

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

我國民法債務不履行類型化之檢討

Necessity on Categorization of Breach of Contract in

Taiwan Civil Law



陳瑋如

Wei-Ju Chen

指導教授：陳聰富 博士

Advisor: Tsung-Fu Chen, Ph. D.

中華民國 101 年 6 月

June, 2012

謝 辭

這篇論文的完成，首先要感謝指導教授陳聰富老師，引導我尋找論文的題目與方向，使我在蒐集資料與寫作思考的過程中，習得當前歐洲熱門的議題與資訊，也因此讓我在德國交換一年中能夠順利參與課程，以及因為對於該等國際契約法的熟習，而有機會在事務所接觸仲裁工作，開啓新的視野。

感謝在百忙之中抽空的口試委員：王千維教授，以及法律啓蒙恩師吳從周教授。由於在德國交換期間回台口試，在緊迫的時間壓力中，教授仍悉心給與我許多建議及指導，無論是提交口試紙本時，王教授與初次見面的我討論德國法修法前後的差異，讓我受益良多。及無時不刻給予我鼓勵的吳教授，每當我在法律學習途中面對挫折時，想起當年大一老師對於法律教學的熱忱，總是能重燃我對於法律特別是民法的熱情，影響深遠。

感謝曾在台大法學院擔任客座教授的德國教授 Rolf Knieper，在我擔任接待助理長達兩個月的時間，幾乎每天下午與我在小木屋鬆餅前聊天，無論是耐心的陪初學的我練習德文或是與我討論德國民法修法前後的差異，及台灣民法是否有修正的必要，獲益良多，讓我對於此議題產生興趣，進而成為論文題目。

感謝我的父母，無論何時，總是尊重我的決定，並給予最大的支持。即使論文完成的前一年，家裡發生變故，必須中斷碩士課程而投身工作，但你們仍堅持讓我照原定計畫到德國交換一年，讓我因此開拓視野與成長，也鼓勵與支持我在德國交換期間完成論文，能夠取得碩士學位，謝謝你們。

最後感謝研究室一起奮鬥的夥伴們，無論是一起與論文奮鬥的林秉賢、彭智威、林佳儀，每當面臨瓶頸時，抬頭看看身邊的夥伴都埋首於論文與參考資料，

總讓我有繼續，以及由於仍在德國而不在國內的我，而幫我調整論文格式與校稿的林鉉鎰和許鈞傑，有你們才能順利有這本論文。

陳瑋如

2012年8月10日在德國漢堡



摘要

本篇論文著眼於檢討我國民法債編關於債務不履行是否有修正之必要，透過觀察我國學說對於債務不履行的分類，與實務對於債務不履行類型化的運作，輔以現行國際契約法包括聯合國買賣公約、國際商事契約原則、歐洲契約法原則，以及歐洲契約法共同參考架構草案，和外國立法例包括英國法與修法前後德國法差異，檢討我國現行民法債務不履行類型化是否會對於個案造成法律效果適用之僵化，而無法符合個案正義，進而是否有在現行法下以解釋論解決問題，抑或須修法。

關於我國學說承襲德國未修法前仍對於債務不履行為類型化劃分，然而實務運作上，似已發現類型化可能導致不符合個案正義之問題，即使仍扣緊債務不履行類型化之要件，實著眼於法律效果之選擇，而出現了面對相同違約事實，原審法院與最高法院卻採取不同債務不履行類型，或面對不同違約事實採取相同債務不履行類型等矛盾現象，然而經由判決整理可發現，實務往往因發現類型化將造成個案不合理，為採取合宜之法律效果而採用其他類型，實務運作似已不再受限於債務不履行類型，而著眼於個案法律效果之適宜性。

國際契約法則已不再區分債務不履行類型，且傾向維持契約關係，避免解消契約，藉由定期命補正，課予債權人通知債務人補正之義務、透過減少價金調整對價關係，以及將契約解消與主觀歸責事由脫鉤處理，並以違約重大性和例示規定契約解消事由，以調整違約時契約雙方之法律關係，避免契約解消，而試圖採取符合個案正義之法律效果。

我國現行民法關於債務不履行是否有修正之必要，主要分為立法論和解釋論

處理，關於定期命補正制度，解釋論下可能可以自給付遲延下為之，或修法增訂定期命補正之制度；契約解消事由，可藉由解釋論或實務運作建立如國際契約契約解消事由之標準，或修法將我國民法第 256 條與主觀歸責事由脫鉤處理，並增訂契約解消事由；至於減少價金，自解釋論可從債總第 266 條下為調整價金之解釋，或修法將規定於債編各論買賣一章中的減少價金請求移置債編總則為規定，此為本文對於我國民法債務不履行類型化檢討方向之建議。

關鍵字：債務不履行、給付不能、給付遲延、不完全給付、聯合國買賣公約、國際商事契約原則、歐洲契約法原則、歐洲契約共同參考架構草案。



Abstract

This thesis mainly discusses the necessary of revision of the breach of contract part in Taiwan civil code. Measures are provided comprehensively by discussing the classification of the breach of contract and the operation of judicial decisions in Taiwan, to see whether the categories of the breach of contract in Taiwan civil code can be applied in cases without the effect of unreasonable or unjustified. Second, the study observes the transfer issues from a comparative perspective, comparing the international private laws including “United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods” (hereinafter “CISG”), Principle of International Commercial Contract (hereinafter “PICC”), Principle of European Contract Law (hereinafter ”PECL”), Draft Common Frame of Reference (hereinafter “DCFR”), and the foreign legislations such as British law and the amendment of German civil law, to find out whether Taiwan civil code need to be revised, or can be established a standard through the operation of jurisdictions without the amendment of the law.

Key words: breach of contract, non-performance, delay performance, nonconforming performance, CISG, UNIDROIT, PECL, DCFR

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 研究動機	1
第二項 研究目的	2
第二節 研究主題	2
第一項 我國債務不履行類型化之必要	2
第二項 我國債務不履行以主觀歸責事由之妥適性	3
第三節 研究範圍與方法	3
第一項 研究範圍	3
第二項 研究方法	4
第二章 我國債務不履行類型化	7
第一節 問題：債務不履行類型化之必要性	7
第二節 我國債務不履行類型	8
第一項 學說簡介	9
第一款 給付不能	9
第一目 給付不能之類型化必要性	9
第二目 以不能之給付為契約標的之契約	11
第二款 給付遲延	13
第一目 債務人遲延	13
第二目 債權人遲延	14
第三款 不完全給付	15
第四款 預示拒絕給付	16
第一目 學說	17

第二目 實務.....	18
第二項 實務案例探討.....	19
第一款 給付不能與不完全給付之案例.....	20
第二款 給付不能與給付遲延之案例.....	48
第三節 小結：債務不履行類型化之問題.....	57
第三章 我國債務不履行歸責事由與法律效果.....	62
第一節 歸責事由.....	62
第二節 債務不履行類型下之法律效果.....	64
第一項 前言.....	64
第二項 學說簡介.....	64
第一款 給付不能.....	64
第二款 給付遲延.....	67
第三款 不完全給付.....	69
第三節 實務案例探討.....	71
第四節 小結.....	76
第一項 債務不履行類型化下法律效果之檢討.....	76
第二項 解除權與歸責原則之關係.....	79
第四章 國際現行公約與外國立法例.....	80
第一節 英國法.....	80
第一項 概說.....	80
第二項 債務不履行之歸責原則.....	81
第三項 債務不履行之法律效果.....	82
第一款 解消契約.....	83
第一目 概說.....	83
第二目 契約解消要件.....	84

第三目 拒絕給付.....	85
第二款 損害賠償.....	88
第四項 小結.....	90
第二節 聯合國買賣公約	91
第一項 債務不履行之歸責原則.....	91
第一款 歸責原則.....	91
第二款 免責事由.....	95
第二項 債務不履行之法律效果.....	96
第一款 定期命補正.....	97
第一目 概說	97
第二目 合理期間.....	99
第二款 契約解消.....	101
第一目 一般性契約解消.....	101
第二目 預期性違約	104
第三款 減少價金.....	106
第四款 損害賠償.....	107
第三項 小結.....	110
第三節 國際商業契約原則	112
第一項 前言.....	112
第二項 債務不履行之歸責原則.....	113
第三項 債務不履行之法律效果.....	115
第一款 定期命補正.....	116
第二款 寬限期間.....	117
第三款 解消契約.....	118
第一目 一般性解消契約.....	118

第二目 預期性違約	120
第四款 損害賠償.....	122
第四項 小結.....	124
第四節 歐洲契約法原則	126
第一項 債務不履行之歸責原則.....	126
第二項 債務不履行之法律效果.....	128
第一款 定期命補正.....	128
第一目 概說	128
第二目 相當期間.....	129
第二款 解消契約.....	130
第一目 一般性解消契約.....	130
第二目 預期性違約	132
第三款 減少價金.....	133
第四款 損害賠償.....	134
第三項 小結.....	134
第五節 歐洲契約法共同參考架構草案前言	136
第一項 債務不履行之歸責原則.....	136
第一款 定期命補正.....	136
第一目 通知義務及寬限期間給予.....	136
第二目 修補或另行給付.....	138
第二款 解消契約.....	139
第一目 一般性解消契約.....	139
第二目 預期性違約	141
第三款 減少價金.....	142
第四款 損害賠償.....	142

第二項 小結.....	143
第六節 德國法	145
第一項 國際相關法規之影響.....	145
第二項 債務不履行歸責原則之變革.....	147
第一款 「義務違反」下位概念：給付不能與給付遲延.....	149
第一目 給付不能.....	149
第二目 給付遲延.....	152
第三項 債務不履行法律效果之調整.....	153
第一款 新法特色：定期命補正、自始客觀不能之法律效果	154
第一目 定期命補正	154
第二目 自始客觀不能之法律效果.....	156
第二款 解除契約.....	158
第三款 損害賠償.....	159
第四項 小結.....	162
第七節 條文比較	164
第一項 債務不履行以客觀「債務人是否違反契約義務」為核心.....	165
第二項 「定期命補正或給付」之立法例普遍為契約法規所採納.....	171
第三項 減少價金.....	177
第四項 契約解消事由.....	180
第五項 預期性違約.....	186
第六項 損害賠償	189
第五章 結論：我國法債務不履行類型簡化之必要性	194
第一節 債務不履行類型簡化.....	194
第一項 解釋論	194
第一款 學說分類給付不能下對於契約解消之限縮	194

第二款 實務操作契約解消之極度限縮	196
第二項 立法論	197
第一款 國際公約立法方式.....	197
第二款 德國法方式：優點無需為大更動，缺點法條連結複雜	199
第二節 歸責事由客觀化	200
第一項 前言.....	200
第二項 立法論：單獨規定以「違反契約」為客觀歸責原則	202
第三節 法律效果之調整	203
第一項 定期命補正.....	203
第一款 解釋論：民法第 254 條解釋下調整	203
第二款 立法論：債編總則訂定成為一般原則.....	205
第二項 終止契約	207
第一款 解釋論：違約重大性事由作為解釋標準	207
第二款 立法論：第 256 條與第 226 條脫鉤，自行規定契約解消要件及增 訂預期性違約之規定.....	208
第三項 減少價金	210
第一款 解釋論：我國民法債編總則中 266 適用，部分給付依比例減少對 待給付	210
第二款 立法論：將買賣法中瑕疵擔保減少價金規定移至總則成為原則性 規定	212
參考文獻.....	214

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究動機

由於現行國際公約包括「聯合國買賣公約」(Convention of International Sale of Goods ; CISG)，其後由 UNIDROIT 研究機構訂定的「國際商事契約原則」(Principles of International Commercial Contract ; PICC)，以及近年來歐洲各國為統合法規所研擬之「歐洲契約法原則」(Principles of European Contract Law ; PECL)，和以其為指引或指導原則而後所制定之「歐洲契約法共同參考架構草案」(Draft Common Frame of Reference European Contract Law ; DCFR)，關於違約責任均以「契約義務違反」為歸責原則，且針對違約事實已不再區分為給付不能、給付遲延等給付障礙類型，而改以違約之法律效果為框架，包括解消契約、損害賠償、減少價金、強制履行等。

國際公約之立法趨勢亦影響內國法之修正，如德國民法債編於 2002 年已修法，實受聯合國買賣公約之影響，於歸責原則採「契約義務違反」之客觀歸責原則，債務人倘違反契約義務即須負違約責任，除非有免責事由使不負賠償責任；主歸可歸責性即債務人之故意過失，僅保留於損害賠償法制中，而與契約解除權之行使脫鉤；給付障礙類型雖仍保留給付不能與遲延，然於法條之規範上亦以法律效果包括解除契約與損害賠償等為框架。

觀察上述國際立法趨勢，我國民法債編承襲德國民法而來，無論歸責原則或債務不履行之類型化及法律效果，均與未修正前德國民法如出一轍，是否亦有修正之必要，殊值探討。

第二項 研究目的

檢討我國債務不履行類型化是否具有必要性，主要探討幾個面向，其一為違約事實於類型化下是否適用困難，其二債務不履行類型化下，是否造成法律效果適用之僵化或不符個案需求。藉由實務判決整理及學說發展點出問題。次以國際公約及外國立法例關於債務不履行已不區分類型，以及債務不履行法律效果相關制度之採納包括定期命補正，緩合屆期違約雙方之利益，及解消契約中關於預期性違約之相關規範，或減少價金成爲調整對價關係，維持契約存續之一般原則等，最後回歸我國現行債務不履行類型化之規定是否妥適，歸責原則有無客觀化之必要，以及相關法律效果是否調整，於法規方面，是否需要修法，或得於現行規定下以解釋論處理。

第二節 研究主題

第一項 我國債務不履行類型化之必要

我國民法關於債務不履行責任，仍以類型化之要件爲前提，債務人出現屆期未依約給付之事實，依我國民法規定，首先須涵攝債務不履行類型之要件，究屬給付不能、給付遲延或不完全給付；再次以債務人是否可歸責、遲延給付是否定有期限，給付能否補正，決定債務不履行之法律效果，包括雙方得行使之權利與契約存續與否。惟緊扣類型化要件下所得出之法律效果是否符合個案需求，抑或於類型化之限制下無法彈性適用法律效果，而無法符合個案公平或正義，甚至導向不合理之結果，有違契約雙方之期待。藉由我國現行實務判決運作，點出問題，並嘗試以現已不區分債務不履行類型之國際公約與外國立法例作爲參考及提供

解決途徑。

第二項 我國債務不履行以主觀歸責事由之妥適性

我國民法關於債務不履行之規定，仍以主觀可歸責性為債務人負債務不履行責任之前提，債務人須具有主觀上之故意或過失始負責任。然而主觀上之故意或過失往往難以證明，我國民法雖於契約責任採推定債務人可歸責，債務人對於自己不可歸責仍須負舉證責任；且債務人之注意義務標準於契約責任中非屬絕對，倘無法律規定或當事人約定，則依事件性質酌定，而分為具體輕過失、抽象輕過失與重大過失，顯示債務人依契約性質不同有不同程度之注意義務，然此一主觀上注意程度之劃分，是否實與法律效果之選擇有關，由於我國民法仍將債務人可歸責性與債務不履行法律效果緊緊相連，債務人倘具可歸責性致債務不履行，往往導向契約解消與損害賠償之法律效果，因此於債務人主觀注意義務為不同程度劃分，是否認為於特定案件適用某些法律效果不合宜，因此藉由可歸責性程度避免此一情況發生，惟現行國際公約與外國立法均以「契約義務違反」客觀歸責事由為契約責任之核心，債務人僅於違約具重大性，債權人始能解消契約且對於重大性事由採例示規定，實際考量契約雙方利益，債務人主觀可歸責性僅為判斷標準之一，而非解消契約之唯一前提要件。

第三節 研究範圍與方法

第一項 研究範圍

由於債務不履行範圍過於廣泛，因此本文限縮於債務不履行類型化為研究範圍，即我國民法債編總則將債務不履行分為給付不能、給付遲延及不完全給付，

以及未有明文規定，然經由學說發展，且經實務判決肯認為係屬獨立之債務不履行類型即「預期性違約」。於此種債務不履行類型劃分下，所適用各類型下共通之法律效果如解除契約、請求損害賠償，或特定類型下之代償請求或對待給付之請求。

再者，為檢討我國現行關於債務不履行類型規範之妥適性，首先觀察實務對於債務不履行類型化下法律效果之操作與運用，範圍包括民國 86 年到 100 年之給付不能與不完全給付，及給付不能與給付遲延之爭議性判決，觀察原審與最高法院對於相同違約事實，於債務不履行類型之選擇，以及債務不履行法律效果之適用，甚或相同違約事實，法院間所選擇之債務不履行類型及法律效果之歧異。

其次，觀察契約責任中債務不履行相關規定，於現行國際公約與外國立法例之立法趨勢，研究範圍包括最早之「聯合國買賣公約」(Convention of International Sale of Goods)，其後由 UNIDROIT 研究機構訂定的「國際商事契約原則」(Principles of International Commercial Contract)，以及近年來歐洲各國為統合法規所研擬之「歐洲契約法原則」(Principles of European Contract Law)，和以其為指引或指導原則而後所制定之「歐洲契約法共同參考架構草案」(Draft Common Frame of Reference European Contract Law)。除國際公約外，為觀察內國法於此國際立法潮流趨勢下之變化，因此選擇英國法，以及我國民法所繼受之德國民法，作為觀察與比較之內國法。

第二項 研究方法

本文分為五章，第二及第三章為我國民法關於債務不履行類型及其法律效果

之檢討，作為本文問題之觀察與提出。第四章嘗試以現行國際公約包括聯合國買賣公約(CISG)、國際商事契約原則(PICC)、歐洲契約法原則(PECL)及歐洲契約法共同參考架構草案(DCFR)關於債務不履行及其法律效果之整理，提供我國現行規定可能的參考與問題解決之途徑。第五章回歸我國民法現行債務不履行規定，於觀察國際公約與外國立法例後，我國關於債務不履行類型化及法律效果，是否有修正之必要，或能否於現行規定下以解釋論處理。

第二章為債務不履行類型化之學說與實務整理，主要觀察學說對於現行債務不履行類型之解釋，以及實務判決於面對違約事實如何選擇債務不履行類型，尤其實務上常見爭議，關於給付不能與不完全給付之認定，以及給付遲延與給付不能之選擇，本文整理自民國 86 年至 100 年之相關判決，藉以點出面對同一違約事實，最高法院與原審採不同債務不履行類型，或最高法院與原審採相同類型卻適用不同法律效果，甚或法院間採不同類型，三種判決歧異，以點出問題點，違約是實際上於類型化下適用之困難，實務運作是否已實際跳脫類型化，直接選擇適合個案需求之法律效果，類型化僅為其選擇該法律效果之理由而非前提，進而回到核心問題債務履行類型化之必要性；第三章為債務不履行類型化下法律效果學說與實務整理，觀察經由債務不履行類型化和歸責原則決定之法律效果，是否符合個案需求，以及相關法律效果有何不足之處，如我國契約解除權之行使與債務人主觀可歸責性密切相連，透過實務判決檢討契約存續與債務人主觀可歸責性是否相關。

第四章國際現行公約與外國立法例，比較各法規關於債務不履行歸責原則及法律效果，選擇比較之法律效果包括：定期命補正制度、契約解消及其下之預期性違約、減少價金及損害賠償。其中定期命補正制度，作為屆期債務人未依約履行之緩合期間，是否可作為我國對於違約事實判對類型適用困難之解套，且其相

關設計充分考量契約雙方利益，課予債權人通知並限制其解消權行使，然亦得解由此制度獲得預期之給付，債務人得於該段期間補正給付，不致因契約解消遭受不利益，惟仍須賠償遲延損害；類似之制度出現於清償期屆至前預期性違約，出現給付保證之制度，亦為衡量雙方於期前之利益而設計之制度，亦值得我國民法現仍未對於預期性違約有明文規範之參考。此外，減少價金成為一般性之債務不履行權利救濟，維繫契約調整雙方對價關係。無論是定期命補正、預期性違約或減少價金，三種設計均顯示國際立法趨勢較重於契約之維繫。至於契約解消方面，不以債務人主觀可歸責性為唯一前提，僅為判斷契約是否存續之參考因素之一，國際立法趨勢對於契約解消權之行使，以違約具有「重大性」為前提，違約「重大性」之判斷主要考量雙方利益及契約目的，包括債權人對於依契約所獲得給付之期待、債務人履行該給付之可能性，以及契約目的是否仍能達成，雖然公約與外國立法例均於條文中例示不同之重大性事由，然察其考量因素不外乎此三者。

第五章回歸我國民法債務不履行現行規定是否有修法之必要，或得於現行規定下以解釋論處理，主要包括歸責原則之客觀化、債務不履行類型之單一化及債務不履行法律效果之調整。如定期命補正制度是否須增訂，或是否能於我國民法第 254 條雙務契約給付遲延催告定期命補正之規定下解釋或適用；或關於解除權行使與主觀可歸責性脫鉤，是否應修改我國民法第 256 條解除權行使成為單獨規定，不再以第 226 條可歸責於債務人為前提，或經由解釋認為本條之可歸性為客觀歸責事由等；減少價金是否自我國民法債各瑕疵擔保之規定，移至總則中規範，或得以第 266 條一部不能部分解約、依比例減少對待給付調整雙方對價等等，修法與解釋論之優點與困境為何，以及對於實務運作之可能影響為何，均為本章節論所欲討論之問題。

第二章 我國債務不履行類型化

第一節 問題：債務不履行類型化之必要性

我國債務不履行之責任歸屬與法律效果，依債務人於清償期屆至時未給付、遲延，或已給付但未符合契約約定內容，區分債務不履行之類型為給付不能、給付遲延或不完全給付；並於特定債務不履行類型下，以債務人是否有主觀上之可歸責事由，即債務人於履行債務時是否已盡應盡之注意義務，而決定法律效果包括債權人所得行使之權利與債務人所負之責任。

我國民法繼受於德國民法，受其影響，針對債務人屆期未依契約履行之情形，區分為債務人屆期未給付且給付已屬不能者係給付不能，倘債務人屆期未給付而給付尚屬可能者係給付遲延，而債務人屆期給付但給付不符合契約所約定者係不完全給付，以債務人之違約情況構成不同之債務不履行類型，而賦予契約雙方不同之權利與責任。

惟債務不履行之類型劃分是否妥適，以及債務不履行類型化下，所適用之法律效果是否符合個案需求。以債務人於清償期屆至未給付為例，究係給付不能或僅遲延而給付尚屬可能，往往不易判斷，契約之存續有無必要亦尚未可知，然倘逕認定為給付不能而解消契約，是否有背於締約時契約當事人欲獲得約定給付之目的；或以債務人給付不符合債之本旨為例，究係給付不能或不完全給付，學說上無疑認為係後者，蓋給付不能為債務人未為給付，不完全給付則係已為給付僅給付不符合債之本旨，然而實務對於個案上之判斷往往無法明確區分二者，如常見案例為，買賣雙方締約時所約定之給付標的為建地，然債務人所移轉交付之土地地目可能有限建事由或農地，而致買受人無法興建，此一情形，就係債務人已

為給付僅有瑕疵，或債務人根本未為給付，涉及給付不能與不完全給付分類之妥適性，或進一步言之，此一分類是否具有必要性，均為本文所欲探討之問題。

本文僅就我國債務不履行之類型，首先觀察學說對於債務不履行各類型之定義，次以實務判決檢討我國民法對於債務不履行類型化及學說解釋之妥適性。蓋以法規明確規範債務不履行各類型之要件予法律效果，具有明確性與可預見性，亦使當事人能於事前預見避免糾紛；惟分類亦可能造成，違約之個案事實在債務不履行類型化下，必須適用特定法律效果之僵化，而造成於個案中未能充分保障雙方利益，或考量雙方對於契約之期待與履行可能性，而未符合誠信與公平原則之疑義。

第二節 我國債務不履行類型

我國民法債務不履行之體系承襲德國舊債法，債務不履行類型主要分為給付不能、給付遲延和不完全給付。債務不履行係指債之關係未被正常履行的情形，可能為不履行，或為不良履行。如給付仍為可能，在未履行前，則尚非法律上之不履行，亦非屬給付不能。倘不履行已為屆期不履行，屬給付遲延，或債務人明示或暗示拒絕給付，則為給付不能。¹最高法院 93 年台上字第 42 號：「按債務不履行包括給付不能、給付遲延及不完全給付三種，其形態及法律效果均有不同。所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言；若債務人僅無資力，按諸社會觀念，不能謂為給付不能。給付遲延，則指債務人於應給付之期限，能給付而不為給付；倘給付可能，則債務人縱在期限前，預先表示拒絕給付，亦須至期限屆滿，始負遲延責任。至於不完全給付，則指債務人提出之給付，不合債之本旨而言。」。

¹ 黃立，民法債編總論，頁 453。

第一項 學說簡介

第一款 給付不能

給付不能，謂未依債務本旨為給付，以滿足債權之狀態，債務人無給付行為，有不能給付而無從為給付者當之。又不能之給付謂債務人應為之給付，不能依債務本旨實現之意。所謂不能給付，不僅指物理上或邏輯上不能給付，凡依社會觀念，認為不能給付者亦包括在內。²

值得注意者為民法第 227 條修正前係：「債務人不為給付或不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」學說多認本條不為給付僅指給付遲延，倘給付已屬不能，則無從強制執行；惟學者史尚寬認為，給付不能及給付遲延均應包括在內，給付不能，事實上雖無從執行，然在債務人不為給付時，究為給付不能抑為給付遲延，在未經證明前，尚難以斷定。³雖同條現已修法為不完全給付之明文規定，且修法前「不為給付」之規定亦不復見，造成原學說認為，屬於債務不履行類型化下之「拒絕給付」，現已無明文規定。關於債務人於屆期前發生顯然未能於屆期後給付之情形，學說上稱為「預期性違約」。由於債務人於清償期屆至前尚無給付義務，無從違約，因此是否於屆期前賦予債權人解除契約或請求賠償之法律效果，涉及對於契約雙方利益之權衡，且於我國現無明文規定，如何解釋，殊值探討，容第四章藉國際公約與立法例觀之。

第一目 給付不能之類型化必要性

² 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 508-509；戴修瓚，民法債編總論，1961 年，頁 131-132；劉春堂，判解民法債編通則，1978 年，頁 118；何孝元，民法債編總論，1960 年，頁 153。

³ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 356。

不能之給付，學說上有依各種觀點分析之，惟以下僅就涉及本文爭議點之區分為探討：(一)自始不能與嗣後不能：學說多以法律行為成立時為準⁴，為亦有學說以契約成立時為準者⁵，不能之給付於其前業已確定者，為自始不能，反之，於其後始確定不能者，則屬嗣後不能。(二)主觀不能與客觀不能：德國民法修正前第 275 條有此一區分，我國民法則無此區別，學說上普遍承認此一分類，其所持解釋包括：(1)以人的原因為區分，對任何人不能為客觀不能，僅對債務人不能給付為主觀不能⁶；抑或 (2)以係因事務的性質為區分，給付之性質為客觀不能，債務人個人之事由致不能實現債之本旨為主觀不能；甚而 (3)以基於債務人個人之事由為主觀不能，或以通常之人處於債務人地位是否亦屬不能給付為斷；亦有學者認為係 (4)基於債務人本身之情事為主觀不能，以外之情事為客觀不能者⁷。依未修正前之德國民法其實益在於，首先以自始客觀不能為給付目的之契約為解消，再者以自始主觀不能為給付目的之契約為有效，於嗣後不能則無論主觀或客觀不能⁸，其因可歸責於債務人之事由所生者，債務人應負損害賠償責任。⁹

其餘給付不能之分類，尚包括 (三)全部不能與一部不能：給付僅其一部不能實現債務本旨者，是為一部不能，如給付全部均屬不能，則為全部不能。此於民法 226 條第 2 項規定：「給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。」。惟以給付可分為前提，倘給付不可分者，只有全部不能，給付可分者，始發生一部不能¹⁰。(四)永久不能與暫時不能：暫時不能係指給付之障礙可得預期除去者，而遲早有

⁴ 黃棟培，民法債編總論，修訂版，1982 年，頁 171；何孝元，民法債編總論，1960 年，頁 155。

⁵ 史尚寬，債編總論，頁 368；邱聰智，新訂民法債編通則，頁 38。

⁶ 何孝元，民法債編總論，1960 年，頁 155。

⁷ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 366。

⁸ 民法第 225 條之立法理由：「查民律草案第 361 條理由謂給付於債務關係發生後，**依客觀或主觀之不能**，並其原因非歸責於債務人之事由時，應使債務人免其義務。……」此外，史尚寬著債編總則第 363 頁、鄭玉波著民法債編總論第 279 頁、邱聰智著新訂民法債編總則第 37 頁均為相同見解。

⁹ 黃棟培，民法債編總論，民法債編總論，修訂版，1982 年頁 170。

¹⁰ 黃棟培，民法債編總論，民法債編總論，修訂版，1982 年頁 171。

給付之可能，且債務之清償期，於債之關係並不重要。若不能之障礙不能預期其除去，則屬永久不能。有學者認此一區分並無實益，蓋於債務清償期或債務人得為履行之期間，若有不能給付之情形，則不問其為永久不能或暫時不能，均生給付不能之法律效果。惟暫時不能，雖屬給付不能，然若債務人於障礙除去後，依約履行債務，對於原定債務本旨倘無違背，則無概予否認其效力之必要，固究應認為債務消滅或遲延給付問題，即應斟酌具體情況，依當事人訂約本旨，基於公平原則判斷之，此一區別實屬必要¹¹。

惟觀上述分類，區別實益均在使其法律效果切合實際情形，然究其本質係自當事人對於給付之預期性(永久與暫時不能)與利益(全部與一部不能)，探討契約是否有存續之必要，及雙方所得行使之權利，上開分類是否屬必要，亦涉及債務不履行分類必要性之探討。

第二目 以不能之給付為契約標的之契約

除前開給付不能之類型外，針對契約要件之一的標的不能係於民法第 246 條第 1 項前段規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為解消。」學說上有認契約之生效以標的可能為要件，倘契約訂定前，標的已屬不能，係為欠缺契約有效要件，應歸於解消，依此脈絡，無論屬主觀或客觀不能，標的自始不能均屬契約解消；亦有學說認為本條應僅限於自始客觀不能，尚不包括自始主觀不能，契約應為有效，容下述之。故給付不能除自始主觀不能有爭議外，應指嗣後不能，包括主觀與客觀不能，蓋契約既已成立，或債務早已存在，嗣後由於不可歸責於債務人，或可歸責於債務人之事由，以致給付不能，其法律效果應為債務人是否負擔債務不履行之損害賠償問題(民法第 225 條及第 226 條)。

¹¹ 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 510-518。

針對自始不能是否僅指客觀不能，學說則認契約訂立時既屬不能，倘分別主觀及客觀不能異其效果，依民法第 246 條前段解釋，殊難得其理論根據。惟契約標的雖屬不能，然於不能之情形可以除去而當事人訂約時預期於不能之情形除去後為給付者其契約仍為有效，或附停止條件或始期之契約於條件成就或期限屆至前不能之情形以除去者契約仍為有效。¹²此外，同法第 350 條亦為特別規定，倘買賣標的為債權或其他權利，其於契約訂立時已不存在，依前述同法第 246 條應屬解消，但因債權或其他相類之權利不具有公示性，其權利歸屬或移轉往往無法為買受人所知悉，為保護善意之買受人，依第 350 條契約仍為有效。

另於買賣契約標的不能，倘買賣標的物係屬第三人所有，屬於自始主觀不能，契約仍為有效，依民法第 348 及 349 條僅出賣人負權利瑕疵擔保責任。學說¹³上認縱契約訂立時買賣標的屬第三人所有而為自始主觀不能之情形，惟買賣法有別於同法第 246 條標的不能致契約解消之特別規定，於此情形契約仍屬有效。值得注意者為，同法第 353 條雖規定，出賣人不履行第 349 及 350 條之義務時，依關於債務不履行之規定行使其權利，惟權利瑕疵擔保與債務不履行究屬不同，僅兩者效力相同而已。

惟綜觀學說對於契約標的不能及買賣契約標的不能之分類與見解，本文以為，承前脈絡，以當事人對於給付之預期性及履行可能性，探究契約存續之必要與法律效果，反觀民法第 246 條及學說均以類型劃分，而認定契約是否有存續之必要，不僅繁複亦欠缺彈性，再次顯現分類必要性之疑義。

¹² 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 518-519。

¹³ 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 521-522。

第二款 給付遲延

給付遲延乃債務已屆清償期，給付可能而未為給付之意。債務人有為給付之義務，如因可歸責於債務人之事由而屆期未為給付，是為債務人之遲延；如給付遲延係因債權人遲延受領債務人提出之給付所致，則為債權人之遲延。債務人之遲延係屬給付義務之違反，自應由債務人負遲延責任；債權人之遲延則為受領給付之權利怠於行使，其結果則為債務人責任之減輕。¹⁴

第一目 債務人遲延

債務人於應給付之期限內，能給付而不為給付，是為債務人遲延。倘債務人之給付尚屬可能，則不問屆期消極不為給付，抑或積極拒絕給付，均屬遲延給付。倘債務人在應給付之期限以前，預先表示拒絕給付之意思者，學說上稱為「預期性違約」，亦惟有俟應為給付之期限屆滿時起，始負遲延責任，民法並未就此規定債權人得逕行解除契約。惟給付遲延，係以給付仍屬可能為前提，無論給付期限屆至前後給付均應屬可能，倘給付期限屆滿以後，債務人給付已屬不可能，則應依給付不能規定處理，非屬給付遲延¹⁵。惟給付仍屬可能應以締約時或已清償期屆至時為準，一說以給付可能與否應以清償期為準，然給付遲延，以給付之提出有延展為必要，從而縱其後非尚得為給付或得為給付之提出，則不得謂為給付遲延¹⁶，而轉入給付不能之法律效果。

給付仍有履行之可能外，亦須債務已屆清償期而債務人未履行，蓋債務未屆清償期，債務人原無給付之義務，自不負遲延之責，故須債務已屆清償期，始生

¹⁴ 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004年，頁545。

¹⁵ 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004年，頁546。

¹⁶ 史尚寬，債編總論，1983年，頁378。

遲延之問題。惟清償期是否屆至，以給付是否有確定期限而定。¹⁷給付定有期限者(民法第 229 條第 1 項)，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任(民法第 229 條第 3 項)；倘給付無確定期限，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。關於無確定期限(民法第 229 條第 2 項)其情形有二：一為未定期限，為不定期債務，依民法第 315 條，債權人得隨時為催告請求清償，債務人亦得隨時為清償。二為雖定有期限而其屆至之時期不確定，為不確定期限之債務，依同法第 316 條，在期限屆至以前債權人不得請求清償，自不得催告。¹⁸

第二目 債權人遲延

債權人遲延，即債權人對於已提出之給付拒絕受領或不能受領之事實。我國民法第 367 條規定，買受人有受領標的之義務；第 512 條第 2 項規定，定作人有受領工作之義務。惟除法律有特別規定或當事人另有約定外，解釋我國民法，應認為債權人有受領之權利，不負受領之義務。故債務人雖受領遲延，債務人之債務仍然存在，僅債務人之責任消極的減免。由於受領遲延並非債務不履行，不以債權人之故意或過失為要件，只須有債權人不為受領之客觀事實為已足。亦即債權人無受領之義務，則過失無由發生，不得以過失為債權人遲延之要件，故債權人遲延以有不受領之事實為已足。¹⁹²⁰

債權人受領遲延，係以債務人已提出給付為前提，包括同法第 235 條前段規定現實提出，即債務人提出符合債之本旨的給付，即債務人已為實行給付所必要

¹⁷ 黃棟培，民法債編總論，修訂版，1982 年，頁 177。

¹⁸ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 378-385；鄭玉波，民法債編總論，修訂二版，2002 年，頁 288-289；孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 547；劉春堂，判解民法債編總則，1978 年，頁 122；邱聰智，新訂民法債編通則，新訂一版，2000 年，頁 438。

¹⁹ 黃立，民法債編總論，修訂三版，2006 年，頁 486。

²⁰ 黃棟培，民法債編總論，修訂版，1982 年，頁 181。

之一切行爲，使債權人處於現實可得受領之狀態²¹，此外，債務人依同條但書，亦可以言詞提出，其前提爲債權人有預示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之行爲，債務人僅須將準備給付之情事通知債權人即可。債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，依同法第 234 條自提出時負遲延責任。²²此外，債權人不得不爲對待給付而受領所提出之給付，倘不爲對待給付而準備受領，應解爲拒絕受領，學者認爲於雙務契約之情形，債務人以對待給付爲條件之給付提出不失爲依債之本旨提出，債權人不履行所附之條件時，則非受領遲延而同時爲給付遲延。²³

第三款 不完全給付

債務不履行類型，除不能給付及遲延給付外，尙有不完全給付。早期我國民法是否有明文規定尙有爭議，學者有認修正前之民法第 227 條爲不完全給付之規定，亦有否定者²⁴，惟修正後現行法已無爭議。所謂不完全給付即債務人雖爲給付，而給付內容並不完全符合債務本旨，早期學說多認爲不僅給付之品質或數量不完全，亦包括給付之方法或時間不當²⁵，係瑕疵給付；倘債務人之給付不僅有瑕疵，且因該瑕疵而致債權人遭受旅行以外之其他損害²⁶，屬加害給付即債權之積極侵害。相較於給付不能與給付遲延均屬不給付之債務不履行，以消極的不給付侵害債權，不完全給付則因債務人之積極的給付，致債權人遭受損害，因此又稱爲債權的積極侵害。²⁷不完全給付於履行在時間上正確，其給付亦爲可能，而債權人所受到的，並非依債務關係之內容，斟酌誠信原則所應得者，該給付就債

²¹ 黃培棟，民法債編總論，修訂版，1982 年，頁 182。

²² 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 556-559。

²³ 史尚寬，債編總論，債編總論，1983 年，頁 418。

²⁴ 劉春堂，判解民法債編通則，1978 年，頁 120。

²⁵ 史尚寬，債編總論，債編總論，1983 年，頁 399-400；何孝元，民法債編總論，1960 年，頁 159。

²⁶ 劉春堂，判解民法債編通則，1978 年，頁 120。

²⁷ 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 579。

權人而言，價值有減損或全無價值。換言之，即債務人未依債之本旨為給付。²⁸

於不完全給付之情形，「債務人已為給付」，此為學說與實務一再強調之要件，給付縱已提出，但給付之標的物有瑕疵，且瑕疵在契約成立後始發生，因可歸責於債務人之事由所致者，出賣人負物之瑕疵擔保責任外，亦構成不完全給付。蓋就瑕疵之給付部分，乃非依債務本旨而為履行，且係依嗣後可歸責之事由所致，以瑕疵能否補正，依同法第 227 條第 1 項規定，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。²⁹

第四款 預示拒絕給付

預示拒絕給付未於我國民法有明文規定，僅於民法修正前於第 227 條規定：「債務人不為給付或不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行。並得請求損害賠償。」故早期學者於給付不能、給付遲延及不完全給付之外，亦討論「給付拒絕」之概念，債務人於清償期屆至前表示不願給付，其於我國債務不履行類型化下，性質究屬給付不能抑或給付遲延。拒絕給付與給付遲延不同，後者其給付於清償期在給付可能之期待下，陷於遲延之狀態，而拒絕給付，則於清償期無關，於清償期前後亦得發生³⁰。其亦與給付不能不同，雖給付仍為可能，惟因債務人表示不願為之，以致其給付為不可期待。³¹此外，債權人於此一情形，由於清償期尚未屆至，債務人無給付義務，債權人得否與一般債務不履行之情形下，行使相關權利，或究得於何時及行使何種救濟措施，亦生疑義，例如債權人是否須至清償期屆至後，始得依債務不履行行使權利，蓋契約於債務人預示拒絕時，往往已無給付之可能，債權人倘不得行使相關權利或仍須繼續履行契約，對債權

²⁸ 黃立，民法債編總論，民法債編總論，修訂三版，2006 年，頁 469。

²⁹ 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 583。

³⁰ 鄭玉波，民法債編總論，修訂二版，2002 年，頁 284。

³¹ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 394。

人之期待亦不甚合理，茲從學說與實務予以觀察。

第一目 學說

學者史尚寬於債編總則中提及類似概念「給付拒絕」，通稱履行拒絕，謂債務人違法的對於債權人表示不為債務履行的意思。鄭玉波亦於其所著書中提及給付拒絕乃債務人能為給付而違法的表示不為給付之意思通知。³²故客觀的債務不存在者，債務人以債務不存在為理由，表示不為債務履行之意旨，非屬拒絕給付。債務人基於法律規定或依契約，有拒絕債權人請求之權者，因其抗辯權之行使而為拒絕給付者，非此所拒絕給付。

拒絕給付，不以明示為必要，默示的亦得為之。拒絕給付為債務不履行其學說包括：(一)債務人除負有應給付之第一次義務外，依誠信原則，尚負有不使給付之實現為不能或不危害其實現之不作為義務。(二)拒絕給付，危害債務之履行，為債權之積極侵害，屬於不完全給付之一種。惟學者認為，拒絕給付，屆期前無給付義務之存在，而非不完全給付。拒絕給付，雖在清償期前為之，可認為已有任意給付義務之違反，即為第一次義務之違反。蓋任意履行，繫於債務人之自由意思，倘債務人明示拒絕，則任意履行，等於給付不能。因可歸責於債務人之事由致給付不能者，無須俟清償期之屆至時，債務人即應負債務不履行之責。因此，債務人預為拒絕給付，表示不實現債務內容之旨，則亦無須俟清償期之屆至，即應負債務不履行之責。³³

於債務人拒絕給付之情形，債務人於清償期屆至後拒絕給付者，債權人依修正前民法第 227 條得聲請強制執行，並請求全部不履行之損害賠償；債務人於清

³² 鄭玉波，民法債編總論，修訂二版，2002 年，頁 283

³³ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 393

償期屆至前拒絕給付者，債權人得不經催告，逕行解除契約，並得請求因拒絕給付所生之損害賠償，且該給付對於債權人已無利益，得拒絕給付而請求因拒絕履行所生之損害賠償。³⁴倘債務人於清償期屆至或給付遲延後而為拒絕履行，債權人得請求全部不履行之損害賠償，惟於債務人拒絕給付後，債權人未解除契約或請求損害賠償之前，債務人非不得撤回其拒絕履行之意思，或依現實之給付提出，而消滅履行拒絕之效力。但因履行拒絕已發生之損害賠償請求權，不因此消滅。

35

第二目 實務

我國實務承認「預示拒絕給付」為除了給付不能、給付遲延、不完全給付外，另一種違約類型，最高法院 91 年度台上字第 841 號判決認為：「惟解除權之發生原因，除民法債各編之個別規定外，可歸納為給付遲延、給付不能、不完全給付、預示拒絕給付、情事變更、違反誠實信用原則等六者，此六者除情事變更外，其共通性質均屬違約」值得注意者，最高法院於本判決中以法律效果為主軸，認為違約類型為發生解除權之原因或要件，與本文第四章所介紹之外國立法與國際公約具有相似之處，亦將預期性違約放入契約解消中為討論。

惟我國實務針對預示拒絕給付法律效果部分，似不承認有與清償期屆至後之違約相同法律效果。仍認倘為契約清償期屆至前拒絕給付者，於屆期始負債務不履行責任，如最高法院民事判決 89 年度台上字第 1871 號表示：「債務人之拒絕給付，如係在清償期以前，因其履行之責任尚未發生，自無債務不履行之問題；如係在清償期以後，則其不為給付，即與給付遲延無異，自應依遲延給付之規定處理。」另如最高法院 93 年度台上字第 42 號判決亦表示：「惟按債務不履行包

³⁴ 鄭玉波，民法債編總論，修訂二版，2002 年，頁 284。

³⁵ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 395-396。

括給付不能、給付遲延及不完全給付三種，其形態及法律效果均有不同。所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言；若債務人僅無資力，按諸社會觀念，不能謂為給付不能。給付遲延，則指債務人於應給付之期限，能給付而不為給付；倘給付可能，則債務人縱在期限前，預先表示拒絕給付，亦須至期限屆滿，始負遲延責任。至於不完全給付，則指債務人提出之給付，不合債之本旨而言。」顯見我國實務仍認為，債務人於清償期前尚無給付義務，無從違約，必至清償期屆至未為給付，始負給付遲延責任。

第二項 實務案例探討

承前對於債務不履行類型化之學說整理，債務人屆期未給付或給付不合債之本旨者，無論我國現行民法債編或是學說，皆以該等違約事實涵攝於債務不履行各類型之要件，決定其債務不履行之法律效果，即契約雙方得行使之權利與請求損害賠償。惟以法律規定債務不履行類型之要件，看似周延處理各種違約情況，給予契約當事人可預見違約發生之可能性及其法律效果之影響，具有明確性與避免紛爭等優點。然而，於個案操作是否會因此不具彈性，造成債務不履行法律效果之適用，無法符合個案需求，而有背於契約雙方之期待，則須經由實務案例之檢討。

以下經整理近年債務不履行之相關(民國 86 年至民國 100 年)最高法院民事判決，查其經常出現相同違約事實，然於最高法院判決與原審判決中，卻為不同債務不履行類型之判定，而導出不同之法律效果。其中常見之爭議為，給付不能與不完全給付之類型劃分，儘管最高法院向來見解均為：「按債務不履行包括給付不能、給付遲延及不完全給付三種，其形態及法律效果均有不同。所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言；若債務人僅無資力，按諸社會觀

念，不能謂為給付不能。給付遲延，則指債務人於應給付之期限，能給付而不為給付；倘給付可能，則債務人縱在期限前，預先表示拒絕給付，亦須至期限屆滿，始負遲延責任。至於不完全給付，則指債務人提出之給付，不合債之本旨而言。」³⁶認為倘為消極的未為給付，可能屬給付不能、給付遲延，惟不完全給付係債務人已積極提出給付，僅所為之給付不合債之本旨。縱最高法院以「提出給付與否」作為兩者之區別，然事實審判決仍出現歧見，容待以下案例探討詳論其原因。

此外，常見之爭議還有債務人屆期未為給付，就係給付遲延或給付不能，涉及屆期時是否能判斷給付尚屬可能或已屬不能者，往往不易判定，惟兩者法律效果仍有差異，且事關契約是否存續之問題。實務判決常出現原審判決對於債務人屆期未給付，即適用給付不能之法律效果，而未論斷給付是否尚屬可能，甚或僅暫時不能之後仍為可能(如撤銷查封之案例)，究其契約目的與契約雙方之期待，是否適用給付遲延之法律效果較為妥適，以下舉例討論之。

第一款 給付不能與不完全給付之案例

我國實務面對債務人屆期已提出給付，然給付仍不合債之本旨之違約情形，倘承前學說類型，債務人「已提出」之給付，屬於積極侵害債權之不完全給付。惟實務判決在面對此種類型違約事實，原審與最高法院判決往往出現歧異。以下整理相關實務判決，觀察問題所在。

案例一：檢驗報告有瑕疵而無法通過衛生署核准新藥上市

【判決事實】

³⁶ 最高法院九十三年度台上字第四二號判決。

依據最高法院於 100 年度台上字第 2091 號判決事實，培力藥品公司原生產糖尿病用藥 Glucomine (Metformin) F.C. Tab (膜衣錠)，鑑於國外廠商研發之 Metformin 緩釋劑型療效佳，國外糖尿病用藥上已取代傳統膜衣錠，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 (Metformin 500mg) S. R./X.R.T ab 之新藥，並於民國 90 年 7 月間與佳生科技公司簽訂臨床試驗委託合約書，委託佳生科技公司從事系爭新藥之臨床試驗，以完成申請新藥查驗登記。惟佳生科技公司於試驗過程中違反系爭合約所規範之監測報告義務，致培力藥品公司無法適時得知缺失、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 (S A E) 未依規定時間通報等缺失，衛生署嗣於 93 年 5 月 27 日發函指正 11 項缺失，並稱該試驗違反該署頒訂之優良臨床試驗規範 (G C P)。佳生科技公司顯違反系爭合約之規範義務，而衛生署已駁回系爭臨床試驗，培力藥品公司乃於 94 年 1 月 14 日解除系爭合約，並請求佳生科技公司賠償因此所受之損害與所失利益。

【法院判決】

最高法院 100 年度台上字第 2091 號對於給付不能與不完全給付之區別表示：「按民法第 226 條第 1 項所規定之給付不能，係指因可歸責於債務人之事由，其應為之給付依社會觀念已屬不能，致債務人不能依債務本旨實現給付，亦即債務人應有所為而不能為，而以消極的不給付侵害債權人之債權，屬於債權的消極侵害；倘債務人已為積極的給付，因可歸責於債務人之事由，債權人因而受有損害者，則為民法第 227 條第 1 項所規定之不完全給付，屬於債權的積極侵害，二者其法律性質、構成要件及規範功能均未盡相同，乃不同之債務不履行類型。本件

兩造簽訂系爭合約，由被上訴人委託上訴人從事系爭新藥之臨床試驗，上訴人已交付系爭新藥計畫報告，惟因該項計畫報告具有缺失，遭衛生署不準備查，既為原審認定之事實，則上訴人已依系爭合約提出給付，雖其給付不符合債務本旨，究與應有所為而不能為，而以消極的不給付侵害被上訴人債權之情形不同，自非依社會觀念已屬不能之給付不能可比。原審見未及此，迭以系爭新藥計畫報告因衛生署駁回確定，致系爭合約之契約目的無法達成，即謂構成給付不能云云，已有適用法規不當之違誤。」

【評析】

本案例中，藥廠與檢驗單位所定之契約係藥品檢驗，該檢驗作為藥品申請衛生署核准通過之證明文件，今衛生署認為該分檢驗報告未驗出係爭藥品產生之有害項目而未核准該藥品之生產。法院針對驗單位提出之報告，原審認為檢驗單位未提出合於債之本旨之報告，構成可歸責於債務人事由所致之給付不能，最高法院則維持向來見解，認為檢驗單位「已提出」給付(報告)，僅該給付不符合債之本旨。非如給付不能根本未提出之消極侵害債權，不完全給付係債務人已積極提出給付，未符合債之本旨屬積極侵害債權。

以原審判決適用給付不能之法律效果觀之，檢驗單位未提出合格之檢驗報告為可歸責於債務人之給付不能，此時債權人藥廠依民法第 226 條、第 256 條，得解除契約，請求檢驗單位為損害賠償。惟就事實層面而言，檢驗單位確實提出契約所約定之檢驗報告，實非未為給付，且如同檢驗單位於判決中提出之抗辯，雙方所訂契約未有該藥通過衛生局檢驗之擔保，縱使檢驗單位所提出之報告因檢驗項目不全，僅能謂其所提出之給付有瑕疵而非未為給付，且檢驗單位亦得再行檢驗補正該不全之項目，對於藥廠非全無利益，此時適用給付不能之法律效果，走向

直接解消雙方債之關係及損害賠償，是否符合雙方期待與利益平衡，對於檢驗單位已付出之檢驗成本無法回收，似非合理。

最高法院於本案中認為原審法院採給付不能，而使債權人(藥廠)得逕行解約尚非合理，雖未言明倘係不完全給付應適用給付不能或給付遲延之法律效果，然無疑相較於給付不能而言，此一債務不履行之類型選擇，似較予契約雙方權利行使與契約存續之彈性。本文以為，最高法院區別給付不能與不完全給付以債務人是否「已提出」給付為分野，係自債務不履行之要件出發，而非考量債務履行之法律效果對於契約雙方期待與利益之平衡。惟原審法院與最高法院對於相同違約事實為不同認定，似顯示債務不履行類型化之困境。倘進一步思考債務不履行類型化之必要性，亦即債務不履行類型化下法律效果之適用於個案是否妥適，則最高法院本文中採取較具彈性之不完全給付類型，是否隱含考量其法律效果於個案適用之妥適性，即無從得知。

案例二：房地使用目的不符契約約定

【判決事實】

依據最高法院民事判決 99 年度台上字第 111 號事實，訴外人順陽建設股份有限公司於民國 81 年 6 月 10 日經核准設立登記，惟於設立登記前，上訴人即以順陽公司名義銷售南都大樓，將原設計為店舖及辦公室使用之地下一樓，改為「南都美食街」，規劃成 22 個飲食攤位出售，被上訴人信以為真，與訴外人吳滄憫簽立契約，購買編號一至三號 3 個房地攤位，預定為經營鐵板燒之用。嗣吳滄憫於 80 年 12 月 27 日死亡，被上訴人乃與上訴人即順陽公司負責人另訂立買賣契約，然伊與吳滄憫所訂立之原契約仍為有效，關於原契約之一切權利義務，應由上訴

人等繼承。被上訴人已依約給付價金，並於系爭房地過戶後，花費裝潢、購買生財器具開業，卻遭取締，經於 83 年 4 月間向台北縣政府申請建造執照之藍圖、建物測量成果圖，始知系爭房地原始設計為辦公室，無法為飲食營業。

【法院判決】

最高法院民事判決 99 年度台上字第 111 號表示：「本件被上訴人於事實審並未主張買賣當初上訴人確有保證系爭房地於將來第二次施工時，得為合法經營美食街攤位使用，原審竟逕行作此認定，已不無認作事實主張之違誤。次查，民法第 226 條所謂給付不能，係指依一般社會觀念，其給付無法履行而言。系爭房地已於 82 年間過戶交付予被上訴人，非以不能給付為契約之標的，乃原審所認定之事實，至系爭房地倘欠缺買賣契約通常之效用或預定之效用，係屬出賣人是否應負物的瑕疵擔保或不完全給付責任之問題，究與給付不能有間。原審遽認系爭房地於交付後不能做商業攤位使用，此瑕疵不能補正，被上訴人得依民法第 256 條規定解除契約，亦有可議。再者，現行民法第 227 條係於 88 年 4 月 21 日公布，89 年 5 月 5 日施行，修正施行前，民法並無不完全給付之規定，有關債務不履行之不完全給付，乃法律漏洞，只能類推適用給付不能或給付遲延之規定，加以填補。系爭房地係於 82 年間過戶交付予被上訴人，既為原審所認定，如構成不完全給付，依法律不溯及既往之原則，亦僅能類推適用給付不能或給付遲延之規定，而無適用現行民法第 227 條規定之餘地。原審見未及此，率謂被上訴人得依民法第 227 條、第 226 條之規定，請求損害賠償，尤有判決適用法規不當之違法。上訴論旨，指摘原判決對其部分為不當，求予廢棄，非無理由。」

【評析】

本案上訴人與被上訴人建設公司購買房地攤位，係作為餐飲業經營之用，惟於房地過戶後，上訴人申請相關文件始發現該房地僅能作為辦公室之用，無法經營餐飲業，因此向被上訴人主張債務不履行。原審法院認為本案屬給付不能，惟上訴人即買受人於買受該攤位，支付大筆費用裝潢與準備營業，今因該攤位依法規僅能作為辦公室用途而無法經營餐飲業，於此情形，倘使買受人依給付不能規定解除契約並請求損害賠償，雙方契約關係解消互負返還義務，買受人須返還其已花費裝潢之攤位而無營業獲利之可能，出賣人的賠償縱包括買受人營業準備之必要費用，亦難謂合乎雙方利益與期待，相較於此，倘給予出賣人建設公司申請變更使用目的，並賠償買受人於此段期間所受之損害，買受人仍得於攤位變更使用目的後繼續營業，是否較符合雙方原先對於契約履行之期待；由此觀之，原審所採給付不能之法律效果，未考量雙方締約目的及債務人補正給付之可能性，直接走向雙方契約之解消，似有欠周延。

最高法院維持向來見解認為被上訴人即債務人已提出給付，且非以不能之標的為給付，則非屬給付不能。縱給付不符合債之本旨，屬積極侵害債權之不完全給付。值得注意者，本案最高法院進一步解釋，債務人給付不符合債之本旨者，倘給付非屬不能，僅係不符合契約通常之效用或預定之效用者，係屬瑕疵能否補正之問題，適用物之瑕疵擔保或不完全給付。惟最高法院對於本案應適用之債務不履行法律效果部分則未為進一步論斷，除民法第 227 條修正後之適用問題外，僅言原審以瑕疵不能補正，而認債權人得依可歸責於債務人之事由給付不能之規定解除契約不甚合理，然如最高法院向來未言明倘應適用不完全給付之何種法律效果。

本文以為，最高法院於本案解釋債務不履行類型之適用，仍著重於要件之涵攝，除以「債務人已提出給付」為區別外，亦分析於不符合債之本旨之給付倘為

『欠缺契約通常之效用或預定之效用』者，屬物之瑕疵或不完全給付，均係要件出發。然而，探究個案，該購屋契約是否有存續之必要，上訴人即買受人係以該房地為餐飲業之用途而購買，應認屬契約重要要素，倘給付無法為此一用途，契約目的則無法達成，該給付對於債權人而言可能無利益，可能主張解約及損害賠償；倘該房地使用得依申請變更，則應予出賣人補正之機會，不僅符合原契約締約時之目的，亦符合買受人對於契約履行之期待。

倘本案不完全給付適用給付遲延之規定，無論係催告給予相當期間命補正(申請變更用途)，或認該給付(一般辦公用途)已對債權人無利益，而解約請求替代賠償，可能更符合個案需求。顯見於我國現行民法債務不履行分類下，實務操作上往往發生困境，或許可推論法院於個案適用發現某類型債務不履行之法律效果不適宜，無法解決個案契約雙方之需求，從而經由要件之解釋，適用他種債務不履行類型，藉以調整法律效果。

案例三：房屋坪數短少

【判決事實】

依據最高法院民事判決 96 年度台上字第 2500 號事實，買受人以 490 萬元向被上訴人購買攤位作為商場買賣之用，購買時已知攤位中有主要樑柱及區隔攤位之牆壁等事實，仍繳足價金並完成交屋手續。惟買受人發現，出賣人於簽約後始變更系爭攤位旁安全門位置，且將梁柱面積亦算入攤位買賣契約中的使用面積，買受人因此向出賣人主張給付不能與物之瑕疵擔保。

【法院判決】

惟原審法院針對物之瑕疵擔保，認為買受人不得主張解除契約，僅能請求減少價金，而謂：「查系爭攤位於三角窗位置，依通常觀念，購買者自係看重其人潮匯集、往來動線流暢之有利因素，上訴人簽約時，系爭攤位其旁為完整通道，交屋時其旁竟有寬約 122 公分之安全門，平日關閉時對其人潮往來之流暢及攤位之顯目程度自有相當之影響，出賣人此項變更設計，足以影響系爭攤位之價值及效用，構成買賣標之物之瑕疵。其次，主要樑柱屬構造上當然共有，不得供做專有部分，出賣人將系爭樑柱計入主建物面積出售，使買受人實際可使用之空間減少，構成物之瑕疵。系爭攤位於簽約後，固經被上訴人在其旁變更設置安全門，致影響部分人潮流通之順暢及系爭攤位之顯著程度，然其作為攤位使用之效能並未喪失，且攤位營業是否獲利，尚受商品品質、行銷方式、商譽等影響，不以店家之坐落、人群往來動向為限，另系爭攤位係地下二樓商場美食街攤位之一，除攤位本身外，另有供客人使用之走道、用餐區、洗滌室等共同使用之公共設施，整體配合始構成上訴人營業之空間，且上訴人仍可將部分攤位往外延伸，故上訴人攤位面積雖有短少，惟影響其經營之程度，尚非嚴重，衡量兩造所受損害程度，上訴人解除契約顯失公平，應僅得請求減少價金。審酌上訴人攤位因系爭安全門之設置，致通道部分受阻，然依竣工圖所示，其餘空間可供擺設一排餐桌椅，仍有相當之通行空間，且不失其三角窗之優勢等情，認此部分之瑕疵以酌減價金 20 萬元為相當。」又「系爭攤位權狀總面積為 37.55 平方公尺，其中主建物面積 12.18 平方公尺，即主建物面積占 32.36%，公設比例為 67.64%，主建物扣除系爭樑柱面積後實際為 10.97 平方公尺，按上開比例計算，系爭攤位總面積僅為 33.90 平方公尺，亦即短少 3.65 平方公尺，誤差達 9.72%，被上訴人應依合約找補。系爭攤位平均每平方公尺價金為 13 萬 0492 元，被上訴人應找補 47 萬 6296 元。」

其次，就買受人主張給付不能之部分，原審認為出賣人並非未交付買賣標的，

而僅係標的物具有瑕疵之情形，故原審採最高法院向來見解認為構成不完全給付，而非給付不能。最高法院 96 年度台上字第 2500 號判決亦肯認原審判決：「不動產之出賣人已將該不動產移轉、交付予買受人，如有面積不及約定數量之情事，亦僅買受人得否依不完全給付之規定行使權利而已，尚難謂買受人得依給付不能之規定行使權利。查被上訴人既已將系爭攤位移轉並交付予上訴人，僅有加設安全門及交付之面積不足，屬不完全給付，上訴人尚不能解除系爭契約。」

【評析】

本案為房屋買賣常見糾紛，倘房屋實際未符合買賣契約所約定之坪數或位置，買受人主張房屋不符合買賣契約所訂，乃給付不合債之本旨，請求依給付不能解除契約請求損害賠償。惟就事實層面觀之，買受人欲購買該攤位作為營業用途，亦為契約目的，今因出賣人所提出之攤位坪數短少，似尚不致於嚴重影響買受人之營業用途，亦未致契約目的無法達成之情形，且若契約解消，出賣人亦可能因無法出售攤位而遭致損失，衡量雙方利益及契約目的，買受人請求依給付不能而解除契約，似非合理。從而觀之，最高法院與原審採不完全給付及物之瑕疵擔保，維持契約之存續，而賦予雙方減少價金等調整契約之空間，似較能平衡雙方利益。

蓋原審與最高法院均認為，首先，本案中出賣人已移轉房屋予買受人，已提出給付，僅房屋坪數短少，仍非屬於未提出給付之給付不能，而為不完全給付；其次就房屋坪數短少之部分，同時構成物之瑕疵擔保與不完全給付，而認買受人僅能依瑕疵擔保之規定請求減少價金，而非解除契約。由此觀之，實務於此案例中認為房屋坪數短少屬於不完全給付而非給付不能，且就物之瑕疵擔保而言亦因瑕疵非屬重大僅能請求減少價金，無論係否認給付不能之適用或於瑕疵擔保所採

取之法律效果，最高法院均避免了契約之解消，儘管均從債務不履行之要件著手，惟是否仍實際考量雙方利益，而不選擇契約解消之極端法律效果，雖最高法院未明確表示，而無法爲此一論斷，然就其法律效果觀之，實較符合雙方對於契約履行之期待，而值得思考債務不履行類型化之必要性。

案例四：家具瑕疵能否補正

【判決事實】

最高法院 96 年度台上字第 1648 號判決事實，買受人於 89 年間曾向出賣人訂購傢俱，出賣人已陸續出貨，買受人就出貨部分，均已給付貨款予出賣人，雖主張該等傢俱運抵加拿大後，發現與約定之貨樣不符，有木頭龜裂、斷裂、刮傷等嚴重瑕疵，出賣人派人至加拿大修補至 93 年 3 月底，惟買受人認爲已無法修補而請求解除契約及賠償其損害。

【法院判決】

原審法院認爲：「出賣人既已交付傢俱給上訴人，並派人修補瑕疵，買受人未能提出確實證據證明系爭傢俱之瑕疵完全無法修補，縱被上訴人給付之內容不符債務本旨，亦屬不完全給付，而非給付不能。再者，兩造買賣之上開傢俱係屬代替物，而非特定物，依社會觀念，不生給付不能之問題。」惟最高法院 96 年度台上字第 1648 號判決否認原審採不完全給付之見解，而認爲：「按物之出賣人對於買受人應擔保其物依民法第 373 條之規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其通常效用之瑕疵。買賣之物僅指定種類者，於出賣人交付其物之必要行爲完結後，依同法第 200 條第 2 項規定，其物即爲特定給付物，如在特定時即存有瑕

疵者，出賣人除應負物之瑕疵擔保責任外，並應負不完全給付之債務不履行責任。亦即依其情形，買受人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利，如發生其他之損害，並得請求賠償，觀諸民法第 227 條第 1、2 項規定自明。原審見未及此，竟以兩造買賣之傢俱屬代替物而非特定物，不生給付不能之問題為由，遽謂被上訴人依給付不能之法律關係，請求賠償，為不應准許，於法即有未合。次查證人王裕杰即被上訴人公司之員工，於第一審證述其至加拿大檢驗傢俱確有瑕疵，並進行修復，已有不能修之不良品，最後銷毀，基本上均屬生產過程所產生之疏失，因有產生工時費用、倉儲費用、銷毀費用，上訴人告訴其與貨款相當，要求抵貨款云云，則上訴人辯稱：被上訴交付之傢俱，有不能修復之情形，被上訴人應負給付不能之賠償責任云云，即非全然無據。原審未就此卷存資料調查審認，兀自謂縱令被上訴人給付之內容不符債之本旨，亦屬不完全給付，而非給付不能，於法更屬可議。」

【評析】

本案買受人向出賣人訂購家具，出賣人於交付家具後，買受人發現有瑕疵，出賣人派人修補，惟因無法修補，買受人主張解除契約並請求賠償因此所受之損害。原審認為係不完全給付，因出賣人已提出給付，非屬給付不能，給付有瑕疵應屬不完全給付而為能否補正之問題，否認買受人得依給付不能之規定解除契約，且原審尚認為該家具屬替代物非特定物，無給付不能之問題。依原審見解，倘買受人不得依給付不能規定而解除契約，對於無法修補之家具，似僅能請求出賣人另行交付一新的家具，就其契約目的及雙方利益而言，買受人獲得本依契約期待之給付，出賣人亦因出售家具而獲利，契約似無解消之必要。

惟最高法院於此否認原審判決，認為該出賣人所提之家具已無修補之可能性，

應屬給付不能，似肯認買受人得解除契約並請求損害賠償，似與向來最高法院認為倘債務人「已提出」給付則屬不完全給付之見解有異。因此值得注意者，最高法院於本案中直接就給付有無修補之可能性探究雙方行使之權利，而未如向來最高法院見解討論是否已提出之要件，認為本案中因出賣人所給付之家具已無修補可能，而認為買受人依給付不能之規定解除契約尚無不妥之處。

本文以為，無論最高法院或原審之見解何者妥適，兩者均未執著於債務不履行類型要件，以債務人是否「已提出」區分給付不能或不完全給付，而具體就出賣人能否補正給付瑕疵，或是否能另行給付一新的家具，判斷給付及契約存續對於買賣雙方是否仍有利益，亦即就個案事實討論雙方得行使之權利，相較於類型更重視債務不履行法律效果對於雙方之影響，似值肯定。

案例五：停車位欠缺必須之使用文件

【判決事實】

最高法院 95 年度台上字第 1668 號判決事實，買受人向出賣人購買台北傳家堡社區內房屋三戶及其基地，及編號 A1、B1、B2 停車位三個。因出賣人遲未交付停車位，且未交付台北傳家堡停車位永久使用權狀，致買受人就系爭停車位無法使用收益。

【法院判決】

原審法院認為：「被上訴人未持有停車位永久使用權狀，迄今無法使用停車位，可見上訴人未能擔保出賣之物具通常效用，難認已交付停車位。上訴人為不完全

給付，被上訴人自得依民法第 227 條第 1 項及第 226 條第 1 項規定，請求賠償相當於租金之損害。」最高法院 95 年度台上字第 1668 號判決強調不完全給付以「債務人已提出給付」為要件：「查因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利，為民法第 227 條第 1 項所明定。而所謂不完全給付，係指債務人已為之給付，不合債之本旨而言。原審一方面謂上訴人未交付停車位，似認其尚未提出給付，一方面又謂上訴人為不完全給付，已有矛盾。且上訴人抗辯：伊已於 89 年 10 月 19 日將 A1、B1 停車位交付被上訴人，並將 B2 停車位交付被上訴人所指定之陳宏平等語，已據提出交付時兩造於現場所留影之照片為證。原審就此未加調查審認，遽認其未交付停車位，並嫌速斷。次查，債務人為不完全給付如可能補正，應依給付遲延之規定行使其權利。不能補正，始得依給付不能之規定請求。」

【評析】

本案買受人向出賣人購買房屋及停車位，出賣人於移轉房屋與停車位後，未交付買受人停車位之使用權狀，致買受人無法為使用收益。原審認為，出賣人未交付使用權狀，致買受人無法使用收益，相當於未給付，而屬不完全給付，適用給付不能之規定，買受人得解除契約並請求損害賠償。惟最高法院認為，出賣人已移轉停車位僅未交付使用權狀，非未提出給付，應屬不完全給付，以可否補正適用給付不能或給付遲延之法律效果，似否認原審適用給付不能之規定。就事實層面觀之，買受人購買該停車位本為自行使用或轉租給他人，出賣人未交付使用權狀，導致買受人無法為使用收益，若認為出賣人為給付不能，買受人得解除契約，買受人則終致無法使用該車位僅獲損害賠償，出賣人亦無法因出售而獲利，難謂平衡雙方利益與原依契約之期待，反之，倘給予出賣人交付使用權狀之機會，補正其給付，買受人即得為該停車位之使用收益，且得依給付遲延規定請求該段

時間遲延之損害賠償，較符合原雙方訂約之目的及期待，亦維護雙方利益。

本文以為，最高法院維持其對於不完全給付以債務人已「提出給付」為要件，而認為本案債務人已交付車位僅未提出權狀，係屬不完全給付，未表明買受人依給付不能或給付遲延之規定行使權利，惟自最高法院否認原審適用給付不能規定，似可見端倪。況且本案僅為停車位相關文件之欠缺，出買人補正之可能性極高，似無解消契約之必要，倘適用給付遲延之規定，則得給予出賣人補正之機會，較符合契約雙方於締約時對於契約履行之期待。由此觀之，最高法院與原審對於債務不履行類型化之歧見，往往係因其所適用之法律效果是否符合個案需求而生，於本案中再次顯現。

案例六：土地使用目的不符

【判決事實】

最高法院 95 年度台上字第 523 號判決事實，買受人向出賣人購買土地，目的以該土地作為興建農舍目的使用；惟因出賣人先前土地因未經核准擅自新闢道路，因違反水土保持法，遭苗栗縣政府課處罰鍰六萬元，並限令自 90 年 8 月 28 日起至 92 年 8 月 28 日止，暫停該地之開發申請。雖然限制開發之期限已屆滿，然買受人於限制開發期限屆滿後，仍應再依水土保持法及建築法提出開發之申請，且並不一定能通過申請。且土地因遭道路占用數百平方公尺，致土地面積未達可興建農舍之 2500 平方公尺，而無法建築。

【法院判決】

原審法院認為：「被上訴人主張上訴人交付未經合法開發之土地，無法供興建農舍之用，乃可歸責於上訴人之事由，致給付不能。被上訴人依民法第二百二十六條、第二百五十六條、第三百五十九條規定，併依同法第二百二十七不完全給付之規定，解除兩造間之買賣契約，請求上訴人返還已付之價金一百九十萬元，並依系爭不動產買賣契約書第十條約定，給付違約金，暨自受領時起按年息百分之五計算之利息，應屬有據。」最高法院 95 年度台上字第 523 號判決：「查系爭土地遭暫停開發處分，既已於九十二年八月二十八日屆滿兩年，被上訴人亦於九十二年七月二十三日取得系爭土地所有權移轉登記，有系爭土地登記謄本可稽，是否仍不得於上開暫停開發處分期限屆滿後，申請開發或建築？原審並未調查被上訴人當時之條件或資格，能否通過開發系爭土地之申請，遽以苗栗縣政府上開函旨內容，即謂被上訴人「並不一定」能通過開發系爭土地之申請，已有認定事實不憑證據之違誤。究竟被上訴人於取得系爭土地所有權後，能否申請開發？攸關上訴人有無給付不能或給付不完全及被上訴人得否解除系爭土地買賣契約之認定，非無再詳為審認之必要。」

【評析】

本案買受人向出賣人購買土地以作為農業用途，因出賣人先前違反水土保持規定，遭政府限制使用，雖已期限屆滿，買受人仍須重新依水土保持法規申請開發，且是否通過仍非確定。原審法院認為本案屬不完全給付之規定，適用給付不能之規定而認買受人得解除契約請求損害賠償。惟就事實層面觀之，買受人購買土地係為進行農業開發，亦為契約目的，今因出賣人先前違法使用遭限制，惟期限已屆滿，買受人須重新申請使用，雖屬一不確定之狀態，但仍未完全斷絕該契約履行之可能性，倘適用給付不能之規定，解消契約，似不符合雙方對於契約之期待與利益。

最高法院對於原審採給付不能之規定似存有疑義，而於判決中認為原審未確認買受人是否能於土地移轉後重新申請使用，或其申請是否能通過等等，均非屬確定之事，因此原審直接判定已屬給付不能尚非合理，最高法院雖謂此為認定該事實屬於不完全給付或給付不能之重要判斷。然而本文以為，不完全給付因其能否補正而適用給付不能或遲延之法律效果，原審法院認為已屬給付不能，最高法院否定原審判決，雖未明採遲延之規定，惟就最高法院於判決中所提出之問題，尚不難推斷其仍欲維繫契約之傾向，應認給付仍有補正之可能，無需依給付不能解消契約。由本案再次顯現，最高法院以債務不履行之類型判斷質疑原審判決，實際由個案事實觀察，往往可發現最高法院似認原審判決所採類型之法律效果，造成契約雙方關係失衡，甚或有違雙方期待，而欲調整之。債務不履行是否有類型化之必要，是否應直接回歸個案法律效果之討論，再次浮現問題。

案例七：工程未如期完工

【判決事實】

依據最高法院 93 年度台上字第 42 號判決事實，立永公司向宜蘭縣政府承包系爭工程，將部分工程轉包昌益營造公司，立永公司給付昌益營造公司之支票，經提示未獲付款，昌益營造公司聲請法院就立永公司對於宜蘭縣政府之工程款債權為假扣押，宜蘭縣政府對於執行命令聲明異議。立永公司因資金週轉不靈而停工，無法完成系爭工程。且立永公司早在 89 年 8 月即已延宕工期，至 9 月起已停工，故於 89 年 9 月 26 日宜蘭縣政府召開工務會議，立永公司表明無法完工時，宜蘭縣政府因立永公司債務不履行所受之損害即發生。雖立永公司於 89 年 10 月 7 日始函知宜蘭縣政府無法繼續完成工作，請其依法處理，宜蘭縣政府於同年 11 月 2 日進行中途決算，同年 11 月 14 日通知立永公司解除契約。

【法院判決】

最高法院 93 年度台上字第 42 號判決認為：「惟按債務不履行包括給付不能、給付遲延及不完全給付三種，其形態及法律效果均有不同。所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言；若債務人僅無資力，按諸社會觀念，不能謂為給付不能。給付遲延，則指債務人於應給付之期限，能給付而不為給付；倘給付可能，則債務人縱在期限前，預先表示拒絕給付，亦須至期限屆滿，始負遲延責任。至於不完全給付，則指債務人提出之給付，不合債之本旨而言。原審指立永公司於八十九年八月即已延宕工期，至九月起停工，故於八十九年九月二十六日被上訴人召開工務會議，由立永公司表明無法完工時起，被上訴人因立永公司債務不履行所受之損害即已發生云云。惟該日會議紀錄記載立永公司表示該公司確實財務週轉不靈，可能無法履行契約，由被上訴人確認後再行後續作業等語。立永公司雖表示其欠缺資力，然系爭工程之施作，依社會觀念，尚難因此即認立永公司陷於給付不能。查被上訴人與立永公司於八十八年八月三十一日訂立工程合約，約定完工期限六百日曆天，則於八十九年九月二十六日被上訴人召開工務會議時，立永公司是否已陷於給付遲延，亦非無疑。原審謂立永公司自是日起即應負債務不履行責任云云，其債務不履行之形態究屬何種，並未據認定，致其應生之法律效果不明；而立永公司於該次會議表示可能無法履約，何以被上訴人對之即有損害賠償債權？原審亦未予說明，即謂被上訴人對立永公司之損害賠償債權，於是日發生，其時間在系爭債權扣押之前，被上訴人仍得主張抵銷云云，自嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

【評析】

本案宜蘭縣政府與立永公司訂有承攬工程之契約，工程期間因立永公司出現

財務困難，而有工程延宕、停工之情形，宜蘭縣政府認為立永公司可能無法完成工程，因此主張解除契約並請求損害賠償。原審法院認為，立永公司有延宕工程甚至停工之情形，且已表示可能無法完成工程，而認為宜蘭縣政府得依給付不能規定，解除契約並請求損害賠償。惟就事實層面觀之，宜蘭縣政府依契約應期待該工程之完成，亦為契約之目的，承攬人立永公司雖有財務困難，且因此延宕、停工，惟對於是否無法完成工程仍非確定之事，況已投入興建之成本，倘此時宜蘭縣政府得依給付不能解除契約，可能造成立永公司已投入之成本無法回收，尚需負擔損害賠償，似不符合雙方利益，亦與雙方締約時之期待有所違背。最高法院認為立永公司財務困難，尚非屬給付不能，係非屬確定之事，難謂宜蘭縣政府得解除契約並請求損害賠償。

本文以為，最高法院判決雖開宗明義仍區分債務不履行之類型，且對於原審未確定事實及債務不履行之類型，以致無法明確其法律效果，即認為承攬人永立公司須負債務不履行之損害賠償責任尚非合理。惟從最高法院判決中不難看出，其認為永立公司雖有財務困難且屆期未能完工，非屬給付不能，亦否認原審認為宜蘭縣政府得逕請求損害賠償，似再給予承攬人永立公司補正其給付之機會，使其不致於因解除契約無法回收其成本而過於不利益，亦未排除宜蘭縣政府請求遲延損害賠償之可能。雖尚無法推斷最高法院是否跳脫債務不履行之類型，以個案雙方利益權衡為考量適用債務不履行之法律效果，惟最高法院於本案與原審之歧見，以及推斷其適用之情形，仍彰顯債務不履行類型化是否僵化法律效果之適用，而造成契約雙方之不利益。

案例八：大樓有結構性瑕疵

【判決事實】

依據最高法院 90 年度台上字第 300 號判決事實，金山公司在乙所有及丙所有土地上興建「站前金世界大樓」，甲於民國 84 年 8 月 8 日以新台幣 1726 萬元向金山公司、乙、丙分別購買 9 樓 A B C、10 樓 A B C 共六戶之房屋，及按其建築面積比例計算之土地所有權應有部分，約定土地與房屋買賣合約書中之任何一部分不履行時，視為全部違約，土地部分違約時應賠償所付價款同額之違約金。嗣經甲已繳款 462 萬元，惟金山公司取得系爭大樓使用執照後，改建該大樓地下室之一、二樓上下樓梯及隔間牆壁，嚴重影響系爭大樓結構，經台南縣政府工務局派員調查，及財團法人成大研究發展基金會派員鑑定結果：「預估只要一次五級地震，裂縫寬度即會超過容許裂縫寬度」、「拆除改建行爲的確影響大樓結構安全」。甲以存證信函表示解除契約在案，並得請求上訴人返還已交付之價金及法定利息等情。

【法院判決】

原審法院認為：「按債權人於有民法第 226 條因可歸責於債務人之事由，致有給付不能之情形時，得解除契約，為同法第 256 條所明定。又契約一經解除，與契約自始不成立生同一之結果，故因契約所生之債權債務，溯及當初全然消滅，其已由他方所受領之給付物，自應返還；受領之給付為金錢者，依同法第 259 條第 2 款之規定，應附加自受領時起之利息償還之。兩造既約定土地與房屋買賣合約書中之任何一部分不履行時，視為全部違約，系爭房屋因可歸責於金山公司之事由而屬給付不能，被上訴人解除系爭房屋、基地買賣契約，請求上訴人分別返還所受領之金錢及自受領時起算利息，自屬依法有據。」

最高法院 90 年度台上字第 300 號判決謂：「按所謂給付不能，係指在債務人給付期或應給付之時期，依社會通常觀念，有不能給付之情形而言。債務人根本

未為給付，其給付已陷於不能者，是為給付不能；給付若仍可能，係屬遲延給付；雖為給付，然給付之內容並不符合債務本旨，則為不完全給付。查本件系爭大樓因金山公司改建地下室、一、二樓之上下樓梯及隔間牆壁，影響大樓結構之瑕疵；發展基金會之執行鑑定人黃錦旗並證述：系爭大樓目前之裂縫數目及裂縫寬度尚不足以威脅大樓結構安全，只要用對方式，已經發生的裂縫可以修補好，裂縫不會再增加云云，為原審確定之事實。若此，系爭大樓之結構瑕疵，依社會通常觀念，似非不能補正，易言之。倘在上訴人之給付期或應給付之時期，系爭大樓結構瑕疵得以修補，其給付即難謂為不能；本件依被上訴人主張之原因事實及其提出之存證信函，上訴人似未交付系爭房屋，如上訴人應交付系爭房屋，而上訴人未修補系爭大樓之結構瑕疵，則屬遲延給付而已。果爾，被上訴人可否依給付不能之規定解除契約？即不無研求之餘地。又關此黃錦旗所謂之「用對方式」係何指？鑑定機關已有說明，原審未進一步審認，竟以上訴人迄未對所造成影響結構安全之改建行為，作何修繕或結構補強，且實際上能否找出結構性龜裂原因，「用對方式」，亦在未定之天為由，而為上訴人不利之論斷，於法亦有未合。本件事實既仍不明，應認有發回之原因。上訴論旨，指摘原判決對其不利部分不當，求予廢棄，非無理由。」

【評析】

本案買受人向出賣人購買房屋及其基地，出賣人嗣後改建時造成買受人之房屋出現裂隙等情形，買受人因此向出賣人主張解除契約並請求損害賠償。原審認為屬可歸責於債務人之事所致之給付不能，買受人得解除契約，並請求建商出賣人賠償其損害。惟就其事實層面觀之，買受人向出賣人購買房屋及其基地，係為作為辦公室用途，亦為契約目的，出賣人雖因改建而造成建築出現裂隙等，尚非不能因修補而為符合契約目的之給付。倘依原審給付不能之法律效果，買受人

解除契約，不僅喪失其原依契約所期待之給付，亦造成出賣人無法回收成本及獲利，尚須負擔損害賠償，而對於契約雙方均為不利益，亦有違契約締結時之目的。因此最高法院認為倘該大樓之瑕疵能補正，應給予出賣人建商修補之機會，買受人仍得請求遲延之賠償，似較能平衡雙方利益，亦符合雙方締約時對於契約履行之期待。

本文以為，最高法院否認原審採用給付不能而使買受人得主張解除契約，亦未言明應採之債務不履行類型，而探究原審確認之事實，建商改建造成大樓裂隙有修復之可能性，認為應給予出賣人補正瑕疵之機會，即針對個案事實，衡量雙方利益與契約目的，決定雙方得行使之權利及契約之存續與否，避免債務不履行類型化下之法律效果造成契約雙方之不利益。

案例九：坪數短少與外觀不合約定

【判決事實】

最高法院 86 年度台上字第 3675 號判決事實，乙丙各向鴻邦公司、甲購買「富豪天下」17 號 6 樓及 7 樓預售屋及其基地，房屋及基地價金各為新台幣一百九十六萬一千元及三百一十六萬九千元（六樓基地）、三百一十八萬九千元（七樓基地）。乙、丙各已給付鴻邦公司、甲房屋價金九十一萬三千元及土地價金一十一萬三千元。嗣鴻邦公司未經乙、丙同意，擅自變更房屋設計，致其外觀、格局均與原買賣標的差異甚大；且乙、丙訂購房屋之面積三二·八三坪，惟完工後之房屋之面積分別短少 4.83 坪及 5.89 坪，短少高達百分之一四·七一及一七·九四；嗣後鴻邦公司、甲復將系爭房屋六、七樓出售予他人。乙、丙經多次催告鴻邦公司、甲改善解消，乃以起訴狀繕本之送達為解約之表示，並返還價金及賠償

同額之違約金等情。

【法院判決】

最高法院 86 年度台上字第 3675 號判決肯定原審認為：「系爭房屋既已建造完成，縱面積有減少，外觀有改變情事，充其量亦僅屬不完全給付或瑕疵給付而已，依社會客觀通念，尙非達於給付不能程度。退一步言，上訴人主張系爭房地減少面積已佔原來面積之百分之二十，非以找補約定可得解決云云，縱屬可採，亦僅係其得依不完全給付主張權利，甚至解約，而不適用找補之約定，要不能因此即謂系爭房地之給付已屬不能。上訴人……不生解約之效力。至原審更審時，……系爭房地至此雖另發生給付不能情形，惟上訴人以八十三年七月廿三日之起訴狀繕本送達所為解約意思表示，其內容並不包括此發生在後之房地已移轉他人之給付不能事由，則上訴人未於被上訴人將系爭房地轉售他人之後，被上訴人解除系爭契約之前，本於此一給付不能事由，再向被上訴人為解除契約之意思表示，仍不能認為上訴人已合法行使其契約解除權，其本於契約解除回復原狀之法律關係，請求被上訴人返還已收受之價金，洵非有據。……惟按不完全給付，於權利人未依法律規定解除契約時，契約仍存在於兩造之間，契約當事人之一方仍得本於契約請求他方履行契約，他方不為履行，一方當事人自得以給付遲延為由解除契約。被上訴人縱應負不完全給付之責任，惟於上訴人未依法解除買賣契約前，被上訴人仍有權請求上訴人依約給付買賣價金。事實上被上訴人已以存證信函催告上訴人依約按期給付價金，有存證信函十二件附卷可憑。上訴人於被上訴人催告時，委由高育民律師數度致函被上訴人僅表示「鴻邦公司不顧上開情事，以不實廣告致本人誤信而購買系爭房屋，復擅自變更設計，顯屬可歸責於鴻邦公司，是故鴻邦公司及甲○○女士無故不能依約交付系爭房屋及其基地持分，應依照所定契約約定退還本人等已繳款項外，並給付同額違約金，否則將訴諸輿論公

評，並追究違反公平交易法為不實廣告之法律責任」云云。顯見上訴人自始即以被上訴人無法恢復房屋外觀造型及補足不足之面積，不願續繳價金，而欲解除契約甚明。但被上訴人既非不能給付系爭房地，則被上訴人於通知定期要求上訴人給付價金，上訴人既未主張被上訴人不完全給付而為同時履行抗辯，又未給付價金後，乃於八十三年七月二日向上訴人為解除契約之意思表示，於法尚無不合。」

【評析】

本案買受人與出賣人定有房屋買賣契約，出賣人移轉交付房屋後，買受人發現有坪數短少與設計不符原先約定之情形，因此向出賣人主張解除契約並請求損害賠償，倘不論及本案嗣後建商轉賣他人之行爲，僅就坪數短少與設計問題討論雙方契約關係。原審認為出賣人所提出之房屋有坪數短少和設計不符約定，屬於可歸責於出賣人之給付不能，買受人因此得解除契約。惟最高法院於判決開宗明義言明房屋有坪數短少或其他未符合約定之情形，尚非給付不能，僅為物之瑕疵或不完全給付，買受人縱因無法找補，亦僅得依不完全給付適用給付不能之規定解除契約。

本文以為，本案預售屋坪數短少屬常見糾紛，由於預售屋屬於建商於房屋未建前先行販售，以所得資金建築房屋，完屋後往往因坪數落差或設計與原先約定不符而造成糾紛，此時究係如何處理買賣雙方之契約關係，學說與實務多以消費者保護法，及民法不完全給付與瑕疵擔保等處理。

預售屋或房屋買賣，其中對於買受人即消費者危害較為嚴重者如海砂屋或輻射屋等，逕賦予買受人解除契約與請求損害賠償較無疑義。如最高法院 99 年度台上字第 1532 號判決：「查兩造約定系爭房屋經檢測確認為海砂屋者，兩造雙方

同意無條件解除契約，屬附解除條件之契約，而系爭房屋經鑑定結果係為海砂屋，乃原審合法確定之事實。惟系爭房屋是否為海砂屋，乃兩造訂立買賣契約前已既定之事實，檢測鑑定不過係其確認方法，是縱兩造於訂約時，主觀的不知系爭房屋係海砂屋，而仍以之為解除條件，依前揭說明，仍應認其買賣為解消。而契約解消，乃法律上當然且確定的不生效力。上訴人主張之系爭買賣契約有效存在之原因事實既不存在，猶以之為前提，本於契約請求減少價金並返還該已付之款項本息，自不發生其法律效果，其所為請求即無從准許。原審認為系爭契約因解除條件成就而失效，而為上訴人不利之判斷，雖有未當，但與判決結果尚不生影響，仍非不可維持。」，另一最高法院 96 年度台上字第 1277 號判決更明顯指出，此時適用物之瑕疵擔保之減少價金對於買受人過於不利：「系爭房屋倘屬瑕疵重大，居住堪虞，則上訴人於起訴之初選擇行使契約解除權而不行使價金減少請求權，即與前開存證信函為瑕疵通知並表明屆期將依法解除契約之旨相符，而難責令上訴人逕予行使價金減少請求權。又上訴人知悉系爭房屋瑕疵之具體情形究竟如何及其是否影響上訴人所能行使之瑕疵擔保請求權，與判斷上訴人得否於九十四年四月間方始行使系爭價金減少請求權攸關，原審就上開相關事項未遑詳查究明，遽為不利上訴人之論斷，未免速斷。……倘上訴人買受之房屋未達到不適宜居住之狀態，其瑕疵又非重大，且解除契約顯失公平，上訴人亦確於土木公會作成上開鑑定報告始知悉其瑕疵狀況，則上訴人依民法第三百五十九條但書之規定行使價金減少請求權，是否不應自為此瑕疵通知時起算六個月期間，即值斟酌。乃原審見未及此，遽以上訴人系爭價金減少請求權自九十三年五月三日存證信函通知時起算，已逾六個月法定期間而消滅為由，據為上訴人敗訴之判決，亦有可議。」

另針對較為嚴重之輻射屋，縱原審認為係物之瑕疵擔保，且買受人已逾法定期間六個月始主張之，最高法院似仍傾向買受人得解除契約而謂：「惟所謂出賣人故意不告知瑕疵，包括出賣人明知有瑕疵而不告知瑕疵存在之情形在內，至出

賣人是否知悉瑕疵之形成原因，則非所問，故出賣人倘明知有瑕疵，縱令其不知瑕疵之形成原因，而未將瑕疵存在之事實告知買受人，仍與故意不告知瑕疵相當。查證人林冠幸及陳茂夫於第一審分別證稱：被上訴人之母曾謂系爭房屋之天花板整塊掉下來砸到餐桌，未幾便有工人前來修補；該房屋之天花板原貼有壁紙，嗣掉落後始以木條及木板釘上，一望即知有重新修補過，鋼筋並有重新綁過之痕跡各等語，足見系爭房屋之天花板曾經崩落，而由林冠幸於八十五年間聽聞被上訴人之母上開言語及陳茂夫謂前揭修繕大約能撐二、三年等情以觀，系爭房屋之天花板似應在八十二年間被上訴人向前手買受後始行崩落，則上訴人主張被上訴人知悉系爭房屋之天花板崩落，自非子虛，惟被上訴人非但不告知上訴人系爭房屋之天花板有崩落之情事，甚至重新裝潢刻意掩飾隱藏，依上說明，能否以被上訴人不知該房屋之天花板崩落係海砂所造成，即謂其非故意不告知瑕疵，非無再推研之餘地。乃原審以被上訴人並無故意不告知瑕疵之情事，上訴人逾法定六個月除斥期間解除契約，為不合法，要難謂當。」

惟最高法院針對相同為海砂屋之案例，認為情形尚非嚴重而得修補之狀況，即不同意原審認買受人得解除契約之判決，如最高法院 92 年度台上字第 2463 號判決即謂：「惟查系爭房屋雖有原審所認定混凝土之氯離子含量過高及抗壓強度不足之瑕疵存在，但依據八十九年十月十七日台灣省土木技師公會就該房屋結構安全所為之鑑定報告書，該公會除建議以裂縫表面密封法或樹脂注入填塞法修補裂縫外，並提出混凝土保護層剝落及抗壓強度不足之修復方式暨徹底解決混凝土氯離子含量偏高之防蝕處理法，以恢復系爭房屋之原有結構強度，而上開鑑定報告書記載前述修復方式為原則性之建議，應視實際情況加以適當修正，並另行委託專業人員辦理，則係指細節方面，似非謂瑕疵不能修補，且遭氯離子腐蝕之鋼筋，鑑定人鄭蔚民既陳稱可另補強到原來之強度，亦非不能修補，由是以觀，系爭房屋前揭瑕疵是否不能補正，即非無疑。又台北市結構工程工業技師公會建

議將台北市延壽國宅拆除重建，係於八十四年五月十八日所為之鑑定，而現代之科技又突飛猛進，當時之科技技術與五年後台灣省土木技師公會鑑定時自不能同日而語，故系爭房屋之瑕疵可否以五年前之鑑定報告認為不能補正，亦非無疑。乃原審未詳予調查審認澄清系爭房屋之瑕疵能否補正，即以前揭理由，認定該房屋不能補正，被上訴人據以解除契約為合法，進而判令上訴人應返還已受領之價金及給付違約金暨負擔被上訴人所繳之稅費與該等金額之利息，並駁回上訴人之反訴請求，自屬可議。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」顯見實務判決對於海砂屋、輻射屋雖多認為對於買受人過於不利而賦予其解除契約或否認原審僅能減少價金之效果，惟亦有認為倘海砂屋部分是能夠藉由科技進步足以修補者，屬得補正之情況，而否認買受人之解除權，可謂法院實衡酌雙方利益決定違約之法律效果。

另外，如本案坪數短少或設計不符約定之情況，倘如本案原審依給付不能，使買受人得逕行解除契約，建商不僅無法因此獲利，仍須承擔成本無法回收之損失，似過於不利益，故實務上常以找補之方式處理，坪數落差於一定百分比，由建商賠償買受人部分價金，雖曰賠償，實應屬物之瑕疵擔保中減少價金之規定，另如最高法院 91 年度台上字第 340 號：「惟查原審認定系爭房屋之專有部分，較約定減少百分之十一，共同使用之公共設施之比例增加百分之十二，致室內專有面積不足而有瑕疵。然系爭房屋之專有部分及公共設施面積各為多寡？專有部分面積及公共設施面積較契約約定分別有此比例之減少或增加，其所憑之依據何在？原判決未於理由項下記明其得心證之理由，已有判決不備理由之違法。次查系爭房地買賣契約第二條規定：「前條房地面積以完工後，地政機關測量並登記完竣之面積為準。室內面積及甲方（指被上訴人）所有該建築物及其附屬物之共同部分之面積，如有不足且超過百分之一時，應依本契約規定房地單價退還不足部分之價金」，茲兩造既有此約定。則上訴人抗辯系爭房屋之專有部分坪差之減少，

依兩造所訂合約第二條約定，應屬減價範疇，而不應當解約訴求云云，似非全然無據。原審未加審酌，即為不利上訴人之認定，亦嫌疏略。末上訴人辯稱：系爭房屋室內面積不足有何造成被上訴人不堪使用房屋之情事，被上訴人僅表達使用效益上有差距而已，而效益之減損，減少價金已可滿足其需求，以此為解約之訴求，顯失公平云云；又系爭房屋自完成移轉登記迄被上訴人主張解約之時，已事隔四年多，房屋已從新屋變成舊屋，將坪差爭議視同可解約之瑕疵，則伊得承受房屋折舊之損失，對上訴人而言，相當不公平云云，亦不失為一重要之攻擊防禦方法，系爭房屋室內面積不足是否確實造成被上訴人不能使用？以此為由解除契約對上訴人所生之損害如？與被上訴人就該房屋之瑕疵所生損失有無失衡？原審俱未調查審認敘明上訴人之前述攻擊防禦方法，何以不足採取之意見，即遽為上訴人不利之判決，亦欠允洽。上訴論旨，指摘原判決為不當，求予廢棄，非無理由。」惟最高法院針對設計瑕疵之部分，亦有實際權衡對於買受人之影響，而否認原審適用物之瑕疵擔保僅得減少價金見解者，如最高法院 95 年度台上字第 583 號判決：「另原審既已認定房屋之居住效用及價值並非僅在於面積而已，房屋之高度與房屋室內之空間使用效能有關，足使一般人居住時產生壓迫或不適，若出賣人未於出售前先為說明，應認為該室內高度不足係屬房屋有瑕疵。系爭房屋客廳及客廳左側臥室有 H 型鋼樑經過，其客廳 H 型鋼樑至客廳前陽台處及臥室 H 型鋼樑至窗台處，被上訴人以天花板鋪平方式裝潢，裝潢後天花板至地板高度二一五·五公分，其餘空間為二四六公分或二五二·五公分，丙○○身高一七六公分，站於 H 型鋼樑下伸手可及天花板，衡諸常情，一般人於該鋼樑下當產生壓迫或不適之感覺，應認其所交付系爭房屋高度有瑕疵。系爭房屋既有上開瑕疵，乃原審並未就上訴人解除契約，致被上訴人所受支付廣告費、佣金、預期利益之損害，與系爭房屋七十公分 H 型鋼樑橫亘於客廳及房間上方所造成之壓迫感及對使用者之空間利用及美觀所受損害，暨所須設置保全系統、為減低淨高不足之壓迫感所支出之裝潢費用，予以衡量，是否顯失公平，遽以系爭瑕疵，並非重大瑕

疵，上訴人僅得減少價金，不得解除契約，而為上訴人敗訴判決，自嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，為有理由。」

房屋瑕疵已嚴重影響結構之情形，最高法院亦會認為減少價金不足以維護買受人利益，而傾向解除契約，如最高法院 94 年度台上字第 1908 號判決：「查系爭房屋鋼筋構造之施工，有下列瑕疵：一鋼筋保護層違反建築技術規則建築構造編第三百七十四條規定，其不合格率為百分之五九點零九，二圍束區箍筋間距為十五公分，與設計圖規定之十公分不符，三緊密箍筋鋼筋彎 為九十度，與設計圖規定之一三五度不符，該項瑕疵均屬折減系爭房屋整體結構之確實因素，且無法改善，有台灣省土木技師公會鑑定報告書可稽。果爾，能否謂上開瑕疵均不影響系爭房屋之整體結構安全，上訴人不得依民法第三百五十九條規定解除系爭買賣契約，尚非無疑。原審未詳加研求，遽依前揭理由而為上訴人不利之判決，非無可議。上訴論旨，指摘原判決於其不利部分違背法令，求予廢棄，非無理由。」顯見縱為非如前揭輻射屋或海砂屋，僅為坪數短少或設計瑕疵，倘最高法院認為其情形已屬嚴重，對買受人不利，仍會允許其解除契約，似可認實務於選則契約法律效果時，仍係衡酌買賣雙方利益而決定，因此即使對於同一類型的給付瑕疵仍會有不同法律效果。

無論如何，縱觀預售屋常件糾紛，亦可發現，究屬何種債務不履行類型實非重要，應以個案事實雙方利益之衡平與保障，以決定契約是否存續與雙方得行使之法律關係，以相同為預售屋不符約定為例，海砂屋或輻射屋因對於買受人極為不利，且實質剝奪其依契約本所期待之給付，契約無存續之必要，出賣人對此亦非不可預見，因此解除契約即為合理，或於此情形，解除契約始為買受人利益唯一之保障；反之，坪數短少或設計不符約定，可能透過調整對價而平衡雙方利益，亦符合雙方對於契約之期待，則契約尚無解消之必要。由此觀之，債務不履行類

型化是否有存在之必要，實有疑義。

第二款 給付不能與給付遲延之案例

案例一：

【判決事實】

依據最高法院 99 年度台上字第 1515 號判決事實，鞍星股份有限公司於民國 97 年 9 月 25 日以新台幣三千五百萬元之價，與臺託實業股份有限公司簽訂購買該公司全廠設備、庫存等物合約，鞍星股份有限公司已陸續交付支票，以支付貨款及代付鞍星股份有限公司員工退休金。詎臺託實業股份有限公司出賣之機器物料計有萬馬力機 00L、萬馬力機 75U、膠布機各一台、輪仔 24"二台、輪仔 26"一台、發泡機二台、印刷機一台、上糊機一批等八項機器暨處理機一套，早於兩造簽訂合約前即設定動產抵押登記予訴外人弘裕企業股份有限公司，並於出貨前遭弘裕公司聲請台灣台中地方法院於同年 10 月 30 日就系爭八項機器及處理機執行假扣押查封，致該機器無法點交予鞍星股份有限公司，然台中地院已於 97 年 12 月 11 日將系爭八項機器塗銷查封登記。

【法院判決】

最高法院 99 年度台上字第 1515 號判決表示：「按買賣契約因可歸責於出賣人之事由致給付不能者，買受人固得依民法第 256 條規定解除契約，惟該不能之給付，依社會通常觀念，給付之障礙已經排除，成為得依債務本旨實現而回復可能時，買受人即不得再執前「給付不能」之事由解除契約。查系爭八項機器係於

97年10月30日經法院執行假扣押查封（給付不能），並於同年12月11日撤銷查封及塗銷查封登記（已非不能），既為原審所確定之事實，則被上訴人於該機器撤銷查封後之98年1月22日（上訴人於同年3月23日收受）能否再以該機器遭查封屬給付不能而解除契約？依上說明，已滋疑問。上訴人就此並於原審抗辯：本件合約清償期為98年2月24日，依社會觀念，必須清償期屆至不能給付，始符合民法上所謂之「給付不能」等語，核與兩造於97年9月25日簽訂之系爭合約第5條載明：「拆遷期五個月，期滿工廠交還賣方」相符。原審未遑斟酌，並予深究，遽行判決，不免速斷。次按出賣人不履行民法第349條所定之義務，依第353規定，買受人雖得依關於債務不履行之規定，行使其權利。然買受人得依債務不履行之規定而解除契約者，除當事人另有特別約定外，必以出賣人有給付遲延、給付不能或不完全給付之情形，並符合合同法第254條至第256條之規定要件，始得為之。查原審以上訴人將系爭八項機器及處理機一套，設定動產抵押權予弘裕公司，論斷其應負權利瑕疵擔保責任，並未說明被上訴人解除契約，是否符合上揭「債務不履行」之法定要件？究以給付遲延或給付不能何者為據？如屬給付不能，其不能原因為何？均未逐一探明，徒以系爭八項機器經設定動產抵押及前遭弘裕公司聲請法院查封，逕認「上訴人應負權利瑕疵擔保及給付不能責任」及「被上訴人無論係依權利瑕疵擔保或給付不能之法律關係，均得解除契約」，即非無再進一步推求之必要。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，不能認為無理由。」

【評析】

本案買受人與出賣人就八項機器訂定買賣契約，但出賣人早於訂約前已將該等機器設定動產抵押予第三人，於契約訂定後遭第三人查封，致出賣人無法移轉於買受人，然該查封嗣後經撤銷。買受人因此向出賣人主張債務不履行，原審法

院認為本案屬給付不能，買受人得解除契約。惟最高法院認為本案中機器嗣後經撤銷查封，給付尚非不能，應非給付不能，似可能為遲延給付，然最高法院就此未為判斷，僅發回原審判決。

本文以為，債務人於契約履行其屆至，未為給付者，其給付究屬不能或尚屬可能僅為遲延，往往難以判斷，如本案給付已為查封，債務人無從給付課觀上確屬不能，惟嗣後因撤銷查封而變為可能，契約仍有履行之可能性，因此最高法院認為原審以給付不能賦予債權人得解除契約尚非合理，蓋債務人屆期未給付，倘認係給付不能即可能直接導致契約解消，不一定符合契約當事人之期待，反觀給付遲延透過催告及定期補正，透過合理期間之給予，使契約雙方均有維持契約之機會，亦為下所討論國際公約均採定期命補正之制度，我國則僅規定於給付遲延類型下之法律效果。最高法院雖未就此表示意見，而無法推論最高法院是否認為給付遲延相較於給付不能具彈性，本案仍藉由事實審與最高法院對於債務人屆期未給付之歧見，顯示了債務不履行於給付遲延與給付不能分類上之困境。

案例二：出賣人屆期未依約移轉土地予買受人

【判決事實】

依據最高法院 99 年度台上字第 1300 號判決事實，出賣人於民國 77 年 12 月 4 日與買受人訂立買賣契約，共同出賣渠等所有坐落嘉義縣四筆土地。買受人已付清價金，詎出賣人違約，於 81 年 4 月 5 日提供其中兩筆土地，為訴外人台灣土地銀行設定最高限額抵押權，以為出賣人債務之擔保；又於 81 年 7 月 3 日塗銷出賣人因預備辦理移轉系爭土地，原就其中三筆土地所為與鄰地合併或分割並移轉與出賣人中一人之登記；另買受人催告出賣人辦理所有權移轉登記均未

果。出賣人藉故不履行契約，依系爭契約第 9 條之約定，應按已付價金加倍賠償被上訴人違約金。

【法院判決】

最高法院民事判決 99 年度台上字第 1300 號表示：「查系爭契約第九條明文約定：「……若出賣人不賣或不履行交付買賣標的物以及中途發生糾葛致不能出賣等情事時應將已收定金、價金加倍賠償與承買人做為違約金」。是必須乙○○等三人有「不賣」或「不履行交付買賣標的物」或「中途發生糾葛致不能出賣」之情形時，甲○○始得依該約定請求違約金。而所謂「不賣」、「不履行交付買賣標的物」、「中途發生糾葛致不能出賣」所指之違約情形究屬債務不履行型態（給付不能、給付遲延、不完全給付）之何者？尚非無疑。乙○○等三人抗辯上開違約條款所約定之違約類型，限於給付不能情形，不及於給付遲延或不完全給付等語，是否全然無據？即非無研酌之餘地。乃原審就乙○○等三人上開辯詞愒置不論，未加調查並說明其取舍認定之依據，即逕謂系爭契約第九條所約定者，乃給付遲延損害賠償總額預定性質之違約金，並以乙○○等三人拒絕移轉系爭土地所有權之違約情事，為其三人應依該約定給付違約金之論斷，顯見疏率，有理由不備之違法。」

【評析】

本案買受人與出賣人購買土地，其買賣契約訂有倘發生出賣人不賣或不履行交付買賣標的物或中途發生糾紛致不能出賣之情況，買受人得請求違約金，今出賣人拒絕移轉該土地，買受人主張應依契約約定之違約條款支付違約金。就此一違約事實，原審認為未定性契約所約定之違約情形就屬何種債務不履行之類型，

而認為買受人得向出賣人請求違約金係屬遲延損害賠償之約定總額。最高法院否認原審見解，不認該違約金屬於遲延損害賠償之預定總額，亦認為原審未就開契約約定違約條款定性債務不履行之類型。

本文以為，債務人於契約屆至未能給付，往往不易判斷其給付究尚屬可能或已屬不能，本案中出賣人將本應依約移轉交付予買受人之土地，先設定最高限額抵押，後又移轉於出賣人之其中一人，是否出賣人仍有給付之可能或其已明示其不願給付，實難以判斷，因此原審未言明債務不履行類型，於法律效果上採遲延之法律效果，維持契約之存續。最高法院僅指出原審未清楚界定屬於何種給付障礙類型，且認為雙方於契約中所約定之違約金條款非屬遲延損害賠償之預定總額，是否傾向契約解消，則無從推斷。惟就本案中仍可觀察，實務面對債務人屆清償期未給付究屬給付不能或給付尚屬可能僅屬遲延，難以斷定，因此於判決出現歧異之認定。

案例三：因法令變更未能移轉房屋

【判決事實】

依據最高法院 93 年度台上字第 1563 號判決事實，甲原向乙等二人、大華公司購買土地及房屋，甲已給付乙等二人土地款及代辦貸款費用。嗣後將買受人變更為陳九芳，陳九芳亦已給付大華公司房屋款及代辦貸款費用，另乙等二人已於 81 年將系爭土地所有權移轉登記與甲。陳九芳於 88 年死亡，丁等二人為其法定繼承人，迄未辦理交屋手續。因公寓大廈管理條例係於 84 年始公布施行，規定專有部分不得與其所屬建築物共用部分之應有部分及其基地所有權或地上權之應有部分分離而為移轉或設定負擔，致大華公司無法移轉房屋予甲。關於停車位

部分，陳九芳與大華公司簽訂契約明定買賣車位標示停車位第 26 號位置，並於契約附件之「平面圖」編號 26 之車位位置打勾，蓋用大華公司負責人林文亮印章，足見買賣標的物車位部分應已特定，大華公司依約應交付該特定之車位，惟大華公司未經買受人陳九芳同意變更，設立變電箱無法供停車使用，是大華公司就車位部分顯已無法依約提出給付。

【法院判決】

原審認為：「該編號二十六號之停車位已特定，並未經買受人陳九芳同意變更，設立變電箱無法供停車使用，是大華公司就車位部分顯已無法依約提出給付，其通知交屋，亦不生提出給付之效力。是陳九芳主張大華公司給付遲延，即屬可採。次按債務人於給付遲延中陷於給付不能者，應自是時起，依不能給付之規定定其責任，其已生之遲延責任並不因而消滅，亦不得認凡於債務人給付遲延中發生給付不能之情形，即屬可歸責於債務人之事由所致。查大華公司對於房屋之交付固有遲延，然該房屋之移轉所以發生給付不能，係因公寓大廈管理條例之公布實施，屬法律之規定而致給付不能，其給付不能應認不可歸責於雙方當事人。」

最高法院 93 年度台上字第 1563 號判決就停車位之部分認為：「系爭土地買賣契約及系爭房屋（含車位）買賣契約，依其性質及當事人之意思，似係具有一定依存關係而互相結合之聯立契約，即一個契約之效力或存在依存於另一契約，同其命運。而原審既認定大華公司無法依約交付該特定車位，不生提出系爭房屋給付之效力，該公司就系爭房屋有給付遲延情事，且因公寓大廈管理條例第四條之公布施行，致大華公司不能將系爭房屋所有權移轉登記與陳九芳，則甲○○主張大華公司未依約規劃車位，該車位現係設置變電箱，屬可歸責於大華公司之事由，致不完全給付且不能補正，伊已於 87 年 7 月 3 日解除土地買賣契約；又因

法令變更，伊對系爭土地無法利用，給付已無實益，依民法第 232 條規定，伊得拒絕該給付等情，核與判斷甲○○有無給付乙○○等二人土地尾款之義務，及得否請求乙○○等二人返還已付之價金及代辦費攸關。乃原審未詳予審認，遽以上開理由，為甲○○敗訴之判決，自嫌速斷。甲○○上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分不當，求予廢棄，非無理由。」就房屋部分最高法院認為：「丁○○等二人在原審於 91 年 8 月 23 日提出民事辯論意旨狀已陳明大華公司若依約於 82 年 6 月間即履行交付房屋及車位之義務，亦不致因公寓大廈管理條例實施而無法使陳九芳取得房屋所有權登記之給付不能之情事，故此給付不能實係可歸責於大華公司，依民法第 225 條規定，陳九芳已無給付義務，縱認大華公司亦無可歸責事由，則本件即屬不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能，依民法第 266 條第 1 項規定，陳九芳亦可免為對待給付，而依民法第 266 條第 2 項之規定，大華公司更應將陳九芳已繳款項退還陳九芳之繼承人即被上訴人，則丁○○等二人已主張依民法第 225 條、第 266 條第 2 項之規定為請求，甚為明確。」

【評析】

本案為出賣人出售房屋與土地予買受人，土地以辦理移轉登記，但房屋遲未移轉，且其房屋所附屬之停車位遭出賣人建變電箱占用，後因法規變更，致房屋無法單獨移轉，買受人因此主張違約。原審認為就房屋部分屬於給付遲延，後因法令變更，轉為不可歸責於債務人之給付不能，且土地亦因無單獨利用之可能，屬於對於買受人無利益之給付，買受人得拒絕。最高法院認為倘依原審認定事實，出賣人若於屆期後法令變更前移轉房屋，則買受人能取得房屋，不致遭法令變更之影響，故應屬可歸責於出賣人致給付不能，買受人得解除契約，並請求損害賠償及返還價金。

案例四：貨物遭海關沒收

【判決事實】

依據最高法院民事判決 98 年度台上字第 2461 號事實，被上訴人即買受人向上訴人即出賣人訂購貨品。買受人就買賣價金簽發同面額支票四紙交付出賣人，嗣出賣人於票載發票日前返還與買受人兌領價金。出賣人於 92 年 8、9 月間託船運公司運送二只貨櫃至義大利，再由義大利經內陸運輸至西班牙予伊客戶。船運公司於 93 年 11 月 6 日通知有關其中一批貨物到港情形，與該貨物之載貨證券編號、及所載香港啓航日、目的港不符，難認該函所指之資料係該貨物。另外兩張訂單之貨物雖運達義大利但已遭義大利海關扣押沒收，而 P36、P38 訂單之貨物則無具體事證證明已運抵義大利目的港。兩造於 93 年 12 月 20 日因訂單運送貨櫃遭義大利海關扣留，買受人因此請求返還貨款及損失而達成系爭和解。

【法院判決】

最高法院 98 年度台上字第 2461 號判決表示：「惟原審先則謂 P34、P35 訂單之貨物雖運達義大利但已遭義大利海關扣押沒收，P36、P38 訂單之貨物則無具體事證證明已運抵義大利目的港，被上訴人主張同時履行抗辯而拒絕給付系爭買賣價金，於法有據。復謂上訴人未能證明該四批貨物已運抵義大利 NAPLES 港或 La Spezia 港，其付款條件尙未成就，上訴人之價金給付請求權尙未發生，自無所謂請求權罹於時效。就上訴人對被上訴人價金請求權已否發生，前後論述不免矛盾。其次民法第 227 條所謂之不完全給付，係指債務人提出之給付，不合債之本旨而言，其型態有瑕疵給付及加害給付兩種。是以構成不完全給付之要件，須債務人已爲給付，僅所提出之給付與債之本旨不相符合，若債務人未爲給付，

雖可能構成給付不能、給付拒絕或給付遲延，惟均非屬不完全給付之範疇；查系爭 P34、P35 之貨物係與 P32、P33、P34 之貨物同船或同櫃，因遭扣押已屬給付不能，而上訴人就 P32、P33、P34 訂單之委外包裝部分之貨物，同意和解並賠償被上訴人已給付之貨款及包裝費之損失，亦為原審所確定。果爾，P34 訂單似已經兩造成立創設性之和解，原審竟以上訴人依原 P34 買賣契約給付不能為由，而認被上訴人可以解除該 P34 訂單之買賣契約，於法即屬不合。而債務人未為給付，充其量僅可謂係給付遲延而已，乃原審竟以 P36、P38 之貨物上訴人無法證明仍然存在為由認亦已構成給付不能，並以上訴人無法舉證其有不可歸責於己之事由，而為不利於上訴人之論斷，殊屬疏率。而 P35 之貨物既與 P32、P33、P34 之貨物同船或同櫃而遭扣押，何以兩造於成立系爭和解契約時，未一併洽商解決，原審亦未審究查明，並待澄清。」

【評析】

本案買受人與出賣人訂有商品買賣契約，今出賣人委託船運公司運送貨品，發生貨物可能滅失或遭海關沒收，致買受人未能受領商品。原審判決認為屬於不完全給付，適用給付不能之規定，則買受人得解除該商品契約，並請求出賣人賠償其損害。惟就事實面觀之，今出賣人所託運之兩批貨物，一批因無法確認詳細資料而無法確認到港貨物，另一批係遭海關沒收，然而兩批貨物仍處於不確定能否給付之狀態，是否可能因資料補正或經由申訴管道而使貨物能平安送達買受人，似無排除此一可能性。就債務不履行類型之要件而言，契約所約定之商品尚有給付之可能，則非屬給付不能；另以債務不履行之法律效果觀之，倘契約約定商品有因補正而得給付之可能，則逕以給付不能之法律效果，即買受人解除契約，解消雙方債之關係，於此情形，買受人終至無法獲得其原依契約所期待之商品，出賣人除本需承擔商品未確定之風險與損害賠償外，亦無從因商品而獲利，對於雙

方原依契約之期待與契約目的似不相符，亦非合理。

最高法院否定原審採不完全給付之見解，惟其著眼於債務不履行類型之要件，認為該船運貨物未確認到港及遭海關沒收，僅能謂出賣人未給付，係屬給付不能、遲延或不為給付尚未可知，然不屬於以「已提出給付」為要件之不完全給付，倘給付仍屬可能，僅屬遲延，而認為原審認買受人得解除契約尚非合理。本文以為，最高法院雖仍以類型化下債務不履行之要件出發，惟仍意識到債務人屆期未給付，屬於給付不能或遲延往往難以判斷，然而與其判斷給付是否尚屬可能，不如著眼於契約目的，與雙方對於契約之期待，本案情形成前段所述，買受人對於依契約獲得商品仍有期待，且商品可能因出賣人之補正而送達買受人，契約仍未達須解消之程度，仍有履行之可能及存續之必要，因此倘逕認已屬給付不能，使雙方均無達其契約目的之機會，似非合理。

第三節 小結：債務不履行類型化之問題

經由前兩節關於我國債務不履行類型化之學說與實務判決整理與觀察，可以發現兩點：其一，學說仍承襲現行債務不履行類型化規定為解釋；反觀實務於現行規定下之發展，法院往往發現債務不履行類型化下，法律效果於個案適用之不合理性，而有跳脫類型化而就個案適用債務不履行法律效果之趨勢。

學說方面，仍承襲現行債務不履行類型化之規定為解釋。惟值得注意者，由於給付不能之情形依法律規定，其法律效果往往為契約解消，學說可能意識到此於個案適用之問題，或認為此一法律效果過於極端，因此利用更細緻的分類處理，如將給付不能分為一部或全部不能、暫時或永久不能，前者其實為對價調整，使契約不致解消，後者於障礙事由消滅後契約仍為有效得繼續履行。學說似乎嘗試

藉由分類解釋試圖限縮給付不能導向契約解消之結果，然未能跳脫類型化之限制。另針對「預期性違約」之情形，雖我國民法未有明文規定，惟學說仍承認此為給付不能、給付遲延與不完全給付外之另一債務不履行類型，

自前揭實務判決整理可發現，關於給付不能與不完全給付之情形，債務人屆期已提出給付，惟給付不符合債之本旨，面對相同之違約事實，法院出現幾種情形，其一為最高法院與原審採不同之債務不履行類型，其二為原審法院間採不同之債務不履行類型，第三種為最高法院與原審同採不完全給付之違約類型，然而原審適用給付不能之法律效果，為最高法院所否定者。

(一) 最高法院與原審採用給付障礙類型不同

最高法院與原審法院面對債務人已提出給付然未合債之本旨之情形，往往採用不同債務不履行類型，如前述案例一檢驗單位所提出檢驗報告瑕疵致新藥上市遭衛生署駁回申請、案例六農地因前手違反水土保持法而限制使用致買受人無法興建農舍，或案例八大樓有結構性瑕疵等。面對同一違約事實，原審法院與最高法院持不同見解，原審法院多認為此種情形，債務人提出之給付不符合契約約定，屬於給付不能而賦予債權人解除契約之權利，但最高法院則緊扣債務人「已提出」給付之要件，認為係屬不完全給付，進而認為原審認為解除契約不合理，但卻未明確表示是否採不完全給付適用給付遲延之法律效果，而發回原審重新審理，似可得出最高法院於個案事實中發覺適用給付不能解除契約之不合理性，因發現不合理之法律適用效果，而選擇較具有彈性之不完全給付類型。

(二) 最高法院與原審持同種給付障礙類型但採用法律效果不同

再者，除原審與最高法院認定類型不同外，亦有出現雖然最高法院面對類似違約事實均採不完全給付之違約類型，然事實審的高等法院面對類似違約事實時，卻採不同債務不履行類型，如前所提及，農地因違反水土保持遭限建一案，高院認為由於買受人須重新申請且不一定通過審核，因此認為屬於給付不能而賦予買受人解除契約之權利；然於類似案件，買受人取得攤位後發現使用目的為辦公事而無法經營餐飲業，高院卻認為屬於不得補正之不完全給付，同樣賦予債權人解除契約之權利；另於類似關於能否使用之案件，如出賣人出賣停車位卻未附相關文件，至買受人無法使用該停車位，高院亦認為屬於不完全給付適用給付不能法律效果，賦予買受人解除契約之權。由此觀之，面對類似違約事實，縱採不同債務不履行類型，亦可能採相同法律效果。

(三) 法院對同類型違約事實採不同債務不履行類型

此外，亦有最高法院與原審均認為屬於不完全給付，如前所提及案例二房地使用目的不同、案例五停車位欠確使用文件，原審認為不完全給付適用給付不能之規定，最高法院雖未明確表示應適用給付遲延，但卻認為原審認為買受人得解除契約不合理，契約無解消之必要。值得注意者，於案例四家具瑕疵能否補正一案，原審法院認為屬於不完全給付且瑕疵雖無法修補，但家具屬替代物仍能補正該給付，無給付不能之情形，而無解約之必要，最高法院在此案中雖認為同屬不完全給付之違約類型，但卻一反常態的認為該瑕疵已無法補正，雖未表明是否適用給付不能之規定，然似可顯示最高法院在此認為有解消契約之必要。

其中關於預售屋或房屋買賣相關案件，法院對於出賣人已依約移轉交付房屋相同事實，但對於房屋未符合債之本旨之情形不同，往往適用不同法律效果。針對買受之房屋屬於海砂屋或輻射屋之情形，該出賣人所提出之給付對於買受人權

益具有極大不利益之瑕疵，最高法院往往認為屬於不完全給付適用給付不能之規定，而賦予買受人解除契約之權利，似可認為在此類型案件，買受人對於其受領房屋為海砂屋或輻射屋毫無期待，亦不願受領，且出賣人對於此種違約情形應屬可預見無疑，亦無法期待契約履行，因此契約應無存續之必要。惟於此類型案例，亦有出現如最高法院 92 年度台上字第 2463 號判決認為海砂屋之情形非屬嚴重，因科技進步得以修補，而認為不宜適用給付不能規定解約之情形，顯見縱屬給付於通常情形對於買受人不利之狀況，法院仍會審酌實際情形，賦予不同債務不履行法律效果。另針對坪數減少與設計不符之情形，最高法院則多認為買受人不得依不完全給付適用給付不能之規定解除契約，僅能依物之瑕疵擔保規定請求減少價金。

由此觀之，預售屋或房屋買賣雖屬同一類型之債務不履行類型即不完全給付或同時構成瑕疵擔保，然法院於個案適用上卻會選擇不同之法律效果，於對於買受人重大不利益時，適用不完全給付且為給付不能之規定，賦予買受人解除契約之權，然於瑕疵對於買受人非屬嚴重，且出賣人可能會因解除契約而過於不利益時，法院則會適用物之瑕疵擔保之規定，而僅允許買受人得請求減少價金。

承上揭學說與實務判決之比較，顯現我國民法債務不履行雖承襲德國未修正前民法，仍區分違約事實而適用不同債務不履行類型，包括給付不能、給付遲延及不完全給付，且因不同類型所規定適用之法律效果亦不同。惟觀察實務判決，承前所述，法院面對類似之違約事實時，時常出現三種情形，最高法院與原審所採類型不同，或最高法院與原審均採同一類型但適用法律效果不同，甚或法院間就同一違約事實選擇不同債務不履行之類型，本文以為，是否可推斷，法院面對違約事實時，實未受限於目前法律所規定之債務不履行類型，而實際審酌個案事實，考量雙方利益，如債權人對於給付之期待，債務人履行契約之可能性，契約

目的是否達成，而決定是否解消契約，或維繫契約存續然賦予債權人請求減少價金，或課予債務人修補瑕疵等，亦即實際針對個案事實選擇事宜之法律效果，再套用現行規定之債務不履行類型，因此常見最高法院認為原審所適用之債務不履行之法律效果不事宜個案違約事實時，最高法院卻以各種類型要件不符事實為理由否定原審法院判決，如以債務人「已提出給付」非屬給付不能，實際上似認為原審採解除契約之法律效果不合理，然最高法院卻以不完全給付之要件事實為理由，且未表示倘採不完全給付應適用何種法律效果。此一作法是否妥適，殊值探討。惟由此顯現，最高法院於債務不履行案件中實已不受限於現行法規之類型化，而直接考量法律效果於個案之適宜性，實務之運作是否與現行國際公約立法和外國立法例趨勢一致，待第四章探討之。

債務不履行是否有類型化之必要，承前觀察，債務不履行類許具有明確性之優點，由於債務不履行透過類型化由其要件，經由違約事實涵攝要件，得出特定之法律效果，使契約雙方對於違約所生之結果具有可預見性，而能於事前預防避免糾紛，亦減少應債務不履行所生之成本與資源浪費。然債務不履行類型化亦有其缺點，可經由先前實務判決反映，即於債務不履行類型化下，可能造成特定違約事實必須適用特定類型之債務不履行，而造成法律效果適用上之僵化，不僅無法符合個案需求及契約雙方之期待，亦可能發生不合理之情形，此反映在最高法院與原審對於相同違約事實卻出現不同判決結果之爭議。惟由此反思，倘我國實務判決運作實已跳脫債務不履行類型化之框架，而針對個案事實，選擇適切之法律效果，我國民法債編關於債務不履行部分是否有去除類型化之必要性，是否需要修法，或是能於現行法規藉由解釋或實務運作，而達到與現行國際立法趨勢相同之結果，殊值探討。

第三章 我國債務不履行歸責事由與法律效果

我國民法債務不履行法律效果扣緊上述債務不履行類型之要件，倘債務人發生屆清償期而未依債之本旨給付之違約事實，首先，會先涵攝債務不履行類型之要件，究為給付不能、給付遲延或不完全給付，倘為給付遲延再區分定期與否，屆期違約或定相當期間催告，或給付已屬不能，則區分可歸責於債務人與否，定其法律效果，或為不完全給付，依能否補正，適用給付不能或給付遲延之法律效果。因此，決定債務不履行法律效果者，主要為債務不履行之類型及債務人可歸責性，換言之，債權人得否解消契約或請求損害賠償，皆與類型化和可歸責性相關。惟無論何種債務不履行類型，其法律效果不外乎，對待給付、解除契約與損害賠償。本章欲觀察，我國民法債務不履行類型化下法律效果於個案適用的問題，包括債務不履行類型化決定法律效果是否合理或有其必要，以及債務人主觀可歸責性與法律效果之關係，提出問題，並以第四章國際公約與外國立法例作為參考。

第一節 歸責事由

我國債務不履行責任，有學者³⁷謂係客觀上發生違約之事實，應歸成主觀上之可責性。歸責事由，客觀上違約事實之結果，應歸成主觀上可責之原因。因法律所定契約要件構成，而產生各種之債。債務不履行責任係，因債務為應給付之義務，責任為履行義務之擔保，違反依契約應給付之義務，發生債務不履行之責任。換言之，因客觀之要件(債務為反之事實與損害之因果關係)及主觀的規則事由而生債務不履行之效力。

³⁷ 史尚寬，債編總論，1983年，頁341。

我國債務不履行之歸責事由，依民法規定第 220 條第 1 項：「債務人就其故意或過失之行爲，應負責任。」採主觀之可歸責性，依其應注意程度不同，得分爲故意、過失和重大過失，除故意和重大過失依民法第 222 條規定：「故意和重大過失，不得預先免除。」而不得由契約當事人約定免除外，原則上採過失責任，過失依契約當事人應盡之注意程度不同，而分爲抽象輕過失，契約當事人應盡善良管理人之注意義務；具體輕過失：契約當事人應與管理自己事務盡同一注意義務；及重大過失。債務人所負過失責任之輕重既有不同，則債務人應就何種過失負責，有依法律之規定定之，亦得由當事人以契約定之。如法律無規定，契約當事人亦無約定，則依民法第 220 條第 2 項依事件性質酌定過失之輕重。

法律規定債務人應負過失責任，多就應負過失責任之種類有所規定，如前所述包括故意或重大過失、具體輕過失、抽象輕過失，法律於通常情形下依第 220 條第 1 項規定之抽象輕過失負責，只有於明文規定時，如第 410 條(贈與人責任)、第 434 條(承租人之失火責任)，第 175 條(緊急管理之責任)，才依重大過失負責，此種責任因無常給付，或爲他方利益等考量，因此減輕其責任³⁸；當事人亦得以契約約定，惟依同法第 222 條規定重大過失之責任不得預先免除或限制。倘法律無規定，當事人又無約定，則依事件之特性定之。依民法第 220 條第 2 項，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。³⁹

值得思考者爲，可歸責性相較於侵權責任以過失責任爲原則，其過失標準具一致性，注重行爲責任。反觀契約責任，將過失依事件性質分爲抽象輕過失、具體輕過失與重大過失，可歸責性於不同事件中其標準並非一致，然而劃分主觀可歸責性之標準其意義何在，應視可歸責性所影響之債務不履行法律效果。依民法第 226 條規定，給付不能係因可歸責於債務人之事由者，債權人得請求損害賠償，

³⁸ 黃立，民法債編總論，修訂三版，2006 年，頁 443

³⁹ 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 496

並依第 256 條解除契約，由此觀之，債務人之可歸責性影響債務不履行法律效果中之契約解除權與損害賠償。由於可歸責性實為風險分配機制，目的在於當損害發生時有何方承擔，因此與損害賠償法制息息相關，乃屬當然，惟契約解除權之行使，即契約解消與否，是否亦與債務人之可歸責性有關，殊值探討，本文以下揭實務案例整理及評析與第四章國際公約與外國立法例如何處理解除權與可歸性之關係，提出可能的答案。

第二節 債務不履行類型下之法律效果

第一項 前言

我國民法對於債務不履行之法律效果主要包括：對待給付、解除契約與損害賠償。如前開所述，首先界定債務人違約類型，究屬給付不能、給付遲延或不完全給付，區分適用不同之法律效果。倘債務人違約屬給付不能時，尙以「債務人是否可歸責」為進一步區別契約存續與否、得否請求損害賠償等；倘債務人屆期未履行屬給付遲延時，則以「定期或未定期限之給付」，是否課予債權人催告並定相當期間命債務人給付；不完全給付則以「給付是否能補正」，法律規定適用給付不能或給付遲延之法律效果，容下詳論之。

第二項 學說簡介

第一款 給付不能

給付不能之法律效果則依債務人不履行是否具有可歸責事由而區分，倘債務

人不具可歸責事由於，則依第 225 條第 1 項規定：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」，債務人除免給付義務外，倘不履行係可歸責於債權人依第 267 條第 1 項規定：「當事人之一方因可歸責於他方之事由，致不能給付者，得請求對待給付。」債權人倘可歸責致債務人無法履行，應自承風險，仍須為對待給付；若不履行係不可歸責於雙方，則依第 266 條規定：「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務。」，債權人免為對待給付，此時學說多認為本條係決定由債務人承擔價金風險，蓋於標的交付或移轉予債權人之前，風險仍由債務人承擔。

由上開條文觀之，債務不履行於給付不能之情形，因其基於可歸責於債務人之事由與否，即債務人就債務不履行之事由是否具有故意或過失之情形，區別其法律效果：

(一)不可歸責於債務人之情形，因債務人主觀上無故意或過失，對於債權人不負賠償責任，且給付已屬不能，債權人亦無從請求原給付，僅能於債務人因給付不能之事由，而對於第三人有害損害賠償請求權時，債權人始得依本法第 225 條第 2 項向債務人請求讓與該損害賠償請求權。惟其所得請求讓與之利益，以債務人因給付不能之事由而取得者為限，須利益與不能之事由有因果關係，且該利益即係給付標的物之替代。於雙務契約中債權人行使代償請求權者，仍需為對待給付。至於代償請求權之性質，究為原債權之繼續或新債權之發生，向有爭議，有學者認為係原債權之繼續，因此權利上之負擔繼續存在，時效亦不從新起算，債權人仍應受限於債務人對第三人之請求全消滅時效之限制；然多數學者認為，代償請求權係新債權之發生，因此原附於債權上之權利消滅，時效亦重新起算。惟本條項代償請求權規定於債務人不可歸責之情形，如於債務人可歸責時，債權

人是否有本條項之適用而得行使之，容下討論。⁴⁰

(二)可歸責於債務人之情形，係債務人不履行具有可歸責於己之事由，依第 226 條第一項規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求損害賠償。」債權人除得請求損害賠償外，不得請求為原定之給付⁴¹，另依第 256 條解除契約，契約解除後雙方並依第 259 條規定互負返還義務⁴²，惟解除權之行使，不影響債權人因債務不履行所得請求之損害賠償。最高法院判例 55 年台上字第 1188 號亦認：「民法第 260 條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。據此規定，債權人解除契約時，得併行請求損害賠償，惟其請求損害賠償，並非另因契約解除所生之新賠償請求權，乃使因債務不履行（給付不能或給付遲延）所生之舊賠償請求權，不因解除失其存在，仍得請求而已，故其賠償範圍，應依一般損害賠償之法則，即民法第 216 條定之，其損害賠償請求權，自債務不履行時起即可行使，其消滅時效，亦自該請求權可行使時起算。」顯示因債務不履行所生之損害賠償請求權不因解除契約而受影響。

給付不能於雙務契約之情形，契約一方因他方可歸責之事由，不能為給付者，免給付義務，惟仍得向他方請求對待給付。惟不可歸責之一方因免給付義務所得之利益應自其所得請求之對待給付中扣除。倘契約一方給付不能係因不可歸責於雙方之事由者，他方免對待給付義務，僅一部不能者，他方按比例減少對待給付。

⁴⁰ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 369-370；劉春堂，判解民法債編通則，1978 年，頁 118；黃棟培，民法債編總論，修訂版，1982 年，頁 172。

⁴¹ 司法院解釋院字第 2478 號：「因可歸責於債務人之事由。致給付不能者。債權雖仍存在。而其內容則已變為損害賠償請求權。不復以原定之給付為標的。故債權人僅得依民法第 226 條第 1 項規定。請求賠償損害。不得請求為原定之給付。」及院字第 2182 號：「債之關係發生後給付不能者。無論其不能之事由如何。債權人均不得請求債務人為原定之給付。此觀民法第 225 條第 226 條之規定自明。」同此旨。

⁴² 最高法院判例 40 年台上字第 1020 號：「債權人於有民法第 226 條因可歸責於債務人之事由，致給付不能之情形，得解除其契約，為同法第 256 條所明定。又契約一經解除，與契約自始不成立生同一之結果，故因契約所生之債權債務，溯及當初全然消滅，其已由他方所受領之給付物，依同法第 259 條第一款之規定，自應返還。」

第二款 給付遲延

給付遲延係債務人屆期未履行之情形，惟給付仍有可能，故債權人得請求

原給付，惟應請求債務人賠償因遲延所生之損害，不論積極損害或消極損害均得請求賠償。且遲延損害不因往後契約解除或消滅而受影響，按最高法院 90 年台上字第 823 號：「於契約解除前，已因給付遲延所生之損害賠償請求權，不因契約解除而失其存在。」及最高法院 88 年台上字第 1743 號：「債務人之遲延責任，因債務人依債務本旨提出給付而消滅，惟所謂消滅，乃指以後免負遲延責任而言，倘以前已生遲延之效果，並非因此當然消滅，債權人就以前遲延所生之損害，仍得請求賠償。」債務人除須賠償因遲延造成之損害外，於遲延期間債務人責任亦加重，故第 2 項規定：「債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。」。

倘原給付對於債權人仍有利益者，契約仍有維繫之必要。反之，倘遲延之給付對於債權人已無利益，如清償期對於契約為重要要素，則債權人得拒絕該遲延之給付，並請求全部不履行之損害賠償，學說上稱為「填補賠償」或「替補賠償」⁴³，且最高法院 98 年台上字第 921 號認本條「請求全部不履行之損害賠償」其範圍與給付不能等所生之損害賠償範圍不同而謂：「民法第 226 條規定，因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。該條第 1 項之給付不能，債權人得請求損害賠償者，與同法第 232 條因給付遲延，而生之損害賠償，兩者不同。前者指因可歸責於債

⁴³ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 386-387；鄭玉波，民法債編總論，修訂二版，2002 年，頁 291-294；劉春堂，判解民法債編通則，1978 年，頁 123；孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 562-565。

務人之事由，致給付不能者言；其給付不能，包括自始主觀不能、嗣後客觀或嗣後主觀不能；後者係指因債務人之給付拒絕或給付遲延，遲延後之給付，於債權人已無利益者，債權人得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生之損害賠償言。」。債務人爲此賠償後，即不必再爲給付乃屬當然。且契約亦無維繫之必要，債權人自得解除契約。且債務人遲延中，法律規定加重其責任，因債務人遲延給付已有義務之違反，於此段遲延期間就不可抗力造成之損害，債務人亦應負責。

債權人屆期遲延受領給付，其責任性質向有爭議，學者有認爲受領遲延爲契約義務違反，因而適用債務不履行之法律效果；亦有學者認爲受領遲延僅爲權利之不行使，屬於對己義務之違反，不生債務不履行之法律效果，僅產生權利喪失與責任加重之效果⁴⁴；觀我國實務關於債權人受領遲延之相關判決最高法院 64 年台上字第 2367 號判例認爲兩者兼具：「買受人對於出賣人有受領標之物之義務，爲民法第 367 條所明定，故出賣人已有給付之合法提出而買受人不履行其受領義務時，買受人非但陷於受領遲延，並陷於給付遲延，出賣人非不得依民法第 254 條規定據以解除契約。」。惟學說多認債權人受領遲延僅爲權利之不行使，僅生失權效。倘債權人於遲延受領中，法律減免債務人之責任，債務人僅就故意或重大過失負責，因此倘債務人未盡善良管理人注意義務致給付不能，係屬不可歸責於債務人之事由，按最高法院 99 年台上字第 1753 號：「債權人之受領遲延中，如非出於債務人之故意或重大過失，致不能給付者，應認係因可歸責於債權人之事由所致，債務人雖不能給付，仍得依民法第 267 條之規定，請求債權人爲對待給付。」。除了注意義務之減輕外，債務人應停止利息之支付，且就此段期間所生之孳息，僅以已收取之範圍爲限負返還責任。此外，債務人亦得請求賠償因提出或保管給付物所花費之必要費用，如欲自行消滅債務，債務人得於通知債

⁴⁴ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 387-388；鄭玉波，民法債編總論，修訂二版，2002 年，頁 307；劉春堂，判解民法債編通則，1978 年，頁 128；孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 565-566。

權人後，拋棄其不動產之占有，或提存、拍賣動產，以解消其責任。

雙務契約中須視契約是否定有清償期限，倘未定期限者，契約一方應定相當期間催告他方履行，他方於該相當期間內未履行，始得解除契約。惟倘係定期契約，且依契約之性質或當事人之約定，期間為契約要素，他方非於一定期間內為給付則不能達契約之目的者，則契約一方得不經催告而逕行解除契約。

第三款 不完全給付

關於不完全給付即積極侵害債權，我國民法規定於第 227 條第 1 項：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」蓋不完全給付以債務人可歸責為前提，其法律效果則因給付得否補正而有所不同。債務人所給付之物倘不符合債之本旨，而具補正之可能性時，債權人得拒絕受領該給付，請求債務人補正該給付，倘債權人已受領者，亦得返還之，債務人補正期間生遲延給付之效果，債權人得請求損害賠償。縱能補正，惟補正之給付對於債權人已無利益者，債權人得拒絕該給付，並請求全部不履行之損害賠償(即填補賠償或替代賠償)。倘債務人之給付不具補正之可能性者，債權人則適用給付不能之規定，得解除契約並請求損害賠償。⁴⁵

債權人於不完全給付所致損害時，得請求賠償之範圍，除了因加害給付所致之損害賠償外，債權人倘有除了履行債務以外之其他固有利益，因加害給付而受有損害，債權人得依同法第 227 條第 2 項請求賠償；蓋加害給付所致損害者，本質上與給付不能、遲延係未履行所致之損害不同，不完全給付因仍有債之關係存在，且損害又係因不完全給付所致，因此本條規定債務人應依債務不履行負損害

⁴⁵ 史尚寬，債編總論，1983 年，頁 403-405；鄭玉波，民法債編總論，修訂二版，2002 年，頁 287-288；孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年，頁 586-587。

賠償責任。此一規定係將債務人之侵權責任轉換為債務不履行責任，從而要求債權人之注意義務為「履行債務時，應盡交易上之注意義務，以避免加害於債權人」，如債務人為不完全給付，違反此一注意義務，應認可歸責於債務人之債務不履行，而負賠償責任。按最高法院判決 99 年 台上 字第 2033 號亦謂：「參酌民法第 227 條第 1 項規定。惟該條所稱之不完全給付，係專就『瑕疵給付及加害給付』而為規範。」及高等法院判決 97 年度上易字第 99 號：「按因不完全給付致債權人之固有利益受侵害者，為加害給付，此項損害係因債務人履行債務而發生，在本質上與給付不能及遲延給付所致損害不同，後者係因未為給付之不履行債務所致；惟因加害人與被害人間有債之關係存在，損害之發生又係因不完全給付所致，因此民法第 227 條第 2 項遂明定債權人就此損害得依債務不履行之規定，請求賠償。」顯示債權人除因瑕疵給付所生之損害外，債務人因履行不符債之本旨而造成債權人固有利益遭受損害，即加害給付所致之損害，得依本條項請求賠償。

關於瑕疵擔保責任與不完全給付，倘瑕疵於契約成立後始發生，往往亦構成瑕疵擔保，最高法院 98 年 台上 字第 1691 號即謂：「物之出賣人就其交付之買賣標的物，有應負擔保責任之瑕疵，其瑕疵係於契約成立後始發生者，出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。」。惟實務學說多認其兩者構成要件與規範功能各有不同，故最高法院 97 年 台上 字第 1817 號謂：「物之瑕疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任及侵權行為損害賠償責任，其法律性質、構成要件及規範功能各不相同，出賣人縱應負物之瑕疵擔保責任，亦不必然應負不完全給付之債務不履行責任或侵權行為損害賠償責任。」。兩者主要區別在於，不完全給付以可歸責於債務人為前提，始能解除契約並請求損害賠償⁴⁶，瑕疵擔保則不以債務人可歸責為要件，此參最高法院判決 94 年台

⁴⁶ 99 年 台上 字第 1869 號：「債權人因債務人給付不能、給付遲延、不完全給付等債務不履行情形而解除契約者，必須以該債務不履行係因可歸責於債務人之事由為要件，倘債務不履行情事不可歸責於債務人，債權人即無據以解除解約之餘地。」

上字第 2352 號：「因物之瑕疵而解除契約，與因不完全給付而解除契約，兩者有別。前者無須可歸責於出賣人之事由，買受人即得依民法第 359 條規定解除契約；後者則須有可歸責於出賣人之事由始可解除契約。」⁴⁷斯同此旨。

第三節 實務案例探討

由前揭學說觀之，債務不履行之法律效果係依其類型與可歸責性決定，惟如本章開頭所提出之疑問，契約解除權之行使及契約存續與否和債務人可歸責性，是否有必然性與關聯性，藉由以下整理之實務判決觀察之。

案例一：土地使用限制

【判決事實】

依據最高法院 99 年度台上字第 1869 號判決，兩造於民國 93 年 4 月 30 日簽訂土地開發銷售契約，約定委託人將所有坐落台中縣潭子鄉○○段七八九之二二地號土地，全權委託受託人開發、銷售、管理，被上訴人每銷售土地一坪，應給付委託人新台幣一萬元。詎受託人將系爭土地整地開發為墓園，收取對價供人設置墳墓使用，違反殯葬管理條例第七條之規定，致委託人屢遭行政裁罰。委託人乃限期催告受託人改善，促其回復系爭土地原狀或補辦申請手續，未獲置理。爰依給付遲延及給付不能之規定，解除系爭契約，求為命受託人返還系爭土地予委託人之判決。

⁴⁷ 亦可參最高法院 91 年台上字第 1588 號、92 年台上字第 882 號、91 年台上字第 637 號、91 年台上字第 666 號、87 年台上字第 2668 號、87 年台上字第 575 號、87 年台上字第 125 號、84 年台上字第 2143 號判決。

【法院判決】

最高法院民事判決 99 年度台上字第 1869 號對此表示：「揆系爭契約約定，被上訴人負有「開發、銷售、管理系爭土地」之義務，應整理系爭土地為墓園，收取對價供人設置墳墓使用，是被上訴人開發系爭土地，提供他人設置墳墓，乃契約義務之履行；而系爭土地無法取得設置殯葬設施之「核准」許可，乃因該土地面積及使用類別之法令限制使然，不可歸責於被上訴人。上訴人催告被上訴人於十日內將系爭土地恢復原狀或補辦申請手續，於法未合，其據以主張解除契約，自屬無據。則上訴人本於契約解除後回復原狀請求權，請求被上訴人返還系爭土地，難謂有理。因而廢棄第一審所為上訴人勝訴之判決，改為判決駁回上訴人之訴。經核於法尚無違誤。按因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得解除契約；契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期間催告其履行，如於期限內不履行時，得解除契約；因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利，民法第二百五十六條、第二百五十四條、第二百二十七條第一項分別定有明文。故債權人因債務人給付不能、給付遲延、不完全給付等債務不履行情形而解除契約者，必須以該債務不履行係因可歸責於債務人之事由為要件，倘債務不履行情事不可歸責於債務人，債權人即無據以解除解約之餘地。原判決以被上訴人宥於系爭土地面積及使用類別之法令限制，無法取得設置殯葬設施之「核准」許可，屬不可歸責被上訴人之事由，上訴人據此依債務不履行法則，解除契約，於法未合；乃就上訴人本於契約解除後回復原狀請求權，請求被上訴人返還系爭土地，為上訴人不利之論斷，並無不當。」

【評析】

本案委託人委託受託人管理開發其所有之土地，受託人違反相關法規經營墓園，致委託人受有損害，因此向受託人主張債務不履行，原審認為土地法令之限制係屬不可歸責於債務人之事由，惟債權人催告定期間命債務人補辦申請手續亦於法未合，給付應屬無補正之可能，而認債權人得解除契約。最高法院於本案之判決中明確表示，債務不履行類型為給付不能、不完全給付、給付遲延，各有其要件，且應有所適用之法律效果，倘債務人欲解除契約，須以有可歸責於債務人之事由為前提要件，顯示最高法院就債務不履行之法律效果仍緊扣其要件。

本文以為，自原審與最高法院判決之歧異，顯示債務不履行法律效果取決於其要件之僵化與不合理性，原審判決認為法令限制非可歸責於債務人，照我國現行民法對於債務不履行之要件，確實如最高法院所言，既不可歸責於債務人之事由，則債權人無從解除契約，惟原審法院卻判決債權人得解除契約，是否認為本案例中僅有解除契約符合雙方利益之權衡，因此跳脫債務不履行之要件，調整債務不履行之法律效果，雖為最高法院所否定，本文以為原審判決值得思考以可歸責於債務人之事由作為法律效果適用上之分野是否具有妥適性。蓋契約存續與否應考量雙方利益，包括債權人對於給付之期待、債務人給付之可能性，債務人違反契約是否影響契約之根本性等，即契約雙方對於契約繼續履行之期待，決定契約有否存續之必要，而無關乎債務人可歸責與否，本文以為契約之存續應與債務人主觀可歸責事由脫鉤，至多僅反映於債務人所負損害賠償之範圍。

案例二：房屋因法規變更致無法移轉予買受人

【判決事實】

依據最高法院 95 年度台上字第 297 號判決事實，上訴人與被上訴人訂立合

建契約，由被上訴人提供共有坐落彰化縣彰化市八筆土地，予上訴人等興建地上十二層、地下三層房屋。系爭契約約定被上訴人應於同年六月十九日前將系爭土地應有部分各四分之一移轉登記予上訴人。惟上訴人爲被上人等興建之建築物竟與鄰棟建築物相連接，被上訴人等多次催告補正，並於 89 年 6 月 9 日函請上訴人於同年 7 月 15 日前補正，否則即以該函爲解除契約之意思表示，上訴人拒不置理。原審認爲：「上訴人因彰化縣政府增加指定建築線之故，被迫必須修改舊圖，無法依系爭契約及舊圖建築獨棟房屋，致所興建之建築物與相鄰建築物連接，已無法依據兩造合約之本旨履行其契約義務。是被上訴人以上訴人未依合約之本旨興建「獨棟」建築物及依約定建築設計圖建築，於八十九年六月九日發函限期上訴人應於同年七月十五日前補正，逾期不補正即以該函爲解除契約之意思表示，上訴人屆期仍未置理，系爭合建契約已經被上訴人合法解除。而此契約之解除，係可歸責於上訴人之事由，上訴人主張依系爭合建契約之法律關係請求被上訴人應將系爭土地應有部分各四分之一移轉登記予甲○○，並請求被上訴人各應給付友廣順公司一百零六萬零七百四十二元本息，自屬無據，不應准許等詞，爲其判斷基礎。」

【法院判決】

最高法院 95 年度台上字第 297 號判決認爲：「按因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得解除契約；契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期間催告其履行，如於期限內不履行時，得解除契約；因可歸責於債務人之事由，致爲不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利，民法第二百五十六條、第二百五十四條、第二百二十七條第一項分別定有明文。故債權人因債務人給付不能、給付遲延、不完全給付等債務不履行情形而解除契約者，須以該債務不履行係因可歸責於債務人之事由爲要件。而債務人

提出之給付不完全，其不能補正者，債權人得逕行解除契約；其得補正者，則須債權人定相當期限催告其補正而仍不補正，始得解除契約。又解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之，補正之催告為意思通知，其效力之發生，應準用意思表示之規定，而非對話為意思表示者，其意思表示以通知達到相對人時發生效力，此觀民法第二百五十八條第一項、第九十五條第一項規定自明。原審先謂上訴人因彰化縣政府增加指定建築線之故，被迫必須修改舊圖，而無法依契約本旨履行依舊圖建築獨棟房屋之義務云云，似認上訴人係因不可歸責於己之事由而無法履行債務；惟嗣謂系爭契約因可歸責於上訴人之事由經被上訴人定期催告補正而未補正，被上訴人因而解除契約云云，似認上訴人提出之給付不完全，且因可歸責於上訴人，經被上訴人定期催告補正而不為補正始遭解除契約。原審就上訴人有無可歸責事由之認定，前後不一，有判決理由矛盾之違法。且原審並未認定上訴人已否提出給付，及系爭存證信函何時到達上訴人，遽認被上訴人以系爭存證信函催告補正而上訴人未補正，系爭契約已於補正期間屆至時解除，亦有判決不備理由之違法。被上訴人可否解除系爭契約及系爭契約是否已經被上訴人解除，攸關上訴人可否依約為本件之請求頗切，本件事實尚未臻明確，本院無從為法律上判斷。上訴論旨，指摘原判決為不當，求予廢棄，非無理由。」

【評析】

本案中上訴人為建商、被上訴人為土地所有人，雙方訂立合建契約，由土地所有人提供土地供建商興建房屋，惟建商因縣政府所修之建築線，導致其所興建之房屋與相鄰建築連接，未符合與土地所有人所定之契約內容。原審針對此一違約事實，未認定建商是否有可歸責性，而認該違約事實屬於不完全給付，且該瑕疵無法補正之情形，認為土地所有人得解除契約，請求損害賠償。最高法院否認原審見解，認為解除權之行使，以債務人具有可歸責性為前提，無論係給付不能，

或是給付遲延後對債權人已無利益得拒絕給付之情形，或不完全給付適用給付不能之規定，均以可歸責於債務人，債權人始得解除契約。由於本案建商係因縣政府所規定之建築線而將房屋建築與相鄰建築相連，似非屬可歸責債務人，而認原審未定性債務人可歸責與否，即賦予債權人契約解除權並非妥適。

本文以為，原審法院認為建商所建築之房屋與相鄰建築連接屬於不完全給付，且因屬不能補正，而適用給付不能之法律效果，土地所有人得解除契約，惟從個案事實觀之，倘允許土地所有人解除合建契約，是否對於建商過於不利益，可能造成其為履行契約所投入之準備與資本無從回收，另自土地所有人對於給付之期待，是否有可能經由建商之修補而能獲得符合契約約定之給付，契約尚有存續之空間。最高法院雖僅以債權人行使契約解除權，以債務人可歸責為前提，並以非屬債務人可歸責，而認原審判決債權人得解除契約為不適當。最高法院雖未明確表示本案所應適用之債務不履行法律效果，然似認於本案中解除契約並不符合個案需求與雙方利益之保障，實而債務人可歸責與否應與契約存續與否無關，是否可推測可歸責性並非最高法院所考量之重點。

第四節 小結

本章承接前一章主要係提出問題，藉由觀察於類型化下債務不履行法律效果之規定學說發展與實務運作，探討我國民法於債務不履行類型化下法律效果之適用問題，包括類型化下法律效果適用是否僵化，以及可歸責性與契約存續與否之關聯性。

第一項 債務不履行類型化下法律效果之檢討

由於前一章經由學說與實務整理，有些違約事實難以套用特定給付障礙類型，其中給付不能與給付遲延兩種類型之區別，為給付是否已屬不能，或尚有給付之可能僅為遲延，然而觀察實際違約情況會發現，債務人屆清償期未提出符合債之本旨之給付，是否給付已屬不能或尚屬可能，往往不易確定，此一困難亦反映於實務判決。由前一章實務判決整理可發現，無論是給付不能或不完全給付之區別，或給付不能或給付遲延之區別，由於倘選擇給付不能或不完全給付適用給付不能之規定，有較高之比例為賦予債權人契約解除權，自前揭實務判決整理可知，倘原審法院選擇此一類型之適用，最高法院往往會於判決中轉而採不完全給付且認為原審適用給付不能之法律效果，使債權人得解除契約為不合理等等。雖無法推論最高法院是否採取給付遲延或是不完全給付下適用給付遲延之法律效果。惟本文試假設倘採給付遲延，債務人屆期未依債之本旨提出給付，於雙務契約中，債權人依第 254 條得催告並定相當期間命債務人於期間內補正給付，此一制度是否能緩和，除給付於清償期已顯屬不能亦無補正可能外，於清償期屆至給付能否尚屬不確定之狀況，此一補正期間，不僅給予債權人獲得符合契約給付之機會，亦給予債務人依契約履行其給付並獲得對待給付之機會，亦使契約有存續之可能性，此一制度實係下章所提及國際公約與外國立法之趨勢。

然而於我國現行規定下，僅於債各承攬契約一章中同法第 493 及 494 條係課予債權人定期命補正之義務，且為債權人自行修補請求損害賠償及解除契約之前提。反觀，我國民法債編總則之第 254 條並非強制規定，債權人無此義務，僅於雙方有約定，如最高法院判例 90 年台上字第 1231 號：「當事人約定債務人遲延給付時，須經債權人定一定之期限催告其履行，而債務人於期限內仍不履行，債權人始得解除契約者，債權人催告所定期限雖較約定期限為短，但如自催告時起，已經過該約定之期限，債務人仍不履行，基於誠實信用原則，應解為債權人得解除契約。」或契約雙方未定期限之給付，如最高法院 30 年上字第 214 號

判例：「契約當事人之一方履行遲延時，他方當事人苟未定相當期限為履行之催告，並因其於限期內仍未履行而行使解除權，則已成立之契約，即仍屬存在，負有遲延責任之一方，並非無請求他方履行之權。」債權人須定期催告取得解除權，始得解消契約。且法條規定十分簡單，對於雙方於此段期間內得行使之權利亦未為規範，學說上經由解釋有認該期間須為相當，實務上經由判例亦發展出若干要件，如所定期間必須相當，最高法院 38 年台上字第 35 號判例：「契約當事人之一方催告他方履行給付義務，依民法第二百五十四條之規定應定相當期限，上訴人致被上訴人之催告書中僅定一週之期間，而當日該省道路尚未復舊，交通並非便利，其應給付之鐵軌等交通器材，又須經省行政長官之准許始能搬運，限定七日之內取得搬運許可，並蒐集鐵軌一千三百支全部運抵交付，揆諸實際，勢所難能，是其所定履行之期限，顯不相當，自不能藉此而謂契約業已合法解除。」。且倘清償期對於雙方有重要利益為契約重要要素時，債權人得逕行解約無需定期催告，最高法院 46 年台上字第 1685 號判例：「民法第二百五十四條之規定，僅為法律所認解除權之一種，並非禁止契約當事人間另有保留解除權之特別約定。故買賣契約當事人間，就買受人一方支付價金之清償期有特別重要之意思表示，如買受人一方不按照時期履行者，則出賣人一方自得依同法第二百五十五條之規定，不經催告逕行解除其契約。」

關於定期命補正之制度，於國際公約與外國立法均有詳細規範，不僅係課予債權人此一義務，亦對於雙方於此期間之權利有所規範與限制，甚至作為債權人取得契約解消權利之前提，容待下章討論，反觀我國前揭實務發展，於債務不履行類型化下出現違約事實套用類型之困難，於給付不能與給付遲延之區分困境中是否顯示出對於定期命補正此一緩合制度之需求，值得探討。

第二項 解除權與歸責原則之關係

其中關於給付不能，因可歸責於債務人與否，主要有解除契約、代償請求權及各類型均有之損害賠償，然由於給付不能往往會導向極端之法律效果，債權人得行使契約解除權而致契約解消，因此我們反觀前一章實務判決整理，可發現一項事實，最高法院往往為避免適用給付不能之法律效果，或認原審適用給付不能賦予債權人得解除契約不合理，或在最高法院認為應選擇不完全給付作為債務不履行類型時，雖未明言，但顯不採不完全給付類型下適用給付不能之規定，而能否補正於實務運作下僅成為理由而非必然條件，相較於該等債務不履行類型要件，法院於處理違約事實時，是否實際上衡量個案中契約雙方利益，包括債權人對於該給付履行之期待，債務人是否實質剝奪該期待，或債務人有無履行給付之可能性，是否會因準備給付而需費過鉅等失衡情形，或契約目的是否仍能達成等因素考量，且該等因素無論是自契約雙方角度與利益或是契約目的之考量，是否實際成為法院在權衡賦予債權人行使契約解除權之真正前提或要件，實值深思。

第四章 國際現行公約與外國立法例

承前我國民法關於債務不履行之規定，仍以債務不履行類型化及債務人是否有可歸責事由，決定債務不履行之法律效果，亦即契約存續與否及契約雙方得行使之權利，並於前兩章提出疑問，如違約事實於債務不履行類型區分困難，以及債務不履行類型化下法律效果適用之問題，包括定期命補正制度之立法需求，與主觀可歸責性與契約存續是否須脫鉤處理等問題，本章藉由現行國際公約與外國立法之觀察與整理，提供我國民法債務不履行相關規定之參考與可能之解決途徑。

第一節 英國法

第一項 概說



英國法上關於債務不履行，係契約之一方未履行雙方於契約所約定之義務，且無法定免責事由，構成債務不履行責任。倘契約係因法定事由、契約條款或雙方合意而解消者，則非債務不履行。債務不履行有許多型態包括拒絕給付、瑕疵給付或遲延給付。英國法關於債務不履行之歸責原則採嚴格責任，即無須證明可歸責性以確定違約事由之存在。

英國實務判決所發展之債務不履行型態包括：1. 明示拒絕履行契約之全部或一部，例如：買方向賣方明確表示其不願意購買貨物亦不願付款；2. 瑕疵給付，例如：賣方提供買方之貨物具有瑕疵而無法達契約約定之使用目的；3. 因個人事由而無法履行，例如：賣方將原已約定出售予甲買家之貨物出售予乙買家，

導致賣家已無法遵守與甲買家之契約。值得注意者為，債務人未依約履行並非均構成債務不履行；於特定情況下，法律規定契約一方未依約履行，倘具免責事由者，則排除其債務不履行責任。此外，法律亦賦予契約雙方於清償期屆至前之免責事由，倘契約於清償期屆至前可能有債務不履行之事由，則雙方得依免責事由，免除其履行契約之義務。⁴⁸

第二項 債務不履行之歸責原則

英國法上契約責任多為嚴格責任，亦即債務人保證一特定之事務狀態。債務人縱使已盡其最大努力，然債務人未依債之本旨履行，仍屬債務不履行。縱特定契約類型確實設定較低標準之履行，僅要求合理之注意義務，而非保證任何特定之結果。如某些律師或醫師之勞務契約係採過錯責任，於侵權責任亦須盡合理之注意義務。⁴⁹

因此，英國法關於債務不履行之歸責事由並非取決於債務人主觀上是否有故意或過失。換言之，英國法於債務不履行責任之歸責原則採嚴格責任，債務人未依契約履行義務，構成債務不履行之責任；法律僅於有限的範圍，例外賦予未履約之一方免責事由，免除其債務不履行之責任，此一例外原則係「履約受挫原則」(doctrine of frustration)。縱然過失責任原則較易作為正當化責任之理由，且其他外國立法例亦不乏將債務不履行責任植基於過失責任，惟英國法上仍採嚴格責任之正當基礎，其理由在於契約之一方締結契約而自願承擔責任之履行，則本應依約履行該責任⁵⁰。

⁴⁸ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 759.

⁴⁹ MINDY CHEN-WISHART, CONTRACT LAW, THIRD EDITION, OXFORD, at 513

⁵⁰ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 759.

儘管如前所述，嚴格責任並非適用於所有債務不履行之案例，如勞務契約仍採過失責任。然於特定案例中，法律強制規定契約之一方應適用嚴格責任，而無視於契約當事人之意願。最明顯的例子為，英國關於買賣法規定，買賣契約之默示條款應包括「貨物必須合於約定之品質」，法規加重賣方責任之正當理由為，保護居於消費地位弱勢之買方。惟有些案例仍須確定違約方之可歸責性，如 1982 年服務與商品供應規章第 13 節規定服務供應契約應適用過失責任。於此責任原則下，供應商僅須盡合理之注意義務即可，僅於其未盡注意義務而違反契約義務時，始負債務不履行之責任。由此觀之，英國法上仍承認於某些債務不履行案例中適用過失責任。惟仍須再次強調，僅少數契約案例適用過失責任，嚴格責任仍為英國契約法上債務不履行普遍適用之歸責原則。⁵¹

英國法上債務不履行責任採統一歸責原則。在歸責原則方面，英國法相較於許多大陸法系為簡單。大陸法系傳統上多區分其歸責原則，並建立一套縝密繁複的體系。如德國法，直至其民法債編西元 2002 年修法之前，將其債務不履行之類型區分為給付不能、給付遲延、積極侵害債權。西元 2002 年 1 月 1 日修法後，德國於契約責任有顯著的修正，將德國契約責任調整，而較接近於英美法體系。國際公約方面，如聯合國買賣公約(CISG)即採用統一歸責原則即「違反契約義務」，此一立法趨勢，將促使其他立法例逐漸採用統一歸責原則。⁵²

第三項 債務不履行之法律效果

英國法通常未區分違約之類型，且適用同一套權利救濟制度包括解消契約、損害賠償及強制履行(specific performance)。倘契約一方當事人違反契約義務時，

⁵¹ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 759-760.

⁵² EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 760.

法律規定違約方應賠償他方因債務不履行所受之損害及所失之利益。儘管原則上契約當事人應依約履行義務，然於特定情況下，法律亦賦予契約當事人決定是否繼續依約履行，或讓契約雙方無須繼續履行契約義務如契約之解消。通常債務不履行之情形，原則上僅於違約情形嚴重影響契約實質或根本性，法律始賦予當事人解消契約之權利。⁵³

第一款 解消契約

第一目 概說

解消契約(termination)僅為違約時權利救濟之一種選擇。雖然契約解消前提多為違約，但違約並非必然導致契約解消，僅作為契約一方選擇解消其繼續履行契約義務之正當理由。換言之，契約一方違約並不直接導致契約解消，他方有權利選擇繼續履約，或因違約而解消契約。倘契約一方欲解消契約，原則上於三種情況下得行使其權利：(a)契約一方放棄履行其契約義務，(b)因自己行為使給付成為不可能，(c)可能未能履行契約約定內容。前二者不僅發生於契約履行階段，亦可能發生於清償期屆至前，通常為預期性之違約，後者則僅發生於契約履行階段。⁵⁴

英國法關於解消契約相較於其他立法主要有兩個面向。其一為將解消契約視為違約重要之權利救濟。相較於其他立法例多將「解消契約」做為第二，甚至最後之權利救濟手段；英國法將解消契約視為重要之違約救濟。此屬立法政策問題，須探討何者為違約權利救濟之立法目的？究竟應鼓勵雙方繼續契約關係及解決

⁵³ SIR JACK BEATSON, ANDREW BURROWS, JOHN CARTWRIGHT ; ANSON'S LAW OF CONTRACT ; OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 507.

⁵⁴ SIR JACK BEATSON, ANDREW BURROWS, JOHN CARTWRIGHT ; ANSON'S LAW OF CONTRACT ; OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 507.

所遭遇之困難，或應鼓勵雙方解消約定而另尋其他履行方式？英國法於違約之立法政策傾向後者。其二為英國法極重契約自由之考量，因此給予契約雙方決定何時該解消契約。相較之下，其他立法則偏向由法院決定何時該解消契約⁵⁵。

第二目 契約解消要件

關於契約一方違約時，於何種情形應賦予他方解消契約之權利，不同於大陸法系或國際公約多就契約雙方得解消契約之事由為明確規定，英國法則未有明確規範。英國學說上曾出現幾種方式。其一為交給契約雙方決定何時得解消契約。此一方法困難之處，在於契約雙方可能不會於契約中約定契約解消事由，而仍需法律為補充規定。另一處理方式為，契約雙方得約定授權法院衡酌其是否有契約解消事由，惟其缺點在於不確定性，蓋契約雙方倘無法知悉其何等情況可能導致契約解消，則無法事先避免紛爭之發生。由此觀之，無論何種方式均顯示對於法律明確規定之需求。雖然藉由法規明確規範解消契約之事由，可能於個案適用上欠缺彈性或導致不正義。因此，如何於個案中權衡兩者利益包括對於契約雙方具有「明確性」，與個案適用上符合「正義和公平」之需求則越顯重要⁵⁶。

傳統上英國法較傾向於「明確性」，首重使契約當事人知悉何種事件將導致違約。惟在此同時，英國實務出現一系列判決承認中性或默示契約條款，顯示其認定漸趨向彈性與個案公平性。因此未違約方得否解消契約，取決於契約違反之嚴重性。英國法上關於違反契約是否具有嚴重性之判斷，主要有兩種方式：傳統方式著眼於契約條款之違反。倘違約方違反者屬於具有實質重要性之契約條款，他方將得解消契約，且不再繼續履行契約義務，而無論違約之結果。反之，倘違

⁵⁵ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 801-803.

⁵⁶ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 761.

反之契約條款於契約無重要影響，他方則無法解消契約。此一判斷方式之盲點在於，許多契約條款落於中間值，對於契約非重要亦非無影響，違反該類契約條款者是否導致契約解消即成問題。因此另一方式則著眼於違約之結果，而非所違反之條款。此一方法之優點在於法院與仲裁者能夠貼近個案事實決定契約解消之妥適性，相反的，缺點則為不具有確定性，契約雙方無從預測法院或仲裁者之判決結果，亦無法事前預防紛爭之發生。⁵⁷

總言之，債務不履行是否賦予他方解消契約之權利，其考量要件為：1. 雙方依契約所負之義務具獨立性，縱未履行自己所負之義務仍得請求對方履行。2. 雙務契約中義務具可分性，違反其一或多數契約義務並不一定會導致契約之解消。3. 違反之義務是否為契約之重要條款。如前所述，傳統多認為未違約方選擇解消契約，取決於違約方是否未履行契約之重要條款。現今多認為倘違反者係法規、判例或雙方明示、默示於契約中訂定者。違反該等條款，未違約方將得解除契約。4. 違約是否影響契約根本性，倘違反者係一般條款，則須視其是否構成違約之重大事由。違約是否具有重大性，須視該違約事由足以「影響契約本質」或「使契約目的無法達成」。關於契約違反是否具有重大性之解釋，均強調其違約之影響性須足以正當化解約之理由。目前最廣為人知的檢驗方式由 Diplock LJ 在 Hongkong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.一案中所提出：「因違約事件發生，剝奪未違約方原依契約本期待獲得之實質完整利益，該利益為雙方於契約明示之主要目的，他方是否亦期待倘履行將獲此利益。」5. 解消條款：契約可能包括一條款設定某一狀況或條件下，一方違約他方有權利解消契約。⁵⁸

第三目 拒絕給付

⁵⁷ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 761-762.

⁵⁸ SIR JACK BEATSON, ANDREW BURROWS, JOHN CARTWRIGHT; ANSON'S LAW OF CONTRACT; OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 526.

英國法上針對拒絕給付之討論，主要放在契約解消一章討論。拒絕給付係契約一方以語言或行爲，明示其不願履行契約全部或一部。倘契約之一方未明示拒絕給付，但其違約情形，使理性第三人合理相信其不願履行契約義務，仍屬拒絕給付。拒絕給付無論於清償期屆至前或後均構成確實違約，縱於清償期屆至前構成違約，倘具重大性，未違約方仍得立即解消契約，並請求賠償因違約所致之損害。

拒絕給付，倘契約之一方明示其不願繼續契約之履行，可由拒絕給付之行爲，或明示其意思表示之。契約一方之行爲使他方合理相信其將不會履行契約，拒絕履行之行爲或表示將使他方取得解消契約之事由。依拒絕給付之時點，係於清償期屆至前或清償期屆至後區分：

一、拒絕給付於契約清償期限屆至前：契約一方於清償期屆至前有拒絕給付之情形，將使他方得解消契約或請求損害賠償，此即「預期性違約」。

關於預期性違約之法律效果，由於拒絕給付之時點發生於清償期屆至前，未違約之一方得否行使相當於期後違約之權利救濟，學說與實務向來有爭議。英國法上學說有兩種見解，其一認為清償期屆至前的拒絕給付，對於契約之履行尚無影響，而未構成違約。惟此一學說將造成契約雙方之困擾，亦使未違約之一方陷於不確定性，包括他是否仍能於屆期獲得給付，或應另行尋求其他履約方式等，預期性違約之一方亦因其拒絕給付而獲有利益⁵⁹。

另一學說則認為，預期性違約具有與期後違約相同之性質，應立即賦予未違

⁵⁹ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 805.

約方一般違約之權利救濟。此一觀點賦予未違約之一方得以快速主張權利，並減少因違約所致之損害。最重要的是主張預示拒絕給付之違約方並無撤回其拒絕給付之權利，倘契約一方已預示拒絕依約給付，即使往後於清償期屆至前提出給付，仍無法改變其拒絕給付所致之結果。⁶⁰

英國實務亦採此一見解，於 *Hochster v. De la Tour* (1853) 2E & B 678. 一案中判決認為，一方於清償期屆至前拒絕給付，他方得行使相關權利救濟。本案並由之後 *Frost v. Knight*(1872) LR7 Ex.111.所遵循，其中 *Cockburn* 法官於協同意見書表示：「清償期屆至前雖無違約之情形，然於前案中法院針對違約方拒絕給付及表明其不願受契約拘束時，假定其為違約。他方有及早針對給付協商之權利，亦有權利維繫契約，保持契約之繼續性與有效性，保障其利益之完整與未受損害。由於違約方可能因預期性違約而獲有利益，且其已聲稱將不履行契約義務，剝奪他方對於給付之期待性。因此將違約方之此一拒絕給付之聲明，視為違約應具有正當性，而賦予債權人行使違約相關救濟之權利。」⁶¹

二、拒絕給付於契約清償期屆至後：倘契約一方於清償期間以文字或行爲，表示拒絕履行其依契約所負之義務，他方亦得免除繼續履行之義務。一方造成給付之不能，拒絕給付較容易確定，未違約之一方僅需主張違約方無意履行契約，且理性第三人亦無合理期待違約方將履行契約者。倘違約方欲依無履行可能性解約，則須證明契約不具履行可能性係屬他方違約所造成。⁶²

當未違約方因預期性違約而決定解消契約，則必須接受該違約，並通知他方

⁶⁰ SIR JACK BEATSON, ANDREW BURROWS, JOHN CARTWRIGHT ; ANSON'S LAW OF CONTRACT ; OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 512-517.

⁶¹ EWAN MCKENDRICK , CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 806.

⁶² SIR JACK BEATSON, ANDREW BURROWS, JOHN CARTWRIGHT ; ANSON'S LAW OF CONTRACT ; OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 512-517.

解消契約之決定。但未違約方並不當然須接受違約，其亦可選擇維持契約效力。在後者情形中，契約將為雙方利益而維持其效力，未違約方仍須依約為對待給付。惟未違約方是否維持契約效力之選擇，亦成為學說與實務之爭議，主要在於該契約之履行是否為無益履行，故英國實務判決對於未違約之一方得否選擇繼續履約作出以下限制：其一為給付兼須違約方協力之情形，其二為未違約方縱依約履行亦無合法利益。其後英國法院判決於 *Simon J in Ocean Marine Navigation Ltd v. Koch Carbon Inc (The ‘Dynamic’)* [2003] EWHC 1936 (Comm); [2003] 2 Lloyd’s Rep 693 為具體判斷；1. 違反契約者須證明未違約方請求履行契約所獲得之利益相較於請求損害賠償而言，並無合法利益。2. 該舉證責任不因僅證明未違約方所獲之利益小於違約方所遭致之損失而免除。3. 維持契約相較於損害賠償，僅為例外之救濟措施，且契約存續並非合理者⁶³。

第二款 損害賠償

英國法上關於違約之權利救濟方式，除解消契約外，尚包括損害賠償，即債務人未依契約履行其義務，債權人因此所受之損害，無論得否解消契約均得請求賠償。

英國法上損害賠償之觀點，係將請求賠償者置於其原依契約履行之地位。其目的在於保護請求賠償者的「期待利益」與「履行利益」。⁶⁴

英國實務判決承認請求賠償者履行利益之保護，學者 Pr, Friedmann 亦認為「當前契約法之主要趨勢為強化履行利益之保護」此一見解亦逐漸為法院判決所

⁶³ EWAN MCKENDRICK, *CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS*, FORTH EDITION, OXFORD, at 807.

⁶⁴ EWAN MCKENDRICK, *CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS*, FORTH EDITION, OXFORD, at 816.

採認。另有學者針對法院分析履行利益保護之觀點提出：「英美法之原則係，契約一方因違約所受之損害，倘得以金錢估算，則應將其置於契約履行之地位。」法院實務判決計算履行利益之方法主要為二，其一與法院決定滿足履行利益之方法有關，此有兩種方法，第一種為請求賠償者將獲得，界於契約所約定之給付，及其依約所獲得之給付兩者間之差價。該方法將損害賠償請求者置於倘契約依其內容給付之經濟地位(將保護其所期待之財產增加)。另一種方法損害賠償請求者將獲得以估算「治癒之費用」計算其損害。據此方法，損害賠償請求者得請求其依契約所得之給付所需之費用，而非給付本身的經濟價值。一般而言，此兩種方法在多數案件中差異甚小。⁶⁵

損害賠償請求者除得選擇履行利益之賠償外，亦得賠償信賴利益。如同學者 Fuller 及 Perdue 所指出，信賴利益為一不確定概念。他們採取較高價之信賴利益包括「未能締結其他契約之機會損失」。惟實務則與學說採不同看法，認為之信賴利益非常接近履行利益(損害賠償請求者得因締結其他替代交易所得之利益損失，而非其原契約履行所得之利益損失)。倘信賴利益之觀念廣為運用，損害賠償請求者將得請求於履行契約過程中所支出之費用。然而如同學者 Pr. Friedmann 指出，沒有契約當事人係為獲得履行契約過程中支出之費用而締結契約，蓋締結契約終究係為了獲得給付。多數案件中，損害賠償請求者之履行利益之保護基本上多包含信賴利益，且其多半希望能彌補交易中之支出並因此獲利。履行利益將包括信賴支出費用以及交易所獲之淨利。因此對於損害賠償請求者而言，履行利益之賠償遠較於信賴利益有利(信賴利益之損害賠償不包括交易淨利，除非如前所述及之學者認為應包括因與違約者訂約而未能與他人締約之損失)。⁶⁶

⁶⁵ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 827.

⁶⁶ EWAN MCKENDRICK, CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD, at 853.

原則上損害賠償請求者有權選擇請求信賴利益或履行利益之損害賠償。一般而言，損害賠償請求者較傾向請求履行利益之保護。其理由在於，信賴利益之損害賠償通常低於履行利益之損害賠償，因前者並不包含所失利益。僅於三種情況可能請求信賴利益之損害賠償，其一為無法證明所失利益，其二為希望請求締約前之支出費用，最後為該契約之協商本對其不利。

第四項 小結

由本節英國法上學說與實務觀察，英國法於契約責任上，關於違約責任採嚴格責任之統一歸則原則，亦屬客觀歸責事由。此一歸責原則影響現行國際公約與其他內國法均改採統一之客觀歸責原則。相較於歐陸法系多採過失責任為違約之歸責原則，英國法採嚴格責任，在於契約一方締結契約擔保一定事物狀態，而依契約應履行之，倘未履行則構成違約，此與下文介紹國際公約所採客觀歸責事由以「違反契約義務」應具有類似性，均以契約一方客觀上違反契約作為歸責事由，已不論其主觀上之故意過失。

其次就違約之法律效果，首先，關於契約解消，不同於歐陸法系契約解消具最後手段性，英國法上契約解消為優先考量之違約權利救濟。就契約得否解消之判斷，英國法上以契約一方違約是否具有重大性，作為他方得否行使契約解消權之要件。其重大性之判斷，最早由雙方約定，後由判決發展判斷標準，初以違約方是否違反係契約重要條款為判斷，其缺點為條款重要與否往往產生爭議；後法院改以違約對於契約之影響為判斷，衡量雙方利益，主要包括違約方是否實質剝奪他方原本依約得期待之給付，或違約方是否有履行之可能性等，判斷契約是否有存續之必要，以決定是否賦予未違約方解消契約之權利。

此一判斷標準，實影響現行國際公約於契約解消上之規定，包括契約解消以違約具有重大性為要件，並以法條例示重大性之判斷標準，重大性例示事由所考量之面向不外乎英國法實務所發展之判斷標準，即前所提即未違約方對於依約所給付之期待性，及違約方對於給付之履行可能性，契約目的之達成與否，以決定契約是否解消，此一判斷標準充分考量契約雙方利益，相較於我國民法債務不履行關於契約得否解除仍以債務人可歸責性之判斷，似較能貼近個案需求。

值得注意者，英國法關於違約之權利救濟，除上開提到之解消契約及損害賠償外，尚有強制履行(specific performance)，此與國際公約和德國法上請求原給付之概念係屬不同，亦無從比較。英國法上強制履行屬於違約之權利救濟，即歐陸法係所稱之第二次給付義務，而非如原給付或對待給付屬於依契約所得請求之第一次給付義務。且英國法上強制履行僅限於非金錢請求，此與原給付不限於金錢或非金錢請求不同，然此二者概念不同，應與區別，非本文討論之重點，茲不贅述。

第二節 聯合國買賣公約

第一項 債務不履行之歸責原則

第一款 歸責原則

聯合國買賣公約於第 25 條⁶⁷規定：「契約一方違反契約具有重大性，因此實質剝奪他方依契約得期待之給付，除非違約方無法預見，或理性第三人處於相同

⁶⁷ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; the Vienna Convention), CISG§25(1980).

情況亦無法預見該違約之結果者」為債務不履行定義下了註腳。倘一方欲主張債務不履行，須先證明他方違反契約，如欲行使相關權利救濟如替代給付之損害賠償(CISG§46(2))⁶⁸，亦以他方違反契約為前提條件。除非危險尚未移轉(CISG§70)⁶⁹，否則倘一方違反契約，他方將得行使相關權利。⁷⁰

本條以「義務違反」為違反契約之前提要件，該義務可能為公約所規範，亦可能為雙方契約約定者，惟倘一方拒絕給付、經濟上不能或給付兼需其行為而不為者，則其不得行使債務不履行之相關權利救濟。出賣人義務違反包括不履行、遲延、未完整給付或給付有瑕疵；買受人義務違反則包括受領遲延與遲延支付價金。⁷¹

本條賦予契約雙方行使權利救濟之基礎，為「違約重大性」(fundamental breach of contract)，作為多數權利救濟行使之條件。且本條規定於本公約第一章第三節之總則，因此「違約重大性」具有作為統一歸責標準，普遍適用於公約之作用。契約一方於違約具重大性實而得主張契約解消，其必以契約重要義務之違反為前提，雖然此一概念常遭致學者與實務批評其過於模糊，且不具確定性，缺乏經濟效益，而有違本公約之立法目的。惟本公約起草者選擇此一具有英美法特色之概念，其理由在於偏好具有經濟效益之權利救濟體系，本條「違約重大性」之開放性的概念於個案中具有一項功能，即將契約雙方於契約中合意之重要事項(重要契約義務)或契約履行過程中出現之障礙(違約)均有效轉入本公約之權利救濟體系。本條此一概念之模糊性卻精確地充分反映了契約雙方對於履約之期待，

⁶⁸ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; the Vienna Convention), CISG§46(2)(1980).

⁶⁹ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; the Vienna Convention), CISG§70(1980).

⁷⁰ Peter Schlechtriem, Commentary On The Un Convention On The International Sale Of Goods (CISG), 176, C. H. BECK (2005)

⁷¹ *Id.* 182-4.

並為契約雙方可能出現之履約糾紛預留解決之道。⁷²

違約重大性之要件包括：

一、契約之一方須違反契約義務包括附隨義務，該義務僅限於雙方於契約所明確約定者或經由解釋為契約所涵蓋，且為本公約所規範者。反之，倘非雙方契約內容亦非本公約所規範者，僅為其他立法體系或內國法所課予之義務，則契約一方違反該等義務，則非構成本條「違約重大性」適用範圍。且該義務之違反無關乎違約方主觀上之故意過失，本條立法設計上刻意採客觀歸責事由，則無須論斷屬於主觀歸責事由之故意或過失。

二、本條強調違約須「實質剝奪」他方依契約所期待之給付，亦即違約重大性之要件並非取決於違約所造成他方之損失，而在於是否減損契約之重要利益，蓋契約不僅創造義務，亦決定其對於他方之重要性，以及違約對其所造成之影響。

三、違約方對於剝奪他方期待之知悉與可預見性，未違約方之期待往往涉及對於契約義務之重要性的解釋與評估，且違約方經由契約之締結，一方面創造他方對於該等義務之合理期待，另一方面亦顯示契約雙方對於該等義務之重要性得知悉且可預見。因此契約一方期待之判斷得由：一、契約已明定該義務具有實質重要性，為契約存立之基礎，或 二、該義務雖未規定於契約，然於締約前雙方協商過程中顯現其重要性者。三、違約方知悉或可預見之時間點為契約締結時，僅於契約締結時契約雙方始能清楚知悉契約之重要義務與他方之期待。⁷³

⁷² Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 402-4 (Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2005)

⁷³ *Id.* at 405-415.

受違約影響之一方必須受有實際損失，即違反之契約義務對於雙方具重要性，且造成他方合法利益之損害。蓋契約約定者不僅賦予雙方義務，亦決定了何者契約要素具有重要性，例如：倘雙方約定固定之清償期，則該期間為契約之重要要素，出賣人未按時給付，且其給付對於買受人已不具實益，則出賣人違反契約義務，造成買受人喪失原依契約可期待之給付，並因而受有實際損失；此外，義務之重要性亦得依商業習慣標準判斷之⁷⁴。

締約之雙方除原則上須於締約時，對於契約違反具有可預見性外，締約後雙方亦有隨時通知可能造成違約訊息之義務，倘無法預見或因未通知而無從知悉，則構成免責事由，受違約影響之一方將不得請求損害賠償；是以，違約方是否具有違約事由，不僅影響舉證責任分配，亦影響得否行使債務不履行之權利救濟；惟就可預見性要件而言，倘雙方特別於契約中約定其義務及履行方式，或於締約過程中協商、討論，抑或依商業習慣所知悉者(如季節性水果交易)，則不得謂不具可預見性。舉證責任的分配方面，基本上違約方須證明其具「無法預見或知悉損害發生」免責事由，受有損害之他方則預證明義務之為反對於契約具有重要性，且侵害其利益。⁷⁵

目前內國法院判決和國際間之仲裁判斷歸結出三種違約類型，包括遲延、給付未符合約定者及未符合契約特別約定之事項。一般而言，遲延並不會構成重大違約事由，不僅出賣人給付遲延，買受人遲延受領亦構成違約；倘清償期對於買受人有特別利益時，且須雙方於締約時得以預見其重要性或按交易情形的知悉者，倘出賣人遲延給付可能構成重大違約。其次，給付未符合約定者，包括給付標的有瑕疵或未具備應有之證明為件，德國法院曾就出賣人本依約給付附有英國產地

⁷⁴ Peter Schlechtriem, Commentary On The Un Convention On The International Sale Of Goods (CISG), 176, C. H. BECK (2005), at 177-178.

⁷⁵ Peter Schlechtriem, Commentary On The Un Convention On The International Sale Of Goods (CISG), 176, C. H. BECK (2005), at 179-181.

證明之貨物，然出賣人卻給付附有南美地區產地證明之貨物，買受人主張其跟當公約第 49 條第 1 項 a 款⁷⁶債務人未依約履行構成重大違約，惟德國法院認為出賣人給付未符合契約(non-conforming delivery)者，並非未給付(non-delivery)，故不符合該條項之解約事由，且法院認為買受人尚無法證明產地證明具有重大性，即附有南美產地證明而因此影響銷售之情形。此外，給付未符合契約所約定事項者，須給付未符合買受人依契約所得期待之給付，始構成重大性，且由買受人負舉證責任⁷⁷。

第二款 免責事由

關於聯合國買賣公約第 79 條⁷⁸規定免責事由：「(1)違約方證明其無法依約履行係因障礙事由超出其控制，及無法於締約時合理預見而納入考量，或無法避免或克服其結果者，違約方免責。(2)倘第三人代違約方為履行契約之全部或一部，而未依約履行，違約方僅於下列事由始免責：(a)有前項事由者；(b)代為履行之人依法有免責事由者。(3)本條僅限於給付障礙是由存續期間為有效。(4) 違約方應將未能履行之障礙事由及影響其給付可能性通知他方。倘違約方知悉或可得而知障礙事由後，他方未於合理期間內獲得通知者，違約方應對於他方因此所受之損害負責。(5) 除了請求損害賠償外，本條未排除契約雙方依本公約得行使之任何權利。」本條免責事由構成公約對於違約責任採嚴格責任原則之界限。惟本條規定僅於特定情況下得適用，且實務上倘契約當事人少因主張本條而成功免責。第 1 項採不可抗力為免責事由；第 2 項則強調違約方不得因第三人代為履行而免責，應負與自己履行同一責任，並僅於符合第 1 項條件時始免責；第 3 項倘給付

⁷⁶ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; the Vienna Convention), CISG§49(1) (a), (1980)

⁷⁷ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus. 413- 4 2003-2004; Dr. Peter Huber, Typically German? - Two Contentious German Contributions To The CISG, 2011 Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed. 155 2011.

⁷⁸ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; the Vienna Convention), CISG§79 (1980)

障礙事由僅為暫時性，則其免責效力僅限於給付障礙事由存續期間，於障礙事由消滅後，違約方則不得在主張該事由而免責。第4項課予違約方通知他方之義務。第5項將免責事由僅限於損害賠償，未違約方仍得行使其他權利救濟。⁷⁹

第二項 債務不履行之法律效果

關於債務不履行之法律效果，倘出賣人違約，買受人得行使之權利救濟係規定於公約第45至65條，首開第45條⁸⁰即揭示：「1.倘出賣人違反義務，買受人得：(a)行使第46至52條之權利救濟；(b)主張第74至77條之損害賠償。2.買受人得併行主張其他權利救濟及損害賠償。」出賣人違反義務，即其未履行依契約所生之義務，除前揭提及之未給付或所給付者不符契約約定內容外；值得注意者為，倘出賣人於屆期前拒絕給付或給付已屬不能，除出賣人依公約第79條具免責事由外，買受人得依公約第72條⁸¹主張契約解消，及第45條第2項請求因此所生之損害賠償。⁸²

倘出賣人未依約履行，本條(a)款賦予買受人三種權利救濟，原則上買受人仍得依第46條請求原定給付，或於公約第49條所定情況主張契約解消，或依公約第50條請求減少價金。此外，其他相關條文包括第47條定期間命補正，第48條係出賣人補正之權利，第51條為部分不履行之規範，第52條則為提前給付之法律效果。

⁷⁹ Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1062-3 (Ingeborg Schwenzer eds. , Oxford; New York: Oxford University Press, 2010)

⁸⁰ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; the Vienna Convention), CISG§45 (1980)

⁸¹ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; the Vienna Convention), CISG§72 (1980)

⁸² Peter Schlechtriem, Commentary On The Un Convention On The International Sale Of Goods (CISG), C. H. BECK, at 356-359.

倘買受人未依約履行時，出賣人得行使權利救濟與上開買受人相似，規定於聯合國買賣公約第 61 條⁸³：「1.倘買受人依約無法履行其義務，出賣人得：(a)行使第 62 至 65 條之權利救濟；(b)主張第 74 至 77 條之損害賠償。2.出賣人得併行主張損害賠償及其他權利救濟。3.當出賣人行使違約之權利救濟，買受人不因法院或仲裁而得寬限期間。」本條規定買受人未依約履行，出賣人得行使之權利規定於公約第 62 至 65 條，及第 74 至 77 條。包括公約第 62 條請求買受人支付價金、受領給付或履行其他契約義務，或於符合第 64 條要件時，主張契約解消。

相應於買受人之規定，公約第 63 條亦規定出賣人得定相當期間命買受人履行，於該期間出賣人不得行使任何權利，惟仍得請求因買受人遲延之損害賠償，倘買受人未於期間履行或明確表示不願履行，構成出賣人主張解消契約之事由。此外，公約第 65 條規定買受人未明確告知出賣人特定貨品之形式、方法或特徵，出賣人得定相當期間命買受人告知，買受人未為特定時，出賣人得自行特定之。

84

第一款 定期命補正

第一目 概說

本公約亦採用「定期命補正」之立法制度，規定於公約第 46 條：「1.買受人得請求出賣人履行原給付，除非買受人欲行使之權利救濟與請求原給付相牴觸。2.倘商品與契約約定不符，且已構重大違約，買受人得請求出賣人另行交付一新商品。倘買受人請求另行交付新商品，應依 39 條通知或給予合理期間。3.買受

⁸³ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; the Vienna Convention), CISG§61 (1980)

⁸⁴ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus, at 377-378.

人得請求出賣人修補，除非修補顯不適宜，請求修補應依 39 條通知或給予合理期間。」出賣人屆期未給付或給付不符合債之本旨者，買受人得定相當期間命債務人依第 46 條第 1 項履行原給付、第 2 項履行替代給付或第 3 項修補瑕疵。倘買受人欲依本條受領補正之給付者，則應依第 39 條通知出賣人，及第 47 條訂定相當期間予買受人補正其給付。值得注意，本條第二項規定倘買受人欲請求出賣人另行給付，仍應構成公約第 25 條違約「重大性」。惟本公約第 28 條規定，倘內國法未有強制履行之相關權利救濟，得不適用本條規定。⁸⁵

由本條觀之，原則上買受人得向出賣人請求原定給付，例外於給付有害於買受人或已屬不能者，則不適宜請求原給付。本條與第 48 條、第 49 條之關聯，顯現立法仍採「請求原給付具有優先性」之原則，買受人僅得於定期命出賣人補正未果，或無法由替代給付或修補待之者，始得主張契約解消，並請求損害賠償。本條之立法混合了歐陸法「請求原給付具有優先性」之原則，及英美法上將請求原給付作為權利救濟之方法。⁸⁶本條第 1 項請求原給付，僅限於買受人未行使其於不相容之權利如主張契約解消、減少價金或損害賠償等，且其給付非依同法第 28 條不得強制履行者，或出賣人給付障礙非因第 79 及 80 條免責事由，倘買受人請求原給付相較於主張契約解消，能避免損害之擴大，則依本條項請求原給付，並非合宜。此外，倘出賣人僅為或遲延部分原給付，買受人得就未給付之部分行使本條項權利。相反的，倘出賣人於清償期屆至前給付，或是出賣人給付數量超過契約約定者，買受人得拒絕受領，倘受領仍需支付相當價金。⁸⁷

同條第 2、3 項限制請求原給付之權利，第 2 項規定給付不符契約約定者，

⁸⁵ *Id.* at 402.

⁸⁶ Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 402-4 (Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2005), at 706-707.

⁸⁷ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus., at 403.

尚不包括數量短少(適用第 1 項)及權利瑕疵之情形，倘給付有瑕疵與第 3 項瑕疵修補之差別即在於，該瑕疵已構成公約第 25 條契約義務之違反具重大性，買受人始得依本項請求交付新商品；換言之，本項給付之瑕疵須具客觀重要性，須實質剝奪買受人原依契約期待之給付，如雙方於契約約明給付之品質、特性或買方之特殊用途或目的，且給付之瑕疵為出賣人不願修復或無法修復者，或無法合理於期間內修復者，均構成本項違約重大性之要件，而賦予買受人依本條第 2 項請另行給付之權利⁸⁸。

第 3 項瑕疵修補請求權與前項替代給付之請求，均為請求原給付一般性權利之衍伸，僅於給付有瑕疵，買受人依同法第 35 條通知出賣人及依同法第 39 及 50 條給予一段相當合理期間，始得行使該瑕疵修補請求權，惟不以第 25 條之重大違約為要件。倘已給付之商品有瑕疵，商品得修補者，買受人得請求出賣人修補，但若出賣人修補之費用遠超過買受人因該給付所得之利益，則出賣人之修補顯不合理，此時買受人之請求應受限制，僅能於瑕疵重大時，請求替代給付(\$46(2))或主張契約解消，倘瑕疵尚未構成重大違約，則買受人僅能主張減少價金或請求損害賠償。

第二目 合理期間

惟買受人無論請求另行交付商品或修補，均應通知出賣人並給予合理期間。

⁸⁹且不僅買受人有請求出賣人修補之權利，出賣人亦得自行補正給付或瑕疵，公約第 48 條⁹⁰規定倘出賣人補正，並未造成買受人受有不利益，出賣人得自行負

⁸⁸ Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 402-4 (Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer ed., Oxford ; New York : Oxford University Press, 2005, at710-719

⁸⁹ Peter Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), C. H. BECK, at 363-362.

⁹⁰ 聯合國買賣公約第 48 條：「1 倘未造成不合理遲延、買方不便或支付不確定之金額，出賣人得以其費用補為履行。但買受人仍得依本章請求損害賠償。2.倘出賣人請求買受人回覆其是否將

擔費用補正其給付，但應通知買受人並得其同意。於此段期間內，買受人將不得行使主張契約解消等相關權利，但仍得請求賠償因此所遭受之損害。

前條買受人應定相當期間之規定係公約第 47 條規定：「(1)買受人得定合理之相當期間予出賣人補正其給付。(2)買受人於此段期間內不得行使任何違約之權利救濟，除非出賣人已明確表示其將不於期間屆至前履行。但買受人仍得請求賠償其因遲延所受之損害。」本條賦予買受人給予出賣人相當期間履行之權利，出賣人倘未於此段期間內履行者。此一制度源自於德國法定期「催告」(Nachfrist)之立法例，亦普遍規定於大陸法系民事法。立法意旨在於遲延給付不一定會構成違約，如本條即以兩要件判斷之：其一為相當合理期間，惟此一要件在不同內國法院運作有所不同，德國法院以買受人定合理期間為其主張解消契約之正當化事由；法國法院則認為期間相當或長短並非要件，倘出賣人未提供適當方法補正給付，買受人未給予相當期間亦得主張契約解消。其次為買受人未定期命補正之影響，可能因此喪失主張契約解消之權利。僅於兩種例外情形買受人不喪失其權利，出賣人明確表示無論是否有合理期間補正，均不願為之；或出賣人雖承諾將依約給付然卻無法於雙方所定期間內履行。⁹¹

買受人依本條第 1 項應定相當期間請求出賣人履行原給付，買受人目的必須是為請求原給付，且其期間必須相當，是否相當應視個案決定，倘所定期間過短買受人仍須經合理期間始得行其權利，過長則可能對買受人不利，蓋其於該段期間將無法行使任何權利救濟。本項為公約中許多權利行使之要件，包括第 49 條契約解消，倘出賣人屆期未給付，買受人得定相當期間命其給付，於出賣人屆期

接受履行，買受人未於合理期間內回覆，出賣人得在所定期間內履行。買受人於此段期間將不得主張不利出賣人之權利救濟。3. 同前項之請求，出賣人通知其將於一段特定期間履行，買受人應回覆其決定。4. 前二項通知或請求，除買受人已知悉外，不生效力。」

⁹¹ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 24 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, at 379-380.

仍未給付時，買受人得主張契約解消，無論該遲延是否構成違約重大事由，均得經由定期命補正之方法解消契約。除了解消契約外，如前所述，該條配合第 46 條亦得請求替代給付與修補瑕疵。

本條第 2 項規定債權人於該段期間不得行使任何權利救濟，使出賣人得合理信賴該段期間得補正其給付，縱未為明文規定，本項亦得由誠信原則所規範。出賣人須於買受人所訂定之相當期間屆至前補正或給付，倘出賣人於該期間屆至前已表明其不願或不能補正或給付，則須通知買受人；出賣人亦得要求買受人於合理期間表示其是否願受領給付⁹²。買受人雖依本項不得行使違約之相關權利，惟仍得請求賠償因遲延所受之損害或其他損害，蓋損害賠償請求權不在本項排除之列。⁹³



第二款 契約解消

第一目 一般性契約解消

買受人僅於公約第 49 條規範之事由，得主張契約解消：「1.買受人得主張契約解消：(a)倘出賣人未依約給付或依本公約之違約具重大性。(b)倘出賣人未依約給付，且於買受人依第 47 條第 1 項所延長之期間內，出賣人仍未給付商品或解釋其未於期間內送達之原因。2.出賣人已給付商品，買受人喪失主張契約解消之權利，除非：(a)於遲延給付情形，買受人於出賣人已為給付後之合理期間內發現者；(b)其他違約情形，於：(i)買受人知悉或可得而知後之合理期間內、(ii)買受人依第 47 條第 1 項所延長之期間屆至或出賣人已明確表示其不會於期間內

⁹² Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 24 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, at 376.

⁹³ Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford ; New York : Oxford University Press, c2005, at430-432

履行義務、(iii)出賣人依第 48 條第 2 項所定期間末日後之合理期間屆至或買受人已表示不願受領該給付。」⁹⁴原則上買受人於出賣人未依約給付，且已構成公約第 25 條之重大違約，始得主張契約解消。例外於考量契約雙方利益，而無須檢視第 25 條違約重大性之要件者，倘買受人已定相當期間命債務人補正，而出賣人未於期間內給付，或其他違約情形，出賣人已明示拒絕履行義務，或買受人已無利益而拒絕該給付，買受人於前開情形仍不喪失主張契約解消之權利。

買受人依本條第 1 項(a)款主張解消契約，其要件應包括出賣人未依約履行其義務及違約具有重大性。其中出賣人未依約履行者包括：1.遲延給付，除非給付期間對於買受人有特殊利益外，通常須買受人定相當期間命出賣人補正，使得解消契約；2.出賣人契約屆期前後無法給付或拒絕給付；3.出賣人給付不符合債之本旨，除非該給付無法藉由修補或替代給付救濟而具重大違約外，買受人原則亦須定期命出賣人修補，始能解約。4.出賣人之給付具有權利瑕疵；5.給付相關文件欠缺，是否構成重大違約，須區別文件之類別，倘文件欠缺足以使買受人放棄該給付，或影響買受人對於給付之用途，且買受人無法自行取得該文件，則構成重大違約。除了上開情形外，契約雙方亦得於約定何者為契約要素，違反該等義務具重大性而得解約。⁹⁵至於同條項(b)款與前述第 47 條買受人定期命出賣人補正連結，於出賣人未於所定期間內給付者，買受人得依本款解消契約。法院與仲裁機關於適用本條時，往往落入公約第 25 條違約重大性之解釋，此外，各國法院對於本條項是否課予買受人通知出賣人之義務、相當期間之長短，見解分歧，德國法院認為買受人依本條有通知義務，該通知依公約第 27 條採發信主義，亦有持相反見解者，如俄國法院則認為買受人無須為任何行為。⁹⁶

⁹⁴ CISG §49

⁹⁵ Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford ; New York : Oxford University Press, c2005, at748-752.

⁹⁶ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 24 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, at 406-407.

同條第 2 項第(a)款規定給付遲延之情況，以出賣人是否已給付分界，倘出賣人未給付，買受人行使權利之期間未受限制；反之，倘出賣人已給付，則買受人須於合理期間行使其權利。同項第(b)款則包括其他違約情形，均以一段合理期間內作為買受人行使權利之限制，同時作為買受人考量替代給付與繼續履行契約之時間，買受人須於該期間內為決定是否解消契約，否則將喪失其權利。此段期間之起算時點包括：1.買受人知悉或可得而知：買受人須知悉或可得而知違約之事實及該違約是否具重大性。2.出賣人於買受人所定補正期間內拒絕給付：買受人原則上須於發現給付之瑕疵時請求替代給付或修補，合理期間之起算始自買受人所定之期間屆至或倘出賣人宣稱其不願給付之時。3. 倘出賣人依同法第 48 條定一段期間履行其契約義務，買受人同意出賣人補正者，將不得於此段所定期間內行使其權利，且以出賣人所定期間屆至為本項合理期間之起算點，買受人自得於出賣人屆期未履行後之合理期間內，行使違約之權利救濟。⁹⁷

多數內國法院於適用聯合國買賣公約時，將買受人得主張契約解消事由分為三類：一、遲延給付，當出賣人顯無依約履行之意願，或有預期性違約可能性，甚至於買受人依前述定期命補正之相當期間內出賣人未依約履行。值得注意者，法院強調並非所有遲延均構成重大違約，此與先前見解相同，僅於清償期間構成契約之重要要素，出賣人給付遲延始構成重大事由。清償期間得透過契約雙方明示或相關條件，如雙方得預見倘給付遲延可能造成之損害，成為契約要素，違反者構成重大違約。二、買受人未依約支付價金，法院認為買受人依本公約規定有無條件支付價金予出賣人之義務。換言之，倘買受人未依約之付價金將構成重大違約。常見的情況為，買受人未開或確定出賣人所要求之信用狀，或買受人可能無資力。三、重大違約發生於交付時，包括買受人無正當理由拒絕受領出賣人提

⁹⁷ Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford ; New York : Oxford University Press, c2005, at 759-766.

出之給付，法院判決認為買受人無須拒絕受領全部給付，倘未受領之給付超過半數則構成重大違約，出買人得主張契約解消；此外，倘買受人未告知出賣人提出給付之最終目的地，亦構成重大違約，出賣人解消契約。⁹⁸

第二目 預期性違約

關於預期性違約，公約規定於第 72 條：「1.倘出賣人於契約清償期屆至前已明顯有違約重大事由，買受人得主張契約解消。2.倘時間允許，買受人欲主張契約解消者，應通知出賣人並請求其提供適當的給付保證。3.前項不適用於出賣人已明確表示其將不為給付者。」

本條係為保障買受人清償期屆至前之利益，避免出賣人期前違約造成之損害，而賦予買受人得於屆期前主張契約解消。此一制度賦予期前解消契約之可能性，有效解決早期給付障礙之問題，亦平衡保護雙方利益。惟解約僅為許多權利救濟之一種選擇，買受人得選擇保留自己的給付至清償期屆至，始行使相關權利救濟。

本條第 1 項為重大違約之解消權，要件包括：(1)清償期屆至前；(2)重大違約：出賣人須有本法第 25 條所規定的重大違約，即實質剝奪買受人依約期待之給付，至於預期性違約事由得參考同法第 71 條第 1 項第 a 款、第 b 款，惟仍以違約具重大性為前提，且須買賣雙方均得預見該違約情形之發生，以預見可能性為要件⁹⁹；(3)時間允許；(4)買受人通知出賣人解約；(5)倘出賣人無法提供給付

⁹⁸ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 24 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, at 382-383.

⁹⁹ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 24 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, at 410.

之保證；(6)主張契約解消。¹⁰⁰此外於同法第 73 條，則賦予分期給付契約雙方預
期性違約之契約解消權，契約之一方屆期未履行分期給付，即構成重大違約，他
方得合理相信違約方將不會履行未來之分期給付，因此德主張解消契約。¹⁰¹

本條第 2 項課予買受人通知義務，僅於客觀情形顯示出賣人有期前重大違約
之可能性，買受人始負此一通知義務，此一通知義務其行使契約解消權之前提要
件，未通知該契約解消權不生效力。目的在於給予出賣人提供保證給付之機會，
倘得為之，買受人即無解消契約之必要，但本條之通知義務不適用於出賣人拒絕
給付之情形，買受人無須通知即得解消契約。本條雖未明文規定買受人須給予出
賣人一段合理期間，然而立法目的既在給予出賣人提供給付保證之機會，學說解
釋上買受人仍應給予一段足夠出賣人準備之期間，否則該通知將不具實益亦不符
其目的，亦不構成解消契約之合法前提要件；且在此段期間內買受人得保留自己
給付之權利，倘出賣人已提供給付保證，則買受人無保留給付之必要，係此一權
利之限制。然而，出賣人依本項應提供給付之保證，該保證需為適當，即足以保
護買受人之利益，包括填補其因此所遭受之經濟損失，倘出賣人得提供適當之保
證，買受人必須受領，且其契約解消權消滅。相對於買受人應給予合理期間，解
釋上出賣人亦應於合理期間內提供給付之保證，並採到達主義，保證之給付於到
達買受人始生阻止其解消契約之效力，此期間之風險應由違約方之出賣人承擔，
始為合理。¹⁰²

倘出賣人於屆期前已明確表示其不願依約履行者，本條第 3 項規定買受人無
需為前項通知與請求，出賣人既已拒絕履行已無須給予再次給付之機會，惟出賣

¹⁰⁰ Peter Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), C. H. BECK, at 972-973.

¹⁰¹ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus, at 411-412.

¹⁰² Peter Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), C. H. BECK, at 974-978.

人仍須符合第 25 條違約重大性，買受人始得解消契約。出賣人拒絕履行之情形，雖未為明文規定，然於公約第 8 條第 2 項解釋，理性第三人於相同情況下均能理解出賣人之行為或表示已構成拒絕履行之事由。倘出賣人欲撤回其拒絕給付，得於買受人尚未行使權利前為之，買受人必須接受出賣人願為給付之表示並為對待給付。¹⁰³

關於本條預期性違約之法律效果，於該當本條要件後，買受人原則上應於合理期間內行使解消權，避免雙方關係陷於不確定之狀態，多數立法例多此採肯定見解，並於買受人未於相當期間解約，則喪失其於清償屆期前之權利，須至屆期後出賣人未履行使得行使權利救濟。買受人倘符合前開要件得合法行使解消之權利，則雙方無須再依契約履行義務，買受人得請求賠償因出賣人期前違約所造成之損失，惟倘買受人未合於上開要件而行使解消之解消權，將會被視為違約，出賣人反得行使權利救濟。¹⁰⁴

第三款 減少價金

出賣人給付商品與原定給付不符時，買受人除得主張前揭權利外，亦得請求減少價金。聯合國買賣公約第 50 條：「倘商品與契約約定內容不符，無論買受人已支付價金與否，買受人皆得依給付商品與契約約定商品之價差，請求減少價金。倘出賣人行使第 37 或 48 條之權利，或買受人拒絕受領出賣人依前揭條文之給付，買受人則不得請求減少價金。」¹⁰⁵本條與歐陸法系之制度相關，減少價金於英美

¹⁰³ Peter Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), C. H. BECK, at 979-981.

¹⁰⁴ Peter Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), C. H. BECK, at 981-982.

¹⁰⁵ CISG §50: If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with

法上非獨立存在僅為損害賠償所包括。倘買受人選擇減少價金，係為契約之繼續履行，出賣人亦為相當價值之給付，排除違約狀況，且契約仍為有效，因此減少價金並非損害賠償或契約一部解消，買受人於選擇減少價金後不得請求損害賠償。

買受人依本條主張減少價金，須為出賣人所為給付不合於債之本旨，買受人於知悉該給付不合於契約內容後，並為減少價金之主張，本條並未對於買受人行使該權利為期間限制。惟倘該給付有補正或修復之可能性，買受人請求出賣人治癒其給付之權利相較於減少價金請求權具有優先性。¹⁰⁶惟本條不以構成第 25 條違反契約義務具重大性為前提，僅於給付商品與原定給付有價差，買受人得行使本條權利。

第四款 損害賠償

關於損害賠償，規定於公約第 74 條：「一方違反契約所導致之損害賠償總額，包括因他方違約所造成之損失。該等損害須為契約當事人於締約時依當時之事務所能預見或應預見違約所造成之結果者。」本條包括兩項原則：.完全賠償原則，及可預見性之責任限制。前者為許多內國法所採用，後者則主要為英美法所採，值得注意者包括西元 2004 年的國際商業契約原則(UNIDORIT Principles of International Commercial Contracts)以及西元 1999 年歐洲契約法原則(Principles of European Contract Law)均採完全賠償原則以及可預見性之責任限制。

債權人得依本條請求賠償債務人因違反契約所致之全部損害，同條第 2 項採英美契約法上之歸責原則即嚴格責任，債務人違反契約應負違約責任，無關乎其

those articles, the buyer may not reduce the price.

¹⁰⁶ Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford ; New York : Oxford University Press, c2005, at 770-773.

故意或過失，即無論主觀歸責事由，僅債務人具有同法第 79、80 條之免責事由時，始不負違約責任。此外，損害賠償範圍包括債權人期待利益(履約所獲之利益)及固有利益(其他利益因債務不履行所受之損害)。本條亦保護信賴利益(信賴契約存在所支出之費用)。

本公約以可預見性原則平衡雙方的嚴格責任。該責任限制使契約雙方的評估其契約關係之風險，並促使雙方於締約時互相揭露異常風險，以避免可能發生之糾紛與責任。本條適用範圍包括：一、違約責任：本條以契約一方未依約履行為責任基礎，且違約無須具有同法第 25 條之重大事由。二、違反公約規定之義務：公約為保障契約當事人之權利而課予契約當事人義務，如買受人之通知義務及檢察給付之義務，違反該等義務，並不會構成損害賠償，僅喪失公約所賦予之權利。三、人身損害：本條不包括因給付所致之人身損害，公約第 5 條規定適用內國法規範。四、第三人損害：契約一方違約造成第三人損害，本公約並無如同德國民法有契約保護第三人義務之觀念。¹⁰⁷此外，公約第 77 條課予未違約方應合理減少因違約或預期性違約所造成之損害，倘未為之則違約方得減少賠償範圍，減少之範圍以未違約方本能減少者為限。¹⁰⁸

契約當事人依本條得請求之損害範圍包括違約所致之損害、附帶損失及間接損害等：一、債務不履行之損失：係指債務不履行直接造成契約一方之損失。出賣人未給付之情形，損害為交易或市場價值。出賣人給付之物有瑕疵之情形，損害為締約時與瑕疵物之差價，倘瑕疵可治癒，則為修補所需費用。出賣人遲延給付之情形，買受人得請求因遲延造成之損害。二、附帶損失：此一損失與買受人

¹⁰⁷ Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford ; New York : Oxford University Press, c2005, at 1002-1005.

¹⁰⁸ JOHN Y. GOTANDA, AWARDING DAMAGES UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS: A MATTER OF INTERPRETATION, 37 *Geo. J. Int'l L.* 104 2005-2006.

依契約所期待之利益無關，而係為防止損失擴大所支出之費用。三、間接損失：包括因債務不履行所致之其他損害，主要如買受人以就給付與第三人訂約，因出賣人未履行契約造成買受人對於第三人之損害賠償責任，即買受人經濟上之損失，此本為德國法體系所否認之賠償範圍，然因本公約將其納入本條損害賠償範圍，而漸有改變之趨勢。此外，亦包括買受人固有財產因此所受之損害。

其於較具爭議者則包括，買受人得否請求所失利益之賠償，此為買受人締約時之財產因債務不履行而減損，或應增加之財產因而未增加，即得預期獲得或計算之未來利益。值得注意者，買受人未通知出賣人其給付未符合債之本旨者，依同法第 44 條不得主張所失利益之損害賠償。此外，近期觀點認為，機會喪失具有經濟價值亦包括於本條之範圍，國際商業契約原則(UNIDROIT Principles)第 7.4.3 條第 2 項採之。除了所失利益外，買受人得主張因債務不履行所支出之無益費用。

值得注意，本公約對於非財產上損害與其他公約或內國法不同，較多限制。原則上倘契約給付目的所包含者得依本條請求，但不包含具有不確定性之名譽(reputation)、商譽(goodwill)或精神上之損害賠償。¹⁰⁹值得注意者為，除本法外，國際商事契約原則(PICC)第 7.4.2 條及歐洲契約法原則(PECL)第 9:501 條均容許非財產上損害之賠償，亦有學者認為基於填補未違約方之損害、緩和舉證責任及道德因素如懲罰性，應容許本法於解釋上包括非財產上損害賠償，¹¹⁰特別為商譽上損失為聯合國買賣公約修法會議肯認應為本法第 74 條所涵蓋¹¹¹。

¹⁰⁹ Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford ; New York : Oxford University Press, c2005, at 1006-1015.

¹¹⁰ Peter Schlechtriem, *NON-MATERIAL DAMAGES -RECOVERY UNDER THE CISG?*, 19 *Pace Int'l L. Rev.* at 92-93.

¹¹¹ *Id.* 95

除公約第 74 條損害賠償之基本原則外，本章其他條包括第 75、76 條則適用於當受損害方無法於公約第 74 條受到填補時，則得依此二條計算其損害賠償範圍，第 75 條規定倘契約已解消，買受人購買替代物或出賣人轉售原給付，此時得請求賠償締約時與轉售時給付價格差異，惟此僅限於契約解消後一段合理期間內所為之轉售或購買替代物之行爲，本條係根據衡平原則認爲故意或重大過失違約方應賠償他方因其行爲所致之損害。反之，第 76 條則處理倘於前條情況下，契約解消然未購買替代物或轉售原給付，如何計算其損失，其損失範圍應爲契約所定價值與契約解消時之市場價格，此一市場價格以交易地區之相同商品現時價格爲準，若當地無現時價格，則以其他地區替代商品價格計算並加上運送費用，此一原則爲「市場價格原則」。此一原則使請求賠償者得獨立計算所涵蓋之任何交易所造成之損害¹¹²。



第三項 小結

聯合國買賣公約於違約責任之歸責原則於公約第 25 條以「契約義務違反」作爲歸責要件，應採客觀歸責事由，與英美法於契約責任採嚴格責任相同。與歐陸法系多採過失責任之主觀可歸責性作爲契約責任歸責原則不同，然聯合國買賣公約此一歸責要件之採用，影響之後包括國際商事契約原則、歐洲契約法原則及歐洲契約法共同參考架構草案，甚至德國民法於 2002 年修正之債法亦採此一客觀歸責事由，其影響深遠。

關於聯合國買賣公約違約之權利救濟，買受人得於其間選擇行使，但不得併行。例如：倘買受人選擇依第 49 條主張契約解消，買受人無須支付價金，應返

112 JOHN Y. GOTANDA, AWARDED DAMAGES UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS: A MATTER OF INTERPRETATION, 37 Geo. J. Int'l L. 102 2005-2006.

還已收受之給付，反之，倘買受人主張第 50 條減少價金，仍應為對待給付。¹¹³買受人原則上得自由行使上開權利，僅於其依第 47 條給予出賣人相當期間履行，於該段期間買受人之權利行使將受到限制，且該公約未限制該期間長短，惟買受人仍不因此喪失主張契約解消之權利。¹¹⁴

聯合國買賣公約最重要之立法政策採納「定期命補正」之制度於公約規定。此一制度實源自於歐陸法系，原先規定於未修正前德國民法債各「承攬」一章，定作人須先命承攬人定期補正瑕疵，於承攬人不於期間內為之或拒絕為之，始能自行修補並請賠償。此一制度為聯合國買賣公約所採納，規定於違約責任之權利救濟，並於修正後之德國民法規定於債編總則。

如前所提及，倘出賣人給付有瑕疵或與契約約定不符，買受人依公約第 46 條得主張出賣人另行交付新商品或修補，惟兩者需予以區別，買受人主張另行交付新商品之前提預為：出賣人構成第 25 條重大違約，買受人除得依第 49 條第 1 項第(a)款主張契約解消之外，亦得給予出賣人相當期間給付新商品，於出賣人屆期未給付或拒絕給付，得依同條項第(b)款(ii)主張契約解消。換言之，公約認為買受人倘請求另行給付新商品，通常顯示買受人不願保留原給付，且亦無維繫契約之必要。反之，買受人主張修補時，不以構成第 25 條重大違約為前提，故買受人無從依第 49 條主張契約解消，倘出賣人拒絕修補或未修補，買受人僅得依第 50 條請求減少價金及賠償因此所受之損害。¹¹⁵

尚值得注意者為，「定期間命補正」之公約立法特色，於買受人與出賣人得

¹¹³ Peter Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), C. H. BECK, at 362.

¹¹⁴ Peter Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), C. H. BECK, at 363.

¹¹⁵ Peter Schlechtriem, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), C. H. BECK, at 364.

行使之權利均有規範，即公約第 47 條及 63 條，一方屆期未給付，他方並不當然得行使違約之權利救濟，預給予違約方合理期間命其補正，且於此段期間不得行使權利救濟，僅得請求損害賠償。此一立法例之特色，除維繫契約之存續不直接賦予法律效果，而較具彈性且符合當事人原意外，另一目的在於公約第 25 條契約違反具重大性之認定，由於契約違反是否重大或根本不易認定，倘屆期後給予相當期間給付，卻未於期間內給付者，實可認定違約方不給付之可能性極高，亦可探求當事人真意，而推斷契約無維繫之必要，其法律效果顯現於公約第 49 及 64 條，契約雙方得於寬限期間他方仍未給付，而主張契約解消，顯現「定期間命補正」以客觀事由作為契約違反是否具重大性之判斷標準。

第三節 國際商業契約原則

第一項 前言

國際商業契約原則(Principles of International Commercial Contract)由位於羅馬的研究機構 UNIDROIT(Institute International Pour l' Unification Du Droit Prive)所制定，該機構成立於西元 1926 年，且由 56 個會員國所組成，針對如何將歐洲各國的私法互相協調與融合成一部統一的私法為研究，並於西元 1994 年將其研究成果「國際商業契約原則」(The Principles of International of Commercial Contract)公佈，針對一般契約基本原則規範，共一百九十九條條文並分為七個章節，其後於西元 2004 年與 2010 年各有幾次修正。值得注意者，本原則係針對商事交易相關契約所設計，強調「商事」契約即在排除一般消費者契約，契約雙方必須從事商業或貿易活動，本原則反映了國際貿易對於國際商業契約的特定需求，而為內國法所無法解決之問題。此與當前許多國際公約如聯合國買賣公約、歐洲契約法

原則等不同。¹¹⁶

第二項 債務不履行之歸責原則

國際統一私法中心(UNIDROIT)擬定的國際商業契約原則(Principles of International Commercial Contracts: PICC), 將違約規定於第七章, 首開第 7.1.1 條為違約定義:「違約為一方未履行契約所生之義務, 包括不良履行與遲延履行。」

¹¹⁷本條顯示了國際商業契約原則中之違約具有以下特色, 其一為違約應包括不完全給付, 其法律效果亦與完全不給付無異。其二為違約包括了具有免責事由與無免責事由, 有免責事由包括第 7.1.2 條因債權人干擾所致而無法履行, 或由於不可預期之極端事件如第 7.1.7 條不可抗力。倘債務人違約具有免責事由, 債權人將不得主張損害賠償或請求原定給付, 但無論債務人有無免責事由, 未獲得給付之債權人仍得解消契約。¹¹⁸

違約亦為「國際商業契約原則」(PICC)中債權人得行使權利救濟之核心概念, 主要有三種權利救濟: 第 7.2 條請求原定給付, 第 7.3 條解除契約及第 7.4 條請求損害賠償, 其餘則包括同時履行抗辯、定期命補正及違約方補正其給付等。針對種類繁多違約之權利救濟, 並無原則性之規定, 「國際商業契約原則」(PICC) 假設該等權利救濟得並行, 如債權人得堅持他方履行原定給付, 或倘於債務人未依約履行而未具免責事由時, 債權人得解消契約並請求損害賠償。其他如第 7.2.5 條權利救濟之變換、第 7.3.5 條一般解消之法律效果及第 7.4.1 條損害賠償請求權。

¹¹⁶ David Oser, *The Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?*, Martinus Nijhoff Publishers 2008, at 1-2.

¹¹⁷ PICC §7.1.1: Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.

¹¹⁸ G. Gregory Letterman, *UNIDROIT's Rules in Practice Standard International Contracts and Applicable Rules*, KLUWER LAW INTERNATIONAL 2001, at 208.

前揭第 7.1.1 條為違約之定義。違約除包括不良履行與遲延履行外，亦包括未於約定地點、時間及不完全給付、不履行。違約之概念，除本法外，亦為聯合國買賣公約及許多內國法所採納。值得注意者為，本法債務不履行尚包括違反附隨義務在內，如保密義務、協力義務，甚至包括他方之附隨義務。¹¹⁹倘債務人違約具有免責事由如不可抗力等，債權人不得請求損害賠償，惟仍得依第 7.1.7 條主張解消契約。若債務人不履行或拒絕履行係因債權人干擾而造成，則不構成第 7.1.1 條債務不履行，債權人亦不得主張違約之權利救濟。¹²⁰

「國際商業契約原則」(PICC)中，違約責任之構成要件不包括過錯原則或主觀可歸責性，其亦非債權人得主張權利救濟之前提。違約之免責事由亦與過錯原則或主觀可歸責性無關。然而，如同普通法或法國法，過錯原則可能仍實質存在於違約責任要件中，本法第 5.1.4 條第 2 項即規定「倘契約約定一方義務係活動或工作之履行」，係以債務人是否「未如同理性第三人於相同情形中」盡其努力履行契約，作為違約責任之判斷標準，債務人之行為構成該契約重要要素，因此未依約履行，仍屬契約義務之違反；惟倘契約約定內容為特定給付，如本法同條第 1 項特定給付陷於不能時，則與過錯原則全然無關。¹²¹

關於本原則針對債務人免責事由規定於第 7.1.7 條：「(1)倘債務人證明其未依約履行係由於障礙事由，且該事由超出其控制，或無法於締約時合理預見而納入考量，或無法克服及避免其結果者，債務人得免責。(2)倘障礙事由僅為暫時性，債務人僅於該段期間，於障礙影響其給付之範圍內免責。(3)債務人應將未

¹¹⁹ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 732.

¹²⁰ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 733.

¹²¹ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 733.

能履行之障礙事由及影響其給付可能性通知債權人。倘債務人知悉或可得而知障礙事由後，債權人未於合理期間內獲得通知者，債務人應對於債權人因此所受之損害負責。(4)本條未排除債權人解消契約、保留其給付與請求遲延利息之權利。」本條將不可抗力定為給付障礙事由，僅於本條所規定之障礙事由下，債務人始能免責。由於本原則採嚴格契約責任，債務人應為其所有違約行為負責無論其是否已善盡注意義務，僅於其具有第 7.1.2 條由債權人本身所導致之違約或本條事由，始得免責。

第三項 債務不履行之法律效果

國際商業契約原則關於違約之法律效果主要規定於第七章，包括前揭對於違約之定義(\$7.1.4)，與以下將提及違約之治癒(\$7.1.4)，給予相當期間命履行(\$7.1.5)，請求價金或原給付(\$7.2.1、7.2.5)，解消契約(\$7.3.1)及損害賠償(\$7.4.1)。

值得注意者，其中第 7.2.1 條規定債務不履行時，倘一方負有支付價金之義務，他方得請求之，屬於對待給付，此一概念普遍存在於大陸法系，違約倘給付尚屬可能則先請求原給付，僅於給付已屬不能或已無利益始得解消契約或請求損害賠償，倘對待給付為價金，則無給付不能之問題，除非契約當事人有免責事由始免除支付價金之義務；類似於德國民法第 241 條請求對待給付之規定，惟未明文請求價金支付，僅曰得請求對待給付，屬於本依契約所應履行之給付義務¹²²。惟此一概念與英國法上強制履行之概念不同，強制履行並非原契約義務，而係規定於違約所得行使之權利救濟之一，且僅限於非金錢給付始有強制履行之適用。國際商業契約原則第 7.2.1 條明顯採取大陸法系請求對待給付之概念，與英國法強制履行尚屬不同。其他與本原則類似規範如前揭聯合國買賣公約第 46 條及第

¹²² Maren Heidemann, Methodology of Uniform Contract Law The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice, at 121-122.

62 條規定買受人得請求原給付與出賣人得請求價金。¹²³

第一款 定期命補正

「國際商業契約原則」(PICC)第 7.1.4 條債務人補正其原給付之權利：「1. 債務人得以其費用補正其原給付：(a)倘債務人未遲延，債權人應通知債務人，並給予適當方法與時間補正其原給付；(b)補正於特定情形為適當；(c)債權人無合法利益拒絕給付；及(d)補正具有及時效益。2.債權人請求補正之權利並未排除其解消契約之權利。3.於此段期間，債權人之權利將因債務人補正原給付而無法行使，直至該期間屆滿。4.債權人得保留相對應之給付。5.債權人仍得請求賠償遲延，或任何因補正而造成或未防止之損害。」³² 本條賦予債務人補正其原給付。債務人屆期未依約履行其義務，除非清償期間為契約要素或條件，債權人得定相當期間給予債務人補正其原給付之機會。惟債務人僅於債權人通知後始有補正原給付之可能，因此債權人須於得知債務人有違約情形時，為即時之通知，其通知須包括債務人補正給付之相當期間與適當方法。債權人倘不願給予債務人補正之機會，則須證明其有合法利益將因此而遭受侵害。儘管債權人於債務人補正期間均不得行使權利救濟，惟債務人補正原給付，未正當化其本質為遲延給付，債權人仍得請求賠償其因遲延所受之損害。¹²⁴

債務人補正其原給付之權利，並未為一般法律或原則所採納，儘管已為少數立法所採認，惟多數立法仍對此制度不甚熟悉。與此相似之規範為定清償期間命修補或另行交付新商品之立法例，許多立法規定債權人需於屆期後給予債務人修補或另行交付新商品之寬限期，且於此段期間債權人不得行使相關權利，其亦意

¹²³ Maren Heidemann, *Methodology of Uniform Contract Law The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, at 73-75.

¹²⁴ G. Gregory Letterman, *UNIDROIT's Rules in Practice Standard International Contracts and Applicable Rules*, KLUWER LAW INTERNATOINAL 2001, at 210-213.

謂債務人獲得機會，於此段期間修補或另行交付新商品。¹²⁵此一規定亦顯示了立法政策傾向維持契約關係，盡量降低因契約消滅所耗費之經濟成本，如同第 7.4.8 條減輕損害及第 1.7 條所規定之誠信原則基本條款。本條亦與聯合國公約第 37 條與第 48 條及多數重要契約法規中所揭示之立法政策具一致性。即便立法體系未納入補行之條款者，仍會於損害賠償時作為評估或考量。

前揭債務人補正其給付之權利，相應與此，債權人亦得請求修補或替代給付之權利，第 7.2.3 條：「給付之權利包括請求修補之權利，或其他補正瑕疵履行之方式。前兩條之規定在此亦適用。」賦予債權人請求債務人補正其給付之權利，倘債務人未依契約所定內容給付或給付有瑕疵，債權人得依本條請求債務人另行給付或修補瑕疵，且其費用將由債務人自行負擔。

第二款 寬限期間

倘債務人屆期未給付，債權人得給予寬限期間，第 7.1.5 條：「倘債務人屆期未給付，債權人得定相當期間命債務人為給付。2.此段期間，債權人除得保留相應之給付及請求損害賠償外，不得主張其他權利救濟。但債務人已告知不於此段期間給付或屆期仍未給付者，債權人得行使本章所規定之任何權利救濟。3.倘遲延給付未構成重大違約，債權人已給予債務人相當期間給付，其得於屆期時解消契約。倘債權人未給予合理之相當期間，延長至合理期間。債權人得通知倘債務人未於期間內履行，契約將屆期自動解消。4.第三項不適用於未給付者為契約之次要部分。」相對於前條，債務人有補正其給付之權利，本條係賦予債權人於契約屆期，債務人仍不履行時，得給予寬限期間，使債務人有補正其不履行之期間。另一方面，債權人得藉由寬限期間之給予，於債務人遲延給付不具違約重大性時，

¹²⁵ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 748.

債權人雖不得解消契約，但債權人仍得於寬限期間屆至，而債務人未履行時解消契約。「寬限期間」之立法例係受德國法影響，亦為聯合國買賣公約第 47、49 及 63 條規範。除受德國法影響之義大利、瑞士有相同規定外。

本條並非債權人之義務，縱不給予寬限期間，除債務人依前條補正不履行外，債權人仍得行使違約之權利救濟。本條實益彰顯於，債務人遲延給付，惟其遲延是否構成重大違約，或債權人是否得依第 7.3.1 條解消契約係不確定時，債權人得於依本條給予一段合理之寬限期間後解消契約，故本條經常適用於給付遲延之案件。相較於多數立法例中以債務人是否具有違約事由，作為債權人得否請求損害賠償之要件，本法第 7.1.5 條則規定縱違約不具重大性，債權人仍得依本條給予寬限期間後行使權利救濟，換言之，寬限期間之給予與多數立法中之違約事由具有相似之效果。¹²⁶



第三款 解消契約

第一目 一般性解消契約

債權人解消契約之權利規定於第 7.3.1 條：「1.倘債務人未依約給付構成重大違約，債權人得解消契約。2.倘債務人未依約給付，具有下列重大違約事由，債權人得解消契約：(a)債務人除無法預見或合理知悉該結果，未依約給付致債權人喪失原得依約期待之給付；(b)債務人未履行應嚴格遵循之契約義務，亦為契約基本要素；(c)債務人未依約給付具故意或重大過失；(d)債務人未依約履行，且債權人合理相信債務人未來亦不給付。(e)倘契約解消，債務人將會因準備履行或提出給付，而遭受不成比例之損失。3.債權人得解消契約，倘債權人依第 7.1.5

¹²⁶ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 754-755.

條給予之寬限期屆至，債務人仍未履行。」本條為「國際商業契約原則」(PICC) 中最重要之條文，於債務人未依約給付時，賦予債權人解消契約之權利。

本條第 1 項與第 2 項解消契約之要件主要為違約，其時點為契約清償期屆至，倘為預期性違約，本原則亦於第 7.3.3 至 7.3.4 條賦予解消權。如前所述及，不論主觀可歸責性，違約方有無故意、過失不影響他方解消權，且縱違約係因同法第 7.1.7 條不可抗力或其他免責事由所致，他方仍得依本條項行使契約解消權。

債權人解消契約之前提要件為債務人重大違約，關於本條「違約重大性」要件，本原則未給予明確定義，傾向於個案解釋權衡。因此，債權人得否解消契約則以本條第 2 項所例示之違約事由為判斷標準，包括第(a)款與聯合國買賣公約第 25 條相同，皆以「不符合債權人本得期待獲得之給付」作為重大性違約之標準，而考量違反者是否為雙方明定於契約中之條款、違約情形是否嚴重、是否影響債權人之合理使用等情形判斷之，值得注意者為，「瑕疵治癒」非如聯合國買賣公約中為違約重大性之考量因素，由於該項權利由本法第 7.1.4 條規定，且優先於解消契約行使之權利，故非本條項所考量之因素；第(b)款則視違反之契約義務是否具本質重要性，第(c)款僅著眼於債務人違約程度，本條由誠信原則而來，避免於債務人故意違約卻未顯著造成契約影響，債權人因此無法解約，而不符合誠信；第(d)款多適用於繼續性或長期性契約，以客觀上是否予債權人合理信賴債務人未來將不為給付，為判斷契約有無維繫之必要，此亦涉及預期性違約故有同法第 7.3.4 至 7.3.5 條之適用；第(e)款考量債務人是否將因解消契約而遭受不合理之損失，亦係唯一一款以債務人利益為考量因素。

倘違約不具有重大性時，債權人原則上不得解消契約，但債權人仍得依同法第 7.1.5 條定期命債務人履行，並於屆期未履行解消契約。本項不同於前兩項不

以「違約重大性」為要件，而著眼於債權人必須藉由定期命補正給予債務人再次履行之機會，換言之，提供不具重大性之違約正當化解約事由。此亦顯示，本原則之立法政策認為其他權利救濟相較於解消契約具優先性，如歐陸法系採解消契約之最後手段性，傾向維持契約之存續。關於本項之要件，以債務人尚未履行其義務為前提，倘已履行義務或未履行之部分不具重要性，則無定期命補正之適用，且本項僅提供債權人解消契約之選項，債權人亦得證明具有違約重大性而適用前兩項行使其權利。¹²⁷

由此觀之，本條契約解消所規範前提要件多元，係由於立法政策權衡雙方利益，包括給予債權人主張契約解消之機會，以及債務人可能因修補或替代給付而支出顯不合理之費用。此立法政策具有兩種面向考量，其一為契約為雙方出於自由意志所訂定，只要該約定為可能且合理，法律欲確保其實現及兌現，其二為經濟考量，解消契約後雙方須相互返還原給付。契約是否解消取決於成本與風險，本法政策偏向維持契約存續，並極小化因此耗費之經濟損失。¹²⁸

第二目 預期性違約

國際商業契約原則(Principles of International Commercial Contract)關於「預期性違約」之規定於第 7.3.3 條規定：「倘債務人於清償期屆至前已確定將有重大違約事由，債權人得解消契約。」及第 7.3.4 條：「債權人有相當理由相信債務人將有重大違約事由，得請求應為給付之保證，並得保留自己之給付。倘債務人未於合理期間內為該保證者，債權人得解消契約。」兩條須合併觀之。「預期性違約」係債務人於清償期屆至前已有違約之事由，且債權人有理由相信其屆期將不履行

¹²⁷ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 837-838.

¹²⁸ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 819.

者，得請求給付之保證與保留自己之給付，並於兩項情形下得解消契約：其一為債務人未於合理期間內為給付之保證，其二為債務人明顯於屆期前有重大違約事由。本條之立法目的在於將未來可預期性之重大違約等同於屆期發生之重大違約處理，以保障債權人之利益。類似之規定於前揭聯合國買賣公約第 72 條第 1 項，以及下將提及之歐洲契約法原則第 9:304 條、德國民法第 323 條第 4 項。¹²⁹

債權人依第 7.3.3 條解消契約，須契約屆期前可能有重大違約事由，違約之「可能性」須具有極高程度發生率，且一般人均認為「顯然」會發生者，此一要件於前述聯合國買賣公約第 72 條第 2 項及本條應為相同解釋。本條亦課予債權人與同法第 7.3.2 條相同之通知義務，須通知債務人其欲解消契約，惟與之不同者，本條未對債權人之通知設一期間限制，其僅須於清償期屆至前為之即可。

相對於前條，第 7.3.4 條係對於非顯然而僅有可能發生之重大違約，賦予債權人兩階段之權利救濟，其一為債權人得向債務人請求給付之保證，同時保留自己之給付，其二為倘債務人未於合理期間內為給付之保證，債權人得依同條第 2 項解消契約。本條與前條均須於契約清償期屆至前為之，但其違約發生之可能性較前條為低，僅須債權人合理相信或根據顯著情況推斷債務人有屆期前違約之事由。債務人所給予給付之保證須「足以擔保未來依約履行」，其擔保期間須至契約清償期。於此段期間債權人得保留自己之給付，直到債務人屆期為給付或債權人解消契約。同條第 2 項規定倘債務人未於合理期間內提供給付之保證，債權人得解消契約。債權人所給予期間長短須足以使債務人提供該保證始為合理，否則債權人將為不合法之契約解消。

本條立法目的為避免浪費和維護經濟利益，當契約一方有相當理由相信他方

¹²⁹ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 845.

將不會履行契約，倘其繼續履行契約義務則可能為無謂之資源浪費。本公約規定於預期性違約之情形，債權人得行使所有權利救濟，包括保留給付及解消契約，亦得請求給付之保證。其中賦予債權人解消契約之權利，使其能將資源即早轉移至其他用途，避免資源浪費和維護經濟利益，不僅保障債權人之利益，亦維護整體經濟利益。其次為嚇阻預期性違約之行為，亦與公約立法政策在於維繫契約，避免違約之思想具一致性。再者，此一立法設計亦平衡雙方利益與位置，包括同時履行抗辯(保留給付)之設計，及以債權人得請求給付保證，來緩和因預期性違約具重大性致解消契約之情形。¹³⁰

第四款 損害賠償

債權人因違約得請求損害賠償，第 7.4.1 條：「若債務人未依約給付，除債務人依本法有免責事由外，債權人得請求損害賠償。」債權人欲請求損害賠償，須先證明債務人未依約給付，惟其證明者尚不包括債務人不履行具有主觀可歸責性。換言之，債務人是否可歸責為損害賠償請求考量因素，然並非主要或唯一之要件，亦非決定債權人得否行使損害賠償請求權之前提。此外，此一請求權之條件亦不包含契約所規定之條款是否履行，無論違反者係契約之主要義務或附隨義務，債權人均得請求因債務人未履行該等義務所受之損害。本法關於損害賠償之方法規定於第 7.4.2 至 7.4.8 條。¹³¹

債權人享有請求損害賠償之「權利」，法院得自由裁量者僅限於損害之總額，而非請求損害賠償其「權利」本身。此外，債權人得行使此一權利，僅需證明債務人違約，而無須證明其因此受有損害。與歐洲契約原則第 9:501 條或其法規草

¹³⁰ Djakhongir Saidov, *Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles*, 11 *Unif. L. Rev.* n.s. 799 2006

¹³¹ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 867.

案，債權人預證明其有「實際損失」相較，本條採類似英美法「象徵性損失」之概念，倘債務人違約，縱債權人無因此受有損失，仍得請求損害賠償。

關於損害賠償之範圍規定於本法第 7.4.2 條：「(1)債權人得請求賠償因違約所造成之全部損害，包括所受損害和所失利益，以及債權人契約解消所支出之費用及所受之損害。(2)所受損害包括非財產上損害，如身體或情緒上之損失。」本條有三項要素，首先為本原則亦採「完全賠償原則」，其次為損害包括所受損害和所失利益，最後因果關係須連結損害和債務不履行本身。其賠償範圍包括所受損失(即支出之花費、增加之義務及精神上之損失等)，所失利益及非財產上損害(精神上損害及名譽損失)。且該等損害與債務不履行必須有相當因果關係為足。

132

損害賠償範圍是否包括未來可能發生之損害向為爭議，聯合國買賣公約與歐洲契約法原則對此均無明文規定，僅本法第 7.4.3 條有明確規定：「1.損害賠償包括未來損害，該損害應具相當程度可能發生者。2.損害包括機會喪失，其範圍相當於其發生之機率。3.當損害範圍無法依其發生之可能性確定時，應由法院評估之。」實係本條明文規定其他兩公約所隱含之原則。然債權人必須證明該損害確係有發生之可能，故以「可能的合理程度」作為要件，應滿足此要件始能請求賠償。債權人須證明損害的存在與範圍兩者達相當程度，英國法上應為超過百分之五十之可能性，倘債權人無法證明其可能性超過此一標準，則僅能依同條第 2、3 項求償。同條第 2 項規定「機會喪失」之賠償，債權人得依其發生之機率請求部分之賠償，其爭議係該發生之機率如何估算？倘發生與否取決於債權人，則應由其自負證明責任，倘發生與否取決於債務人，則其損害範圍之估算建立於債務人對自己最有利之行爲為基礎，而非對於債權人有利之行爲。惟當債權人無法證

¹³² Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 872-878.

明該未來損害有相當程度發生之可能性時，僅能依同條第 3 項請求法院酌定，該項並未明確法院衡酌之標準，相關實務亦僅指出須以「公平量化之損害」(equitable quantification of the harm sustained)，因此法院仍賴雙方提出違約與損害之間因果關係之證明，以及雙方行為考量其損害發生之可能和範圍。¹³³

第四項 小結

國際商事契約法違約體系，亦以「契約義務違反」為核心，即客觀上債務人有否履行契約所生義務，為違約之判準，亦為債權人得否行使相關權利救濟之前提要件，並強調債務人主觀上是否具過錯，並非違約責任之要件，至多僅為判斷其有否違反契約義務之考量因素。

與前揭聯合國買賣公約相似之處在於，國際商事契約法亦有規定債務人補正其給付及債權人請求修補或替代原給付之規定，於補正期間債權人不得行使相關權利救濟，此外並規定，債務人屆期未履行，債權人得給予寬限期間，命債務人履行給付；無論是補正或定期命履行之規定，均在維繫契約之存續，不使因債務人未依約給付直接導致契約解消，而給予補正及寬限期間，倘屆期仍未補正或履行，則推斷契約無維繫之必要，因此彈性賦予雙方選擇契約存續與否之權。此外，本法契約解消之條件亦與聯合國買賣公約以違約是否具重大性為前提，並佐以當事人對於給付之合理期待為判斷重大性之標準，均與聯合國買賣公約之立法政策具一致性。

其次，關於契約解消，與聯合國買賣公約相同，均以債務人違約具有「重大性」為要件，並於第 7.3.1 條中例示違約重大性事由，與聯合國買賣公約不同，

¹³³ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, at 880-882.

然均以債權人對於給付之期待，如同條(d)項債權人有相當理由相信債務人將不於屆期履行，債務人履行之可能性，如同條(e)項債務人將因準備履約而遭受不成比例之損失，及契約目的之達成，如同條(b)項重大契約要素之違反，此於前所提及英國法對於違約重大性之認定類似，英國實務早期認為違反重要契約條款構成違約重大性，然後期則轉認違約對於契約有重大影響者始構成重大違約，國際商業契約原則於此仍以契約重要要素違反為重大性違約考量，是否會出現如英國法早期見解之問題，值得觀察，總之，商業契約原則於契約解消亦以上開三者為考量因素。值得注意者，國際商事契約原則將違約重大性考量納入了債務人主觀因素，包括預見可能性及故意、重大過失，雖非如歐陸法係以債務人可歸責性為解約之唯一考量，但亦納入違約重大性之判斷標準，成為解消契約考量因素。

另就預期性違約部分，國際商業契約原則亦有明文規定，與前揭聯合國買賣工約不同在於本原則採兩階段規範，首先針對債務人於清償期屆至前有顯然重大違約事由，本原則賦予債權人一般期後違約之權利救濟，然與聯合國買賣公約相同，均以「顯然」及「高度可能性」之重大違約為要件。但於期前違約情形非屬明顯時，尚不足以賦予債權人相關權利救濟，此轉為第二階段保障，債權人得向債務人請求給付之保證，且需擔保至清償期屆至。此與前揭公約不同，然亦賦予債權人及債務人雙方均衡之保障。

另關於損害賠償部分，國際商業契約原則與前揭公約不同之處在於，其一為債權人得請求之賠償範圍包括未來損失甚至機會喪失，且明文規定於本原則，然由於未來損失得求償，則須證明雙重不確定性，包括未來發生損失之可能及其數額，因此亦規範關於債權人之舉證責任及要件。其二為國際商業契約原則於損害賠償種類上，包括非財產上損害賠償，並對於名譽、商譽損失及精神痛苦等不確定之非財產上損害賠償而不在前揭公約求償範圍之列者，本原則包括之。

第四節 歐洲契約法原則

第一項 債務不履行之歸責原則

歐洲契約法原則關於違約之歸責原則規定於第 8：801 條：「(1)債務人因契約負有義務而不履行，且未得依第 8:108 條免責時，債權人得行使第九章之權利。(2)倘債務人得依第八條免責，除了請求原給付及損害賠償之外，債權人得行使第九章之權利。(3)若債務人違約係由債權人所致，債權人不得行使第九章之任何權利。」歐洲契約法原則所採用違約之歸責原則，債務人未依契約約定履行其義務者，即構成違約，而不論債務人是否已盡注意義務，係不論主觀之可歸責性，而以債務人「違反契約義務」為客觀歸責事由。

值得注意者，本法採用法定免責事由規定於同法第 8：108 條及本條第三項違約全部或一部由債權人所致，倘債務人未依契約履行其義務而具有免責事由者，則無須負擔債務不履行責任。同法第 8：108 條規定：「(1) 若債務人證明該障礙非其所能控制，或無法於契約締結時合理預見和考量，避免或克服該障礙及結果，債務人得免責。(2)若給付障礙僅為暫時性，僅於其存在之期間有所影響，債務人得依該條免責。但倘給付遲延構成重大違約，則不適用之。(3)債務人必須保證於其知悉或應知悉該等狀況後，在合理期間內將給付障礙及對於給付能力影響之通知送達債權人。債權人得請求賠償因未獲得該通知所受之損害。」本條規定違約之免責事由，包括於無法預見之情況或造成履行之負擔時調整契約。然而不同於聯合國買賣公約相類之條文，本公約僅處理給付障礙事由。本條亦不具有強制性，契約雙方得約定給付不能時之風險分配。

本條之免責事由包括各種事件(自然發生、法令限制、第三人之行為)。障礙

事由往往為雙方締約時無從知悉。障礙事由之要件，本條操作之要件，債務人欲主張免責事由則須證明符合其要件：(1)須非債務人所能控制者：首先，障礙事由必須非債務人所能控制者。倘因自己活動所致者，則應自行承擔。同理適用於債務人之使用人，特別是債務人需為使用人之行為負責或監督者。債務人不得將違約責任推給其使用人，除非該使用人非於其所能控制或監督之範圍內。此外，不可抗力必須無涉於契約雙方之可歸責性，倘不可預見之事件阻礙契約之履行，係由於債務人給付遲延在前，則非免責事由。(2)其次，障礙事由必須為締約時無法考量者。倘為締約一方所能考量者，應由該方承擔風險或其因未能預見而具可歸責性。雙方是否能於締約時考量，除了事件本身之性質外，亦包括時間與事件發生之期間。其檢驗要件為合理可預見性：一個正常人於相同狀況得以預見者。(3)障礙事由之合理性要件，包括應具有不可克服或不可抗力。兩要件必須 — 強調為契約雙方無法避免亦不可能克服者 — 均滿足者，始得主張免責事由。本條規定倘一方欲主張免責事由者必須證明此二要件。無論事件是否可避免或其結果是否可克服均取決於事實，且一方無法期待他方採取不合比例之手段預防風險或使用不合法之方法以規避風險。¹³⁴

除第 8：108 條所之免責事由外，尚有第 8:101 條第 3 項規定倘債務不履行係由債權人之行為或疏忽所造成者，若債權人仍得行使權利救濟將與誠實信用公平原則有違。例如，債權人有義務給予債務人資訊，債權人給予錯誤訊息或不完整，致契約無法順利履行。倘債務不履行係由債權人與債務人雙方行為所致者，債權人應不得行使全部之權利救濟。因此，債務人具有上開免責事由者，縱違反契約義務仍無須負違約責任。¹³⁵

¹³⁴ Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL, at 379-383.

¹³⁵ Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL, at 359-360.

債權人得行使權利救濟取決於債務人違約且無免責事由。倘債務人未依約履行債務且無免責事由時，債權人得請求履行原給付或損害賠償，保留自己之給付，解消契約及減少自己之給付。倘債權人違反受領他方給付之義務，債務人除得主張同法第 7:110 條及第 7:111 條之權利外，亦得主張前所提及之權利救濟。反之，債務人未依約履行具有免責事由者，債權人不得請求原給付或損害賠償，如同法第 8：108 條所示。惟第九章規定之權利救濟仍得行使。

第二項 債務不履行之法律效果

第一款 定期命補正

第一目 概說

歐洲契約法原則亦傾向維繫契約效力之立法政策，而採取違約行為之補正及定期命補正之制度，相關規定包括第 8：105 條：「債務人之給付因未符合契約而未為債權人受領，債務人得於清償期屆至或延期前重新另提給付，則尚不致構成重大違約。」及第 8：106 條：「(1)債務人屆期未履行，得由債權人給予一段寬限期間。(2)他方於該期間內得保留原給付即請求賠償損害，但不得行使其他權利救濟。倘債務人通知其將不於該段期間內履行，或於期間屆至前未履行，債權人得行使第九章之任何權利。(3)遲延給付未構成重大違約者，債權人得給予一合理期間，並於期間屆至時，通知債權人解消契約。債權人得於其通知中明示，倘債務人未於期間內履行，契約將自動解消。倘期間過短，債權人得解消，或契約將於合理期間屆至後自動解消。」

第二目 相當期間

關於補正給付係給付提出之權利不合契約約定者，倘於清償期屆至前，或遲延不構成違約之重大事由，債務人得重新提出一符合契約之給付。若時間為契約之重要要素，則債權人得依第 8:106 條通知定期命補正。「定期命補正」適用於清償期屆至而債務人未依約履行者，倘清償期間係契約之重要因素，遲延將構成解約之重大事由，若債權人仍準備受領該給付，則應通知債務人。由此觀之，寬限期間應屬債權人對於債務人之讓步，債權人得決定其間長短。在此段期間，債權人無法對債務人行使其他權利，除了保留其給付和請求賠償因遲延或債務不履行所受之損害外，債權人不得請求強制履行或解消契約，亦保障債務人免於因債權人改變心意而受影響，債務人得合理信賴通知所定之期間內履行。儘管債權人得設定模糊之清償期間，倘期間不足以使債務人履行，則債權人行使權利仍受誠信原則之限制。

反之，倘遲延不構成違約之重大事由，債權人必須通知債務人並定相當期間予其履行，始得解消契約。由於倘遲延給付不具重大性，債權人本不得解消契約，而此一通知程序賦予債權人解消之權利，故該段期間必須相當。若債權人給予短於合理期間之補正期，無須為再次通知，債權人仍得自通知後經過合理期間後解消契約。通知程序亦可適用於當給付已提出但有瑕疵，且違約不具重大性。惟在此種案例中，債權人無解消契約之權利，定期命補正亦不予其有該等權利，蓋本條第三項僅適用於遲延給付而非瑕疵給付。¹³⁶

債權人亦得訂定自動解消契約，即明定債務人未於相當期間內履行契約屆期自動解消，無須債權人另行通知。倘債務人於通知所定期間之後始提出給付，債

¹³⁶ Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL, at 373-376.

權人得拒絕受領該給付。惟若債權人明知債務人將於期限屆至後始提出給付，按誠信原則，債權人應警告債務人逾期將不受領該給付。反之，倘債務人詢問債權人是否受領其逾期提出之給付，債權人亦應於相當期間內回覆。¹³⁷

第二款 解消契約

第一目 一般性解消契約

歐洲契約法原則關於解消契約之規定為第 9:301 條¹³⁸：「(1)倘債務人未履行構成重大違約，債權人得解消契約。(2)債務人給付遲延，債權人得依第 8:106(3)解消契約。」債務人未依約履行義務，債權人是否有權解消契約，端視兩方利益之權衡。以債權人觀點視之，倘債務人提出之給付與契約差異甚大，以至於債權人無法為特定用途，或是遲延給付過久致債權人之利益受損，解消契約似為唯一保護債權人利益之手段，例如債務人無力償還且無法履行義務或賠償損害。倘債權人擔心債務人不依約履行者，亦希望得以解消契約作為有力手段以保證他方履行所有契約義務。倘以債務人之觀點視之，解消契約通常造成嚴重損害，例如為準備履約所支出之費用已浪費。惟當其他得行使之權利救濟如損害賠償或減少價金亦足以保障債權人之利益時，則無須解消契約。因此，債務不履行於符合第 8:103 條具有重大性係解消契約之先決要件。¹³⁹

前已述及，本原則傾向契約關係之維繫，故於債務人違反契約義務而構成債

¹³⁷ Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL, at 376.

¹³⁸ Principles of European Contract Law, Article 9:301: Right to Terminate the Contract: (1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental. (2) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106 (3).

¹³⁹ Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL, at 409-410.

務不履行時，債權人並非一定得解消契約，本條對於債權人行使契約解消權增加一限制，即債務人違約需具有「重大性」。債務人違約是否具有重大性，其判斷標準本原則規定於第 8:103 條：「倘債務人未依契約履行其義務且具有下列情形者，其違約具重大性：(a)債務人違反係契約約定須嚴格遵守之義務；(b)債務人未履行實質剝奪契約債權人依契約所得預期之給付，除非債務人無法預見或合理預見該結果之發生；(c)倘債務人故意違約，且使債權人相當理由相信其無法期待債務人履行者。」歐洲契約法原則在認定違約是否具有重大性方面，與英國法對於違約「重大性」之學說與實務發展有相似性，均著眼於契約條款是否具重要性，及違反契約影響之結果。

首先，本條第一項非與違約本身有關，而係雙方約定須嚴格遵守之契約事項具有本質性，以致於倘債務人違反之，即影響契約之根本性，而足始債權人得解消其依契約所負之義務。此項約定得於契約中明示或暗示，約定於何種事件發生時，債權人得解除契約，亦即債務人違反雙方約定須嚴格遵守之契約義務時，其效果足以導致契約之解消。縱使契約未明示，亦可能由法律規定補充須嚴格遵守之義務。其次，第二項著眼於債務不履行之結果，倘債務不履行之影響實質剝奪債權人協商之利益，即喪失其履行契約之利益，構成違約重大事由，且此須非債務人無法預見或無法合理預見該等結果，即可預見性檢驗即為一般人處於債務人之地位可否於相同情況下合理運用其能力與注意義務，於締約時知悉或可得而知該結果之發生。¹⁴⁰

縱使債務人未違反契約重要條款，或違約結果並未剝奪他方依契約所期待之利益。倘違約方具故意，並給予他方合理相信其不繼續履行契約者，仍屬違約重大事由。另一須考量之因素為，債務不履行係由於債權人之行為所造成者，倘損

140 Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL, at 364-366.

害係由其自身行為所造成者，則認為債務不履行具有重大性，而使債權人得解消契約並行使相關權利，恐不適當。在其他案例中，或有允許解消契約為妥適，然仍應認債權人之行為亦構成債務不履行，使他方得主張賠償。

第二目 預期性違約

歐洲契約法原則關於預期性違約規定於第 9:304 條：「當契約一方顯然於契約屆期前有重大違約之情形，他方得主張解消契約。」本法對於預期性違約之處理方式等同於一般屆期後之債務不履行。本條針對「預期性違約」，即於契約一方顯然不願或無法於契約屆期前履行其依約所負之義務時，賦予他方解消契約之權利。換言之，解消契約之權利繫諸於他方合理預見，契約一方將也屆期無法或不能履行之情形。且本法對於因預期性違約而解消契約之法律效果，與因一般屆期債務不履行而解消契約之法律效果相同。¹⁴¹

本條解消權，須預期性違約具有重大性，僅於契約一方屆期前顯然有違約之重大事由符合同法第 8:103 違約重大性，他方始取得契約解消權。縱使契約一方已明確表示其將會於契約屆期後遲延給付，仍不構成本條重大違約之解消事由。僅於契約之清償期係契約之重要要素或是遲延給付具嚴重性而足以構成重大違約事由，他方始得依本條解消契約。契約一方須顯然不願或無法於契約屆期前履行依約所負之義務，其行為顯現出不願意或無法履行足以使他方依第 8:105 條請求提供給付之保證。¹⁴²

141 Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL, at 417.

142 Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL, at 418.

契約一方因預期性違約事由依本條解消契約後，其法律效果與一般違約解消契約之效果相同，得行使本章任何權利救濟，並包括請求賠償損害，惟損害賠償範圍不包括屆期前之重大性違約事由該當本法第 8:108 條之免責事由所造成之損害。關於解消權行使之期間，原則上契約一方面臨他方將有預期性違約時，得隨時解消契約。

第三款 減少價金

本原則關於減少價金之規定於，第 9：401 條：「(1)債權人受領未符合契約約定之給付時，得請求減少價金。減少之價金須為履行時提出之給付與合於契約之給付價差之比例。(2)債權人依前項減少價金者，倘債權人已支付超過減少之價金，得請求返還。(3)債權人倘以請求減少價金，不得同時請求賠償給付價值減損之部分，但仍得依本章第五節請求賠償其因此所受之其他損失。」當債務人之履行不完整或未符合契約所約定之內容，本條第一項賦予他方減少價金之權利。所謂未符合契約所約定者包括數量、品質或運送之時點均屬之。此項權利救濟之設計主要為兩個面向，其一係作為損害賠償之替代，其二為違約具有免責事由者。惟本條僅於債權人受領未依債之本旨所提出之給付時始有適用之餘地。倘債權人不願受領之，則僅能於違約具重大性時，解消契約互相返還給付或請求賠償其損害。

本條減少價金之總額應按原給付價值之比例計算。債權人支付價金前後均得請求減少價金，債權人獲得價金減少請求權，倘未支付者得保留自身之給付，已支付者則得請求返還減少之部分價金。惟債權人依本條請求減少價金者，不得同時主張賠償履行時之給付及締約時之減損價值。此兩項救濟方式不具相容性。

第四款 損害賠償

關於本原則之損害賠償規定於，第 9:501 條：「(1)債務人未依契約履行其義務且無第 8：108 條之免責事由時，債權人得請求損害賠償。(2)債權人得請求損害賠償之範圍包括：(a)非財產上損失；以及(b)未來可能發生之損害。」本條賦予債權人請求賠償因債務人未依契約履行所造成之損失。倘債務人依契約應提出一特定結果，而未依約履行，將賦予債權人請求損害賠償之權利，無論債務人有無可歸責性，僅於其具有免責事由時，債權人始不得請求損害賠償。倘債務人依契約須盡合理注意以避免一定結果之發生，當其未完成其義務時，始能謂其未依約盡注意義務。本條欠缺對於注意義務之要求，即不以可歸責性為要件。

本條規定之損害賠償範圍包括，包括所有因未依約履行所致之損害；反之，債權人不得請求非因債務不履行所造成之損害，倘損害係因具不可預見性之事件所致者，須檢驗倘債務人依約履行是否仍受該事件影響，若答案為肯定者，則破壞該事件與損害間之因果關係，債權人不得請求賠償。此外，債權人得請求之損害賠償包括未來損失，即於損害估算後預期招致之損失。對於未來損失之估算，法院須評估兩點不確定性，包括未來損失發生之可能性以及其數額，即未來支出，例如未違約則可避免之支出，與獲利即債權人可合理預期末發生違約所能獲得者，未來損害通常包括機會喪失。

第三項 小結

歐洲契約法原則關於違約責任之歸責原則，亦與前揭聯合國買賣公約及國際商事契約一致，均採「契約義務違反」為客觀歸責原則，原則上債務人違反契約義務時須負違約責任，例外情形為於有免責事由時，始無須負責，本原則亦單獨

規範免則事由，包括對於給付障礙以契約當事人預見可能性及締約時能否納入考量為要件，另就暫時性障礙僅於該期間具有免責效力，此外課予債務人通知義務及未為通知時之賠償責任。原則上予前揭公約規定具相似性。

關於違約法律效果部分，歐洲契約法原則亦採「定期命補正」此一制度，與前揭公約相同，債務人屆清償期未為合於債之本旨給付時，債權人得給予一段相當期間命債務人補正其給付，於此段期間債權人不得行使權利救濟但得保留自己之給付，屆期債務人未補正契約解消。此外，本原則單獨於第 3 項規定債務人給付遲延之情形，倘非重大違約，債權人仍得藉由定期命補正達解消契約之目的，惟有學者強調本條項不適用於給付有瑕疵之情形，此與前揭原則包括瑕疵修補有異。

關於解消契約，歐洲契約法原則亦以「違約重大性」為前提，針對重大性之判斷標準與前揭公約相同，均採例示重大事由之規定，其考量因素與前揭國際商業契約原則相似，均包括與英國實務早期相同之違反契約要素，及自雙方利益衡量，債務人違約已剝奪債權人對於給付之合理期待且債務人得預見者，且亦加入債務人主觀可歸責性作為解消契約判斷標準之一。另關於清償期屆至前債務人有高度違約之可能者，即「預期性違約」，亦與前揭公約一致，均賦予債權人於清償期屆至前得行使予其後違約相同之權利救濟，然而與前揭公約不同之處，未規定於債務人違約不具重大性時，債權人得請求給付之保證規定，然此一缺漏於其後歐洲契約法共同參考架構草案則有規範。

損害賠償方面，歐洲契約法原則與前揭國際商事契約原則，均對於未來損失得請求賠償有明文規定，則亦面臨相同問題，債權人須證明未來損失發生之可能性與損害數額。此外，非財產上損害學說上解釋亦包括人身損害及不具確定性之

名譽、商譽損失，此與國際商事契約原則相同，但與聯合國買賣公約則屬不同。

第五節 歐洲契約法共同參考架構草案前言

第一項 債務不履行之歸責原則

「歐洲契約法共同參考架構草案」(European Private Law : Draft Common 19 Frame of Reference: DCFR)針對違約之權利救濟規定於第三章，第 3:101 條：「1. 倘債務人未依約履行義務，且不具免責事由，債權人得依本章行使權利救濟。2. 倘債務人具有免責事由，債權人除不得請求原給付及損害賠償外，得行使本章權利救濟。3. 倘債權人造成債務人不履行，不得行使權利救濟。」揭示以債務人未依約履行是否具有免責事由，區分債權人得行使之權利救濟，倘債務人具有第 3:104 條免責事由，或依第 3:105 條契約條款得免除責任，債權人得行使包括請求原給付、同時履行抗辯、解消契約、減少價金及損害賠償等權利救濟，反之，債務人不具免責事由，債權人不得請求原給付及損害賠償，但仍得行使其他權利救濟；且若債務人不履行係因債權人之行為直接或間接影響所造成，依誠信原則，債權人將不得行使任何權利。

第一款 定期命補正

第一目 通知義務及寬限期間給予

倘債務人屆期不給付或給付不完全，債權人依第 3:106：「1. 倘債權人因債務人違約或其違約具可預期性而給予通知，無論該通知遲延或因故未到達債務人，均不影響該通知之效力。」，及第 3:107 條：「1. 倘於債務人負有提供貨物、財產

或服務之義務之案件中，所給付者不符契約約定，債權人未於合理期間通知債務人該等情形者，不得據此主張權利。2.倘債權人發現或得合理期待發現未符合契約之給付時，合理期間自債務人提供貨物或資產，或完成服務時起算。3.倘通知未到達係因債務人知悉或得期待其知悉之事由且未揭露予債權人者，債務人不得主張第 1 項。4.本條不適用於債權人爲消費者之情形。」第 3:106 條於債務人屆期或期前已顯示屆期不給付，課予債權人通知債務人，惟此一通知採發信主義，縱通知未到或遲延到達債務人，亦不影響債權人通知後得行使相關權利。此乃因債務人違約在先，此一風險顯應由其承擔，而非由債權人擔之。

第 3:107 條則規定倘債務人給付不完全時，債權人應通知債務人，使其有機會及合理期間補足給付；此一立法政策繫諸誠信原則與公平交易，縱債權人未依約給付，債權人行使權利救濟亦須遵守此一普遍性原則，惟基於同一原則，債務人若已知悉或得合理預期自己將違約者，債權人未通知則不影響其權利。債權人之通知義務係其得行使相關權利之條件，而非責任或義務，未通知之效果，僅影響債權人行使權利救濟，除請求原給付或解消契約於本法中已規定通知義務者外，其他如損害賠償、減少價金或同時履行抗辯等本身未規範通知義務者，適用本條之規定，尤具實益。¹⁴³

債務人屆期未給付，債權人除爲前揭通知外，亦須依 3:103 條：「1.任何關於違約案件中，債權人應通知並給予債務人寬限期間命期履行。2.此段期間，債權人除保留對待給付及請求損害賠償外，不得行使任何權利救濟。3.倘債權人收到債務人將不在期間內給付之通知，或倘寬限期屆至仍未給付，債權人得行使權利救濟。」給予債務人一段合理期間履行原給付。惟債權人依法通知債務人時，本

¹⁴³ Edited by Christian von Bar and Eric Clive·Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volumes I, seller. European law publishers, at 802-807.

得定一段合理期間命其給付，無需依本條另定期間，因此實益應在於第 2 項規範債權人於此段期間不得行使與此衝突之權利救濟，如強制執行原給付或解消契約等，至於保留對待給付及請求損害賠償，則非在禁止之列，第 3 項亦規定，倘債務人屆期仍未給付，債權人得行使一切權利救濟。本條係在調和雙方利益，使債權人於此段期間中得請求原給付且無需解除契約，亦不喪失其權利；他方面債務人於此段期間有機會給付或修補其瑕疵，並不受債權人臨時改變心意而可能解消契約等不確定性因素之影響。

第二目 修補或另行給付

本法第 3:202 條：「倘能於寬限期內完成，債務人得提出一新的或符合契約之給付。2.縱債務人無法於期間內提出一新的或符合契約之給付，債務人得於通知後，於合理期間內補正並自行負擔費用，債權人未給予合理期間之前，不得行使任何權利救濟。3.前項於本節條文皆適用之。」賦予債務人補正其未依約給付之權利，係基於誠信原則及期待合理維繫契約存續，雖予債務人機會，惟亦關乎債權人取得完整給付之利益。畢竟債務人違約在先，縱須遵循誠信原則，亦應傾向保障未違約之債權人。

本條適用範圍係債務人給付未合於契約約定者，僅於債務人非屆期不給付，而僅給付之內容不符合契約約定，始有修補或另行給付之可能。惟本草案之前身歐洲契約法原則(PECL)中第 8:104 條將債務人修補或補正其給付之權利，更限定適用於債務人已提出之給付不符合契約約定者而債權人未受領者。倘債務人違約未具重大性，債權人不得行使解消契約之權利，其考量係基於誠信原則，倘債務人仍有可能提出符合契約之給付，債權人解消契約顯屬不合理；反之，歐洲契約法原則同條則不適用於債權人已受領給付之情形，縱債權人未給予債務人修補或

替代給付之機會，仍得請求減少價金或損害賠償，亦即除解消契約外之其餘權利救濟並不受影響。

由於其他公約或內國法之影響，本法已趨向擴張適用範圍¹⁴⁴，債權人於行使減少價金等權利之前，仍應給予債務人補正其給付之機會，除彰顯於本草案第 3:202 條未區分債權人受領給付與否，第 3:202 條第 2 項亦規定債權人非於通知債務人並給予合理期間補正其給付，不得行使除了保留對待給付外之任何權利。

¹⁴⁵本條似極利於債務人，惟於第 3:203 條：「前條第 2 項之情況下，債權人無需給予債務人期間治癒其給付：(a)未於所給予之期間內履行義務且構成重大違約；(b)債權人有理由相信債務人知悉其履行不符合契約，且不符合誠信原則與公平交易；(c)債權人有理由相信將無法於期間內治癒給付，造成債權人不便或對其合法利益有所損害；(d)治癒為不適當者。」亦做了如下限制，包括債務人於寬限期限內未補正構成重大違約、債務人已知悉、債權人合理相信債務人無法於期間內補正或於特定情況補正不適宜，債權人得不依前條給予補正之機會。¹⁴⁶

第二款 解消契約

第一目 一般性解消契約

¹⁴⁴ Edited by Christian von Bar and Eric Clive·Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) , Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Vollume I , sellier. European law publishers, at 812-813.

¹⁴⁵ Edited by Christian von Bar and Eric Clive·Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) , Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Vollume I , sellier. European law publishers, at 813-814.

¹⁴⁶ Edited by Christian von Bar and Eric Clive·Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) , Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Vollume I , sellier. European law publishers, at 817-818.

關於債權人得解消契約之事由，本法草案分為兩種態樣，其一為債務人違約具重大性，債權人得依第 3:502 條：「1.倘債務人未依約給付構成重大違約，債權人得解消契約。2.債務人違約具有重大性者包括：(a)倘債權人因契約一部或全部未履行，而喪失本依契約得期待之給付，除非債務人無法合理預見或知悉該結果。(b)債務人未依約給付，具有故意或重大過失，債權人合理相信債務人未來將不給付。」；其二係與債務人違約具有相似性之情形，為第 3:503 條債務人於寬限期屆至後未履行、第 3:504 條債務人合理相信債務人未來將不履行及第 3:505 條債務人未提供給付之保證。

債務人未依約給付，債權人得否解消契約，牽涉兩者利益之權衡，由於解消契約往往造成債務人較大的損害，可能因此喪失準備給付之費用、降低給付物價值或再次銷售之市場機會。因此倘其他權利救濟如減少價金、損害賠償請求權等足以維護債權人利益時，則不宜解消契約；然而，倘債務人之違約給付對於債權人已無實益，或遲延給付導致債權人喪失利益之時，解消契約往往亦為保障債權人利益之最後或唯一手段。因此，本法第 3:503 條以「違約」具重大性或根本性作為解消契約之前提要件，此與許多國際公約及其前身歐洲契約法原則相似，惟本條定義債務不履行是否具有重大性時，僅包括(1)債務人未依約給付，除契約締結時債務人未能預見或知悉者外，債權人因此喪失原依契約得期待之給付；及(2)債務人具有故意或重大過失，且債權人有理由相信其於未來仍不給付，而不同於前揭公約與歐洲契約法原則所定義重大性¹⁴⁷，尚包括「債務人違反之契約義務具本質性」，此一概括性之定義實給予法院較寬之審酌空間，惜未為本條所採納。¹⁴⁸

¹⁴⁷ Lngborg Schwenger & Pascal Hachem, Drafting New Model Rules on Sales: CFR as an Alternative to the CISG?, 11 Eur. J.L. Reform 464 2009

¹⁴⁸ Edited by Christian von Bar and Eric Clive, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume I, seller.

第二目 預期性違約

關於本草案對於預期性違約之規定於，第 3:504 條：「倘債務人已於清償期屆至前聲明不願依契約給付，或其他情形顯示其將不依約履行者，且具違約重大性，債權人得解消契約。」本條適用於預期性違約，並非一種特殊之債務不履行類型，而係處理未來可能有違約情形發生所設計之條文。其情形包括債務人於屆期前已表示其不願依約履行，或其他情形清楚顯示債務人有重大違約事由，債權人於屆期前將有解消契約之權利，此與屆期後債務不履行之解消權無異，其解消後亦適用同法第 3:509 條規定契約解消後之法律效果。¹⁴⁹

本條預期性違約，該違約事由須符合重大性，必須是違反契約主要義務，足以使債權人行使契約解消權，且違約事由必須明確，倘債務人僅表示願履行然於屆期可能有遲延情事發生，雖亦構成違約事由，然是否符合重大性，則須視時間是否為契約要素，否則縱屬預期性違約，仍非債權人得行使解消權之合法事由。然而，倘債權人不願解消契約，債務人又有極高可能性於期後無法依約履行者，將使債權人於清償期屆至前陷於不確定能否獲得給付之狀態，為保障債權人之利益，同法第 3:505 條規定：「債權人合理相信債務人將有重大違約情形，倘債權人請求債務人提供給付之保證，而債務人未於相當期間提供者，債權人得解消契約。」債權人得請求債務人提供給付之保證，若未於期間提供，債權人得依本規定解消契約。惟此一設計雖亦為給付保證之規定，然與前揭國際商事契約原則不同，草案本條仍以「違約重大性違」要件，則於本草案中，倘債務人違約不具重大性，債權人是否既無法於期前解消契約，亦無法請求債務人提供給付之保證，而對於債權人保護尚非周延，殊值探討。

¹⁴⁹ *Id.* 867-868

第三款 減少價金

倘債務人給付不完全或不符合契約所約定者，債權人得依本法草案第 3:601 條請求減少價金，此一權利救濟係為債權人之損害及債務人未依約履行具有免責事由提供解決方式，且以債權人已受領給付為前提，始有本條適用。減少價金請求權之立法例常見於歐陸立法體系，惟英美法原無相關概念，直至國際公約之影響，英美法院始於判決中出現類似減少價金之結果。

債權人得請求減少價金之數額，係依原給付價值與債務人現給付之價值依比例計算而出，縱債務人給付內容僅與契約有些為不符，其違約未達重大事由，債權人仍得行使本條權利，且不限於債權人尚未給付價金之前，即使債權人已為對代給付，仍得依本條第 2 項請求返還已給付但減少之金額；惟此一給付內容與契約約定相差之金額，債權人除減少價金外亦得請求損害賠償，兩者不得並行，債權人僅能擇一行使，然此價值減損以外，倘因債務人給付不完全所受之損害，仍得依本章第七節請求賠償。¹⁵⁰

第四款 損害賠償

損害賠償為債務不履行中常見的法律效果，本草案規定於第 3:701 條：「1. 債權人得請求賠償因債務人違反契約所造成之損失。2. 所得請求之賠償包括未來可能發生之損失。3. 損失包括財產上損失與非財產上損失，財產上損失包括收入和獲利，非財產上損失包括精神痛苦和恢復生活品質之費用。」倘債務人未依約給付，債權人得請求損害賠償，惟債務人若不具免責事由或因債權人影響其給付，

¹⁵⁰ Edited by Christian von Bar and Eric Clive, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume I, seller: European law publishers, at 910-911.

則無本條適用，債權人不得請求損害賠償。此外，本條範圍不包括象徵性損害賠償，債權人預有實際損失，始得依本節請求損害賠償。

債權人得請求之損害賠償範圍，與前揭公約及其前身原則相同，同條第 2 項規定，債權人得請求未來確定發生之損失，亦即於實際損失發生後，未來可預期之損害，意謂著法院需評估二不確定性，未來可能損失之發生及其總數額，包括預期支出之費用，以及倘未發生違約，債權人可能獲得之利益，惟未來損失之發生僅為機率問題，而往往難以估定。此外，同條第 3 項，規定財產上損害或非財產上損害均得請求，係指因債務不履行債權人所受之損害，非財產上損害包括精神痛苦、壓力或生活品質減損，無法實際以金錢估算之損失，反之，財產上損害則如收入、營業損失等得以金錢估算者，皆為債權人得請求債務人賠償之項目。

151

第二項 小結

歐洲契約法共同參考架構草案關於歸責原則，與前揭公約均一致，亦採「違反契約義務」為客觀歸責事由，原則上債務人違約須負違約責任，除非具有免責事由，予前揭公約相同，亦以條文例示免責事由，除法規規範者外，當事人亦得自行約定免責事由。

關於定期命補正制度，由於草案前身「歐洲契約法原則」對於定期命補正之適用較為限縮，包括不適用於債權人已受領給付或給付有瑕疵之情形，本草案對此則擴大適用範圍，無論債權人已受領給付與否，均得定相當期間命債務人補正

¹⁵¹ Edited by Christian von Bar and Eric Clive, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume I, sellier. European law publishers, at917-918.

其給付，並於該期間不得行使有違債務人補正目的之權利。惟本草案亦對於定期命補正加諸若干限制，倘債務人違約係不適宜給予定期命補正之情形，則債權人無須給予此段期間，包括債務人無法於期間內履行或以表示不願履行，或債權人有相當理由相信債務人將不於期間內履行者，或違約已屬重大等情形，雙方對於履約無期待可能性，則無須維持契約之存續，債權人亦無須給予債務人相當期間補正，蓋已無實益。此一考量實接近於債權人解消契約之違約重大性判斷標準。

本草案關於契約解消與前揭公約均以債務人違約具有「重大性」為契約解消之前提要件，然對於違約「重大性」之例示規定則與前揭公約不同，本草案僅就兩點例示，包括債務人違約已剝奪債權人對於給付之期待，且債務人具有可預見性，以及債務人主觀上具有故意過失，相較於前揭公約，本草案未有債務人違反重要契約要素或債務人給付顯失公平之情形。惟本草案之簡化重大性判斷標準，仍扣緊契約雙方利益與契約存續之必要，包括前述三項因素，債權人對於給付之期待、債務人履行之可能性及契約目的之達成。且縱未規定債務人違反契約重要要素，然本草案規定債務人違約實質剝奪債權人對給付之期待，實已難達契約目的，另債務人給付顯失公平之情形亦得由誠信原則處理實無須單獨例示於條文。此外，關於債權人得解約之要件亦包括定期命補正債務人未於期間內補正，或於下揭預期性違約債務人未提供給付保證之情形。

關於預期性違約，本草案相較於前身歐洲契約法原則僅規定預期性違約得解約，草案採上開公約與國際商事契約原則，均規定債權人得請求債務人於清償期屆致前提供給付之保證，惟與公約相異之處在於，本草案債權人得請求給付保證之前提仍須違約具有重大性，此一規範將對債權人產生不利之影響，造成倘債務人清償期屆致前知違約情形不具重大性，債權人無法行使期後違約之權利救濟，亦無法請求債務人提供給付之保證，此與國際商業契約原則對於預期性違約分為

重大性與否之兩階段設計，草案對於預期性違約之規定似未考量債權人於此段期間是否獲得給付與解消契約與否之不確定性。

關於損害賠償，草案承襲國際商業契約原則與其前身歐洲契約法原則，均明文規定損害賠償範圍包括未來損失；此外，本草案尚於條文中明確規範所得請求之賠償包括財產上和非財產上損失，其中財產上損失包括收入和獲利，獲利可能係債權人未來可能之損失，亦涉及證明問題包括未來發生之機率與數額。至於非財產上損害不同於前揭公約，本草案明定包括精神痛苦和恢復生活品質之費用，如此明文規範，顯示草案之立法政策，對於不確定之非財產上損害擴大賠償範圍。

第六節 德國法

第一項 國際相關法規之影響

2002 年德國民法修正，係與前揭所提及聯合國買賣公約(CISG)、歐洲契約法委員會擬具之「歐洲契約法原則」(principles of European Contract Law:PECL)，及國際統一私法中心(UNIDROIT)擬具之「國際商業契約原則」(Principles of International Commercial Contracts:PICC)等，國際相關規範之發展息息相關。

德國民法債編修正前，長期以來為人所詬病者係，債務不履行之規定過於繁複，主要有幾個面向，其中包括債務不履行之類型分為給付不能、給付遲延和瑕疵給付，而非著眼於法律效果如解除契約、損害賠償等權利得否行使¹⁵²。歸責方

¹⁵² Reinhard Zimmermann, THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATION Historical and Comparative Perspectives, OXFORD 2005, at 39.

面，德國民法於修法前仍植基於過失責任，修正前民法第 275 條仍以給付不能是否可歸責於債務人，作為債務人負責之前提要件。此外，尚包括現已不採之見解，解除契約與損害賠償為相斥之權利，現已認為解除權之行使不影響損害賠償之請求。其中最重要兩點為：德國民法並未處理自始客觀不能亦未明文規範，其次為積極侵害債權問題，債權人因債務人給付未合於契約內容而受有損害。¹⁵³

德國民法修正最重要的參考對象為「聯合國買賣公約」(Convention on the International Sale of Goods)，該公約與西元 1973 年統一買賣公約(Uniform Law on the International Sale of Goods)有關，其為最早採取單一歸責原則，且以債務不履行所得行使之權利救濟為其架構，並將可歸責性與契約解消脫鉤處理。其後許多國際公約亦採一致之規範¹⁵⁴。聯合國買賣公約係廣為接受的國際法上公約，該條約為歐洲學界所擬定，其之所以為眾多聯合國會員所接受，主要係因納入英美法中之重要原則，而與世界上兩大法領域「大陸法」、「普通法」之原則一致。德國新債法亦採納公約中兩項重要原則：(一)「先定期命補正」之立法例：1900 年所施行之德國債法僅於承攬一節中規定，後為聯合國買賣公約所採納¹⁵⁵。此一立法例現已成為德國債務不履行的法制，而規定於債編總則中，而非僅於承攬一節，債編各論亦普遍適用。(二)自始客觀不能：根據普通法之原則，如出賣人未能依約提出給付者，聯合國買賣公約原則給予買受人普遍性的擔保權利；而其只有在導致債務不履行之原因，係非可歸責於出賣人時，聯合國買賣公約才排除買受人之損害賠償請求權。聯合國買賣公約並未就發生給付不能情事之時間點，進行區別，德國民法現亦改採這樣的規範。¹⁵⁶

¹⁵³ Reinhard Zimmermann, Remedies for Non-Performance The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law, 6 Edinburgh L. Rev. 277 2002

¹⁵⁴ Reinhard Zimmermann, Remedies for Non-Performance The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law, 6 Edinburgh L. Rev. 278 2002

¹⁵⁵ 47: 「1.買受人得給予賣方相當期間履行。2.除方出賣人已明確表示不於期間內履行，否則買受人不得於此期間行使任何權利救濟。但買受人仍得請求遲延損害賠償。」

¹⁵⁶ Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正重點，政大法學評論第 79 期，頁

另一德國民法典債編修正之動機，來自歐洲法領域之影響，歐洲議會卻早在 1989 年時決議，盡速對於草擬統一之歐洲民事法典，開始進行必要之準備工作。歐洲共同體於 1995 年任命由各會員國獨立專家組成之委員會。本委員會一般稱為「Lando 委員會」編纂於歐洲民法典應注意之原則，以「歐洲契約法原則」出版。該原則亦參酌了聯合國買賣公約、國際商業契約原則，為歐洲民法典之前身。2002 年「歐洲民法典研擬小組」將「LANDO 委員會」所確認之原則轉換成法律規範，提出一份準備草案，本草案係在處理契約之締結、履行，並包含債務不履行之規範。本次德國民法債編修正之起草者亦將其新發展納入修法考量。¹⁵⁷

第二項 債務不履行歸責原則之變革

修法前之德國民法債務不履行係以「給付不能」、「給付遲延」兩大體系，加上其他給付障礙類型，以及由學說發展「締約上過失」及「積極侵害債權」等。2002 年德國債法以「義務違反」為上位概念¹⁵⁸，並以法律效果如損害賠償、解除等為出發點，建立新的債務不履行體例。

德國 2002 年債法修正後，以「義務違反」(Pflichtverletzung)取代「債務不履行」(Nichterfüllung)作為給付障礙(Leistungsstörungen)之上位概念，後者較傾向結果，指債務人未依約履行而欠缺給付，前者則強調債務人未依約履行，係違反依契約所負有之義務¹⁵⁹。相關規定於德國民法第 280 條：「倘債務人違反依債之關係所生之義務，債權人得請求因此所生之損害賠償。但義務之違反不可歸責於債

118-126。

¹⁵⁷ Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正重點，政大法學評論第 79 期，頁 127-130。

¹⁵⁸ Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/ Wendtland, Das neue Schuldrecht, Verlag C. H. Beck 2002, at 4

¹⁵⁹ Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/ Wendtland, Das neue Schuldrecht, Verlag C. H. Beck 2002, at 84

權人時，不適用之。」，修正後債務不履行體系，承襲了前揭公約與歐洲契約法草案之立法政策，以債務人未依約履行債務，違反契約義務，作為債務不履行法律效果發生之前提要件，債權人得請求損害賠償或解除契約等。

惟德國新債法仍未放棄債務不履行體系中，債務人的主觀要件「可歸責」之概念，除原有「故意」(Vorsatz)及「過失」(Fahrlässigkeit) 兩種型態外，新法於債編總則第 276 條第 1 項增加了「承擔保證責任」(der Übernahme einer Garantie) 或「承擔購置責任」(der Übernahme eines Beschaffungsrisikos)，債編各論買賣一節則不另外規定「擔保」之概念，回歸債總適用統一之主觀要件。顯見德國新債法雖受前揭公約及歐洲契約法草案之影響以「義務違反」為債務不履行之核心，惟於債務不履行之損害賠償法制，無論是第 280 條第 1 項、第 2 項因債務不履行所生之損害賠償，或第 280 條第 3 項「替補賠償」，於新法中債務人仍需具「可歸責」性，而未採納前揭公約以「免責事由」為債務人不負賠償責任之立法例，顯見德國立法者試圖在損害賠償法制上保有其原有特色。¹⁶⁰

學說¹⁶¹上仍區分給付障礙類型，包括：一、給付不能(Ausbleiben der Leistung)：無論係債務人無法依約為給付且給付已屬不能，或給付尚屬可能僅債務人不願為給付。兩種給付障礙得行使之權利救濟，為替代給付之損害賠償或遲延給付之損害賠償。惟倘給付已屬不能或不願給付者，債權人定期命補正即無實益。二、遲延給付(Verspätung der Leistung)：當債務人給付遲延且因此造成債權人損害。三、不良給付(Schlechtleistung)：債務人已給付，但給付欠缺相應之品質。四、違反附隨義務(Verletzung von Nebenpflichten)：債務人依約定給付，但違反注意義務因此造成債權人損害。五、債權人遲延(Gläubigerverzug)：債務人已依約提出給付，債權人未受領或不願為給付兼需債權人之行為。六、給付困難或不合理

¹⁶⁰ 林易典，德國民法典新舊法部分譯文，月旦法學雜誌，第 99 期，2003 年 8 月，頁 102。

¹⁶¹ Medicus/ Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 19. Auflage, Verlag C. H. Beck 2011, at 148-149

(Leistungserschwerungen/ Umzumutbarkeit)：常發生於高度屬人性之契約，非債務人親自履行則契約喪失意義。

第一款 「義務違反」下位概念：給付不能與給付遲延

第一目 給付不能

德國新債法以第 280 條「義務違反」為債務不履行之上位概念，關於給付障礙之構成要件與法律效果則規定，主要包括第 275、283、311a 及 326 條。其中第 275 條第 1 項規定：「倘給付對於債務人或任何人均屬不能，債權人無請求給付之權。」本條修正前學說多認為僅限於嗣後不能，而不包含自始不能及客觀不能¹⁶²，惟修法後學說上現已包括主觀和客觀、自始和嗣後、可歸責與不可歸責，以及全部或一部給付不能。本條給付義務為第一次給付義務，倘債務人履行原給付已屬不可能，則免除原給付義務，債權人無從請求原給付，且由於給付已屬不能，亦無依前揭定期命補正之適用。修法會議傾向限縮主觀與客觀給付不能之概念，客觀不能並非包含所有債務人無法克服之給付障礙，即使需花費可觀費用，例如汽車於締約後遭竊，然得以高價買回，尚不構成第 275 條第 1 項之給付不能，此一事實不足以使債務人免給付義務。此外，例如出賣他人之物，倘所有人願意出賣，無論價格高低均不屬於主觀不能，只要給付尚屬可能即非第 275 條第 1 項之適用範圍。¹⁶³

學者¹⁶⁴認為本條與國際公約、英美法最大差異在於，排除請求「強制履行」

¹⁶² Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/ Wendtland, Das neue Schuldrecht, Verlag C. H. Beck 2002, at 90.

¹⁶³ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, The German Law of Contract A Comparative Treatise, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 409.

¹⁶⁴ Reinhard Zimmermann, Remedies for Non-Performance The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law, 6 Edinburgh L. Rev. 281

(specific performance)之可能，德國民法未修正前同條於給付不能之情形，無論可歸責於債務人與否，均不得請求原給付，新法修正後以不採主觀可歸責性，仍認給付不能時，不得請求原給付；惟國際公約如歐洲契約法原則第 8:101 條認為僅於債務人有免責事由時，始免除依約履行之義務。兩者背景不同，前者植基於羅馬法之概念，後者則係由於免責事由包括不可抗力、債務人給付顯不合理或債權人對於該給付已無期待等。惟，本文以為，英美法上「強制履行」(specific performance)概念，係屬於債務不履行後之權利救濟(第二次義務)，與德國法第 275 條原給付之請求係屬依契約所為之對待給付(第一次義務)，應屬不同。

倘給付仍有可能，債務人尚可能因同條第 2、3 項不可期待給付之原因，得拒絕給付，即賦予債務人提出拒絕給付抗辯之權利。第 2 項規定：「倘債務人給付所需費用，依契約約定及誠信原則，與債權人之利益顯失衡者，債務人得拒絕給付。但衡量債務人可期待之努力，為考量債務人是否具可歸責事由。」學說¹⁶⁵認為係屬事實上之給付不能，或經濟上之給付不能。給付雖仍屬可能，但即使是理性之債權人也無法期待債務人會履行者。其判斷標準係依誠信原則是否有重大失衡關係，債務人為給付所支出是否顯不成比例。此外，債務人可期待之努力，為衡量債務人是否具可歸責事由之考量。尚須考量者，首先，本項僅得視為狹義解釋之例外條款，僅有於極端例外之情況，債務人方得拒絕給付，在本條明定極不符比例原則下，所衡量者係債務人得以給付所為花費與債權人所得利益，而非債權人所為對待給付；再者，關於債務人得以給付之花費與債權人所得之利益是否失衡，須注意債務人是否於契約有特別為給付之保證，倘有為此承諾，則債權人當有合理期待，債務人無從免給付義務，乃屬當然¹⁶⁶。此一考量，於歐洲契約

2002

¹⁶⁵ Reinhard Zimmermann, Remedies for Non-Performance The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law, 6 Edinburgh L. Rev. 281 2002; Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, The German Law of Contract A Comparative Treatise, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 413.

¹⁶⁶ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 19. Auflage Verlag C.H. Beck, at 148-150.

法原則第 9:102 條亦有類似規定，倘將造成債務人不合理的支出與花費，債權人即不得請求原給付。

除前揭事實上不能外，同條第 3 項屬道德上不能，係規定：「倘債務人須親自給付，衡量債務人所面臨之障礙，與債權人之給付利益，不能期待者，債務人亦得拒絕給付。」債務人須親自提出給付之情形，多屬高度屬人性之勞務契約如僱傭、承攬等。衡量債務人給付所面臨之障礙，相較於其所得債權人所為之對待給付利益，顯不相當時，債務人應得拒絕給付，惟並非排除債務人之給付義務，僅為債務人拒絕給付事由。本項係基於債務人之利益，應審酌其比例是否失衡。本條規範者乃屬人之給付，法律對此有較多保障，其考量者包括對於與給付之相對利益的衡量、債權人的給付利益及不可期待性，且僅有於給付不具可期待性，始有本項適用，至於可期待性，則必須衡量此拒絕給付對債務人之利益，以及此給付對債權人之利益。¹⁶⁷

債權人倘依本條免給付義務，除於雙務契約關係依第 326 條第 1 項免給付義務之外，債權人得行使之權利包括，債務人具可歸責事由時，債權人依第 280 條及 283 條得履行利益之賠償損害；或得依第 284 條補償因此支出之費用，但所支出之費用需依公平方式原得開銷者，倘為不成比例的高額費用，則不在補償之列；值得注意者為，給付義務是否免除與得否請求損害賠償為兩獨立之觀念，第 275 條第 4 項明確規定債權人請求損害賠償之權利不受債務人給付不能之影響。此外，無論債務人給付不能或其對該不能之事由是否可歸責，債權人均得解除契約，惟解除之前提，該違約仍須依第 323 條具重大性。¹⁶⁸關於代償請求權，第

¹⁶⁷ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 418.

¹⁶⁸ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 407.

285 條倘債務人對於他人有請求權者，得移轉予債權人，本條與舊法規定相同，且與債務人可否歸責無關，尤其在債務人將物轉讓第三人所取得之對價，縱然較物之價值或其對待給付為高，債權人仍得行使代償請求權。

第二目 給付遲延

給付遲延亦為「義務違反」之下位概念，係於給付或受領之時點上有所遲誤，至於債之關係所應給付或受領之時間點係經由契約所約定或經催告後所確定者，對於構成給付遲延並無影響。德國新債法就遲延規定原則上無太大變更，給付未定期限者，依第 271 條債權人得隨時請求給付，債務人亦得隨時給付，換言之，倘於債權人請求給付，或債務人已提出給付且合於債之本旨，給付未能履行或受領，則屬遲延；倘給付定有期限者，除第 271 條第 2 項債務人期前給付外，清償期屆至時，債權人依第 286 條應催告債務人為給付，債務人未提出給付，將因該催告而陷入遲延。

惟債權人並非於任何情況下均須催告，蓋催告之目的在於提醒債務人如期給付，倘給付之期限係債務人明知或可得而知者，應認債權人毋庸催告，如第 286 條第 2 項規定：1.清償期依日曆特定日期所定，係以期限代替催告；2.給付以特定事件發生為前提，事件發生後所經期間，依日曆計算尚屬合理期間者，本項合理期間應依個案判斷，該期間需使債務人得足以充分準備提出給付，則期間屆至自動發生遲延之效果；3.如經債務人明確拒絕給付，債權人自無以催告提醒之必要；4.衡量雙方利益，認為進入遲延給付為正當者，此係概括條款，依誠信原則權衡，債權人有無催告之必要。

債務人遲延給付，債權人得行使之權利救濟主要有三種，包括：(1)依第 287

條債務人於遲延期間責任加重；(2)若為金錢之債，則依第 288 條遲延期間需加計利息，債務人不得證明債權人受有損失低於遲延利息而不為給付¹⁶⁹，且相較於舊法百分之四，現已提高為百分之五，並於同條給予消費者較低之利率，因其非以他人資本營運；此外，(3)債權人亦得請求損害賠償，包括依第 280 條及第 286 條請求因遲延所受之損害賠償，包括因此段遲延期間造成之財產損害或本應或得之收益。

倘給付對於債權人已無利益，依第 323 條於雙務契約中，債務人未於期限屆至給付，債權人需依本條給予一合理之延展期間，倘債務人亦未於該期限內未為給付，債務人得解除契約¹⁷⁰。並於債務人具可責性時，債權人尚得依第 280 條及 281 條請求履行利益之損害賠償；此一損害賠償之構成要件與舊法相較，現行法不限於雙務契約關係，僅違反契約義務即可，以債務人具有責性為前提，此一有責性非主觀要件，而係客觀上債務人於屆期或寬限期間屆至後未給付，債權人即得請求本條之損害賠償，值得注意者為，債權人解除契約無需債務人具可責性此一要件；此外，債權人僅須給予延展期間即足以，毋庸於屆滿後再為拒絕受領之表示。惟倘依第 281 條第 2 項，發生無須給予延展期間之事由，即衡量雙方利益，債權人立即請求損害賠償為合理者，則無需給予此一合理期間。除損害賠償請求權外，債權人尚得選擇依第 284 條請求賠償因此支出之費用，惟兩者不得併行，僅能擇一行使。¹⁷¹

第三項 債務不履行法律效果之調整

¹⁶⁹ 陳彥良，論給付障礙法之新體例—以德國新修正之民法債篇為中心，月旦法學雜誌，第 95 期，2003 年 4 月，頁 143

¹⁷⁰ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 426.

¹⁷¹ *Id.* 136-140

第一款 新法特色：定期命補正、自始客觀不能之法律效果

德國新債法受國際契約法規之影響，相較於舊法，不僅賦予契約雙方彈性選擇權利救濟之機會，立法政策上亦傾向於契約之維繫，彰顯此一趨勢之條文則包括前揭提及，第 311a 條第 1 項規定自始客觀不能之契約仍具有效性，以及第 281 條債權人定期命債務人補正，將於下討論。

第一目 定期命補正

德國新債法於債編總論及各論買賣中導入債務人修正、修補之義務(第 281 條第 1 項第 1 句、第 323 條第 1 項)。然進行修正、修補同時亦為債務人之權利。申言之，如債權人未先「定期」命對造補正，債權人將不得行使其減少價金、解除契約或不履行之替補賠償之權利，此即「定補正期限前置主義」(並參見第 441 條，聯合國買賣公約第 47 條第 1 項)。而過去舊法時代，對於債權人上要求須兼備「預示於補證期限經過後將拒絕受領」的要件(舊法第 326 條第 1 項第 1 句)，在新法中則未被保留下來(第 323 條第 1 項)。¹⁷²

債權人應定相當期間命補正規定於，第 281 條第 1 項前半段：「倘債務人屆期未提出給付或給付不符合契約約定者，經債權人訂定適當之期限，得請求債務人提出給或修補。倘債務人未於期間內補正時，債權人得依第 280 條第 3 項，請求替代原給付之損害賠償。倘未構成重大違約，債權人仍不得請求替代原給付之損害賠償。」，及僅雙務契約適用之第 323 條第 1 項：「雙務契約中，倘債務人於清償期已屆至，而未提出給付或已提出之給付不符合契約約定者，經債權人定適當期限要求其給付或補正無結果時，債權人得解除契約。」顯示債務人屆期未依約給付，債權人應依前揭二條給予債務人補正之期間及機會，僅於債務人於寬限

¹⁷² *Id.*102

期間內仍未給付，債權人始得解除契約及請求損害賠償¹⁷³，此外，第 281 條第 3 項則以催告(Abmahnung)替代定期命補正；值得注意者為，兩條規定要件及法律效果在於，債權人依第 281 條請求履行利益損害賠償，以債務人違約具有重大性為前提，倘違約不具重大性，債權人不得請求履行利益之損害賠償，惟仍得依 323 條解除契約後互負返還義務。

惟於三種例外情況無須定期命補正，債權人得逕為解除契約即請求損害賠償，包括給付不能，或債務人明確表示拒絕給付或預示屆期不為給付，則定相當期間命補正則毫無意義。此外，倘清償期為契約要素時，給付於此期間對於債權人將毫無利益，則遲延給付將使債權人得直接行使權利救濟。最終，倘權衡契約雙方利益認為應給予及時解除契約之權，則無需給予相當期間命債務人補正。¹⁷⁴

本條立法意旨在於給予債務人補正之機會，並降低契約解除所浪費之經濟成本及保障債權人依契約原所期待之利益，惟倘此一原因不存在時，債權人無需給予債務人寬限期間命其補正，第 281 條第 2 項規定免除義務之事由：「2.倘債務人誠摯並確定的拒絕給付，或衡量兩造利益後認，於特定情形立即請求損害賠償係屬正當者，免定期限。」。除維持社會經濟成本與債權人之利益外，原則上債權人須給予債務人一定期間補正其給付，縱其期間無須長於原契約所定清償期間，惟所定期間須為合理，倘債權人所定期間非相當，法院可能加以調整，或必要時，以簡單的警告取代相當期間之給予¹⁷⁵，如第 281 條第 3 項規定：「3.倘未依約給付之類型宜無庸訂定期限者，得以催告行之。」，依誠信原則，倘給付無可能時，

¹⁷³ Daniela Mattheus, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht nach seiner Neuordnung, Schwab/ Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht 2 Auflage, Verlag C. H. Beck, at 99.

¹⁷⁴ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, The German Law of Contract A Comparative Treatise, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 401.

¹⁷⁵ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, The German Law of Contract A Comparative Treatise, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 400-401.

債權人自毋庸定期限命補正，且於第 323 條亦有相同適用。

此一制度與前述英國法對於債務不履行法律效果具有根本性差異，英國法上由實務判決發展出，原則上契約雙方有違約情形時應「離開此交易而另尋他徑」(walk away from the deal and seek satisfaction else where)，因此英國法尚債務不履行之法律效果主要為中止契約(termination)、損害賠償(damages)及強制履行(specific performance)；反之，德國法對於雙方有違約情形時根本思想為：「雙方另尋他徑前應至少曾試圖維繫契約存續」，因此發展出「定期命補正」制度，給予債務人一段期間補正其給付，亦影響歐陸法系保護債務人之立法政策。¹⁷⁶

第二目 自始客觀不能之法律效果

德國債法未修正前，德國民法第 275 條僅限於嗣後給付障礙如前所述，自始給付障礙則特別規定於第 306 至第 309 條，修正後除已為第 275 條包括，亦適用給付障礙相關規定第 311a、284、285、323 及 326 條，倘自始給付障礙係自始物或權利瑕疵，則必須考量買賣、租賃、承攬與旅遊契約中關於擔保責任之規定。

其中自始客觀給付不能依未修正前第 306 條規定為解消，此一規定當時遭受到多數學者批評，主要係對於債權人之保護不足。相較於此，第 437 條第 1 項買賣契約瑕疵擔保之規定，與其他包括承攬、租賃契約等，關於瑕疵擔保責任，該瑕疵亦於締約前已存在或給付欠缺保證之效用或性能者，契約仍為有效。其理由為，契約有效性在此應受保障債權人利益之限制，因此法規毫無立場不治癒該等契約之解消。蓋第 306 條客觀不能之意義為，倘給付對於任何人事實上或法律上皆屬不能，債權人亦無法請求該給付。且依第 307 條縱債務人對於該自始客觀不

¹⁷⁶ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 381.

能之原因知悉或可得而知，債權人亦僅得請求信賴利益(消極利益)之損害賠償。實務上判決多以第 242 條誠實信用原則限制本條之適用，儘管給付已屬不能，倘債務人依誠信原則對於依契約得預期之給付仍有其餘尚屬可能或債權人合理相信債務人最終將給付者，於此情形，給付不能將被否定。¹⁷⁷

德國債法修正後如同前述，自始、嗣後、主觀及客觀給付不能均適用第 275 條第 1 項，因此於自始客觀不能之情形，契約不再依第 306 條而解消，而按第 311a 條第 1 項規定為有效，該條非債務人之第一給付義務，而係債權人對於第二次給付義務之請求權。債權人於契約有自始客觀不能事由時，得依第 311a 條及第 326 條行使權利，選擇請求替代給付之損害賠償或依第 284 條請求其支出費用之賠償，惟限於債務人於締約時知悉或可得而知者¹⁷⁸。

按德國民法第 311a 條規定：「1.債務人無須依第 275 條第 1 項至第 3 項為給付者，縱於契約締結時給付之障礙已存在，其仍無礙契約之有效性。2.債權人得選擇請求替代原給付之損害賠償，或對於 284 條所定範圍內支出之費用請求賠償。惟如債務人於契約締結時，不知有給付障礙之情事，且不知悉係屬不可歸責者，不適用前揭之規定，第 281 條第 1 項第 2、3 及 5 款準用之。」，而承認以「自始客觀不能」的給付標的之契約其有效性，不同於舊法解消之規定，並放寬其損害賠償請求範圍，債權人得請求替代原給付之損害賠償或第 284 條填補所支出之費用，亦即「履行利益」而不限於「信賴利益」之損害賠償。惟倘債務人不具可歸責事由，依本條準用第 281 條債務人欠缺可歸責之主觀要件時之規定，債權人不得請求履行利益之損害賠償。

¹⁷⁷ Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Auflage C. H. Beck 2005, at 17-19.

¹⁷⁸ Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Auflage C. H. Beck 2005, at 22-23.

第二款 解除契約

解除契約，係於雙務契約中一方違約時，賦予他方解除契約之權，免除其原依契約對待給付之義務。解除契約為債務不履行之法律效果之一，亦為未違約方所得行使之權利救濟。契約一旦解除，雙方除不再依約給付外，若已為部分給付，則負有返還他方之義務¹⁷⁹。德國民法關於解除權第 323 條規定於：「1.雙務契約中債務人屆期未給付或未依債之本旨為給付，債權人於定相當期間給予債務人補正其給付或另為給付，於此段期間屆滿後，債權人得解除契約。」新法修正後，值得注意者有二，解除權之行使與債務人可歸責性脫鉤處理，其次，亦得與瑕疵擔保部分解除權合併觀察，此外，解除權之行使不排除損害賠償之請求。

本條第 1 項及第 2 項分別規定，債務人屆期未依約給付，債權人應定相當期間，給予債務人再次給付或補正之機會，亦為債權人行使解除權之要件，但於有第 2 項：「2.債權人於下列情形於須定相當期間：(1)債務人拒絕給付，(2)債務人於契約所訂期限未給付，且期限對於債權人之對待給付具有利益，(3)具有權衡雙方利益得解除契約之特殊情形。」情形時，債權人則無須為之。此外，基於誠信原則於契約解除權事由係因債權人自身所致時，不得行使解除權：「若解除契約事由係因債權人所致，或債權人遲延受領給付且非債務人所致者，債權人不得解除契約。」。

倘債務人部分未依約給付之情形，規定於第 5 項：「債務人已為部分給付，惟該部分對於債權人已無利益，債權人得解除契約。但債務人未依債之本旨給付，其情形非重要者，債權人不得為之。」本項前段係一部給付，債權人須證明其對該部分給付已無利益使得解除契約，亦即債權人須證明雖債務人已為部分給付，

¹⁷⁹ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 419-420.

但倘不許債權人解除全部契約則將遭致損害，或不足以保障債權人之利益，惟該給付須為可分，倘給付不可分者則無本項之適用；關於本條後段債務人「未依債之本旨給付」，須強調者為其非部分給付，亦不能就部分解約，此為本項前段所規範，至於後段「未依債之本旨給付」，債權人得依德國民法第 441 條規定請求減少價金，倘債權人已給付部分價金，得請求返還超過之部分，僅於違約具重大性時始能解除契約。¹⁸⁰

關於預期性違約規定於本條第 4 項：「若於清償期屆至前有解除契約事由，債權人得為之。」倘債務人可能有違約情形，賦予債權人於契約屆期前解除契約之權利。惟與前述如聯合國買賣公約不同，德國民法對於預期性違約事由不要求該違約具有重大性。且不受債權人須定相當期間之限制，蓋定期命補正多發生於清償期屆至時，惟預期性違約係發生於該期限屆至之前¹⁸¹。

第三款 損害賠償

德國債法關於債務不履行之損害賠償規定係第 280 條：「1.倘債務人未依約履行義務，債權人得請求因此所受之損害。但義務違反非因債務人所致者，不適用之。2.倘有第 286 條遲延之情形時，債權人得請求損害賠償。3.倘有第 281、282 或 283 條之情形，債權人得請求替代履行之損害賠償。」倘債權人欲依本條請求替代履行之損害賠償，須先定期間命債務人補正，債務人未於期間內或屆期未補正，則債權人得依本條請求損害賠償。倘給付遲延得依本條與第 286 條請求賠償。於給付不能之情形，由於債權人已無法請求原給付，但得依本條與第 283

¹⁸⁰ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 427-429.

¹⁸¹ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 430.

條請求賠償其所期待之利益。除給付義務外，附隨義務違反依本條第 3 項與第 282 條亦得請求損害賠償。最重要者為，第 311a 條第 2 項明文處理了長久以來自始給付不能之問題。最後一項，債務人請求替代履行之損害賠償，其因相信契約約所支出之費用為本項損害賠償所包括。

無論何種類型之損害，依德國民法第 249 條採「完全賠償原則」(Totalreparation)，於此一原則下，所有因給付障礙所受之損害均得獲填補。第 249 條實為「損害之移轉」(Schadensverlagerung)，債權人因給付障礙所受之損害，係為債務人應負損害賠償之範圍。因此損害賠償數額限制，原則上無須考量債務人給付能力與其可責性。完全賠償原則係德國私法合乎邏輯推論之結果，亦為損害賠償法則之核心。德國民法以自我負責為原則，倘損害係第三人應負責者，債務人則無須負擔賠償責任，因此完全賠償原則仍以債務人對於損害得預見為限。德國民法下債務人之責任相當重，其一旦未盡其注意義務即有須承擔責任之風險，非一般正常收入來源所能負擔，故多以保險制度解決此一問題。¹⁸²

德國民法關於損害賠償之方法規定於第 249 至 254 條，其中第 249 條為回復原狀，據此，債務人有義務將事物狀態恢復至責任未發生前之情形，但有例外情形，倘發生為第 249 條第 2 項的人身損害，債權人得請求以金錢賠償代替回復原狀。德國民法於損害賠償規定，仍以回復原狀為原則，金錢賠償為例外，僅於第 250 條債務人無法於所定期間內回復原狀，債權人得請求以金錢賠償代替，或第 251 條回復原狀為不可能或須費過鉅。¹⁸³

回復原狀適用於債務不履行，相較於依契約原給付為第一次義務，損害賠償

¹⁸² Oilver Brand, Schadensersatzrecht, C. H. Beck 2010, at 19.

¹⁸³ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, The German Law of Contract A Comparative Treatise, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 441.

害賠償、遲延損害等，債權人得請求以金錢賠償其受保護之期待利益，即履行利益之損害賠償。因此回復原狀在此係，債務人有義務將債權人之經濟狀態回復至契約如期履行之情形。倘契約義務違反造成之權利或利益受損為第 249 條第 2 項之人身損害，則多以金錢賠償。反之，信賴利益之損害賠償，債權人僅得請求賠償因此支出之費用，債務人僅負有將債權人之經濟狀態回復至契約未締結時之情形。第 284 條第 2 項規定債權人因信賴契約履行所支出之費用，得以金錢賠償，值得注意者，此一信賴基礎為契約履行而非契約本身¹⁸⁴。

首先，德國民法關於損害賠償請求權仍植基於主觀可歸責性，如未修正前第 276 條第 1 項規定債務人應為其故意過失負責，新法則規定類似嚴格責任之概念，自債務人之義務內容判斷，如契約約定特定品質、風險預防之擔保，由此觀之，新法給予較為彈性之責任判斷標準。其次，債務不履行之類型化已為「違反契約義務」所取代¹⁸⁵。第 280 條適用於締約後未依約履行義務所生之責任(包括給付不能、遲延等)及未締約前之締約上過失，另關於自始給付不能則由第 311a 條第 2 項規定。

關於德國民法損害賠償之範圍包括：一、財產和非財產上損害：賠償範圍包括財產和非財產上損害，兩者損害型態均得依第 249 條請求回復原狀，並獲得完全賠償。惟兩者於賠償方式上則有差異，第 253 條第 1 項非財產上損害僅於必要時始能以金錢賠償，即法律有特別規定之例外情況如同條第 2 項及第 651 條第 2 項。反之，財產上損害則得以金錢賠償。二、積極和消極利益：關於契約與類似契約關係須加以區分，債權人得請求之損害賠償，究係契約順利履行所獲之利益

¹⁸⁴ Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED AND UPDATED, HART PUBLISHING, at 442-443.

¹⁸⁵ Reinhard Zimmermann, Remedies for Non-Performance The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law, 6 *Edinburgh L. Rev.* 287-288 2002

(履行利益或積極利益)，或契約未締結之狀態(消極利益或信賴利益)，損害賠償所得請求之範圍，須視其所適用法規目的而定。三、直接和間接損害：依第 249 條以下規定，無論是直接或間接損害均得請求賠償。惟兩者必須區別者，倘為第三人對此負責者，是否適用不同規範。當假設因果關係對於直接損害範圍毫無影響時，間接損害將僅於某程度上獲得賠償，如同其未因該假設事件而發生。¹⁸⁶

第四項 小結

觀察前揭德國民法 2002 年債編修正，主要有幾個面向，其一為歸責原則客觀化，其二為給付障礙類型之規定保留給付不能與給付遲延，其三為以法律效果如解除契約與損害賠償為違約責任之架構，並新增定期命補正制度與調整自始客觀不能之法律效果。

關於歸責原則客觀化，受前揭國際公約影響，亦於德國民法第 280 條採「契約義務違反」為歸責事由，債務人未依契約履行其所負之義務，須負違約責任。影響所及，同法第 323 條契約解除權之行使，與修正前以主觀歸責為前提不同，改以客觀上債務人違約具重大性，並於條文中例示重大性事由，此與前揭國際立法趨勢一致，無論是債務人已明確拒絕給付或依第 281 條所給予寬限期間未給付，或債務人所違反者為契約重要要素，抑或因債權人自身行為所致違約而不得行使解除權等，均為考量契約雙方利益與契約目的，判斷契約有無存續之必要。

惟德國民法於第 276 條仍保留故意、過失之主觀歸責要件，並新增了保證與承擔購置風險之規定，意即債務人於故意或過失違反契約，或違反保證及承擔購置風險時，須負損害賠償責任。蓋德國民法與前揭公約不同，前揭公約於損害賠

¹⁸⁶ Oliver Brand, *Schadensersatzrecht*, C. H. Beck 2010, at 10-12.

償法制中，仍採客觀歸責原則及免責事由，債務人違反契約原則上須負損害賠償責任，除非債務人有免責事由，其事由可能係不可抗力或債權人所致之違約；反之，德國民法於損害賠償法制中，仍保留可歸責性要件，且同法第 280 條第一項但書規定，債務人倘違反契約不具可歸責性，不負損害賠償責任，與前揭公約規定債務人倘具免責事由則排除其賠償之責相異。

再者，德國民法於修正後並未如前揭公約為區分給付障礙類型，新修後之德國民法仍保留給付不能和給付遲延兩種給付障礙類型，並於第 275 條第 2、3 項增訂了經濟不能與道德上不能，考量包括債務人須費過鉅之情形或高度屬人性契約，此兩項給付不能之類型，於前揭公約往往為導致契約解消之違約重大性例示事由，與德國民法關於給付不能法律效果規定為契約解消，實具異曲同工之妙。關於給付遲延之規定，與修正前實無太大差異，第 281 條因增訂了定期命補正制度，須與給付遲延中未定期契約須定期「催告」區分。此外，尚須注意於遲延之給付對於債權人已無利益，債權人得拒絕該給付即解除契約，至於損害賠償之請求，合併觀察第 280 及 281 條，債務人違反契約具可責性時，債權人始能請求履行利益之損害賠償，否則僅能請求信賴利益之損害賠償。

德國民法於 2002 年修正後增訂「定期命補正」制度於第 281 條及雙務契約第 323 條，與前揭公約規定相似，債務人屆期未依約提出給付，債權人得定相當期間命債務人補正其給付，債務人未於寬限期內補正者，債權人得解消契約，並請求損害賠償。關於損害賠償部分規定於第 281 條，須債務人違約具重大性，債權人始能請求替補損害賠償，此與前揭公約亦規定，僅於違約重大時債權人始能請求債務人另行給付，雖前者為損害賠償，後者為給付，然仍具相似性。此外，第 323 條契約解消事由包括債務人未於寬限期給付，此一立法方式亦與前揭部分公約相似，未於寬限期規定債權人之契約解消權，而於契約解消前提之違約

重大性例示事由中規範。

德國民法修正後與前揭國際公約，以法律效果為違約責任架構，因此於第 323 條規定契約解消事由，然不同者為本條未如公約以違約重大性為契約解消之前提，而直接於本條規定債權人得解除契約之事由，包括定期命補正後債務人未於寬限期內為給付或拒絕給付，或債務人部分給付對於債權人無利益，及概括事由權衡雙方利益等。德國民法本條所列契約解除事由，與前揭公約所規定違約重大性之例示事由，兩者均考量契約雙方利益及契約目的，債權人對於給付已無期待或債務人已無履行之可能，而認契約無存續之必要，賦予債權人契約解除權。

國際公約普遍規範與承認的解消契約事由「預期性違約」，德國民法亦規定於第 281 條第 5 項為債權人得行使解除權之事由，立法方式與歐洲契約法原則及共同參考架構草案相似，僅承認債務人於期前顯示於清償期屆至後將不為給付，債權人得與期後違約相同行使契約解除權，然未與前揭聯合國買賣公約及國際商事契約原則有債權人得請求債務人提供給付保證之設計，似未考量債務人因契約解消可能遭受因準備履行契約之損失，或債權人不欲解除契約時陷於屆期是否能獲得給付之不確定性，德國民法雖於新法中承認預期性違約之契約解消事由，然未均衡考量契約雙方利益，似未周延。

第七節 條文比較

經由觀察前揭聯合國買賣公約、國際商事契約法、歐洲契約法草案及德國新債法，有關債務不行要件及其法律效果相關規定，顯可發現以下幾點共通性：

第一項 債務不履行以客觀「債務人是否違反契約義務」為核心

債務不履行體系漸趨以「違反契約義務」為核心及上位概念，亦以此作為債權人所得行使權利救濟之前提要件，屬於客觀歸則原則。與此相似，英國法於契約責任採嚴格責任，其概念與違反契約義務類似，係以債務人保證一特定事務狀態但未依約履行，則屬違約。國際公約方面，除了早期聯合國買賣契約(CISG)與國際商業契約原則(PICC)均採此一歸責原則外，晚近歐陸所公佈之歐洲契約法原則(PECL)及歐洲契約法共同參考架構草案(DCFR)，不同於以往歐陸法係往往以債務人主觀要件「可歸責性」作為債務不履行之要件，而改採客觀上債務人是否未依約履行而違反契約義務，回歸契約目的之探究。換言之，契約當事人故意或過失不再係唯一判準，或與契約解消脫鉤處理，縱仍實質存在少數法規，亦僅作為考量因素或影響損害賠償之範圍。

自最早制定的聯合國買賣公約，於第 25 條定義債務不履行為一方違反義務而未履行他方依約得請求及期待之給付，而造成他方損害，採「契約義務之違反」作為債務不履行之要件，其後國際商事契約(PICC)第 7.1.1 條，乃至歐陸法系之歐洲契約法原則(PECL)第 8:801 條及歐洲契約法共同參考架構草案(DCFR)第 3:101 條，除採此一客觀歸則原則外，亦增加於同條項提及免責事由，並基於誠信原則規定倘因債權人所致之違約，債權人之權利則受到限制。其影響乃至內國法如 2002 年修正後之德國民法債編第 280 條，雖仍保留債務人可歸責性於損害賠償法制，惟債務不履行改以「義務違反」為核心，以因應國際間立法政策之潮流。

債務人違反契約義務，債權人並非一定得行使權利救濟，過去多視債務人是否具可歸責性，以主觀上故意或過失為其責任條件；現行國際公約，則以客觀上

債務人是否具有免責事由，倘具該等事由，無法合理期待債務人依約履行給付，契約目的客觀上亦無法達成，因此債務人免負債務不履行責任，債權人亦無從請求原給付或損害賠償，但仍得主張契約解消或解消後，互負返還責任。

關於免責事由各公約均以獨立條文規範，如聯合國買賣公約規定於第 79 條、國際商業契約原則第 7.1.7 條、歐洲契約法原則第 8:808 條，及歐洲契約法共同參考架構草案 第 3:104 條，均以非債務人所能控制之事件為其免責事由，並以「預見可能性」，即契約雙方能否於締約時預見及納入契約考量為限制要件，其次倘免責事由屬暫時性，則債務人僅於該事由存在期間免責。惟債務人亦有於其他情形無法免責者，如聯合國買賣公約規定債務人倘利用第三人代其履行，仍須與自己履行負同一責任，除非第三人亦有免責事由，債務人始得免責；另外如歐洲契約法共同參考架構草案則規定，倘為法律規定或契約擔保事項或雙方互負義務之事項，債務人不得免責，另針對契約解消後雙方互負返還義務，亦無免責事由適用。此外，各公約為平衡保障契約雙方利益，亦課予債務人將免責事由通知債權人，避免債權人因此遭受損失或損失擴大，倘債務人未為通知，各公約亦賦予債權人請求賠償因此遭受損失之權利。關於債權人權利行使方面，聯合國買賣公約與國際商業契約原則限縮免責事由僅適用於損害賠償部分，不影響債權人行使其他權利救濟，如解消契約等權利。

「預見可能性要件」常作為保護契約一方避免締約後遭受無法預期之損失，其考量包括不可抗力或通常事變。原則上契約一負有依約履行之義務，然當發生非雙方得以預見之情事，如不可抗力等，造成契約一方無法履行。通常於不可抗力之情形，無法依約履行者免責。此一要件雖於各法規中有不同規定，惟其共同特徵仍包括：債務人免除其依契約應履行之義務僅於一、給付障礙於締約時無法合理預見者；二、給付因法律或事實上不能。許多立法例亦規定準給付障礙

(quasi-impossible)給付雖仍有可能，然因已非債務人所能控制之障礙，而無法要求其履行原給付。此一要件於違約情形，亦限制損害賠償之範圍，未違約方僅能於其損害具有預見可能性，或他方因資訊給予而得預見違約損害，始能請求賠償。

187

附表一：歸責原則

法規名稱	法條
英國法	英國法上契約責任多為嚴格責任，亦即債務人保證一特定之事務狀態。債務人縱使已盡其最大努力，未依債之本旨履行，仍屬債務不履行。
聯合國買賣公約 §25	一方違反契約，除非其無法預見或理性第三人於相同情形無法預見者外，倘因此造成實質剝奪他方依約得期待之給付，該違約具有重大性。
國際商業契約原則 §7.1.1	違約係契約一方未履行依契約所生之義務，包括不良履行與遲延履行。
歐洲契約法原則§8:801	債務人因契約負有義務而不履行，且未得依第 8:108 條免責時，債權人得行使第九章之權利。 倘債務人得依第八條免責，除了請求原給付及損害賠償之外，債權人得行使第九章之權利救濟。

¹⁸⁷ OLE LANDO, CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law, 53 Am. J. Comp. L. 396-397 2005

	若債務人違約係由債權人所致，債權人不得行使第九章之任何權利救濟。
歐洲契約法共同參考架構草案 §3:101	<p>1. 倘債務人未依約履行義務，且不具免責事由，債權人得依本章行使權利救濟。</p> <p>2. 倘債務人具有免責事由，債權人除不得請求原給付及損害賠償外，得行使本章權利救濟。</p> <p>3. 倘債權人造成債務人不履行，不得行使權利救濟。</p>
德國民法 §280	倘債務人違反由債之關係所生之義務，債權人得請求因之所生之損害賠償。惟義務之違反係不可歸責於債務人時，不適用之。

附表二；免責事由

法規名稱	法條
英國法	無明文規定
聯合國買賣公約 §79	違約方證明其無法依約履行係因障礙事由超出其控制，及無法於締約時合理預見而納入考量，或無法避免或克服其結果者，違約方免責。

	<p>倘第三人代債務人爲履行契約之全部或一部，而未依約履行，違約方僅於下列事由始免責：</p> <p>有前項事由者；</p> <p>代爲履行之人依法有免責事由者。</p> <p>本條僅限於給付障礙是由存續期間爲有效。</p> <p>違約方應將未能履行之障礙事由及影響其給付可能性通知他方。倘違約方知悉或可得而知障礙事由後，他方未於合理期間內獲得通知者，違約方應對於他方因此所受之損害負責。</p> <p>除了請求損害賠償外，本條未排除契約雙方依本公約得行使之任何權利。</p>
<p>國際商業契約原則 §7.1.7</p>	<p>倘債務人證明其未依約履行係由於障礙事由，且該事由超出其控制，或無法於締約時合理預見而納入考量，或無法克服及避免其結果者，債務人得免責。</p> <p>倘障礙事由僅爲暫時性，債務人僅於該段期間，於障礙影響其給付之範圍內免責。</p> <p>債務人應將未能履行之障礙事由及影響其給付可能性通知債權人。倘債務人知悉或可得而知障礙事由後，債權</p>

	<p>人未於合理期間內獲得通知者，債務人應對於債權人因此所受之損害負責。</p> <p>本條未排除債權人解消契約、保留其給付與請求遲延利息之權利。</p>
<p>歐洲契約法原則§8:808</p>	<p>若債務人證明該障礙非其所能控制，或無法於契約締結時合理預見和考量，避免或克服該障礙及結果，債務人得免責。</p> <p>若給付障礙僅為暫時性，僅於其存在之期間有所影響，債務人得依該條免責。但倘給付遲延構成重大違約，則不適用之。</p> <p>債務人必須保證於其知悉或應知悉該等狀況後，在合理期間內將給付障礙及對於給付能力影響之通知送達債權人。債權人得請求賠償因未獲得該通知所受之損害。</p>
<p>歐洲契約法共同參考架構草案 §3:104</p>	<p>若債務人證明該障礙非其所能控制，或無法於契約締結時合理預見和考量，避免或克服該障礙及結果，債務人得免責。</p> <p>因法定或約定所生之責任，倘為債務人於責任產生時得預見且納入考量者，則不得免責。</p>

	<p>若給付障礙僅為暫時性，僅於其存在之期間有所影響，債務人得依該條免責。但倘給付遲延構成重大違約，則不適用之。</p> <p>倘免責事由屬於契約約定事項或契約雙方互負義務者，不適用之。但因契約解消互負返還義務者，適用本法第三章第五節第四項。</p> <p>債務人必須保證於其知悉或應知悉該等狀況後，在合理期間內將給付障礙及對於給付能力影響之通知送達債權人。債權人得請求賠償因未獲得該通知所受之損害。</p>
德國民法	

第二項 「定期命補正或給付」之立法例普遍為契約法規所採納

債務人屆期未給付或所提出之給付不符契約約定者，過去多直接轉入債務不履行之法律效果，解除契約或請求損害賠償等。「定期間命補正」之立法例，原於德國債編各論「承攬」一章，定作人須先定期請求承攬人修補瑕疵，始得自行修補或請求賠償，後為聯合國買賣公約所採納作為一般原則，亦影響現行國際法規，甚至德國新債法修正後納入債編總論，而適用各種契約類型，國際商事契約及歐洲契約法草案皆採同一立法例，不同者在於，分別將寬限期間之訂定與債務人之補正規定於不同條文或章節，惟仍不影響其效果及立法目的。

此一立法例顯示現行立法政策傾向契約之維繫，降低契約消滅所耗費之經濟成本，而改採給予當事人一段相當之緩衝期間，故規定於債務人屆期未給付或給付與約定不符，債權人得給予寬限期間，命債務人補正其給付，即未給付者補為給付，給付有瑕疵者得修復或另行給付同種之物。此外，法規多規定債權人於此段期間除保留對待給付外，不得行使其他權利救濟，使債務人不會因契約隨時可能解除而遭受不安定或不利益。值得注意者為，契約既存續，債權人除請求債務人補正其給付外，仍需為對待給付。

承前所述，除聯合國買賣公約第 46 條同時規定補正給付與寬限期間外，國際商業契約原則、歐洲契約法原則及歐洲契約法共同參考架構草案均分別規定兩者。關於補正給付方面，國際商業契約原則第 7.1.4 條、歐洲契約法原則第 8:105 條及歐洲契約法共同參考架構草案第 3:202 條，債務人屆期未給付，債權人應先行請求原給付，此一概念與英國法上強制履行(*specific performance*)應有所區別，前者為對待給付屬第一次給付義務，後者為權利救濟(*remedies*)屬第二次給付義務，前已論及，茲不贅述。倘債務人所為給付不符合債之本旨，公約均規定債權人應定期命債務人補正其給付，包括符合契約之給付或修補其瑕疵，歐洲契約法共同參考架構草案第 3:202 條甚至規定倘債務人得於寬限期間內提出符合契約之新給付，此外，於補正不合理時，國際商事契約法第 7.1.4 條第一項正面規定債權人應給予補正機會，惟反面觀之，倘欠缺該項事由如債權人已無利益或契約以時間為要素者等，則債務人無須補正。

關於寬限期間部分，聯合國買賣公約規定於同條，國際商業契約原則第 7.1.5 條，歐洲契約法原則第 8:106 條及歐洲契約法共同參考架構草案第 3:103 條，公約均課予債權人於債務人屆期未依約履行時，應通知並定相當期間命債務人補正

其給付。惟為使債務人合理信賴其於該段期間得補正其給付，不會因為債權人改變心意而使債務人遭受損害，公約多限制債權人於此段期間解消契約，但債權人仍得請求賠償因此所受之損害。此外，為平衡雙方利益，債權人於此段期間雖不得解銷契約，且是否獲得債務人之給付尚屬不確定，因此公約規定債權人得於此段期間保留自己之給付。

值得注意者，補正期間並非於任何狀況均得行之，「定期命補正」前提係給付仍有可能，因此維持契約之存續，惟倘債務人已明確表示拒絕給付，或債權人合理相信將無法獲得給付，此一寬限期間將無實益，契約亦無維繫之必要。多數法規探求當事人之真意，於給付已顯屬不可期待，契約目的將無法達成時，規定債權人毋庸定訂寬限期間，而得逕自解消或解除契約，請求損害賠償。

除如給付已屬不能而使補正無實益外，國際商業契約原則、歐洲契約法原則及歐洲契約法共同參考架構草案，尚有規定倘清償期為契約之重要要素，期間對於債權人有重大利益，使債務人屆其未給付即構重大違約之情形，此時，債權人無須給予補正期間，即得解消契約。另一方面，定期間命給付亦得作為契約存續與否之考量，由於違約是否具有重大性不易判斷，而倘債務人於寬限期間屆至仍未給付，合理推斷債權人將無法獲得給付或機率甚低，契約當事人雙方可能均無意契約之維繫，故寬限期間之訂定，往往亦為債權人解消或解除契約之先決條件。

附表三：

法規名稱	法條
聯合國買賣公約 §46, (§63)	1.買受人得請求出賣人履行原給付，除

	<p>非買受人行使之權利救濟與給付不符。</p> <p>2.倘商品與契約不符，且已構債務不履行，買受人得請求出賣人另行給付一新的商品。倘請求另行交付新商品，必須依第 39 條通知或給予合理期間。</p> <p>3.買受人得請求修補，除非修補顯不適宜，請求修補必須依 39 條通知或給予合理期間。</p>
<p>國際商業契約原則 §7.1.4 (補正)</p> 	<p>債務人得以其費用補正其債給付：</p> <p>(a)倘債務人未遲延，債權人通知並給予適當方法與時間補正其給付；</p> <p>(b)補正於特定情形為適當；</p> <p>(c)債權人無合法利益拒絕給付；及</p> <p>(d)補正具有及時效益。</p> <p>債權人請求補正之權利並未排除其解消契約之權利。</p> <p>於此段期間，債權人之權利將因債務人補正給付而無法行使，直至該期間屆滿。</p> <p>債權人得保留相對應之給付。</p> <p>債權人仍得請求賠償遲延，或任何因補正而造成或未防止之損害。</p>

<p>國際商業契約原則 §7.1.5 (寬限期間)</p>	<p>倘債務人屆期未依約給付，債權人得相當期間命債務人給付。</p> <p>此段期間，債權人除得保留相應之給付及請求損害賠償外，不得主張其他權利救濟。但債務人已告知不於此段期間給付或屆期仍未給付者，債權人得行使本章所規定之任何權利救濟。</p> <p>倘遲延給付未構成重大違約，債權人已給予債務人相當期間給付，其得於屆期時解消契約。倘債權人未給予合理之相當期間，延長至合理期間。債權人得通知倘債務人未於期間內履行，契約將屆期自動解消。</p> <p>第 3 項不適用於未給付者為契約之次要部分。</p>
<p>歐洲契約法原則 §8:105</p>	<p>債務人之給付因未符合契約而未為債權人接受，債務人得於清償期屆至或延期前重新另提給付，則尚不致構成重大違約。</p>
<p>歐洲契約法原則 §8:106</p>	<p>債務人屆期未履行，得由債權人給予一段清償期間。</p> <p>他方於該期間內得保留原給付即請求賠償損害，但不得行使其他權利救濟。倘債務人通知其將不於該段期間內履行，或於期間屆至前未履行，債</p>

	<p>權人得行使第九章之任何權利救濟。</p> <p>遲延給付未構成重大違約者，債權人得給予一合理期間，並於期間屆至時，通知債權人解消契約。債權人得於其通知中明示，倘債務人未於期間內履行，契約將自動解消。倘期間過短，債權人得解消，或契約將於合理期間屆至後自動解消。</p>
<p>歐洲契約法共同參考架構草案 §3:103</p>  <p>歐洲契約法共同參考架構草案 §3:202</p>	<p>任何關於債務不履行之案件中，債權人應通知並給予債務人寬限期間命其履行。</p> <p>此段期間，債權人除保留對待給付及請求損害賠償外，不得行使任何權利救濟。</p> <p>倘債權人收到債務人將不在期間內給付之通知，或倘寬限期屆至仍未給付，債權人得行使權利救濟。</p> <hr/> <p>倘能於寬限期間內完成，債務人得提出一新的或符合契約之給付。</p> <p>縱債務人無法於期間內提出一新的或符合契約之給付，債務人得於通知後，於合理期間內補正並自行負擔費用，債權人未給予合理期間之前，不得行使任何權利救濟。</p> <p>前項於本節條文皆適用之。</p>

德國民法 §281

對於清償期已屆至而得請求之給付，債務人未提出或所提出者不合乎所約定者，且經債權人訂定適當之期限，要求債務人提出給或修補仍無結果時，債權人得依第 280 條第 1 項請求替代原給付之損害賠償。對於債務人所提出之給付者不合乎所約定者，如該義務之違反並不重大時，債權人仍不得請求替代原全部給付之損害賠償。

如債務人誠摯並確定的拒絕給付，或如於衡量兩造利益後可認為，於特別情形下請求損害賠償係屬正當者，免定期限。

如依義務違反之種類可認為毋庸訂定期限者，得以催告行之。

如經債權人請求替代原給付之損害賠償後，則其不得再為給付之請求。

如債權人請求以損害賠償代替全部之給付，則債務人得依第 346 條至自 348 條規定，請求返還已提出之給付。

第三項 減少價金

相較於其他權利救濟措施，減少價金為契約繼續履行之方式，其前提建立於

債務人仍有給付之可能，僅所為給付之價值與原先締約時之價值已有所差異，債務人之給付實未符合債之本旨，本應構成債務不履行，惟倘給付對於債權人仍有利益而願繼續履行契約，實無以法規強制其行使債務不履行權利救濟之必要，則按給付實際價值與契約所定價值減少價金，此一方式不失為權衡契約雙方繼續履約之解決之道。觀國際現行公約，立法政策均傾向契約關係之維繫，因此普遍採取此一制度，賦予債權人請求減少價金之權利，無論其已為支付與否，倘債權人已支付價金且超過減少之金額，並得規定請求債務人返還超過之部分，除國際商業契約原則未有減少價金之規定外，其他公約及德國法均有此一規定，其要件亦無差異。

除國際商業契約原則未有規定外，聯合國買賣公約第 50 條、歐洲契約法原則第 9:401 條，及歐洲契約法共同參考架構草案第 3:601 條均對於減少價金有所規定，倘債務人給付不符合契約約定者，債權人欲繼續契約關係，得請求減少價金，其計算方式多為受領時給付價值與契約約定給付價值之比例減少價金，債權人僅需給付已減少之金額，倘已給付全額者，債權人得請求返還。此外，為避免債權人不當得利，歐洲契約法原則與歐洲契約法共同參考架構草案均有規定，債權人不得就已減少價金之部分，再向債務人請求賠償此部份之損害，但仍得請求其他損失。

附表四：減少價金

法規名稱	法條
聯合國買賣公約 §50	倘商品與契約約定內容不符，無論買受人已支付價金與否，買受人皆得依給付商品與契約約定商品之價差，請

	<p>求減少價金。倘出賣人行使第 37 或 48 條之權利，或買受人拒絕受領出賣人依前揭條文之給付，買受人則不得請求減少價金。</p>
國際商事契約原則	無
歐洲契約法原則§9:401	<p>債權人受領未符合契約約定之給付時，得請求減少價金。減少之價金須為履行時提出之給付與合於契約之給付價差之比例。</p> <p>債權人依前項減少價金者，倘債權人已支付超過減少之價金，得請求返還。</p> <p>債權人倘以請求減少價金，不得同時請求賠償給付價值減損之部分，但仍得依本章第五節請求賠償其因此所受之其他損失。</p>
歐洲契約法共同參考架構草案§3:601	<p>倘債權人受領不符合契約約定內容之給付，得請求減少價金。其減少之價金應依債權人當時受領給付物價值與符合契約約定內容之價值的比例計算。</p> <p>債權人依前項請求減少價金者，倘已為給付，得請求返還超過之部分。</p> <p>債權人請求減少價金者，不得就此部分亦請求賠償損害，但仍得請求其他損失。</p>

	本條除適用於債權人支付價金之義務外，亦適用於對待給付。
德國民法 §441	<p>買受人得不解除契約而請求減少價金。同法第 323 條第 5 項第 2 款無適用之餘地。</p> <p>多數買受人與出賣人，僅一方向他方主張減少價金。</p> <p>減少之價金之估算，係契約締結時瑕疵之給付與實際價值之比例，以價金扣除物因瑕疵所減損之價值。必要時，法院得評估減少價金之數額。</p> <p>倘買受人已支付高於減少之價金，出賣人應返還超過之部分。本法第 346 條第 1 項及第 347 條第 1 項應適用。</p>

第四項 契約解消事由

關於契約解消事由，現行公約包括聯合國買賣公約第 49 條、國際商事契約原則第 7.3.1 條、歐洲契約法原則第 8:108 及 9:301 條及歐洲契約共同參考架構草案第 3:101 條，內國法如德國法第 323 條均有規定，原則上債權人得解消契約，均以債務人違約具有「重大性」為前提，惟「重大性」為一不確定概念，國際商事契約原則(PICC)針對違約「重大性」例示了事由，包括自債務人有無履行可能性，主觀上有故意或重大過失，客觀上將因準備給付而遭受不合比例損失，而無履行之可能性；自債權人觀點則為對給付是否仍有期待，倘債務人已剝奪其對於給付之期待，或造成債權人相信其將不為給付者，則對於債權人而言無維繫契約

之必要；另就契約本身，倘違反之義務為契約要素者，契約目的難以達成，亦無存續之必要。

除前揭違約重大性例示事由外，「定期命補正」亦為債權人解銷契約之前提要件，前已提及，德國民法修正前「定期命補正」規定於債編各論「承攬」一章，修法後已於債編總論中規定，成為原則性之規定，普遍適用於各種契約類型，且亦於第 323 條明確規定「定期命補正」為債權人解除契約之前提。聯合國買賣公約(CISG)及國際商事契約原則(PICC)於解消契約事由亦規定，倘債權人已給予債務人相當期間補正其給付，債務人未於該寬限期內為之或表明不願為之者，債權人得解消契約。由定期命補正觀察契約解消事由，仍不脫前所提及之三層面：債權人對於給付之期待、債務人給付之可能性，及契約存續之必要性。今倘債務人違約未構成重大性，債權人無從解消契約，惟此時債權人仍得定相當期間命債務人履行，債務人屆期未履行或不願履行，債權人則得依法解銷契約。此代表兩意義：其一相當期間未履行，無論債務人不願或不能為之，均無履行之可能性，其二相當期間無法獲得給付，債權人亦無法期待債務人將給付，契約亦無存續之必要，應賦予債權人解消契約之權利。此外，於無庸定期命補正之情形，當清償期構成契約要素，則債務人遲延將構成重大違約，此時債權人逕依重大性違約解消契約即可，無須另定期命補正。

由前揭討論可知，現行多數立法傾向於債務不履行發生時，回歸契約自治之本質，賦予當事人彈性選擇權利救濟之行使，反映於契約消滅事由，除衡量債權人欲維護之利益，及債務人無法繼續履行喪失之利益外，亦自契約當事人雙方角度規定多元的契約消滅事由。現行國際公約均規定違約需具「重大性」為契約消滅要件，並例示重大違約事由如重要契約要素未履行，債務人具主觀可責性，及其他違約情形之概括事由，藉由判斷違約是否具重大性為契約存續與否之標準；

歐洲契約法草案則將契約解消事由分為兩類，其一為違反契約，其二為類似違約之事由，如寬限期屆至未給付、債務人未提供擔保等，作為判斷債權人得否解消契約之事由。

縱觀前揭法規所規範之影響契約存續與否事由，主要分為兩個面向：(1)債務人履行可能性：債務人是否有履行之可能，如寬限期屆制仍未履行者可能無法期待其履行；(2)債權人期待可能性：其給付是否對於當債權人仍具實益，或債權人是否仍期待債務人履行，如債務人不履行是否有故意或重大過失，而致債權人合理相信未來將不履行，重點不在於債務人主觀可歸責性，而係著重於債權人對於給付之可期待性，債務人主觀要件僅作為考量因素，亦即倘已有充分客觀事實顯現給付已屬不可能或不願為之，契約自無存續必要，自得解消或解除之。

附表五：

法規名稱	法條
聯合國買賣公約 §49	<p>買受人得主張契約解消：</p> <p>倘出賣人未依約給付或依本公約屬債務不履行具重大性。</p> <p>倘出賣人未依約給付，且於買受人依第 47 條第 1 項所延長之期間內，出賣人仍未給付商品或解釋其未於期間內送達之原因。</p> <p>出賣人已給付商品，買受人喪失主張契約解消之權利，除非：</p> <p>於遲延給付情形，買受人於出賣人已</p>

	<p>為給付後之合理期間內發現者；</p> <p>其他違約情形，於：</p> <p>買受人知悉或可得而知後之合理期間內、</p> <p>買受人依第 47 條第 1 項所延長之期間屆至或出賣人已明確表示其不會於期間內履行義務、</p> <p>出賣人依第 48 條第 2 項所定期間末日後之合理期間屆至或買受人已表示不願受領該給付。</p>
<p>國際商事契約原則 §7.3.1</p>	<p>1. 倘債務人未依約給付構成重大違約，債權人得解消契約。</p> <p>2. 債務人未依約給付，構成重大違約，債權人得解消契約：</p> <p>(a) 債務人除無法預見或合理知悉該結果，未依約履行致債權人喪失原得依約期待之給付；</p> <p>(b) 債務人未履行應嚴格遵循之義務，亦為契約基本要素；</p> <p>(c) 債務人未依約履行具故意或重大過失；</p> <p>(d) 債務人未依約履行，且債權人合理相信債務人未來亦不履行。</p> <p>(e) 倘契約解消，債務人將會因準備履行或履行遭受不成比例之損失。</p>

	<p>3. 債權人得解消契約，倘債權人依第 7.1.5 條給予之寬限期間屆至，債務人仍未履行。</p>
<p>歐洲契約法原則 §8:108</p> <p>歐洲契約法原則 §9:301</p>	<p>債務人因契約負有義務而不履行，且未得依第 8:108 條免責時，債權人得行使第九章之權利。</p> <p>倘債務人得依第八條免責，除了請求原給付及損害賠償之外，債權人得行使第九章之權利救濟。</p> <p>若債務人違約係由債權人所致，債權人不得行使第九章之任何權利救濟。</p> <p>倘債務人未履行構成重大違約，債權人不得解消契約。</p> <p>債務人給付遲延，債權人得依第 8:106(3)解消契約。</p>
<p>歐洲契約法共同參考架構草案 §3:101</p>	<p>倘債務人未依給付構成重大違約，債權人得解消契約。</p> <p>債務不履行構成重大違約者：</p> <p>倘債權人因契約一部或全部未履行，而喪失本依契約得期待之給付，除非債務人無法合理預見或知悉該結果。</p> <p>債務人未依約給付，具有故意或重大過失，債權人合理相信債務人未來將不給付。</p>

<p>德國民法 §323</p>	<p>雙務契約中，倘債務人於清償期已屆至，而未提出給付或已提出之給付不符合契約約定者，經債權人定適當期限要求其給付或補正無結果時，債權人得解除契約。</p> <p>債權人無須定清償期間者，當：</p> <p>債務人拒絕履行具重大性</p> <p>債務人於所定期間內或屆期仍未給付，且該給付對於債權人已無利益</p> <p>權衡雙方利益，應解除契約之特殊情形</p> <p>倘契約無確定期間者，得以催告代替清償期間。</p> <p>倘契約清償期屆至前顯然出現解除事由，債權人得於期前解除契約。</p> <p>債務人已為部分之給付，倘對於債權人無利益，債權人得解除契約。債務人未依約給付，倘違反契約義務不具重要性，債權人不得解除契約。</p> <p>倘解除契約之事由為債權人之行為所致，或債權人受領遲延時發生不可歸責於債務人之事由致給付不能，債權人不得解除契約。</p>
<p>德國民法 §324</p>	<p>於雙務契約中，如債務人違反第 241 條第 2 項所定之義務者，倘無法期待</p>

債權人繼續維繫該契約時，債權人得行使解除權。

第五項 預期性違約

預期性違約，為債務人於契約清償期屆至前，出現期限屆至後將可能違約之情形，此時由於清償期限尚未屆至，債務人尚無履行之義務，難謂其已有契約義務之違反，甚或違約之情形，因此債權人得否於此一階段行使權利救濟即成問題，涉及雙方利益衡量與保障。一方面，倘不允許債權人於此一階段行使權利如解約，債權人可能會因為繼續履行契約義務，於屆期時發生債務人違約，而使債權人繼續履約無實益，亦遭受損害，不足以保障債權人之利益；另一方面，倘允許債權人於此階段行使權利救濟，債務人是否違約仍屬不確定，是否會因債權人解約使其先前所為準備履約之支出，無法回收而受有損害。因此，英國法與國際公約針對預期性違約之設計，主要有兩方面，其一債務人期前違約之情形必須為「明顯」或具有「高度可能性」，其二該違約亦須符合「重大性」要件。此外，聯合國買賣公約第 72 條及國際商視契約第 7.3.4 條，為平衡保護雙方利益，即債權人對於給付之合理期待，與債務人履行之可能性，因此訂定了債權人得向具有期前違約情形之債務人，請求「給付之保證」，債務人提供適當之保證，債權人將於清償期屆至獲得給付。

由於契約清償期未屆至，給予債權人行使債務不履行之權利係為保障其權利，然而其履行其屆至前主張違約之本質仍屬例外，因此相關法規均對於預期性違約之要件設有限制，聯合國買賣公約第 72 條、國際商事契約原則第 7.3.3 條歐洲契約法原則第 9:304 條、歐洲契約法共同參考架構草案第 3:504 條及德國民法第 323 條均規定，債務人期前違約須為「顯然」，即於清償期屆至後債務人違約具有「高

度可能性」，應指依客觀情形，或如歐洲契約法共同參考架構草案例示債務人聲明將不於屆期給付者，或依其他情形顯示債務人將不給付者，此時，為避免債權人繼續履行契約無實益，並保障債權人之利益，應賦予債權人期前解消契約或行使其他權利救濟之權，即賦予預期性違約與一般違約具有相同之法律效果。

此外，除一般債務不履行權利行使外，聯合國買賣公約(CISG)第 72 條及國際商事契約原則(PICC)第 7.3.4 條，針對預期性違約賦予債權人得向債務人請求「給付之保證」，課予債權人通知義務，且定相當期間命債務人提出其將於屆期履行之保證，債權人得向債務人提示適當保證方式，債務人所提出之保證須合理且應擔保致契約清償期屆至。國際商事契約(PICC)並規定，於此段期間債權人除不得解消契約外，仍得保留自己之給付，惟契約清償期尚為屆至，債權人本無須為給付，此規定是否無益，或係指倘債權人有應先為給付之義務時，得於期前保留自己之給付，後者應較為合理。此一「給付保證」制度設計係給予債務人機會，且於倘債務人有期前違約之可能，但不具重大性，而使債權人無法主張契約解消之同時，亦得藉由此一方式保障債權人之利益。

比較法方面，預期性違約制度始於英美法，為違約之一種類型。惟許多國家立法例傳統上未允許買受人於預期性違約時得解消契約，法國法與瑞士法仍持此一見解。德國民法於西元 2001 年就第 323 條第 4 項為修正，係受本法第 72 條之影響。目前現行國際公約均採此一立法例，如歐洲契約法原則第 9:304、8:105 條，歐洲契約法草案 3:504 條，以及國際商業契約原則第 7.3.3、7.3.4 條與本法第 74 條為類似之規定，儘管不盡相同。如歐洲契約法草案保留本法第 72 條區別拒絕給付與其他預期性重大違約之類型，歐洲契約法原則與國際商業契約法則自行區分兩種類型。此三項公約亦未如本法第 72 條課予買受人通知義務。其次，關於買受人得請求出賣人為適當之給付保證，並非強制其為之僅得因此主張契約

解消。歐洲契約法原則和歐洲契約法草案明文要求買受人須於未獲得給付保證後「立即主張」(歐洲契約法原則)、「在合理期間內主張」(歐洲契約法草案)解消契約。至於國際商業契約原則對於時間限制則未為明文規定。

附表六：預期性違約

法規名稱	法條
聯合國買賣公約 §72	<p>倘債務人於契約清償期屆至前已明顯有違約重大事由，債權人得主張契約解消。</p> <p>倘時間允許，債權人欲主張契約解消者，應通知債務人並請求其提供適當的給付保證。</p> <p>前項不適用於債務人已明確表示其將不為給付者。</p>
國際商事契約原則 §7.3.3	倘債務人於清償期屆至前已確定將有重大違約事由，債權人得解消契約。
國際商事契約原則 §7.3.4	債權人有相當理由相信債務人將有重大違約事由，得請求應為給付之保證，並得保留自己之給付。倘債務人未於合理期間內為該保證者，債權人得解消契約。
歐洲契約法原則 §9:304	當契約一方顯然於契約屆期前有重大違約之情形，他方得主張解消契約。
歐洲契約法共同參考架構草案§3:504	倘債務人已於清償期屆至前聲明不願

	依契約給付，或其他情形顯示其將不依約履行者，且具違約重大性，債權人得解消契約。
德國民法 §323	倘契約清償期屆至前顯然出現解除事由，債權人得於期前解除契約。

第六項 損害賠償

損害賠償為普遍存在於各國法與國際公約中的債務不履行法律效果，主要有兩格面向的討論，其一為歸責原則，儘管債務不履行歸責原則已由主觀可歸責性轉為「契約義務違反」之客觀歸責事由，惟就損害賠償方面仍往往有主觀可歸責性之適用如德國民法債編，國際公約採客觀歸責原則，亦與債務人是否具有免責事由有關。由於歸責原則係關風險分配之問題，決定損害由何方承擔之問題，因此與損害賠償之分配與範圍關係密切。

英國法於損害賠償採嚴格責任為歸責原則，即債務人依契約擔保一定事物狀態，違約者應負損害賠償責任。聯合國買賣公約第 74 條、國際商事契約原則第 7.4.1 條、歐洲契約法原則第 9:501 條及歐洲契約法共同參考架構草案第 3:701 條，均以債務人未依約履行「違反契約義務」為歸責事由，採客觀歸責事由，無論債務人主觀上故意或過失，僅須違反契約義務即負損害賠償責任。值得注意者，德國民法第 276 條仍採故意過失之主觀歸責原則，僅與契約解除權之行使已脫鉤，惟仍舊存在於損害賠償法制中，德國民法之損害賠償法制仍未放棄以債務人主觀上具有故意或過失，決定債務人是否負有損害賠償責任。

其次為損害賠償項目，主要為財產上與非財產上損害，前者爭議在於未來可

能之損害，甚至機會喪失是否為賠償範圍，以及轉售利益是否得為賠償；後者較為人所爭論者，係較具不確定性的名譽或商譽賠償，及精神痛苦等，債權人是否得請求賠償。

關於未來可能發生之損害，國際商業契約原則、歐洲契約法原則與歐洲契約法共同參考架構草案均於法條中明文規定，債權人得請求賠償未來可能發生之損害，包括機會喪失。然由於債權人得請求未來確定發生之損失，亦即於實際損失發生後，未來可預期之損害，意謂著法院需評估雙重不確定性，未來可能損失之發生及其總數額，包括預期支出之費用，以及倘未發生違約，債權人可能獲得之利益，惟未來損失之發生僅為機率問題，而往往難以估定。因此，國際商業契約原則第 7.4.3 條明文規定，債權人必須證明該損害確係有發生之可能，故以「可能的合理程度」作為要件，應滿足此要件始能請求賠償。至於「機會喪失」之賠償，債權人得依其發生之機率請求部分之賠償。惟當債權人無法證明該未來損害有相當程度發生之可能性時，僅能依同條第 3 項請求法院酌定，該項並未明確法院衡酌之標準，因此法院仍賴雙方提出違約與損害之間因果關係之證明，以及雙方行為考量其損害發生之可能和範圍。

此外，關於轉售利益部分，聯合國買賣公約第 75 條規定債權人得請求賠償，惟其損害賠償範圍限於契約解消後一段合理期間內所為之轉售或購買替代物之行為。同法第 76 條則規定損害計算方法，其損失範圍應為契約所定價值與契約解消時之市場價格，此一市場價格以交易地區之相同商品現時價格為準，若當地無現時價格，則以其他地區替代商品價格計算並加上運送費用，此一原則為「市場價格原則」。此一原則使請求賠償者得獨立計算所涵蓋之任何交易所造成之損害。

再者，關於非財產上損害，原則上英國法與德國法及現行國際公約均得請求。惟須注意，聯合國買賣公約對於非財產上損害，僅得請求契約給付目的包含之部分，但不包含具有不確定性之名譽(reputation)、商譽(goodwill)或精神上之損害賠償，此與其他現行國際公約相異之處。因此有學者聯合國買賣公約認為基於填補未違約方之損害、緩和舉證責任及道德因素如懲罰性，應容許本法於解釋上包括非財產上損害賠償，特別為商譽上損失為聯合國買賣公約修法會議肯認應為聯合國買賣公約第 74 條所涵蓋。

關於可預見性要件，國際公約與內國法於損害賠償有不同適用。其中聯合國買賣公約採嚴格責任，公約第 74 條第 2 項規定將違約責任限縮於可預見性之損失。此一原則限制了違約方的責任，以及違約之損害賠償範圍以締約時可預見者為限。不同於歐洲契約法原則第 9:503 條及歐洲契約法草案 3:703 條，僅國際商業契約原則第 7.4.4 條採相同原則。損害賠償之範圍以可預見性要件，以締約時對於債務不履行可能發生之結果得以預見為準，此包括兩面向，其一為以締約時點為準，締約後則不論，其次為須預見者僅為債務不履行發生之可能性。且本條之可預見性主、客觀要件，係為損害不得超過雙方於地約時所能預見因違約所造成之損失，及客觀要件，則為理性第三人於相同情況下締約時得知悉或可得而知債務不履行發生之可能性¹⁸⁸。至於應得預件之範圍包括：債務不履行直接造成之損失、附帶損失，至於間接損失是否包括，此因涉及買受人之特殊情況，未符合客觀標準而生爭議，惟當出賣人知悉其買受人為貿易商，其對於其轉售獲利，以及因給付瑕疵物造成買受人對客戶可能負擔之損害賠償責任與商譽損失，則應具有預見可能性¹⁸⁹；如德國法院對於德國乳酪商販售具有瑕疵的乳酪予荷蘭中盤商

¹⁸⁸ JOHN Y. GOTANDA, AWARDING DAMAGES UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS: A MATTER OF INTERPRETATION, 37 Geo. J. Int'l L. 103 2005-2006

¹⁸⁹ Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford ; New York : Oxford University Press, c2005, at 1018-1022.

造成損害，荷蘭商因此請求損害賠償其中包括其本身顧客四成流失，其顧客商店的客群流失以及相關交通費用，德國事實審均判決駁回買受人之請求，惟德國最高法院認為德國乳酪商知悉荷蘭商人為中盤商，對於其轉售利益具有預見可能性，因此判決出賣人應賠償買受人前開損失¹⁹⁰。因此近期多數學說漸認為出賣人對於買受人其他財產因債務不履行所生之間接損害，應具可預見性。

附表七：損害賠償

法規名稱	法條
英國法	
聯合國買賣公約 §74	<p>一方違反契約所導致之損害賠償總額，包括因他方違約所造成之損失。該等損害須為契約當事人於締約時依當時之事務所能預見或應預見違約所造成之結果者。</p> <p>(完全賠償原則、可預見性之責任限制)</p>
國際商事契約原則 §7.4.1	<p>若債務人未依約給付，除債務人依本法有免責事由外，債權人得請求損害賠償。</p>
國際商事契約原則 §7.4.2	<p>債權人得請求賠償因債務不履行所造成之全部損害，包括所受損害和所失利益，以及債權人契約解消所支出之費用及所受之損害。</p> <p>所受損害包括非財產上損害，如身體或</p>

¹⁹⁰ Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, 24 Nw. J. Int'l L. & Bus. 421 2003-2004.

	情緒上之損失。
歐洲契約法原則 §	債務人未依契約履行其義務且無第 8：108 條之免責事由時，債權人得請求損害賠償。 債權人得請求損害賠償之範圍包括： (a)非財產上損失；以及 (b)未來可能發生之損害。
歐洲契約法共同參考架構草案§3:701	債權人得請求賠償因債務人違反契約所造成之損失。 所得請求之賠償包括未來可能發生之損失。 損失包括財產上損失與非財產上損失，財產上損失包括收入和獲利，非財產上損失包括精神痛苦和恢復生活品質之費用。
德國民法 §280	倘債務人未依約履行義務，債權人得請求因此所受之損害。但義務違反非因債務人所致者，不適用之。 倘有第 286 條遲延之情形時，債權人得請求損害賠償。 倘有第 281、282 或 283 條之情形，債權人得請求替代履行之損害賠償。

第五章 結論：我國法債務不履行類型簡化之必要性

第一節 債務不履行類型簡化

由於我國民法規定給付不能之法律效果主要為契約解消，無論是民法第 226 條可歸責於債務人之給付不能，債權人得依同法第 256 條解除契約，或民法第 246 條給付標的物不能而致契約無效，因此在我國現行民法規定下，債務人屆期未給付，一旦判斷為給付不能，往往導致契約解消，雙方無繼續履約之可能，但是否符合個案需求，或是契約雙方期待，實存有疑問。

第一項 解釋論

第一款 學說分類給付不能下對於契約解消之限縮

由於債務人屆期發生未給付之違約事實，倘認為屬於給付不能，依我國現行民法關於給付不能之規定，往往導致契約解消之法律效果。此一情形反映於學說發展，學說是否於個案發現契約解消，將發生不合理之情形，因此對於給付不能為更加細緻化之類型分類，實為適用合於個案違約事實之法律效果，應究給付不能各類型產生之背後因素為探討。

我國學說對於給付不能概念如前所述，針對各種情況分為自始或嗣後、主觀或客觀等給付不能，除了自始主觀不能與客觀不能涉及賠償範圍問題之爭議外，關於民法第 246 條給付標的不能之規定，學說多數認為限於自始客觀不能，意即給付標的於契約訂立前已屬不能，且非僅債務人而係任何人均無法履行該給付，

因此依本條規定契約無效。此一情形，與前揭國際公約關於解消契約前提「違約重大性」，基於債務人已無履行之可能性，而認契約無存續之必要，兩者背後考量因素均係債務人履行之可能性類似。

其他如永久、暫時不能或一部、全部不能，倘認為給付障礙事由僅屬暫時性，或給付僅屬一部不能，則採給付不能之障礙類型，適用契約解消之法律效果，是否合理。基於法律效果於違約事實適用合理性之疑問，我國學說認為當給付僅為暫時不能時，於障礙事由消失給付仍為可能，契約不因此無效，因給付非屬終局不能，仍維持契約有效性；給付一部不能，依我國民法第 266 條規定，契約仍為有效，僅對待給付依比例減少，而使契約存續。上開兩種情形，蓋給付均有履行之可能，似非屬於給付不能傳統類型下給付已屬不能之要件，且對應前揭國際公約契約解消之考量因素，倘給付尚屬可能，則債權人對於契約履行之期待尚非完全剝奪，似無解消契約之必要；反觀，我國學說是否認為於該等給付尚屬可能之情形，倘適用給付不能而致契約解消，不符合個案需求及契約雙方期待，而欲採其他法律效果，卻回頭對於給付不能類型為學說上之區分，減少契約解消之情形，我國學說如此藉由更細緻化給付不能分類已達個案所欲適用之法律效果，相較於現行國際公約已不再以給付障礙類型化分，而針對法律效果為規範，兩者雖作法不同，但均顯示出給付障礙法律效果於個案妥適適用之需求。

我國現行民法關於債務不履行類型化之規定，學說為使類型化下之法律效果於個案適用具合理性，而對於給付障礙類型為更細緻化之分類，然未考量是否實因給付障礙類型劃分之規定，反而造成法律效果適用上之僵化，由於特定違約事實符合類型化下某種給付障礙之要件，而須適用該類型之法律效果，不僅不具彈性，往往亦無法合於個案事實與契約雙方期待，則類型化應為根本問題，學說為更細緻之區分，是否將導致適用上更為僵化，實值思考。

第二款 實務操作契約解消之極度限縮

由第二、三章實務判決整理，可發現實務對於給付障礙類型適用上之困難，如給付不能與給付遲延，對於債務人屆期末給付究屬何者，或如給付不能與不完全給付，債務人已提出給付然不符合債之本旨，傳統均認債務人「已提出」屬積極侵害債權而為不完全給付，然實務判決仍出現歧異。實務判決對於該等違約事實採用不同給付障礙類型，是否考量個案適用法律效果之合宜性。

如前所述，實務對於給付不能與不完全給付類型適用上向有爭議，針對債務人屆期提出給付不合於債之本旨，最高法院與原審高院往往出現三種情形，其一為原審高院認為非原約定之給付而認定根本未提出給付，屬於給付不能進而認定債權人得解除契約；最高法院多認為債務人「已提出」給付屬不完全給付，且認原審適用給付不能賦予債權人解除權之判決，非屬合理，雖最高法院未表明倘採不完全給付究應適用何種法律效果，然明顯不採契約解消一途。其次最高法院與原審高院均認為屬於不完全給付，原審法院認無從補正採給付不能之法律效果，惟最高法院否認原審認為應適用給付不能之法律效果，亦未表明其立場僅認為原審賦予債權人解消契約之權不合理。最後一種情形，以預售屋為例，實務多認為同時構成不完全給付與物之瑕疵擔保，然針對海砂屋與輻射屋之類型，判決多以不完全給付適用給付不能之規定，賦予債權人解消契約之權利；然針對坪數短少或設計不符約定之情形，則判決多認為其情形非屬嚴重，債權人僅得依物之瑕疵擔保規定，請求減少價金，即房仲常見之「找補」之概念。由此觀之，實務判決對於同一違約事實，究屬給付不能或不完全給付，往往非類型化之問題，而係法律效果於個案適用合理性之問題，當下級法院依我國現行民法規定適用給付不能規定而為契約解消，最高法院可能發現契約解消於個案適用上之問題，而改採其他類型以達符合個案需求之法律效果。

此外，實務判決於債務人屆期未提出給付，究屬給付不能或給付遲延，亦常現爭議，由於屆期未提出之給付，已屬不能或尚屬可能僅為遲延，往往不易判斷，面對相同違約事實，倘原審法院認為應適用給付不能而賦予債權人解除契約之權利，通常會遭最高法院否認其給付不能之適用，而認為給付尚屬可能僅屬遲延，而認原審法院判決解除契約非屬合理之狀況，究其原因應與上開給付不能與不完全給付類型爭議類似，最高法院可能於個案考量認為契約解消之法律效果不符合個案需求或有違契約雙方期待，而選擇其他債務不履行之類型以達法律效果於個案適用之合理性。

由於實務對於違約事實適用給付障礙類型之操作，實可發現給付障礙類型之要件並非法院決定違約事實應適用何種法律效果之前提，法院針對違約事實實際上仍會考量契約雙方之利益，雖然最高法院未具體論述其否認原審法院所採給付障礙類型及法律效果，亦未經由判決建立其判斷法律效果適用之標準，然而就實務操作債務不履行案件而言，仍可認為法院已不再拘泥於現行民法對於債務不履行類型化之分類，而實際上去考量違約事實為法律效果之適用，類型僅作為其選擇法律效果後之理由，與上開第四章所提及現行國際公約與外國立法已不區分給付障礙類型之立法趨勢，實為相符。

第二項 立法論

第一款 國際公約立法方式

縱觀前揭國際公約於債務不履行之規定上，以「違反契約義務」為債務不履行之要件，至多佐以重大性事由為其判斷標準，並獨立規範其法律效果，包括：定期命補正、減少價金、同時履行抗辯(保留對待給付)、損害賠償，及解消或解

除契約，固不論其立法政策，僅就立法體例而言，具有簡單明確性，使契約當事人得依其不同情形，適用合宜之法律效果。

相較於我國債法，先區分債務不履行之態樣「給付不能」、「給付遲延」及「不完全給付」，再以債務人主觀「可歸責性」為法律效果之分野，似為疊床架屋，過於繁瑣。法律效果之規範上，得否請求損害賠償、解除契約等權利救濟，分散於各主觀歸責要件之條文，減少價金、定期命補正甚至規定於債編各論，除要件層層堆疊外，法律效果亦未統一規範，可能造成適用上之不便。況且，無論債務不履行態樣為何，其法律效果往往具共通性，無論係給付不能或給付遲延，債權人均可能請求損害賠償與解除契約，故以履行態樣區分分別規定法律效果，似無實益，亦可能造成法律效果之規定過於分散與零碎。

參酌前揭國際公約，於違約責任之法律效果規定上，不僅較為多元，亦不從給付障礙類型出發，並以該法律效果為違約責任之架構，要件內容主要考量契約當事人期待可能性及契約目的是否達成。如前述定期命給付，係衡量債權人期待獲得補正之給付，債務人多欲繼續履行契約，並視有無影響契約目的之事由，而為原則與例外之規範；再如契約解消上，雖債務人違反契約義務具重大性為前提，惟於違約重大性例示事由之規範上考量債權人因契約消滅所能為保護之利益，及債務人因契約消滅所受損失，而為契約解消為多元要件之規範。由此觀之，債務不履行之法律效果往往為雙方利益之權衡，及契約目的之達成，而與不履行之態樣、當事人是否具可歸責性，實無明顯關係。

承開頭所述，我國現行實務運作，雖已多不論斷當事人可歸責性，然亦受限於給付障礙類型之劃分，判斷其法律效果，此一危機在於，過於概念性之抽象操作，往往忽略契約雙方對於契約目的之合理期待，而未探究當事人之真意，蓋解

釋當事人之意思，不僅限於契約條文本身，而應考量雙方利益，具體論斷契約目的，而探究當事人所欲發生法律效果。惟我國現行債法僵硬之分類與繁雜之規定，欠缺法律效果之彈性選擇，實與契約自治之本質不甚相符。

第二款 德國法方式：優點無需為大更動，缺點法條連結複雜

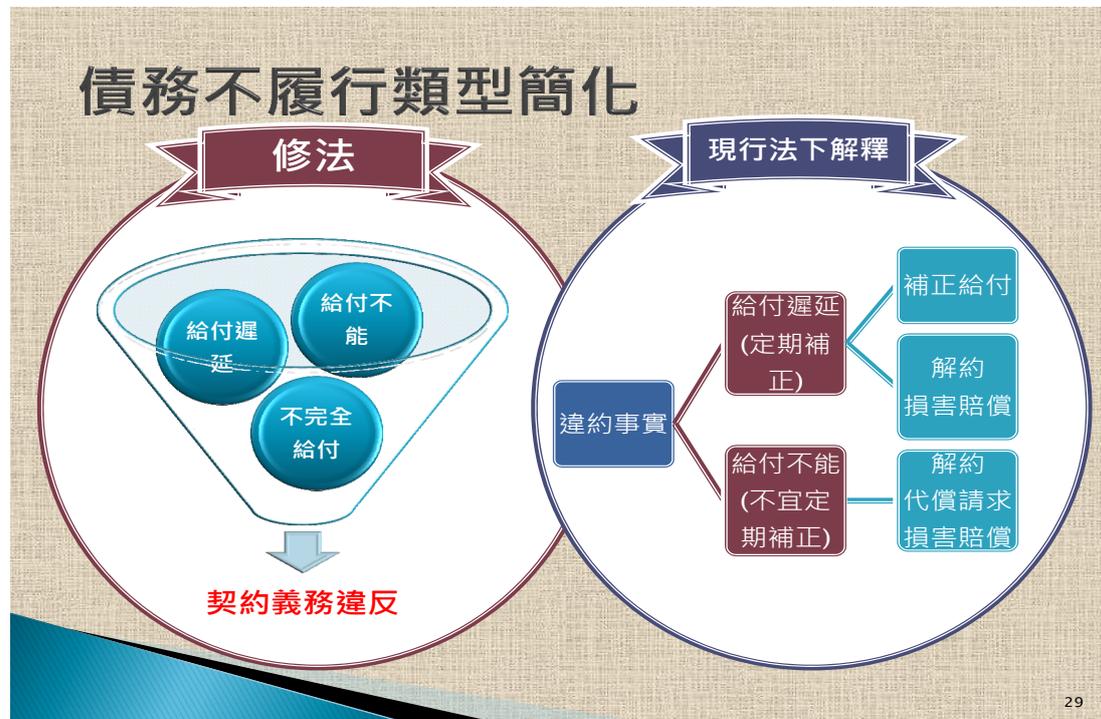
如前章第六節所述，德國民法受國際公約影響，於 2002 年修正債編規定，其內容包括歸責原則客觀化、給付障礙類型簡化及法律效果方面增加定期命補正制度、契約解消與歸責性脫鉤等，與國際公約差別在於，仍保留給付障礙類型關於給付不能與給付遲延之規定，然與國際公約相同之處，係將解除契約與損害賠償單獨規定其要件，且作為違約責任之架構。相當於其舊法規定下調整修法，以符國際立法趨勢。

由於新修之德國民法債編，關於違約責任法律效果包括損害賠償與解消契約均單獨規定其要件，不再同舊法時期係以給付障礙類型為架構，法律效果以特定給付障礙類型為前提；新法則以法律效果為架構，如第 280 條至 285 條為損害賠償請求，及第 323 條為契約解除權之規定，並於該等條文針對得解消契約之情形為規範。修法後之優點在於法律效果無再受限於給付障礙類型，適用上具有彈性，且未針對條文規定作大幅更動，仍保有給付障礙類型，僅於法律效果規定增加前提要件；然而缺點在於條文連結適用之不便，如第 280 條損害賠償之規定，於第 2、3 項均作條文連結，學者曾批評單從本條無法直接看出於何種情形得請求損害賠償，必須對應其所連結之條文，始能知悉全貌。

我國民法繼受自德國民法，倘採德國 2002 年修正方式，於現行規定下為調整。保留民法關於給付障礙類型之規定，包括給付不能第 225、226、266、267

及給付遲延第 229 至 241 條規定，並將「可歸責性」改以「違反契約義務」之客觀歸責事由建立其內容，債務人無論主觀上之故意或過失，客觀上違反契約即須負違約責任；除給付障礙類型外，針對違約責任法律效果單獨規定其要件，如第 256 條解除契約，可參考德國法與前揭公約，對於解消契約事由為例示性規範，並增訂預期性違約作為契約解消事由，明文規定，避免爭議。關於定期命補正制度之規定，可參考德國法增訂於給付遲延之規定，然須與催告為區別，定期命補正之通知應為相當期間之要求，給予債務人合理補正其給付之期間。

圖一：



第二節 歸責事由客觀化

第一項 前言

關於我國民法債務不履行採主觀歸責事由，規定於民法第 220 條至 224 條，

以契約當事人有故意或過失而具可歸責性，影響所及包括給付不能之相關規定第 225、226、266 及 267 條，其條文均以可否歸責於債務人或契約之一方致給付不能之事由，因此契約一方負違約責任之要件為主觀上具有故意或過失之可歸責性，客觀上須有違約事實如屆期未給付，始負有債務不履行之責任。於此脈絡下，可歸責性係以主觀上之故意、過失為其內容。

由第四章國際現行公約及外國立法關於違約歸責原則，已不論契約當事人違約時主觀上之故意或過失，而以契約當事人客觀上有無違反契約為歸責事由，統一以「違反契約」為客觀歸責原則，亦即債務人未依契約履行其所負之義務，則具可歸責性，而不論主觀上是否有故意或過失，縱債務人已盡注意義務，客觀上違反契約義務仍須負違約責任，債權人得行使違約之權利救濟。歸責原則客觀化影響最明顯者為契約解消事由，過去歐陸法系多以主觀上故意或過失為違約責任歸責原則，亦為契約解消之前提要件，儘管契約解消仍受誠信原則之限制，債務人主觀上故意或過失為契約解消之要件仍會於個案適用造成不合理；現今外國立法趨勢，於違約責任採客觀歸責，客觀上債務人違反契約，並以違約重大性為契約解消之前提，例示違約重大性事由，考量雙方利益及契約目的，較能符合個案情形，且建立契約解消之判斷標準，亦使契約雙方對於可能解約之情形有預見可能性、明確性，得事先避免紛爭，容後第三節詳論。

承前所述，我國民法關於違約責任仍以主觀歸責原則為主，主要規定於民法第 220 至 224 條建立可歸責性採主觀歸責之內涵，經由債務不履行類型要件民法第 225、226、266、267 條之規定，債務人須具主觀上故意或過失致債務不履行事由，始負債務不履行責任。然而，倘不論同法第 220 至 224 條關於契約當事人主觀歸責之規定，單純以債務不履行之條文觀之，包括同法第 225、226、266 及 267 條，其條文僅規定「可歸責」於債務人或契約之一方，若就「可歸責性」

為前揭國際公約以「違反契約」之客觀歸責原則解釋，債務人一旦違反契約致給付不能，原則上應負契約責任。影響所及，亦與國際公約一致，民法第 226 條為第 256 條契約解除之前提，倘第 226 條之可歸責性為客觀歸責解釋，則第 256 條之契約解除權以債務人違反契約為要件，無關乎債務人主觀上之故意或過失，則與契約解消和主觀歸責脫鉤之立法趨勢相符。

第二項 立法論：單獨規定以「違反契約」為客觀歸責原則

關於債務不履行可歸責性，倘無法於我國現行民法下為解釋，受限於民法第 220 至 224 條對於主觀可歸責性之規定，則不妨參考前揭國際公約與外國立法，單獨就客觀歸責原則立法。

參前揭國際公約與外國立法例，關於客觀歸責原則之立法，均以債務人違反契約為其負違約責任之前提要件，並多以「債權人依契約所得期待之給付」或「債務人之預見可能性」兩要素作為除了免責事由外的排除條件。多數立法均要求債務人違反契約須實質剝奪債權人依契約本能期待知給付，亦即債權人對於債務人依契約履行給付已無期待之可能，此一事由往往同時出現於違約重大性事由，亦為契約解消之判斷標準，倘債權人對於契約履行已無期待，則契約亦無存續之必要，自得解消。其次，債務人須對於該違約情形知悉或可得而知者，倘債務人對於該等違約情形無預見可能性，則無從避免其發生，預見可能性要件亦常見於，排除債務人負違約責任之免責事由，倘違約非債務人所能預見，且非其所能控制，則應屬不可抗力，則非屬債務人應負之責任。我國倘欲針對違約責任之客觀歸責原則單獨規範，則亦應參酌前揭公約與外國立法例，考量是否加入排除債務人違約責任之要件，或針對免責事由包括不可抗力及債權人造成之違約情形單獨規範。

圖二；



第三節 法律效果之調整

第一項 定期命補正

第一款 解釋論：民法第 254 條解釋下調整

定期命補正制度之立法過程前已提及，最早為歐陸法所採納，德國法未修正前僅存於承攬一章中定作物有瑕疵時，定作人僅能先定相當期間命承攬人修補，始能自行修補或請他人修補，並向承攬人請求損害賠償，然總則中並無定期命補正之規定。直至聯合國買賣公約採「定期命補正」之立法規定於買賣公約，始影響後來之國際公約及內國法之修改，德國民法至 2002 年修正後始於第 281 條採納定期命補正之立法於債編總則中成為一般性之規定，適用於各種契約。

值得注意者，前述第四章第六節中所述，德國學說強調「催告」(Abmahnung)與定期命補正之「通知」(Nachfrist)之區別，德國民法修正前關於給付遲延未定期限者，有催告定期間於債務人未給付而取得解除權之規定，此與修正後第 281 條第三項規定倘違反契約義務不適宜定期命補正者，得以催告行之，兩者均為催告。然而修正後同條第 1 項規定定期命補正之制度，課予債權人「通知」義務，學說與實務均嚴格區別與第 3 項「催告」之概念，前者實務上要求通知須有相當期間，須足以有使債務人補正其給付機會之期間；後者則類似「警告」之概念，對於相當期間之長短並無要求，且其以契約義務違反不適宜定期命補正為前提，因此其目的僅在於催告債務人為給付，而非相當期間之給予。由此觀之，德國民法於未修正前，債編總則無定期命補正之規定，僅有給付遲延時債權人「催告」債務人給付之概念。

我國民法第 254 條規定：「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。」此規定與定期命補正之概念是否相似？若承前段所述，我國民法既承襲未修正前德國民法，德國民法於 2002 年修正前，定期命補正制度於德國民法債編總則未有規定，則於我國民法債編總則亦應無相類之規定；且德國學說與實務均強調修正後所增定之定期命補正之「通知」與「催告」屬不同概念，因此，我國民法第 254 條規定與德國民法修正後所增定之定期命補正制度相異。

然而，自我國實務觀之，關於法院判決對於本條之適用與解釋，最高法院 38 年台上字第 35 號判例：「契約當事人之一方催告他方履行給付義務，依民法第二百五十四條之規定應定相當期限，上訴人致被上訴人之催告書中僅定一週之期間，而當日該省道路尚未復舊，交通並非便利，其應給付之鐵軌等交通器材，

又須經省行政長官之准許始能搬運，限定七日之內取得搬運許可，並蒐集鐵軌一千三百支全部運抵交付，揆諸實際，勢所難能，是其所定履行之期限，顯不相當，自不能藉此而謂契約業已合法解除。」又按最高法院判決 101 台上字第 183 號：「次按民法第二百五十四條係規定，契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。故債務人遲延給付時，必須經債權人定相當期限催告其履行，而債務人於期限內仍不履行時，債權人始得解除契約。債權人為履行給付之催告，如未定期限，難謂與前述民法規定解除契約之要件相符。」強調債權人依本條催告者，所定期間必須相當，須足以使債務人履行，亦為債權人取得解除權知先決要件。

前揭第四章國際公約關於定期命補正之規定，其中最重要者應為債權人須給予債務人相當期間補正其給付，在該段期間債權人不得解消契約，於相當期間經過後縱違約非屬重大，債權人仍得因債務人未於寬限期內履行而解消契約。與前段我國實務對於民法第 254 條之操作實為相似，無論係相當期間之要求以及債權人取得解除權之前提要件等，與國際公約和德國修正後民法所規定之定期命補正制度具有相同之處。因此，關於定期命補正制度，我國民法雖未修正，是否能於民法第 254 條為解釋，將「催告」解釋為類似德國民法定定期命補正「通知」之概念，要求債權人所給予之寬限期必須相當，且於該段期間不得解消契約；其次，放寬第 254 條「履行」之概念包括補正給付在內，債務人於寬限期不僅得履行原給付，倘已履行原給付但有瑕疵或不符債之本旨，債務人應仍得補正之；再者，債務人倘未於寬限期內履行，債權人得解除契約，此與我國實務操作本條相同。

第二款 立法論：債編總則訂定成爲一般原則

倘定期命補正無法於我國民法第 254 條催告概念下為解釋，則得參考前揭國際公約與外國立法例，針對定期命補正制度單獨規範於我國民法債編總論。參酌前開立法例，定期命補正制度係對於債務人屆期未依契約約定給付，無論是未提出給付或已提出給付而有瑕疵之情形，課予債權人通知義務，該通知須給予債務人相當期間補正其給付，且於此段期間債權人不得行使有害債務人補正之權利救濟如解消契約，以給予債務人合理信賴其能於該段期間內補行給付，免受債權人可能解消契約之不確定性；債權人雖無法解消契約，仍得於此段期間保留自己之給付即同時履行抗辯，以及請求債務人賠償因遲延所造成之損失。此外，定期命補正亦為債務人違約不具重大性，債權人無法解消契約的另一選擇，於寬限期間經過後，倘債務人仍未依契約履行者，債權人得解消契約。值得注意者，債務人未於債權人所給予寬限期間內履行，亦常規定於得解消契約之違約重大性例示事由，可見此一制度亦為衡量契約存續與否必要之判斷標準。

我國民法倘欲針對定期命補正制度為規範，參酌前揭立法模式，應包括：一、債權人通知義務包含相當期間，該期間須足以使債務人補正其給付；二、債權人於該段期間不得解消契約，但得保留自己給付及請求遲延損失賠償；三、寬限期間經過後，債權人取得契約解消權。此一制度設計，應能適度解套前揭第二章所點出關於實務判決面臨給付障礙類型適用之困境，無論是給付不能或不完全給付，甚或給付遲延或給付不能，均可發現法院往往不願於債務人屆期未依約給付，即判決契約解消之極端法律效果，因此藉由定期命補正制度，或許可以緩和清償期屆至時抉擇給付障礙類型之困境，蓋給付是否已屬不能，或是否仍有補正之機會往往難以確定，經由寬限期間使雙方有機會繼續履行契約，亦經由寬限期間權衡契約有無存續之必要，實為一體之兩面。

第二項 終止契約

第一款 解釋論：違約重大性事由作為解釋標準

承前所述，國際公約與外國立法例針對違約歸責原則均以「契約違反」為客觀歸責事由，且於契約解消事由亦以契約一方違反契約具有「重大性」為前提要件，並以法規例示重大性事由及判斷標準，至於傳統契約責任所採之主觀可歸責性如契約一方之故意或過失違約，不再是契約解消之唯一前提要件，僅為違約重大性之例示事由，構成解消契約考量因素之一。且於違約具重大性之例示事由雖各公約略有不同，為均以契約雙方利益與契約目的為考量，包括債權人對於依契約所得給付之期待，債務人依約履行給付之可能性如是否須費過鉅等，以及契約目的是否達成如契約重要要素違反等，為國際公約與外國立法例判斷契約是否存續之主要考量因素。

反觀我國民法第 256 條：「債權人於有第二百二十六條之情形時，得解除其契約。」及第 226 條為可歸責於債務人所致之給付不能：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」契約解除權以可歸責於債務人之事由為前提，且承前所述同法第 220 至 224 條規定，可歸責性係以契約一方具有故意或過失，故我國民法契約責任之「可歸責性」仍以主觀歸責為其內涵，因此，債權人取得契約解除權，須以債務人主觀上具有故意或過失致給付不能為其要件。與前揭國際公約或外國立法例以「違反契約」為客觀歸責原則，且以「違約重大性」作為解消契約之前提要件，而僅將「債務人具有故意或過失」之主觀歸責作為判斷違約重大性之考量因素之一，顯屬不同。

再者，由前揭第三章所整理之實務判決，針對違約事實是否賦予債權人契約

解消之權，倘原審法院認為應適用給付不能之規定，且屬可歸責於債務人之情形，賦予債權人契約解除權，此時倘最高法院可能因個案適用解消契約顯非合理，如前所舉合建案例，建商與地主簽訂合建契約，建商由於縣政府所規定之建築線之故，將房屋建築與臨地建築相連，倘依原審判決解消契約，建商須拆除大樓返還地予地主，有害整體社會經濟價值，亦非契約雙方所期待之法律效果；因此最高法院否認原審得解除契約之判決，而以此非屬可歸責於債務人之事由所致給付不能，債權人不得依法解除契約。然於前揭實務判決可發現，債務人可歸責與否實非法院考量契約解消之主要因素，法院往往係認為契約解消於個案適用會發生不合理之結果，如前述有害整體社會經濟價值，或兩者利益顯失衡之情形，始以債務人不具可歸責性此一理由，而認為原審判決解消契約甚為不妥。

參酌實務判決，法院仍會就個案事實考量契約解除之合理性，而非以債務人可否歸責為唯一考量。縱使我國現行民法規定仍以債務人具有「可歸責性」所致給付不能，為債權人得解除契約之前提要件，惟觀我國民法第 256 條雖以民法第 226 條為前提，倘承前所述，將第 226 條之「可歸責性」概念內涵如解釋為「契約違反」客觀歸責事由，循此脈絡，第 256 條解除權之行使則以客觀上債務人違反契約為前提，雖未如國際公約或外國立法例以違約重大性為前提或例示重大性事由，然該等事由仍得成為法院判決之參考，或經由解釋成為第 256 條解除權行使之判斷標準或要件，即實際上考量債權人對於給付之期待、債務人依約履行之可能性，及契約目的是否達成，於個案中決定是否賦予債權人契約解除權。

第二款 立法論：第 256 條與第 226 條脫鉤，自行規定契約解消要件及增訂預期性違約之規定

觀察第四章國際公約與外國立法例，關於契約解消多以契約違反具重大性為

前提，並針對違約重大性為例示性之規定(詳參第四章第七節附表五)，各公約所例示之事由雖有所不同，然如前所提及，主要係就契約雙方利益包括債權人對於依契約獲得給付是否有期待，債務人是否已實質剝奪債權人對於給付之期待；或債務人是否有履行可能性，如倘債務人準備給付須費過鉅或債務人已明確表示其不為給付等；或契約目的無法達成，如債務人所違反屬契約重要要素；倘有基於前揭因素之事由，將會被判斷違約具有重大性，契約無存續之必要，債權人得解消契約。

我國民法關於解除契約之規定，如前款所述，規定於第 256 條並以第 226 條為前提，即以可歸責於債務人所致之給付不能為契約解除之要件，由於前揭國際公約與外國立法均將契約解消權獨立規範，並與債務人可歸責性和給付障礙類型脫鉤，我國倘欲符合國際立法趨勢而修法，應得對於民法第 256 條為修正。首先，將第 256 條與第 226 條脫鉤，不再以可歸責於債務人為前提，單獨就第 256 條解除契約為要件規範，無論係如國際公約以違約重大性為前提並例示重大性事由，或如德國民法單獨就得解除契約之情形為規定，均應基於雙方利益權衡與契約目的達成之考量為規範。

關於預期性違約，我國民法無明文規定，雖如前述已為學說與實務承認此一違約類型，然國際公約與外國立法例非以給付障礙類型為規範，而將預期性違約置於契約解消事由之一，規定於契約解消一章。預期性違約主要問題在於時點，債務人於清償期屆至前顯現出可能屆期不履行之情形，此時於清償期前債務人無給付義務亦無從違反契約，債權人於此階段是否得行使違約之權利救濟，甚至解消契約，向有爭議。如前所提及，涉及雙方利益保障之問題，倘賦予債權人契約解消之權，可能造成債務人為準備該給付所付出之損失，反之，亦使債權人於此階段陷於能否於屆期獲得給付之不確定性，或造成債權人繼續履行契約成為無實

益。

針對此一雙方利益衡量問題，前揭國際公約均傾向肯定債權人於清償期屆至前得行使權利救濟，與債務人期後違約相同，至於雙方之利益應如何權衡保障？主要有兩方面包括對於違約可能性極高及給付保證制度，其一，由於預期性違約本質仍屬期後違約之例外規定，因此嚴格要求債務人期前顯示屆期不給付之狀況須為明顯、顯然或具有極高可能性為要件，且須為重大違約，債權人始得行使權利救濟；其次，倘債務人有極高可能性屆期不給付之情形，此時法律課予債權人通知義務，給予債務人一段期間提供給付之保證，債權人得於通知中建議適當之保證方法，未為此一通知或於此段期間內債權人不得行使相關權利，另則債務人所提供之給付保證應持續至清償期屆至；此一制度，不但使債務人仍有履行契約之機會，亦使債權人因獲得給付之保證，而不致陷於屆期是否獲得給付之不確定性，可謂均衡保障契約雙方利益。

我國民法雖針對預期違約未有規定，得參考前揭國際公約立法方式，增訂預期性違約相關規定，相關立法設計應包括肯認債權人得於期前行使相關權利，與兼及保障契約雙方利益之給付保證制度，此一設計始與屆期後寬限期間給予之定期命補正制度具有異曲同工之妙，關於期間相當性及權利行使之限制應屬一致。

第三項 減少價金

第一款 解釋論：我國民法債編總則中 266 適用，部分給付依比例減少對待給付

參前揭第四章國際公約與外國立法均將減少價金列為違約之權利救濟之一，與其他如解消契約不同，減少價金以維繫契約為目的。倘債務人履行之給付不合

契約約定者，無論其違約是否具有重大性，或給付無法補正而未能依定期命補正制度命債務人履行時，債權人得選擇不解消契約，選擇減少價金，藉由調整對價關係，繼續契約之履行，且此時與無違約情況相同，債權人不得就給付有價值減損之情形另請求損害賠償，以免債權人因此不當得利。此亦與國際公約均傾向維持契約關係之立法政策相符。

德國未修正前債法，減少價金規定於物之瑕疵擔保，而未規定於債編總則；2002 年修法後受前揭國際公約影響，將減少價金規定於總則中，適用各契約類型，成為原則性規定。反觀，我國債法承襲未修正前德國民法，亦將減少價金歸訂於債編各論買賣契約一章中第 359 條：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。」買受人得減少價金限於物有瑕疵，出賣人應負擔保責任，且倘買受人解除契約顯失公平時，僅能選擇減少價金。此一減少價金僅規定於我國民法債編各論，而未規定於債編總則，與未修正前德國民法相同，然減少價金應為契約調整雙方對價、繼續履行契約之一般性規定，適用於各契約類型，我國民法是否有調整之必要，是否如德國債法修正移至總則，或得於現行法下為解釋？

我國民法債編總則雖無減少價金之明文規定，然調整雙方對價關係繼續履行契約之規定，似有相類之規定如民法第 266 條：「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務；如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。前項情形，已為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還。」本條後段規定關於給付一部不能時，按比例減少對待給付，雖為不可歸責於雙方致給付不能，危險負擔之問題，然給付部分不能，按比例減少對待給付，亦為調整契約雙方對價關係之方式。本條得否於該條解釋

為減少價金之規定，倘承前所述，於可歸責性改採客觀歸責原則，並將本條一部不能放寬解釋為給付不合債之本旨，進而包括給付有價值減損之情形，且他方對待給付按比例減少，經由解釋為契約締結時約定應具有價值與實際給付之物之價值，依比例減少價金之給付。由此觀之，於本條解釋下，亦得於總則中達到減少價金法律效果之一般性規定。

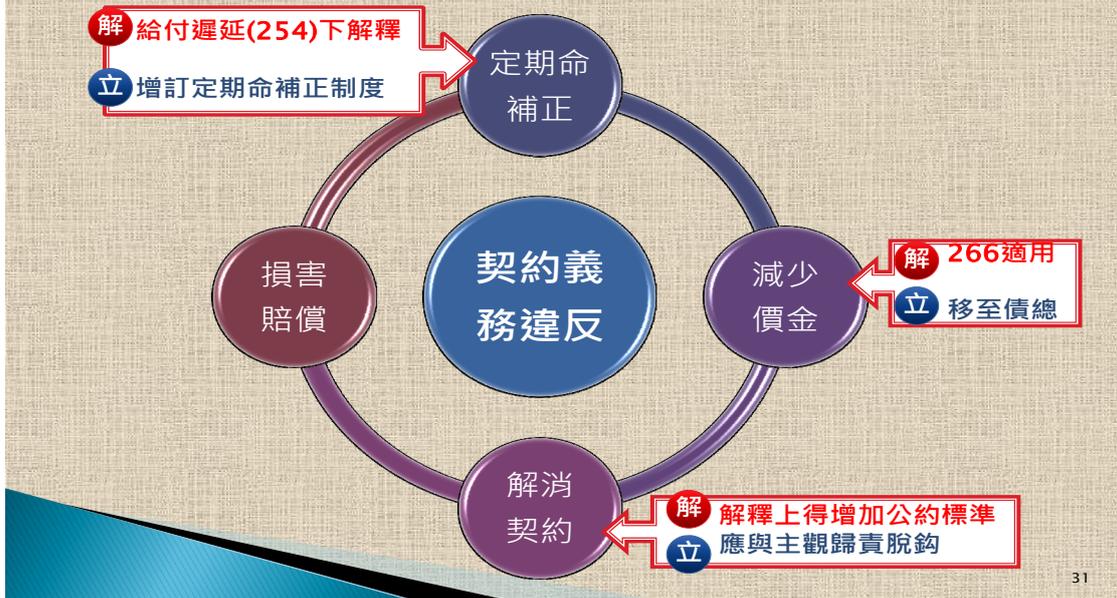
第二款 立法論：將買賣法中瑕疵擔保減少價金規定移至總則成為原則性規定

前揭國際公約與外國立法，均於違約責任之法律效果中定有減少價金規定，契約一方違約時，他方得選擇繼續履約或解消契約，倘選擇履行契約，債務人所為給付與契約約定者存有價差，利用減少價金規定，按比例減少他方之對待給付，得調整雙方對價關係，有利於契約維繫，因此，減少價金作為違約法律效果之原則性規定乃屬當然。

我國法如前所述，與未修正前德國民法相同，僅於買賣一章中物之瑕疵擔保中有減少價金之規定。德國民法於 2002 年修正後已將減少價金之規定移至債編總則，成為契約一般性規定，適用各種契約類型。我國民法除前款解釋論外，亦得參考德國民法現行規定，將買賣一章中物之瑕疵擔保責任之減少價金規定，改於債編總則中規範，成為原則性規定。

圖三：

法律效果調整



參考文獻

一、中文專書

1. 史尚寬，債編總論，1983 年。
2. 何孝元，民法債編總論，1960 年。
3. 邱聰智，新訂民法債編通則，新訂一版，2000 年。
4. 孫森焱，民法債編總論，修訂新版，2004 年。
5. 黃立，民法債編總論，修訂三版，2006 年。
6. 黃棟培，民法債編總論，修訂版，1982 年。
7. 劉春堂，判解民法債編通則，1978 年。
8. 鄭玉波，民法債編總論，修訂二版，2002 年。
9. 戴修瓚，民法債編總論，1961 年。

二、中文期刊

1. Prof. Dr. Arndt Teichmann 著，林易典譯，德國民法債編修正之重點，政大法學評論，第 79 期，2004 年 6 月。
2. 林易典，德國民法典新舊法部分譯文，月旦法學雜誌，第 99 期，2003 年 8 月。
3. 陳彥良，論給付障礙法之新體例—以德國新修正之民法債篇為中心，月旦法學雜誌，第 95 期，2003 年 4 月。

三、英文專書

1. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), (Ingeborg Schwenzer eds., Oxford; New York: Oxford University Press, 2010)
2. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)
3. David Oser, The Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?, Martinus Nijhoff Publishers 2008

4. Djakhongir Saidov, Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles, *Unif. L. Rev.* n.s. 799 2006
5. Dr. Peter Huber, Typically German? - Two Contentious German Contributions To The CISG, 2011 *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.* 155 2011
6. Edited by Christian von Bar and Eric Clive, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Volume I, sellier. European law publishers
7. Edited by OLE LANDO AND HUGH BEALE, Prepared by The Commission of European Contract Law, PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW PARTS I AND II Combined and Revised, KLUWER LAW INTERNATIONAL
8. EWAN MCKENDRICK , CONTRACT LAW TEXT, CASE, AND MATERIALS, FORTH EDITION, OXFORD
9. G. Gregory Letterman, UNIDROIT's Rules in Practice Standard International Contracts and Applicable Rules, KLUWER LAW INTERNATIONAL 2001
10. JOHN Y. GOTANDA , AWARDING DAMAGES UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS: A MATTER OF INTERPRETATION, *Geo. J. Int'l L.* 104 2005-2006
11. Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer, and Marisa Pagnattaro, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, 24 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 413- 4 2003-2004
12. Lngborg Schwenzer & Pascal Hachem, Drafting New Model Rules on Sales: CFR as an Alternative to the CISG? *Eur. J.L. Reform* 464 2009
13. Maren Heidemann, Methodology of Uniform Contract Law The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice
14. Peter Schlechtriem, Commentary On The Un Convention On The International Sale Of Goods (CISG), C. H. BECK (2005)
15. Reinhard Zimmemann, THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATION Historical and Comparative Perspectives, OXFORD 2005
16. Reinhard Zimmermann, Remedies for Non-Performance The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European

Contract Law, Edinburgh L. Rev. 277 2002

17. SIR JACK BEATSON, ANDREW BURROWS, JOHN CARTWRIGHT ;
ANSON'S LAW OF CONTRACT ; OXFORD UNIVERSITY PRESS
18. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp edited, Commentary on the
UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), OXFORD
UNIVERSITY PRESS
19. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
(CISG; the Vienna Convention), (1980)

四、德文專書

1. Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, The German Law of
Contract A Comparative Treatise, SECOND EDITION. ENTIRELY REVISED
AND UPDATED, HART PUBLISHING
2. Daniela Mattheus, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht nach seiner
Neuordnung, Schwab/ Witt · Examenswissen zum neuen Schuldrecht 2 Auflage,
Verlag C. H. Beck
3. Haas/ Medicus/ Rolland/ Schäfer/ Wendtland, Das neue Schuldrecht, Verlag C. H.
Beck 2002
4. Medicus/ Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 19. Auflage, Verlag C. H. Beck
2011
5. Oliver Brand, Schadensersatzrecht, C. H. Beck 2010
6. Reinhard Zimmermann, Remedies for Non-Performance The revised German law
of obligations, viewed against the background of the Principles of European
Contract Law, Edinburgh L. Rev. 281 2002
7. Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen 6. Auflage C. H. Beck 2005