

從日本債編修正談危險負擔之現代化*

陳自強**

<摘要>

我國民法關於雙務契約債務人根本不給付或不依契約本旨給付，對待給付義務存續的規定，可分為：第一、貫徹雙務契約存續上牽連的危險負擔一般規定（第 266 條）；第二、第 267 條因可歸責於債權人危險移轉之規定；第三、買賣及承攬危險移轉之規定；及第四、繼續性契約關係危險負擔之規定。第一及第二部分之規定，兼採 1900 年德國民法及 1896 年日本民法之精華，第三及第四，則為前者之繼受。因契約解除亦使未為之對待給付義務消滅，若法定契約解除權不再以歸責事由為必要，以不可歸責於雙方當事人給付不能對待給付義務當然消滅之危險負擔一般制度，並無存在的必要。德國及日本債編修正過程，在以契約解除歸責事由不必要論之基礎上，危險負擔一般規定之存廢，議論盈庭。我國如火如荼進行中的債編修正，若也踏襲不以歸責事由為要件，則危險負擔一般規定不再有存在的必要。若必欲保留危險負擔一般規定，則仍應以不可歸責於雙方當事人而給付不能為要件。

* 本文為國科會「危險負擔之比較法研究」MOST 108-2410-H-002 -157 -MY3，研究成果之一。

** 國立臺灣大學法律學院特聘教授，德國慕尼黑大學法學博士。

E-mail: tcchen@ntu.edu.tw

• 投稿日：10/18/2022；接受刊登日：03/29/2023。

• 責任校對：高映容、李樂怡、辛珮群。

• DOI:10.6199/NTULJ.202403_53(1).0003

關鍵詞：債法現代化法、危險負擔、危險移轉、存續上牽連關係、標的物毀損滅失、受領遲延、歸責事由、契約解除、給付不能

◆目次◆

- 壹、前言
- 貳、日本危險負擔之修正與危險移轉之增訂
 - 一、修正前之規定
 - 二、買賣危險移轉
 - 三、危險負擔一般規定
 - 四、買賣以外關於對待給付危險之特別規定
- 參、我國危險負擔一般規定之去留
 - 一、危險負擔制度
 - 二、德國與日本危險負擔廢止論
 - 三、危險負擔一般規定於個別契約之適用
- 肆、債編修正之建議：代結論

壹、前言

2006 年日本法務省決定以債權法為中心全面檢討民法，同年 10 月，研究團體「民法（債權法）改正檢討委員會」（下稱「檢討委員會」）在法務省支持下成立，2009 年 5 月 8 日該委員會稱為「債權法改正の基本方針（下稱「基本方針」）」之債權法改正試案及提案要旨出版¹。隨後，2009 年法務省法制審議會設置「民法（債權關係）部會」，正式開啟施行百餘年債權法修正大業，修正範圍以契約為中心，除民法第 3 編「債權」規定外，包括

¹ 關於日本債權法基本方針經緯、體系架構、基本精神，個人在 2010 年即撰有數篇論文，參見，陳自強（2011），《臺灣民法與日本債權法之現代化》，頁 225-271，元照。

同法總則編第 5 章（法律行為）、第 6 章（期間計算）及第 7 章（時效）。2011 年 5 月「關於民法（債權關係）改正中間論點整理」公諸於世，結束第一階段的審議工作（第 1 次到第 26 次部會）。第 30 次部會開始進行第二階段的審議工作，2013 年 2 月民法（債權關係）部會第 71 次會議通過「關於民法（債權關係）改正中間試案（下稱「中間試案」），接受各界批評與建議，完成審議的第二階段。第 74 次部會開始進行以提出改正要綱案為目標的第三階段審議工作。2014 年 8 月 26 日通過「要綱草案」公開徵詢各界意見。2015 年 2 月 15 日該部會通過「關於民法（債權關係）改正要綱案」（下稱「要綱案」），法制審議會通過，完成第三階段的審議工作。2015 年 3 月 31 日政府法案送交國會，2016 年 11 月開始審議，2017 年 5 月參議院通過，2020 年 4 月 1 日起正式施行²。

無獨有偶，我國法務部在 2017 年 4 月 10 日召開「法務部民法債編研究修正小組」（下稱「研修小組」）第 1 次會議，繼 1999 年債編修正後，修正列車再度啟動。不同於 1999 年完成的債編修正及 2017 年通過的日本債權法改正，此次債編研修小組被賦予的任務，並非全盤檢討債編，而係仿效德國 2001 年債編修正，以消滅時效、債務不履行及瑕疵擔保為對象³。德國當年為修正債編而制定的法律名為「債法現代化法」⁴，至少對德國來說，此三者的修正攸關債法是否現代化，個人認為更與德國民法是否符合契約法現代化指標，息息相關⁵，更不用說包括瑕疵在內的債務不履行乃至於違約救濟原本就是各國契約法最核心的領域。

債務不履行規定的修正，固然以違約三大救濟，即履行請求權、損害賠償及契約解除之要件及效果的檢討為核心，但牽一髮動全身，可能連動的制

² 修正過程，參見，阿部泰久（等著）（2017），《民法「債權法」大改正要点解説》，頁3-12，清文社。

³ 陳自強（2020），〈債務不履行規定之現代化〉，《月旦法學教室》，216期，頁47-61。

⁴ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, vom 29. 11. 2001, BGBl. I 3138.

⁵ 契約法現代化指標係個人歸納近年來各國債編修正乃至於國際契約法統一文件而得，參見，陳自強（2016），〈法國契約法修正與現代化〉，《月旦法學雜誌》，259期，頁161-164。

度所在多有。我國學者認為危險負擔乃雙務契約一方當事人因不可歸責於自己之事由給付不能而免給付義務時，對待給付義務是否受其影響之制度⁶。若債務不履行責任以可歸責於債務人為要件⁷，則危險負擔並不屬於債務不履行責任之範疇，以債務不履行檢討為核心的債編修正，大可將危險負擔摒除在外。然而，成為傳統債務不履行三分體系要角的給付不能，其內涵及功能若有所變化，涉及雙務契約給付不能對待給付義務命運的危險負擔法則，其內涵也許因而須有所調整。抑有其進者，債務不履行法定契約解除，我國傳統見解認為以可歸責於債務人為必要⁸，危險負擔若以不可歸責於債務人為特徵，則契約解除與危險負擔，井水不犯河水。因危險負擔及契約解除均能使債務人未為的給付義務消滅，一旦法律修正後，乃至於現行法解釋上，法定契約解除的要件，不以可歸責於債務人為要件⁹，契約解除與危險負擔涇渭分明的現象，也許從此消失，危險負擔作為使對待給付義務消滅的制度，是否有存在的必要，立法論上，有一併檢討之必要。

影響我國民法至深且鉅的德國及日本，均已完成其債法現代化的大業，二者不僅大幅調整其債務不履行體系，對危險負擔更有或多或少的修正。本文將借鏡日本危險負擔規定之修正，探究其修正的前因後果，觀察是否有足堪我國債編修正借鏡之處。德國 2002 年債法現代化關於危險負擔一般規定之修正，本文雖亦有觸及（參、二），但其法律解釋與適用，尚待他日另文論述。日本關於危險負擔修正的檢討，論爭焦點在於危險負擔制度之存廢，即契約解除一旦確立不以歸責於債務人為必要，危險負擔制度是否尚有其剩餘價值，若有保留之餘地，與契約解除及其他相關連之制度，應如何調整。有鑑於日本危險負擔制度存廢論，起因於法定契約解除歸責事由不必要論，本文雖以日本危險負擔修正為對象，但關於歸責事由在契約解除所扮演之角色，甚至歸責事由內涵之變遷，本文亦將有所論述。不可歸責於一方之給付

⁶ 孫森焱（2014），《民法債編總論（下）》，頁811，自刊。

⁷ 鄭玉波（1962），《民法債編總論》，頁266，三民。

⁸ 我國學說及最高法院實務見解，陳自強（2012），《契約責任歸責事由之再構成：契約法之現代化I》，頁206-210，元照。

⁹ 我國民法解釋論之新展開，參見，陳自強，前揭註8，頁196-225。

不能，最常發生在買賣標的物毀損滅失，此時，是否一律適用民法債編通則危險負擔的規定，或在一定要件下，應適用買賣特別規定，屬危險負擔制度運作之核心問題。日本民法修正前，意在處理買賣價金危險的規定，如後所述，屬於危險負擔制度的一部分，本文亦將介紹日本買賣危險移轉規定的增訂。

貳、日本危險負擔之修正與危險移轉之增訂

危險負擔之規定雖為交易風險分配之立法者之價值判斷，然為任意規定，契約風險之分配當事人得由契約約定。縱如日本民法修正前第 534 條採債權人負擔主義，有其不當之處，但可透過契約明示或默示約定排除其適用。在國際商品買賣，當事人多在關於交付態樣（運送、費用及保險）條款中約定危險移轉之時點，貿易條款（trade term）之利用，相當常見，國際商會（International Chamber of Commerce, ICC）制定的國貿條規（Incoterms 2020）特別重要。縱無明示條款或使用貿易條款，也可能從其他有關契約履行之條款得出默示條款（implied terms）。例如，出賣人負有保險義務，裝船時立即將保險文件寄給買受人，得解釋為貨物在交付運送人時危險移轉¹⁰。或許正因如此，日本學者平井宜雄指出危險負擔之裁判不多，實務上或理論上，危險負擔制度並不具有重要性¹¹。雖然如此，危險負擔制度之調整乃至於存廢，成為此次日本債法修正之重點之一，引發極為熱烈的修法議論。

¹⁰ INGBORG SCHWENZER, PASCAL HACHEM & CHRISTOPHER KEE, GLOBAL SALES AND CONTRACT LAW N.38.8-10 (2012).

¹¹ 平井宜雄（2008），《債權各論I上：契約總論》，頁203，弘文堂。

一、修正前之規定

(一) 危險負擔

1896 年制定的日本民法雖然在結構上採納德國民法的潘德克頓式，總則、物權、債權、親屬、繼承五編構造，但就債務不履行規定而言，與 1900 年德國民法不同之處，比比皆是。如同樣發生債務免除效的契約解除，日本民法契約解除之體系構成，特別是法定契約解除之要件（日本民法第 541 條到第 543 條）及契約解除與損害賠償之關係（日本民法第 545 條第 3 項），與德國之規定，幾乎南轅北轍。在危險移轉法則方面，由於日本民法在所有權依法律行為之變動上，不採物權行為獨立性原則，若危險移轉與所有權移轉連動，則德國民法危險負擔法則移植到日本，極易水土不服。雖然如此，日本危險負擔概念之理解與理論的發展，受德國學說影響甚大。

依日本學者對危險負擔之理解，「危險」並非日常用語意義下的危險，乃可能發生的風險，負擔，指何人承受風險現實化之不利益，危險負擔乃規範不能履行，但此並非債務人財產狀況惡化等主觀情事而給付不能，而指給付內容無法實現，為客觀判斷。給付不能，債權人不能請求履行，因不可歸責債務人，不能請求損害賠償。債權人是否須支付對價，乃危險負擔問題，危險負擔之「危險」指對價危險¹²。危險負擔法則適用之對象並不限於買賣，而為債法一般原則。危險負擔制度的理解，就是否強調債務人無歸責事由之點，日本學者之表述，有些微差異。傳統說法主張危險負擔屬於雙務契約存續上牽連關係，即雙務契約各債務未完全履行前，一方債務因不可歸責於債務人之事由而給付不能而消滅時，他方之債務受何種影響的問題，且買賣契約以外的雙務契約，如租賃、勞務給付等，亦可能有此問題¹³。

¹² 中田裕康（2017），《契約法》，頁161-162，有斐閣。

¹³ 我妻榮（1954），《債權各論上卷（民法講義V1）》，頁85，岩波書店。

（二）買賣之危險移轉

1896 年日本民法債權編第二章總則「契約之效力」關於危險負擔共有三條規定（日本民法修正前第 534 條到第 536 條）。依日本民法修正前第 536 條第 1 項規定：「除前兩條規定外，因不可歸責於雙方當事人之事由而不能履行債務時，債權人無受對待給付之權利」，日本民法修正前第 534 條及第 535 條為特別規定。日本民法修正前第 536 條第 1 項之適用範圍為第 534 條、535 條以外所有之情形，似為原則，但買賣為危險負擔法則最主要適用對象，日本民法第 534 條實務運用上最廣。

1. 以特定物之物權移轉或設定為內容之雙務契約

以特定物之物權移轉或設定為內容之雙務契約，標的物因不可歸責於債務人之事由而毀損滅失者，依日本民法修正前第 534 條第 1 項規定，其毀損滅失歸債權人（買受人）負擔，債權人仍負有對待給付義務，採債權人負擔主義。日本民法修正前買賣並無買賣標的物危險移轉及利益承受之規定（我國民法第 373 條、第 374 條；德國民法第 446 條、第 447 條），修正前第 534 條第 1 項之適用對象雖不限於買賣，但實際上仍以買賣為最主要適用情形。動產物權之移轉及設定，我國採交付生效主義（我國民法第 761 條），不動產物權依法律行為之變動採登記生效主義（我國民法第 758 條第 1 項），反之，日本民法物權之設定及移轉，僅依當事人之意思表示，發生效力（日本民法第 176 條）。因特定物買賣契約成立時，買受人即為所有人，無論標的物是否已交付買受人，買受人均須負擔價金危險，由其承受買賣標的物毀損滅失之不利利益。

採債權人主義的理由，不外標的物若有孳息或價格上漲，利益歸買受人，出賣人並無權請求調高價金，基於危險利益同歸或危險由所有人負擔思想，標的物毀損滅失之不利利益，亦應由取得所有權之買受人負擔，此外，以轉售為目的而買受之人，負擔危險較為公平¹⁴。然而，標的物滅失之風險與價格

¹⁴ 後藤卷則（2017），《契約法講義》，4版，頁164，弘文堂。

上漲之利益並無法相提並論，且不論債權人對標的物是否有實質之支配，僅因所有權移轉危險即移轉，亦有不當，職是之故，學者多認為該條為不當的立法，應限制其適用¹⁵。

2. 不特定物買賣

不特定物買賣，特定前，出賣人負擔給付危險，自特定時起（日本民法第 401 條第 2 項）由買受人負擔價金危險（日本民法第 534 條第 2 項）¹⁶。

3. 附停止條件雙務契約之危險負擔

依日本民法修正前第 535 條第 1 項，債權人負擔主義不適用於附停止條件雙務契約標的物在條件成否未定前滅失的情形。附停止條件雙務契約標的物毀損時，其因不可歸責於債務人之事由所致者，其毀損歸債權人負擔（同條第 2 項），其因可歸責於債務人事由所致者，於條件成就時，債權人得依其選擇，請求契約之履行或行使解除權，此時，不妨礙損害賠償之請求（同條第 3 項）。關於該條之法律性質相當有爭論，有認為停止條件成就前，債權不發生，條件成就前標的物滅失乃自始不能，從而，該條第 1、2 項並非危險負擔的問題，反之，通說認為自始或嗣後不能區別時點為契約成立時，第 1、2 項仍為危險負擔之問題¹⁷。

（三）給付不能危險負擔一般原則

除以特定物物權之移轉或設定為標的之雙務契約外，因不可歸責於雙方當事人之事由而不能履行債務時，依日本民法修正前第 536 條第 1 項，債務人並無受領對待給付之權利，債務人債務消滅。該條被認為是危險負擔原則性規定。就雙務契約對價危險，從牽連關係之本質，採用債務人主義，而以

¹⁵ 潮見佳男（等編）（2018），《詳解改正民法》，頁175，商事法務。

¹⁶ 松岡久和（等編）（2020），《改正債權法コンメンタール》，頁619，法律文化社。

¹⁷ 松岡久和、中田邦博（編）（2012），《新・コンメンタール民法（財産法）》，頁778，日本評論社。

當然消滅主義貫徹之（日本民法修正前第 536 條第 1 項）¹⁸，並未有批判見解¹⁹。

1. 給付不能

日本傳統見解嚴格區別自始不能（原始的不能）及嗣後不能（後發的不能），給付不能限於嗣後不能。於自始不能，債權不發生，對待給付義務亦不發生，契約也當然無效，但出賣人因過失使相對人締結契約，買受人因信契約有效而受損害時，基於締約上過失負損害賠償責任，此過失乃違反誠信原則之不使相對人於締約時蒙受不測之損害之注意義務，此損害賠償並不及於履行利益，僅限於信賴利益²⁰，出賣人之過失乃違反就標之物之情報收集義務、調查義務等。

於嗣後不能，依債務人是否有歸責事由，分別適用債務不履行法則及危險負擔法則。買賣標之物交付前，因出賣人過失而滅失，無法交付，乃可歸責於出賣人，須負賠償責任（日本民法修正前第 415 條）。其結果，買受人可不支付價金，亦即出賣人若請求支付價金，買受人得主張損害賠償債權與價金債務之同時履行抗辯，拒絕支付價金（日本民法修正前第 533 條），亦得主張抵銷（日本民法修正前第 505 條）。買受人得解除契約，免自己之價金支付義務（日本民法修正前第 543 條）。因可歸責於債務人而給付不能，債權人得不支付對價，惟債權人之對待給付義務非當然消滅，乃因抵銷或解除而消滅²¹。

依傳統見解，不可歸責於債務人之給付不能，債務消滅，對待給付為危險負擔之問題。給付不能包括物理不能及法律上不能，此二者取決於原定給付債務之存續，從社會交易觀念來看是否不適當。物理上不能，除標之物滅失外，買賣標之物之戒指掉落在隅田川乃教科書案例，租賃標之物滅失之判例相當多（房屋承租人失火標之物滅失返還不能）。法律上不能以法律禁止

¹⁸ 松岡久和（等編），前揭註16，頁619。

¹⁹ 松岡久和（等編），前揭註16，頁620。

²⁰ 我妻榮，前揭註13，頁40、80。

²¹ 中田裕康，前揭註12，頁159-160。

標的物交易為典型，關於不動產交易判例相當多，如二重買賣出賣人將不動產移轉登記於第三人。判例藉社會交易觀念之名，依各問題之性質為規範的判斷²²。

2. 歸責事由

債務不履行損害賠償之要件，除事實上不履行外，尚有主觀要件之歸責事由及客觀要件之違法性，歸責事由並與過失責任主義連結，然因債務人責任較本無法律關係之不法行為責任為重，歸責事由較普通過失為廣，歸責事由定義為：「債務人之故意過失或誠信原則上與之同視之事由」，過失指因欠缺善良管理人之注意而未認識債務不履行之發生，誠信原則上與故意或過失同視者，以履行輔助人之故意過失最為重要²³。

3. 返還

修正前採債務人主義的情形，給付不能發生前，債權人已履行對待給付，學說認為債權人有不當得利請求權。蓋對待給付已履行，已無牽連關係，不應該因對待給付是否先履行而改變結果，貫徹債務人主義，對待給付債務消滅²⁴。

二、買賣危險移轉

1896 年日本民法買賣並無類似我國民法第 373 條及第 374 條買賣標的物之利益及危險自交付於買受人或承攬運送人時起移轉或承受之規定，標的物毀損滅失危險分配有關的條文（日本民法修正前第 534 條），與危險負擔一般規定處於相同的體系地位。

²² 中田裕康（2008），《債權總論》，頁103，岩波書店。

²³ 我妻榮（1964），《新訂債權總論（民法講義IV）》，頁105、145、153，岩波書店。

²⁴ 中田裕康，前揭註12，頁166。

（一）修正前支配移轉說之抬頭

依日本民法修正前第 534 條之規定，買賣危險負擔採債權人主義，飽受日本學說之抨擊。學說試圖透過認定當事人就價金危險移轉時期已有合意，或從標的物支配移轉時買受人負擔等法律解釋，將風險移轉時點向後移。買受人受領遲延，危險移轉²⁵。

1. 特定物買賣

支配移轉說認為買賣標的物支配移轉於買受人時，買受人方負擔危險，最適合當事人之意思。於特定物買賣，合理的解釋當事人的意思而實質排除日本民法第 534 條第 1 項之適用。但何謂標的物之支配，不無爭論，學者我妻榮採取與物權變動結合之支配理論，即除有特約外，因契約成立時所有權移轉（日本民法第 176 條），買賣契約成立時標的物之支配移轉買受人。許多學者主張危險移轉與物權變動無關，但在不動產買賣，有認為交付或移轉登記均使危險移轉，但亦有主張支配指實質的支配，以交付為危險移轉時點²⁶。

2. 種類物買賣

依日本民法修正前第 534 條第 2 項，不特定物買賣，標的物特定後，危險由買受人負擔。種類物之特定，依日本民法第 401 條第 2 項，債務人給付其物必要行為完了，或得債權人同意指定其應給付之物時，該物為債權之標的物（我國民法第 200 條參照）。向來的討論集中在債務人為給付之必要行為完結而特定之情形，依通說，赴償債務固然須現實提出，往取債務則於債務人將標的物分離之旨通知時即為特定。從而，種類物之特定並不須交付買受人，特定可能發生在較交付更早的時點。特定後，標的物滅失，出賣人無獲取義務，價金危險移轉於買受人，買受人負有支付價金義務。然此與上述

²⁵ 中田裕康，前揭註 12，頁 329。

²⁶ 谷口知平、五十嵐清（編），《新版注釈民法（13）債權（4）契約總則：521 條～548 條》，補訂版，頁 663、664，有斐閣。詳細整理日本修正的學說。

現實支配移轉理論牴觸，解套方法之一，係認為在種類物買賣，交付買受人時特定，以交付為特定及危險移轉時點，使日本民法第 401 條及修正前第 534 條第 2 項解釋一致。買受人不受領標的物，受領遲延時危險移轉買受人，惟亦有認為往取債務之特定雖仍為分離及通知，但亦以交付為危險移轉時點，給付危險雖因特定而移轉於買受人，對價危險因交付而移轉²⁷。

（二）危險負擔廢止案下之危險移轉

檢討委員會基本方針及中間試案一方面提議廢止危險負擔制度，改採解除一元論（後述參、二、（三）），他方面也清楚意識到縱然廢止危險負擔制度，買賣標的物毀損滅失危險從出賣人移轉到買受人的時點，亦須有所規範。危險負擔制度是否廢止與買賣危險移轉時間點，規範問題不同。

1. 檢討委員會

買賣標的物毀損滅失之危險，在標的物支配移轉於買受人時移轉於買受人，日本債權法修正前一刻已是支配性見解。基本方針建議在「價金支付義務及危險移轉」規定，除當事人另有約定外，標的物毀損滅失出賣人有免責事由時，交付前，出賣人得解除契約，免價金支付；交付後，出賣人履行債務不能時，買受人不得解除契約。標的物為不動產時，縱標的物在交付前標的物毀損滅失，若已移轉登記，買受人不得解除契約。無論如何，標的物毀損滅失係因瑕疵而生，買受人得解除契約。出賣人無免責事由時，應負債務不履行責任，買受人得選擇解除契約，免自己價金支付義務，並請求損害賠償，亦得不解除契約而請求替代給付之損害賠償。有免責事由時，若該當契約重大不履行，得解除契約，但不得以債務不履行而請求損害賠償²⁸。

2. 中間試案

²⁷ 松岡久和（等編），前揭註16，頁768-769。

²⁸ 民法（債權法）改正檢討委員會（編）（2010），《詳解・債權法改正の基本方針IV：各種の契約（1）》，頁111，商事法務。

中間試案認為縱採解除一元論，廢止危險負擔，標的物滅失危險從債務人移轉到債權人之時點，亦須有所規範。危險負擔廢止與危險移轉時間的規範，問題點不同。就有登記或登錄制度的不動產等，契約實務亦以交付為危險移轉時，但因危險移轉為任意規定，就危險移轉時期，得有不同的約定。交付後標的物毀損滅失，不得主張債務不履行損害賠償、契約解除、減少價金等權利，但標的物毀損滅失係因出賣人債務不履行（如標的物毀損滅失係因交付前保管義務之違反而起），出賣人負擔其危險。受領遲延，亦同²⁹。

（三）保留危險負擔制度下之危險移轉

在法制審議的最後階段，面對解除制度一元論的進逼，原本岌岌可危的危險負擔制度，自我調整，而得保有在一般契約法體系之一席之地。所謂危險負擔制度的自我調整，刪除以特定物之移轉或設定為內容（日本民法舊法第 534 條）之契約及附停止條件雙務契約危險負擔的規定（日本民法舊法第 535 條）、日本民法第 536 條第 1 項之法律效果從原本對待給付義務消滅轉變為拒絕履行抗辯權，固然為最大的賣點，有鑑於買賣標的物毀損滅失的危險負擔，無論理論上或實務上均最為重要，買賣增訂標的物毀損滅失危險移轉之規定（日本民法第 567 條），更值得吾人注目。

1. 標的物交付危險移轉

民法修正後，一方面保留債權編契約總則危險負擔制度，同時在買賣增訂買賣標的物毀損滅失之危險移轉。日本民法第 567 條第 1 項規定出賣人交付標的物之後，因不可歸責於雙方當事人之事由標的物毀損滅失，買受人不得以標的物毀損滅失為由，請求補正、減少價金、損害賠償或解除契約，不得拒絕支付價金。換言之，因標的物之交付危險移轉於買受人，自標的物交付時起，對待給付危險由買受人負擔。新法明文規定以交付時為危險移轉時點，所謂交付，學說認為與日本民法第 178 條動產對抗要件之交付相同，

²⁹ 商事法務（編）（2013），《民法（債權關係）の改正に関する中間試案の補足説明》，頁428-429，商事法務。

應包含占有改定。再者，日本民法第 567 條第 1 項雖規定不可歸責於雙方，但買受人有歸責事由時，結果相同。

在我國民法（第 373 條、第 374 條）及德國民法（第 446 條、第 447 條）所規定的買賣危險移轉均針對價金危險，且不限於標的物毀損滅失不利益的負擔，也包括利益的承受。日本民法第 567 條第 1 項包括給付危險及價金危險，且並未提及利益之承受，此為與我國及德國民法規定不同之處。在危險方面，我國民法第 373 條並未特別表明何種危險或何種情形而生者，德國民法第 446 條及日本民法第 567 條 1 項無不強調標的物之毀損或滅失，前者規定為 *die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung*，此 *zufälligen* 與德國民法不可歸責不同，指非因故意過失所致之標的物毀損滅失，日本民法雖曰「不可歸責於雙方當事人之事由」，但因日本民法歸責事由幾乎等同於故意過失，就此點而言，德國與日本民法規定類似。

日本民法第 567 條第 1 項適用於特定物買賣或種類物買賣標的物經特定之情形。買賣成立後不可歸責於雙方標的物毀損滅失，若不影響出賣人交付無瑕疵標的物之義務，給付危險由出賣人負擔。特定物買賣，標的物交付後滅失，出賣人無交付他物之義務，滅失之給付危險由買受人負擔。出賣人交付之標的物有毀損，買受人有補正請求權，得行使瑕疵相關權利，給付危險由出賣人負擔³⁰。

種類物買賣標的物特定後滅失，依日本民法修正前第 534 條第 2 項，危險由買受人負擔，買受人仍須支付價金，縱依通說以交付為危險移轉時點，標的物既已交付，結果相同³¹。依日本民法新法第 567 條第 1 項，標的物因交付而危險移轉，買受人不得拒絕支付價金。

2. 種類物特定前標的物滅失

³⁰ 松岡久和（等編），前揭註16，頁771。

³¹ 潮見佳男（等編）（2017），《Before/After民法改正》，頁374，弘文堂。

種類物買賣標的物特定前，出賣人擬交付之標的物滅失，在修正前，出賣人負有獲取義務，契約關係仍存續，但在限制種類之債，限定範圍之標的物全部滅失時，依通說，適用日本民法修正前第 536 條第 1 項，買受人價金義務消滅。在新法，標的物尚未特定前，出賣人仍負有標的物獲取義務，買受人得請求交付標的物，且不得拒絕支付價金。若為限制種類之債，限定範圍之標的物全部滅失時，出賣人免獲取義務，買受人依日本民法修正後第 542 條第 1 項第 1 號履行不能得解除契約之規定解除契約，並依第 536 條第 1 項得拒絕支付價金³²。

3. 種類物特定後交付前標的物毀損滅失

種類物之特定並不須交付買受人，特定可能發生在較交付更時的時點，種類物交付前若已特定，交付前非因故意過失標的物毀損滅失時，日本民法第 567 條第 1 項是否亦有其適用，相當有爭論。因該條除價金危險外，尚規定給付危險，若給付危險亦以交付為移轉時點，則種類物與特定物在給付危險方面，結果可能有不同。

不少學者認為日本民法第 567 條第 1 項並不排除交付以外的事由而危險移轉的可能，並無意改變種類物特定效果之規定（日本民法第 400 條）³³。從而：第一、因特定，給付危險移轉於買受人；第二、特定後交付前標的物滅失，出賣人不負獲取義務，交付義務給付不能，依日本民法第 412 條之 2，買受人不得請求補正（包括另交）；第三、交付前毀損，若有修補可能，買受人得請求補正；第四、若認為毀損出賣人責任重時，當事人有特定之合意時，應解釋為毀損之危險也移轉於買受人³⁴。標的物交付後滅失，不能請求

³² 潮見佳男（等編），前揭註31，頁374-375。

³³ 山本敬三（2016），〈契約責任法の改正：民法改正法案の概要とその趣旨〉，《法曹時報》，68卷5号，頁1260。

³⁴ 以上學者內田貴主張，參見，法制審議會民法（債權關係）部會（2014），《第97回會議議事録》，頁33-35，法務省。

另交，標的物毀損，不得請求修補，在不代替的特定物，也是如此。不特定物特定後，與特定物相同處理³⁵。

依上述看法，交付前標的物滅失，出賣人免交付義務，若僅為毀損，負補正義務，結果大有不同，未必得其平。在特定物債務，除受領遲延外，並無交付前危險即移轉於買受人的情形存在，為使種類物與特定物處理一致，學說認為應依日本民法第 567 條第 1 項反對解釋，縱特定，未交付，危險不移轉於買受人³⁶。從而，第一、給付危險之移轉須特定及交付；第二、特定後交付前標的物滅失，出賣人仍負獲取義務，買受人得主張補正(包括另交)；第三、交付前標的物毀損，若有修補可能，買受人得請求補正；第四、若認為標的物毀損滅失出賣人責任重，可得認為有占有改定時，因交付而危險移轉³⁷。

(四) 買賣受領遲延

受領遲延責任之性質，有否定受領義務之法定責任說及肯定債務不履行責任說之對立，受領遲延成立要件是否以債權人之歸責事由為要件，理解也對立。無論如何，買受人受領遲延中標的物因不可抗力毀損滅失之危險，由買受人負擔。然而，日本民法修正前第 413 條受領遲延僅規定「負遲延責任」，不涉及處理對待給付命運之危險負擔的問題。日本民法修正前第 536 條第 2 項雖然規定因可歸責於債權人，債務人得請求對待給付，依判例及通說，債務人依債務本旨為清償之提供，縱債權人無歸責事由，債權人拒絕受領，也發生受領遲延，然難謂此乃可歸責於債權人，受領遲延買受人之危險負擔，欠缺明確規定³⁸。

買受人拒絕受領無瑕疵之標的物，因不可歸責於雙方當事人之事由標的物毀損滅失，出賣人給付不能，因尚未交付，不適用日本民法第 567 條第 1

³⁵ 中田裕康，前揭註12，頁331。

³⁶ 潮見佳男(等編)，前揭註15，頁437。

³⁷ 山野目章夫(2016)，〈民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約の新しい規律の構想〉，《法曹時報》，68卷1号，頁17。

³⁸ 松岡久和(等編)，前揭註16，頁769。

項，從公平觀點，危險應移轉於買受人，因而在受領遲延時，有第 2 項之適用，不得拒絕支付價金³⁹。

出賣人提供無瑕疵之標的物，買受人受領遲延時，依日本民法修正後第 413 條第 1 項，出賣人僅負有與處理自己財產同一之注意義務，出賣人違反此義務，危險不移轉，買受人得請求補正，反之，出賣人若已盡注意，而因不可歸責於買受人之事由，標的物毀損滅失時，出賣人債務全部或一部不能，變為可歸責於買受人（日本民法修正後第 413 條之 2），買受人不得拒絕支付價金（日本民法修正後第 536 條第 2 項）。若受領遲延後非因故意過失標的物毀損滅失，被認為給付不能，縱無日本民法第 567 條第 2 項，亦能導出買受人負擔價金危險的結果。日本民法第 567 條第 2 項規範的意義，在於因受領遲延，給付危險移轉於買受人，即受領遲延，出賣人注意義務減輕，標的物毀損滅失時，縱為種類物買賣，出賣人亦無獲取他物而交付之義務⁴⁰。

受領遲延中因不可歸責於雙方給付不能，視為可歸責於債權人（日本民法修正後第 413 條之 2 第 2 項），債權人不得解除契約及拒絕履行（日本民法修正後第 536 條第 2 項、第 543 條），債權人負擔危險。以上規定限定在受領遲延中之給付不能。受領遲延中標的物毀損滅失，若有履行補正可能時，與給付不能情形相同，危險由買受人負擔，適用日本民法第 567 條第 1 項相同之法則⁴¹。

三、危險負擔一般規定

因不可歸責於買賣契約雙方當事人標的物毀損滅失，日本民法第 567 條第 1 項固然已有特別規定，但該條並非如日本民法修正前第 534 條規定契約成立時，危險即由買受人負擔，而係以交付為危險移轉時點，標的物交付前毀損滅失，雖因尚未交付，仍有標的物毀損滅失之不利益應如何分配的問

³⁹ 筒井健夫、村松秀樹（2018），《一問一答・民法（債權關係）改正》，頁287，商事法務。

⁴⁰ 松岡久和（等編），前揭註16，頁773。

⁴¹ 法制審議會民法（債權關係）部會（2014），《部會資料75A》，頁31，法務省；潮見佳男（等編），前揭註15，頁438。

題。此時，不應認為因不適用日本民法第 567 條，而危險均應由出賣人負擔。因買賣有危險移轉的特別規定，危險負擔一般原則僅適用於危險移轉前。買賣契約成立後，標的物交付前，在一定情形，買受人雖無法取得標的物，也可能仍須支付價金，此時所適用的任意規定，即為危險負擔法則。

日本民法修正前危險負擔被認為採債務人主義，係基於日本民法第 536 條之理解，但因有日本民法第 534 條特定物物權移轉及設定的特別規定，前者適用的案例不多。修正後，買賣改採國際間主流的以交付為危險移轉時點的原則，日本民法第 536 條繼續保有其作為危險負擔一般規定的地位。

（一）拒絕履行

1. 給付不能之不得請求履行

因不可歸責於雙方當事人之事由給付不能時，修正前，債權人無受領對待給付之權利，修正後，債權人得拒絕對待給付之履行。此修正一方面固然是解除一元論與併存論對抗後妥協的結果，他方面，也是呼應給付不能法律效果之修正。

傳統債務不履行三分構造下，給付不能為獨立的債務不履行態樣，依我國民法第 225 條第 1 項，債務人免給付義務，修正前日本民法雖無類似規定，傳統觀念認為給付不能，債務消滅⁴²。契約法現代化潮流下，給付不能之概念及功能已有重大改變，給付不能華麗變身為履行請求權之界限。德國 1900 年民法第 275 條規定不可歸責於債務人之給付不能，債務人免給付義務，2002 年債編修正後，無論可否歸責於債務人，給付不能均能使債務人免除給付義務（*Leistungsbefreiung*），但第 2 項及第 3 項規定之實際上不能及心理上不能，並非如第 1 項所規定之主觀及客觀不能，當然免除給付義務，而有待債務人行使拒絕履行之抗辯權，換言之，德國民法給付不能對履行請求權的影響，有當然消滅及經抗辯而消滅兩種模式⁴³。檢討委員會基本

⁴² 中田裕康，前揭註 22，頁 103。

⁴³ 關此，陳自強（2020），《契約違反與履行請求：契約法講義 III》，2 版，頁 201，元照。

方針建議增訂：「給付不能或其他無法合理期待債務人依債之本旨為給付者，債權人對債務人不得請求履行。」所謂不得請求履行，究竟是給付請求權當然被排除，或尚須經債務人行使抗辯權，提案要旨並未言明。中間試案建議就契約債權以「履行請求權之界限」取代給付不能之用語，建議規定：「金錢債權以外契約所生債權，有以下事由時，債權人不得對債務人請求履行：第一、履行為物理上不能；第二、履行所需費用較債權人因履行所得之利益顯著過大；第三、其他依各該契約之旨趣，請求債務人履行債務被認為不相當時。」有履行請求權界限事由時，除裁判上駁回履行請求之外，得行使替代履行之損害賠償，此外，履行請求權全部有界限事由時，無待催告，債務人得解除契約⁴⁴。

中間試案公布後，徵求之公眾意見有認為「履行請求權之界限事由」之用語，難以理解，「給付不能」因而再度復活。無論「給付不能」或有「履行請求權之界限事由」，債權人不得請求履行其債務，從檢討委員會基本方針到最後通過的現行條文（日本民法第 412 條之 2 第 1 項），未曾改變。所謂「不得請求履行」，債權並不消滅，債權若因契約而生，債權之消滅，有待解除契約⁴⁵。有學者認為日本民法修正後第 412 條之 2 第 1 項給付不能變更為抗辯事由，日本民法第 536 條第 1 項遂對應修正為債權人得拒絕對待給付⁴⁶，但其所謂抗辯，是否為實體法上抗辯權，或指權利消滅抗辯，不明。

2. 對待給付之拒絕履行權

依日本民法修正後第 536 條第 1 項，因不可歸責於雙方給付不能時，債權人得拒絕履行對待給付，學說均解釋為從舊法的對待給付消滅，變成為拒絕履行權之發生。債權人拒絕履行時，縱對待給付清償期屆至，亦不負遲延

⁴⁴ 商事法務（編），前揭註 29，頁 107-108。

⁴⁵ 中田裕康（2020），《債權總論》，4 版，頁 76，岩波書店；吉永一行（2019），〈ケースで考える債權法改正（第 1 回）特定物売買と危険負担をめぐって〉，《法學教室》，463 期，頁 73，認為給付不能債權人喪失履行請求權。

⁴⁶ 松岡久和（等編），前揭註 16，頁 618。

損害賠償責任⁴⁷。債務人訴請履行對待給付，債權人主張拒絕履行權時，原告請求被駁回，與同時履行抗辯權行使之效果不同⁴⁸。

修正後，危險負擔與解除之適用關係，簡言之：第一、只有債務人有歸責事由時：構成債務不履行（日本民法修正第 415 條），並發生解除權（日本民法修正第 542 條第 1 項第 1 號）；第二、雙方均無歸責事由時：構成危險負擔（日本民法修正第 536 條第 1 項）並發生解除權（日本民法修正第 542 條第 1 項第 1 號）；第三、只有債權人有歸責事由：構成危險負擔（日本民法修正第 536 條第 2 項），債權人不得解除契約（日本民法修正第 543 條）⁴⁹。

3. 僅債務人有歸責事由

如因可歸責於出賣人之事由標的物滅失，修正前，買受人得依日本民法第 543 條解除契約，修正後，得依日本民法第 542 條第 1 項第 1 號以給付不能解除契約，買受人若不解除契約，得否依日本民法第 536 條第 1 項，拒絕支付價金？

修正過程，解除一元論者曾舉出後述情形質疑併存論者，即若拒絕履行權以不可歸責於雙方為要件，債權人無歸責事由，而債務人有歸責事由時，債權人對債務人請求履行對待給付，雖然有同時履行抗辯權，但不能依日本民法第 536 條第 1 項提出拒絕履行抗辯，債權人須解除契約才能拒絕履行。但部會審議多數委員認為縱債務人有責，亦應承認債權人有履行拒絕權⁵⁰。

（二）不可歸責於債權人給付不能對待給付之返還

我國民法第 266 條除有相當於日本民法修正前第 536 條第 1 項之規定外，尚規定債權人已為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，

⁴⁷ 筒井健夫、村松秀樹，前揭註 39，頁 228。

⁴⁸ 中田裕康，前揭註 12，頁 165。

⁴⁹ 中田裕康，前揭註 12，頁 169。

⁵⁰ 森田修（2020），《「債權法改正」の文脈：新旧兩規定の架橋のために》，頁 494，有斐閣；同說，潮見佳男（等編），前揭註 31，頁 155。

請求返還。日本民法修正前後均無對待給付返還之明文。修正前，不可歸責於雙方當事人之給付不能，對待給付義務當然消滅，債權人已為對待給付之全部或一部履行時，得依目的消滅之不當得利請求返還⁵¹，修正後，對待給付不當然消滅，處理上不無困難之處。修正後，債權人雖不因不可歸責於債務人而不得解除契約，但債務不履行情節輕微，債權人無解除權時，須讓債權人得請求返還對待給付。拒絕履行抗辯權構造下的返還請求依據，有認為給付不能前，已為對待給付時，因有拒絕履行抗辯權之對待給付，債權人多得拒絕履行，不須承認債務人得保有給付，得評價為與債務不存在相同，得為不當得利之返還請求⁵²，也有學者主張擴張非債清償的認定，承認不當得利返還請求權⁵³。

（三）可歸責於債權人之給付不能

1. 解除一元論之對策

因可歸責於債權人事由致給付不能者，依日本民法修正前第 536 條第 2 項，債務人仍得請求對待給付，我國民法第 267 條亦有相同規定。基本方針第 3.1.1.86 條建議繼續維持現行法規定，但修正為契約重大不履行係因債權人義務違反所致，仍得請求對待給付，債務人因免契約履行而受有利益時，應返還於債權人。

債務人不履行債務若可歸責於債權人，依中間試案，除債權人不得解除契約外，債務人縱然因履行請求權之界限事由而免自己之給付義務，亦得請求對待給付，但債務人因免自己債務之履行受有利益時，應返還於債權人。

2. 債權人不得拒絕對待給付之履行

因可歸責於債權人而給付不能，有兩種規範模式：第一、賦予債務人損害賠償請求權，第二、因係不可歸責於債務人，當作價金風險問題，債權人

⁵¹ 谷口知平、五十嵐清（編），前揭註26，頁682。

⁵² 筒井健夫、村松秀樹，前揭註39，頁228。

⁵³ 中田裕康，前揭註12，頁166。

價金債務仍續存。立法當時雖認為第一種模式較為正確，但從法律保護契約履行觀點，模式二為佳，而採德國民法之構成。法律效果，新法雖從舊法「債務人不失受領對待給付之權利」變更為「不得拒絕對待給付之履行」，用語稍有不同，基本精神相同。修正前，給付不能解除契約以可歸責於債務人為要件，在日本民法第 536 條第 2 項適用情形，債權人不得解除契約，修正後，契約解除雖不以債務人有歸責事由為必要，但依日本民法第 543 條，因可歸責於債權人之事由而債務不履行，債權人不得解除契約，修正前後，債權人均無法免除對待給付義務。

債務人雖為履行之提出，債權人拒絕受領或不能受領，後因不可歸責於雙方之事由而給付不能時，依日本民法修正後第 413 條之 2 第 2 項，視為因可歸責於債權人之事由，債權人不得拒絕對待給付之履行（日本民法第 536 條第 2 項），危險因受領不能或拒絕受領（受領遲延）而移轉。準此，給付不能或受領不能，得否請求對待給付有所不同：在給付不能，只要不可歸責於債權人，債務人不得請求對待給付（日本民法第 536 條第 2 項、第 1 項）；於受領不能，縱然債權人無歸責事由，其後給付不能，債務人亦得請求對待給付（日本民法第 413 條之 2 第 2 項、第 536 條第 2 項）⁵⁴。

3. 利益之償還

債務人雖得請求對待給付，但因免自己給付獲得之利益，應償還債權人（日本民法第 536 條第 2 項後段），並未修正。如因可歸責於定作人之事由無法完成工作，承攬人得請求全部報酬，但應返還因免自己債務所得之利益⁵⁵。

四、買賣以外關於對待給付危險之特別規定

民法債編通則契約一般規定，本以買賣為首之一時性契約關係為主要適用對象，作為學說所謂雙務契約特別效力之危險負擔法則，亦無不然。事實

⁵⁴ 中田裕康，前揭註12，頁167。

⁵⁵ 最判昭52.2.22民集31卷1号79頁。

上，關於危險負擔之理論，主要以物之給付為內容之契約為討論對象⁵⁶，債務人無歸責事由而給付不能危險負擔法則適用於買賣以外其他契約族群是否妥適，不無疑問。危險負擔制度廢止論的實際意義，在於買賣及互易等財產權移轉契約。買賣等一時性契約與租賃、僱傭等繼續性契約，在對待給付義務之發生及消滅等方面，迥然有別，危險負擔法則是否得一體適用於所有的雙務契約，尚待勘究。

（一）無法使用租賃物

1. 一部無法用益

我國民法第 435 條：「租賃關係存續中，因不可歸責於承租人之事由，致租賃物之一部滅失者，承租人得按滅失之部分，請求減少租金。前項情形，承租人就其存餘部分不能達租賃之目的者，得終止契約。」與 1896 年日本民法第 611 條：「租賃物之一部，非因承租人之過失而滅失時，得按其滅失部分比例，請求減少租金。前項情形，存餘部分不能達承租人之租賃目的時，承租人得解除契約。」實質內容幾乎完全相同。日本民法修正前，一部滅失以外的情形，承租人無法為租賃物之使用時，學說有主張應類推日本民法第 611 條或適用危險負擔法理（日本民法修正前第 536 條第 1 項），但依危險負擔法理，租賃物一部不能使用，租金應無待請求當然一部消滅，問題仍有待解決⁵⁷。

日本民法修正前第 611 條規定之租金減少，學說多認為並非危險負擔法理之運用，縱因可歸責於出租人之事由，租賃物不能使用，讓出租人就無法使用的部分，負債務不履行損害賠償責任，承租人之租金債務續存，並不切合實際⁵⁸。縱然廢止危險負擔制度，也不應該透過契約解除解決租金一部消滅的問題。租金乃讓承租人處於使用收益可能狀態之對價，逐日發生，租

⁵⁶ 小野秀誠（1995），《危險負擔の研究：双務契約と危険負担》，頁120，日本評論社。

⁵⁷ 松岡久和（等編），前揭註16，頁840。

⁵⁸ 松岡久和（等編），前揭註16，頁621。

賃物一部滅失，租金當然減少，無待請求，且不限於滅失。日本民法修正後第 611 條規定租金減少，並不以一部滅失為限，且無待請求，租金按無法使用收益之比例當然減少。因可歸責於承租人之事由，租賃物無法使用收益者，契約存續，租金不減，固不待言。

在租賃契約解除，修正前以租賃物非因承租人過失一部滅失為要件，修正後，無論承租人是否有歸責事由、是否為一部滅失，只要存餘部分不能達租賃目的，承租人得解除契約⁵⁹。

2. 全部無法使用

租賃物全部滅失或因其他原因無法使用收益租賃物之全部時，日本民法修正後第 616 條之 2 明文規定租賃終了。此為最高法院判例法理之明文化⁶⁰。租賃關係雖以租賃物之使用及租金之交付為必要之點，租賃物全部滅失，承租人無法使用，因而無須支付租金，固符合租賃契約本旨，但租賃關係仍可能發生其他從給付義務或保護義務，租賃關係當然消滅，若也使主給付義務以外其他義務消滅，是否過當，尚待斟酌。

（二）服勞務不能

勞務給付契約之報酬係因勞務之提供而生，與租賃契約同屬典型的繼續性契約關係。學者森田宏樹將報酬請求權區別為抽象的基本債權及具體的報酬請求權，前者，因契約成立同時而生，而具有保持力的具體的報酬請求權，係因勞務提供而生；無勞務，無報酬。基於勞務給付契約之本質，勞務提供不能時，具體報酬請求權確定不發生，雙務契約之牽連關係因而得以確保⁶¹。此與一時性契約典型之買賣，一方給付義務因不可歸責於債務人而消滅，基於雙務契約存續上牽連，他方對待給付義務消滅之危險負擔法理，截然不同。

⁵⁹ 筒井健夫、村松秀樹，前揭註39，頁323。

⁶⁰ 最判昭32.12.3民集11卷13号2018頁；最判昭36.12.21民集15卷12号3243頁等。

⁶¹ 森田宏樹（2013），《債權法改正を深める：民法の基礎理論の深化のために》，頁74-75，有斐閣。

1. 已服勞務之報酬

他方面，無條件適用該原則，時有不平。我國民法第 487 條即規定：「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。」他方面，受僱人不能提供勞務，並無特別規定。1896 年日本民法，二者皆無。依勞務給付契約報酬請求權發生之基本原則，無勞務給付，不論不提供勞務之原因為何，勞務給付者不得請求報酬，並無日本民法舊法第 536 條第 1 項適用的問題。

因不可歸責於勞務受領人（債權人）之事由中途無法提供勞務，報酬請求權有特別規定（日本民法修正後第 624 條之 2 第 1 號、第 634 條第 1 號、第 648 條 3 項第 1 號）。日本民法修正後第 624 條之 2 增訂：「有下列情形，勞動者得請求履行部分之報酬：一、不可歸責於使用者之事由無法從事勞動時；二、履行中途僱傭終止時。」第一款，包括因不可歸責於雙方及因可歸責於受僱人兩者，因可歸責於僱用人，屬於無法從事勞動報酬請求權的問題。第二款，指履行途中終了，如僱傭終止、受僱人死亡⁶²。

2. 無法從事勞動可歸責於僱用人

不能從事勞動可歸責於僱用人時，受僱人得否請求報酬，不無疑問。修法過程，曾有提案另設獨立報酬請求權之規定，最後，決定不設特別規定，繼續適用日本民法修正前第 536 條第 2 項相同原則。依該條項，受僱人不失報酬請求權，受僱人因免勞動從事義務獲得利益時，應償還僱用人（日本民法第 536 條第 2 項）⁶³。

（三）承攬工作不能完成

1. 不可歸責於定作人

⁶² 中田裕康，前揭註 12，頁 493。

⁶³ 中田裕康，前揭註 12，頁 593。

依日本民法修正後第 633 條，因不可歸責於定作人之事由無法完成工作，或工作完成前承攬被解除，承攬人已完成之工作結果中，因可分的一部分給付定作人受有利益時，該部分視為工作完成，此時，承攬人得按定作人受利益之比例請求報酬。

2. 可歸責於定作人

因可歸責於定作人事由無法完成工作時，定作人不得拒絕支付報酬⁶⁴。如因可歸責於定作人之事由工作無法完成，承攬人得請求全部報酬，但應償還自己債務免除而獲得之利益。應返還之利益，如履行費用相當利益，即履行債務本應負擔之費用，因免債務而不必支出之部分⁶⁵。

（四）委任事務無法完成

不可歸責於委任人不能履行委任事務者，委任人得按已履行部分請求報酬（日本民法第 648 條第 3 項第 1 款），可歸責於受任人，亦得請求報酬，受任人負債務不履行責任。於成果報酬型委任，因不可歸責於委任人之事由無法得到成果時，因處理委任事務之結果中，因給付可分，受任人受有利益時，就該部分視為已有成果，委任人得按所受利益之比例請求報酬（日本民法第 648 條之 2 第 2 項、第 634 條第 1 款）。履行中途委任終了，包括委任終止及發生委任消滅事由，亦同。因可歸責於委任人無法履行委任事務時，在成果報酬型委任，不能得到成果時，委任人不得拒絕支付報酬（日本民法第 536 條第 2 項前段）⁶⁶。

參、我國危險負擔一般規定之去留

日本民法修正後，第 536 條第 1 項從舊法債權人無受領對待給付權利，修正為債權人得拒絕對待給付之履行，讓人耳目一新，堪稱最大賣點，可供

⁶⁴ 中田裕康，前揭註 12，頁 515。

⁶⁵ 中田裕康，前揭註 12，頁 168。

⁶⁶ 中田裕康，前揭註 12，頁 532-533。

我國債編修正之參考，固不待言。其廢止第 534 條及第 535 條，增訂以交付為買賣危險移轉時點之規定，反而更接近德國及我國民法，從法律修正的最後結果來看，可供借鏡之處，並不如想像之多。雖然如此，日本修正過程出現的諸多觀點與議論，對我國債編危險負擔法則的形成，仍有許多參考價值。

一、危險負擔制度

日本民法制定後，即使並未繼受德國民法，德國學說常對日本學說產生關鍵的影響，縱然在法律規定有相當差異的危險負擔制度，日本學說也不避諱參考德國。日本學說試圖限制舊法第 534 條債權人負擔主義，應受到德國學說之影響，我國學說參考被德國學說滲透的日本學說，展開危險負擔理論，因此不見格格不入之處。

（一）危險負擔概念

我國債總教科書在雙務契約之效力咸有關於危險負擔之論述，如日本傳統觀念，一般認為危險負擔係基於雙務契約存續上牽連性所設之規定⁶⁷，涉及雙務契約一方當事人之債務因不可歸責於自己之事由致給付不能，他方所負之債務是否受影響的問題⁶⁸。若認為危險負擔係規範雙務契約之一方，無歸責事由而給付不能時之制度，則給付不能及歸責事由之概念決定危險負擔法則之適用範圍。我國學者並認為危險負擔之不可歸責於債務人又有不可歸責於雙方及可歸責於債權人兩種情形。不可歸責於雙方致給付不能的情形，劉春堂稱為狹義的危險負擔，狹義的危險負擔及可歸責於債權人之給付不能，則為廣義的危險負擔⁶⁹。

依傳統的理解，危險負擔為不可歸責於債務人給付不能對價危險，可歸責於債務人之給付不能屬債務不履行問題，具體個案是否適用危險負擔法

⁶⁷ 孫森焱，前揭註6，頁797；劉春堂（2011），《民法債編通則（一）：契約法總論》，增訂版，頁425，自刊。

⁶⁸ 孫森焱，前揭註6，頁811。

⁶⁹ 劉春堂，前揭註67，頁439。

則，繫於給付不能之債務人歸責事由之判斷。然因危險負擔法則在解決給付不能對待給付危險的問題，對待給付危險由債務人負擔與否，均為危險負擔法則適用的結果，自始將可歸責於債務人之給付不能排除在危險負擔法則之外，使危險負擔法則無法操作。日本發表關於危險負擔論文最多的小野秀誠即認為危險負擔乃雙務契約所生之一方給付不能時，決定對待給付命運之制度⁷⁰，孫森焱提到：「可見危險負擔係雙務契約之一方當事人所負債務，因給付不能而免給付義務時，決定應由自己或他方當事人負擔其危險之制度。」或許基於相同的認知⁷¹。王千維認為：「當事人可歸責與否，並非構成價金危險負擔問題發生之前提要件，僅係作為在個案中決定價金危險歸何方當事人負擔的判斷因素之一。」似乎也是君子所見略同，然其進而主張：「民法第 266 條規定之適用，自不以不可歸責於雙方當事人之事由致一方給付不能之情形為限。相反地，重點乃在於在個案中，債務人因其陷於給付不能而被免除原始給付義務之餘，有無成立任何之次給付義務。⁷²」其所謂次給付義務若為代償請求或損害賠償請求，此二者並非基於我國民法第 266 條而生，並非我國民法第 266 條之規範重點。

（二）危險負擔特別規定？

危險負擔除我國民法第 266 條、第 267 條危險負擔一般規定外，學說有認為我國民法第 373 條、第 374 條、第 487 條、第 508 條為危險負擔之特別規定，應優先適用⁷³。然而，詳細檢視上開規定，並不符合學說對危險負擔之定義。先論買賣危險移轉。

⁷⁰ 小野秀誠（1996），《反对給付論の展開》，頁446，信山社；山本敬三（2005），《民法講義IV-1：契約》，頁121，有斐閣，認為危險負擔乃雙務契約一方債務因給付不能而消滅時，他方債務是否消滅的問題。

⁷¹ 孫森焱，前揭註6，頁812。

⁷² 王千維（2021），《租賃物之瑕疵及其法律效果》，頁53，新學林；同旨，王千維（2016），《種類之債與給付不能》，頁44，新學林。

⁷³ 劉春堂，前揭註67，頁441；參見，最高法院77年度台上字第1109號民事判決。

買賣契約成立後標的物毀損滅失時，買受人是否一如買賣契約未成立之狀態，無價金支付義務，就出賣人無法請求價金的意義上，由出賣人負擔危險，抑或在一定要件下，如同出賣人已交付標的物，仍須支付價金，危險移轉於買受人，各國無不有詳簡不一的規定。買賣危險移轉時點，我國民法第373條以交付為危險移轉時點，其他國家，有單純以契約成立為危險移轉時點者，亦有危險緊隨所有權而移轉者，不一而足，但鮮少建立在給付不能之要件上。日本民法第567條對危險移轉的要件雖較我國民法更詳細，但也僅曰「標的物毀損滅失」，而非給付不能。抑有進者，買賣危險移轉，除買賣標的物危險負擔外，尚規定利益承受，危險負擔法則若係規範債務人無歸責事由給付不能之對待給付危險之制度，因買賣危險移轉規定之適用並不以給付不能為限，前舉條文是否真正屬於危險負擔法則之特別規定，不無疑義⁷⁴。

除買賣危險移轉規定外，其他被認為屬於危險負擔規定之債各規定，亦有類似情形：我國民法第487條係規定僱用人受領勞務遲延；第508條規定承攬工作物毀損滅失之危險，若必欲將上述債各規定納入危險負擔法則範疇，唯有放棄債總給付不能為核心的危險負擔觀念，將重心置於對待給付危險本身，歸責事由之判斷列為危險負擔法則之範疇，或許更恰當。

對我國法律人而言，債總危險負擔一般規定及債各廣義危險負擔特別規定，均為先驗性存在，少有質疑規範的必要性者。但是，從歷史發展來看，並非先有債總危險負擔之一般規定，立法者因應買賣之特殊性，才設有危險負擔之特別規定。事實上，處理買賣危險負擔及利益承受之制度，羅馬法以來即有之⁷⁵，建立在雙務契約牽連關係上的危險負擔一般制度，卻要等到給

⁷⁴ 劉春堂（2003），《民法債編各論（上）》，頁105，自刊。認為買賣之危險負擔指不可歸責於雙方當事人之事由，致出賣人給付不能。

⁷⁵ 小野秀誠，前揭註56，頁24：「羅馬法危險負擔指買賣危險負擔，並不包含其他領域。」

付不能及雙務契約牽連關係理論成熟後才登上歷史舞台⁷⁶，日本及我國民法有危險負擔一般規定乃繼受德國民法之結果⁷⁷。

（三）最廣義危險負擔制度之構成

我國民法給付不能之規定（第 225 條、第 226 條），基本上師法 1900 年德國民法第 275 條第 1 項、第 280 條，債總危險負擔一般規定（第 266 條、第 267 條），兼採 1900 年德國民法及 1896 年日本民法之精華，第 266 條全部給付不能，債權人免對待給付義務之規定，德國（第 323 條第 1 項）與日本民法（第 536 條第 1 項）均有之，一部不能應按比例減少對待給付及已為對待給付得依不當得利請求返還之規定，則仿自德國 1900 年民法第 323 條第 1 項後段、第 3 項，日本民法則付之闕如，但我國民法並無德國民法按買賣減少價金之標準處理比例減少之規定。我國、德國與日本雖均有可歸責於債權人之給付不能，債權人得請求對待給付之規定，但我國與日本民法均未有德國 1900 年民法第 324 條第 2 項受領遲延中給付不能之規定。我國與德國及日本在危險負擔一般規定方面，細節雖不完全相同，但可斷言者，日本及我國均以德國民法為師。

他方面，1896 年日本民法雖在第 536 條採債務人負擔主義，但買賣無危險移轉的規定，第 534 條採債權人負擔主義，與我國民法大相逕庭，我國學者所謂的危險負擔特別規定，如承攬危險負擔、勞務受領遲延等規定，均為 1896 年日本民法所無。我國民法在所謂危險負擔特別規定上，與日本民法分道揚鑣，而擁抱德國民法：在買賣，繼受德國民法第 446 條及第 447 條明文規定以交付危險移轉時點（我國民法第 373 條及第 374 條）；承攬，則以受領或工作完成為危險移轉時點（我國民法第 508 條）。

⁷⁶ 1794 年普魯士一般邦法（Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten），給付不能成為給付障礙之核心，規定因事變或不可抗力無法履行時，契約視為解消，已為之給付應返還，首次將因事變責任免除規定為獨立的契約解消事由，參見，Schermaier, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 2, 2007, § 326 Rn. 9.

⁷⁷ 日本民法之繼受，參見平井宜雄，前揭註 11，頁 293。

以上與對待給付危險有關之制度，若稱為最廣義危險負擔制度，則我國最廣義危險負擔之法律繼受，與日本民法僅在債總危險負擔一般規定接近，而後者在 1896 年民法並無所謂債各特別規定，則以日本危險負擔概念全盤掌握我國危險負擔制度，恐剪不清理還亂。危險負擔法則若最廣義的理解為規範一方不須為原定給付義務之履行時，他方是否仍須支付對價的問題，依危險分配指導思想或原理之不同，可大別為以下四大部分：

1. 貫徹雙務契約存續上牽連之規定

我國民法第 266 條、德國 1900 年民法第 323 條、日本 1896 年民法第 536 條第 1 項，乃貫徹雙務契約存續上牽連之規定，亦為我國學者所謂的狹義危險負擔的規定。

2. 債總危險移轉之規定

依我國民法第 267 條，給付不能之債權人仍須為對待給付，此情形已超出雙務契約給付義務消滅，對待給付義務亦消滅意義下的牽連關係之射程範圍，且本來債務人須負擔給付不能之危險，因給付不能可歸責於債權人，危險由債權人負擔，發生危險移轉。可歸責於債權人給付不能之危險移轉規定之正當性，德國學者有求諸於矛盾行為禁止原則等一般法律思想，但亦有主張此仍為雙務契約牽連關係的體現，即因可歸責於自己之事由，使債務人給付不能，雖使給付義務消滅，但自己因履行對待給付的財產狀況，並不受影響，因此，有損益相抵法則之適用⁷⁸。正當性爭議顯示雙務契約牽連性未必當然能導出我國民法第 267 條危險由債權人負擔的法律效果，惟受領遲延危險移轉，為自羅馬法以來歐陸法傳統，該規定不過是此傳統的延續⁷⁹。

3. 債各買賣及承攬危險移轉之規定

⁷⁸ Ernst, in: MüKoBGB, Bd. 3, 8. Aufl., 2019, § 326 Rn. 45.

⁷⁹ Thomas Rüfner (2018), *Chapter 18: Sale of Goods*, in COMMENTARIES ON EUROPEAN CONTRACT LAWS 1961, 2051 (Nils Jansen & Reinhard Zimmermann eds., 2018).

買賣以交付為危險移轉時點，並非基於雙務契約牽連關係法理，而是以何人管領支配標的物分配危險⁸⁰，承攬危險移轉之規定，亦復如是。一般買賣為典型一時性契約關係，承攬雖為工作之完成與報酬之交換，基本上，工作完成方得請求報酬（我國民法第 490 條第 1 項），一般認為仍屬於一時性契約關係⁸¹，但承攬之工作多非一蹴可幾，在工程契約，甚至曠日廢時，契約之法定解消權，雖多為解除權（我國民法第 494 條、第 502 條、第 503 條、第 506 條、第 507 條），但承攬人與定作人間存在著與繼續性契約關係相同之利益衝突⁸²，我國民法第 511 條遂賦予定作人工作未完成前隨時終止契約之權利。承攬是否屬於一時性契約，固然不無討論空間，但工作未能依約定交付定作人受領，也有類似買賣標的物毀損滅失，定作人是否仍須支付報酬的問題，此即我國民法第 508 條規定所由設也。

4. 債各繼續性契約關係危險負擔之規定

僱傭與承攬雖然同屬於勞務給付契約，但前者為典型的繼續性契約關係，僱傭契約是否有危險負擔一般規定之適用，尚待推敲。民法第 487 條若如我國學者所言，也屬於危險負擔規定，則與民法第 267 條之適用關係如何，有待詳論。租賃也屬於典型繼續性契約關係，租賃物因不可歸責於承租人之事由而一部滅失之規定（我國民法第 435 條）是否屬於危險負擔之規定，亦有論究之必要。

以上四個情形，也只有在所謂狹義危險負擔 1. 發生債權人免對待給付義務之效果，在 2.、3. 及我國民法第 487 條規定之情形，債權人均仍不免對待給付義務。危險負擔法則運用的結果，在第一個情形，對待給付義務依法當然消滅，無待任何之意思表示，此為與行使解除權發生免責效最關鍵的不同。

危險負擔法則若廣義地理解為規範一方不須為原定給付義務之履行，他方是否仍須支付對價的問題，則除我國民法第 266 條及第 267 條債總危險負擔一般規定（狹義的危險負擔）外，買賣危險移轉（第 373 條及第 374

⁸⁰ 黃立（主編）（2004），《民法債編各論（上）》，頁150，元照。

⁸¹ Busche, in: MüKoBGB, Bd. 6, 8. Aufl., 2020, § 648a Rn. 1.

⁸² Busche, (Fn. 81), § 648a Rn. 14.

條)、第 487 條僱用人受領遲延、第 508 條工作物毀損滅失之危險負擔等規定，也屬於危險負擔法則。上述規定雖均以雙務契約為規範對象，但除我國民法第 266 條第 1 項可謂基於給付義務消滅，對待給付義務亦消滅的存續上牽連關係外，其餘規定均各有法律政策上的考量，危險分配基準亦有不同。立法論上，上述規定是否均有修正的必要，日本債編修正議論對我國債編修正不無啟發之處。

二、德國與日本危險負擔廢止論

以上雖對日本民法修正前後之規定有簡要的說明，但並未對危險負擔廢止論之議論有詳細的介紹。我國債編修正是否應維持危險負擔制度，或由契約解除處理對待給付義務？若欲維持，在給付不能也有大幅修正的可能時，危險負擔一般規定是否應順勢調整等等問題，亟待解決。

如前所述，日本民法危險負擔修正議論過程，最引起矚目的，非危險負擔廢止論莫屬，但該廢止論僅針對廣義的危險負擔制度的第一個區塊（上述一、（三）、1.），甚至建議增訂買賣危險移轉，保留可歸責於債權人之給付不能的規定。事實上，此意義下的廢止論也曾出現在德國民法施行後的立法論上。若我國關於危險負擔之傳統見解及其主要參考來源的日本學說，均受德國之影響，則一窺德國民法危險負擔一般規定及其發展，其存在是否也同樣受到質疑？2002 年債法現代法如何面對？最後修正結果如何？理由何在？對我國如火如荼進行的債編修正應有相當大的啟發⁸³。

（一）解約歸責事由不必要

1. 德國債法現代化

給付不能契約解除以可歸責於債務人為要件，1900 年德國民法第 325 條第 1 項第 1 句有明文，然給付遲延契約解除卻未有相同之明示，但因修正前第 285 條：「債務人因不可歸責於己之事由而未為給付者，不負遲延責任

⁸³ 關於德國民法制定前學說發展及制定時的議論，個人已另文說明。

(kommt nicht in Verzug)。」學說咸認為可歸責為遲延之要件，並以修正前第 326 條之解除權為遲延之法律效果⁸⁴，從而，給付遲延契約之解除亦以可歸責為要件，在修正前並無爭議。

2002 年債法現代化對債務不履行契約解除一般規定，進行大刀闊斧之修正⁸⁵：首先，原本以給付遲延為規範對象的規定（修正前第 326 條），改弦易轍為對債務人不於清償期或不依契約本旨履行的救濟，故即使債編修正後仍然維持債務人不可歸責為給付遲延責任之免責事由（第 286 條第 4 項）之原則，契約解除並不以可歸責為要件；其次，給付不能以可歸責於債務人為解除權發生之規定（舊法第 325 條），修正為債務人依第 275 條第 1 到第 3 項不須給付時，債權人即得解除契約（新法第 326 條第 5 項），而修正後給付不能免給付義務不再以不可歸責為要件，給付不能之契約解除，亦不以可歸責為要件；第三、第 324 條明文確認修正前由學說判例形成之積極侵害債權之契約解除事由，而規定：「雙務契約債務人違背第 241 條第 2 項之義務，無法期待債權人繼續維持契約時，得解除契約。」

2. 日本債編修正

日本 1896 年民法契約解除之一般規定在債權編第 2 章「契約」、第 1 節「總則」第 3 款「契約之解除」中。關於解除要件之規定有三，分別為第 541 條履行遲延之解除權：「當事人一方不履行債務時，他方當事人定相當期限催告其履行，於期限內不履行時，他方得解除契約。」第 542 條定期行為履行遲延之解除：「依契約之性質或當事人之意思表示，非於特定時日或一定期間內不履行，不能達契約目的時，於其期間經過當事人一方不履行者，他方當事人不待前條之催告，即得解除契約。」及第 543 條給付不能之解除權：「履行全部或一部不能時，債權人得解除契約。但其債務不履行係不可歸責於債務人之事由所致者，不在此限。⁸⁶」

⁸⁴ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, S. 347-355.

⁸⁵ Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, Einführung XVII.

⁸⁶ 松岡久和(2006)，〈履行障害を理由とする解除と危険負担〉，《ジュリスト》，1318期，頁138-139。

上述三個債務不履行解除契約之要件規定中，唯有給付不能明定以歸責事由為要件，其他情形是否以歸責事由為要件，文義不明。雖然早在民法施行後不久，石板音四郎、末広嚴太郎在 1916 年左右即主張日本民法第 541 條遲延契約之解除不以歸責事由為必要⁸⁷，但由我妻榮所確立的傳統通說見解，主張解除乃債務不履行責任之一環，債務人無歸責事由時，不應承認契約解除，故日本民法修正前第 541 條履行遲延之契約解除，應與債務不履行損害賠償責任之發生要件相同，以可歸責於債務人為必要，但由債務人負舉證責任，歸責事由之意義也應解為與損害賠償責任發生要件相同⁸⁸。

日本債編修正後，民法契約解除並非對有歸責事由之債務人之制裁，而為讓繼續維持契約無意義的債權人擺脫契約之制度，其效果為履行義務之消滅及回復原狀。修正前，契約解除要件之規定，區別債務不履行態樣，修正後，區別為催告解除及非催告解除。當事人之一方不履行債務時，原則上，他方應定期催告，催告期間經過仍不履行，方得解除契約，但依契約及交易上社會觀念，債務不履行為輕微時，仍不得解除契約（日本民法第 542 條）。日本民法第 543 條第 1 項規定無催告解除契約的情形：第一、債務履行全部不能；第二、債務人明確表明拒絕債務全部之履行；第三、債務一部給付不能或債務人明確表明拒絕債務一部之履行時，其他部分之給付不能達契約之目的；第四、依契約之性質或當事人意思表示，未在特定時日或一定期間內為履行，不能達契約之目的；第五、除上述四種情形外，債務人不履行債務，債權人縱為催告，亦無法期待債務人為足以達成契約目的之債務履行。債務不履行若可歸責於債權人時，不得解除契約（日本民法第 543 條），債權人不得以解除契約免除其對待給付義務。此外，出賣人交付之標的物不適合契約之內容時（有瑕疵），依日本民法第 564 條之規定，買受人亦得依催告解除或非催告解除之規定解除契約。

⁸⁷ 關於日本民法解除要件學說之發展及戰前之少數說，渡辺達德（1999），〈履行遲滯解除の要件再構成に関する一考察〉，《法學新報》，105卷8・9號，頁11-26。

⁸⁸ 我妻榮，前揭註13，頁156。

綜上，契約解除採取歸責事由不必要說，日本民法第 543 條第 1 項第 5 款更表明契約解除最根本的原因在於契約目的無法達成。縱使債務人不履行債務有免責事由，並不排除契約解除之可能，但因債務人有免責事由，不負賠償責任⁸⁹。

（二）德國危險負擔廢止論

德國及日本均已不再以可歸責於債務人為法定契約解除之要件，而指向重大違約或契約目的不能達成。債務不履行若不可歸責於債務人，債權人亦得解除契約，而使自己免對待給付義務，則與以對待給付義務免除為首要效果的危險負擔，功能重疊，如後所述，此為日本危險負擔廢止論最重要的理由。德國民法施行後，債法修正議論也出現兩次的危險負擔廢止論，惟起心動念在給付不能之地位。

1. Stoll 給付障礙法之理論

德國學者 Heinrich Stoll 在 1934 年提交當時的「德國人法、團體法及債法委員會」（Ausschus für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht）名為「給付障礙法理論」（Die Lehre von den Leistungsstörungen）之研究報告，企圖消除給付不能在債務不履行之核心地位，主張經濟上不能（wirtschaftliche Unmöglichkeit）無期待可能性（Unzumutbarkeit），應在犧牲界限（Opfergrenze）觀點下處理，與給付不能相區別。再者，給付不能有責任原因（Haftungsgrund）之給付不能與免除原因（Befreiungsgrund）之給付不能的不同，給付不能不再為責任原因，唯有可歸責之不履行（Nichterfüllung）為責任發生之原因。債務人不提出或提出不合契約本旨之給付，即須負責，與不履行是基於給付不能、遲延或積極侵害債權無關。作為原定給付請求權免除事由，Stoll 認為給付不能仍有存在

⁸⁹ 潮見佳男（等編），前揭註 15，頁 170。

必要，損害賠償則仍應依過失原則，建立在給付不能基礎上的危險負擔制度因而無所附麗⁹⁰。

Stoll 的建議雖受到當時參與修正學者的批判⁹¹，戰前修法因戰敗無疾而終，但 Stoll 的許多給付障礙觀念與 2001 年債法現代化修正方向，不謀而合，如其以可歸責之不履行為責任發生原因，與以義務違反可歸責為損害賠償要件的德國現行法，僅在「不履行」與「義務違反」之差而已。給付不能作為原定給付請求權免除事由，與德國民法第 275 條給付不能僅免除原定給付義務，所差無幾。

2. 德國債法委員會

德國戰後債法修正發軔於 1979 年聯邦司法部委託的債法修正鑑定書。學者 Huber 在 1981 年提交聯邦司法部的債法修正鑑定書中主張給付不能不須繼續保有其在給付障礙中的獨立地位，建議以更上位的概念取代給付不能，廢止危險負擔制度⁹²。1992 年德國債法委員會 (Schuldrechtskommission) 之終結報告建議以義務違反作為所有給付障礙的上位概念，捨棄給付不能在給付障礙法作為責任免除的核心地位，原定給付請求權之界限不再是給付不能，而是債之關係本身。雙務契約因不可歸責於債務人給付不能危險負擔之規定，改頭換面為因義務違反契約解除之一般規定。

2000 年 8 月德國聯邦司法部為轉化 1999 年歐盟消費商品買賣指令而公布的「債法現代化法討論稿」(Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)，採納債法委員會之建議，給付義務之界限不再是給付不能，相當於我國民法第 225 條之規定，建議修正為債務人

⁹⁰ Sessler, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1994, S. 135.

⁹¹ 如 Larenz 於 1940 年在損害賠償法委員會以「給付障礙法修正」為題之報告，對 Stoll 之建議提出批判，參見 Sessler, (Fn. 90), S. 156-160.

⁹² Huber, Leistungsstörungen: Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 647, 771.

若無法盡其按債之關係之內容及性質所應為之努力時，得拒絕給付；對待給付義務之消滅繫於契約解除權之行使；不可歸責於雙方當事人給付不能對待給付義務消滅之規定，不復可見⁹³。

3. 德國 2001 年債法現代化

討論稿關於給付義務界限之建議受到猛烈批判。2001 年德國債法現代化法接受多數學者的看法，區隔給付不能與歸責事由，讓給付不能繼續保有作為原定（首要）給付義務界限之功能，他方面，給付不能作為德國民法第 283 條損害賠償義務的基礎，則退居次要地位⁹⁴。舊法，僅限於可歸責於債務人之給付不能免給付義務，新法，主觀與客觀不能（物理上及法律上不能）同視，且自始與嗣後不能均可能使債務人免給付義務，且不問是否可歸責（德國民法第 275 條第 1 項）。反之，給付雖非絕對不能，但所需作為超出一般人之理性範圍，如出售在海上運送之某部機器，船沉大海，將船撈出技術上雖可行，但費用甚高，一般有理性之人不會有此念頭（實際上不能），及經濟以外之原因無法期待債務人提出給付，如演員之子病危，固然仍能登台演出，但已無期待可能（心理上不能），給付請求權並非當然被排除，債務人僅得拒絕給付，發生拒絕履行抗辯權（同條第 2、第 3 項）⁹⁵。

債務人若依德國民法第 275 條不須為給付，無論是給付義務當然被排除或債務人拒絕給付，原則上，對待給付義務消滅（德國民法第 326 條第 1 項第 1 句）。給付不能使對待給付義務消滅，看似為危險負擔制度之明文規定，實則不然。蓋給付不能縱可歸責於債務人，債務人亦免給付義務或得拒絕給付（德國民法第 275 條），與我國傳統所理解的危險負擔須以不可歸責於債務人之給付不能為限，大相逕庭。依德國民法第 326 條第 5 項之規定，債務人若因給付不能之規定無須為給付，債權人得準用第 323 條之規定解除契約，此解除權有別於我國民法第 256 條之規定，不以可歸責於債務人為

⁹³ Canaris, (Fn. 85), S. 216.

⁹⁴ Canaris, (Fn. 85), S. XI.

⁹⁵ Musielak, Grundkurs BGB, 10. Aufl., 2007, Rn. 396.

必要⁹⁶。因不可歸責於債務人之給付不能，德國民法不僅有對待給付義務當然消滅之規定，亦得行使解除權，就此點而言，危險負擔與契約解除併存。契約若除給付及對待給付義務外尚有其他義務，或債權人欲避免關於是否發生給付不能之爭執，抑或債權人無法知道債務人不給付之真正原因等場合，解除契約均有其實益。若全部給付不能已確定，有鑑於給付及對待給付義務均消滅，契約解除失其作用。

依德國民法第 326 條第 1 項第 1 句規定，債務人若依第 275 條不須為給付，縱給付不能可歸責於債務人，對待給付義務亦消滅，對此，不乏質疑規範正當性之聲音。事實上，債權人之對待給付亦為物之給付之情形時，學說早就一致認為債權人得主張對債務人為對待給付，而請求全部之損害賠償，債權人在決定是否為對待給付前，法律關係處於未定狀態⁹⁷。學者 Ernst 進而主張給付不能若可歸責於債務人，應目的性限縮給付不能對待給付當然消滅規定之適用，對待給付義務是否免除，債權人應透過解除之表示自己決定⁹⁸。蓋德國民法第 285 條第 2 項規定，債權人請求替代給付損害賠償時，須扣除代償利益，與德國民法第 326 條第 3 項，給付之價值若低於代償利益時，應依買賣瑕疵減價規定比例減少對待給付，無法協調。債務人因給付不能而有代償利益時，債權人同時請求代償利益及損害賠償時，此二請求權關係如何，損害如何計算，不無疑問。解套方式，唯有不適用對待給付義務當然免除之規定，債權人僅能依德國民法第 326 條第 5 項規定解除契約，而使自己免對待給付義務。債權人若不解除契約而請求損害賠償，則可依德國民法第 285 條第 2 項扣除代償利益計算損害賠償⁹⁹。抑有進者，在數量上一部不能情形，對待給付若依比例當然減少，如甲所有工廠設備一批與乙之原料一批互易，甲設備一部滅失，乙交付原料之數量按比例減少，未必符合乙之

⁹⁶ Schulze, in: HK-BGB, 10. Aufl., 2019, § 326 Rn. 17.

⁹⁷ 文獻：Ernst, (Fn. 85), § 326 Rn. 14.

⁹⁸ 有學者主張債權人主張代償請求、替代給付損害賠償，或對待給付為物之給付債權人決定對債務人提出對待給付等情形，對待給付義務復活，參見：Schwarze, in: Staudinger BGB, 16. Aufl., 2020, § 326 Rn. B28。

⁹⁹ Ernst, (Fn. 85), § 326 Rn. 98.

利益。對乙而言，交易的重要目的在騰空該批原料，給付原料全部予甲，才符合乙之利益。因而，應讓乙保有決定是否提出全部對待給付，而向甲請求損害賠償之權利。若乙決定比例減少自己之對待給付，應解除該不能部分之契約（部分解除）¹⁰⁰。

Ernst 限縮危險負擔使對待給付義務當然消滅所提之建議，雖與德國現行法文義不合，但點出法律適用實際的問題，發人深省。我國債編修正危險負擔一般規定應展現何種面貌，尚須考慮與其他相當制度之配套，並非德國修正後危險負擔規定之模仿即可了事。

（三）日本危險負擔廢止論

日本有與德國類似的危險負擔廢止論，應非不謀而合。德國危險負擔廢止論係因給付不能不再是債務不履行三分體系之要角，以不可歸責於雙方當事人之給付不能為要件而發生對待給付義務免除效果之危險負擔法則，頓失所倚。日本 1896 年民法債務不履行規定與德國差異極大，給付不能、給付遲延及不完全給付的債務不履行三分體系，雖為傳統學說所採，但備受質疑¹⁰¹。職是之故，日本廢止論著眼於契約解除與危險負擔之重疊，而非給付不能之體系地位。

危險負擔一般規定以給付不能與歸責事由為兩大核心概念，解決因不可歸責於債務人致給付不能時對待給付危險的問題。一旦啟動債法修正大業，確立契約解除不再以債務人有歸責事由為必要之基本原則，特別針對給付一方無歸責事由而設的危險負擔制度，有檢討之必要。蓋在特定物買賣，不可歸責於出賣人標的物滅失，依日本民法修正前第 534 條規定，買受人仍須支付價金，但若承認給付不能之解除不以歸責事由為必要，危險負擔又改採債務人負擔主義，買受人既得依危險負擔規定免價金支付義務，又得解除契約而免價金義務，發生重疊矛盾現象¹⁰²。

¹⁰⁰ Ernst, (Fn. 85), § 326 Rn. 28.

¹⁰¹ 簡要說明，中田裕康，前揭註 22，頁 93。

¹⁰² 森田修，前揭註 50，頁 463。

1. 運用解除制度處理對價危險

(1) 避免制度之重複

關於危險負擔規定之修正，檢討委員會提到三個立法選項：

第一、現狀微修正案：維持日本民法第 534 條、第 536 條，第 534 條修正為交付主義，刪除第 535 條；

第二、危險負擔對價危險限定案：刪除日本民法第 534 條及第 535 條，僅維持第 536 條，第 534 條規定於買賣中；

第三、危險負擔制度全面廢止案：廢止日本民法第 534 條到第 536 條。舊法第 534 條債權人負擔主義之規定，係基於物權法關於所有權移轉時間而形成的理論，危險負擔法則卻是建立在雙務契約之牽連關係上。若不想再借用物權法原則，刪除修正前第 534 條，而回歸以出賣人是否為其契約所應為之債權法理論，即以不可歸責於債務人給付不能，牽連關係消滅，對待給付債務自動消滅之義務論的構成為基礎(義務論的構成)，保留修正前第 536 條債務人負擔主義，亦為可行的立法選項。

檢討委員會基本方針採行第三個立法選項，建議刪除日本民法第 534 條到 536 條，將危險負擔制度連根拔除，採危險負擔廢止論即解除一元論。廢止危險負擔規定並不會使對待給付義務存續的問題消失，危險若發生移轉，乃因不構成解除事由而不能解除契約，因而仍負有對待給付義務¹⁰³。以解除契約解決給付不能之作法，被認為與聯合國國際商品買賣公約相同¹⁰⁴。中間試案採納檢討委員會的建議，刪除日本民法第 534 條、535 條及第 536 條第 1 項，買賣標之物之危險移轉，另外規定在買賣。

廢止危險負擔，採契約解除一元論的理由如下：標的物滅失，危險負擔若適用債務人主義，就兩債務消滅之點，與契約解除給付及對待給付義務均消滅的結果相同。再者，訴訟外當事人自己判斷歸責事由之有無，通常極為困難，與其承擔訴訟上法院判斷不同的風險，透過解除權之行使擺脫契約之

¹⁰³ 民法(債權法)改正検討委員会(編)(2009)，《詳解・債權法改正の基本方針II：契約および債權一般(1)》，頁349-351，商事法務。

¹⁰⁴ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl., 2002, Rn. 222.

拘束力，更直截了當。給付不能，若不論有無歸責事由，均得解除契約，並無另設對待給付當然消滅規定之實益。解除一元化，消除類似功能制度之重複，實務上法律關係亦能更明確處理。

(2) 解除之表示使法律關係更明確

危險負擔制度使對待給付義務，無待契約之解除，當然消滅。對契約解除一元論的議案，有認為債權人為擺脫契約之拘束力，須有解除之表示，增加債權人負擔，相對人行蹤不明時，解除之意思表示到達有困難，因而建議刪除日本民法第 534 條、第 535 條，維持修正前危險負擔及解除制度併存。對此，中間試案認為在解除一元化下，縱然相對人行蹤不明無法為契約解除之表示，對待給付義務因而續存，然解除權人對於相對人請求履行對待給付，不僅得行使同時履行抗辯權，亦得為解約之表示。雖給付不能，無法提出給付，同時履行抗辯權消滅，亦不妨礙解約之行使，從而，對待給付義務之消滅繫於契約解除之表示，對債權人並無任何不利益，可歸責於債務人之給付不能，須解除方能使對待給付消滅，實務上毫無問題。

危險負擔制度建立在給付不能及不可歸責於債務人兩大要件上，若是否構成給付不能或是否可歸責於債務人判斷不易，從而對待給付義務是否當然消滅有疑義時，危險負擔制度之運用將使法律關係不明確。如給付不能不限於客觀不能及物理上不能，其他依社會交易觀念認為不能者，亦屬給付不能，則給付不能的認定，極可能發生爭議。對待給付債務之消滅及擺脫契約拘束力，繫於契約解除意思表示的解除制度，相較於債務自動消滅的危險負擔制度，法律關係更為明確。某債務雖客觀上履行可能，但債權人失去契約存續之利益時，債權人得行使「契約重大的不履行」之解除，但只要不行使解除權，債務人可能繼續履行努力，若一律依危險負擔制度處理，對待給付義務當然消滅，對債務人苛刻¹⁰⁵。

(3) 救濟更具彈性

¹⁰⁵ 民法（債權法）改正檢討委員會（編），前揭註103，頁354。

一時性契約履行客觀不能或物理不能，不履行態樣明確時，債權人得選擇契約之存續，為以契約解除處理對價危險的優點。交付之標的物債務人無歸責事由而毀損，適用債務人主義之危險負擔時，僅因毀損而價值減少部分之對價才當然消滅，反之，在解除一元化，債權人除得減價、請求修補等外，若契約目的不達，得解除契約，問題解決更具彈性。標的物滅失，債權人亦得不解除契約而行使代償請求權，救濟選擇更廣¹⁰⁶。

此外，亦有人主張繼續的商品供應契約供給義務一部給付不能時，無待解除，應適用日本民法第 536 條第 1 項。對此，危險負擔廢止論者認為繼續性供應契約標的物通常為種類物，難以想像將給付不能，並非危險負擔制度適用情形，又供應商不履行供貨義務，債權人得行使同時履行抗辯權（日本民法第 533 條），難以想像債權人將被迫為對價支付義務之履行¹⁰⁷。

2. 併存論

中間試案所採的解除一元化案，遭到法制審議會實務家委員之反對，公眾意見批判聲音不絕於耳，學者也認為廢止危險負擔制度，可能發生無法以契約解除處理的法律關係，主張債務當然消滅之危險負擔應該與不以歸責事由為要件之解除制度併存。理由略有如下數點：第一、對待給付義務消滅已為交易觀念，與其重視理論，毋寧應更重視利用法律之人民及實務家的便利，不應大幅變更；第二、因大地震相對人行方不明時，無法解除契約；第三、瑕疵輕微，無法解除；第四、於僱傭契約，一時無法勞動時，雇主若須終止契約方能免報酬給付義務，不切實際¹⁰⁸。

他方面，實務家也不乏支持解除一元案者：第一、給付不能的效果，若非債務消滅，而僅為無履行請求權，危險負擔不應該發生使對待給付義務當然消滅的效果；第二、給付不能無論可否歸責債務人，承認解除，以保護債權人；第三、日本民法第 536 條案例少，就租賃及勞務給付等繼續性契約，應設計適合的規定，刪除第 536 條並無不可；四、債務人拒絕債權人之履行

¹⁰⁶ 商事法務（編），前揭註29，頁143-144。

¹⁰⁷ 商事法務（編），前揭註29，頁145。

¹⁰⁸ 松岡久和（等編），前揭註16，頁623。

請求或債權人請求返還對待給付，須先以一方意思表示解除契約之要求並不苛刻；第五、履行請求權被排除與否未必清楚時，解除契約能使法律關係更明確¹⁰⁹。

解除一元化案受到傳統衛道人士的抗拒，並不意外，與其停滯不前，危險負擔制度的再調整，勢在必行。法制審議第二階段中井委員提案：「因不可歸責於雙方之事由而無法履行債務時，債權人得拒絕對待給付。此時，不妨礙債權人解除契約之全部或一部。」法制審議第三階段，採解除一元論者態度也有變化，與採危險負擔存續之陣營達成共識，提案日本民法第 536 條修正為：「因不可歸責於雙方之事由而給付不能時，債權人得拒絕對待給付之履行。因可歸責於債權人事由而給付不能時，債權人不得拒絕對待給付之履行。此時，債務人因免自己債務所得之利益，應償還於債權人。」之後，議論移轉到採用履行拒絕構成之要件與效果¹¹⁰。

三、危險負擔一般規定於個別契約之適用

綜上，德國或日本危險負擔廢止論僅針對給付不能債務人免給付義務時，債權人對待給付義務免除，是否須繫於解除契約之意思表示，或無待解除依法當然消滅。債總可歸責於債權人之給付不能之危險移轉，與買賣標的物毀損滅失之危險移轉之規定，並無質疑規範必要性者。立法論上，焦點無不集中在免對待給付義務危險負擔一般規定之存廢。若維持債各危險負擔特別規定，我國民法第 266 條作為危險負擔一般規定，是否也有保留的必要性，尚待勘究。以下，將檢討危險負擔一般規定之存在，對債各危險負擔規定之意義。

（一）一時性契約

1. 買賣危險移轉前

¹⁰⁹ 松岡久和（等編），前揭註16，頁624。

¹¹⁰ 森田修，前揭註50，頁492-493。

在買賣等一時性契約之危險分配上，債總危險負擔一般規定（我國民法第 266 條）、債總危險移轉規定（我國民法第 267 條）與債各買賣特別規定（我國民法第 373 條及第 374 條），可謂各司其職：買賣危險移轉規定主要基於標的物管領領域思想，以標的物交付為危險移轉時點。危險移轉之前，給付即已不能，債權人是否仍須為對待給付，則為債總一般規定的規範任務。我國民法繼受德國危險負擔法則，規定不可歸責於雙方之給付不能，債權人亦免對待給付義務。然如德國及日本等國債法修正議論所示，對待給付義務是否免除，可透過契約解除制度之運作，以對待給付當然消滅為內容的危險負擔法則未必是唯一的選項。

2. 承攬危險移轉前

承攬危險移轉時點為工作物之受領，如依工作之性質，無須交付者，為工作完成（我國民法第 508 條前段；第 510 條）。危險移轉前，若因不可歸責於雙方當事人之事由而無法完成工作，承攬人不得請求約定之報酬。因報酬係針對完成之工作，無法完成工作無論可否歸責於承攬人時，承攬人均不得請求報酬，乃基於承攬契約之本旨，並無適用債總危險負擔一般規定的必要。

（二）繼續性契約

我國民法第 266 條及第 267 條明示以雙務契約為規範對象，理應可得適用於所有的雙務契約，但若危險移轉法則乃至於危險負擔法則係以一時性契約為主要設想對象，危險負擔一般規定適用於一時性契約以外的雙務契約是否有必要性與妥當性，有待詳論。

1. 用益契約

一般特定物買賣，契約成立時標的物及價金債務均已發生，買賣標的物已特定，出賣人若無法履行其交付標的物及移轉所有權義務時，買受人是否仍須支付價金，成為危險負擔法則規範之核心問題點。在租賃或有償消費借貸等使用他人之物之契約，租金或利息無不按期間計算，就定期給付之債權

而言，只有先付或後付，而無所謂同時履行的問題，甚難想像出租人或貸與人透過同時履行抗辯權之行使，確保其租金或利息¹¹¹。日本學者也認為給付及對待給付義務若非在契約成立同時發生，或雙務契約債務不以結果發生為內容，適用危險負擔一般規定實際上有其困難¹¹²。繼續性契約不須支付對價之原因，未必係基於危險負擔思想，毋寧是因租金利息係源源不絕而生，因讓他人使用收益之期間長短而相應增加，依一般原則，不讓他人用益，即無法獲得對價，並非因給付不能而使對待給付義務消滅。租賃關係存續中，因不可歸責於承租人之事由，致租賃物之一部滅失，承租人就該滅失部分無法為使用，依我國民法第 435 條第 1 項，承租人得按滅失之部分，請求減少租金，係基於無使用即無租金的用益契約基本法理。該條若為危險負擔法理之表現，則應以不可歸責於出租人為要件，而法律效果應該不是租金減少請求權，而為租金依滅失比例當然消滅。

租賃物全部滅失或因其他原因無法使用收益租賃物之全部時，我國實務向來認為有危險負擔一般規定之適用，此觀司法院 28 年院字第 1950 號解釋：「租賃之房屋，因天災或其他事變致全部滅失者，依民法第二百二十五條第一項、第二百六十六條第一項，出租人免其以該房屋租與承租人使用之義務，承租人亦免其支付租金之義務，租賃關係，當然從此消滅。」自明¹¹³。此情形，縱非唯一，應該也是危險負擔一般規定適用於繼續性關係最主要的情形。然而，因租賃物滅失，租賃關係當然消滅，使主給付義務以外之其他義務，頓失所怙，是否有其必要，尚待勘究。

2. 僱傭契約

僱傭契約為勞務與報酬之交換，基於雙務契約之法理，僱用人僅須對受僱人服勞務之部分支付報酬，此即「無勞務，無報酬」之原則（ohne Arbeit

¹¹¹ 關於同時履行抗辯權規定於繼續性契約關係之適用，孫森焱，前揭註6，頁802，亦有特別之說明。

¹¹² 平井宜雄，前揭註11，頁203。

¹¹³ 參見，同旨，最高法院33年上字第3061號民事判例、39年台上字第1020號民事判例。

kein Lohn; no-work-no-pay)。僱用人不須承擔受僱人無法服勞務之危險固然為原則，但依我國民法第 487 條規定，僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，但仍得請求報酬，即為「未服勞務，無報酬」原則之例外。該條若被認為係我國民法第 267 條之特別規定或具體化規定，則是否亦須符合可歸責於僱用人給付不能之要件，並非全無討論空間。在無我國民法第 267 條相當規定的日本，學說對危險負擔一般規定之適用不少抱持懷疑態度，蓋危險負擔法理係處理物之給付契約之給付不能¹¹⁴，將危險負擔法理不經修正直接適用於勞動契約，恐牴觸勞工保護之立法意旨。事實上，如何判斷勞務給付不能，此給付不能是否為不可歸責於雙方，或可歸責於僱用人，歸責事由又如何認定等等問題，均相當棘手而有高度爭議¹¹⁵。他方面，日本民法僱傭契約並無相當於我國民法第 487 條之規定，僅有危險負擔一般規定適用之問題。在我國法，報酬支付義務之有無，不僅涉及民法第 487 條之解釋適用，也與危險負擔一般規定之適用有關。

以受領遲延為要件的我國民法第 487 條及以給付不能為要件的對待給付義務存續的我國民法第 267 條規定之法律適用關係如何，在既有危險負擔一般規定(德國民法第 326 條)，亦有勞務受領遲延規定(德國民法第 615 條)之德國，同樣有高度爭議。問題在於債總受領遲延規定係以一時性交換關係為設想對象，以給付可能為前提，受領遲延與給付不能互相排斥。若認為勞務給付為絕對定期行為，依債法一般原則，不按時間提出勞務即為給付不能，則勞務受領遲延規定並無適用之可能。勞務受領遲延規定若欲保有一線生機，以一時性給付為設想對象的受領遲延或給付不能之概念，勢必有所調整¹¹⁶。在勞動關係，縱然債總受領遲延及給付不能互斥的教條不復存在，

¹¹⁴ 小野秀誠，前揭註56，頁120。

¹¹⁵ 日本法討論，詳見：徐婉寧(2017)，〈論違法解僱下僱用人之受領遲延責任與危險負擔法理之交錯：以解析我國實務見解及與日本法之比較為中心〉，《臺大法學論叢》，46卷1期，頁113-123。

¹¹⁶ Schreiber, Der Annahmeverzug des Arbeitgebers, JURA 2009, S. 592, 593；關於德國法之學說，劉士豪(2005)，〈勞動關係中雇主受領勞務遲延之研究〉，《臺北大學法學論叢》，57期，頁126-164。

債總危險負擔一般規定與勞務受領遲延規定之適用，如何求其明確的界限，仍是一大挑戰¹¹⁷。縱然「無勞務，無報酬」的基本原則，以具備我國民法第 266 條第 1 項不可歸責於雙方當事人給付不能為要件，給付不能及歸責事由在僱傭關係之展開，也可能與一時性關係不同。德國 2002 年債編修正明文規定勞務受領遲延規定準用於僱用人承擔經營風險之情形，我國如欲見賢思齊，如何在解釋論上或立法論上調整危險負擔一般規定，攸關勞工保護之落實。以上問題，屬民法與勞動法交錯領域，有待他日再論。

（三）依不當得利規定返還

適用危險負擔對待給付義務一般規定之實益，除對待給付義務免除外，已為全部或一部之對待給付者，我國民法第 266 條第 2 項明文規定債權人得依關於不當得利之規定請求返還。所謂依不當得利之規定，並非返還之要件亦須構成不當得利，蓋債權人之對待給付仍係基於有效之契約，故非無法律上原因，該條所謂不當得利之規定指法律效果的部分，即我國民法第 181 條返還客體及第 182 條返還範圍的規定¹¹⁸。適用不當得利返還與契約解除後之回復原狀關係，主要差異在不當得利受領人若為善意，得主張所受利益不存在（我國民法第 182 條第 1 項；德國民法第 818 條第 3 項）。

對待給付依不當得利返還，乃因德國民法制定前，並無契約解除返還關係之一般規定，因給付不能請求返還對待給付，歐陸傳統上須援用目的不達返還訴權¹¹⁹，此訴權在德國民法制定時成為不當得利類型之一，1900 年德國民法第 323 條第 3 項因而有依不當得利請求返還之規定。但是，該規定在德國民法制定後不久即受到學者的質疑。學者 Meincke 認為所受利益不存在規定之適用係因受領人有終局保有該利益之正當信賴，故所受利益不存在，得主張扣除，但雙務契約多數情形，債權人先為給付乃在得保有對待給

¹¹⁷ 徐婉寧，前揭註 115，頁 128，主張：「受僱人無勞務給付之能力與意願之期間，即應依危險負擔法理，視是否有可歸責一方之事由，來判斷僱用人對待給付義務之有無。」

¹¹⁸ 王澤鑑（2015），《不當得利》，增訂新版，頁 325，自刊。

¹¹⁹ Zwirlein, Versprechen und Zufall, 2017, S. 172.

付之情形下提出，僅為暫時性，受領人對權利之變動並無法信賴具有終局性。唯有債務人依約給付，交換關係方完成，才使債務人終局保有給付要件具備，受領人若未為給付，對權利變動之信賴不值得保護。再者，雙務契約無效，標的物縱然滅失，依差額說，買受人請求返還價金，須扣除標的物之價額，不得主張所受利益不存在。縱僅出賣人給付，買受人尚未支付價金，情形相同，買受人處置標的物，不利益應自行承擔。倘契約無效，所受利益不存在規定之適用應予限制，則契約有效之返還關係，更應如此。抑有進者，標的物滅失，債務人即得主張所受利益不存在，返還責任，危險由債權人負擔，恰與 1900 年德國民法第 323 條採債務人負擔主義背道而馳，所受利益不存在規定之適用，牴觸該條之價值判斷¹²⁰。

在以契約解除規定較適合處理失敗的契約的共識下，德國 2002 年債編修正為依契約解除規定請求返還（德國民法第 326 條第 4 項）¹²¹。

肆、債編修正之建議：代結論

日本民法修正前，特定物買賣契約成立時危險即移轉於買受人負擔，因而，並無如我國民法另有買賣危險移轉規定之必要，危險負擔及危險移轉各擅勝場的現象並不存在。事實上，若有所謂危險負擔法則存在，無分古今中外，均以物之買賣為主要設想對象，法律人論及危險負擔時，常聯想到物之買賣危險移轉。我國學者提到危險負擔有三大立法例，除債權人主義、債務人主義外，尚有物權人主義¹²²，顯然針對發生物權變動的契約而論。物權人主義著眼於風險由法益所有人負擔思想，由取得所有權之買受人負擔危險，我國民法第 373 條則以交付為危險移轉時點，買受人因取得標的物事實上

¹²⁰ Meincke, Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag, AcP 171 (1971), S. 19, 39-41.

¹²¹ 以不當得利法則處理契約給付之返還關係的問題，參見：陳自強（2022），〈雙務契約給付返還不當得利法之適用〉，《中正大學法學集刊》，74期，頁193-242。

¹²² 孫森焱，前揭註6，頁797。

管領力，遂須負擔危險，無論如何，均非基於雙務契約之牽連關係。基於雙務契約存續上牽連，出賣人交付標的物及移轉所有權義務若因標的物毀損滅失而免除，基於雙務契約牽連性法理，買受人之價金債務理應無條件自動消滅，不會因買受人是否為所有人或占有人而受影響。在我國民法，買賣標的物交付前危險及利益，並非依我國民法第 373 條反面解釋一律由出賣人負擔及承受，債總危險移轉一般法則毋寧有其適用餘地，即出賣人給付不能若不可歸責於雙方，買受人免價金支付義務（我國民法第 266 條），若可歸責於買受人，買受人仍須支付價金（我國民法第 267 條）。我國民法第 266 條第 1 項或許可以說是雙務契約存續上牽連關係的明文，第 267 條的情形未必如此。

危險負擔一般法則與危險移轉法則融合為一，固然符合日本舊法狀態，但以日本舊法狀態為基礎理解危險負擔制度，並套用在買賣承攬別有危險移轉規定的我國現行法，勢必水土不服，格格不入。我國最廣義危險負擔制度雖也包括債總危險移轉（民法第 267 條）及債各特別規定，但唯有建立在雙務契約牽連關係基礎上的規定，即債務人若不須為給付，債權人也不須為對待給付的規定（民法第 266 條），才成為危險負擔制度之存廢論檢討的對象，其他危險負擔規定，即可歸責於債權人之給付不能與債各特別規定，問題僅在於具體內容之形成，而非是否有存在必要。在以契約一般法律原則為對象的聯合國國際商事契約通則、歐洲契約法原則及英美法，違約責任採嚴格責任，歸責事由並未如德國及日本在債務不履行責任上扮演關鍵角色，無債務不履行三分體系的概念，給付不能亦非具有獨立的要件及效果的違約態樣，無相當於我國民法第 266 條及第 267 條之規定。立法論上，貫徹雙務契約存續上牽連性之危險負擔法則，一旦成為我國債編修正的對象，是否仍應予以保留，又應如何展開，危險負擔之規範目的固然最為關鍵，與債務不履行規定的整合亦不容忽視。

危險負擔廢止論並不否認有契約風險分配的問題，僅反對危險負擔一般規定之法律效果，主張對待給付義務不應該依法當然消滅，而應回歸固有的違約救濟，由債權人決定是否解除契約或維持契約關係。德國及日本債法修

正均有廢止危險負擔一般規定之議案，也無疾而終，讓債權人有更多的選擇，也許是保留危險負擔一般規定最重要的理由。立法政策上決定保留危險負擔一般法則後，我國民法第 266 條之規定是否不動如山，或應配合給付不能規定之修正，相應調整，個人認為涉及到日本模式與德國模式的抉擇。

德國 2002 年債編修正將原來不可歸責於雙方當事人之給付不能，債務人喪失對待給付請求權之規定（德國民法舊法第 323 條），修正為債務人若依第 275 條不須為給付，無論是給付義務當然被排除或債務人拒絕給付，原則上，對待給付義務消滅（德國民法第 326 條第 1 項第 1 句）。舊法建立在羅馬法發展出來之模式，即債務有雙重內容，不僅為原定給付，更為金錢給付，因而，可歸責於債務人之嗣後不能，不生免原定給付義務之效果，反之，若不可歸責，原定給付義務及損害賠償義務均被免除。依修正前通說，債務人主張給付因可歸責於自己而不能，對債權人請求原定給付之訴訟並不構成嚴重之防禦方法，債權人仍得請求給付判決並循有利之執行方法查訪下落，若無法尋獲，仍得依德國民法舊法第 283 條請求賠償¹²³。債法現代化後，原定給付義務免除不以不可歸責於債務人為要件，給付不能成為原定給付義務之界限，縱為可歸責於債務人之給付不能亦能免原定給付義務，以規範給付不能時，對待給付命運之規定，修正為包括可歸責於債務人之情形。德國民法第 326 條已不再僅僅為處理傳統所理解的危險負擔而存在，尚包括違約的情形¹²⁴。德國民法第 326 條在免為對待給付義務消滅的原則下，設有兩個例外，首先為本文所稱債總危險移轉之規定，即相當於我國民法第 267 條可歸責於債權人之給付不能的情形；其次，為債權人請求代償利益的情形。

我國債編如欲踏襲德國 2002 年修正路徑，重新設計一個以解決給付義務消滅時對待給付義務之存續為規範目的之條文，則給付不能是否可歸責於債務人已無關宏旨，關鍵在於債務人因給付不能免原定給付義務，此有待給付不能一般規定，明定免給付義務或債務人無須為給付之情形。再者，我國民法代償請求權之規定，並未考慮到對待給付之情形，債權人請求代償利益

¹²³ Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, S. 1, 2.

¹²⁴ Ernst, (Fn. 78), § 326 Rn. 2.

仍應為對待給付雖為學說所肯定，但代償利益若小於對待給付時，應如何處理，不無疑問¹²⁵，模仿德國民法第 326 條第 3 項明文規定，能使法律關係更為明確。我國民法第 225 條第 2 項規定不可歸責於債務人之給付不能，債權人得請求代償利益，可歸責於債務人之情形，是否亦有其適用或類推適用，學說有爭執¹²⁶。若在我國民法第 266 條增訂給付不能債務人無須為給付，而有代償利益時，債權人若請求代償利益，仍須為對待給付之明文，實際上也確認代償請求不限於不可歸責於債務人，學說爭議消弭於無形。

他方面，德國雙務契約存續牽連之規定，並非完美無缺。如前所述，德國學者主張於可歸責於債務人給付不能，對待給付義務當然消滅，剝奪債權人提出自己給付而換取全部不履行之損害賠償之機會，乃對債權人二次傷害，而債權人若有代償請求權時，代償利益與損害賠償關係尚待釐清。我國民法第 266 條不可歸責於雙方當事人之給付不能方免對待給付義務的規定，乃不折不扣的危險負擔規定。可歸責於債務人之情形，不適用該條，對待給付義務是否免除，取決於債權人解除之表示，債權人若不解除契約，得提出自己之對待給付，而請求替代給付之損害賠償。債權人若解除契約，因解約之表示使對待給付義務及債務原定給付義務消滅，因契約解除與損害賠償原因相同，計算損害時，應一併考慮解除對財產之影響。因解約而不須為之對待給付，應自損害扣除，損害存在於障礙給付之價值及因解除而節省的對待

¹²⁵ 王澤鑑（1991），〈出售之土地被徵收時之危險負擔、不當得利及代償請求權〉，氏著，《民法學說與判例研究（六）》，5版，頁111，自刊。主張債權人應於代償利益範圍內為對待給付。

¹²⁶ 否定說，王伯琦（1962），《民法債篇總論》，1962年台1版，頁162，國立編譯館；孫森焱，前揭註6，頁517；劉春堂，前揭註67，頁339；肯定說，王澤鑑（2017），《損害賠償法》，頁231，自刊；最高法院105年度台上字第2111號民事判決：「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。」亦採肯定說。

給付之差額。因解除契約使替代給付之損害賠償變成因全部契約未執行完畢所生之損害賠償¹²⁷。

抑有其甚者，德國學說所謂實際上不能及心理上不能，我國債編修正若依樣畫葫蘆，賦予債務人拒絕給付抗辯權，給付義務並非當然消滅，債務人拒絕給付時，對待給付義務才消滅，則在可歸責於債務人之情形，是否免給付義務繫於債務人抗辯權之行使，不啻由債務人決定對待給付義務是否免除，對無歸責事由之債權人，情何以堪。由受害之債權人透過解除權之行使，決定自己對待給付之命運，方是正道。準此，為不使法律適用關係過於複雜，徒增法律適用上的困擾，可歸責於債務人之給付不能應回歸債務不履行體系：何時債務人免給付義務或無須為給付，由給付不能制度處理（我國民法第 225 條、第 226 條）；給付不能替代給付之損害賠償，由債務不履行損害賠償法規範（我國民法第 226 條）；對待給付義務是否免除仍交由債權人透過解除契約之意思表示自行決定（我國民法第 256 條）。

他方面，縱維持我國民法第 266 條及第 267 條立法當時之原樣，危險負擔一般規定之實際適用範圍也會因給付不能概念及功能之變遷而有變化。給付不能若僅限於法律上不能及物理上不能，危險負擔法則之適用即有其侷限性，反之，倘包括德國學說所承認的實際上不能及心理上不能及所謂經濟上不能，給付不能甚而變身為原定履行請求權之界限，危險負擔法則之適用範圍有更大的想像空間。此外，作為決定違約或危險負擔楚河漢界的歸責事由，若與成為損害賠償責任要件之歸責事由異其內涵時，歸責事由之展開也成為危險負擔法則的重要關鍵。

雙務契約一方給付之允諾固然是因他方亦為對待給付之允諾，因而有牽連性，然一方不提出或無法提出給付，對待給付義務當然消滅，並非雙務契約牽連關係本質上的要求，德儒 Rudolf v. Jhering 早在 1877 年就指出：「一個給付義務無效，其他給付義務自動消滅的看法，屬積非成是的錯誤」¹²⁸，

¹²⁷ Ernst, (Fn. 78), § 325 Rn. 6.

¹²⁸ Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 3/1, 3. Aufl., 1877, S. 198 (引自 Schermaier, (Fn. 76), § 326, Rn. 31.)。

由債權人自己決定對待給付之命運，並不牴觸雙務契約之牽連性¹²⁹。大刀闊斧之修正，應該是仿效國際契約法統一文件的規範模式，法定契約解除要件上，不應再堅持契約解除歸責事由必要說，債務人不為給付或不依契約本旨為給付構成重大違約或使契約目的無法達成，無論可否歸責債務人，債權人均得解除契約，但債務人無法依契約本旨履行可歸責於債權人時，債權人不得解除契約，仍應為對待給付。給付不能時，對待給付義務因債務人不須為原定給付而當然消滅之規定，即我國民法第 266 條第 1 項規定應予刪除，債權人應行使解除權免除自己之對待給付義務。其餘廣義危險負擔法則均無修正之必要。

綜上論述，我國債編修正亦步亦趨德國 2002 年民法第 326 條第 1 項貫徹雙務契約存續上牽連之規定，未必是上上策，與其囫圇吞棗，製造新問題，不如以不變應萬變。

¹²⁹ Schermaier, (Fn. 76), § 326, Rn. 32.

參考文獻

一、中文部分

- 王千維（2016），《種類之債與給付不能》，新學林。
- （2021），《租賃物之瑕疵及其法律效果》，新學林。
- 王伯琦（1962），《民法債篇總論》，1962年台1版，國立編譯館。
- 王澤鑑（1991），《民法學說與判例研究（六）》，5版，自刊。
- （2015），《不當得利》，增訂新版，自刊。
- （2017），《損害賠償法》，自刊。
- 孫森焱（2014），《民法債編總論（下）》，自刊。
- 徐婉寧（2017），〈論違法解僱下僱用人之受領遲延責任與危險負擔法理之交錯：以解析我國實務見解及與日本法之比較為中心〉，《臺大法學論叢》，46卷1期，頁87-133。<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2017.46.01.02>
- 陳自強（2011），《臺灣民法與日本債權法之現代化》，元照。
- （2012），《契約責任歸責事由之再構成：契約法之現代化I》，元照。
- （2016），〈法國契約法修正與現代化〉，《月旦法學雜誌》，259期，頁143-166。<https://doi.org/10.3966/102559312016120259008>
- （2020），〈債務不履行規定之現代化〉，《月旦法學教室》，216期，頁47-61。<https://doi.org/10.3966/1684739321610>
- （2020），《契約違反與履行請求：契約法講義III》，2版，元照。
- （2022），〈雙務契約給付返還不當得利法之適用〉，《中正大學法學集刊》，74期，頁193-242。
<https://doi.org/10.53106/172876182022010074004>
- 黃立（主編）（2004），《民法債編各論（上）》，元照。
- 劉士豪（2005），〈勞動關係中雇主受領勞務遲延之研究〉，《臺北大學法學論叢》，57期，頁121-167。
- 劉春堂（2003），《民法債編各論（上）》，自刊。

----- (2011), 《民法債編通則(一): 契約法總論》, 增訂版, 自刊。
鄭玉波(1962), 《民法債編總論》, 三民。

二、日文部分

小野秀誠(1995), 《危険負担の研究: 双務契約と危険負担》, 日本評論社。

----- (1996), 《反対給付論の展開》, 信山社。

山本敬三(2005), 《民法講義 IV-1: 契約》, 有斐閣。

----- (2016), 〈契約責任法の改正: 民法改正法案の概要とその趣旨〉,
《法曹時報》, 68 卷 5 号, 頁 1221-1262。

山野目章夫(2016), 〈民法の債権関係の規定の見直しにおける売買契約
の新しい規律の構想〉, 《法曹時報》, 68 卷 1 号, 頁 1-23。

中田裕康(2008), 《債権総論》, 岩波書店。

----- (2017), 《契約法》, 有斐閣。

----- (2020), 《債権総論》, 4 版, 岩波書店。

民法(債権法)改正検討委員会(編)(2009), 《詳解・債権法改正の基
本方針 II: 契約および債権一般(1)》, 商事法務。

----- (2010), 《詳解・債権法改正の基本方針 IV: 各種の契約(1)》,
商事法務。

平井宜雄(2008), 《債権各論 I 上: 契約総論》, 弘文堂。

吉永一行(2019), 〈ケースで考える債権法改正(第 1 回) 特定物売買と
危険負担をめぐって〉, 《法学教室》, 463 期, 頁 73-79。

谷口知平、五十嵐清(編)(2006), 《新版注釈民法(13) 債権(4) 契
約総則: 521 条~548 条》, 補訂版, 有斐閣。

我妻榮(1954), 《債権各論上卷(民法講義 V1)》, 岩波書店。

----- (1964), 《新訂債権総論(民法講義 IV)》, 岩波書店。

阿部泰久、川崎茂治、篠浦雅幸(2017), 《民法「債権法」大改正要点解
説》, 清文社。

- 松岡久和(2006),〈履行障害を理由とする解除と危険負担〉,《ジュリスト》,1318期,頁138-148。
- 松岡久和、中田邦博(編)(2012),《新・コンメンタル民法(財産法)》,日本評論社。
- 松岡久和、松本恒雄、鹿野菜穂子、中井康之(編)(2020),《改正債権法コンメンタル》,法律文化社。
- 後藤卷則(2017),《契約法講義》,4版,弘文堂。
- 商事法務(編)(2013),《民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明》,商事法務。
- 筒井健夫、村松秀樹(2018),《一問一答・民法(債権関係)改正》,商事法務。
- 森田修(2020),《「債権法改正」の文脈:新旧両規定の架橋のために》,有斐閣。
- 森田宏樹(2013),《債権法改正を深める:民法の基礎理論の深化のために》,有斐閣。
- 渡辺達徳(1999),〈履行遅滞解除の要件再構成に関する一考察〉,《法学新報》,105巻8・9號,頁1-76。
- 潮見佳男、千葉恵美子、片山直也、山野目章夫(編)(2018),《詳解改正民法》,商事法務。
- 潮見佳男、北居功、高須順一、赫高規、中込一洋、松岡久和(編)(2017),《Before/After 民法改正》,弘文堂。

三、英文部分

- Rüfner, T. (2018). Chapter 18: Sale of Goods. In N. Jansen & R. Zimmermann (Eds.), *Commentaries on European Contract Laws* (pp. 1961-2072). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198790693.003.0019>

Schwenzer, I., Hachem, P., & Kee, C. (2012). *Global Sales and Contract Law*. Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/law/9780199572984.001.0001>

四、德文部分

- Canaris, C. W. (2002). *Schuldrechtsmodernisierung 2002*. C.H. Beck.
- Huber, U. (1981). Leistungsstörungen: Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?. In Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* (Bd. 1, S. 647-910). Bundesanzeiger Verlag.
- Larenz, K. (1987). *Lehrbuch des Schuldrechts* (14. Aufl., Bd. 1). C.H. Beck.
- Meincke, J. P. (1971). Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag. *Archiv für die civilistische Praxis* 171, 19-43.
- Musielak, H. J. (2007). *Grundkurs BGB* (10. Aufl.). C.H. Beck.
- Rieble, V./Schwarze, R. (2020). *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (16. Aufl.). De Gruyter.
- Säcker, F. J./Rixecker, R./Oetker, H. (Hrsg.) (2019). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Aufl., Bd. 3). C.H. Beck.
- (2020). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8. Aufl., Bd. 6). C.H. Beck.
- Schlechtriem, P. (2002). *Internationales UN-Kaufrecht* (2. Aufl.). Mohr Siebeck.
- Schmoeckel, M./Rückert, J./Zimmermann, R. (Hrsg.) (2007). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Bd. 2). Mohr Siebeck.
- Schreiber, K. (2009). Der Annahmeverzug des Arbeitgebers. *Juristische Ausbildung*, 592-597. <https://doi.org/10.1515/JURA.2009.592>

- Schulze, R./Dörner, H./Ebert, I. (Hrsg.) (2019). *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar* (10. Aufl.). Nomos.
- Sessler, A. (1994). *Die Lehre von den Leistungsstörungen: Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*. Duncker & Humblot.
- Zimmer, D. (2002). Das neue Recht der Leistungsstörungen. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1-12.
- Zwirlein, S. (2017). *Versprechen und Zufall*. Mohr Siebeck.

Modernization of the Law of Risk-assuming: A Lesson from the Japan's Revision of the Law of Obligation

*Tzu-Chiang Chen**

Abstract

The provisions of our civil law on the existence of the obligation to perform if the debtor does not perform at all or does not perform in accordance with the original purpose of the contract can be divided into four parts: first, the general provisions of risk-assuming regarding the reciprocal contract (Article 266); second, Article 267 provides for the passing of risks when the impossibility of performance is attributable to the creditor; third, the provisions on the passing of risks on contract of sales and works; and fourth, the provisions on the assuming of risks on continuous contract. The provisions of Parts 1 and 2 draw on the essence of the German Civil Code of 1900 and Japanese Civil Code of 1896, and the third and fourth parts are the successors of the former. If non-fault on both sides of parties of a contract is no longer necessary for the effect of the statutory rights to terminate, owing to the fact that the termination of contract can lead to the absolve of the duty to perform, the general provisions of the risk-assuming are dispensable. During the revision process of the German and Japanese law of obligation, based on the theory that the attribution is unnecessary for the termination of contract, the existence and abolition of the general provisions on dangerous burdens has been thoroughly evaluated. In Taiwan, the reform of the law on breach of contract is in full swing. If the requirement of fault on the default party is going to abolish *de lege ferenda*, the general rules on the risk-assuming will be unnecessary. If we are going to retain this kind of rule anyway, it should be applied only when that impossibility of performance cannot be attributed to the parties.

* Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.
E-mail: tcchen@ntu.edu.tw

Keywords: modernisation of the law of obligation, risk-assuming, passing of risks, dependence of performance and counterperformance, damages or loss of the subject matter, delay of acceptance for the performance, imputation cause, termination of a contract, impossibility of performance

