

國立臺灣大學法律學院法律學系研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



標的物受公法限制之買賣契約之效力、瑕疵擔保及債務不履行

Validity, Warranty and Non-Performance of Sale Contract in

case the Object is restricted by Public Law

王麗鈞

Li-Chun Wang


指導教授：詹森林 博士

Advisor : Sheng-Lin Jan, Ph.D.

中華民國 107 年 2 月

February 2018

## 謝辭




大學一畢業時，便踏入了職場工作，對於研究所的想法只覺得是個飄渺的存在，猶記得當時報名研究所的初衷，主要在於準備司法官考試的過程中，透過研究所考試來確認自己的法學程度，說實在的並未有高度研究學問的熱忱，殊不知在 2013 年看到研究所榜單時，還是感到震驚與興奮。只是尚沉浸在欣喜交加的心情尚未平復之刻，隨即迎來的卻是長達 4 年的通車之旅，從一開始每周一次的彰化台北高鐵往來奔波，到後期桃園台北的國光號客運往返，箇中交織著工作與學業的辛酸及煎熬，實在難以言喻，期間無不感到心力交瘁，所幸一路以來的堅持，終於迎向表達感謝的這一天。

由於入學時就是全職的工作者，而且只能利用在職期間集中以一周 8 小時的時間修習課程，可以選擇的課堂相對來說就比較有限，事實上也沒有過多時間好好享受校園腳踏車生活，幾乎一下課就趕忙去搭車。幸而得到研究所同儕陳心蓓、王英與羅郁婷的知心交流，在我與同期同學們生疏的距離中，不分彼此的給予溫暖與鼓勵，當我怠惰時相互的勉勵與督促，在我疲累時不吝撥空陪伴，共同整頓心情再重新出發，讓我得以重溫學生時代的美好，郁婷更是不時提供我論文方向上的建議與意見交流，讓我在這條道路上不再孤單。

這本論文題目的確立，要謝謝在研一時陳聰富老師於契約法專題研究課堂上對國際法文件的介紹與啟發，還有在彰化縣政府以及經濟部服務時信手拈來的各種公法上規範案例，充實了本論文的豐富度與內容，當然，最要感謝的是指導教授詹森林老師對這個題目的肯定與一路提攜。此外，也要承蒙郭麗珍老師在百忙之際撥冗擔任口試委員，對於本論文給予精闢的指導與修正建議。同時，也要感謝口試委員吳從周老師費心審閱本論文，除了給予諸多論文上格式之注意事項並一一就謬誤之處悉心指正外，並點出我寫作時所未注意的盲點，謹此致上最誠摯的謝意。

在撰寫論文的過程中，要謝謝詹森林老師每個月安排之研究生聚會，得以從



學長姐與學弟妹之論文內容報告中學習。此外，也要感謝彰化縣政府的長官們在我錄取研究所時，二話不說同意每周 8 小時的公務支持，以及經濟部投資審議委員會張銘斌執行秘書、朱萍組長的賞識與提拔，商調我到經濟部投資審議委員會任職，無條件支持我繼續就學，讓我得以兼顧職業與學業，一路以來如果沒有你們的扶持及愛護，將無法成就現在的我。

回顧起我的研究所生涯同時伴隨著我諸多人生重大轉折，除了工作上從彰化縣政府到經濟部外，並邁入另一個家庭從小姐身分轉變為別人的妻子，因此，在文末要特別謝謝一路默默陪伴在我身邊支持我的家人，雖然可愛的家人們知道我的惰性，不時以明示或暗示的方式關懷論文的進展，希冀我盡速完成學業，最終，幸好並未讓他們的期盼落空。

在撰寫謝辭的此刻，代表著這一場試煉與挑戰即將落幕，感謝一路以來不放棄的自己，埋首在論文裡沒日沒夜的打拼，和不停在國家圖書館、臺大圖書館影印穿梭奔波，回首這些過往足跡都是證明我努力存在的美好過程，縱使緩慢且跌跌撞撞，也是不懈的堅持方得以完成現階段的目標，享有現在美好的果實。



## 摘要

關於買賣契約之標的物受有公法規範限制者，國內研究方向大多聚焦於違反政府公告之法令標準，例如房屋違反建築成規，當事人得請求救濟之權利及相關法律效果。

然而，對於標的物受有公法規範之限制，亦可能發生在買賣契約之標的物合於政府法令規範之狀況，例如，買賣之土地經政府以法令公告禁止建築或限制建築高度者，因該公法規範之存在，並不符合買受人之期待與締約之目的，此時，當事人亦有本於買賣契約循求救濟之管道。惟我國實務對此仍存在爭議性，且此議題事實上攸關該公法規範限制之風險應由哪一方當事人承擔的問題，並涉及買賣契約出賣人告知義務之範圍及買受人查證義務之爭議。

本文主要探究買賣契約於契約締結階段至契約履行階段，依公法上限制或禁止規範之存在時點，可能對於買賣契約效力之影響為研究核心，探討當事人有無主張瑕疵擔保或債務不履行之可能性與爭點，同時歸納我國實務對於此議題之見解以及相關爭議點。此外，並圍繞研究主題借鏡跨國買賣關係中之國際法上文件觀點，期能作為解決我國相關問題之參考。

關鍵詞：公法規範、告知義務、查證義務、瑕疵擔保、債務不履行



## Abstract

With respect to the sale contract in case the object is restricted by public law, most domestic researches focus on violating norms and regulations announced by the government. For example, if a house sale contract is not conformity with the building norms whether the parties concerned shall claim compensation and related legal effects.

However, it may happen that the object of sale contract is in conformity with norms and regulations issued by the government. For example, in the transaction of real estate, the norms that are announced by the government to prohibit architecture or restrict the height of building do not meet the expectations or the purpose of the buyer while the sale contract concluding. At this moment, it shall be considered that the parties shall claim based on the sale contract. In fact, there are still controversies in domestic judgements. Actually, this issue is regarding the allocation of risk between seller and buyer caused by the restrictions of the norms of public law. It also involves the scope of disclosure obligations of the seller and the investigation obligations of the buyer.

This paper mainly study during the stage from contract concluding until contract performance, the existence time of the restriction or prohibition norms of public law may take effect on the validity of sale contracts, and discusses possibilities and disputes on whether the parties concerned have the responsibility for warranty of defect or non-performance. Furthermore, focusing on the study theme and drawing views from international principles on transnational business relationship, it is expected to be a reference for resolving related problems in our country.

key words: norms of public law, disclosure obligation, investigation obligation, warranty of defect, non-performance




目錄		
第一章	緒論.....	1
第一節	問題提出與研究動機.....	1
第二節	研究範圍及研究架構.....	2
第一項	研究範圍.....	2
第二項	研究架構.....	4
第二章	公法上規範之限制與擴張.....	6
第一節	公法上規範定義.....	6
第二節	公法上規範之具體化類型.....	7
第三節	公法上規範與私法自治之衝突與調和.....	9
第三章	公法上規範與契約締結階段之關聯性.....	11
第一節	契約不成立類型.....	11
第一項	民法第 71 條與公法上規範限制之交錯.....	11
第一款	民法第 71 條之規範功能與內涵.....	12
第二款	強制規定與禁止規定之範圍.....	13
第三款	取締規定與效力規定之區別標準.....	14
第四款	常見實務案例—判別標準.....	20
第二項	民法第 246 條關於法律不能.....	27
第一款	民法 246 條第 1 項定義.....	27
第二款	自始法律不能典型案例—私有農地買賣.....	28
第二節	契約成立類型.....	32
第一項	締約強制.....	32
第二項	公法上規範創設當事人之法律關係.....	32
第三節	當事人不知公法上規範與法律錯誤.....	35
第一項	法律錯誤之定位.....	35
第二項	法律錯誤與當事人不知法律.....	39
第三項	法律錯誤之過失認定.....	42
第四項	比較法觀點—以國際商事通則 Principle of International Commercial Contracts (2010) 為例.....	47
第四章	公法上規範於契約履行階段之限制與影響.....	51
第一節	公法上規範與物之瑕疵交錯適用.....	51
第一項	案例—受建築法令限制致無法建築房屋之買賣契約.....	51
第二項	既成道路於建築法上之規範意義.....	53
第三項	建築法令規範限制與物之瑕疵擔保責任.....	55
第一款	瑕疵認定.....	55
第二款	實務見解—肯定說.....	59
第三款	實務見解—否定說.....	68
第四項	公法上規範買受人之查證義務與出賣人之告知義務.....	80

第一款 買受人之查證義務.....	80
第二款 出賣人之告知義務.....	84
第五項 案例評析—代小結.....	90
第二節 公法上規範與不動產買賣契約債務不履行之關聯性 .....	94
第一項 公法上規範與債務人歸責事由之判斷 .....	94
第一款 實務見解.....	96
第二款 給付不能之歸責認定.....	100
第三款 給付遲延之歸責認定.....	108
第四款 不完全給付之歸責認定.....	116
第五款 小結.....	121
第二項 公法上規範之許可要件與當事人之不完全給付 .....	123
第一款 主管機關許可或核准之法律關係 .....	123
第二款 取得主管機關許可於不動產買賣契約之議定角色 .....	127
第三款 一方未能依法取得許可與他方協力義務之不履行 .....	131
第四款 小結.....	137
第三節 比較法觀點—以聯合國國際貨物買賣公約 CISG 為例.....	142
第一項 案例 德國淡菜案.....	148
第二項 案例 奧地利二手機器案.....	149
第三項 案例 美國乳房 X 光攝影機案.....	150
第四項 小結.....	151
第五章 結論.....	155
參考文獻.....	160

## 第一章 緒論

### 第一節 問題提出與研究動機



在我國公法與私法二元體制之下，對於民事社會生活中有關人民間之契約交易往來，主要由民法規範雙方間之權利義務關係，而在契約關係存續中，亦難免發生公法上規範介入之情狀，或在當事人履行其契約之給付義務時，涉及與公法上規範之嫁接與適用。舉例而言，在不動產買賣契約中移轉不動產所有權之一方當事人，即有與他方當事人共同面臨該如何去地政機關辦理登記之問題，此時，即有涉及是否符合相關不動產登記法規之要件或應檢附之文件等問題，然並非所有民事關係契約中所面對的公法上規範均同此簡明扼要，就如同民法規範之契約類型無從將所有社會關係中之契約關係予以窮盡，並允許無名契約之存在即可至明。因此，於各種契約類型關係中所遭遇之公法上規範種類自亦有所不同。

舉一個簡單的案例來作說明，土地所有權人甲為了在其所有 A 地上建築房屋，而向主管機關申請建築執照，惟申請時經主管機關發現 A 地並未臨路，而依建築法及地方政府之自治法規規定，建築房屋須面臨道路始得為之，甲乃申請同一區域內原有之乙巷道改通行至 A 地前面之 B 地。簡單來說，當改道申請成功後，原有 B 地將改為巷道通行。惟於處理過程發現 B 地上設有抵押權，顯而易見的是，B 地改為巷道通行後價值將有所貶損，則對於 B 地抵押權人而言，難謂無受影響，此時，即涉及 B 地所有權人與 B 地抵押權人之間的契約關係該如何處理之問題？此案例中是因甲個人之需求所致影響 B 地上之權利義務關係，但是是否真的會因此而受影響，最終仍然取決於主管機關之行政行為，是否同意改道申請並使 B 地性質變成巷道用地而定。

雖然在此案例中，民法第 871 條以下已對於抵押物價值減少，抵押權人與抵押人之解決方式有所明文，然而，並非在所有民法規範中均有如抵押權相類似之防範機制，於此，也值得再進一步思考，在其他民事契約關係中，契約當事人甚至第三人突受地方政府或主管機關因行政法規之要求，而影響或限制自己與他



人之民事契約關係或他人與第三人間之契約關係時，對於該契約當事人間之權利義務關係該如何協調，即具有實質之重要性，綜覽學術界尚乏對於此議題之探討，亦開啟本文研究之契機。

一般而言，討論到民事契約與行政法規之聯結，首先聯想到的無非是民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」，對於民法第 71 條在民事行為與公法規範圍關係，學界之討論大多僅止於強行規定與任意規定之區別，並以之作為認定該法律行為是否有效。不過，倘若因法律行為違反強制或禁止規定而使民事契約屬於無效者，當事人間之法律關係反而很好處理，即已給付之部分因無法律上之原因(因契約無效)得依不當得利請求返還，倘若為民事物權契約之無效者，則有依民法第 767 條第 1 項前段請求返還之問題。惟如法律行為經判斷結果仍屬有效者，則此時該有效之民事契約看似存續，實則當事人間之權利義務關係是否確實全然無所動搖而不受公法上規範之限制或影響，並非無疑。

毋寧公法上規範存在於社會生活之中，行政機關或地方政府本於不同之公共目的所為之管制規範，可能於契約訂立時存在抑或於契約訂立後經由時空之變遷而增加新的規範，此時已存續之民事契約該如何因應，非無探究之餘地。

## **第二節 研究範圍及研究架構**

### **第一項 研究範圍**

在高度法制化之國家，勢必存在著數以萬計之行政法規，而以國家管制角度之立場，或許並無意以該行政法規拘束私法上契約，而僅欲基於特定管制目的對於前來申請之當事人或違規之當事人，進行行政處分手段以達到行政規管之效果。此時行政機關基於行政法規之授權所為之行政處分，不問係授益性行政處分、侵益性行政處分甚或是具裁罰性之行政處分，或多或少影響背後隱藏之民事契約關係。舉例而言，2014 年底發生頂新集團欲將臺北 101 股權轉賣給馬來西亞商 IOI 集團，經濟部基於外國人來台投資之管理目的，受理馬來西亞商之申請投資案，

當時由於頂新集團之黑心油品事件，社會輿論反對頂新轉賣之氛圍塵囂甚上，經濟部特地發布新聞稿表示會基於公共利益、社會觀感及民眾期待等因素依法審議，雖然此次事件最終落幕之原因在於雙方合約業已終止，並經馬來西亞商撤回投資之申請<sup>1</sup>，然而，倘若今經濟部以外國人投資條例規定駁回馬來西亞商之申請者，則將影響頂新與馬來西亞商間股權買賣契約之履行，得否將之認定屬可歸責於馬來西亞商或頂新之事由致不履行給付義務。再如 2015 年遠雄大巨蛋事件，臺北市政府認遠雄之大巨蛋建造工程有多處主要構造與核定之建照圖說不符，而依建築法第 58 條規定勒令停工<sup>2</sup>，臺北市政府依建築法所為之勒令停工處分，除遠雄公司本身外，因建築大巨蛋而與遠雄公司簽訂承攬契約之承包商，甚至承包商與其次承包商間之承攬契約亦同受影響，即有探討此時如何處理雙方當事人間法律關係之必要性。

揆諸上開矚目之案例即可明顯知悉，政府機關基於公法上規範所為之作為或行政處分，並非僅對受有處分之直接當事人發生法律效果，多半往往牽連著背後與受處分人相關聯之第三人法律關係。本文即是著力於此出發點，探討公法上之法令規範對於契約之限制或契約當事人間之法律關係調和問題。又因契約種類繁雜，任一契約關係均有產生受有公法上規範制約之可能，尤其在勞動基準法與消費者保護法規範中更係基於勞工權益、消費者權益之保障目的下，限制規範之程度遠勝於其他契約類型，且此二類型業經學術界蓬勃論著，礙於本文篇幅並避免有所重複，爰聚焦於買賣契約類型所可能涉及之公法上規範，並以買賣不動產為主軸。此外，考量內政部頒定之不動產買賣應記載與不得記載事項規定，性質上涉及定型化契約之內涵，且與消費者保護法多有關聯，為免模糊本文研究之焦點，擬限縮研究範圍排除此部分之爭議。又因不動產買賣契約中最耳熟之「違章建築買賣」，因在我國實務與學說亦多有討論並已形成共識，爰此部分亦不在本文研

<sup>1</sup> 相關報導可參考：<http://travel.setn.com/News/64283> (最後瀏覽日：12/15/2017)。

<sup>2</sup> 相關報導可參考：<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/1324000> (最後瀏覽日：12/15/2017)。另就遠雄巨蛋事業股份有限公司與臺北市政府間就系爭停工行政處分之事實與內容，可參考臺灣臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1386 號判決。

究範圍內，合先敘明。

本文擬從行政機關所訂立之法規範為視角，探討從契約成立之初至契約履行階段遭遇到公法上規範之要求、限制或禁止時，可能對於當事人間之不動產買賣契約關係產生何種影響，以及當事人在契約關係成立前或存續中對於公法上規範之存在等情，有無特別之法律上或契約上義務，以之探究公法上規範於契約關係中影響當事人權利義務關係之癥結點。本文主要於各個階段中摘錄特定案例進行討論，將歸納目前我國實務上對於相類似案例之見解，試圖就公法上規範對於不動產買賣契約關係之限制，找出實務上通案之認定方法。希冀本文之研究得點明目前實務上就此案例類型之盲點，奢求為部分涉及公法上規範限制之不動產買賣契約，取得當事人權益之衡平。並期待本文之研究能喚起實務、學界對於行政機關公法上規範介入民事契約關係此議題之重視。

## 第二項 研究架構

本文共分為五章。第一章緒論中先就本文之研究動機、研究目的、研究範圍與架構為介紹，作為全文論述之基礎。

第二章則就公法上規範之概念為簡介。首先就本文所提及之公法上規範予以定義與定位，並區分公法上規範之具體類型，另因我國採取公、私法二元體制，民事關係主要以私法自治、契約自由為原則，因政府所公告、訂定或修正之公法上規範介入，可能對於私法自治之民事關係有所動搖。

為了探究公法上規範之存在可能對於民事買賣契約關係產生何種限制與影響，本文從買賣契約締結階段至買賣契約履行階段中遭遇公法上規範之限制時，是否因此影響買賣契約之效力，或當事人得請求救濟之權利進行探討。基此，本文第三章先就公法上規範與契約締結階段之關聯性進行論述，當雙方當事人所締結之買賣契約涉有違反公法上強制或禁止規定時，則會有民法第 71 條規定無效之適用，並就實務上與學說上對於民法第 71 條強制規定或禁止規定之判別方法進行歸納與整理。惟如買賣契約之標的物是屬於法律禁止交易之標的物者，同時

也會涉及民法第 246 條自始客觀不能中法律不能之適用。此外，公法上規範除了有限制買賣契約不成立使之無效外，亦有部分公法上規範基於其公益目的，強制當事人締約之情況，而倘若買賣契約之當事人因為對於公法上規範之限制有所誤認而為應買或應賣之意思表示或是全然不知悉公法規範限制之存在時，得否依民法第 88 條規定主張撤銷，將透過學說上之看法與國際法文件之觀點進行討論。

第四章則以買賣契約履行階段之權利請求為主軸，探討出賣人給付受有公法上規範限制之標的物予買受人時，出賣人應否負擔瑕疵擔保責任，對此，本文將歸納並進一步分析實務上對於瑕疵認定上之分歧，並從實務見解之立場，進一步探討公法上規範之限制規定與出賣人之告知義務、買受人查證義務之關聯性。此外，當公法上規範之限制導致出賣人所為給付之標的物不符合債之本旨時，得否主張債務不履行進行研究，另因標的物不符合債之本旨與瑕疵有競合適用之空間，惟因債務不履行以債務人可歸責為要件，是以，對於此議題之爭點即攸關可歸責性之認定。最後，當公法上規範限制涉及主管機關之審核決定權限，並由雙方當事人約定以一方取得主管機關許可作為履約之約款者，對此約款之不履行所涉及之法律效果與適用作審視。

第五章結論中，將就上開各章之研究結果為重點式之歸納整理，並以此為基礎提出本文之建議，試圖在民事買賣契約之標的物受有公法上規範限制時，建構出一衡平買賣契約當事人權益之合理風險分配。

## 第二章 公法上規範之限制與擴張

### 第一節 公法上規範定義

欲探討公法上規範對民事契約所為之限制可能涉及之法律問題與造成之效果與影響前，必須先對何謂公法上規範進行原則上定義。依本文立場，所謂規範，其範圍遍及日常生活中可能遇見之類型，包括法律、法規命令、行政規則、行政措施，及地方政府所頒布之自治條例、自治法規均屬之。雖然自羅馬法以來，法律在傳統分類上區分為公法與私法二類，而就公法與私法的區別標準，學者<sup>3</sup>亦提出不同之區別標準：

- 一、利益說：以公益為目的者為公法，以私益為目的者為私法。
- 二、從屬說：規範上下隸屬關係者為公法，規範平等關係者為私法。
- 三、主體說：法律關係主體的一方或雙方為國家或機關者，為公法，法律關係的主體雙方均為私人者，為私法。
- 四、特別法規說(新主體說)：國家或機關以公權力主體地位作為法律關係的主體者，該適用的法律為公法，該法律對任何人皆可適用者，則為私法。

雖然學說對於上開公法與私法之區別，仍有見解上之分歧，然而，較為學者間一致性認同的是，民法屬於私法，憲法、行政法及刑法等則屬於公法。因本文所探討之公法上規範對民事契約之限制，舉凡國家行為涉及對民事契約之公權力行使措施者，不問係以法律、法規命令、行政規則、行政措施，及地方政府所頒布之自治條例、自治法規之形式所彰顯，凡賦予國家行為行使公權力之依據者，均屬本文所欲探討之「公法上規範」。惟此並非謂私法無對民事契約限制之可能，諸如民法第 980 條以下對身分關係上之婚約限制、公司法第 16 條對公司為保證人之限制等等均屬之，只是在私法規範上，多半已就該違反之民事契約為明確之法律效果安排，惟仍不排除當上開私法上之限制發生效力時，亦可能導致國家之公權力因該違反私法上行為而介入。如違反民法第 980 條以下結婚年齡之限制，

---

<sup>3</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 14-15，台北：自版。

而遭戶政機關不予以登記等，亦為政府之公權力措施展現，基此，仍屬於國家行為限制民事契約之公權力行使。此立場或許有別於傳統公法、私法上之區別標準，然而，本文所欲強調者係民事契約因國家政府之法令規範而可能對民事契約之標的產生限制，故而，自不因係該規範在學理上之分類究係屬於私法領域抑或公法領域有所不同。

## 第二節 公法上規範之具體化類型

因應各種日常生活上所遭遇行為之不同而公法上規範之種類亦不一而足，一般而言，國家為實現該公法上規範之方法以行政處分為最主要之表徵，即國家為了達到公法上規範所欲達成之行政上目的，往往會課予人民一定之作為與不作為，並以行政處分之態樣展現；另一方面，倘若人民所締結之私法上契約，有違反國家或地方政府團體所訂定公法上規範義務者，為確保該行政目的之達成，往往伴隨著對於違反義務之行為人一定之制裁效果，即行政罰。行政法學者<sup>4</sup>將之區分為非裁罰性不利處分與裁罰性不利處分兩種，除因違反行政法上義務應受罰鍰或沒入之裁處外，亦將行政機關所為之不利處分中具有裁罰性者視為行政罰。

如將公法上規範所賦予國家公權力行使之行政處分(包含裁罰性與非裁罰性)作為分類，本文以為應可將公法上規範區分為權利賦予型、權利剝奪型、權利限制型與權利擴張型四種：

### 一、權利賦予型

權利賦予型之公法規範於日常生活中頗為常見，通常行政機關本於該規範多以授益行政處分方式作為落實該規範之體現，諸如營業執照之核發、建築執照之許可、開發許可等均屬之。有學者<sup>5</sup>認為此種類型屬於「形成私法權利的行政處分」，亦即由私人間先行成立契約後，再申請行政機關進行審查，並由行政機關對於上開申請內容作成一定之行政處分，而可以具有設定、變更或廢棄私法法

<sup>4</sup> 吳庚、盛子龍(2017)，《行政法之理論與實用》，增訂 15 版，頁 461-462，台北：三民。廖義男(2016)，〈論裁罰性之不利處分〉，《法令月刊》，67 卷 8 期，頁 190。

<sup>5</sup> 林佳和(2015)，〈行政法與私法：私法形成之行政處分、合法化效力與構成要件效力〉，《月旦法學教室》，151 期，頁 10。

律關係之形成效果。但是，對於民事契約須取得行政機關之核准要件，該行政機關所為之核准處分是否屬於左右民事契約有效與否之關鍵因素，尚難一概而論，容待本文後述。



## 二、權利剝奪型

權利剝奪型之公法規範，最典型者當屬於行政程序法上對於授益行政處分之撤銷或廢止，抑或行政機關基於公益目的所發動之徵收行為。其他諸如散落於各行政法規中所規定違反公法上義務而受有罰則處分者，如行政罰法第 1 條之沒入處分，行政罰法第 2 條第 2 款規定之剝奪或消滅資格、權利之處分種類，像是命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利之處分，均屬於權利剝奪型之公法規範。

## 三、權利限制型

各行政法規中針對違反公法上規範所規定之罰則，倘若屬於行政罰法第 2 條第 1 款所規定之限制或禁止行為之處分者，例如限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止或限制一定行為之處分均屬之。

## 四、權利擴張型

有關擴張型之公法規範，大法官解釋字第 726 號指出勞動基準法第 84 條之 1，有關勞雇雙方對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作有另行約定者，應報請當地主管機關核備之規定，如勞雇雙方未經當地主管機關核備而為另行約定者，本於落實保護勞工權益之立法目的，依勞動基準法第 30 條等規定予以調整，並依同法第 24 條、第 39 條規定計付工資。簡言之，當勞雇雙方之特約較勞基法為有利時，雖未經核備仍然有效，惟如其特約較勞動基準法為不利時，則其未經核備者，其工作時間、例假、休假、女性夜間工作之內容，改以勞動基準法之相關規定作為該勞動契約之內容，有擴張原定民事契約法律效果之公法上規範<sup>6</sup>。

<sup>6</sup> 相同見解:司法院釋字第 726 號黃茂榮大法官提出之協同意見書。

### 第三節 公法上規範與私法自治之衝突與調和

上開分類雖然試圖將所有國家所作成之行政處分包括在內，然而，難謂無掛一漏萬之可能，況且，國家所為之行政處分是否即影響、限制民事契約效果，與上開國家行為彰顯之處分類型，分屬二事。

以罰鍰處分為例，對於收到罰鍰處分之當事人而言，雖然係屬於權利剝奪型之處分而受有財產上之剝奪影響，但是否因此影響該當事人與第三人所簽訂之民事契約，除了須視該民事契約訂定之基礎與類型有無與該當事人所違反之行為有所關聯之外，亦須視該罰鍰處分有無後續之國家作為而定。好比養雞場所有人甲與乙簽訂買賣雞隻供應契約，雙方約定由甲每日提供一定數量之雞隻予乙，嗣經行政機關查獲該養雞場之動物用藥含量超過安全容許量，涉有違反食品安全衛生管理法第 15 條第 1 項第 5 款規定：「食品或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：五、殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量。」，並經同法第 44 條第 1 項第 4 款規定予以裁處甲罰鍰處分，於此情形，倘若幸且不論甲提供之雞隻未符合動物用藥殘留標準是否有構成不完全給付之問題，甲依民法第 348 條仍可按時提供雞隻、乙亦按時支付價金，此時，該買賣契約難謂因甲所受之裁處處分而受影響。惟如行政機關嗣後認定甲違規殘留用藥之情節重大，命其歇業、停業一定期間者，此時，因甲之主給付義務業已消滅，甲乙之買賣契約因該行政機關之行政行為而受到剝奪或限制，甲乙間之買賣契約權利義務關係方有受影響之可能。

基上可知，當該行政行為落入上開本文所提出之分類範圍內者(權利賦予型、權利限制型、權利剝奪型、權利擴張型)，即有造成對民事契約限制之可能。只是並非謂國家只要為上開類型之行政處分，民事契約即因此而受影響，蓋公法上規範多而繁雜，可能涉及之契約類型亦不一。本文即試以公法上規範之內容，對



於買賣契約標的物所為之限制進行研究，期盼能為公法上眾多繁雜之規範內容尋求一致性之解決，並將分別從買賣契約之締結階段至履約階段，分別討論不同公法規範存在之可能性與影響程度。



### 第三章 公法上規範與契約締結階段之關聯性

#### 第一節 契約不成立類型

##### 第一項 民法第 71 條與公法上規範限制之交錯

本於私法自治、契約自由原則，當事人本得自由決定訂立契約之對象、訂立契約內容與履行契約之方式。惟為維護公共利益與當事人利益，私法自治契約之內容並非毫無限制，國家本於公益維護之立場或保護經濟上弱勢之角色，在諸多公法領域中設有諸多限制，如都市計畫法、土地法、公寓大廈管理條例等限制規範。只是，遍翻上開列舉之公法典內至多僅有違反時之處罰效果與罰則，卻難從中得知違反該規範時，當事人之民事上契約效力為何。此亦歸咎於我國採取公、私法二元體系之所致，難以期望在公法典中另外明文民事契約之解決方式。況且，民事上之交易種類繁雜、個案情形亦因違反之法規不同而異，無從苛責立法者基於公益目的於公法規範明文限制之同時安排民事契約之法律效果。準此，就違反該公法上限制所生之法律效果，仍應回歸民事契約之本質判斷，並從民法第 71 條出發，探究系爭公法規範有無民法第 71 條規定之適用。

民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」，其立法理由謂：「以違反法律所強制或禁止之法律行為，應使無效，否則強制或禁止之法意，無由貫徹。」。本條所設的「違反強制或禁止之規定者無效」規定，係對私法自治之限制，限制之目的在於貫徹強制或禁止規定之立法目的，以維持法律秩序之無矛盾性<sup>7</sup>，即法律禁止殺人、販賣煙毒、買賣人口時，自不得使當事人依法律行為而負有殺人、交付煙毒、交付人身的法律上義務。只是，何時可認為違反特定「強制」或「禁止」規定，不無疑義，在趨近多元的社會規範下，在日常生活中所做之法律行為，已非單純民法典可資一貫適用，往往交易過程中尚須符合立法者基於公益、公共安全、環境保護、弱勢族群等種種因素所制定之諸多公法上限制，而這些公法上限制是否均

<sup>7</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 313，台北：自版。



該當於民法第 71 條所稱之強制或禁止規定，均應歸於無效、或不以之無效等法律效果，涉及民法第 71 條之定位與解釋適用。

### 第一款 民法第 71 條之規範功能與內涵

我國多數學者<sup>8</sup>將民法第 71 條認為係一連繫私法與公法管道，使公法進入私法領域的功能。學者蘇永欽教授<sup>9</sup>針對民法第 71 條之定位，曾與德國民法第 134 條進行比較，認為基於公私法二元化的傳統規範體系，原則上規範國家與人民關係的公法與規範人民與人民關係的私法互不相屬，惟在例外情形，透過民法第 134 條來限制私法關係之形成，提供了一條使公法規範進入私法領域的管道，並認為民法第 71 條應兼具引致規範、解釋規則與概括條款三重功能。亦即，當強制或禁止法規明示違反的法律行為無效或另定其他效果時，第 71 條僅為引致規範；在未經明示，也無法從相關條文直接導出法律行為的效力者，即須權衡該法規保護的法益與法律行為本身體現的法益，以決定法律行為是否構成違反法律；構成違反時，尚應就法規目的調查，應賦予無效或其他效果較為合理，而就此雙重評價的過程，則具有概括條款之性格。但當法益權衡相當或有疑義時，應以認定構成違反為原則，當效果如何存有疑義時，應以絕對、自始無效為原則，就此具有解釋規則的意義。

學說對於本條規定的功能定位雖然略有差異，但是就本條透過調整為被強行規定法律行為之私法上效力，藉以貫徹強制或禁止規定之規範意旨與管制功能，仍受到學說見解之一致肯認<sup>10</sup>。足認民法第 71 條之定位，對於私法自治之維護與公法領域管制目的維持之衝擊，占有一定舉足輕重之地位，倘若肯認民法第 71 條兼具引致規範、解釋規則與概括條款三重功能者，則進一步宜探究我國司法實務上如何評價本條在公法上規範之立法目的與法益價值之衡量。

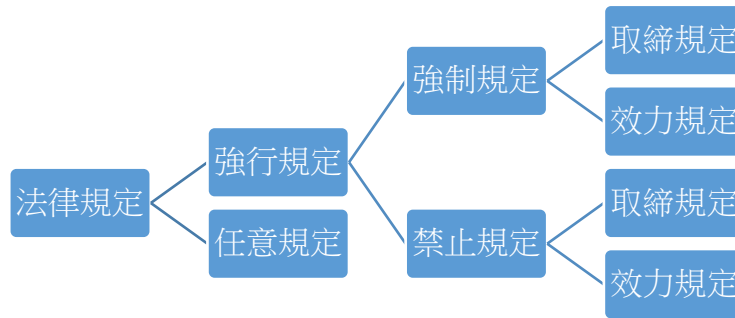
<sup>8</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 314，台北：自版。陳聰富(2014)，《民法總則》，頁 237，台北：元照。林誠二(2012)，《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3 版，頁 20，台北：瑞興。

<sup>9</sup> 蘇永欽(1998)，〈違反強制或禁止規定的法律行為—從德國民法§134 的理論與實務操作看我國民法§71—〉，收於：氏著，《民法經濟法論文集》，頁 90-91、108，台北：自版。

<sup>10</sup> 王立達、許翠玲(2012)。〈違法聯合行為協議之私法上效力--競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析〉，《中研院法學期刊》，11 期，頁 91。

## 第二款 強制規定與禁止規定之範圍

依國內通說<sup>11</sup>見解，法律規定可分為任意規定與強行規定，強行規定又可分為強制規定與禁止規定，所謂強制規定，指應為某種行為的規定(即不得不為、應、須)；禁止規定，則指禁止為某種行為的規定(即不得)，對於強制規定或禁止規定，又可區分為取締規定與效力規定。



(圖 1，來源：作者自製)

民法第 71 條所稱之強制或禁止規定，包括立法院三讀通過並經總統公布之法律、行政程序法第 150 條所稱之法規命令、及地方政府頒布的自治法規。至於行政程序法第 159 條所稱之行政規則，是否屬之，則有疑義。實務上有採否定見解<sup>12</sup>者，學者蘇永欽教授<sup>13</sup>則採取最廣義之見解認為，行政規則依行政程序法第 159 條規定之解釋性規定和裁量基準，既屬間接影響人民之一般、抽象性規定，則自無排除之理由，僅於個案法院適用時應做合法、合憲性之審查而已，頗值得參考。

至於行政機關之具體行政處分，是否屬於民法第 71 條所稱之強制或禁止規定，則應回歸行政處分之本質觀察。民法第 71 條指稱之強制或禁止規定均屬於抽象、一般性之法規範，而行政機關之行政處分，除了屬對於具體個案所產生之法律效果外，其亦係對一定已發生之事實所為之評價，顯然與上開抽象性之法規

<sup>11</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 313，台北：自版。鄭玉波(著)、黃宗樂(修訂)(2008)，《民法總則》，修訂 11 版，頁 253-254，台北：三民。林誠二(2012)，《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3 版，頁 17，台北：瑞興。陳自強(2012)，《契約之成立與生效》，2 版，頁 189，台北：元照。

<sup>12</sup> 臺灣臺北地方法院 88 年度訴字第 1750 號判決、最高法院 91 年度台上字第 841 號判決。

<sup>13</sup> 蘇永欽(2008)，〈從動態法規範體系的角度看公私法之調和〉，收於：氏著，《尋找新民法》，頁 273-274，台北：元照。

範有所不同。不過，值得注意的是，行政機關做成行政處分之基礎，仍係立基於法有明文規範為前提(本於依法行政原則)，因此，行政處分亦僅為基於法律或法規命令的強制或禁止規定，就個案或通案情形適用所為具體化表彰之結果，本身並不創設新的強制或禁止。因此，倘若逕曰行政機關之行政處分非屬民法第 71 條所稱之強制或禁止規定，顯過於率斷，實則並未進一步深思該行政機關係本於抽象之強制或禁止法規範層面，所做成之具體法律效果呈現<sup>14</sup>。

實務上對於禁止規定則發展出取締規定與效力規定二分法之判斷標準，違反取締規定者，僅對於違反者課予制裁，該行為仍為有效，並無民法第 71 條之適用，至於法律行為違反效力規定者，始發生民法第 71 條所規定無效之法律效果。不過，如蘇永欽教授之見解，揆諸前開說明，民法第 71 條兼具單純引致條款、解釋規則與概括條款，則事實上取締規定與效力規定之分類，不過僅為司法實務上法官就具體個案情形針對管制涉及的法益、政策目的之強度與當事人間私法自治做客觀、綜合權衡之結果來決定該法規究竟屬於效力規定或取締規定。換句話說，實務上所發展出的取締規定與效力規定，係從立法者之立法規範本意出發所為之區別有效或無效之認定，然從現況上運作之結果顯示，事實上不過是法官於具體個案事實中，運用民法第 71 條權衡評價該禁止規定之屬性，實質上屬殊途同歸。

### 第三款 取締規定與效力規定之區別標準

#### 一、比較法觀點—德國法上之營業行為

如何區分取締規定與效力規定，有學者<sup>15</sup>從比較法之觀點，借鏡德國法學在違規營業行為私法效力問題中，德國法上不同學說之見解：

##### 1、規範性質理論

以法規性質究屬秩序規定或營業規定的不同，作為判斷違反行為效力基準的

<sup>14</sup> 相同見解參蘇永欽(2008)，〈從動態法規範體系的角度看公私法之調和〉，收於：氏著，《尋找新民法》，頁 275，台北：元照。

<sup>15</sup> 葉子超(1999)，《法律行為因違反強行規定而無效的問題探討》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 43-83。

規範性質理論，行為若非本身成立刑事不法，而是基於營業管制或其他類似事由為國家法律所禁止者，此特定行為相關當事人間的私法關係在性質上並不隨同構成違法，如業者違反商店營業時間管理法的逾時營業行為、違反價格標示法的營業行為等。此見解已為現今德國法學說與實務略而不提。

## 2、規範對象理論

行為違反的法律，若係以交易當事人的全體為規範對象，且受規範者的個別行為亦觸犯該規定時，則當事人間的法律行為原則上應屬無效。如違反營業許可規定的無照營業行為、交易當事人雙方違反黑工防制法所成立的勞動契約等。此見解對於何以排除單方行為未能提出合理的解釋。

## 3、規範關聯性理論

當事人行為觸犯之法規，如與交易當事人間的法律行為本身、交易的內容、交易欲實現的目的或經濟上的效果，亦即私權變動的事項有所關聯者，行為應屬無效；若僅涉及交易行為的外在環境，如時間、地點，或法律行為的成立方式等事項上的規定，行為仍屬有效。惟法律規範往往無從黑白劃分交易行為人個人、相對人、交易時間、交易地點、交易標的及其他與法律規範的日常活動之關聯性，判定上恐有窒礙難行之處。

## 4、規範目的理論

若違反法規之法律行為允許其有效存在，將嚴重違背法規目的或重大影響、甚至阻礙了規範目的實現者，則應認該行為屬無效。或者，該法律規定之目的惟有經由無效的手段始能維護者，則該違反的法律行為應為無效。至於何謂法規目的，此見解並未提出詳細指出何種情況屬於違反法規目的之判斷準據。

## 5、價值權衡理論

本見解則以多重的評價過程為基礎。

### (1) 抽象性優位權衡

禁止法規保障的法益如構成其中的先決要件時，該法益的價值即具有優先

性，如和平、環境、國家生存、憲法秩序、國民經濟的整體秩序、司法體系等國家法益，因惟有上開價值之確保契約自由的功能才得以發揮。另外，在個人法益方面，包括生命、身體健康、自由、意思形成的自主性、教育學習、所有權，以及其他任何屬於市場經濟參與的前提要件，對於個人生存有其重要性的財產法益，其地位亦應在契約自由之前。契約自由與禁止法規所欲保護的法益，其價值輕重的抽象排比屬於一種相對關係，隨著違反行為的侵害態樣在質量與數量上的強度而有所調整，如違反行為的侵害或禁止法規的保障對象在範圍上是否遍及一般社會大眾，或僅偏重交易當事人而做變動。

## (2) 現實的優位權衡。

除了從抽象觀點權衡法益價值外，亦須從現實交易行為的無效或有效，考量引起現實上的不利益是否大於預期的利益，亦即仍應以交易無效在事實上可能造成的得失為觀察。例如，交易當事人的違法情事並非明顯，且大部分場合不易為他方當事人所知悉，若於交易內容履行完成之後，反而認定該交易無效者，實已破壞法安定性。又或者行為人的違法事實已侵害到保護利益，而當事人之間僅剩法律行為成立後的履行問題，此時，交易行為認定為無效反而有助於解決存在的紛爭。

## 二、我國學說見解

相較於前揭德國法學界提出違反禁止法規所為行為效力之區辨方法，國內學者<sup>16</sup>亦歸納出我國學說提出取締規定與效力規定之區別標準與判斷方法如下：

### 1、立法目的理論

此說為王澤鑑教授<sup>17</sup>所採。其認為應綜合法規的意旨，權衡相衝突的法益（法益的種類、交易安全，其所禁止的就係針對雙方當事人或僅一方當事人等）加以

<sup>16</sup> 王立達、許翠玲(2012)，〈違法聯合行為協議之私法上效力--競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析〉，《中研院法學期刊》，11 期，頁 92-93。

<sup>17</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 317，台北：自版。

認定。學者詹森林教授<sup>18</sup>並進一步認為，法律行為之標的（內容），客觀上即屬違反法規所禁止之事項者，該行為通常即屬無效，當事人約定之內容違反刑事法規者，例如甲乙約定甲支付乙一定之代價，乙則應殺害或傷害他人。另法律行為之標的（內容）客觀上並無不法情事，但其目的違反強制或禁止規定者，該行為亦屬無效，例如甲乙訂定寄託契約，但該寄託之標的物為贓物者屬之。

## 2、規範資格理論

法律規定須具有一定資格之人始許其經營一定營業或從事特定交易行為者，通常為效力規定，相對而言，禁止具備一定資格以外之第三人經營特定營業之情形，多為取締規定，即使違反此一規定而為交易行為，亦不妨害其發生私法上之效力。

## 3、行政或刑事法規禁止並處罰之法律行為

刑事或行政法規禁止為某種法律行為，並對該違反法規從事該行為之雙方當事人均有刑事罰或行政罰等罰鍰處分者，則該刑事或行政法規通常屬於效力規定，當事人所為之該法律行為亦屬無效。至於若僅處罰當事人之一方者，則仍應探求該法規之立法目的，以決定究係屬於效力規定或取締規定<sup>19</sup>。然而，實務上多數見解，通常僅因該禁止法規設有行政罰則，即認定該行政法規僅為取締規定而非效力規定，值得商榷，相關案例詳如後述。

## 4、規範關聯性理論

當事人違反之法律規範，如與交易當事人間的法律行為本身、交易的內容、交易所欲實現之目的或經濟上的效果，即私權變動的事項有所關聯者，行為應屬無效；倘若僅涉及交易行為的外在環境，如時間、地點，或法律行為的方式等事項上的規定，則應認該法律行為仍為有效<sup>20</sup>。禁止法規所規定者非屬於行為本身

<sup>18</sup> 詹森林(2009)，〈效力規定與取締規定之區別標準〉，收於：吳從周(等著)，《程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 305-306，台北：元照。

<sup>19</sup> 詹森林(2009)，〈效力規定與取締規定之區別標準〉，收於：吳從周(等著)，《程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 307-308，台北：元照。

<sup>20</sup> 葉子超(1999)。《法律行為因違反強制規定而無效的問題探討》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，頁 56-57。



之內容或目的者，而係針對外部相關連情狀，應屬取締規定。例如電子遊戲場業管理條例第9條第1項規定，電子遊戲場之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以上，此一禁止僅涉及法律行為外部發生地點之地理區位環境所為之限制，並非針對其交易行為之目的或內容本身，是以，違反本規定營業之電子遊戲場，並不因之而無效。

### 三、小結

從上開德國法（違反禁止規定）與我國法學說（效力規定與取締規定）提出之判斷準則，不難看出大部分具有重疊性，縱使上開提出理論判斷之基礎並不相同，德國法係針對違反禁止規定所為之論斷、我國法上則係針對禁止規定中效力規定與取締規定區別，追根究底，無非均係對法律規定中所為之誠命規範是否影響當事人法律行為之效力做判斷。德國法上除規範性質理論較為我國學者所不參採之外，其他規範對象理論、規範關聯性理論與規範目的理論，均為我國法學者所採納。另就德國法上之價值權衡理論，似為我國法上立法目的理論中所一併吸收。至於我國實務發展上常用以該公法規範是否另搭配罰則規定或刑罰規定作為該法律行為是否無效之判斷標準，則屬我國所獨有。

有學者<sup>21</sup>即提出我國判斷法規是否為效力性規定或取締性規定之基礎，係先調查法規意旨，如法規已明示法律行為違法的私法效果時，揆諸上開引致規範之功能，則法院已無再加以評價之餘地；如立法者未為明示者，則法院應權衡衝突法益，考慮該法規所欲保護之法益與法律行為本身涉及的法益是否屬於同一層次，如公眾生命、健康法益與衛生、環境法益相較之下，前者應給予比較高的評價，法院得適用民法第71條認定無效。惟於法益相當或有疑義者，依解釋規則之功能，則應認為該法律行為違反第71條規定而歸無效。

本文認為從德國法上之借鏡與我國學說之討論，於判斷該禁止規定性質，應以立法目的之本質為基礎，另納入價值權衡理論為法益權衡作為判斷標準，即便

<sup>21</sup> 謝永誌(2013)，〈論兩岸法律行為違反強制性規定之效力—以臺灣民法第71條與大陸合同法第52條第5款比較為中心〉，《公證法學》，9期，頁20-22。

採取上開判斷標準而認定該公法上之規範屬於禁止規定中之效力規定，依本文見解，該違反之法律行為亦不因此而推導出該行為依據民法第 71 條本文而為無效。蓋其分屬不同層次之問題，其最主要理由在於，除了民法第 71 條另有但書規定：「但其規定並不以之為無效者，不在此限。」之明文外，充其量上開判斷標準不過僅係使得該法律禁止規定取得影響民事上法律行為(私法自治)之入場券而已，至於究竟產生了何種影響？則仍需進一步深思。

民法第 71 條本文雖規定違反強制或禁止規定之行為為無效，但以絕對無效或絕對有效這種全有或全無之解決方式往往失之僵硬。故而，立法者於民法第 71 條但書另有規定「但其規定並不以之為無效者，不在此限」，賦予其非絕對無效之空間。學者<sup>22</sup>主張如以絕對無效以外的效果更能兼顧公法規範精神及行為人之利益，法院仍應權衡各種相關法益，來定其其他效果，例如，考慮使其發生效力未定、一方部分無效或斟酌個案類型創造新型兼顧行為相對人保護與公法體系之效果。

以勞動基準法第 84 條之 1 規定，有關勞雇雙方對於工作時間、例假、休假、女性夜間工作有另行約定時，應報請當地主管機關核備之規定為例，司法院大法官解釋釋字第 726 號解釋明白肯認勞動基準法第 84 條之 1 應屬於民法第 71 條所稱之強制規定，然勞雇雙方當事人縱使約定之內容並未報請主管機關核備，而認有違反第 84 條之 1 之強制規定，惟雙方之約定並不因之而為無效，僅不得排除第 30 條等限制而已。蘇永欽大法官<sup>23</sup>提出部分協同意見書肯認以勞動基準法的相關規定做為勞雇雙方之最低條件。易言之，有利於勞工部分不受影響，不利於勞工部分則依勞動基準法規定辦理，除將民法第 71 條概括條款之功能予以操作運用之外，並跳脫傳統無效、有效之二分法界限，針對勞雇雙方契約效力上為適度調整，確有相當大的突破。

<sup>22</sup> 蘇永欽(1998)，〈違反強制或禁止規定的法律行為—從德國民法§134 的理論與實務操作看我國民法§71—〉，收於：氏著，《民法經濟法論文集》，頁 117，台北：自版。

<sup>23</sup> 司法院大法官解釋字第 726 號蘇永欽大法官一部不同、一部協同意見書。

#### 第四款 常見實務案例—判別標準

在我國實務上，有哪些禁止規定已被認定屬於效力規定或取締規定？採取何種判斷標準？學者詹森林教授<sup>24</sup>對此已有相當完整之蒐羅，學者<sup>25</sup>並以該文為基礎，持續網羅最高法院至 2011 年底前之實務見解，本文就上開學者所整理之實務見解為基礎，扼要介紹如下。

##### 一、最高法院認定屬效力規定之類型

###### 1、公司法第 13 條

公司法第 13 條第 1 項規定：「公司不得為他公司無限責任股東或合夥人。」，最高法院 86 年度台上字第 1587 號判決及最高法院 93 年台上字第 2078 號判決明確指出此為強制規定，違反者，依民法第 71 條規定，該合夥契約無效。然該判決並未提出無效之判斷標準，且究其根本，本條性質上應係禁止規定而非強制規定。而最高法院 88 年台上字第 1263 號判決則認為公司法第 13 條係為求公司資本之穩固，以保障股東之權益，而認定違反者應為禁止規定，無效。似採取立法目的規範理論之見解。

###### 2、公司法第 16 條

公司法第 16 條第 1 項規定：「公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。」，公司違反上開規定與他人簽訂保證契約擔任保證人者，業據最高法院 74 年台上字第 703 號判例明確表示見解認為屬於民法第 71 條所稱禁止規定，違反者該契約為無效。至於屬於禁止規定之理由，判決則指出公司法第 16 條第 1 項規定，旨在穩定公司財務，用杜公司負責人以公司名義為人作保流弊之發生，同樣採取立法目的規範理論之判斷標準，並已形成了實務上之一貫見解沿用之今。

###### 3、公司法第 167 條第 1 項

<sup>24</sup> 詹森林(2009)，〈效力規定與取締規定之區別標準〉，收於：吳從周(等著)，《程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 269-297，台北：元照。

<sup>25</sup> 王立達、許翠玲(2012)，〈違法聯合行為協議之私法上效力--競爭法與民法第 71 條之雙向實證與釋義分析〉，《中研院法學期刊》，11 期，頁 97-104。

公司法第 167 條第 1 項：「公司除依第 158 條、第 167 條之 1、第 186 條及第 317 條規定外，不得自將股份收回、收買或收為質物。但於股東清算或受破產之宣告時，得按市價收回其股份，抵償其於清算或破產宣告前結欠公司之債務。」，最高法院 96 年度台上字第 252 號判決及最高法院 97 年度台上字第 15 號判決均一貫指出違反本條規定屬於無效。判決內容中均未提出判斷標準。

#### 4、香港澳門關係條例第 39 條

香港澳門關係條例第 39 條規定：「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在臺灣地區為法律行為。」，最高法院 96 年台上字第 1238 號判決認為此乃法律禁止之規定，違反該規定未經許可在臺灣地區為法律行為者，其法律行為依民法第 71 條前段規定，屬於無效，惟未見判決內容敘明適用第 71 條規定之理由。判決後段則另指出：「...為保護交易之安全，並保障與各該法人、團體或機構為法律行為相對人之權益，同條例第 40 條乃明定，未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，以其名義在臺灣地區與他人為法律行為時，其行為人就該法律行為，應與該香港或澳門法人、團體或其他機構，負連帶責任，特別將此種情形所為之法律行為，與有效之法律行為同視，使行為人就該法律行為，與上開法人、團體或機構負連帶責任，俾與民法總則施行法第 15 條規定之旨趣相吻...」，亦即，雖該契約為無效，然而，立法者已就違反之法律行為所產生之法律效果另為安排，即課予契約外之第三人負擔履行之責任，以調和當事人間私法自治之利益。

#### 5、原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項

原住民保留地開發管理辦法第 15 條第 1 項規定：「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權、或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受配戶內之原住民或三等親內之原住民外，不得轉讓或出租。」最高法院 88 年度台上字第 3075 號判決<sup>26</sup>認為，本條規定旨在保障依法受配原住民之生活，

<sup>26</sup> 相同見解：最高法院 89 年度台上字第 1714 號判決。

避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，係屬效力規定，如有違反，依民法第 71 條規定，應屬無效，係採取立法目的規範理論之判別標準。

#### 6、耕地三七五減租條例第 5 條

耕地三七五減租條例第 5 條規定：「耕地租佃期間，不得少於 6 年；其原約定租期超過 6 年者，依其原約定。」，有關耕地租賃契約期限，最高法院 42 年台上字第 201 號判例認為本條所稱之租約期間不得少於 6 年，為強制規定，凡原訂租用耕地之期間短於 6 年，而在該條例施行後猶未屆滿者，即應予以延長至 6 年。此判例並未因認定耕地租賃期限之規定屬於強制規定即逕依民法第 71 條規定而主張無效，反而認為違反本條規定者，延長契約期限至 6 年，已賦予其非無效之調和效果，值得肯定。

### 二、最高法院認定屬取締規定之類型

#### 1、修正前證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款

57 年 4 月 30 日修正前證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款規定：「證券商不得有左列各款之行為：一、收受存款或辦理放款。」，違反本款規定者，臺灣高等法院 66 年度上更（一）字第 24 號判決指出「證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款明定：證券商不得有收受存款之行為，此為法律之禁止規定，若證券商違反此項禁止規定，而收受客戶存款，依民法第 71 條前段所定之原則，該證券商與客戶間之消費借貸契約，應屬無效，證券交易法既無如民法第 71 條但書所定其規定並不以之為無效之任何規定，縱被上訴人公司收受上訴人之存款，並支付利息，參照司法院大法官會議釋字第 59 號解釋之意旨，仍不能認是項收受存款、支付利息之行為為被上訴人公司之行為，兩造間自無存在消費借貸關係之可言，上訴人本於消費借貸關係請求被上訴人清償債務，要非有據...」，惟經上訴人提起上訴後，最高法院 66 年台上字第 1726 號判例<sup>27</sup>表示：「證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款雖明定：證券商不得收受存款或辦理放款，如有違反，僅生主管官署得

<sup>27</sup> 相同見解:最高法院 68 年台上字第 879 號判例。

依同法第 66 條，為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分及行為人應負同法第 175 條所定刑事責任之問題，非謂其存款及放款行為概為無效。原審認證券商所為存款之行為應屬無效，所持法律上之見解，尚非無研究之餘地。」，觀諸上開臺灣高等法院判決與最高法院判例之見解，均未對於證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款之規定何以屬於禁止規定而為無效，或屬於取締規定而有效之理由予以明確記載，僅表示因證券交易法另有行政罰則與刑罰之處置，故違反上開規定之買賣契約仍應屬有效。此亦開啟我國司法實務上以該規定是否另有行政處罰或刑事處罰為由作為判斷效力規定與取締規定標準之分水嶺。

## 2、修正前商標法第 26 條

78 年 5 月 26 日修正前商標法第 26 條第 1 項規定：「商標專用權人，除移轉其商標外，不得授權他人使用其商標」。對於違反本條規定者，最高法院 87 年度台上字第 1093 號判決認為：「商標專用權人授權他人使用其商標雖為舊商標法所禁止，然若有違反而為授權行為，其法律上之效力既於同法中規定商標主管機關應依職權或據聲請撤銷其商標專用權，則在撤銷前，仍然有效存在，故舊商標法第 26 條第 1 項商標專用權人不得授權他人使用其商標之規定似為取締規定，而非效力規定。果爾，即不得引用民法第 71 條前段規定，認其授權行為係屬無效。」本判決認為因修正前之商標法第 31 條第 1 項規定針對違反商標法第 26 條規定，另訂有行政處罰之效果，因此該違反之法律授權行為應為取締規定，而並非無效。同上以有無行政處罰作為判斷標準。

## 3、修正前國民住宅條例第 12 條(已廢止)

64 年 7 月 12 日修正前國民住宅條例第 12 條第 1 項規定：「國民住宅承購人所承購之國民住宅及其基地，非經國民住宅出售機關之同意，不得出售、出典、贈與、或交換。」而就違反本條規定者，業經最高法院 87 年度第 6 次民事庭會議決議統一見解認為「如有違反者，僅生國民住宅出售機關依同條例第 13 條第 1 項第 3 款規定，予以收回之問題。至承受人未具備購買國民住宅之資格，亦

僅生國民住宅機關不得予以同意之問題，非謂其出售、出典、贈與、或交換行為，概屬無效。」。仍係以因另有行政處罰規定，而認非屬於效力規定。

#### 4、區域計畫法第 15 條

區域計畫法第 15 條規定：「區域計畫公告實施後，不屬第 11 條之非都市土地，應由有關直轄市或縣（市）政府，按照非都市土地分區使用計畫，製定非都市土地使用分區圖，並編定各種使用地，報經上級主管機關核備後，實施管制。變更之程序亦同。其管制規則，由中央主管機關定之。」，最高法院 98 年度台上字第 1493 號判決認為：「區域計畫法第 15 條、第 21 條關於區域計畫公告實施後，有關直轄市或縣（市）政府，應就不屬同法第 11 條之非都市土地，編定各種使用地，報經上級主管機關核備後，實施管制暨其違反者，得處罰鍰、限令變更使用、停止使用或拆除地上物恢復原狀等規定，核其本質均僅係取締規定，而非效力規定。當事人間所簽訂之租賃契約違反各該規定者，尚不得依民法第 71 條之規定逕認為無效。」。本判決所揭禁之意旨，仍係以違反區域計畫法第 15 條者，同法第 21 條定有行政罰則之規定，而認並非屬於強制規定。

#### 5、證券交易法第 43 條之 8 第 1 項

證券交易法第 43 條之 8 第 1 項<sup>28</sup>係規定有價證券私募之應募人及購買人之買賣限制，違反本條規定所為之買賣行為，最高法院 97 年度台上字第 2729 號判決認為：「證券交易法第 43 條之 8 第 1 項對於私募有價證券轉售之限制，乃取締規定，非效力規定，無民法第 71 條之適用。私募有價證券之應募人及購買人如違反該項規定再行賣出者，僅行為人應負同法第 177 條第 1 款所定之刑事責任，非謂其買賣行為概為無效。」以該規範另有行政處罰作為認定是否屬取締規定。

<sup>28</sup> 證券交易法第 43 條之 8 第 1 項規定：「有價證券私募之應募人及購買人除有左列情形外，不得再行賣出：一、第 43 條之 6 第 1 項第 1 款之人持有私募有價證券，該私募有價證券無同種類之有價證券於證券集中交易市場或證券商營業處所買賣，而轉讓予具相同資格者。二、自該私募有價證券交付日起滿 1 年以上，且自交付日起第 3 年期間內，依主管機關所定持有期間及交易數量之限制，轉讓予符合第 43 條之 6 第 1 項第 1 款及第 2 款之人。三、自該私募有價證券交付日起滿 3 年。四、基於法律規定所生效力之移轉。五、私人間之直接讓受，其數量不超過該證券 1 個交易單位，前後 2 次之讓受行為，相隔不少於 3 個月。六、其他經主管機關核准者。」

然查，本件原審判決臺灣高等法院 97 年度重上字第 191 號，就證券交易法第 43 條之 8 第 1 項何以屬於取締規定，反而有細膩之著墨：「證券交易法上之立法係用以管制有價證券之募集、發行、買賣等事項，在目的上有管制之色彩，解釋時應以合目的性之觀點為優先考量。而本法關於轉售規定之立法目的乃在防免發行人利用私募制度籌資後，以人頭之方式迅速將證券再予轉讓，最終達到與公開發行相同之效果，且可規避公開發行所應負擔之資訊揭露義務及成本。就法益衡量而言，此制度雖可能因此導致證券持有人對於其財產權之處分受到限制，但卻是為貫徹投資人保障之證券交易法目的。故應認證券交易法第 43 條之 8 之轉售限制規範，為禁止規定中之效力規定，否則無以貫徹其立法目的。如採取締規定之解釋將破壞證券交易法之整體立法目的，因違法轉售仍屬有效，僅轉售人負刑事處罰之規定，則當其轉售可獲得之利益大於其受處罰之損失或不利益時，該私募應募人將有進行違法轉售之動機，並將私募有價證券之相關風險輕易的經由轉讓而轉嫁予次轉得人。且取締規定之解釋，破壞證券交易法第 43 條之 6 第 2 項應募總人數之限制，因第一輪之應募人可能因為多次之違法轉售而使持有私募有價證券之人超過上述法定限制之 35 人，其結果將使上開條文之規定形同具文。再者取締規定之解釋將使第一輪應募人透過轉售扮演承銷商之角色。基上，證券交易法第 43 條之 8 第 1 項之規定係屬效力規定，違法轉售之行為應為無效。」遺憾的是，原審見解除未被最高法院所採納之外，最高法院亦未針對該立法目的何以非屬於效力規定之緣由加以闡明，僅因另有行政處罰規定而否定其屬效力規定之見解，足認最高法院並不認同原審就該條立法目的之認定，而立法目的究竟為何，似已淪為法官於個案中之自由心證。

## 6、建築法第 13 條

建築法第 13 條規定：「本法所稱建築物設計人及監造人為建築師，以依法登記開業之建築師為限。但有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師負責



辦理，建築師並負連帶責任。」，違反本條規定者，最高法院 88 年度台上字第 577 號判決前段認為：「復按強行規定，是否為效力規定抑為取締規定，應探求其目的以定之。可認為非以違法行為為無效，不能達其目的者，為效力規定；可認為僅在防止法律行為事實上之行為者，為取締規定。」，明確指出效力規定與取締規定之判別標準應採取立法目的規範理論，似有突破以往實務見解從是否另訂有行政罰則規範作為判別之僵局，惟於判決後段卻又認為：「違反前開規定者，主管機關僅得撤銷原核發之執照而已，並未認為其無效。則建築法第 13 條及第 85 條之法律性質，自屬取締規定，而非效力規定。因此民法第 71 條前段之規定在本件並無適用。」，似又以違反建築法第 13 條因建築法第 85 條設有處罰機制，因此認定建築法第 13 條屬於取締規定。

### 三、小結—實務現狀困境

從上開實務見解之歸納可以得知，最高法院於認定該限制規範屬於效力規定者，多未敘明認定之理由；而已敘明理由者，則多從立法目的之觀點為出發。相對而言，認定屬於取締規定者，絕大部分均係因為該法規另有行政處罰或刑事處罰為由作為判斷標準，反而並未從立法目的為權衡，由此可明顯得知最高法院在判斷效力規定與取締規定時，其前後不一致之立場。

縱使認為不宜動輒將當事人私法自治之立場予以破壞，逕予認定無效，然而，驟認因另有行政罰則之效果作為維持當事人雙方間法律行為之理由，似嫌率斷，倘若未從該法規範限制之目的出發，似有遭指摘漠視公法上限制所欲維持公共利益之非難。且查，如因具有行政罰則之效果而應認為該法律行為應屬有效者，則應提出的下一個問題是，當行政機關依該罰則規定予以處罰時，當事人之法律行為是否仍為有效？亦即，行政機關所為之行政處分，是否影響後續該民事契約之效果？是否認定因另有行政處罰，因此違反公法上之限制屬於取締規定，即可認為行政機關所為之行政處罰仍不影響該民事契約？蓋民事契約有效與該民事契約能否持續有效履行非可一概而論，爰此，上開認定標準，事實上僅能處理前階

段之問題，對於後續行政機關所基於該公法上規範所為之作為，仍留待一堆疑問而未能加以解決，此亦是實務上不得不面對之困境。

至於違反禁止法律行為之效力，如經認定為無效，依據傳統通說之見解，無效原則上屬於絕對、自始、客觀無效，僅於法律有明文規定時始以相對無效為例<sup>29</sup>，如民法第 87 條第 1 項但書規定，倘若屬於無效以外之法律效果者，對於已締約但未履約、已締約且已履約或僅一方履約之情形，該如何解決，則未為明文。民法雖設計有債務不履行、締約上過失、瑕疵擔保責任等制度，然而，以買賣契約為例，應以何種機制，涉及到公法上之規範是否屬於當事人所可預見、可否歸責於雙方或一方之事由？或是否構成契約之瑕疵？此均為本文接續所欲探討之重心。

## 第二項 民法第 246 條關於法律不能

民法 71 條所處理之事項，為法律行為違反公法上規範之強制與禁止規定時，法律效果之安排，然查，除了締約行為本身之外，買賣契約之標的亦有受公法上規範限制之情況。而民法上給付不能之態樣，可區分為主觀不能與客觀不能、自始不能與嗣後不能、一時不能與永久不能、事實不能與法律不能，倘若於契約成立之時，該契約之標的受有公法上規範限制致給付不能者，即攸關民法第 246 條第 1 項自始不能中法律不能之判斷。

### 第一款 民法 246 條第 1 項定義

民法第 246 條第 1 項規定：「以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有效。」，多數學者<sup>30</sup>認為，本條所稱不能之給付，係指自始不能、

<sup>29</sup> 關於絕對無效與相對無效之傳統分類，可參閱陳忠五(1998)，〈法律行為絕對無效與相對無效之區別〉，《臺大法學論叢》，27 卷 4 期，頁 158-160。

<sup>30</sup> 王澤鑑(2016)，〈債務不履行法的變遷—違約責任與損害賠償(上)〉，《法令月刊》，頁 6。詹森林(2002)，〈給付不能(一)自始客觀不能〉，《月旦法學教室》，試刊號，頁 51。黃茂榮(1998)，〈債務不履行(一)：給付不能〉，《植根雜誌》，14 卷 12 期，頁 573。邱聰智(著)、姚志明(修訂)(2014)，〈新訂民法債編通則(下)〉，新訂 2 版，頁 121-122，台北：承法數位文化。反對見解認為民法第 246 條第 1 項應包括自始主觀不能在內，請參閱孫森焱(2009)，〈債編通則之爭議問題(下)〉，《台灣法學雜誌》，120 期，頁 1-10。

客觀不能，亦即契約訂立時給付即已不能，且對任何人均無法實現者，均屬之。諸如買賣標的物於訂約時已毀損滅失，如僅為債務人不能給付，其他人仍得為給付者，則為主觀不能，例如出賣他人之物，則無本條之適用，該契約仍屬有效。給付不能如依其原因，另可分為事實不能與法律不能，事實不能係於自然法則而不能給付之情形，例如房屋燒毀、汽車撞毀等；法律不能則係指法律禁止交易之情形，實務及學說上最典型、最常見討論之案例即為私有農地之買賣。

須強調者是，民法第 246 條第 1 項所稱法律不能無效之規定，係在契約內容本身為合法，僅就給付之標的因法律上之規範限制致無法實現者。其與民法第 71 條無效之不同處在於，契約成立之法律關係本身即違反強制或禁止規定<sup>31</sup>。兩者之間或有重疊之處，對此，學者詹森林教授<sup>32</sup>認為「契約違反強行法規或公序良俗者通常亦造成其給付在法律上自始客觀不能，從而導致該契約不但因民法第 71 條前段或第 72 條而無效，亦因民法第 246 條第 1 項前段而無效。」，頗值參考。

## 第二款 自始法律不能典型案例—私有農地買賣

修正前土地法第 30 條第 1 項規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。」、同條第 2 項規定：「違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」，對於違反上開規定訂定買賣私有農地之契約者，其買賣契約效力為何，臺灣高等法院暨所屬法院 63 年度法律座談會民事類第 5 號法律問題研究認為，土地法第 30 條明定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以承受後能自耕者為限。」，張三、李四間前開買賣行為，既違反此種強行法規，依民法第 71 條前段之規定，自屬無效<sup>33</sup>。其雖未針對該修正前土地法第 30 條第 1 項何以屬於禁止規定之理由予以詳載，然此見解業經其後之最高法院 66 年台上字第 2655 號判例所推翻：「查私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者

<sup>31</sup> 相同見解可參閱黃宏全(2012)，〈我國民法給付不能之類型與效力〉，《法令月刊》，63 卷 6 期，頁 76。

<sup>32</sup> 詹森林(2002)，〈債務不履行：第一講自始客觀不能(二)〉，《月旦法學教室》，2 期，頁 54。

<sup>33</sup> 相同見解：最高法院 75 年度台上字第 920 號判決。

為限，違反前項規定者，其所有權之移轉無效，土地法第 30 條第 1、2 項定有明文。故約定出賣私有農地與無自耕能力人之買賣契約，除有民法第 246 條第 1 項但書及第 2 項之情形外，依同條第 1 項前段規定，其契約應屬無效。如此項契約當事人訂約時並無預期買賣之農地變為非農地後再為移轉之情形，縱令契約成立後該農地已變為非農地，亦不能使無效之契約成為有效。」將私有農地之買賣定性屬於民法第 246 條第 1 項自始客觀不能之情形而歸於無效，而非基於民法第 71 條，且實務上認為此屬於自始客觀不能之見解，則有漸多之趨勢<sup>34</sup>。

通說認為買賣私有農地，屬於自始客觀不能，學者詹森林教授<sup>35</sup>認為不動產所有權之移轉本應依民法第 758 條規定，滿足書面、登記等要件，而土地法第 30 條第 1 項係規定「私有農地所有權之移轉」，所指應係私有農地移轉之物權行為，而非指該買賣契約，因買賣契約締結之後並不會因此產生移轉不動產所有權之法律效果，因此土地法第 30 條第 1 項並非指該買賣之債權行為。且依同條第 2 項規定「違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」，所規制賦予無效之法律效果適用在「所有權之移轉」，而非買賣契約本身。故約定出賣私有農地予不具自耕能力之買受人者，不得認該買賣契約有違反民法第 71 條第 1 項前段之強制規定為無效，而係因土地法第 30 條第 1 項規定之限制，致無法移轉農地所有權予買受人者，依據民法第 246 條第 1 項規定屬自始客觀不能而無效，倘若出賣人進而將該農地所有權移轉登記於非自耕能力之買受人者，則該物權轉讓行為則依民法第 71 條規定歸於無效。

此外，契約成立時之標的雖可能因公法上之規範限制致一方之給付陷入法律不能，而有民法第 246 條第 1 項無效之適用，然法律不能亦可能僅存在於暫時性之法令規範，即為一時法律不能。舉例言之，在 SARS 期間，政府發布禁令禁止

<sup>34</sup> 相同見解：最高法院 65 年度第 9 次民庭總會決議(二)、74 年度台上字第 1781 號、72 年度台上字第 695 號、73 年度台上字第 968 號、70 年台上字第 2581 號等判決。

<sup>35</sup> 詹森林(2003)，〈私有農地之買賣——最高法院相關判決之分析〉，收於：氏著，《民事法理與判決研究(二)》，頁 290-291，台北：元照。詹森林(2002)，〈給付不能(一)自始客觀不能〉，《月旦法學教室》，試刊號，頁 53。

口罩輸出，致原本定有口罩買賣契約之國內出賣人無法履行交付口罩予國外買受人之給付義務。又如在禽流感期間，政府發布 7 日家禽禁宰禁運令，致原定有雞隻買賣契約之當事人無法履行交付雞隻予買受人之義務，不過，當政府公告撤銷該禁令時，出賣人即有可能再行輸出，此時，即可能轉為給付遲延之問題。就此部分，學者黃茂榮教授<sup>36</sup>曾舉例在一個建築物興建之承攬契約，締約後因基地所屬地區暫時禁建而一時給付不能，此時，因承攬的性質在於工作完成需要一定機具及人員，承攬人在一定期間內是否能夠等候待命，取決於承攬人之調配可能性，而當一個建築案延宕一定期間後，就定作人而言是否仍具經濟、財務上之效益，也不能一概而論，故在一時不能的情況，宜允許當事人依誠信原則，尋求與情事變更類似的觀點處理，大可不必依給付不能的規定，逕論系爭契約為無效，亦即，倘若債權人願意等待，且等待的結果對債務人不引起無期待可能性之不利者，無逕認該契約效果為自始客觀不能。

惟查，倘若細繹上開 SARS 口罩買賣、禽流感家禽買賣以及承攬契約禁建之案例者，除了與一時之法律不能相關外，事實上是牽涉到訂約後之嗣後法律限制，此時實際上已非民法第 246 條適用之範疇，而是可能涉及嗣後給付不能之情況，且須視該嗣後之公法上規範限制是否確實造成債務人給付不能。除了可能因當事人間之誠信原則為契約上之調整，而構成給付遲延外，倘若對於當事人而言，不具有期待可能性者，亦終將陷於嗣後給付不能的困境。須值得注意者，不問給付遲延抑或嗣後給付不能，關鍵要件均需判斷是否屬可歸責於債務人，而對於上開因政府所頒布行政命令禁止之態樣，顯然係非債務人所得加以控制之因素，諸如 SARS 何時爆發、禁令何時頒布等，似認此屬於不可歸責於債務人之事由，容本文於契約履行階段時再行討論。

對於以法律不能之給付為契約標的，依據民法第 246 條第 1 項規定契約歸為無效者，民法第 247 條第 1 項規定對於非因過失而信契約為有效之他方當事人，

<sup>36</sup> 參閱黃茂榮(1998)，〈債務不履行(一)：給付不能〉，《植根雜誌》，14 卷 12 期，頁 572，註 17 之案例。

應負損害賠償責任，即通說所稱之信賴利益損害賠償。從本條之立法理由可知：「如當事人兩造皆明其不能給付，或因過失而不知者，其契約當然無效，損害賠償之問題亦不發生。若僅當事人之一造之其不能給付，或因過失而不知之，則對於相對人，仍應負損害賠償之責。」<sup>37</sup>論者有主張若相對人已知悉或可得而知給付障礙之存在，此時已充分獲得締約之重要資訊，若仍訂立契約，應認已無保護之必要，因此相對人應無法請求損害賠償。然而，所謂當事人「可得而知」之範圍為何？與相對人之「過失」概念是否一致？對於公眾周知之公法上法律規範存在是否為當事人所可得而知或相對人盡其注意義務即可知悉？法規範之公示性是否影響相對人主張損害賠償之權利，在學界未見討論。

本文以為公法上規範對於買賣契約雙方當事人而言，除非一方為具有專業知識之企業經營者，否則，當契約訂立之一方對於公法上規範不知情者，則堪認立於平等地位之他方當事人亦同等不知。以買賣私有農地為例，倘若出賣人並不知悉土地法第 30 條私有農地所有權之移轉，其承受人以承受後能自耕者為限者（除非出賣人早已知悉土地法第 30 條規定，並知悉該筆農地無從移轉於買受人，此時可能涉及詐欺之問題；或買受人知悉土地法第 30 條規定，並知悉其無從取得該筆農地所有權，則為適用民法第 247 條第 1 項之問題），則對於買受人而言，則又何能苛責並期待其應知情？<sup>38</sup>故買受人雖不知悉土地法第 30 條之存在，難認屬有過失。

<sup>37</sup> 曾彥傑(2011)，《給付不能之研究—以自始給付不能為中心》，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 72。

<sup>38</sup> 臺灣高等法院臺中分院 104 年度上字第 190 號判決亦採取相同見解：「...是王○斗既從事舊屋翻修藉以轉售獲利，其就不動產得否移轉及本件有無效之事由存在，當較被上訴人更有專業之知識能力，得以避免無效事由之發生，其既不知本件買賣有違反法令之強制規定而自始給付不能之無效事由，又何能苛責並期待被上訴人應知情？況本件簽訂買賣當時，被上訴人已將系爭 2915 號建號建物，係作為停車場並供住戶輪流使用，無法一併出售之事實告知上訴人，上訴人亦係在明知其情下，雙方合意將第 2915 號建物排除於買賣契約之外，且僅就第 2888 號建物及系爭土地應為部分為買賣，足證本件買賣契約之所以未包括第 2915 號之建物，係為配合第 2915 號建物使用目的之緣故，是以系爭買賣契約以自始不能之給付為契約之標的，亦係出於兩造合意之結果，非可歸責於任一方。...」



## 第二節 契約成立類型

### 第一項 締約強制

本於契約自由原則，當事人得自由選擇締約與否、與何人訂約、訂定契約之內容及訂定契約之方式。惟國家為維護公共利益或社會正義，國家法規有必要加以介入，對契約自由原則予以限制，以維護經濟利益與平衡當事人間不平等之地位。最典型之案例即為公用事業之締約義務，例如自來水、電業、鐵路或郵政事業，不得拒絕用戶締約之要求，另外，醫師<sup>39</sup>、獸醫師<sup>40</sup>、藥師<sup>41</sup>、助產人員<sup>42</sup>非有正當理由，不得拒絕診療、檢驗或處方之調劑，此均為公法規範締約強制之事例。

### 第二項 公法上規範創設當事人之法律關係

#### 一、擬制成立新的權利義務關係

公法上規範亦可能擬制創設當事人之法律關係，最常見的情況多發生於法律明定當事人間之法律關係無效時，為保護善意之第三人而由法律擬制使當事人以外之第三人遁入契約關係。舉例而言，香港澳門關係條例第 39 條規定：「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在臺灣地區為法律行為。」，實務見解認為本條屬於強制規定中之禁止規定，對於違反本條規定之法律行為依據民法第 71 條規定應為無效。而為保障與各該法人、團體或機構為法律行為相對人之權益，同條例第 40 條復明定：「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構以其名義在臺灣地區與他人為法律行為者，其行為人就該法律行為，應與該香港或澳門法人、團體或其他機構，負連帶責任。」直接由法律擬制將行為人就該未經許可之香港法人、團體或機構負擔連帶責任。

<sup>39</sup> 醫師法第 21 條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖。」。

<sup>40</sup> 獸醫師法第 11 條：「執業之獸醫師如無正當理由，不得拒絕診斷、治療及檢驗，並不得拒絕填發診斷書及檢驗證明書。」。

<sup>41</sup> 藥師法第 12 條第 1 項：「藥師執行調劑業務，非有正當理由，不得拒絕為調劑。」。

<sup>42</sup> 助產人員法第 29 條：「助產人員不得無故拒絕或遲延接生。」。



實務上曾發生之案例<sup>43</sup>為國內鑫明企業股份有限公司代替同一集團內之香港公司 TALENT TRADE ASIA LTD.，以該香港公司名義向國內鴻海精密工業股份有限公司下單購買貨品，本件買賣契約形式上係成立於未經許可之香港公司 TALENT TRADE ASIA LTD.與國內鴻海精密工業股份有限公司之間，訴訟期間鑫明企業股份有限公司主張系爭買賣契約違反香港澳門關係條例第 39 條規定應為無效以為抗辯，並認為鴻海精密工業股份有限公司無上開交易之請求權。實務判決見解則認為依據上開條例第 40 條規定，國內鑫明企業股份有限公司屬於實質行為人，應與該香港公司 TALENT TRADE ASIA LTD.連帶對鴻海精密工業股份有限公司負擔貨款給付之義務，擬制該非契約當事人之第三人連帶負擔上開買賣行為之給付義務。

## 二、擴張原定契約權利

公法上規範亦有本於公共利益或公平正義之立場，將當事人原訂契約之權利義務關係予以擴張，此規範目的大多在於保護經濟弱勢之一方權利，認有國家介入加以調整之必要性。最常見於勞動契約中為保障勞工之最低勞動條件標準所為之解釋適用，諸如前述業已提及之勞動基準法第 84 條之 1 規定：「經中央主管機關核定公告之下列工作者，得由勞雇雙方另行約定，工作時間、例假、休假、女性夜間工作，並報請當地主管機關核備，不受第 30 條、第 32 條、第 36 條、第 37 條、第 49 條規定之限制。一、監督、管理人員或責任制專業人員。二、監視性或間歇性之工作。三、其他性質特殊之工作。」。

最高法院 102 年度台上字第 1866 號判決認為：「...勞基法上開規定之立法目的，無非係就特殊工作者，因其自由裁量自身工作時間之性質，允許勞雇雙方得調整工作時間，不受勞基法相關規定之限制，縱未報請當地主管機關核備，僅屬行政管理上問題，故兩造約定每日正常工作時間為 8 至 12 小時，每月基本服勤時數為 208 至 312 小時，超過之時數為加班，其費率依「各職務薪資結構表」，

<sup>43</sup> 最高法院 96 年度台上字第 1238 號判決內容參照。



並非無效。...」，本判決認為勞動契約違反勞動基準法第 84 條之 1，僅為行政管理之問題，似認為僅屬訓示規定，縱有違反該勞動契約仍屬合法有效。

最高行政法院 100 年度判字第 226 號判決則認為：「勞雇雙方依勞基法第 84 條之 1 所為約定對勞工個別權益影響至巨，使其工作條件甚至低於同法第 30 條、第 32 條及第 49 條所定「雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意」後可以放寬的標準...因此法律明定須在「勞雇雙方另行約定」並「報請當地主管機關核備」2 項要件具備下，始不受同法第 30 條等規定之限制...」，足見最高行政法院將報請當地主管機關核備之要件作為勞動契約條件低於第 30 條之前提要件。

上開最高法院與最高行政法院歧異之見解，經司法院大法官釋字第 726 號提出統一之解釋，從勞動基準法第 84 條之 1 的國家管制目的出發，倘若僅將該條定位為行政程序上之管理措施者，將無法達到勞方在勞雇契約談判中弱勢地位之保障，並有使得勞雇雙方約定恣意浮濫，將無法有效防堵雇主對勞工健康與權益之不當剝削，因此應認本條有直接干預勞動關係之民事效力。窺探本號解釋之真意，係將勞動基準法第 84 條之 1 認定屬於民法第 71 條之強制規定，僅就違反本條規定之法律關係，已突破傳統民法第 71 條無效與有效二分法，賦予其無效以外之其他彈性決定，無非在公法規範管制目的中給予民事契約新生命，使該勞動契約依勞動基準法第 30 條規定予以調整，即擴張原定契約權利。

進一步思考，上開應向主管機關備查之規定，明顯是加深一方之義務，亦即影響契約之一方，隨著不斷擴張國家管制規範之社會體系，傳統私法自治、契約自由明顯遭遇挑戰，可以預見的是隨著公法規範之膨脹，交易之當事人面臨越來越多的公法上規範干預風險，如何期待交易者實質掌握交易之環境、契約成立、契約履行可能遭遇之風險與阻礙，包括其所生活交易相關之公法上規範，交易雙方當事人對於公法上規範存在之預見程度，涉及雙方契約所受公法上規範限制之風險如何合理分配的問題，即為重大且關鍵性之議題，待本文後述之。

### 第三節 當事人不知公法上規範與法律錯誤

所謂錯誤，一般而言係指對於一定事實或情況有所誤認，錯誤之事實以在契約成立時即已存在方有適用，並以契約已有效存在成立時探討得否主張錯誤撤銷方有實益，倘若係契約成立後始發生之事實而為契約當事人於契約成立時無從認識者，則應屬於契約成立後得否履行債務之問題，自與錯誤無涉。

#### 第一項 法律錯誤之定位

對於意思表示錯誤之態樣，通說區分為動機錯誤、內容錯誤(意思表示之內容有錯誤)、表示行為錯誤(表意人若知其事情即不為意思表示)三種。民法第 88 條第 1 項規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。」，賦予表意人得撤銷其意思表示之權利。而動機錯誤，因屬於表意人在意思形成過程中決定為某特定內容意思表示認識不正確，考量動機存在於內心，原則上應由表意人自行承擔而不影響意思表示之效力。另民法第 88 條第 2 項規定：「當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。」，學者王澤鑑教授<sup>44</sup>認為當事人之資格或物之性質錯誤，原屬動機錯誤一種，法律為保護表意人之利益，特例外將其擬制為內容錯誤，使表意人亦得主張撤銷，惟以交易上認為重要者，始有適用，以維護交易安全。

揆諸上開所述，民法並未將「法律錯誤」獨立規範，相較於刑法領域上對於法律錯誤之探討，我國學說明顯相對少以之為獨立文獻研究。以不動產買賣契約為例，對於契約買受人來說，購買系爭不動產之目的可能係為建築房屋或建築農舍，此為內心存在之動機，如對於系爭不動產得否建築房屋或建築農舍之公法上規範有所誤認者，亦即誤認經公告禁止建築之土地為可建築之土地而為買賣之意思表示，此時，非無陷入錯誤之情事，得否主張撤銷極有其重要性。

<sup>44</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 418，台北：自版。



## 一、物之性質與內容錯誤

王澤鑑教授<sup>45</sup>曾提及購買不能建築之「建地」，涉及物之性質，如對於因法律規定禁止建築之建地有所誤認而為購買者，屬於物之性質錯誤而得主張撤銷；如係因當事人的法律行為直接發生法律效果錯誤者，應為內容錯誤，得依民法第 88 條第 1 項規定撤銷之；如法律效果並非直接基於當事人的法律行為，而係基於法律為補充當事人意思而規定者，則為動機錯誤，此時不得依民法第 88 條規定主張撤銷。似有將法規範究係對於標的物之本身或法律效果之影響，區分為物之性質錯誤、內容錯誤與動機錯誤。

只是，對於法規範有所誤認之當事人而言，如何將之區別為物之性質、內容或法律效果三種，並非易事。有學者<sup>46</sup>以買賣契約為例，買賣契約依據民法第 345 條規定，其必要之點包括標的物與價金，倘若對於標的物與價金之認識有錯誤，始構成內容錯誤，如為必要之點以外之事項所為之誤認者，則蓋屬動機錯誤，原則上不得撤銷，惟於例外符合民法第 88 條第 2 項規定屬於交易上重要者，而得撤銷之，無失為一扼要之判斷方式。實則，實務上在判斷購買建地卻不能建築之案例中，最高法院 82 年度台上字第 215 號判決認為：「...系爭土地既不能供建築之用，而被上訴人根據土地登記簿謄本上地目為『建』之記載，誤認以為可供建築之用而予買受，自係對於買賣標的物之性質(用途與價值)發生誤認。又自主觀而言，若被上訴人購地之初，知悉該地不能供建屋之用，必不致支付上述高價購買，應可斷言。...凡一般人若處於被上訴人之表意人地位，亦易為相同錯誤之意思表示，茲系爭土地之性質，在交易上確屬重要，被上訴人依民法第 88 條第 2 項規定，自得將此項錯誤之意思表示撤銷。...」，本判決認為法規範限制不得

<sup>45</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 407-408，台北：自版。

<sup>46</sup> 李淑明(2014)，《民法總則》，7 版，頁 151，台北：元照。

建築之土地，應屬於物之性質錯誤<sup>47</sup>；最高法院 93 年度台上字第 780 號判決則認為：「被上訴人主張於 88 年 11 月 8 日以 285 萬 6 千元之價額向上訴人購買系爭土地，已交付現金 185 萬 6 千元，餘 100 萬元俟銀行貸款下來再為給付，系爭土地於辦理所有權移轉時，發現系爭土地於 70 年 9 月 6 日公告禁建，並於 75 年 12 月 5 日公告分區○○○道路預定地，...兩造在訂立系爭土地買賣契約時，均以該地充建屋用為此交易之重要內容，為兩造所不爭，被上訴人自買賣契約成立後迨向銀行申請貸款以支付尾款，經銀行告知系爭土地業已編為道路用地等使用區分限制止，均不知悉系爭土地有不得建屋之限制，亦為上訴人所不爭，被上訴人知悉限建，即拒付尾款，並提起本件訴訟，足見被上訴人若知系爭土地有上開限制之事情，當不為買入系爭土地之意思表示。被上訴人詢問上訴人及代書唐嘉才，均經告知系爭土地可以建屋，實無從得知系爭土地已有前述限制，其未能得知殊無過失之可言，則被上訴人本於意思表示錯誤之法理，主張撤銷上開買賣之意思表示，洵屬有據。」，基此，同樣對於購買建地卻不能建築之情況，本判決卻認為土地可供建築屬於交易之重要內容，故應為內容錯誤。

據此，即便對於內容錯誤與物之性質錯誤提出可供區別之認定方法，從上開法院見解可知仍有混淆之可能。事實上對於內容錯誤或物之性質錯誤之區別實益，似在於應適用民法第 88 條第 1 項或第 2 項規定之選擇，當認為屬於民法第 88 條第 2 項物之性質錯誤時，應判斷該物之性質是否屬於交易上重要者，始得主張撤銷。所謂交易上認為重要者，最高法院 89 年度台上字第 465 號判決採取廣義

<sup>47</sup> 相同見解可參考：臺灣臺南地方法院 94 年度訴字第 986 號判決：「契約第 12 條約定被告就因都市計劃或法令變更使用被徵收之虞時或因重測、重劃減少權利範圍等事宜應確實告知原告，足認原告除已明白表示興建房屋之用途外，並於契約上載明被告應配合之義務，確保原告此一目的之達成，堪信原告訂立系爭契約之首要目的為房屋之興建，茲因原告就系爭土地劃定市地重劃之事實認知錯誤，而與被告訂約，終致興建房屋之目的受阻，而與原告買受系爭土地之首要目的有悖，則原告此一認知之錯誤，難謂交易上不具有重要性，是原告請求撤銷此一錯誤之意思表示，尚非無據。...本件原告購地之目的係興建房屋，此屬原告之動機，然伊就建屋之動機業已明示，且於契約內載明被告應配合原告建所需，足認就系爭契約之訂立，原告訂約之主要目的係為建屋而定，茲被告既亦知悉此事，堪信原告建屋之動機，在交易上具有重要性，原告主張依民法第 88 條撤銷錯誤之意思表示，於法有據。」。

的認定：「土地之形狀、坐落位置及對外聯絡之道路等因素，均足以影響土地之開發、利用及價值之判斷，繼而影響購買者之意願。此等因素，無論在主觀上及客觀上均足以影響交易上之判斷，當事人對上開因素如有錯誤之情形，於交易上自難謂非重要，自得視為意思表示之內容有錯誤。」。惟學者<sup>48</sup>認為為保護交易安全，「交易上認為重要者」之限制，於其他類型之錯誤，亦應類推適用之。

綜上，本文以為，契約當事人如誤認公法上規範之禁止或限制規定所為之意思表示(如誤以為無法令限制建築)，不問係因而造成內容錯誤或物之性質發生錯誤，當此誤認係屬於交易上認為重要者，即應認有撤銷之適用，實無嚴格分類之實益<sup>49</sup>。因此，對於公法上規範之錯誤誤認，得否依民法第 88 條規定主張撤銷，判斷之核心概念，即應聚焦於上開公法上規範之限制或禁止規定，是否屬於交易上認為重要者。至於交易上重要與否之認定標準，學者<sup>50</sup>提出認定標準為表意人主觀上非出於錯誤即不為意思表示者，且一般人若非出於同樣錯誤亦不致於為相同內容之表示。上述最高法院 82 年度台上字第 215 號判決即已採取主觀與客觀混合之標準來作為認定是否屬於交易上認為重要之基礎。

## 二、動機錯誤

法律錯誤除可能內化於物之性質錯誤、內容錯誤外，亦可能僅屬於單純之動機錯誤。學者<sup>51</sup>認為動機錯誤原則上不影響意思表示之效力，然表意人若將動機

<sup>48</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 426，台北：自版。陳聰富(2014)，《民法總則》，頁 285，台北：元照。

<sup>49</sup> 相同見解：臺灣新北地方法院 102 年度勞訴字第 32 號判決：「按法律錯誤，是否為民法第 88 條所規範之客體，我國學說多未論述（但請參見史尚寬，民法總則釋義，1973 年 8 月，313 頁：「日本舊財產法（311 條）曾將錯誤分為事實之錯誤與法律之錯誤，然此種區別無實益，故民法未為此區別，可稱當。...故法律之錯誤，苟為意思表示之內容時，則與其他事實之錯誤並無區別之理由也。」），德國法上，則無一致見解，而經常視個案具體情事，認定係屬單純動機錯誤而不得撤銷，或構成意思表示內容錯誤而得撤銷。按法規之適用範圍，涉及法律專業知識，且經常意見不一，對法律專業人士，已屬不易理解，對非專業法律人士，更是難以掌握。因此，誤認法規之適用範圍，致作成重要決定，且影響權益者，應認為已非單純之動機錯誤，而有民法第 88 條之適用，以為救濟。至於此種錯誤，係屬本條第 1 項所稱「意思表示內容錯誤」，或為同條第 2 項所稱「交易上重要之當事人資格或物之性質錯誤」，尚無必要嚴格區分，蓋二者之法律效果，並無不同，表意人皆得撤銷其意思表示（見司法智識庫，詹森林教授撰寫）。」

<sup>50</sup> 陳自強(2015)。〈契約錯誤之比較法考察〉，《東吳法律學報》，26 卷 4 期，頁 26。

<sup>51</sup> 陳自強(2015)，〈臺灣民法契約錯誤法則之現代化〉，《月旦法學雜誌》，239 期，頁 124-125。

表示於外，並經相對人同意成為契約內容時，亦擴張認定為內容錯誤之一種。惟為避免從寬認定動機一經表示即成為意思表示之內容，有使表意人極易規避動機錯誤不受斟酌之原則，是以，上開表示之動機應至少與給付義務或其他義務有一定之相關，始足當之。如高價租某飯店房間觀賞煙火，客戶及飯店均不知煙火秀已取消，或為觀賞國慶閱兵大典而承租房屋，因大地震而取消閱兵等，此時觀賞煙火與閱兵本身與租賃契約關係無關聯，自難僅因表意人有所表示而成為契約之內容。

## 第二項 法律錯誤與當事人不知法律

契約當事人除了容易對於公法上規範有所誤認以外，亦常發生不知悉法規範存在之現象。對於不知法律的情形，刑法於第 16 條、行政罰法於第 8 條均明文訂有處理的方式，惟於民事法律關係中得否將不知法令與民法第 88 條第 1 項錯誤規定等同視之？奧地利通說<sup>52</sup>認為錯誤包括積極的誤認與消極的欠缺對於法律上重要事實之認識；瑞士學說<sup>53</sup>則認為不知雖然與錯誤有別，但法律上應等同處理。最高法院 83 年度台上字第 2960 號判決認為：「錯誤與不知二者在觀念上有別，不知謂正當認識之全不存在，而錯誤則不特無正當認識，且有積極的謬誤之認識；但全無正當認識之不知，如表意人知其事情即不為意思表示者，其效力與錯誤同，均得為意思表示撤銷之原因，民法第 88 條第 1 項分別就意思表示內容之錯誤或表示行為之錯誤而為規定。」，亦即，實務上對於全然無認識之不知，仍認屬得為民法第 88 條第 1 項撤銷之原因。此外，實務雖肯認「不知」得作為撤銷之原因，但表意人對於公法規範之不知，得否行使民法第 88 條第 1 項之撤銷權，則有不同之見解。其中最高法院 60 年度台上字第 1108 號判決指出：「意

---

廖蕙玟(2008)，〈民法第八十八條意思表示錯誤之類型與界限〉，《中正大學法學集刊》，24 期，頁 228。

<sup>52</sup> Franz Bydliniski, das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdekens, in: Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, herausgegeben von Hohloch, Frank, Schlechtriem, 2001, S. 113-114. 轉引自：陳自強(2015)，〈契約錯誤之比較法考察〉，《東吳法律學報》，26 卷 4 期，頁 11。

<sup>53</sup> Ingeborg Schwenzer, a.a.O. (Fn. 39), Rn. 37.01: Claire Huguenin, a.a.O. (Fn. 39), Rn. 459. 轉引自：陳自強(2015)，〈契約錯誤之比較法考察〉，《東吳法律學報》，26 卷 4 期，頁 11。

思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之，但以其錯誤或不知情事，非由表意人自己之過失者為限，民法第 88 條第 1 項定有明文，又土地使用種別經編定後，應由縣政府公布之（土地法第 84 條參照），人民不能諉為不知，如有不知，亦屬自己之過失，故系爭土地經編定為工廠用地，及經命令禁建店舖住宅，無論上訴人是否知情，均不容上訴人主張上開民法第 88 條之撤銷權。」，實則，此問題同時涉及了民法第 88 條第 1 項「過失」認定之問題。

本文以為，民法意思表示錯誤之理論，重在保護表意人之意思，目的乃係為了緩和表意人主觀上之認知與客觀之事實情況差距，致表示行為不符合表意人內心真意之情況。故縱使當事人不知法律之情況，實際上表意人之內心效果意思與外部表示行為並沒有不一致（因為沒有誤解、誤認，而是全然不知悉），但就外部行為表示結果所生之法律效果上，仍舊與表意人之內心效果意思不符。此或許與傳統錯誤所欲處理之內心的效果意思與外部的表示行為不一致之情形有所不同，但對於保護表意人意思自主之立法目的而言，仍無二致，似無予以排除適用之必要。因此，對於當事人不知法律之情況，應認為同屬民法第 88 條第 1 項得構成撤銷之態樣之一，當然亦同受有該不知法律屬於交易上認為重要之要件限制。或許將不知法律與錯誤為一體適用，會有產生對於相對人信賴保護（交易安全）不周之疑慮，然本文以為此仍然要從當事人不知法律之原因來做判斷，換言之，當事人不知法律雖仍得適用意思表示錯誤之法理主張撤銷，惟因表意人不知法律之理由不一，可能係因為相對人之詐術行使、相對人故意不告知或是行政機關之疏失等等，背後之原因均涉及到主張撤銷之表意人有無違反對於公法上規範注意義務之認定與判斷，即不知法律有無故意或過失之問題。上述最高法院 60 年度台上字第 1108 號判決逕以表意人不知法律與表意人有過失劃上等號，恐有率斷。

基此，倘以購買不動產供建築使用目的為例，對於有無禁止建築之法令存在，倘契約當事人主張不知者，仍應探究當事人不知之緣由而定。如契約當事人之一

方明知有法令禁止規定而為不實告知使他人陷於錯誤者，涉及民法第 92 條詐欺的問題；倘若契約當事人之一方係消極的隱匿事實(不作為)，王澤鑑教授<sup>54</sup>認為原則上並不構成詐欺。陳自強教授<sup>55</sup>則認為不作為詐欺以有告知義務存在為必要。因此，當表意人因不知而訂立契約者，係因相對人違反對於公法規範之告知說明義務者，則有締約上過失、附隨義務甚至後契約義務機制之適用，而就當事人公法規範之告知義務程度與範圍，容本文於第四章第一節第四項併與詳述。

至於如契約當事人之雙方均不知悉法令禁止規定之存在，即雙方對於公法上規範之事實均同樣不知，則涉及到雙方錯誤之問題，王澤鑑教授<sup>56</sup>認為因雙方當事人是以一定事實的發生或存在作為法律行為之基礎，此項法律行為基礎不存在之風險，應由雙方共同承擔，而不能逕謂此屬動機錯誤，宜依誠實信用原則調整當事人之法律關係，以兼顧雙方當事人之利益。陳自強教授<sup>57</sup>則認為如該錯誤攸關標的物性質且為交易上重要者，則得依錯誤撤銷之。

經查，雙方均不知法律之情形，應屬於錯誤得撤銷之態樣，業如本文前揭所述，而學說上區別認定內容錯誤或物之性質錯誤之實益，事實上在於判斷有無民法第 88 條第 2 項規定之適用。而依本文立場，在買賣契約雙方當事人均不知法律之情況，當事人得基於誠實信用原則共同協議調整雙方間之權利義務關係，固不失為解決紛爭之最佳方式；如未能由雙方協議處理者，因對於當事人而言，如何區辨內容或標的物之性質，有一定之困難度，是以，宜以上開不知法律之法規範存在限制或禁止是否屬於契約內容或標的物性質認為屬於交易上重要者，得依民法第 88 條錯誤法則主張撤銷。

<sup>54</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 434，台北：自版。相同實務見解，可參考最高法院 33 年上字第 884 號判例：「民法第 92 條第 1 項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行為為限，然單純之緘默，除在法律上、契紙上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即與本條項之所謂詐欺不合。」

<sup>55</sup> 陳自強(2015)，〈契約錯誤之比較法考察〉，《東吳法律學報》，26 卷 4 期，頁 12。

<sup>56</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 416，台北：自版。有不同見解認為雙方錯誤指雙方當事人意思表示不一致，依據民法第 153 條規定，應該屬於意思表示不一致而契約不成立，參林誠二(1984)，〈瑕疵擔保責任與錯誤〉，《中興法學》，20 期，頁 258。

<sup>57</sup> 陳自強(2015)，〈契約錯誤之比較法考察〉，《東吳法律學報》，26 卷 4 期，頁 32。



### 第三項 法律錯誤之過失認定

契約成立時，當事人對於公法上之限制或禁止規定存在與否有所誤認，得視該公法上規範所涉及之事項是否屬於標的物之性質瑕疵、內容瑕疵，並屬於交易上重要者，依民法錯誤法則主張撤銷。依民法第 88 條第 1 項規定撤銷之主張以表意人無過失為限，對於過失之標準認定，學說上容有不同見解，有採抽象輕過失之標準、有主張具體輕過失、有認為應係重大過失、亦有認為應依各法律行為內容而個別認定其過失之標準，此業經學者<sup>58</sup>為詳細的歸納與介紹，不再贅論。

雖然對於過失之認定有其不同之標準，惟對於公法上規範之法令限制存在與否，判斷表意人有無抽象輕過失、具體輕過失或重大過失之認定，揆諸上開說明，事實上涉及對公法上規範之誤認或不知有無違反注意義務之問題。在實務上當事人應如何般實踐其對於公法上規範存在之注意義務來作為判斷過失與否，無疑同屬一重大爭議事項。

臺灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會研究<sup>59</sup>認為：「某老農甲，年逾 75 歲，不識字，不知其所有之農地一筆，已經都市計劃變更為住宅區，並經縣政府公告在案。而某乙明知並刻意隱瞞此一土地使用區分變更之事實，某甲乃以一般農地之市價，將之出售與某乙，時過二週，某甲始經他人告知，其所有農地早已變更為住宅區，某甲乃委請律師致函某乙，主張錯誤而撤銷其所為出售之意思表示，某乙則主張該錯誤係因某甲自己之過失所致，依民法第 88 條第 1 項但書之規定，不得主張撤銷，試問孰為有理？討論意見：甲說：(一)民法第 88 條第 1 項但書所謂之過失，係指抽象之輕過失而言。亦即表意人如未盡善良管理人之注意，而致其意思表示有錯誤，即不得主張撤銷，以免有礙交易之安定（學者施啟揚贊同此說。最高法院 60 年台上字第 1108 號判決所指：「土地使用種別經編定後，應由縣政府公布之，人民不能諉為不知，如有不知，亦屬自己之過失。」，似不論表意人主觀上之注意能力，而一概賦予表意人善良管理人之注意義務，採

<sup>58</sup> 張哲源(2005)，〈意思表示之解釋與錯誤〉，《玄奘法律學報》，4 期，頁 169-170。

<sup>59</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會民事類第 1 號法律問題。

抽象輕過失說)。(二)以本件之情形而言，某甲並未盡善良管理人注意，不得以其所為出售土地之意思表示錯誤而主張撤銷。乙說：(一)民法第 88 條第 1 項但書所謂之過失，係指重大過失而言。蓋因表意人之意思表示果有錯誤，即應給予撤銷之機會，不宜限制過嚴，以免造成表意人不可測知之損害(日、韓民法均規定為重大過失，學者王伯琦贊同此說)。(二)以本件之情形而言，某甲因未閱覽政府公告而致不知土地使用區分變更之事實，不能謂其欠缺一般人之注意，而認其具有重大過失，應認某甲得依錯誤之規定主張撤銷其出售土地之意思表示。丙說：(一)民法第 88 條第 1 項但書所謂之過失，係指具體之輕過失而言。蓋因既曰「錯誤」，鮮有非由於表意人過失者，如解為抽象之輕過失，則表意人幾無行使撤銷權之機會；若解為重大過失，則撤銷權行使之機會過多，又於交易安定有礙；以採取具體輕過失較能有所兼顧 (學者鄭玉波、黃右昌贊同此說)。(二)況民法第 88 條撤銷權之規定，乃係為救濟因表意人主觀上之認知與事實不符，因而造成意思表示錯誤之情形而設，其過失之有無，自以其主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷標準，較能與立法意旨相呼應。(三)以本件之情形而言，某甲已高齡 75 歲，且又不識字，其注意之能力本較一般人為低，而土地使用區分之變更，既僅由縣政府以公告之方式週知，某甲未能即時得知，自難謂某甲未盡其與處理自己事務同一之注意，應認某甲得依錯誤之規定主張撤銷其出售土地之意思表示。」，經研討結果係採丙說，即以具體輕過失來作為判斷標準。且由於具體輕過失係以是否有與處理自己事務採取同一注意為基礎，考量該案件中之表意人為高齡人士，對於注意能力之程度顯較一般人低落，其並未前往向限政府作查證之動作，難認有過失。然則，細繹上開座談會之意見，依乙說之立場，即便採取重大過失之見解，即使表意人並未向政府閱覽公告(即查證)，亦難謂有違反一般人之注意義務。

在該 84 年座談會過後，實務發展對於表意人不知或誤認公法上規範限制有無過失之認定，往往與公法規範之公示性具有連動性：

## 一、法令資訊如未達公告週知，表意人之不知難謂有過失

臺灣高等法院 103 年度重上字第 417 號判決認為：「系爭契約簽訂後，系爭房地市價因桃園都會區捷運綠線規劃案資訊公布而上漲，並不影響系爭契約已簽訂生效之事實；縱兩造簽約時系爭房地所在區域有捷運規劃一事，並可能影響房價，此項不知，應屬上訴人自己之過失，上訴人以錯誤為由，撤銷買賣意思表示之抗辯，亦非可取。」，本判決認為當事人不知系爭房地有捷運規劃應屬有過失。經上訴後，最高法院 105 年度台上字第 222 號判決認為：「前揭計畫係於 101 年 4 月 16 日決標後進行規劃，於 102 年 5 月 13 日公告公開展覽計畫草案內容等旨及套圖暨出售行情表，似難謂上開資訊與系爭房地周邊地價全然無關，且上開資訊於締約時是否已達眾所周知？是否為上訴人應知而未知之事項，原審胥未調查審認，逕以地價上漲與所簽訂契約不生影響，且不知係屬上訴人之過失為由，遽為上訴人不利之判斷，自嫌疏略。」似認為並非所有政府所公告之法令規章均屬於當事人所應知悉之事項，而應視該法令資訊是否已達眾所周知而定。

## 二、相對人之錯誤告知得阻卻表意人之過失

臺灣高等法院 90 年度上字第 867 號判決認為：「被上訴人以購地建屋做為買賣契約之重要內容，以之詢及上訴人及辦理移轉所有權登記之代書唐嘉才，自非屬被上訴人買賣之動機，此經證人蘇真美、原審共同被告唐嘉才證述無訛，而上訴人為系爭土地之出賣人，其對於給付合於債務本旨及屬契約重要內容之物之性質，自應檢查給付物之必要，且系爭土地自 75 年 12 月 5 日即經桃園縣政府發布實施都市計畫內，已將系爭土地之使用區○○○道路用地而不得建屋，此有前揭使用分區證明書在卷可考，又兩造簽訂上開買賣契約前，系爭土地於 88 年間經桃園縣平鎮地政事務所實施重測，因上訴人住所不明致無法送達，經公示送達後及公告重測結果後，上訴人仍未於公告期限內前往閱覽重測結果，此經桃園縣平鎮地政事務所前述 91 年 7 月 1 日平地測字第 0910003253 號函敘甚明。此外上訴人於買賣契約訂立後，因對上開重測結果存疑，乃申請實地測量，經內政部土地

測量局派員會同上訴人至實地測量，上訴人亦未查明系爭土地之使用分區限制是否符合建屋之債務本旨，雖未違反買賣契約所定應盡之義務，惟其履行債務過程中應有過失，殊難辭其過失之責，反觀被上訴人因上訴人怠於為查明系爭土地使用分區之限制，始終無法知悉上開限制，被上訴人詢及上訴人及代書唐嘉才，亦經告知系爭土地可以建屋，實無從得知系爭土地已有前述限制，而其未能得知殊無過失之可言，依前揭規定，被上訴人本於意思表示錯誤之法理，主張撤銷上開買賣之意思表示，洵屬有理。」，此見解並經最高法院 93 年度台上字第 780 號判決所維持，並進而提出：「依卷附 88 年 7 月 28 日列印之系爭平鎮市○○○段 396 號土地登記謄本，系爭土地之使用分區為空白，亦尚未分割，則原審認定被上訴人不知系爭土地限建而與上訴人為買賣之意思表示，為無過失，難謂違背法令。」是以，本判決對於過失之認定，倘若出賣人先行為怠為查明而未告知，則買受人對於內容所為之誤認即難謂有過失之可言。值得注意的是，對此之癥結點實亦涉及告知義務之程度與告知義務之範圍問題，容後詳述。

### 三、表意人需向政府為法令之查詢方得阻卻過失

最高法院 99 年度台上字第 678 號判決認為：「按民法第 88 條撤銷權之規定，乃係為救濟因表意人主觀上之認知與事實不符，致造成意思表示錯誤之情形而設，其過失之有無，自應以其主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷標準。查原審僅以被上訴人於投標前無法進入系爭土地現場查看並實際進行坡度勘測，即謂其無法向台北市政府產業發展局查詢系爭土地之實際坡度為何、有無使用限制或得否建築等情，而認其就投標之意思表示內容錯誤為無過失之主張為可採，對於被上訴人不能至現場查勘何以即不能向主管機關查詢一節，未說明其認定之依據及理由，已有推論過程不符經驗法則及論理法則與理由不備之違法。」本判決明揭民法第 88 條第 1 項錯誤之認定採取具體輕過失標準，並就具體輕過失之認定，除表意人應至現場查看標的物外，亦認為有向政府機關查詢法令規範之必要。

最高法院 96 年度台上字第 504 號判決：「縱認系爭土地限制建物興建高度，有減少土地價值等之瑕疵，上訴人應買之意思表示有錯誤，亦因其怠於投標前查詢所致，應自負過失之責，不得依民法第 88 條之規定，以其投標應買之意思表示錯誤為由而撤銷。」本判決亦認為對於公法上規範之限制規定，買受人應有自行查詢之義務，如未為查詢者，即應自行承擔不利益之風險，難謂其為無過失。

從上開實務見解可知，對於表意人無過失之認定，尚未達成一致之共識，並有寬嚴不等之認定標準，僅於最高法院 99 年度台上字第 678 號判決<sup>60</sup>中明揭採取具體輕過失之認定，並認為在具體輕過失之基礎上，表意人應有向政府機關查詢法令限制之義務。

值得思考的問題是，採取具體輕過失見解者，大多認為如表意人未向行政機關為法令查詢者，難謂已盡與處理自己事務為同一之注意；採取重大過失見解者，則認為表意人雖未向行政機關為法令查詢，難謂欠缺一般人之注意，而就表意人應具體採取何種作為方謂無違注意義務，本文以為仍不宜偏離生活交易之常態。舉例而言，單就不動產法令限制之公法規範類型，包括有使用分區限制、地目限制、建築高度限制、公共設施規範限制、都市計畫限制、建蔽率、容積率等不勝枚舉，如認表意人均有向行政機關為法令查詢之作為，試問，表意人該如何得知應查詢哪一類型之法令規範限制？實務見解認為表意人怠於前往行政機關查詢致無從知悉等語，實係倒果為因，蓋如本文前述，不動產法令之限制種類廣泛，倘若表意人已查詢地目規範，然事實上不動產是因都市計畫法所受之限制，可否謂未盡處理自己事務之同一注意？倘認為應查詢到正確之法令規範堪認無過失者，則幾無適用撤銷之空間。

再者，採取具體輕過失見解者，如未能盡到與處理自己事務同一之注意，通常亦該當重大過失責任，如認為公法上規範限制之存在，應由買受人前往政府機關查證，如未能查證即謂有過失者，則買受人恐亦無從主張物之瑕疵擔保責任(民

<sup>60</sup> 相同採取具體輕過失見解者，可參考：臺灣高雄地方法院 93 年度訴字第 1393 號判決、臺灣基隆地方法院 99 年度訴字第 197 號判決。

法第 355 條第 2 項規定參照)，對於買受人而言，似過於嚴苛。因此，本文以為，對於因誤認公法上限制規範存在之法律錯誤情況，對於過失之認定標準，不宜以有無前往行政機關為法令查證作為認定標準。承如本文前述，對於法律錯誤或不知法律之情況得否主張撤銷，其過失之認定，實際上涉及當事人對於公法上規範之注意義務，亦即對於法律有所誤認或不知法律之原因，如屬於一方知悉而消極隱匿致他方當事人不知或有所誤認，實涉及有無違反告知義務的問題。

同時，構成標的物性質之錯誤往往亦同時構成物之瑕疵<sup>61</sup>，有主張<sup>62</sup>物之瑕疵擔保責任之規定應排除性質錯誤之適用，理由在於買受人因重大過失而不知瑕疵者，出賣人不負擔保責任，若許買受人得依性質錯誤而主張撤銷，有損出賣人之利益；另有主張<sup>63</sup>物之性質構成瑕疵時，出賣人應負瑕疵擔保責任，而瑕疵擔保為買受人之權利，並非出賣人之權利，因此出賣人不得另以性質錯誤為由主張撤銷，否則瑕疵擔保之規定將流於形式，若物之性質並不構成瑕疵，如出賣之物品質高於應有品質者，出賣人即可主張錯誤而撤銷；多數學者<sup>64</sup>見解則認為性質錯誤與瑕疵擔保應構成併存競合關係，當事人得選擇主張之。

#### 第四項 比較法觀點—以國際商事通則 Principle of International Commercial Contracts (2010) 為例

在跨境交易之國際買賣關係中，對於法律錯誤之發生，可能因交易當事人之一方對於外國當地法律制度之不熟悉而使此種錯誤類型更趨於複雜。如以國際法上規範對於法律錯誤之定位，國際商事通則 Principles of International Commercial Contracts(2010)第 3.2.1 條<sup>65</sup>規定：「錯誤是指當訂立契約時發生事實或法律上之

<sup>61</sup> 對於瑕疵擔保責任與錯誤關聯性之發生情況，可參考林誠二(2012)，《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3 版，頁 115，台北：瑞興。

<sup>62</sup> 黃立(2005)，《民法總則》，修訂 4 版，頁 283，台北：元照。郭麗珍(1998)，〈公法上之負擔、使用限制與瑕疵擔保責任〉，收於：黃啟禎(等著)，《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集第三冊》，頁 230-231，台北：三民。

<sup>63</sup> 鄭冠宇(2015)，《民法債編總論》，頁 308，台北：新學林。

<sup>64</sup> 王澤鑑(2014)，《民法總則》，增訂新版，頁 420-422，台北：自版。陳聰富(2014)，《民法總則》，頁 281，台北：元照。林誠二(2012)，《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3 版，頁 117，台北：瑞興。

<sup>65</sup> Principles of International Commercial Contracts Article 3.2.1:「Mistake is an erroneous assumption

誤認。」，明文錯誤包括事實錯誤與法律錯誤二種，對於法律錯誤之法律效果適用無異於事實錯誤。

而發生錯誤之時點，國際商事通則同樣限於契約成立時的時點，其目的在於區別錯誤與債務不履行之適用，倘若一方當事人對於事實或法律之內容有誤解而訂立契約，即有錯誤法則之適用。相對而言，如當事人正確理解周圍環境但錯誤判斷契約之前景因而拒絕履行者，此時，應為不履行契約而非錯誤的問題。

另依國際商事通則(2010)第 3.2.2 條<sup>66</sup>規定：「(1)一方當事人於契約成立時發生重要性錯誤，且該錯誤係一般處於此情狀下之合理之人，知悉此錯誤將訂立不同之條款或根本不訂立契約時，符合下列情形之一者，得主張契約無效：(a)他方當事人發生相同錯誤，或造成該錯誤，或明知或應該知悉此錯誤違反公平交易之合理商業標準，使一方當事人處於錯誤之狀態中。(b)他方當事人尚未依其對契約之信賴為履約行為。(2)如有下列情形之一者，錯誤之一方不得主張契約無效：(a)出於重大過失而發生之錯誤；(b)錯誤所涉及之事項，其發生錯誤之風險係由錯誤方所承擔者，或考慮到相關情況應由錯誤方承擔時。」本條規定當事人得主張契約無效之錯誤必須是重要性之錯誤始告該當，對於重要性與否之認定則採取客觀與主觀之標準，亦即一合理之人處於錯誤表意人相同情況下，如果知悉真實情況將不會訂立此契約，或是將訂立完全不同之契約條款者，此時，該錯誤方可被認定為重要。

相較於使用列舉錯誤之法制規範，第(1)項規定採取抽象開放式之規範方法，以彈性處理方式將所有當事人之意思與契約狀況均含括在內。如為通常商業交易

---

relating to facts or to law existing when the contract was concluded.」

<sup>66</sup> Principles of International Commercial Contracts Article 3.2.2: 「(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and (a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or (b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract. (2) However, a party may not avoid the contract if (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.」

中所發生的，例如有關當事人就商品或服務之價值、期望或動機，並不屬之，他方當事人身分之錯誤或個人素質之錯誤，亦同。惟於特殊案例類型，例如，當服務之提供是要給具有特定個人條件者或貸款是基於貸款人之信用價值時，則例外認為屬於重要性錯誤。

除了一般處於此情狀下之合理之人，知悉此錯誤將訂立不同之條款或根本不訂立契約此一要件外，表意人得否主張契約無效，取決於他方當事人是否亦發生相同錯誤。例如 A 和 B 在簽訂買賣汽車之契約時，均不知道汽車已經被盜的事實，此時得主張契約無效。錯誤如是由他方當事人所造成的，不問係明示、默示、過失、無知、甚至是沉默而造成錯誤之情形<sup>67</sup>，均屬之；倘若錯誤是因故意所造成者，或是他方當事人明知或應該知悉此錯誤違反公平交易之合理商業標準，使一方當事人處於錯誤之狀態中，則係有詐欺之適用。

除此之外，錯誤之當事人有下列兩種情形者，例外不得主張契約無效：(a)表意人因重大過失而產生之錯誤，倘若仍允許表意人主張無效有失公平時。(b)錯誤的風險係由表意人所承擔，或表意人應承擔此風險時。錯誤風險之假定在投機性契約中很常見，一方當事人於締結契約時可能希望其在締約時所推測的事實將成真，此時他就必須承擔當該推測事實不成真時之風險，而無從主張契約無效。

至於意思表示錯誤與債務不履行請求權間之適用關係，國際商事通則(2010)第3.2.4條<sup>68</sup>明文規定：「如當事人得主張債務不履行者，則不得以錯誤為由主張契約無效。」本條規定旨在處理當錯誤之發生與債務不履行之間產生競合時之適用關係，應優先適用債務不履行，理由在於當此事實情況發生時，可能產生債務不履行與錯誤體系中對於當事人補救措施之潛在衝突(因錯誤之法律效果為得主張契約無效)，此時優先適用債務不履行之將較為彈性。

<sup>67</sup> International Institute for the Unification of Private Law, 2010, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*(pp.101-102), Rome:UNIDROIT, from UNIDROIT website: <https://www.unidroit.org>.

<sup>68</sup> Principles of International Commercial Contracts Article 3.2.4: 「A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance. 」



相較於我國民法對於法律錯誤之隱晦解釋，國際商事通則明揭法律錯誤為得主張錯誤之型態，此可能係因在國際交易習慣中，對於各國內國法規範之誤認、不知與誤解，相較於單純國內法之交易，有其顯著之重要性，且亦屬於當事人容易混淆誤認之處，以明文肯認之方式規範更益徵政府之公法上規範在契約關係中存在之定位與角色，有日趨重視之必要。而且當事人對於錯誤之主張，亦限於當事人因重大過失而不知或理應知悉錯誤存在者，方屬例外不得主張契約無效，此或許可以作為我國實務上對於民法第88條第1項表意人過失程度認定之混戰中尋求借鏡。

## 第四章 公法上規範於契約履行階段之限制與影響

本章所要討論之事項與上述不同在於該公法上規範雖於契約成立時即告存在，但是非屬禁止或強制規定，或者該公法上規範於契約成立後方經行政機關公告訂定或修正該公法規範限制規定者，此時，並無民法第 71 條或第 246 條無效之適用，惟仍有因該公法上規範致該已存在並有效之民事契約受有限制，或影響契約之履行。

### 第一節 公法上規範與物之瑕疵交錯適用

以買賣不動產契約為例，契約成立時該買賣契約之標的物本身即受公法上規範限制者，則可能產生該公法上規範之限制是否構成買賣標的物之瑕疵，而得由買受人主張解除契約。

#### 第一項 案例一受建築法令限制致無法建築房屋之買賣契約

##### 一、事實概要<sup>69</sup>

本件被告及呂明庚(第一審被告)共有坐落臺南市○○區○○段○○地號土地，應有部分各 1/4 (下稱系爭土地)，兩造於 102 年 6 月 30 日就系爭土地簽訂買賣契約，並約定由被告無償讓與其共有之同段 843、892、893 地號土地所有權，原告亦給付被告簽約金共 160 萬元。因系爭土地為袋地，而原告向被告購買系爭土地目的在於建屋出售，被告告知原告系爭土地平常係由已供鄰人通行 20 多年之 892、893、923、924 地號土地聯外通行，並慮及原告日後使用土地之便利性，乃將其所有之 3 筆畸零地 843、892、893 地號土地無償讓與原告。嗣原告發現 923、924 地號土地並非既成道路，且上開土地所有權人拒絕出具通行同意書，故系爭土地無法建屋。原告爰起訴主張系爭土地有不能指定建築線，減少其通常效用、減低經濟價值之瑕疵，依民法第 359 條、第 360 條規定，解除系爭買賣契約，並依民法第 259 條第 1 款、第 2 款規定，請求被告及呂明庚返還簽約金 160 萬元。

<sup>69</sup> 本件案例事實來源：臺灣高等法院臺南分院 104 年度上易字第 118 號判決。


本件訴訟爭點與本文討論事項有關的部分在於原告所買受之土地因未面臨既成道路，基於建築法規之管制規定致其無法在系爭土地上建築房屋，而使其買受土地之建築使用目的無法達成，原告得否依民法第 359 條規定解除買賣契約。

本件雖因建築法令之規範致建築目的無法達成，然因該公法上規範並非屬於民法第 71 條規定之強制或禁止規定範疇，而屬於人民依據建築法申請核發建築執照並由政府機關賦予得建築房屋之權利，因此，在雙方買賣契約仍屬有效之前提，探討該公法上規範究竟對該買賣契約產生如何之規制效果。

## 二、判決要旨

本件法院判決駁回原告之請求，其理由與本文討論有關的，整理如下：

原告購買系爭土地之前，已先看過土地之現場情況，且原告本於長達 1、20 年建商之專業，對於系爭土地是否為袋地、有無對外聯絡道路或既成道路、可否申請指定建築線、被通行土地之所有權人需要出具土地使用同意書等建屋有關事項，自無法諉為不知或不經過任何查證、確認。且原告在簽約之前，經由訴外人王順寬代書之告知已知系爭土地要通過私設的道路才能對外通行連接馬路，則原告本於建商之專業，應知若要借用上開私設道路指定建築線以建屋，必須取得其土地所有權人之使用同意書始可，不可能單信被告所言 923、924 地號土地係既成道路，即認為可以未經 923、924 地號土地所有權人之同意而指定建築線於該私設道路。本件被告僅就其所知據實告知系爭私設道路已經通行 20 年，而誤認 923、924 地號土地已成為法律意義上之既成道路，並非故意以不實之事項告知致原告陷於錯誤，是以，原告主張被告曾向原告保證系爭土地有既成巷道而能建築房屋，且系爭土地不能指定建築線，亦有減少其通常效用、減低經濟價值之瑕疵，依民法第 359 條、第 360 條規定解除系爭買賣契約之請求，並無理由，而駁回原告之訴。

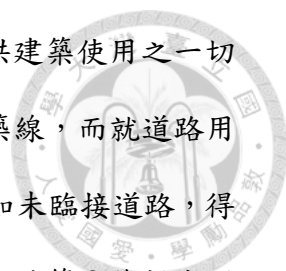


本判決之見解揭發買受人基於 20 年專業建商之立場，應有自行查證系爭土地究竟得否建築房屋，亦即，對於系爭土地有無面臨既成道路、有無鄰接私有道路須取得土地所有權人之土地使用同意書等建築法令上之限制規範，難認其得消極聽信出賣人之片面之詞，而主張系爭土地有不能建築之瑕疵得解除契約。倘若暫且不問無法建築房屋之土地是否屬於民法第 359 條所稱之瑕疵，本判決似已明確指出土地之買受人有自行查證公法上規範限制存在與否之義務，雖判決並未將「查證」一事逕行認定屬於義務之類型，然對於此積極查證作為於法律上之定位為何？本判決並未予以詳加論述，僅從一般買賣常情與買受人之專業知識而為推論，然而，須加以延伸思考的問題在於，是否所有不動產買賣契約之買受人對於所有公法規範存在與否，均應有自行查證之責任？查證之範圍？倘若業已盡其所能查證仍未能得知者，法律效果有無不同？均值得進一步研究。

## 第二項 既成道路於建築法上之規範意義

在探討買賣契約之買受人有無查證作為以前，應先就原告所爭執之既成道路與否，究竟與建築法規之規範有何關連性，先行予以釐清，縱使建築房屋之土地並未面臨既成道路者，是否即無建築之可能性，此即涉及到計畫道路、既成道路與私設道路之區別。


依據建築法第 30 條規定：「起造人申請建造執照或雜項執照時，應備具申請書、土地權利證明文件、工程圖樣及說明書。」、建築法第 48 條規定：「直轄市、縣(市)(局)主管建築機關，應指定已經公告道路之境界線為建築線。但都市細部計畫規定須退縮建築時，從其規定。前項以外之現有巷道，直轄市、縣(市)(局)主管建築機關，認有必要時得另定建築線；其辦法於建築管理規則中定之。」、94 年 6 月 20 日廢止前之臺灣省建築管理規則第 11 條第 1 項規定：「申請建造執照除依本法規定外，並應檢附左列文件：一、土地權利證明文件：(一)土地登記簿謄本。(二)地籍圖謄本。(三)土地使用同意書(限土地非自有者)」，



基本上可知，申請建築執照或雜項執照時，申請人應取得土地提供建築使用之一切權利文件，並由直轄市、縣(市)主管機關指定經公告道路之建築線，而就道路用地一般可分為計畫道路、既成道路、私設道路三種，建築基地如未臨接道路，得以私設道路連接道路申請建築，此為建築技術規則建築設計施工編第 2 條規定所明揭。私設道路如非屬申請人自己所有者，則應由申請人出具土地所有權人之使用同意書以作為土地權利證明文件，方得由政府機關據以核發建築執照。

對於私設道路，孫森焱大法官釋字第 400 號不同意見書中指出：「...私有土地存有公用地役關係之原因或因政府未經徵收即先行開闢為道路者；或因人民自行闢設為道路者；或依都市計畫寬度開闢為道路而未辦理徵收者，不一而足。其因人民自行闢設為道路者，則有為行善而鋪橋造路或願無償提供土地於公眾通行者；亦有建設公司為推行社區建築物之出售案，預先規劃道路用地，供公眾通行之用，增加社區建築基地之價值者。...依建築法第 101 條規定訂定之臺灣省建築管理規則第 4 條及高雄市建築管理規則第 3 條就『現有巷道』設有規定，將『供公眾通行，具有公用地役關係之巷道』與『私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意者或捐獻土地為道路使用，經依法完成土地移轉登記手續者』二者併列...如能限於編為道路用地之部分，始辦理徵收補償，其與建築法第 48 條之規定限制土地所有人不得建築房屋之意旨方能呼應...」，本意見書雖係聚焦於既成道路與私設道路應否同受政府徵收補償一事所為之論證。然查，其亦已明確指出私設道路與既成道路、計畫道路在申請建築執照之建築線指定上，與日後供公眾通行之功能與目的並無不同，而應認具有相同之公法上法律地位。

土地之原所有權人出具土地使用同意書於實務上常見之案例，多發生在土地所有人與建築物起造人所簽訂之合建契約書，由一方當事人提供土地予另一方當事人合建，待建築物完成後再將土地分割，其中一部分土地及其上建築物之所有權分歸由另一方當事人取得。但在建築物開始建造之前，須先由一方當事人(即



土地所有權人)先行出具土地之使用同意書供另一方當事人向地方政府申請核發建造執照。在實務上運作上，通常提供土地使用同意書之土地所有權人已將上開土地之通行價值計算受償，諸如建商為推行社區建築物之出售案，預先規劃道路用地並接洽土地所有權人提供土地使用同意書予地方政府，供公眾通行之用，以增加社區建築基地之價值，並事先將該道路用地之對價交付予土地所有權人，之後轉化為建築成本轉嫁於買受社區區分所有權人之買賣價金中。

準此，建築法第 30 條、第 48 條、廢止前臺灣省建築管理規則第 11 條第 1 項規定之要求建築執照申請人須面臨既成道路、計畫道路或由土地所有權人提出土地使用同意書，實屬於行政機關在人民申請建築執照時所為之公法上規範限制。此亦為本件案例中系爭土地並未面臨既成道路，且土地所有權人亦不願意出具使用同意書，爰其買賣系爭不動產契約之建築使用目的無法達成，方提起本件訴訟之緣由。

### **第三項 建築法令規範限制與物之瑕疵擔保責任**

對於上開建築法第 30 條、第 48 條要求建築執照申請時須面臨既成道路、計畫道路或由土地所有權人提出土地使用同意書之限制，倘若於訂立上開不動產買賣契約之時即已存在，而買受人於取得不動產後，發現有上開公法規範之限制者，則得否主張該不動產有瑕疵，而得主張瑕疵擔保責任？此問題應先從瑕疵擔保制度裡所定義物之「瑕疵」概念談起。

#### **第一款 瑕疵認定**

按買賣契約成立後，依據民法第 348 條規定，物之出賣人負有交付買賣標的物並移轉其所有權之義務，當出賣人所為之給付具有瑕疵者，出賣人應負擔瑕疵擔保責任。對於標的物是否具有瑕疵之判斷標準，有採主觀說，即視出賣人所交付之標的物有無與當事人買賣契約所合致之狀態，或背離原契約之目的，致生減損標的物之效用或價值者，如當事人未於契約中特別加以表明者，則以客觀標準

是否符合一般通常效用而定，因此，產生瑕疵之判斷兼採主觀與客觀標準之主客觀理論<sup>70</sup>。

另依我國民法第 349 條至第 353 條、第 354 條至第 359 條規定，又可區分為物之瑕疵與權利瑕疵二類。所謂權利瑕疵係指標的物受有第三人主張或限制權利，而物之瑕疵則指標的物有效用或價值之減損或滅失，常見的狀況，當屬標的物本身之物理上瑕疵，如房屋漏水、海砂屋、或買受並未符合建築技術規則要求之不動產，例如混泥土強度不足，買受人得據以主張瑕疵擔保責任；但是，問題亦可能發生在當買受人買受符合建築法規之不動產，卻因公法規範之規定內容不符合買受人之預期時，實務上亦有對出賣人主張瑕疵擔保責任之可能。

毋寧對於物之瑕疵與權利瑕疵之區分標準存有學說上之爭議，以本案為例，買賣受有建築法規限制之不動產，如買受禁建之土地、土地使用分區限制之土地等，究竟屬於物之瑕疵或權利瑕疵？有論者<sup>71</sup>認為物質上欠缺及法律上欠缺均屬於物之瑕疵，倘若建地遭禁建應屬於通常效用之瑕疵；有論者<sup>72</sup>從瑕疵排除可能性來觀察，如該標的物之瑕疵屬於不可能由出賣人所排除或任何出賣人均無法排除者，應認受有法律上限制之不動產應屬於物之瑕疵；亦有論者<sup>73</sup>認為應視該瑕疵究係存在於權利或物而定，公法上限制如係針對標的物本身所設者，如建築物老舊，基於安全之緣由而禁止居住等，應屬物之瑕疵，如係限制該標的物之使用用途，如都市計畫法之禁止建築者，實係對於標的物所有權人之所有權使用、收益、處分權能之限制，應屬權利瑕疵；復有論者<sup>74</sup>認為依該瑕疵是否涉及標的物本身之效用性外，仍應顧及買受人之可預見性，不應以瑕疵排除之可能性作為單一之判斷標準，透過目的性解釋得出應適用物之瑕疵擔保責任或權利瑕疵擔保

<sup>70</sup> 蔡晶瑩(2010)，〈物之瑕疵之判斷與種類物買賣〉，《台灣法學雜誌》，159 期，頁 88。

<sup>71</sup> 邱聰智(著)、姚志明(修訂)(2008)，《新訂債法各論(上)》，頁 110-111，台北：元照。

<sup>72</sup> 蔡晶瑩(2005)，〈出賣人之瑕疵擔保責任物之瑕疵的概念〉，《月旦法學教室》，30 期，頁 17。其並指出：「尚包括了因為標的物與外界環境結合而產生了與其本質因素相關聯之事實、經濟及法律上的關係，此等關係如果因而造成買賣標的之價值或效用的滅失或減少時，解釋上也屬於物之瑕疵之範疇。」

<sup>73</sup> 李淑明(2017)，《債法各論》，8 版，頁 18，台北：元照。

<sup>74</sup> 郭麗珍(1998)，〈公法上之負擔、使用限制與瑕疵擔保責任〉，收於：黃啟禎(等著)，《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集第三冊》，頁 226-227，台北：三民。

責任之規定；再有論者<sup>75</sup>以為對於公法上使用限制倘係存在於標的物本身者，則應歸類為物之瑕疵，例如建築物因老朽不堪使用經政府公告禁止居住者，至於公法上使用限制是存在於物本體以外者，則應屬於權利瑕疵，例如土地本身完好，僅因都市計畫原因而限制建築；甚有論者<sup>76</sup>認為公法上使用限制之瑕疵，就物本身而言並無瑕疵，而係因法令上對於物之使用權所為之限制，應屬於權利瑕疵，且解為權利瑕疵者，因該瑕疵均無法排除，買受人得不經催告，解除買賣契約，對於買受人而言較為有利。上開學說上之爭論均各有見地，對此問題之爭執仍未有定論。

本文以為，對於不動產受有公法上規範限制之情形，究竟屬於物之瑕疵或權利瑕疵，有其區別之實益。所謂權利瑕疵可分為權利無缺之擔保(民法第 349 條)及權利存在之擔保(民法第 350 條)，全力追奪之擔保常見之情況為出賣他人之物，經第三人請求返還標的物之情形。因公法上規範之使用管制限制是一個消極存在的事實，殊難想像公法上規範會對買受人主張何種權利，至多僅因該公法規範存在之現況，經人民檢舉或政府發現，進而依公法規範予以限制、禁止或命回復原狀，惟政府之此種行政處分作為亦難謂屬於對買受人主張權利之行為，實與民法第 349 條所規定之「出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。」未盡相符。雖然因為該公法上規範存在的結果，確實有使所有權人遭受所有權使用、收益上限制之結果，然而，回歸本質，仍屬於減損了該不動產之效用與價值，堪認屬於物之瑕疵的一種態樣。

或有認為倘以造成標的物價值、效用之減損就是屬於物之瑕疵者，那麼第三人對於標的物主張權利亦會造成價值、效用之減損，豈非權利瑕疵擔保永無適用之可能。然查，因權利瑕疵擔保責任之法律效果，涉及民法第 353 條規定之適用問題，多數學者認為可分為兩種，其一是民法第 348 條契約主給付義務之不履行，此為標準、典型之債務不履行，而與一般債務不履行無異，因此關於債務不履行

<sup>75</sup> 黃茂榮(2002)，《買賣法》，增訂 5 版，頁 331-337，台北：自版。

<sup>76</sup> 陳聰富(2017)，〈出賣人擔保責任與債務不履行之關係〉，《月旦法學雜誌》，261 期，頁 18-20。



之要件與法律效果均應一體適用；至於違反第 349 條、第 350 條權利瑕疵擔保之規範者，因此部分之權利瑕疵擔保責任，為無過失責任，屬於特別規定，因此無須如債務不履行中可歸責性之要求，而應認僅適用債務不履行之法律效果。基此，當出賣人所交付之標的物存有權利上瑕疵者，依據民法第 349 條、第 353 條規定，視該權利瑕疵在客觀上是否得以除去，而分別準用「給付遲延」與「給付不能」之法律效果，若該瑕疵可以除去者，買受人得依民法第 353 條準用第 231 條規定向出賣人請求遲延損害賠償；倘若該權利瑕疵無法除去者，則依據民法第 353 條規定，將視為債務不履行，得準用民法第 256 條規定解除契約，並準用民法第 226 條規定請求全部不履行之損害賠償，是以，權利瑕疵擔保責任賦予買受人得向出賣人請求補正之法律效果，與物之瑕疵擔保責任有所不同。惟以公法上規範限制所致標的物無從自由使用收益之瑕疵而言，幾無排除瑕疵之可能性(無從補正)，如認為屬權利瑕疵者，則出賣人應負擔全部不履行之損害賠償責任，恐生不合理之情況。舉例來說，買受人所購買之建地因存有建蔽率上之限制，使其無從為全部土地面積之完全建築使用(惟仍得在建蔽率之限制內為部分土地之建築)，在此案例中，倘若認為買受人仍得依民法第 353 條準用債務不履行規定主張解除契約、請求損害賠償，恐有失衡平。基上，就公法上規範限制所致標的物之通常價值、效用減損情況，宜認定屬於物之瑕疵，賦予買受人可以透過民法第 359 條規定請求解除契約或減少價金之方式，來解決不同類型之公法上規範限制，並依限制之程度衡量買受人得主張之法律效果有無顯失公平，較為妥適。

對於受有建築法令規範之土地致不能建築或建築受有限制之情形，最高法院 49 年台上字第 376 號判例<sup>77</sup>指出：「上訴人出賣與被上訴人之土地，登記之地目既為建築用地，依民法第 354 條第 1 項之規定，自負有擔保其物依第 373 條危險移轉於買受人時，無減失或減少其價值之瑕疵，或減少通常效用或契約預定效用之瑕疵。茲系爭建地在交付前既屬於運河碼頭用地，依照都市計劃不得為任何建

<sup>77</sup> 相同見解：最高法院 49 年度台上字第 552 號判決、最高法院 59 年度台上字第 912 號判決、最高法院 94 年度台上字第 1112 號判決。

築，則不惟其通常效用有所減少，抑且減低經濟上之價值，從而被上訴人以此項瑕疵為原因，對上訴人解除買賣契約而請求返還定金及附加之利息，自為民法第 359 條、第 259 條第 1 款第 2 款之所許。」明確揭示對於以建築為目的而成立之買賣契約，當買受之土地因都市計畫之規定致不能建築者，屬於減少通常效用之瑕疵。實則，實務上對於因建築法令之規定致無法達成建築目的者，是否均認為屬於物之瑕疵而得主張瑕疵擔保責任？尚未有一致之見解。

## 第二款 實務見解—肯定說

### 1、最高法院 92 年度台上字第 36 號判決(買賣受有建築高度限制之土地)

被告甲○○於 81 年 5 月 5 日購入台北市○○區○○段一小段第 407 地號土地所有權應有部分 9 分之 4，除將應有部分 9 分之 1 登記於其名下，其餘應有部分則依信託登記方式分別登記於被告丙○○等 4 人名下，每人應有部分為 12 分之 1。甲○○本擬與系爭土地其餘應有部分 9 分之 5 地主即被告辛○等 8 人合建，惟因系爭土地屬建築管制區，面積未達 1000 平方公尺者，不得單獨建築，且建築物高度不得超過 4 層樓，甲○○乃提議將系爭土地出售，並獲得辛○等 8 人授權以每坪不低於新臺幣 55 萬元之價格出售予第三人，甲○○即於 82 年 4 月 14 日刊登出售建地之廣告於報紙上。原告戊○○見報後，於翌日與甲○○接洽，被告甲○○明知原告戊○○購買系爭土地係欲即行建築，竟不告知系爭土地有建築管制要點之限制，而於 82 年 4 月 16 日訂立不動產買賣契約，並收受 1040 萬元價金。嗣經原告於同月 20 日申請指定建築線，並於同月 27 日經函知系爭土地有前揭建築管制要點之限制，爰依不當得利、侵權行為、買賣瑕疵擔保之規定及系爭買賣契約第 10 條之約定，求為命被告甲○○、丙○○等四人、辛○等八人應連帶賠償 1040 萬元價金。

本件歷經最高法院發回更審二次，臺灣高等法院 88 年度重上更(一)字第 43 號判決曾指出：系爭建地買賣，在未有特別約定前提下，應以不悖「交易登記之地目、都市計劃說明」等為其通常合理之效用，而系爭土地建物高度限制，並非

限制土地不能建築，而僅就土地使用及建築方式設定管理標準，若謂此為瑕疵，則臺灣地區每筆土地依都市計劃、區域計劃不同所設之管制豈非均有瑕疵，況本件建築高度限制，為公法上使用限制，買受人即戊○○應有探知之義務。次查，戊○○自承甲○○於訂約時曾提供地籍圖及土地登記謄本，則戊○○即應可輕易查知該地號內容及管制情況，從而，戊○○因重大過失不知該建築高度之管制，應無主張瑕疵擔保責任之餘地。

惟上開見解經最高法院 91 台上字第 660 號判決廢棄，並認為：物之瑕疵係指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者即為物有瑕疵。買受人因重大過失而不知有上開瑕疵者，出賣人如未保證其無瑕疵時，固可不負擔保之責，惟出賣人故意不告知其瑕疵者，不在此限。系爭土地受有建築管制要點之限制，需面積達 1000 平方公尺以上，方可申請單獨建築，且受有高度不得超過 4 層樓之限制，被告甲○○於訂約時，消極未告知上訴人此一限制，而原告買受該地係作建地之用，且系爭土地坐落台北市松山第五期重劃區，買賣總價高達 7560 萬元，依通常交易觀念，於此相類土地上興建建物，似以能建築超過四層樓以上之高度為通常效用，則買受後因受有上述之限制，能否謂無效用或品質短少之瑕疵即滋疑義？倘系爭土地有如上之瑕疵，而被告甲○○早知該瑕疵存在，訂約時復明知原告買受該地係作建地之用，而不將該項瑕疵告知上訴人，能否謂無違反誠信原則？果爾，即令原告於買受前未向有關機關詳查底細，即認原告不得依民法第 355 條第 2 項但書規定，主張被上訴人甲○○應負瑕疵擔保責任，進而解除契約並請求返還價金？即非無斟酌餘地。

後經臺灣高等法院 91 年度重上更(二)字第 56 號判決認為：倘於交易習慣或依誠實信用原則，就某事項負有告知真實義務，利用他人不知事情，因緘默致其陷於錯誤；或利用他人已陷於錯誤，因緘默致加強其錯誤之程度者，均構成詐欺。該管制要點固為公告事項，戊○○之夫係從事建築業欲查知系爭土地有限制建築

之規定固非難事，然戊○○於購地之初已表明購買系爭土地之目的在於單獨建築，且現場附近之土地亦蓋有不少房屋，致誤認為可單獨建築，況甲○○訛稱其他地主對價金有意見為藉口，打電話催戊○○正式簽約，並於簽約時一再利用戊○○誤信系爭土地可單獨建築，積極誘令戊○○陷於該錯誤中而為買受系爭土地之意思表示，致不及查明有上開限制，系爭土地既有不能單獨建築等之限制，依交易習慣及誠實信用原則，甲○○本即有告知之義務，卻故予隱瞞不予告知，其消極的隱瞞不予告知，仍屬欺罔行為。準此，戊○○既已撤銷其向甲○○買受系爭土地之意思表示，該買賣契約即視為自始無效，則甲○○受領買賣價金 1040 萬元即屬無法律上之原因，戊○○依不當得利之法律關係，請求甲○○如數返還，即屬正當，應予准許。

本件歷審判決中對於建築高度之限制究竟是否屬於物之瑕疵顯有相反之見解，若從最高法院 91 台上字第 660 號所揭禁之意旨，係從買受人所購買之價金與通常交易習慣，推斷該土地建築高度之限制，應屬於有通常效用之減損。再者，本件判決對於公法上規範之有無、存在與否，明確指出基於誠實信用原則，出賣人有其告知義務，倘若未為告知，認為屬於出賣人之詐欺行為，此與更一審判決(88 年度重上更(一)字第 43 號)認為建築高度限制，為公法上使用限制，買受人應有探知之義務，而不得主張瑕疵擔保責任之見解大相逕庭，顯然在買受人探知義務與出賣人告知義務中，採取較為保護買受人之地位。

## 2、最高法院 99 年度台上字第 264 號判決(買賣內含廢棄道路之土地致無法建築)

本件原告於 96 年 11 月 15 日以新臺幣 275 萬元，購買被告所有坐落屏東市○○段第 1506 號，面積 836 平方公尺土地。原告並簽交發票日各為 96 年 11 月 8 日、96 年 11 月 15 日，金額各為 100 萬元、175 萬元之 2 紙支票予被告兌現。惟 96 年 12 月 4 日申請地政機關鑑界時，卻發現系爭土地上有廢棄道路，其旁又有既成道路，不但無法指出建築線，致無法建築，且日後建屋時又需保留既成道路退

縮建築，被告卻於訂約前未曾告知上開事實。原告認被告所交付之物，具有重大瑕疵，爰解除買賣契約，並起訴請求返還 275 萬元。

被告則主張建築線是否指定與申請建築執照相關，與本件買賣則無任何關係，無礙兩造契約之履行，又原告所指該土地內有廢棄道路一事，依屏東縣建築管理自治條例第 6 條規定，只要向縣政府提出廢止之申請，並經縣政府公告一個月徵求異議即得申請廢止原巷道，故不構成瑕疵，且該土地旁有既成道路此一現況，原告於購買當時早已明知且亦已簽約，自不能再行主張解除契約已為抗辯。

本件第一審屏東地方法院 97 年度訴字第 383 號判決認為：系爭土地上現確有屏東縣政府指定有案之現有巷道存在，若欲申請指定建築線，應依相關法規申辦廢道改道後始得為之。系爭土地現既無法指定建築線，即未能申請建築執照而未能開發興建房屋，則被告所交付予原告之土地即不具備契約通常效用，顯有瑕疵。末按，系爭契約其他特約第 2 條約定：「土地係空地，移交時，乙方（即被告）負責申請鑑界依實測現況點交。」，則契約時已載明為空地，惟被告交付之土地竟有廢棄道路存在，顯與空地之本旨不符，被告自應負物之瑕疵責任，原告依法請求解除契約，顯屬有據，則其請求被告返還已付之價款 275 萬元，應予准許。

經被告提起上訴後，上訴審法院臺灣高等法院高雄分院 98 年度上字第 96 號判決認為：系爭土地上現有屏東縣政府指定有案之廢棄道路存在，雖系爭土地之現狀上未見該巷道，而實際上在屏東縣政府作業系統上確仍存在，非依法申請廢除，仍不得指定建築線，亦即若欲申請指定建築線，應依相關法規申辦廢道改道後始得為之。故系爭土地現既無法指定建築線，即未能申請建築執照亦即未能開發興建房屋，被告所交付予原告之土地，不惟其通常效用有所減少，抑且減低經濟上之價值，顯有重大瑕疵甚明，雖被告主張原告於訂約時即已悉土地上有廢棄道路之事實，並未能舉證以實其說，自難信實，原告主張依民法第 359 條、第

259 條第 1 款第 2 款之規定解除買賣契約，並請求被告返還已付之價金，為有理由。

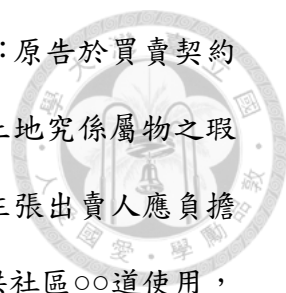
本件判決對於所購買之土地因係廢棄道路致未能申請建築線，以達建築目的者，認定屬於買賣標之物之重大瑕疵，出賣人應負有物之瑕疵擔保責任，且因本件土地現況上係屬於空地，對於買受人是否已知悉該土地為廢棄道路一事，應由出賣人負舉證責任。

3、最高法院 99 年度台上字第 2087 號判決(買賣已出具使用同意書供道路使用之土地)

桃園市○○段 678 地號之土地原為黃正伍所有，被告丙○○、丁○○分別為其配偶、女兒，嗣黃正伍死亡，系爭土地於 91 年 2 月 27 日以分割繼承為原因，登記為被告丁○○所有，兩造於 98 年 3 月 2 日經仲介就系爭土地簽立系爭買賣契約書，被告 2 人均為出賣人，約定買賣價金為 167 萬元，原告並已依約交付該價金予被告。原告於購買系爭土地時，向被告告知購地係為供停車之用，而系爭買賣契約書第 14 條已載明：「簽訂日雙方均已知悉本案不動產現況為作社區○○道」等語，嗣原告依約給付價金，並完成系爭土地所有權過戶登記，於將系爭土地改做停車場之用時，委請地政測量機關函查後，卻受告知被告丁○○之父黃正伍已於 84 年間將系爭土地之使用權提供桃園縣政府作道路永久通行之用。

原告主張被告居住該地，更與前開親戚長期比鄰而居，豈有不知黃正伍已出具土地使用同意書之理？除被告主動告知說明，一般客觀第三人絕無可能知曉所購買之系爭土地已無使用權，爰依買賣權利瑕疵及物之瑕疵擔保責任、共同侵權行為之法律關係，主張解除系爭買賣契約，並依民法第 259 條第 1 款、第 213 條之規定，請求被告給付原告 167 萬元，並應負連帶給付之責。

被告則主張，被告丙○○已明確向台灣房屋業務員表示系爭土地係已做社區○○道使用，無法建築房屋，業務員表示原告都知道，且堅持要買，雙方遂以每坪 6 萬元低於市價行情價格成交。



本件第一審桃園地方法院 98 年度訴字第 1235 號判決認為：原告於買賣契約成立時即已明知系爭土地僅得供道路通行使用乙情，不論系爭土地究係屬物之瑕疵或權利瑕疵，依民法第 351 條前段、第 355 條規定，均無從主張出賣人應負擔擔保之責。復原告於系爭買賣契約書成立前已受告知系爭土地係供社區○○道使用，卻未於契約成立前向桃園縣政府查明，遲至契約成立後始為之，足見原告並無不能查證之情事，原告不知系爭土地已據出具土地使用權同意書乙節，難謂無重大過失。被告丁○○係 80 年 3 月 11 日出生，於黃正伍出具上述同意書時，僅為 4 歲之幼兒，其不知上情，而被告丙○○雖知悉系爭土地係供社區○○道使用，亦係出於前有交易未成功經驗之故，況且，黃正伍生前出具系爭土地之土地使用權同意書，與被告所告知原告之系爭土地係供社區○○道使用乙節，於性質上並無不同，原告依買賣瑕疵擔保責任，請求被告返還 167 萬元為無理由。

本件原告不服第一審判決，經上訴審臺灣高等法院 99 年度上字第 127 號判決認為「土地為社區○○道使用」係事實之描述，供社區○○道使用之土地未必即屬法定空地，亦未必就主建物之興建，出具土地使用權同意書。系爭土地業經被告丙○○之父黃正伍提供與桃園縣政府作道路永久通行使用，且屬法定空地，此與單純設為行車迴轉道差異甚大，行車迴轉道有可能因社區○○路，而廢除此迴轉道，而提供永久通行之用且為法定空地，在其主建物拆除重建之前不可能有所改變，原告買受系爭土地時，只單純知悉系爭土地為行車迴轉道，並不知悉系爭土地業經捐作永久通行之用，且為法定空地之事實。被告抗辯有告知，即應由被告負舉證責任，原審以此部分應由原告負舉證責任，與舉證責任分配原則不符。又購買土地，一般人並不會去查該地是否為法定空地或已出具土地使用權同意書，本件被告亦不知前開情形，原告亦無重大過失。基上，原告買受之系爭土地既有永久通行權及法定空地之存在，而無法使用，被告自應負物之瑕疵擔保責任，原告解除買賣契約並請求返還已付之價金 167 萬元，為有理由，爰廢棄原判決。

本件第一審法院肯定出具土地使用同意書致不能建築之土地，實屬有瑕疵，

對於究係屬於權利上瑕疵或物之瑕疵則並未予以詳細論述，然而，倘若買受人於訂立契約之時已明知該土地上存有瑕疵者，依據民法第 355 條規定出賣人即無須負擔保責任。再者，判決中肯認土地使用同意書出具與否，屬於買受人得向政府函詢查證之事項，並肯認買受人應有自行查證之義務，如買受人於買賣之時並未盡其查證之責任者，即難再主張系爭土地有物或權利上之瑕疵。且雖然本件出賣人並未正確地提供已出具使用同意書之資訊，依判決之見解認為，出賣人既已告知系爭土地之使用現況係供社區道路使用，在結果上與正確資訊提供相同，肯認其提供「相當」之資訊即為已足。

上訴審法院卻持相反之見解，首先肯認受建築法令限制之土地致無法達到使用目的者，應屬於物之瑕疵，且出賣人有告知義務，因迴車道、法定空地與土地使用同意書之事實並不相同，出賣人應有提供「正確」資訊之告知義務，而非「相當」資訊，上訴審法院更認為系爭土地是否為法定空地或已出具土地使用權同意書，此非一般人所得知悉之事項，否認買受人有查證義務。

#### 4、臺灣高等法院 105 年度上易字第 28 號判決(買賣無法建築農舍之農地)

原告張宏業、葉美貞於民國 103 年 9 月 13 日經由訴外人宋淑瑗、林芸竹居間，以總價 1,180 萬元分別向被告張邱秀妹、張敏君購買所有坐落新竹縣橫山鄉○○段○○地號土地（面積分別為 3990.41 平方公尺、2522.08 平方公尺），當日並在訴外人鄧雪櫻經營之新榮地政士事務所簽訂土地買賣契約書，原告張宏業、葉美貞於當日連同訂金共給付買賣價金頭期款即簽約金 120 萬元予被告張邱秀妹、張敏君。原告購買系爭 2 筆土地係為了退休後於自己所有之農地上建造農舍，原告亦曾多次向被告表示其購地目的及使用需求，確認系爭 2 筆土地適於農耕，且得於其上興建農舍。

詎原告依約辦理系爭 2 筆土地移轉登記程序，並向農會申辦土地貸款作業時，赫然發現系爭 2 筆土地為河川區土地，根本無法興建農舍，遂向經濟部水利署第二河川局查詢，始知悉系爭 2 筆土地自 55 年起經臺灣省政府公告屬頭前溪河川



區之水利地，該土地區域內之行為，皆須依水利法第 78 條、第 78 條之 1 規定禁止及限制使用，依農業用地興建農舍辦法第 5 條第 1 款規定不得於其上興建農舍，耕作使用亦須事先經主管機關許可，原告爰依買賣契約第 4 條第 2 項約定及民法第 359 條規定解除系爭買賣契約，並請求返還給付之價金。

第一審新竹地方法院 104 年度訴字第 105 號判決認為查系爭 2 筆土地登記之地目均為田地，使用分區均為特定農業區，使用地類別均為農牧用地，則如未有其他因特定農業區所受之限制外，本即得作為農作、興建農舍及農舍附屬設施、農業設施、畜牧設施及林業使用等，此為系爭 2 筆土地為特定農業區農牧用地本來所應具有之價值、通常效用，亦應係兩造間就系爭 2 筆土地買賣契約之預定效用。惟系爭 2 筆土地乃業經公告屬河川區域內土地，致使系爭 2 筆土地上本應具有得作為農作、興建農舍及畜牧等使用之內容受有水利法規定之禁止或限制，依通常交易觀念，則不惟其通常效用已有所減少，抑且減低經濟上之價值，自屬有瑕疵，且此瑕疵顯無從補正。

衡情購買農地興建農舍使用，已是時下一般農地買賣交易之重要元素，實難以想像原告願以總價達 1,180 萬元購買業經公告為河川區域內不得興建農舍之土地，買受人即原告於兩造間買賣契約成立時不知有該瑕疵，被告亦未舉證原告有何重大過失致不知有該瑕疵，被告自應就系爭買賣標的物即系爭 2 筆土地負物之瑕疵擔保責任。據此，原告主張依民法第 359 條之規定，解除兩造間就系爭 2 筆土地之買賣契約，於法即無不合。

本件上訴審法院判決認為農業用地興建農舍辦法第 5 條第 1 項第 1 款明文規定：非都市河川區土地不得興建農舍。本件系爭土地係位於河川區內特定農業區之農牧地，應受水利法第 78 條及第 78 條之 1 規範，與一般農牧用地得農作、興建農舍及畜牧等使用，著實有別。而原告購買農地為農作及築舍，自應俱一般農牧用地之使用效益，而系爭土地除低莖作物使用外，不得為其他農作，亦不得築農舍，自屬欠缺契約通常效用及價值。系爭土地不能蓋農舍，較一般農牧用地之

使用效益為狹，既兩造於簽約就系爭土地是否位於河川區、得否興建農舍、農作種類、畜牧有無限制等情尚無共識，自應符合與一般農牧用地通常之使用效益，然本件農地位於河川區、農牧應經許可、不能蓋農舍，據此被上訴人依民法第 359 條規定解除契約，並依同法第 259 條請求返還已受領之價金，應予准許。

本件法院判決明白肯認購買特定農業區之農牧用地本應具有得建築農舍之通常效用，倘若買賣農牧用地卻禁止建築農舍者，自屬於喪失通常效用之物之瑕疵，對於出賣人之告知義務與買受人之查證義務則未有多加著墨。

#### 5、桃園地方法院 105 年度重訴字第 33 號判決(買賣河川行水區禁止建築之土地)

原告於 103 年間經訴外人林于歲居間，購買被告所有坐落桃園市○○區○○○段○○○段○○地號土地，渠等約定買賣之標的為 2,500 平方公尺，兩造並於 103 年 11 月 20 日簽訂不動產買賣契約書，約定價金為 4,500 萬 8,800 元。嗣被告於 104 年 4 月 9 日將系爭土地移轉登記予原告，原告亦支付 4,250 萬元價金。詎料，原告於土地於 104 年 9 月 11 日過戶後委請專業技師測量發現部分土地為河川用地，河床經測量面積有 307.89 平方公尺，占用系爭土地總面積非小比例，導致原告於取得系爭土地後可供利用以興建農舍及耕作之面積大幅減少，是系爭土地顯有瑕疵。依民法第 92 條第 1 項撤銷訂立系爭契約之意思表示，依民法第 179 條規定請求被告將上開已受領之價金返還。若認原告不得依民法第 92 條第 1 項規定撤銷締約之意思表示，則依民法第 359 條解除契約，並請求依民法第 259 條第 2 款規定將所受領之價金返還。

本件判決認為系爭土地北部之 307.89 平方公尺均為河川區域，依據水利法第 78 條、第 78 條之 1 規定可知，原告雖就系爭土地全部面積享所有權，然其管理、使用系爭土地時，勢必將因河川經過而大受限制，更遑論如遇溪水漲溢，系爭土地其他部分恐受波及而淹水，其上耕作之農作物或建築之農舍，亦不無滅失之危險，就此以觀，難謂系爭土地未因河川經過而使其通常效用減少、減低經濟價值，堪認上開河川占用系爭土地之情狀，屬所謂物之瑕疵。本件原告於買受系

爭土地前，現場並無界址、界樁等物，以資特定系爭土地各邊界範圍，其僅能依照系爭實測圖來辨識買受之區塊，即便曾親至現場，仍無法確切就系爭土地坐落位置、地表地貌、各邊界址所在等具體情狀清楚知悉。

然兩造簽署買賣契約前，既未會同測量，衡以河川乃一動態之存在，其位置、大小、形狀等可能因時間經過而位移或改變，苟非經實測，即便原告事前調閱相關之地籍圖或過往之空照圖，亦難判斷河川究竟有無占用系爭土地之情事。況且系爭土地地目為田、使用分區屬山坡地保育區，使用類別為農牧用地，則原告於簽約前雖可查得上開已公告或登記之事項，然此等內容亦無法使其就系爭土地上會有河川經過一事產生任何聯想，無從遽認原告締約時有重大過失。況且，被告身為土地出賣人，對於其所出賣之標的物會受到何項法令之使用上限制或有何瑕疵存在，理應事先掌握清楚，並據實向買受人告知，當不得以買受人可自行查證為由，即據此減免己身應負之瑕疵擔保責任。本件兩造於簽約時，既均不知悉系爭土地上會有河川經過，顯然兩造於簽約過程中未對此部分有何討論及磋商，且該瑕疵情節尚非甚微，當有可能影響原告買受系爭土地與否之決定，其主張依民法第 359 條規定解除契約，自無不合。

本件判決認為購買河川行水區之土地，礙於水利法之規定，受有不能建築之限制，屬於物之瑕疵，而就該物之瑕疵情形，本案中出賣人雖有提供系爭土地之使用分區、地目事項等資訊予買受人查詢，且買受人亦有於現場進行勘查，然而，基於河川之多變性，難以期待此種位於河川區域之土地限制是可由買受人事前知情。亦即，本判決雖然肯認買受人亦有查證之義務，然而在買受人查證未果，或屬於買賣雙方當事人均無從得知之公法上管制情事時，物之瑕疵之風險歸由出賣人承擔，即出賣人之告知義務不得免除。

### 第三款 實務見解—否定說

#### 1、臺灣高等法院台南分院 93 年度上易字第 34 號判決(買賣含私設道路之成屋)

本件原告於 92 年 5 月 7 日經由仲介向被告乙○○購買所有坐落嘉義市○路○

段 567 之 79 號、面積 169 平方公尺土地，及該地上被上訴人展奇公司所有鋼筋混凝土造四層樓房一、二、三、四層、面積各 49.34 平方公尺、總面積 197.36 平方公尺、陽台面積 13.72 平方公尺，門牌嘉義市○○○路 11 巷 22 號房屋一棟，土地價款 273 萬 6 千元，房屋價款 182 萬 4 千元，總價金 456 萬元。原告係見賣屋廣告：「建地 51 坪，建坪 61 坪，總價 480 萬」，始向仲介接洽購買系爭房地，然仲介並未告知所買土地包含迴車道、私設巷道及圍牆外防火巷等面積。原告原預計在各該空地上建造房屋使用，詎訂立買賣契約後，發現該土地上設有 3 公尺寬迴車道面積約 10 坪，6 公尺寬私設社區巷道面積約 10 坪，及尚有東側水泥磚造圍牆外防火巷面積 21 平方公尺之土地，共約占所買系爭土地面積之半，致原告無法另外增建房屋使用，而具有物之瑕疵，爰依民法第 359 條前段規定解除契約，並依民法第 249 條第 3 款規定請求加倍返還已交付之定金。

被告則主張本件為成屋買賣，於買屋前原告曾多次前往現場，房屋仲介人員並提供建物測量成果圖（即建物平面圖）、地籍圖供原告審閱，原告所購買之土地，其中 3 公尺道路係由每戶各出 3 公尺來作規劃設計，因本件為社區型房子，建築法規規定面臨道路深度超過 35 公尺深死巷，應設迴車道，原告所購房地位於最末端，依法須設迴車道。而法定空地、防火巷等，亦係按照建築法規規劃設計，原告於簽約前早已知悉，仲介亦曾告知有關迴車道、私設巷道、法定空地及圍牆外部分土地等事實，無瑕疵擔保責任可言。又原告所買系爭房地，均已符合建築法規要求，不能再興建其他合法建物，原告不能以無法繼續增建房屋，作為解除契約之正當理由。

本件第一審嘉義地方法院 92 年度訴字第 400 號判決認為：本件房屋為成屋，原告所買房屋位於該社區最後一間，房屋正門與其他住戶比較，明顯內縮進去約 3 公尺，面對房屋左側有圍牆圍成部分空地，雖然本件房地有迴車道及私設巷道，但不會影響其價值或效用，故不構成瑕疵。原告有至現場看過幾次，事前應知道此一事實，依民法第 355 條第 1 項規定：「買受人於契約成立時，知其物有前條

第一項所稱之瑕疵者，出賣人不負擔保之責」，原告至現場看屋後，仍和被告展奇公司及甲○○簽訂買賣契約，即使有原告所主張的瑕疵，被告展奇公司及甲○○並無擔保責任。本件土地買賣面積為 169 平方公尺，原告雖然無法完整使用圍牆外土地，造成土地價值減少及通常效用減低，而具有瑕疵，然而，原告只是未能完整利用部分土地（仍能使用該圍牆外土地），故其所受損害，與被告展奇公司及甲○○因解約所生損害相比，原告解約顯失公平，故只能請求減少價金，而不能解除契約。

依照民法第 249 條第 3 款規定：「定金，除當事人另有訂定外，適用左列之規定：三、契約因可歸責於受定金當事人之事由，致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金。」，所謂「不能履行」，包括給付不能、不完全給付而不能補正、期限利益行為的遲延等，本件房地買賣為成屋交易，並無上述情形發生，故原告請求加倍返還所受領定金，不符合法律規定，而應駁回。

上訴審判決認為：原告所購買之系爭房地，屬社區型房屋，自應依建築法規留設私設巷道、迴車道、防火巷、及其他法定空地等公共設施，否則即無從為合法之建築，且建設公司為求最大利潤，於建案規劃設計之初，恆將欲供建築使用之土地，作最有效之規劃設計，斷無將空地閒置未作規劃使用。是縱有未建築之空地，亦係依建築法規所留設，此乃時下建築業之經營方式，並為眾所週知之一般購屋常識，原告為一教師當難諉為不知。是以依建築法規所留設之私設巷道、迴車道、防火巷及其他法定空地等公共設施，雖地目仍為建地，惟既屬法定之負擔，自無法再為合法之建築，乃屬當然之事理，何得視為物之瑕疵。而既係現況交屋，且房地現狀良好，除被告乙○○及展奇公司，有於買賣契約簽訂成立後，另為改變買賣標的物之現狀外，被告乙○○及展奇公司當無物之瑕疵擔保責任可言。是以，土地上縱有私設巷道、迴車道、防火巷、及其他法定空地等公共設施，因均係於買賣契約簽訂成立前即已存在，且係按照建築法規規劃設計建造，自不影響系爭房屋之價值或效用，其非屬物之瑕疵至明。至圍牆外防火巷空地之面積，

雖係經地政人員測量後始悉若干，且該土地係在圍牆外；惟姑不論圍該圍牆之原因，是否如被告乙○○及展奇公司所主張，係怕他人丟棄垃圾或占用所致，因係法定防火巷，且仍屬被告乙○○占有中，依系爭買賣契約將圍牆拆除交付上訴人占有，而為完整之履行，亦無困難，是亦難據此逕認有損系爭房地之價值或效用，而認屬物之瑕疵。

在成屋買賣之情形，不問係第一審判決或上訴審判決均認為建商基於建築法令所留設之私設巷道、迴車道等公共設施，係為合於建築法令之規範所設計建造，並非屬於有減損房屋價值或效用之物之瑕疵。至於圍牆外之土地，第一審法院則認為對於買受人而言有部分土地無法利用，雖具有瑕疵但非重大而否定買受人之契約解除權，上訴審法院則認為圍牆外部份之土地可由出賣人將圍牆拆除後交由買受人完整之利用，仍非屬瑕疵。如從法定應留設之公共設施角度而言，上訴審法院較具有一脈相承之論述，亦即基於建築法令所規範應留設之公共設施，於合於法令範圍內均認非屬瑕疵之概念。且對於上開公共設施之存在，歷審法院均認為買受人於簽約時即已知悉，且對於該因建築法令所留設之空地是否得以增建一事，應純屬買受人片面主觀不同之價值見解，且時下建築均應依建築法令留設公共設施空間，此為一般人所應知悉之購屋常識，買受人既已至現場查看，應不得主張不知，似係認為買賣契約中之買受人有查證責任。

## 2、臺灣高等法院台中分院 92 年度上易字第 398 號(買賣私設道路之土地)

原告於 91 年 3 月 7 日以每坪新臺幣 10 萬元之價格向被告等購買系爭坐落台中縣豐原市○○段第 886-77 地號土地，價金計 75 萬元，詎原告於 92 年 2 月間委託建築設計人員向台中縣政府建管課申請興建停車棚，該府卻以「私設道路」用地為由，不得申請搭建停車棚，使伊購地興建停車棚之目的落空，爰起訴請求被告返還所收受之價金合計 75 萬元。

被告則主張系爭土地係私設道路，原告自買受房屋時起，即通行系爭土地之私設道路，其既通行系爭土地，且系爭土地又係分割後移轉登記，焉能謂不知其

屋前之道路土地係供通行之用。

本件歷審法院判決均認為：原告之房屋及系爭土地係位於無尾巷之巷尾，原告於購買系爭土地時，系爭土地已闢為道路，供通行使用之事實，並有地籍圖可稽。按面臨現有巷道之基地，其建築線之指定，應依臺灣省建築管理規則第 5 條第 1 項各款規定辦理，觀之該條項規定，建築基地要以退讓現有巷道道路位置為原則，而現有巷道如已為具有公用地役關係者，僅得以現有巷道之邊界線作為建築線。系爭土地為公眾通行之現有巷道，囿於法令規定不得興建停車棚，此因素於兩造買賣關係成立時即已存在，並非買賣之後情事有所變更所致。再者，合法建物建造執照之審核，為地方主管機關之職權，上述兩者俱為眾所週知之事實，原告既已購買系爭土地旁之房屋，當非無知識經驗之人，於此亦應為知悉，爰認為原告解除契約於法無據，駁回原告之請求。

本件判決雖然對於系爭土地無從建築停車棚是否屬於物之瑕疵，並未予以指駁。但本判決直接認定建築法令之規範應屬於公眾週知，屬於一般交易買賣當事人應知悉且非無從知悉之法令規範，肯認一般買賣土地之當事人，對於建築法令之存在應存有相當認知經驗，買受人本於交易常規上有自行承擔、查證之責。

### 3、最高法院 96 年度台上字第 504 號判決(買賣限制建築高度之土地)

本件坐落於桃園縣大溪鎮○○段第 563 地號土地係中華民國所有，系爭土地曾經國防部、內政部會銜於 79 年 1 月 31 日公告列為「桃園縣大溪鎮員樹林軍事設施管制區」，禁止於上開管制區內之土地興建任何建物；嗣於 91 年 11 月 14 日再經公告解除上開土地禁建之限制，改以限制興建建物高度為管制內容。後被告委託財政部國有財產局於 93 年 9 月 1 日進行系爭土地公開標售，標售公告記載：「標售房地之都市計畫使用分區或非都市土地使用編訂，係依當地縣市政府核發之都市計畫使用分區證明書，或地政事務所核發之土地登記簿謄本記載，有關土地使用管制地籍資料，請投標人自行向當地縣、市政府、地政機關查詢，並請至現場參觀。」等語。經原告繳交保證金新臺幣 375 萬 5000 元，於同年 9 月 30

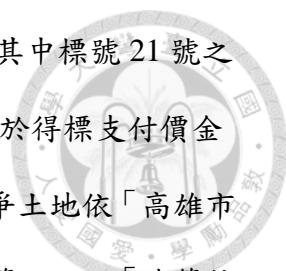
日以 1 億 458 萬元之價格得標。原告得標後，請專業建築師規劃土地使用，始知系爭土地前經國防部、內政部公告限制興建建物高度，業已影響最大容積率之興建，足以影響市場交易價值，致所有權不能完全為使用收益，而有減少土地價值及通常效用或契約預定效用之瑕疵，原告主張被告並未盡其土地使用上之限制及管制內容之告知義務，經原告於 93 年 10 月 19 日、同年 11 月 27 日及同年 11 月 25 日撤銷投標之意思表示；並以系爭土地遭公告限建為物之瑕疵擔保，依民法第 359 條規定解除契約並請求被告返還 375 萬 5000 元之保證金。

臺灣高等法院 95 年度上字第 94 號判決認為：原告雖主張被告對系爭土地使用上之限制及管制內容，應有告知義務，並援引民法第 245 條之 1 等。惟系爭土地已於標售公告事項載明有關土地使用管制、地籍資料，請投標人自行向當地縣、市政府、地政機關查詢，顯見系爭土地之使用限制，於投標前並非不可向桃園縣政府查詢得知。被告對於系爭土地之使用有法令上之限制，既已於招標公告事項為相當之記載，自未有告知義務違反之情事，系爭土地之使用限制，原告於投標前並非不可向桃園縣政府查詢得知。而被告對於系爭土地之使用有法令上之限制，既已於招標公告事項第 4 項為相當之記載，自未有告知義務違反之情事，土地使用種別經編定後，應由縣政府公布之(土地法第 84 條參照)，人民不能諉為不知，如有不知，亦屬自己之過失。是以，縱認系爭土地限制建物興建高度，有減少土地價值及通常效用或契約預定效用之瑕疵，亦因原告怠於投標前查詢系爭土地之土地適用上限制，應自負過失之責。

依本判決之意旨，似乎肯認出賣人有提供資訊之告知義務，倘若出賣人已盡其「相當」資訊之提供，則堪認其已盡其告知義務。而就買受人部分，本判決明確指出其有自行查證之責任，且難以期待買受人對於政府公開之法令資訊諉為不知，倘若未盡其查證作為，應自負過失之責。值得注意的是法院認為出賣人公告「請投標人自行向各政府查詢」即告已盡其相當資訊之告知義務。

4、臺灣高等法院高雄分院 98 年度重上字第 84 號判決(買賣建蔽率限制之土地)





原告於 94 年間以 1050 萬元向高雄市政府標得重劃區土地其中標號 21 號之高雄市○○區○○段 21 地號土地（面積 167.28 平方公尺）。原告於得標支付價金取得土地所有權後，委託建築師陳以勒規劃建築事宜，始知系爭土地依「高雄市内惟埤文化園區特定都市設計規劃」，必須退縮 5 公尺始得建築，加上「建築技術規則」建築設計施工篇第 10 條規定，建物開窗或開門必須自地界退縮 1.5 公尺，搭建施工鷹架又需退縮 0.5 公尺之結果，建蔽率僅有 24.95，為一般建地建蔽率（60%）之 0.416，實際可建築面積減少為僅剩 38 平方公尺，僅全部面積之 0.23，光是樓梯與電梯便占用大部分空間，電梯還必須突出於牆外，客廳、飯廳、臥房、衛浴等日常空間皆無法設置，可見系爭土地於交付時，就已存有減少通常效用與價值之瑕疵。爰選擇合併依民法第 359 條之規定，請求減少價金或類推民法第 259 條第 1 項第 2 款之回復原狀請求權或依民法第 179 條不當得利請求權、民法第 227 條不完全給付之規定，請求減少價金或損害賠償。

第一審高雄地方法院 97 年度訴字第 1336 號判決認為：系爭土地屬於高雄市内惟埤文化園區特定區都市設計規範之土地，依特定區都市計劃之規範退縮地設計規定，申請建築執造，有離建築線退縮 5 米之限制，導致系爭土地實際上可建築之建蔽率未達「都市計畫法高雄市施行細則第 28 條」所定一般住宅區 60% 建蔽率之標準，足認系爭土地因法律規定之關係有減少通常效用及價值之情形，應屬物有瑕疵。但因上開瑕疵之內容，在於法令之限制，而關於上開法令限制資訊之揭露程度，應以達於買受人可得而知之程度為已足，而不以具體、明確為必要。本院審酌系爭土地之買賣方式，係被告以海報公告（含系爭土地之 53 標號之數十筆土地）公開招標，被告事先無法與投標者就買賣標的物一一進行磋商、議價，故關於標售土地使用上之法令限制，亦勢必以公告方式行之。被告因標售土地眾多，各筆土地位於不同區段，關於建築、使用上之限制，因區段之差異，主管機關亦有不同都市土地之利用，受有建築法規及都市發展計畫之規範，例如容積率

與建蔽率之限制，此為社會上進行土地交易之人所具有之常識，原告無法委為不知。被告既已於海報刊載「土地都市計畫使用分區僅供參考，有關都市計畫、都市設計及建築管理之限制請先洽市府都市發展局及工務局建築管理處」等字樣，已足以提醒投標人注意並提供投標者查詢法令規範之管道，任何投標人（包括原告）均得循線以上網或親洽主管機關查閱法令之方式查詢相關資訊。又一般土地交易動輒數百萬元、數千萬元乃至數億元等，金額龐大，買受人進行土地交易之前，本應就土地之相關資料進行查證，如有疑問，應事先請教專業人員或詢問出賣人，此為買受人進行交易前，應自行吸收之投資成本，出賣人並無義務就其未確知之法令限制內容，主動花費時間及費用，查詢清楚後，再一一告知買受人等情，認為被告以上開海報刊登說明應注意事項之方式，已盡其告知物有瑕疵之義務。原告依常理應查詢竟未查詢或查證，致不知系爭土地有道路退縮造成建築面積減少之瑕疵，依系爭土地交易過程之具體情形觀之，原告就不知物之瑕疵這一點而言，應顯負重大之過失責任，故被告依民法第 355 條規定，無庸負物之瑕疵擔保責任。又原告所買受者，本即為有瑕疵之物，原告事後以被告曾告知之瑕疵指責被告未按債之本旨履行出賣人義務，應負民法第 227 條之損害賠償責任，亦無理由。

本件經原告上訴後，上訴審法院則認為：被上訴人所拍賣之系爭土地係屬第 44 期重劃區內之「高雄市内惟埤文化園區特定區」，其建築依「高雄市内惟埤文化園區特定區都市設計規範」之規定需退縮 5 公尺，此退縮 5 公尺建築係因法規之限制所致，難謂係屬物之瑕疵。另系爭土地之建蔽率為 47%，乃係因「高雄市内惟埤文化園區特定區都市設計規範」規定需退縮 5 公尺建築所致，非系爭土地本身有何物之瑕疵，且被上訴人於標售時已盡告知義務，上訴人如仍不知，應屬自己之重大過失，是本件既以使用受相關法規限制之系爭土地作為買賣標的物，則被上訴人於上訴人標買後，將使用受限制之系爭土地移轉登記為上訴人所有，

並交付與上訴人使用，其給付應符合「債之本旨」，難謂系爭土地有何物之瑕疵或不完全給付之情形。

本件第一審法院判決主張建蔽率或建築退縮之法律規範雖然屬於瑕疵，然依民法第 355 條規定，該瑕疵應係買受人重大過失未盡其查證義務所不知，自應受第 355 條規定之拘束，不得再向出賣人主張瑕疵擔保責任；惟上訴審法院則認為受有建築法令規範之建蔽率、建築應退縮等限制並非屬於瑕疵之一種，此係法令規範結果之使然。且就出賣人之告知義務，歷審法院均認為以達於買受人可得而知之程度為已足，而不以具體、明確為必要，當出賣人已將法令規範之資訊揭露至買受人可得而知之情況，買受人仍不知者應屬自身之重大過失，不能再主張瑕疵擔保責任或不完全給付責任。

#### 5、最高法院 101 年度台上字第 759 號判決(買賣容積率及建蔽率限制之土地)

原告於 98 年 12 月 30 日向被告購買其所有坐落台中市○○區○○段 102 號地目林之土地，總價金新臺幣 2300 萬元，兩造簽訂契約後，即將土地所有權狀、土地登記謄本及都市計畫土地使用分區證明書等交付地政士並用印完畢。嗣原告發現該土地位屬農業區，雙方於 99 年 1 月 23 日重新議定買賣價金為 1850 萬元，並由原告交付被告簽約款及用印款共計 460 萬元。旋原告發現系爭土地位在大坑風景區尚未完成細部計畫，依大坑風景區之土地使用分區管理要點，建蔽率僅為 20%，乃於同年 3 月 9 日、4 月 15 日函請被告出面解決未果。經被告於 2 月 25 日、3 月 15 日催告原告履行欠款 1390 萬元仍不履約，被告於同年 4 月 8 日解除買賣契約，並依約將原告已付價金 460 萬元全部沒收充作懲罰性違約金。原告則認為該土地存有瑕疵，已屬給付不能，乃依民法第 354 條、第 359 條、第 226 條及第 256 條之規定，於同年 6 月間解除買賣契約，並起訴請求被告將所受領價金 460 萬元返還予原告。

本件判決認為：出賣人於簽約前已將系爭土地相關謄本及使用分區證明交付買受人，買受人即可查詢瞭解該土地依建築法規關涉現在及未來建蔽率及容積率之管制內容，因此認買受人主張解除契約，並不可採，進而駁回買受人之請求。

判決認為系爭土地之建蔽率與容積率，買受人得自行查證，似認為出賣人提供「基本」資訊後(即土地謄本及使用分區證明)，已盡其契約上之告知義務，而買受人對於建築法令之規範應自行查證並承擔風險。

#### 6、桃園地方法院 104 年度訴字第 1413 號判決(買賣河川行水區禁止建築之土地)

原告 2 人於民國 104 年 1 月 22 日，委託訴外人王俊元，透過昌輝不動產仲介經紀股份有限公司，與被告邱華堂簽訂不動產買賣契約書，約定買賣價金為 535 萬元，原告 2 人已付清前 3 期款共 214 萬元，依約欲就尾款向金融機構辦理貸款，竟因系爭房地坐落於行水區內，未能順利申貸。系爭房地經劃設公告為河川行水區，如遇溪水漲溢，則系爭房屋亦可能有淹水或滅失之危險，而有通常效用減少、減低經濟價值之瑕疵。且此瑕疵因水利法之限制或禁止規定，顯無法除去，原告乃依民法第 359 條規定解除系爭買賣契約，並依民法第 259 條第 1、2 款、第 179 條規定，請求被告邱華堂返還已給付之價金。備位聲明：如認原告 2 人就系爭房地之瑕疵僅得減少價金，不得解除契約，則請求被告邱華堂依約將系爭房地所有權登記移轉登記原告 2 人所有，又原告認系爭房地之瑕疵，至少減少價值 150 萬元，買賣價金應減為 385 萬元，請求被告邱華堂於原告 2 人給付買價價金餘款時，將系爭房地所有權登記移轉登記為原告 2 人所有。

本件判決認為：依民法第 765 條規定，所有權之權能本以法令限制之範圍為限，行政法規對於土地或建物所有權所為管制，係不動產所有權權能之界限，構成不動產所有權權能之一部分，從而，該等管制之存在，並不滅失或減少民法第 354 條所規定之「通常效用」，事實上，這些行政管制就是「通常效用」的一部分。因此，於當事人就標的物不動產之「預定效用」設有明示或默示約定，而以不受特定行政管制為其預定效用者，始足認該等管制之存在為物之瑕疵。是以，

原告主張系爭房地位於行水區之情事，屬於物之瑕疵者，即應就兩造間有系爭房地並非位於行水區之約定負舉證責任。然查，關於系爭房地位於行水區之情事，原告 2 人與被告邱華堂間並無相關約定，系爭契約並無系爭房地之使用、收益、處分等權能，應不受水利法限制之約定，則系爭房地是否位於行水區、是否受到水利法之限制，對於系爭房地是否合乎原告 2 人與被告邱華堂間所約定之「預定效用」，應不生影響。況且，系爭房地位於行水區之情事業已告知原告 2 人之代理人王俊元，堪認王俊元於系爭契約成立前，已知悉系爭房地位於行水區，依民法第 105 條規定，應認原告 2 人亦已知，依民法第 355 條第 1 項規定，被告邱華堂應不負瑕疵擔保責任。原告 2 人解除契約並先位聲明請求返還已給付價金為無理由，應予駁回；系爭契約既為有效，原告 2 人請求被告邱華堂依約辦理移轉登記為有理由，應予准許，惟仍應給付所餘價金 321 萬元。

本件判決對於瑕疵之認定，以法令規範限制內之始為所有權所得享有、使用、收益、處分權能之範圍，除非當事人有特別約定排除公法上規範限制者，始得例外主張瑕疵擔保責任，否則該公法上規範限制之內容即屬於物之通常效用範圍<sup>78</sup>。本判決文末卻又稱因買受人已受告知系爭房地位於行水區，因此依據民法第 355 條第 1 項規定，出賣人不負瑕疵擔保責任等語，前言既已敘明行政管制法令並非屬於瑕疵，然卻又認為買受人已知此瑕疵，得排除出賣人之瑕疵擔保責任，似有所矛盾。

揆諸上開實務見解，對於受有建築法令規範限制之不動產買賣契約，究竟是否屬於出賣人應負擔之瑕疵擔保責任，有認為買賣土地建築房屋應合於政府頒布公法上建築法令規範，不得認為屬於瑕疵；亦有認為倘若建築法令規範之限制有致不動產減損其通常效用者，為瑕疵之型態。肯認出賣人應負擔瑕疵擔保責任者，多數見解<sup>79</sup>認為係屬於減少通常效用之物之瑕疵。此外，肯認公法上規範之限制

<sup>78</sup> 臺灣桃園地方法院 105 年度重訴字第 33 號同樣對於買賣河川行水區之土地契約，則持相反見解認為土地受有水利法限制之情形，出賣人應負瑕疵擔保責任，業如前述。

<sup>79</sup> 少數實務見解認為應屬於權利瑕疵，可參閱臺灣高等法院 96 年度重上字第 591 號判決。

屬於物之瑕疵者，對於出賣人應否負擔瑕疵擔保責任之關鍵，仍應進一步探究出賣人是否已盡告知義務、或是否屬於買受人應自行查證、或買受人應知悉之事項。

謹就上開判決所提及者，歸納如下：

判決	類型	瑕疵	告知義務或查證義務	應否負擔保責任
最高法院 92 年度台上字第 36 號	建築高度限制	是	出賣人有告知義務	是
最高法院 99 年度台上字第 264 號	土地含廢棄道路無從建築	是	出賣人有告知義務	是
最高法院 99 年度台上字第 2087 號	土地屬現有巷道無從建築	是	出賣人有「正確」告知義務 買受人無查證義務	是
臺灣高等法院 105 年度上易字第 28 號	無法建築農舍	是	未論述	是
臺灣桃園地方法院 105 重訴字第 33 號	河川區禁止建築	是	出賣人有「據實」告知義務 買受人無從查證	是
臺灣高等法院臺南分院 93 年度上易字第 34 號	成屋含現有巷道	否	買受人有查證義務 本件買受人理應知悉	否
臺灣高等法院臺中分院 92 年度上易字第 398 號	土地屬私設道路	未敘明	買受人有查證義務	否
最高法院 96 年度台上字第 504 號	建築高度限制	未敘明	出賣人有「相當」告知義務 買受人有查證義務	否
臺灣高等法院高雄分院 98 年度重上字第 84 號判決	建蔽率限制	否	出賣人有告知義務 買受人有查證義務	否
最高法院 101 年度台上字第 759 號	容積率建蔽率限制	是	出賣人有「基本」告知義務 買受人有查證義務	否
臺灣桃園地方法院 104 年度訴字第 1413 號	河川區禁止建築	否	出賣人有告知義務 買受人理應知悉	否

(表 1，來源：作者自製)

基上，實務見解似乎有將公法規範限制程度之高低為不同處理，倘若屬於對不動產容積率、建蔽率限制之法律規範，是否屬於物之瑕疵有爭議，但均認為此屬於買受人得自行查證之事項，出賣人對此並不負有瑕疵擔保責任；如屬於對不動產建築高度之限制，出賣人對此應否負瑕疵擔保責任，雖仍存有爭議，但有採

肯定立場之趨勢；至於如為對不動產完全禁止建築之公法規範，多數實務見解均肯認此屬於瑕疵，並且認為買受人之查證義務程度較低，應由出賣人負起物之瑕疵擔保責任。至於如何劃分公法上規範限制程度之高低，尚無從得知，惟一可以確認的是，如為政府以標售方式所簽訂之不動產買賣契約，目前實務上均認為買受人應負擔較高之查證義務，倘若政府已予以公告、提醒，並將公法上規範之風險揭示交由買受人查證者，即認其已盡告知義務。

從上開綜整亦可以明顯得出，不問判決有無明白肯認不動產受有建築法令上之規範限制是否屬於瑕疵，甚至不屬於瑕疵者，只要肯定買受人之查證義務大於出賣人之告知義務者，均一概認為出賣人無須負擔瑕疵擔保責任；倘將公法規範存在之風險轉嫁予出賣人者，則係認為出賣人應有資訊揭露之告知義務。只是，應提出質疑的問題是，既已不認為屬於瑕疵者，則探討買受人有無查證義務一事與物之瑕疵擔保責任構成之關聯性為何？未見實務有詳盡之說明，不可否認的是，位於天秤兩端之出賣人告知義務與買受人查證義務，於司法實務上確實具有掌握出賣人應否負擔瑕疵擔保責任之關鍵。

#### **第四項 公法上規範買受人之查證義務與出賣人之告知義務**

##### **第一款 買受人之查證義務**

契約當事人就公法上規範查證作為之有無，學說並未有過多討論。蘇永欽大法官於釋字第 726 號提出見解<sup>80</sup>認為，民事關係之交易者有自負盈虧之責，當事人必然會將交易時及可預見的未來可能遇到最大程度之風險和成本(防險或承受風險的成本)計算進去，當然包括公法的干預在內。因此為了追求自己利益的極大化，難認交易者對交易的環境渾然不知，定會設法掌握對契約履行的有利和不利的社會條件，任何公法上的干預，都會轉化成契約的風險和成本，並且將可以預見的風險，包括無法確知的法律風險，盡可能予以分配。

<sup>80</sup> 參釋字第 726 號蘇永欽大法官提出之一部不同、一部協同意見書。本號解釋之案例事實雖然係針對勞動契約未依勞動基準法第 84 條之 1 報請當地主管機關核備時，該勞動契約之效力進行解釋，然而，蘇永欽大法官於意見書中，對於國家管制之法規範內容與民法私法自治之界線，有完整之闡述。

學者<sup>81</sup>本於「買受人自負其責」(caveat emptor-prinzip)，認為契約自由之基礎在於自利，當事人為尋求於契約中獲得最佳利益，原則上應自行獲取相關資訊，並決定資料蒐集之終點，蓋資訊本身有其一定之經濟上價值，又可稱為「資訊財」，當事人應有自我負責之資訊範圍，亦可自行判斷在欠缺資訊之情況下，究竟要否繼續締約或承擔資訊不齊全之風險決定，否則倘若認為在一定範圍內買受人無需自行承擔蒐集資訊之責任，反而課予出賣人窮盡之說明、資訊提供者，將使出賣人無從利用辛苦獲得資訊優勢與享受資訊蒐集之成果，反而使出賣人失去資訊蒐集與資訊散布之誘因。依此見解，似肯定課予買受人於一定程度範圍內之自行查證資訊之義務，然而，當一方當事人屬於具備專業知識之角色或締約地位不對等而明顯存在資訊落差時，具有資訊優勢之一方，本於信賴保護原則，在影響締約決定之重要事項上，應有提供資訊之期待可能性。

此外，黃茂榮教授<sup>82</sup>亦認為基於「人民對於國家不得以自己不知有法規存在而有所主張」之原則，當事人之一方不得對他方主張自己不知道有規範契約當事人間之法規存在，此體現於民法第 351 條規定所述當買受人知悉標的物有權利瑕疵時，出賣人不負擔保責任。而此處之知情，黃茂榮教授認為包括「事實上知情」與「事實上不知情而被推定為知情」兩種，故買受人對於公法上之使用限制有查證義務，縱認其事實上不知情，亦可能被推定為知情。因此，當公法對於買賣標的物之使用有限制規範時，得推定買受人就權利瑕疵之存在為明知，並發生舉證責任之轉換，由買受人舉證證明其不知情時，方得對出賣人主張權利瑕疵擔保責任。

揆諸上開學說見解，可認為契約交易之當事人，本於交易自由、契約自由，當事人應有對於交易風險自行承擔、資訊蒐羅之義務，至於對資訊自行查證之範圍與程度，雖未能提出明確之指標，本於公法上規範之公示性、可預見性，在特

<sup>81</sup> 楊宏暉(2012)，〈信賴保護與締約資訊搜集自我負責原則的修正從資訊義務保護目的及私法制度保護面向談起〉，《真理財經法學》，4期，頁 91-92。

<sup>82</sup> 黃茂榮(2002)，《買賣法》，增訂 5 版，頁 338-339，台北：自版。且因黃茂榮教授對於公法上使用限制對於買賣標的物之規制，認為屬於權利瑕疵之類型，因此，就買受人之探知義務其主張體現於民法第 351 條規定。




定物買賣契約中，應可期待買受人有自行查證有無受公法上規範限制之可能。

就買受人對於公法上規範限制之存在，是否具有查證義務、是否可得知悉行政管制法令之存在，於物之瑕疵擔保責任之判斷基礎上，不外乎係源於民法第 355 條之規定：「買受人於契約成立時，知其物有前條第 1 項所稱之瑕疵者，出賣人不負擔保之責。買受人因重大過失，而不知有前條第 1 項所稱之瑕疵者，出賣人如未保證其無瑕疵時，不負擔保之責。但故意不告知其瑕疵者，不在此限。」，可認將上開學說所討論之買受人查證義務予以具體體現。

本文以為對於法律規範存在之期待性，刑事活動係規定在刑法第 16 條：「不得因不知法律而免除刑事責任」之明文；行政活動於行政罰法第 8 條：「不得因不知法規而免除行政處罰責任」之規定；至於民事活動則付之闕如。經查，民事與刑事、行政行為畢竟有所不同，前者是規範水平關係之權利義務、後二者則均是國家與人民間垂直關係之管制。考量民事活動與刑事、行政活動之立論考量、適用基礎均有不同，在民事活動中當事人一方對於法規缺乏認知之法律效果，與刑事或行政活動為不同之處理，亦無違相同事務應為相同處理之疑慮。想當然爾，期待每個國民都了解法律規範之存在與真諦，始終是一個美好的藍圖，冀望民事活動之一方對於幾百、千條法律規範刻在心頭並奉之圭臬，然後回歸唐虞之治的時代以消除各種私法上糾紛，恐昧於現實。況且，全球化時代使得各國相互借鏡為比較法之引進，迎來法律爆炸的結果，甚至當事人之一方須求助於特定領域之專業人士協助，方能安然生活於法治社會中，這也是民法上發展出經紀、居間等法律關係，並衍生出地政士、仲介等專門職業知識人員之緣由。是以，學者主張買受人應就締約之資訊自負查證之責，對於買受人而言，顯然過於嚴苛，並有違實務現況。

不可否認的是，買受人本於交易當事人之一方，其與出賣人訂立契約之時，必有取得該不動產標的物之目的，例如建築房屋、建築大樓、建築農舍、單純投資或購屋自住等，每一件買賣契約、每一位契約當事人訂立契約之背後緣由均不



盡相同，以謀求其自身之最大利益。例如，對於投資客而言，購買之不動產是否保值、未來有無增值空間才是其所關切的事項；對於購屋自住者來說，購買之不動產有無合於法令規範、建築結構、材料、內部裝潢、公共設施、交通便利性等為其考量之重點；至於建築大樓者而言，禁限建限制、建蔽率、容積率高低、商業機能、周遭環境為其所關注。對於上開買受人，難謂得輕易全然漠視上開目的達成之條件、行政法規程序之資訊，此類資訊財在契約成立過程中雖非屬民法第 153 條契約成立之必要之點，卻攸關買受人訂立契約之目的，並影響買受人對買賣標的物期待之品質與效用。當買受人委託仲介媒合不動產買賣契約之時，或可將上開公法上規範限制事項交由仲介方加以蒐羅並盡該居間義務應辦理之查證作為，反面推之，倘若買受人自行與出賣人締結買賣契約者，上開應支出之資訊查證成本即應自行承擔，亦應相對承擔未盡查證義務所產生之風險。

而人民對於國家不得以自己不知有法規存在而有所主張的這個論點雖然值得認同，但是，難以期待買賣契約之當事人對於契約有關之公法上法律規範如數家珍，此在出賣人端、買受人端均應等同視之，且買受人查證義務與出賣人之告知義務中，究竟孰應對法規之存否、限制範圍負擔較高之義務、孰可負擔較低之義務，實屬於一相對之概念，況且買賣標的物為出賣人所有，對於出賣人就其標的物環境所可能遭受之法規範限制，理應較買受人知悉法規之存在。

值得一提的是，由於契約訂立與履行之過程，事實上是一個時間流動的狀態，可能因為當事人之行為舉止而影響交易之成敗，倘若締約之過程中，買受人已針對購買契約之目的加以告知並就特定事項加以詢問出賣人，此時應認為該事項屬決定買受人訂約與否和買賣目的達成與否之具影響力關鍵事項。在立於水平關係之當事人間，買受人應至少對於締約與否之具重大影響之關切事項(如買賣之目的)予以詳告，並就攸關此締結買賣契約之目的達成與否所牽涉之公法上規範限制存否，出賣人即應盡其告知義務，買受人亦得以磋商方式於買賣契約中訂定法規查證之義務分配條款，即於契約條款中將法規之查證義務轉嫁於出賣人，

以減輕自己之不知法規風險。如買受人於契約訂立之當下採取沉默以對，對於出賣人而言難以洞悉買受人買賣之目的者，此時，本於買受人於交易市場中，對於自身沉默並自我決定與他方當事人締結契約之當下，即應對於自身所做之決定負其責任，難脫其未盡充分告知契約締結相關之資訊查證義務之責。當然，亦有買受人自羽對於法規之了解透徹，而未再進行法規範之查證或未於契約中將法規範之查證義務予以分配，則同樣難免其未盡查證義務之不利益，此時，亦屬於行為人之法律認知錯誤之問題，此部分應回歸第三章第三節法律錯誤規定辦理。惟於出賣人或買受人之身分地位不同時，則應使具有較高度專業知識之一方當事人負擔較高度查證之風險。

## 第二款 出賣人之告知義務

對於買受人之查證作為有無與高低，雖然在實務上有分歧之見解，惟就出賣人而言，實務上則大多認同其有資訊揭露之告知義務，僅對於資訊揭露之範圍、程度尚有爭執，有認為應有「正確」、「據實」之資訊告知義務、亦有認為應為「相當」資訊之告知、甚至有認為應提供「基本」資訊，而對於出賣人資訊揭露之告知義務，於法律上之定位為何？上開實務見解均未予以指明，本文以為應可從債之關係發展過程加以觀察。

王澤鑑教授<sup>83</sup>認為隨著債之關係的發展，基於誠實信用原則於個別情況要求當事人之一方有所作為或不作為，以維護相對人之利益，稱之為附隨義務，且因債之關係是一種發展性之過程，附隨義務於各個階段均可發生，倘於締約過程發生者，稱為先契約義務(vorvertragliche pflicht)，如違反先契約義務者，構成締約上過失。至於於契約成立後之履行期間，則有避免侵害相對人之入身或財產上利益之附隨義務。又於契約關係消滅後，當事人亦負有某種作為或不作為之義務，稱為後契約義務(nachvertragliche pflicht)，此三種制度均屬於附隨義務之一環。關於附隨義務是否得以獨立訴請履行為標準，再區分為獨立之附隨義務及非獨立

<sup>83</sup> 王澤鑑(1990)，《民法學說與判例研究(四)》，4版，頁94-98，台北：自版。

之附隨義務。所謂獨立之附隨義務，係指從給付義務而言，關於非獨立之附隨義務，依其功能可以區分為輔助實現債權人之給付利益，例如出賣人應對於給付之標的物採取妥善包裝之照顧義務，以及避免侵害債權人之身分或財產上利益兩種，諸如油漆工人應注意不要汙損定作人之地毯，醫師於手術後應避免遺留手術刀於病者之體內等。

毋寧在「附隨義務」之概念認定上，容有不同之定義方法<sup>84</sup>，學界已有諸多探討，爰不再多加論述，惟對於附隨義務之內涵，學界均一致認可可從誠信原則之法理基礎做為出發，並認為附隨義務隨著誠信原則得於締約階段、契約履行階段、契約履行後階段均有存在之可能性。且附隨義務之具體類型有無包括資訊揭露之告知義務在內，或有以解釋義務、說明義務、資訊義務等不同之名詞加以定義，然而上開不同名詞所彰顯之內涵，概念上均得認作同一，因此，本文中所提及之公法上規範之出賣人資訊揭露之告知義務於買賣雙方當事人之債之關係中，得將之歸類於附隨義務之概念內涵中。

而揆諸前開說明，附隨義務於締約過程發生者，稱之為先契約義務，以買賣受有建築法令規範限制之不動產契約為例，姑且不論受有公法上規範限制之不動產是否屬於瑕疵之爭議，倘若該不動產受有建築法令規範之限制於契約訂立時即告存在，當屬於締約過程中出賣人應否告知之事項，可認屬先契約告知義務之範圍。

#### 一、先契約告知義務

我國民法於第 245 條之 1 規定：「(第 1 項)契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱

---

<sup>84</sup> 有學者對於「附隨義務」之概念採取狹義之認定，並認為具保護履行利益為目的之資訊義務、協力義務等應屬於從給付義務，此具有得獨立被起訴之法律效力，附隨義務通常不是與債之關係成立時即告存在，其目的在於保護債權人給付以外之法益(如身體權或財產權，又稱固有利益或完整利益)不會因債務之履行而受影響，亦即附隨義務之概念僅限於保護當事人一方之固有利益而言，倘若屬於契約中之重要事項告知義務，應為從給付義務範疇，可參閱姚志明(2003)，《誠信原則與附隨義務之研究》，頁 53-72、88-89，台北：元照。

匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。(第2項)前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」本條之規範功能為何，學說上有激烈爭執<sup>85</sup>。有論者<sup>86</sup>認為如係契約自始不能而無效或不成立，已有第247條規定得處理，倘為契約有效成立者，當事人一方違反附隨義務則得依民法第227條債務不履行行使權利，至於準備締約階段之一方當事人有侵害他人權利者，尚得依民法第184條規定請求損害賠償，因此本條締約過失責任限於契約未成立與不成立時始有適用。亦有論者<sup>87</sup>認為違反先契約說明義務與違反保密義務之情形，大多發生在訂立契約後，因違反先契約說明義務或違反保密義務致契約未能成立之情形，實為少數，倘若限於契約未成立之狀況始有適用，將難以落實締約過失之立法目的，因此，為維持雙方當事人因準備或商議締約之特殊信賴關係，應解釋為「契約未成立前」有發生「當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一」即告該當，倘若限於締約未成立之狀況始有適用者，恐亦有陷入契約「成立要件」與「生效要件」該如何區分之紛爭。

對於上開爭議之分歧，業經我國實務做出抉擇，並以文義方式解釋民法第245條之1，最高法院101年度台上字第593號判決<sup>88</sup>指出：「...民法第245條之1第1項所定締約過失責任，係於契約未成立之情形下始有適用，故已成立僅未生效之系爭契約應無上開法條之適用。...」，亦即，僅限於契約未成立時始有適用，而不包括契約成立後，顯係採取最嚴格之認定。

對於上開爭議之爭執各有所據，倘若先行撇開對於民法第245條之1之射程範圍究竟有無包括契約成立生效後情形，對於締約上過失責任之成立，以先契約

<sup>85</sup> 關於民法第245條之1締約上過失責任之學說上爭議，可參閱向明恩(2011)，〈對我國民法第245條之1之反省與檢討〉，《臺北大學法學論叢》，79期，頁145-205。對之有詳細之歸納與論述。

<sup>86</sup> 孫森焱(2014)，《民法債編總論(下冊)》，頁677-678，台北：自版。

<sup>87</sup> 王澤鑑(2012)，《債法原理第一冊》，增訂3版，頁263以下，台北：自版。

<sup>88</sup> 其他相同見解：最高法院99年度台上字第982號判決、臺灣高等法院臺中分院97年度重上字第55號判決、臺灣高等法院96年度上字第149號判決。

說明義務為例，學者向明恩教授<sup>89</sup>認為「在契約締結前、契約履行過程中及契約關係終了後，為維護契約當事人一方人身、財產與契約締結之合理利益 (interessegerecht)之目的，就其未請求或不知資訊，他方富有提供之義務，故資訊保護義務之內涵，是涉及真實、完全且正確說明之義務」，再者，基於信賴基礎，參酌誠實信用原則，從個別契約之利益結構中推導出合理是否可期待之說明義務，或綜合個案去探求當事人一方所認定之事實對於締約之締結而言是否具有重大影響性，當出賣人具有專業知識技能時，本於該專業職能提供買受人相關資訊時，該說明義務之風險則向出賣人移動，相對的，倘買受人具有一定性地位而可期待自行詢問相關資訊時，則該風險則移由買受人承擔之<sup>90</sup>。

然查，即便採取對於民法第 245 條之 1 為限縮解釋，認為於契約有效成立後仍有適用者，學說亦多認為在當事人之一方涉有違反先契約義務時，另一方仍不得訴請履行，而僅得主張損害賠償。而且倘若該先契約義務違反之狀態在契約有效成立後繼續延續存在者，對於契約當事人之他方造成損害，本於同一原因事實，當事人得主張民法第 245 條之 1 依締約上過失之損害賠償責任或民法第 227 條主張不完全給付之債務不履行，兩者為請求權競合關係。

綜上可知，對於出賣人就公法上規範存在與否之告知義務，前揭司法實務判決中均未為明確指明其法律定位之理由，似可歸咎於我國實務見解業已將民法第 245 條之 1 締約上過失之告知義務認定於契約未成立時始有適用，導致在上開法院判決中判斷出賣人應否負擔瑕疵擔保責任時，礙於該契約已有效成立，因此失之立論基礎，以致於出賣人於訴訟中均積極抗辯其已盡告知義務，卻無從引用相關告知義務之法律依據，最終形成弔詭之狀態。

本文以為於此應可引介民法第 245 條之 1 之觀點，倘若出賣人與買受人間存在有資訊之落差者，理應由當事人之一方負其資訊告知義務，而對於告知之範圍，

<sup>89</sup> 向明恩(2011)，〈前契約說明義務之形塑與界線——評基隆地方法院 92 年度訴字第 342 號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，190 期，頁 176-177。

<sup>90</sup> 向明恩(2011)，〈對我國民法第 245 條之 1 之反省與檢討〉，《臺北大學法學論叢》，79 期，頁 181-183。

揆諸上開所述，倘若買受人已盡其締結契約目的之通知，則當事人之一方應就他方所關切契約目的達成所不知之重大事項，均有告知或說明之必要。舉例而言，當買受人已告知出賣人買賣土地在於建築農舍，則出賣人本其優勢資訊之地位，即應告知買受人有關土地能否建築農舍之法規範；相反的，倘若買受人未為通知、隱匿或沉默其買賣土地之用意，則對於出賣人而言，其未能洞悉相對人之內心意思，此時難以期待出賣人無止盡要求說明並提供資訊，則將演變成為資訊擔保、而非資訊風險(例如究竟是要告知買受人有關農舍之法規、建築高樓限制之法規、購屋自住之法規等)。是以，就出賣人而言，其告知義務之範圍，即應於個案中參酌誠實信用原則，視當事人有無專業知識而具期待可能性或屬於契約利益中當事人締約與否具重大影響之關切事項而定。

## 二、一般告知義務—附隨義務

倘若契約雙方當事人並不存在有資訊落差等情事，或依實務見解之立場，認為民法第 245 條之 1 僅限於契約未成立之情形者，則對於買賣受有公法上規範限制之不動產契約，該出賣人有無告知公法上使用限制之義務，即應回歸一般契約履行過程中有無盡其附隨義務而定。有論者<sup>91</sup>明確指出土地之出賣人有告知買受人關於政府最近對該地使用期限新規定之說明義務；亦有論者<sup>92</sup>認為債務人應就其所知與債權人利益相關之事項，告知債權人，以維護其履行利益與固有利益，當債務人圓滿履行其主給付義務，並不當然亦圓滿履行其附隨義務，當出賣人違反告知義務，係於締約階段，則應負締約上過失責任；如應告知而未告知之事項，係與買賣標的物之價值、品質、效用有關者，則有物之瑕疵擔保責任之適用；另有論者<sup>93</sup>以為契約當事人負有義務告知相對人對於符合契約標的物之使用具有重要意義之事項，包括給付障礙之解釋義務與目的確保之解釋義務(確保債權人

<sup>91</sup> 王澤鑑(1990)，《民法學說與判例研究(四)》，4 版，頁 95，台北：自版。

<sup>92</sup> 詹森林(2010)，〈出賣人附隨義務之實務發展--最高法院裁判之研究〉，《法令月刊》，61 卷 3 期，頁 39-42。

<sup>93</sup> 姚志明(2003)，《誠信原則與附隨義務之研究》，頁 159，台北：元照。附帶說明的是，因姚志明教授對於附隨義務之定義採取較為狹義之解釋，認為限於保護債權人一方之固有利益方為附隨義務之概念，如屬於輔助主給付義務之達成事項，則認為屬於從給付義務之範疇，基此，其係於從給付義務之概念下探討告知義務之內容。

對於契約標的物能在合乎目的下使用);多數實務見解<sup>94</sup>亦認為基於誠信原則衍生而出之附隨義務，包括輔助實現債權人給付利益之告知義務在內。

綜上可知，買賣契約之一方當事人，應就他方當事人所關切標的物之事項負有告知義務，此亦屬於附隨義務之一環，因附隨義務具有輔助債權人之給付利益獲得最大之滿足，出賣人理應對於買賣標的物對買受人負起說明、告知、提供資訊之義務，惟就債務人所應告知之範圍，本文以為應就標的物與債權人具有利益之重大事項，亦即足以影響買受人締約與否之重大影響資訊，均有資訊告知之義務。究竟出賣人應負擔基本資訊之告知義務、相當資訊之告知義務抑或正確資訊之告知義務？如以公法上規範限制存在與否為例，本文以為不宜與上開締約上過失責任中所應採取之認定方法不同，而應採取一致之判斷標準，當不至於遭有「何以締約過程中負擔較輕之責任，反而於締約後負擔較重之責任」之質疑。理由在於締約過程中與契約成立後，雙方當事人之信賴程度並無不同，或有認為契約成立後，雙方當事人之緊密程度較締約前更為緊密，因此理應於契約成立後出賣人應負擔更高之告知義務。

事實上，本文以為，對於買受人而言，就締結契約時與契約成立後，其所欲成立買賣契約之目的並無不同，僅契約成立與履行過程之時間流動，假設契約成立後雙方權利義務關係更為緊密者，則相對而言，買受人亦應相對負擔較高之查證義務，就結果而論並無二致。況且，以有力說之見解認為締約上過失責任於契約成立後仍有適用，揆諸上開說明，對於出賣人之告知義務自締約時起至履約階段實具有延續性質，倘若區分二階段之出賣人應負擔不同程度之告知義務者，反而有陷入不易判斷之弊病。因此，對於契約成立後之出賣人告知義務程度，仍應視該公法上規範管制限制之內容，搭配買受人之查證義務，以及契約中雙方有無就公法上規範存否與限制為查證義務之分配，來判斷衡量個案具體狀況中，出賣人是否有違反其資訊告知義務。

<sup>94</sup> 參閱最高法院 99 年台上字第 789 號判決、最高法院 104 年度台上字第 799 號判決。



## 第五項 案例評析—代小結

買賣受有公法上規範限制之不動產，致該不動產之通常效用或價值有所減損者，應屬物之瑕疵之一環，部分實務雖有認為不動產之效用本應在合於政府法令規範範圍內為使用收益而認定並非瑕疵，本文以為此種看法恐與現實不符。舉例言之，買受人欲購地自建，買受人於移轉登記並辦理建築執照申請時始知悉該筆土地受有政府公告禁止建築之法令限制而不能建築，且此法令規範亦為出賣人所知悉，此時豈能因不動產本就應該在合於政府法令規範下所使用收益，而認為該筆土地並無瑕疵，且縱使出賣人知悉上開禁止建築之法令存在，買受人亦無從依民法第 355 條第 2 項但書主張權利？此結論無異已偏離一般社會生活之交易經驗法則。

對於買賣不動產契約類型而言，買賣雙方當事人理應確保契約順利履行，根據雙方各自在交易中所立之角色，彼此及時交流對於買賣標的物所在地可能涉及之相關法規範，對於促進買賣契約之極佳化有其重要性。因此，在探討公法上規範之限制時，雙方建構完善之法規範查證與告知機制（如告知義務、附隨義務之體制即係彰顯此意旨），得確保契約雙方獲得最大利益，倘若買賣契約當事人於契約中對於法規範之存否與限制進行查證義務之分配約定時，契約之一方即應承擔未為義務分配風險之不利益。

在本案例中，買受人所購買之土地本身屬於袋地，並未面臨可供通行之既成道路或現有巷道，基於建築法規之管制規定，現況上並無法於系爭土地上建築房屋，而使買受人買受土地之建築使用目的無法達成，因本案可藉由出賣人額外贈與之 892、893 地號土地捐獻作為道路使用，系爭買賣標的物土地即可指定建築線在 892、893 地號土地上，本文以為，此種類型之買賣契約，與其他直接經政府公告禁止建築、經公告限制建築高度或經公告容積率與建蔽率限制之類型略有不同。換句話說，本案雖無從指定建築線，然而因為有其他方式得予解決，因此待完成建築線之指定後，將不存在有效用或價值之減損，本件買受人雖然主張

923、924 地號土地非屬既成道路，且該二筆土地所有權人不願出具土地使用同意書致系爭土地無從指定建築線，但是，重點在於該 923、924 地號之他人所有土地並非屬於本件買賣契約之標的物，何以期待出賣人對於買賣「標的物以外」之土地負擔保責任？因此，對於本案之公法上規範使用限制之情形，充其量不過是增加買受人之建築成本，應認無損於系爭不動產本身之價值與效用，並非屬於瑕疵，本案不問係第一審判決抑或上訴審法院均認為系爭土地並非屬於瑕疵，值得贊同。

既然認為系爭土地並無瑕疵，則於法理上實無再予探究出賣人應否負擔瑕疵擔保責任之情，然而，本案(在多數之法院判決對於公法上之規範限制亦同)一併探討該公法上規範是否為出賣人之告知義務範圍、抑或屬於買受人應負之查證義務，惟揆諸本文前開論述，出賣人之告知義務應係附隨義務之範疇，如該建築法令之使用上限制係於締約階段即存在，則出賣人未為告知，應為民法第 245 條之 1 締約上過失或附隨義務違反之問題，於瑕疵擔保責任中探究出賣人是否已盡其告知義務，實有失附麗。推測法院在認定公法上規範並非屬於瑕疵之前提下，一再強調出賣人已盡告知義務的用意，事實上僅在論證該公法上規範之公示性。

本文以為，在買賣之標的物已構成瑕疵之情況，探討上開告知義務與查證義務之有無始具實益，亦即出賣人已告知瑕疵存在而買受人仍願意購買時，依據民法第 355 條規定自得排除出賣人瑕疵擔保責任之適用，當然，在公法上規範限制相較於其他單純數量短少或品質不符之瑕疵態樣而言，具有公示之特殊性，對於出賣人之告知義務範圍，即應相對搭配買受人之查證義務來綜合判斷。

對此，學說上<sup>95</sup>曾針對民法第 355 條第 2 項規定認為應就事物之性質、交易習慣加以認定，來做為買受人是否已盡其探知查證義務。在買賣受有公法上規範

---

<sup>95</sup> 黃茂榮(2002)，《買賣法》，增訂 5 版，頁 419-421，台北：自版。需特別加以提及的是，黃茂榮教授雖然認為有關公法上使用限制之規範應該是屬於權利瑕疵而非物之瑕疵，然而，在探討民法第 355 條第 2 項規定免除出賣人物之瑕疵擔保責任時，卻仍將公法上使用限制放在本條中加以討論，本文推測應是認為不問將公法上使用限制認定屬於權利瑕疵抑或物之瑕疵，在第 351 條與第 355 條規定中，判斷得否排除出賣人瑕疵擔保責任時，就買受人有無盡其探知義務之標準應為一致性之認定。

限制之不動產契約中，買賣契約之當事人如均未具有專業知識技能者，對於所有公法上規範之存否與限制均瞭若指掌並不具有可期待性，應回歸該買賣契約訂定之目的以及是否為締約與否具重大影響之關切事項之法律規範而定，在買賣不動產交易中，買受人掌握著對於該不動產如何使用之決定權，若是買受人無論在訂約前或訂約後均未為明示締約之目的，此時一味要求出賣人應毫無限制之告知，無疑是對買受人權利之過度膨脹，因此，宜區分下列情況：

- 一、出賣人應負有基本資訊之告知義務，如土地登記謄本上有關地目、面積、使用分區等事項，此屬於任何不動產交易行為出賣人均應盡之基本資訊提供。
- 二、買受人已告知出賣人有關締結不動產契約之使用目的，則對於攸關目的達成與否，即為締約與否具重大影響之關切事項，對於此事項所可能涉及之法規範，出賣人本於資訊告知義務即應予以告知。雙方如均不知悉者，則買受人得選擇自行查證，或於契約中與出賣人磋商查證義務風險之分配，當法規範之查證義務或告知義務訂入契約後，一方仍未盡其查證義務或告知義務，致不動產受有法規範限制之價值或效用減損者，此時應有物之瑕疵擔保責任之適用。
- 三、買受人並未告知出賣人有關締結不動產契約之使用目的，致出賣人不知或無從知悉買受人締約與否之重大影響關切事項，此時，買受人對於自身沉默所產生之不利益即應自行承擔。舉例而言，買受人欲購買農地建築農舍，倘若其隱匿購買農地之目的(因為購買農地亦有單純僅為農作)，則對於系爭土地得否建築農舍一事，有無相關法規範之限制，基於出賣人之告知義務本應為出賣人所應告知之事項，惟買受人既然無欲於契約中將該攸關締約目的之重大事項予以告知，亦無欲於契約中將法規範之存否查證責任予以分配，則該交易之風險、成本，即應可期待買受人為了達到建築農舍之目的，會自行查證相關農舍之規範以追求利益的極大化，其未為查證，即難謂無重大過失，而仍得對出賣人主張瑕疵擔保責任。

四、若出賣人於締約過程中，曾保證、阻止或說服買受人不必查證公法規範者，致買受人信賴出賣人對於標之物之資訊掌握者，此時對於不動產因該公法上規範限制受有之價值、效用之減損者，出賣人自應負擔瑕疵擔保責任。

五、當契約當事人之一方擁有資訊優勢地位時，例如一方為企業經營者或建商、一方為消費者之情形，應認一方之具有較高之告知義務或具有較高程度之資訊信賴性，而得減輕另一方之查證義務。

值得一提的是，訂約時出賣人違反告知義務或買受人未盡查證義務，有衍生法律效果延續至契約履行階段之可能，倘若依有力說之見解認為締約上過失得適用於契約成立生效後之情況，依據現行締約上過失責任亦僅限於損害賠償之法律效果。而如係屬於附隨義務之不履行者，多數學者認為附隨義務之違反，不得單獨訴請履行，亦不得解除契約，惟有力說<sup>96</sup>見解認為附隨義務致契約目的不達時，仍有解除契約之適用，惟此亦屬於債務不履行之範圍。

---

<sup>96</sup> 陳自強(2012)，〈主給付義務以外其他義務違反之契約解除〉，《東吳法律學報》，23卷4期，頁80-84。

## 第二節 公法上規範與不動產買賣契約債務不履行之關聯性

除上開所述締約當時即存在有公法上規範之外，如於契約成立時並未有法規範限制之存在，於契約訂立生效後，始發生公法上規範禁止或限制之情事，實務上亦所在多有，此時對於契約訂立後所發生之公法上規範禁止或限制，致生不動產買賣契約之標的物無從交付、遲延給付，甚至使標的物之交付不符合債之本旨者，即有構成債務不履行之可能性。

### 第一項 公法上規範與債務人歸責事由之判斷

債務不履行依據我國民法規範，可以區分為給付不能、給付遲延與不完全給付三種，除了給付遲延與給付不能外，倘若因契約成立後所發生之法規範限制或禁止情事，導致債務人所交付標的物不符合債之本旨，亦有可能發生與瑕疵擔保責任競合之問題，有關不完全給付與物之瑕疵擔保責任之競合已為實務<sup>97</sup>與學說<sup>98</sup>討論不絕如縷，礙於本文篇幅，不再贅述。僅因物之瑕疵擔保採無過失責任主義與不完全給付採取歸責主義分庭抗禮，對於物之瑕疵存在與否誠如本文所述出賣人有告知義務，契約成立後始發生之法規範變化有無相同之告知義務，可能涉及不完全給付之主觀要件認定，留待本文後述。

而就給付不能與給付遲延二種，無不以可歸責於債務人之事由為共同要件，因此，在判斷當事人於買賣不動產契約訂立後，發生公法上規範之限制或禁止致契約之履行受有影響時，當事人有無成立債務不履行之可能，債務人可歸責與否之判斷即具有重要性。

對於「歸責事由」一詞向來為我國立法者所愛用，光是在民法章節中於贈與(民法第 406 條)、租賃(民法第 435 條)、承攬(民法第 495 條以下)、旅遊(民法第 514-7 條以下)、委任(民法第 546 條以下)等均有明文。而我國對於契約責任中可歸責事由之解讀，大多從民法第 220 條第 1 項規定：「債務人就其故意或過失之

<sup>97</sup> 請參考最高法院 77 年度第 7 次民事庭會議決議。

<sup>98</sup> 請參考詹森林(2010)，〈不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院七十七年度第七次到九十六年度第八次民事庭會議決議〉，《臺大法學論叢》，39 卷 3 期，頁 69-107。

行為，應負責任。」作為基礎，然對於可歸責事由與故意、過失能否劃上等號，非無疑義，邱聰智教授<sup>99</sup>認為債務人因履行障礙事實發生而須負擔保責任之界限，基本上以債務人有過失為斷，債務人無過失者，原則上即不負債務不履行責任，謂之過失責任主義，但當事人如有特約或法律有特別規定者，債務人就事變或不可抗力負責者，依其約定或規定定之；鄭冠宇教授<sup>100</sup>認為民法上就負責之事由，原則上採過失責任主義，以行為人具有故意或過失為前提，但亦允許經由約定排除過失責任；楊芳賢教授<sup>101</sup>則認為「第 220 條第 1 項性質上是補充規定，具體而言，其文句應是『除法律另有規定或契約另有訂定外，債務人應就其故意或過失之行為負責』，即債務人注意義務之程度，依契約自由原則，當事人得自由約定。... 所謂可歸責事由未必同於故意或過失。反之，若當事人未另行約定或別無法律規定，債務人履行債務時，依民法第 220 條第 1 項之補充規定，應對其故意或過失行為加以負責。」；陳自強教授<sup>102</sup>則認為契約風險之分配首應尊重當事人以契約形成之契約秩序，過失責任原則在契約法僅具補充當事人意思不足之功能，民法第 220 條第 1 項係明文規定債務人就其故意或過失之行為應負責任，並非僅規定故意過失為債務人之歸責事由，文義上亦未限縮認為債務人僅就故意過失負責。其並指出<sup>103</sup>：「契約責任與侵權責任之構造截然不同，不須建立相同的歸責原則。侵權責任基本上乃客觀法律秩序之對立，加害人所侵害之義務乃客觀法律義務，故有違法性之問題。反之，契約責任基本上乃當事人違反自己以契約所形成之契約秩序，當事人若於契約承諾盡一定義務履行契約，則除有免責事由外，結果之不發生即因違反承諾而應負責。在私法自治下，契約風險之分配首應尊重當事人以契約形成之契約秩序，立法者即使採取過失責任原則為歸責事由，此過失責任之規定，在契約法多僅具補充當事人意思不足之功能」、「可歸責(zu vertreten)與

<sup>99</sup> 邱聰智(著)、姚志明(修訂)(2014)，《新訂民法債編通則(下)》，新訂 2 版，頁 20-21，台北：承法數位文化。

<sup>100</sup> 鄭冠宇(2015)，《民法債編總論》，頁 147，台北：新學林。

<sup>101</sup> 楊芳賢(2017)，《民法債編總論(下)》，頁 57-58，台北：三民。

<sup>102</sup> 陳自強(2011)，〈契約過失責任與無過失責任之間—歸責事由之比較法觀察〉，《政大法學評論》，123 期，頁 22-31。

<sup>103</sup> 陳自強(2012)，〈契約責任之歸責事由〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 115-116。

故意過失(verschulden)概念截然不同，可歸責謂債務人應負責任(verantwortlichkeit)，何時債務人就債務不履行應負責任，取決於歸責規範，不限於法律明文規定，亦得為當事人之約定」。



### 第一款 實務見解

一、可歸責於債務人之事由指債務人有故意過失—最高法院 83 年度台上字第 2273 號<sup>104</sup>

買受人於 81 年 5 月 11 日向出賣人購買坐落台北縣新店市○○街 43 號 5 樓房屋及其基地，並已付 400 萬元，尚欠尾款 196 萬元未付。嗣於 81 年 6 月 1 日系爭房地因假扣押而被查封，經雙方協商，在契約書上附加簽註「出賣人自 81 年 6 月 14 日起按日給付 2 萬 2120 元賠償金予買受人，並自尾款中扣除」之附加條款。嗣同年 9 月 11 日經出賣人塗銷查封登記，出賣人爰起訴請求買受人給付尾款。

原審認為出賣人於系爭房地遭假扣押後，旋即提起假扣押原因債權不存在之訴，並獲勝訴判決確定，據以向執行法院聲請啟封，期間程序顯非出賣人所能掌控，是該段期間，出賣人自無可歸責事由可言。從而認為出賣人依買賣關係，請求買受人給付尾款 136 萬 4000 元及其法定遲延利息，即屬正當，應予准許。

經上訴後，本件判決則認為所謂不可歸責於債務人之事由，即指債務人無故意或過失之情形而言，對於系爭房地遭受假扣押執行，出賣人有無疏於防範或排除之情事，不能徒憑出賣人已提起確認假扣押原因債權不存在之訴解決，遽認其無可歸責事由，爰廢棄原判決。

二、可歸責於債務人之事由指發生於外部與債務人無關之事故—最高法院 90 年

<sup>104</sup> 相同實務見解:最高法院 100 年度台上字第 1981 號判決、臺灣高等法院 103 年度上字第 887 號判決、臺灣高等法院 97 年度重上字第 346 號判決、臺灣高等法院臺南分院 93 年度上字第 124 號判決。又臺灣高等法院臺南分院 93 年度上字第 124 號判決雖係針對醫療契約所為之認定，然其甚至明言民法第 184 條第 1 項之侵權行為，與民法第 227 條所規定之可歸責於債務人之事由，均係以故意或過失為其成立要件。

度台上字第 1418 號判決<sup>105</sup>

買受人主張於 80 年 6 月間分別向出賣人即建商裕華建設股份有限公司、地主甲及第一審共同被告林照義等三人購買坐落桃園縣桃園市○○段 1488-1 號等八筆土地上興建之房屋及基地應有部分。詎裕華公司未依契約書所定之原樣式建築，致有基地不足、房屋坪數短少、外觀改變、電梯不符等瑕疵，且遲至 82 年 12 月 30 日始取得使用執照，迄未能交付無瑕疵之房屋。又系爭房屋之基地，因甲名下之應有部分，遭合作金庫聲請法院假扣押查封及其他債權人黃淑敏等人併案執行，屬可歸責於出賣人之事由致給付不能。買受人依民法第 226 條、第 259 條規定，求為命出賣人連帶返還伊已交付之價金。

本件判決認為出賣人雖抗辯系爭房屋完工後，經通知買受人受領被拒，於買受人之受領遲延中，甲所有之土地應有部分遭合作金庫聲請法院查封致給付不能，乃不可歸責於出賣人之事由。況嗣後伊已清償欠款，合作金庫業於 87 年 10 月撤回執行，因訴外人黃淑敏等人併案執行，暫不啟封，非出賣人故意或重大過失行為所致，買受人不得主張解除契約。然查，所謂不可歸責於債務人之事由，係指發生於外部而與債務人無關之事故而言，苟因債務人之內部準備工作不能如期完成，以致發生給付或受領之遲延時，雖該內部準備工作之不能如期完成，係出於第三人之行為，亦不能認為有不可歸責於債務人之事由，而使其免負遲延責任。系爭土地遭合作金庫聲請法院假扣押查封，係因甲及訴外人游明雄、林照義共同以該土地向合作金庫抵押借款未如期清償所致，訴外人黃淑敏等人之併案執行，則係因出賣人與黃淑敏等人買賣不動產發生類似本件之糾紛所引起，均非屬與出賣人無關之外部事故，其因而致給付不能，自屬可歸責於出賣人之事由。況出賣人既稱買受人不得解除契約，又不依上開規定撤銷假扣押，反任令系爭土地被執行查封，陷自己於無法履行契約之境地，難謂其就此給付不能之情事無故意或重大過失。是以，系爭土地遭法院執行查封致給付不能，出賣人非無故意或重大過

<sup>105</sup> 相同實務見解：最高法院 63 年度台上字第 207 號判決、最高法院 94 年度台上字第 1796 號判決、臺灣高等法院臺中分院 93 年度重上字第 22 號判決。



失，買受人無可歸責之事由，買受人縱有受領遲延情事，出賣人仍應就該給付不能負其責任，買受人依民法第 256 條規定，解除買賣契約，於法並無違誤。

前開最高法院 83 年度台上字第 2273 號判決與最高法院 90 年度台上字第 1418 號判決，同樣針對買賣標的物於締約後遭法院假扣押是否構成可歸責於債務人事由一事<sup>106</sup>，均認定此係屬可歸責於債務人，立論之基礎卻略有不同，前者認為判斷是否可歸責於債務人應視該不動產遭法院查封是否屬於債務人之故意或過失所致(即債務人有無疏於防範或排除)，後者則認為須視不動產遭法院查封之原因是否與債務人無關聯，並以查封原因與債務人有關，而使自己無法履約，即屬債務人之故意或過失。

三、可歸責於債務人之事由指債務人未按期限履約即告該當—最高法院 88 年度台上字第 112 號判決<sup>107</sup>

本件買受人於 67 年 12 月 2 日向出賣人購買坐落台北市○○段○○段 102 號等土地上、門牌號碼為台北市○○街○○段 11 號之金西門萬利商業廣場大廈 2 樓編號 12 號之商場攤位及其基地應有部分。約定價金共新臺幣 53 萬 2000 元，伊已給付 33 萬 2000 元，尾款 20 萬元應於通知交屋日同時繳交。詎系爭建物於 69 年 11 月間建築完成後，出賣人迄今未為該商場攤位之交付及所有權移轉登記，屢經伊催告，仍未履行。爰於 85 年 11 月 15 日解除契約，並請求出賣人依民法第 259 條第 1、2 款規定，返還其所受領價金 33 萬 2000 元之本息並賠償因其「遲延給付」致伊所受相當於租金之損害 79 萬 8000 元。

原審認為兩造間就系爭商場攤位已有約定應交付之期限。則出賣人既於該建物取得使用執照之日未將之交付與買受人，即應負遲延責任。買受人於 85 年 6

<sup>106</sup> 本文為了強烈對比最高法院在不動產買賣契約中因同一障礙事由所生之可歸責之判斷，特別援引不動產經法院假扣押所生之給付障礙。至於假扣押此一障礙事由究係給付不能或給付遲延，實務似採給付不能說，請參閱最高法院 70 年 7 月 7 日民事庭會議決議；而假扣押此一障礙事由是否屬於可歸責於債務人之事由，可參閱李育昇(2012)，〈買賣標的物遭假扣押與給付不能〉，《軍法專刊》，58 卷 1 期，頁 60-70。

<sup>107</sup> 相同實務見解：最高法院 21 年上字第 1956 號判例。

月 11 日限期催告其交付無效果後，於同年 11 月 15 日解除系爭買賣契約，要無不合。本件經上訴後，法院維持原審見解，對於債務人歸責與否之認定並未從債務人之故意、過失觀點出發，亦未採取障礙事由之發生原因是否與債務人無關聯之角度認定，而係認為未於期限內為給付，即應認負遲延責任。

本文以為此判決所提出之立場實際上比較像是在對可歸責事由之舉證責任分配所為之描述<sup>108</sup>，亦即，當債務人無法舉證證明該障礙事由係不可歸責者，則債務人就該債務不履行之結果即應負責，惟訴訟法上舉證責任之分配，似乎仍無法解決如何判斷可歸責事由之基礎，最終仍有淪為循環論證之風險。

對於債務人之歸責事由判斷上，實務見解尚未有一致之認定方法，大多數之情形固然是指債務人之故意過失而言，然並非只能侷限於障礙本身之發生是否屬於債務人之故意過失，而仍須探究該障礙之發生原因是否與債務人有所關聯，舉例而言，甲與乙訂立不動產買賣契約，由甲支付買賣價金、乙移轉不動產所有權，雙方並約定於契約訂立後二年內辦理移轉所有權登記，未料於契約訂立後一年，經政府發布公告禁止所有權移轉二年，此時因政府之禁止所有權移轉公告顯非屬於債務人之故意過失，殆無疑義；倘若係在乙給付遲延的狀況下，該不動產遭政府公告禁止所有權移轉，則此時乙之給付不能是否屬可歸責之事由？在此，因民法第 231 條第 2 項規定：「前項債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。」已明文提高債務人之責任標準，因此，顯然無從依上開「債務人有無故意或過失」或「外部與債務人有無關聯之事故」此標準作為一致判斷之基礎，而應依各債務不履行之類型為區別探討。以下僅就契約成立後產生公法上規範變化致給付不能或給付遲延時，對於債務人有無可歸責性逐一詳述。

<sup>108</sup> 對於買賣契約中債務不履行(給付不能、給付遲延、不完全給付)有關不可歸責於債務人事由之舉證責任分配，多數實務見解認為應由債務人負舉證之責，可參考最高法院 21 年上字 1956 號判例、最高法院 85 年度台上字 844 號判決、最高法院 77 年度台上字第 1989 號判決。

## 第二款 給付不能之歸責認定

契約成立後政府始訂定、修正公法上限制或禁止規範致標的物無從交付，而有給付不能之情況，一般而言，政府公告制定法規範之同時，多會本於信賴保護原則或法律不溯及既往原則，盡量避免影響當事人既定之權益，然而，仍不免部分間接影響契約當事人間之法律關係。

### 一、事後法規範之限制與當事人可歸責性認定

常見因政府行政行為所發生之給付不能案例不外乎買賣不動產契約成立後，經政府公告徵收之情形，此時，依據民法第 225 條第 1 項規定，出賣人免給付義務，惟因出賣人得因土地之徵收而領有之徵收補償金，學說見解認為民法第 225 條第 2 項損害賠償請求權應為廣義解釋包括徵收補償金在內，使買受人得依本項規定給付價金後，主張代償請求權。最高法院 80 年台上字第 2504 號判例<sup>109</sup>亦採取相同認定。

在政府徵收之案例中，實務與學說將之定位為不可歸責於債務人之事由，此從適用或類推適用第 225 條第 2 項可以得知。同理，對於當事人於契約訂立後發生屬政府法規範作為而有所限制或禁止之情形，承上脈絡，似乎亦應採取相同之立場認定。對此，最高法院 44 年台上字第 383 號判例指出：「當事人約定運輸國際間之買賣標的物，因訂約後輸入國之法令變更其物禁止輸入時，亦屬因不可歸責於雙方當事人之事由，致給付不能之一種情形，依民法第 225 條第 1 項、第 266 條第 1 項、第 2 項之規定，出賣人免其以出賣物輸入於禁止輸入國交付買受人之義務，買受人亦免其支付價金於出賣人之義務，其已支付部分得依關於不當得利之規定請求返還，其買賣關係即當然從此消滅，自無待於解除。」。

多數實務見解依循上開脈絡而對於契約訂立後，遭政府新制定之法規範致契約一方當事人不能給付者，均認為屬於不可歸責於雙方當事人之事由。本文就買

<sup>109</sup> 最高法院 80 年台上字第 2504 號判例：「政府徵收土地給與上訴人(即出賣人)之補償地價，雖非侵權行為之賠償金，惟係上訴人於其所負債務陷於給付不能發生之一種代替利益，此項補償地價給付請求權，被上訴人(即買受人)非不得類推適用民法第 225 條第 2 項之規定，請求讓與。」

賣不動產契約成立後發生公告、訂定或修正法規範之限制或禁止規定，導致給付不能者，摘錄部分實務案例如下。



## 二、實務見解

(一)最高法院 70 年台上字第 1840 號判例(買賣不動產經公告停止移轉所有權致給付不能)

本件原告與被告於 68 年 11 月 20 日訂定買賣桃園縣觀音鄉○○○段炭頭子小段 332 號旱地 0.2960 公頃土地之契約，每甲新臺幣 75 萬元，並由原告先行給付 14 萬元，約定餘款於辦理所有權移轉登記時付清，嗣系爭土地經桃園縣政府依獎勵投資條例第 46 條規定編定為工業用地，並於 69 年 4 月 25 日以府建工字第 40815 號公告停止所有權之移轉，從而被告對於本件所有權之移轉，有給付不能之情事。且債務人給付不能，以事實審法院裁判時為準，如事實審法院言詞辯論終結時，債務人處於給付不能之狀態，縱其不能之情形，將來或可除去，仍難謂非給付不能。

本件法院判決並未明確指明上開給付不能是否屬可歸責於債務人之事由，惟學者<sup>110</sup>肯認此判決屬於不可歸責於債務人事由之事例。

(二)最高法院 91 年度台上字第 1891 號(買賣不動產經公告重劃致給付不能)

本件被告(買受人)於 78 年 3 月 2 日向原告(出賣人)及訴外人程燕蓉、程文錦三人訂立不動產買賣契約，約定購買坐落臺中縣大里市○○○段 153-4、155-2、461-2、461-3 號等四筆地號之土地，總價款 7190 萬元。其中系爭土地買賣契約第 3 條約定：「第壹次款；78 年 3 月 6 日甲方（指買受人）付新臺幣 2000 萬元正，同時乙方（指出賣人）應備齊過戶所需文件交代書處辦理過戶，同時乙方應開始做農路。...尾款：乙方農路完成後付新臺幣 72 萬元正」等文字。嗣兩造於同年 4 月 7 日在契約書末之收款欄，改約定：「餘額新臺幣 318 萬元正，乙方將農路完成


<sup>110</sup> 陳自強(2011)，〈契約過失責任與無過失責任之間—歸責事由之比較法觀察〉，《政大法學評論》，123 期，頁 15。

後及鑑界土地完成後付清」，原告已依約將系爭土地所有權移轉登記與被告及其指定之第三人，被告竟拒不付清尾款 318 萬元，原告爰依買賣之法律關係，請求判令被告給付尾款 318 萬元。

本件被告則主張依系爭土地買賣預約書第 3 條及收款欄之約定，原告應先將寬 4 公尺、長 80 公尺之農路修築完成，伊始有給付尾款之義務，故施作農路為原告請求被告給付尾款之停止條件，在原告未施作農路之前，條件未成就，故其尾款請求權尚未生效。且系爭土地於 85 年時因土地重劃，系爭土地遭禁建農路，致原告無修築農路之必要與實益，似可認為給付不能，且本件契約係於 78 年 3 月簽約，原告遲至 85 年均未修築農路，故 85 年前之給付不能，係可歸責於原告之給付不能。

本件判決認為被告為確保系爭土地供作農業用途，以達本件買賣田地之目的，因而另行約定原告有施作農路之從給付義務，並將原告所為之從給付義務與被告應給付之主給付中之尾款給付義務予以聯結，原告有先為「施作農路」之從給付義務，於該先為給付義務完成後，被告始有給付尾款 318 萬元之主給付義務。原告自簽約後一直未施作，其後於 80 年間因系爭土地屬於臺中縣政府辦理大里市二期市重劃區範圍內之土地，於 80 年 4 月經臺灣省都市計畫委員會審查通過，並由臺中縣政府於 80 年 8 月 24 日公告發布實施，重劃計畫書、圖公告及重劃工程開工日期分別為 82 年 5 月 26 日及同年 9 月 13 日，迄 85 年間因系爭土地重劃成為建地且面臨道路，於邏輯上已無施作農路之必要及實益，應認原告「施作農路」之從給付義務因土地重劃而成為「不能之給付」，達於給付不能之程度，依民法第 225 條第 1 項之規定，原告因土地重劃之不可歸責事由致給付不能，而免為「施作農路」之給付義務，被告有免為給付尾款 318 萬元之正當理由，爰駁回原告之訴。

(三)最高法院 94 年台上字 1208 號(合建契約訂立後經政府公告部分土地徵收)



本件當事人於 86 年 2 月 20 日訂立合建契約書，由被告提供其所有坐落台北縣汐止市○○段 908 地號土地全部，其他相鄰土地之所有人鄭關王等人提供同段其他地號土地，合建之房屋係地上十二層地下三層。原告於同月 22 日依合建契約第 4 條之約定，交付被告 310 萬元之支票作為合建保證金，並於同年 6 月 19 日以前開合建之系爭土地向台北縣政府工務局申請建照之掛號，然因「南港專案汐止高架段鐵路臨時軌路基工程」，交通部台北市區地○○路工程處需用系爭七筆土地，欲以徵收方式徵收，經原告多方協調鐵路工程處始同意以徵用之方式代替徵收，惟被告拒絕配合辦理徵用手續，以致被告所有之 908 地號土地於 90 年 10 月 8 日遭徵收而登記為國有。原告爰以被告違反合建契約之約定，無法將 908 地土地提供予原告合建，屬可歸責於被告致給付不能，又被告故意不同意徵用，係以不正當行為阻其條件之成就，故意損害原告及其他地主。原告乃於 91 年 7 月 17 日解除前開合建契約，依民法第 259 條第 2 款之規定請求返還合建保證金，以及依民法第 226 條之規定請求被告賠償原告可得之合建利潤 1311 萬元中之 500 萬元及遲延利息。

被告則主張原告違反合建契約第 7 條，未依約申請預審，且未依法補足應備文件，以致雖於 86 年 6 月 19 日申請建照之掛號，卻延宕至 87 年 5 月 19 日禁建前，尚未領得建照，顯已違約。又原告未依主管機關規定，於禁建期滿 1 個月內送請複審，以致建築執照申請案遭註銷，此顯可歸責於原告之情事，且其已於 91 年 7 月 23 日解除契約，自可沒收該保證金。至於嗣後土地遭徵收與否乃政府施政行為，並不可歸責於被告。


第一審法院認為，公用徵收為公法上之行為，徵收機關於徵收後至執行拆除工作，均屬政府機關公權力之行使，本件合建之 908 地號土地在合建契約訂立後遭政府機關徵收，此公權力之行使，實與被告之意願無關，亦即本件合建契約之無法進行，並非可歸責於被告。又被告並無應同意徵用之義務，則亦難認被告之不同意徵用係以不正當行為阻其條件之成就者，而有違約之情形。從而，原告自

難依民法第 256 條之規定解除合建契約請求返還保證金，以及依同法第 260 條或是合建契約第 10 條第 2 款請求損害賠償。

原告提起上訴後，追加主張土地遭政府徵收屬於不可歸責於雙方之事由，請求依民法第 266 條第 2 項規定返還保證金，經臺灣高等法院 92 年度重上字第 416 號判決認為，兩造所簽之合建契約並無被告應同意徵用之內容，且系爭合建契約簽訂之時，亦無政府欲徵用之情形發生，尚難以該合建契約認定被告有必須同意徵用之義務。且系爭土地於民國 90 年 10 月 8 日已因徵收登記為國有，其登記之原因發生日期為民國 90 年 8 月 24 日。系爭土地於徵收後被告提供系爭土地合建之義務已陷於給付不能之狀態，嗣被告雖於 91 年 7 月 23 日再以存證信函向原告表示解除合建契約並沒收保證金，自屬非以誠實及信用之方法行使權利，與民法第 148 條第 2 項規定有違，應認亦不生契約解除之法律上效果，從而被告主張其已解除系爭合建契約並沒收合建保證金，亦無可採。又本件兩造簽定合建契約時並未約定任何一造於遇土地將被徵收時，應採如何作為以避免土地被徵收。是系爭土地因政府徵收而成為國有自屬因不可歸責於雙方當事人之事由，致被告一方之給付全部不能，依民法第 266 條第 1 項規定，原告即免為對待給付。是原告依民法第 266 條第 2 項規定請求返還給付予被告之合建保證金 310 萬元，為有理由。

(四)臺灣高等法院台中分院 104 年重上字 115 號（訂立契約後經政府公告禁建）

本件原告於 96 年 9 月 22 日與被告謝聰烽、楊福壽簽訂合作開發契約書，約定原告向被告 2 人買受土地，並兼具土地合作開發事宜，被告 2 人願將坐落改制前臺中縣大雅鄉○○段○○地號之土地（面積 11252 平方公尺，權利範圍全部，下稱系爭 320 之 1 地號土地）出賣予原告作為集村興建坐落之建築基地，另提供坐落改制前臺中縣潭子鄉○○段○○地號等土地（下稱系爭耕地，包含系爭 320 之 1 地號土地則合稱為系爭土地）作為集村興建配合之耕地，原告已依約支票給付第 1 期款 1000 萬元、第 2 期款 1000 萬元、第 3 期款 1000 萬元、第 4 期款 600 萬



元予被告 2 人。嗣因系爭 302 之 1 地號土地於 97 年 10 月 8 日經台中縣政府公告為「新訂中部科學工業園區臺中基地附近特定區計畫」禁建範圍內，禁建時間自 97 年 10 月 9 日起 2 年，是系爭 302 之 1 地號土地已列入禁限建範圍內，不能達成兩造簽署系爭契約興建集村農舍之契約目的，原告旋於 97 年 11 月 11 日依系爭契約第 13 條第 1 項約定解除系爭契約，並請求被告 2 人返還已收受之價金共 3,600 萬元。

被告則主張系爭契約第 4 條約定：「甲乙雙方於簽約日起算 1 年內（但須完成前 4 期款工作後）備齊所有權移轉登記所需文件、證件及用印...」，可見兩造於訂約時已預期在系爭契約簽約後 1 年內，履約進程可完成至標的土地產權移轉之階段，甚至可達申請集村農舍興建建造執照之階段。系爭 302 之 1 地號土地係於 97 年 10 月 8 日經臺中縣政府公告中科特定區計畫之公告禁建範圍，距系爭契約簽約日（96 年 9 月 22 日）已逾 1 年，原告藉口不願依系爭契約之約定辦理申請主管機關核可，顯係原告自身遲滯契約進程，以致系爭契約履行之進程尚未進行至產權移轉過程中或產權移轉完竣後申請集村興建農舍建築執照的階段，原告自不得依系爭契約第 13 條解除系爭契約。

第一審法院判決認為系爭 302-1 地號土地雖經臺中縣政府 97 年 10 月 8 日公告為中科特定區計畫之公告禁建範圍，禁建時間自 97 年 10 月 9 日（公告生效日）起 2 年。然觀諸系爭契約第 4 條既約定原告支付土地價金之第 6 期款：「甲乙雙方於簽約日起算 1 年內（但須完成前 4 期款工作後）備齊所有權移轉登記所需文件、證件及用印...」等情，可見兩造於訂約時已預期在系爭契約簽約後 1 年內，履約進程可完成至標的土地產權移轉之階段，甚至可達申請集村農舍興建建造執照之階段，則縱系爭 302 之 1 地號土地為臺中縣政府 97 年 10 月 8 日公告中科特定區計畫之禁建範圍，然該公告既已距系爭契約簽約日即 96 年 9 月 22 日逾 1 年，又該公告明載「禁建範圍不包括『本計劃發布禁建前已依非都市土地使用管制規則核准開發許可之地區』」、「禁建期限：自公告生效日起 2 年。本計劃禁



建期間如都市計劃案完成法定程序公告實施，得予解除禁建」，足認系爭契約簽訂時，確無任何系爭契約之土地標的遭到公告禁限建之問題，而倘若兩造業依系爭契約之進程陸續完成各該申請階段，確亦可能於約定簽約後1年內即臺中縣政府97年10月8日公告之前，經主管機關核准興建及取得建築執照，而本得予排除於上開臺中縣政府97年10月8日公告禁建之範圍至明，是以，被告辯稱系爭契約進程之阻滯有可歸責於原告之事由，已非無憑。

再者，原告雖指陳系爭契約第13條第1項、第2項分別明定政府機關政策改變或因建築基地及配合耕地之規劃、使用不符主管機關規定時，則不問可歸責於原告與否，原告均可解除系爭契約，然而，原告既未提出伊曾於產權移轉過程中或產權移轉完竣後申請集村興建農舍建築執照時發覺系爭土地有何未能符合法令規定，且經向政府主管機關提出核准建照之申請，惟經主管機關不予核准之相關證據，則原告援引系爭契約第13條第1項及第2項約定，主張解除系爭契約，已嫌無據，為無理由，爰駁回原告之訴。

經原告提起上訴後，法院判決則認為集村農舍申請興建資格，需合乎農業發展條例第18條及93年6月16日修正發布施行「農業用地興建農舍辦法」第2、3、4及8各項規定，倘屬公告劃定之山坡地範圍，需依據水土保持法第12條規定提交水土保持計畫書，若產權異動，受讓土地所有權之農民就後續涉及水土保持法部分，仍需提送水土保持計畫書至主管機關審查，足見集村農舍興建案所涉及法規面、政策面、執行面，細節甚多。而兩造合作所需基地及配合耕地由被告負責取得，原告對於該土地是否合乎法規所定坡度限制、是否屬主管機關認定可開發之土地、是否屬確供農業使用之農地、是否可辦理獲主管機關核准之水土保持計畫，無法掌控，上開事項並涉及原告如何規劃、銷售集村農舍之建案，日後須由農業發展條例第18條之農民為起造人，依「農業用地興建農舍辦法」提出申請，始能取得建築執照，因此系爭契約履約時程，即容許原告得依序釐清上開疑慮後，始支付第6期以前之各期款項。兩造契約第4條第6期款所明定「簽約

日起算一年內」始完成所有權移轉登記，係基於集村農舍之投資需逐步確認投資可行性，以免蒙受不必要之風險，暨避免貿然投入，急於使特定人取得土地所有權，以至衍生額外之損失，因此上開 1 年期間，無從任意予以縮短。而原告於產權登記期限屆滿（即簽約日 96 年 9 月 22 日起屆滿一年之 97 年 9 月 22 日）前，以 97 年 6 月 4 日存證信函向被告指出其得悉系爭土地將規畫為中科特定計畫區範圍、將受禁限建限制，提議被告提出可行因應方式以資解決，未獲被告回應，嗣臺中縣政府果於上開第 6 期辦理產權移轉登記期限屆滿僅 17 日後，即在 97 年 10 月 8 日發布前開禁建公告，參以兩造契約核准興建集村農舍應備置相關文件可見流程繁瑣，兩造契約第 8 期之建築執照申請事宜，猶須待第 7 期「集村農舍興建核准後，雙方共同協助為之」，顯見兩造無從使系爭集村農舍之建案不受台中縣政府禁限建公告之限制。

是兩造以系爭契約第 13 條第 2 款約定，就 2 年內未獲許可興建集村農舍之風險，歸由被告負擔，乃兩造訂立系爭契約時權衡之結果，原告於 99 年 10 月 6 日以系爭契約第 13 條第 2 項規定，所為解除系爭契約之意思表示，則無不合。並依系爭契約第 13 條第 3 項規定，請求被上訴人 2 人返還原各自受領之 1800 萬元（總計 3600 萬元），應予准許，而廢棄原判決。

### 三、小結

如於不動產買賣契約訂立後，發生法規範之變更致給付不能，此時，揆諸上開實務見解，應屬非可歸責於債務人之事由所致之給付不能，並依據民法第 225 條第 1 項規定，債務人免給付義務，依據民法第 266 條第 1 項規定，債權人亦免為對待給付，契約關係形同消滅<sup>111</sup>。

值得留意的部分在於，臺灣高等法院台中分院 104 年重上字 115 號判決之第一審法院有不同之見解，認為原告未能依兩造契約約定之進程陸續完成各該申請

<sup>111</sup> 相同見解可參考最高法院 39 年台上字第 1030 號判例、最高法院 44 年台上字第 383 號判例、最高法院 79 年度台上字第 2182 號判決。陳自強(2012)，〈契約責任之歸責事由〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 119。另有學者認為此時民法第 266 條第 1 項所做的意思表示應包含解除契約之法效意思在內，而當然解除，見解雖略有不同，惟就結果而言並無二致，可參黃茂榮(1998)，〈債務不履行(一)：給付不能〉，《植根雜誌》，14 卷 12 期，頁 576。

階段，致未能於約定簽約後 1 年內即臺中縣政府 97 年 10 月 8 日公告之前，經主管機關核准興建及取得建築執照。因此，原告既已因可歸責於己之事由致系爭契約進程遲延，即無從再以簽約後之政府公告作為不可歸責來抗辯。雖然此判決因事實認定之違誤而遭廢棄，但是，此見解揭櫫在可歸責於債務人事由之給付遲延狀態下，無從與一般因公法上規範變更所致之給付不能相提並論，而應由債務人自行承擔法規變更之風險。

### 第三款 給付遲延之歸責認定

民法第 230 條規定：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」、第 231 條第 1 項規定：「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。」、第 231 條第 2 項規定：「前項債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。」，亦即，民法第 230 條規定給付遲延係以可歸責於債務人之事由所生之遲延為前提要件，並依民法第 231 條規定，債務人於遲延中對於不可抗力而生之損害亦應負責，此之「損害」亦應「負責」之內涵，有無包括因法規變更所生之給付不能？立法理由明揭：「...同律第 370 條理由謂債務人既有遲延，則雖因不可抗力而滅失其給付之標的物，致不能給付，其原因究係本於債務人遲延之故，仍使債權人得請求其不履行之損害賠償，此為對於第 225 條第 1 項及第 230 條之例外規定。然若債務人能證明即使不遲延給付，而標的物仍不免因不可抗力而滅失者，則其損害不得謂為本於債務人遲延，自不應使任損害賠償之責。此第二項所由設也。」，因此，在給付遲延中所生之不能，該可歸責於債務人之事由應有延續的效果，是以，即便政府之禁止移轉公告非屬債務人之故意或過失，且「政府之禁止移轉公告」此一事故之發生原因亦非債務人所得控制而與債務人無關聯，由於債務人已給付遲延在前，此時在遲延中無法完成之不動產移轉登記，似應認為係屬於可歸責於債務人之事由所生之給付不能。

學者<sup>112</sup>則認為給付遲延中發生不可抗力之事故者，債務人仍應負損害賠償責任，遲延與因不可抗力而生之給付障礙，不須有相當因果關係，因為若有相當因果關係，債務人本即應負責。即債務人給付遲延中發生雷電、地震、火災等致標的物滅失，依民法第 231 條第 2 項規定，亦仍屬可歸責於債務人之事由致給付不能，債務人應依民法第 226 條第 1 項負損害賠償責任，至於原遲延之損害，仍有民法第 231 條第 1 項之適用；亦有學者<sup>113</sup>認為，民法第 231 條所謂損害，係指因債務人遲延而生之損害，若債務人於遲延中陷於不能給付，則自不能給付之時起，債權人即不得請求賠償此損害(100 台上 1460)。其因可歸責於己之事由以致遲延給付，自應承擔延遲所生之損害賠償責任，如因不可抗力所生之損害，亦應負責，除非債務人能證明損害之發生與遲延並無因果關係，例如縱然債務人之給付並未遲延該房屋仍不免因地震而倒塌時，則無因果關係。復有學者<sup>114</sup>認為遲延中，縱因事變或不可抗力而生之給付不能，仍屬可歸責於債務人之事由，債務人仍應負給付不能之責任。給付不能前負遲延賠償責任，給付不能時起負替代賠償責任。

基上可知，對於債務人給付遲延中始發生不能給付之情事，縱認非屬債務人故意或過失所致，由於債務人遲延在前，均認為對於法規變化之風險應由債務人承擔，此為立法者與學界所一致認可。至於因法規變化所生之給付不能，於實務上之實踐，基本上亦採取相同立場。

一、最高法院 100 年度台上字第 2189 號判決(契約訂立後經政府公告劃入市地重劃區)


#### 1、事實概要

當事人於民國 80 年 8 月 12 日簽訂合建契約書，約定合建之土地為原告所有(按:似被告之誤繕)坐落台南市○○區○○段原地號為第 684 地號土地，原告於簽約

<sup>112</sup> 楊芳賢(2017)，《民法債編總論(下)》，頁 129-130，台北：三民。

<sup>113</sup> 鄭冠宇(2015)，《民法債編總論》，頁 172-173，台北：新學林。

<sup>114</sup> 邱聰智(著)、姚志明(修訂)(2014)，《新訂民法債編通則(下)》，新訂 2 版，頁 67，台北：承法數位文化。



同時以即期支票給付 500 萬元保證金予被告，並約定另 500 萬元保證金於被告出具土地使用同意書當日再行給付。後系爭 684 地號土地分割為同段 684 地號、684-1 號、684-2 號、684-3 號、684-4 號等筆土地，嗣被告於 94 年 8 月 31 日將 684 地號土地贈與登記歸臺南市政府所有；又於 94 年 9 月 5 日將 684-7 地號土地，出售登記予黃麗珍所有；另 684-1 地號土地則已經臺南市政府於 92 年 1 月 6 日規定為市地重劃開發之地區。原告主張因被告違約將合約書所約定要合建之土地出售他人，且因兩造共同開發系爭土地係由被告將系爭土地全權委由原告負責統籌規劃，但因系爭土地屬被告所有，故有關係爭土地之權狀、使用同意書等書類，以及起造人之印章、戶口名簿等，均須被告之配合及同意，惟被告一直未能配合原告出具土地使用同意書及其相關書類，致原告無從申請建築執造等手續使用，亦即可歸責於被告。且部分合建之土地經列為市地重劃開發地區土地，係非可歸責於原告之事由，爰依法解除契約並請求被告返還系爭擔保金 500 萬元。

## 2、判決要旨

本件法院判決與本文討論有關的，整理如下：

第一審法院認為被告將合建契約範圍內之分割後 684 地號土地贈與登記歸臺南市政府所有、684-7、684-10 至 684-32 地號土地出售他人，係屬於可歸責於被告之事由所為之給付不能，原告主張第 226 條第 1 項、第 256 條、第 259 條第 1 款及第 2 款規定解除契約，請求返還保證金為有理由，至於 684-1 地號土地經台南市政府劃入市地重劃區部分，並未逐一詳予論駁。

原審臺灣高等法院臺南分院民事判決 100 年度上更(一)字第 2 號判決認為依系爭合約書第 2 條：「乙方所有土地全權授權甲方統籌規劃」及第 5 條：「乙方應按甲方之通知配合出具土地使用同意書」等約定，被告有依系爭合約之約定提供土地使用同意書之義務，惟被告多年來自始迄未提供，並於 94 年 8 月 17 日將上揭分割後之 684-7 地號土地移轉所有權予訴外人黃麗珍，將分割後 684 地號及 686-2 地號土地，捐贈予臺南市政府，基此，被告既未徵得原告之同意，即私自

合併其他地號（686-1、687-2）土地後，再轉售予黃麗珍，致該土地無法供原告規劃進行建築使用，自有因可歸責於被告之事由致生給付不能。

其中分割後之 684-1 地號土地，因被告自始拒絕提供土地使用同意書，讓原告無法申請建築執照，致遲延至 92 年 1 月 6 日因臺南市政府公布「擬定台南市安南區○○○段○段兩側地區細部計畫」，將系爭分割後 684-1 地號土地列為市地重劃開發之土地，必須待參加重劃完成後始能申請建築；另系爭合建範圍之 684-4 地號土地，已經被告出售予訴外人黃麗珍，堪認系爭合約之目的不能完成，係因可歸責於被告之事由致生給付不能，本件原告本於解除契約回復原狀所衍生之請求權法律關係，請求被告給付 500 萬元為有理由，應予准許。此見解並經最高法院所維持。

### 3、小結

本件不動產合建契約自 80 年 8 月 12 日訂立後，期間夾帶了許多影響系爭契約標的移轉之事件，除了被告之自主行為以外（例如遲遲未提供土地使用同意書、94 年 8 月 31 日贈與台南市政府、94 年 9 月 5 日贈與訴外人），亦有非屬雙方行為之外部事件，如臺南市政府將系爭 684-1 地號土地列為市地重劃開發之土地，因被告未依契約盡其提供土地使用同意書之義務，致原告無從申請建築執照，則被告應自負給付遲延之責任，因此在被告給付遲延中所發生臺南市政府公布市地重劃開發，肯認後續因法規範施行所致不能給付之風險仍應由被告承擔。

二、臺灣高等法院 94 年度重上字第 66 號判決(契約成立後修正可開發利用之墳墓面積擴大)

#### 1、事實概要

被告為台北縣淡水鎮私立宜城公墓負責人（以下簡稱宜城公墓），於 78 年 12 月與其合夥人即地主丁○○，以新臺幣 2554 萬 5 千元之價格，將坐落台北縣淡水鎮○○○段南勢埔小段 276 地號（權利範圍 3 分之 1）及同地段 276-1 土地（權利範圍 400 分之 47），出賣予原告，雙方並於合約中約定應由被告在 79 年 12

月 11 日前，申請政府核准將系爭土地併為宜城公墓擴充部分，並取得正式啟用之許可，逾期如無法完成此項義務，除須按月補貼原告 20 萬元之損失，如再逾 1 年得由原告沒收交易尾款作為違約金。

嗣於 79 年 2 月 14 日修正山坡地開發建築管理辦法第 7 條規定，致使山坡地之開發許可除前述變更編定地目、水土保持計劃書外，尚須施作環境影響評估。待原告付清所有土地價款，被告仍未能依約於 80 年 12 月 11 日取得系爭土地設置墓地之啟用許可。爰請求被告賠償 79 年 12 月 11 日至 80 年 12 月 10 日止，每月 20 萬元之損失計 240 萬元，及交易尾款 1014 萬 5 千元之違約金。

## 2、判決要旨

法院認為設置公墓應備具 72 年間公布墳墓設置管理條例第 6 條所列文件報請省市主管機關核准。同條例第 7 條明定設置公墓或擴充墓地，應選擇不影響水土保持、不破壞自然景觀、不妨礙耕作之適當地點。75 年間修正公布山坡地保育利用條例第 30 條規定，於山坡地開發建築應先擬具水土保持計畫，送請各該目的事業主管機關會同主管機關核定並監督實施，方可有獲設立墓地或擴充墓地核准之可能。另山坡地開發建築管理辦法第 7 條雖於 79 年 2 月 14 日修正有關山坡地申請開發應檢附環境影響評估報告書之規定，惟參照前開山坡地保育利用條例之規定，此尚難認係法令變更，至多僅為政府落實執行該項法律之具體作為。況上訴人於系爭契約訂立後，79 年 12 月 11 日再度與被上訴人訂立切結書，仍重申「如屆期未蒙政府核准」，願補貼被上訴人損失每月 20 萬元，沒收尾款及開立墓地證明書等類似擔保可如期完成之條件，且於 80 年 7 月 2 日向被上訴人商借尾款時，仍委託訴外人謝榮壽出面重申願完成環評至啟用之義務，足認上述給付遲延顯係因可歸責於上訴人之事由所致，而非法令變更。又上訴人自 79 年 12 月 12 日即已發生遲延責任，縱事後有法令變更，依民法第 231 條規定，其遲延責任亦不因而免責。系爭土地遲至 89 年 6 月 14 日始取得啟用許可，自 80 年

12月11日起算共計遲延8年6月，被上訴人請求上訴人如數給付本息，應予准許。

### 3、小結

本件判決明確認為就可歸責於債務人之給付遲延，該遲延中即使發生了法令變更，依據民法第231條規定，遲延責任亦不因而免責。

本件判決於上訴後，因事實認定違誤，而經最高法院96年度台上字第605號<sup>115</sup>認為本件上訴人並不負有「啟用許可」義務為由，而廢棄了原判決。甚者，於更審法院臺灣高等法院96年度重上更(一)字第59號判決進一步確認認為即便上訴人負有取得宜城公墓之「啟用許可」義務，惟上訴人之未能完成屬於訂約後因法令變更之故，屬於非可歸責於上訴人之事由，此標準同第四章第二節第一項第二款實務之見解(即契約訂立後發生法規變更致給付不能屬於不可歸責)，爰不再詳加介紹。

三、臺灣高等法院93年度上更(二)第176號判決(契約成立後公寓大廈管理條例施行，無從分離移轉房屋與車位)

#### 1、事實概要

甲於81年3月31日與大華公司簽訂房屋預定買賣契約書及不動產預定買賣契約書(車位)，購買坐落台北縣汐止鎮○○段社后下小段140-10等地號土地上所興建「雅典王朝」B5棟十二樓房屋一戶及B棟地下停車場車位(下合稱系爭

<sup>115</sup> 謹摘錄最高法院96年度台上字第605號判決部分文字如下：「...系爭契約第5條既約定伊應於契約成立後將系爭土地交與被上訴人收益管理使用，自應於上訴人代為取得擴充宜城公墓之「設置許可」後，由被上訴人本於其收益管理使用權限，自行完成上開程序以取得「啟用許可」，始符合系爭契約之約定...足認上訴人依系爭契約所負之主給付義務應為系爭土地所有權之移轉與交付，被上訴人之主給付義務則為買賣價金之支付。至系爭契約第3、14條及切結書依序記載：「申請私立宜城公墓擴大墓園面積核准」、「申請以宜城公墓擴大墓園面積設立核准」、「申請政府核准為墓園」等字語，要係約明上訴人之從給付義務，所載且無「啟用許可」之字樣，...若謂被上訴人所得受領之買賣價金2554萬5千元，卻須支出上開高達1714萬8千元之費用，負有取得系爭土地之「啟用許可」之義務，要與情理不符。準此而言，上訴人以上開價款出賣系爭土地予被上訴人，於申請系爭土地擴大墓園面積併入私立宜城公墓經政府核准後，能否謂尚未完成系爭契約及切結書所約定之從給付義務，亦非無疑。原審未遑詳加調查說明，遽認上訴人負有將系爭土地完成申請核准併入該公墓為正式啟用許可之義務，據為上訴人敗訴之判決，是否允當，非無斟酌之餘地。」



房屋)，約定總價金為 386 萬 5 千元；同日又與乙、丙簽訂土地預定買賣契約書，向乙、丙購買系爭房屋坐落之基地（下稱系爭土地），約定總價金亦為 386 萬 5 千元。

乙、丙已於 81 年 6 月 4 日將系爭土地所有權移轉登記與甲，並於同年 11、12 月間通知甲辦理交付系爭土地及給付系爭土地尾款 246 萬 5 千元，詎甲竟拒絕給付該尾款；嗣大華公司、乙、丙於 82 年 4 月 16 日同意甲將系爭房屋及不動產（車位）預定買賣契約書之買受人變更為陳九芳（按：陳九芳於原審訴訟繫屬中之 88 年 5 月 18 日死亡，由其法定繼承人丁、戊承受訴訟），大華公司曾分別於 81 年 11、12 月間通知甲及於 82 年間通知陳九芳辦理交屋手續及給付系爭房屋尾款 228 萬 5 千元，詎陳九芳竟拒絕辦理交屋及給付該尾款，嗣因公寓大廈管理條例於 84 年 6 月 26 日公布施行，依該條例第 4 條規定：「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」，致大華公司已不能將系爭房屋所有權移轉登記與陳九芳。

大華公司主張因陳九芳給付遲延在前，後因公寓大廈管理條例之施行致給付不能，此實屬因可歸責於陳九芳之事由，大華公司仍得請求陳九芳之法定繼承人丁、戊給付系爭房屋尾款，爰依系爭土地預定買賣契約書第 3 條第 3 項及系爭房屋預定買賣契約書第 6 條第 3 項之約定暨繼承之法則，求為命甲應給付乙、丙 246 萬 5 千元；丁、戊應連帶給付大華公司 228 萬 5 千元。

甲、丁、戊則主張，甲已於 82 年 4 月 16 日經大華公司、乙、丙同意將系爭房屋及不動產（車位）預定買賣契約書之買受人變更為陳九芳。雖乙、丙已將系爭土地所有權移轉登記與甲，惟大華公司迄未將系爭房屋所有權移轉登記與陳九芳，嗣因公寓大廈管理條例第 4 條規定之公布施行，大華公司已不能將系爭房屋所有權移轉登記與陳九芳，顯屬因可歸責於大華公司之事由致給付不能，陳九芳自無再給付系爭房屋尾款之義務；又甲因乙、丙遲延交付系爭土地及上開條例之公布施行，致系爭土地之交付對其已無利益，甲亦無再給付系爭土地尾款之義務

等語為抗辯。併反訴求為命乙、丙應給付甲 161 萬 3 千元；大華公司應給付丁、戊 176 萬 8 千 931 元，並均加付法定遲延利息之判決。

## 2、判決要旨

本件歷經二次發回更審，其中最高法院 91 年度台上字第 36 號判決認為，陳九芳購買系爭房屋及地下停車位，係出於整體之考量，若出賣人提出房屋之給付未能連同車位一併提出，衡情即難認合乎債之本旨，當不生提出之效力。系爭房屋預定買賣契約書第 9 條第 1 項約定：「房屋完工期限：本房屋之興建工程，預定於民國 82 年 6 月間交屋」；第 6 條付款方式約定：「甲方（按：指陳九芳）同意前條總價款於付款時，由乙方（按：指大華公司）以書面通知，並指定繳納日期地款，5 日內以現金或即期支票繳付，...」；同條第 3 項並約定：「甲方接到乙方通知交屋期間內應將尾款 228 萬 5 千元整付清後，乙方應將買賣房屋交付與甲方。」，縱大華公司已於 81 年 11、12 月間即通知買受人交屋，然由於該編號 26 號之停車位已因設立變電箱而無法供停車使用，是大華公司就車位部分顯已無法提出給付，買受人所買受者係編號 26 號之停車位，該買賣標的物既已特定，則出賣人自仍應依約交付該特定之車位，茲大華公司無法依約提出給付，自不生提出給付之效力，是買受人陳九芳主張大華公司給付遲延，自屬可採。

按債務人給付遲延者，債權人固得依民法第 254 條規定，定相當期限，催告債務人履行，如於期限內不履行時，債權人即得解除契約。然在債務人給付遲延之情形，如債權人遲遲未為催告行使其解除權，直到標的物陷於給付不能時，債權人始以遲延為由主張解除契約，則其解除即非適法。查本件大華公司固有給付遲延情事，然買受人陳九芳遲至 87 年 7 月 3 日始以存證信函表示解除契約，而系爭房屋早因公寓大廈管理條例於 84 年 6 月 28 日公布實施，無法移轉過戶而陷於給付不能，則陳九芳以給付遲延為由而主張解除契約之行為，自不生法律上效力。又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<sup>116</sup>，本件原審既謂因法律規定致大華公司未能移轉房屋所有權予陳九芳，則又何以認係可歸責於大華公司？而大華公司未依約於 82 年 6 月間交付系爭房屋與陳九芳，是否有可歸責之事由？縱認大華公司就該項給付應負遲延責任，惟何以得據此推論其後發生給付不能係因可歸責大華公司之事由所致？原審對此均未為審究，即認陳九芳得依民法第 256 條規定解除房屋買賣契約，進而為不利大華公司之論斷，非無可議。

迭經發回更審後，終審(即本件判決)認為，若大華建設公司依契約本旨於 82 年 6 月間即履行交付房屋及車位之義務，當未致發生事後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情事，故就嗣後因法律規定致大華公司未能移轉所有權與陳九芳，此給付不能亦實係可歸責於大華建設公司，故丁、戊(陳九芳之繼承人)主張兩造就土地之買賣契約亦同有解除事由存在，並於 87 年 7 月 3 日解除土地買賣契約，即無給付乙、丙二人土地尾款之義務，並得請求乙、丙返還已付之價金及代辦費。

### 3、小結

本件判決對於因可歸責於債務人之事由給付遲延後，債務人陷於給付遲延之狀態下所發生之法規範變更而生給付不能時，就該給付不能之可歸責性，認為仍應由債務人所承擔。原審最高法院 91 年度台上字第 36 號判決就給付不能與給付遲延中是否屬於可歸責於債務人之事由此要件上予以分別認定，似採取與多數實務見解不同的立場，並有悖離民法第 231 條第 2 項規定：「前項債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。」之解釋與適用。

### 第四款 不完全給付之歸責認定

#### 一、契約成立後法規範變更與出賣人之可歸責判斷

按契約當事人就公法上規範限制或禁止規定之存在與否，於契約成立時出賣人有告知義務，且由於契約成立之時，買受人已告知訂立契約之目的，於契約成

<sup>116</sup> 更一審判決持相同見解，請參閱臺灣高等法院 91 年上更(一)字第 33 號民事判決。

立後，倘若發生政府公告新的法令、修正法令而有禁止或限制契約內容之規範發生者，本於契約之附隨義務，契約成立後履約期間之資訊如涉及影響買受人訂立契約之目的者，基於誠實信用原則，出賣人仍應有告知義務存在。

至於附隨義務之具體類型有無包括資訊提供之告知義務，學說上有以解釋義務、說明義務、資訊義務或告知義務等用語肯認之，是以，對於交易之資訊、有助於契約目的達成之相關資訊，包括公法上規範之公布、修正等影響買受人締約與否之資訊，毋庸置疑出賣人有其告知義務。舉例而言，當買受人已告知出賣人買賣土地在於建築農舍，則出賣人即應告知買受人有關土地能否建築農舍之法規範，倘於契約成立後經政府公告變更公法規範內容而禁止建築農舍者，此時，出賣人即應本於資訊揭露義務予以告知。

然而，實務上最高法院 106 年台上字第 1789 號判決卻認為：「...系爭契約第 6 條第 2 項本文約定：『前開標的若因都市計畫或因其他法令已有變更使用或被徵收之虞時，乙方（即被上訴人）應於簽約時確實告知，如有隱匿、欺瞞時，乙方即屬違約，甲方（即上訴人）得於知悉後依法解除契約。』，固有契約影本可稽。惟查上訴人並未舉證證明兩造締約時，有何都市計畫或其他法令變更使用或被徵收之虞等情事，亦未證明被上訴人有何隱匿欺瞞情事，是上訴人此部分主張，即不可採。次按宜蘭縣政府固於 104 年 4 月 7 月發布『宜蘭縣興建農舍申請人資格及農舍建築審查辦法』（嗣於 104 年 11 月 17 日廢止），第 4 條第 1 項固規定：「前條第 4 款之農業經營計畫，應載明下列事項：...四、農業用地整體配圖（農舍及農業經營用地面積檢討、排水方式說明、及農業設施配置等）。...七、引用水之來源及廢汙處理計畫。...」。然查，系爭契約第 6 條第 2 項本文約定，既僅課與被上訴人於締約時之誠實告知義務，則解釋兩造之締約真意，應認為所謂法令變更者，以締約時發生者為限，至於締約後始發生之法令變更，被上訴人並不負有告知義務。從而上訴人既係於取得系爭農地所有權後，上開法規命令始行頒布，則據此不能認為被上訴人就該等法規命令負有告知義務。」，經查本判

決之事實基礎，實際上是於出賣人交付系爭買賣土地後，宜蘭縣政府才公布訂定宜蘭縣興建農舍申請人資格及農舍建築審查辦法，因標的物業已移轉，依據民法第 373 條規定系爭土地是否受有法令規範之拘束風險，本應由買受人所承擔，故就結論而言值得贊同。然而，此判決理由卻明確採取反對論點認為法令變更之告知義務僅存在於締約時，締約後方發生法令變更者，否定出賣人具有告知義務，顯然有悖於多數學說(參本文第四章第一節第四項第二款關於出賣人告知義務之論述)之立場。

本文以為，契約成立後發生法規變更致出賣人所交付之不動產標的不符合債之本旨者，有與第四章第一節物之瑕疵擔保責任競合之可能<sup>117</sup>，亦即，在探討出賣人所為之給付有無符合債之本旨，判斷是否構成不完全給付之要件認定上，可能會與前揭物之瑕疵的認定有著殊途同歸的結果。因瑕疵、不符合債之本旨均肇因於公法上規範存在之緣故，或許是在契約訂立時即有該法規範之存在，而屬出賣人資訊揭露之告知義務與買受人之查證義務爭執，如出賣人未為告知者，有締約上過失之適用；至於契約成立後，出賣人之告知義務程度、範圍應與契約成立時所應告知之程度與範圍採取一致性之判斷標準，理由在於締約過程中與契約成立後，雙方當事人之信賴程度並無不同，且對於買受人而言，契約成立前與契約成立後，其所欲成立買賣契約之目的並無二致，如認為出賣人於契約成立後無告知義務者，反而有提高出賣人於契約成立後消極不作為之道德風險。且肯認出賣人於契約成立後仍有資訊揭露(含法令變更)之告知義務，得讓買受人充分掌握資訊並決定契約之存續，如能由雙方在資訊平等之立足點下，協議終止契約，不失為雙方權利義務關係和平解決的手段，此均係以出賣人有盡其資訊揭露之告知義務為前提。

## 二、實務見解

<sup>117</sup> 關於物之瑕疵擔保責任與債務不履行之競合適用，實務見解可參考最高法院 77 年度第 7 次民事庭會議決議，學說見解則可參考詹森林(2010)，〈不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院七十七年度第七次到九十六年度第八次民事庭會議決議〉，《臺大法學論叢》，39 卷 3 期，頁 69-107。

出賣人違反告知義務時，因告知義務屬於附隨義務之一環，多數說認為附隨義務之違反得依民法第 227 條不完全給付請求損害賠償。有力說<sup>118</sup>則認為附隨義務之違反除得請求損害賠償外，如有使契約目的無法達成或致信賴關係破壞而無法期待繼續維持契約者，應認得解除契約。實務見解近年來亦有向有力說靠攏之趨勢<sup>119</sup>。

當契約成立後發生法令規範之修正、制定而限制或禁止標之物之使用、收益或處分時，除出賣人應有告知義務外，可推知系爭標之物將無從符合買受人締約時之目的，如出賣人逕予交付者，將有給付標之物不符合債之本旨的質疑，觀諸本文所述，未依債之本旨所為之給付有與物之瑕疵擔保責任「瑕疵」認定發生競合之可能，出賣人就物之瑕疵擔保責任負無過失責任、而不完全給付之成立要件則以債務人有可歸責事由為前提，對於債務人可歸責之認定，實務上則有不同之看法。

#### (一)最高法院 98 年度台上字第 1811 號判決：瑕疵之發生

按物之瑕疵擔保及不完全給付，各異其成立要件及效果，惟於出賣人就其交付之買賣標之物有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致時，出賣人始同時負有物之瑕疵擔保及不完全給付之債務不履行責任。且所謂瑕疵係可歸責於出賣人之事由所致，係指瑕疵之發生而言，與出賣人是否知悉有瑕疵及為告知，核屬二事。原審以上訴人因過失而未發現系爭房屋於契約成立時即存有瑕疵，並告知被上訴人，即認其有可歸責之事由，構成不完全給付云云，於法自有可議。

本件判決認為瑕疵可否歸責於出賣人，應以瑕疵之發生作為判斷，並非以出賣人是否知悉系爭瑕疵或有無告知瑕疵存在作為判斷標準，是以，因法令變更致

<sup>118</sup> 陳自強(2012)，〈主給付義務以外其他義務違反之契約解除〉，《東吳法律學報》，23 卷 4 期，頁。

<sup>119</sup> 實務見解可參考最高法院 100 年度台上字第 2 號判決：「...又附隨義務性質上屬於非構成契約原素或要素之義務，如有違反，債權人原則上固僅得請求損害賠償，然倘為與給付目的之相關之附隨義務之違反，而足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，則與違反主給付義務對債權人所造成之結果，在本質上並無差異（皆使當事人締結契約之目的無法達成），自亦應賦予債權人契約解除權...」。

買賣不動產之標的物受有使用上之限制而具有瑕疵(不符合債之本旨)，對於法令變更之發生而言，殊難想像係因當事人之故意或過失致政府訂定相關之公法上禁止或限制規範，就此情況下，似乎難謂屬可歸責於出賣人。

(二)最高法院 105 年度台上字第 2245 號判決：故意或過失未告知瑕疵

按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。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。民法第 227 條定有明文。買賣標的物如係特定物，於契約成立前已發生瑕疵，而出賣人於締約時，因故意或過失未告知該瑕疵於買受人，買受人不知有瑕疵為購買者，則出賣人所為給付之內容不符合債務本旨，即應負不完全給付之債務不履行責任。查系爭土地為高雄臨海工業區第四期開發範圍內之綜合工業區生產事業用地，依法令限制，僅能供作生產事業設廠使用，而勝惟公司標購系爭土地之目的係供設廠使用，為上訴人所不爭執，故上訴人依系爭買賣契約所交付之土地，自應合於建廠使用目的，始符債之本旨。茲依高雄市土木技師公會鑑定結果，認系爭土地遭埋藏系爭廢棄物，嚴重影響土地承載力及夯實度，如不予挖除，將致土壤地承載力不足，有該公會函可稽，足認上訴人交付勝惟公司之系爭土地因承載力不足，無法供建廠使用，自未符合系爭買賣契約預定之效用，難認其已依債之本旨提出給付，應屬不完全給付。系爭廢棄物係於上訴人占有管領系爭土地期間，遭人埋藏，自可歸責於上訴人。

本件判決則認為如出賣人因故意或過失未告知標的物之瑕疵者，即應負起不完全給付之責任，基此，倘為法令變更致買賣不動產之標的物受有使用上之限制而具有瑕疵(不符合債之本旨)，因出賣人未為告知相關法令變更情事，堪認屬於可歸責於出賣人之事由，而非單純討論該「法規範變更之發生」是否可歸責。

### 三、小結

出賣人如有違反告知義務，因告知義務屬於附隨義務之一種，多數見解認為得主張不完全給付請求損害賠償，依有力說見解，則認為如附隨義務之違反有致

契約目的未能達成者，得解除契約。事實上出賣人所交付之標的物，因政府公告、訂定或修正法規致買賣之標的物不符合債之本旨者，當事人於爭訟時往往不會單獨主張違反告知義務，而係會對於出賣人未盡告知義務，主張此係屬於可歸責於債務人事由致給付標的物有違債務本旨(瑕疵)，即有無違反告知義務(附隨義務)之爭執已然內化為可歸責事由之判斷基礎，而依民法第 227 條第 1 項主張不完全給付。

而且對於不完全給付可歸責事由之認定上，實務上容有分歧之認定。對於買受人所為主張，出賣人違反告知義務一事，得否請求不完全給付，亦僅有在採取「債務人是否故意或過失未告知瑕疵」這個立論基礎上才有構成之空間。況且，揆諸上開所述，契約成立後發生法規變化致出賣人所交付之不動產標的不符合債之本旨者，有與物之瑕疵擔保責任競合之可能，且物之瑕疵擔保責任屬於債務人之無過失責任，因此亦有使實務上逕以物之瑕疵擔保責任為認定，來避免對於可歸責債務人事由與否之判斷上爭執，因此有弱化違反告知義務主張不完全給付之請求權適用。

對此，詹森林教授<sup>120</sup>對於不完全給付中可歸責事由之認定，主張並非以瑕疵之發生是否肇因於出賣人，而係指出賣人明知或因過失而不知該標的物有瑕疵，卻仍「交付」於買受人時，即屬於可歸責於出賣人之事由而得主張債務不履行之不完全給付責任，對於買受人有較為完善之保護，值得參考。

#### 第五款 小結

承上所述，契約訂立後發生法規之制定或變更者，以上開實務見解為例，違約之一方多以該公法上規範變化非屬可歸責於己之事由來作抗辯，往往相對人則以違約方已給付遲延，主張此為可歸責於違約方之事由所致之給付不能。如於不動產買賣契約訂立後，發生法規之制定、修正致出賣人給付遲延者，依實務見解，此給付遲延應非屬可歸責於出賣人之事由；如於不動產契約訂立後，因可

<sup>120</sup> 詹森林(2011)，〈最高法院裁判與民事契約法之發展〉，《台灣法學雜誌》，177 期，頁 95。



歸責於出賣人之事由致給付遲延者，並於出賣人給付遲延中發生法規範之制定、修正致買賣標的物陷於給付不能者，因立法者已於民法第 231 條規定做出抉擇，明文對於債務人給付遲延後提高其責任標準，故而，該可歸責性具有延續之效果，應屬於可歸責於出賣人之事由致給付不能。

如果將債務人給付遲延中發生法規範變化所生之給付不能，與債務人給付遲延中發生天災、地震等不可抗力之事件致買賣標的物毀損滅失之解決方式作比較，學說<sup>121</sup>見解認為民法第 231 條規定於債務人遲延中，縱因事變或不可抗力而生之給付不能，仍屬可歸責於債務人之事由。但如債務人縱未遲延，亦無法避免損害之發生者，如應給付之房屋逾期未交付，而遭地震震垮，此時因不問有無給付房屋均難以避免震垮之結果，此時，應認為係不可歸責於債務人之事由致給付不能。

經查，對於不可抗力之事由所致之給付不能，區別民法第 231 條第 2 項本文與但書適用可否歸責於債務人事由之實益，以買賣房屋遭受地震震毀為例，雖然不問出賣人是否按時履約，系爭房屋均會因地震而遭震垮，然如買受人已與其他第三人簽訂買賣契約者，則對於轉賣利益，將會因出賣人有無按時履約而受影響。故對於未能轉賣之所失利益，自仍得依民法第 226 條第 1 項規定請求損害賠償，此時，出賣人即無主張民法第 231 條第 2 項但書適用之空間。

相較於天災、地震發生致給付標的物毀損滅失而無從給付，公法上規範之特殊處在於法規範之制定或修正有一實施之時點，如以上開公寓大廈管理條例案例來說(臺灣高等法院 93 年度上更(二)字第 176 號判決)，若出賣人依契約本旨於履約期間即交付房屋及車位，當未致發生事後因公寓大廈管理條例實施而無從使買受人取得房屋及車位之所有權登記，此時即無民法第 231 條第 2 項但書適用之可能，此解釋適用結果，與上開地震震毀而得請求損害賠償情形並無不同。

<sup>121</sup> 邱聰智(著)、姚志明(修訂)(2014)，《新訂民法債編通則(下)》，新訂 2 版，頁 67，台北：承法數位文化。

雖然同樣是因土地被禁止公告移轉所致給付不能之情況，可能會因為一個在履約期限內被公告禁止、一個在履約期限外被公告禁止，導致一個屬於不可歸責於債務人之事由而得解除契約債務人免除給付義務(民法第 225 條第 1 項)，而另一個債權人卻得主張此屬於可歸責於債務人之事由，得解除契約及請求損害賠償之適用結果(民法第 226 條第 1 項、第 256 條)，此乃係因民法第 231 條第 2 項規定已對於遲延中之債務人應承擔不可抗力之責任做出價值判斷。

## **第二項 公法上規範之許可要件與當事人之不完全給付**

除了上開公法上規範變更之告知義務或查證義務涉及不完全給付之請求外，在本文所舉之不動產買賣契約中，如買受人基於建築目的向出賣人購買建地，為確保系爭建地建築執照之取得，倘若當事人之一方依法律或契約約定應向主管機關申請核准或許可，而未能取得主管機關之核准者，此時亦有產生不完全給付之可能，本文在此即聚焦探討未取得主管機關許可或核准所生之不完全給付類型。

### **第一款 主管機關許可或核准之法律關係**

當然，未取得主管機關核准或許可而成立之民事契約，適用前提仍須以該應取得主管機關核准或許可之法規範並非屬於強行規定中之禁止規定，方有討論之實益，蓋倘若該法規範本身即屬於禁止規定中之效力規定，則該契約業已歸於無效，尚無討論不完全給付之必要。本於公法上規範不宜過度干預私法自治、契約自由原則，雖民事契約未取得主管機關之核准，然無從否認其有效性，僅就該未取得主管機關核准之程序上，有致當事人不完全給付之發生。

在高度法制化國家所制定之數以萬計法律，目的就是要使各個生活在國家管制權下之當事人均保有良好之生活水平、並維持完善之生活環境，是以，難謂在社會生活中扮演各種角色之一員，均無接觸公法上規範之可能性。以不動產買賣契約為例，對於不動產所有權之歸屬，特別以民法第 758 條規定不動產登記之公示制度作為規範，是以，當買受人前往辦理不動產移轉登記的那一刻，也不免適用相關不動產登記規則等公法上規範。因此，對於公法上規範所要求之應申請許

可或核准規定，即攸關契約當事人間之義務分配調和。

對於主管機關之核准或許可要件，實務上對之定位大致可區分為三類：

#### 一、非生效要件

實務見解有認為主管機關之核准並非屬於契約之生效要件。以外國人投資條例為例，該條例第 8 條第 1 項規定：「投資人依本條例投資者，應填具投資申請書，檢附投資計畫及有關證件，向主管機關申請核准。投資計畫變更時，亦同。」，對於未向主管機關申請核准之投資人逕行為投資行為者，臺灣高等法院 104 年度重上字第 547 號判決認為：「...第 8 條第 1 項規定所為核定，其性質屬於公法上之行政處分...惟查被上訴人未事前向主管機關即投審會申請核准，即向上訴人購買系爭股份，僅生被上訴人在我國投資行為是否合法問題，應由投審會依上開第 18 條規定辦理。至於本件兩造訂立系爭股份買賣契約，其性質屬於私法上之買賣行為，與被上訴人未向投審會申請核准投資乙節無涉，故系爭契約仍屬有效。」<sup>122</sup>。臺灣高等法院 86 年度上字第 27 號判決認為：「按外國投資人轉讓其投資時，應由轉讓人及受讓人會同向投審會申請核准，外國人投資條例第 11 條第 2 項固定有明文，惟該條文僅規定外國人投資轉讓應經投審會核准，並未規定股份之轉讓方式，故外國人投資股份之轉讓仍應依公司法之規定為之。本件日靖公司董事金靖、須賀井一子及石川哲也之股份是否轉讓，仍應依公司法之規定辦理，投審會之核准並不生實體法上權利變動之效力。」<sup>122</sup>。

另就勞動基準法第 84 條之 1 規定勞動契約未經主管機關核備者，勞動契約仍為有效，亦是認定主管機關之核備並非屬於生效要件之事例。司法院大法官釋字第 726 號解釋認為契約雖仍屬有效，且有擴張原契約效力之法律效果，業經本文論述在前，不再複述。

---

<sup>122</sup> 相較於我國對於外國人來台投資採取之核准制度，大陸地區對於外資投資亦採「審批」制度，學者陳光岳教授曾就未經審批之外資股權讓與契約之效力為專文介紹，其指出中國大陸於 1970 年代改革開放之初，行政審批手續本質上屬國家管制經濟一環，違反者當然為無效，但隨著私法體系之逐漸建立，交易類型多元化，為因應經濟體制之變化，未經審批之私人間交易行為效力，在相關法規解釋、實務見解與學說立場上亦有鬆動之趨勢，並區分為合同無效說、合同有效說、合同未生效說三類。可參考陳光岳(2013)，〈未經審批之外資股權讓與合同的效力--以「仙源案」為例〉，《月旦民商法雜誌》，40 期，頁 103-115。

## 二、生效要件

亦有法院判決認為主管機關之核准屬於生效要件者，此種認定方式有將該主管機關之許可認定屬於民法第 71 條強制規定或禁止規定之適用。例如，香港澳門關係條例第 39 條規定：「未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在臺灣地區為法律行為。」，行政院大陸委員會曾以 89 年 8 月 21 日(89)陸港字第 8910865 號函釋認為如香港法人未經許可在臺灣地區為法律行為者，其法律行為之效力依民法第 71 條本文規定，應屬無效。臺北地方法院 103 年度重訴字第 903 號<sup>123</sup>判決亦同此認定。

桃園地方法院 103 年度訴字第 2221 號判決指出：「...馮成寶係新加坡人...投審會 104 年 1 月 21 日第 00 號函說明二、(二)：『本案准予匯入相當於新臺幣 2,680,000 元等值之外幣作為股本投資(依每股面額新臺幣 10 元成交)，惟該投資金額應於 6 個月內完成實行，逾期未依原投資計畫開始實行，原投資案即予失效...』...投審會 104 年 1 月 30 日經審一字第 00000000 號函說明二：『茲審定貴公司(按即被告)投資人新加坡人馮成寶君已於 104 年 1 月 28 日匯入結售原經本會 104 年 1 月 21 日經審一字第 00000000 號函核准之股本投資相當於新臺幣 2,680,000 元等值之外幣，用以替代投資人持有股份 268,000 股。』...由上可知馮成寶係於 104 年 1 月 28 日始匯入股本投資相當於 2,680,000 元等值之外幣，並經投審會審定，換言之，訴外人馮成寶係於斯時始經投審會投資審定投資被告公司，則被告公司於 103 年 10 月 1 日股東名簿上所列馮成寶股數 268,000，股權比例 13.40%顯非屬實，其於 103 年 10 月 28 日系爭股東會召開時自未具股東適格。」。

## 三、程序要件

<sup>123</sup> 臺灣臺北地方法院 103 年度重訴字第 903 號判決：「...次按香港澳門關係條例第 39 條規定，未經許可之香港或澳門法人、團體或其他機構，不得在臺灣地區為法律行為，此乃法律禁止規定，違反該規定未經許可在臺灣地區為法律行為者，其法律行為依民法第 71 條前段規定，固屬無效。」

當然亦有實務見解認為主管機關之許可僅為程序上之要件。以監督寺廟條例為例，該條例第 8 條規定：「寺廟之不動產及法物，非經所屬教會之決議，並呈請該管官署許可，不得處分或變更。」，法務部曾以 90 年 7 月 18 日(90)法律字第 023495 號函指出，寺廟財團法人處分寺廟之不動產，事先未報主管機關核准者，該法律行為違反強制規定，其處分行為應屬無效。嗣後本條經司法院大法官釋字第 573 號解釋宣告違憲，並經法務部變更見解，並以 96 年 9 月 7 日法律字第 0960032584 號函認為，就主管機關之核准或同意備查處分，此僅係財團法人辦理移轉登記前應具備之程序規定，而對於未能取得此程序規定者，似仍不影響該法律行為之效力，就結果而言，與上開非生效要件之定位並無不同。

對於前揭例示之主管機關核准或許可規定，無疑僅是國家管制權下眾多行政法規中之滄海一粟，只能概略的由上述列舉得知，對於法律上規定「...應經主管機關核准」或「未經主管機關核准，不得...」等規範，於法律上應定位為民事契約上之生效要件，抑或僅為行政程序上之要求，在龐大且無從數計之行政法規中，實難一概而論，亦有可能因應時空變遷等因素而為解釋上之變更(如同上開監督寺廟條例第 8 條規定)，是以，只能依據各法規目的之管制類型不同而為之解釋。

不可否認的是，國家基於重大公共利益與私人間權益平衡管制之立場，部分法規對於私經濟領域之生活型態制定有主管機關之核准或許可此一要件作為私人間交易之管控或制約，然而，未經主管機關核准或許可所成立之契約，在法院或行政機關實務上之認定，解釋上有避免過度介入民事生活關係，以防動輒影響契約效力之趨勢。

然而，為避免使上開公法上規範形同具文，使國家制定此一核准或許可規範之管制目的落空，無可避免地應先從該法規之立法目的先行探究是否屬於禁止或強制規定，以判斷主管機關之核准或許可是否屬於契約之生效要件，認定上應回歸本文第三章第一節中探討民法第 71 條規定禁止規定與強制規定之認定。

## 第二款 取得主管機關許可於不動產買賣契約之議定角色

在不動產契約中最常見的方屬建築執照許可、使用執照核准，建築法第 25 條第 1 項規定：「建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。但合於第 78 條及第 98 條規定者，不在此限。」，對於未取得建築執照即完成之建築物，僅日後有受建築法第 86 條處以罰鍰、強制拆除之法律效果，對於買受系爭建築物者，該買賣契約仍為有效，此從凡屋頂尚未完全完工之房屋，其已足避風雨，可達經濟上使用之目的者，即屬不動產之定義<sup>124</sup>，且實務上對於違章建築亦承認其具有事實上之處分權<sup>125</sup>而得為買賣契約之標的即可知悉，並不以取得建築執照或使用執照作為不動產買賣契約之生效要件。

雖買賣契約效力本身並不因有無取得政府之建築執照或使用執照而受影響，但當事人一方無法取得主管機關之核准或許可者，對於契約之履行難謂無所妨礙，以不動產買賣契約為例，雖然雙方之買賣契約仍有效，但是對於多數買受人而言，無非希望自己所購買之建地是已取得建築執照或所購買之房屋是擁有使用執照，而非日後有遭受拆除風險之房屋；再以上開外資股權轉讓契約為例，依經驗法則，多數股權受讓人當然希望自己購買之股份屬於經政府核可之合法股權，以避免日後遭政府為違規裁罰。由此可知，不動產買賣契約之買受人，為確保購買系爭之不動產能取得合法之建築執照，由當事人約定以出賣人取得主管機關許可作為履約之條件者，如未能取得主管機關之許可要件，則雙方之契約關係如何調和即為問題核心，實務上對於當事人一方未能取得主管機關之許可或核准，其歸責之風險，分述如下。

### 一、最高法院 103 年度台上字第 704 號判決(未能取得渠道搭排許可)

#### 1、事實概要

兩造於 99 年 1 月 3 日簽訂不動產買賣契約，約定原告以新臺幣 350 萬元購

<sup>124</sup> 最高法院 63 年度第 6 次民事庭總會會議決議（一）。

<sup>125</sup> 最高法院 67 年度第 2 次民事庭會議決議。

買被告所有坐落宜蘭縣礁溪鄉○○段 1137 地號土地面積 826.5 平方公尺。並依「配建農舍」之目的，約定「先依乙方（被告）名義興建農舍，於農舍興建完畢且辦理土地分割登記後，始將上開面積及農舍過戶予甲方（原告）」，原告於簽約當日即給付被告簽約金 70 萬元，嗣於同年 4 月 17 日給付第 2 期款 105 萬元。由原告委請建築師事務所向宜蘭縣礁溪鄉公所申請核發新建農舍之建造執照，惟宜蘭縣礁溪鄉公所於 99 年 10 月 4 日指出上開農舍設計圖之污水排放口位置為禁止排放之水路為由而予退件，且系爭土地鄰近之「李寶興圳九主給」灌溉溝渠之管理機關即宜蘭農田水利會自 99 年 1 月起亦不再受理「灌排兼用」渠道搭排水之申請。又被告無法取得鄰地所有權人同意以供搭排水至最近排水溝渠，是系爭土地所鄰之溝渠客觀上已無法經由被告申請而供作排水之用，致系爭契約原本配建農舍之目的無法達成。原告主張上開建造執照未能核發既因不可歸責於被告或雙方，乃依契約附約第 7 條解除系爭契約，並請求被告返還已給付之價金 175 萬元及申請相關手續之已支付費用 125,880 元。

## 2、判決要旨

原審法院認為興建農舍之出資、設計、申請許可文件、發包、施工均係由原告自行負責，而是否取得主管機關興建農舍建造執照之核發，本係取決主管機關依據相關法令所為之審核，只要被告已經提出系爭土地農業使用證明以及自己無農舍之證明文件，並同意由原告以自己名義為建造執照之申請，則被告就系爭契約附約關於興建農舍所應履行之義務即已履行，就興建農舍之建造執照是否核發一節，即無涉及是否可歸責於被告之問題，更不至於產生興建農舍建造執照是否核發與是否歸責於被告有關。原告就上開建造執照之申請，形式上即未檢送合於上開法令之文件，更遑論主管機關進而為實質審查，是宜蘭縣礁溪鄉公所就原告上開建造執照之申請予以退件之結果，顯然非因系爭契約附約第 7 條之法令變更或與法令變更類似之其他不可歸責於被告之事由所致，原告據此主張解除契約，即無理由。

經原告提起上訴後，法院判決則認為本件為農地買賣配建農舍契約，契約目的在於藉由被告具農民身分，取得農舍建造照以憑合法施工，倘因不可歸責於被告之事由致無法取得建造執照，則農舍無從合法興建，契約目的顯然不達，故附約第 7 條約定雙方均得解除系爭契約及附約。系爭契約之附約第 7 條其中「不可歸責乙方事由」，除法令變更外，其他不可歸責被告事由致未能取得建造執照情事，均得解除契約。臺灣省宜蘭農田水利會是因為行政院農業委員會之政策變更，而將其原先准許人民「灌概專用」或「灌排兼用」渠道搭排水申請，改變為停止受理相關申請，屬附約第 7 條約定之「其他不可歸責乙方(即被告)事由」致無法取得建照之情形。系爭農地興建農舍既未能取得搭排水證明，亦無法提出其他鄰地所有人提供搭排水至取近溝渠之證明，而未獲核發建造執照致契約目的未能達成，為不可歸責於兩造之事由，原告之解約應屬合法。故原告依系爭合約附約第 7 條後段約定及民法第 259 條規定，請求被告返還已支付價金 175 萬元及所支出之費用 12 萬 5,880 元為有理由，應予准許。

二、臺灣臺北地方法院 102 年度重訴字第 83 號判決（未能取得國有土地申購許可）

### 1、事實概要

被告以其已購得坐落於臺北市○○區○○段○○地號畸零土地，可藉由畸零地合併使用等方式購得相鄰之同地段 973-1、973-2 及 973-6 地號國有土地為由，向原告兜售臺北市文山區華興段二小段 974、973-1、973-2、973-6 地號等土地（下稱系爭土地），面積合計約 624.3 坪，原告於 95 年 12 月 15 日以每坪新臺幣 650,000 元，合計 214,300,000 元之總價款，簽訂不動產買賣契約並支付被告訂金 30,000,000 元，被告依約則應於締約日起 3 日內提出 973-1、973-2、973-6 地號國有土地之申購，並於 120 日內標售上開 3 筆土地。

詎被告未依約於系爭買賣契約締約日起 3 日內提出申購，且前揭土地申購，業於 98 年 8 月 12 日經財政部國有財產局臺灣北區辦事處以不宜讓售為由而註銷，



原告爰依系爭買賣契約第 7 條請求被告將所支付款項 30,000,000 元於 10 日內加倍退還原告作為違約損害賠償。

## 2、判決要旨

本件判決認為系爭買賣契約第 8 條第 1 項約定：「本約買賣土地第一、二部分為國有，由乙方（即被告）或黃君負責申購、標購；第一部分申購費用由乙方自行負擔，如乙方於民國 96 年 3 月 30 日止未獲得國產局繳款通知書或向國產局申購不准，以不核准公文為據，乙方應於 3 日內自動通知甲方（即原告），雙方解除本約，乙方返還已收 3 千萬元予甲方，雙方同意無償解除本約。」，本條文意旨應係兩造已考慮到申購國有土地事涉國家政策及主管機關之權責，若申購上開國有土地未經核准，實屬不可歸責於契約當事人，故兩造同意無償解除系爭買賣契約。

兩造簽訂系爭買賣契約後，被告於 95 年 11 月 10 日提出系爭 973-1、973-2、973-6 地號國有土地之申購案，業經財政部國有財產局臺灣北區辦事處於 98 年 8 月 12 日以不宜讓售為由而註銷，即申購未經核准，被告依約應在同月 15 日即通知原告，然被告遲至於 101 年 8 月 13 日方通知原告因政府政策變動致無法申購上開國有土地，被告違反契約第 8 條第 1 項約定之違約行為，期間延滯約 3 年，且被告為求己身之利益，讓原告無法依約取回定金，是認原告可請求之違約金應以其已支付定金之三成即 9,000,000 元為適當。

對於不動產買賣契約之當事人而言，雙方得以契約約定未能取得主管機關許可之風險，作為任一方契約當事人解除契約之事由，多數實務見解對於無從取得主管機關許可之情況，認為屬於主管機關審核權限上之決定，無從為當事人置喙，而認非屬於可歸責於當事人之事由。然而，事實上對於有無取得主管機關之許可，買受人通常係較為關切之當事人，蓋得否順利建築農舍、建築房屋實為買受人訂立此買賣契約之目的，因此，倘若已經雙方約定由買受人自行處理主管機關之許可事項者，則最高法院 106 年度台上字第 1789 號判決指出：「...上訴人於 103

年 12 月 24 日簽署「斡旋金暨買賣議價委託書」備註欄第 4 點載明：「排水買方自行處理。」，足證上訴人知悉系爭農地之相鄰水利溝渠即同地段 371、392 地號水利用地，均屬灌溉系統，並無排水系統，且上訴人同意自行處理排水問題，依現況點交，故應認為兩造並未合意由被上訴人負有協助上訴人取得搭排許可之從給付義務或附隨義務，...故上訴人辯稱得依民法第 227 條第 1 項、第 256 條規定解約云云，即屬無據。」，此判決即認為雙方既經約定由買受人自行處理排水問題，則就無從取得主管機關搭排之許可，即應由買受人自行承擔而無從主張解除契約。

惟如細繹上開判決內容，實際上對於主管機關許可與否雖然屬於政府審核權限之決定，然經約定為屬於一方當事人之從給付(附隨)義務，他方當事人似仍有協助取得主管機關許可之協力義務，因此，在判斷主管機關許可與否之可歸責事由認定上，屬於當事人義務環環相扣之議題。

### 第三款 一方未能依法取得許可與他方協力義務之不履行

以不動產買賣契約為例，民法第 345 條規定出賣人主給付義務為交付不動產及移轉不動產所有權予買受人，買受人之主給付義務則為支付價金，如取得主管機關之許可經約定為一方當事人之契約義務(可能為從給付義務或附隨義務)者，實務上雖認為主管機關之許可或核准屬於政府之審核權責決定，未能取得許可，非屬於可歸責於當事人之事由，然他方當事人本於誠信原則亦有協助一方當事人實現取得主管機關許可之義務。最高法院 98 年度台上字第 78 號<sup>126</sup>判決肯認：「所謂附隨義務乃為履行給付或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，債權人得依民法第 227 條不完全給付之規定行使其權利。」，謂之為協力義務。是以，倘一方當事人未能取得主管機關許可之原因之一在於他方當

<sup>126</sup> 其他相同實務見解：最高法院 100 年度台上字第 2 號判決、最高法院 100 年度台上字第 171 號判決、最高法院 101 年度台上字第 2098 號判決、最高法院 98 年度台上字第 78 號判決。

事人未盡協力義務者，則有協力義務違反的問題，對此，實務見解就主管機關許可要件之當事人從給付(附隨)義務與協力義務運用之關係，則有不同之看法。

#### 一、最高法院 93 年度台上字第 1294 號判決(指定建築線之申請)

##### 1、事實概要

出賣人於 78 年 5 月 20 日將坐落基隆市○○區○○段五堵南小段第 649 地號等八筆土地中可作為住宅區建築用地部分約 3500 坪之土地，以每坪新臺幣 3 萬元出售與買受人，總價款 1 億 500 萬元，買受人已交付價金 2500 萬元，出賣人並依約將買賣標的物設定 6 千萬元之抵押權與伊。雙方於契約註 1 約定：「本約土地有被查封登記部分，乙方(出賣人)應於訂約後六個月內負責塗銷及完成土地分割可建築用地者，及本約土地未能於訂約後六個月內核准建築指定線者，乙方同意本約作廢，即將所收價款，一次無息退還甲方(買受人)，甲方並塗銷設定登記，否則乙方即同意甲方行使抵押權，並放棄先訴抗辯權。」

嗣買受人主張出賣人拒不於約定之 6 個月內辦妥建築線之指定，並將其所有已出售與買受人之土地(606、607 號除外)移轉登記與第三人張永河等人，出賣人已屬給付不能，爰依民法第 226 條、第 259 條、第 260 條規定，求為命出賣人給付 5767 萬 8520 元及其中 1015 萬元自 78 年 5 月 25 日起，其餘 4752 萬 8520 元自 86 年 4 月 12 日起之法定遲延利息。

##### 2、判決要旨

本件判決認為依契約第 3 條第 3 款規定：「於本買賣土地分割完成日(以地政機關分割完成日為準)，乙方提出移轉予甲方證件及用印，同時付乙方新臺幣 3150 萬元正。但本次付款以乙方已完成撤封登記及本基地完成建築線指定為限。」，另依不動產買賣契約書「設備概要」註 1 亦約定：「本約土地地號有被查封登記部分，乙方應於訂約 6 月內負責塗銷及完成土地分割可建築用地者及本約土地未能於訂約後 6 個月內核准建築線指示者，乙方同意本約作廢，即刻將所

收價款一次無息退還甲方...」，系爭土地完成建築線指定係乙方依約所應履行之義務，且為受領買受人給付土地價金 3150 萬元之條件之一，足證出賣人負有義務應於訂約後 6 個月內完成核准系爭土地之建築線指定。雖兩造曾約定建築線指示費用由買受人負擔，惟此並無將建築線指定義務移轉由買受人負責之情事，僅係單純約定費用負擔而已；正如在土地買賣事件中，約定代書費及移轉登記規費由買方負擔時，並無解除出賣人應負移轉土地所有權予買方之義務。

實際執行指定建築線申請作業程序，係由買受人委任且經出賣人同意之廖俊典建築師所處理，建築師就系爭土地向基隆市政府工務局聲請指定建築線，經該局都市計畫課審核結果，以其「申請地點所提出鄰接的道路非計畫道路，為既成道路，應請提出該道路通行 20 年以上之證明後再行申辦」為由，而遭退回其指定建築線之申請，遭基隆市工務局退件後，買受人於 78 年 10 月 18 日催請出賣人提供土地使用權同意書，再由建築師申辦建築線指定，然出賣人卻拒不提供，迨兩造訂立不動產買賣契約書甫屆滿 6 月時，出賣人即以解除條件成就為由發函解除契約。

出賣人明知現有道路已同意供公眾使用而成既成道路之事實，卻故意隱匿不為告知廖俊典建築師，致該申請指定建築線之案件遭基隆市退件，要建築師另外補具 20 年以上住戶之證明文件。惟出賣人拒不提供，亦未自行申請建築線指定，其顯係以不正當行為促使其條件成就，以達解約目的之情，依民法第 101 條第 2 項規定，應視為條件不成就。更有甚者，出賣人於簽約 6 個月後，隨即向買受人表明因未能於訂約後 6 個月內完成申請建築線指定，買賣契約自當因解除條件成就而失效，嗣更將系爭土地出售予他人，由此益足證出賣人違反誠信原則及作為義務，客觀上足認係以不正當行為促使條件成就。買受人依民法第 226 條、第 256 條解除兩造不動產買賣契約（606、607 號除外），並依民法第 259 條、第 260 條規定，訴請被上訴人回復原狀及賠償因不能給付所受之損害，即有理由。

本件判決肯認對於建築線指定之申請，不問係屬於任一方當事人之義務，他

方均應有協力義務，值得讚同。然判決內容既已認定出賣人負有取得建築線指定之義務，則出賣人未依約辦理申請建築線指定之程序，似可直接認定屬於可歸責於出賣人之事由致不完全給付以資解決，無須迂迴適用民法第 101 條第 2 項規定。另外，其既認為出賣人負有取得建築線指定之義務，復又稱出賣人有協力提出證明文件之義務，並認為出賣人不配合提出屬不正當之行為以達到解約之目的，論理上似有所矛盾。

再者，本件判決認為雙方之註 1 約定屬於民法第 99 條之條件，而出賣人拒不提供證明文件、亦不申請建築線指定之申請，屬於不正當之行為促使條件成就，然而，揆諸契約第 3 條第 3 款之約定：「於本買賣土地分割完成日（以地政機關分割完成日為準），乙方提出移轉予甲方證件及用印，同時付乙方新臺幣 3150 萬元正。但本次付款以乙方已完成撤封登記及本基地完成建築線指定為限。」等文字，附款之約定究竟係條件或不確定事實之清償期約款，非無探究之餘地。

## 二、最高法院 103 台上字第 2265 條判決(建築執照之申請)

### 1、事實概要

被上訴人(出賣人)於 96 年 3 月 16 日將伊與訴外人高等數、高錦興、高守禮 3 人於 95 年 07 月 20 日所簽立坐落高雄縣六龜鄉○○段○○地號 3 筆土地買賣契約之承買權利轉讓與上訴人(買受人)，上訴人應給付被上訴人買賣價金新臺幣 2,100 萬元。尾款 350 萬元於六龜鄉寶來段 212-1、212-2 地號土地（以下簡稱為系爭土地）申辦兩份建築執照，並將所有建築設計費、水保費、環評費及其他為申辦建築執照所衍生之相關費用繳清後，3 日內一次付清給被上訴人。

被上訴人於 96 年 04 月 23 日將系爭 212-1 地號土地移轉予上訴人，212-2、212-4 地號土地則移轉予上訴人之子陳冠中。然迄今尚未完成系爭土地建築執照之申請，上訴人則尚欠 100 萬元及尾款 350 萬元未給付，合計 450 萬元。

嗣高雄縣政府審核認因土地所有權人更換為上訴人及其子陳冠中，需重新出具土地所有權人同意書；被上訴人因此通知上訴人須出具土地使用同意書，然上

訴人拒絕提出土地使用同意書，使被上訴人無法依約完成申請系爭土地之建築執照，爰依民法第 101 條第 1 項規定，該尾款給付之條件視為已成就，請求上訴人依約給付相關費用及尾款共計 450 萬元及法定遲延利息。

上訴人則主張系爭契約第 6 條約定尾款 350 萬元給付之條件為被上訴人於系爭土地「辦兩份建築執照、以及將所有建築設計費、水保費、環評費及其他為申辦建築執照所衍生之相關費用繳清」後給付，此為尾款之對待給付，上訴人自得依民法第 264 條第 1 項規定，主張同時履行抗辯權，拒絕履行給付價金之義務。

## 2、判決要旨

判決認為本件買賣契約中，被上訴人之主給付義務為「轉讓系爭土地承買權給上訴人，並由上訴人取得系爭土地所有權」，而「(1)核發領取 2 份建築執照。(2)結清所有建築設計費、水保費、環評費及申報建築執照相關費用」應屬系爭契約之附隨義務，被上訴人履行附隨義務時，上訴人不得拒絕履行協力義務出具土地使用權同意書。

高雄縣政府於 97 年 4 月 2 日以逾期未補正土地使用同意書而駁回其申請。堪認系爭休閒農場乃因上訴人拒絕出具土地使用同意書，致使被上訴人無法繼續履行系爭契約之附隨義務，則依民法第 101 條第 1 項規定，應視為被上訴人已履行附隨義務之條件成就，依系爭契約第 6 條之約定，上訴人應給付尾款 350 萬元。

本件被上訴人主給付義務為「轉讓系爭土地承買權給上訴人，並由上訴人取得系爭土地所有權」，附隨義務為「領取 2 份建築執照、結清所有建築設計費、水保費、環評費及申報建築執照相關費用」。系爭土地既已於 96 年 4 月 23 日移轉登記予上訴人及其子陳冠中，故被上訴人之主給付義務已履行完畢。而就附隨義務之給付，乃係上訴人拒絕出具土地使用同意書致無法履行，顯然係可歸責於上訴人，而非可歸責於被上訴人。被上訴人本於系爭契約之法律關係，請求上訴人給付 100 萬元（96 年 5 月 15 日到期）以及尾款 350 萬元，合計 450 萬元，洵屬有據，應予准許。

本件判決亦肯認即使一方當事人負有取得建築執照之附隨義務，他方當事人仍應盡其協力義務，以促使建築執照許可之取得，如他方當事人未盡其協力義務提供土地使用同意書者，認為屬以不正當行為促使條件不成就，依據民法第 101 條規定視為條件成就。

### 三、臺灣高等法院臺南分院 104 重上字第 30 號(申請建築執照)

#### 1、事實概要

被上訴人及原審共同被告邱素珍二人共有坐落嘉義市○○段○○地號土地（下稱系爭土地），應有部分各為二分之一，訴外人陳朝合(前手買受人)於民國 95 年 6 月 12 日向被上訴人及邱素珍二人，以新臺幣 8704 萬 5000 元之價格購買系爭土地，當日並交付 870 萬元給被上訴人及邱素珍。上訴人嗣於 95 年 12 月 28 日與陳朝合簽立讓渡書，由陳朝合將上開買賣契約之權利義務關係讓與上訴人(買受人)，上開讓渡書事後並經被上訴人及邱素珍二人簽名確認，惟求權利義務關係更為明確，上訴人與被上訴人及邱素珍二人再於 96 年 8 月 30 日就系爭土地另簽立買賣契約。

系爭契約第 3 條第 2 項約定：「第二次款，本件土地承買人為建築房屋配合政府法令申請建築許可。本件建築許可先用出賣人為建築起造人。建造許可及變更承買人指定之建造人營造費全部由承買人負擔。俟領到第一次建築許可領出時兩週前開始辦理本件土地移轉登記，証件集齊蓋章時，承買人應再交出賣人新臺幣 1740 萬元整。」，嗣系爭土地之建築許可申請，遭嘉義縣政府駁回，上訴人主張被上訴人及邱素珍二人已將系爭土地出賣予他人，其等所負之契約義務，亦陷於給付不能，爰解除契約，並依民法第 259 條第 2 款之規定請求被上訴人返還 435 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起之法定遲延利息。

#### 2、判決要旨

本件判決認為上訴人係為「配合政府法令」建築房屋而向被上訴人及邱素珍二人購買系爭土地，被上訴人及邱素珍二人雖為「名義上」建築起造人，但日後

有配合（陳朝合）上訴人變更起造人之義務，故（陳朝合）上訴人就建築形式應如何規劃設計及取得許可，應有協力義務存在，且系爭第一次買賣契約已約定建築師之設計費用由買受人陳朝合負擔，陳朝合將系爭土地買賣契約讓與上訴人，上訴人自陳朝合處受讓系爭第一次買賣契約，本件建築師設計費用自仍應由上訴人負擔。

建築師於規劃本件建築許可過程中，鑑於上訴人才是實際購地欲建築房屋之人，與上訴人多所互動，甚至提出不同規劃案要求上訴人裁決，但上訴人始終未予置理，導致本件建築許可之申請無法繼續。綜上，上訴人違約未履行償還被上訴人及邱素珍二人代墊之建築師設計費用 55 萬元及配合建築師就政府法令補齊送審資料之義務，亦未表示建築許可應如何重新規劃及申請，則被上訴人及邱素珍二人依系爭契約第 9 條第 1 項約定：「買方不依約履行各項義務時即為買方違約，賣方得限期催告履行，逾期不履行則解除契約並以已收價金作為懲罰性違約金。」，解除雙方買賣契約，並將已收價金 870 萬元充作懲罰性違約金，符合系爭契約之約定。

#### 第四款 小結

綜觀前揭實務見解，有關不動產買賣契約中為確保系爭不動產屬於可供建築之土地，契約中得約定以取得主管機關之核准或許可作為履約之要件，或是約定如未能取得主管機關之核准或許可者，得為解除契約之事由，倘若契約當事人之一方未能取得主管機關之核准或許可，一般而言，主管機關之許可或核准應為政府審核權限之決定，如未能取得許可，應認非屬可歸責於當事人之事由。

其次，以常見之不動產買賣合建或買賣開發契約為例，取得主管機關之核准或許可須由契約之他方當事人配合辦理者(例如土地使用同意書之提出或提供)，即有他方當事人協力義務之適用。所謂協力義務，係指債權人本身無法完成，而有賴債務人協助始能達成之事項，債務人始負協力之義務。苟債權人自身即可完



成之事項，自不能推諉為債務人未協力<sup>127</sup>。實務<sup>128</sup>亦肯認當事人之附隨義務內涵包括協力義務，並就當事人未履行其協力義務(即附隨義務)時，多數見解認為他方當事人並無從請求履行，僅得依民法第 227 條第 1 項不完全給付規定請求損害賠償或第 256 條規定解除契約(當契約目的已無法達成時)。

惟倘若觀察上面的案例可以知道，對於取得主管機關許可之協力義務，他方當事人如有違反的話，並非全然依傳統違反附隨義務主張民法第 227 條不完全給付作處理，而係認為倘係因為他方未盡協力義務導致負有取得主管機關許可附隨義務之一方當事人無從履行者，有民法第 101 條以不正當行為阻其條件成就之適用。然查，民法第 99 條所謂之條件，通說<sup>129</sup>認為乃基於將來客觀不確定之事實，決定法律行為效力之發生或消滅之一種附款，法律行為附條件，必該法律行為本身尚未發生效力或雖發生效力但將因條件之成就而消滅方屬之，如當事人之權利債務原即存在、且將相對人之履行繫於不確定事實者，是否得將之視同條件，並非無疑。

多數學者<sup>130</sup>認為當事人倘係僅以法律行為之履行繫於不確定之事實者，雖亦屬於約款之一種，但此約款並非條件，應解釋為於其事實發生時為權利行使期限之屆至，在此情況應屬清償期之約定而非條件，屬於不確定期限之清償期約定。此時，應認該事實發生時或該事實非因債權人以不正當行為致其發生已不能時，為清償期屆至之時，如債務人以不正當行為阻止該事實之發生，或因其違反誠信

<sup>127</sup> 相同見解可參考臺灣臺北地方法院 101 年度重訴字第 640 號判決意旨。

<sup>128</sup> 最高法院 100 年度台上字第 2 號判決：「查契約成立生效後，債務人除負有給付義務(包括主給付義務與從給付義務)外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，應負民法第 227 條第 1 項不完全給付債務不履行之責任。又附隨義務性質上屬於非構成契約原素或要素之義務，如有違反，債權人原則上固僅得請求損害賠償，然倘為與給付目的相關之附隨義務之違反，而足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，則與違反主給付義務對債權人所造成之結果，在本質上並無差異(皆使當事人締結契約之目的無法達成)，自亦應賦予債權人契約解除權，以確保債權人利益得以獲得完全之滿足，俾維護契約應有之規範功能與秩序。」

<sup>129</sup> 陳聰富(2014)，《民法總則》，頁 303，台北：元照。林誠二(2012)，《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3 版，頁 152，台北：瑞興。鄭冠宇(2015)，《民法債編總論》，頁 336，台北：新學林。

<sup>130</sup> 陳聰富(2014)，《民法總則》，頁 305-307，台北：元照。林誠二(2012)，《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3 版，頁 162，台北：瑞興。

之行為致該事實不發生，應類推適用民法第 101 條第 1 項規定，認期限已屆至方屬公平。最高法院 87 年台上字第 1205 判例<sup>131</sup>亦認為：「當事人預期不確定事實之發生，以該事實之發生為債務之清償期者，倘債務人以不正當行為阻止該事實之發生，類推適用民法 101 條第 1 項規定，應視為清償期已屆至。」，林誠二教授<sup>132</sup>更進一步指出，其所言類推適用而非當然適用，蓋此約定並非限制法律行為生效與否之附約款，而是已生效契約之履約清償期，但類似事實，適用類似法理，故謂類推適用。

至於民法第 101 條規定：「(第 1 項)因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就。(第 2 項)因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行為促其條件之成就者，視為條件不成就。」，本條所稱之不正當行為之認定，必須有促其條件成就之故意行為，始足當之，若僅與有過失，不在該條適用之列<sup>133</sup>。通說<sup>134</sup>認為必須有阻其條件成就之故意行為，始足當之；若僅與有過失，尚不在此規定適用之列。至於阻止條件成就之行為不限於積極行為，縱屬消極行為仍可認為故意且不正當者，條件仍可擬制成就。最高法院 91 年度台上字第 1212 號<sup>135</sup>判決認為：「倘依契約或通常情形，需當事人一方之協力行為，始能使其條件成就者，為圖免因條件成就而受不利益，任意不為該行為，

<sup>131</sup> 最高法院 94 年度台上字第 894 號判決更明確指出：「兩造約定被上訴人於系爭工程完竣後，應依建築法規向建築主管機關取得使用執照，始可請求給付工程尾款，為原審確定之事實，則兩造係以使用執照取得之事實發生為既存工程尾款債務之清償期，並非以之為發生債務之停止條件。」；其他相同實務見解可參考：最高法院 102 年度台上字第 1558 號判決、最高法院 101 年度台上字第 1899 號判決、最高法院 95 年度台上字第 2750 號判決、最高法院 88 年度台上字第 1451 號判決、最高法院 89 年度台上字第 2515 號判決。

<sup>132</sup> 林誠二(2012)，《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3 版，頁 162，台北：瑞興。

<sup>133</sup> 最高法院 67 年度台上字第 770 號判決意旨參照。

<sup>134</sup> 陳聰富(2014)，《民法總則》，頁 314，台北：元照。林誠二(2012)，《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3 版，頁 162-163，台北：瑞興。鄭冠宇(2015)，《民法債編總論》，頁 345，台北：新學林。最高法院 67 年台上字第 770 號判例、69 年台上字第 3153 號判例、95 年度台上字第 906 號判決、101 年度台上字第 449 號判決。

<sup>135</sup> 實務上亦有認為消極不作為之行為應屬類推適用之見解，最高法院 98 年度台上字第 1800 號判決：「系爭契約第 5 條第 1 項約定系爭契約第一期報酬於完成初步規劃設計，經教育部審查通過給付，足見教育部審查通過為給付第一期酬金之停止條件。被上訴人於 90 年 11 月 1 日前已完成系爭契約所約定之第一期承攬工程規劃設計，並經上訴人送請教育部審查，嗣因上訴人撤回審查之聲請致未審查完成，乃原審合法確定之事實，則上訴人撤回審查之聲請，雖非不正當之行為，惟此項消極行為依社會通念與誠信原則可認為與不正當行為相當，應類推適用民法第 101 條第 1 項之規定，視為第一期酬金之給付條件已成就。」。

即係以不正當消極行為阻其條件之成就，自應視為條件業已成就。」是以，倘若當事人未盡其協力義務，卻消極不為協力行為，堪認屬於民法第 101 條第 1 項規定之不正當行為。

綜上可知，在不動產買賣契約中，如經契約約定一方應取得主管機關許可或核准者，涉及契約從給付義務(附隨義務)與協力義務之並用。雙方當事人互負債務時，約定一方應取得主管機關許可作為權利行使之「條件」者，應解為不確定期限之清償期約定，而非條件，如他方未盡協力義務，消極未協助一方當事人取得主管機關之許可者，此協力義務之不履行實該當民法第 101 條規定之不正當行為，應類推適用民法第 101 條規定，觀諸上開最高法院 103 年度台上字第 2265 號當事人一方未能協力提出土地使用同意書案例中，乙方尾款之支付條件為甲方取得建築執照許可，惟建築執照之許可申請尚待乙方協助提供土地使用同意證明書，乙方之拒不提供，法院認為依民法第 101 條規定應視為甲方已取得建築執照許可，乙方尾款支付之條件已成就，雖就結論而言值得贊同，惟判決理由認為應直接適用，實有誤解。此外，類推適用民法第 101 條規定之結果，對於一方當事人而言，其未能依契約約定取得主管機關之許可，可認該當可歸責於他方當事人之事由，並得對之請求民法第 227 條不完全給付。

在此，應進一步證明的是，主管機關許可與否固然取決於政府審核權限之決定而無由當事人所置喙，然而，倘若當事人提出之備齊文件為主管機關決定受理與否之先決條件者，則應認為當事人均不免其協力義務，並於未盡協力義務時，有類推適用民法第 101 條規定不正當行為之空間，基此，判斷一方當事人未能取得主管機關許可之事項，屬於不可歸責於當事人之認定，應以他方已盡協力義務為前提要件，亦即，只有在一方當事人已盡契約之附隨義務(或從給付義務)向主管機關遞件申請，並經他方當事人盡協力義務提供所需文件者，如仍無從取得主管機關許可者，方謂不可歸責於當事人之事由。

至於如屬已確定客觀上無從取得主管機關之許可者，例如根本無從取得建築

許可之建地，則該約款事實上屬於無從實現之既成不能事實，此時，應認已無涉及協力義務是否履行之問題，當然也無類推適用民法第 101 條規定與否之疑義，反過來說，這個問題將應進一步探究締約時當事人設定此約款之真意，可能會涉及訂立契約時當事人有無錯誤或物之瑕疵的問題。



### 第三節 比較法觀點—以聯合國國際貨物買賣公約 CISG 為例

國際買賣交易過程中，倘若買賣契約之標的物不符合買受人當地國之法律規範時，在國際關係公約上，對於雙方當事人之權利義務關係安排方式值得探究。因國際交易關係相較於國內法之買賣更具複雜性，尤其當標的物具有移動性質時，該國內法規範之風險應由何方當事人承擔，更顯重要。

因國際買賣契約中，買賣標的物之起運點、終運地或使用地，可能均非出賣人或買受人所在之第三地區國家，是否應認為買賣標的物之出賣人或買受人對於該標的物應承擔符合各該國家法令規範之要求，即為本節所欲探究之核心，本文擬從聯合國國際貨物買賣公約 CISG 之角度進行觀察，試圖在國際法公約文件中尋求當事人之告知義務與查證義務之風險承擔指標。

基於貨物商品之特性，貨物於出賣人地、買受人地、甚至是商品之最終使用地點基於對於商品之期待會有不同之規範標準，原因可能在於歷史發展、傳統、宗教信仰、經濟發展或氣候因素，例如科技設備或電池可能因在出賣人國家或買受人國家海拔或氣候因素之不同，而有效能上之差異。又譬如為了符合各地區電壓之不同，也必須設計不同的商業標準以之因應，特別是對於消費者、勞工或環境之公法上規範保護規範尤為重要，不同國家間會有不同考量。這些規定不會直接影響商品本體，而是間接影響商品之使用與銷售性，結果導致商品不合格的情況，由於這些法規範之存在通常無關於商品之真正使用，而在於強化商品於科學上之正當性。

如果從聯合國國際貨物買賣公約 CISG 物之瑕疵篇章的規定來看，CISG 第 35 條規定<sup>136</sup>：「(1)賣方所交付之貨物須與契約所規定之數量、品質和規格相符，

<sup>136</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Article 35 : 「(1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract. (2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they: (a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used; (b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement; (c) possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model; (d) are contained or packaged in the manner usual for

並須按契約所規定之方式裝箱或包裝。(2)除當事人另有約定外，貨物須符合下列規定：(a)貨物適於通常使用目的之相同規格。(b)貨物適於訂立契約時明示或默示通知出賣人之特定目的，除非買方表明不依賴賣方之技術和判斷，或依此依賴不合理時。(c)貨物品質與出賣人提出予買受人之樣式或樣品相同。(d)按同類貨物通用之方式包裝，如無通用方式，則以足以保全貨物之方式包裝。(3)若買受人於訂立契約時明知或可得而知貨物不符合契約者，賣方不負前項之責任。」，相較於我國民法第 354 條對於物之瑕疵擔保規定，第 35.2 條列舉了貨物符合契約之條件規定，並明文區分為通常使用目的與特定目的二類，聯合國國際貿易法委員會<sup>137</sup>指出第 35.2.a.d 條規定，除非當事人另有約定外，適用於所有的契約，而第 35.2. b.c 條則是在有特定之實際情況時方有適用，兩者間所課予出賣人或買受人之義務亦不相同。惟不問係民法第 354 條規定或是 CISG 第 35.2 條規定，均未對於公法上規範標準所影響買賣標的物之因素有所明文。公約秘書處<sup>138</sup>對此曾有評釋認為，應參考「買受人之通常期待」，然從 CISG 起草期間之立法資料觀察，此部分並未有過討論，對於此風險如何分配，應該要以賣方預期之規範為優先或買方之預期，最終毋寧仍為一政治問題。

學者 Schlechtriem<sup>139</sup>認為原則上應取決於買方營業地點或商品之最終使用地點，此基礎論點在於商品大多會在買方之營業地點所使用。此外，CISG 第 42 條規定<sup>140</sup>：「(1)賣方所交付之貨物，必須是第三方不能根據工業產權或其他知識

---

such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods. (3) The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if, at the time of the conclusion of the contract, the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.」

<sup>137</sup> 聯合國國際貿易法委員會(2012)，《貿易法委員會關於「聯合國國際貨物銷售合同契約」判例法摘要彙編》，頁 145。載於：<http://www.uncitral.org/>

<sup>138</sup> Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas A./Perales Viscasillas, Ma. del Pilar, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG), münchen: C.H. Beck, c2011, p.511。

<sup>139</sup> Schlechtriem in: Schlechtriem, The seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Galstion/Smit(eds), International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1984), p.6-20(Pace). 轉引自：Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas A./Perales Viscasillas, Ma. del Pilar, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG), münchen: C.H. Beck, c2011, p.511。

<sup>140</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Article 42：「(1)The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial

產權主張任何權利或要求之貨物。但以賣方在訂立契約時已知道貨不可能不知道的權利或要求為限，且此種權利或要求根據以下國家法律之規定是以工業產權或其他知識產權：(a)如雙方當事人在訂立契約時預期貨物將在某一國境內轉售或做其他使用，則根據貨物將在其境內轉售或做其他使用的國家法律。(b)在其他情況下，根據買方營業地所在國家的法律。」，其中 CISG 第 42.1.b 條對於智慧財產權規定係以買方之營業地點為標準，似亦支持此論證。多數學者則認為基於默示之規則，對於貨物通常使用之公法上規範應取決於賣方之營業地點，因為此乃不履行契約中最適切之風險分配。蓋對於賣方而言，去了解買方國家之眾多公法上規範是不可能的，且有些規定是隱藏在相關法律所授權之行政規則中。相對的，買方有機會通知賣方特定使用目的，以確保可適用 CISG 第 35.2.b 條規定之標準，從經濟角度來看，允許賣方依其所在地區國家之標準較合理。

CISG 在第 35.2.b 條、第 42.1.b 條明確宣示買方營業地點與最終使用地攸關，然有其界限，相對地，CISG 第 35.1.a 條則沒有界限，無論賣方是否不知悉或依其知識是否合理知悉，賣方均應負責。最終，此問題的本質應該在於賣方究竟有無合理期待去知道買方國家的相關規定並受其拘束，學者 Stefan Kröll<sup>141</sup>認為此並無通用之規則可適用，只能依特定情況從個案中尋求解決之道，通常買方會通知賣方商品將使用在特定之國家或依據第 35.2.b 條將有特定之使用，此時，就非第 35.2.a 條意義下之通常使用。當賣方已被通知或依過去交易關係、雙方關係中知悉商品將被使用在特定國家者，則賣方應警覺商品應適於使用地國相關使用標準、包括可能被使用地國家之公法上法律規範。例如，賣方指定買方於某一特定國家作為獨家經銷商，或是當買方為消費者時，此時明顯買方就會是最終使用商

---

property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property: (a) under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or (b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.」

<sup>141</sup> Kröll in: Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas A./Perales Viscasillas, Ma. del Pilar, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), münchen: C.H. Beck, c2011, p.513。

品者，即適用 CISG 第 35.2.b 條限制規定，則買方應可期待賣方會知悉該規定，如賣方交付不符公法上規範標準之商品者，即須負責。

在某些屬於長期往來之交易關係中，可能要考量到若商品交付不符合買方當地之相關標準，買方均未提出反對時，可能會使賣方推測商品無須符合買方當地之標準。此外，商品之價格、雙方當事人間之過往交易慣例，均可為當事人期待之線索。如賣方國家對於商品之標準係高於買方國家者，當商品不符合賣方國家之標準，但是符合通常使用之買方國家的標準時，原則上買方不能主張該當 CISG 第 35.2.a 條之不符合契約。惟在例外當買方萬中選一，選擇此特定賣方是因其來自特定國家有著高標準而具良好商譽且商品價格也較高時，則會有不同的結果。當外國之行政法規標準同樣適用於賣方之國家中，或從以往賣方交易中或其他方式知道或應該知道這些要求時，商品可以合理被要求符合該外國行政規定與法定要求。譬如，賣方定期販賣商品給同樣市場之消費者，已從消費者中得知該法規範之存在、或賣方自己在相關市場中透過子公司或分公司之管道得知，當然，這類案例可以從賣方有無在地之代理人或商品註冊可輔佐證明。

至於 CISG 第 35.2.b 條則係規定賣方所交付之貨物應符合明示或默示賣方所知悉之特定目的。買方往往知道對於貨物之特定目的需求，但是通常沒有關於貨物之充足知識來對貨物為精確說明，此時，由買方陳述其目的，並依賴較具優勢地位且熟悉貨物提供者之賣方，來確認系爭貨物有無滿足此特定目的。每當買方通知賣方關於使用該貨物之特定目的，而賣方不願意受第 35.2.b 條之拘束時，原則上賣方應反對此目的並拒絕訂立此契約，即買方透過通知賣方關於特定目的之方式去確定契約之內容，必須以賣方已獲通知該特定目的為要件<sup>142</sup>，買方只需要證明賣方已獲通知關於此特定目的即可，而無須證明賣方已同意此特定目的，且賣方必須能夠從買方提供之訊息中推論出特定目的。

同樣的，第 35.1 條規定之契約約定可能會與第 35.2.b 條要求之特定條件相

---

<sup>142</sup> 聯合國國際貿易法委員會(2012)，《貿易法委員會關於「聯合國國際貨物銷售合同契約」判例法摘要彙編》，頁 146。載於：<http://www.uncitral.org/>



關，例如，協議要求貨物必須被標註特定語言，構成第 35 條第 1 項意義下所要求之標註。同時，向賣方表明貨物將被使用在某國家，就必須適於其他特性，例如氣候條件。相對的，僅僅是交付地點或貨物應被送到買方哪個的客戶手中之資訊，如果沒有更多資訊，無法被認為是特定使用之暗示性資訊(但是倘若買方的客戶是消費者或是當貨物是一種無法轉售之貨物時則為例外)。買方在通知賣方關於貨物於特定國家的使用時即已完成其工作，如果賣方並不想要受到該國家適用的政府法律規則之拘束，或是不知道該國家的政府法律規則者，賣方必須通知或拒絕訂立系爭契約。

這個也是 CISG 第 42.1.a 條權利瑕疵所明確採用之解決方法規定，其表明當當事人已期待貨物將在某一國家內轉售或做其他使用時，則該「將被轉售或其他使用之國家法律」即屬相關。例外於買方不依賴賣方或賣方缺乏技能與判斷時，有必要限制買方單方面決定確切契約內容之權利。在多數案例中，賣方較買方而言更知道該貨物之特定特性，尤其是賣方同時也是貨物之生產者時。買方通常相信賣方之優勢知能，賣方能夠評估該貨物是否適於該目的，亦即，交由賣方承擔較為合理，然而，當買方不依賴賣方之知能時就沒有必要保護買方。

所謂買方不依賴賣方並非指買方有充分的知能或有優勢知能，即謂賣方有明顯知能之匱乏。而是當買方自己已獲得關於貨物問題之大量的經驗，例如買方可能已經先在自己的工廠將貨物重新處理的情況、買方在賣方之警告下仍訂貨、當貨物有某種複雜性而賣方僅僅是中介者、或是賣方告知買方其缺乏知能並推薦使用本地專家時等等跡象，表明買方不依賴賣方之知能時始有適用，一般而言當事人之一方為貨物之生產者時較無從主張知能缺乏。

相反的，買方可能無從臆測賣方知道買方國家的相關政府法律標準，如賣方經常出口貨物到該國家、有該國家之當地代表或是該法律標準是依據國際性地或區域性地認可標準而為賣方所應該知悉者，自然另當別論。在其他案例中，買方應該較賣方知悉自己國家之標準，如果他希望遵守該標準者即應通知賣方關於該

規定。

學者 schwenzer<sup>143</sup>認為契約如無特別約定，貨物必須符合通常使用目的，倘若貨物僅符合部分通常使用之目的，基於誠信原則，賣方必須告知買方。通常使用之內涵包括了貨物適銷性，適銷可能性取決於遵守特定製造的標準與常規之程度，有部分對於究竟是要以賣方國家的標準或是買方國家的標準為主提出質疑，部分學者認為賣方之國家，部分學者則認為以使用國家之標準，關於此爭論，Schwenzer 認為<sup>144</sup>最終問題在於契約之解釋，主要關注的是第 35.2.b 條意義下之特定目的是否存在，下列因素可做為通常目的之輔助參考：關於商品的特定特性或製造標準的國際用途如同時適用在買方和賣方之國家，基本上必須符合並被視為最小品質之要求。如果買方國家之標準高於賣方國家之標準者，買方就此事實必須告知賣方，除非買方明確注重商品符合賣方國家之通常品質之事實(一般會反映在商品的價格上)，否則不符合賣方國家之標準並不認為貨物不符合契約，而是以使用國家或買方國家之通常使用目的來使用。

第 35.2.b 條賣方只須為貨物符合被明示或默示告知所知悉之目的負責即可，而非通常被使用之目的。此時，買方可合理依賴賣方之技能與判斷特定目的之存在，例如買方打算在一般氣候條件下使用機器，貨物需要符合使用國家之政府法律規定可能等於特定目的，特定目的也可能存在當買方營運在一個特別強調公平交易與遵守倫理原則之市場時，該特定目的必須讓賣方所知悉。倘若賣方已經知道貨物使用之國家，那麼賣方即有責任使貨物不只是適於真正使用條件(如氣候、文化、宗教、傳統與信仰)也需遵守政府法律標準，如賣方希望規避此部分之責任，必須提出異議。

第 35.2.b 條之文義重點在於「使賣方知悉」目的之行為，也明揭當一客觀合理之賣方可以從各種情況中判別出特定目的即為已足，因為「真正知道」可能有

<sup>143</sup> Schwenzer in: Schwenzer, Ingeborg H./Schlechtriem, Peter, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), New York : Oxford University Press, 2010, p.575-576.

<sup>144</sup> Schwenzer in: Schwenzer, Ingeborg H./Schlechtriem, Peter, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), New York : Oxford University Press, 2010, p.578.

證明上之困難，當然，建議買方在締結契約之時即特別留意所有的特定目的，且該特定目的必須在締結契約時就讓賣方知道。

## 第一項 案例 德國淡菜案<sup>145</sup>

### 一、事實概要

德國買方向瑞士賣方購買一批紐西蘭的淡菜，賣方交付的淡菜中鎘含量超出德國聯邦衛生部公布的鎘含量食物標準之限額，但是依據瑞士法律規定，該鎘含量是被允許的，經買方通知賣方要求其收回淡菜，賣方因而起訴請求買方支付價金。

### 二、法院判決

德國法蘭克福高等法院判決認為因買賣雙方當事人並未在契約中限定鎘含量之標準，因此，賣方交付鎘含量高於德國標準之淡菜，並未違反第 35.1 條規定，經上訴後，德國聯邦最高法院判決維持高等法院之判決，認為依據 CISG 第 25 條<sup>146</sup>和第 49.1.a 條規定認定賣方沒有違反契約，買方仍須支付購買價款，而不得主張貨物不符合契約。法院指出確實淡菜之鎘含量高於建議之相關公法上規範之鎘含量標準，確實會影響商品之適銷性，但是因為淡菜符合了 CISG 第 35.2.a 條適於通常使用目的之相同規格，排除了期待賣方可以遵守買方國家之特殊公法上要求的規範。除非符合下列情形之一者：(1)賣方國家也有相同法規範。(2)買方提醒賣方對於法規範之存在；(3)賣方因「特殊情況」知道或應該知道這些規則的存在，例如(i)賣方在買方國家有分公司、(ii)當雙方存在長期的業務關係、(iii)當賣方定期在買方國家出口、或(iv)當賣方在買方國家宣傳自己的產品時。

法院認為僅就賣方交付淡菜到買方所在地國家的這一個事實，並不已構成了第 35.2 條中的默示告知特定目的，亦無從以認定賣方應符合買方所在地國家適

<sup>145</sup> Bundesgerichtshof, Germany, 8-Mar-1995 (new zealand mussels), CISG-online 144, VIII ZR 159/94, from web : <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=144>

<sup>146</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Article 25 : 「A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.」

銷性之標準或應遵守買方所在地國家適銷性之公法上法律規範標準<sup>147</sup>

## 第二項 案例 奧地利二手機器案<sup>148</sup>

### 一、事實概要

奧地利買方向有著長期業務往來關係的德國賣方購買了四台二手機器，在過去的交易中，交付給買方的機器並沒有貼上歐盟「CE」標誌，用以表明該產品符合歐盟的安全指令。本案中因為這四台機器欠缺這種認證標記（其中一台從捷克或斯洛伐克進口），買方因而拒絕支付剩餘的買賣價金，賣方爰起訴請求買方支付價金。

### 二、法院判決

一審法院判決認為四台機器均應經過認證。依據歐盟指令 89/392，結合德國機械法規定，CE 標誌不僅適用於從歐洲經濟體（EEA）以外地區所進口的機器，而且對於已經明顯改變的機器亦有適用（法院發現處理系統有被從機器上移除之跡象）。因買家被保證能夠在 EEA 市場中銷售這些機器，因此法院認定，賣方未能履行此一條件，買方有權拒絕支付價金。

上訴法院則將案件發回第一審法院重審，並表示一審法院應斟酌 CISG 產生之法律問題，以及奧地利法律規定的安全和認證標準。

奧地利最高法院指出，根據 CISG 第 35 條規定，賣方必須交付和契約規定的數量、品質和規格相符的貨物，並須依照契約所規定的方式裝箱或包裝，如果契約沒有約定這些條件，則依 CISG 第 35.2 條規定辦理。至於貨物是否適於通常使用目的之相同規格是根據賣方國家的標準來決定的，而無須符合進口國家的安全、認證與生產標準。是以，即使賣方知悉交貨地點，亦沒有義務遵守這些法律標準。

另依據 CISG 第 35.1 條、第 35.2.b 條規定，買方可以決定是否將買方國家之

<sup>147</sup> 聯合國國際貿易法委員會(2012)，《貿易法委員會關於「聯合國國際貨物銷售合同契約」判例法摘要彙編》，頁 145。載於：<http://www.uncitral.org/>

<sup>148</sup> Oberster Gerichtshof, Austria, 13-Apr-2000, CISG-online 576, 2Ob100/00w, from web: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=576>

法律標準要求納入契約規範中，只有當此標準同時適用在買方國家以及賣方國家時方有納入考量的空間，或是依據 CISG 第 35.2.b 條規定判斷雙方是否已經同意適用或賣方已知悉應適用買方之國家標準時。因此，最高法院指示一審法院應確認哪些安全規定和標準必須適用以及機器是否符合這些規定。



### 第三項 案例 美國乳房 X 光攝影機案<sup>149</sup>

#### 一、事實概要

路易斯安那州之美國公司 Medical Marketing International,inc.與義大利公司 Internazionale Medico Xscientifica,s.r.l.於 1993 年 1 月簽訂授權協議，由義大利公司授權美國公司有關 Giotto Mammography H.F.醫療器材的獨家銷售權。嗣於 1996 年時經美國食品和藥物管理局(FDA)查獲系爭醫療器材不符合行政規格，雙方因而對於何方有義務確保系爭醫療器材 Giotto 設備符合「美國政府安全條例」一事產生爭執，尤其是醫療器械法規的優良生產規範（GMP）。美國公司依據契約第 13 條規定於 1996 年 10 月 28 日正式要求調解。後因調解失敗，雙方當事人爰依契約第 13 條規定進行仲裁。

#### 二、仲裁判斷

賣方認為 CISG 並無要求賣方應提供符合美國 GMP 規定的醫療器材設備，為支持此論點，賣方並引用了上開德國最高法院淡菜案之判決主張，賣方沒有義務提供符合買方營業地點的法律和規定之貨物，僅於下列三種情況時方例外應符合：(1)買方國家的公法和規定與賣方國家的相同；(2)買方告知賣方相關規定；(3)基於「特殊情況」如賣方在買方國家設有分支機構，賣方知道或應該知道相關規定時。

仲裁庭認為基於上開第 3 個例外情形，本案賣方並不適用原則規定。因賣方於 1993 年簽訂契約時已知悉或應該知悉美國 GMP 之規定，因此賣方已符合前開第 3 個例外之特殊情況。是以，仲裁庭於 1998 年 12 月作出仲裁判斷，判令美

<sup>149</sup> U.S. District Court.E.D. of Louisiana,USA, 17-May-1999, CISG-online 387, CIV. A. 99-0380, from web : <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=387>

國公司賠償金額 357,009.00 美元，仲裁費用 83,640.45 美元由買方承擔 75%，賣方承擔 25%。買方不服上開仲裁判斷，並將此仲裁判斷提付美國路易斯安那州東區地方法院確認，經法院維持此仲裁判斷結果。



#### 第四項 小結

CISG 第 35.1 條規定標的物在數量、品質、規格、包裝方面應符合雙方當事人之契約約定內容，第 35.2 條則區別了「通常使用目的」與「特定目的」，如對於商品質量雙方有了明確之約定則應優先適用第 35.1 條。

而我國民法第 354 條關於物之瑕疵擔保責任所使用之標的物價值、效用、品質雖與 CISG 第 35 條第 1 項所使用之標準略有不同，惟我國民法所稱之價值、效用與品質，所指的仍係依「通常交易觀念」認為物應具備之價值、效用或品質，如數量短少足使物之價值、效用或品質有欠缺者，亦屬於物之瑕疵<sup>150</sup>，至於包裝不全的部分，多數實務見解則將之歸類屬於附隨義務之範疇<sup>151</sup>。因此，堪認我國所使用之通常交易觀念與 CISG 所規定之通常使用目的，兩者所認定物之瑕疵判斷標準應無二致，只是我國民法對於物之瑕疵並未如 CISG 對於「特定目的」有所明文。

此外，國際法文件之學者大多認同貨物之適銷性屬於 CISG 第 35.2.a 條貨物通常使用目的之內涵，由於貨物之適銷性涉及該貨物是否符合該國家之政府公法上規範，究竟貨物應符合賣方國家之政府法律上規範抑或買方國家之政府法律上規定，對此則仍未有一致性的見解。就如同本文在第四章第一節中，對於買賣受有法令限制之不動產，該法令限制之規定，究竟應由出賣人負擔較高之告知義務或由買受人負擔查證義務，於我國實務上亦在爭論中。不過可以肯定的是，對於標的物不符合政府法規標準此情事，CISG 肯認此屬於商品不符合契約，而我

<sup>150</sup> 最高法院 73 年台上字第 1173 號判例：「所謂物之瑕疵係指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵，且不以物質上應具備者為限。若出賣之特定物所含數量缺少，足使物之價值、效用或品質有欠缺者，亦屬之。」


<sup>151</sup> 相關實務見解可參考：最高法院 98 年度台上字第 886 號判決、最高法院 102 年度台上字第 1911 號判決。

國法律雖未明文，多數實務見解亦肯認受有政府法令規範限制之不動產屬於物之瑕疵。

毫無疑問，在國際買賣關係上探討政府公法上之規範限制這個議題時，最終癥結點仍聚焦於究竟貨物應符合賣方國家之政府法律上規範抑或買方國家之政府法律上規定，有從 CISG 第 42 條規定為體系一致上之解釋、亦有從賣方之期待可能性進行分析，學者間較無爭議的是，政府法律上之規範標準，可以從 CISG 第 35.2.b 條規定尋求解決之方向。亦即，買方可以透過通知貨物特定目的之方式，由賣方提供符合該特定目的法律標準之貨物，當買方於契約訂立時有通知或使賣方知悉該特定目的，即得主張 CISG 第 35.2.b 條之權利，且此特定目的並不須取得賣方之同意，僅須告知或通知使賣方知悉即可，賣方即須承擔商品有無符合當地政府法律規範之風險與責任，倘若賣方不欲受到該特定目的之法律規範、標準所拘束，則賣方應拒絕締結系爭買賣契約。當然，如果買賣雙方均在同一國家中，雖然不會有買賣雙方適用之法律不同的問題，然而，延伸的爭議就會是本文所一直在探討的，究竟應由賣方或買方來承擔政府法規範風險。

倘若買方並未告知特定目的，亦未依第 35.1 條於契約中明文約定應符合買方當地國之法規範規格標準時，則就第 35.2.a 條所稱之通常目的，就很難將買方所在地國家之法規範標準納入屬於賣方應承擔之範圍內。德國聯邦最高法院於 1995 年淡菜案判決明確揭示認為，原則上應由買方承擔使用地國家之政府法律規範，例外當符合以下三個情形時，即應由賣方承擔：「一、賣方國家也有相同法規範時。二、買方提醒賣方法規範之存在時。三、賣方因『特殊情況』知道或應該知道這些法規範存在時，例如，賣方在買方國家有分公司、雙方存在長期的業務關係、當賣方定期在買方國家出口、當賣方在買方國家宣傳自己的產品時。」基本上，在 1995 年以後的國際法上案件上，法院於適用 CISG 判決時，均有繼續沿用上開標準之趨勢。

相較之下，我國民法之規定，雖然並未對於「特定目的」有所明文，解釋上



應該係回歸私法自治、契約自由原則之基礎上為特定目的之判斷。當然，倘若已在契約中明示約定應由何方承擔政府法規範查證之義務，相對而言並不具爭議性，爭執往往發生在當事人雙方均不知悉政府法規範存在之情況下，如何分配此政府法規範存在之風險。由上開 CISG 法院所提出對於法規範風險之安排，基本上買方可以透過通知貨物特定目的之方式，由賣方提供符合該特定目的法律標準之貨物。易言之，買方於契約訂立時有通知或使賣方知悉該特定目的之義務，如買方並未通知貨物之特定目的者，則對於貨物不符合政府法規範標準之風險，原則上由買方所承擔，因為只有買方才知悉該貨物之最終使用地點，而且買方通常也比賣方較知悉自己國家之政府法律上規範。此係基於國際買賣契約往往買賣雙方並不屬於同一國家之前提下所為之安排，惟當符合上開三種標準時，例外則仍應由賣方承擔。

套用在我國不動產買賣契約中，如何參考 CISG 對於政府公法上規範標準風險之安排，來尋求買賣雙方合理之法規範風險義務分配。考量不動產之買賣不具有移動性、並且為固定不變動之狀態，而且不動產之買賣較之國際商品買賣關係中，不具有適用不同國家法規的問題。從上開適用 CISG 之國際法院中可以明顯得知，即便在買方並未通知特定目的之情況下，當賣方國家所適用之政府法規範標準與買方國家所適用之政府法規範標準一致時，該法規範之風險仍應由賣方所承擔。由此亦可得知，就國內不動產買賣契約之雙方當事人間，因同處於相同國家之法律規範適用體系中，則除非買方有特別優勢之地位以外，因賣方與買方所應適用之法規範標準一致，則就該政府法規範存在限制之風險原則上即應由賣方承擔。

雖然，對於不動產之公法規範限制或禁止規定具有多樣性，購買不動產之目的亦因買方之目的不同，而影響買方所關切之公法規範標準，即買方依其購買目的之不同，對於政府法規範存在而影響其所購買不動產之效用亦不一。舉例而言，當買方購買農地欲為農作時，則對於農地上得否蓋農舍之法令規定，即非屬買方



所關切的事項，又或者當買方購買農地時，即不能要求賣方應提供建地之通常品質與效用(因為雖然同樣屬於不動產，農地與建地之規範標準畢竟不相同，不能因賣方與買方適用相同之國家標準，即強求農地之標準亦應符合建地之標準，此乃當然之理)。是以，契約訂立時，買方告知買賣不動產之特定目的，有其重要性，倘若買方已告知特定目的者，例如要蓋大樓、蓋農舍、單純農作，則對於該不能蓋大樓(即限制建築)、能否蓋房子(即禁止建築)等政府法律規範所致之契約目的不達，賣方即應承擔物之瑕疵之擔保責任。

## 第五章 結論

政府機關基於行政上目的、為了達成某特定公共利益訂定公法上之限制與禁止規定，用意在於維持社會之秩序與經濟上利益。而放眼諸多公法規範之限制與標準，其訂立之本意或許不在制約民事私人間之上權利義務關係，惟經觀察實務上之見解，卻往往事與願違。蓋公法法令本質上就是在規範存在於社會生活中的活動，當然亦有某些法規範之適用對象僅政府本身之活動，諸如組織法，然此類規範畢竟僅為少數，堪認公法規範無從脫離民事活動而獨存，尤其當規制結果影響之對象為當事人或是其他當事人以外之利害關係人時，渠等當事人間之權利義務關係如何調和，即具有重要性。

以貫穿本文所舉之不動產買賣契約為例，當政府公告或修正施行一法令規範，公布禁止某一區域之土地建築房屋，或限制某一區域之土地建築五層樓以上之房屋者，站在政府之角色或許其立法目的僅在限制土地之所有權人對於其所有權之使用、收益權限，卻往往同時潛在地影響了正在締約購買系爭區域土地之買受人，甚至是已經締約購買系爭區域土地之買受人。對於這些買受人來說，信賴保護原則無非是種空談，可預見到買受人在向政府爭執權益之時，很快的就被以無利害關係為由退件處理，或者在政府往來公文書中明白被教示民事關係回歸司法救濟。是以，對於渠等買受人而言，唯一能尋求救濟權利之手段，無非仍係回歸契約之本質處理。

政府機關之角色，無非在於嚴守公、私法二元體制，但是對於當事人來說卻未如想像中來得徑渭分明。單從民法第 71 條之角度出發，政府機關對於自身所訂立之法規究竟是屬於強行規定抑或任意規定，從來就無法講清楚說明白，當然，區辨法律規範之定性係屬於強行規定或任意規定，本身即是一個困難的課題，延伸的結果，往往是徒留司法實務中為個案之權衡判斷、解釋與適用，更加深了法規範之不確定性，易使當事人引發交易糾紛，甚至淪為當事人交易鬥爭之籌碼。舉例來說，以前述案件為例，公司派董事欲引進外國策略投資人為股東，然因並

未事先取得主管機關之許可，進而使市場派之董事憤而向法院提起訴訟主張該外國投資人所為之投資行為為無效，諸如此類之司法爭訟案件亦屢見不鮮。此或許非立法者於立法之初所得預見，只是，隨著立法技術之愈趨成熟，如能於公法規範中一併安排私法關係之存廢，亦得減少民事交易活動之交易風險，倘若在公法規範中直接明文違反之法律效果為無效者，理論上而言，亦有驅使當事人以更高密度之注意義務來查證並遵循相關法律規範，以避免承擔交易歸於無效之損失。

雖然也不排除立法者事實上並無欲將行政法律規範過度介入民事法律關係，倘若動輒以公法規範規制民事契約之有效性，亦有使私法自治淪為空談之疑慮。毋寧對於這個天秤之抉擇本質上就是一個困難之課題，但在公法規範蓬勃爆炸的社會中，如何讓公法規範效力射程範圍內的交易當事人均有知法的義務，以避免交易資訊之落差，為本文研究所欲強調之重點。即便政府善盡公告之責、於法規公布前廣為宣導並透過公聽會或預告程序徵求公眾之意見，對於存在於社會生活中交易之當事人而言，亦難認上開法規訂立之程序完備後，即得逕謂當事人有知法之義務。蓋揆諸本文所述，民事契約關係畢竟不同於刑事法、行政法間屬於上下隸屬之權力管制關係，而為水平之交易關係，當事人對於法規的認識與理解上無從與刑事法、行政法關係等同視之。如何在民事法律關係中予以相稱之安排，並合理解決雙方當事人之風險分配，無疑就是法律之本質，並應以一貫之。

對於民事買賣契約之當事人而言，如何合理分配對於契約標的物中攸關契約標的之公法上規範風險，不問從契約成立階段至契約履行階段，均與出賣人對於公法規範之資訊揭露告知義務以及買受人之查證義務相關聯。以買賣不動產契約為例，當事人受限於公法上規範之限制或禁止規定而影響對於系爭不動產之現況上使用與收益，雙方爭執之點往往在於當事人於訂約時對於政府法規存在之不知悉與不了解，因此如何在契約中妥善安排出賣人之告知義務與買受人之查證義務，即扮演重要的角色。或許法律之規定無從使所有買賣契約之當事人全盤了解政府公告之法律規範，亦無法使所有買賣契約之當事人知悉系爭標的物究竟受有

何使用、收益、處分上之規範所限制，然而，至少應該培養當事人對於公法規範風險之法律意識，並使當事人(尤其是買受人)有於契約中妥善安排之機會。

倘若公法規範在雙方買賣契約成立之時即已存在，當事人對之無認識而訂立契約者，涉及表意人得否主張錯誤撤銷意思表示之適用。對此，民法第 88 條第 1 項並未對於「法律錯誤」之態樣予以特別明文，但學說上大多肯認當發生法律錯誤時，得依法規範究係對於標之物之本身或法律效果之影響，歸類適用於物之性質錯誤、內容錯誤或動機錯誤。此種分類方式有時對於當事人而言並非易事，且區別內容錯誤、表示行為錯誤或物之性質錯誤之實益，無非在於區辨應適用民法第 88 條第 1 項或第 2 項之規定。本文以為應肯認交易上認為重要此一要件應在判斷法律錯誤之態樣應予一體適用，亦即，當事人如對於法令規範有所誤認而為買賣之意思表示，或不知法令規範存在而為買賣之意思表示者，此時，當該法令規範屬於交易上認為重要，不問係屬對標之物本身或法律效果有所影響，即應有錯誤法則之適用。

至於民法第 88 條規定撤銷錯誤意思表示之要件須表意人無過失，對於該無過失之認定，實務上或有重大過失、具體輕過失、抽象輕過失等見解不一之認定。對於過失與否應視表意人有無違反其對於公法上規範之注意義務，如該公法上規範為表意人所不知者，應先探究表意人不知或誤認之原因，若此公法上規範屬於相對人所知悉且違反告知義務而未告知表意人者，則此時有不作為詐欺或締約上過失之適用；如同樣為相對人所不知悉，則應屬一般人均無從知悉之事項，難以期待表意人之不知為具有重大過失。

此外，如該買賣契約之標的因公法上規範而受有使用或收益上之限制或禁止，除當事人可能在締約時不知而為應買之意思表示有主張錯誤撤銷之適用外，如購買一建地卻因法規範禁止建築而受有限制，導致不符合建地之通常品質或效用者，此時亦涉及物之瑕疵擔保責任。因民法第 355 條第 2 項規定以買受人非因重大過失而不知瑕疵作為主張物之瑕疵擔保之限制條件，是以，對於物之瑕疵擔保責任

成立與否之爭執即會聚焦在因法規存在所導致物之瑕疵原因，是否為買受人查證義務之範圍，或為買受人理應知悉而不得主張無重大過失之範疇。

而在探討買受人查證義務之同時，亦涉及出賣人有無盡其資訊揭露之告知義務，此議題基本上即聚焦在買受人查證義務與出賣人告知義務之程度取得合理之平衡點。對此，出賣人之告知義務除了在契約締結階段，已為民法第 245 條之 1 締約上過失所明文揭示外，於契約成立後之履行階段亦同有輔助實現債權人利益之附隨義務，其中即包括對於法律規範之告知義務。是以，對於契約成立後交付前發生法規之制定、修正或變更，而有減損標之物通常之效用，自應課予出賣人告知義務；相對來說，對於買受人之查證義務程度，則係表彰在訂立系爭買賣契約之目的，承如本文所述，公法上規範多如牛毛，自然無從期待出賣人對於所有公法上規範鉅細靡遺之告知。就買受人角度，其所關切的無非亦攸關自身買賣系爭標之物之目的(純耕作、蓋農舍、蓋大樓)能否達成之法令上管制或限制規定，如買受人於訂立契約之時並未明確表示該締約之目的，則亦無從期待出賣人予以正確地告知相關之法令上規範。故如該公法上規範會影響買受人訂立契約目的，則出賣人應有告知之義務，如該法令上規範同為出賣人所不知悉者，則同樣地亦無從期待買受人有知悉之可能，此時，即難遽認買受人之不知屬於重大過失而得阻卻出賣人物之瑕疵擔保責任之適用。

由於契約之履行過程實際上是一動態生活的歷程，倘若因公法上規範之變更導致原定給付有所不能者，實務見解多認為此乃不可歸責於債務人之事由所生之給付不能，債務人得依民法第 225 條第 1 項免給付義務、他方依民法第 266 條規定亦同免對待給付。如係因公法上規範之變化導致仍得為給付，只是有使用、收益、甚至是處分上之限制導致不符合債務之本旨者，此時不符合債務之本旨會有與瑕疵之認定競合之可能，惟構成民法第 227 條第 1 項之不完全給付與否，因目前實務對於債務人可歸責之要件，有認為應以債務人是否告知瑕疵為斷、有認為應以瑕疵之發生原因而定，對於肇因於法規變化所發生之瑕疵(即不符合債務

本旨之結果)，在判斷可否歸責於債務人之事由上恐會產生疑義。毋寧對於契約履行過程中發生之法規範變化，出賣人仍應有告知義務存在，並使買受人有充足之資訊決定雙方當事人契約持續進行或是了結，如果可以在相互磋商中尋求達成共識者，如雙方協議決定契約直接終止不再履行，不失為雙方權利義務關係解決的方式，倘若未盡告知義務即交付上開已受公法上規範限制或使用之標的物予買受人，此時應認為交付不符合債務本旨之標的物即具有可歸責性。

最後，買賣契約之當事人為了確保契約目的之達成，得以契約約定以取得主管機關之許可或核准，作為一方履約附款之條件，或是約定未能許可或核准作為一方解約之條件，作事先之風險規畫。此時，不問係約定由哪一方負責此項義務，能否取得主管機關之許可或核准，原則上契約雙方當事人均應協力完成。如有未盡協力義務之不作為情形產生者，例如拒絕提出文件，應認為該當不正當行為促使條件成就或不成就，並得類推適用民法第 101 條規定。

綜上，對於民事契約關係中所涉及之公法上規範，如為其他種類之契約型態，相對的所會面臨之公法上法令規範自有所不同，礙於本文之篇幅，僅能引舉買賣契約尤其是不動產買賣類型上較為常見之爭議。不問是否屬於買賣契約之權利義務關係，舉凡契約交易活動中，所可能影響或限制當事人間之法律規範，最終均無從脫離公法規範告知義務之重要性。而法律之本質重在解決雙方當事人之合理風險分配，觀察國際法文件 CISG 所揭櫫之意旨，跨國買賣交易中，出賣人國家之法律規定與買受人國家之法律規定相同，或出賣人在買受人國家設有分公司、獨家代理權而認為出賣人知悉或應該知悉相關買受人國家之公法上規範者，此時對於出賣人所交付標的物不符合買受人國家規範管制標準之風險，即應由出賣人所承擔。於跨國買賣既為如此，更遑論買賣雙方當事人均處於相同之法律規範體系下所為之交易行為，相較於買受人而言，課予對標的物擁有較高程度占有與支配力之出賣人較高程度之法規範告知義務，無疑是較為適切之安排。

## 參考文獻



### 壹、中文文獻（依姓氏筆劃為序）

#### 一、書籍

- 王澤鑑(2014)。《民法總則》，增訂新版。台北：自版。
- 王澤鑑(1990)。《民法學說與判例研究(四)》，4版。台北：自版。
- 王澤鑑(2012)。《債法原理第一冊》，增訂3版。台北：自版。
- 李淑明(2014)。《民法總則》，7版。台北：元照。
- 李淑明(2017)。《債法各論》，8版。台北：元照。
- 吳庚、盛子龍(2017)。《行政法之理論與實用》，增訂15版。台北：三民。
- 邱聰智(著)、姚志明(修訂)(2014)。《新訂民法債編通則(下)》，新訂2版。台北：承法數位文化。
- 邱聰智(著)、姚志明(修訂)(2008)。《新訂債法各論(上)》。台北：元照。
- 林誠二(2012)。《民法總則新解—體系化解說(下冊)》，3版。台北：瑞興。
- 孫森焱(2014)。《民法債編總論(下冊)》。台北：自版。
- 姚志明(2003)。《誠信原則與附隨義務之研究》。台北：元照。
- 陳自強(2012)。《契約之成立與生效》，2版。台北：元照。
- 陳聰富(2014)。《民法總則》。台北：元照。
- 黃立(2005)。《民法總則》，修訂4版。台北：元照。
- 黃茂榮(2002)。《買賣法》，增訂5版。台北：自版。
- 楊芳賢(2017)。《民法債編總論(下)》。台北：三民。
- 鄭玉波(著)、黃宗樂(修訂)(2008)。《民法總則》，修訂11版。台北：三民。
- 鄭冠宇(2015)。《民法債編總論》。台北：新學林。

#### 二、書之篇章

- 郭麗珍(1998)。〈公法上之負擔、使用限制與瑕疵擔保責任〉，收於：黃啟禎(等著)，《憲法體制與法治行政：城仲模教授六秩華誕祝壽論文集第三冊》。台北：三民。
- 詹森林(2009)。〈效力規定與取締規定之區別標準〉，收於：吳從周(等著)，《程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集》。台北：元照。
- 詹森林(2003)。〈私有農地之買賣—最高法院相關判決之分析〉，收於：氏著，《民事法理與判決研究(二)》。台北：元照。
- 蘇永欽(1998)。〈違反強制或禁止規定的法律行為—從德國民法§134的理論與實務操作看我國民法§71—〉，收於：氏著，《民法經濟法論文集》。台北：自版。
- 蘇永欽(2008)。〈從動態法規範體系的角度看公私法之調和〉，收於：氏著，《尋找新民法》。台北：元照。

### 三、期刊論文

- 王立達、許翠玲(2012)。〈違法聯合行為協議之私法上效力--競爭法與民法第71條之雙向實證與釋義分析〉，《中研院法學期刊》，11期，頁65-127。
- 王澤鑑(2016)。〈債務不履行法的變遷—違約責任與損害賠償(上)〉，《法令月刊》，67卷9期，頁1-24。
- 向明恩(2011)。〈前契約說明義務之形塑與界線—評基隆地方法院92年度訴字第342號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，190期，頁171-187。
- 向明恩(2011)。〈對我國民法第245條之1之反省與檢討〉，《臺北大學法學論叢》，79期，頁145-205。
- 李育昇(2012)。〈買賣標的物遭假扣押與給付不能〉，《軍法專刊》，58卷1期，頁60-70。
- 林佳和(2015)。〈行政法與私法：私法形成之行政處分、合法化效力與構成要件效力〉，《月旦法學教室》，151期，頁9-11。
- 林誠二(1984)。〈瑕疵擔保責任與錯誤〉，《中興法學》，20期，頁253-261。
- 孫森焱(2009)。〈債編通則之爭議問題(下)〉，《台灣法學雜誌》，120期，頁1-10。
- 陳自強(2012)。〈主給付義務以外其他義務違反之契約解除〉，《東吳法律學報》，23卷4期，頁43-88。
- 陳自強(2011)。〈契約過失責任與無過失責任之間—歸責事由之比較法觀察〉，《政大法學評論》，123期，頁1-50。
- 陳自強(2012)。〈契約責任之歸責事由〉，《臺大法學論叢》，41卷1期，頁71-132。
- 陳自強(2015)。〈契約錯誤之比較法考察〉，《東吳法律學報》，26卷4期，頁1-56。
- 陳自強(2015)。〈臺灣民法契約錯誤法則之現代化〉，《月旦法學雜誌》，239期，頁106-134。
- 陳忠五(1998)。〈法律行為絕對無效與相對無效之區別〉，《臺大法學論叢》，27卷4期，頁158-260。
- 陳洸岳(2013)。〈未經審批之外資股權讓與合同的效力--以「仙源案」為例〉，《月旦民商法雜誌》，40期，頁103-115。
- 陳聰富(2017)。〈出賣人擔保責任與債務不履行之關係〉，《月旦法學雜誌》，261期，頁17-26。
- 黃宏全(2012)。〈我國民法給付不能之類型與效力〉，《法令月刊》，63卷6期，頁68-89。
- 黃茂榮(1998)。〈債務不履行(一)：給付不能〉，《植根雜誌》，14卷12期，頁567-588。
- 張哲源(2005)。〈意思表示之解釋與錯誤〉，《玄奘法律學報》，4期，頁143-177。
- 詹森林(2010)。〈出賣人附隨義務之實務發展--最高法院裁判之研究〉，《法令月刊》，61卷3期，頁33-46。
- 詹森林(2002)。〈給付不能(一)自始客觀不能〉，《月旦法學教室》，試刊號，頁50-56。



- 詹森林(2002)。〈債務不履行：第一講自始客觀不能(二)〉，《月旦法學教室》，2期，頁 53-61。
- 詹森林(2011)。〈最高法院裁判與民事契約法之發展〉，《台灣法學雜誌》，177期，頁 89-105。
- 詹森林(2010)。〈不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院七十七年度第七次到九十六年度第八次民事庭會議決議〉，《臺大法學論叢》，39卷3期，頁 69-107。
- 楊宏暉(2012)。〈信賴保護與締約資訊搜集自我負責原則的修正從資訊義務保護目的及私法制度保護面向談起〉，《真理財經法學》，4期，頁 81-127。
- 廖義男(2016)。〈論裁罰性之不利處分〉，《法令月刊》，67卷8期，頁 190-210。
- 廖蕙玟(2008)。〈民法第八十八條意思表示錯誤之類型與界限〉，《中正大學法學集刊》，24期，頁 207-245。
- 蔡晶瑩(2010)。〈物之瑕疵之判斷與種類物買賣〉，《台灣法學雜誌》，159期，頁 87-91。
- 蔡晶瑩(2005)。〈出賣人之瑕疵擔保責任物之瑕疵的概念〉，《月旦法學教室》，30期，頁 16-17。
- 謝永誌(2013)。〈論兩岸法律行為違反強行性規定之效力—以臺灣民法第 71 條與大陸合同法第 52 條第 5 款比較為中心〉，《公證法學》，9期，頁 13-27。

#### 四、學位論文（依姓氏筆劃為序）

- 曾彥傑(2011)。《給付不能之研究—以自始給付不能為中心》，國立政治大學法律研究所碩士論文。
- 葉子超(1999)。《法律行為因違反強行規定而無效的問題探討》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文。

#### 五、網路資源

IOI 集團終止收購台北 101 股權報導：<http://travel.setn.com/News/64283>

台北市政府要求大巨蛋停工報導：

<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/1324000>

聯合國國際貿易法委員會(2012)。《貿易法委員會關於「聯合國國際貨物銷售合同契約」判例法摘要彙編》。載於：<http://www.uncitral.org/>

## 貳、英文文獻（依字母為序）

### 一、書籍

Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas A./Perales Viscasillas, Ma. del Pilar, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG), münchen: C.H. Beck, c2011.

Schwenzer, Ingeborg H./Schlechtriem, Peter, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), New York : Oxford University Press, 2010.

International Institute for the Unification of Private Law, 2010, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome:UNIDROIT, from UNIDROIT website: <https://www.unidroit.org>.

### 二、網路資源

Bundesgerichtshof,Germany, 8-Mar-1995(new zealand mussels), CISG-online 144,VIII ZR 159/94, from web :

<http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=144>

Oberster Gerichtshof, Austria, 13-Apr-2000, CISG-online 576, 2Ob100/00w, from web : <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=576>

U.S. District Court.E.D. of Louisiana,USA, 17-May-1999, CISG-online 387, CIV. A. 99-0380, from web :

<http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=387>

