

論對「不受期待之契約」 的法律上處理 ——以締約上過失為中心

周 伯 峰^{*}

要 目

- | | |
|----------------------------|-----------------------------|
| 壹、前 言 | 參、以締約上過失處理「不受期待之契約」所產生之法律效果 |
| 貳、「不受期待之契約」作為締約上過失的一種案例類型 | 一、不受期待之契約的解消 |
| 一、締約上過失的承認 | (一)德國聯邦最高法院之見解及學界批判 |
| 二、締約上過失的義務內容（案例類型） | (二)德國學界之見解 |
| 三、以締約上過失處理「不受期待之契約」之理論問題 | 二、不受期待之契約的調整 |
| (一)資訊義務的範圍 | (一)德國聯邦最高法院之見解及學界批判 |
| (二)以締約上過失處理「不受期待之契約」的正當性問題 | (二)以德國民法第251條來處理金錢賠償之需求 |

DOI：10.3966/102398202018120155004

^{*}

政治大學法學院助理教授，德國美茵茲大學法學博士。

本文為科技部補助研究計畫（104-2410-H-004-073-）之研究成果，作者在此特別感謝審稿人提供之建議，使本文可以減少錯誤。

投稿日期：一〇六年十一月二十八日；接受刊登日期：一〇七年五月二十四日

責任校對：林嘉瑛

肆、臺灣：一個無法以締約上過失處理的問題？
一、困境來源：民法第245條之1第1項規定的性質
二、困境突破：對民法第245條之1第1項進行「修正解釋」
伍、結 論



元照出版提供 請勿公開散布。

摘 要

本文涉及如何以締約上過失處理「不受期待之契約」之法律問題，即如何以締約上過失及其損害賠償法上之效果，來面對因一方當事人在締約過程中違反資訊義務，影響他方的意思決定自由，導致其訂立不利益契約致受損害的問題。首先，本文討論在德國法上「不受期待之契約」如何作為締約上過失的一種案例類型，及其相關的理論問題，即締約前的資訊義務的範圍還有以締約上過失處理「不受期待之契約」之正當性之問題。接下來則討論在德國法上以締約上過失處理「不受期待之契約」所產生的法律效果，即契約解消以及契約調整，於實務與學說所產生的爭議。最後，則討論臺灣因為民法第245條之1規定的問題，導致無法用締約上過失處理「不受期待之契約」之困境，還有如何借鏡德國的討論予以突破的可能性。

關鍵詞：締約上過失、前契約義務、資訊義務、不受期待之契約、損害賠償、回復原狀、金錢賠償

壹、前言

先設想一下如果發生下面的這些案例的話，該如何對於這些案例進行法律上的處理：

首先，某A為了要對原本裝置在其工廠中的機具更換零件，便在某B商店進行購買，因為該機具要更換的零件是須要特殊的尺寸，故而A在購買時，有詢問B的店員C說，在這裡購買的零件可否換到其機具中，而該C店員在經過（隨意）的測量後，回答A說尺寸沒問題，可以裝進A原本的機具，A因此與B訂立零件購買契約，後來事實證明，A在B處所購買的零件沒辦法裝進其所要更換的機具中，但如果安裝到尺寸符合的機具中的話，可以正常運作¹。

其次，某房屋公司A以某種節稅模式出賣其房屋，某B有意願購買，但擔心因購買房屋的金融貸款會給其流動資金的運用帶來壓力，某A的職員C（錯誤的）向某B表示，將房屋出租獲得的租金跟省下來的節稅額完全可以償還買房的金融貸款，而不用動到其流動資金，故而B向A購買該房屋的房屋買賣契約，但後來事實證明，租金跟節稅額無法完全支付該房屋貸款，B必須要另行準備資金來清償貸款，進而對B的資金運用造成壓力²。

最後，某A要購買某B所有的公司，而購買該公司的價金將以某B所有公司的稅前獲利數據為基礎，而某A是根據B所提供的文件來調查該公司的稅前獲利數據，但某A最後卻高估了該公司的稅前獲利數據，因為B所提供的文件資料中沒有註記，這些數據必須要扣掉某些還沒有登記上去的特定花費支出，而某A就以這樣的文件

¹ 本案例改編自德國聯邦最高法院判決的案例事實，參閱BGH NJW 1962, 1196.

² 本案例改編自德國聯邦最高法院判決的案例事實，參閱BGH NJW 1998, 302.

估定該公司的買賣價金，並以此與某B訂立公司買賣契約，事後證明，某A是因為錯誤的文件資訊，以過高的價額購買了原本某B所有的公司³。

以上這些案例，都涉及到了這種狀況，即在締約時，當事人之一方就他方當事人決定是否締約而言重要的資訊作出了錯誤的建議或提供，而使他方當事人最後訂立了一個有效的契約，而該契約履行的結果對於他方當事人來說，可能不僅是無用的，甚至還是有害的（如造成經濟上的負擔）。這樣無用甚至有害的契約，當然不是當事人在締約時所期待的，所以我們可以將這種無用甚至有害的契約稱之為「不受期待之契約」（*unerwünschter Vertrag*），而這種（有效的）「不受期待之契約」主要是因為在意思建構或意思表示階段的缺陷，才造成對於一方當事人而言在主觀上或客觀上是難以忍受的，也就是說，其缺陷來源是位於契約訂立的時間點之前，如果僅僅是因為締約之後的利益狀況改變，導致某（有效的）契約對於一方當事人而言是令人難受的話，也就是因為締約後情況或利益之改變，使當事人後悔其決定的話，這裡涉及的不是所謂「不受期待的契約」，而是所謂「被後悔的契約」（*bereuter Vertrag*），針對這種「被後悔的契約」，除了一些例外狀況之外（如構成交易基礎喪失或所謂的情事變更），基本上仍是要以「契約嚴守原則」來予以處理⁴，即當事人不可以要求從契約中脫離或變更契約。

針對上面所談的因在締約過程的缺失所造成的「不受期待之契約」該如何進行法律上的處理，正是本文想要討論的問題。就這裡

³ 本案例改編自德國慕尼黑邦高等法院判決的案例事實，參閱OLG München, 26. 7. 2006 – 7 U 2128/06.

⁴ 參閱Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag-Eine Untersuchung von Möglichkeit und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, 1997, S. 2f.

所涉及的問題來看，如果其中一方當事人是故意告知錯誤的資訊，而導致他方訂立這種「不受期待之契約」的話，那麼這裡可能就是涉及意思表示受詐欺而撤銷的問題⁵，如果該「不受期待的契約」，其不受期待的部分，涉及到的是物之性質約定的話，那麼這裡就有可能有物之瑕疵擔保介入的可能，但如果一方當事人錯誤的告知資訊是因為過失所導致，或者，這裡所涉及的問題不是關於物之性質的話，也就是說，沒有故意詐欺撤銷或瑕疵擔保規定之適用的話，那麼該如何處理？因為發生問題的時間點在締約前，而且涉及一方當事人的過失，這時很容易讓人聯想到，是否可以用所謂的締約上過失來處理這樣的案例？的確，在德國法上，以締約上過失及其所伴隨的損害賠償法上之法律效果，正是處理這種「不受期待之契約」的方法，而本文也將以締約上過失為核心，來討論該如何對「不受期待之契約」進行法律上之處理。

本文接下來將要從「不受期待之契約」如何作為締約上過失的一種案例類型討論起，首先，要討論的對象是締約上過失如何在德國民法體系中被承認，而在這樣的發展過程中其所涉及的案例類型有哪些，接續則討論將「不受期待之契約」作為締約上過失的一種案例類會涉及怎樣的理論問題。再來，本文將討論，以締約上過失伴隨其所帶來的損害賠償法的運用，對於「不受期待之契約」會產

⁵ 審稿人有提到我國民法第245條之1第1項第1款規定：「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」，似乎也可以處理這裡故意為錯誤說明之案例，不過，因為我國民法第245條之1規定為：「契約為成立時，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至受損害之他方當事人，負賠償責任」，而其成立要件限於所謂「契約未成立」之情形，跟這裡主要討論的是契約已經成立生效之情形是否一致，進而可以適用，其實是有疑問的，而本文主要的目的之一，就是要探討這個疑問，相關討論請參閱本文肆、以下之討論。

生怎樣的法律效果，而主要待處理的問題則是以損害賠償法的回復原狀作為原則，所可能發生的「不受期待之契約」的解消與調整，其所須的要件為何。而在處理完德國法上的討論之後，本文將回來討論在臺灣現行的法律規定之下，要以締約上過失來處理不受期待之契約是否可能，將會遇到什麼樣的問題，相關問題的根源為何，最後參考德國法的發展，試著提出解決方法。

貳、「不受期待之契約」作為締約上過失的一種案例類型

一、締約上過失的承認

要談締約上過失的歷史發展，基本上要從耶林於一八六一年所發表的〈締約過失或於無效或未完美締結契約時之損害賠償〉這篇文章談起⁶，在這篇文章中耶林基於其意思表示的意思論的立場，認為雖然在錯誤的狀況中，意思表示應該是無效的，但其要求在表意人就錯誤有過失的情形下，應該要賠償相對人因為相信意思表示有效而有所作為所支出的花費，且認為否認這樣的責任是不正義的，因如此一來善意的意思表示相對人將會成為有過失的表意人的犧牲品，但表意人卻可以自由的脫逃（契約責任）⁷。在耶林以「締約過失」為名的文章中提出這個「人們該如何就其意思的外部顯像負責」的問題之後，在當時引發的後果其實是所謂意思表示的表示論的出現⁸，並對於一八九六年所訂立的德國民法典中該如何

⁶ Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, S. 1ff.

⁷ 參閱aaO., S. 2.

⁸ 參閱 Chou, Die Entwicklung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und

處理意思表示錯誤的問題發生了影響⁹。

嚴格說起來，耶林在該文中的主要問題意識是集中於契約未生效的責任上面，並沒有真正建構一個一般性的締約上過失制度。因而就產生了如下的問題，締約上過失要處理的問題是否僅限於契約未生效的責任？還是締約上過失其實是要承認契約當事人間在締約前就已經存在一個特殊的關係，因而產生廣泛的照顧保護乃至於說明資訊義務，也就是說有個一般性的締約上過失存在¹⁰？如果我們觀察德國民法典的立法史，其實可以發現，當初德國民法典的立法者是有意識的否定要設立一般性的締約上過失，其反而將締約過失責任限縮在特定的規定之上，比如德國民法第122條、第179條、第307條（舊法）、第463條（舊法）、第523條、第694條等規定¹¹。

就實務的發展上來看，帝國法院在一九一一年之前也是否認一般性的締約上過失存在，其一直主張德國民法典並「沒有對每個在契約締結中所進行的行為給予法律行為的評價以及與契約一樣的後果」¹²。直到帝國法院一九一一年十二月七日的判決中人們才看到下面的論述：

當出賣人跟有興趣購買的消費者，在展示以及觀賞貨物的過程中，必須去注意他方的健康及財物的義務漸漸形成時，則對於雙方當事人而言，在準備進行買賣的階段就產生了具有類似於契約的性質，並且在此範圍內產生法律行為拘束力的法

Gleichheit im deutschen Zivilrecht seit der Französischen Revolution, 2012, S. 35.

⁹ 參閱 *Medicus*, FS Kaser, S. 175f.

¹⁰ 參閱 HKK/Harke, § 311 II, III, Rn. 1 und *Larenz*, FS Ballersted, S. 387f.

¹¹ 參閱 HKK/Harke, § 311 II, III, Rn. 11f. und *Medicus*, aaO. (Fn. 9), S. 175ff.

¹² RGZ 61, 207, 213 und 參閱 HKK/Harke, § 311 II, III, Rn. 13.

律關係¹³。

而這個判決就是有名的「油布窗簾卷」案，其是帝國法院建構所謂前契約權利及法益侵害或契約協商過程中人身及財物保護義務這種案例類型的藍本，不過，帝國法院在此並沒有將這種保護義務給予清楚的歸類（到締約上過失）¹⁴，只有指出在締約過程中會產生（就當事人的人身與財物保護而言）具有類似契約性質而有拘束力的法律關係。

到了一九一八年帝國法院在其九月二十四日的判決中，我們可以發現帝國法院有下面的論述：

雖然民法典中並沒有讓契約當事人就其締約過程中之疏失承擔責任的一般性規定，但這不意味著民法就將之完全否定……依據誠實交往的需求以及支配整個契約法的誠信原則都讓承認締約過程中疏失的契約責任顯得是不可或缺的，當契約有效成立，而契約之一方當事人在契約締結時，對於那些其意識到或可得而之，其陳述對於他方當事人的意思決定來說，是有重要意義的相關情況，因過失而未告知或者為不正確的陳述的話。關於契約當事人對於他方在締約時應該負比締約後較低的注意義務這種說法，沒有無懈可擊的理由支持。契約的締結與契約的履行是構成一個整體。當契約有效成立，每一個契約當事人就必須可以信任，其契約利益不會被他方當事人以違反誠信的方式已經忽略或之後可能忽略。當當事人發現其在這種信任中，卻被他方當事人有責之行為所欺瞞，這時他方當事人

¹³ RGZ 78, 239, 240.

¹⁴ 參閱 *Medicus*, aaO. (Fn. 9), S. 178.

對於這種有責行為所造成之損害的賠償請求權就不可以拒絕¹⁵。

帝國法院在此是清楚的論述，雖然德國民法典並沒有締約上過失的規定，但在德國民法體系中，不應該因此就否認這種一般性的締約上過失的存在，也就是說，帝國法院在這邊是明確的承認締約上過失的存在，並且是將之建立在誠信原則的基礎之上。自此之後，不論是德國聯邦最高法院的判決或者是學說的見解，都是普遍的接受這樣一種締約上過失的存在，並且認為其具有「習慣法」的地位¹⁶。

而在二〇〇二年德國所進行的債法現代化的修法過程中，立法者認為締約上過失已經發展成為德國民法的核心制度之一，所以其在作為德國民法法典化核心德國民法典中，也應該找到文字的表達，故而進行將這種「沒有被寫下來的」法律制度進行成文化的工作¹⁷。立法者在德國民法第311條第2項規定締約前（法定）債之關係發生的前提要件為何，其規定為：「含有第241條第2項所定之義務之債之關係，亦發生於下列情形：1. 契約磋商之開始。2. 契約之準備，而當事人有鑑於將發生之交易關係使他方得有影響其權利、法益或利益之機會，或將該權益託付於他方者，或類似之交易接觸」¹⁸，而關於締約前（法定）債之關係所產生之義務的可能內容為何，則是透過指示到德國民法第241條第2項來予以確定，而德國民法第241條第2項規定的內容則是：「債之關係按其內容，得使一方當事人對他方負有考量他方之權利、法益及利益之義務」，而義務

¹⁵ RGZ 95, 58, 60f.

¹⁶ 參閱Brox/Walker, SchuldR AT, S. 63 und Looschelder, SchuldR AT, S. 56.

¹⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 162 und Canaris, JZ 2001, S. 519.

¹⁸ 本文就德國民法條文之中文翻譯，皆引用國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會所編譯，德國民法（上），2016年10月。

違反所產生的責任則是根據德國民法第280條第1項的一般構成要件來處理，即：「債務人違反債之關係所生之義務者，債權人得請求損害賠償」，故本條就是締約上過失的請求權基礎所在，而德國民法第280條第1項規定債務人違反債之義務時，債權人可以請求損害賠償，當然其前提要件是依據德國民法第276條以下規定，債務人必須可歸責（舉證責任則以有利於債權人之方式轉換由債務人負擔）¹⁹，據此締約上過失產生的是損害賠償請求權，而其最終法律效果為何，則根據德國民法第249條以下關於損害賠償之債的一般性規定處理²⁰。

雖然德國立法者對締約上過失在上面所提及的規定中予以成文化，不過，這些規定其實並沒有針對締約上過失的具體義務內容的部分進行具體的詳細說明，因為其只是透過指示到德國民法第241條第2項規定來處理，而如上所述德國民法第241條第2項只規定「債之關係按其內容，得使一方當事人對他方負有考量他方之權利、法益及利益之義務」，並沒有詳細規定這些對他方之權利、法益及利益的注意義務內容具體為何²¹。不過，這也是立法者有意為之的，因為立法者明確表明，締約上過失在民法典中僅僅是抽象的被規定而已，這些規則雖然提供了清楚的輪廓，但關於其進一步區分與具體化，則交由實務判決來進行²²。總的來說，在進行債法現代化修正後的德國民法，其針對締約上過失是以概括條款來含括之前的發展，並沒有對於其法律狀態作重大改變，所以之前由實務與學說所發展出來的案例類型，在新的規定之下，仍舊是有效存在

¹⁹ 參閱Looschelder, aaO. (Fn. 16), S. 57.

²⁰ 參閱Canaris, aaO. (Fn. 17), S. 519.

²¹ 參閱Looschelder, aaO. (Fn. 16), S. 57.

²² BT-Drucks. 14/6040, S. 162 und Canaris, aaO. (Fn. 17), S. 519.

的²³。也就是說，就相關條文上來看，只能得出要「當事人在有締約相關接觸時，有考量他方之權利、法益及利益之義務」這樣的結論，至於這些義務具體為何，還是要由修法前之學說實務所發展之相關案例類型來看，才能比較清楚瞭解，而為了要進一步理解締約上過失的具體義務內容為何，就有必要針對實務以及學說所發展出來的具體案例類型做進一步介紹。

二、締約上過失的義務內容（案例類型）

締約上過失，基本上只成立保護義務，而給付義務只有在契約締結之後才有可能，與締約過失責任無涉²⁴。締約上過失的（保護）義務內容，大致上可以區分成兩大類，也就是保護權利以及法益，還有保護（純粹的）財產利益²⁵，也就是避免權利及法益損害，以及避免財產損害，其案例類型又可以根據損害與契約間的關係，分成三種，首先是後面的契約締結與否與損害無關的類型，其次是損害是來自於沒有締結有效的契約的類型，最後的類型則是涉及到，損害反而是產生於締結一個有效的契約²⁶。

第一種類型，損害與其後契約締結與否無關的案例，其就是涉及對可能的進行契約協商的相對人的人身還有財物等權利及法益的保護義務。據此，任何的契約協商參與者，在進行契約協商的接觸時，就負有這樣的義務，即其必須如此行動，以免於損害他方於進行契約協商的接觸過程中所帶入其支配領域內或交託之如生命、身體、健康、自由、所有權等法益或權利，也就是說，其必須要讓相

²³ BT-Drucks. 14/6040, S. 163 und *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, S. 243.

²⁴ 參閱 *Looschelder*, aaO. (Fn. 16), S. 59.

²⁵ 參閱 *Looschelder*, aaO. (Fn. 16), S. 59 und *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 245f.

²⁶ 參閱 *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 245.

對人免於在其所控制或影響的危險範圍內受到危害²⁷。上面所提到的帝國法院於一九一一年十二月七日的判決，即所謂「油布窗簾卷」案，正是第一個確立這種案例類型的案件，之後德國聯邦最高法院在戰後也是接受帝國法院的見解，甚至將之擴張到，只要進入出賣人支配之空間範圍內的每個人，就算還沒有進入買賣的協商，都可以對出賣人主張個人安全的前契約保護²⁸，此外，德國聯邦最高法院還將這個責任擴張到還沒有締結契約意願的第三人身上，只要這個人是潛在的顧客成員即可²⁹。

第二種類型，即損害因最終沒有締結有效契約所產生的案例，涉及的就是對於財產利益之保護義務。而在這種案例類型之中，主要處理的有兩個問題，即所謂中斷契約協商以及造成契約無效兩者^{30、31}。前者涉及的問題在於，進入協商的當事人有沒有讓契約成立的義務？原則上來說，基於契約自由原則，當事人是有權隨時中斷締約的協商，也就是說，僅僅因為締約的接觸是不會產生一定要去締約的義務，就算一方因為協商締約而花費重大支出或因此放棄其他的締約機會，這樣的損失原則上應該算是任何當事人在進行締約時應該承擔的風險範圍³²。不過德國實務見解認為，在例外狀況下，中斷契約協商是有可能產生締約上過失，即如果一方當事人引發他方當事人對於契約確定會成立這件事超過一般程度的信任

²⁷ 參閱 *Larenz/Wolf*, AT des BGB, S. 598 und *Medicus*, AT des BGB, S. 186.

²⁸ BGH NJW 1962, 31.

²⁹ BGH NJW 1976, 712.

³⁰ 參閱 *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 246f.

³¹ 關於這種中斷締約的案例類型，陳洗岳教授曾進行深入討論，請參閱陳洗岳，「中斷交涉」與締約上過失責任之序論研究，載：民法研究(4)，頁1以下，2000年9月。

³² 參閱 *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 246f. und *Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 27), S. 601.

後，卻沒有正當理由的拒絕締約³³。不過這裡要注意，當事人引發損害的理由，不是拒絕締約本身，而是違反其所引發的對契約成立的特別信任，所以在這裡可以要求賠償的不是去締約或該契約的履行利益，而是因這信任所造成的損害，比如額外的花費或者是因此喪失的締約機會，也就是說，就算在中斷契約協商須要負擔締約上過失時，不會因此導致強制締約的狀況³⁴。

後者則涉及每個協商的當事人有避免他方因其所引起的對契約將有效之不合理信任而受損之義務³⁵，而會引起這種不合理信任的狀況，首先就是契約無效的理由是僅處於引起不合理信任者自己一方的領域之中，比如當事人具有外國人身份，而有責的沒有告知相對人，該筆交易因此須要獲得許可，最後因為未獲得許可而導致契約無效³⁶，此外，如果契約無效的理由，雖然不是僅處於引起不合理信任者一方的領域之中，比如，契約須要符合形式要件³⁷，但一方因為法律規定、契約約定或者因為其之前的行為或專業所造成之特殊信任狀態，使其必須要去排除該無效理由時，這時其沒有排除或告知契約無效的可能性，而導致他方對於契約有效的不合理信任

³³ 參閱*Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 246f. und *Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 27), S. 601.

³⁴ 參閱*Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 247 und *Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 27), S. 601f.

³⁵ 參閱*Medicus*, aaO. (Fn. 27), S. 189.

³⁶ 參閱*Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 248 und *Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 27), S. 602.

³⁷ 原則上來說，契約須要符合法定形式要件這件事情，是每個當事人自己要去注意的問題，故而不專屬於其中一方的領域之中，也就是說，單純就契約要符合形式要件這件事情，不會產生一般性的指示義務，因為這是任何一個要定契約的人自己應該要去注意並避免的問題。參閱*Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 27), S. 602.

時，其就必須就因此所引發的損害負責³⁸。在這種類型中，通常來說，只要對於契約有無效的可能性進行告知的話，就不會引發對契約有效的不合理信任，所以可以說，這裡其實是涉及到一種特殊的建議或說明義務³⁹。

第三種類型，即損害是透過因為契約締結而發生的問題，其涉及的除了對於財產利益的保護之外，也會涉及到對（締約與否的）實質決定自由的保護。本案例類型涉及到的是如下的問題，即契約當事人之一方，因為他方當事人的可歸責事由，如因其不良的建議、錯誤的告知或者因其疏失而未澄清相關事由等狀況，導致其訂立了一個有效的契約，並因此有效契約而受到困擾或麻煩⁴⁰，也就是說當事人（受損害人）訂立了一個如果在損害人有進行有序的說明或建議的情況下，就不會訂立或者以其他條件訂立的不利契約⁴¹。故而締約當事人在這邊的義務就是，必須告知他方當事人其所知道且可供使用的關於契約本質的情況，或是對之進行澄清⁴²，也就是須要對契約標的或因契約而生的特別風險進行澄清、說明的義務，而這樣的資訊義務，其目的就是在保護他方當事人免於訂立一個對其而言無用甚或有害的契約⁴³。這種因不正確的資訊所訂立對當事人無用甚或有害的契約，正是本文所要討論的「不受期待之契約」，上面談到的帝國法院一九一八年九月二十四日的判決，正是處理這樣案例類型的判決，而德國聯邦最高法院也有一系列的判決

³⁸ 參閱Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 248 und Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 602.

³⁹ 參閱Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 248 und Harke, Allgemeines Schuldrecht, 2010, S. 273.

⁴⁰ 參閱Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 248.

⁴¹ 參閱Looschelder, aaO. (Fn. 16), S. 60.

⁴² 參閱Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 599.

⁴³ 參閱Medicus, aaO. (Fn. 27), S. 186.

針對這種案例類型，故而可以知道，對於「不受期待之契約」進行妥善的法律上處理，正是一般締約過失制度之所以持續發展的理由，也是其主要目的之一。接下來，本文將要討論，以締約上過失處理「不受期待之契約」將會遇到怎樣的理論問題，以及與這些理論問題密切相關的法律後果。

三、以締約上過失處理「不受期待之契約」之理論問題

(一)資訊義務的範圍

如上所述，「不受期待之契約」作為締約上過失所要處理的案例類型之一，其所涉及的是締約前資訊義務違反的問題，那麼接下來，首先要處理的問題即是，在締約前當事人究竟負擔怎樣的資訊義務，也就是締約前資訊義務的範圍究竟如何的問題，因為這涉及到當事人之間，誰有取得資訊，並負擔資訊取得風險的問題。基本上，這個問題必須分成兩種狀況來加以討論，也就是必須區分積極的作為以及消極的不作為來討論，因為後者必須以特定的說明義務作為前提⁴⁴。

1. 違反真實義務：積極的錯誤陳述

基本上根據法律交往的一般正當行為期待，無疑的將會產生這樣的義務，即針對詢問或者是對方雖未詢問但自己主動告知的答覆，不論針對這些答覆有沒有告知義務，告知者必須提供正確、完整且不會造成誤會的資訊，以避免相對人因此陷於錯誤或獲得不正確的想像⁴⁵。而這種正確告知的義務，也就是真實義務（*Wahrheitspflicht*），不須要以有特殊的揭露義務或在前契約關係中特別提高的信任關係或自己取得資訊的不可期待性為前提，也就

⁴⁴ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 409f. und Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 599.

⁴⁵ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 412 und Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 599.

是說，這裡不取決於對於契約相對人的特殊保護需求，如避免無經驗之危害⁴⁶。原則上任何協商當事人在協商過程中對於其相對人都負有正確告知的義務，不管是否基於相對人之詢問，且就算這樣的交易高風險的，甚至是投機性的交易，因為這裡涉及的不是契約風險的實現，而是該契約風險可以無錯誤的被承擔或被接受的問題⁴⁷。

而在積極錯誤陳述的領域中，最重要的問題其實是一個陳述事實上是否是會造成誤導，故而縱使資訊是適當的，但因為其不完整性造成誤導的話，這樣的陳述也是一種錯誤陳述，也就是說，部分的真實還是不真實，只要其會造成誤導的話⁴⁸。原則上，錯誤在這裡應該僅是與事實告知有關，也就是只有那些關於當前內外情況的陳述，才會有正確與否的問題，所以僅僅是（被認知到的）預估、意見表達或期待，就其對象而言，似乎沒有客觀上正不正確的問題，不過，如果這些預估、意見表達或期待涉及到當前內外事實的公布時，就有客觀上正確與否的問題，特別是如果表達意見或期待的事實上不同意這樣的意見或期待，或預測欠缺事實上的基礎時⁴⁹。此外，在風險交易的情況下，預測本身也可以被當成是關於當前情況的不正確告知，特別是預測涉及特殊契約風險的否認或降低時⁵⁰。

最後關於正確告知的義務，也就是真實義務，還必須注意到下面的狀況。雖然原則上協商當事人對於相對人的詢問有真實義務，也就是正確告知的義務，不過，針對不被允許的問題則可以例外的

⁴⁶ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 412.

⁴⁷ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 412.

⁴⁸ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 413.

⁴⁹ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 413.

⁵⁰ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 413.

不正確回答，尤其當這些問題沒有正當理由的涉及個人的隱私或親密領域時，比如在針對訂立勞動契約的協商時，如果沒有正當理由針對是否懷孕或性傾向的問題進行詢問，因其涉及到親密領域且有違反勞動法中平等對待的要求，就是不允許的，這時就算給予不正確的回答，也沒有違反真實義務的問題⁵¹，也就是說，這裡有所謂的「說謊權」存在⁵²。不過，這裡還是要注意到，基本上所謂「說謊權」的範圍是要嚴格加以限縮的，在嚴格的「說謊權」的範圍之外，協商當事人針對詢問，就算涉及其個人主觀事項，仍應該據實回覆⁵³。

誠如學者所說，在契約協商的過程中，當事人只有兩種可能性：不是誠實以對，就是沉默不說，而只要在協商過程中有任何陳述，該陳述就不可以有欺騙不實之內容，或有輕易未經查詢就加以表示的內容⁵⁴。雖然，當事人在協商過程中，可以保持沉默⁵⁵，不過，在特殊情況下，這種保持沉默仍然會構成締約前資訊義務的違反，也就是對於當事人存在一個（積極的）說明義務時，其沉默就會構成以不作為的方式違反其締約前的資訊義務，接下來，本文就要對這個問題進行討論。

⁵¹ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 316 und Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 599.

⁵² 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 316.

⁵³ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 316f.

⁵⁴ 參閱Kurt Siehr著，侯英泠譯，德國新債法之締約過失，月旦法學雜誌，99期，頁52，2003年8月。

⁵⁵ 這裡的保持沉默，指的是在沒有任何詢問的狀況下，如果協商的他方當事人有所詢問的話，針對詢問保持沉默，其實也是一種「據實回答」，因為他方當事人就可以從這個「沉默」中推導出「真正」的答案了。參閱Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 249.

2. 違反說明義務：消極的未告知

的確，透過消極的未告知特定資訊，協商的當事人有因此構成締約前保護義務的違反，而須要負擔締約上過失的可能性，但在這裡首先要澄清的一件事情是，並不是所有在締約過程中的沉默或未告知特定資訊，就當然的構成義務違反，只有在存在說明義務（*Aufklärungspflicht*），也就是主動積極的告知他方當事人對於其締約決定有重要性的情況的義務的情況下⁵⁶，沉默或未告知才會構成義務違反⁵⁷。

關於說明義務，原則上要從這樣的想法出發，即基本上不存在一般性的說明義務，故而在進行契約協商時，須要告知相對人所有對於其訂約決定來說具有意義的事實⁵⁸。因為在這裡涉及到一個基本的一般風險分配原則，即每個人必須注意自己的利益，避免自己受損害⁵⁹，也就是說原則上每個契約當事人必須承擔自己資訊取得的問題，而且必要時透過詢問或研究取得契約相關的資訊⁶⁰，所以縱使對於賣方來說，其明知買方在其他店家可以買到更便宜或更好的商品，而且將這訊息予以告知也不是太困難的事情，但對於賣方來說，其沒有義務告知買方這件事（就算買方是消費者），因為在這裡，對於商品有興趣的人，應該自己去比較價錢，也就是每個人必須知道商品的合理價格在那邊，在現代社會中，每個人也都有能力去詢問到最合理的價格，如果自己不做，造成損失，這時是自己的問題，不能要他人對其「沉默」負責⁶¹。

⁵⁶ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 416.

⁵⁷ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 317.

⁵⁸ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 416f. und Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 248.

⁵⁹ 參閱Kurt Siehr著，侯英冷譯，同註54，頁54。

⁶⁰ 參閱Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 599.

⁶¹ 參閱Medicus, aaO. (Fn. 27), S. 186以及Kurt Siehr著，侯英冷譯，同註54，頁

也就是說，相對於真實義務，在說明義務，我們要從這樣的觀點出發，其不會只因為單純的進入契約協商狀態就直接產生，其反而須要一些特別的理由才會在前契約關係中產生⁶²，也就是說，其僅僅在一些特殊的狀況下才會產生前契約的說明義務，而這些特殊狀況用比較概括條款的方式來加以描述的話，就是指發生下面這種情形，即某些情況對於當事人的締約決定來說，是具有可被認知的決定性意義，且當事人根據誠信原則以及相關的交易倫理與觀點，可期待相對人對此進行澄清⁶³，就所謂根據誠信原則以及相關的交易倫理與觀點，當事人可期待相對人澄清來說，下面這些因素是有重要意義的，即締約當事人是否依賴於他方當事人的專門知識或其是否可以自己獲得資訊或至少可詢問他方當事人，或當事人間有沒有特別的信任關係存在⁶⁴。而綜合上面談到的風險分配的基本原則，對於一個說明義務存在與否的判斷，其實是涉及到在自我責任原則、對契約締結者間相對反利益的承認還有誠信原則間進行綜合衡量的問題⁶⁵。如此一來，我們也可以理解，說明義務的發生與否，並不是取決於特定的契約類型，而是須要對於當事人間的利益狀況進行個案衡量才能確定，也就是說，這是一個須要在不確定法律概念的框架下，持續進行的特殊的且有具體化須要的評價問題⁶⁶。雖說，對於說明義務的產生與否，須要進行個案衡量與評價，但如果有下面的情況的話，通常說明義務的發生是會被肯認的。

54。

62 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 317.

63 參閱Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 248 und Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 600.

64 參閱Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 248.

65 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 416.

66 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 321 und Medicus, aaO. (Fn. 27), S. 187.

首先，是關於所謂契約目的不達的問題，如果一方當事人明知或依其專業能力必須知道某些情況將會造成他方相對人所要締結之契約的主要目的無法達成，故而這對於相對人的締約決定具有可被認知的重要意義時，這時當事人就有義務要對這種情況加以澄清，也就是說在這種情況下，相對人根據誠信原則跟交易觀點是可以期待這樣的澄清的⁶⁷。此外，如果相關情況不是造成契約目的不達，而是造成契約目的違反時，也就是說，雖然契約的主要目的仍是可達成，但為此所須要的花費與契約目的相比是嚴重不成比例的，這時也應該與契約目的不達作同等處理⁶⁸。又，雖然原則上，協商當事人對於契約的一般典型風險不須要進行澄清，但如果存在著超越交易一般典型風險的特殊風險時，即有額外的危險事實狀態時，這時當事人針對該狀態就應該進行澄清，尤其當這額外的危險事實狀況是其所創造或其將會因此而得利時⁶⁹。比如，債權人原則上不須要對保證人說明保證契約的風險，但如果存在特殊情況，其將會使該保證契約在經濟上的後果變成不是涉及到保證風險的承擔，而是債務的參與時，這時債權人對此就應該進行澄清⁷⁰。如果當事人因為其先前的行為造成他方當事人某種錯誤的想像時，就算當事人對於造成該錯誤想像是不可歸責的，其仍然須要對該錯誤想像進行澄清，這就是所謂的（先行為的）「干預」問題⁷¹。最後，澄清的資訊義務在下面的狀況下也可能發生，即一方當事人在資訊上明顯的處於劣勢狀況的時候，特別是，當其相對人就交易所涉及的特別風險占有具體的知識或資訊優勢，比如在中古車的買賣，只有前手

⁶⁷ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 417f. und Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 600.

⁶⁸ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 426f.

⁶⁹ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 428f. und Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 600.

⁷⁰ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 428.

⁷¹ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 431f.

才真正知道該中古車真正的狀況（如是說真實里程數為何、是否有發生過車禍等），這時其就有說明義務⁷²。

綜上所述，就可否成立締約上過失的締約前資訊義務違反問題，首先須要區分該行為是積極的陳述或消極的未告知，如果是前者的話，因為當事人在協商過程中負有真實義務，除了有「說謊權」的例外狀況時，對於其陳述負有正確、完整義務，只要該陳述不正確，就構成義務違反，而可成立締約上過失，但如果是後者的話，因為當事人原則上有自己取得義務的負擔，而且其也可以進行詢問跟調查，所以不是只要進入締約狀況，就可以直接證成他方當事人的資訊提供義務，也就是說明義務，這時基本上要根據誠信原則，在個案中進行當事人間的利益或價值衡量，來確認是否有說明義務的存在，當可以確認有說明義務時，當事人的消極未告知才有可能構成資訊義務的違反，而成立締約上過失。

（二）以締約上過失處理「不受期待之契約」的正當性問題

在前面討論完締約前資訊義務的範圍之後，本文接下來要處理的理論問題則是，以締約上過失處理「不受期待之契約」究竟合不合理，尤其是會不會與民法典本身的價值判斷相衝突，即其正當性的問題。而這個問題特別顯示在資訊義務的違反的歸責要素究竟是什麼的問題，也就是當事人就其資訊義務的違反是否僅在故意時才須要負責？這問題背後其實存在著這樣的理論上疑慮，即透過承認締約上過失可以適用在有效成立的契約之上，將會對契約信任原則打開一個無法控制的侵入口⁷³，也就是說當事人可以透過將歸責事由建立在過失上的一般締約過失制度，（相對於故意要件）輕易從

⁷² 參閱Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 27), S. 600 und Medicus, aaO. (Fn. 27), S. 187.

⁷³ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 339f.

其原本所訂立的契約中脫身，或將之改變（因其最後的法律效果正是如此，本文於下面參、中所進行討論），而且法院也因此取得更大的解消或變更契約的權力，這樣與私法自治以及契約自由等民法基本價值是否相容，是有相當大的疑慮的，學者Medicus就曾經這樣表示過其疑慮，即將締約過失制度擴張到有效契約，將會（為法院）打開一個去進行等價檢驗的可能性，只要人們接受締約當事人對他方更廣泛的照顧義務即可，故而其認為透過一般締約過失制度處理有效的「不受期待之契約」將會導致以這樣的方式將德國民法典的契約概念徹底改變，即以他治的他人責任取代自治的自我責任的地位⁷⁴。正因為有這樣的疑慮存在，故而以締約上過失處理「不受期待之契約」是否具有正當性，是必須要嚴肅考慮的理論問題，而這就呈現在民法體系是否為過失的資訊義務違反留下空間的問題上。

對於這個問題，德國民法第123條第1項的規定（相當於我國民法第92條第1項之規定）之存在，正是討論的出發點。依據德國民法第123條第1項的規定，只有在故意詐欺的情況下，受欺騙者才有透過撤銷從契約（法律行為）中脫離的機會，並且德國民法的立法者在第124條同時規定行使撤銷權的短期除斥期間，在這樣的前提下，透過一般性的締約上過失制度使得當事人在他方僅有過失的情況下就可以從契約中脫離，是有問題的⁷⁵。學者Grioleit更進一步主張，除了德國民法第123條第1項的規定外，綜合其他規定，尤其是德國民法第463條第2句，買受人只有在故意不告知瑕疵時才可以請求損害賠償，還有德國民法第826條，即侵犯意思決定自由只有在故意背於善良風俗之方法才可以請求賠償，而提出德國民法基本上

⁷⁴ 參閱Medicus, aaO. (Fn. 9), S. 180.

⁷⁵ 這樣意見的最重要代表，為德國學者Medicus，參閱Medicus, JuS 1965, 211.

是建立在一個資訊的故意論的基礎之上⁷⁶。而德國民法之所以採取資訊的故意論，是建立在私法自治的想法之上，即私法自治給予當事人自己決定的權利，但也賦予其因此導出的自己責任，也就是當事人自己應該對根據自己意志形成的法律關係的不利益負責，而自己責任不僅指當事人應該受到自己（不利益）決定的拘束，也包括對於締約相關資訊的取得與評價應該由自己承擔，德國民法將資訊責任限於故意詐欺的狀況，更是這樣資訊自己責任的展現，依此締約當事人間沒有探究他方當事人動機與利益的義務，也沒有無條件信賴對方的權利，必須自行探究資訊的正確性，而德國民法正是因為這樣的自我決定及自我責任原則，限制了資訊義務的範圍⁷⁷。故而該學者認為，對德國民法概念進行總體反面推論的話，可以得出德國民法典的立法者基本上是作出如此的價值判斷，即每個過失的資訊責任是被排除⁷⁸。

不過，針對德國民法是否一開始就完全採取資訊義務的故意論，而排除過失責任的可能性，有學者提出不同的見解。如其就認為在德國民法第123條第2項第1句規定（及相當於我國民法第92條第1項但書規定）某種程度就指出僅僅因當事人在締約時的「過失」的行為就可以證立契約解消權的可能性，因為根據該規定，表意人在被第三人詐欺的時候，於相對人在明知或可得而知的時候，表意人就可以撤銷該意思表示，而所謂相對人可得而知，其實就是指相對人因為過失而不知第三人詐欺，此時，對於第三人的行為，相對人在過失（不知）時，其就必須要負責任，那麼這時候不是更

⁷⁶ 參閱Grioleit, Vorvertragliche Informationshaftung- Vorsatzdogma, Rechtsflogen, Schranken, 1997, S. 14ff.

⁷⁷ 參閱aaO., S. 34ff.

⁷⁸ 參閱aaO., S. 37.

應該讓相對人對因為自己過失行為所造成的誤導負責？這裡其實就對於接受所謂的資訊故意論，造成了一個無法忽視的價值矛盾⁷⁹。此外，如前所述，德國民法在立法之時，也已經有不少規定以締約過失責任作為其理論基礎，但立法者也不是以故意作為這些規定的唯一歸責要件，也就是說資訊的故意論，太過重視德國民法第123條第1項規定，而忽視了其他相關的規定的地位，並因此誤認了立法者的價值判斷⁸⁰。此外，如果就德國民法典的立法資料以及當時也有跟德國相同問題的奧地利的討論來看，對於錯誤資訊的責任，採取過失責任的可能性已經被認識到了，也就是說，資訊責任的故意論在德國民法典立法當時也並非那麼絕對⁸¹。綜上所述，德國民法典的立法者是否真的採取嚴格的資訊責任故意論立場，也就是說讓那個受到不正確與不足夠資訊的契約當事人，承擔資訊義務因過失被違反的風險，仍是有商榷的餘地⁸²。

而且就算德國民法的初始立法者真的採取了資訊責任的故意論，但透過締約上過失適用到不受期待之契約來修正這樣的故意論，其實還是可以被證立的。首先，在現代社會中，對於那些僅因過失而被誤導的契約當事人之保護需求基本上是不可否認的，而這種保護需求正是以締約上過失來處理「不受期待之契約」的最主要正當性根據所在⁸³。如同Larenz所指出的，契約當事人必須依靠他方當事人所提供的資訊，才有能力在其所提供的諸多商品或服務模式中，選擇一個最符合其目的的商品或服務來訂約，並因此作成締約決定，所以其通常會信任，或者說，必須要能夠信任，其相對人

⁷⁹ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 342 und Fleischer, AcP 2000, S. 99.

⁸⁰ 參閱Fleischer, aaO., S. 99.

⁸¹ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 341f. und Fleischer, aaO., S. 99f.

⁸² 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 4), S. 342 und Fleischer, aaO., S. 100.

⁸³ 參閱Fleischer, aaO., S. 101.

或其輔助人在對詢問的回覆或建議是具有必要且可期待的注意，而如果針對這種正當期待的失望不會產生足夠的法律上的不利益後果的話，那麼可以說法律規則事實上是有缺失的⁸⁴。也就是說，根據（契約）正義的考量，這種僅因簡單的指示到德國民法第123條第1項規定就讓有資訊義務者可以從其過失的行為中脫身的想法，其實是無法被接受的，因為在有責行動的一方跟無責且被誤導而決定締約之的一方來說，後者當然被認為是更有保護需求的⁸⁵。而這種保護需求的想法，不僅僅是一個正義的直覺而已，其還是建立在這樣的想法之上，即對於當事人的締約決定自由的擔保是每個民法秩序的核心任務⁸⁶，如果民法秩序將過失誤導的風險僅讓被誤導的契約當事人來承擔的話，那麼這個民法秩序對於當事人締約自由的保護就是不完整的⁸⁷。也就是說以締約上過失來處理「不受期待之契約」是基於民法任務的要求，因為這是為了能實質的確保締約當事人的締約決定自由，而這正是其最重要的正當性理由，所以德國學者Canaris才會認為以締約上過失處理「不受期待之契約」是一個成功的法官造法的典範，因為其對於當事人事實上的締約自由提供了進一步保障，從而對於當事人間實質的契約自由之保護提供了合理的補充與有機的完善⁸⁸。

⁸⁴ 參閱Larenz, aaO. (Fn. 10), S. 411.

⁸⁵ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 101.

⁸⁶ 參閱Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 46ff. und Canaris, AcP 2000, S. 277ff.

⁸⁷ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 101.

⁸⁸ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 320. 不過必須要注意到，Canaris一開始對此其實是採取反對態度的，認為以締約過失理論來處理不受期待之契約，其妥當性與必要性是有問題的，尤其是在法律效果的方面，並認為其他的機制已經足夠處理這樣的問題。參閱Canaris, ZGR 1982, 416ff. 而從Canaris這樣的轉變，其實也可以看的出來，以締約上過失來處理不受期待之契約的

除此之外，有論者認為以締約上過失來處理「不受期待之契約」，從法律經濟分析的觀點來看也是具有合理性，因為就法律經濟分析的觀點來看，降低交易成本應該是私法秩序最重要的工作，也就是說，締約前的義務規範應該盡可能確保無摩擦的進行交易，既然如此，那麼私法自然應該致力於降低契約協商的成本並使市場參與者不須要採取額外的預防措施來對抗因過失而產生的誤導⁸⁹。以締約上過失來處理有責的交易義務違反，從下面三個觀點來看是非常適當的，首先，法律秩序可以藉此增強作為社會系統潤滑劑的一般性信任，並有助於降低締約協商的成本以及提高交易的數量及範圍⁹⁰。其次，這也符合由成本較低者負擔的原理，因為一般來說，對於負擔說明義務者來說，相對於其可能的交易對象，比較有可能以較少的成本來提供關於契約對象正確且完整的資訊⁹¹。最後，資訊的過失責任也可以排除不當的經濟上誘因，因為其避免給予錯誤的認識特權，且給予提供正確的認識必要的動力⁹²。

最後，Grioleit其實也認為對資訊義務的故意論進行修正也是有正當性的，只不過因其屬於對於立法者的價值決定的減損，所以必須要在嚴格的要件下才可以為之，且不可以毫無限制的適用⁹³。

正當性問題，越來越不是問題。

⁸⁹ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 101f.

⁹⁰ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 102.

⁹¹ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 102.

⁹² 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 102.

⁹³ 參閱Grioleit, aaO. (Fn. 76), S. 50ff. Grioleit這裡主要批判的對象是德國聯邦最高法院，因為其在此之前對於以締約上過失及其損害賠償法之後果來處理「不受期待之契約」是採取寬鬆的態度，基本上沒有提出特殊的要件限制（本文於參、一、會進行討論），而在這樣的脈絡下，Grioleit對於德國民法進行債法現代化修法時，仍是沒有對於資訊的故意論及其減損的問題進行明確清楚的處理（如上所述，德國立法者對此採取「維持現狀」的態度）予以

總的來說，可以認為以締約上過失來處理「不受期待之契約」的正當性，不論是就以保障當事人間實際的契約決定自由來實現契約正義的實質倫理性觀點，或者是從確保交易成本最低、效益最大化之經濟分析這種功能性、工具性觀點來看，其應該都是可以接受的，現在問題也許在於該如何建構其特殊要件，來彰顯此一處理機制是獨立於因詐欺而生的撤銷權之外的制度⁹⁴，而這正是本文接下去要討論的，以締約上過失處理「不受期待之契約」所產生之法律效果的問題。

參、以締約上過失處理「不受期待之契約」所產生之法律效果

一、不受期待之契約的解消

如前所述，當當事人依照德國民法第311條第2項對於他方負有德國民法第241條第2項之締約前照顧保護義務時，對其違反義務之行為，債權人就可依照德國民法第280條第1項第1句之規定，請求損害賠償，而其可請求損害賠償的內容，則是依照德國民法第249條以下的規定來確定，故而以締約上過失來處理「不受期待之契約」，其法律效果最終是建立在德國民法第249條以下規定的運用之上。而德國民法第249條第1項規定（相當於我國民法第213條第1項之規定）：「負損害賠償義務者，應回復至如同使賠償義務發生之

批判，認為將原本是條文與法外價值衝突的問題，轉換成法條之間的衝突而已。參閱Grioleit, Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, S. 274ff.

⁹⁴ 參閱葉新民，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作為損害賠償方法在我國法上適用的可能性，臺北大學法論叢，86期，頁85，2013年6月。

情事未發生時之狀態」，即負損害賠償責任者，有回復原狀之義務，這麼一來就須要討論，這裡的回復原狀指的是什麼的問題。

所謂的回復原狀，指的是損害賠償義務人必須要讓權利人恢復到要被賠償的損害（即因義務違反行為所造成之後果）如同沒有發生過一樣，而在這邊指的就是回復到如果行為時義務違反者對於權利人如果盡到必要的資訊義務時，也就是提供正確的資訊時，其會發生的狀況⁹⁵。在此，理論上當然可以去想像，如果權利人在被正確告知的情況下，仍然願意訂立「同樣的」契約，如此一來，權利人就會因為沒有實際上的損害，而使這個損害賠償請求權變得沒有意義⁹⁶，不過如果權利人主張其在正確告知的狀況之下，將不會訂立這樣的契約或不會訂立如此內容的契約，這時其就可以向義務人要求回到如同沒有訂立過這個（或這樣內容的）契約的狀態，如此一來，契約就應該被認為實際上不存在，這就是所謂的契約解消（*Vertragsaufhebung*），甚至因為其可以要求回到沒有締約過的狀態，其也可以要求義務人不得行使該契約之相關請求權⁹⁷。理論上雖然權利人必須對於這個假設的狀況，也就是其在知道正確情況後，將不願意締約這件事，負舉證責任，不過德國法院在此通常會推定權利人在正確得知資訊的情況下將不會訂立這樣的契約⁹⁸。

所以以締約上過失來處理「不受期待之契約」時，其法律效果之一就是可以導致原本被訂立的契約解消，從而使當事人從契約中脫離，如此一來，其與德國民法第123條第1項之關係如何，就將成為問題之所在（本文貳、三、(二)所討論的正當性問題其實也是來自

⁹⁵ 參閱Kersting, JZ 2008, S. 716.

⁹⁶ 參閱aaO., S. 716.

⁹⁷ 參閱Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 249.

⁹⁸ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 716; Lorenz, NJW 1999, S. 1002 und Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 249f.

於此）。雖然法律技術上路徑不同（一是行使損害賠償請求權，一是行使形成權性質的撤銷權），但最終所要達成的效果其實差不多，但詐欺撤銷是以故意為要件，但締約上過失以有可歸責事由（通常是過失）就可成立，此外，依照德國民法第124條其撤銷權之行使也受到一年及十年的除斥期間的限制，但損害賠償請求權的時效依據德國民法舊法第195條之規定可以長達三十年（新法目前縮短為三年），如此一來，如果無限制的讓當事人可以主張締約過失而解消契約，那麼德國民法第123條第1項以及第124條之規定是否就會因此成為具文？尤其是如果當事人在受故意詐欺，但無法證明相對人之故意，或者是其行使撤銷權的除斥期間已經經過時，這時是否還可以讓當事人以主張締約上過失的損害賠償請求權來迴避這些要件⁹⁹？也就是這兩者該如何相容，或說其競合關係究竟為何的問題，無可避免的會被提出。

（一）德國聯邦最高法院之見解及學界批判

德國聯邦最高法院針對這個問題，一開始是採取這樣的態度，即以締約上過失來處理不受期待之契約是不須要加上特別的要件，就可以跟詐欺撤銷同時的並存，也就是說，兩者是相互獨立的制度，德國民法第123條之規定並不是特別規定，故而排除因締約上過失而生的從契約拘束中脫離的損害賠償請求權，其理由主要為兩者的法律效果不同，撤銷權的行使是有具有類似物權的對世效或絕對性，也就是可以對第三人主張，而損害賠償之回復原狀的請求只能夠使當事人間不得主張契約上的權利而已¹⁰⁰。不過，正如同Canaris所言，用這種詐欺撤銷的效力與損害賠償後果之間的差異來

⁹⁹ 參閱葉新民，同註94，頁77。

¹⁰⁰ 參閱BGH NJW 1962, 1196, 1198f.

作為排除理由是沒有說服力的，因為這種差異是非常表面的，而且也僅有微小的實務上意義，並沒有辦法正當化大幅降低主觀要求的作法¹⁰¹。德國聯邦最高法院這樣的見解，一開始就受到強烈的批評，但其仍然是持續不斷的採用¹⁰²，不過從德國聯邦最高法院在理論基礎有問題的情況下，仍持續不斷的堅持其慣行，這也證明了，在許多案件中，對於過失的對自我決定的影響加以注意的這個基本的法律倫理上的須要是被看見的，而這個須要除了透過建立這樣的締約過失制度之外，似乎是沒有其他的制度可以滿足¹⁰³。

不過，在德國聯邦最高法院一九九七年的判決中，針對其原本的看法，提出了修正意見，認為以效力的差異作為兩制度的區分理由其實並不夠堅強，兩制度的差異主要在於要主張締約上過失解消契約的前提在於權利人要證明受有財產損害，而主張詐欺撤銷權的話，則不以有財產損害為前提，因為損害賠償制度主要目的在於保障當事人的財產完整性，所以須要以有財產損害為要件，而詐欺撤銷權主要是要保障的是當事人的意思決定自由，免於受到他方當事人的不法影響，所以不必以有財產損害為前提，只要有不法影響即可，也就是說，這兩個制度的主要差別在於保護的法益不同，而這正是兩者可以並存的主要理由所在¹⁰⁴。

而就什麼狀況下存在財產損害的問題，德國聯邦法院強調不是同意訂約這件事本身就自動構成損害¹⁰⁵，首先，必須依照「差額說」的計算方式，比較當事人締約前後的總體財產狀況，如果是負

¹⁰¹ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 305.

¹⁰² 參閱葉新民，同註94，頁79。在註88中有指示出德國聯邦最高法院相關的一系列判決。

¹⁰³ 參閱Lorenz, ZIP 1998, S. 1054.

¹⁰⁴ 參閱BGH NJW 1998, 302, 304 und Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 250.

¹⁰⁵ 參閱BGH NJW 1998, 302: Leitsatz 2.

數的話，那就是有財產損害，又，基於該（不被期待之）契約本身所產生的利益與不利益也必須加以結算，如果結算結果是負數的話，那麼也可以認定有財產損害¹⁰⁶。除此之外，德國聯邦最高法院在這裡也引進所謂的對「差額說」的「規範性控制」，也就是說，給付與對待給付雖然就客觀的經濟觀點來看是等價的，仍然還是有發生財產損害的可能性，只要該給付對受領人的目的來說，不是完全的可使用的，即發生目的不達的狀況¹⁰⁷。但針對目的是否達到的判斷，不是根據當事人主觀的意思，而是必須以所謂的一般交易觀點的觀察方式來判斷，故其有這樣的論述：

然而在這樣的觀點之下要肯定財產損害之存在設定了如下之前提要件，即透過不受期望之契約所獲得之給付並不會僅因為主觀恣意的觀點就被認定為損害，而是在考慮到相關情況的交易觀念也認為這樣的契約締結是不理性、對於具體的財產利益來說是不合適，故而是有利的¹⁰⁸。

德國聯邦最高法院透過上面的見解，以有無財產損害作為區分兩制度的標準，並且對於財產損害的概念進行規範性控制，使得就算給付與對待給付在客觀上等價，但該不受期待契約之給付對於當事人「主觀上」無法達到其契約目的之時，也可依照締約上過失之損害賠償的方式來解消。不過，德國學界對於德國聯邦最高法院提出以「有無財產損害」作為區分標準的看法，其實並不太贊成，認為這反而是一個違反原本損害賠償法原理的不當見解，也誤會了締約上過失在此的制度保護目的。

¹⁰⁶ 參閱BGH NJW 1998, 302, 304.

¹⁰⁷ 參閱BGH NJW 1998, 302, 304.

¹⁰⁸ BGH NJW 1998, 304.

首先，根據德國民法第249條第1項規定，損害賠償的方法是回復原狀，條文中並未規定須要以有財產上的損害為回復原狀的前提要件，而依據德國民法第251條第1項規定（相當於我國民法第213條之規定），在回復原狀不可能或對於債權人來說並不足夠時，債務人須要以金錢來賠償，只不過針對這個金錢賠償，德國民法第253條第1項則規定如果是非財產上的損害，要法律有特別規定時，才可以請求回復原狀或不足時的金錢賠償，從這樣的規定就可以反面的推出，非財產上的損害沒有回復原狀不能或不足的問題的話，當然可以請求回復原狀，也就是說，回復原狀不限於財產上的損害，也包括非財產上的損害¹⁰⁹。就算將締結一個主觀上不期待但經濟上中立，甚至有利的契約，當成一種非財產上的損害，這時也是可以依照德國民法第249條第1項規定請求回復原狀，因為這時單純受到契約拘束力的負擔就是一種違反其意思自由的（非財產上）「損害」，且這種「締結契約的損害」是可以回復原狀的（讓拘束力消滅或不實現即可）¹¹⁰。既然如此，德國聯邦最高法院以有無財產損害作為可否依照締約上過失來解消契約的根據，並以此作為與詐欺撤銷制度進行區分的標準，就損害賠償法的法釋義學觀點來看，是沒有什麼說服力的¹¹¹，而這同時也誤會了締約上過失在此所要達成的保護目的。

德國聯邦最高法院在此認為基於侵權行為法還有締約上過失所生的損害賠償之所以要以財產損害為前提，是因為其保護目的在於相關當事人之財產利益的完整性，至於在法律行為領域中的意思決

¹⁰⁹ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 111f.; Grigoleit, NJW 1999, S. 920 und Lorenz, aaO. (Fn. 103), S. 1055.

¹¹⁰ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 103), S. 1055.

¹¹¹ Vgl. Grigoleit, aaO. (Fn. 109), S. 903.

定自由則不在此保護目的範圍之內，這種在法律行為上的意思決定自由不受影響屬於詐欺撤銷制度的保護目的，並以此作為區分兩者的標準，也就是說德國聯邦最高法院認為，自我決定之保護與財產保護在德國民法典的體系中是明確分離的，而且不能在現行法中被混淆¹¹²。雖然依據德國通說對於德國民法第823條第1項規定（相當我國民法第184條第1項前段規定）的解釋，對於自由權的侵害並不包括法律行為上的意思決定自由，但這並非表示侵權行為法完全不保護法律行為上的意思決定自由，這仍在德國民法第823條第2項（相當於我國民法第184條第1項後段規定）的保護範圍內¹¹³。同樣的締約上過失的保護目的也不能一概而論，必須根據相關的前契約義務來加以確認（從本文貳、二的討論中可以知道締約上過失有諸多不同的義務內容），而基本上締約上過失的保護範圍是相當廣泛的，受保護的不限於進行協商者的財產利益，而是其所有法律上被承認的利益，其法律行為上的意思決定自由也包含在內¹¹⁴。也就是說，從前契約的法律關係之中產生的不僅是不要帶給相對人財產損失的義務，也包括不得以不當的方式對於相對人的意思決定自由造成影響的義務¹¹⁵。此外，當德國聯邦最高法院在此將財產損害的概念予以規範性控制，也就是給予被誤導的契約當事人可以主張主觀的財產損害概念的機遇的時候，其實其已經偏離了其原本所要達成的釋義學上穩固性的出發點，並且基本上取消了在自我決定與財產保護間所為的範疇區分¹¹⁶。也就是說，德國聯邦最高法院為了對受到誤導的相對人提供更多保護而將財產損害的概念予以主

¹¹² 參閱BGH NJW 1998, 302, 304.

¹¹³ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 103), S. 1055f.

¹¹⁴ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 103), S. 1056.

¹¹⁵ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 103), S. 1056.

¹¹⁶ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 113.

觀化的作法，其實離承認法律行為上的意思決定自由作為締約上過失的保護目的也僅只剩下一小步的距離而已¹¹⁷。

如前所述，前契約資訊義務的目的，就其整個取向而言，就是在確保無障礙的意思建構，也就是確保當事人法律行為上的意思決定自由，而且在這樣的要求之下，將因意思障礙而生的契約拘束力視為意思決定受到障礙者之（非財產上）損害，並以損害賠償法上的回復原狀（即免除契約拘束力）來加以處理，在釋義學上並不會造成任何脫離常軌之處¹¹⁸，而且這種想法，即違反資訊義務所造成的損害存在於契約締結之中，意思決定自由屬於締約上過失的保護範圍，也是德國債法二〇〇二年修正時，立法者的出發點¹¹⁹。既然如此，德國聯邦最高法院認為對於不受期待之契約，要依照締約上過失主張損害賠償法來加以解消時，須要以具備「財產上」之損害為要件，在理論上並非妥當。而且，據論者之研究，德國聯邦最高法院在此之後的判決，對於有無財產上損害的要件，似乎都採取比較寬鬆的標準，故而在實際操作的結果上，類似只要有違反說明義務，而締結不受期待之契約之時，就被認定有損害，而這基本上其實就是將當事人在法律行為上的決定自由作為締約上過失的保護目的¹²⁰。

（二）德國學界之見解

雖然德國聯邦最高法院提出需有財產損害作為依照締約上過失

¹¹⁷ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 113.

¹¹⁸ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 113.

¹¹⁹ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 718.

¹²⁰ 參閱BGH NJW 2004, 1868; BGH NJW 2005, 1579; BGH NJW-PR 2005, 611; MüKoBGB/Emmerich BGB § 311, Rn. 78 und Medicus/Lorenz, aaO. (Fn. 23), S. 250以及參閱葉新民，同註94，頁89以下。

的損害賠償來解消「不受期待之契約」的前提要件，並以此與詐欺撤銷制度作區分的作法，在理論上並不太成功，但德國聯邦最高法院這樣作法的目的，仍是要處理這樣的問題，即當以締約過失的損害賠償來解消契約的要件太過寬鬆時，會不會有產生「一般性的毀約權」的疑慮，畢竟相對於此，詐欺撤銷是以故意為要件，而且其除斥期間相對於損害賠償的時效期間短很多¹²¹。而這個問題，同樣也是反對德國聯邦最高法院見解的學者，在理論上必須要解決的問題，也就是要以締約上過失的損害賠償來解消「不受期待之契約」，是否須要其他要件，以與詐欺撤銷制度作區別，並避免「一般性的毀約權」的擔憂。

關於這個問題，Lorenz認為在詐欺撤銷與締約過失的損害賠償法的契約解消之間，那個可以證立其平行運用可能性的真正區別在於其不同強度的因果關係之要件要求，而會導致在故意詐欺的情況下，契約的解消通常沒有問題，但以前契約義務之違反來要求解消契約，則只能在具備特定的情況之下才可以¹²²。對於詐欺撤銷而言，只要沒有這樣的行為，受騙者的意思表示將不會或者不會如此，或不會在那時被給出，這樣就足夠成立，換句話說，對於意思建構的任何一種影響就足以符合成立詐欺撤銷的因果要件，相對於此，就損害賠償法的契約解消，在責任成立因果的框架下，其就會要求較嚴格的要件，即該契約在沒有該誤導的情況下就不太可能被締結¹²³。Lorenz認為詐欺撤銷從其法律效果來看，本身是針對法律倫理上被認為特別嚴重的對意思決定之侵害給予一種類型化的保

¹²¹ 不過在德國2002年修法之後，一般的時效期間縮短為3年（德國民法第195條），使兩者的差距沒有之前那麼大，在某種程度上解決了這個問題。

¹²² 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 103), S. 1056.

¹²³ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 103), S. 1056.

護，相對的，責任法上的保護則是一種完全個別化的保護機制，其並不強制導出契約解消的後果，也就是說，故意的詐欺行為可以持續的賦予契約解消的效果，只要其對於契約意志造成影響即可，但締約過失行為則不會必然的導致這個法律效果，只有在存在著具體且相對於德國民法第123條更嚴格的因果要求，才會導出契約解消請求權¹²⁴。也就是說，就Lorenz的觀點，詐欺撤銷制度是一種法律針對法倫理上所不容許的故意詐欺行為在構成要件及法律效果上特別設計的一般性保護，故只要其對於意思建構有所影響即可以成立，且必然導致契約解消之後果，但損害賠償責任本身就是個別化保護，就其是否成立這樣的損害問題，在責任成立的因果要件上是可以更加嚴格的要求，而在締約過失損害賠償來解消契約的情形，這裡的過失行為不能只是單純的對締約意思的影響，必須要達到沒有此行為就不會締結契約的程度才可成立，而這因果要件的不同強度，就是這兩個制度最重要的區別所在。

相對於Lorenz的主張，Canaris則不認為單純以因果要件的差別就可以合理區分詐欺撤銷與由締約過失損害賠償責任而來的契約解消，其認為仍是須要提出其他的構成要件來證立因締約過失之損害賠償責任而生的契約解消¹²⁵。首先其透過對於締約上過失相關案例群的回顧整理後，認為在締約上過失中所要保護的並不是對單純的「不受期望」或「不受期待」契約之保護，而是對所謂「不符合前提要件之契約」（nicht voraussetzungsgemäßer Vertrag）或「違反前提要件之契約」（voraussetzungswidriger Vertrag）的保護¹²⁶。而Canaris在這裡討論什麼是「前提要件」的意義，是由物之瑕疵擔

¹²⁴ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 103), S. 1056.

¹²⁵ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 305.

¹²⁶ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 308.

保的主觀瑕疵概念出發來談，依照主觀瑕疵概念的想法，買受人不明確、單方的使用目的，要能構成所謂根據契約所「預設」之效用，須要存在一個性質約定，也就是說，這樣的「預設」或對物之性質的想像、期待必須是雙方所共同所有，或雖是一方所有但他方可理解且不反對的狀態^{127、128}。依照Canaris的想法，並非只要有資訊的誤導皆可以成立締約上過失，只有因違反資訊義務，對那些是雙方當事人可能理解認知之（締約）「前提要件」造成誤導，才屬於締約上過失要處理的問題範圍，成為以締約過失之損害賠償責任來解消契約的構成要件之一。如果某房屋買受人想要買一棟安靜的房子，而其只針對該房屋的隔音問題詢問出賣人，而就該房屋的隔音功能出賣人進行了如實的回答，但該屋附近有一鄰居習慣於夜間製造噪音，破壞安寧，而此事實附近居民都知道，但出賣人卻因過失沒有認識到這樣的事實，故而也沒有告知買受人，針對這樣的案例，Canaris認為這時出賣人是不得主張締約過失損害賠償責任來解消契約，因為在此例中雙方有所認知到的「前提要件」是關於房屋隔音功能的問題，而會製造噪音的鄰居則是另一種類型的侵擾源，

¹²⁷ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 306ff.

¹²⁸ 雖然Canaris是由瑕疵的主觀概念來談什麼是「前提要件」，但本文認為這裡的「前提要件」，也可以用交易基礎障礙理論（Die Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage）中的「交易基礎」（Geschäftsgrundlage）來理解，而所謂的「交易基礎」即是指契約訂立時，雙方當事人所共有的，或者是一方當事人所有，而他方當事人認知且不反對的就特定情事的存在或將來出現的「想像」，且當事人的交易意願是取決於這樣的「想像」。而Canaris這裡也主張，在保證契約中，如果因為債權人對被擔保的主債務之錯誤陳述，而造成保證人對於其所承擔風險之錯誤認識時，這時仍可以說是「不符合前提要件」，而對保證人所要承擔之風險為何之想像，正是保證契約的交易基礎。參閱Canaris, aaO. (Fn. 86b), S. 309. 另關於交易基礎之討論，請參閱周伯峰，論交易基礎障礙理論，載：兩岸民事法學會通之道，頁227以下，2015年6月。

並不包括在雙方締約的前提要件之中（即買受人想要買一棟安靜且無任何侵擾的房屋之期待，因為沒有完全的讓出賣人理解認知，故只能算是單純一方的期待或動機）¹²⁹。當締約上過失只處理對雙方當事人可能理解認知之（締約）「前提要件」造成誤導問題，這正表現出其與故意詐欺的不同之處，且是證立其有獨立於故意詐欺制度存在的理由，因為故意詐欺處理的範圍是對任何情形的任一誤導，所以兩者處理範圍就不相同，而針對這種（締約）「前提要件」的誤導，若只採取所謂的資訊義務的故意論，也就是只限於故意誤導的情況才予以處理，則會有保護不足之問題，因為這就等於在遇到契約目的落空的情形下，原則上完全由遇到落空的該方當事人來承擔風險¹³⁰。

除了誤導必須是針對締約前提要件之外，Canaris認為要能主張締約過失損害賠償責任來解消契約還必須加上在真實情況與作為前提要件之情況之間必須要有「有意義的差別」（eine relevante Abweichung）這樣的要件，至於什麼是「有意義的差別」則是就具體個案來加以判斷¹³¹。如在本文一開始提到的買房案例中，該締約的前提要件是租金與節稅額足以償付貸款金額，而不需另行準備資金，針對收入較低而在資金運用較為困難的買受人而言，這樣多出來的財產支付就會對之造成重大壓力，則這樣的差別就是有意義的，但如果針對收入較高，資金運用較無困難的買受人而言，這樣的差額就不是具有意義的，而不能夠主張解消契約¹³²。Canaris認為德國聯邦最高法院為了在方法論上有意義的將締約上過失與詐

¹²⁹ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 309.

¹³⁰ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 308f.

¹³¹ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86) S. 314.

¹³² 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 314.

欺撤銷做區別，所以除了有責的誤導之外，還加上了契約內容不對稱性之要件的想法是正確的，但是其將契約內容不對稱性放在需有財產損害這點，則是錯誤的，應該放在真實情況與作為前提要件之情況之間必須要有「有意義的差別」之上，因為締約上過失基本上是根據，契約是一種當事人間的特殊義務的模式建構起來的，故其保護的範圍包含合於契約的當事人想像，也就是說，其保護的不限於財產，也包含契約是符合前提要件的期待¹³³。

不過，針對以締約上過失的損害賠償來解消契約，會形成「一般性的毀約權」或是造成「無限制衡平裁判」的擔憂，有學者認為這其實不必太過誇大。如Grigoleit即認為因為訴訟還有履行回復原狀的可觀費用，通常當事人要進行濫訴或權利濫用的可能性不大，而且如果確定當事人真的進行濫訴或權利濫用，法院還可以用誠信原則來加以駁回，故而在實際的運用上，其實沒有加上額外的要件來控制之必要¹³⁴。Fleischer也認為，就比較法的觀察，連更強調交易安全與契約信任的美國契約法釋義學也不認同這樣的「水門論證」，且濫訴的擔憂也被實際經驗證實是無理由的¹³⁵。其也認為本來在締約上過失的構成要件中，就已經提供許多適當的根據，可以在當事人在訂立就客觀上觀察價值相當的契約之時，避免以其運用來對契約信任原則造成不當的破壞，尤其是這個前契約的資訊義務責任是建立在有責性的前提之上，而如果當事人（因契約在客觀上價值相當）僅以非財產上的損害為由來主張契約解消時，通常可以認定缺乏這個主觀構成要件，因為前契約義務通常只是用來保護標準的行為期待而已，如果當事人個人有特殊情況的話，其必須在

¹³³ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 314.

¹³⁴ 參閱Grigoleit, aaO. (Fn. 109), S. 902.

¹³⁵ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 117.

締約時表達出來，不然就此難以認定相對人有過失¹³⁶。此外，其進一步主張在形成締約相關的資訊義務範圍時，也應該比之前更多的考慮到具有優勢資訊地位的契約相對人值得保護的利益，以平衡雙方的利益¹³⁷。而且其也主張解消契約如果有造成他方重大損害的可能性時，這時就可依照德國民法第251條第2項第1句規定用金錢賠償來取代回復原狀的契約解消，最後其認為，理所當然的，想要解消契約的主張不能是主觀恣意也不可以是權利濫用，而在這些控制方式之下，上面對於以締約上過失來解消契約的疑慮就顯的是多餘的¹³⁸。

基本上本文贊同，以締約上過失的損害賠償來解消契約，在實際運用上並不會造成濫訴或所謂一般性毀約權的問題，如同Grigoleit與Fleischer之主張，在以比較嚴謹的方式解釋相關構成要件（Lorenz的說法其實也是在這樣的脈絡之下）還有透過誠信原則對於權利濫用之控制之下，似乎不用特別的為用這種方式來解消契約增加其他的要件限制。最後誠如論者所言，對於以締約上過失的損害賠償來解消不受期待之契約，是否須要其他要件，以與詐欺撤銷制度作區別，並避免「一般性的毀約權」的擔憂這個問題的討論，在德國學界仍是繼續發展之中的問題¹³⁹，尤其是在締約上過失仍是以概括條款的形式呈現出來，必須要予以「具體化」

¹³⁶ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 117.

¹³⁷ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 117f. 又關於哪些又資訊優勢地位之相對人值得保護之利益，參閱Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht-Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertrags-schlußbezogener Aufklärungspflichten, 2001, S. 278ff.

¹³⁸ 參閱Fleischer, aaO. (Fn. 79), S. 118.

¹³⁹ 參閱葉新民，同註94，頁91。

（Konkretisierung）的狀況下¹⁴⁰。

二、不受期待之契約的調整

除了契約解消之外，以締約上過失的損害賠償來處理不受期待之契約，其還可能產生所謂「契約調整」（Vertragsanpassung）的法律效果。這是指，當受損人因為各種理由不想從該不利益的契約中脫離，但卻不願意受原契約條件約束時，這時其主張的回復原狀就會變成下面這種狀況，即如果義務人正確的告知相關資訊，也就是確實履行其資訊義務時，其將會以比較有利的條件與義務人訂約，也就是說，其因為義務人的資訊義務違反行為將會受有這樣的財產損害，即沒有訂立到那個在沒有資訊誤導的情況下所會訂立（對其有利）的契約，而賠償這樣損害的回復原狀，就是讓那個將會被訂立的契約出現，如此一來，現存的契約效力就不會被解消，反而契約內容就應該要被變更，以符合在正確履行資訊義務的情形

¹⁴⁰ 不過，本文也認為Canaris所提出的觀點，在理論上有值得贊同並進一步思考之處，尤其在這樣的想法之下，以締約上過失與交易基礎障礙理論這兩個制度來使當事人脫離契約約束似乎就有了關聯性，兩者都是處理設為交易前提的（對事實的）期待與（真實）事實不符的問題，只不過前者是因為期待被有責的誤導，而與事實不符，後者則是事實非預見的產生變化，而與原本的期待不符，而且在這兩者事實與期待的不符都必須要達到有重要意義的程度，使當事人脫離契約約束才有合理性，也就是說，不論以締約上過失來使「不受期待之契約」解消，或者是以交易基礎障礙理論使「被後悔之契約」解消，其實都是在處理特定的事實期待（也就是「適格的」締約的前提要件或交易基礎，非單純一方之動機期待）與真實事實狀況之間落差的風險該由誰來承擔的問題（而會有這樣的落差通常都是因為資訊的欠缺或有瑕疵所導致），而兩者作為20世紀德國法上由誠信原則推導出來的兩種重要用來補充處理事實與期待間關係（也就是資訊問題）之民事制度，其區別與互補也更加的展現出來。關於交易基礎障礙理論在德國發展之討論，請參閱周伯峰，同註128，頁264以下。

下，將會訂立的（對權利人有利的）契約，並以此為基礎來進行雙方財貨重新分配，以符合該應被締結之契約的狀況。也就是這裡要求回復原狀的結果，非是解消契約，而是對於契約內容進行調整，故稱之為「契約調整」。這通常發生在權利人以比較不利益的價格（通常是比較高的價格）與義務人訂約，但該契約存在對於權利人仍有所意義的狀況，這時權利人都會要求義務人應該要返還其因違反資訊義務而多收取的價格，來達到「回復原狀」，而這種「契約調整」後的價格返還，實際上就跟「減少價金」沒有兩樣。

（一）德國聯邦最高法院之見解及學界批判

針對是否主張契約解消或契約調整，德國聯邦最高法院原則上是給當事人選擇權，不須要無法解消契約時才可以要求契約調整，而如果當事人選擇其不要從契約脫離，並以其所多付之價額作為損害，要求義務人返還其多收取的價額，也就是實際上要求減少價金時，針對這樣的請求，德國聯邦最高法院認為，原則上受損人無須證明，相對人在當時為正確的資訊說明後，雙方仍然會以對受損人有利的條件訂立契約¹⁴¹，不過，如果當事人主張，因為對方有責的誤導，導致其給予相對人不當優惠（如以較少的價格與相對人訂約），而以其少收之價額作為損害，要求相對人給付因此少給的利益，也就是實際上要求增加價金時，德國聯邦最高法院則認為這只有在個案中，例外的可確認雙方當事人在正確的資訊下，仍會以對受損人有利的條件簽訂契約時，才可以要求¹⁴²。

¹⁴¹ 參閱BGH NJW 1977, 1536; BGH NJW 1990, 1659; BGH 1991, 1819; BGH NJW 1993, 2107; BGH NJW 1999, 2023; BGH NJW 2001, 2875; BGH NJW 2006, 3139; BHH NJW 2012, 864 und *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 240.

¹⁴² 參閱BGH NJW 1998, 2900; BGH NJW 2001, 2875; BGH NJW 2006, 3139 und *Medicus/Lorenz*, aaO. (Fn. 23), S. 250.

在第一種情況，即返還多付出價金（實際上減價）的情形，德國聯邦最高法院是從這樣的想法出發，即締約上過失的損害賠償主要是針對所謂的「消極利益」或「信賴利益」而來¹⁴³。在此，德國聯邦最高法院認為締約上過失的損害賠償請求權是來自於這樣一種因契約協商之開始而建立，不取決於之後契約是否成立或生效，且是賦予義務人對其交易相對人為交易上通常之注意及誠實信用之舉措之義務的債之關係，故而這樣的請求權，其目的並不是確保有序的契約履行，而是要去平衡因在締約過程中對於契約相對人所給予之信賴被侵害所生之不利益¹⁴⁴。而這樣的「消極利益」或「信賴利益」之賠償方式，德國聯邦最高法院認為應讓受損人回復到處於對其締約之意思有決定性影響的情狀都被公開的狀況¹⁴⁵。縱使契約因為義務違反以對當事人不利之條件被訂立，若受損人仍然願意維持契約之效力，則依據德國聯邦最高法院的見解，受損人應該如此被對待，如同其在認識真實之情況後能夠以較有利或較低之價格訂立契約之狀態，也就是說，受損人之損害即是其為了獲得對待給付而多付出之價額，即真實的價金與揭露所有資訊後應有之（假設上）較低之價金之間的差額¹⁴⁶。在此，德國聯邦最高法院（依其較新的判決）認為並不是給予受損人一個「契約調整請求權」，其只是給予受損人去維持對其不利之契約之效力的權利，而當受損人如此選擇之時，其應該得到賠償的信賴利益就會歸結到其因實際上所締結之契約所無法滿足之正當期待，也就是這裡不是涉及到將契約內容因應新的狀況來予以調整，而是去計算那被歸結出來的信

¹⁴³ 參閱BGH NJW 1998, 2900, 2901; BGH NJW 2001, 2875, 2876; BGH NJW 2006, 3139, 3141.

¹⁴⁴ 參閱BGH NJW 2001, 2875, 2876.

¹⁴⁵ 參閱BGH NJW 2001, 2875, 2876; BGH NJW 2006, 3139, 3141.

¹⁴⁶ 參閱BGH NJW 2001, 2875, 2876; BGH NJW 2006, 3139, 3141.

賴利益¹⁴⁷。

德國聯邦最高法院認為在要求返還多收價金（實際上減價）之情況，是涉及「消極利益」或「信賴利益」之賠償，故而當事人無須舉證證明，在正確告知相關資訊的情況之下，相對人會願意以對其有利的條件與其訂立契約，在此只有受損人在知道對其有所隱瞞的情況之後會如何行動一事才是重點¹⁴⁸。也就是說，在此種情形，只有涉及到衡量那剩餘的信賴損害之問題（即受損人因實際上締結之契約所無法滿足之正當期待），而非是關於調整另一個新的契約的問題，也就是說，在此所假設會成立的較低價格之契約，只是作為計算信賴利益損害賠償額度之方法而已，即在實際上存在與應該存在契約之間的差額正是損害賠償的額度，而受損人在此並沒有主張該未被締結之契約的效力，所以受損人不須要去證明，契約相對人在認識正確情況之下，也願意締結契約¹⁴⁹。

而在第二種情況，也就是要求返還其少賺之利益（實際上增價）時，德國聯邦最高法院認為這是涉及請求賠償「積極利益」或「履行利益」之情形，即請求「履行未被締結之契約」之利益¹⁵⁰。對此，德國聯邦最高法院認為雖然締約上過失主要是針對「消極利益」或「信賴利益」，但在例外之情形下，也可以請求賠償「履行未被締結之契約」的利益，也就是「履行利益」，而當沒有有責行為的存在，那對於受損人有利的另外一個契約就會被締結的情況，正是這種例外情形¹⁵¹。其主張雖然在衡量締約過失的損害賠償責任時，不應該從行為人在沒有欺騙的情況下就會訂立對受損人有利

¹⁴⁷ 參閱BGH NJW 2006, 3139, 3141.

¹⁴⁸ 參閱BGH NJW 2001, 2875, 2877; BGH NJW 2006, 3139, 3141.

¹⁴⁹ 參閱BGH NJW 2006, 3139, 3141 und *Theisen*, NJW 2006, S. 3103.

¹⁵⁰ 參閱BGH NJW 1998, 2900, 2901; BGH NJW 2006, 3139, 3141.

¹⁵¹ 參閱BGH NJW 1998, 2900, 2901; BGH NJW 2006, 3139, 3141.

的另外一個契約出發，因為其沒有這樣的義務，但如果在個案中依其特殊情況可以確認，該契約如果在沒有他方當事人欺騙的狀況下，就會成立對受損人來說有利的另一個契約時，這時拒絕受損人主張該未被締結契約之履行利益請求權即無正當理由可言¹⁵²。不過，因為要求該未被締結契約之履行利益屬於例外情況，故受損人必須主張及證明，在說明義務人有正確履行其義務時，其仍願意以對其不利，也就是對受損人有利之條件締結契約，若其無法證明，就無法主張該利益¹⁵³。

針對德國聯邦最高法院所採取之見解，學界則對之有相當之批判，尤其是針對舉證責任之部分。首先，就德國聯邦最高法院的出發點，即締約上過失的損害賠償「基本上」（*grundsätzlich*）是針對「消極利益」或「信賴利益」而來，「例外的」（*ausnahmsweise*）才可主張「積極利益」或「履行利益」，也就是說在締約上過失的損害賠償中，所謂的「信賴利益」與「履行利益」構成原則與例外之關係，在學說上來看，這是有問題的。就締約上過失的所涉及的相關案例類型來看，如前文貳、二所提，締約上過失也會涉及「固有利益」的保護，如「油布窗簾卷」案的狀況，這時就不能說，這是關於「消極利益」之賠償，締約上過失如同其他的責任一樣，其該如何進行賠償就是依照德國民法第249條以下之規定來處理，其根據個案情況的不同，可能會導致賠償所謂的消極利益或積極利益，兩者間不會產生所謂原則與例外的關係，更不是該如何進行損害賠償的構成要件規則，即這種在締約上過失的損害賠償存在著消極利益與積極利益之例外原則關係的想法也與

¹⁵² 參閱BGH NJW 1998, 2900, 2901.

¹⁵³ 參閱BGH NJW 2006, 3139, 3141.

德國民法之規定不相容¹⁵⁴。

在這種因締約過失而訂立不受期待之契約之類型，根據德國民法第249條的適用，至少受損人可以主張，當其沒有受到欺瞞時就不會同意締約，而要求解消契約，而且在舉證責任上推定受損人有這種意思是沒有問題的，如果可以進一步證明，在沒有相關的欺瞞狀況下，該契約將會以其他的內容被締結時，這時根據德國民法第249條規定，並不是直接要求那沒有從這假定之契約所獲得之收益的金錢賠償，而是要求締結這一個契約以及進行符合該契約狀況的財物分配¹⁵⁵。而德國聯邦最高法院在要求返還少賺（實際上增價）的案例，也就是其所謂「例外的」主張「履行利益」的案子上，要求受損人需舉證證明相對人在正確敘述的情況下也要有締約意願的見解是正確的，但在要求返還多付（實際上減價）的案例，認為這是主張「原則上」會發生的「信賴利益」，故受損人在此不用舉證相對人之締約意願的見解則是錯誤的，因兩者涉及的情況都是相同的，即在這兩種案例中涉及的都是受損人沒有締結到有利契約的問題，對之進行區分並沒有事實上的正當理由，且這樣的區分也與德國民法第249條以下的規定不相符¹⁵⁶。

德國聯邦最高法院這種在要求返還多付（實際上減價）的案例，認為不須要舉證證明相對人有締約意願的見解，也會導致對違反資訊義務行為人之私法自治的侵害，因為據此，義務人對於是否透過其決定來締結契約與以及締結如何內容契約仍然應該是自由的¹⁵⁷。如果減價是因為買賣法的瑕疵擔保責任而來，這時就算沒

¹⁵⁴ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 98), S. 1001 und Theisen, aaO. (Fn. 149), S. 3104.

¹⁵⁵ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 98), S. 1001.

¹⁵⁶ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717; 718 und Lorenz, aaO. (Fn. 98), S. 1002.

¹⁵⁷ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 421.

有出賣人同意，買受人還是可以直接主張，而不會有侵害私法自治的問題，因為這是為了平衡雙方當事人間之承諾期待，也就是確保契約上給付與對待給付間之均衡¹⁵⁸。相對於此，締約上過失主要並不指向於直接確保契約給付關係之均衡，而是在於排除在締約過程中對於意思決定自由的不當侵害，而這原則上是透過讓契約解消的方式來達成，如果要對於價格進行調整，也只能在德國民法第249條的框架下來進行，即必須雙方在正確的資訊下仍願意以較低的價格締結契約，如果無法證明有這樣的意願，甚至在可以確認對方不可能有這樣的意願或其會排除這樣的意願的狀況，仍然還是進行價格調整的話，對於違反資訊義務的行為人來說，將被強迫接受一個較低的交易價格，對他而言，這種狀況當然是一種他者決定¹⁵⁹，而且因為不需證明雙方的締約意願，那麼該較低價格如何產生，也無法從當事人之意思推出，這時就只能由法院自己提出「標準」來決定，但這「標準」究竟該如何確定，其實是相當不清楚的，最終就是由法院的「臆測」來確定雙方契約「應該」有的內容¹⁶⁰，如此一來，對於違反資訊義務的行為人來說，最終在法律上的結果其實是形成一種強制締約¹⁶¹，但其僅因資訊義務違反就須要承擔這樣的後果是否妥當，是有相當疑問的，因為這對於其私法自治是很強的侵害。

而德國聯邦最高法院為了避免這樣對私法自治侵害的批評，也在其判決中提出相關的回應。其認為在要求返還多付（實際上減價）的案例中，並非要求調整到新的、有利的契約內容，受損人仍

¹⁵⁸ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717.

¹⁵⁹ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717.

¹⁶⁰ 參閱Grigoleit, aaO. (Fn. 76), S. 184ff.

¹⁶¹ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 98), S. 1002.

是要維持在原契約之上，且要求賠償這契約所不能滿足的正當期待，即其在認識真實之情況後能夠較有利或較低之價格締約，也就是實際上其所付出的價額與其原本「能夠」得到的價額之間的差額，就是受損人主張維持原契約後，剩餘下來的（信賴）損害，而這裡假設會出現的較低價額並非是要去調整到的有利契約內容，只是損害的計算方式，所以沒有強制締約的問題¹⁶²。在此，德國聯邦最高法院又提出一個新的區分，即「以較低的價格締約」與「締結一個有利的契約」，前者只是涉及計算模式的問題（所以與締約意願無關），後者就須要舉證證明該有利契約會被締結¹⁶³。

德國聯邦最高法院的見解，從締約上過失在不受期待之契約的案例類型的保護目的是當事人的意思決定自由來看，就會不可理解，因為如果當事人確實選擇要「維持」在原契約而非調整到有利的契約內容的話，而這是其在得知相關情況之後的再次決定，如此一來，對其而言就沒有什麼剩餘的損害可言，因為其意思決定自由經由這樣的選擇被再次確保了，在締約上過失之中，當事人之所以可以有所謂的「該契約所不能滿足之正當期待」，不管是「以較低的價格締約」或「締結一個有利的契約」，都是建立在其意思決定被不當影響的基礎之上，那麼其當然須要舉證證明該意思決定自由如何的被不當影響而造成損害¹⁶⁴。要合理的解釋德國聯邦最高法院的這樣的區分的話，就是其對於締約上過失在此的保護目的有另外的理解，也就是其並非針對意思決定自由，而是在保護獨立於意思決定自由之外的特定給付期待，也就是單純的給付與對待給付的

¹⁶² 參閱BGH NJW 2006, 3139. 本判決為聯邦最高法院第一次提出這樣的說明之判決。

¹⁶³ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717 und Theisen, aaO. (Fn. 149), S. 3104.

¹⁶⁴ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717f.

均衡關係，而德國聯邦最高法院如果採取這樣的見解也不意外，因為德國聯邦最高法院認為以締約上過失來契約解消是以具有「財產損害」為要件，其理由即為締約上過失在不受期待契約之案例類型的保護目的不是當事人的意思決定自由，而是其財產上之利益，也就是契約給付內容之均衡¹⁶⁵。不過如同本文前述參、一、(一)之討論，德國聯邦最高法院這樣的理解是有問題的，在這裡同樣也不能適用。而且如果締約上過失在此的保護目的真的是針對單純的給付與對待給付的均衡關係，那麼為什麼只有在多付的案件類型當中才可以適用，而少賺的案件類型卻仍須要舉證該有利之契約可能可以成立？在這裡也找不到合理的區分理由¹⁶⁶。總的來說，如果認定締約上過失在這裡的保護目的是意思決定自由，而非單純的給付與對待給付均衡的話，那麼就受損人就沒有辦法舉證成為契約內容之期待，就無法認為是正當的，而給予其請求賠償的權利¹⁶⁷，德國聯邦最高法院在多付的案例中主張可以免舉證的見解還是不合理的。

(二)以德國民法第251條來處理金錢賠償之需求

雖說德國聯邦最高法院的見解在理論上是有問題的，不過其會提出這樣的見解，其實是考慮到實務上的特別需求。首先，對於受損人來說，要去舉證證明相對人在沒有錯誤告知的情況下，會同意以對於受損人有利的條件訂立契約這件事，在實際上是相當困難的¹⁶⁸，如此一來，在實務上就會產生如此的狀況，即違反資訊義

¹⁶⁵ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 718.

¹⁶⁶ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 718f.

¹⁶⁷ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 719.

¹⁶⁸ 雖說這樣的舉證相當困難，但這也不意味著這樣的舉證完全不可能，德國聯邦最高法院在請求所謂「履行利益」的案子就認為這還是有舉證可能，而且

務的行為人反而有「實際上的選擇權」，因為當受損人不想解消契約，而是要求契約調整的時候，其只要主張沒有締約意願，這時受損人因舉證的困難，在實際上就只會剩下解消契約這個可能¹⁶⁹。

不過，在有些案例中，只能夠要求解消契約，對於受損人來說其實是沒有幫助的。而這通常會發生在因資訊誤導而溢價進行企業買賣，並在買賣之後，買方已經對之進行相當程度的經營改造（比如已經將其所購買的企業合併到其關係企業之中）的狀況，這時如果讓雙方的買賣契約解消，之後以不當得利之規定來互相返還其從對方所獲得之利益之義務時，就會遇到相當大的困難¹⁷⁰，比如在以資產買賣的方式來進行返還的話，也就是在對方返還買賣價金的情況下，將該被購買之企業當作是特定物、權利以及其他財產價值的集合體，重新的移轉給對方這種方式來處理的話，就會產生下面這些問題：如在這段時間獲得的收益要在怎樣的範圍內返還，這時可否減去企業的一部分來返還，如果這個收益是因為買受人的經營能力所獲得的？若該被購買的企業已經被深入的改造的話該怎麼辦，這時須要將這些被合併的相關部門，比如財務部門或研發部門，重新建立出來返還？還是不用，返還因此的獲利就好？那在這些情況又該如何進行估價¹⁷¹？而這些問題也會發生在所謂的股份交易上，如果買賣的標的是該企業全部的股份的話，這時單純的將買賣價金與全部股份互相返還也不適當，因這時買的其實不只是股份，還有那位於股份之後的企業¹⁷²。

舉證的不可能性在邏輯上也不應該導致，其不用負擔舉證義務。參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717 und Lorenz, aaO. (Fn. 98), S. 1002.

¹⁶⁹ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 98), S. 1002.

¹⁷⁰ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717.

¹⁷¹ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717.

¹⁷² 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 717.

正是要解決這樣的狀況，德國聯邦最高法院才發展出在要求返還多付（實際上減價）的案例，不須要舉證證明他方有締結有利契約的意願，就直接的讓受損人可以主張「減價」，不然除了對受損人「不公平」之外，在該如何返還上面也會遇到重大的困難。不過，要解決這樣的問題，其實不用採取德國聯邦最高法院在理論上有問題的見解，因為在此涉及的其實不是因果關係的問題，即要不要嚴格適用德國民法第249條的問題，其涉及的真正問題其實是，受損人可否不依照那主要指向於契約解消的德國民法第249條規定，而直接要求金錢賠償，而德國民法對於這種契約解消不是那麼可能的案件，是有提供相關的解決方案，即德國民法第251條之規定¹⁷³。根據德國民法第251條之規定：「回復原狀不能或者不足以填補債權人損害者，賠償義務人應以金錢賠償債權人。回復原狀需費過鉅者，賠償義務人得以金錢賠償債權人」。而當解消契約（及因此產生的不當得利返還上之困難）對於當事人而言會產生不公平之後果時，這時就應讓其可以主張德國民法第251條之規定¹⁷⁴。如上面提到的購買企業的問題，如果購買人已經為其他投資或經營改善、整頓之行為的話，這時從相關的經濟觀點來看，以回復原狀的方法來解消契約，對其來說，如果不是不可能的至少也是不足以賠償其損害的狀況，即當回復原狀對其利益之保障是不可期待的，這時應該（類推）適用德國民法第251條之規定，使其可以主張金錢賠償¹⁷⁵。

不過，德國民法第251條的規定是建立在不可期待性之思想上，所以原則上就要進行不可期待性之審查，即確認以回復原狀

¹⁷³ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 315 und Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 719.

¹⁷⁴ 參閱Kersting, aaO. (Fn. 95), S. 719.

¹⁷⁵ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 315f.

（解消契約，或舉證證明下的契約調整）來對於受誤導人的利益進行保護是否是不可期待的，如果沒有不可期待性的話，那麼就是回到民法第249條的原則，即回復原狀，換句話說，受損人是沒有選擇權的，是否可以主張金錢賠償，並不取決於當事人的「任意」，僅是單純的「在變更的條件下維持契約效力」的希望，並不足以主張德國民法第251條的效力¹⁷⁶。此外，如果回復原狀的義務人對於回復原狀沒有意願，或者只是拿來當作拖延或防禦金錢賠償的策略手段的話，這時就應該（類推）適用德國民法第250條（相當於我國民法第214條）之規定，讓權利人可以據此主張金錢賠償¹⁷⁷，而且在義務人嚴肅且終局的拒絕損害賠償或回復原狀時，就沒有要求權利人一定要設定期限後才認可其金錢賠償請求的必要性¹⁷⁸。

肆、臺灣：一個無法以締約上過失處理的問題？

本文花費了相當的篇幅討論，德國法上如何針對當事人因締約時他方有責的違反資訊義務而訂立「不受期待之契約」之狀況，該如何以締約上過失及其損害賠償法之效果進行法律上處理的問題，那麼回到臺灣的脈絡之下，當同樣的狀況發生時，我們應該如何加以處理？尤其是當債法在一九九九年進行修正時，號稱將「締約上過失」加以明文化，也就是新增了民法第245條之1的規定，那麼是否意味著在臺灣針對同樣的問題，可以如同德國一般以締約上過失來加以處理？還是雖然有所謂締約上過失的規定，但實際上卻無法適用到這種原本該是締約上過失所要涵蓋的（最重要）案例類

¹⁷⁶ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 316 und Theisen, aaO. (Fn. 149), S. 3104.

¹⁷⁷ 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 316.

¹⁷⁸ 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 98), S. 1001.

型¹⁷⁹，產生了一定的困境？這就是本文接下來想要討論與反省的重點。

一、困境來源：民法第245條之1第1項規定的性質

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：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、其他顯然違反誠實信及信用方法者」，如上所述，這是我國在一九九九年修正民法時，將所謂締約上過失成文化的表現，不過關於這個條文的性質，即其規範功能究竟僅是要建立所謂針對「特殊狀況」之締約上過失¹⁸⁰，還是建立締約上過失之一般原則，以之作為各種不同類型締約上過失共同適用的基本法律規範（如同德國一般），其實是有問題的¹⁸¹。

本項的立法理由為：

近日工商發達，交通進步，當事人在締約前接觸或磋商

¹⁷⁹ 德國就有學者認為，締約上過失中最重要的案例類型，就是「不受期待之契約」，Vgl. MüKoBGB/Emmerich, BGB § 311, Rn. 39 und 68.

¹⁸⁰ 根據學者的整理，這裡所謂的特殊狀況，依照其規範功能的射程與幅度，還可以分成三種，第一種是「契約未成立類型之締約過失責任」，第二種則是「契約未成立與不成立類型之締約過失責任」，第三種則是所謂「契約未成立、不成立與無效類型之締約過失責任」，第一種只有指涉「交涉中斷」的情況，第二種除了「交涉中斷」還有契約不成立的問題，但不包括契約無效或經撤銷的狀況，第三種則最廣，除了前兩者外還包括無效或經撤銷的契約關係。參閱向明恩，對我國民法第245條之1之反省與檢討，臺北大學法論叢，79期，頁163以下，2011年9月。

¹⁸¹ 劉春堂，判解民法債編通則，頁287，2010年9月，6版。

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，既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇，現行法對此未設有損害賠償之規定，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之特殊信賴關係，並維護交易安全，我國實有規定之必要，爰增設第一項規定。

若由此敘述來看，足以推論立法者認為在前契約階段產生的信賴關係有予以特別保護之必要，而締約上過失制度的設置就是以保護這樣的信賴關係為目的¹⁸²，而這與本文前述德國法之所以發展締約上過失的理由是相同的。若單由立法理由來看，立法者想要設立的締約上過失是一般性的締約上過失制度，而非針對特殊情況之締約上過失，而且第1款之規定，正涉及締約前資訊義務之問題，其主要案例類型正是本文所處理的「不受期待之契約」。不過問題在於，立法者的「真意」是如此嗎¹⁸³？條文中「契約未成立

¹⁸² 參閱向明恩，民法第245條之1「締約過失責任」之閉鎖與突破——從1999年債法修正談起，載：2014年第四屆東亞民法國際研討會論文集，頁65，2014年11月。

¹⁸³ 而也正是在這樣的立法理由之下才產生註180所討論的第三種類型，「契約未成立、不成立與無效類型之締約過失責任」，主張者為黃立教授，其論述如下：「所謂契約未成立應包含的範圍為何，能否將無效或經撤銷的契約關係納入，不無疑問。比較本條與第113條第247條的文字，做系統解釋，本不應包括無效或經撤銷的契約關係。但依前所述，從寬解釋，才能符合立法者原意，應依目的解釋採廣義說」，黃立，民法債編總論，頁51，2006年11月，3版。黃立教授這裡認為本來從系統解釋，契約未成立不應該包含無效或經撤銷的狀況，尤其後者，因為撤銷的前提是契約成立生效，不過其認為照立法理由，是要建構比較寬的締約過失責任範圍，所以依目的解釋認為也應該要包括無效或經撤銷。不過，要採取廣義說在此會遇到的問題也許是，立法理

時……對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人」這樣的要件規定，就會讓人相當疑惑，因為以德國法的締約上過失的發展來看，其並不取決於事實上契約是否成立或生效，所以契約未成立、不成立可能有締約上過失發生，就算契約成立生效了，也還是可以構成締約上過失，其重點不在於契約最後的締結狀況如何，而是在締約過程中一方當事人不能讓其因此引起並獲得的他方當事人之信任失望¹⁸⁴。

若回到立法過程相關的討論¹⁸⁵，會發現立法者就民法第245條之1第1項所設定的規範目的，可能只是要針對特殊的案例類型做規定而已，並非要建立一般性的締約上過失制度。在立法過程中，有個非常重要的決議，即民法研究會修正委員會在民國七十七年十月二十一日所舉行的第782次會議，針對「締約上過失，是否專指契約未成立之情形抑或包括契約成立之情形」這個問題，作成「契約成立時，依各該契約內容履行。故締約上過失，僅指契約未成立之情形」這樣的決議¹⁸⁶，可以認為這個決議就是條文「契約未成立時……對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人」這個要件的由來，立法者在此表達出的意思，就是契約過失責任是針對契約未成立的狀況。

對於締約上過失在立法時有重要影響的學者，如孫森焱教授，其對於締約上過失的規範功能為何，即有如下見解：

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

由真的表示出立法者的「真意」嗎？

¹⁸⁴ 參閱Lorenz, JuS 2015, S. 398.

¹⁸⁵ 關於立法過程之簡要介紹，參閱向明恩，同註182，頁63以下。

¹⁸⁶ 法務部，民法研究修正實錄——債編部分(四)，頁515，2000年1月。

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**（黑體為本文所加）……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**（華康中黑體為本文所加）；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¹⁸⁷。

除此之外，同樣有重要影響的林誠二教授也表示類似的見解：

關於締約上過失於學說上較有爭執者，乃締約上過失是否為法律一般原則，倘係如此，則其不但於契約甚至於侵權行為等亦應有適用之餘地，但如此解釋是否造成原來法律體系適用上之混亂，即生爭議。……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**（黑體為本文所加）¹⁸⁸。

而由這些在立法過程中有影響的學者的見解，更可以確認透過民法第245條之1的立法，其想建構的並非是締約上過失，而是針對特殊狀況的締約上過失¹⁸⁹，理由則為契約與侵權行為的相關規定

¹⁸⁷ 孫森焱，民法債編總論（下冊），頁678以下，2014年9月。

¹⁸⁸ 林誠二，債法總論新解——體系化解說（下），頁229，2013年1月。

¹⁸⁹ 所以劉春堂教授認為第245條之1的規範功能，不是建立締約過失責任的一般原則，而是再建立契約不成立類型之締約過失責任，參閱劉春堂，同註181，

已經足以處理相關問題¹⁹⁰，設立締約上過失，反而可能對於民法體系造成不利影響。而這特殊狀況以契約未成立為前提，契約如果已經有效締結的話，就不在締約上過失的處理範圍內，屬不完全給付或瑕疵擔保的問題。

如果從締約上過失在德國的發展來看（貳、一、及二、），正是在締約階段發生的義務違反的問題，因發生在契約尚未成立時，故無法主張契約責任，而以侵權責任來處理，其要件又較為嚴格，受損人難以主張，為了確保當事人在締約階段的正當利益，才發展出這樣的想法，以填補這樣的漏洞¹⁹¹。也就是說，只要在進行交易上接觸的時候，在雙方當事人間就會產生一個類似法律行為之（法定）債之關係，不取決於契約事實上締結或有效與否，而這個債之關係不會建立任何主給付義務，但會確立當事人間相互的注意與保護義務，而產生這樣義務的理由，在於因締約的接觸，一方會因此引起並獲得他方的信賴，其就必須要以符合誠信的作為來維持這樣的信賴，不能使其失望，故而契約締結與否的事實，與締約過失制度的規範目的與價值並不相關¹⁹²。故上述的立法決議以及學說觀點，認為締約上過失須要嚴格限制，以免破壞體系，並只有在契約未成立時才有適用，在出發點上，確實有所誤會。

另外就本文所要處理的「不受期待之契約」而言，如同論者所

頁287。

¹⁹⁰ 孫教授以及林教授都認為德國締約過失責任中違反保護人身及財物義務之類型，用侵權行為法處理即可，不需包含在民法第245條之1的範圍內。參閱孫森焱，同註187，頁678；林誠二，同註188，頁231。

¹⁹¹ 蘇永欽教授在立法過程中對於建立締約過失責任的理由即是建立於此，參閱法務部，同註186，頁490-491。另參閱楊芳賢，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198，2016年4月。

¹⁹² 參閱Lorenz, aaO. (Fn. 184), S. 398以及參閱向明恩，同註180，頁179。

言，因當事人資訊義務違反的違反是發生在契約成立前，如果當事人對其陳述並未加以擔保，更未作為契約成立後應該履行之債務內容，這時沒有在契約成立後適用瑕疵擔保或不完全給付之可能，只有考量締約上過失的可能，當然如果當事人之陳述涉及物之價值及效用的話，在契約成立後，是會產生瑕疵擔保的問題，而構成締約上過失與瑕疵擔保之競合¹⁹³，但由不實陳述是否構成物之性質或契約內容之區分，可以知道所謂締約協商階段之義務違反，在契約成立後一概適用不完全給付之想法，其實是以偏蓋全的見解，而忽略了，締約上過失之所以進一步發展，目的是要為第一種狀況提供更佳的法律上保護¹⁹⁴。

實務上針對民法第245條之1第1項的適用，根據學者的整理分析，也呈現出相當保守的態度，也就是只針對契約未成立的狀況，如果契約已經締結的話，基本上就沒有第245條之1第1項的適用可能¹⁹⁵，也就是其也不將民法第245條之1的規定當成是締約上過失之規定，只是針對特殊狀況之締約上過失。如此一來，本文所討論的主要問題，也就是所謂「不受期待之契約」，因其基本上是以締結有效契約為前提，根據立法「真意」與實務慣行，就不可能也不會以民法第245條之1第1項第1款的規定來處理。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

¹⁹³ 參閱王澤鑑，債法原理，頁274，2012年3月，增訂3版；向明恩，同註180，頁188-190，以及楊芳賢，民法債編總論（上），頁74，2016年8月。就德國法上締約過失與瑕疵擔保規定如何競合的討論，Vgl. MüKoBGB/Emmerich, BGB § 311, Rn. 82 und 83, Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005, S. 94ff.

¹⁹⁴ 參閱楊芳賢，同前註，頁74-75。

¹⁹⁵ 參閱向明恩，同註180，頁167以下以及向明恩，同註182，頁68以下。

妥善處理的狀況¹⁹⁶，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¹⁹⁷，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。故而就陳忠武教授對於

¹⁹⁶ 如最高法院104年度臺上字第194號判決，本案是有關連動債之訴訟，裡面的主要爭點其實是被告受雇人在締約時有沒有違反資訊義務的問題，使原告訂立內容對其不利益之契約，造成其損害，但原告主張的請求權基礎卻是民法第184條第2項及第188條，被告受雇人違反資訊義務之行爲構成違反保護他人之法律，完全沒有提到締約過失責任，而如上所述，處理這種不利益契約正是締約過失責任發展的重要理由（而且在受雇人爲締約上過失行爲時，這時是適用民法第224條規定，雇用人沒有舉證免責之可能）。誠如論者所言，這顯示本來應該要用來處理締約一方之過失告知不實等成立契約之第245條之1第1項第1款，因立法錯誤竟導致相關當事人無法主張締約上過失規定，反而僅得以侵權行爲請求之結果。參閱楊芳賢，同註193，頁82。不過，因為這裡涉及的問題是締約的意思決定自由的受影響，要透過侵權行爲主張，就涉及這是否可以認爲是「權利」受侵害？但這其實頗有疑問，如德國通說即認爲這非屬權利侵害（參閱本文同註112），如果是這樣，這時以侵權行爲來主張只能夠適用民法第184條第1項後段較嚴格之要件，或者如本案一般，要想辦法找到各種「保護他人之法律」以適用民法第184條第2項。

¹⁹⁷ 如最高法院102年度臺上字第929號判決，本案涉及的情況其實是締約前被告未提供只有其有之資料，導致原告無法妥當的確認工作範圍，等統包的工作契約締約之後，被告再提出其所有資料要求原告施工，原告認爲其最後完成之工作之價值與契約約定之價金不相當，故要求被告給付不足之部分。這裡其實是涉及被告有無違反其告知義務，導致原告與其訂立不利益契約致受損害的問題，而最高法院在本案最後是以原告有可能適用第227條之2第1項「情事變更」之規定來要求調整爲理由，廢棄原審見解，但在本案中其實根本沒有締約後發生情事變更的狀況，只有因被告隱匿資料，導致原告做超出其預想很多的工作，但工作的事實範圍本身沒有任何改變，適用情事變更來作爲原告的請求權基礎是有問題的。關於本案判決之評釋，參閱周伯峰，同註128，頁292以下。

我國民法第245條之1的如下評論，本文認為其實是相當中肯的：

本條規定立法政策，或是過於保守，或是凌亂不一，解釋適用上充滿許多有待釐清的矛盾與疑義，令人不禁懷疑其是否足堪擔當保護締約階段中各種利益的重責大任¹⁹⁸！

二、困境突破：對民法第245條之1第1項進行「修正解釋」

為了使當事人在締約時因他方違反資訊義務而訂立「不受期待之契約」，乃至於其他當事人在締約階段之正當利益，可以在我國民法上受到更妥當的處理，對於民法第245條之1的條文進行某種程度的「修正解釋」，將其提升到締約上過失的一般性規定，似乎就有其必要性¹⁹⁹。而在這種想法之下，首先要處理的當然是「契約未成立時」這個要件該如何「解釋」的問題，如果以實現締約上過失的目的觀之，也就是合理保障雙方當事人在締約階段所形成的信賴關係及其合理利益與確保交易安全，這裡的契約未成立，指的當然是當事人違反義務之行為是在契約未成立時的磋商準備階段或開始進行交易接觸時發生，也就是只要有發生條文「當事人為準備或商議訂立契約」之情形即可成立締約上過失，這樣一來，契約因不合意而不成立、無效或中斷締約，乃至於契約有效成立之情形都可以包括在內²⁰⁰。

如此一來，條文中所謂「對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人」也必須要重新解構，針對這裡的「契約能成立致」等語，為了避免又再重新回到只處理契約未成立類型的困境，

¹⁹⁸ 陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體——權利與利益區別正當性的再反省，頁265，2008年12月。

¹⁹⁹ 參閱王澤鑑，同註193，頁267以及向明恩，同註180，頁178。

²⁰⁰ 參閱王澤鑑，同註193，頁269-270以及向明恩，同註180，頁191。

應該合併到前述「契約未成立時」的解釋之中，不需特別處理或直接當成贅文，如此一來，要處理的文字即為「對於非因過失而受損害之他方當事人」，而這就會涉及以請求權人之主觀歸責事由當作責任成立要件之問題，據此，一旦請求權人有過失，行為人就可以免責²⁰¹。針對締約上過失的損害賠償請求權，請求權人對於損害之發生有過失的問題，德國法原則上是以其民法第254條規定來處理²⁰²，而該規定即相當於我國民法第217條「過失相抵」之規定，也就是德國法並不會因為締約上過失之損害賠償請求權人有過失，就完全剝奪其請求權，而我國民法上採取這麼嚴格的方式，是否妥當，有學者即提出質疑²⁰³，本文認為這種全有全無的方式，對於請求權人來說有保護不足的問題，故如果請求權人對於損害之發生有過失的話，這時即以民法第217條規定來處理，也就是不採其為責任成立的排除要件，而是關於責任範圍之問題的見解，以平衡雙方利益²⁰⁴。從而在「解釋」上，本條一開始的揭語，就會變成「當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於受損害之他方當事人，負損害賠償責任」。

因本文處理的主要問題是因違反資訊義務而來的不受期待之契約，在民法第245條之1第1項規定中主要涉及第1款的問題，故本文接下來只針對第1款的部分該如何進行「修正解釋」，進行討論²⁰⁵。

²⁰¹ 參閱向明恩，同註180，頁191。

²⁰² 參閱Grigoleit, aaO. (Fn. 109), S. 904.

²⁰³ 參閱劉春堂，締約上過失之研究，臺灣大學法律系博士論文，頁194，1983年5月。

²⁰⁴ 參閱向明恩，同註180，頁192-193。

²⁰⁵ 關於其他兩款規定之「修正」方式之討論，請參閱王澤鑑，同註193，頁274以下；向明恩，同註180，頁193-194；陳忠五，同註198，頁269以下，以及楊芳賢，同註193，頁78-79。

首先是關於資訊義務範圍的問題，如同論者所言，條文並沒有針對不實陳述與隱匿進行詳細的區分²⁰⁶，但如同前文之討論（貳、三、(一)），資訊義務須根據狀況加以區分，不實陳述涉及真實義務的問題，原則上只要有所陳述，就必須要是正確的，積極的不實陳述本身即會構成義務違反，而具有違法性，但隱匿則涉及告知義務的問題，原則上必須從締約當事人是沒有一般的告知義務出發，例外的根據誠信原則才能認為當事人在個案中有告知義務²⁰⁷，故而在隱匿也就是未主動告知的部分，其重點在於根據誠信原則建立之告知義務的有無，所以有違法性的狀況，一定是違反誠信的未告知。至於「他方有無主動詢問」這裡其實與行為人的有無資訊義務無關²⁰⁸，因不論他方沒有主動詢問，當事人在締約過程中原則上就是有真實陳述或依誠信告知的資訊義務（除非其有所謂的「說謊權」²⁰⁹）。也就是在締約過程中不論對方有無詢問，當事人如果要陳述的話，該陳述一定要真實，不然其就是保持沉默，除非這樣的沉默有違反告知義務的問題（而針對詢問的沉默在解釋上其實也可以當作是一種「據實回答」的方式），所以他方詢問與否對於當事人是否負擔資訊義務來說，並沒有多大的意義。

就主觀歸責要件的問題，本款將之限於「惡意」，而這也是立法者誤認締約上過失規範功能的表現²¹⁰，如上所述（貳、三、(二)），在德國法之所以要以締約上過失來處理不受期待之契約，正

²⁰⁶ 參閱楊芳賢，同註193，頁75-76。

²⁰⁷ 參閱王澤鑑，同註193，頁274。

²⁰⁸ 參閱王澤鑑，同註193，頁274以下以及楊芳賢，同註193，頁76-77。

²⁰⁹ 關於「說謊權」，請參閱本文貳、三、(一)之討論，另我國學者也認為當事人在締約過程中，並不是針對所有的詢問都有絕對的真實陳述的義務，參閱王澤鑑，同註193，頁274以下以及楊芳賢，同註193，頁78-79。

²¹⁰ 參閱向明恩，同註180，頁193。

是為了要突破「資訊義務的故意論」，即將資訊義務的主觀歸責事由，由故意降到過失，如果還是採取惡意的要件，那如同論者所言，現行民法上已經有相關的制度可以處理，本款的規定其實毫無意義可言²¹¹。故本文在「解釋」上，會將所謂的「惡意」當成「有責的」，而這「有責的」根據民法的基本理念，過失就可以成立。不過這樣似乎就會產生一個問題，即會有所謂的「過失隱匿」嗎？從「隱匿」的語詞用法出發，似乎是以明知為要件，所以「隱匿」可能只限於故意之情形，但「告知義務」的違反其實並不限於明知某種狀況而未告知的情形，如果根據誠信原則在相關個案情況，可認為當事人有認識某種資訊並告知相對人之義務時（如要訂立的契約具有利他性或有處理他人事物之性質），這時其沒有認識到這種資訊並告知也可能會構成告知義務違反²¹²，而這種情況原則上是一種過失，所以本文認為，也許在告知義務的部分，不採「隱匿」的用語，用「未告知」會比較妥當。

最後，本款將資訊錯誤的事項，限於「對訂約有重要關係之事項」，就本文來看，這也許是最值得贊同與祝福的要件，因為這提供了將締約過失制度與詐欺撤銷區別開來的可能性。也就是在締約過失中，並非所有的引起錯誤的行為都可以成立責任，必須是與「締約有重要關係之事項」才可以，而在這裡本文傾向採用德國學者Canaris的見解（參、一、(二)）來定義何謂「有重要關係之事項」，即其必須涉及這交易的前提要件或基礎，且真實情況與作為交易基礎或前提要件所預想的情況有「有意義」的差別才可以，比如在保證契約中，如果主債權人對於保證人就主債務人之財務狀況

²¹¹ 參閱王澤鑑，同註193，頁273-274；陳忠五，同註198，頁271，以及楊芳賢，同註193，頁77-78。

²¹² 參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 313.

並沒有提供錯誤資訊（或就算有錯但是與真實狀況差距極為微小），但保證人有為有人際關係之人作保之傾向（不過其還是有可能為不具人際關係之人作保），而主債權人針對人際關係這部分卻提供錯誤資訊，如果保證人最後因此而締約的話，這時本文傾向認為「人際關係」這部分並非「對締約有重要關係之事項」，而無法主張締約上過失，因這一般來說並非訂立保證契約會考慮的交易基礎或前提要件，這時的救濟方法應該由故意詐欺來處理，因其原則上就是針對所有對締約意志造成影響的行為。不過，如果可以確認在當事人間有將特定人際關係的存在作為締約基礎或前提要件的話，其就會構成這裡的「對締約有重要關係之事項」，當然這要就個案情況進行分析討論。而在進行上述的「修正解釋」之後，本文會將第1款的構成要件以這樣的方式重述：「對訂約有重要關係之事項，為有責之不實陳述或有違誠信的未告知」。

關於締約上過失成立後之法律效果，當然是請求損害賠償，並依民法第213條以下規定確定最終的法律上結果。也就是讓受損人（即權利人）可以主張損害賠償，而損害賠償的效果則是依我國民法第213條以下之規定來處理，如果受損人（即權利人）主張其在正確告知的狀況之下，將不會訂立這樣的契約或不會訂立如此內容的契約，這時其回復原狀之請求，即是向義務人要求回到如同沒有訂立過這個（或這樣內容的）契約的狀態，如此一來，契約就應該被認為實際上不存在，這時受損人（即權利人）就可以使契約解消，而從契約義務中脫離，因其可以要求回到沒有締約過的狀態，所以其也可以要求義務人不得行使該契約之相關請求權。而針對權利人契約解消之請求，不必如同德國實務一般，認為必須有「財產上」之損害方可主張，縱使當事人所定契約從經濟上觀點來看價格似乎相當，而沒有「財產上」損失，但因締約上過失在此保護目的本為當事人的意思自由，只要當事人之情狀能夠符合成立本文在上

述「修正解釋」中所提出之要件即可。而針對受損人（即權利人）在正確告知即不會訂約之主張，雖然理論上應該由其舉證證明，但這時推定其如果知道相關情況即不會訂約，仍是合理。

如果受損人（即權利人）基於其他的相關考量仍想維持原契約，但想要調整相關契約條件時，即返還不合理的超額對待給付、或請求提高報酬，也就是進行契約調整時，如果其要以第213條之回復原狀來主張時，這時仍應該由其舉證證明相對人在沒有誤導的情況之下，仍願意以較佳的條件與其訂約，因這涉及到相對人契約自由之問題，而且不論是要要求減價或增價，不應該採取德國實務之區分見解，仍都是要由受損人（即權利人）負舉證責任，如果其不能舉證，其回復原狀就只能選擇契約解消。不過，如果契約解消對於受損人（即權利人）來說，會產生實際上的困難之時，這時應該認為這屬於回復原狀不能的狀況，而適用民法第215條的規定，採用金錢賠償的方式來處理，當然，這裡不是所有的案件都可以直接認定回復原狀不能，仍是要進行不可期待性之審查。換句話說，在當事人締約時因他方違反資訊義務而訂立「不受期待契約」之狀況下，其請求損害賠償的最終法律上結果，就是契約解消還有契約調整，而本文前述參、就德國法所為之討論在臺灣的脈絡之下仍是具有高度的參考價值，尤其要特別注意，不要重蹈德國實務為了「解決」特定現實問題，而提出在理論上有問題之見解，忽略在理論上仍有更好作法的可能性。

最後，關於時效的部分，如果參考德國法的經驗，時效是其修法前以締約上過失來處理不受期待之契約最大的問題之所在，因為德國法院認為其時效是依一般規定決定，故可長達三十年，而這與其他相關制度相比，尤其是詐欺撤銷制度，顯然過長，造成價值失衡，且淘空其他制度的問題。故針對時效部分，本文認為為避免產生競合上的問題，妥當考慮與其他制度間的均衡關係是必要的，不

過現行民法第245條之1第2項規定的時效期間是二年，且沒有規定起算點，如果回到民法第128條的一般規定的話，這樣可能會有過短而對當事人保護不周的狀況²¹³，尤其若跟我國民法的詐欺撤銷還有侵權行為等相關制度的除斥期間或時效相比，似乎有失均衡，在法律政策上應該予以修正。

如果總結本文上面的討論，其實本文是以前述的德國經驗出發，類似論者所謂以「思考未增訂民法第二四五條之一前學說介紹之德國法下之締約上過失之見解」來解決相關問題方式，即「以德國法作為法理來填補法律漏洞」的方式，不過誠如論者所言，在增訂民法第245條之1之後，這種方式就無法採用^{214、215}，因這裡已經有相關的規範計畫，很難再說這裡有規範漏洞存在，也就是不符合

²¹³ 參閱王澤鑑，同註193，頁281；陳忠五，同註198，頁273-274，以及楊芳賢，同註193，頁81。

²¹⁴ 參閱楊芳賢，同註191，頁202-203。

²¹⁵ 針對當事人因不實陳述而訂立不受期待契約之情形，楊教授認為在我國法下，可能還有另外一種解決方式，即類推適用民法第88條第2項規定再結合民法第114條第2項準用第113條規定解決，不過，楊教授也指出這解決方式在理論上可能的問題，尤其是民法第113條與第114條的規範功能爭議之問題。參閱楊芳賢，同註191，頁198以下。而楊教授的想法，其實指出了對於「不受期待之契約」，除了以締約過失責任之損害賠償法來解決以外，還有採用意思表示法的解決可能性，而德國在2002年修法的過程中，就有學者就曾主張應該增加「過失詐欺（或誤導）」作為法律行為撤銷原因，來解決這個問題，認為這比運用損害賠償法的曲折過程，相對清楚明白，而且體系上也不會造成跟故意詐欺該如何區分的問題。不過，也有學者指出，若就可以比較彈性的處理第三人責任、金錢賠償的觀點，還有發展中的歐洲民法的傾向來看，採取損害賠償法的解決方式，仍是較佳，當然，如同本文所述，德國立法者在2002年以沒有改變法既有律狀態的方式，作出了選擇。參閱Canaris, AcP 2000, aaO. (Fn. 86), S. 319; Fleischer, Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschafts-privatrecht – dargestellt am Beispiel der Informationspflicht, S. 227f. und Giroleit, aaO. (Fn. 93), S. 290ff.

民法第1條運用「法理」的前提要件，法律「未」規定的狀況，既然沒有漏洞，那就不是法律漏洞的填補（法律內的法的續造）之問題²¹⁶。而本文在此所謂的「修正解釋」，從對「契約未成立時」的討論開始，根本就不在文義的範圍內²¹⁷，自然也不會是所謂的「法律的解釋適用」。所以本文承認，本文之「修正解釋」，在方法論上其實是在進行「超越法律的法律續造」²¹⁸，因這樣的作法根本與立法者的「真意」及規範決定相違背，而這種「法律續造」，其實要有很強的正當性基礎才可以合理化，但本文認為，基於民法第245條之1的立法是基於錯誤的出發點，以及以締約上過失來合理保護締約過程中當事人的相關利益，不論是從歷史經驗，還是實質倫理觀點或經濟分析的立場來看，都具有高度的正當性，故這樣的「法律續造」還是可以證立的。當然，最終且有效無爭議的突破困境之方法，仍然是進行法律的修正，將締約上過失真正的導進我國民法體系中。

伍、結 論

就對「不受期待之契約」如何進行法律上處理這個問題，在德國法中締約上過失扮演了重要的角色，而透過締約前資訊義務的建立，搭配其義務違反之損害賠償法上的後果，最終，將可以使因相對人之過失行為而締結不利益契約之一方，也就是訂定不受期待之

²¹⁶ 關於「法律內的法的續造」之問題，參閱Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁281以下，1996年12月。

²¹⁷ 陳忠五教授精確的指出將「契約未成立時」「解釋」成「契約成立前」，在條文整體文義上來看，其實是不可能的，參閱陳忠五，同註198，頁267-269。

²¹⁸ 關於「超越法律的法律續造」之問題，參閱Karl Larenz著，陳愛娥譯，同註216，頁321以下。

契約者，有從契約脫離，或者對於契約內容進行改變的機會。而因為以締約上過失來處理不受期待之契約是對於當事人實質的締約決定自由提供更強的保障，故而在法律倫理的觀點上是可以被接受的，且就法律經濟分析的觀點，其也會創造更有效率的交換，所以也可以從此獲得支持，就算其真的對原本的立法者決定，即「資訊故意論」，有所違反，但卻是一種合理且正當的「超越法律的法律續造」。不過，德國聯邦最高法院在具體的法律效果上面，不論在契約解消或契約調整上，都提出在理論上有問題的見解，雖然其是為了解決如何與詐欺制度區分，進而凸顯其制度特殊性，或實務上遇到的具體困難問題而提出，但依據德國學界的看法，針對這些問題，有理論上更加融貫的解決方案，這是就德國法上相關問題的討論必須注意的部分。

在臺灣的部分，最大的問題即是現行的民法第245條之1第1項之規定，究竟具有怎樣的性質，可否用來對於不受期待之契約進行法律上之處理？基本上如果以立法者所採取的相對保守之「真意」出發，本規定其規範目的並不在於建立締約上過失，而只是針對特殊狀況之締約過失，且必須以契約未成立作為前提要件，若已締結契約即非屬締約上過失之處理範圍，以確保現行體系不會因此受到「不當影響」。若以此出發，則本文討論之不受期待契約在臺灣將無法以締約上過失處理，而這不是造成保護不足的問題，就是為了「個案公平」而扭曲其他相關法律制度的後果。為了突破這樣的困境，適當的處理「不受期待之契約」的法律上問題，本文認為應該要對民法第245條之1第1項規定，進行所謂的「修正解釋」，使其可以提升成為締約上過失。而在最終法律效果面上，則參考本文所提出的德國法上相關見解，運用我國民法第213條以下之規定來處理。不過，本文也承認，這裡所謂的「修正解釋」，已經超出解釋範圍，因完全脫逸出文義可能性，也超出運用法理進行「漏洞補

充」的範圍，因這裡不存在法律「未」規定的狀況，而是「超越法律的法律續造」，而其因民法第245條之1的問題，本文認為仍是有正當性，當然，正本清源之法還是重新修法來處理。



元照出版提供 請勿公開散布。

參考文獻

一、中 文

1. Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月。(Karl Latrenz [auth.], Ai-Er Chen [trans.], *Fa Xue Fang Fa Lun* (1996).)
2. Kurt Siehr著，侯英玲譯，德國新債法之締約過失，月旦法學雜誌，99期，頁50-56，2003年8月。(Kunt Siehr [auth.], Ing-Ling Hou [trans.], *De Guo Xin Zhai Fa Zhi Di Yue Shang Guo Shi*, 99 THE TAIWAN LAW REVIEW, 50-56 (2003).)
3. 王澤鑑，債法原理，增訂3版，2012年3月。(Tez-Chien Wang, *Principle of Obligation Law*, 3rd ed. (2012).)
4. 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9月。(Ming-En Hsiang, *Retrospection and Re-evaluation on the Article 245-1 Civil Code of Taiwan*, 79 TAIPEI UNIVERSITY LAW REVIEW, 145-205 (2011).)
5. 向明恩，民法第245條之1「締約過失責任」之閉鎖與突破——從1999年債法修正談起，載：2014年第四屆東亞民法國際研討會論文集，頁59-84，2014年11月。(Ming-En Hsiang (2014), *Min Fa Di 245 Tiao Zhi 1 「Di Yue Guo Shi Ze Ren」 Zhi Bi Suo Yu Tu Po—Cong 1999 Nian Zhai Fa Xiu Zheng Tan Qi*, in: 2014 DI SI JIE DONG YA MIN FA GUO JI YAN TAO HUI LUN WEN JI, 59-84.)
6. 法務部，民法研究修正實錄——債編部分(四)，2000年1月。(Ministry of Justice, *Min Fa Yan Jiu Xiu Zheng Shi Lu—Zhai Bian Bu Fen* (2000).)
7. 林誠二，債法總論新解——體系化解說(下)，2013年1月。(Cheng-Er Lin, *A New Interpretation of General Principle of Obligation Law—Systematical Interpretation II* (2013).)
8. 周伯峰，論交易基礎障礙理論，載：兩岸民事法學會通之道，頁263-306，2015年6月。(Po-Feng Chou (2015), *The Doctrine of Change of Circumstances*, in: LIANG AN MIN SHI FA XUE HUI TONG ZHI DAO, 263-306.)
9. 孫森焱，民法債編總論(下冊)，2014年9月。(Sen-Yan Sun, *General Principle of Obligation Law II* (2014).)

10. 黃立，民法債編總論，3版，2006年11月。(Li Huang, *General Principle of Obligation Law*, 3rd ed. (2006).)
11. 陳洸岳，「中斷交涉」與締約上過失責任之序論研究，載：民法研究(4)，頁1-93，2000年9月。(Guang-Yueh Chen (2000), 「Zhong Duan Jiao She」Yu Di Yue Shang Guo Shi Ze Ren Zhi Xu Lun Yan Jiu, in: MIN FA YAN JIU, 1-93.)
12. 陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體——權利與利益區別正當性的再反省，2008年12月。(Zhong-Wu Chen, *Essay on the Protected Objects of Contractual Liability and Delictual Liability—Rethinking the Legitimacy on the Distinction Between Rights and Interests* (2008).)
13. 國立臺灣大學法學院、財團法人台大法學基金會編譯，德國民法（上），2016年10月。(NTU College of Law & NTU Law Foundation [auth. & trans.], *German Civil Law I* (2016).)
14. 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作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6月。(Hsin-Min Yeh, *Liabilities of Restoration of Damage in Case of Failure to Disclose the Information in the Course of Contract Negotiation in German Civil Law—Also a Study on Restitutio in Integrum as a Method of Compensation for Damage in Taiwan Law*, 86 TAIPEI UNIVERSITY LAW REVIEW, 51-124 (2013).)
15. 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4月。(Fang-Xian Yang, *Zi Liang Jian Wai Guo Guo Shi Bu Shi Chen Shu Pan Jue Lun Min Fa Di Er Si Wu Tiao Zhi Yi Di Yi Xiang You Qi Di Yi Kuan Zhi Tuo Shi Xing*, 251 THE TAIWAN LAW REVIEW, 189-205 (2016).)
16. 楊芳賢，民法債編總論（上），2016年8月。(Fang-Xian Yang, *General Principle of Obligation Law I* (2016).)
17. 劉春堂，締約上過失之研究，臺灣大學法律系博士論文，1983年5月。(Chun-Tang Liu, *Di Yue Shang Guo Shi Zhi Yan Jiu*, Doctoral Thesis, College of Law, National Taiwan University (1983).)

18. 劉春堂，判解民法債編通則，6版，2010年9月。(Chun-Tang Liu, *Pan Jie Min Fa Zhai Bian Tong Ze*, 6th ed. (2010).)

二、外 文

1. Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 38. Aufl., 2014.
2. Canaris, Claus-Wilhelm, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, S. 395ff.
3. Canaris, Claus-Wilhelm, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997.
4. Canaris, Claus-Wilhelm, Wandlungen des Schuldvertragsrecht – Tendenzen zur seiner „Materialisierung“, AcP 2000, S. 273ff.
5. Canaris, Claus-Wilhelm, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499ff.
6. Chou, Po-Feng, Die Entwicklung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Gleichheit im deutschen Zivilrecht seit der Französischen Revolution, 2012.
7. Emmerich, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005.
8. Emmerich, Volker, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hg.), MünchKomm-BGB, Band 2, 7. Aufl., 2016 (zitiert MüKoBGB/Kommentator/in).
9. Fleischer, Holger, Konkurrenzproblem um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus Täuschung, AcP 2000, S. 91ff.
10. Fleischer, Holger, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht-Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertrags-schlußbezogener Aufklärungspflichten, 2001.
11. Fleischer, Holger, Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschafts-privatrecht – dargestellt am Beispiel der Informationspflicht, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 243ff.
12. Groleit, Hans Christoph, Vorvertragliche Informationshaftung- Vorsatzdagma, Rechtsflogen, Schranken, 1997.

13. *Grioleit, Hans Christoph*, Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999, S. 900ff.
14. *Grioleit, Hans Christoph*, Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, in: *Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans* (Hg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 269ff.
15. *Harke, Jan Dirk*, in: *Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band 2, 2007 (zitiert HKK/Kommentator/in).
16. *Harke, Jan Dirk*, Allgemeines Schuldrecht, 2010.
17. *Jhering, Rudolf von*, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: *Jhering, Rudolf von* (Hg.), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band 4, 1861, S. 1ff.
18. *Kerstin, Christin*, Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen- Vertragsaufhebungsanspruch oder „Minderung“ aus c.i.c.?, JZ 2008, S. 714ff.
19. *Larenz, Karl*, Bemerkung zur Haftung für „culpa in contrahendo“, in: Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975, 1975, S. 387ff.
20. *Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2004.
21. *Looschelder, Dirk*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2014.
22. *Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag-Eine Untersuchung von Möglichkeit und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, 1997.
23. *Lorenz, Stephan*, Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens? ZIP 1998, S. 1053ff.
24. *Lorenz, Stephan*, Haftung bei der culpa in contrahendo: Schutz der Ende der „Minderung durch c.i.c.“?, NJW 1999, S. 1001ff.
25. *Lorenz, Stephan*, Grundwissen-Zivilrecht: Culpa in contrahendo (§ 311 II, III BGB), JuS 2015, S. 398ff.
26. *Medicus, Dieter*, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, S. 209ff.

27. *Medicus, Dieter*, Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo, in:
Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, 1986, S. 169ff.
28. *Medicus, Dieter*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010.
29. *Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 2015.
30. *Theisen, Frank*, Rechtsfolgen eines Schadenersatzanspruchs aus culpa in
contrahendo, NJW 2006, S. 3102ff.



元照出版提供 請勿公開散布。

On the Legal Treatment of the Unexpected Contract by Culpa in Contrahendo

Po-Feng Chou^{*}

Abstract

This study aims to discuss the legal problem on how to treat by culpa in contrahendo the contract that cannot meet the original expectation of the parties due to the violation of the information duty in the course of contract negotiation, also the alleged unexpected contract. In the first part this essay wants to present the situation in German law related to the following questions: the development of culpa in contrahendo in German; the unexpected contract as a case type of culpa in contrahendo; the range of the information duty in the course of contract negotiation; and last, the justification for the treatment of the unexpected contract by culpa in contrahendo and the controversy to the legal effect between the praxis and theory. In the second part this essay tries to reflect on the dilemma that the treatment of the unexpected contract by culpa in contrahendo due to the characteristic of Article 245-1 of Taiwan's Civil Code may confront and provides the possibility to break through this dilemma by using the experience in German Law.

^{*} Assistant Professor, School of Law, National Chengchi University; Dr. jur., Johannes Gutenberg University in Mainz, Germany.

Received: November 28, 2017; accepted: May 24, 2018

一〇七年十二月

論對「不受期待之契約」的法律上處理 77

Keywords: Culpa in Contrahendo, Pre-Contractual Duty, Information Duty, Unexpected Contract, Compensation of Damage, Restitution in Integrum, Monetary Compensation



元照出版提供 請勿公開散布。