



債編總論

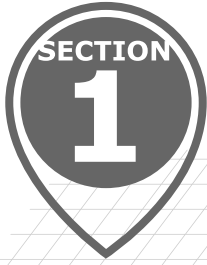
Section1. 契約

Section2. 無因管理

Section3. 不當得利

Section4. 侵權行為

Section5. 債之保全、確保、移轉、消滅及多數主體之債



契約

爭點1

締約上過失

一、前言：

廣義而言，締約階段可能發生的「締約上債之關係」，包含第91條、第110條、第245條之1及第247條等規定¹。在審查順序上，此類請求權基礎僅次於契約上請求權²，惟本書此處所言之締約上過失制度，專指第245條之1規定，合先敘明。

在考試上，若須運用請求權基礎方法作答（且時間足夠），得先開「甲不得依……契約向乙請求」的標題，再開「甲得／不得依第245條之1規定向乙請求」的標題。此外，宜注意第245條之1規定常與第184條第1項後段規定發生競合，若符合後者之要件時，應另行開標檢討。

二、法理基礎：

契約自由原則可分為積極契約自由、消極契約自由，前者係指當事人具有是否締結契約、形成契約內容、選擇締約對象之自由；後者係指當事人有選擇不締約之自由。基於消極之契約自由原則，在締約過程中任何人均得隨時退出協商選擇不締約，當事人應自行負擔各自支出之締約成本，自我

1 王澤鑑，債法原理，2021年8月，頁267。

2 王澤鑑，法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系，2019年9月，頁77。

承擔締約失敗之風險³。問題在於，是否所有之締約成本均應由當事人自行承擔，或許在符合某些情況下，法秩序會認為應由他方當事人承擔此項成本？

締約上過失之法理在於，當事人為締約進行準備或磋商時，已產生特殊信賴關係，此等信賴應予保護。創設締約上過失之實益，乃適用較侵權行為法更為有利之契約上原則：(一)第224條規定債務人就其使用人之故意過失應負同一責任、(二)保護之客體包含財產損害（純粹經濟上損失）⁴。至於締約上過失之責任性質，係屬於契約責任與侵權行為責任以外之法定責任⁵。

三、構成要件：

從第245條之1第1項規定的文義來看，其要件分別為：(一)契約未成立時、(二)債權人無過失、(三)符合各款規定之要件，即①就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者⁶；②知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者；③其他顯然違反誠實及信用方法者。

本條項第1款、第2款規定，除客觀上限於他方詢問或明示保密以外，主觀上並限於惡意隱匿或不實說明、因故意或重大過失洩漏，對於主客觀之要求均甚為嚴格，可能會造成某些規範保護漏洞，有賴第3款概括條款進行截堵。從而，目前學說及實務上對於第3款顯然違反誠實信用方法之解釋，有採取較寬鬆解釋之趨勢。申言之，一般而言過失行為不會被認為係違反誠信原則，更何況顯然違反誠信原則。但既然本款規定不採取第1款、第2款

3 陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，政大法學評論第169期，2022年6月，頁221。

4 王澤鑑，債法原理，2021年8月，頁264；鄭冠宇，民法債編總論，2022年8月，頁296。

5 本條規定之立法理由略謂：「當事人為訂立契約而進行準備或商議，即已建立特殊信賴關係，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害，既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇，原法對此未設有賠償責任之規定，有失周延，爰增訂第一項。」

6 學說上指出，本款限於「對訂約有重要關係之事項」，足以將締約過失制度與詐欺撤銷權之要件進行區分，蓋詐欺不以有重要關係之事項為要件，單純就此要件而言，值得贊同。參周伯峰，論對「不受期待之契約」的法律上處理——以締約上過失為中心，政大法學評論第155期，2018年12月，頁282。

規定故意或重大過失之主觀要件，則在解釋上即有涵蓋他方當事人因為過失行為，甚至無過失行為之空間。

Q1. 締約人是否負有向他方揭露資訊之義務？

一、關於此問題，各國立法例不盡相同，例如英國法認為，精確之資訊，得強化市場體系之效率，法律應給予締約人獲取資訊之誘因，具有資訊之人，應被允許自資訊較弱之人獲取利益，從而否定締約人之一般性資訊揭露義務；法國法認為，契約是雙方合作之過程，故承認一般性之資訊揭露義務；德國法介於上開兩者之間，認為當事人原則上須承擔自己未取得資訊之風險，於締約雙方當事人處於經濟上或資訊取得能力不對等時，則為例外。

我國通說則採取**締約資訊自行承擔風險原則**，對於締約資訊之獲取，基於私法自治原則，係屬各自當事人應自行承擔之事項。原則上，一方當事人不得以他方當事人未提供資訊，或提供不正確之資訊，而主張契約上之權利⁷。

二、從第245條之1第1項第1款規定以「他方之詢問」作為說明義務之前提，亦可得知**立法者認為締約人並無主動告知或說明之義務**。王澤鑑老師認為原則上可資贊同，蓋資訊之取得需要成本，各當事人應自行取得必要資訊，不得仰賴他人提供⁸。

Q2. 締約上過失責任是否限於惡意？

甲欲出賣其所有之A車於乙，卻疏於向乙說明該車曾發生事故，嗣後經乙發現該情事，並拒絕與甲締約。試問：乙得否向甲請求相關之締約成本？

一、肯定說

通說認為，依第245條之1第1項第1款文義，以就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，**惡意隱匿或不實說明**為限，始負締約階段之損害賠償責

7 陳聰富，論契約成立生效後之締約上過失責任：以不實表述之責任為中心，臺大法學論叢，第50卷第1期，2021年3月，頁217-225。

8 惟當未主動告知違反誠信原則時，縱他方未為詢問，亦應類推適用第1款或適用第3款之規定。參王澤鑑，債法原理，2021年8月，頁273。本書認為，類推適用係以法律有漏洞為前提，此處既然得直接適用第3款規定，似難謂有法律漏洞。

任。

二、否定說

此說認為，惡意隱匿或為不實說明之情況得透過詐欺之規定處理，將本款規定限於惡意將失去規範實益；為全面保護表意人意思表示瑕疵之救濟機會，於相對人**過失未為說明**，或**過失不實陳述**時，表意人仍得依本款規定行使權利⁹。

三、綜合討論

- (一)上開兩說之中，肯定說嚴格遵守該項第1款規定之文義，雖因僅規範惡意之情況而恐致該規定形同具文，為學說上所詬病，惟多數學者僅從立法論上批評之，以符合文義解釋及歷史解釋。
- (二)否定說將其擴張於過失未說明或過失不實陳述，顯然逾越第1款之文義，此時有無法律續造之必要？本書採取否定看法，蓋此應為立法者有意將過失的情況排除於第1款規定，而非法律漏洞。況且，第3款規定在文義上並未排除過失之情況，在法學方法論上，應以法律解釋為優先考量。
- (三)至於第3款規定是否應包含過失未說明或不實陳述？向明恩老師認為，第245條之1第1項第3款規定「顯然」之解讀，無須斟酌第1款、第2款之主觀歸責要件，既然將本條定位為締約上過失責任之一般性規定，則此處所謂之「顯然」，即應回歸締約過失責任之一般主觀要件，即具「**一般過失**」已足成立本款責任¹⁰。目前多數學說見解亦係採取此項解釋方法，以第3款規定之概括條款填補規範保護漏洞，而非擴大第1款、第2款之適用範圍。

Q3. 締約上過失責任，是否以嗣後契約不成立為要件？

甲欲出賣其所有之A車於乙，卻故意未向乙說明該車曾發生事故，嗣後乙委由專人檢查車況而發現該情事，最後乙仍與甲締結契約。試問：乙得否向甲請求上開委請專人檢查之報酬數額？

一、肯定說

9 陳聰富，同前揭註，頁246-247；周伯峰，論對「不受期待之契約」的法律上處理——以締約上過失為中心，政大法學評論第155期，2018年12月，頁281-282。

10 向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，臺北大學法學論叢第79期，2011年9月，頁194。

實務及部分學者認為，第245條之1規定之責任，應**限於契約未成立之情況**，若契約嗣後已成立生效，則依不完全給付論斷¹¹。

二、否定說

部分學者認為，該條項所稱「契約未成立時」，係指各款規定**發生於契約成立之前**，至於嗣後契約是否成立，在所不問¹²。

三、綜合討論

(一) 討論此問題最重要之處在於，第245條之1第1項本文所稱「契約未成立時」的最大文義範圍為何？解釋上，該文句可能有兩種意思：1.從結果來看，指契約最後未成功締結之情況；2.從過程來看，指締約過程中，雙方當事人尚未達成合意之時間點。

從而，無論是肯定說或否定說，均在文義範圍內，僅憑文義解釋難以獲致決定性之論據，而有待透過其他解釋方法的使用加以判斷，合先敘明。

(二) 在肯定說觀點下，**若契約已成立**，則締約階段之說明義務、保密義務性質上**可解釋為「先契約義務」**。而前契約與後契約之保護義務，兩者均與交易目的實現有關，不應以義務發生時點不同而異其責任性質與要件¹³。是他方違反先契約義務時，當事人得依不完全給付之規定請求損害賠償。

再從歷史解釋而言，立法過程當中，民法研究會修正委員會於民國77年10月21日舉行的第782次會議，表示「締約上過失，僅指契約未成立之情形」等語，可見採取肯定說較符合歷史解釋。

(三) 在否定說觀點下，縱然嗣後契約成立，但若其義務之違反係發生於契約成立前，如該不實表述內容未經當事人擔保，且未作為債務內容時，**無**

11 孫森焱，民法債編總論（下），2020年4月，頁678；陳自強，契約違反與履行請求，2020年9月，頁126-129；最高法院101年度台上字第593號判決：「民法第245條之1第1項所定締約過失責任，係於契約未成立之情形下始有適用，故已成立僅未生效之系爭契約應無上開法條之適用。」；林誠二，債法總論新解——體系化解說（下），2013年1月，頁229。

12 王澤鑑，債法原理，2021年8月，頁270；陳聰富，同前揭註，頁249；鄭冠宇，民法債編總論，2022年8月，頁297；向明恩，同前揭註，頁190-191；周伯峰，同前揭註，頁279-280。

13 陳自強，契約違反與履行請求，2020年9月，頁128。

成立不完全給付之可能¹⁴。因此，不論契約是否成立，契約成立前所生之事由均應適用第245條之1規定。

再從目的解釋而言，為貫徹締約上過失旨在保障當事人締約階段信賴之理論基礎，所謂契約未成立時，應包括締約一方在磋商階段所為之違反信賴原則的行為¹⁵。

(四) 針對否定說之批判，首先應替肯定說澄清者，乃附隨義務係基於誠信原則所生，不以經約定為要件，且向來認為附隨義務之違反構成不完全給付。是上開兩說形式上均符合法律解釋，並無疑義（惟在後說觀點下，前說不符合法律解釋）。問題在於實質上各說有何優缺點？宜從損害賠償之範圍著眼：

1. 採取肯定說之實益在於，第245條之1規定的損害賠償責任以信賴利益為限，第227條規定則為履行利益損害賠償，對當事人較為有利，因此契約成立之情況，即排除締約上過失法則之適用（而得請求履行利益賠償）。
2. 至於否定說，有認為僅得請求信賴利益損害賠償，且不應超過履行利益之損害賠償¹⁶；有認為僅得請求信賴利益賠償，惟其範圍不受履行利益之限制¹⁷；亦有認為，應依據說明義務履行後，契約能否成立，而區分履行利益與信賴利益之賠償範圍，受損人必須舉證證明，在資訊揭露後，雙方具有締結契約之可能性，始得請求履行利益之損害賠償，若無法證明時僅得請求信賴利益之損害賠償¹⁸。
3. 關於部分學說認為本條規定在例外情況下得請求履行利益損害賠償，其思考脈絡為：信賴責任並非契約責任，亦非侵權行為責任，而係該兩種責任以外之第三種責任，可以包含 (1) 信賴契約成立或有效所生之損害，即信賴利益損害賠償，以及 (2) 信賴契約會依約履行所生之損

14 陳聰富，同前揭註，頁249。

15 向明恩，同前揭註，頁190-191。

16 鄭冠宇，民法債編總論，2022年8月，頁299。

17 王澤鑑，債法原理，2021年8月，頁278。

18 陳聰富，論契約成立生效後之締約上過失責任：以不實表述之責任為中心，臺大法學論叢，第50卷第1期，2021年3月，頁250-251。

害，即履行利益之損害賠償¹⁹。

Q4. 締約上過失責任，是否包含契約無效之情況？

一、否定說

實務認為，第245條之1第1項所定締約過失責任，係於契約未成立之情形下始有適用，故已成立、僅未生效之契約，應無上開法條之適用²⁰。

二、肯定說

部分學說認為，契約成立要件與生效要件理論上雖可區分，惟實際效果上並無重大不同，均使當事人無須履行契約之內容。且民法對於契約不成立或不生效，並未嚴格加以區分。是本條項規定所稱契約不成立，應包含契約成立但未生效之情況²¹。

三、綜合討論

(一) 締約上過失責任的「契約未成立時」此項要件，碰到具體個案時，於思考脈絡上應先釐清Q3的爭議，次論Q4的問題。舉例而言：

1. 當契約已經成立時，先就Q3進行討論，在Q3採取否定說，認為契約成立後仍得依第245條之1規定請求**損害賠償**，才會討論Q4的問題。
2. 至於碰到契約自始未生效之案件，直接討論Q4的問題即可，自不待言。

(二) 在否定說觀點下，民法既然分別於第245條之1、第246條制訂契約未成立及契約無效之規定，體系上顯有區分契約不成立及無效的意思。基於文義解釋，第245條之1僅限於契約不成立的情況，而不包含契約已成立但無效或尚未生效者，並無疑問。

至於契約成立但無效之情況，第91條、第247條第1項均設有損害賠償請求權之規定，且於第113條設有一般性規定：「無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責

19 向明恩，同前揭註，頁194-195。惟第245條之1第1項本文明確規定「對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任」，文義上似僅能包含(1)，是否涵蓋(2)，不無疑義。

20 最高法院101年度台上字第593號判決；陳自強，契約違反與履行請求，2024年1月，頁120-121。

21 陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，政大法學評論第169期，2022年6月，頁241；王澤鑑，債法原理，2021年8月，頁275-276。

任。」似無須求諸第245條之1規定²²。況且，第245條之1第1項各款要件甚為嚴格，允許以該條為請求仍可能發生保護不足之情形，毋寧以第113條規定作為請求權基礎，對當事人之保障較為完善。

(三) 陳聰富老師則認為，從第73條、第166條之1等規定可知，民法對於違反法定方式之法律行為，理論上應屬於法律行為不成立，卻在規範上採取無效之法律效果，顯見立法者無意嚴格區分契約不成立或無效之意思，是第245條之1第1項所稱契約不成立，文義上可能包括契約無效、尚未生效之情況²³。在認為契約無效或尚未生效符合第245條之1文義解釋的脈絡下，承認無效或尚未生效者，得依締約上過失之規定請求損害賠償，較不會造成規範保護漏洞，符合目的解釋。

(四) 惟契約無效之情形是否確有規範保護漏洞，見仁見智，有學者認為第113條規定為締約上過失之一般性規定，透過此規範進行處理即可²⁴。陳聰富老師則表示，第113條規定固然可作為締約上過失之一般性規範，但第245條之1既然有具體規定，則在契約無效之情況下允許當事人依締約上過失之規定請求損害賠償，較為合理²⁵。

Q5. 締約上過失責任，是否以權利人無過失為要件？

一、肯定說

實務見解認為，依據第245條之1第1項規定的文義解釋，請求權人須非因過失而信契約能成立者為限²⁶。

二、否定說

部分學者認為，締約上過失責任基礎，乃當事人正當信賴相對人之行為，只要當事人善意信賴他方即可成立此責任，至於當事人具有過失，則應依

22 陳自強，契約違反與履行請求，2024年1月，頁120-121。

23 陳聰富，同前揭註，頁241。

24 鄭玉波，民法債編總論，1983年1月，頁332；孫森焱，民法債編總論（下），2020年4月，頁678；黃茂榮，債法總論（第一冊），2009年1月，頁317。

25 陳聰富，同前揭註，頁242。

26 最高法院103年度台上字第256號判決：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約，而有顯然違反誠實及信用方法之情形者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，固應負賠償責任，惟請求權人一方，須非因過失而信契約能成立者為限，此觀諸民法第245條之1第1項第3款規定自明。」最高法院110年度台上字第819號判決同旨。

第217條與有過失之規定處理，而非一概否定他方之責任，致過度保護他方²⁷。

三、綜合討論

(一) 肯定說係依第245條之1第1項本文規定的文義解釋進行理解，並無問題。此外從體系解釋而言，其他廣義締約上過失之規範，例如第91條、第247條規定均以權利人無過失為要件，第245條之1規定亦無為相異解釋的空間。

(二) 肯定說這種以當事人有過失即不得請求損害賠償之見解，德國學說上稱此係採取「全有全無原則」之立法技術，不過此種立法技術有過於缺乏彈性之問題，且當一方故意告知，他方僅因輕過失而知時，卻不允許他方當事人請求損害賠償，在利益衡量上亦顯然失衡²⁸。參酌德國法見解，請求權人對於締約上過失之發生有過失時，係以德國民法第254條規定（相當於我國民法第217條規定）處理，亦即德國並未因請求權人有過失就剝奪其請求權²⁹。

陳聰富老師認為，在我國民法將第245條之1第1項修正為不以請求權人無過失前，得基於締約上過失旨在保護被害人正當信賴之規範目的，透過「目的性擴張」之法學方法，允許具有正當信賴之當事人，縱然有過失，亦得依第245條之1第1項規定向他方請求損害賠償³⁰。

(三) 本書認為，陳聰富老師以規範目的作為目的性擴張之立論基礎，固然正確，惟運用目的性擴張之法學方法前，首應確認法律漏洞之存在。要探求本條規定有無立法漏洞，應審究立法者制定本條時的內心意圖，周伯峰老師指出，單純從第245條之1的立法理由來看，立法者係想要設計一般性的締約上過失制度，惟細究立法過程之討論內容，會發現立法者

27 陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，政大法學評論第169期，2022年6月，頁242；陳洸岳，中斷締約交涉之責任——最高法院106年度台上字第1362號民事判決，月旦裁判時報第94期，2020年4月，頁18；周伯峰，論對「不受期待之契約」的法律上處理——以締約上過失為中心，政大法學評論第155期，2018年12月，頁280；向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，臺北大學法學論叢第79期，2011年9月，頁192-193。

28 向明恩，同前註，頁191；劉春堂，締約上過失之研究，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1983年6月，頁194。

29 周伯峰，同前揭註，頁280。

30 陳聰富，同前揭註，頁242-243。