



### 3. 實務上認為屬於給付不能之案例<sup>10</sup>：

- (1) 雙重買賣或雙重租賃。
- (2) 出賣土地後，因出賣人欠稅或被聲請查封土地，致不能為土地移轉登記，對買受人構成給付不能。
- (3) 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，其物之交付即構成給付不能。

**Q**：經濟不能是否屬於一種獨立債務不履行的類型？

**A**：一般所指「不能」，如事實上不能（出售A車，A車已因車禍滅失）或法律上不能（修法後禁止融通之物）。前兩者較易理解，至於所謂經濟不能，係指超出債務人所能容忍的程度，使其陷於債務不履行的情形。

王澤鑑教授認為，經濟不能並非一種獨立的類型，但是為了調和當事人利益，適用誠信原則建立的「法律行為基礎理論」，使債務人減少給付，或由債權人支付相當的對價<sup>11</sup>。黃茂榮教授則採取否定的看法，而認為仍依照一般債務不履行處理。

不過，在民法八十九年修法後，此一爭議已經獲得緩和，蓋第二百二十七條之二規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。前項規定，於非因契約所發生之債，準用之。」法院即得調整當事人之間的權利關係，其中心思想是「誠信原則」！

(二) 自始不能：

1. 意義：契約成立時債務人即已陷於不能時之情形，又可分為自始主觀不能與自始客觀不能。區分自始主觀不能及自始客觀不能而異其效力。依民法第二百四十六條：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。附停止條件或始期之

<sup>10</sup> 關此部分，請讀者參閱後述所附實務見解。

<sup>11</sup> 王澤鑑，契約上的不作為義務，民法學說與判例研究(八)，頁139，2000年3月。



契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約為有效。」就本條規定規範者，通說認為僅限於「自始客觀不能」之情形，而不包括自始主觀不能<sup>12</sup>。



### 學習補充站

通說之所以認為僅限於「自始客觀不能」之情形，而不包括自始主觀不能，其理由在於，民法原則上採取「契約自由原則」，原則上國家不宜任意介入當事人間的法律關係。在法律行為之要件，筆者曾經說過，關於生效要件之部分，是國家對於法律行為的評價問題。其實這也是一種國家提早介入當事人之間法律關係的情形，類似於定型化契約的情形，國家認為有必要加以介入。在自始客觀不能的情形，國家認為沒有必要保護當事人之間的法律關係，從而將該契約規定為無效。然而，自始主觀不能之情形，當事人仍然有履行的可能（他還有盡力使其變為可能的機會），實在沒有必要過早介入當事人間的法律關係。故應認為其還是有效，而在清償期不能履行時，再依照嗣後不能規定來處理。

事實上，此一規定並非絕對，從第二百四十七條的規定來看，此時僅保障債權人之信賴利益，然而在嗣後不能的情形，反而可以主張履行利益的損害賠償（履行利益通常會比信賴利益大，不然就不會有人想跟他人締結契約了）從此一觀點來看，反而論斷其為無效時，對於債權人保障有所不妥，是以未來很可能相當於第二百四十六條的規定會消失，只要當事人願意，就算契約標的是月球或南極，都沒有國家介入的必要。德國民法二〇〇二年已作修改，筆者已於總則第七章說明過了。

### 2. 自始客觀不能<sup>13</sup>：

(1)意義：自始客觀不能係指依債權契約內容，債務人已經無法履行

<sup>12</sup> 就第二百四十六條是否包括自始主觀不能，已經是一個古老的爭議了。考試的時候，筆者建議不用再討論這個問題，一來沒有實益，再者也不見得有加分的效果。讀者如有興趣，參照王澤鑑，「自始主觀不能」，民法學說與判例研究(三)，1998年9月。

<sup>13</sup> 詹森林，自始客觀不能，月旦法學教室，第0期、第2期，2002年10月、12月。



其應給付之義務。且此項給付不能之情形，不僅債務人個人無法履行而已，於客觀上也沒有他人可得履行之可能。

- (2)效力：依民法第二百四十六條，原則上該契約無效，例外於符合第一項後段或第二項之情形契約有效；又依第二百四十七條第一項：「契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負賠償責任。」於符合一定要件情形下，債權人得主張**信賴利益**之損害賠償，所受損害之部分，例如締約費用之支出；所失利益之部分，例如喪失其他締約機會所可獲得的利益。
- (3)消滅時效：依第二百四十七條第三項：「前二項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」要特別注意的是債編施行法第三條第二項：「民法債編修正施行前之法定消滅時效，其期間較民法債編修正施行後所定為長者，適用修正施行前之規定。但其殘餘期間自民法債編修正施行日起算，較民法債編修正施行後所定期間為長者，應自施行日起，適用民法債編修正施行後之規定。」所以，在債編修正條文施行（89年5月5日）前，自始客觀不能之損害賠償之消滅時效本為十五年，但如迄今尚未請求時，在九十一年五月五日均已罹於時效。

### 3. 自始主觀不能：

- (1)意義：依債權契約內容，債務人已無法履行其應給付之義務而屬於給付不能。但此項給付不能，僅債務人個人無法履行而已，於客觀上尚有他人可得履行。最常見的例子是出賣他人之物。
- (2)通說認為，自始主觀不能並非屬於民法第二百四十六條之規範範圍，從而其契約仍屬有效，其法律效果類推適用嗣後不能之規定，以雙方當事人就該不能之事由是否具備可歸責之事由而為判斷，亦即依照民法第二百五條、第二百二十六條、第二百六十六條、第二百六十七條之規定處理當事人之間之法律關係。
- (3)然而詹森林教授則認為，出賣人應就其給付不能負**無過失責任**，其理由在於，出賣人於締約當時，就自己可否使買受人取得無負擔之標的所有權與占有，應當知之甚詳。因此，出賣人訂約時，已經有主觀給付不能之情事，卻仍然締約者，則其於確定無法履



行契約時，即不得又以自己不可歸責為理由而免除其責任，才符合當事人締約之目的，並保障買受人之信賴與交易安全<sup>14</sup>。針對此一爭議問題，另涉及與權利瑕疵擔保制度間的關係，請諸位參照第二編第二章「買賣」之相關說明。

(三)嗣後不能：

1. 不可歸責於債務人，不可歸責於債權人<sup>15</sup>（民§ 225 I + § 266 I）：

- (1) 依民法第二百五條第一項，因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。而依民法第二百六十六條第一項，因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務；如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。如當事人已為給付，依第二百二十六條第二項：「前項情形，已為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還。」本項係準用不當得利之法律效果，請求相對人返還，前已述及。

(2) 代償請求權<sup>16</sup>（民§ 225 II）：

① 性質：形成權。

② 成立要件：

A. 債務人有給付義務。

B. 因不可歸責於債務人而為給付不能（民§ 225 I）。

C. 因造成該給付不能之事由，而對於第三人有害損害賠償請求權或取得賠償物。此外實務及通說認為，土地徵收的補償費，得類推適用民法第二百五條第二項的規定就此，請參照本編第十二章徵收土地案（87司、95書）。

D. 給付客體與損害賠償（替代利益）具有同一性。

具有同一性者，如甲出售其車給乙，於交付前被丙撞毀，此

14 詹森林，自始主觀不能，月旦法學教室，第6期，2003年4月。

15 當不可歸責於契約雙方當事人的時候，會有「危險負擔」問題存在，請千萬不要忽略此一考試重點。相關部分的說明，請參閱第二編第二章「買賣」。

16 何謂讓與請求權？何謂代償請求權？此兩種請求權之行使，是否均有「同時履行抗辯權」之適用？請併同釋明之。（90高考法制）



時甲對丙有一侵權責任損害賠償請求權。此一損害賠償請求權（債權）與該車具有同一性，從而得適用本條規定。無同一性者，例如甲出租其房屋給乙，其後該屋因隔壁鄰居丙之過失燒毀，甲對丙有一侵權責任損害賠償請求權。此一損害賠償請求權代表的是該房屋之價值利益，但乙承租房屋係取得該房屋之使用收益，從而兩者之間並不具有同一性，故乙不得向甲請求該債權。

**Q：**因法律行為而取得之交易上替代利益是否屬於民法第二百二十五條第二項規範範圍？例如，甲以退休積蓄五百萬元購買A屋（座落於B地），其後因急需用，以四百五十萬元出售給乙。A屋於交付後，辦理移轉登記前，甲死亡，由繼承人丁繼承。丁久居國外，不知甲售屋之事，將該屋與戊之C地互易，雙方並即辦理所有權移轉登記完畢。經查，戊知悉乙購A屋之事。請問當事人間法律關係為何？（陳聰富，代償請求權，台灣本土，第32期）

**A：**A屋於交付之後，辦理移轉登記前，甲死亡，由繼承人丁繼承。在移轉給乙之前，房屋所有權仍為甲所有從而丁繼承之後，物權行為有效，戊取得房屋所有權，因為丁為有權處分，不論戊是否惡意，不影響其法律效力。姑且不論丁是否可歸責，問題在於，乙可否主張第二百二十五條第二項，請求丁讓與C地？此種債務人因法律行為所取得之利益，學者認為，丁取得C地係本於互易契約，與A屋之喪失並非本於同一原因，故不得作為代償請求權客體。

然而，陳聰富教授則指出，互易契約與履行互易契約的處分行為，經濟上合為整體，丁之處分行為為互易契約之結果，從而丁之給付不能亦屬於互易契約之結果，兩者應屬於同一原因而發生之結果，因而因互易行為所得之對價得作為代償請求權之標的。



不過，筆者則認為此種情形不宜認為具有同一性。蓋丁與戊進行交易可獲得多少的對價，往往取決於契約當事人之締約談判能力，如丁之能力極強時，實不宜讓其能力反映之成果由債權人享有。是以，此種情形不應包括在代償請求權之部分。如此一來，代償請求權之「同一性」判斷，將與不當得利之「同一性」判斷相同。

- ③效力：如為債權，讓與其債權；如他人已為賠償，交付賠償物。至於其消滅時效之起算點；實務認為係屬於新生債權，故時效重新起算（89台上1828決），多數學者亦採取此一見解。王澤鑑教授則認為：其為原債權之變形或延長，故時效繼續計算，其原有擔保仍然存在。



#### 學習補充站

當給付不能是因為不可歸責於當事人雙方的時候，當事人雙方關係會依照第二百五條及第二百六十六條規定加以處理。此時，債權人有選擇的權利，他可以主張第二百五條第一項及第二百六十六條第一項之規定，此時，對方免除給付義務，但自己也不需為給付；債權人也可以選擇主張第二百五條第二項之情形，然而此時債權人就有為對待給付的必要。故而假設在買賣契約中，買受人東西買貴了的時候，他就會去主張第二百五條第一項及第二百六十六條；反之如果買受人東西買的相當便宜的時候，他就有可能主張第二百五條第二項。

然而，此一選擇權，在特定的情況就會被剝奪。也就是在危險負擔的情形下，如果價金危險，依照民法第三百七十四條規定移轉給買受人負擔時，則買受人就必須給付價金，此時買受人僅能選擇第二百五條第二項，看看有沒有機會拿些賠償回來（註定價金是一定得支付了）。

2. 不可歸責於債務人，可歸責於債權人（民§ 225 I + § 267）。例如，甲出售A古董車給乙，於尚未交付前，因乙試車時不慎發生車禍而滅失。此時甲得免除給付義務，但依第二百六十七條之規定，乙仍須支付購車之價金給甲。



3. 可歸責於債務人，不可歸責於債權人（民§ 226 I）：實務上認為，債務人負履行利益之損害賠償責任。且債權人得依民法第二百五十六條，解除契約<sup>17</sup>且依第二百六十條之規定，解約不影響其損害賠償請求權。故解約權與損害賠償請求權，係得併同行使之權利<sup>18</sup>，且不論債權人解約與否，其均得主張損害賠償。

屬此情形者，筆者舉以下兩例說明之：

例一，甲出售A古董車給乙，因甲之過失於交車前發生車禍而撞毀。於此種情形，甲應依照第二百二十六條第一項，負履行利益之損害賠償責任。

例二，甲出售A古董車給乙，於交付前，因為第三人丙出價較高之情形，遂將A車之所有權移轉給丙。於此種情形，甲亦應依照第二百二十六條第一項，負履行利益之損害賠償責任。

其次，一個有趣的問題是，代償請求權於可歸責於債務人之事由之給付不能時，有無類推適用的機會？通說認為，代償請求權之目的在保障債權人，而賦予其選擇的權利。在不可歸責於債務人之情形，都給予債權人優惠了，在可歸責於債務人之事由造成的給付不能，舉輕以明重，更應有此規定之類推適用。

本條規定的類推適用，於例一的情形並無爭議。至於例二之情形，甲所取得者，係基於法律行為所得，得否主張類推適用代償請求權之規定，即回歸到前述之學說爭議。

最後，則是實際上損害賠償之處理。由於債權人主張損害賠償時，事實上即係透過損害賠償代替原定之給付<sup>19</sup>。從而在雙務契約中，債權人自己仍然負有給付之義務。舉例來說，甲以三百五十萬元之價格出售其名貴跑車（市價亦為350萬元）給乙，於尚未交付前，乙將該車另以三百八十萬元之價格將該車另售予丙。結果該車因為甲駕車不慎而發生車禍滅失。於此情形，甲如依第二百二十六條主張履行利益之損害賠償時（履行利益為380萬元），其仍需支付價

17 再次提醒讀者，民法第二百六十條：「不是」請求權基礎，只是規定縱使契約被解除，仍不影響當事人已取得之賠償請求權。

18 請比較買賣之瑕疵擔保效力。

19 請回顧本編第一章有關於原給付義務與次給付義務之概念。