

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

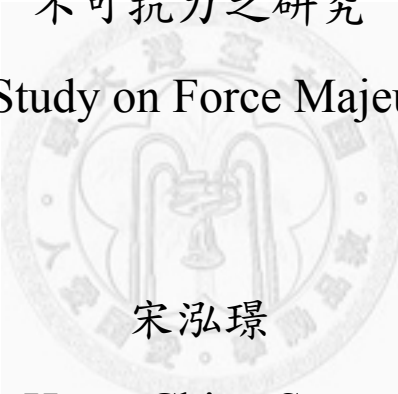
College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

不可抗力之研究

A Study on Force Majeure

The seal of National Taiwan University is a circular emblem. It features a central design with a scale of justice and a book, surrounded by the university's name in Chinese characters. The seal is rendered in a light, semi-transparent style.

宋泓璟

Hung-Ching Sung

指導教授：陳忠五 博士

Advisor: Chung-Wu Chen, Ph.D.

中華民國 100 年 6 月

June, 2011

國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

不可抗力之研究

A Study on Force Majeure

本論文係宋泓璟君（學號 R98A21048）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 100 年 6 月 21 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

陳忠五

口試委員：

王千維

詹嘉坤

陳忠五

謝辭

終於能夠坐在自己的筆電前，開始打下放在論文最前面，卻是最後寫作的文字。回顧在順利考取司法官之後，與指導教授陳忠五老師在導生會後討論，決定快速完成論文，挑戰自己極限的這半年，想起來真是不可思議。四個月前，我終於完成初步的文獻閱讀與整理，正式開始寫作時，其實沒有什麼自信，認為自己真的可以在這麼短的時間之內，完成一篇對得起過去六年法律學習生涯的論文。由於很多人的幫忙，讓我的論文寫作過程堪稱順利。四月底開完種子論壇，進度還在掌握之中，讓我才開始有應該可以完成夢想的想法。五月下旬舉行論文研討會，很高興老師欣賞我的見解，讓我更放心的寫完最後一部份的論述。論文初稿又恰於六月四日，今年度畢業典禮當天晚上完成，更是別具意義。最後口試亦順利通過，辛苦的灌溉，終於開出美麗的花朵！

這篇論文能夠順利誕生，首先要感謝的當然是指導教授陳忠五老師。在大二時有幸修習老師的債編總論及物權課程，啟發我對民事法領域的興趣，並進而報考第一屆「民商分立」後的民法組。研究所期間拜入老師門下，更深刻體會到老師為學之嚴謹，是我在法律學習及研究上的典範。感謝老師在指導風格上，論文方向確立後就不干預學生論述發展，但會給予最適切的建議，使論文能夠盡善盡美。這半年來，老師總能在我寫作遇到瓶頸時，協助找出理想的突破點，避免無以為繼之窘境。也謝謝老師在這段期間，持續的鼓勵與關懷，並不吝給我稱讚，讓我更能建立信心。今日我有如此成果，老師自屬居功厥偉。

感謝論文口試委員詹森林教授及王千維教授，二位老師對論文的諸多修正建議，使我能改正論文中仍有疏漏之處。詹老師是我在研究所時期修過最多課程的教授，老師學養豐富，待人親和，讓學生覺得如沐春風。論文中相當篇幅的論述，

都是由詹老師課堂上所得進一步發展而成。口試時，老師高度的洞察力，一眼看穿我極力掩蓋的論述不足之處，並加以斧正，至為感謝。王老師答應擔任我的口試委員，並在只有一星期閱讀時間的情形下，仍細心的看完論文口試本，針對相關疑問之處，包括未及校正的錯別字，一一予以提出，讓我日後在修改時，減少相當多搜尋成本，對我有極大幫助，自是感念在心。

感謝譯文學長擔任我的論文研討會主持人，並拋磚引玉，促成當日的熱烈討論。感謝同門的柏涵學長、聆苓學姐、瑞麟學長、健智、惠閔、凱紳、柏仁，在種子論壇、論文發表會上或會後給予的寶貴意見。其他同門師兄弟姊妹，乃瑩學姐、仁杰學長、英博學長、家如、帝安、惇嘉、馬煜，短時間內出席兩次論文發表，平日在老師的課堂上的報告也給我相當多啟發，亦致謝忱。

這篇論文的起點是萬才館 2417 研究室，大部分的內容在此寫作，謝辭也在這裡完成。感謝一年來研究室中的好室友們：書瑋、偉家、靜雯、玉清、思恬、益先、品嫻、清凱、韋辰、容慈。我很喜歡研究室裡的氣氛，溫暖而自在，詼諧而互相尊重、保有自己空間。謝謝你們在我論文寫作期間，給了我最好的寫作環境。

謝辭中一定要留個段落給我最親愛的法學直屬家。我們算是法學組、甚至是全法律系中，很難得有學長姐學弟妹的深厚感情能夠橫跨這麼多屆的。謝謝正維學姐、佳原學長、昱明學長、冠璋學長、韶玫、怡秀、映涵、明臻、子碩、王瑋、哲維、宛妤、譽鏘、幼舜、汝琳、宇恩、晟宇，很高興能夠和你們有這樣的緣份。每個學期的家聚，是我這六年來一直非常期待的時刻。家聚的時候，總能感受到我們直屬家的臥虎藏龍，不管是法律、數學、哲學、經濟、文學……等等，我們都能進行深刻的討論。當然，對彼此生活的關心，更是少不了的。更讓我覺得不可思議的是，當別家都只有儀式性的家聚時，我們還把它擴大成「家遊」活動，

常讓我的同學們都非常羨慕！每個年級接下來要面臨不一樣的新挑戰，衷心祝福大家都能一切平安順利。

要特別感謝的是研究所期間的幾個重要夥伴。燕倫和聖凱是從高中到現在八年的同學，很高興可以和很有自己想法，具有創意而不落俗套的二位共同走了這麼長一段的求學之路，你們總是能夠給我許多不一樣的思考角度與觀點。宜寧學姐在大四的時候帶我的刑法讀書會，並且在研究所時期也有相當多接觸的機會。學姐的思慮清晰而完整，常有令我讚嘆不已的見解，論文寫作期間，亦對我多所鼓勵。李昕是在我見過的民法研究領域研究生中，相當認真的一位。在我寫作論文時，相當欣喜於能在部分問題上有所討論，並獲得甚值參考的意見。佩芬是大學和研究所六年來，我在學業上最佩服的同學。很幸運能有個這樣的好友，能夠一起見證我們這些年來的成長。同時，佩芬是我整個論文寫作過程中相當重要的前進動力，她總是非常關心我的寫作狀況，給我最大的祝福。現在佩芬已經前往美國留學了，希望我們都能在新一階段的生活裡，有著滿滿的收穫。奕華是在準備研究所考試和國考時最好的戰友，上研究所後也有很多合作，很高興我們都能有相當好的成績。在我走向畢業的路上，奕華鼓勵我盡快找老師指導、與我討論是否兩年畢業、種子論壇後幫助我更聚焦思考方向，在在扮演了非常關鍵的角色。希望生涯規劃相近的我們，能在未來的職業生涯中，繼續互相支持與鼓勵。

最後我想感謝的，是一直在背後支持我的家人。爸爸認真工作、終身學習的精神，始終是我的最佳榜樣，也謝謝他在我的幾個重大抉擇時刻，充分尊重，讓我能夠適性發展。在我趕論文的時候，常常在研究室待到很晚，一直都是爸爸到學校來接我，非常感謝！媽媽是職業婦女，又要操持家務，備感辛勞。很感謝媽媽對我無微不至的關懷與照顧，我大概一輩子也無法完整報答。姊姊是從小到大最好的同伴，她一直在我前頭帶著我走。現在姊姊在美國攻讀博士學位，非常希

望她能夠順利完成學業，有很好的發展。願將這篇論文獻給我的家人，並祝他們
身體健康！

碩士論文的完成，雖然是學院生涯的暫時休止，但同時也代表著我即將面對
另一個更高難度的挑戰。期許我能以自己過去所學為基礎，並更積極的充實自己，
希望能夠以我的法學專業，對社會作出應有的貢獻，成為一個有正面影響力的優
秀法律人。



宋泓璟

2011年7月12日

於台大法律學院 2417 研究室

中文摘要

本論文係對「不可抗力」此一法律上概念，在民法領域範圍內之全面性研究。民事訴訟案件中，被訴之一方常以系爭損害係由天災或有其他人為因素介入，故屬於不可抗力作為抗辯。此一概念在我國法上，雖於訴訟中常見，並廣泛用於多種契約條款，對此概念之法學研究卻相當缺乏，亦可見法院判決之說理不一。

鑑於我國法上研究資料之欠缺，本文首先在第二章以比較法作為切入點，探討不可抗力相關概念。本文認為，不同的法規範間對於不可抗力雖有差異，然亦有一致之處。在第二章最後一節，本文回歸至我國法，認為成文法上「不可抗力」文字無清楚定義其概念範圍為何，適用上有其模糊之處，仍待學說及實務解釋。惟學說上對不可抗力之定義，亦存差異！主要問題在於，人為因素是否亦能構成不可抗力事由？

第三章中，本文將視角集中在契約法。作者選擇以我國最高法院判決為觀察對象，研究結果認為，我國裁判在不可抗力之構成要件上，與比較法上諸觀點若符合節。法律效果上有爭議者為，具備不可抗力事由時，是否得以解除或終止契約？另尚有不可抗力事由發生時的危險負擔問題。例如不可抗力所導致工期延長的費用負擔，應如何分配，甚值思考。另外在契約實務上，亦多見「不可抗力約款」，以改變原有之風險分配狀態。一般情形，此屬私法自治、契約自由之範疇，惟定型化契約中之「不可抗力條款」，則應予適度管制。本章最後則分析關於主張不可抗力時之其它程序事項，如通知義務及舉證責任等。

本文第四章則將論述重點轉向侵權責任。首先透過對於我國最高法院裁判之觀察，發現與契約責任上之相關分析亦有其相同之處。侵權責任中，若法條未明

定時，由於當事人間通常未具有事先約定之可能性，故以過失責任為原則。本文認為，在過失責任原則下，不可抗力概念之功能存疑。另外，就商品責任，透過本文論證更可得出，若認為確實成立不可抗力時，即相當於肯定商品之安全性！概念重疊時，不可抗力之概念由於範圍較小，應無獨立存在之必要性！

第五章中，本論文綜合上述各章之分析後，對不可抗力此一概念在民法上之爭議問題，提出作者之見解。首先係關於不可抗力之概念範圍與定義問題。本文認為，與其一開始就排除人為因素作為不可抗力事由，不如在個別情形為細膩分析，將責任歸屬作較為清楚的釐清。

此外，本文接續探討者為，不可抗力之概念與既有民事責任構成要件間之關係。一般皆認為，若將責任型態提升為僅有不可抗力始能免責者，其責任較一般之過失責任為嚴格。透過本文論證，真正之關鍵根本不是預見與否，而是對於障礙能否避免或克服！我國法上之契約責任及侵權責任，若未有特別約定或法律規定，在一般採過失原則之情形下，儘管當事人以不可抗力為抗辯，法院若以相關模式審查，顯然過苛且易生混淆之虞！

如此一來，有意義者似限於契約約定或法律規定僅以不可抗力作為免責事由之情形。然而，若將不可抗力與因果關係相連結，兩概念上是否有其重疊之處，而導致不可抗力概念無法獨立於既有之民事責任體系？就因果關係一般審查之方式看來，看似有其障礙。特別是，在因不可抗力事由之影響，而使行為人沒有選擇作為或不作為之可能性時，例如因不可抗力發生而使給付必須延後時，採取傳統的「若無，則不」分析法，即會得到有因果關係之結論，而使不可抗力與因果關係間看來未必重合。然而除了此種分析方式本身有其極限外，若回歸檢驗因果關係之目的觀察，如果沒有選擇可能性，又如何透過因果關係之要求，釋放出人

其實可以做不一樣的選擇以改變結果之訊息？

結論上，經本文分析後對不可抗力之概念所採取之立場是，不可抗力是否構成，應由純粹客觀面向處理為宜。抽離主觀因素後，無法抗拒其發生之損害，與被指摘的行為間，應認不具有因果關係。準此，所謂不可抗力之相關要件僅係檢驗因果關係之輔助方法，並無法學分析上獨立之功能！

關鍵字：不可抗力、因果關係、過失、契約法、侵權責任、自然災害、人為因素



Abstract

This thesis is a comprehensive research on the legal concept “force majeure” in the field of civil law. In civil litigation cases, the defendants often protest that damages were caused by natural disaster or intervened by other human factors, which constitute force majeure defense. In Taiwan law, although the concept is common in litigation, and also widely used in a lot kinds of contract clauses, the legal research on it is quite rare, and the reasoning of decisions of the court are inconsistent.

Due to the deficiency of literature in Taiwan law, the paper starts from comparative law perspective in the second chapter. Although there are differences in different regulations, there are some common grounds. In the last section of this chapter, this paper returns to Taiwan law. The author thinks that it lacks clear definition to the word “force majeure” in our written law, therefore causes obscurity whether the law is applied, and it needs academic theories and court decisions to interpret. However, there are still differences when scholars try to define the definition of force majeure. The main question is, whether human factors also constitute force majeure event?

In the third chapter, this thesis focuses on the contract law. The author chooses decisions of Taiwanese Supreme Court as objects of observation. The result of research indicates that the constitutive requirements of force majeure in Taiwanese court decision are in some extent in accordance with those in comparative law. A dispute in effect of force majeure is, whether one can withdraw or terminate the contract when force majeure events happen? Another question is the risk-taking. For example, how do

contract parties allocate the cost arising from extension of project time limit owing to force majeure? In general situation, it falls within the scope of private law autonomy and freedom of contract; however, the force majeure clauses in standardized contract should be under regulatory. In the last part of this chapter, the author analyzes other procedural matters when claiming force majeure, such as duty to inform and burden of proof.

The fourth chapter turns discussion to tort liability. First, through observation to Taiwanese Supreme Court decisions, the paper discovers that there are some similarities between contract liability and tort liability. In tort liability, if the written law does not stipulate, because the parties often do not have the possibility to agree upon a contrary intention in advance, the fault principle is applied. The author thinks, the function of force majeure concept is questionable under fault principle. Besides, in product liability, the paper states that if force majeure defense is established, it is equal to affirm the safety of product. When the concepts are overlapping, because the scope of force majeure concept is narrower, it does not have to independently exist!

In the fifth chapter, this paper integrates the analysis in above chapters, and proposes the author's own viewpoints toward the questions of force majeure concept in civil law. First are the scope and definition of force majeure. The paper argues that, instead of excluding human factors as force majeure events at the first beginning, it would be better to exquisitely analyze in individual situations, and clarify the responsibility more clearly.

In addition, the paper goes on to investigate the relationship between force majeure

concept and preexisting constitutive requirements on civil liability. In general point of view, if the liability is raised to that only force majeure can be exemption, it is stricter than fault liability. Through the reasoning of this paper, the key point is not whether the obstacle is foreseeable, but whether it is preventable or be overcome! The contract liability and tort liability in Taiwan law, if not arranged by contract or regulated by written law, the fault principle is generally applied. Although the defendant uses force majeure as a defense, if the court reviews the case by force majeure-related pattern, it is apparently too strict, and will easily be confused!

In this way, it seems that the force majeure concept is meaningful only when the contract agreement or statute regulatory states that force majeure is the only way to exclude the liability. However, if we make a connection between force majeure and causation, are these two concepts overlapping, therefore make the force majeure concept cannot exist outside preexisting civil liability system? From the general method of causation examination, it seems that there is some obstacle. In particular, when force majeure event causes no possibility of choosing to do or not to do, for example, the performance is delayed because of force majeure events, if the traditional “but-for” method is adopted, a conclusion that there is causation will be made, and it seems that force majeure and causation are not always overlapping. However, in spite of the limit of this “but-for” analyzing method, if we return to the purpose of examining causation, if there is not an opportunity to make a choice, how can we through the requirement of causation to release the message that people can make another choice to alter the result?

In conclusion, after analyzing force majeure concept in this thesis, the author holds that, whether force majeure is established, should be dealt from purely objective way.

After eliminating subjective elements, the damage that is not preventable does not have causation with the accused behavior. Therefore, the so-called requirements of force majeure are only assisting method to examine causation, and it does not have independent function in legal analysis!

Keyword: force majeure, causation, fault, contract law, tort liability, natural disaster, human factor



簡目

第一章	緒論	1
第一節	研究動機與問題提出	1
第二節	研究範圍與研究方法	4
第三節	論文架構	7
第二章	不可抗力之概念	9
第一節	概念起源	9
第二節	法國法上之不可抗力	10
第三節	德國法上之不可抗力	22
第四節	英美法上之不可抗力	28
第五節	國際條約及區域性立法整合方案	37
第六節	我國法上之不可抗力	42
第三章	契約法上之不可抗力	47
第一節	構成要件	47
第二節	法律效果	84
第三節	不可抗力約款	97
第四節	程序事項	117
第四章	不可抗力與侵權責任	124
第一節	不可抗力與一般侵權責任	125
第二節	不可抗力與商品責任	142
第五章	再訪不可抗力	159
第一節	不可抗力之定義	159
第二節	不可抗力與民事責任構成要件	167
第六章	結論	177
參考文獻		178

詳目

第一章	緒論	1
第一節	研究動機與問題提出	1
第二節	研究範圍與研究方法	4
第一項	研究範圍	4
第二項	研究方法	6
第三節	論文架構	7
第二章	不可抗力之概念	9
第一節	概念起源	9
第二節	法國法上之不可抗力	10
第一項	契約責任部分	10
第一款	適用範圍	10
第二款	構成要件	12
第一目	不可預見及無法抗拒	13
第二目	外來原因	14
第三目	陷於履行不能	16
第三款	法律效果	17
第一目	永久且全部不能	18
第二目	暫時不能	18
第三目	一部不能	18
第二項	侵權責任部分	19
第一款	適用範圍	19
第二款	構成要件與法律效果	21
第三節	德國法上之不可抗力	22
第一項	德國民法之規範	23
第二項	特別法上之規範	25
第四節	英美法上之不可抗力	28
第一項	契約責任部分	28
第一款	早期見解	29
第二款	英國晚近見解與發展	31
第三款	美國晚近見解與發展	33
第二項	侵權責任部分	35
第五節	國際條約及區域性立法整合方案	37
第一項	聯合國國際貨物買賣公約	37
第二項	聯合國國際統一私法協會國際商務契約原則	39
第三項	歐洲法共同參考架構草案	40
第六節	我國法上之不可抗力	42

第一項	法律規範	42
第二項	學說見解	44
第三章	契約法上之不可抗力	47
第一節	構成要件	47
第一項	案例摘要	47
第一款	天然災害	48
第二款	人為因素	62
第二項	裁判分析	69
第一款	概念定義範圍	70
第二款	不可預見與無法抗拒	74
第三款	外來原因	81
第四款	陷於履行不能	82
第二節	法律效果	84
第一項	免給付義務	84
第二項	延期給付	89
第三項	損害賠償責任之免除	91
第四項	終止契約或解除契約？	93
第三節	不可抗力約款	97
第一項	概論	97
第二項	不可抗力約款之功能	98
第三項	類型及法院解釋	100
第四項	定型化契約中之不可抗力條款	104
第一款	概論	104
第二款	不可抗力條款與歸責原則	105
第三款	主張適用條款之限制及法律效果	110
第四節	程序事項	117
第一項	通知義務	117
第二項	舉證責任	120
第四章	不可抗力與侵權責任	124
第一節	不可抗力與一般侵權責任	125
第一項	構成要件	125
第一款	案例摘要	125
第二款	裁判分析	134
第一目	概念適用範圍	134
第二目	不可預見與無法抗拒	135
第三目	與因果關係之關聯？	139
第二項	法律效果	141
第二節	不可抗力與商品責任	142

第一項	概論與問題提出	142
第一款	與一般侵權責任之區別實益	142
第二款	法院見解	144
第二項	因果關係之論證	146
第一款	因果關係認定之結構	146
第二款	不可抗力抗辯與因果關係認定	147
第三項	本文分析	149
第一款	不可抗力之概念	149
第二款	國外相似案例觀察	151
第三款	法院因果關係認定時的問題	153
第四項	獨立之抗辯事由？	156
第五章	再訪不可抗力	159
第一節	不可抗力之定義	159
第一項	概念範圍	159
第二項	構成要件	163
第二節	不可抗力與民事責任構成要件	167
第一項	不可抗力作為歸責事由	167
第二項	不可抗力與因果關係	171
第六章	結論	177
參考文獻	178

第一章 緒論

第一節 研究動機與問題提出

學者有云，現代社會亦可稱為「危險社會」，意指吾人所處者，乃是一個充滿各種危害的生活環境或社會結構¹。誠哉斯言！然而，在現代社會中，固然隨著科技的發展，而產生許多新型態的危險及損害，例如動力交通工具、化學物質、核能等；但也有些危險是從古迄今皆持續存在，並且往往是人力無法完全控制或預防的。尤其是我們所居住的台灣，雖為「婆娑之洋，美麗之島」²，但在別緻的面貌下，其實藏著不斷遭逢各種天災侵襲的哀愁。生活在這塊脆弱土地上的人們，亦必須學習如何與天災共存，承擔因此所肇致的損害。

近年來台灣幾次嚴重的天然災害，均造成許多民眾財產上的重大損失，或是受有身體、健康，甚至是生命的侵害。發生在 1999 年的九二一集集大地震，造成大規模的房屋倒塌³，相信仍讓不少人記憶猶新；2001 年時納莉颱風來襲⁴，台北捷運受淹水影響，成了巨大的地下蓄水池，市中心交通因而癱瘓⁵；最近的例子則是 2009 年的莫拉克颱風，挾其破紀錄的驚人雨量，使得中南部山區爆發嚴重土石流

¹ 王澤鑑(2005)，〈危險社會、保護國家與損害賠償法〉，《月旦法學雜誌》第 117 期，頁 132。

² 出自連橫，〈台灣通史序〉。

³ 此次災害共造成 2415 人死亡，29 人失蹤，11305 人受傷，另有 51711 間房屋全倒，53768 間房屋半倒。內政部消防署，歷年天然災害損失統計(年報)，載於內政部消防署網站，[http://www.nfa.gov.tw/upload/FTB/UpFiles/991217-天然災害損失統計表\(47 年至今\).doc](http://www.nfa.gov.tw/upload/FTB/UpFiles/991217-天然災害損失統計表(47 年至今).doc) (最後瀏覽日：03/07/2011)。

⁴ 據官方統計，約造成工商損失約 40 億元，農林漁牧損失約 42 億元。見中央氣象局颱風資料庫網站，http://rdc28.cwb.gov.tw/data.php?num=2001160906&year=2001&c_name=納莉&e_name=NARI (最後瀏覽日：03/07/2011)。

⁵ 本次捷運淹水的復原期間長達約半年，期間影響的人次當不計其數。可參考台北大眾捷運股份有限公司 91 年 5 月施政報告，載於台北大眾捷運股份有限公司網站，<http://www.trtc.com.tw/ct.asp?xItem=1207123&ctNode=24546&mp=122031> (最後瀏覽日：03/07/2011)，相關新聞報導，如聯合報(09/20/2001)，台北人 回到沒有捷運的日子 上班族 開始等吧！擠吧！塞吧！早一小時出門 遲一小時到班，3 版。取自聯合知識庫網站，<http://udndata.com/> (最後瀏覽日：03/07/2011)。

災情，「滅村」慘劇更是令國人同感悲痛⁶。在國外，2004 年印尼地震所引起的海嘯，多達數十萬人喪生⁷；2005 年美國卡崔娜(Katrina)颶風侵襲，導致數百億美元的經濟損失⁸。而在本論文寫作的同時，日本東北部又發生了芮氏規模高達 9.0 的大地震，其後續所引發之海嘯，以及迄今尚未完全解除的核電廠災害問題，亦使人類見證了，在大自然的面前，我們何其渺小⁹。

隨著人類的高度工業化及現代化，不斷排放溫室氣體的結果，氣候變遷現象成為人們不得不積極面對的問題。除了海平面上升將導致許多小島國家被迫遷徙之外，更大規模的影響來自「極端氣候」的頻繁出現。原本在研究中數十年或上百年才會出現一次的洪水頻率變得習以為常，亦有可能出現前一年困於旱象之中，後一年卻生洪澇之患的情形。在極端氣候日益加劇的年代，因而所生的損害程度也會越發嚴重。

天災所造成的損失，一般而言無法取得損害賠償，按在多數情形應無法歸責於任何人，如果要追究責任的話，或許也只能非常無奈的歸咎於神。由於天災造成的損害乃是人類所無法抵抗的，故在法律上習稱「不可抗力」，英文文獻稱為”Act of God”，意即神的行爲，沒有任何人必須爲此負責。在欠缺歸責事由的情況下，

⁶ 官方災害統計，造成 673 人死亡，26 人失蹤，農業損失 195 億元。見中央氣象局颶風資料庫網站，http://rdc28.cwb.gov.tw/data.php?num=2009080804&year=2009&c_name=莫拉克&e_name=MORAKOT (最後瀏覽日：03/08/2011)。本次災害固然係因破紀錄的驚人雨量造成，然而是否由其他人爲因素介入而導致災害擴大？例如，曾文溪越域引水工程，土資場砂石堆積等，究竟是否與災害有關？仍莫衷一是。相關新聞，如聯合報(02/02/2010)，工程會報告 小林滅村元凶：超大雨量 排除「越域引水」釀災 甲仙、那瑪夏、桃源三鄉同因崩塌，A1 版，取自聯合知識庫網站，<http://udndata.com/> (最後瀏覽日：03/08/2011)。

⁷ 最粗淺的估計，至少有 20 萬人因此喪生。參考，聯合報(12/27/2006)，南亞海嘯兩周年 洪水再次重創亞齊，A14 版，來源同上註。

⁸ 根據美國海洋及大氣總署(NOAA)的估計，甚至有可能達 1250 億美元。See, NOAA Homepage-Hurricane Katrina, <http://www.katrina.noaa.gov/> (last visited on 03/07/2011).

⁹ 截至 2011 年 4 月 16 日爲止，日本官方統計有 13666 人死亡，14268 人失蹤，4917 人受傷。見日本警察廳網站，<http://www.npa.go.jp/archive/keibi/biki/higaijokyo.pdf> (最後瀏覽日：04/16/2011)。福島核電廠反應爐之事故，造成輻射外洩，亦廣泛引起全球對核電存廢之討論。

只能在法律政策上選擇「讓損失停留在所生之處」¹⁰，使遭逢損害之人自行承擔¹¹。

然而，若有時天災其實不是天災，而是伴隨著人禍而來時，在法律上應該如何釐清其責任歸屬？例如，九二一地震之規模固然史上少有，然而某些在建築房屋時偷工減料的建築業者，卻在訴訟中以地震屬於天災不可抗力為由，企圖免其賠償責任，究竟法院應該如何判決？又如，颱風所帶來的豪雨雖然號稱「兩百年洪水頻率」，但市區內的抽水站因未妥善保養而故障，造成民眾更大的財產損害，又該如何定其責任？而或許可以試著探討的是，如果在此類商品責任中，即使證明業者卻無過失，然而相關的損害風險，是否有機制能夠妥善分配？

另外，即使非因天災造成損害，也有許多非在自己控制領域下的事故，因其發生導致損害，在訴訟中被訴之人有可能以「不可抗力」為由提出抗辯，主張自己毋庸負責。例如，運送人與託運人簽訂契約，約定將貨物運送至某國，但卻因該國發生動亂，港口封鎖；出賣人與買受人約定在某日交付買賣標的物，然因為出賣人之原料供應商發生勞資糾紛事件，無法如期出貨；出租人與承租人約定某日交付房屋，惟於交屋之前，該屋卻橫遭第三人縱火焚毀。以上事例，在在說明我們所在的社會確實充滿不可測的風險。然而，凡有風險，即應有其承擔之人。法律在危險社會中能夠扮演的角色即在於，如何妥適的分配各種風險，以盡力達到衡平的結果。這些普遍被提出來的事由，真的能夠算是不可抗力嗎？如果在契約中，契約雙方特別約定不可抗力事件的範圍，其效力如何？如果是以定型化契約條款為之，法院應該抱持著甚麼樣的態度？

¹⁰ O.W. Holmes, *The Common Law*, p.50.(1881)，轉引自王澤鑑(2010)，《侵權行為法》，初版再刷，頁 11，台北：自刊。

¹¹ 政府對於各天災受災者的補償，大概寓有某程度全民共同分擔損失之意。我國法上，例如農業天然災害救助辦法，其中對於受災者之「現金救助」與「補助」。法規引自全國法規資料庫網站，<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=M0090019> (最後瀏覽日：04/16/2011)。

是以，透過本論文的研究，作者想要試圖回答的是，究竟在甚麼樣的情況下，「不可抗力」之抗辯能夠有效成立？其構成要件為何？會有如何的法律效果？以及，本文欲進一步探究者為，不可抗力此一概念於民事責任體系的位置在何處？能否與既存的歸責要件，如因果關係、故意過失等為妥善整合？更具有批判性的問題是，此一概念有無其獨立存在的價值？以下將會循著此處所提出的問題，逐步建構不可抗力這個非屬罕見，但國內卻甚為缺乏研究的概念體系。

第二節 研究範圍與研究方法

第一項 研究範圍

本研究首先要探究者為，如何之情形始為「不可抗力」？這也牽涉到本文的核心用語定義。按前揭英文資料中"Act of God"之用語，一般僅指天災之不可抗力類型，惟依據作者之初步資料搜尋，實則國際間在處理不可抗力問題時，一般均習以法文字"force majeure"稱之，其涵蓋之範圍即包括天災及其他非債務人所需負責之人為因素所造成的不可抗力事由¹²。是故，以下所提及之「不可抗力」，除非特別敘明，否則皆係以"force majeure"為基本定位。

不可抗力之概念在我國法的運用上其實相當廣泛，可說是橫跨了數個民事責任領域。例如，九二一地震房屋倒塌相關訴訟中，有極高機率出現不可抗力之免責抗辯。如果該房屋之完工交付(即該當於消保法第七條之“流通進入市場”)係於消費者保護法開始施行(1994/1/13)後，則不可抗力之抗辯有可能遇到的問題，即是以

¹² See, Louis T. Visscher, Justifications and Excuses in the Economic Analysis of Tort Law, p.8, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) Working Paper Series, No. 2008/03. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1111547> (last visited on 01/11/2011)

無過失責任為歸責原理的商品責任間之關係。若非於消保法施行後交屋者，則只能適用民法第 191-1 條之規定，而採取推定過失責任，而此時要面對的領域即是一般以行為人的故意過失為歸責事由的侵權責任。

當然，上述案件中，若是房屋的現所有人係與建築業者直接簽訂契約之人，則可能又會涉及契約責任。不過在契約責任的相關案件中，最常見的案件類型為，在較長期的工程契約，承攬人在施作工程時通常會遭遇數個不可抗力事由，導致工作暫時無法進行，普遍的抗辯依據，多數仍係天災來襲致無法工作，因而無法如期完工。為免違約金或其他遲延之損害賠償，故以不可抗力為由主張應給予工期之展延，而能免除或減少一些債務不履行損害賠償責任。

我國法上在處理不可抗力之相關議題時，其實欠缺法律的一般性明文規定，包括不可抗力的構成要件和法律效果，以及提出之程序要求，如舉證責任等，皆付之闕如。然而不可抗力又是在國際商務契約上亦常使用的概念，故儘管僅是國內的契約，亦普遍存有「不可抗力條款」的約定。包括一些政府機關在與民間訂立契約時，其「示範條款」中也往往具有關於不可抗力的規定，通常會嘗試列舉出具體該當於不可抗力之情形，最後再加上概括條款。例如行政院公共工程委員會之「工程採購契約範本」第 17 條第 5 項即訂定：「因下列天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；不能履約者，得免除契約責任」¹³。另外，行政院消費者保護委員會所發布之「定型化契約應記載及不得記載事項」，以及「定型化契約範本」，亦常見類似的免責約定條款。例如，「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」第 12 條：「(一) 本預售屋之建築工程應在民國__年__月__日之前開

¹³ 工程契約採購範本(991228)，載於行政院公共工程委員會網站，<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/FMGRfrontend/DownloadQuoteFile.do?fileCode=F2011010122> (最後瀏覽日：02/24/2011)。

工，民國__年__月__日之前完成主建物、附屬建物及使用執照所定之必要設施，並取得使用執照。但有下列情事之一者，得順延其期間：

1、因天災地變等不可抗力之事由，致賣方不能施工者，其停工期間。

2、因政府法令變更或其他非可歸責於賣方之事由發生時，其影響期間。」¹⁴；「臍帶血保存契約範本」第 18 條(不可抗力因素)：「因天災、戰爭、暴動或其他不可抗力事件，致乙方無法履行本契約義務時，乙方不負不履行或延遲履行之責，但乙方應按其剩餘月數之比例無息退還甲方保存費（未滿一個月以一個月計算）；但若因乙方公司內部人員所發生之暴動、停工、罷工等行為所致，乙方仍應負責。」¹⁵」足見不可抗力此一概念，雖未直接在民法中有一般通則性規定，但確實在我國的契約責任領域中，占有一定的地位。

是以，本論文欲研究之範圍，即希望探究不可抗力之概念，釐清其基本類型，整理其構成要件、法律效果和程序要求，並在我國的實定法基礎下找尋此一概念與既存民事責任體系的整合可能性。討論的範圍涵蓋一般侵權責任、商品責任及其它的嚴格責任(無過失責任)，以及契約責任，希望能夠找出法院在處理類似爭議之時的合理判準。

第二項 研究方法

因研究題目關係，本文之研究方法仍擬採取傳統的文獻閱讀研究方式處理。由於對於「不可抗力」之研究，國內文獻著墨不多，且我國的法律現況顯然是由外國法繼受為多，因此外文文獻的研讀將不可或缺。在各國法制的選擇上，本文

¹⁴ 預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，載於行政院消費者保護委員會網站，http://www.cpc.gov.tw/KnowledgeBase_Query/Showfaq.asp?ID=4143 (最後瀏覽日：02/24/2011)。

¹⁵ 臍帶血保存契約範本，載於行政院消費者保護委員會網站，[https://back.cpc.gov.tw/KMOuterPath/6941/臍帶血保存契約範本\(公告版\).doc](https://back.cpc.gov.tw/KMOuterPath/6941/臍帶血保存契約範本(公告版).doc) (最後瀏覽日：02/24/2011)。

希望盡量兼顧不可抗力之緣由、相關發展，以及近來規範趨勢等，故選擇近代明文規定不可抗力之大陸法系先趨國家，即**法國**民法上的不可抗力概念為主要比較研究對象，探討其法律規定及司法裁判發展。**德國**為我國民事法體系的主要繼受母國之一，我國民事責任體系一般認為與之較為相近，故亦會提及其不可抗力概念的相關立法與解釋。另亦兼及由法院裁判逐步建立相關判準的普通法系國家，如**英國**及**美國**的相關情形。另外，在現代發展上，出現了許多條約以及國際或區域性的法律整合方案，例如**聯合國國際貨物買賣公約(CISG)**、**聯合國國際統一私法協會(UNIDROIT)**之**國際商務契約原則(PICC)**、**歐洲法共同參考架構草案(DCFR)**.....等，都值得在解釋論上予以借鏡。惟宥於作者之外文能力限制，主要仍以英文文獻為主，可能有少部分的德文文獻。但在涉及資料之轉譯時，例如以英文寫作之法國法相關規定，作者會對同一資料部分尋找較多來源交互參照，希望能夠維持進行比較法研究方法的一定可信度。

另外，由於本論文的最大研究目的是希望建立在我國法上不可抗力概念的合理適用情形以及體系定位，所以**台灣**法院的判決研究亦是必要部分。本論文將以最高法院判決為主要研究對象，探討法院對於不可抗力概念的理解是否妥適，另亦及於下級法院判決中，於最高法院未見之案例類型。希望能夠藉由比較法與我國法的研究，觀察出各國法制間的異同、我國實務與外國法有無落差，以建構屬於台灣的不可抗力概念適當理解與規範。

第三節 論文架構

本論文分為六章，第一章為「緒論」，扼要點出研究目的、範圍與方法；第二章為「不可抗力之概念」，主要以比較法的角度為出發點，引介國外關於不可抗力之相關規範、學說與實務，並概述我國之簡要現況。第三章以下則分別討論不可

抗力在各民事責任領域之體系位置，分別包括第三章「不可抗力與契約責任」、第四章「不可抗力與侵權責任」(包括一般侵權責任及商品責任)，旨在希望透過民事責任領域的區別，深入分析不可抗力概念在各種民事責任中能夠扮演的角色，並檢討我國實務之論證。第五章「再訪不可抗力」，則屬作者對不可抗力概念之嘗試定位與批判性見解。最後以第六章「結論」總結本研究之成果。



第二章 不可抗力之概念

第一節 概念起源

在進入對於近代法律對不可抗力概念的探究之前，我們可以自西方近現代法律的文化發展起源看起，尋找「不可抗力」的概念究竟源於何處。前已提及，法國民法是近代法律中明文規定不可抗力作為債務免責事由之始，然而，其實古代的羅馬法中早有如此之概念，稱為”*vis major*”，時至今日這個用語仍常被使用。甚至是更早期的漢摩拉比法典，雖未明示，但其法條文字中時可看出概念之雛形。顯見此類的免責抗辯事由，實為人類文化長期以來的產物，其出發點應是基於衡平思考，按若遭逢不可預料之事故，仍強迫其履約，未免過於苛刻。

有學說認為，法國民法上的相關規定即是源於羅馬法上的”*vis major*”¹⁶，通常可表現為意外事件(*casus maior*)或自然事件。例如，因自然災害導致承租土地減產，如果這種自然力是「不可承受」的，則承租人不承擔責任。另外，根據羅馬法上的「善意訴訟原則」，沒有人對野獸的行為、對無過失發生的死亡、對通常不可監視的奴隸的逃亡、對水災、對強盜的襲擊承擔責任¹⁷。

歷史上第一部的成文法——公元前 1780 年的《漢摩拉比法典》第 48 條規定，「如果一個人身上有債，而暴風雨或洪水又沖毀了他的田，或是由於缺水田沒有長出大麥，那麼那一年他可不向他的債主交糧，他可塗改他的泥板，不付那一年的利

¹⁶ Mahmoud Reza Firoozmand, *Changed Circumstance and Immutability of Contract: a Comparative Analysis of Force Majeure and Related Doctrines*, 8 *Bus. Law Int'l* 161, 162 (2007).

¹⁷ D.19,2,25,6; D.50,17,23. 相關說明可參考，黃風(2003)，《羅馬私法導論》，頁 270，北京：中國政法大學；謝邦宇主編(1990)，《羅馬法》，頁 266，北京：北京大學。

息。¹⁸」從此一條文中，或可看出現今各國法律上「不可抗力」及「情事變更原則」的雛形。經過日後的長期發展，才逐漸成爲今日的樣貌。

第二節 法國法上之不可抗力

第一項 契約責任部分

第一款 適用範圍

法國民法上關於不可抗力作爲民事責任上免責事由的明文規定，在其民法(*Code civil*)第三編「債編」，第三章「債之效果」中的第四節「因債務不履行而生之損害賠償」。最直接關聯的條文是第 1148 條：「如債務人因不可抗力或不可測事變，致不能履行其負擔之給付或作為債務時，或違反約定進行對其禁止之事項時，不發生任何損害賠償責任。¹⁹」本條文是第 1147 條，即債務不履行損害賠償歸責原理之反向說明。第 1147 條規定：「凡債務人不能證明其不履行債務，係因不可歸責於其本人之外來原因時，即使其本人並無任何惡意，如有必要，均因其債務不履行，或遲延履行而應負損害賠償。²⁰」

¹⁸ 中文譯文，楊熾翻譯(1990)，《漢穆拉比法典》，北京：高等教育出版社。英文翻譯：'If any one owes debt for a loan, and a storm prostrates the grain, or the harvest fail, or the grain does not grow for lack of water, in that year he need not give his creditor any grain, he washes his debt-tablet in water and pays no rent for this year.' See, D. Oswald Dykes, Code of Hammurabi, 16 *Jurid* 72 (1904).

¹⁹ 原文：「Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était.」英文翻譯：「There is no occasion for any damages where a debtor was prevented from transferring or from doing that to which he was bound, or did what was forbidden to him, by reason of *force majeure* or of a fortuitous event.」中文翻譯引自，鄭正忠、朱一平、黃秋田譯(2001)，《法國民法》，台北：五南。English version, translated by Georges Rouhette, http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm

²⁰ 原文：「Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.」英文翻譯：「A debtor shall be ordered to pay damages, if there is occasion, either

然而，同法第 1137 條又謂，「負責注意保管標之物之債者，不論契約係僅以當事人一方之利益或以各當事人之共同利益為目的，均使負擔此債務者，對物之保管應負善良管理人之注意義務。²¹」其間文字似有差異。法國之學說與實務上致力於解決可能產生之衝突與矛盾，目前一般皆以「方法債務」(*obligation de moyens*)及「結果債務」(*obligation de résultat*)之區別，界定民法第 1147 條及 1148 條的適用範圍。²²。

方法債務與結果債務之區分，是國內相對較為陌生的概念。在法國契約法上，依當事人之約定或契約之性質，債務人若僅承諾以各種可能的手段或方法，或盡其最大可能之注意以完成特定契約目的或實現特定契約結果，其所負之債務為「方法債務」。惟若債務人承諾必定完成特定契約目的或實現特定契約結果時，其所負之債務為「結果債務」²³。對於後者，法國法上認為，該「特定目的或結果之未完成」，即與「過錯」合而為一，故除非債務人能舉證有不能歸責之原因，否則當然必須負責²⁴。而該等不能歸責之原因即係民法 1147 及 1148 條中所述。

至於方法債務與結果債務如何區分，雖有許多學說嘗試提出標準，惟並無一最終確定之判準。但一般而言，契約給付內容是否具有「偶然性」、「射倖性」、「不

by reason of the non-performance of the obligation, or by reason of delay in performing, whenever he does not prove that the non-performance comes from an external cause which may not be ascribed to him, although there is no bad faith on his part.」

²¹ 原文：「L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.」英文翻譯：「An obligation to watch over the preservation of a thing, whether the agreement has as its object the profit of one party, or it has as its object their common profit, compels the one who is responsible to give it all the care of a prudent administrator.」

²² Konrad Zweigert and Hein Kötz (translated by Tony Weir), *An Introduction to Comparative Law*, (3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 1998), 501.

²³ 陳忠五(2008)，〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，收錄於朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富合著，《醫療過失舉證責任之比較》，頁 126-127，段碼 7-8，台北：元照。

²⁴ 同上註，頁 132，段碼 10。

確定性」，常是判斷時的關鍵因素²⁵。有一些契約類型，係實務上均普遍認為無爭議者。例如醫療契約，出於其不確定性，通常無法確定能將疾病治癒，故依其性質僅能認為醫師負有盡其最大注意治療疾病之義務；律師對於其當事人提供法律諮詢，因亦無法保證其勝訴，故也只負方法債務。相反的，買賣契約、承攬契約則因其契約給付之實現往往處在債務人之支配下，而不涉及其他不確定因素之配合，故債務人必須確保給付內容之實現，其所負的即為「結果債務」²⁶。不過，確實存有一些模糊地帶，而無法截然二分。例如法國法院曾經認定，海上運送人取得貨物後，在裝船之前及下船之後負方法債務，在其航行期間則負結果債務²⁷。

儘管如此，方法債務與結果債務之區別，仍是目前法國實務與學說之穩定見解與通說見解。是以，根據法國目前普遍見解，只有在結果債務之情形，債務人主張自己免於負損害賠償責任時，才需主張其債務不履行或遲延給付係由於不可抗力或不可測事變，而在方法債務則是只要證明無違反善良管理人之注意義務，即可免責。此為本文應先予敘明者，以利後續之探討。

第二款 構成要件

法國民法上雖有明文規定不可抗力作為免責事由²⁸，然而並未規定在何種情況下構成不可抗力，故其構成要件係藉由法院裁判，逐步累積案例發展而成。經過上百年之發展，要件也有隨時代修正之趨勢。曾有法國裁判具體指出，不可抗力係指不可預見而無法抗拒、不能克服之外來事件，因而導致履行債務之不能²⁹。如

²⁵ 同上註，頁 127，段碼 8。

²⁶ 同上註，頁 128-129，段碼 8。Zweigert and Kötz, *supra* note 22, at 502.

²⁷ Civ. 21 July 1970, D. 1970,767, as cited in Zweigert and Kötz, *supra* note 22, at 502.

²⁸ 法國民法第 1148 條之「不可抗力」與「不可測事變」，理論上應可區分，亦曾有學說嘗試區別，惟未獲普遍接受。目前在法國均將此二用語視為同義，多以不可抗力單獨稱呼。See, Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, (2nd ed., New York: Oxford University Press, 1992), 202.

²⁹ *Cass soc* 12 July 1999, as cited in Firoozmand, *supra* note 16, at 164.

此之定義，本文認為能夠當作後續探討之出發點。當然，亦有學說見解指出，事實上這些要件彼此之間具有緊密關聯，因此在司法裁判評估時皆互相依存³⁰。惟此種分類方式亦為法國文獻上普遍採用者，故本文在此亦從之。

第一目 不可預見及無法抗拒

不可預見(unforeseeability)作為判斷是否構成不可抗力之要件，與是否具有過失之判斷有高度連結。一般認為，在契約責任上，對於是否可預見的標準，通常置於在締約時能否預見有會導致債務不履行的情事發生。可能出現的事件型態包括天災，例如洪水、乾旱、暴風雪等，也有可能是人為因素，例如戰爭、暴動、政府法令更改等³¹，凡是在締約時無法預見此事件將會發生，因而使給付限於不能的情形皆屬之。至於如何始能稱為「不可預見」，在學說上存有爭論。有認為應以所有人皆無法預見為標準，但多數仍認為係以通常情況下無法預見為已足³²。如果以上述之標準嚴格檢視，在締約時其實對於某些事件的發生實仍有預見可能性，例如某些劇烈的天氣現象，在一些地方有固定的出現頻率，或是締約時可能已有初步發展的事件，如戰爭已開戰，未來可能帶來的損害。此時判斷可預見性即不僅以該事件之「發生」為標準，而是必須判斷其嚴重程度是否超出預期，適度做出理論上的修正³³。例如，關於後者，法國法院即在兩個裁判中認為，政府發給房屋建照之程序延遲係可預見，但 1940 年大撤退則被認為是不可預見³⁴。

³⁰ Dennis Tallon, in George A. Bermann, Etienne Picard (eds.), *Introduction to French Law*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008), 230.

³¹ See, J. Denson Smith, *Impossibility of Performance as an Excuse in French Law: The Doctrine of Force Majeure*, 45 *Yale L. J.* 452, 453. (1936)

³² Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Les Obligations*, (3e éd, Paris: Defrénois, 2007), 502, as cited in John Bell, Sophie Boyron, Simon Whittaker, *Principles of French Law*, (Oxford, New York: Oxford University Press, 2008), 344.

³³ Marel Katsivela, *Contracts: Force Majeure Concepts or Force Majeure Clauses?*, 12 *Unif. L. Rev.* 102, 107 (2007).

³⁴ Com. 26.10.1954, D. 1955.213; Civ. 22.12.1954, D. 1955.252, as cited in Barry Nicholas, *supra* note 28, at 203.

無法抗拒(irresistibility)係指事件之發生係無法避免且無法克服(unavoidable and insurmountable)。此一要件強調的是債務人對於事件之發生，若能期待其防免損害，則仍必須為其債務不履行負責。特別是，縱使有無法預期的事件發生，但債務人仍有其他替代方法可用於履行債務時，債務人即不能執此事由抗辯為不可抗力。例如，當出賣人之原料供應商無法提供足夠的原料時，法國法院認為，出賣人仍負有積極尋找其他供應商的義務，以確保標的物之交付³⁵。另外，縱有發生外來事件介入而導致損害的可能性，但實有機會避免，則債務人仍需負責。例如，事實發生在一次大戰時的兩個裁判，均是貨物遭到徵收，然而其中之一被證明因其輕率而導致錯過在徵收令頒布前運送之機會，後者則是已盡最大努力，但其貨物仍於火車站中已裝載好的情況下突遭徵收。法院判決前者需損害賠償之責，後者則被判斷合於不可抗力之要件而免責³⁶。

由以上觀察可以得出，真正的關鍵在於該事件是否無法抗拒！事實上，法國法院近年來亦開始有判決僅強調事件之無法抗拒做為不可抗力的要件，而不再論述該事件是否為可預見³⁷。然而仍有法院判決固守傳統見解，認為不可抗力需要不可預見且無法抗拒³⁸。是以，判斷之標準依然模糊。

第二目 外來原因

另外一個普遍在法院判決中被強調的要件是，該事件之發生，必須是出於外來的原因(external cause)，此顯然為民法第 1147 條之當然解釋。所謂外來原因，指

³⁵ Cass Civ, 12 July 2001, as cited in Firoozmand, *supra* note 16, at 164.

³⁶ Civ. 6 May 1922, DP 1922.1.130; Civ. 19 June 1923, DP 1923.1.94, as cited in Zweigert and Kötz, *supra* note 22, at 500-501.

³⁷ Civ. (1) 6 Nov. 2002, Bull. civ. I no.258, as cited in Bell, Boyron, Whittaker, *supra* note 32, at 344.

³⁸ Ass. plén. 14 Apr. 2006, Bull. civ. Ass. plén. no. 5, *id.*, at 345.

該事件不能發生於債務人的控制範圍之內。因此，若因債務人或其使用人的行爲，而導致債務不履行，自然非出於外在原因。法國法上有一饒富興味的案例，可供參考。該案之事實係原告託被告保管一批珠雞(guinea fowl)，但卻因爲積雪壓垮被告之屋頂，而導致部分珠雞死亡。被告抗辯此爲不可抗力，法院卻以屋頂倒塌非外來原因爲由，認被告仍須賠償³⁹。另外一案例爲，餐廳提供之魚類料理遭細菌感染，該細菌之出現雖被認定爲不可預見且無法避免，然而由於料理提供本身仍在餐廳可控制範圍，因而亦不得免責⁴⁰。

另外一個常被討論的問題是，如果債務人無法如期給付之原因是因爲自己的員工罷工，則債務人是否仍需負責？此時法院會選擇更細膩的探討罷工原因爲何，如果是出於對於公司政策的不滿，則不是外來原因，債務人仍需負責；但倘若係源於對於政府政策的抗爭所因此引發的「公共罷工」，則因非屬於雇主得以控制的領域，因而具備外來原因⁴¹。

然而事件須出於外在原因此一要件，似在最近的法院判決有鬆動現象。在 2006 年的一則裁判中，僅討論不可預見及無法抗拒二要件，而肯定債務人的嚴重疾病亦構成不可抗力事由⁴²。但仍有學者認爲，事件之外來性原則上應仍爲法院判斷是否爲不可抗力之原則要件，但在本案例中因債務人具有特殊技藝，債權人係因此特別與之訂定契約，要求其訂作物品，故債務人本身的履約能力，即是此債務是否得以履行的關鍵，法院才創設此一例外⁴³。

³⁹ Civ. 19.7.1988, JCP 1988.IV.348, as cited in Nicholas, *supra* note 28, at 204.

⁴⁰ Poitiers 16.12.1970, Gaz. Pal. 1971.264, *id*, at 204.

⁴¹ Com. 21.11.1967, JCP 1968.II.15462, *id*, at 204; Cass civ 1, 24 Jan. 1995, as cited in Firoozmand, *supra* note 16, at 165.

⁴² Ass. plén. 14 Apr. 2006, Bull. civ. Ass. plén. no. 5, as cited in Bell, Boyron, Whittaker, *supra* note 32, at 345.

⁴³ Christian Larroumet, *Droit Civil, Les obligations. Le contrat: 2e partie Effets*, (6e éd, Paris : Economica, 2007), 836, as cited in Bell, Boyron, Whittaker, *id*, at 345.

第三目 陷於履行不能

此處之不能(impossibility)與我國法制上之概念略有差異，應為廣義解釋，包括永久不能(permanent impossibility)以及暫時不能(temporary impossibility)。對應至我國民法，約莫等同於給付不能及給付遲延，先予敘明。

履行不能之態樣，依其原因又可分為事實上不能及經濟上不能，前者指客觀上之無法履行，後者指雖客觀上有履行可能，然而因為履行所需費用支出過高，或者因為締約後之情事變更，使得依約履行有經濟上之困難。法國法院向來對此採嚴格解釋，限於事實上不能的情形始有不可抗力之適用。法院判決嘗謂，不可抗力事件僅指使履行陷於不能，而不及於使履行較為艱鉅者⁴⁴。雖然亦曾出現例外之裁判，例如法院認為，若使債務人繼續給付將使其生命受到威脅，則雖非絕對不能，但仍可據此免責⁴⁵，但一般仍認為這樣的見解係屬特例。

值得提出的是，許多國家的民法都有因應經濟上履行不能之「情事變更原則」，然而法國民法裁判上並不採此見解。在一法國廢棄法院(*Cour de Cassation*)判決中，案例事實為西元 1567 年訂定的灌溉溝渠使用契約，其租金到了 300 年後變得微不足道。法院認為，此案並不符合不可抗力之情形，按其給付尚屬可能，並且法國民法上也無授權給法院得以調整給付之權利，因而判決仍照舊有租金數額給付⁴⁶。然而法國最高行政法院(*Conseil d'Etat*)卻在行政契約中採取不同看法，該案係 1904 年時原告與地方政府訂定提供瓦斯之契約，卻因戰爭導致煤價大幅上漲，故原告要求提高收購價。法院認為，在本案涉及公共利益之情形，煤價之上

⁴⁴ Civ. 4.8.1915, S. 1916.1.17, as cited in Nicholas, *supra* note 28, at 202.

⁴⁵ 1869 D. Jur. IV 211, as cited in Saul Litvinoff, Force Majeure, Failure of Cause and Theorie de L'Imprevision: Louisiana Law and Beyond, 46 *La. L. Rev.* 1, 14 (1985).

⁴⁶ Civ. 6.3.1876, S. 1876.1.161, D. 1876.1.193, as cited in Nicholas, *supra* note 28, at 208-209..

漲已導致業者的經營困難，為確保公眾之供氣無虞，因此有必要進行價格調整⁴⁷。於此案中，可謂行政法院脫離了原有的不可抗力體系思考，而另外在行政契約領域創設了「不可預見理論」(*Theorie de L'Imprevision*)。

行政法院開創不可預見理論之後，廢棄法院於民法契約上仍然堅守原有的傳統見解⁴⁸。惟近年來受各國法制影響，法國學界迭有批評，甚至直接進行民法修正，在部分契約類型中創設法院得以變更契約給付內容的規定⁴⁹。法院之立場似亦漸鬆動，尤其是在商事案件中，法院雖不直接進行給付調整，但亦承認重新協商的可能性⁵⁰。另外，也有法院判決認為，若因情勢變更而造成不公平的結果，因而獲利的一方必須為一定程度的補償，並有義務重新協商⁵¹。惟學者認為，若因此即認法國民事領域也接受情事變更原則，可能還言之過早⁵²。

第三款 法律效果

在法律效果上，依照民法第 1148 條的規定，若因不可抗力事件，致不能履行債務，則不負損害賠償責任。然而尚待解決的問題是，不能履行債務的態樣有很多種，如上一節曾提及的，包括永久不能和暫時不能，另外還有全部不能和一部不能的分類。在各該不能履行的型態中，因為不可抗力事件所產生的法律效果自然也會略有差異。以下擬分為永久且全部不能、暫時不能，以及一部不能三類型，分別簡要探討。

⁴⁷ CE 30.3.1916, S. 1916.3.17, D. 1916.3.25, *id.*, at 209.

⁴⁸ 例如，前揭之灌溉溝渠一案，在行政法院判決後又再度提起相關訴訟，但法院仍然不准調整租金之請求。See, Civ. 15.11.1933, Gaz. Pal. 1934 J. 68, *id.*, at 208.

⁴⁹ See, Bell, Boyron, Whittaker, *supra* note 32, at 346.

⁵⁰ Com. 3 Oct.2006, D 2007.765, *id.*, at 346.

⁵¹ Dalloz 2004, Jur P. 1754, as cited in Catherine Kessedjian, Competing Approaches to Force Majeure and Hardship, 25 *Int'l Rev. of L. & Econ.* 415, 426 (2005).

⁵² *id.*, at 427.

第一目 永久且全部不能

在給付因不可抗力事件之介入而陷於永久且給付不能，試舉一最極端的例子，約定交付特定房地，該地卻於交付前遭洪水沖毀，並成為河川地，斷無給付可能。此時不僅依法國民法第 1148 條之規定，債務人免負賠償責任之外，另外由於雙務契約中之原因理論(*theorie la cause*)，雙方互負給付義務時，若有一方給付原因消滅，另一方之給付義務亦當然免除⁵³。惟依法國民法第 1184 條之規定，此點與我國略有差異，按法國之解除契約須請求法院裁判為之。若有一方已給付時，則可請求返還所受領之給付⁵⁴。

第二目 暫時不能

暫時不能即如同我國法概念上的給付遲延，如前所述。然而暫時不能又可分為兩種，一為特定時期給付即為該契約目的上最重要之點，如要求製作蛋糕，預定用於婚禮之上。此時縱使不可抗力事件在日後會消失，例如因道路中斷無法通行，但交通終會恢復；或是工廠突遭祝融，然而仍有方法重建，惟之後的給付對當事人來說已失去意義。此時應同意當事人解除契約。但在特定時期給付非屬契約目的上最重要之點時，延期給付雖造成不便但尚有意義，此時不可抗力所造成的效果，即免除遲延給付的損害賠償⁵⁵。

第三目 一部不能

⁵³ Civ. 14 Apr. 1891, 1891.1.1.129, as cited in Firoozmand, *supra* note 16, at 166.

⁵⁴ See, Nicholas, *supra* note 28, at 205.

⁵⁵ See, Firoozmand, *supra* note 16, at 166.

一部不能的情形又分為兩類，一類是單一給付，但可分成許多獨立部分，另一類是所謂的繼續性給付。先處理單一給付的部分。如果給付係一次性的，但給付的標的其實有數個，其中一部分因不可抗力而陷於給付不能，則在解釋上當然係僅能免除該部分的責任。然而若給付標的雖可各自獨立，但其間又互相具有關聯時應如何？學者嘗提及法院的案例，事實為承攬建造煉油設施和輸油管線，但其中煉油設施的部分因為不可抗力事件而無法興建。此時法院認為，二者給付雖可分開，惟前者為後者之前提，是以法院即會判斷，維持契約之效力對於當事人無益，故全部契約均解除⁵⁶。

另外於繼續性給付之情形，如電力之供應契約，但其中有數個月無法給付。法國法上一個具代表性的案例為，原告與被告在二次大戰前簽訂契約，承租發光燈柱作為廣告之用。但隨著戰爭於 1939 年爆發，政府遂下令夜間必須暫停電力供應，該燈柱因而無法使用。原告起訴要求解除契約，但法院認為至少在白天仍具給付目的，故只判決減少百分之 20 的給付⁵⁷。是以，事實上法國法院對於一部不能的處理方式，可說係有高度的裁量權限。

第二項 侵權責任部分

第一款 適用範圍

相較於規範契約責任之法國民法第 1148 條有明文寫出「不可抗力」(*force majeure*)之文字，在侵權責任之部分，基本上沒有直接的明文規定。法國民法第 1382 條，不同於契約責任，而將侵權責任之歸責事由原則上限於行為人具有「過錯」

⁵⁶ H. G. Beale et al., *Cases and Materials and text on Contract Law*, (Oregon: Hart Publishing, 2002), 600.

⁵⁷ Paris 13.11.1943, Gaz. Pal. 1943.2.260, as cited in Nicholas, *supra* note 28, at 207.

(*faute*)⁵⁸。該條規定：「任何造成他人損害之人之行爲，具有過錯之該人應負賠償損害之義務。⁵⁹」然而，隨機械時代(machine age)之來臨，法國法上開始認爲，因工業發展，大量製造及使用工業產品，例如動力車輛的結果，被害人若由於相關物品之使用肇致損害，惟因無法特定及證明過錯存在，即無法取得損害賠償者，將使其成爲物品發明及頻繁使用的無辜犧牲者，而有不公平之疑慮。由此，法國學說與實務開始創設「物的責任」之思維方式，以「物肇致損害的事實」作爲評價對象，而以「物的危險」作爲責任基礎⁶⁰。是以，學說與實務發展出，以民法第 1384 條第 1 項：「人，不僅因就自己行爲所造成之損害而負責，尙應就其所負責之人之行爲，或其管領下之物，所造成之損害而負責。⁶¹」作爲獨立的責任型態，確立法國民法上「自己行爲責任」、「對他人行爲責任」，以及「物的管領人責任」三種類型。就「物的管領人責任」部分，一般認爲此種責任係「當然責任」、「客觀責任」、「無過錯責任」⁶²。在此種責任類型之下，法國法上認爲不僅是推定過失，已直接爲「推定賠償責任」⁶³。惟其仍非絕對責任之型態，係因仍得以「不可抗力」、「第三人行爲」、「被害人過錯」作爲減免事由之故⁶⁴。

另外，在「對他人行爲責任」之型態上，如法定代理人責任，法國法上亦有

⁵⁸ 此處以「過錯」取代「過失」，係由於法國法上 *faute* 一詞，定位上有包括我國法之「過失」與「不法」之可能，故直接將該詞翻譯爲過失，未盡精準。詳見，陳忠五(2006)，〈新世紀法國侵權責任法的挑戰—以交通事故損害賠償責任的發展爲例〉，《臺大法學論叢》第 35 卷第 2 期，頁 119(註 6)。

⁵⁹ 原文：「Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.」英文翻譯：「Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it.」中文翻譯取自，陳忠五(2006)，前揭註 58，頁 118。

⁶⁰ 陳忠五(2006)，前揭註 58，頁 119。

⁶¹ 原文：「On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.」英文翻譯：「A person is liable not only for the damages he causes by his own act, but also for that which is caused by the acts of persons for whom he is responsible, or by things which are in his custody.」中文翻譯取自，陳忠五(2006)，前揭註 58，頁 115。

⁶² 陳忠五(2006)，前揭註 58，頁 120。

⁶³ Ch. réun 13 Feb. 1930, rapp. Le Marc'hadour, concl. Matter S. 1930.1.121 note Esmein, DP 1930.1.57, note Ripert, as cited in Bell, Boyron, Whittaker, *supra* note 32, at 382-383.

⁶⁴ 陳忠五(2006)，前揭註 58，頁 123；see also, *id.*, at 382.

日漸嚴格之趨勢。父母對於其未成年子女侵權行為之連帶損害賠償責任，原先被認定係推定過失責任，然而在 1997 年廢棄法院之判決中，卻將其修正為父母僅得以不可抗力及被害人過錯為抗辯⁶⁵。更嚴格之責任型態係僱用人責任，按其於法國法上被定位為代負責任⁶⁶(vicarious liability)，一般認為，無論僱用人舉證證明其未具過失，或甚至提出不可抗力抗辯，皆無法免除其責任⁶⁷。

第二款 構成要件與法律效果

自 1896 年廢棄法院判決明認民法 1384 條之獨立請求權意義時起，即已認為，不可抗力得以作為物的管領人責任之抗辯事由。關於不可抗力抗辯是否成立，法院初以損害之發生，是否係因不可預見及無法抗拒之原因作為判斷標準⁶⁸。惟法院後續認為，若因不可預見及無法抗拒之物上缺陷，即能使物之管領人可免負其責任，未免有失其規範目的。是以，法院後於 1945 年重新定義不可抗力之要件，加上事件之發生係因「外於該物」(exterior to the thing)之事由所致此一要件⁶⁹。是以，車輛之突然不明原因爆胎或煞車失靈，即使可能不可預見或無法抗拒，但因出於該受管領之物品本身之原因，故不能被認定是不可抗力。法院就此認為，物品之瑕疵，係管領人必須承擔的風險⁷⁰。

法國法院一度有寬認不可抗力之趨勢。如在為數最多的動力交通工具事件中，法院有時以「汽車在交通事故的發生上，不是積極因素，僅扮演消極角色」

⁶⁵ Civ. (2) 19 Feb. 1997, D 1997,265 note Jourdain, *id.*, at 394.

⁶⁶ 名詞中譯取自，林誠二(2009)，〈代負責任及與有過失間之關連性〉，《台灣法學雜誌》第 127 期，頁 161。

⁶⁷ Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, (3e éd, Paris : L.G.D.J., 2006), 1013, as cited in Bell, Boyron, Whittaker, *supra* note 32, at 396.

⁶⁸ Civ. 16 Jun. 1896, 1897.1.17 note Esmein, *id.*, at 390.

⁶⁹ Req. 22 Jan. 1945, S. 1945.1.57, *id.*, at 390.

⁷⁰ Civ. (2) 6 Mar. 1959, GP 1959.2.12, *id.*, at 390

為理由，從寬認定不可抗力事由存在⁷¹。除了將狗所致之事故認為係不可抗力外⁷²，夜晚無法察覺之道路上油漬⁷³、其他駕駛人之不良駕駛⁷⁴，也都能構成不可抗力。惟近期之判決中，法院就不可抗力之認定又趨於嚴格。例如在 2001 年廢棄法院的一個判決中，法院認為，火車停靠在車站時，乘客遭同車之人由開啓之車門內推出，不構成不可抗力，按其並未不可預見及無法抗拒，係火車公司得以防止者，故火車公司仍應負責⁷⁵。如同契約責任，亦有學說見解認為，真正判斷之關鍵係在無法抗拒⁷⁶。

法律效果方面，由於侵權責任原先之法律效果僅有損害賠償一種，故若構成不可抗力因而得以免責時，法律效果即為免其損害賠償責任。

第三節 德國法上之不可抗力

德國雖和法國同屬歐陸法系國家，然而其對於不可抗力概念之適用範圍廣狹，卻有非常顯著的差異。前曾提及，法國民法將不可抗力與契約法上的歸責原則相連結，規範在第 1148 條；然而依德國民法第 276 條，債務人除契約另有約定或法律另有規定外，原則上因其故意或過失負責，從而並無法直接看出，不可抗力在德國契約法中所扮演的角色究與法國有何差別。但如果由其他條文觀察，即可得出規範上的差異。

⁷¹ 陳忠五(2004)，〈法國交通事故損害賠償法的基本問題〉，收錄於《私法學之傳統與現代—林誠二教授六秩華誕祝壽論文集(中冊)》，頁 224-225，台北：學林文化。

⁷² Civ. (2) 10 Apr. 1964, D 1965.169 note Tunc, as cited in Bell, Boyron, Whittaker, *supra* note 32, at 391.

⁷³ Civ. (2) 28 Oct. 1965, D 1966.137 note Tunc, *id*, at 391.

⁷⁴ Civ. (1) 30 Nov. 1960, S 1961.142, *id* at 391.

⁷⁵ Civ. (2) 15 Mar. 2001, Bull. civ. II no.56, *id*, at 391.

⁷⁶ Geneviève Viney, in George A. Bermann, Etienne Picard (eds.), *supra* note 30, at 251.

第一項 德國民法之規範

德國法上之不可抗力，稱之為”höhere Gewalt”，在民法中仍可見於三處，分別是 206 條規範時效之延緩(Hemmung der Verjährung)⁷⁷、第 651j 條旅遊契約因不可抗力終止(Kündigung wegen höherer Gewalt)⁷⁸，以及第 701 條之旅店主人責任(Haftung des Gastwirts)⁷⁹，尤其是後兩者，實能看出在德國民法上，若條文規範因不可抗力免責，其歸責原則與一般的過失責任有所不同。

事實上即有德國學者評釋，德國民法於 2002 年修正時，許多條文皆參考聯合國國際貨物買賣公約(Convention on the International Sale of Good, CISG)為修正藍圖，然而在債務不履行之要件上，修正委員會仍堅守過失原則⁸⁰。由於我國法之債務不履行亦以過失責任為原則，故德國法上之解釋適用，即相當值得參考。惟本章旨在介紹及初步評釋不可抗力之概念，是以如此之差異究竟有何影響？本文擬於後續章節再詳細分析。

依據學者見解，德國法上對於不可抗力之概念，向有主觀理論(subjektive Theorie)及客觀理論(objektive Theorie)之分別。主觀說指損害之發生，雖盡最大注意仍無法避免；客觀說則是認為不可抗力為外來原因所致，不可避免且(債務人)

⁷⁷ 若於時效期間最後六個月內，債權人因不可抗力而被阻礙其行使權利，時效將被延緩。原文：Die Verjährung ist gehemmt, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist.

⁷⁸ 若旅行由於締約時無法預見之不可抗力之結果而造成重大困難、遭遇危險或受到阻礙，則旅行主辦人及旅客均得僅依此規定終止契約。原文：Wird die Reise infolge bei Vertragsabschluss nicht voraussehbarer höherer Gewalt erheblich erschwert, gefährdet oder beeinträchtigt, so können sowohl der Reiseveranstalter als auch der Reisende den Vertrag allein nach Maßgabe dieser Vorschrift kündigen

⁷⁹ 當(旅客物品)之喪失、破壞或毀損係因旅客、旅客之陪同者或旅客接待之人所致，或因物品之性質，或因不可抗力所造成者，不生損害賠償責任。原文：Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von dem Gast, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die der Gast bei sich aufgenommen hat, oder durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt verursacht wird.

⁸⁰ Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, (New York: Oxford University Press, 2005), 40-41.

不可歸責之事件⁸¹。目前法院則是兼採兩說見解，認為不可抗力是外來的、縱盡最大合理注意亦無法避免之事件⁸²。至於哪些事件可以該當於不可抗力事件而取得各該條文之法律效果？視各條文之規範目的及效果不同而有差異。

本文觀察相關文獻記載，初步認為可以將此三條文大別為兩類，第 651j 條與第 701 條應屬同類，而相對而言較早立法而非配合歐洲立法趨勢的第 206 條⁸³，其概念上實與其他二條有別。當然亦有可能是此二類可能遇見的事件類型之故，故使其略有差異。首先，在德國民法第 206 條關於時效之延緩，法院在審酌何為不可抗力事件時，係把重點置於何等事件會導致債權人無法期待行使其權利。德國法院認為屬不可抗力者，例如，債權人罹患嚴重疾病(schwerer Krankheit)⁸⁴，或其自由喪失(Freiheitsverlust)，如在戰爭中被俘(Kriegsgefangenschaft)、遭綁架(Kidnapping)，或不可歸責之逮捕(unschuldete Inhaftierung)⁸⁵。起訴時的郵政遲延(postalische Verzögerung)亦屬之⁸⁶。然而，債權人不知法律(Rechtsunkenntnis)及法律錯誤(Rechtsirrtum)，除非此狀態係法院或其他行政機關所引起者，皆非屬不可抗力，⁸⁷。當然，因為戰亂(Kriegswirren)或自然災害(Naturkatastrophen)而導致司法之停止運作(Standstill der Rechtspflege)，亦是不可抗力事由⁸⁸。

另外兩個條文，文獻上之探討以及實務案例皆主要集中在第 651j 條。按其於法條中即明文規定，遇有契約訂立時不可預見，而造成履行困難、產生危險或阻礙之不可抗力時，旅遊主辦者(Reiseveranstalter)或旅客(Reisende)均享有解約之權

⁸¹ *Bamberger/ Roth*, §651j, Rn.2.

⁸² BGH NJW 2002, 2238; 87, 1938. sh. *Prütting/ Wegen/ Weinreich*, §651j, Rn.4. 中文說明可參閱，陳自強(2000)，〈民法侵權行為法體系之再構成(下)—民法第一九一條之三之體系地位〉，《台灣本土法學雜誌》第 17 期，頁 26。

⁸³ *Prütting/ Wegen/ Weinreich*, aaO, §276, Rn.36.

⁸⁴ OLG Karlsruhe OLGR 2002,4.

⁸⁵ *Staudinger/ Peters*, §206, Rn.16.

⁸⁶ OLG Hamm NJW-RR 1990, 477, 478; BAG NJW 2003, 2849, 2850.

⁸⁷ BGH ZIP 1995, 949, 951; NJW 1997, 3164.

⁸⁸ *Bamberger/ Roth*, aaO (Fn.81), §206, Rn.4-5.

利。是以，欲成功解約時，主張之不可抗力事件至少應該要是契約訂立時不可預見的。當然，學說上之解釋仍然依照法院之見解，認為還要是外來的，與旅遊主辦者未具關聯，盡其最大注意仍不能避免者始屬之⁸⁹。法院曾認定的不可抗力事件包括：戰爭⁹⁰、內亂⁹¹、天然災害(如熱帶風暴⁹²、海嘯⁹³、地震⁹⁴等)、疾病(如霍亂⁹⁵、SARS⁹⁶等)、核子事故⁹⁷、恐怖攻擊⁹⁸等。另外有爭議之案例類型為罷工。對此法院認為，如果認定係於主辦者可掌控之風險範圍(Risikosphäre)之內，例如其當地合作業者之罷工，非屬不可抗力⁹⁹；若是其無法掌控者，例如海關人員(Zollbeamten)或航空管制人員(Fluglotsen)之罷工，即能認定屬於不可抗力¹⁰⁰。最近新的案例類型則為，出發前突遇旅遊國家之簽證政策變更，法院亦肯認此屬於不可抗力之範圍¹⁰¹。

第 701 條之部分，本文迄未尋得相關實務案例。惟依據學者見解，仍將不可抗力定位在，損害係由於外來的、不可預見且不可避免之事件所導致者。可能之情形則包含武裝搶劫(Bewaffneter Raub)、天然災害，以及縱火(Brandstiftung)等¹⁰²。

第二項 特別法上之規範

另外一些法規範上所見之不可抗力，或許亦能有助釐清概念間之關係。例如

⁸⁹ JurisPK-BGB, §651j, Rn.8.

⁹⁰ AG Stuttgart-Bad Cannstadt NJW-RR 1992, 312. (波灣戰爭)

⁹¹ LG Frankfurt NJW-RR 1991, 1205,1206. (六四天安門事件)

⁹² BGH NJW-RR 1990, 1334; LG-Hamburg RRa 1997, 114; OLG Frankfurt RRa 2000, 165.

⁹³ AG Dachau RRa 2006, 78. (南亞海嘯)

⁹⁴ BGH NJW 2002, 3700, 3701.

⁹⁵ AG Bad Homburg VuR 1992,313. (祕魯霍亂)

⁹⁶ AG Augsburg RRa 2005, 84.

⁹⁷ BGHZ 109,224 = NJW 1990, 572; AG Ansbach NJW-RR, 1987, 497. (車諾比核災)

⁹⁸ LG Frankfurt NJW 2003, 2618; AG Hannover RRa 2002, 226. (911 恐怖攻擊)

⁹⁹ LG Frankfurt NJW-RR 1987, 823.

¹⁰⁰ LG Frankfurt NJW-RR 1991, 691.

¹⁰¹ Frankfurt NJW-RR 2005, 282.

¹⁰² *Staudinger/Werner* §701 Rn.73.

德國規範鐵路交通事故之責任法(Haftpflichtgesetz)第 1 條第 2 項¹⁰³，以及規範公路交通事故之德國道路交通法(Strassenverkehrsgesetz)第 7 條第 2 項¹⁰⁴，均將因不可抗力所致之事故排除於需負賠償責任之範圍外。另外，類似條文亦散見於環境責任法、水資源法等規範。這些法規的共通特點是，行為人所負之責任為所謂的「危險責任」，相較於一般的過失責任而言較為嚴格。

受限於文獻之取得，以下僅以德國責任法第一條第二項為範圍，扼要說明在德國法之嚴格責任中，對於不可抗力概念之範圍界定及其實務上之適用範圍。按學者於責任法不可抗力概念之說明，參考歷年來之法院裁判後，因為該法相較於上述民法第 651j 條及 701 條而言屬歷史較悠久的規定，因而能夠累積出較多的判斷標準。學者認為，本條之不可抗力指外來的、異常劇烈的自然力或第三人引起之事件，該事件依人類之認識及經驗係不可預見的，且依經濟上可忍受的方式與最大合理注意仍無法防止損害之發生者。若歸結為要件以方便說明，則於符合外來作用(Einwirkung von außen)、異常(Außergewöhnlichkeit)，以及不可避免(Unabwendbarkeit)這三個要件時，始能認定合於不可抗力之情形而使責任免除¹⁰⁵。以下擬概要提及幾個鐵路事故之案例類型，或可觀察德國法院於判斷不可抗力概念時之寬嚴。

最普遍的案例來源自然是天然災害。然而，並非所有天然災害所導致的事故都能屬於不可抗力所致，因而得以免責。天災應有相當之嚴重程度，一般正常範圍內的雨、雪、霧等，都不得執以抗辯。德國法院認為，面對這些一般之天災，企業經營者(Betriebsunternehmer)應能預見，而隨時得以預防損害發生。承認其為

¹⁰³ Haftpflichtgesetz(HaftPflG) §1(2): Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht ist.(中文翻譯：當事故係因不可抗力所導致時，排除損害賠償責任。)

¹⁰⁴ Straßenverkehrsgesetz (StVG) §7(2) Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird.

¹⁰⁵ *Filthaut*, HPflG, §1, Rn.158.

不可抗力者，例如，因雷擊致樹木倒塌，造成車廂損毀及乘客受傷¹⁰⁶；高達 12 級之陣風突使招牌掉落砸進車內¹⁰⁷；例外的、特別嚴重的暴風雪使火車出軌等¹⁰⁸。

在另一些情形法院採否定見解。單純的洪水淹沒軌道並不當然屬於不可抗力，按法院認為，若有足夠的應變時間或餘地能夠減速通過或停止行駛，即不屬之¹⁰⁹。另外在一個案例中，因黑冰(Eisglätte)¹¹⁰而導致火車出軌，造成乘客受傷，法院並不認為其屬於不可抗力¹¹¹。而在峭壁邊之軌道遭土石崩落而掩埋，法院亦認為，此屬於業者可以事先預見而能防範的，故否定不可抗力之抗辯¹¹²。

除了天然災害之外，也有一些行為雖屬人類行為(menschliche Handlung)，惟法院仍肯定其屬不可抗力。當然，必須非屬鐵路運輸員工之不作爲(Unterlassung)或職務上行爲(Dienstliche Handlung)，若雖係員工造成，然不屬於職務上行爲時，則與其他第三人相同評價¹¹³。德國法上第三人行爲被認定為不可抗力之典型案例為暗殺(Attentate)或破壞行動(Sabotageakte)例如在車廂內安裝炸藥¹¹⁴，或是對於行駛間的列車投擲炸彈等¹¹⁵。對於無權調整或是破壞轉轍器之行為，則有不同見解，有認為應屬可避免之事¹¹⁶，但亦有認為不可避免而構成不可抗力者¹¹⁷。略為近期之案例中，侵入停車場或停止之列車中而使其開動¹¹⁸，或是擅自操作火車柵欄¹¹⁹，皆遭法院以尚可避免為由否定之。

¹⁰⁶ OLG München VersR 1963, 1208.

¹⁰⁷ AG Hannover 1959, 552.

¹⁰⁸ RGZ 101, 94.

¹⁰⁹ RG EE 20, 184; 52, 170.

¹¹⁰ 指溫度較低時水氣會在表面上結成極薄的一層冰，因駕駛人通常難以察覺而不知減速行駛，故時常導致打滑意外。See, http://en.wikipedia.org/wiki/Black_ice (last visited on 03/21/2011).

¹¹¹ BGH TranspR 2004, 259.

¹¹² BGH NZV 2004, 245.

¹¹³ OLG EE 45, 93. sh. *Filthaut*, aaO.(Fn. 105), §1, Rn.164.

¹¹⁴ LG Halle EE 57, 352.

¹¹⁵ RG EE 21, 371.

¹¹⁶ RG JW 1926, 2290.

¹¹⁷ RG EE 47, 383.

¹¹⁸ BGH VersR 1976, 963.

¹¹⁹ OLG München EE 45, 92.

早期實務上曾有罷工是否屬於不可抗力之問題。原則上應認為，除非是全國性的，各產業之大罷工，否則公司內部，或甚至是全部鐵路工會串聯者，皆不屬之¹²⁰。另外亦值一提者，尚有戰爭之影響。空襲(Luftangriff)自然屬於不可抗力¹²¹，而於其他情形，例如受政府命令影響必須熄燈行駛而導致意外，法院亦肯認其屬不可抗力¹²²。近期最多數之案例則是，出於自殺(Selbstmordabsicht)之意圖而從列車月台跳至行駛中之列車前。對此法院除有從不可抗力之要件分析者外，更有認為，此處之自殺者不屬法規目的所要保護之「意外犧牲者」(Unfallpfer)，而實為「利用」火車而遂行其自殺意圖，故業者自無須負責¹²³。當然，關於是否為自殺之舉證責任，仍落在企業經營者一方，此為法院之一貫見解¹²⁴。

第四節 英美法上之不可抗力

第一項 契約責任部分

相較於屬於大陸法系的法國法承襲羅馬法的源遠流長，現今一般被歸類為普通法系的英美法，相關的概念非從古代延續，而是藉由其法院裁判，逐步累積屬於自己的不可抗力法則。相對於法國係先於民法典中直接規範，再由法院判決在具體個案中闡明構成要件和法律效果，英美法由於向來欠缺成文的民事法規範，故其相關概念往往是透過法院的裁判，在具體個案中認為如何始符合正義與衡平之要求，而形成判決先例，再經後世發展，逐漸形成目前所見的樣貌。由於美國早期曾為英國的海外殖民地，故其法律發展上的來源實為英國，後來才逐漸形成

¹²⁰ RGZ 104, 150 = JW 1922, 1320.

¹²¹ *Filthaut*, aaO.(Fn.105), §1, Rn.167.

¹²² OLG Darmstadt VAE 5, 143; KG VAE 11, 67.

¹²³ OLG München VersR 1992, 61 = NZV 1991, 272; OLG Hamm VersR 2000, 600; NZV 2005, 41.

¹²⁴ aaO.

與之有所區隔之法律體系。以下即擬先簡介英國法上相關概念的起源，後再談及英國和美國後期的不同發展。

第一款 早期見解

英國法上關於不可抗力之概念，係經過數百年的演進，才慢慢被法院普遍接受。首先要說明的是，英國契約責任上也有類似法國契約責任的分類，將不同契約類型的歸責事由亦依其特性分為兩類，即須負嚴格責任的契約，以及僅須負過失責任的契約。

以債務人是否具有過失作為契約責任之歸責原則者，亦即只要債務人證明其已盡合理注意(*reasonable care*)或適當注意(*due diligence*)之後，即可免責者。屬於此種契約類型的典型適例，包括醫師替病患進行外科手術，或律師代表其當事人在法庭上進行訴訟。於此情形，雖然沒有得到原先預期的結果，但只要債務人於履行債務時不具有過失，仍然不需要負損害賠償責任¹²⁵。另外在某些契約履行與否需繫於第三人同意者，例如必須取得政府核發的進口或出口執照等，也屬於此類債務人須負過失責任者¹²⁶。

債務人須負嚴格責任者，亦即縱使債務人能夠證明其違約非出於未盡合理注意或適當注意，然而仍未必能解銷契約不履行之責。凡非屬前揭過失責任之契約行者，皆屬此一分類，其責任成立相對較為容易，按僅證明已盡合理注意或適當注意，並不足以使其免責。例如，若出賣人與買受人訂定未特定之種類之物買賣

¹²⁵ e.g., *Clark v Kirby-Smith* [1964] Ch.505; *Eyre v Measday* [1986] 1 All E.R. 488; *Thake v Maurice* [1986] Q.B. 644. See, Guenter Treitel, *Frustration and Force Majeure*, (2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2004), 6, para 1-004.

¹²⁶ e.g., *Maritime National Fish Ltd v Ocean Trawlers Ltd* [1935] A.C. 524.

契約，出賣人不得僅以原料供應商歇業主張免責¹²⁷；另外，若運送人與託運人約定應於特定日期前將貨物運達，運送人不得僅以港口過於擁擠，無法順利排上船程為由，主張其不須負因遲延而生之損害¹²⁸。

然而早期的嚴格責任類型，其實近似於今日的絕對責任(absolute liability)。對於今日承認的一些在契約成立後產生的介入事由(supervening event)，而得以主張免除契約責任，早期見解並未如此認為。目前的文獻在提到這段法制的演變過程時，多從 1647 年的 *Paradine v Jane*¹²⁹ 一案提起。該案法官認為，若當事人透過他自己的契約創造一個義務，或得以歸咎於自己，縱然有任何意外或不可避免的危難，因為他能夠在契約中預防其發生，是以必須受契約拘束而妥善履行¹³⁰。並且，在判決中法院所提出之舉例，例如房屋遭閃電擊中而焚毀，或遭敵人入侵而搗毀，顯然是現今所認為的不可抗力概念下之典型型態¹³¹。

然而 *Paradine v Jane* 一案所揭櫫之契約絕對責任，卻從來不是通則。事實上，即使非前述以過失為歸責原理的契約類型，例如，不須第三人同意始能使契約義務順利履行者，英國法院亦不斷創設例外，使在產生特定介入事由時，債務人得以免責。例如寄託契約中，當寄託的馬匹突然因病死亡，並且非基於受託人之過失時，受託人即不須負未返還寄託物之損害賠償責任¹³²；在個人服務契約中，畫家若突然眼盲，則當然無須完成畫作，亦無須賠償¹³³。後者的判決中說明，當契約依存於個人技藝，而上帝之行爲(act of God)使其無法實現時，該契約之履行得以

¹²⁷ e.g., *Barnett v Javeri & Co* [1916] 2 K.B. 390.

¹²⁸ e.g., *Lewis Emanuel & Son Ltd v Sammut* [1952] 2 Lloyd's Rep. 629. See, Treitel, *supra* note 125, at 4-5, para.1-003.

¹²⁹ (1647) Aleyn 26.

¹³⁰ “when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accidents or inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract”, *ibid.* For general comments, see, Treitel, *supra* note 125, at 20-24, para.2-003 to 2-006.

¹³¹ *ibid.*

¹³² *Coggs v Bernard* (1703) 2 Ld. Raym. 909.

¹³³ *Hall v Wright* (1858) R.B & E. 746.

免責¹³⁴。這些或許都是後續不可抗力相關概念的雛形¹³⁵。

第二款 英國晚近見解與發展

真正為不可抗力相關概念奠基的裁判，一般認為，當屬 1863 年的 *Taylor v Caldwell*¹³⁶一案。該案之事實為，原告向被告承租音樂廳，約定在 1861 年 6 月 17 日、7 月 15 日、8 月 5 日及 8 月 19 日提供予藝術家表演。然而在同年之 6 月 11 日，音樂廳突毀於祝融，而無法提供演出。原告起訴主張準備音樂會所支出的相關準備成本，包括器材及廣告支出等。而法院最後判決原告敗訴，被告無須賠償，所持之判決理由是：「在需要依存於特定人或物的持續存在始能履行的契約中，源於該人或該物之消逝所致的履行不能應予免責，係一默示之條件。¹³⁷」

作成本案判決的 Blackburn 法官在其判決書中其實並沒有將 *Paradine v Jane* 一案所採取的見解推翻，而只是多創設了例外，使得免責的情形從「特定人」的死亡擴大到「特定物」的滅失。然而，後世仍然將其視為英國法 frustration of contract(契約頓挫¹³⁸)理論的開端，原因在於該判決提出了「默示條件」的理論架構，使得後續之判決可以立足於此而為進一步的突破¹³⁹。儘管該默示條件之理論以為現今英國法院所不採，而係多以「極端差異」(radically different)理論為依據，然而在實際上的操作則未見不同¹⁴⁰。

¹³⁴ *ibid.* at 749.

¹³⁵ See, Treitel, *supra* note 125, at 31-36, para.2-012 to 2-015.

¹³⁶ (1863) 3 B. & S. 826.

¹³⁷ 原文：「in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance.」*ibid.*, at 839.

¹³⁸ 名詞中譯，取自陳淳文(2004)，〈論行政契約之情事變更問題〉，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，頁 3，<http://ntur.lib.ntu.edu.tw/bitstream/246246/13832/1/922414H002042.pdf> (最後瀏覽日：03/08/2011)。

¹³⁹ See, Treitel, *supra* note 125, at 45-46, para.2-025.

¹⁴⁰ Clare Ambrose, Force Majeure in International Contracts- The English Law perspective, 4 *Bus. L. Int'l* 234, 235 (2003).

但相對於法國向來見解將不可抗力限定在履行之絕對不能/事實上不能，英國的概念範圍相較之下仍較為寬鬆，包括履行雖可能，但對於當事人而言實無意義者。此種案例類型，英國法上稱為 *frustration of purpose*，本文擬基於上述翻譯，譯為「契約目的頓挫」。最早的案例係一系列的「英王加冕案」，案例事實為，1901年12月英王愛德華七世登基，宣佈訂於1902年6月26日正式加冕，許多在加冕儀式舉行地以及遊行路線附近的房屋和旅社租賃契約因而訂立。然而儀式舉行的前兩天，國王突感身體不適，因而取消全部儀式。在其中一個案例中被告認為，既然儀式取消，租此房屋之目的已失，故拒繳租金，因而遭原告起訴。法院認為，契約頓挫應亦適用於特定條件或物品狀態成為契約訂定之基礎，而該基礎嗣後消滅之情形¹⁴¹。

基本上英國法院對於契約頓挫理論的使用還是相當保守。例如在最近的一個重要案例中，原告與擁有兩艘大型駁船(*Super Servant one & Super Servant Two*)的被告簽訂運送契約，契約中載明被告有裁量權選擇以任一艘運送原告之貨物。被告選擇 *Super Servant Two* 作為運送原告貨物的船隻，不意於運送之前，該船非因被告過失而沉沒。原告主張被告仍應使用另一艘船履行契約，被告卻主張此情形符合契約頓挫理論，因此得以免責。法院否定被告抗辯，認為另外一艘船既然還存在，則縱使可能造成被告對其他第三人之違約，仍然應該履行契約義務¹⁴²。

該判決除了凸顯出英國法院仍有意將契約挫敗原則限縮在極小的範圍之外，在理論發展上也有重大意義。該案之 *Bingham* 法官提出了適用該原則的判準，即構成契約頓挫之事件必須是外在事件或外來的極端情況改變，並且不可歸責於主

¹⁴¹ *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740. For detailed analysis, see, Treitel, *supra note 125*, at 314-325, para.7-006 to 7-014.

¹⁴² *J Lauritzen AS v Wijsmuller BV* [1990] 1 Lloyd's Rep 1.

張契約頓挫之當事人¹⁴³。

而在法律效果上，不同於法國法上區分多種案例類型而有不同之法律效果，一般認為，若構成契約頓挫，其法律效果即是契約之自動解消(automatically discharge)，不需契約當事人爲表示或通知，亦沒有至法院起訴認定契約解消之條件，法院判決毋寧只是發生爭議時對於此一結果的再確認¹⁴⁴。是以，學說見解亦認為，法國法上的不可抗力概念，較諸英國之契約頓挫理論，具有更多彈性¹⁴⁵。而在英國法上，不可歸責於契約當事人之一部或暫時不能，若一律認定爲契約頓挫而導致契約解消之結果，顯然不一定是當事人所樂見的。是故，雖然在英國法上之契約頓挫理論，在此層面採取較小之概念範圍，並無「部分契約頓挫」或「暫時契約頓挫」之存在¹⁴⁶，然而英國法院針對一部或暫時不能履行之情形，亦透過其裁判有適當之處理。例如，曾有一案例其事實爲，樂團與咖啡館簽訂演出契約，履行期間因英王喬治五世去世，政府下令全部公共娛樂場所停止營業，因而無法演出。樂團起訴請求演出酬勞，咖啡館以契約中之「無演出即無給付」約定拒絕該部分給付。法院認為，政府下令停止營業兩天之部分，咖啡館得免責，惟後續四天係咖啡館自己禁止樂團演出，自不得以此契約條款主張之¹⁴⁷。

第三款 美國晚近見解與發展

美國法承襲英國法契約絕對責任之概念，後來亦受到英國法院判決的影響，產生契約頓挫理論。至於何種情形始該當於契約頓挫，大致上亦與英國法上相同，茲不贅述。至二十世紀下半葉，理論發展跟英國開始有些許差異，主要是在於履

¹⁴³ *ibid.*, at 8. See, Firoozmand, *supra* note 16, at 175 (n. 64); Ambrose, *supra* note 140, at 235.

¹⁴⁴ Ambrose, *ibid.*, at 236.

¹⁴⁵ *ibid.*, at 237.

¹⁴⁶ Treitel, *supra* note 125, at 215, para. 5-007 to 5-008.

¹⁴⁷ *Minnevitich v. Café de Paris (Londres) Ltd* [1936] 1 All E.R. 884. See, Treitel, *ibid.*, at 253, para. 5-058.

行不能的概念上，英國法雖發展出契約目的頓挫理論，相較之下已較法國法限於事實上不能履行為寬鬆，然而其仍有需要觀察契約給付目的是否已經隨情況改變而不能達成之限制。至於法國行政法上之「不可預見理論」，則在英國未見類似概念。然而，美國法上鑒於商業活動的經濟特性，逐漸在判決中創設出 *commercial impracticability*(商業上難以實現¹⁴⁸)之概念，後並於其統一商法典(UCC)第 2-615 條明文規定之。該條規定：「出賣人全部或一部遲延給付或未給付...，若出於意外事件之發生導致合意之履行難以實現，而該意外事件之不發生係契約訂立時之基礎假設，則不違反其依買賣契約而生之義務...。¹⁴⁹」

依照該法之解釋以及法院累積而成之判準，大概可以歸納出，在如何之情況下始該當於商業上難以實現之概念。例如在 *Transatlantic Fin. Corp. v. United States*¹⁵⁰一案中，法院即逐步分析要件，如是否有依該行業之習慣與通常情形不可預期的事件發生，該事件之風險是否能夠被事先透過契約為妥善分配，以及，該事件之發生是否造成契約之履行難以實現。對於難以實現之判斷標準，該案中法院定位在，是否履行該契約只能以過高的(*excessive*)及不合理的(*unreasonable*)的手段為之¹⁵¹。至於 UCC §2-615 中所謂契約訂立時的基礎假設，實際上法院在判斷時，仍多以是否有預見可能性(*foreseeability*)為基準。然而法院亦無穩定而一致的見解，在某些法院的詮釋下，幾乎所有的意外事件(*contingency*)都仍然可以預見，然而另一些法院的見解，相對而言即有較為彈性的認定¹⁵²。

¹⁴⁸ 名詞中譯取自，張永健(2003)，〈論給付不能之分類與歸責問題〉，《法令月刊》54卷6期，頁91。

¹⁴⁹ 原文：「Delay by delivery or non-delivery in whole or in part by a seller... is not a breach of duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made...」 UCC §2-615(2005), as cited in Jay D. Kelley, So What's Your Excuse? An Analysis of Force Majeure Claims, 2 *Tex. J. Oil Gas & Energy L.* 91, 95 (2007).

¹⁵⁰ 313 F.2d. 312 (D.C. Cir. 1966).

¹⁵¹ *id.*, at 315-317.

¹⁵² e.g., *Bende & Sons, Inc. v. Crown Recreation Inc., Kiffe Prods. Div.*, 548 F. Supp. 1018 (E.D.N.Y. 1982); *Cliffstar Corp. v. Riverbend Prods., Inc.*, 750 F. Supp. 81 (W.D.N.Y. 1990). See, Kelley, *supra* note 149, at 96-97.

「商業上難以實現」概念，相較於法國傳統以事實上不能為限，始能主張因不可抗力免除契約責任，實已有非常大的放寬；並且其與英國的契約目的頓挫理論，又有所區別。前者仍然局限於契約目的不達之情形，而後者則是僅需因為履行需要過高及不合理的成本，即能因此免責，其標準已更為寬鬆。

第二項 侵權責任部分

相對於契約責任部分標準漸趨寬鬆的發展，英美法上對於不可抗力與侵權責任的認定，則是日趨嚴謹。限於本文作者資料搜尋能力，以下關於侵權責任部分的說明，多以美國法上資料為主。

英美法侵權責任之不可抗力，依目前資料蒐集所見，多數均屬非人為因素造成，亦即“act of God”之部分。事實上，依本文所見，侵權責任法中能否主張雖因人為因素而導致，然而仍屬於不可抗力之情形而能免責？可能存有爭議，本文於後續將會一併探討。

儘管本文尋得有關侵權責任與不可抗力之著作皆屬分析美國法上發展，惟如前所述，美國法畢竟還是承襲了部分英國法的傳統而為發展，故多數文獻在說明時，多少都會提到英國法院判決的相關說明，例如 1785 年之 *Forward v. Pittard*¹⁵³ 一案，涉及公共運送人責任是否因為發生火災而解消。該案非第一次出現“act of God”之用語，然據學者研究，卻是法院首次有意定義天災不可抗力的範圍，明白表示其為「人類行為」(act of man)的相反概念¹⁵⁴。

¹⁵³ 99 Eng. Rep. 953 (1785).

¹⁵⁴ *id.*, at 956-957. See, Denis Binder, Act of God? or Act of Man? A Reappraisal of the Act of God Defense in Tort Law, 15 *Rev. Litig.* 1, 17 (1996).

然而這樣的定義畢竟還是不夠明確。在如此之認知下，只要是自然行為所造成的災害，不論其規模大小，難道都能視為不可抗力？更精確的說，一般用語上的「神的行為」，和法學用語上的「不可抗力」是否有存在落差的可能及必要性？美國法上的後續發展，逐漸朝限縮不可抗力適用的方向邁進。美國法院逐漸發展出兩個最基礎的要件，即該天然災害的發生必須是異常的(*extraordinary*)，且依人類之注意無法預期(*anticipate*)或避免(*prevent*)¹⁵⁵。對於後者舉例言之，如果對類似天然災害事件的預報技術已臻成熟，則在能夠及時應變的範圍之內，行為人仍然應該就其所造成的損害負責，不得主張不可抗力之抗辯¹⁵⁶。

對於前者的認定標準則較為模糊，有法院採較嚴格的解釋認為，該天然災害的發生需要是無先例可循的(*unprecedented*)¹⁵⁷。如此的認定方式將使天災成為法律上意義的不可抗力變得相對困難，按凡是在該地區曾經出現過相當規模大小的天然災害，日後若又因為類似的事件肇致損害，則亦無法使該事件成為法學意義上的不可抗力事件¹⁵⁸。然而亦有法院見解採取較寬之認定，只針對個案中系爭之天災於「正常情況」(*normal condition*)是否不可預見及無法避免損害結果之發生為判斷¹⁵⁹。

再者，即使認定某一天然災害已達到非常以及無可預測或避免的程度，美國法院的普遍及穩定見解又對於天災與損害間的因果關係為相當嚴格之限制。法院

¹⁵⁵ Marsha Ternus Rundall, "Act of God" as A Defense in Negligent Cases, 25 *Drake L. Rev.* 754, 755 (1976).

¹⁵⁶ 例如於 *Liberian Popular Transportation, Inc., v. United States*, 26 Cl. Ct. 223 (1992)一案中，法院認為，原告從氣象預報發布後之五小時之內，皆有機會避開暴風雨，因而不能主張因其漏油所付出之清理費用，向國家請求填補。

¹⁵⁷ Rundall, *supra* note 155, at 755-756.

¹⁵⁸ e.g., *McKinley v. Hines*, 113 Kan. 550, 215 P. 201 (1923). 該案法院認為，因該地區的氣象紀錄上有相同規模的暴風雪記載，故不能認為是不可抗力。

¹⁵⁹ e.g., *Oakes v. Peter Pan Bakers, Inc.*, 258 Iowa 447, 138 N.W.2d. 93 (1965). 同樣是暴風雪事件，本案法院卻認為縱使有相同程度者曾經發生，然不能執此即認為其屬於常態。

見解認為，必須要在天然災害係損害的唯一原因(sole cause)時，始有不可抗力抗辯之適用。如果在因果關係之認定上有人為因素介入時，特別是有足以認定行為人有過失之事實，不可抗力之抗辯自然無法成立。在此情況下，損害之發生就會因此「具有人的屬性」(humanize)而從不可抗力的概念中排除¹⁶⁰。

值得注意的是，美國於 1980 年制定全面性環境對策、賠償及責任法案 (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act, CERCLA)，其中之免除責任事由，除”act of God”之外，尚有”act of war”與”an act or omission of a third party”¹⁶¹，似足以表明，美國侵權責任法上，只是不存在能夠同時包括自然因素及人為因素之用語，而必須分開規範，並非全面性排除人為因素。

第五節 國際條約及區域性立法整合方案

以下擬簡要引介數個國際條約及國際或區域性之立法整合方案，按由於其係經跨國的討論之後被提出，或許可以從中觀察，對於不可抗力的相關概念上，雖非全部，但至少是多數國家對此一議題的看法。

第一項 聯合國國際貨物買賣公約

(UN Convention on Contracts for International Sale of Goods, CISG)

制定於 1980 年的聯合國國際貨物買賣契約公約，是目前國際上適用最為廣泛

¹⁶⁰ Shea-S&M Ball v. Massman-Kiewit-Early, 606 F.2d 1245, 1249 (D.C. Cir.1979).

¹⁶¹ 42 U.S.C § 9607 (b). 對於此處所述之第三人行為，美國法上特別限定其要件於該法之責任主體已盡其注意義務等情況。See, Joel Eagle, Divine Intervention: Re-examining the “Act of God” Defense in a Post-Katrina World, 82 *Chi.-Kent L. Rev.* 459, 461 (2007).

的關於貨物買賣契約之條約。在其第 7 部分中的第 79 條，儘管沒有明示“*force majeure*”等文字，但一般認為係造成了與不可抗力概念相同的法律效果¹⁶²。由於該公約是探討不可抗力概念內涵時最早的跨國性整合法律文件，故本文選擇為較詳細的說明，以下其他各規範若有相似規定時，即不再重述，先予敘明。

CISG 第 79 條第 1 項，相當清楚的界定了在何等情形之下，契約當事人雖不能履行其義務，然仍得以免責。依該項之規定，若能夠證明，其契約義務之不履行係由於在其控制範圍之外的障礙，且於契約締結時無法合理期待能將障礙納入考量或避免、克服障礙或其結果者，無須負責¹⁶³。學說解釋上認為，本項規定可以分析成四個要件，即(1)有履行之障礙，且(2)該障礙係在承諾人(promisor)的控制之外，並且(3)不能避免，另外也要求(4)係障礙導致不履行¹⁶⁴。進一步的解釋包括，障礙必須屬於客觀而外在於債務人之情形，僅為債務人個人之欠缺過失不足以主張；雖在締約時無法預見該情形，但如果能藉由合理替代方法履行時仍不得免責；以及，該不可預見且不可克服的障礙必須是造成不履行的唯一原因¹⁶⁵。

除了基本的構成要件之外，該條也在第 2 項至第 5 項分別規定了契約因第三人而不能履行、免責的存續期間、主張障礙發生及其效果的通知義務與未通知之損害賠償，以及與其他本公約中權利義務規範的關係¹⁶⁶。簡單整理，包括第三人

¹⁶² Ingeborg Schwenzer, *Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*, 39 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 709 (2008).

¹⁶³ 原文：「A party is not liable for a failure to perform any of his obligation 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.」

¹⁶⁴ Peter Schlechtriem (ed.), translated by Geoffrey Thomas, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (2nd. ed., Oxford ; New York : Clarendon Press, 1998), 608, Art. 79, 16.

¹⁶⁵ *id.*, at 608-613, Art. 79, 17-26.

¹⁶⁶ CISG, Art. 79, (2)-(5):

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

所致之不履行仍為嚴格限制，需該第三人若處於債務人之位置亦能免責；承認暫時不能之效力；就未通知所生之損害負損害賠償責任；以及本條對於其他權利如契約解除權等，均無影響¹⁶⁷。

第二項 聯合國國際統一私法協會國際商務契約原則

(UNIDROIT, Principles of International Commercial Contract, PICC)

該原則初版係於 1994 年，現行條文為 2004 年修正之第 2 版。不可抗力之條文規範在其第 7.1.7 條¹⁶⁸，條名即為”*Force majeure*”，和 CISG 僅以章名「豁免」(exemption)稱之，似有所區隔，然而實際內容並無太大差異，甚至可謂幾乎一致¹⁶⁹。該條僅有四項，最大之差異僅有缺少 CISG Art.79(2)關於第三人所致之不履行是否

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html> (last visited on 03/15/2011)

¹⁶⁷ See, Schlechtriem, *supra* note 164, at 614-616, 621, 622-624, Art. 79, 33-38, 48-49, 52-59.

¹⁶⁸ PICC, ARTICLE 7.1.7(*Force majeure*)

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it 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.

(2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.

(3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.

(4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004-english.pdf> (last visited on 03/15/2011).

¹⁶⁹ 有謂特別標明”force majeure”係為了與國際間普遍使用的”force majeure clause”之名稱連結。See, Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (Oxford; New York: Oxford University Press, 2009), 767.

能夠免責之規定。其他各項，7.1.7(1)可對應於 79(1)、7.1.7(2)能對應於 79(3)、7.1.7(3)與 79(4)完全相同，而 7.1.7(4)相較於 79(5)則只是將未受影響的權利包括解除契約、同時履行抗辯等直接規範，然而透過對 CISG 之解釋，仍然可以獲致相同效果¹⁷⁰。不同的點可能在於，針對情勢變更所產生之履約困難(hardship)，PICC 以 6.2.1-6.2.3 規範之，然而 CISG 對此似乎較為嚴格¹⁷¹。

第三項 歐洲法共同參考架構草案

(Draft Common Frame of Reference, DCFR)

2008 年由歐洲多國學者完成的共同參考架構草案，可能揭示著未來歐洲聯盟私法領域進一步合作立法的開端。當然，這份文件沒有任何的官方效力，但是藉由觀察本文件對於不可抗力概念的說明，也能有效的了解歐洲多數國家學者在此議題上的態度。

DCFR 關於不可抗力之相關概念，規範在 III-3:104，條文名稱係「因障礙之免責」(Excuse due to an impediment)。與 CISG 相同，其亦未使用“*force majeure*”之用語，然而在其正式評論中即認為，該條之要件與傳統之 *force majeure* 要求類似¹⁷²。

首先敘明者，DCFR 所欲規範的範圍並不只侷限於契約法領域，相較於前兩項所討論之文件僅限於契約，顯然較為廣泛。是以，DCFR III-3:104 之要件即分為兩項規範。III-3:104(1)先規定通則，謂債務人之債務不履行，係由於在其控制範圍之外的障礙，且不能合理期待其能避免、克服障礙或其結果者，免除其責。III-3:104(2)

¹⁷⁰ Kessedjian, *supra* note 51, at 422.

¹⁷¹ *id.*, at 418.

¹⁷² Christian von Bar and Eric Clive, The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 1, (München : Sellier. European Law Publishers, 2009), 784.

則特別說明，若債務係出於契約或其他法律行為(juridical act)者，若在債務產生時能合理期待將障礙納入考量者，不得免責¹⁷³。如此之分類顯然是就債之發生原因而為分別規範，按若非基於當事人自由意志所生者，而係基於法律規定所生的債之關係，例如侵權行為損害賠償責任，通常沒有能否將障礙事先納入考量的問題。雖有此種形式上的差異，然而在實際規範上，DCFR 與 CISG 及 PICC 對於不可抗力之要件規範，應係幾乎一致而無實質上有區別意義之處¹⁷⁴。

在其他部分，III-3:104(3)則是處理暫時障礙的問題，此部分與 CISG 及 PICC 實質上也沒有太大的差異，只是更明確的指出，若遲延已該當於重大不履行(fundamental non-performance)時，債權人即得依主張重大不履行下之權利，解釋上當然包括解除或終止契約¹⁷⁵。另外，III-3:104(4)則是與前項為區隔，指出若障礙之性質係永久者，債務即消滅，任何相互之給付當隨之消滅。至於前已給付者，則適用回復原狀之相關規定。而 III-3:104(5)則與 CISG 和 PICC 相關規範一致，皆課與債務人通知義務，及規範未於合理期間內通知所生的損害賠償責任¹⁷⁶。

¹⁷³ III-3:104(1): A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

III-3:104(2): Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, non-performance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.

¹⁷⁴ Schwenger, *supra* note 162, at 714.

¹⁷⁵ Christian von Bar and Eric Clive, *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* (ed.), *supra* note 172, at 786.

¹⁷⁶ DCFR III-3:104(3)-(5):

(3) Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.

(4) Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished. In the case of contractual obligations any restitutionary effects of extinction are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations.

(5) The debtor has a duty to ensure that the notice of impediment and of its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the debtor knew or reasonably be expected to have known of the circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from non-receipt of such notice.

第六節 我國法上之不可抗力

第一項 法律規範

我國民法在立法過程中，基本上大量繼受西元 1900 年德國民法之立法，故同樣在條文中並非以不可抗力作為債務不履行之歸責原則，而係在民法第 220 條以過失責任原則作為標準，當然，其他法令有規定或基於私法自治、契約自由原則，由當事人約定僅有不可抗力始能免責，或甚至不可抗力亦須負責時，從之。現行之民法及其他法規之立法中，「不可抗力」之用語，以及雖未使用該用詞，然而卻有相同概念者，亦比比皆是，相較於德國民法使用”höhere Gewalt”一詞之保守態度¹⁷⁷，我國民法卻有高達十五處。

最廣為人知之條文係民法第 231 條：「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。前項債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。」另外，民法第 634 條：「運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到，應負責任。但運送人能證明其喪失、毀損或遲到，係因不可抗力或因運送物之性質或因託運人或受貨人之過失而致者，不在此限。」及第 654 條：「旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送之遲到應負責任。但因旅客之過失，或其傷害係因不可抗力所致者，不在此限。運送之遲到係因不可抗力所致者，旅客運送人之責任，除另有交易習慣者外，以旅客因遲到而增加支出之必要費用為限。」亦是實務上相當重要之條文。民法第 606 條關於寄託契約之規範：「旅店或其他供客人住宿為目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損、喪失，應負責任。但因不可抗力或因物之性

¹⁷⁷ 德國民法使用該用詞者僅三處，見前述第二章第三節第一項。

質或因客人自己或其伴侶、隨從或來賓之故意或過失所致者，不在此限。」亦常被提及。民法 508 條第 2 項：「定作人所供給之材料，因不可抗力而毀損、滅失者，承攬人不負其責。」應亦是工程實務風險分配之重要參考條文。其他在債編中之不可抗力條文，尚有民法第 457 條第 1 項、458 條第 2 款(耕地租賃)、525 條第 1 項、526 條(出版契約)、645 條(貨物運送)，在此即不一一臚列。

在物權編中，亦有五個條文有「不可抗力」之文字。例如民法第 837 條：「地上權人，縱因不可抗力，妨礙其土地之使用，不得請求免除或減少租金。」及民法第 891 條：「質權人於質權存續中，得以自己之責任，將質物轉質於第三人。其因轉質所受不可抗力之損失，亦應負責。」另外，民法第 850-4 條(農育權)，第 920 條、第 921 條(典權)，亦為適例。

民事特別法上，不可抗力之概念仍然在所多有。例如公路法第 64 條第 1 項：「汽車或電車運輸業遇有行車事故，致人、客傷害、死亡或財、物損毀、喪失時，應負損害賠償責任。但經證明其事故發生係因不可抗力或因託運人或受貨人之過失所致者，不負損害賠償責任。」民用航空法第 89 條：「航空器失事致人死傷，或毀損他人財物時，不論故意或過失，航空器所有人應負損害賠償責任；其因不可抗力所生之損害，亦應負責。自航空器上落下或投下物品，致生損害時，亦同。」保險法第 29 條第 1 項：「保險人對於由不可預料或不可抗力之事故所致之損害，負賠償責任。但保險契約內有明文限制者，不在此限。」個人資料保護法第 28 條第 1 項：「公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但損害因天災、事變或其他不可抗力所致者，不在此限。」海商法第 95 條：「碰撞係因不可抗力而發生者，被害人不得請求損害賠償。」票據法第 105 條第 1 項：「執票人因不可抗力之事變，不能於所定期限內為承兌或付款之提示，應將其事由從速通知發票人、背書人及其他票據

債務人。」行政法規上，亦有不可抗力概念之使用，例如環境影響評估法第 23 條第 2 項：「開發單位因天災或其他不可抗力事由，致不能於第一項之改善期限內完成改善者，應於其原因消滅後繼續進行改善，並於三十日內以書面敘明理由，檢具有關證明文件，向主管機關申請核定贖餘期間之起算日。¹⁷⁸」

另外，有些條文雖未明揭「不可抗力」之用語，但探其法條文字，顯然實質上亦有不可抗力之概念於其中。例如海商法第 69 條之免責事由規範，應該能被認為有相當多之類型應可解為不可抗力免責。另外核子損害賠償法第 18 條亦規定：「核子設施經營者，對於核子損害之發生或擴大，不論有無故意或過失，均應依本法之規定負賠償責任。但核子事故係直接由於國際武裝衝突、敵對行為、內亂或重大天然災害所造成者，不在此限。」

由本項所列出之法律規定，足資證明我國法上對於「不可抗力」此一概念之使用，實非陌生。然而也僅止於名詞之使用，至於究竟此概念之意義為何？在相關文獻及實務判決對此探討之質量上，和法條文字對此概念之大量運用相較，顯失均衡。本文擬先探究學說之現況，而在接續之章節中整理實務判決，並分析其與學說之間對概念理解之異同。

第二項 學說見解

我國學界對於不可抗力概念之研究，迄今只在教科書上有些許之基礎著墨，而缺乏較為深入的概念分析。一般而言，對於不可抗力之定義，現行通用的數本教科書仍然與早期學者之著作採相同分析方式，其分析架構，簡略者直接為其作

¹⁷⁸ 尚有許多法規含有「不可抗力」之文字規定，本文無法全部列出。可至全國法規資料庫網站查詢，<http://law.moj.gov.tw/> (最後瀏覽日：03/31/2011)。

出定義，而較為詳細者則採德國式思考架構，從學說爭議之「客觀說」、「主觀說」等先說起，再得出該書之結論。

一般皆將不可抗力概念之介紹，置於「債務不履行」之「歸責事由」分類下說明。按歸責事由依我國學者普遍分類可分為三，即故意、過失及事變，而於事變類型之下，再區分通常事變與而於事變類型之下，再區分通常事變(普通事變)與不可抗力(特別事變)¹⁷⁹。我國民法關於債務不履行之歸責事由以過失責任為原則，民法第 220 條已有規定。通常事變及不可抗力責任則非責任標準之原則，必須要在法律另有規定或契約另有約定時，始成為債務不履行之歸責事由¹⁸⁰。

本文擬作綜合比較分析之範圍，主要在於學者對於「通常事變」及「不可抗力」兩概念之定義。王澤鑑教授認，通常事變指債務人縱盡其應盡之注意義務仍不免發生之事故，而不可抗力則係指人力所不能抗拒者，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免¹⁸¹。孫森焱教授對於通常事變，其定義大致與王澤鑑教授相同，惟特別再予強調，係「債務人如予以嚴密的注意或可避免發生損害」，對於不可抗力之定義則是完全相同¹⁸²；林誠二教授則是在通常事變之定義大致與孫森焱教授同，而對於不可抗力，則是採客觀說之見解，認為其乃由債務人職務(特定事業)外部因素所生，且非一般生活上所得預期之重大事變，而其性質係屬不可避免者¹⁸³。邱聰智教授則未給出此種較為抽象之定義。

¹⁷⁹ 王澤鑑(2010)，《民法概要》，增訂四版，頁 253，台北：自刊；孫森焱(2006)，《民法債編總論(下冊)》，修訂版，頁 495-500，台北：自刊；林誠二(2010)，《債法總論新解—體系化解說—(下)》，頁 38-43，台北：瑞興圖書。但亦有採故意、過失、不可抗力三層次分類，再將不可抗力分為通常事變及狹義不可抗力者，例如，邱聰智(2008)，新訂民法債編通則(下)，增訂一版三刷，頁 414-417，台北：自刊。

¹⁸⁰ 邱聰智(2008)，前揭註 179，頁 416-417。

¹⁸¹ 王澤鑑(2010)，前揭註 179，頁 253。

¹⁸² 孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 500。

¹⁸³ 林教授對於特別事變(不可抗力)，特別有註明其即係比較法上之 *force majeure* 或 *höhere Gewalt*。請參閱，林誠二(2010)，前揭註 179，頁 42-43。

然而邱教授之分類，毋寧更為淺白易懂。其認為，通常事變係指對第三人之行為所造成之履行障礙事實，負擔債務不履行之型態；而不可抗力則指對於人力以外之自然力所造成之履行障礙事實，應負債務不履行責任之型態¹⁸⁴，似將具體之標準，設定在人力以及自然力之分。然而上述所提及之另外二位教授，則在概念上略有放寬。王澤鑑教授雖認為不可抗力係屬「人力不可抗拒者」，惟在其舉例中，認為戰爭亦屬不可抗力事由¹⁸⁵。林誠二教授則雖首先認為，特別事變是指自然現象之天災、地變，如洪水、地震，然在其後之定義上即未曾提及人力不可抗拒，並認為參考海商法第 69 條規定，戰爭、暴動等行為雖為人力所生之事變，但其性質仍非一般生活或一般較易所得預期發生之事變，故宜屬特別事變¹⁸⁶。至於我國法院見解又如何認為？以下擬透過判決整理為分析。



¹⁸⁴ 邱聰智(2008)，前揭註 179，頁 416。

¹⁸⁵ 王澤鑑(2010)，前揭註 179，頁 253。

¹⁸⁶ 林誠二(2010)，前揭註 179，頁 42-43。

第三章 契約法上之不可抗力

本文藉由以上說明，主要簡介比較法上不可抗力之概念，以及我國法上明文之不可抗力規定與學界的相關解釋論後，接下來的章節擬將觀察重心置於我國法，特別是，由於我國學說長期缺乏對於不可抗力概念的完整探討，是以國內對於此一概念，多數皆是藉由法院的見解而形成。如第一章所提及者，我國的實務運作上，「不可抗力」概念之存在，遠比一般法學研究所想像的範圍多出甚多。法院在面對學說解釋論不足的情況之下，究竟如何處理實務上為數非屬罕見的案件？值得觀察。當然，本論文研究範圍不僅止於此，而是希望立足於對本國法院見解的分析，並結合前述概念介紹與必要時引介外國法院見解為相互比較，嘗試對不可抗力此一概念進行體系上之定位。本章將首先由契約所衍生出之案件看起，希望能夠釐清不可抗力在契約責任上可以扮演如何之角色，以及其可能問題。

第一節 構成要件

第一項 案例摘要

如第一章所述，「不可抗力」之構成，主要的原因可能來自兩類，一類為多數人可以想像的天災，另一類是其他因人類行為所造成的事故。我國法院在審查時，歷年之見解寬嚴程度如何？其標準是否一致，或有某程度的猶疑不定？為便於觀察，以下將我國實務曾經處理過的案件，大別為「天然災害」與「人為因素」兩個類型，分別檢視法院認定是否構成不可抗力之標準。應先說明者，由於近十年的判決資料較能完整尋得，故本文主要選擇由近期裁判出發，對之作較為完整的上下級審法律見解摘要及分析，至於年代較前的案件，則在相關部分時，再予補

充。

第一款 天然災害

[案例一] 大愛之家透天住宅案 (最高法院 99 年度台上字第 1944 號判決¹⁸⁷)

本案由被上訴人(承攬人)起訴主張，其與上訴人(定作人)訂定承攬契約，履約過程中因非可歸責於被上訴人之因素，延期完成驗收，詎料上訴人於驗收並取得使用執照後，尚欠被上訴人八百餘萬之工程款尚未給付，因而起訴請求。上訴人則以，被上訴人施工有諸多瑕疵未改善，使其需另僱工修繕，支出四十萬餘元，應得抵銷；又於第一審提出反訴主張，其遲延完工係可歸責，應依約支付每日總價千分之一之違約金共一千六百餘萬元。

本案之爭點即主要集中於，承攬人之遲延完工驗收，究竟可否歸責？按依承攬人之抗辯以及第二審法院之認定，共有 133 天係因不可歸責於承攬人或不可抗力之因素，應予工期展延，承攬人之原訂工期加計此 133 天後，完工驗收日期即在新的完工期限之前，是以並無違約情事，因而判決定作人需給付尚欠之工程款。

最高法院則將此原審關於此部分之認定廢棄，認為其漏未注意定作人方所提出之抗辯，謂：被上訴人所主張停工之日期，基地淹水、泥濘黏稠，仍有多日確進入施工，或有預拌水泥車、挖土機等機具進入工地，或另進行其他工程施作，並非全面停工云云，並提出工程日報表為證。倘非虛妄，即不應予扣除。此攸關

¹⁸⁷ 以下所引裁判，在資料庫收錄範圍內，均來自司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>，先予敘明。(最後瀏覽日：03/24/2011)

被上訴人有無逾期完工，是否有違約之論斷，乃屬重要之防禦方法。原審就此未於判決理由項下記載其取捨之意見，難謂無判決不備理由之違法。

[案例二] 地下電纜工程洞道洪水案 (最高法院 99 年度台上字第 956 號判決)

本案由被上訴人(承攬人)起訴主張，其與上訴人(定作人)訂立承攬契約，承作上訴人之地下電纜洞道機電及通風工程。第一階段之 T1、T3 洞道機電工程，業於民國 90 年 9 月 18 日復驗完畢，尚餘 T2 洞道，刻正施作。未料復驗當日下午逢納莉颱風來襲，因堤防尚未完工之故，大量洪水順 M5 人孔灌進洞道，造成 T1、T2、T3 洞道之器材全數毀損。被上訴人後重新施工，請求法院依不當得利、侵權行為或情事變更等依據判命上訴人給付新台幣一億兩千餘萬元。

關於法院如何認定是否該當於不當得利等請求權基礎之問題，非本文研究範圍，不予深究。本文在此案件中著重者係，法院在審酌上訴人(定作人)抗辯以，本件乃因被上訴人未盡注意義務，而致生損害，所為之分析。按二審法院認為，上訴人知悉蘇厝堤防完工與否對系爭工程之影響，及系爭工程施工期間，須備妥汛期所須之設備、器材，暨必要之施工安全告示...揆上訴人明知颱風來襲可能會有防汛危險，仍指示被上訴人須開啟人孔及置物孔照常辦理 T1、T3 洞道工程複驗程序，其顯有過失。雖缺氧症預防規則及侷限空間作業注意要點均有關於在坑井、人孔、隧道、電力涵管、涵洞內等侷限空間作業時，應指派一人以上法定監視人員，...於空間外全時監視整個作業，於異常狀況發生時，緊急疏散作業人員同時連絡救難人員等規定，然其立法目的係在防止空氣危害、維護勞工安全，而非用以判定工程介面管理權之歸屬或防止防汛災害...況被上訴人既未受告知系爭工程工地之防汛危險，系爭災害發生前已將 T1、T3 洞道及 M0 至 M5 洞道口點交由艾波比公司管理，M5 置物孔蓋伸縮桿之變動，係由上訴人及土木包商管理，是被上

訴人無防止系爭災害發生之期待可能性。被上訴人未指派相關監視人員於 M4、M5 出入口全時監視整個作業，致洪水由地勢較低之 M5 人孔流入 T1、T2、T3 洞道之內，亦不能認其有過失責任。

然而最高法院於本案中卻認為：原判決既認定系爭災害係因由 M5 人孔灌入洪水所致，且被上訴人未指派相關監視人員於 M4、M5 出入口全時監視整個作業，致洪水由地勢較低之 M5 人孔流入 T1、T2、T3 洞道之內，則被上訴人究竟有無指派監視人員於 M5 人孔全時監視整個作業之注意義務？若有，且 M5 人孔依法設置監視人員，即可及時因應，關閉 M5 人孔等出入孔；則經蓋板封閉之 T1、T2、T3 洞道工作物是否仍會發生淹沒全毀之系爭災害？是否仍可謂被上訴人就系爭災害無過失責任？自非無再事研酌之餘地。

[案例三] 梧州「百年一遇」洪水案（最高法院 98 年度台上字第 1805 號判決）

本案由被上訴人(託運人)起訴陳稱，其交付一批貨物給上訴人(運送人)預計自台灣基隆出發，在香港轉船，至中國梧州李家庄碼頭卸貨。系爭貨櫃運至梧州時，適逢連日豪雨，洪水上漲，李家庄碼頭停止作業，上訴人及其履行輔助人未注意航道安全及船舶堪航堪載能力不足，強行載運至河西碼頭卸貨，致系爭貨櫃中有三只落入水中滅失，爰依海商法第 74 條、民法第 184 條及第 188 條之規定請求五百餘萬元之損害賠償。上訴人則抗辯，本件貨物落水係因不可抗力原因所致，得依海商法第 69 條第 2 款、第 4 款、第 17 款之規定免責。

第二審法院對於上述爭點，認定上訴人之抗辯無理由。法院認為：系爭事故發生地點在廣西梧州之李家莊及河西碼頭間，該地為歷史上洪水災害經常發生之處，八十七年六月間，即曾發生水位高達二六·五一公厘，已超過本件事故當時

之水位。本件事故發生前，該地即已連續豪雨，經傳媒刊載。以目前科技發達，大陸地區天氣預報精準率極高，其預見期已達提前五十一小時，上訴人就事故發生時之天候，實無不可預見之情形，其主張系爭事故乃百年未見，並非事實，該事故要非天災、不可抗力及海上或航路上之危險或意外事故。依上開事故報告書記載李家莊碼頭當時已停止作業，可見當時天候已甚惡劣，上訴人應暫停、取消或延後運送，妥為處置船貨，以避免事故之發生，乃竟強行運送並變更下貨碼頭，致系爭三只貨櫃落河滅失，其復未能證明滅失係因不可抗力或因運送物之性質或因託運人或受貨人之過失所致，則不問其喪失原因可否歸責於上訴人，上訴人均應負責。

惟最高法院認為，原審法院於審酌時，仍有判決不備理由之違法：參以被上訴人於第一審所提原證四船長就貨櫃落水事件報告記載：「由於當時梧州正遇百年一遇洪水襲擊，河水急劇上漲，李家庄碼頭已停止作業，梧州海關指示櫃運 303 到還未停止作業的河西碼頭卸櫃」（見一審卷(一)第四八頁），似見系爭船舶駛往河西碼頭，變更卸貨地點，乃出於梧州當局之指示，而非上訴人之履行輔助人任意強行所致。原審未詳加調查，闡明研析究竟上訴人即運送人得否避免事故之發生，以資判斷其運送系爭貨櫃有無過失，即遽以其未暫停運送及妥為處置船貨，據為上訴人敗訴之判決，自屬判決不備理由。

[案例四] 公車候車亭監視設備案 (最高法院 98 年度台上字第 1154 號判決)

本案由上訴人(買受人)起訴主張，其與被上訴人(出賣人)約定，由其提供高雄市公車候車亭數位監視系統設備並負責安裝、測試及保養保固三年，且保證系爭監視設備能在安裝之正常環境下使用。詎被上訴人所安裝之系爭監視設備，竟因耐熱不足而告損壞，上訴人遂請求依民法第 354、360、227 條之規定，請求被

上訴人負損害賠償責任，或將機器修復後返還。被上訴人抗辯，系爭監視設備之損壞，純屬不可抗力之自然因素所致。

第二審法院為上訴人敗訴之判決，認為：兩造簽立系爭合約書，約定由被上訴人提供系爭監視設備並負責安裝。查系爭監視設備應置於較陰涼處，並將主機放於室內，始能發揮其通常效用，而被上訴人將該監視設備安裝於陽光照射之室外高溫地點，既係依受贈人高雄市政府之指示所為，則系爭監視設備嗣因耐熱度不足而損壞，自屬不可抗力之自然因素所致，尚難認其不具通常效用所需之耐熱度。...各安裝地點之環境與自然因素非被上訴人事先所得預知，是被上訴人縱於簽訂系爭合約書前已知系爭監視設備安裝於室外，亦無從預知該監視設備所應具備之耐熱程度，而保證能在安裝之環境下正常運作。至簽訂系爭合約書前出具之報價單記載具散熱、防潮功能，則係指一般散熱、防潮功能，並非就特定安裝地點之散熱、防潮功能為保證。

然而第三審法院卻推翻原審見解，認為本件監視設備之損害，未必屬於不可抗力之情形，而廢棄原判決，發回第二審法院：查原審認定系爭監視設備之通常效用，須以較陰涼之場所為其工作環境，並將主機放於室內，始能達到。惟依系爭合約書第一條之約定，系爭監視設備應安裝於高雄市市公車候車亭，且被上訴人於報價單備註欄又特別註明具散熱之功能，則該監視設備應具備之耐熱度是否限於通常效用所需之程度而已，即非無疑。倘系爭監視設備之耐熱度非僅具通常效用所需之程度，則該監視設備因耐熱度不足而損壞，究係出於不可抗力之自然因素，抑或未具備應有之耐熱功能所致，非無再推求之餘地。乃原審就此未予細究，遽以系爭監視設備係因不可抗力之自然因素而損壞，駁回上訴人對先位之訴之上訴，自屬可議。

更審法院(台灣高等法院 98 年度上更(一)字第 80 號判決)即改採最高法院之見解，判決出賣人方敗訴。其判決理由中之文字，論述詳盡，值得加以深入分析：按當事人得約定債務人就其應盡之注意義務程度予以特別約定，有僅就故意或重大過失負責者，甚至債務人雖無故意過失，應就事變亦應負責者，在私法自治原則下，自應尊重當事人間之約定。所謂事變，係非由於故意或過失發生之事由，可分為「通常事變」及「不可抗力」，通常事變係指：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；不可抗力則指：人力所不能抗拒之事由，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免者。...雖保固書第 6 點但書記載「非人力不可抗力之因素不在此限」，惟參系爭契約第 13 條被上訴人就系爭監視設備「遭人為破壞」之通常事變事由時負修復責任，因認保固書記載之「非人力不可抗力之因素不在此限」，真意係「非人力致不可抗力之因素，則不在此限」之意，即被上訴人就不可抗力不負保固責任，就不可抗力以外之通常事變事所致損害仍須負修復責任。...被上訴人就系爭數位錄影機硬碟耐熱不足之瑕疵有上述 1.及 2.之補正措施；亦即，被上訴人就本件硬碟耐熱不足之瑕疵如予以上開 1.及 2.之注意即可避免發生損害，未至任何人縱加以最密之注意亦不能避免之不可抗力程度，應屬通常事變之事由，則依前開說明，被上訴人依系爭契約及保固書之約定仍有修復之責任。

[案例五] 東勢林區牛樟苗木病害案 (最高法院 98 年度台上字第 769 號判決)

本案由被上訴人(承攬人)起訴主張，其與上訴人(定作人)簽訂契約，約定負責東勢林區苗木之育成共計九萬九千株，其中包含七千餘株之牛樟苗木。後因寒害、颱風，重新約定僅需育成三千餘株。後因病害，最後僅育成一千餘株之牛樟苗木，上訴人東勢林區管理處即扣罰工作總費用，以及沒收保證金。被上訴人認為，其無法育成之原因係屬不可抗力，上訴人自無法扣款及沒收保證金，因而起訴請求

約定之報酬與返還保證金。上訴人則以育成數量不足係因被上訴人管理不當所致，資為抗辯。

第二審法院審理結果，認定承攬人未能育成契約指定數量之牛樟苗木，確屬不可抗力：系爭牛樟於經發現枯死後，兩造會同證人傅春旭前往現場會勘，經初步勘驗結果，推測幼苗枯萎及生長不良之主要原因為根部受病原菌感染而導致陸續枯萎，此有九十五年三月三十一日牛樟幼苗病害現勘紀錄可參，併參證人傅春旭、胡寶元之證稱情節，足見系爭牛樟枯死原因確為病害無誤。復參...鑑定當時，系爭牛樟種植環境排水狀況正常等情，顯見被上訴人並無上訴人所稱種植環境排水不良情事。系爭牛樟苗木經被上訴人依林業試驗所建議用藥後，...牛樟苗木皆發新芽，並未發現有疫病病徵，現場選取數株苗木攜回進行分離，已無法分離出樟疫病及華麗腐黴菌等情，...是該疫病之防止擴張確與用藥有關。惟用藥後仍有部分病株死亡，足見林業試驗所建議之藥物亦僅係防止病害之擴張，而非完全使已罹病害之植株回生，...系爭牛樟疫病只能於發病後投藥治療，無法於發病前即予施藥，以免藥劑殘留造成危害，且施藥僅能抑制，讓健康苗木的部位不再繼續腐敗，被上訴人主張伊無可歸責事由，系爭牛樟疫病的發生係屬不可抗力的自然因素云云，應認可採。

最高法院亦支持第二審法院之見解，認為原審之判決並無違誤之處，上訴為無理由，本案就此確定。

[案例六] 大樓滲水、鋼筋銹蝕案 (最高法院 98 年度台上字第 336 號判決)

本案被上訴人數人共同(買受人)起訴主張，其於民國 88 年間陸續向上訴人(出賣人，建築業者)購買新完工之大樓，未料入住一年後，即發現地下室出現連續壁

滲水、鋼筋銹蝕裸露、銹水流出及連續壁原始施工壁體凹凸不平等現象，恐有結構性危險，造成生命財產危害之虞，並降低標的物之效用與價值，故起訴請求依消費者保護法第 7 條、第 51 條，民法第 354 條、第 360 條，負損害賠償責任。上訴人則抗辯，該大樓所在地鄰近高雄港區，地下室深層水已鹽化，而地下室混凝土氯離子含量較高，係受海水潮汐影響，自屬不可抗力，而非可歸責之瑕疵。

第二審法院審理結果，判決買受人勝訴，其理由略為：結構技師公會勘驗結果，現場地下室外牆內部已做整體防水粉刷，牆面於管接觸面及現場拆除機械房內矽酸鈣板之牆面，壁體仍有銹水流出、壁體不平整、凹凸現象；判斷地下室連續壁施工品質明顯不良，其原因為連續壁端板清洗及水中混凝土澆置前劣質沈泥過多向外擠壓，形成壁體表層包泥過厚，以致造成保護層不足及滲水現象，加上混凝土中地下水鹽化滲流及混凝土中水溶性氯離子含量過高，為壁內鋼筋加速銹蝕主因...上訴人就該地下室進行修繕，僅於粉刷防水層止漏，未能證明已完全補正連續壁施作瑕疵所致缺失，應認系爭地下室連續壁仍未具通常之品質及效用。上訴人於系爭地下室開挖時，已可知連續壁施作之瑕疵，而未為適當之處置，且牆面釘上矽酸鈣板，未告知買受房屋之被上訴人，按之民法第三百六十條後段之規定，被上訴人自得請求上訴人賠償因不履行所受之損害。

最高法院認為，原審綜合土木技師公會、結構技師公會及建築師公會之鑑定報告，並參酌相關鑑定人及證人之證詞，認定系爭大樓具有瑕疵，被上訴人受有損害，上訴人應負賠償責任，而為上訴人不利判決之部分，經核於法並無違誤。全案遂告確定。

[案例七] 小麥運送濕損案（最高法院 93 年度台上字第 334 號判決、最高法院 97 年度台上字第 2656 號判決）

本案由保險公司依保險法第 53 條代位起訴，陳稱：其已支付保險金之被保險人向美國公司購買紅春麥、紅冬麥、白麥多批，託交被告航運公司所屬之潘迪亞輪運送回台中港，上船之前業經被告簽發清潔之載貨證券。詎料貨物運抵台中港並卸載完畢時，發現貨物均受有程度不一之嚴重海水濕損，而有結塊、發臭、短缺情形。此因被告未提供適航適載之船舶，未盡善良管理人注意義務，故請求被告應賠償因此所受之損失新台幣一億餘元。被告則以，本件損害係不可抗力所致，資為抗辯。

第二審法院(台灣高等法院台中分院 89 年度海商上字第 3 號判決)，採納航運公司之不可抗力抗辯。判決理由提及：上訴人抗辯本件貨損係由於系爭船舶於航程中連續遭遇惡劣天候所致，其中於八十七年一月二日凌晨二時至八時間更遭遇蒲福風級表十二級以上之強烈風暴侵襲，屬不可抗力 (Act of God) 等事實，業據其提出經港務局認證之海事報告及整個航程之航海日誌為證。而依航海日誌之記錄對照蒲福風級表之標準即知，系爭船舶載運系爭貨物航行期間，自十二月二十五日起即遭受風力十級甚至十二級以上相當於輕度颱風及中度颱風之強烈暴風雨猛烈侵襲，巨浪及風雪淹沒甲板及艙蓋，此種極度異常之天候狀況，顯屬「天災」及「不可預測、無法抵禦之海上危險」，被上訴人自得依法免責。

惟最高法院 93 年度台上字第 334 號判決認為，本件訴訟仍有諸多疑義未詳查，因而將原判決廢棄，發回高等法院台中分院：海事報告或航海日誌為船長或大副所製作，為私文書，是否客觀，亦滋疑義，且海事報告送請港務局簽證，究僅證明船長已作成海事報告，至海事報告之內容是否真實，及海事責任歸屬如何，均不在簽證所證明之範圍內，則上訴人既否認其真正（見原審卷第三宗第一八頁、第六七頁、第二七五頁），被上訴人自應就其有利之事實負舉證責任，乃原審未

違注意及之，即遽以採信海事報告及航海日誌而為上訴人不利之判斷，亦欠允洽。再者，上訴人一再主張：當時海上風浪實際上等級為若干，該等風浪是否該航程所不常見，且系爭船舶欲航行自北美洲橫越太平洋至東南亞之台灣，是否具備航行此等區域、航程之適航適載能力？等語（見原審卷第三宗第一八頁至第一九頁、第二七六頁），自不失為重要攻擊方法，原審疏未詳加審認，遽為上訴人敗訴之判決，亦嫌疏略。

更審法院(台灣高等法院 93 年度海商上更(一)字第 2 號判決)審理結果，則否定了被告航運公司之不可抗力抗辯：系爭船舶於駛抵台中港後，經發現裝載系爭貨物之船艙有海水進入穀物濕損之情形，於卸載時即發現貨艙蓋的橡膠墊片老化硬化，艙口圍板之接觸表面發現受到侵蝕，艙口蓋及艙口圍板銹蝕斑斑，艙口蓋扇片之間、及艙口蓋與艙口圍板間之銹蝕擴大接縫，致貨艙蓋無法有效保持貨艙之水密性，不必強風巨浪也會濕損，此有寶島公司之公證報告及該報告附照可稽。... 上訴人雖以系爭船艙進水，係遭遇屬於海上危險或風災之惡劣氣候所致，而提出瀚洋公司報告，及經港務局認證之海事報告及整個航程之航海日誌為證。惟上開航海日誌以打字為之，屬事後製作之物，上訴人復未能提出原始之航海日誌佐證，而依被上訴人所提出日商海哲公司之分析報告，及中央氣象局以九十五年象參字第○九五○○○四六五八號函檢附該海域之「本航次時段、及歷年」氣象資料，可知本次航次所經歷之最大風浪，無非十級，並未逾該海域往年之最大風力，且十級風浪參照氣象局函覆之「蒲福風級表」，僅是「猛浪翻騰浪峰高聳、浪花白沫堆集，海面一片白浪，能見度減低」。則本航次所遭遇之風浪，不得謂係無法預料或無法抵禦。縱認上開航海日誌及瀚洋公司之報告關於十二級風雨侵襲之事實為屬實，依海洋大學之鑑定報告意見，苟其水密性確實裝置妥當，亦不致於有本件濕損之情形。

最高法院 97 年度台上字第 2656 號判決，雖又將判決廢棄發回，然而係針對貨損之損害賠償範圍認定所為，對於高等法院所認定之是否構成不可抗力之部分，則未為指摘。後續之更審判決(台灣高等法院台中分院重上更(二)字第 7 號判決)，基本上亦同前次更審之認定，故應該可以認為，在此爭點上法院已有其最終見解。

[案例八] 排水工程擋土牆滑動龜裂案 (最高法院 95 年度台上字第 2305 號判決)

本件由被上訴人(承攬人)起訴主張，其與上訴人(定作人，嘉南農田水利會)訂立承攬契約，約定由被上訴人施作「安順寮排水改善工程」及「修復部分」兩項工程，業已全部施作並驗收完成，惟上訴人卻仍積欠工程款五百萬餘元未付，請求法院判令上訴人給付之。上訴人則抗辯，被上訴人施工期間發生多次擋土牆滑動、龜裂等損害，兩造遂簽訂切結書，由被上訴人進行修復工程，其間由上訴人先墊付工程款三千八百餘萬元，依該切結書被上訴人應無償修復，故二筆金額抵銷後，被上訴人尚須支付三千二百萬餘元。被上訴人主張，系爭擋土牆之滑動、龜裂，應與被上訴人之施工品質不良有關，被上訴人則認係因上訴人設計之初未先行鑽探，其抗滑動設計錯誤所致，故其應無無償施工之義務；上訴人則以，災害之發生係豪雨致地下水位驟升所致，其設計符合建築技術規則，並無錯誤，資為抗辯。

第二審法院審理結果，認定未具不可抗力之情形，上訴人之設計確有疏失，因而判決上訴人需支付工程款：系爭切結書所示，系爭工程發生損壞之原因，如非屬可歸責於上訴人之事由，被上訴人始負無償修復責任。經第一審囑託台灣省土木技師公會鑑定，系爭施工段地質軟弱，且多為低透水性土壤，而此項地質軟弱之特性，可經由事先鑽探，以工程手段提高其安全係數予以克服。...上訴人於

本件原始工程設計之初，未進行施工段之地質鑽探，而以一般擋土牆之安全係數設計施工，雖符合「建築技術規則建築構造編基礎構造設計規範」之要求，惟因無法因應系爭施工段地質之特性，致地下水位驟昇時，因排水不良致難以避免損壞，則被上訴人主張上訴人原始設計未針對現場地質及排水不良土壤之特殊因素併予審酌，尚非無據。...上訴人提出之系爭擋土牆所在地過去三十年豐華、和順測站地下水位資料所示，二測站之八十八年五月間地下水位均非過去三十年來之最高值，亦非過去十年之最高值，則上訴人辯稱系爭擋土牆損壞係因豪雨致地下水位驟昇，屬不可抗力，亦不可採。...上訴人縱管理維護嘉南大圳長達六十餘年，應不難掌握過去六十年來之地質、降雨量、地下水位等數據資料，並依擋土牆使用年限，針對過去上開資料而為設計，以避免發生損壞，況各地段地質、水文並非相同，亦非一成不變，上訴人於設計之初未進行鑽探，未估算結構安全係數，亦未掌握降雨量與地下水位，而以一般擋土牆之方式設計適用於全部施工段，致在未達豪雨程度，地下水位亦非數年來最高之情況下，被上訴人施工段發生擋土牆龜裂、滑動之損害，自難認其無疏失。

最高法院審理結果，認同原審法院上開見解，本案遂告確定。

[案例九] 寄存車輛泡水案 (最高法院 92 年度台上字第 816 號判決)

本件由保險公司依保險法第 53 條代位起訴，主張被保險人寄存進口之貨車一批於被告之貨棧(包括室內倉庫及室外空地)，後遇芭比絲颱風來襲，被告未做好將寄存貨車妥善堆置或予墊高等防颱措施，未盡其善良管理人注意義務，致使全部七十一輛貨車均浸泡水中，而受有修理費一千萬餘元之損害。此部分已由保險公司給付，今提起訴訟代位請求。被告則抗辯，此次水患乃屬不可抗力之天災，且其已做好應有之防颱準備，故應不負損害賠償責任。

第二審法院審理結果(台灣高等法院 89 年度重上字第 241 號判決)，認為本次水患屬於不可抗力之天災，被告無須負損害賠償責任：被上訴人經營之貨棧（兼作保稅倉庫），其設立及管理均符合財政部關稅總局發布之保稅倉庫設立及管理辦法之規定，並經財政部基隆關稅局勘查該倉庫具有防水等功能，可確保存倉貨物安全，而核准登記及發給執照。該貨棧與基隆河間隔有寬闊之「瑞八公路」要道疏水，地勢較高，四週築有圍牆，芭比絲颱風以前，未曾發生河水暴漲淹入倉庫情事。...芭比絲颱風過後，停放於空地上之貨車，大型車已浸泡至車內地板踏墊，中型車約浸泡至車內之椅墊高；停放在倉庫進出斜坡之貨車，浸泡至約整個車輪之高度；停放在倉庫之貨車，僅浸泡至車輪一半高度；而系爭貨車重達五噸以上，應以何物墊高？如係墊板，貨車墊高在大水中是否安全？該墊多高？均有疑問。是既無證據證明被上訴人有該項義務或該措施確實有效，其即無在大卡車下放置墊板之必要。...被上訴人之貨棧確於八十六年十月二十六日上午八至九時之間因河水瞬間氾濫成災而被淹，其水患之原因，依海洋大學河海工程學系鑑定結果，係因基隆河道蜿蜒曲折，加上長期淤沙，颱風期間雨量過大，造成河道無法宣洩排洪所導致。故本次淹水實出於偶然，為非常性質，屬被上訴人不能預知之「超乎尋常造成水患之豪雨」，依其能力亦無法抵禦，應為天災。而天災係屬不可抗力，被上訴人自不負損害賠償責任...

然而最高法院之審理結果，卻推翻原審法院之認定：查台灣地區處於颱風頻繁地帶，而颱風多伴隨大量雨水，乃公眾周知之事實，基隆港務局所訂頒之「基隆港務局棧阜業務作業手冊」中，對於倉儲防颱勤務，要求貨棧營業人將「堆存倉庫走廊或空地之貨物，應儘可能移存倉間，如大件無法進存者，應擇要下墊墊板，上蓋油布以繩索捆牢」（見一審卷五八頁），應屬防颱之一般必要措施。原審徒以該局未將手冊函寄被上訴人及要求參照辦理，即認被上訴人可免善盡此一

注意義務，未免速斷。縱被上訴人經營之貨棧（倉庫）經財政部基隆關稅局勘查具有防水等功能，可確保存倉貨物安全，而獲核准登記及發給執照，然此項行政管理上之措施，似仍無解於被上訴人於颱風來襲時所應盡之注意義務。又原審既認定：芭比絲颱風過後，停放於空地上之貨車，大型車已浸泡至車內地板踏墊，中型車約浸泡至車內之椅墊高，停放在倉庫進出斜坡之貨車，浸泡至約整個車輪之高度，停放在倉庫之貨車，僅浸泡至車輪一半高度等情，似見貨車停放之地點及高度，確實影響損害之發生及程度。是系爭貨車固重達五噸以上，但是否確實無法墊高？原審於未詳為調查審認前，遽以貨車應以何物墊高？墊高在大水中是否安全？該墊多高？等尚有疑問，逕謂被上訴人並無在貨車下放置墊板之必要，自嫌無據。...倘上訴人主張被上訴人就系爭貨車之存放未盡善良管理人之注意義務一節為可採，能否謂磊鉅公司所受損害係屬「如予嚴密注意仍不免發生」之事變，或「縱加以最嚴密之注意亦不能避免發生」之不可抗力所致？尤有詳加研求之必要。遂將本案發回台灣高等法院。

本案更審見解(台灣高等法院 92 年度重上更(一)字第 66 號判決)，則否定被告之不可抗力抗辯，並著有非常詳盡之說明：按所謂不可抗力，係指偶然事變或災難，為非常性質，不能預知及無法抵禦之情況；亦即須出於自然力，無人類行為之介入，且非人力所能抗拒，縱加以嚴密之注意，亦無法避免而言。而颱風之形成雖非人力所能控制，惟颱風可能造成之災害，在現今科學預測發達之時代，人類已能相當精準預測颱風之來襲，益見颱風可能造成之災害，並非人力所不能控制及抵禦者。...中央氣象局早於 87 年 10 月 22 日即已發布豪雨特報，...位處迎風面的北部、東北部地區將會有下豪大雨的機會，居住在山區或低窪地區，易淹水地區的民眾，應及早防範，並經報載披露（原審卷第 42 頁）。...依上可見上訴人對於芭比絲颱風及豪雨之來襲，早已預知，並無不能預知之非常情形。且中央氣象局於 87 年 10 月 22 日、23 日發布豪雨預報，距離貨損當天 10 月 26 日，上訴人

尚有 3、4 天之足夠時間為適當、必要防颱之準備及應變措施甚明。...查上訴人在已預知颱風豪雨將至情形下，將磊鉅公司寄存之大貨車 71 輛，其中 13 輛停放於倉庫內，57 輛停放於倉庫空地上、1 輛停放於倉庫進出斜坡上。觀之芭比絲颱風過後，停放在倉庫內之貨車約浸池至車輪一半之高度，停放於倉庫空地上之貨車，大型車約浸泡到車內地板踏墊，中型車約浸泡到車內之椅墊高，停放在斜坡上之貨車則浸泡約整個車輪的高度，有公證報告之記載足憑（公證報告第 3 頁），可見：貨車停放之位置及高度，確實影響水淹之程度，進而影響損害之發生及程度，上訴人就停放於倉庫空地及斜坡上之貨車，若遷移至他處高地或採取墊高、堆存沙包之措施；就停放於倉庫內之 13 輛貨車，採取必要之墊高或堆存沙包之措施，始可認其就防颱防水盡其善良管理人之注意義務，上訴人辯稱：貨車放再高，仍無法避免損失云云，並未舉出任何積極證據證明，尚難採信。...上訴人既未就寄託之貨車為具體之防颱防淹措施，且就偌大倉庫僅留守 1 人，根本無足隨時採取應變反應，尚難謂其已盡善良管理人之注意義務。...上訴人因系爭貨車數量龐大，倉庫區域內已無其他高地可供放置，或為其他必要之安全措施，非移存他棧，無其他方法可為之情形時，亦可依上開辦法第 28 條規定，先將貨車移棧，避免遭水淹浸泡受損，再以書面報告海關核備。故上訴人上開所辯各節，均非可採。

惟本案後因故未上訴，因此無法得知最高法院之見解為何。

第二款 人為因素

[案例十] 機場地下道居民抗爭案 (最高法院 99 年度台上字第 333 號判決)

本件由上訴人(承攬人)起訴，事實略為：伊與被上訴人(定作人，台北市政府工務局新建工程處)訂立承攬契約，約定由其施作復興北路穿越松山機場之地下道

工程。後因原規劃路線方案屢遭附近居民反對而進行抗爭，其間多次被迫停工，因而延誤工期一千四百餘天，並因變更設計十一次之故，而使相關工程費用增加七千四百多萬，若依原本簽訂之定型化契約規定為固定金額給付，對之顯失公平，應有情事變更原則之適用，故起訴請求法院判令被上訴人給付之。被上訴人則抗辯，兩造訂約時已對工程延展風險設有規範，非不可預料，無顯失公平而無效之情形，亦與情事變更要件不符，上訴人不得將自身商業利害判斷錯誤所生損失轉由其負擔。

本案高等法院判決認為，本件遇居民抗爭，屬於不可抗力事由，不可歸責兩造，應仍依契約約定為風險分配：機關委託技術服務廠商評選及計費辦法第十九條第一項第一、二款雖規定得予另加服務費，惟關於服務期限、工程展延風險、暫時停工期間發生之損失應由上訴人自行吸收，不得向被上訴人要求補償，及系爭契約關於服務費上限係採固定金額，已據兩造於系爭契約特別約定，顯無此項條款之適用。另依系爭契約第二條第十六款之約定，變更設計已在服務範圍內，上訴人不得以被上訴人於施工中途變更設計，為超過約定費用之請求；況系爭工程施工期間因遭附近民眾非理性激烈抗爭，致工程變更設計，為屬不可抗力事由，非可歸責兩造。系爭工程款結算總金額雖增加將近三分之一，但被上訴人依約已使上訴人監造服務費以同比例增加將近三分之一，自無民法第二百二十七條之二所謂依其原有效果顯失公平之情形。

最高法院審理結果，認為上訴人上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。全案遂告確定。

[案例十一] 北二高「日夜趕工」案 (最高法院 99 年度台上字第 201 號判決)

本案由上訴人(承攬人)起訴主張，其與被上訴人(定作人，交通部台灣區國道新建工程局)簽訂承攬契約，約定由其施作北部第二高速公路部分路段工程，原定民國 82 年 6 月 30 日完工，然被上訴人爲達民國 81 年底中和以南主線車道通車目標，即要求其趕工，後與之簽訂趕工合約及特定條款。經其日夜趕工，惟發生多項不可抗力事件，故延後八十五天完工。然而被上訴人卻拒絕審查上訴人所提出之因不可抗力之工程展延事由，以延遲完工爲由，按每日工程總價千分之十認定違約金，自工程款中扣減之。上訴人認爲，若衡酌其所提出之工程展延事由，並無遲延完工情事，故起訴請求給付遭扣減之工程款。被上訴人則抗辯，系爭合約約定其對工期展延之認定有絕對權及最後決定權，上訴人方即不得再爲爭執。

高等法院於本案中給予原告部分勝訴之判決，認定其仍有四十一天之遲延，並且違約金過高應予酌減：鑑定結果認累計因人力不足，加計因機具不足致遲延日數平均爲七十九日。其餘立委選舉日、天候異常及政府砂石車政策改變，或與趕工合約之目的不合且確有開工之事實、或於簽訂趕工合約時，已知悉政府取締砂石車之政策，仍同意趕工合約之完工期限且議價時國工局曾表明載運砂石應使用合法制式車輛搬運、或天候未達到異常之程度且於簽約前已得預知，榮工處均不得再主張展延工期。準此，榮工處得主張展延工期爲第二整治案即 81K+880~82K+100 右側邊坡坍塌已加計擋土牆整治一百二十三日，惟其因人力機具不足致遲延之日數爲七十九日，經扣除後，榮工處得主張展延之工期爲四十四日，惟其遲延至八十二年三月二十六日始完工，遲延八十五日，經扣除前開得展延之工期四十四日後，榮工處尚遲延四十一日。(以上僅就認定遲延天數部分摘錄)

最高法院則在相關部分，認定高等法院之判決仍有不當之處，該部分遂遭廢棄發回：次查榮工處主張就第二整治案之不可抗力事件應予展延工期包括額外增加之停工期間一百二十日及額外增加之施工期間二百五十六日，總計高達三百七

十六日等語。惟原審僅認定榮工處主張得展延工期一百二十三日，竟就額外增加之施工期間二百五十六日未於判決理由項下說明何以不足採之意見，自難謂無判決不備理由之違法。...台灣省土木技師公會亦認有施工方式改變、工序變更、不可抗拒災害導致無法按趕工計畫正常出工...之情形，則能否因榮工處派出之人力、機具未達工網圖中之計畫人力，即謂其遲延七十九日，而需將一百二十三日先扣減七十九日？倘其確有落後進度達七十九日者，何以並無亞新公司催促榮工處加派人力、機具之情事？

[案例十二] SARS 期間口罩禁止出口案 (最高法院 97 年度台上字第 739 號判決)

本件由上訴人(出賣人)起訴主張，對造上訴人(買受人)與之訂立買賣契約，於 SARS 流行期間向其購買口罩，貨款共三百餘萬元，惟買受人方將購得之口罩加工塗料後，對外宣稱為奈米科技「光觸媒」罩，經消費者舉發哄抬物價並遭檢察官搜索，銷售商紛紛將其產品下架，買受人遂於取貨後迄未支付貨款，故起訴請求法院判令給付之。對造上訴人則抗辯謂，出賣人交付之口罩與保證書上所載規格不符，其已發函解除契約。又其提起反訴主張，有位於香港之公司(訴外人)向其訂購口罩，然因出賣人交付之口罩有瑕疵，致使其無法依約交付而遭解除契約，受有履行利益之損害一千一百萬餘元。出賣人對此反訴認為，該段時間本有政府之強制命令禁止口罩出口，該公司解除合約係屬不可抗力，與其無涉。

高等法院審理結果，認定出賣人所給付之口罩確有瑕疵，買受人依民法規定解除買賣契約，於法有據，自不負給付價金之義務。然而對於買受人所提出之反訴，高等法院則認定其無法舉證證明如何受有損害，且不能歸責於出賣人，故亦駁回其請求：況自九十二年五月十四日至同年六月一日之期間，我國政府禁止口罩出口，有經濟部輸出公告可證，且為公眾所周知之事實，友仁公司於政府禁止

口罩出口期間，本即不能辦理口罩之出口事宜，友仁公司出貨與潤華公司，及潤華公司運至國外出售等預期利益喪失，自非可歸責於金鼎公司，友仁公司請求賠償其所失利益，亦無依據。(以上僅就禁止出口部分摘錄)

最高法院雖對於高等法院判決中關於系爭口罩是否有瑕疵之部分，認為有判決不備理由之違法，然而對於反訴部分，則認為經核於法並無違背，上訴意旨之指摘無理由，本部分遂告確定。

[案例十三] 客運國道車禍案 (最高法院 97 年度台上字第 357 號判決)

本案由被上訴人九人起訴主張，其與上訴人訂有旅客運送契約，搭乘上訴人所有之營業大客車南下，未料行經中山高速公路南下一三八公里七百公尺處時，所搭乘之車輛遭第一審共同被告貨運公司之靠行司機所駕駛半聯結車撞毀中央護欄，衝入南下車道撞擊，造成被上訴人九人受傷，另有其他三名乘客死亡(三人係其中二被上訴人之配偶及子女)，為此提起訴訟，請求客運公司負損害賠償責任。上訴人則以，其司機對於系爭車禍並無過失，公司即無庸負損害賠償責任等語，資為抗辯。

第二審法院審理結果，認為本件適用法條應為民法第 654 條第一項，故除其傷害係因不可抗力所致者，不在此限，惟本件並不屬之：上訴人僱用之司機黃○○就系爭車禍之發生並無過失，上訴人固無庸負侵權行為之損害賠償責任。惟按旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送之遲到應負責任。但因旅客之過失或其傷害係因不可抗力所致者，不在此限，民法第六百五十四條第一項規定甚明。依舉輕以明重之法理，解釋上，旅客運送人對於旅客因運送所致之死亡，亦應負其責任。故旅客運送人除能證明傷害或死亡係因不可抗力或旅客之過失所致者

外，不問運送人有無過失，均應負賠償責任。經查系爭車禍之發生，乃肇因於C○公司之半聯結車司機A○○操控不當衝入對向車道，與上訴人之統聯大客車碰撞所生之連環事故，有台灣省竹苗區車輛行車事故鑑定委員會鑑定意見書及車輛行車事故覆議鑑定委員會（覆議結果）函可稽。可認該車禍屬通常事變，並非不可抗力。則上訴人為旅客運送人，依上開規定，即應就乘客因此所致之死傷債務不履行之損害賠償責任。

最高法院對此原審判決，則認為上訴論旨指摘對其不利之部分為無理由，遂判決駁回上訴，全案確定。

[案例十四] 保險箱內物品失竊案 (最高法院 92 年度台上字 1225 號判決)

本案由被上訴人五人共同起訴主張，其分別與上訴人(銀行)簽訂保險箱租用約定書，惟上訴人未盡其維護保管箱安全之義務，致遭第三人侵入竊取保險箱內之物品，使被上訴人受有數百萬至數千萬不等之損失。上訴人則抗辯以，其義務僅限於保管箱設置場所、確認是否租用戶本人及協助開箱手續安全而已，且其已依財政部「金融機構安全設施設置基準」第二點規定，於保管箱區域進出口，裝設錄影監視系統，並另行加裝監看保全系統，已盡契約所定之注意義務。另外，上訴人並以此件為第三人犯罪行為所致，資為抗辯。

第二審法院審理結果，認為本件銀行未盡其注意義務，應負賠償責任：依契約第八條約定，上訴人於保管箱應盡最妥善維護之責，且係以出租保管箱為其業務之一，是上訴人對於保管箱應盡善良管理人之注意義務。上訴人自承其自行委請中興保全股份有限公司（下稱中興保全公司）裝設保全監看系統，以維護保管箱室之安全，則該保全公司自屬上訴人履行保管箱之安全及防護義務之履行輔助

人。然袁耀強等人於八十五年十二月七日進入保管箱室內竊取被上訴人所有財物，觸動保全系統，致警鈴大作，該公司未能及時發現，遲至八十五年十二月九日始發現報警，而中興保全公司人員於警鈴啟動，未能詳查其原因，顯見該保全公司未能盡其善良管理人注意義務，維護保管箱場所之安全。次按民法第四百二十三條規定，出租人對於承租人負有保持租賃物合於約定使用收益狀態之義務，依約上訴人對於保管箱安全負有善良管理人之注意義務，因可歸責於上訴人履行輔助人之事由，致保管箱遭竊，依八十九年五月五日修正施行前民法第二百二十七條之規定，上訴人自應負債務不履行之責。況且契約第八條僅約定上訴人對於保管箱內物品之數量品質因天災地變或其他不可抗力而肇致損失，不負責任，依反面解釋，上訴人應負善良管理人之注意義務，維護保管箱之安全，則上訴人違反其善良管理人之注意義務，致被上訴人受有損害，自應負賠償之責。

最高法院雖將本案發回高院更審，惟其於判決中所具體指摘者係關於損害賠償範圍之部分，對於責任是否成立，則並未表示反對意見。

[案例十五] 菲律賓陸上強盜案 (最高法院 91 年度台上字第 111 號判決)

本件由被上訴人起訴主張，其向訴外人購買貨物一批，自基隆出口運至菲律賓馬尼拉。被上訴人給付貨款後，已自銀行取得提單及空白背書轉讓之保險單。該批貨物運抵馬尼拉後，後於運往工廠途中遭強盜奪走，上訴人(保險公司)應依保險契約理賠。被上訴人基於貨物買受人及保險債權受讓人之地位，請求上訴人支付保險金，卻遭拒絕，因而起訴請求法院判令其給付。上訴人則以，被上訴人非保險契約當事人，又未經法定債權移轉程序，且系爭事故屬於不保事項範圍等語，資為抗辯。

本案第二審法院審理結果，除認定依民法第 629 條與保險法第 18 條之規定，保險標的物所有權移轉後，保險利益為受讓人而存在，被上訴人自得對保險人(及本件上訴人)主張保險權利之外，對於本案之事故是否在不保事項範圍，採否定見解。判決中有較為詳盡的論述：保險範圍係貨物條款之全險（All Risks），雖同契約第十二條約定，將……、海盜（piracy）行為所肇致之損害，排除於保險給付之外，為兩造所不爭。惟所謂之海盜（piracy）行為，係指為私人目的，而以暴力奪取船舶或該船舶所載運之財、貨物而言，其暴力行為無論來自船上之旅客或掠奪者自岸上對船舶施以襲擊均屬之。其所以與其它事故如內戰、暴動、叛亂、內亂、革命等均同列為除外條款，即源於該掠奪發生於海上，危險極高，救援不易，與前開列舉之其餘事故相較，其危險情形幾乎等同，已近於不可抗力之程度。如該等事故發生於陸上，則稱強盜（Robbery），固同為以強暴、脅迫等行為掠奪財物，但其危險顯較發生於海上為低，救援亦較容易及可能，自不能與「海盜」之發生於海上幾近不可抗力之行為相提並論，而認為併屬「海盜」行為之範疇。是於當事人契約未有特別約定之情形下，實不宜任意擴張解釋「海盜」包括「強盜」在內。

最高法院認為，原審之裁判，經核於法並無違誤，全案遂告確定。

第二項 裁判分析

本論文在此要從事者為，根據以上對不可抗力概念之引介，初步選擇幾個可能的影響因素，並嘗試分析，法院於審判與不可抗力有關之案件時，是否會將這些要件納入考量？並且，其認定時的嚴格程度如何？基於我國學說及實務上對於不可抗力概念之定義仍屬高度紊亂，以下為行文之便，雖會嘗試將我國法院見解套入第二章所介紹之比較法上不可抗力而為分析，然可能不完全為相同分類，而

是挑選一些值得注意之點，再於適當之處提及與其他國家或條約及區域性立法整合方案之比較。

第一款 概念定義範圍

本處欲探討者非法國法上「結果債務」與「方法債務」之差異，畢竟我國法上對各種契約所生之債並無此種分類，基本上對於其債務不履行之歸責原理均為相同；而是接續前項之分類，探討所謂之「不可抗力」究竟只限於因天然災害所造成，或是人爲因素也有可能係不可抗力？

對此，我國法院之意見顯然分歧，是否受到我國學者之間亦有不同見解之影響，實不得而知。法院見解之變遷，從因爲人爲因素導致債務不履行，惟有提出不可抗力抗辯主張，或法院有在其他議題上提及不可抗力者的幾個案例進行觀察，即能相當程度反映；然而法院在處理天然災害造成債務不履行之案例類型時，其於判決書中若有相關論述，亦應加以注意。

由時間排序從舊到新之角度觀之，早期法院在肯定或否定人爲因素可構成不可抗力事由的問題上，採否定見解。例如，最高法院 69 年度台上字第 3665 號判決¹⁸⁸即謂：農會法第三十二條第二項既訂明：「農會收受與保管之財產，非因不可抗力，致生損害時，總幹事及有關職員負連帶賠償責任」¹⁸⁹，似係一種不以故意或過失為限之特別規定。原審以本件財物之失竊，非出於田景富等四人之過失，認無該條之適用，不無誤會。又財物被竊，出於人爲，非不可加以防止，何能謂

¹⁸⁸ 較早期的見解，不屬於司法院法學資料檢索系統之收錄範圍者，係由法源資料庫尋得，<http://www.lawbank.com.tw/> (最後瀏覽日：05/05/2011)。

¹⁸⁹ 此係民國 80 年前的農會法條文。現今之農會法，已無特別對於農會收受及保管財產為規範。新舊條文比較，可見法源法律網內之「法規查詢」系統，網址同上註。

係不可抗力。原審任意認定本件失竊為出於不可抗力，田景富等四人無過失責任，亦有未合。由上觀之，法院似乎認為，只要是「出於人為」者，均有加以防止之可能，因而不能算是不可抗力？最高法院 86 年度台上字第 442 號判決，亦有相類見解：次按定作人所供給之材料，因不可抗力而毀損、滅失者，承攬人不負其責，民法第五百零八條第二項定有明文。所謂不可抗力，係指事變之發生，由於外界之力量，而非人力所能抵抗者而言。本件系爭染料為第三人所竊，不屬於不可抗力之範圍。系爭染料既非因不可抗力而滅失，揆諸前揭條文規定，上訴人自應負損害賠償責任。

後法院之態度轉趨模糊，未明確肯定或否定人為因素可構成不可抗力，例如在[菲律賓陸上強盜案]中，法院即認為海盜、內戰、暴動、叛亂、內亂、革命為「近於」、「幾近」不可抗力，而陸上強盜則不能與其相提並論。如果單從法院所使用的文字予以解讀，所謂近於與幾近，是否基本上係採取否定立場，而只是在解釋不保事項條款之範圍時，將上述各種事故和陸上強盜相互區別，認為在危險性上有所不同，惟若今日所約定者非具體列出事故為不保事項，而係概括之「不可抗力事故不保」，上述各該事故於法院如此之思考脈絡下，仍然不屬於不可抗力事故的範圍，因而仍需給付保險金？實不得而知。而在[保管箱內物品失竊案]中，法院並未正面觸及此一問題，並且由於其保險箱租借契約中即有天災地變或「其他不可抗力」而肇致損失，不負責任之條款，更預留了人為因素亦得構成不可抗力之空間。

而在[客運國道車禍案]中，法院似乎又向否定見解靠攏？按依其論理，非屬不可抗力者即應負責，本案既屬對向聯結車操控不當而與客運車碰撞所致，可認即屬通常事變，並非不可抗力。如此之論點似乎與邱聰智教授之分類相同，認為第三人行為所致之履行障礙事實不屬不可抗力，僅有人力以外之自然力所致之履行

障礙事實始為不可抗力。惟查閱二審判決(台灣高等法院台中分院 94 年度重上字第 112 號判決)後，發現該判決實採取肯定見解，認為：所謂不可抗力係指非常事變之不可抗力而言，通常事變並不包括在內，最高法院五十七年台上字第三一一七號判例可資參照。本條文所定運送人之責任，除能證明係因不可抗力或因旅客之過失所致者外，不問運送人有無過失均應負賠償責任。所謂不可抗力，係指落雷、旋風、颱風、山崩、地震、戰爭、強劫等是，至於發生交通事故致旅客傷亡，應屬通常事變，並非不可抗力，縱運送人無過失，運送人仍應負責¹⁹⁰。進一步觀察，其將人為因素類型化，區分「非常」及「通常」，見解值得探討¹⁹¹。

近期之判決中，法院則未明顯否定。如在[SARS 期間口罩禁止出口案]中，法院認為，因政府禁止出口口罩之法令，故買受人無論如何皆不能出口至香港，其轉售利益之喪失即無法歸責於出賣人。然而在本案中，雖出賣人曾以政府法令係不可抗力事由抗辯之，然而法院之判決並未回應；依我國現行法，在契約沒有特別約定之情形下，法院在此是否僅以過失責任審查之，值得注意，因而也不能算是肯定人為因素屬不可抗力之判決。[北二高日夜趕工案]中，原審僅認定天然災害為不可抗力事由，惟最高法院發回理由卻指出，尚有其他之事由被提出，原審為何未詳述不採取之原因？關此，最高法院雖未明顯表示其肯否，然其質疑原審之態度，應預留了相當大的彈性空間，也有解讀成接受人為因素構成不可抗力之餘地。

最明顯表達肯定態度者，毋寧係[機場地下道居民抗爭案]。該案法院認為，附近民眾非理性激烈抗爭，屬不可抗力事由，非可歸責兩造。於本案中，法院不同於[SARS 期間口罩禁止出口案]不同者係，此次是法院判決中直接認定屬不可抗力

¹⁹⁰ 問題是，法院在此列舉出的事由，是否就一定該當為不可抗力？可能有所疑問，容後探討。

¹⁹¹ 早期相似案件，最高法院 83 年度台上字第 2341 號判決：運送途中發生車禍，縱有不可歸責之事由，而由第三人過失所引起，對運送人而言，亦僅係通常事變，並非不可抗力，自不能解免運送人債務不履行之責任。似有相同意旨。

事由，而非僅有一方以此用語為抗辯，但法院卻未正面回應。另外在[梧州百年一遇洪水案]中，雖然本文因事故為洪水將其歸至「天然災害」類為分析，然而在法院判決中所提及之「當局指示」至其他碼頭卸貨，顯然即係一人為因素。而最高法院發回第二審法院之理由中，要求其對「當局指示」之情事再為調查，並且本案之法律適用範圍既包括僅有明列免責事由，而不論故意過失之海商法，法院如此之宣示，是否有認為政府行為亦可能構成不可抗力之可能性？實有偏向肯定之傾向。

惟在[寄存車輛泡水案]之更審判決中，處理的雖不是人為因素介入之問題，但法院在定義何為不可抗力時，卻將此概念直接限於因自然力導致者。依法院判決所述：按所謂不可抗力，係指偶然事變或災難，為非常性質，不能預知及無法抵禦之情況；亦即須出於自然力，無人類行為之介入，且非人力所能抗拒，縱加以嚴密之注意，亦無法避免而言。此一相當詳細的定義，後段係王澤鑑教授及孫森焱教授所採見解，前段則未見於本國文獻，然頗有美國法上”act of God”概念之特色，不知是否受其影響，而對全部之不可抗力為如此之定義。綜上所述，我國法院似未對於不可抗力之概念範圍大小，有一普遍而穩定之共識。

本段最後要分析的是，究竟我國實務判決有無受到學說見解之影響而認定不可抗力之定義範圍？按我國實務判決中最常出現的判斷方式，應係孫森焱教授之定義，即「人力所不能抗拒者，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免¹⁹²」。所謂之人力不能抗拒之意義究竟為何，天然災害是理所當然之類型，然而人為因素是否也能包括於其中？本文推測，是否有些法院在判決時，被「人力」所不能抗拒誤導，而認為必須要限於自然力之作用才有判斷為人力不能抗拒之餘地？然而，債務人自己之外之其他人介入時，債務人是否有抗拒之可能性，亦值懷疑。

¹⁹² 如案例四、案例九之判決，均曾直接引用。

例如在[客運國道車禍案]中，如何能謂客運駕駛能夠抗拒「對向」聯結車失控衝入本向車道？事實上，因為各種定義之本身原本就是在處理人和人間之糾紛，其時特別強調「人力」不能抗拒，而進一步將其解釋為必須出於自然力者始屬之，可能有過度解讀之嫌！如果定義如此，則在文義解釋上不可抗力即應該涵蓋天然災害及人為因素二者。當然，定義本身有沒有需要改變之處？需不需要有更細膩的區別？背後所代表的法律政策應該如何始為合理？都可以再為探討，而這也是本研究在最後一章想要嘗試解決的問題。

第二款 不可預見與無法抗拒

前曾提及，此部分之分析實與判斷債務人是否具有過失有其相似性，特別是「不可預見」的部分，更是與判斷過失時所謂之「預見可能性」判斷極其相似。至於「無法抗拒」的要求，本文觀察比較法學說與實務後，認為其應係獨立於不可預見要件之外，一個相對較為嚴格之要求¹⁹³。我國法院在判斷是否屬於不可抗力時，其說理是否有相關概念之背景支持？值得探討。

按我國學說上之主流見解亦認為，不可抗力係「人力無法抗拒」、「縱加以最嚴密之注意，亦不能避免」，前段顯然即是「無法抗拒」，後段如果仔細加以思考，亦能得出等同於「不可預見」之結論。按我國法上學說見解認為，如何判斷過失，由於民法未見規範之故，可參考刑法第 14 條之定義，即「應注意、能注意而不注意」，或「雖預見其發生而確信其不發生」¹⁹⁴，並認為其應均指行為人得預見其行為的侵害結果而未為避免¹⁹⁵。由此觀察，既然該損害之發生，係縱既最嚴密之注意亦不能避免者，則應該可以認為，雖然注意義務存在故仍應注意，

¹⁹³ 見本文第二章第二節第二項第一款。

¹⁹⁴ 王澤鑑(2010)，前揭註 179，頁 253；林誠二(2010)，前揭註 179，頁 39。

¹⁹⁵ 王澤鑑(2010)，前揭註 10，頁 308。

但其既「不能」注意，當然也就沒有任何注意義務違反的問題¹⁹⁶。不可抗力之概念與過失判定的高度重疊，也是本研究後續想要探討的問題之一，然而在此暫且依照現有之概念架構，觀察我國之裁判。

我國法院對於不可抗力與過失概念之間的關係，向來均採取若債務人未盡其注意義務，則不可能構成不可抗力之見解，此與前揭美國法上認定是否合於”act of God”之要件時，大致相同¹⁹⁷。例如，在[地下電纜工程洞道洪水案]中，最高法院認為，若承攬人有派人監視洞口情形之注意義務時，其注意義務之未踐行，即會使不可抗力之主張不成立；[大樓滲水、鋼筋銹蝕案]中，法院則以出賣人(即建築業者)之連續壁施工有瑕疵，判定其非屬不可抗力；[小麥運送濕損案]中，法院認定運送人用以運載系爭貨物之船隻，其設備之水密性具有問題，非屬不可抗力¹⁹⁸；[排水工程擋土牆滑動龜裂案]中，法院則認為，定作人未盡其妥善鑽探地質、估算結構係數、掌握降雨量及地下水位，導致其擋土牆設計不當，自有疏失，其不可抗力之抗辯自然亦未獲採納。

而在[寄存車輛泡水案]中，法院之說理更是清楚，其謂：倘上訴人主張被上訴人就系爭貨車之存放未盡善良管理人之注意義務一節為可採，能否謂磊鉅公司所受損害係屬「如予嚴密注意仍不免發生」之事變，或「縱加以最嚴密之注意亦不能避免發生」之不可抗力所致？實為凡有過失即不可能成功主張不可抗力之最明顯裁判。在[北二高日夜趕工案中]，原審法院對於某些被主張係不可抗力之事由，

¹⁹⁶ 有認為過失概念包含兩層次，注意義務存在及注意義務違反，見陳聰富(2004)，〈論侵權行為法上之過失概念—最高法院九十年度台上字第一六八二號民事判決評釋〉，《台大法學論叢》33卷4期，頁200，收錄於陳聰富(2008)，《侵權歸責原則與損害賠償》。

¹⁹⁷ 見本文第二章第三節第二項。

¹⁹⁸ 早期相似案件，最高法院69年度台上字第349號判決：原審以進利輪運送黃豆之水濕腐壞部分，係因海水自損壞艙蓋滲入貨艙而造成，此有歐亞公證股份有限公司函在卷可證，該進利輪之貨艙蓋既有損壞，運送人於發航前即應檢查修復，運送人疏於注意，且對防水措施亦不予設置，任令海水滲入造成損害，依海商法第一百零六條第三款及第一百零七條之規定，益利輪船公司自應負損害賠償責任...益利輪船公司空言主張係因不可抗力之災害所致為抗辯，殊無可採，其上訴求為廢棄此部分之原判決，非有理由。

其否定理由亦係帶有可預見即不得主張之意：於簽訂趕工合約時，已知悉政府取締砂石車之政策，仍同意趕工合約之完工期限且議價時國工局曾表明載運砂石應使用合法制式車輛搬運...，榮工處均不得再主張展延工期，亦為相當明顯之案例；[保險箱內物品失竊案中]，法院亦以保全公司為被告銀行之債務履行輔助人，而其未盡善良管理人注意義務為由，否定了銀行所提之不可抗力抗辯。

早期見解中，最高法院 60 年度台上字第 185 號判決，雖年代相當久遠，但亦看得出有此意旨：上開玉米所以因潮濕水漬及汗漬而發芽腐爛，既係由於船內通風及排水設備不良所致，上訴人對於損害之發生有過失，而無不可抗力之情形，即屬無可置疑；另外，最高法院 73 年度台上字第 49 號判決亦同樣認為：存棧貨物之堆藏及保管業務則倉庫營業人自行負責，是有關儲存貨物之安全，應由上訴人負責，而火災之發生，非因地震或其他不可抗力之天災，自係倉庫營業人未盡善良管理人之注意所致，被上訴人係依侵權行為之法則，請求上訴人賠償其所受損害，洵屬正當¹⁹⁹。而就所爭議之事故係第三人行為所致時，最高法院 79 年度台上字第 2328 號判決，亦認定運送人有其過失，不構成不可抗力：系爭貨物於運送途中失竊，自難認上訴人僱用之司機江永松已盡保管之義務，其有過失應無庸疑。上訴人辯稱運送物失竊，屬不可抗力，不足採信。從而被上訴人以其所託運之貨物，於上訴人運送中，遭竊而喪失，請求上訴人賠償損害，應予准許。綜上，應該能夠認為，法院在處理不可抗力之相關問題時，會傾向於認定只要債務人有過失，亦即，該損害之發生實際上是加以應有注意即得避免者，即非屬不可抗力。

¹⁹⁹ 此處法院的論述模式，與前次本文所質疑者，有相同之問題。然而，最高法院 79 年度第 2334 號判決，似乎有其獨到之處：按系爭大樓四周皆無因本次地震而生房屋損壞之情形，第一審共同被告即原工程設計人張紹載亦自認當日地震為五·二級，故造成系爭大樓損壞雖與地震有關，但非不可抗力之天災。這個判決反映出甚麼法院審酌相關案件時，應該注意之處？待相關案例一再出現時，再為分析。

另外，本文前曾提及，當某些事故之發生，可能有其固定頻率時，即無法單從其能否預見其發生來判斷，尚需注意其事件之嚴重程度²⁰⁰。我國法院判決，似亦有此種說理模式。最高法院 73 年度台上字第 4411 號判決即認為：本件貨損之原因，係海國輪自香港駛往基隆途中，遭遇強烈東北季風及猛浪襲擊沖裂艙蓋防水帆布，海水滲入船艙所致，為原審所確定之事實。依一般情形，東北季風來襲，是否不能預料？在東北季風季節內，台灣海峽風力達九級（見航海記事簿及海事報告書），是否不可能發生？如能預料其發生，在此時地航行之船隻，採必要之措置，是否仍難免發生海水滲入船艙之情形？原審悉未調查審認，本院尚難為法律上之判斷。況該輪船長製作之海事報告記載，海國輪第一艙甲板帆布長期猛受海水沖裂，致海水灌入艙中（裝載滑石粉之貨艙），第二艙則未有此等情事發生。何以在同樣風吹浪襲情況，唯獨第一艙艙蓋難以承受，致海水灌入艙中，是否其艙蓋過於陳舊所致？倘非陳舊，何需借助防水帆布及網線為之覆蓋？第二艙艙蓋是否亦採同樣措置？何以未有海水灌入艙中情事？此與海國輪在季風吹襲區域航行，設備是否周全，有無適航能力至有關係，原審對此未作進一步之調查，即認該輪有絕對適航能力，被上訴人可不負賠償責任，亦嫌速斷。

最高法院 66 年度台上字第 3244 號判決，則是一個較特殊的法院見解。其認為：海商法第一百零七條固規定：運送人對於承運貨物之裝卸、搬運、堆存、保管運送、及看守，應為必要之注意及處置。惟訟爭鹽酸堆放在船舶甲板上，為被上訴人所同意。其包裝係被上訴人自為。包裝之堅固程度，能否承受海上遭遇惡劣風浪、船身激烈之搖動？亦被上訴人事。上訴人（運送人）對於船上任何貨物包裝並無保固之設備、人力與義務。船舶航行中遭遇惡劣風浪，致船身激烈搖動，此出於自然現象，不可抗力。因此而致包裝破裂，自不可歸責於上訴人。依此判決，若運送人沒有任何注意義務可言，當然不可能有負過失責任的可能性？則是

²⁰⁰ Katsivela, supra note 33, at 107.

否有不可抗力之情形，又如何能影響責任之成立？問題在於，此案中之運送人，是否果真沒有任何注意義務？雖依海商法舊法第 117 條，運送人或船長如將貨物裝載於甲板上，致生毀損或滅失時，應負賠償責任。但經託運人之同意或航運種類或商業習慣所許者，不在此限，然而此處「不在此限」之意，應僅係免除負本文之無過失責任，而無排除第 107 條之適用。法院作此認定，實有其解釋上不妥之處。如果採本文的認定方式，自然必須檢視運送人有無盡其必要之注意及處置，也就是判斷其究竟有無過失。

另外，在判定該損害發生是否可預見時，一個在比較法上被提及的下位判斷標準係，是否有異常(*extraordinary, Außergewöhnlich*)之情形發生，而導致債務人無法預見？而如何判斷異常，則有待法院將其具體化。例如在[梧州百年一遇洪水案]中，原審法院即曾提及：系爭事故發生地點在廣西梧州之李家莊及河西碼頭間，該地為歷史上洪水災害經常發生之處，八十七年六月間，即曾發生水位高達二六·五一公厘，已超過本件事故當時之水位，並以之認為，如此之天候並無不可預見之情形，自非屬不可抗力；[小麥運送濕損案]中，更審法院認為，本次航次所經歷之最大風浪，無非十級，並未逾該海域往年之最大風力，且十級風浪參照氣象局函覆之「蒲福風級表」，僅是「猛浪翻騰浪峰高聳、浪花白沫堆集，海面一片白浪，能見度減低」。則本航次所遭遇之風浪，不得謂係無法預料或無法抵禦；[排水工程擋土牆滑動龜裂案]之二審法院說理亦非常明晰，其認為：上訴人提出之系爭擋土牆所在地過去三十年豐華、和順測站地下水位資料所示，二測站之八十八年五月間地下水位均非過去三十年來之最高值，亦非過去十年之最高值，則上訴人辯稱系爭擋土牆損壞係因豪雨致地下水位驟昇，屬不可抗力，亦不可採。由此以觀，我國法院在判決時關於此類天災規模之認定，似乎如同前述部分美國法院所採者，認為其發生必須是無先例可循的？殊值研究。

再者，美國法上也有法院見解認為，若對於某種天災之發生，已有相當成熟之預報技術，在能及時應變範圍之內，無法主張其為不可抗力，業如前述。我國法院亦有類似見解，如[梧州百年一遇洪水案]之二審判決中，法院認為，大陸地區氣象預報精準度極高，已能提前五十一小時預警，且該預報業經媒體刊載，因而認為未有不可預見之情形；又如[寄存車輛泡水案]中，更審法院又有相當詳盡之說明：颱風之形成雖非人力所能控制，惟颱風可能造成之災害，在現今科學預測發達之時代，人類已能相當精準預測颱風之來襲，益見颱風可能造成之災害，並非人力所不能控制及抵禦者，並且於災害發生之前四天，中央氣象局即已發布颱風警報預警，故被告即有預見損害發生與及時採取適當應變措施之可能性。事實上，最高法院 84 年度台上字第 33 號判決，即有如此之說理方式：另查造成本件貨損之亞伯颱風，早經中央氣象局於七十九年八月二十九日發布颱風警報，有該局七十九年度颱風警報發佈概括表在卷可憑，足見亞伯來襲並非不能預知，是系爭機器放置倉庫走廊上，必遭暴風雨淋濕，當為上訴人所能預見，其竟仍將系爭機器露天存放，致發生濕損情事，自難謂已盡注意義務。又颱風過後，上訴人之二十七號碼頭倉庫僅系爭機器水濕受損，益證亞伯颱風並未達人力無法抵禦之程度，是上訴人辯稱颱風係不可抗力之天災，其無過失責任云云，即無足採。

早期實務上，最高法院 69 年度台上字第 421 號判決，饒富趣味：關於賽洛瑪颱風之動態，中央氣象局係於六十六年七月二十二日二十二時發佈第一次海上颱風警報，迨同月二十五日上午九時三十分始發佈海上陸上颱風警報²⁰¹，並預測該中度颱風之暴風圈邊緣將掃過台灣南端，風力對台灣南部及東南部影響不大，同日下午三時五十分發佈之颱風警報仍預測台灣南部及東南部因地形關係，風力影響不致太大，而韓國統帥輪因預定七月二十五日進泊高雄港，本件託運之貨櫃乃

²⁰¹ 本文於寫作時對此有所質疑，按 7 月 25 日上午 9 時已侵襲高雄，何以同日上午 9 時 30 分始發布颱風警報？查詢中央氣象局颱風資料庫之結果，本處應為 7 月 24 日上午 9 時 30 分之誤植。
http://rdc28.cwb.gov.tw/data.php?num=1977040721&year=1977&c_name=賽洛瑪&e_name=THELMA
(最後瀏覽日：05/05/2011)。

於同月二十四日上午十時運抵高雄港六十五號貨櫃碼頭，此有中央氣象局之颱風警報記錄，韓國統帥輪船期公告及中國貨櫃運輸股份有限公司高雄第二集散站集櫃檢查登記表等件可稽。詎賽洛瑪颱風以怪異路徑回轉，於同月二十五日上午九時，侵襲高雄，馴致高雄港碼頭之巨型起重機亦被吹塌，亦有報導該颱風消息之剪報及高雄港務局六八高港業企字第一七四三四號函可資證明。是本件貨櫃之遭受損毀，純屬因不可抗力所致，依民法第六百三十四條但書，海商法第一百十三條第四款規定，運送人自不負損害賠償責任，因而維持第一審所為不利於上訴人之判決，經核於法洵無違誤²⁰²。

關於無法抗拒之要求，我國法院似乎亦有相似見解。首先在[梧州百年一遇洪水案]中之高等法院見解，對於是否能防止損害發生，其除認當時天候實未有不可預見之情形外，另認當時天候既已甚為惡劣，則運送人之履行輔助人應暫停、取消或延後運送，妥為處置船貨，以避免事故之發生，實蘊含事件之發生係能避免之意。另外，[公車候車亭監視設備案]之更審判決則以：被上訴人就系爭數位錄影機硬碟耐熱不足之瑕疵有上述 1.及 2.之補正措施；亦即，被上訴人就本件硬碟耐熱不足之瑕疵如予以上開 1.及 2.之注意即可避免發生損害，未至任何人縱加以最密之注意亦不能避免之不可抗力程度，應屬通常事變之事由，認定出賣人所提供之設備損壞，仍有能夠避免及克服之餘地，用以區別通常事變及不可抗力；[東勢林區牛樟苗木病害案]中，法院則是認為系爭牛樟疫病只能於發病後投藥治療，無法於發病前即予施藥，以免藥劑殘留造成危害，且施藥僅能抑制，讓健康苗木的部位不再繼續腐敗，吾人亦可解為，該病係無法透過現存人力所及之方法避免與克服之意旨，是以確實有無法抗拒之情形。[寄存車輛泡水案]之更審法院判決則提

²⁰² 中央氣象局颱風資料庫有當年之警報單掃描檔，可供查閱。7月24日下午8時，該颱風的預測走向仍然是西北西轉西北，惟7月25日上午5時，始發布新一次預報，颱風已轉北進行，隨後並於9時10分登陸高雄。由當年的預報技術看來，運送人確實沒有太多時間能夠及時應變，以避免損害發生。本文認為，法院如此判決，應屬允當。當然，隨著今日預報技術的進步，所謂的「怪颱」可能也不怪了，法院是否就會做出相異判斷？這亦可反映出，法院裁判時必須確實依照個案事實不同而為之。資料來源同上註。

到，上訴人因系爭貨車數量龐大，倉庫區域內已無其他高地可供放置，或為其他必要之安全措施，非移存他棧，無其他方法可為之情形時，亦可依上開辦法第 28 條規定，先將貨車移棧，避免遭水淹浸泡受損，再以書面報告海關核備，顯然認為被告仍有其他方法能夠避免發生損害，故自無不可抗力可言。

第三款 外來原因

前曾提及，若係因為債務人或其使用人之行為而導致之債務不履行，不具有外部性，即無法構成不可抗力。當然，此一要件實與債務人不能具有過失有高度緊密之關聯，是以上段所分析過的案件，凡認定債務人具有過失者，應皆不具物來原因。當然，仍有不具過失，但依然在債務人可控制之範圍內，因而仍不得主張不可抗力者，如前揭法國法上食物遭不明細菌污染之案例。另外，部分因罷工而導致債務不履行者，是否能夠主張不可抗力，相關爭議前已述及。我國法上之案例，未見食物遭細菌污染之案例類型，惟罷工是否為不可抗力之爭議則有之，其並與不可抗力約款之問題相關，詳見後述。此處僅先具體點出，法院對於此類案例，在無不可抗力約款時，確有採否定見解者。例如台灣高等法院 99 年度上字第 180 號判決即處理出賣人委託代工之大陸工廠勞資糾紛案件，該判決認為，所謂不可抗力係指人力所不能抗拒之事由，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦無法避免者是。上訴人雖提出財團法人海峽交流基金會公證書證明本件受託代工之中國大陸工廠因勞資糾紛，於 96 年 12 月 6 日遭當地人民法院以勞資糾紛之裁判對工廠實施查封致無法繼續生產，造成伊無法如期於 96 年 12 月 7 日給付複驗貨品云云，縱屬實情，亦非前述所謂任何人縱加以最嚴密之注意，亦無法避免之不可抗力事由，上訴人據此主張不可歸責云云，顯不足採。

第四款 陷於履行不能

本處之履行不能，如前所述，係與我國法制上之「給付不能」相異之概念，其涵蓋範圍較廣，包括我國法上之給付不能與給付遲延。本處為取得用語上的一致性，仍然以全部與永久不能、一部不能、暫時不能稱之²⁰³。法國法上有所爭論之問題，即不可抗力是否包括履行困難之情形，基本上本文認為，我國法既有民法第 227-2 條之情事變更原則，基本上我國之處理方式係同德國，直接於法條上明訂情事變更而依其原有效果顯失公平者，得向法院聲請增、減給付或變更其他原有之效果，故相關爭議即不存在。

是故，我國法上既然已區分出獨立的情事變更類型，而非如英國法之契約頓挫理論與契約目的頓挫理論，實際上包含履行之事實上不能、法律上不能、經濟上不能，以及目的上不能，則在我國法能夠討論之不可抗力的範圍，本文認為應同法國法採較為狹義之見解，將履行困難之情形交由情事變更原則處理。

我國法上裁判直接涉及是否確符履行不能要件者，例如[大愛之家透天住宅案]，最高法院判決質疑承攬人提出之天候條件是否確實導致其無法施工：被上訴人所主張停工之日期，基地淹水、泥濘黏稠，仍有多日確進入施工，或有預拌水泥車、挖土機等機具進入工地，或另進行其他工程施作，並非全面停工云云，並提出工程日報表為證。倘非虛妄，即不應予扣除。在此應可認為，法院認該數日之天候條件，縱然不可預見及無法克服，然而是否僅使工程受到部分影響，衡諸建築房屋之細項工程繁多，自有可以不受天候影響之作業項目，是以直接以天候因素而得抗辯因不可抗力主張該日應自預定工期中扣除，尚有未洽。另外，最高法院 89 年度台上字第 586 號判決，亦對原審判決有相關指摘：原審雖認自七十九

²⁰³ 見本文第二章第二節第二項第三款。

年二月二十日系爭契約訂立時起，至八十二年二月五日系爭房屋竣工日止，共有侵台颱風二十一次；惟上開各次颱風之強弱程度有別，侵襲地點，造成之損害情形，亦各不相同（見原審卷五八至六三頁中央氣象局颱風警報發布概況表），其是否均已達不可抗力之程度致使系爭房屋不能施工，自滋疑義。原審就此未詳加調查審認，遽將上開颱風侵襲日數自中農公司逾期竣工期間內扣除，尚嫌速斷。

附帶論述同類案件類型之不同裁判，如最高法院 92 年度台上字第 444 號判決，同樣處理因天候因素無法施工的問題，該案二審法院竟採取了由承攬人方所提出之「工作天」抗辯：一般營建工程施工之進度常受天候之影響，是此類契約所稱之「工作天」，係指工地能實際工作之天數而言。即工作天數，除應將星期例假日剔除外，凡因天候致影響正常工作之進行，如颱風級數或降雨量達一定之標準者，均不計算在內；又妨礙工作之降雨量標準依建築業界計算工作之慣例，多數以每小時累積雨量達零點五公厘以上時，即認對於戶外施工有所妨礙而不計入工作天數。此種見解，最高法院亦未加以指摘。如果在契約中確實對於「不可抗力」或「無法抗拒之天災」的定義是採取如此寬鬆之認定，則法院如此認定，或許仍無可厚非，然而該案中雙方雖約定「工作天」，但沒有具體約定其內涵時，該案又已將延期之限制定在「天災人禍確為人力所無法抗拒者」，法院的裁判是否仍為恰當？尤其是，其對不可抗力概念之理解，顯然有所不足！如此之降雨量，不僅不會造成任何的履行不能，更能直接判斷其是可以預見且能夠克服的，則承攬人以此主張，顯然就僅是卸責之詞，法院焉能不查？本文認為，[大愛之家透天住宅案]之見解，相較之下即為相當嚴格之認定，並且開啓了進一步討論的可能性。雖然在工地泥濘之情形，仍有進行其他工程之可能，已如前述，然而有鑑於房屋建築工程仍有一定程度之連續性，確實因天候因素影響無法施工的部分，若為最主要的工程項目，且會造成後續相關工程的影響，則自然應該認為，該受天候影響而無法施工之部分應予扣除。是以，本文認為，法院在決定扣除天數時，不能

單純以天災影響一天即直接扣除一天，而應更細緻的認定受影響的工程究竟會造成多少之延遲，始為恰當。

另外一個值得討論的問題是，除了典型之對應於我國法給付不能或給付遲延的案例類型外，在本文中尚未被提及者係，不可抗力是否可用以對「不完全給付」之主張提出抗辯？觀察我國案例，[公車候車亭監視設備案]、[大樓漏水、鋼筋銹蝕案]、[小麥運送濕損案]、[寄存車輛泡水案]、[SARS 期間口罩禁止出口案]、[客運國道車禍案]所主張的，皆是不完全給付的相關責任。依我國法院之判決，已有[SARS 期間口罩禁止出口案]所涉之事實被判定為不可抗力。而如果我們觀察比較法上之規定，例如在國際條約與區域性立法整合方案中，其所規範者皆係因不可抗力事件所造成之履行「障礙」，如此之用語自然即將我國法上之給付不能、給付遲延、不完全給付全部包括在內。法國法上之用語應該僅因其對於「履行困難」不得主張之限制，並且迄今法國法上並無如此對於債務不履行之分類，自然不會產生如此之問題意識。

第二節 法律效果

第一項 免給付義務

遇有不可抗力事故時，若因而產生給付不能²⁰⁴之情形，原應給付之債務人即得免其給付義務，此為不可抗力概念之法律效果中，最早被發展出來者。前揭漢摩拉比法典中，租賃耕地耕作者因天候因素歉收，得免去作物及利息之給付義務，即為明證。羅馬法上同樣對於耕地租賃有同樣的規範²⁰⁵。英國法上契約頓挫理論

²⁰⁴ 此處以我國法之分類探討之，故指狹義之給付不能。

²⁰⁵ 見本文第二章第一節。

之早期啓發案例，亦是直接免除債務人提供音樂廳演出之義務²⁰⁶。發展至今，在我國法上，遇有給付不能之情形，由於依我國民法第 220 條之規定，債務人就其債務不履行係以過失責任為原則²⁰⁷，除非契約當事人經特別約定，或法律另有規定時，倘不可抗力之抗辯業經提出，並經法院肯認，即會認為係不可歸責，而依民法第 225 條之規定，認為債務人免給付義務。

我國法上案例，例如前揭[東勢林區牛樟苗木病害案]，即為適例。在該案中，原應給付之牛樟苗木受無法防範之植物疫病影響而短缺時，此時產生一部之給付不能。此時依該案法院見解，因其給付不能肇因於不可抗力事由，縱使該案中之承攬人未全數履行當初約定給付之牛樟苗木數量，然而法院仍認為其既已給付未受疫病影響之部分，關於其餘部分即不生債務不履行之情形，應認為其工作已完成，而得請求原定之報酬，定作人即東勢林區管理處不得以工作未完成為由扣減工作費用即沒收保證金。

當然，債務人依民法第 225 條之規定免負給付義務時，一般而言，在雙務契約中即涉及「危險負擔」之問題。按雖債務人不可歸責之故，免其給付義務，惟他方當事人有無對待給付義務，可分為他方當事人是否可歸責而說明之。在債權人亦不可歸責時，立法例上向有不同之見解²⁰⁸。我國法上，若無特別約定或法條無其他規定時，因不可歸責而給付不能之債務人免其給付義務，依民法第 266 條之規定，雙方皆無歸責之事由時，他方亦免為對待給付，如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。此時即係採債務人負擔說，按債務人雖不須提出給付，惟若原先所持有之物滅失，亦無法從債權人方得到任何補償。然而在買賣契約與承

²⁰⁶ *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826.

²⁰⁷ 孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 496。

²⁰⁸ 相關介紹，林誠二(2010)，前揭註 179，頁 317-319。

攬契約(第 373 條及 508 條²⁰⁹)，則係採交付主義，按立法者認為，對標的物有事實上管領力之人，對於危險發生較有控制及避免之能力，因而應由危險發生時之占有人負擔危險²¹⁰。

然而在[東勢林區牛樟苗木病害案]中，即使依民法第 508 條，標的物亦尚未交付即發生不可抗力事故，是以危險負擔並未移轉給定作人，理論上應係承攬人負擔價金危險。惟本案判決卻謂：系爭牛樟苗木枯死原因應認係屬兩造契約約定之不可抗力事由，被上訴人雖未達成牛樟之培育成功率，惟依系爭契約條款約定應屬不罰。亦即，東勢林區管理處無法依契約條款第七條第三款扣除工作總費用(承攬人起訴時，定性為報酬)，及沒收保證金，而係依條款第七條第四款，應認定為不罰。此一判決，似乎認為價金危險係置於定作人一方？本文見解認為，若該案中契約約定之給付確實係屬報酬，則系爭「不罰條款」似乎以契約約定改變了一般危險負擔之原則²¹¹。

而[排水工程擋土牆滑動龜裂案]，正好係屬於債權人可歸責之類型。依照法院認定，系爭工程之所以產生滑動及龜裂，實因定作人即嘉南農田水利會設計之初未進行鑽探，未估算結構安全係數，亦未掌握降雨量與地下水位，而以一般擋土牆之方式設計適用於全部施工段。若依法院之認定，承攬人未有施工不當，然定作人係可歸責時，依民法 509 條之規範，可請求報酬之給付。故於本案例中即可認

²⁰⁹ 惟須加以說明者為，雖民法 508 條係承攬契約之危險負擔規範，但其涉及者多數並非給付不能問題，按承攬契約之工作雖毀損、滅失，原則上不致於發生給付不能之情形，因此定作人受領或完成之前，若發生工作毀損、滅失之情形，在僅構成給付遲延時，承攬人仍負依契約重新獲繼續完成之義務。然而此一義務，德國學說認為，應受誠信原則限制。惟發生不可歸責於承攬人之事由而致工作客觀不能或主觀不能之情形，承攬人自無重新完成工作之義務。德國學說見解係以機器致作材料需國外進口，然該國禁止出口為例說明。詳見，楊芳賢(2002)，〈第八章 承攬〉，收錄於黃立主編，《民法債編各論(上冊)》，頁 652-653，台北：元照。

²¹⁰ 林誠二(2010)，前揭註 179，頁 318。

²¹¹ 雖民法第 266 條及 508 條並未明揭，然而危險負擔之分配既僅涉及契約當事人之間的私益分配，而無涉公益層次，故應屬任意規定而得以當事人約定為優先適用。

爲，本件於定作人受領工作前發生滑動龜裂之工作毀損，係出於定作人之指示不當，故承攬人自得請求其已服勞務之報酬。

類型相同但結論相反之案例，如[地下電纜工程洞道洪水案]。該案之承攬人主張工程受洪水沖毀之毀損滅失，應屬不可抗力事故，其給付不能應屬於不可歸責，因而免其給付義務，而定作人未待附近之堤防完工即指示其開工，顯有指示不當之處，應依民法第 509 條之規定給付承攬報酬。高等法院認同承攬人所主張者，惟最高法院卻以數項理由將原判決廢棄，其一爲原審未審究承攬人是否已及時將指示不適當之情事通知定作人²¹²，另外，則指摘原審法院未查明承攬人未派員監視洞道口之情形，以妥適關閉洞道而防止洪水灌入，是否應認定其亦有過失？不無疑問。

本項中擬說明的最後一個問題，至少在學理上有其探討價值。亦即，雙方皆不負給付義務之後，其債之關係是否仍爲存續？本問題在實務上有不同之見解。實務上之見解，以最高法院 44 年台上字 383 號見解爲代表：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²¹³。

²¹² 按依民法第 509 條之規範，除定作人指示不當外，尚需承攬人及時將指示不適當之情事通知定作人，始符此條之要件。然而，上述之[排水工程擋土牆滑動龜裂案]，爲何法院未提及此點？依本文見解，由於在該案中，若欲發現定作人之指示有其不當之處，必須有與定作人同樣之該地土壤及地下水位之專業知識，因此斷無要求承攬人通知之可能；然而在[地下電纜工程洞道洪水案]中，僅是因爲附近之堤防未完工，而可能有導致淹水之疑慮，顯然承攬人應有通知之可能性。兩案之情節既有差異，要求有所不同，亦係當然之理。

²¹³ 本文認爲，本案中之「輸入國法令變更」，若符合前揭之要件，即該當於不可抗力，故在此處提出。前揭法國法上之案例即能說明，即使是國家行爲之介入，看似無法抗拒，惟若能夠證明其實際上非屬無法抗拒，例如法令變更實有徵兆，惟當事人卻因其輕率而錯過仍得輸入之機會，則不能認

另外亦值參考者為最高法院 39 年台上字第 1020 號判例：租賃之房屋因天災或其他事變致全部滅失者，依民法第二百二十五條第一項、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。依上述二見解，若因雙方皆不可歸責之事由而給付不能，債之關係即當然消滅。惟更早期之實務見解，最高法院 19 年上字第 1060 號判例則謂：租賃標的物因天災或意外事變滅失者，其租賃關係既無存續之可能，無論原契約有無存續期間，均可為終止之原因，即與後續之最高法院見解似未必能為相同解釋，按所謂「可為終止之原因」，則究竟係「當然終止」，或是另需為終止之意思表示？實有疑問。

學說上對同一問題，亦有不同之看法。有認為，債之關係係以給付為中心，則於雙務契約，債務人給付債務消滅、債務人對待給付義務消滅者，若無其他特殊情事，論其債之關係繼續存在，實無意義，甚至徒增當事人困擾²¹⁴。其並認，實務以為，債之關係原則上因而消滅²¹⁵。另亦有認為，倘當事人不知已免於對待給付而竟為給付，或於給付不能前已先為對待給付者，則屬非債清償，應依關於不當得利之規定請求返還²¹⁶。惟有相反見解認為，債之關係有廣狹之別，因不可歸責雙方當事人之事由致給付不能者，整個債之關係並未消滅，債權人仍得向債務人主張民法第 225 條第 2 項之權利，故雖民法第 266 條第 2 項謂「得依不當得利之規定」請求返還，惟因性質實有所不同，故僅指依不當得利之「法律效果」為之²¹⁷。對此見解，則有論者評論，此於法律邏輯上固言之成理，惟與債之存在

定為不可抗力。See, Civ. 6 May 1922, DP 1922.1.130; Civ. 19 June 1923, DP 1923.1.94, as cited in Zweigert and Kötz, *supra* note 22, at 500-501.

²¹⁴ 邱聰智(2008)，前揭註 179，頁 601。

²¹⁵ 同上註。惟此種看法，本文以為仍有其疑問，理由可參考對最高法院 19 年上字第 1060 號判例之解析。

²¹⁶ 林誠二(2010)，前揭註 179，頁 320。孫森焱教授同此見解，並更具體點出此時他方所為對待給付即為無法律上之原因，得基於目的消滅不當得利，請求返還，見孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 836。

²¹⁷ 王澤鑑(2005)，《債法原理(二) 不當得利》，修正版再刷，頁 296-297，台北：自刊。

原理似有違背。其認為，於前揭民法第 225 條第 2 項之情形，如債權人選擇行使代償請求權，對待給付仍不能免除，在此之前債之關係仍然存續，自無債之消滅之適用²¹⁸。本文認為，如此之爭議問題，雖學術上饒富趣味，惟在如同上述「當然終止」或「另需再為終止」之疑問中，或可認為，即使後續該屋復重建，惟後屋當然不等於新屋，即使廣義債之關係仍存，然前訂標的既確定滅失，則當然沒有仍需依約履行之問題。是以，對此爭議，實際上應無甚爭論實益。

第二項 延期給付

前揭漢摩拉比法典與羅馬法中之不可抗力相關規範，時至今日，因貨幣交易日益盛行，耕地租賃之當事人間不一定是繳交種植之穀物作為地租，而是以該部分之穀物價值，換算成金錢債務繳交。惟無論如何，縱係繳交穀物，其亦屬種類之債，而與金錢之債相同，除非該種類之債或金錢之債指示的給付物，全部在社會上消滅或喪失其融通性，否則皆無給付不能之情形²¹⁹，則如此是否還能給予免其給付義務之法律效果？然而，我國民法第 457 條第 1 項，卻非常完整的承繼了如此之規定。其規範為：「耕作地之承租人，因不可抗力，致其收益減少或全無者，得請求減少或免除租金。」甚至，在同條第 2 項，再以「前項租金減免請求權，不得預先拋棄」，使第 1 項之規範成為強行規定，此或寓有特別保護耕地租賃承租人之意旨。

在此種較特殊之情形以外，若有給付遲延，一般而言，若有不可抗力事由，除非債務人之歸責事由已調高至不可抗力亦應負責，否則所造成之法律效果即是

²¹⁸ 邱聰智(2008)，前揭註 179，頁 602。

²¹⁹ 孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 520。

在不可抗力事故持續之期間內，不論以給付遲延責任²²⁰。比較法上之規範模式亦是如此，最明顯的例證當然係 CISG 第 79 條第三項之規範，謂本條之責任免除，於障礙存在之時期內有其效力²²¹，亦即當不可抗力事故發生之時，若該事故係暫時性之存在，以原清償期加計受影響之天數，得出擬制的新清償期，而於該日尚未屆至前，不生給付遲延之責任，而得免除因之所生的損害賠償。PICC 與 DCFR 亦有相同之規範。法國法上之案例，如公共罷工所導致的給付遲延(暫時不能，按罷工總有結束之日)，亦為適例²²²。

我國民法之規範上，則係依民法第 230 條，因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。若如此認定時，即當然沒有民法第 231 條「債權人得請求其賠償因遲延而生之損害」的問題。我國法上之裁判，亦有此類案例。例如，[大愛之家透天住宅案]以及[北二高日夜趕工案]中，皆涉及得否延期給付，及其天數多寡之認定。在相關案例中，共同點皆係對於工期展延日數之爭執。在此二案例中，皆由承攬人起訴，主張之情事均為，其承攬之工程業已施作完畢，並經定作人驗收，然而定作人卻扣除部分工程款未給付。定作人則均以，其工程完成驗收之日期較原契約預定之日延後，依約應課予違約金，並自工程款中扣減之。雙方之所以爭執究竟可否展延工期，及其天數多寡，自然係因若加計可展延之日數後，倘若承攬人之完成工程並交付驗收，實於「原清償期」加計展延日數後所產生之「新清償期」前，則定作人自無法主張承攬人需負給付遲延責任，即無法從工程款中扣除違約金，而必須依約如數給付全部工程款。[大愛之家透天住宅案]之二審判決，即為此類認定。即使無法取得如上述之最佳結果，然而只要法

²²⁰ 本項所欲探討者，與下述第三項之差別，先於此敘明：本項主要研究者係，因不可抗力事故之發生而不被認定為給付遲延，即得免去依我國民法規定或契約約定之法律效果，如遲延之損害賠償，或另有違約金之計算；下項則是著眼於，在給付遲延以外之情形，主要是不完全給付所產生之損害賠償義務，因不可抗力事由之主張被肯認，而得免除其損害賠償義務。

²²¹ CISG Art. 79 (3): The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

²²² Com. 21.11.1967, JCP 1968.II.15462, *id.*, at 204; Cass civ 1, 24 Jan. 1995, as cited in Firoozmand, *supra* note 16, at 165.

院認為可展延之日數，較原先訂作人認定者為多時，定作人得向承攬人主張之違約金當可減少。例如在[北二高日夜趕工案]之二審判決中，法院即將訂作人原先以遲延 85 天計算之違約金，計入法院所認定之因不可抗力事由而得展延之工期後，減縮為以遲延 41 天計算之，亦有大幅度之減少²²³。

第三項 損害賠償責任之免除

以不可抗力事由之主張使損害賠償責任免除之法律效果，亦可能追溯到羅馬法時代之「善意訴訟原則」，沒有人對野獸的行為、對無過失發生的死亡、對通常不可監視的奴隸的逃亡、對水災、對強盜的襲擊承擔責任²²⁴。原則所可能衍生的具體個案，舉例言之，例如運送契約履行之時，途中遇有野獸或強盜襲擊，而造成貨物之毀損滅失，或旅客之傷亡時，原依約需負之損害賠償責任因不可抗力之故，因而得以免除。英美法上早期為數不少之公共運送人責任，因不可抗力之故而得免責之案例，顯然亦屬此類。CISG、PICC、DCFR 所規範者，亦能解為有如此之意旨。

我國法上，依本文前揭註所界定之範圍，本項所要探討者主要是關於債之履行時，雖已有履行之行為，但其給付不符債之本旨的「不完全給付」情形。相關的法律規範係民法第 227 條第 1 項及第 2 項，以及各種類之債所明揭之損害賠償責任規定。按依民法第 227 條之規定，需有可歸責於債務人之事由，致為不完全

²²³ 本論文於初稿論述時，認為不可歸責於債務人之遲延給付，即應不認定為給付遲延。然經研究後，發現我國學說上實有兩種看法。一認給付遲延僅需債務已屆清償期，且其給付為可能但債務人未為給付，即已構成給付遲延，債務人不可歸責僅使債務人不負賠償責任。採此說者，林誠二(2010)，前揭註 179，頁 146；孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 545。另一看法認為，若債務人不可歸責，即直接不構成給付遲延。採此說者，王澤鑑(2010)，前揭註 179，頁 265；邱聰智(2008)，前揭註 179，頁 436。本文認為，若從法條編排係將民法第 229 及 230 條分開規範，立法者似採前說，惟是否真正如此，可能還有疑義。對此修訂，特此感謝口試委員王千維教授的指導。

²²⁴ D.19,2,25,6; D.50,17,23.

給付者，債權人始得依關於給付不能或給付遲延之規定行使其權利。又我國法上關於債之不履行之損害賠償責任，以過失責任為原則，已如前述，故除非依契約約定或其他法令規定不可抗力仍應負責，若有不可抗力事故時，即自然免責。雖我國民法有特別提高債務人責任之規定，例如前已提及之第 606 條、第 634 條、第 654 條，惟亦僅將責任提高至通常事變責任，若損害係不可抗力所致者，亦列在但書「不在此限」之範圍內²²⁵。

至於我國法上之實務案例，此類主張因不可抗力事由而免除損害賠償責任者亦多。惟觀察此類型之案例，[公車候車亭監視設備案]係以尚有補正措施，僅至通常事變而未至不可抗力程度否定之；[大樓漏水、鋼筋銹蝕案]係以施工品質不良為由否定不可抗力之主張；[小麥運送濕損案]之法院則認為，風浪強度非屬不可預見，其船艙設備亦有所欠缺；[寄存車輛泡水案]則以，被告應已有時間預為妥善防颱措施，且應有其他方法可避免損害，而不採不可抗力之抗辯；[客運國道車禍案]係本文認為較特殊之見解，暫時認為其係因事故之發生係日常生活所常見者，即劃歸「通常」事變處理。

[SARS 期間口罩禁止出口案]則是唯一認定有不可抗力事由之案件，然而若再仔細觀察，即可由其中啟發本文之重要問題意識。按以上各件裁判，其無法據以免責之原因，皆係因為未被認定為不可抗力，致使其不完全給付之事實遭認定「有可歸責於債權人之事由」，自須負損害賠償責任。理論上，若不可抗力之概念只是用來解決歸責事由的問題，並且在判斷是否為不可抗力之時，是否有可歸責於債務人之情形也是重要認定因素之一，則在論理邏輯上，[SARS 期間口罩禁止出口案]的裁判結果即不可能出現。該案之高等法院判決中，竟認定雖出賣人之口罩

²²⁵ 當然，這些條文之規範範圍同時橫跨運送物之「喪失、毀損或遲到」，故可探知其係一次處理給付不能、不完全給付與給付遲延之問題。然而為本文行文方便，選擇置於此處探討，尚祈見諒。

有其瑕疵，然而買受人亦因政府頒布口罩禁止出口之法令，而無法將口罩出口至香港，自不可能享有轉售口罩之利益。讓我們再看一次這段高等法院判決：況自九十二年五月十四日至同年六月一日之期間，我國政府禁止口罩出口，有經濟部輸出公告可證，且為公眾所周知之事實，友仁公司於政府禁止口罩出口期間，本即不能辦理口罩之出口事宜，友仁公司出貨與潤華公司，及潤華公司運至國外出售等預期利益喪失，自非可歸責於金鼎公司，友仁公司請求賠償其所失利益，亦無依據。雖然高等法院的判決中仍然認為此係歸責事由層次之問題，惟本文認為，縱使法院認定出賣人所交付之口罩係無瑕疵的，仍然不會改變最後的判決結果，即買受人之所以無法獲得其預期之轉售利益，根本與出賣人有無不完全給付之情形無關，而是肇因於政府法令之頒布！既然出賣人無論如何皆無法對於買受人利益之喪失與否有其影響，則此處完全就是因果關係認定的問題！此處即產生重要之問題意識，即不可抗力與因果關係之間的關聯性究竟為何？本文擬於後續章節中，作更完整而詳細之探討。同案及[大樓漏水、鋼筋銹蝕案]，更存在另一個有趣的法律問題，即其與商品責任間可能之競合關係。問題在於，在此處主張之「不可抗力」，與相關商品責任條文中之「欠缺」或「可合理期待之安全性」有何關聯？亦是本文欲討論之重點。

第四項 終止契約或解除契約？

一個深值探討的問題為，若契約之履行過程中，發生不可抗力之事故時，是否可以終止契約或解除契約²²⁶？比較法上對此採肯定見解，例如 CISG Art. 79(4)即明揭，除請求損害賠償外，其他依公約得請求者皆不受影響²²⁷。DCFR III-3:104(3)則是處理暫時障礙的問題，則更明確指出，若遲延已該當於重大不履行(fundamental

²²⁶ 同樣的，若有不可抗力亦應負責之約定或法律規定，以下討論即當然不適用。

²²⁷ CISG Art. 79 (5): Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

non-performance)時，債權人即得依主張重大不履行下之權利，解釋上當然包括解除或終止契約，已如前述²²⁸。

我國法探討此一問題時，情況則顯得撲朔迷離。在給付不能時，此問題相對較能解決。因天災或其它事變致給付不能時，若雙方免其給付義務，多數實務及多數學說認其債之關係即消滅，無待解除或終止，則法律沒有明確規定時，似亦不會產生太大之爭議。惟於給付遲延之情形，不但法律未見明確規定，亦無相關之法院裁判可循，目前只有數本債編總論之教科書中有提及相關問題。

按終止契約與解除契約之差異，一般有認終止權所消滅之契約關係以繼續的契約關係為限，例如僱傭、委任、合夥、租賃、借貸，而解除權所消滅之法律關係則以一時的契約關係為限。已完成之繼續性法律關係，若得適用解除之規定而使其溯及消滅，反而使法律關係趨於複雜，惟若性質上雖為繼續契約，但當事人之一方尚未開始為繼續給付之前，仍不妨承認他方得行使法定解除權²²⁹。若因不可抗力而產生暫時之履行障礙以致給付遲延時，契約之雙方當事人若有約定終止或解除時，自然不會產生後續爭議，然而若未達成相關約定時，當事人之一方能否行使法定終止權或法定解除權，似有疑問。

契約終止之情形，我國法上並無通則規定，而是在各該契約類型中為特別規定。我國民法上之繼續性契約類型，多數屬於勞務契約，以當事人間之信任為基礎。故於僱傭、承攬、委任等三大勞務契約主要類型中，除僱傭因有保護受僱人之特殊目的，而於民法第 488 條規定，僱傭定有期限者，其僱傭關係於期限屆滿時消滅，未定期限，亦不能依勞務之性質或目的定其期限者，雖各當事人得隨時

²²⁸ Christian von Bar and Eric Clive, *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* (ed.), *supra* note 172, at 786.

²²⁹ 孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 810-811。

終止契約，惟「有利於受僱人之習慣者，從其習慣」。民法第 511 條賦予定作人隨時終止契約之權，民法 549 條則係規定，當事人之任何一方皆得隨時終止委任契約，但該二條文之規定，亦顧及他方當事人之權利，而有損害賠償責任之規範。租賃契約之相關規範係於第 450 條，亦由於保護承租人之目的，有相似於僱傭之規範。綜上，繼續性契約之終止，皆未必與債務不履行有其關聯，故於不可抗力致給付遲延時，是否能夠由一方終止契約，直接依民法規範而定其權利義務，應無爭議存在。

然而在一時性契約所致之暫時履行障礙，是否能夠行使法定解除權，法律規範上之適用即有其疑慮。民法之法定解除權發生，有關於給付遲延者，規範於民法第 254 條及 255 條，前者規定一般行為之債，後者規範期限利益行為之債。相關規定中雖未明揭，解除權之發生是否以可歸責於債務人為限，債權人始得解除契約，惟學者見解通說認應採肯定說，蓋以如不可歸責於債務人，債務人依民法第 230 條不負遲延責任，債權人自無解除權之可言²³⁰。如此見解，在一般之債似無疑慮，按依契約之性質或當事人之意思表示，既無非於一定時期為給付，不能達其契約目的之情形，則履行障礙事由消失之後，債務人若仍欲給付，對債權人而言仍有其實益；惟於期限利益行為之債，履行障礙事由消失後債務人若欲給付，對債權人即無實益可言，此時對債權人而言，若無法於債務人不按照時期給付時，即能享有法定解除權，之後債務人是否仍應給付，債權人是否亦有其相對之受領義務？不無疑問。我國學說見解上，僅有邱聰智教授明認，於期限利益行為之債，

²³⁰ 邱聰智(2008)，前揭註 179，頁 564-565；孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 759，皆採此見解。邱書並引民法第 254 條立法理由：「查民律草案第五百三十七條理由謂第二百三十一條，於債務人遲延給付時，認債權人有請求賠償因遲延所生損害之權。第二百三十二條遲延後之給付，於債權人無利益者，認債權人有拒絕給付，並請求賠償因不履行所生損害之權。然欲以是律交易上一切之雙務契約，未免有所不足，故設本條，於雙務契約因一方遲延給付時，而定相對人定其催告及解除契約之權利也。」

債務人不按時給付而得解除契約者，解釋上亦應以可歸責於債務人之事由所致者為限，其理由與一般行為之債同²³¹。

惟比較法上之規範模式，卻與此種學說解釋之認定有極大之差異。前揭 CISG 與 DCFR 之規定，尤其前述 DCFR 之規範，解釋上應認為，一般之給付遲延自然不會構成重大之不履行，然而於期限利益行為之債，債務人不按期給付，債之本旨即已喪失，是與給付不能發生同一效果²³²。則於此情形，是否仍宜使雙方當事人仍需負其原定之給付義務？此時應認為，固然對於債務人而言，後續履行原定之契約義務對其利益狀態沒有影響，甚至可能較有利，按債務人為履行其債務，可能已投入相當多成本。惟是否宜單方考量債務人之利益狀態，而忽略債權人之後若仍必須受領給付，對其並無利益？本文認為，於此情形是否能採取債權人得解約之規範模式，由債權人自行評估後而為選擇？可能仍存之疑慮是，考量到債務人所投注之成本，是否亦應妥適分配風險，而給債務人適當補償？如此之立法模式，較偏向於承攬或委任契約中所規定者，另前曾提及之德國民法第 651j 條，係以不可抗力事故發生作為旅遊契約雙方當事人皆得終止契約之條件，惟其所以規定雙方皆得終止，實因雖旅行團一時無法成行，然改期對旅客而言，有仍具利益之可能性，此與期限利益行為之債中常舉之例，如結婚禮服等，即有其差異存在，故在此本文僅選擇賦予債權人解約權。

而我國民法雖已有第 232 條之規定，但適用上會有相同的問題，即該條所謂「遲延後之給付」，是否包括債務人不可歸責之情形？如果採學說見解上相同的解釋方式，問題仍然沒有解決。並且，在債務人不可歸責之情形，如前所述，即無須負損害賠償責任，故該條在此處縱採包括債務人不可歸責之遲延給付之見

²³¹ 邱聰智(2008)，前揭註 179，頁 567-568。

²³² 孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 765。

解，法律效果上就會有不合之處。結論上應另為立法，或是如本文前段所述者，在期限利益行為之債，對契約之法定解除權採取不以債務人可歸責為限之解釋。

第三節 不可抗力約款

第一項 概論

如本文前所提及者，在我國民法之規範中，雖有相當多處出現「不可抗力」之用語，然並無一個通則性的，以不可抗力與債務不履行責任相連結之規定。因此所產生的結果是，我國法上之不可抗力，其概念定位如何，尚屬不明。然而在契約實務上，不可抗力之概念，卻有相當程度之重要性。主要原因係在，我國契約實務上，出現許多的「不可抗力約款」²³³，透過此類約款之規定，債務不履行之歸責事由可能產生實質上的改變。依我國民法第 220 條之規定，債務不履行之歸責事由以過失責任為原則，惟基於私法自治、契約自由原則，契約當事人如約定將需負責之標準提高至通常事變責任或不可抗力責任時，自應從其約定²³⁴。

我國法上之不可抗力約款，其概念多數係將原本沒有過失即不須負責之歸責原理，調整為需在有不可抗力事由之情形，始得免責。如此之調整，若由之前所介紹之我國學者見解，應該認為係加重債務人之責任。當然，依我國法上對於不可抗力瞭解程度之淺薄，契約當事人作此約定時，是否有此意識，不無疑問。雖然契約實務上不可抗力約款相當常見，但其在我國所能發揮之功能如何，可能有其疑慮。

²³³ 見本文第一章第二節第一項。

²³⁴ 最高法院 28 年滬上字第 246 號判例：「債務人就其故意或過失之行為應負責任，固為民法第二百二十條第一項之所規定，惟當事人間定有特約，債務人就事變亦應負責任者，仍應從其特約辦理。」

由於民法規範原則上未直接將不可抗力與債務不履行相連結，已如前述，故本文推測，不可抗力約款之普遍使用，應該係因我國之國際貿易一向相當盛行，在如此之跨國契約中向來即存有相關概念，則概念之引進即不足為奇。是以，以下關於不可抗力約款之研究，在必要之處，仍然必須參考國外相關文獻為之，再分析我國法上可能有何不同之處，並提出本文見解。

第二項 不可抗力約款之功能

契約中之約款是私法自治、契約自由原則之展現。當事人在契約中之約定，除非牴觸強行或禁止規定，或有違公共秩序或善良風俗，否則即可能有改變現行實定法規範的法律秩序之效果。究其因，民法立法者係假設，雙方當事人既處於平等地位締約，則透過其協商所得出之各該約定，較能表現出當事人間對於契約上負擔或風險合理分配之主觀意思，國家即不應加以干預或介入。除了當事人間得藉由契約約定改變國家立法預設之權利義務關係分配之功能外，因應社會生活事實的千變萬化，也有相當多的事實型態，係冗長之立法程序無法及時因應並規範的。當事人面臨此種法律規範真空之狀態時，最能避免爭議的方法，即是在契約中明定關於該事項之權利義務關係。

不可抗力約款(*force majeure clause*)²³⁵之功能亦與其他約款相似。然依據學者之研究，儘管不可在國際商務契約中相當常見，但並未受到對應於其功能之應有重視²³⁶。當然，近來隨著各種天災所造成損失規模的日益擴大，以及令人聞之色

²³⁵ 如本文前所介紹者，”*force majeure*”此一用語並非各法系中原先皆已存在之概念。惟時至今日，只要涉及不可抗力約款之審查，即使是英美法系，也都已在判決中明認”*force majeure*”之概念。據學者研究，英國法上最早在不可抗力約款之脈絡下使用此法文字者，為 *Matsoukis v. Priestman & Co.* [1915] 1 K.B. 681 及 *Lebeaupin v. Crispin* (1920) 2 K.B. 714, see, Katsivela, *supra* note 33, at 110.

²³⁶ Joni R. Paulus & Dirk J. Meeuwig, *Force Majeure- Beyond Boilerplate*, 37 *Alta. L. Rev.* 302 (1999).

變的恐怖攻擊之出現，國際間亦日益體認不可抗力條款之功能，而給予相當重視。昔日之不可抗力約款，多是眾契約皆簡單帶過，較為樣板式(boilerplate)之約定，與原先之不可抗力概念沒有太大落差；惟時至今日，由於契約雙方之日漸重視，故會就不可抗力約款，特別協商其所造成之風險分配的法律效果；而如何妥善為不可抗力約款之撰寫，也漸成顯學²³⁷。

更重要之關鍵在於，雖各國原先都有類似不可抗力之概念，在許多國家的法律規定上甚且還與債務不履行責任之成立與否在有直接而密切之相關，然而如前所述者，各國對於不可抗力之相關概念，幾乎都是由實務上逐漸補充而使其較為完整，惟仍無一公認明確的標準²³⁸；另外，由於各國對於不可抗力之概念原先就有所差別，故在跨國的契約中，若未明定不可抗力事故之範圍，自然有其不明確而會產生爭議之處，特別是當契約雙方對於適用之準據法規範情形不甚了解之時，風險分配可能會與契約當事人所預想者有相當大之差異²³⁹。是故，一個能夠超越內國法律可能界限的約定，即有契約實務上之重要性²⁴⁰。對於契約當事人而言，與其將不可抗力之相關構成要件或法律效果委諸有高度裁量權，亦通常只能依賴其裁量的法院判斷，不如明確於契約中約定不可抗力事由之範圍，以減少不確定性²⁴¹。

除了讓契約當事人間的權利義務關係更加明確之功能外，當事人也可以透過不可抗力之約定，讓原有之法律狀態產生變化。有時縱然對於某一事件之發生是否該當於不可抗力事由，法院可能已透過一定數量的判決，形塑出相當穩定的見

²³⁷ Susan M. Grieshop Corrada, *The Best Laid Plans: Force Majeure Clauses in Travel and Event Contracts*, 31 *Nova L. Rev.* 409, 416 (2007).

²³⁸ Katsivela, *supra* note 33, at 110-111.

²³⁹ Mahmoud Reza Firoozmand, *Force Majeure Clause in Long-Term Petroleum Contracts: Key Issues in Drafting*, 24 *J. Energy Nat. Resources L.* 423, 424 (2006).

²⁴⁰ Ugo Draetta, *Force Majeure Clauses in International Trade Practice*, 1996 *Int'l Bus. L.J.* 547, 550 (1996).

²⁴¹ Firoozmand, *supra* note 239, at 424-425.

解，惟當事人間若對於應將此類情形劃歸或排除於不可抗力之概念中有不同於法院之意見，雙方又已取得共識時，自然可以透過在不可抗力約款中修改抽象之定義，或者以具體的列舉方式，將該類情事是否屬於不可抗力事由的認定權限，歸屬於契約當事人，法院即無法為相反之認定。就此，原先在內國法中的不可抗力概念就會遭到當事人之約定取代²⁴²。

另外，當事人不但可以透過不可抗力約款約定不可抗力之構成要件，當然還可以約定構成不可抗力之後的法律效果。應該在約款中有其約定者包括，當締約後之情形發生變更，而能主張構成不可抗力時，可以為如何之請求？由誰承擔如此之風險？若對法律效果有爭議時，應如何解決²⁴³？其中，可能的法律效果，例如免責(relief)、延期(extension)、解約(terminate)²⁴⁴及重行協商(renegotiation)²⁴⁵。

惟如前項所提及者，僅規範我國內國事項之契約，若出現不可抗力約款，其意有可能係將債務不履行的歸責事由門檻為調整，與其他原即以不可抗力與債務不履行之歸責事由相連結之國家相較，改變當事人間權利義務關係及風險分配情形之幅度，明顯較大。如果這也是基於當事人雙方對等締約時之約定，法院亦不應介入，然而若是定型化契約中有不可抗力條款，究竟應如何認定其效力？容後探究。

第三項 類型及法院解釋

²⁴² Katsivela, *supra* note 33, at 110.

²⁴³ P.J.M. Declercq, Modern Analysis of the Legal Effect of Force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability, 15 *J.L. & Com.* 213, 214 (1995).

²⁴⁴ 應係採同時涵括解除及終止之廣義解釋。

²⁴⁵ Hubert Konarski, Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice, 2003 *Int'l Bus. L.J.* 405, 409 (2003).

在處理不可抗力約款或定型化契約中的不可抗力條款所可能產生的相關問題之前，先對目前實務上常見的不可抗力約款型態做簡要介紹，以及探討法院遇有約款所引發爭議問題時之見解。

不可抗力約款之功能，如前項所介紹者，主要是使契約當事人間的權利義務義務關係更加明確，或調整雙方之風險分配狀態。如前所述者，不可抗力之法律概念其實仍不甚明晰，故當事人雙方透過不可抗力約款之約定，能夠更清楚的界定不可抗力之範圍。一般而言，最完整的不可抗力約款存在基本的三部分架構，分別是不可抗力之抽象定義，例示其具體事由，以及概括條款²⁴⁶。

例如，國際顧問工程師協會(FIDIC)所出版之標準契約(The FIDIC Forms of Contract)，其中第 19 條即係不可抗力條款，首先說明不可抗力事件係(1)超出一方之控制、(2)在締約之前無法預防、(3)無法合理避免或克服，且(4)非可歸責於他方當事人²⁴⁷。事由之例示與概括條款可能結合，如同條亦謂，不可抗力可能包括但不限於以下所列之例外事件或情況，而符合以上之條件者。其中之「但不限於」(but is not limited to)，即明示所列出之事件並非窮盡之列舉，而僅是例示一部份，若有不在事件清單中，但亦符合抽象之不可抗力概念定義者，亦可主張之²⁴⁸。

惟在實務上，其實踐可能略有不同。例如，以實務上常被提及之國際商會(International Chamber of Commerce, ICC)不可抗力約款²⁴⁹為例觀察之，基本上其僅包括了前兩部分架構，即在一開始說明，若欲主張係屬不可抗力事由時，必須證

²⁴⁶ Firoozmand, *supra* note 239, at 427.

²⁴⁷ 可歸責於他方當事人時，解釋上當然係他方當事人需負責，應不能歸屬於不可抗力之範圍。

²⁴⁸ Jeremy Glover, FIDIC: An Overview- The Latest Developments, Comparisons, Claims and Force Majeure, p.23, <http://www.fenwickelliott.co.uk/files/Arbitration%20-%20-%20FIDIC%20an%20overview.pdf> (last visited on 04/26/2011).

²⁴⁹ ICC Force Majeure Clause 2003, www.fidic.org/docstore/otherdocs/ma/mhb_MA_4943.doc (last visited on 04/26/2011).

明其不履行係因超出合理控制範圍之障礙所導致，而該障礙在契約締結時無法預見其發生，並無法合理避免或克服其效果者²⁵⁰。於後續的條款中，即列出一些具體事由，只要發生即推定符合前二要件(但仍須舉證無法合理避免或克服障礙所致效果)。在此不可抗力模範約款中，顯然只有二部分之規範，未見概括條款之設計。

我國法上，如第一章曾提及之行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」，又是另外一種不可抗力約款之型態。該範本第 17 條第 5 項謂：「因下列天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；不能履約者，得免除契約責任。(一) 戰爭、封鎖、革命、叛亂、內亂、暴動或動員。(二) 山崩、地震、海嘯、火山爆發、颱風、豪雨、冰雹、水災、土石流、土崩、地層滑動、雷擊或其他天然災害。(三) 墜機、沉船、交通中斷或道路、溢口冰封。(四) 罷工、勞資糾紛或民眾非理性之聚眾抗爭。(五) 毒氣、瘟疫、火災或爆炸。(六) 履約標的遭破壞、竊盜、搶奪、強盜或海盜。(七) 履約人員遭殺害、傷害、擄或不法拘禁。(八) 水、能源或原料中斷或管制供應。(九) 核子反應、核子輻射或放射性污染。(十) 政府或機關依法令下達停工、徵用、沒入、拆毀或禁運命令者。(十一) 政府法令之新增或變更。(十二) 我國或外國政府之行為。(十三) 其他經機關認定確屬不可抗力者。²⁵¹」由上觀察，其缺乏抽象定義，而直接列出抽象清單，最後有概括條款之約定。另外，例如前揭「臍帶血保存契約範本」，雖然型態同一，但其內容則較為簡略，其中之不可抗力事由例示僅有「天災、戰爭、暴動」三種，再加上概括的「其他不可抗力事由」；「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」中，不可抗力條款之文字則是僅以「天災地變等不可抗力事由」為之，顯然更為簡略。

²⁵⁰ 有學說見解認為，如此之定義約略相同於傳統不可抗力概念中，不能預見與無法抗拒之要件，然卻似乎沒有「外來原因」的要求。See, Katsivela, *supra* note 33, at 114.

²⁵¹ 工程契約採購範本(991228)，前揭註 13。

不同型態的不可抗力約款，若日後發生相關爭議時，法院的審理難度也會不盡相同。一般而言，契約中的不可抗力約款如果越完整，依私法自治及契約自由原則，該契約已訂定的部分，即是當事人間之規範，此時由國家制定的法律即無適用空間。當然，如果不可抗力約款不完整時，就必須由現有的法律，以及法院對相關概念的解釋適用而補充之。我國實務上，若有具體舉出不可抗力事由者，與僅以不可抗力作為免責事由，法院裁判結果之差異甚為明顯。例如在最高法院 92 年度台上字第 1857 號判決，買受人向出賣人購買泵浦附馬達，出賣人卻因製造商罷工而無法準時交付。法院判決認為：訂購合約既訂有罷工為不可抗力可免責之條款，而於約定交貨期間適逢原廠罷工，又有原廠及當地政府之罷工證明可稽，且為被上訴人所不爭執，依約上訴人即不負遲延交貨之責任。然而在本文前亦曾提及之台灣高等法院 99 年度上字第 180 號判決中，法院卻有如下之見解：上訴人雖提出財團法人海峽交流基金會公證書證明本件受託代工之中國大陸工廠因勞資糾紛，於 96 年 12 月 6 日遭當地人民法院以勞資糾紛之裁判對工廠實施查封致無法繼續生產，造成伊無法如期於 96 年 12 月 7 日給付複驗貨品云云，縱屬實情，亦非前述所謂任何人縱加以最嚴密之注意，亦無法避免之不可抗力事由，上訴人據此主張不可歸責云云，顯不足採。至行政院公共工程委員會 95 年 10 月 18 日公布之財物採購契約範本第 14 條 5 項第 4 款雖規定，因罷工、勞資糾紛或民眾非理性之聚眾抗爭，屬不可歸責廠商之事由。然該規定既未援引為系爭契約之內容，自難採為契約基礎。不可抗力約款得以改變風險分配狀態之功能，從上述兩案例之對比，看得出來相當顯著。

一個亦值探討的問題是，倘若有些事件本身如果依照傳統不可抗力之概念標準嚴格檢視時，無法被認定屬於不可抗力事由時，若仍將其列入不可抗力約款中，法院究竟會如何判斷？這個問題在我國契約實務上或許較不存在，按前所介紹的幾個我國法上之不可抗力約款，通常皆不具有不可抗力之抽象概念定義，故法院

在審酌時，通常不會看到有概念定義與其後例示之事由可能產生矛盾的情形。在美國法上，則曾經有過如此爭論：提出不可抗力抗辯之一方當事人，縱使其主張之事由確實已列在不可抗力約款之具體事件清單中，惟是否仍必須舉證證明，其符合不可抗力之抽象概念要件，例如，是否具有不可預見性²⁵²？對此問題，美國法院未有明確之統一見解，有認為當事人不僅在主張適用概括條款(catch-all clause)時當然需符合不可預見性之要求，縱主張有直接事由列舉者，亦必須舉證其不可預見²⁵³；亦有採相反見解者，認為契約當事人認為某事件發生可能有可預見之疑慮時，自可將其排除²⁵⁴。

而在概括條款的解釋上，亦有需注意者。常被提及的解釋方法為「同類解釋原則」²⁵⁵(*ejusdem generis rule*)，亦即，主張概括條款時，其事件必須限制在相同種類或性質者²⁵⁶。例如，美國法上有法院裁判即指出，當事人間所約定之不可抗力約款，雖未明揭有外部原因之要求，惟因例示之具體事由均有其外來性，故在適用同類解釋原則之情況下，應認定不得以不具有外來性之事由主張依概括條款而由法院解釋免責²⁵⁷。

第四項 定型化契約中之不可抗力條款

第一款 概論

²⁵² See, Kelley, *supra* note 149, at 101-104.

²⁵³ *Golf Oil Corp. v. FERC*, 706 F.2d 444 (3d. Cir. 1983).

²⁵⁴ *E. Air Lines, Inc. v. McDonnell Douglas Corp.*, 532 F.2d 957 (5th Cir. 1976).

²⁵⁵ 本名詞中譯，取自施文森大法官於釋字 488 號解釋之部分不同意見書。

²⁵⁶ *Declercq*, *supra* note 243, at 234.

²⁵⁷ *Malarex Res., Inc. v. Gilbreath*, 76 P.3d 626, 636 (N.M 2003).

上開所述之不可抗力「約款」，係由當事人雙方所共同磋商者，故除非違反強行或禁止規定，或有違反公序良俗之情形，雙方當事人要如何約定，法院應無介入之空間。惟私法自治與契約自由原則此二民法基本假設，皆係現代民法於十九世紀制定時，立法者假定契約雙方當事人係立於社會上、經濟上平等地位，為契約之磋商或締結，而能理性思考、審慎判斷後作出決定。是以，在傳統民法中，原則上僅有「程序上」之不公平，如有詐欺、脅迫之情形外，得使契約歸於無效；在契約實質之內容上，除有少數例外情形，如違反強行或禁止規定、違反公序良俗、利用他人急迫、輕率、無經驗等，為維護契約自由的社會妥當性，始為最低限度之規制²⁵⁸。

然社會高度工業化、資本主義化後，在大量交易的社會，個別磋商的締約方式無法適應現代交易之需要，由一方當事人為與不特定多數人訂約而預先擬定之契約條款，遂應運而生。定型化契約條款固有其減少交易成本之優點，惟訂立契約條款之一方，往往挾其優勢地位，訂定有利於己，而不利於他方當事人的條款，對契約上之危險及負擔作不合理的分配²⁵⁹。雙方締約當事人，可能在經濟、社會地位上，或在資訊之取得能力上相差懸殊²⁶⁰，因而，此種定型化契約條款，往往對非提出條款內容之當事人一方而言，實為不公平條款。我國法對於定型化契約條款，有民法第 247-1 條與消費者保護法第 11 條至第 17 條之規範，藉以合理調節此種不公平之情形。本文所探討之不可抗力條款，是否亦有此類問題？是否有適用民法或特別法上關於定型化契約條款規範之可能性？以下試分析之。

第二款 不可抗力條款與歸責原則

²⁵⁸ 陳聰富(2002)，〈契約自由與定型化契約之管制〉，《月旦法學雜誌》第 91 期，頁 52-54。

²⁵⁹ 王澤鑑(2005)，《債法原理第一冊—基本理論債之發生》，增訂版再刷，頁 94，台北：自刊。

²⁶⁰ 詳細說明，陳聰富(2002)，前揭註 258，頁 54-56。

定型化契約中之不可抗力條款，若非個別磋商，而係定型化契約條款者²⁶¹，可能產生哪些問題？就本文所研究者，除了條款本身對歸責原則所產生的影響之外，連之後欲主張符合該等條款時，可能都會遇有程度不一之限制。更具體言之，相關疑問可能同時出現在構成要件及法律效果兩個部分。不可抗力條款及其他相關的定型化契約條款，是否已嚴重影響契約當事人間的權利義務關係與風險分配？以下先就不可抗力條款與歸責原則為探討。

首先，不可抗力約款若出現於契約中，應有提高債務人責任之效果，從原則上只在有故意或過失始須負責，調整為除有不可抗力之情形外均應負責，已如前述。當如此調整責任歸屬之不可抗力條款出現時，法院應如何認定其效力？實屬一大問題。詹森林教授就此認為，如債權人以其定型化契約條款約定：「債務人就交付標的物有不能、遲延或不完全等情事時，除有天災或地變等情事外，均應負債務不履行責任。」，則該條款之特色，即為排除法律明文規定，而加重他方當事人責任，故應依民法第二四七條之一第二款規定，審查是否「按其情形顯失公平」，以判斷該條款之效力²⁶²。

我國契約實務上之不可抗力條款，有無顯失公平之情形？事實上，由於我國對不可抗力條款未有全盤認識，故所訂出之「不可抗力條款」，有時對於是否改變歸責原則，會有認定上的疑慮。例如前揭行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第 17 條第 5 項：「因下列天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；

²⁶¹ 到本項結束為止，若未特別註明，為行文方便，所稱之「不可抗力條款」均指定型化契約中未經個別磋商，而係屬於定型化契約條款者。

²⁶² 詹森林(2006)，〈最高法院與定型化契約法之發展——民法第二百四十七條之一裁判之研究〉，《政大法學評論》第 94 期，頁 133，收錄於詹森林(2006)，《民事法理與判決研究(四)—消費者保護法專論(2)》。

不能履約者，得免除契約責任」²⁶³，即讓人有所懷疑，究竟其是否將廠商得以延長履約期限或免除契約責任之標準，提高至需具備不可抗力事由？如果純以「不可抗力或不可歸責」之用語，似將歸責原則回歸民法之一般規範，即未具故意或過失；然而如果從「天災或事變」之說明，以及前曾引用之事由例示觀之²⁶⁴，卻似乎僅限於一般的不可抗力條款會出現者。若此處有「同類解釋原則」之適用，似乎在其他不可歸責於廠商，但尚未達到不可抗力標準者，均無法據以作為延期或免負義務之事由？不免令人有此疑問。然而若觀察同契約範本之第 7 條第 3 款，疑問似又稍解。依其規定，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，得申請展延工期：「(1)發生第 17 條第 5 款不可抗力或不可歸責契約當事人之事故。(2)因天候影響無法施工。(3)機關要求全部或部分停工。(4)因辦理變更設計或增加工程數量或項目。(5)機關應辦事項未及時辦妥。(6)由機關自辦或機關之其他廠商之延誤而影響履約進度者。(7)機關提供之地質鑽探或地質資料，與實際情形有重大差異。(8)因傳染病或政府之行為，致發生不可預見之人員或貨物之短缺。(9)因機關使用或佔用本工程任何部分，但契約另有規定者，不在此限。(10)其他非可歸責於廠商之情形，經機關認定者。²⁶⁵」本文認為，以上之規定，除典型之不可抗力事由以外，還包括可歸責於機關之事由。是以，若將第 17 條第 5 款與第 7 條第 3 款合併觀察整體契約內容對雙方之權利義務所帶來的影響後，是否能毫無疑問的認定其顯失公平，有待更進一步的判斷，但以本文初步結論，加入其他得申請延長履約期限之事由之後，應無明顯加重他方當事人之責任，未構成顯失公平。惟「不可抗力或不可歸責」如此在概念上不清楚而易生混淆之虞的用語，仍應避免使用為宜。

應未將不可抗力與不可歸責併同使用者，如前揭[公車候車亭監視設備案]。該案之更審判決(台灣高等法院 98 年度上更(一)字第 80 號判決)中有提及：被上訴人

²⁶³ 工程契約採購範本(991228)，前揭註 13。

²⁶⁴ 見第三章第三節第三項。

²⁶⁵ 工程契約採購範本(991228)，前揭註 13。

出具之保固書第 6 點載明：「保固維護責任：於保固維護期限內若在正常使用下發生故障，由本公司負責修復責任（非人力不可抗拒之因素不在此限）」...惟參系爭契約第 13 條被上訴人就系爭監視設備「遭人為破壞」之通常事變事由時負修復責任，因認保固書記載之「非人力不可抗拒之因素不在此限」，真意係「非人力致不可抗拒之因素，則不在此限」之意，即被上訴人就不可抗力不負保固責任，就不可抗力以外之通常事變事所致損害仍須負修復責任。儘管於契約中未提及「不可抗力」之文字，然依法院認定，實已有其意。當然有疑問的是，系爭契約中之相關約定，是否為由出賣人所單方擬定之不可抗力條款？或是雙方共同約定之不可抗力約款？由於此案例中，未見任何一方當事人提出相關主張，故無法確定。假設屬於不可抗力條款時，是否有顯失公平的疑慮？應可認為，本處之文字，應認為有改變當事人間權利義務關係之意思，特別是有加重他方責任的問題。另外在臺灣高等法院 99 年度上字第 180 號判決中，法院亦曾提及：系爭契約第 8 條第 2 款約定：「乙方（即上訴人）履約有下列情形之一者，得檢具事證，以書面通知甲方（即被上訴人），甲方得審酌其情形後，延長履約期限，不計逾期違約金。(一)屬不可抗力所致。...。」該案情形，確實未有「不可抗力或不可歸責」之模糊用語，惟在該(一)之後，應還有其它事由可據以免責，故究否顯失公平，可能還需要觀察未列出之其他部分才能判斷。

其實，前揭「臍帶血保存契約範本」第 18 條(不可抗力因素)：「因天災、戰爭、暴動或其他不可抗力事件，致乙方無法履行本契約義務時，乙方不負不履行或延遲履行之責，但乙方應按其剩餘月數之比例無息退還甲方保存費（未滿一個月以一個月計算）；但若因乙方公司內部人員所發生之暴動、停工、罷工等行為所致，乙方仍應負責。²⁶⁶」才是最無混淆之虞的不可抗力條款。然而本契約範本與前揭各契約內容均有所不同之處是，本案中僅能以不可抗力作為免責事由者，

²⁶⁶ 臍帶血保存契約範本，前揭註 15。

竟然是提供此依定型化契約條款之臍帶血保存業者！究其因，應該是行政院消費者保護委員會為特別促進消費者之權利所設計者。則於此「加重自己責任」之情形，既然定型化契約法制係預設提出契約條款者為強勢，應係出於自己意願而定其條款²⁶⁷，故其加重自己責任之條款，當然不得主張無效。

當然，更值得關切的議題為，倘若一方當事人在定型化契約中確實運用不可抗力條款以改變當事人間之權利義務關係，又無如上述「不可抗力或不可歸責」的模糊空間，法院在面對此類情形時，究竟應如何為判決？如本文所認，法院自可運用民法第 247 條之 1 或消費者保護法第 11 條以下之規定，認為該不可抗力條款顯失公平而無效。然而在最高法院 95 年度台上字第 1519 號判決中，該案的第二審法院判決卻採取了另一種論述途徑，亦值參考：又契約有關營建部分之權利義務第十二條約定，如遇天災、地震或不可抗拒外力之影響，致工程無法進行，得依雙方協議不計入工期。所稱不可抗拒外力，依第十三條約定，係指政府政策之重大轉變、暴動，或非被上訴人之責任而生之鄰戶圍堵致停工事件而言，與被上訴人上述所指致工程遲延之事由不符，被上訴人自難援引該約定免責。惟工程若有因不可歸責於承攬人之事由，致工程無法進行，或施工項目變更追加者，原定完工日期應予延後，始符誠信原則及情事變更原則。且依契約第十二條之約定，係在說明如發生天災、地震或不可抗拒外力之影響致停工時，可以不計入工期，並非謂除此以外之其他事由所致之停工，均不能延展工期。故於因不可歸責於被上訴人之事由致工程無法進行，或施工項目變更追加而有延展工期之必要，自應將完工日期延後。問題顯然又在於，本案中亦不知究有無提出定型化契約條款無效之主張。如果系爭約定經過當事人協商，則法院是否可以誠信原則介入雙方當事人原來在契約締結時之風險分配？惟倘若系爭約定實屬定型化契約條款，法院

²⁶⁷ 當然，此處另有政府政策問題，業者並未享有全部自由，但這是另一層次問題，基本上不會改變定型化契約法制所欲達成之規範目的。

仍以直接適用定型化契約法制相關規定為宜，按定型化契約條款之所以能夠被法院宣告無效之原因，固係基於違反誠信原則²⁶⁸，但既有明文規定，似應優先適用為當。另外一個法院判決所顯現出的問題是，前段論述本文雖認可能有些許瑕疵，惟法律適用結果，如同直接宣告該等不可抗力條款無效，最終皆是回歸原有的歸責原則處理。但後段論述，法院卻顯然未進行正確的契約解釋。當契約條款如此明訂時，得不計入工期之事由即「僅限於」不可抗拒外力之情形，應認沒有其他的解釋空間；如果法院認為，其他事由所致停工應亦可延期時，既無法由契約中解釋，故選擇採取其他手段干預系爭契約之條款，此已為另一層次的問題。法院對不可抗力條款之不了解，至為灼然！

第三款 主張適用條款之限制及法律效果

另外，在我國契約實務上，當事人一方主張有不可抗力事由，因而得以延長履約期限時，亦有為數頗多的限制；這些程序上的問題，也可能影響當事人之權益。常見的問題包括申請延長履約期限時之期間限制，以及對於得否延長之決定權歸屬。即使確實能夠被認定構成不可抗力事由，透過條款之訂定是否會改變當事人間之風險分配？亦值探討。

首先，在主張得延長履約期限之限制上，前揭行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第 7 條第 3 款即謂：「契約履約期間，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致影響進度網圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應於事故發生或消滅後__日內（由機關於招標時載明；未載明者，為 7 日）通知機關，並於

²⁶⁸ 消費者保護法第 12 條第 1 項：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。」另外，應認民法雖無「誠信原則」之用語，但亦應以誠信原則為基礎。相關學理分析，陳聰富(2002)，前揭註 258，頁 58-59；詹森林(2004)，〈定型化契約條款效力之規範—最高法院 90 年台上 2011 號、91 年台上 2220 號、92 年台上 39 號判決之商榷〉，《律師雜誌》第 293 期，頁 29-30、34-38，收錄於詹森林(2006)，《民事法理與判決研究(四)—消費者保護法專論(2)》。

__日內（由機關於招標時載明；未載明者，為 45 日）檢具事證，以書面向機關申請展延工期。²⁶⁹」上述規定，明顯給予廠商主張展延工期之時間限制。當然，最關鍵的問題在於，若廠商不遵守此等期間，而機關即依本條之規定，拒絕廠商之展延工期請求時，法院會如何處理？然而時至今日，各機關似均未如此嚴苛的適用相類條款，而僅將如此之條款視為訓示規定。最接近的案例為台灣高等法院 87 年度重上字第 1440 號判決(即[北二高日夜趕工案]之第一次二審裁判)，曾詳細提及該案機關(交通部台灣區國道新建工程局)之行爲與法院據此所爲之認定：本件被上訴人申請依一般規範之規定申請展延工期之過程觀之，上訴人之工程司代表、新竹工務所及工程司在本件趕工工程完工後之八十三年四月九日之前，均認被上訴人之申請合乎一般規範之規定，雖被上訴人之申請逾一般規範 8.4(6) a 之二十八天之期限，上訴人工程司仍進而為實質之審查後並予以認、決定，足見上訴人確已默示同意本件被上訴人逾上開期限之申請為有效。甚至上訴人工程司嗣後於八十三年三月十九日函不同意被上訴人之申請展延，然其理由並非以被上訴人之申請違反一般規範 8.4(6) a 之規定，而係認被上訴人之申請違反特定條款之規定。法院雖未直接點明，但本文認為，法院此一裁判有禁反言原則之適用。

至於機關在廠商申請展延工期的第一時間即已超出規範時間為由駁回申請者，法院會如何認定之？迄今仍無相關案例。對此，詹森林教授認為，若發生此類爭議，應認定相關條款符合民法第 247-1 條第 3 款所定「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」情事，且按其情形顯失公平，應為無效。按廠商申請展延工期時，因屬主張對己有利之事實，故需由廠商負舉證責任。是故，廠商逾期提出，僅可能造成舉證困難，而生對己之不利益；在未生對機關不利益之下，仍剝奪廠商得以舉證證明確實存在得申請展延工期事由之權利，實顯失公平²⁷⁰。

²⁶⁹ 工程契約採購範本(991228)，前揭註 13。

²⁷⁰ 詹森林(2010)，〈公共工程定型化工期展延條款之實務問題〉，《法令月刊》第 61 卷第 8 期，頁 10-11。

真正在法院實務上有過爭議的問題，為契約中訂定，一方主張展延工期時，對他方所核定之可展延日期，不得提出異議。此一條款之效力如何？法院判決上，最高法院 89 年度台上字第 1402 號判決，可供參考：查系爭工程之契約條款係被上訴人為與不特定多數廠商訂立而單方面預先擬定，屬定型化契約，兩造於八十一年六月三十日訂立之工程契約書第五條第三項約定「因故延期：如因甲方（被上訴人）之原因，或人力不可抗拒等因素，致須延長完工日期時，乙方（上訴人）得以書面向甲方申請延期，甲方視其實際影響之情形酌予延期，乙方對甲方最後核定之延期，不得提出異議。」（見一審卷八頁），依此約定，系爭工程進行中，倘因可歸責於被上訴人之事由，或因不可抗力，導致系爭工程無法施工，被上訴人可無視實際無法施工之日數，單方面擅自決定可展延工期之日數，上訴人全無置喙餘地，有違誠信原則，對上訴人顯失公平，本院前次發回意旨對此已予指明。法院顯然係認為，如此之定型化契約條款，無異於將雙方之權利義務關係，完全交由一方當事人片面決定，有違誠信原則而顯失公平²⁷¹。另外在其他案件，如[北二高日夜趕工案]中，機關亦主張依工程契約條款，其對於延長工期之認定有「絕對之最後決定權」，因而廠商即不得再行爭執。惟法院審判時，係以該案中後續之「趕工合約」應未包括此部分，因而法院仍得審酌展延工期之天數為說理，未直接觸及系爭條款之效力。

最後要探討的問題是，即使得以主張因不可抗力因素而延長履約期限，然而延長工期往往會造成履約成本有所提升。例如，遇有民眾非理性抗爭，因而延後開工，適於延期之期間內逢原物料價格大幅上漲；又如，颱風期間無法施作，但所有工人之薪資、施工器具的租賃費用等，仍需照常計算。此時，相關的必要費

²⁷¹ 本案件做成裁判之日期，係 89 年 6 月 16 號，已於民法債編修正增訂第 247-1 條之施行日期 89 年 5 月 5 日之後，依本文前述見解，法院自應優先適用民法第 247-1 條說理為當。另，學說見解，詹森林(2010)，前揭註 270，頁 11-12。

用增加，應由誰承擔？此問題之所以較為棘手，係因我國民法未正面處理不可歸責於雙方當事人致給付遲延，因而導致損害之風險分配問題。我國民法之危險負擔規定，率皆處理標的物毀損、滅失之風險²⁷²，除此之外的情形，需要以當事人間之契約填補此一漏洞。

我國契約實務上即曾發生此類爭議，按於系爭定型化契約中，若有類似最高法院 95 年度台上字 930 號判決中，機關所引「兩造契約第四條所列(三)公路工程施工說明書第一章總則第三·二節及施工補充說明書第十六條之約定，工程期間雖有展延，被上訴人不得請求賠償。」之條款，法院應如何處理此類「僅給工期不給補償」²⁷³條款之效力？於該案中，二審判決否定系爭條款之效力，最高法院亦予支持：上訴人於本案中因可歸責之事由共計展延工期五百六十六天，達原預定施工日期之七成以上，此情形已超乎合理期待，更非任何一位承包商於訂約時所能預見，故系爭工程合約第四條第三款所列公路工程施工說明書第一章總則第三·二節約定及施工補充說明書第十六條約定，既係由上訴人一方預定用於同類契約之條款，且免除上訴人之責任，對於被上訴人而言，實顯失公平，應符合民法第二百四十七條之一規定而無效。惟細究法院判決之論述，係以適用系爭條款之結果，將導致原屬機關之責任得以免除，應屬民法第 247 條第 1 款之「免除預定契約條款之當事人之責任者」，並顯失公平，因而該條款應被認定為無效。法院在本判決中，實無正面處理雙方均不可歸責時，此類條款是否有效的問題。

最高法院 98 年度台上字第 765 號判決，則能夠看出最高法院對於因不可抗力事由申請延長履約期限後，即不得再要求補償之條款，存有質疑之態度：而依系爭「棄權事項」約定：「承包商（上訴人）以有效之理由申請延長工期，如（被

²⁷² 我國民法上風險承擔之規範標準整理，詹森林(2006)，前揭註 262，頁 135-136。

²⁷³ 用語引自，詹森林(2010)，前揭註 270，頁 12。

上訴人所屬)工程司以書面通知核准其延長之請求，除該延期之理由係可歸責於國工局(被上訴人)外，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已作全部而圓滿之補償，承包商須放棄對該一事件再提出要求之權利」等內容(見一審卷第一宗二一八頁)，似謂被上訴人僅就可歸責於其本人之事由而展延工期，始予上訴人補償。若因「非可歸責於兩造之事由」所生之工程展延，上訴人概不得再要求補償，並應放棄請求之權利。果爾，無異將「非可歸責於兩造事由」所生之損失，全歸由上訴人一人承擔。是否未顯失公平？已非無斟酌之餘地。本案與前案有所不同，在於前案中之條款係將可歸責於預定條款一方之事由亦劃入「只給工期不給補償」條款之範圍內，但本案卻已明顯排除延期之理由係可歸責於機關之情形。剩下的部分，自然就是不可歸責於雙方之風險承擔問題。法院在此似乎認為，將雙方均不可歸責之事由所產生之費用增加全部歸給廠商負擔，有顯失公平之疑慮。

然而，在最高法院 99 年度台上字第 333 號判決(前揭[機場地下道居民抗爭案])之中，二審法院卻認系爭條款有效，施工廠商應不得再請求補償，最高法院亦認同原審見解，全案遂告確定：被上訴人於系爭工程委託營建管理及監造服務參選須知第五條第六款說明，已預先主動提醒各參選技術顧問機構關於本服務工作應至本工程完工驗收為止，該機構應考量工程展延之風險，第八條並說明系爭工程委託服務內容詳如委託營建管理及監造服務契約草約。上訴人詳閱上開說明後，顯已充分瞭解參選須知提醒事項，有關服務期限、工程展延風險、暫時停工期間發生之損失應自行吸收不得向被上訴人要求補償，及系爭契約草約有關服務費上限固定金額、服務範圍等條件之要約內容，經審慎評估，應已考量上情，始決定參加甄選，嗣於被錄用後簽訂系爭契約，已就系爭工程有變更設計、展延工期及暫時停工之情形，明知並有預見，且上訴人訂約時亦非無從選擇締約對象或拒絕

締約²⁷⁴，要無違反誠信原則，應無民法第二百四十七條之一所稱顯失公平者，即非無效。上訴人履約後自不得再就工程展延或暫時停工期間發生之損失，以有情事變更或不當得利為由，請求被上訴人增加服務費給付。由前後兩案之比較觀察，顯見法院在此議題上，仍存有分歧之觀點。

而最未保護施工廠商之裁判，則如最高法院 95 年度台上字第 2309 號判決。在該案中，廠商據以延長工期之事由，係可歸責於機關者。然法院卻仍認為：按系爭工程契約第四條之(三)合約附件之公路工程施工說明書第一章第 3.2 條約定：「如因本局所供之材料供應不足或其他非承包商之責任，而影響部分或整個工程之進行時，得按實際情形經核定免計日數，承包商仍應於各該原因消滅後全力趕辦，不得因此提出賠償損失或停止結算要求」（見二審卷第三六頁）。查被上訴人就系爭工程之管線遷移問題，已依實際情形，核定展延工期，顯係履行系爭工程契約第六條(四)之 2 之約定，則依上開約定，上訴人自無請求被上訴人賠償其損失之餘地。[機場地下道居民抗爭案]可以勉強解釋為，法院認為不可抗力事由造成之工期延長，可由定型化契約條款約定由施工廠商承擔所有風險，或許說得過去，只是其論理之方式可能還有瑕疵。然而在本案中，法院則已直接將原應由業主負責者之損害移轉給廠商承擔！如此之見解，是否恰當？

詹森林教授對此認為，該等條款，不能認為其全部無理由，應分別情形認定之。若工期展延之事由，係完全可歸責於業主者，系爭條款顯然違反誠信而顯失公平，應為無效；但工期展延之事由，若係不可抗力或其他不可歸責於雙方當事人者，則因工程延宕時，機關亦或多或少受有損失，故是否符合個案之合理風險分配，即應再視個案各項情事決定之。惟系爭條款若未區別是否可歸責於機關者，

²⁷⁴ 最高法院此種論述方式，業經學者批評為僅由形式上審查，而未實質審酌當事人雙方之經濟、法律或資訊地位上，是否處於平等磋商地位。詹森林(2006)，前揭註 262，頁 118-121。

依「定型化契約有疑義時，應為不利於條款使用人」之原則，即應認為該條款無效²⁷⁵。本文亦表贊同，惟進一步認為，縱使機關可能亦會因工期延宕而受有損失，但大多數情形，廠商所受損失應會明顯大於機關。於此情形，大部分之「只給工期不給補償條款」，仍會由於免除預定契約條款之當事人之責任，按其情形顯失公平，而遭宣告無效。

當然，亦有契約條款之風險分配原則，有別於上述所探討者。例如前揭工程採購契約範本第 4 條第 10 款即謂：「契約履約期間，有下列情形之一（且非可歸責於廠商），致增加廠商履約成本者，廠商為完成契約標的所需增加之必要費用，由機關負擔。但屬第 13 條第 7 款情形、廠商逾期履約，或發生保險契約承保範圍之事故所致損失（害）之自負額部分，由廠商負擔：1. 戰爭、封鎖、革命、叛亂、內亂、暴動或動員。2. 民眾非理性之聚眾抗爭。3. 核子反應、核子輻射或放射性污染。4. 善盡管理責任之廠商不可預見且無法合理防範之自然力作用（例如但不限於山崩、地震、海嘯等）。5. 機關要求全部或部分暫停執行（停工）。6. 機關提供之地質鑽探或地質資料，與實際情形有重大差異。7. 因機關使用或佔用本工程任何部分，但契約另有規定者不在此限。8. 其他可歸責於機關之情形。²⁷⁶」依本契約條款之規定，似乎對廠商之保護甚為周到，不但於可歸責於機關之情形，連其他不可歸責於雙方或不可抗力之情形，皆由機關承擔風險。惟細究其規定，該契約範本之第 13 條，係課與廠商依可能發生之事故類型投保之義務，而該條第 7 款更謂，廠商未依本契約規定辦理保險，致保險範圍不足或未能自保險人獲得足額理賠者，其損失或損害賠償，由廠商負擔。是以，如果將此二條合併觀察，倘若廠商未踐行投保之義務，豈非連可歸責於機關之情形都必須要負擔因此而增加之費用？本文認為，以保險契約降低損害風險之作法，值得肯定，惟相關保險費的支

²⁷⁵ 詹森林(2010)，前揭註 270，頁 19-20。

²⁷⁶ 工程契約採購範本(991228)，前揭註 13。

出應由誰負擔，即是一個可以再思考的問題。假設認為保險費由廠商支出係合理時，未踐行投保義務的結果，使機關需要付出高額費用補償，確實亦不合理，然而在該工期之展延係因「可歸責於機關」之事由，如何還能允許機關利用此類條款，變相卸除自己之責任？恐有疑慮。是以，至少在可歸責於機關之情形，應認不能因為廠商未踐行投保義務，而即認為其無法請求任何補償。系爭條款，不當免除機關應負之責任，應屬無效！

第四節 程序事項

本章前三節中，本文分別探討不可抗力在契約法上的構成要件，因此可主張的法律效果，以及透過不可抗力約款或定型化契約中之不可抗力條款，可能對前二節所述者產生何種影響。分析完這些實體層面的事項後，本文擬簡要分析，在主張因不可抗力事由而得產生法定或約定之法律效果時，有何程序上之事項亦會影響當事人間的權利義務關係。

第一項 通知義務

首先要簡單評析的是，債務人遇有不可抗力事故發生時，應否負有通知債權人之義務？按債權人為受領給付，通常會為此先有相對應的準備，若不可抗力事故發生，而導致債務人發生履行不能或遲延之情形，債權人若依原訂計畫為準備，可能會發生額外的損害。例如，為受領其購買之原料，可能預先租好廠房、建置生產線、僱用工人，已便能即時開工生產。倘若在預定清償期之前即發生不可抗力事故，使原料毀損滅失，或無法即時運達，因而產生給付不能或給付遲延之情形，若債務人能於合理時間內通知債權人不可抗力事由之發生，債務人即有減少

費用支出之可能性。或是，在期限利益行為之債中，若因不可抗力事故之發生，導致已確定無法如期給付時，若債務人能先為通知，即能使債權人方行使解約權，即時尋找替代之給付。是以，合理的規範方式，即為課與得主張不可抗力事由的債務人通知債權人之義務。

然而於我國法上，並無類似的法律規範與相關的實務見解，故部分比較法上之規定，可供參考。例如前揭聯合國國際貨物買賣公約(CISG)第 79 條第 4 項即規範，無法履行之當事人，應將障礙及對其履行能力之效果通知他方當事人。若他方當事人未於無法履行之一方知或可得而知該障礙後之合理時間內獲得通知者，無法履行之當事人應就因通知未達到所生之損害負責²⁷⁷。另，歐洲法共同參考架構草案(DCFR)III-3:104(5)亦規定：債務人有確保障礙及對其履行能力之效果之通知在債務人知或可得而知相關情況後合理時間內到達債權人之義務。債權人有權就任何因未獲通知而生之損害請求賠償²⁷⁸。此二規範雖文字略有差異，但實質內容應屬相等。學說解釋上認為，此類規範之目的，係使債權人能有機會採取避免不履行所肇致之損害擴大，與及時行使解除權等權利²⁷⁹。而債務人應告知之事項須包括，該障礙會造成永久或暫時之影響，若為後者，其可能之影響持續期間²⁸⁰。而關於未履行通知義務之法律效果，學說上則係認為，既相關條文謂得請求「因未通知而生之損害」，則債權人得請求者應限於假設其已受通知，即能避免者，

²⁷⁷ CISG Art. 79(4): The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

²⁷⁸ DCFR III-3:104(5): The debtor has a duty to ensure that the notice of impediment and of its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the debtor knew or reasonably be expected to have known of the circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from non-receipt of such notice.

²⁷⁹ Christian von Bar and Eric Clive, *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* (ed.), *supra* note 172, at 788.

²⁸⁰ Schlechtriem, *supra* note 164, at 623-624, Art.79, 58.

也就是信賴利益的範圍內。除此之外的履行利益或期待利益損失，債務人既得主張因障礙而得免責，即不因未盡通知義務而又需負擔²⁸¹。

惟在契約實務上，未必皆採如此之解釋方式。問題特別出現在，對於未踐行通知義務的法律效果之範圍。隨不可抗力約款或條款之盛行，該等約定中亦會課與債務人一定的通知義務。惟此類通知義務之未履行，所可能產生之法律效果，是否如前引兩項比較法文件所規範者，限定在其後產生之損害賠償，原因不可抗力事由得以主張之責任免除，仍然不受影響？或是，透過不可抗力約款之約定，有將此二層次問題混為一談的可能性存在？美國法上判決，有不同見解。有認為，未及時告知不可抗力事由，不能排除債務人主張不可抗力條款之權利²⁸²；惟亦有相反見解認為，不可抗力事由之即時告知，應係主張免責之必要條件²⁸³。

本文前亦曾提及，我國契約實務亦存在債務人應於一定期間內將不可抗力事由之發生，向債權人為通知之約定。例如，前揭行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」，即為適例。雖如前文所分析者，目前實務上仍未見債權人單以債務人主張不可抗力事由時，未於約定期限內告知，而否定債務人主張效力之案例，故亦不知法院對此類條款之解釋適用，究竟為何。而由本節分析，前引詹森林教授之論點，可予補充。詹教授認為，未遵守限期提出之條款之結果，僅生對於債務人難以成功舉證之不利，未對債權人產生不利，是以，如此對於債務人行使權利之剝奪，實顯失公平。本文進一步認為，縱使債權人確實可能因為債務人未在合理期間內告知不可抗力事由之發生，而受有損害，然而此類的損害賠償義務，只是附隨義務問題，應與能否主張給付義務因不可抗力事由而免除或延期是不同

²⁸¹ *id.*, at 624, Art. 79, 59.

²⁸² *Toyomenka Pac. Petroleum v. Hess Oil V.I. Corp.*, 77 F. Supp. 63, 67 (S.D.N.Y. 1991).

²⁸³ *Martin v. Commonwealth*, 548 A.2d, 675, 679 (Pa. Commw. Ct. 1988).

兩層次之問題，若恣意將之混淆，而限制原得主張之權利，仍應認其顯失公平而無效。

第二項 舉證責任

債務人主張因不可抗力事由而免責時，若雙方存有認定上之爭議而涉訟於法院時，應由誰負舉證之責任？與其他債務人主張其不可歸責，因而不負債務不履行責任者，有無不同？亦是重要的實務問題。

首先扼要探討，一般主張不可歸責因而不負債務不履行責任時之舉證責任歸屬。關於此一問題，我國法院判決向有穩定見解，認為若債務人欲主張其不可歸責，應由債務人方證明之，而不需由債權人證明債務人可歸責。關於遲延給付之情形，最高法院 21 年上字第 1956 號判例，即已明認：給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起當然負遲延責任，其因不可歸責於債務人之事由致未為給付者，債務人雖不負遲延責任，但不可歸責於債務人之事由，應由債務人負舉證之責。不限於給付遲延之情形，法院認為，於債務不履行之事件中，債權人與債務人債務人間之舉證責任分配，如最高法院 43 年台上字第 377 號判例要旨所示：請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應先由原告就其主張此項事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，被告於其抗辯事實，始應負證明之責任，此為舉證責任分擔之原則。對該判例要旨作解釋後可得，若債權人能對債權確實存在為證明者，於有債務不履行之情形，均先推定債務人應有可歸責之處；至於債務人若擬主張其不可歸責，即應由其負舉證責任以推翻之。近期之最高法院見解，亦承襲此種看法，並未更易。例如，最高法院 87 年度台上字第 1480 號判決：債務人原有給付之責任，僅於有特別情事，始得免責，乃債法之大原則。我民法係以不可歸責於債務人之事由為免給付之原因，此觀民法第二

百三十條、第二百五條第一項之規定自明。故債務人欲免為給付者，應就歸責事由之不存在即無故意或過失負舉證責任。又如最高法院 97 年度台上字第 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。

惟於債務人主張不可抗力事由存在之情形，舉證責任之歸屬如何，是否有其不同之處？於法條規範上，即已有部分法條，揭櫫有債務人需證明不可抗力之意旨，如民法第 634 條：運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到，應負責任，但運送人能證明其喪失、毀損或遲到，係因不可抗力，或因運送物之性質，或因託運人或受貨人之過失而致者，不在此限。是以，在實務上，最高法院 69 年度台上字第 971 號判決，其適用法條之結果，自然認為運送人需負舉證責任：至上訴人提出嘉明輪船長所簽之海事報告內，雖有在阿拉伯海上遭遇強烈西南季風之惡劣天氣，及狂暴巨浪受損之情事，但強烈季風及氣候，為航行人員依其航行專門知識得預測防範，而所謂狂暴巨浪，是否已達不可抗力，未據舉證，僅憑該海事報告，尚不足為免責之論據。又如最高法院 83 年度台上字第 236 號判決：上訴人復未提出其他確切之證據資以證明系爭電腦設備確遭雷電或閃電擊中而起火燃燒，其辯稱系爭電腦設備於運送途中係遭雷電及閃電擊中而起火燃燒，屬不可抗力之事由云云，自無可取。另外在保險法上，關於不可抗力或不可預料事故之舉證責任，最高法院 99 年度台上字第 1460 號判決則認為：本件協孚電力公司所有系爭銅管被腐蝕或沖蝕，如係因突發性異常外力因素所造成，固屬不可抗力或不可預料之意外，與正常使用狀況下之沖蝕腐蝕不同，非除外不保條款所指之自然耗損，惟協孚電力公司仍須就此不可抗力或不可預料之突發性、異常性意外狀況負舉證之責。

於未經法條規定之情形，法院若遇有不可抗力之抗辯時，如何定其舉證責任？最高法院 92 年台上字第 816 號判決，即前揭[寄存車輛泡水案]認為：接受有報酬之倉庫營業人，對於寄託物之毀損，非證明自己於善良管理人之注意義務無所欠缺，不能免其賠償責任。故債權人（寄託人）僅須證明債之關係存在，且因債務人（倉庫營業人）不履行債務而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於己之事由所致，自應由其負舉證之責任，否則仍不能免責。本件上訴人代位磊鉅公司依債務不履行之法律關係請求被上訴人賠償損害部分，兩造對於被上訴人與磊鉅公司間有貨車之有償倉庫契約，且該公司因寄存之七十一輛貨車泡水而受有損害等情並不爭執，為原審所認定，被上訴人如抗辯不負損害賠償責任，揆諸首揭說明，自應由其就損害之發生為不可歸責於己之事由負舉證之責任。惟本案雖經債務人以不可抗力為由抗辯，但法院在論述時，仍係使用一般對於善良管理人注意義務之舉證責任論述。台灣高等法院 97 年度重上更(一)字第 75 號判決，則是在論述舉證責任時，特別強調對於不可抗力事由的舉證責任：上訴人於系爭合約有效期間正進行獅子頭抽水站第 6 號抽水機歲修作業時，發生系爭淹水事件，即有因上訴人不履行債務而受有損害，自應由上訴人就其損害之發生為不可抗力或不可歸責於上訴人之事由所致，負舉證責任。

比較法上對於是否得以主張不可抗力，向來亦認應由提出該等抗辯之人負舉證責任。例如，前揭法國民法第 1147 條謂：「凡債務人不能證明其不履行債務，係因不可歸責於其本人之外來原因時，即使其本人並無任何惡意，如有必要，均因其債務不履行，或遲延履行而應負損害賠償。」解釋其法條，即應認為債務人在訴訟中負有舉證責任，在其無法使法院相信有不可抗力事由時，即會敗訴。CISG 第 79 條第 1 項之規定更為明顯，按其直接敘明若一方證明其不履行係基於該條定

義範圍內之障礙者，無需負責²⁸⁴。學說上亦對該條解釋認為，關於債務不履行損害賠償責任之豁免(exemption)，其舉證責任應由未履行為主張有相關障礙事由的一方承擔²⁸⁵。



²⁸⁴ CISG Art.79 (1): A party is not liable for a failure to perform any of his obligation **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.

²⁸⁵ Schlechtriem, *supra* note 161, at 621-622, Art.79, 50-51

第四章 不可抗力與侵權責任

延續上一章之探討，本章擬接續處理者係民事責任法中的另外一種型態，即侵權責任。依民法第 184 條之規範，負侵權行為之損害賠償責任者，需有故意或過失。此原則固然與民法第 220 條相同，惟因侵權責任非基於雙方當事人約定而發生，通常沒有事先約定歸責原則的空間，故關於事故中當事人的責任歸屬及風險分配，多數只能依法律規定為之²⁸⁶。多數情況下，既不可能事先約定，若該行為人於法院審判程序中，執「不可抗力」事由為抗辯，法院應如何處理？當然，上述之說明，即不包括前揭特別法上之規定，例如我國之公路法及核子損害賠償法。扣除這些特別法規範之事件類型後，在其他適用民法，又不可能事先約定歸責原則之一般侵權事件中，不可抗力之概念究竟能夠扮演什麼角色？在廣義之侵權責任中²⁸⁷，商品責任是相對較為特殊的型態，按其歸責事由，不同於一般之故意或過失責任，而係以是否符合當時科技或專業水準可期待之安全性為判斷標準。同樣的，在如此的規範之下，不可抗力之抗辯若經提出，對法院審判可能造成何等影響？亦值研究。以下即分就一般侵權責任及商品責任為觀察及論述。

先予說明者，多數最高法院之侵權行為案件中，出現不可抗力抗辯者，多數係主張國家賠償。雖一般將國家賠償案件納入行政法領域探討，然而由於判斷國家賠償責任時，依國家賠償法第 2 條第 2 項之規定，判斷責任是否成立之標準仍

²⁸⁶ 侵權責任仍有可能事先約定損害賠償之歸責事由，惟限於少數情形。例如，工廠與當地居民事先約定，所可能造成之空氣或水汙染，因科技極限之故難以掌握，以因故意或重大過失為限，始負賠償責任。但在多數情形，行為人與被害人之間甚至可能素未謀面，故仍無約定可能性。對此，感謝陳忠五教授於口試時的提點。

²⁸⁷ 陳忠五教授認為，此等規定，雖能屬於侵權責任規範體系一環，但更精確言之，此等特殊侵權責任，應有跳脫傳統契約責任與侵權責任「絕對二分」之觀點，依其特有之規範功能或規範目的，平等保護契約當事人及第三人，型塑其獨自之責任要件及法律效果之意。本文亦贊同之。詳見，陳忠五(2007)，〈論契約責任與侵權責任之保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《台大法學論叢》第 36 卷第 3 期，頁 94-95(註 71)。

是故意或過失不法侵害權利，相關訴訟亦在普通法院體系中進行，故本文認為，研究上應有與非國賠案件相同之價值。

第一節 不可抗力與一般侵權責任

第一項 構成要件

第一款 案例摘要

[案例十六] 龍王颱風土石流案 (最高法院 99 年度台上字第 836 號判決)

本案原告起訴陳稱，其子居住於花蓮山區，務農為生。民國 94 年間龍王颱風來襲，被告花蓮縣政府疏未防災，又未依行政院農業委員會「土石流防災疏散避難作業規定」劃定警戒區並撤離民眾，致其子遭土石流沖走而失蹤，業經死亡宣告。原告遂起訴主張撫養費及慰撫金。被告則以，其已盡救災義務，而針對該土石流作業規定部分，則認為其應無預見可能性及迴避可能性，資為抗辯。

高等法院審理結果，認定被告無過失，因此無須負國家賠償責任：查系爭災害地點，並非位於土石流紅色或黃色警戒區域範圍內。且龍王颱風侵襲時，九十四年十月二日零時至二十四時慈恩至天祥段之實際降雨量累計為 510.5mm 至 764.5mm，遠超過交通部中央氣象局所發布超大豪雨之標準（二十四小時累積雨量達 350 mm 以上），而土石流之發生本身為天然災害之一種，以當時之降雨量遠超大豪雨標準，依一般經驗法則已非周圍山坡所能承載，事故之發生實為人力不能抗拒之天災造成。…再者，被上訴人依土石流防災作業規定第四點，雖可依當地

雨量及實際狀況自行發布局部地區為黃色或紅色土石流警戒區，但依九十四年十月二日上午十時農委會土石流災害應變小組土石流警戒區預報資料第二報資料顯示，系爭災害地點尚非紅色或黃色警戒區，且於同日十一時五十一分即接獲消防局通報黃世傑於颱風侵襲後失聯，自是日上午十時農委會發布第二報至警員接獲報案黃世傑失聯，其間不到二小時，被上訴人因信任上開預報資料，又無其他積極事證足認被上訴人知悉該處達到黃色或紅色警戒程度，其未能及時自行發布系爭災害地點為紅色或黃色警戒區域並撤離居民，亦難認其有何故意或過失可言。上訴人之子黃世傑死亡之原因，實係龍王颱風於災害地點帶來龐大雨量，坡地無法負荷而致土石滑落造成，乃人力所不能抗拒之天然災害，並非被上訴人執行公權力故意、過失或怠於執行職務，自不符國家賠償法第二條第二項規定。

惟最高法院卻對高等法院之判斷認為仍有再加審酌之必要，因而廢棄原判決，發回台灣高等法院花蓮分院：查被上訴人依土石流防災作業規定第四點規定，可依當地雨量及實際狀況，自行發布局部地區為黃色或紅色土石流警戒區，乃原審所確定之事實...該管機關公務員依上開規定，對可得特定之人所負作為義務是否已達無不作為之裁量空間【司法院釋字第四六九號解釋揭示，斟酌危險急迫性、預見可能性、侵害之防止是否須賴公權力之行使始可達成而非個人之努力可能避免（規制可能性及迴避可能性）等因素，已否達裁量收縮至零程度，而具不作為義務之違法】？凡此均與被上訴人應否負本件不作為之國家賠償責任所關頗切，原審未逐一深究，遽行判決，已嫌速斷。...原審就此未予併酌，遽謂「又無其他積極事證足認被上訴人知悉該處達到黃色或紅色警戒程度，其未能及時自行發布災害地點為紅色或黃色警戒區域並撤離居民，亦難認其有何故意或過失可言」，尤非無再進一步推求之必要。

[案例十七] 檢察署扣押物遭竊案 (最高法院 98 年度台再字第 65 號判決)

本件原由再審被告起訴主張，其因違反區域計畫法案件，遭桃園地檢署之檢察官將伊所有之一台挖土機實施扣押。地檢署指示大溪分局保管，因無適當處所，警方遂又商借中華工程公司大溪儲料廠置放。嗣後案件終結通知領回時，卻發現系爭挖土機嚴重鏽蝕，遭人竊走重要零件，已不堪使用，顯見地檢署並未盡其保管義務，因而提起國家賠償訴訟。地檢署則以，該儲料廠庫房為適當的扣押物保管地點、扣押物之損害係遭第三人強盜所致，其與履行輔助人並無任何過失可言，資以抗辯。原案之最高法院判決(最高法院 98 年度台上字第 1358 號判決)認同高等法院之見解，認為桃園地檢署需負損害賠償責任：大溪儲料場雖設有圍牆及大門，惟平日管理鬆散，幅員不小竟僅設置守衛 1 人，復未設置足夠適當之監視器，亦不具備一般防止外人竊盜、破壞之功能。至於大溪分局於中華公司大溪儲料場雖設有巡邏箱，定時巡簽，對照系爭挖土機於通知發還被上訴人之遭竊拆除重要零件之現況，可明上開定時巡簽之巡邏箱尚且不足發生扣押物保管處所防止竊盜、破壞之功能。堪認上訴人所屬檢察官於扣押系爭挖土機後，履行輔助人大溪分局及中華公司提供之保管處所及措施均不足發生一般防止竊盜、破壞之功能，自難認已盡善良管理人之注意程度，且其過失與系爭挖土機之重要零件遭竊拆除致生毀損，二者間有相當因果關係。

最高法院為終局確定判決後，桃園地檢署又提出再審之訴，此次主張因竊案所生損害，應屬不可抗力或事變，不應由其負損害賠償責任；又，大溪分局與中華工程公司無論有無過失，依經驗法則，亦無從認通常均可能發生竊盜之結果，自難認其行為與結果間有相當因果關係。惟最高法院審理再審之訴結果，認為所提出之再審理由，僅係第二審確定判決認定事實有無錯誤、理由有無不備，與最高法院確定判決適用法規有無錯誤無涉，因而駁回再審之聲請。

[案例十八] 納莉颱風致旅社損毀案 (最高法院 96 年度台上字第 248 號判決)

本案由上訴人起訴主張，被上訴人台南縣政府於民國 84 年間關仔嶺紅葉公園所開闢道路、邊坡保護、排水系統及擋土牆等公有公共工程，因有設置及管理欠缺之情事，致民國 90 年納莉颱風來襲時，豪雨挾帶大量土石傾洩而下，灌入上訴人經營之關子嶺旅社，四間房屋全毀，受有三百餘萬元之損害，故請求國家賠償。被上訴人則抗辯以，損害係不可抗力之天然災害所致，與工程設置、管理是否有欠缺無關，況納莉颱風帶來之暴雨量，無論該設施是否有欠缺，皆無法承受，亦見設施欠缺與損害間無相當因果關係存在。

第二審法院審理結果，否定台南縣政府所提之不可抗力抗辯：被上訴人就紅葉公園南側聯外道路上方邊坡之開闢道路、邊坡保護及排水系統等公有公共設施之設置及維護，有所欠缺，又適逢納莉颱風來襲及地震之影響...又有台灣省土木技師公會（下稱土木技師公會）之鑑定報告書可資佐證，堪認為真實。被上訴人辯稱此係不可抗力之天然災害所致，與伊之公有公共設施之設置或管理是否欠缺無關云云，即無可採。其就系爭擋土牆等公有公共設施之設置、管理有欠缺，既與豪雨、地震之發生，同為上訴人受損害之原因，且該設置、管理之欠缺，與上訴人之受損害間，亦有相當因果關係，上訴人依國家賠償法第三條之規定，請求被上訴人賠償損害，自屬有據。

最高法院對於原審之認定，僅就賠償金額之認定，認為有再查明之必要而發回外，對於其餘之論理，皆認經核於法並無違誤。是以，應可認為，對於是否得被認定為不可抗力之部分，應告確定。

[案例十九] 奧托颱風致養殖九孔死亡案 (最高法院 95 年度台上字第 244 號判決)

本件由第三審一方上訴人之被繼承人起訴主張，他方上訴人交通部公路總局第三區養護工程處辦理台十一線美山美佐呂橋拓寬工程，並由他方共同上訴人啟益營造承作，因其東側便道涵管設計過小，導致民國 87 年奧托颱風來襲時，涵管遭樹葉堵塞無法排水，溪水越堤而出，淹沒其所有之九孔養殖池，九孔死亡受有損失二千一百萬元，爰起訴請求損害賠償。他方上訴人則以，此次災害為不可抗力之豪雨所致，即使無便道，河道在當時亦無法排除洪水，因此損害與便道之設置間無因果關係，資為抗辯。

第二審法院審理結果，認為不可抗力抗辯不能成立：八十七年八月四日，因奧托颱風來襲，確實造成美佐呂橋下溪水由河道北面溢流，並溢流往上開蝦池及九孔池方向，而海堤上原本的涵洞未阻塞等情，業據證人吳嘉雄（更名前為吳玉階）結證屬實，核與證人即蝦池所有人王淵良證述情節符合，且與事發前後所拍攝的照片相符...造成溪水溢流漫延者，厥因啟益公司設置上開便道，且僅設置三根小口徑之涵管所致。足見涵管口徑過小，與九孔死亡，二者之間有相當因果關係存在至明...綜上所述，造成林忠森養殖之九孔死亡，係因啟益公司設置便道僅設置三根小口徑之涵管，其設計上之過失，導致颱風下大雨時溪水溢流入林忠森之九孔池，並非因天災所致之不可抗力所造成，已如前述，從而上訴人啟益公司自應對上訴人甲○○等四人負損害賠償責任。

最高法院則認為，原審之判決經核於法洵無違誤(包括本件被告所主張責任成立部分，及原告主張之責任範圍部分)，因而駁回兩造之上訴，全案遂告確定。

[案例二十] 海軍軍艦碰撞案 (最高法院 95 年度台上字第 1087 號判決)

本件由上訴人(保險公司)起訴主張，其被保險人中國造船股份有限公司承攬海軍軍艦建造工程，以該軍艦為保險標的，與之簽訂保險契約，於保險期間內就軍艦之毀損滅失負賠償之責。系爭軍艦停泊於高雄港中，突遭被上訴人所有之油輪碰撞受損，被上訴人已依約支付七千餘萬之保險金，故代位請求被上訴人為損害賠償。上訴人則抗辯以，系爭事故之發生係因不可抗力之強風所致，其無需依保險法第 95 條負損害賠償責任。

第二審法院判決中，以系爭事故確屬不可抗力強風所致，判決保險公司敗訴，不得請求損害賠償：船長公會覆函稱：當日風速於上午八時至十一時三十分間為每秒三公尺至六公尺，於上午十一時三十分至十二時二十分間風力驟增至每秒二十七公尺，約為九級風；當日風向於早上八時至十一時三十分間為西北風，約自十一時三十分起至十二時三十分間轉變為南風再轉變為北風，自十二時三十分起至下午一時三十分止風向又再轉變為南風再轉變為北風。依據上述時間風力突增及風向驟變情況，應為區域性暴風雨，且在極短時間內發生，非當時操縱船舶人員所能預見，在此情況下對船舶之控制自有其困難度云云。足見系爭船舶碰撞事件之發生係屬不可抗力所致。依海商法第九十五條之規定，上訴人自不得請求損害賠償。

然而，最高法院對於原審之認定有所質疑：船舶碰撞係因不可抗力而發生者，被害人不得請求損害賠償，海商法第九十五條固定有明文。而所謂不可抗力係指人力所不能抗拒之事由，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免者而言。系爭船舶碰撞發生當天雖曾於極短時間發生區域性暴風雨，惟船長公會僅認「操縱船舶人員在此情況下對船舶之控制有其困難度」（見原審卷一九二頁），並未明確指明系爭船舶碰撞係因人力所不能抗拒之事由所致，原審以上開船長公會鑑定

函認系爭船舶碰撞之發生係因不可抗力所致，與卷內資料不符。最高法院因而將此案廢棄，發回台灣高等法院。

高等法院之更審判決(台灣高等法院 95 年度保險上更(一)字第 6 號判決)，論述基本上與最高法院相同，且理由略為補充：船舶碰撞係因不可抗力而發生者，被害人不得請求損害賠償，海商法第 95 條固定有明文。而所謂不可抗力，係指人力所不能抗拒之事由，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免者而言...系爭船舶碰撞發生當天雖曾於極短時間發生區域性暴風雨，惟船長公會僅認「操縱船舶人員在此情況下對船舶之控制有其困難度」，並未明確指明系爭船舶碰撞係因人力所不能抗拒之事由所致，自難遽認系爭碰撞事件之發生係屬不可抗力所致...又查，高雄港每日進出停泊之船舶不計其數，而 87 年 7 月 4 日系爭碰撞事件發生當天，除本件碰撞事故外，其餘不論進出或停泊高雄港之船舶，均未發生任何事故。被上訴人對此亦未爭執。再者，依高雄港區之作業規範，於港區發生九級暴風時，所有船舶應停止裝卸作業，惟高雄港區當日，並無停止裝卸作業之通知。足見當日高雄港所遭遇之風力，並非不可抗力。再參酌船長公會之前開函覆，亦僅表示該強風對船舶之控制有其困難度，並非表示船舶之碰撞不能夠避免。亦即，若被上訴人及其受僱人，已盡必要之注意義務，即可避免本件船舶碰撞之發生。甚者，系爭軍艦遭被上訴人之船舶碰撞時，乃係處於停泊狀態，並非於港區航行中。且被上訴人所抗辯遭遇之強風，依船長公會函文所述，風力僅為九級，亦非屬不可抗力（最高法院 75 年度台上字第 1736 號裁判要旨參照）。益證系爭碰撞事件，係被上訴人及其受僱人之過失所致，非屬不可抗力所致。此案因故未再上訴，全案遂告確定。

[案例二十一] 鼠咬致電線走火波及鄰屋案 (最高法院 95 年度台上字第 310 號判決)

本案由被上訴人(保險公司)起訴主張，上訴人所有之房屋因電線走火燃燒，致被上訴人之被保險人位於同棟大樓之建築物及內裝受有損害，已支付保險金兩百餘萬元。被上訴人認為，該損害之發生，係上訴人未改善故障之消防警告迴路，起火時無法通知受信機，延誤救災時效，且被上訴人未設置過電流保護設備，致起火點電源線在通電狀態下，繼續延燒所致。上訴人則抗辯以，本件火災經鑑定係因凌晨發生鼠咬所致，非人力所能防範，應屬不可抗力之天災。

高等法院審理結果，認定不可抗力抗辯不成立，被告須負損害賠償責任：被上訴人既主張上訴人應依民法第一百九十一條規定負擔侵權行為之損害賠償責任，自應由上訴人證明其對配置電線已盡相當之注意或對老鼠可能造成之災害亦已防止，始可免責...建築物或工作物所有人或使用人就建築物或工作物，有發生損害之危險時，本負有防範危險發生之義務，尤其當今高樓大廈多為封閉式之建築物，一旦發生火災，影響範圍極大且灌救不易，而高科技時代，電氣之使用量大增，非往日所可比擬，火災發生之可能性自然跟著提高，建築物所有人在設置用電系統時，應採取更高的設置標準，本件上訴人如採取更高用電系統設置標準或防鼠設施，系爭火災即有不發生之可能。上訴人辯稱：系爭火災之發生為不可抗力之天災云云，亦不足採。

惟最高法院就本案是否適用民法第 191 條，認為仍有其疑問，另外對於損害賠償額之計算，也認為高等法院有認事用法不當之處，故將本案廢棄發回。然而，針對是否為不可抗力此一爭點，最高法院似無做出指摘。但在日後的判決中，至少在最後一次更審(台灣高等法院 96 年度保險上更(二)字第 15 號判決)，卻認為被告方實已盡其注意義務，因而無須負損害賠償責任，其間差別何在，值得本文後續加以探討。

[案例二十二] 豪雨淹沒橋面跌落致死案 (最高法院 93 年度第 2084 號判決)

本案由上訴人起訴主張，其子前往上班途中，行經橫跨宜蘭縣羅東鎮竹林圳之橋面，因該日逢豪雨，淹水超過橋面，系爭道路未設置護欄等防護措施，致其子無法分辨道路及水道，因而跌落圳中溺斃，故依國家賠償法之規定，請求羅東鎮公所負損害賠償責任。羅東鎮公所則以，事故發生係豪雨所致，屬不可抗力為由，資以抗辯。

高等法院審理結果，認為事故之發生，確係由於不可抗力事故所致，故羅東鎮公所無須損害賠償責任：事故當日上午七時至九時，交通部中央氣象局羅東氣象站測得之累積雨量為四七·五公厘，該局設於宜蘭縣之有人測站宜蘭氣象站及蘇澳氣象站測得之累積雨量分別達四七公厘、八六公厘...事故發生時之樹人橋原有護欄之高度低於成人腰部甚多，足證事故當日事故地點之降雨量甚鉅，五結排水之水流量甚大且湍急，已淹沒樹人橋之舊有護欄，衝之事故發生時之淹水漫越路面高及成人腰部，且水流湍急之情形，實已達不可抗力之程度，行人於水深及腰且水流湍急之豪雨天候下行走，實屬自陷險境，其危險發生之可能性較一般天候狀況正常下使用道路之危險性即急遽升高，倘強令被上訴人應設置或管理系爭道路，達到於不可抗力之天候狀況下通行時，避免被豪雨急流衝下溝渠之危險，顯課予被上訴人過高之注意義務，已難認係被上訴人所應履行必要之設置或管理義務之範疇。且就令被上訴人於張偉超落水處之系爭道路設置足以區分路面及水圳界限之防護設備，如護欄或警戒標誌，於事故發生時，亦不足以避免張偉超跌落水圳之情事發生，是以被上訴人對於系爭道路為路面與水圳之界限所為防護設施之設置或管理即令有所欠缺，亦難認與張偉超之死亡間有因果關係存在，自不能遽令被上訴人負國家賠償責任。

最高法院亦認為，高等法院之裁判核無違誤，因此駁回上訴人之上訴，全案宣告確定。

第二款 裁判分析

第一目 概念適用範圍

與討論契約責任時相同，此處所欲討論者為，在侵權責任中，當被告主張不可抗力抗辯時，不可抗力之概念範圍，除了一般均認可的天然災害以外，有無包括人為因素在內？我國法的判決上，如前所引者，即可發現適用一般侵權責任之案件中，主張有不可抗力事由者相對較少，並且大多集中於國家賠償案件，為其一大特色。案件較少之情形下，相關爭議即不容易被突顯。

事實上，前揭所引案例，僅有[檢察署扣押物遭竊案]一件，所主張之不可抗力事由係屬人為因素。惟該案仍相當值得重視，按細觀該判決，遭求償之國家機關係充滿法律專業人員的桃園地方法院檢察署！該地檢署遭三審法院判決敗訴之後，又以竊賊侵入實屬不可抗力為由，向最高法院提出再審之訴。然而，最高法院在再審之訴中，係直接以程序上駁回之，未直接處理竊賊侵入究竟是否能夠構成不可抗力，故仍不知法院明確之態度。姑且不論桃園地檢署出於何種動機提起此再審之訴²⁸⁸，惟既由其提出，似可認為，法律專業社群對於一般侵權行為中之不可抗力，其事由可能包括人為因素，有持肯定見解者。

²⁸⁸ 追蹤原判決確定前歷審判決，均未見桃園地檢署曾經提出該等不可抗力抗辯，而至再審之訴始行提出。如此之再審之訴，在本文看來，實無意義，是否僅為拖延原告取得國家賠償所為之行爲？若認為有不可抗力事由，為何不在原事實審時即據以主張？以地檢署檢察官之法律素養，竟濫用訴訟資源至此，實應予嚴厲批判！

惟由比較法上可得知，如法國法上，向來均肯定侵權行為中得以主張之不可抗力事由包括自然力(有特別稱為「狹義不可抗力」者)、第三人行爲、被害人過錯²⁸⁹、國家行爲，其中後三者應均屬人為因素之範圍²⁹⁰。另外，前揭德國責任法上之實務判決，亦肯認相當多人為因素得構成不可抗力事由²⁹¹。然而，前亦提及，美國法侵權行為法上之不可抗力範圍，至少在法院見解上多數僅限縮在天然災害所致者。究竟如何之看法為是？尚待研究。回歸我國法討論，學說上對於不可抗力之定義通常係置於契約責任下探討，已如前述，侵權責任之部分則未有說明。是故，不可抗力之概念範圍在契約責任與侵權責任上，可否有不同界定標準？即屬未知。我國法院判決，在[海軍軍艦碰撞案]中，最高法院對不可抗力之概念有所定義：所謂不可抗力，係指人力所不能抗拒之事由，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免者而言。若與契約責任之相關判決相對照，實將兩者相同對待。由此定義，原有契約責任上之問題依然存在，未曾稍減。

第二目 不可預見與無法抗拒

同樣運用法國法上對不可抗力之定義，嘗試分析我國之裁判見解。前曾提及我國法院在契約責任上論述不可抗力概念時常用定義與法國法上此一概念之比較分析，不再贅述。

首先仍一致者在於，我國裁判亦普遍認為，若侵權行為人未盡其應有之注意義務，即不構成不可抗力。例如，[龍王颱風土石流案]中，最高法院質疑行政機關

²⁸⁹ 前曾提及，被害人過錯本身即為法國民法第 1384 條第 1 項之減免事由之一。惟據學者研究，就被害人過錯之主張，依其程度不同，有時對加害人可能已達不可抗力之程度，而能主張免責；若未達不可抗力程度時，則仍屬「被害人過錯」概念範圍，僅為責任減輕事由，不能全部免除責任。陳忠五(2004)，前揭註 71，頁 226(註 51)。

²⁹⁰ Geneviève Viney, in George A. Bermann, Etienne Picard (eds.), *supra* note 30, at 250..

²⁹¹ 見本文第二章第三節第二項。

未適當發布黃色或紅色土石流警戒，使被害人能夠即時撤離潛在之土石流危險區域；[檢察署扣押物遭竊案]中，法院認為該保管場之看守，顯然未達能夠妥善保管扣押物之程度；[納莉颱風致旅社損毀案]與[奧托颱風致養殖九孔死亡案中]，法院則是認為系爭之公物設置及管理有所欠缺。

早期案例中，最高法院 69 年度台上字第 1020 號判決，頗具趣味。該案保險公司起訴，代位請求被保險人之車輛遭台灣電力公司電桿上電容器掉落，因而砸毀車輛之損失，台電公司則以系爭事故因老鼠登桿意外，引發電流短路所致，資以抗辯。法院則認為台電公司未盡其相當之注意：上訴人對於具有高度危險性之高壓電路線之架設及路邊電桿上電容器之設置，既明知因其他物件觸及，極易發生電流短路危險，而竟不能證明曾在路邊電桿上或電容器上為防範導致物件觸及發生短路之措施，則對此次老鼠登桿發生電流短路，要屬其疏於防範所致，尚難諉為天災，或不可抗力之一意外事變。上訴人雖謂已在電容器上置有保險絲，但本件發生電流短路時，保險絲並未發生保險應有斷電作用，足見上訴人對於電容器之維護尚屬欠週，依首開說明，上訴人就被上訴人所受上開損害，即不得免責。最高法院 72 年度台上字第 4163 號判決，亦有相同意旨。該件判決中，被告台灣省台東農田水利會以原告之洋蔥田被暴雨所致水災淹沒，乃不可抗力之天災為由為抗辯。惟法院則認為，若被告管理公共設施有欠缺，須負損害賠償責任：本件如上訴人所主張其所受損害，係因台東水利會借與東部開發處之卑南圳補助進水門，為開發處將其特閘門及昇降桿分解拆除，閘板以鋼索吊起後捆固，於卑南溪暴漲時，被上訴人疏未能起閉操作控制水量，被上訴人均有過失屬實，則上訴人係因被上訴人公共設施管理有欠缺，致其財產受有損害²⁹²。

²⁹² 惟本案法院審理結果，原告遭敗訴之判決。觀法院之論理，係因原告應依國家賠償法請求，卻誤以民法侵權行為規定作為請求權基礎之故。站在人民之觀點，如何強行要求其能分辨國賠與民事賠償間之差別？更何況，本案農田水利會屬公法人，又有多少社會大眾知悉？法院之判決，是否不教而殺？更離譜的是，原告實有律師擔任訴訟代理人，律師既應認知其間差異，則其如此主張，是否有疏失？在各類具有法律專業者皆不能更貼近人民角度思考，幫助取得其應有之權利時，無怪乎

再者，不可抗力事由之認定，應以一定程度之異常為標準，前亦已提及。本文認為，至少在不可抗力係自然力造成時，此即為一般概念上之天然災害，與可該當於民法上之「不可抗力」事由的天然災害，應有之程度上差異。我國法院之判決，於侵權責任領域，亦有觸及此點者。例如[龍王颱風土石流案]中，高等法院判決即謂：龍王颱風侵襲時，九十四年十月二日零時至二十四時慈恩至天祥段之實際降雨量累計為 510.5mm 至 764.5mm，遠超過交通部中央氣象局所發布超大豪雨之標準（二十四小時累積雨量達 350 mm 以上），而土石流之發生本身為天然災害之一種，以當時之降雨量遠超大豪雨標準，依一般經驗法則已非周圍山坡所能承載，事故之發生實為人力不能抗拒之天災造成。由此段判決即可看出，該降雨程度之猛烈，係法院審判時考量之點。惟本案亦提供思考上相當之啟發，亦即，縱使客觀上有如此劇烈的天然災害，然而是否仍有機會避免損害之發生，毋寧才是重點！本文認為，這亦是後來最高法院將高等法院判決廢棄發回之原因！儘管天然災害之強度無法控制，然而經由事前的預測與妥善警戒，若仍有發布警戒並及時撤離居民之可能性，行政機關應仍有可歸責之處！而在[豪雨淹沒橋面跌落致死案]中，法院之論述亦提及：事故當日上午七時至九時，交通部中央氣象局羅東氣象站測得之累積雨量為四七·五公厘，該局設於宜蘭縣之有人測站宜蘭氣象站及蘇澳氣象站測得之累積雨量分別達四七公厘、八六公厘...事故發生時之樹人橋原有護欄之高度低於成人腰部甚多，足證事故當日事故地點之降雨量甚鉅，五結排水之水流量甚大且湍急，已淹沒樹人橋之舊有護欄，衡之事故發生時之淹水漫越路面高及成人腰部，且水流湍急之情形，實已達不可抗力之程度。

惟亦有法院採取較嚴格見解，以審查個案中天然災害之異常性。最高法院 88 年度台上字第 62 號判決中，法院即認為，事故發生時之雨量並非當地氣象紀錄上

最高，故被告花蓮縣政府自不得以損害發生係出於不可抗力之天然災害所致為抗辯：臺灣地區每年均有長達半年以上之颱風季節，在此期間，隨時都有可能遭受颱風侵襲，其因颱風所引進之氣流會導致豪大雨之發生，對低窪地區經常造成淹水之災害，乃眾所週知之事實。且依據花東氣象站之氣象資料，七十九年歐菲莉颱風過境時，花蓮地區即有單小時最大雨量一百三十五公釐之紀錄，系爭地下道之排水功能係以超過上開雨量之五倍設計，為上訴人所自承，而事故發生當日凌晨適逢爾妮颱風過境，斯時以雨量最大之零時至一時間每小時九十公釐而言，與前揭最大雨量每小時一百三十五公釐相較，尚有相當距離，其餘時間之雨量更遠低於此。是本件豪雨之發生，雖屬天然災害，但絕非上訴人在為系爭地下道設計時所不能預作防範，上訴人抗辯本件損害之發生係出於不可抗力之天然災害所致，伊無庸負損害賠償責任一節，顯不足取。上述判決同時可以說明，當一地區之某類型天然災害經常出現，並非罕見時，相關義務人更應有其因應措施，以防止損害之發生。另外，以此判決亦可呼應上述分析中，關鍵仍然在於有無盡其注意義務之論證。若吾人假設，當天雨量確實超過花蓮地區最大時降雨紀錄，判決結果是否會有不同？依本文所見，應無不同之理。法院判決中亦有提及：上訴人於設計系爭地下道時，雖曾對地下道內之排水功能採取每小時一百三十五公厘雨量五倍排水之高標準設計，惟對於地下道排出之大量積水是否能夠利用地下道週邊之排水系統宣洩，則未列入考量，且未設置自動警告及緊急通報系統，為其所自承，是縱如上訴人所辯，本件事故之發生與系爭地下道週邊之排水環境不良有關，其在規劃之初，未能就系爭地下道為適當完備之設計，自屬國家賠償法第三條第一項所指之「公共設施之設置有欠缺」，其因而導致人民之生命受損害，自應負賠償責任。特別是「自動警告及緊急通報系統」，應是本案之關鍵。按於現今之極端氣候趨勢下，雨量迭創新高，總有原先之設計無法滿足需求之時；然而警告系統之設置，應仍能夠有效避免民眾之誤闖。

關於無法抗拒之要求，應以[鼠咬致電線走火波及鄰屋案]中之論述最為接近。該案高等法院第一次審理時認為：建築物或工作物所有人或使用人就建築物或工作物，有發生損害之危險時，本負有防範危險發生之義務，尤其當今高樓大廈多為封閉式之建築物，一旦發生火災，影響範圍極大且灌救不易，而高科技時代，電氣之使用量大增，非往日所可比擬，火災發生之可能性自然跟著提高，建築物所有人在設置用電系統時，應採取更高的設置標準，本件上訴人如採取更高用電系統設置標準或防鼠設施，系爭火災即有不發生之可能。如此之判決說理方式，雖未直接點出需達無法抗拒之程度，但所謂「更高」標準或措施，是否寓有若存其他方法得以改進而未實行時，即應負責之意？如前所述，本判決到最後認為，該建築物所有人實已盡其注意義務，為何有不同結果，其間之差別何在？尚待分析。本文初步結論認為，無法抗拒之要求，實已超越一般之過失責任。詳細論證，留待後續說明。

必須交待者，在我國之一般侵權責任案件中，欠缺對於是否係「外來原因」此一要件之論證。如果觀察相關案件，否定抗辯成立之判決，如果運用本文之方法分析，多在不能預見與無法抗拒此一層次上即作出認定；迄未尋得一判決，雖已盡其應盡之注意及一切防免手段，然由於該損害非出於外來原因，因而仍必須負責者。此一問題，在後續處理不可抗力與商品責任時，仍然存在！問題之所以不被突顯，本文認為，應與一般人主張不可抗力抗辯時，對於該概念之範圍往往都已存在預設有關！相關問題，容於下節合併分析。

第三目 與因果關係之關聯？

不同於在契約責任之部分，十數個本文所詳細摘錄之案例僅出現[SARS 期間口罩禁止出口案]一案提及因果關係，但於一般侵權責任之案件中，卻屢屢發現被

告一方主張有不可抗力事由而免責時，以行為與損害間不具因果關係之方式論證之。例如在[檢察署扣押物遭竊案]、[納莉颱風致旅社損毀案]、[奧托颱風致養殖九孔死亡案]、[豪雨淹沒橋面跌落致死案]等四案中，皆有不具因果關係之抗辯。是否益加能夠證明，不可抗力之所以能夠使賠償責任不發生，亦與其能夠使因果關係不具備有其關聯？事實上，據學者陳忠五教授研究，法國侵權責任法上之責任減免事由，主要係基於因果關係觀點，認為該等因素往往在損害實現過程中扮演一定積極角色，而使得責任原因事實與損害間，欠缺完全或一部份的因果關係²⁹³。另外，本文前揭美國侵權責任法上之不可抗力，亦有法院判決認為，僅有天然災害係損害之唯一原因時，始有不可抗力抗辯之適用。若善解其意，法院應係認為，此時行為人之行為與損害間，即不具備因果關係²⁹⁴！

由上述觀察，不可抗力與因果關係間是否存有關聯，概念上已逐漸明晰。然而，本節所引之判決，即使同樣提出不可抗力與因果關係之認定問題，最後之判決結果與其間之法院論述，仍大異其趣。就以同樣係主張天然災害構成不可抗力，因而不具有因果關係而得免責之後三個判決觀察，[納莉颱風致旅社損毀案]中法院認為，其就系爭擋土牆等公有公共設施之設置、管理有欠缺，既與豪雨、地震之發生，同為上訴人受損害之原因，且該設置、管理之欠缺，與上訴人之受損害間，亦有相當因果關係，似有美國法上「天然災害應為唯一原因」之意旨；[奧托颱風致養殖九孔死亡案]則以，啟益公司設置便道僅設置三根小口徑之涵管，其設計上之過失，導致颱風下大雨時溪水溢流入林忠森之九孔池，並非因天災所致之不可抗力所造成，為其裁判理由，似又連「共同」因果都稱不上，而直指行為人之行為即為損害之元凶；惟[豪雨淹沒橋面跌落致死案]卻認為，就令被上訴人於張偉超落水處之系爭道路設置足以區分路面及水圳界限之防護設備，如護欄或警戒標

²⁹³ 陳忠五(2006)，前揭註 58，頁 123。

²⁹⁴ 見本文第二章第四節第二項。

誌，於事故發生時，亦不足以避免張偉超跌落水圳之情事發生，是以被上訴人對於系爭道路為路面與水圳之界限所為防護設施之設置或管理即令有所欠缺，亦難認與張偉超之死亡間有因果關係存在，自不能遽令被上訴人負國家賠償責任。究竟見解出現差異的關鍵因素是什麼？值得深入分析。

第二項 法律效果

若不可抗力抗辯在侵權行為損害賠償訴訟上得以成立時，不同於契約責任之情形，除了不負賠償責任外，尚因具體之事實態樣，而有免給付義務、得遲延給付而不負遲延責任、解除或終止契約等效果，於侵權責任時由於前無給付義務存在，故僅有不負賠償責任之可能，乃屬性質上自明之理。

然而，值得思考的是，在侵權責任成立及責任範圍上，被告執不可抗力事由以抗辯時，有無在此二層次上區別思考之空間？若在責任成立之層次上即認為，由於不可抗力事由，應使侵權行為之損害賠償責任不發生時，既然在認定責任成立與否時即已否定之，當然沒有責任範圍的問題；惟於前述[納莉颱風致旅社損毀案]中，法院認定公有公共設施之設置、管理欠缺與豪雨、地震之發生，「同為」被害人受損害之原因，因而仍成立損害賠償責任。此時即生損害賠償範圍之問題：行為人是否須賠償「全部」損害？法院能否認定不可抗力事故與行為人之行為對於損害之發生，各有多少之原因力，而定其損害賠償？

此際，於我國法之說理上，可能遭遇困難。按一般均認為，侵權行為損害賠償責任一旦成立，即有「全部賠償原則」之適用，亦即，被害人所得請求賠償的

範圍，原則上是其損害賠償的全部，以貫徹侵權責任損害填補之機能²⁹⁵。但學說見解亦認，我國民法上顧及全部賠償原則可能對加害人帶來的過重負擔，故有三種方法以合理限制之，分別為相當因果關係之適用(包括責任成立與責任範圍上之因果關係)、被害人與有過失(民法第 217 條)，以及損害賠償之酌減(民法第 218 條)²⁹⁶。於此，對於有不可抗力事由發生，惟認定行為人仍須賠償時²⁹⁷，應否得以在責任範圍層次上限縮其賠償責任？本文認為，如此之情形，不能在論理上取得減輕責任之正當性，價值衡量後仍以貫徹全部賠償原則為適當。

第二節 不可抗力與商品責任²⁹⁸

第一項 概論與問題提出

第一款 與一般侵權責任之區別實益

將商品責任與其他一般侵權責任為區別，獨立一節論述之實益何在？應能從商品責任與一般侵權責任之差別看出端倪。我國法院認為，損害賠償之債之成立要件，包含損害、因果關係及責任原因事實²⁹⁹；所謂責任原因事實，係應負損害

²⁹⁵ 相關說明請參考，王澤鑑(2005)，〈損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉，《月旦法學雜誌》第 123 期，頁 211；陳忠五(2005)，〈強制汽車責任保險法立法目的之檢討〉，《台灣本土法學雜誌》第 70 期，頁 64；陳聰富(2007)，〈過失相抵之法理基礎及其適用範圍〉，《台灣本土法學雜誌》第 98 期，頁 70。

²⁹⁶ 王澤鑑(2005)，前揭註 295，頁 211-212。

²⁹⁷ 本文用語上之區辨必要，在此甚為明顯。讀者閱讀時必須注意，有「不可抗力事由」出現時，不一定能符合「不可抗力」抗辯之要件，因而免其責任。簡易之說明為，不可抗力事由只是可能符合不可抗力概念之事件類型歸納，例如可能認為，颱風、地震等算是不可抗力事由。然而，仍然必須符合其它要件後，才能認定是不可抗力。

²⁹⁸ 此節之部分內容，取自本論文作者於 99 學年度上學期於陳忠五教授「民事責任法專題研究」課程之課堂報告〈論商品責任之不可抗力抗辯—以九二一地震中房屋倒塌事件為中心之研究〉一文，特此說明。

²⁹⁹ 最高法院 48 年台上字第 481 號判例：「損害賠償之債，已有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，

賠償責任之人「為何」須負責任之事由，而其概念，隨不同的責任類型，適用不同的歸責原理³⁰⁰。例如在我國民法規定之侵權責任中，責任原因事實即為行為人「具有過失」之行爲，按在我國民法侵權責任之規範上，行為人之責任成立皆須至少具備過失之主觀要件，部分相對較嚴格之條文，亦僅是推定過失責任，而造成舉證責任某程度轉換之效果，實仍與加害人之主觀狀態有關，非真正之「客觀責任」³⁰¹。

惟我國法上之商品責任，尤其係消費者保護法所規範者，明顯與民法之一般規範有所不同。按自消費者保護法第七條之規定爲解釋，企業經營者於其商品³⁰²未符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性時，應負損害賠償責任。一般學說見解均認爲，如此之規定以商品安全性取代過失作爲歸責原因，係採無過失責任³⁰³。將此等差異與本文所研究之不可抗力概念相連結，即能更爲突顯不可抗力與原有民事責任體系之關聯問題。按在我國判決提及不可抗力抗辯時，契約責任上多以不具「主觀歸責事由」爲出發點，僅有零星案件係以不具「因果關係」爲主張；上節之一般侵權責任中，往往同時出現雙重之抗辯。惟由於商品責任屬無過失責任，若提出不可抗力抗辯時，除了主張其商品之安全性外，有時亦會認爲，縱商品有何瑕疵，然因不可抗力事由之故，無論如何均會發生損害，故與其商品之欠缺安全性間無因果關係存在，仍無須負損害賠償。是以，本節所研究之範圍，將高度集中於商品責任中，不可抗力概念與因果關係間之關聯。

即難謂有損害賠償請求權存在。」

³⁰⁰ 相關說明，陳忠五(2007)，〈論法國交通事故損害賠償責任的成立要件——損害、牽連關係與歸責關係之研究〉，《政大法學評論》第98期，頁10-11。

³⁰¹ 應與區別者，爲學說上之「過失客觀化」觀點。所謂過失客觀化，係指將行為人之注意義務以客觀化或類型化之「善良管理人」注意爲判斷標準，而不能僅就行為人能夠達到之注意程度判斷之，以更能實踐侵權行爲法上前補損害與預防損害之機能。雖於若干情形，此種認定標準事實上將導致某種危險責任，惟其基本上仍維持過失責任原則。相關論述，王澤鑑(2010)，前揭註10，頁308-310。

³⁰² 該條文尚包括服務責任，故應適用同樣之歸責原理，惟不在本文討論範圍之內。

³⁰³ 王澤鑑(2010)，前揭註10，頁700。

第二款 法院見解

雖本文研究範圍係商品責任，但我國最高法院最近所處理的商品責任案件，其中主張不可抗力抗辯者，率皆因九二一集集大地震所衍生之房屋倒塌訴訟。依本文觀察，最高法院對於此類房屋倒塌訴訟的見解屢見差異，造成法律適用的高度不安定性，使人民無所適從。故此處擬由幾則最高法院裁判出發，探究地震倒塌事件中，消費者對房屋建築者主張商品責任時可能遇見的困難之處，並擇其最關鍵者，即因果關係認定時之「不可抗力」抗辯為分析，最後並從學理上探討此概念在商品責任中的角色。

首先要說明的是，關於地震中房屋倒塌所衍生之訴訟爭議繁多，除本文欲探討者之外，另外還有保護法益問題(是否包含商品自傷?³⁰⁴)、以及當時之科技或專業水準可合理期待之安全性之認定(與建築行政法規之關係?³⁰⁵)等諸多問題，皆甚值研究。然限於本論文之研究主題，選擇即使解決上述問題後，仍不得不面對的關鍵議題，作為優先研究之對象。

本文要處理的核心問題在於，當地震規模如九二一地震般難以想像，故在每一件訴訟中，身為被告之房屋建築者幾乎沒有例外的皆主張消費者所受損害係地震此種「不可抗力」所致，縱使房屋確實存在設計或建造上之瑕疵，其瑕疵與損害間仍無因果關係，仍不負損害賠償之責時，法院應如何妥善處理為當？以下由兩種論理完全不同，因而造成相異結論的判決看起：

³⁰⁴ 相關案件分析，陳忠五(2009)，〈論消費者保護法商品責任的保護法益範圍〉，《台灣法學雜誌》第 134 期，頁 85-93；曾品傑(2010)，〈論消費者保護法上之商品責任〉，《月旦民商法雜誌》第 27 期，頁 12-21。

³⁰⁵ 可參考，徐憶茹(2003)，〈從消費者保護論預售屋買賣建築業之民事責任〉，頁 173-176，國立成功大學法律學研究所碩士論文；林嘉盛(2007)，〈從消費者保護法上論建築產品之責任〉，頁 182-192，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

第一種判決意見認為，「系爭大樓即令設計圖說、施工品質無瑕疵、缺失，仍無法抵抗九二一地震強度，仍會崩塌或嚴重受損…既然實際上已經符合耐震設計規範，系爭大樓仍然震倒，則於此違背建築術成規彙整之設計圖說瑕疵以及施工品質缺失，與設計圖說、施工品質無瑕疵、缺失之間，對系爭大樓震倒之財產損害之發生，即無何差異。若此情事，可否認定上訴人違背建築術成規彙整之設計圖說瑕疵以及施工品質缺失，與系爭大樓震倒致生系爭房屋毀損間有相當因果關係？即不無再加研求之餘地。³⁰⁶」此種判決意見應能解讀為，即使系爭房屋因設計或建造瑕疵而有安全性欠缺，惟因地震規模過大，縱無欠缺亦會發生房屋倒塌之結果，故瑕疵與損害間即無相當因果關係，可說採納了不可抗力之抗辯，用以阻卻責任成立之因果關係。

第二種判決意見認為，「系爭建物有上述(一)之施工瑕疵，此為原審所確定之事實。系爭建物雖於九二一地震中造成損害，但是否可排除上開鑑定報告所認發生損害之原因？如其損害係結合上述原因所共同造成，則被上訴人就系爭建物之施工瑕疵，是否不能認為與九二一地震之原因等價，而具備共同因果關係？已非無疑。³⁰⁷」另外，「原審未調查審認鄰近系爭建物之其他建物因九二一地震而倒塌之情形，徒以九二一地震強度七·三級，誠屬難以避免之天災，而排除上開鑑定報告所認系爭建物倒塌原因之因果關係，已嫌率斷。³⁰⁸」亦即，縱使認定房屋之倒塌係以地震為其主要因素，惟其施工瑕疵確實存在，應認瑕疵亦是造成損害之原因，業者所提出之不可抗力抗辯並未被採納。

如何之法院見解較具合理性？如果從一般直觀的「法感情」觀之，自然是後

³⁰⁶ 最高法院 98 年度台上字第 1729 號判決(九二一地震致「東勢王朝」倒塌事件)。

³⁰⁷ 最高法院 97 年度台上字第 2302 號判決(九二一地震致「香格里拉」大樓倒塌事件)。

³⁰⁸ 最高法院 95 年度台上字第 637 號判決(九二一地震致「愛的雅築」大樓倒塌事件)。

者較為適當，然而究竟是否如此？故本文擬由「不可抗力」抗辯的概念出發，透過較為嚴謹的論證，探討法院的判決有無值得檢討之處。

第二項 因果關係之論證

第一款 因果關係認定之結構

關於因果關係應如何認定其存在與否，我國實務向採「相當因果關係說」。例如本文前曾引用之最高法院 98 年台上字第 1729 號判決即謂：「所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形上，有此環境，有此行為之同一條件，均發生同一之結果者，則行為與結果始可謂有相當之因果關係。反之，若在一般情形上，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即難認相當因果關係。」

王澤鑑教授則認為，應可將相當因果關係分為兩層次，即「條件關係」與「相當性」，並且認為其與英美法上之「事實上因果關係」以及「法律上因果關係」基本上皆是相同的兩階段思考方法。其亦試圖將兩種論述方式妥善整合，認為條件關係之檢驗方式應與英美法上認定事實上因果關係之「若無，則不」(but-for)未有不同之處，按其與所謂「無此行為，必不生此種損害」實為同一。至於相當性之認定則屬價值判斷，具有法律上歸責之機能，也與法律上因果關係認定所欲達成之功能相同³⁰⁹。

³⁰⁹ 王澤鑑(2010)，前揭註 10，頁 236-238。

第二款 不可抗力抗辯與因果關係認定

此處我們先不探討不可抗力的概念範圍究竟應該是什麼，而是試圖從上述的因果關係認定簡介中，探究何以「不可抗力」之抗辯能夠成為有效阻卻因果關係認定之原因。

法院在面對類似案件時，可能會如何審查其間的因果關係？倘若法院確實遵照相當因果關係的審查順序，先看條件關係，再看相當性，則首先法院自然應該處理的是，究竟什麼是造成損害之不可或缺的條件？亦即，假設若無此行為，是否必不生此種損害？(商品責任的情形適合的問法是，若商品不存瑕疵，是否必不生此種損害？)按此種「若無，則不」的程式是一種反証歸責，旨在認定：「若 A 不存在，B 仍會發生，則 A 非 B 的條件³¹⁰」在房屋有瑕疵的情形，法院會審查的當然是，「如果房屋沒有瑕疵(例如，九二一地震中倒塌房屋中常見的偷工減料情形)，則房屋是否就不會倒塌？」如果透過法院的證據調查認定發現，即使房屋不存在瑕疵仍然會倒塌，則是否即無法通過條件關係之審查？再加上被告可能提出之不可抗力抗辯，主張房屋倒塌係由地震所造成，法院在審理時要認定的是，「如果地震未發生，則房屋是否就不會倒塌？」若考量房屋可能完成已有一段時日，在沒有如地震般的強烈外力侵襲下，正常之使用和居住均無礙，此處之因果關係認定可能要比上一個問題更簡單，一般而言均會得到肯定之答案。

可能會有疑問的是，在如上分析下，是否所有地震造成的損害，法院均會採納不可抗力抗辯而使被告免於其賠償之責？事實上，如果房屋的瑕疵甚大，導致其所在地雖離震央甚遠，然亦產生房屋傾倒之損害結果時，法院即會認為，如此程度地震之發生是在房屋建造時即可預見的，既然盡其注意即可避免，何以能夠

³¹⁰ 王澤鑑(2010)，前揭註 10，頁 238。

稱其為不可抗力³¹¹？倘若不同地點的房屋其瑕疵程度實為相同，則離震央較近者是否會因為法院判斷時加入了「地震強度甚大」之因素，而使被告成功主張不可抗力之抗辯？如此的說理是否可能產生疑慮？或有如何的說理方式是更好的？本文會於下段再行分析。

而其他的法院見解認為，地震與房屋之瑕疵係造成房屋倒塌之共同原因，如此的論述方式究竟又是出於何種理由？按法院於此處的論述，雖不知有無此一意識，然而確實與英美法學說上之「先行充分條件之必要因素說」有異曲同工之妙。美國法上早期有 *City of Piqua v. Morris*³¹²一案，事實為，河川堤防本有 10 公尺高，但為正常防洪之需，堤防應加高至 16 公尺，惟負責堤防設施之人(即被告)並未加高，後發生高達 26 公尺之洪水，致原告財物損害。本案法院認為，縱使被告加高堤防至 16 公尺，亦無法防止損害發生，因而被告毋庸對損害結果負責。有學說見解認為，法院此一見解顯然是採取一般的條件關係理論，若以先行充分條件之必要因素說為審查基準，則未達適當高度之堤防與正常洪水已構成損害結果之充分條件，且不足高度之堤防為此充分條件之必要因素，不因水患係正常或異常而不同³¹³。實則，不僅英美法上有如此見解，德國法上面對共同或累積因果關係時，「若無，則不」之條件關係認定方式普遍均會遭到修正，而認定被告之行為與損害結果間具有因果關係。最典型之案例即是甲、乙兩人分別對丙下毒，其份量各足致丙死，此時甲或乙均得主張若其不下毒，丙仍會死亡，因而自己的下毒並非丙死亡之條件，故無須為此負責³¹⁴。然而透過累積因果關係之修正判斷標準，即

³¹¹ 例如，板橋地方法院 89 年度重訴字第 65 號判決(九二一地震致「博士的家」大樓倒塌事件)，即採如此見解。

³¹² 98 Ohio St. 42, 120 N.E. 300 (1918), 轉引自陳聰富(2000),〈侵權行為法上之因果關係〉,《臺大法學論叢》第 29 卷第 2 期,頁 242-243。

³¹³ Richard W. Wright, Causation in Tort Law, 73 Cal. L. Rev. 1737, 1800 (1985).

³¹⁴ 王澤鑑(2010),前揭註 10,頁 239。

會認定甲乙之下毒行為皆係丙死亡的條件。如此的修正見解，係學說上為解決一般之條件關係在某些情形無法獲致公平正義之結果，所試圖提出的補充辦法³¹⁵。

可能之疑問是，商品責任中之因果關係認定與一般民事財產法有無不同？綜觀各國之商品責任法制，均如同一般民事責任法般具有因果關係之要求，並且多數沒有特異之規定。其中，美國侵權責任法第三整編第 15 條更直接對因果關係認定方式為定義，謂「產品之瑕疵是否導致人身或財產損害，依據侵權行為普遍之因果關係規則。³¹⁶」只有英國消費者保護法第 2 條第 1 項似具有較為特殊之規定，按其規定「全部或部分」因產品瑕疵所致之損害，應由本條第 2 項規定適用之人，就該損害負賠償之責³¹⁷。

另外，在各國之抗辯事由中，亦無將不可抗力特別納入，故其實並無法直接由各國之法律規範嘗試尋找解決方法。綜上所述，在檢討商品責任之因果關係時，仍然必須回歸一般的因果關係認定方式為檢驗。

第三項 本文分析

第一款 不可抗力之概念

本文在探究了所有與不可抗力抗辯相關的學說及實務上發展後，仍然沒有解

³¹⁵ 陳聰富(2000)，前揭註 312，頁 219-220。

³¹⁶ 原文：Whether a product defect caused harm to persons or property is determined by the prevailing rules and principles governing causation in tort. 中譯文參照，蔡立群(2008)，《論現代產品責任法抗辯事由—以美國法之瑕疵類型為中心》，頁 183-189，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

³¹⁷ 原文：where any damage is caused wholly or partly by a defect in a product, every person to whom subsection (2) below applies shall be liable for the damage. 中譯文參照，王廷瑞譯(1995)，〈英國 1987 年消費者保護法—產品責任〉，收錄於《消費者法規翻譯叢書之三，外國消費者保護法第三輯》，頁 90-118。

決的問題是，究竟什麼才是「不可抗力」概念真實的樣貌？如前所述，依照國內實務主流見解，不可抗力指非人力所能抗拒之事由，任何人縱加以最嚴密的防範，皆不能加以避免者。另有引德國學說之見解指出，在德國法上不可抗力又可分成主觀說與客觀說，前者接近我國學說，認為不可抗力係盡最大注意亦無法避免之事由；後者則是認為不可抗力指外來原因、無人為干預之自然原因或外來的事件。現今德國實務則採混合理論，認為構成不可抗力與否應取決於三因素，即損害是否係外來事件、是否不尋常、是否縱盡最大之注意仍無法避免損害之發生³¹⁸。

如果僅就國內學者所介紹之不可抗力概念，試圖分析我國法院在地震致房倒塌案件中之判決是否合理，其實就能突顯出問題爭議所在。例如，若採取德國實務見解普遍採取之混合說，九二一地震顯然是外來事件，其地震規模及震央位置在觀察氣象資料後亦可得其極不尋常。然而問題在於，最後一要素是否真正能發揮其功能？本文認為，前兩個要素相加即可得出「縱盡最大注意亦無法防範」之結果，故實際上應認第三個要件係多餘而無必要的。然而此一多餘的條件正好提供了我們一個相當好的切入點。固然在所謂這類外來之不尋常事件中，縱盡最大注意亦無法防範，但是如果確盡最大注意，卻仍無法防範損害結果發生，相信自一般人的認知而言，亦不會認為有何可歸責之處；但問題來自，如果是事實上未盡最大注意之情形？從一般人之觀點，如此之故意或過失，難道會因為恰巧遇見外來之不尋常事件，因而即不用負起任何責任？如果只因適用僵硬之「要件檢驗」之結果，而作出這樣的結論，是否符合公平正義？實不無疑問。

就此而論，若將不可抗力的概念脫離主觀認定，而改採純粹客觀認定的方式，似乎更能找出問題核心，亦即，法院在認定是否確實構成不可抗力抗辯時，應該

³¹⁸ 陳自強(2000)，〈民法侵權行為法體系之再構成(下)—民法第一九一條之三之體系地位〉，前揭註82，頁26。

嚴格的區別沒有人需要負責的「天災」，以及雖有自然因素介入，但損害結果實仍需有人負責始符衡平之「人禍」。德國客觀說之「無人為干預」之自然原因，應是可以參考的認定標準。

另外，美國法之發展亦值重視，且某程度上似顯現出和我國現況的相似性。早期美國法院在處理此類案件時，只把認定標準置於，究竟被所指出的不可抗力因素是否為不尋常，因而不可預見的³¹⁹。後續的發展是，有許多判決嘗試區分所謂的”act of God”與”act of man”，並且其長期趨勢係嚴格限縮不可抗力的適用範圍。美國法院普遍認為，只要損害結果之發生係有人為因素與自然因素結合時，不可抗力之抗辯就會失敗。換句話說，惟有自然因素單獨作用，排除任何人為因素造成損害之可能性時，才有此一抗辯之適用³²⁰。按不可抗力抗辯之提出，最主要之情形多是發生在共同因果關係之情形，當有兩個原因，其中一個係源於人的行為，另一個是源於自然因素，並共同作用而導致他人受損害時。此時美國法院一向認定，當行為人可得預見能藉由自己的注意而避免損害發生時，仍可歸責，按於如此情形，該自然因素即不能成為侵權責任之替代因素(superseding cause)³²¹。

當然，本文之前不斷質疑者，不可抗力之概念範圍，究竟應以自然因素(天然災害)為限？還是某些人為因素也能成為不可抗力事由？就此，美國法上對於侵權責任中不可抗力之範圍認定其實較為狹義，已如前述。概念有無擴大必要？其實與不可抗力之概念究竟能發揮如何之功能有關。詳如後述。

第二款 國外相似案例觀察

³¹⁹ Binder, *supra* note 154, at 17.

³²⁰ *id.*, at 18.

³²¹ *id.*, at 24-25.

和我國同屬環太平洋地震帶上之日本，亦可能有同類案件可供觀察³²²。但或許是因為日本的建築業對自己的作品較有責任意識，因而比較少產生偷工減料之情形，故房屋所有人多不會將此類損害歸咎於建築業者；亦有可能是日本法治意識健全，或許此類案件中業者自知理虧，多願意與消費者達成賠償協議；當然亦有可能是本文作者檢索日文判決之能力有限，最終僅尋得一判決³²³，惟該判決所涉及的事實與攻防方法，與我國之案例有高度相似之處，故甚值參考。

本訴訟由原告起訴主張，其與被告簽訂預售屋買賣契約，約定於平成 7 年(西元 1995 年)2 月 28 日交屋，然於同年 1 月 17 日上午發生阪神大地震，致房屋結構坍塌，而無法如期交付。原告認為，被告之施工不當變更原設計，係導致房屋倒塌之主要原因，因而請求依債務不履行相關規定負損害賠償責任，並備位請求依侵權行為之規定負損害賠償責任。被告抗辯，本次地震在當地所測得之震度，已超過建築耐震設計之兩倍，縱使完全按照當初設計施工，房屋倒塌之可能性仍然極高，故主張原告之損害是由不可抗力因素所造成，被告應無須負損害賠償責任。

最後法院裁判認為，本件雖依被告所述，縱無施工上不當變更設計的行爲，亦有相當大的機會仍會發生房屋倒塌之損害，按該房屋周邊卻是多數房屋均遭程度不一之毀損。惟經過對該地區 256 棟倒塌房屋之普遍鑑定結果，發現受損最嚴重的兩棟房屋皆有如同被告施工時有梁柱焊接技術不當之問題，故即使地震規模

³²² 事實上，美國西岸亦有斷層經過，西元 1990 年代初期亦曾於加州發生因地震而導致的房屋倒塌事件。惟資料搜尋結果，彼邦之案件多集中於，房屋所有人基於被保險人身分向保險公司請求給付保險金，但保險公司均抗辯不可抗力不在房屋險之給付範圍，與本文之論述較無直接相關。然而，保險制度之健全，對於此類不可抗力事件之損害填補，毋寧相當重要。例如，有無必要對於建築業者課投保強制責任險之義務？礙於研究時間有限，無法於本文中處理，但這確實是甚值思考的議題。

³²³ 神戶地方裁判所平成 7 年（ワ）第 1 0 8 5 号、平成 9 年（ワ）第 2 5 5 7 号(損害賠償等請求事件、請負代金請求事件)，LexisNexis Japan 法律資料庫，<http://legal.lexisnexis.jp/Home.aspx> (last visited on 12/06/2010)

嚴重，然本件房屋倒塌之最大原因，仍應認定為施工之不當³²⁴。結論上法院認為，被告之行爲與原告之損害間有相當因果關係，並且被告之行爲有過失，因此需負損害賠償責任。

由前揭日本法院之裁判基本上亦能支持美國法或德國客觀說的見解，亦即不可抗力抗辯之提出，必須要在沒有人爲因素介入，而僅有自然力單獨造成影響之下，始能成立。雖然日本法院並沒有直接如此表示，然其見解在概念上與美國法院仍有相似之處，在於其認為不可抗力抗辯若欲阻斷行爲與損害間之因果關係，必須在自然因素具有壓倒性時，才能成立。故在本案中，既然法院認定施工品質不良係房屋倒塌之最大原因，自會認定自然力不能成爲因果關係中斷之替代因素，而認為行爲與損害間具有相當因果關係。

第三款 法院因果關係認定時的問題

如果將此類案件依照因果關係理論確實分析，又能看出法院判決時論證並非嚴謹細膩。按因果關係可分爲兩層次，一爲責任成立之因果關係，一爲責任範圍上之因果關係³²⁵。法院在處理此類地震中房屋倒塌案件時，通常並沒有非常嚴謹的區分此二層次論證。一般在認定有無因果關係時擬回答的問題是，如果房屋沒有瑕疵，則是否不會倒塌？然而事實上，假定此一問題係處理責任成立之因果關係之用，則正確的問題意識應該是認定行爲與「權利之侵害」之間的因果關係³²⁶。

通常此類案件中所涉及的權利損害可能有二，一是財產權之侵害，另一則是

³²⁴ 原文：本件建物倒壊の最大原因は、柱・梁の接合部の不適切な溶接仕様であり。見前掲註 323 之判決。

³²⁵ 王澤鑑(2010)，前掲註 10，頁 232。

³²⁶ 王澤鑑(2010)，前掲註 10，頁 233。

生命權或身體健康權之侵害。「房屋倒塌」這件事，僅是造成這些權利侵害之基礎事實，並非因果關係認定上要處理的問題，而且其問法太過概括，無法觸及問題的真正核心。例如，在同時涉及人身及財產損害時，即應將因果關係之認定分為兩部分，亦即「若房屋沒有瑕疵，則是否消費者之財產權即不會受到侵害？」，以及「若房屋沒有瑕疵，則是否消費者之生命權(或身體健康權)即不會受到侵害？」如此之問題設定方式，始真正有助於因果關係認定之釐清。

回答此二問題時，可能的認定方式會是，將系爭建築物與同地區(按地震力大致相同)之建築物相比較，得到其他無瑕疵建築物之受損情形與有瑕疵建築物的差異。此時「不可抗力」的陰影當然還是如影隨形。是否在此，建築業者還是得以抗辯指稱，縱使房屋建造時沒有被指控的瑕疵，仍有輕重不一的受損情形？或是，縱使房屋沒有瑕疵，居住者在倒塌時罹難的情形亦為常見？後面一個問題或許比較好回答，按很多倒塌的房屋可能都是鄉間常見的一般磚瓦建屋，或甚至所謂的「土塙厝」，這樣的建築自然無法承受大規模的地震而坍塌。然而建築專業與日俱進，對於耐震設計的要求也不斷提高，所以對於各個年代所建造的房屋，或是更嚴謹一點的說，利用不同的材料(如鋼筋水泥結構)或不同工法，以及在不同的法規標準下所建造的房屋，在其安全性認定上自然就會有其不同之處，這當然也是法院在認定時要特別注意的一點。故於比較之時，自然必須把相同條件的房屋一起進行比較，始能為正確的認定。如果同一時期建造及相同建築材料、工法的房屋中，其他的房屋都受損較少，因而沒有產生人員傷亡的情形，然而系爭房屋卻因為設計或施工上的瑕疵，導致地震來襲時結構壞較為嚴重，因而造成居民的傷亡，則其間之因果關係堪可認定。

另外在解決房屋瑕疵與財產損害間的因果關係時，在責任成立因果關係之層次上的認定更為困難。若採取上述相同時期相同結構之比較方法，然而仍因為地

震強度過大而普遍發生程度不一的財產上損害，則至少在責任成立層次上，必須如上述所分析者，將不可抗力抗辯直接阻斷因果關係的情形明確限縮在僅有自然力單獨發生作用，而無任何人為因素共同發生作用之情形，並且在一般的因果關係檢驗上，必須採取以「共同因果關係」或「累積因果關係」之修正論證方法，以取代一般的條件關係認定下，所可能產生之問題³²⁷。

附帶論及者，應如何認定建築產品之可合理期待之安全性？若採消費者觀點認定³²⁸，在最高度期待下會認為房屋是不會在任何災難中受損的。問題是，一般合理消費者大概也不會作出如此不切實際的期待，更應該了解到，房屋再如何的設計完善、施工品質優良，也很難抵擋一些特別嚴重的天然災害。然而房屋作為某程度上阻絕居住於其中之人直接受天然現象侵襲之庇護所，即使遇見超乎想像的自然災害，儘管沒有辦法完全去除損害，但也不應該因為身處房屋之中，反而使原本不會發生的損害因而發生³²⁹。是以對於消費者而言，其最基本的要求即在於，如果花了相對高價的金額買了理應有較好之耐震設計的房屋，是否能期待不會在地震災害中，不會受到生命或身體健康權的侵害？答案應是肯定的。事實上，即使反過來由建築業者觀點思考此事，亦有觀點認為耐震設計的基本認知應是，小震不能有損傷、中震容許微裂，大震時不得傷人³³⁰。故除非由於早期科技之極

³²⁷ 本文論文初稿原認，因果關係可以使用傳統「若無，則不」檢驗方式，在加上上述兩種修正方式即能解決。惟經口試委員詹森林教授及王千維教授提點，實則在可能有多數損害原因時，必須更細膩的探討其間的責任歸屬。相關問題探討，王千維(2000)，〈環境損害中多數污染源之組合形式及其在侵權行為法上責任歸屬之基本原則〉，《政大法學評論》第 63 期，頁 227-236。

³²⁸ 可能涉及的問題是消保法於民國九十二年修正後，其判斷標準是否實質上由「一般消費者」或「社會大眾」觀點下之「外行人水準」，變更為「企業經營者」觀點下之「專業者水準」？詳見，陳忠五(2003)，〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的「進步」或「退步」？〉，《台灣本土法學雜誌》第 50 期，頁 24-67。

³²⁹ 就此而言，如果以台灣兩種典型的天災，即颱風和地震為比較，在房屋裡可以確實阻擋風雨所帶來的人身安全損害(若因劇烈降雨造成土石流可能另當別論，但至少不會增加風險)；然而在地震時，卻常見地震後即使房屋未倒，重災區之居民也普遍寧願在公園這類不會有倒塌的房屋造成傷亡的地方搭帳篷過夜。由此可以觀察出，至少在人身安全的層次，房屋反而造成了多餘的風險。

³³⁰ 葉英蕙(2002)，〈工程人的專業責任與業務上的過失〉，《中鼎月刊》第 276 期，頁 8-14，轉引自徐憶茹(2003)，前揭註 305，頁 173。另亦有認為，基本原則係「小震不壞、中震可修、大震不倒」，大致上是近似的標準。見劉大海、楊翠如(1997)，《高層建築抗震設計》，頁 12，台北：淑馨出版，轉引自林嘉盛(2007)，前揭註 305，頁 181。

限，同時期同材料、工法之房屋確實皆無法承受前所未有之地震力，否則業者蓋出一棟會在大地震時產生整體結構變形，因而坍塌導致居住者傷亡的房屋，實在非常令人難以接受，而這也是最低程度的基本要求！與政府以行政法規方式所規定之「耐震設計規範」相較，政府所要處理的應該還是房屋會不會倒塌的問題，但縱使房屋可能發生某程度倒塌的情形，如果主結構尚稱穩定而沒有根本性的破壞，即使有毀損亦可能預留空間，縱使居民受困，也不至於像九二一大地震部份房屋倒塌事件中，三四樓直接成爲一樓，根本沒有任何援救機會！如此之房屋要說其有安全性恐怕非常困難，並且，再回到因果關係層面論證，要說建築瑕疵與生命或身體健康權的侵害間，僅因地震此種「不可抗力」因素之介入即認定沒有因果關係，實非常令人難以信服。

第四項 獨立之抗辯事由？

本文綜合以上之分析與研究，認爲部分最高法院見解未妥適認知不可抗力之概念，導致不當認定因果關係，甚值檢討。綜上所述，不可抗力概念在有人爲因素加入，造成其與自然力之共同作用時，應該如何說明該人爲因素與損害結果間的因果關係，若對不可抗力沒有清楚的概念界定時，將非常容易導致原本相對單純的法律適用複雜化，因而導致對於因果關係認定各層次上的混淆。本文認爲，將不可抗力之概念嚴格限制在自然力單獨作用，而無人爲因素相加導致損害，應該是一個正確的解釋方向。

然而如果嚴格限制在只有自然力單獨作用的情形，商品本身究竟有無瑕疵，就成了能否主張不可抗力抗辯時的攻防重點。如此一來，不可抗力抗辯究竟在法律適用上還是不是一個真正有實益的概念？實值懷疑。與其他廣泛被承認的抗辯事由，例如科技發展上抗辯相比，就會發現其不具如其他抗辯所應具備的，先從

現狀認定商品有其安全性欠缺，然而因為商品製造當時的科技和現在有所差距，因而無法妥善處理，故能藉此免責。然而不可抗力抗辯如果限縮至沒有任何人為因素介入才能構成，無疑是在抗辯成功之同時，直接否定商品本身即不具備安全性欠缺！

如果再與商品責任上不可抗力之概念是否應及於人為因素合併觀察，答案將更為明顯！若認為不可抗力之概念在侵權責任法，包括一般侵權責任法及商品責任法上，其概念範圍亦應如契約責任法般涵蓋人為因素所造成者，則相關之概念又應如何界定？如前所述，吾人無法僅以有自然因素之影響，即一概認為得成立不可抗力抗辯，必須在系爭天然災害對損害之發生單獨作用時，始能認定構成不可抗力。若認為不可抗力事由之範圍包括人為因素時，不可抗力之概念即無法限制在排除「一切」人為因素之天然災害，而必須適度定義究竟有哪些人為因素屬於不可抗力之情形。由於商品責任係採無過失責任之設計，故本文認為，此處已不適合再以企業經營者是否有其預見等要件審查之，是以，惟一可能的辦法即是將概念劃定在商品未有安全性欠缺之範圍內！如此一來，商品之安全性與不可抗力之概念間，明顯重疊！由上分析，不可抗力此一抗辯，分析到最後，根本能夠等同於商品沒有安全上欠缺？亦能夠解釋為未具因果關係？則如此一來，不可抗力抗辯之本身，是否還有其獨立存在意義？恐怕必須畫上問號。

當然，此處亦會開始浮現一個問題，即商品的安全性欠缺以及該欠缺與損害之間的因果關係，究竟有何區別？初步傾向認為，安全性欠缺的存在與否必須是整體商品責任認定的第一個前提，其地位應該被視為一般侵權責任上之「不法行為」來看待，因果關係認定的目的其實僅是在排除與造成結果無關的事物³³¹。其中確實不能排除會與商品之安全性欠缺認定上有所重疊之處，雖然理論上兩者應

³³¹ 王澤鑑(2010)，前揭註 10，頁 238。

該是不同層次的問題，然而事實上，如同前面提及「房屋瑕疵與生命或身體健康權侵害間之因果關係」的認定，本文在論述時確實即查覺安全上欠缺與因果關係有其關聯之處，此部分或許也是仍待釐清之點。



第五章 再訪不可抗力

經過上述各章之資料整理、分析與評釋，對於「不可抗力」這個法學上一再被提及之概念，本文發現仍有許多問題尚待解決。特別是，觀察外國法後，如何立足於我國現有之法制，思考不可抗力之概念，究竟在我國法該有如何之定位？應該才是這篇論文能有貢獻之處。以下分成數節，分別針對本文中前曾出現之問題為相關探討，並提出本文作者之個人見解。

第一節 不可抗力之定義

首先不能迴避的是，無論吾人是否認為「不可抗力」之概念在法學思考上有任何功能，它畢竟還是我國甚至國際間皆普遍使用之用語；一個適當的不可抗力定義，仍然有助於相關問題之釐清。畢竟，縱使要以較批判的方式，推翻其概念上之獨立性，惟於實務運作上，如此一個行之有年的概念架構，不但不容易消失，並且應該仍會存有一定之作用。是以，本文在作出最終結論之前，仍選擇先從較為實際的角度出發，認定不可抗力概念之定義，包括其概念範圍及其構成要件。

第一項 概念範圍

首先本文要處理者為，前於探討契約責任及侵權責任時不斷出現的疑惑：不可抗力事由是否只限於自然因素？或者，由人為因素所造成之可能造成損害之事實，亦能認為係不可抗力？本文在觀察比較法及我國法上之學說及實務後，確實發現有其觀點分歧之處。簡單整理，德國法與法國法均採自然及人為因素均有可能屬於不可抗力事由之見解，並且於契約責任與侵權責任上並無不同；英美法則

是在契約責任上認為人爲因素亦得構成不可抗力，惟在美國法之侵權行爲相關探討中，則是相對較模糊不明，但仍應認為，人爲因素亦能構成免責事由。我國法上相對之下獨樹一格，按學說上之探討，多從契約責任出發，即有將人爲因素直接排除於外者；實務上亦見分歧，據本文觀察，法院於面對人爲因素是否能構成不可抗力之問題時，可能受學說直接影響，或對一般之定義有不同之解釋方式，在認定上似有選擇將人爲因素排除者。亦即，我國與他國認定之間，實存有明顯不同之處！

本文認為，不可抗力概念之大小在相關民事責任上會影響當事人間之風險分配，惟在契約責任及侵權責任上，其影響範圍可能不同。侵權責任上，若責任之成立與否僅能以不可抗力爲免責事由時，如何解釋不可抗力之概念，即屬國家司法機關權責；然於契約責任之情形，如前所述，當事人可透過「不可抗力約款」自由界定其概念範圍，故得經由雙方協商，選擇是否將人爲因素納入不可抗力之概念中。於此，縱法院認為應排除人爲因素作爲不可抗辯事由之可能性，仍然必須尊重契約當事人之約定，此即私法自治、契約自由原則之展現。當然，若當事人雙方僅有調整歸責原則至不可抗力始能免責(即學說所謂之「通常事變責任」)，而無對於不可抗力之具體事由爲列舉或例示者，法院之解釋即有其關鍵之影響力。

有鑑於不可抗力概念範圍大小實際上影響當事人間之風險分配，故應探究者爲，若給予一定之概念範圍後，對相關當事人間會有如何影響。若由一般均無爭議之自然因素構成不可抗力談起，則於相關事件中，當事人仍僅有二人，此當然係由於不可能要求「自然」負責之緣故。如果認為自然因素所導致之事故造成損害之結果時，得以不可抗力爲由免責，則當事人間之法律狀態將如下所分析者：侵權責任上，由於沒有雙方對價之問題，亦無履約成本之考量，若行爲人因此得以免責，即代表在法律政策上選擇讓損害停留在原處，而讓被害人自己承擔；契

約責任中，即可能因為各種契約類型之不同，因而產生不同的風險承擔問題³³²。當然，透過契約之約定，可有效調整相關之風險分配，然而無論如何，均與認為債務人一概不能免責時，債務人需負起全部損害賠償責任，可能之範圍包含履行利益、信賴利益等，對債務人應仍較為有利。

惟若相關事由係由人為因素所引起者，其間之法律關係探討又會有所不同。在此類情形，牽涉其中之人可能即會涉及行為人—被害人或債務人—債權人以外之第三方。例如在前揭[客運國道車禍案]中，乘客固向客運公司依契約責任為請求，惟其亦可依侵權責任相關規定，向聯結車駕駛及其靠行之貨運公司為請求。若認為人為因素亦可能構成不可抗力事由，在其他要件亦具備下，客運公司即能免責，乘客僅能由駕駛及司機處取得損害賠償。就如此之法律狀態進行分析，乘客得以請求之對象即有減少，其損害得以獲得填補之可能性就會下降。最極端的情形可能發生在，若聯結車司機肇事逃逸時，客運車上之乘客可能面臨無法尋得該造成損害之人，因此無法獲得損害賠償之風險。另一方面，如果認為縱使其他條件符合，但因係人為因素所致，僅能如部分見解所稱屬於通常事變，而使客運公司依公路法第 64 條之規定仍須負責時，對乘客而言固然較有保障，而對於客運公司來說，其在付出損害賠償之後，亦得向聯結車司機和貨運公司，即「真正應負責之人」請求，此時當事人間之法律狀態即有所不同，係改由客運公司承擔無法取得賠償之風險。

然而有些人為因素如戰爭、全國性大罷工、政府法令變更等，也是比較法上長期被認為係不可抗力事由者，其共同特色在於，在此類事件中並無另應負責之人！例如，因全國性大罷工，貨物運輸全數停擺而無法如期交付貨物者，若債務

³³² 我國法上各種契約類型中，法律有規定風險承擔之規定者，相關整理見，詹森林(2006)，前揭註 262，頁 135-136。

人仍需負責，此時債務人是否能向發起罷工或參與罷工之人請求賠償其損害？此時，應認其罷工行為屬於權利之正當行使，應無不法可言，不需負起損害賠償責任。另外，由於政府法令之變更而導致之給付不能或遲延，一般而言亦無法得出債務人得向國家請求損害賠償之結論。是以，雖然出現三方關係，惟實質上之風險分配狀態，實與自然因素所造成者無異。於此，如何能夠一概認為，所有之人為因素都應該排除於不可抗力事由之外，而使風險一律轉嫁至他人，而不停留在原處？本文就此認為，與其一開始即排除人為因素作為不可抗力事由之可能性，不如在個別情形為細膩分析，檢討其他要件後，對責任歸屬作較為清楚的釐清。例如，假設本文先選擇以現有國內主流對不可抗力之定義作為分析方法，於[客運國道車禍案]中，如何能夠認為客運司機正常行駛於車道時，還有如何「更嚴密」的注意方式得以防止對向車輛跨越分隔島撞擊，而造成損害？又如，[菲律賓陸上強盜案]中，同樣要如何達到「更嚴密」之注意？如果貫徹這樣的分析方式，避免損害的唯一方法就是不要開車！不要運送貨物！或是，難道必須證明，其於遇到強盜洗劫之時，是多麼的「奮勇抵抗」，尚無法擊退歹徒，始能有免責之可能？

當然，本文亦能善解法院作出如此判決時，一方面對於不可抗力之瞭解或許有所欠缺，另一方面可能係出於個案中之衡平，而產生如此之判決結果。然而本文以為，相關問題之認定應更趨於一貫，法律適用之安定性可能較佳。至於在[客運國道車禍案]之二審判決，似將人為因素部分劃為「通常」、部分劃為「非常」，本文認為，頗似林誠二教授「一般生活中不能預期之重大事變」見解。然而，是否「一般」，可能難以界定，故本文雖肯定其區分之苦心，但若採取此一見解，法院審判時之負擔是否加重，可能值得斟酌。幾經思考，認為相關要件仍盡量簡潔為宜，並應擇其最重要而關鍵者作為認定方式即可。此部分分析，待後項一併處理。當然，若有其他法律政策考量及配套措施，直接在立法層次上改變歸責事由，亦無不可，惟此已是另一層次問題。

第二項 構成要件

接續探討者，為「不可抗力」此一概念，在法學上被提出時，應具備哪些構成要件始為該當？當然，在契約責任上，透過當事人雙方於「不可抗力約款」中之約定，可能有些所列舉或例示之不可抗力事由，若透過嚴格的要件解釋後，實際上並無法成立不可抗力，亦有可能者，係當事人直接於契約中定義不可抗力究何所指，對此，法院在為解釋時亦須尊重。然而，若有在此範圍之外者，例如契約雙方未及約定之事由，但因有約定「其他不可抗力事由」，因而產生爭議；另外，若法律即已規定僅能以不可抗力作為免責事由，當然亦可能出現契約雙方當事人未具體約定關於不可抗力之要件之情形，在侵權責任中，更是通常不可能有約定機會。於此類情形，法院在進行解釋時，就有其認定之空間。

在此，本文仍然選擇先帶讀者回顧一些比較法或我國法上被提及的不可抗力相關構成要件，再由本文分析，判斷什麼是真正關鍵的，而應該被保留的要件。此部分主要包括法國之「不可預見」、「無法抗拒」、「外來性」，德國之「外來作用」、「異常」、「不可避免」，英國之「外在事件」、「極端狀況改變」、美國之「異常」、「無法預期」、「無法避免」，以及我國法上之「人力不能抗拒」，「縱加以最嚴密之注意亦無法避免」³³³。綜上觀察，本文認為有一些要件於概念上相當類似，在後續分析時可以加以整合。於本文之資料蒐集中，上述之要件皆屬學說或法院見解所為之解釋，事實上並非在各國之實定法中直接出現不可抗力之相關定義。較近期之法律文件中則已有明文規定，主要集中在前所提及之國際公約及區域性立法整合方案。例如 DCFR 之規範，經要件分析後，本文認為亦可簡化成「債務人控制範圍外」、「不能避免或克服」。內國法上，美國

³³³ 詳見第二章相關各節。

已於某些特別法明揭不可抗力(act of God)之定義。如美國 1980 年制定之全面性環境對策、賠償及責任法案(Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act, CERCLA)，即定義不可抗力為「無法預期之天然災害，或其他具有例外、不可避免且無法抗拒特性之自然現象，而其影響係無法以適當注意或預見之行使防止或避免者」³³⁴。本文認為，該等條文實際上仍為相關判例之綜合，並無太大的特殊之處。

本文作者經過第二、三、四章之觀察、分析，逐漸形成自己的個人見解。首先，相當多國家雖均從是否「異常」、「極端」認定系爭事件能否構成不可抗力，然而本文認為，此一要件對於不可抗力是否構成，沒有實質影響。所謂有實質影響之要件，例如一般侵權責任之要件，即損害、因果關係、故意過失，其他二者具備但缺少另一者時，即不構成損害賠償責任。至於此處之事件是否異常，顯然沒有如此功能。與其他常見要件合併觀察，如果系爭事件係無法預期、不可避免者，該等事件應不會是所謂「通常」、「正常」之事件，否則在作要件審查時，應會認定其既屬正常，則行為人依其應有之注意，當然應該有所預見。當然，反面而言，如果判斷事件是否異常，即能得出是否構成不可抗力，論理又會有所不同。於此，倘若能夠認為，只要事件客觀上極為異常，即當然無可避免損害發生時，則僅需留下事件異常與否此一要件。然而，如此之假設，不切實際。一來，究竟何為異常，已難以認定。就以颱風風力、地震規模與降雨量為例，是否必須像美國法院與我國法院之部份見解，嚴格至必須無先例可循？還是確實較罕見此規模之災害即可？已生爭議。再者，前已提及，如此之看法將導致當此種異常事故與相關之行為人或債務人之行為，實為共同原因時，產生僅因偶然之事故即幸運免責之結果。不只我國之九二一地震相關訴訟中，樂見多數法院見解皆採取

³³⁴ 42 U.S.C. § 9601(1). : The term "act of God" means an unanticipated grave natural disaster or other natural phenomenon of an exceptional, inevitable, and irresistible character, the effects of which could not have been prevented or avoided by the exercise of due care or foresight. See, Laurencia Fasoyiro, Invoking the Act of God Defense, 4 *Envtl. & Energy L. & Pol'y J.* 1,5 (2009).

建築業者必須負責之見解，美國的相關學說，亦將前揭 Katrina 颶風所造成之損害，例如輸油管破損造成之油污外洩等，認為相關責任主體應負責任，主要原因亦存於，其未盡應盡之注意義務，因而不能將颶風認為係損害發生之唯一原因³³⁵。綜上說明，此要件之功用，可能只在於初步篩選功能，作為判斷其他要件事的快速過濾機制，亦即，若事件極其平常，可方便認定其「可預期」或「可避免」，因而無法以不可抗力為由主張免責。

至於「無法預期」之要件，是否會遭受同一命運？本文認為，其確實與「異常」相同，都是無法有實質影響的要件。分析方法同上，均應認為，若損害之發生及其結果係無法避免者，又如何能夠謂對其發生能夠預期？當然，無法避免或無法抗拒之要件，概念範圍如何，容有爭議，此部分詳後述，然而無論如何均無法改變無法預期之要件亦不應具有法學思考上獨立性之事實。如此之觀點，由比較法上之見解其實即能說明。例如，法國契約法上分析無法抗拒之要件時認為，縱使有無法預期的事件發生，但有其他替代方法能使債務順利履行者，即非屬無法抗拒。又如 CISG 之規範中，很明顯將債務人責任之檢視時點一分為二：前階段係判斷契約締結時能否將系爭事件納入考量，此部分應是可預見性之判斷；後階段則是另外判斷，是否能夠避免事件之發生或避免其結果，此部分應即係審查無法避免或無法抗拒之要件。分析時應注意者為，所謂無法預期，應採用具體個案判斷之見解，例如許多災害之發生有一定頻率，此時於要件檢驗時是否均一概認為，締約時或行為時能預見該災害之發生？本文認為，災害雖有一定頻率，發生過後即可能有預防下次災害之方法，惟自然之力量是否一定全部被人類所掌握？顯然並非如此。近年來隨氣候變遷，屢屢觀測到「破紀錄」之極端氣候，則於此種情形，是否還能夠謂其是可預期的，即有疑問。在如此之分析方法下，當然就不可能產生雖對事件之發生有預見，但卻無法抗拒其損害結果之情形。如果有預

³³⁵ See, Eagle, *supra* note 161, at 476-487.

見一定等於可以避免，無預見卻不一定代表無法避免時，關鍵考量當然係是否無法避免或無法抗拒！判斷時只要直接判斷是否無法避免即可，是否可以預期之要件，其實無關緊要！

關於「無法避免」或「無法抗拒」之要件，經前述分析，其確實存在概念上之獨立性。惟有疑問者為，從什麼角度論述其無法避免？具體行為人？抽象之善良管理人？本文認為，如果貫徹不可抗力之嚴格要求，應該將無法避免之概念範圍定義為「所有人均無法避免」。亦即，只要現實上存在任何避免損害之方法，即不屬於不可抗力。然而問題是，如此之論述需特別注意之處為，不能只觀察系爭事件之嚴重程度，即判斷當事人是否得以免責。如前提及之眾多九二一地震致房屋倒塌案中，即不能僅以地震規模過大，縱盡現有一切方法皆不能防止損害發生為由，即一概認為建築業者皆無需負責。本文認為，儘管現實上可能無法避免，惟對於行為人仍必須要求到其「已盡」一切方法仍無法防止發生損害時，始能免責。而這也是對於相關責任之因果關係要求，如本文第四章所述。尚需特別提出者，能否避免損害之判斷標準，在例如房屋此類存在其間相當久之物，可能產生變化。本文見解認為，有何抗拒損害之方法，應回歸該房屋流通於市場之時點觀察之，按不可能要求建築業者不斷的以最新之建築工法重新施作，這只是徒增消費者困擾而已³³⁶。

針對「外來性」或「控制範圍外」之要求，我國法上相關案例幾近全無，學說上亦未見相關探討，可能是本文作者一直無法精確掌握此一概念之因。若從比較法上觀察之，或可略知一二。例如前揭法國侵權責任法「物之管領人責任」發展上，外來性之要件係後來法院另外追加者。法國法上文獻，嘗以車輛行進間突

³³⁶ 惟若嚴格貫徹本文見解，隨科技進步而產生避免損害之方法後，應該認為系爭損害係可避免者，因此非屬不可抗力。然而，縱使是現行消費者保護法，亦無如此嚴苛的規定，其仍然容許此類的科技發展上抗辯。由此亦能看出，在立法政策上應該格外謹慎。

然爆胎之例說明之，並將如此之事故連結到現行商品責任法制下之「發展上危險」³³⁷，而因此認為，法國法將歐盟 1985 年 7 月 25 日瑕疵產品責任指令內國法之結果，實際上對於企業經營者來說較為有利³³⁸。另外以德國責任法上之相關判決觀之，例如從車外丟擲炸彈一案，即是相當明顯之外來作用所導致，而非處於鐵路業者所控制之範圍內。由如此之見解得以看出，不可抗力確實係相當嚴格之責任要求，甚至較商品責任還要嚴格許多。至於我國法上何以未見同類案件中，企業經營者以不可抗力抗辯之？畢竟，科技發展上危險，亦是相當難以認定之標準。然而本文以為，不可抗力之概念在語意上其實即蘊含有「外力」介入，難以抵抗之意，故如此類的商品中無法預知的危險，若以中文思考時，確實不容易想到使用不可抗力抗辯。惟本文雖認為如此概念或可保留，惟定義上仍然非常模糊，作者必須在此承認自身思慮有欠周延，未能充分解決此一問題。

最後，針對法國法及英美法在契約責任上之重大差異，即僅造成履行困難時是否為不可抗力？本文認為，在我國民法第 227 條之 2 已規定情事變更原則之情形下，其構成要件，法律效果皆可與不可抗力為明顯區別，故我國法上應無此類爭議。關此，受限於研究時間，本文無法詳述其間差異，或請讀者參閱為數已多之情事變更相關文獻。

第二節 不可抗力與民事責任構成要件

第一項 不可抗力作為歸責事由

³³⁷ Bell, Boyron, Whittaker, *supra* note 32, at 390; Geneviève Viney, in George A. Bermann, Etienne Picard (eds.), *supra* note 30, at 255..

³³⁸ Geneviève Viney, in George A. Bermann, Etienne Picard (eds.), *id.*, at 256.

不同於上節中由現實應用層面提供對不可抗力概念之範圍與要件定義，本節則要從學理上較為批判的視角，探討不可抗力概念與既有民事責任構成要件間之關係，並嘗試找出不可抗力概念之體系定位。首先本文擬探討者，係不可抗力概念與歸責事由間之關聯性。

我國法上教科書在介紹不可抗力之概念時，率皆置於「歸責事由」一節處理，已如前述。一般皆認為，若將責任型態提升至僅有不可抗力始能免責者，其責任較一般過失責任為嚴格。本文贊同如此之觀點，惟對於說理過程，認為有必要再加以補充。首先，若以不可抗力作為抗辯事由，其不需負責之原因，究應從主觀層面或客觀層面論述之？雖一般教科書皆未明示，惟個人認為，若將其與故意、過失、通常事變等確定需要藉由主觀因素判斷之事由放在同樣脈絡下編排介紹，是否蘊含不可抗力亦有主觀層次考量之意？由上節中之分析結論，本文並不打算採取如此之見解。本文認為，僅能以不可抗力作為抗辯之「通常事變責任」所以較嚴格之因，係由於其責任型態相較之下較為客觀。如前所述，本文認定於判斷是否構成不可抗力時，真正的關鍵不是預見與否，而是對於障礙是否能避免或克服，而如此的認定方式係從客觀層面觀察的。儘管過失責任之認定，就善良管理人責任而言，有其客觀化之趨勢³³⁹，然而其基本上仍需考量行為效益與防範避免之負擔，甚至還有以法律經濟分係作為過失認定方法之見解³⁴⁰，但本文認為，於不可抗力之認定上，若有避免損害之方法，其成本即未必為考量因素！

事實上，比較法上亦有如此見解。例如在對於 CISG 之評論中即認為，不可抗力免責是較過失責任為嚴格，也是較為從客觀層面進行測試之檢驗方式；各國係出於過失原則太容易使不履行之債務人免責，而作成採取不可抗力免責標準之結

³³⁹ 請參考，王澤鑑(2010)，前揭註 10，頁 308-310。

³⁴⁰ 王澤鑑(2010)，前揭註 10，頁 310-315。

論³⁴¹。當然，我國契約責任法上所採取之歸責事由係過失責任原則，係繼受德國法而來，而與法國、英美，以及近來之國際條約及區域性立法整合方案皆採取不可抗力免責標準有所不同，是必須特別注意之差異³⁴²。當然，若契約雙方當事人透過不可抗力約款，約定以不可抗力免責作為契約責任之歸責原則，法院即必須依照當事人所約定者，以相關標準審查是否構成契約責任，但於我國法上之契約責任及侵權責任，若未有特別約定或法律規定時，在一般採取過失責任情形下，不可抗力之抗辯還能扮演什麼角色？若被告於應適用過失責任之情形仍選擇提出不可抗力抗辯，法院應如何處理？

前揭[鼠咬致電線走火波及鄰屋案]，儘管法院未必有如此意識，然而卻是本文認為誤用審查標準，因而導致當事人程序上不利益之最接近案例。於該案中，二審法院認定被告應以「更高」用電系統及防鼠措施防範火災之發生，最高法院亦認同原審之見解，只是對於適用法規及損害賠償金額認為有不當之處，因而發回更審。惟高等法院更審結果，卻認為被告實已盡注意義務！其間差異關鍵，本文認為，可能是被告提出之不可抗力抗辯，使法院產生誤解！若依本文之前所作成結論，將可預見與否之概念由不可抗力之要件審查中抽離，則不可抗力免責標準將會較為客觀亦較為嚴格，故於應適用過失責任之情形，若法院未辨明其間之差異，而將兩套標準混淆之結果，將會造成對於債務人或行為人之責任過苛！弔詭之事實為，[鼠咬致電線走火波及鄰屋案]中之被告以不可抗力抗辯試圖免責，結果卻反而為自己招致更大的程序利益耗損！縱使確實能夠成立不可抗力抗辯，法院於審理時，也可能因為相對嚴格的構成要件，而必須耗費更多時間調查證據。儘

³⁴¹ See, Schlechtriem, *supra* note 164, at 601-603, Art. 79, 1-5.

³⁴² 其間之差異是在契約法上相當好的思考問題，惟應採取何者為當，並非本論文擬處理之點。從德國法觀點，為過失責任原則辯護者，可參考，Dieter Medicus, *Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung*, in: Jürgen Basedow(Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, (Tübingen : Mohr Siebeck, 2000), 179-193. 關於歐洲法上各國之比較，可參考，Ole Lando, *Non-Performance (Breach) of Contracts*, in Arthur Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, (Nijmegen: Kluwer Law International, 2004), 505-515.

管審判結果仍是債務人或行為人無需負損害賠償責任，與單純適用過失責任原則並無二致，然而可能多出之勞力、時間、費用上之不利益，相信仍非當事人所樂見者。

必須再為強調者，是不可抗力與過失之間的關係。美國法上有學說認為，不可抗力之概念，未與過失責任之分析有何不同，故至少於此，在過失責任中，不可抗力之相關分析與是否具有過失間，只是疊床架屋，而無真正意義³⁴³。本文雖亦認為不可抗力抗辯在過失責任審查時無其意義，惟卻係基於我國現行法為分析，而有不同之說理過程。本文認為，雖然有過失即不是不可抗力，但無過失卻未必等於不可抗力，兩概念仍有差異，而以後者較為客觀而嚴格。

至於在商品責任中，是否構成不可抗力與是否有安全性欠缺的關係又是如何？本文前已於第四章中，對於商品責任中之不可抗力概念獨立性有所存疑，此處擬為更進一步之論述。若將不可抗力抗辯視為純粹之客觀要件，與亦為可觀要件之商品安全性欠缺相比，結論將更為明顯。本文認為，不可抗力概念不但實際上可以一概認為係沒有安全性欠缺，而且其概念甚至還有顯著較小之可能！即使對於安全性欠缺之概念採取較為嚴格之「消費者期待」標準，依然如此。按於市面上各式各樣之商品中，因為價格因素，不可能對於同類產品要求相同品質。例如，同樣是房屋，可能有一般之鋼筋混凝土結構(RC)，亦可能有較高規格之鋼骨鋼筋混凝土結構(SRC)，成本不一。在國家並未強制要求採取後者，消費者亦不一定買得起時，通常之消費者期待觀點應會認為，RC 結構之房屋可能較不耐震，而未必存有相當高度之期待³⁴⁴。然而若以不可抗力標準看來，如果現實上存有 SRC 結構，即無法謂系爭之損害係無法避免！由上論述可得知，有安全性欠缺即代表

³⁴³ Binder, *supra* note 154, at 78.

³⁴⁴ 當然，如本文前所強調者，對消費者而言，儘管房屋可能倒塌，一棟不會因倒塌而造成嚴重身體甚至生命權侵害之房屋，無論如何應是基本要求！

不是不可抗力，但沒有安全性欠缺未必表示得構成不可抗力！兩概念重疊但不可抗力之概念範圍係在同心圓之內圈時，如此之概念於商品責任上即無存在之必要，以免在概念重複之餘，又如同過失概念中之分析般，可能造成混淆！

第二項 不可抗力與因果關係

本文選擇將不可抗力之概念「客觀化」之後，對於不可抗力概念在民事責任法體系上之獨立性，產生更大的疑問。特別是，在上一項的最後，藉由與商品責任中同屬客觀要件之安全性欠缺進行概念上比較，竟得出實際上概念重疊的結果。至此尚存留之問題是，不可抗力若置於歸責事由層次分析，如前述所示，僅殘留當事人約定或法律規定僅以不可抗力事由作為免責依據時，始有其作用；一般之過失責任中，不可抗力之相關概念沒有正面價值。然而，本文在第三、四章觀察之案例，卻又能夠看出，不可抗力與因果關係之間，存在一定程度之關聯性。是以，在論文之最後，本文要處理的是，不可抗力與因果關係間關係究竟如何？如果能夠論證得出，不可抗力與因果關係仍有其差異，就能使不可抗力之概念停留於歸責事由層次，而取得其概念上之獨立性。反之，則會使不可抗力徹底失去其於民事責任法上之獨立地位。

於此，若以傳統條件因果關係下，「若無此行為，則不生其損害」之檢驗方法觀察，論述上可能存有障礙，而使不可抗力與因果關係間，概念上可能具有落差。本文之疑問來自於，不可抗力事由出現之時點，會影響論述之難易度。如果不可抗力事由出現於債務人或行為人之行為之後，因為該事故之介入，相當容易說明，縱使沒有被指摘之行為，損害仍必然會發生！例如在前揭[豪雨淹沒橋面跌落致死案]中，行政機關「未設置護欄」之不作為，與該設施利用者之生命權受侵害間，即無因果關係，按系爭損害係因劇烈降雨所致，又現實上亦不存能有效防

止之作爲方式。[SARS 期間口罩禁止出口案]中，縱使債務人未給付有瑕疵之商品，然而政府於該段 SARS 肆虐期間，爲國內之公共衛生起見，需保持口罩在台灣之供應無缺，而對出口進行管制，是故，無論如何皆不能獲得原先所預期之轉售利益。於此應該能夠認爲，真正造成債權人之損害者，係政府法令之規定而非債務人之瑕疵給付。爲數頗多之九二一地震致房屋倒塌案中，亦是屬於此種類型，惟其因「若無，則不」分析極限之故，看來沒有因果關係，應作理論修正，已如前述。但在另外一種案例類型中，不可抗力事由出現在前，而使分析上出現障礙。例如在[機場地下道居民抗爭案]中，施工廠商尙未開始施工，即遭當地居民激烈抗爭，導致在該抗爭期間內，完全無法有任何工程進度，最後造成遲延給付之結果。由此看來，債務人之不作為與債務不履行之間，有其因果關係³⁴⁵！若債務人能夠改變其行爲模式，則即不會有遲延給付造成損害之結果！當然，最後是否應賠償損害，結論應無不同，按雖有因果關係，惟若將此種不可抗力事由置於歸責層次，依然不可歸責而免其損害賠償責任。

然而本文認爲，如此之說理方式由形式上觀察雖屬合於邏輯，但如果回歸至因果關係檢驗之目的而言，卻又不盡合理！個人淺見以爲，民事責任法上之各該構成要件，有其背後所欲傳達的訊息存在。在因果關係之要求中，所欲排除者爲與結果無關之行爲，而當吾人認定行爲與權利侵害間有因果關係時，即是認爲，如果行爲人做了不一樣的行爲選擇，結果可能就會有所不同！而在歸責事由層次上則是認爲，儘管損害已因如此之行爲而發生，但爲合理維護行爲自由起見，避免動輒得咎，而阻礙社會生活之正常運作與發展，故將某些行爲選擇，認爲其已盡應有之注意，更高之要求係屬強人所難，而使其行爲在法律上被評價爲「不可歸責」的。然而關於因果關係之論述上，本文認爲，若因不可抗力事由之影響，而使行爲人沒有選擇作爲或不作爲之可能性時，此種非出於其意願之作爲或不作

³⁴⁵ 這裡探討的是「責任成立的因果關係」。

爲，即應該能夠被認爲仍無因果關係³⁴⁶！前已提及，若債務人能夠改變其行爲模式，就不會造成給付遲延之結果，看來有因果關係存在，但最大的問題是，對債務人而言，實際上「不能」透過改變其行爲模式，而避免造成給付遲延之結果！如果沒有選擇可能性，又如何能夠透過因果關係之要求，釋放出人其實可以做不一樣的選擇以改變結果之訊息？於此情況下，對行爲人有改變現狀之期待，顯然過苛³⁴⁷！是以，應該可以初步認爲，所謂之不可抗力，應該可以等同於沒有因果關係！

如此之說理，若套用到我國民法及特別法上「不可抗力」之文字中觀察，多數均無疑問。例如，依我國民法第 654 條第 1 項及第 2 項綜合觀察之，可得到旅客運送人對運送之遲到，雖因不可抗力所致，仍應負責，只是明文限制其賠償範圍。若將如此規定納入本文到目前爲止之初步結論，即可認爲，本條係特別之立法規範，性質上屬絕對的「結果責任」或「擔保責任」，運送人就與旅客運送欠缺因果關係之運送遲到，亦應負責³⁴⁸。相同的說理方式亦能運用在民法 231 條第二項，依該項規範，需負遲延責任之債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。此規定亦能解釋爲，就與債務不履行未有因果關係之損害，仍須負損害賠償責任。然而問題發生在同條項之但書，謂「但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限」。關於該規定，學者有將其解釋爲，係因欠缺因果關係，而得以免責³⁴⁹！如此一來，可能產生矛盾，按同項本文謂，無因果關係仍需負責，何以但書又謂，無因果關係者即不需負責？惟亦有其他見解，亦值參照。例如，王澤鑑教授認爲，民法第 231 條第 2 項之損害，與遲延間不必

³⁴⁶ 學說上亦有認爲，因果關係之認定係以抽離個案具體情況之「人類能力之可能性」(Menschenmöglichkeit)爲出發點。詳見，王千維(2005)，〈侵權行爲：第五講—有責性—過失〉，《月旦法學教室》第 33 期，頁 65。

³⁴⁷ 刑法上關於不作為犯罪，亦有所謂「作為可能性」之要件檢驗。有學說亦認爲，作為可能性實質上就是因果關係問題。可參考，黃榮堅(2006)，《基礎刑法學(下)》，三版，頁 748-749，台北：自刊。

³⁴⁸ 參考，陳忠五(2007)，前揭註 287，頁 89-90(註 64)。

³⁴⁹ 例如，孫森焱(2006)，前揭註 179，頁 551；林誠二(2010)，前揭註 179，頁 161。

具有因果關係，而同項之但書，係法律斟酌所謂假設因果關係而設的特別規定³⁵⁰。邱聰智教授則認為，民法第 231 條第 2 項規定，由此觀之，僅具因果關係推定之意義而已，尚非絕對責任之形態³⁵¹。王千維教授亦提出其解釋，認為該條項但書所規定之情形，可能包含三種案例類型，而排除於因果關係討論之外³⁵²。由此多種分歧之觀點，顯示學說上確有意識到系爭條文解釋上所可能帶來之問題，而亟欲尋找出路！

本處可能亦涉及到，因果關係是否蘊含一定法律上價值判斷之問題。學說見解，將因果關係之判斷分為「事實面因果關係」與「法律面因果關係」二者³⁵³，惟對於其間之區分，有所爭議。有認為，事實面因果關係僅涉及事實上因果律問題，無法律政策及目的性考慮³⁵⁴；然亦有認為，即使在事實面法律關係判斷上，因應個案事實可能與經驗法則之典型模式未必相符，必須針對此種差異性進行取捨與調整，其間即意味者一定之衡量與價值判斷³⁵⁵。後者之見解並認為，事實面因果關係即具衡量及價值判斷，在具體個案中存在多數條件者更為顯然。在民法第 231 條第 2 項但書之情形，若個案中有一條件本身並不具歸責事由(例如：被害人自己或一自然事件或其他不具歸責事由之第三人之行為)，此時原則上不適用於行為競合之場合的「條件理論程式」，即得作為同為競合之其他歸責事由之條件，依循條件理論之程式免責的工具³⁵⁶。

³⁵⁰ 王澤鑑(2010)，前揭註 179，頁 266；關於假設因果關係之說明，可參考，王澤鑑(2010)，前揭註 10，頁 241-242。

³⁵¹ 邱聰智(2008)，前揭註 179，頁 461。

³⁵² 詳細論述可見，王千維(2004)，〈侵權行為：第一講—責任成立的因果關係〉，《月旦法學教室》第 23 期，頁 43-44，特別是註 29。另，王千維(2002)，〈民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係〉，《中原財經法學》第 8 期，頁 11-16。

³⁵³ 王千維(2004)，前揭註 352，頁 41-42。亦有稱為「事實上因果關係」與「法律上因果關係」者，例如，陳聰富(2000)，前揭註 304，頁 177。

³⁵⁴ 陳聰富(2000)，前揭註 312，頁 196-197。

³⁵⁵ 王千維(2004)，前揭註 352，頁 42-43。

³⁵⁶ 王千維(2004)，前揭註 352，頁 50。

另外一個問題是，因果關係之探討，學說上有「責任成立之因果關係」與責任範圍之因果關係」兩層次之分別。不可抗力若與因果關係相連結時，應置於何等層次論述？有關於此二層次之因果關係，學說上之論述在用語上略有差異，惟在概念上，本文認為應無實質之不同。王澤鑑教授認為，責任成立的因果關係指行為與權利受侵害間的因果關係，而責任範圍的因果關係則是指「權利受侵害」及「損害」之間的因果關係³⁵⁷。而王千維教授則認為，責任成立的因果關係指行為與第一次現實損害結果之間的因果關係，而責任成立之因果關係係指第一次現實損害結果與之後所發生之各項結果損害間之因果關係而言³⁵⁸。本文認為，若無現實損害時，我國現行責任法制確實即無法存有適用餘地，故在探討之時，依本文所思考之責任要件檢驗順序，各該進入因果關係層次檢驗之行為，皆是有造成現實上損害者，若無損害時，在法律層面上何必認為需要透過因果關係之要求，傳達理想上應為不一樣選擇之訊息？是以，本文以為，此處之「權利受侵害」，仍已有現實上損害結果之權利侵害為當。回到主要問題，不可抗力究竟能夠阻斷何層次之因果關係？一般而言，多數案件中皆在責任成立之因果關係中即直接認為，既有不可抗力事由，行為人之行為與權利受侵害間，即無因果關係，惟於前揭[SARS 期間禁止口罩出口案]中，該債務人之行為雖可歸責，然對於轉售利益之損害，係因不可抗力之介入，無論如何皆不需負責。當然，如果認為該批口罩若正常，縱使不能出口，以當時口罩之需求量而言，仍有相當機會在國內轉售，惟此已是另一問題。本案之所以認定對於轉售利益部分不需賠償，應是在責任範圍之因果關係層次上認為不具因果關係！於此案例中，因債務人之瑕疵給付，顯然已造成「債務不履行」之權利上侵害，然而在決定責任範圍時，由於債權人無論如何皆無法獲得轉售利益，故應認定沒有責任範圍上之因果關係，債務人不需負擔損害賠償責任。是以，不可抗力與因果關係之連結，確實相當密切。

³⁵⁷ 王澤鑑(2010)，前揭註 10，頁 233。

³⁵⁸ 王千維(2004)，前揭註 352，頁 41；另見，王千維(1998)，〈民事損害賠償責任法上因果關係之基本分析及損害賠償之基本原則〉，《政大法學評論》第 60 期，頁 205-213。

綜上結論，當吾人認定不可抗力與不具因果關係之間，實際上亦存概念上重疊時，由於因果關係之可應用範圍較廣，故應認為，當事人提出不可抗力之抗辯時，應將問題簡化，而將其實質上視為是否具備因果關係之問題！至於不可抗力概念是否構成，其相關判斷標準，應被認為僅係檢驗因果關係之輔助方法，並無法學分析上獨立之功能！



第六章 結論

本文由實務上常見之法學概念「不可抗力」之中，啓發問題意識，探討概念之相關定義，構成要件及其法律效果。研究方法上先以比較法之觀察出發，再回歸本土視角，觀察我國學說及實務上對相關概念之認識，並分析其間所存之歧異，探討其構成要件及法律效果。

結論上本文認為，不可抗力之概念於契約責任法與侵權責任法上，定義上未見如何重大差異。惟於契約法上，雖我國採取過失責任為一般歸責原則，然而透過當事人間之約定，可約定僅以不可抗力免責作為歸責標準，實際上改變雙方之權利義務關係與風險分配。此部分中，不可抗力概念較有發揮空間。當事人未約定，或如侵權責任中，當事人通常不可能事先約定之情形，除非法律另有規定，否則係適用一般過失責任，此時不可抗力概念之角色如何，有待探究。

本文經過對不可抗力之相關構成要件間之分析，認為學說上所謂之不可抗力要件，其實有相當程度之重疊之處，或非關鍵所在，應為要件之篩選及整理！結論上，僅保留客觀之「外來因素」與「無法避免」，而使其脫離主觀之論述層次。將不可抗力客觀化後，更能夠證明其係相對較為嚴格之責任型態。本文遂認為，於一般之過失責任中，若遇有提出不可抗力免責之抗辯者，法院亦不應使用相關標準審查，以免其標準過苛，造成可能之判決違誤或程序上不利益！

最後，本文探討不可抗力概念與因果關係間之關聯性。經由回歸因果關係檢驗目的之觀察，本文認為，不可抗力之概念，實際上即等同於不具因果關係！準此應認，不可抗力並不如一般學說所認，係較為嚴格之歸責事由規定，而取得在法學分析上之獨立地位。相關之要件，僅能做為判斷因果關係之輔助標準！

參考文獻

一、中文部分

(一) 專書

1. 王澤鑑(2005),《債法原理(二) 不當得利》, 修正版再刷, 台北: 自刊。
2. 王澤鑑(2005),《債法原理第一冊—基本理論債之發生》, 增訂版再刷, 台北: 自刊。
3. 王澤鑑(2010),《民法概要》, 增訂四版, 台北: 自刊。
4. 王澤鑑(2010),《侵權行為法》, 初版再刷, 台北: 自刊。
5. 朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富合著(2008),《醫療過失舉證責任之比較》, 台北: 元照。
6. 林誠二(2010),《債法總論新解—體系化解說—(下)》, 台北: 瑞興圖書。
7. 林誠二教授祝壽論文集編輯委員會,《私法學之傳統與現代—林誠二教授六秩華誕祝壽論文集(中冊)》, 台北: 學林文化。
8. 邱聰智(2008), 新訂民法債編通則(下), 增訂一版三刷, 台北: 自刊。
9. 孫森焱(2006),《民法債編總論(下冊)》, 修訂版, 台北: 自刊。
10. 黃立主編(2002),《民法債編各論(上冊)》, 台北: 元照。
11. 黃風(2003),《羅馬私法導論》, 北京: 中國政法大學。
12. 黃榮堅(2006),《基礎刑法學(下)》, 三版, 台北: 自刊。
13. 楊熾翻譯(1990),《漢穆拉比法典》, 北京: 高等教育出版社。
14. 劉春堂編輯, 行政院消費者保護委員會編(1995),《消費者法規翻譯叢書之三, 外國消費者保護法第三輯》, 台北: 行政院消費者保護委員會。
15. 鄭正忠、朱一平、黃秋田譯(2001),《法國民法》, 台北: 五南。
16. 謝邦宇主編(1990),《羅馬法》, 北京: 北京大學。

(二) 期刊論文

1. 王千維(1998),〈民事損害賠償責任法上因果關係之基本分析及損害賠償之基本原則〉,《政大法學評論》第 60 期,頁 201-230。
2. 王千維(2000),〈環境損害中多數污染源之組合形式及其在侵權行為法上責任歸屬之基本原則〉,《政大法學評論》第 63 期,頁 203-237。
3. 王千維(2002),〈民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係〉,《中原財經法學》第 8 期,頁 7-64。
4. 王千維(2004),〈侵權行為：第一講—責任成立的因果關係〉,《月旦法學教室》第 23 期,頁 39-51。
5. 王千維(2005),〈侵權行為：第五講—有責性—過失〉,《月旦法學教室》第 33 期,頁 62-66。
6. 王澤鑑(2005),〈危險社會、保護國家與損害賠償法〉,《月旦法學雜誌》第 117 期,頁 132-141。
7. 王澤鑑(2005),〈損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉,《月旦法學雜誌》第 123 期,頁 207-219。
8. 林誠二(2009),〈代負責任及與有過失間之關連性〉,《台灣法學雜誌》第 127 期,頁 161-164。
9. 張永健(2003),〈論給付不能之分類與歸責問題〉,《法令月刊》54 卷 6 期,頁 89-108。
10. 陳自強(2000),〈民法侵權行為法體系之再構成(下)—民法第一九一條之三之體系地位〉,《台灣本土法學雜誌》第 17 期,頁 20-43。
11. 陳忠五(2003),〈二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的「進步」或「退步」?〉,《台灣本土法學雜誌》第 50 期,頁 24-67。
12. 陳忠五(2005),〈強制汽車責任保險法立法目的之檢討〉,《台灣本土法學雜誌》

- 第 70 期，頁 59-100。
13. 陳忠五(2006)，〈新世紀法國侵權責任法的挑戰—以交通事故損害賠償責任的發展為例〉，《臺大法學論叢》第 35 卷第 2 期，頁 113-161。
 14. 陳忠五(2007)，〈論法國交通事故損害賠償責任的成立要件——損害、牽連關係與歸責關係之研究〉，《政大法學評論》第 98 期，頁 1-78。
 15. 陳忠五(2007)，〈論契約責任與侵權責任之保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《台大法學論叢》第 36 卷第 3 期，頁 51-254。
 16. 陳忠五(2009)，〈論消費者保護法商品責任的保護法益範圍〉，《台灣法學雜誌》第 134 期，頁 77-96。
 17. 陳聰富(2000)，〈侵權行為法上之因果關係〉，《臺大法學論叢》第 29 卷第 2 期，頁 175-307。
 18. 陳聰富(2002)，〈契約自由與定型化契約之管制〉，《月旦法學雜誌》第 91 期，頁 51-62。
 19. 陳聰富(2004)，〈論侵權行為法上之過失概念—最高法院九十年度台上字第一六八二號民事判決評釋〉，《台大法學論叢》33 卷 4 期，頁 145-204。
 20. 陳聰富(2007)，〈過失相抵之法理基礎及其適用範圍〉，《台灣本土法學雜誌》第 98 期，頁 70-101。
 21. 曾品傑(2010)，〈論消費者保護法上之商品責任〉，《月旦民商法雜誌》第 27 期，頁 10-39。
 22. 詹森林(2004)，〈定型化契約條款效力之規範—最高法院 90 年台上 2011 號、91 年台上 2220 號、92 年台上 39 號判決之商榷〉，《律師雜誌》第 293 期，頁 21-40。
 23. 詹森林(2006)，〈最高法院與定型化契約法之發展——民法第二百四十七條之一裁判之研究〉，《政大法學評論》第 94 期，頁 83-172。
 24. 詹森林(2010)，〈公共工程定型化工期展延條款之實務問題〉，《法令月刊》第 61 卷第 8 期，頁 4-20。

(三) 學位論文

1. 徐憶茹(2003)，《從消費者保護論預售屋買賣建築業之民事責任》，國立成功大學法律學研究所碩士論文。
2. 林嘉盛(2007)，《從消費者保護法上論建築產品之責任》，頁 182-192，國立成功大學法律學研究所碩士論文。
3. 蔡立群(2008)，《論現代產品責任法抗辯事由—以美國法之瑕疵類型為中心》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

(四) 網路資料

1. 中央氣象局颱風資料庫，<http://rdc28.cwb.gov.tw/>。
2. 內政部消防署，歷年天然災害損失統計(年報)，
[http://www.nfa.gov.tw/upload/FTB/UpFiles/991217-天然災害損失統計表\(47年至今\).doc](http://www.nfa.gov.tw/upload/FTB/UpFiles/991217-天然災害損失統計表(47年至今).doc)。
3. 台北大眾捷運股份有限公司，91年5月施政報告，
<http://www.trtc.com.tw/ct.asp?xItem=1207123&ctNode=24546&mp=122031>。
4. 司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>。
5. 全國法規資料庫網站，<http://law.moj.gov.tw>。
6. 行政院公共工程委員會，工程契約採購範本(991228)，
<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/FMGRfrontend/DownloadQuoteFile.do?fileCode=F2011010122>。
7. 行政院消費者保護委員會，預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，
http://www.cpc.gov.tw/KnowledgeBase_Query/Showfaq.asp?ID=4143。
8. 行政院消費者保護委員會，臍帶血保存契約範本，

[https://back.cpc.gov.tw/KMOuterPath/6941/臍帶血保存契約範本\(公告版\).doc](https://back.cpc.gov.tw/KMOuterPath/6941/臍帶血保存契約範本(公告版).doc)。

9. 法源資料庫，<http://www.lawbank.com.tw/>。
10. 陳淳文(2004)，〈論行政契約之情事變更問題〉，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，
<http://ntur.lib.ntu.edu.tw/bitstream/246246/13832/1/922414H002042.pdf>。
11. 聯合知識庫，<http://udndata.com/>。

二、英文部分

(一) 專書

1. von Bar, Christian and Clive, Eric, The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (ed.) (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 1, München : Sellier. European Law Publishers.
2. Beale, H. G., et al. (2002), *Cases and Materials and text on Contract Law*, Oregon: Hart Publishing.
3. Bell, John, Boyron, Sophie and Whittaker, Simon (2008), *Principles of French Law*, Oxford, New York: Oxford University Press.
4. Bermann , George A., Picard, Etieene (eds.) (2008), *Introduction to French Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
5. Hartkamp, Arthur et al. (eds.) (2004), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Kluwer Law International.
6. Nicholas, Barry (1992), *The French Law of Contract*, 2nd ed., New York: Oxford University Press.
7. Schlechtriem, Peter (ed.), translated by Geoffrey Thomas(1998), *Commentary on the*

- UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd. ed., Oxford ; New York : Clarendon Press.
8. Treitel, Guenter(2004), *Frustration and Force Majeure*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell.
 9. Vogenauer, Stefan and Kleinheisterkamp, Jan (ed.) (2009), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford; New York: Oxford University Press.
 10. Zimmermann, Reinhard (2005), *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, New York: Oxford University Press.
 11. Zwigert, Konrad and Kötz, Hein (translated by Tony Weir) (1998), *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press.

(二) 期刊論文

1. Ambrose, Clare (2003), Force Majeure in International Contracts- The English Law Perspective, 4 *Bus. L. Int'l* 234.
2. Binder, Denis (1996), Act of God? or Act of Man? A Reappraisal of the Act of God Defense in Tort Law, 15 *Rev. Litig.* 1.
3. Corrada, Susan M. Grieshop (2007), The Best Laid Plans: Force Majeure Clauses in Travel and Event Contracts, 31 *Nova L. Rev.* 409.
4. Declercq, P.J.M. (1995), Modern Analysis of the Legal Effect of Force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability, 15 *J.L. & Com.* 213.
5. Draetta, Ugo (1996), Force Majeure Clauses in International Trade Practice, 1996 *Int'l Bus. L.J.* 547.
6. Dykes, D. Oswald (1904), Code of Hammurabi, 16 *Jurid* 72.
7. Eagle, Joel (2007), Divine Intervention: Re-examining the “Act of God” Defense in

- a Post-Katrina World, 82 *Chi.-Kent L. Rev.* 459.
8. Fasoyiro, Laurencia (2009), Invoking the Act of God Defense, 4 *Envtl. & Energy L. & Pol'y J.* 1.
 9. Firoozmand, Mahmoud Reza (2007), Changed Circumstance and Immutability of Contract: a Comparative Analysis of Force Majeure and Related Doctrines, 8 *Bus. Law Int'l* 161.
 10. Firoozmand, Mahmoud Reza (2006), Force Majeure Clause in Long-Term Petroleum Contracts: Key Issues in Drafting, 24 *J. Energy Nat. Resources L.* 423.
 11. Katsivela, Marel (2007), Contracts: Force Majeure Concepts or Force Majeure Clauses?, 12 *Unif. L. Rev.* 102.
 12. Kelley, Jay D. (2007), So What's Your Excuse? An Analysis of Force Majeure Claims, 2 *Tex. J. Oil Gas & Energy L.* 91.
 13. Kessedjian, Catherine (2005), Competing Approaches to Force Majeure and Hardship, 25 *Int'l Rev. of L. & Econ.* 415.
 14. Konarski, Hubert (2003), Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice, 2003 *Int'l Bus. L.J.* 405.
 15. Litvinoff, Saul (1985), Force Majeure, Failure of Cause and Theorie de L'Imprevision: Louisiana Law and Beyond, 46 *La. L. Rev.* 1.
 16. Paulus, Joni R. & Meeuwig, Dirk J. (1999), Force Majeure- Beyond Boilerplate, 37 *Alta. L. Rev.* 302.
 17. Rundall, Marsha Ternus (1976), "Act of God" as A Defense in Negligent Cases, 25 *Drake L. Rev.* 754.
 18. Schwenzer, Ingeborg (2008), Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, 39 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 709.
 19. Smith, J. Denson (1936), Impossibility of Performance as an Excuse in French Law:

The Doctrine of Force Majeure, 45 *Yale L. J.* 452.

20. Wright, Richard W. (1985), Causation in Tort Law, 73 *Cal. L. Rev.* 1737.

(三) 網路資料

1. ICC Force Majeure Clause 2003,
www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mhb_MA_4943.doc.
2. Jeremy Glover, FIDIC: An Overview- The Latest Developments, Comparisons, Claims and Force Majeure,
<http://www.fenwickelliott.co.uk/files/Arbitration%207%20-%20FIDIC%20an%20overview.pdf>.
3. National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA) · Hurricane Katrina,
<http://www.katrina.noaa.gov/> °
4. Rouhette, Georges (trans.), *Code Civil*,
http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm.
5. UNIDROIT, Principles of International Commercial Contract,
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004-english.pdf>.
6. United Nations Convention on Contracts for International Sales of Goods,
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>.
7. Visscher, Louis T., Justifications and Excuses in the Economic Analysis of Tort Law, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) Working Paper Series, No. 2008/03, <http://ssrn.com/abstract=1111547>.

三、德文部分

(一) 專書

1. Bamberger, Heinz Georg, Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München: C.H. Beck, 2010.
2. Basedow, Jürgen (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen : Mohr Siebeck, 2000.
3. Filthaut, Werner, Haftpflichtgesetz : Kommentar zum Haftpflichtgesetz und zu den konkurrierenden Vorschriften anderer Haftungsgesetze, 8. Aufl., München : Beck, 2010.
4. Herberger, Maximilian (Gesamthrg.), Juris Praxiskommentar BGB. Band 2, Schuldrecht, 4. Aufl., Saarbrücken : Juris, 2008.
5. Prütting, Hanns; Wegen, Gerhard; Weinreich, Gerd (Hrsg.) , BGB. Kommentar, 4.Aufl., Köln : Luchterhand in Wolters Kluwer Deutschland, 2009.
6. von Staudinger, Julius , Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearb., Berlin : Sellier : de Gruyter, 2004.

四、日文部分

(一) 網路資料

1. LexisNexis Japan , <http://legal.lexisnexis.jp/Home.aspx> 。
2. 日本警察庁 , 東日本大震災の被害状況と警察措置 , <http://www.npa.go.jp/archive/keibi/biki/higaijokyo.pdf> 。