

前 言

在《契約違反與履行請求》一書，個人認為傳統債務不履行三分論，將債務不履行態樣區別為給付不能、給付遲延及不完全給付，未必是理解我國現行法唯一抉擇。

無論給付不能可否歸責於債務人，債權人均不能請求原定給付之履行。債務人對因可歸責於自己之事由而給付不能負損害賠償責任（民法第 226 條），並非因給付不能，而是因債務人清償期屆至仍未為給付而可歸責，從而，給付不能並非獨立的債務不履行態樣，而係原定給付履行請求權之界限，乃債務人得拒絕原定給付履行之事由之一。

傳統學說更認為債務不履行以可歸責於債務人為必要。基於瑕疵擔保責任為法定無過失責任之信念，瑕疵擔保責任被摒棄在債務不履行體系之外，形成債務不履行責任及瑕疵擔保責任複雜的競合關係。事實上，依民法第 353 條之規定，所謂權利瑕疵擔保責任係因出賣人不履行民法第 348 條到第 351 條所定之義務，顯然為因義務違反所生之責任，乃不折不扣的債務不履行責任。自從物之出賣人負有給付無瑕疵之物之義務成為最高法院一貫見解後，給付標的物有瑕疵乃不合買賣契約本旨，更無疑義。

有鑑於傳統債務不履行概念建立在債之抽象概念上，乃從個別債權債務角度觀察，無法充分顧及典型交易各給付義務間所具有的目的性、有機性及整體性，且債務不履行有時指債務客觀不履行之狀態，有時又以歸責事由為必要，所謂不履行又有根本不履行與未依債務本旨履行兩種意涵，乃極具多義性之概念。從而，個人建議以「契約違反」取代傳統「債務不履行」。在契約違反概念的理解上，債務人根本未為給付與雖為給付但不合契約本旨，乃截然不同的違約態樣，前者又有清償期屆至未為給付及期前違約兩種情形，後者則可分為權利瑕疵、物之瑕疵及其他契約違反。其他契約違反，主要為主給付義務以外其他義務違反，不

· 2 · 違約責任與契約回復

僅包括先契約義務及後契約義務違反，債權人違反受領或其他協力義務也可能構成契約違反。

抑有進者，傳統債務不履行體系過於重視給付不能、給付遲延與不完全給付之要件之分析，容易忽視因救濟制度目的設定不同，救濟要件也有差異。個人主張應揚棄以三分論為基礎的債務不履行體系，取而代之以救濟觀點，依救濟方法之不同，建構契約違反體系。

契約違反有三大救濟：履行請求、損害賠償及契約解消，依契約違反情形之不同，各有其要件，違約救濟之具體內容亦未必相同。所謂救濟觀點固然與請求權基礎不完全相同，如契約解消權並非請求權，而為形成權，請求權須基於契約解除所生的返還關係（民法第 259 條），然履行請求及損害賠償為不折不扣的請求權，從救濟觀點論述契約義務違反之要件及效果，有助於個案請求權基礎之找尋。

《契約違反與履行請求》第三章闡明強制執行與請求強制履行概念之不同，分別針對根本不履行之履行請求及補正請求權之履行，說明原定給付履行之依據，進而論述債務人對原定給付請求拒絕履行之事由。實務上，因契約違反而受害之當事人（債權人）最常主張之救濟並非請求強制履行而是金錢賠償，債務不履行責任與侵權行為責任之競合所謂的債務不履行責任，也是指契約違反之損害賠償責任。損害賠償責任要件上，除契約違反外，是否尚須具備歸責事由？歸責事由應如何理解？債務人除對自己行為負責外，在何種要件下對他人行為負違約責任？不同違約型態在歸責事由的判斷上，是否可能不同？為本書第一章的主題。

債務人若對契約違反所生之損害應負損害賠償責任，則債權人得請求賠償的範圍如何？損害賠償之金額應如何計算？是否有減輕之因素？再者，契約義務違反所致之損害若不以履行利益為限，亦可為信賴利益及完整利益之損害，則請求權基礎是否與履行利益之損害賠償相同？將於本書第二章討論。

本書第三章將探討契約之解消。茲所謂解消，包括解除及終止。債編通則雖在民法第 263 條提及法定契約之終止，但並無法定終止權發生要件，而僅有法定解除權發生事由之規定，債總教科書因而多無關於法

定終止權之說明。除債編通則法定契約解除外，債各有更多法定契約解除及契約終止之規定。此規定雖未必均屬於違約救濟手段，但與契約履行均有一定程度之關連。

本書第四章「契約給付之返還」，除契約解除之法律效果，即民法第259條回復原狀關係及契約解除與損害賠償責任之關係外，更將論述契約無效、被撤銷、解除條件成就之給付返還關係。給付不當得利之規定於雙務契約返還關係之法律適用為論述焦點。

第一章 應負損害賠償責任之事由

現行民法約計 1430 條，其中有關損害賠償之規定即有 123 個條文。除債編通則第二節債之標的損害賠償一般原則之規定（民法第 213 條到 218 條之 1）及散見各處關於損害賠償請求權消滅時效之特別規定（如民法第 197 條第 1 項、第 514 條）外，絕大多數屬於損害賠償請求權基礎之規範。民法以外其他法律有損害賠償規定者，更不勝枚舉。在浩瀚如煙的損害賠償規定中找尋請求權基礎，對初學者來說，未必輕而易舉。

因契約義務違反所生之損害賠償責任乃契約責任（違約責任），侵權行為損害賠償責任（侵權責任）屬於契約外賠償責任。找尋損害賠償請求權基礎，宜先判斷損害是否因違反有效成立之契約而生之義務（下述、第二章、II）。因對人侵害（如車禍致傷亡、醫療事故）及對物侵害（如車損）為侵權行為最重要的侵害型態，加害人與被害人間若有契約關係存在，應注意是否有侵權責任與契約責任競合的問題（下述、第二章、III、三）。縱無有效契約關係存在，當事人若開始談判締約磋商，因信賴意思表示或契約有效而受有損害，則須判斷是否有先契約義務違反之先契約責任（下述、第二章、III、一）。

契約違反損害賠償責任要件，一般而言可分：第一、債務人是否違反契約（違約）或違反義務，此點，已在民法講義 III、第二章詳述；第二、債務人並不僅僅因其違約或不依契約本旨履行而須負賠償責任，而須有一定使其負賠償責任之事由（歸責事由）；第三、契約違反為損害發生的原因（因果關係）。民法對上述問題之規範基本上屬任意規定，得由當事人約定排除及限制其適用，與侵權行為法具強行法性格者，迥然不同。

嚴格區別不履行及歸責事由乃大陸法系的傳統，英美法則不然。如出賣人未按時交貨，於英美法，即構成違約，除有免責事由外，基本上即須負損害賠償責任；依歐陸法傳統，不按時交貨，不當然構成遲延，

給付遲延原則上以催告為要件，債務人經催告仍不履行方構成債務不履行，債務不履行損害賠償責任則又另須判斷債務不履行是否可歸責於債務人（民法第 230 條）。再如醫療契約責任，醫療院所對病患是否須負不完全給付損害賠償責任（民法第 227 條第 2 項），依我國傳統見解，須先判斷是否有醫療契約、醫療行為是否構成不完全給付，再判斷不完全給付是否可歸責於提供醫療服務之當事人；在英美法，醫療過失行為為本身構成契約違反，契約違反原則上即須負賠償責任，無過失即不構成契約違反¹。

以下將先論述歸責事由及相關概念（I、一），再介紹我國學說及實務見解（I、二），進而對傳統見解提出個人對違約責任歸責事由的想法（II），最後再分別各違約態樣，具體展開契約違反歸責事由之認定作業（III）。

I 歸責事由與歸責原因

一 損害賠償之歸責原因

現代損害賠償法雖然越來越強調並充實保險等損害分散機制，但損害轉嫁依舊為古典的、首要的損害填補機制²。損害賠償法基本出發點為「事變由所有人負擔原則」（Grundsatz casum sentit dominus）：除非有特殊理由得將損害轉嫁於他人，否則，法益擁有者應自行負擔法益所受到的不利益。此特殊理由，乃令他人負損害賠償責任正當化基礎，本書稱為損害之歸責原因（Schadenszurechnungsgrund）³，王澤鑑稱為損害歸責

¹ Treitel, Remedies for Breach of Contract, Oxford 1988, p. 8.

² 損害填補，除損害轉嫁及損害分散外，現代債法同時強調損害之預防，關此，參見，王澤鑑，侵權行為法，2015 年，頁 7-10。

³ Kötz, Deliktsrecht, 5. Aufl., 1991, Rn. 5；相同用語，楊佳元，侵權行為損害賠償責任，2009 年，頁 5。

事由或歸責原則⁴，在早期發表論文並主張損害賠償歸責原則，除故意過失外，尚有危害責任原則、於法律特許使用他人物品時所致損害之賠償責任、擔保責任及信賴責任三大類⁵。依損害歸責原因是否為故意過失，損害賠償責任可分為過失責任及無過失責任。

A 過失責任

傳統刑法犯罪概念，採三階層理論，即犯罪乃構成要件該當的、違法的及有責的行為⁶。從民法第 184 條第 1 項前段的規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」學說也認為侵權行為也有構成要件該當性（*Tatbestandsmäßigkeit*）、違法性（*Rechtswidrigkeit*）、有責性（*Schuld*）的區別⁷。如乙之車被甲撞毀，甲對乙是否須依前揭條文規定負損害賠償義務，應分別判斷乙是否有所有權受侵害（構成要件該當性）、甲侵害乙之所有權是否為法律所禁止（違法性）、甲對此法律所禁止之行為主觀上是否應負責任（有責性）。

無論侵權責任或契約責任，一旦採過失責任原則，均須判斷有責性。有責性乃對行為人個人之非難，非難之基礎在於行為人應且得為正確之行為，行為人雖在盡其必要之注意下得為正確之行為，卻不此之圖。得為正確行為之自由及不遵守誡命為責任非難（*Schuldvorwurf*）之要素⁸。此個人責任（主觀責任）在刑法最明顯。

⁴ 王澤鑑，侵權行為法，2015 年，頁 11。

⁵ 王澤鑑，損害賠償之歸責原則，民法學說與判例研究，第一冊，1975 年，頁 348-350；Larenz, Die Prinzipien der Schadenszurechnung: Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht, JuS 1965, S. 373 ff. (中文翻譯，王澤鑑，民法學說與判例研究，第五冊，1987 年，頁 271-288)。

⁶ 黃榮堅，基礎刑法學（上），2012 年，頁 179。

⁷ 關於侵權行為之主觀要件及三層結構，王澤鑑，侵權行為法，2015 年，頁 113；Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 370。

⁸ Larenz, SAT, 14. Aufl., 1987, S. 276.

民法第 220 條第 1 項規定債務人就其故意過失之行為應負責任，通說因而認為債務不履行責任也採過失責任原則⁹。然而，在契約關係或其他法律上特別結合關係，債務人除自己有責之行為外，有時對他人之行為（下述，II、四），有時甚至對契約違反的結果負一定之客觀責任，因此，債務人自己之行為出於故意過失，僅為歸責原因之一，而非全部，債務人之責任實際上遠較古典過失原則所承認者為廣。

B 契約外無過失責任

我國民法制定之際，無論契約責任或侵權責任，損害賠償歸責原則仍以過失責任主義為基礎（民法第 184 條以下、第 220 條），但不以故意過失為其歸責原因者（無過失責任），亦不在少數¹⁰。因故意過失致他人受損害，故意過失本身可作為行為人非難之基礎，得為負擔損害賠償責任之正當化事由。反之，無故意過失仍須負損害賠償責任時，非有損害賠償責任正當化事由（歸責原因），難以服人，更可能有牴觸憲法第 15 條財產權保障意旨之虞。

於契約外損害賠償責任，例如民用航空法第 89 條、核子損害賠償法第 18 條及消費者保護法第 7 條所規定之損害賠償責任為無過失責任，一般認為係以特定危險為歸責事由，屬於危險責任範疇¹¹。危險責任固然是最重要的無過失責任，但並不以此為限。民法第 187 條第 3 項、第 4 項之責任、第 188 條第 2 項僱用人責任，學說上稱為衡平責任，也屬於無過失責任¹²。犧牲補償責任（Aufopferungshaftung），例如不動產相鄰關係法上的償金請求權（參照民法第 779 條第 2 項、第 783 條、第 785 條第 1

⁹ 劉春堂，契約法總論，2011 年，頁 305；鄭冠宇，民法債編總論，2019 年，頁 167。

¹⁰ 王澤鑑，侵權行為法，2015 年，頁 20 以下，認為侵權行為法上的歸責原則有三：過失責任、衡平責任及無過失責任（危險責任）。

¹¹ 王澤鑑，侵權行為法，2015 年，頁 15。

¹² 關於衡平責任之歸責原則，參見，楊佳元，侵權行為損害賠償責任，2009 年，頁 135。

項、第 786 條第 1 項、第 787 條第 2 項、第 788 條第 1 項、第 792 條等），乃法律基於法益權衡原則，一方面對相鄰關係之一方課以容忍義務，他方面對其犧牲予以補償請求權，性質上類似公法上的徵收補償，亦不以賠償義務人有故意過失為要件¹³。

大陸民法典侵權責任歸責體系，亦可大別為過錯責任及無過錯責任，大陸民法典第 1165 條揭櫫過錯責任原則。機動車交通事故、產品責任、環境污染損害賠償責任等為無過錯責任。如完全民事行為能力人對自己的行為暫時沒有意識或者失去控制造成他人損害，沒有過錯的，根據行為人的經濟狀況對受害人適當補償（大陸民法典第 1190 條），屬於公平責任。公平責任並不以過錯為要件，但是否屬於無過錯責任，學說有爭議¹⁴。大陸民法典第 180 條：「因不可抗力不能履行民事義務的，不承擔民事責任。法律另有規定的，依照其規定。不可抗力是不能預見、不能避免且不能克服的客觀情況。」更將以不可抗力為免責事由的原則擴張到所有的民事責任。

二 契約責任之歸責事由與歸責原因

A 學說及實務見解

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為損害賠償責任之要件（民法第 226 條、第 227 條及第 230 條）。可歸責於債務人之事由又稱「歸責事由」。契約責任歸責事由之判斷，重要性與侵權責任過失之認定不相上下¹⁵。

¹³ 關於犧牲補償責任，詳參，Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 655 ff.。

¹⁴ 馬俊駒、余延滿，民法原論，4 版，法律出版社，2010 年，頁 998，強調公平責任原則與無過錯責任原則本質的不同。

¹⁵ 王澤鑑，債法原理，2021 年，頁 340：「歸責事由是違約責任的核心因素或概念」，但其所謂「違約責任」似乎不限於損害賠償責任，尚包括給付義務消滅