

回到民法第一一三條— 為締結法律行為過失責任催生

邱聰智*

摘 要

在法律行為締結過程中，其當事人有過失以致相對人受有損害者，視為所謂締結法律行為過失（簡稱締結過失）；其因而應負之賠償責任，視為通稱的法律行為前責任。對於此一法學課題的建構，我國民法（學）大體依循德、日民法（學）的發展軌跡，採突出締約過失（責任）的思維模式；並在此基礎上，藉民法債編的修正（第二四五條之一的增訂及第二四七條之修訂），完成具體的立法確立，以締約過失責任為主流的法律行為前責任體制，為之確定，復為主流學理所肯定。

法律行為前責任，顯然不以真的前責任為限，突出締約過失責任，應面對其他法律行為轉型的締結過失責任問題，其解決之道，無可避免的，必須廣泛援用類推適用，形成「法律行為前責任＝締約過失責任類型條項＋類推適用」的制度實質。一套法律理論，必須廣泛藉助類推適用，才能勉強填補此起彼落的法律漏洞，是否盡符體系嚴謹完整的檢驗？如法律解決適用上尚有可行的代替方案，是否可以嘗試探索及評比？應均是值得探索的重要課題。

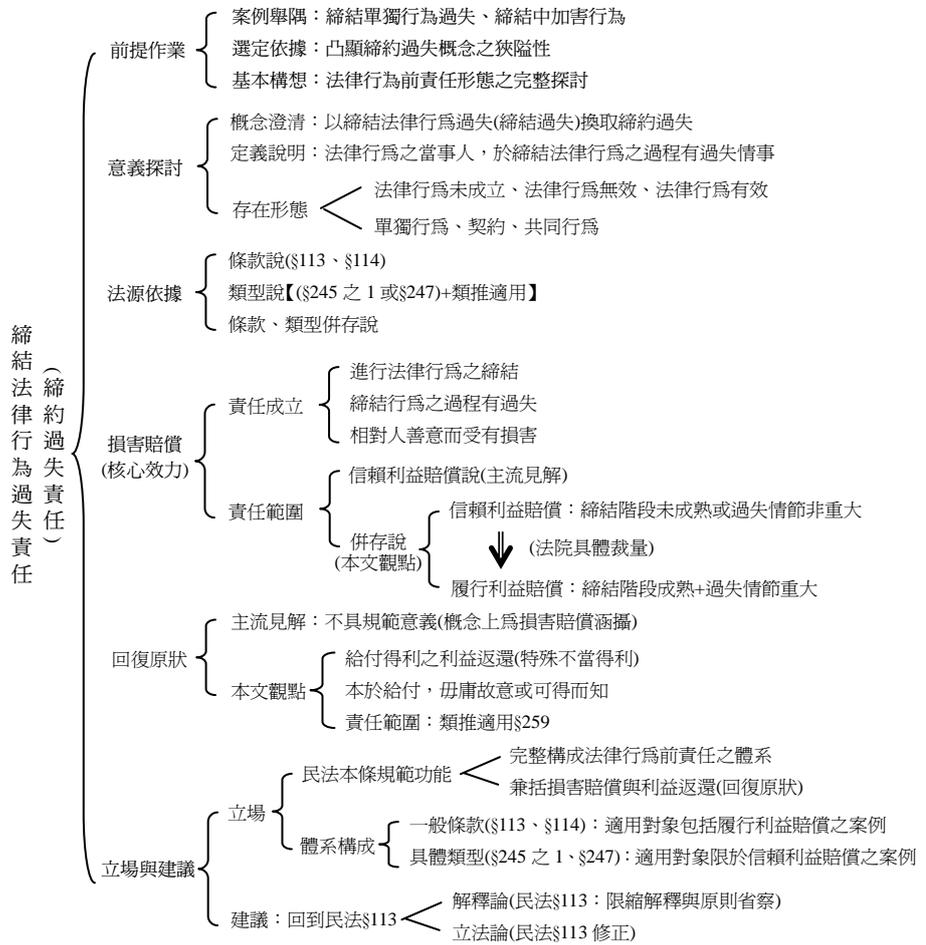
* 現任：考試院考試委員

經歷：輔仁大學法律學系教授兼系主任、臺灣省政府法規委員會主任委員、台北市政府法規委員會主任委員

責任校對：賴雅琳

在法律行為前的法制構成上，我國民法於第一一三條設有德、日民法所無的特殊條文；如果不輕率否定民法該條的規範功能，則其體現的實質制度內容，殆與學理所欲建構的完整法律行為前責任，頗為吻合。已其與民法主流思維模式表徵的第二四五條之一等相較，似更能趨近個案之客觀具體情況，以彈性機制強化權益保護及具體正義的妥善實現。因為，民法第一一三條的規定，未將賠償範圍漸縮於信賴利益賠償，從學理上可以發展出「從信賴利益賠償到履行利益賠償」的制度模式；導出這樣的論點，不僅接近比較法的通制，而且也與德日民法學晚近的有利學院若合符節。再者，民法本條所規定的回復原狀，也可為給付不當得利作更妥適的詮釋；因為，給付不當得利的利益返還範圍，應以回復（權益變動前的）原狀為適用準則，而非設限於現存利益。而且，民法本條關於回復原狀的規定，係沿襲大理院早期的判例而來，其立法定制，尚非空穴來風，也非突如其來。

本此認識，本文爰以民法第一一三條規定為重心，一方面觀察歸納法律史及比較法的發展，另一方面分別從解釋論及立法院的角度，研析檢討締結過失的相關重要課題，並以如下重點的締結法律行為過失責任體系，希望藉此庶可為我國民法建構更融貫完整的法律行為前責任體制，提出一絲建言：



Back to Article 113 in Taiwanese Civil Code – Creating Liability for Fault in Legal Act-Making

Chiu, Tsong-Juh

Abstract

In a process of constituting a legal act, when one party who negligently causes impairers to the other party, this can be seen as a fault in legal act-making; It thus should take the undertakes an obligation of compensation, and which is called the liability of pre-legal act. Regarding a jurisprudence topic construction, our hierarchy of civil law is substantially relies on the legal development path of German and Japanese law, which adopts the approach of **liability for fault in contract-making**. And in this foundation, the revision of the Obligation part of the ROC Civil Code (a Art.245-1 revising and Art.247 revision), completes the concrete legislation establishment, takes the liability for fault in contract-making as the main system of the liability of pre-legal act, determined for it, turns round affirmed for the mainstream scientific theory.

The liability of pre-legal act, concludes a liability for fault in contract-making, should face other pre-legal act reforming to the questions of the liability for fault in contract-making, its solution, inevitable, must widely cite the analogy to be suitable, the formation “**liability of pre-legal act = liability for fault in contract-making** type article + analogy is suitable” the system essence. A set of legal theory, must widely be suitable with the aid of the analogy, can fill the continually loophole reluctantly, whether completely symbol system rigorous integrity examination? If the legal solution has feasible replacements when it is to apply, whether could attempt the

exploration and the appraisal? Should be the important topic is worth exploring.

The legal system constitution in liability of pre-legal act, the ROC Civil Code Art. 113 is a special article which is equipped with German and Japanese civil law not to have; If is not rash denies Civil Code Art. 113 the standard function, then it manifests the substantive content, the scientific theory want to construct the liability of pre-legal act, quite tallies. It and so on has compared with civil law mainstream ideological mode attribute's one of 245th, resembles can draw close the case the objective special details, by elastic mechanism strengthening rights and interests protection and specifically just realization properly.

As the Civil Code Art.113, if it doesn't limit the range of the compensation to the protection of the reliance interest, it can expand the system mode that from the compensation of reliable interest to performance-interest theoretically. Deriving this contention not only close to most of the foreign countries but accords with the later cogent civil-law theories of Germany and Japan.

Furthermore, the rehabilitation of the Civil Code Art.113 can be the reason of the compensation of Unjust Enrichment; Because, does not pay when profits the benefit returns the scope, should take reply (before rights and interests change) the original condition as to be suitable the criterion, but must supposes is restricted in the extant benefit. Moreover, the Civil Code Art.113 about the reply original condition stipulation, is following by the Dali Court(the same as Judicial Yuan) early time in the legal precedent , its legislation has custom-made, and not comes from no legal jurisprudence or comes suddenly.

Because of the statement, the article focuses on Civil Code Art.113. On one hand, I observe and sum up legal-history and development of comparative law. On the other hand, according the Legislative Yuan and the interpretation, I will concern the important questions about a fault in legal act -making. The following are its relevant key points which about construct a system for a fault in legal act -making, and which hope to construct a complete system of the liability of pre-legal act for the ROC Civil Code and broach some suggestions.

回到民法第一一三條— 為締結法律行為過失責任催生

邱聰智

目次

壹、緒論	
1.序說-法律行為責任理論之復權	
2.基礎作業	
貳、意義探討	
1.概念澄清	
2.定義說明	
3.存在型態	
參、法源依據	
1.法律條項	
2.學理立場	
3.本文見解(要點說明)	
肆、損害賠償(核心效力)	
1.責任之成立	
2.責任成立要件之說明	
3.責任之範圍	
伍、回復原狀(給付不當得利)	
1.再從民法本條現場出發	
2.探訪所謂回復原狀	
3.體系解釋與原則省察	
陸、檢討與建議	
1.民法本條瑕疵之論辯	
2.淺見及回應	
3.立場及建議	
柒、案例解析	
1.締結單獨行為過失案例(舉隅①)	
2.締結中加害責任案例(舉隅②)	

關鍵字：締結法律行為過失(責任)、締約過失(責任)、損害賠償、回復原狀、法律行為不成立、法律行為無效、表見法律行為、體系解釋、限縮解釋、類推適用

Keywords: doctrine of promissory estoppel in legal act-making, liability of faults during the process of conclusion of contract, damages, restore to the status quo ante (restitution; rehabilitation), ostensible legal act, invalid legal act, pseudo-legal act, systematic construction, restrained interpretation (to meet the legislator intent), applied by analogy

壹、緒論

一、序說—法律行為責任理論之復權

依傳統主流見解，關於法律行為責任理論，殆可歸納為下列三項特點：

- ①凸顯契約責任、契約不履行之概念，法律行為責任或法律行為不履行之概念，沒而不彰。
- ②突出契約前責任、締約過失之概念，法律行為前責任或締結法律行為過失之概念，晦而不明。
- ③契約(法律行為)生效後之債務不履行，始有履行利益賠償之適用；於締約過失責任(法律行為前責任)，其受害人僅得請求信賴利益之損害賠償¹。

然而，這樣的民法學，是否完全契合民法總則所呈現的法律行為理論，特別是法律行為責任體制？是否可以充分搭配(契約以外)其他法律行為所生之權利義務關係，使其在適用上完整無缺？難免不無疑義。淺見以為，民法本是以法律行為理論為核心，亦是以法律行為責任體系為重鎮的制度總體，過度凸顯或強調契約責任，進而以之取代法律行為責任，或有以偏概全、反客為主之疑惑。審酌完整融貫民法學(特別是債法學)，理應回到制度本來基礎所在之法律行為理論，爰以「法律行為責任理論復權」破題。再者，鑑於以我國民法規定而言，法律行為前責任的規範依據，本以締結法律行為過失之規定(§113)²為其主要契機所在，本文亦以此為研討對象，爰附以「為締結法律行為過失催生」之副題，希望藉此可以探訪法律行為前責任之完整制度面貌，並有助法律行為責任理論之確立。

¹ 早期債總文獻，請參照 洪文瀾「民法債編通則釋義」，文光書局，1954(以下稱洪著「通則」)，頁 281；戴修瓚「民法債編總論(下)」(台版)，三民書局，1961(以下稱戴著「總論」(下))，頁 216。實務上的代表性見解參照最高法院五十一年台上字第二一〇一號判例「契約因出賣人以不能之給付為標的而歸無效者，買受人所得請求賠償之範圍，依民法第二百四十七條第一項自以因信賴契約有效所受之損害為限，此即所謂消極的契約利益，亦稱之為信賴利益。例如訂約費用、準備履行所需費用或另失訂約機會之損害等是。至於積極的契約利益，即因契約履行所得之利益，尚不在得為請求賠償之列。」

² § 113 意即民法第一一三條(阿拉伯符號代表條文號數；全文之引用立場均同)。

二、基礎作業

(1) 案例舉隅

締結法律行為過失的課題，涉及事項相當無雜，研討角度及幅度既廣且深，為便於回顧參照，爰先舉二例以為印證之用：

① 締結單獨行為過失

甲積欠乙貸款新台幣(下同)一百萬元，因經營不善，屆期無力償還，不得以商請摯友丙代為償還，為丙拒絕。惟甲為應付乙之催討，仍自任為指示人，以丙為被指示人，乙為領取人而發行同額即期指示證券一紙，郵寄於乙，函中聲稱，渠業已取得丙之同意承擔而代為清償。乙信以為真，持券前往丙家請求丙承擔或給付；適丙遠行，乙於前往丙家數次後始幸遇於丙，爰請求丙承擔或給付，但為丙當面拒絕，乙為此支出費用二萬元，爰就其費用支出訴請甲賠償。

② 締結中之加害行為

甲所有之商用樓房出租於乙，供乙經營服飾店。某日，準備前往服飾店選購衣服之丙，於擬進入該店門口之時，因門口地面濕滑而跌倒骨折(經查地面之濕滑，係因不知名流浪狗路過排尿所致)，經送醫延治多時始告痊癒。計支出醫療費用新台幣玖萬元，丙爰訴請乙賠償其支出之玖萬元。

(2) 選定依據

關於法律行為無效(包括不成立、拒絕承認及撤銷而無效三者—本段以下同)所生之法律責任，民法學上殆多從締約過失之角度加以處理；相對地，其正面針對法律行為無效之整體，來加以完整把握、省察(亦即基於民法總體立場而探求其規範依據或制度內容)者，並不多見。此一作法，於我國民法學來說，應係事實。

民法之學理實務或立法成果，所以出現如此奇特現象，其主要癥結在於過度強調締約過失之概念所致。緣以法律行為雖有單獨行為、契約及共同行為三類型區分；不過，無論在日常交易實情或法律制度預設

上，契約類型之適用，顯然是法律行為大本營之所在，法律行為之實用絕大多數亦是集中於契約類型。在此制度現實下，將法律行為無效所生之責任，集中於契約類型來探討，當可把握重點，並凸顯其精華所在；此即通稱之締約過失，其因而所生責任是為締約過失責任。

誠然，締約過失或締約過失責任之推崇，於契約法上有其不凡意義；不過，相對的卻使制度整體所在的締結法律行為過失或締結法律行為過失責任之概念及制度內容，相形失色，甚至流於視而不見之境地。過度強調締約過失，於制度整體之把握而言，恐亦難免以偏概全之弊。有鑑於此，爰配合民法第一一三條規定，凸顯締結法律行為過失之用語，以期有助整體法制之建設。

締結法律行為過失之形態，因法律行為之類型區分，尚可依次分為締結單獨行為過失、締約過失及締結共同行為過失三個類型。締約過失一般多已耳熟能詳，締結共同行為過失，性質上較可融入締約過失觀察；相對的，締結單獨行為過失之事例較為少見，與締約過失形態亦多有區隔，故以其為首例，作為解說之依據。特別值得一提的是，由於權利證券化的成熟，當事人於交易上簽發指示證券(為交易上最重要之有價證券類型)³，卻不獲有效成立之事例亦頗有之，而且其間關係頗稱複雜，爰選其作為案例之事實。如此，對於連結民法總則與民法債編(特別是各種之債)的有機互涉，亦可因而獲有更為融整而深入之認識。此外，在締結法律行為過程中，當事人之固有利益(特別是身體、健康)受有損害者，得否納為締結法律行為過失責任類型，亦是重要課題之一，國外法制於此固有其例，但於我國民法卻沒而不彰，爰亦舉例，以明問題所在。

³ 所謂指示證券，係指「指示他人將金錢、有價證券或其他代替物，給付(於)第三人(有價證券)」(§ 710 I)。依此定義，匯票(票據法 § 2, § 24~ § 119)、支票(票據法 § 4, § 125~ § 144)，均得歸類為指示證券，故認其於交易上為最重要。

(3)基本構想

①探討目的

以民法第一一三條規定為基礎，論斷締結法律行為過失之概念及責任類型，進而統合締約過失責任，並構成法律行為成立、生效前責任內容之完整面貌，為本撰寫之目的。鑑於這樣的立場，無異於正面肯定民法第一一三條之應有規範意義及功能，並以建構締結法律行為過失責任為主旨。爰題曰：回到民法第一一三條，並以催生締結法律行為過失責任體系為副題。

②敘述事項

本文從締結法律行為過失之概念切入，分為下列四個事項，以期體系而完整探討法律行為成立、生效前法律責任之相關課題：

- a. 締結法律行為過失之概念及責任形態。
- b. 締結法律行為過失責任之法源依據及法律解釋方法
- c. 締結法律行為過失所涉法律責任之性質及內容。有關於此，包括損害賠償責任及利益返還義務，因其內容頗為豐富，爰予分別說明。
- d. 締結法律行為過失責任之法制上因應及興革。

誠然，締結法律行為過失責任(考量行文通順，以下或以締結過失稱之)，本以締約過失責任為最重要，於交易秩序之實際運用上亦最廣泛；國內外之制度呈現或研究之投入及成果，以此為最凸顯，自是其來有自。不過，締約過失也者，畢竟是契約法上之課題，以我國民法體例而言，理應歸屬於債編通則(債法總論)或契約總論研討。因之，儘管締約過失責任之課題，於締結法律行為過失之探討上最為重要，其於我國民法學上之研究亦頗為成熟；惟為避免偏離本文主題，關於締約過失具體制度內容之論述，本文基本上仍予以從略，而僅就其中與構成締結法律行為過失責任涉有關連之部分，納入敘述之範圍。

貳、意義探討

一、概念澄清

(1) 以締約過失凸顯締結法律行為過失

法律行為不成立或無效時，其當事人是否因之而須負擔一定之責任，在當前之民法(學)上，其答案固是肯定；因為，民國八十八年通過之民法債編修正，針對締約過失責任已有重要之增訂(§ 245 之 1)及修訂(§ 247 III)⁴。不過，以民法制定施行當時的民法學環境來說，實情卻恰相反。民法施行後不久之當時民法總則教科書，幾乎一致認為，無效(包括不成立)行為之當事人，除成立侵權行為而應負侵權行為之損害賠償責任外，尚不因無效而負法律責任，其見解即為明證⁵。長期以來，民法第一一三條之規定一直被認為係贅文且無規範功能之條款，即是這種見解固入民法學理之結果(考量民法第一一三條為本文探討核心，以下引敘頗多，為突顯其特殊意義，以下爰以民法本條稱之)。

由於實務及立法在締約過失責任理論上之突破，契約不成立或無效時，具有過失之當事人一方因而對於無過失之相對人，負擔一定之損害賠償責任，於當前之民法學上固已相當成熟。不過，由於契約與法律行為之間，仍有一定距離，締約過失責任制度的成熟，並不意味締結法律行為過失責任理論受到同等重視。在我國民法學上，締約過失與締結法律行為過失二者，形成下列兩項對比，堪為佐證：

⁴ 依個人淺見，民法此兩條文之規範意義，殆可描述如下表：
 規範意義 { § 245 之 1：契約不成立的締約過失責任類型。
 { § 247：給付不能無效的締約過失責任類型。

⁵ 早期代表文獻參照李宜琛著「民法總則」(台版)，國立編譯館，1944(以下稱李著)，頁 336；胡長清「中國民法總論」(台一版)，商務印書館，1964(以下稱胡著)，頁 374；晚近代表文獻，參照王澤鑑「民法總則」(自刊)，2001(以下稱王著)，頁 516~517；李模「民法總則之理論與實用」(修訂版)，自刊，1，頁 288。

①依締約過失之概念，建立完整的契約前責任體系，並在方法論上大量運用類推適用，以其作為其他法律行為締結過失責任適用之依據；締結法律行為過失之闡揚，則顯然未受重視。

②關於締結法律行為過失之規範依據，突顯民法第二四五條之一之規定，並以其作為制度全面之規範依據，其他類型的締約過失，乃至其他法律行為的締結過失，均類推適用而吸收於民法該條；相對地，在規範屬性上具有統合意義而為一般條款之民法本條，反而棄而不用。

(2)由締約過失回到締結法律行為過失

對於法律行為之不成立或無效而須負一定法律責任之論述，以締約過失作為典型，固可趨近重點，洞徹其風華所現及精華所在。不過，就制度整體而言，這種做法仍然難免以偏概全之憾。尤其，在方法論上，是否必須如此迂迴，一方面棄置民法本條，另一方面又假締約過失之類推適用來實現，仍不能謂無討論餘地。

誠然，謂民法制定施行之時，締結法律行為過失，甚而就是締約過失之概念，尚不為過，其責任體系更是未臻成熟，或是事實。不過，如果進而以為，於其時期，法國或日本民法學對此尚未論及，則其觀點恐又與事實有違。蓋以法律行為不成立或無效而有過失之當事人，應負一定損害賠償責任之見解，早在十九世紀中葉以降，法國民法學即已多有論戰⁶，十九世紀末的日本民法，受自法國民法及其學理實務之影響者，至深且鉅，再參酌二十世紀初期之日本民法學亦已有深入論析等史實⁷，足認民法立法作業較晚之我國，當時對於該時期之此一嶄新課題，難謂絕無觸及可能；也許正因此一前瞻認知，致有民法本條之創舉。當然，筆者所述或許純係出於臆測；不過，在資料佚失，立法原意已無可考之現實下，一味完全否認，恐怕也是失之公允。

⁶ 參照池田清治「契約交渉の破案上その責任」，有斐閣，1997，頁158~175。

⁷ 參照岡松參太郎「無過失損害賠償責任論」，有斐閣，1916，頁378~448(特別是其中頁447之註86，具體敘明法國民法締約過失與侵權行為責任之互涉關係，於比較法上，更具參考意義)。

其實，民法本條所體現的制度內容，與二十世紀後半以降、特別是晚近以來，比較法上締約過失責任之發展軌跡，頗為差相符合（詳待下列各段個別補充）。淺見且以為，從整體規範之構成來說，民法本條所展現的制度周延性及妥當性，絕不亞於民法債編修正之第二四五條之一或第二四七條。面對這樣的法律歷史潮流，我們是否有必要正面否定民法本條之規範意義，應該是個值得反思的課題。一個既不破壞法律既存體系，亦不違背法律原義，而且其法律文義亦非重大瑕疵到無法依一般之法律解釋方法加以克服，又是更能體現權利保護及正義原理的條文，我們有必要因立法原意不明而加以一筆勾消嗎？對於這個這麼具有前瞻而領先意義的先進條文，反而視其為神來之筆而加以剔除，就認真對待法條而言，豈是公平。近年來，筆者偶有小文闡述締結法律行為過失⁸，即是本此考量而來，亦此說明。

二、定義說明

(1) 一般敘述

從比較穩健且粗具共識的看法來說，所謂之締結法律行為過失，殆可定義為：法律行為之當事人，於法律行為之無效(包括不成立)有過失之情事者，是為締結法律行為過失；其因而所生之法律上責任(通常是為損害賠償責任)，即是締結法律行為過失責任。從契約之成立、生效的角度來說，其對應概念是為締約過失、締約過失責任。因其過失情事，係出現或存在於法律行為成立生效之前，故文獻上亦有法律行為前責任或契約前責任之說法。

對於締結法律行為過失或締結法律行為過失責任之定義說明，本文所以秉持相當軟性之態度以對，主要係考量學理立場尚有重大歧異之故。緣以何為締結法律行為過失，學理或持相當狹隘之立場，認為其適用對象限於法律行為未成立之案例；反之，亦有持相當廣泛之立場，認

⁸ 參照拙著「正視締結法律行為過失法則：兼評民法第二四五條之一的迷航」，收於「首屆兩岸民商法學術研討會成果報告」，輔仁大學法學院，2001，頁139以下；「締結法律行為過失與法律適用」，台灣本土法學雜誌，53期，2003，頁176以下。

為於法律行為有效之案例，亦有適用必要。徘徊在兩個完全不同的角度而目光流轉，柔性處理之態度，自是難以避免；同時，學理立場之歸納及回顧，亦有必要。因此，在一致性嚴密定義並不可得之現實下，本段爰採柔性處理及學理立場並舉之說明方法，以期可以確實觀察締結法律行為過失及其責任內容之現實容貌。

(2) 學理立場之彙整

關於締結法律行為過失之概念上議論，因其學理立場之歧異，主要可歸納為下列三者：

① 法律行為未成立之過失說

宗此說者以為，締結法律行為過失責任之適用對象，應侷限於法律行為並未成立之案例類型，其法律行為業已成立而無效者，係另一層次之法律上課題，尚非締結法律行為概念範圍所及。基此，所謂締結法律行為過失，殆指於法律行為成立前有過失，以致法律行為未克成立者而言；爰以法律行為未成立之過失說稱之。如是，其所謂締結法律行為過失責任也者，即可試予定義其為：法律行為之當事人一方，於法律行為之未成立有過失之情事，因而對他方應負之損害賠償責任。

當事人進行交易而研議締結法律行為，除中斷磋商或其他準備工作者外，通常很少發生未能成立之情事。因之，此一思考模式或此一類型，文獻上或另稱之中斷磋商責任，堪稱最為狹義的見解⁹。

② 法律行為無效之過失說

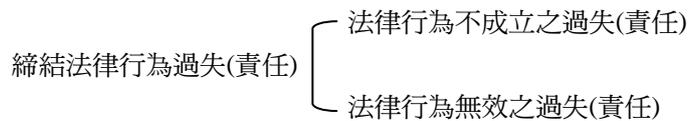
宗此說者以為，締結法律行為過失責任之適用對象，並不侷限於法律行為之未成立的案例類型，而是包括法律行為不成立及無效之各種型態；而且，於此情形，法律行為不成立及無效之各種型態，殆可以廣義之無效涵括之。因之，於法律行為之不成立或無效為有

⁹ 關於中斷磋商的基本文獻，請參照陳洗岳「中斷交涉與締約上過失責任之序論研究」，收於「民法研究」(4)，(民法研討會編)，學林文化，2000，頁13以下。

過失情事者，均為締結法律行為過失之概念所涵蓋¹⁰。如是，其所謂締結法律行為過失責任也者，即可試予定義其為：法律行為當事人之一方，於法律行為之無效(包括不成立)有過失之情事，因而對他方應負之損害賠償責任。

本說所謂之過失，係以無效作為構成對象，爰以法律行為無效之過失稱之，以示其見解之特色所在。以與前說對照，本說不僅適用範圍較為廣泛，而且於下列二者亦與前說有別：

a.締結法律行為過失(或其責任)概念之下，尚有如下表之類型區分：



b.締結法律行為不成立之過失責任，其適用範圍不以中斷磋商責任為限；其法律行為雖已完成，但因不符法律所定成立要件，以致不成立之案件類型，亦有適用。例如，要式行為或要物行為，未經完成方式或交付者，其法律行為不成立，如其當事人有過失者，雖未曾有中斷磋商，於法仍有締結法律行為過失之適用。

c.法律行為締結之過失說

宗此說者以為，只要締結法律行為有過失，致相對人受有額外損害者，即有締結法律行為過失責任之適用，殊無限於法律行為無效之必要，更不以法律行為未成立為限¹¹。蓋以締結法律行為如有過失，縱其法律行為有效，相對人可能仍受有一般交易風險（亦即所謂預期成本）以外的損害。於此情形，非屬一般之履行利益上之損害，無法因法律行為有效而予以彌補，須另有賠償，始符法理之平。例如，行為人為無權處分行為者，於法不生效力，其後權利人雖予

¹⁰ 參照王澤鑑「民法債編總論」(一)，自刊，1993，頁172(王教授係從締約過失之角度加以分析，併予敘明)。

¹¹ 參照劉春堂「締約上過失之研究」，台大博士論文，1983，頁184-185；同氏「契約法總論(民法債編通則(1))」，自刊，2001，頁191。

以承諾而生效（§ 118）；不過，相對人為催告權利人承認，難免另有費用支出，此部分之損害並非通常交易風險之損害，解釋其由行為人負擔而賠償相對人，自較公平。

(3) 本文見解

將締結法律行為過失之適用範圍，限於磋商中斷之領域，可以明確描述法律行為前責任之本意，在填補法律漏洞的角度上，也有特別意義。因為，法條上規定之法律行為無效也者，通常係指最狹義之無效，其意義並不當然涵括不成立在內，民法有關法律行為無效應負賠償責任之規定，解釋其語意上涵蓋法律行為不成立，恐怕也會引起與立法原意不盡相符的疑慮；在此角度上，法律行為未成立的過失說有其一定意義，恐亦事實。不過，將締結法律行為過失責任，限於如此狹隘之領域，在學問立場上恐難避免如下兩難矛盾之立場，即一方面限縮締結法律行為過失於磋商過失，另一方面卻又藉類推適用擴大其適用範圍於其他行為類型，以便體現權益保護之理念。

誠然，相較於磋商中斷說，法律行為無效之過失說，顯然周延而廣泛得多。不過，法律行為成立生效前，因當事人一方之過失，致相對人承受一般交易風險以外之負擔者，對相對人而言，其負擔即是意外之損害，其理應彌補相對人而始符公平正義者，並不因法律行為是否過失而殊異；否則，法律行為生效反而成為當事人掩飾違反權益保護、乃至公平正義之藉口。民法債編修正，國內有力學說以為，民法第二四五條之一第一項句首之「契約未成立時」係指「契約尚未成立之時」而言，非謂其適用對象限於契約未成立或不成立。如是，其契約業已成立生效，但契約尚未成立之時有過失情事者，仍有該條適用而應負賠償責任，誠屬的論¹²。契約之成立生效如此，則其他法律行為自亦無加以排除之理。足見，比較以上三者，應以後說，亦即法律行為締結之過失說為可採，本文亦贊同此一立場。因之，本段以上有關之定義說明，係偏於傳統通說而作之撰述而已，非為筆者立場之說明。如是，其較接近筆者見解之

¹² 參照王澤鑑「債法原理(一)」(增訂版)，自刊，1999，頁 269~280、283~284。

定義，殆可另行描述如下：

締結法律行為過失者，意指法律行為之當事人，於締結法律行為之過程上(通常情形為法律行為尚未成立之時)有過失之情事而言。

三、存在型態

下列類型區分之觀察，於締結法律行為過失之研討，亦是饒具意義：

(1) 法律行為類型觀察法

① 類型狀態

法律行為係採類型構成之體制，於締結法律行為過失之研討上，情形亦然。在此角度上，我們可以說，民法本條、第一一四條、乃至本文所稱之法律行為，係意指各種法律行為類型而言；如是，所謂締結法律行為過失也者，其類型區分殆可描述如下者：

締結法律行為過失 { 締結單獨行為過失
締約過失
締結共同行為過失¹³

依法律行為的類型，觀察締結法律行為過失之概念，我們殆可為之描述如下，即：

a. 於締結單獨行為之過程有過失情事者，是為締結單獨行為過失。例如前述簽發指示證券之事例即是，因為發券行為及承擔行為均屬單獨行為¹⁴；如其簽發之後，證券為之無效，而指示人有過失者，即是屬於締結單獨行為過失之責任型態。

¹³ 此稱單獨行為、契約或共同行為，亦須從類型化的角度來把握其意義，更確切的一點說，即是締結某種單獨行為(如簽付證券)、某種契約(如訂立買賣)或某種共同行為(如成立公司)而言。

¹⁴ 參照民法指示證券(第二編第二章第二十節)立法理由：「謂指示證券者，不問為其原因之法律關係如何，指示人以權利授與領取人，使其得以自己名義向被指示人索取為債權標的之給付，又以權利授與被指示人，使其得向證券受取人為給付，而後與指示人計算之法律行為也(絕對之法律行為、不要因之法律行為)。此制度自古各國，或以明文規定其大要，或以明文承認其習慣。至關於此制度之性質，則諸家之學說不同，有謂應為契約者，有謂應為一方行為者，本法則不認其為契約，且此制度，本於種種義務之原因，為達種種經濟上之目的，甚屬有益。」(按此稱一方行為者，亦即單獨行為也。)

c.內容不利他方之締結過失(法律行為本身有效)

d.磋商或準備中致生加害行為之締結過失¹⁷

以上四者，前三者殆與前述第二種分類方法，差相符合，筆者以前文獻，亦有敘明，爰不重複敘述；反之，後者為此分類方法上之特色，於彌補侵權行為法之不足，頗具意義，爰以締結中加害(行為)責任名之，並另段說明之。

②締結中加害責任

於準備或磋商法律行為之時，因當事人一方未盡安全之必要預防，致生損害於他方者，依法應負之損害賠償責任，是為締結中加害責任，或稱磋商加害責任；有力學說以為，將其納入締結法律行為過失責任類型，於權益保護更稱周妥；不過，民法債編修正於此尚無明定。

締結中加害責任，究應回歸侵權行為？抑或納入締結法律行為過失責任？確是一個頗有討論空間的課題，其答案亦頗多相對。在侵權行為之成立不着迷眷戀於狹義權利之國度，或是交易安全義務(或稱社會安全義務)理論高度成熟之國度，無論從侵權行為或從締結法律行為過失，大致均可獲得差相符合的肯定結論(前者如法國、日本¹⁸；後者如德國¹⁹)。反之，我國侵權行為法之理論，一則因受制於德國民法學而深陷狹義權利保護之迷思²⁰，再則交易安全義務之理論未臻完熟，以致債權(請求權)或其他法律上利益，難依侵權行為而獲得周妥之保護。因之，在我國現階段民法學上，磋商加害責任類型，於締結法律行為過失之法學理論上，仍有重視或闡揚必要。

¹⁷ 參照王澤鑑前揭「民法研究」(1)，頁88~89；劉春堂前揭，頁187~188；拙著「民法債編通則(新訂版)」(上冊)，輔大法學叢書，2003(以下稱拙著「通則」(上))，頁128~129。

¹⁸ 在法國民法及日本民法上，締結過失等概念僅是概念上偏於契約法，其適用的法律規範則是侵權行為法，所以如此即導因於其侵權行為法之開放性(保護對象不以狹義權利為限)，爰以特別指明，以免混淆。

¹⁹ 德國民法因侵權行為之保護對象，原則上限於支配權(德民§823)，締約過失責任爰被通說視為契約法之一環，其債法之修正亦然。

²⁰ 關於社會安全義務的國內體系文獻，請參照林美惠「德國侵權行為法上交易安全義務」，台大博士論文，2000(早期簡易文獻，請參照拙著「從侵權行為歸責原理之變動論危險責任之構成」，台大博士論文，1982，頁98~101)。

參、法源依據

一、法律條項

民法債編修正之後，關於締結法律行為過失之重要條項，在民法上頗見重複，語其要者有三，茲摘錄於下：

(1) 民法本條

「無效法律行為之當事人，於行為當時，知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。」

(2) 民法第二四五條之一

「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。

前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」

(3) 民法第二四七條

「契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負賠償責任。

給付一部不能，而契約就其他部分仍為有效者，或依選擇而定之數宗給付中有一宗給付不能者，準用前項之規定。

前二項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」

本段所以摘錄以上條文，主要考量在於對照其彼此之體系關聯，並藉以印證學理爭議之脈絡偏重。蓋以，從締結法律行為過失而言，本諸

法律邏輯之體系一貫來觀察，如認民法本條為有規範意義，其地位即是一般條款；從而，民法第二四五條之一及第二四七條，即使不是贅文，充其量也僅略具補充意義而已。反之，如果從法律解釋上正面廢止民法本條之規範功能，則在欠缺一般條款之制度形式上，第二四五條之一及第二四七條之規定，即可從締約過失上具體類型條規而躍升為制度要塞，進而作為塑成締結法律行為過失一般法律原則之依據；即使不然，二者亦可各擁山頭，南北雙霸，成為衍生其他締結法律行為過失類型之典範。正因學理歧異，此起彼落，深入深析，對照印證頗有必要，爰予合併摘錄，以期有助思維之啟發。

二、學理立場

關於締結法律行為過失之法源依據何在？學理上分別從民法上之上述規定探尋，其見解尚稱複雜且又對立，語其源頭略可歸納其為條款說及類型論二大陣營²¹，並為之分述於下：

(1) 條款說

條款說也者，更確切的表達，得以一般條款說稱之。其核心理論以為，締結法律行為過失責任，於民法上有概括適用之法律規定。

條款說，因其見解之不同，尚可分為下列三種立場：

① 法律行為無效責任規定說

本說肯定民法本條之規範意義，並認為有關法律行為無效責任之規定，即是締結法律行為過失之法源依據。本書採此論點，至其立論依據另段說明之。

② 締約不成立責任規定說

本說否定民法本條之規範意義，並認為民法第二四五條之一關於締約不成立責任之規定，係締結法律行為過失之法源依據²²。由於第二四五條之一本來僅是締約不成立類型之規定，以其作為締結法律行為過失之依據，在法學方法論上尚須配合完成下列二項法律解釋工程：

²¹ 關於類型立場的初步歸納說明，請參照 拙著前揭「通則」(下)，頁 131 之註 21。

²² 同註 12。

a.無視標的不能締約無效責任(§ 247)規定之規範意義。

b.肯定類推適用的廣度運作，將締約不成立以外之締結法律行為過失責任類型，包括其他事由的締約無效責任、締結單獨行為過失責任或締結共同行為過失責任，均一律類推適用於民法本條項。

③標的不能締約無效責任規定說

本說亦否定民法本條之規範意義，並認為民法第二四七條關於標的不能締約無效過失責任之規定，係締結法律行為過失之法源依據。由於第二四七條僅是契約無效上締約過失責任類型之一，以其作為締結法律行為過失之依據，其方法論上之困境更有甚於前者。蓋以，其他契約無效類型之締約過失責任，須先訴諸類推適用；之後，其他法律行為類型無效之締結過失責任，再類推適用契約無效締約過失；然後，法律行為(包括契約)不成立之締約過失責任，再行類推適用於標的不能無效的締約過失²³。

(2)類型論

否認民法本條之規範意義，並且將民法第二四五條之一、第二四七條等置觀察，均視其為締結法律所為過失之重要類型者，對於其法源之構成，大多採取類型存在之說法，爰以類型論稱之。以上述民法債編修正條文為核心，觀察其間之重要立場，略可歸納如下：

①特別類型責任說

本說以為：以現行民法原定立法構想來說，締結法律行為過失責任乃是特例，本於例外不得擴張(解釋)及禁止類推(適用)之法律解釋適用原則，其存在範圍應以法律明文規定者為限。如是，其所謂締結法律所為過失云者，應以下列二者為限：

$$\text{締結法律行為過失責任} = \text{締約過失責任} \begin{cases} \text{契約不成立責任}(\text{§ 245 之 1}) \\ \text{契約標的不能無效責任}(\text{§ 247}) \end{cases}$$

²³ 民法債編修正以前，關於締約過失，僅於民法第二四七條設有規定。於該時期，因否認民法本條的規範意義，民法第二四七條即成為建構締結法律行為過失上一般規範的依據。民法債編修正前，王澤鑑教授偏於此說(參照 王著「民法研究」(7)，頁 75)。

以當前民法學理來說，特別類型責任說顯已過於狹隘，缺漏亦多且大，難符權利保護之周妥檢驗，堅持其論點或已不再多見。不過，民國六十年代以前之民法學理，對於締結法律行為過失責任，乃至締約過失責任之探討，未見熱烈，謂本說乃其當時學理之主流立場，應非誤解²⁴。

②一般類型責任說

本說以為：民法第二四五條之一、第二四七條之規定，雖是締結法律行為過失責任之重點，亦其適用最廣之主要類型，不過，基於交易安全及權益保護之周妥考量，締結法律行為過失不能僅以上述兩者為限；因之，法律規定未及之其他締結法律行為過失類型，應認為係一種法律漏洞，允以援引類推適用之法律解釋方法，加以填補，以符制度周全之要求²⁵。如是，其所謂之締結法律行為過失責任，殆可圖解如下：

$$\begin{array}{l} \text{締結法律行為過失責任} \\ = \text{締約過失責任} + \text{類推適用} \end{array} \left\{ \begin{array}{l} \text{契約不成立責任} + \text{其他法律行為不成立責任} \\ (\text{\$245 之 1}) \quad \quad \quad (\text{類推適用}) \\ \text{契約標的不能無效責任} (\text{\$247}) \\ + \text{其他契約無效責任} (\text{類推適用}) \\ + \text{其他法律行為無效責任} (\text{類推適用}) \end{array} \right.$$

如以其與特別責任類型說相較，本說於補充重要法律漏洞、構成法律制度完整，乃至確保交易安全而言，均具有意義。但其捨民法本條，而廣泛開闢援用類推適用，方法論上是否確當，不無討論餘地。

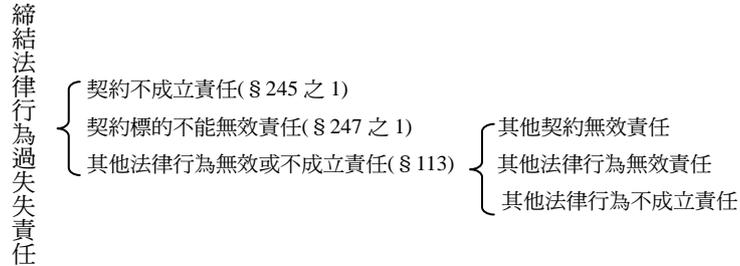
③重要類型責任說

本說以為：民法第二四五條之一、第二四七條之規定，雖是締結法律行為所為過失責任之重要類型，交易現實上之適用亦最廣

²⁴ 參照王著前揭「民法債編總論」(一)，頁 184；史尚寬「債法總論」，自刊，1954(以下稱史著債總)，頁 489；梅著「民法要義」，自刊，1958，頁 184；戴著「總論」(下)，頁 216；鄭玉波「民法債編總論」，三民書局，1962(以下稱鄭著債總)，頁 332。

²⁵ 本說係邏輯歸納之結果，民法債編修正，明確贊同本說者，似不多見。

泛。不過，民法既已有民法第一一三條規定，上述二個條文之適用，應以締約過失責任為限，其他法律行為類型之締約過失責任，仍以適用民法本條為宜²⁶。如是，其所謂之締結法律行為過失責任，殆可圖解如下：



相對於以上其他見解，本說似乎具有兼容並蓄之意味，並應而顯露下列三點優勢。此即 a.肯定民法本條之適度規範功能；b.適度抑止類推適用的無限上綱；c.比較合理說明民法本條與民法第二四五條之一、第二四七條在邏輯上的互涉關係。不過，於以下三點，仍屬美中不足，此即 a.關於無效行為之締約過失，其構成仍須借助類推適用；b.締約過失責任之範圍，仍須受限於信賴利益之損害賠償；c.對於同為締結法律行為過失，何以會因類型不同而適用不同之規範，難有合理之說明。

三、本文見解(要點說明)

由於締結法律行為過失責任，是個較為晚起之民法學上之課題，其完整構成體系如何？目前尚在發展之中，相映於此之民法個別條項，或因時期較早，或因立法政策考量上另有偏好，以致在完整描繪締結法律行為過失責任的功能上，各個條項難免均是偏而不全。因而，以民法相關規定為依循之上述各個學說，雖其角度或程度容有不同，唯其不足完整獨立表達締結法律行為過失責任之制度內容，恐是不容否認之共同缺陷。再者，如果從制度內容理應充實具體之要求來說，以民法第一一三條規定為依據之條款說，其缺陷可能更為顯著，此亦國內學理關於法源所在之論述上，所

²⁶ 參照陳洗岳 前揭文，頁 10~12,15,86；劉春堂 前揭「契約法總論」，頁 186~187、190。

以捨民法本條而就民法第二四五條之一或(及)第二四七條之重要論據。

誠然，純就法律文義所體現之制度內容來說，法律行為無效責任規定所在之民法本條，於完整描述締結法律行為過失責任之制度內容，顯有嚴重不足，恐係事實。不過，鑑於以下三項事由，本文仍以此說(條款說之①說——以下簡稱無效行為責任規定說)為較可採：

- ①民法第一一三條較能周延表徵締結法律行為過失責任之完整面貌。
- ②民法第一一三條恰可因應締結法律行為過失責任救濟體制上機動調整之需要，亦可體現給付不當得利類型之制度原理，使締結法律行為過失衍生之債法上課題，適度展現畢其功於一役之效能。
- ③回歸並符應(狹義)解釋優先於補充(類推)的法律解釋方法上之原則。

由上所述，可知針對以上諸說，本文基本上肯定無效行為責任規定說。易言之，就基本立場而言，本文以為：法律行為前責任，牽動各種法律行為類型，並不以締約過失為限；法律構成上，理應回歸民法總則，視其為法律行為理論整體上之課題。本於此一立場，本文爰提出「締結法律行為過失」作為制度構成之概念工具，用以沖淡締約過失唯我獨尊之境，並期藉此以民法本條為根據地，重新構建締結過失責任之制度體系。

本書所持見解，其國內學理通說及實務見解歧異，在此比較法制上亦具特色，對其論據所在，理應詳予說明。就此課題，除法律解釋學方法論運用之省察外，更深度涉入締結法律行為過失責任內容之檢討，乃至民法本條規範功能存否之爭議。惟為免重複，在其責任內容問題領域具體探討之前，爰暫予保留(擬於回應及建議乙項，再行論述)。

肆、損害賠償(核心效力)

損害賠償為締結法律行為過失責任之核心效力，甚而被稱為係唯一效力，締約過失論者之立場亦然²⁷。為凸顯此一制度上之特色，本段標題爰

²⁷ 關於締約過失之法律效果，集中於損害賠償之探討，毋寧係比較民法學上的共通現象，我國民法學亦然。本此立場而擴展為締結法律行為過失，其現象恐亦難有突破，故有唯一效力之描述。

以損害賠償名之，並以核心效力作為附記。

一、責任之成立

(1) 學理立場之分析

締結法律行為過失責任之成立要件為何？因如前(定義說明項次)所述立場不同，其見解之不盡相同者，殆可歸納如下：

① 法律行為未成立過失說

依法律行為未成立過失說之見解，締結法律行為過失責任之成立要件有三。即 a. 當事人締結之法律行為並未成立；b. 當事人於未成立法律行為之締結過程有過失；c. 相對人無過失且因締結過失受有損害。

② 法律行為無效過失說

依法律所為無效過失說之見解，締結法律行為過失責任之成立要件，殆可相應歸納為下列三者：a. 當事人締結之法律行為無效(包括不成立—本段以下同)；b. 當事人於無效法律行為之締結過程為有過失；c. 相對人為無過失且因締結過失受有損害。

③ 法律行為締結過失說

依法律行為締結過失說之見解，締結法律行為過失責任之成立要件，略可歸納為如下三者。即：a. 當事人進行法律行為之締結，此稱進行也者，包括締結法律行為及其磋商或準備；b. 當事人於法律行為之締結過程為有過失；c. 相對人善意且因締結過失而受有損害。

二、責任成立要件之說明

針對以上三說，本說採後者見解；因之，以下有關責任成立要件之說明，亦以第三說為依樣。不過，為求不同立場之得以兼顧，仍就其間立場之參差，於相關事項互為比較觀察。

(1) 當事人進行法律行為之締結

所謂進行法律行為之締結，依最狹義立場之見解，係指為法律行為

成立前之準備行為、磋商行為、加害行為，或於磋商行為後拒絕締結法律行為之情事而言。前者，如張貼出租廣告後藉故他去，致人徒勞往返是；後者，例如雙方就特定不動產標的之買賣，預先約定應以書面為之，出賣人卻於雙方就價金口頭同意後，拒絕簽訂不動產買賣約書，以致買賣(契約、法律行為)不能成立即是(§ 166)。準備或磋商法律行為締結之加害行為(締結中加害行為)也者，例如，擬進入餐廳參加朋友所舉行之壽宴，於餐廳門口之時，卻因踏到香蕉皮跌倒受傷，該餐廳應負締結法律行為過失責任即是。

依法律行為無效過失說，所謂進行法律行為之締結，除前述情事外，尚包括法律行為雖已告成立，但卻無效之情事。例如，簽發指示證券(§ 710)，但被指示人卻拒絕承擔或給付即是²⁸；本文伊始，案例舉隅①，即屬此種行為類型。淺見以為，於此應從廣義，亦即除自始無效外，尚包括不生效力經拒絕而無效、因撤銷而無效，或其他法定情事之無效。

法律行為締結過失說以為，進行法律行為締結之所有情事，不問其為準備行為、磋商行為、加害行為或其他違反誠信原則之行為均屬之，亦不以法律行為未成立或無效為要件。易言之，只要有上述行為，縱使其後法律行為有效，仍不免於締結法律行為過失責任之適用。例如，於無權處分之例，當事人請求權利人承認因而所受損害，對相對人即得依締約過失之例請求賠償即是。

以上三者，個人採取後說，並認為民法第二四五之一所稱之契約未成立時云云，係指契約未成立之時(亦即締結過程之時)，有其情事者，即有適用，非謂必以契約不成立或無效為限。

(2) 當事人於締結之過程有過失

① 過失之概念上意義

在民事責任原理上，所謂過失，通常係指行為人殆於為善良管

²⁸ 依民法第七一一條所示，發生指示證券，不足令被指示人及領取人之間發生法律關係。因之，發行後為被指示人拒絕承擔或拒絕給付者，宜解釋為其指示證券而無效。

理人之注意，以致違反義務之情事。締結法律行為過失責任上所稱之過失，亦應作同一解釋。不過，依傳統之見解，基於法律行為而發生法律關係，並從而負擔責任者，原則上是以法律行為生效為前提，斯即通稱之給付義務及因而衍生之債務不履行責任；法律行為生效之前，自無違反給付義務之過失可言。因之，所稱違反義務者，係指當事人因準備、磋商或進行相關締結法律行為之行為，依法所生對於相對人或其他利害關係人應盡之忠誠義務、說明義務、告知義務、協力義務、預防損害發生義務或其他照顧義務（以下通稱照顧義務）²⁹，但有別於傳統所稱之給付義務。

然而，法律行為前責任理論，畢竟較為晚起，其於民法典之規定並不顯著，亦不普遍；因之，此之所稱依法，一般以為，係源自誠實信用原則，而非個別明確之法律條文³⁰。如是，有關締結法律行為過失責任上所稱之過失，其意義殆可試予定義如下：

「進行(包括準備、磋商)法律行為締結之當事人，於締結過程中怠於善良管理人之注意，以致對相對人違反依法(包括基於誠實信用原則)所生之照顧義務者，是為締結法律行為過失。」

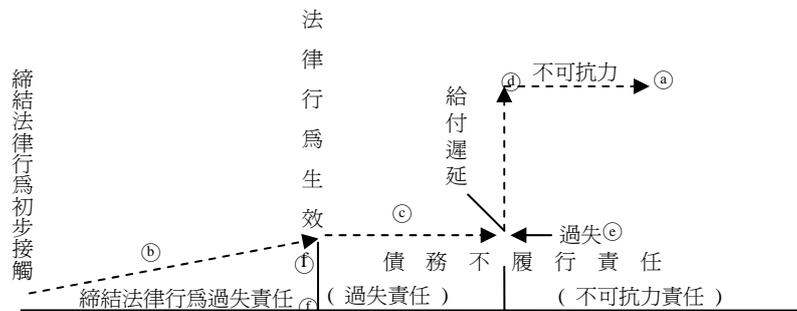
②過失成立之階段游移

在成立的判斷上，締結法律行為之過失，與一般、亦即債務不履行上過失之成立，有個重大而顯著的差異，此即過失成立之階段化。緣以一般所稱過失之成立，係針對給付義務而言，關於其善良管理人注意是否違反，通常並無隨機游移變動之意義。反之，在法律行為締結過程上，從初步接觸到法律行為成立、生效，其間之相對關係，通常係處於逐步成熟之階段。以植生生態來看，恰如種子萌芽吐莖、散葉開花到瓜熟蒂落；階段不同，但却朝向果實累累而逐步完熟。

²⁹ 當事人於債之關係上，應盡之忠誠、說明、告知、協力等義務，一般統稱為附隨義務。此法律關係發生之前，當事人尚無給付義務，於此情形，稱之附隨義務，頗感奇特，爰另以照顧義務稱之。

³⁰ 參照民法第二四五條之一第一項第三款。晚近之體系文獻請參姚志明「誠實信用原則與附隨義務之研究」，元照出版有限公司，2003。

雖然，從兩極觀點來說，這樣的現象，得以照護義務由無而有觀之；然而，憑此兩端論證締結法律行為過失成立與否，難免因忽略其實際之動態發展過程，以致過於簡化而又流於形式。淺見以為，照護義務雖因締結法律行為之初步接觸而誕生，但其強度及廣度，則隨其後雙方接觸之頻繁、磋商之推展，特別是法律行為作業完備之成熟度數而逐步提昇，並於法律行為生效之時，與給付義務之善良管理人注意標準互為接合。因之，在締結法律行為過失責任體制上，過失之概念顯然具有浮動調整之特性。易言之，法律行為締結之準備、磋商等情事較為初起者，當事人照護義務較為微弱細小，其違反善良管理人注意而怠於照護者，不易成立，縱或有之，其責任範圍亦較輕微；反之，法律行為之締結趨於成熟者，其因違反善良管理人注意而怠於照護者，相對容易得多，果或有之，其責任範圍亦要沉重得多。論其態樣殆可描述如下表：



表中之①、②…等，其意涵如下：

- ①虛線表示注意義務之標準（①之範圍由 b 之初始至 d 之末尾），亦即責任成立之界限（ $① = ② + ③ + ④$ ）。
- ②虛線之部分表示締結法律行為過程上(善良管理人)注意義務之標準，於虛線之下，係怠於注意義務而有過失，應負締結法律行為過失責任；注意標準斜仰向上，代表其階段游移，逐步提高。
- ③法律行為生效，債務人負給付義務(§ 199)，怠於善良管理人注意

而有不履行情事者是為過失(§ 220),債務人應負債務不履行責任。

①一般情形,債務人雖須怠於善良管理人注意(抽象過失)始負債務不履行責任,惟債務人給付遲延者,對於不可抗力所生損害亦負賠償責任(§ 231),其責任成立標準提高甚多,業已脫離債務人注意能力之考量,其責任範圍亦增加甚大。

②過失(§ 220)通常係指債務不履行之過失而言,依目前學理及實務見解,於債之關係持續中給付遲延之前,尚無階段游移情事。

③締結法律行為,已接近成立生效之成熟階段者,縱其後法律行為不成立或無效,當事人仍應準於債務不履行責任之類似關係負其責任(責任標準近於債務不履行之過失成立標準,責任範圍近於債務不履行之責任範圍。)³¹

(3)相對人善意而受有損害

①相對人受有損害

締結法律行為過失之責任態樣,通常為損害賠償責任,我國民法相關規定亦然(§ 113、§ 245 之 1、§ 247)。無損害即無賠償,故損害賠償之債之成立,以權利人受有實際損害為成立要件³²,於締結法律行為過失責任亦然;而且,相對人之損害之發生與過失之間須有相當因果關係³³。故其更精確之用語應係,相對人因當事人之締結過失而受有損害。

於此所稱損害,原則上指交易利益所生之損害,且以財產上損害為主;而且,依通說論點,應以信賴利益所生之損害為限。易言

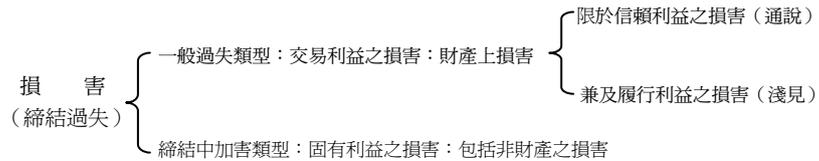
³¹ 日本之有力學說,參照鎌田薰「不動產買賣契約の成否」,判例タイムズ, No484, 1993, 頁 21 以下; 円谷峻「契約締結上の過失」, 判例タイムズ, No499, 1993, 頁 107 以下; 河上正二「契約の成立をめぐる」, 判例タイムズ, No655・657, 頁 15 以下, 頁 14 以下; 本田純一「契約規範の成立と範囲」, 一粒社, 1999。

³² 參照最高法院十九年上字第三六三號判例:「關於侵權行為賠償損害之請求權, 以受有實際損害為成立要件, 若絕無損害亦即無賠償之可言。」

³³ 參照最高法院二十三年上字第一〇七號判例:「甲之行為與乙之死亡間, 縱有如無甲之行為, 乙即不致死亡之關係, 而此種行為, 按諸一般情形, 不適於發生該項結果者, 即無相當因果關係, 自不得謂乙係被甲侵害致死。」

之，依締結法律行為過失而請求損害賠償者，依通說見解，惟信賴利益之損害始得稱之損害；至如當事人受有履行利益等之損害者，非此所稱損害，不得援締結法律行為過失（包含締約過失）之例請求賠償³⁴。

不過，如締結過失概念，納入如案例舉隅②之締結中加害責任類型，則固有利益損害及非財產上損害是否不能納入於此所稱之損害，即不無研酌空間。如是，有關其意義之擇定，庶可表解如下：



②相對人須出於善意

於進行締結法律行為之過程中，當事人如有締結過失之情事者，通常情形，其法律行為尚未成立生效；相對人苟有知悉其情事者，自可中止締結活動之進行，以避免損害之發生或擴大；反之，如相對人知其情事而猶然持續參與法律行為之締結者，其狀態無異是自甘冒險，對其因而所受損害，法律上即無請求賠償之救濟途徑。因此，相對人於他方締結法律行為過失所受損害，須出於善意(不知他方有過失情事存在)者，其損害賠償請求權始告發生。易言之，相對人之善意，亦為締結法律行為過失責任成立之要件；反之，相對人如非善意，當事人於締結法律行為之過程，縱有過失且致生損害於相對人，於法仍不負賠償責任。不過，如相對人係於損害發生後知悉當事人有締結法律行為過失之情事，而仍繼續進行締結作業者，宜解為自惡意時起新生或繼續擴大之損害，其當事人始免負賠償責任。

誠然，締結過失責任之成立，是否以相對人出於善意為要件，

³⁴ 損害於民法（特別是債編）上基本而重要之法律概念之一，類型區分眾多，本文基於篇幅考量，並未切入，爰請讀者參照債編通則相關論著，並此敘明（以拙著為例，請參照前揭「通則」（上）頁161~165）。

以我國民法而言，其規定縱非不盡明確，亦是不夠直接。緣以有關締結法律行為過失責任規定重心之民法第一一三條、第二四五條之一或第二四七條，均未直接明定以相對人善意為要件之辭句，尤其民法第一一三條更是缺漏不明。不過，民法第二四五條之一第一項及第二四七條第一項所稱「信(賴)契約(法律行為)成立(或有效)致受損害」之辭句，其用語雖有不同，但謂其係意指「相對人善意」而言，應非誤解。在此角度上，面對民法第一一三條之缺乏明文，當可本於法理而適用之。

③相對人是否必須未與有過失(?)

相對人對於當事人締結過失之不知為有過失，或對於發生之損害避免或防止為有過失者，是否仍有損害賠償請求權？亦即當事人是否仍負賠償責任？各國制度不一，學理或實務見解亦不一致，故於標題上特以問號(?)標明之。

傳統主流論點採肯定說，認為締結過失責任之成立，係以相對人對於他方締結法律行為過失之不知，並無過失為要件³⁵。此之過失，非屬義務違反範疇內之過失，但與權利人或被害人之過失相埒，爰列入與有過失概念之內說明³⁶。

有關於此，我國民法亦採肯定見解，民法第二四五條之一第一項及第二四七條第一項明定「對於非因過失而信其契約成立致受損害之他方當事人負賠償責任」等語，即是明證。不過，相對人對於他方締結過失情事之不知僅有過失者，難謂其已違反照護義務而達相當顯著之程度，亦難認其已是違反誠實信用原則，對其剝奪賠償之請求應是有失公平。因之，淺見以為，於此情形，應依民法過失相抵之例而減免賠償責任範圍(§ 217)，而非損害賠償責任不成立。如是，我國上述民法條項所示之立法政策，恐亦有重新檢討之必要。

³⁵ 學理上或有以為，宜依法律規定而定。亦即如其法律明定以未與有過失為要件者，依其規定；反之則否(劉著，前揭契約法總論(一)，頁 194)。

³⁶ 以我國民法規定而言，過失及與有過失之區別，略有如下：

過失(廣義) { (債務人之)過失：§220、§184
 與有過失：§217、§634

三、責任之範圍

(1) 基本說明

以上所舉民法本條等，對於損害賠償責任之範圍究是如何的問題，形式上固均付如闕如。不過，本於體系解釋，應認為該問題於民法整體而言，已有明確答案而無庸重復規定。蓋以有關損害賠償責任，民法於債編通則，已定有一般適用之責任範圍(此即民法第二一三條～第二一八條之一之規定)，民法本條等自得本於體系解釋而適用該等規定，不生法律並無明文的問題。因此，負損害賠償義務之締結法律行為過失當事人，對相對人應負回復原狀義務，並應完全賠償相對人所受損害及所失利益(§ 213、§ 216)。換言之，在解釋上，與其他規定之損害賠償義務人，並無不同。

締結法律行為過失損害賠償之範圍，由於源自損害概念之爭議，在課題上亦難免衍生下述二項爭論。一為賠償範圍是否限於信賴利益損害賠償，其二為非財產損害是否亦為賠償之範圍。有鑑其內容尚稱複雜，爰依序分為下列二項重點說明：

責任範圍(締結過失)	{	通說之論點
		淺見之說明

(2) 通說之論點

① 信賴利益損害賠償之獨尊

無論從民法債編修正成果的民法第二四五條之一及第二四七條規定，或從我國現階段民法學之成果觀之，我們似乎可以很直接了當認為，從責任範圍來講，締結法律行為過失的當事人，係負亦僅負財產上信賴利益損害之賠償，其無關乎非財產上損害之賠償，亦無關乎履行利益損害之賠償，更不涉及契約利益之本身。

以上論點，為國內通說所強調，亦為深受德國民法學早期主流見解影響之結果³⁷。蓋法律行為無效者，無論其為不成立或狹義之無效，或因拒絕承認而無效，或因撤銷而無效，雖其事由不盡一致，但於當事人並不(因該法律行為而)發生權利義務關係，則其結果並無不同。也就是說，既然，當事人之間，並無基於法律行為所生之法律關係，解釋上即無履行利益存在之可言；從而，在概念上或制度內容上，自亦不生履行利益損害及履行利益損害賠償之問題。不過，相對人因當事人締結過失而受有信賴利益損害者，如法律行為無效時，其損害因履行利益之不存在而不能轉嫁為交易成本，自應於法填補其所受損害，始符權利保護之道，並為維繫交易安全所必要。二者相因，締結法律行為過失，應負亦僅負信賴利益損害賠償責任，其思考模式，於焉確立³⁸。

綜合以上所述，關於締結法律行為過失之責任範圍，通說之重點殆可歸納如下表：

締結法律行為過失責任	{	損害 = 信賴利益損害
		賠償 = 信賴利益損害賠償

②非財產損害賠償之排除

如前所述，有關締結法律行為過失責任，國內通說殆多強調締約過失而迴避締結法律行為過失之概念，並以民法(債編)第二四五條之一及第二四七條作為構成依據。在此思考模式下，締結法律行為過失責任也者(實際上係以締約過失責任呈現)，並無締結中加害責任

³⁷ 2002年修正前之德國民法，其為締結法律行為過失三大重要類型之該國民法第一二二條(錯誤撤銷類型)、第三〇七條(標的不能無效類型)及第一七九條(無權代理人責任類型)，均明定其賠償範圍以信賴利益為限。深受此等規定影響，早期德國通說有關於此，爰採信賴利益賠償之論點。

³⁸ 參照王澤鑑前揭「締約上過失」，頁89；前揭「民法債編總論」(一)，頁173；陳洗岳前揭文，頁39；葉賽鶯「給付不能之理論與實際」，自刊，1986，頁192、194~195；劉春堂前揭「締約上過失之研究」，頁199；「契約法總論」(一)，頁195(作者前亦肯定此一論點(拙著，前揭「通則」(上)，頁347)，藉此表明見解變更)。

類型之存在。因此，固有利益損害(賠償)及非財產損害(賠償)之肯定，於民法債編修正之後，反而顯得捉襟見肘，逐漸為通說所淡忘³⁹。

在德國民法學上，締結中加害類型涵攝於締結法律行為過失(實際為締約過失)責任概念範疇之內，毋寧為其多數見解。民法債編修正之前，國內學者亦多有倡議。然而，民法債編修正之後，其可能據點反而銷聲匿跡。如是，認為現階段我國締結法律行為過失責任法學，顯然要較德國民法學保守得多，其看法為非誤解，恐與實情相去不遠。

(3)淺見之說明

①基本立場

關於締結法律行為過失責任範圍，個人基本立場亦大體支持通說，但也略有調整。論其重點，殆可歸納說明如下：

a.信賴利益損害賠償獨尊之緩和

於締結法律行為過失責任，信賴利益損害賠償有其適用，固是可以肯定，但不應具有排他的獨尊地位。蓋以，於無效或締結行為已趨成熟之不成立，履行利益損害賠償甚至是強制履行契約，應承認有其適用空間。

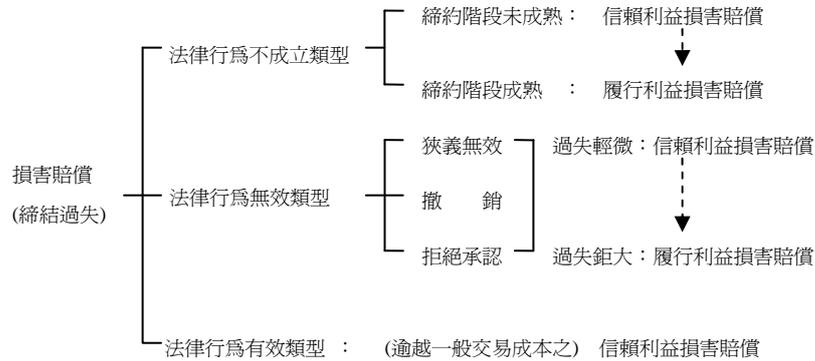
b.非財產損害賠償適用之納入

締結中加害行為，不宜從締結法律行為過失責任之概念範疇排除；而且，應認為固有利益損害賠償，乃至非財產損害賠償，為其適用重點。

c.類型化構成

締結法律行為過失責任之責任範疇如何？應依不成立、無效、有效之角度，分別切割處理，並賦予不用法律效果，始能符合交易需要及權利保護意旨，其構成型態，略有如下：

³⁹ 民法第二四五條之一及第二四七條之修正理由，對此毫無敘論，亦足證立法政策之有意忽略。



d. 機動裁量

於締結法律行為過失，當事人究負信賴利益或履行利益損害賠償責任？其答案應是，除法律行為有效類型可以固守信賴利益損害賠償者外，一般、亦即固有意義的締結過失類型，乃是由信賴利益過渡到履行利益損害賠償之機動體制，至其如何決定，則由(法律授權)法院於個別具體案例，視法律行為締結熟度及當事人過失重度裁量之。此外，於締結過程當中，如有加害行為發生者，視其具體情況而成立或另行成立締結中加害責任類型⁴⁰，由法院裁量固有利益損害賠償(包括非財產損害賠償)之範圍。

② 補充說明

a. 法律行為有效類型

法律行為有效而其當事人有締結過失者，相對人基於有效法律行為業已享有履行利益等法律上應有之利益；因之，於此類型，除相對人因而受有一般交易成本以外之信賴利益損害者，應無請求賠償之可言，故謂於此類型僅有信賴利益損害賠償之適用。而且一般交易成本，雖形式上亦為相對人之損失，但此為任何人從事交易所必要之負擔，法律行為既係有效，法律上並非損失，故其賠償範圍

⁴⁰ 加害責任類型，可以單獨成立，亦可與其他締結過失責任類型併行成立，故以成立或另行成立之用語，以期兼括之。

僅以於逾越一般交易成本之(信賴利益)損害為限。本於原因債權而簽發證券，卻因證券無效而成立締結過失責任者，亦應作同一解釋。

於締結法律行為過失，如肯定締結中加害行為亦為其類型之一，則於法律行為有效類型，締結加害類型仍有其存在意義。例如案例舉隅 2 之丙，如跌倒(未骨折)後進店購物後離去，數日後始出現腦震盪而延醫治療，雖其法律行為有效，但因成立締結加害行為，固有利益損害賠償、非財產損害賠償之適用，仍非盡可排除。

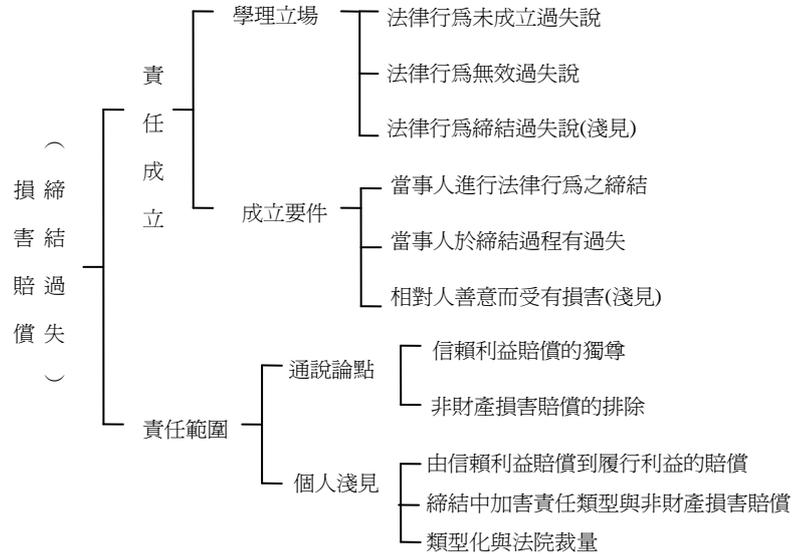
b.機動體制緣由

締結法律行為，是個以生效為目標的動態發展，並因之逐步成熟的過程；在實際交易上，隨著當事人接觸、磋商的增加，其邁向有效的目標亦因之漸趨穩固。在此持續不斷的完熟進程當中，當事人彼此信賴得因法律行為有效而享有履行利益之熟度，亦相應逐步固著而強化。完全忽略這種法律行為締結過程的實態，僅因其法律行為尚未正式成立或無效，即完全否定履行利益或履行利益損害，難免過於拘泥制度形式而身陷概念法學之泥沼，於確保交易安全實顯有未足⁴¹。故淺見以為，信賴利益損害賠償，不宜奉為唯一至尊之救濟途徑。

締結法律行為，既依階段發展逐漸轉向履行利益之確信，法律制度理應循此實際情況而為設計；亦唯如是，其體現權利保護意旨者，才能趨於貼切吻合。再者，當事人之過失情節，從顯然違背誠信原則、故意、重大過失、具體(輕)過失、抽象(輕)過失，於具體個案，亦是呈現階段高低之不同存在狀態，因應此種不同之過失情節，於損害賠償之範圍做游移調整，似亦有其必要。如是，在締結法律行為過失，我們似可認為，如締結程度已趨完熟，當事人過失情事又告重大者，其責任範圍為履行利益損害賠償；反之則為信賴利益損害賠償。至於究應適用何者？解釋上宜認為，由法院於個案之具體情況酌定之。

⁴¹ 以要約為基礎，定點機械考量契約法的思考模式，應代之以過程動態發展的觀察方式，在日本已逐漸成為有力學說，代表文獻請參照內田貴「契約の時代」，岩波書店，2000。

綜上所述，足見締結法律行為過失上之損害賠償責任之課題，涉及甚稱複雜，爰基於以上所述，歸納其核心要點如下表，以便參考：



伍、回復原狀(給付不當得利)

於締結法律行為過失之事例，多數情形其法律行為雖會導致無效；不過，當事人於締結過程中，卻常本於該等表見之法律行為而先為給付⁴²。有此情事，受領給付即為無法律上原因而受利益，給付者且因而受有損害，授受之間為之成立(給付)不當得利之法律關係(§ 179)。從給付者而言，得請求受領給付者返還利益；反之，從受領給付者而言，負有返還利益之責任。此一課題雖規定於民法債編通則不當得利之款次(§ 179~ §

⁴² 此種給付，僅在描述財產給與行為之現實，故其意義與債務人履行行為之給付，意義尚有如下之不同：

給付(廣義) { 債務人行為(債務履行之行為)：§ 199,§225-227,§230~233。
 現實給與行為(非債務履行之行為)：§ 180。

183)，因其於法頗為淺顯，因此，學理及實務於論及(法律行為)無效的法律效果之時，亦多強調適用不當得利之規定⁴³。

淺見以為，基於不當得利類型化的論點，法律行為無效衍生之不當得利，其問題領域應歸屬於給付不當得利之類型，事實上亦是給付不當得利來源的大本營；淺見且以為，給付不當得利之利益返還，其責任範圍為回復原狀。此一見解，恰可與民法本條所稱之回復原狀，恰相契合，並作為審慎探查民法該條規範意義之依據。基於此等考量，且為期凸顯規範意義所在，本段標題爰以回復原狀稱之，並以給付不當得利為副題。

一、再從民法本條現場出發

(1) 通說見解

對於民法本條有關回復原狀之規定，國內學理大都抱持疑惑的態度，認其出現純屬唐突，難以肯定其間有何規範意義，舉其理由，主要有以下三者：

①回復原狀為損害賠償主要方法(§ 213)，在我國且為損害賠償方法之原則，語意上，自為損害賠償之概念所涵攝。民法本條既已明定損害賠償責任，解釋上當然包含回復原狀在內，足證民法本條所稱回復原狀之詞，不僅是無謂重複，法律邏輯上亦徒生無限困惑。

②基於法律行為無效而為給付者，適用不當得利利益返還之規定，法律上有一般條款(§ 179)，具體制度亦頗有個別明文(如：§ 266II、§ 419II)，在相關法律體制業已周詳之情形下，民法第一一三條所出現的回復原狀之用語，究竟所為何來？實在難得其解。

③法律行為無效，其因給付而得請求利益返還者，不以締結法律行為過失為要件；也就是說，縱認於此情形適用回復原狀，其不當得利之請求權基礎，乃係基於給付本身，在法律構成上顯然仍與

⁴³ 實務代表見解，參照最高法院廿三年上字第一五二八號判例：「因履行契約而為給付後，該契約經撤銷者，給付之目的既歸消滅，給付受領人受此利益之法律上原因即已失其存在，依民法第一百七十九條之規定，自應返還其利益。」(同旨最高法院六十二年台上字第一八九三號判例)。

締結法律行為過失無關。民法本條規定，卻將其與損害賠償成立同視，均以當事人於行為時(締結過程中)，明知或可得而知為其要件，顯然亦有重大誤解。果真以其做為規範依據，不但法律邏輯體例支離破碎，不當得利法之構成亦將失其依據⁴⁴。

(2) 淺見所在

誠然，民法本條將回復原狀請求權之發生，限於當事人對於無效為明知或可得而知之情況，制度構成上顯有重大缺憾，個人亦深有同感。不過，民法本條關於回復原狀之規定，是否真如彼等所述之一無是處，則淺見仍有保留。基此考量，爰就回復原狀在民法上之整體表現，進行整體觀察，以期有助妥允答案之論析。

二、探訪所謂回復原狀

(1) 法律的搜尋

民法各條之有回復原狀用語者，主要可以彙集如下：

① 民法本條

「無效法律行為之當事人，於行為當時，知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。」

② 民法第二一三條

「I 負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。

II 因回復原狀而應給付金錢者，自損害發生時起，加給利息。

III 第一項情形，債權人得請求支付回復原狀所必要之費用，以代回復原狀。」

③ 民法第二一四條

「應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後，逾期不為回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。」

⁴⁴ 代表性文獻，參照王澤鑑「民法第一一三條規範功能之再檢討」，收於氏著「民法研究」(四)，頁 55 以下；詹森林「民法第一一三條與其他規定的競合關係」，台灣本土法學雜誌創刊號，1999，頁 46 以下；陳自強「契約之成立與無效」，學林文化，2002，頁 403~404。

④民法第二一五條

「不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。」

⑤民法第二四四條第四項

「債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。」

⑥民法第二五九條

「契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，依左列之規定(以下從略)。」

⑦民法第四三一條

「I 承租人就租賃物支出有益費用，因而增加該物之價值者，如出租人知其情事而不為反對之表示，於租賃關係終止時，應償還其費用。但以其現存之增價額為限。

II 承租人就租賃物所增設之工作物，得取回之。但應回復租賃物之原狀。」

⑧民法第七八二條

「水源地或井之所有人，對於他人因工事杜絕、減少或污穢其水者，得請求損害賠償。如其水為飲用或利用土地所必要者，並得請求回復原狀。但不能回復原狀者，不在此限。」

⑨民法第八三九條第一項

「地上權消滅時，地上權人得取回其工作物及竹木。但應回復土地原狀。」

⑩民法第八七二條第一項

「抵押物價值減少時，抵押權人得請求抵押人回復抵押物之原狀，或提出與減少價額相當之擔保。」

(2) 意義的歸類

綜觀上述條項而為斟酌其間意義，顯然可以發現「回復原狀」乙詞，在民法上係多義的用語；此之多義性存在狀態，主要可以分類為下列三群：

① 損害賠償之回復原狀

於此一群落，所謂回復原狀者，意指回復損害發生前之原有狀態(213I)；學理通說及實務立場，幾乎一致採取限縮解釋，強調所謂技術上的狀態修復⁴⁵。在此認知下，回復原狀也者，其意義無異於以類似修繕、填補或治療照護等技術上方法加以修復而言。民法第二一三條、第二一四條、第二一五條及第七八二條之規定，殆可歸類於此一群落。

② 利益返還之回復原狀

於此一群落，所謂回復原狀者，意指回復利益變動前之利益原有狀態而言。利益變動時，如其受有利益而未具備保有該利益之法律上權利(源)時，亦即因之成立不當得利者，受益人負有返還之義務 (§ 179)；其相對之概念，即為受害人之利益返還請求權。

不當得利，基於受害人本身之給付而生者，一般稱之給付不當得利。如前所述，關於給付不當得利之返還義務範圍，國內學理及實務見解，雖多直截了當認為適用不當得利之規定，而且忽略給付不當得利類型之存在。其實，這樣的見解恐有不盡公平。例：如果甲、乙就 A 屋訂立買賣(契約、法律行為)，甲先行支付定金一百萬元，嗣後發現該買賣無效，那麼甲支付定金之行為，於甲乙之間即是成立給付不當得利。於此類案例，其答案如係適用一般不當得利規定之民法第一八二條第一項而無庸計付利息，恐有失公平；反之，如果類推適用第二百五十九條(契約解除回復原狀)第二款之規定(附加自受領時起之利息返還)，其結論將是更為妥適公平。

⁴⁵ 實務代表性見解，參照 最高法院六十年台上字第三〇五一號判例：「損害賠償之方法，以回復原狀為原則，金錢賠償為例外，故損害發生之後，如有回復原狀之可能，受害人請求加害人賠償，應先請求為原狀之回復，倘非法律另有規定或契約另有訂定，不得逕行請求金錢賠償。」

契約解除者，契約溯及自始無效⁴⁶。其基於契約而為給付者，法律評價上失其保有利益之依據，於授受之間成立不當得利，且為給付不當得利重要緣由之一。因此，學理上爰有回復原狀（§ 259）為不當得利特殊型態之說法⁴⁷。如是，從邏輯關連來說，我們應該可以獲得以下兩項結論：

a. 民法各條所稱之回復原狀，或為損害賠償之回復原狀，或為利益返還之回復原狀，吾人理應斟酌制度意旨分別判定之。

b. 利益返還之回復原狀，固以民法第二五九條為主要例證。但本於原則省察及體系解釋，尚得認為包括民法第二四四條；而且，民法第一一三條所稱回復原狀，亦應歸類於此（關於原則省察與體系解釋，另段敘明）。民律草案初稿之規定，即是明證⁴⁸。

③包括物權返還之回復原狀

基於表見法律行為而為給付者，事所常有。於此情形，當事人所得請求返還者，除上述之利益返還請求權之外，有時尚有所有物返還請求權等物上請求權。例如，林一出售 A 地於王五，林一於受領半數價金後，交付 A 地並移轉所有權登記於王五，王五隨即出租 A 地於陳三；一年後，林一發現該買賣（契約、法律行為）無效，但王五已收得租金二十萬元，林一爰對王五提出下列三項請求。

⁴⁶ 參照最高法院廿三年上字第三九六八號判例：「（一）解除契約，除當事人間有保留解除權之特別約定外，非有法律所認之解除權不得為之。（二）契約經解除者，溯及訂約時失其效力，與自始未訂契約同。此與契約之終止，僅使契約嗣後失其效力者迥異。」（同旨最高法院四十年台上字第一〇二〇號判例）。

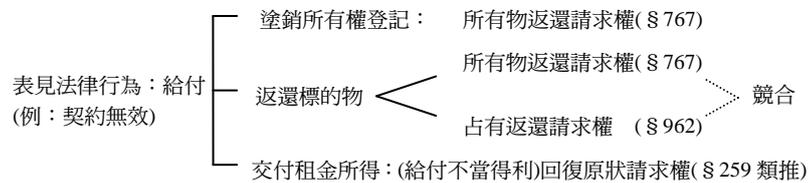
⁴⁷ 參照洪著「通則」，頁 298~299；孫森焱「民法債編總論」，自刊，1979，頁 540；陳瑾昆「民法通義債編總論」，朝陽大學，1930，頁 299；鄭著「債總」，頁 362；戴著「總論」（下），頁 216。

⁴⁸ 民法本條之回復原狀，非為損害賠償方法的回復原狀，而是權益變動的回復原狀，由民律第二草案之如下規定可以獲得充分印證。茲引敘其條文於下，以供參考：

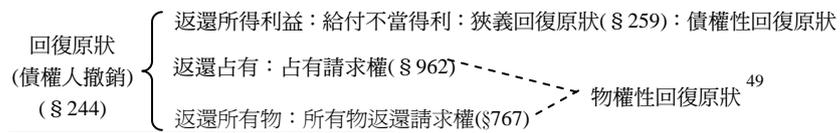
民律第二草案初稿第一七七條：「無效法律行為之當事人，於行為當時，知其無效或可得而知者，應負回復其未為行為前法律上狀態之義務。」（按民法本條，應係沿襲草案此一規定而來）。

- Ⓐ請求王五塗銷 A 地之所有權登記，
- Ⓑ請求王五返還 A 地；
- Ⓒ請求王五交付租金所得二十萬元。

以上三者之請求權基礎(法律上依據)，依目前通行之見解，僅後者屬於前段之給付不當得利回復原狀請求權；至於前二者則為物權性請求權，概念上尚非利益返還上回復原狀請求權之範疇。如是之區分，對於法律初學者而言，或是深奧難解；不過，就民法之認知而言，如此之明確區隔，毋寧係民法(財產法)上之基本常識，值得大家用心揣摩及體會。基此，爰不顧重復之疑惑，就其區隔為表解如下，以期有助思考：



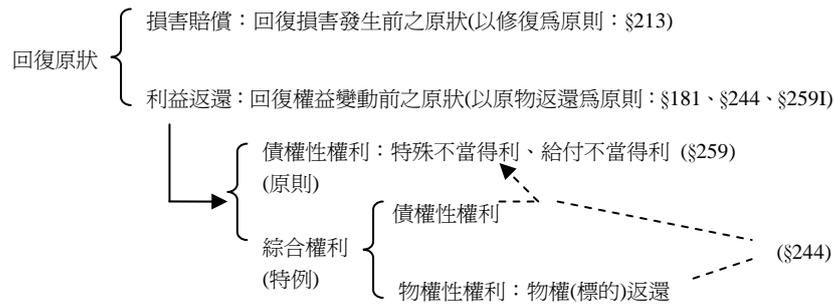
不過，細究民法有關回復原狀的用語，我們仍可發現，回復原狀用語的多義性或歧義性，尚非僅止於此。蓋以立法上未盡完全恪守上述區隔者，亦是偶爾有之，民法第二四四條所稱之回復原狀，即是著例。爰以民法該條所稱之撤銷，其對象兼及債權行為及物權行為，其債權人於撤銷之後，基於該條之回復原狀而得請求者，並非僅止於給付不當得利之回復請求權，而是可以同時兼及上述三者。語其構成，殆可歸納如下表：



⁴⁹ 有關於此，立法理由雖未確切指明，但從以下立法意旨(修正理由)之說明，仍是認本文見解仍屬於法有據：「債權人行使撤銷權，使債務人之行為溯及消滅其效力後，可能發生回復原狀返還給付物等問題。債權人可否於聲請撤銷時並為此聲請，抑須另依第二百四十二條代位權之規定代位行使，多數學者及實務上均採肯定說，認債權人行使撤銷權，除聲請法院撤銷詐害行為外，如有必要，並得聲請命受益人返還財產權及其他財產狀態

(3) 小結

由上搜尋及類型解析，顯然可以確定，回復原狀之用語，在民法上本係多義性之詞彙；將其等置於損害賠償之回復原狀，恐有過於簡化，更難免有以偏概全之疑慮。為彰顯其多義分歧之實態，爰再歸納其完整狀態如下表，以供參考：



正因回復原狀用語之多義性現實；因此，本文爰先正面迴避定義說明之方式，以免概念混淆之糾結。在此角度上，當可認為，如就回復原狀而為意義界定作業，其所得定義雖仍可為參考，但其本身卻是深具相對性及流動性。在此體認之下，本文仍試予定義如下：

「回復原狀者，意指回復損害或權益變動發生前之原有利益狀態；後者(權益變動之回復原狀)，通常情形固指債權性之利益返還，但於特例情形，則可能包括占有或物權(標的)之返還。」

之復舊。又對轉得人可否聲請回復原狀？現行條文亦無規定。惟學者通說以為轉得人於轉得時知悉債務人與受益人間之行為有撤銷之原因者，債權人撤銷之效果，始及於該轉得人。如轉得人於轉得時不知有撤銷之原因，則應依物權法上善意受讓之規定，取得權利，不得令其回復原狀。」

三、體系解釋與原則省察

(1) 法律行為無效與回復原狀

① 法律行為無效與不當得利

法律行為不成立、(狹義) 無效、不生效力而無效，乃至撤銷而無效者，得統括而以(廣義之)法律行為無效視之，並因當事人間表面上有法律行為締結之事實，而合稱其為表見法律行為⁵⁰。法律行為無效者，邏輯上雖不直接發生不當得利，但當事人如基於表見法律行為而為給付者，則因給付目的欠缺(無法律上原因)，於法成立(給付)不當得利。按當事人因表見法律行為而為給付者，交易上頗為常見：在此層面上，認為法律行為無效與(給付)不當得利之適用，關係密切，應非誤解。不過，因其畢竟並非直接導源自無效之法律行為本身，而是必須另有給付行為之伴隨；從此角度觀察，足認其為法律行為之外在附加或周邊課題，非若締結過失之損害賠償，本即直接源自表見法律行為本身。

建立給付不當得利之概念，並視其為不當得利獨立類型之一，使不當得利之制度形式，成為如下之雙軌構成，乃二十世紀民法學所致力的重要課題之一，德、日乃至我國民法學界之努力，均有相當成果⁵¹。

不當得利 { 非給付不當得利類型
給付(不當)得利類型

給付不當得利類型獨立存在之核心意義，並非僅表徵其成立要件上有些許差異，其更為重要、亦更具指標意義者，應是法律效果，特別是返還範圍之不同。淺見以為：此之不同，單從不當得利乙款(§ 179~§ 182)規定着手探察，並無明確答案可得，恐是事實；不過，我們如果從體系解釋的角度切入，深入民法各編有關個別不當得利

⁵⁰ 所以稱之表見行為，因其外觀有之，實則並不存在之故。此之情形，有若表見代理(§ 189)、表見讓與(§ 298)等，爰斟酌其情狀相若，試予創用。較為具體的敘述，請參照拙著前揭「通則」(上)，頁 121、132。

⁵¹ 國內基本文獻，參照王澤鑑「不當得利：民法債編總論(II)」，自刊，1990。

之條項，仔細審慎體認不當得利之完整體系構成，顯然可以發現，民法上的不當得利，除不當得利乙款(§ 179~ § 183)之外，卻有另一具有獨特意義之給付不當得利類型存在。至其存在體系之型態，略有如下：

法律行為不成立	}	法律行為無效(§113)	}	表 見 法 律 行 為	+ 給付=給付不當得利 (體系解釋)
法律行為(狹義)無效					
法律行為經拒絕而無效					
法律行為經撤銷而無效(§114、§224、§266、§419)			}	表 見 法 律 行 為	+ 給付=給付不當得利 (體系解釋)
契約(法律行為)經解除而無效(§259)					

②給付得利與回復原狀

本於等價交換原理，權益變動而無法律上原因者，理應回復(利益變動前之)原狀。在此角度上，表見法律行為各別規定所在之回復原狀(§ 244、§ 259、§ 113、§ 114)，應較不當得利乙款所定之現存利益返還(§ 181I)，更能符合平均正義理念之要求，亦為貫徹權利保護意旨所必要。斯亦給付不當得利獨立類型，乃至不當得利類型化建置之積極意義所在。論其精要對比，略如下表：

不當得利	}	給付得利(例：表見法律行為+給付)：回復原狀(§244、§259、§113) (體系解釋) (個別規定、原則省察)
		非給付得利(例：不當或錯誤使用他人物品)：現存利益返還(§181I) (概括規定、文義解釋) ⁵²

根據以上相關規定之彙整及體系說明，我們顯然可以肯定，權益變動之法律調整途徑，本有回復原狀之法律原則，甚至可說回復原狀原則，始是制度之本來原理。至於現存利益之返還，係為保護善意受益人而作之制度調整⁵³，尚非盡符(平均)正義理念之設計，解釋上宜限縮其適用範圍於非給付得利之類型。

⁵² 較深度的論述，請參照拙著前揭「通則」(上)，頁 119~122，頁 132~134。

⁵³ 參照 民法第一八二條立法理由(前段)：「謹按受領人在受領時，不知無法律上之原因，而於受領以後，其利益又因不可抗力而滅失，此際或因善意而消滅者，不問其有無過失，均應免其返還利益或償還價格之責任，以保護善意之受領者。」

陸、檢討與建議

一、民法本條瑕疵之論辯

純就抽象法學理論而言，本書以上論點，或有言之成理之處；不過，以其作為民法本條及第一一四條之解釋論上依據，是否得當，難免頗受質疑。從學術研究而言，面對個人意見可能遭受的質疑，理應以嚴謹誠懇之態度，提出客觀嚴肅之回應。基此，爰提出相關檢討及建議如下，以期有助締結法律行為過失責任體制，得有更為完整之建構。

依通說見解，以民法本條作為締結法律行為過失之解釋論上依據，在法律邏輯上，顯然具有下列四點難以克服之重大瑕疵；而此等瑕疵，正是解釋上無從突破之禁忌：

①締結法律行為過失，在當時之比較法上，尚無完熟立法之例，以民法本條為其論據，顯然以法律解釋超越時空現實，難免牽強附會之虞。

②民法本條之損害賠償，意義不盡明確，其成立要件以過失(可得而知)即為以足，顯然失之寬緩，肯定其規範意義，令人難免動輒得咎，亦易阻礙交易之健全發展。

③給付得利之利益返還，基於給付而直接發生，不以締結過失為成立要件，民法本條規定將其列為要件，顯是過於嚴格，亦有重大誤解，勉強援用，確屬不妥⁵⁴；而且，特殊型態的不當得利之利益返還，民法債編分別定有足資適用之規定，除此之外，法律解釋上自以一體適用不當得利規定為妥⁵⁵。

④民法債編修正，對於締約過失既有增訂，肯定民法本條為締結法律所為過失之規範功能，無異於否定民法第二四五條之一的增

⁵⁴ 參照陳自強前揭「契約之成立與生效」，頁 404。

⁵⁵ 一體適用不當得利(§ 179)，與一體適用利益返還(§ 182)，嚴格而言，尚非同一層次之課題。前者意指成立要件而言，後者意指法律效果而言。基於後者，尚得認為不以現存利益(§ 182 I)為唯一之思維模式。實務於此，均僅言及民法第一七九條，並未進一步陳明給付而無效之返還，亦須適用第一八二條；因之，其立場是否杜絕回復原狀之適用空間，實務誠有具體敘明之必要。

訂及第二四七條的修訂，其結果難免於直接違背法律政策之危險⁵⁶。

以上論點，乍見之下，似是鏗然巨響，擲地有聲。在這樣的認知下，民法本條不具規範意義的結論，很自然地成為我國民法學理上之主流。

二、淺見及回應

從法律構成要件來說，民法本條關於回復原狀成立之規定，在明知或可得而知之部分，法律用語上誠然有其缺失，為求其適應無缺，適用上須有一定之限縮解釋，個人不敢否認；而且，針對此一部份，訴諸法律修正，始是正本清源之道，亦為愚見所接受(另待建議部分論敘之)。不過，民法本條之瑕疵，是否真如通說所述，幾至無可救藥且無從克服？而且，捨民法本條而就締約過失，其缺失是否真的小得許多？淺見以為，其答案可能仍是頗為相對。基此，爰對照以上所述各點，提出回應，並進而論述本條規範功能之積極依據。

(1) 違背本條立法意旨之辨疑

由於民法本條立法理由，關於損害賠償之說明極其簡單，難以確認其立法意旨何在？固是事實⁵⁷。不過，這是民法常見通例；吾人如因此認為，解釋民法本條為締結法律行為過失責任法源之見解，即係違背立法意旨，其理由恐是不夠堅強，對待民法本條，亦不盡公平。

在民法本條制定之時，德國民法上尚無締結法律行為過失，乃至締結過失之一般條款，固是事實。不過，針對是否建立締約過失一般條款，在其當時的民法學理上並非毫無討論。再者，如前所述，在德國民法誕生前之十九世紀，法國法上關於締結法律行為過失責任之研討，不僅卓有成果，而且實務亦多所肯定，只是法律體制不同，法國法無需從契約責任來強調法律之增訂而已；即使晚起的日本民法學，在我國民法制定以前，對於締約過失一般條款化之論爭，亦已多有所聞。我國民法之制

⁵⁶ 參照王著前揭「民法總則」，頁 517；詹森林前揭「民法第一一三條與其他規定之競合關係」，頁 37。

⁵⁷ 參照民法本條立法理由：「謹按無效之法律行為，當事人若於行為之當時已知其無效，或可得而知之者，應負回復原狀或損害賠償之責任，所以保護相對人之利益也(第 113 條立法理由)。」

定，同時受有法國民法之影響，當時亦且先後延聘日本及法國民法學者襄助立法工作⁵⁸。其間，法日兩國民法有關於此之積極見解，果有發生作用，則民法本條之立法意旨與締結法律行為過失責任制度之或有關連，即難完全否認。

誠然，個人以上看法，難免主觀臆測，淺見亦認為實情如何，有待立法史之深入研究。不過，在史實研究，幾乎完全缺乏的情境下，認為民法本條之立法意旨不明，固無疑義，但斷然認為淺見違背立法意旨，恐亦有失公允。

(2) 神來立法之辨疑

主流學說所以強調民法本條有如神來之筆，其主要論據在於史無前例，國無比較。從德日民法來說，此之強調，或有相當理由。不過，如果我們回歸民法之立法史而深入體察，卻可發現其說法容有商榷餘地。緣以民律第二草案初稿研定之時，其間參酌大理院解釋判例者頗多；相對於此，無效法律行為之當事人應負回復原狀之義務，其見解早在民國初年，即為大理院所肯定，而其先後著有下列判例：

- ①大理院四年上字第三七一號判例。
- ②大理院四年上字第五二一號判例。
- ③大理院六年上字第一一七八號判例⁵⁹。

以上判例所示見解，即是民法本條及第一一四條之由來。足見，民法本條與本國實務發展，本即血脈相連，以神來之筆目之，誠與事實不符。

⁵⁸ 相關資料參照楊幼嫻「近代中國立法史」(增訂版)，商務印書館，1966(台一版)，頁73，其情形略為：民律第一草案：日本民法學者松岡正義；民律第二草案：法國民法學者寶道(Padoux)。

⁵⁹ 此等大理院判例意旨，略有如下：

大理院四年上字第五二一號：「締結無效契約之當事人，應負回復原狀之義務。」

大理院四年上字第三七一號：「被撤銷之法律行為，視為從始無效。故一經撤銷者，須各回復其未結契約以前的狀態。」

大理院六年上字第一一七八號：「浪費人之處分行為，經保護人撤銷後，其撤銷之結果，雙方應各負回復原狀之義務，故所受相對人之價金，絕無…不予返還之理。」

(3) 構成要件寬嚴失據之辨疑

① 損害賠償之成立失之過寬

主流學理所以認為，民法本條所稱損害賠償用語不盡明確，殆指其不能直接明確表達信賴利益損害賠償之故。不過，就民法關於損害賠償的使用，絕大多數，均是僅止於直稱損害賠償；反之，其進而以履行利益損害賠償或信賴利益損害賠償，作為法典用語者，幾至沒而不彰⁶⁰。因之，以損害賠償用語不盡明確來做指責，恐是不夠厚道，其批評之理由也不夠堅強。

締結法律行為過失責任，特別是法律行為不成立之類型，其成立要件究以過失即為已足，抑或應如民法第二四五條之一，採行更為嚴格的標準(限制性的違反誠信原則)，於理論上仍有討論的空間，淺見固不反對。不過，如因肯定後者觀點，即來否定民法本條關於損害賠償成立上的適當性，愚見則認為尚有商榷餘地。至其論點，主要有如下二者：

- a. 法律行為不成立的締結過失，特別是磋商中斷類型的締結過失，其成立要件宜較嚴格，而不以單純的一般過失為限，理論上或有必要。不過，其結論是否必須如民法第二四五條之一的規定，僅以類似不實陳述或洩漏機密(§ 245 之 1 I ①②)等顯然違反誠信原則之行為為限？乃至其立法政策是否合理妥適？學理上容有討論空間⁶¹。淺見即以為，締結法律行為過失之成立，如果採取如此限制性的制度模式，於權利保護之落實，既有不足，與比較法之通例，恐亦不符。
- b. 民法債編修正，增訂締結法律行為過失具體類型(以締約過失類型為表徵)，為其重要成果之一，其中，足以與契約不成立之締約過失類型分庭併列者，即是標的不能契約無效之締約過失類型的修訂(§ 247)。換言之，從法條顯現來追尋締結法律行為過失(締約過

⁶⁰ 民法債編修正之前，為締結過失重要事例的民法第九一條及締結過失重鎮的民法第二四七條，解釋上得認其立場為意指信賴利益損害賠償，係法典中少見的例外，爰予特別敘明。

⁶¹ 參照王澤鑑前揭「債法原理」(一)，頁 270；劉春堂，前揭「契約法總論」(一)，頁 186。

失)，民法第二四五條之一與第二四七條二者，堪稱同行併列；前者為法律行為不成立締結過失類型之依據，後者(§ 247)為法律行為無效締結過失類型之根據地。依民法第二四七條規定，其損害賠償之成立，於過失之有關用語，亦稱之明知或可得而知，並在此點上與民法本條相同。如謂民法本條失之過寬，則民法第二四七條豈非也要做同一之解釋？一個經過長期深思熟慮的重大法律修正，難道真的這麼經不起考驗嗎？足見其不同時兼顧民法第二四七條之相關規定，僅以凸出民法第二四五條之一來論評民法本條用語，其立場或有不夠周延。

②回復原狀之適用與失之過嚴

針對民法本條關於回復原狀之規定，主流見解之批判主要有二。一為回復原狀用語為損害賠償所涵攝，其二為回復原狀之成立，不以過失為要件。關於前者，於前述各段已有具體論析，茲不重複。

利益返還層面之回復原狀，於其給付欠缺目的或給付目的喪失之時，即告成立，為不當得利法上之一般原則。民法本條於此，定有明知或可得而知之文句，其間尚有誤解，恐係實情，謂其規定確有重大瑕疵，個人亦不敢否認。不過，如此之瑕疵，法律解釋論上是否無從克服？甚至是否必須因此瑕疵而進一步去否定此之規定的規範意義，淺見仍是以為，其中不無討論空間。

不當得利為事實之債，只要權益變動而無法律上原因，於法即告成立，與當事人有無行為無關，更無待論斷當事人有無過失。在此角度上，足認不當得利之利益返還，無論非給付得利之現有利益返還(§ 182I)，亦或特殊類型之回復原狀(§ 244、§ 259)，其成立均不以受益人有過失為要件⁶²。從此角度觀之，足認民法本條有關回復原狀適用「明知或可得而知」文句，與利益返還(包括回復原狀)的一般(法律)原則，顯有違背，而且是法學方法論上所稱的規範正面碰

⁶² 參照最高法院六十五年台再字第一三八號判例：「民法第一百七十九條規定之不當得利，凡無法律上之原因，而一方受利益，致他方受損害，即可成立，至損益之內容是否相同，及受益人對於受損人有無侵權行為，可以不問。」

撞，性質上也是一種法律漏洞的類型！基於法律碰撞的漏洞補充方法，於此情形，理應運用體系限縮，使其法律適用回歸一般原則，讓碰撞式漏洞消弭於無形。如是，則民法本條所稱「明知或可得而知」也者，本諸體系限縮，認其於回復原狀尚無適用，在法律解釋上亦當成為尚可接受之結論！

(4) 違反修法政策之辨疑

民法債編修正，從締約過失之角度，以民法第二四五條之一及第二四七條，來確定二個重要的締約過失責任類型，固是立法上的事實。不過，這個立法工作，是否即意味著「廢止民法本條」之立法政策的宣示，淺見以為，仍有商榷餘地。蓋從民法債編各該二條修正理由說明，我們只看到它們強調締約過失責任類型增訂的必要性，但未發現有何檢視或廢止民法本條之意念或聯想⁶³；因之，僅因民法上開條文之增修，即謂法律行為前責任應脫離民法本條，而就締約過失之相關規定，並進而否定民法本條之規範意義，其見解似也過於武斷。很顯然地，民法債編修正前後，立法者於增修上述二個條文之時，並未同時就法律行為前責任之整體構成如何之問題，進行融貫完整之探究，亦未就其妥善解決之道提出一體解決的方案。事實上，這也是我國目前法律修正工程上的一般現實，尚待未來加強改善。因之，我們如果客觀冷靜審酌此一修法實情，那麼，採取民法本條尚不因而廢止之立法政策的觀點，其論點應較中肯允妥。

肯定民法本條之規範意義，會使民法債編上述二個條文之規範功能，大打折扣，或是事實；不過，斯二者之存在意義是否為之喪失，乃是尚難一概而論。淺見以為，上開類型之增訂，足以使我們對於締結法律行為過失之具體制度構成，得有更為深切的認知，從而增進吾人對於相關法律解釋合理妥適脈絡之探尋。換言之，正因為此等條文之增訂，得與民法本條及其他締結法律行為過失責任之具體條項(如 § 91 本文、§ 113、§ 114、§ 165I)，彼此間之互為犄角，展現得更為明確，既得

⁶³ 民法第二四五條立法理由，僅指陳現行法對此未設有賠償責任之規定，有失周延等語；民法第二四七條僅就賠償責任消滅時效之增訂提出說明，其間未曾論及其與民法本條之關係，確是實情。

一方面顯示其法律原則之所在，另一方面又能彰顯各個條項之獨特規範意義。淺見深深以為，基此開明且又建設性的態度，來對待民法本條及第二四五條之一等各個條文，綜合建構我國民法上更完善妥適的締結法律行為過失(包括締約過失)責任體制，也許更有依據，也顯得更有可能；而且，這樣的觀點，不問於法律解釋(解釋論)、或於法律修正(立法論)，其結論恐均沒有不同。

三、立場及建議

(1) 個人見解再說明

① 民法本條之規範功能

一個法條的誕生，多經千錘百鍊，更是多數人長期審慎研議、推敲及反覆斟酌討論後，始告定案。從而，對待一個條文，特別是基本法律上彰顯法律重要原則的法條，從法律解釋來宣告其不具規範功能，毋寧是個極其異常特殊而又突兀的法學事例。而且，除非該法條顯有重大違背公平正義、權益保護或違反制度發展潮流，否則，實在不宜輕易為之。

我國民法的制定，從清末發軔，歷幾民律一、二草案，先後達二十年以上，當年的法學先賢，均是秉持嚴肅的態度，以完成先進的民法範典為職志，並在此認知之下，認真對待每一個會出現的條文，乃是無可否認的史實。在這樣嚴謹自律及自我期許的情境下，謂其有意或無意制定一個沒有規範功能的條文，實難想像。因此，在沒有明確的法律意旨或文獻資料印證下，冒然斷言民法本條係個無有認知下的神來之筆，進而否認其規範意義，恐也難免失之主觀擅斷之虞。何況，民法制定當時，德日民法業已出現相關議題之討論，法國民法更有較為完整而前進的學理實務成果。在那樣充實有序的法學薰陶之下，再看看大理院長年判例與民律第二草案本條的歷史呼應，如果我們認為，民法制定先賢基此認知，進而採取前瞻建設的態度面對法律行為前責任，並因而誕生民法本條，應該也是合理的懷疑。再者，如果我們深入體察，主要先進國家關於法律行為前責任體制在上一世紀的發展過程，我們會很驚奇地發現，近八

十年之民法本條，不僅沒有違背公平正義、權益保護或制度發展潮流；相反的，我們卻可發現，它與締結法律行為過失責任體制之發展潮流息息相關；而且，越是接近二十一世紀，越顯得其更吻合制度發展潮流，也越能體現公平正義以及落實權利保護⁶⁴。尤其難能可貴的是，就回復原狀規定採取限縮解釋方法之後，民法本條竟能以概括涵融之英姿，一體解決法律行為前責任上損害賠償及利益返還的兩大課題，也使給付不當得利類型之面貌明確彰顯，助益不當得利類型化之艱鉅法學工程的完成。面對具有如此重大前瞻意義，而且幾乎是個獨步全球的法律規定，我們反而要否認其存在意義，豈非可惜？果真如此，我們又何必高唱或奢望本土法學？更何況法學方法論上果否真的可以站的很穩？恐怕也有值得商榷之處。

法律解釋，得以兼顧文義、體系、歷史及目的諸素因者，堪稱上乘作法。肯定民法本條之規範功能，在民法解釋學上，並無嚴重牴觸文義或體系之情事，對於歷史因素或目的因素，也無實證可以認為有顯然之背離。況者，於立法者意思不盡明顯的現實下，印證制度發展實情之(客觀的)歷史解釋，應有更為寬廣的運用空間。民法本條立法者之意思所在，既非甚為明顯，本諸(客觀)歷史解釋，正可因其一方面回溯大理院判例(回復原狀部分)，另一方面又契合法律行為前責任(損害賠償部分)的歷史發展，充分印證民法本條的前瞻性、涵容性及融整性。因此，本文願在這個基礎上，正面肯定民法本條的積極規範意義及規範功能。

②民法本條與體系構成

肯定民法本條的規範功能，是否必然導致其與民法第二四五條之一及第二四七條規範意義的正面衝突，從而發生以民法本條否定民法債編修正立法政策的惡果。淺見以為，並不盡然。因為，如果我們融貫考量締結法律行為過失責任之整體構成，以較為開放而兼容並蓄的解釋態度，來對待此等條文，便可發現其結論不僅不是如

⁶⁴ 國內初介文獻之相關說明，請參照拙著「要約拘束力初訪」，收於「私法學的傳統與現代(林誠二教授六秩華誕祝壽論文集)」(上)，學林文化，2004，頁443以下(本註部分請參照頁472~474，479~480，484)。

此單純而消極，相反的，却也可以尋獲一個包括三者而並存之法律解釋。而且，在這種兼容並蓄的法律解釋下，不僅可以更充分顯現一個較為完整嚴謹、先進前瞻、且又契合公平正義的法律行為前責任體系。這樣的法律思維，殆可分為四點描述如下：

a.關於民法本條

法律行為前責任於各種法律行為類型，均有可能出現，由民法總則之規定來體現其一般制度形貌，於制度之完整形塑，有其正面意義；以民法本條作為規範運作重心所在，其觀點應較符合現代法律行為理論之發展趨勢。況者，法律行為締結過失所可發生之責任，除損害賠償外，尚有可能衍生(利益返還層面之)回復原狀義務；退而言之，即使就損害賠償而言，亦無一味固持唯以信賴利益損害賠償為限之理由。以我國民法來說，此兩大課題之同時適切解決，實非賴民法本條而難以致之。

b.關於民法第二四五條之一

法律行為前之損害賠償責任，無論從締結法律行為過失責任之角度觀之，抑或從締約過失之角度論之，全面固守信賴利益損害賠償既是有待商榷；那麼，在法律解釋上保留民法本條損害賠償之用語，使其得以視個案具體情況而做游移選擇，應是較為妥適。反之，民法第二四五條之一的解釋，則應審酌其僅限於信賴利益損害賠償之窠臼，採取謙抑原則而使其僅適用於特定之行為類型。此之特定類型主要有二，其一為契約生效之締約過失責任類型，其二為契約締結未臻成熟階段之磋商中斷責任類型。契約以外之其他法律行為，有此情況者，援類推適用為其法律補充之手段。

c.關於民法第二四七條

民法第二四七條，本為民法債編修正前即已存在之古典締約過失責任類型，在締約過失責任喊的喧天價響，相反地締結法律行為過失概念隱沒不彰的法學氣氛下，民法債編修正保留標的不能無效之締約過失責任類型，毋寧為必然之現象。同理，在締約過失只負

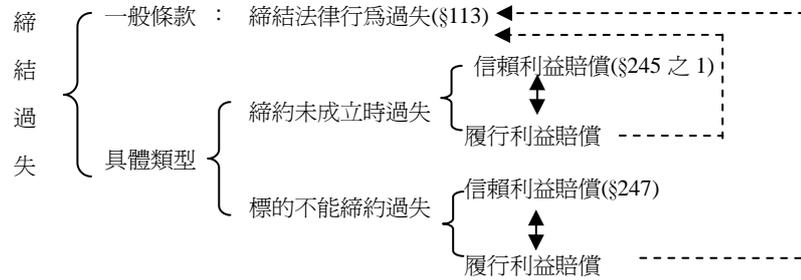
信賴利益損害賠償責任的法律學理浸淫下，修正條文維持信賴利益損害賠償之文句，毋寧也是可以理解的。也因為這樣的修正，體系結合其與民法本條之規定，可以印證締約法律行為過失之損害賠償，得因當事人過失之輕重，由信賴利益損害賠償過渡到履行利益損害賠償。也就是說，民法本條為締約法律行為過失責任之一般條款，其所稱損害賠償者，意涵上述兩者，於法律行為無效類型得因當事人主觀情節之重大與否，選擇其一而為適用；反之，民法第二四七條為標的不能無效類型之規定，以其與民法本條為體系對照之後，關於其存在實益得有下列三項：

- ④彰顯締結法律行為過失責任構成之類型化意義，使條款與類型併存的的法律構造體系，為之更為顯著而堅固。
- ⑤民法第二四七條為具體類型規定，僅於當事人過失情節非為重大之案例類型有其適用。換言之，所謂相對人只得請求信賴利益損害賠償者，解釋上宜相應限縮其適用範圍於過失非為重大之案例。
- ⑥其他法律行為無效類型，因當事人情節非為重大而僅得請求信賴利益損害賠償者，類推適用民法第二四七條規定。

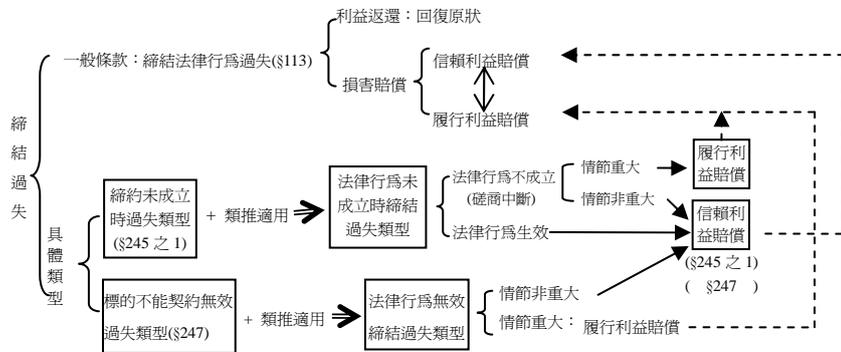
d.體系之構成

綜合本段以上所述，並回顧前述之類型區分，關於締結法律行為過失責任之體系構成，依個人所見，殆可歸納為下列兩個圖表：

①較簡要圖表



②較精細圖表



依個人所信，以上之圖示，於描述法律行為前責任之體系構成，顯較嚴謹而完全，在規範功能上亦較能契合個案實際情況，力求個案正義的實現。不過，面對來自完整制度體系之要求，圖表所示，仍僅止於重要類型，而非其全面。因之，基於體系融整之要求，仍有下列三點必須補充說明：

①民法上規定所及之締結過失具體類型，並非以上述二者為限，其規定所及者亦非僅止於信賴利益損害賠償，無權代理(§110)、懸

賞廣告之撤回等，並不排除履行利益賠償(§ 164)⁶⁵，即是著例⁶⁶。

⑥上述⑥圖所稱的法律行為無效，意義上包括因撤銷而自始無效(§ 114)及拒絕承認而(自始)無效等情事，非僅為狹義的無效。因此，前述圖表雖未正面論及民法第一一四條第二項，但意義上應予涵括。在此角度上，上述圖表之一般條款部分之引據條文，如將其調整為「一般條款：締結法律行為過失(§ 113、114)」，或較周延。

◎締結加害過失類型，難以從民法締結法律行為過失的相關條項導出，因此，無從出現於上述二個圖表。從制度完整性來說，或可認為思考體系未臻周延，惟其既非法律解釋所可跨越，寓於法典現狀，亦惟有誠實以對，承認其仍有殘缺。

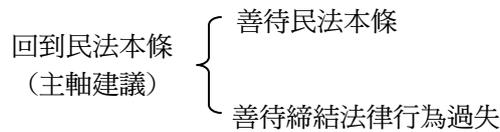
(2)建議：回到民法本條

①法律解釋論

法律行為前責任體系的加強建構，為前一世紀各國民法學工程的重大項目之一。本來，由於有各國民法所無的民法本條的存在，我國民法學面臨的艱困窘境，或可稍緩，甚至可以獲有領先群倫之契機。不料，近八十年來，民法本條一直處於視而未見，甚或遭到驅逐出境的命運。再加上，民法學界陶醉於一個比較保守的締約過失責任理論，以致於法律行為前責任體制之研討與建構，迄今無法基於法律行為整體考量的立場來開展。法律行為前責任工程的成果，也因之反而瞠乎在德、日民法之後。為避免情況繼續惡化，也期待埋沒以久的家傳寶物可以風華再現，個人願意以嚴肅的態度，喊出「回到民法本條」的醒語，作為對於建構法律行為前責任的主軸建議，並在這個主軸之下，分為下列二點說明：

⁶⁵ 修正前之民法第一六四條，於此原稱懸賞廣告之撤銷。從民法債編該款(§ 153~§ 166之1)的用語來說，此之修正固具相當正面意義(參照拙著前揭「通則」(上)，頁59註59)。不過，就適用之對象而言，係已生效之懸賞廣告(意思表示)，故與民法總則所稱之撤回(§ 94、§ 95)，意義仍非盡屬相同。

⁶⁶ 以我國民法來說，其他主要事例尚有：著作人著作權欠缺責任(§ 516Ⅱ)及瑕疵物怠於告知責任(§ 631、§ 530、§ 411)等。



a. 善待民法本條

民法本條所以頗受質疑，甚而遭到排斥，其主要癥結在於回復原狀以明知或可得而知為要件，解釋論上實在不易克服。不過，我們如果像本文所述，從法律行為無效與給付不當得利經常相伴相隨的實情，應該要肯定，一個包括回復原狀的締結過失責任體系，才可以算的上是個經得起萃鍊的完整思考模式，也才可以同時解決其間所生法律關係。正因如此，淺見乃敢以為，因其中有「明知或可得而知」之要件文句而斷然否認回復原狀規定之意義，恐是因噎廢食；實務曾有肯定見解，應具啓示意義⁶⁷。也因體認回復原狀在締結過失責任體制上之重要意義，淺見爰又以為，肯定民法本條規範功能，並從法律解釋論上善待民法本條，亦是相當必要。援用體系限縮解釋，排除「明知或可得而知」於回復原狀或主要要件上之適用，即此思考下之產物。於此法律解釋方法運用之下，民法本條在規範上的實質意義，殆可調整如下：

「無效法律行為之當事人，應負回復原狀之義務。其當事人於行為時明知其無效或可得而知者，應負損害賠償之責任。」

從法律的文字構成通例來看，上述的法條陳述，似乎還有二個小缺點，一為回復原狀與損害賠償，合為一項，層次不盡分明，其二為行為時一詞，不能完全表述締結過程之動態層面。考量及此，一個更為周延的條項表述方法，或有如下：

⁶⁷ 參照最高法院八十七年台上字第一三九六號判決：「按民法第二百四十七條第一項所定契約因標的不能而無效之締約上過失責任，與同法第一百十三條所定無效法律行為之當事人責任，二者法定要件未盡相同，且第一百十三條既編列於民法總則編而規定，其適用之範圍，自應涵攝所有無效之法律行為在內，而兼及於上開契約因標的不能而無效之情形。是契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人除得依民法第二百四十七條第一項主張締約上之過失責任外，亦無排除適用同法第一百十三條規定之餘地。」

「無效法律行為之當事人，應負回復原狀之義務。

前項之當事人，於行為過程時，知其無效或可得而知者，負損害賠償之責任。」

體系限縮解釋的運用，在現階段的民法學方法論上，畢竟是個較為後位而深奧的方法，以之援用於民法本條，亦恐被目為弔詭式的巧辯。因之，淺見亦以為，如能從修法工程着手，就民法本條作類似如上語句條項之調整，應是正本清源之道。

b. 善待締結法律行為過失

法律行為前責任的適用對象，非以締約過失為限，而是同時及於單獨行為、契約及共同行為，本質上為(整體)法律行為理論的一環。這樣的觀點，不僅是法律學理綜合考察的結果，即使從當前我國民法的實際體現來說，結論亦無不同。因為，若仔細搜查民法相關條項，即可發現法律行為前責任的規定，並非僅以前述之民法第一一三條(包括第一一四條)及第二四五條之一、第二四七條為限，亦非以締約過失為適用範圍，法律效果上更非限於信賴利益的損害賠償。前者，如錯誤撤銷之締結過失責任(§ 91)，其適用對象包括單獨行為、契約及共同行為，足證不以締約過失為限⁶⁸。後者如前述懸賞行為成立前撤回懸賞廣告等之締結過失責任，法律並未明定其責任範圍以信賴利益賠償為限(§ 165)，亦足佐證⁶⁹。

② 正本清源

締結法律行為過失，不僅行為樣態繁多；而且因其締結狀態之成熟程度及當事人之情節輕重而異其法律效果。在此基礎下，一個統括的抽象條款，其具體性與周延性之兼顧，乃是相當艱難的工程，

⁶⁸ 錯誤撤銷的損害賠償規定(§ 91)，亦是我國民法上締約過失責任類型的重要條項之一。其規定於民法總則意思表示節次(§ 86~§ 98)，足為締結過失思考模式提供啟示作用，爰予特別指明(關於賠償範圍，民法該條規定，亦有如第二四五條之一，第二四七條之限於信賴利益損害賠償，理論上似亦有作相類限縮解釋必要)。

⁶⁹ § 165 類群之損害賠償，其真義如何？學理少見深論，實務立場未臻明確，本文爰僅以較為中性之「法律並未規定」的文句，表達制度之現實。

民法本條之法律解釋論，許多地方顯得捉襟見肘，即是肇因於此。即使本文以上之論述，雖其投注之心力已多；不過，相對於一個完整、融貫而又周妥的締結法律行為過失責任體系，其成果恐也僅止於指出一個另類思考的新方向或者小起步而已，其未來尚待努力者，仍屬至深且難。不過，百尺竿頭，略進一步，其短期而可即時推進的立法之道，仍應勉力一試。因為，在法典中心主義相當濃烈的我國，立法的明確，終究才是避免學理爭議的主要方略。基此考量，淺見以為，其短期而可檢討改進的修法途徑，當可歸納說明如下：

從回復原狀的法制形式表現來說，民法本條規定，顯有兩大缺失：一為回復原狀與給付不當得利的體系結合，不夠明顯；二為其具體的事項內容，亦非明確。淺見以為，於我國民法上，其明確規定者為民法契約解除回復原狀之明文(§ 259)，在法律思維上，二者如能體系連結，不僅上述兩個缺點可以彌補，對民法本條回復原狀之意義上疑惑，亦可消弭於無形。因此，建議未來如有研議修法，於民法本條增訂準用民法第二五九條之文句，乃是可行的途徑。如是，則民法本條之文字當可試予調整如下：

a. 回復原狀規定體例之修正

「無效法律行為之當事人，應負回復原狀之義務。民法第二五九條關於回復原狀義務之規定，於前項情形準用之。第一項之當事人，於締結過程時，知其無效或可得而知者，負損害賠償之責任。」⁷⁰

b. 締結加害類型之法制化

締結加害類型，於民法債編修正後，仍未顯現於現行民法上。此之曖昧未明，是否為法律漏洞？或法律政策上無其必要？理論固有爭議空間。如前所述，法日兩國民法，由於其侵權行為之成立在權益保護上採取比較開放的立場，德國民法則由於社會安全義務(Verkehrsericherungspflicht)法律原則之落實，彼等將締結侵害類型納入侵權行為法體系的思維，阻礙或許較小。不過，我國一般侵權行為

⁷⁰ 參照拙著前揭「正視締結法律行為過失法則」，頁 151~152。

法學，卻是一個社會安全義務尚未適度成熟的德國式制度體系，在這樣的法學現實下，法律行為前的經濟上損失，很難成為權利侵害而適用侵權行為。也因如此，將締結加害類型納入締結過失之概念範疇之內，使其成為該責任體系之一，應是現階段法律行為前責任宜採的思考模式。考量建立本土法源，針對本國特殊法律情境而探索適合本國的特殊法制模式，應是相當重要。如是，則民法關於加害給付之規定(§ 227II)，即為可以借行的棧道；蓋以後者為交易過程上對相對人固有利益所生之損害，規範屬性上與締結加害給付頗為相似相通。為此，爰亦基於民法本條，提出相應之法律修正方案如下：

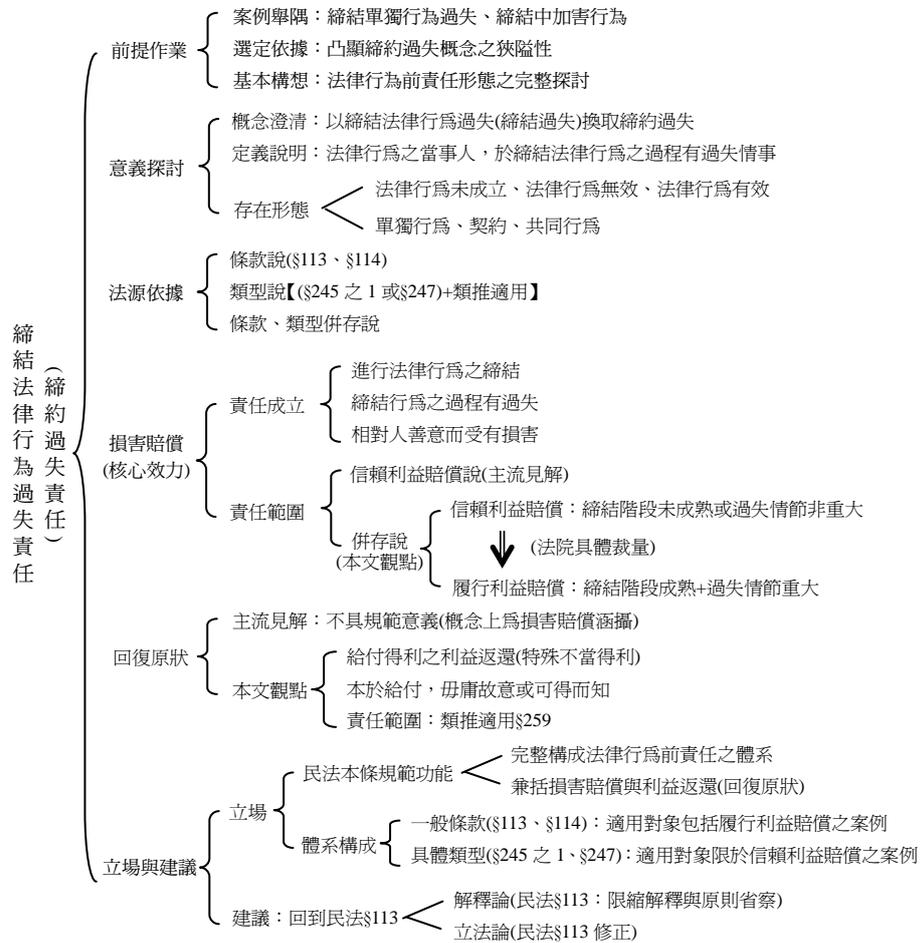
「無效法律行為之當事人，應負回復原狀之義務。

民法第二百五十九條關於回復原狀義務之規定，於前項情形準用之。

第一項之當事人，於行為過程時，知其無效或可得而知者，負損害賠償之責任。如其致生損害於相對人之生命、身體、健康或財產時，準用民法第二百二十七條第二項之規定。」⁷¹

綜上所述，足徵締結過失(責任)也者，涉及課題極稱複雜而艱深，爰歸納其要點如下表，以供參考：

⁷¹ 民法債編修正之後，第二二七條正式成為不完全給付的規範依據，其第二項即為所謂之加害給付(重要之具體論述，請參照民法該條修訂理由)，考慮其屬性相通，爰引為規範依據。



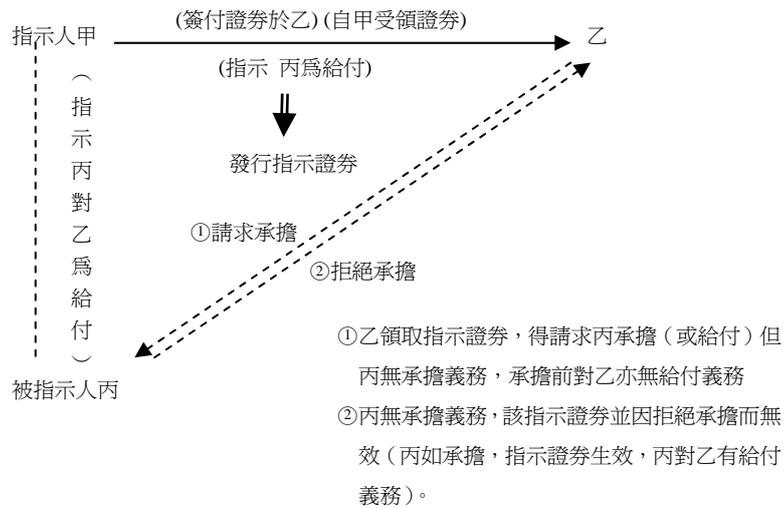
柒、案例解析

一、締結單獨行為過失案例(舉隅①)

(1) 基本事項之說明

本案為發行指示證券之案例，因其涉及相當繁雜，為便於說明，爰就其相關基本事項，先作重點說明。

民法第七一〇條規定：「稱指示證券者，謂指示他人將金錢、有價證券或其他代替物給付第三人之證券。前項為指示之人，稱為指示人。被指示之他人，稱為被指示人，受給付之第三人，稱為領取人。」以本件為例，發行證券之甲是為指示人，收取證券之乙是為領取人，被甲指定(委託)付款一百萬元之丙，是為被指示人。其三人之法律上關係，係以有價證券上之指示文句為基礎，故以指示證券稱之。茲即以本件為例，敘其相互關係圖解如下：



(2) 案例簡析

簽立指示證券而交付於相對人之行為，是為所謂之發行（簽立謂之發；交付是謂行）。發行指示證券，實務立場及學理通說，多認其為單獨行為，立法意旨亦然。指示證券雖因發行而成立，但尚不生效力，須待被指示人為承擔或給付者，指示證券始生效力；反之，如被指示人拒絕承擔者，該指示證券（發行指示證券之單獨行為）無效，領取人對被指示人即不得本於指示證券而為請求或其他權利之主張。

不過，於此情形，其領取人為請求被指示人承擔或給付，難免有費用支出之損失。此之損失，屬於學理所稱之信賴法律行為(於本例為指示證券之發行)為有效所生之損害，亦即所謂之信賴利益損害。如發券人於締約上有過失者，領取人本於締結法律行為過失之規定，即得請求賠償此之損害。依本文看法，其依據為民法第一一三條。

本例之領取人乙，請求被指示人丙承擔或給付，遭丙拒絕，其指示證券(發行)因為無效，乙為之支出費用二萬元，是謂信賴利益損害。被指示人丙，對於乙亦無承擔義務，如未承擔亦無給付義務(§ 713 前段)，對乙亦無賠償責任可言。反之，甲商請丙代償其對乙所負的債務，為丙拒絕後，又以丙為指示人而發行指示證券，且向乙表示丙已同意代償。由此等事實對照觀之，足認甲對於發行指示證券之無效，係明知(至少亦是可得而知)，而且已達違反誠實信用之程度。換言之，甲於發行指示證券之無效，成立締約法律行為過失，依本文見解，應依民法第一一三條規定，對乙所受二萬元之(信賴利益)損害免賠償責任。(否定民法本條規範功能之主流見解，其結論或為類推適用民法第二四五條之一的不成立締約過失類型，或第二四七條之無效締約過失類型)。

選定本例作為說明對象，其欲凸顯之用意，主要為下列二點：

- ①闡明法律行為前責任之適用對象，尚非僅以締約過失為限，進而印證建立締結法律行為過失之概念及責任體系，難謂無其必要。
- ②發行證券衍生之締結過失，其責任範圍通常只限於信賴利益賠償。因為，其間苟有履行利益之損害及賠償問題，通常係發生在發券緣由的原因債權(如本件甲所積欠於乙之貨款債權)，宜本於原因債權而為履行利益損害賠償的請求。

二、締結中加害責任(案例舉隅②)

丙擬進入乙服飾店選購衣服，於門口時跌倒，依傳統見解，乙丙之間尚無契約關係，是以丙之跌倒受傷，就其所受損害僅能依侵權行為之規定(§ 184)請求賠償。民法債編修正，關於法律行為前責任，並未增訂其為締約過失責任類型；因之，僅能適用侵權行為相關規定之法律環境，尚未因民法債編修正而有改變，恐難否認。

丙依侵權行為請求損害賠償，須證明乙於丙之損害發生為有過失。按本件丙之跌倒受傷，係因不知名流浪狗路過排尿，地面為之濕滑所致，並非出於乙之行為；因此，於此所以必須討論者，即是乙對於門口之地面，是否有確保乾爽而不濕滑之義務，以免過往顧客或其他路過行人跌倒受傷。有關於此，國內學理及實務見解未臻明確，丙依侵權行為請求以賠償其所受損害，極易因法院見解之保守而難以成立。依締結過失責任理論，當事人自預備締結法律行為(特別是準備締結契約)時起，雙方即視同進入法律關係，亦即進入視同依該法律行為生效而成立之債權債務關係，業已存在之情況，並在此基礎上互負協力及照護之義務。而且，如締結法律行為之場所，為公眾得出入場所者，其提供場所之人，於法負有確保該場所合於安全使用之狀態的義務；苟有違反，其締結過失即告成立，並對於出入該場所而受害之相對人負賠償責任。維護場所安全，即為一般所稱之社會安全注意義務(或稱交易安全注意義務)；如其納入過失成立之決定因素，則民法上之締結過失，縱無締結中加害類型之明定，訴諸法律解釋亦有可能獲致肯定結論。

我國民法學理與實務，關於社會安全義務之肯認，未如德、日民法成熟，當事人於法律行為成立前準法律關係之注意義務，亦未如彼邦精熟，依恃法律解釋體現締結過失，其廣度及深度難免有失準確。本文前此說明，所以不忘提及締結中加害行為，並認為有其明定必要，原因在此。再者，締結過程中之加害行為，既準於法律關係存在視之，則締結過程中之加害，評價上即等於締結完成後之加害給付，故本文認其得以類推適用加害給付(§ 227II)之相關規定。加害給付者，係對於相對人之固有財產，亦即法律評價上未劃入交易範圍之生命、身體、健康或財產所為之損害，消費者保護法上有現成例字可以佐證；因此，本文於討論立法修正時，爰有增訂「致生損害於相對人之生命、身體、健康或財產時，準用民法第二百二十七條第二項之規定」的建議文句⁷²。

⁷² 參照消費者保護法第七條第二項規定：「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。」

參考文獻

中文部分

(一) 書籍 (按姓氏筆劃排列)

1. 王澤鑑、民法總則、2001
2. 王澤鑑、民法債編總論(一)、1993
3. 王澤鑑、債法原理(一)(增訂版)、1999
4. 王澤鑑、民法學說與判例研究(1)、2004
5. 王澤鑑、民法學說與判例研究(7)、2003
6. 王澤鑑、民法學說與判例研究(4)、2002
7. 王澤鑑、不當得利：民法債編總論(II)、1990
8. 史尚寬、債法總論、1954
9. 李宜琛、民法總則、1944
10. 李模、民法總則之理論與實用、1998
11. 邱聰智、民法債編通則(新訂版)(上冊)(下冊)、2003
12. 洪文瀾、民法債編通則釋義、1954
13. 胡長清、中國民法總論、1964
14. 姚志明、誠實信用原則與附隨義務之研究、2003
15. 孫森焱、民法債編總論、1979
16. 陳自強、契約之成立與無效、2002
17. 陳瑾昆、民法通義債編總論、1930
18. 楊幼炯、近代中國立法史(增訂版)、1966
19. 梅仲協、民法要義、1958
20. 葉賽鶯、給付不能之理論與實際、1986
21. 劉春堂、契約法總論(民法債編通則(1))、2001
22. 鄭玉波、民法債編總論、1962
23. 戴修瓚、民法債編總論(下)、1961

(二)期刊(按姓氏筆劃排列)

- 1.林美惠、「德國侵權行為法上交易安全義務」,台大博士論文,2000(早期交易文獻)
- 2.邱聰智、「正視締結法律行為過失法則:兼評民法第二四五條之一的迷航」,收於「首屆兩岸民商法學術研討會成果報告」,輔仁大學法學院,2001
- 3.邱聰智、「要約拘束力初訪」,收於「私法學的傳統與現代(林誠二教授六秩華誕祝壽論文集)」(上)、學林文化,2004
- 4.邱聰智、「締結法律行為過失與法律適用」、台灣本土法學雜誌、53期、2003
- 5.邱聰智、「從侵權行為歸責原理之變動論危險責任之構成」,台大博士論文、1982,頁98~101)。
- 6.陳洸岳、「中斷交涉與締約上過失責任之序論研究」,收於民法學說與判例研究(4)?,(民法研討會編)、2000
- 7.詹森林、「民法第一一三條與其他規定的競合關係」、台灣本土法學雜誌創刊號、1999
- 8.劉春堂、「締約上過失之研究」,台大博士論文,1983

二、日文部分(按姓氏筆劃排列)

- 1.丹谷峻、契約締結上の過失、1993
- 2.内田貴、契約の時代、2000
- 3.本田純一、契約規範の成立と範圍、1999
- 4.池田清治、契約交渉の破案上その責任、1997
- 5.河上正二、契約成立をめぐる、1988
- 6.岡松參太郎、無過失損害賠償責任論、1916
- 7.鎌田薰、不動産買賣契約の成否、1993