

國立台灣大學法律學系碩士班

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

日本之契約不履行損害賠償範圍之發展

以及對我國之啟發

-徘徊在預見可能性原則與

相當因果關係論之間-

The Development of Methods of Limiting Damages for

Breach of Contract in Japan

and the Inspiration to Taiwan

研究生：王則雅

Che-Ya Wang

指導教授：陳自強 教授

Advisor: Tzu-chiang Chen, Ph. D.

中華民國 102 年 6 月

June 2013

謝辭

首先要感謝我的指導教授陳自強老師，若沒有老師在我撰寫論文的過程中，指導我資料的蒐集方法、撰寫的方向還有其他種種疑問，這本論文勢必無法完成。感謝老師擔當我的指導教授，他總是為我指引方向。

非常感謝口試委員王文宇老師、陳洸岳老師。在向老師們詢問口試相關事項的決定時，老師們都非常快速地回信，讓我感激涕零。王文宇老師提供法律經濟的分析途徑；陳洸岳老師熱心地糾正我格式上的錯誤(甚至是錯字)以及觀念上的缺漏，使我獲益匪淺。

也謝謝我的朋友，佳倩、佳蓁、慧娘，在研討會上幫我處理雜務，在口試時來幫我加油打氣，大大舒緩我緊張的情緒。

最後感謝我的母親提供我無憂無慮的寫作環境，在我寫到抓狂時擔當我的心理諮詢。



王則雅 謹誌

中文摘要

我國對於契約不履行損害賠償範圍之討論，相較於侵權行為之損害賠償範圍，明顯較少。因此本文以同樣身為法律繼受國的日本為參考，介紹日本處理契約不履行損害賠償範圍之條文—日本民法第 416 條之演變，觀察日本究竟欲採取相當因果關係論或預見可能性原則，期能提供我國處理此一問題之借鏡。研究之方法主要為文獻蒐集、判例分析。

日本民法第 416 條，其前身為舊民法第 385 條、法典調查會原案第 410 條。前者由法國學者 Boissonade 起草，深受法國法影響，明文採用預見可能性原則。之後該條延後施行，修正成為法典調查會原案第 410 條，開始受到德國完全賠償原則之影響。最後成為日本民法第 416 條，法條中仍保留「預見」此一文字。

於西元 1890 年~1965 年，日本民法學界受到德國法學之支配性影響，以來自德國之相當因果關係說解釋文字上包含有預見可能性原則的日本民法第 416 條。將相當因果關係說與該條結合，將該條之「預見」，解釋為以債務人所預見之情事為判斷相當性之基礎，此一說法成為通說。

直到西元 1970 年，日本學者平井宜雄開始質疑上述之通說，認為法國、英國對於日本民法第 416 條之影響比德國更為強烈，主張通說以「相當因果關係」處理三個性質相異之問題：事實上因果關係、保護範圍、金錢評價。指出日本民法第 416 條僅處理保護範圍的問題，且是以預見可能性原則決定之。雖在平井提出其學說後，日本實務仍採取通說，且學說上仍有通說之支持者，但是平井的學說激發出其他重視契約合意，以當事人合意決定賠償範圍之學說，這些學說多針對平井宜雄以「締約時」為預見基準時的這一點做出修正，而以「不履行時」為預見基準時。

日本最近開始進行債法之修正，由學者組成之債權法改正委員會，提出「債權法改正試案」。改正試案 3.1.1.67 即在規定契約不履行損害賠償範圍之問題，於第一項明示採取預見可能性原則，排斥相當因果關係說。在第二項則與國際趨勢不同，堅持嚴守契約的本國倫理，課予債務人對於「契約締結後，至債務不履行發生時所預見或應預見的損害」之迴避義務。並以 3.1.1.69~3.1.1.71 之規定另外處理金錢評價之問題。可謂偏向平井宜雄之學說。於最近之「中間試案」，仍採取修正的(不僅以締約時為預見基準時)預見可能性原則，但刪除關於金錢評價之規定。

我國在學說上以相當因果關係說為通說，但在實務上標準並不明確。由上述預見可能性原則於日本之發展，可以發現預見可能性原則之優勢，

在於尊重契約當事人之風險分配，可以更合理地決定賠償範圍。故本文建議採取預見可能性原則處理契約不履行損害賠償範圍問題，將可以解決實務上標準不明的困境。於我國適用預見可能性原則之可能即在於我國民法第 216 條。

關鍵字：契約、債務不履行、損害賠償範圍、預見可能性原則、相當因果關係論



ABSTRACT

In Taiwan, discussions about the scope of damages for breach of contract in comparison to damages of torts, is significantly scarce. This article takes Japan as an example and introduces the evolution of Article 416 of the Civil Code of Japan. It observes the way in which Japan takes foreseeability or theory of 'adequate causation' .

The predecessors of CC art.416 are art. 385 of the old Civil Code and art. 410 of Draft of Civil Code. The former was drafted by the French scholar Boissonade and expressly adopted rule of foreseeability. After it became art. 410 of Draft of Civil Code, it was affected by the theory of adequate causation, but it remained rule of foreseeability as a method of limiting damages.

In A.D. 1890 to 1965, Japanese law was under the dominant influence of German law ,Japanes scholar used the theory of 'adequate causation' to explain CC art.416.They thought that CC art.416 is eual to 'adequate causation' .

Until A.D. 1970, Japanese scholars began to question the opinion said above, Yosio Hirai argued that art.416 of Japanese Civil Code is affected by French law and English law more strongly than German law. He pointed out the majority uses the phrase " adequate causation " to deal with three different problems: but for test, methods of limiting damages, measure of damage. Art.416 of Japanese Civil Code only deals with methods of limiting damages, and uses rule of foreseeability to solve the problem. Although after Hirai published his thoery, Japanese practice still uses adequate causation to explain CC art.416 , Hirai inspires other scholars to know the importance of the agreement ofthe parties.

Japan has recently begins to amend their Civil Code.The commission of reform of Civil Code proposes their draft 3.1.1.67 .This article expressly use rule of foreseeability. They uses Article 3.1.1.69 ~ 3.1.1.71 to deal with the problem of measure of damage.We can say that Hirai's theory is adopted. Recently " the draft of intermediate trial," still takes rule of foreseeability as a principle to limit damage for breach of contract, but removed regulation abut measure of damage.

In Taiwan,the Majority uses " adequate causation " to limit damage for breach of contract .But the rule of foreseeability is actually better than

this. Because it respects the agreement of the parties, it can limit damage more reasonably. This article proposes to use the rule of foreseeability. The possibility of using the rule of foreseeability in Taiwan is Article 216 of Taiwan Code of Civil.

Keywords: contract, breach of contract, limit damages, rule of foreseeability, adequate causation



目錄

第一章 緒論.....	9
第一節 研究動機.....	9
第二節 研究範圍與研究方法.....	10
第二章 日本繼受對象之預見可能性原則.....	11
第一節 法國法.....	12
第一項 預見之對象.....	12
第二項 預見之時期、標準.....	13
第三項 故意債務不履行的例外.....	14
第四項 區分損害之範圍與金錢評價之問題—判決日評價原則.....	14
第二節 英國法.....	16
第一項 損害賠償範圍之決定—Hadley 原則.....	16
第一款 規則之起源— Hadley v. Baxendale 案(1854).....	17
第二款 更詳細地闡釋—Victoria Laundry v. Newman Industries 案(1945).....	18
第三款 預見可能性的程度— Koufos v. C.Czarnikow, Ltd. 案(1967)	19
第一目 損害結果的可能性程度.....	20
第二目 契約與侵權預見程度的分別.....	22
第四款 法典化.....	23
第二項 金錢評價.....	24
第三節 限制損害賠償範圍的另一途徑—德國之相當因果關係論.....	26
第一項 完全賠償原則.....	26
第二項 相當因果關係說之發展史與內容變遷.....	27
第一款 相當因果關係說之起源.....	27
第二款 相當因果關係說之確立.....	29
第三款 對相當因果關係說之批判以及內容轉變(保護範圍說)....	32
第三項 金錢評價.....	36
第三章 日本之契約債務不履行之損害賠償範圍學說之演變.....	36
第一節 日本民法第 416 條之立法沿革.....	36
第一項 舊民法第 385 條.....	37
第二項 法典調查會原案第 410 條.....	39
第三項 現行民法第 416 條.....	41
第四項 小結.....	42
第二節 有關損害賠償範圍之學說與實務演變.....	43
第一項 第一期(1867~1890) —幾乎僅受法國民法典影響的時代.....	43
第二項 第二期(1890~1965)—德國民法典與德國民法學之支配性影響	

.....	43
第一款 初期學說—傾向完全賠償原則.....	44
第二款 日本民法第 416 條與相當因果關係之結合.....	46
第三款 通說之確立.....	50
第一目 同一說(日本民法第 416 條=相當因果關係)成為通說	
.....	50
第二目 通說之代表—我妻說.....	52
第三項 第三期(1965~現在)—民法學的大轉換期.....	55
第一款 保護範圍說(重視以契約締結時之合意為基礎的風險分	
配)——平井宜雄.....	56
第二款 傳統通說之堅持.....	61
第三款 保護範圍之修正說(重視以契約利益實現為目的之契約規	
範所做的風險分配).....	63
第一目 從抑止機會主義行動的觀點來建構之原則.....	63
第二目 從遵守(尊重契約)之道德性觀點來建構之原則.....	64
第三目 就故意不履行行為設置獨立的原則.....	65
第四目 重視契約利益的見解.....	65
第四款 危險性關連說—石田穰.....	66
第五款 提倡將日本民法第 416 條理解成確保債務履行之制度—白	
石友行.....	70
第三節 實務發展.....	74
第一項 富喜丸案判決前.....	74
第二項 富喜丸案判決.....	78
第三項 富喜丸判決後.....	80
第四項 判決整理與學者評論.....	87
第四節 民法(債權法)改正檢討委員會所擬定的債權法改正試案.....	91
第一項 契約上之債務不履行損害賠償之賠償範圍基本準則—預見可能	
性原則.....	91
第二項 損害計算基準時問題.....	94
第三項 損害減輕義務.....	97
第五節 中間論點整理.....	99
一、損害賠償規定的制定方式.....	99
二、預見之主體與時期.....	99
三、是否需要制定損害額之計算基準時(原則規定).....	101
四、於不履行後之價格上漲之情形之損害額計算原則.....	102
五、受到不履行之當事人與第三人具有買賣關係之情形之損害額計算原	
則.....	103
第六節 中間試案.....	103

第七節 小結.....	105
第四章 於我國法適用預見可能性原則之可能性.....	106
第一節 我國學說與實務對契約不履行損害賠償範圍之處理.....	106
第一項 我國之學說.....	107
第二項 我國之實務.....	109
第一項 認定具有相當因果關係者.....	109
第二項 認定不具相當因果關係者.....	113
第三項 判決評析.....	117
第三項 民法第 216 條與賠償範圍之限制.....	119
第一款 學說.....	119
第二款 實務.....	121
第一目 構成所失利益者.....	121
第二目 不構成所失利益者.....	133
第三目 判決評析.....	144
第二節 適用預見可能性原則之可能.....	146
第一項 預見可能性原則優於相當性因果關係之處.....	146
第一款 對於不區分契約不履行損害賠償與其他損害賠償而統一以唯一標準處理之質疑.....	146
第二款 對於通說(相當因果關係說)之批評與法規目的說.....	147
第三款 預見可能性原則—回歸當事人間之契約解釋.....	148
第四款 適用實例.....	150
第二項 民法第 216 條與預見可能性原則.....	152
第五章 結論.....	153

第一章 緒論

第一節 研究動機

彼此間具有契約關係之當事人，因一方違約而使相對人得行使損害賠償請求權時，當事人最關心的，便是哪些項目可以請求對方賠償？究竟可以換算成多少錢？雖然這些是在現實上非常重要的問題，但是我國學說對於契約不履行損害賠償範圍之論述，相較於侵權行為損害賠償範圍，明顯較少。

翻閱我國多數教科書，對於損害賠償範圍之論述，多不區分契約不履行損害賠償與侵權行為損害賠償，在「損害賠償之債」的標題下，一起解說。但是契約不履行損害賠償係因當事人之合意所產生，與彼此之間原本無法律關係之侵權當事人間有所不同，以同一方式處理由合意所產生之債之關係與法定之債的損害賠償範圍是否洽當？另外，對於損害賠償之金錢計算，則多在「損害賠償之計算」的項目下，獨立論述。少有解說「損害賠償之計算」與「損害賠償之範圍」的關係，究竟此二者之關聯為何？所適用之原則是否相同？

觀察外國法以及國際公約，可發現將損害賠償限制於一合理範圍的方法，除了德國採用之「相當因果關係」之外，另有「預見可能性原則」。此二種方式之不同之處何在？各有那些特徵、優點？相較於最近於國際上有採取預見可能性則之趨勢（國際商務契約原則（UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts）第 7.4.4 條¹、一九八〇年聯合國商品買賣公約（簡稱 CISG）第 74 條²、歐洲契約法原理（PECL）第 9:503³、DCFR 第 3:703 條⁴皆採取預見可能性原則），為何我國學者多採用來自德國之相當因果關係說呢？我國實務採用之標準又是何者呢？相當因果

¹ ARTICLE 7.4.4 (Foreseeability of harm) : 「The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its nonperformance.」

² Article 74 : 「Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.」

³ Article 9:503: Foreseeability : 「The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.」

⁴ III. - 3:703: Foreseeability : 「The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent.」

關係說是否一樣也適用於損害賠償之計算？

與我國類似，皆為外國法繼受國且亦深受德國影響的日本，設有日本民法第 416 條處理損害賠償範圍之問題。從該條之文字、立法過程，可以發現上述之相當因果關係理論與預見可能性原則之痕跡。應以何一原則解釋該條規定，各有擁護者。另外，由於日本債法自 1896 年制定至今已經一百年未做實質修正，日本學者於 1998 年起開始提倡修法，成立「民法(債權法)改正檢討委員會」，提出修正試案，從該試案對於損害賠償範圍之相關規定之研擬以及之後的「中間試案」，應可觀察到日本民法學界目前對於該問題之處理狀態(究竟採相當因果關係理論或預見可能性原則)以及對於國際情勢之因應。鑒於日本和我國之相似性，即兩國民法皆係繼受外國而來(日本民法繼受德、法，我國民法主要繼受自德國、瑞士以及日本⁵)，日本對於契約不履行損害賠償範圍之處理，最後決定依照傳統仍採取相當因果關係說，或是順應國際貿易上之潮流而採用預見可能性原則，對於我國而言，應是很好的參考。

第二節 研究範圍與研究方法

本文以比較方法為研究方法。採取文獻分析之方式，先介紹預見可能性原則之起源，即法國法以及英國法之預見可能性原則，蓋此二者有可能是日本第 416 條之母法。接著，以日文教科書、文章、判決評論、網路資料，整理出日本的預見可能性原則以及相當因果關係說，在學說與實務上的發展、互動。最後並整理我國與契約不履行相關之最高法院判決、各家學說，除研究我國實務、學說現況外，考量預見可能性原則優於相當性因果關係論之處，最後並嘗試發現於我國法適用預見可能性原則之可能性。

本文首先於第二章，大概地介紹預見可能性原則在法國、英國之發展，考量日本民法第 416 條之前身最先係由法國學者 Boissonade 所制定以及之後的法典調查員會之委員於立法討論過程中之發言，日本民法第 416 條之母法有可能即是法國法和英國法。探討法國法第 1150 條、第 1151 條，也就是明示採用預見可能性原則之規定，以及學說對於預見可能性原則之內容、適用範圍的相關討論，再加上實務上法國之預見可能性原則之發展。英國法部分，則介紹奠定其預見可能性原則基礎的 Hadley 案、Victoria Laundry 案、Koufos v. C. Czarnikow, Ltd. 案，以即將之法典化的動產買賣法(Sale of Goods Act(1979))。之後附帶論述與其做對比的德國相當因果關係論之發展，以明瞭相當因果關係說產生之背景以及其在德國之後續發展、法規保護目的說的出現。在各國法介紹之款項尾端論述德、英、法對於損害賠償範圍和損害賠償之計算此二問題的關係是如何定位。如此便

⁵ 陳自強(2011)，《台灣民法與日本債權法之現代化》，初版，頁 339-340，台北：自版。

可以比較限制契約不履行損害賠償範圍之二種不同方式之發展過程，且能夠更清楚觀察該二原則在日本有何變容、有何新的發展或修正。

接著在第三章介紹日本之相當因果關係說與預見可能性原則之發展，以日本民法第 416 條之演變觀察此二原則對該法條、解釋該條之學說的影響。採用日本學者星野英一以法國法對日本法學之影響力，將日本民法史分為三期，即法國法全盛期、德國法支配期和民法學的大轉換時期，論述在各時期下之修法沿革以及學說演變。最後論述債權法改正委員會所擬定之改正試案，以及「中間論點整理」、「中間試案」，了解日本對於契約不履行損害賠償範圍之處理的最近動向。

最後於第四章整理我國學說對於契約不履行損害賠償範圍之看法，並以「相當因果關係」、「所失利益」為關鍵字，⁶蒐集相關最高法院判決，以了解我國實務、學說對於賠償範圍之限制所採取的究竟是何一原則、與民法第 216 條之關係為何、損害賠償之計算與損害賠償範圍之關聯。接著比較相當因果關係說與預見可能性原則，論述後者優於前者之原因何在。最後，嘗試提出在我國適用預見可能性原則之方法。

必須先指出，本文討論範圍不包括金錢債務，蓋日本就金錢債務有特別規定，即日本民法第 419 條，⁷金錢債務之損害賠償，原則上以法定利率訂之，且不得以不可抗力為由免責，並非以日本民法第 416 條(損害賠償範圍之總則規定)處理。之所以有這樣的規定，是因為金錢的用途多端，可能用在各種投資上，故統一以法定利率定其範圍以求便利。而且，英國之預見可能性原則—Hadley 案原則，主要也是適用於種類物之動產買賣，而非金錢債務。

第二章 日本繼受對象之預見可能性原則

首先，大概地介紹預見可能性原則之起源，以日本第 416 條可能的母法，即法國法和英國法之預見可能性原則發展為重心。以及之後大力影響日本對於契約不履行損害賠償範圍之決定的、來自德國民法學之相當因果

⁶ 以「預見可能性原則」搜尋判決，所找出之判決和損害賠償範圍無關，都是在認定過失之有無以及情事變更適用與否的論述，故本文不引用這些判決。

⁷ 日本民法第四百十九條：「Ⅰ 以金錢之給付為目的之債務不履行，其損害賠償額以法定利率定之。但若約定利率較法定利率為高時，以約定利率訂之。Ⅱ 前項之損害賠償，債權人不須為損害之證明。Ⅲ 就第一項之損害賠償，債務人無法以不可抗力為抗辯。(金錢の給付を目的とする債務の不履行については、その損害賠償の額は、法定利率によって定める。ただし、約定利率が法定利率を超えるときは、約定利率による。前項の損害賠償については、債権者は、損害の証明をすることを要しない。第一項の損害賠償については、債務者は、不可抗力をもって抗弁とすることができない。)」

關係論。以下的介紹並非法、英、德的最新發展，而是日本繼受這些國家所採取之原則時的狀態。是從日本繼受這些相關原則的觀點出發，觀察該二原則自繼受時至今在日本有何變容、發展。

第一節 法國法

預見可能性原則，發源於法國法。⁸法國法上預見可能性的成文化可以回溯至 1802 年的拿破崙法典，並延續至今日的法國民法典（The French Civil Code）1150 條和 1151 條⁹。

第 1150 條規定：「債務人非故意不履行債務時，債務人僅就於契約締結時已預見或可預見的損害負責。」¹⁰

第 1151 條規定：「即使債務人係因故意而未履行，損害包含不履行所造成的債權人所受損害和所失利益，其仍必須是不履行所造成之立即且直接的後果。」¹¹

以預見可能性作為損害賠償範圍之基準的思維體系，是由法國的法學者 Dumoulin（也被稱為 Molinaeus）之「利益論」（1546）所提出、用來解釋羅馬法（敕法彙纂）的方式，由被稱為法國法之父的 Pothier「債務概論」繼承，法國民法第 1150 條、第 1151 條大致上採用此思考。¹²

第一項 預見之對象

法國民法第 1150 條之預見對象，僅及於賠償之原因即可，或尚須包括損害的數額？例如高價之物品（寶石、文學作品之原稿、樂譜等）於運送途中滅失，所有人向運送人請求損害賠償時，是否必須舉證運送人對物品之價格也有預見可能性，或是只要證明運送人對運送中之滅失具有預見可

⁸ 曾世雄(1969)，《損害賠償法原理》，初版，頁 64，台北：中國學術著作獎助委員會。

⁹ 林毓棟，《契約損害賠償預見可能性原則之研究－以 1980 年聯合國國際商品買賣公約為中心》，頁 7，國立政治大學法律學系碩士論文。

¹⁰ “A debtor is liable only for damages which were foreseen or which could have been foreseen at the time of the contract, where it is not through his own intentional breach that the obligation is not fulfilled.” Code Civil [C. civ.] art. 1150 (Fr.), *translated* by Georges ROUHETTE, Professor of Law, with the assistance of Dr Anne UHETTE-BERTON, Assistant Professor of English.

¹¹ “Even in the case where the non-performance of the agreement is due to the debtor's intentional breach, damages may include, with respect to the loss suffered by the creditor and the profit which he has been deprived of, only what is an immediate and direct consequence of the non-performance of the agreement” Code Civil [C. civ.] art. 1151 (Fr.), *translated* by Georges ROUHETTE, Professor of Law, with the assistance of Dr Anne UHETTE-BERTON, Assistant Professor of English.

¹² 中田裕康(2008)，《債權總論》，頁 154，東京都：岩波書店。

能性即可？

初期之判例、學說認為只要預見損害之原因即為足夠¹³，但現今判例已確定對於賠償數額也應具有預見可能性，學說之看法與其相同¹⁴。有認為此反映了第一一五〇條之預見可能性要件背後的政策—意思自治原則，契約之當事人必須對於因契約之締結而將承擔之風險有所了解。¹⁵即契約當事人於訂約時必須對其所承擔的程度有一些概念¹⁶，始能夠估計其承擔的風險，決定契約義務範圍。¹⁷

第二項 預見之時期、標準

法國民法第 1150 條是以締結契約時為預見可能性之判斷基準時。判斷基準並非是實際案例中的債務人，而是以「慎重且精明之人」¹⁸處於債務人的情況下可以預見者為準。此從法國民法第 1150 條之法條文字也可以推導而出，概其文字為「得以預見者 (which could have been foreseen)，而非其 (he) 得以預見者。¹⁹被告無法藉由證明實際上其預見較少而減少責任。²⁰由於依據的標準是抽象的，即只有「通常」情況下不能預見的損害，始不被列入賠償的範圍。而對於這一點，法國法的規定恰恰具有伸縮性：一方面，「通常的標準」，不同性質的契約、不同職業的債務人會有不同的尺度；另一方面，訂立契約時，債權人和債務人的不同地位也會導致他們對「通常」標準不同的看法。²¹

就「慎重且精明之人」無法預見之範圍，若債權人未告知特殊情事的存在，則因債務人對此不具有預見可能性，債權人無法請求賠償因此而生的損害。例如，在買賣契約，買受人未在締結契約時告知出賣人欲轉售之計畫，則出賣人無法預見轉售一事，故買受人不得請求轉售利益喪失的賠

¹³ Cass.civ 7 juillet,D.P.1.119,S1925.1321;Cass. Civ. 27 juin 1928,Gaz. Pal. 1928.2.520.

¹⁴ Mazeaud,Traité théorique et pratique de la responsabilité,t.III,n°2381-2(1960);Colin,Capitant et Juilliot de la Morandiè, t. 2, n°1105(1950);Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t.VII, n°864(1957). 轉引自平井宜雄(1971)·《損害賠償法の理論》,初版,頁 207,東京都:東京大學出版會。Barry Nicholas, The French law of contract,231(1992).

¹⁵ Barry Nicholas, The French law of contract,231(1992).

¹⁶ Nicholas, Barry, The French Law of Contract, London: Butterworths, 1982, 230

¹⁷ 尹田(1999),《法國現代契約法》,五南,頁 338。

¹⁸ Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité, t.III,n°2381-2(1960).轉引自平井宜雄(1971),《損害賠償法の理論》,初版,頁 207,東京都:東京大學出版會。

¹⁹ Barry Nicholas, The French law of contract,231(1992).

²⁰ Treitel, Guenter Heinz, Remedies For Breach Of Contract-A Comparative Account, Clarendon Press · Oxford 1988., 157

²¹ 尹田(1999),《法國現代契約法》,五南,頁 339。

償。²²當「可預見的」損害範圍具有特殊確定的尺度時，債權人有將之告知債務人的義務。在運輸、保管等契約中，為使債務人了解其責任的範圍和具體賠償額，債權人應向債務人申報其物品的價值。²³但是，若債務人基於身分或專業而能夠預見，或債務人基於締結契約時的具體情形而能夠預見，則不在此限。例如，根據法國最高法院第一民事庭 1957 年 2 月 5 日判決，賓館或豪華餐館的服務員應當知道顧客交其保管的物品係貴重物品。

第三項 故意債務不履行的例外

依照法國民法第 1151 條，因故意不履行所造成之直接損害，即使不具有預見可能性，仍應賠償之。²⁴也就是說，就故意不履行之情形，設有預見可能性原則之例外。法國學者對於此例外規定有二種解釋，其一為故意不履行之案例已非預見可能性原則之適用範圍，因為該原則是基於默示的合意，對於限制惡意不履行所造成之損害並無上述合意。另一解釋為，故意不履行其實屬一種侵權行為，故不適用預見可能性原則。²⁵另有反對此立法之看法，認為以債務人的惡意或善意作為其賠償範圍的根據，存在著一些理論上解釋的困難，因此，在現代法國，已經出現了一種主張將兩種不同的賠償範圍合二為一的理論傾向。²⁶

第四項 區分損害之範圍與金錢評價之問題—判決日評價原則

判例、學說皆以損害的本質變動以及非本質變動(variation intrinsèque et extrinsèque)，乃至損害本身與損害之價值(damage lui-même et valeur de dommage)的概念，明確意識到損害事實與其金錢評價的區別。基準時之處理，與此概念密切連結，解釋為以判決之日為基準時(判決日評價原則)。²⁷

賠償額計算之基準時問題，在貨幣價值有變動之情形特別顯著，是第

²² Le Havre, 3 nov. 1930, Gaz. Pal. 1931.1.43. 平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁 207，東京都：東京大學出版會。

²³ 尹田(1999)，《法國現代契約法》，五南，頁 339。

²⁴ G. H. Treitel, Methods of Limiting Damages, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford Scholarship Online, 5(1988).

²⁵ G. H. Treitel, Methods of Limiting Damages, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford Scholarship Online, 5(1988).

²⁶ 尹田(1999)，《法國現代契約法》，五南，頁 338。

²⁷ 平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁 277，東京都：東京大學出版會。Barry Nicholas, The French law of contract, 231(1992).

一次世界大戰後產生的新問題。²⁸直接處理此問題的初期最高法院判例雖以損害發生之日為基準時，²⁹但在寄託物毀損的案例中，考量到損害發生後標的物漲價的情形，以該時為基準對於被害人之救濟未充足，故在侵權行為損害賠償案件，基於全額評價原則，一致以判決日為基準時。³⁰但是，就債務不履行之損害賠償，判例並未採取判決日評價原則。此是因為有法國民法第 1150 條之存在的緣故。非故意之債務人，只就締約時有預見可能之損害負賠償責任，故以是否得預見決定上漲之價格可否請求賠償之。判例以價格上漲的損害，在契約締結時並無預見之可能為由，否定請求上漲價格之損害賠償。³¹

因為適用法國民法第 1150 條有可能使債權人無法獲得充分救濟，有不少以種種理由，如認定債務人之行為屬具有重大過失或故意之侵權行為，來規避法國民法第 1150 條的判例。³²最後，學說正視法國民法第 1150 條是否為處理基準時的適當規定此一問題。最先體系化此一問題者，為 Mazeaud。其區分本質之變動與非本質之變動³³，前者指損害之要素有所變動之情形，如被害人狀態惡化；後者為單純的損害價格變動，如被害人狀態相同，但因貨幣價值有所變動，而須以較之前更多的法郎來表示。法國民法第 1150 條，僅適用於本質之變動的情形。只有在損害本質有所變動之情形，始要求就損害額也必須有所預見。在非本質之變動下，因為損害事實並未改變，只有其金錢評價有所變化。Mazeaud 經過上述分析，將基準時問題視為價格變動之損害，避免以法國民法第 1150 條處理，以全額評價原則為由，推導出以判決日為基準時的結論。³⁴Mazeaud 的學說，在 1948 年 1 月 6 日獲得最高法院判決支持。³⁵

²⁸ 以下敘述整理自 Stanislas de Gozdawa Godlewski, L' incidence des variation de prix sur montant des dommages-intérêts dans le droit commun de la responsabilité civile(1955)。轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 277，東京都：東京大學出版會。

²⁹ Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité, t. III, n°2420-8(p.564)(1960).Cass. civ. 27 juin 1928, Gaz. Pal. 1928.2.520.轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 277，東京都：東京大學出版會。

³⁰ Req., 24 mars 1942, P.A. 1942. L.118; Gaz. Pal. 1942.1.224, J.C.P. 1942 2.1973; Cass. civ. 2 août 1950, Gaz. Pal. 1950.2.337; Cass. civ. soc. 11 juin 1953, Gaz. Pal. 1953.2.146, Cass. com. 3 mai 1954, D.1954. 568.轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 277，東京都：東京大學出版會。

³¹ Cass. civ. 27 juin 1928, Gaz. Pal. 1928.2.520. 轉引自平井宜雄(1971)·《損害賠償法の理論》，初版，頁 278，東京都：東京大學出版會。

³² 重過失(faute lourde)一般在判例上與故意同視，法國民法第 1150 條之故意亦是如此。Carbonnier, Droit civil, II, [155] II (p.514)(1956); Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, t. II, n°796(1951).轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 278，東京都：東京大學出版會。

³³ Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité, t. III, n°2411-2 et s., 2420 et s(1960). 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 280，東京都：東京大學出版會。

³⁴ Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité, t. III, n°s 2389, 2420-9, 2420-15 et c(1960). 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 280，東京都：東京大學出版會。

³⁵ 該案事實為，因租賃契約負有保存農舍屋頂之承租人，因債務不履行造成屋頂毀損，損有人請求償還修繕屋頂所必需的稻草，破毀法院以如下理由廢棄原判決：「因貨幣之變動造成稻草市價上漲之損害問題，應以判決日之時來確定損害賠償額。但因所有人向他人購買替代物，並請求在

學者 Jambu Merlin 認為：「第 1150 條因為下述二理由，必須和此[基準時的]問題切離。第一，第 1150 條與單純的金錢表現(l'expression monetaire du dommage)變動無關，第二，一旦損害已經確定，則預見可能性已非問題，之後不論是債務不履行也好、侵權行為也好，問題都是一樣的。[即是]經由支付與損害等價的貨幣來確保全額賠償的問題。」³⁶下級審判決首先採用上述論理。1949 年 11 月 24 日巴黎控訴院判決³⁷、1950 年漢恩(Rennes)控訴院判決都採用 Jambu Merlin 之學說。最後最高法院終於在 1954 年 2 月 16 日之判決³⁸，採用上述理論。最高法院之後不斷表示以判決日為基準時，使上述看法成為判例、通說。

以判決日為基準時之例外，為債權人自己實現損害賠償之結果的情形，例如 10 萬法郎之損害發生後，於判決之前債權人以 25 萬法郎向他人購買替代物，於判決日時該種物之價值上漲至 50 萬法郎。此時以債權人購買同種物所花費的 25 萬法郎為損害賠償額，而非判決日時的 50 萬法郎。判例一致承認此結論。³⁹簡單地說，當債權人為替代交易而支付替代交易之價金，為損害發生後才新生的損害事實，損害之性質已經改變，故當然不適用已產生之損害以判決日之時來評價的原則。⁴⁰

第二節 英國法

第一項 損害賠償範圍之決定—Hadley 原則

英國就契約債務不履行損害賠償之範圍，以 Hadley 原則處理之。⁴¹

鑑定之日的屋頂價格，故無法認可超出此部分的賠償金」。平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁 281，東京都：東京大學出版會。

³⁶ Note Jambu Merlin, S.1949. 1.71. 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 281，東京都：東京大學出版會。

³⁷ Paris 24 nov. 1949, S.50. 2.112. 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 282，東京都：東京大學出版會。

³⁸ Cass. civ. sect. comm. et fin. 16 fer. 1954, J.C.P.1954. 8062,D.1954.534. 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 283，東京都：東京大學出版會。

³⁹ Civ. 24 mars 1953, D. 1953 354, Gaz. Pal. 1953.1.376; Civ. soc. 18 juin 1953, Gaz. Pal. 1953.2.240. 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 284，東京都：東京大學出版會。

⁴⁰ Mazeaud 說明其理由如下：「被害人經由對自己的賠償，被賦予損害的性質(la nature du préjudice)。損害已非標的物喪失…而是選擇與未交付之物同一之物而支付的 25 萬法郎。被害人已改變(transformer)賠償之權利。」平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 284，東京都：東京大學出版會。

⁴¹ 曾世雄(1969)，《損害賠償法原理》，初版，頁 66，台北：中國學術著作獎助委員會。平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 203，東京都：東京大學出版會。

英國之損害賠償法，係因應具體的違約類型、具體的案件，累積而成立各種原則，Hadley 原則也不例外，並非在所有契約類型都可以妥適處理問題。必須注意，此一原則，具有多適用於違反動產買賣契約之案件與運送人違反契約之案件的性格。⁴²

第一款 規則之起源— Hadley v. Baxendale 案(1854)

本案事實為：Hadley 兄弟(原告)是格洛斯特郡的麵粉工廠經營者。5月11日磨麵粉機的機軸折斷，工廠停止運作。此時，必須將折斷的軸心運至格林威治，將之取型做出新的軸心。在13日員工被派至被告Pickfords運送公司詢問。該員工告知Pickfords之負責職員，工廠停止運作之事，折斷的軸心有緊急運送之必要。Pickfords之負責職員回覆，只要在中午以前將軸心取來的話，翌日即可送至格林威治。到了翌日14日中午前軸心被送至Pickfords處，已先支付運費2磅4先令。但是，在Pickfords這一方因有某些過失，遲了數日(5天)才送達至格林威治。使新軸心的製造、交換也遲延了，工廠之停工期間延長，Hadley 兄弟請求所失利益300磅。

財務法院(Court of Exchequer)駁回原告的損害賠償請求，Alderson 法官表示：「兩當事人締結之契約，在一方違約的情形，他方當事人應受有之損害賠償為，(1)從如此的違約行為本身，可公正且合理地(fairly and resonbly)認為屬自然地，即經由事物之通常經過(naturally, i. e., according to the usual course of things)所產生者，或(2)可以合理地認為屬締結契約時兩當事人已預期到(in the contemplation of both parties)的違反契約之可能的結果(probable result)。」⁴³

從這樣的觀點，他為本案做了如下結論：「被告們只知道，應運送之物是已受損之磨麵粉機軸心，且原告們為麵粉製造業者的事實。他們不知道，原告們或許備有別的軸心，或是係因其他原因使機器狀況不良，因自己的不當遲延並不會造成損害。因此，收益的損失，在契約締結時，不能合理地認為在兩當事人之預見(contemplation)的範圍內。這並非是在此種事件中之壓倒性多數，因違反契約自然而生者。」⁴⁴

⁴² 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁203，東京都：東京大學出版會。

⁴³ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁126，東京都：東京大學出版會。G. H. Treitel, *Methods of Limiting Damages, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford Scholarship Online, 10(1988).

⁴⁴ 田井義信(1995)，《イギリス損害賠償の理論》，頁26。Michael H. Whincup, *Contract law and practice: the English system and continental comparisons*, 250(1996). Jill Poole, *Textbook on contract law*, 378(2008). Edwin Peel, *Treitel on the law of contract*, 1044(2007).

上述 Alderson 法官之論述，(1)被稱為第一原則，(2)稱為第二原則。

45

Hadley 案中，似乎意指若被告於契約締結時得知，遲延送達將造成原告停工，則對於原告營業利益之喪失亦應負賠償責任。但是僅得知此一特別情事是不足的，尚需其他要件。⁴⁶在 *Horne v Midland Ry*(1873) 案，Blackburn 法官表示：「要使(對於特別情事之)通知發生效力，必須是在被告同意承擔特殊風險而成立一事實上契約(actual contract)的情形之下」。⁴⁷此一同意不須為明示。在 *British Columbia Saw Mill Co v. Nettleship* 案，Willes 法官認為，被告必須認識到，契約之相對人將合理相信其同意承擔特殊風險。⁴⁸

第二款 更詳細地闡釋—*Victoria Laundry v. Newman Industries* 案 (1945)⁴⁹

本案之事實為：被告(*Newman Industries Ltd*)出賣鍋爐給經營洗衣業、染色業的原告，在契約締結時，雖然知道原告營業之類型(type)，鍋爐為其營業所必要，以及原告是購買鍋爐是要直接使用，但其不知原告購買鍋爐是為了擴大營業，在交付日之前，被告所僱用之身為第三人的工人因包裝失誤，在作業中損傷鍋爐，造成約五個月的交付遲延。

上訴審法官 Asquith，將 Hadley 案之原則詳述如下：⁵⁰

(1)損害賠償之目的，是使權利被侵害之人，盡可能地以金錢回復至與權利未被侵害相同之狀態，無庸置疑。」但若要求未有預見可能也要賠償所有損害，則過於嚴酷。

(2)違約之情形下受到損害之人，只能請求締結契約時，可合理預見的、因違約所造成之損害。

(3)所謂合理預見，是由該時兩當事人所具有的知識，或之後違反契約的當事人所具有的知識定之。

⁴⁵ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 127，東京都：東京大學出版會。

⁴⁶ *Mulvena v Royal Bank of Scotland*[2003] EWCA Civ 1112 at[26].

⁴⁷ *Horne v Midland Ry*(1873) L.R. 8 C.P. 131 at 141.

⁴⁸ *British Columbia Saw Mill Co v. Nettleship*(1868) LR 3 CP499. Edwin Peel, Treitel on the law of contract ,1049(2007).

⁴⁹ *Victoria Laundry v. Newman*[1949]2 K.B.528,C.A.

⁵⁰ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 128-129，東京都：東京大學出版會。宮崎淳(1994)〈英国契約法における損害賠償の範囲画定について—クーフォス対 C・ツアニコフ株式会社事件[ヘロン二世号事件] 判決の分析〉，創価法学，第二三卷第一号，頁 7-8。Chris Turner, *Unlocking contract law*,465-466(2007).

(4)因此，當事人所具有之知識有兩種。一種為被推定的(imputed)知識，另一為實際的(actual)知識。一個理性人應知曉『事物之通常經過』，也被認定其知道若違反契約則經過通常之過程將產生損害。此便是 Hadley 第一原則。不論違約者是否實際上有該知識，假定其擁有上述的知識，在『事物之通常經過』所未包含之特別的情形，則必須考量其現實擁有的知識，即在具有此特別情事下的違約會產生通常損害以外的損害的知識。在此種情形，便有 Hadley 第二原則之適用。

(5)不論適用何一原則，都不必調查違約人就違約將產生何種損害的認識。蓋兩當事人於締約時皆預期契約將被履行。只要違約人若為理性人，可做成將產生損失的判斷即可。

(6)最後，不須證明被告已預見損失為違約之不可避免(necessarily)的結果。只要預見該損害有可能產生(likely to result)即足。

上訴法院依照上訴法則判決，首先從被告已知的事實，以及身為機械製造業者的經驗，可以認為其已預見因交付遲延將產生一定利益之喪失，接著因為被告不知原告已接受來自軍需單位之特別有利的染色訂單，對於經由該染色契約將獲得之特別利益之喪失雖不能請求損害賠償，但不妨礙其請求經由染色業務通常可以獲得之利益的喪失所換算成之金額。

此判決統合 Hadley 案之第一原則與第二原則之預見可能性之要件。也即是說契約法之損害賠償之範圍劃定之基準為預見可能性，對應於此劃定基準之基礎的當事人之知識種類，以 Hadley 案之第一原則以及第二原則來表現。⁵¹

第三款 預見可能性的程度— Koufos v. C.Czarnikow, Ltd.案(1967)⁵²

本案法院意見的重要性在於這是英國最高法院對於 Hadley 規則第一次明白表示立場，之前關於 Hadley 規則的案件，包括 Victoria 案，都是初審或上訴法院的判決，因此最高法院對於 Hadley 規則的立場就值得特別地注意。⁵³總的來說，本案英國最高法院法官的判決意見可以歸納為兩個要點，一個是關於損害結果的可能性程度，一個是契約與侵權之預見程度的分別。

⁵¹ 宮崎淳(1994)〈英國契約法における損害賠償の範囲画定について—クーフォス対C・ツアニコフ株式会社事件[ヘロン二世号事件] 判決の分析〉，創価法学，第二三卷第一号，頁 8-9。

⁵² Koufos v. C.Czarnikow, Ltd.[1967]3 All E.R.686.

⁵³ 林毓棟，《契約損害賠償預見可能性原則之研究—以 1980 年聯合國國際商品買賣公約為中心》，頁 26，國立政治大學法律學系碩士論文。

第一目 損害結果的可能性程度

該案之事實為：原告自黑海沿岸 Constanza 港往波斯灣之 Basrah 港以及原告選擇之 Jeddah 港，為運送 3000 噸之砂糖，在 1960 年 10 月 15 日與擁有船舶 Heron II 號之被告締結傭船契約。該船於 11 月 1 日出港。不行使前往 Jeddah 的選擇權，在 12 月 2 日抵達 Basrah 港時，仲裁人(the umpire)認定合理適切的航行期間為 20 日，遲延 9 日係因航線外航行而起。被告未知悉原告到達目的地後，將會立刻將該砂糖送至市場，但其明知貨物為砂糖，且預定送至 Basrah 港的砂糖市場。事實上，自 12 月 12 日到 22 日之期間有大量的砂糖被賣出，因其他運送砂糖之船隻入港使砂糖之市場價格下跌，與 9 日前相比有一噸 1 磅 8 先令(約 4%)的差額。被告承認因 9 日的遲延有支付砂糖價格之利息以及其他雜費的責任，但不包含因本件的市場價格下跌而生的損害。原告請求賠償此部分之損害。

第一審的 McNair 法官，遵從 The Parana 號案之判決⁵⁴以「在這樣的情況下，不可能認為是因被告之履行遲延而引發此這種損害，或者其必然認識到將產生損害。」為由，駁回原告的請求。

上訴法院廢棄之，以 The Parana 號案並未確立為一般原則而適用 Hadley v. Baxendale 案原則，以多數決，判定請求賠償因市場價格(market price)之下跌而造成之損害並非過於遙遠(not too remote)。貴族院(最高法院)亦承襲之，在有關商品之海上運送契約之損害的遙遠程度，否定了只有因債務不履行將產生之合理地確定(reasonably certain)的損害始得請求賠償之「特別原則」，也不採用 Hadley v. Baxendale 案原則，即契約事件之損害的遙遠程度以合理的預見可能性(reasonable foreseeability)之基準來決定的見解，而認為應以損害發生之蓋然性之程度為判斷基準。⁵⁵

Reid 法官以下述 Alderson 法官之見解，認為後者所說的所謂合理預見，其實是以損害發生之機率來決定。「Alderson 法官在 Hadley 案判決如

⁵⁴ (1877)2P.D.118(C.A.).本案為海上運送契約，因為應抵達之日與實際抵達之日之間市場價格下跌，判決認為，這樣的損害只是投機性的失敗，不得請求賠償。Mellish 法官表示，「為在特定之市場出售而運送商品，因運送人之情事而產生遲延，在趕不上的情形原告是否得請求市場價格的損害並無疑問。雖以將商品於較其他時期有更高售價之特定時期販售為目的的運送，因債務不履行而無法趕上預定日期之情形，得以請求市場價格的損害。或是，兩當事人得知在某時期抵達將比遲延後抵達之時期可以賣到更高的價格卻仍遲延抵達，在不得不以便宜的價格賣出的情形也得以請求賠償。」(ibid., 121)他區分海上運送與陸上運送，在海上運送的情形，因市場價格下跌而造成之損害的賠償，限於若該商品直到抵達目的地前都不會被出售為合理確信的話(reasonably certain)，商品在抵達後馬上會被賣出，而且，在載貨證券簽名之時點運送業者得知此事實始承認之。

⁵⁵ 田井義信(1995)，《イギリス損害賠償の理論》，頁 31。

下：『在本案，在契約締結時原告所告知被告之情事，僅是應運送的物品是磨麵粉機已損壞之軸心，以及原告是使用該機械之磨粉業者。但是，問題在於，磨粉業者之利益、由運送人將損壞軸心運送至第三人時，有無合理地明示因不合理的遲延將使之失去利益之事。萬一，原告在當時，擁有備用之其他軸心，即使是在將軸心送回至軸心製造業者的情形，仍與前述之情事並無矛盾，且搬運時的不合理遲延，也應該不會影響磨粉業之中間利益。若是，在交付與運送人時，在磨麵粉機其他部分有缺陷的情形，也應該會引發同樣的結果。

…但是，磨粉業者，在通常之情事之下(under ordinary circumstance)透過運送人將損壞之軸心發送給第三人的事件中之大多數(in the great multitude of cases)，系爭結果在所有的可能性中(in all probability)應該不會發生，是很明顯的。……因此，應得利益之喪失(the loss of profits)為，在本案無法合理地認為，於契約締結時兩當事人可以公正且合理地預見因違反契約將產生該結果。』

很明顯地，該法官[經由上述裁判意旨]所意圖者為，在[被類型化的]事件中之大多數應會發生的結果，應可以公正並合理地認定已被當事人所預期，但是，以實質的可能性(as a substantial possibility)而言雖有預見可能，但僅在極少數事件才會發生的結果，無法公正且合理地認為已被當事人所預期。⁵⁶Alderson 法官接著敘述：『因為，系爭損失在如通常情事之下將會發生、[已被類型化]之事件中之大多數，不會因違反契約而發生，而且使系爭損害成為違反契約的合理且自然的結果之特別情事，並未通知被告或被告並未得知。』

要言之，Reid 法官認為，Alderson 法官欲以結果發生之蓋然性程度來判斷預見可能性的有無。即是說，[已被類型化的]事件中之大多數中將會產生的結果，可認為已被當事人所預期，而雖具有實質的預見可能性，但只會在極少數事件發生的結果，仍應認為當事人並未預期之。⁵⁷

那麼，何為大多數事件中均會發生、極少數事件始會發生？許多法官個別表示其偏好之用字，Reid 法官偏好 “not unlikely”，Hodson 法官則使用『可能發生』("liable to result.")。Pearce 和 Upjohn 法官選擇 *Monarch Steamship Co.*, [1949] App. Cas. at 233 案中的『一個嚴重的可能性』或者『一個真正的危險』來表達價格的下跌。("a serious possibility" or "a real danger")⁵⁸。最後法官們似乎同意以「不是

⁵⁶ Reid 法官認為，原告無法請求僅在極少事件始會發生之損害。Jill Poole, Textbook on contract law, 383(2008).

⁵⁷ 宮崎淳(1994)，〈英国契約法における損害賠償の範囲画定について—クーフォス対 C・ツァニコフ株式会社事件[ヘロン二世号事件] 判決の分析〉，創価法学，第二三卷第一号，頁 12-13。

⁵⁸ Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract, London: Butterworths, 601-602(1991). 同旨 Chris

不可能(not unlikely)」做為預見可能性程度的最精確表示法。⁵⁹從 Reid 法官表示：「我所說的『似乎並非不會』(“not unlikely”)這樣的文字，意指雖然比五成的機率(an even chance)為低，但屬非不尋常且得以輕易預見之程度(not unusual and easily)的蓋然性(a degree of probability)。」⁶⁰以及其所舉的例子：在充分洗牌後的組牌中，最上面一張牌是方塊的情形屬「並非不太可能 not unlikely」。可見「並非不太可能」的機率是四分之一。⁶¹

其實，不太容易以數學上的精確度具體化預見可能性的程度要件。本案的上訴法院 Sellers 法官認為，實際上不太可能由單一的程式處理無數具體個案中當事人被假定考慮的確切程度，⁶²必須依靠法院於個案中公平公正地裁判。⁶³

第二目契約與侵權預見程度的分別

Reid 法官在 Koufos v. C. Czarnikow, Ltd. 案中說明：「侵權行為之現代原則[與契約之原則相比]有很大之不同，負有非常廣泛的責任。被告連在非常不尋常的案件，對於可以合理地預見易發生(liable to happen)的類型之損害，亦應負責任。但是，在判斷為危險(risks)過小，理性之人在所有的狀況之下，無視該危險屬妥當時，則不在此限。而且[契約與侵權行為的]相異之處，有適切的根據。在契約對於不被認為是通常的危險，可以認為一方當事人會自己保護自己時，一方當事人在契約締結前，就該危險可以促使他方當事人注意(attention)。……但是在侵權行為，被害人並無像契約情形般有保護自己的機會。」⁶⁴也就是說，契約案件中被

Turner, Unlocking contract law, 465-466(2007).

⁵⁹ Atiyah, P. S., An introduction to the law of contract, Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 320-321(1981). 林毓棟,《契約損害賠償預見可能性原則之研究—以 1980 年聯合國國際商品買賣公約為中心》，頁 26，國立政治大學法律學系碩士論文。

⁶⁰ 宮崎淳(1994)〈英国契約法における損害賠償の範囲画定について—クーフォス対 C・ツアニコフ株式会社事件[ヘロン二世号事件] 判決の分析〉，創価法学，第二三卷第一号，頁 11。Ewan McKendrick, Contract law : text, cases, and materials ,881-882(2010).

⁶¹ 林毓棟,《契約損害賠償預見可能性原則之研究—以 1980 年聯合國國際商品買賣公約為中心》，頁 27，國立政治大學法律學系碩士論文。宮崎淳(1994)〈英国契約法における損害賠償の範囲画定について—クーフォス対 C・ツアニコフ株式会社事件[ヘロン二世号事件] 判決の分析〉，創価法学，第二三卷第一号，頁 19。

⁶² Atiyah, P. S., An introduction to the law of contract, Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 320-321(1981).

⁶³ Smith, J. C., The Law of Contract, London: Sweet & Maxwell, 1989, 196. ⁶³林毓棟,《契約損害賠償預見可能性原則之研究—以 1980 年聯合國國際商品買賣公約為中心》，頁 27，國立政治大學法律學系碩士論文。

⁶⁴ 宮崎淳(1994)〈英国契約法における損害賠償の範囲画定について—クーフォス対 C・ツアニコフ株式会社事件[ヘロン二世号事件] 判決の分析〉，創価法学，第二三卷第一号，頁 17。Edwin

告之預見可能性應較侵權案件中被告之預見可能性高，方為公平合理。⁶⁵

第四款 法典化

Hadley 原則被納入動產買賣法(Sale of Goods Act(1979))中，以第 51 條⁶⁶以及第 54 條規定之。該法第 51 條第 1 項規定，出賣人對買受人不為交付或拒絕交付時，買受人得以提起訴訟，同條第二項規定，此情形下之賠償範圍，係因為出賣人違反契約而依照事物之通常經過直接且自然產生的損失。⁶⁷同條第三項則是損害之金錢評價規定，規定在買賣標的物存有「可以取得之市場(available market)」時，賠償額大致上為在交付時之契約價格與市場價格之差額。⁶⁸雖然不使用「預見」此一文字，但第 54 條規定，除此之外，請求特別損害賠償之買受人權利不因該法律而受影響。因此，損害額之計算便是根據上述基準行之。

在出賣人不為交付時，假設買受人以應該支付的契約價金至市場買進與契約標的物同等之物(equivalent goods)，此時支出之金額若較契約價金為多，該差額即為損害額。⁶⁹於是，若買受人與第三人締結轉售契約而因出賣人之債務不履行受有轉售之所失利益之損害，在判定具有「可以取得之市場(available market)」的限度內，因為買受人立刻在市場買進與契約標的物同等之物即可履行轉售契約而獲得同樣的利益，故不得請求所

Peel, Treitel on the law of contract ,1048-1049(2007). Jill Poole ,Textbook on contract law,383(2008).

Michael H. Whincup, Contract law and practice : the English system and continental comparisons,252(1996).

⁶⁵ 林毓棟·《契約損害賠償預見可能性原則之研究－以 1980 年聯合國國際商品買賣公約為中心》，頁 28，國立政治大學法律學系碩士論文。Edwin Peel, Treitel on the law of contract ,1047(2007). Michael H. Whincup, Contract law and practice : the English system and continental comparisons,252(1996).

⁶⁶ 規定之原文：

51 Damages for non-delivery.

(1)Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintain an action against the seller for damages for non-delivery.

(2)The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller' s breach of contract.

(3)Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when they ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver.

54 Interest, etc.

Nothing in this Act affects the right of the buyer or the seller to recover interest or special damages in any case where by law interest or special damages may be recoverable, or to recover money paid where the consideration for the payment of it has failed.

⁶⁷ G. H. Treitel, Methods of Limiting Damages ,Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford Scholarship Online,11(1988).

⁶⁸ Jill Poole ,Textbook on contract law,355(2008).

⁶⁹ Peterson v. Ayre(1853) 13 C.B. 353,365.Maule 法官敘述此一旨趣並作為先例引用。

失利益之賠償。⁷⁰可以說轉售的所失利益之賠償一般上不受認可。但是，在已通知出賣人具體的轉售契約之存在的情形，有可能適用 Hadley 第二原則而認可賠償。初期判例嚴格解釋第二原則的適用要件，在已知買受人有轉售意圖時，⁷¹以及於交付之前轉售為交易習慣時，⁷²仍不認可賠償，但之後漸漸緩和。只要得知買受人可能轉售即足，⁷³被解釋為只要有轉售為可能(probable)即足夠。⁷⁴

第二項 金錢評價

最先明確地指出損害與其金錢評價問題的區別者，為 Cheshire 和 Fifoot。⁷⁵他們認為：「損害賠償請求，若分析之後最後認識到有兩個相異的問題的話，這一點將會更清楚吧。—此二個問題，便是由必須將被請求的損害的賠償範圍與該賠償的評價區別(the remoteness of the injury for which compensation is claimed must be distinguished from the assessment of that compensation)的基本原則所產生。⁷⁶第一個問題為，原告得以請求何種類的損害(what kind of damage)賠償……」處理此問題的，即為 Hadley 原則。「第二個問題，是必須和第一個問題清楚區別的問題，且是在法院依 Hadley 原則判定特定之損害為最近(proximate)之後始會產生的問題。其解答便是…..restitutio in integrum，即是必須對於原告所受的最近損害支付全額的金錢賠償(monetary compensation in full must be paid to the plaintiff for the proximate damage that he has suffered.)。換言之，原告得請求全額之賠償，但只限於非異常的通常結果。」⁷⁷

⁷⁰ 買賣標的物若為具有特殊價值之物等，而被認為無可取得之市場時，必須以其他方法證明該物之價值。雖然允許以轉售價格作為認定方法之一，但證明轉售約之存在並請求以轉售價格賠償，便會產生第二原則適用之問題。Cf. Atiyah, *The Sale of Goods*, 1963, pp.184-185.

⁷¹ *Thol v. Henderson*(1882) 8 Q.B.D. 457.

⁷² *Williams v.Reynolds*(1865)6 Q.B.D.495.

⁷³ [1927] 2,K.B.535.

⁷⁴ *Patrick v. Russo-British Grain Export. Co.*案，在小麥的買賣契約，雖然當事人僅有應將轉售的預期，Salter 法官認為出賣人並無必要確實得知買受人之轉售，「兩當事人只要預測到，買受人有可能轉售以及出賣人承擔此危險及為足夠」，即認可轉售價格與市場價格之差額的賠償請求。另外，在 *Hall v. Pim* 案，在小麥買賣契約，買受人轉售標的物或尚未轉售而仲裁人判定可能性只有一半，貴族院仍認可轉售利益之賠償。平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 204-205，東京都：東京大學出版會。

⁷⁵ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 268，東京都：東京大學出版會。

⁷⁶ G. C. Cheshire and C. H. S. Fifoot, *The law of contract*,544(1969).

⁷⁷ G. C. Cheshire and C. H. S. Fifoot, *The law of contract*,545(1969).

Cheshire 和 Fitfoot 將第一個問題稱為 remoteness of damage⁷⁸，第二個問題稱為 measure of damage，明確區別之，運用此概念嘗試重新構成被稱呼為損害賠償範圍的問題。⁷⁹此一分析方法，為 Treitel 所繼承。其認為，必須區別損害賠償之計算與損害之範圍。損害賠償之計算問題，在法官決定原告之損失為多少金額時將會出現。損害賠償範圍之問題，產生於法院決定原告就其損失中何一部分有請求賠償的權利時。通常原告只能請求有預見可能性的損失。經由上述分析，Treitel 也將損害賠償範圍區分成 quantification of damage 與 remoteness of damage 並將之體系化。⁸⁰

除上述學說之外，實務上，在 Chaplin v. Hicks 案，也認為存有立基於不同原則的二個相異問題，即損害之事實確定 (remoteness of damage) 與其金錢評價 (measure of damage, quantification of damage) 之存在。該案之事實為，原告因被告之違約，喪失參加選秀之機會 (被選中之機率為 12/50)。法院將賠償額之衡量，交付陪審團決定。Fletcher Moulton 法官認為：「一人有權參與有固定競爭人數之競賽，他便擁有某具有價值之事物，決定其此一利益喪失之金錢價值，是陪審團的義務」。⁸¹

日本學者平井宜雄推測，上述之看法，帶來英國法上損害賠償額原則上由陪審團決定的結果。原則上，陪審團處理事實問題，法官處理法律問題。Remoteness of damage 為法律問題，由法官決定。Chaplin v. Hicks 案中 Farwell 法官表示：「損害賠償之範圍 (remoteness) 問題由法官決定，損害賠償額之計算 (assessment of damages) 問題則由陪審團處理」。

將金錢評價、損害額之計算委由陪審團處理的話，則基準時問題在英國法上之意義為何呢？英國之損害賠償法之發展可說是法官努力限制陪審團自由裁量權限之過程，其損害賠償法是在這樣的過程中累積無數之原則而成，故不可能就基準時為何這樣的問題，提供統一的解答。若有相關原則存在，由法官指示陪審團應以何一時點為基準，若無相關原則，則由陪審團自由裁量。那麼有哪些相關原則呢？以動產買賣為例，原則為在出賣人未交付契約之標的物時，假設買受人會以本應支付的契約價金在市場買進與契約標的物同等之物，以該時支出之金額為基準。若市場價格較

⁷⁸ 英美法系的預見可能性原則通常被稱為是決定損害與違約之間是否無關連 (too remote) 的規則，也就是關聯性 (remoteness) 的規則。林毓棟，《契約損害賠償預見可能性原則之研究—以 1980 年聯合國國際商品買賣公約為中心》，頁 39，國立政治大學法律學系碩士論文。

⁷⁹ Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract*, 517 ets (1960).

⁸⁰ Treitel, *Law of Contracts*, 1962, p. 588. 轉引自平井宜雄 (1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 269，東京都：東京大學出版會。強調自 Hadley 發展而來之原則不適用於金錢評價，Edwin Peel, Treitel on the law of contract, 1054 (2007).

⁸¹ G. C. Cheshire and C. H. S. Fifoot, *The law of contract*, 556 (1969).

契約價格為高，該差額便是通常損害。⁸²動產買賣法第 51 條第三項之規定意旨即是如此，以標的物應交付時與市場價格或時價之差額為準。在標的物應交付之時之後的時點則不被考慮。其理由為，買受人有「採取為了減輕損害(mitigate)之所有合理手段」之義務。⁸³在 Gainsford v. Carrel 案，⁸⁴培根買賣契約之出賣人不履行交付義務，買受人請求金錢確定令狀(writ of enquiry)發出之後的市場價格與契約價格之差額，法院以下述理由駁回之：「因為原告持有金錢，……應可自他處買進相同品質之培根。…不為此而受有損失的話，是原告的責任。…應告知陪審團以應交付之日的培根價格計算賠償額」。在此看法下，似乎若買受人已先支付價金，則因為買受人未持有得以買進與契約標的物同等之物的金錢，得以交付之日之後的時點為基準。關於此，有 Startup v. Cartazzi 案⁸⁵，法院仍認為不應以判決時之標的物價格為準，而是應交付時之市場價格與契約價格之差額。⁸⁶

第三節 限制損害賠償範圍的另一途徑—德國之相當因果關係論

德國以相當因果關係論決定賠償範圍，此一理論是為了在完全賠償原則下，妥適地限制賠償範圍而來。

第一項 完全賠償原則

德國損害賠償法，以 Gemeines Recht 時代之學說為基礎，在基本方向上並未受到改變，為德國民法第一草案所繼承成為現行民法典。⁸⁷德國民法第一草案第 218 條⁸⁸之理由書之如下說明⁸⁹，可說是決定了現行德國損害賠償法之基本構造。大意为，原則上，積極的財產侵害以及所失利益皆應受賠償，因此所謂損害賠償，不論在何種情形都是全利益之給付義務。

⁸² 若所花費之金額與契約價金相同，則因與已履約之狀態相同，買受人並無損害。

⁸³ Haldane L.C., in *British Westinghouse Co. v. Underground Ry.Co.*[1912] A.C. 673,689.此判決即是損害減輕義務(avoidable consequence)之指導先例。轉引自平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁 276，注 115，東京都：東京大學出版會。

⁸⁴ (1848) 107 E.R. 516.

⁸⁵ (1835) 2 C.M. & R. 165, 105 E.R. 71.

⁸⁶ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 268-272，東京都：東京大學出版會。

⁸⁷ 德國民法第 252 條。

⁸⁸ 第一草案第 218 條類似現行民法第 252 條，規定如下：「應給付損害賠償之情形，應受賠償之損害為，所受財產損失(erlittene Vermögenseinbusse)以及包含應得之利益。事物之通常經過(nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge)或特別情事，特別是，根據以採取的措施或準備(nach dem getroffenen Anstalten und Vorkehrungen)，僅有蓋然性而可期待獲得之利益屬應得之利益。」

⁸⁹ Motive, Bd. 2, S.17-18.參山田晟、來栖三郎(1956)，〈損害賠償の範圍及び方法に関する日獨兩法の比較研究〉《我妻先生還歷記念損害賠償責任の研究(上)》，頁 183 註(一) 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 268-272，東京都：東京大學出版會。

另外，在此原則下，損害賠償義務人，對於全部的結果皆應負責，不論是因不作為或作為、直接或間接引起損害，皆應負責。損害賠償請求權之要件為，損害與賠償義務人之作為或不作為間有因果關係。換言之，一旦責任原因(Haftungsgrund)滿足，已發生之所有損害皆應受賠償，造成損害之行為的態樣、行為時行為人之故意過失的程度⁹⁰、損害是否有預見可能、損害為直接或間接⁹¹等，皆不影響損害之範圍。只要損害與造成損害賠償義務發生之事實(債務不履行乃至侵權行為)具有因果關係，便應受賠償，並無「因果關係」以外之要件(預見可能性、直接或間接等)。「因果關係」這樣的概念，只是為了實現完全賠償原則的法技術。

完全賠償原則是基於立法當時對法官不信任之思想，極力排斥決定賠償範圍時，由法官為價值判斷乃至裁量餘地之意圖。蓋以損害是否可預見、直接或間接來判斷損害賠償範圍時，便產生以法官之價值判斷介入的餘地。完全賠償原則為避免之，故對法官要求，「應受損害賠償之債權人利益不受價值判斷，僅以單一的規則則(ein und derselbe Regel)[利益=損害]來確定」。⁹²

第二項 相當因果關係說之發展史與內容變遷

第一款 相當因果關係說之起源

德國損害賠償法之原型，主要是以 19 世紀中葉的 Mommsen 之「利益論」(Lehre von der Interesse)為核心而成立。

中世紀之羅馬法學，不存在統一的、抽象的利益=損害概念，以客觀的基準決定之利益概念，相應於個別具體的情形而被細分化。損害賠償的範圍，因為是以個別具體之定型化利益概念來處理，故沒有成立決定損害賠償範圍之通則的餘地。

Mommsen 的學說以及後期的 Pandekten 法學，反對上述中世紀學說以

⁹⁰ 在第二起草委員會有關侵權行為之「僅在因過失而加害之情形限制責任，在故意的情形責不限制」這樣的提案被否決了。Protokolle, Bd.2, S.575; 山田晟、來栖三郎(1956)，〈損害賠償の範圍及び方法に関する日独両法の比較研究〉，《我妻先生還歷記念損害賠償責任の研究(上)》，頁 184-185。轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 268-272，東京都：東京大學出版會。

⁹¹ 在第二起草委員會債務不履行之情形「根據債務人得知或應得知之情事無發生之蓋然性的損害」債務人對之不負責任這樣的意旨有被作成提案，委院會雖曾採取之(Protokolle, Bd.1, S.293)，但之後被刪除。詳細見山田晟、來栖三郎(1956)，〈損害賠償の範圍及び方法に関する日独両法の比較研究〉，《我妻先生還歷記念損害賠償責任の研究(上)》，頁 25。

⁹² Steindroff, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158, 431, 449(1960)。轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 27，東京都：東京大學出版會。

及 19 世紀的支配學說(以直接間接、預見可能性來劃定賠償範圍)，揚棄利益概念的細分化，將利益視為差額作統一、抽象的理解，利益為直接或間接、故意過失之程度輕重完全不應影響損害賠償之範圍，所有之損害皆應受賠償。於是，因果關係—也即是責任原因之事實與損害之原因、結果關係—這樣的概念，從羅馬法源中抽出，決定損害賠償之範圍，以因果關係之存在即足，除此以外一切要件皆非必要。

上述學說，成熟於德國民法典，該法第 249 條規定：「負損害賠償義務者，應回復至若無使損害義務發生之原因之存在則應有的狀態。應對身體之侵害以及物之毀損之損害賠償時，債權人得以請求回復原狀所必要之金錢。」此規定，以及普通法時代以來之沿革，解釋此規定之內容，只規定債務人，應回復至若無造成損害義務發生之原因存在則應有的狀態，除此之外並無以責任原因來限制，是採用與責任原因切離的完全賠償原則。

93

但德國民法學直接碰到了新的問題。即是，僅以因果關係為損害賠償之要件時，因果鍊可以無限延長，會導出所有可能想得到的損害皆由債務人負擔的結論。對以解決紛爭為目的之法概念而言，並不適當。於是，德國民法學之新課題，便為是否要建構與「若具因果關係則，所有損害皆須賠償」這樣的完全賠償原則之構造矛盾、理論上不會導出所有損害皆須賠償之結論的法律。德國法學者以解釋「因果關係」之意義來解決此問題。認為「與損害賠償之範圍之要件，僅有因果關係」中的「因果關係」，並非一般的因果關係，而是符合法之目的之特殊的、法的因果關係(juristische Kausalität)。那麼，這樣的因果關係又是甚麼呢？扮演回答此一問題之角色而登場的，便是相當因果關係論(Kausalitätstheorie)。

94

但是，在詢問對法律而言怎樣的因果關係始具有意義的時候，其答案不得被認為是一個價值判斷。⁹⁵這樣一來，反而與原本之所以使用因果關係概念之意圖相反。於是，德國學者首先嘗試將法的因果關係定位為不含價值判斷之客觀基準—以時間、空間、力等—來公式化。有「權衡破壞說(Gleichgewichtstheorie)」、「Binding)」、「最後條件說(Theorie der

⁹³ 山田晟、來栖三郎(1957)，〈損害賠償範圍および方法に関する日独両法の比較研究〉，《我妻還曆紀念 損害賠償の研究(上)》，頁 169 以下，東京都：有斐閣。轉引自淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 160，東京都：有斐閣。平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 24 以下，東京都：東京大學出版會。

⁹⁴ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 31-44，東京都：東京大學出版會。烏韋·布勞洛克著(姚志明=譯)(2007)，〈法規保護目的理論〉，《中正大學法學集刊》，第 3 期，240 頁。

⁹⁵ Traeger 承認詢問法的因果關係是去「純粹因果的考察之立場(Die Boden der rein kausaler Betrachtung)」之法的價值判斷與「強制的(ingeschieben)」，且此是「很難避免的(unvermeidbar)」。(Traeger, Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, S.42.)轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 24 以下，東京都：東京大學出版會。

letzte Bedingung)」(Ortmann)、「最有力條件說(Theorie der wirksamsten Bedingung)」(Birkmeyer)等學說。但是這些學說，不論如何都離不開論者的價值判斷。於是，將歸結至價值判斷的因果關係，以不具價值判斷的語言公式化的作業，不得不說其本來即有內部矛盾。這些學說，愈嘗試理論上之一貫化，愈會顯出此矛盾，故免不了受到批判，實務上也不被注重。於是，要使因果關係適切，不是努力嘗試於原因的概念規定，便是不論論者之主觀意圖如何，以可含有價值判斷之語言(將「一般地(generell)」有助於結果之發生的條件，作為原因而抽出)來構成因果關係。

前者為條件說(Bedingungstheorie)，後者為相當因果關係說(Die Lehre von adäquater Kausalzusammenhang)。在德國，條件說成為刑法學之支配的見解，於民法學則是相當因果關係說稱霸。⁹⁶

第二款 相當因果關係說之確立

相當因果關係說之內容隨著論者之不同，內容也有區別。但是，最具體系性且為德國判例所採取者，為Traeger的相當因果關係說。⁹⁷

Traeger將相當因果關係為如下之公式化：⁹⁸

(a)屬於一定之結果的必要條件(condition sine qua non)之行為或其他事件，若屬一般上有助於同種之結果的發生的情事(generell begünstigender Umstand eines Erfolgs von der Art des eingetretenden)，即同種結果發生之可能性，屬一般且並不少見(generell in nicht unerheblicher Weise)者，便是此種結果的相當條件。

(b)在上述情形要形成必要可能性之判斷，必須以全經驗的知識(das gemeinsame Erfahrungswissen)為基礎。須以在行為時(或其他事件發生時)最有洞察力之人(der einsichtig Menschen)得認識之情事為前提。

(c)另外，若該行為人(債務人)有其他已認識之情事，也必須以之為前提。

上述之Traeger說為帝國法院所採用。整理帝國法院之判決，有三點特徵：

⁹⁶ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁45，東京都：東京大學出版會。

⁹⁷ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁48，東京都：東京大學出版會。同旨，中田裕康(2008)，《債權總論》，頁155，東京都：岩波書店。

⁹⁸ Traeger, Der, Kausalbegriff im Straf-und Zivilrecht S.159. 山田晟、來栖三郎(1957)，〈損害賠償範圍および方法に関する日獨両法の比較研究〉，《我妻還曆紀念 損害賠償の研究(上)》，頁45，東京都：有斐閣。

(a) 若相當因果關係存在，債務人不須預見結果之發生。下述判決是相當因果關係的 leading case。

RG 1915. 2. 15;RGZ 81, 359.

Y 公司(反訴被告、原告)接受 X 委託在 1909 年 10 月 28 日中午出港，但是 Y 不顧平底船之船長的反對，至翌日始出港。若按照約定於 10 月 28 日出發，因該日是好天氣，平底船應可在片刻間平安抵達 Nordenham。而在 10 月 29 日午後，激烈的暴風雨來臨，使平底船受到很大的損害。於是 X 向 Y 請求不完全履行之損害賠償。州上級法院(Oberlandesgericht，以下簡稱 OLG)，以 Y 應無法預見暴風雨來襲為由，判定 Y 之不履行與上述事故之間並不存在法意義下的因果關係，而駁回 X 之請求。X 上訴，帝國法院以下述理由認可其請求，並廢棄原判決。

「Y 之債務不履行與事故之間雖有自然的、哲學的意義下之因果關係，即『必要條件』之關係，但要使債務人負責，僅以上述條件關係是不夠的，最近的判例表示，損害必須是所謂『相當』的結果。於是所謂的結果為相當，並非以行為人之主觀的預見可能性為要件，也不須結果為通常客觀上所期待。只要同種之結果之發生可能性被客觀地提高、有助於其發生即足。[此處引用 Traeger 之學說]。不應如 OLG 所採之見解將「預見可能性」解釋為與「相當」同義。蓋債務不履行之責任並不要求故意過失(Verschulden)及於損害本身。OLG 的判決誤解了相當因果關係之概念，很明顯地與預見可能性的概念混淆。

如原審所言，在 10 月末平底船由 Cuxhaven 開往 Nordenham，即使其本身並非危險之事，且並非稀有之事，通常平底船載有大量貨物前往北海多伴有幾分危險，其危險之程度無疑是依天候狀態而定，且該季節在北海發生暴風雨是通常的現象，並無疑問。這些危險，在航海開始時便納入考量，且該危險實際上發生了，這樣的事情並非存在於事物之自然過程之外(ausserhalb des natürlichen Verlaufs der Dinge)。於是，便有 28 日之航行是否因延至 29 日而造成危險增加這樣的問題。此一問題，以一般的經驗(allgemeine Erfahrung)來看，應被肯定。因為在好天氣下六小時便可完成的航行，於好天氣之日立刻開始航行，比起延至翌日的情形—即使天氣預報表示明天仍是好天氣—更可望受惠於好天氣。基於上述，原審之判斷並無理由」。

(b) 如上述判決所言，不以結果被「通常地(regelmässig)」期待為必要。即使是稀有、例外的結果，若「以一般經驗(auf Grund allgemeiner Erfahrung)」來看，可認為屬可能者，便屬相當(RG Warn R 1921, Nr. 69.)，而且「除去特別異常的、根據事物之通常經過(nach dem regelmässigen Verlaufe Dinge)應不予考慮者，若屬一般上將產生的結果」，皆具有相當

因果關係(RGZ 133, 127; 135, 154)。具體之例子有：受槍傷之人於醫院中感染疾病而死亡(RG 1922.10.13;RGZ 105, 264.)⁹⁹、因意外而須使用義足，於意外發生後 22 年在房間中跌倒骨折(RG 1927.12.5;RGZ 119 204.)¹⁰⁰、有資產之人因閱讀了報紙對其信用之不實報導而憤怒引發膽囊炎致死(RG 1935.6.20;RGZ 148, 154.)¹⁰¹、食用冰品時發現玻璃片而造成驚嚇引發神經性胃病(RG 1914.10.27;JW 1915, 28.)¹⁰²，於這些案例中，皆認為依照一般人類經驗、事物之通常經過，被告之行為使結果(死亡、骨折、胃炎)發生之可能性提高，故具有相當因果關係。

(c)因果關係之「相當性」，是極廣泛的，即使有第三人之行為介入，當然不能僅以此便否定相當因果關係之存在。如 X 與 A 保險公司締結針對意外事故之保險契約。X 之後骨折，於手術中因麻醉藥而死亡，帝國法院認為，因麻醉而死亡並非完全異常的、預想外之結果，認定事故與 A 之死亡間有相當因果關係存在(RG 1907.10.25;RGZ 66, 407.)。X 骨關節脫臼，但醫師 Y 誤診為單純的風濕而未為適當處置。X 之後得知脫臼，接受其他醫師之治療但留下障礙。帝國法院認為之間有相當因果關係存在，認可 X 對 Y 之請求(RG 1921.6.3;RGZ 102, 230.)。

判例所承認的相當因果關係說，未改變「損害之賠償範圍以因果關係

⁹⁹ RG 1922.10.13;RGZ 105,264.

X 女之丈夫 A，從事營電車下車時，被警察朝逃跑中之犯人所發射之子彈所傷。A 被送至醫院救護中，染上當時流行的流感嗜血菌，因此造成膿胸，約兩月後死亡。X 對 Y(普魯士州)主張 A 之死亡是因警察之過失而起，請求損害賠償。原審不認可此，但 RG 承認之。其理由為，被送至醫院是負傷之通常結果，而且，因此在醫院感染流行病的可能性，與不負傷之情形相比有普遍地提升，故有相當因果關係。

¹⁰⁰ RG 1927.12.5;RGZ 119 204.

X，在 1903 年被 A 公司之車鎖撞傷而被截足，從此都使用義足。雖 X 因該事故受有年金及其他賠償，但在 22 年後之 1925 年，在房間中跌倒致肩胛骨骨折。X 主張跌倒事故之原因為以前之事故，對在先前之事件輔助參加的 Y 公司請求醫療費用。LG 以及 OLG 都認可 X 之請求，Y 雖有上訴，但 RG 駁回之。因事故而使用義足者，比起一般人步行較不穩，比一般人容易遭受意外且容易受傷，依照一般的人類知識應肯定之，故判決表示第一事故與第二事故之間，有相當因果關係。

¹⁰¹ RG 1935.6.20;RGZ 148,154.

A 是有資產的建築師，但 Y 公司在其發行之日刊新聞為以「A 陷入支付困難的財產狀態」為主旨的虛偽報導。A 獨到該報導非常憤怒，經過兩週後因膽囊炎病發而猝死。A 之未亡人 X，以 Y 為被告，主張 A 之死亡是因 Y 的報導而引起情緒激動所導致，請求若 A 上生存得受之扶養費用等。原審雖認可 X 之請求，X 仍就不利部分上訴。RG 雖駁回此請求，但判決表示像 A 這樣的經營者，在有名的報紙登載財產狀態惡劣的虛偽報導的情形激動而死亡的事件，並非屬在所有可能性之外(ausserhalb)，故認有相當因果關係。

¹⁰² RG 1914.10.27;JW 1915,28.

X 在 Y 經營之茶館食用冰品，於冰品中發現玻璃碎。即使不知 X 是否實際上有吃下玻璃碎片，X 一直想著吞下玻璃片此事，因驚嚇且原本即有神經質的傾向，造成神經性胃病。於是 X 對 Y 請求賠償。原審認可 X 之請求，雖 Y 上訴，卻被駁回。RG 判決表示，提供含有玻璃碎片之冰品，依照事物通常之經過，使人認為其已吞下玻璃片而受到驚嚇造成神經性胃病的這樣的結果發生之可能性提高，認定相當因果關係存在。

定之」的完全賠償原則，而在現實上幾乎沒有限制損害賠償範圍的功能。相當因果關係說之語言構成本身，雖含有價值判斷之可能，但因負有完全賠償原則之法構成的功能，以「一般的經驗」、「客觀的可能性」所構成，而非依據在具體事件中之具體債權債務。於是，因果關係的「相當性」，只是被抽象化的事實關係敘述上的問題，結果便是在具體事件要否定相當因果關係幾乎是不可能的。帝國法院的官方裁判集所登載的有關相當因果關係之上訴審判決的五十例中，否定相當因果關係之存在的僅有四例，¹⁰³而且在此四例之中，否定相當因果關係之部分僅是未構成判決書理由的附帶意見。¹⁰⁴

第三款 對相當因果關係說之批判以及內容轉變(保護範圍說)

對於完全賠償原則這樣的德國損害賠償法之基本構造，並非沒有批評。在德國民法典制定當時之完全賠償原則，在決定損害賠償之範圍時不考量過責之程度，就這一點有 Jhering¹⁰⁵ 以及 Gierke¹⁰⁶ 等批評。在納粹思想盛行的時代，特別是對於完全賠償之結論之一的債權人利益中心主義 (Gläubigerinteresse)，受到共同體思想的反對¹⁰⁷。最近對於完全賠償原則之批判，是其未必符合社會、經濟情勢。

在以上之社會、經濟背景之下，展開了對於完全賠償原則之批判。或許是由學者掀起論戰。Caemmerer 以批判完全賠償為目的，從事比較法研究。最後認識到德國法所採取之原則，在比較法上是稀少的，相當因果關係說「只是導向『賦予責任界限』的眾多道路之一」¹⁰⁸。

Caemmerer 的學說，繼受自其師 Rabel 對相當因果關係說之批判¹⁰⁹。

¹⁰³ V. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956, Fn. 8, S. 12. 轉引自平井宜雄(1971), 《損害賠償法の理論》, 初版, 頁 56, 東京都: 東京大學出版會。曾世雄(1965), 〈論相當因果關係說之衰微〉, 《法學叢刊》, 第 10 卷 4 期, 頁 82。

¹⁰⁴ 平井宜雄(1971), 《損害賠償法の理論》, 初版, 頁 43-56, 東京都: 東京大學出版會。

¹⁰⁵ Vgl. Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S. 55. 轉引自平井宜雄(1971), 《損害賠償法の理論》, 初版, 頁 57, 東京都: 東京大學出版會。

¹⁰⁶ Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und des deutsche Recht, 1889, S. 198, 266. Vgl. Hermann Lange, Verhandlung des 43 Deutschen Juristentag, Bd. I, S. 32 ff. u. S. 33 Anm. 78. 轉引自平井宜雄(1971), 《損害賠償法の理論》, 初版, 頁 56, 東京都: 東京大學出版會。

¹⁰⁷ 例如, Heinlich Lange, Vom altem zum Schuldrecht, 1934, S. 80-82. 轉引自平井宜雄(1971), 《損害賠償法の理論》, 初版, 頁 56, 東京都: 東京大學出版會。

¹⁰⁸ Heinlich Lange, Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 115, 116.3. 轉引自平井宜雄(1971), 《損害賠償法の理論》, 初版, 頁 58, 東京都: 東京大學出版會。

¹⁰⁹ Rabel 指出, 德國的相當因果關係說, 之所以都沒有發揮限制的功能, 是因為相當因果關係說與具體的債務射程距離之間沒有任何的關連, 批判貫徹「賠償範圍與責任原因切離」構告的完全賠償原則。Das Recht des Warenkaufs, Bd. I (1936, unv. Neudr. 1957), S. 489. 其認為, 由債權人於契約中, 有何利益應被滿足、債務人之所以要填補債權人之財產, 都是以契約為依據。債權人並非就債權人之權利受侵害所造成之所有結果皆須負責, 而是僅就受契約保護之債權人利益時始要負責,

Rabel 主張，因侵權行為所生之賠償責任，應就侵權行為法規之意義與目的探究之，尤其探討其意旨究在保護何種利益；¹¹⁰違反契約之賠償責任，則應同時顧及契約本身之旨趣。¹¹¹二人之學說，對法學界有很大之影響，甚至及於聯邦最高法院之判決。Caemmerer 認為，相當因果關係雖然獲得成功，但因為一般的「法的因果關係」這樣的思考，帶來連在損益相抵、不當得利之領域都被適用的濫用結果，造成相當因果關係實際上都沒有發揮限制的機能。經由建立特殊的法的因果關係概念嘗試賦與損害賠償合理的限制，是錯誤的，法的原因，必須限於哲學意義上的原因，即必要條件(condition sine qua non)。於是，重要的並非是因果關係，而是「賦與損害責任基礎之規範保護目的與範圍(Schutzzweck und Schutzzumfang der die Schadenshaftung begründenden Norm)」，故「限制責任，應以具體的規範之意義與射程距離來解決，而非一般的因果公式(Kausalitätsformeln)」。Caemmerer 以美國之判例為例¹¹²，某人違反 Sunday Law 的規定在星期天打獵，非因過失而發生事故。其雖屬違法之結果，但法院認為係爭結果過於遙遠(too remote)，故不認可賠償請求。但正確的看法是，此事故，因為與被侵害的規範之保護目的無關，故不認可請求。¹¹³也就是說，損害賠償之範圍，以個別具體規範之保護目的(即構成責任原因之要件事實的解釋)決定，與「理想的觀察者(optimaler Beobachter)」和「人類之全經驗知識(gesamte Erfahrungswissen der Menschheit)」這種相當因果關係說之組成相斥。至於何為保護目的，以個別法規之解釋決定，以累積判例來發展，最後，歸結至何為公平的問題(Zumutbarkeits-und Billigkeitsfragen)。¹¹⁴

在實務上，以相當因果關係處理損害賠償範圍之方式，也受到了質疑。在閘門船難事件¹¹⁵，二船欲通過一 V 型閘門¹¹⁶，因其中一船長誤報船寬使

也就是說，損害賠償之範圍，歸結至契約的解釋。平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 60-61，東京都：東京大學出版會。

¹¹⁰ E.Rabel(1936), *Das Recht des Warenkaufs*, 一冊，頁 504。Rabel 甚至進一步指出契約之解釋是決定性的，其基礎在於預見可能性(forseeability)。有認為 Rabel 所說之預見可能性不同於英美法之預見可能性，但亦有認為二者相近者。Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston ; forewords by Lord Bingham and Günter Hirsch, *The German law of contract : a comparative treatise*, 474-475(2006)。

¹¹¹ E.Rabel(1936), *Das Recht des Warenkaufs*, 一冊，頁 496。轉引自曾世雄(1969)，《損害賠償法原理》，初版，頁 83，台北：中國學術著作獎助委員會。

¹¹² 也許是 *White v. Lebern*, 93 Vt. 218, 108 A. 564, 11 A.L.R. 1219(1917)。Sunday Law 是基於星期天為安息日這樣的旨趣而制定的各種法律(cf. Jowitt, *Dictionary of English Law*, vol. 2, pp.1702-1703.)。

¹¹³ v. Caemmerer, *Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsverleichung*, *Gesammelte Schriften*, Bd. I ,S.13。轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 63，東京都：東京大學出版會。

¹¹⁴ v. Caemmerer, *Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsverleichung*, *Gesammelte Schriften*, Bd. I ,S.20。轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 63，東京都：東京大學出版會。

¹¹⁵ BGH 1951.10.23;BGHZ 3,261.

¹¹⁶ 上流與下流之水位差為 7.4 公尺，要通過閘門，須關閉上流之閘門排水，將水位降至與下流之水位相同。

閘門管理員助手(本應由閘門管理員值勤)誤判二船可同時通過，待二船進入已關閉、水位降低之閘門後始發現船舶卡住而無法動彈，閘門管理員助手與幫浦人員欲使水位上升以幫助二船移動，反而造成漩渦使船隻沉沒，未誤報之船隻的保險公司向誤報船寬的船隻所有人請求損害賠償。本案大致上採 Traeger 說，但強調 Traeger 說主張的，應將行為人所知情事也納入判斷基礎，使行為人是否有責之判斷(Schulderteil)被混入因果關係之判斷中，此和完全賠償原則是矛盾的。另外又表示：「比起因果關係，探求『條件設定者(der Urheber einer Bedingung)對該結果之責任得以公平期待的界限』才是問題之所在」。動搖了排除價值判斷僅以因果關係決定賠償範圍的完全賠償原則。¹¹⁷以及：「在依據公平處置利益、尋找正確結果時，應限於可歸責之後果」的見解，也被學界批評為，實質上完全背離了相當因果關係說的基礎¹¹⁸。

在 BGH 1952. 4. 24; NJW 1952, 1010.¹¹⁹，法院認為，「探求責任界限(Haftungsbegrenzung)之際，其性質上有納入法官裁量餘地、主觀的價值判斷之問題，就條件是否有助於使結果的發生，不排除存有不確定性(Unbestimmtheit)。但是相關的不確定性，在適用違反公序良俗、誠信原則、正當理由等其他重要法律概念時也難以避免。相當因果關係這樣的思考，不過是如此的一般原則」。相當因果關係之問題，「絕非依據抽象的規則，而賦予答案，在有疑問的情形，由法官自由裁量決定之……只有在以第 242 條[誠信原則]為基礎並以限制責任為目標時」才能保證正確的結果。¹²⁰。另外，在 BGH 1955. 10. 17; BGHZ 18, 286.，法院表明相當性之判斷，為價值判斷之問題，明顯的與過去之相當因果關係思想是對立的。¹²¹

¹¹⁷ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 66-68，東京都：東京大學出版會。

¹¹⁸ 黃立(1994)，《民法債編總論》，自版，頁 266，註 63。

¹¹⁹ 本案事實為，A 在 1937 年被汽車撞傷，失去右腳，自此以後，借助義足與拐杖步行。已有身為連帶債務人之 Y 就事故所生之一切損害皆應負責的判決。大戰中之 1945 年三月，A 與其家族之居所受到砲火攻擊。A 與其家族必須至防空洞避難，利用砲擊之暫停時間，從居所逃出。但是在趕往防空洞之途中，砲擊再次開始，雖 A 之妻女(X)得以趕到防空洞，但 A 因為腳之傷殘而無法趕至，為榴彈的碎片所傷，並因此死亡。X 等，對於 Y，主張 A 之死亡是 1937 年汽車事故之結果，請求若 A 上生存得以受到之扶養費用。

¹²⁰ NJW 1952,1011. 此引用 BGH 1951.10.23;BGHZ 3,261.判決。BGH 就這一點以 Lindenmaier 的學說為理由。Lindenmaier, Adäquate Ursache und nächste Ursache, ZHR 113,207,239(1950), S238—240. (引用前述 BGH 1951.10.23;BGHZ 3,261.判決) 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 70，東京都：東京大學出版會。

¹²¹ 本案事實為，A 基於地方長官之命令，接受晶片的強制預防接種，但在注射後，產生惡性腫瘤，於注射後一年半死亡。A 之妻以及子(X)以州(Y)為被告請求損害賠償。BGH 以下述理由承認之：「A 之死亡，並無任何新的介入原因而是由預防接種所引發，即使晶片預防接種將會產生腫瘤，在醫學上是稀少的現象，也不能視為是全醫學的經驗(allerärztliche Erfahrung)以外的情事。於是不論接種是用何方法，受接種者死亡的事件，所有的經驗並無法否定，因此應肯定相當因果關係之存在。於是「條件與結果之間之相當性的問題，依照同種之結果的發生頻率之數的關係(Zahlenverhältniss)，無法為純粹的理論性回答。此為在自然的、科學的、哲學的意義下之條件群中，依照價值判斷，排除基於理性判斷無法被視為賦予責任基礎的情事(引用前述 BGH

最後，被評價為邁向「新道路」之判決出現了(BGH 1958. 4. 22;BGHZ 27,137.)。本案事實為，X行駛機車中，與自反方向駛來之A之乘用車相撞而負傷，雙方之車輛皆有損傷。雖A與X皆有違反道路交通法的嫌疑而受刑事追訴，A於其間因與本事故無關的原因死亡。X依據區法院(Amtsgericht)之判決，以違反道路交通法為由被課與罰金。OLG將此判決廢棄發回。更審之審理因證據不充足，判決X無罪。於是X對於A之繼承人Y，請求包含上述刑事訴訟之手續費以及律師費用共686.88馬克的損害賠償。法院判決，「觀察僅從相當因果關係之觀點來限制責任的問題，在以適切的方法解決限制責任的問題上，通常不能說是適當的」。¹²²「被請求賠償的損害，是否是此規定之保護目的，換言之，為了保護之，是否有被納入法律所規範之危險，必須先檢討此問題。因此，首先須探求行為人所違反之規範的意義與射程距離」。¹²³於是，以第823條第1項，目的在於保護身體、健康、所有權之完全性，而不包含被捲入刑事訴訟之一般生活危險為由，駁回X之請求。

以本判決為契機，被解釋為遵從保護目的說乃至規範目的(Normzweck)說的判決陸續登場，贊成此說的學說也漸漸受到支持。¹²⁴當然，傳統的因果關係概念仍是有力的¹²⁵，在現在的德國民法學，應該尚不能斷言相當因果關係概念已經完全地崩潰。但是，完全賠償原則本身並不適合於現今之社會、經濟情勢這樣的認識，逐漸廣泛。¹²⁶

1951.10.23;BGHZ 3,261.判決).....。」

¹²² BGHZ 27,139.

¹²³ BGHZ 27,140.

¹²⁴ 特別是 W.Fikentscher,Schuldrecht,2. Aufl.,1969,§ 49III.其他有 A.Blomeyer,Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl.,1969,S.171 ff.; E. Deutsch,Entwicklungstendenzen des Schadenrecht in Rechtsprechung und Wissenschaft, JuS 1967,155。當然反對說也不少。W.Rother,Haftungsbeschränkung in Schadensrecht, 1965, S.7-30; T.Raiser, Haftungsbegrenzung nach Vertragszweck, JZ 1963,462. 轉引自平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁74，東京都：東京大學出版會。認保護範圍說(法規目的說)有成為通說之趨勢者，陳聰富(2004)〈侵權行為法上之因果關係〉，《因果關係與損害賠償》，初版，頁150，臺北市：元照。曾世雄(1969)《損害賠償法原理》，初版，頁80，台北：中國學術著作獎助委員會。

¹²⁵ 從如此觀點來批判的代表，以 Werner 下述之見解為例(Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB,11Aufl.Bd. II,1959,Teil 1 §§249-255.)。根據 Label、Caemmerer 說，契約與侵權行為之損害賠償的內容，是相異的，另外，必須依各個侵權行為、各個契約而有不同，因此並非依第249條所規定的統一的損害概念定之。這並非德國所採取之解決之道。探究法的因果關係，是有意義的，只要限制因果關係概念，在判決上便可獲得正確的結論。--於是 BGHZ 27,137(=NJW 1958,1041)之判決，並非認同限制責任與因果關係無關，限制責任是單純是指依被侵害之規範的保護目的而定，要言之僅是承認在賦予責任基礎上相當因果關係是不夠的，Werner 如此解釋(Vorbem.37 zu §§ 249-255.)。平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁75，東京都：東京大學出版會，注56。

¹²⁶ 平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁74，東京都：東京大學出版會。

第三項 金錢評價

關於有可能與損害賠償範圍混淆之金錢評價問題，德國民法將之視為訴訟法上之問題。根據德國民事訴訟法第 287 條¹²⁷，法官得自由裁量賠償金額。有認為此規定欲將金錢評價之問題獨立而出。¹²⁸通說及判例認為，根據德國民法第 249 條之完全賠償原則的意旨，以事實審言詞辯論終結時為損害賠償計算之基準時。¹²⁹但在言詞辯論終結時之前的時價較言詞辯論終結時為高的情形，則無法貫徹完全賠償原則。可見以該時為基準時並非沒有例外。從德國民事訴訟法第 287 條為完全賠償原則之訴訟法上的支持，且使法官不受當事人主張、舉證之拘束來看，解釋為法官得以選擇至言詞辯論終結時為止的任一時點為基準時，應該是正確的。¹³⁰

第三章 日本之契約債務不履行之損害賠償範圍學說之演變

第一節 日本民法第 416 條之立法沿革

日本法下，處理契約債務不履行之損害賠償範圍者，為民法第 416 條。在此先介紹之。

日本學者星野英一，以法國民法典對日本之影響之觀點，將日本民法之歷史分成三時期：

(1) 第一期(1867~1890)——幾乎僅受法國民法典影響的時代

¹²⁷ 英文翻譯：Section 287 Investigation and determination of damages; amount of the claim
(1) Should the issue of whether or not damages have occurred, and the amount of the damage or of the equivalent in money to be reimbursed, be in dispute among the parties, the court shall rule on this issue at its discretion and conviction, based on its evaluation of all circumstances. The court may decide at its discretion whether or not - and if so, in which scope - any taking of evidence should be ordered as applied for, or whether or not any experts should be involved to prepare a report. The court may examine the party tendering evidence on the damage or the equivalent in money thereof; the stipulations of section 452 (1), first sentence, subsections (2) to (4) shall apply mutatis mutandis.

(2) In the event of pecuniary disputes, the stipulations of subsection (1), sentences 1 and 2, shall apply mutatis mutandis also to other cases, insofar as the amount of a claim is in dispute among the parties and to the extent the full and complete clarification of all circumstances authoritative in this regard entails difficulties that are disproportionate to the significance of the disputed portion of the claim. (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html#gl_p0024，最後瀏覽日：03/25/2013)

¹²⁸ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 287，東京都：東京大學出版會。

¹²⁹ Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, S. 173; Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 2 Bde., 5. Aufl. 1967, S. 163; Palandt-Danckelmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Aufl., 1964, §§ 249-255. RGZ 80, 164; 98, 57; 101, 419; 102, 383; 105, 117; 106, 184. RGZ 101, 418. 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 288，東京都：東京大學出版會。

¹³⁰ Vgl. Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Bd. II, 1959, Teil 1, Bem. 26 zu § 249 (S. 91). 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 288，東京都：東京大學出版會。

(2)第二期(1890~1965)—德國民法典與德國民法學之支配性影響

(3)第三期(1965~現在)—民法學的大轉換期。¹³¹

日本民法第 416 條之形成，橫跨(1)(2)時期，首先由法國學者 Boissonade 起草(舊民法第 385 條，①1882 年版、②1883 年版、③1891 年版)，以法國民法相關條文為原型。接著由日本學者穗積陳重(1855~1926)、富井政章(1858~1935)以及梅謙次郎(1860~1910)組成法典調查會提出原案第 410 條(1895 年 1 月 18 日審議)，此時期可以看到德國法之影響變強。最後，經過第九回帝國議會之審議，條號有所變更，而成為現行規定第 416 條。¹³²

以下詳細說明其立法過程以及條文變遷。

第一項 舊民法第 385 條

明治政府於 1879 年委託 G. E. Boissonade¹³³ 制定日本民法草案。條文如下。

舊民法財產編第 385 條：「損害賠償包含債權人所受損失之償金以及所失利益之填補。但債務人無惡意而僅因懈怠造成之不履行以及遲延，損害賠償包含當事人於合意時預見或應得預見的損失與利得之喪失。在惡意的情形，雖為不得預見的損害，若為因不履行所造成之不可避免的結果，債務人仍負擔其賠償。」

Boissonade 大致上是以法國民法典為模型而起草。¹³⁴ 第 1 項同法國民法第 1149 條、第二項為同法第 1150 條，同條第三項為同法第 1151 條所來，從規定的體裁來看即可為明瞭的推測。¹³⁵ 但是 Boissonade 仍加入了其他要素：法國的判例、新的特別法與學說、於法國民法典之後公布的各法典，以及未必是多數說之其本人的理論。¹³⁶ 因此舊民法財產編第 385 條和

¹³¹ 星野英一(2006)〈フランス民法典の日本に与えた影響〉，北村一郎編《フランス民法典の 200 年》，頁 63-89，東京都：有斐閣。

¹³² 中田裕康(1998)〈415 条・416 条（債務不履行による損害賠償）〉，広中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債権編》，頁 7，東京都：有斐閣。

¹³³ Boissonade，為法國巴黎大學一級教員(Agrégation)的法學者，自 1873(明治六年)年至 95(明治二十八年)年作為日本的受雇外國人，在法學教育、立法、外交談判等方面貢獻良多。小柳春一郎(1998)〈民法典の誕生〉，広中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債権編》，頁 2，東京都：有斐閣。

¹³⁴ 星野英一(2006)〈フランス民法典の日本に与えた影響〉，北村一郎編《フランス民法典の 200 年》，頁 64，東京都：有斐閣。

¹³⁵ 平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁 146，東京都：東京大學出版會。

¹³⁶ 星野英一(2006)〈フランス民法典の日本に与えた影響〉，北村一郎編《フランス民法典の 200 年》，頁 64，東京都：有斐閣。

法國民法第 1150 條、第 1151 條比較，有下述不同：

(1) 預見之對象

就預見的對象為因不履行而造成的損害額，還是損害的原因或性質，有圍繞法國民法第 1150 條的論爭，最後採取中間路線，本草案不要求預見損害之額度。¹³⁷

(2) 惡意債務人之賠償範圍基準

法國民法典第 1151 條的「不履行所造成之立即且直接的後果(une suite immédiate et directe de l' inexécution)」的表現，變成「因不履行所造成之不可避免的結果」。根據 Boissonade 之想法，法國民法典之直接損害應該是法律問題，將強加判定之困難於法官，於是將之變成事實問題的是否為債權人「無法避免」的損害，法院判斷較為容易，此與 Pothier 之見解合致，¹³⁸ 與其所說的「必然的結果(une suite nécessaire)」思考相同。¹³⁹ 另外，可以避免法國法有利於惡意債務人之情形，蓋在法國法下，非惡意之債務人，就得以預見之間接損害仍必須負責，但惡意之債務人未有預見即不負責。¹⁴⁰

(3) 準用於侵權行為損害賠償範圍

侵權行為(「犯罪以及準犯罪」)之損害賠償，準用本條(舊民法財產編 370 條第 3 項)。相對的，法國民法並無準用規定，雖然如此認為的學者並不多，但兩者確有顯著的類似性，只是效果並非刑罰而是民事賠償。依據此規定，依侵權行為人之惡意或單純過失而異其賠償範圍。¹⁴¹

此一草案，原本定於 1893 年 1 月 1 日施行。但是，針對其施行有非

¹³⁷ 中田裕康(1998)，〈415 條・416 條(債務不履行による損害賠償)〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 14，東京都：有斐閣。

¹³⁸ 國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範囲〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 514，東京都：有斐閣。

¹³⁹ 北川善太郎(1968)，《日本法學の歴史と理論》，頁 63，日本評論社。轉引自中田裕康(1998)，〈415 條・416 條(債務不履行による損害賠償)〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 14，東京都：有斐閣。

¹⁴⁰ 林良平、石田喜久夫、高夫多喜男(1983)，《債權總論》，改訂版，頁 120，東京都：青林書院。注 2。

¹⁴¹ 中田裕康(1998)，〈415 條・416 條(債務不履行による損害賠償)〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 14，東京都：有斐閣。舊民法理由書，頁 489 以下(草案第 390 條)。在惡意的情形，不限於行為人在不法行為之時點有預見可能的損害，但在僅有過失的情形，不超過實際上或具有合理的預見可能性之損害。與 385 條有預見主體、時期之不同。

常強烈的反對運動，即所謂的「法典論爭」¹⁴²，可以看做是對法國學派影響力之挑戰，以及對於日本已有本國權威學者，是否有必要聘僱外國人制定法律的質疑。¹⁴³在日本社會與議會之激烈討論後，1892年之議會決議延至1896年施行。

第二項 法典調查會原案第410條

法典論爭的結果，便是舊民法延期施行。於同年11月24日法律第8號公布，其意義在於，舊民法並非單純地被廢止，而是不直接施行且加以修正，為了修正延至1896年12月31日施行，換言之，是以舊民法為地基編纂新的民法。因此，舊民法對民法典仍有很大的影響。

民法典的編纂方式之特徵為，基於1893年三月二十五日敕令11號法典調查會規則而組成「法典調查會」。¹⁴⁴有關修正案的作成，主查委員中有三名(穗積陳重、富井政章、梅謙次郎)擔任起草委員(調查規程第二條)。其擬定之條文如下。¹⁴⁵

法典調查會原案第410條：「損害賠償的請求，在通常情形以賠償因債務不履行將生的損害為其目的。當事人自始已預見且得預見的損害，雖係因特別情事而生，仍得請求賠償。」

與舊民法不同之處為：

(1) 除去直接損害與間接損害之分別

起草委員穗積陳重說明：「……第一，關於損害賠償，與所謂其損害的關係為何始為妥的問題於各國民法有各式各樣的想法，簡要來說有採取若原因結果的關係存在則得以請求損害賠償的主義的國家，也有自其原因

¹⁴² 於1889年五月帝國大學之畢業生所組成的團體之法學士會發表了以「關於法典編纂之意見書」為題的要求舊民法延期施行延期的意見書，而開始了「法典論爭」。一般來說，學習法國法的法國法學派(司法省學校、和佛法律學校〔法政大學的前身〕、明治法律學校〔明治大學的前身〕等的學生、畢業生)為要求法典即行的斷行派，英國法學派(帝國大學、東京法學院〔中央大學的前身〕等的學生、畢業生)則為延期派。小柳春一郎(1998)，〈民法典の誕生〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第3卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁13-14，東京都：有斐閣。

¹⁴³ 當時日本對於Boissonade的攻擊，有許多是出於民族感情，如穗積八束提出之「民法出，忠孝滅」的口號，而非理論上之爭執。岸上晴志(1997)，〈ボアナード時代〉，水本浩、平井一雄編，《日本民法學史 通史》，初版，頁74-45，東京都：信山社。

¹⁴⁴ 法典調查會，屬內閣直屬機關，以首相伊藤博文為總裁，以西園寺公望為副總裁，共任命主查委員十八名，查定委員二十一名。其他委員自官僚、司法官、律師、實業家等多樣經驗人士中選出。小柳春一郎(1998)，〈民法典の誕生〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第3卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁16，東京都：有斐閣。

¹⁴⁵ 小柳春一郎(1998)，〈民法典の誕生〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第3卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁16，東京都：有斐閣。

結果設置階段，區分直接的間接的原因，若非直接的原因則不得請求之採取此二階級區分的國家……，本案採第一個主義，依此若就不履行可以證明原因結果的關係時我認為採此主義較穩當…德國也採此主義……因為，特別是以直接結果來判斷的法國、荷蘭、瑞士等國…依其原因為直接或間接有很大的不同，人人思考方式不一」。「……總之依據債務的履行債權人預見某利益是因不履行而生的結果，正式出庭且得以證明的話，則我認為將債權人回復至相當接近於原有的狀態是當然的，因此我們決定不區分直接間接原因」。¹⁴⁶

簡要地說，直接、間接之區分既不明確且複雜，只要能證明原因、結果的關係，將債權人盡可能地回復至原狀是當然的，故在上述關係為明顯的情形便得以請求損害賠償，不區分直接、間接損害，德國亦採用之。¹⁴⁷

(2) 排除惡意與懈怠之區分

起草委員穗積陳重說明：「此損害賠償之責，大致上來說可以分成採區分不履行之惡意或過失等主義的國家，與不採用惡意過失等區分的國家此二者……也有將過失又區分成重大過失與通常過失的國家……」。但是，「和刑法不同，應採取除去不履行此義務的結果、使債務人回復相當接近原狀的主義，不以債權人之原狀為準而以債務人之原狀為標準是可笑的歪理，這並不是以德義來做懲罰也不是使債務人受到懲戒，而是使債權人回復至原狀，故排斥一切設有惡意善意到過失的程度等級並依此決定賠償多少額度的標準，在此不採用之」。¹⁴⁸

要言之，損害賠償是除去債務不履行之結果，盡可能地將債權人回復至原狀，並非在懲罰債務人，故以有責性決定損害賠償範圍的作法，一律不採用。¹⁴⁹

(3) 將區分惡意與懈怠並要求在懈怠之情形需具有預見可能性，改成，在通常之情形不須具有預見可能性，因特別情事而生之損害則須具有之

穗積委員說明：「……損害賠償之範圍為何，決定其額的標準為何」

¹⁴⁶ 法典調查會民法議事速紀錄 18 卷 52 丁。轉引自平井宜雄(1971)《損害賠償法の理論》，初版，頁 147-148，東京都：東京大學出版會。

¹⁴⁷ 國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 514，東京都：有斐閣。中田裕康(1998)，〈415 條・416 條（債務不履行による損害賠償）〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 15，東京都：有斐閣。

¹⁴⁸ 法典調查會民法議事速紀錄 18 卷 53-54 丁。轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 148，東京都：東京大學出版會。

¹⁴⁹ 國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 514，東京都：有斐閣。

「所謂預見，以債務關係決定，必須有一致的標準，不用說當事人自始預見已存在者便納入之，通常之人將為某交易或處於出售的地位，在十人中有八九人，即高注意程度之人中之多數人的情形，預見若不履行，則必然對債權人造成損害，必須有決定被預見者之賠償額的標準，若預見或得以預見的話，縱令係因特別情事而生，仍得請求賠償……」。「回歸至英吉利等的有名判決例之規則等，若由通常的結果可預見，卻要求縱使為特別的結果亦要賠償，不論如何都無法認定其為穩當的規則，故制定出如本案的標準。」¹⁵⁰

也就是說，債務關係之性質上，應以預見為標準之一。所謂預見是指必須「以債務關係之性質」來決定損害賠償範圍以及額度的標準。即使是因特別情事而生之損害，若有預見可能性亦為賠償對象，英國判例法最後也採此見解。¹⁵¹

就「通常情形」、「特別情事」，穗積委員說明，第一項有「若有債務不履行則不論何時都將產生的損害」的意義，若無「即使未預見亦無妨」、「通常的情形」此一文字，「有債務不履行而生之通常結果或異常結果都被納入而成為廣泛含糊的項目的疑慮」，故該文字為必要。第二項的特別的情事為，「通常原因結果之外且以已預見為必要」，第一項與第二項的關係是「第二項範圍較擴大」。¹⁵²

第三項 現行民法第 416 條

日本民法第 416 條：「對債務不履行之損害賠償請求，以賠償因債務不履行通常將造成之損害為目的。即使是因特別情事而生之損害，若當事人已預見或得預見該情事，債權人仍得請求賠償。」¹⁵³

主要的改變是：

①將第一項改成「因債務不履行通常將造成」這樣的表現，②將第二

¹⁵⁰ 法典調查會民法議事速紀錄 18 卷 54-55 丁。轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 148-149，東京都：東京大學出版會。

¹⁵¹ 國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範囲〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 515，東京都：有斐閣。中田裕康(1998)，〈415 條・416 條（債務不履行による損害賠償）〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 15-16，東京都：有斐閣。

¹⁵² 中田裕康(1998)，〈415 條・416 條（債務不履行による損害賠償）〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 16，東京都：有斐閣。

¹⁵³ 原文：「債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。」

項之「自始」的文字刪除，③預見的對象由「損害」變為特別的「情事」。第一項之修正不過是修辭學，第二項之修正則擴大原案之賠償範圍。¹⁵⁴

將第二項之「自始」的文字刪除，影響到預見基準時。就是否要刪除此文字，起草委員有活潑的討論。穗積委員不贊成刪去「自始」此一文字，因為在契約締結時，負擔的「債務的分量」已經決定，之後因為預見而加重責任，不論是理論上還是實際上都不穩當。但梅委員強調若原因結果關係明確則使之為一切損害賠償的立場，贊成刪除該文字以擴張賠償範圍。磯部委員亦反駁穗積委員之契約後義務加重為不當的說明，表示只要「損害的計算額」並非契約時而是以損害發生時所增加的價值為準，其說法便無說服力。¹⁵⁵

另外，有關預見對象的改變，也有激烈的討論。田部芳委員表示，原案對於損害雖要求預見可能性，但只要可預見特別的情事即足。穗積委員反駁之，認為這樣一來債務人之責任會過重。梅委員則於田部芳委員提出修正案並補正字句後，支持之。富井委員就「自始」並無定見，認為預見的對象不論是情事也好損害也好，實際上是相同的，支持原案。表決的結果，田部修正案通過，與長谷修正案合併，變成了下一次的決定案。經過整理會的文字修正(各項的「ヨリ」改成「二因リテ」，第一項的「目的」改成「其目的」，第二項的「之時」改為「債務人」)後，在帝國議會之條數變更後，成為了現行民法第 416 條。¹⁵⁶

第四項 小結

上述立法史為學者主張解釋日本民法第 416 條時，究竟應以德國法為依據或英國法、法國法為依據的論述基礎。相當因果關係論者，注重「自始」文字的刪除以及梅委員偏向完全賠償原則之發言、穗積委員不區分直接間接損害而與德國採取相同主義的發言¹⁵⁷，認為德國法之影響較大，本

¹⁵⁴ 國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 515，東京都：有斐閣。

¹⁵⁵ 中田裕康(1998)〈415 條・416 條（債務不履行による損害賠償）〉，廣中俊雄，星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 16，東京都：有斐閣。國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 517，東京都：有斐閣。註 43。民法議事速紀錄 18 卷 72-73 丁裏。

¹⁵⁶ 中田裕康(1998)〈415 條・416 條（債務不履行による損害賠償）〉，廣中俊雄，星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 18，東京都：有斐閣。

¹⁵⁷ 「……第一，關於損害賠償，與所謂其損害的關係為何始為妥的問題於各國民法有各式各樣的想法，簡要來說有採取若原因結果的關係存在則得以請求損害賠償的主義的國家，也有自其原因結果設置階段，區分直接的間接的原因，若非直接的原因則不得請求之區分此二階級的國家……，本案採第一個主義，依此若就不履行可以證明原因結果的關係時我認為採此主義較穩當……德國也採此主義……」

條所採取者為完全賠償原則。¹⁵⁸其他論者則注重曾經由 Boissonade 起草之立法過程以及穗積委員提及英國有名之判例的發言、¹⁵⁹曾經留學於英國，與預見可能性仍是範圍劃定之基準，因果關係並非唯一基準，而認為本條採取限制賠償原則，解釋時應注重母法，即法國法和英國法。¹⁶⁰

第二節 有關損害賠償範圍之學說與實務演變

第一項 第一期(1867~1890) — 幾乎僅受法國民法典影響的時代

在此時期，學說上主要是致力於法國法學著作之翻譯。¹⁶¹實務上法官將法國民法典作為「被寫下來的理性(ratio scripta)」來加以適用。據說大審院中，接受法國法教育的法官，即使在修正民法典施行後的 1905 年，於 29 位法官仍中有 10 位。可以推測他們是遵照法國民法的理論來解釋民法典的規定。¹⁶²

第二項 第二期(1890~1965)—德國民法典與德國民法學之支配性影響

於西元 1890 年至 1920 年，德國民法學擁有排他、獨佔之影響力。該時期最有力的政治家伊藤博文至德國留學，認為應該遵從普魯士之模型來制定憲法。法學家之龍頭穗積陳重也持同樣的看法，感嘆德國在科學與技術之領域的發展。穗積與其他教授們，將晚輩們送至德國。於是德國便成為日本之國家與學問的模範。而當時的法國法學是受到批判的。

教授們，將日本民法典之制度與觀念，以德國民法典的體系與德國學說來加以體系化。起草者的思考與編纂過程中所進行之討論反而被等閒視之。立法資料幾乎未被援用。在此時代日本民法的體系化與其觀念的說明，是遵從德國法的模型而行之。德國法學對日本法學有巨大的影響。學者北

¹⁵⁸ 如石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 141，東京都：東京大學出版會。

¹⁵⁹ 「回歸至英吉利等的有名判決例之規則等，若由通常的結果可預見，卻要求縱使為特別的結果亦要賠償，不論如何都無法認定其為穩當的規則，故制定出如本案的標準。」

¹⁶⁰ 如平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 179-150，東京都：東京大學出版會。國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範囲〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 516，東京都：有斐閣。中田裕康(1998)，〈415 条・416 条（債務不履行による損害賠償）〉，広中俊雄，星野英一編，《民法典の百年 第 3 卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁 20，東京都：有斐閣。

¹⁶¹ 舉出若干例子：Acollas、Beaudry-Lacantinerie、Demolombe、Huc、Marcadé、Mourlon、Paul-Pont。

¹⁶² 星野英一(2006)，〈フランス民法典の日本に与えた影響〉，北村一郎編《フランス民法典の 200 年》，頁 67-68，東京都：有斐閣。

川善太郎，稱此現象為「學說繼受」，確實地表現出此現象，而被日本的民法學者頻繁地使用。

至 1920 年，因為第一次世界大戰的爆發，改變了往德國一邊倒的情況。此時因為日本屬聯合國方，德國成為敵國，日本の法學者便無法至德國留學，而留學於美國、英國、法國，體驗到與德國不同的法學。代表者即為末弘嚴太郎。¹⁶³其對於當時的民法學，特別是對於石坂與鳩山之學問的傾向給予激烈的批判，論述「日本の法律書籍應有地方性色彩」。並為以下的主張：不應依據外國法之法典以及書籍來誇耀概念的正確性與體系的整合性。因此，不應以德國之法典與學說為模範。相反地，應該探求產生於日本社會的法。為了進行這些工作，判例的研究與社會現狀的調查是必要的。一言以蔽之，末弘強調法社會學之價值，與放棄德式風格的法解釋學之支配地位。¹⁶⁴雖然於 1920 年後，有上述改變，但德國學說仍有極大之影響力。

代表此時代之此一傾向的學者，為岡松參太郎(京大教授，1871~1921)、川名兼四郎(東大教授，1875~1914)、石坂音四郎(京大、之後成為東大教授，1877~1917)，以及鳩山秀夫(東大教授，1884~1946)。¹⁶⁵以下介紹通說(相當因果關係說)之發展過程。¹⁶⁶

第一款 初期學說—傾向完全賠償原則

(一)梅謙次郎說

梅雖然認為，理論上具有原因、結果關係之一切損害皆為賠償對象，但為了保護債務人，賦予限制。¹⁶⁷但是梅反對第 416 條之限制，認為因不履行而生之所有損害皆應賠償。其理由為，雖然梅認為對債務人過於嚴苛，但也認為由完全沒有過失之債權人承擔該損害，則對債權人保護不周。¹⁶⁸另外，即使是間接損害只要有因果關係仍應賠償為理之當然，雖然也有將間

¹⁶³ 五十嵐清(2003)，〈比較のなかの日本民法〉，《札幌法學》14 卷 2 號，頁 64。水本浩(1997)，〈民法学の転回と新展開—大正 10 年~昭和 20 年の民法学史〉，水本浩、平井一雄編《日本民法学史. 通史》，初版，頁 179-180，東京都：信山社。

¹⁶⁴ 星野英一(2006)，〈フランス民法典の日本に与えた影響〉，《フランス民法典の 200 年》，北村一郎編，頁 70。

¹⁶⁵ 星野英一(2006)，〈フランス民法典の日本に与えた影響〉，北村一郎編《フランス民法典の 200 年》，頁 68-70，東京都：有斐閣。

¹⁶⁶ 以下學說介紹引用自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範囲〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 519-543，東京都：有斐閣。

¹⁶⁷ 梅謙次郎(1913)，孟森、陳承澤、陳時夏譯述，《民法要義卷之三債權編》，明治三五年版，頁 32-33，上海：商務印書館。

¹⁶⁸ 梅謙次郎(1913)，孟森、陳承澤、陳時夏譯述，《民法要義卷之三債權編》，明治三五年版，頁 33，上海：商務印書館。

接損害解釋為不具因果關係之餘地，但因為用語極曖昧，要區分直接損害、間接損害是很困難的。¹⁶⁹

(二)岡松參太郎說

其認為，依第 415 條債權人可以請求與債務不履行之間具有因果關係之損害之賠償，而第 416 條採不區分惡意、善意之主義，以所有的不履行之結果即損害為賠償對象，因為對於債務人過於嚴苛，故將賠償責任限於通常損害與具有預見可能性之特別損害。¹⁷⁰排斥善意、惡意之區別，是因為損害賠償不具刑罰性質，而以補償債權人所受之損害為唯一目的，¹⁷¹而且，不採用直接損害、間接損害之區分。

(三)川名兼四郎說

川名在其著作《債權總論》(明治 37 年)，說明與債務不履行具因果關係之一切損害皆應賠償之意旨。依照第 416 條之旨趣，損害賠償不含懲罰性質，因為以回復至無債務不履行的狀況為目的，故該條不區分故意過失而異其效果，另一方面，不採用因不履行所生之一切損害皆要賠償之主義，就與不履行具因果關係之損害，以一定標準限制賠償額。¹⁷²根據其看法，該條，「不問在何情形，賠償範圍是，以預見或應得預見之情事為基礎之損害」¹⁷³，第一項之通常損害不過為以當事人「已預見或應得預見之情事為基礎的損害」，這一點與第二項並無不同。¹⁷⁴但是，川名在約十年後的《債權法要論》(大正 4 年)卻採相當因果關係。¹⁷⁵

總之，民法典制定後，學說依照立法旨理解該條。但是，梅與川名在立法論上主張完全賠償原則，對於該條之限制有強烈批判。這裡可以看到德國民法學之影響。在此階段，相當因果關係觀念尚未出現。¹⁷⁶

¹⁶⁹ 梅謙次郎(1913)，孟森、陳承澤、陳時夏譯述，《民法要義卷之三債權編》，明治三五年版，頁 34，上海：商務印書館。

¹⁷⁰ 岡松參太郎(1897)，《註釋民法理由下卷債權編》，頁 86，東京：有斐閣書房。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 520，東京都：有斐閣。

¹⁷¹ 岡松參太郎(1897)，《註釋民法理由下卷債權編》，頁 85，東京：有斐閣書房。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 520，東京都：有斐閣。

¹⁷² 岡松參太郎(1897)，《註釋民法理由下卷債權編》，頁 86，東京：有斐閣書房。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 520，東京都：有斐閣。

¹⁷³ 川名兼四郎(1905)，《債權總論》，明治三八年版，頁 154-155，東京市：金刺芳流堂。

¹⁷⁴ 川名兼四郎(1905)，《債權總論》，明治三八年版，頁 157-158，東京市：金刺芳流堂。

¹⁷⁵ 川名兼四郎(1916)，《債權法要論》，大正五年版，頁 190 以下，東京市：金刺芳流堂。

¹⁷⁶ 國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 521-522，東京都：有斐閣。

第二款 日本民法第 416 條與相當因果關係之結合

受到德國民法學之影響，初期之學說，不僅以完全賠償原則為理想，其後移向以相當因果關係決定賠償範圍這樣的形態，將第 416 條與相當因果關係等式化之通說誕生了。¹⁷⁷ 依照損害賠償的目的，雖應使債務人負擔具有因果關係之全部損害之賠償責任，但因為責任無限擴展，將造成對債務人而言過於苛酷的結果，每個國家多少都會採取限制賠償責任的政策。¹⁷⁸ 因為因果關係將使責任範圍無限擴大，故有加以適當限制的必要這樣的推論，可以推測是以法的因果關係來限制賠償範圍之思考的萌芽。¹⁷⁹

相當因果關係之輸入始自石坂音四郎，並固定了其後的學說。但是，第 416 條與相當因果關係之解釋論上的結合之方法，見解分歧，亦有極少數不依據相當因果關係之學說。以下介紹各學說。

首先為依據第 416 條與相當因果關係論所決定之賠償範圍的關係而加以分類的限制說(第 416 條限制了相當因果關係之範圍)、同一說(第 416 條與相當因果關係範圍相同)、擴張說(第 416 條擴大了相當因果關係之範圍)。

(一) 限制說—石坂音四郎、富井政章

石坂認為，損害賠償之成立以因果關係為必要，在應嚴格區別因果關係之問題與過失之問題之上，詳細地比較檢討有關因果關係的(德國)各學說¹⁸⁰，以適當條件說為私法上的通說¹⁸¹，在適當條件說之中，以 Traeger 說為最妥當的學說。¹⁸² 於是，在判定因果關係時，不以損害與行為之間具有直接的因果關係為必要，即使是間接的結果，只要具有適當條件即足¹⁸³，

¹⁷⁷ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 76 以下，東京都：東京大學出版會。

¹⁷⁸ 橫田秀雄(1928)，《債權總論》，頁 321 以下，早稻田大學出版部。

¹⁷⁹ 橫田秀雄在前註之著作表示，即使是德國，也依據法官之自由心證劃定賠償範圍。

¹⁸⁰ 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 287 以下，東京都：有斐閣。有關適當條件說，同書，頁 293 以下。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 524，東京都：有斐閣。

¹⁸¹ 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 298，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 524，東京都：有斐閣。

¹⁸² 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 298，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

¹⁸³ 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 299-300，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

也不區分通常損害或是因特別情事而生之損害。¹⁸⁴預見可能性是過失的問題，故不考量之。¹⁸⁵從此立場來看，第 416 條限制賠償對象之方法，反映出適當條件之限制。¹⁸⁶適當條件比通常損害更為廣泛，且不要求預見可能性。

富井政章也認為，第 416 條，與侵權行為相較，是責任較為減輕之特別規定，「以適當條件來限制損害賠償範圍」。¹⁸⁷這是承襲法國理論的說明，可視為與石坂說不同。但是富井在該條將賠償對象限於通常損害與具有預見可能之特別損害之上，「在債務不履行的情形，因果關係不應單純依適當條件定之，不限於此處所明文之範圍」¹⁸⁸，將相當因果關係說與第 416 條為對立的理解這一點，與石坂相同。

總之，石坂直接輸入德國理論¹⁸⁹，於賠償範圍上，不區分侵權行為或債務不履行，皆採因果關係論中之適當條件說及相當因果關係說，¹⁹⁰並將此納入第 416 條之解釋論。這便是使相當因果關係說與第 416 條結合之解釋方向固定之由來。¹⁹¹

(二)同一說—川名兼四郎、鳩山秀夫、近藤英吉、柚木馨

川名兼四郎認為，日本民法「僅限於通常將生之損害以及與不履行間具因果關係者，且應以此見解為基礎」。¹⁹²此處與石坂說不同，存在將第

¹⁸⁴ 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 298-299，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

¹⁸⁵ 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 299，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

¹⁸⁶ 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 299-300，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

¹⁸⁷ 富井政章(1929)，《民法原論第三卷債權總論(上)》，頁 210-211，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

¹⁸⁸ 富井政章(1929)，《民法原論第三卷債權總論(上)》，頁 210，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

¹⁸⁹ 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 282，東京都：有斐閣。於該頁論述損害之意義，石坂採差額說，此說與完全賠償原則關係密切。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

¹⁹⁰ 石坂音四郎(1911)，《日本民法第三編債權第一卷》，頁 298，東京都：有斐閣。同旨，富井政章(1929)，《民法原論第三卷債權總論(上)》，頁 213，東京都：有斐閣。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 525，東京都：有斐閣。

¹⁹¹ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 79，東京都：東京大學出版會。

¹⁹² 川名兼四郎(1916)，《債權法要論》，大正五年版，頁 188 以下，東京市：金刺芳流堂。

416 條視同於相當因果關係的思考。但未說明何為特別損害。

鳩山秀夫，闡明相關解釋態度，且將相當因果關係與第 416 條等式化。鳩山就因果關係之意義，採相當因果關係中的以行為人「知悉或應得知悉」之事實為基礎的 Traeger 說，同時將第 416 條解釋成「宛如是在規定相當因果關係之內容」¹⁹³，第 416 條第 2 項既未擴張亦未限制相當因果關係。該項以有預見可能之事實為基礎的這一點上，與相當因果關係之內容是相同的。¹⁹⁴

近藤英吉、柚木馨，雖也將該條與相當因果關係等式化，說明該條第 1 項所說的「通常將生之損害」是指「事物自然性質上將產生之損害」，不問是基於通常情事或因特別情事而生，第二項所說的「因特別情事而生之損害」也意指「因特別情事通常將生之損害」，該條最後不區分通常情事與特別情事，通常將生之損害雖亦以預見可能性為必要，但因為通常情事當然有預見可能，故只明文規定特別情事以預見可能性為必要。¹⁹⁵根據此說，該條第 1 項體現相當因果關係，第 2 項不過是在明示其內容。

(三)擴張說—曄道文藝、中島玉吉、勝本正晃

曄道文藝認為，第 416 條第 2 項規定之賠償範圍，擴大了相當因果關係說所定之賠償範圍。¹⁹⁶根據該項規定，即使是最有注意力之人都無法預見之事，若行為人於行為時得知此事，則該情事所造成之損害便成為賠償對象。

中島玉吉也認為，第 416 條第 2 項，擴張了相當因果關係。以相當因果關係為通說(引用川名、石坂、鳩山)，且最符合法律之目的¹⁹⁷，決定是否屬於通常損害必須依據相當因果關係說，雖應將該條第 1 項解釋為相當因果關係之規定¹⁹⁸，但該條第 2 項，附加了當事人之預見的條件，以經由相當因果關係說所判斷出之損害以外的損害為賠償對象，故不妨將該項視

¹⁹³ 鳩山秀夫(1937)，《日本債權法總論》，昭和一二年版，頁 73-74，東京市：岩波書店。

¹⁹⁴ 鳩山秀夫(1937)，《日本債權法總論》，昭和一二年版，頁 78，東京市：岩波書店。

¹⁹⁵ 近藤英吉、柚木馨(1934)，《註釋日本民法債權編總則(上)》，頁 186 以下，巖松堂書店。

¹⁹⁶ 曄道文藝(1917)，〈民法第四百十六條ト不法行為ニ因ル損害賠償ノ範圍〉，《京都法學雜誌》，12 卷 5 號，頁 73。末弘嚴太郎(1911)，〈第三者ノ債權侵害ハ不法行為トナルカ〉，《法曹會記事》，24 卷 5 號，頁 38。都採用擴張說。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 527，東京都：有斐閣。

¹⁹⁷ 中島玉吉(1924)，《民法積義卷之三債權總論(上)》，頁 537，金刺芳流堂。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 527，東京都：有斐閣。

¹⁹⁸ 中島玉吉(1924)，《民法積義卷之三債權總論(上)》，頁 547，金刺芳流堂。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 527，東京都：有斐閣。

為相當因果關係說之擴張。¹⁹⁹

勝本正晃採用相當因果關係說，但稱之為「普遍的條件認識可能說」²⁰⁰，認為第 416 條大致上與此說相同，但「在特別情事，當事人未預見，而只是單純地應得預見時，則不以相當條件為原因，我國民法在這一點上比我所採取之相當因果範圍說，範圍更加廣泛」。²⁰¹

中島說與勝本說，雖對相當因果關係之理解有差異，但皆認為「通常將生之損害」所規定者為相當因果關係，因此，第 2 項之特別損害，有擴張相當因果關係說之意義。

(四)不使用相當因果關係之學說— 磯谷幸次郎、烏賀陽然良、末弘嚴太郎

即使在此時期，也有不採用相當因果關係之學說。例如，磯谷幸次郎於其所著《債權法論》中，敘述通常損害是「在事物之普通狀態下將產生之損害」而不以預見可能性為必要²⁰²，但因特別情事而產生之損害只有在具有預見可能性時始為賠償對象²⁰³，僅以解釋第 416 條之條文來說明賠償範圍。磯谷說對於相當因果關係說之評價不明，並未為積極評價。²⁰⁴

烏賀陽然良亦完全未觸及相當因果關係。²⁰⁵其認為，損害賠償之目的是賠償一切損害，債務不履行與侵權行為不同，從保護債務人之觀點來看，第 416 條限制了損害賠償²⁰⁶，和梅等初期學說基本上看法是相同的。另外，

¹⁹⁹ 中島玉吉(1924)，《民法積義卷之三債權總論(上)》，頁 549，金刺芳流堂。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 527，東京都:有斐閣。

²⁰⁰ 勝本所說的普遍的條件認識可能說屬客觀的相當因果關係說之 Rümelin 說與 Traeger 說，並加以多少修正，其要點是，參酌行為人現在已知或應得知的條件，而且在知悉或應得知悉時以當事人之一般經驗為基礎而應可以防止結果時，則有因果關係。要言之，其參酌結果防止可能性這一點，和德國之客觀相當因果關係說不同。國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 533，東京都:有斐閣。註 46。

²⁰¹ 勝本正晃(1930)，《債權總論(上)》，頁 365-367，巖松堂。

²⁰² 磯谷幸次郎(1920)，《債權法總論(上)》，頁 437-438，巖松堂。

²⁰³ 磯谷幸次郎(1920)，《債權法總論(上)》，頁 439，巖松堂。

²⁰⁴ 磯谷表示，所有具因果關係之損害皆應賠償，「不僅是不妥當，且因果這樣的文字頗空泛，實際適用時，多產生疑義」。磯谷幸次郎(1920)，《債權法總論(上)》，頁 436-437，巖松堂。批判條件說之同時，認為通常損害屬「在事物之普通狀態下產生之損害」(同書，頁 73)，判斷標準為，以「吾人一般的智識經驗與社會之交易觀念為基礎，依照各債務之性質來判斷」(同書，頁 439)。實際上看似以相當因果關係說來說明，但完全不觸及相當因果關係說，可以看出是有意識地迴避。

²⁰⁵ 烏賀陽然良(1924)，《債權總論綱要(上)》，頁 154 以下，巖松堂。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 528，東京都:有斐閣。

²⁰⁶ 烏賀陽然良(1924)，《債權總論綱要(上)》，頁 155，巖松堂。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 528，東京都:有斐閣。

至少在劃定債務不履行賠償範圍時，相當因果關係概念是不必要的、甚至是無用的，應以第 416 條所定之基礎為依據，對相當因果關係之有用性提出質疑，可以看出與富井說之關聯。

末弘嚴太郎認為，在金錢債權以外的情形，設有民法第 416 條，「某程度對賠償範圍—即相當因果關係之範圍內—加以限制」，完全未提及相當因果關係之內容，僅根據條文解釋來說明賠償範圍。²⁰⁷末弘說雖然在將第 416 條與相當因果關係視為同一的這一點上，與磯谷說、烏賀陽說不同，但具體上並未言及相當因果關係，以通常損害和特別損害之條文解釋來說明賠償範圍，這點與後二者是相同的。

(五)相當因果關係批判說—岡村玄治

另外，也有積極反對相當因果關係之學說存在。岡村玄治之見解即屬之。岡村認為，第 416 條並未將全部與債務不履行具因果關係之損害皆視為賠償對象，而採用通常損害、特別損害的方式來限制債務人之賠償責任範圍²⁰⁸，債務不履行與無相關限制之侵權行為之損害賠償範圍是不同的²⁰⁹。在其著作《債權法要論》，批判相當因果關係說，「學者多遵從法律之目的決定因果之概念，這完全是將因果與責任混淆了」，就因果關係雖有適當條件說以及相當因果關係說，但這些也「同樣將因果與責任混同而不正確」。

²¹⁰

第三款 通說之確立

第一目 同一說(日本民法第 416 條=相當因果關係)成為通說

對於相當因果關係說之積極評價，導出賠償範圍應以相當因果關係決定之結論，並以相關理論之現實化、具體化的解釋論為志向，因此，將相當因果關係解釋成與第 416 條同義，是極自然的，而且，是有效的解釋論操作。嘗試使相當因果關係與日本民法第 416 條之結合者，有鳩山秀夫、中島玉吉、近藤英吉與柚木馨，以及我妻榮。²¹¹

²⁰⁷ 末弘嚴太郎(1928)，《債權總論》，頁 61，日本評論社。

²⁰⁸ 岡村玄治(1911)，〈損害賠償ノ二種〉，《京都法學雜誌》，6 卷 4 號，頁 77。

²⁰⁹ 岡村玄治(1911)，〈損害賠償ノ二種〉，《京都法學雜誌》，6 卷 4 號，頁 82。

²¹⁰ 岡村玄治(1951)，《債權法要論總論》，頁 27，中大出版社。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 528，東京都：有斐閣。

²¹¹ 國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債

鳩山說，以客觀的預見可能性為相當因果關係說之基礎，認為第 416 條所規定者為相當因果關係說，以善良的管理人之預見可能性為共通項，將二者予以解釋性的結合。²¹²這雖然是精巧的解釋論操作，但第 416 條與相當因果關係之內容在結合之後二者都有所改變。²¹³而且，鳩山說中，有關第 1 項與第 2 項之關係等，仍留有理論上之不透明的部分。

中島說，在接受鳩山說之下，雖以理論性地結合相當因果關係與第 416 條為志向，但僅將該條第一項解釋成與相當因果關係同義。以相當因果關係判斷是否為通常損害，採取將「通常將生之損害」解釋成「具相當因果關係之損害」的形式。從這裡也可以看到將相當因果關係與第 416 條結合的解釋論功夫。但是，與鳩山說一樣，他們所說相當因果關係之功能，與德國不同。²¹⁴且對第二項之解釋方法與第一項有差異。

前兩說並未使日本民法第 416 條第一項與該條第二項共用同一標準，之後的近藤英吉與柚木馨說，以及我妻榮說，克服了這一點。

近藤英吉與柚木馨說認為，第 416 條第一項體現出相當因果關係，第二項明示其內容，如此整理兩項之關係。條文解釋上，將第 2 項之特別損害解釋成「因特別情事通常將生之損害」，欲與第 1 項整合，而且雖然兩項皆以預見可能性為必要，但以因為通常情事當然有預見可能為由，來說明為何僅有第二項明示預見可能性。²¹⁵近藤、柚木說，與鳩山說一樣，都可以看到日本化，²¹⁶但在條文解釋上則更為精密。

我妻說認為，與債務不履行具相當因果關係之所有損害皆在賠償範圍內。具有相當因果關係之損害，是「在因該債務現實上所生的損害之中，除去該在情形下特有的損害，僅指若有該債務不履行時一般將產生之損害」，第 416 條之「第一項宣示相當因果關係之原則，第二項則出示應以其為(判斷相當因果關係之)²¹⁷基礎的特別情事之範圍」。依照損害賠償制度之目的，「填補在通常情形將生之損害」是最妥適的，「這即是為何相當因

權總論》，初版，頁 535-545，東京都：有斐閣。

²¹² 鳩山秀夫(1937)，《日本債權法總論》，昭和一二年版，頁 73-74、78，東京市：岩波書店。

²¹³ 北川善太郎(1968)，《日本法學の歴史と理論》，頁 79-80，日本評論社。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 537，東京都：有斐閣。

²¹⁴ 北川善太郎(1968)，《日本法學の歴史と理論》，頁 79-80，日本評論社。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 537，東京都：有斐閣。

²¹⁵ 近藤英吉、柚木馨(1934)，《註釋日本民法債權編總則(上)》，頁 186 以下，巖松堂書店。

²¹⁶ 北川善太郎(1968)，《日本法學の歴史と理論》，頁 79-80，日本評論社。轉引自國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 537，東京都：有斐閣。

²¹⁷ 括號文字為本文所加。

果關係說被認為是損害賠償之通則的原因」，「最近採取相當因果關係者，一般上，加上債務人知悉或應得知悉之情事這樣的特別事項，並以相當因果關係為基礎」。²¹⁸

我妻說雖與近藤、柚木說看似採取同一的解釋態度，兩者卻實有不同。兩說皆企圖在相當因果關係之框架內一致地說明第1項與第2項，將預見可能性解為相當因果關係的要素之一，雖然將第一項視為相當因果關係的這一點上是相同的，第一項與第二項之結合方法與說明方式卻有不同。近藤、柚木說將「通常將生之損害」與相當因果關係結合，為使第二項與此相符而改變其原本意義，我妻說則是，從以有預見可能之情事為相當因果關係之基礎的理解，經由賦予相當因果關係之意義將兩項作連結，出現「第一項宣示相當因果關係之原則，第二項則出示應以之為基礎的特別情事之範圍」之理解。乍看之下我妻說較有整合性而清楚，且將相當因果關係和法律條文之結合較有說服力，因此我妻說的說明方式成為學術中的大宗。²¹⁹於是，在我妻說之後，各學說幾乎一致地採同一說，並受到富喜丸案判決之支持，²²⁰通說見解在此確立。²²¹以下以我妻說為通說之代表，詳述其內容。

第二目 通說之代表—我妻說

損害賠償之範圍，包含所有與債務不履行具有相當因果關係之損害。所謂具相當因果關係之損害，是指在該債務不履行所造成之現實的損害中，除去該情形下特有的損害後，所剩下的、被認定為若有該債務不履行則一般上將會產生的損害。以相當因果關係限制自然界無限延伸的因果關係。由於損害賠償是以使受損害之一方受到他方賠償來謀求當事人之間公平為目的的制度，故填補在通常情形將受到之損害，最符合該制度之目的。故以相當因果關係說為損害賠償制度的通則。關於相當因果關係之內容以及何者屬於該債務不履行之特殊情事而應除去之，最近採相當因果關係說者，一般上，加入債務人已知或可得而知的情事，以其為判斷相當因果關

²¹⁸ 我妻榮(1954)，《債權總論(舊版)》，昭和二九年版，頁73-74，岩波書店。

²¹⁹ 採用與我妻說完全相同之解釋方法者，有石田文次郎(1949)，《債權總論》，昭和二三年版，頁61-62，早大出版部。山中康雄(1948)，《債權總則講義》，頁97，巖松堂。津曲藏之丞(1960)，《債權總論(上)》，頁110，青林書院。轉引自國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第4卷 債權總論》，初版，頁540，東京都：有斐閣。

²²⁰ 大判大正15年5月22日民集5卷6號386頁：「然而民法第416條之規定僅是基於共同生活之關係，明示人之行為與結果之間存有相當因果關係之範圍……。」淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁161，東京都：有斐閣。

²²¹ 國井和郎(1985)〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第4卷 債權總論》，初版，頁554，東京都：有斐閣。

係說的基礎。除此之外另有二說，一種為以所有客觀情事為判斷基礎，另一種為僅以債務人已知情事為基礎。若以所有客觀情事為相當因果關係之判斷，則幾乎所有具自然因果關係者皆將被納入損害賠償範圍，若僅以債務人所知者來判斷，則對於輕率之人過於有利，故此二標準皆不公平，故應加入債務人已知或可得而知的情事來判斷相當因果關係之存否，最為公平而符合制度之目的。

日本民法第 416 條，為損害賠償範圍之規定。其內容與上述之相當因果關係說之多數說合致。該條第一項宣示相當因果關係之原則，第二項則是應以其為判斷相當因果關係之基礎的特別情事之範圍。²²²詳言之：(a) 債務人預見或得預見者，為與該債務不履行有關連的情事，而非其所造成之損害。即預見之對象為損害之原因一情事，而非損害本身。在判斷何為通常損害時，納入這些情事，在該前提之下決定何為通常將產生之損害。²²³例如只能預見將有轉售一事時，因當時之轉售通常將獲得之利益，即在賠償範圍之內。²²⁴(b) 債務人是否已預見或得預見，以債務不履行時為準。蓋使在該時已預見或得預見損害之擴大情事卻仍不履行者負責賠償，是當然的。²²⁵換言之，即使在契約締結時無法預見，若至履行期之前得預見²²⁶、在遲延中得預見特別情事之發生的話，應將該情事納入考量。²²⁷(c) 就債務人是否已預見或得預見特別情事，由債權人負舉證責任。²²⁸(d) 所謂中間最高價格²²⁹以及損害賠償計算之基準時問題，也是表現出相當因果關係之思考的第 416 條之問題。²³⁰

於實際適用相當因果關係理論時，要有遭逢許多困難的覺悟，應注意其解決之最後基準為誠信原則與公平原則。蓋相當因果關係說，是為了公平決定賠償範圍而設置的標準。一方面，判定一定情事下所產生者為通常的、被類型化的損害，另一方面，認定伴隨該債務不履行之具體損害，要調和二者是極困難的事。當然必須對經濟界的狀態、物價變動的趨勢、交易習慣等有正確的認識，最後必須訴諸誠信公平的理念導出結論。瑞士債務法，就侵權行為，損害以及賠償的範圍與方法，採最終由法官自由裁量的方式，準用此於債務不履行(同法第 42 條、43 條、99 條)。自法的劃一

²²² 我妻榮(1964)，《新訂債權總論》，頁 120，東京都：岩波書店。

²²³ 淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 162，東京都：有斐閣。

²²⁴ 大判昭和 4.4.5 民集 373 頁。

²²⁵ 同旨，於保不二雄(1959)，《債權總論》，第 7 版，頁 130。

²²⁶ 大判大正 7.8.27 民錄 1658 頁，因歐洲戰爭爆發使火材價格暴漲。

²²⁷ 大判昭和 15.2.28 新聞 4543 號、大判昭和 15.5.8 判決全集 7 輯 17 號 13 頁，在履行期後得知債權人轉售一事且有遲延賠償之特約卻仍不履行。

²²⁸ 大判大正 13.5.27 民集 232 頁。

²²⁹ 契約標的物之價格一時上漲之後下跌的情形，是否得以中間的最高價格請求損害賠償之問題。

²³⁰ 淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 162，東京都：有斐閣。

性來看，雖立法上之妥當否有疑問，但理論上確有可取之處。

我妻將應賠償之損害之類型具體化如下：

(1)在以動產的移轉為目的的債務，若該動產以債權人普通生活上的使用為目的(衣物、家具、日用等)，在遲延期間因不能使用而生的損害。在營業用的情形(原料或營業用設備等)，於遲延期間因營業障礙而無法收益、或必須自其他地方以較高對價調度之損害。有轉售契約(主要是商品)時，債權人通常解除契約請求履行利益之賠償，或催告並請求替代標的物的賠償的情形，經由轉售通常可獲得的利益之喪失之損害。因遲延後履行而減少轉售利益時(價格下跌)，履行期的市價與實際履行時的市價的差額，便是基於遲延的損害額²³¹。轉售價格超越通常之轉售價格時，便屬因特別情事而生之損害。²³²(2)在以建築物之移轉為目的的債務(例如，承攬人建造的情形，出賣人或出租人應移轉交付時，承租人應返還建築物的情形等)，於債權人之目的為自己租住的情形，其間之不能居住便是損害(因另尋居所而支付特別高的租金、因不返還原先的居住而為特別的損害賠償等，應屬特別情事)。另外，將該住屋出租與他人，或以該屋營業的情形，租金、經由營業一般將可獲得的營業利益也會被視為損害。²³³而且，債權人將該住屋售與他人時，因債務人的遲延而使該賣賣契約有障礙時(例如加倍還違約金等)，因此而造成之損害原則上也應包含在內。²³⁴履行不能時，以借地權的交換價格為基礎計算較為適切。²³⁵(3)在以土地之移轉為目的的債務(例如，土地的出賣人、出租人應為移轉，債務人應返還的情形等)，與前述的建築物應為同樣處理。以擁有建築物為目的之借地權，出租人在一定期間妨礙借地權人使用收益時，應加上借地權人於該期間內因不能使用而生的損害。²³⁶(4)在以船舶之移轉為目的的債務，和建築物以及土地做同樣處理即可。也即是說，若是自家用的船，在遲延期間無法使用收益即是損害，以租賃為目的的話，在該期間中一般的傭船金即是損害。²³⁷

關於損害賠償計算基準時的問題，我妻之看法如下。價格計算的標準時期，依情形區分是必要的，區分成因標的物滅失而履行不能之情形以及其他債務不履行。標的物滅失所造成之履行不能，原則上以進入該履行不能狀態之時期為標準。若在履行期前變為不能，原則上以履行期為標準。蓋標的物本應於此時交付。若為在履行期後陷入履行不能的狀態的情形，

²³¹ 最高判昭和 36.12.8 民集 2706 頁，廢棄履行期的市價與購買價格的差額為損害額的原審判決。

²³² 大判昭和 4.4.5 民集 373 頁，轉售價格是買價的 3 倍之事例。

²³³ 最高判昭和 32.1.22 民集 34 頁，對於遲延返還土地的之債務人，債權人有確實的於建築物建立營業的計畫之情形(已通知債務人此事)，在遲延期間之相當收益可以視為損害的應注意的判決。

²³⁴ 最高判昭和 30.12.1 裁判集 20 號 653 頁。

²³⁵ 大判昭和 8.7.5 民集 1783 頁。

²³⁶ 大判昭和 5.7.26 民集 704 頁。

²³⁷ 大判昭和 2.7.7 民集 464 頁，但屬傍論(法官的意見中，未成為判決理由書的部份)。

仍以陷入給付不能時為準，蓋即使在履行期時如期給付，債權人也只能保有不能時的價值。其他債務不履行，例如債權人定一定時間為催告、解除契約，或不解除而請求履行利益的情形，以解除或催告產生效力時的價格為準。但是債權人因為訴諸於上述方法，在標的物有上漲之趨勢時，多不得不放棄轉售利益，在此種情形，應該容許將上述標準時之後的相當期間內的上漲價格加入計算。²³⁸另外，解除後的損害，也不一定即是特別損害。

239

簡要地說，債務不履行之損害賠償範圍，應考量履行期，區別滅失與解除，特別是當事人的職業(是否為商人等)、標的物的種類(有價證券、商品、建築物、山林、土地、船舶等)、契約的目的(轉售、作為原料、營業設備使用、普通生活上的使用等)、當時的物價漲跌趨勢、交易習慣等諸般情事都納入考慮，訴諸於公平理念判斷。²⁴⁰

就損害範圍特殊事項的師費用問題，我妻認為，並沒有否定不當之訴或不當的應訴、抗爭本身成為侵權行為的理由。²⁴¹而且，日本的法制雖不採強制辯護主義(當事人自己也可以訴訟)，但律師報酬並未劃一而定，基於事件如何、委託律師是否普通、報酬一般如何，當然可由相當因果關係的範圍來決定。²⁴²其係以基於侵權行為之損害賠償請求來肯定律師費用之賠償，而非基於契約債務不履行之損害賠償請求。²⁴³

第三項 第三期(1965~現在)—民法學的大轉換期

在 1965 年，以「法國民法典對日本民法典的影響」為題之論文出現了，引起很大的迴響。該論文指出下列事實：一方面，日本民法典中有許多不存在於德國民法典之制度，這些制度多源自法國，另一方面，民法典中德國民法典獨有的制度是極少的。最後導出法國民法典之影響至少跟德國民法典的影響同樣重要，甚至可以說更為重要的結論。²⁴⁴

此一論文對民法學界有很大的影響。此論文發表後，民法學者，特別是年輕的學者，較之前更關心法國民法。至法國留學的年輕學者數量馬上增加。民法學界的趨勢改變了。要言之，他們開始把重點置於日本民法典的起源。傾向以兩種方向呈現。及法國民法典的研究與日本民法典之起源

²³⁸ 大判昭和 9.8.10 判決全集 1 輯(第九)14 頁。

²³⁹ 大判昭和 7.2.24 裁判例(六)民 36 頁。

²⁴⁰ 我妻榮(1964)，《新訂債權總論》，新訂版，頁 121-126，東京都:岩波。

²⁴¹ 加藤一郎(1974)，《法律学全集：不法行為》，頁 223，東京:有斐閣。

²⁴² 贊成者，菊地博(1975)，〈損害賠償の範圍について〉，《判例タイムズ》，第 311 號，頁 71。

²⁴³ 我妻榮(1964)，《新訂債權總論》，新訂版，頁 126-127，東京都:岩波。

²⁴⁴ 星野英一(1966)，〈日本民法典に与えたフランス民法の影響〉，日仏法学 3 号。

的探求。²⁴⁵

在民法第 416 條之解釋的發展，有關該條立法史之探求以及賠償範圍之比較法研究這種損害賠償的基本構造研究有所進展，對通說提出強烈之質疑，顛覆其根本的批判誕生了一即是平井宜雄所提出之保護範圍說。

以下介紹平井宜雄之學說以及其他各學說。

第一款 保護範圍說²⁴⁶(重視以契約締結時之合意為基礎的風險分配)——平井宜雄

平井宜雄研究德國法之相當因果關係說之歷史以及日本民法第 416 條之立法沿革，²⁴⁷認為日本民法第 416 條之母法為法國民法以及英國的 Hadley 原則，故該條應是採取限制賠償原則，與採取完全賠償原則之德國民法是完全相異的。德國之相當因果關係說，是為了維持完全賠償原則之原樣，卻又不會使損害賠償之範圍無限擴大而發展出來的法技術。因此解釋日本民法第 416 條，應探求法國法以及英國的 Hadley 原則，而非德國法之相當因果關係說。另外，日本通說之相當因果關係說，其實為了和日本民法第 416 條調和而已被日本化，²⁴⁸和德國之相當因果關係不同，並無法發揮決定賠償範圍之功能，僅具有正當化判決決定的意義(形骸化)。²⁴⁹另外也有造成性質不同之問題不透明化，以及不適當之用語法。

為了遵行日本民法的理論建構，以提倡美國侵權行為法之新的理論框架而有極大影響力的 Green 之方法論為基礎，平井提出三個分析道具：(1)事實的因果關係、(2)保護範圍(3)損害之金錢評價。²⁵⁰並指出通說其實係

²⁴⁵ 星野英一(2006)〈フランス民法典の日本に与えた影響〉，北村一郎編《フランス民法典の 200 年》，頁 77-78，東京都：有斐閣。

²⁴⁶ 又稱契約利益說。星野英一、平井宜雄編(1989)，《民法判例百選Ⅱ》，第三版，頁 18，東京都：有斐閣。潮見佳男(2003)，《債權總論Ⅰ》，第二版，頁 349 以下，東京都：信山社。奧田昌道(1992)，《債權總論》，增補版，頁 180，悠悠社。

²⁴⁷ 以立法過程中 Boissonade 大致上是以法國民法典為模型而起草舊民法、穗積委員之發言(「回歸至英吉利等的有名判決例之規則等，若由通常的結果可預見，卻要求縱使為特別的結果亦要賠償，不論如何都無法認定其為穩當的規則，故制定出如本案的標準。」) 法典調查會民法議事速記錄 18 卷 54-55 丁。) 認為日本民法第 416 條是源於法國法、英國法。

²⁴⁸ 本文認為，所謂之不同應該是指：德國直接以「相當性」決定賠償範圍，而日本之通說先以相當性判斷是否為日本民法第 416 條第一項之通常損害，若非，再以預見可能性決定不具相當性之損害是否可受賠償。

²⁴⁹ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 94、135，東京都：東京大學出版會。

²⁵⁰ Green 指出，一概以 proximate case 處理之問題，其實包含多種性質不同者。除了因果關係之外，尚包含原告所採用之原則，針對該案件之系爭危險不適格、保護範圍、過失之認定、法院與陪審團之間的權限分配等問題。Green 認為，應將 proximate case 之意義限於條件因果關係，並提出分析案件之方式：(1)原告之利益是否受法律保護，即原告是否具有權利。(2)原告之利益，在該案中是否受到針對個別具體危險之保護。(a)有和規範保護原告之利益(b)該危險是否在保護範圍之內(3)被告知行為是否違反保護原告告知規範。(4)被告上述違反行為是否使原告受有損害。(5)原告

以「相當因果關係」之名義，處理此三個性質相異之問題。

損害賠償之處理，首先以「事實的因果關係」，即條件因果關係，並未加入法的價值判斷。²⁵¹判斷某一損害是否為債務不履行行為所造成。確認具有事實的因果關係之後，再以「保護範圍」決定賠償範圍為何。保護範圍是政策的價值判斷之問題。日本民法第 416 條即是在處理此一問題。依該條規定以及參照其母法，應以「預見可能性」決定賠償範圍。在判斷預見可能性的存否時，必須考量當事人之職業(特別是是否為商人間的交易。²⁵²)、地位(愈有專業知識者愈有預見可能性²⁵³)、標的物之種類(有價證券、商品、建築物、山林、土地、船舶等)、契約之目的(轉售、原料材料、營業設備、自家消費、日常使用等)、契約的內容(若有附隨於損害產生之危險的特約，預見可能性較大²⁵⁴)、契約當事人於其所屬之交易圈內之習慣，以政策價值判斷來認定契約當事人之損害賠償義務的範圍。因此，契約不履行之保護範圍的決定，在上述之政治價值判斷之運用，便是契約之解釋。必須根據契約之類型，從判例法中歸納，抽出保護範圍之具體基準。這裡所說的契約之解釋，並非是通常所說的作為法律行為之解釋之一環的契約解釋(即當事人之意思不明時須進行之作業)，而是在經由契約之解釋使契約之內容明確之後，若有債務不履行，作為決定保護範圍之作業的契約解釋。²⁵⁵由於判斷是否有預見可能性之考量事項，與通說我妻說所考量之事項類似，故有認為通說與保護範圍說所導出之結果差異不大的評論。²⁵⁶

決定保護範圍之後，由於日本民法採金錢賠償原則，²⁵⁷故必須再對損

之損害為何。Green, Rationale of Proximate Cause, pp.2-3. 轉引自平井宜雄(1971),《損害賠償法の理論》，初版，頁 135，東京都：東京大學出版會。

²⁵¹ 事實之因果關係的存否是以 *conditio sine qua non* 即「若無被告之行為則被請求之損害應不會發生」這樣的公式決定。平井宜雄(1971),《損害賠償法の理論》，初版，頁 136-137，東京都：東京大學出版會。

²⁵² 例如，以轉售獲取收益為目的愈為當事人所知時被認為有預見可能性的情形愈大一參照東京地判昭 55.9.17 判夕 431 號 111 頁、東京高判昭 56.2.26 判時 1000 號 87 頁。

²⁵³ 前橋地裁高崎支判昭 47.5.2 判時 687 號 88 頁。

²⁵⁴ 東京地判平 2.3.30 判時 1372 號 101 頁。

²⁵⁵ 平井宜雄(1994),《債權總論》，第 2 版，頁 90，東京都：弘文堂。平井宜雄(1971),《損害賠償法の理論》，初版，頁 170-171，東京都：東京大學出版會。

²⁵⁶ 「造成保護範圍論與相當因果關係說皆是以同樣的觀點，也就是政策性價值判斷來操作賠償範圍確定之技術，使兩說之差別只是修辭學上之不同而已。」潮見佳男(2006),〈損害賠償の責任效果—賠償範圍の確定法理〉《ジュリスト》，第 1318 號，頁 130、132-133。同旨，近江幸治(2005),《民法講義》，第 3 版，頁 120，東京都：成文堂。潮見佳男認為，之所以二說考量事項相近，有三種可能：1.我妻說在損失分配上，對於契約上所做出之評價之決定性認識稀薄，故其見解可能有內部矛盾。2.我妻說以不履行時，平井說則以契約締結時來處理這些事項，故可能有不同之意義。3.平井所說的預見可能性之「認識」、「預見」，並不具有決定性之意義，不過是論述結論的概念。潮見佳男(2001),《債權總論》，第 2 版，頁 343，東京市：信山社。

²⁵⁷ 日本民法第 417 條規定：「損害賠償，無特別之意思表示時，以金錢定其額度。(損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金錢をもってその額を定める。)」

害為「金錢評價」。金錢評價的基本原則，為全額評價原則，也就是盡量使債權人回復至等同於受領本來之給付而擁有的經濟地位。²⁵⁸

日本民法第 416 條，僅處理 (2) 保護範圍的問題，與 (1) 事實的因果關係、(3) 損害之金錢評價無關。若判定屬該條所第一項之通常損害，不需要其他條件即認可賠償，若判斷屬第二項之特別損害，則須就該特別情事具有預見可能性始認可賠償請求，也就是說，最終是以預見可能性來決定賠償範圍，故應認為通常損害與特別損害之區別不具實體法上之意義，這也是判例上就二者之區分並未形成明確準則之原因。²⁵⁹由於契約債務不履行之賠償範圍，最後將回歸到契約之解釋，故①預見之主體為契約之雙方當事人，而非僅有債務人，從立法過程、法條文字、參照母法，亦可導出相同之結論。對於如此解釋，將使特別損害難以成立的批評，²⁶⁰平井之回應為，其實採「契約兩當事人說」或「債務人說」，差異不大，蓋預見可能性為一「應預見」之規範性概念，而非是否事實上預見的問題。在英國實務，幾乎不討論「當事人」之意義，常視同於「被告」之預見可能性。²⁶¹身為母法之法國民法第 1150 條，以勤勉且睿智之債務人為基準來判斷預見可能性，²⁶²故討論「當事人」之意義，並無實益。²⁶³接著，②判斷是否具有預見可能性之時期，為契約締結時，蓋契約債務不履行之賠償範圍，最後將回歸到契約之解釋，此一契約解釋之作業，係以締結契約當時之狀況為背景，由法院探求當事人之合理意思而創造出新的規範。也即是說，由於當事人締結契約是以互相取得一定之利益為目的，發展建立在利益計算之上的交易關係，故契約不履行損害賠償，便必須理解為當事人經由契約可獲得之利益。當事人係經由上述之利益計算而進入契約關係，故以契約之解釋來決定之預見可能性存否之問題，便應以契約締結時來判斷。²⁶⁴且母法 Hadley 原則、法國法亦是如此。²⁶⁵對於以契約締結時為預見時期將有利於債務人之批判，²⁶⁶平井宜雄的回應為，在繼續性契約，有決定契約基本框架之合意，也有在該框架內就個別事項之合意，損害賠償這樣的效果之基礎為後者，是以後者之時點來判斷預見可能性，故上述批判並不正確。

²⁵⁸ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 263，東京都：東京大學出版會。

²⁵⁹ 平井宜雄(1994)，《債權總論》，第 2 版，頁 93，東京都：弘文堂。

²⁶⁰ 北川善太郎(2004)，《債權總論(民法講要Ⅲ)》，第三版，頁 162，東京都：有斐閣。

²⁶¹ Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract*, 517 ets(1960).

²⁶² Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, t. III, n°2381-2.(1960).o 轉引自平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 277，東京都：東京大學出版會。

²⁶³ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 173-174，東京都：東京大學出版會。

²⁶⁴ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 180-181，東京都：東京大學出版會。

²⁶⁵ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 180，東京都：東京大學出版會。

²⁶⁶ 如北川善太郎，批評以契約締結時為預見時期，認為債務成立之時，意思並未及於損害賠償，債務成立後之情勢變動與賠償範圍關係較密切，故應以不履行時說為當。北川善太郎(2004)，《債權總論(民法講要Ⅲ)》，第三版，頁 161-162，東京都：有斐閣。

²⁶⁷但亦有認為因為預見可能性為規範性概念，故通說與契約締結時說並無差別之看法。²⁶⁸最後，無視第二項之法條文字，③預見之對象為損害本身。²⁶⁹蓋採取損害=事實說，作為預見可能性之對象的「特別情事」，應等同於作為損害額之基礎的損害事實。²⁷⁰日本民法第416條，不似法國民法第1150條，要求就損害之額度也要有所預見。²⁷¹此處之損害=事實說是一損害論(損害之定義)的概念，即是將損害定義為原始之事實，²⁷²而不採傳統的差額說(損害被理解為被害人於加害前後之財產狀態之差額)。所採取損害論之不同，不只影響預見之對象，也帶來損害賠償範圍與金錢評價之區別。蓋差額說對損害之定義是被害人於加害行為前後之財產狀態之差額，而被害人之財產狀態在加害行為前後可能受到經濟情勢之影響而有價格上漲下跌之情形，若採取差額說，無法將損害賠償範圍與金錢評價問題分開處理。

而通說以第416條所處理之損害賠償計算之基準時問題，實為與該條無關之金錢評價的問題，而且以相當因果關係理論難以說明之。金錢評價的原則為全額評價原則。基準時的問題，其實並無實體法之意義，具有實體法意義的，只有全額評價原則，基準時不過是其在訴訟層面上的現象型態。判例上之所以會有複數的基準時，不過是法院承認各個原告所主張之不同基準時的反映。²⁷³在損害發生時到言詞辯論終結時之間，損害事實之金錢價值有所變動時，法院基於證據判斷在此期間之債權人利益取得之可能性，若認為具有可能性的話，便以有該可能性之時點的價格為基礎來做金錢評價。²⁷⁴法官探究事實，基於自由心證，若可認為某利益應將實現的話，則可不受當事人主張、舉證之拘束而認可該價額之賠償。²⁷⁵蓋只有從辯論主義解脫，才能貫徹完全評價原則。²⁷⁶日本民訴訟法第248條即支持此一方式。²⁷⁷總之，平井對於損害賠償之計算基準時之問題，採取訴訟法說。²⁷⁸

²⁶⁷ 平井宜雄(1994)，《債權總論》，第2版，頁97，東京都：弘文堂。

²⁶⁸ 星野英一(1978)，《民法概論Ⅲ》，頁74以下，東京都：良書普及會。

²⁶⁹ 平野裕之(2005)，《ブラクライスシリーズ 債權總論》，第1版，頁265，東京都：信山社。

²⁷⁰ 平井宜雄(1994)，《債權總論》，第2版，頁91，東京都：弘文堂。

²⁷¹ 平井宜雄(1994)，《債權總論》，第2版，頁175，東京都：弘文堂。

²⁷² 若林三奈(1999)，〈「損害」とその周辺(一)〉，《京都學園法學》，第2、3號，頁507。

²⁷³ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁251，東京都：東京大學出版會。

²⁷⁴ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁263-264，東京都：東京大學出版會。平井宜雄(1994)，《債權總論》，第2版，頁104，東京都：弘文堂。

²⁷⁵ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁289，東京都：東京大學出版會。

²⁷⁶ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁265，東京都：東京大學出版會。

²⁷⁷ 該條規定：「在認定有損害產生時，且在損害之性質上難以舉證時，可以為相當之額度之認定。」

²⁷⁸ 損害賠償計算基準時可以分成以實體法決定的實體法說，以及此問題並無實體法上意義(即不拘束法官)之訴訟法說。實體法說又可以分成，以某時之時點(例如，債權發生時以及言詞辯論終結時等)為基準時之一元說，與承認由債權人從多元時點中選擇基準時的多元說(多元的實體法說)，以及基準提示說。基準提示說認為，就特定物根據「全額評價原則」，以離判決時最近之言詞辯論終結時為基準時；就種類物，則以「損害減輕義務之原則」來判斷。基準時學說介紹：淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁183，東京都：有斐閣。中田裕康(2008)，《債權總論》，頁

對於律師費用之問題，判例上就侵權行為之律師費用賠償，有以「限於在相當之額度內，具有相當因果關係之損害」為由而承認之的判例準則。平井宜雄認為，律師費用之賠償，為利用司法制度之費用應由何人負擔之司法政策上問題，故應重視契約債務不履行與侵權行為間的均衡，若符合上述侵權行為之律師費用賠償的要件，應認可賠償。法律論上而言，律師費用之賠償應屬通常損害之金錢評價問題。²⁷⁹

平井宜雄所提出的解釋提案，有關第 416 條受到法國法、英國法之極大影響，以及將通說之「相當因果關係」分成事實上因果關係、賠償範圍、金錢評價之部分，其他學者多贊同之。²⁸⁰但認為損害賠償之計算基準時與金錢評價並非實體法上問題，而將之非訟化的這一點，遭到很強的反對。²⁸¹多批評平井提出之金錢評價方式，裁量基準並不明確，加重法官的負擔而不易計算出損害額，和民事訴訟法之當事人主義、處分權主義之關係也有問題。²⁸²另外，即使是支持保護範圍說之學者，也多不贊同其預見可能性決定時期(契約締結時)²⁸³以及金錢評價之非訟化。更有保護範圍與相當

166-168。

²⁷⁹ 平井宜雄(1994)，《債權總論》，第 2 版，頁 95-96，東京都：弘文堂。

²⁸⁰ 贊同受英、法影響者：篠原弘志(2005)，〈第四一六條〉，遠藤浩編，《基本法コンメンタール 債權總論》，第四版，頁 59，東京都：日本評論社。林良平、石田喜久夫、高夫多喜男(1983)，

《債權總論》，改訂版，頁 119，東京都：青林書院。前書頁 121 注 5：「在德國，德國普通法時代之思考即與損害之直接間接、預見性、有責任之程度無關，以差額即利益統一，視賠償差額(利益)即是回復原狀，於是有德國民法第 249 條。²⁸⁰因此，日本之立法者雖然說「將債權人相當地返回至原狀」或是「將債權人回復至原狀」(法典調查委員會議事速紀錄 18 卷 52 丁裏，同 53 丁裏)，因為有第 416 條第二項之規定，故與德國的「完全賠償原則」不同。因此第 416 條第二項，雖然有參考德國民法第 252 條，但溯及至法國法、英國法之理解，從立法者之意思來看，是比較率直的。」中田裕康(2008)，《債權總論》，頁 153，東京都：岩波書店。潮見佳男(2001)，《債權總論》，第 2 版，頁 334，東京市：信山社。

贊同區分金錢評價與賠償範圍問題：潮見佳男(2007)，《債權總論》，第 3 版，頁 158，東京都：信山社、平野裕之(2005)，《プラクライスシリーズ 債權總論》，第 1 版，頁 270，東京都：信山社。

²⁸¹ 但也有由法官裁量者，如淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 185，東京都：有斐閣。其更建立「評價階段說」，區分法官之創造性裁量與當事人之舉證的階段(淡路剛久(1984)，《不法行為法における権利保障と損害の評価》，東京都：有斐閣)。不過其認為金錢評價應採用實體法之解釋、組成。即是說，首先，法院為金錢評價所需要之事實，第一，為損害之事實，第二為債權人有取得利益之蓋然性之時點，第三是對在該時點之損害為金錢評價之基準(市場價格等)。其中，第一須待債權人舉證是當然的。第二點，至少在損害賠償債權已發生之時點債權人仍具有利益取得之蓋然性(不論何時都可以請求賠償)，不待當事人主張、舉證都可以為金錢評價。第三點，原則上(除了有依據經驗法則之事實上推理之推定之外)債權人必須舉證。在此，若重視法官之裁量性、創造性功能的話，於金錢評價變為可能之債權發生之時點，法官得以行金錢評價，在當事人(特別是債權人)未主張、舉證其他基準時的情形，應以該時點為基準進行金錢評價(法技術上來說，可以根據事實上推定為之)。但是，債權人可以選擇主張、舉證具有更高之利益取得之蓋然性之時點，若舉證成功，法院必須以該時點為基準進行金錢評價(此看法，因為法官受當事人之主張、舉證所拘束，故被歸類屬實體法說)。

²⁸² 潮見佳男(2007)，《債權總論》，第 3 版，頁 163，東京都：信山社。

²⁸³ 如淡路剛久，雖主要採保護範圍說，但在預見主體、預見時期方面，採通說之見解。淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 180-181，東京都：有斐閣。

因果關係最後僅是用詞的不同，在具體的解決上並無差異的批判。也有認為其學說無法否定長時間被運用的相當因果關係說的看法。²⁸⁴還有保護範圍說這樣的命名，與內容相異之德國保護範圍說易被混淆在一起的見解。²⁸⁵但對於通說的崩壞，平井宜雄提出上述看法之著作《損害賠償法の理論》，無疑是起爆劑。²⁸⁶

第二款 傳統通說之堅持

雖平井宜雄大力批判通說，但現今仍有不少教科書採用通說之見解來解釋日本民法第 416 條，認為該條第一項之通常損害，是指社會通念上某類型之債務不履行通常將產生的損害，最終其實是依社會通念決定。第二項的因特別情事而生之損害，是指在當事人之間因個別具體之情事而生之損害。認為預見主體應為債務人，蓋從被害人(債權人)之保護的觀點來看，是妥當之思考方式。²⁸⁷

堅持通說者不贊同平井宜雄之批評，認為相當因果關係理論，在完全賠償原則之下，有效地發揮限制機能，並無不妥。且不似德國有相當因果關係使賠償範圍過大之批評。平井說將損害之金錢評價委由法官處理、自由裁量而不受當事人主張之拘束，不符民事訴訟法理且加重法官之負擔。²⁸⁸

另外，一部之相當因果關係說，展開其獨特之理論面，即澤井裕與北川善太郎。此二者雖然皆認為應維持日本之具有獨特意義的相當性因果關係乃至相當性基準，但對於日本民法第 416 條之通常損害、特別損害與相當性基準之關係的理解，是否要將之納入賠償範圍確定之判斷構造，有全然不同之看法。²⁸⁹

²⁸⁴ 國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範囲〉，星野英一編，《民法講座 第 4 卷 債權總論》，初版，頁 499 頁、558，東京都：有斐閣。

²⁸⁵ 山本隆司認為，平井所言之保護範圍說，並非是(a)為了說明法之價值判斷與既存之各種法規範命題與理論之整合性之理論乃至概念之構成物，而是(b)客觀分析法官進行法之處理與賦予價值判斷之理由，發現法之處理的性質差異與以及推導價值判斷之因素，提供客觀、科學性的認識判決行動之理論。也就是說，平井的理論是對於判決行為之理解而不具有規範性格。評價平井之理論者，卻多將其理論視為(a)來評價，有所誤解。山本隆司(1997)，〈いわゆる『保護範圍說』〉，古賀哲夫、山本隆司編《現代不法行為法の分析》，頁 40 以下，東京都：有信堂高文社。

²⁸⁶ 手嶋豐(1999)，〈平井宜雄『損害賠償法の理論』〉，加藤雅信等編，《民法學說百年史》，頁 569。

²⁸⁷ 伊藤進(2006)，《民法Ⅲ 債權總論》，再改訂版，頁 60，東京都：北樹。主要以通說說明，附帶介紹保護範圍說者，小野信二(2005)，《債權總論》，第 2 版，頁 105-106，東京都：八千代。贊同通說之預見主體、預見時期對債權人保護較周到，近江幸治(2005)，《民法講義》，第 3 版，頁 122-123，東京都：成文堂。

²⁸⁸ 中田裕康(2008)，《債權總論》，頁 157，東京都：岩波書店。

²⁸⁹ 潮見佳男(2001)，《債權總論》，第 2 版，頁 343，東京市：信山社。

澤井裕雖然認為，日本民法第 416 條，「以相當性之觀點來理解，基本上是妥當的」，但表明「相當性仍不足夠」，必須將「公平」、「規範之保護目的」等觀點，「附加至相當性的觀點」。²⁹⁰並受到德國之保護範圍說之啟發，推導出如下看法，「今日，相當性(Adäquanz)一般上其作為預見可能性(allgemeine Vorhershebarkeit)之性格為人所強調，結果便是不含有預見可能性之危險責任並無適用相當論之餘地，在危險責任是以僅就『典型之危險結果(Folgen der typischen Gefahr)』始有責任來表現，雖然是有關相當性之定義的問題，日本民法第 416 條之『通常』概念，不僅是單純之事實問題，而含有公平、規範目的之價值判斷，也可以指示出典型之危險結果」。但是，雖然澤井裕在「公平」以及「規範之保護目的」下，將如此之通常損害與「典型的危險結果」做連結，另一方面，卻又表示「在債務不履行，適用民法第 416 條之情形，『通常』之範圍被解釋地十分狹小，故實質上之範圍確定，便取決於『特別情事之預見可能性』」。雖屬重視第二項之解釋論，但澤井卻又以「是否有可能預見，考量契約當事人之職業、契約之目的、契約當事人所屬交易圈之慣行等等，應使契約當事人就何範圍負損害賠償義務始為妥當的觀點」為通常性之判斷基準。

291

潮見佳男評論澤井說為，自完全賠償原則解放的「相當因果關係論」。由納入「法規目的說」而再組成，並提出有關「危險結果」之分配的規範性價值判斷。²⁹²

相對地，北川善太郎提出「損害賠償範圍之決定基準，以相當因果關係說為基底，部分併用通常損害、特別損害基準」的看法。其主張內容極為複雜，大要如下。第一，處理「原因事實與損害發生之因果關係」之相當性。此時，「損害發生之確實性」以及「損害發生之不可避免性」，都是相當性判斷之重要下位基準。第二，在「損害賠償範圍之決定」的問題，以「作為實定法之基準的通常損害、特別損害」為基準，於是用此基準之限度內，「因果關係之相當性基準便無用武之地」。但是「無法僅以通常損害、特別損害為基準以定賠償範圍，為了使其完整，必須承認同時考量決定賠償範圍之因果關係相當性，在理論上、實務上之必要性」。舉例言之，因出賣人之不履行造成買受人無法轉售之情形，①轉售價格，以及②買受人支付與轉售買受人之賠償金合計額，或③上漲價格，要選擇以何者來賠償始為妥當，無法僅以通常損害、特別損害基準來決定，此際便有討論決定賠償範圍之因果關係相當性之餘地。此外，在原因事實競合之情形，於決定損害賠償範圍時斟酌外部性要因的競合原因事實，也須運用到「相當

²⁹⁰ 澤井裕(1985)，《テキストブック債権》，補定版，頁 49-50，東京都：有斐閣。

²⁹¹ 澤井裕(1985)，《テキストブック債権》，補定版，頁 50-51，東京都：有斐閣。

²⁹² 潮見佳男(2001)，《債権総論》，第 2 版，頁 348，東京市：信山社。

因果關係之相當性基準」。²⁹³

北川善太郎解釋日本民法第 416 條與相當因果關係論之關係，於認定某損害是因債務不履行而發生後，再判斷屬於通常損害或特別損害，即使屬通常損害，最後皆應以相當性決定具體賠償範圍。²⁹⁴與判例上以相當性區分通常、特別損害之方式不同。似乎更接近德國的相當因果關係說，直接以相當性決定賠償範圍。

第三款 保護範圍之修正說(重視以契約利益實現為目的之契約規範所做的風險分配)

平井宜雄所提出之保護範圍論，有一個不可忽略的特徵，即是以「政策性價判斷」(預見可能性本身即含有是否應預見之價值判斷)來確定損害賠償範圍，且「法官經由操作預見可能性之意義，不論判斷預見可能性之有無者為『債務人』或『兩當事人』，都可以確定其信以為妥當的保護範圍」²⁹⁵。於強調此一「政策性價值判斷」時，將產生兩個問題。第一，造成保護範圍論與相當因果關係說皆是以同樣的觀點，也就是政策性價值判斷來操作賠償範圍確定之技術，使兩說之差別只是修辭學上之不同而已。而且，若「預見」是應然的規範性概念，而非事實上有無預見之事實問題，便會導致以操作預見可能性之意義來劃定自認為妥當的損害賠償範圍之結果，直言之，等同於以誠信原則來決定賠償範圍(同我妻說)。²⁹⁶第二，為若強調「政策性價判斷」之重要，那麼基於締結契約時之兩當事人合意之風險分配是否具有決定性的問題。也就是說，關於後發情事之風險分配法理，求諸於兩當事人在契約締結時之合意的風險分配，是否合理。

從後者的觀點出發，出現了下述值得關注的保護範圍說之修正論點。

²⁹⁷

第一目 從抑止機會主義行動的觀點來建構之原則

中田裕康認為，債務人=不履行時說(以下稱「不履行時說」)與兩當事人=契約締結時說(以下稱「契約時說」)，理論上均有說服力。後說認

²⁹³ 北川善太郎，(1987)，〈四一六條〉，奧田昌道編，《注釈民法(10)債權 1》，頁 552 以下，東京都：有斐閣。

²⁹⁴ 北川善太郎(2004)，《債權總論(民法講要Ⅲ)》，第三版，頁 162，東京都：有斐閣。

²⁹⁵ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 173，東京都：東京大學出版會。平井宜雄(1994)，《債權總論》，第 2 版，頁 99-100，東京都：弘文堂。

²⁹⁶ 潮見佳男(2001)，《債權總論》，第 2 版，頁 333，東京市：信山社。

²⁹⁷ 潮見佳男(2006)，〈損害賠償の責任効果—賠償範圍の確定法理〉，《ジュリスト》，第 1318 號，頁 130、132-133。

為，①契約責任，因為是以基於當初合意、債權人受保護之利益來決定，以在契約締結時兩當事人之預見可能性為準。雖然是在契約締結時已預見的利益，若將該情事包含於契約中、當事人並以之為前提決定契約內容，此平衡狀態事後崩壞則此基準有所不妥。②一旦採不履行時說，債權人只要將契約締結後所發生之特別情事通知債務人，則全部的損害都將進入賠償範圍內。不履行時說則批評，①契約時說並未考量到契約締結之後債務人之認識，在不履行時，債務人得預見特別情事而可預見對方將受更多的損害時，仍不履行，若以契約締結時為基準則只要支付相對較少的損害賠償即可，有所不當。日本並非必定要採取為美國契約法所採的「違約自由」。針對契約時說的②，回應為，這裡所說的預見可能性並非事實層面上的，因為是否已預見的判斷具規範性，僅有債權人以上之行動，並不會自動被劃入賠償範圍。²⁹⁸ 總之兩當事人=契約締結時說尊重基於契約締結時合意之利益、風險分配，而債務人=不履行時說則強調抑止契約締結後各當事人自我中心的行動(機會主義的行動)、強調兩方促進協力之請求(信義原則之請求)。²⁹⁹

由於保護範圍說以契約締結時之兩當事人之合意為基礎的風險分配，無法抑制契約締結後之債務人的機會主義行動。³⁰⁰而且由契約以外之原因所產生之債權，多數學說認為採不履行時比債權發生時更妥當，若採不履行時說，則可以有統一的理解。故在現行法下，中田想採債務人=不履行時說，預見可能性之基準時，應為自「締結契約時」至「不履行時」為止，經由將此期間所產生之損害以及情事之預見的相關風險由債務人負擔，來抑止機會主義行動。同時，也有可能將不履行時以後的風險，透過損害減輕義務的觀點，使債權人負擔之。

第二目 從遵守(尊重契約)之道德性觀點來建構之原則

內田貴認為，遵守契約與日本社會之道德、價值觀合致。「契約締結時說，預設當事人會採理性經濟之行動，法的角色，便是提高理性經濟行動之可能性，以如此的看法為基礎。這樣的看法，蘊含只要支付賠償便可以不履行債務，若這是經濟理性的選擇也不得不如此的思想(極端言之，便是違背契約的自由)。相對於此，不履行時說認為，契約必定要履行，一旦違約，絕不允許免於賠償所有已預見之損害。從尊重契約的觀點來看，

²⁹⁸ 潮見佳男(2001)，《債權總論》，第2版，頁352，東京市:信山社。這裡也可以參考英國法對此問題之處理，見本文第二章第二節第一款損害賠償範圍之決定—Hadley原則。

²⁹⁹ 中田裕康(2008)，《債權總論》，頁161-162，東京都:岩波書店。

³⁰⁰ 中田裕康(1998)，〈415條·416條(債務不履行による損害賠償)〉，廣中俊雄、星野英一編，《民法典の百年 第3卷 -- 個別的觀察(2)債權編》，頁48，東京都:有斐閣。

以遵守契約之道德性為根據之判例、通說之看法，理由十足。」³⁰¹

另外，內田貴認為，①日本民法第416條第一項，明示因債務不履行所造成之通常損害，不論有無預見可能性，皆納入賠償範圍內。②該條第二項之旨趣為，當該案例具有特殊情事時，因該「情事」通常將產生之損害，只有在當事人可預見「特別之情事」時，始被納入賠償範圍。③通常損害與特別損害之區別，便是就預見可能性之舉證的必要與否。前者不需證明具有預見可能性，後者則須由債權人舉證就「特別之情事」具有預見可能性。³⁰²

第三目 就故意不履行行為設置獨立的原則

有直接質疑保護範圍說以契約締結時兩當事人合意之風險分配的觀點來處理契約不履行損害賠償之基礎的見解。此看法發展保護範圍論將責任原因與責任效果結合的特點，認為於債務不履行係因故意所造成時，不問有無預見可能性，凡是因債務不履行所造成之損害皆應賠償。³⁰³如DCFR 9:503規定：「不履行之當事人，僅就於契約締結時，已預見或得合理預見之自己不履行可能產生之損害負責。但因故意或重大過失而造成不履行時，不在此限。」明示以預見可能性原則來處理故意不履行並不妥當。

另外，平野裕之認為，以債務人為預見主體即可，故預見時期原則上為締約時。因此解釋上，在故意、重大過失之不履行，不以在契約締結時得以預見為必要，³⁰⁴便可以推導出妥適之結果。其看法亦是就故意不履行為不同之處理。

第四目 重視契約利益的見解

潮見佳男基於重視契約風險分配的觀點，指出平井說的不足之處，屬於基於契約債權人可獲得之利益的觀點來劃定範圍的見解。³⁰⁵

對於保護範圍說以締結契約時為預見基準時的這一點，潮見佳男批評，在作為債務之情形，契約之規範內容於契約締結時尚未具體化，隨著履行過程在具體局面上之推移才會漸漸具體化，故以契約締結時之兩當事人之

³⁰¹ 內田貴(2005)，《民法Ⅲ債權總論・擔保物權》，第三版，頁162，東京大學出版會。

³⁰² 內田貴(1996)，《民法Ⅲ債權總論・擔保物權》，頁148以下，東京都：成文堂。

³⁰³ 難波讓治(1988)，〈フランス法における契約損害の預見可能性(2・完)〉，《法學論叢》，第125卷第3號，頁105。

³⁰⁴ 平野裕之(2005)，《プラクライスシリーズ 債權總論》，第1版，頁268-269，東京都：信山社。

³⁰⁵ 中田裕康(2008)，《債權總論》，頁157，東京都：岩波書店。

預見可能性為基準，是令人質疑的。若將日本民法第 416 條第二項之存在意義理解為「就違反契約所產生之風險，認定有兩當事人於契約締結時未考量之特別情事發生時，以對其具有預見可能性為要件，命令債務人賠償（負擔危險）」的話，通說之看法較為妥適。³⁰⁶

平井宜雄之做為規範性概念的預見可能性，將當為規範之內容全部還原成「預見」這樣的認識層面，對於契約內容之確定、在履行過程中顯現風險分配的規範命題而言，其正當化並不適切。若將日本民法第 416 條第二項之「預見」理解為事實上之預見，以確定賠償範圍時應考量那些情事以做成契約解釋的觀點來看，將預見可能性之對象，如同文字，理解為「特別之情事」較為適切，故在此限度內，我妻榮所說的「第一項宣示相當因果關係之原則，第二項則提出應以之為基礎的特別情事之範圍」，將之與德國的相當因果關係論結合，可以說此是正中要點的論述。

若以「預見可能性」來決定賠償範圍，並不具有決定性之意義，不論說其是「契約利益說」也好，「政策說」也好，將焦點集中在「有關履行障礙之風險分配，以契約為基點做出價值判斷」之程序來加以分析是極重要的。在此觀點下，也必須要從與對於債權人之損害迴避行動之行為規範，即債權人之損害減輕義務（損害擴大抑止義務）、與有過失制度之連結的觀點來進行分析。

雖說是「以保護範圍來確定賠償範圍」，但其實於此所進行之作業，是對於與「債權」（乃至於因契約所造成之契約當事人地位）相連結的風險之規範性評價。與在侵權行為之保護範圍論下所進行的「在何範圍內之權利侵害可以和行為義務之違反的過失做連結」的作業，也即是在責任成立乃至侵害歸責層面（權利侵害+因果關係+歸責事由層面）的作業不同。是在確認有債務不履行並做出有關歸責事由之判斷後，也即是有關「有債務不履行時，應使債務人負擔伴隨著企圖實現之契約利益之實現、不實現之風險至何範圍」之當為判斷。³⁰⁷

第四款 危險性關連說—石田穰³⁰⁸

石田穰將損害分成第一次損害與後續損害。哪些第一次損害為損害賠償之對象是債務不履行損害賠償責任的成立要件，處理此問題的是日本民

³⁰⁶ 潮見佳男(2001)，《債權總論》，第 2 版，頁 332，東京市:信山社。

³⁰⁷ 在這樣的理解下，日本民法第 416 條之預見，應屬當為規範(Sollen)之預見可能性(應該有所預見，而非實際上所預見)，預見對象有可能即是平井所說的「損害」，不論稱此為預見可能是是否妥當，以確定賠償範圍應有之觀點而言，是正確的。潮見佳男(2001)，《債權總論》，第 2 版，頁 351-353，東京市:信山社。

³⁰⁸ 石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 135-165，東京都:東京大學出版會。

法第 415 條。對於此，哪些後續損害為賠償之對象，並非債務不履行損害賠償責任的成立要件，而是損害賠償範圍之問題。處理此問題的即是日本民法第 416 條。舉例言之，債務人未於約定期限交屋而露宿於外，遭強盜襲擊而被奪取財物。在此情形，未能於約定期日受領住屋為第一次損害，遭強盜襲擊而被奪取財物即為後續損害。

石田穰批評通說以相當因果關係概念處理債務不履行和第一次損害之間的關係，並認為民法第 416 條所規定者即為此的看法，是錯誤的。蓋日本民法第 416 條並未要求債務人就損害具有預見可能性，³⁰⁹而第一次損害應以故意、過失，也就是有責性關聯來限制。且通說之看法與德國之相當因果關係不同，蓋後者是限制後續損害的觀念。

日本民法第 416 條最重要的是，具體提出何為「通常將生之損害」（通常損害）、何為「因特別情事而生之損害」（特別損害），通說將該條解釋為相當因果關係，並無法回答此一問題。因此，通說之見解，意義不大。至於保護範圍說，也未具體發現通常損害與特別損害之內容，即使認為日本民法第 416 條為保護範圍（或契約之解釋）之同義詞，也和將該條認定為相當因果關係之通說一樣，沒有多大的意義。

探究該條之立法旨趣，根據穗積委員採取與德國相同之不區分直接損害與間接損害的方式之發言、當事人不應賠償無法預見之損害的發言，³¹⁰以及法典調查委員會刪除「自始」的文字、梅委員認為損害賠償係以賠償一

³⁰⁹ 石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 135-136，東京都:東京大學出版會。「第一，民法第 416 條第一項規定，即使是對債務人而言屬無法認識的損害，若屬『通常將生之損害』則亦為賠償之對象。另外，民法第 416 條第二項規定，『雖屬因特別情事而生之損害，若當事人已預見或得預見，債權人得請求損害賠償』。此規定之旨趣，如後所述，即使是債務人無法預見之損害，若一般之債務人就特別情事有認識可能的話，即屬損害賠償之對象。總之，民法第 416 條，整體上，並未要求債務人就損害具有預見可能性。」

³¹⁰ 「……第一，關於損害賠償，與所謂其損害的關係為何始為妥的問題於各國民法有各式各樣的想法，簡要來說有採取若原因結果的關係存在則得以請求損害賠償的主義的國家，也有自其原因結果設置階段，區分直接的間接的原因，若非直接的原因則不得請求之區分此二階級的國家……，本案採第一個主義，依此若就不履行可以證明原因結果的關係時我認為採此主義較穩當……德國也採此主義……因為，特別是以直接結果來判斷的法國荷蘭瑞士等國……依其原因為直接或間接有很大的不同人人思考方式不一」。「……總之依據債務的履行債權人預見某利益是因不履行而生的結果，正式出庭且得以證明的話，則我認為回復債權人相當接近原有的狀態是當然的，因此我們決定不區分直接間接原因。」法典調查會民法議事速紀錄 18 卷 52 丁。「……損害賠償之範圍為何，決定其額的標準為何」「所謂預見，以債務關係決定，必須有一致的標準，不用說當事人自始預見已存在者便納入之，通常之人將為某交易或處於出售的地位，在十人中有八九人，即高注意程度之人中之多數人的情形，預見若不履行，則必然對債權人造成損害，必須有決定被預見者之賠償額的標準，若預見或得以預見的話，縱令係因特別情事而生，仍得請求賠償……」。「回歸至英吉利等的有名判決例之規則等，若由通常的結果可預見，卻要求縱使為特別的結果亦要賠償，不論如何都無法認定其為穩當的規則，故制定出如本案的標準。」法典調查會民法議事速紀錄 18 卷 54-55 丁。轉引自石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 138-140，東京都:東京大學出版會。

切損害為目的的發言，³¹¹日本民法第 416 條所採取者，應是完全賠償原則，僅就例外之損害以當事人之預見可能性來限制。平井宜雄強調該條所採取者，為限制賠償原則，此一見解未必正確，且無法說明判例在大部分之案件採用完全賠償原則。該學說，對於此問題之回應為，在損害賠償之範圍應採限制賠償原則，在損害之金錢評價則應採全額評價原則(將債權人置於如同債務已履行將有之經濟地位)，解釋判例所採取者為全額評價原則。³¹²但是，全額評價原則，是指將債權人置於如同債務已履行之經濟地位，並未獨立於完全賠償原則之外。³¹³就損害賠償之範圍強調限制賠償原則，在損害之金錢評價卻主張全額評價原則，即完全賠償原則，是有矛盾的。

³¹⁴

接著，石田穰提出決定損害賠償範圍之基準，應為「危險性關聯」。因債務人具有故意、過失之債務不履行行為而對債權人造成之第一次損害，有衍生出後續損害之危險性。何種後續損害為損害賠償之對象，應以第一次損害所具有之危險性與後續損害之間的評價性關係，也就是危險性關聯之檢討來判斷。除下列情形之外，一般上被認為具有此危險性關聯：(1) 第一次損害與後續損害之間的關係純屬偶然的情形。又可分為三種：a. 第一次損害與後續損害之間有自然現象以及社會現象介入的情形。b. 第一次損害與後續損害之間有第三人之行為介入的情形。c. 其他情形。例如，債權人利用異常的才能，以一萬元的價錢轉售時價一千元的受贈物，因贈與之債務人履行遲延使轉售契約被解除。在此情形，第一次損害為債權人於約定期日之後才取得標的物，後續損害為九千元的轉售利益之喪失。該第一次損害與後續損害之連結，通常屬偶然，兩者之間並不具危險性關聯。但是，若債務人有可能認識債權人的異常才能，則對債務人而言此二者之連結並非偶然，兩者間具有危險性關聯。如立法者之見解。(2) 第一次損害與後續損害之間，有債權人之可能產生後續損害的危險行為的介入。例如，債權人未於約定期日受領住屋而發怒毀壞自己的財產的情形。在此情形未於約定期日受領住屋的第一次損害與財產毀損之後續損害之間，雖存有條件因果關係，但兩者之間有債權人之危險行為介入，不應將後續損害納入賠償範圍。而且，即使是在第一次損害與後續損害之間有債權人之危險行為介入的情形，於債權人之行為危險性程度微弱時，後續損仍將被納

³¹¹ 法典調查會民法議事速紀錄 18 卷 52 頁以下。轉引自石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 139。

³¹² 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 263，東京都：東京大學出版會。

³¹³ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，東京都：東京大學出版會。於該書 25 頁敘述德國民法第 249 條第一項名是完全賠償原則之旨趣。此原則於債務不履行之具體化，便是應使債權人回復至若債務已被履行則應存在之狀態，也就是債務人必需使債權人處於如同契約已被履行之經濟地位。於該書 263 業所敘述之全額評價原則，與上述之完全賠償原則是相同的。

³¹⁴ 沢井裕(1973)，〈平井宜雄著『損害賠償法の理論』について(一)〉，《法學協會雜誌》，第 90 卷第 7 號，頁 85。

入賠償範圍，而以與有過失來處理。

將以上危險性關聯之思考投射於日本民法第 416 條，可以導出下述推論。首先，民法第 416 條第一項之通常損害，並非債務人就某事之認識可能性的問題，而是被認定為具有危險性關聯的損害、壓倒性多數之損害。其次，民法第 416 條第二項之特別損害，是須以債務人就某事的認識可能性來看才會被認定屬具有危險關聯之損害，例如，前述之運用異常才能而締結轉售契約之利益喪失。根據這樣的理解，債權人原則上將受到完全賠償，但是只有在特別之例外情形，完全賠償受到否定，對應民法第 416 條之立法者的看法。而且也和只有在極少的案件否定債權人之完全賠償之判例合致。

依照石田之看法，預見可能性只是判斷危險性關聯的參考資料，那麼此預見可能性的預見主體、對象、標準為何呢？根據立法過程以及日本民法第 416 條盡量使債權人受到完全賠償之旨趣，預見之主體為債務人³¹⁵，對象為造成損害之情事，³¹⁶標準為平均之債務人。³¹⁷

最後，石田也將損害賠償範圍與金錢評價分開，認為「確定損害賠償對象之第一次損害與後續損害後，必須對損害為金錢評價。要如何進行，便是損害額之計算問題。」³¹⁸但是與平井不同，仍以日本民法第 416 條處理基準時問題。就損害之計算方法，區分成非金錢的形式之損害與金錢形式之損害。前者原則上，應以使用費以及時價為標準。另外，若損害為身體之負傷，則以同種之傷害在同性同年齡之人所必須之平均費用以及平均之應得利益之喪失額來計算。後者原則上，以該金額本身為損害額。

³¹⁵民法修正案理由書 346 頁以下，對於民法第 416 條說明如下：「既成法典就賠償範圍，分成已預見或應得預見之損害以及無法預見之損害，所謂預見若限於合意當時則失之狹窄，預見之事實不限於損害本身，且不限於合意當時，縱使債務人預見或應得預見將造成損害之情事以及在合意之後預見或應得預見之，當然仍須負損害賠償責任」。根據此一說明，容易推測出立法者所說的「當事人」，意指債務人。民法第 416 條之旨趣為使債權人受到完全賠償。因此，若債務人就特別情事有認識可能，即使債權人無法認識，仍應認可損害賠償。因為債務人就第一次損害有故意、過失，故並未對之過於苛酷。應將「當事人」解釋為「債務人」。石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 144-145，東京都:東京大學出版會。

³¹⁶關於這一點，石田穰並未明確表示，但文中使用「特別情事」的文字(「因此，若債務人就特別情事有認識可能，即使債權人無法認識，仍應認可損害賠償。」)，應是認為預見之對象為損害發生之原因。石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 145，東京都:東京大學出版會。

³¹⁷法典調查會民法議事速紀錄 18 卷 54 頁以下，穗積陳重為如下之說明：「通常之人從事其買進或出售，十人中之八九人，即有極高注意力之人在該情形下，已預見若不履行將對債權人造成此種損害，且應以其已預見者為決定賠償額之標準。」另外，法典調查會民法議事速紀錄 18 卷 70 頁以下，梅謙次郎為下述說明：「自途中開始而尚未至債務不履行時，發現、預見若不履行，對方將受到如此之損害而必須履行，卻仍不履行者，使其負擔該結果是合宜的，若在途中遇見特別情事且普通人得預見之，已如此處理」。³¹⁷根據這些說明，就特別情事之認識可能性，立法者以平均之債務人為基準。另外從民法第 416 條採取完全賠償原則來看，該條第二項之「預見可能性」應是以平均債務人為基準。石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 145-146，東京都:東京大學出版會。

³¹⁸石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 150，東京都:東京大學出版會。

就損害計算之基準時，石田基於民法第 416 條之立法意旨—盡量使債權人受有完全賠償，認為：(1)損害額是以使用費計算時，損害賠償額計算之基準時，為標的物遲延當時之期間。在標的物遲延交付之期間標的物之時價下跌時，債權人得以請求以使用費計算出之損害額，或於標的物之履行期之時價以及實際交付時之時價的差額所計算出之損害額。³¹⁹ (2)損害額是以時價計算時，損害賠償額計算之基準時原則上，為言詞辯論終結時。若債權人預測將會漲價而不當拖延訴訟時，雖仍以言詞辯論終結時為損害賠償額計算基準時，但應適用與有過失之規定減低賠償額。若有締結轉售契約，則為轉售契約締結時。在標的物時價下跌之情形，以履行期為準，因為債權人只可能持有標的物至轉售時為止。上述情形，若有時價下跌之情形，以履行期為損害賠償額計算基準時，蓋若不採此時為基準，將造成債務人愈遲延履行愈有利之不當結果。中間最高價格之問題，原則上為言詞辯論終結時，若該時之時價較履行期為低，則應以履行期之時價為準。這是為了不使不於履行期履行之債務人獲得不當利益。(3)在損害是以金錢形式出現時，損害賠償額計算之基準時，原則上為損害發生時。雖根據盡量使債權人受到完全賠償之原則，應以言詞辯論終結時之貨幣價值來計算，但是若一般的金錢債務皆如此處理將造成經濟界之大混亂。(4)在身體受傷等情形，損害賠償額計算之基準時為言詞辯論終結時。在加總各損害額時(例如無法取得標的物之損害額與喪失轉售價金之損害額之加總)，各損害額不一定統一地以言詞辯論終結時為損害賠償額計算之基準時。

最後，就損害賠償額計算之問題屬實體法上之問題³²⁰，還是訴訟法上之問題？³²¹石田穰認為，此一問題具備多元性質。若認定損害賠償之成立要件之一—損害額，是由法官自由裁量決定，則應以何一時點為損害賠償計算基準時，既不是實體法上之問題，也不是訴訟法上之問題。相對的，若採取應以當事人所主張之時點來計算之看法，因為是以當事人主張之時點決定，而一定時點之時價是損害賠償請求權發生之實體法上要件之一，故損害賠償額計算之基準時，便是實體法上之問題。判例上，有非常多數之情形，是以債權人所主張之損害賠償額計算基準時為準來計算損害。³²²判例此一態度，應可說明損害賠償額計算基準時之多元性質。

第五款 提倡將日本民法第 416 條理解成確保債務履行之制度—白石友

³¹⁹ 最判昭和 36 年 12 月 8 日民集 15 卷 2706 頁。

³²⁰ 北川善太郎，〈損害賠償額の算定基準時〉，《法學論叢》，第 88 卷第 4、5、6 號，頁 152 以下

³²¹ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 497，東京都：東京大學出版會。

³²² 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 209 以下，東京都：東京大學出版會。北川善太郎，〈損害賠償額の算定基準時〉，《法學論叢》，第 88 卷第 4、5、6 號，頁 84 以下。轉引自石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，頁 158，東京都：東京大學出版會。

日本雖然於最近出現對通說—相當因果關係說之批判，但對保護範圍說亦有批評。批評之一即為，即使有限制賠償範圍之必要，但無法由此直接推導出以「預見可能性」來確定賠償範圍之原則。契約利益說認為，契約不履行損害賠償範圍，是以基於當事人之合意而設定之契約規範所保護之利益來決定。但是「契約規範所保護之利益」與日本民法第 416 條之預見可能性原則之關係究竟為何？該說並未回答。若將契約不履行理解成損害賠償的制度，若以預見可能性原則來劃定賠償範圍，則與契約利益無關的損害，因為對其有預見可能性，亦被納入賠償範圍，³²⁴保護範圍說與契約利益說無法說明之。另外，損害賠償制度皆有限制賠償範圍之必要，為何日本民法僅就契約不履行設有確定賠償範圍之原則？是因為侵權行為損害賠償與債務不履行損害賠償是性質相異之二制度嗎？若將後者理解成確保債務履行之制度，是否可以提供上述問題明確的答案？白石為了回答這些問題，檢討法國法之債務不履行賠償範圍之學說。

法國就契約不履行損害賠償之性質，有將之理解為賠償制度的立場（賠償模型），與將之理解為確保債務履行之立場（履行模型）的對立。³²⁵根據法國傳統之通說，債務不履行之損害賠償，和侵權行為之損害賠償相同，都被構想成賠償因有責行為所造成之損害的制度（賠償模式），皆應服從「完全賠償原則」。³²⁶這此理解下，以「預見可能性」限制賠償範圍的法國民法第 1150 條，因為是優待契約債務人之完全賠償原則之例外的規定，³²⁷故必須要有正當化該例外之根據。多數之學說，以當事人之意思賦予法國民法第 1150 條基礎。也就是說，契約是以當事人之意思為基礎，該意思

³²³ 白石友行(2006)，〈契約不履行に基づく損害賠償の範圍の理論的基礎—契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデルと予見可能性—〉《法學政治學論究》第 71 號，頁 257-284。

³²⁴ 川村泰啟(1982)，《增補・商品交換法の体系》，頁 142 以下、頁 262，勁草書房。認為不完全履行之損害，民法第 416 條並未就之規範。轉引自白石友行(2006)，〈契約不履行に基づく損害賠償の範圍の理論的基礎—契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデルと予見可能性—〉，《法學政治學論究》，第 71 號，頁 258。

³²⁵ 白石友行(2006)，〈契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—〉《法學政治學論究》第 70 號，頁 303 以下。

³²⁶ H.L. Mazeud, J. Mazeud et F.Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile Délictuelle et contractuelle*, t. III, vol.1, 6^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1978, n°2332, pp.657 et s.; G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd., LGDJ., Paris, 2001, n° 57 et s., etc. 轉引自白石友行(2006)，〈契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—〉，《法學政治學論究》，第 70 號，頁 263。

³²⁷ 但有一部分學說認為，即使是在契約責任，也應採取完全賠償原則，法國民法典第 1150 條只是在損害確定之層次上，就二賠償制度設置差異。C.Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation Intégrale en droit privé*, th. Paris I, préf. F. Pollaud-Dulian, PUAM., Paris, 2002, n° 100 et s., pp.105 et s.; P. Malaurie, L. Aynés et P. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 2^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2005, n° 961, p.506; etc. 轉引自白石友行(2006) 〈契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—〉，《法學政治學論究》，第 70 號，頁 264。

以當事人之預見所支配，故當事人就不得預見者，並不負有義務。故契約當事人對於契約締結時無法預見之損害不負賠償義務。但是，根據一般的見解，所謂預見，並非當事人現實上、具體的預見，而是以理性一般人為基準的預見，故法國民法第1150條之基礎無法求諸於當事人意思。³²⁸另外，考量現代契約法中意思所扮演的角色相對不重要，當事人意思能賦予法國民法第1150條基礎是有疑問的。因此，一部的學說，限制規範的射程範圍，將該條定位成促進交易之策政手段，主張之所以設有完全賠償原則之例外，是因為完全賠償原則含有抑制交易活動之危險。³²⁹最後出現嘗試消除契約不履行損害賠償與侵權行為損害賠制度之差異之學說，排除「契約責任」的特殊性，「契約」之存在不過是法規範層次的反映，與違反法律之侵權行為責任是相同的，既然二者是具有相同性質之賠償制度，為何要採取優惠契約不履行人的制度，令人不解，且不符合正義，故法國民法第1150條應被廢止。³³⁰

對於此，法國近時之有力說認為，債務不履行之損害賠償，是契約債務的履行方法。由於契約債務是由當事人預定其範圍，故身為其替代手段的契約不履行損害賠償，也是由當事人來限制其範圍。所謂的「預見可能性」，並非當事人現實上對債務不履行所造成之結果之認識的心理狀態，而是以當事人意思與契約目的來評價，以契約利益來規範的概念。法國民法典遵從 Domat 與 Poithier 之體系，在以「債務之效果」為題之章節中，處理「債務不履行損害賠償」，明確區別「合意所形成之債務」與侵權行為損害賠償，即是將前者定位成債權人之強制履約方法，以等價物作為履行手段。³³¹對於此有力說，主要的批判是，有力說造成契約不履行損害賠償功能縮小，使侵權行為領域擴大而產生新的問題。例如買進種子的農家，因為該種子有瑕疵存在，而無法收成的情形。買進警報設備之商人，該設備未發揮功能而遭人盜走財物，或是因該裝置之缺陷引發火災的情形。依賴銀行之融資建議的企業，因為該建議之錯誤，以很糟的條件締結一融資

³²⁸ Roujou de Boubée, supra note 26, pp.304 et s.; Laithier, supra note 26, n° 93, pp.132 et s. 轉引自白石友行(2006), 契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—, 《法學政治學論究》, 第 70 號, 頁 264。

³²⁹ G.Viney, Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité, 2^{ème}éd., LGDJ., Paris, 1995, n° 1, p.1. 轉引自白石友行(2006), 契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—, 《法學政治學論究》, 第 70 號, 頁 263。

³³⁰ H.L. Mazeud, J. Mazeud et F.Chabas, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile Délictuelle et contractuelle, t. III, vol.1, 6^{ème}éd., Montchrestien, Paris, 1978, n°2391, pp.7547 et s. 轉引自白石友行(2006), 契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—, 《法學政治學論究》, 第 70 號, 頁 263。

³³¹ 此為 P.Rémy, La 《responsabilité contractuelle》: histoire d' un faux concept, RTD civ., 1997, n° 2 et s., pp.324 et s 以後之一般理解。轉引自白石友行(2006), 契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—, 《法學政治學論究》, 第 70 號, 頁 269-270。

契約的情形，這些損害之賠償應該會被否定。³³²另外，即使要認可這些損害的賠償，是依據侵權行為責任，或等價物之履行與賠償之區別，並不明確³³³。

但是，上述批評，其實並未正中要點，蓋 Pothier 系統下的契約不履行損害賠償，不限於債務對象本身之價值。³³⁴即使是債務對象之價值以外者，若被納入契約之中，構成當事人經由契約可獲得之利益，便成為契約不履行損害賠償債務之對象。總之，在此系統下，法國民法第 1150 條既非完全賠償原則之例外，亦非在不履行所造成之損害之中，僅以在一定範圍內之損害為賠償對象之限制賠償原則，而是將契約債務完全履行之情況、契約所預定之利益實現之情況以金錢來實現的原則，換言之，是完全履行原則之明示。

日本民法典，將契約債務不履行損害賠償定位成「債權之效力」，日本民法第 416 條，規定契約不履行損害賠償以通常損害之賠償為目的，而且以當事人之預見可能性為條件，即使是特別的損害，也可能成為契約不履行損害賠償之對象。這樣的構造與 Pothier 的系統、法國民法典相同。因此，將契約不履行損害賠償理解為契約債務之履行方式，其範圍是由當事人在契約中所預定之利益決定，正適合日本民法第 416 條的結構。在這樣的理解下，日本民法第 416 條第一項之不履行所造成的「通常將生之損害」，為債務對象本身之價值，換言之，意味著應由該契約類型一般上將可獲得之利益，同條第二項之「因特別之情事所生之損害」，是指於契約中預定特別之債務以及意圖實現特別之契約目的，換言之，意味著在當事人於該契約中預定特別之利益時，債權人將可獲得之利益。若採這樣的理解，日本民法第 416 條為何僅就契約不履行損害賠償設有「預見可能性原則」來決定賠償範圍的意義便豁然開朗。正因為兩種損害賠償是性質全然不同的制度，故民法典就二者設有不同之規範。³³⁵

³³² G.Viney, La responsabilité contractuelle en question, in, Études offertes à J. Ghestin, Le Contrat au début du XX^e siècle, LGDJ., Paris, 2001, n° 12 et s., pp.993 et s. 轉引自白石友行(2006)，〈契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—〉，《法學政治學論究》，第 70 號，頁 271。

³³³ C.Larroumet, Pour la responsabilité contractuelle, in, Études offertes à P. Catala, Le droit français à la fin du XX^e siècle, Litec, Paris, 2001, n° 2, p.544; G.Viney, La responsabilité contractuelle en question, in, Études offertes à J. Ghestin, Le Contrat au début du XX^e siècle, LGDJ., Paris, 2001, n° 15, p.936. 轉引自白石友行(2006)，〈契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—〉，《法學政治學論究》，第 70 號，頁 271。

³³⁴ V. notamment. H.Aubry, L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, th.Paris II, Préf. A. Ghozi, PUAM., 2002, n° 439 et s., pp.428 et s.; M. Faure-Abbad, Le fait générateur la responsabilité contractuelle: Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat, th. Poitiers, préf. P.Rémy, LGDJ., Paris, 2003, n° 231 et s., pp.204 et s. 轉引自白石友行(2006)，〈契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル—フランスにおける契約不履行に基づく損害賠償の性質論の検討—〉，《法學政治學論究》，第 70 號，頁 271。

³³⁵ 白石友行(2006)，〈契約不履行に基づく損害賠償の範囲の理論的基礎—契約不履行に基づく

白石友行之理解，所推導出之結論與契約利益說幾乎是相同的，但是理論構造全然不同。契約利益說是以「賠償模型」為前提，將應賠償之損害範圍，限定在「契約規範所保護之利益」。相對的，白石友行之立場，賦予契約不履行損害賠償「履行之實現」的意義，故損害賠償既不會超出、也不會低於債務之履行將可使其獲得之利益，因此，並沒有損害賠償範圍限制的思考介入之餘地。³³⁶

第三節 實務發展

在眾多判例之中，富喜丸案(大判大正 15 年 5 月 22 日民集 5 卷 6 號 386 頁)可謂是劃時代之判決，其確認相當因果關係論為通說，並奠定對於中間最高價格之問題³³⁷的看法。故以此案為分界整理之。於買受人確實有締結具體的轉售契約的案子，於案號後標註(A)，反之則為(B)。³³⁸

第一項 富喜丸案判決前

①大判明 37. 11. 7 民錄 10 輯 1404 頁(B)

為商人之間的棉花種子買賣。判決要旨為，商品之損害賠償額，一般上以契約價格與市場價格(上漲價格)之差額為標準，認可差額之賠償。上述之差額為通常損害。可以說此判決以已上漲之現今時點為計算基準時。

②大判明 38. 11. 28 民錄 11 輯 1607 頁(A)

為燕麥(不特定物)之買賣。買受人將標的物以相同價格轉售予他人。因出賣人之不履行(履行遲延、解除契約)而無法履行轉售契約，買受人支付轉售買受人已上漲價格計算的 1200 萬元之賠償金。買受人向出賣人請求賠償該賠償金之損害。原審認為此屬特別損害而原告未就預見可能性舉證故駁回之。大審院認為，上漲價格為通常損害，不論買受人是否締結轉售契約，皆會受有上漲價格之損害，廢棄發回原審判決。此判決認定上漲價格為通常損害，且以上漲時為計算基準時。同時開啟了「價格上漲之損害」「價格上漲是否屬特別情事」的問題建立方式。

損害賠償に関する二つの理論モデルと予見可能性一〉，《法學政治學論究》，第 71 號，頁 273。
³³⁶白石友行(2006)〈契約不履行に基づく損害賠償の範圍の理論的基礎—契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデルと予見可能性一〉，《法學政治學論究》，第 71 號，頁 284。註 65。

³³⁷ 指價格一度上漲最後卻又跌價的情形。

³³⁸ 以下判決整理引用自，奧田昌道(1982)《債權總論(上)》，初版，頁 186-195，東京都：筑摩書房。田中稔(2007)〈履行不能および不法行為における損害賠償額の算定時期：大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして〉，《沖繩法學》，第 36 號，頁 1-69。

③大判明 39.10.29 民錄 12 輯 358 頁(B)

為菸草的買賣，於出賣人履行遲延之後，因為菸草專賣法之公布，陷入履行不能。判決要旨為，若債權人如約定受有履行的話，則應可於價格上漲時賣出標的物而獲取利益，故認可法律公布後之上漲價格的賠償，而非履行不能時之價格。原審係以該上漲為因自然趨勢所造成之上漲為由，認可上漲價格之賠償。但大審院特別將上漲價格定位成轉售利益之可能性來處理。在計算基準時方面，以價格上漲時為基準時。

④大判明 41.3.28 民錄 14 輯 290 頁(B)

為商人間之大麥買賣契約。該判決認為，商人買進營業上之物品，即使實際上並未為轉售，對於不履行之出賣人，仍得請求已上漲之價格和契約價格之差額。亦以上漲價格為通常損害，且以上漲時為計算基準時。

⑤大判大 1.12.11 民錄 18 輯 1025 頁

為天津棉之買賣契約。出賣人雖已提供標的物，買受人拒絕受領，不支付價金。出賣人認為買受人無履行之意思，於價格下跌時以該時之時價轉售標的物，請求轉售價格與約定價格之差額。原審認可之。但是大審院認為，因為出賣人未解除契約，故廢棄發回原審判決。

⑥大判大 3.5.30 民錄 20 輯 426 頁(B)

為稻米之買賣。買受人請求賠償契約價格之二成。此判決認為，即使為所失利益之損害，仍應基於實際之情事判定賠償額，由於不存在「一般從事稻米買賣交易之人通常可獲得二成之利益」的經驗法則，故駁回請求。

⑦大判大 4.10.2 民錄 21 輯 1560 頁。

為無權代理人之損害賠償責任。買賣之買受人為賠償權利人。判決要旨為，在計算買賣價金與時價之差額之損害額時，就該時價之標準，賠償權利人得任意選擇自損害發生時至判決時為止之間的價格。原判決則以上述差額是因事物之自然趨勢通常將造成之損害而肯定之。此判決也不區分範圍問題與基準時問題。

⑧大判大 5.2.21 新聞 1130 號 31 頁

因買受人不支付價金，出賣人解除契約。原審認為出賣人之損害應以民法第 419 條第一項定之，駁回其請求。大審院認為，約定價格與解除時已下跌之價格之差額，為出賣人之損害。

⑨大判大 5.10.27 民錄 22 輯 1991 頁

為牛皮之買賣契約。因買受人不履行而解除契約，約一個月後，出賣人以下跌之價格將標的物售予他人。判決要旨為，契約價金與再賣出之價格之差額，為通常損害。

⑩大判大 7.8.27 民錄 24 輯 1658 頁(B)

為火材之買賣。因出賣人遲延，買受人解除契約。請求上漲價格之賠償。原審認為，雖然歐洲戰爭爆發屬特別情事，但債務人對此有所預見故認可其請求。大審院亦肯定之。此判決為首次認定價格上漲為特別情事者。

學者好美清光認為，在如同本案「標的物為商品、出賣人為製造業者、買受人為盤商」之情形，因為「是以馬上轉售以獲取中間利潤為目的的契約」，故「契約價格與在合理期間買進所需要之上漲價格之差額，當然應賠償之」，視其為通常損害。³³⁹

另外，淡路剛久認為此判例以履行期為預見時期。蓋此判決表示「應將特別情事的預見時期解釋為履行期時始為正當」。³⁴⁰

⑪大判大 7.11.14 民錄 24 輯 2169 頁(B)

為鐵線之買賣。買受人於解除後，約一週後買進替代品，請求替代交易與契約價金之差額。原審認為只要賠償解除當時之損害即足，不應以解除後之替代物價格為準而駁回請求。大審院認為，通常損害即使是在解除後才產生，若依照一般交易觀念，認為與債務不履行之間具有因果關係的話，則得請求賠償，廢棄發回原判決。相對於原審以解除時為準時，大審院係以替代交易時為準。

⑫大判大 9.8.28 民錄 26 輯 1298 頁(B)

為賭場機械以及附屬品之買賣。買受人請求賠償買賣價金與解除後經過一年之上漲價格之差額 2000 元。判決要旨為，損害之範圍原則上應基於契約解除當時已產生之損害來計算，但是即使是解除後之損害，若依照一般的交易觀念，可認定與債務不履行之間具有因果關係的話，則不論該損害發生之事實距離解除後多久，皆得請求賠償。但在無特別情事之限度內，不應以解除後所發生之事實為準以計算賠償額，廢棄發回原判決。

⑬大判大 10.3.30 民錄 27 輯 603 頁(A)

³³⁹ 好美清光(2009)，《民法判例百選 II -- 債權》，第 6 版，頁 21。

³⁴⁰ 淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 177，東京都：有斐閣。

為火材之買賣契約。買受人以解除後之上漲價格(1000把、54元74錢)請求損害賠償。原審、大審院都只認可轉售價格(22元50錢)與契約價格(15元10錢)之差額。為只承認具體轉售價格之判決，不考量替代交易費用、轉售契約賠償金。

⑭大判大 11.6.5 民集 1 卷 283 頁(B)

債權人請求因穀物寄託契約之受寄人無權處分(返還義務之履行不能)所造成之損害之賠償。原審認為，在履行不能時損害賠償請求權已確定，之後只要支付遲延利息即可，視寄託人之轉售為特別情事，須具有預見可能性，而本案不符合此要件。換言之，以返還不能時之損害額(時價)為通常損害。大審院認為，債權人得以請求與滅失具有相當因果關係之一切損害，有價格變動時，可任意選擇適當時期之價格。但該損害若屬債務人無法預見之特別情事所造成者，則不認可之。最後廢棄發回原判決。

⑮大判大 13.5.27 民集 3 卷 232 頁(A)

為樹木之買賣契約。因出賣人又售予他人而造成交付債務之履行不能，買受人請求以起訴時之上漲價格計算之賠償，原審認可之。大審院認為，若無法舉證將保有標的物至現在的時點，便無法請求上漲價格。本案因為已締結轉售契約，故應以履行不能時之時價為準。

此判決提及，若屬一般商品，尤其是股票，具有頻繁交易之性質，故多可推測買受人將以履行不能後之上漲價格轉售，反之，若屬土地以及定著於土地之樹木，交易比較不頻繁，無法推測買受人之轉售，故請求轉售利益者應舉證該特別情事(以履行不能後之上漲價格轉售)之存在。學者田中稔合併觀察大判大 11.6.5 民集 1 卷 283 頁、大判大 13.5.27 民集 3 卷 232 頁二判決，認為法院就「具有交易頻繁性質」之標的物，推定有特別情事之存在，合併大判大 10.3.30 民錄 27 輯 603 頁觀察，即使是具交易頻繁性質之物，實際締結轉售契約將推翻此推定。³⁴¹鳩山認為，考量得否保有上漲價格之問題，不應只考慮標的物之性質，尚需考量當事人之職業、特別契約之存在等具體情事，並根據誠信原則判斷有無獲取利益之情事。³⁴²北川則批評，若於上漲前有轉售則不得請求上漲價格之準則，於現在之上漲價格較轉售價格為高時，將造成債務不履行人取得上漲利益之問題，故應該要使債權人亦得以上漲價格請求賠償。³⁴³

³⁴¹田中稔(2007)，〈履行不能および不法行為における損害賠償額の算定時期：大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして〉，《沖繩法學》，第 36 號，頁 18。

³⁴²鳩山秀夫，〈判民大一三年四八事件〉，《判批》。轉引自田中稔(2007)，〈履行不能および不法行為における損害賠償額の算定時期：大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして〉，《沖繩法學》，第 36 號，頁 15。

³⁴³北川善太郎(2004)，《債權總論(民法講要Ⅲ)》，第三版，頁 165，東京都：有斐閣。

第二項 富喜丸案判決

⑩大判大正 15 年 5 月 22 日民集 5 卷 6 號 386 頁(富喜丸案)

本案之事實大致為，屬 X 所有之氣船「富喜丸」，因 Y 所有之氣船的船長之過失而互相撞擊導致沉沒(1915 年時沉沒)。沉沒後數個月，因為第一次世界大戰之爆發，數年後因戰爭造成船舶不足，造成船舶價格、傭船費暴漲(沉沒時為 10 萬元，一度上漲至 190 萬元，起訴時以下降回 10 萬元)。³⁴⁴X 向 Y 請求：①富喜丸在 1917 年 8 月之價值扣除保險金等後共 182 萬餘元，②因為已締結傭船契約得以獲得之傭船費扣除手續費後共 1 萬 6800 元，③1916 年開始三年間利用富喜丸應獲得之傭船費共 170 萬餘元。對於此，Y 抗辯應以事故發生當時之價格為基礎，故請求其後之最高價格以及因得以使用而獲得之收益是不當的。原審判決表示，就①僅認可沉沒當時之時價，就②則認可之，就③認定有 51 萬元的損害，並因與有過失、保險委付只最後僅判決賠償一萬餘円。XY 皆上訴，Y 之上訴理由為，認可除船舶價值外之其它經由利用船舶可得之利益之賠償是不當的，大審院對此為中間判決廢棄原判決。

大審院認為：「在認定加害人之責任時，基於僅就對加害人而言以一般的觀察可認定屬相當之賠償範圍內負責，除此之外不負責任之法理，應符合民法第 709 條以下之規定的精神。然而民法第 416 條之規定僅是基於共同生活之關係，明示人之行為與結果之間存有相當因果關係之範圍，並非應限制在債務不履行之情形，侵權行為之損害賠償有該條規定之類推，以其因果關係定之。」「物之交換價格，和經由通常該物之使用收益應可獲得之利益對應，包含該物之通常使用價格，……故被害人得以受有以毀損滅失時之該物價格為準的賠償時，該被害人不得再請求經由通常使用收益將可獲得之利益。」因此「被害人請求經由物之特殊使用收益將可獲得之利益，以民法第 416 條第二項之規定為準據，必須主張、舉證在侵權行為當時已預見或應得預見將來可確實取得此利益之特別情事」。「因侵權行為受有財產上損害者，除得以請求現實上已產生的損害之外，亦得請求若無侵權行為將可獲得之所失利益...但是，被害人未獲得上漲價格的消極損害。縱使上漲係因自然之趨勢所造成，除非被害人具有若無該侵權行為則額以該上漲價格轉售、處分或依照其他方法應可確實取得相當於該價格之利益之特別情事，且該情事於侵權行為時已預見或得預見，仍不得請求該損害之賠償。」

以上述論理，大審院作出判決如下：對於②已締結傭船契約得以獲得

³⁴⁴ 平野裕之(2005)，《プラクラリスシリーズ 債權總論》，第 1 版，頁 271-272，東京都：信山社。

之傭船費扣除手續費後共 1 萬 6800 元、③1916 年開始三年間利用富喜丸應獲得之傭船費共 170 萬餘元之請求，認為船價中包含經由通常之使用收益的獲利，若認為傭船費是將由通常使用收益將可獲得之利益的話，就會產生二重賠償的問題，若認為是經由特殊的使用收益而可獲得之利益的話，必須在船舶衝撞時已預見或應得預見之，原審並未審理此點。對於①富喜丸在 1917 年(非沉沒時)8 月之價值扣除保險金等後共 182 萬餘元之請求，因就確實保有最高價格之利益之情事未做充足之主張以及舉證，故不應以最高價格為標準定損害賠償範圍。

要言之，此判決之重要見解為：

1. 民法第 416 條之規定應準用於侵權行為之損害賠償。³⁴⁵
2. 在因侵權行為使物滅失之情形，對於現實損害可以獲得賠償之被害人，可以請求通常使用收益的賠償。但得獲得特別收益之事於侵權行為當時預見或應得預見時對於該損害得請求賠償。本判決似認為傭船金、侵權行為後之上漲價格為特別損害，故以預見可能性為必要。
3. 因侵權行為造成物之毀損滅失之損害賠償，應以毀損滅失當時之交換價格定之。
4. 因侵權行為而滅失損毀之物，其價額在之後上漲時，除非被害人具有若無該侵權行為則得以該上漲價格轉售、處分或依照其他方法應可確實取得相當於該價格之利益之特別情事，且該情事於侵權行為時已預見或得預見，否則不得請求該損害之賠償。³⁴⁶

於保不二雄贊成富喜丸案判決以損害賠償責任發生時為計算基準時，並認為該基準時之後的損害若在相當因果關係之範圍內亦應加入計算之處理。蓋損害賠償原則是金錢賠償，其內容於債權發生時，即損害發生時才會特定。³⁴⁷而且損害賠償債權成立之同時履行期即屆至，因為是履行遲延中所產生者，故即使是債務不履行之時以後的損害，只要在相當因果關係之範圍內，當然應加入計算。因此，在責任原因發生後有物價變動之情形，因此產生之損害，視為因特別情事而生之損害，以當事人之預見可

³⁴⁵ 「民法第 416 條也適用於侵權行為，是自大正 15 年 5 月 22 日之大審院判例肯定以來，成為通說、判例至今，……」菊地博(1975)，〈損害賠償の範圍について〉，《判例タイムズ》，第 311 號，頁 70。

³⁴⁶ 淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 163，東京都：有斐閣。

³⁴⁷ 因此，請求物之給付的債權人，在請求本來支給付以及於執行不能時請求替代履行之損害賠償時，賠償額之計算時期，為最終的言詞辯論終結時。以在該期日之物的價格為基準(昭和 15 年 3 月 13 日大民連判民集 19 卷 530 頁、昭和 30 年 1 月 21 日最高判民集 9 卷 22 頁)。於是，損害賠償額之計算時期，在不確定損害之發生時期時，該判決將因為理由不備而被視為違法(昭和 32 年 6 月 7 日最高判民集 11 卷 960 頁)。

能性為要件加入賠償額的計算。³⁴⁸淡路剛久認為，富喜丸案判決實質上變更了先前以不履行後之價格上漲為通常損害之判例(大判明治 38.11.28 民錄 11 輯 1607 頁、大判大正 7.11.14 民錄 24 輯 2169 頁)。³⁴⁹

北川善太郎認為，富喜丸案判決之前，判例採取限制賠償原則，於富喜丸案判決中，運用德國之相當因果關係來實現限制賠償原則，為使相當因果關係論與日本民法第 416 條結合，造成相當因果關係論之日本化。於富喜丸案判決之後，在債權人與第三人具有契約關係的案例，即使不能認為其採取完全賠償原則，至少也傾向保護債權人之立場，在不採取債務人所主張之較低賠償額的意義下，可以說其並未採取限制賠償原則。³⁵⁰另外，富喜丸判決之後，判例將第 416 條解釋為相當因果關係之情形，變得普遍，但觀察判例之實際，有的僅以第 416 條決定賠償範圍，有的以相當因果關係決定賠償範圍，有的言及二者，相當因果關係與第 416 條之關係並不明確。³⁵¹

小野信二認為，富喜丸案判決將基準時之問題以日本民法第 416 條之相當因果關係處理，也嚴格限制上漲價格之損害賠償請求，之後最高裁基本上承襲此立場。³⁵²

第三項 富喜丸判決後

⑰大判昭 4.4.5 民集 8 卷 373 頁(A)

土地買賣契約之出賣人二重買賣而造成履行不能。買受人請求具體之轉售利益以及支付予轉售買受人之違約金。判決要旨為，轉售利益屬特別損害，出賣人就轉售契約雖有預見，但本案之轉售價金過高而無法被視為通常轉售價金，故對該轉售價金額無預見可能性，廢棄發回原審判決。

由於判決中表示：「其損害賠償範圍應解釋為，限於因上述特別情事，依據事物之性質，通常將產生的損害」。故學者淡路剛久認為其採取近藤英吉與柚木馨說，將第 2 項之特別損害解釋成「因特別情事通常將生之損害」。³⁵³

³⁴⁸ 於保不二雄(1959)，《債權總論》，第 7 版，頁 130，東京都：有斐閣。

³⁴⁹ 淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 173，東京都：有斐閣。

³⁵⁰ 北川善太郎(1971)，〈損害賠償額算定の基準時〉，《法學論叢》，第 88 卷第 4、5、6 號。

³⁵¹ 北川善太郎(1987)，奧田昌道編，《注釈民法(10) 債權 1 債權の目的・効力》，頁 500 以下，東京都：有斐閣。

³⁵² 小野信二(2005)，《債權總論》，第 2 版，頁 108-109，東京都：八千代。

³⁵³ 淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 170-171，東京都：有斐閣。

⑱大判昭 5. 7. 26 民集 9 卷 704 頁

土地出租人雖已交付土地，但之後默認第三人無權占有之，不採取排除妨礙之措施，承租人因此請求損害賠償。原審認為，基於承租人於該土地上建築住家以供他人承租之計畫，應計算該收益以決定賠償額。判決要旨雖支持原審，但爭點在於出租人是否有債務不履行，而非賠償額之計算方式。

⑲大判昭 6. 4. 15 新聞 3266 號 16 頁(B)

為商人間之小麥買賣契約。買受人因出賣人不履行而解除契約，請求上漲價格與約定價金之差額。法院認為此屬特別損害但因具有預見可能性而認可之。

⑳大判昭 6. 11. 14 新聞 3341 號 14 頁(A)

請求山林樹木之買賣價金 2 萬元與轉售價金 2 萬 8 千元之差額 8 千元。判決要旨為，系爭損害為特別損害，若無法證明預見可能性便無法認可之。

㉑大判昭 7. 5. 27 新聞 3448 號 7 頁(B)

和解契約下出賣人之履行義務因標的物滅失而陷入履行不能，判決要旨為，原則上只能請求履行不能時所受之損害之賠償。雖然履行不能之後價格下跌，仍以不能時為基準時。

㉒大判昭 8. 7. 5 民集 12 卷 1783 頁

因土地出租人將標的物之土地售予他人而造成履行不能，原審認為損害賠償範圍限於「因不能使用土地所受有之損害」，否定以租賃權之交換價值計算損害，本判決認為應以上述借地權之客觀價值為準，廢棄發回原審判決。

㉓大判昭 8. 10. 4 裁判例(七)民 230 頁(A)

讓與擔保之擔保設定人將擔保標的物(古書畫)以約兩倍之價格轉售予第三人。擔保權人無法履行返還義務，擔保設定人便請求轉售價格之賠償。大審院雖認為轉售屬特別情事，但就轉售以及其價格皆可預見，故廢棄發回。

㉔大判昭和 9. 1. 16 裁判例(八)民 1 頁(B)

為不動產之買賣契約。於履行期屆至後才履行，於實際履行時標的物價格已下跌。原審認可契約價金與下跌時之時價之差額，大審院則認為，不動產不易轉售，須具有買受人接受履行後直接轉售之可能性之特別情事，

故廢棄發回原判決。

㉕大判昭 9. 8. 10 全集 1 輯 9 號 14 頁

以大判大 13. 5. 27 民集 3 卷 232 頁之看法—轉售利益，「買受人具有獲得上漲利益之特別情事，一般商品，特別是股票，具有頻繁交易之性質，故可以推測具有該特別情事之情形並不少」—為根據，不探求預見可能性之存否，肯定以解除前之上漲價格賠償。上述之特別情事，是指於價格上漲之前處分之具體的轉售契約等。

此判決不以履行期後至解除時為止之中間價格為特別損害，是值得注意的。其不引用富喜丸判決，而是大判大 13. 5. 27 民集 3 卷 232 頁。³⁵⁴

㉖大判昭 11. 10. 16 法學 6 卷 92 頁(B)

棉線之買賣契約。買受人請求解除時之上漲價格與約定價金之差額。判決要旨，認為有替代交易之必要性，而認可其請求。

㉗大判昭 12. 3. 5 判局全集 4 輯 5 號 6 頁(B)

本案為股票買賣。廢棄認可履行期後 8 個月之上漲價格與契約價金之差額的損害賠償之原審判決。身為有價證券商之原告，因為於取得股票後短時間內轉售是一般的情形，須具有特別情事始可斷定原告會在履行期後八個月才轉售。

㉘大判昭和 15. 2. 28 新聞 4543 號 70 號(A)

為土地之買賣。因出賣人之二重買賣造成履行不能。判決要旨為，買賣價格與契約價格之差額為特別損害而出賣人已知道轉售價格故認可之。

㉙大判昭 15. 5. 8 判決全集 7 輯 17 號 13 頁(A)

締結土地買賣契約後，又締結轉售契約，後者有違約金之約定(遲延之後至實際交付時為止月額 200 元)。判決要旨為，債務人於轉售契約履行期前得知上述情事，即使是在自己的債務之履行期後，仍因為具有預見可能性而認可該賠償。

㊀大判昭 16. 2. 5 新聞 4681 頁 15 頁(A)

因出賣人不履行，買受人解除輕油之買賣契約，請求解除時之時價(為約定價格之兩倍弱)。原審只認可轉售之所失利益。大審院認為，即使已

³⁵⁴ 田中稔(2007)，〈履行不能および不法行為における損害賠償額の算定期限: 大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして〉，《沖繩法學》，第 36 號，頁 48。

締結轉售契約(較解除時之價格為低)，因為要履行轉售契約必須以高價買進替代物，故廢棄發回原審判決。視為履行轉售契約所支出之買進替代物之費用為通常損害。

⑳最判(一小)昭 28.10.15 民集 7 卷 10 號 1093 頁(B)

為杉材買賣契約(木材重 2500 石)，雖已支付價金 20 萬元，但尚有 1400 石未交付。買受人，解除未履行之部分，請求解除時之時價。判決認可之，要旨為，非特別情事下，應以解除當時之損害額為準來計算。可認為此判決以解除時為計算基準時。

㉑最判(二小)昭 28.12.18 民集 7 卷 12 號 1446 頁(B)

木屨材料之買賣契約，價金為 2 萬 5 千元，於出賣人不履行後 9 個月即解除時之時價，上漲為 9 萬元。買受人請求解除時之時價與約定價金之差額。判決認可之，要旨為，(i)本案為通常損害，(ii)至解除時為止買受人仍有給付請求權，出賣人亦負有給付義務，至解除時才免除之，而以損害賠償義務取代之，故履行利益之損害賠償，應以解除時為標準來計算標的物之價值。學者奧田昌道認為，(i)是正確的，但(ii)之說理僅具形式意義。損害賠償之原因事實為債務不履行本身，並非解除契約。買受人也好、商人也好，依照誠信原則，都負有盡快買進替代物等損害減輕義務。

355

㉒最判(三小)昭 32.1.22 民集 11 卷 1 號 34 頁

因土地出租人未交付(履行遲延)，造成承租人無法於土地設置建築物以開始營業，雖營業利益之損害屬特別損害，原審認定對此具有預見可能性故認可損害賠償之請求，本判決支持之。

㉓最判(一小)昭 35.12.15 民集 14 卷 14 號 3060 頁(B)

為山林之讓與擔保契約。擔保權人於返還期限之前砍伐山林，擔保設定人請求損害賠償。判決要旨為，在履行不能已確定的情形，即使係在履行期之前，仍應以不能時為計算損害賠償之基準時。

㉔最判(二小)昭 36.4.28 民集 15 卷 4 號 1105 頁(A)

乾麵之買賣契約。締結契約後標的物價格暴漲。出賣人不履行，買受人於契約締結後一年解除契約，請求履行期之時價與約定價金之差額。法

³⁵⁵ 奧田昌道(1982)，《債權總論(上)》，初版，頁 193，東京都:筑摩書房。

院認可之。雖然買受人於締約時已締結轉售契約，但因為出賣人無法成功舉證該轉售價格，故無視已締結轉售契約之事實。判決要旨為，以履行期之時價和約定價金之差額為通常損害。

③⑥最判(二小)昭 36.12.8 民集 15 卷 11 號 2706 頁(B)

為大豆油之買賣。買受人得標向公法人購買大豆油，已支付價金。雖約定於交付價金 15 日後交付，但實際上遲延 2、3 個月始交付。原審以契約價金(a)和履行期之上漲價格(c)之差額為遲延賠償，但最高法院認為，應以履行期之市價(c)和交付時之市價(b)之差額計算損害(價格之高低為：c>b>a)，廢棄發回之。也就是說「在履行遲延中市價下跌後始為交付之情形，於遲延中經由轉售將可獲得之利益的喪失的損害賠償額，應以履行期與交付時之市價之差額計算。」

③⑦最判(二小)昭 37.7.20 民集 16 卷 8 號 1583 頁

因可歸責於土地出租人而造成之履行不能(將土地出租給第三人，且該第三人已蓋好建築物於該土地之上)，土地承租人之損害賠償額之計算，應以解除時之借地權價格為準，而非履行不能時。由於本案之原告自履行不能時約七年後才請求交付土地，於催告後解除契約請求損害賠償，形式上為「遲延+解除」，故原審以解除時為準，本判決亦支持之。

③⑧最判(二小)昭 37.11.16 民集 16 卷 11 號 2280 頁(B)

為以土地為標的物之附有買回約定之買賣契約，因債務人已將土地移轉登記與他人，陷入履行不能。原告(買回權人)請求以履行不能時之時價和言詞辯論終結時之時價之差額計算出來之損害賠償。法院認可之。判決要旨為，(i)履行不能之損害賠償，原則上以不能時為計算基準時。(ii)若「具有標的物價格持續上漲之特別情事，且債務人於履行不能之際已知或可得知該情事，債權人得以已上漲之現今時價(也就是言詞辯論終結時)³⁵⁶為準」，此為上述原則之例外。理由在於，若債權人未遭受債務人之不履行，則現在應可保有價格已上漲之不動產，故應解釋為就債務不履行所造成之債權人上述價格之損害，負有賠償義務。而且，不以債權人預定於現在已上漲之時處分為必要。³⁵⁷(iii)但是，又有例外的例外((ii)的例外)，若在到達現在之時價之前，債權人應會將標的物處分與他人，或是價格一度上漲又下跌時，債權人不具有可確實獲得該上漲利益之情事，皆無法請求以上漲價格計算之損害賠償。

學者田中稔評價此判決，上述之(i)與富喜丸案準則相同，(ii)區分

³⁵⁶ 括號為本文所加。

³⁵⁷ 田中稔(2007)，〈履行不能および不法行為における損害賠償額の算定期限：大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして〉，《沖繩法學》，第 36 號，頁 57。

現在(訴訟上為言詞辯論終結時)之時價與中間價格，前者在具有上述要件時，得以言詞辯論終結時之時價為準。³⁵⁸

③最判(二小)昭 38.1.25 民集 17 卷 1 號 77 頁

因出租人不履行債務，承租人另外向他人承租所支出之租金，超出統制額之部分，被認定為屬在相當因果關係之範圍內之損害。

④最判(一小)昭 39.10.29 民集 18 卷 8 號 1823 頁

因汽車之出賣人履行遲延，造成買受人無法將汽車運用在其運輸事業，不論買受人是否已取得營業許可，債務不履行所造成之營業利益之喪失的損害，為得請求賠償之通常損害。

在先位聲明為請求交付標的物，備位聲明為若執行不能則請求損害賠償的情形，賠償額應以判決時，即第二審言詞辯論終結時該物之價格為準。

³⁵⁹理由在於無法預見計算執行當時之價格。①大判大 5.6.7 民錄 22 輯 1141 頁(請由交付作為佃租之玄米)，②大判大 7.1.28 民錄 24 輯 51 頁(未成年人出派汽車，契約不生效，請求返還。契約解消時為 170 萬，言詞辯論終結時為 150 萬)，③大判大 11.9.23 新聞 2060 號 21 頁(作為利息之玄米)等判決，④大判昭 5.5.22 新聞 3134 號 7 頁(佃租為稻米)⑤大判昭 7.7.29 新聞 3453 號 14 頁(最為佃租之玄米)皆表現出上述看法。但⑥大判(連)昭 15.3.13 民集 19 卷 530 頁(股票買賣之交付)，以未解除契約故不得請求履行利益之賠償為由而上訴，判決要旨為，該損害賠償為遲延之損害賠償，與請求交付物之標的物之訴合併時，以在事實審言詞辯論終結時之物之價格判定，命為原本之給付的同時，也命令在無法執行時應賠償相當於上述價格之損害賠償。判例之見解為，應使原告受有相當於在無法執行時若受領標的物將獲得之利益。⑦最判(二小)昭 30.1.21 民集 9 卷 1 號 22 頁(委託請求返還線材)，意見同⑥的判決。

⑧最判昭(一小)47.4.20 民集 26 卷 3 號 520 頁(B)

為土地、住家之買賣(價金 7 萬一千元)，締結契約 11 年後，³⁶⁰因出賣人之二重買賣造成履行不能。買受人接受標的物之交付，已經開始居住。原審以履行不能時為計算基準時，買受人認為應以言詞辯論終結時為基準時而上訴，最高法院廢棄發回原審判決。最高法院認為，「大致上，債務

³⁵⁸ 田中稔(2007)〈履行不能および不法行為における損害賠償額の算定時期: 大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして〉，《沖繩法學》，第 36 號，頁 57。

³⁵⁹ 奧田昌道(1982)《債權總論(上)》，初版，頁 200-201，東京都:筑摩書房。平井宜雄(1994)《債權總論》，第 2 版，頁 103，東京都:弘文堂。平井宜雄(1994)《債權總論》，第 2 版，頁 92-93，東京都:弘文堂。

³⁶⁰ 菊地博(1975)〈損害賠償の範圍について〉，《判例タイムズ》，第 311 號，頁 69。

人無權處分標的物而造成債務履行不能之後，若具有該標的物之價格持續上漲之特別情事，且債務人於履行不能之際，已知或可得知該特別情事之存在，債權人得以向債務人請求以該標的物已上漲之現在的價格為計算基準的損害額，此已被視為本院之判例。」此判決贊成最判(二小)昭 37.11.16 民集 16 卷 11 號 2280 頁之按決要旨，敘述「如本案，即使買受人並未以將標的物轉售予他人來獲取利益為目的，而是以供自己使用為目的而締結買賣契約，在因出賣人無權處分該不動產而造成對買受人之所有權移轉義務履行不能的情形，仍為妥適。蓋即使如此，上述不動產之買受人，若無遭遇債務不履行，則現在得保有價格已上漲之不動產，故上述不履行之結果所造成之買受人所受損害額，應以該不動產之已上漲的現今價格為基準來計算」。原審並未就特別情事以及預見可能性為判斷，故廢棄發回。

學者菊地博認為，依據最判(二小)昭 37.11.16 民集 16 卷 11 號 2280 頁、最判昭(一小)47.4.20 民集 26 卷 3 號 520 頁二個判例，現今日本之判例，即使附有「已知或可得知標的物價格上漲之特別情事」之保留，並未改變根本理論，仍可以說是確立了履行不能之損害賠償額，得以事實審言詞辯論終結時為基準的原則。³⁶¹

學者潮見佳男，認為在此判決之前，法院皆以「轉售利益」作為判斷物之價值的基準，至此判決終於將「轉售利益」與「物之價值」切離。³⁶²田中稔亦認為，本判決援用最判(二小)昭 37.11.16 民集 16 卷 11 號 2280 頁之判斷框架，明示相當於言詞辯論終結時之時價的損害，並沒有將之視為轉售利益的必要。³⁶³最判(二小)昭 37.11.16 民集 16 卷 11 號 2280 頁、最判昭(一小)47.4.20 民集 26 卷 3 號 520 頁此二判決，與富喜丸案判決相較，從寬認定以言詞辯論時之價格為基準，基本上受到學說之支持。比較富喜丸案準則與上述二判決，前者將轉售等獲取利益之特別情事之存在，以及就該情事之預見可能性，由主張以上漲價格賠償之債權人舉證責任。後者則區別中間最高時價與現今之時價，請求賠償現金之時價時，不以債權人預定於現在處分標的物為必要，與富喜丸案準則相比，較容易以言詞辯論終結時為基準。但柚木馨、高木多喜男³⁶⁴認為，富喜丸案準則處理的是中間最高價格的案例，最判(二小)昭 37.11.16 民集 16 卷 11 號 2280 頁、最判昭(一小)47.4.20 民集 26 卷 3 號 520 頁二判決則是價格持續上漲的現在價格問題，屬不同的事案，故富喜丸案準則依然維持。

另外，田中稔認為，比起富喜丸案，後二判決更像延續自大判大 11.6.5

³⁶¹ 菊地博(1975)，〈損害賠償の範囲について〉，《判例タイムズ》，第 311 號，頁 69。

³⁶² 潮見佳男(2007)，《債權總論》，第 3 版，頁 156-157，東京都：信山社。

³⁶³ 田中稔(2007)，〈履行不能および不法行為における損害賠償額の算定期限：大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして〉，《沖繩法學》，第 36 號，頁 57。

³⁶⁴ 柚木馨、高木多喜男(1971)，《判例債權法總論》，補訂版，頁 136 以下，東京都：有斐閣。

民集 1 卷 283 頁、大判大 13.5.27 民集 3 卷 232 頁，此二判決①以履行不能時為原則，②在具有無法保有標的物至上漲時的情形，債權人須就持續保有此一特別情事舉證，反之則得以選擇履行不能後之時點，③若導致價格上漲之原因並非自然趨勢，而是戰亂等特別情事，則以就相關特別情事具有預見可能性為必要。而最判昭(一小)47.4.20 民集 26 卷 3 號 520 頁，承襲①，但就②則不同，以價格上漲本身為特別情事，而非造成價格上漲之原因。③若要以現在已上漲之價格請求，需保有標的物至今，和上述二判決之框架不同。可以認為本判決和先前之二判決，只有在中間最高價格之處理上有差異。³⁶⁵由於起因於經濟上自然趨勢之價格上漲，通常被認定具有預見可能性，實質上，會帶來以言詞辯論終結時之價格為通常損害之結果，故在導致價格上漲者是否為特別情事之問題下，可以說較接近富喜丸案前之判決的看法。³⁶⁶之後的下級審大致上，遵循最判(二小)昭 37.11.16 民集 16 卷 11 號 2280 頁、最判昭(一小)47.4.20 民集 26 卷 3 號 520 頁二判決。³⁶⁷有認為對於價格上漲不具預見可能性故以履行不能時為基準時。³⁶⁸就不動產之價格上漲有預見可能性故以事實審言詞辯論終結時為基準時。³⁶⁹履行不能後解除不動產買賣契約，因買受人於解除前已轉售故不問是否就上漲價格有預見可能性，應以履行不能時為基準。³⁷⁰

第四項 判決整理與學者評論

整理上述判決，發現判例多不區分基準時問題(新說認為屬金錢評價問題)與範圍問題。³⁷¹判例於判定是否屬通常損害時，考量之因素有：(甲)買受人是否為商人(商人買進商品，當然有轉售之預定)，³⁷²(乙)標的物之種類、性質。標的物若屬商品，多為不特定物，且通常有轉售之計畫。而

³⁶⁵ 田中稔(2007)，〈履行不能および不法行為における損害賠償額の算定期時：大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして〉，《沖繩法學》，第 36 號，頁 61。

³⁶⁶ 北川善太郎(1987)，〈四一六條〉，奧田昌道編，《注釈民法(10)債權 1》，頁 539，東京都：有斐閣。

³⁶⁷ 已締結轉售契約，則不得以現在之價格計算。東京高判昭 61.6.23 判時 1199 號 70 頁(土地之二重買賣)。

³⁶⁸ 大阪高判昭 54.3.16 判夕 384 號 105 頁。東京高判昭 50.11.28 判夕 336 號 258 頁。京都地判平 1.11.30 判夕 731 號 200 頁。福岡地判昭 54.8.22 金商 581 號 3 頁。東京高判昭 61.3.25 金法 1136 號 37 頁。

³⁶⁹ 東京地判昭 42.9.1 判時 502 號 43 頁。奈良地葛城支判昭 48.4.16 判夕 300 號 284 頁。

³⁷⁰ 東京高判昭 44.5.29 判夕 239 號 239 頁。

³⁷¹ 奧田昌道(1982)，《債權總論(上)》，初版，頁 185，東京都：筑摩書房。潮見佳男(2007)，《債權總論》，第 3 版，頁 158，東京都：信山社(若就損害之意義，採取差額說，則損害賠償範圍，等於應賠償之損害額的範圍，將金錢評價問題與範圍問題合一，是當然的)。淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，頁 172，東京都：有斐閣。

³⁷² 前田達明(1993)，《口述債權總論》，第 3 版，頁 184 以下，東京都：成文堂。依照商人之間在上漲時轉售的可能性，具有預見利益取得之預見可能性，是大審院的前提。

且，也可以買進替代物。(丙)不履行之態樣。若屬履行遲延，要注意最後是否已為標的物之交付，或是因未交付而解除契約。區分成(1)因出賣人之不履行，買受人最後無法取得標的物之情形，如何處理約定價格與上漲價格之差額。(2)若有實際上締結轉售契約，如何處轉售利益。(3)計算基準時之問題，分成(a)履行不能之情形、(b)因履行遲延而解除契約之情形、(c)請求遲延賠償之情形。³⁷³

在(1)買受人未取得標的物之情形，多數判決以約定價格和上漲價格之差額為通常損害，於富喜丸判決前後並無特別之變化。若買受人為商人，標的物為適於轉售之不特定物，傾向於認定契約價格與上漲價格之差額屬通常損害。計算基準時方面，採用接近履行期或解除時之時點。(2)有實際締結轉售契約時，若標的物為不動產，傾向於認定轉售為特別情事。潮見佳男認為判例主要係以買受人是否有實際締結轉售契約來區分處理，若未實際締結，則採抽象之損害計算。富喜丸案之前視上漲價格利益為通常損害，之後認為上漲價格利益屬轉售利益(所失利益之一種)，為特別損害，德國民法第 252 條規定，³⁷⁴ 支持此一解釋。至最判(二小)昭 37. 11. 16 判決，以特定時點之前後區分通常、特別損害。若買受人有實際締結轉售契約，則採具體的損害計算，視轉售利益為通常損害(大判大 10. 3. 30 民錄 27 輯 603 頁、最判(二小)昭 36. 12. 8 民集 15 卷 11 號 2706 頁)。潮見認為，上述之方式，在實際轉售價比抽象的損害計算為低時，會造成不履行之債務人保有上漲利益之不妥。³⁷⁵

若將時代之變遷抽象化，列舉無差別之事例，可以將判例上認定屬通常損害之例子，列舉如下：³⁷⁶

(甲)買賣

(a)出賣人未履行時，①買受人得以喪失標的物之交付請求權為由，請求填補賠償。問題在於計算方式，而且，對於買受人而言，因為免除了自己的價金債務，應自標的物於特定時點之價額扣除買賣價金即為賠償額。②買受人就標的物與第三人締結轉售契約時，原則上(也有視為特別損害之判決)，該轉售利益為通常損害(大判大正 10. 3. 30 民錄 27 輯 603 頁)。另外，也有認為買受人因對第三人有債務不履行而支付賠償金時，該賠償額屬通常損害之判例(大判明治 38. 11. 28 民錄 11 輯 1607 頁)。③有認為因為未履行而向第三人買進替代物時該買進之價額屬「通常損害」之判例

³⁷³ 採用奧田昌道之分類。奧田昌道(1982)，《債權總論(上)》，初版，頁 195-198，東京都：筑摩書房。

³⁷⁴ 德國民法第 252 條：「損害賠償包含所失利益。依照事務之通常經過，或在特別情事下採取特別之措施或設備，具有可能性且得預期之利益，視為所失利益。」

³⁷⁵ 潮見佳男(2007)，《債權總論》，第 3 版，頁 152-158，東京都：信山社。

³⁷⁶ 以下引用自林良平、石田喜久夫、高夫多喜男(1983)，《債權總論》，改訂版，頁 124-126，東京都：青林書院。

(大判大正 7.11.14 民錄 24 輯 2169 頁)。(b)有關出賣人有履行遲延時支遲延賠償，①雖買受人有締結契約，因遲延之故，喪失轉售利益時，該利益為「通常損害」(最判昭和 36.12.8 民集 15 卷 11 號 2706 頁)。(②買受人預定使用該標的物以獲取「營業利益」時，該利益為「通常損害」(最判昭和 39.10.29 民集 18 卷 8 號 1823 頁)。(③但是，有締結轉售該標的物之契約時，不得請求「使用利益」(大判昭和 2.7.7 民集 6 卷 464 頁)。

(乙)借貸

(a)於出租人不履行之情形，即標的物返還義務之不履行(大判大正 15.10.6 民集 6 卷 719 頁)或租金債務之不履行(大判大正 5.6.7 民錄 22 輯 1141 頁、大判大正 10.5.18 民錄 27 輯 939 頁)之情形，可以請求相當金額之賠償。

(b)出租人不履行時，得以請求賠償該租賃權侵害本身(最判昭和 37.7.20 民集 16 卷 1583 頁)，而且得求為了承租替代物而支付之費用(最判昭和 38.1.25 民集 17 卷 1 號 77 頁)。

(丙)在承攬，有認為於次承包人不履行時，承攬人雇用第三人以完成工作之情形，該費用得以向次承包人請求的判決(大判明治 39.3.19 民錄 12 輯 397 頁)。

(丁)在委任，受任人應交付某物而未交付時，可以請求該物之價格(最判昭和 32.6.7 民集 11 卷 6 號 960 頁)。

「特別損害」則為：

(甲)在買賣，因為標的物滅失或其他之不履行而請求之填補賠償之上漲價格，可以認為屬特別損害。

(乙)在借貸，於貸人不履行時，賃借人使用該標的物將可獲取營業利益時，有認為營業利益屬特別損害者(最判昭和 32.1.22 民集 11 卷 1 號 34 頁)。

北川善太郎認為，判例上，民法第 416 與相當因果關係論之關係並不明確，即使判決中有提及相當因果關係，也不是以相當性來決定賠償範圍，而是用來區別日本民法第 416 條之通常損害與特別損害。³⁷⁷

至於(3)基準時方面，(a)履行不能之情形，富喜丸案判決以前，有認為具有於上漲時轉售而獲得利益之可能性故承認以價格上漲時為基準者(③)，有認為若債務人預見特別情事，則可以選擇上漲價格之時點者(④)，

³⁷⁷ 北川善太郎(2004)，《債權總論(民法講要Ⅲ)》，第三版，頁 159-160，東京都：有斐閣。

有的在有具體轉售契約之情形，以致上漲之前已無法保有標的物為由，而認應以不能時為原則(15)。³⁷⁸富喜丸判決之後，以滅失時為原則，認為取得中間最高價格之利益為特別情事。之後之判例，原則上以不能時為基準時。³⁷⁹若具有價格持續上漲之特別情事，且債務人於履行不能之際，已知或可得知該特別情事，則得以上漲價格為基準。但若債權人有於上漲之前將標的物處分與他人之計劃，則不在此限。處理中間最高價格之問題，必須有以轉售或其他方法得以確實取得上漲利益之計劃，但若價格至今仍持續上漲，即使債權人並無處分計劃，仍得請求上漲價格之賠償。(最判昭和37.11.16民集16卷11號2280頁)³⁸⁰(b)因履行遲延而解除契約之情形，富喜丸案之前，認可上漲價格，但以何時點之上漲價格為準，並不明確。⑦⑭甚至表明債權人得任意選擇基準時。富喜丸案判決之後，認可與解除時之上漲價格之差額。³⁸¹(c)請求遲延賠償之情形，雖債權人最終取得標的物，若取得時時價已下跌，應以何時為基準時，以是否在中間時點有取得轉售利益之可能性決定之。從⑭⑯來看，若不容易轉售，則否定以上漲價格賠償，反之則得以履行期之上漲價格為基準。³⁸²

判例之所以採某一時點為基準時，法院多表示理由在於這些時點，是本來之給付請求權轉換成損害賠償請求權之時，或是新的賠償債權產生之時。奧田昌道認為此一理由並無說服力。應該從要如何使受到債務不履行之債權人獲得等同於受到給付之利益的觀點來判斷，而且與給付有關之利益，不僅有物之價格，基準時不過是直接的、第一次的物之價格判定方式，應該將之作為範圍問題，一併考量債權人之其他利益。判例以某特定時點為基準時來判斷物之價格，將該時之後之價格上漲視為特別損害，符合一定要件則將之加入計算，雖然是便宜的做法，但在理論上並不洗練，且使基準時之意義淡薄。³⁸³於債務人故意為無權處分造成履行不能之情形，債務人經由無權處分，獲得處分時之上漲價格利益，若直接以該時點之價格賠償，則債權人可使用該賠償金獲得同等之標的物，如此解決應無問題。現實上不賠償而不作任何處置之債務人，命以言詞辯論終結時之價格賠償，不會過於苛刻。即使如同判例，將價格上漲視為特別情事，也應該從寬認定具有預見可能性。³⁸⁴

平井宜雄評論，要說明判例之基準時準則十分困難，勉強可以說是基

³⁷⁸ 同樣的整理見解，中田裕康(2008)，《債權總論》，頁165，東京都：岩波書店。

³⁷⁹ 同旨，平井宜雄(1994)，《債權總論》，第2版，頁102，東京都：弘文堂。

³⁸⁰ 林良平、石田喜久夫、高夫多喜男(1983)，《債權總論》，改訂版，頁129，東京都：青林書院。

³⁸¹ 同樣的整理見解，中田裕康(2008)，《債權總論》，頁165-166，東京都：岩波書店。

³⁸² 奧田昌道(1982)，《債權總論(上)》，初版，頁197-198，東京都：筑摩書房。

³⁸³ 星野英一(1978)，《民法概論Ⅲ》，頁81，東京都：良書普及會。北川善太郎(1971)，〈損害賠償額算定の基準時〉，《法學論叢》，88卷，頁147。

³⁸⁴ 奧田昌道(1982)，《債權總論(上)》，初版，頁210-202，東京都：筑摩書房。

於以損害賠償請求權發生時為基準之命題，³⁸⁵但無法說明以履行期、言詞辯論終結時為基準時之判決。此一命題也無法統一說明民法第 416 條，蓋此命題只能說明交付債務之不履行。而且適用第 416 條以決定某以時點，在該時點之前為通常損害，之後則為特別損害，無法與通說調和，且在比較法上亦無支持。

篠原弘志認為，雖然判例法裡隨時之推移而有所變化，但其實具有一貫性，即是出於不使債務不履行之人獲得利益之考量。

第四節 民法（債權法）改正檢討委員會所擬定的債權法改正試案

日本民法制定後迄今已一百餘年，債權法未曾實質修正，³⁸⁶而現今社會、經濟與民法制定當時已有相當差距，且因市場全球化亦使交易法有與國際調和之必要，故有重新制定法典的要求出現。³⁸⁷法務省於 2006 年開始檢討債權法修正之必要性，同時學界成立一全國性的組織，以整合學界力量提出債權法修正試行方案為目的，該組織即為民法(債權法)修正檢討委員會。檢討委員會於 2006 年 10 月至 2009 年 3 月歷經 2 年半集中研議後，於 2009 年 4 月公布以「債權法修正之基本方針」為題之修正試行方案。³⁸⁸檢討委員會係以學者為中心的私人研究會組織，其所提出之試行方案僅為立法過程中的參考資料之一。但因其以法務省為後盾，多數人認為其所提出之試行方案在未來民法修正上具有重要地位。³⁸⁹

第一項 契約上之債務不履行損害賠償之賠償範圍基本準則—預見可能性原則

債權法改正試案，就契約不履行之賠償範圍，採用契約拘束力為責任根據的觀點，³⁹⁰設立 3.1.1.67，以預見可能性原則決定損害賠償範圍。

3.1.1.67(損害賠償之範圍)

<1>基於契約而發生之債權，就於契約締結時兩當事人預見或應預見之債

³⁸⁵ 於保不二雄(1972)，《債權總論》，頁 143，東京都：有斐閣。

³⁸⁶ 日本民法制定於 1896 年，於 1898 年施行。第一編總則至第三邊債權部分，除在 2004 年口語化而改成現代文體之外，未曾實質修正。內田貴(2009)，《債權法の新時代：「債權法改正の基本方針」の概要》，初版，頁 2，東京：商事法務。

³⁸⁷ 檢討委員會設立宗旨書。民法(債權法)改正檢討委員會編，《詳解・債權法改正の基本方針〈1〉序論・總則》，初版，頁 2，東京都：商事法務。

³⁸⁸ 內田貴(2009)，《債權法の新時代：「債權法改正の基本方針」の概要》，初版，頁 4，東京：商事法務。

³⁸⁹ 野沢正充(2009)，〈民法(債權法)改正の意義と課題〉，《法律時報》，第 81 卷第 10 號，頁 4。楊淑儀(2012)，《由日本債法修正研議展望我國債法之未來以債務不履行為中心》，頁 13，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

³⁹⁰ 山本健司(2011)，〈債務不履行と解除〉，《ジュリスト》，第 1423 號，頁 83。

務不履行所造成損害，債權人得向債務人請求賠償。

〈2〉債權人，就契約締結後，至債務不履行發生時所預見或應預見的損害，於債務人不採取為避免此損害之合理措施時，對債務人得請求該賠償。

於該提案要旨、解說中，明示排斥以相當因果關係論來決定損害賠償範圍。³⁹¹認為近時之學說，將第 416 條與相當因果關係切離，回到立法當初之意義（現行民法第 416 條於起草時所採用者為預見可能性原則的理解），³⁹²採取契約中之風險分配的觀點，較有說服力³⁹³，而且也與最近之國際趨勢相符。³⁹⁴且不採用現行民法之「通常損害」、「特別損害」之概念區分。³⁹⁵改正委員之一的內田貴認為，雖然不採用「相當因果關係」這樣的用語，但實質上和以日本民法第 416 條為基礎而展開之判例之判斷基準相符。³⁹⁶

有關預見之主體、時期，新說對於此問題，如上所述，有各式各樣的想法。3.1.1.67〈1〉則以兩當事人為預見主體，並以締結契約時為預見基準時。而所謂的「預見」，並非只事實上預見，而是具有規範性的意義。其基礎見解為：契約締結時債務人就已預見或應已預見之損害，既然是在做出損害風險之考量後締結契約而承擔損害，即應由造成債務不履行之債務人應負擔之，當然應將此納入損害賠償範圍。

新說中，對於採契約締結時為預見基準時，有人提出將過度有利於債務人的質疑。針對此問題，改正試案的回應為 3.1.1.67〈2〉，規定於契約締結後至債務不履行發生時所預見或應預見的損害，於債務人不採取為避免此損害之合理措施時，債權人亦得對債務人請求該賠償。蓋所謂重視基於契約之損害風險分配，雖是指確定賠償範圍時有尊重契約之必要性（以兩當事人合意為基點的損害風險分配之必要性）³⁹⁷，但完全沒有必要將損害賠償限於債務人於契約締結時應已預見之損害。相反地，即使是在契約締結時債務人未預見之損害，於契約締結後至債務不履行為止，債務人就其

³⁹¹ 民法(債權法)改正検討委員会編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 263、264，東京都:商事法務。

³⁹² 內田貴(2009)，《債權法の新時代—債權法改正の基本方針の概要》，初版，頁 91，商事法務。

³⁹³ 「相當因果關係論，採用將債務發生原因、責任原因與賠償範圍切離，探求被評價為不履行之行為(作為、不作為)與損害之間的因果關係之相當性的手法，在考量損害賠償的目的(即以金錢將債權人回復至與債務若已被履行將可實現之相同價值的狀態)時，比起將債權發生之原因(即契約)與賠償範圍做聯繫，依照使該債權發生的原因(即契約)來判斷債權人應被回復至何狀態的手法，後者較為優越。」民法(債權法)改正検討委員会編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 264，東京都:商事法務。該提案於[關聯條文]註明為 CISG74 條。

³⁹⁴ 民法(債權法)改正検討委員会編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 263，東京都:商事法務。該提案於[關聯條文]註明為 CISG74 條。

³⁹⁵ 民法(債權法)改正検討委員会編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 263，東京都:商事法務。內田貴(2009)，《債權法の新時代—債權法改正の基本方針の概要》，初版，頁 91，商事法務。

³⁹⁶ 內田貴(2009)，《債權法の新時代—債權法改正の基本方針の概要》，初版，頁 91-92，商事法務。

³⁹⁷ 潮見佳男，《プラクティス債權総論》，第三版，頁 140，東京都：信山社。

發生或擴大應已預見時，既然已締結契約保障契約利益之實現，即使是在契約締結後，債務人仍應避免損害，為實現債權人之契約利益而誠信地行動(避免損害義務，履行過程中之行為義務的一種，此規範具有抑止契約締結後債務人之非誠信行為的意義)。³⁹⁸故 3.1.1.67<2>並未變更兩當事人於締結契約時設定損害分配的觀點。若兩當事人就於締結契約後可能發生之情事，約定由債權人負擔的話，以該合意為優先。³⁹⁹3.1.1.67<2>與國際潮流所支持的基準相異，採用自大判大 7.8.27 民錄 24 輯 1658 頁判決以來，以履行期乃至不履行時為基準時的判例通說之看法，並加上「於債務人不採取為避免此損害之合理措施時」的條件來限制，欲使其更加合理化。之所以如此，原因在於日本並未接受美國法上之「毀約自由」(由於只在於締約時得預見之限度內賠償，故毀約亦無妨，如此一來在與第三人締約更有利時，毀約便具有經濟上之效率而是可取的。)，反而嚴守約定才是日本所公認的交易倫理。⁴⁰⁰

關於預見之對象，3.1.1.67 採平井宜雄之見解⁴⁰¹，以「損害」為預見之對象，而非「情事」。理由在於，若採用依照契約風險分配的觀點來劃分賠償範圍的準則，預見的對象便應是「損害」。至於「情事」，在判斷預見可能性(預見義務)以及(2)的合理的回避措施之際斟酌之即足。

另外，就故意不履行債務，不設置特則規定。雖然比較法上，如 PECL 9:503 條，就故意造成損害，設有特別的規定。⁴⁰²但考量債務人若屬故意造成損害，則債務人就損害的發生必有認識，依 3.1.1.67<1><2>以預見可能性原則處理即可，不需在故意的情形另立獨立的原則。費用賠償問題⁴⁰³亦同，不就之另設特別準則(與 CISG 相同)，而將此視為 3.1.1.67 準則之適用問題下的個別事件來處理。

最後，就價格上漲問題之處理，3.1.1.67 不採實務以及通說將之視為損害賠償範圍之問題而以日本民法第 416 條處理(於改正試案之對應條文為 3.1.1.68)，而另外設置 3.1.1.69、3.1.1.70、3.1.1.71 等規定處理，

³⁹⁸ 內田貴(2005)，《民法Ⅲ債權總論・擔保物權》，第三版，頁 162，東京大學出版會。加藤雅信(2005)，《新民法大系Ⅲ債權總論》，頁 139，東京都：有斐閣。潮見佳男，《プラクティス債權總論》，第三版，頁 141，東京都：信山社。

³⁹⁹ 民法(債權法)改正検討委員会編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 265-266，東京都：商事法務。

⁴⁰⁰ 內田貴(2009)，《債權法の新時代—債權法改正の基本方針の概要》，初版，頁 92-93，商事法務。

⁴⁰¹ 平井宜雄(1971)，《損害賠償法の理論》，初版，頁 174，東京都：東京大學出版會。

⁴⁰² PECL9:503，不履行之當事人對於在契約締結時，預見或得合理預見自己所造成之不履行可能產生之損害，負賠償責任。但因故意或重大過失而不履行時，則不在此限。

⁴⁰³ 即債權人於信賴將獲得給付下而投資的費用。德國就此問題設有特規定，即德國民法第 284 條，規定「履行利益之損害賠償，債權人得以請求於信賴將獲得給付下而投資且被認定為衡平的費用之賠償。但在即使債務人未違反義務，投資費用之目的仍無法達成之情形，則不在此限。」

詳見下述。

第二項 損害計算基準時問題

就損害計算之基準時，債權法改制正試案，在 3.1.1.67 損害賠償範圍之原則之外，另外設立條文來處理。3.1.1.69 為物之價格計算基準時，3.1.1.70 處理上漲價格問題，在有實際從事替代交易的情形，則適用 3.1.1.71。也就是說，原則為 3.1.1.69，之後依照是否有於合理時期實際從事替代交易，若為肯定則適用 3.1.1.71，否定則可能有 3.1.1.70 之適用。此三條都在處理應以物之價格計算損害賠償的情形。

3.1.1.69 (物的價格之計算基準時)

在應以物之價格賠償的情形，債權人可以選擇在 3.1.1.65<1>各項所載事由發生後的任何時點的物之價格以請求賠償。

3.1.1.65<1>各項所載之時點為：a. 履行不可能時，依契約之旨趣不能合理期待債務人為其他履行、b. 不論履行期之前後，債務人明確地表明拒絕履行債務之意思、c. 債務人不履行債務時，債權人定相當期間對債務人催告履行，於該期間內仍未履行時、d. 契約被解除時。債權人可以選擇上述事由發生後的任何時點。例如，在履行變為不可能後，債權人解除契約的情形，債權人既可以選擇在履行變為不可能時的價格，也可以選擇解除時的價格。⁴⁰⁴可以認為，改正試案採取由債權人任意選擇之實體多元說，蓋今日日本民法學說之多數說採實體多元說之看法。⁴⁰⁵但債權人受到 3.1.1.73 損害減輕義務的制約。⁴⁰⁶之所以不採取將金錢評價的問題定位成法官的裁量問題的見解，是因為將金錢評價問題全部交由法官裁量性、創造性的判斷，實令人強烈質疑，且受到現今學說強烈之批評，實務消極以對。⁴⁰⁷

改正委員會強調，此是整理至今累積的判例、學說之多數而來，具有整合性，且並未限制民事訴訟法第 248 條的適用。該條應如何活用，委由與該條相關的實務與理論之累積⁴⁰⁸，換言之，法官裁量相當賠償額之權限並未受到改正試案的拘束。但仍有意見認為，設置 3.1.1.69、3.1.1.70、

⁴⁰⁴ 最判昭和 37 年 7 月 20 日民集 16 卷 8 號，1583 頁。

⁴⁰⁵ 北川善太郎(1971)，〈損害賠償額算定の基準時〉，法學論叢 88 卷 4、5、6 號，頁 84、頁 152。奧田昌道(1992)，《債權總論》，增補版，頁 196，悠悠社。前田達明(1993)，《口述債權總論》，頁 202，東京都：成文堂。

⁴⁰⁶ 潮見佳男(2003)，《債權總論 I》，第二版，頁 385，東京都：信山社。

⁴⁰⁷ 民法(債權法)改正検討委員会編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 274，東京都：商事法務。

⁴⁰⁸ 加藤雅信(2005)，《新民法大系Ⅲ債權總論》，頁 140，東京都：有斐閣。

3.1.1.71 的規定，不但過於細分化而不利於整體理解，且有限制上述民事訴訟法賦予法官的裁量權限之疑慮。⁴⁰⁹

就引起激烈學說討論的可否請求上漲價格之問題，訂立 3.1.1.70。

3.1.1.70 (物之價格計算基準時—不履行後的價格上漲情形)

在應賠償物之價格的情形，於債務不履行後物之價格上漲時，若上漲價格仍維持，且債務人應預見該價格上漲，則得以該上漲價格計算應賠償之物之價格。但是，債權人若依契約，應採取為回避對自己造成的損害之發生以及擴大的措施而為替代交易時，依 3.1.1.73，減少賠償額。

依照提案要旨、解說之說明，本規定適用於未實際從事替代交易之情形。而且不排斥 3.1.1.69 之適用，提供 3.1.1.69(物之價格的計算基準時)以外債務人可以選擇的時點。在不履行後價格上漲的事例，不妨礙債權人依據 3.1.1.69 計算物之價格。

該提案不採取將金錢評價問題視為全由法官裁量之訴訟法上問題之見解，而規定債權人，就賠償請求權成立時點以後的上漲價格，於債務人應預見上漲價格時，可以請求以上漲價格為基準的物之價格相當額的賠償，並採用債權人得為替代交易卻仍不為之時，以違反損害減輕義務為由，依照 3.1.1.73 減少損害賠償額的見解。但是，依據 3.1.1.73 減少金額，限於債權人未依照契避免損害義務之情形。除此以外的情形，並不會如此做減額處理。且並非一旦發生債務不履行，債權人便有為替代交易的義務。

關於中間最高價格請求的問題，在富喜丸案所提出的日本判例法理，即價格上漲後物之價格又下跌，除須對價格上漲有預見可能性外，必須以該上漲價格取得利益為確實，債權人才可以請求賠償下跌前的價格。依據替代交易可能性與損害減輕義務(3.1.1.73)的法理，有可能導出與此一法理相同之結論。蓋課與債權人替代交易義務將促使債權人盡快買進或賣出，而保有最高價格。有人指出自實體的多元說的見解來看也是一樣，經由其處理也會導向與判例相同的結論(實體的多元說並未特別重視中間最高價格問題)。因此，改正試案並未另外設置與中間最高價格有關的準則。比較法上，也沒有在法典中設立關於中間最高價格的獨立原則。

若債權人實際上有從事替代交易，則須依 3.1.1.71 計算物之價格。

3.1.1.71 (物之價格的算定基準時—已為替代交易的情形)

<1> 在物之價格應被賠償的情形，債權人於債務不履行後為替代交易，且

⁴⁰⁹ 民法(債權法)改正検討委員會編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 270、272，東京都:商事法務。

該替代交易是在合理時期為之時，除了替代交易額為不合理的高額的情形，不適用 3.1.1.69 以及 3.1.1.70，以替代交易的金額為應賠償之物之價格。

<2>在替代交易額為不合理的高額時，以為替代交易時替代交易所需之合理金額為應賠償之物之價格。

<3>替代交易在不合理的時期為之時，應賠償之物的價值的計算，依 3.1.1.69 以及 3.1.1.70。

3.1.1.71<1>，是依照現在的判例法理所訂立，即：①買受人與第三人間締結轉售契約時，原則上，轉售利益為通常損害。⁴¹⁰②買受人支付損害賠償與轉售契約的相對人時，該損害賠償為通常損害。⁴¹¹③因出賣人之不履行，買受人自第三人處買進替代物(填補買進)時，以該替代物買進價格為通常損害。⁴¹²明示債權人為替代交易時，以該替代交易之額作為應受賠償之物之價格的原則(UNIDROIT(2004)7.4.5 條⁴¹³、PECL9:506 條⁴¹⁴，也是採此見解)。

此看法的基礎是，實際實行替代交易時，物的客觀價格為何，便是債權人實際損害即替代交易額的思考(依據具體的損害計算的實損主義)。採用此原則時，只要債權人是在合理的時期為替代交易，便依據具體的之替代交易之額來決定相當於物之價格的金額。例如，在買賣，因出賣人未為物之交付而買受人解除契約後，該物之價格變動(上漲以及下跌)，其後買受人自第三人處為填補買進時，該填補買進額，便作為應受賠償之物價格而應向出賣人請求賠償。

但是，相對的，在債務不履行後物之價格下跌的情形，債權人在以下跌價格為替代交易時，是否仍受此一條之限制而不得依照 3.1.1.69、3.1.1.70 選擇其他時點？該改正試案之適用事例 3 如下：A 與 B，締結以 200 萬元出售美國產小麥的契約。至履行期時維持未交付的狀態，經過一段時間。B 催告後，解除與 A 的買賣契約，向 C 以 270 萬元調度了同種同量的小麥。該種小麥的同量平均調度價格在解除時點是 400 萬元，在自 C 調度時為 250 萬元。在此情形，270 萬元為填補賠償額。

由此事例來看，是無法選擇以其他時點之價格為賠償額的。有認為，

⁴¹⁰ 大判大正 10 年 3 月 30 日民錄 27 輯 603 頁，最判昭和 36 年 12 月 8 日民集 15 卷 11 號 2706 頁。

⁴¹¹ 大判大正 38 年 11 月 28 日民錄 11 輯 1607 頁。

⁴¹² 大判大正 7 年 11 月 14 日民錄 24 輯 2169 頁

⁴¹³ UNIDROIT(2004)7.4.5 條規定：「債權人解除契約，且在合理期間內以合理之方法從事替代交易時，債權人得請求契約價格與替代交易之差額，若有其他損害亦得請求之。」

⁴¹⁴ PECL9:506 條規定：「被害當事人解除契約且在合理期間內以合理之方法從事替代交易時，被害當事人得以請求契約價格與替代交易之價格之差額。於此情形下，就其他損害，在得基於本捷請求賠償之限度內，得請求賠償之。」

限制債權人應以該替代交易額請求賠償並不妥當，既然債務人造成債務不履行而因此使損害賠償責任發生，應將不履行後之價格下跌的風險由造成不履行的債務人負擔，債權人應可以 3.1.1.69 的時點的物價為基準計算應賠償之物之價格。依照此見解，應該設置原則如下：「在價格下跌的狀況下債權人為替代交易時，債權人，不受實際替代交易額之拘束，仍得選擇 3.1.1.69、3.1.1.70 所規定之基準時。」

3.1.1.71<1>所規定者，在實際為替代交易之額為合理的情形下始為妥當。相對於此，在替代交易之額為不合理的高額時，3.1.1.71<2>納入損害減輕義務的思考，在為替代交易的時點以為替代交易所需之合理價額，作為應受賠償之物之價格。這也和與有過失制度下的日本學說以及實務的思考有整合性。這不僅是國際買賣原則，也為大陸法、英美法所承認。⁴¹⁵

當替代交易本身是在不合理的時期為之的情形，在計算應賠償之物之價格時，不應考慮該替代交易，在此情形，應依照與未為替代交易的情形相同的準則(3.1.1.69 以及 3.1.1.70)，計算應賠償之物之價格，此即<3>之規定。⁴¹⁶

第三項 損害減輕義務

於 3.1.1.69 雖債權人得任意選擇時點但受到損害減輕義務的制約，依照 3.1.1.70 請求上漲價格時，若違反損害減輕義務將酌減賠償額，在 3.1.1.71<2><3>亦有損害減輕義務之思考，若債權人在不合理的時期為替代交易或從事本身即不合理的替代交易(為減輕損害)，則不得請求相當於實際替代交易之價金的損害。可見改正試案在損害賠償範圍之問題(或賠償計算問題)中，多處以損害減輕義務來處理。就損害減輕義務規定如下：

3.1.1.73(債權人的損害減輕義務)

<1>法院，就因債務不履行使債權人受有的損害，若債權人採取合理的措施便可防止該損害的擴大時，可以減少損害賠償額。

<2>債權人，對於債務人，可以在合理範圍內，請求為防止損害的發生以及擴大所需費用之賠償。

3.1.1.73<1>，基本上承襲日本現行民法第 418 條，明示債權人應採

⁴¹⁵ Ole Lando、Hugh Beale 編，潮見佳男、中田邦博、松崗久和譯(2006)，《ヨーロッパ契約法原則〈1・2〉》，頁 474 以下，法律文化社。頁 474 以下翻譯之歐洲契約法原則 9:506 以及該條之 note。

⁴¹⁶ 民法(債權法)改正検討委員会編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 276-280，東京都:商事法務。

取為防止債務不履行損害之產生、擴大的合理的行動(損害減輕義務)，若違反損害減輕義務，則有可能減少賠償額。現行日本民法第 418 條，規定：「就債務不履行債權人有過失時，法院，考慮及此，裁定損害賠償之責任以及其額度。」。該條，被理解為有關債務不履行的與有過失規定。債權人具有與有過失的情形，包含(i)就債務不履行的發生債權人有過失的情形，(ii)就損害的發生債權人有過失的情形，以及(iii)就損害的擴大債權人有過失的情形。

債務不履行損害賠償的與有過失制度，就因債務不履行而產生的損害，以契約下兩當事人間如何分配風險的觀點來理解。將可歸責於債務人的損害之一部，使未採取合理措施以避免損害的債權人負擔，將損害風險(再)轉嫁給債權人為制度之目的。

在這樣的理解下，3.1.1.73<1>，採取現行民法第 418 條為了抑止因債務不履行損害之產生、擴大，而要求債權人採取合理措施的觀點，為與賠償額減額有關的準則，以更明確的文字表示此一旨趣。3.1.1.73 之「損害減輕義務」與英美法上衡平法的 mitigation 不同。前者的「損害減輕義務」，雖在導向減輕損害的思想基礎面上與 mitigation 相同，但和後者不一樣的是，其是作為債權人在實體法上的義務損害減輕義務，違反此規定時，法院可能認可減額，並非是繼受英美法的產物。另外，與此規定相同的看法，在大陸法也被普遍地承認(規定與有過失(Mitverschulden)的德國民法第 245 條第一項以及第 2 項，便是其典型例子)。雖有比較法上的支持，但有認為強調債權人負有減輕損害義務，應慎重之，蓋在日本法下，債權人得自由選擇解除契約或請求原本之履行，要求受到債務不履行之債權人依照市場原則行動是不合理的。⁴¹⁷

至於債權人與債務人間基於契約的損害風險分配的規範上的「過失」，和侵權行為法的與有過失制度的「過失」的意義，也就是「與有過失」的意義本身為何，現今仍有不同理解⁴¹⁸，3.1.1.73<1>，與現行民法第 418 條不同，避開「過失」這樣的觀念，建立與 CISG 第 77 條相同的、基於損害減輕義務觀點的準則(因此，並未變更現在的實務)。

3.1.1.73<2>規定，債權人在合理範圍內，可以請求為防止損害的發生以及擴大所需的費用。理由在於若無債務人的債務不履行，則債權人應不會支出這樣的費用，就防止損害的發生、擴大所需的費用，應於合理的額度內，使就債務不履行應負責任的債務人負擔。與此相同的規定在 UNIDROIT(2004)7.8.4 條第 2 項，以及 PECL9:505 條第 2 項也可以看到，符合比較法上的趨勢。雖然在日本對這一點並無有意識的討論，但從現在

⁴¹⁷ 潮見佳男(2003)，《債權總論 I》，第 2 版，頁 388，東京都：信山社。

⁴¹⁸ 四宮和夫(1987)，《不法行為》，頁 620，青林書院。

的理論來看，並未否定 3.1.1.73<2>所定的費用的請求。

最後，侵權責任之與有過失規定於現行日本民法第 722 條，本次的提案因非以侵權行為為直接的對象，侵權行為損害賠償之減額，依照日本民法第 722 條第 2 項處理。3.1.1.73，並未包括針對第 722 條第 2 項修正之提案(3.1.1.73 不以侵權行為損害賠償為規範對象)。⁴¹⁹

第五節 中間論點整理

日本法務省法制審議會議在 2009 年 10 月設立民法(債權關係)部會。⁴²⁰該部會在同年 11 月開始就債權法修正之具體內容進行審議，經過二十六次會議後結束第一回合的檢討，並在 2011 年 5 月已檢討過程發表「民法修正中間論點之整理」，於同年 6 月將論點整理與法務省民事局參事官室整理之「補足說明」共同交付公眾評論。⁴²¹

就契約不履行之損害賠償範圍，中間論點、補足說明整理如下。主要是並陳改正提案以及其他學說、實務之論點，提供大眾思考。⁴²²

一、損害賠償規定的制定方式

日本民法第 416 條之意義以及理解方式，由於該條之文字難以理解，故存有複數對立之看法。因此，為使損害賠償範圍確定之原則明確化，以達到法之安定性，有認為應該要再次檢討該條規定之內容。有關損害賠償範圍之規定的制定之基本方針，有如下見解：

- 〔A 案〕 將日本法之相當因果關係說明文化
- 〔B 案〕 條文化預見可能性原則
- 〔C 案〕 基本上維持日本民法第 416 條。

二、預見之主體與時期

本提案是以損害賠償範圍確定原則仍維持日本民法第 416 條第二項

⁴¹⁹ 民法(債權法)改正檢討委員會編，《詳解・債權法改正の基本方針〈2〉—契約および債權一般〈1〉》，初版，頁 284-287，東京都:商事法務。

⁴²⁰ 高須順一(2010)，《民法（債權法）改正を問う—改正の必要性和あるべき姿》，初版，頁 2，東京：酒井書店。

⁴²¹ 松本恆雄(2011)，〈債權法改正の経緯と民法学習におけるその意義〉，《法学セミナー》，第 679 號，頁 2。

⁴²² 以下整理自民法（債權關係）の改正に関する中間的な論点整理，頁 9-10、民法（債權關係）部会資料 5-2，民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，頁 34-50。

所規定的預見可能性為前提。⁴²³

具體的遇見主體以及時期，有以下看法：

〔A案〕 預見主體為債務人，預見時期為不履行時。

此為判例之見解(大判大正7年8月27日民錄24輯1658頁)。

〔B案〕 主體為兩當事人，預見時期為契約締結時。

此思考方式是基於重視損害風險分配之立場，於契約責任，以契約締結時之合意來決定債權人受到保護之利益為何。

〔C-1案〕 基本上採B案，但債務人於契約締結後已預見或得預見之特別情事所造成之損害也應被納入賠償範圍。

此是基於抑止契約締結後之債務人投機行為而提出之看法。

〔C-2案〕 基本上採B案，但債務人於契約締結後已預見或得預見之特別情事所造成之損害之中，只有債務人未採取損害避免之合理行動者始被納入賠償範圍。

此看法之根據，除了抑止契約締結後之債務人投機行為之外，重視只要契約保證債權人獲得契約利益，即使是契約締結後，債務人仍應為實現債權人之利益而誠信地行動，避免使債權人受到損害。

〔D案〕 主體為債務人，預見時期為契約締結時。

此係以B案為基礎，從保護債權人之觀點，認為不須將債務人有所預見但債權人未預見之損害排除於損害賠償範圍之外的看法。有關國際貨物買賣契約之聯合國條約、UNIDROIT、PECL皆採用此方式。且如同〔C-1案〕以及〔C-2案〕，可考量到契約締結後之預見可能性。

關聯論點：

1. 預見之對象

日本之相當因果關係說，多遵照條文，以「情事」為預見之對象，但保護範圍說(契約利益說)，因為重視締約時之風險分配，多認為預見之對象為「損害」。多數人認為，若採取前者之說法，將擴大賠償範圍。也有即使採取維持現行法，並注重解釋之立場，也不易區別情事與損害，不如直接以「損害」為預見之對象的看法，此一見解認為損害、情事之區分缺乏實質意義。

⁴²³民法(債權關係)部會資料 5-2，民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，頁41。

2. 是否有必要就故意、重過失之債務不履行設立特別規定

學說以及歐洲立法提案，就此一問題有下述看法：

〔A案〕若屬故意或重過失所造成之不履行，應賠償所有損害

〔B案〕只有在故意不履行之情形，使應賠償所有損害

〔C案〕並無就故意、重過失之債務不履行設置例外規定之必要，以損害賠償範圍原則處理即可。

三、是否需要制定損害額之計算基準時(原則規定)

日本之現行法並未就損害額之計算基準時有所規定。因此，判例上，將此一問題理解為民法第416條之損害賠償範圍之問題，因應具體之事例判斷基準時。最後雖然就履行不能之履行利益之賠償，形成確定之判例法理，但是由現行法推導出該判例法理是十分困難的，就解除之履行利益賠償，判例上有相異之複數判斷。從確保賠償額確定原則之透明性之觀點來看，有承襲這些判例以制定損害額計算基準時的規定之看法。

整合學說、判例之理解，對於損害額計算基準時之原則制定的嘗試具體例有：

〔A案〕以損害賠償請求權發生時為準

此看法是基於以履行請求權轉換成損害賠償請求權之時點為計算基準時的判例見解。此看法，有無法統一說明以履行期為基準時之判例的缺點。

〔B案〕以言詞辯論終結時為準，但基於債權人之損害減輕義務之觀點，調整損害額

此提案是基於應給予債權人與契約已被履行同等之利益的觀點，雖以言詞辯論終結時為準，但在債權人違反損害減輕義務時(例如至言詞辯論終結時為止，有不需特別負擔而得以從事便宜之替代交易卻仍不為之)，有可能調整損害額。在採取損害減輕義務之見解中，有認為應區分特定物、種類物之必要，前者以置債權人於和契約已履行之狀態相同之地位為原則，故希望能盡量接近判決時點，後者則以損害減輕義務之觀點來決定。

〔C案〕債權人可以在賠償請求權成立要件之複數時點中，選擇最有利之時點

此是基於一元基準時過於僵硬的觀點，考量民事訴訟之當事人主

義之適合性，認為債權人得以自損害賠償請求權成立之複數時點(如履行不能時、催告後經過相當期間時、解除時等)中，選擇對自己最有利之時點，法院受當事人該選擇之拘束。此見解中，有認為基於當事人間公平之觀點，在債權人違反損害減輕義務時，因應違反程度減輕賠償額的看法。

〔D案〕 委由法官裁量

此是基於盡量使債權人回復置與先前同樣之經濟地位的看法，而認為應委由法官自由裁量。此見解可以說明以物之交付為目的之債務，以及其他類型的債務。但是有裁量基準不明確而增加法官負擔、不易計算出賠償額、與民事訴訟之當事人主義、處分權主義的關係有所問題之批判。

關於此損害額計算基準時之問題與損害賠償範圍之規定的關係，有下述看法：

〔a案〕 將此問題定位成損害賠償之範圍(民法第416條)的框架內之問題

此為實務之見解。其特點為不會因當事人主張之時點有誤而駁回，將之視為「通常損害」或「特別損害」之解釋、認定問題，來決定基準時。原則上以損害賠償請求權發生時為基準時，之後發生的損害以日本民法第416條處理。

〔b案〕 將此定位成金錢評價問題，而與損害賠償範圍之問題有所區別

此案多為保護範圍說(契約利益說)所採用，但在相當因果關係下也有採用之可能。

四、於不履行後之價格上漲之情形之損害額計算原則

以交付物品為目的之債務，於債務不履行後標的物價格上漲之情形的損害賠償額計算原則(在未為替代交易的情形下)，有如下已被確定之判例法理(最判昭和37年11月16日民集16卷11号2280頁，同昭和47年4月20日民集26卷3号520頁等)。

①有標的物價格持續上漲之特別情事，且債務人於債務陷於履行不能之際，已知或可得知該特別情事時，以上漲價格為基準。

②標的物之價格一度上漲之後卻又下跌時，請求上漲價格，以具有於上漲時轉售或其他方式來確實取得上漲價格之利益的預定為必要。

這些原則要從現行法之文字推導而出是有困難的，故有明文化之希求。

五、受到不履行之當事人與第三人具有買賣關係之情形的損害額計算原則

關於受到不履行之當事人與第三人具有買賣關係之情形的賠償額計算原則，有以下之判例。都是有關買賣契約之判例，以買受人和第三人之間的交易價格為基準來認定賠償額。

①在買受人以和第三人締結轉售契約之情形，因出賣人之不履行而解除契約時，原則上，轉售利益為通常損害(大判大正10年3月30日民錄27輯603頁，最判昭和36年12月8日民集15卷11号2706頁)。

②在買受人對轉售契約之相對人有所賠償時，以該損害賠償額為通常損害(大判明治38年11月28日民錄11輯1607頁)。

③在買受人是以自用為目的買進標的物時，買受人不得不解除買賣契約而向第三人買進標的物之情形，以當初之買賣價金和買進替代物價金之差額為通常損害(大判大正7年11月14日民錄24輯2169頁)。

這些原則要從現行法之文字推導而出是有困難的，故有明文化之希求。

第六節 中間試案

經過各次會議之討論，日本法制省議會之民法(債權關係)部會於第71回會議(於2013年2月26日舉行)通過「有關民法(債權關係)之中間試案」。自2013年4月1日施行至6月3日。⁴²⁴相較於債權法改正試案，關於契約不履行損害賠償之規定，僅剩一條：

6 契約不履行損害賠償之範圍(與民法第416條相關)

民法第416條之規定修正如下：

(1)契約不履行損害賠償之請求，以賠償該不履行所造成之損害之中，下列之損害為目的。

甲 通常將產生之損害

乙 其他在不履行時，債務人已預見或得預見因該不履行將造成之結果，

⁴²⁴日本法務省網頁。http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900184.html(最後瀏覽日：05/22/2013)

且依照契約旨趣應預見之損害

(2)前項所載之損害，若屬債務人在契約締結後始預見或得預見因該不履行將造成之結果，債務人若為避免該損害而採取依照該契約之旨趣之相當措施，則對該損害不負賠償責任。

(注1)有認為將第一項甲之「通常將產生之損害」刪除始為妥適之看法。⁴²⁵

(注2)在第一項乙，有認為基本上維持民法第416條第2項，應明文規定該項之「預見」主體為債務人，「預見」之基準時為不履行時之看法。⁴²⁶

首先，「預見」之對象改為損害。由於「情事」與「損害」無法截然區別，即使預見之對象為「損害」，在具體事案之結論上也不會產生差異。另外，有認為並用「損害」、「情事」二種概念將會使規定過於複雜的意見。⁴²⁷且就損害之意義，應理解為未經金錢評價之單純事實，或已經過金錢評價之數額，留待後續解釋發展。為了明確化作為損害賠償之要件之「預見」，包含對於因不履行所產生之該損害的蓋然性評價，故使用「因該不履行所產生之結果」的文字表現。

日本民法第416條第二項之預見主體，判例、通說都認為屬債務人，預見可能之基準時為不履行時(大判大正7年8月27日民錄24輯1658頁)。為了承襲之，而將此判例明文化，意圖明確化規定之內容。將日本民法第416條第二項之「得以預見之損害」改成「應得預見之損害」。蓋這裡所謂的預見可能性，屬依照契約相關之諸情事判斷是否應賠償損害的規範性概念，故將法律條文文字改成較妥適的表現方式。因為賠償範圍之確定，多認為應依照契約之旨趣來為評價判斷，於本條文(1)乙明示以「該契約之旨趣」為判斷基準。雖維持日本民法第416條第二項以「(特別)情事」為預見對象，關於預見之主體與基準時，有認為只要明示採用判例法理即可的看法，注二所處理者即是此。

本條文(2)規定，在符合該條(1)所記載的要件之損害中，債務人於締約後始預見或得預見者，在已採取為避免損害發生、依照契約旨趣可認為屬相當之措施時，債務人免除賠償責任。若僅設置本條文(1)的規定，在契約締結時與履行期相異時，雖得以契約締結後所有預見或得預見之損害為損害賠償範圍，但有人批判如此一來賠償範圍將會過於廣泛。另外，契約以外之債務不履行損害賠償，不就之設置特別之規定，委由解釋處理之。

⁴²⁵ 此看法之理由為，該項之乙已包含甲。

⁴²⁶ 民法(債權關係)の改正に関する中間試案，頁16-17。

⁴²⁷ 民法(債權法)部會資料53，民法(債權關係)の改正に関する中間試案のたたき台(1)(概要付き)，頁38。

大致上，仍是採取修正的預見可能性原則，即是重視當事人締約時之合意所達成之風險分配，但是對於以「契約締結時」為預見基準時這一點，多有質疑，而採取以「不履行時」為基準時的做法。

值得注意的是，債權法改正試案中有專門處理損害計算基準時之條文⁴²⁹，但在中間試案中並未出現。在2012年4月9日補訂的「有關民法（債權關係）之修正的論點檢討（6）」⁴³⁰，有不須就損害賠償額之計算為規定之提案。之前雖有應將判例之基準時明文化之意見⁴³¹，但在法制審議會民法（債權關係）部會第三回會議，有認為這些判例過於古老，且是基於特定事案之判斷，能否一般化而成為原則，是有疑問的。另外，學說上也有人指出，基準時問題之處理，從判例中分析出一元化的標準是有困難的。⁴³²學說上對於計算基準時之方法歧見頗多，有認為應定位成金錢評價問題而委由法官裁量，有認為區分種類物、特定物，後者原則上以言詞辯論終結時為基準時，但前者以損害減輕義務限制，於一定時點後之價格上漲不得請求賠償。亦有指出在標的物價格變動激烈之資產（如上市股票），並不適合以某一特定時點為基準時。⁴³³基於上述討論，便出現了不就損害之計算基準時為規定而委由解釋、判例發展之見解。而且對於物之交付以外之債務的損害賠償計算、契約與侵權行為是否共用損害賠償計算之原則，討論均不充足，沒有具體的立法提案。⁴³⁴這些理由或許就是中間試案並無損害賠償計算規定之原因。

第七節 小結

日本於民法典起草時受到英法影響，繼承其預見可能性原則，其民法典第416條原是以該原則來決定賠償範圍。之後由於受到德國民法學之強烈影響，嘗試將含有預見可能性原則之法條文字與德國之相當因果關係論做結合，⁴³⁵使債務人所「預見」者成為判斷有無相當性之基礎，而非直接以預見可能性原則來決定賠償範圍。直到1970年代，平井宜雄提出應回

⁴²⁸ 民法(債權法)部會資料 58，民法（債權關係）の改正に関する中間試案のたたき台(1)(2)(3)（概要付き）【改訂版】，頁 43-44。民法（債權關係）の改正に関する中間試案（概要付き），頁 42。

⁴²⁹ 債權法改正試案 3.1.1.69~3.1.1.71。

⁴³⁰ 原文：民法（債權關係）の改正に関する論点の検討（6）

⁴³¹ 民法（債權關係）部會資料 5-2，民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1) 詳細版，頁 44。引用於本文第五節，三。

⁴³² 民法（債權關係）部會資料 3 4，民法(債權關係)の改正に関する論点の検討(6)，頁 7-8。

⁴³³ 民法（債權關係）部會資料 3 4，民法(債權關係)の改正に関する論点の検討(6)，頁 8

⁴³⁴ 民法（債權關係）部會資料 3 4，民法(債權關係)の改正に関する論点の検討(6)，頁 6-9。

⁴³⁵ 我妻榮

歸日本民法第 416 條之母法，即英、法民法來解釋該條後，通說之見解才開始動搖。但是於平井宜雄之後，同是採取保護範圍說者，也發展出獨特的預見可能性原則之修正學說。更強調締結契約後之風險分配(修正以締結契約時為預見時期)、契約欲實現之利益為何(修正平井說過於強調規範性而與通說幾乎無差異)。⁴³⁶甚至再次引進新的法國學說，提出以預見可能性作為確保契約履行之制度，而非賠償制度的看法。⁴³⁷

「債權法修正之基本方針」，則意圖與國際接軌，採用相近於 CISG 的立法，明示採用預見可能性原則。與國際接軌的同時，也不捨棄自己本國嚴守契約之倫理，不追隨以締結契約時為預見時期之國際潮流，課與債務人迴避於締結契約後之損害迴避義務，⁴³⁸和傳統的預見可能性原則有所不同。目前的中間試案仍維持採取預見可能性原則的態勢，並對以「契約締結時」為預見基準時加以修正。



第四章 於我國法適用預見可能性原則之可能性

第一節 我國學說與實務對契約不履行損害賠償範圍之處理

關於損害賠償之問題，我國民法僅於第 216 條規定：應包括所受受損害及所失利益。此為仿德國法例之一般規定，⁴³⁹凡屬損害賠償請求權。不問其發生原因為何，或為侵權行為，或為債務不履行，均適用此一般規定。立法者無疑有意將此問題委諸學說判例。⁴⁴⁰一般認為我國之通說與實務皆

⁴³⁶ 中田裕康、內田貴、難波讓治、潮見佳男

⁴³⁷ 白石友行

⁴³⁸ 改正試案 3.1.1.67<2>債權人，就契約締結後，至債務不履行發生時所預見或應預見的損害，於債務人不採取為避免此損害之合理措施時，對債務人得請求該賠償。

⁴³⁹ 即德國民法第 252 條。英文翻譯：「The damage to be compensated for also comprises the lost profits. Those profits are considered lost that in the normal course of events or in the special circumstances, particularly due to the measures and precautions taken, could probably be expected.」

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0726 (最後瀏覽日：04/15/2013)。

⁴⁴⁰ 曾世雄(1969)，《損害賠償法原理》，初版，頁 68，台北：中國學術著作獎助委員會。

採取相當因果關係說。⁴⁴¹

第一項 我國之學說

學說方面，對於損害賠償範圍之處理，翻閱我國之債權總論教科書，均以我國民法第 216 條為法定賠償範圍之規定，並未特別就契約不履行之損害賠償範圍為論述，即不與侵權行為損害賠償範圍做區分，多統一在名為「損害賠償之債」的章節名下，一起解說二者之賠償範圍⁴⁴²。有僅就條文之文字為解說者，⁴⁴³亦有明示該條係以相當因果關係決定賠償範圍之規定。後者如洪文瀾：「損害賠償，應填補債權人所受損害，其損害之範圍，應依因果關係定之，其非基於適當條件之原因所受之損害，不得請求賠償。惟其損害為直接的損害，亦為間接的損害，因通常情事而生，亦因特別之情事而生，均可不問。」⁴⁴⁴。史尚寬：「損害賠償之目的，在回復被害人損害發生前之原狀(民法二一三條)，故與責任原因有相當因果關係之一切損害，均應賠償」。⁴⁴⁵戴修瓚：「損害賠償之目的，在回復被害人損害發生前之原狀，故在相當因果關係範圍內，由責任原因所生之一切損害，無論積極地或消極的，均應賠償」。⁴⁴⁶學者馬維麟亦採此說⁴⁴⁷。

另外，有少數採取保護範圍說者，如黃立：「結果損害⁴⁴⁸需與違法行為具有因果關係，及其因果關係與規定損害賠償義務之法條必須相當。就損害結果之因果關係適用，與直接損害採取相同的相當因果關係說(法條相當說 Normadaquanz)，也就是引起結果損害之方式，必須與法條規範目的相當。」⁴⁴⁹觀察其提出之說明事例，即瓦匠換裝瓦片偷工減料導致漏雨，

⁴⁴¹ 曾世雄(1965)，〈論相當因果關係說之衰微〉，《法學叢刊》，第 10 卷 4 期，頁 83。王文宇(2002)，〈論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償為例〉，《台大法學論叢》，第 31 卷第 5 期，頁 14。林福來(1997)，《賠償所失利益之研究》，頁 60，中興大學法律學系碩士班碩士論文。

⁴⁴² 如林誠二(2000)，《民法債編總論》，初版，瑞興圖書股份有限公司。孫森焱(1979)，《民法債編總論》，初版，臺北市：自刊。黃立(1999)，《民法債編總論》，2 版，臺北市：自刊。鄭玉波(1975)，《民法債編總論》，7 版，台北市：三民書局。史尚寬(1954)，《債編總論》，台初版，台北市：自刊。

⁴⁴³ 如孫森焱(1979)，《民法債編總論》，初版，頁 453-455 臺北市：自刊。鄭玉波(1975)，《民法債編總論》，7 版，頁 231-232，台北市：三民書局。

⁴⁴⁴ 洪文瀾(1954)，《民法債編通則釋義》，台灣版，頁 210，台北市：法學書局印行；文光圖書公司印行。

⁴⁴⁵ 史尚寬(1954)，《債編總論》，台初版，頁 290，台北市：自刊。

⁴⁴⁶ 戴修瓚(1955)，《民法債編總論(下)》，台一版，頁 95，台北市：三民。

⁴⁴⁷ 馬維麟(1996)，〈損害賠償之範圍—我國最高法院歷年來判決之檢討與分析〉，《法學叢刊》，第 41 卷第 4 期，頁 58。

⁴⁴⁸ 指因直接損害所引起，而直接損害之產生，具備「可歸責性」(故意，過失)的要件。例如交通意外致身體殘障，引起收入之減少。黃立(1999)，《民法債編總論》，2 版，頁 373，臺北市：自刊。

⁴⁴⁹ 黃立(1999)，《民法債編總論》，2 版，頁 374，臺北市：自刊。

造成委託人懸掛於屋中之名畫發霉，認定名畫之損害具有相當因果關係，但委託人因名畫受損遭受打擊而自殺，為契約規範目的以外之因果關係，故非相當之結果，似採取保護範圍說。曾世雄亦採此說：「與違約或侵權行為間有因果關係之損害，就否應歸入應受填補之範圍，唯依法規之意旨與目的始可解決之。……法規意旨說應予贊同，係因其理論之正確：契約關係中，契約如何成立生效，即為當事人間之規範。雙方當事人之權利義務，依契約之內容而定。契約不被履行時，違約一方應負損害賠償責任，其責任之限度即在於填補他方因契約不履行所生之損害，以至於如同契約已履行然，故損害賠償義務實為契約債務之化身，而其大小應與契約債務相同。基於此一論點，違反契約所生損害賠償，其範圍應決之於契約之內容。」⁴⁵⁰採取此說者，對侵權行為與契約不履行損害賠償範為做區分處理，蓋契約之「保護規範」即為契約本身，非如侵權行為之保護規範為相關法規。契約不履行之賠償範圍，決定於契約之內容。

至於損害計算基準時之問題，教科書多於「損害賠償之計算」之標題下做論述，似與「損害賠償之範圍」有別，多數並未如日本之通說，表明此問題亦應以相當因果關係說處理，僅是於敘述賠償範圍後，直接敘述應如何計算損害。⁴⁵¹但史尚寬不區別二者，明確表示皆以相當因果關係處理者：「與此有關聯者，為賠償額算定之標準問題。……因已定之計畫設備或其他特別情事，例如當事人之職業(為商人與否)，標的物之種類(有價證券，商品，房屋，山林，土地等)、契約之目的(轉賣，以為原料使用，日常生活使用)，基於行為時一般可得而知即為債務人所之之情事，一般所生之損害或可預期之利益，均為損害賠償之範圍。例如債權人於行為時雖已有轉賣契約或預約，然於不履行後因戰事或其他非常事變之發生，致標的物價格陡漲，非當時時一般可得預期者，則不得視為所失利益。結局損害賠償額算定標準問題，亦為相當因果關係之問題。相當因果關係，適用

⁴⁵⁰ 曾世雄(1969)，《損害賠償法原理》，初版，頁 79-80，台北：中國學術著作獎助委員會。

⁴⁵¹ 就應採何一時點為基準時，學說上見解不一，並無統一的基準時。林誠二認為，「貨幣之債」之給付，通常係以給付時之市價計算損害賠償額。而毀損他人之物，應賠償其物因毀損所減少之價格，係以毀損時之時價為準。林誠二(2000)，《民法債編總論》，初版，頁 490，瑞興圖書股份有限公司。孫森焱與之相同，認為應以給付時之市價計算損害。但又表示，以請求時或事實審言詞辯論終結時之通常價格為請求依據者，論據與依給付時之市價計算者，計算方法不同，因兩者主張之事實原因有異，兩種計算方法均可成立。孫森焱(1979)，《民法債編總論》，初版，頁 470-471，臺北市：自刊。是賠償金額就應如何判斷，唯有由債權人就具體事實分別判斷，依其有利之方法請求之。鄭玉波表示，應以判決時或請求之時為標準。鄭玉波(1975)，《民法債編總論》，7 版，頁 255，台北市：三民書局。黃立則認為，通說謂自損害發生時起，致賠償時止，一切之損害均應計算，應以最高價格計算之。黃立(1999)，《民法債編總論》，頁 392，2 版，臺北市：自刊。史尚寬則區分侵權行為與債務不履行，後者原則上以債務不履行時之價格為基準，履行遲延後價格上漲，以基於債務成立後迄於履行期，為一般可得而知或為債務人所知之情事者為限，得以上漲價格為準。履行不能後價格上漲或藉由轉售獲取巨額利益者，已於履行不能時，其情事為一般人可得而知或所知者為限，得以其價格或利益為計算價格標準。史尚寬(1954)，《債編總論》，台北版，頁 309-310，台北市：自刊。其看法類似日本之通說，也就是富喜丸案判決之標準。

上頗多困難，然解決最後標準，仍以信義公平為依歸。」⁴⁵²此論述與我妻說如出一轍，如同日本通說(相當因果關係說)，不區別損害賠償範圍與金錢評價之基準時問題。

第二項 我國之實務

實務上，雖早期似有採取預見可能性原則之判例，即4年上字第924號：「因特別情事所生之損害，以當事人預見有該情事或可以預見者為限，能請求賠償。」然除此判例外，並無其他根據足以增強確認預見說為我國法所採。⁴⁵³有認為此判例之產生實有其背景，蓋當時民國初肇，尚無民法典可循，只有清朝宣統三年完成之「大清民律草案」，該草案第三百八十六條後段即規定：「依普通之情事或特別情事，得預見之利得視為所失之利得。」⁴⁵⁴當時之判例似參考此一草案規定所為，惟現行民法於民國十八年公布施行，此些判例當已不可再參用。⁴⁵⁵

暫且先採信實務係以相當因果關係說決定賠償範圍之說法，整理近10年來以相當因果關係判斷契約不履行之賠償範圍之最高法院判決。⁴⁵⁶

第一項 認定具有相當因果關係者

①最高法院民事判決101年度台上字第1942號—電纜買賣契約，買受人不支付價金，出賣人解除契約後請求為履約而購買契約標的之原料所支出之花費

上訴人大亞電線電纜股份有限公司（下稱大亞公司）主張：對造上訴人東大電業工程股份有限公司（下稱東大公司），於民國九十七年四月二十九日與伊簽立訂購合約（下稱第一份合約）訂購電線電纜一批，約定總價為新台幣（下同）四千三百七十萬元，復於九十七年九月三日簽立訂購合約（下稱第二份合約）訂購電線電纜一批，約定總價為一千一百零一萬元，均以供應東大公司承攬台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）工程

⁴⁵² 史尚寬(1954)，《債編總論》，台初版，頁291，台北市：自刊。

⁴⁵³ 曾世雄(1969)，《損害賠償法原理》，初版，頁68-69，台北：中國學術著作獎助委員會。

⁴⁵⁴ 《民律草案彙編》(1972)，頁18，成文出版社印行。轉引自林福來(1997)，《賠償所失利益之研究》，頁52-53，中興大學法律學系碩士班碩士論文。

⁴⁵⁵ 林福來(1997)，《賠償所失利益之研究》，頁52-53，中興大學法律學系碩士班碩士論文。

⁴⁵⁶ 由於筆者能力有限，無法整理所有契約不履行之案例，故先以「相當因果關係」為關鍵字，搜尋民國92年至今之最高法院判決。最高法院以原審未說明具有/不具有因果關係而有判決理由不被之違法者，因為看不出最高法院對於因果關係之意見，故以下不引用此類判決。如96,台上,2901、95,台上,1885。因非關相當因果關係之事實未調查清楚而發回者，亦不引用。

所需。伊為履約另行向國外購入電解銅材料，第一份合約計一百三十四公噸，第二份合約計四十一公噸。詎九十七年十二月間因國際銅價下跌，東大公司不甘買貴受損，即轉向其他公司購買較便宜之現貨，拒不依約通知出貨，經伊多次催告通知出貨，均不置理。最後大亞公司九十九年六月十四日為解除系爭合約之意思表示。除為履約而投入之另購電解銅之花費外，另請求所失利益之損害計二百四十二萬七千一百零三元。

就為履約所支出花費之所受損害，原審認為，按損害賠償之債，以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，即難謂有損害賠償請求權存在。大亞公司營運量大，對製造電線電纜所需之銅材料需求甚大，且為供應市場現貨，通常備存有一定數量之銅材料及電線電纜成品，倘遇客戶於簽約後須立即提供電線電纜者，伊以庫房現存之電線電纜先為供應，嗣後再依契約約定之數量對外採購銅材料以回補營運所需。銅材料為原物料，乃可替代物，送入大亞公司後實無法特定供何契約使用，更無法確定製成成品後交付予何買方。故大亞公司雖於簽立系爭合約後隨即購入相當數量之銅材量，然因系爭合約遭兩造默示合意無限期延長，致自九十五年八月二十九日訂約至本件起訴之九十九年二月十一日共三年半時間尚未履行完畢，以大亞公司之營業量，上開銅材應早已挪作他用，實難認大亞公司訂約當時購入之銅材確實供系爭合約所用。由上，逢大公司辯謂電解銅之漲、跌與伊之違約行為並無因果關係，大亞公司就系爭合約並未受有電解銅價格下跌價差或產值降低之損害等語，即屬可採。

但最高法院認為：「九十七年七月份之平均銅價尚為每公噸美金八千四百十四點零四元，同年十一月份即跌至美金三千七百十七元，爾後一直維持每公噸美金三千元左右至九十八年三月，大亞公司於九十七年七月三十日最後一次出貨予逢大公司，之後，逢大公司刻意不履約，亦即拒不指示大亞公司出貨、受領貨物或給付價金，大亞公司九十八年四月二十七日催告逢大公司時確已做好隨時可以交之準備等，為原審合法確定之事實；類此情形，逢大公司故意不遵守契約義務，大亞公司又已做好給付之準備，大亞公司主張其受有所失利益以外已投入履行系爭合約所需耗用銅料跌價或產值（電線電纜）降低之損害，該損害並與逢大公司之違約行為有相當因果關係，是否毫無可採，不無研求之餘地。大亞公司指摘原判決駁回其就請求所受損害之上訴部分為不當，求予廢棄，非無理由。」

②最高法院民事判決 101 年度台上字第 1321 號—投資顧問契約中，債務人違反應盡之注意義務，所造成之債權人不能適時停損出脫持股以降低鉅額投資款之損害

債權人與債務人間締結財富管理規劃顧問合約。債務人違背委任意旨，

擅自利用伊所提供之證券交易帳戶從事融資融券交易，並編造內容，隱瞞採取信用交易及投資失利之事實，致伊之損害持續擴大，造成債權人帳戶僅餘 3239 萬 7442 元，受有 2760 萬 2558 元之損害。

原審認為，債務人在製作台股投資組合明細時，已知台股投資失利，債權人原投資金額六千萬元持續虧損，理應及早建議債權人設立停損點或出脫持股，以減少損失，但債務人未提出任何投資建議，仍持續進行融資買賣，終致債權人蒙受鉅額損失，難謂已盡善良管理人注意義務。依客觀觀察，如債務人確實善盡說明義務，使債權人實了解融資融券之高風險特性，並適時建議債權人停損出脫持股，則債權人必不生鉅額損害；而債務人未善盡說明義務，債權人復僅為一般投資人，因未具備專業投資知識而委託債務人，通常即會輕信債務人之推介與操作，因此足生此種損害。故債務人違反應盡之注意義務，與債權人受有不能適時停損出脫持股以降低鉅額投資款之損害間，具有相當因果關係。從而債權人依委任關係請求曾俊傑賠償損害，即屬有據。最高法院贊同之。

③最高法院民事判決 101 年度台上字第 838 號—經營貸款業務之債權人因受雇人(債務人)審查債信、以人頭貸款之缺失而無法收回借款之損失

訴外人明知作為擔保之土地為工業用地，且屬尚未開發地區，無增值潛力，卻與當時任職總幹事之債務人勾結，以上開土地為擔保品，利用人頭向債權人借款，於八十一年四月十八日至二十三日間先後貸款與十九位人頭帳戶共新台幣(下同)四億五千萬元；復於八十二年九月十四日、同年十月九日貸款與七人共一億六千五百萬元；又於八十三年三月七日貸款三千萬元。原審認為，債權人之本息未獲清償，即屬因債務人之委任或僱傭契約之債務不履行所受損害。況被上訴人請求上訴人賠償損害四千萬元，遠低於本金三億六千四百九十四萬三千九百十四元。被上訴人因上訴人非法核貸，而受有損害，且此損害顯與上訴人之債務不履行之行為有相當因果關係，堪以認定。是被上訴人主張其因上訴人違背委任或僱傭契約之債務不履行為，受有四千萬元之損害等語，應可採取。最高法院贊同之。

④最高法院民事判決 100 年度台上字第 2154 號—倉庫之出租人未盡保管義務造成承租人之貨物毀損

上訴人與被上訴人簽訂商品儲存管理合約書由被上訴人提供倉庫與上訴人使用。詎系爭倉庫契約存續期間，被上訴人竟將後側倉庫轉租予從事再生塑化油生產、儲存，屬高度危險事業之訴外人(公司)，之後該公司之廠房發生火災，使上訴人儲存之貨物燒毀。最高法院認為，原審僅憑訴外人負責人陳稱尚未正式生產，即謂火災與油懋公司在系爭倉庫後側從事生質燃料油製造業務，未存有相當因果關係云云，未免速斷。

⑤最高法院民事判決 99 年度台上字第 602 號—計畫中之營業損失

土地之買賣契約，土地不具出賣人(縣政府)所保證之「商業區」價值，使買受人(保險公司)無法如預定興建商業大樓以賺取利潤。原審認為：「而保險公司購地建屋後出租以獲租金利潤，又為眾所皆知之事。且新光人壽自標得系爭土地後，即申請指定建築線，有於該土地上興建商業大樓之計畫，有所提紙質已呈黃灰色之建築藍圖為憑，參諸系爭土地如以「商業區」為用途，依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，其可得預期之利益，與該土地以「機關用地」相較之利益有相當差額等情，可認新光人壽之所失利益，與新竹縣政府應負責任之原因事實有相當因果關係，其請求新竹縣政府賠償該所失之租金收入利益，應無不合。應以新光人壽如附件二所示租金收益，於加計押金利息收入後，依「同業利潤標準」中之純利率計算，以認定經扣除所有費用後之租金收益，而毋庸再逐項扣除已知之成本費用，以免遺漏該鑑定報告未列入之成本費用。」⁴⁵⁷最高法院贊同之。

⑥最高法院民事判決 99 年度台上字第 2284 號—銀行經理未進行防弊措施使銀行受有行政罰之損失

最高法院認定：「被上訴人為上訴人(銀行)南台中分行經理，負有查核、監督各級職員、主管是否遵守及執行相關內控規定之責任，卻於莊定盛盜領客戶存款案爆發後，隱瞞不報，致伊未能及時進行相關查核、防弊措施，因而遭金管會裁處罰鍰，被上訴人顯有未確實執行內部控制制度之重大違失等語，並提出陳述書、分行人員編制及權責職掌為證，原審未詳查審認，遽謂上訴人未舉證證明被上訴人有上開行為，其毋庸對上訴人負損害賠償之責任，已有可議。次按所謂相當因果關係，係指無此事實，雖不必生此結果，但有此事實，按諸一般情形，通常均可能發生此結果者而言。金管會係以莊定盛利用上訴人南台中分行未切實控管客戶印鑑卡及客戶資料查詢作業，且未依規定辦理存摺換發作業之缺失，偽冒客戶名義交易，提領客戶存款，分行並有未切實執行內部查核及管理工作的缺失，違反銀行法第四十五條之一第一項規定為理由，核處上訴人二百萬元罰鍰，有金管會裁處書可稽。似此情形，能否謂金管會核處上訴人二百萬元罰鍰，與莊定盛盜領客戶存款之行為，無相當因果關係，即滋疑問。原審遽認莊

⁴⁵⁷ 後續詳細計算：「另新光人壽固受有可得預期之租金收益損害，但因而免繳納之營業稅及營利事業所得稅，仍應扣除。準此，新光人壽(自七十七年初至八十七年底)可得預期之租金收益原為一億三千五百三十九萬零三百三十九元(詳如附件三所示)。惟新光人壽買受系爭土地上之建物即縣立圖書館經新竹市政府指定為古蹟後，新光人壽尚得將之作為辦公室使用。依該建物所在、面積、區域不動產市場發展概況及參酌新竹縣政府表示無意見之中華徵信不動產估價師聯合事務所鑑定報告等一切情狀，其迄八十七年間可得之建物租金共計三千零九十萬八千九百七十六元，亦應自新光人壽上述可得預期之租金收益中扣除。經扣除後，新光人壽之「所失利益」實為一億零四百四十八萬一千三百六十三元。」

定盛之不法行為與上訴人所受系爭罰鍰之損害，無相當因果關係，其不得請求莊定盛賠償，亦有未合。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」

⑦最高法院民事判決 92 年度台上字第 1383 號—受雇司機未行駛偏遠路線，使雇用人之客運無法受到行政補助

最高法院：「按損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並因二者之間，有相當因果關係即可成立。查上述補貼計畫執行管理要點第三點(一)既規定：「業者應依補貼計畫確實執行偏遠服務路線客運，未經主管機關核准不得擅自停駛補貼路線，縮減補貼路線班次與里程或變更計畫內容……」，復於第五點(二)就違反上開規定經公路局查明後之處理罰則，明訂「除『撤銷該路線之補貼』，並自違規日起『中止撥發補貼款』外，另以違反汽車運輸業管理規則論處，按公路法有關規定罰之」云云(見一審卷八至九頁)。則被上訴人甲○○未依契約行駛全路線致上訴人無法獲得政府之補貼款，該損害之發生及有責任原因之事實，兩者間能否謂無相當之因果關係，已滋疑問。原審未遑進一步詳為深究，徒以上述理由遽為上訴人不利之判決，未免速斷。」

第二項 認定不具相當因果關係者

①最高法院民事判決 101 年度台上字第 1497 號—不動產之跌價(所失利益與相當因果關係)

房地產買賣契約，買受人遲延交付價金，出賣人因而解除契約請求解約時之市價與契約價金之差額。最高法院判決：「…然債權人就其所受之損害，與債務人之給付遲延間，具有相當因果關係一事，仍應負證明之責。又不動產買賣之價格漲跌，繫於交易市場資金、政治、經濟環境及預期心理等諸多因素，是在債務人遲延中，縱債權人或許因市場價格漲跌而於計算上有所獲利或虧損，然此僅屬可能而已，尚不具客觀確定性，自不能請求損害賠償。本件因上訴人並未於被上訴人給付遲延中出售系爭房地，已難認受有系爭房地市場買賣價差之損害，又縱或受有損害，於上訴人主張及證明該損害與給付遲延有相當因果關係前，亦難令被上訴人負債務不履行之損害賠償責任。」

②最高法院民事判決 99 年度台上字第 1349 號—因監督不周造成工程未完成而需另找他人進行工程之花費

債權人與宏固公司締結由後者清除廢棄物之工程契約，並與債務人(羅興華)締結由債務人監造該工程之契約。宏固公司未依約適時清除廢土及廢棄物，債務人未依約履行監造，致其須另行招標清除系爭工地回填區廢棄

物，支出八百八十四萬六千九百八十九元，相債務人請求上述金額之賠償。

最高法院認為：「另按損害賠償之債，以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。至於相當因果關係之認定，應以行為人之行為所造成之客觀存在事實為觀察之基礎，倘就該客觀存在之事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，始得謂行為人之行為與被害人所受損害間，具有相當因果關係。查羅興華與被上訴人訂定系爭設計監造契約，就宏固公司於系爭工程中遺留之廢棄物適時適法清除及運離之工作，有應善盡監督之責任，……果爾，羅興華對於本件系爭工程廢棄物之清運，不過監督之責，而非完成廢棄物之清運工作，倘其未能善盡監督，不過係應依民法第五百四十四條規定債務不履行之損害賠償責任之限度。原審未察，羅興華未盡監督宏固公司廢棄物之清運應負之賠償責任為何，逕以被上訴人另支付開陽公司之廢棄物清除費用八百八十四萬六千九百八十九元，命羅興華賠償之，於法尚有未洽。上訴論旨，各就其不利部分指摘原判決為不當，聲明廢棄，非無理由。」

③最高法院民事判決 97 年度台上字第 813 號—替代交易費用

服裝買賣契約，因出賣人交付遲延，最後甚至拒絕給付，造成債權人無法履行對第三人(SEARS 公司)之轉售契約而受損害。就其中一部分買賣標的服裝，上訴人(買受人)主張因被上訴人已表明拒絕給付，上訴人為履行對客戶 SEARS 公司之訂單，因而於四月二十五日轉向其他廠商(Wallace 公司)購買，因而受有增加支出購買費用二十七萬零八百六十九點二二元，且為了盡快將貨物交付給客戶(SEARS 公司)，又支出航空運送費二十四萬七千三百六十一點七一元之損害。

就支出之航空費用部分，原審判決，Wallace 公司實際交期遠晚於上訴人主張其與 SEARS 公司間約定之交期，自難認上訴人與第三人所訂合約係為履行其與 SEARS 公司間八十九年二月十六日所訂合約。上訴人另主張其為如期將上開單號童裝交付訂戶，不得已以航空運送，致支出上開空運費云云，並提出航空提單為證。惟查依上所述，尚無從證明因被上訴人違約，上訴人為履行與 SEARS 公司間之合約，而與第三人 Wallace 公司等訂立前開契約。且如前所述，上訴人與第三人所訂合約之交期與第三人實際交期，並不相同，則縱上訴人以航空運送，亦難認與被上訴人違約有相當因果關係，其此部分主張，亦不足採。

最高法院贊同此部分之判決。

④最高法院民事判決 96 年度台上字第 2664 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 2023 號、最高法院民事判決 93 年度台上字第 2611 號—受僱人違法貸款而使銀行受有無法收回貸款之損失

(a) 最高法院民事判決 96 年度台上字第 2664 號

農會之總幹事、秘書、信用人員，於審核訴外人等人向車城農會辦理抵押貸款時，未盡善良管理人之注意義務，有一物二借、未扣除先順位抵押權金額等情形，致訴外人等人之借款，轉列呆帳，致生損害於車城農會。

最高法院認為：「按損害賠償之債，以被害人受有損害及行為人有責任原因之事實，並兩者之間，有相當因果關係為成立要件。查上訴人就系爭四筆放款，有一物二借、未扣除先順位抵押權金額等情形，致各該貸款嗣均未全額清償，部分欠款已轉列呆帳，上訴人有違背職務之行為，為原審所認定之事實。而本件擔保品均為不動產，按抵押權人於債權已屆清償期而未受清償者，得聲請法院拍賣抵押物，就其賣得價金受清償，亦為民法第八百七十三條第一項所明定。是債權人主張一物二借、未扣除先順位抵押權金額而超估擔保價值致其受損害者，自須抵押物於法院拍賣時，未受足額清償，致其受損害，且其所受損害係因抵押物徵信時所應評估之擔保價值與抵押物所擬擔保之核定貸款金額有落差所致。即上訴人未依規定評估擔保品價值而予以超貸之數額，始與重建基金所受損害之間，有相當因果關係存在。乃原審未違查明上開違規貸放之金額究為若干，就陳恆華貸款案，將轉列呆帳金額八百六十四萬一千六百七十九元誤為經評估收回無望轉列呆帳之本息金額，並認其中之三百四十六萬九千八百五十九元係因未扣除先順位抵押權金額所致之損害；就楊貴郎貸款案，即逕以安侯建業會計師事務所評估收回無望之金額一百四十八萬五千元為重建基金得請求上訴人賠償之差額，自嫌速斷。」

(b) 最高法院民事判決 96 年度台上字第 2023 號

上訴人遠東國際商業銀行股份有限公司（下稱遠東銀行）主張：訴外人陳莉莉、吳淑惠及戴俊源等人意圖為自己不法之所有，於對造上訴人甲○○擔任伊銀行汐止分行經理之民國八十七年三月至八十八年七月二十五日期間，出具不實之在職證明及薪資扣繳憑單，持向伊銀行汐止分行辦理消費性信用貸款及自然人公司員工信用貸款之方式詐取貸款。甲○○受伊委任擔任伊銀行汐止分行經理，本應依法令及內規縝密分析授信報告，以決定核貸與否，並確實監督所屬行員，乃竟未盡主管監督之責，放任其行員與犯罪集團勾串，復就徵信所得資料，未依規定縝密審核即全數核貸，而就上述提供不實證明者核發信用貸款，迄九十三年一月三十一日止，尚有高達新台幣（下同）六千五百八十六萬九千九百零二元之本金無法收回

(借貸情形詳如附表一所示)等情，爰依民法第一百八十四條第一項、第五百四十四條及債務不履行之規定，求為命甲○○賠償。

原審認定上訴人之損害係因對造上訴人甲○○未盡注意義務所導致，允許損害賠償之請求。但最高法院認為：「…按損害賠償之債，以有損害之發生及有責原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。甲○○違反銀行法收取催收基金以為貸款之擔保，似使遠東銀行貸放之信用貸款得有擔保而減少未能收回貸款之損失。果爾，可否單以甲○○違反銀行法規定收取催收基金，即認其行為與遠東銀行未能收回貸款間有因果關係，非無進一步推求餘地。」

(c) 最高法院民事判決 93 年度台上字第 2611 號

上訴人主張：訴外人等於民國七十五年十月二十四日曾向伊所概括承受之前台北市第十信用合作社（下稱十信）民權分社申請貸款，各借新台幣（下同）六百萬元共一千八百萬元。同由連帶保證人即訴外人陳文忠，提供其坐落如第一審判決附表四所示台北縣萬里鄉中萬里加投瑪鍊港內小段七一號等土地十五筆，為彼等依序設定第一至第三順位之抵押權為擔保。惟上開土地經伊所屬金融業務檢查室以金檢單位立場，依職權評估其客觀價值，至多不應超過八十七萬元。被上訴人陳文良、辛○○、寅○○依序分別為十信民權分社經理、副理、放款課長，詎渠等除未盡職責審查申請文件及擔保物價值外，亦未對本件違法貸款表示任何意見或裁決，即率予用印放款，致十信蒙受損失。應依侵權行為、債務不履行法則負賠償責任。

原審調查證據，採信被上訴人辛○○之抗辯，即本件放款，早已為前十信理事主席蔡辰洲挪用，其僅是為形式上之文書作業補記帳，並無貸款、放款之事實，斯時損害已發生。故十信之損害非渠等之行為所致，與渠等之行為間並無相當因果關係，即非無據。

最高法院贊同之。

⑤最高法院民事判決 92 年度台上字第 611 號—建造倉庫承攬契約之不完全履行所造成之另尋其他倉庫所支出之費用

上訴人厚生玻璃工業股份有限公司(下稱厚生公司)主張：對造上訴人甲統企業股份有限公司(下稱甲統公司)於民國八十三年四月一日，承攬伊苗栗廠之四個 SODA ASH 散裝倉儲槽(下稱系爭倉儲槽)、輸送系統、台製機電設備及按裝等工程(下稱系爭工程)，因施工設計不良，致西二槽底部陷落地面，造成槽體全部毀損，經與甲統公司達成協議、開會檢討，甲統公司同意繼續就系爭工程予以補強修復，八十五年三月九日再度進行功

能性測試時，竟再度發生四個倉儲槽全部倒塌，使其他系爭工程設備一併倒塌，伊另行發包他人施作之地基工程亦遭毀損，甲統公司未依債之本旨所為之給付，使系爭倉儲槽、槽內純鹼、周邊廠房及設施均毀壞不堪使用，無修復之可能，致伊受有計新台幣（下同）三千四百零九萬三千八百四十一元損害。另甲統公司給付不完全，致伊嗣後進口之純鹼無處存放，另覓聯夏企業股份有限公司（下稱聯夏公司）寄存純鹼，因而增加運費、倉租及分包包裝等之費用，共計一千八百十三萬二千七百六十七元。爰依不完全給付債務不履行及保證之法律關係，求為命甲統公司如數給付並加計法定遲延利息。

就無法使用倉庫而造成之損失，最高法院認為，厚生公司因甲統公司債務不履行，致系爭倉儲槽於八十五年三月九日倒塌，厚生公司固有未獲得使用系爭倉儲槽之利益，惟厚生公司係八十五年七月一日以後，再行自外國進口純鹼物料，為原審確定之事實，則其進口時已知不得使用系爭倉儲槽，而必須使用其他之倉儲槽，自非屬依已定之計劃設備或其他特別情事，可以獲得之利益，而未獲得之情事，其另須支付倉儲、運輸費乃厚生公司所預見，猶且為之，則所增加之支出，難謂與甲統公司不完全給付有相當因果關係。關於此部分，原審為厚生公司不利之論斷，駁回其追加之訴，理由雖有未盡，結果尚無二致，仍應維持。厚生公司上訴意旨，指摘原判決為不當，求予廢棄，亦無理由。

第三項 判決評析

從以上之判決觀察，實務在契約不履行之案件中所使用的「相當因果關係」，並未明確區分「責任之成立問題」與「責任之範圍問題」。有些判決，會先敘述類似於此段之文字：「另按損害賠償之債，以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」，雖然稱之為「成立要件」，但此段文字之後的敘述，所處理者，其實是賠償範圍之問題，如最高法院民事判決 96 年度台上字第 2023 號（判斷債務人違反銀行法規定收取催收基金是否應承擔遠東銀行未能收回貸款之損失）、最高法院民事判決 92 年度台上字第 1383 號（受雇司機未行駛偏遠路線，是否應賠償就雇用人之客運無法受到行政補助）、最高法院民事判決 99 年度台上字第 1349 號（債務人監督不周致工程未完成，是否應賠償另找他人進行工程之花費）。⁴⁵⁸ 其中有一例（96 年度台上字第 2664 號判決）更是以相

⁴⁵⁸ 同樣的看法，王澤鑑舉出最高法院 90 年台上字第 401 號判決說明責任成立之責任範圍之因果關係，該判決先敘述「損害賠償之債，以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」。另以最高法院 90 年台上字第 772 號判決說明責任成立之因果關係，該判決亦先敘述近似之文字：「侵權行為損害賠償之債，需損害之發生與加害人之故意或過失加害行為間有相當因果關係，始能成立。」王澤鑑(2005)，〈損害賠償法專題研究系列之三 損害賠償法的目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉，《月旦法學雜誌》，第 123 期，頁 211-212。反對看法，注重判決之文字意思，認為此類文字之「損害」應指責任成立「法益侵害」，而非責任範圍之「損

當因果關係處理「損害之有無」認定。可見最高法院以「相當因果關係」處理者，可能是責任成立之問題，亦有可能是責任範圍之問題，甚至是損害有無之認定。

關於責任成立之因果關係與責任範圍之因果關係的區分，學者多是在敘述侵權行為之損害賠償之下所提出。⁴⁵⁹於契約不履行損害賠償，是否有必要如此區分，是有疑問的。蓋侵權行為之所以要做如此區分，是因為已「權利之侵害」為成立要件，但契約不履行損害賠償則不以此為要件。故最高法院不嚴格區分的做法是可以贊同的，但是在用語上（「成立要件」）可能會造成誤會。

另外，「相當因果關係」之用語，是有時似乎僅指事實上的因果關係（條件因果關係）⁴⁶⁰，如最高法院民事判決101年度台上字第1942號判決（原審以相當因果關係判斷電纜買賣契約，出賣人解除契約後請求為履約而購買契約標的之原料所支出之花費，是否確實是為了履約而購買之原料）、最高法院民事判決93年度台上字第2611號（無法收回之放款係遭他人挪用所造成，與債務人之不履行不具條件關係）、最高法院民事判決97年度台上字第813號（服裝買賣，已第結轉售契約，出賣人不履約使買受人須為替代交易。買受人所請求之費用是否確實係為替代交易所支出）。

而且，最高法院對於「相當性」之運作，並不明確。並未詳細探討該種損害在該案例中，是否屬若有該違約行為，依全經驗觀察，在一般情形之下將產生該種損害。上述判決中只有99年度台上字第2284號判決、99年度台上字第1349號判決，有提及相當性之判斷（「次按所謂相當因果關係，係指無此事實，雖不必生此結果，但有此事實，按諸一般情形，通常均可能發生此結果者而言。」「至於相當因果關係之認定，應以行為人之行為所造成之客觀存在事實為觀察之基礎，倘就該客觀存在之事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，始得謂行為人之行為與被害人所受損害間，具有相當因果關係。」），但是最高法院並未詳細論述其在該案中對於相當性之判斷。另外，101年度台上字第1497號判決似乎係以「客觀確定性」來判斷相當性。最後，使用「相當因果關係」這樣的標準，在類似之情形，卻有完全相反的判斷，如銀行職員違法貸款而使銀行受有無法收回貸款之損失（否定：最高法院民事判決93年度台上字第2611號判決，肯定：最高法院民事判決101年度台上字第838號判決）。

害」，吳志正(2012)，〈揭開民事損害賠償法相當因果關係之神秘面紗〉，《政大法學評論》，第125期，頁122。這些著作主要都是針對侵權行為損害賠償。

⁴⁵⁹ 如王澤鑑(2006)，《侵權行為法第一冊》，初版，頁214-216。

⁴⁶⁰ 這裡所說的事實上因果關係，同平井宜雄之用語，即是指「無此及無彼」的判斷標準。

綜上述，不論說最高法院係以相當因果關係來決定契約不履行之損害賠償範圍，或是相當因果關係屬一有效之標準，都是有疑問的。蓋於上述判決中，無法發現以相當性來限制賠償範圍之操作。且最高法院所說的「相當因果關係」內容並不固定，其是否具有實質內容，亦不清楚。最甚者，使用此一文字，將可能於類似情形推導出完全相反之結論。

第三項 民法第 216 條與賠償範圍之限制

第一款 學說

如上述，我國民法關於損害賠償之問題，僅有第 216 條規定。此一規定和損害賠償範圍之限制的關係為何，學說上有幾種看法：

(一) 相當因果關係說

此說為德國法之實體法說之一分枝⁴⁶¹。依照此說，我國民法第 216 條，即在規定相當因果關係。

我國採此說之學者有梅仲協：「被害人若不遭遇損害事實，便可以獲取利益時，因被害之結果，致此項利益減少者，賠償義務人對於此項所減少之利益，亦應負責。但依適當因果關係之原則，此項利益，必須係依通常情形，或依以定計畫、設備或其他特別情事可得預期者為限。」⁴⁶²史尚寬：「我國民法第二一六條第二項規定：『依通常情形或依已定之計畫設備或其特別情事可得預期之利益，視為所失利益』，即明示此中之相當因果關係。換言之，於加害行為時(在債務人不履行自契約訂立迄於不履行時)存在，而依吾人之智識經驗可得而知及為債務人所知之通常或特別情事為基礎，依其自然發展，一般可得預期之利益，其利益與其原因事實，視為有相當因果關係。」⁴⁶³吳志正：「…再者，民法第二一六條第二項即載有『依通常情形，或依以定之計畫、設備或其他情事，可得預期之利益，是為所失利益』即為相當性之明文。」⁴⁶⁴

(二) 舉證責任之減輕說

此即是承襲自德國學說之訴訟法說。因為所失利益較不易舉證，故民法第 216 條第二項所規定之「通常情形可得預期之利益」及「特別情事，

⁴⁶¹ 有關德國民法第 252 條(我國民法第 216 條規定與之相同)之規範目的，德國學界有不同看法，分成實體法說與訴訟法說，前者又分成二枝。實體法說之一為所失利益為完全賠償原則之例外，另一說為該條所規定者即為相當因果關係之內容。訴訟法說則認為該條僅是舉證責任之減輕。

⁴⁶² 梅仲協(1966)，《民法要義》，台新 9 版，頁 161，自刊。

⁴⁶³ 史尚寬(1954)，《債編總論》，台初版，頁 290，台北市：自刊。

⁴⁶⁴ 吳志正(2012)，〈揭開民事損害賠償法相當因果關係之神秘面紗〉，《政大法學評論》，第 125 期，頁 181。

可得預期之利益」，在無反證之下，推定債權人當然可以取得之。⁴⁶⁵法條中之「視為」，實為推定之意。

採此說之我國學者有王澤鑑：「所失利益的範圍較難確定，為避免爭議，減輕被害人的舉證困難，民法第二百十六條第二項乃特別規定…」⁴⁶⁶馬維麟：「依德國通說，該條第二項在文字上乃有誤導之傾向（「視為所失利益」），實際上應解釋為，此規定只在減輕請求權人之舉證責任，亦即在請求權人能夠提出足夠之證明時，仍可就該個別情況請求所失利益。」

⁴⁶⁷

（三）本條所規定之損害種類相當於英美法之通常損害、特別損害之主張

有我國學者認為民法第 216 條之規定，與英國法之通常損害、特別損害有近似之處。林誠二：「契約不履行所侵害者如為一般期待，⁴⁶⁸則構成一般損害賠償責任；如所侵害者為特別期待，⁴⁶⁹則構成特別損害賠償責任。英美法稱前者為 general damage，後者稱 special damage。依我國民法第 216 條之規定，損害賠償之範圍，以填補債權人『所受損害』及『所失利益』為限。所謂『所受損害』，即英美法上所稱之『一般損害賠償』；所謂『所失利益』，即英美法所稱之『特別損害賠償』。」⁴⁷⁰另有認為民法第 216 條第二項前段之「依通常情形，可得預期之利益」與 Hadley 第一原則相當，該條項後段之「依已定之計畫、設備或其他特別情事，可得預期之利益」，相當於 Hadley 案第二法則。⁴⁷¹

亦有指出雖有近似之處但有部分不同者，如英美法學者楊楨：我國民法上通常情形下損害之發生為一般人所可預見者，似與 Hadley 第一原則相符合，而在特殊情形下之損害賠償範圍，則與 Hadley 第二原則不甚符

⁴⁶⁵ 林福來(1997)，《賠償所失利益之研究》，頁 67，中興大學法律學系碩士班碩士論文。

⁴⁶⁶ 王澤鑑(1996)，〈搗毀私娼館、正當防衛與損害賠償〉，《民法學說與判例研究第八冊》，頁 227。

⁴⁶⁷ 馬維麟(1995)，《民法債編注釋書(二)》，初版，頁 155，臺北市：五南。

⁴⁶⁸ 所謂一般期待，乃指當事人因履行契約所當然而自然應取得之利益，例如甲託乙將貨運送到丙地，貨之如期送達丙地，即屬一般期待。林誠二(1981)，〈論契約期待屬性與違約損害賠償之計算〉，《中興法學》，第 17 期，頁 199。

⁴⁶⁹ 所謂特別期待，乃指當事人因特殊情形(special circumstance)可由履行契約而取得之利益，如甲託乙將貨運送到丙地，倘乙準時將貨運到丙地，甲可因轉售而取得之利益。貨物運送之目的，或純為運送，或為轉售，或為廣告，殊非單純貨物運送契約所當然包含之契約期待，故稱之為特別期待。The Heron II Koufor v. Czarnikown Ltd.,(1967)3 All.E.R.686(House of Lords).林誠二(1981)，〈論契約期待屬性與違約損害賠償之計算〉，《中興法學》，第 17 期，頁 199。

⁴⁷⁰ 林誠二(1981)，〈論契約期待屬性與違約損害賠償之計算〉，《中興法學》，第 17 期，頁 200。但是其又認為：「損害賠償之範圍，基本上應受相當因果關係限制(proximate cause)，亦即非基於相當因果關係之原因所受之損害，不在請求賠償之範圍內」。似認為英美法之 proximate cause，即是相當因果關係。

⁴⁷¹ 林世宗(1985)，〈中美違約損害賠償法則之比較(五)〉，《軍法專刊》，第 31 卷第 12 期，頁 18。黃聯勝(1978)，《英美法關於違約損害賠償法之估算原理》，頁 13，中興大學法律學系碩士班碩士論文。林福來(1997)，《賠償所失利益之研究》，注 98，頁 44，中興大學法律學系碩士班碩士論文。

合。」⁴⁷²王文字：「總之，我國法雖未就衍生性損害⁴⁷³加以明文規範，換言之，依我國法無論通常情形或是其他特別情事，只要是一般人可得預期之利益，債權人均得請求賠償。要言之，我國法與英美法的差異主要在第二個法則，即損害賠償是否以締約時能預見為要件，此部分之差異理論依據為何，頗值探討。」⁴⁷⁴

第二款 實務

關於民法第 216 條，有 48 年台上字第 1934 號判例：「民法第二百十六條第一項所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於積極的損害。所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。本件被上訴人以上訴人承攬之工程違約未予完成，應另行標建，須多支付如其聲明之酬金，並非謂房屋如已完成可獲轉售之預期利益，因上訴人違約而受損失，是其請求賠償者，顯屬一種積極損害，而非消極損害。」此判例僅指出所失利益與所受損害之區分方式，對於賠償範圍之限制並未詳述。

以下整理以關鍵字「所失利益」搜尋司法院法學資料檢索之近十年判決，找出對於所受損害、所失利益皆有判斷之判決，對造此二損害之處理有何不同，觀察實務究竟採取上述何一學說。由於所失利益較不易證明，也是上述實體法說與訴訟法說之癥結所在，故以所失利益之肯否分類判決，方便觀察所失利益之請求要件。

第一目 構成所失利益者

①最高法院民事判決 102 年度台上字第 58 號—違反新藥試驗契約之監測報告義務，使新藥無法如期上市之利潤損失

被上訴人鑑於國外廠商研發之糖尿病用藥已取代傳統膜衣錠，為維持並擴大用藥市場，乃向行政院衛生署申請核准製造 Glu-comine 委託上訴人從事系爭新藥之臨床試驗，以完成申請新藥查驗登記。惟上訴人於試驗過程中違反系爭合約所規範之監測報告義務，致伊無法適時得知缺失、問題，以共同研擬解決方案。該臨床試驗報告經衛生署審查後，因發現有病患用藥紀錄未記載於病歷及對衛生署定義之嚴重不良反應（SAE）未依

⁴⁷² 楊楨(2005)，《英美契約法論》，第 3 版，頁 350，北京市：北京大學出版社。

⁴⁷³ Hadley 第二法則所填補的稱為特別損害(special damage)或衍生性損害(consequential damage)。王文字(2002)，〈論契約法預設規定的功能：已衍生損害的賠償為例〉，《台大法學論叢》，第 31 卷第 5 期，頁 17。

⁴⁷⁴ 王文字(2002)，〈論契約法預設規定的功能：已衍生損害的賠償為例〉，《台大法學論叢》，第 31 卷第 5 期，頁 17。

規定時間通報等缺失，無法通過審查而如期上市。伊乃於九十四年一月十四日解除系爭合約，依民法第二百五十九條及第二百六十條規定，上訴人自應賠償伊因系爭試驗委託合約所支出相關費用計新台幣（下同）478 萬 6843 元，及系爭新藥無法於九十四年一月正式上市之所失利益 1500 萬元，共計 1978 萬 6843 並加計自訴狀繕本送達翌日即九十四年五月十二日起算法定遲延利息。

原審判決，上訴人顯違反系爭合約之規範義務，就無法如期上市之所失利益計算如下：依臨床試驗合約簽訂時衛生署公告之各項規定，最終獲得健保局核定藥品價格，實際上耗時不到三個月。被上訴人係於九十一年五月三十日提出系爭新藥之查驗登記申請，於九十三年六月三十日經衛生署處分不准登記，被上訴人以衛生署函覆不予備查之時程，預估系爭新藥可在九十三年五月間因臨床試驗報告獲得備查、通過查驗登記，估算系爭新藥可於九十四年一月間正式上市銷售，應屬合理。自系爭新藥原可在九十四年一月間上市起至九十五年七月間止，合計一年七個月期間，預期被上訴人可獨占國內該型藥品市場之期間，市場占有率達一〇〇%，自九十五年八月至九十六年四月共九個月期間，被上訴人如能先耕耘市場長達一年七個月，預期獲利數額即不必然因其他生產緩釋錠藥品陸續上市銷售而降低，自應以市場地位相似之藥廠銷售數額作為參考依據。核定藥價扣除每錠之製藥成本，預期可得利潤前一年七個月所失利益為 1280 萬 9890 元，後九個月所失利益為 463 萬 3020 元，合計為 1744 萬 2910 元，然被上訴人僅請求 1500 萬元。最後准許被上訴人請求賠償所失利益 1500 萬與驗委託合約所支出相關費用計 478 萬之請求。

最高法院贊同之。

就所受損害部分，原審(臺灣高等法院民事判決 101 年度重上更(二)字第 2 號)僅認定培力公司所主張之為申請系爭新藥查驗登記，所支出之相關費用究為多少，並未提及相當因果關係。最高法院贊同原審看法。

②最高法院民事判決 101 年度台上字第 1942 號—電纜買賣契約，買受人不交付價金使出賣人受有無法獲得該買賣交易利潤之所失利益

上訴人大亞電線電纜股份有限公司（下稱大亞公司）主張：對造上訴人東大電業工程股份有限公司（下稱東大公司），於民國九十七年四月二十九日與伊簽立訂購合約（下稱第一份合約）訂購電線電纜一批，約定總價為新台幣（下同）四千三百七十萬元，復於九十七年九月三日簽立訂購合約（下稱第二份合約）訂購電線電纜一批，約定總價為一千一百零一萬元，均以供應東大公司承攬台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）工程所需。伊為履約另行向國外購入電解銅材料，第一份合約計一百三十四公噸，第二份合約計四十一公噸。詎九十七年十二月間因國際銅價下跌，東

大公司不甘買貴受損，即轉向其他公司購買較便宜之現貨，拒不依約通知出貨，經伊多次催告通知出貨，均不置理。最後大亞公司九十九年六月十四日為解除系爭合約之意思表示。除為履約而投入之另購電解銅之花費外，另請求所失利益之損害計二百四十二萬七千一百零三元。

原審認為，大亞公司主要以電線電纜製造及販售為業，系爭合約之標的物為電線電纜，最後一次出貨為九十七年七月三十日，大亞公司催告逢大公司履約之時間為九十八年四月二十七日，堪認大亞公司仍同意於九十八年履約，依雙方不爭之財政部公布之九十八年度營利事業各業同業利潤標準，電線及電纜製造之同業利潤為百分之七，可知逢大公司拒不履約，致大亞公司無法獲有預期淨利率百分之七之利益。逢大公司等三人雖辯稱應依大亞公司九十三年至九十八年之平均淨利率百分之一點七七或契約到期之九十六年淨利百分之零點八五計算云云，並提出大亞公司之損益表為證。然查大亞公司組織龐大，經營項目繁多，並非僅有本件「電線電纜」一項業務收入，此有台灣證券交易所股份有限公司公開資訊觀測站所公布之大亞公司各項產品業務營收統計表查詢結果可證，而系爭合約卻僅與「交連電力電纜」、「PVC 線纜」兩項有關而已，換言之，逢大公司等三人所稱年平均淨利係包含其他諸多業務項目之盈虧狀況所得出之總結論，無法確切反映本件電線電纜交易應有之實際利潤，故大亞公司所主張之「電線電纜業同業利潤表」較能確切呈現其原應獲得之利潤比例。準此，就逢大公司不爭執其於系爭合約尚未履行之金額四千五百五十三萬七千二百元部分，大亞公司因此受有之利益損失為三百十八萬七千六百零四元。

最高法院贊同之。

所受損害部分，見第四章第一節第二款第一項①，係以相當因果關係判斷。

③最高法院民事判決 101 年度台上字第 1692 號、最高法院民事判決 100 年度台上字第 819 號—房屋轉售利益之損失

(a)最高法院民事判決 101 年度台上字第 1692 號(已締結轉售契約)

上訴人向被上訴人購買房屋，之後因被上訴人不履行而解除契約。上訴人解約前，已分別於同年十二月二十一日、二十二日、二十八日將系爭五號五樓、三之四號五樓、三之四號三樓房屋(下稱系爭三戶房屋)出售。

原審駁回轉售利益之賠償請求，認為在給付不能或給付遲延之情形，不動產價值之漲跌，債權人僅可能受有利益或損害，但並不具有客觀之確定性，除有一定之計畫或其他特殊情事外，難認係所失利益。上訴人購買系爭不動產，或為自用、出租，若未出售，不必然可獲取因不動產漲價而

增加之利益。上訴人就被上訴人若依約簽訂書面買賣契約，依通常情形，或依已定之計畫，上訴人即得將系爭不動產以高於每戶買入價格二百八十萬元全數出售一節，並未舉證以實其說，其主張之所失利益自無法證明有客觀之確定性。

但最高法院認為：「所受損害與所失利益。而依通常情形，或依已定之計畫、設備，或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，民法第二百十六條第一、二項定有明文。準此，如依外部客觀情事觀之，足認其已有取得利益之可能，因責任原因事實之發生，致不能取得者，應可認為係所失之利益，不以確實可取得之利益為限。……又上訴人於八十九年十二月二十八日以被上訴人不履行為由，通知解約前，被上訴人已分別於同年十二月二十一日、二十二日、二十八日將系爭三戶房屋出售之事實，為兩造所不爭執。則被上訴人於解約前，苟因該房地價格上漲，而以較當初賣與上訴人為高之價格出售該三戶房屋，而獲有轉售之利益者，依上說明，由該外部客觀情事觀之，該項利益是否非屬上訴人因被上訴人不履行債務所失之利益？即非無再行研求之必要。原審未遑詳究，逕以上訴人不能證明其所失利益，而為上訴人不利之判斷，尚嫌速斷。

本案之上訴人僅請求所失利益。

(b)最高法院民事判決 100 年度台上字第 819 號(未締結轉售契約)

上訴人於民國九十四年九月二十九日與被上訴人訂立房屋及土地預定買賣契約書，約定將其擬於系爭土地上興建之「富宇 I C R T」炫光區 A 棟一、二樓房屋暨停車位出售予被上訴人，惟嗣後無正當理由解除買賣契約，並取消原建築案，至九十七年一月間於同址另興建「海藍帝國」大樓，將新建之房屋出賣他人等情(二重買賣)，而認係屬可歸責於上訴人之事由致給付不能。上訴人再出售之房屋其中，與被上訴人原購買同位地之店 (A) 建坪 61.35 坪，以房地總價 29,000,000 元出售與第三人唐以芬。被上訴人購買之系爭房屋面積 62.42 坪，第三人唐以芬購買之房屋面積 61.03 坪，被上訴人部分多出 1.39 坪，兩者同以 61.03 坪計算其價格之差額為 11,000,000 元。上訴人如依約興建系爭房屋交付原告管業，依通常情形，被上訴人將獲得上開差額之利益，即屬被上訴人可得之預期利益，亦即屬所失利益，上訴人自應負賠償之責。

原審認為，經查，依系爭房屋買賣合約書第 17 條約定，被上訴人於房屋興建完成產權移轉前，未經上訴人之同意，不得為轉讓。是以，被上訴人於房屋建築完成後，自可出賣他人，賺取價差。而依通常情形，或依已定之計劃設備，或其他特別情事，可得預定之利益，視為所失利益，民法第 216 條第 2 項有明文規定。據此規定，凡依外部情事，足認其已有取得利益之可能，因責任原因事實之發生，致不能取得者，即為所失之利益，

應由債務人賠償，而不以有取得利益之絕對確實為必要。則系爭房屋如上訴人依約建築，並依約完工，依被上訴人購屋後，上訴人無故解除買賣契約，並於 97 年 1 月間在原地推出「藍海帝國」建案，再將被上訴人原購同位置之房（約 61.35 坪）、地，以更高之價錢，出售予第三人唐以芬，致系爭房地買賣契約因可歸責於上訴人之事由而陷於給付不能之情形觀之，被上訴人應可於系爭房屋建築完成後享有增值之利益，其增值之利益，即為被上訴人所失利益。

最高法院贊同之。

本案之被上訴人並未請求所受損害。

④最高法院民事判決 99 年度台上字第 602 號—欲購買商業用土地已興建商業大樓，但因土地無法如此使用而造成之營業利益喪失

事實見第四章第一節第二款第一項⑤。所失利益部分，係以相當因果關係認定，原審：「……參諸系爭土地如以「商業區」為用途，依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，其可得預期之利益，與該土地以「機關用地」相較之利益有相當差額等情，可認新光人壽之所失利益，與新竹縣政府應負責任之原因事實有相當因果關係，其請求新竹縣政府賠償該所失之租金收入利益，應無不合。最高法院贊同之。

所受損害部分(因土地買賣支出土地款、印花稅、規費)，原審(臺灣高等法院民事判決 96 年度上更(三)字第 127 號)認為：「按債務不履行之所受損害，限於履行利益，信賴利益則不與焉。履行利益以法律行為有效成立為前提，於債務人履行該法律行為發生之債務後，債權人可獲得之利益，由於債務人不履行債務，致債權人不能獲得此利益所生之損害屬之，惟本來之給付並非債權人因債務不履行所受之損害。上訴人主張其購入系爭房地買賣價款、印花稅、規費、代書費等各項成本加計利息為 343,876,484 元……經核該等費用均屬上訴人購得系爭土地所必須支出之成本、購得系爭土地後所必須支出之各項規費，甚至係上訴人為系爭土地上之建物即縣立圖書館整修考量而支出之費用，核均非因被上訴人交付系爭土地不具商業區之品質，而致上訴人未能獲得此利益所發生損害，上訴人據以請求損害賠償，要無所據，不應准許。」最高法院見解與其相同。

就所受損害之論述，僅提及條件因果關係(若被上訴人交付土地，致上訴人仍須支付購買土地之成本)，並未論述相當性。

⑤最高法院民事判決 98 年度台上字第 753 號—加熱爐支撐架買賣契約不履行，使定作人無法節省燃料費用之損失

上訴人主張，其公司所屬桃園煉油廠擬於民國八十九年八月間歲修時，為改善加熱爐 BA-101（下稱系爭加熱爐）之熱效率，乃將該加熱爐爐管支撐架（HEATER TUBE SUPPORT）更新工程用料公開招標，並與上訴人簽訂財物採購合約（下稱系爭合約），約定上訴人應於同年月二十四日交貨。惟上訴人逾期未交貨，使系爭加熱爐耽誤一年始獲改善，致伊受有一年預期利益共一千零二十三萬元之損害。

原審引用民法第 231 條第 1 項、第 232 條、第 260 條、第 216 條第 1、2 項後：「上訴人桃園煉油廠系爭加熱爐改善工作，因被上訴人遲延交貨致無法配合於 89 年歲修期間完成，而須配合下次年度歲修進行改善，已如前述。如依上訴人原計劃配合 89 年歲修完成系爭加熱爐改善工作，上訴人每年可獲減省燃料之成本支出，經本院前審即 91 年度重上字第 97 號送請國立高雄第一科技大學鑑定結果（本院重上卷 2 第 31 至 32 頁），認為上訴人因被上訴人遲延交貨所失利益為 10,230,000 元，計算過程合乎標準工程計算方法，詳細說明如後…」最高法院贊同之。

但在先前之歷審判決中，即最高法院民事判決 95 年度台上字第 149 號，最高法院卻又認為非所失利益，理由為：「民法第二百十六條所謂所失利益，係指新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。（本院四十八年台上第一九三四號判例參照）。被上訴人係主張，假設上訴人能依約如期交付合格品，則被上訴人加熱爐改善作業，預估可提高熱效率 6.1%，每日節省燃料能源約 182MM 卡，因此可節省燃料成本，其年經濟效益為一千零二十三萬元等語，似以減少成本支出為契約目的，非於契約解除前有何新財產取得之預期，原審憑以認係所失利益，已有可議……」之後於最高法院民事判決九十七年度台上第八六八號，最高法院又認為：「而系爭加熱爐改善預期每年可減省之燃料能源費用，既屬成本支出之減少，相對即為所得及利潤之增加，性質上乃新財產之預期取得，故該加熱爐改善工程因上訴人遲延交貨致無法於八十九年歲修期間完成，在下次歲修改善完成前未能減省之上開燃料能源費用一千零二十三萬元，自屬被上訴人因上訴人遲延交貨所失之利益（台灣高等法院判決九十六年度重上更(二)字第一一號，最高法院未反對之）。」

所受損害部分（因爐管、爐壁須搬運，增加管理費用及倉儲租金等費用）原審判決（臺灣高等法院民事判決 97 年度上更(三)字第 70 號），於引用民法第 231 條第 1 項、第 232 條、第 260 條、第 216 條第 1、2 項後，開始依據認定上述費用若干即准予賠償。最高法院贊同上述判斷。

⑥最高法院民事判決 97 年度台上字第 1124 號—因出賣人給付具瑕疵之原料造成買受人失去客戶之損失

上訴人主張，被上訴人於民國八十九年十月間送交其生產之矽控整流器（下稱 SCR）樣品予伊測試，並提出記載產品 hFE 值為五十微安培以下之承認書，經伊測試合格後，將被上訴人列入零件供應商並向其購買。惟被上訴人於九十一年四月至七月所交付之三十一萬五千五百顆 SCR 不符兩造之約定品質，致伊生產之電源供應器無法啟動，嗣經被上訴人換貨並指導伊檢測揀選良品與不良品之方法，仍有相同之瑕疵，且所指導之檢測方法亦無效，顯係可歸責於被上訴人之事由，因而使伊受有支出重工費新台幣（下同）二百五十二萬六千四百十八元（包括伊昆山廠之工人鐘點費及耗材成本一百三十三萬二千四百二十八元、伊台北廠之工人鐘點費及耗材成本三十五萬二千八百六十八元暨伊客戶視達科技股份有限公司「下稱視達公司」支援重工之工人鐘點費及耗材成本八十四萬一千一百二十二元）、空運費一百九十一萬二千五百零五元、遭視達公司退貨一百十七萬五千一百五十五元及二年預期利益六十萬四千零三十八元。

就二年預期利益之喪失部分，原審認為，視達公司自九十一年十月起不再向上訴人購買內裝被上訴人 SCR 之電源供應器，既與被上訴人所交付之 SCR 不符約定品質有相當因果關係，則至九十二年十月視達公司使用該電源供應器所生產之顯示器高峰期結束止，以每台電源供應器平均售價一百八十元，及視達公司上開顯示器每月平均出貨量三萬二千二百六十七台，暨上訴人每年平均營業淨利率百分之零點八計算，上訴人得請求被上訴人賠償所失利益六十萬四千零三十八元。

最高法院贊同此一部分。

所受損害部分，原審判決為：1. 視達公司求償支援重工之費用：調查相關證據，認定上訴人遭視達公司求償及退貨之上開金額，共一百九十三萬零一百四十七元，准許上訴人之賠償請求。其他部分以上訴人亦未能舉證證明其因此部分人力無法處理其他業務而受有損害，不准許賠償請求。2. 上訴人之昆山廠重工費用及台北廠之重工費用暨空運費部分：以上訴人證據不足以證明受有這些損害而不准許。最高法院對所受損害部分，以原審之證據認定有誤而予廢棄。就此部分，論述僅及於上訴人是否以證明確實受有所主張之損害。

⑦最高法院民事判決 96 年度台上字第 2670 號—繼續性供給契約之買受人不繼續採購，造成出賣人之所失利益

上訴人主張：兩造於民國 88 年 3 月 1 日簽訂 CD-CASE 及 CD-TRAY 之買賣合約書，約定被上訴人自 88 年 4 月 1 日起至 92 年 12 月 31 日止，應

按月向伊購買 1 片裝透明盒加黑 TRAY 或白 TRAY，數量為 500 萬套至 800 萬套，被上訴人並於同月 31 日依約預付貨款 2000 萬元予伊。惟被上訴人自 88 年 10 月份起，進貨數量未達系爭合約約定之最低數量，且自 89 年 2 月起，即停止向伊進貨。被上訴人既不履約，爰類推適用民法第 254 條規定，以起訴狀繕本之送達為終止系爭合約之意思表示，伊因此所受 6456 萬 1214 元之利潤損失，自得依債務不履行之規定，請求被上訴人賠償。

原審認為：「被上訴人於系爭合約書所示期間內，每月至少應向上訴人訂購 500 萬套系爭貨品，此乃其依系爭合約應為一定行為之給付義務。然因可歸責於被上訴人之事由，致為不完全之給付，並經上訴人終止系爭合約。上訴人自得請求被上訴人賠償其損害。」此一損害即民法第 216 條所規定之所失利益。關於八十八年十月至八十九年一月間系爭貨品銷售之總平均利潤，經核算後每套為新台幣（下同）零點五三四元，上訴人為不完全給付之時點，係於八十八年十月至八十九年五月間，原則應以該段期間內，被上訴人可得預期利益即系爭貨品之利潤，為被上訴人所失利益之計算基準。認定被上訴人得請求之所失利益，合計為一千二百三十六萬六千零七十四元之本息。

最高法院贊同之。

⑧最高法院民事判決 96 年度台上字第 1920 號—違反合作契約所造成之未來銷售計畫無法達成之損失

上訴人晶通國際科技股份有限公司（下稱晶通公司）主張，內政部委託中華電信股份有限公司數據通信分公司（下稱中華電信）辦理自然人憑證 IC 卡專案即 MOICA 專案，中華電信就 MOICA 專案辦理公開招標，伊乃主導整合各分工協力廠商成立合作團隊，結合 Giesecke & Dervient Asia Pte Ltd（下稱 G&D Aisa 公司）、柏通股份有限公司（下稱柏通公司）、宏通數碼科技股份有限公司、虹堡科技股份有限公司、交流科技股份有限公司及對造上訴人台灣富士通股份有限公司（下稱富士通公司）等七家公司合作競標，並於民國九十二年八月十日共同簽立保密及合作合約書，兩造亦簽訂保密及合作合約書（下稱系爭二合約），約定各公司不得與第三者合作競標此專案業務，於得標後彼此分工執行業務，各公司及職員需遵守保密規定，不得洩露本專案之商業資料及營業秘密，並委由富士通公司代表合作團隊出名競標，其可分得合約總額百分之二（嗣改為百分之三）之合作利潤。詎富士通公司為圖私利，怠於執行其與中華電信依專案合作契約書第七條付款辦法之約定，並違背合作合約洩漏秘密，私下與 G&D Teco 公司單獨合作自然人提供憑證 IC 卡提供業務，於九十三年起拒絕告知伊新年度 IC 卡下單數量及商議新約之內容及付款方式。因富士通公司違反

雙方約定，擅自變更，影響團隊成員各方權益，對富士通公司請求損害賠償。

所失利益部分，原審認為，晶通公司至九十三年二月二十五日尚有 IC 晶片存貨七萬一千一百五十六片，而上開存貨，本可提出，依已定計劃原可獲利，因富士通公司違約致未能提供，其利益受有損失，依本件匯率以起訴時美金一元兌換新台幣三十四元計算，晶片模組費以德國總公司最新報價美金三點五二元計算，此為兩造所不爭執，則晶通公司因富士通公司前述違反系爭二合約所受之損害應為八百六十三萬五千六百三十元，再參酌富士通公司於九十三年八月十七日函晶通公司統計：至九十三年四月三十日之前由戶所(即戶政事務所)產生之瑕疵不良卡目前共計七百八十六張，及至九十三年四月十三日之前由中華電信產生之庫房壞卡共計為一千七百五十五張，並隨函附上退卡共計二千五百四十一張等語。是富士通公司應賠償八百三十三萬一千五百二十三元。從而，晶通公司依系爭二合約第九條之約定，請求富士通公司給付八百三十三萬一千五百二十三元本息，為有理由，應予准許。

除對計算方式有異議之外，最高法院對於原審就所失利益之認定，似贊同之。

所受損害部分，原審認為，自九十三年起，富士通公司與非合作團隊之 G&D Teco 公司合作，由富士通公司直接、單獨提供中華電信 IC 卡，計已提供自然人憑證 IC 卡二十五萬張。因晶通公司並未實際為該二十五萬張 IC 卡之提供，亦未向德國 G&D 公司為訂購行為，自無實際為該二十五萬張 IC 晶片卡支出航空運費、通關費、報關費、製卡費、包裝紙箱費、配送貨運費、PVC 名片型套費情事，因此並未受有損害。因上訴人就此部分並未上訴，故最高法院未對之表示意見。

⑨最高法院民事判決 96 年度台上字第 1310 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 243 號、最高法院民事判決 95 年度台上字第 682 號—因房地買賣之標的物、定作物瑕疵所造成之計畫中之營業損失

(a)最高法院民事判決 96 年度台上字第 1310 號

此為 99 台上 602 歷審判決之一，事實同上最高法院民事判決 99 年度台上字第 602 號(第四章第一節第二款第一項⑤)。

最高法院指示所失利益之認定：「系爭土地以「商業區」為用途，依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，與系爭土地以「機關用地」為用途，依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，二者可得預期之利益之差額，始足認為所失利益，且與被上訴人應負責任之原因事實方有相當因果關係。」

(b)最高法院民事判決 96 年度台上字第 243 號

上訴人主張，伊於民國七十九年四月二十七日委任被上訴人與甲○○，就伊興建之「多功能農民休閒研習中心新建工程」（下稱系爭工程）為工程規劃設計及監造等事宜。詎被上訴人於系爭工程放樣前，未先確定建築線所在，即以同基地原有建築物為依據放樣，致系爭工程完工後，因逾越建築線，未能取得使用執照使用。系爭建物未能依計畫經營，受有二千八百八十二萬五千七百六十七元之預期利益損失，爰依委任之法律關係，請求被上訴人賠償。

原審認為，上訴人於取得使用執照前即將系爭建物之地下室作為超級市場使用，地上部分樓層亦堆放貨物，復無證據證明其於上開期間如委託第三人經營，每月能收取權利金二十二萬一千元，其主張因此受有預期利益損失二千八百八十二萬五千七百六十七元云云，自不可採。

但最高法院看法不同：「按民法第二百十六條規定，損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。查上訴人主張系爭建物於興建之初及內部裝潢施作時，即預定就地上層建物一至六樓將來作為經營旅館使用。但系爭建物因可歸責於被上訴人之過失，致無法依約定於八十一年間取得使用執照，如期立即經營旅館；直至取得使用執照後之九十二年十一月十四日始出租他人經營旅館，其得請求預期之利益收入損害為二千八百八十二萬五千七百六十七元云云，並提出澎立營造有限公司承包系爭大樓內部裝潢設備工程合約書（含標單）影本、湖縣農會休閒研習中心委託經營契約書為證。原審未斟酌上訴人有無上開規定所稱依通常情形或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益之情事，僅以上訴人於使用執照取得前已將地下一層供經營超市及地上部分樓層堆放貨物使用為由，即認定無此項所失利益之損害，為不利上訴人之判斷，於法自屬未合。」

所受損害部分(因建築越界，未能取得使用執照，須提供住宅區○地○○○道路用地，而以九百七十九萬七千元向訴外人黃情裁購買土地以增加建蔽率)，原審(臺灣高等法院民事判決 93 年度重上字第 199 號)認為：「查本件係越界建築致上訴人遲延取得系爭建物使用執照之糾紛，是上訴人主張伊因被上訴人之上開過失，受有為補強以取得該使用執照所額外支付費用之損害，應屬可採。」最高法院僅對其所受損害之計算方式表示不贊同。

(c) 最高法院民事判決 95 年度台上字第 682 號

本件上訴人欣祥股份有限公司（下稱欣祥公司）主張，伊於民國八十二年八月間向對造上訴人太平洋建設股份有限公司（下稱太平洋公司）購買坐落台北市○○○路太平洋商務中心大樓十三樓至十七樓共三十戶（含五個車位），而太平洋公司於八十二年七月間推出系爭大樓預售案，在廣告海報及錄影帶內容均標榜該大樓係「國內第一座精銳型全方位商業空間」、「五心級鋼骨帷幕辦公室與商務旅館式管理」，明列「五心」級（資訊中心、秘書中心、商務會議中心、管理中心、休憩中心）公共設施所具有之各項效用及品質。詎系爭大樓之秘書中心欠缺兩造所約定應有之效用及品質，且未具備所約定之五心級公共設施，使其無法如期獲得出租辦公大樓之利益。

原審認為，不動產租金收益多寡影響因素眾多，如不動產所在位置、經營模式、室內裝潢、秘書素質、提供必要設備之優劣以及大環境經濟等情況，而被上訴人所購買者係陽春屋，應自為裝潢並提供服務始能出租營業。上開專案報告所載，其計算營業損失係因必要性服務設施「面積」有短少所肇致，而該面積短少部分之損失，專案報告認為金額為二千二百零八萬元，然營業損失，尚非得逕以面積之減少並乘以月份（扣除租約轉換及空置率）計算，專案報告未斟酌其他情形而為判斷，自不得採取；欣祥公司復未能舉證證明因缺少秘書中心空間而營運、客戶減少，致損失上開金額，自難遽認其營業損失與缺少秘書中心空間有因果關係，其請求減少營運損失，非有理由。

最高法院不贊同之：「再按依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，為民法第二百十六條第二項所明定。又當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，民事訴訟法第二百二十二條第二項亦定有明文。欣祥公司主張因太平洋公司未設置合於兩造約定之秘書中心，致其營業受有損失云云，而系爭大樓確未有合乎兩造約定之秘書中心，則該項缺失勢必影響欣祥公司出租辦公室之業務，其影響所及，自受有租金額之損害，至受損之金額若干，自應加調查審認。原審徒以前揭情詞及欣祥公司未證明因缺少秘書中心空間而營運、客戶減少，致受有請求金額之損失，而為其不利之判決，尤非適法。兩造上訴論旨，分別指摘原判決於其不利部分為不當，求予廢棄，均非無理由。」

⑩最高法院民事判決 95 年度台上字第 1481 號—動產買賣之轉售利益之喪失

上訴人主張，伊於民國九十年九月十四日以每片單價二元之價格向被上訴人購買次級品光碟片（Down GradeCDR）二百萬片，交貨條件為儘速送貨（即 A S A P）。詎被上訴人於訂約後，僅交付光碟片一萬片，其餘屢經催告，均未出貨。上訴人於訂購 200 萬片系爭光碟片後，即分別以每片美金 0.13 元之單價（折合新臺幣為每片 4.5 元）出售予二公司，因上訴人未依約履行，致被上訴人喪失每片預期利益 2.5 元，總計損失 500 萬元。依民法第二百二十六條第一項及第二百三十一條第一項規定，請求損害賠償。

原審認為，因商品庫存、市場波動、運輸狀況、經營實力等因素，影響是否有利可圖，故不能以單片之價差，作為認定上訴人受有所失利益之損害。上訴人既未能證明其受有損害，其依民法第二百三十一條第一項規定，請求被上訴人給付四百九十七萬五千元及其利息，洵非正當，不應准許。

最高法院不贊同之：「查依通常情形，可得預期之利益，視為所失利益，民法第二百十六條第二項定有明文。又當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，民事訴訟法第二百二十二條第二項亦定有明文。上訴人係經營電子材料等批發及零售業者，其向被上訴人購買系爭次級品光碟片，依通常情形，可得預期獲有轉售之差額利益，其因被上訴人拒絕供貨，自受有損害。而實際損害金額若干，原審既認上訴人不能證明其數額，乃竟未審酌一切情況，依所得心證定其數額，遽為上訴人敗訴之判決，不無可議。上訴論旨，指摘原判決為違背法令，求予廢棄，為有理由。」

本案之上訴人僅請求所失利益。

⑪最高法院民事判決 93 年度台上字第 835 號—承攬工程可獲得之利潤

被上訴人主張，伊於民國八十一年六月二十四日標得上訴人內湖加油站及展示館新建工程，同年六月三十日正式簽訂工程合約，依系爭合約第十七條第一項第三款有關規定，上訴人應負與開工有關如請領建照、土地徵收、徵用等之給付義務，迄至八十一年十二月三十一日上訴人未盡其該義務，致伊於簽約達六個月仍無法開工，且經函催不獲置理，上訴人始終未通知伊開工，伊遂於八十二年一月二十一日依約終止系爭合約。除伊就系爭工程已支出印花稅、購置圖說兼裝訂施工圖、開工前六個月人事管銷費用所受積極損害之外，另請求賠償因工程完工預期利潤為五百零四萬二千零四十三元（所失利益）。

就所失利益部分，原審判決：「中菲公司(被上訴人)⁴⁷⁵於投標時，有依投標金額三億五千九百八十八萬元擬定工程估價項目表原證四，附原審證物袋)，而依兩造合約書第二十五條合約附件之約定，該估價表屬本合約之附件，與合約有同一效力，是該估價表所定中菲公司因承攬本工程可得之稅捐利潤及管理費為二千六百四十八萬一千八百六十一元，自屬中油公司於訂約時所肯認，故此一金額扣除中菲公司因承攬本工程已支出或預期支出之稅捐及管理費等成本，即為其所失利益(利潤)。」最高法院贊同原審之看法。

所受損害部分(就系爭工程已支出印花稅、購置圖說兼裝訂施工圖、開工前六個月人事管銷費)，原審判決(九十一年度上更(三)字第二七一號)：「中菲公司(被上訴人)⁴⁷⁶主張其就系爭工程業已支出印花稅三十五萬七千八百元、購置圖說兼裝訂施工圖一萬元、開工前六個月人事管銷費用九十二萬三千二百九十八元，計一百二十九萬一千零九十八元。中油公司對中菲公司已支出稅捐(印花稅)三十五萬七千八百元，及購置圖說兼裝訂施工圖一萬元乙節，並不爭執，是中菲公司主張此部分損失，堪以採取。中菲公司與中油公司訂約後，有即時僱用工地主任、副主任及勞安人員之必要，以利工程之順利進行，中菲公司於訂約後之六個月期間，有待命開工之義務，逾六個月，中菲公司即得依約終止兩造間之合約，是中菲公司主張其受有六個月工地人事管銷費用之損害，自屬有據…」最高法院贊同原審之看法。

第二目 不構成所失利益者

①最高法院民事判決 101 年度台上字第 1998 號—公園管理契約，無法如期開園所受有之營業損失

上訴人聖玉股份有限公司主張：兩造於民國八十三年三月十一日簽訂華中河濱公園(下稱華中公園)管理維護契約，約定由對造上訴人公園管理處將華中公園委託伊管理維護，伊則按月繳納新台幣(下同)十萬元權利金。同年六月二十四日伊獲核准正式開園，但因對造上訴人台北市政府工務局公園路燈工程管理處，以台北市議會責難為由，要求伊暫緩開園，進而於同年十月十七日要求伊提出解約條件。伊乃於同年十一月二日向公園管理處終止系爭契約，並依契約終止後之損害賠償、侵權行為及給付不能之法律關係，請求公園管理處給付(一)增設設施之損害二億四千一百三十八萬一千八百三十六元；(二)營業費用損害四千零四十一萬零二百零八元；(三)貸款利息支出損害八百五十八萬二千六百九十元；(四)所失利益

⁴⁷⁵ 此括號為本文所加。

⁴⁷⁶ 此括號為本文所加。

二千二百七十一萬五千元；(五)商譽損失一千萬元；共計三億二千三百零八萬九千七百三十四元等情，求為命公園管理處如數給付及加計自八十三年十一月二日起至清償日止之法定遲延利息。

關於所失利益部分，原審認為，聖玉公司編列之計畫書係自八十三年七月分起有營業收入，迄提姆颱風來襲之八十三年七月九日止，其並無不能開園營運情事，因公園管理處拒絕履約，聖玉公司始不能開園營運，依計畫書預計之營業收入扣除應攤提之成本、管銷費用及利息支出，即無盈餘，聖玉公司不能請求公園管理處此部分所失利益。又聖玉公司所施作之新增設施未及拆遷，遭提姆颱風沖毀後，並未依約補修復原，聖玉公司自八十三年七月十日提姆颱風陸上颱風警報發布後，即無可能以現狀開園營運，不論公園管理處是否同意開園，聖玉公司均無從依既定計畫設施取得預期之利益，自不得請求公園管理處賠償此部分之所失利益。

最高法院贊同之。

所受損害部分，原審認定，(一)新增設施損害部分：聖玉公司所施作之新增設施，業經台北市政府工務局專案小組開會審查完竣，並經公園管理處驗收完畢而核准開園，應認聖玉公司已將新增設施交付公園管理處，故因公園管理處拒絕履約，聖玉公司自得請求公園管理處賠償其所受無法以營運收入攤提新增設施成本之損失。(二)關於營業費用損害部分：聖玉公司並非單為經營系爭公園而成立，所提營業費用明細表內支出之費用，其期間與系爭合約簽訂及終止之期間不同，租金、文具印刷費用、保險費、員工訓練費、交通費、書報雜誌等項費用，均非系爭計畫書所載年度營業成本計畫表及年度管銷計畫表所列項目，聖玉公司所提之單據亦不能證明係專為履行系爭委託契約所支出，此部分其自難請求。其餘部分，依財務計畫，人事費用部分，直接人員及間接人員之費用，每月一百五十萬元，七個月合計為一千零五十萬元，超過部分皆與系爭契約無關，自不得請求。修繕費用中之三萬五千九百七十六元、廣告費及行銷費各有六十五萬二千三百五十元與二十七萬五千六百七十一元、水電瓦斯費中之四萬二千六百七十五元、雜費中之二百六十九萬四千四百元、清潔費及園區管理費中共八千六百五十元等，經核或係重覆臚列、或僅提出自製會計傳票、或不能證明與履行系爭委託契約相關，自應予扣除。扣除上述金額後，共計二千零十一萬六千七百九十五元。(三)關於利息損害部分：依計畫書所載，聖玉公司預期以營運收入攤提貸款利息，僅編列自八十三年四月份起，每月支付利息為三十五萬元，在此金額範圍之支出始與本件合約有關，依此計算，自八十三年四月一日至八十三年十一月一日止，計七個月又一日，合計二百四十六萬一千六百六十七元。(五)商譽損失一千萬元部分：有關民法第二百二十七條之一規定係八十九年五月五日生效施行，未溯及於八十三年生效，且公園管理處雖有不同意聖玉公司開園違約情事，核其情節尚

難謂聖玉公司之商譽已遭貶損，整體社會評價因之降低，聖玉公司自無依民法第一百九十五條第一項規定請求商譽受損之非財產上損害賠償餘地。最高法院意見與其相同。

②最高法院民事判決 100 年度台上字第 1838 號—軟體開發契約，受委任者未開發符合契約所要求軟體而無法如期上市之所失利益

本件上訴人主張與被上訴人簽訂二份契約，一為軟體開發合約書（下稱系爭合約），一為授權合約書，期間均自九十六年一月一日起至九十六年十二月三十一日止，伊依約須支付開發費用新台幣（未特別標示幣別者下同）七十萬元。因依系爭合約約定，應由被上訴人將其所研發 P-DRM 應用軟體（下稱系爭軟體），整合於伊之硬體平台即隨身碟或 SD 卡相關積體電路硬體產品（下稱隨身儲存產品），且系爭軟體應有如系爭合約附件一所示「Viewer 禁止 Print Screen」，即防止任意軟體執行擷取畫面之功能。詎被上訴人提供之系爭軟體並未具有上開功能，復未通過驗收，被上訴人已屬違約，自應依債務不履行法則，賠償伊所受損害即已支付之開發費用七十萬元及所失利益至少二千萬元。

原審認為，上訴人未證明有客戶對具備「防止任意軟體執行擷取畫面」功能之產品下單或預定採購前，不能以自身營業規模推論系爭軟體倘開發成功，即有龐大商業利益。況上訴人自承市面上至少已有兩件 USB 隨身碟使用 DRM 軟體具有防止擷取螢幕功能等語，被上訴人縱研發出「防止任意軟體執行擷取畫面」之軟體，是否具有獨占性，並確有上訴人所主張之市場銷售利益，誠有可議，亦無從依民事訴訟法第二百二十二條第二項之規定酌定其所失利益，則其據以請求被上訴人賠付上述損害二千萬元本息，即非正當。駁回上訴人所失利益之請求。

最高法院贊同之，認為：「按民法第二百十六條規定，損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。該條所稱之「所失利益」，固非以現實有此具體利益為限，惟該可得預期之利益亦非指僅有取得利益之希望或可能為已足，尚須依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，有客觀之確定性始得稱之。原審依上開合法確定之事實論斷上訴人就所失利益不能證明有客觀之確定性，難認有此損害，亦無從依民事訴訟法第二百二十二條第二項規定酌定其所失利益數額，因而為上訴人此部分敗訴之判決，經核於法並無違背。」

所受損害部分（已支付之開發費用七十萬元），原審與最高法院僅就損害之「有無」以及和解契約對此損害之效力看法分歧。

③最高法院民事判決 100 年度台上字第 1289 號—尚未締結轉售契約之房屋轉售利益

上訴人主張，被上訴人於民國五十年二月六日與伊訂立契約，約定由伊出資在被上訴人所有之系爭土地建築房屋，每建三十三間，由伊分得二十三間，被上訴人則分得十間。訂約後，伊於五十年間即完成填土整地及第一批五十七間房屋之基礎工程，惟因被上訴人無法償還系爭土地所設定之抵押債權，而不能取得抵押權設定土地建築使用同意書，以致未能即時領得建造執照，被迫停工。迨至六十二年六月二十八日被上訴人又將該土地出賣於訴外人林進丁等人，使其因契約所負之債務陷於給付不能，致伊受有土地所失利益新台幣（下同）一億四千八百九十三萬三千九百八十二元及房屋所失利益一億三千五百零七萬九千五百八十九元，請求被上訴人賠償伊土地所失利益二千八百七十八萬一千七百二十一元（僅請求所失利益）。

原審認為，上訴人所謂興建房屋計劃僅係契約訂定後之紙上作業階段而已，尚難認為依通常情形可得土地出售之預期利益。此外，上訴人復未舉證證明欲建築之房屋已推出預售，並與購屋者簽訂買賣契約，因被上訴人出賣系爭土地予第三人，致受有可得預期利益之損害。準此，上訴人不得請求賠償所失利益之損害。

最高法院贊同之。

④最高法院民事判決 98 年度台上字第 2420 號—附有變更設計條款之承攬契約，承攬人因變更設計減少之報酬收入

被上訴人主張，伊於民國八十八年四月十二日承攬上訴人招標之「一〇八線二重疏洪道橋新建工程」，總價新台幣（下同）六億九千六百萬元，於同年十一月五日開工。嗣上訴人作第一次變更設計，致減作工程金額達二億三千四百六十九萬四千六百四十九元，占總工程款百分之三三點七。又因其未取得河川公地使用許可證，再度變更匝道工程橋墩等設計，減作工程金額高達二億一千五百七十六萬五千八百四十四元，佔總工程款百分之三一。就該可歸責於上訴人之事由，伊已於九十年四月二日依系爭工程契約第二十條第一款之約定，終止契約。上訴人即應依民法第二百二十七條不完全給付關係，賠償伊預期利益之損失（本案僅請求所失利益）。

原審維持第一審所為命上訴人應給付被上訴人所失利益二千二百四十二萬八千五百五十三元本息，理由為：於被上訴人按圖施工後，始變更設計逾系爭工程三分之二，顯違一般工程實務所得容忍之百分之十，堪認系爭工程之終止，為可歸責於上訴人未履行其附隨義務所致。被上訴人主

張其因上訴人有不完全給付情事而終止系爭工程契約，依民法第二百二十七條規定請求賠償所失之預期利益，洵屬有據。

但最高法院不贊同之：「按民法第二百十六條規定損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限（第一項）。依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益（第二項）。準此，必須為「可得預期之利益」，方得視為所失利益。倘當事人於締約時已預期未來工程費可能因變更設計而部分減少，就此契約約定得減少工程費部分之可得利潤，自非其原可預期之利益，至為明灼。」

⑤最高法院民事判決 97 年度台上字第 1316 號一合建契約，上訴人提供土地，被上訴人興建房屋，因後者之不履行，使前者受有興建完成後之租金損失以及合建利益之損失

合建契約，上訴人提供土地，被上訴人興建房屋，因後者之不履行，使前者受有興建完成後之租金損失。

原審許可租金喪失以及合建利益喪失之賠償請求，認為，依系爭合建契約第壹條第四款、第肆條約定，上訴人自簽訂系爭契約之日起，就長沙街房地不得再與第三人辦理買賣、租賃等行為，否則視同違約，且在被上訴人領得建造執照後四十五日內須將合建土地上之建物全部騰空交付被上訴人整地，顯見上訴人須將其地上物騰空交由被上訴人拆除，不得使用長沙街房地，乃因履行系爭合建契約所致。本件因可歸責於被上訴人之事由致合建工程給付不能，則上訴人所受損害應為不得使用系爭土地及基於合建契約原預期所得上開利益因而喪失，上訴人主張就此損害被上訴人應負賠償之責，自屬可採。又合建房屋是否獲利，隨經濟景氣、市場行情波動而不定，不可一概而論。本院查上訴人所提供系爭兩筆土地於八十九年七月及九十三年一月之申報地價分別為每平方公尺五萬六千零八十一元及五萬六千四百五十一元，此有台北市地價謄本可憑，審酌長沙街房地之位置，工商業繁榮之程度，承租人利用基地之經濟價值及所受利益等項，其法定租金約為土地申報總價年息百分之五，自被上訴人於九十年七月三十一日與天德等八人合意解除合建契約翌日起，至上訴人、陳金寶等四人及蔡藍德九十四年三月三十一日解除合建契約止，土地租金約為二百四十六萬七千三百三十三元。⁴⁷⁷又查被上訴人於另案訴請上訴人及地主陳金寶等四人返還價金事件中，就被上訴人請求陳金寶等四人返還第一期合建保

⁴⁷⁷計算式：九十年八月一日至九十年十二月三十一日：56,081 × 239.5 × 5% × 153/365 = 281,507；九十一年一月一日至九十二年十二月三十一日：56,081 × 239.5 × 5% × 2 = 1,343,140；九十三年一月一日至九十三年十二月三十一日：56,451 × 239.5 × 5% = 676,001；九十四年一月一日至九十四年三月三十一日：56,451 × 239.5 × 5% × 90/365 = 166,685，281,507 + 1,343,140 + 676,001 + 166,685 = 2,467,333

證金部分，雙方於九十五年十二月二十六日達成訴訟上之和解，由陳金寶等四人分別退還合建保證金之二成五予被上訴人之事實，為兩造所不爭執，且經調閱該案卷宗核對無訛，顯見被上訴人業已評估過因其違約行為，造成陳金寶等四人不得使用合建土地及喪失基於合建契約原預期所得利益之損害，約為第一期合建保證金之七成五，於相似之本案，上訴人所受損害亦得參照。是本件因可歸責於被上訴人事由，致合建契約給付不能，參照系爭土地法定租金行情，被上訴人與陳金寶等四人和解金額，上訴人所受損害應為其交付被上訴人第一期合建保證金之七成五。而上訴人交付之合建保證金為三百六十二萬二千四百三十八元，上訴人所受損害為合建保證金之七成五即二百七十一萬六千八百二十九元（元以下四捨五入）。

但最高法院就合建利益部分認為：「其次，消極損害並非僅有取得利益之希望或可能為已足，尚須依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他情事，具有客觀之確定性。查上訴人抗辯被上訴人並未舉證證明其有出售合建房屋之預定計畫，自不具客觀確定性，尚無預期利益等語，與上訴人應否負損害賠償責任所關至切，原審就此未說明取捨意見，徒憑上訴人陸續與余天德等八人合意解除合建契約而有給付不能之情，即認被上訴人基於合建契約原預期所得利益之損害為二百七十一萬六千八百二十九元，有判決不備理由之違法。」就租金喪失之損害則認為：「查系爭長沙街之房地自系爭契約簽訂時起，向為被上訴人占有使用中，為被上訴人所不爭執之事實，則被上訴人是否有不得使用系爭土地之損害，即值推敲，乃原審未詳加調查審認，逕認被上訴人主張依民法第二百二十六條及系爭契約第十條約定，上訴人應賠償其不得使用系爭土地之損害，尚屬率斷。」

⑥最高法院民事判決 95 年度台上字第 2895 號—遲延交付股票所造成之無法出售之損失

上訴人主張，伊自民國八十六年五月五日起進入被上訴人公司任職研發二部處長，並認購公司股票七萬五千股，被上訴人竟於八十六年十月二十二日以伊對被上訴人副總經理有重大侮辱為由，終止兩造間勞動契約，伊乃訴請被上訴人返還前開股票及給付工資，經最高法院以九十年度台上字第一三六一號判決伊勝訴確定，被上訴人始於九十一年二月一日返還伊前開認購股票、無償配股、現金增資認股之股票等計五十萬二千四百零三股（下稱系爭股票）。返還時股價已下跌，使上訴人受有無法以較高價格出售股票以獲利之損害（並未請求積極損害）。

最高法院認為：「按民法第二百十六條規定，損害賠償除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害（積極損害）及所失利益（消極損害）為限。既存利益減少所受之積極損害，須與責任原因事實具有相當因果關係，始足當之。又依通常情形，或依已定之計畫、設備或其

他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。該所失利益，固不以現實有此具體利益為限，惟該可得預期之利益，亦非指僅有取得利益之希望或可能為已足，尚須依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，具有客觀之確定性。股票價格之漲跌，繫於市場資金、政治、經濟環境、上市公司之盈虧、預期心理等諸多因素。股票價格既係隨市場之波動而漲跌，須待股票實際出脫時，始能實現獲利或受有虧損，以故，除於給付遲延時，債權人依已定之計劃或有其他特別情事，可得預期之利益外，股票價格之漲跌，既非客觀確定，以股票價格之漲跌，計算既存利益之減少，即難認與遲延給付具有相當果關係；亦非依一般通常情形，即當然可得該預期利益。是在債務人遲延中，股票價格之漲跌，債權人可能受有利益或損害，僅屬可能，並不具有客觀之確定性，除有一定之計劃或其他特殊情事外，難認係所失利益。本件原審以上訴人不能證明其在當時確計劃出售股票，實現獲利，不能請求股票跌價損失，……。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，為無理由。」

⑦最高法院民事判決 95 年度台上字第 1234 號一出賣人給付有瑕疵之原料，使賣受人受客戶退貨而影響商譽，影響未來收入

上訴人爵聲公司於民國八十八年九月三十日參加逢甲大學學位服招標作業並得標，後與上訴人宏和公司購買製作學位服所需布料。上訴人爵聲公司並於同年月二十五日與逢甲大學簽訂「逢甲大學學位服訂購合約」，約定總價金為二百五十二萬四千五百元。因上訴人爵聲公司承作私立逢甲大學訂購之學位服，布料必須完全符合招標規格，才能通過合格檢驗，上訴人宏和公司非但口頭表示系爭布料符合規格，且在買賣合約書上載明保證，卻交付不合規格之布料，使逢甲大學認定系爭布料未符合規格，而於八十九年一月二十九日解除其向上訴人爵聲公司訂購學位服之合約。上訴人宏和公司給付系爭瑕疵布料，除使其遭逢甲大學解約而喪失經由該契約將可獲得之利潤外，另造成上訴人爵聲公司纏訟多年公司業務大受影響，許多以往經上訴人爵聲公司承作制服之機關團體，後來連標單都不讓上訴人爵聲公司領取，致連參與投標之機會均無。請求賠償上訴人宏和公司所造成之營業損失(比較為逢甲大學解約前之收入差別)。並請求所受損害(上訴人爵聲公司學位服一批遭逢甲大學退貨之工資損害、上訴人爵聲公司租房屋一、四樓倉庫一棟存放遭退貨衣服所支出之租金)。

原審(臺灣高等法院臺南分院民事判決九十三年度上字第一三九號)(a)就遭逢甲大學解約而喪失之利益(所失利益)認為：「上訴人爵聲公司於八十八年九月三十日參加逢甲大學學位服招標作業並得標，復於同年月二十五日與逢甲大學簽訂「逢甲大學學位服訂購合約」，約定總價金為二百五十二萬四千五百元等情，已如前述，則依此外部情事觀之，堪認上訴人爵聲公司已有取得出售學位服予逢甲大學賺取商業利潤之可能，如上

訴人宏和公司依系爭買賣契約給付合乎規格之布料，上訴人爵聲公司自可獲取上開預期之利益，惟因上訴人宏和公司給付系爭瑕疵布料之不完給付行為，致上訴人爵聲公司遭逢甲大學解除訂購學位服之合約，並退回全數學位服，則上訴人爵聲公司之所失利益，即為因上訴人宏和公司之責任原因事實之發生，致不能取得之商業利潤，是上訴人爵聲公司此部分請求營業收入減少之損失，於法有據。」(b)就因商譽受損而造成之營業收入減少原審認為：「造成營業收入減少之原因甚多，諸如生產之產品及服務品質、經營策略技巧、同業間之競爭、整體經濟環境等，本須一併納入考量，上訴人爵聲公司是否僅因上訴人宏和公司之不完全給付行為，即受有營業上收入之損失，亦不無可疑；此外，上訴人爵聲公司復未具體舉證證明其營業收入確因而受有損失，是上訴人爵聲公司此部分之請求為無理由，不應准許。又按損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。又所謂「所失利益」，必須依通常情形或依已定之計劃、設備或其他一切情事，可得預期之利益；故必須有客觀的確定性，若僅有取得利益之希望或可能，則無「所失利益」可言（最高法院七十九年度台上字第二四九號判決意旨參照）。查上訴人爵聲公司並未舉證證明其商譽因逢甲大學退貨事件而受影響，業如前述，況上訴人爵聲公司縱未發生逢甲大學之退貨事件，其是否即可參加如附件二所示之學校及機關團體制服承製契約之招標作業，進而得標獲取承製之資格，此乃具有高度之不確定性，且受外部景氣及其他不確定因素影響甚鉅；再者，上訴人爵聲公司以其前承製如附件二所示之十七所學校及機關團體之制服所得之利潤，實無以據為證明上訴人爵聲公司將來得以確定其可得利益內容，自非所謂依通常情形或依已定之計劃、設備或其他一切情事，可得預期之利益，是上訴人爵聲公司此部分請求上訴人宏和公司賠償其預期商譽利益之損失云云，亦無可採。」

所受損害部分，原審就(a)工資損害判定：「上訴人爵聲公司以二百五十二萬四千五百元標得逢甲大學學位服之承作契約，其中工料費計二百零一萬九千元，業如前述，又上開工料費扣除上訴人爵聲公司向上訴人宏和公司購買系爭布料所須支付之價款一百三十七萬四千六百二十四元（上訴人爵聲公司僅支付定金四十萬元，詳如後述），則上訴人爵聲公司僱工製作學位服所支出之工資，計為六十四萬四千三百七十六元，然因可歸責於上訴人宏和公司之事由，給付有瑕疵，致上訴人爵聲公司製作之學位服全數遭退貨，上訴人爵聲公司因上訴人宏和公司系爭瑕疵布料之加害給付行為，除發生原來債務不履行之損害外，更發生此部分超過履行利益之工資費用損害，是上訴人爵聲公司此部分受有工資費用六十四萬四千三百七十六元之損害，自得請求被告賠償。」(b)就為存放遭退貨之衣物而支出之租金：「上訴人爵聲公司主張其為保管遭逢甲大學退貨之學士服，必須承租高雄市三民區○○○路八九號三樓以供存放，租金以每月一萬五千元

計算，自八十九年四月二十三日到九十三年十一月二十三日，期限五十五個月，每月一萬五千元，共損失八十二萬五千元，業據提出契約書二件及照片為證，且為兩造於前給付貨款事件訴訟中所不爭執，自堪信為真實。此等費用之支出乃上訴人宏和公司未依債之本旨履行致上訴人爵聲公司在兩造解決糾紛前為保管系爭衣服所必要之支出，亦係可歸責於上訴人宏和公司所受之損失，上訴人爵聲公司請求上訴人宏和公司賠償自屬有據，亦應予准許。」

最高法院僅就爵聲公司是否確有支出租金一是存疑之外，均贊同之。

⑧最高法院民事判決 92 年度台上字第 611 號—建造倉庫承攬契約之不完全履行所造成之另尋其他倉庫所支出之費用

事實詳見第四章第一節第二款第二項⑤。

最高法院提及所失利益之部分為：「又民法第二百十六條第二項所謂所失利益，係指被害人依通常情形，或依已定之計劃設備或其他特別情事，可以獲得之利益，而未獲得者而言。厚生公司因甲統公司債務不履行，致系爭倉儲槽於八十五年三月九日倒塌，厚生公司固有未獲得使用系爭倉儲槽之利益，惟厚生公司係八十五年七月一日以後，再行自外國進口純鹼物料，為原審確定之事實，則其進口時已知不得使用系爭倉儲槽，而必須使用其他之倉儲槽，自非屬依已定之計劃設備或其他特別情事，可以獲得之利益，而未獲得之情事，其另須支付倉儲、運輸費乃厚生公司所預見，猶且為之，則所增加之支出，難謂與甲統公司不完全給付有相當因果關係。」

至於所受損害(美製進口之系爭儲槽及其配備費用，以及為購買系爭儲槽所支付之其他報關、郵電等費用八百二十一萬五千八百元)，原審：「又因債務不完全給付所構成之損害，其範圍除債務人給付本身瑕疵之損害(即瑕疵損害人外包，尚包括因給付之瑕疵而使債權人遭受履行以外之其他損害(即瑕疵結果損害)在內。本件厚生公司因甲統公司就系爭工程之安裝具有瑕疵，致系爭工程本害(償含儲槽)受損，並另造成系爭工程以外其他附屬周邊設施及純鹼等之損害，依前所述，上開損害為在本件不完全給付之賠償範圍內，爰就厚生公司請求賠償之數額，分述如后：

1. 美製進口之系爭儲槽及其配備費用，以及為購買系爭儲槽所支付之其他報關、郵電等費用八百二十一萬五千八百元：……前開費用雖係厚生公司依承攬契約所應支付之對價、費用，惟系爭工程既已全部倒塌不堪使用，則厚生公司本得依其支付之對價而就系爭工程為使用收益，詎系爭工程已全部倒塌，致厚生公司不得為使用、收益，則厚生公司支付承攬契約之對價，自屬其所受之損害。…

2. 厚生公司依系爭契約給付之工程款六百二十三萬七千元部分：厚生公司主張已支付甲統公司承攬之報酬六百二十三萬七千元之情，固據其提出甲統公司出具之統一發票三紙為證，惟甲統公司抗辯稱其中厚生公司簽發交付二百零七萬九千元本票尚未兌現，復為厚生公司所不爭執，並有厚生公司提出本院八十六年度上字第一五八四號判決為證，是厚生公司就此部分價款既尚未清償，難謂厚生公司受有損害，則厚生公司請求已給付甲統公司工程款所受之損害四百十五萬八千元，應予准許，逾此部分，不應准許。

3. 厚生公司請求西二槽於八十四年二月十六日發生底部陷落，向美國購買配件支出之九十八萬二千七百五十六元部分：…厚生公司因系爭工程瑕疵而另行支出之上開費用，自係厚生公司所受之損害，…

4. 厚生公司主張純鹼寄放聯夏公司所支出之倉儲租用費、運輸費用計一百零五萬一千四百六十七元部分：……，因系爭儲槽毀損，致純鹼先運至聯夏公司寄放後，再改運至厚生公司公司楊梅廠使用，此部分運費之支付，自屬厚生公司因本件事故所受之損害，是厚生公司上開之請求，應屬系爭儲槽倒塌所致之瑕疵損害，自屬有據，應予准許。

5. 八十四年二月十二日西二槽槽體底部陷落，致槽內純鹼損失及搬運清理費用部分：厚生公司主張因西二槽槽底陷落，損失純鹼計八十六萬九千零十七元，並支付搬運費用二十五萬三千二百二十五元，合計一百十二萬二千二百四十二元之事實，業據提出泛美公司公證報告一份為證，並為甲統公司所不爭執，堪信此部分為真實。而厚生公司此部分之損害，係屬系爭儲槽安裝不良毀損所生之瑕疵結果之損害，甲統公司自應負賠償責任，故厚生公司之請求核屬有據，應予准許。

6. 八十五年三月九日系爭四個儲槽倒塌，損失之純鹼部分：厚生公司主張自八十四年十一月二十五日起迄八十五年二月十七日止，共計進口一萬二千九百六十六點零六噸純鹼，已耗用七千零九十八點三五噸，八十五年三月九日倉儲倒塌時搶救四千六百二十九點四九噸，是故結硬塊部分二千二百三十八點二一四噸，以每噸純鹼售出價額七千元計算，厚生公司主張其因八十五年三月九日四個儲槽倒塌，致槽內之純鹼流失暴露在外，共損失純鹼價值計八百六十六萬七千四百九十八元之事實，……(此部分為純鹼之數量與價值認定，省略之)。故厚生公司主張此部分損害以六百三十八萬五千九百五十元部分為可採，逾此部分請求為無理由，不應准許。

7. 就八十五年三月九日儲槽倒塌，純鹼之搬運、清理費用部分：厚生公司主張支出搬運及清理費用共五十九萬元之事實，業據其提出請款登記明細表、勤祐有限公司發票各一份為證(見原審卷(一)第八九、九〇頁)，惟為甲統公司否認。經查，厚生公司因倉儲倒塌而聘雇泰勞、員工加班清

理、搬運計三十五萬零六百九十七元，業據厚生公司苗栗廠長、員工即證人葉富源、邱木田證明在卷，並有厚生公司提出加班費用明細在卷可考，另厚生公司另支出勤祐公司搬運費二十四萬元，此有前開發票乙紙足證，雖證人葉富源、邱木田無法證明加班之天數、班數、人力為何，但系爭純鹼大量逸漏在外，依一般常情，勢必儘速清除，保持廠房潔淨，支出額外人力、物力乃屬必要，厚生公司就此部分損失，顯已盡舉證之責，甲統公司空言否認，不足採信。厚生公司請求此部分清理費用損害五十九萬元，應予准許。

8. 厚生公司自行發包施工之周邊附屬工程，所受之損害部分：厚生公司主張其自行發包他人施作完成，包括旻承興業有限公司（簡稱旻承公司）承作之配電工程、啟頌鋼鐵工程股份有限公司（簡稱啟頌公司）承作之廠房鋼架、國龐土木包工業承作之RC地坪工事、控制室土木工程、大同企業社負責之預伴混凝土、德榮商行負責之FRP防護工程、建順營造有限公司（簡稱建順公司）承作之四個主體土木工程、宏盛土木包工業承作之卸料坑粉刷工程、雄昌企業社承作之鐵皮屋搭設等附屬周邊工程，總計發包金額為七百零一萬七千零七十八元（實為六百九十二萬七千零七十八元，厚生公司誤算）之事實，詳如附件一（四）所示，業據其提出啟頌公司、建順公司、旻承公司、國龐土木包工業、宏盛土木包工業、雄昌企業社、大同企業社、榮德企業社出具之發票及證明書在卷可憑，…（1）旻承公司部分…（此部分為工程款究竟為何之認定，省略之）是厚生公司請求此部分之損害賠償額一百六十三萬元，應予准許。（2）啟頌公司部分：…（此部分為工程款就為多少之認定，省略），厚生公司既已將該部分工程另發包予啟公司六十八萬元，該鋼架倒塌，則厚生公司支出此部工程款，自屬厚生公司所受損害，厚生公司請求此部分損害於六十八萬元範圍內，應予准許，逾此部分請求，不應准許。（3）國龐公司部分：厚生公司主張支出①RC地坪工事部分五十三萬元。②控制室土木工程部分十二萬元。共計六十五萬元…此部分之工程，雖未遭波及毀損，惟厚生公司必須拆除重建，該部分工程對厚生公司而言已無任何效用，故厚生公司支出此部分工程款，自係所受之損害，厚生公司自得據以請求甲統公司賠償。（4）大同企業社部分：厚生公司主張其支出預伴混凝土部分一萬元，固據提出大同企業社之發票乙紙為證（見原審卷（一）第七〇頁），惟厚生公司迄本院辯論終結前，猶未能提出證據證明該部分究為系爭工程附屬工程何部分支出，此部分尚難認定屬厚生公司所受損害，不應准許。（5）德榮公司部分：厚生公司主張其支出FRP防護工程二十萬零七百元，係為系爭倉儲槽頂之防水而製作，而倉儲既已毀損，則該部分支出即屬厚生公司所受損害，業據提出德榮公司之發票乙紙為證（見原審卷（一）第七一頁）。查，系爭倉儲已全毀，則厚生公司支出FRP工程防護工程二十萬零七百元，自屬厚生公司所受損害，厚生公司請求此部分損害賠償，應予准許。（6）建順公司部分：

厚生公司主張其支出主體土木工程部分一百四十七萬七千九百八十元、一百零四萬二千三百三十五元、八十萬六千零六十三元，共計三百三十二萬六千三百七十八元。查，建順公司確有向厚生公司承包該部分工程，…，而系爭工程應拆除重建，已如前所述，故而厚生公司就其自行發包土木工程部分工程款計三百三十二萬六千三百七十八元，自屬厚生公司所受損害，厚生公司此部分請求應予准許。(7)宏盛公司部分：厚生公司主張其支出卸料坑粉刷工程十四萬元，而該卸料坑之尺寸配合所使用之倉儲，該倉儲既須拆除重做，則該部分支出自屬厚生公司所受損害，業據提出發票乙紙為證（見原審卷(一)第七五頁），此部分應予准許。(8)雄昌公司部分：厚生公司主張鐵皮搭設工程款四萬元，已據證人葉國雄證稱該工程已全部毀損（見原審卷(二)第一四七頁），而該部分承包之金額四萬元，厚生公司請求甲統公司予以賠償，應予准許。(9)綜前所述，總計厚生公司請求之附屬周邊工程受損部分，在六百六十六萬七千七百七十八元之範圍內，應予准許，超過部分，係屬無據，應予駁回。

9. 就厚生公司委請中華徵信所鑑定系爭儲槽損害所支出之鑑定費用二十一萬元部分：厚生公司支付中華徵信所鑑定費二十一萬元之事實，固為甲統公司所不爭執，惟系爭工程是否瑕疵，核與是否鑑定無涉，故鑑定費用非屬必要支出，其與系爭工程受損之間，並無相當因果關係，厚生公司此部分請求，即屬無據。」

除就5.「命甲統公司給付八十四年二月十二日西二槽槽體底部陷落純鹼及搬運清理費用損失一百十二萬二千二百四十二元」部分，因公證報告之證明力顯有瑕疵而廢棄發回外，最高法院見解與原審同。

第三目 判決評析

上述一共 22 個判決中，就所失利益之判斷，僅有最高法院民事判決 99 年度台上字第 602 號、最高法院民事判決 97 年度台上字第 1124 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 1310 號、最高法院民事判決 92 年度台上字第 611 號，有提及「相當因果關係」。

有 6 例於引用第 216 條後，判定系爭所失利益是否在賠償範圍內。多注重第 216 條之「或依已定之計劃、設備或其他特別情事」文字，必須要有已定之計畫、設備(如已第結轉售契約)始認定係爭損害屬位於賠償範圍內之所失利益，肯定賠償之判決幾乎皆已締結轉售契約或有開發計畫，如最高法院民事判決 96 年度台上字第 243 號、最高法院民事判決 95 年度台上字第 682 號(雖未探討債權人之營業計畫，但標的物本即以商業大樓為標榜)，否定例則多係因為締結轉售契約、未有營業計畫，如最高法院民

事判決 100 年度台上字第 1289 號(未締結轉售房屋之契約)、最高法院民事判決 95 年度台上字第 2895 號(未有出售股票之計畫) 最高法院民事判決 97 年度台上字第 1316 號(未有出售房屋之合建計畫)。其中就未締結轉售契約之房屋轉售利益之損失，有完全相反之見解(肯定：最高法院民事判決 100 年度台上字第 819 號「被上訴人於房屋建築完成後，自可出賣他人，賺取價差。而依通常情形，或依已定之計畫設備，或其他特別情事，可得預定之利益，視為所失利益，民法第 216 條第 2 項有明文規定。」；否定：最高法院民事判決 100 年度台上字第 1289 號以「復未舉證證明欲建築之房屋已推出預售，並與購屋者簽訂買賣契約」為由而否定該損害之求償)。

以「客觀確定性」為所失利益之賠償範圍基準者，有最高法院民事判決 100 年度台上字第 1838 號⁴⁷⁸、最高法院民事判決 97 年度台上字第 1316 號⁴⁷⁹、最高法院民事判決 95 年度台上字第 2895 號⁴⁸⁰、最高法院民事判決 95 年度台上字第 1234 號⁴⁸¹。若配合以客觀確定性結合相當因果關係之最高法院民事判決 101 年度台上字第 1497 號⁴⁸²觀察，最高法院的客觀確定性，或許與「相當性」有所關聯，且相當性之認定，本即隱含以發生機率之高低來決定該損害是否屬在賠償範圍內之可能。⁴⁸³

剩餘之 10 例⁴⁸⁴，僅可觀察到以條件因果關係判斷(若無債務人之違約，債權人將可獲得此利益)，甚至無任何說理即認定該當所失利益。

⁴⁷⁸ 「該條所稱之「所失利益」，固非以現實有此具體利益為限，惟該可得預期之利益亦非指僅有取得利益之希望或可能為已足，尚須依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，有客觀之確定性始得稱之。」

⁴⁷⁹ 「其次，消極損害並非僅有取得利益之希望或可能為已足，尚須依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他情事，具有客觀之確定性。」

⁴⁸⁰ 「是在債務人遲延中，股票價格之漲跌，債權人可能受有利益或損害，僅屬可能，並不具有客觀之確定性，除有一定之計畫或其他特殊情事外，難認係所失利益。」

⁴⁸¹ 「又所謂「所失利益」，必須依通常情形或依已定之計畫、設備或其他一切情事，可得預期之利益；故必須有客觀的確定性，若僅有取得利益之希望或可能，則無「所失利益」可言(最高法院七十九年度台上第二四九號判決意旨參照)。」

⁴⁸² 「…然債權人就其所受之損害，與債務人之給付遲延間，具有相當因果關係一事，仍應負證明之責。又不動產買賣之價格漲跌，繫於交易市場資金、政治、經濟環境及預期心理等諸多因素，是在債務人遲延中，縱債權人或許因市場價格漲跌而於計算上有所獲利或虧損，然此僅屬可能而已，尚不具客觀確定性，自不能請求損害賠償。」

⁴⁸³ Traeger 說：「屬於一定之結果的必要條件之行為或其他事件，若屬一般上有助於同種之結果的發生的情事，即同種結果發生之可能性，屬一般且並不少見者，便是此種結果的相當條件。」若某事之存在將有一定機率觸發某一損害，很可能便符合「同種結果發生之可能性，屬一般且並不少見者」。

⁴⁸⁴ 最高法院民事判決 102 年度台上字第 58 號、最高法院民事判決 101 年度台上字第 1942 號、最高法院民事判決 101 年度台上字第 1692 號、最高法院民事判決 98 年度台上字第 753 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 2670 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 1920 號、最高法院民事判決 95 年度台上字第 1481 號、最高法院民事判決 93 年度台上字第 835 號、最高法院民事判決 101 年度台上字第 1998 號、最高法院民事判決 98 年度台上字第 2420 號。

就所受損害之部分，除最高法院民事判決 101 年度台上字第 1942 號係以相當因果關係判斷外，多只探討條件因果關係，甚至僅論述債權人所舉證之金額是否正確，似乎只要符合「若債務人未違約，則債權人將不會受到此損害」的所受損害，皆在賠償範圍之內。

總而言之，難以觀察出最高法院採取上述任一學說(第 216 條=相當因果關係、第 216 條旨在減輕舉證責任、第 216 條與英美法 Hadley 原則類似)中之任何一說，若認為引用條文並提出「客觀確定性」者屬於採用相當因果關係者，則可能認定最高法院採取第 216 條=相當因果關係之實體法說，但總過亦不過 9 例，所佔比例與僅使用條件因果關係以及未說理者幾乎相同。最高法院判決所呈現出之標準，似乎為：「若為所受損害，則以條件因果關係為範圍限制；若為所失利益，亦以條件因果關係限制，或是依照民法第 216 條第 2 項，必須要已經與第三人締結契約或已擬定計畫，該所失利益始在賠償範圍之內」。

第二節 適用預見可能性原則之可能

第一項 預見可能性原則優於相當性因果關係之處

第一款 對於不區分契約不履行損害賠償與其他損害賠償而統一以唯一標準處理之質疑

在我國之通說下，對於契約不履行損害賠償範圍以及非契約不履行之損害賠償範圍，皆係以相當因果關係決定之。但就此二性質全然不同之事物，是否應以同樣的標準處理，值得懷疑。如 Reid 法官在 Koufos v. C. Czarnikow, Ltd. 案中所言：「而且有關[契約與侵權行為的]相異之處，有適切的根據。在契約對於不被認為是通常的危險，可以認為一方當事人會自己保護自己時，一方當事人在契約締結前，就該危險可以促使他方當事人注意(attention)。……但是在侵權行為，被害人並無像契約情形般，有保護自己的機會。」⁴⁸⁵

我國學者亦有質疑此以統一方式處理者，如王文宇：「首先應強調者，損害賠償貫穿了民法(甚至大部分的法律領域)，但每一種法律領域或法律關係應有獨特性，因此民法對於所有的損害賠償之債均採取統一規定，未必洽當。從經濟觀點來看，契約法的目的主要在處理資訊揭露的問題，而

⁴⁸⁵宮崎淳(1994)，〈英国契約法における損害賠償の範囲画定について—クーフォス対C・ツァニコフ株式会社事件[ヘロン二世号事件] 判決の分析〉，創価法学，第二三卷第一号，頁 17。Edwin Peel, Treitel on the law of contract, 1048-1049(2007)。Jill Poole, Textbook on contract law, 383(2008)。Michael H. Whincup, Contract law and practice: the English system and continental comparisons, 252(1996)。

侵權行為的目的主要在處理經濟學上「外部性」的問題。我國民法卻將契約行為與侵權行為並列為債之發生的原因，而損害賠償即為債法中關於法律效果之規定。」⁴⁸⁶陳自強：「對習於債、債權、債務、債之關係等抽象法律概念操作之大陸法系國家法律人而言，侵權行為所生之損害賠償請求權與債務不履行而生之損害賠償請求權，均為位處同一抽象概念地位之債權債務關係，均須有法律規定為其基礎，契約給付請求權雖因契約有效成立而生，但其法律效力之基礎仍為法律規定，與法定之債出無二致。」⁴⁸⁷「然而，個人認為上述不因法律關係事物之本質不同而一視同仁之法學方法與實例題解決方法，並非毫無商榷餘地。關於契約關係與法定債之關係本質上之不同，個人早已有論及。簡言之，法定債之關係係因法律規定而生，無此法律規定即不生此請求權，反之，契約關係雖亦為法律關係，但契約給付請求權並非因法律而生，其基礎無寧為基於當事人約定而生之契約拘束力。……基於契約之法律上效力源自契約拘束力之命題，契約最重要之法源絕非成文形式的法律，而為在私法自治容許範圍內而被賦予法律效力之當事人約定。法律強制或禁止規定乃契約自由原則之例外，任意規定僅補充當事人意思之不足，均無法成為契約法首要法源。準此，契約關係與契約外關係之本質，天差地別，傳統民法法源論之理解僅能說明法定債之關係，強加在契約關係之上，不免削足適履之譏。」⁴⁸⁸

綜上述，契約與其他非契約法律關係之不同，最重要的便是當事人之間的「合意」，經由合意的過程，當事人揭露資訊以分配風險、保護自己。債權人告知債務人與契約相關之風險何在，使債務人考量是否要承擔該風險以及隨之決定酬金、對價。無視契約當事人對於風險之決定，將之視同無上述合意過程之非契約法律關係，一律以相當因果關係決定賠償範圍，確有可議之處。

第二款 對於通說(相當因果關係說)之批評與法規目的說

即使是採取德國學說之我國學者，亦有跟隨德國新趨勢，轉向法規目的說(保護範圍說)者，如黃立⁴⁸⁹、曾世雄⁴⁹⁰。曾世雄指出相當因果關係說之漏洞：「法國學者，對於相當因果關係說所作之批評為『在德國之學說

⁴⁸⁶ 王文宇(2002)，〈論契約法預設規定的功能：已衍生損害的賠償為例〉，《台大法學論叢》，第31卷第5期，頁2。

⁴⁸⁷ 陳自強(2012)，〈債務不履行方法論之再出發(下)——繼受觀點與契約拘束力〉，《月旦法學雜誌》，第209號，頁167。

⁴⁸⁸ 陳自強(2012)，〈債務不履行方法論之再出發(下)——繼受觀點與契約拘束力〉，《月旦法學雜誌》，第209號，頁167-168。

⁴⁸⁹ 黃立(1999)，《民法債編總論》，2版，頁374，臺北市：自刊。

⁴⁹⁰ 曾世雄(1969)，《損害賠償法原理》，初版，頁79-80，台北：中國學術著作獎助委員會。

裡，此一法律問題被視為可能率之科學問題(une question scientifique de probabilité)，他包囊很多陰暗』。此一評語委實中肯。為什麼說，他被視為一個可能率之科學問題？因為相當因果關係說，全依客觀之『有該行為即有或可能即有此結果』之理論予以判斷是否應令行為人負責。斯依判斷過程，不但行為人之有無過失不再予以考慮，最嚴重者，乃其脫離其他具體之責任構成要件而推論。」「但法規目的說之所以令人注目，乃因新近西德聯邦法院已趨於附合。事實上確定損害賠償人之賠償責任，並不可以離開具體責任構成要件。這一點就是相當因果關係說所犯之錯誤，也就是法規意義目的說所著力強調者。」⁴⁹¹

可見德國學說亦開始重視當事人之合意，蓋當事人之合意所形成之契約即是產生責任之原因所在、上述之具體責任構成要件，並考量契約所保護之利益為何決定賠償範圍，而非對所有法律關係所產生之損害賠償皆以一般的、普世的「相當性」來限制其範圍。有認為提出法規目的原則之 Ernst Rabel 直言靈感來自英美法，於提出法規目的原則後，又主導將預見可能性原則訂入 ULIS 與 CISG，再對照二個原則如此相似，其間似有所關聯，而提出是否可大膽地假設「契約法的法規目的原則」實際上就是「契約法的預見可能性原則」的疑問。⁴⁹²

第三款 預見可能性原則—回歸當事人間之契約解釋

基於契約係基於當事人之合意所產生之法律關係之本質、相當因果關係說忽略此一點所造成之不合理，重視當事人合意的預見可能性原則確有可取之處。將損害分成通常之損害與特別之損害，前者只要舉證其存在即可請求，後者則以預見可能性為要件。通常損害之「通常」並不同於相當因果關係所謂之「相當」，雖二者皆有於大多數情形中皆會發生之涵義，但前者是以「在該類型之契約下」為前提(若違反該種契約，多會造成某種損害)，而非單純的機率(若有該行為，通常會發生某種損害)。而且發生機率較低之損害，只要為債務人已預見或應得預見，仍可能被納入賠償範圍。這裡所說的債務人「已預見或應得預見」，除了包含該種契約中應遵循之一般規範外，也包含當事人間經由訊息之揭露所達成之對於風險分配之合意(如運送契約之託運人主動告知，若不將標的物準時送達將使更工廠停工，運送人可決定承擔此風險並提高運費)。不似相當因果關係說，只要是發生機率較低之損害，皆可能以不具「相當性」而否定其求償，較不重視當事人間之合意。

⁴⁹¹ 曾世雄(1965)，〈論相當因果關係說之衰微〉，《法學叢刊》，第10卷4期，頁83-84。

⁴⁹² 林毓棟，《契約損害賠償預見可能性原則之研究—以1980年聯合國國際商品買賣公約為中心》，頁310，國立政治大學法律學系碩士論文。

在契約之法源實為契約本身之前提以及私法自治原則下，藉由探求契約本身之旨趣來處理契約不履行之賠償範圍，比以外於契約之理論更具說服力。國際上的趨勢亦是如此，如國際商務契約原則(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)第7.4.4條⁴⁹³、一九八〇年聯合國商品買賣公約(簡稱CISG)第74條⁴⁹⁴、歐洲契約法原理(PECL)第9:503⁴⁹⁵、DCFR第3:703條⁴⁹⁶皆採取預見可能性原則。在全球貿易之今日，國際契約法整合之趨勢自不可忽視。

另外，也有基於經濟學觀點，認為以預見可能性原則為懲罰性預設規定最能促進多數之利益。懲罰性預設規定，係給予一方當事人以特約排除預設規定之誘因，以主動選擇切合個人需要的契約約款。其理論依據為契約不完全之假設。造成契約不完全之原因有二，一是為了節省交易成本，二為策略性行為。一方當事人可能故意隱瞞重要資訊以節省交易成本，二為策略性行為。一方當事人可能故意隱瞞重要資訊，以求得更好的交易條件。從社會整體效益來看，如當事人揭露資訊，會增加合作性剩餘(及社會效益)，反之則無。懲罰性預設規定的目的之一，便是阻止隱瞞資訊以換取較優交易條件的策略性行為，鼓勵當事人揭露重要資訊。⁴⁹⁷若以Hadley原則為懲罰性預設規定，以Hadley案為例，運送人若知悉工廠停工之特別情事，可能索取更高之報酬，若託運人未告知該特別情事，運送人便不必就特別損害負責。反之，託運人揭露資訊，不論運送人是否索取較高報酬，託運人即得請求特別損害之賠償。如此便可以鼓勵託運人揭露資訊。Hadley原則真正之優勢係在於處理某些案件時，違約當事人無法預期，或利潤與損害不成正比的極端情況。⁴⁹⁸雖然有些外國學者⁴⁹⁹指出，即使以相

⁴⁹³ ARTICLE 7.4.4 (Foreseeability of harm) : 「The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its nonperformance.」

⁴⁹⁴ Article 74 : 「Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.」

⁴⁹⁵ Article 9:503: Foreseeability : 「The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.」

⁴⁹⁶ III. - 3:703: Foreseeability : 「The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent.」

⁴⁹⁷ 王文宇(2002)，〈論契約法預設規定的功能：已衍生損害的賠償為例〉，《台大法學論叢》，第31卷第5期，頁8-9。

⁴⁹⁸ M.N. Kniffin, A Newly Identified Contract Unconscionability: Unconscionability of Remedy, 63 Notre Dame L. Rev. 247(1988). 王文宇(2002)，〈論契約法預設規定的功能：已衍生損害的賠償為例〉，《台大法學論叢》，第31卷第5期，頁18-19。

⁴⁹⁹ Melvin Eisenberg, Probability and Chance in Contract Law, 45 UCLA Law Review 1005(1998).

當因果關係為懲罰性預設規定，也不會造成多大的經濟上不利益，但王文宇仍認為，相當因果關係說未能妥善處理當債務人所受報酬與特別損害賠償範圍兩者不成比例，且債權人於締約時又有故意不告知的嫌疑之情形。

500

第四款 適用實例

以前述我國最高法院運用「相當因果關係」做出賠償範圍判斷之判決為例，以預見可能性原則來說明裁判結果，會更合理：

一、認定具有相當因果關係而認可賠償的判決

①最高法院民事判決 101 年度台上字第 1942 號—電纜買賣契約，買受人不支付價金，出賣人解除契約後請求為履約而購買契約標的之原料所支出之花費

電纜出賣人大亞公司營雖因運量大，對製造電線電纜所需之銅材料需求甚大，且為供應市場現貨，通常備存有一定數量之銅材料及電線電纜成品。但即使有一定存量，仍有為履約而進貨之可能，更何況向其買進者可能不只本案之買受人一人。大亞公司本可自由處分存貨將現存之電纜售與他人，並基於系爭契約價金計算，即使於電纜價格較高時買進，出售與本案之買受人仍可獲有利潤。尊重締結契約時當事人之風險分配(買受人已承擔之後電纜跌價而締結不划算之買賣之風險，出賣人以契約價金計算而決定於當時進貨)，即可推導出出賣人得請求為履約而支出之花費。

②最高法院民事判決 101 年度台上字第 1321 號、最高法院民事判決 101 年度台上字第 838 號、最高法院民事判決 100 年度台上字第 2154 號、最高法院民事判決 99 年度台上字第 602 號—未履行契約造成契約目的不達

基於上訴案例中契約之契約目的，系爭契約債權人締結該契約，便是意圖經由債務人之判斷，達到投資之最佳利得(民事判決 101 年度台上字第 1321 號)、審慎審核借貸人之債信(最高法院民事判決 101 年度台上字第 838 號)、保管貨物(最高法院民事判決 100 年度台上字第 2154 號)、購

⁵⁰⁰ 王文宇(2002)，〈論契約法預設規定的功能：已衍生損害的賠償為例〉，《台大法學論叢》，第 31 卷第 5 期，頁 29。

買商業用土地而做經營之用(最高法院民事判決 99 年度台上字第 602 號)。⁵⁰¹故債務人本負有上述之義務，於締約時亦得預見其應承擔因未履行這些義務而使債權人受到損害之風險。這些案例中的損害都是該種契約類型下通常將產生之損害。

③最高法院民事判決 99 年度台上字第 2284 號、最高法院民事判決 92 年度台上字第 1383 號—未履行契約而使債權人受有不利益行政處分、未受有行政補助

由於契約之目的是否包含保護債權人不受有行政罰、受有行政補助，誠有疑問，且債務人是否經由締約而承擔這些行政行為之風險，也不易肯定。最高法院於此二案中皆未斷言具有因果關係，而僅謂「兩者間能否謂無相當之因果關係，已滋疑問」，實質之理由為系爭損害皆非該類型契約通常將保障之契約利益，因此須再判斷案例中之債務人於契約中是否有承擔這些風險。

二、認定不具有相當因果關係而不認可賠償的判決

①最高法院民事判決 101 年度台上字第 1497 號—不動產之跌價(所失利益與相當因果關係)

本案應考量買受人買進房屋之目的，不應僅以未於遲延時締結轉售契約而否定賠償請求。蓋在誠信原則所隱含之不得擴大損害之債權人義務之下，豈能要求債權人於債務不履行後再締結轉售契約始能請求所失利益。若最高法院的意思是，必須在未得知有債務不履行前即已締結轉售契約，亦無異於強迫債權人承擔較大之風險(承擔因債務人違約而須對第三人負違約責任之風險)，而且債權人的確喪失了於特定時期賣出之機會，雖此機會之金錢換算不易舉證，仍應依民事訴訟法第 222 條第二項，由法院審酌一切情況，依所得心證定其數額。若買進房屋之目的是供自己居住，則契約利益本不包含房屋跌價之相關保障，反之，債務人若可得知債權人係為轉售而買進房屋，則於締結契約時應可認定其已承擔因遲延而造成買受人無法及時出售之風險。

日本之實務不論是自用或轉售皆得請求跌價之損害，⁵⁰²此是以「所有物之跌價」來思考，即若當時如期履行，將可取得當時較高價的物品。在我國，若是將契約目的解釋成「房屋之取得」，或許亦可與日本實務為相同之處理。但是，以房價之差額計算損害，無異是使債務人承擔買受人無

⁵⁰¹ 省略實質上為損害有無之認定的判決：最高法院民事判決 97 年度台上字第 813 號、高法院民事判決 93 年度台上字第 2611 號。

⁵⁰² 最判昭(一小)47.4.20 民集 26 卷 3 號 520 頁。

法及時出售房屋之風險，而締約當時債務人或許僅考量到違約將造成債權人無法使用房屋之損害(參考當時之租金來計算)，故以房價差額來計算，有可能異於當事人經由合意所達成之風險分配。

②最高法院民事判決 99 年度台上字第 1349 號—因監督不周造成工程未完成而需另找他人進行工程之花費

本判決雖使用「相當因果關係」此一用語，但實質上判斷所運用者，為契約之解釋：「羅興華對於本件系爭工程廢棄物之清運，不過監督之責，而非完成廢棄物之清運工作，倘其未能善盡監督，不過係應依民法第五百四十四條規定負債務不履行之損害賠償責任之限度。」此段文字即是在解釋契約後，認定本案之債務人僅承擔上述之風險，而不包含另尋他人完成工作之花費，思考上與預見可能性原則之背後價值—契約合意之重視相符合。

④最高法院民事判決 96 年度台上字第 2664 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 2023 號—受僱人違法貸款而使銀行受有無法收回貸款之損失

無法收回貸款，應認為屬得以請求之損害賠償。理由如上述(一、認定具有相當因果關係而認可賠償的判決②)。

⑤最高法院民事判決 92 年度台上字第 611 號—建造倉庫承攬契約之不完全履行所造成之另尋其他倉庫所支出之費用

倉庫之建造，目的即在於完成後用以儲存貨物，且本案之債權人為玻璃製造業者，本即有可能隨時進貨以供生產所需。故本案所請求之另尋其他倉庫之費用，應屬該種契約之通常損害，債務人應得預見若未完成，將使債權人無法如期使用倉庫而須向他人租借之，此一損害應在損害賠償範圍之內。最高法院將此一所受損害劃入所失利益本即有可議，且又以不具相當因果關係為由否定賠償請求，其說理實難苟同。

第二項 民法第 216 條與預見可能性原則

本文認為，於我國適用預見可能性原則，可從民法第 216 條著手。首先，本條其實並未提出應採相當因果關係說或預見可能性原則。或謂第一項之規定即屬完全賠償原則之宣示。但僅以該規定之文字(「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。」)為我國民法採取完全賠償原則之根據，誠有可議之處，蓋採取限制賠償原則之法國亦有類似規定(法國民法第 1149 條)。⁵⁰³

⁵⁰³ ” Damages due to a creditor are, as a rule, for the loss which he has suffered and the profit which he has

第二，有部分學者將民法第 216 條規定之「所受損害」與「所失利益」與英法之「通常損害」與「特別損害」比較，且認為二者有某程度之相似性。如林誠二提出我國民法第 216 條所規定的所受損害即屬通常損害、所失利益即為特別損害⁵⁰⁴。林世宗、黃聯勝、林福來認為，「依通常情形」即屬英法之通常損害、「依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」為特別損害之看法。⁵⁰⁵若以前說為基礎，則必須揚棄所受損害即屬積極損害，所失利益即屬消極損害之分類，若不然該條文無法包含積極且特別之損害以及消極且通常之損害。若以後說為基礎，則未處理積極損害。或許可以認為，通常實際上之原告因違約而受到之積極損害，如替代交易之花費、相信將履約而支出的費用，原告經常是因為有必要始會另外花費，故經常屬於具有預見可能性者或屬通常損害，這也可以解釋為何實務上對於所受損害至多僅檢討其條件因果關係，若具有之且得以證明其額度即認可賠償之情形。而所失利益因其不確定之性質（債權人尚未實際獲得這些利益），範圍較不易特定，故特別明文提示，但其實不論是所受損害或所失利益之賠償範圍決定皆係採取同一原則。且區分損害之積極或消極，並僅在消極損害始採取注重合意內容之預見可能性原則，難以找出正當化之理由。

第五章 結論

一、預見可能性源自法國民法，成文化為法國民法典第 1150 條、第 1151 條。將賠償範圍限於以契約締結時兩當事人所得預見之損害。影響及於英國之 Hadley 判決，該判決建立了 Hadley 原則：原告得以請求之損害，包含通常損害以及於契約締結時具有預見可能性之特別損害。以此原則決定契約不履行之損害賠償範圍。

二、英國法、法國法影響到日本民法第 416 條之制定，於該條之前身，即舊民法第 385 條採取英、法法之預見可性原則。但於之後受到德國民法學強烈之影響，立法理由朝向德國法靠近。最後以德國之相當因果關係說解釋該文字上採取預見可能性原則之法條，將第日本民法第 416 條第二項之

been deprived of, subject to the exceptions and modifications below.” Code Civil [C. civ.] art. 1149 (Fr.), translated by Georges ROUHETTE, Professor of Law, with the assistance of Dr Anne UHETTE-BERTON, Assistant Professor of English.

⁵⁰⁴林誠二(1981)，〈論契約期待屬性與違約損害賠償之計算〉，《中興法學》，第 17 期，頁 200。但是其又認為：「損害賠償之範圍，基本上應受相當因果關係限制(proximate cause)，亦即非基於相當因果關係之原因所受之損害，不在請求賠償之範圍內」。似認為英美法之 proximate cause，即是相當因果關係。

⁵⁰⁵林世宗(1985)，〈中美違約損害賠償法則之比較(五)〉，《軍法專刊》，第 31 卷第 12 期，頁 18。黃聯勝(1978)，〈英美法關於違約損害賠償法之估算原理〉，頁 13，中興大學法律學系碩士班碩士論文。林福來(1997)，〈賠償所失利益之研究〉，注 98，頁 44，中興大學法律學系碩士班碩士論文。

「預見」解釋為判斷相當性時應考慮之基礎—以當事人所預見之情事為背景，判斷是否符合相當性之要求。此看法成為學說與實務上之通說。

三、於 1970 年代，平井宜雄提出對通說之質疑，認為應回歸日本民法第 416 條之母法，即英、法民法來解釋該條，日本民法第 416 條係以預見可能性原則來決定契約不履行損害賠償範圍。於平井宜雄之後，同是採取保護範圍說者，也發展出獨特的預見可能性原則之修正學說。更強調締結契約後之風險分配(修正以締結契約時為預見時期)、契約欲實現之利益為何(修正平井說過於強調規範性而與通說幾乎無差異)。⁵⁰⁶甚至再次引進新的法國學說，提出以預見可能性作為確保契約履行之制度，而非賠償制度的看法。⁵⁰⁷

四、於未來民法修正上具有重要地位之「債權法修正之基本方針」，則意圖與國際接軌，採用相近於 CISG 的立法⁵⁰⁸，明示採用預見可能性原則。與國際接軌的同時，也不捨棄自己本國嚴守契約之倫理，不追隨以締結契約時為預見時期之國際潮流，課與債務人迴避締結契約後所產生之損害的義務，⁵⁰⁹和傳統的預見可能性原則有所不同。現在日本法務省則公布實施「中間試案」，仍採取不同於傳統預見可能性原則之損害賠償範圍決定方式，以不履行時為預見基準時。

五、關於損害賠償範圍之決定，我國在學說上以相當因果關係說為通說。實務上(最高法院判決)雖有不少使用「相當因果關係」之判決，但不僅「相當性」之涵義不清，且該文字有多重意義，難以觀察出實務上決定損害賠償範圍之標準為何。對於所受損害，甚至僅檢討條件因果關係、認定證明損害之證據後即認可賠償。

六、我國就損害賠償範圍之規定，僅有民法第 216 條。學說上有以相當因果關係解釋者，有僅依照條文解釋者，亦有將該條與英美法之通常損害、特別損害做類比者。實務上亦有將相當因果關係與該條做結合者，也有嚴格依照該條文字操作，必須已有計畫、設備始認可所失利益之賠償。

七、相較於相當因果關係說，預見可能性有較能注重當事人締約時之風險分配之優點，在契約之法源實為契約本身之前提以及私法自治原則下，藉由探求契約本身之旨趣來處理契約不履行之賠償範圍，相較於以外於契約之理論來處理，更具說服力。國際上的趨勢亦是如此。且能處理利潤和損害不成比例之極端情形。

⁵⁰⁶ 中田裕康、內田貴、難波讓治、潮見佳男，詳見第三章第二節第三項。

⁵⁰⁷ 白石友行，詳見第三章第二節第五項。

⁵⁰⁸ CISG2 第 74 條。

⁵⁰⁹ 改正試案 3.1.1.67<2>債權人，就契約締結後，至債務不履行發生時所預見或應預見的損害，於債務人不採取為避免此損害之合理措施時，對債務人得請求該賠償。

八、本文認為於我國採用預見可能性原則之可能性，存在於民法第 216 條。以將該條第二項之「依通常情形」視為英美法之通常損害、「依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」為特別損害之看法為基礎。雖此說之討論僅及於所失利益之通常損害與特別損害，但考量所失利益之不確定性質，範圍較不易特定，故特別明文提示，其實不論是所受損害或所失利益之賠償範圍決定皆係採取同一原則。且區分損害之積極或消極，並僅在消極損害始採取預見可能性原則難以找出正當化之理由。



參考文獻

壹、中文參考文獻

一、專書(依作者姓氏筆畫及字母排列，以下均同)

1. 史尚寬(1954)，《債編總論》，台初版，台北市：自刊。
2. 尹田(1999)，《法國現代契約法》，五南。
3. 王澤鑑(1996)，《民法學說與判例研究第八冊》。
4. 林誠二(2000)，《民法債編總論》，初版，瑞興圖書股份有限公司。
5. 孫森焱(1979)，《民法債編總論》，初版，臺北市：自刊。
6. 洪文瀾(1954)，《民法債編通則釋義》，台灣版，台北市：法學書局印行；文光圖書公司印行。
7. 馬維麟(1995)，《民法債編注釋書(二)》，初版，臺北市：五南。
8. 梅仲協(1966)，《民法要義》，台新9版，自刊。
9. 陳自強(2011)，《台灣民法與日本債權法之現代化》，初版，台北：自版。
10. 黃立(1999)，《民法債編總論》，2版，臺北市：自刊。
11. 曾世雄(1969)，《損害賠償法原理》，初版，台北：中國學術著作獎助委員會。
12. 黃立(1994)，《民法債編總論》，自版。
13. 鄭玉波(1975)，《民法債編總論》，7版，台北市：三民書局。
14. 戴修瓚(1955)，《民法債編總論(下)》，台一版，台北市：三民。

二、學位論文

1. 林福來(1997)，《賠償所失利益之研究》，中興大學法律學系碩士班碩士論文。

2. 林毓棟，《契約損害賠償預見可能性原則之研究—以1980年聯合國國際商品買賣公約為中心》，國立政治大學法律學系碩士論文。
3. 黃聯勝(1978)，《英美法關於違約損害賠償法之估算原理》，中興大學法律學系碩士班碩士論文。
4. 楊淑儀(2012)，《由日本債法修正研議展望我國債法之未來以債務不履行為中心》，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

三、期刊論文

1. 王文宇(2002)，〈論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償為例〉，《台大法學論叢》，第31卷第5期，頁87-120。
2. 吳志正(2012)，〈揭開民事損害賠償法相當因果關係之神秘面紗〉，《政大法學評論》，第125期，頁115-191。
3. 林世宗(1985)，〈中美違約損害賠償法則之比較(五)〉，《軍法專刊》，第31卷第12期，頁14-23。
4. 林誠二(1981)，〈論契約期待屬性與違約損害賠償之計算〉，《中興法學》，第17期，頁197-206。
5. 烏韋·布勞洛克著(姚志明=譯)(2007)，〈法規保護目的理論〉，《中正大學法學集刊》，第3期，237-253頁。
6. 馬維麟(1996)，〈損害賠償之範圍—我國最高法院歷年來判決之檢討與分析〉，《法學叢刊》，第41卷第4期，頁56-73。
7. 陳自強(2012)，〈債務不履行方法論之再出發(下)—繼受觀點與契約拘束力〉，《月旦法學雜誌》，第209號，頁158-176。
8. 曾世雄(1965)，〈論相當因果關係說之衰微〉，《法學叢刊》，第10卷4期，頁81-86。

貳、日文參考文獻(依五十音順排序)

一、專書

1. 淡路剛久(2003)，《債權總論》，初版，東京都：有斐閣。
2. 伊藤進(2006)，《民法Ⅲ 債權總論》，再改訂版，東京都：北樹。
3. 石田穰(1977)，《損害賠償法の再構成》，東京都：東京大學出版會。
4. 磯谷幸次郎(1920)，《債權法總論(上)》，巖松堂。
5. 內田貴(2009)《債權法の新時代：「債權法改正の基本方針」の概要》，

初版，東京：商事法務。

6. 梅謙次郎(1913)，孟森, 陳承澤, 陳時夏譯述，《民法要義卷之三債權編》，明治三五年版，上海：商務印書館。
7. 近江幸治(2005)，《民法講義》，第3版，東京都：成文堂。
8. 奧田昌道(1982)，《債權總論(上)》，初版，東京都：筑摩書房。
9. 小野信二(2005)，《債權總論》，第2版，東京都：八千代。
10. 於保不二雄(1959)，《債權總論》，第7版，東京都：有斐閣。
11. 勝本正晃(1930)，《債權總論(上)》，巖松堂。
12. 加藤雅信等編，《民法學說百年史》，頁569。
13. 川名兼四郎(1916)，《債權法要論》，大正五年版，東京市：金刺芳流堂。
14. 北村一郎編《フランス民法典の200年》，頁63-89，東京都：有斐閣。
15. 北川善太郎，(1987)，〈四一六條〉，奧田昌道編，《注釈民法(10)債權1》，東京都：有斐閣。
16. 北川善太郎(2004)，《債權總論(民法講要Ⅲ)》，第三版，東京都：有斐閣。
17. 國井和郎(1985)，〈債務不履行における損害賠償の範圍〉，星野英一編，《民法講座 第4卷 債權總論》，初版，東京都：有斐閣。
18. 古賀哲夫. 山本隆司編《現代不法行為法学の分析》，頁40以下，東京都：有信堂高文社。
19. 近藤英吉、柚木馨(1934)，《註釈日本民法債權編總則(上)》，巖松堂書店。
20. 澤井裕(1985)，《テキストブック債權》，補定版，東京都：有斐閣。
21. 篠原弘志(2005)，〈第四一六條〉，遠藤浩編，《基本法コンメンタール 債權總論》，第四版，東京都：日本評論社。
22. 潮見佳男(2001)，《債權總論》，第2版，東京市：信山社。
23. 末弘嚴太郎(1928)，《債權總論》，日本評論社。
24. 高須順一(2010)，《民法（債權法）改正を問う—改正の必要性とあるべき姿》，初版，東京：酒井書店。

25. 田井義信(1995),《イギリス損害賠償の理論》,頁26。
26. 中田裕康(2008),《債權總論》,頁154,東京都:岩波書店。
27. 鳩山秀夫(1937),《日本債權法總論》,昭和一二年版,東京市:岩波書店。
28. 平井宜雄(1994),《債權總論》,第2版,東京都:弘文堂。
29. 平井宜雄(1971),《損害賠償法の理論》,初版,東京都:東京大學出版會。
30. 平野裕之(2005),《プラクライスシリーズ 債權總論》,第1版,東京都:信山社。
31. 林良平、石田喜久夫、高木多喜男(1983),《債權總論》,改訂版,東京都:青林書院。
32. 広中俊雄,星野英一編,《民法典の百年 第3卷 -- 個別的觀察(2) 債權編》,頁3-39 東京都:有斐閣。
33. 星野英一(1978),《民法概論Ⅲ》,頁74以下,東京都:良書普及會。
34. 前田達明(1993),《口述債權總論》,第3版,成文堂。
35. 水本浩、平井一雄編《日本民法学史. 通史》,初版,東京都:信山社。
36. 民法(債權法)改正検討委員会編,《詳解・債權法改正の基本方針〈1〉序論・總則》,初版,東京都:商事法務。
37. 柚木馨、高木多喜男(1971),《判例債權法總論》,補訂版,東京都:有斐閣。
38. 横田秀雄(1928),《債權總論》,早稻田大學出版部。
39. 我妻榮(1954),《債權總論(旧版)》,昭和二九年版,岩波書店。
40. 我妻榮(1964),《新訂債權總論》,東京都:岩波書店。

二、期刊論文

1. 五十嵐清(2003),〈比較のなかの日本民法〉,《札幌法學》14卷2號,頁59-76。
2. 岡村玄治(1911),〈損害賠償ノ二種〉,《京都法學雜誌》,6卷4號,頁72-85。

3. 菊地博(1975)、「損害賠償の範囲について」、《判例タイムズ》、第311号、頁68-71。
4. 北川善太郎、「損害賠償額の算定基準時」、《法學論叢》、第88卷第4、5、6号、頁84-155。
5. 沢井裕(1973)、「平井宜雄著『損害賠償法の理論』について(一)」，《法學協會雜誌》、第90卷第7号、頁77-95。
6. 潮見佳男(2006)、「損害賠償の責任効果—賠償範囲の確定法理」、《ジュリスト》、第1318号、頁127-137。
7. 白石友行(2006)、「契約不履行に基づく損害賠償の範囲の理論的基礎—契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデルと予見可能性—」、《法學政治學論究》、第71号、頁257-285。
8. 田中稔(2007)、「履行不能および不法行為における損害賠償額の算定時期：大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして」、《沖繩法學》、第36号、頁1-69。
9. 難波讓治(1988)、「フランス法における契約損害の予見可能性(2・完)」，《法學論叢》、第125卷第3号、頁8-108。
10. 野澤正充(2009)、「民法(債權法)改正の意義と課題」、《法律時報》、第81卷第10号、頁4-10。
11. 松本恆雄(2011)、「債權法改正の経緯と民法学習におけるその意義」、《法学セミナー》、第679号、頁2-5。
12. 宮崎淳(1994)、「英国契約法における損害賠償の範囲画定について—クーフォス対C・ツァニコフ株式会社事件[ヘロン二世号事件]判決の分析」、創価法学、第二三卷第一号、頁1-35。
13. 山本健司(2011)、「債務不履行と解除」、《ジュリスト》、第1423号、頁82-85。
14. 若林三奈(1999)、「「損害」とその周辺(一)」，《京都學園法學》、第2、3号、頁505-539。

三、日本法制省會議資料

1. 民法(債權關係)の改正に関する中間的な論点整理、頁9-10、民法(債權關係)部會資料5-2、民法(債權關係)の改正に関する検討事項(1)詳細版。
2. 民法(債權法)部會資料58、民法(債權關係)の改正に関する中間試案

のたたき台 (1)(2)(3) (概要付き)【改訂版】。

3. 民法(債権法)部會資料 53, 民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(1) (概要付き)。

4. 民法(債権関係)部會資料 34, 民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(6)。

参、其他外文文献

1. Atiyah, P. S., An introduction to the law of contract, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1981.

2. Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston ; forewords by Lord Bingham and Günter Hirsch, The German law of contract : a comparative treatise, Oxford ; Portland : Hart Pub. , 2006.

3. Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract, London: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1981.

4. G. C. Cheshire and C. H. S. Fifoot, The law of contract , London : Butterworths, 1969.

5. Ewan McKendrick, Contract law : text, cases, and materials , Oxford : Oxford University Press, 2010.

6. Barry Nicholas, The French law of contract, Oxford : Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1992.

7. Edwin Peel, Treitel on the law of contract , London : Sweet & Maxwell, 2007.

8. Jill Poole , Textbook on contract law, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008.

9. Smith, J. C., The Law of Contract, London, Sweet & Maxwell, 1989.

10. Treitel, Guenter Heinz, Remedies For Breach Of Contract-A Comparative Account, Clarendon Press · Oxford 1988.

11. G. H. Treitel, Methods of Limiting Damages , Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford Scholarship Online, 5(1988)

12. Chris Turner, Unlocking contract law, London : Hodder Arnold, 2007.

13. Michael H. Whincup, Contract law and practice : the English system and continental comparisons, The Hague ; Boston : Kluwer Law International, 1996.

肆、網路資源

1. 日本法務省網頁。

<http://www.moj.go.jp/shingil/shingi04900184.html>

2. Bundesministerium der justiz

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html#gl_p0024

3. Bundesministerium der justiz

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0726

