

# 第一章 危險負擔之歷史發展

## 一 前言

危險若理解為不利益發生之可能性（風險），則作為民事紛爭對象的危險，既可發生在一般生活危險，也可能因交易之締結或履行而生。契約外領域，廣義侵權行為法所謂危險責任為吾人耳熟能詳者也<sup>1</sup>，保險契約亦屬分散包括一般生活危險在內的契約機制。在以財貨為交換對象的契約領域，除一般生活危險外，自談判磋商開始，契約當事人就暴露在不同層次的契約風險中，生意不成，固然仁義在，但為爭取訂單，勞力、時間、費用之支出，徒勞無功；契約履行階段也可能因一方當事人個人主觀之事由或外在障礙事由，使契約履行困難或根本無法履行；因交易而生的風險，更可能延續到契約因履行而消滅之後，如違背後契約義務而受有損害。此類因契約風險實現一方所受之損害，得否轉嫁他方當事人負擔，主要為違約責任（傳統上所謂債務不履行損害賠償責任）的課題，在我國現行法，取決於是否可歸責於債務人（民法第 226 條、第 227 條、第 230 條）。然而，債務不履行責任法僅能處理債務人債務不履行或義務違反而生之損害轉嫁，契約風險若非因此而生，契約對此又無風險分配之約定，完全放任不予救濟有失公平時，平衡雙方利益之道，不可不講，危險負擔制度即應運而生。

---

<sup>1</sup> 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，2011 年，頁 83-94。

廣義的契約風險固然無所不在，如贈與契約成立後，贈與人因個人因素不願履行贈與義務時，贈與物權利未移轉前，贈與人得撤銷贈與（民法第 408 條第 1 項）；贈與將致贈與人生計有重大影響時，贈與人得拒絕贈與之履行（第 418 條），贈與人透過贈與之撤銷或拒絕履行，自己之財產不因贈與約束而受影響。相較於無償契約風險為單方的，雙務契約雙方當事人均可能面臨履約風險，利益衝突加倍。此不僅表現在雙方均可能違反契約義務（違約），當事人也可能因無法取得標的物而須對第三人負違約責任或陷於支付困難之窘境，此外，任何給付干擾事由更可能影響到他方是否能獲得給付或是否須返還其所受領之給付。我國民法債務不履行制度之設計，著眼於債務人未依債務本旨履行個別債權債務，未能顧及雙務契約給付與對待給付之牽連關係，我國民法遂在第 264 條針對雙務契約履行上牽連關係設有同時履行抗辯權，而在第 266 條及第 267 條規定因不可歸責於債務人給付不能之危險負擔。

在以交易為主要規範對象的契約法，除一方給付義務本身之存續及履行外，尚須處理因一方給付義務不履行對他方對待給付之影響。契約自由原則下，雙務契約之當事人得以契約分配風險，一方若已承擔他方不給付或未依契約本旨給付之風險，則無論是否有所得，均須為對待給付，固不待言。若無此類風險承擔約定，解決路徑不一而足：維持給付及對待給付之獨立性，賦予債權人擺脫契約拘束力之手段，自己決定是否繼續契約關係或免對待給付義務，固然為不失可行之途，若著眼於雙務契約條件牽連，即給付承諾係因為獲得對待給付而為，給付尚未提出之前，得拒絕自己之對待給付（履行上牽連，民法第 264 條），給付義務消滅，對待給付亦當然消滅（功能上牽連，民法第 266 條），

強化給付與對待給付之牽連關係，亦為立法選項。危險負擔即為貫徹雙務契約功能上牽連之制度。

「危險負擔」雖未見諸民法本文，但民法制定後不久出版的債總教科書就已出現該用語，與同時履行抗辯權並列為雙務契約之效力，且為給付不能及於雙務契約之效力<sup>2</sup>。學說一般認為危險負擔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，而此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，有學者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，民法第 266 條乃狹義危險負擔，與第 267 條同屬於廣義危險負擔之規定<sup>3</sup>。民法第 266 條及第 267 條危險負擔規定，置於同時履行抗辯權之後<sup>4</sup>，與 20 世紀初施行的德國及日本民法固有類似之處，但實質內容差異甚大：1900 年德國民法第 323 條至第 326 條不僅規定雙務契約不可歸責於債務人及可歸責於債權人之給付不能，尚規定可歸責於債務人之給付不能及給付遲延之損害賠償責任及解除權發生之要件，相當完整的規範雙務契約給付不能及給付遲延的法律效果；1896 年制定的日本民法第 534 條及第 535 條規定特

---

<sup>2</sup> 陳瑾昆，民法通義債編總論，初版，北平朝陽學院，1930 年，頁 307 以下；胡長清，中國民法債篇總論，初版，商務印書館，1934 年，頁 370 以下；戰後台灣教科書，如史尚寬，債法總論，1954 年，頁 568；鄭玉波，民法債編總論，1962 年，頁 375 以下；孫森焱，民法債編總論（下冊），2014 年，頁 796 以下。

<sup>3</sup> 鄭玉波，民法債編總論，1962 年，頁 381；劉春堂，民法債編通則（一）：契約法總論，2011 年，頁 439。

<sup>4</sup> 我國民法在同時履行抗辯權及危險負擔規定之間，設有第 265 條不安抗辯權之規定，乃繼受 1900 年德國民法第 321 條的結果，日本民法迄今尚無不安抗辯之明文。

定物之債及附條件雙務契約標的物毀損滅失之危險負擔、第 536 條規定不可歸責於債務人之履行不能，最令人注目者，乃第 534 條關於特定物之債，採債權人主義。

依我國債總教科書的說法，危險負擔除債權人主義及債務人主義外，尚所有人主義（或稱物權人主義）。債權人主義為羅馬法、法國民法、日本民法、瑞士債務法所採，英美法採所有人主義，我國民法仿德國民法，一般雙務契約採債務人主義（第 266 條）<sup>5</sup>。上述對外國立法例之介紹，也許只是烘托主題之陪襯，對專注本國法解釋適用之法律人而言，正確性如何，或許是茶餘飯後的話題。他方面，立法例的說明若從解釋論進入立法論，意義則有不同，即正確掌握此三立法例之內涵及基本精神，探究各國不同立法主義採擇的歷史背景、法律解釋適用之問題及評價，在民法典草擬或民法債編修正階段，能提供立法抉擇正確的判斷基礎資料。我國教科書對外國立法例之說明，言簡意賅，卻未必能提供立法論上正確的資訊，鐵口直斷某國採何種立法例，不無以偏概全之嫌。蓋如後所述，羅馬法特定物買賣採買受人負擔主義，其他契約未必如此，遠者不論，1896 年日本民法關於特定物之債固然採債權人主義（第 534 條），但危險負擔一般規定（第 536 條）卻不然。上述我國學說對諸國立法例的理解，是否泛指所有雙務契約或實際上針對買賣契約而言，語焉不詳，人云亦云，使危險負擔理論建構在虛幻飄渺的基礎上。

本文為個人關於危險負擔研究的第一個部分，旨在說明危險負擔一般理論與債各危險負擔制度，有不同的法律發展軌跡，唯有透過法律史的研究，究明二者的分合關係，我國債法才能朝現

---

<sup>5</sup> 孫森焱，民法債編總論（下冊），2014 年，頁 796；史尚寬，債法總論，1954 年，頁 569 以下。

代化的目標邁進。縱然維持現行債編通則危險負擔與各種之債危險移轉一般與特別規定之關係，上述研究也有助於更精確掌握此二者之適用關係。

法典編排之順序，債總危險負擔一般規定固然先於債各買賣乃至於其他契約類型危險負擔之特別規定，然歷史發展上，反而是先有針對各別契約之危險負擔法則，再漸次發展出危險負擔一般原則。職是之故，以下將先論述買賣契約危險移轉法則之歷史脈絡（下述二），再介紹涉及危險負擔其他契約類型的情形（下述三），最後，探討危險負擔一般原則之生成發展（下述四）。

## 二 買賣危險移轉

在民法，「危險」在許多不同脈絡下被使用，相當具有多義性。契約外損害之轉嫁出發點為「事變由所有人負擔原則」（*casum sentit dominus*），即法益所受的不利益，基本上由法益擁有者承擔。如甲所有之 A 車滅失，除非有能將損害轉嫁於他人的損害歸責原因，否則，A 車滅失的不利益由甲負擔，此即所謂標的物滅失之危險（*periculum rei*）。契約法領域所謂之危險，多起因於標的物毀損滅失。契約成立前買賣標的物滅失，依契約外物之危險負擔一般原則，滅失危險由出賣人負擔（所有人負擔 *casum sentit dominus – den Zufall spürt der Eigentümer*）。標的物交付予買受人後滅失，因買受人成為所有人或物在其支配範圍而得利用之，由其負擔標的物毀損滅失的危險，正當性較無疑義，問題主要出現在契約成立後交付前之危險負擔<sup>6</sup>。

---

<sup>6</sup> Honsell, *Römisches Recht*, 7. Aufl., 2010, S. 128.

我國債總教科書危險負擔法則的論述，危險與給付不能連結，危險因而指因不可歸責於債務人之事由致給付不能之不利利益。孫森焱進而認為危險係對利益發生危險之狀態，可分物之危險及債權危險，所謂債權危險又可分為履行危險及對價危險，債之標的物如受危害，即陷於給付不能<sup>7</sup>；其所謂「履行危險」，即為德國民法慣稱的給付危險（*Leistungsgefahr*）。他方面，我國債各教科書在說明買賣危險移轉規定時，多主張買賣危險負擔為因不可歸責於雙方當事人之事由，致標的物發生毀損滅失時該損失之負擔<sup>8</sup>。

危險負擔原則建立在給付不能與歸責事由的概念上，並非舉世皆然，事實上，為德國及繼受德國民法國家所特有。危險負擔所謂危險，多指標的物毀損滅失不利益的承擔，如貨物在海上因暴風雨而滅失，買受人如須負擔危險，意味買受人須以給付價金方式，承擔貨物損害的損失<sup>9</sup>。危險固然主要指標的物毀損滅失及被盜等實體完整性受破壞，但是否包括扣押、沒收等政府行為，在國際商品買賣，極有爭議<sup>10</sup>。歐陸法典對危險之內涵多無明文規定，義大利民法第 1562 條僅提到標的物滅失，德國民法則包括毀損，北歐國家買賣法，更及於價值減損<sup>11</sup>。

---

<sup>7</sup> 孫森焱，民法債編總論（下冊），2014 年，頁 812；劉春堂，民法債編通則（中），初版，2020，頁 65。

<sup>8</sup> 鄭玉波，民法債編各論（上冊），1979 年，頁 69；劉春堂，民法債編各論（上），2003 年，頁 104；邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（上），2008 年，頁 167。

<sup>9</sup> Schwenzer, Hachem and Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford 2012, N. 38.01.

<sup>10</sup> Schwenzer, Hachem and Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford 2012, N. 38.04.

<sup>11</sup> Rüdiger, in: Jansen/Zimmermann (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, p. 2027.

抑有進者，危險區別為履行危險及對價危險，亦為德國學說之繼受。中世紀及普通法晚期的法律人並未意識到給付危險及對待給付危險之不同。普通法學家遵循「種類不滅失」(genus non perit) 法諺及買受人負擔原則，種類之物出賣人不因其中種類滅失而免責，只要出賣人負有給付義務，就不會有對待給付危險問題。依買受人負擔原則，標的物特定時對待給付危險在同一時間移轉於買受人<sup>12</sup>。歐陸國家多無給付危險觀念，危險均指對待給付危險<sup>13</sup>。學者認為 2016 年法國民法第 1196 條（1804 年第 1138 條）關於危險理論 (the *théorie des risques*)，僅適用於雙務契約，且為雙方均無過失的情形。英國 1979 年商品買賣法第 20 條所謂之危險，亦指對待給付危險，且損害須非基於任何一方之過失。德國民法危險既用在對待給付危險（第 446 條及第 447 條），也用在給付危險，為歐陸成文法典之特例。1900 年德國民法施行後，嚴格區別給付危險及對待給付危險，更蔚為風潮<sup>14</sup>。

事實上，給付危險（履行危險）及對待給付危險概念之對立，僅種類之債有之。特定物買賣契約成立後標的物滅失，給付不能，無論是否可歸責於出賣人，出賣人給付標的物義務消滅，與危險負擔法則無關<sup>15</sup>。種類物買賣則不然。種類物買賣契約成

---

<sup>12</sup> Rüdner, in: Jansen/Zimmermann (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, p. 2025.

<sup>13</sup> Günter Hager, *Die Gefahrtragung beim Kauf*, Frankfurt am Main 1982, S. 11-12.

<sup>14</sup> Rüdner, in: Jansen/Zimmermann (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, p. 2025.

<sup>15</sup> 參見，院字第 2182 號解釋：「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。此觀民法第二百五條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。如因此而

立時，標的物尚未特定，出賣人擬交付之標的物毀損滅失，若仍負有使買受人獲取符合約定種類之物之義務（獲取義務），德國學者形容為債務人負擔給付危險，反之，標的物滅失或毀損時，債務人不負有獲取義務，原定給付義務消滅，稱為債權人負擔給付危險。給付與對待給付危險雖不同，但關係密切。出賣人若須負擔給付危險，縱使買受人價金義務仍存在，出賣人仍須負擔標的物損害之經濟上不利益。唯有當給付危險由買受人負擔時，才有對待給付危險的問題：標的物全部滅失，且價金請求權消滅時，出賣人承擔危險；反之，當價金請求權不受影響時，滅失之經濟上不利益才由買受人負擔<sup>16</sup>。

## A 羅馬法買受人負擔原則

我國民法第 373 條及第 374 條繼受 1900 年德國民法第 446 條及第 447 條，採以標的物之交付為危險移轉時點之原則，背離羅馬法大全所採之買受人負擔原則，而與 1980 年聯合國國際商品買賣公約第 69 條危險移轉法則一致。德國民法立法者毅然決然，自行其道，其考量因素如何，有從法律發展脈絡，一窺究竟的必要。

---

有金錢之支付請求權。得依民事訴訟法第二百五十六條第三款第四百四十三條第一項但書變更其訴。若仍求為命被告交付該物之判決。應認其訴為無理由。予以駁回。其禁止交易在命被告交付該物之判決確定後者。該判決自屬不能執行。」

<sup>16</sup> Rüfner, in: Jansen/Zimmermann (ed.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, p. 2023.

## 1 契約成立時危險移轉

在羅馬法，不須用一定方式移轉所有權之物（*res nec mancipi*）<sup>17</sup>，其所有權之移轉，須有為履行買賣而為之交付（*Tradition*），買賣契約若未成立，縱有交付，出賣人仍為所有人<sup>18</sup>，契約成立前買賣標的物滅失，依所有人負擔原則，物之危險由出賣人負擔，所有權移轉後，由取得所有權之買受人負擔。問題在於契約成立後交付前之危險負擔。標的物滅失買受人是否仍應支付價金而無所得或僅能得到受損之物，即買受人負擔（*periculum emptoris*），抑或出賣人失其物或保有毀損之物且不能得到價金，即出賣人負擔（*periculum venditoris*），相關文獻汗牛充棟，無疑地，羅馬法大全採取買受人負擔原則<sup>19</sup>。優士丁尼法學階梯第三卷第 23 題 3：「買賣成立，縱然標的物尚未交付，標的物滅失危險由買受人負擔。因而，出售之奴隸死亡或受傷；出售的房屋失火全部或部分滅失；出售之土地因洪水全部或部分被淹沒或面積縮小或因樹木被吹斷而毀損，買受人縱然未取得物，仍須支付價金。出賣人對非因其故意或過失的情事，不負責任。契約成立後，土地因淤積面積增加，利益歸買受人，因承擔風險者，也承受利益。」以買賣契約之成立為危險移轉時<sup>20</sup>。

當代羅馬法研究者雖多肯定買受人負擔原則為羅馬法古典時期立場，但亦有採不同看法的學者，如 Ernst Haymann 認為買受

<sup>17</sup> 鄭玉波，羅馬法要義，4 版，漢林，1977 年，頁 77，翻譯為「非手中物」。

<sup>18</sup> Ernst, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, Schuldrecht: Besonderer Teil, 1. Teilband, Tübingen 2013, § 433, Rn. 7.

<sup>19</sup> Zimmermann, The Law of Obligations, Oxford 1996, p. 282-283.

<sup>20</sup> 翻譯自 Harke, Römisches Recht, München 2016, Rn. 8.04，並參考徐國棟，優士丁尼法學階梯評註，北京，2011 年，頁 456。