

從三個緯度看我國締約上過失之發展*

——兼論再法典化



作者文獻

向明恩

政治大學法學院專任教授

摘要

本文梳理歷時百年來締約上過失責任在我國民法史發展上，是如何從未識，到初識，至認識，甚而錯識地增設我國民法第245條之1之規定。有鑑於本條立法路徑過於窄化，要件過於嚴苛，歷經四分之一個世紀實踐，在學說和司法實務相互激盪下，更顯締約上過失責任之定位，有再省思之必要。締約上過失責任絕不是反法之法律創造物，非在破壞契約責任和侵權責任二分體系，而是填補契約責任和侵權責任不足處。締約過失責任目的，在保護締約當事人在契約準備和磋商階段之信賴關係，修補民法體系之罅隙。本此思維，我國侵權行為法在司法實務實踐上，側重於保護被害人，僱用人舉證免責之否定，交易安全注意義務理論之導入，法人自己侵權行為之肯認，實已治癒侵權行為法之大部分缺陷。依此，違反保護義務損及固有

利益之類型自應回歸侵權責任。而過失違反前契約說明義務而締結不利契約之情形，面臨的是契約法保護不足之困境，直對的是意思自由非屬民法第184條第1項前段所稱之「權利」，而生保護漏洞之問題。以民法第245條之1正當化基礎—信賴原則，將過失違反前契約說明義務之情形，納入締約過失責任。透過締約過失責任之再明文化，建立我國一般性之過失資訊責任，以達法律行為自我負責之實質化宗旨。

目次

- 壹、前言
- 貳、個別性締約上過失規範模型之繼受
(1911年至1945年)
- 參、一般性締約上過失責任之拓殖
(1946年至1999年)

DOI : 10.53106/1025593136804

關鍵詞：締約上過失責任、消極利益損害、信賴利益損害、違反前契約說明義務、違反保護義務、信賴理論、交易安全義務、法人侵權責任、資訊過失責任、法律行為決定自由

* 民法百年論壇精彩講座實錄歡迎前往《月旦品評家》觀看：<http://qr.angle.tw/0lg>。



肆、從一般走向縮減之締約上過失責任立法例（2000 年迄今）

伍、締約上過失責任再法典化之必要性？

陸、結論

„Ich schlieÙe diese Abhandlung mit der Hoffnung, daß mir trotz der Sorgfalt, die ich auf die Sammlung der hierher gehörigen Fälle verwandt habe, noch manche entgangen sein mögen, und richte an jeden, der in der Lage ist, mir einen Beitrag zu liefern, die Bitte, mir denselben zukommen zu lassen, damit ich ihn für eine etwaige spätere Revision dieser Lehre benutzen kann“

~Rudolf v. Jhering, 1861¹

「帶著這樣的期許完成這篇論文，儘管我已經盡了最大努力來收集所有相關案例，但可能仍有若干疏略。因此，請任何能夠提供相關資料者，分享予我，以便將來對此學說進行修正時，得加以運用。」

~魯道夫·馮·耶林（1861年）

壹、前言

從歐洲民法的發展史觀之，「締約上過失(culpa in contrahendo)」一詞未曾出現在羅馬法大全(Corpus Iuri s Civilis)之中²。締約上過失是德國學者Jhering在1861年所發表〈締約上過失、契約無效或未臻完全時之損害賠償(Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen)〉一文首創的法律概念³。在此堪稱法學發現之巨作文末，Jhering謙遜表示⁴：可能仍有一些案例被疏忽了。並持懷疑態度自問：在所建立個案分析中，是否「某些地方走得太遠了(hie und da zu weit gegangen)？」⁵嗣後其又自答：在羅列並決定所有可能案例上，寧可多做一點，也不願少了⁶。Jhering虛懷若谷傳遞如此期許，冀望自己能持續地蒐集更多案例，印證締約上過失消極利益損害賠償理論。Jhering之法思維，於經過大馬士革歷程(Damaskus-Erlebnisse)洗禮後⁷，翻轉地從國民法感為視

¹ Jhering, Rudolph, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JhJb 4 (1861), S. 106.

² Benedict, Jörg, Culpa in Contrahendo, Transformationen des Zivilrechts, Bd. 1, Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen - oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung, 2018, S. 1.

³ Jhering (Fn. 1), S. 1-112.

⁴ 德國民法學者都樂氏(Dölle)讚稱耶林氏之締約上過失理論為「法學上的發現」(Juristische Entdeckungen), Dölle, Juristische Entdeckungen, in: Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, (herg.) von des Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, 1958, S. B 1 ff.; 王澤鑑，法學上的發現，民法學說與判例研究，第四冊，頁 1 以下，2002 年；林元祥，契約效力主觀範圍之研究，輔仁大學法律學系博士論文，頁 178-181，2000 年。

⁵ Jhering (Fn. 1), S. 52.

⁶ Jhering (Fn. 1), S. 56.

⁷ 有關 Jhering 思想轉折過程可參李建良，戲謔與嚴肅之間：耶林法學世界，憲法理論與實踐（三），頁 545 以下，2004 年；「大馬士革經歷」典故來自使徒行傳(Apostelgeschichte 9:1-19)。Saulus 原是一名迫害基督徒的法利賽人，但在前往大馬士革(Damaskus)的途中，他突然間被一道強光照射，同時聽到耶穌的聲音，因此短暫失明。隨後，Saulus 在大馬士革受到基督徒 Ananias 的協助，恢復了視力，而皈依基督教，並改名為 Paulus，Paulus 成為基督教最重要傳教士之一，Neumann, Johannes, Der

角，利益衡量為基調，而開啟締約過失責任研究。Jhering縱以開拓者之姿，提出締約上過失責任理論。其卻無比謙沖表示，冀望在德國普通法(Gemeines Recht)體系中，灑下締約上過失的思維種子，以補充契約和侵權二分責任不足處⁸。嗣後，因鉅量學術研究之投入，使締約上過失責任在160多年間不斷生根、發芽、成長和茁壯，深度影響德國司法實踐，乃至於立法走向，此應Jhering未曾預料的。

鑑於德國侵權行為法先天缺陷，諸如侵權過失責任之保護客體侷限於絕對權、僱用人得證明其對受僱人選任及監督盡相當注意而免責、侵權行為法之舉證與消滅時效等規定，相較於契約法，係不利於被害人等情形，促使締約上過失之發展，以及適用範圍，已逾越Jhering所預設的。德國司法實務對於締約上過失責任之實踐尤其值得關注，德國實務蓋凡使用消極利益責任(Haftung auf das negative Interesse)、締結契約時之過失責任(Haftung aus Verschulden bei Vertragschluss)、前契約義務（諸如忠實義務、保護義務、說明義務或資訊等義務）之違反、說

明責任(Erklärungshaftung)、信賴責任(Vertrauenshaftung)、告知責任(Auskunftshaftung)、資訊責任(Informationshaftung)或是特別結合(Sonderverbindung)關係、社會上或交易上的類似接觸(sozialem oder geschäftsähnlichem Kontakt)等詞，無不與締約上過失責任勾稽⁹。德國司法實務擴張形塑之締約上過失責任制度，學理呈現兩極化評價：其一是持負面評價者。學者Medicus指稱，締約上過失責任為「過度蔓延的」(übermäßig wuchernd)¹⁰，是「猛烈性擴張(stürmische Entwicklung)」的¹¹，學者Picker更譏諷締約上過失責任如「瘟疫般的擴散」(epidemisches Vordringen)¹²；其二是持肯定立場者。學者Fleischer盛讚締約上過失責任是一個「具高度實用性之法律圖像(höchst praktische Rechtsfigur)¹³」。

德國締約過失責任之擴張發展，學說縱或有批評，也無損於締約過失責任百年來不斷續生。學說和實務不囿於法條文義規範，注重社會實際需求，彼此間持續不斷相互砥礪與合作，終在2002年將學說與實務形成之共識和成果，在德國民法第241條第2項¹⁴連

historische Jesus, 2022, S. 362 f.; Benedict (Fn. 2), S. 27 f.

⁸ Ackermann, Thomas, Der Schutz des negativen Interesses: Zur Verknüpfung von Selbstbindung und Sanktion im Privatrecht, Tübingen 2007, S. 26.

⁹ Benedict (Fn. 2), Culpa in Contrahendo, Transformationen des Zivilrechts, Bd. 1, Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen - oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung, 2018, S. 2.

¹⁰ Medicus, Dieter, Grenzen der Haftung für c.i.c., JuS 1965, 209 (214).

¹¹ Medicus, Dieter, Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo, in: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, 1986, S. 169.

¹² Picker, Eduard, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369 (419).

¹³ Fleischer, Holger, Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsprivatrecht, in: Reiner Schulze, Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 243 (251).

¹⁴ 德國民法第 241 條第 2 項規定：「債之關係依其內容，得賦予一方當事人照顧他方權利、法益及利益

結第311條第2項¹⁵明文規定之，同時以一般性締約過失責任立法模型問世。

將目光放回我國民法百年來的發展，學者吳經熊先生在民法公布施行後有謂：「全部民法已由立法院於最近兩年中陸續通過，並已正式公佈了？……；這是在法制史上何等重要何等光榮一頁，但是我們試就新民法第一條到第一二二五條仔細研究一遍，再和德意志民法及瑞士民法和債編逐條校對一下，倒有百之九十五是有來歷的，不是照賬謄錄，便是改頭換面¹⁶。」而我民法之所以幾近全盤移植德國及瑞士民法，猶如德國法學家和文學家歌德所言：「無論誰制定法律，都要考慮其時代的意義(Wer ein Gesetz verfaßt, betrachte den Sinn seiner Zeiten)¹⁷」。清朝末庚子敗衄，在變法圖強的歷史條件驅動下，1911年（宣統3年）完成第一次民法草案，即所謂大清民律草案。民國成立後，修訂法律館參照民律第一次草案於1925年編訂完成第二次民法草案，或稱國民律草案。國民政府奠都南京後，立法院指定並組成民法起草委員會以完成民法法典化工作，1929年10月10日民法總則施行，民法債編和物權編之施行期為1930年5月5日，親屬編與繼承編則以1931年5月5日為施行期¹⁸。1945年於第二次世界大戰結束，國

民政府接收臺灣後，此部民法則在臺灣施行適用至今。由德國發軔之締約上過失制度，在法歷史條件下，締約上過失責任是以何種樣貌移植我國民法中，其間隨著臺灣法律文化環境變遷與學說滋養，尤其是中央研究院王澤鑑院士於1974年12月在中興法學發表〈締約上之過失〉一文，是我國民法史上初度將德國締約上過失責任核心理論、發展脈絡和類型樣態，以體系性與歷史性方式為引介，開啟學理對此議題之研究。特別是文末之呼籲：「擴大締約上過失責任的適用範圍，並進而建立一般法律原則，期能合理規律當事人間的締約磋商行為¹⁹」，更開闢一般締約過失責任建立之方向。1999年4月21日修正公布之民法債編，明文化增訂民法第245條之1締約上過失規定，立法者捨棄一般締約過失責任立法路徑，而推出限縮規範模型，究竟立法者何以取限縮締約過失責任，而又鑲嵌著制約模型之締約過失規範，司法實務如何為闡釋，學說是如何回應與演繹，以檢視本條運用是否達成規範目的，以提供債法修訂時之參考。

為呈現我國締約上過失責任發展，本文將依我國民法初誕與續生，按時序區分為三個緯度（1911年至1945年，1946年至1999年，2000年迄今），勾勒出締約上過失責

之義務。」

¹⁵ 德國民法第311條第2項規定：「第241條第2項義務之債之關係，因下列行為而成立：1. 契約磋商之開始；2. 契約之接觸時，基於可能成立之法律行為上關係，一方予以他方權利、法益或利益影響之可能性，或他方將其權利、法益或利益託付予一方，或；3. 類似交易上之接觸」。

¹⁶ 吳經熊，法律哲學研究，再版，頁37，1937年。

¹⁷ Goethe, Johann Wolfgang von, Goethe-jahrbuch 131, 2014, Golz, Jochen/Meier, Albert/Zehm Edith (Hg.), 2015, S. 96.

¹⁸ 關於民法編纂過程說明參，胡長清，中國民法總論上冊，十版，頁14以下，1948年。

¹⁹ 王澤鑑，締約上之過失，收於：民法學說與判例研究第一冊，頁77-91，2002年。

任，在三個時間維度之法學與實務發展脈絡下，於我國民法體系中占據何種地位。最後，將藉由學說與實務對締約過失責任形成之共識處，以及猶待學理與實務協力合作之補充處，一併提出，並以共識處為根基，待填補處為反思，拋出我國締約過失責任再法典化與一般化之立法走向，以為我國締約過失責任制度確立下續生之座標。

貳、個別性締約上過失規範模型之繼受（1911年至1945年）

一、1900年德國民法典對締約上過失之規範路徑

為因應德國普通法時期，就契約成立傾向於意思理論之失²⁰，以及過失侵權行為責任成立沿襲阿奎利亞法，僅以人或物之有形受侵害為限之故，Jhering乃提出締約上過失理論。締約當事人一方過失，致契約不成立或無效，他方受有損害，依彼時之契約法和侵權行為法，被害人無從請求賠償。Jhering藉助主體無能力、標的無能力、表示不確實、意思不確實此等案例，突顯締約過失消極契約利益損害賠償責任建立必要性。

Jhering建構之締約過失責任，須與契約之締結為勾稽，即使契約締結存有缺陷。Jhering之所以援契約締結為條件，是為闡明締約過失責任是一種「非孤立，非難以說明

之現象²¹」。在契約責任和侵權責任嚴格二分法下，Jhering以契約責任為介面，為締約上過失責任建構基礎，取得正當性，其有謂：「契約之締結，不是僅單純產生一種履行義務，同時若此項效力因某種法律上之障礙而被排除時，亦且會產生一種損害賠償義務；依羅馬法或現今之用語，契約之『無效』僅指履行義務效果之不存在，並非指所有效果之不存在²²。」於此Jhering乃強調，損害賠償義務既是契約締結之產物，也是契約締結之效力。具體言之，Jhering是以宏觀視角為出發，不屈從於契約締結前或後之分界限制，以契約上之注意誠命(das Gebot der contractlichen diligentia)為底蘊，將消極利益損害之賠償責任拓展成為一般原則²³。Jhering總結性表示：「契約上之注意誠命，不僅適用於業已存在之契約關係，亦應適用於正在形成中之契約關係，此注意誠命之違反，不論是前者，抑或是後者，皆可發生以損害賠償為目的之契約訴權²⁴。」從此可知，在嚴格區分侵權行為責任和契約責任之釋義體系框架中，Jhering另闢締約上過失責任之蹊徑。至於締約上過失責任之屬性是契約抑或是侵權，Jhering採開放不設限之態度。

德國民法典起草者在草擬民法典時，未全盤接收Jhering倡議之締約上過失理論，以建立一般締約過失責任。立法者引Jhering締

²⁰ 關於意思理論和表示理論之遞嬗，可參陳自強，契約錯誤法律發展之一瞥：從羅馬法到二十世紀初，臺灣大學法學論叢，44卷2期，頁498-500，2015年；陳添輝，意思表示錯誤之起源與發展，臺灣大學法學論叢，49卷1期，頁64-67，2020年；張凱鑫，意思表示錯誤之研究，東海大學法律學研究所博士論文，頁53-57，2014年。

²¹ Jhering (Fn. 1), S. 32.

²² Jhering (Fn. 1), S. 32.

²³ Ackermann (Fn. 8), S. 34.

²⁴ Jhering (Fn. 1), S. 52.

約上過失之消極利益賠償為責任規範基礎，參酌Windscheid本於干預行為而創設的信賴觀點，復納入Bähr之表示理論²⁵，個別於德國民法第122條有關撤銷錯誤意思表示之損害賠償、德國民法第179條第2項有關無權代理權人之損害賠償²⁶、德國舊民法第307條（現已刪除）以不能給付為契約標的之損害賠償，以及舊民法第309條（現已刪除）違法契約之損害賠償等規範上，將締約上過失作為規範模型為底色。

另外，在德國民法典立法資料中也有記載，締約過失責任係擴展到契約有效成立之情況，即是當事人一方於契約締結階段未履行告知義務，諸如出賣人故意不告知瑕疵（德國舊民法第463條第2項）、贈與人故意隱匿權利瑕疵（德國舊民法第523條）、出租人對訂立租賃契約已存在之瑕疵未為告知（德國舊民法第538條）、寄託人於寄託時未履行告知義務（德國舊民法第694條）等之情形，致他方當事人締結不受期待之不利利益契約。而針對上開情形，德國立法者對賠償義務人所課予之賠償責任，卻未明定指向消極利益損害²⁷。

由上可知，德國民法典立法者就有關係涉締約過失責任規範，已超出Jhering原初所

欲處理之議題，在立法時納入更多思考元素，而適用範圍範疇也更廣，以致締約過失責任於1900年之民法典中，不僅未見有統一規範，指涉內容更是不明確。也就是，德國民法典之立法者，一方面將締約過失責任思維與契約無效為銜接；另一方面也將締約過失責任與有效成立卻不受期待契約為勾稽。德國立法者則有謂，締約過失責任在結構和體系上究竟屬於契約責任或是侵權行為責任，是留待學說與實務續行發展²⁸。綜言之，1900年德國民法典中未明定一般性締約過失責任規定，而是散落在上開各個規定，其構成要件和法律效果，也因此顯得若干地支離與碎散，締約上過失責任一般性之明文文化，自是難以期待。

二、個別性立法模型之繼受

（一）大清民律草案

1910年完成之「大清民律草案」第184條、第240條與第515條分別就意思表示相對人或第三人，因意思表示或契約為有效，然其卻無效而受損害者，應負賠償責任設有規定。其全盤繼受前開德國民法典個別規範，並延續Jhering所形繪締約上過失原貌之有關內容為：

²⁵ 參向明恩，消極利益之基礎論——兼及我國民法立法史，收於：民事裁判之理論實踐與民事法學之發展：孫森焱大法官紀念論文集，頁20-26，2025年。

²⁶ 值得注意的是，Windscheid對信賴利益損害賠償責任建立有著重要貢獻，其引入信賴概念，並表示，引發信賴並利用信賴之人，乃創設一種干預(Ingerenz)情境，從而負有保護信賴利益之保證人地位(Garantenstellung)，參Dedek, Helge, Negative Haftung aus Vertrag, 2007, S. 177。

²⁷ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 1888, S. 196; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, 1888, S. 582; Medicus (Fn. 11), S. 175. 中文文獻可參周伯峰，論對「不受期待之契約」的法律上處理——以締約上過失為中心，政大法學評論，155期，頁219以下，2018年。

²⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I (Fn. 27), S. 196.

大清民律草案第184條規定：「依第179條之規定其意思表示無效者²⁹，或依第181條及第182條之規定其意思表示撤銷者³⁰，表意人對於信其意思表示為有效，而受損害之相對人或第三人須賠償其損害，但被害人明知無效之原因或可得而知者，不在此限。」本條立法理由有謂：「謹按依民法第179條之規定其意思表示無效者，或依第181條及第182條之規定其意思表示撤銷者，在表意人雖無過失然對於信其意思表示為有效，因而受損害之相對人或第三人須賠償其損害，以保護其利益³¹。」

大清民律草案第240條規定：「以他人之代理人名義訂立契約，若不能證明其代理權，並經本人拒絕追認者，相對人得向訂立契約之人請求履行或賠償損害。前項情形若無代理權人不知其無代理權者，相對人祇於信為有代理權所受之損害得請求賠償，但其賠償額不得逾相對人因契約有效所得之利益」。本條立法理由為：「謹按以他人之代理人名義訂立契約者，就契約之履行可視為默示擔保，故不能證明其代理權，並本人不追認時，對相對人當然履行契約或任損害賠償之責，然其應賠償之損害，以相對人信為有代理權所受之損害為限，如因訂立契約而生之費用、旅費等是也³²。」

大清民律草案第515條規定：「契約以不能之給付為標的者，知其不能之當事人或因過失而不知之當事人於相對人信為契約有效而受之損害，任賠償之責，但其賠償額不得逾相對人於其契約有效時所受之利益。前項規定於相對人亦知其給付不能或因過失而不知者，不適用之。」本條立法理由為：「謹按以不能給付為標的之契約，如當事人兩造皆知其不能或因過失而不知者，其契約當然無效，損害賠償之問題亦不發生，若當事人一造知其不能或因過失而不知則對於相對人仍應負相當損害賠償。故本條特明示其旨，並於損害賠償之額加以限制³³。」

(二) 民國民律草案

國民政府在1926年完成之民國民律草案，則是將上開大清民律草案建議之因撤銷錯誤意思表示契約無效之損害賠償（大清民律草案第184條）、因無權代理所生之損害賠償（大清民律草案第240條）與因標的不能契約無效所生之損害賠償（大清民律草案第515條）規定為增修調整，並分別於民國民律草案之第120條、第171條與第230條為規定：

民國民律草案第120條規定：「依第115條之規定其意思表示無效者³⁴，或依第117條

²⁹ 大清民律草案第179條規定，表意人預期他人可認為非真實而為意思表示者，其意思表示無效。

³⁰ 大清民律草案第180條規定，表意人因誤第三人與相對人通牟而為虛偽意思表示者，其意思表示無效，但不得以無效與善意第三人對抗。前項之意思表示將他項法律行為隱蔽之者，其法律行為不因隱蔽而失其效力。大清民律草案第181條規定，意思表示內容錯誤或表意人不欲為該內容之意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之，但以可認為表意人若知其情事，即不為意思表示者為限。當事人之資格或物之性質雖不為意思表示之內容，若公認為重要者，於其錯誤準用前項規定。

³¹ 修訂法律館編，大清民律草案，法律草案彙編（一），頁45，1973年。

³² 修訂法律館編，註31，頁61。

³³ 修訂法律館編，註31，頁55。

³⁴ 民國民律草案第115條規定，表意人預期他人可認為非真實而為意思表示者，其意思表示無效。

及第118條之規定其意思表示撤銷者³⁵，表意人對於信其意思表示為有效，而受損害之相對人或第三人應負賠償責任，但被害人明知無效之原因或可得而知者，不在此限³⁶。」

國民律草案第171條規定：「以他人之代理人名義訂結契約者，若不能證明其代理權，並經本人拒絕承認時，相對人得對之請求履行或損害賠償。前項情形若無代理人不自知其無代理權者，相對人僅得請求賠償，其賠償額不得超過因契約有效相對人所應得之利益³⁷。」

國民律草案第230條規定：「契約因以不能之給付為標的而無效者，締結時知其不能或可得而知之當事人對於非因過失而信契約有效致受損害之當事人負賠償責任。前項規定於應依選擇而定之數宗給付中有不能之情形者，準用之³⁸。」

(三) 民法典編纂完成

1929年10月10日公布施行之民法總則編第91條（錯誤表意人之損害賠償責任）和第110條（無權代理人之損害賠償責任），以及1930年5月5日公布施行之債編第247條（以不能之給付為標的之損害賠償責任）等

規定，係援引國民律草案第120條（錯誤表意人之損害賠償責任）、第171條與第230條之範式模型。

索驥彼時有限的民法立法資料，立法者即使採取德國民法有關個別性和散落性之締約上過失立法模型，然卻未見立法者對締約上過失理論為說明，對於民法第91條、第110條與第247條規定猶如學者吳經熊先生所言僅是「照賬謄錄」而已。

三、學說之引介

(一) 民法起草之時期

學者王泰升在〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉一文中細膩觀察近代民國法律史之發展，其除強調清末時期起民法之起草是全面性繼承和移植西方法學之外，更指明彼時日本民法學者梅謙次郎先生無疑是民法起草之嚮導人，將蘊含西化之日本民法學理引入，對我國民法基礎理論之啟蒙至為重要³⁹。然尋繹梅謙先生於當時口授筆述「民法財產編」漢文版與「漢譯民法講義」，卻未見其有對締約上過失理論為說明⁴⁰。

(二) 民法編纂完成後之初期

民法制定後，在相繼出版之民法總則與

³⁵ 國民律草案第117條規定，意思表示之內容有錯誤者，表意人得將其意思表示撤銷之，交易上認為重要之當事人資格或物之性質有錯誤者亦同。前項規定於表意人就所為之意思表示，若詳知其情事不為者，準用之。

國民律草案第118條規定，意思表示因傳達人傳達不實者，得比照前條第1項之規定撤銷之。

³⁶ 修訂法律館編，國民律草案總則編，法律草案彙編（一），頁14，1973年。

³⁷ 修訂法律館編，註36，頁20。

³⁸ 修訂法律館編，國民律草案債編，法律草案彙編（一），頁1-2，1973年。

³⁹ 王泰升，四個世代形塑而成的戰後台灣法學，臺灣大學法學論叢，40卷特刊，頁1367-1428，2011年。

⁴⁰ 梅謙次郎口授有關日本「民法財產編」漢文版一書，孫家潤筆述，1906年（清光緒32年）；梅謙次郎著，黎炳之、李棟譯，漢譯民法講義，1907年（清光緒33年）。另尚有富井政章著，陳海超、陳海瀛譯，民法原論，1907年（清光緒33年）。

債編總論等教科書中⁴¹，學者胡長清先生在1935年於《中國民法債篇總論》一書中雖未言及締約上過失一詞，但卻首次運用Jhering所稱之「消極契約利益」概念，並將締約上過失之建構思維——前契約注意義務——融入其中為說明。胡長清先生針對民法第246條以不能之給付為契約標的者，其契約無效而受損害者，得依民法第247條規定請求賠償責任，為如此闡釋：

「契約上之注意義務，當事人不僅於契約成立之後有之，即於契約訂立當時亦為有之，故契約標的是否可能，當事人訂約時應為相當之注意，否則即不能免於損害賠償之責任。我國民法第二四七條第一項規定……即明示其意。⁴²」契約無效之損害賠償異於一般損害賠償者，不但須當事人於訂約時明示或可得而知標的之不能，且須他方當事人於訂約時非明知或可得而知標的不能，否則當事人不負損害賠償責任⁴³。其又謂：「至於關於損害賠償之範圍，我民法既明定對於他方當事人因信契約為有效所受之損害賠償責任，則解釋上應以所謂消極的契約利益

(negative Vertragsinteresse)為限，實無可疑。所謂消極契約利益，即自始不訂立該契約所應有利益，舉凡積極的損害，及既存利益之喪失，與消極的損害，即將來可取得利益，皆屬之⁴⁴。」

日本學者我妻榮先生在1936年所著《中國民法債編總則論》一書中，則對我民法第246條和第247條於不能之給付為契約標的者，其契約無效之損害賠償責任，從比較法觀點言明此等條文本質，為繼受德國民法第306條與第307條之規定，其有謂：

「本條乃討論訂立契約上過失(culpa in contrahendo)責任之問題。日本民法上無同樣規定，故向來一般學者，予以否認，但近時有力學者，亦有予以首肯者。此等學者，依債權法上信義誠實之原則，及關於買主對於自始不能擔保責任之規定而推論，以訂立契約之際，各人對於相對人，有注意不能相應其信賴之義務，縱因原始不能，未加以注意，訂立無效之契約，若相對人誤信為有效，因而蒙受不測之損害，由此信賴相應所生損害，則應解有賠償義務⁴⁵。……本條損

⁴¹ 民法總則部分如：歐陽谿，民法總則釋義，1932年；唐紀翔，民法總論，1932年；徐謙，民法總論，1933年；史尚寬，民法總則釋義，1936年；李宜琛，民法總則，1943年。債法總則部分如：戴修瓚，民法債編總論，1930年；蔡天錫麟，民法債編總論，1932年；陳瑾昆，民法通義債編總論，1933年；胡長清，中國民法債篇總論，1935年；周新民，民法債編通則新論，1936年；我妻榮著，洪錫恆譯，中國民法債編總則論，1936年；洪文瀾，民法債編通則釋義，1937年。

⁴² 胡長清，中國民法債篇總論，上冊，頁355，1935年。

⁴³ 胡長清，註42，頁356。

⁴⁴ 胡長清，註42，頁356。

⁴⁵ 我妻榮著，洪錫恆譯，註41，頁130。另值得注意的是，學者戴修瓚先生在1961年臺版「民法債編總論」書中表示：「契約因以不能之給付為標的而無效者。當事人一方。於訂約時明知其不能或可得而知。則對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人。應負賠償責任。（民二四七七條德民第三〇七條）此即所謂訂約上之過失。（Culpa in contrahendo）又稱為消極的契約利益。（Negatives Vertragsinteresse）」參民法債編總論，臺版，頁216，1961年。本書在1931年初版，然在臺灣無法找到民法債編總論下冊初版之書籍，無法參照比對，故無法確認締約上過失一詞是否為學者戴修瓚先生於中文文獻首次使用。

害賠償範圍，並無何等規定。惟制度本質與德國民法規定相同，無非將其解釋為信賴利益（因信契約為有效之損害，例如準備受領所須費用或因拒絕其他有利要約之損害）之賠償，與給付利益（由不為給付所生損害，例如標之物之價格，或轉賣利益）賠償而已⁴⁶。」

饒富趣味的是，我妻榮先生認為我民法第247條第1項係屬締約上過失損害賠償之責任，而此損害賠償範圍，非限於信其契約為有效之損害，給付利益之賠償亦及之。此觀點，卻是異於胡長清先生的詮釋。

學者洪文瀾先生在1937年出版之《民法債編通則釋義》書中對民法第247條有關當事人因信契約為有效所受之損害賠償責任之詮釋與學者胡長清先生相同。其重申消極契約利益與積極契約利益區辨之必要，並強調民法第247條第1項所稱之以非因過失而不知給付不能之當事人，因信契約為有效所受之損害，即是所謂之消極的契約利益為限，而積極的契約利益則不與焉。所謂積極契約利益，即因契約之履行所受之利益，以契約有效存在為前提。而所謂消極契約利益，即自始不訂立該項契約所應有之利益。此種損害，有積極的損害，即既存利益之喪失者，例如締結契約之費用、準備履行契約之費用。有為消極的損害，即是將來可得之利益不取得者，例如失去締結其他有利契約之機會而言⁴⁷。

民法起草者之一史尚寬先生在1936年所

撰之《民法總則釋義》一書中，則另就民法第91條與第110條之損害賠償進行闡釋。其就民法第91條之規定，表意人因錯誤意思表示而撤銷意思表示，其對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任之範圍為如此釋明：「信其有效之損害。非基於行為有效時，有請求權人所有之利益。普通稱履行之利益(Erfüllungsinteresse)。至於信契約有效所受之損害，即所謂消極之利益(negative Interesse)或稱信任之利益(Vertrauensinteresse)，例如訂立契約之費用、履行準備之費用⁴⁸。」又民法第110條有規定，代理權人以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償責任。然其卻認為本條有關無權代理人應負之損害賠償範圍，因不同德國民法第179條有「不超過相對人因履行所得之利益」規定，以限制信任利益賠償，故民法第110條損害賠償範圍，不僅是信任之利益，就有關履行利益，亦應賠償⁴⁹。

梳理1911年到1945年間文獻可知，學者胡長清先生是初次將Jhering所稱之「消極契約利益」概念引入者，且其也略述消極契約利益損害賠償的內蘊基礎在於契約訂立時之注意義務；日本學者我妻榮先生將「訂立契約上過失責任」制度一詞引進我國學理中，並使訂立契約時之「注意義務」與訂立契約上之「過失」為串連，Jhering所倡議之締約上過失責任的原貌方得浮現，而締約上過失損害賠償之範圍，我妻榮先生卻認為不限於

⁴⁶ 我妻榮著，洪錫恆譯，註41，頁131。

⁴⁷ 洪文瀾，註41，頁281。

⁴⁸ 史尚寬，註41，頁319。

⁴⁹ 史尚寬，註41，頁398。

消極利益之損害。另史尚寬先生在解釋民法第91條損害賠償責任之範圍時，認為消極利益損害與信任（信賴）利益損害乃是相同之謂。

四、實務之未識

大清民律草案提出後，在民國初期大理院3年上字第206號【察看馬群熟地川資案】民事判決之理由中得窺知，於彼時即使大清民律草案立法者參考德國個別締約上過失規範作為範式模型，然對締約上過失理論認識是匱乏。大理院認為不論契約成立否，為締結契約而支出之準備費用，一概係屬當事人各自應承擔之風險。【察看馬群熟地川資案】之事實與判決理由說明如下：

本案案例事實略為⁵⁰：被上告人與及植○農業無限公司訂約，共置買該公司哈拉罕荒地60頃，即託該公司經理開墾，共交地價、墾費共京平銀5,000餘兩，立有合同可證。肆查悉該公司並無哈拉罕荒地，即向上告人喬○香理論，喬○香為該公司之股東，而上告人喬○香欲以馬群熟地補償⁵¹，寫立合同迫令簽押未允，再三勸誘始偕同協上告人蘇○卿——即該公司之經理人——出口察看，見該處亦無公司之地，遂未成交，嗣後上告人亦允退款，有函件可證，而支吾不還，應令退還地價等項，並支付利息、賠償川資云云。

上告人則抗辯：公司實有哈拉罕荒地，……。因前清宣統2年大旱未見成效，

被上告人遂即與公司改訂新約購置馬群熟地，立有合約。肆由上告人蘇○卿協同出口驗收、對明地址，因帶人無多未及丈量，返京後被上告人意圖悔約，捏成無地，喬○香信以真，遂允退款，實出錯誤云云。

大理院之判決理由：「蓋出口之緣由何在，乃兩造所爭，上告人雖主張偕同出口原為履行新約起見指交地畝；而被上告人則謂受上告人勸誘，姑與出口察看地畝情形，以備訂立新約。由前之說，是出口之事乃新約履行；由後之說，為新約之預備，究竟出口緣由為履行抑為預備，自當審究新約之已經訂定與否以為論斷。茲上告人所主張新約訂定之事實既非可信，則出口之事亦不過訂立新約之預備，其以此項事實證明新約之訂定者，即難謂為適法。……。蓋原約既已解除，茲所求者為款項返還，並不在損害之賠償……。又出口川資之賠償，亦屬被上告人之請求事項，自當審就當時偕同出口之緣由，及當時公司當時有無群馬熟地以為論斷。茲依上開說明，當時出口實為察看熟地情形以備訂約，則出口川資實契約之準備費，除有特別約定外，無論契約成立與否，均應由兩造各自負擔，原非可以請求賠償。如果當時公司當時無群馬熟地可為契約標的，則其偕同出口看地並無訂約之誠意，不過藉以延宕時日，以求免債務之履行，凡所生耗費依侵權行為之法則，自難免賠償之責，原審關於此層未詳為審究即予判斷，亦不得謂為合法。⁵²」

⁵⁰ 黃源盛編，大理院民事判例輯存——總則編，頁547-552，2012年。

⁵¹ 關於養馬熟地說明，參張振昕，明代官方馬匹的飼養、勞役與醫療，臺灣師範大學歷史學系研究所碩士論文，頁1以下，2023年。

⁵² 民初大理院民事審判法源之依據為何，可參考黃源盛，民刑分立之後——民初大理院民事審判法源問

在【察看馬群熟地川資案】判決理由中有謂：「契約之準備費，除有特別約定外，無論契約成立與否，均應由兩造各自負擔，不能請求賠償。」大理院認為，一方當事人為締結契約之目的所支出之準備費用，不論契約成立與否，均不能責令相對人負契約上之損害賠償責任。亦即是，締結契約而支出之準備費用，係屬當事人於交易上應自行負擔風險的範疇。判決理由又有謂：「如果當時公司當時無群馬熟地可為契約標的，則其偕同出口看地並無訂約之誠意，不過藉以延宕時日，以求免債務之履行，凡所生耗費依侵權行為之法則，自難免賠償之責……。」大理院強調，相對人若無訂約誠意，藉以延宕時日，而不締結契約，致一方受有耗費或徒勞費用之損害時，相對人應受侵權行為責任之相繩。由此觀之，大理院於彼時尚未思慮大清民律草案以援引之締約上過失消極利益損害賠償規範之思維，而斷然總結論道：「契約之準備費，除有特別約定外，無論契約成立與否，均應由兩造各自負擔，不能請求賠償。」至於締約階段而生徒勞費用之損害，大理院則主張在一方無訂約誠意，而致他方耗費或徒勞損害，則蓋以侵權行為損害賠償責任為相繩。彼時大理院似乎認為前契約注意義務違反所生損害，係屬侵權行為責任之屬性，而尚未慮及大清民律草案採行的侵權行為立法模式是具有先天缺陷性，而須締約上過失責任予以填補⁵³。

五、小結

從大理院3年上字第206號民事判決（察看馬群熟地川資案）中可知，大理院尚未識締約過失之消極利益或信賴利益損害賠償責任，而是將無訂約誠意所生之耗費損害——消極利益或信賴利益損害，類歸為侵權行為責任之範疇。民法制定前，大理院於察看馬群熟地川資案所持立場，是對契約責任和侵權責任劃分之取態，就我民法史上觀之，甚具意義。

索驥彼時有限的民法立法資料，立法者即使採取德國民法有關個別性和散落性之締約上過失立法模型，然卻未見立法者對締約上過失理論為說明，對於民法第91條、第110條與第247條規定猶如學者吳經熊先生所言僅是「照賬謄錄」而已。

梳理1911年到1945年間教科書可知，學者胡長清先生初次將Jhering所稱之「消極契約利益」概念引入者，且其也略述消極契約利益損害賠償的內蘊基礎在於契約訂立時之注意義務；日本學者我妻榮先生將「訂立契約上過失責任」制度一詞引進我國學理中，並使訂立契約時之「注意義務」與訂立契約上之「過失」為串連，Jhering所倡議之締約上過失責任的原貌方得浮現，而締約上過失損害賠償之範圍，我妻榮先生卻認為不限於消極利益之損害。另史尚寬先生在解釋民法第91條損害賠償責任之範圍時，認為消極利益損害與信任（信賴）利益損害乃是相同之謂。

題再探，政大法學評論，98期，頁7以下，2007年。

⁵³ 王澤鑑，締約上之過失，中興法學，9期，頁21，1974年，其有云：「侵權行為所謂之損害通常係指現存利益得減損，在締約上過失，被害人所遭受的，係因所期待契約的不成立或無效，至喪失締約上給付請求權時，此可否依侵權行為的規定請求賠償，仍有疑問。」此觀點值得參考。

參、一般性締約上過失責任之拓殖 (1946年至1999年)

1945年國民政府接收臺灣後，此部民法在1946年10月25日起全面於臺灣施行⁵⁴。又1949年國民政府遷臺，大陸時期民法著作在臺發行或是部分學者部分來臺，締約上過失一詞也因此持續沿用。從1946年到1999年明文增訂民法第245條之1締約上過失責任規定間，學說與司法實務是如何繪製締約上過失的內涵和範圍，梳理如下。

一、學說之開展

(一) 限於不能給付為標的而契約無效類型之締約過失

史尚寬先生在《債法總論》(1954年)一書中表示，民法第246條及第247條為締約上過失責任具體化規定。其有謂：「契約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(民法247條1項、德民307條)。此為訂約上過失之責任(Culpa in contrahendo)。蓋因當事人知其不能之事或因過失而不知其事實未告知他方時，其沉默即為訂約時有過失。如他方當事人亦知其不能之事實或因過失而不知，則因過失抵銷之原則，可不負此責任。此賠償為信賴利益(Vertrauensinteresse)，即所謂消極利益(Negative Vertragsinteresse)之損害賠償。⁵⁵」

並又強調，此責任是因為違反訂約上告知義務而生，責任屬性非為侵權行為，故損害賠償請求不適用民法第197條短期時效規定，而應適用民法第125條一般時效消滅規定⁵⁶。

學者孫森焱先生在《民法債編總論》(1979年)書中，縱未言明民法第247條是否為締約過失責任之具體規範，然其卻表示：「賠償義務人須於訂約時明知其不能或可得而知者為賠償義務之成立要件。此在賠償義務人係明知標的不能者，如其將標的不能之事由告知他方，他方即不致信契約為有效，是其保持沈默即係責任之發生原因，結果無異課當事人告知之義務。若賠償義務人係可得而知者，賠償義務人僅就不知標的不能有過失而已。他方當事人非因過失而信契約為有效所受損害與賠償義務人就不知標的不能有過失之間，原無相當因果關係，蓋契約既由當事人間基於自由意思而訂定，縱因契約之無效而受損害，亦應就自己之行為負責。就有過失之當事人言，不過對於有標的不能之情形，因過失而不知而已，尚難認為不法侵害他方當事人之權益，致生損害。可見民法第二四七條第一項規定之賠償義務並非基於侵權行為之法則所設，實係因法律規定加諸契約當事人之特殊賠償責任。⁵⁷」其認為締約上過失責任性質，非為侵權行為，亦非契約責任，而是一種法定責任。

據上，學者史尚寬先生和孫森焱先生均認為，締約上過失責任適用之類型，僅侷限

⁵⁴ 王泰升，臺灣法律史概論，元照，頁128，2001年。

⁵⁵ 史尚寬，債法總論，頁489-499，1954年。

⁵⁶ 史尚寬，債法總論，頁499，1983年。

⁵⁷ 孫森焱，民法債編總論，頁493，1979年。

於民法第246條及第247條情形，且不肯認締約過失責任之一般化。

(二) 一般無效類型之締約過失

學者鄭玉波先生在《民法債編總論》（1962年）一書中表示：「依民法第二四七條第一項規定：『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。』此即學者所稱訂約上過失(Culpa in Contrahendo)是也。（民法第一一三條關於一般法律行為亦有類此之規定。）⁵⁸」其認為，民法第113條是無效法律行為締約過失損害賠償之一般性依據。

學者何孝元先生同此觀點，其認為民法第247條第1項和民法第113條規定在規範目的上，同為締約上過失損害賠償之屬性。民法第113條適用於一般法律行為，而民法第247條第1項則是關於契約行為因標的不能而無效之特別規定。至於損害賠償之範圍，僅限於信契約為有效所受之損害，即所謂信賴利益⁵⁹。

承此見解者亦有學者邱聰智先生，其強調：「民法第247條第1項締約者之法律責任，在標的不能時，僅指向契約本身為無效，非謂無法律上效果。而法律行為無效基本原則，應注意之一般性規範依據，係為民法第113條。至於民法第247條第1項之損害

賠償規定，僅為締約過失責任具體規定之一而已⁶⁰。」

綜上，學者鄭玉波先生、何孝元先生和邱聰智先生均認為，民法第247條為締約上過失具體化規範，而民法第113條則是無效法律行為締約過失損害賠償責任之一般化規定。循此，民法第91條、第110條同民法第247條，亦為民法第113條之特別規定。

(三) 契約不成立和不能給付為標的而契約無效類型之締約過失

學者梅仲協先生在《民法要義》（1954年）一書中表示，民法第247條規定，契約因不能給付為標的而無效，當事人於訂立契約時，知其不能或可得而知者，對於非因其過失而信契約為有效，致受損害之他方當事人，應負損害賠償責任。此賠償責任是基於契約上過失而發生，其所應填補之損害，以他方當事人之消極利益為限⁶¹。其也肯認契約不成立類型締約上過失，並有謂：「當事人就所欲訂立契約，必要之點不合意時，契約固不成立，但當事人一方，因可歸責於己之事由，使事實不克臻於明瞭，致引起他方當事人之誤解，致讓成不合意者，則應負契約過失(culpa in contrahendo)責任，他方當事人因契約不成立而受損害時，得請求賠償消極利益損害⁶²。」

據上，梅仲協先生認為締約上過失責任不僅適用於標的因給付不能契約無效之類型

⁵⁸ 鄭玉波，民法債編總論，頁332，1962年。

⁵⁹ 何孝元，民法債編總論，頁193，1971年。

⁶⁰ 邱聰智，民法債編通則，頁341-342，1987年。

⁶¹ 梅仲協，民法要義，頁184，1954年。

⁶² 梅仲協，註61，頁93。

外，尚擴及契約不成立類型，特別是將締約中斷類型之過失責任引入。

(四) 一般締約上過失原則之建立與推進

1. 一般締約過失責任之倡導

中央研究院王澤鑑院士在1974年於中興法學發表〈締約上之過失〉一文⁶³，開啟了我國對一般締約上過失責任基礎理論與發展之認識，更為學界奠定下締約上過失制度研究基石⁶⁴，也因此催生我國民法增訂締約過失責任之明文。

在上開論著中，王院士藉由德國締約上過失理論發展軌跡以及理論基礎，力主我國有創設一般締約上過失原則之必要性。其中尤具有啟示性論述有兩部分：

一是在締約上過失理論依據上，首次將前契約義務(vorvertragliche Pflicht)概念引入

於我國，並強調契約關係是一種本於信賴而生之法律上之特別結合關係，而此特殊信賴關係建立，從當事人為締結契約而磋商接觸之際即已形成。也就是，因為締結契約有所接觸磋商所形成之特殊信賴關係，本於誠實信用原則，產生前契約之協力、通知、說明、照顧及保護等義務，其性質與強度超越一般侵權行為法之注意義務，與契約關係較相近。締約上過失責任之功能在於補充現行規定而創設之法定債之關係⁶⁵。

二是締約上過失理論在適用之類型上，並不限於民法第91條、第110條及第247條所規定者，亦即於契約不成立、契約無效、締約之際未盡說明義務致他方財產受到損害以及締約之際未盡保護義務致他方身體健康遭受損害等擴大性類型⁶⁶。且因不同類型之締約上過失，損害賠償內容則非僅指向消極利益，亦可能及於履行利益，甚或是維持利益

⁶³ 王澤鑑，註19，頁77-91。

⁶⁴ 以下有關締約上過失學說文獻（依發表時間遠近排列）可參：劉春堂，締約上過失之研究，臺灣大學法律研究所博士論文，1982年；陳洗岳，「中斷交涉」與締約上過失責任之序論研究，收於：民法研究會編，民法研究會實錄第4冊，頁1-81，2000年；林美惠，締約上過失及其諸類型之探討——附論民法增訂第二四五條之一，月旦法學雜誌，87期，頁149-168，2002年；蘇永欽，締約過失責任的經濟分析——從現代交易的階段化談起，臺灣大學法學論叢，33卷1期，頁183-218，2004年；陳彥良，未明文法律制度之法典化——德國民法上的締約過失，臺北大學法學論叢，56期，頁143-175，2005年；陳忠五，論「歐洲契約法原則」之先契約責任，收於：民事法學新思維之開展——劉春堂教授六秩華誕祝壽論文集，頁639-674，2008年；向明恩，德國締約上過失理論之發展，臺北大學法學論叢，70期，頁1-79，2009年；向明恩，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145-205，2011年；葉新民，德國民法上違反締約時說明義務之損害賠償責任——兼論以契約之回復原狀做為損害賠償方法在我國法上適用的可能性，臺北大學法學論叢，86期，頁51-124，2013年；林易典，契約成立而未生效時之締約上過失責任——最高法院101台上593判決，台灣法學雜誌，231期，頁215-220，2013年；楊芳賢，自兩件外國過失不實陳述判決論民法第二四五條之一第一項尤其第一款之妥適性，月旦法學雜誌，251期，頁189-205，2016年；邱琦，締約過失與純粹經濟損失，裁判時報，58期，頁42-51，2017年；吳光平，締約上過失之類型及民法第二四五條之一之功能與適用範圍，南臺財經法學，3期，頁121-154，2017年；周伯峰，註27，頁219-295；陳洗岳，中斷締約交涉之責任——最高法院106年度台上字第1362號民事判決，裁判時報，94期，頁15-19，2020年；陳聰富，論契約成立生效後之締約上過失責任以不實表述之責任為中心，臺灣大學法學論叢，50卷1期，頁213-264，2021年；陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，政大法學評論，169期，頁215-290，2022年。

⁶⁵ 王澤鑑，註53，頁23-24。

⁶⁶ 王澤鑑，註53，頁23-24。

(Erhaltungsinteresse)⁶⁷。

隨後，學者劉德寬先生支持此立論並表示，當事人因締約而磋商與交涉時，彼此間形成以信賴為基礎之法定債之關係，則當事人一方故意或過失違背信賴關係，致他方受損害時，應負損害賠償責任。進言之，基於誠信原則，當事人間互負有前契約上之注意義務，不論嗣後契約成立與否，當人間一方違反前契約義務致他方損害，則應負締約上過失賠償責任。又若一般性之締約過失損害賠償與侵權行為損害賠償、撤銷錯誤意思之損害賠償、或瑕疵擔保損害賠償等請求權為發生競合時，不妨由權利人擇一行使之⁶⁸。

另學者黃越欽先生在1980年發表之〈契約給付義務新論〉一文中深入探討，契約磋商或準備機緣之加害行為納入締約上過失責任之妥適性⁶⁹。其首先說明，當事人為締結契約，隨著磋商進行過程中，當事人形成一種以契約為目的的緊密連結關係，在此關係存在著一種「微不足道」的注意義務，此種注意義務卻是一方對他方之誠實與注意義務，隨著契約締結過程之利益與信賴與日俱增，此義務之請求則超越侵權行為法所規範之一般利益。或稱準契約關係，依準契約關係所產生之典型契約之說明、注意與保護義務，此為契約前義務之成立要件。違反此種有責之義務，即為締約上之過失，應負損害

賠償責任⁷⁰。隨後更表示，締約過失責任之正當性在於誠信原則與交易信賴之保護，在社會本位下，課予當事人之注意義務，在締約前、締約時、契約存續期間與債之關係消滅後是齊足並馳。換言之，此種前契約注意之產生，非肇因於「廣泛的社會接觸」，而是繫諸於誠信原則與交易信賴，惟有如是此一社會接觸方能衍生出類似契約關係之獨特責任⁷¹。也因此，縱為交易而有所接觸，致他人身體、財產受損害，固屬侵權行為責任之領域，然鑑於社會本位之要求，對開啟交易通道或營業處所之人即有義務保護進入之人，免受任何損失。此觀點確實全然反映社會本位之精神，也似乎將契約行為之危險納入契約秩序中，惟「之所以將之納入契約法的保護範圍內，端在於『社會接觸』之論調，對身體財產進入他人影響範圍內時之保障大大提高。為達此目的，不惜以例外之情形，將侵權法上之保護目的，用契約法來實現。⁷²」

2.一般締約過失責任之闡揚

學者劉春堂先生在1982年以「締約上過失之研究」為題之博士論文，在王院士對締約上過失研究成果之基礎上，又因我國侵權行為法制先天缺失之故，進而全面性、體系性為我國建立一般締約上過失制度，甚至提出立法展望建議⁷³。此豐碩研究成果，引領

⁶⁷ 王澤鑑，註 53，頁 24。

⁶⁸ 劉德寬，德國民法得若干新觀念（介紹）——事實上的契約關係、契約締結之際的過失、危險責任，收於：民法諸問題與新展望，頁 426 以下，1979 年。

⁶⁹ 黃越欽，契約給付義務新論，收於：私法論文集，頁 187 以下，1980 年。

⁷⁰ 黃越欽，註 69，頁 200。

⁷¹ 黃越欽，註 69，頁 204。

⁷² 黃越欽，註 69，頁 207。

⁷³ 劉春堂，註 64，頁 1 以下。

著學理之續行研究，其我國一般締約過失制度形塑，有著以下之重要影響：

其一是確立我國締約上過失責任之屬性。有鑑於當事人為締結契約而開始為交易上接觸，並在契約磋商與準備過程中，因一方過失致他方受損害時，此侵害行為與當事人意欲形成之契約有著極密切連接關係。亦即是，侵害行為發生前，當事人間因契約之磋商或準備行為，形成法律上之特別結合關係，或理解為類似契約之信賴關係或是一種法定債之關係。基於此種法律上之特別結合關係所生之當事人間之損害賠償問題，將其納入契約責任領域，以符合當事人之利益狀態⁷⁴。

其二是建立我國締約上過失責任之類型。其細分為四類，分別為：契約無效或不成立責任、締結不利益內容契約之責任、契約僅止於磋商未臻締結之責任以及以契約磋商或準備機緣之加害行為責任。在契約無效或不成立責任類型上，則梳理個別致契約無效之事由為討論，特別是行為能力欠缺而致契約無效之情形，從保護未成年優先立法意旨出發，應無締約上過失損害賠償責任之問題⁷⁵。在締結不利益內容契約之責任上，其強調締約上過失之損害賠償責任不妨與瑕疵擔保責任競合，因法律基礎不同之故⁷⁶。至於在契約磋商或準備機緣之加害行為責任之類型上，其認為基於誠信原則所形成之保護契約義務和侵權行為法之交易安全注意義務，在本質上係為一事，是否應將本屬於侵

權行為法領域所應處理之情事，由締約上過失責任代位，容有斟酌餘地。惟衡酌我國侵權行為法繼受於德國所帶有之先天缺陷性，從保護被害人角度出發，將之納入締約上過失責任之列，仍有實益⁷⁷。

其三是提出一般締約上過失責任之立法建議條文。其建議在民法第224條之後新增224條之1有關一般締約上過失損害賠償責任條文：「當事人就其締結契約而進行磋商及契約形成之際，因故意或過失違反義務，致相對人遭受損害者，應對之負損害賠償責任，縱然未臻締結或無效，亦同。」並敘明對應之立法理由，對一般締約上過失責任建立正當性、適用範圍及構成要件作出重要說理：「關於締約當事人違反締約前義務所致損害之賠償責任問題，我國民法於個別情形，亦設有明文規定者，如民法二四七條、五九六條、第六三一條是。茲既認當事人於契約締結前之磋商準備階段，以負有一般的誠實、保護及告知等先契約義務，則於其有違反此等義務之行為，致相對人遭受損害時之賠償責任問題，自應對之設統一規定，以期能合理規律當事人間的締約磋商行為為維護締約當事人之權益，確保交易安全。又由於我國現行民事責任之成立，基本上仍以加害人之故意或過失為主觀歸責事由（參閱民法第184條、第220條），故當事人之違反締約前義務，自應以其有故意或過失為責任成立要件。其次，締約前義務之發生，與契約是否以臻締結或是否有效成立無關，係以當

⁷⁴ 劉春堂，註64，頁194-195。

⁷⁵ 劉春堂，註64，頁181。

⁷⁶ 劉春堂，註64，頁183。

⁷⁷ 劉春堂，註64，頁187-188。

事人為締結契約而接觸磋商之際因相互信賴所形成之結合關係為基礎。故此項損害賠償責任之發生，與契約是否以臻締結或是否有效成立無關。爰參照希臘民法第198條規定，增訂本條。」深具參考作用。

二、實務之取態

茲舉司法實務足資參考之三判決，以說明司法實務透過個案欲擴大締約過失適用之範圍：

(一) 一般無效類型之締約過失

就有關【採購軟式浮水式防彈衣案】，最高法院在87年度台上字第1396號民事判決理由中有謂：「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。原審本此見解而為上訴人上開部分敗訴之判決，經核於法並無違背。上訴人指民法第二百四十七條第一項乃特別規定，同法第一百十三條應排除適用一節，即難謂原判決有何違背法令。又上訴人固於原審曾辯稱被上訴人得以光譜纖維等材質作成系爭防彈衣，該買賣標的非給付不能及被上訴人給付三百五十萬元押標金為不法原因給付，不得請求返還云云，惟上訴人採購浮水式防彈衣規格

『材質』項已明定採用『杜邦防彈纖維或相等強度之品質優良材質』，有該防彈衣規格可憑……，且被上訴人給付上訴人上開押標金三百五十萬元並移為履約保證金乃依上訴人公開招標之投標須知及買賣契約而來，亦有該投標須知及買賣契約足稽……。原審就此既於理由項下載明其與判決結果不生影響，不予逐一論述，尤難認於法有違。」

關於本案，最高法院對原審法院之判決理由，「兩造間就有關係爭防彈衣防彈能力之約定，從防彈衣之物理性，衣服設計無法去除衣角、邊緣及目前防彈衣之製作水準等限制觀之，自屬標的不能之給付，依民法第二百四十六條第一項規定，其買賣契約應為無效。又上訴人乃警政單位，採購防彈衣係其經常性之業務，應知以本件防彈能力規格採購防彈衣，為標的給付不能，其竟仍與被上訴人簽約買賣，致契約因給付不能而無效，顯然上訴人於訂約當時可得知契約為無效。從而，被上訴人以系爭契約無效為由，依民法第一百十三條規定，先位聲明請求上訴人給付上述履約保證金三百五十萬元本息，即屬正當，應予准許。」予以之支持，並認為縱民法第247條為締約上過失責任之特別規定，亦無礙被上訴人得依民法第113條請求消極利益之賠償。由此可知，最高法院係將民法第113條解為締約上過失責任之一般性規定。

(二) 契約不成立類型之締約過失

就針對【舊衣物類資源回收標售招標案】，臺灣高等法院在89年度上易字第473號民事判決理由中有謂：「再按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；至於積極的契約履行利益，則以法律行為有效成立為前提，故契約因以不能之給付為標的而無效者，履行利益即屬無從發生，因契約履行所得之利益，尚不在得為請求之列（最高法院五十一年度台上字第二一〇一號判例、七十一年度台上字第一四七號、七十五年台上字第一三五五號、七十九年度台上字第二二九二號判決意旨參照），此種信賴利益之損害賠償，不唯於民法第二百四十七條第一項之契約無效之情形如是，於其他契約無效之情形（如民法第一百十三條），及契約不成立之情形（八十九年五月五日修正施行之民法第二百四十五條之一）亦應為同一之解釋，乃係因於締結契約之過程中，課以從事締結契約之當事人施以適當之注意義務，如因可歸責於一造當事人之事由，致契約無效、不成立時，對他造當事人所負之損害賠償責任，故此項損害賠償自應以信賴契約有效所受之損害為限，至履行利益之損害賠償則不包括在內。」

在本案中，臺灣高等法院認為若上訴人主張兩造間之契約不成立，縱兩造間之債在債法施行前所發生，仍得類推適用民法第247條、第113條及依89年5月5日修正施行之民法第245條之1之立法意旨及精神，請求被上訴人賠償信賴利益損害賠償，但履行利益之損害賠償則不及之。由是，姑且不論修正施行之民法第245條之1之規定，最高法院主張得類推適用民法第247條和第113條之法理

精神，以肯定契約不成類型之締約上過失責任。

(三) 違反前契約說明義務類型之締約過失

針對【訪問買賣推銷旅遊產品案】，臺北地方法院在87年度簡上字第91號民事判決中有謂：「為達提昇國民消費生活安全之目的，針對上開訪問買賣方式，消費者保護法第十八條特別規定企業經營者之告知義務，即應將買賣之條件、出賣人之姓名、名稱、負責人、事務所或住居所告知買受之消費者，目的在使消費者能確知其交易之相對人為何者，便於其後消費者行使申訴、退回商品、書面通知解除契約等權利；且依消費者保護法施行細則第十六條第一項之規定，企業經營者應於訂立訪問買賣時，除告知前開消費者保護法第十八條所定事項外，尚應告知該法第十九條第一項『於收受商品後七日內無須說明理由之解除契約權』，並取得消費者聲明已受告知之證明文件。本件兩造間之買賣屬消費者保護法中之訪問買賣，參照上開規定，上訴人有以書面告知被上訴人解除契約權之告知義務，經查兩造簽訂之『會員申請書暨約定書』，條款中並無有關告知被上訴人解除權之記載，被上訴人亦未舉證證明以口頭告知上訴人，足認上訴人違反前述告知義務。此時依民法之規定企業經營者構成締約上過失，應對消費者負損害賠償責任，消費者仍須依消費者保護法第十九條第一項之收到商品後七日內行使解除權，消費者已收受商品但不退回而以意思表示解除契約者，必須以書面為之，故以口頭解約不生效力。經查本件兩造於八十五年七月七日簽

訂契約，上訴人於八十六年一月七日繳清款項，再於八十六年四月十一日收到會員卡一節，業經兩造陳述一致在卷，被上訴人主張渠等於八十六年四月十二日起即以電話告知被上訴人有關解除契約之意思表示，上訴人之人員多所推拖，至八十六年四月十七日始傳真一份有關會員卡轉讓之資料云云，此為上訴人所否認，縱使屬實，依前開說明，被上訴人以口頭表示解約亦不生解除契約之效力。再查被上訴人其後至八十六年五月二十一日始寄發書面存證信函與上訴人，其內表示解除契約之意思表示一節，業據被上訴人於原審提出存證信函為證，並經上訴人自認屬實，自被上訴人收到會員卡之八十六年四月十一日起算已逾七日，被上訴人之解除權業已歸於消滅而不得解除契約。」

在本案中，臺北地方法院表示被上訴人所為之行為係屬訪問行為，依消費者保護法施行細則第16條第1項之規定（已刪除）⁷⁸，上訴人除應負告知消費者保護法第18條（舊消費者保護法）所定事項外，尚應負有告知消費者保護法第19條第1項（舊消費者保護法）於「收受商品於收受商品後七日內無須說明理由之解除契約權，並取得消費者聲明已受告知之證明文件」之義務⁷⁹，而上訴人違反此告知義務時，則依民法規定企業經營者構成締約上過失，應對消費者負損害賠償責任。為保護被突襲交易之消費者，在本案判決中法院肯定，企業經營者對消費者在訂約時負有告知解除權之義務，若企業經營者違反先契約告知義務，係屬締約

上過失。就此臺北地方法院似乎認為，違反前契約說明義務，致契約有效成立之情形，締約上過失賠償責任亦有適用空間。

三、小結

彙整1946年到1999年間教科書與相關學說文獻可知，此時期是締約過失損害賠償責任建立之拓殖期，而學說對於締約過失責任適用範圍，也各有立場：學者史尚寬和孫森焱先生採極限縮類型觀點；學者鄭玉波先生、何孝元先生和邱聰智先生倡議建立一般契約無效之締約過失責任，規範依據為民法第113條；學者梅仲協先生則是學理上首次正視締約中斷類型締約過失責任之論者；中央研究院王澤鑑院士開啟一般締約過失責任理論——前契約信賴關係——之建立，隨後學者黃越欽先生、史尚寬先生，以及劉春堂先生更為一般締約過失責任制度全面推展添加動能。一般締約過失責任適用之範圍，除上開學者所論及類型外，並擴及於違反前契約說明義務而締結不利益契約類型、違反保護義務損及固有利益類型。值得注意的是，不論採締約過失責任限縮類型之論者，或是採一般締約過失責任之論者，蓋均以為締約過失責任是侵權法與契約法外之賠償制度，為一種類似於契約之法定之債。

在此期間司法實務判決也嘗試與學說對話，最高法院在87年度台上字第1396號民事判決【採購軟式浮水式防彈衣案】贊成，民法第113條具一般契約無效締約過失責任之功能；臺灣高等法院在89年度上易字第473

⁷⁸ 2015年12月31日行政院修正發布刪除消費者保護法施行細則第16條。

⁷⁹ 2015年6月17日總統令修正公布消費者保護法第18條和第19條。

號民事判決【舊衣物類資源回收標售招標案】肯認，就因信契約成立，契約不成立所生之損害，得類推適用民法第247條與第113條規範目的，請求賠償；臺北地方法院在87年度簡上字第91號民事判決【訪問買賣推銷旅遊產品案】試圖建立前契約說明義務類型之締約過失責任，甚具參考性。

肆、從一般走向縮減之締約上過失責任立法例（2000年迄今）

在1998年6月3日行政院暨司法院會銜送請立法院審議之「民法債編部分條文修正草案暨民法債編施行法修正草案總說明」詳載，有鑑於「我國政治環境、社會結構、經濟條件乃至世界局勢均有重大變化，原本立基於農業生活形態之民法債編規定已未敷所需，再揆以長期間之適用經驗，確有若干未盡妥適或疏漏不足之處應予修正。⁸⁰」因此之故，民法債編修正草案於民法第245條之1增訂締約過失責任之規定，且該條修正要點為「締約過失責任早經學者通說所肯認，且為晚進外國立法例如希臘、義大利所採，本法亦應增訂，俾求周延。⁸¹」循上開學理之開展、司法實務之取態，甚或修正要點之說明，一般過失締約過失責任模型，似為債法修正委員會欲選取之立法路徑。一般締約過失責任建構理念，在修法過程中，曾一度被考量，然最終未被鞏固，更未被延續，債法修正委員會最終擇取縮減締約過失責任模型⁸²。

民法第245條之1締約過失責任之規定，係以縮減締約上過失責任為規範模型，且在締約過失責任成立之主觀要件要求，亦是趨向嚴格。民法第245條之1自2000年5月5日施行至今，正值四分之一個世紀，此期間之學理評價、適用經驗，甚或是民法上締約過失責任規定如何影響公法領域，將一併如下為說明。

一、締約上過失責任之明文化

（一）增訂民法第245條之1之立法理由與說明

民法在第245條之1締約過失責任之規定為：「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密者。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2年間不行使而消滅。」本條立法理由為，「一、當事人為訂立契約而進行準備或商議，即已建立特殊信賴關係，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害，既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇，原法對此未設有賠償責任之規定，有失周延，爰增訂第一項。二、為早日確定權利之狀態，而維持社會之秩序，

⁸⁰ 法務部，民法債編部分條文修正草案暨民法債編施行法修正草案總說明，頁1，1999年。

⁸¹ 法務部，註80，頁9。

⁸² 法務部法律事務司，民法研究修正實錄，收於：債編部分（四），頁405-492，1999年。

明定「前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」又本條立法說明中更詳敘：「一、本條新增。二、近日工商發達，交通進步，當事人在締約前接觸或磋商之機會大增。當事人為訂立契約而進行準備或商議，即處於相互信賴之特殊關係中，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害，既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇，現行法對此未設有賠償責任之規定，有失周延。而外國立法例，例如希臘一九四〇年新民法第一百九十七條及第一百九十八條、義大利民法第一千三百三十七條及一千三百三十八條，均有『締約過失責任』之規定。為保障締約前雙方當事人間因準備或商議訂立契約已建立特殊信賴關係，並維護交易安全，我國實有規定之必要，爰增訂第一項規定。三、為早日確定權利之狀態，而維持社會之秩序，爰參考前述希臘新民法第一百九十八條規定，明定前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」

(二) 立法過程中選取模型之歧見

債法修正研究委員會於討論締約過失條文案之過程中，委員間就締約過失責任之立法取徑存有高度歧見，以下僅節錄民法研究修正委員會紀錄中，有關主張限制性和一般性立法之重要論述部分。

1. 限制性立法模型之立論

主張縮減且限於契約未成立類型締約過失責任之論者及其理由，略有：

孫森焱委員在第767次明確主張宜採縮減限於契約未成立類型之締約過失責任：

「契約雙方當事人因接觸而造成締約之過失者，其型態可分為三種，一是契約成立，一是契約不成立，一是契約無效。契約於締結後成立或無效時，我民法均設有明文之規定，例如：締約之一方有隱瞞、錯誤或被詐欺時，如何處理，我民法已有規範，民法第八十八條、第九十二條即是，如契約無效時，則於第二百四十七條設有規定。其所謂信契約為有效、善意並無過失者可引締約之誠信原則、告知義務等。我民法對於契約不成立而生之締約過失責任，尚乏明文，惟是否應予增設，須加以考量者，係不應與第二百四十七條規定損害賠償之範圍限於信賴利益，如擴及履行利益，似發生不平衡。⁸³」

第768次會議續有謂：「民法中增設締約過失責任之規定宜慎研究。有關締約過失責任我民法已設有規定之意思表示，因給付不能而契約無效之情形，均已有明文，現只有契約不成立者未設規定，在此德、日立法例亦同。現如欲就不成立契約者亦增設締約過失責任之規定，則須考慮應與第二百四十七條之規定相配合，因第二百四十七條之責任並非以誠信原則為標準，而係以債權人之善意並無過失及債務人『知其不能者』、『可得而知者』為要件，又其損害賠償之範圍如契約尚未成立時，如何能科以當事人履行利益之損害賠償責任，以上均值研究，宜審慎慮之⁸⁴。」第769次會議則懷疑論道：「締約

⁸³ 法務部法律事務司，註 82，頁 425。

⁸⁴ 法務部法律事務司，註 82，頁 434。

過失責任之訂立須顧慮與民法其他修文之配合，以免與其他規定產生矛盾。如法律之修正與社會現象或國民感情不合，則不宜繼受外國之學說。有關締約上過失責任之規定與契約成立、不成立與無效均有關係，現如僅針對契約不成立而規定是否有欠周延，似值考慮。……⁸⁵」第779次會議又續論：「日本學者所著有關德國法之著作，認為締約過失係法律之漏洞，但至目前為止却無一具體詳體詳細之規定，僅由判例就個案創立很多原則，其原因何在？……究在何情況下，才須賠償，很難以條文化之方式來規範。……⁸⁶」

林誠二委員對於應否增訂締約過失責任條文，又趨向更保守之立場，其在第765次會議表示：「法律之規定須隨時代之進步而有所修正或改變，此乃不容否認的，但本席認為黃委員所草擬之締約前過失責任草案，其損害賠償之基礎究係契約責任？或侵權行為責任？抑或法定特別責任，須先確定之。……另外，我民法第一百十三條及第二百四十七條已有締約前過失責任須負信賴利益之損害賠償責任之規定如法院之判決能靈活運用此二條文當已足矣。⁸⁷」隨後又謂：「如於債之發生中增訂一款有關締約前過失責任之規定，則其債之發生原因與侵權行為重複時如何處理？且締約過失責任須於契約成立後而生效前才有締約過失責任可言，故如認為宜於民法中增設之，則在體例上似尚

值推敲。⁸⁸」在第768次會議重申：「我民法對於締約上過失責任已設有若干之規定例如：出賣人應告知物之瑕疵責任，居間人亦有告知義務，加害給付亦同。僅於契約不成立時尚乏明文，但此可由擴張法定寄託之範圍來彌補之。加增訂締約過失責任於民法中，則何者為特別規定，如何適用即滋生疑義。⁸⁹」嗣後在第779次會議復主張：「關於締約過失責任，似無法訂立一個劃一的標準，例如：第一百十條、第一百十三條及第二百四十七條均是有關締約過失責任之規定，而第一百十條係無權代理人對善意之相對人須負無過失責任。第一百十三條須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責任。第二百四十七條係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。賠償條件各有不同，故不可能訂立一條文來規範所有締約過失責任。⁹⁰」

2. 一般性立法模型之立論

主張一般性締約過失過失責任之論者及其理由，略有：

黃茂榮委員在第766次會議表示：「締約前過失責任之基礎如何，因學說之不同而有不同的發展及傾向，例如：如認其屬法律行為者則認其屬事實上之契約關係而為契約之債。如認其屬信賴責任者則屬損害賠償責任之債。惟鑽研此問題無多大實益，本席建

⁸⁵ 法務部法律事務司，註 82，頁 443。

⁸⁶ 法務部法律事務司，註 82，頁 501。

⁸⁷ 法務部法律事務司，註 82，頁 414。

⁸⁸ 法務部法律事務司，註 82，頁 414。

⁸⁹ 法務部法律事務司，註 82，頁 435。

⁹⁰ 法務部法律事務司，註 82，頁 501。

議可將之納入債之發生原因之一，而於債之發生中增設一款規定，避免學說上艱難之爭議。⁹¹」第768次會議則強調：「……如認關於過失責任宜有一般性之規定，則法律即存有漏洞。此乃德國學者於德國民法制定時，即已指出之問題。有關締約過失責任如不於民法中增設之，則實務界欲引用時，即牽涉到法律漏洞之補充，此主要為立法者之責任。⁹²」

楊仁壽委員在第767次會議有謂：「於此階段下如將所有締約過失責任之各種類型規定均予增設於民法中，似尚有困難，但將其概括地規定於民法中，例如：上述希臘立法例即是。徒賴法官依誠信原則等概括概念隨時代演變而予以具體化，似尚嫌不足。因之，本席認為為使法官充分運用締約過失責任之規範，宜明文規定一些較為抽象概念，提示法官得隨時運用。希臘一九四〇年民法第一百七十九條及第一百九十八條之規定，可作為增設之參考⁹³。」

同此立場，蘇永欽委員亦在第767次會議進一步表示：「本席認為我民法中宜增設締約過失責任之相關規定，因民法須考慮法律之評價，平衡締約過失責任係針對締約過程中雙方所生類似契約關係之特別信賴關係而設，此時不難發現在契約及侵權行為兩制度間存有『漏洞』，（如僱傭人依侵權行為負責有免責可能性，而又無法依第二百二十四條定其責任）目前或許締約過失責任之增

設有其技術上困難，但由體系而言，補此漏洞仍有必要，本席贊成仿義大利民法與希臘民法之立法例增設一概括性規定以為將來實務發展之指引，且有形成國民意識之作用。⁹⁴」在第777次會議蘇永欽委員提出至為中肯論證：「本席基於四個理由認為宜於民法中增設締約過失責任之抽象規定，一是現今人民或許對於締約過失責任無法的意識，但如於民法中增設抽象之規定具有啟發性之作用。二是現行民法之基本體系下，締約上過失之損害已非侵權行為及契約制度所得救濟之，此種漏洞予以彌補。三是增設具體之規定有掛一漏萬之虞，故宜設抽象規定。四是從經濟分析理論觀之，某些規範如締約者之保密義務，如完全不予承認，則交易當事人可能傾向於洩露工商資訊，而導致資訊獲得之社會成本之增加。⁹⁵」

3.立法者選取之路線

承上可知，減縮締約過失責任和一般締約過失責任之立法例各有所長，綜合修法委員之見解，彙整如下：

採減縮締約過失責任立法例之論述為：若以增訂一般締約過失責任為修法路徑，在立法技術上，無疑將面臨如何制訂出周延且完善一般締約過失責任規定之難題。而一般性締約過失責任規定與其他特殊性法定締約過失責任規定間，諸如民法第91條、第110條、第113條、第247條、第360條等規定，應如何相互調和與適用，方能避免規範體系

⁹¹ 法務部法律事務司，註 82，頁 414。

⁹² 法務部法律事務司，註 82，頁 436。

⁹³ 法務部法律事務司，註 82，頁 426-427。

⁹⁴ 法務部法律事務司，註 82，頁 427。

⁹⁵ 法務部法律事務司，註 82，頁 490。

上與適用上之扞格，以防陷入危險立法。而觀民法規定，僅契約不成立而生之締約過失責任，尚乏明文，為補此類型缺漏，故有增設契約不成立類型之需。

採一般性締約過失責任立法例之立論為：於民法增設締約過失責任之抽象規定，對人民法意識甚有啟發，更為理論和實務發展奠下基礎。在侵權和契約二分民事責任體系下，能充分發揮漏洞填補之功能。且從法律經濟分析理論出發，增設一般締約過失責任之規定，得發揮遏止社會交易成本增加之成效。當事人因契約磋商或準備，形成法律上之特別信賴關係，基於此種特別信賴關係所生損害，增設一般締約過失責任，方能充分為貫徹保護締約當事人在締約階段之利益。

民法研究修正委員會在第780次會議之決議，將保護義務排除於締約過失責任之外，決議內容為：「關於保護義務之原則，不予增列。⁹⁶」隨後第781次會議中則議決：「契約成立時，依各該契約內容履行。故締約過失責任，僅指契約未成立之情形。⁹⁷」據此可知，民法第245條之1規範所劃定界線為：行為義務之違反，本屬侵權行為，歸侵權責任領域；給付有關之前契約義務違反且契約有效成立者，本屬契約不履行，歸契約責任領域。

二、學說之臧否

(一) 肯定性評價

對於民法第245條之1之規定，學者孫森焱先生肯定局部漏洞填補之立法例，其重申：「關於契約有效成立者，倘當事人之一方有未盡附隨義務時，固發生不完全給付之債務不履行責任問題，於買賣契約並涉及瑕疵擔保責任，此際是否發生締約上過失的競合問題？……按我國修正民法第二二七條已明文規定不完全給付之債務不履行責任，則債務人有未盡附隨義務者，債權人即得據此行使權利，是契約成立時，即無庸另設締約上過失規範之必要……民法第二四五條之一將締約上過失之發生限於：契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有同條第一項規定之情形為要件，即係排除契約已有效成立；或契約有無效之原因經撤銷者；或得依侵權行為規定保護被害人之各種情形，即非無故。⁹⁸」學者林誠二先生同持此立場，「民法中本已針對屬於締約上過失概念之行為有所規範，而今倘再認締約上過失係一法律基本原則，則其他屬於締約上過失之概念而於民法中卻未規定之情形，應如何解釋恐生問題。但國內學者早期多半傾向認為締約上過失為一般之法律原則，但又為避免締約上過失之概念適用範圍毫無限制，故於西元1999年4月21日民法債編修正時，雖將締約上過失之原則性規定引入我國民法中（民法第245條之1），但依其規定限縮於一定範圍內（即契約不成立時）始有適用，避免對現有民法體系產生破壞與衝擊……。⁹⁹」且本條僅在填補現行規範之不足，「尚非作為我

⁹⁶ 法務部法律事務司，註82，頁512。

⁹⁷ 法務部法律事務司，註82，頁515。

⁹⁸ 孫森焱，民法債編總論下冊，頁678-679，2020年。

⁹⁹ 林誠二，債法總論新解體系化解說（下），二版，頁229，2024年。

國民法上之一般基本原則，故將來法院於解釋上恐宜持較嚴謹之態度。¹⁰⁰」考量法體系之和諧性立場，學者吳光平先生也表示，應將第245條之1定性為締約上過失責任之個別規定，限於特定類型之締約上過失始有適用，避免對現行民法體系造成破壞與衝擊¹⁰¹。

學者劉春堂先生乃持著對締約過失責任法典化的期待，即使對民法第245條之1之規定囿於契約未成立類型有所抱憾，但也肯定性表示：「因增訂民法第二四五條之一規定，擴大了誠實信用原則在時間上之適用範圍，使其適用範圍延伸及於訂約準備或商議階段，並使誠實信用原則，由行使權利及履行義務之方法（民法第一四八條第二項），進而作為發生先契約義務或附隨義務的依據。故該條規定雖有其缺失，無法以之作為締約上過失責任共通適用之基本法律規定，然該條所表現出之締約上過失責任基本法理，對我國締約上過失責任體系之建立及發展，仍具有意義。¹⁰²」

(二) 批判性議論

1. 對保守性立法選擇之質疑

就民法第245條之1之規定，中央研究院王澤鑑院士對照比較各國立法例及德國學說判例後，總結論道：「我民法第245條之1規

定的內容係屬獨創，立法政策上採較保守態度¹⁰³」，乃是「具有台灣特色的締約上過失制度¹⁰⁴。」且民法第245條之1規定「立法說明書過於簡略，未舉例說明，解釋適用上疑義甚多，難謂係良好立法，確有重新檢討、詮釋必要。¹⁰⁵」

學者陳忠五先生亦表示：「整體而言，民法第245條之1規定，無論在適用範圍、責任要件或消滅時效等諸多問題上，不是過於保守，就是前後矛盾，或是充滿變數，欠缺明確一致、相互協調的立法政策，造成許多解釋適用上的疑義，因而使得該條規定是否可以充分發揮其規範功能，妥適解決締約階段中的利益保護問題。¹⁰⁶」

學者黃茂榮則有謂：「民法債編於八十九年四月二十六日修正時雖引入第二百四十五條之一規定……但該規定分別對於固有利益及變動利益之有關類型的歸納顯然並不周全。蓋從其第一項之項文『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』觀之，該項當意在於信賴利益之保護。然至少其第一項第二款的規定又像以因洩密所致之固有利益上的損害為其規範對象。關於場地、交易客體及締約人之危險性所涉之個別保護義務，因尚無關於締約上過失之一般規定加以規範，亦使侵權行為規定之引用遭到困難。¹⁰⁷」

¹⁰⁰ 林誠二，註99，頁230。

¹⁰¹ 吳光平，註64，頁147。

¹⁰² 劉春堂，民法債編通則（上），頁139，2024年。

¹⁰³ 王澤鑑，債法原理，頁269，增訂新版，2021年。

¹⁰⁴ 王澤鑑，註103，頁268。

¹⁰⁵ 王澤鑑，註103，頁276。

¹⁰⁶ 陳忠五，論契約責任與侵權行為之保護客體：「權利」與「利益」區別正當性之再反省，臺灣大學法學論叢，36卷3期，頁212，2007年。

¹⁰⁷ 黃茂榮，債法總論第三冊，增訂三版，頁9，2010年。

學者楊芳賢先生則有云：「民法研究修正委員會之決議見解，以及上述參與第245條之1之立法者所稱之締約協商階段之義務違反，在契約成立後，即一概適用不完全給付，均屬以偏概全之錯誤見解……。」¹⁰⁸學者劉昭辰先生表示：「基於債務人法定保護注意義務的一貫性，因此締約上過失的責任要件，在許多方面都應類推適用不完全給付規定。此外，締約上過失的消滅時效，也應和不完全給付相當，但民法第245條之1第2項卻對締約上過失的消滅時效另行規定：『前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅』，既不符合法律理論，也會發生價值判斷矛盾的結果，亟待修法。」¹⁰⁹

學者陳聰富先生亦有謂：「締約上過失法則，在德國法，自理論創立、學說提倡，實務發展，到明文立法，在理論上及實務上，發展成熟，案例類型豐富，形塑獨特的締約上過失法則，並影響全世界各國立法與實務發展。我國民法第245條之1，雖對締約上過失法則提供實體法上依據，但由於立法技術之問題，導致學說分歧，莫衷一是。」¹¹⁰筆者也表示，立法者之所以選取限縮類型之立法模型，究其原因無非是「民法中個別零星規範與一般締約過失責任制度之關係為何？如何統整與融合此二間之關係？」¹¹¹此等疑問主宰著立法政策之選項，同時此思維也牽制了民法第245條之1之解釋與運用。

學者陳自強先生更指陳：「1999年債編

修正立法者若延續德國法之發展，承認從談判締約磋商開始，雙方即互負保護義務（先契約義務），當事人之一方違反此義務並可歸責，致他方受損害時，負損害賠償責任，而將抽象原則的具體適用留待日後學說判例的發展，不也順水推舟，不費吹灰之力。修正第245條之1之規定雖勉為其難接受德國締約上過失理論之精神，但一方面在第1項第1款及第2款添加德國締約上過失責任（參照德國民法第311條第2及第3項）所無之要件，似乎對德國的特效藥認為其必有副作用，特嚴加限制其服用時機；他方面，又於第3款增加概括條款，廣開締約上過失責任成立之大門，留給學說判例發展之極大空間。第245條之1之解釋適用，若由心儀德國學說的學者主導，德國出產的締約上過失，也許會通過上述概括條款的大門，堂而皇之進入我國。無怪乎王澤鑑認該規定為『具有我國特色的締約上過失制度』。該規定實施迄今，以該條為依據容認損害賠償請求的判決如鳳毛麟角，該條成為眾失之的，似咎由自取。」¹¹²

另學者蘇永欽先生從法律經濟分析的視角強調，立法者實應需要制定一般概括性締約過失責任條款，補充民法對於真實資訊義務、保密義務、忠實進行議約義務違反案型的不足處，以為引導交易者訂立完整契約之用，且達減輕契約成本之效。¹¹³

學者邱聰智先生則回歸民法既有之規範

¹⁰⁸ 楊芳賢，民法債編總論上，修訂二版，頁77，2020年。

¹⁰⁹ 劉昭辰，債法總論實例研習——債務不履行及其他債編問題，頁109，2017年。

¹¹⁰ 陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，註64，頁282。

¹¹¹ 向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，註64，頁157-159、179。

¹¹² 陳自強，契約違反與履行請求，三版，頁116-117，2024年。

¹¹³ 蘇永欽，註64，頁198-202、205-210。

亟力主張，法律行為前責任體系之建構工程，早在一世紀前世界各國民法學重要工作項目，而民法第113條即是締結法律行為過失規制之一般條款，更是各國所無。若擅用該規定，不僅可緩解民法學對於契約前責任之困難，可獲致緩解，甚至可取得領先群倫之機會。惟我國民法學界卻走向制定一個保守的締約過失責任理論，未注意過去學理與司法實務曾經本條之關注，而錯失援用本條，以整體方式展開法律前責任之建立，使得締約過失責任發展落後於德、日民法。也因此，惟有回歸民法第113條，善待民法第113條，將其他類型之締約過失，乃至其他法律行為之過失，統合於此規範屬性上具締結法律行為過失之條文，方能建構出體系完整之法律行為前責任¹¹⁴。

2. 回歸民法第245條之1規範目之解釋論

如中央研究院王澤鑑院士所言，民法第245條之1規定在解釋適用上疑義甚多，非是良法，有重新檢討及詮釋必要。本條立法意旨中所謂之「當事人為訂立契約而進行準備或商議，即已建立特殊信賴關係」，係是對民法第245條之1規定重新解讀的依據，也使得「契約未成立時」自從限縮於未成立類型之封印中解放出來，而及於契約成立類型。換言之，即是在為準備或商議訂立契約階段亦受誠實信用原則的規範，其規範功能在於擴大誠實信用原則在時間上適用範圍，延伸及於訂約準備或商議階段，並使誠實信用原

則作為發生前契約義務（說明、保密等）的依據。也因此，本條所定「締約上過失責任」的構成要件係為，準備或商議訂立契約、違反誠實信用原則及有可歸責事由、須加害人有行為能力、須致他方當事人受有損害、須侵害行為與損害之間具有因果關係。且本條第1項第3款之概括性規定，在解釋論上承載著活化具有臺灣特色締約過失的角色，締約過失責任得不受限縮規範之制約，而達一般締約過失責任之效¹¹⁵。

循此思維與啟發，筆者援引德國Ballerstedt所倡議之信賴理論，強調締約過失責任源於類似契約之信賴關係，亦即是在誠信原則下所形成之「信賴惹起與信賴賦予」之關係。而締約過失責任核心在於保護當事人在締約階段基於信賴關係所生之權益，至於嗣後契約是否成立或無效，非關宏旨¹¹⁶。且為跳脫「契約未成立時」與信「契約能成立」循環論述之勾稽，宜以簡化解釋為「當事人為準備或商議訂立契約時」。在我國民法第245條之1定位為締約過失之一般性規定，並去除多餘和不當要件後，本條第1項第3款之其他顯然「違反誠實及信用方法者」概括性條款，即蘊含檢驗契約當事人間在前契約階段是否存有信賴關係之依據，而顯然之理解則回歸一般過失標準¹¹⁷。民法第245條之1定位為締約過失責任之一般規定，其與相關規定間所生之重疊關係，透過選擇競合關係為之即可¹¹⁸。學者周伯峰先生亦同

¹¹⁴ 邱聰智，回到民法第一一三條——為締結法律行為過失責任催生，高雄大學法學論叢，3卷1期，頁43-58，2007年。

¹¹⁵ 王澤鑑，註103，頁274-276。

¹¹⁶ 向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，註64，頁157-159、179。

¹¹⁷ 向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，註64，頁193-194、179。

¹¹⁸ 向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，註64，頁179-190。

此觀點，民法第245條之1第1項所稱「契約未成立時」當解釋為當事人為準備或商議訂立契約之時，而本法條所稱之「信契約能成立」則應視為贅文，無庸理會。惟有如此，本條方能發揮填補漏洞之效，特別是針對因不實陳述而締結不利益契約之情形¹¹⁹。

學者楊芳賢先生亦強調，民法第245條之1第1項前兩款規定之主觀要件，亦難以作為標準，而宜採過失要件即可成立。最後，第3款規定尚有「顯然」之要件，極為抽象，但或許仍可作為限制之要件；在此，宜採客觀標準，即相關情事違反誠信原則，對客觀第三人而言，乃顯而易見為之¹²⁰。

三、實務之運用

(一) 民法第 245 條之 1 第 1 項「契約未成立時」之解釋

1. 限於契約未成立類型

最高法院在100年度台上字第1906號民事裁定就【仁愛之家公安消防等維修工程委託規劃設計監造服案】表示：「再者，民法第二百四十五條之一規定之損害賠償責任，須以契約未成立為前提要件，兩造既已簽立勞務採購合約書，自無該條適用。」

又最高法院在101年度台上字第593號民事判決中就【高鐵S250吸音防火工程興建

案】中指明，當事人所締結之契約為已成立但未生效，非屬「契約未成立時」之締約過失責任要件，其有謂：「民法第二百四十五條之一第一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。況上訴人所謂被上訴人締約過失之情事，如指示上訴人備料、隱匿冠○公司通過台灣高鐵公司審核仍命上訴人補件並送審等，均發生於系爭契約成立之後。且冠○公司送請台灣高鐵公司審核是否通過，亦非系爭契約締約之重要事項。又被上訴人既於九十三年八月十六日將台灣高鐵公司最後一次審查意見通知上訴人，並表示希望以後很快有機會再合作，且上訴人迄九十三年十一月一日第五次送審，仍未通過台灣高鐵公司之審核，則被上訴人於同年十月七日第一次將冠○公司資料送請台灣高鐵公司審核，並於九十四年一月三十一日台灣高鐵公司正式通過審查後之同年二月二日與冠○公司簽約，即未違反誠信原則。準此，上訴人依民法第二百四十五條之一第一項規定，備位請求被上訴人連帶賠償損害，尚有未合。¹²¹」

另臺灣高等法院高雄分院111年度上易字第205號民事判決【倉庫租賃案】同此立場：「民法第245條之1固規定，契約未成立

¹¹⁹ 周伯峰，註27，頁281。

¹²⁰ 楊芳賢，註108，頁77-84。

¹²¹ 另可參臺灣臺北地方法院109年度簡上字第429號民事判決：「締約上過失依本條文義應解為契約未成立之情形，倘契約已經成立，他方當事人即無締約上損害可言，蓋他方當事人所受損害係相信契約能成立而未成立所致，基於體系解釋，應認締約上過失屬個別規定，係於契約未成立之情形下始有其適用（最高法院101年度台上字第593號判決意旨參照）。本件上訴人與被上訴人簽定系爭契約及系爭服務申請書，嗣於107年5月10日又與被上訴人續約，雖兩造間就是否發生違約金及計算方式有所爭執，但已可認兩造已經續約，自與前開規定係指因相信契約能成立而未成立之情形有間，上訴人依民法第245條之1求償，自無可採。」

時，當事人為準備或商議訂立契約而有同條第1至3款規定情形之一者，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。惟前開規定係以『契約未成立』為適用要件，而系爭租約已經兩造合意成立，只不過因被上訴人未繳付押租金而尚未生效，核與前引規定之適用要件有間，被上訴人據此求償亦無理由。」

新近臺南地方法院113年度簡上字第230號民事判決【車禍和解契約案】表示：「惟按民法第245條之1將締約過失責任之發生限於：契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有該條第1項規定之情形為要件，已明文排除契約已有效成立；或契約有無效之原因或經撤銷者；或得依侵權行為規定保護被害人之各種情形，此為立法者就契約未成立部分，特予立法令受損害之契約當事人一方得依上開規定請求他方賠償損害之規定，顯係立法者有意而為，故於契約成立後，應不得再依民法第245條之1第1項規定請求，並非法律之漏洞。準此，兩造間系爭契約關係既已成立並經被上訴人履行完畢，上訴人應無適用或類推適用民法第245條之1規定請求被上訴人賠償之餘地。」

2. 契約未成立和契約不成立具同義性

臺南地方法院簡易庭113年度南簡字第980號民事判決【商場租賃案】並不區分契約未成立與契約不成立¹²²，其有謂：「按契約未成立時，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2年間不行使而消滅。」民法第245條之1定有明文。由該條文中「對於非因過失而信『契約能成立』致受損害之他方當事人」之文義，可知他方當事人所受損害係因「信契約能成立」而來，即他方當事人相信契約能成立，惟事後契約不成立，因此所受之損害方可依民法第245條之1向另一方當事人請求賠償，如契約已成立，自無依民法第245條之1向另一方請求損害賠償之理。……從而，締約過失責任，僅指契約未成立之情形，如當事人已訂立契約，實無民法第245條之1締約過失責任之適用。再者，民法第245條之1所謂信契約能成立所受之損害係指信賴利益之損害而言，因信契約能成立而支出之費用，例如提出計畫書、派人交涉之差旅費等。」

臺中地方法院簡易庭112年度中簡字第3415號民事判決【鳳林堂新建工程】同持此立場，其有謂：「民法第245條之1第1項定有明文，蓋法律所保護的並非僅是一個業已存在的契約，正在發生中的契約關係亦應包括在內，因此當事人因自己的過失致使契約不成立者，對信其契約有效成立的相對人應賠償基於此信賴而發生的損害，當事人因締約行為而產生的關係歸結為一種類似契約的信賴關係，締約上的過失破壞了這種信賴關係，法律應保護當事人因信賴契約有效成立而產生的信賴利益，因而進一步衍生出『先

¹²² 有關契約不成立之案例說明，陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，註64，頁234-235。

契約義務』之概念，即債之關係為一種發展性之過程，於各階段均可發生。其於締約過程中發生者，學說上稱為先契約義務，違反此義務，應成立締約上過失，屬於法定債之關係，並非因契約或侵權行為而生的民事責任，乃因當事人從事締約的準備或商議而生，以基於誠實信用原則而生的先契約義務為內容，且以有可歸責事由為要件（參照王澤鑑，債法原理：基本理論，債之發生、契約、無因管理，第268、275頁，101年增訂3版）。按照誠信原則的要求和先契約義務的界定，締約當事人承擔的先契約義務之具體化，包括協力義務、告知義務、保護義務和保密義務等內容。本件兩造議價後，依上開劉○箏之種種作為，顯已逾越單純議價、比價之階段，實質且具體進行系爭工程前置作業（鑑界、討論水電圖說、製作施工公告等），更遑論兩造對話紀錄中皆已兩造就系爭工程會成立契約前提下進行，凡此種種，均足以令原告相信契約能成立，嗣後劉○箏僅以未簽定書面承攬契約為由，主張無須負擔任何責任，難認合理按債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任，為民法第224條本文所明定。規範意旨在使債務人就代理人及使用人之故意或過失，亦任其責，俾確保交易安全。本件被告培英公司因法定代理人劉○箏以多方議價方式謀取被告培英公司利益，卻未盡告知義務，對於原告信賴系爭工程能成立承攬契約所投入之人力、支出視為當然，其行為顯已違反誠實信用原則，依上開說明，被告培英公司依民法第245之1條第1項第3款、224條規定，應賠償原告信賴利益之損害126,015元。」

3. 契約無效

臺灣高等法院112年度上易字第153號民事判決【店面租賃改建案】肯認契約無效情形亦得適用民法第245條之1規定：「按契約未成立時，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，民法第245條之1第1項第1款定有明文。而關於本條『契約未成立時』之解釋適用，於契約無效之情形，亦有適用。查上訴人因信賴系爭租約成立，出資裝修系爭房屋，於110年5月18日匯出30萬元予裝修業者羅○峻……，嗣上訴人因發現李○蔚故意不實說明系爭房屋無查封登記，而依民法第92條第1項之規定，撤銷其受詐欺所為訂定系爭租約之意思表示，系爭租約視為自始無效。則上訴人即得依民法第245條之1第1項第1款規定，請求信賴利益之損害賠償，即請求李○蔚賠償其所支出裝潢費用30萬元，及加計自110年12月21日起算之法定遲延利息，亦屬有理。」臺灣高等法院在此判決中所持觀點甚具指標性，被詐欺之人撤銷其所為意思表示，當事人租賃契約自始無效，被詐欺之人得依民法第245條之1主張信賴利益之損害賠償，亦即其所支出之裝潢費。最高法院87年度台上字第1396號民事判決【採購軟式浮水式防彈衣案】中，契約無效所生之損害，係適用第113條規定為賠償。然臺灣高等法院在此判決中，似乎弱化民法第113條之作用，而民法第113條在實務之適用與定位，猶待續行觀察。

4. 中斷締約

最高法院106年度台再字第75號民事判決在【複瓦機購買案】中¹²³，就已經為交涉，但卻因故未締結時，當事人得依民法第245條之1第1項第3款為請求損害賠償之可能，其表示：「又前程序更一審判決認定再審原告曾派員為放樣及螺絲預埋尺寸確認等行為，然兩造就系爭複瓦機之規格未確認，對於契約重要之點亦始終未合意，且未趨近契約成立階段，不足使再審原告就兩造將可締約產生合理信賴；兩造均屬專業廠商地位平等，再審原告單方決定提前生產，自難因系爭契約最終未能成立，即謂再審被告有違誠信情事。且再審原告所請求因趕工所支出採購設備零件或委託加工等費用，非屬準備或商議訂立契約所為之支出，與民法第245條之1第1項第3款規定之要件不符等詞，因而為再審原告敗訴之判決，原確定判決予以維持，仍無適用法規顯有錯誤之情形。再審原告以前開理由提起本件再審之訴，求予廢棄原確定判決、前程序更一審判決及第一審就本件部分之判決，非有理由。」

桃園地方法院113年度勞訴字第48號民事判決【聘僱擔任副執行長案】則指明，中斷締約是否成立締約上過失責任，繫諸於當事人間是否形成特殊信賴關係，而其則應綜合考量契約類型、契約交涉階段進程和交易慣例等。故有謂：「同承，並指明：『復按締約上過失責任屬於法定債之關係，並非因契約或侵權行為而生的民事責任，乃因當事人從事締約的準備或商議而生，以基於誠實信用原則而生的先契約義務為內容，且有以

可歸責事由為要件。次按，契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有顯然違反誠實及信用方法者，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，民法第245條之1第1項第3款定有明文。而中斷締約之情形，是否顯然違反誠實信用，應就個案斟酌契約類型、商議進展程序、相對人的信賴及交易慣例等加以認定。再查，兩造就被告之組長職位未訂有僱傭契約，且原告經面試後未獲被告錄取自非屬違法終止勞動契約等情，已如前述。且兩造既未就僱傭關係之訂立生有準備或商議情事，即不具有原告得以信賴之基礎與外觀，且參以我國社會上就業市場之常態，投遞履歷與確定錄取所應徵之職位仍屬有間，面試後獲不錄取結果之回覆，亦屬常見，自難僅以被告就原告之應徵不予錄取，逕稱被告有何違反誠信原則之締約上過失情節。』」

另臺中地方法院111年度訴字第2026號民事判決【安裝外掛式電梯案】亦表示：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有其他顯然違反誠實及信用方法者，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，民法第245條之1第1項第3款定有明文。此乃為保障締約前雙方當事人間因準備或商議訂立契約已建立特殊信賴關係，並維護交易安全，而有規定之必要。……原告主張被告罔顧其已依照被告指示完成現場放樣施做電梯骨架等工程，僅得施做被告提供之電梯，並預期該量身定作之設備其他廠商完全無法使用，卻無故拒絕繼

¹²³ 關於複瓦機購買案歷審裁判與深入評析參，陳洸岳，中斷締約交涉之責任——最高法院 106 年度台上字第 1362 號民事判決，註 64，頁 15-19。

續合約簽訂事宜，且拒絕提供原告審閱契約之合理期間有違誠信原則等語（見本院卷第348頁）。經查，本件兩造契約未能合致，乃因原告拒絕同意先行履行客製化工程所需先行預付之簽約金30%，終致兩造無法完成簽約事宜，而關於簽約定30%涉及被告是否合乎成本及是否簽訂契約之重要因素。被告抗辯一般行程是先將電梯製作完成，再至現場施做外框，待外框完成後再將電梯放進去，本件尚未簽約，原告就自行決定先施做外框，且原告不僅施做外框，還有泥作及其他部分等語（見本院卷第349頁），則原告對於施做外框，係經被告指示先完成乙節，既經被告否認，原告主張其係按照被告指示先完成電梯骨架工程乙節，亦未提出其他有利證據，尚難認為原告有得信賴被告指示之基礎存在。」

5. 契約有效成立？

值得注意的是，基隆地方法院92年度訴字第342號民事判決【委託申辦建物使用執照案】將契約未成立時詮釋為締結契約而準備或商議之際，故就有效成立之契約亦得適用民法第245條之1：「是細繹民法第二百五條之一規定之立法理由，既在於使損害賠償責任之保護規定，擴及當事人為訂立契約而進行準備或商議所建立之特殊信賴關係，依舉輕明重，並參酌上開學者見解，在契約未成立之情形，善意當事人已可依上開規定向有故意或過失之一方請求契約上之損害賠償，則在之後契約有效成立之情形，當事人於締約前對他方所負之說明、調查、保護等義務，於締約後更應為契約之效力所及，方符合契約信賴原則。故一方於契約成立前違反上揭義務致他方受有損害時，他方

亦得本於契約請求損害賠償。」然而最高法院100年度台上字第1906號民事裁定與最高法院在101年度台上字第593號民事判決卻明白表示，民法第245條之1須以契約未成立為要件，有效成立契約上開法條自無適用。

(二) 民法第 245 條之 1 第 1 項第 3 款 「顯然」要件之放寬

臺灣高等法院臺中分院98年度建上字第44號民事判決【南投縣政府垃圾焚化廠興建營運計畫促參案】認為，民法第245條之1第1項第3款之「顯然」為主觀要件之要求，其注意義務之標準係以民法第220條為斷，具緩解嚴格主觀要件之要求，甚具指標意義。其有謂：「按民法第245條之1第1項立法形式，其於第1、2款雖將誠實信用原則具體化為『說明義務』、『保密義務』而為規定，並分別依上開義務予以規定其主觀之要件各為『惡意』及『故意或重大過失』，至於第3款則未如前揭第1、2款明定其主觀之成立要件，然民法第245條之1係增列於民法債編之通則，各通則之規定，除非法有明文排除外，就債之關係自應一體適用，而民法第220條既明定債務人就其故意或過失之行為應負責任，則民法第245條之1第1項第3款之適用自應以行為人主觀上亦具可歸責之事由為前提，否則無異令行為人負無過失之賠償責任，並將相對人於契約未成立前所支出之相關準備費用，悉數轉嫁由行為人負擔，殊有違公平之意旨。經查，本件被上訴人之招商文件第2部總則1-1定義第25條記載：『營運開始日：指行政院環保署依相關法令同意備查本廠正式開始營運之日。』，已明示系爭垃圾焚化廠之營運，被上訴人依法須受行

政院環保署命令之拘束，始得為之。另招商文件第2部第11章11.1.2.亦載明：『本契約所稱之法令變更，係指自申請截止日起之法律變更或主管機關之命令或處分變更，且足以影響本契約興建及營運工作之履行及專案財務者。』，足見招商文件中亦明示有關行政院環保署政策之改變，將影響系爭計畫案之續行與否。又系爭計畫案之經費來源部分係來自行政院環保署，則行政院環保署是否補助經費，當然會影響系爭計畫案之順利推動或進行與否，被上訴人既為接受中央補助之主辦機關，本應配合中央政策，而中央政策之轉變，並非因被上訴人之故意或過失而起，更非其職責範圍所能決定之事項，此為一般人客觀上可得推知，遑論上訴人身為企業集團所屬頗具規模之公司，更難諉為不知。故系爭計畫案因中央政策之決定而停止辦理，即不得咎責於被上訴人。上訴人主張被上訴人為系爭計畫案之主辦單位，即便係因行政院環保署停止補助經費導致停辦系爭計畫案，仍屬可歸責於被上訴人，尚不足採。」

四、締約上過失責任與公法之接軌

我國行政程序法第149條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」最高行政法院109年度判字第409號行政判決肯定行政程序法第149條準用民法第245條之1¹²⁴，其有謂：「民法第245條之1第1項規定：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……三、其他顯然違反誠實及信用方法者。」其立法理由載明：「近日工商發達，交通進步，當事人在締約前接觸或磋商之機會大增。當事人為訂立契約而進行準備或商議，即處於相互信賴之特殊關係中，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害，既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇，現行法對此未設有賠償責任之規定，有失周延。……為保障締約前雙方當事人間因準備或商議訂立契約已建立特殊信賴關係，並維護交易安全，我國實有規定之必要……。可知，民法第245條之1係基於誠信原則所制定。而誠實信用原則為一般法律原則，適用於公私法領域；在訂立行政契約之準備或商議程序中，雙方當事人建立特殊之信賴關係之情形，與訂立私法契約之情形無異，亦有本於誠實信用原則，要求準備或商議訂立行政契約之當事人遵守一定先契約義務之必要，是民法第245條之1規定與行政契約之性質不相牴觸，依行政程序法第149條規定，應準用於行政契約。」

2022年12月21日總統令修正公布促參法第45條第3項增修主辦機關於簽約前，因政策變更，而不議約或簽約時，為保障締約最優申請人因準備或商議訂立契約所建立信賴關係，得請求主辦機關損失補償¹²⁵。促參法第45條第3項規定為：「主辦機關於簽約

¹²⁴ 朱敏賢，行政契約準用民法規定之射程——以行政契約締約過失為核心，月旦律評，32期，頁76-97，2024年。

¹²⁵ 詹鎮榮，論促參案件之退場機制——以主辦機關因政策變更不簽約為中心，財稅研究，47卷3期，頁1-38，2018年，學者詹鎮榮先生特別強調，之所以建議增訂促參法第45條第3項，係因在促參法規範

前，因政策變更或公益考量，不予議約或簽約時，應以書面通知最優申請人，並應與其協商補償金額，補償範圍得包括其準備申請及因信賴評定所生之合理費用。」其立法理由載明：「二、增訂第三項，說明如下：(一)促參案之評估及辦理事項涉公益及私益權衡，賦予主辦機關基於個案情形決定是否議約或簽約裁量權。惟不予議約或簽約恐使人民遭受不可預計之負擔或損失，爰課予主辦機關主動與最優申請人協商補償之義務。(二)申請人所提申請文件包括投資計畫書，其為投資計畫完整規劃內容，實務上最優申請人須依議約結果或甄審委員建議修正投資計畫書，提出投資執行計畫書，經主辦機關核定後始納入投資契約附件，故主辦機關因故不予議約或簽約時，得將最優申請人於簽約前之準備申請階段所衍生之各項成本，納入協商補償範圍。」關於準備申請及因信賴評定所生之合理費用，促參法施行細則第70條規定，其得包括之項目：「一、最優申請人於甄審前之準備申請階段所實際支出之各項成本。二、最優申請人於簽約前之議約階段所實際支出之各項成本。¹²⁶」

五、小結

中央研究院王澤鑑院士在中國文化大學王寶輝法學講座舉辦「民法百年論壇」系列場次中，不斷地呼籲並期盼學界與實務齊為民法努力，持續穩定合作互動，溝通對話，以便形成共識，使法律之適用更加安定¹²⁷。

締約過失責任之明文化已歷經四分之一個世紀，學說對民法第245條之1有著諸多質疑與批評，對本條定性解讀更是相左。實務就本條之適用，未侷限於狹義立場，對「契約未成立時」解讀，即使未從寬以締約準備或商議時為斷，但也擴大未成立之理解，包含不成立、締約中斷與無效三類。同時，司法實務在個案中，如【複瓦機購買案】、【聘僱擔任副執行長案】、【安裝外掛式電梯案】，將締約過失責任之基調—締約準備或商議階段所形成之特殊信賴關係，充分融入於本條第1項第3款概括規定之中，並在具體個案中，綜合考量契約類型、商議進展程序、交易慣例，以判斷當事人一方行為是否足以引起相對人之信賴，且相對人因而賦予信賴。

架構與雙階理論之影響下，主辦機關於最優申請人評定後至簽約前，因政策變更不續辦，民間機構因此所生之損害應如何請求救濟，取決於政策變更是在議約前還是議約後。也就是，民間機構於議約前因政策變更不續辦所生之損失，在此階段主辦機關行為係定性為行政處分，故民間機構得依行政程序法第126條規定作為損失補償請求權基礎；民間機構於議約後因政策變更不續辦所生之損失，議約後主辦機關與民間機構成立私法關係，故民間機構應依民法第245條之1請求締約過失之損害賠償。為解決二分路徑之弊病，使法律關係明確單一化，故而建議增修促參法第45條第3項。另參許登柯，促參案締約前政策變更之補償與賠償——以三則最高行政法院相關判決為中心，成大法學，41期，頁53-127，2021年。有關雙階理論論述可參，程明修，雙階理論之虛擬與實際，東吳法律學報，15卷2期，頁165-204，2004年。

¹²⁶ 促參法第45條第3項增修前，有關主辦機關因政策變更不簽約之判決可參，最高行政法院104年度判字第102號判決、最高行政法院107年度判字第308號判決等。

¹²⁷ 最高法院於2025年3月14日舉辦「理論與實務的對話」研討會新聞稿，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1888-1280441-1a2d8-1.html>（最後瀏覽日：2025/05/02）。

誠然，針對民法第245條之1之增訂，立法者已詳明，採限縮立法是為填補彼時規範不足處，以避免與其他規範間發生適用上之衝突。也就是，立法者在立法過程中透過決議方式形成立法模型共識，締約過失責任明文化作用在於填補法律規範之漏洞，且盡可能地不打破侵權法與契約法二分體系，以避免混淆侵權行為責任及契約責任間之適用界線。在維護二分法之立法政策下，違反保護義務損及固有利益之類型，應回歸侵權行為法領域，不實說明而締結不利益契約類型，則應歸屬契約法範疇。中央研究院王澤鑑院士倡議，學界和實務應充分溝通，以形成共識之立法，但民法第245條之1之增訂過程，對締約過失責任各類型之討論尚屬匱乏，復又因嚴格維護侵權法與契約法二分立法思維引導下，就違反前契約保護義務損及固有利益和過失違反說明義務而締結不利益契約之情形，則以化約式立法政策為解決。惟此立法政策，對當事人保護是否周全，是本文後續討論之處。

伍、締約上過失責任再法典化之必要性？

一、締約上過失責任明文化功能之再確立

如前所言，締約過失責任明文化作用在於填補法律規範之漏洞。也就是締約過失責任是在填補侵權責任法與契約責任法不足之處，並非取代侵權行為法和契約法。締約過失責任，是侵權法與契約法欠缺之處，所創設之法律體系。締約過失責任，是本於前契

約階段之特殊信賴關係，所建構之責任結構體。如上所言，立法者採取化約式立法政策，增設民法第245條之1之規定，也因此殘留下著兩大猶待深入檢視和討論議題，特別是有待學說和實務形成共識：

一是，我國侵權法對過失違反前契約保護義務損及固有利益之規範是否周全？

二是，我國契約法和侵權法對過失違反說明義務而締結不利益契約之規範是否有所缺漏？

此二議題，攸關我國締約過失責任是否應予擴大，對締約過失責任再明文化走向，至關重要。

二、違反保護義務損及固有利益回歸侵權責任

(一) 保護債權人路徑選取之拉扯

或有論者認為，針對當事人在準備締約過程中，因一方之過失，致其固有法益遭受損害之類型案例，常是因債務人之受僱人過失所致，民法第188條第1項但書規定僱用人可舉證免責，又被害人主張侵權行為損害賠償者，須就加害人之過失負舉證責任，對於被害人至為不利。故從保護債權人角度出發，違反前契約保護義務損及固有利益之類型應納入締約過失責任之範疇，而由債權人自行選擇有利之規定¹²⁸。同此，或有論者主張，締約過失責任是肇致於前契約階段本於信賴關係所生保護義務之違反，侵權責任規範目的在於防範危險，凡因自己之行為致有發生一定損害之危險時，負有防範危險發生之義務。依此，締約過失與侵權行為責任之

¹²⁸ 鄭冠宇，民法債編總論，七版，頁305，2024年；劉春堂，註64，頁187-188；黃茂榮，註107，頁9。

規範目的各有不同，構成要件亦為各異，為貫徹保護債權人之權益，基於請求權競合之關係，不妨由債權人自行選擇行使¹²⁹。

另有論者力持¹³⁰，違反前契約保護義務損及固有利益類型，實屬侵權責任範疇，自應回歸侵權行為法，無庸由締約過失責任承載。中央研究院王澤鑑院士也表示，德國法之所以將此類型納入締約過失責任，係因德國侵權行為法之不足與缺陷，特別是德國民法第831條規定對受僱人加害行為之舉證免責。我國民法第188條第1項後段規定，縱同德國法規定，然我國司法實務對於僱用人之免責事由，採嚴格立場，甚已至僱用人應負無過失之責任¹³¹，對被害人保護至為周全¹³²。循此立場，學者陳聰富先生進一步主張，就締約過程中加害被害人之身體權或健康權之行為，此類案件所保護者為受害人之

固有利益，鑑於加害人違反締約上之保護義務，與侵權行為法之保護義務內容相同，侵權責任足以適用，無承認締約上過失責任之必要¹³³。

(二) 交易安全義務與法人侵權責任於司法實務發展

誠如中央研究院王澤鑑院士所言，違反前契約保護義務損及固有利益之類型，是締約過失責任上最具爭議之類型和議題。也就是，此種類型應如德國法納入締約過失責任？抑或是回歸侵權行為責任？學者邱聰智先生則以交易安全義務作為解鎖，其有謂：「此一問題，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著迷眷戀於狹義權利之國度，或是交易安全（稱社會安全義務）理論高度成熟之國

¹²⁹ 向明恩，對我國民法第 245 條之 1 之反省與檢討，註 64，頁 181；另學者邱聰智先生隱然亦存有此思維，邱聰智，註 114，頁 52。

¹³⁰ 林誠二，註 99，頁 229；孫森焱，註 98，頁 678-679；楊芳賢，註 108，頁 83。

¹³¹ 針對民法第 188 條第 1 項後段有關司法實務對於僱用人舉證免責取態之觀察可參，王澤鑑，侵權行為法，增補版，頁 582-583，2021 年，有謂：「法律所規定的過失推定，因實務上對舉證免責採嚴格認定，已成具文，實際上僱用人應負無過失責任。」；王澤鑑，僱用人無過失侵權責任的建立，收於：民法學說與判例研究第一冊，頁 23，2004 年，有謂：「在吾人查閱所及的資料中，向未發現有僱用人舉證責成功的案例。」；孫森焱，民法債編總論上冊，修訂版，頁 299，2014 年，有謂：「惟實務上對僱用人之證明免責事項，採嚴格立場，鮮有僱用人因而免負賠償責任者……。」；陳聰富，侵權行為法原理，三版，頁 683-684，2023 年，有謂：「實務上對僱用人舉證免責，採取嚴苛的態度。……實際上，僱用人責任已成為無過失責任。」；楊芳賢，註 108，頁 359，有謂：「對僱用人之舉證免責，亦謂係採極嚴格的標準，致第 188 條第 1 項但書下，少有僱用人得舉證免責之案例。」；邱聰智著，姚志明修訂，新訂民法債編通則（上），新訂二版，頁 215，2013 年，有謂：「實務於此，要求甚嚴，實際上亦有近於無過失責任之傾向。」；林誠二，債法總論新解體系化解說（上），頁 398-399，2010 年，有謂：「實務上於受僱人發生侵權行為時，實際上僱用人得以舉證免責之機會幾希矣……。」；姚志明，侵權行為法，修訂三版，頁 242-243，2014 年，有謂：「實務上，因其舉證要求甚嚴，學說指出其似乎近似於無過失責任之應用。」；鄭玉波著、陳榮隆修訂，民法債編總論，修訂二版，頁 209，2002 年，有謂：「……學者認為此純為注意之規定，實際上厥例甚少。」；曾興隆，民法債編總論，修訂再版，頁 179-180，1989 年，有謂：「惟實務上則不輕易認定僱用人之免責……」。

¹³² 王澤鑑，註 103，頁 269。

¹³³ 陳聰富，締約上過失的責任構成與救濟方法，註 64，頁 215-290。

度，無論從侵權行為或從法律行為過失，大致均可獲得差相符合的肯定結論（前者如法國、日本；後者如德國）。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，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。¹³⁴」循此觀察點，學理倡議之交易安全義務理論¹³⁵，若為我國司法實務所肯認，且運用無礙，特別是針對交易領域之責任，則我國侵權行為法先天上缺陷之一部，也得因交易安全義務之適用，而被部分治癒。

最高法院106年度台上字第1148號民事判決【萊爾富超商和富邦銀行招牌案】即是建立交易安全義務之經典案例，此判決確立了在何種情形下，行為人負有防範危險發生之交易安全注意義務之指引，其表示：「按侵權行為之成立，須有加害行為，所謂加害行為包括作為與不作為，其以不作為侵害他人之權益而成立侵權行為者，以作為義務之存在為前提。此在毫無關係之當事人（陌生人）間，原則上固無防範損害發生之作為義務，惟如基於法令之規定，或依當事人契約

之約定、服務關係（從事一定營業或專門職業之人）、自己危險之前行為、公序良俗而有該作為義務者，亦可成立不作為之侵權行為。經營商店者，既開啟往來交易，引起正當信賴，基於侵權行為法旨在防範危險之原則，對於其管領能力範圍內之營業場所及周遭場地之相關設施，自負有維護、管理，避免危險發生之社會活動安全注意義務。於設施損壞時，可預期發生危險，除應儘速（通知）修復，於修復前，並應採取適當措施（或固定、或隔離，至少應設置警告標示），以降低或避免危險發生之可能性，其未為此應盡之義務，即有過失。」由是可知，交易安全義務擴大注意義務之範圍，同時行為人因違反法律所期待其應履行之注意義務，即有過失，藉此以合理分配行為人對被害人損害負責之。嗣後，最高法院109年度台上字第1015號民事判決【非常婚禮網站平台留言案】亦援用交易安全注意義務之適用基準，有謂：「按侵權行為之成立，須有加害行為，所謂加害行為包括作為與不作為，其以不作為侵害他人之權益而成立侵權行為者，必以作為義務之存在為前提。在當事人間無一定之特殊關係之情形下，原則上

¹³⁴ 邱聰智，註114，頁52。

¹³⁵ 有關我國文獻對於交易安全義務之重要論述可參，林美惠，論我國法上交易安全義務理論之建立，臺灣大學法學論叢，28卷1期，頁297-326，1998年；林美惠，論我國法上交易安全義務理論之建構，民法研究會實錄——民法研究2，頁297-326，1999年；王千維，侵權行為第二講：違法性——違法性之內涵，月旦法學教室，25期，頁50-59，2004年；陳聰富，論侵權行為法上之過失概念——最高法院九十年度台上字第一六八二號民事判決評釋，臺灣大學法學論叢，33卷4期，頁145-204，2004年；王千維，侵權行為：第五講——有責性——過失，月旦法學教室，33期，頁62-66，2005年；陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，155期，頁155-195，2008年；王怡蘋，論侵權行為法之作為義務，政大法學評論，116期，頁47-102，2010年；侯英冷，從往來義務建構醫院機構之組織責任，臺灣大學法學論叢，41卷1期，頁329-401，2012年。陳忠五，論「歐洲侵權責任法原則」的規範模式（上），月旦法學雜誌，208期，頁186-212，2012年；陳忠五，論「歐洲侵權責任法原則」的規範模式（下），月旦法學雜誌，209期，頁177-202，2012年。

固無防範損害發生之作為義務，惟如基於法令之規定，或依當事人契約之約定、服務關係（從事一定營業或專門職業之人）、自己危險之前行為、公序良俗而有該作為義務者，亦可成立不作為之侵權行為。次按名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟行為人之行為足以使他人於社會上之評價貶損，不論故意或過失均可構成侵權行為。網路平台服務提供者，架設網站為一定營業之服務，平台使用者發表文章及資料公布於其網路平台上，得供他人點選，其行為自足以傳播文章作者之言論，倘經平台使用者（被害人）檢舉或告知，網路平台上存在侵害其名譽之言論，請求刪除該言論時，本於網路平台服務提供者對於該平台有管理及控制權限，並為兼顧平台使用者之表現自由及被害人之權益保護，網路平台服務提供者應有適當之審核作為義務，如有相當理由足認確屬侵害名譽之言論，更有採取防止措施之作為義務。倘網路平台服務提供者未為任何審核，或已有相當理由足認屬侵害名譽之言論而未為任何防止措施，猶令該侵害名譽之言論繼續存在，自屬違反作為義務，亦可成立不作為之侵權行為。」

承上可知，近來最高法院對於交易安全義務之建立不遺餘力，交易安全義務之確立，擴大注意義務之範圍。同時，行為人違反客觀注意義務，具有責性，減輕被害人舉證責任。由是，最高法院透過【萊爾富超商和富邦銀行招牌案】和【非常婚禮網站平台留言案】，使得交易安全之注意義務漸次滲入各式交易活動中，擴張不作為之侵權責任，控制一般潛在之危險，以保護被害人。

締約過失責任既然是在填補侵權行為不足之處，而我國司法實務既對僱用人舉證免責，採取嚴苛標準，復引入交易安全義務理論，擴大注意義務之範圍，將違反保護義務損及固有利益之類型回歸侵權責任，對被害人權益保護係屬妥當。

另外，最高法院108年度台上字第2035號民事判決【中國信託損害賠償案】肯定，法人得以自己行為成立民法第184條侵權行為之責任，更強化被害權益之保護。其有謂：「……民法關於侵權行為，於第184條定有一般性規定，依該條規定文義及立法說明，並未限於自然人始有適用；而法人，係以社員之結合或獨立財產為中心之組織團體，基於其目的，以組織從事活動，自得統合其構成員之意思與活動，為其自己之團體意思及行為。再者，現代社會工商興盛，科技發達，法人企業不乏經營規模龐大，構成員眾多，組織複雜，分工精細，且利用科技機器設備處理營運業務之情形，特定侵害結果之發生，常係統合諸多行為與機器設備共同作用之結果，並非特定自然人之單一行為所得致生，倘法人之侵權行為責任，均須藉由其代表機關或受僱人之侵權行為始得成立，不僅使其代表人或受僱人承擔甚重之對外責任，亦使被害人於請求賠償時，須特定、指明並證明該法人企業組織內部之加害人及其行為內容，並承擔特殊事故（如公害、職災、醫療事件等）無法確知加害人及其歸責事由之風險，於法人之代表人、受僱人之行為，不符民法第28條、第188條規定要件時，縱該法人於損害之發生有其他歸責事由，仍得脫免賠償責任，於被害人之保護，殊屬不周。法人既藉由其組織活動，追

求並獲取利益，復具分散風險之能力，自應自己負擔其組織活動所生之損害賠償責任，認其有適用民法第184條規定，負自己之侵權行為責任，俾符公平。」

三、過失違反前契約說明義務類型歸入過失締約責任

(一) 過失違反前契約說明義務定位之正視

關於過失不實說明而締結不利契約所生之損害，究竟應尋何種救濟路徑，依債務不履行責任、侵權責任抑或締約過失責任之規定，方能獲得周全保障，是學說聚焦討論之點¹³⁶。若欲對我國締約過失責任為重新定義，過失違反前契約說明義務的定位，則是亟待省思的課題。

為過失說明義務違反類型尋求妥適救濟路徑之前，首先藉助學者黃松茂先生在2021年所發表〈台灣債法二度修正的十字路口〉一文的重要論述，對過失不實說明責任在民法上地位，拋出學理和實務應當正視，且須形成共識的議題：

「以締約上過失中之不實陳述為例，修正前德國民法的基本出發點係『資訊提供上之故意教義』(informationelle Vorsatzdogma)，亦即僅於存在詐欺之情形，始容許依第123條(＝我國民法第92條)撤銷契約，此結果並與第823條第1項保護對象

採列舉方式及第826條(相當於我國民法第184條第1項後段)相符。從而締約上過失之發展，象徵著德國學說及實務對資訊提供上之故意教義之突破。與德國法不同，臺灣民法第184條第1項前段並非採取列舉所保護法益之方式，而是統稱為『權利』。是以，在出發點上，臺灣是否有必要追隨德國法『資訊提供上之故意教義』、從而僅於存在詐欺之情形始容許依第92條撤銷契約，抑或認為『實質上之意思自主』亦屬第184條第1項前段之『權利』，非無進一步探討之餘地。再者，從物之瑕疵擔保制度存在之意義觀察，其亦在揭示：縱使出賣人非故意提供不實資訊，但未揭露可能減損買受人購買意願之標的物資訊時，亦容許買受人解除契約。綜合以上兩點，在一方為不實陳述時，究竟是僅限於其明知之情形，或認為其過失不實陳述時，相對人亦在保護之列，我國現行民法規定實可提供不同於德國之思考出發點。但1999年債編修正增訂第245條之1時並未察覺上情，反而將討論火力集中在『適用範圍是否限於契約未成立之情形』。實則，當事人之一方果有『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』(第245條之1第1項第1款)，亦已成立詐欺(第92條)，他方本得據此撤銷『已成立之契約』，蓋此正落入『資訊提供上之故意教義』之範疇。甚而，第245條之1第1項第1款

¹³⁶ 楊芳賢，註 64，頁 189-205；周伯峰，註 27，頁 219-295；邱琦，締約過失與純粹經濟損失，裁判時報，58 期，頁 42-51，2017 年；陳聰富，論契約成立生效後之締約上過失責任以不實表述之責任為中心，註 64，頁 213-264；黃松茂，台灣債法二度修正的十字路口，台灣法律人，2 期，頁 21-34，2021 年；葉啓洲，愛情保險單與愛情靈骨塔：因詐欺對被害人取得債權之撤銷、侵權賠償與不當得利——台灣高等法院 109 年上字第 716 號民事判決，台灣法律人，9 期，頁 144-157，2022 年；陳忠五，詐欺他人訂立契約的侵權責任，台灣法律人，18 期，頁 126-138，2022 年；張譯文，業務的嘴，騙人的鬼，台灣法律人，18 期，頁 186-194，2025 年。

比第92條之詐欺更為狹隘，蓋第92條並未以『他方之詢問』為前提。職是，第245條之1不僅無助於締約上過失理論在臺灣的開展，甚而有害。拉丁法諺雖有云：「立法只作命令，而不討論(Lex iubeat, non disputet)。」但立法者並非享有完全的自由，修法過程中若忽視學理及蘊含於實定法之基本價值，其結果是制訂出背離原意、自相矛盾之規定。¹³⁷

學者楊芳賢先生為如是鍼砭：「對涉及締約上過失之民法第二四五條之一第一項尤其第一款之立法，有以下特點值得注意。首先，民法研究修正委員會參與本條項之相關決議者全體錯誤認為契約成立即不生締約上過失。其次，亦有錯誤主張契約成立即僅得適用不完全給付者。再者，民法研究修正委員會並未通盤考慮現行民法體系下，締約上過失制度對錯誤或被詐欺之意思表示之撤銷規定之關聯性與補充性。此外，民法修正研究委員會亦忽略締約上過失乃契約與侵權行為之中間制度，主要目的在於保護被害人之純粹經濟損失或單純財產損害……。又德國及英國均出現不少重要判決案例；反之，訂定民法第二四五條之一第一項之後，最高法院至今仍然罕見直接相關判決；更重要的是，民法第二四五條之一第一項尤其第一款規定，除有本文貳以下所列之各項可能缺失外，亦根本無從妥適解決前言之德國及英國過失不實陳述判決個案。最後，應注意的是，民法研究修正委員會，並非毫無機會改正錯誤而做出妥適決定，但其成員對締約上

過失制度背景、關聯與核心內容等既欠缺認識，則彼等對與會者極力說明之較妥適觀點，自亦聽若罔聞。¹³⁸」

尋民法第245條之1之立法過程，就說明義務具體文字與內容之討論，摘重要論述如下：民法研究修正委員會第783次會議中，鄭玉波委員表示：「說明義務比保護義務更具體，錯誤、詐欺、契約成立後之瑕疵擔保等都屬有關說明義務之規定，如有錯誤、詐欺等情形，得撤銷意思表示，於撤銷後尚有賠償的問題，又在賠償時，受賠償人不可有過失，否則產生過失相抵。說明義務之具體案例如甲已知政府要征收其土地，仍將土地賣給乙，乙為訂土地買賣契約而貸款，結果於訂約時土地之征收生效，甲給付不能，契約不能成立，乙因甲之故意不告知土地征收之事，致發生貸款及付利息等問題。¹³⁹」；民法研究修正委員會第783次會議中，張特生委員對過失說明義務之引入提出疑問：「關於據實說明義務，除故意隱匿外，尚規定因過失遺漏，是否過於嚴苛？又因『注意不周』亦令當事人負締約過失之損害賠償責任，亦嫌太苛，均值斟酌。¹⁴⁰」承此，孫森焱委員進一步表示：「……如契約為據實說明而無效，則依第247條規定辦理。如有詐欺、脅迫或錯誤情形，亦應依民總各該條之規定辦理。……據實說明義務如有違反尚須負損害賠償責任，故要件亦須嚴格些，對當事人利益之衡平，較為合理。此外，無因管理第一百七十五條亦有『惡意』之規定。¹⁴¹」

¹³⁷ 黃松茂，註136，頁24-25。

¹³⁸ 楊芳賢，註64，頁203。

¹³⁹ 法務部法律事務司，註82，頁510。

¹⁴⁰ 法務部法律事務司，註82，頁517。

¹⁴¹ 法務部法律事務司，註82，頁518。

由上開立法過程討論可知，民法研究修正委員會受嚴格資訊自我負責原則的制約，並循此引為增設本條第1項第1款規定的立法價值。故而在規範模型上，嚴苛地要求客觀要件「對他方之詢問」¹⁴²，主觀要件上更推向「惡意」，因而錯失過失違反前契約說明義務類型的建構契機。在民法既已有故意不實說明或故意誤導方須負責的規範機制下，如民法第92條、民法第184條第1項前段、第184條後段及民法第360條等，修法小組再疊床架屋增訂本條第1項第1款，其不僅不符締約過失責任作填補法律漏洞的角色，更忽略締約過失責任立法意旨在於保護前契約階段之信賴關係。

民法既然以私法自治為核心，自我決定，自我負責之落實，絕非依歸於形式性私法自治觀，而應本諸於私法自治之實質性¹⁴³。也就是，貫徹「法律行為自我負責之實質化 (Materialisierung der rechtsgeschäftlichen Selbstverantwortung)¹⁴⁴」，方是民法的任務。締約過失責任建構基礎，源於前契約階

段當事人間特殊信賴關係之形成與建立。締約過失責任承載著，確保當事人不被誤導，且彼此得合理信賴所告知之資訊，並也使得當事人締結契約的意思自由獲得保障，進而維護當事人的財產利益。德國司法實務與學理，藉由締約過失責任的正當化事由——信賴責任，建立資訊過失責任 (informationelle Fahrlässigkeitshaftung)¹⁴⁵，削弱「資訊提供上之故意教義」，並完善當事人間契約自由的實質保護。締約過失資訊責任之構建，使得「資訊提供上之故意教義」不再具正當性，而成為民法體系上的異素 (fremdkörper)¹⁴⁶。

爾今，適逢我國債法第二次現代化的修正，民法第245條之1立法理由已有載明，「當事人為訂立契約而進行準備或商議，即已建立特殊信賴關係，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害」，既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇，故增設締約過失責任，以求周延。本於第一次債法增

¹⁴² 關於民法第245條之1第1項第1款「對他方之詢問」要件緩解之解釋論可參，葉啓洲，企業經營者關於交易方案的告知義務與締約過失責任——以中華電信499之亂與特斯拉降價風波為例，月旦法學教室，204期，頁58，2019年。

¹⁴³ 關於契約自由實質化之發展參，王澤鑑，註103，頁79-91；蘇永欽，民事財產法在新世紀面臨的挑戰，收於：走入新世紀的私法自治，頁61-90，2002年；林美惠譯，民事法的發展及立法德國契約法的基本理念及發展，臺灣大學法學論叢，28卷3期，頁337-353，1999年；詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範——消費者保護法第十二條之分析，消費者保護研究，1輯，頁61-102，1995年；楊宏暉，市場經濟秩序下的契約失靈調整模式，法學新論，25期，頁67-101，2010年。

¹⁴⁴ Grigoleit, Hans Christoph, Vorvertragliche Informationshaftung - Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, 1997, S. 64. 有關德國學者Grioleit對於前契約資訊責任之中文引介參，周伯峰，註27，頁240-243。

¹⁴⁵ Grigoleit (Fn. 144), S. 275. 另值得注意的是，學者陳聰富先生則強調英國法基於私法自治、契約自由及雙當事人對立原則，對締約人在締約階段為協商行為時，採最少介入行為原則。締約人僅有說實話義務，卻無說明義務，單純沉默，不負法律責任，亦即「積極之詐欺可得救濟，但不作為無可獲得回應。」惟在契約前階段，基於最大善意契約或具有信賴關係之契約，例外地課予當事人在締約階段揭露資訊之義務。此與德國法亦有著若干相通之處，參陳聰富，論契約成立生效後之締約上過失責任以不實表述之責任為中心，註64，頁219-222。

¹⁴⁶ Grigoleit (Fn. 144), S. 275.

訂基礎，爰立法理由所據之信賴原則，在既有明文化締約過失責任規範下，為我國構築一般性過失資訊責任。如此，不僅可抑制「資訊提供上之故意教義」引發資訊揭露弱化的副作用，也具體展現私法自治的實體化。「法律行為自我負責之實質化」落實與貫徹，應也是第二次債法現代化立法價值的重要導向。

(二) 過失違反說明義務而締結不利契約和契約責任之關係

民法研究修正委員會在第782次會議決議：「契約成立時，依各該契約內容履行。故締約過失責任，僅指契約未成立之情形。¹⁴⁷」亦即是，在契約成立前締約商議準備階段，當事人一方違反說明義務，致他方受損，若契約未成立，締約過失責任則適用之；反之契約若成立，締約過失責任無適用空間，即應適用不完全給付之規定¹⁴⁸。以契約成立與否，切割締約過失責任之適用，無疑忽略締約過失責任形成的時間點，是在訂立契約而進行準備或商議的階段，絕非依附於契約成立與否為斷。契約一旦成立，即機械性套用不完全給付規定，未思慮不完全給付之成立，尚須檢視其為契約成立後，可歸責於債務人事由，未依債之本旨為給付等要件。對修法走向關鍵性影響之論者，以化約且引導性方式表示，前契約說明義務違

反，即屬附隨義務違反，契約一旦成立，應適用不完全給付規定，不免生偏頗和速斷之失¹⁴⁹。學說對此亦多有質疑：

學者楊芳賢先生於分析德國與英國兩個有關過失不實說明判決個案後指出：「……判決個案，當事人之義務違反係發生在契約成立之前，而且該不實陳述內容並未經當事人加以擔保，更未作為契約成立後應履行之債務內容，因此亦不可能在契約成立後適用瑕疵擔保或不完全給付等規定，因此該等個案無從成立瑕疵擔保、擔保契約或不完全給付等，而僅得斟酌適用締約上過失或侵權行為等。¹⁵⁰」

學者陳聰富先生則更進一步大量且細緻分析案例，自問自答說到：「有疑問者為，締約上過失法則之成立要件，與不完全給付責任之成立要件，並非相同，是否所有締約人違反締約前說明義務之案例，均符合締約後不完全給付責任之構成要件？……按在締約人違反真實說明義務，致締結不利契約之情形，有可能與契約標的相關者，如為瑕疵給付，可得構成不完全給付責任。……惟於締約人違反真實說明義務，致締結不利契約之情形，亦可能發生與買賣標的物無關，非屬標的物之瑕疵給付，而無法構成不完全給付之要件。……當事人對其陳述未作擔保，亦未作為履行之債務內容時，即無適用不完全給付之可言。¹⁵¹」

¹⁴⁷ 法務部法律事務司，註 82，頁 515。

¹⁴⁸ 孫森焱，註 98，頁 683-684。

¹⁴⁹ 孫森焱，註 98，頁 683-684，有謂：「按我國修正民法第二二七條已明文規定不完全給付之債務不履行，則債務人有未盡附隨義務者，債權人即得據此行使權利，是契約成立時，即無另設締約過失責任規範之必要。」

¹⁵⁰ 楊芳賢，註 64，頁 192。

¹⁵¹ 陳聰富，論契約成立生效後之締約上過失責任以不實表述之責任為中心，註 64，頁 252-254。

更甚者，學者周伯峰先生有表示：「如果根據相關個案情況，不能夠被涵攝到其他制度，如詐欺撤銷、侵權行為或瑕疵擔保乃至於債務不履行的話，那麼在臺灣民法制度上就會形成無法被妥善處理的狀況，即陷入沒辦法找到適當請求權基礎之問題，這有時候就會導致個案上不公平的結果，不然就是為了要達到個案公平的結果，『勉強』以其他相關制度來進行調整，也就是肯認其情況『符合』其他的請求權基礎之要件，反而造成法律適用上扭曲的問題，而這兩種困境正是我國民法第245條之1的立法『真意』以及實務上的保守運作所造成之結果。¹⁵²」

承上開學說意見可知，在締約階段，一方當事人過失不實說明，影響他方之決定，因此締結非預期或不利的契約，非當然即得依不完給付或瑕疵擔保等規定行使其契約上之權利，尚須斟酌個案之情形。按此，重新整合和重新定義過失違反前契約說明義務責任於締約過失制度的定位，具有周全並補足當事人自我決定與財產利益保護之作用。

(三) 過失違反前契約說明義務和侵權責任之關係

針對締約商議階段，一方過失不實陳述或隱匿資訊，他方因此締結不利契約，致受

損害，他方得否依民法第184條第1項前段主張損害賠償？對於過失不實陳述或隱匿資訊之事例，被害人得否以加害人侵害其「意思決定自由」，即為侵害「權利」為由，依民法第184條第1項求損害賠償？若為肯定，則過失不實陳述或隱匿資訊之情形，已得依同條項前段有關過失不法侵害他人類型之侵權行為請求權以資救濟，自不生藉助締約過失責任，以補法律漏洞之失。關於民法第184條第1項前段所稱之「權利」內涵，學說存有異見，實務隱然採取保留態度，梳理如下：

1. 學說之分歧

(1) 否定立場

中央研究院王澤鑑院士認為：民法第184條第1項前段所稱的「權利」，及於「自由」，但僅限於身體行動自由，而不及於精神活動自由，其包括意思決定自由。因若過分擴大自由概念及於意思決定自由，使侵害他人自由成為一概括條款，保護範圍將難以確定，甚而影響個人行為自由和經濟活動。故對法律行為決定自由的保護，應以同條項後段為之¹⁵³。

(2) 肯定立場

另我國多數學者肯定，民法第184條第1項前段權利概念，包括身體行動自由和精神活動自由，故亦及於意思決定自由¹⁵⁴。學者

¹⁵² 周伯峰，註 27，頁 278。

¹⁵³ 王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，頁 163、189、379-380，2015 年，另王澤鑑院士肯定被害人意思自由決定受侵害，得依民法第 195 條第 1 項規定請求慰撫金；詹森林，自由權之侵害與非財產上之損害賠償——最高法院八十一年台上字第二四六二號民事判決之研究（下），萬國法律，70 期，頁 14，1993 年，而學者詹森林先生則否定被害人精神活動受侵害時，得依民法第 195 條第 1 項規定請求慰撫金；張譯文，註 136，頁 190。

¹⁵⁴ 陳忠五，註 136，頁 130；葉啓洲，註 136，頁 150；鄭冠宇，民法債編總論，六版，頁 549，2023 年；陳聰富，侵權行為法原理，頁 70-72，2017 年；曾隆興，詳解損害賠償法，修訂二版，頁 392-393，2008 年；孫森焱，註 98，頁 220；劉春堂，民法債編通則（下），頁 359-361，2020 年；黃立，民法債編總論，修正三版，頁 270，2006 年；鄭玉波著、陳榮隆修訂，註 131，頁 169-170。

陳忠五先生則力主，侵害表意自由或意思自主，應認係屬侵害同條項前段之「權利」，較為妥適。其論證理由有三：一是表意自由或意思自主與人之人格自主、人性尊嚴密不可分，是人格法益之核心，屬高位階之法益價值。不宜侵害表意自由或意思自主概念具有無限擴張可能性，否定其權利之屬性，而減損對其保護；二是自由為基本權利或人格法益，既然其內涵包括身體行動自由與精神活動自由，自不應刻意將其屬性區分為「權利」和「利益」，而作出差別對待，宜同等納入一般人格權之列；三是表意自由或意思自主內涵已發展穩定成熟，表意自由或意思自主得以具體特定，客觀上亦得預見，不生保護範圍將難以確定之疑慮¹⁵⁵。

2. 實務持否定立場

最高法院110年度台上字第2150號民事判決【隱匿市地重劃範圍案】似乎指向，詐欺所侵害的法益，僅係涉利益，無民法第184條第1項前段規定的適用，宜適用本條項後段之規定¹⁵⁶。其有謂：「按民法第184條關於侵權行為所保護之法益，除有同條第1項後段及第2項之情形外，原則上限於既存法律體系所明認之權利，而不及於權利以外之利益，以維護民事責任體系上應有之分際，並達成立法上合理分配及限制損害賠償責任，適當填補被害人所受損害之目的。又所謂純粹經濟上損失或純粹財產上損害，係指其經濟上之損失為『純粹』的，而未與其他有體損害如人身損害或財產損害相結合者而言；除係契約責任（包括不完全給付）及

同法第184條第1項後段及第2項所保護之客體外，並不涵攝在民法第184條第1項前段侵權責任（以權利保護為中心）所保護之範圍。查上訴人隱瞞00b地號等3筆土地未納入系爭重劃案重劃範圍，而與被上訴人簽訂系爭契約，致被上訴人受有該契約價金與系爭土地於訂約時交易價值之價差損失，為原審確定之事實。則被上訴人究為何種權利受侵害？抑其所受侵害者為利益？原審未詳為推闡明晰，遽認上訴人構成民法第184條第1項前段之侵權行為，自有可議。」

最高法院111年度台上字第176號民事判決【隱匿未取得骨灰塔位銷售經營許可案】表示，「詐欺係侵害意思表示形成之自由，被害人得依第184條第1項後段請求損害賠償，隱然再次指向亦即『表意自由』或『意思自主』係屬『法益』，而非『權利』，故其有謂：而因被詐欺而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示；故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，負損害賠償責任，民法第92條第1項本文、第184條第1項後段亦有明文。該所稱詐欺，係指對表意人意思形成過程屬於重要，而有影響之不真實事實，為虛構、變更或隱匿之行為，故意表示其為真實，使表意人陷於錯誤、加深錯誤或保持錯誤者而言。是項規定所欲保護之法益，為表意人意思表示形成過程之自由。蓋詐欺者慣於利用受害人之需求、疏忽、恐懼、同情、貪財、迷信等心理狀態，施以言語行動、傳媒資訊或數人分工等手法交互運作，使受害人逐步陷於錯誤，而影響其意思

¹⁵⁵ 陳忠五，註136，頁131。

¹⁵⁶ 陳忠五，註136，頁129。

表示之形成自由。」

隨後，最高法院112年度台上字第1719號民事判決【提供不實資訊投資案】亦同此立場，而表示：「按詐欺之不法行為，如符合故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人之要件，受害人得依民法第184條第1項後段規定，請求加害人負侵權行為之損害賠償責任。該所稱詐欺，係指對表意人意思形成過程屬於重要，而有影響之不真實事實，為虛構、變更或隱匿之行為，故意表示其為真實，使表意人陷於錯誤、加深錯誤或保持錯誤者而言。是項規定所欲保護之法益，為表意人意思表示形成過程之自由。」

3. 侵權行為法之不足處

如前所述，若民法第184條第1項前段規定所保護「權利」包括「意思表示之自主」，則過失不實陳述或隱匿之情形，得適用該條項前段規定，表意人意思自主被侵害所生損害，也足以獲得適當填補。究竟我國民法第184條第1項前段規定所稱「權利」是否包括「意思表示之自主」，學說有肯定與否定對立觀點，而最高法院雖未明確且直接揭示「意思表示之自主」非屬民法第184條第1項前段所稱之「權利」，但卻不斷重申，表意人受詐欺，而表示其意思，非出於自由，詐欺不法行為，符合民法第184條第1項後段「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人」之要件，受害人得依本條項後段規定請求損害賠償，而寓意著支持學理上之

否定見解。

中央研究院王澤鑑院士力主：「我民法第184條第1項前段以『權利』為保護客體，後段係『權利』及利益為保護客體，乃為我侵權行為法的基本架構及價值判斷，實務上亦同此見解……¹⁵⁷」，同條項前段所保護之權利，係以絕對權（固有利益）為原則¹⁵⁸。最高法院98年度台上字第1961號民事判決承此觀點，並在此指標性之判決表示：「民法第一百八十四條第一項前段所保護之法益，原則上限於權利（固有利益），而不及於權利以外之利益特別是學說上所稱之純粹經濟上損失或純粹財產上損害，以維護民事責任體系上應有之分際，並達成立法上合理分配及限制損害賠償責任，適當填補被害人所受損害之目的。」職是，民法第184條第1項前段所稱「權利」係以絕對權為原則，蓋為實務所採¹⁵⁹。

民法第184條第1項前段所稱之「權利」，指向絕對權，但不包括純粹經濟上損失或純粹財產上損害，而其不屬於同條項前段「權利」保護範圍，係因此種財產概念難以界定。德國通說和實務也同我國否定說見解，而認為，德國民法第823條第1項明文列舉「自由」保護之客體，僅指向身體行動自由(körperliche Bewegungsfreiheit)，不及於法律行為決定自由(rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit)，因其亦屬於保護範圍難以認定之法益¹⁶⁰。

¹⁵⁷ 王澤鑑，註153，頁421。

¹⁵⁸ 王澤鑑，註153，頁125-183、245；同此觀點，陳聰富，註154，頁59。

¹⁵⁹ 有關學說不同觀點之彙整可參，陳聰富，註154，頁56-58。

¹⁶⁰ Schur, Wolfgang, Leistung und Sorgfalt - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht, S. 276, 2001.

欲解開德國民法第823條第1項所稱「自由」，何以不包括於法律行為決定自由之疑義，僅從自由文義著手，是無法獲致令人滿意之答覆。惟本於德國民法第823條第1項規範功能和規範體系，方能解惑。德國民法本條項所列舉法益「生命、身體、健康、自由、所有權或其他權利」均指向絕對權，而本條項結構特徵之所以限縮於絕對權，係因本條項不法認定，以侵害他人之絕對權即徵引不法，是採「結果不法」模型。而此等絕對權，除涉及法益保護重要性外，具社會公開性，保護範圍具確定性。按此標準，自由概念下之身體行動自由，具有此種特性。職是，德國民法第823條第1項所稱「自由」，則僅囿於身體行動自由¹⁶¹。中央研究院王澤鑑院士亦有云：「……之所以創設違法性概念，其主要功能在於界定及區別保護法益。由侵害他人權利（德文為indizieren，表徵、指明）侵害行為的不法性（Vermutungsregel）。其理由為權利（如生命、身體、自由、所有權等）係受法律保護重要價值，有一定保護範圍，特推定侵害行為的不法性，加以保護。」此為反對將意思自由或是意思自主納入「權利」概念之成因。

我國學者陳忠五先生極力主張，意思自由與人格自主、人性尊嚴密不可分。不可諱言的，法律行為決定自由確實蘊含著某種絕對性之特徵。但民法上之締約自由保護，是

有層次的，是有類型的，是應予區辨的。締約自由包含兩個面向：其一是消極締約自由，即個人有選擇不締結契約之自由，此自由具對世效力。原則上沒有人有締約之義務，也就是任何人均無權要求他人與其締約；其二是積極締約自由，個人在與他人交涉過程中，有依自己意思決定締約與否自由¹⁶²。此種自由是為保護表意人不受相對人脅迫、強制或詐欺，以防止其意思形成受到妨礙或干擾，積極契約自由是相對性的。若將締約自由兩面向，以一體性方式處理，籠統主張締約意思自由應受德國民法第823條第1項保護，並以「防止對意思形成之干擾或妨礙」作為抽象標準，是無法合理評價不同類型之干預。而消極締約自由與積極締約自由之侵害型態不同，且保護法益為各異，法律效果亦有不同，惟有區辨締約自由之內涵，方能理解且正確適用德國民法第823條第1項之規定¹⁶³。

僅以積極法律行為決定自由不具公開性，不具明確性，尚不足說服積極法律行為決定自由不具有權利之特徵。德國學者Balz有謂：「壓力與反壓力是無法從法律交易之角力場中排除的。¹⁶⁴」也就是，依法律行為理論(Rechtsgeschäftslehre)之觀點，締約磋商階段，雙方當事人在互動過程中，彼此間必然會企圖去影響各自之自由決定，此是磋商和談判之本性。當事人為締約而有所磋商和談判，目的在求取自身之利益，在取得最有

¹⁶¹ Schur (Fn. 160), S. 276.

¹⁶² Quast, Anna, Rechtskräftiger Titel des Zedenten und Schutz des Schuldners: Vorgaben der Vertragsfreiheit zur Argumentation im Schuldrecht, S. 78, 2009.

¹⁶³ Schur (Fn. 160), S. 277.

¹⁶⁴ Bälz, Ulrich, AcP 176 (1976), S. 373: „Druck und Gegendruck aus dem Kraftfeld rechtsgeschäftlicher Interaktion nicht herauszuhalten sind.“

利之契約條件。談判磋商，為己求利，使他方為讓步性之決定，是法律行為理論之基調，亦是交易風險合理分配之起點¹⁶⁵。故法律行為自由決定是否受到侵害，取決於具體個案。也因此，法律行為自由決定受侵害，非得如侵害絕對權一般，逕以侵害權利即表徵侵害行為為具不法性，毋寧是應訴諸於侵害意思自由之形態和方式為論斷。具體而言，意思自由受侵害時，侵害行為是否具不法性，不是取決於侵害法益之類型，而是以侵害意思自由之形態和方式為斷，如以脅迫、強制或詐欺等方式，干預或妨礙受害人之意思形成自由。也就是，此時違法性評價已與德國民法第823條第1項採用之「侵害權益」連動模式脫勾，故應適用德國民法第826條故意違反善良風俗加損害於他人之規定¹⁶⁶。我國最高法院111年度台上字第176號民事判決【隱匿未取得骨灰塔位銷售經營許可案】和最高法院112年度台上字第1719號民事判決【提供不實資訊投資案】亦應是本於此立場，故認為被害人意思表示自由因被詐欺受侵害，而致受損害，應適用民法第184條第1項後段規定請求賠償。

我國持肯定說之論者，從人格法益與人性尊嚴保護出發，強調侵權行為法對自由進行區別待遇，不具合理性與說服力¹⁶⁷。德國學者Mertens也表示，對自由概念為縮減，是無理由的；但其也陳明，將法律行為決定之自由擴展及德國民法第823條第1項所

稱之「自由」，是為不妥。故其主張，就人格發展完整性觀之，法律行為自由決定毋寧是透過一般人格權為保障，更為合適¹⁶⁸。然而將法律行為決定自由與身體行動自由進行對照比較，法律行為決定自由在本質上，僅具有框架性權利(Rahmenrecht)特徵。一般人格權也是一種框架權利，一般人格權屬德國民法第823條第1項所稱「其他權利」。一般人格權內涵為個人尊嚴，個人人格，具有絕對性，但法律行為決定自由則欠缺此種屬性。德國學者Schur乃表示，此種自由所涉及的是締約磋商過程中，意思形成自由受到干擾或妨礙。法律行為決定自由之保護與契約整體性有著密不可分關係。故從責任體系觀之，將法律行為決定自由保護歸屬於契約範疇為宜，類似於契約之關係亦及之。

承上，法律行為決定自由不具絕對權屬性，而過失不實陳述或隱匿致締結不利契約所生損害，自無法依據我國民法第184條第1項前段和後段請求賠償。學者張譯文先生則因此呼籲：「在當事人之間存在特殊信賴關係等情形之中，故意責任的基本立場，則或有其不足之處，我國法上遂設有若干特別規範。……締約上過失的適用範圍與規範功能，其實與侵權責任息息相關；二者之間，處於『此消彼長』的互動關係。我國法上之所以引進『締約上過失』的責任，似乎正是立基於侵權法上『故意責任』的預設。我國

¹⁶⁵ Hönn, Günther, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 278, 1982; Lorenz, Stephan, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 232, 487, 1997.

¹⁶⁶ Schur (Fn. 160), S. 277.

¹⁶⁷ 陳忠五，註136，頁131。

¹⁶⁸ MüKo, Mertens, § 823, Rn. 64, 3. Aufl., 1997.

文獻積極擴張適用範圍及於『過失隱匿或不實陳述』的案型，也是此種發展脈絡之下的產物。一方面，在特殊信賴關係的『磋商當事人』之間，承認一定的『過失責任』；另一方面，在『一般人』之間，則是維持『故意責任』的原則。¹⁶⁹

依侵權行為法規定，因過失不實陳述或隱匿致締結不利契約所生損害，尚無法獲致周全保護，為充分保障當事人在前契約階段形成之特殊信賴關係，自有由締約過失責任填補之必要。

四、小結

締約上過失責任之創設，係在填補侵權法和契約法之不足。德國法之所以將違反保護義務損及固有利益納入締約過失責任，是因德國侵權行為法之不足與缺陷。而我國侵權行為法發展，並未陷入德國法產生之危機，因我國司法實務不僅嚴格認定對僱用人之免責事由，最高法院108年度台上字第2035號民事判決【中國信託損害賠償案】更肯定法人自己之侵權行為，同時最高法院106年度台上字第1148號民事判決【萊爾富超商和富邦銀行招牌案】和最高法院109年度台上字第1015號民事判決【非常婚禮網站平台留言案】也確立交易安全義務，擴大注意義務之範圍。據此，違反保護義務損及固有利益之類型回歸侵權責任，對被害人權益保護係屬妥當。

值得深思者為，我國民法是以資訊提供上之故意教義為範式，而民法研究修正委員會在民法第245條之1第1項第1款要件上，復

採取更高密度（對他方之詢問）和更趨嚴格（惡意）之要求，使得過失違反說明義務而締結不利或非預期契約之情形，自無法依本條項第1款請求賠償。而循契約法之規定，不完全給付或是瑕疵擔保之成立，尚應衡酌個案中是否對不實說明為擔保，或是不實說明涉及應履行債務之內容。如是，契約法對過失違反說明義務而締結不利或非預期契約之情形，仍有保護未及之處。又依侵權行為法之規定，民法第184條第1項前段有關故意或過失不法侵害他人權利類型之損害賠償請求權，鑑於本條項之規範結構—侵害權利徵引不法，則有關「權利」之理解，則僅限絕對權。而意思自由不具典型公開性與特定性，欠缺絕對權之特徵，非屬本條項前段保護之客體。又依民法第184條第1項後段規定，在過失不實說明或隱匿資訊致受損害之情形，因加害人在主觀上僅為過失，無適用本條項後段之規定。故將過失違反前契約說明義務之情形納入締約過失責任，不僅填補契約責任和侵權責任之漏洞，也充分保護當事人在前契約階段之信賴關係。進言之，締約過失責任承載著，確保當事人不被誤導，且彼此得合理信賴所告知之資訊，並使得當事人締結契約的意思自由獲得保障，進而維護當事人的財產利益。締約過失責任制度是建立資訊過失責任之介面，對法律行為為自我負責之實質化扮演重要角色。過失說明義務違反之締約過失責任之肯認，是法律行為為自我負責實質化之實踐，也是第二次債法現代化應納入考量之立法價值。

¹⁶⁹ 張譯文，註136，頁193。

陸、結論

我國締約上過失責任之發展已歷時百年，在三個緯度中，學理和實務對締約上過失責任，從未識，到初識，到認識，到錯識，因而增設民法第245條之1規定。本條是「具有臺灣特色的締約上過失制度¹⁷⁰」，其縱陷入「立法說明書過於簡略，未舉例說明，解釋適用上疑義甚多，難謂係良好立法，確有重新檢討、詮釋必要¹⁷¹」質疑。也正因為，本條立法路徑過於窄化，要件過於嚴苛，因而激發學說對締約過失責任在我國民法體系定位之再思索。

民法第245條之1歷經四分之一個世紀之實踐，在學說和司法實務相互激盪下，更彰顯締約過失責任之任務。締約過失責任絕不是反法之法律創造物，更無意侵蝕或破壞契約責任和侵權責任二分體系，而是在填補契約責任和侵權責任不足處。締約過失責任在於維護當事人於契約磋商階段所形成之信賴關係，是補充和修正民法體系欠缺之處。本此思維，我國侵權行為法在司法實務實踐上，側重於保護被害人，僱用人舉證免責之否定，交易安全注意義務理論之導入，法人自己侵權行為之肯認，實已治癒侵權行為法之大部分缺陷。依此，違反保護義務損及固有利益之類型自應回歸侵權責任。唯過失違

反前契約說明義務而締結不利契約之情形，面臨的是契約法保護不足之困境，直對的是意思自由非屬民法第184條第1項前段所稱之「權利」，而生保護漏洞之問題。以民法第245條之1正當化基礎——信賴原則，將過失違反前契約說明義務之情形，納入締約過失責任。透過締約過失責任之再明文化，建立我國一般性之過失資訊責任，以達法律行為自我負責之實質化宗旨。

為催生締約過失責任之再法典化，試擬修正民法第245條之1之建議條文如下。拋磚引玉，以供討論，進而形成共識：

◎建議方案一：

為準備或商議訂立契約，當事人一方違背誠實及信用之方法，因過失致他方當事人受有損害時，應負賠償責任。

◎建議方案二：

為準備或商議訂立契約，當事人一方違背誠實及信用之方法，而有左列情形之一者，因過失致他方當事人受有損害時，應負賠償責任：

- 一、就締約重要關係事項，隱匿或為不實說明者。
- 二、知悉或持有他方秘密，而洩露者。
- 三、中斷締約者。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫及月旦系列電子雜誌 www.lawdata.com.tw）

作者著作



- 2023 年月旦〈民事法〉實務評析精粹 | 曾品傑、陳榮傳、向明恩 等
- 民法債編精選判決評釋 | 王怡蘋、郭玲惠、黃健彰、游進發、向明恩 等
- 財產權保障實務案例之憲法觀點（影音） | 許政賢、向明恩、陳業鑫

¹⁷⁰ 王澤鑑，註 103，頁 268。

¹⁷¹ 王澤鑑，註 103，頁 267。