

自始客觀不能的經濟分析

張永健（台灣大學法研所研究生）

目次

- 壹、前言
- 貳、法律學者的見解
- 參、經濟分析的思考
 - 一、制定「預設任意規定」之理論
 - 二、具體案型比較
 - 三、第二四六條的未來
 - 四、第二四七條的規範意義
- 肆、結論

壹、前言

本文意在藉由探討「自始客觀不能」，展現法律經濟分析的思維方式和分析架構。第貳部分本文先呈現學者對自始客觀不能的見解。第參部分則開始運用經濟學分析本問題。本文

會先介紹「如何制訂契約法的預設任意規定」的理論，因為這對於制訂與解釋契約法的條文至為關鍵。然後以該理論探討自始客觀不能。最後，論述民法（下同）第二四六、二四七條在本文架構下的解釋適用問題。

本文不擬討論過去實務上屢見不鮮的「農地買賣是否適用第二四六條」問題。¹一方面其根本問題—農地農用是否恰當—是個複雜的經濟問題，在此討論將使本文失焦；²另一方面，二〇〇〇年一月二十六日修改土地法後，農地買賣就和第二四六條脫鉤了，本文意在展望未來，故置之不論。

貳、法律學者的見解

我國通說³將民法第二四六條⁴及第二四七條⁵之規範對象限於「自始客觀不能」—也就是「締約時點前（自始）的給付不能」，乃

* 感謝曾宛如教授、熊秉元教授、謝煜偉、卓思齊對本文所提供的寶貴意見。

¹ 相關分析請參廖森林，私有農地之買賣—最高法院相關判決之分析，政大法學評論，58期，1997年12月，205頁以下。

² 本問題的經濟分析可參考曾偉君，農地轉用對土地價格與總體經濟變數之影響，台灣大學農經所碩士論文，1994年，25頁以下；陳櫻琴，農地農用政策的轉向，公平交易法與經濟政策，499頁以下，2000年。

³ 馬維麟，民法債篇注釋書（三），153頁，1997年，五南；黃茂榮，買賣法，366頁，五版，2002年，植根；王澤鑑，自始主觀給付不能，民法學說與判決研究第三冊，41-46頁，1996年10月，自行出版；郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論，54期，1995年12月，252-253頁。

⁴ 「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。（第一項）附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去，其契約為有效。（第二項）」

「所有的人皆不能提出給付（客觀）」⁶。⁷依第二四六條，該契約無效；依第二四七條，「知其不能或可得而知者」應該對「非因過失而信契約為有效」的當事人負信賴利益（reliance damages）的賠償責任，而非履行利益（expectation damages）的賠償責任。

此種解釋方式，並非「文義解釋」之必然，畢竟第二四六條所謂「不能之給付」在文義上並未明白地定義為「自始客觀不能」。上述通說是偏重於「歷史解釋」和「比較法解釋」；從立法過程來觀察，立法者似乎也是將第二四六條限定在規範自始客觀不能。⁸且我國民法繼受德國和瑞士立法例，而該兩國採如此之解釋。⁹

但是，也有學者對此種解釋適用法律的結果提出質疑，例如孫森焱大法官多年以來一直認為「第二四六條應包括自始主觀不能和自始客觀不能」。¹⁰即使是通說學者也對目前解釋

論的結果感到懷疑，王澤鑑教授就認為「…自始不能與嗣後不能純屬偶然，對債權人而言，給付不能則一，何以易其效果，其實質依據何在，亦難檢索。依吾人所信，民法上給付不能之理論，誠有重新檢討之必要。」¹¹馬維麟也有類似的質疑。¹²郭麗珍甚至明確地主張第二四六條和第二四七條應該廢除。¹³

本文也認為現行學說對於第二四六、二四七條的解釋適用未盡妥當，擬由法律經濟分析的方法來切入此問題。用「目的解釋」，提出一套新的論證。

參、經濟分析的思考

傳統法學對於契約法的立法論並沒有太多著墨。相反地，法律經濟分析對於「為什麼要有契約法？」¹⁴或「契約法中的預設任意規定應該扮演什麼樣的角色？」這類問題有深入的探討。¹⁵

本文擬先引述經濟分析對於「如何制訂契約法『預設任意規定』（default rule）」¹⁶的兩種學說。這不只是對於「立法論」¹⁷有所裨益，這些「洞見」（insights）也可以當作「解釋論」¹⁸的「基準點」（benchmark）。¹⁹尤其是第二四六條的「不能之給付」留下了很多詮釋的空間，可以讓我們利用這些洞見作「目的解釋」。

其後，再利用「預設任意規定」理論之洞見，討論房屋買賣和專利權買賣這兩種具體的案型。這兩種例子，通說認為於自始客觀不能時，契約無效且頂多賠償信賴利益。本文則不作如是觀。

最後，本文會處理第二四六條和第二四七

條在本文的理論架構下的規範意義。

一、制定「預設任意規定」之理論²⁰

（一）「多數的預設任意規定」理論

「多數的預設任意規定（majoritarian default rule）」²¹理論的想法單純而直接：觀察市場上絕大部分的締約者所制訂的契約條款，將之制訂為契約法的預設任意規定，讓當事人能直接引入契約，可節省高額的交易成本。無效率的契約法任意規定會使締約者利用特約排除之，增加了交易成本；如果當事人談判成本太高，以致沒有用特約排除之，則無效率的法律就會造成無效率的交易。此方法是多數法律經濟分析文獻所使用的方法。

⁵ 「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。（第一項）給付一部不能，而契約就其他部分仍為有效者，或依選擇而定之數宗給付中有一宗給付不能者，準用前項之規定。（第二項）前二項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。（第三項）」

⁶ 關於「客觀」定義的一些爭議，參考王澤鑑，自始主觀給付不能，民法學說與判決研究，第三冊，44頁，1996年10月，自行出版。

⁷ 參考馬維麟，民法債篇解釋書（三），153頁，1997年，五南。

⁸ 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論，54期，1995年12月，252-253頁。

⁹ 王澤鑑，自始主觀給付不能，民法學說與判決研究，第三冊，46-47頁，1996年10月，自行出版。

¹⁰ 孫森焱，論給付不能，固有法制與現代法學—戴炎輝七秩華誕祝賀論文集，471頁以下，1978年，台灣大學法律系出版；孫森焱，民法債篇總論（下），499頁以下，2000年，自行出版。

¹¹ 王澤鑑，自始主觀給付不能，民法學說與判決研究，第三冊，58頁，1996年10月，自行出版。

¹² 馬維麟，民法債篇解釋書（三），142頁，1997，五南。

¹³ 郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論，54期，1995年12月，258頁。

¹⁴ 法律經濟分析在提問並解答這樣的基本問題上，有豐碩的成果。Ronald Coase(在二十幾歲時!)因為問了「為什麼會有公司？」而(在半個世紀後)得到諾貝爾經濟學獎。Harold Demsetz 因為問「什麼時候會有財產權產生？」而奠定其崇高的學術地位。Richard Posner 也探討了在原始社會中，不同的制度條件如何醞釀出不同風貌的契約法。See Ronald Coase, The Nature Of The Firm, reprinted in The Firm, the Market, and the Law 33 AND Harold Demsetz, Toward A Theory Of Property Rights, 57(2)AMERICAN ECONOMIC REVIEW 347(1967.05.) AND Richard Posner, THE ECONOMICS OF JUSTICE 182-4(1983) Harvard University Press.

¹⁵ 一般性的契約法經濟分析，請參陳彥希，契約法之經濟分析，83年，台灣大學法研所博士論文，王澤鑑

博士指導。

¹⁶ 「default rule」一詞若直接翻譯，應為「預設規定」或「基本規定」。但此概念相當近似於我國學說上習慣用之「任意規定」（相對於「強制規定」）。為免有所偏頗，本文譯為「預設任意規定」，但其精確意義請參考正文內的闡釋。

¹⁷ 例如：若要修正第246、247條，應該考慮哪些因素？

¹⁸ 例如：第246、247條的規範客體一定要包括「自始客觀不能」？

¹⁹ 關於「基準點」在法律經濟學上的應用與意義，請參考熊秉元，法律的經濟分析：方法論上的幾點考慮，台大法學論叢，29卷1期，1999年，221頁以下。及 Bingyuan Hsiung (熊秉元), A Methodological Interpretation Of Ronald Coase (Not yet published. Downloaded from <http://ceiba.cc.ntu.edu.tw/law-econ/>) AND Bingyuan Hsiung (熊秉元), A Methodological Comparison of Ronald Coase and Gary Becker, American Law and Economics Review(forthcoming).

²⁰ Eric Posner 列出四種學說，除了本文詳細討論的兩說之外，還有「文義式預設任意規定」（契約上的字句，用「字典上的意思」或「常人使用的意思」解釋之），及「個案效率式預設任意規定」（以對係爭個案最有效率的解釋方式來詮釋契約）。此兩說未見於筆者所見之其他文獻，似不甚重要，故本文不予討論。See Eric Posner, Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success of Failure?, University of Chicago Law and Economics Working Paper No. 146 (2002) P.10. Downloaded from <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-e/publications.html>

²¹ See Robert Cooter & Thomas Ulen, LAW AND ECONOMICS 201-2 (3rd, 2000) Addison-Wesley AND Peter H. Huang, The Law And Economics Of Consumer Privacy Versus Data Mining, working paper(May 27, 1998 draft), P.16-7 downloaded from <http://www.law.uchicago.edu/faculty/huang/publications.html> (多數的預設任意規定之理論基礎為：1.功效主義 (utilitarian): 因為採此法將降低交易成本；2.契約論 (contractarian): 因為此種預設規定乃大多數交易當事人本來就會選擇的結果。)

²² 關於「懲罰性預設任意規定」的適用與反省，See Douglas G. Baird and Robert H. Gertner and Randal C. Picker, GAME THEORY AND THE LAW 147-53, 281 (1994) Harvard University Press AND Peter H. Huang, The Law And Economics Of Consumer Privacy Versus Data Mining, working paper (May 27, 1998 draft), P.18-9

(二)「懲罰性預設任意規定」理論²²

Ian Ayres & Robert Gertner²³則對「多數的預設任意規定」理論提出批評。他們認為：「有些」²⁴案型，任意規定應該制訂成「懲罰性預設任意規定」(penalty default rule)，使得締約者向法院透露資訊以供判案，或使資訊較多的一方向資訊較少的一方揭露資訊，²⁵以使契約更有效率。

「向法院揭露資訊」的案型，作者舉例說：美國統一商法典 (Uniform Commercial Code) 規定若契約未明示交易的「數量」，則

法院將認為契約無執行力 (unenforceable)，²⁶這等於是說「法律的預設任意規定是『交易數量為零』」！但顯然交易雙方不會花費勞力、時間、費用去訂立一個交易數量為零的契約，所以這個規定就是一個「懲罰性預設任意規定」，促使交易雙方自己締約解決問題²⁸，也在締約過程中向法院透露了他們的交易意圖，以利裁判。

至於「向交易對造揭露資訊」的案型，作者則舉美國契約法一定會討論的著名案件 Hadley v. Baxendale²⁹ 為例。他們認為該案例所

(downloaded from <http://www.law.uchicago.edu/faculty/huang/publications.html>) AND Richard Epstein, HIPAA on Privacy: Its Unintended and Intended Consequences, 23 Cato Journal (forthcoming 2002). Downloaded from <http://www.law.uchicago.edu/faculty/epstein/publications.html> (懲罰性預設任意規定理論使得許許多多的締約者耗費時間締約排除「自始無人願意締結的契約條款」)。

²³ Ian Ayres & Robert Gertner, Filling Gaps In Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 YALE L.J. 87-130(1989.10.)

²⁴ 作者在後來的文章中「澄清」他們並非主張「所有的」預設規定都應該是懲罰性預設任意規定，也不認為只有「多數的預設任意規定」和「懲罰性預設任意規定」兩條路可以走。第三條路——「少數的預設任意規定」(minoritarian default rule) 在有些案型中是有效率的，但不是因為它強制揭露資訊，而是因為當事人另訂新約的成本較低，或未另訂新約的成本不會太高。See Ian Ayres, Default Rules For Incomplete Contracts, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, Vol. A-D 585 (Peter Newman, ed., 1998) downloaded from <http://islandia.law.yale.edu/ayers/>.

²⁵ 還可誘使一方面當事人提供資訊，糾正他方對法律規定的錯誤認識。See Ian Ayres and Robert Gertner, Majoritarian v. Minoritarian Defaults, P.18. downloaded from <http://islandia.law.yale.edu/ayers/> (刊登在 51 Stanford Law Review 1591 (1999))。

²⁶ 在我國，法官應該會認為當事人就契約必要之點未有合意，所以契約不成立。台美作法的結果相同。

²⁷ 在 Ayres and Gertner 後來的文章中，又舉此例，作為「(extreme) minoritarian default rule」的例證。See Ian Ayres and Robert Gertner, Majoritarian v. Minoritarian Defaults, P.8. downloaded from <http://islandia.law.yale.edu/ayers/> (刊登在 51 Stanford Law Review 1591 (1999))。

²⁸ 締約雙方並未負擔全部的訴訟成本，所以有誘因在締約時有意無意地略去一些條款，以節省締約費用。待問題發生，再訴訟，讓法官耗費(其他)納稅人的稅金來探求締約雙方的真意。這是締約者製造外部性。應藉由預設任意規定防堵之。See Ian Ayres and Robert Gertner, Majoritarian v. Minoritarian Defaults, P.10. downloaded from <http://islandia.law.yale.edu/ayers/> (刊登在 51 Stanford Law Review 1591 (1999)) 國內學者的相近思考，參蘇永欽，走入新世紀的司法自治，321頁，註17，2002年，元照。

²⁹ In the court of Exchequer, 1854. 9 Exch. 341. 請注意，這是英國的判決。

該案之事實：

告有一麵粉工廠，某日機器軸心 (crankshaft) 損壞，故原告請被告 (頗負盛名之運送公司) 將損壞之軸心送至另一地區之軸心生產工廠，以檢定軸心之型態並更換軸心。原告曾對被告說「工廠已經停工」、「軸心得馬上送」、「願意額外給付價金」…被告則說「如果原告能在中午前將軸心送來，則隔天就可以運到

揭示的賠償規則——不可預見的間接損害 (unforeseeable consequential damages) 不予賠償——是有效率的。因為有高額間接損害的債權人³⁰ 若想在債務人違約時獲得高額的間接損害賠償，就必須向債務人揭露資訊——這筆交易有高額的風險/商業利益。一方面使債權人必須因而支付較高的契約價格作代價；另一方面使債務人能對有高額潛在危險的標的物付出較多的防範成本 (對於不同危險程度的交易付出相對應程度的防範才是有效率的)。所以，Hadley 原則就是一種懲罰性預設任意規定。

而且，「多數的預設任意規定」理論「仿效市場」(mimicking-the-market)³¹ 的作法，忽略了市場上有兩群人，一群人援引了目前法律的預設任意規定；另一群人因為利益結構不同而以特約排除預設任意規定。如果我們觀察市場後，將市場上出現的多數「特約」制訂成

任意規定，則兩群人角色互換——本來可以直接引用預設任意規定的第一群人，現在必須得另訂特約。如果立法者再一次地觀察市場上多數出現的特約，則又會將契約法制訂為最初的規定…這會變成永無止境的循環。

再者，市場上受歡迎的條款可能有數種，立法者可能根本無法分辨哪種條款的使用人數較多。而所謂的「多數人」，到底抽樣母體範圍為何？考量的締約者範圍越小，越能制訂出契合她們需要的預設規定；但也越不適合其他族群的「多數人」。反之，考量的締約者範圍越大，制訂出來的預設規定也可能不合每個締約者的身材，都需經過進一步的剪裁。³² 又，當締約者就「多數的預設任意規定」另訂新約的成本較高，就「少數的預設任意規定」(minoritarian default rule) 另訂新約的成本較低時，「多數的預設任意規定」也可能是無效率

軸心生產工廠，而隔天中午以前原告就將軸心送至被告處，但因為被告之疏忽，數天後才將軸心送達，致原告工廠停擺，受有損失。

爭點：

本案中，被告抗辯損害結果與違約行為不具關聯性 (too remote)，而無預見性 (foreseeability)，故不需賠償原告工廠停擺所受之損失。原告則認為該損害是違約行為自然的結果。故，本案爭點即為「違約所致之損害賠償責任是否以債務人可預見為要件」及「本案中被告對系爭損害是否可預見」。

本案所確立的賠償原則：

在自然及正常情形下發生之損害，亦即在訂約時能為雙方依一般之事物法則所公平而合理考慮到違約後果者，此部份違約者自應賠償。因特殊情況而發生之損害，因為只有債權人了解因違約所造成之損失，因此唯有債務人在訂約時完全了解此特殊情形的情況下，才能令債務人負擔全部之損害賠償責任。關於本判決及相關理論之評釋，及我國法上之問題，參張永健、林靖揚，運送物給付遲延之損害賠償，台大法學基金會第二屆徵文比賽大學組第二名，1999年12月。

³⁰ 本文所稱之「債權人」，指支付金錢換取勞務或商品的締約方，及美國文獻中的 promisee；「債務人」是指收受金錢、供應勞務或商品的一方，美國法上的 promisor。

³¹ 此觀念意指「在完全競爭的市場中，當事人雙方透過自願性交易所能獲致的結果是有效率的。但有些情形，例如侵權行為，當事人雖無法事先締約，法官在處理該案件時，可以市場交易作為判決的「基準點」，思考『若當事人有機會締約，會怎麼作』。」詳細探討 See Richard Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (5th ed., 1999) Aspen Law&Business 的多處說明。

³² See Ian Ayres, Default Rules For Incomplete Contracts, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, Vol. A-D 585 (Peter Newman, ed., 1998) See also Ian Ayres and Robert Gertner, Majoritarian v. Minoritarian Defaults, P.23-4. downloaded from <http://islandia.law.yale.edu/ayers/> (刊登在 51 Stanford Law Review 1591 (1999)).

的。³³

當然，「多數的預設任意規定」理論也不是「恆非」。如果所有締約者都不知道預設任意規定是什麼，只是單純地制訂他們需要的契約條款；或者是根本沒有預設任意規定存在，則制訂市場上的多數契約條款為預設規定，就沒有前述的問題³⁴。

此外，Ayres & Gertner 用數學模型證明了：如果「多數的預設任意規定」理論要恆真（也就是「只有兩類締約者，其中一類人超過五十%，制訂該類人偏好的預設任意規定，而該預設任意規定就一定是有效率的」這個命題要永遠成立），必須符合下列兩種條件之一：「交易成本小到每一位不喜歡預設任意規定的人都能另訂新約；而且兩類締約者的締約成

本相同」或「交易成本大到所有人都不會去改變預設任意規定，而且因此帶來的無效率對兩類締約者是一樣大的」。

不過，即使不符合上述條件，也不代表多數的預設任意規定理論就「恆非」³⁵，仍要看模型中所考慮的所有變數值（雙方的交易成本、無效率的大小...）³⁶。但是，在現實世界中，該模型雖然有完整的解釋力，但是我們無法找到「所有」（甚至「任何」）的變數值來估算效率與否。即使是 Ayres & Gertner 在論證 Hadley 原則是有效率時，也是加入不少額外的假設才導出結論。³⁷ 這些假設就受到其他學者的批評，³⁸ 認為其「條件設定限制了論述的一般性」。

(三) 選擇

³³ Ian Ayres and Robert Gertner, Majoritarian v. Minoritarian Defaults, P.11. downloaded from <http://islandia.law.yale.edu/ayers/> (刊登在 51 Stanford Law Review 1591 (1999))。

³⁴ 但請注意這不代表在這種情況下一定要用「多數的預設任意規定」，因為此時仍有可能因為資訊不對稱的問題而應該適用「懲罰性預設任意規定」。

³⁵ 邏輯上~Q 只能導出~P（不恆真），但是不排斥「有時為真」。

³⁶ 在後來的文章中，Ayres & Gertner 推論道：「當締約雙方擁有的資訊完全一樣時，多數的預設任意規定通常是最佳選擇。」See Ian Ayres and Robert Gertner, Strategic Contractual Inefficiency And The Optimal Choice Of Legal Rules, 101 YALE L. J. 729, 765 (1992)。

³⁷ 他們假設「運送人是同質的，且都是價格接受者。雙方都風險中立 (risk-neutral)。如果不用 Hadley 原則作預設任意規定時，交易成本會大到低損失的托運人不會另訂新約」等等。

³⁸ Jason Scott Johnston 認為：運送人就至少可以分成兩大類「低違約率、高成本、高收費」和「高違約率、低成本、低收費」。而 Hadley 原則只顧及了運送人想知道托運人的潛在風險，卻沒有考慮托運人也想知道運送人的違約機率。而且一般在契約交涉時，運送人都是極力說服他方「我的成本高、品質好、所以值得這個價錢」；托運人則嘗試傳遞「我這批貨也賺不了多少錢（隱含了即使運送人違約，托運人不會有天價的損失），運價太高我承受不起」這種訊息。但是 Hadley 原則卻強人所難，要求締約者傳遞相反的訊息，難怪 120 年來的判決中均未顯示托運人有向運送人表示過自己的間接損害很大。See Jason Scott Johnston, Strategic Bargaining And The Economic Theory of Contract Default Rules, 100 Yale L.J. 615 (1990.12.)。

Bebchuk and Shavell 則認為：Ayres and Gertner 忽略了在某些情況中，Hadley 原則的確較全部賠償原則為劣。雖然，這種情況在現實中發生的機會不大。當少數締約者的締約價值遠高於（其他）大部分締約者時，Hadley 原則是正確的。See L.A. Bechuk and S. Shavell, Reconsidering Contractual Liability and the Incentive to Reveal Information, 51:6 Stanford Law Review 1615-1627 (1999)。

Eric Posner 認為：實證資料付之闕如，無法判斷 Hadley 原則或非 Hadley 原則何者為優！See Eric Posner, Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success of Failure?, University of Chicago Law and Economics Working Paper No.146 (2002) P.8 Downloaded from <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-e/publications.html>。

以上學說並非互斥，他們都關懷「效率」。推論過程雖不同，推導出的「最適」預設任意規定不一定不同³⁹（本文就是一個「相同」的例子，詳後述）。在具體案型中選擇預設任意規定的理論基礎時，應該探求不同預設任意規定對締約行為之影響，及其成本效益何在。⁴⁰ Ayres and Gertner 就提出了選擇預設任意規定的判斷標準⁴¹—具有下列特徵的預設任意規定會較有效率：

1. 爭訟時，法院的成本較低。
2. 產生較高的外部利益 (external benefits)。
3. 如果該預設任意規定未被採行，而制訂另一種預設任意規定，締約者需花費較高昂的締約成本才能將該預設任意規定訂入契約。
4. 該任意規定為一羣人所喜，而那羣人面對不喜歡的預設任意規定時，較不會另訂新約。
5. 該任意規定為一羣人所喜，而那羣人在（其他預設任意規定下若）無法另訂新約時，會蒙受鉅額損失。

本文即操作上述理論，探討自始客觀不能之問題。

二、具體案型比較

(一) 以房屋買賣為例

以學說上倍覺困擾的自始客觀不能案型—「標的物房屋在締約前一天滅失」—為例，如果沒有債篇通則第二四六條的規定，交易成本又沒有高到妨礙交易發生，到底什麼樣的契約條款會是普遍的選擇？考慮下面三種

情況：

1. 如果出賣人保證「締約時房屋一定存在，否則賠償履行利益」，則買受人就像吃了定心丸一樣（也像談判時買受人能親眼看到標的物，確定標的物的確存在！），願意付出較高的價格（或是說如同談判時標的物近在眼前時願意出的價格）。

2. 如果出賣人說「締約時房屋一定存在，不然賠償信賴利益」，則買受人獲利的期望值下降，願意出的價格就低了些。

3. 如果出賣人不願作任何保證，則除非買受人能夠而且願意自己去調查標的物是否存在，否則交易價格可能趨近於零。

當然交易雙方的成交值不止以上三種，而可描述為：「買受人的出價是出賣人保證程度的函數」，本文只是利用既有的法學名詞列出三種可能比較典型的情況而已。那到底 1.~3. 哪一種情況出現的頻率比較高呢？

試想，自始客觀不能這種交易風險的特點在於：幾乎毫無風險可言！出賣人房屋有無燒掉，都是出賣人自己可以在締約時幾乎百分之百確定的。既然如此，當然應該對買受人拍胸脯保證，以賺取較高的契約利潤。雖然出賣人可能在締約前兩分鐘還確認了房屋的存在，但很不幸地房屋在一分鐘後燒毀（還是自始客觀不能），但是出賣人衡量「（履行利益賠償—信賴利益賠償）×最後一次檢查到締約時點之間燒毀的機率」與「[1.的成交價—2.的成交價]×未燒毀的機率」^{42,43}，只要後者大於前者，出賣人就會選擇 1. 的交易方式。⁴⁴ 也就是，依「多

³⁹ See Richard S. Murphy, Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy, 84 Geo. L.J. 2381, 2412 (1996) (認為多數情形中，多數的預設任意規定理論和懲罰的預設任意規定理論結果相同。)

⁴⁰ Ian Ayres, Default Rules For Incomplete Contracts, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, Vol. A-D 585 (Peter Newman, ed., 1998) downloaded from <http://islandia.law.yale.edu/ayers/>。

⁴¹ Ian Ayres and Robert Gertner, Majoritarian v. Minoritarian Defaults, P.22. downloaded from <http://islandia.law.yale.edu/ayers/> (刊登在 51 Stanford Law Review 1591 (1999))。

數的預設任意規定」理論，本案型的預設任意規定應該是「賠償履行利益」，而非如現行學說所採取的「賠償信賴利益」。

「懲罰性預設任意規定」的啟示為：本案型中掌握關鍵資訊的人是賣方，如果依通說而適用第二四六、二四七條（賠償「信賴利益」），則確定房屋存在的賣方要花費交易成本來排除預設規定的效力；如果交易成本過高，就只能接受第二四六條。而確定房屋不存在的賣方則躲在第二四六條預設任意規定的保護傘下。故，當有交易成本，且採通說時，若賣方未要求變更預設任意規定，原因可能是「真賣主」不願意花費締約成本，也可能是假賣主混跡其中；買方無從辨認誰是「虛有其表」的賣主。

然而，如果依本文所提出的「履行利益」說，則確定房屋不存在的賣方，藉由想改變契約條款，就透露了「高風險或房屋根本已經不存在」這個訊息給買方。而這種「賣空」的賣方因為交易成本高或怕露餒而依然締約的機率比較小，因為一旦違約所面臨的履行利益賠償比現行法的信賴利益賠償來得高。

不過，縱採履行利益說，房屋不存在的賣方仍未被完全嚇阻，則不論是採通說或本文的履行利益說，買方可能都是面臨一個資訊雜亂的市場。也就是，買方無法確定未改變預設任意規定的賣方到底是否確實擁有房屋。雖然，

若採信賴利益說，資訊混雜的情況比較嚴重；蓋若採履行利益說，有些「賣空」的賣方會退出市場（這些人在須賠償信賴利益的世界中不會退出市場），所以買方可以推測：若採履行利益說，真正有房屋的賣方比例較高。

再把「交易成本」納入討論，假設訂立新條款的交易成本很高，高到兩種學說中的賣方都不願意訂立新條款，則雖然買方完全無法從賣方的行為⁴⁵來判斷其是否真有標的物，但是，因為履行利益的嚇阻程度高於信賴利益（因為前者的金額幾乎都高於後者，更何況甚多學者認為信賴利益之賠償以履行利益的值為上限），所以顯然採履行利益說時市場上的假賣方會比較少。這是較好的結果。再做對極思考，假設交易成本非常地低，譬如賣方因應法律規定而準備了定型的契約，則依然是履行利益說較佳。蓋若法律採信賴利益說，則假賣方無須訂立排除條款；若採履行利益說，假賣方會訂立排除條款。人的警覺性有限，當然是以後者的情形比較有可能使買方在審閱契約時警覺到賣方假賣此一風險。⁴⁶買方比較警覺，假賣成功的機率就變小，這對社會是比較好的結果。

此外，若論及公平正義，亦以履行利益說為優。蓋在履行利益說之下，是由假賣的賣方負擔締約成本；在信賴利益說之下，是由確實

想進行交易的賣方負擔之。法律顯然應該鼓勵真賣而抑制假賣，故由假賣者負擔成本較符合公平正義，如是則應採履行利益說。⁴⁷

（二）以專利權買賣為例

以「出賣專利權」為例，馬維麟律師認為「出賣根本不存在的專利或新式樣…應適用第二四六條之規定」，⁴⁸黃茂榮教授亦認為專利權不是第三五〇條所謂的「債權或其他權利」，而應適用第二四六條。⁴⁹但是，專利權是否存在，出賣人可以用非常低的成本探知，⁵⁰如果我們不希望沒有專利權的人到處胡亂兜售，那後果是賠償履行利益要比後果是賠償信賴利益的嚇阻力來得高！

若契約法預設任意規定是賠償履行利益，倘混水摸魚的無專利權人企圖藉由訂立契約條款來排除「賠償履行利益」的法律規定，則買受人會對出賣人是否有專利權一事提高警覺，蓋出賣人可以非常輕易地得知自己是否有專利權，想減輕違約責任必然有詐。這種作法使虛無專利權的買賣不易成交。反之，若照馬維麟氏的見解，則在談判成本過高而使得當

事人未訂立特約排除第二四六條之規定時，無專利權的人就很可能心想「反正頂多是賠償信賴利益，甚至若不符合第二四七條的要件還可以全身而退，運氣好的話可以捲款潛逃」而進行無效率的兜售。再者，就算專利權不是第三五〇條的權利，在目的解釋之下也沒有必然落入第二四六條的道理。

（三）小結

本文認為，上述兩種案型的討論有一般性的意義，絕大部分的案型再經過同樣的推理過程之後，都會導出「履行利益說」的結論。所以，現行通說將這些案型名之為「自始客觀不能」，又涵攝到第二四六條處理，即有商榷之必要。

三、第二四六條的未來

依本文的論述，和房屋買賣或專利權買賣相似的案例類型都不應該適用第二四六條來處理。⁵¹那第二四六條是否就毫無存在的餘地？是否應如郭麗珍教授所言，直接刪除第二四六條和第二四七條？本文認為還有探討餘

party, these efficiency gains may not be achieved because the informed party is at a strategic advantage by remaining silent.”

⁴⁷ 或有認為，若出賣人所賣之房屋果真存在，當然不受到第 246 條之限制，故本文的推論可能是多此一舉。但是，第一點，如前所述，若採取「履行利益賠償」做為契約法之原則，有「示警」的功能；第二點，就算雙方都真誠地認為是在交易一棟的確存在的房屋，房屋仍然可能會百密一疏地焚燬，這個風險如何分配，顯然應該任當事人自行決定，而現行法第 246 條不但是採用最常見的交易解決方式，反而硬性規定契約無效，從而當事人無法用特約來分配這個風險（因為這種狀態不在第 246 條的但書之列！），這是無效率的。

⁴⁸ 馬維麟，民法債篇解釋書（三），153 頁，1997 年，五南。

⁴⁹ 黃茂榮，買賣法，363 頁，五版，2002 年，植根。

⁵⁰ 專利年費有無繳納（專利法第 70 條規定不繳年費則專利權當然消滅）、專利權是否期滿，出賣人可以輕易得知。專利法第 71 條有規定職權撤銷專利權之事由，依行政程序法第 95 條，這個行政處分一定要用某種方式告訴當事人（房屋遭回祿之災，祝融卻不會托夢通知你…），而且依行政程序法第 110 條，未送達前行政處分不生效力。總之，專利權不像房子會用迅雷不及掩耳的速度消失，專利權人絕對有成本接近零的方法確認自己專利權的存在。

⁵¹ 至於究竟應該如同「自始主觀不能」一樣地處理，還是和嗣後不能一樣適用或類推適用第 225、226 條，作者將以專文探討之。

⁴² 相同的想法，可以有另一種切入點：在[1.的成交價×未燒毀機率－履行利益×燒毀機率]－[2.的成交價×未燒毀機率－信賴利益×燒毀機率]>0 時，出賣人會選擇 1.的交易方式。這個式子只是本文中式子的移項而已。

⁴³ 本文將 3.置之不論，因為那幾乎就是不成交的狀態。不過，即使把 3.列入討論，也不改變推論和結論。

⁴⁴ 換一個角度說，出賣人會選擇保證賠償履行利益這種作法，並依其獲利選擇「最適」(optimal)的最後檢查時點。

⁴⁵ 因為根據定義，賣方什麼都不會作。

⁴⁶ 相近推論，See Ian Ayres and Robert Gertner, *Strategic Contractual Inefficiency And The Optimal Choice Of Legal Rules*, 101 YALE L. J. 729, 761 (1992) “Setting a default rule that least favors the better informed parties creates an incentive for the informed party to bring up the relevant contingency in negotiations. This can signal the uninformed party that the contingency is important and can cause her to become informed about the probability that the contingency will occur. Thus, the default rule can cause the parties to negotiate for explicit terms in the contract, thereby overriding the default... If the default rule is set in a manner that favors the informed

地，論述如下：

(一) 有些交易不可能履行，而法院缺乏判決的基準點

經濟學家認為，在自願性交易中，買方和賣方都能獲得交易好處，前者得到「消費者剩餘」(consumer surplus)，後者得到「生產者剩餘」(producer surplus)(又稱為「租」(rent))。⁵²⁻⁵³這些「剩餘」都是從每一個完成的交易中，神奇地「憑空」出現。每多一個自願性交易，社會福利(就是買賣雙方「剩餘」的加總)就增加一些，同時，沒有第三者因為這樁交易而受害，所以這是一種「帕雷多改善」(Pareto Improvement)，也就是說「效率提升了」。⁵⁴

當然，有些交易可能就不符合這些論述，⁵⁵原因在於契約根本不可能履行。⁵⁶例如：A向B要約，如果B願意支付一百萬元新台幣，則A讓B「上青天攬明月」。可想而知，在目前除非A是美國航空暨太空總署，否則契約顯然

無法履行。若這種情形不由第二四六條來規範，而是適用或類推適用第二二六條的規定，則當B一狀告上法院，請求「履行利益」，法院將以何種標準來衡量「履行利益」？沒有市價作基準點(benchmark)，大概也沒有轉賣價格可以參考。況且，和其他在排隊企盼關愛眼神的案件相比，法院耗費時間去探求該案的履行利益顯然是資源的誤置，倒不如讓契約無效、價金返還來得簡便。

(二) 防止競租行為

1. 何謂競租行為⁵⁷

著名的法律經濟分析學者 David Friedman⁵⁸以「竊盜」來闡釋競租行為的概念：X從Y處偷得五十元，一人破財、一人添財，社會既沒有變好、也沒有變壞。⁵⁹但是，偷竊並非無成本，假設X偷竊的成本是二十元，則這二十元就是社會的淨損失。但是，X仍然會從事偷竊，因為對他而言，只要花二十元就能得到五十元，何樂而不為？而既然有利可圖，就

會有越來越多人進入竊盜市場，競爭者增多會提高偷竊的成本(你的苦主若先被人光顧過，你就沒啥可扒了)，小偷增多也會提升一般人的警覺心，最後的均衡點就是「業內最糟糕的(marginal)小偷要花五十元的成本偷得五十元⁶⁰」。⁶¹這個現象就是「競租」，也就是：人花費資源，把別人的財產往自己的口袋裡搬。對競租者是筆值得的「生意」，但對社會卻是不具生產性的無效率行為，因為從事競租的資源若移轉到生產性行為，能夠創造新的財富，而非既有財富的單純移轉。⁶²

2. 競租理論和第二四六條之關聯

依第二四六條讓此類「根本不可能履行」的契約無效且不賦予履行利益，還有另外一項好處，就是不會鼓勵這種(假)交易的產生。假設前述案件中法院判定B可(淨)得三十萬元新台幣的履行利益損害賠償，則社會上很多潛在的B一看有利可圖，就可能去找C，希望能讓C接受「B付錢，C讓B上青天攬明月」的契約，然後不斷地利用法院從C那兒取得履行利益之損害賠償。這就是「競租行為」，因為B願意付出締約成本和訴訟成本，只要這兩者之和小於履行利益之損害賠償。但是這就是B花資源在把C的財產往自己口袋裡搬，雖然C因為不知情而不會付出防範成本，但是B和

C支出的締約成本和法院支出的訴訟成本(甚至還有因B與無益之訟而被拖累的他案當事人)，在效率觀點上都是全然的浪費。

(三) 小結

若要維持第二四六條之規範意義，則「上青天攬明月」這種旅遊契約或「搏扶搖直上九萬里」這種運送契約就是適當的規範客體。但是要注意的是，規範客體當然要與時俱進。前陣子美國一位富翁才花錢請美國航太總署送他上太空，使得「上青天攬明月」變成「主觀不能」而非「客觀不能」。所以若台灣有人和旅行社訂立這樣的契約，並約定待科技成熟才履行，就會是第二四六條第一項但書或第二項的情形了。

此外，在本文理論下會適用本條解決的案型有兩種：其一是雙方當事人有一方明知或可得而知；其二是雙方都不知。⁶³後者用本條解決的原因只限於前述「法律無基準點」的理由。前者之理由尚包括防止競租行為及下述「外部成本內部化」的理由。

結論是：第二四六條仍有有用武之地，無須刪除。蓋若將之刪除，「候補」的法條是第九二條詐欺之規定，但詐欺無法處理雙方不知的案型，而且詐欺也沒有類似第二四七條的規定可以擔負使「外部成本內部化」的使命。⁶⁴

⁵² 「消費者剩餘」的計算方式是：個人對標的物願意支付的最高價格(value OR willingness to pay)扣掉市價之差。例如：我願意支付3000元買一張國家音樂廳二樓的票，不過我買到的座位票價只要1000元，差距的2000元就是我的生產者剩餘。「生產者剩餘」的概念一樣，如果出賣那張音樂票的人心想只要有人出400元就賣了，而我買了1000元，賣方賺到的剩餘就是600元。

⁵³ See Steve E. Landsburg, PRICE THEORY 318-21 (4th ed., 1999) South-Western and Richard Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 12(5th ed., 1999) Aspen Law & Business.

⁵⁴ See Steve E. Landsburg, PRICE THEORY 248 (4th ed., 1999) South-Western and Eugene Silberberg, PRINCIPLE OF MICROECONOMICS 110 (1995) Prentice Hall.

⁵⁵ See Werner Z. Hirsch, LAW AND ECONOMICS—AN INTRODUCTORY ANALYSIS 130(2nd ed., 1988) Academic Press (“But not all promissory exchanges in society are enforceable as contracts...the law of contracts is structured foremost to enforce efficient exchanges and to deny enforcement to other types of deals.”).

⁵⁶ 王澤鑑教授的書上舉了一些法律史上有趣的例子，如：「以『神話中之怪獸』為給付標的」，請參考王澤鑑，自始主觀給付不能，民法學說與判決研究第三冊，51頁，1996年10月，自行出版。

⁵⁷ 中文文獻請參 熊秉元、巫和懋、霍德明、胡春田，經濟學 2000 (上冊)，233、293頁，三版，1999年，雙葉。

⁵⁸ See David Friedman, LAW'S ORDER- WHAT ECONOMICS HAS TO DO WITH LAW AND WHY IT MATTERS 32-4 (2001) Princeton University Press (本書有中譯本「經濟學與法律的對話」(2002)先覺)

⁵⁹ 這一句就是經濟學家所說的「財富重分配」(transfer of wealth)，不影響效率。呂氏春秋「貴公」中有一段有意思的話似乎可以作為註解：「荊人有遺弓者，而不肯索，曰：『荊人遺之，荊人得之，又何索焉。』孔子聞之，曰：『去其「荊」而可矣！』老聃聞之，曰：『去其「人」而可矣！』故老聃則至公矣。

⁶⁰ 用經濟學術語來說，就是到達「所有的租都消散了」(All the rents are dissipated.)的境地。

⁶¹ 不會再有人進入小偷市場，因為他們的技術更糟，會入不敷出(如果他們技術更好，早就進入市場了)；而技術比較好的小偷還是有得賺；花超過50元成本才能扒到50元的小偷則會選擇另謀生路。

⁶² 更深入關於競租的分析，See Gordon Tullock, The Welfare Costs Of Tariffs, Monopolies, And Theft, 5 Western Economic Journal 224-32(1967.6.) AND James M. Buchanan and Marilyn R. Flowers, THE PUBLIC FINANCE- AN INTRODUCTORY TEXTBOOK, 118-24 (6th ed., 1987) 作者之一的Buchanan是諾貝爾經濟學獎得主。

⁶³ 雙方都明知或可得而知的情形，概念上似乎比較接近第87條的通謀虛偽意思表示。不過，因為這種情形不符合第247條的構成要件，所以適用第246條或第87條結果應該沒有不同。(符合第87條但書的情況，難以想像...)

⁶⁴ 或有認為受詐欺者可藉由行使第195條請求慰撫金之方式來使外部成本內部化，但本文贊同唐森林教授之見解，認為單純受詐欺者不得行使第195條。參唐森林，自由權之侵害與非財產上之損害賠償，民事法理與判決研究，253頁以下，1998年，自行出版。

不過，「第二四六條無須刪除」這個論點也非絕對。保留第二四六條和第二四七條的好處如前文所述，但問題是（就算廢除這兩條）社會上真正訂立「挾泰山超北海」契約的人會有多少？或許很少，鬧到法院的可能又更少，法院雖然沒有第二四六條當法寶，也可以判決被告償還契約價格，這和讓契約無效時所必須償付的金錢數額相同。少了第二四七條的確使「外部成本內部化」的希望落空，但是「外部成本」可能本來就很小。

同時，保留這兩條也有壞處。並不是所有的案件是否適用第二四六條都是「自始客觀」清楚明白的，如果有些不應適用第二四六條的案子誤用了本條，就是無效率的結果。例如八十五年度訴字第○七○號判決說「而買賣之車位復為該建物之共同使用部分…依上開規則第七二條第三款規定，本屬不能分割，即無從單獨就車位為所有權移轉登記自明，詎兩造竟以之作爲買賣之標的，當屬標的自始客觀不能，且無民法第二四六條第一項但書情形…其契約無效。」；而八十八年度訴字第一六六四號的原告甚至主張「受僱挖土，但土質堅硬地超過預期，所以是自始客觀不能」（幸而法院正確地駁回原告的主張）。在本文的理論架構之下，這樣的案例有繼續誤用第二四六條的可能性，也就會支持刪除第二四六、二四七條的理由。⁶⁵

所以，需要進一步的實證資料來比較第二四六、二四七條存在的好處與壞處究竟孰大，才能下一定論。

四、第二四七條的規範意義

依照本文對第二四六條規範客體的限縮解釋，第二四七條仍有存在的價值。上述天馬行空的契約，若不用賠償履行利益也不用賠償信賴利益，難保不會有無聊人士（符合了第二四七條「知其不能或可得而知」要件），無論是以騙人爲樂或有其他動機，與他人簽訂契約，善意的他人可能因此付出締約成本或因爲締約而支出相關成本（reliance loss）（符合了第二四七條的「非因過失而信契約有效致受損害」），這是無聊人士造成的「外部成本」（external costs）⁶⁶。如果令其賠償信賴利益，則是使「外部成本內部化」（internalize the externalities），當無聊人士考慮到行騙所要付出的成本（信賴利益的賠償）時，就不會率性而爲了。

肆、結論

在本文的架構之下，第二四六條不應該繼續扮演目前這麼吃重的角色，但也不一定得就此退出法律舞台。不過，至少其訴求的對象「不能之給付」應大幅限縮，只限於前述「完全不可能履行」的契約。再加上對第二四七條的詮釋，這兩條擔任的角色就是一方面以信賴利益賠償來遏止無意義的契約，一方面不因爲過多的賠償而引發競租行爲，扭曲有效率的資源配置，並無端耗費國家的訴訟資源。

而「買賣房屋或專利權『自始客觀不能』」這類案型，通說認爲應該適用第二四六條，本文反對之；認爲契約依然有效，違約者應賠償履行利益。♣

⁶⁵ 德國民法債篇修正條文已於2002年1月1日正式實施，新條文已刪除「自始客觀不能」的條文。並請參考林易典，德國民法債篇修正簡介，月旦法學，85期，2002年6月，230頁。

⁶⁶ 一般契約法經濟分析中提到的「外部性」都是指締約雙方對非締約方的第三者造成的成本或利益。但本文這裡用的是比較廣義的「外部成本」：Cost imposed on others。See Steve E. Landsburg, PRICE THEORY 453 (4th ed., 1999) South-Western.