



元照出版提供 請勿公開散布

締約上過失的責任構成與救濟方法

陳 聰 富*

要 目

壹、序 言	肆、從事締約協商而未締約：違反忠誠協商義務
貳、締約上過失責任之理論爭議與類型化	一、消極締約自由之限制
一、締約上過失之理論爭議與責任性質	二、案例類型
二、締約上過失之起源與演變	(一)無締約意願而從事締約協商
三、各國立法例	(二)併行協商 (parallel negotiations)
(一)德國法	(三)中斷締約協商 (中斷交涉)
(二)其他國家法制	三、救濟方法
參、契約不成立或無效：締約上過失責任的原型	(一)損害賠償請求權
一、案例類型	(二)特定給付請求權 (繼續協商義務)
(一)法定案例類型	伍、固有利益之侵害行為：從侵權責任到契約責任
(二)契約不成立：隱存不合意	一、侵害身體權與健康權：違反保護義務
(三)契約不生效：欠缺法定方式	二、侵害資訊歸屬之權利：違反保密義務
二、責任構成與賠償範圍	陸、結 語
(一)構成要件	
(二)損害賠償範圍	

DOI : 10.53106/102398202022060169004

* 臺灣大學講座教授，美國紐約大學法學博士。

投稿日期：一一〇年一月三十一日；接受刊登日期：一一〇年十月二日

責任校對：張碧霞

摘 要

本文以各國案例建構締約上過失之構成要件與救濟方法，期使締約上過失法則，具有清晰的責任構成體系。

締約上過失法則之理論基礎，求諸於信賴原則。歐陸法之締約上過失法則案例，在英美法上係以物權之禁反言及允諾之禁反言個案判斷之，二者在結論上並無重大差異。

在隱藏不合意致契約不成立，或契約欠缺法定方式而無效，加害人應負信賴利益之賠償責任。但於例外情形，被害人得請求履行契約或履行利益之損害賠償。

在無意願締約而從事締約協商時，加害人同時構成締約上過失責任及侵權責任。在無故中斷締約協商，加害人原則上僅賠償信賴利益，但例外應賠償履行利益。在締約過程中受害人之固有利益受侵害時，應適用侵權責任，無須適用締約上過失法則。

關鍵詞：締約上過失、信賴原則、禁反言、信賴利益、身體侵害、保密義務、締約自由原則、中斷協商、隱存不合意、法定方式

壹、序 言

我國民法第245條之1針對締約上過失責任（*culpa in contrahendo*），規定「契約未成立時」，當事人為準備或商議訂立契約而違反說明義務、保密義務或其他顯然違反誠信原則方法時，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。本條規定，在我國學說與實務界引起許多問題。

首先，關於締約上過失責任之性質，本條之立法理由謂「既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇」，則其責任性質為何，其責任基礎又何在，即值探討。

其次，就締約上過失責任之構成要件而言：一、本條規定「契約未成立時」為締約上過失之責任要件，但實務上之見解則莫衷一是。例如臺北地方法院99年度訴字第4978號民事判決認為：「此條規定乃在規範契約未成立之損害賠償責任，至就已成立之契約責任，則無本條規定之適用。」最高法院101年度臺上字第593號民事判決更進一步認為：「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。」但臺灣高等法院高雄分院101年度上易字第255號民事判決則認為：「基此立法意旨，在契約無效之情形，亦應可予援用。」尤有進者，基隆地方法院92年度訴字第342號民事判決謂：「細繹民法第二百四十五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。」職是，在契約未成立時，得以成立締約上過失責任，固無疑問，但契約無效或契約成立後，是否仍有締約上過失責任之適用餘地，有待研究。

二、本條規定之請求權人，須為「非因過失」而信契約能成立致受損害之人，臺灣高雄地方法院97年度保險簡上字第4號民事判決因此認為：「該條成立之要件，必須當事人『非因過失』而信契約能成立，始有該條項規定之適用。」反面言之，如被害人因過失而信契約能成立，致受損害，仍不得請求賠償。在此情形，加害人縱使具有使被害人信賴契約成立之客觀事實存在，且違反說明義務、保密義務或誠信原則，仍無須負損害賠償責任，是否合理，不能無疑。

最後，就締約上過失之救濟方法而言，本條規定，加害人就被害人因信契約能成立所致之損害，應負賠償責任。所謂賠償責任，依民法第213條規定，被害人得請求加害人回復原狀，或支付回復原狀所必要之費用。此時，如契約不成立或無效，如何回復原狀？如為金錢賠償，桃園地方法院99年度訴字第1997號民事判決謂：「民法第245條之1所定損害賠償責任，其應賠償之損害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，亦即信賴利益。」又臺灣高等法院89年度上易字第473號民事判決謂：「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。」應檢討者為，是否於任何締約上過失之案件，均無請求履行利益之可能？

綜上所述，我國法院判決對於締約上過失責任之構成要件，並

無一致見解；就締約上過失的救濟方法，是否得以回復原狀之方式為之，則尚未表示見解；至於損害賠償之範圍，是否可能及於履行利益，在外國法院曾經採取肯定見解。本文參考德國、法國、英國、美國、荷蘭及日本等國之相關規定與案例，檢討締約上過失責任之構成要件及救濟方法，期使締約上過失法則，具有清晰的法律適用規則。本文首先說明締約上過失的起源與各國立法例，以明瞭締約上過失案例類型的發展及立法趨勢。其次針對契約不成立或無效、中斷締約交涉，及固有利益的侵害行為等不同締約上過失類型，討論締約上過失責任之構成要件及救濟方法。

貳、締約上過失責任之理論爭議與類型化

一、締約上過失之理論爭議與責任性質

私法自治原則下的契約自由原則，具有二項意涵：積極契約自由及消極契約自由。積極契約自由，指當事人具有是否締結契約、決定契約內容及與何人訂立契約之自由。此項自由在於維護當事人之意思自主，因此如發生錯誤、詐欺或脅迫等情事，無法體現當事人之意思自主時，法律上賦予意思表示瑕疵之當事人，具有毀約權，得以撤銷契約或主張契約無效，以排除契約之效力¹。

基於積極的契約自由原則，法院對於契約之實質內涵，原則上不予介入，僅於締約過程中，意思表示具有瑕疵，如意思表示錯誤、被詐欺或被脅迫時，始介入調整當事人間之法律關係²。果

¹ Nile Cohen, *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in *GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW* 25-26 (Jack Beatson & Daniel Freidman eds., 1995).

² 陳聰富，民法總則，頁188，2019年9月。

爾，如一方當事人未獲取締約之重要資訊，發生判斷錯誤而締結不利於己之契約時，在法律上是否具有救濟機會？申言之，對於當事人締約之決定具有不良影響者，民法對於意思表示錯誤、被詐欺或被脅迫具有明文規定，但如一方當事人之締約係因他方當事人因過失而為不實陳述時，一方當事人之錯誤僅屬動機錯誤，且他方當事人之行為尚未構成詐欺之程度，一方當事人無法依據錯誤或詐欺法則，撤銷契約。此時，在法律上，一方當事人得否否認契約之效力，或請求他方賠償損害？究其實際，無論錯誤、詐欺或不實表述，均屬締約過程中，表意人之意思受到不當影響而締結契約，在法律上是否應為不同評價，乃問題之核心。

對於當事人一方之不實表述，致他方締結契約時，英美法具有「不實表述」（misrepresentation）之法則，無論不實表述之當事人是否具有過失，他方當事人得依據詐欺法則，撤銷契約，並請求損害賠償³。在德國法及我國法，並無關於不實表述之規定。由於詐欺法則僅適用於加害人具有詐欺故意之情形，因此一方當事人基於他方非因故意提供錯誤資訊，而訂立契約時，無法主張被詐欺而撤銷契約。此種「過失」詐欺之案例，德國法乃以締約上過失法則，填補錯誤與詐欺法則之間構成的漏洞⁴。此項議題，即屬締約上過失之「訂立不利契約」之類型。亦即當一方當事人因他方當事人未盡說明義務，致訂立不利契約時，一方當事人得否請求法院調整契約內容。

就消極的契約自由而言，任何人於締結契約前，具有拒絕締約

³ 關於misrepresentation之英國法論述，參見MINDY CHEN-WISHART, CONTRACT LAW 206-233 (5th ed. 2015).

⁴ BASIL MARKESINIS, HANNES UNBERATH & ANGUS JOHNSTON, THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATIES 312 (2d ed. 2006).

之自由。否則不僅會降低當事人從事締約協商之意願與機會，且如締約前之拒絕締約必須承擔責任，將會發生「無當事人合意之契約責任」。從而，在契約成立前，任何人具有充分的不締約自由，得以隨時自締約協商中退出協商，各當事人就其支出之締約成本，應自行負擔，而自我承擔締約失敗之風險。換言之，締約人因締約失敗所生無益費用之支出，由於契約尚未成立，並無責任問題；縱使契約成立，締約成本亦非屬可得請求賠償之範圍，因此支出成本之當事人，應自行承擔締約成本之風險⁵。

有疑問者為，此項消極的契約自由原則，是否神聖不可侵犯？是否應受到誠信原則之限制？尤其於一方當事人引起他方當事人信賴，而展開締約協商或繼續締約協商程序，花費成本致生損失時，一方當事人得否任意脫離締約協商過程，而無任何法律責任？

對此，英國法認為，在締約過程中，並不存在當事人應遵守誠信原則，實施公平且公開交易之原則。英國法係以個案方式，以不同法律制度（如禁反言原則），回應不公平之契約結果。換言之，英國法係以締約過程當事人具有消極契約自由為基本原則，僅於例外情形，始課與責任。應注意者為，在英國法例外適用禁反言原則，調整當事人間不公平之契約關係時，其理論基礎亦來自於一方允諾造成他方之信賴。基此允諾之信賴，允諾之人不得反悔⁶。

⁵ Cohen, *supra* note 1, at 27; MARTIN HOGG, PROMISES AND CONTRACT LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES 179 (2011). 孫森焱教授謂：「為締約目的而交涉準備階段，相關費用之支出乃對交易行為的一種投資，以自己危險承擔之。」參見孫森焱，民法債編總論（下冊），頁680，2018年11月。

⁶ 英美法上的禁反言原則，分為「物權之禁反言」（proprietary estoppel）及「允諾禁反言」（promissory estoppel），前者指土地所有人之允諾，構成之禁反言；後者指其他允諾類型之禁反言（包含潛在土地買受人之允諾）。至於禁反言原則究屬「信賴責任」或屬「允諾責任」之爭議，參見HOGG, *id.* at 181, 183-84.

反之，歐陸法系國家則基於誠信原則限制消極之契約自由。當事人於締約過程中之拒絕締約，原則上不應受限制，但有正當理由者，不在此限。亦即，在當事人間之締約過程中發生信賴關係時，由契約自由所生之自行承擔締約成本之原則，應予改變，當事人因此所生之費用，應適用不同之危險分擔原則⁷。職是，德國法上之締約上過失理論，基於誠信原則，對於締約過程中，因當事人一方違反信賴關係所生之損害，賦予他方當事人救濟之機會，即在於改變締約成本負擔之風險分配原則。

締約上過失責任既基於當事人之信賴關係而為對契約自由原則之限制，並非基於當事人之意思合意，理論上即不應過度擴張適用，否則將侵蝕契約自由原則，違反當事人之意思自主理論。

應再說明者為，關於締約上過失責任之理論基礎，有「信賴責任說」、「不傷害他人」之法律原則說、「法定債之關係說」及「彼此保護義務關係說」等⁸。按「不傷害他人」係屬契約與侵權等民事責任共通之基本原則，並非締約上過失法則所獨有之原則。「法定債之關係說」則在於說明締約上過失責任，並非契約責任，而屬法定責任，係就責任類型所為之歸類，亦非屬締約上過失責任之基礎。又「彼此保護義務關係說」，係指締約上過失法則所生之義務關係，亦即當事人間互負保護義務，亦非屬締約上過失責任之發生基礎。

實則，在法國法，雖然契約自由乃締約協商之主要基礎，但忠誠原則為避免締約協商之不公平行為及締約協商中斷之「安全閥」。同樣地，在歐洲私法，締約上過失責任作為契約自由之限

⁷ Cohen, *supra* note 1, at 30-31.

⁸ 參見侯英洽，論院內感染之民事契約責任——以爆發SARS院內感染為例，頁36-42，2004年6月。

制，其正當性基礎，在於誠信與公平原則，亦即保護他方當事人對於契約締結之信任與信賴⁹。在德國法，法院強調之締約上過失責任，乃基於契約締結前，當事人間所生類似於契約之「相互信賴與信任關係」¹⁰。」

按就各項締約上過失責任案例而言，無論在法律規定之錯誤撤銷或自始客觀不能，或在無故中斷締約交涉等案例，均係基於一方之行為造成他方之正當信賴，他方並因此採取行動而受有損害，依據誠信原則，一方應負締約上過失責任。此項特徵，無論於英國法或德國法之案例，均屬相同。是以，本文認為，締約上過失責任之基礎，係基於雙方之特別信賴關係，依據誠信原則發生彼此間之保護、忠誠及說明義務，亦即應以「信賴理論」或「信賴責任說」較為可採¹¹。

此外，關於締約上過失責任之性質，有侵權行為說、法律行為說及法律規定說之爭議¹²。德國新民法第311條第2句關於締約上過失法則之規定，通說認為介於契約法與侵權法之灰色地帶，而屬於第三種類型之責任規定¹³。法國法就締約上過失責任，採取侵權行

⁹ NILS JANSEN & REINHARD ZIMMERMANN, COMMENTARIES ON EUROPEAN CONTRACT LAWS 364 (2018).

¹⁰ RG, 1 March 1928, RGZ 120, 249, 251; BGH, 12 November 1986. Cited in ISABEL ZULOAGA, RELIANCE IN THE BREAKING-OFF OF CONTRACTUAL NEGOTIATIONS: TRUST AND EXPECTATION IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE 24 (2019).

¹¹ 德國通說亦採信賴理論說。參見向明恩，德國締約上過失理論之發展，臺北大學法學論叢，70期，頁21-24，2009年6月；ZULOAGA, *id.* at 149-58.

¹² 在日本法部分，參見松尾弘著，陳泂岳譯，日本「締約上過失」理論之繼受與發展——由設定符合市場參加者需求之行為規範的角度觀之，月旦法學雜誌，99期，頁66-68，2003年8月；在德國法部分，參見王澤鑑，締約上過失，載：民法學說與判例研究（第一冊），頁80-82，1983年4月；劉春堂，民法債編通則（一）契約法總論，頁164-165，2011年12月。

¹³ REINHARD ZIMMERMANN, THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE

為責任說¹⁴。歐洲私法鑑於德國語系國家採取契約責任說，法國法及英國法採取侵權責任理論，因此歐洲私法PECL等規定之締約上過失法則，係屬「第三責任類型」，既非純契約責任，亦非純侵權責任¹⁵。我國民法第245條之1之立法理由，認為締約上過失「既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇」，應係認為其屬法定債之關係所生之責任，為介於契約責任與侵權責任之第三責任類型。

二、締約上過失之起源與演變

締約上過失理論，發源於德國法，於一七九四年普魯士普通法開始立法規範，在德國立法時，遵從歷史法學家von Savigny之見解，採取意思自主理論，認為契約為雙方當事人二個意思表示之合意。在意思與表示之間，何者為重？von Savigny認為應以意思為重，因此而導出許多無效契約之情形。對此，von Jhering認為，當事人信賴契約有效，最終無效而受損害時，如無法獲得契約法及侵權法之保護，有失公平與不符誠信原則。von Jhering乃於一八六一年提出，締約當事人於締約過程中，負有避免過失行為之義務¹⁶。渠認為，締約協商之當事人，無須為他方當事人之過錯，而有自我保護之義務。反之，法律上對於締約協商之當事人，應基於過錯責任而課與不侵害他人利益之義務〔一般稱之為「保護義務」（Schutzpflicht）〕。違反此項義務者，應負信賴利益之賠償責任。要之，締約上過失理論之基本要義為：當事人因締約而為交易上接觸，產生基於信賴而發生之法律上特別結合關係，而互負通

CIVILIAN TRADITION 245 (1996).

¹⁴ ZULOAGA, *supra* note 10, at 144.

¹⁵ JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 370.

¹⁶ *Id.* at 350-51.

知、說明、協力、照顧、保護及忠實等附隨義務，其因一方當事人之過失，致契約不成立或無效者，應對他方因信賴契約有效成立而受之損害，負賠償責任¹⁷。

締約上過失理論，雖以加害人具有締約上「過失」為要件，但於一九〇〇年之德國民法中，於意思表示錯誤撤銷之表意人，負有信賴利益之賠償責任，係屬無過失責任（參見德國民法第122條、我國民法第91條）；於無權代理人之賠償責任，亦屬無過失責任（德國民法第179條第2項）；僅於自始客觀不能之賠償責任，始屬過失責任（舊德國民法第307條）。因此所謂締約上過失責任，其所稱之「過失」，已非嚴格意義之過失概念，並不以可歸責為限¹⁸。

的確，若追溯締約上過失之羅馬法源頭，羅馬法認為不融通物之買賣，應屬無效。此際，出賣人未就標的物之性質予以查證，雖有所不知，仍認為具有過失，應負賠償責任。則此處所稱之過失，主要係指該契約具有引發相對人信賴契約有效之外觀¹⁹。果爾，則締約上「過失」責任之成立，重要者並非加害人具有傳統意義下之過失，而係側重加害人之行為，導致被害人予以信賴。惟按我國民法第245條之1第1項第3款規定「違反誠信原則」之締約上過失責任，雖無歸責要件之規定，但學說上認為，基於過失責任主義為民事責任之原則，因此仍以加害人因故意或過失違反附隨義務，始負賠償責任²⁰。就歐洲契約法之各項文件而言，學說上亦認為，違反締約上義務，必須加害人具有過錯或違反誠信原則，始負賠償責任²¹。因

¹⁷ 王澤鑑，同註12，頁85；王澤鑑，信賴利益之損害賠償，載：民法學說與判例研究（第五冊），頁242，1988年5月。

¹⁸ MARKESINIS, UNBERATH & JOHNSTON, *supra* note 4, 93-94.

¹⁹ 劉春堂，同註12，頁162。

²⁰ 劉春堂，同註12，頁180-181。

²¹ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, 360. Principes Contractuels Communs

此，我國及歐洲契約法上之締約上過失，非屬契約上之嚴格責任，與締約上過失責任之法定案例（錯誤、無權代理），尚有不同。

再者，von Jhering於一八六一年提出之締約上過失案例，雖以契約成立但嗣後發現為無效或被撤銷為案例原型，但德國學者Franz Leonard於一八九六年認為，契約有效時，亦得成立締約上過失責任²²。其後，義大利法官Gabriele Faggella於一九〇六年認為，當事人於締約階段，即形成「締約階段」之合意，亦即雙方當事人具有合意處於締結契約之心態，基於誠信原則，當事人突然中斷締約階段，應負責任。此項責任之基礎，並非來自於過錯之概念，而是基於當事人間自願合意之默示保證。對此，法國學者Raymond Saleilles於一九〇七年贊同Faggella之見解，認為當事人進入締約階段，創造出相互依賴之情境。此項「法律事實」雖非「法律行為」，但仍具有一定效力，當事人之行為，應依商業衡平及誠信原則為之。據此法律事實，當事人雖得隨時終止締約協商，但如任意中斷協商違反當事人之期待，係屬權利濫用者，將構成過錯行為，應負侵權責任。在此中斷協商之階段，加害人應賠償者，僅為其同意協商所造成之費用支出，而非消極契約利益之賠償。職是，Saleilles將締約上過失理論擴大適用至「開始締約協商後，當事人不得任意中斷協商」之案例²³。至此，締約上過失之類型，涵蓋契

(PCC)第2：101條第1項規定：「當事人之行為符合誠信與公平交易原則時，得自由開啓、繼續或中斷締約之協商。締約協商失敗時，僅該項失敗係屬過錯之結果，或行為違反任一方當事人之誠信與公平交易原則時，始生責任。」

按Principes contractuels communs (PCC)為法國某立法協會修訂PECL而公布之「共同契約法原則」，其特色為帶有法國法色彩之契約法原則。See JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 9.

²² 韓世遠，合同法總論，頁166，2018年6月。

²³ JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 351; ZULOAGA, *supra* note 10, at 12-14;

約無效或被撤銷、締約協商無故中斷及契約有效而不利於當事人等情形，在理論上，於焉形成。

三、各國立法例

(一)德國法

德國法之締約上過失責任，係屬法官法與習慣法，由法院實務逐漸發展而成。德國二〇〇二年民法將實務發展之習慣法予以明文化，關於締約上過失責任之規定，由三個條文所構成，其目的不在於改變或建立締約上過失法則，而在於承認、明文化既有實務之案例，且不妨礙法院未來之案例發展²⁴。就締約上過失責任之構成要件而言，依德國民法第311條第2項規定：「以第241條第2項規定之義務為內容的債之關係，亦得因下列情形之一而發生：(1)契約磋商之開始、(2)為締結契約關係而接觸，且在其未來可能發生之契約關係中，一方當事人給予他方當事人影響其權利、法律上保護之利益或其他利益之可能性，或將上述權益託付於他方當事人、(3)類似交易上之接觸²⁵。」

據此規定，締約上過失責任，係當事人於開始磋商契約、為締結契約而接觸，或具有類似交易上之接觸時，即發生德國民法第

BORIS KOZOLCHYK, COMPARATIVE COMMERCIAL CONTRACTS: LAW, CULTURE AND ECONOMIC DEVELOPMENT 1118 (2014).

²⁴ ZULOAGA, *supra* note 10, at 22. 關於德國法之締約上過失的歷史沿革，參見陳彥良，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156-159，2005年6月；劉春堂，同註12，頁160-163。

²⁵ 關於本條之中文翻譯，參見臺灣大學法律學院編輯，德國民法：總則編、債編、物權編（上），頁320，2016年10月；陳衛佐，德國民法典，頁107-108，2015年1月，4版；林景林，德國民法典——全條文註釋（上冊），頁216，2015年1月。

241條第2項規定之義務。又第241條第2項規定：「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。」此項規定之義務內容，包含所有契約上所生之附隨義務。從而，在締約過程中，依據第311條第2項及第241條第2項之規定，締約協商之當事人與契約締結後之當事人所負之附隨義務內容，完全相同。

再者，在締約過程中，當事人違反契約上之任何附隨義務者，即屬「義務違反」行為。此時，依德國民法第280條第1項規定：「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。」因此而發生損害賠償之債，締約受害人得請求締約加害人賠償所受損害。

德國民法第311條第2項規定之締約上過失責任發生情形，涵蓋甚廣。所謂「契約磋商之開始」，指以締結契約為目的而為事實上磋商行為之階段，始於磋商之開始，終於契約磋商之中斷或契約之締結，與雙方最終是否締結契約無涉。例如選購地毯時，因地毯滑落而受傷。所謂「為締結契約關係而接觸」，在時間點上超前於「契約磋商之開始」，只要是為締結契約之目的，而發生一方當事人可能影響他方當事人權益之機會，致生損害者，即發生締約上過失責任。例如顧客欲購物而逛百貨公司，於該營業場所，企業主對潛在顧客之權益具有影響可能性，顧客受傷時，企業主應負賠償責任。尤有進者，所謂「類似交易上之接觸」，指為契約接觸之準備階段，在時間點上更超前於「為締結契約關係而接觸」，其功能在於補充前二款規定之不足，具有擴大締約上過失責任成立的功能，主要指「附保護第三人作用之契約」及好意施惠關係的案例²⁶。

²⁶ 向明恩，同註11，頁28-33；黃立，德國新債法之研究，頁174-175，2009年9月；陳彥良，同註24，頁166-168。德國民法第311條規定締約上過失之適用範

無論上述何種締約階段，重要者為，締約雙方存在一個，由於締約之準備、接觸或開始協商，而發生類似契約之信賴關係，此即法條所稱之「一方當事人提供他方當事人影響或干涉其權利、法益或利益之可能性，或使他方信賴其所提供之可能性」，所生之信賴關係。²⁷據此特別結合關係而具有相互信賴與信任，隨之而生相互間之注意及保護義務。

至於締約當事人所負之注意及保護義務內容，即為依德國民法第241條第2項規定之義務：「債之關係，按其內容，得使一方當事人對他方負有考量其權利、法益及利益之義務。」本項規定，係屬債之關係所生附隨義務的一般性規定，包含保護或顧及義務（Schutz- oder Rücksichtspflichten）與忠誠義務，但不包含主給付義務。學說上認為，本條保護之客體，包含絕對權（人身及財產上權利）、純粹經濟上損失，及不具財產價值之自由決定權²⁸。換言之，在契約成立後當事人間所生之附隨義務內容，全部適用於契約成立前締約階段當事人間之權利義務關係²⁹。據此，德國法上之締約上過失責任，涵蓋範圍及於身體權及健康權之侵害，較之其他各國，更為寬廣。其所生問題為，就被害人之固有利益之保護，原屬侵權

圍甚廣，顯係將締約上過失訂立為違反「類似法律行為的債之關係」，從而影響時效規定及債務履行輔助人責任之適用。參見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51，2003年8月。

²⁷ 德國學者Canaris、Picker、Larenz、Dolle等人關於「特別結合關係」之說明，參見侯英泠，同註8，頁40-41。

²⁸ 向明恩，同註11，頁34-35。

²⁹ 締約上過失責任所適用之附隨義務類型，包含二類：1.以維護或確保與給付義務相關，或與契約相關法益，免於受損害之義務，乃以當事人關於正當契約關係之信賴為保護對象。2.以維護或確保固有利益免於受損之義務，乃以契約磋商場所安全性之信賴為保護對象。參見劉春堂，同註12，頁180。

行為法保護之範疇，締約上過失責任如欲一併保護之，則二者之區別何在？何以締約上過失責任具有保護固有利益之必要？

再者，德國新民法關於締約上過失法則之規定，並非建立一項新規則，其對於義務內涵（保護義務）及救濟方法，均未進行類型化規範，而僅具有二項意涵：1. 系爭責任源於當事人於締約前違反義務之行為；2. 於一方當事人信賴他方時，他方應防免其發生損害。此項於締約階段，一方不得侵害他方利益之義務，過於寬廣，學者批評德國新民法之規定，「全然曖昧模糊」（utterly vague），足以使不同學者對締約上過失性質之意見，永垂不朽³⁰。職是，德國民法對締約上過失之規定，仍然是「法學上的」（jurisprudential）之發展層次，如何劃定締約上過失責任之成立界限，有待學說及實務之發展³¹。

（二）其他國家法制

在英國法，就締約前階段之過錯行為，因其不承認誠信原則，因此亦無締約前適用誠信原則而課與責任之情形。美國法院亦不願以誠信原則適用於締約前之協商義務。英美法處理締約前階段之過錯行為，係依據不當得利法、不實表述法則及禁反言原則，等同於歐陸法之締約上過失法則³²。

多數歐陸法國家，則受到德國法影響，採取締約上過失責任之規定³³。在法國，舊民法並未明文承認締約上過失法則，如因一方

³⁰ MARKESINIS, UNBERATH & JOHNSTON, *supra* note 4, at 93; HOGG, *supra* note 5, at 191.

³¹ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 357.

³² KOZOLCHYK, *supra* note 23, at 1122-23.

³³ 例如希臘民法、義大利民法及以色列民法等相關規定，參見劉春堂，同註12，頁166-167。此外，秘魯1984年民法第1362條規定：「契約之協商、締結

締約過失致他方受有純粹經濟上損失者，於契約已經締結時，應以解除契約之方式處理。如契約尚未締結，則構成侵權責任。從而，在無締約意願而從事締約磋商、突然中斷締約協商，或洩漏締約過程中獲取之資訊於第三人時，均構成違法性而成立侵權責任³⁴。於此舊法時代，法國法院基於侵權責任及契約履行之誠信原則，逐步擴大誠信原則於締約階段，形成「特別嚴格的締約協商倫理」，而符合法國「現代契約法的道德化」趨勢³⁵。

此項「締約協商倫理」，於二〇一六年新民法第1104條第1項增訂規定：「契約之協商、成立與履行，應依誠實信用原則。」第1112條第1項並規定：「締約前得自由開始、繼續及中斷協商。〔但〕此等事項必須符合誠信原則之要求。」並於第1112條之1規定締約人之資訊揭露義務。據此，法國法上之締約協商倫理，包含忠誠義務（具加害意圖之行為應受處罰）、禁止矛盾行為（不得與先前行為矛盾）及透明性（就締約重要資訊應予揭露）³⁶。

在法國法，締約協商違反誠信原則者，應負信賴利益之損害賠償責任（第1112條第2項）。違反資訊揭露義務者，被害人除請求

及履行，應依誠信原則及當事人之共同意思。」阿根廷民法第1198條規定：「契約應依誠信原則進行協商、締結及履行，並依據當事人之理解，或當事人可能之理解，以注意及小心之方式為之。」See KOZOLCHYK, *id.* at 1120.

³⁴ 參見邱琦，締約過失與純粹經濟損失，裁判時報，58期，頁44，2017年4月；KOZOLCHYK, *id.* at 1119; JOHN CARTWRIGHT & MARTIJN HESSELINK EDS., PRECONTRACTUAL LIABILITY IN EUROPEAN PRIVATE LAW 28-29 (2008).

³⁵ Ekaterina Pannebakker, *Pre-contractual Phase: Reflections on the Attractiveness of the New French Rules for the Parties to International Commercial Transactions, in THE FRENCH CONTRACT LAW REFORM: A SOURCE OF INSPIRATION?* 34-35 (S. Stijns & S. Jansen eds., 2016).

³⁶ *Id.* at 35. 本文參考之法國新民法條文，參見 JOHN CARTWRIGHT & SIMON WHITTAKER EDS., THE CODE NAPOLÉON REWRITTEN: FRENCH CIVIL LAW AFTER THE 2016 REFORMS 409-87 (appendix) (2020).

損害賠償外，並得主張契約無效（第1112條之1第6項）。

歐洲契約法原則（PECL）第2:301條規定：「I 當事人得自由協商契約，且對無法達成合意無須負責。II 然而，於當事人協商契約或中斷協商違反誠信及公平交易原則時，對他方當事人所生之損害應予負責。III 違反誠信及公平交易原則，特別是指一方當事人並無與他方締結契約之意願，而與他方進行協商或繼續協商。」國際商事契約通則（UNIDROIT Principles, PICC）第2.1.15條亦規定：「(1) 當事人得自由協商契約，且對無法達成合意無須負責。(2) 然而，於當事人違反誠信協商契約或中斷協商時，對他方當事人所生之損害應予負責。(3) 違反誠信，特別是指當事人無意與他方達成合意而進行協商或繼續協商。」

上開歐洲私法以誠信原則，限制締約協商之契約自由，將誠信原則作為一項糾正性原則，宣示契約自由並非毫無限制。此項誠信原則作為功能性原則，在於要求締約人必須考量他方之正當利益。其概念包含「合理性」，即以處於他方當事人之情境，判斷締約人之行為是否合理。此概念亦涵蓋禁止矛盾行為，亦即締約人引起他方相信某項事物者，此項信賴必須獲得保護，且與此信賴不一致之行為，不應給予自為矛盾行為之人任何利益。此等行為合理性及一致性之概念即為締約上之誠信原則。據此，締約人於協商過程中，必須誠實協商、揭露相關資訊、尊重他方正當利益並且言行一致³⁷。

綜合言之，上開法規規範之締約上過失責任，以契約自由為原則，肯認當事人具有拒絕締約之自由，但以誠信原則限制之，於違反誠信而協商契約或中斷協商時，應負損害賠償責任。至於其責任基礎，在於行為之合理性要求、禁止矛盾行為、忠誠義務及交易資訊之透明性。

³⁷ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 367.

參、契約不成立或無效：締約上過失責任的原型

德國締約上過失責任，係由von Jhering所提出，其原始之處理案型，即為已經成立之契約或外觀上已經履行契約之締結，卻因故無效之契約³⁸。因此，此等締約後之契約不成立或無效，乃成為締約上過失責任之原型，其案例類型與損害賠償範圍說明如下。

一、案例類型

(一)法定案例類型

按締約上過失理論之創始者von Jhering提出之問題為，契約因當事人一方之過失致不能成立時，有過失之一方應否就他方當事人因信賴契約成立而遭受之損失，負賠償責任？von Jhering採取肯定見解。此項締約上過失理論，在德國舊民法並無一般性規定，而僅有特殊規定，包含三種情形：1. 意思表示錯誤；2. 自始客觀不能；3. 無權代理³⁹，此三者即為締約上過失之法定類型。

我國民法規定，繼受德國民法，依民法第91條規定，無過失之表意人撤銷其錯誤之意思表示者，對信賴契約為有效之相對人，應負賠償責任。依第247條規定，契約因以不能之給付為標的而無效者，有過失之當事人對信賴契約有效之相對人，應負賠償責任。第110條規定，無權代理人對善意相對人，負損害賠償之責。此等案例類型之共同特徵為：當事人締結了契約，但於締約後，發現契約被撤銷、無效或契約不生效力。此時當事人因信賴契約會成立，但

³⁸ 王澤鑑，法學上之發現，載：民法學說與判例研究（第四冊），頁8-11，1983年4月；王澤鑑，同註12，頁78-80；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149-151，2011年9月。

³⁹ 王澤鑑，同註12，頁79-80。

最終契約成為無效所生之損害，究應由何人承擔？在自始給付不能之情形，由有過失之當事人承擔；在無權代理之情形，由無權代理人承擔，無論其有無過失，在所不論；在錯誤撤銷之情形，表意人雖無過失，亦應負損害賠償責任。

據此，「締約上過失」理論所強調之「過失」，未必為加害人責任構成之要件。加害人之責任基礎，毋寧係來自於「信賴原則」。基於信賴理論，前契約義務之責任基礎，在於當事人一方對他方之表示，有所信賴而開始磋商行為，基於此等信賴關係，而發生法律上避免他方發生損害之義務。此項義務，非來自於契約責任，亦非屬侵權責任，而成為第三種法定責任⁴⁰。

(二)契約不成立：隱存不合意

在契約不成立，導致當事人發生損害之情形，重要之案例為隱存不合意致契約不成立。在德國之「酒石酸案」（又稱「雙出賣人案」）⁴¹，雙方當事人為酒石酸銷售商，試圖訂立買賣契約，但因雙方於電報往來中，無法確知何方為買受人，致雙方均誤認自己為出賣人。原告出貨後，被告拒絕受領，原告乃將貨物公開變賣，而請求被告賠償約定價額與變賣價額間之差額。

本案法院認定雙方當事人因隱存不合意，而契約不成立。依據德國民法關於錯誤撤銷、無權代理人責任、客觀給付不能及締結違法契約等損害賠償之規定，基於公平觀念及交易安全之考量，而應

⁴⁰ See HUGH BEALE, BENEDICTE FAUVARQUE-COSSON, JACOBIE RUTGERS & STEFAN VOGENAUER, CASES, MATERIALS AND TEXT ON CONTRACT LAW 476 (3d ed. 2019); 向明恩，同註11，頁21-24。

⁴¹ RGZ 104, 265 (RG, 5 April 1922). 參見向明恩，同註11，頁12；向明恩，同註38，頁158-159；*Id.* at 475. 本判決英文譯本，參見MARKESINIS, UNBERATH & JOHNSTON, *supra* note 4, at 565-67.

適用於本案。亦即，對於因過失表示，而引起他方發生誤解者，應負損害賠償責任。就本案事實，被告啟動本案協商，負有清楚表達其意思之義務，其引起原告誤解，具有較大之過失。又，原告未清楚表達意思，致引起被告誤會，亦有過失。因此原告請求信賴利益之賠償數額，應依據雙方之過失程度而分擔之。

對此，我國學者梅仲協謂：「當事人一方，因可歸責於自己之事由，使事實不克臻於明瞭，致引起他方當事人之誤解，釀成不合意者，則應負契約過失（拉culpa in contrahendo）之責任，該他方當事人因契約不成立而蒙受損害時，得請求賠償其消極利益。」至於隱存的不合意，其損害賠償請求權基礎，則「可援引民法第九一條及第二四七條之規定，類推適用」⁴²。此項見解，與德國法院見解相同。

按我國民法第245條之1針對締約上過失，已有明文規定。當事人間之隱存的不合意，致契約不成立，既屬締約上過失之典型案例，被害人應得依該條第1項第3款「顯然違反誠信原則」，請求加害人賠償⁴³。如就隱存不合意之被告行為，是否顯然違反誠信原則仍有疑義時，不妨以民法第113條之規定，作為請求損害賠償之基礎。

（三）契約不生效：欠缺法定方式

在羅馬法上，不融通物之買賣契約，於法無效，但買受人得向出賣人請求賠償因契約無效所受之損害。此等契約無效之案例，當

⁴² 梅仲協，民法要義，頁93、168，1953年10月。

⁴³ 參見王澤鑑，同註12，頁88。侯英泠教授以隱存的不合意致契約不成立，已有條文規定足以適用，因此無須再承認此類型之締約上過失（參見氏著，同註8，頁70。惟其並未指出條文依據為何，因此本文認為仍應承認隱存不合意仍為締約上過失之一種類型）。

事人間並無契約關係，卻發生損害賠償之債，乃von Jhring創建締約上過失理論之源頭。從而，在出賣人明知或可得而知買賣標的係屬不融通物時，即屬具有過失。出賣人因該契約足以引起他人誤解其為有效契約之外觀，致相對人受有損害，應承擔賠償責任⁴⁴。

準此，在當事人一方明知或可得而知契約將會無效，仍與他人締約，而未警告他方當事人者，就他方當事人支出費用之信賴損害，應負賠償責任。此項責任基礎，在於一方當事人違反說明、告知義務⁴⁵。據此，當事人締結之契約，因違反法令或公序良俗而無效者，亦得發生締約上過失責任。

關於訂立無效契約，在學說上爭議者為，契約因違反法定方式而無效時，當事人間之法律關係如何。在法律行為係屬要式行為，於要式性不具備時，該契約並不成立。但民法第166條之1第1項規定，不動產之債權契約應經公證，否則該買賣契約依民法第73條規定，應為無效。無論買賣契約無效或不成立，均不發生當事人所企圖實現之法律效果。除附條件之法律行為外，契約不成立與契約無效，在法律上均無拘束力，當事人不得請求履行契約上義務。

在法定方式之違反，致契約無效時，是否有締約上過失理論之適用，而發生損害賠償請求權？在英國，土地利益之處分，應訂立書面契約。英國法院因而認為，在締約過程中，土地買賣雙方當事人雖有口頭協議，但尚未訂立書面契約時，基於法律規定，其協議不具拘束力。因此當事人不得主張信賴他方之行為，依據物權之禁反言原則，而主張取得土地上之權利⁴⁶。換言之，英國法院認為，

⁴⁴ 王洪亮，締約過失責任的歷史嬗變，當代法學，19卷5期，頁35，2006年9月。

⁴⁵ BEALE ET AL., *supra* note 40, at 474.

⁴⁶ Cobbe v. Yeoman's Row Management Ltd., [2008] UKHL 55, [2008] 1 WLR 1752.

在土地書面買賣契約訂立前，口頭契約係屬無效，縱使當事人終止繼續協商，最終未訂立書面契約，他方當事人仍不得主張取得任何物權上利益。

反之，在蘇格蘭法，依據一九九五年之書面契約法（Requirements of Writing Act），一方當事人信賴土地相關之契約成立而受有不利益者，他方當事人於知悉或默認前述一方當事人之信賴時，不得基於欠缺法定方式而主張契約無效。此時，一方當事人得主張契約成立，而請求保護其履行利益，非僅為信賴契約有效所生之無益費用之賠償⁴⁷。

在德國，民法規定土地買賣契約應作成公證書，始生效力（第311b條）。學說上認為，此等法定方式之要求，係屬法律規定，任何人應知悉於法定方式具備前，契約不生效力。當事人一方對他方，並無欠缺形式要件將導致契約無效之說明義務。因此縱於雙方口頭或書面合意後，當事人一方終止繼續協商以訂立公證契約，仍無須承擔任何責任。否則將使法律規定之要式性成為具文，而無法達成要式性所欲防止當事人匆促締約之立法目的⁴⁸。

然而，德國聯邦最高法院認為，違反土地所有權移轉應作成公證書之契約，原則上縱無正當理由，亦得中斷締約，但如主張契約無效嚴重違反誠信原則時，則不得為之⁴⁹。從而，在要式契約之情形，當事人仍可能因中斷協商而負賠償責任。其理由為，加害人之責任非來自於中斷協商本身，而來自於一方引誘他方，信賴其將締結契約，但嗣後契約卻未成立。因此，此項責任並未使要式性規定成

⁴⁷ HOGG, *supra* note 5, at 199.

⁴⁸ See BEALE ET AL., *supra* note 40, at 465; 侯英冷，同註8，頁713。

⁴⁹ BGH 29 March 1996, NJW 1996, 1884=JZ 1997, 467. English version in MARKESINIS, UNBERATH & JOHNSTON, *supra* note 4, at 610-12.

為具文⁵⁰。德國法院甚至認為，公寓經營公司對買受人，具有通知法定方式之義務⁵¹。此項判決，使原告得請求期待利益之損害賠償，等同於強制當事人訂約，且與要式性之規定不符，因此多數學說採反對見解⁵²。

對此，本文分為三種情形說明之。第一，在雙方當事人均明知法律行為須依一定方式（如書面或公證），始得成立有效契約者。例如，買賣雙方均明知應經公證始得有效成立不動產買賣契約，但基於特定經濟利益考量（如避免土地增值稅之徵收），或單純基於相互間之信任，而訂立未經公證之買賣契約。嗣後一方當事人否認契約有效，而拒絕履約。此時，其買賣契約之法律效力如何？

按雙方自始明知法律規定之要式性，卻故意訂立不具法定方式之契約，如解釋為當事人之任一方均不得主張契約無效，則該法定方式之規定將成為具文。此時，為貫徹法律之強制規定，雙方當事人應承擔該契約事後被主張為無效之風險，因此雙方訂立之契約應解為無效。於一方當事人主張無效時，因他方當事人並無信賴契約有效之利益，值得保護，因此亦無締約上過失責任可言⁵³。

第二種情形為，雙方當事人均明知且約定遵守法定方式，但因

⁵⁰ BGH 10 July 1970; BGH 14 July 1967, NJW 1967, 2162. Cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 465.

⁵¹ BGH 29 January 1965, NJW 1965, 813. Cited in BEALE ET AL., *id.* at 476.

⁵² *Id.* at 476.

⁵³ D. Medicus 著，邵建東譯，德國民法總則，頁431，2002年9月；Flume, Allgemeiner Teil, § 15III 4c S. 279-280, 引自侯英冷，同註8，頁71、73。亦有學者認為，如一方當事人利用其個人權利地位或經濟利益考量，而在誠信原則基礎上，雙方明知而訂立不具法定方式之契約，嗣後當事人一方故意不履行契約，其不履行本身亦屬違反誠信原則時，不應因此獲得法律上利益，該契約應解釋為例外有效成立。See Larenz, Schuldrecht, Bd.I, Allgemeiner Teil, § 10 III, S. 148 f. 引自侯英冷，同註8，頁73。

疏忽大意而未遵守法定方式。例如，房屋建設公司與買受人就大廈之公寓達成買賣合意，但因其他緊急情事，而未作成公證書。嗣後，買受人主張建物有瑕疵，應進行大量修繕或減少價金，出賣人因此主張雙方之買賣契約無效。在此案件，德國法院認為，如一方當事人之生存遭受危險，或他方當事人違反忠實義務，情節特別重大時，構成「簡直難以承受的結果」，系爭契約雖未完成法定方式，仍然有效⁵⁴。反之，如未構成「簡直難以承受的結果」，則系爭契約仍因違反法定方式而無效。亦即，在此情形，欠缺法定方式之契約原則上為無效，僅於例外情形為有效。

第三種情形為，當事人一方不知情，但他方明知該法定方式之要求，卻惡意欺騙他方，或利用他方之不知情，而訂立欠缺形式要件之契約，致契約無效。此時，惡意之一方可否主張契約無效？

按在此情形，惡意之當事人違反基於信賴關係所生之說明義務，如令惡意之一方得主張契約無效，而免除其契約上義務，僅負締約上過失責任，或違反善良風俗之侵權責任（民法第184條第1項後段），將仍然達成惡意當事人操控契約效力，恣意履行契約或不履行契約之效果。且惡意當事人如得主張契約無效，只須賠償信賴利益之損害，最終仍然達成無須承擔契約有效所生義務之目的。

再者，基於誠信原則，惡意之當事人既然明知契約之要式性而故意迴避之，嗣後即不得再行主張契約無效，否則其出爾反爾之行為，違反禁止矛盾行為之誠信原則（禁反言原則），他方不應受其拘束。是以，在此情形，例外承認欠缺法定方式之契約有效成立。善意之一方得選擇主張契約無效，令惡意之一方賠償信賴利益，或主張契約有效而請求履行契約上義務⁵⁵。

⁵⁴ D. Medicus著，邵建東譯，同前註，頁432。

⁵⁵ Flume, *supra* note 53, at 282, 引自侯英鈴，同註8，頁73；Larenz, *supra* note

反之，善意之一方既非明知該法定方式，其主張契約無效亦無違反誠信原則之可言，因此其得主張契約無效，而請求惡意之一方賠償損害。如善意之一方主張契約有效時，如上所述，惡意之一方不得主張契約無效對抗之。

二、責任構成與賠償範圍

(一)構成要件

首應說明者為，在德國法，關於締約上過失責任，並未區分契約不成立或不生效。在我國，民法第245條之1第1項規定「契約未成立時」，始有締約上過失之適用。最高法院101年臺上字第593號判決之原審法院，更進一步區分成立要件與生效要件，而認為「民法第245條之1第1項所定締約過失責任，係於契約未成立之情形始有適用，故已成立僅未生效之系爭契約，應無上開法條之適用。」從而在附停止條件之契約，契約成立後，生效前，發生締約過失責任事由者，被害人仍不得請求賠償損害⁵⁶。反之，在臺灣高等法院高雄分院101年度上易字第255號判決則認為，基於民法第245條之1第1項第3款規定之立法意旨，該條規定，「在契約無效之情形，亦應可予援用。是以，要保人如顯然有為訂立契約而違反誠實及信用方法即隱瞞被保險人未同意之事實，則保險人主張因信其契約成立而受有損害，自得依該款規定，向要保人請求賠償。」

53, S. 146 ff., 引自侯英泠，同註8，頁73；參見D. Medicus著，邵建東譯，同註53，頁430-431；侯英泠，同註8，頁72；黃茂榮，債法總論（第一冊），頁230-231，2004年7月；王澤鑑，民法總則，頁348，2020年9月。

56 關於民法第245條之1之適用範圍，在我國有各種限制見解：1.限於契約未締結；2.限於締約未締結或契約不成立；3.限於締約未締結、契約不成立及契約無效。學說整理，參見吳光平，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，南台財經法學，3期，頁143-145，2017年6月。

按契約成立要件與生效要件，在理論上固屬可分，但實際效果上並無重大不同，當事人所定之契約不成立或未生效，均不發生契約上之履行效力。且查，民法之規定，對於契約不成立或不生效，並未嚴格區分⁵⁷。考諸各國法制，民法第245條之1第1項規定之締約過失責任，不應拘泥於「契約未成立時」，而排除契約未生效之情形。凡於締約磋商階段、契約「成立」及「生效」前，發生違反誠信原則之締約上義務，致生損害者，即有締約上過失責任之適用。上開最高法院101年臺上字第593號判決之原審法院見解，過度限縮締約上過失法則之適用，並非可採⁵⁸。

其次，就契約不成立或無效，被害人請求損害賠償之請求權基礎，劉春堂教授認為：關於契約無效或不成立，除法定情形外（如民法第91條、第245條之1、第247條），「請求損害賠償之法律依據，可以民法第113條為基礎，並類推適用民法第245條之1及民法第247條規定⁵⁹。」王澤鑑教授認為：就契約不成立或無效，有過失之一方應負賠償責任，除類推適用第247條外，亦得適用民法第245條之1第1項第3款規定⁶⁰。鄭玉波及孫森焱教授則認為，民法第113條即為關於一般法律行為上締約上過失之規定⁶¹。

⁵⁷ 例如，民法第709條規定，合會未訂立會單，且會員未交付首期會款者，其合會不成立。惟第166條之1規定，不動產買賣應經公證，欠缺此法定要件者，理論上應屬契約不成立，但法規定為無效。又民法第73條規定，法律行為違反法定方式者，無效，而非契約不成立。參見陳聰富，同註2，頁243；游進發，信賴損害賠償請求權理論的建構，載：民法之釋義與編纂，頁187，2018年4月。

⁵⁸ 同說參見林易典，契約成立而未生效之締約上過失責任／最高院101台上593判決，台灣法學雜誌，231期，頁218-220，2013年9月。

⁵⁹ 劉春堂，同註12，頁176。

⁶⁰ 王澤鑑，債法原理，頁276，2012年3月。

⁶¹ 鄭玉波，民法債編總論，頁332，1983年1月；孫森焱，同註5，頁678。黃茂

按民法第113條規定，固可作為締約上過失之一般規定（如詐欺人之損害賠償責任），惟民法第245條之1對締約上過失既有明文規定，因此於契約不成立或無效時，被害人依民法第245條之1第1項第3款規定，請求損害賠償，較為合理。

再者，民法第245條之1規定，契約未成立時，當事人違反誠信原則，對非因過失而信契約為有效之人，應負賠償責任。據此，在締約上過失之構成要件上，被害人信賴加害人之行為須「無過失」，始得請求賠償。如被害人有過失，加害人即免除責任，德國學說上稱之為「全有或全無原則」。我國最高法院採此見解，認為：「請求權人一方，須非因過失而信契約能成立者為限，此觀諸民法第245條之1第1項第3款規定自明⁶²。」此說過度保護加害人，並非妥當。按締約上過失之責任基礎，在於被害人對加害人之行為，具有正當信賴。只需被害人善意信賴加害人之表示或行為，加害人即構成締約上過失責任。至於被害人具有過失，則依過失相抵之規定（第217條），減輕或免除加害人之賠償責任而已⁶³。上述德國之「雙出賣人案」，即採此見解⁶⁴。就我國現行法律規定，於立法修訂前，基於締約上過失法則之規範目的，在於保護被害人之正當信賴，因此以目的性擴張之方式，只須被害人信賴加害人之表

榮教授亦認為，民法第113條規定，屬於締約上過失所造成之損害賠償，其適用範圍泛指一切不能之情形，包括民法第247條第1項規定之要件（黃茂榮，同註55，頁235）。

⁶² 最高法院103年臺上字第256號判決。同說參見臺灣高雄地方法院97年度保險簡上字第4號判決；孫森焱，同註5，頁638。

⁶³ 劉春堂，同註12，頁181；向明恩，同註38，頁191-192；周伯峰，論對「不受期待之契約」的法律上處理，政大法學評論，155期，頁280，2018年12月；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，裁判時報，94期，頁18，2020年4月。

⁶⁴ 參見同註41所附之本文說明。

示或行為係屬正當，被害人縱有過失，亦得請求損害賠償。但加害人得依過失相抵之規定主張減免責任，自不待言。

(二)損害賠償範圍

締約上過失之損害賠償範圍，在法定案例類型，關於意思表示錯誤及法律行為標的不能所生之賠償範圍，民法第91條及第247條均規定為信賴利益之賠償。關於無權代理人之賠償範圍，民法第110條之規定，並無明文。學說上固有爭執⁶⁵，但實務上採履行利益說，相對人得向無權代理人請求履行利益之賠償。例如最高法院90年臺上字第1923號判決：「相對人依該法條規定請求損害賠償，不得超過相對人因契約有效所得利益之程度，易言之，相對人得請求履行利益之給付。」

其次，在其他契約不成立（如隱存的不合意）或契約無效（如違反公序良俗、欠缺法定方式）之情形，被害人之損害賠償範圍，通說認為，應類推適用民法第91條及第247條之規定，以賠償信賴利益為原則⁶⁶。依據民法第245條之1規定，亦以賠償信賴利益為限。此項見解，主要著眼於契約既然不成立或無效，雙方當事人間並無契約關係，而無獲取履行利益之可能，從而被害人只能請求信賴契約有效，但最終契約為無效，所遭受之損害。此項損害，即為信賴利益，亦即若無契約之締結，其所處之狀態。

惟黃茂榮教授認為：「締約上過失應視具體情況，對於相對人賠償其所受信賴利益或履行利益之損害：原則上應賠償締約人基於

⁶⁵ 採信賴利益說者，林誠二，民法總則新解（下），頁212-213，2012年9月。採履行利益說者，黃茂榮，債法總論（第二冊），頁356，2004年7月；陳自強，契約之成立與生效，頁315，2002年3月；陳聰富，同註2，頁393。採折衷說者，王澤鑑，同註55，頁559。

⁶⁶ 梅仲協，同註42，頁169；王澤鑑，同註12，頁89。

正當信賴所投入之締約費用、準備履約或受領給付的費用所構成之信賴利益，例外的在可歸責之一方有故意，且雙方經由協商，已獲得一致之意思表示的部分已達第153條第2項所定之成熟程度者，應賠償履行利益或甚至負約定之給付義務。這是具有締約上過失責任特色的損害賠償責任⁶⁷。」

德國學說亦有認為，如可確定，於相對人無義務違反時，雙方會達成一定之契約，或一個比較有利之契約者，受害人得請求賠償履行利益。亦即類推適用意思表示錯誤及無權代理人責任之規定（相當於我國民法第91條及第110條），締約人故意違背自己對他方引起之信賴，且締結之契約條款的主要內容已確定或可得確定者，加害人有義務與他方締約，或賠償其履行利益之損害⁶⁸。

在買賣契約違反法定方式致契約無效之案例，德國學者有認為，被害人僅得請求信賴利益之賠償，不得請求履行契約或履行利益之賠償者⁶⁹；亦有認為，欠缺法定要件致契約無效，應以信賴利益賠償為原則，僅於例外情形，如投資諮詢之專家責任⁷⁰；或當事人已全然同意訂立契約，但僅欠缺法定書面之簽署時，始得請求履行利益⁷¹。

於締約上過失之法定案例類型，依意思表示錯誤及標的客觀不能之規定（民法第91條及第247條），被害人僅得請求信賴利益之賠償。於隱存的不合意、違反公序良俗及欠缺法定方式等，契約締結後而不成立或無效之情形，當事人間表面上均已締結契約，與意思表示錯誤及標的不能之情形相同，因此適用民法第245條之1規定

⁶⁷ 黃茂榮，同註65，頁353-356。

⁶⁸ 參見黃茂榮，同註65，頁358；陳彥良，同註24，頁170-171。

⁶⁹ D. Medicus著，邵建東譯，同註53，頁432。

⁷⁰ 參見侯英泠，同註8，頁69。

⁷¹ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 372.

時，亦以賠償信賴利益為限⁷²，就法律明文規定而言，價值判斷一致，並無衝突之處。

就隱存不合意而言，雙方當事人並未達成契約合意，因此僅得請求信賴利益之賠償，應屬可採。就違反公序良俗致契約無效之情形，當事人不可能成立有效之契約，因此僅得求請信賴利益之賠償，亦屬可採。惟就欠缺法定方式之情形，極有可能雙方當事人已就契約主要內容達成合意，或接近於達成合意之成熟階段，僅欠缺書面或公證之作成，如令加害人僅負信賴利益之賠償責任，對於被害人並非公平，因此應課與加害人負履約之義務，或履行利益之賠償責任，較符合雙方當事人之締約利益狀態。

肆、從事締約協商而未締約：違反忠誠協商義務

一、消極締約自由之限制

如前所述，基於契約自由原則之消極意義，當事人擁有拒絕締約之自由，任何人於契約成立前，得任意停止協商、拒絕締結契約，而無須承擔任何責任。在比較法上，最為堅持此項原則者為英國法。

英國法否定誠信協商義務，最著名者為Walford v. Miles案⁷³，被告為一家攝影處理公司，預備販售該公司及公司座落之土地。該公司拒絕某公司提出之190萬英鎊之要約後，不久即接受原告提出200萬英鎊之要約。雙方約定出售其公司，並保證於契約成立後之

⁷² 孫森焱，同註5，頁684；劉春堂，同註12，頁182；林誠二，債法總論新解：體系化解說（下），頁286，2019年9月；鄭冠宇，民法債編總論，頁286，2017年9月；*Id.*

⁷³ [1992] 2 AC 128.

第一年，被告具有某種額度之淨獲利。在某次電話會談中，雙方同意，在原告於某日提出銀行之保證函後，被告將「終止與第三人之任何協商」。原告依約提出銀行保證函，而被告則於信件中表示，同意此項買賣，但應訂立正式契約。數日後，被告撤出協商，而決定以相同價格出售其企業於第三人。被告之理由為：其擔憂原告無法善待其員工，而難以達成其所擔保之淨獲利。且原告並無系爭企業經營之經驗，被告可能因此須承擔協助原告之重任。

經查，被告於承諾不與第三人協商後，實際上未與第三人終止協商程序。法院判決，被告就其不實表述，應賠償700英鎊，作為原告因準備契約文件所生之損害補償。有爭議者為，原告主張雙方具有一項附隨契約（*collateral agreement*）⁷⁴，課與被告應依誠信原則協商契約之積極義務，以及不與第三人協商之消極義務。被告違反此項附隨契約，應賠償該公司契約價格與當前市價之差額100萬英鎊之損害。

英國貴族院駁回原告之請求。就積極協商義務而言，英國法認為，「協商契約之契約」（*an agreement to negotiate*），因欠缺確定性（*certainty*）而無拘束力。就消極不與第三人協商之義務而言，此項「*lock out agreement*」（「不與他人協商締約之協議」）雖可認為有效，但本案因當事人未約定特定期間限制而無效⁷⁵。

⁷⁴ 於此處，「附隨契約」之概念，在於將當事人之陳述，視為契約上之允諾，而將訂立主契約作為附隨契約之約因，致使契約上之期待，轉換成為契約上之真正義務。See GEOFFREY SAMUEL, *LAW OF OBLIGATIONS AND LEGAL REMEDIES* 315 (2d ed. 2001).

⁷⁵ BEALE ET AL., *supra* note 40, at 338. *Lock out agreement*指雙方甲與乙約定，一方當事人甲同意於一定期間內，不與第三人從事締約協商之契約。此項契約原則上有效，但同意不與他人協商之當事人甲，並無必須與另一當事人乙協商之義務。乙基於此項契約所取得者，為一定期間內與甲嘗試協商並獲得合意之排他性機會。

本案否決第一項當事人之積極協商義務，宣示在英國法上，締約人並無依據誠信原則協商之義務。所謂「協商契約之契約」，非指當事人具有締結契約之義務（亦即「締約義務」），而係指在契約協商過程中，課與當事人積極協商之義務。當事人具有正當理由時，固得不再協商，但必須符合誠信原則，始無須負契約上責任。此種契約，英國法向來採取否定見解。其理由是：「協商契約之契約，太不確定而無拘束力。無人得以確認協商是否成功或失敗；如協商成功，其結果又會是如何。因此，法院無從評價其違約之損害賠償⁷⁶。」

再者，本案法院作成一項著名之判決如下：「依據誠信原則協商之義務，此一概念與進入協商之當事人的對立立場根本不相容。……締約協商之任何當事人，只要避免作成不實表述，即有權追求其個人利益。為促成上述利益，締約人如認為合適，得威脅退出繼續協商，或真正退出協商，以尋求他方當事人提供更佳條件以重開協商程序。……依誠信原則協商之義務，既與締約當事人之立場根本不一致，在實務上即屬不可行，因此而存在不確定性。依我之見，在協商進行中，任何一方當事人有權於任何時間，以任何理由，自協商中退出。締約人並無繼續協商，直到有『合適理由』始得退出協商之義務⁷⁷。」

⁷⁶ Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd., [1975] 1 WLR 297. Cited in Cohen, *supra* note 1, at 36.

⁷⁷ [1992] 2 AC 128, 138. Cited in Cohen, *supra* note 1, at 37; SAMUEL, *supra* note 74, at 314-15; Carlos Bollen, *Enforcement of the Duty to Carry on Negotiations: (Should It Be) a Possibility in Europe or Not?*, in SPECIFIC PERFORMANCE IN CONTRACT LAW: NATIONAL AND OTHER PERSPECTIVES at 237 (Jan Smiths, Daniel Haas & Geerte Hesens eds., 2008). 德國學者認為，英國法院之此項裁判要旨並非可採，蓋歐陸法國家之法院實際上得以區辨協商行為正當與否，真正問題在於損害賠償之範圍應為信賴利益或履行利益。本案事實，被害人請求者為

據此，英國法基於協商契約之契約具有不確定性，且違反締約人對立原則，而否定其效力。易言之，契約協商之兩造締約人，本質上係處於相互對立之立場，法律上要求雙方當事人依誠信原則進行協商，顯與對立締約人之立場不符而無實現可能性。

對此締約協商過程消極契約自由之限制，德國法採取與英國法全然不同之立場。德國法院認為：「在為締結契約而進行協商之階段，鑑於進行協商所創造之信賴關係，類似於契約關係所存在之關係，任何協商之一方對於他方，負有合理照顧其合法權益之義務。據此義務，於一方當事人誘導或鼓勵他方當事人，使其對契約即將確定成立具有信任與期待時，一方當事人不得無正當理由中斷協商。違反此項義務而可歸責之人，依據締約上過失法則，對因信賴此項期待而受損害之他方當事人，應負損害賠償責任⁷⁸。」

我國學說承襲德國法，自機會成本的概念，承認「忠誠協商義務」，認為：「基於契約原則，締約人原則上本來雖無與任何人展開締約活動、繼續締約協商、更無締結契約的義務。然鑑於締約活動一旦開始，對於雙方都會發生締約費用或可能錯失其他締約機會而發生機會成本。所以，一個人雖原則上可以不開始締約活動，但如其與特定人開始，或（以廣告的方法）對於不特定人表示願意開始一定之締約活動，就該締約活動之開始或繼續便應依誠信原則，而不得恣意為之⁷⁹。」

履行利益，在德國法無法成立。在法國法，加害人並無過錯，因此不成立侵權責任。See HEIN KÖTZ & AXEL FLESSNER, EUROPEAN CONTRACT LAW 41 (1997).

⁷⁸ BGH, 10 July 1970, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 436.

⁷⁹ 黃茂榮，同註65，頁353。蘇永欽教授稱之為「忠實進行議約義務」。參見蘇永欽，締約過失責任的經濟分析——從現代交易的階段化談起，國立臺灣大學法學論叢，33卷1期，頁208，2004年1月。此外，忠誠協商義務，與「契約促成義務」，應非相同。前者指締約人應依誠信原則從事締約協商事宜，並無

我國民法第245條之1第1項第3款規定，當事人為準備或商議訂立契約而「顯然違反誠實及信用方法者」，應負締約上過失責任。其立法理由謂，當事人在締約前接觸或磋商時，即處於相互信賴之特殊關係，如違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害者，應負賠償責任，以維護交易安全。據此，我國法認為，締約人之締約自由應依誠信原則予以限制，並無疑義。惟誠信原則係屬不確定法律概念，以此原則限制消極契約自由，如何於實務上作成妥適判斷，必將成為法院之艱困任務。既為不確定法律概念之應用，在法學方法論上，即應依案例類型化之方式，逐漸形成法院之共識。

本文認為，當事人從事締約協商，最終卻未締結契約之類型，可分為三類：無締約意思從事締約協商行為、併行締約協商行為及中斷締約協商行為（中斷交涉），以下分述之。

二、案例類型

（一）無締約意願而從事締約協商

PECL第2：301條第3項規定：「所謂違反誠信原則與公平交易，特別是指一方當事人無與他方當事人締約之真實意願，而開始或繼續進行締約協商⁸⁰。」本條規定，主要指締約人單純為其他目的而從事締約協商。例如締約人為避免他方與締約人之競爭者訂約而協商；在併行協商中，單純為提高價格而與第三人進行協商；單

最終締約之義務。反之，契約促成義務，指締約人負有促成契約締結之義務。此項義務與契約自由原則有違，應非可採。

⁸⁰ PICC第2.1.15條第3項規定相同。關於PECL第2：301條之評釋，參見陳忠五，論「歐洲契約法原則」之先契約責任，載：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650，2008年5月。

純為取得他方商業秘密而進行締約協商等⁸¹。

PECL官方註釋書舉例如下：甲欲成為乙之商業上競爭者，但與乙進行協商，表示有意成為乙之銷售管理人。乙於雙方締約前，支付甲旅費及為甲短期訓練課程之費用。在甲取得乙之銷售及生產方法後，與乙中斷協商，並以上述方法自行開業。甲對於乙支付之旅費及訓練費用，應負賠償責任⁸²。

本類型案例之特色為，當事人明知其無締約之意願而進行締約協商，對他方造成之費用損害，應負賠償責任。在此等案例，當事人之一方既無締約意願，通常即不發生嗣後成立契約之情形，因此加害人之損害賠償責任，均屬契約不成立之情形。至於當事人締結契約後再行毀約，則屬債務不履行之問題，無須以締約上過失責任規範之。蓋債務不履行之違約責任，其賠償範圍為履行利益，通常大於信賴利益。

就此等案例，在各國法制上，爭議者為，被害人之請求權基礎及損害賠償範圍。茲以一則案例說明之：甲為書店主人，獲知一家連鎖書店丙與乙商談土地買賣事宜，開價120萬歐元，該地位於甲書店之對面。甲因擔憂丙可能成為競爭者，而展開與乙購地之商議程序，宣稱其將遷移書店至較大空間，且準備支付價金150萬歐元。丙知悉後，停止與乙之協商，而購買遠處之其他土地。嗣後甲即終止與乙之締約協商，乙最後以100萬歐元出售該地。甲應負何

⁸¹ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 368. 此處之併行協商，係為提高價格而協商，當事人欠缺締約意願，而違反誠信原則。至於本文下述之併行協商（註91以下），則指當事人具有締約意願，卻因嗣後突然中斷締約，而違反誠信原則。

⁸² OLE LANDO & HUGH BEALE EDS., *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*, Parts I and II, 190, Illustration I (2000).

種責任⁸³？（書店購地案）

就此案例，英國法認為，乙得證明甲具有虛偽陳述之事實，而構成詐欺，始應負侵權行為之損害賠償責任。其賠償範圍係，乙因信賴甲之虛偽陳述造成之財產損失。如法院認定，乙極有可能以120萬歐元出售該地於丙，而於喪失此項締約機會後，以合理之價格100萬歐元出售該地，則賠償之損失為20萬歐元⁸⁴。

對此，法國法於二〇一六年修訂民法前，並無締約上過失責任之規定，因此在此案例，應依侵權行為法處理。法國法認為，在當事人無真實締約意願而開啟協商程序或繼續協商者，構成侵權行為，於他方當事人遭受損害時，加害人應負賠償責任。至於損害賠償之範圍，因本案乙與丙之買賣契約是否成立，尚非確定，乙所喪失之締約機會損失，雖屬存在而應賠償，但並非丙開價與成交價之差額20萬歐元⁸⁵。

在德國法，依據締約上過失理論，當事人具有依誠信原則協商之義務。如當事人開啟契約協商，而他方無合理機會得以締結契約（客觀標準），或開啟協商之一方全然無與他方締約之意願（主觀標準），其開啟契約磋商即屬違反誠信原則。在此，加害人之責任，非在於其拒絕締約，而在於其開創他方當事人對於契約將予締結之合理期待。因此，加害人應賠償者，為被害人之信賴利益。亦即，受害人應回復至，如其知悉加害人無締約意願，所應有之狀態。在甲依誠信原則協商時，實際上甲即不應開啟締約協商。此時，乙將以120萬歐元出售系爭土地於丙。因此，甲應賠償120萬歐

⁸³ 本案例摘錄自CARTWRIGHT & HESSELINK EDS., *supra* note 34, at 21.

⁸⁴ *Id.* at 24-25.

⁸⁵ *Id.* at 28-32.

元與實際售價100萬歐元之差額20萬歐元⁸⁶。

應注意者為，德國民法第823條第1項雖不保護純粹經濟上損失，因此單純中斷締約磋商，即使無正當理由，通常仍不構成侵權責任。但如甲知悉，由於其開啟締約協商，乙必須接受較低價格出售系爭土地時，則構成故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，依德國民法第826條規定，構成侵權責任，甲應負賠償之責。其賠償範圍，與締約上過失責任相同⁸⁷。

在上開書店購地案，英國法係以侵權責任，處理當事人無締約意願而進行締約磋商之問題。但英國法亦有以契約責任，處理類似問題者。例如，甲出租倉庫於乙，租約至一九九九年底屆滿，雙方於一九九九年七月開始交涉續約事宜，乙因此放棄與第三人以相同租金協商租約之事。經查，甲於當年年初即已決定將該倉庫出售，而與丙協商買賣倉庫事宜。甲知悉丙購買此倉庫之目的，在於出租他人以收取租金。甲為提高倉庫售價，開始與乙進行重訂租約之協商，以顯示該倉庫之高獲利。在契約屆滿前一週，甲通知乙因其出售倉庫於丙，而無法重訂租約，且丙已將該倉庫出租於他人。由於甲與乙繼續協商，丙支付一般行情以上之高額價金，且乙必須付出高額租金，承租其他倉庫，影響其營業⁸⁸。（無意重訂租約案）

在本案，英國法認為，乙必須證明甲具有虛偽陳述，始得構成侵權行為法之詐欺賠償責任。單純欠缺締約之意願而從事締約協商，並不構成詐欺。本案甲並未明示其對此締約磋商嚴肅以對，但法院可能認為，甲無締約意願，因此在協商過程中具有某些明示之虛偽表示；或對於嚴肅磋商具有默示表示，而成立詐欺責任。此

⁸⁶ *Id.* at 32-36.

⁸⁷ *Id.* at 36-37.

⁸⁸ 本案例摘錄自*Id.* at 64.

外，如甲誘導乙相信，雙方將重訂租約，基於本案租約係與倉庫物權相關之財產權，可能依據「物權之禁反言」(proprietary estoppel)，而賦予乙租賃權。但因本案欠缺甲構成禁反言之足夠陳述，因此無法成立此項權利⁸⁹。

在德國法，就此「無意重訂租約案」，基於甲偽裝認真締約協商，實際上卻無締約意願，違反誠信原則，應負締約上過失責任。此外，如甲知悉乙可能遭受經濟上損失（例如甲知悉乙有其他締約機會），而開始與乙磋商重訂租約，即構成故意以背於善良風俗之方法加損害於他人之侵權責任⁹⁰。

綜合言之，在當事人無締約意願而進行締約協商時，英國法係以侵權責任判斷當事人之責任，縱使可能適用禁反言原則，但大體而言，當事人並無承擔法律責任之情形。反之，德國法則適用締約上過失理論，令違反忠誠協商義務之當事人負賠償責任。於當事人故意以背於善良風俗之方法加損害於他人時，亦得成立侵權責任。在我國法，基於民法第245條之1第3款之規定，當事人無締約意願而從事締約協商時，應負締約上過失責任。如當事人故意以背於善良風俗之方法加損害於他人時，亦應成立民法第184條第1項後段之侵權責任。

至於損害賠償之範圍，以上述「無意重訂租約案」為例，被害人得請求信賴利益之損害賠償。其賠償範圍除被害人徒勞締約協商所支出之費用外，其因此需支付高額租金承租其他倉庫，與一般市面上通常租金之間的差價，亦屬被害人之所受損害，應予一併

⁸⁹ *Id.* at 66-69. 在英國法，當事人依據物權之禁反言，不僅得請求賠償無益支出之費用，且得主張取得物權上之權益，如同請求加害人履行契約上利益。參見HOGG, *supra* note 5, at 189.

⁹⁰ CARTWRIGHT & HESSELINK EDS., *id.* at 75-76.

賠償。

(二) 併行協商 (parallel negotiations)

於市場經濟，當事人同時比較不同交易，而選擇有利者締結契約，係屬常態。因此在當事人從事併行協商，而後與其中一方當事人締約者，原則上並無任何法律責任。

例如，甲公司欲出售其公司股票，公告「尋求投資夥伴」，而同時與多數潛在投資人進行交涉，嗣後決定與其中一人訂立買賣契約。就此案例，法國法院認為，出賣人係公開徵求潛在投資人，出賣人並未表示不與第三人接觸協商股票買賣事宜，且原告（與出賣人從事契約磋商者）並未與出賣人訂立排他性協商備忘錄，禁止出賣人於協商期間，與其他潛在投資人進行協商。是以，原告請求賠償損害，並無理由⁹¹。

英國法亦認為，在併行協商之案例，如被告並未對原告明示不從事其他協商行為，且無任何不實表述時，被告嗣後與他人訂立契約，即無侵權責任或違反禁反言之責任。縱使被告知悉，原告與自己協商過程中，未與第三人訂立契約，亦同，蓋被告並無依誠信原則進行協商之義務⁹²。

德國法採取相同見解，認為當事人既非無締約意願而進行協商行為，且無不正當理由而中斷締約協商，因此並無締約上過失責任。基於契約自由原則，於單純併行協商時，當事人並無避免與他人協商之義務，亦無告知他方併行協商之義務。基於當事人應自行承擔協商風險之原則，當事人期待契約成立所耗費之費用，應自行

⁹¹ Cour d'appel de Versailles, 5 March 1992, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 429.

⁹² CARTWRIGHT & HESSELINK EDS., *supra* note 34, at 119-20.

負責。從而當事人從事併行協商，並無法律責任⁹³。

惟當事人併行協商之自由，仍受誠信原則之限制。亦即一方引起他方信賴，契約即將締結而突然終止協商者，仍應負信賴利益之賠償責任。例如，原告公司與被告就被告擁有之某公司全部股票，於一九九七年春天進行併購協議。在多次會議及交換通信後，於一九九七年九月達成合意草約，並預定其他契約條件於一九九七年十月十日前完成。於十月十六日，在繼續協商後，原告同意被告之要求，延遲本件契約至十一月十五日前完成。被告雖未回覆，但原告仍於十一月十三日提出新版草約於被告。於十一月二十四日，原告發現，被告與另一家公司在十一月十日就該股票訂立買賣契約完畢。（併購協議案）

本案被告要求原告，本契約延後至十一月十五日前完成訂約，卻於十一月十日與第三人訂立買賣契約。法國法院因此判決被告應賠償信賴利益之賠償，亦即原告從事契約協商之費用，及從事股票調查之費用，但不含取得公司企業經營權可獲得之利益⁹⁴。

⁹³ *Id.* at 122-23.

⁹⁴ Cass Com, 26 November 2003, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 430. 同說參見日本法院認為，在企業合併協商案件，如一方於契約主要內容已經達成協議，有理由信賴契約將成立者，他方不具任何理由而拒絕締約，將構成違反誠信原則之損害賠償責任（日本大阪高等法院平成元年6月29日判決）。參見林美惠，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160，2002年8月。

惟在法人合併之案件，各國法通常認為，當事人之中斷協商，並不構成法律責任。例如，甲與乙為會計師事務所，對其事務所之合併進行協商。發生以下三種情形：(1)於雙方進行為期三年之緊密協商後，甲中斷協商。雙方均認定，對於主要爭點尚未達成合意，且甲並未對乙表示，雙方將會達成最終協議。(2)雙方對所有重要契約爭點已經達成合意，僅少部分尚待溝通，但甲於開始協商後立即終止協商。經查，甲並未對乙表示，雙方將會達成最終協議。(3)雙方並未對契約重要爭點達成協議，但甲數次向乙表示，雙方將會達

按併行協商係屬交易常態，締約人應自負交易失敗之風險。惟如單就協商雙方當事人之締約協商關係而言，係各自成立併行獨立之多數協商活動。如個別協商活動中，一方突然中斷締約協商，違反誠信原則者，仍應有締約上過失責任之適用。詳見下述中斷締約協商之說明。

（三）中斷締約協商（中斷交涉）

中斷締約協商本屬當事人基於契約自由原則之權利，因此在多數國家，中斷締約協商並無法律責任。在例外情形，法律所制裁者，並非中斷協商本身，而係當事人違反誠信原則。基於締約協商之誠信原則，一方當事人誘導他方當事人信賴，雙方契約即將成立時，基於此項信賴，發生法律上義務，違反此項義務者，應負責任⁹⁵。誠如荷蘭最高法院所述：「評價當事人於中斷協商後是否應負賠償責任，其重要原則為，任一方當事人均有中斷協商之自由，除非因他方當事人已可合理相信，契約將被締結，或因其他情事，致使中斷協商成為令人無法接受。其所應考量之因素，包含當事人中斷協商之方法及範圍、其造成相對人產生信賴之貢獻程度，以及中斷協商當事人之合理利益。對於協商過程中，發生不可預見之情事，亦可能相關。雖有此等不可預見之情事，但如締約協商持續一段長久期間者，他方當事人信賴契約即將締結之事實，則應考量所有協商情事，基於中斷協商之時點判斷之⁹⁶。」

成最終協議。對此案例，無論何種情形，英國法及德國法均認為甲之中斷協商，無須負擔任何法律責任。*See id.* at 192, 198, 203. *See also* Cass civ (1), 20 December 2012, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 432-33.

⁹⁵ BEALE ET AL., *supra* note 40, at 433.

⁹⁶ Hoge Raad, 12 August 2005 (CBB v. JPO), cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 461. 蘇永欽教授認為：「當雙方都已經在為履行契約投入一定的準備，而且彼此知情時，正常的情況應該已經把對方當成優先締約對象，此時除非有充

我國學說亦認為：於締約協商階段，因自己之言行或舉動，導致他方產生信賴契約得以締結，或誤信契約即將訂立，但實際上契約是否締結，尚處於不確定狀態。此時，知悉或可得而知他方之信賴或誤信者，基於誠信原則，負有繼續磋商或等待承諾之義務，並負有糾正錯誤信賴，避免他方發生損害之義務。違反此等義務，而無正當理由拒絕締約者，對他方因此所受之損害，應負締約上過失責任⁹⁷。

應檢討者為，當事人之中斷協商，何時違反誠信原則，令人無法接受，而構成契約自由原則之例外，應負損害賠償責任？

1. 英美法：禁反言原則

在英國法，普通法原則上，對於締約人並未課與誠信原則之締約協商義務，締約人並無採取「最大努力」、「合理勤勉」達成合意之義務。因此，締約當事人通常有權任意脫離締約協商，在相互間不構成任何責任⁹⁸。換言之，英國法僅於例外情形，始依侵權責任或禁反言原則，就個案給予當事人救濟方法。

在Box v. Midland Bank Ltd.案⁹⁹，原告擬出售電塔至加拿大，而尋求被告銀行提供資金。原告在該銀行資金雖已透支，但分行經理告知原告，只要該銀行之出口信用擔保部門同意，即可繼續透支貸與資金。該經理並稱，增加貸款可能需要總行同意，但應該沒有問題。原告基於此項確認意見，先以房屋設定抵押進行借貸。二週後，該銀行之出口信用擔保部門拒絕給予原告保險單，而拒絕原告

分的理由……否則中斷交涉即違反誠信原則。」可資參照，蘇永欽，同註79，頁210。

⁹⁷ 劉春堂，同註12，頁175；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（第4冊），頁16以下，2000年9月。

⁹⁸ HOGG, *supra* note 5, at 202-03. *See also* Walford v. Mile (above in this paper).

⁹⁹ [1979] 2 Lloyd's Rep 391, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 440-42.

之借貸申請案。

本案法院判決：第一，該公司經理固無義務，預測總行核准貸款之申請結果。但如其對申貸結果進行預測，應知悉其所為之預測，將成為原告信賴之基礎，而負有合理注意義務。第二，經理應知悉，核准貸款向來即非易事，但該經理卻給予原告一項印象，只要獲得信用擔保部門許可，核准貸款僅屬一項形式作業，因此該經理具有過失。第三，原告確實依據該經理之過失預測，而遭受損害。據此，被告行為構成侵權責任，應負責賠償損害¹⁰⁰。

本案法院係基於被告之受僱人具有過失表示預測，而課與被告侵權責任。如無此等不實表述或預測，而係單純由一方當事人表示契約將會成立，事後卻中斷協商，拒絕締約，則可能適用「物權之禁反言」原則予以救濟。例如，在J. T. Developments v. Quinn乙案¹⁰¹，被告夫妻承租房屋經營咖啡店，租期至一九八九年六月二十四日止。於一九八八年十一月，被告通知出租人僱用之測量員，其計畫整修廚房。嗣於一九八九年一月間，該測量員於電話中告知被告，其僱用人準備重新訂立租約，其條件與其他商店出租於第三人之租約相同。於一九八九年一月及二月間，被告開始整修廚房。該測量員於一九八九年二月，至被告商店測量面積，作為計算租金之用，並於同年三月間通知被告，其租金與該第三人相同。然而，出租人於同年六月二十三日將該店出售於原告，原告起訴請求被告返還該屋之占有。

本案法院判決：所謂「物權之禁反言」，指當事人相信其將被賦予某項土地上之權利，並基於此項信賴而採取不利於己之行動時，即取得此項利益。例如，當事人基於與地主就某土地上利益具

¹⁰⁰ Cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 442.

¹⁰¹ (1991) 62 P & CR 33, cited in *id.* at 444-46.

有口頭合意¹⁰²，或地主創造出某種當事人將取得某種利益之期待，而基於地主之同意占有土地。當事人基於信賴地主之允諾或創造之期待，而對系爭土地支付金錢時，衡平法院得強令地主實現其允諾或創造之期待。

據此，本案應考察者為：第一，本案測量員在一九八九年一月於電話中告知被告，其僱用人準備重新訂立租約之事，是否對承租人創造一種期待？第二，承租人於一月及二月間整修廚房是否基於此項期待，且為該測量員所知悉？對此等問題，法院判定，測量員確實給予承租人重新訂約之確信，且承租人確實基於信賴將有新訂租約而支出修繕費用進行修繕工作。基於禁反言原則，出租人既然已經以口頭允諾新訂租約，且承租人已經基於該信賴而從事廚房整修工程，出租人不得否認此項租約成立，因此被告取得該屋占有之權利，原告請求被告返還占有為無理由¹⁰³。

本案英國法院是以物權之禁反言原則，認定出租人不得自契約協商中退出。在澳洲之租約協商案件，法院則以「允諾的禁反言」原則處理之。其認為背離當事人間交易基礎之基本假設，必須達到的不合理及不公平之程度，始能適用允諾的禁反言。單純不履行允諾，或單純信賴允諾而受損害，均不適用允諾的禁反言。必須一方當事人對於他方創造一種契約即將成立的假設，或其允諾即將履行之假設，且他方信賴此項假設而發生不利益，而當事人之一方知悉他方之信賴及損害時，始得適用允諾的禁反言原則。據此，如一方當事人對他方創造一種假設，其不行使自契約協商中退出之權利時，此種假設實質上與具有拘束力之契約無異，當事人即不得自契約協商中退出。在此，禁反言所禁止之不合理或不公平行為，係加害

¹⁰² 英國法關於土地買賣，應以書面契約為之。

¹⁰³ Cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 445-46.

人誘導他方認為其不退出締約協商，且知悉或企圖使他方信賴此項假設或期待，卻不履行此項假設或期待，或未避免發生損害。此禁反言原則之目的，不在於強令當事人實現此項假設或期待，而在於避免此項假設或期待無法實現時，對他方信賴產生損害¹⁰⁴。

美國法院亦以允諾之禁反言，處理中斷締約協商之案件。在著名之 *Hoffman v. Red Owl Store* 案¹⁰⁵，被告數次向原告確認，將給予原告雜貨店連鎖商店之加盟權利，並通知原告：「萬事俱備，請準備金錢，我們已經可以了。」原告因此出售其他企業，包含一家烤麵包店。但嗣後被告要求原告必須準備額外金錢及符合其他條件，始能取得加盟權。雙方因此協商破裂，原告受有2萬元之費用損失。法院認為：本案被告給予原告許多允諾及確認，原告合理信賴此等允諾與確認，致生損害，依據允諾禁反言原則，被告應賠償其損失。

蘇格蘭法關於中斷締約協商之責任，則介於德國法與英國法之間。蘇格蘭法認為，中斷締約協商之責任，乃基於誠信原則而來，雖與德國法相同，但其構成賠償責任之要件，限於被告具有默示確認契約有效之情事。否則，單純中斷締約協商，而無任何允諾或確保時，不成立賠償責任。

¹⁰⁴ See *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988) 164 CLR 387, cited in *id.* at 452-55; HOGG, *supra* note 5, at 187. 澳洲另一項判決，涉及土地開發契約，雙方締約協商長達三年後，業主放棄開發計畫，原告請求高額費用損失之賠償。法院認為，被告並非因無法同意契約條款，而是基於與他造當事人無關之個人理由，放棄計畫，因而應負賠償責任（*Sabemo v. North Sydney Municipal Council*, [1977] 2 NSWLR 880）。

¹⁰⁵ 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965). Cited in HOGG, *supra* note 5, at 185-86. 應說明者，英國之允諾禁反言，受有二項限制：必須與請求權人某種既有之權利相關，且僅得作為抗辯事由，不得作為請求權基礎（a cause of action）。美國法並無此等限制，因此本案得適用禁反言原則請求賠償。

在Dawson International plc v. Coats Paton plc案¹⁰⁶，原告公司欲併購被告公司，雙方約定「lock out」協議，被告公司不得與第三人交涉相同提案。其後，第三人提出相同併購提案並與被告締結契約，原告乃請求被告賠償其支出準備提案之費用。

本案法院否定原告請求費用補償，認為此項請求，係基於衡平法則，而非契約或侵權責任，此項責任之構成，必須具備三項要件：(1)甲主張損害賠償請求權，必須乙對甲默示確認當事人間具有有效成立之契約；(2)乙之默示確認係屬錯誤，實際上當事人間並無有效契約存在，而僅有某種不具契約拘束力之合意；(3)甲基於信賴乙之確認，致支出無益費用¹⁰⁷。

在新近Khaliq v. Londis (Holdings) Ltd.案¹⁰⁸，原告為A屋及B屋所有人，企圖成為被告貿易集團之經營店。經由被告要求，原告同意將原本作為便利商店之A屋作為被告集團之Swallow商店使用，且將原本出租於第三人之B屋改為便利商店使用。原告依據約定，修改A屋及B屋完畢，並填具會員申請表及支付入會費於被告，被告並誤為通知原告入會成功，但其後被告拒絕原告入會，原告因此請求被告賠償。

本案法院認為，原告對於二棟房屋之費用支出，並非係信賴被告公司確認契約既已存在之事實，而僅係依據被告員工之建議而已，因此其請求賠償為無理由¹⁰⁹。本案判決，等同於宣示原告必

¹⁰⁶ 1988 SLT 854.

¹⁰⁷ HOGG, *supra* note 5, at 197; Hector L. MacQueen, *Good Faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?*, in GOOD FAITH IN CONTRACT AND PROPERTY LAW 30 (Angelo D. M. Forte ed., 1999).

¹⁰⁸ [2010] CSIH 13.

¹⁰⁹ <https://www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/judgment?id=337e86a6-8980-69d2-b500-ff0000d74aa7> (last visited: 2020.03.09).

須基於誤信契約存在，且為履行該契約上義務而支出無益費用，始得請求賠償。此項見解，學說上認為，過度限縮蘇格蘭法既有規範。依過往見解，締約前之費用支出，只要是信賴契約存在而花費，或原告相信契約存在，構成費用支出之事實上原因，即為已足¹¹⁰。

2. 歐陸法：誠信原則

在日本法之案件，甲與乙交涉購屋，作為牙醫醫院使用。甲請人設計該屋時，發現電力供應不足，乙默許甲變更設計及施工。但於協商後六個月，乙因自己事由而無法締約。法院認為¹¹¹，雙方當事人已由一般市民間之關係，進入「受誠信原則支配之緊密關係」，雙方「互相負有不得侵害相對人之人格、財產的誠信原則上義務」，「違反該義務，致相對人損害者，即使尚未達成締結契約之程度，亦應依契約責任賠償損害。」

在法國法，如締約人意圖導致他人損害，而中斷協商，或其中斷協商違反誠信原則時，即屬權利濫用，而應負侵權行為之損害賠償責任。所謂違反誠信，經常係指他方對締結契約具有正當信賴，而一方締約人卻突然中斷契約¹¹²。例如，甲公司與乙公司進行締約協商，擬購買乙公司經銷之美國產機器，以生產水泥管。甲公司派人至美國製造廠參觀後，請求乙公司提供更多資訊，以決定購買何種類型之機器，但乙公司未予回覆該信函。經查，該美國公司曾寄發一份估價單於乙公司，但乙公司未轉知甲公司。嗣後乙公司將該機器出售予甲公司之競爭者，且依其等契約約定，乙公司不得出售類

¹¹⁰ HOGG, *supra* note 5, at 198.

¹¹¹ 日本最高法院昭和59年9月18日判決。引自松尾弘著，陳洸岳譯，同註12，頁70-71；林美惠，同註94，頁159。關於中斷交涉之案件，日本法院曾以被告侵害締結契約利益之侵權責任，課與加害人賠償責任（日本最高法院昭和58年4月19日判決，參見松尾弘著，陳洸岳譯，同註12，頁70）。

¹¹² Bollen, *supra* note 77, at 234.

似機器於他人。

本案法院認為，乙公司刻意未轉知美國公司給予甲公司之估價單，且無正當理由突然片面中斷協商，而該協商階段已達成熟階段，乙公司並認知，甲公司已經支出相當費用。乙公司故意使甲公司處於拖延之不確定狀態，違反商業關係上之誠信原則。系爭拖延之協商過程，更不得僅以一通電話即予中斷。因此，甲公司依侵權責任請求損害賠償為有理由¹¹³。

在德國法，基於信賴原則及誠信原則，締約當事人相互間負有不得無故中斷締約之義務。違反者，構成締約上過失責任。依據德國實務判決，中斷締約協商構成締約過失上責任，必須符合四項要件：(1)甲與乙為締結契約而進行協商；(2)甲對即將與乙締結契約，具有正當期待；(3)基於上述合理期待之信賴，甲因此支出費用，或因契約無法締結而受有損失；(4)乙無正當事由而中斷締約協商¹¹⁴。

德國法院認為，他方信賴契約即將締結，必須具有確定性。在時間上，原告信賴被告所創造之期待，並非毫無限制。原告亦須依誠信原則從事締約之協商，因此原告須於合理期間內表示其因此信賴將進行何種行動。再者，原告之信賴，必須係由被告之明示、默示或其他行為所引起，且此項信賴必須依其情況具有正當性。據此，如被告通知原告，放棄其目前的地位；被告請求原告準備進行投標作業，而該準備作業所需費用超越一般業界之費用；被告邀請或允許原告開始履約行為，但未警告該契約最後可能無法締結成立等，均屬一方引起他方正當信賴之情形¹¹⁵。又如一方當事人準備

¹¹³ Cass com, 20 March 1972, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 437-39.

¹¹⁴ ZULOAGA, *supra* note 10, at 29-39; HOGG, *supra* note 5, at 193. Martin認為，被害人須具有正當信賴，及加害人之中斷締約協商須無正當事由，係由法院對非司法事件介入司法判斷，不無侵犯不締約自由之虞。

¹¹⁵ BGH 14 July 1967, NJW 1967, 2161; BGH 10 July 1970, 13, 14; BAG 7 June

承租土地，而允許地主開始重建該地上因戰爭毀損之建物，亦屬其例¹¹⁶。

在歐洲私法，PCC第2：101條第3項規定：「於他方當事人正當信賴契約即將締結時，一方當事人無正當理由中斷締約協商者，其行為即為違反誠信與公平交易原則之要求。」據此，違反誠信原則之中斷協商，發生締約上過失責任，其構成要件有二：(1)被害人具有契約即將成立之正當信賴；(2)加害人無正當理由中斷協商。被害人之正當信賴，通常來自於加害人之行為或表示，以及協商過程之期間長短。於被害人具有正當信賴時，加害人必須證明其中斷協商，並非無正當事由。於加害人過度粗魯輕率中斷締約，如事先無任何訊息，突然於最後階段簽字前中斷締約；又如締約人宣稱繼續協商，卻罔顧中斷協商對他方造成之後果，而恣意中斷協商，二者均屬違反誠信與公平交易原則¹¹⁷。

3. 我國法

綜合上述，在英國法，中斷締約協商之法律責任，必須當事人具有不實陳述（如過失預測申貸成功），或表示他方將獲得土地或相關權利（如土地租賃），始能依據侵權責任或物權上之禁反言構成法律責任，在光譜上最為限制。美國法院則以允諾禁反言，對當事人允諾即將成立契約課與責任，責任限制較小。蘇格蘭法以衡平責任處理相關問題，但必須具有當事人誤認，他方默示確認契約有效存在，因此限制較大。

日本法及法國法皆認為，締約協商已達成熟階段，而因被告之

1963; BGH 8 June 1978, BGHZ 71, 386, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 464.

¹¹⁶ BGH 19 October 1960, LM BGB § 276(Fa) no. 11, NJW 1961, 169, cited in *id.* at 464.

¹¹⁷ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 359, 368-70.

行為（如默示同意整修房屋或得知估價單而不轉交），致他方信賴契約即將締結，嗣後發生被告中斷協商之情事，被告應負法律責任。德國法則強調，被害人信賴契約即將締結必須具有確定性及正當性，始得成立中斷協商之法律責任。至於歐洲私法則強調被害人之正當信賴及加害人之中斷協商不具正當性。綜合言之，中斷締約協商之法律責任，乃基於他方信賴契約之締結而成立，主要考量二項因素：(1)被告之行為（作為或不作為）引起原告合理期待與信賴，締約協商階段已經達到契約即將締結之程度；(2)被告無正當理由而中斷協商¹¹⁸。

在我國法，當事人違反誠信原則，無正當理由而中斷締約協商者，被害人之請求權基礎，應為民法第245條之1第1項第3款規定之違反誠信原則的締約上過失責任¹¹⁹。在最高法院106年度臺上字第1362號判決（「複瓦機買賣案」），原告為複瓦機製造商，與被告協商複瓦機買賣事宜。原告主張，其曾派技師到被告工廠放樣，被告之工廠基礎開挖時，亦請原告派員至廠指導說明放樣，及確認螺絲預埋相關尺寸位置等，嗣後被告拒絕訂約，致其購料提前生產，並委託他人加工，受有損害，被告應依據締約上過失法則負賠償責任。

本案原審法院曾認定締約上過失責任成立，經最高法院撤銷發回後，高等法院以下列理由，認定締約上過失責任不成立：(1)兩造認知系爭契約須有書面之簽訂，歷經多次磋商，意思未趨合致，最

¹¹⁸ BEALE ET AL., *supra* note 40, at 463-64. 陳自強教授認為，締約人中斷交涉應負賠償責任，「應以一方已有受契約拘束之意思為必要。」（陳自強，同註65，頁142。）此項見解，將使契約責任與締約上過失責任重疊，極度限縮締約上過失責任之適用範圍，應無必要。

¹¹⁹ 王澤鑑，同註60，「變動中的債法」，頁39、276；林誠二，同註72，頁235；孫森焱，同註5，頁563。

終未簽訂書面契約；(2)被告於九十六年七、八月間向原告洽購複瓦機，至被告於九十六年十一月十六日向原告表示取消簽約，協商日期僅四個月餘，並非長期協商之契約；(3)被告邀請原告及BHS、ISOWA等多家廠商介紹各自生產之複瓦機，並非僅邀約被告一家廠商；(4)原告係製造複瓦機之專業廠商，被告係使用複瓦機之專業廠商，兩造地位平等，雙方之技術與知識並無差異。本案法院並認為，雙方之協商過程，並未造成原告信賴被告已決定向其採購複瓦機之情事。據此，我國法院斟酌之因素，著重於被告行為是否使原告合理信賴，契約即將被締結成立，與其他各國法院，見解相似。

三、救濟方法

(一)損害賠償請求權

在中斷締約協商違反誠信原則時，被害人得請求損害賠償，各國法制並無疑義。有爭議者為，其損害賠償之範圍。於中斷協商時，理論上雙方當事人之契約並未如期待般締結成立，因此加害人所賠償之範圍，僅限於信賴利益之賠償。相對於履行利益之賠償，信賴利益之賠償，係以金錢賠償之方式，盡可能回復請求權人，至如同未曾進行締約協商般所存在之利益狀態。信賴利益之所受損害，為信賴契約可能成立，所支出之費用或已完成之工作，如準備協商與締約之費用（如交通往來費用及草擬契約之費用）、準備履約所需費用與受領給付費用等。信賴利益之所失利益，指請求權人因此無效締約協商導致其喪失與他人締約機會，所生之損失。如被害人因加害人欺詐之締約協商，而放棄與主要顧客訂約之機會，所生之契約上損失¹²⁰。

¹²⁰ 王澤鑑，同註17，頁245-246；黃茂榮，同註65，頁356-357；JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 371; STEFAN VOGENAUER ED., COMMENTARY ON THE

法國新民法第1112條第2項明文規定：「於磋商過程中有過錯者，其因此而生之損害賠償，既不包括系爭未締結之契約所能期待之利益損失，亦不及於獲取上述利益之機會喪失。」法國法院向來認為，於締約協商過程中，行使單方撤回之權利，所構成之過錯，並非造成以下損害之原因：喪失獲得因契約締結可能期待之利益的機會。因此於欠缺確定及終局之合意時，喪失締結契約之機會，不得請求補償。亦即因締約上過失而受害之人，不得請求契約締結成功所可獲得之金錢賠償¹²¹。

因此法國新民法規定之賠償範圍限於信賴利益，亦即僅無益支出之費用及喪失與第三人締結契約之機會，而不及於契約締結後之履行利益¹²²。蓋當事人具有拒絕締約之自由，如令當事人賠償期待利益之損害，將與締結契約無異，造成強制締約之效果¹²³。

在中斷締約協商而未訂定契約之情形，上述法國民法之規定，

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC), 361 (2d ed. 2015).

¹²¹ Manoukian case (2003), cited in Pannebakker, *supra* note 35, at 40.

¹²² Ruth Sefton-Green, Formation of Contract: Negotiation and the Process of Agreement, in CARTWRIGHT & WHITTAKER EDS., *supra* note 36, at 60. 就所失利益而言，信賴利益之所失利益，指被害人放棄其他締約機會所構成的機會成本，必須於締約商談過程中，第三人對被害人提出相當確實之要約，始足當之。此項利益，為被害人直接自第三人取得之給付。反之，履行利益之所失利益，指被害人與加害人成立契約後，經由加害人之給付，再行轉售、轉租等利用行為，所能獲得之利益。如加害人與被害人業已締結契約，此項所失利益即屬客觀存在，但其數額應由被害人證明之。參見黃茂榮，同註65，頁357。再者，信賴利益之賠償如包含所失利益，與被害人無法與加害人締結契約所喪失之履行利益，可能極為接近。參見黃茂榮，同註65，頁336。

¹²³ See BEALE ET AL., *supra* note 40, at 458. 法國法判決，參照Cass com, 26 November 2003, 本案強調被害人僅得請求信賴利益，對於所失利益或機會喪失之損害，均不得請求賠償。See Bollen, *supra* note 77, at 234.

係屬多數國家之立法例。德國法之見解亦認為：在無故中斷締約協商之情形，被害人只得請求消極利益，而不得請求積極利益，亦即不得請求締結契約¹²⁴。德國學說認為，被害人只得請求信賴利益，回復其如同未曾進行契約協商前之應有狀態即可，但不得請求期待利益之損害賠償，蓋如得請求期待利益之賠償，將與契約締結後所達成之利益相同，違反締約自由之契約自由原則¹²⁵。

然而，德國法院同時亦承認，在例外情形，被害人得請求履行利益之賠償。首先，在德國一則聯邦最高法院判決¹²⁶，被告舉辦建築比賽，獲獎者可得22,000馬克獎金。被告誤以為原告之遞件遲延最後期限，而拒絕其參賽。本案被告剝奪原告建築師公平競爭之機會，原告之損害，並非其作品之製作費用，而係其作品可能獲獎之損失。亦即假設被告未拒絕其參賽，原告可能享有之地位。如原告能證明，其確能獲獎時，此項信賴利益賠償之數額，與履行利益之賠償，並無不同¹²⁷。

其次，德國法院在其他案件，甚至認為被告地方政府因過失未考量原告之投標者，如原告能證明，該投標程序正常進行時，其將得標者，被告應賠償原告期待利益所生之損失¹²⁸。

換言之，德國法試圖區分二類案件：1.如無締約人之不法中斷締約協商，當事人確定將訂立契約者，此時被害人得請求履行利益之損害賠償。2.縱無締約人不法中斷締約，當事人間亦不會成立契約，或

¹²⁴ 黃茂榮，同註65，頁358。

¹²⁵ STEFAN LEIBLE & MATTHIAS LEHMANN EDS., EUROPEAN CONTRACT LAW AND GERMAN LAW 113 (2014).

¹²⁶ BGH 23 Sept. 1982, NJW 1983, 442.

¹²⁷ KÖTZ & FLESSNER, *supra* note 77, at 37.

¹²⁸ BGH 25 Nov. 1992, BGHZ 120, 281. Cited in KÖTZ & FLESSNER, *supra* note 77, at 38.

無法證明契約必將成立者，被害人僅得請求信賴利益之賠償¹²⁹。

荷蘭法亦認為，在締約人無故中斷協商者，被害人原則上僅得求信賴利益之賠償，例外始得請求履行利益之賠償。就信賴利益之賠償，例如在一則一九七六年荷蘭法院判決¹³⁰，被告地方政府於預算尚未確定前，公告建造室內游泳池招標案，原告因此進行投標。開標時，預算仍未確定，而無人得標。法院判決，基於雙方進入協商程序而成立信賴關係，被告負有澄清其欠缺預算之義務。被告所負之賠償責任為，假設被告通知原告真實情況，被告將會節省投標費用之支出。此項損害，即為信賴利益之賠償。

就請求履行利益賠償，最著名之判決為荷蘭Plas v. Valburg乙案¹³¹，該案原告投標被告市議會一項室內游泳池建造案，市政府通知原告調整標價後，再行投價格標。在某次市長與市議會之會議中，市長宣示，原告之標價最低，市政府行政單位可接受此項投標，市議會應就此標案作成決議，少數細節再予調整。然而，市議會事後以其他非投標廠商提出之造價更低，而接受其他廠商之提案。

本案上訴法院認為，違反締約協商之義務所生之損害僅限於他方支出之成本。但荷蘭高等法院認為，如締約協商業已達到成熟階段，當事人得以相互信賴，雙方已可期待，某種契約無論如何將因協商而成立時，其中斷締約協商本身即構成違反誠信原則。此時，當事人應被課與履行利益之損害賠償責任¹³²。

¹²⁹ See Bollen, *supra* note 77, at 236.

¹³⁰ OLG Dusseldorf 27 Jan. 1976, NJW 1977, 1064, 1065. Cited in KÖTZ & FLESSNER, *supra* note 77, at 37.

¹³¹ Hoge Raad, 18 June 1982, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 459-60 and KÖTZ & FLESSNER, *supra* note 77, at 37-38.

¹³² BEALE ET AL., *id.* at 459-60. 然而，多數後續荷蘭法院判決，仍採取信賴利益之

綜合德國法及荷蘭法，於締約人無正當理由中斷協商者，被害人原則上僅得請求信賴利益之賠償，僅於例外情形，亦即被害人得證明，當事人間確定將訂立契約時，方得請求履行利益之賠償。

在我國，實務上採取信賴利益賠償說。此項信賴利益之損害賠償，實務上稱之為「消極的契約利益」¹³³，與履行利益係屬「積極的契約利益」有別。在上開「複瓦機買賣案」，原告主張被告中斷締約協商，應賠償其因趕工製作複瓦機，支出採購設備零件或委託加工費用之損害。但法院認為：「此等費用乃為準備履行契約所定交付複瓦機予被告之給付義務所生成成本，並非為準備或商議訂立契約所為之支出，屬契約成立生效後始會產生之履行利益之損害，並非因信賴利益之損害，核與民法第245條之1第1項第3款之規定要件不符。」

惟按，所謂信賴利益之所受損害，包括準備協商與締約之費用及準備履約與受領給付之費用等。本案原告為提前生產複瓦機，而採購零件或委託他人加工，係屬準備履約支出之費用，此等無益費用之支出，即屬信賴利益應賠償之成本損失。本案法院認其為履行利益之損害，顯有誤會。

損害賠償。See JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 353; Bollen, *supra* note 77, at 234.

¹³³ 參見最高法院75年臺上字第1355號判決：「契約因出賣人以不能之給付為標的而無效者，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規定，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。如訂約費用、準備履行所需費用或另失訂約機會之損害等是。至於積極的契約利益即履行利益，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，自不在得為請求賠償之列（本院五十一年台上字第二一〇一號判例參照）。」

(二)特定給付請求權（繼續協商義務）

加害人於無正當理由中斷協商後，被害人得否請求加害人繼續協商契約或直接締結契約？此涉及締約被害人得否主張特定給付請求權。按肯定被害人得請求被告訂立協商中之契約，或得請求履行利益之損害賠償，等同於強制當事人就尚未達成合意之契約予以締結，具有強制締約之作用，與契約自由原則不符。因此多數國家（如德國、法國）法院，認為被害人不得請求加害人繼續協商，或訂立協商中之契約¹³⁴。例如，在法國，被害人不得請求法院發給強制當事人繼續協商，或訂立契約之命令。縱使當事人間訂立預約（如「協商契約之契約」），此等契約僅為盡最大努力之義務，而非訂立契約之義務，因此僅得請求金錢賠償，而不得請求強制訂約¹³⁵。

在歐洲契約法，PECL等文件僅使用「損失」與「責任」之用語，因此中斷締約協商僅得請求損害賠償，不得主張特定給付請求權（請求繼續協商）¹³⁶。至於英國法，並不承認協商契約之契約，當然無法請求繼續協商。但如例外構成物權之禁反言者，被害人得請求獲得物權相關之權益。

在德國，傳統見解認為，無正當理由中斷締約協商時，被害人僅得請求信賴利益之賠償，不得請求強制繼續協商，更不得請求訂立契約。但學說上有不同見解，認為在某項契約如未中斷協商將確定會訂立時，例如締約協商已進行至成熟階段，僅欠缺契約之訂立時，當事人之合作繼續締約協商之義務，得轉換成締結契約之義務。在其他尚未達成如此成熟階段之締約協商，被害人仍得請求繼

¹³⁴ BEALE ET AL., *supra* note 40, at 469.

¹³⁵ Bollen, *supra* note 77, at 244.

¹³⁶ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 373.

續協商，以代替信賴利益之賠償¹³⁷。

與多數國家採取不同見解者，為荷蘭法。在荷蘭法，當中斷締約協商令人無法接受時（如被害人正當信賴契約將締結），其中斷締約構成侵權行為，而負侵權行為之損害賠償責任。被害人得請求法院發給加害人繼續協商之命令，甚至得命令當事人依據業已合意之部分合作完成契約上之安排¹³⁸。

例如，在 *Gerechtshop Amsterdam*, 7 May 1987 乙案¹³⁹，原告為電影導演，被告為某著名小說家之遺孀。原告與被告就該小說改編為電影進行協商，原告提出劇本二次，並進行多次往來協商後，被告拒絕繼續進行協商。法院基於雙方往來之通知、信函等磋商過程，認定被告已經接受第一次劇本，且第二次劇本僅為少量修改，判決被告拒絕協商以確定契約之訂立，並無理由，而命被告不得就該小說與他人進行電影版權之協商，且應與原告進行合理磋商，以促成該小說之電影版權合約。

對此，荷蘭學者認為，法院得命被告與原告訂立協商中之契約。德國學者 *Medicus* 亦認為，在契約協商達一定時點，當事人得以信賴協商之契約可得締結時，否認原告請求訂立契約之權，或主張履行利益損害賠償請求權，並非合理¹⁴⁰。

按締約人無正當理由中斷締約協商者，乃違反他方締約人對契約即將成立之正當信賴。被害人請求損害賠償時，如為信賴利益之

¹³⁷ W Küpper, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo*, at 220, 227 (Berlin: Duncker & Humblot, 1988), cited in Bollen, *supra* note 77, at 245.

¹³⁸ Bollen, *supra* note 77, at 239-42.

¹³⁹ NJ 1988, 430, cited in BEALE ET AL., *supra* note 40, at 467-68.

¹⁴⁰ D Medicus, *Verschulden bei Vertragshandlungen: Gutachten and Vorshläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol I, 1981, S. 498, cited in *id.* at 469.

金錢賠償，固無疑義。如依民法規定，主張回復原狀作為損害賠償之方法，理論上加害人應回復被害人至如同未曾中斷締約協商之狀態，亦即回復至雙方繼續協商之過程。就此而論，被害人請求加害人繼續協商，似有理由。惟按，回復至繼續締約協商之狀態，如中斷締約之一方無繼續締約意願，雙方當事人仍難以達成契約之締結，對被害人而言，法律上無法保障契約必然成立，亦無法強制當事人締約。如嗣後因情事改變，致締約得以合理中斷時，被害人將連損害賠償請求權亦無法主張，未必有利於被害人。因此，除非雙方對契約之極大部分均已合意，僅欠缺契約之簽署（如當事人約定以訂立書面契約為契約成立要件，而尚未完成書面之簽署），法院得認為契約業已成立外，被害人應以請求損害賠償，較為符合其利益。

伍、固有利益之侵害行為：從侵權責任到契約責任

依據締約上過失理論的演變，締約過失案例類型，是由契約不成立或無效之案例，逐漸包含無故中斷締約交涉，甚至契約成立後之締約上過失責任。在學理上爭議最鉅者，厥為締約過程中，加害人侵害被害人之身體權或健康權的案例。此外，加害人於締約過程中違反保密義務，係屬侵害被害人之資訊所有權，亦屬侵害被害人固有利益之情形，在此一併討論之。

一、侵害身體權與健康權：違反保護義務

首先，德國締約上過失理論，適用於契約當事人間保護他方當事人身體及健康權等固有利益之義務。屬於本類型之著名案例如下：

在德國「亞麻油地毯案」¹⁴¹：本案原告於被告百貨商店購買商品後，前往地毯展示區，欲購買亞麻油地毯。被告之店員取出兩軸地毯靠置牆面，不慎掉落，擊倒原告及其子。德國帝國法院判決：「基於當事人之行為，彼此間形成一個為買賣準備之法律關係。此法律關係具有類似契約之性質，就此而言，亦產生法律行為上之拘束力。在展示與參觀商品時，當事人間產生一項對他方當事人之健康及所有權應予注意之義務。」加害人違反此義務，因此應負賠償責任。本案被害人係於締約協商階段，身體權受侵害。

在德國「香蕉皮案」¹⁴²：原告至被告之百貨公司，於進入織品部門時，踩到香蕉皮，滑倒受傷。聯邦最高法院謂：「百貨公司之訪客，因買賣空間放置之香蕉皮而滑倒時，其對百貨公司主張締約上過失之損害賠償請求權，與事故發生時，契約是否已經締結無涉。」本案當事人間尚未進行締約之協商，僅為「交易上之接觸」，亦即「為締結契約關係而接觸」時，所生之傷害。

在德國「蔬菜葉案」¹⁴³：本案14歲之原告陪同其母親到被告自助商店購物，於結帳櫃檯附近，踩到蔬菜葉而滑倒受傷。聯邦最高法院判決，原告之母與被告間具有足以成立締約上過失責任之法定債之關係，原告據此得以行使契約上之損害賠償請求權。至於事故發生時，買賣契約是否業已成立，並不重要。

上述案例之共同特徵為，當事人間尚未締結契約，而僅處於交易上之接觸，或進行協商之階段，被害人之身體權卻因被告之行為而受損害。在此等案例，被害人原得依據侵權行為法則，請求加害

¹⁴¹ RGZ 78, 239, 參見向明恩，同註11，頁11；本判決英文譯本，參見 MARKESINIS, UNBERATH & JOHNSTON, *supra* note 4, at 600-01.

¹⁴² BGH NJW 1962, S. 32, 參見向明恩，同註11，頁13。

¹⁴³ BGHZ 66, 51, 參見向明恩，同註11，頁14；本判決英文譯本，參見 MARKESINIS, UNBERATH & JOHNSTON, *supra* note 4, at 601-05.

人賠償，但德國法院卻以「類似契約關係」所生之保護義務，作為被害人之請求權基礎。

德國法院之見解，係因德國民法第823條第1項關於侵權責任之規定，僅保護絕對權，且依德國民法第831條第1項規定，僱用人對其受僱人之侵權行為，得舉證其對受僱人之選任監督已盡相當之注意而免責。為強化被害人之損害賠償請求權，而承認締約上過失責任¹⁴⁴。

在我國，民法第188條第1項但書規定之僱用人責任，固與德國民法相同，僱用人得以舉證免責。但在實務上，僱用人得以舉證免責之案件並非常見¹⁴⁵。以上開德國三則典型案例而言，在我國實務上，如被害人依侵權行為法請求損害賠償，基於加害人違反社會安全義務，應可獲得勝訴之判決。從而，在我國，對此等案例是否有承認締約上過失之必要，甚有疑問¹⁴⁶。

按一般人間具有避免傷害他人之保護義務，係為保護被害人之固有利益，屬侵權責任之範疇。契約法上防範損害他人人身安全之保護義務，亦屬保護他人之固有利益，與侵權行為法上之保護義務有何不同？黃茂榮教授認為：「一個人對於一般人所負者，稱為一般的保護義務；對於與自己有特定關係之人，因該關係所負者，稱為個別保護義務。……當事人為準備或商議訂立契約而負之保密義務所涉及的事項，即是相對人之安全的保護，所以也被稱為安全義務。在締約上，其義務內容即在於：經由締約人提供之場地、通道、契約標的及締約人本身之安全性的維持要求，以防止損害於相

¹⁴⁴ 向明恩，同註11，頁10；向明恩，同註38，頁153；ZULOAGA, *supra* note 10, at 26.

¹⁴⁵ 王澤鑑，侵權行為法，頁557，2015年6月。

¹⁴⁶ 王澤鑑，同註12，頁89。

對人之權利或財產利益¹⁴⁷。」

上述區別一般保護義務與個別保護義務之見解，固非無見。但基於締約關係之社會或業務接觸，所生之個別保護義務，其違反者，被害人亦得依侵權行為法之規定請求損害賠償。

黃茂榮教授雖認為：「締約上個別的保護義務所保護之客體較侵權行為廣，含財產利益，且無第188條第1項但書所定之免責事由的適用。……締約上過失之損害賠償請求權與侵權行為所定者構成規範競合。這時如果損害事由與給付有關，優先適用契約法；如果無關，應優先適用侵權行為法的相關規定¹⁴⁸。」惟如前所述，我國民法第188條第1項但書之舉證免責規定，在實務上甚難成立。就締約上過失傷害人身權利之案例，並非屬一般純粹經濟上損失，而屬絕對權之侵害，係屬民法第184條第1項前段保護之客體。在侵權行為法具有規範計畫後，如以契約責任優先適用於侵權責任，將「與給付有關之損害事件」排除在侵權行為法之外，意圖使被害人受到更多保護，並無堅強之理由。

是以，德國法在此等案例，極度擴張締約上過失責任之適用範圍，未必妥當。德國學者認為，此等案例將使締約上過失法則，成為一種多功能的工具，而具有廣泛應用的危險性，造成交易上多數危險「向契約法逃避」之現象，破壞侵權責任與契約責任之體系關係¹⁴⁹，應屬的論。甚至「最保守」之德國學者，亦認為此類案例應屬侵權責任法，而非契約法之範疇¹⁵⁰。我國學說上亦認為：

¹⁴⁷ 黃茂榮，同註65，頁337。

¹⁴⁸ 黃茂榮，同註65，頁339-341。

¹⁴⁹ Sijf van Erp, *Pre-contractual Stage*, in *TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE* 213, n. 61 (Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carle Joustra & Edgar du Perron eds., 1998); 向明恩，同註38，頁155。

¹⁵⁰ MARKESINIS, UNBERATH & JOHNSTON, *supra* note 4, at 97.

「當事人所違反者，不外基於誠實信用原則所發生之保護義務、注意義務、維護義務，此項義務與侵權行為法上之社會生活安全義務，在本質上並無不同。故關於此類型案例，一般多依侵權行為法處理¹⁵¹。」又我國民法第245條之1之規定，在文義上亦無此類案例適用之餘地¹⁵²。各國立法例，對此案例，多以侵權責任處理，非歸屬締約上過失之處理對象¹⁵³。因此本文認為，本類型之案例，應依侵權行為法處理，而非締約上過失法則應規範之範疇¹⁵⁴。

二、侵害資訊歸屬之權利：違反保密義務

在締約協商過程中，雙方當事人為使協商順利進行，經常給予他方若干相關資訊。例如，在經銷契約、企業併購或技術合作契約，必然提供企業經營模式、產業計畫或專門技術等資料。此時，如嗣後雙方協商失敗，當事人所取得之他方資訊，得否再行使用或提供他人使用，甚至對外公開？此即涉及資訊保密之問題。

首應說明者，當事人擁有某項資訊，例如專利技術、技術資料、know-how、顧客或供應商名單等，加害人獲得此項資料後，洩漏於第三人或公開之，對資訊所有人構成權利或利益之侵害，係屬被害人固有利益之侵害，可能涉及隱私權、專利權或營業秘密

¹⁵¹ 劉春堂，同註12，頁178。同說，陳自強，契約違反與履行請求，頁141，2015年9月。

¹⁵² 王澤鑑，同註60，「變動中的債法」，頁39。

¹⁵³ HOGG, *supra* note 5, at 192.

¹⁵⁴ 德國學者亦認為，如侵權行為法就德國民法第831條第1款第2句的免責規定，所生不足之處已經消除，即無適用締約上過失法則之必要。參見D. Medicus著，邵建東譯，同註53，頁313。又參見王澤鑑，同註60，頁277；林誠二，同註72，頁235。反對說，參見鄭冠宇，同註72，頁287-288。

等，亦可能單純涉及純粹經濟上損失¹⁵⁵。因侵權行為法以保護絕對權為原則，因此如當事人擁有之資訊未構成權利時，侵權行為法可能保護不足，因此在契約法上具有建構保護義務之必要¹⁵⁶。

其次，一方當事人取得他方當事人之資訊，是否具有一般性之保密義務？法國民法第1112條之2規定：「於締約協商過程中，當事人取得之秘密資訊，非經允許而使用或揭露者，應依一般性法律規定之條件負其責任¹⁵⁷。」本條規定，係仿自PICC及PECL等國際契約法文件而來¹⁵⁸。Unidroit PICC第2.1.16條規定：「於締約協商過程中，一方當事人提供之資訊係屬秘密者，無論嗣後契約是否締結，他方當事人負有不得公開該資訊，或為自己目的不當使用該資訊之義務¹⁵⁹。」依據本條規定之官方註釋意見，締約當事人就協商中交換之資訊，原則上並無保密義務¹⁶⁰。基於資訊自由原則，法院

¹⁵⁵ 陳忠五，同註80，頁670。

¹⁵⁶ 應注意者，依據德國法之一般見解，know-how及其他營業秘密（trade secrets）為德國民法第823條第1項規定所保護之「絕對的智慧財產權」。See JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 377.

¹⁵⁷ 所謂「一般性法律規定之條件」，指法國民法第1240條、第1241條規定之「契約以外之責任」，亦即侵權責任。CARTWRIGHT & WHITTAKER EDS., *supra* note 36, at 415.

又關於締約資訊之規範，依法國民法規定，一方面，締約人於締約過程中取得他方之秘密者，原則上有保密義務（第1112條之2）。他方面，締約人就自己所有，對締約具有重要性之資訊，於締約過程中，則有揭露之義務，以免他方陷於錯誤（第1112條之1）。綜合言之，法國法基於誠信原則及公平交易原則，就重要資訊課與資訊取得者保密或揭露之義務。

¹⁵⁸ Pannebakker, *supra* note 35, at 37.

¹⁵⁹ 此外參見PECL第2：302條；DCFR第II.-3:302條。德國民法對此並無直接規定，但依據德國民法第311條第2項及第214條第2項關於締約上過失責任之規定，得以建構締約人之保密義務。See LEIBLE & LEHMANN EDS., *supra* note 125, at 115.

¹⁶⁰ Official Comment 1 to Article 2.1.16 PICC.

對締約協商中之資訊，僅於例外情形，始課與保密義務¹⁶¹。蓋依據締約協商之自由原則，任何一方當事人得決定，對他方揭露何種交易相關資訊。因此就一般法律原則而言，在欠缺專利權等智慧財產權之情形，亦無當事人間特別約定時，締約協商之當事人並無義務將協商過程中取得之資訊，視為秘密資訊。從而於契約協商過程中取得之資訊，當事人得自行使用，或對第三人公開。僅於例外情形，當事人始負保密義務¹⁶²。

依本條規定，締約人無論最終是否成立契約，縱使嗣後中斷締約協商，仍有本條保密義務之適用。如締約人嗣後締結之契約，就保密義務另有約定者，則契約之約定應優先適用。如締結之契約就保密義務未約定者，則依本條之規定。至於非於締約過程中提供，而係於契約履行中提供之秘密資訊，則得類推適用本條規定規範之。

當事人提供之資訊成為秘密資訊，致他方當事人負有保密義務之情形有二：(一)當事人雙方明示約定某項特定資訊為秘密資訊。通常於契約中，約定之保密條款，即有關於秘密資訊種類、保密期限等約定。此外，在一方締約人明確告知他方，某項資訊係屬機密資訊，且他方接受該資訊並進行協商時，即屬他方當事人默示同意系爭資訊為機密資訊，而有保密義務。(二)在當事人未明示宣稱某項資訊為機密資訊時，依據誠信原則及公平交易原則，亦得發生默示的保密義務。亦即，基於資訊之性質或當事人之專業特性，接受資訊

¹⁶¹ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 378.

¹⁶² VOGENAUER ED., *supra* note 120, at 366. 陳忠五教授則認為：此等規定，應屬一般性保密義務之規範，取得他方之秘密者，原則上即有保密之義務。陳忠五，同註80，頁656。又PECL第2：302條與PICC相同，並未課予締約人於協商中的一般性保密義務，僅於明確告知為機密者，締約人始負保密義務。但於例外情形，基於資訊的特殊性，或當事人之職業身分，可發生默示的保密義務。

之人公開或自行使用系爭資訊，違反誠信原則及公平交易原則時，應負違反保密義務之責任¹⁶³。

關於秘密資訊之意義，DCFR第II.-3：302(2)條定義如下：「秘密資訊，指基於資訊之性質或取得該資訊之環境，接受資訊之當事人明知或可合理期待其知悉，系爭資訊對他方當事人為秘密資訊。」所謂資訊之性質，指與技術、策略、特權、私密、秘密相關之資訊。例如，技術資料、know-how、顧客或供應商名單、詳細之資產負債表、會計檢查結果或誠信調查結果等資料。此外，當事人之專業身分亦屬重要，例如他方締約人或第三人係屬潛在之競爭者，締約提供之資料將成為機密資料¹⁶⁴。再者，契約之目的及當事人於協商中表示之期待，已屬重要決定因素¹⁶⁵。

當事人違反保密義務之方式有二：受領秘密者對第三人或公眾公開秘密資訊；或為自己之目的，不當使用秘密資訊。反面言之，如受領秘密者為自己之目的，使用秘密資訊，而非不當使用者，並非違法。所謂不當使用，通常係指秘密資訊之使用，有利於加害人，或對被害人造成資訊上利益之損失。例如原告將發明之地毯固定黏貼裝置，提供於被告公司後，被告以之申請類似裝置之專利權。又如當事人於中斷締約協商後，被告於建造隧道時，使用原告支撐水泥建物之程序技術¹⁶⁶。

¹⁶³ VOGENAUER ED., *supra* note 120, at 366-67.

¹⁶⁴ CHRISTIAN VON BAR ED., PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) VOL. I, at 254 (2010); JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 376.

¹⁶⁵ JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 378-79.

¹⁶⁶ See *Seager v. Copydex Ltd. (No 2)* [1969] 1 WLR 809, CA; Cass com 3 October 1978, cited in VOGENAUER ED., *supra* note 120, at 369; JANSSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 9, at 380.

在加害人違反保密義務時，被害人救濟方法，依DCFR第II.-3:302條第3項規定，當事人於合理預期他方將違反保密義務時，得請求法院禁止被告使用秘密資訊，亦即被害人享有妨害防止請求權。又PICC第2.1.16條及DCFR第II.-3:302條第4項均規定，被害人對加害人有損害賠償請求權。被害人損害，通常係指其無法自行使用系爭秘密獲取利益，遭受之利益上損失。如當事人間具有保密條款之約定時，加害人違反保密義務，構成違約行為，被害人得行使所有相應的救濟方法，包含解除契約與損害賠償。此外，於被害人未發生損害或難以證明損害時，亦得請求加害人返還其因義務違反所獲得之利益（PICC第2.1.16條及DCFR第II.-3:302條第4項）¹⁶⁷。

我國民法第245條之1第1項第2款規定：「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」，加害人應負賠償責任。本條規定得受保護之秘密，限於被害人明示保密之資訊，足見我國法亦不採一般性的保密義務，與PICC及PECL相同。但本條款之規定，不含依誠信原則、基於資訊特性及其他情事而生默示保密之資訊，範圍過於狹窄。實則，未經明示應予保密之秘密，加害人故意洩漏者，係屬違反誠信原則之行為，應有同條第3款之適用¹⁶⁸。又加害人限於故意或重大過失洩漏行為，始負賠償責任，至於一般過失洩漏行為，則無須負責，責任範圍太小¹⁶⁹，不及侵權行為法之保護強度，應有修法之必要。至於損害賠償之範圍，依民法第216條之規定，固包含所受損害及所失利益，但被害

¹⁶⁷ VOGENAUER ED., *id.* at 369. 關於最後一項「利益返還」之責任性質的討論，參見陳忠五，同註80，頁661。

¹⁶⁸ 王澤鑑，同註60，頁275。

¹⁶⁹ 楊芳賢，民法債編總論（上），頁78，2016年8月。

人如無法證明損害時，尚非得以請求加害人返還其因洩漏秘密所得之利益（如出售之對價或使用技術資料所得之利益），立法上有待補充。

陸、結 語

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。

鑑於締約上過失法則業已成為歐陸法及其繼受法之普遍性規定，應藉由民法第245條之1將締約上過失法則的諸多案例類型予以適用。只要當事人於締約磋商階段，具有違反信賴原則所生之義務，致他方受有損害，無論契約嗣後係未成立、無效或成立，均有締約上過失責任之適用。如此，始能全面保護締約過程中，因他方當事人違反誠信原則上之義務（如同契約成立後之所有附隨義務），致受損害之締約人，更多法律上保障，而享有應有的救濟方法。

綜合本文之論述，可得結論如下：

一、就締約上過失法則之理論基礎而言，應求諸於信賴原則。在規範中斷締約協商之案例，無論德國法之締約上過失法則，或英美法之禁反言原則，均係基於加害人之行為，造成被害人對締約之正當信賴，而發生加害人不得任意中斷協商之義務。此時，被害人出爾反爾之行為，即屬違反誠信原則（禁止矛盾行為）。在契約不成立或不生效之案例，係因加害人就契約可能無效之情事，未盡告知說明義務，致生他方誤解，而負賠償責任。其責任基礎，亦在於被害人信賴契約有效成立，但最終契約不成立或無效。

二、歐陸法之締約上過失法則所適用之契約不成立或無效等案例類型，在英美法上係以物權之禁反言及允諾之禁反言個案判斷之，在結論上與歐陸法並無重大差異。

三、在隱藏不合意致契約不成立，或契約欠缺法定方式而無效者，加害人違反說明義務，構成締約上過失責任，應負信賴利益之賠償責任。但於當事人已就契約主要內容達成合意，而僅欠缺法定方式時，應許被害人得請求履行契約或請求履行利益之賠償。

四、就無意願締約而從事締約協商者，加害人違反忠誠協商之義務，構成締約上過失責任，同時構成違反善良風俗之侵權責任。在無故中斷締約協商之案例，加害人亦屬違反忠誠協商義務，構成締約上過失責任。至於其損害賠償範圍，原則上以信賴利益賠償為原則，例外得為履行利益之賠償。至於被害人請求加害人繼續協商之權利，應屬例外。

五、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。至於加害人違反保密義務，因為締約當事人於締約過程中原則上並無保密義務，因此有以締約上過失法則予以規範之必要。

六、我國民法第245條之1規定締約上過失責任之構成要件，限於「契約不成立」及被害人「無過失」之情形，顯然過於狹窄，應有修法之必要。至於其損害賠償之法律效果，原則上固以賠償信賴利益為原則，但於無故中斷締約協商之情形，應於個案中與予賠償履行利益，較為公平。



參考文獻

一、中 文

1. D. Medicus著，邵建東譯，德國民法總則，2002年9月。
2. Kurt Siehr著，侯英冷譯，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。
3. 王澤鑑，締約上過失，載：民法學說與判例研究（第一冊），頁77-91，1983年4月。
4. 王澤鑑，法學上之發現，載：民法學說與判例研究（第四冊），頁1-23，1983年4月。
5. 王澤鑑，信賴利益之損害賠償，載：民法學說與判例研究（第五冊），頁229-252，1988年5月。
6. 王澤鑑，債法原理，2012年3月。
7. 王澤鑑，侵權行為法，2015年6月。
8. 王澤鑑，民法總則，2020年9月。
9. 王洪亮，締約過失責任的歷史嬗變，當代法學，19卷5期，頁34-83，2006年9月。
10. 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6月。
11. 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147-205，2011年9月。
12. 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，南台財經法學，3期，頁121-154，2017年6月。
13. 林誠二，民法總則新解（下），2012年9月。
14. 林誠二，債法總論新解：體系化解說（下），2019年9月。
15. 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8月。
16. 林易典，契約成立而未生效之締約上過失責任／最高院101台上593判決，台灣法學雜誌，231期，頁215-220，2013年9月。

17. 林景林，德國民法典——全條文註釋（上冊），2015年1月。
18. 松尾弘著，陳泱岳譯，日本「締約上過失」理論之繼受與發展——由設定符合市場參加者需求之行為規範的角度觀之，月旦法學雜誌，99期，頁65-72，2003年8月。
19. 周伯峰，論對「不受期待之契約」的法律上處理，政大法學評論，155期，頁219-296，2018年12月。
20. 邱琦，締約過失與純粹經濟損失，裁判時報，58期，頁42-51，2017年4月。
21. 侯英泠，論院內感染之民事契約責任——以爆發SARS院內感染為例，2004年6月。
22. 孫森焱，民法債編總論（下冊），2018年11月。
23. 陳忠五，論「歐洲契約法原則」之先契約責任，載：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5月。
24. 陳自強，契約之成立與生效，2002年3月。
25. 陳自強，契約違反與履行請求，2015年9月。
26. 陳泱岳，中斷交涉與締約上過失責任之序論研究，載：民法研究（第4冊），頁1-40，2000年9月。
27. 陳泱岳，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4月。
28. 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6月。
29. 陳聰富，民法總則，2019年9月。
30. 陳衛佐，德國民法典，4版，2015年1月。
31. 梅仲協，民法要義，1953年10月。
32. 黃立，德國新債法之研究，2009年9月。
33. 黃茂榮，債法總論（第一冊），2004年7月。
34. 黃茂榮，債法總論（第二冊），2004年7月。
35. 游進發，信賴損害賠償請求權理論的建構，載：民法之釋義與編纂，頁153-229，2018年4月。
36. 楊芳賢，民法債編總論（上），2016年8月。

37. 臺灣大學法律學院編輯，德國民法：總則編、債編、物權編（上），2016年10月。
38. 鄭玉波，民法債編總論，1983年1月。
39. 鄭冠宇，民法債編總論，2017年9月。
40. 劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，2011年12月。
41. 韓世遠，合同法總論，2018年6月。
42. 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，國立臺灣大學法學論叢，33卷1期，頁183-218，2004年1月。

二、外 文

1. Beale, Hugh, Fauvarque-Cosson, Benedicte, Rutgers, Jacobien & Vogenauer, Stefan (2019), CASES, MATERIALS AND TEXT ON CONTRACT LAW (3d ed.), Oxford: Hart.
2. Bollen, Carlos (2008), *Enforcement of the Duty to Carry on Negotiations: (Should It Be) a Possibility in Europe or Not?*, in Jan Smiths, Daniel Haas & Geerte Hesens eds., SPECIFIC PERFORMANCE IN CONTRACT LAW: NATIONAL AND OTHER PERSPECTIVES. (Oxford: Intersentia Antwerp).
3. Cartwright, John & Hesselink, Martijn eds. (2008), PRECONTRACTUAL LIABILITY IN EUROPEAN PRIVATE LAW, Cambridge: Cambridge University Press.
4. Cartwright, John & Whittaker, Simon eds. (2020), THE CODE NAPOLÉON REWRITTEN: FRENCH CIVIL LAW AFTER THE 2016 REFORMS, Oxford: Hart.
5. Chen-Wishart, Mindy (2015), CONTRACT LAW (5th ed.), Oxford: Oxford University Press.
6. Cohen, Nile (1995), *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in Jack Beatson & Daniel Freidman eds., GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW. (Oxford: Oxford University Press).
7. Hogg, Martin (2011), PROMISES AND CONTRACT LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES, Cambridge University Press.
8. Jansen, Nils & Zimmermann, Reinhard (2018), COMMENTARIES ON EUROPEAN

CONTRACT LAWS, Oxford: Oxford University Press.

9. Kötz, Hein & Flessner, Axel (1997), *EUROPEAN CONTRACT LAW*, Oxford: Clarendon Press.
10. Kozolchyk, Boris (2014), *COMPARATIVE COMMERCIAL CONTRACTS: LAW, CULTURE AND ECONOMIC DEVELOPMENT*, St. Paul, MN: West Academic Publishing.
11. Lando, Ole & Beale, Hugh eds. (2000), *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*, The Hague: Kluwer Law International.
12. Leible, Stefan & Lehmann, Matthias eds. (2014), *EUROPEAN CONTRACT LAW AND GERMAN LAW*, Netherland: Kluwer Law International.
13. MacQueen, Hector L. (1999), *Good Faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?* in Angelo D. M. Forte ed., *GOOD FAITH IN CONTRACT AND PROPERTY LAW*. (Oxford: Hart Publishing).
14. Markesinis, Basil, Unberath, Hannes & Johnston, Angus (2006), *THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATISE* (2d ed.), Oxford: Hart Publishing.
15. Pannebaker, Ekaterina (2016), *Pre-contractual Phase: Reflections on the Attractiveness of the New French Rules for the Parties to International Commercial Transactions*, in S. Stijns & S. Jansen eds., *THE FRENCH CONTRACT LAW REFORM: A SOURCE OF INSPIRATION?*. (Cambridge: Intersentia Ltd.).
16. Samuel, Geoffrey (2001), *LAW OF OBLIGATIONS AND LEGAL REMEDIES* (2d ed.), London: Cavendish Publishing Limited.
17. Sefton-Green, Ruth (2020), *Formation of Contract: Negotiation and the Process of Agreement*, in John Cartwright & Simon Whittaker eds., *THE CODE NAPOLÉON REWRITTEN: FRENCH CIVIL LAW AFTER THE 2016 REFORMS*. (Oxford: Hart).
18. van Erp, Sjeff (1998), *Pre-contractual Stage*, in Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carle Joustra & Edgar du Perron eds., *TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE*. (The Hague: Kluwer Law International).
19. Vogenauer, Stefan ed. (2015), *COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC)* (2d ed.), Oxford University Press.

元照出版提供 請勿公開散布

20. von Bar, Christian ed. (2010), PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) VOL. I, Oxford University Press.
21. Zimmermann, Reinhard (1996), THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION, Oxford: Clarendon.
22. Zuloaga, Isabel (2019), RELIANCE IN THE BREAKING-OFF OF CONTRACTUAL NEGOTIATIONS: TRUST AND EXPECTATION IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE, Cambridge: Intersentia Ltd.

The Liability of *Culpa in Contrahendo* and Its Remedies

Tsung-Fu Chen^{*}

Abstract

This paper is intended to explore and establish a clear liability system of *culpa in contrahendo* with its remedies through the analysis of a variety of court cases announced by the courts in Germany, France, England, the US, Netherlands, Japan, etc.

This paper points out that the foundation of *culpa in contrahendo* is based on the reliance theory. The cases handled by the courts in continental law countries are dealt with by English courts in the application of proprietary estoppel and promissory estoppel, with a similar result to the European courts.

It is argued that the cases concerning personal injury that raises the liability of *culpa in contrahendo* in German law should be regulated by the law of tort. Where a person has no intention to enter into a contract while undergoing negotiation, he/she shall be held liable under both *culpa in contrahendo* and the law of tort. In the case of breaking off negotiations, the defendant is liable for reliance damages in principle, with expectation damages in exceptional cases.

In the cases of mutual mistake (i.e., hidden discord) and those of

^{*} Chair Professor, National Taiwan University; Doctor of Juridical Science, New York University School of Law.

Received: January 31, 2021; accepted: October 2, 2021

contracts short of formative requirements, the defendant is liable for reliance damages. Nonetheless, the aggrieved party is entitled to claim specific performance or expectation damages where both parties of negotiation have reached an agreement on the essential contents of a contract, even if the formative requirements are lacking.

In terms of article 245-1 of the Taiwan Civil Code, some revisions should have been taken due to its limited scope of the application over the *culpa in contrahendo* cases. For instance, it is unconvincing for this article to make a distinction between the non-existence and invalidity of a contract, with the latter not subject to the application of this article. Further, it is also untenable for the defendant to escape from the liability merely because the claimant is at fault in believing the validity of a contract. It is suggested that such provisions should be revised to cover more cases of *culpa in contrahendo*.

Keywords: *Culpa in Contrahendo*, Reliance Principle, Estoppel, Reliance Interests, Personal Injury, Confidential Duty, Freedom of Contract, Breaking off Negotiations, Mutual Mistake, Formative Requirements