

# 民事

法理与判决研究

(第五册)

詹森林 ■ 著

图书馆



中国政法大学出版社

55  
15

# 民事

法理与判决研究

(第五册)

詹森林 ■ 著



中国政法大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

民事法理与判决研究.第5册/詹森林著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009.6

ISBN 978-7-5620-3496-4

I. 民... II. 詹... III. ①民事诉讼法 - 法的理论 - 研究 - 中国 ②民事诉讼 - 判决 - 研究 - 中国 IV. D925.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第080449号

---

书 名	民事法理与判决研究 (第5册)
出 版 人	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088 zf5620@263.net <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	787×960 16开本 20.25印张 270千字
版 本	2009年6月第1版 2009年6月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3496-4/D·3456
印 数	0001-3000
定 价	36.00元

---

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。  
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

## 序

本书为拙著“民事法理与判决研究”系列丛书之第五册，内容包含个人学习台湾地区现行“民法”、“信托法”、“国家赔偿法”及中国民法之心得，除以之见证台湾民事财产法学说理论与法院裁判发展趋势外，并作为自我反省与鞭策之用。

本书经台湾大学法学丛书编辑委员会实质审查通过，编为该丛书第164册，十分感激两位匿名审查委员之斧正。本书正式出版前，已参酌审查意见而修订文章内容。

台湾民法继受欧陆法，尤以德国法为主，故比较法研究之重要性，再三强调，亦不为过。然而，德国法之外，英美民事法理与裁判的认识与运用，亦应加强。英美侵权行为法，案例众多，资料丰富，论证新鲜，更值借镜。本书“第三人之故意不法行为与因果关系之中断”及“中国民法草案侵权责任损害赔偿规定之研究”，特别参考英美案例与文献。今后撰稿，亦将继续强化英美法之比较研究。

近年来，基础民法之深入探讨，明显不再属于台湾年轻法律学子之热衷科目；出国深造者，更鲜少以基础民法为钻研课题。此种现象，着实令人忧心。对照中国积极进行民法立法工作且全力植耕民法基础研究，尤其深值关注。台湾民法的永续发展与日益茁壮，有赖全体同仁更加努力。本书出版，代表作者以谦卑之心，尽绵薄之力。

本书付梓，承蒙政治大学法学硕士吕彦彬及法研所博士生欧阳胜嘉两位先生细心校对与精美排版，暨元照出版公司同仁鼎力协助，谨致诚挚谢忱。

詹嘉如

2007年12月

## 序 | I

给付不能——自始客观不能 | 1

给付不能——自始主观不能 | 27

拍卖第三人财产时之物权关系与债权关系

——兼论 2004 年台上字第 287 号判决 | 51

借名登记契约之法律关系 | 63

承揽瑕疵担保责任重要实务问题 | 71

“最高法院”2001 年度民事实体法判决回顾 | 93

“最高法院”2002 年度民法判决之研究 | 118

“最高法院”2002 年度契约法判决之研究 | 149

台湾信托法最新判决发展 | 176

第三人之故意不法行为与因果关系之中断

——2001 年台上字第 772 号代客泊车判决之研究 | 197

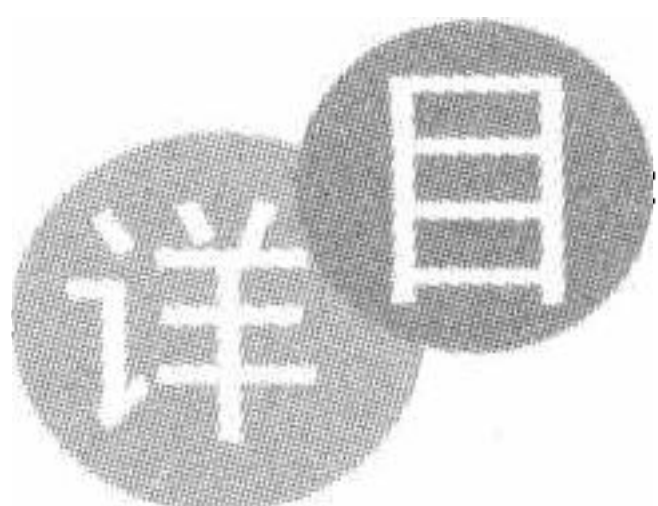
“国家赔偿”请求权之消灭时效 | 207

中国民法总则草案民事责任规定之研究 | 237

中国民法草案侵权责任损害赔偿规定之研究

——两岸民法之比较 | 263

附录：两岸民法侵权责任损害赔偿条文对照表 | 302



序 I

给付不能——自始客观不能 ..... 1

壹、前 言 | 1

贰、“民法”第二四六条之理论与实务 | 2

一、理论争议——限于客观不能或兼含主观不能 | 2

二、实务案例 | 5

叁、自始客观不能之法律效果 | 12

一、前 言 | 12

二、契约无效或有效 | 13

三、返还给付 | 18

四、赔偿损害 | 22

给付不能——自始主观不能 ..... 27

壹、案 例 | 27

贰、法律行为之效力

——自始主观不能与“民法”第二四六条之关系 | 30

叁、债务人之归责事由 | 32

一、基本理论 | 33

二、本文见解 | 35

肆、债权人之权利 | 46

一、请求履行   46	
二、请求损害赔偿   47	
三、解除契约或终止契约   49	
伍、结 论   50	
<b>拍卖第三人财产时之物权关系与债权关系</b>	..... 51
——兼论 2004 年台上字第 287 号判决	
壹、前 言   51	
贰、拍定人或承受拍卖标的物之债权人善意   53	
叁、拍定人或承受拍卖标的物之债权人恶意   55	
一、真正所有人承认拍卖之效力   55	
二、真正所有人不承认拍卖之效力   56	
肆、2004 年台上字第 287 号判决之研究   57	
一、案例事实   57	
二、裁判要旨   57	
三、系争拍卖标的物之所有权归属   58	
四、上诉人对于被上诉人之损害赔偿责任   61	
<b>借名登记契约之法律关系</b>	..... 63
壹、借名登记契约标的财产之返还   64	
一、借名登记契约之性质与效力   64	
二、借名登记契约与脱法行为、通谋虚伪意思表示、信托及赠与	
之关系   65	
三、标的财产之返还   68	
贰、标的财产返还前之处分   69	
叁、结 论   70	
<b>承揽瑕疵担保责任重要实务问题</b>	..... 71
壹、民法基本规定   71	

贰、实务重要见解 | 73

一、关于归责事由 | 73

二、关于修补瑕疵 | 75

三、关于解除契约 | 78

四、瑕疵担保义务与承揽报酬义务之同时履行抗辩 | 80

五、工作物完成前之瑕疵担保责任 | 83

叁、保固条款 | 86

一、常见内容 | 86

二、意义与效力 | 88

三、保固期间 | 89

肆、结 论 | 91

“最高法院”2001年度民事实体法判决回顾 ..... 93

壹、前 言 | 93

贰、祭祀公业与习惯法 | 94

一、概 说 | 94

二、祭祀公业派下之资格 | 95

三、派下权之让与 | 98

叁、法律行为 | 100

一、约定工程验收合格,定作人始须给付工程款及返还履约  
保证金——附停止条件之法律行为? | 100

二、表意人之使用人意思表示瑕疵与“民法”第一零五条之  
类推适用 | 105

三、约定“办理继承登记后,始办理所有权移转登记”者,买  
受人移转登记请求权消灭时效之起算点 | 107

肆、表现代理 | 109

一、判决要旨 | 109



二、分析讨论 | 110

**“最高法院”2002年度民法判决之研究** ..... 118

壹、前言 | 119

贰、习惯法 | 119

一、2002年台上字第三三五号判决 | 119

二、本案之分析 | 121

叁、承揽之工作瑕疵与“民法”第二十八条之适用问题 | 122

一、“民法”第二十八条之性质 | 122

二、判决 | 123

三、承揽人之契约责任：瑕疵担保与不完全给付 | 125

四、承揽人之侵权责任 | 128

五、承揽人之契约责任与“民法”第二二四条之适用 | 129

六、承揽人之侵权责任与“民法”一八八条或第二十八条之适用 | 130

七、本案之分析 | 131

肆、法律行为之一部无效与全部无效 | 135

一、“民法”第一一一一条之解释适用 | 135

二、2002年台上字第八二一号判决 | 136

伍、定作人之瑕疵担保损害赔偿请求权在新、旧法之消灭时效期间问题 | 138

一、问题说明 | 138

二、2002年台上字第七二零号判决 | 139

陆、拍卖所得价款不当分配之不当得利法律关系 | 143

一、“最高法院”关于拍卖上不当得利之重要见解 | 143

二、2002年台上字第八二七号判决要旨及问题说明 | 144

三、判例及学说见解 | 146

四、本文看法 | 146

**“最高法院”2002 年度契约法判决之研究** ..... 149

壹、前 言 | 149

贰、契约之成立与效力 | 150

一、分管契约之订立 | 150

二、以遗产为标的物之赠与契约之效力 | 154

叁、买卖契约 | 161

一、出卖人迟延办理移转登记致土增税额增加时之赔偿  
责任 | 161

二、出卖人违反非主给付义务之债务不履行与买卖契约  
之解除 | 168

肆、租赁契约与使用借贷契约之比较

——“民法”第四二五条在使用借贷关系上  
有无类推适用余地？ | 171

一、裁判要旨 | 171

二、分析研究 | 172

伍、结 论 | 175

**台湾信托法最新判决发展** ..... 176

壹、前 言 | 176

贰、信托之意义 | 178

叁、信托与借名登记 | 181

一、借名登记契约基本事项 | 181

二、借名登记契约与信托契约之区别 | 182

三、借名登记契约与信托法之关系 | 185

肆、信托与信托让与担保 | 187

一、信托让与担保基本概念 | 187

二、信托让与担保是否为信托法之信托? | 188

三、信托让与担保受让人(即债权人)就担保物取偿之程序 | 189

四、信托让与担保契约之终止 | 191

伍、受托人违反信托本旨处分信托财产之不当得利责任 | 192

陆、结 论 | 195

**第三人故意不法行为与因果关系之中断** ..... 197  
 ——2001年台上字第七七二号代客泊车判决之研究

壹、案例事实及判决要旨 | 197

贰、前 言 | 198

叁、英美法重要案例 | 199

一、关于第三人行为之强度 | 200

二、关于第三人故意或过失及其行为之可预见性 | 200

三、被告之防止义务与因果关系之中断 | 201

肆、本案之评释 | 203

一、代客泊车业者保管汽车及其钥匙之义务 | 203

二、业者违反义务与顾客发生损害间之因果关系 | 204

伍、结 论 | 205

**“国家赔偿”请求权之消灭时效** ..... 207

壹、前 言 | 208

一、“国家赔偿”责任之类型 | 208

二、“国家”之求偿权 | 210

三、消灭时效 | 211

贰、两年之消灭时效 | 213

一、时效起算点 | 213

二、台北市政府案例 | 218

叁、五年之消灭时效		220
一、时效起算点		220
二、实务案例检讨		222
肆、“土地法”第六十八条请求权之消灭时效		223
一、“最高法院”判决		224
二、本文见解		226
伍、消灭时效之中断		228
一、实务判决		228
二、本文见解		233
陆、消灭时效完成之效果		234
一、实务判决		234
二、本文见解		234
柒、结 论		236

**中国民法总则草案民事责任规定之研究** ..... 237

壹、前 言		238
贰、“民事责任”草案要旨		239
叁、不必要的重复规定		240
一、总则编的立法功能		240
二、重复的条文		241
三、重复规定的原因与解决方法		242
肆、民事责任请求权基础		
——民法草案总则编第九十二条至第九十四条的分析检讨		243
一、违约责任——民法草案的违约责任请求权基础		244
二、侵权责任		247
三、总则编草案第九十二条至第九十四条的适用疑义与存在价值		251

伍、违约责任与侵权责任的竞合关系

——民法草案总则编第九十五条的分析检讨 | 254

陆、民事责任的独立性、优先性与强制执行

——民法草案总则编第九十六条至第九十八条的分析检讨 | 257

一、草案内容 | 257

二、民事责任独立性 | 258

三、民事赔偿责任优先性 | 259

四、民事责任的强制执行 | 260

柒、结 论 | 261

中国民法草案侵权责任损害赔偿规定之研究 ..... 263

——两岸民法之比较

壹、前 言 | 264

一、中国大陆民法侵权草案责任损害赔偿规定要旨 | 264

二、台湾地区民法侵权责任损害赔偿规定概述 | 264

三、本文内容要旨 | 269

贰、损害赔偿之一般规定 | 270

一、中国大陆民法草案侵权责任之请求权体系 | 270

二、中国大陆民法草案侵权责任第八条的立法功能 | 274

叁、对于“舍己救人”之受害人的侵权赔偿与补偿 | 275

一、侵权人对受害人的赔偿责任 | 275

二、受益人对受害人的补偿 | 276

肆、侵害人身所生财产上损害的金钱赔偿 | 277

一、金钱赔偿的项目 | 277

二、损害赔偿的情事变更 | 281

伍、侵害姓名权、名誉权、肖像权、隐私权等财产上损害赔偿 | 284

一、以侵权人获得的利益作为受害人所受的损失 | 284

二、赔偿金额的酌定		288
陆、精神损害赔偿		291
一、精神损害赔偿的请求权人		291
二、精神损害赔偿数额的酌定因素		295
柒、损失分担		296
一、中国大陆民法草案侵权责任法第二十条规定		296
二、台湾地区现行“民法”第一八七条第三项及第一八八条第二项规定		297
三、立法功能的发挥		300
捌、结论与建议		300
附录：两岸民法侵权责任损害赔偿条文对照表		302



## 给付不能——自始客观不能\*

---

### 目 次

壹、前 言	叁、自始客观不能之法律效果
贰、“民法”第二四六条之理论与 实务	一、前 言
一、理论争议——限于客观 不能或兼含主观不能	二、契约无效或有效
二、实务案例	三、返还给付
	四、赔偿损害

---

## 壹、 前 言

给付不能，乃民法上之重要制度。民法相关规定看似简明，但理论说明分歧，实务案例多样。因此，掌握基本概念，熟悉裁判见解，方能正确认识、了解与解决给付不能之问题。

依学者通说<sup>〔1〕</sup>，给付不能得依不同标准，而区分为：①自始不能

---

\* 原刊载于月旦法学教室，试刊号，2002年10月，页50—56；月旦法学教室，第二期，2002年12月，页53—61。

〔1〕 参阅孙森焱，民法债编总论（下），2006年5月修订版，页518；黄立，民法债编总论，1999年11月，页431；丘聪智，新订民法债编通则（下），2001年2月，页432；林诚二，民法债编总论（上），2001年3月，页55；刘春堂，民法债编通则（一），契约法总论，2001年9月，页285。

与嗣后不能；②主观不能与客观不能；③事实不能与法律不能；④暂时不能与永久不能；⑤一部不能与全部不能。

“民法”就给付不能，则分别于第二二五条、第二二六条、第二四六条、第二四七条、第二五六条、第二六六条与第二六七条设有重要规定〔2〕。综合前述条文，给付不能，应先区分系自始不能或嗣后不能。盖给付自始不能者，以该给付为标的之契约或其它法律行为，无效（第二四六条）；给付嗣后不能者，则不生法律行为无效之问题，而系再区分该不能是否可归责于债务人，赋予不同之法律效果（第二二五条、第二二六条、第二五六条、二六六条、第二六七条）。

关于自始不能，“民法”于第二一一条及第二四六条、第二四七条设有规定。

第二一一条，系关于在选择之债之数宗给付中，有自始不能或嗣后不能之问题。由于选择之债在实务上并不常见，故在解释适用上，尚无重要疑义，“最高法院”亦迄未就该条作成判例。

第二四六条与第二四七条，则为以不能之给付为契约标的之问题。本条规定，实务案例甚多，“最高法院”着有多件判例及决议，殊值重视。

## 贰、

### “民法”第二四六条之理论与实务

#### 一、理论争议——限于客观不能或兼含主观不能

“民法”第二四六条规定：“以不能之给付为契约之标的者，其契约为无效。但其不能情形可以除去，而当事人订约时并预期于不能之情形除去后为给付者，其契约仍为有效”“附停止条件或始期之契约，于条件成就或期限届至前，不能之情形已除去者，其契约为有效”。

〔2〕 请务必仔细阅读各该规定全文。



学说一致认为，本条所称之不能，限于自始不能之情形，不包含嗣后不能在内。又此之所谓自始不能，指契约成立时，为该契约标的之给付即已不能实现〔3〕。例如：房屋已于九·二一大地震毁损，却仍于九月二十二日就该屋订立买卖、赠与、租赁、承揽等契约。

反之，甚有争论者，本条所称之不能，限于客观不能，或除客观不能外，尚包含主观不能？

有学者坚持〔4〕：“所谓不能，系指依社会通常观念，债务人应为之给付，不能依债务本旨实现之意。因此，苟属自始不能给付，不论依何标准将其划分为主观不能或客观不能，均属标的不能”。

然而，第二四六条之立法理由谓：“谨按‘民律草案’第五一三条及第五一七条谓当事人，得自由以契约订定债务关系之内容，而其标的，则以可能给付为必要。故以客观之不能给付（不问其为相对的不能或绝对的不能）为标的之契约，法律上认为无效，所以防无益之争议也。但系主观之不能给付，其契约仍应认为有效，使债务人负损害赔偿之责，此无待明文规定也。……”。因此，本条规定，依其立法原意，应仅适用于客观不能，而不及于主观不能。

学说上，多数见解亦认为，第二四六条规定，仅适用于自始客观不能之情形；若为自始主观不能，则无该条适用余地，契约仍属有效。

〔3〕 参阅孙森焱，民法债编总论（下），2006年9月修订版，页518；黄立，民法债编总论，1999年11月，页485；丘聪智，新订民法债编通则（下），2001年2月，页516；林诚二，民法债编总论（上），2001年3月，页202；刘春堂，民法债编通则（一），契约法总论，2001年9月，页285。

〔4〕 参阅孙森焱，民法债编总论（下），2006年9月修订版，页518；孙森焱，论给付不能，戴炎辉先生七秩华诞祝贺论文集，页469；孙森焱，论所谓“自始主观不能”，当代法学名家论文集，1996年1月，页315以下。

此说之依据，在于引据前述立法理由，并参考德国立法例<sup>〔5〕</sup>，且主张契约乃当事人之合意，故应尽量承认其效力，限制契约无效之范围<sup>〔6〕</sup>。

认为本条规定限于客观不能者，即面临如何区分主观不能与客观不能问题。就此，台湾地区相关论著之说明，尚未尽一致<sup>〔7〕</sup>。有谓：任何人均不能给付者，为客观不能；仅债务人不能给付，其它之人得为给付者，为主观不能。有谓：因给付之性质，以致于无法依债之本旨为给付者，为客观不能；因债务人个人因素，以致于无法依债之本旨为给付者，为主观不能。有谓：依事物原因而不能者，为客观不能；非专属于债务人之给付<sup>〔8〕</sup>，而因债务人之事由不能依债之本旨给付者，为主观不能；至于专属于债务人之给付，而因债务人之事由不能给付者，仍为客观不能。

前述理论上之区分标准，可否适用于一切案例，尚有疑义。而且，依本文所见，学说上不一致的区分标准，正是导致第二四六条是否包

〔5〕“民法”第二四六条系参照1900年元旦施行之德国民法第三零六条而制定。惟应注意者，2002年元旦修正施行之德国债法，已经删除该第三零六条，并于第三一一条a第一项规定，缔约时给付之障碍即已存在者，契约之效力不因而受影响。

〔6〕参阅王泽鉴，给付不能，民法学说与判例研究（一），1975年，页412以下（419—420）；王泽鉴，自始主观给付不能，民法学说与判例研究（三），1981年，页41以下；黄立，民法债编总论，1999年11月，页485；丘聪智，新订民法债编通则（下），2001年2月，页516；林诚二，民法债编总论（上），2001年3月，页203；刘春堂，民法债编通则（一），契约法总论，2001年9月，页286。

〔7〕参阅王泽鉴，自始主观给付不能，民法学说与判例研究（三），1981年，页41以下（44）；刘春堂，民法债编通则（一），契约法总论，2001年9月，页286。请并参阅孙森焱，民法债编总论（下），2006年9月修订版，页511—516。

〔8〕所谓专属于债务人之给付，系指依当事人订约目的，应以债务人个人所特殊具备之技能为给付内容，不得由他人代替债务人给付，否则即丧失订约目的。例如知名之画家、小提琴家、钢琴家、魔术师等，与债权人订约，应为债权人作画或表演。

含主观不能争议之主因。因此，更值重视者为，第二四六条在实务上之适用情形。

## 二、实务案例

### （一）基本见解——限于客观不能

“最高法院”认为，第二四六条所称之不能之给付，限于自始客观不能；其为主观不能者，不论自始或嗣后，均为债务不履行问题，而非契约或法律行为无效。下列判决〔9〕，可供左证：

1998年台上字第二八一号〔10〕：“第二四六条第一项前段规定以不能之给付为契约标的者，其契约无效。该项所称之‘不能之给付’者，系指自始客观不能而言，亦即依社会通常观念，债务人应为之给付，不能依债务本旨实现之意。如仅系主观、暂时之不能给付，即难谓其契约为无效”。

1998年台上字第一二三六号：“所谓给付不能，有自始不能与嗣后不能，主观不能与客观不能之分。其为自始客观不能者，法律行为当然无效；其为自始主观、嗣后客观或嗣后主观不能者，则生债务不履行之问题，二者之法律效果不同”。

### （二）自始客观不能之案例

#### 1. 无自耕能力人承受私有农地之债权契约。

实务上，旧“土地法”第三十条所禁止之无自耕能力而承受私有农地，系“民法”第二四六条最常见之案例，“最高法院”曾作成甚多判例、决议与判决，在了解与运用自始客观不能之概念上，特值参

---

〔9〕 本文所引判决，除另有注明外，均可在“司法院”网站取得全文。

〔10〕 1990台上字第二一四七号、1995年台上字第一三零八号、2000台上字第四十五号等判决同此意旨，故自始客观不能，始为第二四六条所称之不能，堪称“最高法院”固定见解。

考<sup>〔11〕</sup>。“土地法”第三十条虽经删除，但目前依旧有不少案例系属法院，自然仍应注意实务见解。而且，取代“土地法”第三十条之农业发展条例第十一条第二项<sup>〔12〕</sup>所称“约定私人取得面积超过二十公顷农地之债权契约”，亦为自始不能之给付，故“最高法院”关于旧“土地法”第三十条及“民法”第二四六条、第二四七条之判例、决议与判决，对于此类契约，在性质相近范围内，仍可继续援用。

(1) 无效之债权契约或单独行为。

“土地法”于2000年1月26日修正公布前之第三十条规定<sup>〔13〕</sup>：“私有农地之移转，其承受人以能自耕者为限，并不得移转为共有，但因继承而移转者，得为共有。违反前项规定者，其所有权之移转无效”。

1976年第九次民事庭会议决议谓：“‘土地法’第三十条系就私有农地所有权移转之物权行为所作之强制规定，关于约定负担移转该项土地所有权之债权行为（如买卖、互易、赠与等契约），并不在限制之列，故约定出售私有农地于无自耕能力之人者，其所定之农地买卖契约（债权契约），尚不能认系违反强制规定依‘民法’第七十一条前段应属无效。惟此项买卖契约所约定之给付，既为移转私有农地之所有权于无自耕能力之人，属于违反强制规定之行为，即属法律上之给付不能，亦即客观的给付不能（自始不能），依‘民法’第二四六条第一项规定以不能之给付为契约标的者，其契约无效。因此此项约定出售

---

〔11〕 参阅拙著，私有农地之买卖——“最高法院”相关判决之分析，民事法理与判决研究（二），2004年4月，页277以下。

〔12〕 本条规定，业于2003年2月7日修正时删除。

〔13〕 本条立法目的在于执行“管制农地农有”之土地政策。嗣因政策变更为“放宽农地农有，落实农地农用”，故于2000年1月26日修正公布土地法，将本条删除，且另于同日修正公布之农业发展条例第十一条规定：“私人取得农地之面积，合计不得超过二十公顷。但因继承或其它法律规定者，不在此限。私人取得之农地面积合计超过二十公顷者，其超过部分之转让契约或取得行为无效，并不得移转登记”。

私有农地于无自耕能力之人之买卖契约，除有‘民法’第二四六条第一项但书及第二项之情形外，其契约应属无效”〔14〕。1977年台上字第二六五五判例亦谓：“约定出卖私有农地与无自耕能力之人之买卖契约，除有民法第二四六条第一项但书及第二项情形外，……其契约为无效”〔15〕。

依据上述决议与判例，以使无自耕能力人取得私有农地为标的之债权契约（买卖、赠与、互易），原则上为自始客观不能而无效。若进而将系争农地所有权移转登记与该无自耕能力人者，则该物权移转行为依“民法”第七十一条而无效。

值得注意者，以遗嘱将自己之私有农地遗赠与无自耕能力之人，即系以不能之给付为遗赠之客体，虽然遗嘱乃单独行为而非契约，但应类推适用“民法”第二四六条第一项前段，该部分之遗嘱无效。受遗赠人不得请求遗嘱人之继承人或遗产管理人履行〔16〕。

## （2）例外有效之情形。

至于所谓出卖（或互易、赠与）私有农地与无自耕能力人之契约，得依“民法”第二四六条第一项但书或第二项，而仍为有效，参照实务见解〔17〕，系指当事人间有下列情形之一〔18〕：①约定由承买人指定登记与任何有自耕能力之第三人；②具体约定登记与有自耕能力之特

〔14〕 本则决议，因旧“土地法”第三十条规定之删除，经2003年第八次民事庭会议决议，不再供参考。

〔15〕 本则判例因前述“土地法”第三十条之删除，经2001年第三次民事庭会议决议不再援用。

〔16〕 参见1983年台上字第一三三二号判决。

〔17〕 参见1984年第五次民事庭会议决议（本则决议，因旧“土地法”第三十条规定之删除，经2003年第八次民事庭会议决议，不再供参考）、1999年台上字第二六七号判决。

〔18〕 依1993年台上字第二五零七号判决，此项约定，并不以订立书面为必要，倘订约当时，当事人确有此项合意，虽未明订于买卖契约条款之中，亦不得因此而谓其契约为无效。

定第三人；③约定待承买人自己有自耕能力时方为移转登记；④约定该项耕地之所有权移转与无自耕能力之特定第三人，待该第三人有自耕能力时再为移转登记；⑤约定预期于该农地变更为非农地时，始移转所有权与买受人。

惟买受人自己无自耕能力，又与出卖人为下列之约定者，仍属标的自始给付不能，契约依然无效，无“民法”第二四六条第一项后段之适用<sup>[19]</sup>：①仅约定将系争私有农地移转登记于买受人或其指定之“第三人”，而非具体表明移转于“有自耕能力之第三人”；②仅约定“承买人得任意指定承受人”；③仅约定“有关登记名义人得由买受人指定”。

### 2. 约定将现有耕地分割或移转为共有之债权契约。

农业发展条例 2000 年 1 月 26 日修正公布前，于第三十条前段规定<sup>[20]</sup>：“每宗耕地不得分割或移转为共有”。因此，如当事人约定，一方将耕地部分出卖与他方，或赠与耕地之应有部分与他方，则将因而增加共有人数，违反上开条例之规定，显系以自始客观不能之给付为契约标的，依“民法”第二四六条第一项前段规定，该契约为无效<sup>[21]</sup>。

### 3. 约定以不具资格之人为电视节目制作人。

在 1996 年台上字第一六四二号判决中，两造约定共同合作制作电视连续剧“目莲传”，约定原告负责提供制作费用及其它资金，但应将原告并列为节目制作人。惟因原告不具电视事业节目制作人之资格，法院遂认定两造之契约为自始给付不能而无效。

[19] 参见 1995 年台上字第一五九二号、1998 年台上字第二二八九号、1999 年台上字第二四二七号等判决。

[20] 本条规定，业经 2000 年 1 月 26 日修正公布之农业发展条例第十六条取代。

[21] 参见 1975 年台上字第三三一号判例（本则判例，因与现行农业发展条例第十六条之规定意旨不符，经 2002 年第九次民事庭会议决议，不再援用）、1989 年台上字第一零三五号判决。

4. 买受人就买卖标的物（防弹衣）所定之防弹规格为物理性上不能。

在1998年台上字第一三九六号判决中，出卖人向买受人订购防弹衣三千九百四十一件，嗣经测试结果，出卖人交付之防弹衣不符采购规格要求。但法院依专家证词而认定两造就有关系争防弹衣防弹能力之约定，从防弹衣之物理性，衣服设计无法去除衣角、边缘及目前防弹衣之制作水准等限制观之，属标的不能之给付，依“民法”第二四六条第一项规定，其买卖契约应为无效。

5. 以共同共有权利之转让为标的之债权契约。

2000年台上字第一二一六号判决谓：“各共同继承人就其继承遗产之全部，固有共同共有之权利，但该权利具有身份法之色彩，在其共同共有关系存续中，各共同继承人对于个别继承遗产上之权利，应不得任意处分让与于共同继承人以外之第三人，使其与其它共同继承人维持共同共有关系。倘第三人因之而受让该权利，即系以不能之给付为契约标的，依‘民法’第二四六条第一项前段之规定，其契约自属无效。本件被上诉人将继承取得之系争土地共同共有权利售卖与上诉人，并为之成立诉讼上和解，进而办理上开共同共有权利之物权移转行为，依上说明，即属自始当然无效”。

按所谓以不能之给付为契约之标的，应系指债权契约而言。换言之，债权契约，始有“民法”第二四六条之适用；至于物权契约（物权之移转或设定行为），乃给付之本身，而非以给付为标的之契约，不生“民法”第二四六条之问题。前述旧“土地法”第三十条之案例，1976年第九次民事庭会议决议即强调适用“民法”第二四六条第一项者，乃买卖私有农地之债权契约，而非移转该农地所有权之物权契约。准此，在2000年台上字第一二一六号判决中，其因“民法”第二四六条第一项前段规定而无效者，乃共同共有人与他人约定以让与共同共有权利为标的之债权契约，而非移转该共同共有权利之物权契约。该判决谓：“被上诉人将继承取得之系争土地共同共有权利售卖与上诉

人，并与之成立诉讼上和解，进而办理上开共同共有权利之物权移转行为，依上说明，即属自始当然无效”等语，并未详细区分其为无效者，系债权契约（售卖系争土地共同共有权利、成立诉讼上和解），或系物权契约（办理上开共同共有权利之物权移转行为），有待澄清。以该判决为对象之2000年台再字第八十一号判决谓：“共同继承之遗产在分割之前，为各继承人共同共有，而“民法”第八二七条第一项基于共同关系而共有一物者，依同条第二项之规定，各共同共有人之权利，及于共同共有物之全部，故各该共有人并无应有部分存在，通说亦认为共同共有人之应有部分系属潜在者，与分别共有人之应有部分为显在者不同，如继承人就继承财产之应继分，此项潜在之应有部分，在共同关系存续期间内，不得自由处分。共同共有人将其继承之权利让与于第三人，乃以此为契约之标的，系以不能之给付为标的，自有‘民法’第二四六条第一项前段规定之适用”，似即在说明其适用“民法”第二四六条第一项前段而无效者，乃“‘共同共有人将其继承之权利让与于第三人’之债权契约”。

#### 6. 抛弃继承时已逾越法定期间。

当事人约定，一方抛弃继承，他方则就此予以补偿。若于约定时，一方已超过“民法”第一一七四条第二项所定抛弃继承之法定期间者，即有自始客观不能给付之情形，其约定无效<sup>[22]</sup>。

#### （三）非自始客观不能之案例

下列情形，依“最高法院”判决，并非“民法”第二四六条所定之自始客观不能给付，故该契约仍属有效：

##### 1. 出卖他人之物之契约。

1998年台上字第一二三六号判决谓：“出卖他人所有之物，除该他人原始（自始）绝对对于任何人不肯出让，为客观不能者外，通认系主观不能，盖买卖仅在使出卖人负担移转财产权于买受人之债务，

---

[22] 参见台北板桥地院1994诉字第一一一七号判决。



并非以即行移转，为契约之成立要件（“民法”第三四八条），出卖人可以取得其物以移转于买受人，或使该他人径移转于买受人，使买受人取得其物之所有权”。2000年台上字第四十五号判决亦谓：“未经土地所有人之同意，而与他人订立移转土地所有权之债权契约，并非以自始客观不能之给付为契约之标的，难谓其契约无效”〔23〕。

## 2. 部分共有人就共有物之全部或部分订立之债权契约。

分别共有人或共同共有人，就共有物为处分者，虽应得全体共有人同意（参见“民法”第八一九条第二项、第八二八条第二项；另参见“土地法”第三十四条之一），但此之所谓处分，指直接发生物权变动之物权行为而言。至于共有人以共有物为客体而订立之买卖〔24〕、合建〔25〕、赠与、互易、租赁等债权契约，不受该二条规定之限制〔26〕，故其情形与出卖（赠与、互易、出租）他人之物，并无二致，契约亦为有效，而非标的自始不能。盖债权契约之债务人，于缔约时就标的物有无处分权，均不影响该契约之效力；债务人无处分权，且于清偿期届至时，仍无法自行作成有效之处分行为或使有处分权人作成处分者，乃债务不履行问题〔27〕，并非债务人就其给付自始客观不能。1944年上字第二四八九号判例谓：“共同共有人中之一人，以共同共有物所

〔23〕 参见1982台上字第三六八号判决。同理，赠与、互易或出租他人之物等，均非自始客观不能。

〔24〕 参见2000年台上字第四十五号判决。

〔25〕 参见1995年台上字第一三零八号判决。

〔26〕 参阅王泽鉴，民法物权，通则·所有权，2001年4月，页344、386；谢在全，民法物权论（上），2003年7月，页568；谢在全，民法物权论（中），2003年7月，页19；拙著，共有人私自出租共有物及租约消灭后之法律关系，月旦法学教室（5），民法篇I，2004年9月，页30—32。

〔27〕 1966年台上字第三二六七号判例甚至认为，共有人将共有物之特定一部出卖与他人者，买受人得依据债权法则请求出卖之共有人使买受人取得按该一部计算之应有部分，而与其它共有人继续共有关系。例如：甲、乙、丙共有某地，应有部分各三分之一，甲将该地之特定部分（面积相当全部之三分之一）出卖予丁，则丁得请求甲移转其应有部分三分之一，使共有人变为乙、丙、丁。

有权之移转为买卖契约之标的，其移转所有权之处分行为，虽因未经其它共同共有人之承认不生效力，而其关于买卖债权契约则非无效”，可资参照。

### 3. 约定以将来可取得之物为给付标的之契约。

买卖契约缔结时，标的物尚未存在者，并非以不能之给付为契约之标的。种类物之买卖（例如预购即将出厂之新型计算机十部）如此，特定物之买卖（例如购买预售屋一间）亦然。故以将来可以取得之物为给付标的之契约，不因其于缔约时尚未存在，而成为自始客观不能之给付〔28〕。

## 叁、

### 自始客观不能之法律效果

#### 一、前言

依“民法”第二四六条第一项规定，契约所定之给付有自始客观不能之情形者，契约为无效；但其不能之情形可以除去，且当事人于订约时并预期于不能之情形除去后为给付者，契约仍为有效。此为契约无效或有效之问题。

其次，在契约无效之情形，倘当事人已经给付者，得否请求返还？其请求权基础为何？此为返还给付之问题。

再者，“民法”第二四七条第一项及第三项规定：“契约因以不能之给付为标的而无效者，当事人于订约时知其不能或可得而知者，对于非因过失而信契约为有效致受损害之他方当事人，负损害赔偿。前二项损害赔偿请求权，因二年间不行使而消灭”。此为损害赔偿之问题。

〔28〕 参见 1996 年台上字第一四二二三号判决，民事裁判发回重审要旨选辑（八），页 146。

，应并注意者，“民法”第二四六条及第二四七条，系债编通则之规定，故债编分则或其它法规有特别规定时，应优先适用该特别规定。最重要之例子为，出卖之债权或其它权利，虽有缔约时即不存在之情形，但因“民法”第三五零条特别就此规定出卖人应负权利瑕疵担保责任，故该契约仍为有效，无第二四六条及第二四七条之适用。

## 二、契约无效或有效

### （一）契约无效

#### 1. 概说。

以自始客观不能之给付为标的之契约，依第二四六条第一项前段规定，原则上，该契约无效。

给付自始客观不能之原因，或系法规之限制（例如旧“土地法”第三十条第一项<sup>[29]</sup>、原住民保留地开发管理办法第十七条<sup>[30]</sup>），或系事实之状态（例如约定给付之特定标的物于缔约前即已灭失），均无不可。

当事人之一方或双方，于订约之时或其后，是否知悉约定之给付有自始客观不能之情事，对于“民法”第二四六条第一项前段之适用，原则上不生影响。不过，当事人中，仅一方于订约时，知该情事者，则应依“民法”第二四七条第一项规定，对善意且无过失之地方负损害赔偿 responsibility；双方于订约时，皆知该情事者，则应再视其情形，并解释当事人之意思表示，以决定此时之契约，究竟系仍适用“民法”第二四六条第一项前段，而为无效；或系适用同条第一项但书，而为有效。

---

[29] 参见 1975 年台上字第一三五二号判例（本则判例，因旧“土地法”第三十条之删除，经 2001 年第三次民事庭会议决议，不再援用）。

[30] 参见 2000 年台上字第二二零二号判决。

## 2. 全部无效或一部无效。

应注意者，契约所约定之给付，全部皆为自始客观不能者，该契约固为全部无效；惟契约所定之给付，仅一部为自始客观不能，而其它部分之给付仍为可能，且该其它部分之给付，仍符合当事人订约之目的者，则应适用“民法”第一一一条：“法律行为之一部无效者，全部皆为无效。但除去该部分亦可成立者，则其它部分，仍为有效”之规定，而使该契约一部无效，一部有效<sup>[31]</sup>。例如，甲出卖 A、B 两笔土地于乙，A 地于订约前，业因地震而灭失，但 B 地之给付，对于乙仍有利益，则甲、乙间之契约，关于 A 地部分，适用第二四六条第一项前段而无效；关于 B 地部分，适用第一一一条但书而有效。至于 B 地之给付，是否对于乙仍有利益，则应解释契约内容及缔约目的而定。若乙购买 A、B 二地，系准备在该二地上设立工厂或游乐区，而仅取得 B 地将有面积不敷设立情形者，则 B 地之给付，对于乙即为无利益，契约全部无效。反之，若乙购买 A、B 二地，系准备做为各自独立不相关之用途者，则 B 地之给付，对于乙即为仍有利益。

## 3. 与违反强行法规或违反公序良俗之关系。

依第七十一条规定，法律行为违反强制或禁止之规定者，无效；但其规定并不以之为无效者，不在此限。另依第七十二条规定，法律行为，有悖于公共秩序或善良风俗者，无效。

契约违反强行法规或公序良俗者，通常亦造成其给付在法律上自始客观不能，从而导致该契约不但因第七十一条前段或第七十二条而无效，亦因第二四六条第一项前段而无效。

惟在契约违反强行法规之情形，应强调者为，第七十一条所谓之

---

[31] 参见 2000 年台上字第二八七七号判决（土地买卖契约，约定面积为一三二九平方公尺，而交付者短少三十平方公尺）、1996 年台上字第四十号判决（一份买卖契约，以两笔土地为标的物，其中一笔为私有农地，而买受人无自耕能力）。

强行法规，限于效力规定，而不及于取缔规定<sup>〔32〕</sup>。故当事人约定之给付，属于违反效力规定者，其契约既因第七十一条前段规定而无效，又因第二四六条第一项前段而无效；但当事人约定之给付，仅为违反取缔规定者，其契约不因第七十一条前段或第二四六条第一项前段而无效。

契约违反效力规定之情形，例如甲为原住民，将其取得之原住民保留地耕作权出卖与非原住民之乙，则甲、乙之契约，违反“原住民保留地开发管理办法”第十五条规定，而该规定乃效力规定，故甲、乙之契约，除依第七十一条前段无效外<sup>〔33〕</sup>，依第二四六条第一项前段，亦为无效。又如，当事人约定给付之特定物，于缔约前，业经“政府”命令应以外销为限，禁止流入“国内”市场，即自公布日起，是项物品在“国内”已不具有融通性及让与性，且此项命令无法预期其解除日期，则系争契约标的已达不能给付程度<sup>〔34〕</sup>，依第七十一条前段及第二四六条第一项前段，该契约为无效。

契约违反取缔规定之情形，例如甲向政府承购国民住宅后，居住尚未超过两年，且未经主管机关同意，即将该住宅及基地出售与乙，则依据 1998 年第六次民事庭会议决议，甲、乙之契约，虽违反“国民

〔32〕 参见 1979 年第三次民事庭会议决议及 1979 年台上第八七九号判例（“证券交易法”第六十条第一项第一款为取缔规定）、1998 年第六次民事庭会议决议（修正前“国民住宅条例”第十二条第一项，即现行法第十九条第一项为取缔规定）。

〔33〕 参见 2000 年台上字第一七一四号判决：“按‘行政院’颁布之原住民保留地开发管理办法，系依‘山坡地保育利用条例’第三十七条及 2000 年 1 月 26 日修正公布前之‘农业发展条例’第十七条第二项规定，授权制定之‘中央法规’，该办法第十五条第一项规定：‘原住民取得原住民保留地之耕作权、地上权、承租权或无偿使用权，除继承或赠与于得为继承之原住民、原受配户内之原住民或三亲等内之原住民外，不得转让或出租’，旨在保障依法受配原住民之生活，避免他人脱法取巧，使原住民流离失所，系属效力规定，如有违反，依‘民法’第七十一条规定，应属无效”。

〔34〕 参见“法务部”1980 年 12 月 8 日法律字第七一四八号函。

住宅条例”第十九条第一项规定，但因该规定乃取缔规定，故系争契约，不生“民法”第七十一条所称违反强制或禁止规定之问题，亦无第二四六条第一项所谓以不能之给付为标的可言；换言之，该契约为有效<sup>〔35〕</sup>。又如：甲向政府机关承包公共工程或劳务采购契约后，不自行履行，而转包于乙，则甲、乙之契约，虽违反“政府采购法”第六十五条第一项规定，但因同法第六十六条规定：“得标厂商违反前条规定转包其它厂商时，机关得解除契约、终止契约或没收保证金，并要求损害赔偿。前项转包厂商与得标厂商对机关负连带履行及赔偿责任。再转包者，亦同”，可知该法第六十五条第一项乃取缔规定，而非效力规定，故系争转包契约仍为有效，无适用“民法”第七十一条及第二四六条第一项前段之余地。

## （二）契约有效

契约所定之给付，于缔约当时，虽属自始客观不能，惟其不能之情形可以除去，且当事人于订约时并预期于不能之情形除去后为给付者，依“民法”第二四六条第一项但书规定，其契约仍为有效。例如：甲将其对于与他人共同继承土地之共同共有权利，在分割该土地之前，出售予乙，则由于共同继承之遗产在分割之前，为各继承人共同共有，而依“民法”第八二七条第二项规定，各共同共有人之权利，及于共有物之全部，各共同共有人并无应有部分存在，继承人就继承财产之应继分，在共同关系存续期间内，不得自由处分；如共同共有人将其继承之权利让与于第三人，乃以此为契约之标的，系以不能之给付为标的，本应适用第二四六条第一项前段而无效<sup>〔36〕</sup>。然而，若甲、乙于缔约时又约定，待甲与其它继承人完成分割系争遗产手续后，再将其分得之具体部分土地移转登记与乙，则甲、乙之契约，即应适用第二

---

〔35〕 惟作者以为，“国民住宅条例”第十九条第一项应属效力规定，而非取缔规定，故“国宅”之转售违反该条规定者，契约无效。参阅拙著，违法转售“国宅”之效力，月旦法学教室（5），民法学篇 I，2004年9月，页2—3。

〔36〕 参见2000年台再字第八十一号判决。

四六条第一项但书而有效。

前开但书规定之适用，实务上应予注意者为：

第一，关于旧“土地法”第三十条之私有农地买受人于订约时无自耕能力，惟买卖契约得依“民法”第二四六条第一项但书而有效之情形，详见1984年第五次民事庭会议决议〔37〕及相关判决〔38〕。

第二，参照1977年台上字第二六五五号判例〔39〕，须当事人于缔约时，主观上即已预期于不能之情形除去后为给付；否则，纵令契约缔结后，客观上该不能之情形已除去，亦不能因而使无效之契约成为有效。

第三，以不能之给付为契约之标的，如其不能之情形可以除去，而当事人于订约时并预期于不能之情形除去后为给付，依“民法”第二四六条第一项但书规定，固应认其契约仍为有效。惟在不能之情形除去前，债权人尚不得据以对债务人为给付之请求〔40〕。从而，债权人当然亦不得于不能之情形除去前，对债务人主张债务不履行责任。

〔37〕 本则决议，因旧“土地法”第三十条规定之删除，经2003年第八次民事庭会议决议，不再供参考

〔38〕 例如：1994年台上字第五七五号、1995年台上字第一五九二号、1996年台上字第四十号、1998年台上字第二二八九号、1999年台上字第二零五九号及1999年台上字第二四二七号等判决。

〔39〕 该判例要旨为：“查私有农地所有权之移转，其承受人以能自耕者为限，违反前项规定者，其所有权之移转无效，‘土地法’第三十条第一、二项定有明文。故约定出卖私有农地与无自耕能力人之买卖契约，除有‘民法’第二四六条第一项但书及第二项之情形外，依同条第一项前段规定，其契约应属无效。如此项契约当事人订约时并无预期买卖之农地变为非农地后再为移转之情形，纵令契约成立后该农地已变为非农地，亦不能使无效之契约成为有效”（因旧“土地法”第三十条之删除，经2001年度第三次民事庭会议决议：①“民法”第二四六条部分：本则判例不再援用；②“土地法”第三十条部分：本则判例删除）。

〔40〕 参见1981年台上字第四五三七号判例。

### 三、返还给付

契约因给付自始客观不能而无效者，如当事人一方尚未基于契约而给付，则他方不得请求其给付，系属当然；有争议时，当事人并得诉请确认双方基于该契约之法律关系不存在。惟如已基于该契约而为给付者，得否请求返还？如得请求，则其请求权基础为何？

#### （一）所有物返还请求权及不当得利返还请求权

首先，当事人之给付，如不生所有权移转之效果者，则该当事人得依“民法”第七六七条之物上请求权，请求返还所为之给付。例如：适用旧“土地法”第三十条之私有农地买卖契约缔结后，出卖人与买受人声请办理该地之所有权移转登记，而地政机关由于疏忽，致完成登记手续；出卖人并将该地交付与买受人。此时，两造之买卖契约（债权契约），为给付自始客观不能而无效；至于其已完成之所有权移转（物权契约），依据1976年第九次民事庭会议决议，应适用旧“土地法”第三十条第二项及“民法”第七十一条前段，亦为无效。由于两造之所有权移转契约无效，故买受人并未取得所有权；又因为两造之债权契约无效，故买受人占有标的物欠缺正当权源。因此，出卖人得依所有权妨害除去请求权（参见“民法”第七六七条中段），请求涂销系争所有权移转登记。而且，出卖人得依所有物返还请求权（参见第七六七条前段），请求买受人返还土地<sup>[41]</sup>。

再者，当事人之给付，亦得依不当得利规定请求返还。盖给付系基于契约，但契约因自始客观不能而无效，则受领给付者，即属自始欠缺法律上原因，构成不当得利。例如：1996年台上字第四十号判决，即系以“民法”第一七九条为无自耕能力之私有农地买受人请求

---

[41] 关于旧“土地法”第三十条下之物上请求权适用情形，请参阅拙著，私有农地之买卖——“最高法院”相关判决之分析，民事法理与判决研究（二），2003年4月，页275以下。



返还价金之依据。又如，买卖标的物于缔约前已经灭失，而买受人已支付部分价金，则双方之契约自始客观不能而无效，出卖人应依不当得利规定，返还其所受领之价金。

契约约定之给付，如不但有自始客观不能之情形，且为违反强行法规或公序良俗者，则已给付之一方当事人依不当得利请求返还该给付时，即应注意有无“民法”第一八零条第四款“不法原因之给付，不得请求返还”<sup>〔42〕</sup>之适用。以旧“土地法”第三十条之私有农地买卖为例，1992年台上字第七四二号判决认为：“所谓不法原因系指给付之原因违反公共秩序或善良风俗而言，非谓凡违反强制或禁止规定之行为均属之。盖法律禁止或强制规定，或因‘国家’政策考量之结果，若概指为不法原因之给付而谓已给付者不得请求返还，将有失衡平。本件农地买卖，因‘土地法’第三十条第一项规定，无自耕能力者不得承受而自始给付不能，依‘民法’第二四六条第一项前段规定应属无效乃系实施土地政策之结果，并非买卖有违反公序良俗而无效，不能谓被上诉人（买受人）依此买卖契约而给付之定金，为不法原因之给付。被上诉人依‘民法’第一七九条规定请求上诉人（出卖人）返还所受领农地部分之定金，并无不合”。“最高法院”所谓：“非谓凡违反强制或禁止规定之行为均属不法原因之给付”，颇堪赞同，盖为避免“民法”第一八零条第四款之适用反而造成“不法即合法”之不当结果，于认定违反强行法规而为之给付，是否即系不法原因之给付时，应斟酌该强制或禁止规定之立法意旨，不宜一概而论。准此，参照前述1992年台上字第七四二号判决，在违反原住民保留地开发管理办法之耕作权出卖契约，当事人已经给付者（例如已经交付土地或支付价金），亦得依不当得利规定请求返还，不生不法原因给付不得请求返还问题。

---

〔42〕 本条款之一般问题，参阅王泽鉴，不当得利，2002年3月，页136以下。

## （二）“民法”第一一三条之回复原状请求权？

依实务见解，契约因自始客观不能无效时，当事人亦得依据“民法”第一一三条规定，主张“回复原状”而请求返还其已提出之给付<sup>〔43〕</sup>。

例如，在1999年台上字第一九三一号请求涂销土地所有权移转登记事件中，“最高法院”维持原审判决所称：“查系争土地由被上诉人书立同意书表示‘愿意移转登记给吴○○或其指定之第三人’，当时吴○○对系争土地并无自耕能力，而上开契约书（同意书）仅约定移转登记于吴○○或其指定之第三人，并未具体表明移转于有自耕能力之第三人，揆诸上开说明，依此契约所为所有权移转登记，自属违反‘土地法’第三十条第一项之强制规定，应属无效。且此项无效之法律行为，衡情上诉人于行为当时可得而知，从而，被上诉人主张此项移转所有权之行为无效，应负回复原状之义务，依‘民法’第一一三条规定，请求上诉人涂销所有权移转登记，即非无据，应予准许”，而驳回第三审上诉。

又在1999年台上字第二四二七号请求返还定金事件中，“最高法院”亦维持原审之下述判决理由：“无效法律行为之当事人，于行为当时；知其无效或可得而知者，应负回复原状或损害赔偿之责任，‘民法’第二四六条第一项前段、第一一三条分别定有明文。复按“土地法”第三十条规定，私有农地所有权之移转，其承受人以承受后能自耕者为限，而此项承受人自耕能力之有无，纵未经当事人主张或抗辩，法院亦应先为调查认定，以为判断之依据，倘承买人并无自耕能力而

---

〔43〕 参见1970年台上字第七七一号（请求返还定金：私有农地买卖之买受人无自耕能力）、1990年台上字第一五二八号（请求返还款项：约定负责使已逾越法定期间之继承人抛弃继承）、1996年台上字第一六四二号（请求返还金钱：约定使不具资格之人成为电视连续剧之制作人）、1998年台上字第一三九六号〔请求押标金：约定标的物（防弹衣）应具备之防弹功能为物理上不能〕等判决。

竟承买私有农地，即系以不能之给付为契约标的，依‘民法’第二四六条第一项前段之规定，其契约为无效。查上开不动产买卖合同书第六条虽记载：‘有关登记权利人名义得由甲方（即被上诉人）指定’，惟尚难据之谓两造已具体约定以有自耕能力之人为移转所有权登记之名义人，或约定待承买人自己有自耕能力时方为移转登记，是两造所定契约显系以不能之给付为标的，其契约应属客观的、确定的自始无效。……从而被上诉人（买受人）依前揭‘民法’第二四六条第一项前段、第一一三条之规定，诉请上诉人（出卖人）给付二百万元，及自起诉状缮本送达翌日即1996年10月1日起至清偿日止，按年利率百分之五计算之利息，即无不合”。

更有甚者，在1996年台上字第四十号请求返还价金事件中，两造就两笔土地订立买卖合同，其中有一笔为私有农地，而买受人无自耕能力，遂请求返还该部分之价金，出卖人抗辩买受人于缔约时，明知或可得而知自己无自耕能力，故出卖人不负回复原状返还价金之义务。就此抗辩，原审判决谓：“两造于买卖行为时，既均不知（就系争土地部分）有无效之情形存在，自无‘民法’第一一三条规定适用之余地”。

然而，本文以为，“民法”第一一三条所定之“回复原状”请求权，以无效法律行为之当事人知其无效或可得而知为构成要件；惟依“民法”第七六七条及第一七九条规定，给付系基于无效法律行为之者，无论受领给付之一方，是否知其无效或可得而知，为给付之他方，均得请求返还该给付。因此，“民法”第一一三条之规定，就体系关联而言，与物上请求权及不当得利请求权，均有扞格，就价值判断观察，亦难理解。立法论上，第一一三条应予废止；废止之前，实务上应不

予适用<sup>〔44〕</sup>。

#### 四、赔偿损害

依“民法”第二四七条第一项及第三项规定，契约因以不能之给付为标的而无效者，当事人之一方于订约时知其不能或可得而知者，对于非因过失而信契约为有效致受损害之他方当事人，负损害赔偿责任；他方当事人此项损害赔偿请求权，消灭时效期间为两年。

##### （一）构成要件

“民法”第二四七条第一项之适用，其前提为：缔约当事人之一方，于缔约时明知或可得而知给付为自始客观不能，而他方就该给付自始客观不能之情事，则属善意，且其善意为无过失。

负赔偿义务之一方，须于缔约时明知或可得而知给付有自始客观不能之情事。明知，乃实际知情。可得而知，乃事实上虽不知情，但系因过失以致于不知；亦即，若已尽注意义务，即可知情。至于是否因过失而不知，则视倘若该契约有效时，其应尽之注意程度为何而定<sup>〔45〕</sup>。详言之，双方所缔结之契约为有偿者，则是否出于过失而不知给付自始客观不能，取决于是否已尽善良管理人之注意义务；契约为无偿者，则取决于是否显然未尽最低应有之注意义务。例如：甲出售A车与乙，又赠与B车与丙。经查A、B两车于缔约前，均已因火灾而灭失，但甲不知。此时，甲是否应负民法第二四七条第一项之赔偿责任，在A车，应视甲于缔约前，有无尽善良管理人之注意，以了解该车仍属存在（参见“民法”第二二零条第一项）；在B车，则应视甲之不知该车业于缔约前灭失一事，有无故意或重大过失（参见“民法”

---

〔44〕 参阅王泽鉴，民法第一一三条规范功能之再检讨，民法学说与判例研究（四），1983年，页55以下（63）；拙著，论民法第一一三条与其它规定之竞合关系、再论“民法第一一三条与其它规定之竞合关系”，民事法理与判决研究（二），2003年4月，页3以下、页33以下。

〔45〕 参阅孙森焱，民法债编总论（下），2006年9月修订版，页706。