不易得知，因此捨棄德國舊民法債務人具有給付障礙事由則給付義務當然消滅之作法，而認應於債務人提出抗辯後給付義務方消滅<sup>103</sup>。



## 第二目 代償請求權

債務法改正委員會為因應草案第 275 條擴大債務人免責事由及債務人須提出抗辯始生免責效果之修正，而對代償請求權之規定略作更動，債法改正委員會草案第 281 條代償之返還第 1 項規定：「債務人因第 275 條所訂之拒絕履行事由，取得關於給付標之代償或其請求權時，債權人得請求償還代償或移轉請求權。」同條第 2 項規定：「債權人有替代給付之損害賠償請求權，行使前項權利時，債權人所受之損害賠償應於其所取得之代償或請求權之價額範圍內縮減之。」<sup>104</sup>

首先，第 1 項之規定代償請求權以債務人具有第 275 條之拒絕履行事由為要件，將代償請求權與第 275 條連結，此模式較近似於舊民法第一草案而與舊民法時代不同。又如前所述，改正委員會認為債務人欲免除第一次給付義務，除了符合改正草案第 275 條所定之要件外，尚須提出抗辯方得免除其給付義務，產生改正草案第 281 條是否以債權人行使抗辯權為必要即有爭議。

倘債權人代償請求權之行使以債務人行使抗辯權為必要，於債務人具有改正草案第 275 條所定之情事卻未為抗辯時，於債務人所取得之代償利益價值高於其原可取得之對待給付之價值之情況，將使得債務人得藉由蓄意不提出抗辯以保有代償利益之情形，是否恰當有待斟酌<sup>105</sup>；另一方面，若債權人代償請求權之行使不以債務人行使抗辯權為必要，債務人未提出抗辯時，此時可能會產生債務人

<sup>103</sup> 鹿野菜穗子 (1996)，前揭註 100，頁 18。

<sup>104</sup> 好美清光 (1996)，〈債務法改正委員會草案試讀〉，下森定、岡孝編，《ドイツ債務法改正委員會草案の研究》，頁 245，東京：法政大学現代法研究所。

<sup>105</sup> 笠井修 (1996)，〈代償請求權〉，下森定、岡孝編，《ドイツ債務法改正委員會草案の研究》，頁 38，東京：法政大学現代法研究所。

於負第一次給付義務之同時，亦須負擔償還代償之義務，並不妥當<sup>106</sup>。

最終債法改正委員會採取與改正草案第 275 條不同之見解，於改正草案第 281 條第 1 項規定，認為債權人行使代償請求權「不」以債務人行使抗辯權為必要，即使債務人怠於行使其抗辯權，債權人於符合要件下也能立即行使其權利，改正委員會並認為，此時債權人則當然喪失給付請求權，以避免債務人同時負擔第一次給付義務與第二次給付義務之問題<sup>107</sup>。

## 第二項 債法現代化

西元 1999 年歐洲經濟共同體消費物買賣指令通過，該指令第 11 條鑑於各會員國關於消費務買賣之法規存有歧異，阻礙各會員國商品自由流通之基本自由以及消費者於跨界交易時法確定性之信賴，故為消彌此種障礙，規定歐盟會員國須於西元 2002 年前，制定符合該指令內容之消費者買賣及其保證之內國法，統一歐盟各國消費者買賣及其保證之規定<sup>108</sup>。基此，促使德國債法現代化的展開。

### 第一款 債法現代化討論草案

債務法現代化討論草案（下稱討論草案）於違約方面主要採納債法改正委員會最終報告書之建議，而批評其並未吸取國際商事契約準則（PICC）及歐洲契約法原則（PECL）等學說討論之成果<sup>109</sup>。關於代償請求權，討論草案僅為配合不能相關規定（討論草案第 275 條）之修正而略有更動。討論草案第 281 條代償的返還第 1 項規定：「債務人依第 275 條規定拒絕給付，且因取得債務人之抗辯權之事由，而取得關於給付標的之代償或其請求權時，債權人得請求償還代償或

<sup>106</sup> 笠井修（1996），前揭註 105，頁 38。

<sup>107</sup> 笠井修（1996），前揭註 105，頁 38。

<sup>108</sup> 向明恩（2009），〈一九九九年歐體消費物買賣指令〉，《月旦民商法雜誌》，第 23 期，頁 22-23。

<sup>109</sup> Reinhard Zimmermann（著），韓光明（譯）（2009），《德國新債法 歷史與比較的視角》，頁 65，北京：法律出版社。



移轉該請求權。」同條第 2 項規定：「債權人有替代給付之損害賠償請求權，而行使前項之權利時，（該損害賠償）於其所取得之代償或請求權之價額內縮減之。」<sup>110</sup>

討論草案代償請求權之規定，原則上與債法改正委員會草案無太大差異。其間唯一之差異在於，討論草案中「拒絕給付」之文字明確表示，要件自債務人取得民法第 275 條之事由<sup>111</sup>，修正為債務人除了符合民法第 275 條之事由外，尚須其行使該條之抗辯權。若債務人僅取得拒絕履行之抗辯事由而未行使，則不符代償請求權之要件。

## 第二款 債法現代化整理案

西元 2001 年提出之債務法現代化整理案（下稱整理案）為討論草案之修正版，實際上多未採納討論草案對於舊民法之改革。但代償請求權方面，整理案除將代償請求權改置於第 285 條外，相較於舊民法第 281 條並未就內容有實質上的更動，僅為配合整理案第 275 條而稍做修正。

整理案第 285 條代償的返還第 1 項規定：「債務人因依第 275 條之規定免負給付義務之事由，取得與給付目的相關之代償或其請求權時，債權人得請求償還代償或移轉該請求權。」同條第 2 項規定：「債權人有替代給付之損害賠償請求權，而行使前項之權利時，（該損害賠償）於其所取得之代償或請求權之價額內縮減之。」<sup>112</sup>第 1 項從討論草案「債務人依第 275 條規定拒絕給付，且因取得債務人之抗辯權之事由」修正為「債務人免負給付義務」，而之所以如此修正係為

---

<sup>110</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 331。

<sup>111</sup> 討論草案第 275 條給付義務之排除規定：「於債務非金錢債務，債務人限於依債務關係內容與性質，即便做出努力仍無法實現給付時，得拒絕給付。此時債權人之權利依第 280 條、第 281 條、第 283 條以及第 323 條之規定。」

<sup>112</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 334。

配合整理案第 275 條不能要件之復活。

整理案將原給付義務之界線變更為給付義務的排除，整理案第 275 條給付義務的排除第 1 項規定：「以給付為目的之請求權，給付對於債務人為不能時，排除之。」同條第 2 項規定：「債務人於給付所需之費用，依債務關係的內容與誠實信用之要求，與債權人之給付利益顯不相當時為限，得拒絕給付。此時，應斟酌給付之妨礙是否可歸責於債務人以及債務人是否有對債權人提供相當之補償。」<sup>113</sup>

相較於討論草案，首先，整理案中「不能」重新成為給付義務排除之要件，並將其獨立於其他免責事由外，分別適用於第 1 項(不能)及第 2 項(不能以外)。與討論草案相同的是，此不能並不涉及有責性之判斷，亦不問係自始抑或嗣後之不能。然而，就法律效果而言，以不能為要件時，效果依第 1 項為給付義務法律上當然排除，與討論草案不同，於給付不能時，債務人實際上並無選擇為給付之餘地，賦予抗辯權並無實益<sup>114</sup>。相對於此，以不能以外之給付困難為要件時，效果依第 2 項，仍維持於債務人行使拒絕抗辯後，始排除給付義務。

### 第三款 現代化法草案

#### 第一目 代償請求權

西元 2001 年所提出之現代化法草案(下稱法案)，與其理由書為現行德國民法重要之解釋指引。法案第 285 條代償的返還第 1 項規定：「債務人因依第 275 條第 1 項或第 2 項免除給付義務之事由，取得與給付目的相關之代償或其請求權時，債權人得請求償還代償或移轉該請求權。」同條第 2 項規定：「債權人有替

<sup>113</sup> 田中宏治(2018)，前揭註 2，頁 332。

<sup>114</sup> 鹿野菜穗子(1996)，前揭註 100，頁 20。

代給付之損害賠償請求權者，於行使前項之權利時，該損害賠償應按其所取得之代償或請求權之價值扣減之。」<sup>115</sup>相較於舊德國民法僅因法案第 275 條除了給付不能外，僅因給付困難（第 275 條第 2 項）新增為給付義務排除之原因，而稍作修正。

## 第二目 給付義務之排除

法案第 275 條給付義務的排除第 1 項規定：「給付對債務人或任何人均屬不能時，給付請求權即排除之。」同條第 2 項規定：「債務人於給付所需之費用，依債務關係的內容與誠實信用之要求，與債權人之給付利益顯不相當時為限，得拒絕給付。債務人應為其給付，且於債權人之給付利益與債務人側之給付障礙事由互為衡量後，無法期待（債務人）為給付時，亦得拒絕給付。可期待債務人努力之判斷，亦應斟酌給付障礙之事由是否可歸責於債務人。」同條第 3 項規定：「債權人之權利，依第 280 條、第 283 條至第 285 條、第 311 條以及第 326 條之規定定之。」

### 一、 給付不能

首先，法案雖採取自債法改正以來之見解，不過問債務人之歸責事由，並改以「債務關係之內容與性質」為給付義務界限之判斷標的，輔以債務人之行為及期待可能性為因素<sup>116</sup>，且因不能已逐漸喪失其實務上之重要性，不再特別強調不能之概念，現今多數給付障礙之型態為給付遲延及不完全給付。惟因不能之用語本身還是具有容易理解其法律意涵之優點，故法案第 275 條第 1 項仍使用不能之用語作為第一次給付義務免責規定之事由之一<sup>117</sup>。創新於先前之提案之處在

---

<sup>115</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 345。

<sup>116</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 337。

<sup>117</sup> Rolf Knieper（著），朱岩（譯）（2002），《德國新債法條文及官方解釋》，頁 90-91，北京：法

於，法案第 275 條第 1 項明示給付對債務人或「任何人」均屬不能，可解釋為法案不再區分給付不能係主觀之不能抑或客觀不能，凡屬不能均排除給付義務<sup>118</sup>。

其次，就第 275 條第 1 項法案除了承襲債法現代化以來之見解，將舊法第 275 條之「陷於給付不能時」修正為「給付不能時」，以明確本條要件包含契約雙方當事人自始及嗣後之給付不能外<sup>119</sup>。並就自始給付不能之情形，另於法案第 311 條 a 契約成立時給付義務排除第 1 項規定：「債務人於契約成立時即存有依第 275 條第 1 項或第 2 項之規定，給付義務排除之給付障礙，不影響契約之有效性。」本條明確表示自始給付不能不影響契約之成立，此時債務人於符合要件下可能得主張第二次給付請求權（損害賠償或代償請求權），第 311 條 a 第 2 項接著規定，儘管第一次給付請求權不發生，債權人仍得於符合要件下，請求替代給付之損害賠償<sup>120</sup>。

就效果部分，關於給付義務之排除是否以債務人行使抗辯權為必要，法案亦採取債法現代化整理案之見解，於債務陷於給付不能給付義務當然排除。而給付困難時或給付所需之費用顯不相當時，以債務人行使抗辯權為必要，始排除給付義務<sup>121</sup>。

## 二、 給付困難

法案第 275 條第 2 項以給付困難（又稱事實上之不能與道德上之不能）作為排除給付義務之另一樣態。法案第 275 條第 2 項前段（事實不能）本於交易成本、

---

律出版社。

<sup>118</sup> Rolf Knieper（著），朱岩（譯）（2002），前揭註 117，頁 91-92；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 341。

<sup>119</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 339。

<sup>120</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 339-340。

<sup>121</sup> 杜景林、盧湛（2003），《德國債法改革—德國民法典最新進展》，初版，頁 54。

債務人利益之考量以及債權人對於給付的可期待性，於債務雖非無法履行，惟若債務人欲克服給付之障礙貫徹義務之履行，須付出超過犧牲界限之努力始得完成，因而賦予債務人拒絕給付之權利。本項之立法意旨認為，本項係過去聯邦法院自權利濫用禁止原則、民法第 251 條第 2 項及舊民法第 633 條第 2 項後段所導出之法律概念之具體細緻化而已<sup>122</sup>。

於要件判斷上，應著重於「債權人之利益」而非債務人之利益，亦即從交易習慣出發，衡量債權人對給付利益之理智期待<sup>123</sup>，當債權人之履行利益與債務人之必要費用顯不相當時，債務人得拒絕給付，債權人喪失給付請求權且不取得其他權利。所謂顯著指，特別極端誠實信用原則上不容許之情形。

同條項中段規定僅適用於債務人所負具「履行專屬性」之債務（如委任契約所生之給付義務），依據債務之內容，給付之提出必須由債務人親力為之，因此與前段不同，應考量者係債務人側給付障礙之特殊性，而應以債務人給付之障礙（非費用）與債權人之給付利益為比較<sup>124</sup>。例如若受僱人因病需接受醫生診治，此時即可適用本項中段，拒絕提供勞務。

同條項後段規定，判斷對於前段與中段中之債務人所得課予之努力之多寡，應考量債務人對給付障礙是否具有可歸責之事由<sup>125</sup>。若具有可歸責於債務人之事由時，可期待債務人應付出更多之努力實現給付，例如債務人因錯誤而將買賣契約標的物轉讓與第三人，此時即使債務人須以高於市價之價格將該標的物買回方得履行其債務，債權人仍得對債務人請求給付契約標的物。反之，此時若債務人不具有可歸責之事由，則僅得於債務人得依市場價格買回該標的物時，債務人

---

<sup>122</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 342。

<sup>123</sup> 蔡晶瑩（2002），前揭註 94，頁 136。

<sup>124</sup> 杜景林、盧湛（2003），前揭註 121，頁 53；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 342。

<sup>125</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 343。

始得對債權人請求給付契約標的物。



### 第三項 現行債務法

參考聯邦參議院與聯邦政府對草案所表示之意見後，聯邦議會於西元 2001 年公布德國現行債法，並自 2002 年起施行，自最終公布之條文觀之，德國新債法受到債法改正計畫之最終報告書影響甚深，尤其是給付義務排除之要件部分。相對於此，代償請求權雖於債法改正計畫與與債法現代化之過程中，對其並無太多本質上之討論，僅要件自給付不能擴大為第 275 條之給付義務排除，而此修正亦顯示代償請求權於現行法下，代償請求權係補充給付義務排除規定之定位。

#### 第一款 給付義務之排除

現行德國民法第 275 條給付義務之排除第 1 項規定：「給付對債務人或任何人均屬不能時，給付請求權除之。」第 2 項規定：「債務人於給付所需之費用，依債務關係的內容與誠實信用之要求，與債權人之給付利益顯不相當時，得拒絕給付。可期待債務人努力之判斷，亦應斟酌給付障礙之事由是否可歸責於債務人。」第 3 項規定：「債務人應自為給付，且於債務人之給付障礙事由與債權人之給付利益互為衡量後，無法期待債務人為給付時，債務人亦得拒絕給付。」第 4 項規定：「債權人之權利，依第 280 條、第 283 條至第 285 條、第 311 條以及第 326 條之規定定之。」

#### 第二款 代償請求權

現行德國民法第 285 條代償請求權第 1 項規定：「債務人因依第 275 條第 1 項至第 3 項免除給付義務之事由，取得關於給付標的之代償或其請求權時，債權人得請求償還代償或移轉該請求權。」同條第 2 項規定：「債權人有替代給付之損害賠償請求權者，於行使前項之權利時，該損害賠償應按其所取得之代償或請

求權之價值扣減之。」



## 第四節 日本舊民法

### 第一項 Boissonade 草案

日本舊民法典起草人 Boissonade 未採納法國舊民法<sup>126</sup>代償請求權之架構<sup>127</sup>，而採取較近似義大利舊民法代償請求權規定<sup>128</sup>之作法來起草。此草案嗣後亦被日本舊民法起草工作所採納，日本舊民法起草過程亦有諮詢 Boissonade 之意見，可謂日本舊民法代償請求權規定之前身。Boissonade 草案第 565 條規定：「債務人因一部滅失或滅失而對第三人有某種訴權時，債權人得請求該標之物之殘存物或行使前述之訴權。」

---

<sup>126</sup> 法國修正前民法第 1303 條規定：「非因債務人之過失，致標之物滅失、不融通或遺失的情形下，債權人取得與該標之物之補償相關之權利或訴權時，債務人得請求其讓與之。」法國修正前民法代償請求權之規定，係自民法典制定（西元 1804 年）前舊法（ancien droit）時期保留下之規定，當時係立於給與債務成立之同時，並不生所有權移轉效力之背景而承認代償請求權。然而，法國民法典關於物權行為採意思主義，依修正前民法第 771 條之規定，原則上契約成立後，即生移轉效力。例外於以給付標之物為內容之契約，依修正前民法第 1138 條規定，則自標之物「應」交付起，即生標之物所有權移轉之效力。因此，本條多被學說批評為贅文。蓋標之物因第三人而毀損滅失時，原則上對第三人之損害賠償請求權歸屬於債權人，代償請求權僅於少數例外的情形，如由債務人受領保險金時，較能發揮其機能。學說上認為，法國代償請求權之目的，係為於以特定物為標的之契約，該標之物非因債務人之過失滅失，債務人免給付義務時，一方面給予債權人救濟之權利；另一方面避免債務人不當得利。詳見：沢井裕（1967），〈民法上いわゆる代償請求權が認められるか〉，《民商法雜誌》，第 57 卷第 1 号，頁 125-126；甲斐道太郎（1972），前揭註 69，頁 161-162。

<sup>127</sup> 日本舊民法典之起草受到法國舊民法之影響甚深。然而，日本舊民法起草人之一 Boissonade 認為法國民法之規定係受羅馬法理論影響，而使用「債權人取得與該標之物之補償相關之權利或訴權時，債務人得請求其讓與之」之文字。蓋羅馬法理論中，因特定物之債於交付前，所有權仍歸屬於債務人，故當標之物因第三人而滅失或損毀損時，損害賠償之訴權僅得歸屬於債務人，或至多僅得由債務人以債權移轉之方法移轉與債權人。然依法國民法之規定，於上述之例中債權人可直接基於所有權人之身分取得所害賠償請求權，因而 Boissonade 及現代法國學說皆認為債務人將損害賠償請求權讓渡與債權人之規定為立法上之疏漏，不具有實質意義。參見：田中宏治（2018），前揭註 2，頁 14-16。

<sup>128</sup> 義大利舊民法第 1299 條規定：「標之物滅失、喪失通融性或遺失非係因債務人之過失時，與該標之物相關歸屬於債務人之權利或訴權移轉與債權人。」本條規定與法國舊民法不同之處在於，一旦債務人產生權力或訴權時，不待債權人向債務人請求移轉，法律上當然於轉與債權人。參見：田中宏治（2018），前揭註 2，頁 15-16。

起草理由書提及兩個重點，首先，契約一部給付不能時，不論係給與債務抑或行為債務<sup>129</sup>，債權人皆得請求給付存餘之部分或請求債務人履行其得履行部分之行為。其次，理由書中提及，本條係為處理因第三人之過失致給付不能之情形而設，於給與債務中，債權人於締結契約時即成為所有權人，其因受到損害而應取得訴權並無疑義<sup>130</sup>。相對於此，於行為債務中，雖無法以所有權之歸屬判斷取得訴權之人，惟此時因第三人之行為與「直接」對債權人造成損害無異，應認為賠償訴權直接歸屬於債權人。是故，應認為不論係何種情形，債權人行使之訴權皆係因其本身受損害所取得之固有訴權而非受移轉自債務人<sup>131</sup>。

## 第二項 法律取調再調查委員會修正案

明治 21 年（西元 1888 年）成立法律再調查委員會，以法律取調委員會<sup>132</sup>之審議結果為基礎，將修正案第 565 條修正為：「因物全部或一部滅失，而對第三人生某補償訴權時，債權人得請求該物之殘餘之物並取得該訴權。」將債務人有對第三人之賠償訴權之文句，改為因標的物一部或全部滅失而產生對第三人之訴權，避免債權人所行使之賠償訴權係由債務人取得移轉而來之誤會。此修正雖確立受損害之債權人所行使之賠償訴權係其固有之訴權，同時亦因此有學說批評本條並無存在之必要<sup>133</sup>。

<sup>129</sup> 給與債務（与える債務）於日本法上指以財物物理上的交付為內容之債務，與之相對者為行為債務（なす債務），例如以勞力給付為內容之契約，其又可分為作為與不作為債務。參見：平井一雄（2003），《民法Ⅲ債權總論》，初版，頁 18，東京：青林書院。

<sup>130</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 17。

<sup>131</sup> 理由書中強調區分債權人所主張之訴權係因債權人自身受損害而取得，或受移轉自債務人具有實意之點在於，若債務人無資力並採取對第三人之損害賠償訴權歸屬於債務人之見解時，該訴權與債務人之全部財產一樣，皆成為全體債權人之擔保，如此一來，該訴權即無法優先排他地轉讓與債權人，而應由全體債權人享受行使之利益。參見：田中宏治（2018），前揭註 2，頁 17-18。

<sup>132</sup> 因 Boissonade 草案係以法文起草，故於明治 11 年（西元 1887 年）起成立法律取調委員會並由委員翻譯修正之。栗塚委員所提出之修正案第 565 條規定：「於物全部或一部滅失的情形，若債務人對造成滅失之第三人具有某種賠償訴權時，債權人得請求該物之殘存物並取得該訴權。」

<sup>133</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 22-23。



### 第三項 明治時期舊民法



日本舊民法典起草時，係參考法國舊民法第 1303 條之規定，對法律取調再調查委員會之修法意見稍作文字及條號之修改，西元 1890 年（明治 23 年）所公布之舊民法典中，於日本舊民法財產編第 543 條設立代償請求權之規定。舊民法典財產編第 543 條規定：「物全部或一部滅失，因滅失而對第三人所生某補償訴權時，債權人得請求殘餘之物亦得行使此訴權。<sup>134</sup>」

本條規定被解釋為第三人對債權之侵害，對債權人成立侵權行為之確認規定<sup>135</sup>。蓋如前所述，因日本民法承襲法國民法，日本舊民法第 176 條物權之設定及移轉規定：「物權之設定及移轉，僅依當事人之意思表示即生效力。」就物權行為不採形式主義，於契約締結時債權人即成為標的物之所有權人，此時若標的物因第三人之侵權行為致標的物滅失，債權人即基於其自身所有權人地位取得賠償訴權，並非自債務人受讓或因法律自債務人之處當然移轉而取得，故有學說認為本條僅有確認之功能，對當事人固有之權利義務關係並無產生任何法律效果。

### 第四項 舊民法修正後刪除

日本舊民法公布後，學說上認為，於標的物因第三人過失之行為而滅失時，債權人因受到損害而取得賠償訴權，債務人非受損害之人不取得訴權，更無移轉訴權與債權人之理。又本條所借鏡之法國舊民法第 1303 條及義大利舊民法第 1299 條解釋上皆被認為不具有重要性，因而提案刪除本條<sup>136</sup>。

---

<sup>134</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 23。

<sup>135</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 24。

<sup>136</sup> 富井政章（1888），《契約法講義》，頁 500-501，東京：時習社，轉引自：田中宏治（2018），前揭註 2，頁 24-25。

西元 1893 年以修正舊民法為目的之法典調查會之提案中，認為當初係因於標的物因第三人之過失而滅失時，債權人自始取得損害賠償訴權存有反對之見解，因而訂立本條以明確損害賠償訴權之歸屬，然而，就物權行為採對抗要件主義之今日已無此爭議<sup>137</sup>。即使於非以特定物為內容之契約(如以作為為內容之契約)，因第三人之行為致債務人無法依約為該作為時(如因債務人手受傷而無法依約作畫)，債權人毫無疑問亦因第三人致給付不能之事由，而對第三人取得損害賠償訴權。蓋訂立契約除使契約當事人因其間負有債務，而取得之對人權外，亦使當事人於社會一般人侵害其間權利(不法行為)時，取得對世權，得對第三人提起損害賠償之訴，而與以特定物為內容之契約一樣，債權人不須依法律規定自債務人處受讓賠償訴權<sup>138</sup>。綜上所述，此論者將舊民法第 543 條之規定作與法國法相同之解釋，認為代償請求權係歷史所遺留之產物已無存在之必要<sup>139</sup>。此見解亦受法典調查委員會採納，於明治 29 年(西元 1896 年)所公布之改正前民法典，即無代償請求權之規定。

## 第五節 日本改正前民法

### 第一項 承認與否之爭論

日本法自明治 31 年(西元 1898 年)改正前民法施行起，至令和 2 年(西元 2020 年)改正後民法施行前，民法典中並未設有代償請求權之明文規定。然而，因日本民法學說之發展，受到德國法影響甚深，相較於法典起草者對於條文之解釋，更重視德國民法學之繼受，於代償請求權亦是如此，使得學說上對於是否應

---

<sup>137</sup> 法典調查會(1984)，《日本近代立法資料叢書三》，〈法典調查會民法議事速記錄三〉，初版，頁 638，東京：商事法務研究会。

<sup>138</sup> 法典調查會(1984)，前揭註 137，頁 638-639。

<sup>139</sup> 中川敏宏(2010)，〈不能体系のゆらぎと代償請求權〉，《專修大学法学研究所紀要 35：民法法の諸問題 XII》，第 35 卷，頁 138。

承認代償請求權存有爭論。

此爭論雖於最高法院判例承認後趨為歇緩，但對於代償請求權適用之場合、與危險負擔間之關係以至於其類推適用之依據，遲至民法改正前仍爭論不休，為充分理解代償請求權於日本法上之發展，以下除了介紹上述學說及實務之討論外，連同其他相關背景制度亦一併概述之。

## 第一款 否定說

### 第一目 物權行為之立法例

為方便說明否定論者之思維，首先簡單介紹日本法與我國法採取不同立法例之物權行為制度。日本民法第 176 條物權的設定與移轉規定：「物權的設定與移轉，得僅依當事人之意思表示發生效力。」本條宣示日本民法物權行為不採取以登記或交付等形式要件為必要之形式主義，物權行為僅須當事人之意思表示即足<sup>140</sup>。通說認為受法國民法立法例影響，依日本民法第 177 條不動產變動之對抗要件規定：「不動產物權之得喪變更，非經不動產登記法或其他相關法律所訂之方式登記，不得對抗第三人。」及第 178 條動產移轉之對抗要件規定：「動產物權之移轉，非經該動產之交付，不得對抗第三人。」可知，日本法物權行為採取「對抗要件主義」以保護交易安全。申言之，對抗主義係自意思主義出發，原則上依當事人之意思表示即生物權變動效力，惟不動產以登記、動產以交付為公示外觀，物權行為符合對應之對抗要件，方得以該變動對抗第三人<sup>141</sup>。簡言之，登記、交付等外觀為物權行為之對抗要件而非成立要件。

關於對抗主義下不動產所有權移轉之時點，首先應說明者係，以不動產一物

<sup>140</sup> 平野裕之（2012），《新論點講義シリーズ 10 物權法》，初版，頁 51-52，東京：弘文堂。

<sup>141</sup> 大村敦志（2015），《新基本民法 2 物權編：財産の帰属と変動の法》，初版，頁 30-31，東京：有斐閣；平野裕之（2012），前掲註 140，頁 52。

二賣為例，究係由第一買受人抑或第二買受人取得所有權，因一方於登記前皆無法以取得所有權對抗他方，故實際上依所有權移轉時點判斷一物二賣之情形中，何方取得所有權之案例並不多見。然而，受到部分德派學者，將日本民法第 176 條之意思表示解為物權移轉之意思表示<sup>142</sup>，以及實際交易上多不以訂立契約之時即具有所有權移轉效力（交易上多於契約中言明以支付價金、登記或交付等作為移轉時點）之影響，所有權移轉之時點，於立法例採對抗主義之日本法上仍廣受討論<sup>143</sup>。

晚近基於日本法民法整體而言係繼受法國民法之體系，將德國法形式主義之解釋直接套用於日本民法第 176 條之見解現已不復見，惟物權行為之解釋仍應考量交易現實之狀態為多數學說之共識。故論者雖認為，應持法國法之思維直接就日本民法第 176 條為字面上之解釋，亦即以契約訂立時作為不動產所有權移轉之時點，惟仍保有契約當事人以特約遲延所有權移轉時點之可能，此說亦被判例<sup>144</sup>以及多數學說所採<sup>145</sup>。綜上所述，傳統通說認為，原則上以契約訂立時作為所有權移轉之時點，惟仍應視當事人間契約之約定或依契約之解釋定之<sup>146</sup>。

至於動產所有權之移轉，雖日本民法第 178 條設有動產以交付作為第三人對抗要件之規定，惟實際上該條並無太多作用。蓋依通說見解日本民法第 178 條之「交付」並不以現實交付為限，導致於一物二賣之情形，基本上「僅」依日本民

---

<sup>142</sup> 此論者認為，民法第 176 條之意思表示並非指成立債權契約之意思表示，而係指物權移轉之意思表示。是故，訂立債權契約並不生所有權移轉之效力，於當事人間訂立物權契約時方生物權移轉效力。

<sup>143</sup> 大村敦志（2015），前揭註 141，頁 33-34。

<sup>144</sup> 參見：最高裁判所昭和 33 年 6 月 20 日判決。

<sup>145</sup> 相對於多數說，亦有學說認為若考量到現實交易之情況，基於強化雙務契約給付牽連性之考量下，應以交付、登記或支付價金其一作為所有權移轉之時點。近來亦有學說將雙方當事人所簽訂之契約解為預約，直至雙方支付價金、登記或交付時始成立本約，是故於支付價金、登記或移轉時始生所有權移轉之效力。詳見：大村敦志（2015），前揭註 141，頁 33-34；河上正二（2012），《物權法講義》，初版，頁 64-71，東京：日本評論社。

<sup>146</sup> 大村敦志（2015），前揭註 141，頁 33-34；河上正二（2012），前揭註 145，頁 64-65；山野目章夫（2012），《物權法》，第 5 版，頁 23，東京：日本評論社。

法第 178 條之規定，第二買受人幾乎無取得所有權之可能。據此以解，學說上認為日本民法第 178 條雖有對抗要件主義之外觀，實際上已近似於意思主義<sup>147</sup>。

基此，就動產物權之移轉而言，日本民法第 178 條之重要性已被動產即時取得制度取代。日本民法第 192 條規定：「善意且無過失而因交易行為開始平穩、公然占有動產者，該人即時取得行使關於動產之權利。」於一物二賣之情形中，第二買受人符合上述要件時，基於其對於出賣人占有之信賴，除有日本民法第 193 條、第 194 條之標的物係竊盜物或遺失物之情形外，第二買受人即得依本條即時取得所有權<sup>148</sup>。

## 第二目 無實益說

代償請求權明文化前，否定日本法上之代償請求權理論，以學者岡村玄治為代表，其認為代償請求權肯定說所欲解決之情況，依侵權行為或不當得利之規定處理即可，而無承認代償請求權之實益。詳言之，以第三人因過失毀損契約標的物致給付不能為例，債權人得直接向第三人請求因所有權或債權受侵害而生之損害賠償。若第三人（侵權人）因向債務人支付損害賠償而免除債務，此時債權人得依侵權行為或不當得利之規定向債務人請求該部分之賠償，故於改正前民法無代償請求權明文規定下，不應肯認代償請求權之制度<sup>149</sup>。雖此說較近似於改正前民法立法者刪除舊民法代償請求權規定之意思，惟卻不被當時多數學說所接受<sup>150</sup>。

## 第二款 肯定說

---

<sup>147</sup> 大村敦志（2015），前揭註 141，頁 78-79。

<sup>148</sup> 大村敦志（2015），前揭註 141，頁 79-80。

<sup>149</sup> 岡村玄治（1942），《改訂債權法總論》，第 3 版，頁 96，東京：巖松堂。

<sup>150</sup> 沢井裕（1967），前揭註 126，頁 124；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 81。

## 第一目 危險負擔補充規定說



### 一、承認代償請求權之理由

改正前民法典制定後雖刪除代償請求權之規定，惟學說上多因受德國法影響而肯認代償請求權之制度。其中，學者石坂音四郎為日本法上首位肯認並導入代償請求權之學者，日後日本法代償請求權之理論，基本上皆奠定於其對代償請求權之理解，對代償請求權之發展具有舉足輕重之角色，以下詳述之。

首先，應先提及石坂教授提出代償請求權理論之背景，石坂教授受到德國法影響，採取肯定物權行為獨立性（與日本民法第 176 條文義相違）之見解，並否定第三人侵害債權成立侵權行為<sup>151</sup>。於此背景下，以交付特定物之買賣契約為例，債務人因第三人之侵權行為致給付陷於不能，且因該給付不能事由取得代償利益時，依改正前民法第 534 條第 1 項<sup>152</sup>危險負擔採取債權人主義，若不允許債權人主張代償請求權，將生債務人同時取得代償利益與對待給付，此二重得利不恰當之結果<sup>153</sup>。是故，石坂教授主張，雖改正後民法刪除代償請求權之明文規定，惟仍應肯認代償請求權之存在，並將代償請求權定義為：「債務人因給付不能之事由而取得給付物的代償利益時，債權人得請求債務人償還該利益。」<sup>154</sup>

嗣後多數學說承認代償請求權之理由亦相去不遠，多認為代償請求權係為調

---

<sup>151</sup> 石坂音四郎（1923），〈物權ノ設定移轉ニ關スル我國法ノ主義〉，《改纂民法研究（上卷）》，第 4 版，頁 335-338，東京：有斐閣；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 65。

<sup>152</sup> 改正前民法第 534 條第 1 項規定：「於以特定物之物權設定或移轉為目的之雙務契約的情形，該物因不可歸責於債務人之事由而滅失或損傷時，該物之滅失或損傷由債權人承擔。」同條第 2 項規定：「非特定標之物之契約，依第 401 條第 2 項之規定當標之物特定時，適用前項規定。」

<sup>153</sup> 除此之外，其並提及代償原則於物上代位等制度亦有承認並非於此獨有，同時引用德國學者 Schulz 所提出之權利侵害理論，作為理論依據。詳見：石坂音四郎（1916），《日本民法第三編債權總論（上）》，頁 582-583，東京：有斐閣。

<sup>154</sup> 石坂教授認為代償請求權之要件為：①債務人取得利益 ②該利益為因嗣後給付不能之事由而生 ③該利益係為替代給付之物體。債權人於符合上述要件下，即得向債務人請求償還利益。

整債之關係當事人間不恰當之關係。學者勝本正晃認為，代償請求權係基於衡平之觀念，避免債務人一面免除原給付義務，另一面仍保有對第三人行使損害賠償請求權所得之利益<sup>155</sup>。學者我妻榮則認為，代償請求權係於給付不能不可歸責於債務人時，將標的物之替代利益歸屬於本來具有請求權之債權人，以符合契約當事人間之公平<sup>156</sup>。

## 二、 代償請求權之適用場合

石坂教授因採取肯定物權行為獨立性之見解，而認為於標的物遭第三人侵權行為毀損，債務人因而取得之損害賠償請求權、保險金請求權時，即有代償請求權之適用<sup>157</sup>。然而，此解釋並未對於刪除代償請求權之理由提出反駁，實有背離立法者意思之虞。申言之，改正前民法刪除代償請求權規定之理由，主要係因於契約標的因第三人之侵權行為陷於不能時，債權人本即得基於所有權人地位向該人主張權利，毋庸另設代償請求權。因此，學說上採取肯認代償請求權論者，不無尋求代償請求權存在之價值，亦即探求債權人得行使代償請求權之場合。

關於代償請求權適用的場合，多數學說認為，於適用改正前民法第 534 條債權人主義之情形，債務人免除交付特定物之義務，債權人仍應為對待給付。此時當債務人取得損害賠償等代償利益時，肯認代償請求權之存在，債權人即得以此與其所負之對待給付義務抵銷，適度地緩和其不利益。換言之，於債權人承擔危險時，為代償請求權最具實益之場合<sup>158、159</sup>。

---

<sup>155</sup> 勝本正晃（1936），《債權總論（中卷之二）》，初版，頁 355，東京：巖松堂。

<sup>156</sup> 我妻榮（1952），《債權總論》，第 2 版，頁 87，東京：岩波。

<sup>157</sup> 相同意旨：我妻榮（1964），《新訂債權總論》，初版，頁 148，東京：岩波；於保不二雄（1959），《債權總論》，初版，頁 99-100，東京：有斐閣。

<sup>158</sup> 勝本正晃（1936），前揭註 155，頁 356；於保不二雄（1959），前揭註 157，頁 100；瀨戶正二（1967），〈〈民事実務ノート 33〉いわゆる代償請求について〉，《判例タイムズ》，第 208 期，頁 65；星野星一（1968），〈最高裁判所民事判例研究〉，《法学協會雜誌》，第 85 卷第 1 号，頁 92，東京：東京大学判例研究会；奥田昌道（1982），《債權總論（上）》，初版，頁 151，東京：

學界於代償請求權係為處理債權人承擔危險，債務人卻二重得利之共識下，又依對於侵權行為保護範圍是否包含債權見解之差異，而對代償請求權適用之場合有不同之理解。

於採取債權得作為侵權行為保護客體之見解下<sup>160</sup>，認為日本民法因背景類似於法國民法，應得與法國法代償請求權規定作相同之理解。詳言之，於債之標的因第三人之侵權行為致給付不能之情形，若此時標的之所有權尚未移轉，則債權人得以債權受侵害為由向第三人直接行使侵權行為之損害賠償請求權；若標的之所有權已移轉，則債權人亦得基於所有權人地位向第三人直接主張權利。因此，此論者認為承認代償請求權，非欲處理第三人侵權行為致給付陷於不能之案例，而係於受讓人「尚未取得標的所有權之階段」，讓與人基於所有權人地位取得保險金或徵收等補償金時較具實益<sup>161</sup>。

相對於此，亦有學說認為，於債之標的因第三人之侵權行為致給付不能之情

---

筑摩；林良平（1986），《債權總論》，初版，頁 66，東京：青霖書院；平井一雄（2003），前揭註 129，頁 62；平野裕之（2005），《債權總論》，初版，頁 224，東京：信山社；潮見佳男（2005），《債權總論》，第 2 版，頁 46，東京：信山社；內田貴（2013），《民法 II 債權各論》，第 3 版，頁 70，東京：東京大学出版会；中川敏宏（2010），前揭註 68，頁 367；中川敏宏（2010），前揭註 139，頁 145。

<sup>159</sup> 有學說更進一步認為，代償請求權應以債權人承擔危險作為要件，於雙務契約中由債務人承擔危險之情形，即不生代償請求權。蓋此時債權人無須為對待給付，債務人承擔危險而取得利益，並無不當。詳見：勝本正晃（1936），前揭註 155，頁 356。

<sup>160</sup> 雖於實務見解肯認債權亦為對世之權利而具不可侵犯之效力，惟並非一概承認對於債權之侵害有侵權行為之適用，傳統通說仍強調債權與其他權利不同而具有特殊性。傳統通說認為，應將要件限縮於加害行為具有強烈違法性，且侵權人具有故意時，債權人方得以債權受損害為由，依侵權行為之規定向第三人請求損害賠償。具體而言，學說上透過類型化以區別是否成立侵權行為：①於第三人與債權人不具有競爭關係（如因第三人侵權致給付不能）時，除第三人對其間契約具有認識外，否則不成立侵權行為。②於第三人與債權人間處於競爭關係（如一物二賣之場合），有認為因債權非物權而不具有排他性，債務人得自由訂立與選擇應履行之契約，於「自由競爭」之範圍內，第三人不成立侵權行為。惟若該第三人係惡意（對於第一買受人之存在有認識，且知悉將致出賣人債務不履行）即不在自由競爭之範圍內，該第三人不但不得依民法第 177 條主張取得所有權，更認為其構成違法之債權侵害。詳見：磯村保（1985），〈二重売買と債權侵害（一）—『自由競争』論の神話—〉，《神戸法学》，第 35 卷第 2 號，頁 388-404；潮見佳男（2005），前揭註 158，頁 372-377、392-397。

<sup>161</sup> 沢井裕（1967），前揭註 126，頁 128；甲斐道太郎（1972），前揭註 69，頁 166。



形，因債權為相對權，非侵權行為所欲保護之客體，而認為於受讓人「尚未取得債之標的所有權之階段」，因受讓人承擔危險，讓與人卻同時取得對待給付與代償利益，故不論給付不能之事由是否係因第三人之侵權行為，皆有代償請求權之適用<sup>162</sup>。

綜上所述，肯認代償請求權論者認為，代償請求權係適用於給付陷於不能時「標的所有權尚未移轉」，由「債權人承擔對價給付危險」，且債務人同時取得對待給付與原債之標的之代償利益之場合。

### 三、對於否定說之回應

改正前民法之立法者，採代償請求權否定說，係以債權人既為標的物之所有權人，即得直接向第三人主張侵權行為之損害賠償請求權，而無於民法另設代償請求權之必要，肯定論者基於下述理由而批評之。

首先，此論者質疑將改正前民法第 534 條債權人承擔危險，作所有權主義(因取得所有權而承擔危險)之解釋，亦即，批評否定論者認為於特定物移轉契約中，債權人係因取得所有權而承擔危險，此取得所有權與承擔危險必定一致之前提。申言之，蓋承前所述，日本法上標的物所有權之移轉非當然為契約成立之時，於契約成立時即生物權移轉效力不僅廣受學說批評，縱採對抗主義亦未排除當事人間以特約另訂將登記、價金支付等時點，作為所有權移轉之時點。是故，否定論者以當標的物受損時，債權人必定得以侵權行為之受害人地位，直接取得對第三人損害賠償請求權之見解尚待討論，不得直接據此否定代償請求權存在之實益<sup>163</sup>。

---

<sup>162</sup> 平野裕之(2005)，前揭註 158，頁 223；潮見佳男(2005)，前揭註 158，頁 46-47。

<sup>163</sup> 甲斐道太郎(1972)，前揭註 69，頁 166；小野秀誠(1996)，〈危險負擔と第三者關係〉，《反對給付論の展開》，頁 400，東京：信山社。

再者，於契約標的因第三人之侵權行為滅失致給付陷於不能時，於多數情況下，債權人無法主張其債權受侵害而向第三人請求侵權行為之損害賠償。且於契約關係中，價值判斷上「應」由何人取得侵權行為之損害賠償請求權，精確而言非必由所有權之歸屬判斷，蓋所有權人非必為債之關係中實際受損害之人，而應將損害賠償請求權歸屬於實際受損害之人，亦即承擔危險之人<sup>164</sup>。是故，既承擔危險之人非當然取得對第三人之侵權行為損害賠償請求權，代償請求權即有存在之必要。

## 第二目 原給付價值轉換說

晚近，少數學說雖亦承認代償請求權，惟不如多數學說以避免二重得利之危險負擔補充規定，有條件地理解代償請求權，而係如同德國法一般，於給付不能發生時「全面地」肯定代償請求權之存在。

此論者認為，於債務人陷於給付不能時，債權人本無法向其請求履行原給付，惟債務人因給付不能事由而取得替代原給付標的之利益或權利時，應賦予債權人得向其請求移轉該利益或權利（代償）之權利，而此權利即稱之為代償請求權<sup>165</sup>。

詳言之，此論者認為代償請求權係，於債務人陷於給付不能時，債權人得向債務人請求「原給付標的價值轉換」之權利。據此以解，代償請求權即非危險負擔制度下，為避免於債權人承擔危險時，債務人卻同時取得對待給付與損害賠償，調整其間不公平之為補充危險負擔制度之規定。因此，不如危險負擔補充說，有限度地承認代償請求權之存在（如有學說將之限於債權人承擔危險時<sup>166</sup>），或不

---

<sup>164</sup> 沢井裕（1967），前揭註 126，頁 124；甲斐道太郎（1972），前揭註 69，頁 166。

<sup>165</sup> 潮見佳男（2017），《新債權總論 I》，初版，頁 292，東京：信山社。

<sup>166</sup> 勝本正晃（1936），前揭註 155，頁 356。

斷地為代償請求權尋找定位。此論者脫離危險負擔之框架而賦予代償請求權不同之意義，並於給付不能之場合全面地肯認代償請求權之存在<sup>167</sup>。

## 第二項 最高法院昭和 41 年 12 月 23 日判例

是否應承認代償請求權之爭論，於本判例出現後始趨為歇緩，本判決不僅承認代償請求權，並明確代償請求權之要件，更為代償請求權理論於民法既有規定中尋求依據，此為前述學說所忽略的。因此，本判例對於日本法代償請求權之發展具有舉足輕重之角色，遲至今日通說對於代償請求權之解釋仍依循此判例。此外，判例中對於代償請求權依據之見解，雖飽受學說之批評，惟亦促使學說逐漸更細緻地探討代償請求權之本質，脫離以補充危險負擔制度之規定來理解代償請求權，具有高度之貢獻，以下詳述之。

### 第一款 案例事實概要

X 與 Y 約定其於 Y 所有之土地上建屋，該屋所有權歸 Y，惟 Y 再出租與 X 並以一年之租金與 X 所支出之建築費用相抵。嗣後該建物因不明原因失火滅失，X 一方面因與 A 保險公司之保險契約而受領火災保險金 147 萬日元，另一方面向 Y 請求返還借款、押租金與代付款共 105 萬日元。第一審中，Y 以 X 對火災有過失而應負損害賠償責任為由主張抵銷，惟其抗辯不被第一審法院採納，第一審法院判決命 Y 應返還 X 共 85 萬日元<sup>168</sup>。

### 第二款 原審判決

於二審 Y 主張 X 之租賃物返還義務因標的物失火滅失而陷於給付不能，並

---

<sup>167</sup> 潮見佳男 (2017)，前揭註 165，頁 293-294。

<sup>168</sup> 沢井裕 (1967)，前揭註 126，頁 118-119。

因與陷於給付不能同一之原因（火災）而受有利益（保險金），故 Y 主張於其所受損害範圍內，對於 X 所受領之保險金取得代償請求權，並以此主張抵銷抗辯。

第二審法院認為：「一般於債務人因與給付不能之發生相同事由，而取得自原給付標的物轉化之代償利益（例如賠償或賠償請求權、保險金或保險金請求權等）之情形，且給付不能之事由不可歸責於債務人時，基於公平，債權人於因給付不能所受損害限度範圍內，應認為其對債務人具有代償請求權為適當的。」據此，本件 X 確實因建物滅失而取得保險金，Y 因該建物滅失致 X 陷於給付不能而受有損害，該損害於無其他特別情事下可認為金額與保險金相同。是故，第二審法院認為 Y 得對 X 因與給付不能同一原因而受領之保險金，於損害範圍內主張代償請求權<sup>169</sup>。

### 第三款 最高法院之判例意旨

嗣後，X 以日本民法與德國民法、法國民法不同，並無代償請求權相關之明文規定不應承認代償請求權，以及火災保險金並非契約標的物之替代利益，此二理由上訴最高法院。而對於 X 之上訴，最高法院贊同前審之見解，維持上訴法院之判斷駁回 X 之上訴，以下詳述之。

#### 第一目 理論基礎與構成要件

首先，本判決為最高法院首次肯定代償請求權之判決，受到日後學說及實務之引用而具有重要意義。本案最高法院判決認為，債務人因與給付不能相同事由，而取得給付標的之代償利益時，基於公平之理念，債權人於其因給付不能而承受之損害範圍內，肯認其具有向債務人請求償還該利益之權利<sup>170</sup>。自本案最高法

<sup>169</sup> 沢井裕（1967），前揭註 126，頁 119-120。

<sup>170</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 139，頁 139-140。

院判決對代償請求權之論述，可知最高法院將代償請求權之要件分為：①給付陷於不能（不論該事由是否可歸責於債務人）、②債務人取得給付標之物之代償、③該代償之取得與給付不能之事由源自同一原因。



本案最高法院原則上贊同原審法院之見解，唯一不同之處在於，最高法院並未如原審將代償請求權限於給付不能之事由不可歸責於債務人之情形，而採取不問債務人是否具有歸責事由之立場<sup>171</sup>。對此，有學說批評認為判決似有矛盾之虞。詳言之，判決一面認為代償請求權於給付不能可歸責於債務人時亦有適用，而否定代償請求權係「補充」損害賠償請求權之規定，另一面卻又如肯認代償請求權具有補充性之論者，將代償請求權之行使範圍限於債權人所承受之損害，難免有於立場擇定上相互衝突之感<sup>172</sup>。

關於判決中「承受損害的範圍內（損害の限度において）」學說上有兩種不同之解釋方式，有學說將其解釋為代償請求權之成立要件，亦即認為除了前述①②③要件外，還須加上④發生超過代償之損害（代償以上の損害の発生）<sup>173</sup>此消極要件，始生代償請求權。換言之，當代償利益金額高於損害賠償之金額時，僅於損害賠償金額範圍內之部分成立代償請求權<sup>174</sup>。相對於此，通說將其解釋為代償請求權之行使範圍要件，即認為滿足若①②③要件滿足則全額代償之代償請求權成立，惟債權人僅得於損害金額範圍內方得行使之。換言之，倘代償利益之金額大於損害賠償之金額時，雖代償請求權成立，惟債權人僅得於損害之範圍內

---

<sup>171</sup> 沢井裕（1967），前揭註 126，頁 128；平野裕之（2019），《新債權法の論点と解釈》，初版，頁 120，東京：慶應義塾大学出版会。惟關於此點，學說上有認為最高法院並非有意識地就代償請求權是否以不具有歸責事由表示見解。參見：中川敏宏（2010），前揭註 67，頁 365。

<sup>172</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 139，頁 141-142。

<sup>173</sup> 學者田中宏治認為，此解釋較不複雜而採之，並認為債權人發生損害此消極要件具有重大意義。亦即，於給付不能可歸責於債務人之情形，此要件具有將損害發生舉證轉換之功能，相較於於損害賠償請求權中債務人須證明其所受損害，因此時反須由債務人據證證明損害不存在，而更能徵顯代償請求權存在之意義與功能，惟此見解似並不被通說所採。詳見：田中宏治（2018），前揭註 2，頁 96、467。

<sup>174</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 96。

行使之<sup>175</sup>。

關於上訴人 X 對於保險金係因保險契約而生，並非契約標的物之替代利益之質疑。最高法院僅以本案 X 所取得之保險金，與其租賃物返還義務陷於給付不能皆係因同一原因（即火災）而生，故以保險金顯為標的物之替代物為由，駁回其上訴<sup>176</sup>。

## 第二目 規範上之依據

對於上訴人 X 對代償請求權依據之質疑，最高法院則表示，參照最高法院昭和 2 年 2 月 15 日之判決而認為，民法第 536 條第 2 項後段規定<sup>177</sup>之法理即得作為代償請求權之依據，而不採納上訴人 X 之見解。

詳言之，最高法院昭和 2 年 2 月 15 日之判決之案例事實為，A 向甲借款並以其所有之房屋設定抵押權，嗣後 A 未能如期清償其債務。於甲欲行使抵押權之際，乙與甲達成協議，由乙替 A 清償借款，而甲則撤回實行抵押權並將其對 A 之附有抵押權擔保之債權移轉於其。惟 A 之房屋因稅務問題遭政府拍賣與 C，致甲之抵押權消滅而無法依協議讓與乙。甲起訴請求乙依約給付價金，乙則以因抵押權移轉陷於不能為由拒絕給付。原審法院則認為，給付不能事由不可歸責於甲，依改正前民法第 534 條（債權人承擔危險）之規定，甲之給付義務消滅，而乙之對待給付義務仍然存續<sup>178</sup>。

乙則以改正前民法第 534 條第 1 項之「滅失」若包含標的物非滅失之情形，如標的物遭徵收等，將致出賣人除了取得徵收補償金外更取得買賣價金，此雙重

---

<sup>175</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 96。

<sup>176</sup> 沢井裕（1967），前揭註 126，頁 121。

<sup>177</sup> 改正前民法第 536 條第 2 項規定：「因可歸責於債權人之事由致給付不能時，債務人受領對待給付之權利不受影響。但其因免給付義務而取得利益時，應償還與債權人。」

<sup>178</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 182。

得利之現象為由，上訴最高法院。最高法院昭和 2 年 2 月 15 日之判決，則以非因標的物滅失致權利消滅之情形，亦有改正前民法第 534 條之適用較為妥適為由，駁回乙之上訴。惟於判決理由中表示：「按民法第 536 條第 2 項規定，即使在因可歸責於債權人之事由致給付不能之情形，債務人因免給付義務而取得之利益，仍須償還於債權人。因此，於給付不能之事由不可歸責於當事人雙方時，並無使債權人處於較給付不能可歸責於其時更為不利益待遇之理由，故應解為於給付不能不可歸責於雙方時，債務人因免給付義務所取得之利益，亦應償還與債權人方為妥適。」亦即，雖乙仍應為對待給付，但同時亦肯定甲應負債務人利益償還義務<sup>179</sup>。

本判例則以本判決作為參考，得出改正前民法第 536 條第 2 項後段規定之法律，得作為代償請求權理論之依據。

### 第三目 學說上之質疑

學說上有對此判決是否具有先例價值提出質疑，認為本案法院對於事實認定上（如 X 與 Y 間契約內容、所有權是否已移轉等）不夠明確，不僅對於其所確立之規範（代償請求權）增生判斷上之困難，更影響此判決本身之妥適性，進而對於其判決先例價值之產生疑慮<sup>180</sup>。關於此點，從本案 X 實際上似已非建物所有人，倘其不具有保險利益卻又受領保險金，可能已構成不當得利，惟因本案法院未細究該屋滅失時所有權歸屬於何人，且雙方當事人亦未提及，而直接容認 Y 行使代償請求權之主張，即可得知。因此，於事實認定上不明確之情況下，學說上難免對其見解存有疑慮<sup>181</sup>。

---

<sup>179</sup> 田中宏治（1998），前揭註 33，頁 182-184。

<sup>180</sup> 甲斐道太郎（1967），〈判批〉，《判例評論》，第 102 号，頁 93、95。

<sup>181</sup> 詳見：甲斐道太郎（1967），前揭註 180，頁 94；田中宏治（1998），前揭註 33，頁 179-182；平野裕之（2019），前揭註 171，頁 120。

其次，本判決對於所引用參考判決之理解似有違誤而有欠妥當。詳言之，本件最高法院參考昭和 2 年 2 月 15 日之判決，進而以民法第 536 條第 2 項作為代償請求權之依據，並無說服力。蓋該判決「僅」欲表達，雖民法第 536 條第 2 項僅規定於給付不能可歸責於債權人時，債務人應負利益償還責任，惟給付不能之事由「不可歸責於雙方」時，無使債權人地位更加不利益之理由。因此，第 536 條第 2 項之利益償還義務，於適用改正前民法第 534 條第 1 項（即以特定物之物權設定、移轉為內容之契約陷於給付不能且該事由不可歸責於雙方）時，債權人亦得類推適用之<sup>182</sup>。是故，基於二者案例事實上之差異，本判例（昭和 41 年 12 月 23 日）並「非以債權人主義之危險負擔」為前提，參考昭和 2 年 2 月 15 日之判決，推論出第 536 條第 2 項得作為代償請求權之依據，並不恰當<sup>183</sup>。

再者，於本判決出現後，通說即採納判決之見解而認為，代償請求權應以債權人所受損害為限。惟關於「所受損害範圍內」此要件，有學說此要件為最高法院之誤解，蓋最高法院之所以採用所受損害範圍內之文句，應係受前審判決影響，又前審判決係引用當事人之主張裁判。換言之，最高法院可能係於無意識之情況下，引用當事人之主張，而該主張恰巧與少數說之見解相符。因此，採取少數學說之見解可能非有意表態<sup>184</sup>。

### 第三項 代償請求權之依據

#### 第一款 改正前民法之危險負擔

##### 第一目 原則採債務人主義

---

<sup>182</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 99；田中宏治（1998），前揭註 33，頁 183-184。

<sup>183</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 99-100；田中宏治（1998），前揭註 33，頁 183-184。

<sup>184</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 95-96。



改正前民法第 536 條第 1 項規定：「除前二條規定之情形外，因不可歸責於當事人雙方之事由致給付不能時，債務人無受領對待給付之權利。」日本改正前民法原則上採取債務人主義<sup>185</sup>，當契約陷於給付不能之事由不可歸責於雙方時，由債務人承擔契約陷於給付不能之危險。詳言之，當債務人之債務因陷於給付不能而免除時，基於雙務契約對價之牽連性，若債權人之對待給付義務尚未履行，則債權人得拒絕債務人之履行請求<sup>186</sup>；若債權人已為對待給付時，因債權人之對待給付義務消滅，債務人不具有受領對待給付之權利，故其得依不當得利之規定向債務人請求返還之<sup>187</sup>。

## 第二目 例外採債權人主義

### 一、以特定物之物權設定或移轉為目的之雙務契約

於以特定標之物之物權設定、移轉為目的之契約，日本改正前民法例外採取債權人主義，由債權人承擔契約陷於給付不能之風險。改正前民法第 534 條第 1 項規定：「於以特定物之物權設定或移轉為目的之雙務契約的情形，該物因不可歸責於債務人之事由而滅失或損傷時，該物之滅失或損傷由債權人承擔。」同條第 2 項規定：「非特定標之物之契約，依第 401 條第 2 項之規定當標之物特定時，適用前項規定。」

改正前民法第 534 條第 1 項採取債權人主義之理由係，依民法第 176 條之規定，原則上以契約成立時作為物權移轉之時點，基於所有權負擔主義以及利益應歸屬於承擔風險之人之原則，即應由債權人承擔特定物毀損滅失之危險。詳言之，

---

<sup>185</sup> 平野裕之（2007），《契約法》，第 3 版，頁 114-115，東京：信山社；大村敦志・道垣内弘人（2017），《解說民法（債權法）改正のポイント》，初版，頁 155-156，東京：有斐閣；中舍寬樹（2018），《債權法：債權總論・契約》，初版，頁 71，東京：日本評論社。

<sup>186</sup> 我妻榮（1954），《債權各論上卷》，初版，頁 99，東京：岩波書店。

<sup>187</sup> 山本敬三（2008），《民法講義 IV-1》，初版，頁 142-143，東京：有斐閣。

以特定物買賣契約為例，買賣契約成立時，標之物之所有權即移轉於買受人，基於所有權人負擔危險原則，嗣後標之物滅失損毀之風險，即應歸由買受人承擔之<sup>188</sup>。再者，既自契約成立時起標之物所有權即移轉與買受人，買受人既享有該物價值上揚及孳息等利益，基於風險應歸屬於享有利益之人之原則，由買受人負擔危險並無不妥<sup>189</sup>。

然而，上述理由受到學說大力之抨擊。反對論者認為，先不論以契約成立時作為物權移轉時點之批判，「是否取得所有權與是否處於支配下為個別之問題」，取得所有權並不當然取得對物之支配，因而多數學說否定所有權與支配權處於連動之關係<sup>190</sup>。當買賣契約締結後，標之物於仍於出賣人支配下時滅失，即以所有權抽象地移轉與買受人，作為使其承擔該危險之理由並不妥適<sup>191</sup>。再者，風險應歸屬於享有利益之人亦無法作為採取債權人主義之理由，蓋買受人雖可享有標之物價值上揚、孳息之利益，惟亦應承受標之物價值減損、自然減少等不利益，故享有該等利益不得作為買受人應承擔標之物滅失風險之理由<sup>192</sup>。

基此，晚近通說認為，改正前民法第 534 條所定之債權人主義，基於實質支配標之物之人，較具有迴避標之物毀損滅失風險之理由，解釋上應認為「當標之物之實質支配移轉於債權人下時」方有適用，亦即以買受人是否取得對標之物之支配決定風險之分擔，實質上對本條之適用作出很大之限制<sup>193</sup>。此外，本條屬任意規定，不妨礙契約當事人以特約約定相異之危險移轉時點。交易習慣上，以移

---

<sup>188</sup> 大村敦志・道垣内弘人（2017），前揭註 185，頁 155；我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明（2018），《我妻・有泉コンメンタール民法総則・物権・債権》，第 5 版，頁 1087，東京：日本評論社。

<sup>189</sup> 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明（2018），前揭註 188，頁 1086。

<sup>190</sup> 中舍寛樹（2018），前揭註 185，頁 72。

<sup>191</sup> 大村敦志・道垣内弘人（2017），前揭註 185，頁 155。

<sup>192</sup> 中舍寛樹（2018），前揭註 185，頁 72；我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明（2018），前揭註 188，頁 1087。

<sup>193</sup> 大村敦志・道垣内弘人（2017），前揭註 185，頁 155；中舍寛樹（2018），前揭註 185，頁 72；我妻榮（1954），前揭註 186，頁 101-103。

轉特定物為內容之契約典型，如不動產買賣契約，多約定以標之物之交付作為危險移轉與買受人之時點，此習慣更加凸顯了如此解釋之正當性<sup>194</sup>。

## 二、 因可歸責於債權人之事由致債務之給付陷於不能

改正前民法第 536 條第 2 項亦為債務人主義之例外，該項規定：「因可歸責於債權人之事由致債務之給付陷於不能時，債務人受領對待給付之權利不喪失。於此情形，若債務人因給付義務免除而取得之利益時，應將該利益償還與債權人。」

本項前段為債務人主義之另一個限制，於給付不能係因可歸責於債權人之事由時，因此而生之不利益應由債權人負擔。後段為利益償還請求權之規定，為避免債務人二重得利，債務人因免給付義務而節省之履約費用應償還並無爭議<sup>195</sup>。然而，關於債務人藉免給付義務之機會，與他人締結「勞務供給契約」因而取得之利益，是否亦應償還則有爭議。多數學說基於禁止二重得利之意旨而採肯定說，並認為償還利益之範圍，應以與給付義務之免除具有相當因果關係之利益為限<sup>196</sup>。亦有學說採取否定說認為，該利益係債務人新勞務供給契約之對價，與條文之「因給付義務免除而取得之利益」具有本質上之差異<sup>197</sup>。

## 第二款 以改正前民法第 536 條第 2 項作為 依據

### 第一目 肯定說

學說上有認為，自代償請求權之歷史脈絡以觀，最早得追溯於羅馬法時期，

---

<sup>194</sup> 大村敦志·道垣內弘人(2017)，前揭註 185，頁 155。

<sup>195</sup> 中田裕康(2017)，《契約法》，初版，頁 168，東京：有斐閣。

<sup>196</sup> 我妻榮(1954)，前揭註 186，頁 103；中田裕康(2017)，前揭註 195，頁 155；近江幸治(2008)，《民法講義 V 契約法》，第 3 版，頁 62-63，東京：成文堂。

<sup>197</sup> 近江幸治(2008)，前揭註 196，頁 62-63；平野裕之(2007)，前揭註 185，頁 117。

應係羅馬法上關於買賣危險負擔採取債權人主義下之產物，可謂係危險負擔制度之延生。因此，對於代償請求權之理解，不應忽視其與危險負擔制度（買受人主義）間之關聯<sup>198</sup>。

或受此影響，有學說贊同實務見解認為，於將改正前民法第 534 條解為債權人主義之前提下，因標的物遭第三人之侵權行為而滅失之危險由債權人承擔，相對於此，債務人不僅免除對債權人之給付義務，並取得對第三人之損害賠償請求權，將致一方單獨承擔損害他方卻二重得利，此不公平之結果。基此，代償請求權之制度，即係為解決因危險負擔制度預設之危險分配，因無考量到第三人介入之情況，而生不公平之結果<sup>199</sup>。有學說更精確定表明，代償請求權制度之旨趣，即在於調整、修正買受人承擔危險，出賣人不僅免給付義務且仍得受領對待給付，更自第三人取得代償利益之情形<sup>200</sup>。

於如此理解代償請求權與危險負擔制度間之關係下，綜觀危險負擔制度之規定，此論者認為，改正前民法第 536 條第 2 項後段解釋上與代償請求權具有類似性，故應認為得類推適用該條作為代償請求權之依據。換言之，改正前民法第 536 條第 2 項後段利益償還規定，於給付不能事由可歸責於債權人時，其雖應負擔因給付不能所生之損害賠償責任，惟債務人亦不應保有因此取得之不當利得。此論者認為自該項後段規定之法理，可得出應承認代償請求權之結論<sup>201</sup>。

申言之，所謂利益償還係以將財產狀態回復至受害者不存在之狀況為目的<sup>202</sup>。據此以解，於債權人依民法第 534 條應承擔危險時，雖未有利益償還之明文規定，

---

<sup>198</sup> 小野秀誠（1996），前揭註 163，頁 392。

<sup>199</sup> 小野秀誠（1996），前揭註 163，頁 406。

<sup>200</sup> 北居功（2013）〈二重売買と危険負担〉《法学セミナー》，第 704 号，頁 78；小野秀誠（1996），前揭註 163，頁 402-403、406；田中宏治（2018），前揭註，頁 123-124。

<sup>201</sup> 甲斐道太郎（1972），前揭註 69，頁 163；磯村保（1986），〈二重売買と債權侵害（三）：「自由競争」論の神話〉，《神戸法學雜誌》，第 36 卷第 2 号，頁 315。

<sup>202</sup> 石坂音四郎（1916），前揭註 153，頁 582-583。

當然亦應承認利益償還之意旨，而得類推適用改正前民法第 536 條第 2 項後段之規定<sup>203</sup>，將財產狀態調整至如債務人已履行債務之情狀，使債務人將其因給付不能所獲之利益償還予債權人，以避免債務人取得不當利益之結果<sup>204</sup>。是故，應肯認債權人承擔危險時，得類推適用改正前民法第 536 條第 2 項後段之規定，向債務人主張代償請求權。

## 第二目 否定說

### 一、 錯誤理解改正前民法第 536 條第 2 項後段

然亦有採反對判決類推適用改正前民法第 536 條的 2 項後段作為為代償請求權之依據者。此論者認為昭和 41 年 12 月 23 日之判決，明顯混淆改正前民法第 536 條第 2 項後段之利益償還請求權與代償請求權之概念。

詳言之，利益償還請求權係由債權人承擔危險下之債務人不當利益返還規定<sup>205</sup>，該「利益」應係指債務人因免給付義務，所節省之本為履行債務所應支出之費用、勞力等消極利益（如節省之材料費、人事費等）。本條為避免債務人一面受領自債務人之對待給付，另一面節省支出，而以自對待給付中扣除該利益之方式償還與債權人，具有防止二重利得之性質。相對於此，代償請求權中所謂之代償，係指債務人因與給付不能同一原因所取得之「積極利益」，應認二者有各自之規範目的，本判決引用改正前民法第 536 條第 2 項後段作為代償請求權之依據實非妥適<sup>206</sup>。

---

<sup>203</sup> 甲斐道太郎（1972），前揭註 69，頁 163。

<sup>204</sup> 石坂音四郎（1916），前揭註 153，頁 583。

<sup>205</sup> 我妻榮（1954），前揭註 186，頁 113。

<sup>206</sup> 高橋真（1996），〈代償請求權と物上代位〉，《法學教室》，第 187 期，頁 53；遠山純弘（2002），前揭註 3，頁 351；甲斐道太郎（1972），前揭註 69，頁 163；潮見佳男（2017），前揭註 165，頁 294；中田裕康（2017），前揭註 195，頁 164；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 99-100、480-481。



## 二、代償請求權與危險負擔制度無關

此外，學說上亦有對於肯定論者將代償請求權與危險負擔制度間之連結提出質疑。肯定說認為，依通說見解，由具有支配地位者承擔危險，而損害賠償請求權由所有權人取得，基於取得所有權不等同取得支配地位之理解下，出賣人與買受人間即有財產失衡之可能，代償請求權即為調整買受人與出賣人間不公平之狀態而存在<sup>207</sup>。換言之，買受人雖依民法第 534 條第 1 項承擔危險，惟因該危險所生之損害賠償請求權卻由出賣人基於所有權而取得時，此不公平之狀態得藉由代償請求權調整之。亦即，肯定說之理論係建立於以「將損害賠償請求權歸屬於承擔對價危險之人」之方式調整當事人間之不公平<sup>208</sup>。

然而，學說批評認為，先不論此論者未說明為何僅於買受人承擔風險卻未取得損害賠償請求權時存有調整機制，於出賣人承擔風險卻未取得損害賠償請求權時卻無之理由<sup>209</sup>，將損害賠償請求權移轉於於承擔對價危險之人，實不具有完整調整其間不公平之功效。蓋於出賣人承擔風險時，其所受損害為其所喪失之買賣價金，縱將買受人所取得之填補標的物喪失之損害賠償移轉與出賣人，未必得以完整地調整其間不公平之狀態（蓋標的物之價額未必等同價金）。是故，將損害賠償請求權歸屬於承擔對價危險之人，係混淆損害賠償請求權歸屬主體與實際發生損害之人所得出之結論，其更根本的問題係，將代償請求權之目的與對待給付危險不恰當之連結<sup>210</sup>。

亦有學者觀察日本法代償請求權立法發展之脈絡而認為，代償請求權理論係承襲德國，德國自舊民法時期起即不如古羅馬法時期，早已將代償請求權脫離危

---

<sup>207</sup> 多治川卓郎（1998），〈代償請求權と売買契約における一危険負担売買契約の履行過程における目的物の滅失とその事後処理について〉，《私法》，第 60 号，頁 192。

<sup>208</sup> 多治川卓郎（1998），前揭註 207，頁 192。

<sup>209</sup> 多治川卓郎（1998），前揭註 207，頁 192。

<sup>210</sup> 多治川卓郎（1998），前揭註 207，頁 193。

險負擔制度，不再將承擔對價危險作為代償請求權之要件之一，亦不問債務人是否具有可歸責事由，此點於德國現行民法亦未更動，而日本民法亦應做同一解釋，應認為代償請求權與利基於無可歸責事由存在之危險負擔制度無關<sup>211</sup>。

### 第三款 與民法改正後危險負擔制度之關係

#### 第一目 危險負擔制度之重建

依改正前民法第 536 條之規定，因不可歸責於雙方之事由致給付陷於不能時，債權人之對待給付債務當然消滅之。因日本改正後民法契約解除不再以債務人具有歸責事由為要件，致原先以債務人是否具有歸責事由作為分水嶺之契約解除制度與危險負擔制度，出現適用範圍重疊之可能。為彌平其間之衝突，有論者提議對於危險負擔制度之意義作出重大變革，亦即廢棄「無庸當事人意思」表示對待給付債務隨即消滅之危險負擔規定，以呼應契約解除一元化之體系，不論債務人是否具有可歸責之事由，於解除契約之意思表示出現後，「始」生對待給付義務消滅之效力<sup>212</sup>。

然而，實務界認為此提議於契約解除之意思表示因某種原因而無效時，可能使債權人遭受突襲之不利益，因而反對全面廢棄危險負擔之制度。最終，改正民法採取折衷之見解，不完全廢棄危險負擔之制度，而係將原先對待給付義務當然消滅之規定，修正為債權人得拒絕履行對給付義務，採取危險負擔制度與契約解除制度二者並存之抉擇<sup>213</sup>。

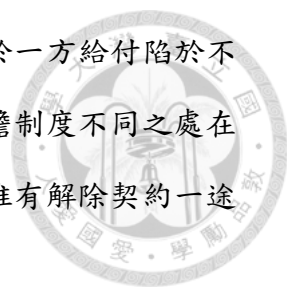
改正後民法第 536 條第 1 項規定：「因不可歸責於雙方之事由致給付不能時，

<sup>211</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 454。

<sup>212</sup> 中田裕康（2017），前揭註 195，頁 163-164；大村敦志・道垣內弘人（2017），前揭註 185，頁 159。

<sup>213</sup> 大村敦志・道垣內弘人（2017），前揭註 185，頁 159-160。

債權人得拒絕對待給付。」本條基於雙務契約給付之牽連性，於一方給付陷於不能時，賦予他方拒絕履行對待給付之權利，惟與改正前危險負擔制度不同之處在於，債權人拒絕履行後對待給付義務仍然存在，若欲使其消滅唯有解除契約一途<sup>214</sup>。



## 第二目 債權人主義之廢棄

誠如前述，民法第 534 條等債權人主義相關之規定，係承襲羅馬法利益歸屬者承擔危險以及所有權人承擔危險原則之產物，因不問標的物實質支配之有無，而廣受學說之批評。債權法改正後即從善如流，刪除民法第 534 條及 535 條之規定，此亦表示改正後民法所有類型之雙務契約皆採取債務人主義，惟於債務人履行契約之過程中，仍應考量於特定時點後將危險移轉予債權人方為恰當<sup>215</sup>。

關於危險移轉之時點，最為典型之問題即為買賣契約之危險移轉時點，日本民法改正後民法第 567 條第 1 項規定：「出賣人須將標的物（以買賣為目的之特定物為限，本條下同）交付與買受人之情形，自交付之時起，該標的物因不可歸責於當事人雙方之事由滅失或損傷，買受人不得以該滅失或損傷為由，請求補正、減少價金、損害賠償以及解除契約。同時，買受人亦不得拒絕支付價金。」同條第 2 項規定：「倘出賣人以符合契約之標的物提出給付，惟買受人拒絕受領或不得受領時，自出賣人提出給付之時起，標的物因不可歸責於雙方之事由滅失或損傷時，與前項同。」改正後民法將晚近通說之見解予以明文化，亦即對於危險負擔移轉之時點，採取實力支配說之思維，且本條不同於改正前民法第 534 條，不再將種類之債危險移轉之時點與特定物之債為不同處理<sup>216</sup>。

---

<sup>214</sup> 潮見佳男（2017），《新債權總論 II》，初版，頁 617，東京：信山社；中田裕康（2017），前揭註 195，頁 164。

<sup>215</sup> 大村敦志・道垣內弘人（2017），前揭註 185，頁 163。

<sup>216</sup> 中田裕康（2017），前揭註 195，頁 329；大村敦志・道垣內弘人（2017），前揭註 185，頁 163-165。



此外，依改正後民法第 559 條之規定，本條除買賣契約外，其他有償之契約亦準用之。惟以作為或不作為為內容之有償契約，因無明確交付之時點而生是否亦應準用之疑義。學說上認為，作為或不作為債務之危險，通常債務人得容易迴避之。因此，無適用改正後民法第 567 條之必要，而依改正後民法第 536 條由債務人承擔危險較為妥當<sup>217</sup>。

### 第三目 行使代償請求權即不得再拒絕 履行對待給付

改正後民法既刪除債權人主義相關之危險負擔規定，改正後民法第 422 條之 2 新增之代償請求權，當然未延續部分學說認為代償請求權係危險負擔制度中債權人主義之補充規定之見解。

於給付不能不可歸責於雙方當事人時，債權人可能同時取得民法第 536 條第 1 項之對待給付拒絕履行權與民法第 422 條之 2 之代償請求權。雖改正後民法並未對債權人行使代償請求權後，其應負擔何種債務設有明文規定，惟應解為於給付不能不可歸責於雙方之情形，債權人行使代償請求權時，即不得再援用民法第 536 條第 1 項拒絕履行對待給付<sup>218</sup>。

相對於此，於給付不能可歸責於債務人之情形，債權人行使代償請求權後，因本即無民法第 536 條第 1 項規定之適用，而不生上述之疑義。此時，代償請求權或損害賠償請求權僅係單純地替代原給付請求權，債權人本即須負擔對待給付義務<sup>219</sup>。

---

<sup>217</sup> 大村敦志・道垣內弘人（2017），前揭註 185，頁 166。

<sup>218</sup> 潮見佳男・千葉惠美子・片山直也・山野目章夫（2018），《詳解改正民法》，頁 147，東京：商事法務。

<sup>219</sup> 潮見佳男・千葉惠美子・片山直也・山野目章夫（2018），前揭註 218，頁 147。



## 第六節 日本改正後民法

### 第一項 債權法改正審議前

#### 第一款 債權法改正基本方針

民法（債權法）改正檢討委員會於 2009 年將歷時 2 年關於債權法修正討論之成果提案供日後修正審議參考，改正基本方針【3.1.1.59】提議新設代償請求權之規定：「於債務人發生【3.1.1.56】<sup>220</sup>所定事由之情形，債務人因同一原因取得給付標之物之替代利益或權利（以下稱代償）時，債權人得於不逾越標之物價值之範圍內，向債務人請求移轉代償。」<sup>221</sup>

關於代償請求權之範圍，提案要旨中提及，代償請求權之目的係，當給付陷於不能，且負有給付義務之債務人保有替代給付標之物之價值替代物（代償）時，債權人得透過向債務人請求移轉，實現債權人「達到與取得標之物相同」之價值狀態以確保債權人之給付利益，故僅承認債權人得請求債務人移轉於給付「標之物價值範圍內」之代償<sup>222</sup>。

至於代償請求權與損害賠償請求權之關係，提案要旨否定代償請求權係損害賠償請求權之補充，並認為債權人是否具有或行使損害賠償請求權不影響代償請求權之成立。蓋債務人取得代償，與是否具有損害賠償免責事由無關，基於保障

---

<sup>220</sup> 改正基本方針【3.1.1.56】不得請求履行之情形：「履行不可能，或其他依契約之目的不能合理期待債務人履行之情形，債權人不得請求債務人履行之。」參見：民法（債權法）改正檢討委員會（2009），《債權法改正の基本方針》，別冊 NBL no.126，頁 131，東京：商事法務。

<sup>221</sup> 民法（債權法）改正檢討委員會（2009），前揭註 220，頁 134。

<sup>222</sup> 民法（債權法）改正檢討委員會（2009），前揭註 220，頁 134；中川敏宏（2010），前揭註 139，頁 148。

債權人給付利益之理由，縱使債務人具有損害賠償之免責事由，債權人仍然得藉由請求移轉代償，達到與取得標的物相同之價值狀態<sup>223</sup>。



## 第二款 民法改正研究會試案

於 2009 年民法改正研究會，提出「民法改正國民、法曹、學界有志案」將給付不能<sup>224</sup>與代償請求權列於同條提案，第 340 條第 2 項規定：「於前項所規定債務消滅之情形，債務人受領與債務相關之賠償或對第三人取得損害賠償請求權時，債權人得請求交付其所取得作為賠償之物，或移轉損害賠償請求權。又就此損害賠償請求權之移轉，(新)第 361 條(債權移轉債務人之對抗要件)以及(新)第 362 條(債權移轉第三人之對抗要件)之規定亦有適用。」<sup>225</sup>

學說上認為，最終提案從於第一階段的債務人受領「替代原債務標的」之賠償，修正為受領「與債務相關」之賠償。似可推知提案有意擴大對於代償利益之解讀，具有不再限於給與債務，擴大及於行為債務之意義<sup>226</sup>。又此提案與傳統學說、判例不同之處在於，本提案以因給付不能致債務消滅為要件，而傳統學說僅以給付義務消滅為要件。再者，將債權移轉之對抗要件一併明文，此亦為先前法律或提議所未見的。

## 第二項 法制審民法部會審議過程

### 第一款 第一階段

#### 第一目 檢討事項提案

<sup>223</sup> 民法(債權法)改正檢討委員會(2009)，前揭註 220，頁 134。

<sup>224</sup> 第 340 條第 1 項債務因給付不能而消滅規定：「債權於履行陷於不能時消滅之。但於適用第 342 條(債務不履行之損害賠償)之情形不在此限。」

<sup>225</sup> 田中宏治(2018)，前揭註 2，頁 173。

<sup>226</sup> 中川敏宏(2010)，前揭註 139，頁 150。

於第一讀會提出民法改正檢討事項之階段，以通說及判例皆承認代償請求權，提議討論是否新設代償請求權之規定。與審議前之討論不同之處在於，提案將代償請求權定位為一債務不履行之新規定，將其自本屬履行請求權界線規定之一中分離出來討論<sup>227</sup>，且相較於基本方針或有志案，對代償請求權之定義及效果亦較簡潔<sup>228</sup>。惟對於此提案，亦有認為新設代償請求權之規定於債權法中將混亂體系，將其概念作為維持信義公平原則之不當得利制度之一般原則即足，而反對代償請求權之明文<sup>229</sup>。

檢討事項提案中，關於代償請求權之適用範圍，可分為三案：A 案與基本方針之想法相同，認為代償請求權與損害賠償請求權無關，為確保債權人之給付利益，不論債務人是否具有損害賠償免責事由，債權人皆得請求移轉代償以達到與取得標的物相同之價值狀態，惟其請求範圍以標的物之客觀價值為限。B 案認為，為避免對債務人之財產管理過度干涉，應於債權人不具有損害賠償請求權時方承認代償請求權。C 案則認為，代償請求權係，於雙務契約中一方之給付陷於不能時，以確保雙務契約之對價均衡為目的，故代償請求權應於雙務契約中方承認之。又基於確保當事人間之對價均衡，代償請求權之範圍應以確保對價均衡為限，不必以標的物之價值為限<sup>230</sup>。

## 第二目 中間論點整理

第一階段討論之中間論點整理，歸納出代償請求權討論之重心，包含其定位、

---

<sup>227</sup> 民事法研究會（2011），《民法（債權關係）の改正に関する検討事項》，初版，頁 70-71，東京：民事法研究會。

<sup>228</sup> 此階段將代償請求權定義為：因與給付不能同一原因，債務人取得被認為係給付標的物之代償利益的情形，債權人得請求償還該利益以取代標的物交付之權利。未如基本方針設有標的物價值之上限，亦未如有志案就債權讓渡之對抗要件明文適用之法條。參見：民事法研究會（2011），前揭註 227，頁 70-71。

<sup>229</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 174。

<sup>230</sup> 民事法研究會（2011），前揭註 227，頁 71。

與損害賠償請求權之關係以及其必要性是否因契約類型而有所差異<sup>231</sup>，蓋雖於特定物買賣之危險負擔若廢除債權人主義，較無代償請求權之需求。惟其他契約類型，則仍有必要承認代償請求權之案例，故有認為代償請求權有依契約類型分別討論之必要<sup>232</sup>。

## 第二款 第二階段

### 第一目 中間論點整理之檢討

第一階段之中間論點整理提出後，公眾意見之報告中，雖有認為關於代償請求權之內涵及適用範圍討論尚未成熟，而反對新增者。惟多數仍對代償請求權之明文化採取肯定之見解<sup>233</sup>。

#### 一、要件

公眾意見報告提出對中間論點整理之意見後，第二讀會整理出除了履行請求權限制事由外，共有三種代償請求權其他要件之見解，以回應公共意見之提案<sup>234</sup>：

甲案<sup>235</sup>認為，因與給付不能（履行請求權限制之事由發生）同一原因，債務人取得被認為係給付標的物之代償利益時，在標的物價值之範圍或債權人受損害

---

<sup>231</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈民法（債權關係）の改正に関する中間的な論点整理〉，《民法（債權關係）部會資料 26》，平成 23 年 4 月 12 日，頁 20。

<sup>232</sup> 商事法務（編）（2011），《民法（債權關係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明》，頁 60，東京：商事法務。

<sup>233</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈「中間的な論点整理」パブコメの結果報告と補充的検討〉，《民法（債權關係）部會資料 33-2》，平成 23 年 11 月 15 日，頁 401-404。

<sup>234</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈民法（債權關係）の改正に関する論点の検討（6）〉，《民法（債權關係）部會資料 34》，平成 23 年 12 月 20 日，頁 62-64。

<sup>235</sup> 甲案：「債務人因與給付不能（履行請求權限制事由之發生）同一原因，取得被認為係給付標的物之代償利益或權利時，〔於標的物之價值／債權人受損害之範圍內〕，得行使代償請求權。」

之範圍內，應承認代償請求權之行使。由甲案不論債權人是否具有填補損害請求權，賦予債權人得自由選擇以代償請求權或填補損害賠償請求權救濟，可知甲案採取較保護債權人利益之觀點。

乙案<sup>236</sup>認為，除甲案之要件外，應加入因債務人不具有可歸責之事由（存有損害賠償責任免責事由），致不生填補損害賠償請求權時，方承認代償請求權之行使。由乙案將代償請求權定位為補充之救濟手段，亦即代償請求權限定於當債權人無法行使填補損害請求權時，可知乙案係立於保護債務人，避免其管理財產受到過度干涉之角度。

丙案<sup>237</sup>則認為，應加入當契約為雙務契約時，且符合乙案之要件，方得承認代償請求權之行使。蓋代償請求權之制度係為謀求雙務契約中之對價均衡關係，故應僅限於雙務契約始有賦予債權人代償請求權之必要。

## 二、 範圍

關於代償請求權之行使範圍，檢討意見書認為，若將代償請求權理解為，於無法行使履行請求權時，確保債權人達到與取得標的物相同之價值狀態，則有必要限制代償請求權之範圍。惟將面臨於「標的物之價值」抑或「債權人所受損害」之難題，二者比較之下，後者之優勢在於得涵蓋「契約標的非物」之情形<sup>238</sup>。

相對於此，檢討意見書認為，若立於給付不能係可歸責於債務人時，否定債務人得保有超過標的物之價值（或債權人損害額）之思維，得考慮不對代償請求權之範圍設限。尤其是一物二賣之情形，債務人基於其締約之能力以高於市價值

---

<sup>236</sup> 乙案：「甲案之要件外，加上債務人因不具有可歸責事由（損害賠償責任之免責事由）而損害賠償請求權不發生時，得行使代償請求權。」

<sup>237</sup> 丙案：「雙務契約中，具備乙案之要件時，得行使代償請求權。」

<sup>238</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），前揭註 234，頁 63。

價額賣與第二買受人時，換言之，於債務人應負損害賠償責任時，是否不對代償請求權之範圍設限，使成為得考慮之問題<sup>239</sup>。



## 第二目 中間試案

西元 2013 年法制審審議委員會提出民法改正中間試案，中間試案中代償請求權之提案如下：「代償請求權為：債務人因與履行請求權之限制事由同一原因，而取得被認為係債務標的物代償之權利或利益的情形，因債務不履行而生之損害賠償有前述一（二）或（三）的免責事由<sup>240</sup>時，債權人於自己所受損害的限度內，得請求移轉該權利或償還該利益。（註）有認為不須『因債務不履行而生之損害賠償有前述一（二）或（三）的免責事由時』此要件。」<sup>241</sup>

中間試案採取乙案之見解，將代償請求權置於債務不履行之損害賠償之章節，並以「債務人具有替代履行之損害賠償的免責事由」為要件。蓋代償請求權係以向債務人請求移轉其所擁有對第三人之權利，對債務人財產管理具有一定程度之干涉，因而增加以債權人不具有損害賠償請求權為要件，將代償請求權定位為損害賠償請求權之補充<sup>242</sup>。

反對意見則認為，並無將代償請求權定位為損害賠償請求權之補充的必要，而不應以具有替代履行之損害賠償的免責事由為要件<sup>243</sup>。蓋當債權人同時符合損害賠償請求權與代償請求權之要件時，賦予其得選擇行使何者，從保護債權人之

---

<sup>239</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），前揭註 234，頁 63-64。

<sup>240</sup> 係指民法改正中間試案第 10 債務不履行之損害賠償：1（2）契約之債務，因依該契約之目的屬不可歸責於債務人之事由，致債務不履行時，債務人不負因不履行所生之損害賠償責任。1（3）契約以外之債務，因依債務所生之原因或其他事由屬不可歸責於債務人之事由，致債務不履行時，債務人不負因不履行所生之損害賠償責任。

<sup>241</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），〈民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き）〉，《民法（債權關係）部會資料 60》，平成 25 年 7 月 4 日補訂，頁 41。

<sup>242</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前揭註 241，頁 41-42。

<sup>243</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前揭註 241，頁 42。

觀點而言並無不當，僅須調整二者並存時之關係避免重複補償即可，無直接排除同時存在可能之必要<sup>244</sup>。

另一個重點為，中間試案採納最高裁判所昭和 41 年判決之見解，將代償請求權之範圍限縮於「債權人所受損害」之範圍<sup>245</sup>。

## 第三款 第三階段

### 第一目 綱要試案

第三讀會 2014 年所提出之綱要試案（要綱案のたたき台）中代償請求權之部分：「代償請求權：債務人因與致給付不能同一原因，而取得該債務標的物代償之權利或利益時，債權人於其所受損害額之限度內，得對債務人請求移轉該權利或償還該利益。」<sup>246</sup>

相較於中間試案，做出了以下變革。首先，將履行請求權限制事由所生之文句修正為陷於不能。其次，反對將代償請求權作為債務不履行損害賠償請求權之補充規定，而刪除中間試案以債務人具有損害賠償責任之免責事由為要件（採取第二階段討論甲案之見解）。蓋代償請求權補充性否定論者認為，若採取債權人於具有損害賠償請求權時，即不得主張代償請求權之作法，將致債權人於債務人責任財產不足時欠缺保護，且賦予債權人具有選擇代償請求權或損害賠償請求權之權利，並無不妥之處<sup>247</sup>。

反對採取甲案者認為，不論綱要試案或其後之暫定綱要原案（與綱要試案僅

---

<sup>244</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），〈民法（債權關係）の改正に関する中間試案の補足説明〉，《民法（債權關係）部會資料 60》，平成 25 年 7 月 4 日補訂，頁 118-119。

<sup>245</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前掲註 244，頁 119。

<sup>246</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），〈民法（債權關係）の改正に関する要綱案のたたき台（3）〉，《民法（債權關係）部會資料 68A》，平成 25 年 10 月 8 日，頁 12。

<sup>247</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前掲註 246，頁 12。



有用語之不同)對債權人明明得行使損害賠償請求權,為何卻又以干預債務人財產管理之方式,賦予其得選擇行使代償請求權之根據,並無提出足夠之說明<sup>248</sup>。況有時債務人因與第三人有特殊之關係,寧願負損害賠償責任也不願移轉其對第三人之請求權,此時是否仍有必要賦予債權人代償請求權之必要<sup>249</sup>?又於債權人本主張損害賠償請求權,債務人得主張過失相抵時,債權人改以代償請求權主張,此時是否仍有過失相抵之適用?再者,損害賠償請求權罹於時效時,是否得另主張代償請求權<sup>250</sup>?等疑問,對暫定綱要試案提出質疑。

## 第二目 綱要案

後暫定綱要案的第二次條文案、暫定綱要案、綱要案之原案以及綱要案,除了將主詞債務人移到條文之開頭外,就內容並無其他更動,並將代償請求權置於改正後民法第 422 條之 2,屬「與損害賠償請求權相關」之部分。西元 2015 年法治審議會提出代償請求權之綱要案:「關於代償請求權,應設以下之規定:債務人因與其債務給付不能同一之原因,取得債務標之物之代償權利或利益,債權人得於其所受損害額的限度內,對債務人請求移轉該權利或償還該利益。」<sup>251</sup>

## 第三項 改正後民法

### 第一款 民法一部改正法律案

2016 年(平成 29 年)公布之民法一部改正法律案,內容承襲綱要案,關於代償請求權,於改正後民法第 422 條之 2 設立新規定如下:「關於代償請求權,

---

<sup>248</sup> 法制審議會民法(債權關係)部會(2013),《民法(債權關係)部會第 78 回會議議事錄》,平成 25 年 10 月 8 日,頁 13。

<sup>249</sup> 法制審議會民法(債權關係)部會(2013),前揭註 248,頁 14。

<sup>250</sup> 法制審議會民法(債權關係)部會(2013),前揭註 248,頁 13。

<sup>251</sup> 法制審議會民法(債權關係)部會(2015),〈民法(債權關係)の改正に関する要綱案〉,《民法(債權關係)部會資料 88-1》,平成 27 年 2 月 10 日,頁 12。

應設以下之規定：債務人因與其債務給付不能同一之原因，取得債務標的物代償之權利或利益，債權人得於其所受損害額之範圍內，對債務人請求移轉該權利或償還該利益。」立法意旨提及：「本條代償請求權之規定，係將最判昭和 41 年 12 月 23 日判例與通說之見解明文化。此外，本條之給付不能，新法上不以債務人之免責事由作為要件。」<sup>252</sup>

值得注意者係，學說上有認為代償請求權是否以債務人不可歸責為要件，於審議過程中學說對此對立嚴重，難認具有共識。雖審議過程中代償請求權之要件，雖從中間試案之「債務人具有替代履行之損害賠償的免責事由」到綱要試案轉變為「給付不能」，但並不能據此認為改正後民法採取不問債務人之歸責性之見解<sup>253</sup>。蓋參酌審議過程之會議記錄可知，因就此討論上並無共識，以給付不能為要件並未代表對以債務人不具有歸責事由論者之否定，仍保留以債務人不具有歸責事由解釋之可能，留供學說及實務日後之發展<sup>254</sup>。

附帶一提，關於代償請求權之定位，改正法律案將代償請求權置於第 422 條之 2，係因於中間試案階段時代償請求權仍以「因債務不履行而生之損害賠償具有免責事由」為要件，後雖刪除該要件，卻因未再次檢討代償請求權規定之定位，因而保留將代償請求權之規定置於損害賠償相關規定中，而非因代償請求權與改正後民法第 422 條有相關聯<sup>255</sup>。

## 第二款 民法改正後之質疑

---

<sup>252</sup> 我妻榮・有泉亨（2018），前揭註 188，頁 787

<sup>253</sup> 潮見佳男（2017），前揭註 165，頁 299。

<sup>254</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2014），《民法（債權關係）部會第 90 回會議議事錄》，平成 26 年 6 月 10 日，頁 59。惟有學說認為應解為改正後民法採取不問債務人是否具有歸責事由之立場，參見：中舍寬樹（2018），前揭註 185，頁 124；平野裕之（2019），前揭註 171，頁 120。

<sup>255</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前揭註 244，頁 118-119。

有學說就代償請求權之明文化提出質疑，認為於審議過程中，雖最終決議新設代償請求權，然此結果較像是來自於，各界對於本規定之必要性雖未形成共識，但亦未找到將其剷除之理由，最終折衷保留之結果。且學說對代償請求權之疑義，於審議過程中並無解決，基於上述理由，將一個 50 年前判例明文化之作法，並不恰當<sup>256</sup>。

亦有學說認為，新設代償請求權之規定主要之理由，係將最高法院昭和 41 年之判例予以明文化，但就其之觀察，最高法院昭和 41 年之判例並未發揮判決先例之作用。蓋自該判例後，雖出現數次代償請求權之用語，但實際運用僅有一件案例<sup>257</sup>。亦有論者認為，改正後民法已刪除改正前民法第 534 條關於特定物之物權設定或移轉為目的時，危險負擔採取債權人主義之規定。如此一來使得代償請求權發揮其效果之機會，僅剩下契約當事人約定由債權人負擔對價危險之事例，因而質疑是否有增設代償請求權之必要<sup>258</sup>。

## 第七節 我國法之立法歷程

### 第一項 大清民律草案

大清民律草案（以下簡稱清律草案）起草前，中國古代民法散落於統一律典之各部，並無完整民法典形式<sup>259</sup>。清律草案於西元 1911 年編撰完成，此部草案制定過程中，廣為調查中國各地民俗習慣製成調查報告，並參照各國民事法立法例，債編部分由日本大審院判士松岡義正負責起草<sup>260</sup>，具有首次打破中華法系傳

---

<sup>256</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2014），前揭註 254，頁 58-59。

<sup>257</sup> 田中宏治（2018），前揭註 2，頁 451。

<sup>258</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2014），前揭註 254，頁 58。

<sup>259</sup> 楊立新（2011），〈百年中的中國民法華麗轉身與曲折發展—中國民法一百年歷史的回顧與展望〉，《河南省政法管理幹部學院學報》，第 26 卷，第 3 期，頁 44。

<sup>260</sup> 黃源盛（2000），〈民刑分立之後—民初大理院民事審判法源問題再探〉，《政大法學評論》，第 63 期，頁 9。

統，導入西方民法典立法理念和編撰方法之意義<sup>261</sup>。民國開國之初，參議院雖否決引用並未通過正式立法審議程序亦未公布施行之清律草案，然綜覽大理院之判決可發現，清律草案對大理院法曹在判決過程中形成心證之過程影響很大<sup>262</sup>，

關於不可歸責於債務人之事由致給付不能之效力，清律草案第 361 條規定：「債務關係發生後，非因歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免其義務。前項規定，於因同一事由債務人無給付資力者，準用。」本條規定相當於現行民法第 225 條第 1 項，效果皆使債務人免除給付義務。

於不可歸責於債務人之事由致給付不能，且債務人又自第三人取得代償物（請求權）時，清律草案第 364 條規定：「債務人因不能之事由，就債務之標的受第三人之損害賠償者，債權人得向債務人請求其交付因賠償所受領之物。債務人於前項原因向第三人取得損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權。」立法說明提及：「債務人因其債務標的不能給付，有由第三人受損害賠償者，有向第三人取得損害賠償請求權者，此時其不能給付，不問其債務人應否負責，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益，此本條所設由也。」<sup>263</sup>

本條規定相當於現行民法第 225 條第 2 項，相異之處在於，清律草案與德國舊民法第 281 條第 1 項相同，代償請求權之要件上並未限於不可歸責於債務人之事由致給付不能之情形，而僅規定「因給付不能之事由」。因此，其亦未如現行法，接續規定於債務人因給付不能不可歸責而免給付義務之規定後。

此外，因代償請求權不問債務人之歸責性而有競合之可能，清律草案第 365

---

<sup>261</sup> 楊立新（2011），前揭註 259，頁 46。

<sup>262</sup> 黃源盛（2007），前揭註 260，頁 46。

<sup>263</sup> 司法行政部民法研究修正委員會（1976），《中華民國民法制定史料彙編（上）》，頁 400-401，台北：司法行政部總務司。

條規定：「債權人有不履行之損害賠償請求權者，須從請求之全額中，將前條權利所取得之損害賠償價額或損害賠償請求權價額扣除之。」立法說明提及：「不能給付若因歸責於債務人之事由，則債權人向債務人有因不履行之損害賠償請求權，此時債權人須從損害賠償請求權之全額中，將依前條規定行使權利而得之利益扣除之，否則成為不當利得矣。故設本條已明示其旨。<sup>264</sup>」

本條與德國舊民法第 281 條第 2 項之規定相同，規定於代償請求權與損害賠償請求權發生競合時，損害賠償請求權應扣除行使代償請求權所取得之價額，值得注意者係，現行民法並無如此規定。從清律草案第 365 條之規定亦可推知，立法者似認為代償請求權之請求範圍，原則上會小於或等於不履行之損害賠償請求權，蓋若非如此，何以係於請求不履行之損害賠償時扣除代償請求權之價額，而忽略於行使代償請求權時扣除不履行損害賠償請求權所得金額之問題。

## 第二項 民國民律草案

民國民律草案（下簡稱民律草案），亦有稱之為第二次民律草案，為民國初期北洋政府認為清律草案多繼受德國、日本等外國法，過於偏重個人利益，與本國固有法源相異甚大，對社會影響甚巨<sup>265</sup>，因而自 1914 年開始著手修訂民律草案之工作。債編部分由梁應時、梁敬錚負責修訂，本法修訂之指導思想為改變清律草案的激進思想<sup>266</sup>，於 1925 年完成民國民律草案，雖該草案因北洋政府發生北京政變而未予公布，惟因經司法部通令各級法院作為法理適用，故雖未正式實施，仍於實踐中達到統一民事司法之作用<sup>267</sup>。

---

<sup>264</sup> 司法行政部民法研究修正委員會（1976），前揭註 263，頁 401。

<sup>265</sup> 楊立新（2011），前揭註 261，頁 31-32。

<sup>266</sup> 楊立新（2011），前揭註 261，頁 34。

<sup>267</sup> 楊立新（2011），前揭註 259，頁 47。

民律草案，觀其內容即可知實際上多為清律草案之規定<sup>268</sup>，惟代償請求權之部分則非如此。民律草案與清律草案不同，未將債務人給付義務之免除與債權人之代償請求權分開獨立規定，而係將代償請求權接續於債務人因給付不能不可歸責而免給付義務之定後，亦無對代償請求權與損害賠償請求權應如何競合之相關規定。

民律草案第 322 條規定：「因債務人不應負責之事由致給付不能者，債務人免給付義務。債務人因前項給付不能之事由，得向第三人請求損害賠償者，債權人得請求將其損害賠償請求權，或受領之賠償物，移轉於己。違反第一項之特約，無效。」本條就內容而言，幾乎被後來的現行民法所保留。

### 第三項 現行民法

民國 18 年 11 月 22 日國民政府公布債編全文 604 條，並自民國 19 年 5 月 5 日開始施行，自施行以來代償請求權之規定從未做更動。民法第 225 條第 1 項不可歸責於債務人之給付不能規定：「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。」同條第 2 項代償請求權之規定：「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。」

單就條文以觀，從將代償請求權至於免給付義務之後，並以不可歸責於債務人為要件，亦未設有行使代償請求權後損害賠償請求權金額應縮減之規定。可知最終現行法似承襲民律草案之主要內容，僅就文字略作修正。

### 第八節 小結

---

<sup>268</sup> 楊立新（2011），前揭註 259，頁 46。



## 一、 德國法

德國舊民法制定前 Pandekten 法學時期，Mommsen 以羅馬法法源「利益應歸屬於承擔危險之人」作為代償請求權之正當性基礎，因羅馬法時期危險負擔採取買受人主義，故其認為買受人既已承擔風險，即應將標之物之代償利益歸於其。據此以解，Mommsen 將代償請求權與給付不能概念連結，提出於給付陷於不能，買受人需支付價金，且無損害賠償請求權時，應賦予代償請求權。且基於利益衡量因債務人法律行為所生之利益亦得為代償。Windscheid 則更細緻 Mommsen 之理論認為，於「不可歸責」於債務人之事由致「嗣後」給付不能時，債務人原給付義務消滅，而應負移轉替代物之第二次給付義務。惟於「可歸責」於債務人之事由致「嗣後」給付不能，債權人雖有損害賠償請求權，仍得選擇以代償替代之。

德國舊民法第一草案時，雖危險負擔制度與羅馬法時期已不盡相同，卻仍延續 Mommsen 以危險負擔詮釋代償請求權之思維，將代償請求權之要件限於因不可歸責於債務人之事由致給付不能。遭學說以可歸責時亦可能有失當之財產分配而有調整之必要，且此時債權人之地位不應劣於不可歸責於債務人之情形而受到批評。惟其理由書中，以推定債務人承擔義務之意思及於代償作為代償請求權之正當性，以及提及代償請求權之意旨為代償原則，並依據當事人間之原給付目的判斷代償請求權之客體，仍具有參考價值。

然而，誠如學者 Harder 所言，羅馬法法源 I.3.23.2 中所列舉之應歸屬於承擔危險之人之利益，係指「從屬」於標之物之利益，似難以該法源得出由標的轉換而來之「代償利益」，應係歸屬於其之結論。況且，羅馬法特定物買賣契約之危險負擔，採取債權人主義，於給付不能不可歸責於雙方時承擔危險之人係買受人（債權人）。此時，其不僅無法取得原給付標之物，更須為對待給付，依「利益應歸屬於承擔危險之人」之原則，將因給付不能所生之代償利益歸屬於其，仍得

稱之理論上一貫。然而，德國舊民法早已揚棄債權人主義，於買賣契約亦採取支配理論，而以交付為危險移轉之時點，倘仍立於代償請求權調整承擔危險之人利益狀態之思維，進而將要件限縮於「不可歸責於債務人時」即顯得突兀。

修正第一草案以降，受到學說影響，代償請求權之要件不問債務人之歸責性，亦與原給付義務消滅脫鉤，可認為脫離「利益應歸屬於承擔危險之人」原則思維之作法，可資贊同。相對於此，對於代償請求權之客體，立法階段幾乎無意識到此問題，更別說代償請求權行使之範圍。此等問題因無法探求立法者之意旨，舊民法施行後不意外地，成為學說上爭論之重點，留待第五章詳述之。

德國舊民法最終採取僅以「給付不能」作為代償請求權要件之見解，德國最高法院亦提出，代償請求權係以調整當事人間不恰當之財產價值分配為目的，奠定日後對代償請求權之理解。德國債務法改正計畫及現代化之過程中，討論主要集中於債務不履行之體系，代償請求權僅隨之於要件上調整為「債務人免給付義務」，除了原本給付不能外，更涵納給付困難之情形，除了明確以作為或不作為為內容之債之關係亦有適用外，對代償請求權之理解原則上並無與舊法時期不同。

## 二、日本法

單就條文以觀，日本民法繼受於法國民法，關於物權行為未設有形式要件，因於雙方意思表示合致，即足以生物權變動之效力，似較無調整不當利益流動之需求，而無設立代償請求權規定之必要。亦有認為，標的物因第三人之侵權行為滅失時，債權人當然取得賠償訴權，故本條僅有確認之功能，對當事人固有之權利義務關係並無產生任何法律效果，改正前民法亦基此理由，刪除原有之代償請求權規定。然而，為保障交易安全與交易上實際之需求，實際上非必定所有物權之移轉皆於契約訂立時終局發生效力，於債之關係當事人間，仍有代償請求權介



入調整其間財產分配之需求。

改正前民法時期，多數學說受德國法影響，縱使改正前民法立法者刪除代償請求權之規定，仍透過解釋承認其存在。然而，或因日本法主要仍繼受於法國法，除物權移轉外，該時期於特定物之物權設定或移轉仍採行債權人主義之影響，日本法引進代償請求權後，其發展起初呈現出與德國法完全不同之脈絡。多數學說將代償請求權定位為危險負擔制度下之補充規定，亦即於債權人承擔危險時，為免債務人除得受領對待給付外，同時仍得保有原給付之代償利益。換言之，此論者之思維係，原給付陷於不能時，對於第三人之損害賠償請求權於對外關係歸屬於所有權人，但於對內關係中應歸屬於債權人，基本上已脫離德國法對於代償請求權之定位與理解。

又因改正前民法已刪除代償請求權之明文規定，日本最高裁判所昭和 41 年 12 月 23 日判例肯認代償請求權後，代償請求權之討論已從是否有設立必要轉為其理論依據之爭論。前述最高法院判決認為，代償請求權之依據係類推適用改正前民法第 536 條第 2 項於給付不能可歸責於債權人時，債務人利益償還之規定(相當於我國民法第 267 條但書之規定)。然而，誠如批評論者所述，判決理由中不僅所引用參考之判決與本案前提不同，改正前民法第 536 條第 2 項之利益應係指債務人因免給付義務而「節省」本應支出之勞物、費用等「消極利益」，而非因給付不能而取得替代原給付存在之代償利益。似難認透過給付不能不可歸責於雙方時，亦有改正前民法第 536 條第 2 項之適用，得出該項得作為代償請求權依據之結論。

民法改正審議之過程中，確立應增訂代償請求權之規定後。討論首先集中於，代償請求權與損害賠償請求權間之關係。原雖因對債務人財產干涉過度之疑慮，採取代償請求權係損害賠償請求權補充規定之見解，惟基於避免債務人責任財產不足時，對債權人保護不足，而僅以給付不能為要件，肯認代償請求權與損害賠

償請求權得並存供債權人選擇之。其次，關於代償請求權之行使範圍，究應限於標的物之價值、債權人所受損害抑或不受任何限制之爭議。最終考量到避免標的物非「物」之情形無適用代償請求權之誤會，依循實務見解，採取以債權人所受損害之結論。惟值得注意者係，討論中提及給付不能債務人不可歸責時，行使範圍必然受限制；於可歸責於債務人時，涉及是否剝奪債務人違約利益（超過債權人損害額之部分）之問題，而對於範圍不做任何限制之見解採取保留之態度。

似可認為，於日本債權法改正後，隨著代償請求權之明文化，以及民法第 534 條債權人主義之廢除，可謂已將代償請求權脫離羅馬法時期，利益應歸由承擔風險之人之思維，逐漸向德國法實際對於代償請求權之理解靠攏。但仍不乏有學說仍以既民法第 534 條債權人主義之規定已刪除，新法代償請求權之規定似無功用為由主張刪除之。本文認為，代償請求權係為調整相對性之債權利益之不恰當之利益流動，實與危險負擔制度無關，而非專為於採債權人主義由債權人承擔危險時，避免債務人二重得利為目的。此自最高法院昭和 41 年 12 月 23 日判例之案例事實中，於採債務人主義之租賃契約中，債權人亦有代償請求權之適用即可應證。是以，債權法改正後對於代償請求權明文化並重新定位，殊值贊同。然而，民法改正審議過程中，或因對於代償請求權之定位與目的仍有爭論，導致對於重要之爭議皆未達成共識。最終，導致只是將判例明文化，稍嫌可惜。

### 三、我國法可能之來源

為說明之便，以下先就我國民法制訂前，比較法上重要之代償請求權規定與草案，整理如下：

表格一：代償請求權比較法上以及立法歷程中重要規定與草案 來源：作者自製

	免給付義務	代償請求權	與債務不履行損害賠償請求權之競合
--	-------	-------	------------------

德國舊民法第一草案	第 237 條	第 238 條第 1 項	X
	債務人因於債務關係發生後始生之不可歸責於債務人之事由，致給付陷於不能時，不負給付義務。給付陷於永久不能時，債務人得不受債務拘束。債務人應以特定物為給付，因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，亦適用之。	債務人因依第 237 條規定免給付義務之事由，取得關於給付標的之代償或其請求權時，債務人依債權人之請求必須將代償償還或移轉請求權與債務人。	
德國舊民法	第 275 條第 1 項	第 281 條第 1 項	第 281 條第 2 項
	債務關係成立後，因不可歸責於債務人之事由，致給付不能，債務人免給付義務。	債務人因給付不能之事由而取得關於給付標的之代償或代償請求權時，債權人得請求償還代償或移轉其請求權。	債權人因債務不履行而取得損害賠償請求權，並行使前項所定之權利時，債務人應給付之損害賠償，於債權人取得之代償或其請求權之價額內減少之。
法國舊民法	第 1302 條第 1 項	第 1303 條	X
	非因債務人之過失，債務關係目的之特定物滅失、不融通或遺失且完全不知去向，且發生時債務人未陷於付遲延，債務關係消滅之。	非因債務人之過失，致標的物滅失、不融通或遺失的情形下，債權人取得與該標的物之補償相關之權利或訴權時，債務人得請求其讓與之。	
日本舊民法	第 539 條第 1 項前段	第 543 條	X
	以交付特定物為目的之義務，於標的物非因債務人之過失，於陷於給付遲延前滅失或不融通時，該義	物全部或一部滅失，因滅失而對第三人所生某補償訴權時，債權人得請求殘餘之物亦得行使此訴	

	務因給付不能而消滅。	權。	
清 律 草 案	第 361 條	第 364 條	第 355 條
	債務關係發生後，非因歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免其義務。前項規定，於因同一事由債務人無給付資力者，準用。	債務人因不能之事由，就債務之標的受第三人之損害賠償者，債權人得向債務人請求其交付因賠償所受領之物。債務人於前項原因向第三人取得損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權。	債權人有不履行之損害賠償請求權者，須從請求之全額中，將前條權利所取得之損害賠償價額或損害賠償請求權價額扣除之。
民 律 草 案	第 322 條第 1 項	第 322 條第 2 項	X
	因債務人不應負責之事由致給付不能者，債務人免給付義務。	債務人因前項給付不能之事由，得向第三人請求損害賠償者，債權人得請求將其損害賠償請求權，或受領之賠償物，移轉於己。	
現 行 民 法	第 225 條第 1 項	第 225 條第 2 項	X
	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。	債務人因前項給付不能之事由，對第三人有害損害賠償請求權者，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。	

我國為法律繼受國，探求立法過程中所借鏡之對象，對於法規之理解實有助益。關於我國民法第 225 條第 2 項代償請求權之規定，學說上認為係繼受德國舊

民法第 281 條之規定<sup>269</sup>，因而比較法討論上亦多參考德國舊民法之規定。本文認為，債務不履行中給付不能之體系，我國民法係繼受德國舊民法此點應無疑義。惟若單就代償請求權之條文以觀，此論點無說服力。蓋德國舊民法代償請求權之規定，非置於債務人免給付義務規定之後，亦不以給付不能不可歸責於債務人為要件，且尚設有損害賠償與代償請求權競合之規定，與現行民法相去甚遠。

現行民法代償請求權之規定，幾乎完整保留民律草案之內容，惟明顯可以發現，民律草案與清律草案之內容有顯著之差異。清律草案僅以給付不能為要件而不問歸責性，可推知係受到德國舊民法之影響，但民律草案因現存立法資料中尋無立法說明，無從得知以清律草案為基礎修訂之民律草案，代償請求權之要件卻有巨大改變之原因。

尋遍當時比較法可能參考之對象，法國舊民法以及受其影響之日本舊民法，雖皆以債務人無過失為要件，且法國舊民法亦將代償請求權置於免給付義務規定後。然而，於物權移轉採對抗要件主義、危險負擔等與代償請求權息息相關之制度，與我國迥異之情形下，尚難認為民律草案係借鏡於上述二者。

本文認為，民律草案之所以改採以不可歸責於債務人為要件，並將代償請求權作為原給付義務消滅之補充規定，較可能係參考德國舊民法第一草案之規定。因此，似可認為，德國舊民法第一草案對代償請求權之理解，以及其所受到批評之原因，甚至草案前代償請求權之發展，對於我國現行法代償請求權之解釋，具有重要之參考價值。

---

<sup>269</sup> 王澤鑑(2009)，《民法學說與判例研究(第六冊)》，〈出售之土地被徵收時之危險負擔、不當得利及代償請求〉，頁 111，台北：自版；史尚寬(1983)，《債法總論》，民國 72 年 3 月版，頁 373，台北：自版。

### 第三章 代償請求權之規範目的

誠如前述，德國舊法制定之過程，已脫離羅馬法之思維，賦予代償請求權於現行法之意義，並於此基礎下，對規範要件達成共識而確立代償請求權於體系中之定位。相對於此，日本法或因體例與德國法之差異，致於繼受過程中，遲遲無法找到代償請求權之定位，甚至於改正新增後，仍有主張刪除之聲音。是以，欲充分討論代償請求權之要件與範圍等疑義，必先探究其於我國法上之內涵與定位。從我國立法史可知德國法上規定影響我國立法甚鉅，因此，以下除立法理由及我國文獻上之討論外，同時將德國文獻上之討論一併介紹，以分析代償請求權於我國之內涵。

#### 第一節 立法理由

民法第 225 條規定：「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。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。」

同條第 2 項之立法理由：「又同律第三百六十四條理由謂債務人因其債務標的不能給付，有由第三人受損害賠償者，有向第三人取得損害賠償請求權者，此時其不能給付，不問其債務人應否負責，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益。故設第二項以明示其旨。」

單就條文觀之，民法第 225 條第 2 項代償請求權之規定，接續規定於債務人免給付義務之規定後，並承繼前項規定以給付不能之事由不可歸責於債務人為要件，此立法模式及內容明顯與民律草案較為接近。然而，立法理由中所謂同律第 364 條之規定，似係指清律草案第 364 條之規定，且自立法理由中所提及「此時其不能給付，不問其債務人應否負責」之文句，應係搭配以「債務人因給付不能之事由」作為要件之清律草案第 364 條，而非以「給付不能之事由不可歸責於債

務人」為要件之現行民法。簡而言之，現行民法條文內容係承繼民律草案，然卻有著與清律草案相同內容之立法理由，於此情形下，似難單就條文或立法理由中，窺知立法者制定時之真意。

若先不論本條立法理由是否能反映出現行法立法者之意思，從立法理由中之文字，代償請求權係以債務人因給付不能所取得之賠償請求權或物，代替原給付標的之方式，達到保障債權人之目的。

## 第二節 契約補充解釋說

有論者以推定契約當事人之意思作為代償請求權之正當性基礎，亦即認為可斟酌性「推定」，債務人承擔債務之意思中除了原給付標的外，尚包含若因給付不能而取得「代償」在內<sup>1</sup>，故於已陷於給付不能之債之關係，債權人得向債務人請求移轉代償利益。據此以解，代償請求權即具有契約補充解釋之作用。此見解最早見於德國舊民法典第一草案之立法理由書，德國早期亦有部分實務及學說採之。

日本法上亦有學說認為，日本代償請求權係繼受德國法之結果，因而關於代償請求權正當性之理解應與德國法相同。既德國舊民法第一草案以推定債務人受有因給付不能而取得代償時，移轉與債權人之合意，則日本改正後民法亦應同此理解。又雖該草案亦提及代償請求權之正當性基礎亦包含維護當事人間之公平，民法所有規定皆相同而無強調之必要<sup>2</sup>。

我國實務上曾有類似見解，臺灣高等法院臺中分院 96 年度重上字第 7 號判決認為：「學說上稱之為『代償請求權』，係基於衡平思想，並斟酌當事人可推知

---

<sup>1</sup> 向明恩(2015)〈剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算—以最高法院 100 年度台上字第 1833 號判決為契子〉，《月旦民商法雜誌》，第 48 期，頁 141。

<sup>2</sup> 田中宏治(2018)，《代償請求權と履行不能》，初版，頁 453，東京：信山社。

之意思，旨在調整失當之財產價值的分配，屬於法定之契約補充解釋。」<sup>3</sup>此判決認為，代償請求權之正當性係建立於當事人得推之之意思。詳言之，似認為債務人於締約時，可推知其「承擔債務之意思不僅止於契約標的，亦及於契約標的之代償利益」，因而，可認為代償請求權係一契約補充解釋之規定<sup>4</sup>。

然而，於日本債權法審議過程中，採反對明文化見解者，亦將提案新設之代償請求權解讀為具推定當事人意思功能之任意規定，惟其認為此「推定之當事人意思」難認為普遍性地存在於日本為反對理由。進而認為，不宜以新設代償請求權之方式推定之，而應待於訴訟中，由認為其存在於當事人間之一方舉證其存在<sup>5</sup>。

本文亦認為，依德國及我國通說之見解，代償請求權於所有債之關係皆有適用。因此，此說以推定當事人債務承擔之意思作為代償請求權之正當性，僅得說明當事人間具有意思表示的意定之債之情形，而於不當得利、無因管理等法定債之關係中，則無法說明請求移轉代償之正當性。且如同學者所批評，推定債務人有承擔給付替代物債務之意思，只不過是債權人得請求給付之替代物的換句話說而已<sup>6</sup>，實際上並無說服力。再者，如此推定恐有違背當事人意思之疑慮，尤其於債務人一物二賣且不可歸責時更為顯著，故應認為此見解因無法適用於所有情

---

<sup>3</sup> 相同見解：臺灣桃園地方法院 103 年度訴字第 1104 號判決認為：「民法第 225 條第 2 項學說稱之為代償請求權，乃基於衡平之思想，並斟酌當事人可推知之意思，調整失當之財產價值分配，屬於法定之契約補充解釋。」；臺灣橋頭地方法院 105 年度訴字第 480 號民事判決認為：「代償請求權，係基於衡平思想，並斟酌當事人可推知之意思，旨在調整失當之財產價值的分配，屬於法定之契約補充解釋。」

<sup>4</sup> 此見解似引用王澤鑑教授於《土地徵收補償金交付請求權》一文中之見解，但綜觀王澤鑑教授相關之文章，其似較偏向採取調整失當財產價值分配說。詳見：王澤鑑（2009），〈出售之土地被徵收時之危險負擔、不當得利及代償請求〉，《民法學說與判例研究（第六冊）》，頁 113，台北：自版；王澤鑑（2009），〈土地徵收補償金交付請求權〉，《民法學說與判例研究（第七冊）》，頁 137，台北：自版。

<sup>5</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈「中間的な論点整理」パブコメの結果報告と補充的検討〉，《民法（債權關係）部會資料 33-2》，平成 23 年 11 月 15 日，頁 404。

<sup>6</sup> 遠山純弘（2002），〈法律行為による利益（lucrum ex negotiatione）と代償請求權（二）—ドイツにおける議論状況とその問題点—〉，《北海学園大学法学研究》，第 38 卷第 1 號，頁 36。



形之見解不恰當。



### 第三節 除去侵害獲益說

德國學者 Schulz 認為代償請求權與不當得利具有類似性，其提出侵害獲益理論 (Die Lehre vom Eingriffserwerb)，強調任何人不得違法侵害他人權益而獲利。於此所指之權益泛指所有主觀上之權利，代償請求權之規範亦被包攝在內<sup>7</sup>。於其理論中，代償利益即為侵害獲益，代償請求權非債權人之損害賠償，亦無侵害債務人之財產，而係以回復若給付為陷於不能應存有之狀態之權利<sup>8</sup>。詳言之，代償請求權之規定係相反於損害賠償之型態，債權人得藉由代償請求權向債務人請求給付不能所帶來之利益，而非債務人之給付對於債權人之利益，故債務人依其所取得之利益付返還之責任<sup>9</sup>。德國帝國法院亦曾受 Schulz 影響認為代償請求權之任務為回復「債務人」之財產於權利人之請求能履行時之應有狀態<sup>10</sup>。

然而，Schulz 所提出之侵害獲益理論，受益人之所以要返還所取得之利益，係建立於其所取得利益之行為是被評價為不法的侵害行為<sup>11</sup>。但於適用代償請求權之案例中，不乏非因不法行為而生者。是故，其為了要使德國舊民法第 281 條以侵害獲益理論為依據，於此，Schulz 將侵害獲益理論之「侵害」，解為給付不能而非債務人之不法行為，且亦不以違法性作為取得權利之要件<sup>12</sup>。批評者認為，Schulz 於此承認侵害取得之例外，即為代償請求權非以除去侵害取得為目的最好的證明。亦有認為，Schulz 僅因代償請求權非損害賠償請求權，即反面推論而得出代償請求權為一僅考量債務人所取得財產請求權之結論，並不恰當，且此

<sup>7</sup> 向明恩 (2015)，前揭註 1，頁 144。

<sup>8</sup> 遠山純弘 (2002)，前揭註 6，頁 40。

<sup>9</sup> 遠山純弘 (2002)，前揭註 6，頁 40-41。

<sup>10</sup> 向明恩 (2015)，前揭註 1，頁 144。

<sup>11</sup> 劉昭辰 (2010)，〈侵害型不當得利中的「損及他人」要件之理論發展〉，《東吳法律學報》，第 21 卷第 4 期，頁 7。

<sup>12</sup> 遠山純弘 (2002)，前揭註 6，頁 41-42。

論者亦無說明應回復至給付不能未發生之狀態之依據為何<sup>13</sup>。



## 第四節 平衡權益歸屬認知之落差說

德國學者 von Caemmerer 亦強調德國舊民法第 281 條代償請求權與德國民法第 816 條（有償無權處分他人之物之不當得利返還）皆係本於調整不當財貨變動之基本思維所建構<sup>14</sup>。其並認為對於物之買賣契約當事人而言，法規範於權利歸屬認定上，就採形式主義抑或意思主義並不重要，蓋當事人所著眼者僅是彼此間之內部關係<sup>15</sup>。於契約成立時，雙方即視買賣標的物「於債之意義上」歸屬於買受人享有。

德國民法（與我國法相同），就物權行為採形式主義，以買賣契約為例，買賣標的物須交付後方歸屬於買受人所有，而於標的物交付前，倘因可歸責於第三人之事由致標的物毀損滅失者，因法秩序上所定之權益歸屬仍為出賣人，故得本於所有權人地位向第三人主張損害賠償者為出賣人而非買受人。此時，賦予債權人代償請求權，得以平衡法秩序權益歸屬選取上與當事人對權益歸屬認知上之落差。學者認為採取形式主義之國家，多相應地於債法中明訂代償請求權之規定<sup>16</sup>。

## 第五節 調整失當財產價值分配說

### 第一項 內涵

德國最高法院認為，代償請求權具有類似於不當得利法之功能與作用，該規

---

<sup>13</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 41-42。

<sup>14</sup> 向明恩（2015），前揭註 1，頁 144-145。

<sup>15</sup> 向明恩（2015），前揭註 1，頁 145-146。

<sup>16</sup> 向明恩（2015），前揭註 1，頁 145。

範係為調整因法律規定而肇致財產價值於事實上之不當變動，回復債務人之財產於權利人之請求權能履行時之應有狀態<sup>17</sup>。換言之，因經濟活動之過程使財產歸一方所有，然按其與他人之基礎經濟性關係，該財產利益不應歸屬於一方時，則應將此財產價值移動至他方處<sup>18</sup>，故可認代償請求權之規範目的係在於調整因事實上所形成之不當財產價值分配，德國學說上亦多以此理解代償請求權<sup>19</sup>。

我國多數學說亦認為，代償請求權之目的係，因不可歸責於債務人之給付不能發生後，須以債務人所有之損害賠償請求權或所受領之賠償物，替代債物之標的讓與債權人，俾調整失當之財貨分配<sup>20</sup>，蓋此時法律上僅免除債務人之給付義務而已，並非更許其因之而受有利益，故應將其代償利益移轉於債權人，以符合公平原則<sup>21、22</sup>。至於何謂「失當」，學說多以債務人因給付不能免給付義務，卻受有自第三人之損害賠償或請求權，斷定債務人此時反因不能給付而得之利益，屬失當之利益<sup>23</sup>。

我國實務見解方面，最高法院 96 年度台上字第 2638 號判決認為：「按民法第二百二十五條第二項之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值

<sup>17</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 37-38；向明恩（2015），前揭註 1，頁 144。

<sup>18</sup> 向明恩（2015），前揭註 1，頁 141-142；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 308。

<sup>19</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 38。

<sup>20</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 4，頁 113；阮富枝（2008），〈代償請求權消滅時效之起算點（上）〉，《司法周刊》，第 1399 期，頁 2-3。

<sup>21</sup> 史尚寬（1983），《債法總論》，民國 72 年 3 月版，頁 374，台北：自版；孫森焱（2009），《民法債編總論》，民國 98 年 2 月修訂版，頁 527，台北：三民；鄭玉波（2002），《民法債編總論》，修訂二版，頁 350，台北：三民；王澤鑑（2009），〈出賣之土地於移轉登記前被徵收時，買受人向出賣人主張交付受領補償費之請求權基礎—法學方法論上之檢討〉，氏著，《民法學說與判例研究（第五冊）》，頁 259，台北：自版。亦有採代償請求權係基於衡平原則所生者，參見：阮富枝（2008），前揭註 20，頁 2-3。

<sup>22</sup> 日本民法改正前學說上，亦多以基於公平原則調整債之關係中當事人之利益關係，作為代償請求權制度之目的。惟因日本民法改正前民法典中，未設有代償請求權之明文規定，加上物權行為（對抗主義）與危險負擔制度（特定物之移轉採債權人主義）立法例之不同，因而相較於德國法與我國法對於代償請求權制度目的之討論，日本學說上之討論多集中於代償請求權適用之場合與依據，關於此部分之討論參見第二章第五節。

<sup>23</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 4，頁 113；胡長清（1948），《中國民法債篇總論》，第 8 版，頁 290，上海：商務。

分配，故若原債權請求權已罹於時效而消滅，債權人既已無請求債務人履行原債權之權利，縱使其後債務人另自第三人受領賠償物，亦與債權人無關，已無調整失當財產價值分配之問題。反而若認為原債權人得請求該賠償物，將發生新的財產價值分配失當問題，完全不符民法第二百五條第二項之規範目的，此乃就立法目的解釋上所當然。」此判決為最高法院首次表示，代償請求權之所以得賦予債權人，向債務人請求移轉其所得之代償利益之權利，其正當化基礎在於衡平思想，此亦為近期最高法院穩定之見解<sup>24</sup>。所謂衡平思想（原則），未見最高法院判決直接對其定義之例，惟不乏引用此原則之判決。參酌最高法院判決之操作，似指法律應公平衡量並兼顧當事人雙方之利益，予以適當必要保護之意<sup>25</sup>。

亦有採代償請求權係為調整契約當事人間利益狀態者，惟認為其正當性在於公平原則。如臺灣高等法院 89 年度重上字第 589 號判決認為：「蓋該條文（民法第 225 條第 2 項）之立法目的，乃基於公平原則，使債務人返還因標的物給付不能而取得之代替利益，以調整契約當事人間之利益狀態，學者胡長清、洪文瀾、王伯琦、鄭玉波、孫森焱、王澤鑑等亦同採此見解，故縱認債權人得主張之原請求權已罹於時效，仍不影響新發生之代償請求權之行使。」

有學說更進一步地指出，所謂代償請求權中所欲調整之失當財產價值分配，專指「因債之相對性」所生之不當財獲分配。蓋於不可歸責於債務人致給付不能時，本於此相對關係債務人不僅免為給付之義務，更得向第三人處取得賠償物之時，益加突顯債務人係因透過債之相對性，而取得原應由債權人歸屬之利益。代

---

<sup>24</sup> 如最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決、最高法院 106 年度台上字第 696 號判決認為：「民法第二百五條第二項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利。」

<sup>25</sup> 參見：最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決：「不當得利制度乃基於『衡平原則』而創設之具調節財產變動的特殊規範，故法律應公平衡量當事人之利益，予以適當必要之保護，不能因請求救濟者本身不清白，即一概拒絕保護，使權益之衡量失其公平，故如已具備不當得利之構成要件，應從嚴認定不能請求返還之要件，避免生不公平之結果。」

償請求權之目的，即為調整此種不妥適性之財貨分配，讓原應獲得利益之債權人取得此利益。換言之，民法第 225 條第 2 項之代償請求權在本質上，即承載著除去或調整「因債之相對性」所生不當財貨分配之規範功能<sup>26</sup>。



## 第二項 與不當得利之關係

自最高法院 80 年第 4 次民事庭決議處理土地出售並交付後，該地之徵收補償金因尚未移轉登記而仍有出賣人取得時，該提案及討論意見中，似皆認為由出賣人保有徵收補償金並不恰當，為調整此不當之利益分配而試圖尋求買受人可能得主張之權利。從此徵收補償金之案例顯示，代償請求權與不當得利制度雖具有類似之功能，惟適用上仍各有其範圍，實有釐清之必要。

### 第一款 屬於不當得利制度之一環

早期學說上，有將代償請求權歸屬於不當得利制度中之一環者<sup>27</sup>。如學者 Willburg，其所提出之非統一說之不當得利觀點，認為不當得利體系可分為：不當給付返還請求權以及權利繼續效力請求權。因 Willburg 將債務人之替代返還義務與因給付不能而使相對人得為之請求，視為如同侵害所有權人權益歸屬之範疇。故代償請求權雖於語意上非屬於不當得利之訴，仍被視為權利繼續效力之典型案例，而具有不當得利請求權一般之功能<sup>28</sup>。

學者 Bollenberger 亦認為代償請求權屬不當得利體系中之下位概念，從經濟的角度觀之，一旦契約締結即應將債權人視同所有權人，既給付標的物應歸屬於債權人，則其替代物亦歸屬於債權人。代償請求權具有類似於不當得利制度之功

---

<sup>26</sup> 向明恩 (2015)，前揭註 1，頁 141。

<sup>27</sup> 我國似亦有學說認為，民法之所以設民法第 225 條第 2 項代償請求權之規定，乃在避免債務人既可對債權人免給付義務，又可自第三人取得賠償物，而「獲得不當得利」。參見：劉春堂 (2011)，《民法債編通則(一)契約法總論》，增修版，頁 334-335，台北：三民。

<sup>28</sup> 詳見：向明恩 (2015)，前揭註 1，頁 144-145。

能，於債務人取得替代物時，將該替代物調整至債權人處<sup>29</sup>。

## 第二款 不當得利係保護絕對權而無關

反對論者，則以權益侵害型之不當得利，在歸屬內容之認定上限於侵害絕對權有關之法益，進而以此反對基於債權關係而生之代償請求權，具有權益侵害型不當得利之屬性<sup>30</sup>。學者 Hans Stoll 亦揚棄不當得利而改以從損益相抵（Vorteilsausgleichung）之思維來詮釋代償請求權，其認為德國舊民法第 281 條係，於損害賠償制度中，調整債權人與債務人間，因標的物危險與給付危險之不一致，所造成的財產不均衡<sup>31</sup>。詳言之，當債務人之利益與債權人之不利益具有緊密之關聯，亦即得被評價為係起因於同一事由所致時，為阻卻債務人之利得以及緩和債權人之不利益，故以類似於損害賠償法中損益相抵之思維，賦予債權人對債務人利益移轉請求權之方式，達到調整受益人與受不利益之人相異之情形<sup>32</sup>。據此以解，不當得利制度所保護之內容為絕對權，而代償請求權非不當得利制度中之一環而應係另一獨立制度<sup>33</sup>。

## 第三款 與不當得利各司其職

不可避免地，以調整失當之財產價值分配為代償請求權本質之理解下，必須面臨如何表述，同以調整不當財產價值分配為目的民法第 179 條以下之不當得利請求權間之關係。

---

<sup>29</sup> 多治川卓朗（2009），〈代償請求權と調整機能—利益吸い上げ機能との関連に着目して〉，新井誠、山本敬三編，《ドイツ法の継受と現代日本法：ゲルハルド・リース教授退官記念論文集》，頁 309，東京：日本評論社；中川敏宏（2010），〈代償請求權—債務不履行体系の変容と代償利益の引渡し—〉，丹谷峻（編），《社会の変容と民法典》，頁 372，東京：成文堂。

<sup>30</sup> 向明恩（2015），前揭註 1，頁 144-145。

<sup>31</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 29，頁 301。

<sup>32</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 29，頁 310。

<sup>33</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 29，頁 372；田中宏治（2018），前揭註 2，頁 357。

關於此問題，最高法院 80 年第 4 次民事庭會議<sup>34</sup>雖係為處理民法第 373 條所指之利益是否包含徵收補償費用之問題。但該決議亦提及，於買賣契約成立並交付後，該土地被徵收時，出賣人因尚未移轉登記而仍為所有權人，其所受領之徵收補償金尚「不成立不當得利」，惟此時買受人得依代償請求權之法理，請求出賣人交付徵收補償金。由此判決以出賣人為所有權人而不成立不當得利，可知實務認為我國民法第 179 條之不當得利請求權，規範對象限於調整侵害歸屬他人「絕對權」而得之利益。有學說贊同此見解，認為代償請求權雖具有與不當得利制度相同之調整不當財產價值分配的功能，惟二者應有不同之適用範圍<sup>35</sup>。

近期學說上，亦肯認代償請求權建構之基礎思維與不當得利制度之基本精神並無違和，其規範功能富含不當得利之色彩<sup>36</sup>。然而，對其間之關係有更細緻之詮釋。學說認為，關於於一方侵害歸屬於他方之權益內容而受利益，致他方受損害，此權益侵害型之不當得利之適用範圍上，限於調整侵害歸屬於他人「絕對權（支配權）」之利益；至於侵害歸屬於他人「相對性之債權」之利益所造成不當之財產利益變動，則由代償請求權制度承擔調整之任務<sup>37</sup>。此結論亦符合上述實務見解所得出，出賣人雖不成立不當得利，但買受人得依代償請求權之法理請求其所受領之補償金，以平衡不當利益流動之目的。據此以解，代償請求權毋寧係一種自成一格之求償請求權，並非等同於民法第 179 條之不當得利請求權，而係

---

<sup>34</sup> 最高法院 80 年第 4 次民事庭會議決議：「買受人向出賣人買受之某筆土地，在未辦妥所有權移轉登記前，經政府依法徵收，其地價補償金由出賣人領取完畢，縱該土地早已交付，惟民法第 373 條所指之利益，係指物之收益而言，並不包括買賣標之物滅失或被徵收之代替利益（損害賠償或補償費），且買受人自始並未取得所有權，而出賣人在辦畢所有權移轉登記前，仍為土地所有人，在權利歸屬上，其補償費本應歸由出賣人取得，故出賣人本於土地所有人之地位領取地價補償金，尚不成立不當得利。買受人祇能依民法第 225 條第 2 項之法理行使代償請求權，請求出賣人交付其所受領之地價補償金。」

<sup>35</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 4，頁 113。

<sup>36</sup> 向明恩（2015），前揭註 1，頁 140-141。

<sup>37</sup> 向明恩（2015），前揭註 1，頁 143-144。

與其各有所欲調整及分配之範疇<sup>38</sup>。



### 第三項 學說上之質疑

關於「失當之財產價值分配」之判斷及評價標準，首先，此採肯定說者有認為，債務人因免除給付義務同時卻受有代償利益，反觀債權人未取得任何利益，此即為財產價值分配不恰當之展現<sup>39</sup>。惟質疑論者認為，當債務人不論係因保險契約取得保險金，抑或標的物喪失取得對第三人之損害賠償請求權，皆為法律賦予其之權利，尚難僅據此即認，此時存有不恰當之財產價值分配<sup>40</sup>。

其次，肯定說有以提出所謂不當之財產分配，並非指法律上之不當，而係指經濟上之不當反駁之。亦即，從經濟角度觀之，該給付標的之本應給與債權人，因而可將代償請求權解為，將替代該給付標的之代償利益歸屬於本應歸屬之人（即債權人）<sup>41</sup>。惟此質疑論者則認為，此不過單純是迴避問題而已，蓋肯定說仍無提出，如何從經濟上判斷債務人所取得之利益係不當而應返還與債權人，只是用經濟上之規避法律上的判斷爾<sup>42</sup>。

亦有認為，代償請求權之規定本身即含有財產價值分配不當之評價，其本身即具有指示不當財產價值分配之功能。換言之，當債務人該當代償請求權規定之要件時，其所取得之代償利益即被評價為不當之財產分配。惟批評論者認為，舊民法第 281 條至多僅能說是使得當債務人取得被評價為不當之利益時，得藉由本條請求其返還之。於債務人基於法律行為而取得之價金應否返還存有爭議，即知無法僅藉由本條，理所當然地得出利益不當而應返還之結論，故本條本身並非不

---

<sup>38</sup> 向明恩（2015），前揭註 1，頁 144。

<sup>39</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 38。

<sup>40</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 37。

<sup>41</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 29，頁 372。

<sup>42</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 39-40。



當財產價值分配之評價規定而應另尋之<sup>43</sup>。

綜上所述，質疑論者認為，肯定說具體而言，並未提出如何判斷、評價債務人是否受有不當財產價值分配之標準。債務人雖不論給付不能得否歸責於其，皆免除原給付義務。同樣地，債權人此時依德國舊民法第 323 條亦免為對待幾付義務，因此得否據此認為代償請求權係為調整不當之利益流動，存有疑義<sup>44</sup>。

## 第六節 債權人利益保護說

### 第一項 純為保障債權人

我國學說上有認為，於雙務契約中，因不可歸責於債務人之事由致給付不能之情形，債務人固因免除給付義務並保有賠償物而受有利益，但債權人亦因民法第 266 條之規定而免對待給付之義務。換言之，第三人之賠償物僅為給付標的物之替代利益，當債權人不行使代償請求權時，因債務人亦無法請求對待給付，縱其獲得標的物之代償亦難謂獲得利益。相對於此，於債權人行使代償請求權之情形，債務人仍得主張債權人為對待給付，債務人未必有損失。從而認為，代償請求權之規範目的與債務人是否獲得不當利益未必有直接關聯，該規定毋寧係純為保護債權人之利益，使債權人有主張以賠償物替代原給付標的之權利<sup>45</sup>。

實務上亦有採類似見解者，如民國 83 年 12 月 4 日廳民一字第 22562 號研究意見，關於得否依代償請求權請求徵收補償費以及其時效起算點為討論，查意見採乙說而認為：「代償請求權之規定，原即在債務人有不可歸責之事由，致其給付不能，而免其給付義務時，為保護債權人之利益而設（見民法第二百五條

<sup>43</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 37、39。

<sup>44</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 37、40。

<sup>45</sup> 陳聰富（2002），〈代償請求權〉，《台灣本土法學雜誌》，第 32 期，頁 149-150；黃立（2006），《民法債編總論》，第 3 版，頁 466-467，台北：元照；王澤鑑（2009），前揭註 21，頁 264。

立法理由)。某甲怠於行使其 A 地所有權移轉登記請求權，致罹於時效，為社會經濟之發展，使生失權法效，其原請求在債務人為時效抗辯時，即不受法律之保護。」又最高法院 97 年度台上字第 819 號判決亦認為：「民法第 225 條第 2 項規定之代償請求權，其立法本旨乃在於債務人給付不能時，使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，以替代原債務之標的，保障債權人之利益。<sup>46</sup>」此判決更直接沿用立法理由中之文句，詳細地說明，代償請求權係，以將債務人所取得之代償利益取代原給付標的之方式，達到保障債權人之目的。

本文認為，先不顧現行法立法理由是否具有代表性之疑義，單自立法理由以觀，似同此說見解，認為代償請求權係以賠償物或請求權替代原給付，達「保護債權人」之目的。此見解關於賦與債權人代償請求權之權利，能有保障債權人利益之結果的論述並無違誤。蓋雖債務人免給付義務且受有代償利益，但其同時也喪失請求對待給付之權利，債務人係因給付陷於不能得利或受損，繫於代償價值之高低以及原債之關係之利益狀態，並無一定。然而，立法者「僅賦予債權人」具有選擇是否繼續以其對待給付換取代償利益之權利，債務人受債之關係所拘束只能被動地接受債權人之選擇，從此角度而言，債權人因得為利害評估，自由決定是否行使代償請求權，可認為代償請求權具有保障其利益之功能無疑。

然而，誠如批評論者所言，此說見解無法描繪出為何債權人得自第三人處取得之賠償物或請求權之正當性<sup>47</sup>。申言之，依此說之見解，於債權人不行使代償請求權時，債務人取得該代償利益因亦喪失對待給付，雙方是否因給付不能而得利或受損並無一定，則此時既債權人未必受有損害，卻仍賦予其得選擇是否行使

---

<sup>46</sup> 相同見解：最高法院 97 年度台上字第 2002 號、臺灣高等法院臺南分院 106 年度重上更(一)字第 4 號判決、臺灣高等法院 99 年度上易字第 973 號判決。

<sup>47</sup> 向明恩(2015)，前揭註 1，頁 141。

代償請求權之理由何在，無法藉由此說而得知。換言之，此說僅表示代償請求權具有保護債權人之功能，卻未說明此時債權人究係處於如何之不利益狀態，而須要賦予債權人此權利以保護其利益，似忽略了代償請求權其所隱含之思維。

## 第二項 確保債權人處於與取得標的物相同價值狀態

日本民法（債權法）改正檢討委員會所提出之基本方針中，提案新增代償請求權之規定，並認為代償請求權之目的係，於負有給付義務之債務人，保有取代給付標的物價值之替代物（代償）時，肯認債權人得藉由向債務人請求移轉該價值，以達「確保債權人處於與取得標的物相同價值狀態」<sup>48</sup>。審議過程第二讀會階段，對公眾意見關於中間論點所提供之意見之檢討中，亦據此理解而認為，有對代償請求權範圍限制之必要<sup>49</sup>。

然而，審議過程中所討論之問題多集中於代償請求權是否限於債權人不具損害賠償請求權時，以及代償請求權行使之範圍，對於代償請求權之立法目的多僅以此時基於公平應將標的物之替代移轉與債權人簡要說明之<sup>50</sup>。因此，是否可以認為日本改正後民法以此理解代償請求權，尚有疑義<sup>51</sup>。再者，此說與前說相同，

<sup>48</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 29，頁 376。

<sup>49</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈民法（債權關係）の改正に関する論点の検討（6）〉，《民法（債權關係）部會資料 34》，平成 23 年 12 月 20 日，頁 63。

<sup>50</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），〈民法（債權關係）部會第 78 回會議事錄〉，平成 25 年 10 月 8 日，頁 14。

<sup>51</sup> 事實上，日本早期學說多因受到德國法之影響而肯認代償請求權之存在，雖皆肯定代償請求權係公平原則之展現，但對於其本質有認為係由債權人承擔危險時，債務人之利益返還義務（日本改正前民法第 536 條第 2 項後段）；有認為係同於物上代位、代位請求權等，皆源於代位（償）原則（Surrogationsprinzip）；有認為係為調整不當利益流動而屬不當得利制度中一環者；亦有認為代償請求權係為對於債務人違反契約給予制裁者；有認為係基於類似物上代位之法理，使債權人得於給付不能且存代償利益時，請求該利益以替代原給付為目的。民法改正新增第 422 條之 2 後，於文獻上未見對於代償請求權基本內涵之討論，新增理由亦僅表明本條係判例之明文化，故關於此點至今日仍未有共識。參見：甲斐道太郎（1972），〈代償請求權と不当利得〉，谷口知平教授還曆記念發起人編《不当利得・事務管理の研究：谷口知平教授還曆記念（3）》，頁 160-162，

並未說明當給付陷入不能，尤其是債務人不可歸責時，確保債務人處於與取得標的物相同價值之理由。

### 第三項 不增加債務人負擔下取代原請求權

德國學者 Römer 及 Höhn 認為，代償請求權係以調整當事人利益狀態，以保障債權人為目的。於債務人因給付不能之事由而免給付義務時，若可歸責於債務人，債權人得依德國舊民法第 280 條請求損害賠償。此時，由於債權人之損害係因債務人應負責之行為造成，故衡量上債務人之利益應絕對的劣後於債權人之利益。反之，若給付不能之事由不可歸責於債務人，此時選擇保護債務人之利益，債權人原則上則不得向債務人為任何請求<sup>52</sup>。

相對於此，當債務人因給付不能之事由而取得代償利益時，情況則與上述迥異。依德國舊民法第 281 條代償請求權之規定不過問債務人之歸責性，意味於衡量雙方之利益，債務人可否歸責不被納入考量。可認為此時，債權人之利益與債務人之利益應受到同等的保護<sup>53</sup>，當債務人因給付不能而受有代償利益時，相較之下，債權人因未受有利益而未受充足之保護，而有調整之必要。

於調整當事人利益狀態時，應考量未陷於給付不能前，雙方於原債之關係之利益狀態。是故，衡量之下立法者賦予債權人透過對代償利益之請求權取代原給付請求權之方式保護其利益。同時，債務人雖受有給付代償利益之義務，惟於債

---

東京：有斐閣；高橋真（1996），〈代償請求權と物上代位〉，《法学教室》，第 187 期，頁 53、59；田中宏治（1998），〈民法五三六条二項但書類推適用論の批判的検討—代償請求權に関する一考察—〉，《阪大法学》，第 48 卷第 1 号，頁 210-211；遠山純弘（2002），〈法律行為による利益（lucrum ex negotiatione）と代償請求權（三）—ドイツにおける議論状況とその問題点—〉，《北海学園大学法学研究》，第 38 卷第 2 號，頁 350-351；平野裕之（2017），《コア・テキスト民法 IV 債權総論》，第 2 版，頁 176-177，東京：新世社。

<sup>52</sup> 遠山純弘（2002），前掲註 6，頁 46。

<sup>53</sup> 遠山純弘（2002），前掲註 6，頁 46-47。

務人返還之利益得「扣除」其取得之成本下，其財產亦不因此承受額外之負擔<sup>54</sup>。因此，應認為代償請求權係，以不增加債務人負擔之情況下替換(Auswechslung)請求權之方式，達到保護債權人之目的。



## 第七節 填補債權人損害說

臺灣高等法院 91 年度重上字第 346 號判決認為：「本條立法意旨係鑑於債務人基於同一原因，一方面免除給付義務，他方面卻受有賠償物，而債權人卻因債務人之免給付義務而受損害，基於公平原則，乃賦與債權人有此請求權，以填補債權人之損害。因此，債務人依本項規定為讓與或交付代償物，係以讓與或交付代償物，填補債權人之損害為目的，與債之更改（客體之更改），係以新的客體代替原來客體，以繼續原來債之關係，有所不同。再者，本項既基於公平原則而來，則債務人所受領之代償物，必須與其所免為給付之義務有等價關係，債權人始得請求讓與或交付。」

判決認為當原給付陷於不能且債務人受領損害賠償請求權（物）時，債務人不僅免給付義務更取得賠償，但債權人卻因債務人免給付義務而受有損害。代償請求權係，以公平原則為正當化之基礎，將債務人所取得之代償利益移轉與債權人，以填補債權人因原給付陷於不能所生損害。惟本文認為，債權人因不可歸責於債務人之給付不能事由，無法依契約取得本應取得之給付，是否可稱之為「損害」，有待斟酌。

## 第八節 本文見解

首先，本文認為單以現行法代償請求權之立法理由無法完整詮釋代償請求權

---

<sup>54</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 6，頁 47。

之規範目的。蓋現行條文之定位及要件明顯係受到民律草案之影響，難認清律草案之說明得顯現行法中代償請求權之意旨。再者，即使如立法理由所言，代償請求權之目的係以賠償物取代原給付保障債權人之利益，立法理由中並未進一步對於為何於雙方皆不可歸責時，選擇強化債權人之地位有更多之說明。此見解亦無法描繪出將債務人基於其所有權人之地位所得之代償利益，移轉與債權人之正當性。因此，如此理解代償請求權並不妥適。

欲理解規範之立法目的，不免從立法之脈絡中探求之。綜觀比較法上代償請求權之發展，民律草案及現行法代償請求權不論要件或定位，應係參考德國舊民法第一草案之規定。該草案之立法理由中，將代償請求權理解為契約之補充規定，以推定債務人承擔債務之意思延伸至標的之代償，作為債權人得請求移轉之正當性。先不論此見解現已不被德國通說所採，依法條之定位及通說之見解代償請求權適用於所有之債之關係，然而，此見解只能說明當事人間因意思表示（意定之債）而生之義務陷於給付不能之情形，而無法解釋當事人間所成立者係法定之債時，移轉之代償利益之正當性，且如此推定可能與債務人之真意相違，尤以債務人一物二賣致給付不能時更為明顯，故亦難認現行法應為相同之理解。

本文認為，代償請求權確具有保障債權人利益之效果無疑，惟代償請求權之內涵不僅於此。應認為代償請求權之目的為平衡調整當事人間失當之財產價值分配，如此解釋方得完整理解，債權人之所有得請求受讓債務人基於所有權人地位所取得之賠償物或請求權之正當性。申言之，立法者係認為於原給付陷於不能且債務人因此取得代償利益時，當事人間存有不當之利益流動，而賦予債權人得除去該不當之財貨分配之權利。或可認為，所謂保障債權人之「利益」，應係指債權人受到不當分配之利益，債權人之利益受到保障僅為代償請求權行使之結果，並無特別偏袒保障債權人之意思，調整不當利益流動方為代償請求權之本質。簡言之，從僅賦予債權人得選擇以對待給付換取代償，而無賦予債務人以代償換取

對待給付之權利之觀點切入，似代償請求權係專為保障債權人利益之規範，但並無法詮釋賦予債權人向債務人請求代償之理由及正當性。

確立代償請求權之本質為調整不當之財貨分配後，所面臨之之難題則為何謂「不當」之財貨分配。從給付不能不可歸責於債務人且債務人未取得代償時，當事人雙方各自免除給付義務，與債務人因給付不能且取得代償時，立法者賦予債權人代償請求權。可推知於此立法者所謂之不當係指，債務人未因給付不能取得代償之利益狀態，與取得代償之利益狀態比較下之結果。而之所以會認為，債務人其基於法律賦予之所有權人地位所取得之代償利益不恰當，應認為係因債務人受領該代償利益，侵害歸屬於他人「相對性之債權」之利益，造成不當之財產利益變動。

詳言之，從債之意義而言，債權人若無給付不能之事由之發生，其本依債之關係得取得原給付。因此，債務人因給付不能事由所取得替代原給付之代償利益，雖於外部經濟關係以觀，係為填補債務人因給付不能事由所喪失之絕對權，但從「債權人與債務人間內部經濟關係」來觀察，債務人受有代償利益對債權人相對性之債權造成侵害，於利益衡量下亦應歸屬於債權人，方為妥適之分配。此於最高法院 80 年第 4 次民庭決議中，買受人因尚未移轉登記出賣人仍為登記名義上之所有權人，而縱使以支付價金並交付，依舊不得受領徵收補償金之案例，更能體現。至於具體而言應如何認定「不當」之利益分配，將直接影響代償請求權之行使範圍，故留待第六章詳述之。

基於上述之理解，與同以調整不當利益流動為內涵之不當得利請求權相比，可知二者具有類似性，但各有其規範所欲調整之對象，亦即權益侵害型不當得利之適用範圍，限於調整侵害歸屬於他人「絕對權」之利益；至於侵害歸屬於他人「相對性之債權」之利益所造成不當之財產利益變動，則由代償請求權制度承擔調整之任務。可謂二者於民法上違反權益歸屬之調整，各扮演重要之角色。



## 第四章 代償請求權之構成要件

### 第一節 給付陷於不能

#### 第一項 債之關係

##### 第一款 德國法

##### 第一目 不限於意定之債

德國實務見解認為，代償請求權之適用於無特別規定之情況下，所有之債之關係皆有適用，亦即並不限於意定之債，法定之債亦有適用之可能。蓋雖代償請求權之典型為契約關係之債務給付陷於不能之情形，惟德國民法將代償請求權之規定置於債權總則中，應屬債之關係之一般規定，而於不當得利返還、回復原狀等義務陷於給付不能時，亦得適用<sup>1</sup>。

##### 第二目 不限於以物為內容之債

有爭議者係，德國不論現行法抑或舊法代償請求權之規定條文「取得關於『給付標的（geschuldeten Gegenstand）』之代償或其請求權」中之「geschuldeten Gegenstand」一詞，國內學說多譯為給付標的，惟德文直譯應為給付標的「物」，因此德國學說上對於以勞務等以作為或不作為為內容之契約，是否得適用代償請求權存有爭論<sup>2</sup>。

德國舊民法時期，多數學說採否定說，認為作為與不作為不符合契約標的物

---

<sup>1</sup> 田中宏治（2018），《代償請求權と履行不能》，初版，頁 387-388，東京：信山社。

<sup>2</sup> 中川敏宏（2010）〈代償請求權—債務不履行体系の変容と代償利益の引渡し—〉，円谷峻（編），《社会の変容と民法典》，頁 374，東京：成文堂。



之文義，而否定代償請求權對此類給付之適用。實務見解方面，不論於僱用人甲因受僱人乙懷孕依相關法令給予有薪假，而乙卻又於有薪假期間至丙公司任職，甲向乙請求移轉其自丙取得之薪資；於承攬人甲分包部分工程與次承攬人乙，嗣因乙作業瑕疵致工程毀損，乙自保險公司丙取得損害賠償保險金，甲向乙請求移轉保險金；於作曲家 A 與鐵匠 B 達成於 A 作曲時不進行打鐵作業之合意，惟 B 嗣後為訂單破壞合意時，A 向 B 請求其因此取得之利益等案例中，實務判例亦以作為或不作為非標的物為由，否定有代償請求權之適用<sup>3</sup>。

然而，債法現代化後現行法第 275 條第 3 項明文設有自為給付之義務排除規定，而現行法第 285 條亦未將之排除於要件之範圍，故應採肯定說為當。舉例而言，A 律師於閒暇時至 B 清潔公司打工，以獲得每小時 10 歐元之工資，期間 C 律師事務所以每小時 100 歐元委任 A 律師處理緊急之工作，A 因而拋下 B 公司之工作投入 C 公司之工作。於此情形，A 符合現行民法第 275 條第 3 項給付義務排除事由，且依肯定說以勞務為內容之契約關係亦有代償請求權之適用，因而 B 得依代償請求權之規定項 A 請求其所取得之工資<sup>4</sup>。

惟應說明者係，肯定說論者中，仍有部分基於 B 受領代償利益明顯較高之憂慮，而對代償請求權之適用追加條件。如學者 Bollenberger 認為，唯於債務人對於給付義務排除事由具有故意時，方得承認 B 得依代償請求權之規定剝奪 A 因違約所取得之利益<sup>5</sup>。學者 Lehmann 則認為，A 之所以得取得 100 歐元之工資係基於其身為律師專業及特殊資格，依據損益調整之思維，此時 B 得依代償請求權請求之範圍，應以其所受損害為限，避免不恰當之結果<sup>6</sup>。

---

<sup>3</sup> 中川敏宏（2010），〈不能体系のゆらぎと代償請求權〉，《專修大学法学研究所紀要 35：民法の諸問題 XII》，第 35 卷，頁 157-159。

<sup>4</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 2，頁 374。

<sup>5</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 3，頁 159。

<sup>6</sup> 惟有認為如此解釋似有將代償請求權之適用範圍與效果混為一談之疑慮並不恰當。參見：中川敏宏（2010），前揭註 2，頁 374。

## 第三目 物權關係無適用餘地



於所有權人向善意之占有人依所有物返還請求權請求返還所有物，而占有人喪失占有並取得利益之情況。早期有實務見解認為，基於所有權而生之請求權，並非不具有債權性質，且所有權人與占有人間整體關係亦被認為係債權關係，而認為此時亦有代償請求權之適用<sup>7</sup>。

然而，今日德國通說認為，物上返還請求權因占有人喪失占有並取得利益時，所有權人無行使代償請求權之可能。蓋於此情形，之所以所有人對原占有人之物上請求權消滅，係因物上返還請求權之要件不滿足，而非所有物返還義務陷於給付不能<sup>8</sup>。換言之，於占有人喪失占有時，其於物權法上之權利義務關係全面地消滅，不如一般契約關係中之給付義務具有存續之多變性，其內容可能因給付不能而有變動，故所有權人此時因原占有人「不具有免給付義務事由(給付不能)」，而不得向其主張代償請求權<sup>9</sup>。亦有少數學說認為，所有物返還義務無代償請求權適用之原因，係此時應優先適用民法第 816 條以下不當得利之規定<sup>10</sup>。

## 第二款 日本法

### 第一目 債權關係

#### 一、 不以意定之債為限

代償請求權明文化前，學說上多參考德國法，認為債之發生原因不限於契約，

---

<sup>7</sup> 伊達秋雄 (1939)，〈動產の返還請求權と代償請求權及び不當利得返還權〉，《法律時報》，第 11 卷第 10 號，頁 17-18。

<sup>8</sup> 伊達秋雄 (1939)，前揭註 7，頁 18；田中宏治 (2018)，前揭註 1，頁 389-390。

<sup>9</sup> 伊達秋雄 (1939)，前揭註 7，頁 19。

<sup>10</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 1，頁 389-390。

侵權行為<sup>11</sup>或無因管理之債務亦得適用代償請求權之。雖有學說認為，不當得利返還債務，因其返還範圍依實務見解較代償請求權大，而無代償請求權適用之實益<sup>12</sup>，惟多數學說及實務判決仍認為，基於文義解釋以及代償請求權設於債權總論體系之定位，不當得利之債務亦應有代償請求權之適用<sup>13</sup>。

民法改正後，學說上有認為，對於改正後民法第 422 條之 2「債務」之解釋，將影響代償請求權適用之範圍。基於改正後民法代償請求權係給付不能之補充規定，故本條之「債務」應與改正後民法第 412 條之 2 第 1 項之債務為同一解釋，採取無限制說<sup>14</sup>。

詳言之，改正後民法第 412 條之 2 第 1 項為給付不能之規定：「債務之履行依契約、其他債之發生原因及交易上社會通念而認為陷於不能時，債權人不得請求履行該債務。」本條之債務應如何認定，有採債務應有界限之限制說，亦有採不應對債務有任何限制之無限說<sup>15</sup>。通說認為既作為私法之一般法的民法總則並未限定適用範圍，同理對本條「債務」之解釋亦不應有任何限制本條之適用可能，故應採無限制說<sup>16</sup>。是故，不論是契約外之法律行為（如單獨行為、協同行為）所生之債務（如因遺贈所生之債務），抑或是因解除契約所生之回復原狀等法定債務，解釋上皆應包含於改正後民法第 422 條之 2 中之債務。

## 二、 不以移轉標的物為內容之債務為限

---

<sup>11</sup> 侵權行為之債雖於解釋上包含於代償請求權中之債務，惟因日本民法侵權行為依民法第 722 條、第 417 條原則上採取金錢賠償原則，因此不符合不能之要件而無代償請求權之適用。

<sup>12</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 460；甲斐道太郎（1972），〈代償請求權と不当利得〉，谷口知平教授還曆記念發起人編，《不当利得・事務管理の研究：谷口知平教授還曆記念（3）》，頁 167，東京：有斐閣。

<sup>13</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 427-428、460。

<sup>14</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 461。

<sup>15</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 426。

<sup>16</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 427。

關於適用代償請求權之債之關係是否限於以給付標的物為內容之債務，或謂以勞務為內容之契約是否有代償請求權之適用，學說上存有爭論。舉例而言，於承攬契約關係中，工作完成「前」即陷於給付不能時，是否有代償請求權之適用即生疑義。學說上即有認為，須以一定之標的物為內容之債務，方有代償請求權之適用，於承攬關係中，僅於工作物完成至交付前之階段，始有代償請求權適用之可能<sup>17</sup>。

有學說借鏡德國法而認為，並無一概否定以作為或不作為為內容之債務適用代償請求權之可能<sup>18</sup>。觀察民法改正前，民法改正研究會所提出之民法改正國民、法曹、學界有志案，將原提案之債務人受領「替代原債務標的」之賠償，修正為受領「與債務相關」之賠償，似即有意避免於文義上排除非以作為或不作為為內容債務之可能<sup>19</sup>。於改正審議過程中，中間論點整理檢討意見書面臨於應以「標的物之價值」抑或「債權人所受損害」為要件之難題時，最終亦因後者得涵蓋「契約標的非物」之情形，而採取債權人所受損害之文句<sup>20</sup>，似亦得就此推論出，改正後民法之立法者基本上並未有將代償請求權代償請求權之適用範圍，限縮於以移轉標的物為內容之債務之意思。

應附帶一提者係，於提供勞務者因第三人之侵權行為受傷致無法提出給付，且因而取得損害賠償請求權之例中，勞務受領者得否依代償請求權向其請求該損害賠償金之問題。學說有認為，提供勞務者取得損害賠償請求權之原因與陷入給付不能之原因相同，因此，受領勞務者得依代償請求權向其請求移轉「其中一部」<sup>21</sup>。惟改正審議過程中，學說有採反對見解而認為，於勞務提供者因與業務完全

---

<sup>17</sup> 高橋真（1996），〈代償請求權と物上代位〉，《法学教室》，第187期，頁53。

<sup>18</sup> 中川敏宏（2010），前揭註3，頁164。

<sup>19</sup> 中川敏宏（2010），前揭註3，頁150。

<sup>20</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈民法（債權關係）の改正に関する論点の検討（6）〉，《民法（債權關係）部會資料34》，平成23年12月20日，頁63。

<sup>21</sup> 石坂音四郎（1916），《日本民法第三編債權總論（上）》，頁587，東京：有斐閣。

無關之侵權行為（如交通事故），致無法提供勞務時，就勞務提供者無法工作所取得之損害賠償，不應於代償請求權得請求適用範圍之列<sup>22</sup>。



## 第二目 物權關係

關於權利人行使物上請求權（如所有物返還請求權、竊盜遺失物回復請求權等）未果，且被請求人因前述原因而取得利益時，是否有代償請求權存有爭議。日本學說受到德國法之影響，多採取否定說。理由多為物上請求權之性質上無給付不能之問題，原占有人喪失占有因而取得之利益，因並非基於給付不能之事由而取得，不符合代償請求權之要件<sup>23</sup>。其次，雖代償請求權係基於衡平原則而設，對於權利人而言，於其向原占有人行使物上請求權而因其喪失占有致目的不達時，仍得再對現占有人行使物上請求權，如此亦已足以保護其利益而無再賦予其代償請求權之必要，故無法以衡平之理由肯認代償請求權之適用。再者，倘於此時仍肯定權利人得主張代償請求權，將生其不但得對原占有人請求代償利益，同時並得向現占有人請求返還標的物之結果，並不恰當<sup>24</sup>。

少數學說則採折衷說認為，當現占有人不明，權利人僅藉由物上請求權不足以保障其權利時，則應肯認其得向原占有人依代償請求權之規定主張移轉其所取得之代償利益。蓋此論者認為，於現占有人所在不明，所有權人事實上無法行使物上請求權時，若仍以其得對現占有人行使權利足以保障其權利為由，否定其行使代償請求權，有流於理論而忽視現實社會所需之嫌<sup>25</sup>。再者，占有人喪失占有與給付陷於不能，皆具有使原義務免除之效果，就此點而言其間具有類似性。至於權利人可能同時取得代償利益與受領原標的不恰當之疑慮，則可將代償利益之

---

<sup>22</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），《民法（債權關係）部會第 78 回會議議事錄》，平成 25 年 10 月 8 日，頁 12。

<sup>23</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 463。

<sup>24</sup> 伊達秋雄（1939），前揭註 7，頁 19。

<sup>25</sup> 伊達秋雄（1939），前揭註 7，頁 24。

取得解為取代原標的返還，亦即當權利人行使代償請求權後即受有足夠之保護，而不得再行使物上請求權，如此則不生否定說之疑慮<sup>26</sup>。



### 第三款 我國法

相較於前述德國法與日本法豐富之討論，我國文獻上對此問題少有著墨。我國學說亦認為，代償請求權不限於契約所生之債，原則上對一切債之關係皆有適用，贈與契約、無因管理之債當然包含在內<sup>27</sup>。僅須注意就不當得利返還債務，民法第 182 條設有特別返還之規定<sup>28</sup>。

然而，學說上仍提出兩個限制。其一，有學說受到德國法之影響認為，關於債之關係之內容，須以「給付特定客體」為限，對種類之債、以作為或不作為為內容之給付均不適用之<sup>29</sup>。

其二，亦有學說提出，若債務人所付之債務「具專屬性」時，因該債務無法被替代，故債權人不得依代償請求權請求債務人因給付不能而取得之損害賠償請求權或賠償物<sup>30</sup>。舉例而言，於僱傭關係中，受僱人因第三人加之加害行為致不能為僱用人提供勞務時，雙務契約之危險負擔依民法第 266 條之規定採債務人主義，受僱人雖免給付義務，惟其同時亦喪失對僱用人之工資債權，就此部分之損失受僱人亦得依侵權行為之規定向加害人請求工資債權消滅所受之積極損害。於此案例中，僱用人不得依代償請求權之規定向受僱人請求移轉該請求權，蓋受僱人為

<sup>26</sup> 伊達秋雄（1939），前揭註 7，頁 25。

<sup>27</sup> 王澤鑑（1994），〈贈與的土地被徵收時受贈人為何不得向贈與人請求交付受領的地價補償費—最高法院七九年臺上字第二〇四號判決的檢討〉，《法令月刊》，第 45 卷第 5 期，頁 24。

<sup>28</sup> 王澤鑑（2009），〈土地徵收補償金交付請求權〉，《民法學說與判例研究（第七冊）》，頁 137，台北：自版。

<sup>29</sup> 王澤鑑（2009），〈出賣之土地於移轉登記前被徵收時，買受人向出賣人主張交付受領補償費之請求權基礎—法學方法論上之檢討〉，《民法學說與判例研究（第五冊）》，頁 257，台北：自版；王澤鑑（2009），前揭註 28，頁 137。

<sup>30</sup> 孫森焱（2009），《民法債編總論》，民國 98 年 2 月修訂版，頁 515，台北：三民。

僱傭人服勞務具有專屬性，並非受僱人對加害人之損害賠償請求權所得替代之。

#### 第四款 小結

關於德國舊法時期代償請求權之適用，是否排除以作為或不作為為內容之債務之問題，雖德國新債法修正後，已無此爭議而認為，不論債之內容為何皆有適用，惟此問題於我國法上甚少著墨而亦有討論之價值。本文認為，此問題似得藉由同一性之要件處理，而無須一概否定之。以舊法時期德國實務上，以契約標的非物為由，否定代償請求權之適用為例。如承攬人因工程毀損所取得之保險金倘該保險金係為填補工作物本身之損害時，應肯認其間具有同一性而定作人得依代償請求權之規定向其請求之。反之，則因不符合同一性之要件而無適用之可能。

雖德國新債法原則上以不對債之內容為物或非物為區分，惟仍有少數學說對於以作為或不作為為內容之債，於適用代償請求權時賦與「額外」之要件（如須主觀上為故意）。本文推測，此可能係德國實務上對於代償請求權之範圍，採取全額返還說之故（待後詳述）。倘若不採取此見解，則得於代償請求權行使範圍排除可能之爭議，似即無與以物為內容之債為不同處理之理。

類似以增加額外要件之作法，同樣地存在於日本法與我國法。日本法上關於何種債務有代償請求權適用之討論，因受德國法之影響而多承襲德國法之見解，亦認為原則上所有債務皆有適用。惟仍有少數學說認為，以勞務給付為內容之債，勞務提供人因第三人之侵權行為致其無法提出給付時，另應以其「是否於執行業務中」作為得否依代償請求權請求移轉替代利益之判斷基準。我國學說上所謂具有「專屬性」之債務不得適用，從其所舉之例看來，似亦同屬類似之思維。

然而，同樣地，本文認為關於此等問題，無須另外創設執行業務中與否或專屬性之要件，而應回歸同一性要件之判斷。換言之，應視該損害賠償所欲填補之目的，與原給付之目的是否相同，方符合體系上之一貫。

我國民法代償請求權之規定雖既受於德國舊民法第 281 條之規定，但並未有類似於給付標的「物」之文句，故當然無須同德國舊法之解釋。再者，自體系定位以觀，代償請求權之規定既置於債編總則，原則上所有類型之債皆有適用之可能。上述德國法與日本法少數學說，對於以作為或不作為為內容之債，增加「額外要件」之限制，推測可能係因於行使範圍採全額返還說下，若不加以限制恐對債務人過於不公。惟似以同一性之要件即足以處理之，而無增加額外要件之必要。是故，本文認為，除物權關係因非給付不能，而無適用餘地外，原則上所有債之關係，不論係法定之債抑或意定之債，亦不問其內容，應皆有代償請求權適用之可能。

## 第二項 給付不能

### 第一款 德國法

德國舊法第 281 條以給付不能為要件，但債法現代化後，德國現行民法第 285 條以債務人因第 275 條第 1 項至第 3 項免給付義務為要件。

現行民法第 275 條第 1 至 3 項規定：「於給付對債務人或任何人皆無可能時，就排除了給付請求權。如給付所需之費用，依據債之關係之內容及誠信原則，與債權人之利益有重大失衡關係者，債務人得拒絕給付。在衡量債務人可期待之努力時，亦應斟酌，債務人對給付障礙可否歸責。如債務人須親自提出給付，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。」給付義務排除於債法修正後，包含真正之給付不能、事實上之不能以及道德上之不能。通說對於真正之不能理解之演變，誠如第二章第三節第二項所述，即不再贅述。原則上，現行法下不區分債務人是否可歸責，亦不論係主觀不能或客觀不能，債務人均得依本條免給付之義務。此外，實務見解亦認為，代償請求權並不限於債務人因給付陷於全部不能（例如標的物滅失）致給付義務全



部排除，給付陷於一部不能（例如標的物毀損）致給付義務一部排除之情形，亦有適用<sup>31</sup>。

關於現行法新設之事實上不能以及道德上不能，前者係指，排除給付障礙在理論上雖屬可能，但即使是理性的債權人也無法期待債務人會履行者，其主要判斷之標準係依誠信原則有無重大失衡之關係。簡言之，應將債務人為履行債務之成本（包含費用與勞力）與債權人之履行利益相比，於斟酌債務人有無歸責事由之情況下，是否顯有不成比例之問題<sup>32</sup>。後者係指，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。與前者不同之處在於，於此與債務人有無可歸責事由無涉，也與行為基礎的干擾無關。換言之，本項是單純基於債務人利益，所為的比例性審查考量<sup>33</sup>。

另應說明者係，雖第 275 條第 1 項之規定，與第 2 項及第 3 項之規定，於法律效果上並無不同。惟在第 1 項規定之情形，債務人依法就已經被免除給付義務（法院應該主動斟酌）。相對於此，在第 2 項及第 3 項規定之情形，則須債務人提出阻礙性抗辯才能免責<sup>34</sup>。

## 第二款 日本法

### 第一目 給付不能之判斷基準

改正前民法立法者認為，履行請求權因給付陷於不能而消滅為當然之理，因而無以給付不能作為履行請求權限制之明文規定。通說認為，給付不能包含物理

---

<sup>31</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 390-391。

<sup>32</sup> 黃立（2005），〈德國新民法債務不履行規定的分析〉，《政大法學評論》，第 83 期，頁 30-31。

<sup>33</sup> 黃立（2005），前揭註 32，頁 31。

<sup>34</sup> 黃立（2005），前揭註 32，頁 32。

上不能以及社會通念上之不能，亦即給付不能除債之標的物滅失等物理上之不能，尚包含不動產一物二賣而第二買受人登記取得所有權等情形之社會通念上之不能。惟關於社會通念上之不能，晚近因其範圍判斷上過於不明確等原因而受到學說之批評<sup>35</sup>。

改正後民法第412條第1項設有給付不能作為履行請求權界限之明文規定，採納晚近學說，明確表示以契約、其他債務之發生原因以及交易上社會通念，作為給付不能之判斷基準。學說認為，民法改正後第412條第2項顯示，不單僅以契約當事人主觀之意思判斷給付是否陷於不能，更應考量契約之性質、契約之目的、契約至締結為止之經過以及其他交易相關客觀情事<sup>36</sup>。給付不能規定修正後，具體上可將給付不能分為：物理上之不能、法律上之不能、履行之費用與履行所得之利益相比明顯過高之情形，以及其他依契約之意旨債務人請求債權人履行顯不相當之情形<sup>37</sup>。

## 第二目 不再限於嗣後給付不能

早期學說，如石坂教授並未就此要件是否會因係自始給付不能抑或嗣後給付不能而有差異具體說明，後肯認代償請求權之學說，多與石坂教授對於代償請求權之見解大致相同，無更深入之說明。然依傳統通說之見解，以自始給付不能之給付為內容之契約自始無效，因此，通說認為代償請求權要件中之給付不能，應專指嗣後給付不能<sup>38</sup>。

然而，民法改正前晚近學界通說，已否定自始給付不能契約無效之教條，民

---

<sup>35</sup> 大村敦志・道垣内弘人（2017），《解説民法（債権法）改正のポイント》，初版，頁103-104，東京：有斐閣。

<sup>36</sup> 潮見佳男（2018），《プラクティス民法 債権総論》，第5版，頁70，東京：信山社。

<sup>37</sup> 潮見佳男（2018），前掲註119，70。

<sup>38</sup> 高橋真（1996），前掲註17，頁53；中川敏宏（2010），前掲註2，頁366；田中宏治（2018），前掲註1，頁74-75。

法改正亦朝此方向進行，審議過程中所提出之草案皆將自始與嗣後給付不能同列於履行請求權界限之討論中。改正後民法亦依循晚近通說之見解，轉為肯定自始無效為內容之契約具有效力，蓋自改正後民法第 412 條之 2 第 1 項文義觀之，與改正後民法第 413 條之 2 第 1 項之文字相比<sup>39</sup>，可認不以嗣後給付不能為限。又改正後民法第 412 條之 2 第 2 項：「因契約而生之債務，自契約成立時即給付不能時，無礙於第 415 條所訂之因給付不能而生之損害賠償請求。」亦明示給付不能事由發生之時期，不影響因給付不能而生之損害賠償請求權要件上之判斷<sup>40</sup>，故應認為改正後，代償請求權「給付不能」之要件，解釋上包含自始不能及嗣後之不能。

### 第三目 不區分主觀抑或客觀給付不能

日本法自傳統學說即否定德國學說將給付不能分為，僅對債務人而言屬不能之主觀不能，以及對所有人而言皆屬不能之客觀不能。蓋學說認為，探究債務人以外之人給付是否可能並無意義，一旦債務人不能提出給付，其原因為何並非重點<sup>41</sup>。因而，對於改正後民法第 412 條之 2 第 1 項依契約、其他債之發生原因及交易上社會通念判斷是否陷於給付不能時，不因該不能係主觀亦或客觀而有所不同，代償請求權之規定亦同解釋。

### 第三款 我國法

---

<sup>39</sup> 改正後民法第 412 條之 2 第 1 項之文字為「不能時(不能であるとき)」，而改正後民法第 413 條之 2 第 1 項債權人受領遲延中之履行不能之規定，其文字為「變成不能時(不能となったとき)」，自二者之文句相較之下，可認為立法者並無將改正後民法第 412 條之 2 第 1 項之履行不能，限制於嗣後履行不能之意思。

<sup>40</sup> 田中宏治(2018)，前揭註 1，頁 434。

<sup>41</sup> 石坂音四郎(1913)，〈給付不能論〉，《民法研究》，訂正再版，頁 224-225，東京：有斐閣。

傳統見解認為，給付不能係債務不履行三大態樣之一，因金錢之債與種類之債無給付不能之問題，原則上僅於特定物之債始有給付不能發生之可能。關於給付不能之概念，最高法院 94 年度台上字第 1963 號判決有詳細之解釋，該判決認為：「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，亦即債務人所負之債務不能實現，已無從依債務本旨為給付之意。如房屋毀損、滅失或另出租他人並交付使用，無從依租賃契約交付承租人使用；或買賣之物法令禁止交易，而無法交付等是。至給付困難，如買受人無資力支付價金；或應給付之物有瑕疵而能補正者，則難謂為給付不能。」簡言之，我國通說認為給付不能不限於物理上或邏輯上之不能給付，凡債務人之給付依「社會觀念」已無從依債之本旨為給付均屬之<sup>42</sup>。

關於給付不能之類型，第一，可依給付不能事由於訂約時是否存在，分為自始不能與嗣後不能。第二，可依給付不能之事由是否係基於債務人個人之意思或因素所致，區分為主觀不能與客觀不能。亦得按給付不能事由存續之久暫，區分為一時不能及永久不能。因給付不能非本文主要探究之部分，以下僅就結論概述之。原則上，上述不能之類型組合下，於嗣後不能中不區分主觀不能或客觀不能皆有代償請求權之適用。自始主觀不能於通說見解下，亦因直接適用嗣後不能之規定而有代償請求權適用之可能。是故，應認為除自始可觀不能依傳統通說見解，適用民法第 246 條契約無效而非於代償請求權適用之範圍疇外，皆屬民法第 225 條給付不能之範疇<sup>43</sup>。

---

<sup>42</sup> 史尚寬（1983），《債法總論》，民國 72 年 3 月版，頁 363，台北：自版；孫森焱（2009），《民法債編總論》，民國 98 年 2 月修訂版，頁 495；林誠二（2013），《債法總則新解一體化解說（下冊）》，第 2 版，頁 64，台北：瑞興。惟亦有學說認為，給付不能係指債務人已依誠信原則、按「交易之習慣」盡其應盡之準備給付之努力後，還是不能依債之本旨履行債之本旨之狀態。詳見：黃茂榮（2002），《債法總論（第二冊）》，初版，頁 291-292，台北：植根；陳自強（2015），《契約違反與履行請求》，初版，頁 188-189，台北：元照。

<sup>43</sup> 林誠二（2013），前揭註 42，頁 70-73、77。

至於一時不能之情形，雖學說上有認為一時不能宜限於不可歸責於債務人之情形，始得論以給付不能，蓋於可歸責於債務人之情形應論以給付遲延<sup>44</sup>。惟實務見解似將一時給付不能與永久給付不能同視，而認為若債務人於給付期間給付已屬不能，不問其為永久不能或一時不能，皆當然發生給付不能之效果，縱嗣後回復為可能給付，亦無從變更此已發生之法定效果<sup>45</sup>。據此以解，民法第 225 條之給付不能亦無區分不能存續久暫之必要，而皆有代償請求權適用之可能。

### 第三項 不可歸責於債務人

#### 第一款 歸責事由之概念

債務人就其給付之債務，雖應擔保其實現，惟債務人之擔保並非毫無界限。如債之實現非債務人能力所能避免者，縱債務人有履行障礙之事由發生，仍不付債務不履行之責任，而該擔保責任之界限，通說認為依民法第 220 條規定可知，我國民法採過失責任主義，若債務人無過失，原則債務人不負責<sup>46</sup>。又該條所謂債務人應負責任，係指損害賠償責任<sup>47</sup>。

我國民事責任固均採過失主義，惟通說就債務不履行責任與侵權責任之適用情形尚有不同<sup>48</sup>。亦即，債務不履行與侵權行為以故意或過失為要件不同，係以

<sup>44</sup> 黃茂榮（2002），前揭註 42，頁 295。

<sup>45</sup> 參最高法院 80 年度台上字第 1894 號判決：「查所謂給付不能，係指在給付期或債務人得為給付之時期有不能給付之情形而言，若在此等時期，給付已屬不能，則不問其為永久不能抑一時不能，皆當然發生給付不能之效果。縱債務人嗣後回復為可能給付，亦無從變更此已發生之法定效果。」；最高法院 90 年度台上字第 2149 號判決：「按民法第二百二十六條第一項所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言；此債務人是否給付不能，以事實審法院最後言詞辯論終結時為準，如事實審法院最後言詞辯論終結時，債務人處於給付不能之狀態，不問其為永久不能抑一時不能，皆當然發生給付不能之效果；縱其不能之情形，將來或可除去，仍難謂非給付不能，亦無從變更此已發生之法定效果。」

<sup>46</sup> 邱聰智（2013），《新訂民法債編通則（下）》，新訂 2 版，頁 19，台北：承法。

<sup>47</sup> 陳自強（2011），〈契約過失責任與無過失責任之間〉，《政大法學評論》，第 123 期，頁 23。

<sup>48</sup> 邱聰智（2013），前揭註 46，頁 19。

債務人有可歸責事由作為其負賠償責任與否之要件<sup>49</sup>。所謂歸責事由係客觀違法事實之結果，應歸主觀負擔之原因，屬債務不履行之共通要件<sup>50</sup>。關於債務人是否具有可歸責事由，有學說認為所謂可歸責，依民法第 220 條之規定，原則上係指債務人之故意、過失而言，惟仍有例外。有時係指債務人之代理人或使用人之故意、過失（民法第 224 條）；有時基於法律特別規定，債務人僅須對重大過失負責（民法第 434 條）；有時縱使債務人無過失，亦須對該事變負責（民法第 433 條、第 444 條等）<sup>51</sup>。簡言之，債務不履行中所謂債務人具「可歸責事由」，可能包含故意、過失及事變三種情形。

此外，過失之下位概念，包含重大過失以及輕過失，輕過失又可分為抽象輕過失與具體輕過失。所謂重大過失，指債務人欠缺普通人之一般注意義務。而抽象輕過失，指債務人欠缺交易上一般觀念，認為有相當知識、經驗及誠意之平均理念人之善良管理人注意義務，此非現實社會生活各人注意之平均值。至於具體輕過失，指債務人欠缺與處理自己事務為同一之注意<sup>52</sup>。

## 第二款 民法第 225 條「不可歸責事由」之 判準

<sup>49</sup> 孫森焱（2009），前揭註 42，頁 482。

<sup>50</sup> 史尚寬（1983），前揭註 42，頁 341。

<sup>51</sup> 史尚寬（1983），前揭註 42，頁 341；黃茂榮（1999），〈債務不履行（一）：給付不能〉，《植根雜誌》，第 14 卷第 12 期，頁 583；鄭玉波（2002），《民法債編總論》，修訂二版，頁 324，台北：三民。

<sup>52</sup> 邱聰智（2013），前揭註 46，頁 23-24；最高法院 95 年度台上字第 89 號判決亦謂：「過失為注意之欠缺，民法上所謂過失，以其欠缺注意之程度為標準，可分為抽象的過失、具體的過失，及重大過失三種。應盡善良管理人之注意（即依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意）而欠缺者，為抽象的過失；應與處理自己事務為同一注意而欠缺者，為具體的過失；顯然欠缺普通人之注意者，為重大過失。故過失之有無，抽象的過失，則以是否欠缺應盡善良管理人之注意定之；具體的過失，則以是否欠缺應與處理自己事務為同一之注意定之；至『重大過失』，則以是否顯然欠缺普通人之注意定之。苟非欠缺其注意，即不得謂之有過失（參見本院 42 年台上字第 865 號判例意旨）」。

歸責規定將影響契約雙方當事人所承擔之風險。民法第 225 條及第 266 條規範「不可歸責於契約雙方當事人」之情形，此時債務人承擔未得價金之風險，蓋標的物滅失之風險因一旦契約訂立，不論履約或給付陷於不能，債務人本注定即喪失標的物，故債務人僅承擔價金危險；債權人則承擔利益之危險，蓋若契約履行債權人只要付出價金即得取得履行利益，故其所承擔者為履行利益減去價金之風險<sup>54</sup>。

關於民法第 225 條第 1 項所謂「不可歸責於債務人」，並無特別明文規定其注意標準。學說上有認為於此情形，除有特別規定或當事人特別約定外，原則上應係指債務人對於給付不能發生之事由，無抽象輕過失而言<sup>55</sup>。換言之，若債務人對於給付不能發生之事由，違反善良管理人注意義務者，即屬可歸責於債務人。

然而，多數學說認為，債務不履行責任並非以抽象過失為原則，民法第 220 條第 2 項之過失乃個案認定之問題，蓋契約關係係基於信賴而生之法律上特別結合關係，於不同種之契約，當事人間之關係及利益狀態各有不同，難以亦不應如侵權行為設依統一標準<sup>56</sup>，實務亦採類似之見解<sup>57</sup>。具體而言，歸責事由之決定，應先視個案有無當事人之約定，法律是否有特別規定，最後再依事件之特性酌定之<sup>58</sup>。

---

<sup>54</sup> 張永健(2003)，〈論給付不能之分類與歸責問題〉，《法令月刊》，第 54 卷第 6 期，頁 91。

<sup>55</sup> 邱聰智(2013)，前揭註 46，頁 24。

<sup>56</sup> 孫森焱(2009)，前揭註 42，頁 484-485；鄭玉波(2002)，前揭註 51，頁 346-347；劉春堂(2011)，《民法債編通則(一)契約法總論》，增修版，頁 305，台北：三民；陳自強(2012)，〈契約責任之歸責事由〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 41 卷第 1 期，頁 77-78、116。

<sup>57</sup> 參見：最高法院 83 年度台上字第 2273 號判決要旨：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任，民法第二百二十條第一項定有明文。故所謂不可歸責於債務人之事由，即指債務人無故意或過失之情形而言。且依法律之特別規定或契約之特別訂定，債務人就事變亦應負責時，則事變亦為可歸責於債務人之事由。」

<sup>58</sup> 劉春堂(2011)，前揭註 56，頁 308-310。

### 第三款 舉證責任

於訴訟中，債權人若欲主張債務人之給付陷於給付不能（不論係損害賠償請求權或代償請求權），雖民法僅於給付遲延有舉證責任之明文規定（民法第 230 條），惟通說認為於債權人主張並證明債務人根本並未為給付，且此乃因債務人之給付不能時，即得推定可歸責於債務人。債務人必須主張並證明給付不能之障礙事由不可歸責於自己，方得免除債務不履行之責任<sup>59</sup>。換言之，就給付不能之歸責事由，債務人就其不可歸責負舉證責任。此係給付不能之過程乃於債務人之範圍發生，債務人就給付不能之事實較債權人接近之故<sup>60</sup>。

具體而言，依過失責任原則，除有法定或約定責任減輕外，債務人須證明其已盡交易上必要之注意，若債務人無法證明縱自己之行為符合此有理性之任之行為標準時，仍無法避免給付不能之發生，則仍無法免責<sup>61</sup>。而關於歸責事由之判斷時點，學說認為應以債務人履行時為準<sup>62</sup>。

### 第四款 實務見解之觀察

觀察實務對「不可歸責於債務人之事由」之操作，整理發現實務所承認之不可歸責於債務人事由約略可分為以下之情形：

承攬人因戰爭爆發工廠所在地淪陷，致其給付陷於不能<sup>63</sup>；租賃物因天災或

---

<sup>59</sup> 陳自強（2012），前揭註 56，頁 80；最高法院 97 年度台上字第 1000 號判決：「債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。」

<sup>60</sup> 黃立（2006），《民法債編總論》，第 3 版，頁 466-467，台北：元照。

<sup>61</sup> 陳自強（2012），前揭註 56，頁 80。

<sup>62</sup> 陳聰富（2017），〈出賣人擔保責任與債務不履行之關係〉，《月旦法學雜誌》，第 261 期，頁 25。

<sup>63</sup> 參見：最高法院 30 年滬上字第 209 號判例。



其他事變致租賃物滅失，出租人之給付陷於給付不能<sup>64</sup>；關於法令變更之案例，有因輸入國之法令變更契約標的物禁止輸入<sup>65</sup>或土地法令變更<sup>66</sup>等，致出賣人陷於給付不能；因政府政策如徵收<sup>67</sup>、市地重劃<sup>68</sup>、議價購買<sup>69</sup>、代售<sup>70</sup>、變更用地<sup>71</sup>等行為，致出賣人陷於給付不能；因他共有人（共同共有人）之行為<sup>72</sup>，致出賣人陷於給付不能；契約訂立後，因債權人受領遲延，致債務人陷於給付不能<sup>73</sup>等。

有學說認為，觀察我國實務見解，債務人得舉證免責之情形，似限於債務不履行之事由係因少數具有不可抗力等情形，可認為於此操作下，債務人不易舉證其不可歸責，實質上與無過失責任，並無重大之不同<sup>74</sup>。

## 第四項 可歸責於債務人之爭論

### 第一款 德國法

關於給付不能可歸責於債務人時，債權人得否主張代償請求權，不論我國法抑或日本法上皆存有爭議。然而，德國法自舊民法修正第一草案起，即採納學說之建議，以無理於給付不能可歸責於債務人時債權人之地位，劣後於給付不能可歸責於債務人時，以及代償請求權與危險負擔制度間實無直接關聯等理由，刪除

<sup>64</sup> 參見：最高法院 39 年臺上字第 1020 號判決、最高法院 81 年度台上字第 2925 號判決。

<sup>65</sup> 參見：最高法院 44 年度台上字第 383 號判決。

<sup>66</sup> 參見：最高法院 80 年臺再字第 73 號判決（因土地法第 30 條修正）、最高法院 78 年臺上字第 2132 號判決（因農業發展條例禁止分割之限）、最高法院 82 年度台上字 510 號判決（因土地法令變更）。

<sup>67</sup> 參見：最高法院 49 年度臺上字第 1246 號判決、最高法院 82 年度台上字第 258 號判決。

<sup>68</sup> 參見：最高法院 76 年度台上字第 1519 號判決、最高法院 105 年度台上字第 37 號判決。

<sup>69</sup> 參見：最高法院 96 年度台上字第 1698 號判決。

<sup>70</sup> 參見：臺灣彰化地方法院民事判決 107 年度重訴字第 114 號判決。

<sup>71</sup> 參見：最高法院 70 年臺上字第 1840 號判決。

<sup>72</sup> 參見：臺灣高等法院 96 年度上字第 473 號判決（因他共有人依土地法第 34 條之 1 出賣共有物）、臺灣高等法院臺中分院 96 年度重上字第 7 號判決（因祭祀公業出賣標的物）。

<sup>73</sup> 參見：最高法院 75 年度臺上字第 534 號判決、最高法院 86 年度臺上字第 580 號判決。

<sup>74</sup> 陳聰富（2017），前揭註 62，頁 25。

不可歸責於債務人之要件（參第二章第二節第一項第二款）。嗣後代償請求權之成立不問債務人可否歸責之見解，遂受通說採納。因此，不論舊民法或現行民法，皆未將代償請求權限於債務人不具有歸責事由，亦無再有類似之爭議。

## 第二款 日本法

日本法上對於代償請求權是否應以「給付不能之事由不可歸責於債務人」為限，爭議遠大於德國法與我國法，絕大多數對於代償請求權要件之討論皆集中於此點。給付不能可歸責於債務人時，是否應賦予債權人代償請求權之所以備受爭議，主要起因於日本法上對於代償請求權功能與定位之不明確，以及代償請求權與危險負擔制度間處於何種關係理解上之差異<sup>75</sup>。

此外，應說明者係，於民法改正審議期間，學說對此議題並無共識，惟於改正期間第三階段從捨棄乙案而改採甲案，即捨棄免責事由為要件，明示代償請求權得與損害賠償請求權並存後，加上不論自文義以及改正民法第 412 條之 2 第 2 項履行不能之規定亦不問債務人之歸責事由，有學說即藉此認為改正後民法採取不問債務人是否具有歸責事由之態度<sup>76</sup>。

然而，此爭議自民法改正前延續至民法改正後仍然存在，之所以未止於民法第 422 條之 2 之新增，係因亦有學說認為，該條條文看似不再以債務人具有免責事由為限，惟探究其立法審議過程可知，因審議過程中無法達成共識，立法者實際上就此問題仍保留解釋之空間（詳見第二章第六節第三項第一款），而留供

---

<sup>75</sup> 有學說認為，若以防止二重得利理解代償請求權，則應將要件限於給付不能不可歸責於債務人；若認為代償請求權之目的類似於物上代位，亦即係為於原給付陷於不能且存有代償時，以該代償取代原給付，則於給付不能可歸責於債務人時，債權人亦應得主張之。參見：平野裕之（2017），《コア・テキスト民法 IV 債権総論》，第 2 版，頁 177，東京：新世社。

<sup>76</sup> 平野裕之（2019），《新債権法の論点と解釈》，初版，頁 122-123，東京：慶應義塾大学出版会。

日後實務及學術上之發展<sup>77</sup>。

就給付不能可歸責於債務人時，債權人得否行使代償請求權之爭議，以下詳述之。



## 第一目 否定說

### 一、 為危險負擔之補充規定

有學說自代償請求權定位之角度出發，認為自羅馬法時期代償請求權，即建立於買賣契約之危險負擔採取債權人主義之背景下，日本法於交付特定物之債既繼受此原則，即不應忽視代償請求權與危險負擔制度之關係。基於重視二者關聯性之立場下，勢必應將代償請求權限縮於雙務契約，且於給付不能可歸責於債務人時。當債權人不僅免除對待給付義務，並取得損害賠償請求權，即無代償請求權之適用<sup>78</sup>。

### 二、 與損害賠償範圍相同而無實益

亦有認為，雖日本法代償請求權係參考德國法之規定，惟日本法上之代償請求權與德國法之代償請求權不同，德國法因請求範圍不以債權人所受損害為限，因而於債權人已取得損害賠償請求權時，再賦予代償請求權仍具有實益。反之，日本法通說將代償請求權請求範圍，限於債權人所受損害內。既然二者範圍相同，則於給付不能可歸責於債務人時，另賦予其代償請求權，似無實益<sup>79</sup>。

---

<sup>77</sup> 潮見佳男(2017)，《新債權總論 I》，初版，頁 299，東京：信山社。

<sup>78</sup> 中川敏宏(2010)，前揭註 2，頁 367-368；中川敏宏(2010)，前揭註 3，頁 145；平野裕之(2019)，前揭註 76，頁 120。

<sup>79</sup> 遠山純弘(2002)，〈法律行為による利益 (lucrum ex negotiatione) と代償請求權 (三) — ドイツにおける議論状況とその問題点 —〉，《北海学園大学法学研究》，第 38 卷第 2 號，頁 355。



### 三、 對於債務人財產管理過度干預

再者，代償請求權賦予債權人得向債務人請求其所取得與原給付相異之財產，對於債務人自身之財產管理權具有一定程度之侵害。有學說認為並沒有充足之理由使債權人得介入債務人財產之管理，而應有所限制。否則，在代償請求權可能具有形成權效力之特性下<sup>80</sup>，於債務人有特殊商業交易考量而不願行使損害賠償請求權時，恐有不當干預之虞<sup>81</sup>。基此，此論者認為，須將代償請求權解為最後手段，限於債權人無其他方式行使權利之場合，因而認為於給付不能可歸責於債務人時，既債權人以取得損害賠償請求權，即無另行賦予代償請求權之必要<sup>82</sup>。

### 四、 審議過程中對肯定說之質疑

此外，對於肯定損害賠償請求權與代償請求權得並存供債權人選擇之見解，債權法改正審議過程中，有學說認為，肯定論者並無對於債權人行使上可能產生之衝突為具體說明。舉例而言，債權人表明不行使損害賠償請求權後，得否反悔突然行使代償請求權？債權人行使代償請求權時，是否與行使損害賠償請求權相同而有與有過失之適用？損害賠償請求權時效完成時如何處理等問題，勢必須先為全面之檢討，不宜於仍存有眾多疑慮下貿然採取肯定二者並存之見解<sup>83</sup>。

## 第二目 肯定說

---

<sup>80</sup> 日本法上對代償請求權性質之理解有特殊請求權說與雙重屬性說之爭論（於後詳述之），學說上有認為，雖代償請求權未賦予債權人優先受償之權利，於債務人自身「尚未行使」與代償相關之權利之情形，債權人行使代償請求權時，該權利即「當然移轉」與債權人而無須債務人之移轉行為，債權人得逕自行使該權利。此見解亦導致關於給付不能可歸責於債務人時，債權人是否得行使代償請求權之爭議，遠大於我國法與德國法，至今仍無共識。

<sup>81</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前揭註22，頁14。

<sup>82</sup> 中川敏宏（2010），前揭註2，頁367-368；平野裕之（2005），《債權總論》，初版，頁227，東京：信山社；中田裕康（2013），《債權總論》，第3版，頁192-193，東京：岩波書店；潮見佳男（2017），前揭註77，頁298。

<sup>83</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前揭註22，頁14。



## 一、 遵循德國法之解釋

首先，應說明者係，雖於民法改正前多數學說多以危險負擔制度之補充規定理解代償請求權，惟此論者並非皆認為代償請求權應以給付不能之事由不可歸責於債務人為限<sup>84</sup>。亦有學說認為日本改正前民法雖未明文規定，於可歸責於當事人之事由致給付不能時，債權人是否僅得藉由損害賠償請求權達到滿足。惟日本法係參考德國法而導入代償請求權之規定，既德國民法代償請求權之規定並不問債務人是否具有歸責事由，解釋上應得依循之。故應認為，參考德國舊民法第281條之規定，於給付不能之事由可歸責於債務人時，債權人得選擇向其主張代償請求權抑或損害賠償請求權，以保障其利益<sup>85</sup>。

## 二、 避免對債權人保護不足

學說上，亦有著眼於債權人保障之角度而認為，縱使代償請求權行使範圍應以損害範圍為限，於給付不能事由可歸責於債務人時，既債務人應對給付不能事由負責，即應於合理範圍內盡可能地保障債權人<sup>86</sup>。再者，同時賦予債權人代償請求權與損害賠償請求權，並非意味允許其二重得利，於代償請求權與損害賠償請求權請求範圍一致之情況下，難謂對債務人財產管理有不當之介入。況且，並沒有充足之理由說明為何於債務人不可歸責時債權人得行使代償請求權，於債務

---

<sup>84</sup> 否定代償請求權與危險負擔制度之論者，多否定將代償請求權之要件限於不可歸責於債務人之給付不能，自不再言。參見：田中宏治（2018），前揭註1，頁454。

<sup>85</sup> 石坂音四郎（1916），前揭註21，頁588-589；林良平（1986），《債權總論》，初版，頁66，東京：青霖書院；奧田昌道（1982），《債權總論（上）》，初版，頁151，東京：筑摩；於保不二雄（1959），《債權總論》，初版，頁100，東京：有斐閣；甲斐道太郎（1972），前揭註12，頁166；遠山純弘（2002），前揭註79，頁354；近江幸治（2009），《民法講義IV債權總論》，第3版，頁79，東京：成文堂。

<sup>86</sup> 勝本正晃（1936），《債權總論（中卷之二）》，初版，頁356、368，東京：巖松堂；平野裕之（2005），前揭註82，頁226；平野裕之（2019），前揭註76，頁121。惟亦有學說認為，單純賦予債權人代償請求權而不賦予優先受償之地位，因債務人所取得之代償利益仍可能受其他債權人行使代位權、扣押等，實際上對於債權人之保障並無法因此而提升。詳見：法制審議會民法（債權關係）部會（2013）前揭註22，頁13。

人可歸責時，債權人反而不得行使<sup>87</sup>。是故，給付不能可歸責於債務人時，除損害賠償請求權外，仍應賦予債權人代償請求權，以避免債權人無法充分地以損害賠償請求權填補損害時，陷入保護不足之困境。

更有甚者認為，給付不能可歸責於債務人時，債務人所取得對於第三人之損害賠償債權，本屬於其損害賠償請求權之責任財產之一，債權人受償之權利與其他債權人相等。然而，應解為此時債權人得透過代償請求權之行使，債權人對於此債權具有優先行使權，得優先於其他債權人就該債權受償，以保障其利益<sup>88</sup>。

### 三、 基於體系定位之理由

有學說則應從代償請求權之體系定位出發，認為既代償請求權係履行請求權限制（改正後民法第 412 條之 2）推定債務人意思之補充規定，二者之給付不能應為相同之解釋，因而認為不論債務人是否具有歸責事由皆有之適用<sup>89</sup>。又採代償請求權屬於不當得利制度中一環之論者，亦認為既實務判例承認不當得利與損害賠償請求權有處於競合關係之可能，則無理由否定代償請求權與損害賠償請求權並存之可能<sup>90</sup>。

### 四、 避免主張及舉證上產生詭異之結果

再者，亦有學說認為，倘將代償請求限於債務人不具有可歸責事由時，將導致債務人於債權人向其主張代償請求權，並證明給付陷於不能且債務人取得代償利益時，債務人須抗辯並證明給付不能之事由可歸責於其此詭譎之情形。同樣地，債權人行使代償請求權時，亦須為債務人不具有歸責事由之主張及舉證，亦顯得

---

<sup>87</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 79，頁 356。

<sup>88</sup> 平野裕之（2019），前揭註 76，頁 121。

<sup>89</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 464。

<sup>90</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 79，頁 355-356。

詭異<sup>91</sup>。於債權人同時主張損害賠償請求權與代償請求權時，將生債務人一面對於代償請求之主張證明給付不能係可歸責之同時，另一方面等同承認自己應負損害賠償責任此奇妙之結論<sup>92</sup>。是故，不應以債務人不具有免責事由作為代償請求權之要件。

### 第三款 我國法

自前所提及之代償請求權立法例，可發現不論德國法或日本法之新法及舊法，皆未以「不可歸責於債務人」作為代償請求權之要件。而我國債務不履行中給付不能之規定，明文以債務人可否歸責作為不同請求權基礎之分野，於不可歸責於債務人時，債務人免給付義務且債權人得主張代償請求權；於可歸責於債務人時，債權人得主張履行利益之損害賠償請求權。有疑義者係，雖民法第 225 條第 2 項明文「因前項（不可歸責於債務人）之給付不能事由」，惟於可歸責於債務人時，債權人是否即僅得主張損害賠償請求權？抑或債權人得類推適用本項規定？以下詳述之。

### 第一目 學說見解

#### 一、 否定說

採否定說論者認為，代償請求權係避免債務人一面免給付義務，另一面繼續保有損害賠償請求權或賠償物，將因而使債務人獲有不當之利益。因此，於債權人得行使損害賠償請求權時，以足以填補其損害，另賦予其代償請求權並無意義<sup>93</sup>。且債務人是否行使、如何行使對第三人之損害賠償請求權為其自身權利及自

---

<sup>91</sup> 潮見佳男（2017），前揭註 77，頁 299。

<sup>92</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 79，頁 363。

<sup>93</sup> 謝哲勝（1995），〈民法第二百五條第二項債權人代償請求權客體之研究〉，《財產法專題

由，倘於此時仍賦予債權人代償請求權，無異謂強迫其行使權利而悖於權利自由之原則<sup>94</sup>。

亦有以時效觀點出發者，認為民法第 226 條損害賠償請求權係原債權之延續，其消滅時效期間自應合併繼續計算，而民法第 225 條第 2 項代償請求權係新發生權利，其消滅時效應重新起算。若於債務人可歸責時承認債權人得自二者中擇一行使，則可能發生債權人損害賠償請求權已罹於時效，但代償請求權仍得行使之不合理結果<sup>95</sup>。

## 二、肯定說

相對於此，採肯定說論者，基於保護債權人利益之角度，認為債權人行使代償請求權，較民法第 226 條第 1 項損害賠償請求權更為有利（如舉證責任），故不妨兩者同時存在<sup>96</sup>。亦有認為，在不可歸責於債務人時，既允許債務人得選擇代償請求權，於可歸責於債務人時，則更無不許之理。且允許債權人就二者為選擇，對當事人並無不公平之情形<sup>97</sup>。是故，應肯認債權人於債務人可歸責時，得類推適用民法第 225 條第 2 項代償請求權之規定，請求債務人移轉其損害賠償請求權或賠償物。

少數學說認為，解釋上代償請求權之規定於債務人可歸責時亦有「適用」，除了上述同於對債權人之保護外，於不可歸責於債務人時，債權人尚得主張，可

---

研究》，初版，頁 113-127，台北：三民；劉春堂（2011），前揭註 56，頁 339。

<sup>94</sup> 王伯琦（1983），《民法債編總論》，第 11 版，頁 162，台北：自版。孫森焱（2009），前揭註 42，頁 517；鄭玉波（2002），前揭註 51，頁 349。

<sup>95</sup> 劉春堂（2011），前揭註 56，頁 339。

<sup>96</sup> 史尚寬（1983），前揭註 42，頁 376；陳聰富（2002），〈代償請求權〉，《台灣本土法學雜誌》，第 32 期，頁 152；陳自強（2015），前揭註 42，頁 251-252。

<sup>97</sup> 鄭冠宇（2015），《民法債編總論》，第 2 版，頁 164，台北：新學林；邱聰智（2013），前揭註 46，頁 61；林誠二（2013），前揭註 42，頁 84。



歸責時，基於舉輕以明重之邏輯，當然亦應得主張之<sup>98</sup>。

對於否定說論者之疑慮，肯定說論者認為，於契約標的物於市場難以取得之情形，債權人若僅得請求損害賠償並不足以保障其利益，此時另賦予債權人代償請求權實深具意義。再者，代償請求權旨在使債權人以替代利益滿足其原給付利益，因債務人係因給付不能而取得對第三人之損害賠償請求權，難謂賦予債權人代償請求權係強迫債務人行使其權利而悖於權利行使自由原則<sup>99</sup>。

## 第二目 實務見解

早期最高法院 69 年台上字 259 號判決認為：「民法 225 條規定：『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(第一項)，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(第二項)』。必須因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，始有該條之適用。」即以民法第 225 條第 2 項文義限於不可歸責於債務人，否定債權人於給付不能可歸責於債務人時主張代償請求權。然而，亦有下級法院判決認為，既債權人於債務人不可歸責致給付不能時尚得主張代償請求權，基於「舉輕以明重」之原則，更無不許債權人於債務人可歸責時主張代償請求權之理<sup>100</sup>。故債權人應得類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，向債務人主張代償請求權。

近來最高法院穩定之見解亦採肯定說，應該是第一個明白表示肯定之最高法

---

<sup>98</sup> 楊佳元 (2002)，〈可歸責於債務人致給付不能〉，《法學講座》，第 7 期，頁 71。

<sup>99</sup> 王澤鑑 (2009)，前揭註 29，頁 264。

<sup>100</sup> 臺灣士林地方法院 101 年度重訴字第 12 號判決：「於出賣人因不可歸責於己之事由致給付不能時，買受人尚得請求其讓與對第三人之請求權以為履行，於出賣人因可歸責於己之事由致給付不能時，舉輕以明重，更無不許買受人行使代償請求權之理。是以，倘出賣人對第三人因給付不能之事由有損害賠償請求權者，買受人除得依民法第 226 條規定請求損害賠償外，亦得類推適用民法第 225 條第 2 項規定，請求出賣人讓與對第三人之損害賠償請求權。」

院 105 年度台上字第 2111 號判決<sup>101</sup>認為：「依民法第 225 條第 1 項、第 2 項規定之文義，固須不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得主張代償請求權。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第 225 條第 2 項規定之立法理由謂「其不能給付，『不問其債務人應否負責』，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益」，應認債權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第 226 條第 1 項）或代償請求權以保護其利益。」

上述判決雖肯定債權人此時得主張代償請求權，但並未明確表示債權人係適用抑或類推適用民法第 225 條第 2 項之規定。探究其判決理由，先表明超出文義範圍，但於探求立法者意思之過程，自民法第 225 條之立法理由中「不問其債務人應否負責」之文字，得出立法者並無將代償請求權限縮於債務人不可歸責致給付不能時之意思，且為達保障債權人利益此立法目的，應使債權人得自由選擇行使代償請求權或損害賠償請求權。依其脈絡，最高法院之意思應係，此時債權人得「類推適用」民法第 225 條第 2 項之規定。

### 第三目 實務見解之評析

#### 一、類推適用說

近期最高法院穩定之見解，否定單純之文義解釋，而以民法第 225 條立法理由中之「不問其債務人應否負責」文字<sup>102</sup>，作為肯定得類推適用之論述基礎。類

---

<sup>101</sup> 相同意旨，參見：最高法院 106 年度台上字第 696 號判決。

<sup>102</sup> 民法第 225 條第 2 項之立法理由提及：「又同律第三百六十四條理由謂債務人因其債務標的不能給付，有由第三人受損害賠償者，有向第三人取得損害賠償請求權者，此時其不能給付，不問其債務人應否負責，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益。」

推適用係以漏洞存在為前提<sup>103</sup>，可認為實務見解係採取歷史解釋之方式，以立法資料為基礎，說明現行法律的缺漏狀態違反立法計畫。惟本文認為，此論者單自立法理由中，得出於可歸責於債務人時存有法律漏洞之結論，並不妥適，以下詳述之。

## （一） 法律漏洞

所謂法律漏洞，一般係指「關於某一法律問題，法律依其內在目的及規範計畫，應有所規定，而未設規定」而言，其基本之特徵在於「違反計畫的不完整性（不圓滿性）」<sup>104</sup>。申言之，雖整體法秩序要求某一個法律定存在，但在制定法可能之文義範圍內以及習慣法中，並不含有這樣的法律規定時，則會認為此時具有法律漏洞存在<sup>105</sup>。

關於違反計畫，必先認知到法律所預設或理想之標準，進而將理想之法律計畫<sup>106</sup>與現行法律狀態比較後，方得知曉計畫被違反<sup>107</sup>。通說認為探求「作為法律基礎之規範計畫」應從其本身出發，透過法律，以「歷史解釋」及「目的論的解釋」之方式來求得<sup>108</sup>。違反計畫的不完整狀態，與其說是法律漏洞有無之標準，不如說是法律漏洞之分類標準，而違反計畫的不完整性僅為一種法律漏洞，非所

---

<sup>103</sup> 最高法院 93 年度台上字第 1718 號判決：「按類推適用，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，加以適用，為基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞的方法，倘無法律漏洞，自不生類推適用而補充之問題。又所謂之法律漏洞，乃指違反法律規範計劃、意旨的不完整性，法律所未規定者，並非當然構成法律漏洞，端視其是否違反法律規範意旨、計劃及立法者之是否有意沉默而定。」

<sup>104</sup> 王澤鑑(2016)，《法律思維與民法實例》，頁 302，台北：自版；Karl Larenz(著)、陳愛娥(譯)(2013)，《法學方法論》，頁 283，台北：五南。

<sup>105</sup> 吳從周(2006)，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 2 期，頁 113。

<sup>106</sup> 此所謂理想之法律計畫是指誰的計畫，有認為係立法者應有之計畫，亦有認為此計畫非一種客觀存在、可直接適用之標準，而是一種司法者對矛盾的規範與平價進行的和諧解釋。參見：吳從周(2006)，前揭註 105，頁 113。

<sup>107</sup> 吳從周(2006)，前揭註 105，頁 113。

<sup>108</sup> Karl Larenz(著)、陳愛娥(譯)(2013)，前揭註 104，頁 283-284；吳從周(2006)，前揭註 105，頁 113。



有之法律漏洞都是違反計畫的<sup>109</sup>。當立法者有意授權法官，使其進行受委託的補充者，如規定重大事由等不確定法律概念，或立法者對某一事項刻意不為規定(有意沉默)時，即無違反計畫而屬有計畫的不完整性。

具體操作上，認定漏洞(違反規範計畫的不完整性)是否存在，或單純只是一個立法政策上的缺失(有計畫的規範不完整性)，須要先找出一個特定的規範，透過援用該類似的法定構成要件，比較未規定的案例與已規定的案例間是否有其「類似性」，再以平等原則作為認定漏洞之標準。蓋平等原則要求法律在此種情形下應予以填補，而此種類似性的判斷應取決於法律背後之立法目的與立法評價<sup>110</sup>。

## (二) 歷史解釋

為說明方便，將代償請求權立法過程相關法案之規定，整理如下表：

表格二：我國代償請求權立法歷程相關規定與草案

來源：作者自製

	免給付義務	代償請求權	與債務不履行損害賠償請求權之競合
清	第 361 條	第 364 條	第 355 條

<sup>109</sup> 黃茂榮(2006)，《法學方法與現代民法》，增訂第5版，頁630，台北：自版；吳從周(2006)，前揭註105，頁114。

<sup>110</sup> 雖漏洞之認定係漏洞填補之前提，惟因藉由平等原則探知現行之不完整性，並且在此種平等原則的探知上所作之比較，進而回溯到制定法之評價，無非意味者：漏洞是透過類推適用(填補漏洞)之途進而被認定的，故學者Canaris特別強調「類推適用不僅是法律漏洞之填補方法，同事也是用來認定漏洞之方法。」參見：吳從周(2006)，前揭註105，頁117-118。相同見解，參見：王澤鑑(1991)，〈關於鄰地通行權的法律漏洞與類推適用－最高法院七十九年度第二次民事會議決議在法學方法論上的分析檢討〉，《萬國法律》，第55期，頁9-10。

律 草 案	債務關係發生後，非因歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免其義務。前項規定，於因同一事由債務人無給付資力者，準用。	債務人因不能之事由，就債務之標的受第三人之損害賠償者，債權人得向債務人請求其交付因賠償所受領之物。  債務人於前項原因向第三人取得損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權。	債權人有不履行之損害賠償請求權者，須從請求之全額中，將前條權利所取得之損害賠償價額或損害賠償請求權價額扣除之。
民 律 草 案	第 322 條第 1 項  因債務人不應負責之事由致給付不能者，債務人免給付義務。	第 322 條第 2 項  債務人因前項給付不能之事由，得向第三人請求損害賠償者，債權人得請求將其損害賠償請求權，或受領之賠償物，移轉於己。	無
現 行 民 法	第 225 條第 1 項  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。	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。	無

首先，本文試圖透過歷史解釋之方式，探求作為法律基礎之規範計畫。我國民法債編歷經大清民律草案（又稱第一次民律草案）以及國民律草案（又稱第二次民律草案）而訂立，自體例之觀點而言，現行民法與國民律草案較相似，皆將代償請求權接續訂於因債務人不可歸責而免給付義務規定同條之後。至於要件方面，現行民法亦沿用民律草案以不可歸責於債務人為要件。換言之，清律草

案將債務人因不可歸責而免給付義務與代償請求權分別規定，且代償請求權不以債務人不可歸責為要件，皆與現行民法有重大之歧異。相對於此，民律草案反倒較近似於現行法。基此，現行民法之立法理由理應延續民國民律草案之立法說明，或就現行法最終回頭改採清律草案而非民律草案之體例為說明。

然弔詭者係，現行法之立法理由<sup>111</sup>中明文「查民律草案第 361 條...又同律第 364 條...。」雖未言明係引用第一次抑或第二次民律草案，就條號以觀，應係指第一次民律草案（蓋第二次民律草案關於因不可歸責於債務人致給付不能之規定係置於第 322 條第 1 項，而代償請求權之規定係置於同條之第 2 項。）就立法理由之內容而言，大清民律草案第 364 條<sup>112</sup>之立法說明提及：「債務人因其債務標的不能給付，有由第三人受損害賠償者，有向第三人取得損害賠償請求權者，此時其不能給付，不問其債務人應否負責，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益，此本條所設由也。」<sup>113</sup>經比對後發現，現行民法代償請求權之立法理由幾乎原封不動地保留清律草案（第一次民律草案）之立法說明。

誠如上述，現行法與清律草案（第一次民律草案）關於給付不能之體系、代償請求權之條文及要件已有明顯差異，沿用清律草案之立法說明，似無法反映立法者之真意。惟在民律草案（第二次民律草案）及現行法之立法資料欠缺之窘境

---

<sup>111</sup> 現行法第 225 條立法理由：「查民律草案第三百六十一條理由謂給付於債務關係發生後，依客觀或主觀之不能，並其原因非歸責於債務人之事由時，應使債務人免其義務。故設第一項以明示其旨。又同律第三百六十四條理由謂債務人因其債務標的不能給付，有由第三人受損害賠償者，有向第三人取得損害賠償請求權者，此時其不能給付，不問其債務人應否負責，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益。故設第二項以明示其旨。」

<sup>112</sup> 大清民律第 364 條規定：「債務人因不能之事由，就債務之標的受第三人之損害賠償者，債權人得向債務人請求其交付因賠償所受領之物。債務人於前項原因向第三人取得損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權。」

<sup>113</sup> 司法行政部民法研究修正委員會（1976），《中華民國民法制定史料彙編（上）》，頁 400-401，台北：司法行政部總務司。

下，立法者之真意為何，實已不可考。

撇除上述不合理之處，也不論現行法立法理由是否能反映立法者之意思，僅就立法理由之內容為討論。清律草案中代償請求權之規定，因僅以「債務人不能之事由」作為要件，於此，對於立法說明中之「不問其債務人應否負責」，誠如學說及實務之見解所述，應為代償請求權之成立與債務人是否具有歸責事由無關，既債務人之歸責事由非要件則無須探究之意。然而，現行法既以「(不可歸責於)債務人之給付不能事由」為要件，搭配立法理由中之「不問其應否負責」，先不論於此理應與清律草案為不同之解釋，是否能推導出與前述相同之立法者規範計畫，不無疑義。

再者，參酌現行民法立法各編說明所提及：「給付不能，有因可歸責於債務人之事由所生者，有因不可歸責於債務人之事由而生者，其債務人之責任自不相同，故本案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(民法第 226 條第 1 項)。因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，則債務人免除其為給付之義務(第 225 條第 1 項)。<sup>114</sup>」可知在立法者之計畫中，給付不能之體系，以債務人是否具有可歸責事由劃分債務人應承擔之責任，且歸責事由亦影響債務人責任之輕重。若貫徹此思維，將現行民法 225 條第 2 項條文之所以未將於可歸責於債務人之情形納入規範，解為是立法者在民法 225 條限縮於不可歸責於債務人情形下，所為的有意沉默，亦不無可能。

## 二、 舉輕以明重說

### (一) 內涵

---

<sup>114</sup> 司法行政部民法研究修正委員會(1976)，《中華民國民法制定史料彙編(下)》，頁 495，台北：司法行政部總務司。

關於舉輕明重之推論的性質，早期實務將之稱為當然解釋，學說亦認為其在論證上係屬當然的推理，仍於解釋的範疇，且屬所謂的論理解釋，與類推適用屬法律補充之範疇不同<sup>115</sup>。相對於此，德國通說認為，輕重相舉之推論，顯然並不是一種在「可能文義範圍」內之解釋方式，將之稱為解釋難免有誤導之嫌。其性質上與類推適用係並列之續造法律論證方式，其結構與類推適用非常相似，皆為填補法律漏洞之一種論證方式，只是類推適用取向於不同案件之間「目的論上之同一性」，而輕重相舉更注重於「評價上之層級次序」<sup>116</sup>。

舉輕明重之推論的內涵為，某一法規對某一構成要件事實 F1 規定法律效果 R，現有一事實 F2 雖法規未加以規範，但相較於 F1 事實「依該法規之目的」F2 事實更為重要，則適用於 F1 事實之法律效果當然更應適用於 F2 事實。而具體操作上困難之處在於：何者為輕，何者為重？對此，學說上認為輕重相舉之論證為一種以目的論為條件之法學論證方式，與類推適用相同須探究立法意旨，方得評價判斷構成要件之輕重寬嚴<sup>117</sup>。基此，有學說認為，因輕重相舉與類推適用僅為論證取向之不同，本質上均為相同之思維方式，且兩件被互相比較之事實，究係輕重關係亦或類似關係時常難以判斷，其標準亦難以說明，致時常有混用之情形<sup>118</sup>。

## （二）疑義

前所提及之士林地方法院 101 年度重訴字第 12 號判決，即為錯誤混用之一適例。該判決一面運用舉輕以明重之推論，認為既不可歸責於債務人時（輕）得適用代償請求權，則可歸責於債務人時（重）更無不許之理。另一面，卻又認為

---

<sup>115</sup> 王澤鑑（1996），〈舉重明輕、衡平原則與類推適用（上）〉，《法令月刊》，第 47 卷第 2 期，頁 7。

<sup>116</sup> 吳從周（2006），前揭註 105，頁 120-121。

<sup>117</sup> 吳從周（2006），前揭註 105，頁 121-122。

<sup>118</sup> 吳從周（2006），前揭註 105，頁 123、126。



債權人得類推適用民法第 225 條第 2 項之定主張代償請求權，似乎係因難以區分孰輕孰重，以致於造成舉輕以明重與類推適用兩種思維方式並用之錯誤。

其次，欲為舉輕以明重之推論，必先探究可歸責於債務人此一事實，相較於不可歸責於債務人此事實，是否更為重要，唯有從規範目的出發。代償請求權之立法目的，誠如第三章所述，係為平衡調整當事人間失當之財產價值分配，賦予債權人向債務人請求，將侵害歸屬於其「相對性之債權」之利益返還之權利。對於以調整失當財產價值分配為目的之規範而言，不同於損害賠償請求權，更著重於債務人是否取得不恰當之利益，債務人受否對於造成失當財產分配具有歸責事由並非重點。此參酌於不當得利制度中，主觀因素僅涉及返還責任之範圍，於不得得利返還責任之「成立」，亦不區分債務人主觀因素，即為一適證。是故，本文認為，無法得出對於代償請求權而言，可歸責於債務人之事實，相較於不可歸責於債務人之事實，依代償請求權之規範目的而認為前者更為重要，故適用於不可歸責於債務人之法律效果，當然更應適用於可歸責於債務人之結論。本判決以舉輕以明重之推論為由，肯定債權人於債務人可歸責時亦得行使代償請求權，論證過程似有瑕疵。

## 第四目 本文見解

### 一、 無法單以立法理由得出得類推之結論

首先應說明者係，至此本文並無意表示代償請求權並未將給付不能可歸責於債務人之情形納入要件，係立法者有意之沉默。惟綜上所述，應認為無法「僅」以現行法立法理由中「不問其債務人應否負責」之文字，反映立法者之計畫。實務判決以歷史解釋之方式，得出於可歸責於債務人時存有漏洞之見解，有待商榷，理由如下。首先，現行民法第 225 條第 2 項代償請求權之立法理由疑似引用錯誤，因而無法以之作為本項存有法律漏洞之依據。其二，先不論引用錯誤之疑慮，參

酌現行法要件與清律草案之差異，立法理由中「不問其債務人應否負責」與現行法中「不可歸責於債務人」之搭配下顯得弔詭，顯難以之完整顯現立法者之意思。其三，參酌現行民法立法各編說明，可知在立法者之計畫中，給付不能之體系，係有意以債務人是否具有可歸責事由劃分債務人應承擔之責任。將現行民法 225 條第 2 項條文之所以未擴及可歸責於債務人之時，解為係立法者有意之沉默亦不無可能，單憑立法理由中之文字探求立法者之計畫顯有不妥之處。故本文以為，從歷史解釋之方式，實務單憑民法第 225 條第 2 項立法理由中「不問其債務人應否負責」之文字，即認定於債務人可歸責時存有法律漏洞之見解，並不穩固。

## 二、 循規範目的確認民法第 225 條第 2 項有法律漏洞

誠如前述，欲探求「作為法律基礎之規範計畫」應從其本身出發，透過法律，以「歷史解釋」及「目的論的解釋」之方式來求得，當前立法資料之疑慮與欠缺，無法透過歷史解釋之方式探求，則應改由目的論解釋尋求民法第 225 條第 2 項之規範計畫。

代償請求權之規範目的，係為平衡調整當事人間失當之財產價值分配，賦予債權人向債務人請求，將侵害歸屬於其「相對性之債權」之利益返還之權利。申言之，對於代償請求權而言，於債之關係中債務人是否對於給付不能之事由具有歸責事由並非重點，而應著重於債權人與債務人間是否存有不恰當之利益分配，蓋不論給付不能可否歸責於債務人，其取得利益時皆存有須藉代償請求權調整其間不當價值分配之可能。於如此理解代償請求權下，否定說論者所謂於可歸責於債務人時，賦予債權人代償請求權有悖於債務人權利行使自由之疑慮，即無說服力。蓋倘該權利於立法者之價值判斷上本即非歸屬於債務人，何來限制行使自由之疑慮。

據此以解，在調整當事人間不恰當財產價值分配的規範意旨下，因「可歸責」

與「不可歸責」二者係完全不同之概念，單純依民法第 225 條第 2 項之文義以觀，顯然並不包含前者在內。是以，於現行法架構下，欠缺規範與「不可歸責於債務人致給付不能」應為相同評價的「可歸責於債務人致給付不能」情形，顯然即存有違反立法者規範計畫之漏洞，而有予以填補之必要。



### 三、 應肯認可歸責於債務人時得類推適用民法第 225 條第 2 項

#### (一) 類推適用於法學方法上之角色

所謂的類推適用，即將法律明文之規定，適用到該法律規定所未直接加以規定，但其規範上之重要特徵與該規定所明文規定者相同之案型<sup>119</sup>。具體而言，係指「將法律針對某構成要件（A）或多數彼此相類的構成要件所賦予之規則，轉用於法律所未規定，而與前述構成要件相類的構成要件（B）」<sup>120</sup>。一般認為，類推適用係作為「顯然的」法律漏洞之填補方法<sup>121</sup>。

在我國法上，其適用之依據係民法第 1 條之「法理」，而其中與類推適用最有關係者，即為「平等原則」<sup>122</sup>。關於平等原則之內涵，一般認為所指涉的是：「相同事物，相同處理；不同事物，不同處理」。惟事實上，此段論述僅係一純粹形式之命題而已，其並無法就「何謂相同與不同」，以及「如何處理相同與不同」之問題作出說明<sup>123</sup>。

就前者而言，在概念上即與本文上述就漏洞之說明息息相關，類推適用既然

---

<sup>119</sup> 黃茂榮（2006），前揭註 109，頁 730。

<sup>120</sup> Karl Larenz（著）、陳愛娥（譯）（2013），前揭註 104，頁 290。

<sup>121</sup> 有關「漏洞」之分類，學說上不一而足，相關介紹可參：吳從周（2006），前揭註 105，頁 114-116。

<sup>122</sup> 吳從周（2006），前揭註 105，頁 118。

<sup>123</sup> 吳從周（2006），前揭註 105，頁 118。

係作為「顯然的法律漏洞」之填補方法，則在認為有類推適用之前，即必須先有一漏洞之存在，且此漏洞又恰巧與某一規範之構成要件具備「相類似性」（或者說，在平等原則的概念下，即係所謂的「相同事物」），方有類推適用之可能。

雖在現實上，所謂之相同或不同是不存在的。蓋唯有「數字」才可能完全相同或不同<sup>124</sup>。因此，平等原則中所指涉的「相同事物」或「不同事物」，毋寧應稱之為「類似性」與「不類似性」。而此種類似性與不類似性，則係取決於以某一「比較點」為標準下之產物。由此可知，類推適用與否嚴格來說並非邏輯上之推演，而係一種「比較」的結構，類推之結果可能會因比較點的選擇與特徵之決定，產生完全不同之結論。最終，與漏洞之認定相同，類推適用仍訴諸於評價者所做成之意志的決斷，依舊是一種評價之行為<sup>125</sup>。

於判斷類推適用與否之比較結構中，應如何得出該比較點至關重要。詳言之，所謂兩個事實間彼此「相類似」係指，兩者在某些觀點上一致，其餘則否。亦即，二事物既不能完全相同，也不能絕對不相同，而必須恰好與法評價有關的重要觀點上相互一致（法律上有意義的特徵為相同）。惟有疑義者係，在認定法律所規定之案件的特徵中，應如何擇定比較之基準，亦即何者為與法律評價相關之重要觀點？學說上認為，探求何者具有規範上之評價意義，以及為何具有意義，須求助於該法規之立法目的，意即仍應回歸於其規範意旨<sup>126</sup>。

## （二）類推適用之具體操作

誠如前述，可歸責於債務人致給付不能之情形，現行代償請求權之規範架構下存有法律漏洞。關於漏洞可否藉由類推適用民法第 225 條第 2 項之作法予以填

---

<sup>124</sup> Arthur Kaufmann (著)、吳從周 (譯) (2016), 《類推與「事物本質」——兼論類型理論》，頁 65，台北：新學林。

<sup>125</sup> 吳從周 (2006)，前揭註 105，頁 119。

<sup>126</sup> 黃茂榮 (2006)，前揭註 109，頁 730。

補，所須進行者，係藉由規範意旨擇定法律上有意義的特徵（比較點）後，將「可歸責於債務人」與「不可歸責於債務人」二者進行比較，分析二者間於規範上具有法律意義之重要特徵是否一致，而具有類似性。

代償請求權之規範目的係為調整債權人與債務人間，應歸屬於他人之相對性債權之利益所生的不當財產分配。當債務人原給付義務陷於給付不能時，不論是否係因可歸責於債務人之事由致給付不能，債務人均免除其履行原定給付之義務<sup>127</sup>。於債務人因給付不能之事由取得「代償利益」時，債務人是否對於給付不能之事由具有歸責事由，亦不影響此時債權人與債務人間，被評價為存有不恰當利益流動之事實。

蓋對於代償請求權而言，評價之重點在於債務人是否取得應歸屬於債權人之利益，而肇致其間不恰當之財產分配。代償請求權之正當性基礎在於，當事人財產價值分配失當，基於公平原則介入調整之。別於履行利益之損害賠償請求權，非以填補債權人因給付不能所生之損害為目的，而毋庸藉由債務人之可歸責性，建構債務人應負填補債權人損害責任之正當性。換言之，債務人主觀上之歸責事由於代償請求權，在規範目的之法律評價上並不具重要性。

是以，將「給付不能可歸責於債務人而取得代償利益」與「給付不能不可歸責於債務人而取得代償利益」二者進行比較，於後者之情況，債務人亦因給付不能而免除原給付義務，同時因該給付不能取得代償利益，肇致其間財產價值失當

---

<sup>127</sup> 民法第 225 條第 1 項雖有「不可歸責於債務人」之規定，但就免給付義務之法律效果而言，則不須探討是否可歸責於債務人，蓋不能使人負擔不能給付之給付義務。參：楊佳元（2002），前揭註 98，頁 70。陳自強（2015），前揭註 42，頁 198-199。最高法院 31 年上字第 391 號判例：「債之關係發生後給付不能者，無論其不能之事由如何，債權人均不得請求債務人為原定之給付，此觀於民法第二百五條及第二十六條之規定自明。物之交付請求權發生後，其物經法律禁止交易致為不融通物者，給付即因法律上之規定而不能，其禁止交易在訴訟繫屬中者，為原告之債權人，如仍求為命被告交付該物之判決，自應認其訴為無理由，予以駁回。」同旨：司法院 30 年院字第 2182 號解釋。

之分配，可認為相較於前者之情況，與代償請求權法評價有關的重要觀點上相互一致，其間法律上有意義的特徵相同而具有類似性。在此基礎上，即具有類推適用之必要。

綜上所述，現行法第 225 條第 2 項文義上未涵蓋給付不能可歸責於債務人之情形，透過目的論解釋之方式探求立法者之規範計畫，發現現行法之框架下，顯然即存有違反立法者規範計畫之漏洞。再將「給付不能可歸責於債務人而取得代償利益」與「給付不能不可歸責於債務人而取得代償利益」二者進行比較，於調整當事人間不當財產價值分配之規範意旨下，可認其間法律上有意義的特徵相同，而具有類似性。依據民法第 1 條，衡諸「相同事物相同處理；不同事物不同處理」平等原則之法理，於給付不能可歸責於債務人時，應以類推適用民法第 225 條第 2 項規定之方式，填補該漏洞。

#### 第四款 小結

日本法上對於代償請求權是否應限於給付不能不可歸責於債務人之時，或因受到改正前通說對於代償請求權定位不明之影響，爭議更甚於德國法與我國法。否定說論者似仍立於危險負擔制度之補充以及損害賠償之思維，認為於給付不能可歸責於債務人時，賦予債權人行使損害賠償請求權即已足保護其利益。並認為債務人可能因商業之特殊考量而不願使第三人負擔責任，為避免過度干預債務人之財產處分自由為由，採取否定之見解。

本文推測，此可能係代償請求權請求移轉對第三人之請求權時，不同於德國法與我國法，日本法上有其可能具有形成權效力之爭論，因而對於第三人財產處分之干預之顧慮更高。惟本文認為，事實上若債務人有此顧慮時，其先行給付損害賠償金或替其承擔代償債務即可解決。再者，若真有此顧慮，則於給付不能不可歸責於債務人之時亦存在之，似無以此作為否定於可歸責於債務人時有代償請

求權適用之理由。

我國法上對於給付不能可歸責於債務人時之討論，否定說除對債務人權利行使自由過度干預，與日本法相同不再贅述外，關於可能造成損害賠償請求權與代償請求權時效消滅不一致之質疑，本文認為誠如第三章所述，二者本即為不同且各自獨立之制度。因此，債權人損害賠償請求權已罹於時效，但代償請求權仍得行使之結果，並無不合理，似難以此為由否定債權人得於債務人可歸責時主張代償請求權。

關於此爭議，於多數學說採取肯定說下，我國最大之問題不在於肯否說之爭論，而在於法學方法上之具體操作。本文認為，現行法第 225 條第 2 項文義上未涵蓋給付不能可歸責於債務人之情形，但透過目的論解釋可發現存有違反立法者規範計畫之漏洞。且「給付不能可歸責於債務人而取得代償利益」與「給付不能不可歸責於債務人而取得代償利益」二者其間法律上有意義的特徵相同，而具有類似性。故應認為，依民法第 1 條之規定，於給付不能可歸責於債務人時，應以類推適用民法第 225 條第 2 項規定之方式，填補該漏洞<sup>128</sup>。

## 第二節 債務人因給付不能取得代償利益

### 第一項 因果關係

<sup>128</sup> 關於此問題，法務部所委託之研究計畫「民法債務不履行、瑕疵擔保責任及請求權時效制度規範之檢討與立法建議—以現代國際契約法的發展趨勢」成果報告書中，所提出之修正條文草案第 225 條給付不能規定：「給付不能者，債務人免給付義務。其因可歸責於債務人之事由所致者，亦同。給付所需之費用，依債之關係及誠實信用方法，與債權人之給付利益間顯然失衡者，債務人得拒絕給付。但顯然失衡係因可歸責於債務人之事由所致者，不在此限。給付應由債務人親自為之者，如衡量阻礙其給付之事由與債權人之給付利益，無法期待其為給付時，債務人得拒絕給付。債務人依前三項規定拒絕給付時，不妨礙債權人行使其權利。」修正條文草案第 226 條之 2 債權人之代償請求權規定：「債務人因第二百五條第一項至第三項免給付義務之事由，對第三人損害賠償請求權者，債權人得請求債務人讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。債權人依前項規定所得請求之範圍，以債務人得請求損害賠償之權利或實際所得代償物之價值為限。但損害賠償請求權或代償物之價值，低於給付之價值者，對待給付應依締約時標之物之價值與債務人得請求權利或實際所得代償物價值之比例，減少之。」委託計畫建議，以修法之方式，將給付不能可歸責於債務人之情形納入代償請求權主觀之適用範圍，以解決此立法漏洞。

## 第一款 德國法

德國通說認為，當債務人係因其免給付義務之事由而取得之利益，亦即致給付義務排除之事由與代償利益之取得間具有因果關係時，債權人即得依代償請求權之規定請求移轉之。至於所謂因果關係，是否須要求其間具有相當因果關係，學說上則以代償請求權並非損害賠償請求權為由，否定須具有相當性<sup>129</sup>。

關於因果關係認定上，德國實務採取較寬鬆之見解，於債務人因標的物滅失而取得保險金之情形，嚴格來說保險事故之發生並非債務人取得保險金唯一之原因，尚須債務人與保險公司間具有保險契約，惟實務見解認為免給付義務之事由僅須為債務人取得利益之其中一原因即足，無須為唯一之原因<sup>130</sup>。此外，德國通說對於此要件判斷採取寬鬆之見解，於債務人因交易所取得價金之案例中更為明顯，留待第五章詳述之。

## 第二款 日本法

學說上有認為，債務人取得代償之利益或請求權之事由，須與給付不能事由間具有相當因果關係者。惟多數學說認為，債務人取得之利益或權利，與給付不能係「同一原因」而生即可。換言之，給付不能與取得代償利益間具有因果關係，債權人即得透過代償請求權請求移轉之<sup>131</sup>。

再者，多數學說亦對於因果關係之認定採取相對寬鬆之見解，認為債務人所取得代償利益之原因，不必以給付不能之事由為唯一原因，僅給付不能事由為債務人取得代償利益之原因之一即足<sup>132</sup>。

---

<sup>129</sup> 田中宏治（2018），前揭註1，頁391-392。

<sup>130</sup> 磯村保（1986），〈二重売買と債権侵害（三）：「自由競争」論の神話〉，《神戸法學雜誌》，第36卷第2号，頁292。

<sup>131</sup> 近江幸治（2009），前揭註85，頁78；潮見佳男（2017），前揭註77，頁295。

<sup>132</sup> 石坂音四郎（1916），前揭註21，頁584；田中宏治（2018），前揭註1，頁467。



### 第三款 我國法



自民法第 225 條第 2 項規定中「債務人『因』前項給付不能之事由...」可得出代償請求權之發生以該損害賠償請求權須與給付不能之事由間具有因果關係為限<sup>133</sup>。於此之因果關係應如何認定，學說上有採相當因果關係說者<sup>134</sup>。惟多數採取寬鬆之見解而認為僅須有（條件）因果關係，其為相當因果關係為否在所不問，蓋係源自於公平原則之制度，故應以代償移於債權人是否公平為斷<sup>135</sup>。又給付不能之事由，無須為債務人取得損害賠償請求權或利益之唯一原因，其為數原因中之一即足<sup>136</sup>。

少數學說則認為，自民法第 225 條第 2 項所規定之「債務人因給付不能事由而取得之損害賠償請求權」，可知代償請求權之客體係指「直接」替代利益<sup>137</sup>。亦即，唯有因給付不能之事由，未經債務人另外耗費勞力、時間、費用，「直接轉換」而成的權利，使得稱為代償請求權之客體<sup>138</sup>。

### 第四款 本文見解

因果關係之判斷基準，可分為直接因果關係與間接因果關係。若套用於代償請求權中，前者係指，由於同一事實，致原給付陷於給付不能，而債務人取得利

---

<sup>133</sup> 史尚寬(1983)，前揭註 42，頁 374。孫森焱(2009)，前揭註 42，頁 513-514；王澤鑑(2009)，前揭註 28，頁 137；最高法院 102 年度台上字第 523 號判決：「民法第二百五條第二項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，且該利益係給付標之物之代替利益，始足當之。」相同意旨：最高法院 97 年度台上字第 961 號民事裁定。

<sup>134</sup> 王澤鑑(2009)，前揭註 28，頁 137。

<sup>135</sup> 史尚寬(1983)，前揭註 42，頁 374。

<sup>136</sup> 史尚寬(1983)，前揭註 42，頁 374。

<sup>137</sup> 最高法院判決亦有見以直接轉換描繪因果關係內涵之見解，但於此之「直接」轉換之定義似有不同。參見：最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決：「……因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。……」

<sup>138</sup> 謝哲勝(2005)，〈民法第二二五條第二項的類推適用〉，《月旦法學教室》，第 32 期，頁 14-15。

益，使肯認符合因果關係之要件；後者係指，凡給付不能事由與債務人所取得之利益間，依社會觀念認有牽連關係者，即屬有因果關係。故利益之移動係經由二法律行為，如二者之目的有關聯，即有因果關係，反之則無<sup>139</sup>。

從上述學說之討論可知，因果關係之認定標準，差異在於對原給付標的與債務人取得利益間牽連性高低之要求，利益當然且直接自給付不能之事由而生者，如損害賠償請求權，牽連性越高；利益非當然發生，之所以取得該利益，含有債務人或他人法律行為之參與（如締結契約），而間接因給付不能事由而取得者，牽連性則較低。牽連性之要求越高，對義務人之影響越緩和；牽連性之要求越低，對原權利人之保障越周全。

本文認為，無須對牽連性採取過高之要求，而應採取「間接因果關係」作為認定基準。蓋代償請求權僅具有請求權效力，原則上對於交易安全並無危害。又債務人所取得代價是否含有其自身之勞力、時間及費用於因果關係之判斷上並不重要，而無要求限於直接因果關係之必要，該等因債務人之行為所取得之利益，評價上是否應歸屬於債權人，係代償請求權行使範圍之問題。再者，比較法上不論德國法與日本法，亦皆對因果關係採取寬鬆之認定，故應以多數說寬鬆認定之見解較為可採。

具體而言，以保險金為例，當保險標的滅失時，債務人取得保險金雖係基於保險契約而取得，但保險契約亦以標的物滅失為給付條件，可認為仍屬標的物滅失（給付不能之事由）之結果，其間仍具有因果關係<sup>140</sup>。至於債務人因一物二賣所取得之交易對價，其取得雖係因債務人與第三人之契約關係，而給付不能之發生係因就標的物之處分行為，二者似非基於同一原因。然而，其二者皆起因於同

---

<sup>139</sup> 劉昭辰（2011），〈不當得利的基本法理〉，《月旦法學雜誌》，第 198 期，頁 42。

<sup>140</sup> 史尚寬（1983），前揭註 42，頁 374。同此結論：鄭玉波（2002），前揭註 51，頁 349；林誠二（2013），前揭註 42，頁 78。

一交易行為而有目的之關聯(學說上有稱之為經濟上合為整體<sup>141</sup>或二者交易上應一體觀之<sup>142</sup>)，蓋該處分行為係與第三人訂立契約之結果，給付不能之發生亦係與第三人訂立契約之結果，故可肯定其間具有因果關係。



## 第二項 可移轉性

代償請求權既以移轉債務人所取得之損害賠償權為效力，則債務人所取得之損害賠償請求權則須不具專屬性而得為讓與於債權人者，債權人方有行使代償請求權之可能<sup>143</sup>。舉例而言，學說認為由加害人以外他人所贈送之慰問金或債務人所取得之扶養請求權(金)等，即不得類推適用代償請求權之規定請求讓與<sup>144</sup>，以下詳述之。

### 第一款 非財產上損害賠償請求權

損害得大致區分為財產上之損害及非財產上之損害，非財產上之損害賠償係為填補非得以金錢計算之損害，乃精神或肉體之痛苦<sup>145</sup>。非財產上之損害依民法第 18 條規定，於不能回復原狀時須有法律特別規定，使得請求相當之金錢賠償。綜觀非財產上金錢損害賠償(下稱慰撫金)請求權基礎之規定，除了民法第 194 條外皆明定「此項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者，不在此限。」可知慰撫金請求權具有一身專屬性<sup>146</sup>，尤其是權利行使上之專屬權，即權利之行使與否，專由權利人予以決定，在未決定前雖不得讓與或繼承，但一經

<sup>141</sup> 陳聰富(2002)，前揭註 96，頁 158。

<sup>142</sup> 王澤鑑(1991)，〈土地徵收補償金交付請求權與民法第二二五條第二項之適用或類推適用〉，《法令月刊》，第 42 卷第 11 期，頁 11；陳聰富(2002)，前揭註 96，頁 158。

<sup>143</sup> 史尚寬(1983)，前揭註 42，頁 374。

<sup>144</sup> 孫森焱(2009)，前揭註 42，頁 514；史尚寬(1983)，前揭註 42，頁 374。

<sup>145</sup> 王澤鑑(2017)，《損害賠償法》，第 2 版，頁 274，台北：自版。

<sup>146</sup> 最高法院 84 年度台上字第 2934 號判決要旨：「非財產上之損害賠償請求權，因與被害人之人身攸關，具有專屬性，不適於讓與或繼承。民法第一百九十五條第二項規定，於同法第一百九十四條規定之非財產上損害賠償請求權，亦有其適用。」

決定行使，則與普通財產權無異而具移轉性<sup>147</sup>。

通說認為慰撫金請求權因具有專屬性不得讓與，自不在代償請求權所得請求之範圍內<sup>148</sup>。本文認為於債務人（被害人）尚未行使慰撫金請求權之前，債權人不得請求移轉乃屬當然之理，蓋代償請求權之行使本身對債務人處理財產之意思具有一定程度之侵害，而慰撫金請求權既係為填補被害人精神或肉體上之痛苦，於被害人本身並未感受有損害或由於各人之事由不願行使時，倘允許被害人之債權人藉由代償請求權之規定，不顧其意願行使之，已違背慰撫金請求權之本意，殊非妥適。

然而，學說僅以專屬性為由，將慰撫金請求權排除於代償請求權之請求範圍，當債務人（被害人）已行使其慰撫金請求權，依慰撫金請求權專屬性之例外規定，而具備移轉性時，債權人此時得否依代償請求權請求移轉慰撫金請求權或已取得之慰撫金則有疑義。本文認為，此時雖因被害人之行使而使慰撫金請求權不受移轉之限制，惟慰撫金請求權係為填補債務人身心之痛苦而存在，實非債之標的之替代而不具同一性，故應認為解釋上不在民法第 225 條第 2 項「損害賠償請求權」之範圍內。

## 第二款 財產上之人身損害賠償請求權

首先應說明者係，即使是非財產權之侵害，亦得發生財產上之損害（如因身體受傷而支出之醫療費用），而財產上損害賠償可再區分為人身損害賠償、物之損害賠償及債務不履行之損害賠償。財產上之人身損害賠償以侵權行為或債務不履行（民法第 227 條之 1）為請求權基礎，並於民法第 192 條及第 193 條分別對生命受侵害及身體、健康受侵害設有損害賠償方法特別規定。

---

<sup>147</sup> 王澤鑑（2017），前揭註 145，頁 288。

<sup>148</sup> 史尚寬（1983），前揭註 42，頁 374-375。

不法致人於死之損害賠償，於債務人為被害人時，因死亡而不發生損害賠償請求權；於債務人非被害人時（如以其員工所提供之勞務為內容之契約），債務人原則上亦不因被害人之死亡取得任何財產上之損害賠償請求權，除非債務人依民法第 192 條規定第 1 項所取得之支出費用損害賠償請求權或同條第 2 項所取得之扶養費損害賠償請求權。通說認扶養費損害賠償請求權具有身分法上之專屬性，請求權人以一定之身分關係存在為必要，不得讓與或繼承<sup>149</sup>，故非民法第 225 條第 2 項所指之損害賠償請求權自不待言。而民法第 192 條第 1 項之支出費用損害賠償請求權，雖不具有專屬性，惟其非債之標的之替代，故亦不在民法第 225 條第 2 項所指之損害賠償請求權之列。

### 第三項 替代性（同一性）

#### 第一款 德國法

德國通說認為，除債務人取得利益與給付不能事由間具有因果關係外，尚須該利益與原給付標的間具有同一性（Identität），債權人方得依代償請求權向債務人請求之。要求債權人行使代償請求權應符合同一性之要件係為避免債務人承擔過重之代償返還義務，惟對於同一性之解釋，學說及實務上則存有不同之見解。相對於我國通說僅以替代利益之概念含糊帶過，德國法對於替代性（同一性）要件有深刻之闡述，值得借鏡，以下詳述之。

#### 第一目 目的上的同一性

---

<sup>149</sup> 史尚寬（1983），前揭註 42，頁 374；王澤鑑（2017），前揭註 145，頁 156；最高法院 49 年台上字第 625 號判例：「因扶養請求權被侵害而生之損害賠償請求權，以扶養等請求權存在為前提，而扶養之請求，乃請求權人身分上專屬之權利，該權利因請求權人死亡而消滅，其繼承人不得繼承其身分關係，對加害人請求賠償死亡後之扶養費。」

## 一、以推定債務人承擔債務意思及於代償為理論基礎

早期實務見解認為，德國民法典原則上不承認代償原則，代償請求權係例外規定而不應對其範圍作過寬廣之解釋。代償請求權之規定係依據事實來補充契約當事人間之債之關係，亦即於當事人約定之債之關係中，代償請求權之規定扮演補充的契約解釋之角色，並以此推導出債權人得依代償請求權請求移轉代償利益之範圍，應以與原給付目的相同者為限<sup>150</sup>。

申言之，舊民法第 281 條之前身為第一草案第 238 條，而該條之理由書中以推定債務人承擔義務之意思及於代償利益，作為代償請求權之正當性基礎。然而，此推定仍應限於「原給付之目的與取得代償之目的相同」之範圍而非毫無限制，蓋唯有原給付目的與取得代償目的相同時，始可認為此推定之承擔債務意思與其本意相符，而將代償利益歸於債權人方具正當性。據此以解，原給付之目的應與取得代償之「目的」間具有同一性<sup>151</sup>。

承上所述，具體認定上，於設有終身之用益物權之土地被徵收後，用益物權人得否依代償請求權之規定向所有權人請求移轉徵收補償金之案例中。德國聯邦最高法院判決認為，因原給付義務之目的為使用，其得請求之利益亦應以債務人因使用目的相關而取得之代償利益為限，而本案債務人係基於土地所有權人地位而取得補償金，原給付目的與取得代償之目的間不具有同一性，故用益物權人不得依代償請求權之規定請求受讓補償金<sup>152、153</sup>。

---

<sup>150</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 384。

<sup>151</sup> 聯邦最高法院判決並引用第一草案理由書中事例說明此概念。亦即，當政府徵收土地後對土地所有人所支付之補償金，因該土地上之承租人或設定地上權人等本僅得請求該地之使用權而非請求土地本身，此時給付之目的與給付代償之目的並不相同，故其不得依代償請求權之規定向土地所有權人主張移轉該補償金。參見：田中宏治（2018），前揭註 1，頁 383-384。

<sup>152</sup> BGHZ 25,1 轉引自：田中宏治（2018），前揭註 1，頁 383-384。

<sup>153</sup> 學說上認為此問題牽涉分割債務人所取得之交易對價是否具有正當性。舉例而言，於複數標的物之買賣中，債務人將其中一部之標的物轉賣而陷於一部給付不能之情形，並不會因此於債權

## 二、以調整失當之財產價值分配為理論基礎

近期實務見解則認為，代償請求權之立法目的係調整事實上失當之財產價值分配。亦即，將當事人間流入一方當事人處之不適當經濟價值，移轉至他方當事人處，此見解受到日後實務及多數學說所採納。據此以解，代償請求權並非因債務人不履行所生之損害賠償請求權，而係當原給付標的因給付陷於不能而使債權人無法取得時，賦予債務人至少得請求給付「契約標的之代償」之請求權，此所指之契約標的包含物及權利<sup>154</sup>。

關於調整事實上失當之財產分配中，所謂「失當」之判斷，實務見解認為失當與否，應視當事人間之法律關係。於意定之債中，應以當事人「契約所欲追求之財產秩序」作為基準，亦即當事實上財產之分配與當事人所追求之秩序不符時，債權人得藉由代償請求權調整之。而為免代償請求權成為無法預測之一般性補償義務，實務認為，債權人代償請求權之行使，應受到「同一性」此要件之限制<sup>155</sup>。申言之，以債務人因給付不能之事由所取得之利益，與債權人原給付所欲達成之目的之間，是否具有同一性，判斷是否應賦予債權人依代償請求權之規定請求償還或移轉之權利<sup>156</sup>。

承上所述，具體認定上，德國聯邦最高法院判決認為，於出租人 Y 將土地出租與承租人 X 供其經營停車場後，以更高之租金二次出租與第三人 A，而 A 於土地上建屋作為店面營業，致 X 無法使用土地之案例中。雖 Y 免給付義務之事由與其取得代償間具有因果關係。然而，承租人 X 因出租人 Y 二次出租與 A

---

人依代償請求權請求該部分債務人所取得之價金時，否認其間之同一性。因此，或許可認為於此亦得作相同之解釋，而肯認債權人代償請求權之行使。具體上，得藉由出售負有負擔之土地與出售無負擔土地價金之差額部分，作為認定代償利益之基準。磯村保(1986)，前揭註 130，頁 310。

<sup>154</sup> NJW 2006,2323 轉引自：田中宏治(2018)，前揭註 1，頁 394。

<sup>155</sup> NJW 2006,2323 轉引自：田中宏治(2018)，前揭註 1，頁 394。

<sup>156</sup> NJW 2006,2323 轉引自：田中宏治(2018)，前揭註 1，頁 394-395。



所取得之租金，與原給付目的間欠缺同一性，而不得依代償請求權之規定向其請求償還其自第三人所取得之租金<sup>157</sup>。

詳言之，因 X 使用之目的為經營停車場此較低價值之使用，而 Y 之目的則是建設賣場並營業此較大規模使用，此自 X 所認為將土地用以經營停車場所應支付之租金，相較於 A 為了大規模商業使用土地所支付之價金，明顯低廉即得驗證。再者，X 亦不被允許對該土地作其他目的之使用或轉租，故應認為 Y 所承擔之原給付目的，即允許 X 將土地作為停車場低價值之使用，與 Y 因將土地供與 A 作商業經營大規模使用所取得之租金間，不具同一性。X 不得單就 Y 無法依約提供土地供其作為停車場使用之事實，向 Y 主張代償請求權請求償還自 A 取得之租金<sup>158、159</sup>。

## 第二目 經濟上的同一性

學者 Kischka 認為，以代償利益與原給付標的間須具有同種性或等價性，解釋代償請求權中同一性之要件<sup>160</sup>。後遭學者 Lopau 等批評認為，從代償請求權之條文中無法支持此論點，蓋條文僅要求代償利益係債務人取得「替代（für）」原給付標的之利益而已。

然而，通說亦認為依代償請求權之規範目的，亦非賦予債權人得向債務人請求即使係債務人以與給付不能事由無關之方法而取得之利益，代償請求權之行使仍應受到同一性之限制。學者 Höhn 提出以「經濟上的同一性（wirtschaftliche

---

<sup>157</sup> NJW 2006,2323 轉引自：田中宏治（2018），前揭註 1，頁 374-375、393。

<sup>158</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 394-395。

<sup>159</sup> 有論者認為，本案雖債務人原所負擔之給付義務係因租賃契約取得利益，惟本判決以「使用收益目的不同」致租金有差異為由，否定提供租賃物與取得租金間之同一性，採取對同一性狹義的理解之見解，並不恰當。詳見：田中宏治（2018），前揭註 1，頁 395。

<sup>160</sup> 此論者認為，於特定馬之買賣契約關係中，因出賣人將該馬與第三人交換 A 畫致陷於給付不能時，因馬與畫間欠缺同種性或等價性，是故買受人無法依代償請求權之規定，向出賣人請求移轉該畫。



Identität)」作為代償請求權客體之判斷標準，亦即以經濟的、功能的觀察方法判斷是否符合同一性的要件，一方面符合條文之文義，另一方面，亦得避免債權人毫無限制地向債務人請求其所取得之利益<sup>161</sup>。惟有學說批評認為，此論者仍未提出具體上應如何判斷利益與原給付間是否具有經濟上同一性之標準，最終仍流於依個案事實判斷，而存有評價上恣意之風險<sup>162</sup>。

## 第二款 日本法

石坂教授雖未言明應以同一性為要件，惟其認為因代償請求權可謂係建立於原債權之基礎上所衍生之權利，故債權人僅得依代償請求權向債務人請求，其所取得之利益中，係「替代原給付標的」之利益。基此，債務人所取得之押金、懲罰性違約金等因非原給付標的之替代，而不再得以代償請求權請求移轉之列<sup>163</sup>。部分學說亦認為，除代償利益與給付不能間須具有因果關係外<sup>164</sup>，債務人所取得之利益與原給付標的間具有同一性，方屬於得依代償請求權請求之代償利益<sup>165</sup>。

至於同一性（替代性）此概念之解釋，日本學說存有不同見解，於文獻中討論為數不多，上難認存有定見。有學說僅以字面上理解，而未限定於何種態樣或提及具體上應如何判定<sup>166</sup>；有以「必然替代」的概念詮釋，亦即該所取得之利益

---

<sup>161</sup> 遠山純弘（2002），〈法律行為による利益（*lucrum ex negotiatione*）と代償請求權（二）—ドイツにおける議論状況とその問題点—〉，《北海学園大学法学研究》，第38卷第1號，頁56；田中宏治（2018），前揭註1，頁395。

<sup>162</sup> 遠山純弘（2002），前揭註161，頁56。

<sup>163</sup> 石坂音四郎（1912），〈給付不能ノ效力〉，《京都法學會雜誌》，第7卷第2號，頁46；石坂音四郎（1916），前揭註21，頁584-585。

<sup>164</sup> 部分學說（如學者潮見佳男、中田裕康等）雖亦提及「原因之同一性」為代償請求權之要件之一，惟探究其內涵，應係指取得代償與給付不能間具有因果關係之要件，而非此處所指之同一性。換言之，於日本法上或許因判例見解並未包含此要件之故，非所有學說皆認為，債務人所取得之利益與原給付間須具有同一性此要件。

<sup>165</sup> 高橋真（1996），前揭註17，頁54；遠山純弘（2002），前揭註79，頁354。

<sup>166</sup> 遠山純弘（2002），前揭註79，頁354。

須為必然替代原給付存在者<sup>167</sup>；亦有部分學說認為，所謂同一性係指「價值上」同一性，亦即原給付標的與代償利益間，須具有等價之關係。以租賃物遭第三人毀損為例，此論者認為，此時承租人不得依代償請求權向出租人請求移轉，其基於所有權所取得損害賠償請求權。蓋承租權與侵害所有權之損害賠償間，不具有價值之同一性<sup>168</sup>。

另有學說認為上述之見解並不夠精確，蓋所謂同一性之要求，嚴格而言係存於「原給付標的」與「代償利益所替代之標的物」間，而非原給付標的與代償利益間。舉例而言，設有地上權之土地遭徵收時，原給付標的為地上權之設定，代償利益所替代之標的物為遭徵收之土地，地上權人不得依代償請求權之規定向土地所有人請求移轉徵收補償金，係因地上權之設定與被徵收之土地間不具有同一性，而非地上權之設定與徵收補償金間不具有同一性<sup>169</sup>。

### 第三款 我國法

#### 第一目 通說對於替代性之解讀

參民法第 225 條第 2 項之立法理由中「債務人因其債務標的不能給付，有由第三人受損害賠償者，有向第三人取得損害賠償請求權者...須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益。」可見，代償請求權之功能係以將債物人因不可歸責於其事由而取得對第三人之損害賠償（請求權），移轉與債權人以替代債物之標的<sup>170</sup>。

<sup>167</sup> 星野英一（1968），〈最高裁判所民事判例研究〉，《法學協會雜誌》，第 85 卷第 1 號，頁 94。

<sup>168</sup> 高橋真（1996），前揭註 17，頁 54；中川敏宏（2010），前揭註 3，頁 144。

<sup>169</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 79，頁 362。

<sup>170</sup> 最高法院 97 年度台上字第 2002 號判決：「按依民法第 225 條第 2 項規定債務人有不可歸責之事由致其給付不能而免其給付義務時，其因此事由有自第三人取得損害賠償請求權或由第三人受損害賠償者，以其所有之損害賠償請求權或所受之損害賠償，替代債務之標的，用以保護債權人之利益，乃其立法用意所在。...」

通說認為須債務人所取得之利益為給付標的之「替代利益」<sup>171</sup>，亦有學說參考德國法以原給付標的與債務人取得之利益間須有「同一性」稱之<sup>172</sup>。亦有實務見解，以債務人所取得之利益，須與給付標的間具有對等關係、對價關係，說明替代利益之內涵<sup>173</sup>。基此，債務人不為給付而節省之費用，或債務人所取得之定金或懲罰性違約金，因非給付標的之替代，不在債權人所得請求移轉之範圍<sup>174</sup>。

然而，對於如何判斷債務人所取得之利益是否為給付之替代，不論多數學說或實務皆未見有對此提出具體判斷之方法與基準。學說上多以舉例之方式說明其內涵，以租賃標的物因第三人之侵權行為而滅失為例，出租人雖基於租賃物之所有權而取得損害賠償請求權，然出租人所付之債務僅為租賃物使用收益權之提供，因其所取得之損賠請求權或賠償物為租賃物所有權之替代利益，而非使用收益權

---

<sup>171</sup> 史尚寬（1983），前揭註 42，頁 374；孫森焱（2009），前揭註 42，頁 514；鄭玉波（2002），前揭註 51，頁 349。民國 81 年廳民一字第 02696 號審查意見所採之乙說：「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。乙因丙毀壞甲所有出租與乙之房屋，致乙不能為使用收益，此為不可歸責於甲之事由致給付不能。此際甲固得基於房屋所有權，對丙請求賠償損害。但甲對乙所負責債務，僅屬房屋使用收益之提供，甲得請求丙賠償之損害，則為房屋所有權之代替利益，並非免為提供房屋與乙使用收益所得利益之代替，乙即不得享有代償請求權。...」；最高法院 90 年度台上字第 262 號判決：「...系爭補償費之性質即屬楊春生之繼承人不能為所有權給付之替代利益，被上訴人自得類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，請求上訴人讓與系爭土地補償費給付請求權。」同此見解：最高法院 105 年度台上字第 37 號判決；最高法院 106 年度台上字第 2542 號判決；最高法院 80 年度台上第 2504 號判例。

<sup>172</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 28，頁 137；陳自強（2015），前揭註 42，頁 245。

<sup>173</sup> 臺灣高等法院 99 年度上易字第 973 號判決：「按經政府依法徵收之土地，其給付予出賣人之地價補償金，係屬出賣人所負債務陷於給付不能發生之一種代替利益，得由買受人依民法第 225 條第 2 項規定之法理行使代償請求權，目的在於調整失當財產價值之分配，故須以與地價補償金有對等關係之所有權為對象，如僅為物之使用權，因一為物權，一為債權，二者之特性及效力均不盡相同，基於衡平，即不得比附援引民法第 225 條第 2 項規定之法理主張其有代償請求權。」、臺灣高等法院 91 年度重上字第 346 號判決認為：「本條立法意旨係鑑於債務人基於同一原因，一方面免除給付義務，他方面卻受有賠償物，而債權人卻因債務人之免給付義務而受損害，基於公平原則，乃賦與債權人有此請求權，以填補債權人之損害。...再者，本項既基於公平原則而來，則債務人所受領之代償物，必須與其所免為給付之義務有等價關係，債權人始得請求讓與或交付。...土地被徵收時，依系爭合建契約，被上訴人所應為之給付，僅提供二八八等地號土地供上訴人興建房屋而已，並非應將二八八等地號土地所有權全部移轉予上訴人，是被上訴人所免為之給付與其取得系爭抵價地之所有權，並非立於等價關係，從而亦無上開代償請求權規定之適用。」

<sup>174</sup> 史尚寬（1983），前揭註 42，頁 374。

所得利益之替代利益，故承租人不得依代償請求權請求移轉或交付之<sup>175</sup>。再以甲與乙訂立合建契約為例，實務判決認為，甲因本預計提供乙建屋之土地遭徵收而陷於給付不能，乙不得依代償請求權主張甲移轉其受領之抵價地之所有權。蓋甲所取得之抵價地，非其原給付（土地使用權）之替代<sup>176</sup>。

## 第二目 替代之概念

替代可分為主體之替代(如民法第 228 條讓與請求權、第 312 條代位清償等)與客體之替代(如民法第 881 條抵押權物上代位、民法第 181 條不當得利價額返還等)<sup>177</sup>，而代償請求權亦屬客體之替代故以下就此部分集中討論之。綜觀民法及特別法之條文，雖除代償請求權外尚有其他制度運用了替代之概念，但條文中未見精確地說明「替代」一詞的法律內涵。從字義上解讀，替代應係指當一客體消滅或因其他原因而無法被給付時，法律以其他客體替代之。

從被替代標的之角度，可將客體之替代區分為債權法上之替代及物權法上之替代。債權法上之替代，係債權人之債權所指涉之客體因滅失或其他原因致給付不能時，法律以另一客體取代之<sup>178</sup>；物權法上之替代，係權利人原擁有物權之客

---

<sup>175</sup> 孫森焱(2009)，前揭註 42，頁 514；王澤鑑(2009)，前揭註 28，頁 137。惟學說上有採反對見解者，認為此時出租人所取得之利益仍為替代利益，承租人仍得依代償請求權請求移轉其中之一部。參見：史尚寬(1983)，前揭註 42，頁 375。

<sup>176</sup> 臺灣高等法院 91 年度重上字第 346 號判決：「本條（編按：民法第 225 條第 2 項）立法意旨係鑑於債務人基於同一原因，一方面免除給付義務，他方面卻受有賠償物，而債權人卻因債務人之免給付義務而受損害，基於公平原則，乃賦與債權人有此請求權，以填補債權人之損害。因此，債務人依本項規定為讓與或交付代償物，係以讓與或交付代償物，填補債權人之損害為目的，與債之更改（客體之更改），係以新的客體代替原來客體，以繼續原來債之關係，有所不同。再者，本項既基於公平原則而來，則債務人所受領之代償物，必須與其所免為給付之義務有等價關係，債權人始得請求讓與或交付。……再者，於二八八等地號土地被徵收時，依系爭合建契約，被上訴人所應為之給付，僅提供二八八等地號土地供上訴人興建房屋而已，並非應將二八八等地號土地所有權全部移轉予上訴人，是被上訴人所免為之給付與其取得系爭抵價地之所有權，並非立於等價關係，從而亦無上開代償請求權規定之適用。」判決理由中所謂等價關係，應係指替代性之概念。

<sup>177</sup> 鄭玉波(1976)，〈代位之研究〉，《民商法問題研究（一）》，頁 181-182，臺北：三民。

<sup>178</sup> 劉昭辰(2004)，〈替代〉，《月旦法學教室》，第 15 期，頁 34-35。

體滅失，法律直接以另一客體取代滅失之客體，亦即權利人對取代之客體存有直接之配之物權<sup>179</sup>。而從替代之發生是否須當事人之意思表示，又可分為當然之替代（如民法第 881 條抵押權物上代位等）及非當然之替代（如民法第 225 條第 2 項代償請求權、第 319 條代物清償）<sup>180</sup>。

替代之發生原因不同，且不僅對當事人權利之至關重要，亦可能影響交易安全，故依不同替代之類型，即須存有不同特殊理由方得正當化，對交易安全危害之程度亦有影響代位物認定寬嚴之可能越<sup>181</sup>。本文欲借鏡民法上其他運用替代概念之制度，比較後更具體地提出於代償請求權中替代性(同一性)認定之基準。雖代償請求權與其他類型之替代正當化之理由可能略有不同，惟學說認為均屬代償(替代)法理之一環<sup>182</sup>，是以關於物上代位物之認定，對於債權法上之替代利益應仍有參考之價值。故以下就同樣運用替代概念制度，對替代(代位)之認定及其範圍詳述之。

## 一、讓與請求權

民法第 218 條之 1 規定：「關於物或權利之喪失或損害，負賠償責任之人，得向損害賠償請求權人，請求讓與基於其物之所有權或基於其權利對於第三人之請求權。第二百六十四條之規定，於前項情形準用之。」本規範之目的，不僅在於避免權利人雙重受利，同時亦在使造成最後損失之人負最後責任，透過將權利人因被侵害之物或權利所生之請求權，移轉與賠償責任人以達目的<sup>183</sup>。

基於上述之理解，學說上認為，除須符合物或權利有喪失或損害以及因此須

---

<sup>179</sup> 劉昭辰(2004)，前揭註 178，頁 34。

<sup>180</sup> 鄭玉波(1976)，前揭註 177，頁 181。

<sup>181</sup> 鄭玉波(1976)，前揭註 177，頁 182。

<sup>182</sup> 孫森焱(2009)，前揭註 42，頁 515。

<sup>183</sup> 劉春堂(2011)，前揭註 56，頁 264-265；

負損害賠償責任外，賠償責任人所得請求讓與者，以損害賠償權利人基於所受損之物（或權利）之「所有權」而對第三人所生之請求權、或該物（或權利）之剩餘價值為限，若基於損害賠償權利人對於第三人之特殊關係所生之請求權則不得讓與。換言之，限於「本質上為同一」者，採取較嚴格之解釋<sup>184</sup>。舉例而言，壓死他人之牛者，損害賠償人僅得請求讓與死牛隻所有權，若該牛隻死亡係因承租該牛之第三人疏於管束所致，即使賠償權利人對該第三人具有損害賠償請求權，亦不得請求讓與之。如舊該牛曾訂有保險契約，該保險金請求權亦不再得請求讓與之列<sup>185</sup>。

## 二、 抵押權之物上代位

### （一） 正當性

民法第 881 條設有關於抵押物物上代位性之具體規定，所謂物上代位性指於抵押權之標的物滅失<sup>186</sup>、毀損因而得受賠償或其他利益者，該賠償或其他利益成為抵押標的物之替代物，抵押權人得就該賠償或其他利益行使權利<sup>187</sup>。蓋抵押權原支配之抵押物交換價值，因抵押物毀損、滅失，乃抵押權之損害，若此時抵押物之交換價值以其他型態之價值歸屬於抵押物所有人，使其因而得利自非合理<sup>188</sup>，

<sup>184</sup> 孫森焱（2009），前揭註 42，頁 461。

<sup>185</sup> 孫森焱（2009），前揭註 42，頁 459-460。

<sup>186</sup> 關於滅失可分為絕對滅失（抵押物燒毀）及相對滅失（抵押人將抵押物出賣），抵押物之物上代位我國通說認為民法第 881 條限於絕對滅失之情形。參見：史尚寬（1957），〈論物上代位〉，《法令月刊》，第 8 卷第 11 期，頁 3-6；鄭玉波（1976），〈論抵押物之代位〉，氏著，《民商法問題研究（一）》，頁 385-386，臺北：三民；劉得寬（1973），〈論抵押權之物上代位性〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 2 卷第 2 期，頁 354-355。

<sup>187</sup> 謝在全（2009），《民法物權論（中）》，增訂四版，頁 419，台北：新學林。

<sup>188</sup> 關於物上代位理論基礎採「價值權說」者認為，抵押權非以取得標的物之用益價值而係以支配標的物之交換價值為目的，由於代償物是擔保標的物價值之變形物（交換價值之實現），故效力當然即於代償物；相對於此，採特權說者則偏重擔保物權之物權性，認為物上代位制度係因法律特別保護，而屬物權因標的物滅失而消滅原則之例外。參見：謝在全（2009），前揭註 187，頁 437；鄭玉波（1976），前揭註 186，頁 385；黃健彰（2011），〈擔保物權之物上代位性－民法物權編修正後相關條文的解釋適用〉，《中原財經法學》，第 27 期，頁 157。

故將抵押權移存於此種價值代替物上，以實現當事人間之公平<sup>189</sup>。近來，更有論者認為，物上代位制度與代償請求權同屬代位法理或代償法理之一環<sup>190</sup>，而同源於公平之原則而設。



## (二) 代位物之認定

有學說認為，雖物上代位制度係為強化擔保的功能並實現上人間公平，但仍不能抹煞相關制度促進效率之誘因。若該利益之取得係由於擔保人的努力，於不違反依貢獻而分配之分配正義精神下，應由擔保人保有該利益以實現當事人間之公平<sup>191</sup>。換言之，以「該利益是否來自於擔保人之努力」作為是否為代位物之判斷標準。然而，多數學說及實務並未就代位物之判斷提出具體之標準，於採取價值權說下，多僅空泛地以「價值變形物或代表物」說明其內涵<sup>192</sup>，僅得從爭議問題之討論中推敲。

關於代位物之認定，最具爭議之問題即為因抵押物滅失而生之保險金是否屬民法第 881 條之代位物。採取肯定說者認為，保險金屬賠償金之一種，民法第 881 條既未對賠償之原因設有任何限制，則無論係由契約或法律規定而生，均應為抵押權效力所及<sup>193</sup>。又從抵押權屬價值權之本質出發，保險金於經濟上既係抵

<sup>189</sup> 謝在全 (2009)，前揭註 187，頁 419-420。

<sup>190</sup> 謝在全 (1989)，〈抵押權物上代位問題之探討〉，《法令月刊》，第 40 卷第 5 期，頁 8；孫森焱 (2009)，前揭註 42，頁 515。

<sup>191</sup> 黃健彰 (2011)，前揭註 188，頁 159。

<sup>192</sup> 謝在全 (2009)，前揭註 187，頁 422；鄭玉波 (1976)，前揭註 186，頁 386；劉得寬 (1973)，前揭註 186，頁 345。

<sup>193</sup> 最高法院 83 年度台上字第 1345 號判決要旨：「按抵押物雖滅失，然有確實之賠償義務人者，依民法第八百八十一條之規定，該抵押權即移存於得受之賠償金之上，而不失其存在，此即所謂抵押權之代物擔保性。又保險金既為賠償金之一種，而民法上述規定所稱之賠償金，並未設有任何限制，無論其係依法律規定取得，或依契約取得，均不失其為賠償金之性質，故保險金解釋上應包括在內。賠償金既為抵押權效力所及，抵押權人自得就該項賠償金行使權利，是以抵押權人得逕向賠償義務人請求給付，賠償義務人則有對抵押權人給付之義務。」最高法院 101 年度台上字第 600 號判決同此意旨。

押物價值之代替，自應認其屬代位物<sup>194</sup>。相對於此，否定說論者則認為，保險金乃因保險契約而生，標的物滅失僅為其請求權實現之機緣<sup>195</sup>，且保險金亦非抵押物當然發生之利益，從經濟上觀察，保險金乃保險費之對價非標的物之對價，故亦非抵押物經濟上之變形<sup>196</sup>。

觀察肯否兩說之見解，發現肯否兩說雖同樣地從經濟上之角度判斷，但除皆未說明其判斷方式外，更得出完全不同之結論。申言之，有認為該物須為抵押物「當然」且「直接」轉換之物。亦有認為該物即使「非當然」且為「間接」轉換之物，只要價值上可互為取代，亦得承認其屬代位物。就實務採取肯定說結論而言可知，回歸物上代位規範係以支配標的物之交換價值為目的，應認為代位物之認定上，只要該物得取代原標的之經濟價值即可，無須限縮至「當然」且「直接」轉換之程度。

### 三、 動產質權、留置權之物上代位

動產質權係債權人對於債務人或第三人移轉占有而供其債權擔保之動產，得就該動產賣得價金優先受償之權。民法第 892 條、第 899 條設有動產質權物上代位之規定，民法第 899 條與抵押權物上代位之規定相同，以質物滅失且出質人取得賠償或其他利益為要件。然民法第 892 條規定：「因質物有腐壞之虞，或其價值顯有減少，足以害及質權人之權利者，質權人得拍賣質物，以其賣得價金，代充質物。前項情形，如經出質人之請求，質權人應將價金提存於法院。質權人屆債權清償期而未受清償者，得就提存物實行其質權。」要件不僅不限於質物滅失，

---

<sup>194</sup> 謝在全(2009)，前揭註 187，頁 422-423；史尚寬(1957)，前揭註 186，頁 283；劉得寬(1973)，前揭註 186，頁 348；王澤鑑(2010)，《民法物權》，增訂 2 版，頁 472，臺北：自版；陳榮傳(2014)，〈代物擔保性、拋棄擔保權與拋棄擔保物—兼評最高法院 101 年台上字第 600 號民事判決〉，《台灣法學雜誌》，第 255 期，頁 123-124。

<sup>195</sup> 劉得寬(1973)，前揭註 186，頁 346。

<sup>196</sup> 黃健彰(2011)，前揭註 188，頁 164；謝在全(2009)，前揭註 187，頁 442。



對於代位物之認定，採取更為寬鬆之見解，擴張至經拍賣所得之價金<sup>197</sup>。申言之，對於質物，因拍賣所得之價金既非當然亦非直接之轉換，且相較於具有損害填補色彩之保險金，拍賣所得之價金顯然與質物間受擔保人個人因素之影響更鉅<sup>198</sup>。

又留置權同樣以他人動產為債權之擔保，依民法第 933 條準用動產質權物上代位之規定，當留置物有腐壞之虞，或其價值顯有減少，足以害及留置權人之權利者，得將之拍賣後對所取得之價金行使權利。

#### 四、 動產抵押物之物上代位

動產擔保交易法第 18 條第 3 項規定：「抵押權人不經第一項事先通知，逕行占有抵押物時，如債務人或第三人在債權人占有抵押物後之十日期間內履行契約，並負擔占有費用者，得回贖抵押物，但抵押物有敗壞之虞，或其價值顯有減少，足以妨害抵押權人之權利，或其保管費用過鉅者，抵押權人於占有後，得立即出賣。」

當債務人不履行契約或抵押物被遷移、出賣、出質、移轉或受其他處分，致有害於抵押權之行使者，抵押權人得占有抵押物。本項但書為動產抵押物物上代位之具體規定，相較於動產質權，要件不僅擴張至即使無價質減少之虞，只要保管費用過鉅即足。且對於代位物之認定更為寬廣，蓋動產擔保交易法不限於因拍賣而取得之價金，抵押權人自行出賣所取得之價金，即使因經過磋商議約而內含抵押權人之締約能力，價值上與抵押物可能相去甚遠，仍不影響其屬代位物之認定。

---

<sup>197</sup> 謝在全（2007），《民法物權論（下）》，修訂四版，頁 251，台北：新學林。

<sup>198</sup> 另應附帶說明者係民法物權編施行法第 19 條規定：「民法第 892 條第 1 項及第 893 條第 1 項所定之拍賣質物，除聲請法院拍賣者外，在拍賣法未公布施行前，得照市價變賣，並應經公證人或商業團體之證明。」此條為司法院院字第 980 號解釋之明文化。換言之，於拍賣法未施行前，質權人只要以符合市價之價格，得不經拍賣程序，自由選擇出賣之對象，似可認為民法第 892 條所稱之價金，實與動產擔保交易法出賣之價金（於（三）詳述之）差異不大。



## 五、 信託財產之代位物

信託關係成立後之信託財產不以設立時為限，因信託財產係為達成一定信託目的而存在，原構成信託之財產雖發生變動，然此僅為原財產內容或型代之變更或延長，仍為達成原信託目的之財產<sup>199</sup>，其為信託財產之性質不因而受影響，故信託財產構成物之代位物、擴張物亦屬信託財產<sup>200</sup>。信託法第 9 條第 2 項規定：「受託人因信託財產之管理、處分、滅失、毀損或其他事由取得之財產權，仍屬信託財產。」。

關於信託財產代位物之要件，信託法規定除滅失而取得之財產權外，亦包含因受託人之處分（相對滅失）而取得之財產權，甚至未對其處分態樣做出任何限制。就代位物認定上，因信託財產之特性，似無任何之要求。學說上認為如將農地施工變為住宅用地、出賣並移轉信託構成物所取得之價金、以信託財產所購得之財產、因實行擔保物權而取得之金錢等皆屬信託財產之代位物<sup>201</sup>。

### 第四款 本文見解

替代概念之運用，原則上係為於原權利人於其權利標的消滅時，使其權利繼續存在於取代原權利標的之客體上，以免原權利人之法律地位受到剝奪，惟同時亦應考量對於延伸義務人義務之正當性。

觀察上述運用替代概念之制度，先不論實務上適用之結果，單就條文即有差異。有如抵押權物上代位僅限於賠償金或其他利益，亦有如信託財產對代位物幾乎未設任何限制。之所以有如此，係因各制度之特性而對替代之理解有所差異，如抵押權以不動產為標的，難認可能發生價值於短時間降低之可能，且因須登記

---

<sup>199</sup> 劉春堂（1997），〈論信託財產〉，《輔仁法學》，第 16 期，頁 201-202。

<sup>200</sup> 劉春堂（1997），前揭註 199，頁 202-204。

<sup>201</sup> 劉春堂（1997），前揭註 199，頁 203。

而有追及效，即無須如動產質權承認拍賣所得之價金。又如信託財產之構成物，因信託本質即為一種為特定目的管理處分財產之制度<sup>202</sup>，故自無須對其代位物為過於嚴格之限制。再如讓與請求權，係為避免權利人「受損害」已被填補後，仍得就損害取得對第三人之權利而受有雙重得利，並使真正造成損害之人成為終局應負責之人。因此嚴格要求須物或權利（其受損標的）本質上轉變而生之權利，其他因所有權或權利喪失，並基於特殊關係（如寄託契約、保險契約）所生之權利，即不再得請求移轉讓與標的之列。

自上述民法上替代概念之觀察，本文認為，代償請求權替代性之判斷，理應緊扣規範目的及特性。代償請求權之目的係為避免因侵害他人相對性債權之利益而生之不恰當利益流動，不如讓與請求權係為避免賠償權利人受到二次填補，而將標的限於填補該物所有權或權利喪失之權利。其次，亦不同於物上代位等制度僅以繼續支配標的物交換價值為目的，基本上所有取代標的經濟價值之物，皆得替代物（代位物），而於價值內範圍繼續行使其權利。

代償請求權屬債權法上之替代，係指債權人（民法第 225 條第 2 項）或債務人（民法第 319 條）以另一客體取代原債之標的。應參考德國法之見解，從「當事人間債之關係所欲追求之財產秩序」著手對於同一性之判斷標準之解釋。亦即，應認為代償請求權替代性之判斷上，不僅該客體須取代原債之標的的經濟上價值，尚須其間「目的上相同」，方屬代償請求權所欲調整之不恰當利益。換言之，於代償請求權替代性要件之認定，應先探究原給付本欲達成之目的，當債務人取得替代原給付經濟價值之利益，其目的與原給付目的相同時，方得肯認其間具有替代性（同一性）。

以租賃契約為例，因租賃物滅失而生之保險金，即為取代租賃物所有權之存

---

<sup>202</sup> 劉春堂（1997），前揭註 199，頁 198。

在，因非以填補契約標的租賃物使用收益權為目的，故承租人不得對之主張代償請求權；又以土地買賣契約關係中，政府發給之自動拆除獎勵金為例，本文認為，自動拆除獎勵金既為鼓勵拆除權人於徵收期限內自動拆除建築物而發給，屬被徵收人積極作為之報酬，則非為取代徵收標的為目的，故除非該標的係由債權人所拆除，否則債權人不得依代償請求權之相關規定請求移轉之。

然而，關於德國法及日本法上學說以及部分我國實務見解，以其間「價值」是否相同作為替代性判斷之依據。究其原因，似係為維持當事人間之公平。申言之，由義務人保留因其努力而得之利益，方符合依貢獻而分配之分配正義精神，同時也能維持促進效率之誘因。本文認為，代償請求權既係為調整不當利益之流動，應由債務人保留之利益不應任由債權人移轉係當然之理。惟此係代償請求權債權人得請求移轉「範圍」之問題，不應因此排除該利益仍係取代債之標的存在之事實，故不採之。況且，日本民法不論改正前之實務見解，或改正後之民法第422條之2，皆以債權人所受損害作為行使代償請求權之限制。於日本法，採取價值同一性說，則該範圍之限制形同具文，與立法意旨相違。

至於經濟上的同一性，本文認為雖以經濟的、功能的方式判斷是否具有同一性，得避免過於僵化之適用以致於代償請求權規範目的不達。惟誠如批評論者所言，如此似仍不夠具體，最終仍流於個案判斷而有恣意之風險。

此外，關於有以「必然替代」的概念詮釋，亦即該所取得之利益須為必然替代原給付存在者。所謂是否必然之判斷，似與我國部分主張相同，惟必然或直接等對於替代利益之要求，應係對於原給付與替代利益間牽連性高地之要求。換言之，應屬於因果關係認定標準之問題，而非替代性判斷應考量之問題。

應附帶一提者係，本文雖同前德國實務見解（本項第一款第一目二），採取目的上之同一性說，惟對於該判決最終具體之操作則不盡贊同。詳言之，該判決

於土地出租人二重出租之案例中，雖採取目的上之同一性說，但卻以第二次出租之租金明顯高於第一次出租之租金為由，否定其間具有目的上之同一性，進而否定有代償請求權之適用。本文以為，如此之操作似已架空目的上之同一性，而實以價值上的同一性來認定此要件。之所以如此，可能係因德國實務對於代償請求權得請求之範圍不設限制之故。惟本文認為，代償利益與原給付價值懸殊之問題應由代償請求權行使範圍之問題，而不應本末倒置而於同一性要件之判斷中，影響要件認定之結果。



## 第五章 代償請求權之法律效果

### 第一節 性質

#### 第一項 請求權與形成權之爭論

##### 第一款 德國法

德國通說認為，代償請求權係以債務人之行為為目的之請求權，而非透過行使即生權利義務變動之形成權。此亦表示行使代償請求權之債權人與一般債權人相同，並不因代償請求權之行使而對該部分取得優先受償之權利<sup>1</sup>。

代償請求權與一般請求權不同者係，債務人於債權人行使代償請求權後，始得履行代償債務。換言之，於債權人行使前，債務人不得逕將代償利益移轉與債權人，債權人亦不因債務人對其給付代償而陷於受領遲延，蓋僅於債權人表示欲行使代償請求權之意思表示後，使生債務人得清償代償債務之效果。就此點而言，雖與形成權近似，惟因代償請求權於債權人行使前該請求權本身即已存在，因此仍應認其屬請求權較為妥適。對於如代償請求權此類，須待債權人行使後，債務人使得清償之請求權，德國學說上以「行為請求權<sup>2</sup> (verhaltener Anspruch)」稱之。

##### 第二款 日本法

#### 第一目 特殊的請求權說

---

<sup>1</sup> 田中宏治 (2018)，《代償請求權と履行不能》，初版，頁 358，東京：信山社。

<sup>2</sup> 此係參考侯瑞瑗老師之翻譯，德國法上行為請求權係指，債權人雖得隨時請求給付，惟債務人「不必且不應」於債權人未請求給付時自願提出給付。換言之，行為請求權須透過債權人之請求始予以實現。詳見：侯瑞瑗 (2016)，〈由德國經驗看消滅時效起算點之研究〉，《東吳法律學報》，第 28 卷第 2 期，頁 95-97。

此論者認為，雖有認為代償請求權於債權人為意思表示後，即產生債務人得清償或提供代償利益以滿足債務之法律效果，此點與通常之請求權不同，而較近似於形成權<sup>3</sup>。然而，形成權之精隨在於，得藉由意思表示而當然產生權利變動之效力。代償請求權於行使前，該請求權本身即已存在，僅係藉由意思表示產生微小的法律效果（即債務人得清償或提供代償利益以滿足債務），屬於德國法上所謂「行為請求權」<sup>4</sup>。

再者，若採形成權說，將陷入債權人於訴訟中應以債務人為被告，抑或以第三人為被告之難題<sup>5</sup>。且採形成權說者認為，當債權人行使代償請求權時，不須債務人為相應之行為，依法律該權利當然移轉於債權人，此強大之效力等同賦予行使代償請求權之債權人優先清償權，有破壞債權人間公平之虞<sup>6</sup>。是故，應認為代償請求權之性質為特殊之請求權。

## 第二目 雙重性質說

此論者認為，代償請求權之適用之情形可分為請求移轉權利與請求償還利益，而代償請求權之性質將因其行使目的有所不同<sup>7</sup>。改正審議過程中有學說認為，改正後民法第 422 條之 2 條中「權利之移轉」之文義，顯示代償請求權具有形成權之特徵。進而認為，於代償利益仍以債權之形式存在，且無「其他債權人<sup>8</sup>亦無代位權、扣押等情形」之情形時，應認為此時代償請求權之行使具有形成權之

<sup>3</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 470。

<sup>4</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 470。

<sup>5</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 181-182。

<sup>6</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 470。

<sup>7</sup> 平野裕之（2019），《新債權法の論点と解釈》，初版，頁 123，東京：慶應義塾大学出版会。

<sup>8</sup> 雙重性質說，肯認代償請求權具有形成權屬性，係建立於無其他債權人之情況下，此亦反映出，除特殊請求權說否定代償請求權具有優先受償權外，此論者亦認為，代償請求權並未賦予債權人有優先受償之權利。詳見：法制審議会民法（債權關係）部会（2013），《民法（債權關係）部会第 78 回會議議事録》，平成 25 年 10 月 8 日，頁 12。

效力<sup>9</sup>，蓋該代償利益本即為債權人應取得之利益，故如此解釋具有正當性<sup>10</sup>。亦有學說認為，若債權人行使代償請求權後，仍須仰賴債務人之移轉行為，於債務人不履行其代償移轉義務時，債權人仍須取得替代該移轉意思表示之確定判決，似過於迂迴而對其保護不周<sup>11</sup>。

相對於此，於債權人行使代償請求權之目的，係為請求債務人償還已受領之代償利益之情形時，則應認為此時之代償請求權屬請求權，不具有物權變動之效力。若代償請求權同時具有權利移轉與利益償還之目的時，則應認為代償請求權同時具有請求權與形成權雙重之屬性<sup>12</sup>。

### 第三款 我國法

少數學說認為，代償請求權性質上如同民法第218條之1讓與請求權之請求，具有形成權之作用。當債權人一有請求，債務人對於第三人之損害賠償請求權即讓與債權人，毋庸債務人交付。但並非沒有例外，於債權人請求交付受領賠償物之部分，為符合物權變動公示原則，應認為此時代償請求權並無形成權作用<sup>13</sup>。

通說則認為，不論請求讓與對第三人之損害賠償請求權，抑或請求交付所受領之賠償物，因代償請求權非物上代位，僅為債權上之代位，故僅具有請求權之效力，代償利益於行使後非法律上當然移轉於債權人，尚須債務人之移轉行為，其方能取得代償利益<sup>14</sup>。

### 第二項 債權人之選擇權

<sup>9</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前揭註8，頁13。

<sup>10</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前揭註8，頁13。

<sup>11</sup> 平野裕之（2019），前揭註7，頁123。

<sup>12</sup> 田中宏治（2018），前揭註1，頁470。

<sup>13</sup> 邱聰智（2013），《新訂民法債編通則（下）》，新訂2版，頁58，台北：承法。

<sup>14</sup> 史尚寬（1983），《債法總論》，民國72年3月版，台北：自版，頁376；鄭玉波（2002），《民法債編總論》，修訂二版，頁349，台北：三民。



不可歸責於債務人之事由致給付不能時，系爭債務若以雙務契約為據，債權人於滿足上述要件後，系爭債務首先轉為選擇之債，若債權人選擇行使代償請求權並為對待給付，其選擇之法律效力近似於債之更改<sup>15</sup>。因通說認為，代償請求權係請求權係請求權，故債權人行使後，債務人被請求之權利或物非當然移轉於債權人<sup>16</sup>。

學說上有認為，一旦債權人行使代償請求權，非但不得再依民法第 225 條第 1 項及第 266 條主張債務人免給付義務，而債權人免為對待給付義務，亦不得再依民法第 266 條主張免對待給付或依不當得利之規定請求返還已為之對待給付，或再以其所受領之損害賠償請求權或賠償物有瑕疵為由，主張解約、請求減少對待給付<sup>17</sup>。蓋債權人具有依民法第 225 條第 1 項及 266 條主張雙方皆免給付義務，或行使代償請求權兩種選項，故可認為代償請求權之行使具有「選擇權」之性質。選擇權之行使，因供選擇之給付間，在規範上亦具有等值關係，除其選擇之意思表示有瑕疵外，不得撤銷之<sup>18</sup>。

然而，本文認為於不影響債務人之前提下，似無禁止債權人變更主張之理，至少於債務人依其請求移轉請求權或交付賠償物前，不應使債權人受其選擇所拘束，惟其若欲變更主張仍應受誠實信用原則拘束。

又債權人為選擇之前，債權人之對待給付依然存在，雙方當事人此時有附隨義務，債務人負有保全代償利益之義務，債權人則應於一定期間通知債務人是否主張代償請求權。有認為債務人並得類推適用民法第 257 條，定相當期限催告債

---

<sup>15</sup> 黃茂榮 (2002)，《債法總論 (第二冊)》，初版，頁 301，台北：植根。

<sup>16</sup> 王澤鑑 (2009)，〈土地徵收補償金交付請求權〉，氏著，《民法學說與判例研究 (第七冊)》，頁 137-138，台北：自版；史尚寬 (1983)，前揭註 14，頁 376；鄭玉波 (2002)，前揭註 14，頁 349。

<sup>17</sup> 黃茂榮 (2002)，前揭註 15，頁 305。

<sup>18</sup> 黃茂榮 (2002)，前揭註 15，頁 302、305。

權人確認是否選擇代償請求權<sup>19</sup>。更有甚者，德國學說上有認為，於債權人遲未決定行使何者前，雖債務人僅得向其催告之。但為避免債務人因債權人怠於行使權力而遭受不利益（如保管賠償物之費用等），倘債權人逾催告期間後方行使代償請求權，應解為債務人僅須就「現存部分」之代償利益負返還責任<sup>20</sup>。

關於債權人得否自由選擇讓與賠償請求權或交付賠償物，本文採否定見解，而認為應繫於債務人與第三人之權利義務關係之進展而定。蓋於債務人已行使其請求權時，債權人僅得請求交付賠償物為當然之理。惟該損害賠償關係之發展足以影響債權人之利益，故應允許債權人適當之參與<sup>21</sup>。而於債務人尚未行使其對第三人之請求權時，債權人則僅得請求其讓與對第三人之請求權，否則無異強迫債務人行使其權利。

### 第三項 小結

不同於德國法，日本法上代償請求權之性質存有雙重屬性說與特殊請求權說之爭論，之所以如此係因，改正後民法第 422 條之 2 規定：「債務人因與其債務給付不能同一之原因，取得債務標之物代償之權利或利益，債權人得於其所受損害額之範圍內，對債務人請求『移轉該權利』或『償還該利益』。」文義之故。我國法亦有以債權人所請求係賠償請求權或賠償物之區別，對於性質為不同之解釋者。

應先說明者係，此爭論其背後所隱含之意義為，代償請求權之債權人是否相較於其他債權人，對於代償請求權行使範圍內，具有優先受償之權利。有學說將「移轉該權利」解為就移轉權利之部分，代償請求權可能具有形成權效力。亦有

---

<sup>19</sup> 楊佳元（2007），〈雙務契約給付不能之效力〉，《臺北大學法學論叢》，第 61 期，頁 20-21。

<sup>20</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 398-399。

<sup>21</sup> 黃茂榮（2002），前揭註 15，頁 304。

學說認為，因該利益本即係歸屬於債權人，為保障代償請求權之權利人避免保護不周，而肯認形成權之效力。

然而，基於債權平等原則，似無使代償請求權之債權人優先於其他債權人受償之理由，且將請求效力因請求之客體係債權或債權以實現之利益之不同而有所區分，亦無正當性。是故，本文認為應否認代償請求權具有形成權之效力。

其次，代償請求權雖具有選擇權之性質，但於不影響債務人之前提下，似無禁止債權人變更主張之理，至少於債務人依其請求移轉請求權或交付賠償物前，不應使債權人受其選擇所拘束。又行使代償請求權後，因代償請求權性質非形成權，須債務人之移轉或交付行為債權人方得取得代償利益，故應無供其就賠償請求權或賠償物選擇之餘地，而應繫於債務人與第三人之權利義務關係之進展而定。

## 第二節 客體

### 第一項 損害賠償請求權

#### 第一款 發生原因不限

民法第 225 條第 2 項代償請求權之規定僅概括地明文「債務人...對第三人有害損害賠償請求權」，因此，學說上有認為於此所謂損害賠償請求權，不論係因侵權行為或債務不履行而發生均屬之<sup>22</sup>。惟損害賠償請求權基礎之規定遍布於民法及特別法，先不論特別法之規定，光民法上就有契約上的損害賠償請求權、類似契約上的損害賠償請求權（如第 91 條、第 110 條等）、無因管理上的損害賠償請

---

<sup>22</sup> 王澤鑑（2009），〈出賣之土地於移轉登記前被徵收時，買受人向出賣人主張交付受領補償費之請求權基礎—法學方法論上之檢討〉，《民法學說與判例研究（第五冊）》，頁 259，台北：自版。

求權(如第 174 條)、物權關係上的損害賠償請求權(如第 782 條、第 953 條等)、不當得利上的損害賠償請求權(如第 182 條第 2 項)、侵權行為損害賠償請求權、親屬關係上的損害賠償請求權(如第 978 條、第 1056 條等),如欲列舉所有得為代償請求權中所指之損害賠償請求權,顯有困難。

本文認為,關於此損害賠償請求權之判斷應依循代償請求權之立法目的。詳言之,既代償請求權係為調整債之關係當事人間所生之不當利益流動,則損害賠償請求權發生原因之類型即非重點,重點應在於債務人取得損害賠償請求權,或行使損害賠償請求權填補損害後,是否造成不當之利益流動。換言之,判斷上應著重於該損害賠償所欲填補之對象(損害),而非其發生之原因。

舉例而言,不法侵害他人身體或健康之財產上損害賠償,除被害人得民法第 184 條請求醫療、看護費用外,民法第 193 條設有特別規定,被害人得就所喪失之勞動力及生活上所增加之費用請求損害賠償。就此等損害賠償請求權,雖不具一身專屬性,惟皆難謂債之標的之替代。又或於僱傭契約關係中,受僱人因身體、自由或健康受第三人損害,致無法對僱傭人提出給付時,受僱人對加害人所得之勞動能力減損等人身財產上損害賠償請求權,因非受僱人所提供勞務之替代,而係身體受損害之結果,故僱用人不得依代償請求權之規定向受僱人主張移轉之。然受僱人向加害人請求之損害賠償中,關於因加害行為致其勞務給付不能而生之損害部分,應得為僱傭人所請求<sup>23</sup>。

## 第二款 以金錢為填補方法

損害賠償所保護之利益可區分為完整利益與價值利益<sup>24</sup>,損害賠償之方法,

---

<sup>23</sup> 史尚寬(1983),前揭註 14,頁 375。

<sup>24</sup> 完整利益指回復損害發生前狀態的利益,其方法可分為:1.民法第 213 條第 1 項之回復原狀。2.同條第 3 項請求回復狀態所必要之金錢以及民法第 214 條應回復原狀者,債權人經催告後,逾

依民法第 213 條第 1 項以回復原狀保護完整利益為優先，於不能回復原狀或回復顯有重大困難者，始以金錢賠償其財產上價值的減少<sup>25</sup>。而民法第 225 條第 2 項之損害賠償請求權，應專指不能回復原狀，或回復原狀顯有困難而以「金錢」賠償其價值利益損害之損害賠償請求權（不包含民法第 213 條第 3 項<sup>26</sup>、第 214 條之金錢損害賠償請求權）。蓋若仍有回復原狀可能時，則債務人之給付即尚未陷於不能，而當然不在代償請求權適用之範疇。

## 第二項 損害賠償以外之類推適用

民法第 225 條第 2 項之規定，當債務人因給付不能而對第三人取得「損害賠償請求權」時，債權人方取得代償請求權。單就文義觀之，似除損害賠償請求權外，債權人無行使代償請求權之可能。

然而，探究代償請求權之立法過程，可知本條所稱之損害賠償係譯自德文「Ersatz」一詞，且該詞之中文意思實不以損害賠償為限<sup>27</sup>，日本法上將其譯為「代償」，似更能精準地表示其原意。

再者，自規範目的以觀，代償請求權以調整債之關係當事人間因債之相對性所肇致之不當利益流動，該利益發生之原因並非代償請求權所關注者。由此可知，代償請求權之之客體本即不應以損害賠償請求權或物為限，實務上亦認為立法者

---

期不為回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害；價值利益指因加害事由致被害人財產上受有之損害，依民法第 215 條、第 196 條（限物之損害）以金錢賠償其損失。參見：王澤鑑（2017），《損害賠償法》，第 2 版，頁 128，台北：自版。

<sup>25</sup> 陳聰富（2016），〈物之損害賠償〉，《月旦法學雜誌》，第 257 期，頁 73。

<sup>26</sup> 惟學說上有認為於物之損害若可歸責於債務人致不能回復原狀時，被害人除得依民法第 215 條請求價值賠償外，亦得依民法第 213 條第 3 項請求回復原狀之必要費用。惟本文認為如此解釋不符民法第 213 條第 3 項之文義，亦不符民法第 215 條不能回復原狀時加害人僅須為價值賠償之意旨，故不採之。參見：王澤鑑（2006），〈財產上損害賠償（三）—物之損害賠償（上）〉，《月旦法學雜誌》，第 135 期，頁 151；陳聰富（2016），前揭註 25，頁 72。

<sup>27</sup> 王澤鑑（2009），〈出售之土地被徵收時之危險負擔、不當得利及代償請求〉，氏著，《民法學說與判例研究（第六冊）》頁 111-112，台北：自版。

並非有意限縮於賠償請求權或賠償物，而認於該利益「符合重要特徵」下，債權人得類推適用代償請求權之規定，請求移轉債務人移轉或讓與其所取得之利益。

以下先整理實務上所承認雖非損害賠償請求權（物）仍得作為代償請求權客體之類型，以及學說上對代償利益相關爭議之討論，觀察並檢討我國對於債務人因給付不能而取得何種非損害賠償請求權（物）之利益屬於代償利益，債權人得類推適用代償請求權之規定請求移轉之。

## 第一款 連帶保證人之代位權、物上保證人之求償權

關於債務人之原給付標的因擔任他人之連帶保證人或物上保證人而遭拍賣而陷於不能，債務人因此取得民法第 749 條之保證人代位權或民法第 849 條之物上保證人求償權，是否得為代償請求權之客體。最高法院判決認為，債務人之原給付義務因拍賣而陷於不能，其所取得之求償權及代位權亦係因拍賣而取得，其間具有因果關係，且求償權及代位權均為拍賣物之代替利益，故債權人得類推適用代償請求權之規定請求移轉之<sup>28</sup>。

雖於因果關係之認定上，債務人給付陷於不能係因遭拍賣無法移轉而陷於給付不能，而債務人取得代位權或求償權亦係因標的遭拍賣，可認與給付不能之發生源於同一原因事實。惟不論保證人之代位權抑或物上保證人之求償權，其本質皆為為他人清償債務後，於其「清償範圍內法定當然自原債權人處承受之債權」，

---

<sup>28</sup> 參見：最高法院 102 年度台上字第 523 號判決：「按民法第 225 條第 2 項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，且該利益係給付標的物之代替利益，始足當之。...上訴人因不可歸責於己之事由致系爭土地遭拍賣，而為被上訴人代償一千一百四十七萬零三百六十九元...則上訴人因而取得之代償請求權（指民法第 749 條及第 879 條之權利），為系爭土地之代替利益，...原審因認蕭漢平得類推適用民法第 225 條第 2 項規定，請求上訴人讓與上開代償請求權，難謂有何違背法令。」

難認係替代原給付標的而存在之利益，與原給付標的具有目的上同一性者，應為因拍賣而生之價金。是故，本文以為，債務人所取得之代位權或求償權與原標的間不具同一性，債權人應不得類推適用代償請求權之規定向債務人請求移轉之。

## 第二款 徵收補償金

土地買賣契約成立後，於所有權尚未移轉登記前，該土地經政府依法徵收，並由所有權人出賣人受領補償金時，買受人得否對該徵收補償金依代償請求權之規定請求出賣人移轉之。

實務見解多採肯定說，但理由不儘相同。有認為買受人只能依民法第 225 條第 2 項之「法理」行使代償請求權，請求出賣人交付其所受領之地價補償金<sup>29</sup>。亦有認為徵收補償金，雖非侵權行為之賠償金，惟係債務人所負債務陷於給付不能發生之一種代替利益，債權人非不得類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，請求交付<sup>30</sup>。至於被徵收土地之所有權人以其應領取之補償費所換取之土地（即抵價地），實務判決亦認為屬土地被徵收後所取得之補償利益，本質上與補償金同屬被徵收土地之替代利益，而肯認得為代償請求權之客體<sup>31</sup>。

學說上則有採直接適用說者，認為土地徵收補償費雖係基於公權力之作用，對某人課與特別義務而對其經濟上損害所給與之經濟上損失之填補，屬公法上損

---

<sup>29</sup> 最高法院 80 年度第 4 次民事庭會議（一）：「民法第 373 條所指之利益，係指物之收益而言，並不包括買賣標的物滅失或被徵收之代替利益（損害賠償或補償費），且買受人自始並未取得所有權...故出賣人本於土地所有人之地位領取地價補償金，尚不成立不當得利。買受人祇能依民法第 225 條第 2 項之法理行使代償請求權，請求出賣人交付其所受領之地價補償金。」相同見解：最高法院 81 年度台上字第 449 號判決、最高法院 94 年度台上字第 119 號判決。

<sup>30</sup> 參見：最高法院 81 年度第 19 次民事庭會議、最高法院 80 年度台上字第 2504 號判決、最高法院 97 年度台上字第 329 號判決、最高法院 88 年度台上字第 1505 號判決。與補償金類似案例，參見：臺灣高等法院 103 年度重上字第 107 號判決（拆遷補償費）。

<sup>31</sup> 參見：臺灣高等法院 94 年度重上字第 160 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1187 號判決、臺灣高等法院高雄分院 103 年度重上更（一）字第 15 號判決。與抵價地類似之案例，參見：臺灣高等法院 106 年度上字第 1627 號判決（遷村受贈於政府之地）。

失補償而與民法上侵權行為所生之損害賠償性質上固有不同。惟代償請求權之規範目的乃基於公平原則，為貫徹立法上價值判斷，所謂損害賠償應廣義解釋為包含土地徵收補償金在內<sup>32</sup>。再者，我國民法第 225 條第 2 項係仿效德國民法第 281 條之規定，本條損害賠償乃自德文「Ersatz」翻譯而來，實際上該字之意義包含補償及賠償之意。德國通說亦認為包含徵收補償金而無爭議，故代償請求權之損害賠償不應拘泥於文字，應從廣義理解而包含徵收補償金在內<sup>33、34</sup>。

然而，多數學說認為，徵收補償金雖不在民法第 225 條第 2 項之文義範圍，也與損害賠償之性質不同，惟基於相同事務應為相同處理之法理，應可類推代償請求權之規定，認為債權人亦得請求移轉之<sup>35</sup>。

### 第三款 自動拆除獎勵金

所謂自動拆除獎勵金，係鼓勵拆除權人於徵收期限內自動拆除建築物而發給之獎勵金。土地買賣契約成立後，土地已交付但尚未移轉登記前，因徵收致給付陷於不能，買受人基於其事實上處分權並拆除該土地上建物時，實務見解認為，買受人得類推適用代償請求權之規定，請求出賣人移轉其所受領之獎勵金<sup>36</sup>。

相對於此，於土地既未交付亦未移轉登記時，自動拆除獎勵金雖與給付不能

---

<sup>32</sup> 王澤鑑 (2009)，前揭註 22，頁 259-260。

<sup>33</sup> 王澤鑑 (2009)，前揭註 27，頁 111-112。

<sup>34</sup> 王澤鑑教授後補充說明認為，不論採取直接適用亦或類推適用皆有所據，惟其認為徵收補償金雖非損害賠償此私法上之概念，但就填補損失而言並無不同，故仍採取直接適用說。參見：王澤鑑 (2009)，前揭註 16，頁 140。

<sup>35</sup> 林誠二 (2013)，《債法總則新解—體系化解說 (下冊)》，第 2 版，頁 79，台北：瑞興；孫森焱 (2009)，《民法債編總論》，民國 98 年 2 月修訂版，頁 514，台北：三民；鄭玉波 (2002)，前揭註 14，頁 350；邱聰智 (2013)，前揭註 13，頁 57；陳自強 (2015)，《契約違反與履行請求》，初版，頁 247-248，台北：元照。

<sup>36</sup> 最高法院 81 年度台再字第 21 號判決要旨：「系爭廠房既經再審原告出賣於再審被告，且將其事實上之處分權讓與再審被告，並由再審被告拆除完畢，類推適用民法第二百五條第二項代償請求權之法理，再審被告請求再審原告讓與獎勵金給付請求權，並交付其受領之補償金，應屬正當。」相同意旨：最高法院 80 年度台上字第 2418 號判決。



之事由間具因果關係，亦不具有專屬性，惟其非政府因徵收必須給付之款項，而係政府獎勵拆除建物此積極作為而生之給付，與買賣契約標的物不具替代性，故買受人不得依代償請求權之規定向出賣人請求移轉之。



## 第四款 保險金

### 第一目 日本法

原契約標的滅失毀損後，債務人取得保險金之情形，例如建築物買賣契約締結後，買受人時常先為該建物投保火災、地震等保險，交付前建物滅失而出賣人取得保險金。有論者以給付不能之事由僅為債務人取得保險金之原因之一，尚有保險契約之締結等其他原因，而否定保險金與給付不能之事由間具有因果關係。保險法學者亦多認為，保險金係因以保費為對價之保險契約而生，而非因給付不能事由所生，應認為取得保險金之事由與給付不能事由非同一原因<sup>37</sup>。況且，從經濟之觀點而言，保險金係保險費之對價，於替代性之判斷上，難認保險金係債之標的「必然」之替代物，是故，應否定保險金得作為代償請求權之客體<sup>38</sup>。

然而，多數學說及判例之見解皆採肯定之見解，蓋從代償請求權調整當事人間不公平之目的以觀，債務人所取得之利益係損害賠償金抑或保險金，對於不公平之分配並無二致。且債務人所取得利益之原因，並不以給付不能之事由為唯一原因為限，縱給付不能事由僅為債務人取得保險金之原因之一，亦不影響其間具有因果關係之認定。再者，於擔保物權之物上代位權亦有相同之爭議，既肯定物上代位及於保險金，於此應為相同處理。是故，應肯認保險金得成為代償請求

---

<sup>37</sup> 大森忠夫（1985），《保險法》，補訂版，頁 187，東京：有斐閣。

<sup>38</sup> 星野英一（1968），〈最高裁判所民事判例研究〉，《法學協會雜誌》，第 85 卷第 1 號，頁 94；平野裕之（2005），《債權總論》，初版，頁 225，東京：信山社。

權之客體<sup>39</sup>。



## 第二目 我國法

似有實務判決採否定之見解認為，債務人為保險契約之受益人，其因保險契約所取得之保險金，與給付不能之事由不具因果關係，且與契約標的不具有同一性，故債權人不得依代償請求權之規定請求移轉之<sup>40</sup>。

相對於此，有採肯定說之實務判決認為，保險金雖非侵權行為損害賠償之賠償金，惟係債務人於其所負債務陷於給付不能發生之一種代替利益，債權人非不得類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，請求讓與之<sup>41</sup>。學說上亦認為，保險金具有損害賠償之性質，得成為代償請求權之客體，但未見進一步闡述其理由者<sup>42</sup>。

<sup>39</sup> 石坂音四郎 (1912)，〈給付不能ノ效力〉，《京都法學會雜誌》，第 7 卷第 2 号，頁 45；奧田昌道 (1982)，〈債權總論 (上)〉，初版，頁 151，東京：筑摩；潮見佳男 (2017)，〈新債權總論 I〉，初版，頁 295，東京：信山社；平野裕之 (2019)，前揭註 7，頁 120。

<sup>40</sup> 參見：臺灣高等法院臺中分院 101 年度建上字第 1 號判決。本件之案例事實為：於承攬契約中，定作人支付保費以雙方為被保險人投保工程營造綜合險，並約定以定作為受益人之情形，嗣後工程因可歸責於承攬人之事由發生火災燒毀，定作人依保險契約受領保險金。承攬人以定作人未支付任何工程款，而憑空取得保險金，顯受有不當利益，基於衡平原則請求移轉保險金；定作人則以其所取得之保險金與承攬人所負之義務，因不具同一性而保險金非替代利益，故不得依代償請求權之規定請求移轉之。因此，本件法院才有定作為受益人，其保險金請求權與承攬人原負義務非出於同一原因，不具同一性而非替代利益之見解。然而，本文認為，本件法院似未釐清，本件情形為承攬人因火災而陷於給付不能（定作人所負之給付已施作報酬部分為金錢之債無給付不能），受領保險金者，為債權人（定作人）而非債務人（承攬人），似無由債務人向債權人依代償請求權主張移轉保險金之可能。惟就保險金係由保險契約所得，與契約標的無同一性而非替代利益之論述，並不受此影響而仍有參考價值。

<sup>41</sup> 參見：臺灣高等法院 106 年度上易字第 685 號判決：「次按因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免負給付義務，債務人因此項給付不能之事由對第三人損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求交付其所受領之賠償物，民法第 225 條定有明文。又保險金雖非侵權行為損害賠償之賠償金，惟係被上訴人於其所負債務陷於給付不能發生之一種代替利益，此項賠償金非不得類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，請求讓與（最高法院 80 年度台上字第 2504 號判例意旨參照）。...被上訴人於租賃關係消滅時，本應返還系爭堆高機，因不可歸責於被上訴人之事由，致不能返還，固得免負返還義務，惟其因此所受領之 8 萬 8,000 元保險金，揆諸前開說明，上訴人應得類推適用民法第 225 條之規定請求讓與，以符公平。」臺灣臺中地方法院 97 年度建字第 44 號判決亦同。

<sup>42</sup> 梅仲協 (1954)，〈民法要義〉，修訂初版，頁 172，台北：自版；史尚寬 (1983)，前揭註 14，頁 375；孫森焱 (2009)，前揭註 35，頁 512；鄭玉波 (2002)，前揭註 35，頁 349；陳自強 (2015)，前揭註 35，頁 246；劉春堂 (2011)，〈民法債編通則(一)契約法總論〉，增修版，頁 335，台北：三民；尤重道 (2007)，〈情事變更原則與不當得利及代償請求權暨危險負擔間之法律關係—以土

本文認為，保險契約之目的在於保險事故發生時，被保險人所受之損害得受迅速且確實之理賠，雖其意義與民法上之損害仍有不同，但其本質與損害賠償相同皆為填補經濟上之不利益。因此，於因果關係之認定採取間接因果關係說之見解下，可認其與原給付具有目的上之關聯，符合因果關係之要件，而得為代償請求權之客體。

值得注意者係，學說上有認為於債務人所取得之保險金，實際價值低於契約標的時，可能發生債權人若須為原對待給付方得取得保險金，對其不利之情形。因此，學說上認為於替代利益不及該陷於給付不能之給付真實價值者，依公平原則，應許其按比例減少對待給付<sup>43</sup>。舉例而言，債務人於房屋買賣契約成立後，以該房屋市價之 3 分之 2 投保火災險，嗣後房屋因失火滅失時，債權人依代償請求權之規定項債務人請求移轉保險金，得僅以原應支付價金 3 分之 2 的價金為對待給付<sup>44</sup>。

## 第五款 交易對價

### 第一目 議價購買之價金

所謂議價購買係指，政府欲使用私人之土地，為順應民情於徵收前以議價購買之方式取得土地。於徵收之情形，債權人得類推適用代償請求權之規定，請求移轉債務人所受領之補償金如前所述。惟對於政府議價購買之價金，早期實務判決曾有以其可歸責於債務人且價金與賠償物有別，故否定債權人得請求移轉之<sup>47</sup>。

---

地徵收地價補償請求權為例（六）》，《現代地政》，第 310 期，頁 12。

<sup>43</sup> 梅仲協（1954），前揭註 42，頁 190-191。

<sup>44</sup> 陳聰富（2002），〈代償請求權〉，《台灣本土法學雜誌》，第 32 期，頁 151。

<sup>47</sup> 參見：最高法院 69 年度台上字第 259 號判決。

然而，學說認為，議價購買實介於徵收與買賣之間，論其形式係屬買賣，究其實質，則幾近徵收，蓋若不同意依土地徵收條例第 11 條勢必被徵收<sup>48</sup>，所有權人於締約上屈居於弱勢之地位。因此，雖議價購買所取得之價金係因買賣契約所得而非物權移轉行為，惟仍具有間接因果關係。再者，此時所有權人陷於較弱勢之情勢，該價金相較於交易對價，反倒較近似於補償金，而應肯認係為填補原給付標的而存在，屬代償利益。近期實務見解亦多認為，債權人得依代償請求權向債務人請求移轉議價購買之價金<sup>49</sup>。

## 第二目 拍賣之價金

關於契約標的因抵押權之實行、併付拍賣等原因而遭拍賣後原給付陷於不能，債務人因拍賣所取得之價金，與議價購買之價金類似，應得認具有間接因果關係且與原標的具有替代性，而不再贅述。應注意者係，實務判決有認為，拍賣係因執行法院行使國家強制執行權，依法將債務人財產實施換價之處分行為，債務人未能促使執行人停止執行，屬不可歸責於債務人之事由給付陷於不能<sup>50</sup>。惟本文認為，不得以此理由逕認標的因遭拍賣而陷於不能，屬不可歸責於債務人之事由，仍應探究標的遭拍賣之原因，如係因債務人未清償其他債務或為他人擔任連帶保證人等肇因於其自身之原因，則不應一概認定給付不能之事由不可歸責於債務人。

## 第三目 交易之價金

---

<sup>48</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 22，頁 263。

<sup>49</sup> 參見：臺灣高等法院 96 年度重上更（一）字第 147 號判決：「議價購買介於二者之間，論其形式，係屬買賣，究其實質，則幾近徵收，蓋依土地徵收條例第十一條『需用土地人申請徵收土地或...應先與所有權人協議價購或以其他方式取得；所有權人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收。』之規定，不同意議價購買，勢必被徵收。是如因土地被議價購買致給付不能者，應得類推適用民法第 225 條之規定」。

<sup>50</sup> 參見：臺灣高等法院臺中分院 108 年度上字第 34 號判決。

關於因交易行為所得之利益，如出名人之繼承人因不知借名登記契約存在而出售應返還與借名人之借名物，或繼承人不知贈與契約存在而將該物出售與第三人等情形，借名人得否依代償請求權請求處分借名物之人移轉該利益，較上述之情況更具爭議。蓋不論係侵權行為之損害賠償金抑或保險金，均不至於超越債之標的之客觀價值，但交易行為所得之價金，可能因債務人優越之銷售能力超過標的物之價值<sup>51</sup>，顯與上述客體爭議類型有異。

## 一、 德國法

### (一) 實務見解之變遷

德國舊民法典公佈後，關於因法律行為所取得之對價，得否作為代償請求權之客體，從立法歷程中，因討論多集中於是否應限縮於可歸責（參見第二章），未能自立法者之意旨中尋求答案。直至西元 1910 年代中期德國學說就此問題仍然意見分歧，亦未見相關之實務見解表態。西元 1920 年代前後，因第一次世界大戰時之臨時措施造成許多紛爭，例如買賣契約締結後因軍方強制扣押、出賣，致出賣人無法履行其債務，或與他國買受人所締結之買賣契約因禁止出口之禁令被迫轉售與他人等，應如何解決成為問題。此類問題之特徵在於，多係因軍方強制其出賣或扣押等不可歸責於債務人之事由而致，換言之，此時出賣人不須對買受人負損害賠償義務，代償請求權為買受人僅存之救濟方式<sup>52</sup>。

於此背景下，德國帝國法院判決認為，承認因法律行為所生之對價，也就是軍方向出賣人所支付之買賣價金，該當代償請求權中代償之要件<sup>53</sup>。於契約標的

---

<sup>51</sup> 陳自強（2015），前揭註 35，頁 247。

<sup>52</sup> 多治川卓朗（2009），〈代償請求權と調整機能—利益吸い上げ機能との関連に着目して〉，新井誠、山本敬三編，《ドイツ法の継受と現代日本法：ゲルハルド・リース教授退官記念論文集》，頁 303-304，東京：日本評論社。

<sup>53</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 304。

物因戰時措施而陷於給付不能之案例中，西元1917年德國帝國法院判決亦認為，出賣人因禁止出口命令而無法交付標的物致給付陷於不能，同時雖因與第三人之買賣契約取得交易對價，但其之所以另出售與他人仍係戰時措施之故，而無法忽視其間之關聯。是故，可認出賣人取得交易對價與給付陷於不能係基於「同一原因」，出賣人係因買賣債權契約而取得交易對價之事實，無礙於買受人得依代償請求權之規定請求移轉該價金<sup>54</sup>。惟本案判決中亦提及，於出賣人係「任意」出售標的致給付不能時，買受人則不得依代償請求權請求移轉該價金，僅得對其主張損害賠償請求權。換言之，於一物二賣之情形，出賣人最多僅負履行利益之損害賠償義務<sup>55</sup>。

然而，任意處分不適用代償請求權之見解，於1922年帝國最高法院之判決遭到部分推翻。於所有物遭盜後出售與被告，被告再出售與他人，原告依代償請求權向被告請求移轉該出售價金之案例中，肯定交易對價得作為代償請求權之客體<sup>56</sup>。蓋本案判決認為，自代償（Ersatz）之文義中無法排除交易對價適用之可能，且自規範意旨以及文義以觀，只要滿足「若無債務人取得代償之事實存在，則給付不能不發生」，即滿足因果關係之要求。本案判決並提及前述西元1917年之判決之所以認為任意移轉所取得之交易對價，不得作為代償請求權之客體，係因該判決並非所有物返還請求權陷於給付不能<sup>57</sup>，而係出賣人為違反契約之交易。申言之，本案判決認為，任意移轉所取得之交易對價，不得作為代償請求權之客體，僅適用於當出賣人尋求對其更有利之締約機會，並利用該機會取得特別之利益之情形。相對於此，本案因無此顧慮而不應否定任意移轉所取得之交易對

---

<sup>54</sup> RGZ 91,260 轉引自：磯村保（1986），〈二重売買と債権侵害（三）：「自由競争」論の神話〉，《神戸法學雜誌》，第36卷第2號，頁294。

<sup>55</sup> 遠山純弘（2002），〈法律行為による利益（*lucrum ex negotiatione*）と代償請求權（一）—ドイツにおける議論状況とその問題点—〉，《北海学園大学法學研究》，第36卷第1號，頁12-13。

<sup>56</sup> RGZ 105,84 轉引自：磯村保（1986），前揭註54，頁295-296。

<sup>57</sup> 本案判決肯定德國舊民法第985條之所有物返還請求權陷於給付不能時，有代償請求權之適用。惟誠如前述，本判決後之帝國最高法院判決即採否定見解，現今判決及通說亦採取否定見解。

價得作為代償請求權之客體<sup>58</sup>。

惟日後帝國最高法院判決<sup>59</sup>完全推翻了任意移轉所取得之交易對價，不得作為代償請求權之客體之見解。此見解並為日後聯邦最高法院判決<sup>60</sup>所採，所有任意移轉所取得之交易對價，皆得作為代償請求權之客體遂成為德國通說<sup>61</sup>。

## （二） 學說見解之突破

德國學說上對於交易對價得否作為代償請求權客體之問題，於德國舊民法施行之初對立嚴重，惟克服要件上之爭議後，學說通說肯認債權人得依代償請求權之規定向債務人請求移轉其所取得之交易對價，以下詳述之。

首先，關於第 281 條要件中「代償 (Ersatz)」之概念解釋上是否包含交易對價。否定說者認為，代償應係指消極地填補財產損失差額所生之物，惟交易對價則非因財產損失而生，故解釋上不能包含在內。肯定說論者則認為，對價與代償之區別並非必然，蓋物之移轉亦會造成財產之減少，未必不能將交易對價，解為係於財產減少之同時所取得。再者，觀察其他民法之規定，多規定「因滅失、毀損、侵奪而生之代償」而非如舊民法第 281 條僅有代償之文字，是故對於第 281 條代償之解釋不應如否定說如此狹隘，而無法單以代償概念之解釋將交易對價排除在外<sup>62</sup>。

<sup>58</sup> 遠山純弘 (2002)，前揭註 55，頁 144；磯村保 (1986)，前揭註 54，頁 296。

<sup>59</sup> RGZ 120,297、RGZ 138,45 轉引自：磯村保 (1986)，前揭註 54，頁 296-298。

<sup>60</sup> BGHZ 46,261 轉引自：磯村保 (1986)，前揭註 54，頁 299-300。

<sup>61</sup> 然而，有學者考察認為，代償請求權得否請求全部之交易對價一直為學說所爭論，於德國帝國最高法院判決前，肯定說似未見有新的論述，卻於 1920 年代後成為通說，似受到當時社會外在因素之影響多過於理論上之討論。蓋當時德國正值第一次世界大戰末期，戰爭結束後德國面臨前所未見之通貨膨脹以及幣值下跌，此時損害填補額以第二次買賣之價金作為計算較為恰當，或因如此，而得出代償請求權請求之範圍應包含交易對價之全部的結論。參見：多治川卓朗 (2009)，前揭註 52，頁 314。

<sup>62</sup> 磯村保 (1986)，前揭註 54，頁 308；遠山純弘 (2002)，〈法律行為による利益 (lucrum ex negotiatione) と代償請求權 (二) — ドイツにおける議論状況とその問題点 —〉，《北海学園大学法学研究》，第 38 卷第 1 號，頁 53-54。

其次，按德國舊民法第 281 條之規定，「代償係因給付不能之事由而生」為代償請求權要件之一。早期反對論者認為，於一物二賣之案例中，債務人對第二買受人所取得之價金係因締結買賣契約此債權行為所生，而債務人陷於給付不能之是由並非與第二買受人締結契約，而係履行與第二買受人契約之移轉標的物之物權行為，而基於交易對價與免給付義務事由間不具有因果關係，採取否定之見解<sup>63</sup>。亦有以代償請求權係不當得利制度之一般規定之角度切入者，認為既於德國民法第 818 條第 1 項否定因法律行為所取得之利益得作為義務人返還之客體，基於評價之一致性，亦應否定交易對價得作為代償請求權之客體<sup>64</sup>。

關於此爭議，肯定說論者有從文義之角度切入，認為立法者並無意精準地於民法第 281 條區分債權行為與物權行為反駁之。亦即認為，相較於民法第 816 條有效無權處分之不當得利返還義務規定中，以「因處分行為所取得之物」明確地區分債權行為與物權行為之差異，於民法第 281 條之「因給付不能『事由』所取得之代償」，似可解為債權行為抑或物權行為之區分並無必要<sup>65</sup>。通說並基於債權行為與物權行為間具有「經濟上之一體性 (wirtschaftliche Einheit)」，而肯認給付不能事由與交易對價間具有因果關係。其理由為，物權行為與債權行為之區分，亦即肯定物權行為之無因性係為保護第三人之交易安全，惟此區分並非必然。於因法律行為而取得之交易對價得否作為代償請求權客體之爭議中，並無危害交易安全之可能。是故，不應以此為由否定其間之因果關係<sup>66</sup>。

## 二、 日本法

關於因法律行為所取得之交易對價，得否作為代償請求權客體之爭議，日本

---

<sup>63</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 1，頁 393。

<sup>64</sup> 遠山純弘 (2002)，〈法律行為による利益 (lucrum ex negotiatione) と代償請求權 (三) — ドイツにおける議論状況とその問題点 —〉，《北海学園大学法学研究》，第 38 卷第 2 號，頁 369-370。

<sup>65</sup> 磯村保 (1986)，前揭註 54，頁 307-308。

<sup>66</sup> 遠山純弘 (2002)，前揭註 62，頁 57-58。



法上就此問題之討論，多集中於一物二賣中出賣人所取得之價金，以下詳述之。



## (一) 否定說

首先，與前述德國法之見解類似，此論者認為，一物二賣所得之價金係出賣人履行第二買賣契約所得之結果，並非因第一買賣契約陷於給付不能而生，而否定其間具有因果關係。其次，該價金係出賣人利用自身之才能、勞力所得，於經濟上不得將之與原給付標的等同視之。且第一買賣契約之當事人間與第二買賣契約當事人間之等價性，應各別獨立視之（主觀的等價性），難謂第一買賣契約標的之給付與第二買賣契約價金之對待給付間，具有等價性。

再者，對於同一性之認定採取價值同一性之論者認為，此時債務人所取得之買賣價金，因非必依原給付標的實際之價值決定，故以其間不具有價值同一性為由，否定交易對價得作為客體<sup>67</sup>。

## (二) 肯定說

肯定說論者，亦多參考德國法之討論而認為，確實於一物二賣時，致第一買賣契約陷於給付不能係出賣人將標的移轉與第二買受人之物權行為，而出賣人取得之價金係因其與第二買受人所締結之契約，嚴格來說並非同一原因。惟該物權移轉行為亦係為履行第二買賣契約，實質上應屬同一原因，而不應以此否定其間之因果關係<sup>68</sup>。亦有學說認為，因日本法不如德國法而不承認物權行為的無因性，

---

<sup>67</sup> 石坂音四郎(1916),《日本民法第三編債權總論(上)》,頁586,東京:有斐閣;林良平(1986),《債權總論》,初版,頁67,東京:青霖書院;潮見佳男(2005),《債權總論》,第2版,頁47-48,東京:信山社;潮見佳男(2017),前揭註39,頁296。其中石坂教授之所以肯定保險金得作為代償請求權之標的卻否定交易對價,係因其認為保險金雖源自於保險契約,惟仍屬給付不能事由(標的物滅失)所生之結果,且無理由承認損害賠償請求權卻否定保險金請求權之理;惟取得交易對價之原因係買賣契約,而非給付不能之事由。

<sup>68</sup> 磯村保(1985),〈二重売買と債權侵害(一)－『自由競争』論の神話－〉,《神戸法学》,第35卷第2號,頁407。

似無須如德國法肯定說論者，以債權行為與物權行為間具有經濟上之一體性，克服否定說論者對於原給付標的與交易對價間因果關係之質疑<sup>69</sup>。

再者，亦有認為關於依代償請求權請求交付替代原給付之「代償」之問題，近似於不當得利返還請求權中原物與替代物間之關係，應得參考之<sup>70</sup>。更有認為，代償請求權係不當得利制度之一般規定，因其屬於不當得利制度之一環，故關於此爭議之評價應依循不當得利相關規定，尤其是民法第 703 條<sup>71</sup>規定之解釋<sup>72</sup>。雖於日本法不當得利法中，於不當得利受領人將原物出售致原物不能返還時，其所取得之買賣價金得否視為代替物存有爭論。但既最高法院於此情形認為，受領人將原物出售予第三人所取得之價金，得作為不當得利返還之標的，則基於理論之一貫，於一物二賣之情形，亦應承認交易對價得作為代償請求權之客體<sup>73</sup>。

對於否定說論者認為，交易對價並非依原給付標的實際價格所訂，其間含有債務人自身之締約能力，非原給付標的之替代，因而否定交易對價得作為代償請求權客體之見解。學說認為，將債務人所取得之利益區分為原標的物所生之利益（*lucrum ex re*）與透過法律行為所取得之利益（*lucrum ex negotiatione*），此思維係源於羅馬法法源 D.18.4.21。惟德國法上已有學者提及此係錯誤理解此法源所得出之結論（第二章第一節第二項第二款第二目），故應認為上述區分方式實不僅無依據亦無意義<sup>74</sup>。縱因交易對價確實含有債務人之締約能力而認為二者應

---

<sup>69</sup> 惟學說認為，此僅為對於否定說論者因果關係論述之反駁，並非對於交易對價得作為代償請求權標的之積極論述，而仍須探求代償請求權得請求交易對價之理由。遠山純弘（2002），前揭 64，頁 366。

<sup>70</sup> 潮見佳男（2017），前揭註 39，頁 297。

<sup>71</sup> 日本民法第 703 條規定：「無法律上原因受領他人之財產或勞務，致他人受有損害者，於現存利益之範圍內，負返還義務。」

<sup>72</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 370-372。

<sup>73</sup> 潮見佳男（2017），前揭註 39，頁 297。

<sup>74</sup> 學者 Jakobs 參考羅馬法源 D.18.4.21 而認為，應將債務人所取得之利益區分為物所生之利益與因法律行為所生之利益，後者因係債務人投機行為（*spekulationstätigkeit*）所取得，因此不在代償請求權返還之範圍。為後被學說認為，此結論係 Jakobs 誤解羅馬法法源所得出之結果，應不採。遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 367-368；遠山純弘（2002），前揭註 55，頁 32。

有所區分，但從整體交易秩序以觀，出賣人一物二賣所得之價金，其利用締約能力所取得超出一般市價之利益，亦應歸屬於第一買受人而不應由出賣人保留，蓋自由競爭之仍受到倫理化之限制（詳見第三節第五項第三款），不應給予出賣人透過債務不履行取得利益之可能性。據此以解，於價值判斷上，應肯認交易對價得作為代償請求權之客體<sup>75</sup>。

### 三、 我國法

#### （一） 學說見解

##### 1. 肯定說

多數學說肯認債務人因交易所取得之對價，與給付不能之發生具有因果關係（如前所述），得為代償請求權之客體，惟理由則有不同。有學說認為，雖損害賠償依其文義顯然不包含法律上交易所得在內，但衡諸代償請求權之規範目的，為免債務人一面依民法第 225 條第 1 項免給付義務，另一面又能保有因出售而得之價金，顯將獲有不當之利益，故有類推適用擴張代償請求權客體之必要<sup>76</sup>。

有學說從規範意旨出發認為，交易所得之利益與給付不能皆屬同一原因（交易行為）所發生之結果，基於代償請求權保護債權人之目的，應允許債權人依代償請求權之規定向債務人請求移轉之<sup>77</sup>。亦有學說認為，代償請求權旨在使債權人以「代替利益滿足其原給付利益」，蓋基於債之關係，給付標的本來應歸屬於債權人，債務人在經濟上替代給付標的所得之利益，債權人應得類推適用代償請

---

<sup>75</sup> 磯村保（1985），前揭註 68，頁 407-408。

<sup>76</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 22，頁 265。

<sup>77</sup> 陳聰富（2002），前揭註 46，頁 153-154。

求權之規定請求之<sup>78</sup>。



## 2. 否定說

採否定說論者，有從因果關係著手而認為，民法第 225 條第 2 項代償請求權之客體，所謂債務人因給付不能事由而取得之損害賠償請求權，係指「直接替代利益」，即從給付不能之事由，未經債務人另外耗費勞力、時間、費用，直接轉換成的權利為限，惟交易對價與直接替代利益本質不同，並非標的物之直接替代利益，且若採肯定說將可能造成債務人努力被抹煞之結果<sup>79</sup>。

亦有學說與民法上其他制度比較而認為，參考不當得利法中，通說對於民法第 181 條之「更有所取得」解釋上不包含基於法律行為取得之對價之見解，為使法律規範評價之一致，於代償請求權亦應為相同解釋。且因交易對價倘若較原給付價值而高者，可能出於債務人之技術與勞力，與原標的客觀價值未有關聯，故代償請求權中之替代利益亦應以原給付之客觀價值直接發生計算者（如補償金或保險金）為限<sup>80</sup>。

再者，亦有從整體經濟效率之角度而認為，於給付不能係因可歸責於債務人所致時，如一物二賣之情形，前後兩次買賣間之價差，係因債務人技術與勞力所得之報酬，應歸於債務人而無由債權人請求分配享受。否則，無法鼓勵債務人尋找更好之買主（即因其使用資源更有效率，故願以更高價取得者）。且對於第一買受人而言，法律既已使其得依民法第 226 條請求所受損害及所失利益之損害賠

---

<sup>78</sup> 楊佳元(2002)，〈可歸責於債務人致給付不能〉，《法學講座》，第 7 期，頁 71-72；劉昭辰(2004)，〈替代〉，《月旦法學教室》，第 15 期，頁 36。

<sup>79</sup> 謝哲勝(1995)，〈民法第二百五條第二項債權人代償請求權客體之研究〉，《財產法專題研究》，初版，頁 124-126；謝哲勝(2005)，〈民法第二二五條第二項的類推適用〉，《月旦法學教室》，第 32 期，頁 14-15。

<sup>80</sup> 林誠二(2019)，〈交易所得對價與代償請求權—簡評最高法院 105 台上 2111 號民事判決〉，《台灣法學雜誌》，第 382 期，頁 140-141。

償，若給予其超過之保障，反將致債權人不勞而獲之結果，故不論可否歸責於債務人，交易所得之利益皆不應類推適用而為代償請求權之客體<sup>81</sup>。



## (二) 實務見解

### 1. 祭祀公業將土地出售所分配之價金

以「民法第 225 條第 2 項」、「代償請求權」及「價金」作為關鍵字，實務判決<sup>82</sup>首次將一般交易之價金作為代償請求權之客體，見於土地買賣契約因祭祀公業出售致給付不能，債權人依代償請求權向債務人請求移轉價金分配請求權之情形<sup>83</sup>。

本件一、二審判決理由中有兩個重點。其一，認為代償請求權係基於衡平思想，並斟酌當事人可推知之意思，旨在調整失當之財產價值的分配，屬於法定之契約補充解釋。不僅帶出代償請求權之目的，係基於衡平思想調整不當利益流動，更提及其正當性一部分在於，可推知債務人承擔債務意思之範圍，及於替代利益。

申言之，自買賣契約之意思表示中，可推知債務人除負有交付契約標的物之義務外，尚包含於標的陷於給付不能時，交付其所取得替代標的物之利益之義務。其次，判決認為土地分配款請求權與給付不能間具有因果關係，雖與民法第 225 條第 2 項之損害賠償請求權發生原因不同，惟與買賣契約之標的具同一性，性質上同為給付不能之替代利益。因而，肯認債權人得類推適用代償請求權之規定向

---

<sup>81</sup> 謝哲勝（1995），前揭註 79，頁 126-127；林誠二（2019），前揭註 80，頁 140-141。

<sup>82</sup> 參見：臺灣臺中地方法院 94 年度重訴字第 296 號判決、其上級審：臺灣高等法院臺中分院 96 年度重上字第 7 號判決。

<sup>83</sup> 本件得將該案之案例事實簡要為：祭祀公業派下員 B 等將土地出售與 A，祭祀公業派下公司共有土地所有權之移轉，雖因未經他派下全體之承認不能發生效力，但其買賣之債權契約仍屬有效。嗣後該土地經祭祀公業派下員大會決議出售與他人，並提列處分土地之分配款，A 之繼承人 a 等因而向 B 之繼承人 b 等依代償請求權之規定請求移轉其所受分配之土地分配款。

債務人請求移轉土地分配款。



## 2. 他共有人出賣所分得之價金

就共有物之應有部分締結買賣契約後，共有物之全部因他共有人依土地法第 34 條之 1 出售與第三人，致給付陷於不能之情形。實務判決認為，此時債務人係因法律規定被迫出售，且衡情難要求債務人為履行移轉應有部分之契約義務，而行使優先購買權取得共有物全部之所有權，故屬不可歸責於債務人之事由。又債務人此時基於共有人之地位所受分配之價金，雖非侵權行為之賠償金，惟堪認係債務人於其所負債務陷於給付不能發生之一種替代利益，故債權人得依代償請求權之規定請求移轉之<sup>84</sup>。

## 3. 標的物遭政府代售所得之價金

作為契約標的之土地，因未能釐清權利內容及權屬，遭政府依地籍清理條例第 3 條第 1 項<sup>85</sup>、第 11 條、第 33 條等規定標售時，實務判決認為，債務人因政府代為標售土地致給付陷於不能之結果，係屬不可歸責於債務人之事由，並引用債權人得類推適用代償請求權規定，請求移轉徵收補償金之最高法院 80 年台上字第 2504 號判例，肯認政府標售之價金為契約標的之替代利益，債權人得請求移轉債務人對政府所取得之價金請求權<sup>86</sup>。

## 4. 債務人出賣標的物所得之價金

---

<sup>84</sup> 參見：臺灣高等法院 96 年度上字第 473 號判決、臺灣高等法院臺中分院 104 年度上易字第 482 號。

<sup>85</sup> 地籍清理條例第 3 條規定：「主管機關為清查權利內容不完整或與現行法令規定不符之地籍登記，經釐清權利內容及權屬後，應重新辦理登記；其未能釐清權利內容及權屬者，應予標售或處理...。」

<sup>86</sup> 參見：臺灣彰化地方法院 107 年度重訴字第 114 號民事判決。

關於債務人自身出賣契約標的物所取得之價金，首見於臺灣士林地方法院民事判決 98 年度訴字第 1482 號判決<sup>87</sup>。該判決理由認為，代償請求權之規定主要在於讓債權人取得代替給付標的物之「經濟上代替物」，故於債務人取得原給付標的之代償物而非損害賠償請求權時，應得類推適用肯認債權人得向債務人請求交付代償物（出賣所得之價金）作為給付。惟該判決並未詳細地就代償請求權之各要件作出說明。

於互易契約關係中，債務人將應移轉之標的出售與他人所得之對價，實務判決認為，債權人得請求債務人讓與因此事由自該給付標的之替代利益或替代物，以調整雙方利益，故縱非屬侵權行為之賠償金或賠償物，亦應得類推適用之，故債權人得類推代償請求權之規定向債務人請求移轉該價金<sup>88</sup>。值得注意者係，本案債務人原應給付之土地，先經市地重劃轉為重劃地後，再經債務人出賣轉換為交易之價金。換言之，契約標的係經「二次」之轉換（一次直接轉換與一次間接轉換），屬替代物之替代物，而本案判決仍肯認其具有替代性，似可推論出實務認為契約標的轉換之次數並不影響其替代性之見解。

於借名登記契約關係中，契約關係因借名人死亡而終止，惟出名人違反義務將借名人之財產出售與第三人，致其應返還與借名人之債務陷於給付不能之情形。原審判決以此時債務人「可歸責」，且取得之交易對價「非損害賠償請求權所得或受領之賠償物」，而否定債權人得依代償請求權之規定向債務人請求移轉出售標的物所得之價金<sup>89</sup>。然而，最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決認為<sup>90</sup>：「按

---

<sup>87</sup> 本案之案例事實可略為：A 與 B 訂立契約，約定 A 同意由 B 代表列名為祭祀公業成員之派下，而 B 則願將其所分得財產之 4/10 讓與 A，嗣後 B 將應移轉與 A 之土地及建物售與他人，A 則依代償請求權之規定請求 B 移轉其因出售所取得之價金。

<sup>88</sup> 本案之案例事實可略為：A 與 B 約定，A 將攤位讓與 B，B 則於其土地分割後將其所分得之土地移轉與 A，嗣後系爭土地因政府辦理土地重劃致 B 之給付陷於不能，B 後又將因重劃後所取得之土地，出售與第三人。A 則依代償請求權之規定，向 B 請求移轉其因出售所取得之價金。參見：臺灣臺中地方法院民事判決 104 年度重訴字第 631 號。

<sup>89</sup> 臺灣高等法院 104 年度重家上更（二）字第 10 號判決：「上訴人另主張本件得類推適用民法

民法第 225 條第 2 項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。」

此判決為最高法院首次肯認於債務人自行出售標的物致給付陷於不能時，其因買賣契約所取得之交易對價，得為代償請求權之客體。隔年，相同當事人之類似案件中，原審高等法院肯認債權人得依民法第 226 條向債務人請求損害賠償，並以債權人既得以民法第 226 條向債務人請求損害賠償，則本件事實並無欠缺法律規範為由，認為不應再類推適用民法第 225 條第 2 項規定，以免紊亂民法第 225 條、第 226 條之法律體系<sup>91</sup>。惟本件上訴後，最高法院 106 年度台上字第 696

---

第 225 條第 2 項代償請求權規定為請求云云。然按未經法律規範之事項，得否類推適用某項法律規定，應先探求某項法律規定之規範目的即立法理由，其次再判斷得否基於「同一法律理由」，依平等原則將該法律規定類推及於該未經法律規範之事項（最高法院 101 年度台上字第 923 號裁判要旨參照）。觀諸民法第 225 條規定「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。債務人因前項給付不能之事由，對第三人損害賠償請求權者，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。」核係規範給付於債務關係發生後，依客觀或主觀之不能，並其原因非歸責於債務人之事由時，應使債務人免其義務；並於債務人因其債務標的不能給付，有由第三人受損害賠償者，有向第三人取得損害賠償請求權者，此時其不能給付，不問其債務人應否負責，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益，此觀該條立法意旨甚明。與本件係因可歸責於債務人即被上訴人之事由致給付不能之情形顯有不同，而出售所得，亦非因被上訴人對買受人有何損害賠償請求權所得或受領之賠償物，顯與民法第 225 條規定無「同一法律理由」可言，上訴人此部分主張亦無足憑信。」

<sup>90</sup> 本案之案例事實可略為：A 購買房屋並與其一子 a 締結借名登記契約，將房屋登記於 a 名下，於 A 死後 a 擅將該屋出售與第三人，自本應因借名登記契約終止返還與 A 之繼承人共同共有之房屋之債務陷於給付不能。他繼承人則依代償請求權等規定向出名人請求返還其交易所取得之價金。

<sup>91</sup> 臺灣高等法院 104 年度重家上更（二）字第 5 號判決：「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』、第 2 項規定：『債務人因前項給付不能之事由，對第三人損害賠償請求權者，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』。觀諸該條文之文義及立法理由，民法第 225 條第 2 項規定之適用，應以「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者」為前提，此與民法第 226 條規定相互以參，益徵明白。又未經法律規範之事項，得否類推適用某項法律規定，應先探求某項法律規定之規範目的



號判決採取與上述最高法院判決相同之見解，以相同之理由，肯認買賣契約之對價得作為代償請求權之客體<sup>92</sup>。



### (三) 最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決之影響

誠如前述，肯認買賣契約之對價得作為代償請求權之客體已成為最高法院目前穩定之見解。最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決出現後，亦影響日後下級法院之見解，對代償請求權之類推適用具有指標性之意義。以下為明確引用最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決之下級法院判決<sup>93</sup>，分析整理如下。

#### 1. 作為報酬之標的遭他人出售後經調解取得之金錢報酬

於委任關係中，委任人本以其自身為他人處理事務取得之不動產報酬之一部，作為受任人之報酬，後其自身報酬因他人出售而無法取得，惟仍經調解取得金錢報酬，受任人依代償請求權之規定請求移轉該金錢報酬。臺灣臺北地方法院 107

---

即立法理由，其次再判斷得否基於『同一法律理由』，依平等原則將該法律規定類推及於該未經法律規範之事項（最高法院 101 年度台上字第 923 號民事裁判要旨參照）。上訴人及追加原告得依民法第 226 條第 1 項規定為本件請求，已如前述，本件事實並無欠缺法律規範，不應再類推適用民法第 225 條第 2 項規定，紊亂民法第 225 條、第 226 條之法律體系。上訴人及追加原告翁寶秀、翁寶釗主張類推適用民法第 225 條第 2 項規定，請求被上訴人給付出售系爭土地之價金，難認有據。」

<sup>92</sup> 最高法院 106 年度台上字第 696 號民事判決：「按民法第二百五條第二項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。又依民法第二百五條第一項、第二項規定之文義，固須不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得主張代償請求權。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第二百五條第二項規定之立法理由謂『其不能給付，不問其債務人應否負責，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益』，應認債權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第二百二十六條第一項）或代償請求權以保護其利益。」

<sup>93</sup> 於本判決出現後，亦有採相同見解肯認交易對價得作為代償請求權客體，惟並未明確引用本判決者，如：臺灣高等法院臺南分院 106 年度重上更（一）字第 4 號判決、臺灣臺中地方法院民事判決 104 年度重訴字第 631 號判決。

年度重訴字第 1262 號判決認為，債務人自調解所取得之金錢係因其對系爭土地依協議書約定有請求報酬之權利所致，性質上尚非對第三人有損害賠償請求權而因此受領之賠償物，與民法 225 條第 2 項「賠償請求權（物）」之要件不合。然而，該判決引用最高法院民事判決 105 年度台上字第 2111 號判決，認債務人自調解所取得之金錢，自屬因不可歸責於其之給付不能事由直接轉換之利益，債權人自得類推適用代償請求權之規定，請求債務人依原約定之比例移轉其取得之金錢報酬<sup>94、95</sup>。

惟就相同之案例事實，臺灣臺北地方法院 107 年度重訴字第 1258 號判決則似乎否認經委任契約所取得之報酬為代償請求權之客體，認為債務人因他人出售作為報酬之標的物，不具可歸責事由，惟其於調解中所取得之金錢報酬，係依其間協議書約定請求而來，性質上尚非對第三人有損害賠償請求權而因此受領之賠償物，故債權人不得依代償請求權之規定請求移轉之<sup>96</sup>。

此案例不僅呈現我國實務對於代償請求權構成要件操作上之爭議，同時顯現出最高法院僅以「自給付不能事由直接轉換之替代利益」作為標的判斷基準，可能造成解釋上恣意、不明確的風險。本文認為，本件委任人不動產報酬之給付，因遭他人出賣後移轉之物權行為而陷於給付不能，其與該他人調解協議後所取得之金錢報酬，雖係因調解協議而取得，惟該協議亦肇因於他人出賣後之移轉該不動產之物權行為，應可認其間有目的之關聯而具有間接因果關係。又該金錢報酬

---

<sup>94</sup> 本案之案例事實可略為：甲與 A 締結委任契約，委任 A 追討其遭政府登記錯誤之土地，並約定以追討成功後所取得土地或補償金之 1/2 作為報酬。A 遂再委託 B 為其處理相關事項，並約定以其所取得報酬之 6/100 作為報酬。嗣後甲於追回該土地後將該地出售與他人，並與 A 達成調解以 5000 萬作為其報酬。B 則依代償請求權之規定請求 A 依比例移轉報酬。

<sup>95</sup> 本案後上訴於台灣高等法院，惟高等法院認為 A 和意與甲改以金錢作為報酬，致其對 B 之給付陷於不能，屬可歸責於其之事由，故改判認為 B 得依民法第 226 條項其請求損害賠償。至於代償請求權主張之部分，因與債務不履行之損害賠償請求權處於選擇合併之關係，故毋庸論斷。參見：臺灣高等法院 108 年度重上字第 700 號判決。

<sup>96</sup> 本案之原告與前案（臺灣臺北地方法院 107 年度重訴字第 1262 號判決）之 B 同為受 A 委任之人，卻得到完全相反之判決結果，但全案仍未確定。

之目的即係為取代原不動產報酬而存在，與原給付間具有相同之目的，具有目的上之同一性。是以，應肯認受任人得類適用代償請求權之規定向委任人請求移轉該金錢報酬之一部。



## 2. 製作並受寄之人無法返還時所取得之製作費

於一方委託他方製作物品並保管之寄託關係中，他方已製作物品，於一方請求返還但返還義務陷於給付不能時，有實務判決引用最高法院 105 年度台上字第 2111 號民事判決認為，寄託關係終止後受寄人應返還寄託物，若受寄人無法凡還受寄物致給付陷於不能時，寄託人參酌上述最高法院判決之意旨應得類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，向受寄人請求賠償相當於受寄物之製作費用<sup>97</sup>。

然而，本文認為，本件受寄人並未因給付不能而對第三人取得損害賠償請求權，蓋其所取得之製作費係基於委託契約，且為寄託人所支付，實與代償請求權之要件不合，亦與所引用之最高法院判決無關。本鑒於受寄人返還義務陷於不能時，寄託人應依其他債務不履行之規定主張其權利。

## 第四目 小結

於債務人非因其法律行為而取得之利益，如損害賠償請求權或補償金請求權等，因與給付不能之事由具有直接因果關係，且多係為填補原給付標的絕對或相對滅失而存在，為典型具有替代性之代償利益，故較無爭議。然而，給付不能係因債務人之法律行為而生，債務人並因此所取得之利益，因取得利益之原因事由可能不單僅有直接致債務人給付不能之事由，且該利益之客觀價值可能與原給付標的價值有出入，因此成為近期學說及實務對於代償請求權客體討論之重點。

---

<sup>97</sup> 參見：臺灣臺中地方法院 107 年度簡上字第 425 號判決。



## 一、 比較法上相關討論之分析

德國法上，關於交易對價得否作為代償請求權之客體，學說上將之分為兩個部分討論。首先，代償（Ersatz）之概念並不以損失之發生為必要，且代償請求權之規定相對於物上代位等規定，並未對代償之概念有所限縮，故無法單以代償概念之解釋將交易對價排除在外。

其次，較具爭議性者為因果關係之認定，雖給付不能係因債務人之物權移轉行為所生，而債務人取得交易對價係因與第三人之債權契約。然而，物權行為與債權行為之區分，係基於交易安全之考量，於此承認交易對價得作為代償請求權之客體並「無害於交易安全」。且代償請求權之條文文義中，並「未如不當得利之規定區分因物權或債權行為所取得」。因此，通說以債權行為與物權行為間具有「經濟上之一體性」為由，肯認債權人得依代償請求權向債務人請求移轉交易對價或其請求權。

所謂物權行為與債權行為間具有經濟上之一體性，即不區分債權行為與物權行為而將二者視為一整體之交易行為，進而肯認其間具有因果關係，雖看似實際操作上所得出之結論與本文對於因果關係採取間接因果關係相同，惟如此可能將向陷入哪些行為間具有經濟上一體性之難題。因此本文雖贊同德國通說所言，於代償請求權因果關係之認定，似無區分債權行為與物權行為之必要。惟不同於德國通說，本文認為應直接對代償請求權因果關係之認定採取寬鬆之見解，僅要求其間係出於同一原因而具有目的上之關聯，亦即具有間接因果關係即足，以避免只是用經濟上一體性此抽象之概念，取代因果關係認定之嫌。

至於日本法上，交易對價得否作為代償請求權客體之討論，採取價值同一性說者，多因交易對價與原給付標的間未必具有等價性，因而採取否定之見解。然而，交易對價之爭議主要係起因於因果關係認定上之困難，但誠如學說所述，日

本法不如德國法而不承認物權行為的無因性<sup>98</sup>，似無須如德國法肯定說論者，以債權行為與物權行為間具有經濟上之一體性，克服否定說論者對於原給付標的與交易對價間因果關係之質疑。是以，於日本法之背景下，為達代償請求權規範之目的，似無採否定說之理。

## 二、 本文見解

從我國法上述學說及實務對於代償請求權客體之討論，得發現多未具體就個別要件為檢討。實務上更多僅以該利益係因某給付不能事由所取得，為某原給付標的之（直接）替代利益，逕為債權人得否適用（或類推適用）代償請求權之規定向債務人請求移轉之判斷。不論因果關係判斷標準之採擇，抑或如何為替代性之認定，皆未有明確而具體之操作。

關於交易對價得否作為代償請求權之客體，以最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決事實為例（受任人因出賣標的物致其返還義務陷於給付不能），代償請求權因果關係之認定，承前所述，應採取間接因果關係說，亦即給付不能之事由與債務人取得利益之原因，二者間具有目的上之關聯（是否出於同一原因），即得肯認其間具有果關係。是以，給付不能之發生係因債務人物權之處分行為，而債務人係因與他人締結之債權契約所取得交易對價，雖無直接之因果關係，惟該處分行為係與第三人訂立契約之結果，取得價金亦係與第三人訂立契約之結果，皆「起因於同一交易行為」而有目的之關聯，故應可肯定其間具有因果關係。

至於替代性之判斷，誠如前述代償請求權替代性之認定，不僅該利益係取代原標的經濟上之價值，尚須其間具有目的上之同一性。同樣以最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決事實為例，債務人原給付之目的係，返還移轉登記該借名

---

<sup>98</sup> 謝在全（2007），《民法物權（上）》，修訂 4 版，頁 82-83，台北：新學林。

登記於其名下之房屋之所有權，而第三人之付買賣價金亦係為取得該屋之所有權，應可認為其間具有目的上之同一性，而屬於原給付之替代利益。反之，若今係出租人因出售租賃物致租賃物提供義務陷於給付不能，此時出租人所取得之價金因非以標的物之使用收益為目的，而不得認為屬替代利益。

對於否定論者如此可能不當剝奪債務人仰賴其技術勞力及費用所取得之利益，與可能造成整體經濟效率不佳之質疑。本文認為，此等質疑應係代償請求權「行使範圍」之問題，而無須亦不應因此一概否定交易對價得作為代償請求權客體之可能。否則不僅可能產生評價不一致之疑慮，更可能致代償請求權所欲調整上人間不恰當財產分配之目的不達。綜上所述，應肯認債務人因法律行為所取得之交易對價得作為代償請求權之客體。

### 三、 最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決之檢討

關於最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決，肯認交易對價得作為代償請求權之客體，就結論而言值得贊同。然而，觀其理由中：「債權人...，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。」本文認為仍存有值得討論之處，以下詳述之。

首先，所謂因給付不能事由直接轉換之利益，應係指如損害賠償金、補償金等不具有其他因素介入，與給付不能之事由間具有「直接因果關係」，自原給付直接變形轉換而來之利益。惟交易對價顯係因債務人法律行為「間接轉換」而來之利益，本判決以交易對價作為直接轉換之利益之例，似對直接轉換之理解有違誤<sup>99</sup>。

---

<sup>99</sup> 除非另外表明於此不對債權行為與物權行為為區分而於交易上一體觀之，於將整體視為一交

其次，於代償請求權規範中所謂代替利益概念應係指，債務人所取得係替代「原給付標的」之利益，亦即符合替代性要件之利益<sup>100</sup>。本判決卻以交易對價與損害賠償性質上同為「給付不能」之替代利益，作為肯定交易對價係屬替代利益之理由，換言之，本判決以債務人取得之利益，是否係給付不能之替代利益作為替代性判斷之依據，似有混淆因果關係與替代性要件之區別。

再者，本判決僅表明交易對價與損害賠償發生之原因不同（一為因法律行為而生，另一則非），遂以其「性質上」同為替代利益為由<sup>101</sup>，肯認得類推適用代償請求權之規定，並未具體說明所謂性質上同一係指何性質、應如何判斷，錯過明確代償請求權要件應如何認定之契機，實屬可惜。

### 第三節 行使範圍

#### 第一項 德國法

德國通說認為，代償請求權係為調整債之關係當事人間不恰當之利益流動，體系定位上屬於（廣義）不當得利制度中之一環，但與不當得利請求權各有所欲調整之範疇。因此，或因同為調整當事人間利益不當流動之規範目的，或基於體系解釋上之一致，於代償請求權並無範圍之明文規定下，不論學說或實務對其之討論，皆時常牽涉不當得利返還範圍之解釋。因此，為求完整理解德國法上對於代償請求權範圍之討論，以下先就德國法不當得利返還責任範圍作概要之解釋，再分別說明就實務與學說之見解，並分析於我國法上值得借鏡之處。

---

一行為之概念下，交易對價方可能認為係自給付不能之事由直接轉換而來之利益。

<sup>100</sup> 參見：最高法院 90 年度台上字第 262 號判決；民國 81 年廳民一字第 02696 號審查意見所採之乙說。

<sup>101</sup> 學說上亦有批評而認為，代償請求權係以原給付標的所受損害為計算，替補損害賠償請求權則係以填補債權人因債務人給付不能對債權人所致損害與所失利益為計算基準，實難認二者間性質相同。參見：吳志正（2020），〈代償請求權若干爭議之辯證－最高法院 106 年度台上字第 696 號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，第 96 期，頁 23-24。

## 第一款 不當得利返還責任範圍



德國民法不當得利一節中第 816 條無權利人之處分第 1 項規定：「無權利人就標的物為處分，而其處分對權利人有效者，對權利人負返還因處分取得利益之義務。處分為無償者，因該處分直接取得法律上利益之人，負同一義務。」無權處分之人自為買賣者，其應返還之價金的範圍為何？換言之，於此情形該價金相較於所處分之物或權利之價值可能有高低，在價金較高時是否仍以無權處分之人實際所受之價金為其應返還之利益範圍，抑或僅須返還處分之物或權利通常價值等量之價金？

德國學說上就被處分之權利人得否請求「包含利潤之價金」返還意見分歧，有認為依德國民法第 816 條第 1 項之文義，無權處分人所負之返還義務範圍，包含交易利潤之全部價金<sup>102</sup>。學者 Schulz 即為代表之一，其認為任何人皆不得因其不法行為而獲利，採全額返還說不僅得確立此原則，更具有避免鼓勵不法之效果<sup>103</sup>。

被處分之權利人得否請求「包含利潤之價金」返還意見分歧，主要係因自德國民法第 812 條第 1 項前段與第 818 條第 2 項之規定<sup>107</sup>可得出，受領人就原物依法律行為所取得之交易對價不負返還責任，以償還其價額即返還客觀價值為原則。然而，德國民法第 816 條為以現物返還之特別規定，條文中之「利益」係指全部之獲利，亦即包含全部利潤之交易對價。因而，不同於我國以價額償還為絕對之

---

<sup>102</sup> 黃茂榮（2011），《債法總論（第四冊）不當得利》，頁 189，臺北：植根。

<sup>103</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 307。

<sup>107</sup> 德國民法第 818 條（相當於我國民法第 181 條受領人利益返還之客體及第 182 條第 1 項受領人利益返還之範圍之規定）規定：「受領人取得之利益，及其基於取得之權利，或其基於取得之權利，或其因取得標的物之滅失、毀損或剝奪之賠償，更有所取得者，並應返還。由於受領利益之性質不能返還或受領人由於其他原因不能返還者，受領人應償還其價額。受領人不再受有利益者，免負返還或償還價額之義務。自繫屬時起受領人依一般規定負責。」



通說，權利人是否得請求返還包含利潤之價金，於德國法上肯否見解旗鼓相當<sup>108</sup>。雖將德國民法第 816 條解為全部獲利，固有其法治法展史上之背景，就個別個案而言或有所據，惟今多數學者亦認為不宜將此例外一般化<sup>109</sup>。

德國最高法院判決對此爭議亦存有分歧之見解，德國判例見解認為，非給付型不當得利受領人依民法第 816 條利益之返還範圍包含所有利潤之現物返還責任<sup>110</sup>；給付型不當得利之受領人則僅負價值返還責任<sup>111</sup>。對此，有力批判說如學者 Medicus、v. Caemmerer 認為，雖判例之見解於受領人為惡意因而負加重責任之情況下，就結論而言並無差異，惟為求不當得利體系內部之一致，應修正對德國民法第 816 條現物返還之解釋，非給付型之不當得利亦應以償還客觀價值為原則。

有學者如 Larenz、Canaris 則以藝品商將一幅畫賣出明顯高於行情之價錢為例，應認為該藝品商之買賣經營能力對該畫之成交價格特別有貢獻，超出通常價值部分之價金，係來自於無權處分人之「交易能力所產生之利潤」，該利益不應歸屬因不當得利事件而受損之權利人，故雖依德國民法第 816 條得請求所有之價金，但依德國民法第 818 條第 1 項則僅得就價額請求返還<sup>112</sup>。權利人如欲對無權處分之人請求高於通常價值之差額所構成之利益，應依不法無因管理之規定主張之。反之，在拍賣之情形，不論依德國民法第 816 條第 1 項或第 818 條第 2 項，權利人皆得就全部之拍賣價金請求返還<sup>113</sup>。

亦有學說從不當得利制度目的之觀點出發，認為只有在其事實上源自不當得

---

<sup>108</sup> 黃茂榮（2011），前揭註 102，頁 187。

<sup>109</sup> 王澤鑑（2015），《不當得利》，增訂新版，頁 286，台北：自版。

<sup>110</sup> RGZ88,351；NJW 1952, 58。轉引自：多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 307。

<sup>111</sup> BGHZ 122,376。轉引自：多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 307。

<sup>112</sup> 黃茂榮（2011），前揭註 102，頁 187-188；多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 306。

<sup>113</sup> 黃茂榮（2011），前揭註 102，頁 189-190；多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 307。

利請求權人之財產時，無權處分之人取得之利潤使得稱為受領之利潤，而此應透過比較「事實上之因果關係」與如無該無權處分時「假定為存在之因果關係」認定之，若假使受有利益者不為該處分，還是會有權的就自己或他人之物為相同之處分，並取得相同之利潤時，難認權利人得請求該利潤<sup>114</sup>。

## 第二款 實務見解

### 第一目 不以標的物價值為限

德國最高法院判決於一戰期間即承認交易對價得作為代償請求權之客體，且縱使因標的物價值上揚，使債務人所取得之交易對價金額高於約定之價金時，判決亦肯認債權人得就「全部」之價金請求返還<sup>115</sup>。然而，前所提及之判決（第二節第二項第五款第三目）並無法顯示於債務人「仰賴其自身締約能力」所取得高於標的物價值時，債權人得否依代償請求權請求超出標的物價值部分之利益。

直至德國最高法院於 X 以 1500 馬克將 A 畫出售予 Y，Y 將之修復後再於美術展以 109,250 馬克出售之案例中，嗣後 X 主張其與 Y 間之買賣契約依民法第 138 條、詐欺、錯誤之意思標示等規定無效，並請求返還 Y 因出售所得之全部價金。本案最高法院認為，於一般不當得利受領人因出售該利益致無法返還時，依民法第 818 條第 2 項之規定，僅負價值返還義務。但本案 Y 因符合民法第 816 條之規定，而負因處分行為所取得利益之義務。然而，民法第 816 條之返還範圍，應限於該利益客觀價值，抑或承認權利人得就交易對價全額返還，存有爭議<sup>116</sup>。

相對於此，權利人若因返還義務陷於給付不能而依舊法第 281 條代償請求權之規定，請求該交易對價時，基於代償請求權之目的係藉由將應歸屬於某人之財

<sup>114</sup> 黃茂榮（2011），前揭註 102，頁 189。

<sup>115</sup> RGZ 91,260 轉引自：磯村保（1986），前揭註 54，頁 293-294。

<sup>116</sup> RGZ 138,45 轉引自：磯村保（1986），前揭註 54，頁 297-298。

產價值移轉與其之方式，調整不恰當之財產分配。因此，解釋上，將債務人因處分標的物所取得之交易對價「全額」返還與債權人，方符合代償請求權之意旨<sup>117</sup>。

換言之，本判決明確表示，債權人得依代償請求權向標的物返還義務之債務人，請求返還其利用自身勞力、費用所取得超過原標的價值部分之利益，具有決先例之價值<sup>118</sup>。

其次，於 Y 將作為債務擔保之股票交付與 X，嗣後 X 將之出售與 A 而取得高額價金，Y 依代償請求權向 X 請求其所取得價金之案例中。德國最高法院判決亦明確表示，Y 得依德國舊民法第 281 條第 1 項規定，向 X 請求移轉其所受之代償利益。且因此情形並非於損害賠償法中，以填補損害至若無損害賠償發生原因時之狀態為目的，故債務人所取得之代償利益，不論較債權人所受損害高或低，債權人皆得請求返還之<sup>119</sup>。此判決相較於前述判決，並未討論不當得利返還責任之範圍，更直接地表明，最高法院對於代償請求權行使範圍不受限制之想法。

## 第二目 不當得利返還義務陷於不能時 受其返還範圍限制

於 X 依 42,180 馬克向 Y 購買 A 車，合意以 X 得以 B 車就價金中 12,000 馬克抵充，X 並交付 B 車後，因其間買賣契約無效，X 訴請返還 B 車並取得勝訴判決。惟因 Y 將 B 車轉售與第三人致其返還義務陷於給付不能。X 再以 B 車價值 12000 元起訴請求 Y 至少透過轉賣取得相同之金額，而請求 Y 返還之案例<sup>120</sup>。

---

<sup>117</sup> RGZ 138,45 轉引自：磯村保（1986），前揭註 54，頁 297-298。

<sup>118</sup> 磯村保（1986），前揭註 54，頁 304。

<sup>119</sup> NJW1958,1040，轉引自：田中宏治（2018），前揭註 1，頁 396。

<sup>120</sup> BGHZ 75,203 轉引自：磯村保（1986），前揭註 54，頁 300。

德國最高法院判決認為，因法律行為所取得之交易對價，得作為代償請求權之客體，且（舊）民法第 281 條除有特別規定外適用於任何債之關係，因此，原則上因債務人轉售至給付不能之案例中，債權人皆得透過代償請求權向其請求移轉該價金。惟於此情形時，民法第 818 條不當得利返還範圍<sup>121</sup>係代償請求權之「特別規定」，而於不當得利法中，受領人將原物處分與第三人所取得價金之情形，因受領人藉契約所取得之交易對價不得作為返還之客體，故受領人與依民法第 816 條第 1 項應就無權處分所取得之價金全額返還<sup>122</sup>「不同」，此時，依民法第 818 條第 2 項僅須負所受利益「客觀價額」返還責任即足<sup>123</sup>。

反之，民法第 818 條第 1 項僅為不當得利返還範圍之一般規定，若有民法第 818 條第 4 項（訴訟繫屬後依一般規定負責）、第 819 條（知悉及違反法律或善良風俗之加重責任）規定加重責任之情事，一般規定之準用下將擴大原民法第 818 條返還責任之範圍。因此，「惡意」之不當得利返還義務人，於依民法第 818 條第 4 項準用一般規定下，依民法第 281 條將法律行為所取得之代償利益，納入返還責任中即具有正當性。

此外，本案倘若 Y 並未取得 B 車之所有權，則其處分 B 車之行為成立民法第 687 條第 2 項<sup>124</sup>（不法管理）；倘若 Y 已成為 B 車之所有權人時，X 僅得依不當得利之規定向其請求之。如前所述，加重責任之不當得利受領人適用民法第

---

<sup>121</sup> 德國民法第 818 條不當得利請求權之範圍規定：「返還義務及於所收取之用益，及受領人基於所取得之權利，或就所取得標之物之滅失、毀損或侵奪所受賠償而取得者。依所取得利益之性質不能返還，或受領人基於其他事由不能返還者，受領人應賠償其價額。受領人已不再受有利益者，不負返還或賠償價額之義務。受領人自訴訟係屬發生時起，依一般規定負責。」第 4 項所謂準用一般規定，指排除不當得利制度之優惠，而與基於其他原因所生之債之關係作相同處理。

<sup>122</sup> 相對於學說上之對立，多數採客觀價額返還說，採取全額返還說為實務判決一貫之見解。參見：磯村保（1986），前揭註 54，頁 307。

<sup>123</sup> BGHZ 75,203 轉引自：磯村保（1986），前揭註 54，頁 301。

<sup>124</sup> 德國民法第 678 條規定：「誤認他人之事務為自己之事務而管理者，不適用第 677 條至第 686 條之規定。雖明知無權將他人事務當作自己事務而管理，但仍為之者，本人得行使第 677 條第 678 條、第 681 條及第 682 條規定所生之請求權。本人行使其請求權者，對管理人負第 684 條第 1 段之義務。」

281 條並無不當，且惡意之不當得利受領人，明知其非所有權人仍處分與他人時，相較於債務人明知其不具有所有權，仍為不實之處分行為，將被視為替代債權人自己處分而取得利益，而應負全額價金返還責任之不法管理人，實無二致，並無負更輕返還責任之理由<sup>125</sup>。是故，若因 Y 是否取得 B 車之所有權而有不同之處理方式，顯非合理，應認為當 Y 係惡意並將 B 車出賣與第三人時，X 及得依代償請求權之規定向其主張全額之買賣價金。

綜上所述，德國實務判決認為，於不當得利返還義務陷於給付不能時，權利人行使代償請求權之範圍，解釋上將受不當得利返還範圍規定所影響。於受領人係善意時，權利人僅得請求返還受領物之價額；於受領人係惡意時，權利人方得就全部之代償利益為請求<sup>126</sup>。

### 第三款 學說見解

#### 第一目 全額返還說

##### 一、 應剝奪債務人藉違約所取得之利益

部分學說於價值判斷上，反對債務人透過違約獲利之立場，採取全額返還說。如學者 Lehmann 認為，於給付不能「可歸責」於債務人時，縱使債務人係依靠其個人特別之能力（Tüchtigkeit）所取得之利益，仍不應允許其保有之，而採取應全額返還之態度<sup>127</sup>。

學者 Himmelmann 等認為，債務人不得保有因違反契約而取得之溢價，其理由在於債務人透過違反契約而取得更高額利益之行為，因至少可自債權人取得一

---

<sup>125</sup> BGHZ 75,203 轉引自：磯村保（1986），前揭註 54，頁 301-302。

<sup>126</sup> 磯村保（1986），前揭註 54，頁 305。

<sup>127</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 338。

定之利益，該行為根本未承受任何風險。換言之，債務人之行為無異於透過犧牲債權人之利益，無後顧之憂地騎驢找馬，屬於不應受保護之「投機行為」。因此，債權人藉由違約所取得之利益，不應歸屬於伊<sup>128</sup>。



學者 Schulz 亦認為，若使債務人保有其因締約能力所取得高於標的價值之利益時，將生故意違反契約追求利潤之債務人，其所負之返還責任反倒較被迫出售之債務人（如遭政府議價購買）低之情況，並不恰當<sup>129</sup>。

學者 Frank 則認為，於不當得利制度中，雖利益返還義務人之責任取決於其主觀上係善意或惡意，而有所不同。但代償請求權之規定，因債務人返還責任係建立於「債務人違反契約義務」之基礎上，故債務人之責任不應如不當得利一般因其歸責事由而有所不同，不論其係善意或惡意、過失之有無，債務人亦應就其取得利益之全額負返還責任<sup>130</sup>。

## 二、代償請求權獨立於損害賠償制度而不受損害限制

有從代償請求權之本質出發者，如學者 Larenz 認為，代償請求權之目的即在於，將替代本來債權人所請求之標的物，其經濟上債務人所生之財產利益給與債權人<sup>131</sup>。蓋依債之關係，將債務人取得之物或請求權歸屬於債權人是恰當的，故法律賦予債權人請求交付替代標的物所生之物或請求權之可能。此時已「非損害賠償」之問題，而係給付標的物的替代即代償之問題<sup>132</sup>。

再者，於債務人所取得之代償價值較標的物之價值低時，債權人不得依代償請求權主張較債務人所取得代償價值以上之請求。相對於此，當債務人取得高額

---

<sup>128</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 338。

<sup>129</sup> 磯村保（1986），前揭註 54，頁 309。

<sup>130</sup> 磯村保（1986），前揭註 54，頁 309、312。

<sup>131</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 305。

<sup>132</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 305。

之對價時，債權人亦應得請求債務人交付其所取得代償之全額，而不應受標的物「一般價值」之上限所拘束<sup>133</sup>。



### 三、 債之關係成立後標的於經濟上即歸屬於債權人

學者 Bollenberger 則認為代償請求權屬不當得利制度中之一環，從經濟的角度觀之，一旦契約締結即應將債權人視同所有權人，既給付標的物歸屬於債權人，則其替代物亦歸屬於債權人。代償請求權之功能，即為於債務人取得債之標的之替代物時，將該替代物調整至債權人處<sup>134</sup>。於此以不當得利思維作理解之基礎上，債務人必須將所取得替代標的物之收益交付，而可作與德國民法 816 條第 1 項無權處分為相同理解（採全額返還說），導出債務人超過債權人所受損害（市價）部分利益之交付義務<sup>135</sup>。

## 第二目 限制返還說

### 一、 應與不當得利返還之範圍相同處理

學者 Windscheid、Heck、v. Caemmerer 認為，代償請求權與德國民法第 816 條無權處分權利人之返還請求權基本之思維相同，故二者之返還範圍亦應作相同之考量。詳言之，債務人所取得高於標的物客觀價值部分之利益，係透過「自身特別之締約能力或善用之商業因素」而得，應認為債務人對該部分不負返還責任<sup>136</sup>。再者，無權利人處分標的物，該受領人因善意取得而致該無權處分使權利人

<sup>133</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 305。

<sup>134</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 309；中川敏宏（2010），〈代償請求權—債務不履行体系の変容と代償利益の引渡し—〉，円谷峻（編），《社会の変容と民法典》，頁 372，東京：成文堂。

<sup>135</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 134，頁 372。德國民法第 816 條第 1 項無權處分規定：「無權利人就標的物為處分，而其處分對權利人有效者，對權利人負返還因處分取得利益之義務。處分為無償者，因該處分直接取得法律上利益之人，負同一義務。」然而，關於本條之返還範圍，學說上存有爭議，詳於第六章敘之。

<sup>136</sup> 磯村保（1986），前揭註 54，頁 309、312。

喪失所有權時，權利人依德國民法第 816 條向無權處分人（受有利益之人）請求返還因該處分之利益時，其返還範圍以標的物「客觀價額」為限。

相對於此，代償請求權之要件不問債務人可否歸責，若債務人應負包含利潤之現物返還責任，將致「單純違反契約之人所被課與之責任，較侵害物權之人來得重」，並不恰當。是故，既德國民法第 816 條之返還範圍以標的物客觀之價值為限，則代償請求權返還之範圍更應受標的客觀之價額拘束<sup>137、138</sup>。

## 二、應參照保險代位制度以債權人所受損害為限

學者 Stoll 認為，德國舊民法第 281 條係債務人之利益與債權人之不利益具有緊密之關聯，當可以被評價為係起因於同一事由所致時，為阻卻債務人之利得以及緩和債權人之不利益，故以賦予債權人對債務人利益移轉請求權之方式，達到調整受益人與受不利益之人相異之情形<sup>139</sup>。基此，學者 Stoll 認為，似得借鏡損害賠償法上之思維，以適當之限制代償請求權制度之要件及範圍。亦即，就債務人之利益與債權人之不利益間之關聯性之要件，得借用損害賠償法上損益相抵之要件；就代償請求權調整利益之範圍，因代償請求權制度僅為「保險法定代位制度主體相反」之情況<sup>140</sup>，故應參照保險人代位權之範圍，而認為債權人得請求債務人移轉之代償利益，除了須被評價為與給付不能同一原因事由而生之結果外，

<sup>137</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 307；遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 340-341。

<sup>138</sup> 學者 Lopau 雖亦認同民法第 816 條與（舊法）第 281 條之返還範圍不應有不同之結論。然而其批評上述見解而認為，應非將民法第 816 條之結論套入舊法第 281 條，而應將舊法第 281 條之結論帶入民法第 816 條。因此，於代償請求權通說認為債務人應就全部之利益負返還責任，則於無權處分之不當得利返還請求權，其返還範圍亦不應受限制。詳見：遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 341-342。

<sup>139</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 310。

<sup>140</sup> 保險代位制度為避免「債權人（受害人）」二重得利，因而當受害人同時對加害人與保險人具有損害賠償請求權與保險金請求權時，受害人請求保險金以填補損害後，其對加害人之損害賠償請求權，於二者欲填補之「損害相同之範圍」為限，符合要件下應移轉與保險人。相反地，代償請求權之制度為避免「債務人」二重得利之制度，亦即為避免債務人一面免給付義務並取得代償利益，另一面債權人因同一原因而受有損害，以移轉其所取得代償利益與債權人之方式，除去債務人二重得利，並填補債權人之損害。



並以債權人「因給付不能所受的損害範圍」為限，始具正當性<sup>141</sup>。

至於債權人於債務人違反契約將契約標的物出售予他人時，債權人得否依舊民法第 281 條取得債務人違反契約所獲得全部之利益。學者 Stoll 認為得否以對義務之違反應負責為由加重債權人之責任係一難題，此難題「無法」以舊民法第 281 條代償請求權解決之<sup>142</sup>。

對於判例肯認得請求全部價金之見解，學者 Stoll 認為該判例係建立於戰時出賣之標的物被扣押之背景，因標的物皆被扣押，買受人不會期待得到更少的補償金，因而肯認買受人得依代償請求權之規定，請求出賣人所取得全部之補償金或強制拍賣之價金，即使該金額高於市價亦同。於此背景下法院之結論或可贊同。然而，於出賣人基於其自由意志而違反契約義務，將標的物出售與第三人之情形，仍得肯認買受人具有相同之權利？應認為代償請求權係以「填補債權人之損害」為目的，而非以移轉債務人之利益為目的，故否定買受人得取得全部之利益<sup>143</sup>。

### 三、 德國民法典中並未承認一般之獲利返還責任

學者 Roth 主張，民法典中不具有承認一般獲利返還責任的法理基礎。以一物二賣之情況為例，應認為債權人透過契約對待給付達成合意，因此該價格為其所滿足。縱使債務人透過二重轉讓合意取得更高之價格，債權人亦應受之拘束。況且，若於此時承認債權人應返還其利得，最終將變成承認於今日已被否定之「違約處罰」<sup>144</sup>。再者，縱使採取代償利益得高於標的物價值之論者，此見解於涉及私法自治之範圍時，亦應退讓而不得逾越之。是故，應認為代償請求權之規定，

---

<sup>141</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 311。

<sup>142</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 312。

<sup>143</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 312。

<sup>144</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 134，頁 373。

至少於涉及私法自治之問題時，不得作為獲利返還之責任規範<sup>145</sup>。



#### 四、以債務人免給付義務之價值為返還標的

學者 Becker 著重於條文之文義而主張，自條文以觀，舊民法第 281 條所規定者係，債權人得請求「債務人因（infolge）給付不能事由所得」。有疑義者係此時債務人因給付不能所取得之物為何？其認為，於債務人將標的物處分與他人之情形，致其給付義務陷於給付不能時，在對因果關係嚴格之解釋下，債務人所取得者係「免除原給付義務之權利」，而非債務人因法律行為所取得之代價。換言之，免給付義務之權利即為該條所謂之代價，惟因免給付義務之權利本身並無返還之可能，故最終改以債務人免給付義務之「價值」作為返還之標的。是以，嚴格而言，此論者並非認為代價請求權行使之範圍應受限制，而係認為債權人本即僅得就「債務人免給付義務之客觀價值」請求返還之<sup>146</sup>。

然而，此說遭學說批評而認為過度著重於「因給付不能事由所得」之要件，與立法者之意旨不符，亦與舊法第一委員會起草時，即以對第三人之損害賠償或保險金請求權作為代價請求權典型案例相違<sup>147</sup>。再者，如此解釋，等同於債務人並未因給付不能事由取得任何賠償物或權利時，因其原給付義務仍因給付不能而免除，而依舊負有返還代價債務。換言之，此說無異於架空德國民法因給付不能而免除給付義務之規定，因而飽受批評<sup>148</sup>。

相對於此，學者 Höhn 則區分債務人因給付不能取得對第三人之損害賠償請

---

<sup>145</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 134，頁 374

<sup>146</sup> 此論者雖於一物二賣之案例中，結論與前述學說相同。惟理由則相異，上述學說系利於肯定交易對價得做為代價請求權標的之立場下，認為範圍應以標的客觀價值為限；相對於此，此論者則否定交易對價為代價請求權之標的，蓋所謂代價應係指「債務人免除給付義務」，係因其無法返還，而以其價值返還之。詳見：遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 340-341。

<sup>147</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 344-345。

<sup>148</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 345。

求權與將標的物移轉與第三人之情形，於前者之情形，採取與通說相同之見解而認為，債務人應負移轉損害賠償請求權或保險金請求權之義務；惟於後者之情形，因不在立法者制訂代償請求權之初之考量範圍內，而同 Becker 採取債務人應返還免除給付義務之價值之見解。然而，此說並無法說明如此區分之正當性，而亦不被通說所採<sup>149</sup>。

#### 第四款 小結

代償請求權行使範圍，部分學說及判例採取全額返還說，而不受任何限制。觀實務判例論理之脈絡，早期因時空背景並未將債務人因自身能力所得之因素納入考量，後則明白表示債權人得透過代償請求權就全額之代償利益請求返還。惟值得注意者係，於本文所整理之德國最高法院判決中，皆非債務人基於「無瑕疵之所有權人地位」，仰賴其締約能力依法律行為所得交易對價之情形。而多係原因關係無效或被撤銷而負不當得利返還義務之受領人，與本即不具所有權而無權處分他人之物之人。因此，是否得解為依德國實務見解於債務人單純地違反契約，透過其締約能力取得部分之利益，債權人亦得依代償請求權請求返還之見解，仍有待商榷。

關於德國學說上之討論，剖析學說於代償請求權行使範圍之問題後，可發現爭議集中於債權人得否剝奪債務人依「仰賴個人能力之利得」，以及剝奪之正當性基礎。有自債務人之歸責性尋求基礎者，亦有以投機行為不受保護或違反契約義務作為剝奪之正當性基礎。然而，於代償請求權之成立「不問債務人歸責事由」，以及債務不履行原則上亦僅負「履行利益」之損害賠償之基礎下，此等理由或許足以作為剝奪獲利之依據，但似不足以說明「藉代償請求權」剝奪債務人獲利之

---

<sup>149</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 347。

正當性。同樣地，將代償請求權解為與保險代位制度主體相異本質相同之制度，進而得出應以債權人所受損害之見解，亦未充分理解代償請求權係以調整當事人間不當利益流動之功能，而不具說服力。

相對於此，學說上亦有基於代償請求權非填補損害之本質，透過不當得利返還範圍，尋求剝奪債務人個人能力所取得之利益者。此論者之優點在於不當得利與代償請求權相同，皆係以「債務人所取得之利益」是否造成「不當分配」為考量，而相較於損害賠償制度具有較高之相似性。然而，此論者之缺陷在於，不當得利所欲調整之範疇係侵害他人絕對權所產生之不適當分配，與代償請求權仍有不同，故於解釋上，有鑑於「絕對權侵害與相對權侵害之不同」，似仍有為「不同評價」之必要。再者，德國法上對於受領人出賣原物所取得之交易對價，應負全額抑或客觀價額之返還責任，其爭議並不亞於代償請求權，造成學說對立之問題仍然存在。

雖不當得利請求權與代償請求權仍有差異，但就其本質於民法上應屬與代償請求權最為類似之制度。為避免違反法律體系之一貫性，德國法上透過不當得利之制度尋求代償請求權返還範圍之思維，於注意不同之處並適當地賦予相稱之評價下，實值得繼受於德國法代償請求權之我國借鏡。但應注意者係，德國不當得利制度中民法第 816 條：「無權利人就標的物為處分，而其處分對權利人有效者，對權利人負返還因處分取得利益之義務。處分為無償者，因該處分直接取得法律上利益之人，負同一義務。」受益人處分原物取得交易對價時之返還範圍，學說及實務上之討論皆因此條而有影響。相對於此，我國並未設有類似之規定，因此於理解德國法之同時，不應忽視因此可能造成之區別。

## 第二項 日本法

### 第一款 不當得利返還責任範圍

日本民法第 703 條以下設有不當得利相關制度之規定<sup>150</sup>，日本民法第 703 條不當得利之返還義務規定：「無法律上原因而由他人之財產或勞務而受有利益，並致他人受有損失者，於該利益存在之範圍內負返還之義務。」現今通說採取類型說，將不當得利分為給付不當得利（給付利得）、侵害不當得利（侵害利得）等類型<sup>151</sup>。

通說認為，於侵害利得型之不當得利中，受領人因處分該利益或該利益毀損滅失致其不能原物返還時，原則上受領人應返還該相當於應返還標的「客觀價值」之金錢。惟不得認為權利人「僅」得請求返還原物之客觀價值，於受領人因而取得保險金或對第三人之損害賠償請求權時，亦應肯認權利人得向受領人請求該「代位物」之返還<sup>152</sup>。

代位物返還義務之範圍，涉及價值變形物之認定，一般認為受領人對第三人之損害賠償請求權、不當得利請求權等均包含在內。有疑義者係，於受領人將原物出售與第三人時，其所取得之買賣價金或價金請求權，是否為應返還之代位物？此涉及下列問題，第一，買賣價金得否被視為不當得利返還義務中之代位物？其二，若肯定買賣價金得為代位物，則權利人得否不向受領人請求移轉所受領買賣價金，而請求返還相當於標的物客觀價值之金額？其三，相當於原物價金之金額判定基準時點係原物出售時，抑或事實審言詞辯論終結時？

日本早期大審院判決，於權利人 X 之物遭竊，竊盜人將該物低價出售後，

---

<sup>150</sup> 如日本民法第 704 條惡意受領人之返還義務規定：「惡意之受領人，應償還其附加利息之所受利益。如有損害，並應負賠償責任。」第 705 條知悉債務不存在之清償規定：「為清償債務而為給付者，於給付時即知悉債務不存在，不得請求返還其給付之物」第 706 條期限前之清償：「債務人於清償期屆至前為清償而支付時，不得請求返還其給付之物。但債務人因錯誤而給付時，債權人應返還因此所取得之利益」第 707 條他人債務之清償之規定、第 708 條不法原因之給付之規定。

<sup>151</sup> 潮見佳男（2009），《債權各論 I 契約法・事務管理・不當利得》，第 2 版，頁 300-301，東京：新世社。

<sup>152</sup> 潮見佳男（2009），前揭註 151，頁 310。

善意之買受人 Y 再高價將該物售與善意之第三人，並取得買賣價金之案中，肯認買賣價金「得」作為不當得利返還請求權行使對象之「代位物」。權利人 X 得依不當得利返還請求權，向受領人（善意之買受人 Y）請求移轉處分標的物所取得「全部」之交易對價，而非其買入與轉賣間之差額<sup>153</sup>。

日後最高法院判決亦維持交易對價得作為替代物之見解，並認為此時權利人「應」以買賣價金作為不當得利返還請求權行使之對象。此外，判定該價金返還義務之數額時，無須將出售後價格之波動納入考量。蓋若受益人出售後標的價值下跌時，若以該下跌後之金額作為應返還之金額，將使受益人得保留部分之價金免於返還，並不恰當；反之，若受領人出售後標的價值上揚時，若以該上漲後之金額作為應返還之金額，將使受益人承擔高於其現存之利益之返還責任，非但不公平，亦與不當得利制度以所受利益負返還責任之本質相違<sup>154</sup>。

關於上述問題，首先，最高法院認為，買賣價金之全額得作為不當得利返還標的之代位物。就此，有學說肯定交易對價得作為不當得利返還請求權標的之代位物，並認為因此時係請求返還「代位物」，故返還範圍及於全額之價金並無不當<sup>155</sup>。然而，亦有學說批評而認為，若將買賣價金解為屬於代位物，將生與代償請求權制度中，第二買賣價金是否得作為代償之討論，是否一致之疑問<sup>156</sup>。

第二，最高法院認為，於返還標的物存有替代物之情形，即應向受領人請求返還代位物，而排除返還客觀價值金額之方式。學說上有批評而認為，給予受益人得行使善意受益人利益消滅之抗辯，使其得僅就現存利益負返還責任，已足以保障其利益。因此，為保障權利人「物權價值」歸屬主體之地位，請求返還代位

---

<sup>153</sup> 參見：大審院昭和 12 年 7 月 3 日判決。

<sup>154</sup> 參見：最高裁判所平成 19 年 3 月 8 日判決。

<sup>155</sup> 円谷峻(2016)，《不法行為法・事務管理・不當利得：判例による法形成》，第 3 版，頁 340，東京：成文堂。

<sup>156</sup> 潮見佳男(2009)，前揭註 151，頁 311-312。

物，抑或請求返還標的相當於客觀價值之金額，應委由權利人「自行選擇」<sup>157</sup>。

第三，最高法院認為，相當於原物價金之金額，判斷上無須將出售後之價值變動納入考量，亦即縱使受領人已處分原物，不負有籌措該標的物以返還權利人之義務。學說贊同而認為，為維護與侵權行為法之分際，原物價金之金額判斷之時點，應以返還義務陷於不能之時（即出售時）為準，若權利人欲以事實審言詞辯論終結時點作為價格計算之基準，則應依侵權行為相關規定為主張之<sup>159</sup>。

## 第二款 昭和 41 年 12 月 23 日判例

### 第一目 以債權人所受損害為限

誠如第二章第五節第二項第二款所述，本案出租人 Y 於二審表示，承租人 X 之租賃物返還義務因標的物失火滅失而陷於給付不能，並因與陷於給付不能同一之原因（火災）而受有利益（保險金），故 Y 主張於其所受損害範圍內，對於 X 所受領之保險金取得代償請求權，並以此主張抵銷抗辯。

第二審法院採納其見解認為：「一般於債務人因與給付不能之發生相同事由，而取得自原給付標的物轉化之代償利益（例如賠償或賠償請求權、保險金或保險金請求權等）之情形，且給付不能之事由不可歸責於債務人時，基於公平，債權人於因給付不能所受損害限度範圍內，應認為其對債務人具有代償請求權為適當的。」

本案最高法院亦維持第二審法院之見解而認為：「一般於債務人因與給付不能之發生相同事由，而取得可視為原給付標的代償之利益之情形，基於公平，債權人於因給付不能所受損害限度範圍內，應認為其對債務人具有代償請求權為適

<sup>157</sup> 潮見佳男（2009），前揭註 151，頁 311-312。

<sup>159</sup> 潮見佳男（2009），前揭註 151，頁 312。

當的。」駁回上訴，通說將此判決解讀為，實務見解認為代償請求權之行使範圍，應以債權人因給付不能所受到之損害為限。

此判決嗣後遂成為日本通說，不論對於代償請求權之依據、要件甚至是行使之範圍皆扮演舉足輕重之腳色，可認為奠定了日本法近期對於代償請求權之理解。尤其是就代償請求權行使範圍之部分，因本判決前僅少數學說對於代償請求權行使之範圍有所限制，此判決出現後改變了日後對於代償請求權行使範圍之解釋。改正後新增之民法第 422 條之 2，亦受此判決影響確立了代償請求權行使範圍應以債權人所受損害為限之見解。

## 第二目 學說上對判例理由之推測

最高法院判例意旨中，並未說明代償請求權之範圍限縮於「債權人因給付不能所受損害」之由來，以及為何限縮於所受損害之理由，因此學說上對此緣由各有所推測。

有認為，判例係受到債權人行使侵權行為損害賠償請求權或債務不履行損害賠償請求權，其範圍亦以債權人所受損害為限之影響，因而否定債權人得依代償請求權取得價值高於所受損害之代償利益<sup>160</sup>。亦有認為本判決係採納學者勝本正晃之見解，而將代償請求權行使範圍限於債權人因給付不能所受之損害<sup>161</sup>。

相對於此，亦有質疑判決是否有意限縮代償請求權範圍者。有認為，判例之案例事實係債務人因給付不能取得保險金請求權，既保險金應以受損害之金額為上限，本無使債權人取得超過其所受損害部分保險金之必要，因而於個案中作出

---

<sup>160</sup> 甲斐道太郎（1972），〈代償請求權と不当利得〉，谷口知平教授還曆記念發起人編，《不当利得・事務管理の研究：谷口知平教授還曆記念（3）》，頁 166，東京：有斐閣。

<sup>161</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 97-98。



於債權人所受損害範圍內，肯認代償請求權之結論<sup>162</sup>。

亦有學說認為，循此判決背景當時學說之發展，以學者於保不二雄為首之多數學說，皆受到德國學說之影響，並未對代償請求權行使之範圍作出限制，僅同德國法表示債權人因代償請求權取得利益後，再行使損害賠償請求權時應扣除該取得利益之金額<sup>163</sup>。相較之下，較可能之解釋係，本判決採取學者勝本正晃之見解。然而，從本判例最高法院之判決意旨，可能係引用前審判決，而前審判決又可能係引用上訴人之上訴主張以觀，似難得出有意引用勝本教授主張之結論。再者，縱使本判例確係採取勝本教授之主張，因勝本教授主張限制代償請求權範圍之理由，似有誤解德國法之疑慮。是故，本判例限縮代償請求權範圍之見解，似不具說服力<sup>164</sup>。

### 第三目 判例所採納之學說

學者勝本正晃認為，代償請求權所得請求之利益，應以債權人原債權之客觀價額範圍為限。此係代償請求權作為衡平原則具體規定下，解釋上當然之結果。以債務人因原給付標的滅失而受有保險金為例，債權人得依代償請求權請求債務人交付或移轉之範圍，即應以「債權之價額」範圍內為限<sup>165</sup>。

於給付不能之事由可歸責於債務人時，為保障債權人避免其保護不足，肯認此時除損害賠償請求權外，同時亦應賦予債權人代償請求權。此時，代償請求權與損害賠償請求權於其價值相同範圍內產生競合，一方行使後仍未受滿足時，得再行使他方，但應扣除一方所取得之金額。再者，應認為代償請求權行使之範圍，不論如何都「不會超過損害賠償請求權之範圍」。德國（舊）民法第 281 條第 2

---

<sup>162</sup> 磯村保（1985），前揭註 68，頁 391。

<sup>163</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 95。

<sup>164</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 76-77、97-98。

<sup>165</sup> 勝本正晃（1936），《債權總論（中卷之二）》，初版，頁 366，東京：巖松堂。

項之規定：「債權人因債務不履行而取得損害賠償請求權，並行使前項所定之權利時，債務人應給付之損害賠償，於債權人取得之代償或其請求權之價額內減少之。」亦同此解<sup>166</sup>。

日後學說上有對此見解提出質疑而認為，勝本教授之解釋與德國向來之見解不同，且當時日本學說僅仿效德國舊民法第 281 條第 2 項之規定，而認為於行使損害賠償請求權時，應扣除代償請求權所取得之金額。因而認為，勝本教授可能係誤解德國法向來之見解，於無意識下創造此說<sup>167</sup>。

然而，本文認為前述對勝本教授之質疑過於武斷並不妥當。蓋其於引用勝本教授之學說時，僅注意到勝本教授對於德國舊民法第 281 條第 2 項解釋之部分(即本目第二段)。惟綜觀前後文即可發現，勝本教授係有意將代償請求權限縮於原給付之價額範圍內，引用德國舊民法第 281 條第 2 項僅係為補強其論述而已。再者，雖如此解釋或許與德國法向來之解釋不同，惟從德國舊民法第 281 條第 2 項僅明文先行使代償請求權後，再行使損害賠償請求權時，應扣除透過代償請求權所取得利益之規定。卻未設有行使損害賠償請求權後，再行使代償請求權時應扣除損害賠償取得之金額。似亦得存有解為，立法者並無設想到代償請求權所得請求之金額高於損害賠償請求權之可能性，且德國法上亦不乏將代償請求權行使之範圍限於原給付客觀價額者。是故，勝本教授如此解釋亦非完全無理。

### 第三款 學說見解

#### 第一目 行使範圍應受限制

##### 一、以債權人所受損害為限

---

<sup>166</sup> 勝本正晃 (1936)，前揭註 165，頁 368-369。

<sup>167</sup> 田中宏治 (2018)，前揭註 1，頁 76-77、97-98。

學說上有認為，雖判例限制代償請求權之範圍與德國法上之解釋不同，仍明確表示應得贊同者<sup>168</sup>。有推測認為判例係基於代償請求權係為補充損害賠償請求權之思維下，所得出之結論<sup>169</sup>。多數學說於判例出現後，即依循判例之見解，而將代償請求權行使之範圍以債權人因給付不能而受之損害為限<sup>170</sup>。

有學說認為，於因出賣人一物二賣致原給付陷於給付不能時，所產生第一買受人得否依代償請求權之規定，向出賣人請求其自第二買受人所取得之價金的問題。與「第三人侵害他人債權」之法律效果比較衡量之下，應認為於債權人實際所受之損害範圍內，得肯認之<sup>171</sup>。

有學說認為於不當得利返還責任，受益人將受領物出賣與他人取得價金時，有力說認為因交易對價依靠受領人技能與勞力所取得，故應認為非得依不當得利請求權得返還之代位物之見解，基於理論之一貫，於代償請求權亦有適用。於實務見解肯認交易對價得作為不當得利返還之代位物後，學說修正其見解同樣肯定交易對價得作為代償請求權之客體。然而，學說仍認為，基於債權人不得透過給付不能之機會取得超過其損害利益之「利得禁止原則」，故代償請求權之行使範圍仍應限於債權人所受之損害。至於自由競爭倫理化論者之顧慮，或可考慮透過將二重出賣人第二買賣契約價金之金額，作為債權人對第一買受人損害賠償計算之基準，來解決此問題<sup>172</sup>。

---

<sup>168</sup> 沢井裕（1967），〈民法上いわゆる代償請求權が認められるか〉，《民商法雜誌》，第 57 卷第 1 号，頁 128。

<sup>169</sup> 中川敏宏（2010），前揭註 134，頁 371。

<sup>170</sup> 奥田昌道（1982），《債權總論（上）》，初版，頁 151，東京：筑摩；高橋真（1996），〈代償請求權と物上代位〉，《法学教室》，第 187 期，頁 54；平井一雄（2003），《民法Ⅲ債權總論》，初版，頁 63，東京：青林書院；近江幸治（2009），《民法講義Ⅳ債權總論》，第 3 版，頁 78，東京：成文堂。

<sup>171</sup> 前田達明（1993），《口述債權總論》，第 3 版，頁 220-221，東京：成文堂。

<sup>172</sup> 潮見佳男（2003），《債權總論Ⅰ》，第 2 版，頁 169-170，東京：信山社；潮見佳男（2017），前揭註 39，頁 299。

亦有學說認為，代償請求權之規範目的係為調整當事人間不當之損益變動，基於債務人所取得之代償利益與債權人所受之不利益間須具有同一性之要件，應認為雖肯認於一物二賣之案例中有代償請求權之適用，惟其請求交易對價之範圍應以債權人所受損害為限。再者，不僅涉及違約利益是否應返還與債權人之問題，此爭議同時牽涉不當得利、無因管理等制度「水平之整合」，涉及層面之大而不得不慎。然而，應認為代償請求權僅為調整當事人間利益不當分配之權利，與是否應肯認違約利益之歸入，並「無直接之關聯」，不得以代償請求權之存在作為承認利益歸入之依據。換言之，正確之思維應係先討論是否應承認利益歸入此一難題。若結論為肯定，再來討論是否應將此任務委由代償請求權實現之<sup>173</sup>。

## 二、 批評

首先，對於將代償請求權行使之範圍，限於債權人所受損害之見解，有學說批評而認為，若如多數學說以代償原則作為代償請求權制度之本旨，難以得出應以債權人所受損害作為範圍限制之結論；若以代償請求權係為調整當事人間不當利益流動理解之，則應如不當得利返還範圍以「債務人之利得」作為調整之基準，而非依債權人之損害調整之。因此，批評通說將代償請求權返還之範圍，限於債權人所受之損害，並無明確之依據<sup>174</sup>。

其次，或有謂與第三人侵害債權或給付不能可歸責於債務人之損害賠償請求權相比，此等損害賠償請求權之範圍，皆以債權人所受損害為限，似無毋庸賦予債權人高過於此之保障之必要。惟代償請求權係獨立於損害賠償制度之權利，前者著重於回復債務人應有之財產狀態，後者著重於回復債權人之財產未受侵害

---

<sup>173</sup> 多治川卓朗（2009），前揭註 52，頁 312-315。

<sup>174</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 358。

之狀態，故應認為將之與損害賠償請求權之範圍相較並不恰當<sup>175</sup>。

再者，學說認為，亦不應基於若不對代償請求權有所限制，將造成債權人取得超過損害之代償為由，而肯認應將範圍限縮之見解。蓋倘債權人得請求超出損害價值之代償利益，係於適當理解代償請求權下所得出之結論，則不應因該結論「不當」，反倒回頭扭曲代償請求權制度之本旨<sup>176</sup>。

## 第二目 全額返還說

### 一、 債務人承擔債務之意思及於全部代償利益

學說上有從正當性基礎著手者，認為代償請求權移轉利益之正當性基礎在於推定債務人承擔債務之意思及於代償利益，因此，無須對代償請求權之範圍設限，債務人所取得之全部利益債權人皆得請求之<sup>177</sup>。

然而，亦有批評論者認為，先不論德國法或日本法，現今皆不以債務人承擔代償債務之意思作為代償請求權正當化之基礎。債權法改正審議過程中，亦有認為此「推定之當事人意思」難認為普遍性地存在於日本<sup>178</sup>。

### 二、 應受契約拘束之債務人不得保有違約取得之利益

亦有學說認為，於一物二賣之案例中，代償請求權之請求範圍及於全額代償利益之正當性，係建立於實質之價值判斷，亦即債務人藉由「違反契約義務」以取得利益並不正當。其次，倘債務人僅須就標的物客觀價值之部分承擔代償返還

---

<sup>175</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 359。

<sup>176</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 359。

<sup>177</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 360。

<sup>178</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈「中間的な論点整理」パブコメの結果報告と補充的検討〉《民法（債權關係）部會資料 33-2》，平成 23 年 11 月 15 日，頁 404；遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 360。

責任，再加上損害賠償責任，使違反契約之債務人僅須於債務人所受損害部分負責，無異於事實上肯認債務人得免於契約之約束，與承認得違反債務人之意思「強制履行契約<sup>179</sup>」之法制度相矛盾。

再者，於債務人對於其違反契約義務不可歸責之情形，基於其藉由處分標的物以取得利益之權利，於契約締結之當下即已喪失而歸屬於債權人。是故，應認為「不論」處分標的物之行為債務人「可否歸責」，皆應肯認第一買受人得依代償請求權之規定，向出賣人請求返還全額之價金<sup>180</sup>。

### 三、應制裁違約之債務人而剝奪其全部之利益

學說上認為代償請求權具有貫徹雙務契約中之「雙務性」之功能，獨立於損害賠償制度而無關聯，因此批評判例將代償請求權限於債權人所受損害之見解。再者，既然代償請求權與債權人所受損害實無關連，即應肯認債權人得透過代償請求權，將債務人所取得全部之利益剝奪並移轉與債權人，以達成「制裁違約」債務人之目的。是故，不應對代償請求權行使範圍有所限制而採取全額返還說<sup>181</sup>。

## 第三目 歸責事由區分說

學說上有認為，通說將代償請求權限於債權人所受損害之範圍，係受到債權人得依侵權行為損害賠償請求權或債務不履行損害賠償請求權，其範圍以債權人所受損害為限之影響。惟代償請求權行使之範圍，應與不當得利請求權相比，亦

---

<sup>179</sup> 日本改正後民法第 414 條履行之強制規定：「債務人任意不履行債務時，債權人依民事強制執行法相關程序之法規，得向法院請求直接強制、間接強制或藉由其他方式強制履行之。但依債務之性質不允許者，不在此限。前項規定不妨礙損害賠償之請求。」

<sup>180</sup> 磯村保（1986），前揭註 54，頁 313。

<sup>181</sup> 浜上則雄（1982），〈代償請求權について（下）〉，《The Law School》，第 42 号，頁 47。轉引自：高橋真（1996），前揭註 170，頁 53-54；中川敏宏（2010），前揭註 134，頁 368。

即區分債務人歸責事由之有無，於給付不能不可歸責於債務人時，債權人行使代償請求權之範圍應以債權人所受損害為限；於給付不能可歸責於債務人時，則債務人應就其全部取得之代償利益負返還責任<sup>182、183</sup>。

然而，有學說認為，代償請求權之適用不問債務人可否歸責，因此應參考民法第 703 條一般不當得利返還責任之規定，而非第 704 條惡意受領人返還責任之規定。再者，若依歸責事由區分說論者之見解，循民法第 704 條之評價，其亦未說明何以無過失之債務人應負較善意之不當得利受領人，承擔更重責任之理由。同理，此論者亦未說明，行使代償請求權之債權人，得請求比不當得利債權人更高金額之正當性基礎<sup>184</sup>。

#### 第四目 現存利益返還說

有學說認為，日本法代償請求權就理論依據而言，未見應與德國法為不同理解之理由，因此代償請求權應屬與不當得利制度中之一環。是以，從體系定位觀之，代償請求權設於債權總論，原則上具有一般法性質，而應依循其特別法，即不當得利法中返還請求權相關規定之評價，尤其是與民法第 703 條<sup>185</sup>之比較格外重要<sup>186</sup>。倘依循民法第 703 條規定之評價，債務人返還代償責任之範圍，即應以「現存之利益」為限。詳言之，若債務人於取得該利益之同時負有某種負擔（如：為取得利益而支出之費用）之情形，其應得扣除該負擔，僅將現存之利益返還於債權人即足。於對第三人取得損害賠償請求權之情形，債務人亦僅須移轉該請求

---

<sup>182</sup> 學說並未明確表示其具體係參考不當得利法中何條之規定，為本文推測應係參考日本民法第 704 條：「惡意受領人，應附加利息返還其所受領之利益。同時如有損害，並應賠償之。」

<sup>183</sup> 甲斐道太郎（1972），前揭註 160，頁 166。

<sup>184</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 373-374。

<sup>185</sup> 日本民法第 703 條規定：「無法律上原因受領他人之財產或勞務，致他人受有損害者，於現存利益之範圍內，負返還義務。」

<sup>186</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 370-371。

權，而無需承擔第三人無資力之風險，亦無對第三人起訴、求償之必要<sup>187</sup>。

亦有學說認為，於一物二賣之情形代償請求權請求範圍是否受限制之問題，應得借鏡不當得利返還請求權原物返還不能時，以「代位物」作為返還標的之作法。申言之，於不當得利法中，受領人原物返還不能且存有代位物時，並非直接返還原物之客觀價值，而應返還該代位物。又依判例之見解，受領人因處分返還標的而取得之交易對價，得作為前述之代位物。同樣地，於代償請求權方面，亦應為相同理解而認為，交易對價則作為代償利益，且債權人請求代償利益之範圍不以其所受損害為限制<sup>188</sup>。

雖有認為，不區分債務人是否歸責，於給付不能可歸責時，亦僅課與債務人返還現存利益之責任，似對於可歸責之債務人過於寬待。對於此質疑，此論者認為，於給付不能可歸責於債務人時，若債權人所受損害尚未被填補，仍得依循債務不履行相關之規定，繼續對債務人請求損害賠償以填補其損失，而無過於寬待之問題<sup>189</sup>。

## 第四款 改正後民法第 422 條之 2

### 第一目 審議過程之討論

改正後民法第 422 條之 2 規定：「債務人因與其債務給付不能同一之原因，取得債務標的物代償之權利或利益，債權人得於其所受損害額之範圍內，對債務人請求移轉該權利或償還該利益。」

改正審議過程中對於代償請求權範圍之討論，並未如其它要件充分。中間論

---

<sup>187</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 371。

<sup>188</sup> 潮見佳男（2017），前揭註 39，頁 297。

<sup>189</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 374。



點整理檢討意見書曾提及，若將代償請求權理解為，於無法行使履行請求權時，確保債權人達到與取得標的物相同之價值狀態，則有必要限制代償請求權之範圍。惟將面臨於「標的物之價值」抑或「債權人所受損害」之難題，二者比較之下，後者之優勢在於得涵蓋「契約標的非物」之情形<sup>190</sup>。

相對於此，若立於給付不能係可歸責於債務人時，否定債務人得保有超過標的物之價值（或債權人損害額）之思維，始得考慮不對代償請求權之範圍設限。尤其是一物二賣之情形，債務人基於其締約之能力以高於市價值價額售與第二買受人時。換言之，於債務人應負損害賠償責任時，是否不對代償請求權之範圍設限，始成為得考慮之問題<sup>191</sup>。

申言之，改正審議過程中，亦有對於是否不應對代償請求權行使範圍為限制之考量，但該考量僅限於債務人具有歸責事由之情況，於給付不能不可歸責於債務人時，毫無異議地，應將代償請求權行使之範圍限於「債權人所受損害」。從最終新增之條文看來，立法者並無將代償請求權之要件限縮於給付不能不可歸責於債務人之時，不論債務人可否歸責接受到債權人所受損害之限制，似可得出立法者依然否定得藉由代償請求權取得超過損害範圍之代償利益<sup>192</sup>。

## 第二目 學說之評析

本條新增後，雖多數學說僅敘述改正後代償請求權之條文，而未對新增條文，將代償請求權將行使範圍限於債權人所受損害之批評，亦未質疑立法者是否真有

---

<sup>190</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈民法（債權關係）の改正に関する論点の検討（6）〉，《民法（債權關係）部會資料34》，平成23年12月20日，頁63。

<sup>191</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2011），〈民法（債權關係）の改正に関する論点の検討（6）〉，《民法（債權關係）部會資料34》，平成23年12月20日，頁63-64。

<sup>192</sup> 然而，審議過程中對於代償請求權範圍之討論亦僅限於此，實際上是否肯認可歸責於債務人時之代償請求權，縱使於增訂後學說對於立法者之意思亦各有解讀。因此，不排除本條增訂因為有結論，僅是單純地將判例明文化，留待日後學說實務發展之可能。

意限縮範圍<sup>193</sup>。少數有學說贊同新法之見解，並認為自新增條文可知立法者基於禁止利得原則，有意將代償請求權限縮於債權人所受之損害範圍<sup>194</sup>。

亦有學說則以將代償請求權限於債權人所受損害，係從勝本教授到最高法院判例一脈相承之誤解，應同德國法立於剝奪債務人違約所取得利益之原則下，不對範圍設有任何限制。然而，基於審議過程中並未對此有過多討論，以致於新法中仍保有限制之現實。應以本條之損害與民法第 416 條之損害係不同概念為由，擴大解釋本條中以債權人所受損害為限之要件，或將來透過修法排除此限制，以修正此錯誤之立法<sup>195</sup>。

綜上所述，代償請求權範圍之爭論，即使於代償請求權明文化後，似仍無未有定見。

## 第五款 小結

日本民法代償請求權之規定與我國相同繼受自德國法，但對於代償請求權行使範圍卻發展出截然不同之見解，其發展之脈絡值得說明。

### 一、 繼受德國法而不對範圍作限制

早期日本法於受德國法影響之下，學界壓倒性地通說，基本上對於代償請求權之範圍並未為任何限制（或許係多以損害賠償、保險金等為例，根本未意識到此問題）。限制代償請求權行使範圍，首見於勝本教授之其著作中（學說對其見解價值之質疑已於前回應而不再贅述），細究其見解，似可認為其以債務人可否

---

<sup>193</sup> 中舍寬樹（2018），《債權法：債權總論・契約》，初版，頁 124，東京：日本評論社；平野裕之（2017），《コア・テキスト民法 IV 債權總論》，第 2 版，頁 176-177，東京：新世社；山野目章夫（2017），《新しい債權法を読みとく》，初版，頁 93-94，東京：商事法務；大村敦志・道垣内弘人（2017），《解説民法（債權法）改正のポイント》，初版，頁 130，東京：有斐閣。

<sup>194</sup> 潮見佳男（2017），前掲註 39，頁 297。

<sup>195</sup> 田中宏治（2018），前掲註 1，頁 467-469。

歸責設有不同範圍之限制。其先表明基於衡平原則，當然應以債權之價額為限；但於代償請求權與損害賠償請求權競合時，卻又表明不超過所受損害，似因受損害賠償請求權範圍影響之故。



## 二、實務判例以所受損害作為範圍限制之分析

日本最高法院昭和 41 年 12 月 23 日判例，將前審判決意旨「給付不能之事由不可歸責於債務人」文句刪除，並維持以債權人所受損害為限，此連動關係似可作為判例係採納勝本教授見解之證明。但本文認為，自整體判例以觀，似不僅單純地採納少數學說之見解而已，該判例更顯示出當時日本法繼受德國法上之代償請求權後，呈現出專屬於日本法上之意義。

詳言之，誠如前述（第二章第五節），日本法改正前多數說將代償請求權解為債權人主義下調和當事人間不公平之規定，於代償請求權尚未被明文化前，本判例更基於此理解之背景，以類推適用改正前民法第 536 條 2 項後段：「因可歸責於債權人之事由致債務之給付陷於不能時，債務人受領對待給付之權利不喪失。於此情形，若債務人因給付義務免除而取得之利益時，應將該利益償還與債權人。」即危險負擔中避免二重得利之規定，作為代償請求權之依據。換言之，實務見解對於代償請求權之理解係，於「債權人承擔危險」而債務人不僅無承擔危險並且更受有損害賠償之利益，造成雙方不公平之情形時，「為調整損害賠償權利歸屬不恰當」而賦予債權人代償請求權。

於此脈絡下，代償請求權被運用於調整損害賠償制度缺陷所造成之不公平，既以「補充損害賠償制度」之思維理解代償請求權<sup>196</sup>，則受損害賠償制度中損害概念之影響，判例最終確立將債權人行使代償請求權之範圍限縮於其所受之損害，

---

<sup>196</sup> 此點或許從改正後民法第 422 條之 2 代償請求權之規定仍置於損害賠償相關規定之後即有跡可循。

同時避免債權人反倒因給付不能而更受有利益，其思維脈絡並不難理解。



### 三、 學說見解之變遷

上述判例為如此之解釋，雖有其脈絡，惟誠如前一再提及，並非對代償請求權適當之理解。同時，磯村教授提出以自由競爭倫理化作為代償請求權行使範圍不受限制之基礎，遂成為有力說。其認為，基於契約嚴守原則，自由市場競爭並不意味債務人不須受契約拘束，債務人於締約後即應受契約拘束履行契約，倘其透過如一物二賣之投機行為獲取利益後，僅須負損害賠償責任而仍得保有剩餘利益時，無異於助長、獎勵債務人違反契約。此等同依代償請求權建立一般違約獲利返還責任之見解，於物權行為採取意思主義之日本民法，相對具有說服力。然而，如此一來無異於接近完全架空現行法違約責任之體系，似有進一步細緻化之必要，亦未受改正後民法所採。

近期學說上重新考察代償請求權之定位，受到德國法討論之影響陸續重視代償請求權與其他利益返還規定（如不當得利、不法管理）間解釋上之調和，因而提出如不當得利返還責任一般，以歸責事由作為基準給予不同範圍限制之見解。亦有認為代償請求權不以歸責事由為要件，則亦不應區分債務人可否歸責一律以現存利益為返還範圍限制者。本文並無意於此解析代償請求權是否應是債務人可否歸責給予不同之範圍，但應說明者係，代償請求權是否以歸責事由為「成立」要件，並不足以得出「範圍」不應以歸責事由作為區分之結論。蓋不當得利同樣不以受益人主觀事由為成立要件，惟日本民法第 704 條明顯以受益人善意與惡意區分返還責任之標準。是故，此論點並不妥適。

### 四、 民法改正後之突破與遺憾

民法改正審議過程中並未就代償請求權之範圍多作討論，最終直接將判例明

文化，保持以「債務人所受損害」作為代償請求權行使範圍之限制。但於審議過程中，債權人所受損害與標的物價值之討論，似將其等同視之，僅為避免代償請求權未納入非標的物為內容而採取前者。此外，以歸責事由為標準，僅於給付不能可歸責於債務人之情形，始有利益返還討論之空間。似乎皆顯示，有逐漸以調和代償請求權與不當得利請求權之見解靠攏，實屬一突破。然而，遺憾地，可能因此並非債權法改正之重點，學界對於代償請求權相關之問題亦無交集，最終改正後民法並未朝上述討論方向實現。

### 第三項 我國法

#### 第一款 實務見解

我國實務上過去代償請求權所面臨之問題，多為債務人所取得之利益得否作為代償請求權客體之疑義。且債務人多非因法律行為而取得代償利益，故代償利益多不會高於原給付標的客觀之價值，對於代償請求權行使範圍之問題，可以說是幾乎未曾觸及。

直到最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決，首次表態肯認債務人所取得之交易對價，得作為代償請求權之客體。雖本判決最終以債權人代償請求權以罹於時效而否定債權人之主張，因此亦未特別表示代償請求權行使之範圍<sup>197</sup>。然而，自該判決理由書中：「因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。」似可認為最高法院並未對債權人行使代償請求權請求移轉交易對價之範圍作出任何限制，而採取全額返還說。

---

<sup>197</sup> 最高法院 106 年度台上字第 696 號判決亦同因債權人已罹於時效，故雖肯定交易對價得類推適用代償請求權，但並未就行使範圍進一步論述。

下級審法院方面，臺灣臺中地方法院 104 年度重訴字第 631 號民事判決中，B 原應依協議分割移轉與 A 之土地，因市府辦理重劃而轉為重劃地，後 A、B 共同將該重劃地出售與第三人，B 卻不願將應移轉與 A 部分之土地出售後取得之價金交予 A，因而 A 類推適用代償請求權之規定請求其移轉該部分之對價。本案法院判決肯認 A 得類推適用代償請求權之規定向 B 請求移轉該交易對價，且判決 B 應移轉所取得應移轉與 A 部分土地「全部」之交易對價。雖因本案中 B 並未就返還之範圍為抗辯，但判決理由中自始未細究該土地客觀之價額，故仍可認為實務係採取全額返還說之立場<sup>198</sup>。

## 第二款 學說見解

### 第一目 全額返還說

有學說借鏡德國法而認為，依德國通說民法第 285 條代償請求權之規定，行使上並未受任何限制，而得就債務人所取得「全部」之利益請求償還之。蓋該替代利益無論其價值之高低，因「該標的本應給付與債權人」，僅因給付不能債務人只得以其替代型態給付於債權人，如該替代利益之價值高於原給付標的，則應「視為係債權人自己所創造」<sup>199</sup>。

---

<sup>198</sup>「被告依系爭協議應將被告分得土地各 20 坪（共 40 坪）分割移轉給原告，已如前述。系爭土地嗣因臺中市政府辦理重劃，...，惟被告因系爭土地重劃後，就依系爭協議應移轉予原告之 40 坪土地按...分配率計算取得之重劃後面積 14.83917596 坪土地部分，即屬被告因此取得之替代物，原告得類推適用民法第 225 條第 2 項規定，請求被告將該重劃後面積 14.83917596 坪土地移轉予原告，以代系爭協議約定之原給付義務。又兩造於 101 年 7 月 10 日按每坪 78 萬元價格，出售系爭重劃後土地予陳梓旺，並於 101 年 9 月 18 日將土地所有權移轉登記予陳梓旺，為兩造所不爭執，故被告原應移轉重劃後面積 14.83917596 坪土地予原告之給付義務，依民法第 225 條第 1 項規定，亦因兩造均同意出售系爭重劃後土地予陳梓旺而免給付義務。惟被告既因出售該重劃後 14.83917596 坪土地，取得相當於 1,157 萬 4,557 元之對價（按每坪 78 萬元計算），原告自得類推適用民法第 225 條第 2 項規定，請求被告給付受領之前開對價，以代原應移轉重劃後面積 14.83917596 坪土地予原告之義務。3.綜上，原告主張依系爭協議並類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，請求被告給付 1,157 萬 4,557 元，應屬有據。」臺灣臺中地方法院 104 年度重訴字第 631 號民事判決參照。

<sup>199</sup> 劉昭辰（2004），前揭註 78，頁 36。

有學說自代償請求權之本質出發而認為，代償請求權之性質非損害賠償，而係使債務人返還所取得之替代利益，故代償利益之價值是否高於債權人所受之損害，在所不問<sup>200</sup>。如此解釋下，不僅使給付不能不可歸責於債務人時，得避免其二重得利；於給付不能可歸責於債務人，且代償利益高於債權人所得請求之損害賠償時，對於債權人更具有實益<sup>201</sup>。

亦有學說認為，債務人因給付不能而免給付義務者，如因此取得利益，即應將該利益依債權人之請求交付與債權人，方符合公平原則，此亦為代償請求權之旨趣。倘如債務人得保有此利益，無異於使其因給付不能反獲得利益，自非妥當，故應肯認債權人得就全部之代償利益請求返還之<sup>202</sup>。且如此解釋，符合當事人間原本債之關係之旨趣，由當事人雙方履行各自給付義務，僅債務人給付之標的轉變為替代利益而已<sup>203</sup>。

更有學說認為，應肯認債權人得依代償請求權請求返還出賣標的物所得之交易對價，且範圍不受任何之限制。蓋於債權人因未將標的物轉賣而依民法第 226 條請求損害賠償，無法請求民法第 216 條第 2 項之所失利益時，若認此時債權人不得主張類推適用代償請求權，將致債務人即使依民法第 226 條負損害賠償責任後，仍可取得其差額利益，此結果「無異鼓勵債務人僥倖違約且獲利」<sup>204</sup>。

且雖將代償請求權如此解釋，於請求交易對價時，與不當得利法律行為之替代，結論不盡相同而引起質疑。惟此學說認為，代償請求權之立法目的，純粹是「經濟上將原給付標的物和所得之替代視為一體」，因此債權人得請求債務人讓與原給付之替代，不如不當得利的替代法理，而無須在有替代利益返還歸屬結果

---

<sup>200</sup> 王澤鑑 (2009)，前揭註 22，頁 261。

<sup>201</sup> 王澤鑑 (2009)，前揭註 22，頁 265-266。

<sup>202</sup> 孫森焱 (2009)，前揭註 35，頁 527。

<sup>203</sup> 陳聰富 (2002)，前揭註 46，頁 150-151。

<sup>204</sup> 楊芳賢 (2017)，《民法債編總論 (下)》，頁 92-93，台北：三民。

之特別考量，故縱使債務人所取得之代償利益高於原給付標的之價值，債權人亦得依代償請求權之規定就該代償利益之全部向其主張讓與之<sup>205</sup>。



## 第二目 客觀價值返還說

早期學說上有認為，債權人得依代償請求權請求之代償利益，以債權人原有給付之客觀價額之範圍為限，而不得大於給付之利益，此為當然之理。以債務人取得保險金請求權或保險金為例，債權人僅得於其債權之價額範圍內，請求讓與或交付。其中所謂債權之價額範疇，應係指原給付之客觀價額範圍內之意<sup>206</sup>。

學說上亦有自促進整體經濟效益之角度出發，認為於給付不能不可歸責於債務人時，因債務人並無選擇是否為給付之餘地，無法採取使損害較少之方法，故法律此時著重於風險分配，對於債務人所課與之責任較輕。反之，於給付不能之事由可歸責於債務人時，因債務人得選擇較有利之方式，既其已趨利避害在先，且債權人卻毫無使力之處，課與其較重之責任並無不妥。然而，此並非意味「債權人得享有債務人趨利避害所得之利益」，否則將導致債務人於行為時喪失作出較有利於資源使用決定之誘因。因此，為避免社會整體經濟效益之損失，應使債務人保留其趨利避害所取得之利益<sup>207</sup>。

換言之，代償請求權得請求之標的應以未經債務人額外耗費勞力、時間、費用之直接替代利益為限。是以，可認為此論者亦將代償請求權行使之範圍不得高於原給付標的之客觀價額，只是不同之處在於，其非允許債權人於客觀範圍內行使，而係就全部之利益一概否定有代償請求權之適用<sup>208</sup>。

---

<sup>205</sup> 劉昭辰（2004），前揭註 78，頁 36。

<sup>206</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 373。

<sup>207</sup> 謝哲勝（1995），前揭註 79，頁 121。

<sup>208</sup> 謝哲勝（1995），前揭註 79，頁 122-127。



亦有學說認為，於交易對價得否作為代償請求權標的之疑義中，較可能發生爭議之時機，應在於債務人所取得之交易對價「高於債權人所受損害」之情形。蓋如債務人因交易所得對價低於債權人所受之損害時，債權人本得依民法第 226 條之規定向債務人請求數額較高之損害賠償，而應無類推適用代償請求權請求交易對價之可能或必要性。倘若如此觀之，此種情形下承認債權人得以主張代償請求權，其真正目的應在於「剝奪債務人因債務不履行所獲致之利益」。此涉及契約嚴守原則（Pacta sunt servanda）與有效率違約理論（Efficient Breach）間之衝突<sup>209</sup>。

此論者認為，私法中以剝奪利益作為債務不履行之責任者，多為嚴格杜絕法律所禁止之特別行為，因而以剝奪不法利益為手段，降低行為人之誘因。然而，債務人因給付不能之事由取得交易對價之情形，並無此種高度不法性，況依「有效率違約」理論，債務人違約之行為應屬促進資源分配之手段，而無加以嚴格禁止之必要。再者，交易對價倘若較原給付價值為高者，其原因可能出於「債務人之技術或勞力」，與原給付之客觀價值未必有直接關連，債權人應無由要求分配享受。是故，代償請求權之目的，在於使債權人取得原給付之替代利益，此種替代利益應以由原給付之「客觀價值」直接發生計算者為限<sup>210</sup>。

再者，亦有學說認為，代償請求權所得請求讓與之利益，為原給付標的物之替代利益，此替代利益係自「債務人觀點」對第三人因不能之情事所得取得之利益，而與民法第 881 條以及第 899 條之抵押權與動產質權物上代位較為相近，均屬原標的物之替代物。據此以解，債權人依代償請求權所得請求讓與者，係原不能給付標的物之於債務人之替代利益，係以填補債務人喪失或減失該「原給付標

---

<sup>209</sup> 林誠二（2019），前揭註 80，頁 140。

<sup>210</sup> 林誠二（2019），前揭註 80，頁 140-141。

的物所受損害」為該利益之計算基準<sup>211</sup>。所謂原給付標的物所受之損害，似即為標的物客觀價值之意。

## 第四項 民法上利益返還責任中之獲利返還

關於代償請求權行使範圍是否有所限制之討論，從上述學說及實務上之討論可知，爭議之關鍵即在於，當債務人違反義務時，是否應賦與債權人剝奪債務人透過其自身能力所取得之利益，亦即於原給付陷於不能時，債權人得否依代償請求權請求高於原給付，甚至高於履行利益損害賠償部分之利益。

私法上以剝奪利益作為義務違反之救濟手段者，如公司法第 23 條第 3 項公司負責人違反忠實義務之歸入權、第 209 條第 5 項董事禁止禁業義務之歸入權、著作權法第 88 條第 2 項第 2 款違反著作權之民事責任等規定，以下僅就民法中與獲益返還相關之規定與討論，並透過歸納此等規範之方式，試圖探求法律體系的「內在」價值或原則<sup>212</sup>，進而於解釋代償請求權範圍時有所依循。

### 第一款 不當得利之返還責任

#### 第一目 不當得利返還之範圍

##### 一、 返還之客體

民法第 181 條規定：「不當得利之受領人，除返還其所受之利益外，如本於該利益更有所取得者，並應返還。但依其利益之性質或其他情形不能返還者，應償還其價額。」通說認為本條為不當得利返還客體之規定，返還客體除所受利益外更包含本於利益更有所得。返還方法上以返還所受利益為原則，例外返還不能

<sup>211</sup> 吳志正（2020），前揭註 101，頁 23-24。

<sup>212</sup> 黃茂榮（2006），《法學方法與現代民法》，增訂第 5 版，頁 714、718、910-913，台北：自版  
239

時則以價額返還之。所謂本於利益更有所得，通說認為包含原物之孳息、基於權利更有所得（如彩券獎金）以及原物之代償（如保險金、損害賠償金）惟關於受領人以原物為標的，依法律行為所取得之交易對價是否屬於本於利益更有所得，即生爭議。

有學說認為，受領人出賣原物所取得之價金，應屬本於利益更有所得<sup>213</sup>。惟多數學說及實務見解則認為，受領人以原物為標的所取得之交易替代物，並非民法第 181 條所指之本於利益更有所得，蓋所謂本於利益更有所得應限於仍存在之客體所生之利益而言<sup>214</sup>，故應認為受領人因法律行為所取得之交易對價，屬於依其性質不得返還者受領人應負返還價額之責<sup>215</sup>。

## 二、 善意受領人之返還範圍

民法第 182 條第 1 項：「不當得利之受領人，不知無法律上之原因，而其所受之利益已不存在者，免負返還或償還價額之責任。」本項為善意受領人返還範圍之規定，受領人為善意時，因不當得利之特色即在於使善意之受領人不應承擔不當利益返還責任，因而於整體財產上受有不利之影響，因此，僅就現存利益負返還責任<sup>216</sup>。

關於本條之「所受利益不存在」，通說係以受領人整體財產為對象，來認定應返還之現存利益。換言之，受領人所取得之利益扣除，受有利益本身或更有取得以不存在（如滅失且未受補償），以及信賴具有法律依據而遭受之損害，即為

---

<sup>213</sup> 孫森焱（2009），前揭註 35，頁 176。

<sup>214</sup> 劉昭辰（2005），〈不當得利：第五講 利益返還範圍〉，《月旦法學教室》，第 28 期，頁 55。

<sup>215</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 95；鄭玉波（2002），前揭註 14，頁 142；王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 277-278；台灣高等法院台中分院暨轄區各地院 65 年度第一次法律座談會之問題討論意見之甲說，於受領人將原物出售並取得高於一般市價之價金時，認為：「房屋或高價出售之所得，乃基於受領人與第三人之契約而來，而非直接基於權利人之權利而發生，故受領人僅須償還受領時原物之一般市價，而不及於房屋或高價。」

<sup>216</sup> 王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 289。

應返還之現存利益。所謂信賴具有法律依據而遭受之損害，學說認為包含：因取得該利益所支出之費用（如關稅、運費）、對受領物支出之必要及有益費用（如動物之飼料）以及信賴不致返還而將該財產給與他人。然而，受益人向第三人支付之價金、不當得利之返還費用<sup>217</sup>以及受領物對受領人身體或其他財產所造成之損害，則不在返還之列<sup>218</sup>。

### 三、 惡意受領人之返還範圍

民法第 182 條第 2 項：「受領人於受領時，知無法律上之原因或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還；如有損害，並應賠償。」本條係惡意受領人加重返還範圍責任之規定，惡意之判斷不包括因過失而不知之情形，但判斷上受領人知之程度，僅須達於可認識之程度即以為足，不以確實了解整個法律關係為必要。通說認為，惡意受領人應將其惡意開始之時所擁有之利益，不問請求時尚存在與否均應返還，不存在者返還價額，如受領者為金錢應附加利息<sup>219</sup>。

值得注意者係，本條之賠償損害意指，如惡意受領人償還其所受之利益，仍無法填補權利人之損失時，就其「損失填補不足」之部分，並應另行賠償。此項賠償除積極損害外，尚包含消極損害。又此項損害賠償通說認為係基於立法政策，依法律特別規定而發生，與侵權行為、債務不履行等損害賠償有間，不以故意過失為必要<sup>220</sup>。

舉例而言，如明知無法律上原因而受領某屋，將之出售後屋價大漲之情形。

---

<sup>217</sup> 因此時受領人自為債務人，該費用屬於民法第 317 條之清償債務之費用，自應由受領人負擔。孫森焱（2009），前揭註 35，頁 181-182。

<sup>218</sup> 劉昭辰（2005），前揭註 214，頁 56-57；王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 291-295。

<sup>219</sup> 劉昭辰（2005），前揭註 214，頁 58-59；王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 305。

<sup>220</sup> 王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 306；孫森焱（2009），前揭註 35，頁 183。

因返還標的為價額，通說認為價額償還義務計算之時點，應以價額償還義務成立之時為基準。蓋若以言詞辯論終結等價額償還義務成立後之時點計算，等同實際上係以原物在受領人處的財產變動為標準，與法律設立價額償還之規範目的相違<sup>221</sup>。此時，即很可能發生受領人償還客觀價額後仍不足以填補損害之情況（不足以買回），就該部分之損失，惡意之受領人應負損害賠償之責<sup>222</sup>。

至於惡意受領人所支出之費用，受否得主張扣除之。多數學說認為，因其不得主張利益不存在，故因取得利益所支出之費用（如運費）即不得返還；對於受領物所支出之必要費用得請求，惟有益費用則於返還現存的增加價額範圍內方得返還之<sup>223</sup>。然而，學說上有認為，費用之扣除係為保障善意之受領人於返還時不因此受有不利益，惡意之受領人則無值得保護之信賴可言，故即使其於返還後可能因費用之支出而遭受不利益，亦無費用支出償還請求權<sup>224</sup>。

## 第二目 對於獲利返還責任之態度

不當得利法上最具爭議之問題即為獲利返還責任（Gewinnhaftung），亦即受領人不當得利返還責任之範圍，是否及於其所獲利益。換言之，受領人所應返還者係價額抑或所獲之利益。

### 一、 受領人仰賴其個人能力所得之利益無須返還

學說上有擴大不當得利法上損失之概念，認為損失不獨指現實所蒙受財產之減少，應增加而未增加亦包含在內。以甲無權利用乙之專利權，加以種種之設計與設備獲取利益為例。此時當然不能將甲所取得之利益一概視為乙之損害，因若

---

<sup>221</sup> 王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 283。

<sup>222</sup> 王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 306；孫森焱（2009），前揭註 35，頁 183。

<sup>223</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 91-92；王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 306。

<sup>224</sup> 劉昭辰（2005），前揭註 214，頁 59

甲不使用以自身亦有利用之機會，故亦不得否定乙受有損失。是以，應就甲所利用之專利權與甲之技能與為其利用之設備各為評價，依所評定之比例，決定甲應返還之範圍<sup>225</sup>。亦有學說採取類似之思維而認為，不當得利權利人受損害原係受領人受有利益之結果，利益之所以超過損害乃因受領人具有特殊技能、設備所致，此項利益不應於不當得利返還責任範圍內。然而，若該利益依社會通常之觀念可認為屬於權利人時，即應認為係權利人所受損害<sup>226</sup>。

有學說以營利所得為例，如甲將髮廊出售予乙，乙開始營業後，甲始發現買賣契約無效，就乙之營業所得部分，是否屬本於利益更有所得，即有爭議。學說上認為，如依不當得利利益大於損害，以損害為準之法理，由受領人自己資金、勞務及努力所創造之多餘利益，應歸屬其所有。因此，自無須返還營業利益，僅須返還這段期間使用該髮廊之使用利益，即按一般客觀價值應支出使用髮廊之費用的節省，負返還責任<sup>227</sup>。又以商業交易行為為例，受領人將原物出賣所取得之價金，應稱為商業行為所得之替代，此時應返還者係非所取得之價金而係原物之客觀價值。其理由在於該商業行為所得之利益是得利人自己之努力、能力所得，應歸其所有方屬允當，而非避免請求權人在請求之後，巧而獲得利益<sup>228</sup>。

## 二、 超過客觀價額之獲利已逾越不當得利法之射程範圍

亦有學說認為，縱使於無權處分他人之物、侵害他人之智慧財產權等情形，且受益人所得之利益高於權利人所受損害時，不當得利法上返還之範圍仍應限於客觀價值。蓋任何人不得因其不法行為獲利僅得作為解釋原則，不得據之作為獲利返還之依據。再者，現行法下不當得利已非衡平原則，而係於符合要件下調整

---

<sup>225</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 88。

<sup>226</sup> 孫森焱（2009），前揭註 35，頁 177。

<sup>227</sup> 劉昭辰（2005），前揭註 214，頁 53。

<sup>228</sup> 劉昭辰（2005），前揭註 214，頁 55；劉春堂（2001），〈無權處分與不當得利〉，《輔仁法學》，第 21 期，頁 88。

當事人間不當之利益流動之規範，超過客觀價額之獲利應歸屬於何方，已「逾越不當得利法之射程範圍」。德國法上將民法第 816 條第 1 項前段之利益解為全部獲利，固有其法制發展之背景，但多數學說仍認為不宜將此一般規定一般化。況且我國並未有如德國民法第 816 條之規定，當然無須同得國法為解釋。是故，若權利人欲請求該部分之利益，應藉由民法第 177 條第 2 項不法管理之規定請求之 229。

## 第二款 不法管理之返還責任

依民法第 172 條之規定，無因管理之成立，除客觀上須以管理他人事務為必要外，尚要求主觀上管理人係出於為他人管理之意思。不法管理者，行為人明知為他人之事務，仍出於為自己利益而干涉「他人事務」，本質上應屬不法行為，如因此取得利益者，亦屬無法律上原因而受有利益。此時本人如受損害者，得依侵權行為或不當得利之規定，請求損害賠償或返還因此所生之利益。然而，本人侵權行為損害賠償應以實際損害範圍為限；不當得利則應比較自身所受損害與行為人所得利益之間，擇其小者作為請求範圍，故仍可能使行為人保有因不法管理所生之利益<sup>230</sup>。

因此，民國 88 年債法修正時新增民法第 177 條第 2 項不法管理準用無因管理之規定，增訂理由認為：「無因管理之成立，以管理人有『為他人管理事務』之管理意思為要件。如因誤信他人事務為自己事務（誤信的管理），或誤信自己事務為他人事務（幻想的管理）而為管理，均因欠缺上揭主觀要件而無適用無因管理規定之餘地。同理，明知係他人事務，而為自己之利益管理時，管理人並無『為他人管理事務』之意思，原非無因管理。然而，本人依侵權行為或不當得利

<sup>229</sup> 王澤鑑（2015），前揭註 109，頁 285-286。

<sup>230</sup> 林誠二（2013），〈不法管理所生利益與費用之返還〉，《月旦法學教室》，第 134 期，頁 12-13。

之規定請求損害賠償或返還利益時，其請求之範圍卻不及於管理人因管理行為所獲致之利益；如此不啻承認管理人得保有不法管理所得之利益，顯與正義有違。因此宜使不法之管理準用適法無因管理之規定，使不法管理所生之利益仍歸諸本人享有，俾能除去經濟上之誘因而減少不法管理之發生，爰增訂第二項（德國民法第六百八十四條第一項參考）。」

從新增理由中可知，立法者基於不法管理人保有超過本人所受損害（或受返還之利益）部分之利益，顯與正義有違，以及減少不法管理發生之目的，以剝奪不法管理人「不法行為」所取得利益之方式，除去經濟上之誘因，以達規範之目的。

### 第三款 經理人或代辦商之責任

民法第 563 條設有商號介入權之規定：「經理人或代辦商，有違反前條規定之行為時，其商號得請求因其行為所得之利益，作為損害賠償。前項請求權，自商號知有違反行為時起，經過二個月或自行為時起，經過一年不行使而消滅。」

通說認為，商號行使介入權後，不得更行使損害賠償，蓋本條以明示將違約人所取得之利益作為損害賠償<sup>231</sup>。參酌本條立法理由：「謹按前條之規定，為經理人或代辦商所應遵守之義務，若經理人或代辦商違反前條（競業禁止）所規定之義務，則商號亦不得不謀對付之方法，以資救濟，故許商號得請求因其行為所得之利益，作為損害賠償。」可知本條係為達競業禁止之目的，別於一般之損害賠償，特以債務人所取得之利益作為損害賠償之計算基準。此介入權雖名為損害賠償，惟時則係以達剝奪債務人違約獲利，作為具有對抗債務人競業行為實效之救濟規定。

---

<sup>231</sup> 陳自強（2016），《違約責任與契約解消》，頁 151，台北：元照。



## 第四款 小結



誠如學說所言，以剝奪利益作為違反義務責任之意旨，不外乎為立法者為嚴格杜絕法律所禁止之特定行為，故必須以剝奪不法利益為手段，藉以降低行為人之誘因<sup>232</sup>。以下將透過上述數個不同但有類似意旨的具體法律規定，嘗試以「歸納」之方式得出，於民法利益返還責任中，立法者將何種行為將評價為具高度不法性，而須透過剝奪利益之方式禁止的共通原則<sup>233</sup>。

首先，不當得利返還客體及範圍之規範，以調整當事人間絕對權侵害不恰當利益分配之利益返還責任中，該利益因受領人之法律行為致不能返還時，所取得之交易對價非更有所得，而應償還其「價額」。又範圍之部分，因原則上不應使「善意」受領人因返還責任而受有損害，故此時返還責任應以受領人「現存利益」為限。例外於受領人為「惡意」時，應付加重返還責任，除返還所受之利益外，如仍有損害亦應賠償。然而，基於「仰賴個人能力所得之利益不應被剝奪」之分配正義，不當得利還責任中「否定」獲利返還之責任。

其次，自不法管理之規範，侵害他人絕對權之利益返還責任中，不法管理人無義務且「明知為他人事務，仍為自己利益管理」時，為求正義並除去誘因，法律擬制其具有為他人處理事務之意思而「剝奪仰賴個人能力所得之利益」，故肯認獲利返還責任，不法管理人應負就其受有利益之全額負返還責任。再者，自商號介入權之規範，「侵害他人相對權」之利益返還責任中，可知行為人違反為他人管理事務之契約，而為「競業行為」時，亦得剝奪其仰賴個人能力所得之利益，達到救濟之目的。因此，此時競業行為人應負以其所取得利益之全額為計算之損害賠償責任。雖仍謂損害賠償責任，但既以取得利益之全額為計算，應認為本條

<sup>232</sup> 林誠二（2019），前揭註 80，頁 140-141。

<sup>233</sup> 王鵬翔、張永健（2019），〈論經濟分析在法學方法之運用〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 48 卷第 3 期，頁 847-849。

實則為利益返還之規定。

是以，透過上述均非為填補權利人損害，而係以調整當事人間利益分配不均之利益返還責任規定，可歸納出：於立法者之評價中，並非所有對於「絕對權」之侵害皆具有高度不法性，而須一概藉由剝奪債務人仰賴個人能力所取得利益之方式，達到禁止之目的。詳言之，將不當得利與不法管理相比較，二者皆侵害他人絕對權之利益償還權，但相較不當得利，不法管理不法性係建構於，「明知未受委任為己利而干預他人事務」<sup>234</sup>，其不法性內涵已與侵權行為並無二致。因此，立法者為達嚇阻禁止之效，例外地以剝奪獲利之方式供權利人救濟。

相對於此，「相對權」之侵害因不法性更低，對於單純之相對權侵害行為，原則上應使債務人得保留其依個人能力所取得之獲利，而課與損害賠償責任以資救濟，僅例外地於具高度不法性之違約行為，如經理人或代辦商受有高度權限，卻違背其忠實義務而為恐對商號影響重大之競業行為時（將同受委任之民法第 544 條與第 563 條相較自明），方有以剝奪獲益嚇阻、禁止之必要。

簡言之，吾人可以推知，於立法者評價中，利益返還責任因受到「不應剝奪仰賴個人能力之利得」此公平分配思維之限制，原則上不應承認，但並非毫無彈性。於侵害絕對權之情形，「明知未受委任為己利而干預他人事務」，即足以正當化課與債務人獲利返還之責任。反之，於侵害相對權之情形，似「無法單以債務人主觀上對於違約有故意」，作為剝奪其依個人能力所取得之利益之理由，而須債務人之行為具有特殊之高度違法性時，方得考慮以剝奪獲利之方式嚇阻之。

## 第五項 違反契約義務之獲利返還

---

<sup>234</sup> 黃銘傑（2009），〈智財判決專題研究系列之八「侵害行為所得之利益」計算損害規定之法律定位、功能與適用—評最高法院九十七年度台上字第二二七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 167 期，頁 172-173。

關於代償請求權行使之範圍，涉及債務人違約獲利返還之爭議，國內雖少有著墨，但於德國法及日本法上，最具爭議性之問題即為，當債務人「故意違反原契約義務」，以原契約標的透過法律行為所取得交易對價時，代償請求權行使之範圍是否包含利潤之全部交易對價。

此爭議之關鍵在於，該逾越債權人所受損害範圍之利潤，應歸由債權人抑或由債務人保有，亦即是否應為了保障債權人，而一般性地賦予其剝奪債務人違約獲利之權利。因此，學說認為，此爭議其背後真正凸顯之價值取捨，即在於「契約嚴守原則 (Pacta sunt servanda)」與「有效率違約理論 (Efficient Breach)」間之衝突<sup>235</sup>。以下本文將先分別說明代償請求權行使範圍背後所涉及之理論基礎與其間之權衡，並藉由前項所得出的立法者隱含於法律內在之價值判斷基礎，試圖描繪出立法者對於債務人違反契約義務時，賦予債權人獲利返還救濟之圖像，以利於代償請求權行使範圍之解釋。

## 第一款 契約嚴守原則之貫徹

### 第一目 契約嚴守原則

所謂契約自由原則，係指個人得依自己之自由意思與他人訂立契約，以形成私法之生活關係，從而取得私法權利並負擔私法義務。於法律秩序上具有雙重意義：

其一，應為最高規範（消極意義）：於有限之資源下，整體經濟建立於價值之觀念，而價值之觀念須仰賴價格體系維繫，又價格體系則須依供需法則依自由交換制度 (system of free exchange)，以形成有限資源之最佳使用。是以，為自由經濟秩序得以暢行無阻，不宜由外力加以干涉，蓋其乃受自我利益 (self-interest)

---

<sup>235</sup> 林誠二 (2019)，前揭註 80，頁 140。

之指導下，所選擇最合理得提高自我利益之方式。故當事人依自由意志所為之債權契約，應被認為係當事人間最高之指導規範<sup>236</sup>。

其二，應予嚴格遵守（積極意義）：所謂嚴格遵守係指，當事人自由訂立之契約內容，應有法的規範拘束勢力，而得依法強制當事人履行實現之效力<sup>237</sup>。表現於法規範上，即為責任。蓋欠缺責任之契約，無法維繫交易秩序，將治整體經濟社會活動亦將會被阻礙破壞，故契約自由除不得介入之消極意義外，同時具有嚴格遵守之積極意義。

我國通說基於契約嚴守原則，認為當事人本於自由意思訂定契約，如已合法成立，即應依從該契約之內容或本旨而「履行」<sup>238</sup>。法律規範應建立完善且符合效率之交易秩序，以促使契約當事人履行因其自由意志所生之義務。依此原則之解釋，透過違約救濟體系之建立，對於不依債之本旨為給付之債務人給予制裁，不僅得給予債權人適當之保障，同時亦得促使債務人履行契約。

## 第二目 貫徹之方式

立法例上違約救濟之方式有：強制履行、解除契約、撤銷、利益歸入、金錢損害賠償等，我國民法上雖以損害賠償為債務不履行核心之救濟方式<sup>239</sup>，但並不以損害賠償為限，如於上述損害賠償救濟不足之情形，亦不乏有明文剝奪債務人違約獲利以資救濟之例。

---

<sup>236</sup> 林誠二（1982），〈債權契約法之經濟方法論〉，《中興法學》，第18期，頁205。

<sup>237</sup> 林誠二（1982），前揭註236，頁205。

<sup>238</sup> 最高法院105年度台上字第929號民事判決認為：「按基於私法自治及契約自由原則，當事人得自行決定契約之種類及內容，且不限於民法規定之有名契約，即其他非典型之無名契約亦無不可。又依契約嚴守原則，當事人本於自由意思訂定契約，如已合法成立，即應依從該契約之內容或本旨而履行，其私法上之權利義務，亦應受其拘束，非一造於事後所能主張增減。」同此見解：最高法院100年度台上字第592號判決；最高法院103年度台上字第2605號判決。

<sup>239</sup> 謝哲勝（1995），前揭註79，頁117。

詳言之，損害賠償作為債務不履行之救濟方式雖原則上能促使債務人履行契約，進而貫徹契約嚴守主義，但損害賠償仍可能因「計算困難」、「實行成本」等問題而終有其極限，當債務人違約所獲取之利益大於損害賠償時，僅加諸損害賠償之制裁，債務人即可能取得違反契約之誘因，以致遵守契約之功能不達。此時，改以剝奪債務人透過違約所獲取之利益，作為債權人之違約救濟，將除去債務人違約之誘因，不失為貫徹契約嚴守原則之方式<sup>241</sup>。

回到本章所欲探討之代償請求權，前述學說上所謂代償請求權於給付不能可歸責於債務人，且「代償利益高於債權人所得請求之損害賠償」時，對於債權人更具有「實益」<sup>242</sup>。所指稱之實益，對於整體法秩序而言，即為得促使債務人履行契約，以貫徹契約嚴守原則之意。

## 第二款 效率違約理論之爭論

然而，從財產法之功能在於促進人盡其才、地盡其利、物盡其用之功能以觀，可知其最主要之功能即為經濟功能，亦即透過物權法確立財產權，使人民得盡其所能使用財產資源生產財貨後，再藉由債法上契約自由原則，使藉由自由市場機制之運作，使資源達成最高使用效率，進而創造社會之最大利益<sup>244</sup>。

以一物二賣為例，我國通說認為，若第二買受人已取得標的所有權，縱其晚於第一買受人締結買賣契約，因物權具有對世效力而債權僅具有對人效力，當債權與物權相衝突時，物權不論成立之先後原則上均優先於一般債權，故第一買受人僅得向出賣人請求應負違反契約之責任，無法主張應由其取得標之所有權，

---

<sup>241</sup> 林誠二（2019），前揭註 80，頁 140；KATY BARNETT, ACCOUNTING FOR PROFIT FOR BREACH OF CONTRACT: THEORY AND PRACTICE 31-32（2012）。

<sup>242</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 22，頁 265-266。

<sup>244</sup> 謝哲勝（1995），前揭註 79，頁 116。

即使第二買受人係惡意時亦同<sup>245</sup>。可知，於我國現行法下，債務人違反契約義務時，即因陷於給付不能而免除第一次給付義務，債權人亦不得向第三人為任何主張。

此時，法規應如何課與出賣人違約後所應負之責任，不僅將影響出賣人於履行第一契約與違反第一契約時之選擇，亦影響能否達整體經濟效益最大化之目的。申言之，於給付不能發生時，何種情況下，債務人選擇履約或違約是有效率的？亦即，於債務人違約致債權人無法取得原給付時，給與債權人損害賠償之保障，抑或迫使其履行（強制履行、回復原狀、利益歸入等），方能使資源達到最有效率之運用？有法律經濟學者提出「效率違約論」，並認為債務人違約時賠償債權人履行利益係有效率的<sup>246</sup>，以下詳述之。

## 第一目 效率違約論

### 一、 內涵

所謂有效率違約論（The Theory of the Efficient Breach），可追溯於美國最高法院 Oliver Holmes 法官所言：「在普通法中，遵守契約義務只是意味著要做好違約的賠償準備而已。」<sup>247</sup>倘當事人選擇違約係一較有效率之選項時，一現行的契約義務，不應妨礙另依更有效率交易之進行。選擇故意違約者，僅須負責因其違約所造成之損害賠償，以彌補原契約關係之損失。換言之，此時法律無必要強迫債務人去履行債務，僅須強制債務人於履行債務與承擔損害賠償責任中，依其利益選擇其一即可。不但給予債務人更多交易自由，亦得藉此達成資源更有效率之

---

<sup>245</sup> 謝在全（2007），前揭註 98，頁 43。

<sup>246</sup> 張永健（2003），〈論給付不能之分類與歸責問題〉，《法令月刊》，第 54 卷，頁 94。

<sup>247</sup> 原文為：「the duty to keep a contract at common law means a prediction of that you must pay damages if you do not keep it,-and nothing else」KATY BARNETT, *supra* note 241, at 107.

分配，促進社會整體經濟效益<sup>248</sup>。

效率違約論係建立於「資源必定流向最有效率之處」之經濟學假設，亦即可將契約視為資源流動之過程，資源透過締結契約不斷地流動，終將由最能發揮其價值之人所享有。同時，賦予債權人損害賠償以彌補其未依契約履行之損失（履行利益之損害賠償）<sup>249</sup>，避免受有損害。於此思維下，當債務人不履行其原契約所取得之利益，扣除填補債務人因契約未受履行所受之損害後，仍有剩餘時。亦即，債務人不履約之財產狀態優於履約之財產狀態時，法律不僅應禁止其選擇違約，甚至應該鼓勵違約<sup>250</sup>。

蓋此時不僅資源將流向較有價值之處（從後債權人出價較高可推測該物對其較具經濟價值），且債務人亦取得更高之對價。同時，債權人雖未獲原給付，仍因取得履行利益之損害賠償享有與契約履行相同之價值狀態，而無受損害，無異於達成在無人蒙受不利亦下增進部分人利益之「帕雷多效率<sup>251</sup> (Pareto efficiency)」<sup>252</sup>。

## 二、 適用情狀

一般對於債權人而言，債務人選擇履行契約或為債務不履行之損害賠償（假設其損害受到完全填補），並無太大之區別。相對於此，對於債務人而言，履行

---

<sup>248</sup> RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 149-150 (8th ed.2011); 林誠二 (2019), 前揭註 80, 頁 140; 謝哲勝 (1995), 前揭註 79, 頁 117; 陳歆 (2015), 《應用英美契約法：從案例學商用契約法的基本原理》，頁 276, 台北：元照。

<sup>249</sup> POSNER, *supra note* 248, at 150-151.

<sup>250</sup> E. ALLAN FARNSWORTH, *CONTRACTS* 735-736 (4th ed.2004); 林誠二 (2019), 前揭註 80, 頁 140; 謝哲勝 (1995), 前揭註 79, 頁 118-119。

<sup>251</sup> 所謂帕雷多效率 (Pareto Efficiency) 係指，若採取某項措施可以增加一些人的福祉，卻沒有人的福祉因而受到減損（即有人受益但無人受害）則採取這項措施所導致的狀態，比起不採取這項措施是更好的。詳見：王鵬翔、張永健 (2019), 前揭註 233, 頁 832。

<sup>252</sup> BARNETT, *supra note* 241, at 108; 簡資修 (2001), 〈一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害〉, 《人文及社會科學集刊》，第 13 卷第 1 期，頁 66。

債務通常較為有利而有巨大之差別，蓋履行債務之代價大約等同債權人所受損害以及為履行所需支出之費用；反之，債務不履行之損害賠償，除債權人所受損害外，上須加上所失利益。因所失利益通常較履行債務所需支出之費用為高，故對於債務人而言履行債務較為有利<sup>253</sup>。

然而，倡導效率違約論之學者 Richard Posner 提出，當下列二者情狀發生時，因履行債務之代價較高，應促使債務人選擇負損害賠償責任而非履行契約：

其一，當債務人為避免更高之損害時。例如甲向乙訂購 10 萬件訂製之零件用於其機器，但乙於生產中因機械故障終止生產。雖此時仍有其他供貨管道供甲取得該零件，但乙卻堅持要求甲履行契約時，應認為此時法律不應強迫乙履行契約，允許其負損害賠償責任。蓋甲自己為最知悉自己需求之人，強迫乙向其他供貨商達成協議以完成與甲之契約，所耗費之勞力、時間費用等成本決對高於甲（否則乙早就會自願地如此做以使其違約責任最小化），故若此時強迫乙履行契約將導致資源浪費<sup>254</sup>。

其二，於債務人違約取得之利益高於履行契約所獲得之利益時。例如甲以每件 10 元之價格出售 10 萬件訂製零件與乙，嗣後丙因急需該零件否則其將被迫關閉廠房，而向甲表示願意以每件 15 元向甲訂購 2.5 萬件之零件。假設乙因甲未如期給付零件將受有 10 萬元之損失，但甲將該零件授與丙得額外獲得 12.5 萬元之額外收益。此時，應允許甲違反契約負損害賠償責任以追求額外之利益，蓋甲履行與丙之契約減少了丙之損失，甲自與丙之交易中取得額外之收益，故即使賠償乙之損失後，甲仍有剩餘。且於乙受甲之損害賠償後，其損害受到完全之填補，亦無任何人受到違約侵害之情況下，此種違約即可稱為「Pareto efficiency」<sup>255</sup>。

---

<sup>253</sup> 謝哲勝（1995），前揭註 79，頁 118。

<sup>254</sup> POSNER, *supra* note 248, at 150.

<sup>255</sup> POSNER, *supra* note 248, at 151.



綜上所述，效率違約論者認為，於上述情形時，法律不應強迫債務人履行契約，或賦予過高之損害賠償，以免阻撓債務人作出有利於資源效率使用之決定。是故，法規於課與債務人履行利益損害賠償之情況下，應允許債務人違反契約，保有其額外獲得之利益。

## 第二目 效率違約論之質疑與批判

應先瞭解者係，於無交易成本下，不論採取強制履約抑或金錢賠償為違約救濟之手段，資源仍會流入最有效益之人手中<sup>256</sup>。然而，確實於充斥交易成本之現實社會中，法律強迫債務人履行其債務，債務人履約成本高於債權人可得利益時，即可能因過高之履約成本，致其履約無效率<sup>257</sup>。

### 一、未必能以最低之成本使資源流入效率最高者

效率違約論，係建立於資源會透過不斷之交易（契約之締結），流向最能發揮其效用之處。然而，批評者認為，於其立論中並未見對於交易成本之考量。所謂交易成本雖難以定義，但可概略地認為包含至交易市場購買特定物所耗費之勞力、搜尋市場資訊（如交易對象、最佳價格）所花費之費用以及交易中磋商所耗費之成本。若將此等費用納入考量，於債務人支出該等費用後仍允許其任意違約，可能造成額外之資源浪費<sup>258</sup>。

再者，效率違約論中將資源流入最適者之目的，除可藉由債務人違約後第三人自債務人處取得該標的達成外，實際上透過第三人待債權人受領給付後，再向

---

<sup>256</sup> 蓋若甲以 1000 元出賣 A 物與乙，後又再將 A 物乙 1200 元出賣與丙，若違約所受之損害賠償為 1100 元，則甲當然不會履約而負損害賠償責任，其於此時仍受有 100 元之利益。縱使採取強制履約，甲仍然會以 1100-1200 元之價格向乙買回，或給予乙 100-200 元之價格，請求其解約而免除其給付義務，此時可認二者之效力無分軒輊。

<sup>257</sup> 承前註之例，但於充滿交易成本之社會，則可能因過高之交易成本，以致於無法將該物移轉回甲。參見：簡資修（2001），前揭註 252，頁 68-69。

<sup>258</sup> BARNETT, *supra* note 241, at 111.

其締約取得標的，亦得達成相同之目的。雖效率違約論者認為，若採取後者之途徑，不僅須多耗費一交易成本，同時債務人無從選擇協商對象，將造成雙邊獨占<sup>259</sup> (bilateral monopoly)，使交易成本過高，而有高於債務人透過違約可能所取得之虞<sup>260</sup>。然而，雙邊獨占之情形，同樣地，也可能出現在債務人與第三人間違約之協商中，且與債權人違約後所耗費之訴訟成本相較，交易成本應較為低，況且採取前者之途徑，不可避免地即須浪費第一次交易所耗費之交易成本<sup>261</sup>。

## 二、 未納入訴訟成本之考量

效率違約論之所以得達成「Pareto efficiency」，係建立於履行利益之損害賠償能完全填補債權人所受之損害(即所謂債權人對於債務人履約或受履行利益之損害賠償並無差別)，以及損害賠償金額探求成本分配合理之前提。亦即，效率違約論係，假設債務人不投機而不拖泥帶水地履行損害賠償，且雙方對於損害賠償之金額具有高度共識<sup>262</sup>。

但實際上，因履行利益之損害賠償之範圍，並不包含訴訟費用，倘債務人違約且投機而不願賠償時，債務人則必定因支出額外之訴訟費用，導致其損害無法完全被填補，而無法回復到如同契約被履行之狀態<sup>263</sup>。

此外，現實上法院並無法取得完美之訊息，精準地評估債權人所受到之損害。況且，於訴訟中若法院無法一雙方所提出證據達成確信時，負舉證責任之者將承擔敗訴之風險，負舉證責任之一方若要勝訴，必須付出比他方更高額之訴訟成本。

---

<sup>259</sup> 雙邊獨占 (bilateral monopoly) 係指，雙方均為各自唯一之交易對象，此時交易成本確實可能很高。當交易成本高過交易雙方因交易所得之「剩餘」(surplus)之和，交易不將會發生。詳見：張永健(2013)，〈越界建築之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，第12期，頁178。

<sup>260</sup> POSNER, *supra* note 248, at 151.

<sup>261</sup> BARNETT, *supra* note 241, at 110.

<sup>262</sup> 簡資修(2001)，前揭註252，頁69。

<sup>263</sup> BARNETT, *supra* note 241, at 112-113.

於履行利益損害賠償之訴中，債權人須就其損害負舉證責任，當訴訟成本於債務人與債權人間越是失衡時，成本較低之債務人越是有誘因去迫使成本較高之債權人接受較其實際所受損害為低之賠償，而越可能發生無效率之情形<sup>264</sup>。

### 三、 忽略無形利益之考量

契約法中之效率不僅建立於法律上之損害賠償，更係立基於契約雙方當事人彼此將會履行契約之信賴，因此事實上多數尋求交易之人會偏好與值得信賴將會履約之人締結契約，以利契約締結後安排行動以及計算可能的支出費用。倘如效率違約論者之見解，鼓勵一般地違約，不只將造成訴訟成本之耗費，更會影響契約制度之實用性以及商業的不確定性，進而導致沒有效率<sup>266</sup>。

再者，採取效率違約理論下，資源確實能流向出價較高者之處，惟出價最高者非必為最能發揮效率之人。蓋於鼓勵債務人透過違約追求更高獲利之同時，將可能使原本具有遠見並提前訂立契約之人，被無遠見或缺乏意願進行投資以確保相關商品供應之出價較高者取代，而無法取得該資源，此亦非吾人所樂見<sup>267</sup>。

### 第三目 效率違約論爭辯之啟示

透過法律經濟分析，在既有法律解釋方法的框架內展開，補充傳統法學方法在實質內容與後設方法論的不足之處，以漸受國內法學界重視<sup>268</sup>。以經濟學之理論探討法學之方法，可分為法則形成法與法律效果法，前者係指以經濟學之原理闡明法律原則之生成；後者係指以經濟學之理論原則，說明評估法律效果，著重

---

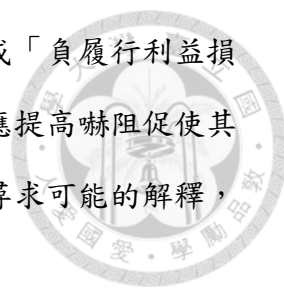
<sup>264</sup> 簡資修（2001），前揭註 252，頁 69-71。

<sup>266</sup> BARNETT, *supra* note 241, at 113-114.

<sup>267</sup> BARNETT, *supra* note 241, at 113.

<sup>268</sup> 王鵬翔、張永健（2019），前揭註 233，頁 797；簡資修（2004），〈法律經濟分析的倫理價值與法學方法——一個簡要調和式的說明〉，《月旦法學雜誌》，頁 207-210。

於法律之經濟效果評價<sup>269</sup>。將債務人面臨「繼續履行契約」，或「負履行利益損害賠償責任而違反契約」之選擇時，於法律規範究之解釋上，應提高嚇阻促使其繼續履約，抑或鼓勵其違約之問題，透過經濟學上理論之方式尋求可能的解釋，應屬於法律效果法。



## 一、 無法以效率違約論否定獲利返還之效率

若以現行法債務不履行責任以損害賠償為主之體系，輔以效率違約論立於「資源必定得藉契約之締結流向最能發揮效用之處」與「債務人得藉由履行利益之損害賠償，完全填補債權人因其違約所受之損害」此二假設，確實可以得出應鼓勵債務人違約以創造整體更高之經濟效益。反之，賦與代償請求權請求違約獲利之效力，剝奪債務人透過刻意違約（如一物二賣）更獲有之利益，將得出降低整體經濟效率之結論。因此，學說上即有藉此反對多數說採取全額返還說之見解，甚至因此影響其對於歸責性（將代償請求權限於不可歸責於債務人）、因果關係（將代償請求權限於直接因果關係使成立）要件之解釋，進而一概否定交易對價有代償請求權適用之可能<sup>270</sup>。

然而，誠如批評論者所言，效率違約論係建立於現實上不存在之假設，忽略債務人違反契約履行與他人之契約額外需消耗之磋商成本，以及所造成原契約交易成本之浪費，更別說資源流入最適者之假設是否為真亦受到質疑。

再者，於現行法訴訟成本原則上應由原告自己承擔下，效率違約論飽受批評之點，即為完全未將債權人之訴訟成本（訴訟費用、法院損害賠償額認定之成本）納入計算分析中，無異於假設為追求更高利益而違反契約之債務人，反倒於對債權人負損害賠償責任時，卻心甘情願拋棄投機之念頭，實過於理想而不符常情。

---

<sup>269</sup> 林誠二（1982），前揭註 236，頁 45-46。

<sup>270</sup> 林誠二（2019），前揭註 80，頁 139-141；謝哲勝（1995），前揭註 79，頁 117-127。

在將債權人訴訟成本納入考量後，債權人受履行利益之損害賠償後受到完全填補之可能性降低，效率違約論者於無人受損害下創造更多經濟效益之理想，亦隨之幻滅。

此外，鼓勵債務人刻意違約，縱確如效力違約論者之分析能達成「Pareto efficiency」。惟交易上無形之成本並無法被分析，扣除可能造成整體交易市場之不信任、商業交易上之不確定，所造成隱形之不效率後，是否仍具有促進整體社會資源之效率，值得懷疑。

綜上所述，本文認為，學說上單以效率違約論為基礎，認為不應剝奪債務人違約獲利，否則將導致社會資源無法被有效分配之見解，並無說服力。

## 二、 效率「不」違約僅於債務人可歸責時方有適用之可能

效率違約論建立之背景，即英美法上「違反契約」之概念，與大陸法系之我國民法略有不同。英美法系未受羅馬法影響，採嚴格責任，即契約責任並不以故意過失為要件，無論債務人自己、使用人有無故意過失，若未依約履行，即應依契約違反（breach of contract）負損害賠償責任。換言之，當債務人為給付之承諾（promise）後，及承擔按時與完全之履行之擔保責任，若不履行致債權人受有不利益，除符合契約頓挫理論（frustration）之要件外，原則上不論原因為何，均應負擔擔保之責<sup>271</sup>。

違約效率論之討論中之違約責任，係建立於英美法下違約採嚴格責任之產物，與債務不履行原則採過失責任之我國現行法，有明顯之差異。因此，若欲將效率違約論與效率不違約論之經濟分析，運用於我國法上，即應必須特別注意違約責任背景不同可能造成之差異。自效率違約論之假設以觀，其所欲處理之情狀為債

---

<sup>271</sup> 陳自強（2011），〈契約過失責任與無過失責任之間〉，《政大法學評論》，第123期，頁23。

務人面臨履約與違約間之選擇時，法律規範應促使其履約或鼓勵其違約之問題，雖不盡相同，但對照於我國法之概念，即屬於給付不能可歸責於債務人之情狀。

申言之，縱使肯認效率「不」違約論之分析，認為於債務人面臨負損害賠償責任下違約以獲取更高之獲利，以及繼續履行原契約之抉擇時，法規範應課與強度高於履行利益損害賠償責任之救濟手段，促使債務人履行原契約。此經濟效率分析於現行民法概念下，對於債務人不可歸責之情形，因其並無選擇，於現行法下並「無違約」之可能，此時法規範之功能僅在於分配風險，當然亦無效率違約或不違約經濟分析適用之餘地。故應認為於我國現行法下，無法單透過效率不違約經濟分析之結果，得出於債務不履行不可歸責於債務人時，法規範應賦予債權人剝奪債務人獲益之結論<sup>272</sup>。

### 三、 經濟分析於法學方法上之極限

自上述法律經濟分析下，得否「單」透過效率不違約理論分析之結果，得出給付不能於債務人可歸責時，應促使債務人履約而賦與其超過履行利益損害賠償為重之責任，如以獲益返還剝奪其違約所取得利益之方式，貫徹契約嚴守原則，進而做出代償請求權範圍不應設限之解釋，答案應係否定的。

蓋經濟效率不是最高或唯一的法律原則，法院也不是某項解釋是否符合經濟效率的最佳判斷者，應認為經濟效率不足以全面地取代傳統的法律解釋方法。但經濟效率乃在評估法律適用對資源配置的影響，應可納入法律目的解釋，而與其

---

<sup>272</sup> 英美法上傳統違約之救濟，以損害賠償填補使債務人回復至與契約履行之狀態為原則。然而，於 *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C.268 案（情報員違反保密義務出版自傳，英國檢察長向其請求返還版稅）中，法院認為被告雖未造成原告之具體損害，但得請求回復原狀（restitutionary damages），其理由略為被告違反受託本旨使用該等情報，須負返還責任。此外，原告對於保密具有正當利益，有必要阻止情報被公開，因此本案原告得請求被告「返還違約所得之利益」。詳見：陳自強（2016），前揭註 231，頁 155；余偉迪（2019），《英美法違約利益歸入救濟之研究》，頁 63-116，台灣大學法律學系碩士論文。對於英美法違約利益歸入救濟有完整且深刻之介紹。

他解釋方法共同協力，以實現法律的規範意旨<sup>273</sup>。換言之，經濟分析是「補充、結合而非取代」，即經濟分析可以在既有法律解釋方法的框架內展開，既不會推翻傳統的解釋方法，更非一種獨立的解釋方法<sup>274</sup>。



### 第三款 自由競爭之倫理化

日本法上，有力說提出「自由競爭論理化」之概念，調和契約神聖性與自由競爭之衝突。此論者認為，於當前以自由競爭原則所支配之經濟制度下，肯定優先與提供更有利價格者為交易之自由競爭。然而，學說認為，允許所謂價格競爭或或一般契約條件之自由競爭，於「受到契約拘束前」即契約締結前之階段，當然應無條件地允許之。相對於此，對於契約成立後已受到契約所拘束之債務人，若仍有自由競爭原則之適用，無異於助長、獎勵債務人違反契約<sup>275</sup>。

或有謂債務人本即得依自由意志選擇應履行債務，惟學說認為，債務人於第一契約尚未締結之狀態，具有選擇應與誰締結契約之自由無疑，一旦其選擇與第一債權人締結契約，則不能免除履行其依「自由意志」所承擔之債務<sup>276</sup>。再者，於以特定物為內容之債之關係中，第一債權人得依改正前民法第 414 條第 1 項，不問債務人之意思強制實現債務之內容。換言之，債務人與第一債權人締結契約後，除其間考量到締約後可能取得更有利條件之契約，而有解約定金合意之有特殊情事外，原則上債務人於契約締結後，再與第三人締結契約並履行之行為，應被評價為違法之行為<sup>277</sup>。

此外，於第一契約締結後，即不應忽視第一債權人應取得契約標的之地位，

---

<sup>273</sup> 王澤鑑（2014），《民法物權》，增訂 2 版，頁 24-25，台北：自版。

<sup>274</sup> 王鵬翔、張永健（2019），前揭註 233，頁 797。

<sup>275</sup> 磯村保（1985），前揭註 68，頁 391。

<sup>276</sup> 磯村保（1985），前揭註 68，頁 391。

<sup>277</sup> 磯村保（1985），前揭註 68，頁 391-392。

債務人受到契約拘束時，隨即喪失藉由其自身締約能力，更自契約標的取得利益之可能性。是以，若債務人再與第三人交易，並透過其締約能力而取得更高額之利潤時，應認為既契約標的本應歸屬於第一債權人，則亦不應允許債務人保有該利益而應歸屬於第一債權人<sup>278</sup>。

綜上所述，於債務人受契約所拘束起，即非自由競爭原則適用之範圍，債務人喪失再利用其締約能力自該標的取得利益之權利，不應允許債務人保有透過違反契約（尤其是一物二賣之情形）所取得之利益，而應將該利益之全部歸屬於原契約之債權人。

## 第四款 小結

### 一、 違約獲利返還責任具例外性

我國民法債務不履行之救濟，主要以填補債權人所受之履行利益損害為救濟方式，雖課與債務人獲利返還責任，透過完全除去誘因之方式，更能貫徹契約嚴守原則。且自前述效率不違約論之經濟分析以觀，於僅給予債權人履行利益損害賠償之保障下，將可能因債務人投機地違約導致整體經濟不效率之結果。然而，契約嚴守原則並非絕對不容退讓，給付不能免給付義務，即係基於債務人之犧牲仍有界限而為退讓之一適例<sup>279</sup>。此外，從效率違約論與效率不違約論之爭論中，可發現二者之理論基礎，因所為之假設以及計算之方式忽略現實上因素之考量、立法例上之差異以及經濟分析於法律上之極限，實難單藉由效率違約論之爭論，得出應否及如何課與債務人違約獲利返還責任之結論。

日本法上主張自由競爭倫理化之論者，一般性地課與債務人獲利返還責任，

---

<sup>278</sup> 磯村保（1985），前揭註 68，頁 407-408。

<sup>279</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 364。



以如此高代價之救濟方式迫使債務人履行契約，本文認為僅立於立法者對於「第一契約之債權人優先於第二契約之債權人受保護」，以及「對債權期待利益之保障與對所有權人處分之權能等同視之」，此二前提方為合理。蓋一律以獲利返還責任取代損害賠償責任作為違約之救濟，等同迫使債務人締結契約後毫無懸念地必須履約，不僅使第二債權人原則上喪失任何履約之可能。對於僅締結債權契約仍然保有標的所有權之債務人，亦因喪失任何處分之權能，形同提升債權之效力，幾乎與物權效力相等。

況且，上述之前提，於物權行為採行形式主義之我國法下，突兀之感顯而易見，亦與立法者原則上對於所有權人處分權能之保護「高」於債權期待利益之意旨相違。申言之，自民法第 244 條第 3 項：「債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定。」之增訂及其增訂理由，自第二債權人得否受償之角度以觀，可知基於債權平等之思維，撤銷權並非為特定債權所設，而無理於不影響整體財產擔保下，使第一契約之債權人透過撤銷權之行使，取得優先於第二契約債權人受償之地位。此外，此項之增訂，自債務人得否移轉之角度以觀，更確立立法者給予物權高於債權之保障，避免特定物債權，因得行使撤銷權而取得近似於物權之效力，破壞債權與物權二分之運作。換言之，於締結債權契約後移轉物權前，債務人應仍保有完整的處分權能而不受債務所拘束，此亦隱含著立法者評價上認為物權之效力應優先於債權之效力。因此，倘依自由競爭倫理化論者之見解，對於代償請求權行使之範圍毫無限制，無異於一般性地課與債務人獲利返還責任，變向限縮債務人處分權能（為契約標的所有權人時），提升債權人債權之效力，顯與增訂民法第 244 條第 3 項隱含之立法意旨相違。

再者，我國通說認為不當得利之返還，不及於受益人仰賴個人能力所取得超過原物價值之利益，或因日本不當得利返還責任中，將交易對價視為代位物而一

概返還之故，此自由競爭倫理化論者不僅完全未對「個人能力之利得不應任意剝奪」為任何之保障，更認為違約獲利之返還「不論契約違反可否歸責於債務人」，明顯與我國民法對於違約獲利返還之理解差異甚大。是故，應認為於我國現行法債務不履行體系下，並無承認一般性地違約獲利返還責任之空間。

## 二、 違約獲利返還責任之例外—以借名登記為例

雖課與債務人「一般性」地違約獲利返還責任，顯與前述現行法立法意旨相左，然而，承前所述，自民法上相關規定可得出，雖基於對個人能力獲利之保障以及對於依貢獻而分配之分配正義的追求，原則上不應允許任意剝奪該利益，但此亦非毫無例外，當債務人之行為被立法者評價為具高度不法性時，仍有賦予債權人請求違約獲利之權利，以達嚇阻違約保障債權人之目的。

從現行法利益返還責任之規定中，可歸納出立法者於評價上認為侵害相對權與絕對權本質上不法性之差異，因此對於剝奪債務人違約獲利有不同之正當化要求，應認為於前者之情況下除歸責事由之要求外，尚須特殊具高度違法性之違反契約行為；後者之情況下，僅須符合「明知未受委任為己利而干預他人事務」管理，剝奪其利益即具有正當性。單純契約之違反，於現行法下達到須藉獲利返還之方式救濟之不法性並不容易，但當債務人之行為同時構成債權人相對權與絕對權之侵害時，不法性提高，給予債權人剝奪債務人違約所取得之利益，即越具有正當性。

以借名登記為例，於借名人甲與出名人乙簽訂借名登記契約後，甲將其所有之 A 屋登記於乙名下，甲死亡後，乙遂將該屋出售與第三人丙。對於乙處分借名財產之行為效力為何，早期學說及實務爭議不休，現今通說見解認為，因借名登記並無公示要求，土地登記簿上登記名義人之公示外觀與效力，理應予以更強之貫徹，以免立法者之價值判斷失衡。準此，形式上之權利人即出名者就該財產

為處分者，縱其處分違反借名契約之約定，仍應為有權處分，而無區分相對人善意或惡意，異其物權行為效力之理<sup>280</sup>。於乙出售 A 屋屬有權處分之情況下，甲之繼承人丁以乙委任關係終止後返還義務陷於給付不能，而依代償請求權向其主張交付全部之價金。

於本案中，丁得類推適用代償請求權之規定向乙請求交付交易對價如前所述，然而，關於此時行使之範圍應如何解釋，尤其當乙仰賴其締約能力取得明顯高於 A 屋市價之價金時，成為爭議之重心。本文認為，乙之行為不單僅違反委任契約上之義務，更重要的是丁因繼承而成為該屋之實質所有權人，其所有權同時因乙之處分行為受到損害。故若丁於本案中，得證明「乙明知其未受委任仍為己利出售 A 屋」時，即應肯認此時丁例外地得透過類推適用代償請求權之規定，向乙請求交付全額之交易對價。

或有認為丁此時本即得依不法管理之規定向乙請求，即可達同樣之效果，還可負較輕之舉證責任。然而，二者責任之差異在於，倘丁依不法管理之規定向乙請求返還交易對價時，依民法第 177 條第 2 項準用同條第 1 項之結果，丁於其所得利益內，除負必要、有益費用之責外，尚負有須為乙「清償所負擔之債務」、「賠償其損害」之義務。關於行使代償請求權債務人得否主張扣除其支出非用之部分留待第四節討論，但並無行使代償請求權須清償債務人所負擔之債務、賠償債務人損害之規範，故實際上主張不法管理所得享有之利益，多半低於透過代償請求權實際所取得之利益。

---

<sup>280</sup> 吳從周（2015），〈我國不動產借名登記契約之發展現狀—特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動〉，《軍法專刊》，第 61 卷第 4 期，頁 66-67；最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議採甲說：「不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分。」

## 第六項 本文見解



通說認為代償利益不以損害賠償物或請求權為限，本文自繼受背景、規範目的以及要件上之檢驗後，亦贊同之（參第五章第二節）。代償請求權不如損害賠償之規定，於民法第 216 條設有損害賠償範圍明文之規定，與同具有利益返還功能之不當得利制度相比，亦未見如民法第 182 條返還範圍明文之規定。

當債權人適用或類推適用代償請求權請求移轉非損害賠償之替代利益時，債務人所負代償責任之範圍，不得僅以未有明文規定逕為反面推論認為應就全額之代償利益負責，否則可能賦予超過規範目的所乘載之功能；同時亦不宜如部分學說為限縮代償責任之範圍，反倒回頭對因果關係之要件為不當之限縮解釋<sup>281</sup>；抑或為避免不公平之結果，強於目的同一性之判斷中，將價值納入判斷因素之一<sup>282</sup>，導致規範目的不達之結果。因此，如何於與既有法律體系不衝突下，作出符合目的論之解釋，同時達到追求經濟效率最大化，實為代償請求權制度艱困之挑戰。

### 一、原則上行使範圍以原給付客觀價額為限

代償請求權規範目的係，調整當事人間不當之財產分配。詳言之，所謂「不當」係指侵害應歸屬於他人相對性之債權之利益所造成之不恰當之財產利益變動。換言之，從債之意義而言，就當事人間內部關係以觀，債權人若無給付不能之事由，本得藉由債之關係取得之「原給付標的」。因此，當債務人因給付不能事由所取得替代原給付之代償利益時，對債權人相對性之債權造成侵害，於利益衡量下，透過代償請求權調整之功能，將該利益歸由債權人，方為妥適之分配。據此以解，應將代償請求權行使之範圍解為以「原給付標的客觀價額」為限，蓋超過

---

<sup>281</sup> 如有為將代償請求權之範圍限於客觀價額，將因果關係限於直接因果關係將交易對價屏除於代償請求權類推適用之範圍。參見：謝哲勝（1995），前揭註 79，頁 122。

<sup>282</sup> 如德國實務判決以租金高低不同，否定二出租事實間具有目的同一性。參見：NJW 2006,2323 轉引自：田中宏治（2018），前揭註 1，頁 374-375、393。

原給付標的客觀價值之部分，並「非債權人依債之關係本應取得之利益」，原則上並無調整之必要。

其次，代償請求權與損害賠償請求權不同，非以填補因給付不能所生之損害，使債權人回復至未受侵害之狀態為目的。反之，係以調整因給付不能債權利益遭侵害所產生不恰當利益流動，與不當得利請求權相同，皆著重於「債務人所取得之利益」，而非債權人所受之損害。故本文認為，無為調和與損害賠償間之關係，進而以履行利益之損害作為範圍之理，而應以債權人本應取得之原給付標的之客觀價額為限。亦因與民法第 226 條履行利益損害賠償規範間，各有依據、目的而互相獨立之故，當給付不能可歸責於債務人之情形，債權人得選擇行使代償請求權或履行利益損害賠償請求權，縱使得主張之金額不同，亦無評價上之衝突。此外，如此解釋，與規範功能類似之不當得利制度間，彼此價值判斷趨為一致，亦避免產生侵害相對性債權所承擔之責任，反較侵害絕對權所負責任重之失衡評價。

或有謂同為利益返還請求權之不當得利返還請求權，於受領人係惡意時，若返還所取得之利益後仍有損害時，仍得請求賠償。然而，通說認為該賠償責任係法律所設之特別賠償責任，為避免保護不足（原物確定價額後突然價格上揚，致所受領之返還利益不足以買回）例外而設。於給付不能可歸責於債務人時，債權人同時取得履行利益之損害賠償請求權，若仍受有損害時，再行使損害賠償請求權應足以保護。

再者，除非係因債務人法律行為所生之代償利益，否則原則上代償利益應小於等於原給付之客觀價額。由是可知，該超過客觀價額之部分多係「債務人仰賴其個人能力」所額外取得之利益，此等利益應由何方保留亦為代償請求權行使範圍爭議之核心問題。學說上有以效率違約論，作為債務人無須返還之理由，惟效率違約論本身係建立於過於理想而不符現實之假設，亦未將交易成本、無形利益之耗損納入計算，故單以之作為債務人得保留個人能力獲利之理由不夠充分。

本文認為，雖從法律經濟分析以觀，於債務人面臨違約並附履行利益之損害賠償責任，與繼續履行原契約之選擇時，應促使其履約方能促進資源有效率之運用。從此面向來看，或可考慮課與剝奪獲利責任，以迫使債務人履行契約。然而，經濟效率並非法規範所追求之唯一目的，而係與其他解釋方式相輔相成，以實現法律的規範意旨。自現行民法上利益返還相關規定之解釋，可知於現行法律體系中，相對權之侵害因不法性較低，須有如競業禁止行為等重大之侵害行為，方有以剝奪利益嚇阻之必要。再者，若以獲利返還作為單純違約之一般性救濟方式，將可能使特定物債權取得「近似於物權」之效力，破壞物權效力優先於債權效力之立法意旨，同時變向剝奪所有權人處分之權能。

是以，應認為單純侵害相對性債權於我國現行法下，於立法者之評價上，並無具有須以剝奪獲利之方式嚇阻之高度不法性，原則上應允許債務人於負相關責任後，保有仰賴其個人能力所得之獲利。綜上所述，本文認為現行法規範中並未將剝奪獲利作為一般之違約救濟手段，原則上代償請求權之行使範圍，解釋上應以「原給付標的之客觀價額」為限。

## 二、 例外具高度不法性時方得就代償利益之全額行使

然而，雖現行法並未承認一般性獲利返還責任，但自民法上利益返還責任之相關規定，如民法第 177 條第 2 項不法管理規範之新增，可知於侵害絕對權且明知未受委任為己利而干預他人事務時，因具有較高之不法性，而有課與侵害人剝奪獲利之責任，嚇阻此侵害行為之必要。是故，當給付不能之事由可歸責於債務人，且該行為同時造成債權人絕對權之侵害，則於債權人得證明其明知未受委任為己利而干預他人事務時，例外得就債務人所取得「全額」之代償利益，依代償請求權之規定，請求交付之。因此，本文認為，於最高法院 105 年台上字第 2111 號判決案例中，對於出名入擅自出售借名物所取得之交易對價，借名人之繼承人應得類推適用代償請求權之規定就全額之價金請求返還之。

## 第四節 債務人支出費用之扣減



債務人為取得代償利益所支出之費用（如修理費用、運送費用等），於債權人行使代償請求權請求返還時，債務人得否請求由債權人負擔或扣除，以及若肯認此等費用應由債權人負擔，則應如何界定債務人支出費用，國內文獻未見有相關之討論。

德國最高法院判決，肯認債務人返還代償利益時，得就其所支出之費用主張扣除之。具體上該判決認為，於買受人修復買賣標的物後出售，嗣後原買賣契約無效而出賣人向其請求出售所得之交易對價之案例中，債務人所支出之稅金、修復標的物之費用、未出售標的物所支出之廣告費用，買受人皆得主張扣除之<sup>283</sup>。

德國法上，有學說認為，代償請求權雖於債務人因給付不能之事由取得代償利益時，賦與債權人得向債務人請求移轉該利益之權利，惟德國舊民法第 281 條代償請求權之規定不過問債務人之歸責性，即意味著於衡量雙方之利益時，債務人可否歸責不被納入考量。因此，可認為此時債權人之利益與債務人之利益應受到同等的保護。是以，債權人行使代償請求權時，亦應顧及債務人之利益，肯認債務人所支出之費用得於返還代償利益時扣除之。換言之，以不增加債務人負擔之方式下，達成代償請求權之目的。然而，具體上學說並未就何等項目得扣除為進一步之說明<sup>284</sup>。

本文認為，於代償請求權行使範圍原則上以原給付之客觀價值限之情況下，給付不能不可歸責時，不應使債務人負返還責任後受有不利益，故應得就必要費用及有益費用主張扣除之。然而，於給付不能可歸責於債務人時，既已使其保有因違約所取得之利潤，則亦應僅允許其於必要費用之範圍內扣除，而排除有益費用之扣減，否則債務人一面得保有透過支出有益費用所創造之利潤，另一方面卻

<sup>283</sup> RGZ 138,45 轉引自：磯村保（1986），前揭註 54，頁 297-299。

<sup>284</sup> 遠山純弘（2002），前揭註 64，頁 47；磯村保（1986），前揭註 54，頁 310。

可於債權人行使代償請求權時主張由債權人負擔該費用，有欠妥當。至於在債務人具高度不法性例外應全額返還之情形時，得參考德國法之見解，因此時旨在剝奪債務人因其法律行為所生之純利，並非欲使其血本無歸，故不論必要費用抑或有益費用，皆應允許其扣除之，而債權人於得享有債務人所創造之利潤下，負擔該費用亦不至於過苛<sup>285</sup>。至於返還代償利益費用應屬民法第 317 條清償費用，應由債務人負擔。

## 第五節 與損害賠償請求權之競合

### 第一項 德國法

#### 第一款 與損害賠償請求權之競合

德國民法第 285 條第 2 項規定：「債權人有替代給付之損害賠償請求權者，於行使前項之權利時，該損害賠償應按其所取得之代償或請求權之價值扣減之。」亦即，當債權人行使代償請求權後，所取得之代償利益不足以填補損害時，得於扣除代償利益價值後再行損害賠償請求權。

然而，當債權人請求債務人移轉損害賠償請求權，卻因「第三人無資力」而未取得相應價值之代償時，行使損害賠償所縮減之金額係原應取得之價額抑或實際所取得之價額？換言之，第三人無資力之風險，是否應由債權人承擔？立法過程中（暫定編纂第一草案<sup>286</sup>），多數見解認為，於代償請求權與損害賠償請求權競合時，債務人移轉對第三人之權利之性質為清償其賠償債務，而非替代損害賠償債務之清償。基此，第三人無資力之風險仍應由債務人負擔，債權人再行使損

---

<sup>285</sup> 林誠二（2013），前揭註 230，頁 14。

<sup>286</sup> 參見：本文第二章第二節第一項第五款。



害賠償請求權時僅須扣除其實際所取得之代償價值<sup>287</sup>。

此外，於二者競合，且代償利益高於所受損害之情形，因德國實務見解認為代償請求權之範圍不以所受損害為限，故債權人依代償請求權請求移轉高額之代償利益，亦受法院承認而取確定判決後，因該標的物價值之上揚使債權人所受損害反高於代償價值時。實務見解認為，因前訴係債權人依代償請求權請求返還代償利益，而非以填補所受損害之損害賠償請求權之行使，故應認為債權人於取得前訴確定判決後，仍得就該高於代償利益部分之損害，再依損害賠償之規定請求債務人填補之<sup>288</sup>。

## 第二款 舉證責任

債務人免給付義務（給付義務排除時），得選擇依現行民法第 280 條<sup>289</sup>及第 283 條<sup>290</sup>主張替代給付之損害賠償請求權，或依第 285 條主張代償請求權。關於二者共通要件即給付義務之排除，損害賠償責任雖於第 281 條第 1 項第 1 段<sup>291</sup>設有減輕舉證責任之規定，惟因第 283 條並未準用該段。因此，不論此時債權人主張何者，於債權人直接請求債務人履行第二次給付義務之情形，原則上皆應由債權人對於給付義務之排除負舉證責任。相對於此，倘係於債權人請求履行原給付之訴中，債務人提出給付不能之抗辯時，則應由債務人就其具有免給付義務事由

<sup>287</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 258、399-400。

<sup>288</sup> NJW1958,1040，轉引自：田中宏治（2018），前揭註 1，頁 399。

<sup>289</sup> 德國現行民法第 280 條義務違反之損害賠償規定：「債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生損害。如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之。……債權人請求替代給付之損害賠償者，應另符合第 281 條、第 282 條或第 283 條之規定。」

<sup>290</sup> 德國現行民法第 283 條給付義務排除時替代給付之損害賠償規定：「債務人依據第 275 條第 1 項至第 3 項規定毋庸履行，債權人依據第 280 條第 1 項規定，得請求損害賠償代替給付。第 281 條第 1 項第 2 段及第 3 段及第 5 項之規定，準用之。」

<sup>291</sup> 德國現行民法第 281 條第 1 項第 1 段規定：「債務人就已屆期之給付未為清償或未依債之本旨清償，債權人曾給與債務人相當時間為給付或補為給付未果，得依據第 280 條第 1 項之規定，請求損害賠償以代替原給付。」

負舉證責任，自不待言<sup>292</sup>。

其次，關於債務人之歸責事由，因代償請求權不問債務人之歸責事由，故選擇主張代償請求權即無此要件證明之問題。相對於此，替代給付之損害賠償即須以債務人可歸責為要件，惟依現行民法第 283 條準用第 280 條第 1 項第 2 句：「如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之。」之結果，因債權人對於債務人違反義務有無可歸責事由通常無法得知，故本條轉換舉證責任而由債務人須對於其不具有歸責事由負舉證責任。

此外，債權人欲行使損害賠償請求權，尚須證明其受有損害以及損害與給付義務排除事由間具有因果關係。相對於此，其主張代償請求權，應對債務人取得代償利益或請求權，以及該利益與給付義務排除事由間具有因果關係，負舉證責任。依實務見解，債權人除了需證明債務人取得代償利益外，尚須證明債務人所取得代償利益（如價金）之金額。惟判決認為，當債權人已證明債務人受有代償利益時，就代償之價額，債務人即負有事案解明義務，債權人得向債務人主張情事證明請求權，實際上等同舉證責任轉換<sup>293</sup>。

綜上所述，代償請求權相較於替代給付之損害賠償請求權相較，除債務人給付義務排除外，於上述實務見解操作下，僅須證明債務人取得代償利益，債務人即負有解明代償價額之義務，無庸如行使替代給付之損害賠償尚須證明其因給付義務排除事由而受有損害，以及該損害之額度等。是故，應可認為於二者處於競合關係時，就舉證責任之角度而言，行使代償請求權對債權人較為有利。

## 第二項 日本法

---

<sup>292</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 380-382。

<sup>293</sup> NJW1983,929 轉引自：田中宏治（2018），前揭註 1，頁 400。

債權法改正審議過程中，雖有見解認為應採雙重屬性說，肯定符合條件下具有形成權之性質，惟嗣後就具有形成權性質之代償請求權與損害賠償請求權並存時，債權人應如何行使權利並未深入研議而提出具體說明<sup>294</sup>。相對於此，多數討論集中於，請求權性質之代償請求權與損害賠償請求權間之競合關係。

## 第一款 一方行使他方縮減

代償請求權與損害賠償請求權二者並存時，處於請求權競合之關係，於債務人尚未清償前二者皆存續而不消滅之。債權人得自由選擇行使何者，先請求損害賠償時，因如同給付已得到滿足則不得再行使代償請求權；若先行使代償請求權時，代償之金額無法填補損害或二者得請求之金額不一致時，債權人得再行使損害賠償請求權，但應於債務人所履行之代償金額範圍內縮減之<sup>295</sup>。

惟於債務人透過權利移轉履行其債務時，應如何計算扣減之額度即生爭議。詳言之，於債務人將其對第三人之損害賠償請求權移轉與債權人時，該移轉究係替代清償債務，即若該對第三人之損害賠償請求權因第三人無資力而無法支付時，債權人仍應扣除該金額而無法就原金額行使自身之損害賠償請求權；抑或為了清償其債務，亦即縱日後該對第三人之損害賠償請求權落空，債權人仍得就原金額行使自身之損害賠償請求權，存有爭議<sup>296</sup>。

學說認為，從立法目的而言，代償請求權係為保障債權人而設對其有利之規定，於給付不能可歸責於債務人時肯認二者得並存，亦係為保護債權人提高其債

---

<sup>294</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），前揭註 8，頁 12-14；法制審議會民法（債權關係）部會（2014），《民法（債權關係）部會第 90 回會議議事錄》，平成 26 年 6 月 10 日，頁 58；平野裕之（2019），前揭註 7，頁 124。

<sup>295</sup> 石坂音四郎（1912），前揭註 39，頁 65；近江幸治（2009），前揭註 170，頁 79；潮見佳男・千葉惠美子・片山直也・山野目章夫（2018），《詳解改正民法》，頁 145，東京：商事法務；潮見佳男（2005），前揭註 67，頁 48。

<sup>296</sup> 潮見佳男・千葉惠美子・片山直也・山野目章夫（2018），前揭註 295，頁 145-146；田中宏治（2018），前揭註 1，頁 474。

權受滿足之可能性。因此，第三人無資力之危險不應由債權人承擔，應採後者而認為該移轉係為清償而非替代清償，於對第三人之損害賠償請求權落空時，債權人自身原有之損害賠償請求權不受影響而仍得就全額主張之<sup>297</sup>。



## 第二款 債務人與有過失之抗辯

依改正後民法第418條之規定：「因債權人之過失致債務不履行或因此發生、擴大損害時，法院應加以考量確認其損害賠償責任及金額。」債權人主張損害賠償請求權時，債務人得提出與有過失之抵銷抗辯，惟代償請求權並無相應之規定，因此即生若債權人與損害賠償請求權與代償請求權並存之情形，選擇主張代償請求權時，債務人得否提出與有過失抵銷抗辯之爭議。

有學說認為，與有過失係損害賠償制度下範圍之規定，與代償請求權係彼此互相獨立之制度。因此，應認為改正後民法第422條之2代償請求權之行使範圍中「以債權人所受損害為限」非指以債權人依損害賠償請求權所得主張之金額，而係指債權人實際因給付不能所受之損害。換言之，縱使債務人於債權人主張損害賠償請求權時得以與有過失抗辯且成立，亦否定債權人行使代償請求權時得以此主張抵銷之<sup>298</sup>。

相對於此，亦有學說認為，倘代償請求權請求之金額，不受債務人與有過失抗辯之影響，無非迫使債務人另以債權人之過失為由請求損害賠償，達成相同之效果，既最終債權人仍須負責即無須否定債務人得以與有過失為抵銷之抗辯，避免徒增無謂之程序。是故，民法第422條之2中「以債權人所受損害為限」，可解為係指債權人得依損害賠償請求權請求之金額，於債務人提出與有過失抗辯時

---

<sup>297</sup> 潮見佳男・千葉惠美子・片山直也・山野目章夫(2018)，前揭註295，頁146；田中宏治(2018)，前揭註1，頁474。

<sup>298</sup> 潮見佳男・千葉惠美子・片山直也・山野目章夫(2018)，前揭註295，頁146；田中宏治(2018)，前揭註1，頁475。

限縮代償請求權得主張之金額<sup>299</sup>。



### 第三款 時效起算與進行各自獨立

關於因給付不能而生之損害賠償請求權消滅時效之起算時點，改正後民法第166條並無明文規定，而應委由解釋<sup>300</sup>。若依改正前判例之見解，因給付不能而生之損害賠償請求權消滅時效之起算時點，應與原履行請求權之時效起點為相同解釋<sup>301</sup>。又日本法上代償請求權之時效起算時點，係以代償請求權所有之要件滿足時（通常為債務人取得代償時）起算，導致於債權人因給付不能而取得之損害賠償請求權已罹於時效，惟因損害發生與債務人取得代償時間上之差異，債權人之代償請求權尚未罹於時效之情況並不少見<sup>302</sup>。此時，債權人代償請求權之行使是否受損害賠償請求權罹於時效之影響，於改正審議過程中雖曾提及，卻未進一步檢討之。

多數學說認為，基於代償請求權與損害賠償請求權二者係目的不同、互相獨立之制度，與保證債務中主債務與保證債務間之關係不同，為單純之選擇關係，其間彼此之存續應亦不互相影響。因此，債權人於損害賠償請求權罹於時效後，仍得依代償請求權之規定向債務人請求移轉或償還<sup>303</sup>。

### 第四款 訴訟上之利弊

於債權人不知悉原給付已陷於給付不能，或縱債權人已知悉給付不能之事實，惟礙於給付不能之事實為一偏在於債務人之消極事實，債權人不借助債務人之陳

<sup>299</sup> 平野裕之（2019），前揭註7，頁124。

<sup>300</sup> 法制審議會民法（債權關係）部會（2013），《民法（債權關係）部會第74回會議議事錄》，平成25年7月16日，頁14。

<sup>301</sup> 田中宏治（2018），前揭註1，頁476。

<sup>302</sup> 田中宏治（2018），前揭註1，頁476-477。

<sup>303</sup> 潮見佳男・千葉惠美子・片山直也・山野目章夫（2018），前揭註295，頁146；田中宏治（2018），前揭註1，頁476；平野裕之（2019），前揭註7，頁124。

述舉證上有難度時，債權人通常將提起請求履行原給付之訴，以保障其權利。此時，為使債權人得迅速獲得賠償，日本大審院昭和 15 年 3 月 13 日判例允許債權人得於原請求給付之訴中，預先提起原給付執行不能時之損害賠償預備請求，如此可使債權人省略再次提起訴訟之程序，避免對債權人保護不足<sup>304</sup>。然而，於債權人欲提起代償請求權之情形則無相應之判例，因而債權人必須於原訴再次提起訴訟方得主張代償請求權，就此點而言，債權人主張損害賠償請求權較代償請求權有利<sup>305</sup>。

關於舉證責任方面，債權人主張代償請求權不如損害賠償請求權，除給付不能外，尚須因給付不能而有損害之發生。學說上認為，主張代償請求權時，除給付不能外，於多數說認為代償請求權不問歸責事由之見解下，債權人僅須證明債務人取得代償利益。就損害發生之要件，反倒是債務人須證明債權人不因給付不能而受有損害<sup>306</sup>。因此，相較於主張損害賠償請求權，主張代償請求權於舉證責任方面，對於債權人較為有利。

### 第三項 我國法

自學說對於債權人於可歸責於債務人時得否主張代償請求權之討論中，否定說論者有提及，不應類推適用否則可能發生時效上之疑義（該論者認為倘代償請求權與損害賠償請求權時效並存，將致其間消滅時效適用不一致之結果）；肯定說論者亦有提及，代償請求權行使上對舉證責任對債權人較為有利，為保護債權人應得類推之結論。即可顯現出，若肯認於可歸責於債務人時債權人得主張代償請求權及損害賠償請求權，則必須面對二者間關係之問題。惟我國採肯定說論者

---

<sup>304</sup> 野澤正充（2007），《法学セミナー》，〈債務不履行による損害賠償（3）—効果論〉，第 636 期，頁 93。

<sup>305</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 478。

<sup>306</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 467。

之文獻中，對此問題剩少著墨。



## 第一款 競合理論

於同一當事人間同一事實符合數項請求權發生要件時，彼此間法律適用關係為何，學說與實務上爭論不休。實務上早期有採法條競合論者，晚近逐漸以採取請求權競合說為大宗，惟仍不乏採取法條競合理論者<sup>307</sup>。代償請求權與給付不能損害賠償請求權間，因不具有位階關係、補充關係、特別關係或吸收關係，顯不應採法條競合說，而應採請求權競合說。況且，每條請求權規範中所生實體權利之存在意義，排除矛盾只是為解決無法適用法律之問題，並不足以否定請求權得以並存之可能，故應僅有採取請求權競合說之途<sup>308</sup>。

請求權競合說認為，一個具體事實，具有兩種規範之要件者，應就各個規範判斷之，且所產生之二個請求權係「獨立並存」。又可分為：

請求權自由競合說，係指基於兩種規範所生之二個請求權獨立並存，無論在成立要件、舉證責任、賠償範圍、抵銷、時效等均個別判斷之。就此二個請求權，債權人不妨「擇一」行使，其中一個請求權若已達目的而消滅時，則另一請求權因而隨之消滅<sup>309</sup>。惟若其中一個請求權因已達目的以外之原因而無法行使，例如依民法第 197 條第 2 項之規定，縱侵權行為損害賠償請求權因時效而消滅，不當得利請求權，仍猶存續<sup>310</sup>。

---

<sup>307</sup> 關於請求權競合實務上之發展，參見：游進發（2015），〈請求權競合理論之明文規定〉，《月旦法學雜誌》，第 239 期，頁 181-191；林大洋（2008），〈權利競合理論〉，《全國律師》，第 12 卷第 8 期，頁 102-107；王澤鑑（2015），《侵權行為》，增訂新版，頁 86-89，台北：自版。

<sup>308</sup> 游進發（2015），前揭註 307，頁 193。

<sup>309</sup> 王澤鑑（2015），前揭註 307，頁 85；林大洋（2008），前揭註 307，頁 101-102。

<sup>310</sup> 姚志明（2006），《侵權行為法》，初版，352 頁，台北：元照。相同見解：最高法院 56 年台上字第 3064 號判決認為：「不當得利返還請求權與損害賠償請求權，法律上之性質雖有未同，但二者訴訟上所據之事實如屬同一，則原告起訴時雖係基於侵權行為之法律關係，然在訴訟進行中於他造為時效之抗辯後，亦不妨再基於不當得利之請求權而為主張。」；最高法院 48 年台上字第 1179 號判決。

請求權互相影響說，係指基於兩種規範所生之二個請求權雖係獨立並存，但不能自由行使。為貫徹法規之目的，應使兩請求權之間相互影響之。具體而言，倘因請求權競合而造成其中一個規範之目的被破壞，特別是關於責任減輕及時效問題之規定時，該「受到破壞」之責任規範應優先適用，以免使法律基於規範目的及立法政策所特別規定儘速了結當事人間爭議之權利行使期間成為具文<sup>311</sup>。學說上並認為，請求權相互影響說與法條競合理論相同的是，均是為排除矛盾。惟請求權相互影響說更進一步地認為，透過數請求權均適用同一要件，例如較短之消滅時效期間、責任減輕或加重或範圍限縮或擴張之規定，在排除評價矛盾之後，並不是只餘下一項請求權，而是數個請求權仍存續下來<sup>312</sup>。舉例而言，承攬人之工作有瑕疵且可歸責時，於因逾瑕疵發現期間規定致定作人不得依民法第 495 條請求損害賠償時，其亦不得再依民法第 227 條請求損害賠償<sup>313</sup>。

請求權自由競合說與請求權互相影響說各有其優缺點，請求權自由競合說固能讓法律之適用趨於單純，但卻亦使法律基於立法政策及規範目的所作之特別規定（如權利行使期間、責任減輕事由等）遭到架空而成為具文<sup>314</sup>。請求權相互影響說，雖調和法規衝突並排除不和諧之處，使競合之二個請求權互相修正，其結果固較合理，但卻無法避免法規遭到割裂適用之缺失<sup>315</sup>。

基此，採取請求權競合說時，究竟發生如何之適用關係。學說上有認為宜就個別情形，探求立法規範目的，衡量雙方當事人之利益，並參酌社會交易習慣而

---

<sup>311</sup> 林大洋（2008），前揭註 307，頁 110。

<sup>312</sup> 游進發（2015），前揭註 307，頁 193；王澤鑑（2015），前揭註 307，頁 89。

<sup>313</sup> 最高法院 102 年度台上字第 1404 號判決認為：「按承攬人之工作有瑕疵時，若可歸責於承攬人之事由，定作人得請求承攬人修補、又承攬人未依限修補，或拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約，並得請求損害賠償，為民法第 495 條所明定。另同法第 498 條所定一年期限，基於承攬之性質及法律安定性所為之特別規定，若定作人已逾一年後始發見瑕疵，除不得依同法第 495 條第 1 項請求損害賠償外，自不得另依不完全給付之規定行使損害賠償請求權。」

<sup>314</sup> 陳自強（2016），前揭註 231，頁 190-191。

<sup>315</sup> 林大洋（2009），〈權利競合之法律適用—兼論高院暨所屬法院 97 年度法律座談會民事類第 2 號提案（上）〉，《司法周刊》，第 1452 期，頁 3。



定，尚不能一概而論。蓋法律之適用非單純概念邏輯之推演，而必須加入價值判斷及利益衡量，方能導出最妥當的結論<sup>316</sup>。

## 第二款 與民法第 226 條損害賠償請求權之 異同

關於規範目的，民法第 226 條第 1 項之給付不能損害賠償，參酌立法理由係為，於因歸責於債務人之事由致不能給付之情形，使債權人得本於債權之效力，請求其不履行之損害賠償，以保護債權人之利益。所謂履行之損害賠償，係指所謂履行利益之損害賠償，係指當法律行為成立後，債權人因債務人不履行其債務時，為填補債權人此時所受到之損害，賦予債權人損害賠償請求權，使其經濟上如同契約履行一般之狀態<sup>317</sup>。換言之，其保護之標的為債權內容之實現（債權之充實性）。

就規範要件部分，給付不能損害賠償請求權與代償請求權，皆以給付陷於不能為要件，於通說承認於可歸責時得類推代償請求權之情況下，規則事由要件不同亦無區別。不同之處在於，代償請求權以債務人因給付不能取得替代原給付標的之利益為要件，而給付不能損害賠償請求權則不問債務人因給付不能之事由是否有取得利益。又效果方面，損害賠償請求權之效果為以金錢賠償債權人所受之履行利益損害，而代償請求權為請求讓與請求權或交付賠償物。兩者因效果不同，請求之範圍亦可能有所差異。

關於消滅時效之期間，二者皆適用民法第 125 條一般消滅期間並無不同，惟就消滅時效之起算時點，給付不能之損害賠償請求權有應自原債權得請求時起

---

<sup>316</sup> 林大洋（2009），前揭註 315，頁 3。

<sup>317</sup> 陳自強（2016），前揭註 231，頁 151。

算抑或應自給付不能發生時起算之爭議；代償請求權則有係原債權之繼續抑或新生權利之爭議。多數說認為，損害賠償請求權係原債權之延續，應自請求權可行使時起算；代償請求權係新生之權利，自給付不能時起算。因此，可能發生損害賠償請求權消滅，但債權人仍得行使代償請求權之情況<sup>318</sup>。

最後，舉證責任分配方面，給付不能之舉證責任民法雖未明文規定，惟債權人不論主張給付不能之損害賠償請求權抑或代償請求權，如前所述，通說認為僅須就債務人根本未為給付，且給付陷於不能為證明。債務人則必須證明給付不能不可歸責於其。若債權人請求履行而債務人主張給付已陷於不能，則由其就不能負舉證責任，於此部分二者並無不同<sup>319</sup>。然而，債權人欲主張給付不能之損害賠償請求權時，須另就其受有損害以及損害範圍負舉證責任。相對於此，債權人主張代償請求權時，不須證明其受有損害，僅須另為證明債務人因給付不能之事實，取得賠償請求權或賠償物之事實<sup>320</sup>。相較之下，債權人主張代償請求權，因免去證明損害之問題對其較為有利<sup>321</sup>。

---

<sup>318</sup> 相關爭議，可參見：阮富枝（2008），〈代償請求權消滅時效之起算點（上）〉，《司法周刊》，第 1399 期，頁 2-3；阮富枝（2008），〈代償請求權消滅時效之起算點（下）〉，《司法周刊》，第 1400 期，頁 2-3；向明恩（2015），〈剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算—以最高法院 100 年度台上字第 1833 號判決為契子〉，《月旦民商法雜誌》，第 48 期，頁 138-154；陳聰富（2019），〈論時效起算時點與時效障礙事由〉，《月旦法學雜誌》，第 285 期，頁 16-18；吳志正（2020），〈代償請求權若干爭議之辯證—最高法院 106 年度台上字第 696 號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，第 96 期，頁 20-32。

<sup>319</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 376-377；劉春堂（2011），前揭註 42，頁 341；黃立（2006），《民法債編總論》，第 3 版，頁 466-467，台北：元照。相同見解：最高法院 82 年台上 267 號判決：「債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事實存在為要件。故債務人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責（參照本院 29 年上字第 1139 號判例意旨）。二者關於舉證責任分配之原則有間。」

<sup>320</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 377。相同見解：最高法院 86 年度台上字第 2289 號判決：「惟按原告對於自己主張之事實已盡舉證之責後，被告對其主張，如抗辯其不實並提出反對之主張者，則被告對其反對之主張，亦應負證明之責，此為舉證責任分擔之原則，本院著有判例可循（見本院 18 年上字第 2855 號判例）。查證人沈祿煥在原審證稱：『我曾與楊先生到花蓮找甲○談政府補償費事，甲○說尚未領到，如領到錢一定給你』等語，則上訴人主張被上訴人於 82 年間在家中承諾領取補償費後即交付上訴人一節，已盡其舉證之責。」

<sup>321</sup> 陳自強（2015），前揭註 35，頁 252。

### 第三款 學說及實務見解



學說上肯認債權人於債務人可歸責時得類推適用代償請求權者，多未明白表示其間應如何適用。有認為，二者非為選擇或任意之債，而為請求權之競合關係，若債權人於主張民法第 226 條之損害賠償，並已受全部之損害賠償時，則代償請求權消滅<sup>322</sup>。行使代償請求權時，若仍有未受補償之部分，則仍得行使損害賠償請求權，不過其自代償請求權所得之利益，應於計算損害賠償時扣除之<sup>323</sup>。蓋民法第 226 條之損害賠償為履行利益之損害賠償，廣義觀之，與民法第 225 條第 2 項之代償利益同樣為原給付之替代，二者無相互排斥之必要<sup>324</sup>。

學說基本上認為二者處於並存關係，債權人得自由選擇對其有利之請求權，以達其目的。又從給付不能損害賠償請求權滿足時，代償請求權同時消滅；給付不能損害賠償請求權尚未滿足時，縱使代償請求權滿足，損害賠償請求權仍存續<sup>325</sup>。自學說對二者競合關係論述，似可推論，學說上認為代償請求權與給付不能損害賠償請求權競合時，填補損害與調整不恰當利益流動間，具有某種程度尚之重疊。且係建立於損害賠償請求權大於等於代償請求權請求移轉範圍之假設，僅因主張代償請求權對於債權人較為有利，故不妨同時存在，提供債權人多一選擇。故當債權人滿足該目的時，另一請求權即歸於消滅<sup>326</sup>。

實務見解方面，最高法院近期穩定之見解認為，代償請求權之目的，係於債務人給付不能時，使債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權或交付受領之賠償物或交付其所取得交易之對價，代替原來債務之標的為給付，以保障債權人

---

<sup>322</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 376。

<sup>323</sup> 楊佳元（2002），前揭註 78，頁 72；史尚寬（1983），前揭註 14，頁 376。

<sup>324</sup> 楊佳元（2002），前揭註 78，頁 72。

<sup>325</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 376。

<sup>326</sup> 然因學說並未提及若先行使損害賠償請求權亦滿足，但代償請求權尚未被滿足時，得否再為代償請求權之問題。而此推論係立基於學說見解有考量到，代償請求權得請求移轉之範圍有大於履行利益損害賠償請求權得請求之範圍之可能，故若非如此，則無法作如此推論。

之利益。故於債務人可歸責時，應認債權人「得選擇」行使損害賠償請求權（民法第 226 條第 1 項）或代償請求權以保護其利益<sup>327</sup>。並未就具體應如何適用作進一步之論述，僅肯定其間得並存由債權人自由為選擇。

參酌最高法院先前對「得選擇」明確表示具體上應如何適用法律之見解，最高法院 48 年台上字第 1179 號判決認為：「學說上所謂請求權之並存或競合，有請求權之債權人，得就二者選擇行使。其一請求權之行使已達目的者，其他請求權即行消滅，如未達目的者，仍得行使其他請求權。」似可將得選擇解為二者間處於請求權自由競合關係之意<sup>328</sup>，又此判決中為損害賠償請求權與不當得利請求權競合之案例，與給付不能損害賠償請求權與代償請求權之關係較為類似，具有一定之參考價值。

## 第四項 小結

### 一、二者並存債權人得依其利弊自由選擇

綜觀比較法上之討論，代償請求權與損害賠償請求權競合時，選擇權歸屬於債權人。亦即，於債權人尚未行使代償請求權前，債務人不得為免除損害賠償責任，強加代償利益與債權人，僅得催告其行使之。又與一般請求權競合相同，債權人行使代償請求權後，至債務人清償代償債務前，損害賠償請求權存續之<sup>330</sup>。舉證責任方面，行使代償請求權原則上應較為有利。關於二者之競合關係，大致

---

<sup>327</sup> 參見：最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決、最高法院 106 年度台上字第 696 號判決。

<sup>328</sup> 相同見解：最高法院 95 年度台上字第 2244 號判決：「租賃關係終止後，承租人未依約返還租賃物者，出租人得分別依債務不履行或侵權行為規定請求承租人賠償損害，或依不當得利規定請求承租人返還所得利益，其請求權雖然各別，惟均係基於同一事實，且各請求權目的相同，如已為其中一請求權之行使而獲滿足，應不得再行使其餘請求權。」

<sup>330</sup> 田中宏治（2018），前揭註 1，頁 398-399。

與我國法之處理相同，因此以下集中於目前未見於我國法上，日後可能發生之疑義。



## 二、 第三人無資力之風險由債權人承擔

德國舊民法立法過程中，暫定編第一草案認為，於代償請求權與損害賠償請求權競合時，債務人移轉對第三人之權利之性質為清償其賠償債務，而非替代損害賠償債務之清償。基此，第三人無資力之風險仍應由債務人負擔，債權人再行使損害賠償請求權時僅須扣除其實際所取得之代償價值。日本學說上，亦有從代償請求權之規定係保護債權人之角度出發，認為應由債務人承擔該風險者。

本文認為，此問題應區分債權人於給付陷於不能時，是否同時取得民法第226條之損害賠償請求權與代償請求權。於二者競合時，因債務人本即須對債權人所受之損害負完全填補之責，故於債權人行使代償請求權後並未取得預期所得受領之金額時，因此時損害尚未被填補，縱債務人以不付代償責任，仍應負損害賠償之責。是以，第三人無資力之風險應由債務人承擔，債權人於行使代償請求權後，再行使損害賠償請求權時，損害賠償請求權所得扣減之範圍應以債權人時既所受領之金額為限。

相對於此，於債權人僅取得代償請求權時，若債權人於債務人尚未行使對第三人之權利前，即向債務人請求移轉該對第三人之權利。則應認為，此時等同於債之移轉，移轉人（債務人），無須對第三人之清償資力負責。蓋債權人既具有選擇是否行使代償請求權之權利，則應為其評估後所為之抉擇負責，於第三人無力清償該債務時，債務人亦無須再對其負代償責任，計算上亦應以原應取得之價額為準（此於影響債權人之對待給付是否得縮減之）。

## 三、 債務人與有過失之抗辯

此外，唯有日本法上所提及之問題係，於債權人行使代償請求權時，債務人得否以其於損害賠償之請求中，已成立之與有過失抗辯抗辯之。此爭議係源於，改正後民法第 422 條之 2 中「以債權人所受損害為限」究係指以債權人依損害賠償請求權所得主張之金額，抑或係指債權人實際因給付不能所受之損害。本文認為，日本法之所以有此爭議可能係將代償請求權不恰當地置於損害賠償代位規定後，所導致之結果。

然而，代償請求權規範之定位，係為調整當事人間不恰當之利益流動，只是損害與不恰當利益之流動間，可能產生部分之重疊。既代償請求權並無損害之概念，則當然無允許債務人提出與有過失抗辯之可能。

## 第六節 債權人之對待給付義務

### 第一項 德國法

德國現行民法第 326 條第 3 項規定：「如債權人依據第 285 條請求交付就原給付標的所取得之賠償物或讓與其損害賠償請求權，其仍有為對待給付之義務。若賠償物或其損害賠償請求權之價值較低者，此一對待給付義務依據第 441 條第 3 項規定在此範圍內減少。」也就是說，若債權人主張代償請求權，其對待給付的義務仍然存在，其範圍依據民法第 441 條定之。

德國現行法第 441 條第 3 項規定：「在減少價金時，買賣價金應依據，無瑕疵之物於締約時之價值，與該物真正之價值的比例來降低。於必要時，減少價金得經由估價查知。」換言之，當原給付標的物具有 100 元之價值，因給付不能陷於不能後，債務人所受領之代償利益僅存有 50 元之保險金，則此時債權人行使代償請求權後，僅須就原以對待給付之 2 分之 1 為給付。

### 第二項 我國法

債權人依民法第 225 條第 2 項行使代償請求權，向債務人請求讓與損害賠償請求權或交付其所受領之賠償物後，對待給付義務例外不消滅，債權人亦不得再依民法第 266 條主張免除之<sup>331</sup>。關於債權人仍應繼續為對待給付義務之依據，學說上有認為係因代償請求權雖為新生之債權，但其性質有代償原債權之作用，依「雙務契約之牽連關係」，解釋上他方之對待給付義務亦不能免除<sup>332</sup>。亦有認為係因代償請求權具有購買債權之特徵，亦即債權人行使代償請求權係以其本得免付之對待給付，交換債務人對於第三人之損害賠償請求權<sup>333</sup>。

關於對待給付之內容，實務判決多僅附帶提及債權人應為對待給付，未見計算代償利益之價值更改對待給付之內容者<sup>334</sup>，學說上則有爭議，大致可區分為不調整說、於代償利益價值範圍內調整說、依比例調整說三種計算方式，亦有學說並未特別說明應視債務人所取得之代償利益而有所調整者<sup>335</sup>，以下詳述之。

首先，學說上採取債權人係以對待給付義務換取債務人對第三人損害賠償之論者，依其理論脈絡，既債權人行使代償請求權係其自身選擇權之行使，則供其選擇之給付間在規範上應具有等值之關係。是故，對待給付之內容，不因代償利益相較於原給付利益價值有所變動之影響，於債權人行使代償請求權後，即不得

---

<sup>331</sup> 孫森焱 (2009)，前揭註 35，頁 515。

<sup>332</sup> 孫森焱 (2009)，前揭註 35，頁 815；林誠二 (2013)，前揭註 35，頁 316-317；劉春堂 (2011)，前揭註 42，頁 442。

<sup>333</sup> 黃茂榮 (2002)，前揭註 15，頁 305。

<sup>334</sup> 實務僅有因債務人僅一部給付陷於不能，依民法第 266 條第 1 項而認為債權人之對待給付應依比例減少之見解。本文認為，判決未依代償利益之價值與原給付之價值之比例，減少債權人之對待給付，不排除實務見解採取，對待給付不受代償利益價值多寡影響之見解的可能。參見：最高法院 77 年度台上字第 1109 號判決：「陳黃寶已領取拆除補償費，顯已行使民法第 225 條第 2 項規定之代償請求權，自不得再主張免除其全部給付義務。惟依雙方契約，陳黃寶係以系爭土地（即分歸劉真銅之房屋基地）與劉真銅建竣之...三棟房屋互易，茲該三棟房屋被拆除三分之一，結果與劉真銅僅給付三分之二情形無異，上述三分之一之不能給付又為不可歸責於雙方當事人之事由，依民法第 266 條第 1 項規定，陳黃寶可依比例減少三分之一之對待給付。劉真銅僅能請求移轉土地所有權三分之二之登記。劉阿善等五人係繼承劉真銅之權利，其請求辦理系爭土地所有權之移轉登記，亦僅能於三分之二範圍內准許。」

<sup>335</sup> 孫森焱 (2009)，前揭註 35，頁 815；邱聰智 (2013)，前揭註 13，頁 208-209；劉春堂 (2011)，前揭註 42，頁 442；林誠二 (2013)，前揭註 35，頁 316-317。

再主張按其比例減少對待給付<sup>336</sup>。

其次，有採於代償利益價值範圍內調整說者，認為雖債務人對於債權人應如同沒有發生給付不能事由一般，繼續為對待給付，惟於代償利益價值較原給付利益價值為低時，僅於「代償利益之範圍內」負對待給付義務，否則對買受人不公<sup>338</sup>。據此以解，舉例而言，此論者似認為，若原給付利益價值 200 元，而原對待給付為 300 元時，若代償利益僅價值 100 元，則債權人行使代償請求權請求移轉代償利益後，僅於其價值範圍內（即 100 元），負對待給付義務。於相同之例，惟原約定之對待給付為 100 元時，則維持 100 元。相較之下，此見解於原契約內容，就客觀價值上對債務人較有利益時，（不利）影響較大；對債權人較有利時，（有利）影響較小。

採比例調整說者，多認為對待給付僅有隨代償利益縮減之可能，而縮減比較之基準，有可區別為以原給付為基準與以原對待給付為基準。有學說基於保護債權人之立場，若代償利益不能滿足原債權之全部時（即以原給付為基準），債權人應得就代償利益與原給付利益之比例，縮減對待給付<sup>339</sup>。承上例，若原約定之對待給付為 300 元時，因代償利益之價值僅為原給付利益價值之 2 分之 1，故債權人若行使代償請求權，其對待給付應縮減至 150（ $300 \times 1/2$ ）元。若原約定之對待給付為 100 元時，債權人之對待給付亦縮減為 50（ $100 \times 1/2$ ）元，此乃與前說不同之處。與前說相較，此說因依原給付利益與代償利益價值之比例調整對待給付，雖就結論而言對債務人更為不利，惟若肯定對待給付應隨代償利益之變動而改變之基礎下，此說較能公平的反映雙方締約時之狀態。

---

<sup>336</sup> 黃茂榮（2002），前揭註 15，頁 305。

<sup>338</sup> 王澤鑑（2009），前揭註 27，頁 111。

<sup>339</sup> 史尚寬（1983），前揭註 14，頁 376、574；梅仲協（1954），前揭註 42，頁 190；陳聰富（2002），前揭註 46，頁 151。其中史尚寬老師認為雖我國並無如德國法相關規定之明文，但於準用民法第 266 條第 1 項後段下，仍應肯認得按比例縮減對待給付義務。



有參考德國學說更進一步地認為，若代償利益之價值高於「對待給付」之價值時，則債權人應支付全部之對待給付；若代償利益之價值低於「對待給付」之價值時，債權人之對待給付則依比例減少之<sup>340</sup>。以買賣契約為例，原給付之價值 200 元，約定之對待給付金額為 300 元時（即債權人買高時），若代償利益之價值為 100 元時，債權人之對待給付縮減至 100（ $300 \times 100 / 300$ ）元；若代償利益之價值同為 200 元，債權人之對待給付依比例縮減 200（ $300 \times 200 / 300$ ）；若代償利益之價值為 400 元，則對待給付維持 300 元。明顯可以發現當代償利益之價值等同於原給付時，債權人卻得以比原約定之價金更低之對待給付，取得相同價值之代償利益，並不合理。反之，原給付之價值 200 元，約定之對待給付金額為 100 元時（即債權人買低時），依此計算方式，若代償利益之價值為 100 元，債權人之對待給付維持 100 元，若代償利益價值與原給付價值相同為 200 元，債權人之對待給付亦為 100 元此說。如此將得出不論代償利益之價值等同原給付亦或減少，債權人均須負擔與原約定價金相同之對待給付義務之結論。

此論者以「對待給付」作為比較之基準，似忽略債權人所給付之價金未必等同於契約標的務之客觀價值（即可能會有買高或低之情形），將造成於買高時，債權人取得相較於原契約更有利之地位，對不可歸責之債務人而言，可能承受較於負履行利益損害賠償更重之責任；於買低時，亦處於相較於原契約更不利之地位，使債權人行使代償請求權之誘因大減。綜上所述，本文認為以對待給付作為調整對待給付之比較基準並不妥適。

亦有認為若代償利益之價值較「原給付利益」之價值為低者，債權人之對待給付比例自應依比例減少之<sup>341</sup>。且更進一步認為，於債務人具有可歸責事由，且代償利益價值高於「對待給付」時，維持對待給付之內容，對於給付不能可歸責

---

<sup>340</sup> 陳自強（2015），前揭註 35，頁 250。

<sup>341</sup> 黃立（2006），前揭註 319，頁 574。

於債務人時，類推適用主張代償請求權之債權人而言，方具有意義<sup>342</sup>。此見解並未明確說明當於債務人可歸責，且代償利益價值高於原給付利益之價值卻低於對待給付之價值時，抑或債務人不可歸責且代償利益高於原給付利益時，對待給付之內容是否應有所變更。但可以確定者係，學說認為若債務人可歸責時，債務人之對待給付之內容只有減少之可能。

別於上述比例調整說之見解，有學說認為，不論代償利益之高低，因代償請求權所得請求之替代利益不受原給付價值之限制，為維持對價關係，於雙務契約中，債權人對待給付均應隨之調整<sup>343</sup>。換言之，債權人可能必須付出相較於原對待給付更高之代價，方得取得代償利益。此論者欲維持當事人間原契約之對價關係，未使當事人任何一方之地位因代償請求權之行使而有所變動，值得肯定。惟似乎未考量到債權人未必有能力提出高於原對待給付之價值，可能影響債權人行使代償請求權之意願。

### 第三項 小結

我國雖未如德國法設有若行使代償請求權後，所取得之代償利益低於原給付價值時，對待給付義務應如何調整之明文。本文認為，依學說見解，基於雙務契約之牽連關係，債務人於行使代償請求權後，同時當然亦須為對待給付。然而，為避免以代償利益取代原給付時，與原給付價值差距過大以至於降低代償請求權行使之意願，對債權人保護不周。並且，基於公平呈現當事人締約當時之狀態，應得參考德國法，若代償利益不能滿足原債權之全部時（即以原給付為基準），此時債權人僅得獲得原給付部分之利益，實際上與民法第 266 條第 1 項後段債務人一部給付不能之情狀類似，既於債務人一部給付不能時，承認債權人得依比例

---

<sup>342</sup> 黃立（2006），前揭註 319，頁 580。

<sup>343</sup> 楊佳元（2007），前揭註 19，頁 20。

縮減對待給付義務，則於此時肯認債權人得就代償利益與原給付利益之「比例」縮減對待給付，並無不妥。





## 第六章 結論

### 一、發展與起源

德國民法典制訂前，Mommson 將代償請求權與給付不能概念結合，奠定代償請求權於民法債務不履行法中之定位。此時期多數學者將羅馬法法源中「利益應歸屬於承擔危險之人」作為代償請求權之依據，換言之，代償請求權係危險負擔制度中，承載調整危險與利益分配不一致之功能。

或受此影響，德國舊民法典第一草案將代償請求權之要件限縮於「給付不能不可歸責於債務人」，並以推定債務人承擔債務之意思及於代償作為正當性事由。然而，先不論該法源中所指之利益可否涵納代償利益，德國舊民法非如羅馬法採取買受人主義，且給付不能可歸責於債務人時課與債務人交付代償利益之責任更具有正當性。因此，德國舊民法修正第一草案起即從善如流，將債務人之歸責性自代償請求權要件中剷除，亦與原給付義務消滅脫鉤，可認為已脫離「利益應歸屬於承擔危險之人」思維，自該時起不再將代償請求權與危險負擔制度掛鉤而賦予獨立之意義。

我國民法係繼受德國舊民法，循我國民法代償請求權之立法歷程，雖大清民律草案代償請求權相關之規定，不論編排、要件以及與損害賠償競合時應如何行使，實與德國舊民法相同。惟民國民律草案卻作大幅修正，反倒採取與德國舊民法第一草案類似之立法例，並為現行法所採。民國民律草案為如此大幅修正之理由因立法資料之欠缺現已不可考，且現行民法第 225 條顯與大清民律草案不同，卻承繼大清明律草案之立法說明，使立法意旨之探求上更加複雜。也造成當前對於代償請求權不論規範目的、體系定位以及適用上（尤其是可歸責於債務人時）之爭議。

此外，日本法雖同於我國而繼受德國法，卻因物權變動採取登記對抗主義，以及改正前民法關於危險負擔制度採取債權人主義之影響，日本學說引進代償請求權之規定後，多將其理解為危險負擔制度下之補充規定，因而發展出與德國法截然不同之脈絡。最高法院昭和 41 年 12 月 23 日判決亦於此基礎下，以改正前民法第 536 條第 2 項後段債權人承擔危險債務人利益償還之規定，作為代償請求權之依據。然而，代償請求權並非專為於債權人承擔危險時，避免債務人二重得利而設。且改正前民法第 536 條第 2 項後段之利益應係指債務人本應支出卻因免給付義務而節省之消極利益。因此，如此理解代償請求權並不恰當，亦無法彰顯代償請求權調整當事人間不當利益流動之本質。

債權法改正後，不僅刪除民法第 534 條債權人主義之規定，同時並將代償請求權明文化設於第 422 條之 2，不再依附於危險負擔制度下，可謂脫離利益應歸由承擔風險之人之思維，逐漸向德國法實際上對於代償請求權之理解靠攏，賦予代償請求權獨立之定位，值得贊同。

## 二、 規範目的

因立法資料之闕漏，代償請求權之規範目的難以單透過歷史解釋之方式探求。關於主張代償請求權係契約補充解釋規定者，即推定債務人承擔債務之意思中除了原給付標的外，尚包含若因給付不能而取得代償在內。然而，此論者不僅無法說明於法定之債中，行使代償請求權之正當性，如此推定是否恰當亦有疑慮，尤其當債務人一物二賣致給付陷於不能時，推定其具有承擔代償債物之意思明顯與其真意相違，而不具有說服力。其次，主張代償請求權係透過代償利益替代原給付之方式以保護債權人為目的者，並無法描繪於給付不能不可歸責於債務人時，賦予債權人請求移轉代償利益之正當性，且代償請求權之內涵亦不僅於此。

本文認為，代償請求權係以平衡調整當事人間，因債之相對性而生之失當財

產價值分配為目的。申言之，給付不能時債務人不僅免給義務，更因債之相對性而取得原應由債權人歸屬之利益，此時債務人其基於法律賦予之所有權人地位所取得之代償利益並不恰當，蓋其係屬侵害歸屬於他人「相對性之債權」之利益而生之財產利益變動。是故，賦予債權人代償請求權以調整此不當之利益流動。

據此以解，與同以調整不當利益流動為內涵之不當得利請求權相比，可知二者具有類似性，惟各有其規範所欲調整之對象。前者以調整侵害歸屬於他人「絕對權（支配權）」之利益為目的；至於侵害歸屬於他人「相對性之債權」之利益所造成不當之財產利益變動，則由代償請求權制度承擔調整之任務。

### 三、 構成要件

#### （一） 所有債務皆有適用

代償請求權設於債編總論，原則上不分意定之債或法定之債，而適用於所有債務，且亦包含作為或不作為為內容之債務，蓋民法第 225 條第 2 項並未如德國舊民法第 281 條具有「給付標的『物』之代償或其請求權」之明文，且不論德國債法現代化後抑或日本債權法改正後，皆認為作為或不作為之債務亦得適用。又本文亦反對對於以作為或不作為為內容之債務，適用代償請求權上賦予額外之要件，蓋藉由同一性或行使範圍處理之即可。惟應注意者係，物權關係中占有人喪失占有，因屬要件不符而非陷於不能，故無代償請求權適用之餘地。

#### （二） 可歸責於債務人時得類推適用

德國民法自舊法制訂時起，即擺脫與危險負擔之連結，並明文確立代償請求權之成立與債務人歸責性無關。相對於此，日本法因早期將代償請求權定位為危險負擔之補充規定，而對此爭論不休。我國則因民法第 225 條第 2 項以前項給付不能不可歸責於債務人為要件，且現行法與清律草案大相逕庭，因而亦無法單自

承襲清律草案立法說明之現行法立法理由中，「不問債務人應否負責」之文句得出結論，以致於產生給付不能可歸責於債務人時，債權人得否類推適用代償請求權規定之疑義。

我國與日本法上否定論者，主要皆以此時債權人向債務人行使損害賠償請求權即足以保護其利益，基於避免過度干預債務人自由處分管理財產之理由否定之。然而，於債務人可歸責時干預其財產之處分與管理應更具正當性，且代償請求權之要件與損害賠償請求權不同，訴訟中主張上對債權人更具優勢，除損害賠償請求權外另賦予其代償請求權，對債權人之保障更為充足。再者，從規範目的出發，不論債務人可否歸責，皆存有須調整不當利益流動之可能，而不具有法律評價上之重要性。是故，應認為於給付不能可歸責於債務人時存有法律漏洞，債權人得類推適用代償請求權之規定。

### （三） 具有間接因果關係即足

依代償請求權之規定，債務人所取得之利益與給付不能事由間具因果關係為要件，對此主要爭議多集中於債務人所取得之買賣價金與給付不能事由間是否具有因果關係。德國通說，以於代償請求權因無涉於交易安全，而無區分債權行為（與他人締結買賣契約）與物權行為（將標的物移轉與他人）之必要，抑或應認為二者間具有經濟上一體性、實質上屬於同一原因為由，肯定其間之因果關係。

本文贊同此結論並認為，基於代償請求權不具有形成權效力，原則上無害於交易安全，而採取「間接因果關係」即足。無須要求債務人所取得之利益須係自給付不能事由直接轉換而來，換言之，與他人締結買賣契約與將標的物移轉與他人，二法律行為皆出於同一原因即交易行為，其間具有目的上之關聯，即應肯認其間具有間接因果關係。至於反對論者認為，應限於「直接」自給付不能事由所取得之替代利益，以避免債務人無法享有其所付出之勞力時間等成本所得之利潤。

本文認為，此應係代償請求權範圍之問題，而無以此為由一概否定非直接取得之替代利益，以免規範目的不達。



#### (四) 具有目的上同一性

替代性之判斷應回歸規範之目的與特性而有不同之標準，對於此要件我國法不論學說及實務雖皆表明受此要件限制，卻多未有深入之解釋。德國法上有採經濟上之同一性者，雖得避免過於僵化之適用，惟似仍不夠具體，最終仍流於個案判斷而有恣意之風險。再者，亦不應以代償利益之價值與原給付之價值是否相同判斷其間同一性，蓋價值完全相同並非易事，此見解可能致規範目的不達，且此應係行使範圍之問題，而不應影響代償請求權之成立。

本文認為，代償請求權係債權法上之替代，即債權人以另一客體取代原債之標的。代償請求權替代性之判斷上，不僅該客體須取代原債之標的經濟上之價值，尚須其間「目的上相同」，方屬代償請求權所欲調整之不恰當利益。換言之，於代償請求權替代性要件之認定，應先探究原給付本欲達成之財產秩序（目的），當債務人取得替代原給付經濟價值之利益，其目的與原給付目的相同時，方得肯認其間具有替代性（同一性），以避免過度擴大債務人所承擔之代償債務。

### 四、 法律效果

#### (一) 行使範圍

早期因代償請求權之客體多非因債務人之法律行為所取得，且價值多低於原給付客觀價值，我國多數學說及實務見解採取全額返還說，惟亦不乏認為代償請求權之行使應以原給付標的客觀價值為限者，其間之爭論集中於，債務人基於個人能力所得之利潤得否保留，以及代償請求權是否具有利益返還之功能。首先，從規範目的出發，代償請求權係為調整相對性債權受侵害所致之不當利益流動，



換言之，係為調整從債之意義而言，債權人若無給付不能之事由，本得藉由債之關係取得之「原給付標的」之利益。因此，應認為行使原則上應以原給付標的客觀價值為限，超出客觀價值之利益，已超出規範所欲調整之範圍。

其次，從德國法之討論可知，基於代償請求權與不當得利請求權本質上之類似性，以及為達評價上之一致，代償請求權範圍之解釋不可忽略不當得利對此問題之理解。相較於德國法上因民法 816 條規定，而對於受領人將原物出賣所取得之利潤應否返還存有兩極之看法。我國通說皆認為，受領人將原物出賣時應允許其保留因個人能力所取得之利潤，此時受領人僅就原物之客觀價額負返還責任。因此，於代償請求權之返還採取客觀價值為限之見解，得使評價上一致，避免導致允許無法律上原因取得利益之人個人能力所得之利潤，卻剝奪具有所有權僅單純違反契約之債務人個人能力所得之利潤，此評價失衡之結果。

再者，日本改正後民法將代償請求權明文限縮於債權人所受損害範圍內之作法，自發展脈絡以觀，可能係起因於對代償請求權定位之錯誤理解。然而，代償請求權不具有損害賠償之性質，係以債務人所取得之不當利益為計算而非債權人所受之損害。況且，債權人因給付不能所承受除原給付標的外之損害，已有民法第 415 條損害賠償請求權得以填補，債權人亦不因將範圍限縮於原給付客觀價值而受有不利益。此外，自日本改正審議過程中，可知審議委員會將債權人所受損害與標的客觀價值等同視之，故實際上似與本文見解採取類似之看法。

至於有論者從經濟分析之角度出發，以英美法上效率違約論主張應允許債務人保有違約所取得之利潤，以作為範圍限於客觀價額之理由。惟效率違約論所提出之基礎假設，因忽略交易成本、訴訟成本以及市場無形利益之成本，而被質疑並無法達到該理論所言之效率最大化，且該理論僅適用於債務人可歸責之情形，更重要的是，經濟效率最大化並非民法規範所追求之唯一目的，因此，本文認為此見解似不夠具有說服力。

自民法既有體系以觀，使債務人保有個人能力所取得之利潤雖係原則，但亦

不乏因侵害絕對權且具有高度不法性，或因侵害行為特殊，而不得不課與剝奪獲利之責任作為救濟，以達嚇阻目的之規範。是故，應認為當債務人違反契約之行為具有於民法既有評價上具高度不法性時，債權人得例外透過行使代償請求權剝奪債務人因個人能力所取得之利潤。最高法院台上字第 105 年 2111 號判決中，於借名登記關係，出名人違約擅自出賣借名登記物即為一適例。

## （二） 債務人支出之必要、有益費用之扣減

本文認為，原則上給付不能不可歸責時，不應使債務人負返還責任後受有不利利益，故應得就必要費用及有益費用（於現存價值內）主張扣除之。給付不能可歸責於債務人時，因既允許其保有因違約所取得之利潤，則亦應僅允許其於必要費用之範圍內扣除，而排除有益費用之扣減，否則債務人得保有透過支出有益費用所創造之利潤，卻可於主張由債權人負擔該費用，有欠妥當。僅於例外應全額返還時，應參考不法管理之規定而認為，不論必要費用抑或有益費用，皆應允許其扣除之。至於返還代償利益之費用，屬民法第 317 條之清償費用，應由債務人負擔而不得主張扣減之。

## （三） 與損害賠償請求權之競合

首先，應認為於給付不能可歸責於債務人時，代償請求權與損害賠償請求權間即處於競合關係，而應如何行使之選擇權歸屬於債權人。於債權人尚未行使代償請求權前，債務人不得為免除損害賠償責任，強加代償利益與債權人，僅得催告其行使之。又與一般請求權競合相同，債權人行使代償請求權後，至債務人清償代償債務前，損害賠償請求權存續之。

其次，先行使代償請求權卻因第三人無資力而無法取得應取得之代償利益時，因債務人本即須對債權人所受之損害負完全填補之責，故應由債務人承擔第三人無資力之風險，此時債權人在行使損害賠償請求權時，縮減之金額為債權人實際

所取得之代償利益之價額。

再者，代償請求權係獨立於損害賠償之制度，非以債權人所受損害為計算，債務人當然不得於債權人行使代償請求權時，以與有過失為抗辯。



#### (四) 債權人之對待給付義務

本文認為，基於保護債權人之立場，以及公平呈現當事人締約當時之狀態，若代償利益不能滿足原債權之全部時（以原給付標的為基準），債權人應得按代償利益價值與原給付利益價值之「比例」，縮減其對債務人為之對待給付。

## 參考文獻



### 一、 中文文獻（依姓氏筆劃排列）

#### （一） 書籍

1. Justinian I (著), 劉家安 (譯) (2001), 《買賣契約》, 北京: 中國政法大學。
2. Kaufmann, A. (著), 吳從周 (譯) (2016), 《類推與「事物本質」—兼論類型理論》, 台北: 新學林。
3. Knieper, R. (著), 朱岩 (譯) (2002), 《德國新債法條文及官方解釋》, 北京: 法律出版社。
4. Larenz, K. (著), 陳愛娥 (譯) (2013), 《法學方法論》, 台北: 五南。
5. Zimmermann, R. (著), 韓光明 (譯) (2009), 《德國新債法 歷史與比較的視角》, 北京: 法律出版社。
6. 王伯琦 (1983), 《民法債編總論》, 台北: 自版。
7. 王澤鑑 (2010), 《民法物權》, 台北: 自版。
8. 王澤鑑 (2014), 《民法物權》, 台北: 自版。
9. 王澤鑑 (2015), 《不當得利》, 台北: 自版。
10. 王澤鑑 (2015), 《侵權行為》, 台北: 自版。
11. 王澤鑑 (2016), 《法律思維與民法實例》, 台北: 自版。
12. 王澤鑑 (2017), 《損害賠償法》, 台北: 自版。
13. 史尚寬 (1983), 《債法總論》, 台北: 自版。
14. 司法行政部民法研究修正委員會 (1976), 《中華民國民法制定史料彙編(上)》, 台北: 司法行政部總務司。
15. 司法行政部民法研究修正委員會 (1976), 《中華民國民法制定史料彙編(下)》,

台北：司法行政部總務司。

16. 杜景林、盧湛（2003），《德國債法改革—德國民法典最新進展》，北京：法律出版社。
17. 林誠二（2013），《債法總則新解—體系化解說（下冊）》，台北：瑞興。
18. 邱聰智（2013），《新訂民法債編通則（下）》，台北：承法。
19. 胡長清（1948），《中國民法債篇總論》，上海：商務。
20. 孫森焱（2009），《民法債編總論》，台北：三民。
21. 梅仲協（1954），《民法要義》，台北：自版。
22. 陳自強（2015），《契約違反與履行請求》，台北：元照。
23. 陳自強（2016），《違約責任與契約解消》，台北：元照。
24. 陳歆（2015），《應用英美契約法：從案例學商用契約法的基本原理》，台北：元照。
25. 黃右昌（2008），《羅馬法與現代》，北京：北京大學。
26. 黃立（2006），《民法債編總論》，台北：元照。
27. 黃茂榮（2002），《債法總論（第二冊）》，台北：植根。
28. 黃茂榮（2006），《法學方法與現代民法》，台北：自版。
29. 黃茂榮（2011），《債法總論（第四冊）不當得利》，臺北：植根。
30. 黃風（2003），《羅馬私法導論》，北京：中國政法大學。
31. 楊芳賢（2017），《民法債編總論（下）》，台北：三民。
32. 劉春堂（2011），《民法債編通則（一）契約法總論》，台北：三民。
33. 鄭玉波（1977），《羅馬法要義》，臺北：翰林。
34. 鄭玉波（2002），《民法債編總論》，台北：三民。
35. 鄭冠宇（2015），《民法債編總論》，台北：新學林。
36. 謝在全（2007），《民法物權論（上）》，台北：新學林。
37. 謝在全（2007），《民法物權論（下）》，台北：新學林。



38. 謝在全 (2009),《民法物權論 (中)》,台北:新學林。



## (二) 專書論文

1. 王澤鑑 (2009),〈出賣之土地於移轉登記前被徵收時,買受人向出賣人主張交付受領補償費之請求權基礎—法學方法論上之檢討〉,《民法學說與判例研究 (第五冊)》,頁 253-270,台北:自版。
2. 王澤鑑 (2009),〈出售之土地被徵收時之危險負擔、不當得利及代償請求〉,《民法學說與判例研究 (第六冊)》,頁 101-114,台北:自版。
3. 王澤鑑 (2009),〈土地徵收補償金交付請求權〉,《民法學說與判例研究 (第七冊)》,頁 129-141,台北:自版。
4. 鄭玉波 (1976),〈代位之研究〉,《民商法問題研究 (一)》,頁 181-187,臺北:三民。
5. 鄭玉波 (1976),〈論抵押物之代位〉,《民商法問題研究 (一)》,頁 385-389,臺北:三民。
6. 謝哲勝 (1995),〈民法第二百五條第二項債權人代償請求權客體之研究〉,《財產法專題研究》,頁 113-127,臺北:三民。

## (三) 期刊論文


1. 尤重道 (2007),〈情事變更原則與不當得利及代償請求權暨危險負擔間之法律關係—以土地徵收地價補償請求權為例 (六)〉,《現代地政》,第 310 期,頁 8-13。
2. 王澤鑑 (1991),〈土地徵收補償金交付請求權與民法第二二五條第二項之適用或類推適用〉,《法令月刊》,第 42 卷第 11 期,頁 7-11。
3. 王澤鑑 (1991),〈關於鄰地通行權的法律漏洞與類推適用—最高法院七十九年度第二次民事會議決議在法學方法論上的分析檢討〉,《萬國法律》,第 55




- 期，頁 3-13。
4. 王澤鑑 (1994)，〈贈與的土地被徵收時受贈人為何不得向贈與人請求交付受領的地價補償費—最高法院七九年臺上字第二二〇四號判決的檢討〉，《法令月刊》，第 45 卷第 5 期，頁 19-25。
  5. 王澤鑑 (1996)，〈舉重明輕、衡平原則與類推適用 (上)〉，《法令月刊》，第 47 卷第 2 期，頁 3-12。
  6. 王澤鑑 (2006)，〈財產上損害賠償 (三) —物之損害賠償 (上)〉，《月旦法學雜誌》，第 135 期，頁 146-157。
  7. 王鵬翔、張永健 (2019)，〈論經濟分析在法學方法之運用〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 48 卷第 3 期，頁 791-871。
  8. 史尚寬 (1957)，〈論物上代位〉，《法令月刊》，第 8 卷第 11 期，頁 3-6。
  9. 向明恩 (2009)，〈一九九九年歐體消費物買賣指令〉，《月旦民商法雜誌》，第 23 期，頁 20-38。
  10. 向明恩 (2015)，〈剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算—以最高法院 100 年度台上字第 1833 號判決為楔子〉，《月旦民商法雜誌》，第 48 期，頁 138-154。
  11. 吳志正 (2020)，〈代償請求權若干爭議之辯證—最高法院 106 年度台上字第 696 號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，第 96 期，頁 20-32。
  12. 吳從周 (2006)，〈民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮〉，《東吳法律學報》，第 18 卷第 2 期，頁 103-140。
  13. 吳從周 (2015)，〈我國不動產借名登記契約之發展現狀—特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動〉，《軍法專刊》，第 61 卷第 4 期，頁 47-68。
  14. 阮富枝 (2008)，〈代償請求權消滅時效之起算點 (上)〉，《司法周刊》，第 1399 期，頁 2-3。
  15. 阮富枝 (2008)，〈代償請求權消滅時效之起算點 (下)〉，《司法周刊》，第

- 1400 期，頁 2-3。
16. 林大洋(2008),〈權利競合理論〉,《全國律師》,第 12 卷第 8 期,頁 100-115。
17. 林大洋(2009),〈權利競合之法律適用—兼論高院暨所屬法院 97 年度法律座談會民事類第 2 號提案(上)〉,《司法周刊》,第 1452 期,頁 2-3。
18. 林誠二(1982),〈債權契約法之經濟方法論〉,《中興法學》,第 18 期,頁 191-244。
19. 林誠二(2013),〈不法管理所生利益與費用之返還〉,《月旦法學教室》,第 134 期,頁 12-14。
20. 林誠二(2019),〈交易所得對價與代償請求權—簡評最高法院 105 台上 2111 號民事判決〉,《台灣法學雜誌》,第 382 期,頁 135-141。
21. 侯瑞瑗(2016),〈由德國經驗看消滅時效起算點之研究〉,《東吳法律學報》,第 28 卷第 2 期,頁 87-117。
22. 張永健(2003),〈論給付不能之分類與歸責問題〉,《法令月刊》,第 54 卷第 6 期,頁 89-108。
23. 張永健(2013),〈越界建築之經濟分析〉,《中研院法學期刊》,第 12 期,頁 153-201。
24. 許政賢(2017),〈債務不履行體系再建構之初探—以「違反義務」為中心〉,《法令月刊》,第 68 卷第 7 期,頁 51-71。
25. 陳自強(2011),〈契約過失責任與無過失責任之間〉,《政大法學評論》,第 123 期,頁 23。
26. 陳自強(2013),〈買賣物之瑕疵擔保羅馬法之繼受〉,《月旦法學雜誌》,第 212 期,頁 155-173。
27. 陳榮傳(2014),〈代物擔保性、拋棄擔保權與拋棄擔保物—兼評最高法院 101 年台上字第 600 號民事判決〉,《台灣法學雜誌》,第 255 期,頁 119-126。
28. 陳聰富(2002),〈代償請求權〉,《台灣本土法學雜誌》,第 32 期,頁 149-154。



- 
29. 陳聰富 (2016),〈物之損害賠償〉,《月旦法學雜誌》,第 257 期,頁 61-82。
30. 陳聰富 (2017),〈出賣人擔保責任與債務不履行之關係〉,《月旦法學雜誌》,第 261 期,頁 17-26。
31. 陳聰富 (2019),〈論時效起算時點與時效障礙事由〉,《月旦法學雜誌》,第 285 期,頁 5-33。
32. 游進發 (2015),〈請求權競合理論之明文規定〉,《月旦法學雜誌》,第 239 期,頁 181-197。
33. 黃立 (2005),〈德國新民法債務不履行規定的分析〉,《政大法學評論》,第 83 期,頁 1-102。
34. 黃松茂 (2017),〈債務不履行損害賠償之體系—給付不能概念之重生與再造〉,《政大法學評論》,第 151 期,頁 1-90。
35. 黃茂榮 (1999),〈債務不履行(一):給付不能〉,《植根雜誌》,第 14 卷第 12 期,頁 267-288。
36. 黃健彰 (2011),〈擔保物權的物上代位性—民法物權編修正後相關條文的解釋適用〉,《中原財經法學》,第 27 期,頁 151-217。
37. 黃源盛 (2000),〈民刑分立之後—民初大理院民事審判法源問題再探〉,《政大法學評論》,第 63 期,頁 1-59。
38. 黃銘傑 (2009),〈智財判決專題研究系列之八「侵害行為所得之利益」計算損害規定之法律定位、功能與適用—評最高法院九十七年度台上字第二二七號判決〉,《月旦法學雜誌》,第 167 期,頁 164-185。
39. 楊立新 (2011),〈百年中的中國民法華麗轉身與曲折發展—中國民法一百年歷史的回顧與展望〉,《河南省政法管理幹部學院學報》,第 26 卷,第 3 期,頁 42-68。
40. 楊佳元 (2002),〈可歸責於債務人致給付不能〉,《法學講座》,第 7 期,頁 68-73。

- 
41. 楊佳元 (2007),〈雙務契約給付不能之效力〉,《臺北大學法學論叢》,第 61 期,頁 1-41。
  42. 劉春堂 (1997),〈論信託財產〉,《輔仁法學》,第 16 期,頁 197-217。
  43. 劉春堂(2001),〈無權處分與不當得利〉,《輔仁法學》,第 21 期,頁 79-103。
  44. 劉昭辰 (2004),〈替代〉,《月旦法學教室》,第 15 期,頁 34-38。
  45. 劉昭辰 (2005),〈不當得利:第五講 利益返還範圍〉,《月旦法學教室》,第 28 期,頁 52-61。
  46. 劉昭辰 (2010),〈侵害型不當得利中的「損及他人」要件的理论發展〉,《東吳法律學報》,第 21 卷第 4 期,頁 1-37。
  47. 劉昭辰 (2011),〈不當得利的基本法理〉,《月旦法學雜誌》,第 198 期,頁 40-56。
  48. 劉得寬 (1973),〈論抵押權之物上代位性〉,《國立臺灣大學法學論叢》,第 2 卷第 2 期,頁 345-358。
  49. 蔡晶瑩(2002),《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,頁 113-143。
  50. 謝在全 (1989),〈抵押權物上代位問題之探討〉,《法令月刊》,第 40 卷第 5 期,頁 8-9。
  51. 謝哲勝 (2005),〈民法第二二五條第二項的類推適用〉,《月旦法學教室》,第 32 期,頁 14-15。
  52. 簡資修 (2001),〈一物二賣:有效率之不履約或債權之侵害〉,《人文及社會科學集刊》,第 13 卷第 1 期,頁 65-88。
  53. 簡資修 (2004),〈法律經濟分析的倫理價值與法學方法——一個簡要調和式的說明〉,《月旦法學雜誌》,頁 207-210。

#### (四) 學位論文

余偉迪 (2019), 《英美法違約利益歸入救濟之研究》, 台灣大學法律學系碩士論文。



## 二、 日文文獻 (依日文五十音排列)

### (一) 書籍

1. Okko Behrends, O. (著), 河上正二譯 (2002), 《歴史の中の民法 : ローマ法との対話》, 東京 : 日本評論社。
2. 石坂音四郎 (1916), 《日本民法第三編債權總論 (上)》, 東京 : 有斐閣。
3. 內田貴 (2013), 《民法 II 債權各論》, 東京 : 東京大学出版会。
4. 近江幸治 (2008), 《民法講義 V 契約法》, 東京 : 成文堂。
5. 大村敦志・道垣内弘人 (2017), 《解説民法 (債權法) 改正のポイント》, 東京 : 有斐閣。
6. 大村敦志 (2015), 《新基本民法 2 物權編 : 財産の帰属と変動の法》, 東京 : 有斐閣。
7. 大森忠夫 (1985), 《保険法》, 東京 : 有斐閣。
8. 岡村玄治 (1942), 《改訂債權法總論》, 東京 : 巖松堂。
9. 奥田昌道 (1982), 《債權總論 (上)》, 東京 : 筑摩。
10. 於保不二雄 (1959), 《債權總論》, 東京 : 有斐閣。
11. 勝本正晃 (1936), 《債權總論 (中卷之二)》, 東京 : 巖松堂。
12. 河上正二 (2012), 《物權法講義》, 東京 : 日本評論社。
13. 潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫 (2018), 《詳解改正民法》, 東京 : 商事法務。
14. 潮見佳男 (2003), 《債權總論 I》, 東京 : 信山社
15. 潮見佳男 (2005), 《債權總論》, 東京 : 信山社。
16. 潮見佳男 (2009), 《債權各論 I 契約法・事務管理・不當利得》, 東京 : 新

世社。

17. 潮見佳男 (2017),《新債権総論 II》,東京:信山社。
18. 潮見佳男 (2017),《新債権総論 I》,東京:信山社。
19. 潮見佳男 (2018),《プラクティス民法 債権総論》,東京:信山社。
20. 商事法務(編)(2011),《民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明》,東京:商事法務。
21. 田中宏治(2018),《代償請求権と履行不能》,東京:信山社。
22. 円谷峻(2016),《不法行為法・事務管理・不当利得:判例による法形成》,東京:成文堂。
23. 富井政章(1888),《契約法講義》,東京:時習社。
24. 中舎寛樹(2018),《債権法:債権総論・契約》,東京:日本評論社。
25. 中田裕康(2013),《債権総論》,東京:岩波書店。
26. 中田裕康(2017),《契約法》,東京:有斐閣。
27. 林良平(1986),《債権総論》,東京:青霖書院。
28. 平井一雄(2003),《民法Ⅲ債権総論》,東京:青林書院。
29. 平野裕之(2005),《債権総論》,東京:信山社。
30. 平野裕之(2007),《契約法》,東京:信山社。
31. 平野裕之(2012),《新論点講義シリーズ 10 物権法》,東京:弘文堂。
32. 平野裕之(2017),《コア・テキスト民法 IV 債権総論》,東京:新世社。
33. 平野裕之(2019),《新債権法の論点と解釈》,東京:慶應義塾大学出版会。
34. 彬田金支助(2011),《羅馬法》,東京:信山社。
35. 法典調査会(1984),《日本近代立法資料叢書三》,〈法典調査会民法議事速記録三〉,東京:商事法務研究会。
36. 前田達明(1993),《口述債権総論》,東京:成文堂。
37. 民事法研究会(2011),《民法(債権関係)の改正に関する検討事項》,東





- 京：民事法研究会。
38. 民法（債権法）改正検討委員会（2009），《債権法改正の基本方針》，東京：商事法務。
  39. 山野目章夫（2012），《物権法》，東京：日本評論社。
  40. 山野目章夫（2017），《新しい債権法を読みとく》，東京：商事法務。
  41. 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明（2018），《我妻・有泉コンメンタール民法総則・物権・債権》，東京：日本評論社。
  42. 我妻榮（1952），《債権総論》，東京：岩波。
  43. 我妻榮（1964），《新訂債権総論》，東京：岩波。


## （二） 專書論文

1. 石坂音四郎（1913），〈給付不能論〉，《民法研究》，頁 203-319，東京：有斐閣。
2. 石坂音四郎（1923），〈物権ノ設定移轉ニ關スル我國法ノ主義〉，《改纂民法研究（上卷）》，頁 325-346，東京：有斐閣。
3. 小野秀誠（1996），〈危険負担と第三者關係〉，《反対給付論の展開》，頁 381-415，東京：信山社。
4. 甲斐道太郎（1972），〈代償請求権と不当利得〉，谷口知平教授還暦記念發起人（編），《不当利得・事務管理の研究：谷口知平教授還暦記念（3）》，頁 159-169，東京：有斐閣。
5. 笠井修（1996），〈代償請求権〉，下森定、岡孝（編），《ドイツ債務法改正委員会草案の研究》，頁 37-38，東京：法政大学現代法研究所。
6. 鹿野菜穂子（1996），〈義務の内容と給付義務の限界〉，下森定、岡孝（編），《ドイツ債務法改正委員会草案の研究》，頁 12-21，東京：法政大学現代法研究所。

7. 中川敏宏(2010),〈代償請求権—債務不履行体系の変容と代償利益の引渡し—〉, 円谷峻(編),《社会の変容と民法典》, 頁 362-380。東京: 成文堂。
8. 好美清光(1996),〈債務法改正委員会草案試訳〉, 下森定、岡孝(編),《ドイツ債務法改正委員会草案の研究》, 頁 237-262, 東京: 法政大学現代法研究所。
9. 多治川卓朗(2009),〈代償請求権と調整機能—利益吸い上げ機能との関連に着目して〉, 新井誠、山本敬三(編),《ドイツ法の継受と現代日本法: ゲルハルド・リース教授退官記念論文集》, 頁 297-317, 東京: 日本評論社。

### (三) 期刊論文

1. 磯村保(1985),〈二重売買と債権侵害(一)—『自由競争』論の神話—〉, 《神戸法学》, 第 35 卷第 2 号, 頁 385-408。
2. 磯村保(1986),〈二重売買と債権侵害(三):—「自由競争」論の神話—〉, 《神戸法學雜誌》, 第 36 卷第 2 号, 頁 289-317。
3. 甲斐道太郎(1967),〈判批〉,《判例評論》, 第 102 号, 頁 93-95。
4. 沢井裕(1967),〈民法上いわゆる代償請求権が認められるか〉,《民商法雑誌》, 第 57 卷第 1 号, 頁 118-129。
5. 瀬戸正二(1967),〈民事実務ノート 33〉いわゆる代償請求について〉, 《判例タイムズ》, 第 208 期, 頁 64-65。
6. 高橋真(1996)〈代償請求権と物上代位〉《法学教室》, 第 187 期, 頁 52-59。
7. 田中宏治(1998),〈民法五三六条二項但書類推適用論の批判的検討—代償請求権に関する一考察—〉,《阪大法学》, 第 48 卷第 1 号, 頁 169-223。
8. 伊達秋雄(1939),〈動産の返還請求権と代償請求権及び不當利得返還権〉, 《法律時報》, 第 11 卷第 10 号, 頁 16-38。
9. 遠山純弘(2002),〈法律行為による利益(lucrum ex negotiatione)と代償

- 
- 請求権（一）－ドイツにおける議論状況とその問題点－》，《北海学園大学  
法学研究》，第36巻第1号，頁1-34。
10. 遠山純弘（2002），〈法律行為による利益（*lucrum ex negotiatione*）と代償  
請求権（三）－ドイツにおける議論状況とその問題点－》，《北海学園大学  
法学研究》，第38巻第2号，頁335-375。
  11. 遠山純弘（2002），〈法律行為による利益（*lucrum ex negotiatione*）と代償  
請求権（二）－ドイツにおける議論状況とその問題点－》，《北海学園大学  
法学研究》，第38巻第1号，頁33-63。
  12. 中川敏宏（2010），〈不能体系のゆらぎと代償請求権〉，《専修大学法学研究  
所紀要35：民法法の諸問題XII》，第35巻，頁131-165，東京：専修大学  
法学研究所。
  13. 野澤正充（2007），《法学セミナー》，〈債務不履行による損害賠償（3）－  
効果論〉，第636期，頁93。
  14. 藤原正則（1994），〈侵害不当利得法の現状：代償請求と利益の返還  
（*Gewinnherausgabe*）〉，《北大法学論集》，第44巻第6期，頁170-796。
  15. 星野英一（1968），〈最高裁判所民事判例研究〉，《法学協会雑誌》，第85  
巻第1号，頁90-95。
  16. 北居功（2013），〈二重売買と危険負担〉，《法学セミナー》，第704号，頁  
76-80。
  17. 星野星一（1968），〈最高裁判所民事判例研究〉，《法学協会雑誌》，第85  
巻第1号，頁90-95，東京：東京大学判例研究会。
  18. 多治川卓郎（1998），〈代償請求権と売買契約における－危険負担売買契約  
の履行過程における目的物の滅失とその事後処理について－〉，《私法》，  
第60号，頁191-197。

#### (四) 其他

1. 法制審議会民法（債権関係）部会（2011）,〈「中間的な論点整理」パブコメの結果報告と補充的検討〉,《民法（債権関係）部会資料 33-2》,平成 23 年 11 月 15 日。
2. 法制審議会民法（債権関係）部会（2011）,〈民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理〉,《民法（債権関係）部会資料 26》,平成 23 年 4 月 12 日。
3. 法制審議会民法（債権関係）部会（2011）,〈民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（6）〉,《民法（債権関係）部会資料 34》,平成 23 年 12 月 20 日。
4. 法制審議会民法（債権関係）部会（2013）,〈民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）〉,《民法（債権関係）部会資料 60》,平成 25 年 7 月 4 日補訂。
5. 法制審議会民法（債権関係）部会（2013）,〈民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明〉,《民法（債権関係）部会資料 60》,平成 25 年 7 月 4 日補訂。
6. 法制審議会民法（債権関係）部会（2013）,〈民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（3）〉,《民法（債権関係）部会資料 68A》,平成 25 年 10 月 8 日。
7. 法制審議会民法（債権関係）部会（2013）,《民法（債権関係）部会第 74 回会議議事録》,平成 25 年 7 月 16 日。
8. 法制審議会民法（債権関係）部会（2013）,《民法（債権関係）部会第 78 回会議議事録》,平成 25 年 10 月 8 日。
9. 法制審議会民法（債権関係）部会（2014）,《民法（債権関係）部会第 90





回会議議事録》，平成 26 年 6 月 10 日。

10. 法制審議会民法（債権関係）部会（2015），〈民法（債権関係）の改正に関する要綱案〉，《民法（債権関係）部会資料 88-1》，平成 27 年 2 月 10 日。



### 三、 英文文獻（依字母排列）

#### 書籍

1. BARNETT, K. (2012). *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice*. Oxford, United Kingdom: Hart Publishing.
2. FARNSWORTH E. A. (2004). *Contracts* (4th ed.). New York, NY: Aspen Publishers.
3. POSNER, R. A. (2011). *Economic Analysis of Law* (8th ed.). New York, NY: Aspen Publishers.