

債務不履行方法論之再出發(上)—契約不履行法律原則之形成

■ 編目：民事法

出處	月旦法學雜誌，第 208 期，頁 170~185	
作者	陳自強教授	
關鍵詞	債務不履行法律原則、學說繼受、比較法、日本新契約責任論、契約拘束力	
摘要	對債務不履行之研究方法，應以契約觀點取代傳統債之觀點，形成契約不履行法律原則，且我國債務不履行理論之形成，應是法律繼受及學說繼受方法之運用，針對債務不履行之研究，應無忽視此契約拘束力之道理。	
重點整理	以契約責任 取代債務 不履行責任	<p>理論上所有債之關係均可能發生債務不履行，侵權責任發生後，賠償義務人也可能有給付遲延或不完全給付等債務不履行責任。此時無所謂侵權責任與債務不履行責任競合，反而係併存關係。一般與侵權責任相對稱，有產生競合可能者，為契約責任，而非債務不履行責任。無契約就無所謂競合，要彰顯問題面貌，必須以契約責任取代債務不履行義務。</p> <p>債務不履行建立在個別債權債務之履行或不履行之觀點上，但買賣契約中縱使履行移轉所有權及交付標之物之給付義務，買賣契約關係亦並未消滅，出賣人未善盡告知使用方法義務，也無法認為出賣人已依債務本旨履行。因此債務不履行之概念也必須從契約目的達成觀點出發，否則無法滿足契約法債務不履行體系建構之目的。</p>
	一般契約法 原則	<p>立法者於債編通則之效力與契約效力所揭櫫之債務不履行法則，得適用於所有契約關係之一般契約法律原則。但此一般原則可否適用在所有契約關係？</p> <p>陳師一向主張債務不履行一般規定最主要規範對象為買賣為首之雙務契約，債各關於團體之契約族群及個人所謂債之履行與確保之契約族群，並非債務不履行一般規定主要適用對象，應無爭議。贈與、使用借貸、無償消費借貸與無償委任等無償契約，在契約拘束力及債務人責任方面均有異於有償契約。</p> <p>在同屬交易行為之契約族群中，陳師認為應依照交換對象不同，區別財產權移轉、物之使用與勞務給付三個契約族群。物之使用之契約族群，即租賃及借貸及大多數勞務契約族群，均屬於繼續性契約關係，與買賣契約在契約構造上顯然有所區別。相對於一時性契約關係，繼續性契約有其特殊性，不適用債之一般原則規定。</p> <p>不動產買賣涉及國家政策及登記、管制等行政規範，非契約法一般原則所得專擅，但動產買賣其法律原則之形成較能以契約嚴守原則與契約公平原則等契約法基本理念為基礎，發展出最純粹之契約法律原則。1980 年之聯合國國際商品買賣公約，雖只以商人間商品買賣為規範對象，但所揭櫫之契約法律原則，引領許多國家一般契約原則現代化。</p>
重點整理	一般契約法 原則	<p>在同屬交易行為之契約族群中，陳師認為應依照交換對象不同，區別財產權移轉、物之使用與勞務給付三個契約族群。物之使用之契約族群，即租賃及借貸及大多數勞務契約族群，均屬於繼續性契約關係，與買賣契約在契約構造上顯然有所區別。相對於一時性契約關係，繼續性契約有其特殊性，不適用債之一般原則規定。</p> <p>不動產買賣涉及國家政策及登記、管制等行政規範，非契約法一般原則所得專擅，但動產買賣其法律原則之形成較能以契約嚴守原則與契約公平原則等契約法基本理念為基礎，發展出最純粹之契約法律原則。1980 年之聯合國國際商品買賣公約，雖只以商人間商品買賣為規範對象，但所揭櫫之契約法律原則，引領許多國家一般契約原則現代化。</p>



適用於買賣以外之契約法原則	<p>歐陸成文法國家債編通則之債務不履行規定，雖然被認為得適用於所有契約關係，但實際應有一定程度之調整，甚至建立特殊法律原則之必要。典型之買賣為一時性契約關係，與基於信賴關係所生之保護義務或強度均較低，因此當信賴關係被破壞有賦予解消權等結束契約關係之必要性。</p> <p>租賃等使用他人之物之契約族群及勞務給付族群契約，同樣有依照事務本質之不同建立特殊法則之必要。契約解消之方式非發生回復原狀關係之解除而為向將來發生效力之終止。不動產租賃，特別是房屋租賃具有高度社會政策考量，消費借貸涉及授信契約，與擔保制度有無法割捨之關係，均有建立特殊法律原則之空間。</p>
消費者契約法律原則	<p>歐盟 2011 年 10 月 25 日消費者權益指令，從消費者保護觀點來規制契約關係。但各國對消費者保護之法規制，目前為止似多側重在契約締結過程，也就是資訊透明化、告知說明義務之充實、消費者後悔權之賦予、定型契約規制方面下手，將來能否延伸到債務不履行領域有待觀察。</p>
債務不履行法律原則形成之觀點	<p>我國教科書對何謂債務不履行效力之說明有所不同，均分別在論述給付不能、給付遲延及不完全給付時說明。但我國債務不履行規定是否只能在此三框架中運作，有所疑義。在我國民法條文中出現「不履行」等規定有 15 條，其中僅有第 226、232、254 及 579 條能明確的確認不履行之態樣。若債務不履行屬於開放且具概括條款性質的概念，則債</p>



<p style="text-align: center;">重點整理</p> <p style="text-align: center;">債務不履行 法律原則 形成之觀點</p>	<p>務不履行未必等於給付不能、給付遲延與不完全給付之總和。以給付為中心的債務不履行體系，並無法滿足現代契約規範之需求。因為給付因為履行而消滅，但有可能有所謂後契約義務，且附隨義務之權利人可能為一定之第三人，甚至在契約磋商開始，就發生以保護義務為內容的締約上過失責任。為彌補民法制定時債務不履行漏洞之不完全給付，在要件上仍然是以給付是否完全為前提，可能無法達到制度形成之初衷。</p> <p>我國對於債務不履行之理解，基本上有兩種觀點。一種為「債務人應依債之關係成立的本旨為給付。如其違反給付義務即屬不給付，是為債務不履行。」另一種是主張「債之內容未能實現之狀態，亦即因可歸責於債務人之事由，而未依債之本旨，以為給付之狀態。」兩者差別在於歸責事由是否應包含在債務不履行概念中。<u>在我國債務不履行之體系建構上與研究方法，應採廣義的債務不履行概念，不然民法第 225、266 或 267 條關於不可歸責於債務人之給付不能等規定均不應屬於債務不履行體系。</u></p> <p><u>若債務不履行之研究預設以可歸責為前提，則研究對象除債務不履行三態樣外，權利及物之瑕疵擔保也應納入研究範圍。</u>依照最高法院 77 年度第 7 次民庭總會決議，物之瑕疵在一定條件下可能構成不完全給付，且最高法院總認為出賣人有給付無瑕疵之物之義務，則給付標的物有瑕疵當然不符債之本旨，而權利瑕疵依照民法第 353 條係依照債務不履行之規定行使權利，均有納入研究之必要。</p> <p>另外，<u>將締約上過失一併納入研究，有助於完整形成以保護義務為內容之債之關係體系。</u>但民法上情勢變更原則應如何定位，屬最困難之問題。若<u>情勢變更在處理導致無法期待債務人依照原定給付條件為給付之情形，則與給付不能有相當關聯。因此縱然情勢變更原則並非直接與契約不履行有關，但在債務不履行體系中一併處理亦無不可。</u></p> <p>傳統債務不履行體系過分重視給付不能、給付遲延與不完全給付要件之分析，但是完全忽視救濟觀點。傳統認為給付遲延以可歸責債務人為必要，因此損害賠償或解除契約均以可歸責為要件，但損害賠償以填補因契約不履行所生損害為目的，與解除契約在擺脫契約拘束力之目的不同，不需要具備相同要件。</p> <p><u>對契約不履行法律原則之形成具有重大意義者，屬於種類之債與金錢之債。</u>金錢之債債務人並不依一般原則僅就其故意過失負責，金錢債務不能有不能之觀念，縱使有不可抗力危險，也應該由債務人負擔。在種類之債上，也僅有民法第 200 條規定，傳統上認為民法第 364 條之另交請求權為物之瑕疵擔保效力，但若參照最高法院 77 年第 7 次民庭總會決議認為買受人依民法第 364 條規定請求另交無瑕疵之物，得行使同時履行抗辯之見解，另交請求權性質上應為履行請求權。只有在買受人受領有瑕疵之標的，才由物之瑕疵擔保處理。</p>
<p style="text-align: center;">考題趨勢</p>	<p>此篇文章雖然純粹為理論上之探討，從本篇論文直接出題之可能性不高，但債務不履行一直都是出題重點，考生可藉由本篇重新思考債務不履行之類型、要件、法律效果，若有時間值得細讀。</p>
<p style="text-align: center;">延伸閱讀</p>	<p>• 陳自強（2011），〈過失責任與無過失責任之間一歸責事由之比較法觀察〉，《政大法學評論》，第 123 期，頁 1-50。</p> <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p>



債務不履行方法論之再出發(下) —契約不履行法律原則之形成

■ 編目：民事法

出處	月旦法學雜誌，第 209 期，頁 158~176	
作者	陳自強教授	
關鍵詞	債務不履行法律原則、學說繼受、比較法、日本新契約責任論、契約拘束力	
摘要	我國民法契約制度為繼受歐陸法系之產物，民法制定後的法律發展也受德國、日本影響。法律繼受及學說繼受之研究對債務不履行理論之形成具重要性，契約不履行法律原則之形成，以契約為對象，受當事人意思自主、自我決定、拘束而成，與法定債之關係性質不同。	
重點整理	比較法與法律繼受	<p>我國民法係繼受自德國，法律繼受後，學者自然以德國民法學者相關文獻為理解我國民法之重要參考對象。附隨之法解釋方法、類推等也夾帶進口。</p> <p>法學研究之一般論，我國契約法研究向來強調比較法方法，但早期直接以日本、德國民法解釋我國民法，並非真正比較法研究，而為學說繼受。學說繼受方法屬於法律進口國家法律解釋學之一部分。在歐陸民法對於羅馬法及羅馬法繼受後之法制史研究，對了解歐陸民法為不可或缺，但羅馬法以來的歐陸法傳統已與固有法交融在民法典中，對以現行法法律發現為任務之法學方法論而言，非絕對必要。但東亞國家繼受歐陸民法為全新移植，不論是全部拷貝或擷取拼湊，都要斟酌法律繼受過程。而法律解釋更重要的目標在於如何讓拼裝車上路，且符合當今社會需要。</p>
	比較法與法律繼受	<p>我國民法雖大致繼受德國民法，但也有許多德國民法制定時所無，例如：民法第 220 條第 2 項，應係繼受瑞士債務法第 99 條第 2 項規定；我國民法解除契約與德國規定南轅北轍，但比對日本民法規定後，可見日本民法是當時立法重要參考。我國法之解釋與發展當然不受限於母法之發展，但偏離母法之原因、母法最新發展均有超出比較法更深層之意義。例如：債務人不按時履行之契約法定解除是否以可歸責於債務人為要件，推翻傳統肯定見解之日本債務不履行新理論已成為有力說，對法定解除規定幾乎相同之我國，自有參考研究之價值。</p> <p>我國民法第 220 條規定為瑞士債務法第 99 條第 1 項規定，瑞士學說認為第 1 項所謂債務人應負責任，指應負損害賠償責任，亦即得為獨立損害賠償請求權基礎。我國學說卻擁抱日本及德國學說，認為民法第 220 條規定僅為歸責事由之規定，也因此繼受德國積極侵害債權契約的漏洞說。此種法律繼受與學說繼受各行其道之現象非我國獨有，日本似乎更嚴重。日本債務不履行之規定受法國影響較大，但卻以德國學說處理。法律繼受之狀況及學說之研究，對欠缺歐陸羅馬法繼受傳統之我國及其他東亞國家，乃現行法之理解不可或缺，且更能提供法律解釋適用深厚之基礎，但研究方法無法求助於被繼受國家，應自行建立。</p>
	契約法之比較研究	真正的比較契約法研究，依照美國契約法學者 Allan Farnsworth 分析，有四種方向：1.探尋不同法律體系契約法之共通處；2.追求契約法之整



	<p>合與統一；3.研究某國家契約法對其他國家法律之影響；4.研究不同法律體系，主要為英美法與大陸法系間學說之異同，目的在證明類似的問題可以不同之方式處理，不同之方法結果卻相同，且比較法能促進對自己法律之了解，並提供法律修正之理念。</p> <p>我國真正比較契約法研究，對英美契約法之研究不可或缺，世界契約法統一文件採納英美契約法原則之處，不勝枚舉。如契約違反之損害賠償不以故意過失為要件而採嚴格責任、損害賠償範圍採預見可能性原則等。</p>
<p>契約拘束力為契約責任之基礎</p>	<p>法定債之關係因為法律規定而生，無法律規定就無請求權；契約關係雖亦為法律關係，但契約給付請求權並非因為法律而生，其基礎為基於當事人約定而生之契約拘束力。</p> <p>當事人約定內容在契約自治容許範圍內被實定法承認有法律上效力，就實現契約目的而言，契約之法律上拘束力最重要之作用為可訴請法院請求實現契約內容，或請求不履行之損害賠償。因契約之法律效力源自於契約之拘束力，就實現契約給付利益之請求來看，其依據均為契約約定之內容。</p>
<p>契約拘束力與日本契約責任論之新發展</p>	<p>我國民法對債務不履行之研究均停滯在債的抽象層面，係因為我國並無稱為契約法之法律；日本架構與我國不盡相同，除債總外，另有契約專章，債務不履行責任屬債總債權之效力，因此日本傳統理論將契約責任理解為債權債務問題。1990 年中期以後，以日本民法典施行百年為契機進行的修法議論，有新的契約責任論崛起，試圖將契約責任之問題與債權債務發生原因之契約接合，主張損害賠償請求權、契約解除及履行請求權可以從契約拘束力導出。換句話說，契約責任為契約問題，非債權債務問題。新理論以最近國際債法發展之動向為背景，損害賠償及契約解除均不以債務人有歸責事由為要件，債務不履行損害賠償責任以未履行契約所生義務為要件，若能證明超出契約預定之風險可以免責，契約解除僅單純為債權人擺脫契約拘束力之手段，非對債務人之制裁。</p> <p>契約拘束力之定義，王澤鑑教授認為專指「除當事人同意或有解約原因外，不容一造任意反悔請求解約，無故撤銷。易言之，即當事人之一方不能片面廢止契約。」認為契約拘束力應與契約之效力嚴格區分，後者指基於契約而生之權利義務。陳師認為契約關係應由主觀與客觀部分組合，主觀部分指當事人約定內容在私法自治容許範圍而具有與實定法相同之法律規範效力，當事人受此約定內容拘束，此部分之契約效力，為契約實質拘束力。因法律任意或強行規定之適用而形成之契約內容，並非基於當事人之意思自主，為契約內容之客觀部分。因此契約效力與契約實質拘束力具有具體而微之差異。</p>



	<p>契約實質拘束力內容之確定</p>	<p>依契約方式自由原則，契約之成立不以要式為原則。但除日常生活交易外，其他交易均有訂立書面契約，例如：工程文件契約紛爭，也常因業主與營造廠對契約條款解釋之不同，紛爭解決之關鍵不在民法承攬規定，而在如何妥適公平解釋契約條款，契約解釋方法之重要性也因此凌駕成文法之解釋。我國民法對契約解釋方法並未有一般原則性規定，因此有極大發展空間。</p> <p>契約內容之構成，有主觀要素與客觀要素。前者指當事人約定之內容，後者指任意規定及強行規定之適用。契約法首要之法源為形式意義之法律，則不僅契約有漏洞時，任意規定有其適用，也只有在當事人有明文約定足認可排除任意規定適用時，當事人約定內容才優先任意規定之適用，應嚴格解釋約定內容，使任意規定有較大適用。</p> <p>最高法院 99 年台上字第 1421 號判決：「按解釋契約，應於文義上及論理上詳為推求，以探求當事人立約時之真意，並通觀契約全文，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值作全盤之觀察，以為其判斷之基礎，不能徒拘泥字面或擷取書據中一二語，任意推解致失其真意。」一旦契約解釋扮演角色越重要，任意規定則可能退居次要地位，甚至毫無施展空間。</p> <p>習慣雖然是民法第 1 條之法源，契約解釋應該要斟酌交易習慣之契約解釋方法並未在民法文字規範中出現。日本商法第 1 條第 2 項規定：「關於商事，就本法所未規定之事項，依商慣習，無商慣習者，依民法所規定者。」(商事に關し、この法律に定めがない事項については商慣習に従い、商慣習がないときは、民法の定めるところによる。)因商行為多數規定為任意規定，且商習慣存在時，當事人有依商習慣之意思被推定，因此在商行為領域，除強行規定外，商習慣優先於商法典，商法典優先於民法典。</p> <p>商事習慣為不成文規定，但透過各該交易利害關係人透過類似成文法制定過程將共識形諸文字。近年有國際商會、聯合國國際貿易委員會等國際性組織主導，形成共識，被稱為國際契約法統一文件者逐漸增加。因此<u>契約法研究開始以國際契約法學界公認的三個契約法文件：聯合國商品買賣公約、聯合國國際商事契約通則及歐洲契約法原則為研究題材，並以此作為批判國內契約法之依據或佐證。</u></p>
<p>考題趨勢</p>	<p>此篇文章續為契約法理上之探討，雖直接出題的機率極低，但有助於考生了解債務不履行法體系之形成，如有時間細讀，無論在考場或實務操作上必能更靈活運用債務不履行之規定。</p>	
<p>延伸閱讀</p>	<p>• 陳自強 (2012)，〈未按時給付之契約解除與歸責事由〉，《台大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 877-929。</p> <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！</p>	

