

# 契約過失責任與無過失責任之間 ——歸責事由之比較法觀察\*

陳 自 強\*\*

## 要 目

壹、前 言	(一)可歸責於債務人致給付不能
貳、我國學說及實務對歸責事由之理解	(二)其他義務違反
一、歸責事由	參、過失責任原則
(一)概 念	一、法律之繼受
(二)債務人責任決定之三個順序	二、瑞士之過失責任原則
(三)舉證責任	(一)對所有形態之過失負賠償責任
二、過失責任	(二)客觀化過失
(一)故 意	三、德國之過失責任原則
(二)過失之概念	(一)可歸責與故意過失不同
(三)責任能力	(二)德國民法第二七六條之規範功能
三、無過失責任	(三)客觀化之過失
四、關於歸責事由之實務見解	四、日本傳統見解
(一)不可歸責於債務人	(一)日本民法第四一五條

\* 國科會研究計畫NSC 99-2410-H-002-156-MY3成果之一。

\*\* 臺灣大學法律學院教授，德國慕尼黑大學法律博士。

投稿日期：一〇〇年四月十四日；接受刊登日期：一〇〇年七月五日

責任校對：林容嫻

(一)可歸責即故意過失	四、世界契約法統一文件
(二)客觀化之過失	(一)免責原則
肆、無過失責任	(二)不可抗力條款
一、事變責任	(三)PICC結果債務與盡最大努力債務
二、英美法之嚴格責任	五、日本債權法改正試案
(一)擔保允諾	伍、結 論
(二)物之給付與勞務給付	一、我國歸責事由之理解
(三)擔保責任之界限	二、過失責任與嚴格責任之對立
三、法國結果債務與擔保債務	三、免責事由與過失責任原則之例外——國際間共識
(一)結果債務	四、契約之拘束力為嚴格責任之基礎及界限
(二)手段債務	
(三)擔保債務	

## 摘 要

比較法上，契約損害賠償責任基本上有歐陸法系之過失責任原則及英美法系之嚴格責任之對立，但實際適用之結果卻大同小異。歐陸法系過失責任原則之下，不僅對過失本身採客觀化之過失概念，更承認許多例外，英美法系之嚴格責任亦承認有免責事由，二者已無不可跨越之鴻溝，差距也不斷縮小。英美法嚴格責任承認債務人在一定情形下免責，但債務人不須負損害賠償責任之原因，不在於不可歸責，基本上係因損害並非債務人依契約所應承擔之風險，故不在擔保責任範圍內。歐陸法系傳統見解固然仍認為債務人不負債務不履行責任之正當性在於不具主觀非難性，即無故意過失，但以契約拘束力正當化債務人無過失責任及確定當事人契約責任界限之思想，也浸透到歐陸法系。

**關鍵詞：**歸責事由、過失責任、擔保責任、手段債務、結果債務

## 壹、前言

民法制定後關於債務不履行之研究，固然不絕如縷，但早期學說關注之焦點為不完全給付及締約上過失等德國民法制定後學說判例之新發展，可謂法律繼受後之學說繼受。最近，特別關於契約責任之探討，不僅成為民法學界之新寵，相關文獻數量急遽膨脹，令人目不暇給，在質的方面，亦與過去取向於德國日本學說繼受之研究稍有不同。一般向來認為我國民法債務不履行規定，主要乃德國民法之繼受，德國民法學說之繼受乃我國民法之泉源活水，源源不絕灌溉我國發榮滋長欣欣向榮之民法園地，然自德國九〇年代啟動以債務不履行為中心之債法修正大業，二〇〇二年通過債法現代化法律後，我國與德國民法漸行漸遠之態勢，已無法挽回<sup>1</sup>，我國學者已無法一如往昔逕以德國學說為我國民法解釋之依歸，德國民法債務不履行之研究，比較法意味加深。德國債編修正不僅帶來新的想法與規範模式，更讓人體會到歐洲乃至於世界契約法整合之大勢所趨<sup>2</sup>，我國學者觀察之視野也擴及到所謂世界契約法統一文件，思索我國債法關於債務不履行之規定是否也有現代化之必要，傳統上被認為理所當然之規定與制度均可能在此觀點下重新被檢視。

債務不履行責任要件之探討上，歸責事由之概念及其具體內涵顯然具有關鍵性地位。我國通說及實務見解所承認之債務不履行三個態樣<sup>3</sup>，無論給付不能、給付遲延或不完全給付均以可歸責於債務人之事由為要件（民法第二二六條、第二二七條及第二三〇

---

<sup>1</sup> 關於德國民法債編通則修正之簡介，陳自強，整合中之契約法，頁1-13，2011年5月。

<sup>2</sup> 陳自強，同前註，頁169-173。

<sup>3</sup> 最高法院78年度臺上字第636號判決參照。給付拒絕是否為債務不履行獨立之態樣，有爭執，肯定說，鄭玉波，民法債編總論，頁283，1978年7月7版。

條)，可歸責之判斷攸關債務人責任甚鉅，契約責任可歸責之判斷，重要性應該與傳統侵權責任過失之認定不相上下。但是，我國學說對可歸責或歸責事由概念重視之程度，與對侵權責任過失相關理論之注目，千差萬別，無法同日而語。在過失責任主義的大纛下，契約責任之可歸責多與故意過失等同視之，對故意過失概念之闡發，又直接援用侵權責任故意過失之概念，間接參照刑法故意過失之定義（刑法第十三條、第十四條）<sup>4</sup>，歸責事由本身甚少成為討論之主軸。此以過失責任為基礎之契約責任是否為唯一之真理，歸責事由是否必然為故意過失或有其他展開之可能性，均有待審視。本文乃個人關於契約責任歸責事由研究之第一部分，以從比較法觀點論述過失責任與無過失責任之發展及輪廓為核心，第二部分將分別債務不履行態樣，檢討歸責事由之具體內涵。

## 貳、我國學說及實務對歸責事由之理解

### 一、歸責事由

#### (一)概念

我國學說多將「可歸責於債務人之事由」簡稱為「歸責事由」<sup>5</sup>，然我國學說對歸責事由概念之運用，並不限於債務不履行或契約責任。如史尚寬即認為：「侵權行為與債務不履行之歸責事由，依民法規定，雖原則上以義務人之有故意過失為前提，然依其

<sup>4</sup> 參見，劉春堂，民法債編通則(一)：契約法總論，頁267，2006年8月。

<sup>5</sup> 「歸責事由」為日本學說之慣用語（參見，中田裕康，債權總論，頁122-128，2008年11月），在我國學說亦甚為常見，參見，史尚寬，債法總論，頁341，1972年3月3版；鄭玉波，同註3，頁265；孫森焱，民法債編總論（下冊），頁481，2010年3月；劉春堂，同前註，頁266；黃立，民法債編總論，頁440，2006年11月3版。

情形，分別承認無過失責任者，亦不少。」<sup>6</sup>；劉春堂亦認為關於侵權責任及契約責任，在我國民法原則上均以故意過失為其主觀歸責事由，採過失責任主義<sup>7</sup>。然而，民法「可歸責」之用語並未出現在侵權責任領域，可謂債務不履行法獨有之概念，王澤鑑亦認為「可歸責之事由」，係債務不履行的共通要件，以歸責之事由論斷侵權行為的故意過失，並不妥當<sup>8</sup>。故意過失為一般侵權行為之主觀要件，套用刑法理論，乃有責性判斷之問題<sup>9</sup>，契約責任是否亦有區別不法（違法性）與有責性之必要，仍在未定之天。將「歸責事由」提升為統攝侵權行為及契約責任主觀事由之上位概念，易與故意過失之主觀要件混淆，無益於概念之釐清，更極易輕忽侵權責任與契約責任本質上之差異。

無論如何，可歸責概念之探討，無法規避債務人對何種事由應負責任之問題提出。我國學說及實務見解咸認為歸責事由不外故意、過失及事變三者，因故意或過失而負責者，為過失責任；因事變而負責者，謂之無過失責任<sup>10</sup>。相較之下，學者史尚寬對債務不履行歸責事由之論述則略有不同：「就債務不履行之歸責事由言之，依民法之規定，一曰債務人之故意或過失，二曰債務人之代理人或使用人之故意或過失，三曰基於特殊原因，例如給付遲延（民

<sup>6</sup> 史尚寬，同前註，頁341；同旨，林誠二，債法總論新解：體系化解說（下），頁34，2010年3月。

<sup>7</sup> 劉春堂，同註4，頁266。

<sup>8</sup> 最高法院82年臺上字第2424號判決；關此判決，參見，王澤鑑，侵權行為法，頁304，2009年7月。

<sup>9</sup> 關於侵權行為之主觀要件及三層結構，王澤鑑，同前註，頁105；Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Hallbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 370.

<sup>10</sup> 鄭玉波，同註3，頁266；孫森焱，同註5，頁485-486；劉春堂，同註4，頁267；林誠二，同註6，頁38-43，以此三者為法定歸責事由。

法第二二一條第二項），轉質（民法第八九一條），轉租（民法第四四四條），特種業務（民法第六〇六條、第六一七條、第六三四條）及訂有負責之特約等之無過失責任。」<sup>11</sup>一方面將債務人對履行輔助人責任從債務人過失責任獨立開來，他方面，並未明確指出事變為歸責事由，然史尚寬對基於特殊原因之無過失責任之說明，亦無非事變概念之討論<sup>12</sup>，故此不同應該僅為說明方式之差異耳。

### （二）債務人責任決定之三個順序

依我國通說，歸責事由得由當事人以契約訂定之，未特別約定時，法律若就可歸責於債務人之事由設有個別規定者，依其規定，因而，債務人有時僅就故意負責（第四六六條），有時僅就故意或重大過失負責（第二三七條、第四一〇條），有時就具體輕過失負責（第六三五條前段、第五九〇條前段、第六七二條），有時就抽象輕過失負責（如第四三二條、第四六八條、第五三五條後段、第五九〇條後段），甚至有無過失之事變責任（第六〇六條、第六〇七條、第六三四條、第六五四條）或不可抗力責任（第二三一條、第五二五條）。法律若未特別規定，則回歸第二二〇條第一項，就故意或過失負責，至於應負何種過失責任，則依前揭條二項，應依事件之特性酌定，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定，認為當事人未約定，且法律未設特別規定時，過失責任之輕重乃個案認定之問題<sup>13</sup>。簡言之，債務不履行之過失責任之決定，有三個順序，首先依當事人之約定，再依法律之規定，最後又有所謂依事件

<sup>11</sup> 史尚寬，同註5，頁341。

<sup>12</sup> 史尚寬，同註5，頁353-356。

<sup>13</sup> 鄭玉波，同註3，頁267；孫森焱，同註5，頁482-485；黃立，同註5，頁446；劉春堂，同註4，頁270-271。

之特性之酌定。學者邱聰智雖亦肯定過失有上述三個態樣，但認為債務人過失責任，「原則上應負抽象過失責任，亦即於債之類型未明定其注意標準或僅泛稱過失，債務人應負抽象過失責任。……如因事件之性質或利益關係，課債務人以抽象過失責任仍屬過重者，自應從輕酌定，使債務人僅負具體過失責任。」<sup>14</sup>其見解與通說稍有不同。

### (三)舉證責任

綜上，我國學說一致認為債務人可歸責事由若未約定，法律亦無特別規定，依第二二〇條第一項，以故意過失為歸責事由，可歸責事由常與故意過失劃上等號，我國通說認為第九五三條及第九五六條之可歸責指故意過失而言<sup>15</sup>，應係基於此理解。抑有其進者，於契約不履行，無論過失或無過失責任，不論可歸責事由為學說所謂之故意、過失或事變，且不分為何種債務不履行態樣，通說認為債權人僅須證明契約之存在及損害之發生即可，債務人為免責，則須就契約不履行係由於不可歸責事由所致，負舉證責任<sup>16</sup>。此舉證責任分配原則，我國民法僅於給付遲延有明文（第二三〇條），但於給付不能<sup>17</sup>及不完全給付<sup>18</sup>亦為學說肯認，且學說在論述債務不

<sup>14</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁22-23，2008年8月，然其引用之最高法院判例（19年上字第2746號）仍為侵權行為過失之判斷。

<sup>15</sup> 王澤鑑，民法物權，頁663，2010年6月增訂2版。

<sup>16</sup> 劉春堂，同註4，頁331；曾世雄，損害賠償法原理，頁339，1996年9月修正2版；最高法院97年臺上字第1000號判決：「債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。」

<sup>17</sup> 黃立，同註5，頁466。



履行損害賠償請求權與侵權行為損害賠償請求權競合時，無不為此之主張<sup>19</sup>。

## 二、過失責任

### (一)故意

契約責任過失責任之故意，與侵權行為故意之概念相同，學說並無異論。一般亦援用刑法第十三條之法律定義說明債務不履行歸責事由之故意<sup>20</sup>。

### (二)過失之概念

關於過失之概念，學說援用刑法第十四條過失之定義，認為民法侵權行為之過失指：「行為人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意，或對侵權行為之事實，雖預見其發生，而確信其不發生。」並以此理解套用在債務不履行之過失責任上<sup>21</sup>。抑有進者，因民法第二二〇條第二項規定：「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」通說進

---

<sup>18</sup> 劉春堂，同註4，頁322。

<sup>19</sup> 鄭玉波，同註3，頁301；劉春堂，同註4，頁333；孫森焱，同註5，頁590-591並援用最高法院29年上字第1139號判例：「受有報酬之受寄人，對於寄託物之滅失，非證明自己於善良管理人之注意無所欠缺，不能免其賠償責任。」為佐證。關於契約責任與侵權責任之競合，詳參，王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，載：民法學說與判例研究（第一冊），頁395-412，1980年6月5版；亦可參酌，王澤鑑，同註8，頁97以下。

<sup>20</sup> 劉春堂，同註4，頁267。

<sup>21</sup> 鄭玉波，同註3，頁161、266；林誠二，同註6，頁39；劉春堂，同註4，頁267；孫森焱，同註5，頁239亦認為侵權行為之過失與刑法第14條所定相同，債務不履行之過失則引用其在無因管理過失之說明（孫森焱，同註5，頁482）。

而認為債務不履行之過失，因債務人違反注意義務程度之不同，過失可分為抽象過失、具體過失、重大過失三種<sup>22</sup>。黃立雖一方面認為過失有重大過失及抽象輕過失兩種客觀準則及具體輕過失之主觀準則，他方面又認為：「民法通說長期以來採取客觀過失準則」<sup>23</sup>，在我國學說中，雖大同但亦有小異。無論如何，鄭玉波所謂：「在債務不履行，我民法上並非以抽象的輕過失責任為原則。」<sup>24</sup>應為我國多數見解。最高法院四十二年臺上字第八六五號判例雖亦認為：「民法上之過失，以其欠缺注意之程度為標準，可分為抽象的過失、具體的過失及重大過失三種」並闡釋各該過失之意義，但卻在因過失不法侵害他人致死之脈絡下討論，與最高法院向來認為侵權行為之過失以是否怠於善良管理人之注意為斷（最高法院十九年上字第二七四六號判例），似有不同。

### (三)責任能力

傳統侵權行為責任有所謂侵權行為能力之問題（民法第一八七條），因民法第二二一條之規定，學說咸認為契約責任亦有責任能力之問題，唯就民法第一八七條之規定是否均有其適用，學說有爭論<sup>25</sup>。

---

<sup>22</sup> 鄭玉波，同註3，頁266；孫森焱，同註5，頁482-483；林誠二，同註6，頁39；劉春堂，同註4，頁267。另相關過失程度見解，最高法院90年臺上字第368號判決（略為）：「債務人履行債務所負責任程度，最重者需就事變負責，其次依序為抽象的輕過失（即違反善良管理人注意義務）、具體輕過失、重大過失、故意。債務人如應負較重之責任者，其就較輕之責任更應負責。」

<sup>23</sup> 黃立，同註5，頁443-444。

<sup>24</sup> 鄭玉波，同註3，頁277。

<sup>25</sup> 孫森焱，同註5，頁486-489。

### 三、無過失責任

如按我國通說債務不履行之歸責事由之三分法，故意過失以外之歸責事由為事變，且事變為無過失責任，則債務不履行責任之無過失責任即事變責任<sup>26</sup>。凡可歸責於債務人事由中，非基於故意過失者，均可稱為事變。所謂事變又可分為通常事變與不可抗力，前者乃相對於後者而言，通常事變因而可簡單定義為不可抗力以外之事變<sup>27</sup>，然我國學說多賦予該概念實質意涵，通常事變有認為指「債務人如予以嚴密的注意或可避免發生損害，但債務人已盡其應盡之注意義務而仍不免發生之情形」<sup>28</sup>，亦有認為指「對第三人之行為所造成之履行障礙事實，負擔債務不履行責任之形態」<sup>29</sup>。至於不可抗力，依我國學說有客觀說、主觀說及折衷說三說，多數似認為不可抗力乃人力所不能抗拒之事由<sup>30</sup>，或人力以外之自然力所造成之履行障礙事實<sup>31</sup>。

以上對我國學說判例關於歸責事由乃至於債務人責任見解之整理，雖無法網羅無餘，必然有遺珠之憾，但此番巡禮，不難發現本文探討之主題，在我國民法學說判例並無太大爭議，簡言之，歸責事由不外故意、過失及事變三者，法律若無特別規定，契約亦未特

---

<sup>26</sup> 邱聰智，同註14，頁20，則稱債務不履行之無過失責任為不可抗力責任，並將不可抗力責任可區別為通常事變責任及狹義不可抗力責任。

<sup>27</sup> 劉春堂，同註4，頁269，即如是說；史尚寬，同註5，頁355，亦未對通常事變下定義。

<sup>28</sup> 孫森焱，同註5，頁485-486；類似定義，鄭玉波，同註3，頁274。

<sup>29</sup> 邱聰智，同註14，頁22。

<sup>30</sup> 孫森焱，同註5，頁485。

<sup>31</sup> 邱聰智，同註14，頁20；依劉春堂，同註4，頁268，客觀說指：「不屬於業務執行之範圍，其發之態樣及重大性，非通常生活過程上所能預期，且其性質不能以人力避免之事故」，並認為通說採此說。

別約定，以故意過失為歸責事由，而此之過失與侵權行為之過失不同，乃依債務之性質而有輕重。

#### 四、關於歸責事由之實務見解

最高法院對歸責事由概念之理解與通說相同，如最高法院八十三年度臺上字第二二七三號判決即謂：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任，民法第二百二十條第一項定有明文。故所謂不可歸責於債務人之事由，即指債務人無故意或過失之情形而言。且依法律之特別規定或契約之特別訂定，債務人就事變亦應負責時，則事變亦為可歸責於債務人之事由。」至於個案如何具體認定債務人之歸責事由？債務不履行之過失如何認定？事變與不可抗力又應如何理解？多未提供明確之答案或判斷之基準。以下僅分析整理若干與歸責事由判斷有關之最高法院判決，觀察是否有蛛絲馬跡可循。

##### (一)不可歸責於債務人

最高法院裁判所承認之不可歸責於債務人之事由，略有：

##### 1. 戰爭

戰爭乃不可歸責於債務人，並無疑義，最高法院亦無異說，三十年滬上字第二〇九號判例：「本件系爭之變壓器二具，其一具之交付期限於二十六年十月十九日屆滿，其時上海戰事正在進行，被上訴人工廠所在地之浦東屬戰爭地帶，不久即告淪陷，既為上訴人所不爭，原判決認定該一具，因不可歸責於被上訴人之事由以致給付不能，依民法第二百二十五條第一項之規定，被上訴人免其給付義務，自無不合。至被上訴人在其給付期以後，是否恢復工作，又可製造上訴人所定造之變壓器，於其已因給付不能免除給付之義務並無影響。」可資參照。然而，依判例案例事實所載，系爭契約應屬承攬，戰爭是否僅使承攬工作一時不能，戰事結束之後給付仍為

可能，抑或如判例所言，此因戰事之一時不能，於給付義務之免除無影響，不無討論空間<sup>32</sup>，但此不在本文討論範圍內。

### 2. 天災或其他事變

此外，屬人力所無法抗拒者，尚有因天災或其他事變致給付之標的物滅失。最高法院三十九年臺上字第一〇二〇號判例即謂：「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，原承租人對於原出租人嗣後重建房屋，無租賃權。」然何謂其他事變，其所謂之事變與學說所謂之事變是否相同，判例並未言明。

### 3. 法令變更

因法令變更禁止標的物輸入致給付不能者，依最高法院四十四年臺上字第三八三號判例：「當事人約定運輸國際間之買賣標的物，因訂約後輸入國之法令變更其物禁止輸入時，亦屬因不可歸責於雙方當事人之事由，致給付不能之一種情形，依民法第二百五條第一項、第二百六十六條第一項、第二項之規定，出賣人免其以出賣物輸入於禁止輸入國交付買受人之義務，買受人亦免其支付價金於出賣人之義務，其已支付部分得依關於不當得利之規定請求返還，其買賣關係即當然從此消滅，自無待於解除。」屬不可歸責於債務人之事由，免給付義務。此外，如同院七十八年臺上字第二一三二號判決：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務，民法第二百五條第一項定有明文。被上訴人

<sup>32</sup> 孫森焱，同註5，頁503，亦認為「若因戰爭而停工，……究應認為債務消滅抑或遲延給付問題，即應斟酌具體情況，依當事人訂約本旨，基於公平原則判斷之。是分別永久不能與暫時不能，卻屬必要。」

向上訴人江拱招買受系爭耕地中之九十坪，因受農業發展條例禁止耕地分割規定之限制，而陷於給付不能，依上開法條規定，上訴人江拱招即免給付義務。而民法第二百四十四條所定之撤銷權，乃為保全債權之履行而設。被上訴人對於上訴人江拱招基於債權之請求權，既因給付不能而經判決敗訴確定，則被上訴人之撤銷權，自無由成立。」及八十二年度臺上字第五一〇號判決：「依兩造簽訂之出租造林契約書第十三條約定，上訴人同意依出租地之有關法令規定辦理。則被上訴人之給付不能，係因法令變更，乃屬不可歸責於被上訴人之事由。」所示，法令變更致給付不能均屬於不可歸責於債務人。至於禁止外幣買賣是否亦同，同院七十一年度臺上字第二三九號判決：「黃金及美鈔等外國幣券，經行政院依國家總動員法於民國四十年四月九日，以臺(40)財檢字第二八七號令頒有關金融措施辦法，該辦法規定，外國幣券准予繼續持有，但不得自由買賣，故外國幣券之買賣交易概在禁止之列。本件上訴人請求被上訴人給付美金二十六萬九千零三十六元七角九分，經第一、二審闡明後，上訴人仍堅決請求給付美金，而如上述，美金既係禁止自由買賣交易，即屬不融通之物，上訴人猶請求被上訴人給付美金，即因法律上之規定而為給付不能。」並未明示，但應屬當然。

#### 4. 政府行為

以上不可歸責於債務人之事由之影響具有普遍性與一般性，以下政府行為影響範圍較小。其中，徵收乃實務上常見之免責事由。如最高法院八十二年度臺上字第二五八號判決：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。又因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務，民法第二百五條第一項、第二百六十六條第一項定有明文。上開六七之一、六七之二地號土地，因被徵收，致上訴人無從再將其提供與被上訴人使用，係不可歸責於兩造之事由。依上開

法條規定，上訴人免其提供該被徵收之土地與被上訴人使用之義務，被上訴人亦免其提供系爭土地與上訴人使用之義務，交換使用關係即當然從此消滅。」即明示此旨，同院九十年度臺上字第一五七〇號判決，亦同。最高法院七十七年度臺上字第一三二六號判決：「土地買賣成立時，即應為所有權移轉登記，如因拖延未辦，致為政府徵收，買受人基於情事變更原則，改為請求出賣人給付所領取之土地補償費，或讓與其對第三人之補償費請求權，依民法第二百十九條之規定，尚非無據。又出賣之土地在移轉登記前被徵收，係因不可歸責於債務人之事由致給付不能，債務人固免為給付義務，惟依民法第二百二十五條第二項規定，債務人對第三人有害損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權。」固亦認為徵收係不可歸責於債務人，然若徵收係在給付遲延責任發生之後，是否有民法第二三一條第二項之適用，似有待詳論。

徵收之外其他政府行為致給付不能者，最高法院七十年臺上字第一八四〇號判例：「系爭土地，業經桃園縣政府依獎勵投資條例第四十六條規定編定為工業用地，並於原審言詞辯論終結前之六十九年四月二十五日公告停止所有權之移轉在案，從而上訴人依買賣契約，請求被上訴人為所有權之移轉，即屬給付不能。至修正後土地登記規則第六十條但書規定，係指聲請人取得法院確定判決在前，在未及聲請辦理所有權移轉登記時，為政府公告停止移轉之情形而言，與本件情形不同。」雖未表明係不可歸責於債務人，應為理所當然。

##### 5. 受領遲延

因債權人受領遲延致給付遲延者，乃不可歸責於債務人，為最高法院一貫見解，最高法院八十三年度臺上字第二四一〇號判決：「原審謂：上訴人向被上訴人採購沙漠迷彩T恤衫十萬件。所云

「採購」如係指「買受」而言，則上訴人所負給付義務不外支付買賣價金及受領買賣標的物。就前者而言，契約苟未經合法解除，被上訴人非不得請求上訴人依約給付，就後者而言，被上訴人既未交付買賣標的物，亦不發生拒絕受領之問題。上訴人就被上訴人提出之樣品，表示不滿意，復未表示修改之意思，致被上訴人不能製作上訴人訂購之貨品，充其量為給付兼需上訴人之行為，因上訴人怠未協力，致被上訴人給付遲延，為非可歸責於被上訴人之事由所致。上訴人給付價金之義務並未因此消滅。如被上訴人因可歸責於上訴人之事由，致不能給付，被上訴人亦非不得依民法第二百六十七條規定請求上訴人對待給付。尚不發生請求上訴人賠償因被上訴人不能產製貨品，契約不能履行所生損害之問題。」及八十六年度臺上字第五八〇號判決：「債務人之給付兼需債權人之行為始能成者，倘債權人拒為此協力，即應負受領遲延之責，債務人於此受領遲延狀態終了前，未能完成給付，係因不可歸責於自己之事由所致，依民法第二百三十條之規定，自不負給付遲延責任。查本件地租之給付，依系爭耕地租約第四條『甲項』之約定，係屬往取債務，此種債務，必須債權人於清償期屆滿後至債務人之住所收取時，債務人拒絕清償，始負給付遲延之責任。」均可供參考。

除上述事由外，或許尚有個人所不知之免責事由，然在上述免責事由之外，因認定債務人無過失而免其損害賠償責任之最高法院案例，似不多見。

## (二)可歸責於債務人致給付不能

最高法院認定為可歸責於債務人之債務不履行案例中，不少屬於民法第二二六條規定之適用：

### 1. 故意致標的物滅失或返還不能

買賣或其他以給付特定物為標的之契約，標的物滅失係因債務



人故意行為所致，當屬於可歸責於債務人，參照，最高法院三十三年上字第五二六四號判例：「被上訴人向上訴人承租之房屋，縱由上訴人擅行拆除，而上訴人依原租賃契約所負以房屋交付被上訴人使用之義務，亦已因可歸責於上訴人之事由致不能給付，依民法第二百二十六條第一項之規定，被上訴人僅得請求上訴人賠償其損害，要不得占用上訴人在原地新建之房屋。」及七十二年度臺上字第三七六四號判決：「按侵權行為之主觀的責任原因為行為人之故意或過失；債務不履行之主觀的責任原因則為因可歸責於債務人之事由，二者之構成要件迥然不同。上訴人雖與三友通運公司聯名向財政部高雄關申請核發特別准單，將上開原木卸存於上訴人之貯木池，無非由運送人協榮航運公司依海商法第九十四條及民法第六百五十條之規定，為載貨證券持有人而與上訴人之間成立寄託契約。上訴人在未取得載貨證券以前，竟將所保管之原木動用淨盡，致不能返還。被上訴人依民法第二百二十六條第一項規定，請求賠償損害，即無不當。」

## 2. 二重買賣租賃

上述案例係屬客觀不能。若債務人為二重買賣或二重租賃，因僅能履行其一，其他契約之給付即屬不能，然並非所有之人均不能履行，僅為主觀不能，無論如何，依最高法院見解，此為典型可歸責於出賣人或出租人之事由，參照最高法院三十年上字第一二五三號判例：「物之出賣人固有使買受人取得該物所有權之義務，惟買賣契約成立後，出賣人為二重買賣，並已將該物之所有權移轉於後之買受人者，移轉該物所有權於原買受人之義務即屬不能給付，原買受人對於出賣人僅得請求賠償損害，不得請求為移轉該物所有權之行為。」三十七年上字第八一四一號判例：「房屋之租賃一經出租人移轉占有後，出租人能否收回房屋應受法律之限制，非可任意終止租約。故縱令某甲與某乙間之租約已合法成立，某甲並負有交

付租賃物之義務，但此項義務之履行，既在某甲將房屋另租他人移轉占有之後，自不能謂無法律上之障礙，此項障礙應包括於給付不能觀念之中。原判決以給付不能為理由，駁回某乙請求交屋之訴，尚無不當。」及四十年臺上字第五九九號判例：「租賃契約成立後，依民法第四百二十三條之規定出租人固負交付租賃物於承租人義務，惟此僅為出租人與承租人間債之關係，出租人違反此項義務而將租賃物租與他人，並經交付時，則其交付租賃物之義務，即已不能履行，承租人對於出租人，祇能依民法第二百二十六條第一項請求賠償損害，不得再行請求交付租賃物。」等等。

出賣人雖未與他人就同一標的物訂立買賣契約，卻因在買賣契約成立後將標的物設定抵押權於他人，其後被聲請拍賣，致喪失買賣標的物所有權，亦類似二重買賣之情形，依最高法院七十年臺上字第二一一號判例：「已故釋道安生前將系爭土地出賣與上訴人，價金並已付清，在辦理所有權移轉登記中，釋道安死亡，因釋道安無人繼承，被上訴人經法院指定為遺產管理人。查釋道安就該土地對上訴人負有辦理移轉登記使其取得所有權之義務。其為他人設定抵押權，既係在與上訴人訂約出賣之後，該土地於其後被抵押權人聲請拍賣，致對上訴人移轉登記之請求，成為給付不能，即難謂不應歸責於釋道安，上訴人當得為損害賠償之請求。因被上訴人為釋道安之遺產管理人，上訴人以之為被告，訴求給付，自屬正當。」亦屬可歸責於債務人。

### 3. 假扣押等法院處分

給付不能非因債務人之行為直接有以致之，而係因其他債權人預告登記、併案假扣押、聲請本案執行、調卷拍賣或禁止處分登記等，依最高法院九十四年度臺上字第二一六四號判決：「民法第二百二十六條第一項規定：『因可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人得請求賠償損害。』故因可歸責於債務人之事由，致原

定給付不能實現，仍應由債務人負責，債權人自得請求損害賠償。本件被上訴人前訴請上訴人就附表一、二所示建物所有權移轉登記事件，前經法院判決被上訴人勝訴確定，但附表一、二所示建物，於被上訴人獲勝訴判決，欲聲請強制執行時，分別經其他債權人預告登記、併案假扣押、聲請本案執行、調卷拍賣或禁止處分登記，致被上訴人無從向主管地政機關辦理上開房屋之所有權移轉登記而給付不能，被上訴人自得本於民法第二百二十六條第一項之規定，請求上訴人賠償損害。」亦屬可歸責於債務人。

### (三)其他義務違反

以上諸案例多涉及以給付特定物為標的之契約，以下案例，給付雖非全部不能，卻不完全：參照，最高法院八十五年度臺上字第一七八七號判決：「上訴人未經被上訴人同意，將該旅行業務轉讓予聯歐旅行社，則聯歐旅行社所為，僅立於輔助上訴人履行債務之地位，契約當事人仍係上訴人。聯歐旅行社於收取團費後，未交付大陸接待之旅行社，且經大陸業者表示不予接待時，仍未及時交付團費，致旅客因未獲接待而自力救濟返臺，上訴人就契約義務之履行，乃屬因可歸責於上訴人之事由，致完全給付不能，被上訴人依據民法第二百二十六條第一項規定，請求上訴人為債務不履行之損害賠償，洵屬正當。」九十三年臺上字第一一八五號判決：「按源自『誠實信用原則』之非獨立性『附隨義務』一經當事人約定，為準備、確定、支持及完全履行『主給付義務』，即具本身目的之獨立性附隨義務而成為『從給付義務』（獨立性之『附隨義務』），倘債權人因債務人不履行或有違反情事，致影響其契約利益及目的完成者，債權人自得對之獨立訴請履行或債務不履行之損害賠償。查公共工程契約之招標，旨在以最低合理成本達到應有的公共工程品質，參與該投標者不得為圍標行為，固係誠實信用原則之要求，

並具協助達成契約圓滿履行與保護招標機關之目的，然上訴人不得為系爭工程之圍標行為，經於投標須知明訂，並由上訴人簽署切結書載明，且上訴人委有參與該工程之圍標行為致被上訴人受有實際損害，既為原審所確定之事實，則該不得圍標行為，依上說明，即構成契約之『從給付義務』，被上訴人據以抗辯上訴人因違反該義務，應負債務不履行之損害賠償責任一節，自無不合。」九十四年度臺上字第一一一二號判決：「物之瑕疵係指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵。出賣人依民法第三百五十四條第一項規定，自負有擔保其物依民法第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用，或契約預定效用之瑕疵。買賣標的物如係特定物，於契約成立前已發生瑕疵，而出賣人於締約時，因故意或過失未告知該瑕疵於買受人，而買受人不知有瑕疵仍為購買者，則出賣人所為給付之內容不符合債務本旨，即應負不完全給付之債務不履行責任。」

在醫療判決中，最高法院九十七年度臺上字第二七三五號判決（略謂）：「惟按醫療行為係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為之處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部之總稱，迭經行政院衛生署函釋。健康檢查既以預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷行為，自屬醫療行為。查兩造間成立有償、提供健康檢查之契約關係，為原審所認定；稽諸九十三年間修正前醫療法第五十八條規定：『醫療機構診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針及預後情形』，則於醫療機構對於健檢人施行診察、診斷等醫療業務時，要非不應向健檢人或其家屬告知其健檢情形。原審遽謂：醫療法第五

十八條規定係適用於醫療機構對求診病人進行診斷、治療之階段，與兩造間僅存在健康檢查契約關係無涉云云，為不利上訴人之論斷，非無可議。次按健康檢查之契約為醫療契約，屬勞務性契約，其受有報酬者，性質上即類似有償之委任關係，依民法第五百二十九條及第五百三十五條後段規定，醫療機構應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對健檢人或病患履行診察、診斷或治療之義務。本件被上訴人於八十八年九月十八日對上訴人健檢所拍攝系爭X光片發覺當時該X光片上已有肉眼清晰可見之肺部腫瘤異常，經原審記載為兩造不爭執事項在卷；上訴人並屢稱：被上訴人為伊進行之新生健檢目的在於早期發現學生之疾病，俾行追驗矯治；且通常腫瘤大於一公分即可由X光片上發現，被上訴人於輔大同年六月八日八十八學年度健康檢查招標說明會時，亦表示學生健檢之重大異常個案可安排其就診之後續服務；被上訴人之受僱醫師對伊為系爭健檢時發現X光片有異常，即應負告知伊之義務；又以八十八年間醫療水準，系爭X光片判讀醫師對該X光片內容是否在醫療上得進行肺部「無明顯異常」之診斷結果，聲請原審致函臺大醫院腫瘤部詢問等情（見原審(一)卷四七頁、一審調字卷五三頁、訴字卷五七、二七二頁、原審(一)卷四三頁及(二)卷五四、六五至六六頁），凡此均與系爭X光片檢查是否明顯可見大於一公分之陰影？其可疑為腫瘤時是否屬重大異常個案？及被上訴人是否應以善良管理人之注意盡其告知義務所關頗切。原審未違詳查究明，遽為上訴人不利之認定，亦嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」認為義務違反之判斷對醫療機構契約責任之判斷甚為重要。

## 參、過失責任原則

以上我國學說與實務對歸責事由之理解，是否為憑空而降，或亦有所本，從法律繼受及學說繼受之觀點，並非一見即明：

### 一、法律之繼受

我國民法關於歸責事由一般原則性之規定（第二二〇條至第二二四條），均非日本民法之繼受，大致上為德國民法（第二七六條至第二七八條）及瑞士債務法（第九十九條至第一〇一條）之繼受。其中，我國民法第二二一條責任能力之規定，與德國民法第二七六條一項第二句規定準用第八二七條及第八二八條結果相同；第二二二條故意重大過失責任不得預先免除之規定，德國民法第二七六條第三項及瑞士債務法第一〇〇條第一項均有之；第二二三條具體輕過失之最低責任，乃德國民法第二七七條之繼受；第二二四條債務人對履行輔助人責任之規定，則應為德國民法第二七八條之繼受。然揭槩過失責任原則之第二二〇條之規定，顯然並非全為德國民法之繼受：前揭條第一項縱勉強可謂參考自德國民法修正前第二七六條第一項第一句：「除另有規定外，債務人就故意過失可歸責（zu vertreten）。」但我國民法第二二〇條第二項之規定，德國民法制定時或債法現代化後均無類似之條文，應為瑞士債務法第九十九條第二項：「責任之程度，依行為之特性而定，若其行為非以債務人予利益為目的者，應從輕酌定。」之繼受。準此，關於歸責事由之立法，我國立法者乃擷取德國與瑞士債務法，文字稍加斟酌損益而成者。

從我國及日本民法學說發展之經驗而言，學說繼受未必與法律

繼受形影不離，而常有異質學說繼受發生之現象<sup>33</sup>。有鑑於我國民法學說早期深受日本民法影響至深且鉅，如欲一窺上述我國關於歸責事由之所從而來，除德國、瑞士外，尚須檢討日本之法律狀態。

## 二、瑞士之過失責任原則

若我國民法第二二〇條與瑞士債務法第九十九條最為接近，則觀察瑞士學說判例之狀況，當有助於我國相關規定之認識。

### (一)對所有形態之過失負賠償責任

瑞士債務法第九十九條第一項之規定：「*Der Schuldner haftet im allgemeinen für jedes Verschulden*（債務人原則上對所有故意過失負責<sup>34</sup>）」與我國民法第二二〇條並無不同，所謂債務人應負責任，指應負損害賠償責任<sup>35</sup>。瑞士立法者明示不再繼受普通法時代區別過失為重大過失、輕過失等形態之流行見解。此外，以當事人契約利益之強度判斷過失，即契約主要係為債權人利益而成立時債務人僅就重大過失而負責之理論，立法者亦明示不採<sup>36</sup>，故有債務人對「所有」形態之故意過失負責之規定<sup>37</sup>。瑞士學說雖將過失區別為重大過失、中度過失與輕過失，並依其情形對損害賠償範圍有

<sup>33</sup> 二次大戰前，日本民法學說繼受德國民法學說，即為此之適例，參見，陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，頁344-345，2011年4月。

<sup>34</sup> 鄭玉波，同註3，頁277將*Verschulden*翻譯為過失並不能謂有誤，蓋德文過失責任原則即為*Verschuldensgrundsatz*，但在過失責任乃有故意及過失兩種責任形態，過失在德文乃*Fahrlässigkeit*與故意*Vorsatz*各有明確用語。

<sup>35</sup> Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1988, S. 346.

<sup>36</sup> 依當事人利益之強度，將責任區別為故意責任及過失責任之*Utilitätsprinzip*，亦為羅馬法後古典時期之傳統，Kaser, *Römisches Privatrecht*, 16. Aufl., 1992, S. 172。

<sup>37</sup> *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 99, N.1.

影響，但對損害賠償責任之發生並不具重要性<sup>38</sup>。

### (二)客觀化過失

過失在瑞士學說為注意義務之違反，此注意義務之標準並不因有瑞士債務法第九十九條第二項之規定而如我國通說成為過失責任酌定之問題。瑞士學說咸認為債務不履行過失標準（*Verschuldensmasstäbe*）與侵權行為相同，而採客觀化過失概念（*objektiverter Verschuldensbegriff*）<sup>39</sup>，法律若規定債務人僅須就具體輕過失負責，乃責任減輕<sup>40</sup>。至於為我國第二二〇條第二項母法之瑞士債務法第九十九條第二項，通說判例將之解釋為損害賠償責任減輕之事由<sup>41</sup>，*Wiegand*則認為從立法背景及法律之體系地位而言，該規定應為過失標準減輕及責任排除之規定<sup>42</sup>。

綜上所述，瑞士債務法第九十九條雖為我國民法第二二〇條之母法，學說發展卻南轅北轍，不也證實學說繼受之對象未必即為法律繼受之對象之現象存在，而我國關於歸責事由之傳統見解所從而來，更費人猜疑。若我國民法傳統見解最主要參考對象為德國及日本，則探究兩國之過失責任原則也許有助於釐清我國學說發展之路徑。

---

38 Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 99, N.6.

39 Bucher, aaO. (Fn. 35), S. 347.

40 Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 99, N.10.

41 Bucher, aaO. (Fn. 35), S. 348.

42 Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 99, N.13.



### 三、德國之過失責任原則

#### (一)可歸責與故意過失不同

##### 1. 修正前

德國債編修正前第二七六條第一項：「除另有規定外，債務人對故意過失應負責任。違反交易上必要之注意者，為過失。第八二七條、第八二八條之規定準用之。」一方面揭櫫債務不履行之過失責任原則，他方面明示客觀化或類型化之過失概念<sup>43</sup>。其所謂另有規定，並不限於法律明文或當事人約定之情形，學說判例更承認擔保責任（*Garantiehftung*）、信賴責任（*Vertrauenshaftung*）、危險歸責（*Risikozurechnung*）等無過失責任<sup>44</sup>。然不可否認者，修正前以故意過失為歸責事由之原則，極易讓人將可歸責與故意過失混為一談。如Deutsch教授在論述責任法（*Haftungsrecht*）所謂之Zufall時，認為Zufall乃與故意過失相對稱之概念，損害若既非故意，亦非過失所致，即為Zufall，依過失責任原則不須負責<sup>45</sup>。事實上，非故意亦無過失，稱為Zufall，亦為羅馬法之觀念<sup>46</sup>。若承襲此一羅馬法以來的傳統，債務不履行若非基於債務人之故意過失之事由所致者即可稱為事變，法律規定債務人就事變應負責任時，即債務人縱無故意過失亦須負責。Musielak教授在說明德國民法修正前關於給付不能之規定時，曾認為不可歸責於雙方之事由標的物滅失即為Zufall（事變）<sup>47</sup>，如再套用羅馬法以來之傳統，認為事變指非基於故意過失之情形，則不啻非基於債務人故意過失所致之不能，

<sup>43</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 285.

<sup>44</sup> 簡要說明，Jauernig/Vollkommer, BGB, 8. Aufl., 1997, § 276 Anm. 9.

<sup>45</sup> Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, Rn. 419.

<sup>46</sup> Kaser, aaO. (Fn. 36), S. 172.

<sup>47</sup> Musielak, Grundkus BGB, 2. Aufl., 1989, Rn. 357.

即為不可歸責於債務人，此種說法忽略在許多無過失責任之情形，債務人縱無故意過失亦為可歸責，極易混淆可歸責與故意過失之關係，而直覺地以故意過失理解歸責事由。

## 2. 修正後

二〇〇二年債法現代化雖將該條項一分為二，將原第二句提升為該條第二項，原第一句則修正為：「較故意或過失更重或更輕之責任，並未規定，亦無法自債之關係其他內容，尤其自擔保之承擔 *Übernahme der Garantie* 或獲取風險之承擔 *Beschaffungsrisiko* 等情事導出者，債務人就故意或過失之行為為可歸責 *zu vertreten*。第八二七條及第八二八條之規定，準用之。」明文確認故意過失之外，尚有擔保責任及獲取義務之承擔等債務人負責任之事由，但此修正僅在進一步闡釋修正前「另有規定」之意旨，並無意改變修正前之法律狀態<sup>48</sup>。修正後，故意過失雖仍為歸責事由，但已非首要的，無寧為補充的，可歸責（*Vertrenmüssen*）與故意過失（*Verschulden*）並非同一概念，前者較後者為廣<sup>49</sup>，在德國債法現代化後應已無爭論餘地。更有學者認為德國民法形式上雖以過失責任為原則，實際上更接近嚴格責任<sup>50</sup>。

## (二) 德國民法第二七六條之規範功能

關於德國民法第二七六條之規範功能，多數說及聯邦最高法院

---

<sup>48</sup> 修正理由，見 Canaris, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002, S. 664；並參照，Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, *Das neue Schuldrecht*, 2002, S. 85。

<sup>49</sup> 此乃 Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 19. Aufl., 2010, Rn. 357 所強調者。

<sup>50</sup> Stefan Grundmann, *The Fault Principle as the Chameleon of Contract Law: A Market Function Approach*, 107 MICH. L. REV. 1583, 1587 (2009).

(BGHZ 11, 80, 83) 同意Staub<sup>51</sup>之見解<sup>52</sup>，認為第二七六條並無法律效果而僅為法律所規定之可歸責於債務人之情形之責任標準。此解釋方法使德國債務不履行責任體系產生漏洞，被譽為法律發現之Staub積極侵害契約 (positive Vertragsverletzung) 理論 (漏洞說) 遂崛起，在德國債編修正前，經學說判例之發展，積極侵害債權理論成為具有習慣法效力之制度<sup>53</sup>。然而，上述說法與德國民法制定當時立法者之意思並不相符，立法者與帝國法院均認為債務人就可歸責之違反契約行為所致之損害負賠償義務，此見解乃延續德國民法制定前之法律狀態。漏洞說認為普通法及普魯士普通法僅承認不能及遲延之見解，乃錯誤之解讀<sup>54</sup>。換言之，依德國民法制定時立法者之意思，第二七六條除作為過失責任之標準外，亦為債務不履行之責任規範，所謂zu vertreten hat (可歸責)，不外haftet (負責任) 之意，而債務人對債務不履行負責之方式，除債務之履行外，主要即為損害賠償，從而，該條本身得為因債務人故意或過失債務不履行損害賠償請求權之依據<sup>55</sup>。但是，前開背離立法者原意而主張德國民法第二七六條僅為責任標準之見解，在一九四五年被確立，並成為二〇〇二年債法現代化之出發點<sup>56</sup>。

51 關其積極侵害契約理論，我國學說多有介紹，文獻不勝枚舉，參照，姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，載：民事法理論與判決研究(一)，頁261-266，2009年11月。

52 Larenz, aaO. (Fn. 43), S. 363 ff.; 其他文獻，Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, S. 79, N.89.

53 Medicus, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1993, S. 194.

54 Huber, aaO. (Fn. 52), S. 82-83.

55 Huber, aaO. (Fn. 52), S. 79.

56 Schermaier, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II /1, 2007, §§ 276-278 Rn. 1.

我國民法第二二〇條第一項明文規定債務人就其故意或過失之行為應負責任，而非僅規定故意過失為債務人之歸責事由。所謂應負責任，除履行責任外，應指損害賠償責任，此見解至少未逾越文義可能之範圍。我國民法立法者是否對德國民法立法者之原意有所認識，個人無從揣測，然我國民法制定後學說略過第二二〇條規範功能之檢討，而踏襲日本學說之烙印，繼受德國積極侵害契約理論中之不完全給付部分<sup>57</sup>，使我國現行法債務不履行確立給付不能、給付遲延及不完全給付三個態樣，乃眾所皆知之事實。

### (三)客觀化之過失

如前所述，二〇〇二年債法現代化雖強調故意過失以外債務人負責之事由，但並未揚棄過失責任原則，以違反交易上必要之注意為過失之規定，更是不動如山。我國通說判例對侵權責任之過失，固然採與德國相同之見解，但對債務不履行責任卻堅持債務人過失依情節而有輕重之浮動見解，與德國不區別債務不履行責任及侵權責任顯有差異。我國民法第二二〇條並未如德國前開規定對過失有定義，法律解釋不須受德國民法之拘束，更無非繼受德國學說採過失客觀化概念不可之理，但通說對債務不履行過失之理解，也與母法之瑞士有別。從學說發展史的觀點，我國通說之見解是否真為獨特之發展，或仍有一定之外國學說作為參考對象，也許是難解之謎。最後，看看傳統上影響我國民法發展至深且鉅之日本民法學說，是否可能為我國學說繼受之對象。

## 四、日本傳統見解

日本民法債務不履行之一般規定與德國民法及我國民法規定相

---

<sup>57</sup> 關於我國不完全給付制度之發展，姚志明，同註51，頁259-320。

比，乃因陋就簡，事實上，連宣示日本民法債務不履行係採過失責任原則之規定，亦杳無蹤影，遑論相當於我國民法第二二〇條至第二二四條其他關於債務人歸責事由之規定，準此，日本民法債務人歸責事由乃學說判例發展之領域，且既無法條之牽絆，民法發展可謂海闊天空。日本民法既未明示採過失責任，且其第四一六條關於損害賠償範圍之規定，乃以英國Hadley v. Baxendale提示之預見可能性原則為基礎<sup>58</sup>，解釋上，債務不履行責任亦採英美法原則，並非不可想像。然而，日本民法學說之發展卻義無反顧繼受德國學說，而採過失責任原則。窮源竟委，除日本民法制定後二次戰前正處於繼受德國民法學說之高峰，德國關於歸責事由之學說自然成為日本學說繼受對象外，亦應與日本民法第四一五條有關。

#### (一)日本民法第四一五條

日本民法第四一五條規定：「債務人不依債務本旨為履行者，債權人得請求其賠償因此所生之損害。因可歸責於債務人之事由致履行不能者，亦同。」後段就給付不能之損害賠償責任明示以「責に歸すべき事由」為要件。我國民法第二二五條、第二二六條、第二二七條、第二三〇條等債務不履行責任規定出現之「可歸責於債務人」用語，似乎來自於日本前揭條文「責に歸すべき事由」之翻譯，日本學說則通稱為「歸責事由」<sup>59</sup>，我國民法學說慣用之歸責事由，應為日文漢字之借用。

從立法沿革而言，日本民法第四一五條由來於法國民法第一一四七條：「債務人若無法證明不履行係不可歸責於自己之外來原因，必要時，應以債務不履行或履行遲延為由命為支付損害賠

<sup>58</sup> 中田裕康，同註5，頁154。

<sup>59</sup> 中田裕康，同註5，頁122。

償。」<sup>60</sup>日本民法起草當初並未積極闡明可歸責事由之意義，而僅消極理解可歸責為無「事變或不可抗力」，即與法國民法作相同解釋<sup>61</sup>。明治末年到大正初期學說引進德國學說，積極地將歸責事由理解為過失<sup>62</sup>，再度產生法律繼受與學說繼受不同對象之情形。

### (二)可歸責即故意過失

日本民法第四一五條雖僅就給付不能明文規定以歸責事由為要件，但以我妻榮<sup>63</sup>為首之傳統見解<sup>64</sup>認為在其他形態之債務不履行，即給付遲延及不完全給付，亦以歸責事由為要件。其次，歸責事由之內容較一般之過失為廣，指債務人之故意過失或誠信原則上與之同視之事由，所謂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。再者，遲延中即使因不可歸責之事由而不能，變成有歸責事由之給付不能，故債務不履行之過失較侵權行為之過失為廣。由此可知，繼受德國學說之日本傳統見解對歸責事由之理解，似將歸責事由與故意過失等視，債務人對履行輔助人之故意過失負責，也不得不透過誠信原則與故意過失連結在一起。

最後，由債務人就不可歸責負舉證責任，從債務人負一定給付義務，或從誠信原則，均為當然之理<sup>65</sup>。然即使屬於傳統陣營者認為此舉證責任分配原則亦有其例外，即在違反不作為義務而為作

60 轉譯自吉田邦彥，契約法・医事法の關係的展開——民法理論研究，第2卷，頁10，2003年1月，註9之日文翻譯。

61 吉田邦彥，同前註，頁40。

62 吉田邦彥，同註60，頁13。

63 我妻榮，新訂債權總論，頁105、145、153，1984年3月。

64 關於日本戰後之新理論，茲無法詳論，簡要說明，參照，小粥太郎，債務不履行之歸責事由，ジュリスト，No. 1318，頁118-120，2006年9月。

65 學說整理，參見，吉田邦彥，同註60，頁4-5。

為、因不完全履行而致積極損害<sup>66</sup>、債權附隨義務違反致損害債權人<sup>67</sup>等情形<sup>68</sup>。

### (三)客觀化之過失

所謂過失指欠缺處於與債務人職業、其所屬之社會的、經濟的地位相同之人，一般被要求之程度之注意，即欠缺善良管理人之注意而未認識債務不履行之發生。故意過失在理論上雖為損害賠償責任之要件，但日本審判實務未必檢討債務人之過失，大多數案例乃一體判斷債務之內容與歸責事由之有無<sup>69</sup>。

## 肆、無過失責任

### 一、事變責任

上開所舉之立法例，包括我國在內，雖無不以故意過失為歸責事由，但亦不約而同強調有時債務人雖無過失亦須負責，如德國瑞士均有債務人遲延中債務人對事變（Zufall）應負責之規定（德國民法第二八七條；瑞士債務法第一〇三條）<sup>70</sup>，日本民法解釋上亦

<sup>66</sup> 日本最高裁判所關於基於醫療契約之債務不履行見解相同，參照最判昭和36・2・16民集15卷，頁244、最判平成7・4・25民集49卷，頁1163等判決。

<sup>67</sup> 參見，最判昭和59・4・10民集38卷，頁557。

<sup>68</sup> 我妻榮、有泉亨、清水誠、田山輝明，*コンメンタール民法：総則・物権・債権*，頁751-752，2008年1月2版。

<sup>69</sup> 中田裕康，同註5，頁124-126；並參照，中田裕康，*日本民法における契約不履行，中國、德國、日本及臺灣民法之債務不履行，債法施行八十週年學術研討會論文集*，頁60，2010年12月11日。

<sup>70</sup> 瑞士債務法債務人遲延責任並不以故意過失為要件，債務人證明自己無過失，僅使債務人免除損害賠償責任，不影響第107條契約解除之權利，也不影響遲延利息，關此Bucher, aaO. (Fn. 35), S. 360。

同，我國在法律繼受過程在民法第二三一條第二項將Zufall翻譯為「不可抗力」，也有相同意旨之規定。然而，上述規定是否如我國通說所云，已屬於無過失責任（不可抗力責任），或如瑞士學說所言僅為過失責任之加重與擴張<sup>71</sup>，也許僅為用語之問題。除此之外，德國民法第八四八條、瑞士債務法第三〇六條、第四七四條亦有對事變負責任之規定，此類各種契約事變責任之規定，及我國學說所謂之債務人無過失責任之規定，均為過失責任原則之例外。

## 二、英美法之嚴格責任

### (一)擔保允諾

過失責任原則為繼受羅馬法之結果<sup>72</sup>，但此原則在後古典時期之羅馬法方被貫徹，古典時期羅馬法尚承認保管人對他人之物負結果責任<sup>73</sup>，英美法則未受到羅馬法影響，契約責任並不以故意過失為要件<sup>74</sup>，無論債務人自己、使用人有無故意過失，若未依約履行，即應依契約違反（breach of contract）負損害賠償責任。就此意義言，債務人責任為嚴格的（strict）。美國契約法整編一九八一年第二版第十一章導論開宗明義表明契約責任為嚴格責任，契約應嚴守，故債務人即使無過錯（fault），或情形已使契約之負擔加重或不若預期有利，對契約違反所生之損害應負賠償責任。依英美契約法一般理論，所有契約內容，無論為明示或默示，法律上均為擔

<sup>71</sup> Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 103, N.9.

<sup>72</sup> 關於羅馬法之發展，Schermaier, aaO. (Fn. 56), Rn. 7-31。

<sup>73</sup> Kaser, aaO. (Fn. 36), S. 170-174.

<sup>74</sup> 故意過失在英美契約責任亦可能扮演一定角色，但為例外，關此，G. H. TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 148-49 (1988); G. H. TREITEL, THE LAW OF CONTRACT, paras. 17-086, 17-070 (12th ed. 2007)。



保 (warranty)，擔保違反而受害之當事人得請求損害賠償<sup>75</sup>。德國學者多將英美法無過失責任原則解讀為擔保責任，即債務人為給付之承諾 (promise) 時，同時承擔按時及完全之履行之擔保 (Garantieversprechen)，若因不履行至債權人受不利益，基本上不問原因如何，均應負擔保之責<sup>76</sup>。正因擔保結果不發生，債務人即須負責，英美法並不需要進一步確認不履行為給付不能、給付遲延或不完全履行，瑕疵亦為契約違反，債務不履行責任及瑕疵擔保責任競合之問題及困擾，自始不存在<sup>77</sup>。上述英美法契約法原則，也被世界三大契約法統一文件所採<sup>78</sup>，可謂世界契約法趨勢。

### (二)物之給付與勞務給付

在物之給付，如出賣人交付貨物、承攬人建築房屋完成一定工作、出租人交付租賃物，英美法乃以上述原則為出發點，認為除有相反約定外，給付應按時且具約定品質。反之，在醫師、律師、建築師、會計師等專門職業技術人員提供之勞務，依英國一九八二年商品與服務供應法 (Supply of Goods and Services Act, 1982) 第十三條，提供者僅須盡合理之注意，此責任多為過失<sup>79</sup>，而非擔保責任，但當事人得約定較嚴格之責任<sup>80</sup>。在美國法，依Farnsworth之見解，盡最大努力債務 (duty of best efforts) 得基於契約明示之約定，如不動產仲介契約或以研究為內容之契約，亦得基於契約之解

---

<sup>75</sup> REINHARD ZIMMERMANN, THE LAW OF OBLIGATIONS, ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 803 (1996).

<sup>76</sup> Larenz, aaO. (Fn. 43), S. 227.

<sup>77</sup> Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 501 f.

<sup>78</sup> Kötz, Vertragsrecht, 2009, Rn. 1075.

<sup>79</sup> See TREITEL, THE LAW OF CONTRACT, *supra* note 74, para. 17-068.

<sup>80</sup> Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 77), S. 502-503.

釋，如代理商契約，縱無以約定內容為基礎，法院有時亦認定債務人應負盡最大努力債務<sup>81</sup>。

### (三)擔保責任之界限

早期，英美法契約責任堪稱絕對（The doctrine of absolute contracts），除契約另有約定外，契約成立後發生任何事由，均無法使債務人免責<sup>82</sup>。十九世紀以後，英國法院在一些案例承認有例外，契約責任雖為嚴格，但非絕對，而有其界限。擔保之基礎若在於契約，擔保之界限亦不得不求諸於契約。債務人若不願承擔此責任，則應於契約中排除之，責任之排除固得明示，但亦可由解釋認定之<sup>83</sup>。英國法院在確立frustration理論<sup>84</sup>之Taylor v. Caldwell一案，即透過契約解釋方法，認定該案契約有默示條件（implied condition）存在，而容許出租音樂廳供承租人舉辦音樂會，因火災而無法提供音樂廳予承租人之被告免責<sup>85</sup>。以契約解釋而容許無法履約之出租人免責，雖然被批評擬制成分（fictitious nature）較大<sup>86</sup>，但不也證實上述個人觀察，即契約責任之內容及範圍，在英美法主要取決於當事人之約定，解鈴終需繫鈴人。

故意過失雖非嚴格責任主義下損害賠償之要件，但非一無是處。英美法雖承認債務人於嗣後不能、不法或目的受挫等原因，得因免責事由主張免責，但若嗣後給付障害係因自己之過錯所致，不

<sup>81</sup> Allan E. Farnsworth, *On Trying to Keep One's Promise: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, 46 U. PITT. L. REV. 1, 4-5 (1984-1985).

<sup>82</sup> 最有名之案例為Paradine v. Jane, 1647 Aley 26。

<sup>83</sup> See ZIMMERMANN, *supra* note 75, at 815.

<sup>84</sup> 關於該理論之發展及運用，See TREITEL, THE LAW OF CONTRACT, *supra* note 74, paras. 19-001, 19-123.

<sup>85</sup> Taylor v. Caldwell, 3 B & S 826 at 836 (1863).

<sup>86</sup> See ZIMMERMANN, *supra* note 75, at 816.

得主張免責<sup>87</sup>。茲所謂過錯，包括故意或過失毀損標的物，或因自己之作為或不作為使標的物無法被使用在當事人所設想之目的上。於單純勞務給付，債務人若故意或過失使自己生病或因故意之犯罪行為，而無法提出給付，則不能以不能為由主張免責。如搖滾歌手因吸毒而無法如期上臺演唱，主辦單位得請求損害賠償<sup>88</sup>。

### 三、法國結果債務與擔保債務

與英美法相同，法國民法並不區別債務不履行之態樣，債務不履行損害賠償請求權仍以可歸責於債務人為要件，但法國民法並未明文規定故意過失為歸責事由。前述法國民法第一一四七條並未積極地以故意過失為要件，而僅以不可歸責於債務人之外在原因為免責事由。法國民法第一一四八條又規定債務若係因*force majeure*或*cas fortuit*<sup>89</sup>，不負賠償責任<sup>90</sup>。該條之適用應同時具備下列四個要件：第一、事由之不可抗拒；第二、事由無預見可能性；第三、為

<sup>87</sup> 參見美國契約法整編第2版，第261條因嗣後無法實現而免責（Discharge by Supervening Impracticability）：「Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.」

<sup>88</sup> See TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, *supra* note 74, at 35.

<sup>89</sup> *force majeure*或*cas fortuit*在法國民法具有相同意涵，參見，Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 77), S. 494；尹田，法國現代合同法：契約自由與社會公正的衝突與平衡，頁368，2009年6月2版。從而，將法國民法*force majeure*翻譯為「不可抗力」，並瞭解為我國通說所謂之「不可抗力」，並與「事變」相區別，並不正確。

<sup>90</sup> 尹田，同前註，頁368，法國民法第1148條之中譯：「如債務人係因不可抗力或意外事件而未履行給付或作為的債務，或違反約定從事禁止的行為時，不發生賠償損失的責任。」

外來原因；第四、債務人無過失<sup>91</sup>，但何種情形方可認為*force majeure*或*cas fortuit*而不須負賠償之責，學說判例並未見一致<sup>92</sup>。

### (一)結果債務

一方面，依法國民法第一一四七條，債務人僅證明自己無過失，並無法免責。他方面，法國民法第一一三七條規定負有標之物之保管義務之債務人，負善良管理人之注意（*diligence du bon père de famille*），此二條文似有牴觸<sup>93</sup>。法國判例將較嚴格的第一一四七條規定限制在所謂結果債務（*obligation de résultat*）之情形，即債務人承諾一定給付結果之發生，債權人僅須證明有此結果債務之承諾，且債務人不履行，債務人則須證明結果不發生係出於無法預見無法抗拒之外來事由*cause étrangè*（*force majeure*）或構成外來事由之第三人行為或債權人自己之行為方得免責，僅無過失尚無法免責<sup>94</sup>。出賣人交付標之物、承攬人完成工作、出租人交付租賃物、運送人運送義務等均為典型之結果債務，結果債務若不發生，債務人須證明不履行乃基於不可抗力或事變方得免責<sup>95</sup>。

### (二)手段債務

反之，若基於當事人約定或契約之意旨，債務人不擔保一定結果，而僅承諾盡力使結果發生，即所謂手段債務（*obligation de*

<sup>91</sup> Puelinckx, Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, 3 J.Int'l Arb. 1986, No. 2, at 56.

<sup>92</sup> Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 77), S. 498.

<sup>93</sup> 關於債務分類，中文文獻，尹田，同註89，頁357-363。

<sup>94</sup> See TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, *supra* note 74, at 9.

<sup>95</sup> Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 77), S. 500; See TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, *supra* note 74, at 33-34.

moyens) ，則結果不發生時，債權人須證明債務人並未盡到一般理性之人處於相同地位所將為之努力，債務人方負責<sup>96</sup>。最典型之手段債務乃醫師之診療義務及律師處理訴訟事務之義務<sup>97</sup>。在手段債務中，判例有時又承認債務人須證明自己已盡必要之注意方能免責之 obligation de moyens renforcé<sup>98</sup>。

### (三)擔保債務

除上述手段債務與結果債務外，尚有擔保債務 (obligations de garantie) 。債務不履行事由縱構成外在原因，但若債務人承擔此外在原因之責任，如依法國民法第一六二五條出賣人承擔買賣標的物隱有瑕疵 (garantie des vices cachés) 及標的物不被追奪之擔保責任 (garantie du titre) 時，出賣人縱證明瑕疵為外在原因或縱盡合理注意亦無從發現有瑕疵，亦不能免責<sup>99</sup>。

若僅因法國學說判例承認結果債務而認為法國民法就結果債務採無過失責任，恐有待斟酌。學說一般仍認為過失為契約責任之一般要件，結果債務與手段債務之區別僅涉及過失程度之要求<sup>100</sup>，亦有學者認為此區別僅涉及舉證責任分配，於結果債務，過失被推定，債務人須證明為外在原因方能免責，於手段債務，則回歸舉證責任一般法則<sup>101</sup>。無論如何，就結果債務，法國民法的確接近英美法之嚴格責任，就手段債務而言，卻又回歸過失責任原則，法國

<sup>96</sup> Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 77), S. 499 f.

<sup>97</sup> See TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, *supra* note 74, at 33.

<sup>98</sup> Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 77), S. 500.

<sup>99</sup> See TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, *supra* note 74, at 11.

<sup>100</sup> See TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, *supra* note 74, at 9.

<sup>101</sup> 參見，Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) 550 (Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp eds., 2009).

契約責任藉此區別巧妙地形成嚴格責任及過失責任共治之現象。法國結果債務與手段債務之區別，自二十世紀初René Demogue提出後，不僅迅速成為通說並為判例所接受，並藉由法國民法之影響力散播到荷、比、盧、波蘭、拉丁美洲等國家<sup>102</sup>，二次戰後之日本在強調法國民法研究之潮流下，將結果債務與手段債務之概念引進日本，成為歸責事由理論之新寵兒<sup>103</sup>，且如後所述，並為聯合國商事契約通則（簡稱PICC）所繼受，對世界契約責任理論之發展影響至深且鉅。

#### 四、世界契約法統一文件

綜觀上述德國法系之過失責任原則、英美法系之嚴格責任及法國法系結果債務與手段債務之區別，不難發現尤其在單純勞務提供債務，德國法系固不待言，英國法及法國法亦以注意義務違反為要件。在物之給付債務方面，德國民法雖仍以過失責任為原則，但一方面，債務人須證明自己不可歸責，他方面，其二〇〇二年債法現代化明文承認較過失責任為重之責任，除法律或契約有明文規定外，亦可從債之內容導出，使法院認定無過失責任之可能空間加大<sup>104</sup>，反之，英美法雖不以過失為原則，但也透過契約之解釋承認一定情形下，債務人有免責之可能性。從而，關於契約責任，世界雖有英美法嚴格責任與德國法系過失責任原則兩大陣營之對立，

---

<sup>102</sup> 參見，Alessi, *The Distinction between Obligations de Résulta and Obligations de Moyens and the Enforceability of Promises*, 5 EUROPEAN REVIEW OF PRIVATE LAW 659, 659-70 (2005)。

<sup>103</sup> 重要論文，如森田宏樹，結果債務・手段債務區別の意義について——債務不履行における「歸責事由」，載：契約責任の歸責構造，頁1-63，2002年6月。

<sup>104</sup> REINHARD ZIMMERMANN, THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATIONS 51 (2005).

但比較法學者咸強調二者不同，僅為理論上出發點之差異，兩大陣營均承認有許多例外，在實際運用上，結果其實大同小異<sup>105</sup>。

### (一)免責原則

然而，在晚近世界契約法合流之大勢所趨下，世界三大契約法統一文件<sup>106</sup>，不僅不區別債務不履行之態樣，且不採德國法系之過失責任原則，而僅規定契約違反之免責事由，就此意義言，可稱為免責原則（the exemption principle）<sup>107</sup>。一九八〇年聯合國商品買賣公約（簡稱CISG）第七十九條一項：「不履行義務之一方當事人，若能證明其不履行係因非其所能控制之障礙事由，且無法合理期待其於契約成立時即能斟酌該障礙事由，或避免或克服該障礙事由或其結果時，不負其責。」<sup>108</sup>所謂不負其責，並非完全免責，而僅免其損害賠償責任而已（同條第5項）<sup>109</sup>。PICC第7.4.1條規定任何不履行而受損之當事人均得請求賠償，第7.1.7條則規定與上述CISG類似之免責事由，免責事由存在雖不影響解消契約、拒絕交貨或請求利息之權利，但不得請求原定給付之履行及損害賠償。

---

<sup>105</sup> Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 77), S. 513; See ZIMMERMANN, *supra* note 104, at 50.

<sup>106</sup> 陳自強，整合中之歐盟契約法，月旦法學雜誌，181期，頁128-131，2010年6月。

<sup>107</sup> Dietrich Maskow, *Hardship and Force Majeure*, 40 AM. J. COMP. L. 657, 664 (1992).

<sup>108</sup> 英文原文：「A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.」

<sup>109</sup> 然而，是否所有契約違反之救濟均能主張，並非無爭論，See Maskow, *supra* note 107, at 664。

歐洲契約法原則（簡稱PECL）第9：501條第1項亦規定：「他方當事人無第8：108條免責事由而不履行，致受損害之當事人得向他方請求賠償。」而第8：108條之免責事由，與CISG及PICC文句幾乎相同。二〇〇九年歐洲共同參考架構草案（全名「歐洲私法之原則、定義及模範規則」Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law，簡稱DCFR）<sup>110</sup>，於第三編第3：104條第1項亦有幾乎相同意旨之規定，其標題與PECL相同均為「因障礙事由而免責」（Excuse due to an impediment），但於其完整版表明其免責要件相當於不可抗力之傳統要件<sup>111</sup>。

### （二）不可抗力條款

上述PICC英文版第7.1.7條更直截了當附以「不可抗力」（force majeure）之標題<sup>112</sup>。依PICC第7.1.7條官方註釋，該條雖涵蓋英美法frustration理論及給付不能，與大陸法系之force majeure及Unmöglichkeit所處理之情形，但均有所不同。選用force majeure之用語，乃因國際貿易實務常有force majeure clause（或譯不可抗力條款），此用語將使國際商事契約之當事人容易瞭解<sup>113</sup>。不可抗力條款在商事契約實務之廣泛運用<sup>114</sup>，說明不分契約當事人所屬

<sup>110</sup> 關於DCFR之評介，陳自強，歐洲契約法發展之最新動向，月旦法學雜誌，182期，頁126-136，2010年7月。

<sup>111</sup> PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) 784 (Christian von Bar et al. eds., 2009).

<sup>112</sup> 在法文及德文版本則均使用免責exoneration; Befreiung。

<sup>113</sup> 官方註釋，頁207。

<sup>114</sup> 爲此，國際商會並制定不可抗力模範條款ICC Force Majeure Clause 2003，供交易界使用。我國國內契約實務雖亦有類似之條款，但多在「因下列天災或事變等不可抗力」加上「或不可歸責於契約當事人之事由」（參見，行政院



之法律體系，不問出身為英美法系、大陸法系或其他法系，契約當事人多以契約規定債務不履行之免責事由，上述世界契約法統一文件幾乎相同意旨之規定，乃與國際商事契約之慣例與慣行若合符節。

無論在國際通行之契約條款，或上開三大契約法統一文件所揭櫫之免責事由，無不具有無合理預測可能性、無法避免與克服等特徵，而此均取決於契約之危險分配基準<sup>115</sup>。除給付障礙之免責事由均須超出不履行當事人之控制範圍外，不履行之當事人並未明示或默示承擔該給付障礙實現之危險，亦為公認之原則<sup>116</sup>，若當事人以契約承擔該危險，套用法國民法術語，當事人乃負擔較結果債務更重的擔保債務，自無免責之理。

### (三)PICC結果債務與盡最大努力債務

PICC雖與其他世界契約法統一文件相同，不採德國法系之過失責任原則，卻也師法法國結果債務與手段債務之區別，於第5.1.4條規定結果債務（*duty to achieve a specific result*）與盡最大努力債務（*duty of best efforts*）<sup>117</sup>。然而，如前所述，法國民法之區別仍然建立在過失責任之基礎上，PICC之區別似乎有些不倫不類<sup>118</sup>。

---

公共工程委員民國96年5月24日所頒之工程採購契約範本第17條、五），後者在國際商事契約應極為少見。

<sup>115</sup> Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 77), S. 513.

<sup>116</sup> CHRISTOPH BRUNNER, FORCE MAJEURE AND HARDSHIP UNDER GENERAL CONTRACT PRINCIPLES: EXEMPTION FOR NON-PERFORMANCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION 76 (2009).

<sup>117</sup> PICC法語版也使用法語手段債務與結果債務，See Vogenauer & Kleinheisterkamp (eds.), *supra* note 101, at 548。

<sup>118</sup> See Vogenauer & Kleinheisterkamp (eds.), *supra* note 101, at 550，批評此區別失之膚淺。

事實上，該條之精髓仍在當事人應履行其所承諾者，契約之內容及債務之種類，乃契約解釋之問題，PICC在第5.1.5條即就債務是否涉及結果債務與盡最大努力債務提供判斷之基準，如契約表述該債務之方式、契約價金及其他內容、達成結果通常涉及之風險、當事人影響債務履行之可能性等。然而，PICC並未以結果債務或盡最大努力債務之區別建立其債務不履行責任體系，債務人之責任並非取決於債務之種類，而仍為契約之內容，具體個案判斷上，債務究竟為結果債務或盡最大努力債務，並無關宏旨<sup>119</sup>。

法國民法結果債務與手段債務之區別，亦可見諸於DCFR。DCFR雖未如PICC有明文之區別，但在第三編第三章不履行之救濟相關之註釋，亦援引前述結果債務與手段債務之區別，強調前者除有免責事由外，不問有無過失，均須負責；後者，僅須盡合理之注意履行債務，縱有非債務人所能控制無法預見之障害而使預期之結果不發生，債務人亦非因具有免責事由而免責，而根本係不構成不履行<sup>120</sup>，債務人僅於其未盡必要之注意方負責<sup>121</sup>。

## 五、日本債權法改正試案

以契約之風險分配為債務不履行損害賠償責任基礎之思想，亦為日本新說所採。聚集債權法頂尖學者所組成之「民法（債權法）改正檢討委員會」<sup>122</sup>，在其二〇〇九年五月八日出版之「債權法改正の基本方針」第3.1.1.63條建議修改債務人之損害賠償免責事由為「債務不履行因契約所未承擔之事由而生者」，其立論基礎亦

---

<sup>119</sup> See Vogenauer and Kleinheisterkamp (eds.), *supra* note 101, at 551.

<sup>120</sup> DCFR, *supra* note 111, at 784.

<sup>121</sup> DCFR, *supra* note 111, at 916.

<sup>122</sup> 關於日本債權法改正，陳自強，同註33，頁226-329。

為契約之拘束力，蓋障礙（害）事由，既非契約所設想，亦非所得而設想者，讓債務人負擔債務不履行責任，牴觸契約拘束力原則。上述改正試案雖廢棄過失責任主義，但亦不可解為改採結果責任意義之無過失責任<sup>123</sup>，因其回歸契約所定之風險分配基準，就此意義而言，似可謂係「基於契約之責任」。

## 伍、結 論

債務人之歸責事由乃貫穿契約責任法體系之核心概念，直接涉及契約風險分配。以下僅以前述之論述為基礎，檢視在契約法整合之大勢所趨下關於歸責事由之新發展。

### 一、我國歸責事由之理解

我國民法關於歸責事由之規定，雖大致繼受德國與瑞士立法例，但學說發展之結果，卻出現歧異。依我國通說，歸責事由得由當事人以契約訂定，未特別約定，法律亦未設特別規定時，過失責任之輕重乃個案認定之問題，過失非如侵權行為責任指善良管理人注意之違反，且不分為何種債務不履行態樣，債權人僅須證明契約之存在及損害之發生即可，債務人為免責，則須就契約不履行係由於不可歸責事由所致，負舉證責任。反之，德國瑞士甚至日本均採客觀化過失之概念，與我國通說認為過失責任與輕重之問題，顯有差異。民法第二二〇條第二項母法之瑞士債務法第九十九條第二項，通說判例將之解釋為損害賠償責任減輕之事由，而非過失責任酌定之問題。

---

<sup>123</sup> 民法（債權法）改正檢討委員會編，債權法改正の基本方針，頁137，2009年5月。

## 二、過失責任與嚴格責任之對立

比較法上，契約損害賠償責任基本上有歐陸法系之過失責任原則及英美法系之嚴格責任之對立。前者，基本上遵循與侵權責任相同之歸責原則，以債務人故意或過失為原則。後者，債務人損害賠償責任與故意過失（包括客觀化注意義務違反）完全脫鉤，將契約理解為擔保承諾，未依約給付，不問債務人自己或使用人有無過失，即因契約違反負損害賠償責任。而因只要契約所允諾之結果不發生，無論因根本不履行、遲延或未依適當方法，甚至物之瑕疵，皆為契約違反，故不須區別給付障礙之類型。上述英美法契約法原則，也被世界三大契約法統一文件所採，可謂世界契約法趨勢。

## 三、免責事由與過失責任原則之例外——國際間共識

比較法學者異口同聲強調二立法例出發點雖不同，但實際適用之結果卻大同小異。歐陸法系過失責任原則之下，不僅對過失本身採客觀化之過失概念，更承認許多例外，英美法系之嚴格責任，亦承認有免責事由，二者已無不可跨越之鴻溝，差距也不斷縮小。在過失責任原則下，歐陸許多國家對金錢之債、種類之債、瑕疵擔保責任、債務人對履行輔助人之責任採無過失之擔保責任，且縱有過失責任原則之適用，因舉證責任分配法則之故，債務人無故意過失事實上為免責事由；反之，嚴格責任之下，單純勞務給付亦以過失為歸責原則。法國民法學說判例將契約所生之債區別為結果債務與手段債務，前者採嚴格責任，債務人須證明給付障害係因事變或不可抗力方能免責；後者以過失為要件，允執厥中，越來越受到世界契約法學界之認同。

#### 四、契約之拘束力為嚴格責任之基礎及界限

英美法嚴格責任承認債務人在一定情形下免責，但債務人不須負損害賠償責任之原因，不在於不可歸責，基本上係因損害並非債務人依契約所應承擔之風險，故不在擔保責任範圍內。歐陸法系傳統見解固然仍認為債務人不負債務不履行責任之正當性在於不具主觀非難性，即無故意過失，但以契約拘束力正當化債務人無過失責任及確定當事人契約責任界限之思想，也浸透到歐陸法系。二〇〇二年德國債編修正，雖仍以過失責任為出發點，但立法者於第二七六條更明確規定債務人就故意或過失負責之原則，僅於契約未約定較重或較輕之責任，且無法從債之關係之其他內容，特別是擔保之承擔或獲取危險之承擔導出時，方有其適用，確認向來金錢之債、種類之債債務人無過失責任係基於契約之風險承擔之見解，準此，以契約約定債務不履行之風險分配，乃德國現行法所許，契約之拘束力不啻為嚴格責任之依據及界限。

## 參考文獻

### 一、中文

1. 尹田，法國現代合同法：契約自由與社會公正的衝突與平衡，2版，2009。  
Yin, Tian, *Modern Contract Law of France*, 2d ed., 2009.
2. 王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，載：民法學說與判例研究（第一冊），5版，頁395-412，1980。  
Wang, Tze-Chien, *The Junction of Contractual Liability and Tortious Liability*, in *Theories and Judicial Cases of Civil Law*, vol. 1, 5th ed., pp. 395-412, 1980.
3. 王澤鑑，侵權行為法，2009。  
Wang, Tze-Chien, *Torts Law*, 2009.
4. 王澤鑑，民法物權，增訂2版，2010。  
Wang, Tze-Chien, *Property Law of Civil Code*, 2d ed., 2010.
5. 史尚寬，債法總論，3版，1972。  
Shih, Shang-Kuan, *General Principles of Obligation Law*, 3d ed., 1972.
6. 林誠二，債法總論新解：體系化解說（下），2010。  
Lin, Chen-Erh, *General Principles of the Law of Obligations II*, 2010.
7. 邱聰智，新訂民法債編通則（下），2008。  
Ciou, Cong-Jhih, *General Principles of the Law of Obligations II*, 2008.
8. 姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，載：民事法理論與判決研究（一），頁259-320，2009。  
Jau, Chih-Ming, *A Study on Active Infringement on Creditor's and Rights Incomplete Performance*, in *Theories and Judicial Cases of Civil Law I*, pp. 259-320, 2009.
9. 孫森焱，民法債編總論（下冊），2010。  
Sun, Sen-Yen, *General Principles of Obligation Law II*, 2010.
10. 陳自強，整合中之歐盟契約法，月旦法學雜誌，181期，頁128-131，2010。  
Chen, Tzu-Ciang, *The Harmonization of EU Contract Law*, *Taiwan Law Review*, no. 181, pp. 128-131, 2010.

11. 陳自強，歐洲契約法發展之最新動向，月旦法學雜誌，182期，頁126-136，2010。  
Chen, Tzu-Ciang, Trends of Latest Developments of the EU Contract Law, Taiwan Law Review, no. 182, pp. 126-136, 2010.
12. 陳自強，台灣民法與日本債權法之現代化，2011。  
Chen, Tzu-Ciang, Modernization of Taiwan Civil Law and Japanese Obligation Law, 2011.
13. 陳自強，整合中之契約法，2011。  
Chen, Tzu-Ciang, The Harmonization of Contract Law, 2011.
14. 曾世雄，損害賠償法原理，修正2版，1996。  
Tseng, Shih-Hsiung, General Principles of Liabilities and Damages, 2d ed., 1996.
15. 黃立，民法債編總論，3版，2006。  
Hwang, Li, General Principles of Obligation Law, 3d ed., 2006.
16. 劉春堂，民法債編通則(一)：契約法總論，2006。  
Liou, Chun-Tang, General principles of the Law of Obligations I : General Principles of Contract Law, 2006.
17. 鄭玉波，民法債編總論，7版，1978年。  
Zen, Yu-Po, General Principles of Obligation Law, 7th ed., 1978.

## 二、日 文

1. 小粥太郎，債務不履行の歸責事由，ジュリスト，No. 1318，頁118-120，2006。
2. 中田裕康，債權總論，2008。
3. 中田裕康，日本民法における契約不履行，中國、德國、日本及臺灣民法之債務不履行，債法施行八十週年學術研討會論文集，頁53-66，2010。
4. 民法（債權法）改正檢討委員會編，債權法改正の基本方針，2009。
5. 吉田邦彦，契約法・医事法の關係的展開——民法理論研究，第2卷，2003。
6. 我妻榮，新訂債權總論，1984。

7. 我妻榮、有泉亨、清水誠、田山輝明、コンメンタール民法：総則・物権・債権，2版，2008。
8. 森田宏樹，結果債務・手段債務区別の意義について——債務不履行における「帰責事由」，載：契約責任の帰責構造，頁1-63，2002。

### 三、外 文

1. Alessi, Dorio, *The Distinction between Obligations de Résulta and Obligations de Moyens and the Enforceability of Promises*, 5 EUROPEAN REVIEW OF PRIVATE LAW 659 (2005).
2. BRUNNER, CHRISTOPH, FORCE MAJEURE AND HARDSHIP UNDER GENERAL CONTRACT PRINCIPLES: EXEMPTION FOR NON-PERFORMANCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION (2009).
3. Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1988.
4. Canaris, Claus-Wilhelm, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002.
5. Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) (Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp eds., 2009).
6. Deutsch, Erwin, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996.
7. Farnsworth, Allan E., *On Trying to Keep One's Promise: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, 46 U. PITT. L. REV. 1 (1984-1985).
8. Grundmann, Stefan, *The Fault Principle as the Chameleon of Contract Law: A Market Function Approach*, 107 MICH. L. REV. 1583 (2009).
9. Haas, Lathar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger, Das neue Schuldrecht, 2002.
10. Huber, Ulrich, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999.
11. Jauernig, Othmar/Vollkommer, Max, BGB, 8. Aufl., 1997.
12. Kaser, Max, Römisches Privatrecht, 16. Aufl., 1992.
13. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 1992.
14. Kötz, Hein, Vertragsrecht, 2009.



15. Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987.
16. Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Hallbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994.
17. Maskow, Dietrich, *Hardship and Force Majeure*, 40 AM. J. COMP. L. 657 (1992).
18. Medicus, Dieter, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1993.
19. Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 2010.
20. Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs BGB, 2. Aufl., 1989.
21. Puelinckx, A. H., Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, 3 J.Int'l Arb. 1986, No. 2. at 47.
22. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) (Christian von Bar et al. eds., 2009).
23. Schermaier, Martin Josef, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/1, §§ 276-278, 2007.
24. TREITEL, G. H., REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT (1988).
25. TREITEL, G. H., THE LAW OF CONTRACT (12th ed. 2007).
26. ZIMMERMANN, REINHARD, THE LAW OF OBLIGATIONS, ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION (1996).
27. ZIMMERMANN, REINHARD, THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATIONS (2005).
28. Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996.

# Comparative Survey on the Fault and Non-fault Principles in the Law of Breach of Contract

Tzu-Chiang Chen<sup>\*</sup>

## Abstract

In spite of the fact that the liability for breach of contract in common law is strict, and the fault principle dominates in civil law, this difference is only theoretical; the practical results are very similar. Both systems recognize some exceptions to the general rules. The reason for the avoidance of the strict liability in Common law and for the non-fault responsibility for breach of contract in civil law, especially the reformed German BGB in 2002, is basically the same. That is the binding force of contract.

**Keywords:** Responsibility for The Breach of Contract, Fault Principle, Guarantee, Duty to Achieve a Specific Result, Duty of Best Efforts

---

<sup>\*</sup> Professor, College of Law, National Taiwan University; Dr. of Law, München University, Germany.

Received: April 14, 2011; accepted: July 5, 2011