

風險承擔作為違約賠償歸責原則之基礎

陳聰富*

<摘要>

就債務不履行之損害賠償責任，歐陸法採過錯責任主義，普通法採嚴格責任主義，二個法系所採之歸責原則不同。就違約賠償的責任基礎，本文認為契約責任係以風險分配原則作為基礎，非如侵權責任以過錯為基礎。其次，本文就歐陸法及普通法具有共識的給付義務歸責原則進行討論，亦即在採嚴格責任的金錢之債與種類之債，以及採取過錯責任的勞務給付之債及特定物買賣之債，認為契約風險承擔，實為此等債務類型歸責原則的理論基礎。

再者，本文就歐陸法與普通法採取不同歸責原則的一般債務，論述過錯概念的實際功能。在歐陸法的過錯責任主義，債務人實際上非因其過錯而負違約責任，過錯概念僅作為債務人違約的免責事由。在普通法的嚴格責任主義，過錯作為契約挫敗之免責事由的基礎，與歐陸法具有類似性。就二個法系的實務運作而言，債務人最終承擔債務不履行之契約風險。

關鍵詞：歐陸法、普通法、歸責原則、嚴格責任、過錯責任、風險分配、過失推定原則、契約挫敗

* 國立臺灣大學講座教授。

E-mail: congfu@ms6.hinet.net

• 投稿日：03/09/2023；接受刊登日：12/27/2023。

• 責任校對：陳怡君、江昱麟、羅元廷。

• DOI:10.6199/NTULJ.202409_53(3).0003

◆目次◆

壹、序言

貳、歸責事由與歸責原則

- 一、歸責事由與歸責原則的意義
- 二、歐陸法與普通法的歸責原則
- 三、歸責原則的基礎：過咎或風險承擔

參、風險承擔：嚴格責任的立論基礎

- 一、金錢之債
- 二、種類之債
- 三、小結

肆、過咎（故意或過失）：過錯責任的立論基礎

- 一、勞務給付之債
- 二、特定物買賣之債
- 三、小結

伍、無過錯作為免責事由

- 一、普通法與歐陸法歸責原則之差異
- 二、過失的概念
- 三、歐陸法：過失推定原則
- 四、普通法：無過錯作為契約挫敗等免責事由之要件

陸、國際契約法文件

- 一、CISG 之解釋適用
- 二、PICC 之解釋適用
- 三、小結

柒、結語

壹、序言

我國學界對於過錯責任與嚴格責任進行比較法研究之主要著作為陳自強教授的二篇大作¹，奠立我國法學界進行違約歸責研究的基礎。本文藉此進一步研究，歐陸法（continental law）及英美普通法（common law），關於歸責原則法制的規範運作模式，藉以釐清二個法系在歸責原則法制上的異同，並探究契約風險分配法則如何作為歸責原則的立論基礎。

首先說明者為，關於歸責事由，我國法通說採取「過失責任」與「無過失責任」的區別方式。所謂過失責任，指債務人有故意或過失之行為所生之責任（民法第 220 條）；所謂無過失責任，指債務人於事變或不可抗力致無法履行契約時，仍應負責之情形。我國法所稱之「過失責任」，在各國法稱之為「過錯責任」（fault liability）；就「無過失責任」，各國法稱之為「嚴格責任」（strict liability）。因「過失責任」一語，無法涵蓋「故意行為」；又於英文文獻，過失為 negligence，過錯為 fault，無論英美學者或歐陸學者，均使用過錯責任（fault liability）之用語，以包含故意及過失行為。為求與各國學說一致，本文以下行文，將以「過錯責任」（即我國法之過失責任）與「嚴格責任」（即我國法之無過失責任）論述之。

眾所周知，歐陸法之違約歸責原則雖採過錯責任主義，但在實際運作上，與普通法之嚴格責任，並無重大差異²。以德國法為例，德國民法雖以債務人之過錯作為損害賠償之要件，然而就過錯責任採取舉證責任倒置的規定（第 281 條第 1 項），且就注意義務的標準採取客觀的標準，致使其過錯責任十分接近於嚴格責任³。反之，普通法雖採嚴格責任主義，但於勞務給付契約，

¹ 陳自強（2012a），〈契約過失責任與無過失責任之間：歸責事由之比較法觀察〉，氏著，《契約責任歸責事由之再構成：契約法之現代化 I》，頁 55-102，元照；陳自強（2012b），〈契約責任之歸責事由〉，氏著，《契約責任歸責事由之再構成：契約法之現代化 I》，頁 103-168，元照。

² 陳自強（2012a），前揭註 1，頁 100。

³ 詳細說明，參見後註 129、137 所附之本文說明。

卻採過錯責任⁴。二個法系原則上雖採取不同歸責原則，但均有調整之處。重要者為，歸責原則採過錯責任或嚴格責任之立論基礎何在？二個法系關於歸責原則的法律規範模式，有何異同？過錯的概念於普通法是否不具有任何功能？

本文首先說明歸責事由與歸責原則的意義，及歐陸法與普通法採取不同歸責原則的理論基礎。其次本文就歐陸法與普通法具有共識的義務類型，檢討其立論基礎。其中，就嚴格責任的金錢之債及種類之債，以及過錯責任的勞務給付之債及特定物買賣之債，說明風險承擔之危險分配法則，作為二個法系共通的歸責原則基礎，同時顯示債務人之義務內容，影響歸責原則之採行。

再次，就歐陸法與普通法採取不同歸責原則的其他義務內容（如給付無瑕疵之物），危險分配法則無法作為嚴格責任與過錯責任的共通理論基礎，因此應探究過錯的概念，在過錯責任主義與嚴格責任主義之法制下，扮演何等角色，以明瞭二者之差異。

本文比較研究的對象，歐陸法的法制國家，以德國法、法國法及我國法為代表。普通法的法制國家，則以英國法為代表。德國法、法國法及英國法為目前多數比較契約法研究的主要對象，本文採之。

本文指出，在過錯責任主義的法制（如德國法及我國法），於債務人債務不履行時，實務上法院並未探究債務人是否具有故意或過失，而是檢討債務人得否舉證「不可歸責」而免責。所謂不可歸責，限於由事變或不可抗力之事由所致的債務不履行。從而在過錯責任主義下，「故意或過失」實際上並未扮演「構成要件」的角色，至多僅作為債務人免責事由的檢討基礎而已。

在嚴格責任主義的法制（如英國法），債務人違約時，其違約責任固然不以其具有過錯為要件，但債務人得舉證契約挫敗或其他免責事由，以排除違約責任。而此等免責事由又以債務人無過失為要件，從而債務人無過失成為違約責任的免責要件。就此而論，歐陸法與普通法均將無過失作為免責要件，在法制規範上甚為類似。

⁴ 詳細說明，參見後註77-85所附之本文說明。

更重要者為，無論於歐陸法的過失推定原則，或普通法的嚴格責任免責事由，債務人欲舉證無過失（事變或不可抗力）而免責，或舉證契約挫敗而免責，均甚為困難，因此違約責任具有嚴格化的特徵。

究其實際，歐陸法與普通法的違約歸責法制，具有許多共同基本原則。申言之，二個法系關於相同歸責原則的債務類型（如種類之債、勞務給付之債），基本出發點均為契約責任的風險分配，以債務人所應承擔的風險範圍，作為歸責的基礎。就二個法系不同的債務類型（如物之品質給付義務），故意或過失的可歸責性，實際上並未扮演違約要件的角色，而僅作為免責事由的基礎而已。

貳、歸責事由與歸責原則

一、歸責事由與歸責原則的意義

我國民法第 225 條及第 230 條規定，因不可歸責於債務人之事由，致給付不能或未為給付者，債務人免給付義務或不負遲延責任。又民法第 226 條及第 227 條規定，因可歸責於債務人之事由，致給付不能或不完全給付者，債權人得請求損害賠償。是以，債務不履行之責任，以「可歸責於債務人之事由」為要件，此即「歸責事由」。

然何時具有可歸責於債務人之事由？有學者認為，可歸責事由，原則上指債務人主觀上有故意或過失之情形；於瑕疵擔保責任，基本上為無過失責任，因此不以存在可歸責事由作為前提⁵。此說係以債務人具有故意或過失，作為可歸責事由；至於無過失責任，則無須具有可歸責事由。惟通說認為，歸責事由指故意、過失及事變三者。因故意或過失而負責者，謂之過失責任；因事變而負責者，謂之無過失責任。至於事變，則包含通常事變及不可抗力

⁵ 姚志明（2014），《契約法總論》，2版，頁152-153，元照；姚志明（2003），《債務不履行之研究（一）：給付不能、給付遲延與拒絕給付》，頁23，元照。

之情事⁶。最高法院 83 年度台上字第 2273 號民事判決採此見解，謂：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任，民法第二百二十條第一項定有明文。故所謂不可歸責於債務人之事由，即指債務人無故意或過失之情形而言。……且依法律之特別規定或契約之特別訂定，債務人就事變亦應負責時，則事變亦為可歸責於債務人之事由。」

準此，債務人於具體個案，可能就其故意行為、過失行為、甚至無過失之普通事變或不可抗力，導致之債務不履行，負違約責任。換言之，於當事人約定或法律特別規定時（如第 606 條、第 634 條、第 231 條第 2 項），債務人雖無故意或過失，但就該事變或不可抗力，仍屬「可歸責」。職是，所謂可歸責（attributability），指債務人對債務不履行應負責任之謂。債務人可能因可歸咎（故意或過失）而負責，亦可能因承擔無過錯之風險而負責。因此所謂可歸責非指故意或過失，而所謂「歸責事由」，則包含故意、過失、普通事變及不可抗力⁷。

就此 4 項歸責事由中，違約債務人何時為可歸責而應負賠償責任，則應依當事人之契約約定或法律之規定決定之。依民法第 220 條第 1 項規定，除契約或法律有明文規定外，債務人就其故意或過失之行為，應負責任⁸。據此，我國法採過失責任主義作為歸責事由之原則，此即我國法債務不履行的「歸責原則」⁹。倘債務人於事變及不可抗力仍應負責時，即承擔嚴格責任，則屬過錯責任歸責原則之例外。

⁶ 鄭玉波（1983），《民法債編總論》，頁266，三民；孫森焱（2010），《民法債編總論（下冊）》，頁482、485，自刊；黃茂榮（2002），《債法總論（二）》，頁190-191，植根；相關學說整理，參見：陳自強（2012a），前揭註1，頁58、63-64。

⁷ JAN M. SMITS, CONTRACT LAW: A COMPARATIVE INTRODUCTION 211 (2014); 陳自強（2012b），前揭註1，頁107；陳教授特別強調：「可歸責不等於故意過失」；參見：陳自強（2012b），前揭註1，第160頁。同說參見：林誠二（1991），〈債務不履行歸責事由之檢討〉，氏著，《民法理論與問題研究》，頁390，瑞興圖書。

⁸ 民法第220條第1項規定之性質，通說認為係屬歸責事由的規定。但陳自強教授認為，本條源於瑞士法，應屬損害賠償責任之規定。參見：陳自強（2012a），前揭註1，頁76-77、81。

⁹ 邱聰智（著）、姚志明（修訂）（2014），《新訂民法債編通則（下）》，新訂二

在歐陸法，基本上採取的歸責原則即為過錯責任。至於債務人依契約約定或法律規定，應就通常事變或不可抗力負責者，則屬過錯責任原則之例外。反之，普通法就違約賠償以嚴格責任作為歸責原則，債務人縱無故意或過失而違約，仍應負賠償責任。然而，普通法的嚴格責任，主要針對物之買賣契約及工作物建造契約等，對於勞務給付契約（contract for services），如醫師、律師、會計師或從事維修之技師等，並非負擔保責任，而僅就其合理注意與技術負責，因此僅於過錯時負違約責任，此即嚴格責任原則之例外¹⁰。

二、歐陸法與普通法的歸責原則

（一）不同的歸責原則

德國法為歐陸法中，就債務不履行之損害賠償責任，採過錯責任原則之代表¹¹。過錯責任作為違約賠償之要件，乃因德國法將契約法作為債法之一部分，因此將侵權行為法之一般要件（過失），適用於契約法之違約責任¹²。類似見解，於法國法亦同。法國學界認為，契約責任與侵權責任均屬廣泛債法的一部分，二者相對欠缺清楚的界線。法國法的契約概念與履行的概念結合，違約被認為係屬可歸咎與不忠誠之行為¹³。法國民法於 2016 年修訂時，對總統提出的報告指出：「契約責任之改革，不可與契約外的責任（即侵權責任）相分離。基本上，此二者的責任形式屬於相同性質的機制，為一般所接受之見解。此項相同的性質，指某個行為引起責任、損害及二者間的因果關係。¹⁴」可資參照。

版，頁19，承法數位文化；楊芳賢（2017），《民法債編總論（下）》，頁54，三民；劉春堂（2012），《民法債編通則（一）：契約法總論》，頁305，三民。

¹⁰ P. D. V. MARSH, *COMPARATIVE CONTRACT LAW: ENGLAND, FRANCE, GERMANY* 140 (1994); 陳自強（2012a），前揭註1，頁87。

¹¹ 相同立法，參見：瑞士民法第97條第1項、荷蘭民法第6：74-76條。

¹² G. H. TREITEL, *REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ACCOUNT* 8 (1988).

¹³ SOLÈNE ROWAN, *THE NEW FRENCH LAW OF CONTRACT* 227 (2022).

¹⁴ 'Report to the President' (n 15) 17. Cited in *Id.* at 224.

在英國普通法，契約責任乃屬嚴格責任，無論債務人對於違約是否具有過錯，均應負損害賠償責任。英國普通法採取嚴格責任之理由，眾多歐陸法學者認為，係因英國法認為「契約視為一項擔保」¹⁵、「契約為擔保之承諾」¹⁶、「作成允諾之債務人，承擔履行其允諾之擔保」¹⁷、「任何契約包含擔保」，擔保與違約責任融合為一，成就了嚴格責任¹⁸。英國法學者亦認為，「契約類似於擔保」，違約即應負賠償責任¹⁹。既然債務人擔保契約承諾之結果，因此債務人對於給付障礙是否可歸咎，並不重要；重要的是，給付障礙是否在擔保範圍之內²⁰。

普通法就違約歸責原則採嚴格責任之另一理由在於：契約當事人對於無法預見的意外事故，應能以契約明示約定條款予以應付；如當事人自願承擔絕對且無條件之義務，即不得以不利事件之發生，作為抗辯理由²¹。例如，在 *Paradine v Jane* 乙案，原告出租土地於被告，但該地因英國內戰而被敵軍佔領達三年之久。於敵軍撤退後，原告請求被告給付三年租金；被告抗辯其喪失土地占有，無法使用土地而獲利。此項抗辯，意謂著被告拒付租金，並

¹⁵ 原文為：“regarding any contract as a guarantee”。SMITS, *supra* note 7, at 214. 英文之「guarantee」，原意為「保證」，但我國法將出賣人就瑕疵給付負擔之無過失責任，統稱為「擔保」責任；且「保證」一詞，易與保證契約相混，因此本文翻譯為「擔保」，以符合我國法之用語習慣。惟於債務人擔保契約結果發生時，實際上即為「保證」結果發生之意。當然，英國法另有warranty，我國學界稱之為「擔保」，實際上warranty係指契約條款中，較為不重要的條款，如當事人之送達地址等，與我國法習慣上所稱之「擔保」責任，尚有不同。

¹⁶ 原文為：“contract as a guaranteed promise”。HEIN KÖTZ, *EUROPEAN CONTRACT LAW* 252 (2d ed. 2017).

¹⁷ Hein Kötz, *Comparative Contract Law*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW* 929 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2d ed. 2019)

¹⁸ 原文為：“every contract as containing a guarantee”。KONRAD ZWIEGERT & HEIN KÖTZ, *AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW* 503 (Tony Weir trans., 3d ed. 2011) (1969).

¹⁹ 原文為：“A contract is similar to a guarantee.”。PETER MAZZACANO, *EXEMPTIONS FOR THE NON-PERFORMANCE OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS IN CISG ARTICLE 79: THE QUEST FOR UNIFORMITY IN INTERNATIONAL SALES LAW* 94 (2014).

²⁰ ZWIEGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 512.

²¹ MICHAEL FURMSTON, *CHESHIRE, FIFOOT, & FURMSTON'S LAW OF CONTRACT* 711-12 (17th ed. 2017).

無過錯。法院則認為，如被告欲排除意外事故之責任，應於契約中訂定之。倘於契約未就外國入侵之損失風險分配予以約定時，損害應停留在原地。本件契約既未就違約之免責事由另行約定，被告應履行其承租人之義務，即支付租金²²。

Paradine v Jane 乙案乃奠立普通法上契約絕對責任之經典判決，其宣示：「自明之理如下：關於違約之損害賠償請求權，一般而言，被告為何無法履行其債務，並非重要；確定者為，債務人主張其已盡力而為，不得作為有效之抗辯。²³」又於 *Nicolene Ltd v Simmonds* (1953) 乙案，法院判決：「出賣人無法履行契約，是否因其不在意、故意疏忽或只是出於不幸，均非重要。（無法履行的）原因為何，並不重要。重要的是履行的事實。他到底履行了沒有？²⁴」就此而論，只要債務人違約不履行債務，即應負賠償責任，無論其是否有故意或過失，均無不同，此即嚴格責任。

應再說明者為，所謂過錯責任，依德國法及我國法規定，指債務人因故意或過失致債務不履行時，負賠償責任。所謂嚴格責任，在英國法，指債務人違約時，縱無過錯，仍應負責。但債務不履行構成契約挫敗者（如不可歸責於雙方之給付不能），債務人得主張免責。在法國法，結果債務採嚴格責任，債務人就債務不履行縱無過錯，亦應負責，但債務人得證明係因不可抗力之外在原因所致，而免除責任。換言之，在嚴格責任，無論英國法或法國法，債務人仍得主張不可抗力作為免責事由，因此非屬絕對責任。然而，在德國法及我國法，於契約約定或法律明文規定，債務人應就事變或不可抗力

²² *Paradine v. Jane* [1647] 82 Eng. Rep. 897 (KB). See MAZZACANO, *supra* note 19, at 72.

²³ 原文為：「It is axiomatic that, in relation to a claim for damages for breach of contract, it is, in general, immaterial why the defendant failed to fulfil his obligation, and certainly no defence to plead that he had done his best.” See *Raineri v. Miles* [1981] AC 1050 (HL) 1086.

²⁴ 原文為：「It does not matter whether the failure to fulfil the contract by the seller is because he is indifferent or willfully negligent or just unfortunate. It does not matter what the reason is. What matters is the fact of performance. Has he performed or not?」。SMITS, *supra* note 7, at 214.

而負責時，一般學說稱之為事變責任或不可抗力責任，屬於嚴格責任之一種。究其實際，實屬「絕對責任」矣。

（二）歸責原則的理論爭議

關於違約責任之歸責原則，究應採取過錯責任或嚴格責任，何者較佳，學說莫衷一是。

採取過錯責任原則之理由，主要是仿照侵權行為法以過錯作為構成要件的理論而來。既然侵權責任之構成要件分為構成要件該當性、違法性及有責性，其有責性即過錯之要件，於契約責任亦同。再者，眾多德國學者認為，基於過錯責任，債務人就其無法控制的歸責事由無須負賠償責任，足以保障債務人之活動自由，債務人得於違約與不違約之間，享有行動自由。亦即盡到交易上必要注意者，無須擔心負賠償責任，因此過錯責任在倫理上優於嚴格責任²⁵。

其次，有認為，當事人承諾履行一定債務時，通常意味著無條件履行契約。從而，無論債務人是否具有過錯，債權人均得請求強制履行（參看我國民法第 199 條）。但於債務不履行時，當事人並未表示願意或不願意承擔損害賠償責任，因此不得推定債務人具有承擔嚴格責任之意思。倘採行嚴格責任，可能課與債務人過重之責任，因此在當事人間未特別約定時，採取與侵權責任相同之立場，以債務人具有過錯時，始負賠償責任，較為合理²⁶。

²⁵ 提出此說之德國學者，包括Karl Larenz, Canaris, Erwin Deutsch, Stephan Loren等，參見：Stefan Grundmann, *The Fault Principle as the Chameleon of Contract Law: A Market Function Approach*, in *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* 43 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010)；迪特爾·梅迪庫斯（著），杜景林、盧謨（譯）（2004），《德國債法總論》，頁23，法律。我國王伯琦教授亦謂：「債務不履行之責任與侵權責任，原則上同以故意或過失為要件。」王伯琦（1962），《民法債篇總論》，頁152，正中書局。

²⁶ See MARTIN HOGG, *PROMISES AND CONTRACT LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES* 376 (2011). 反對者認為，嚴格責任可以促進契約嚴守原則，使當事人之合意獲得支持，某種程度維護了契約自由。Karl Riesenhuber, *Damages for non-performance and the Fault Principle*, 4 ERCL 119, 145 (2008).

然而，契約責任與侵權責任不同，契約關係乃基於雙方當事人之意思自由而來，當事人得以決定其契約內容及其願受拘束之義務標準，此即契約自由原則。是以，債務人究應承擔何種責任，應探討當事人之意思決之。當事人於締約時的意思，始為決定其承擔義務範圍的關鍵因素²⁷。如當事人之意思，在於無論如何均承諾完成特定結果者，則債務人一有違約，即應負賠償責任。反之，如當事人之意思，在於為債權人之利益，盡其技術及注意能力者，則債務人僅承擔勤勉努力之義務，必須欠缺此等注意與技術，始負責任。因此當事人允諾承擔之內容，決定法律上應採嚴格責任或過錯責任。就當事人之意思而言，除非當事人特別約定，否則當事人通常係允諾無條件履行債務，則於其違約時，亦應負無過失的嚴格責任。從而過錯責任可能面臨債務人願意無條件履行債務時，何以違約時僅負過錯責任之困難²⁸。

據此，就違約責任採嚴格責任者認為，契約之功能在於分配風險。基於意思自主原則，嚴格責任尊重當事人，關於某特定事件發生或不發生之危險，所作成的危險分配。倘債務人允諾，其將完成某特定事物，而該允諾之特定事物其後未完成時，債務人即屬有過錯而應就其後果負責。亦即，在當事人訂立契約時，除就第一次給付義務達成合意外，並就第二次給付義務達成合意，亦即債務不履行之損害賠償義務，於債務人縱無過錯而違約，仍負賠償責任²⁹。

²⁷ Grundmann, *supra* note 25, at 44. 關於以當事人之意思為基礎，而採嚴格責任之見解，反對說認為，契約當事人相互間的意思並非確實明確，而有待於意思表示的解釋。當事人的意思也有可能認為，應以過錯的標準判斷債務之履行。於此情形，過錯責任成為契約意圖之推定意思，過錯責任即符合當事人之意思。See George M. Cohen, *How Fault Shapes Contract Law*, in *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* 54-56 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010).

²⁸ HOGG, *supra* note 26, at 378.

²⁹ See STEPHEN A. SMITH, *CONTRACT THEORY* 379-81 (2004). Stephen Smith反對此等說法，認為違約採取嚴格責任僅屬迷思，實際上當事人同時同意第一次給付義務及第二次給付義務，係基於債務人就第二次給付義務，屬金錢賠償之債，如不履行，即有過錯，因此違約責任具有過錯之性質，如此方得說明違約係屬不法行為之性質。Id. at 384-86.

再者，就維護契約利益而言，違約責任之結果為損害賠償，損害賠償在於維持或回復債權人基於契約締結所期待獲得之利益（即履行利益）。債權人於締約時之期待，在於債務人履行債務，以實現其契約上利益。如債務人未履行債務時，應以損害賠償之方式，維持債權人於契約上應得之利益。基於當事人締約之期待，採取嚴格責任，於債務人違約時，即負賠償責任，適足以維持或回復債權人締約時的期待。申言之，無論債務人合法履約或不法違約，均足以將所有生產符合契約商品或不符合契約商品之成本，反映於商品價格之上。買受人倘非獲得其所期待之商品，即得請求全部損害賠償，無須額外附加任何責任要件（如過失）³⁰。

反面言之，如採過錯責任，債務人按時完成履約時，債權人固然獲得契約上期待之利益。如債務人未履行契約時，除違約事實本身外，必須債務人額外具有過錯事由，債權人始得請求賠償損害，而回復其原本期待之契約上利益。易言之，就嚴格責任而言，債務人是否違約，對債權人契約上之期待利益，並無影響；反之，於過錯責任，債務人是否違約，影響債權人期待利益之實現。因此，嚴格責任足以降低違約對當事人利益之影響程度，而具有優越性³¹。就現代商品交易行為而言，交易行為多數標準化，必須快速容易完成，因此就「契約」之現實社會狀況，當事人通常非僅承諾盡其所能，以完成企圖實現之結果，而是擔保其結果實際發生。

職是，德國法學者認為，普通法之嚴格責任原則，應為較佳的法律政策選擇³²。法國法學者亦認為，違約損害賠償之功能，在於藉由賠償與允諾之義務相當之金錢數額，而使受害人獲得與履行結果相同的狀態。因此契約責任應排除與侵權責任相同之「過錯概念」³³。

³⁰ Grundmann, *supra* note 25, at 44-45.

³¹ Grundmann, *supra* note 25, at 45.

³² ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 513.

³³ See ROWAN, *supra* note 13, at 228.

最後，就契約成本管控而言，貨物或勞務提供者，乃最佳影響及評估給付品質之人，因此應承擔所有符合品質給付之成本。無須任何第三人（如法官）進行此項成本之評估，因此嚴格責任具有優勢³⁴。

按契約責任與侵權責任不同。侵權責任乃規範陌生人間的法律關係，其責任課與必須同時兼顧被害人的權益保障，與加害人（一般人）的活動自由，避免過度限制一般人的活動自由，因此在法律政策上必須劃定一定的界線，避免一般人動輒得咎。基於法益所有人自行承擔損害之原則，必須有特殊理由，被害人的損害始得轉嫁由加害人負擔。此項特殊理由，基於道德觀念，即須加害人具有故意或過失而為加害行為時，被害人始得行使損害賠償請求權，此即過失責任主義。

然而，契約責任規範者為契約當事人，當事人間之義務乃基於當事人之約定而來，並非如侵權責任由國家法所設定。契約義務，乃當事人間風險分配約定之結果。基於意思自主理論，雙方約定之義務，當事人即應依約履行，乃實踐當事人意思之方式，並無危害一方當事人活動自由之問題，而無須與侵權責任相同，採取過失責任主義，以適度限制違約責任成立之必要³⁵。因此，歐陸法以過錯責任主義，作為保護契約當事人活動自由之見解，與契約責任作為當事人間自由地進行風險分配的約定性質，未必相符。

再者，在契約責任，於債務人拒絕履約時，債權人主張履行請求權時，並未以債務人具有過錯為要件（民法第 199 條），何以債權人主張損害賠償請求權時，除債務人不履行外，另外以可歸責於債務人為要件？如前所述，就維護債權人之契約利益而言，無論債務人履約或不履約，債權人應受到相同之保護，而不應就損害賠償請求權附加額外要件。就此而論，嚴格責任之立論基礎略勝一籌。

³⁴ Grundmann, *supra* note 25, at 45.

³⁵ 陳自強教授謂：「契約責任與侵權責任之構造截然不同，不須建立相同之歸責原則。……侵權行為法之歸責原則取決於立法政策考量，契約責任則為契約風險分配之問題。」陳自強（2012b），前揭註1，頁159-160。

綜上而論，過錯責任作為違約責任之基礎，未必妥當。基於意思自主原則、維護債權人之契約利益，及契約成本管控能力，嚴格責任與契約責任之性質較為符合。惟無論理論上過錯責任或嚴格責任何者具有優越性，法律上採取嚴格責任或過錯責任作為「任意規定」(default rule)，係屬立法政策選擇之問題³⁶。就其實質內容而言，無論過錯責任或嚴格責任，均基於契約的風險分配而來。過錯責任主義，實際上並非將債務人的過錯作為違約賠償的「要件」，而僅作為債務人之免責事由而已。過錯概念，在嚴格責任主義法制下，亦作為免責事由予以斟酌之因素。以下論述之。

三、歸責原則的基礎：過咎或風險承擔

歐陸法採過錯責任，債務人未履行債務與債務人是否可歸責，係屬二事。債務人應負賠償責任，必須是因其故意或過失所致，亦即債務人具有可歸咎(blame)之處，在道德上可予非難，始負違約賠償責任³⁷。反之，普通法認為，過錯的要件，於判斷債務人是否違約時一併處理，而非屬違約救濟的另一要件。只須債務人未履行債務，債權人即得請求違約賠償。至於債務人違約之原因為何，並非重要，債務人不得以其業已盡力履約而免責³⁸。縱使於普通法採過錯責任之案例(如單純勞務給付之債)，債務人已盡注意義務而無須負責，並非因債務人違約而免責，而係因債務人「並未違約」，蓋債務人業已履行其所有契約上義務³⁹。因此，過錯因素與違約一起合併判斷，而無須針對是否具有過錯，進行另一項要件判斷。

普通法雖採嚴格責任，但有學者認為，違約責任之成立，並非僅為「契約之成立」與「違約事實」，並須加上債務人「欠缺免責事由」之要件。當

³⁶ HOGG, *supra* note 26, at 377.

³⁷ KÖTZ, *supra* note 16, at 244.

³⁸ TREITEL, *supra* note 12, at 7-8. 因此，法國學者認為：「傳統普通法就違約責任，欠缺過錯概念的原因在於，過錯概念在實質上併入『契約』之意義中。……過錯扮演的角色併入於義務概念之中。」See Barry Nicholas, *Fault and Breach of Contract*, in GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW 345 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1997).

³⁹ KÖTZ, *supra* note 16, at 252.

事人作成承諾時，即允諾採取一定行為，其嗣後未履行，在道德上及法律上即屬可非難。是以，債務人未履行債務，即有「過錯」，而構成違約責任。違反義務（違約），隱含著債務人有過錯，從而嚴格責任，具有過錯因素⁴⁰。再者，自損害賠償之種類，究屬履行利益或信賴利益，以及損害賠償範圍，考量可預見性理論、減損法則（mitigation）及確定性理論等，可知違約損害賠償具有過錯之因素。以履行利益或信賴利益為例，當法院認為債務人之違約屬投機行為、或債務人就減少損害具有較佳地位時，法院即判決其應負履行利益之賠償，以剝奪其因違反當事人合意而不當獲取之利益。反之，倘債務人無投機行為，其違約僅為避免無預期之損害，而未獲取不當利益時，法院通常判決信賴利益賠償。足見損害賠償之種類，與債務人是否具有過錯相關⁴¹。

惟按，損害賠償之種類及損害賠償範圍均屬責任範圍之問題，屬於違約責任成立後應予考量之另一層次議題。就違約責任成立之歸責原則而言，如採過錯責任，則於違約並無故意或過失時，法院應判決債務人無須負賠償責任，而非賠償信賴利益⁴²。因此上述學說，尚與違約歸責原則無涉。

著名契約法學家 Treitel 教授指出，出賣人因收成不佳、政府行為或供應商之緣由而無法給付，應負違約責任，並非因出賣人具有能履行（如支出更高價格取得貨物），而不履行之過錯，乃因出賣人承擔無法給付之危險，與過錯無關⁴³。德國比較契約法學家 Hein Kötz 教授指出：在英國法，債務人應就其契約承諾之義務負嚴格責任之理由在於：「經由適當解釋契約，以確定債務人承擔何種特定風險，或未承擔何種特定風險。」在契約條款無特

⁴⁰ Melvin Aron Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, in *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* 95-96 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010)

⁴¹ Cohen, *supra* note 27, at 61-63.

⁴² Eric A. Posner, *Fault in Contract Law*, in *FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW* 81 (Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010)

⁴³ *Lewis Emanuel Ltd. v. Sammut* [1959] 2 Lloyd's Rep. 629 (QB) 642. Cited in Treitel, *supra* note 12, at 19.

別約定時，出賣人不得主張以下理由而免責：無船舶可供運送買賣標的物至目的地，或因供應商之緣故而無法交付標的物⁴⁴。

如前所述，在 *Paradine v Jane* 乙案，承租人雖因戰爭而無法使用承租之土地，但法院仍判決：承租人既享有可能獲取利益之機會，即須承擔可能導致損失之危險⁴⁵。亦即，被告應承擔所有使用土地之獲利或損失的風險，構成被告應負嚴格責任之理由。

本文認為，就嚴格責任之立論基礎，契約風險分配說較為可採。於債務人應為通常事變或不可抗力負責時，並非因債務人就違約事實具有任何可予歸咎之處，實因法律上或契約解釋上，認為債務人就該違約發生之風險應予承擔之故。亦即嚴格責任，並非基於過錯、歸咎之理由，而係基於契約風險分配而來。蓋因不可歸責於雙方當事人之事由致生給付障礙者，此項事由即屬契約上之風險（如事變或不可抗力），如由債務人負擔，即係由債務人承擔契約上風險。

舉例言之，於債務人給付不能時，民法第 226 條之賠償責任以可歸責作為要件，依民法第 220 條規定，原則上債務人就其故意或過失之行為負責，此即過錯責任主義，因債務人對給付不能具有可歸咎之處而負責；債務人如無過錯，即無須承擔給付不能之賠償責任。惟於債務人遲延中，因不可抗力致生給付不能（如標的物因地震而滅失）時，如依民法第 225 條第 1 項規定，債務人得免除給付義務，而無須承擔此項給付不能之風險。惟於債務人遲延給付中，債權人無法按時受領給付時，不應讓債務人因此而免責，因此民法第 231 條第 2 項規定，債務人仍須負責。此時因不可抗力所生之給付不能，債務人仍屬可歸責，債權人得依民法第 226 條規定請求損害賠償，而由債務人承擔契約上履行障礙之風險。

綜上所述，**在過錯責任，乃基於債務人之過咎（故意或過失）而負責；在嚴格責任，乃基於契約風險承擔而負責。不同歸責原則，採取不同立場。「可歸責」指債務人有應予歸咎之事由（過錯），或債務人雖無過錯，但應**

⁴⁴ KÖRZ, *supra* note 16, at 253.

⁴⁵ *Paradine v. Jane* [1647] 82 Eng. Rep. 897 (KB)；參見前揭註22所附之本文說明。

承擔債務不履行之風險⁴⁶。在過錯責任，「可歸責」指債務人有故意或過失；在嚴格責任，「可歸責」指債務人於發生事變或不可抗力時，仍應承擔契約無法完成履行之風險。據此，在歸責原則採過錯責任主義下，於債務人具有故意或過失而負責時，固以其道德上具有過咎而負責；於契約約定或法律規定，債務人應就普通事變或不可抗力負責時，違約債務人之責任承擔，非源自於其過咎行為，而是來自於契約風險分配之危險承擔，而負嚴格責任。

應檢討者，歐陸法採過錯責任，以債務人之過咎作為歸責基礎；英美法採嚴格責任，以風險承擔作為歸責基礎，二個法系採取不同歸責原則，在具體案例上，具有何等差異？本文以下先就二個法系具有共識的債務態樣進行說明。此等具有共識的義務態樣包括採取嚴格責任的金錢之債及種類之債，以及採取過錯責任的勞務給付之債及特定物買賣之債。其次，本文再就二個法系未具共識的其他債務類型（如物之品質給付義務），檢討過錯概念所扮演的角色，以探究過錯責任與嚴格責任的異同。

參、風險承擔：嚴格責任的立論基礎

普通法與歐陸法對於違約賠償責任，採行不同的歸責原則，前者採嚴格責任，後者採過錯責任。然而，對於金錢之債及種類之債，二者均採無過失責任（嚴格責任），具有高度共識，理由何在，值得檢討。

一、金錢之債

金錢之債，無論於普通法或歐陸法，被認為係屬債務人應負嚴格責任的最經典案例類型，債務人不得以欠缺資力作為免責事由。在英國法，其法律上理由為：**金錢給付，不構成給付不能，蓋如債務人準備支付足夠利息，均能取得資金。**從而，債務人縱使因巨大損失而結束營業，以致於無資力，仍

⁴⁶ 黃茂榮，前揭註6，頁190；姚志明，前揭註5，頁154；KÖTZ, *supra* note 16, at 244; SMITS, *supra* note 7, at 211.

不得免責⁴⁷。又於銀行無法償付存款、貸款失敗、買受人國家之外匯管制法令致出賣人無法付款、或欠缺約定之貨幣等，買受人雖完全無過錯，仍不得免責⁴⁸。當事人應確保，其有足夠財力足以履行契約，以支付價金、租金或報酬等。

在德國法，《德國債法現代化》立法草案，曾提及依據「債務性質」，作為違約責任加重之原因，但為避免誤解，最終刪除之⁴⁹，其所指稱者，即為「金錢債務」，依其性質，債務人應就自己之金錢支付能力，無限制地負擔擔保責任，縱無過錯或因天災致無法給付金錢，仍無法免責。德國學者之名言為：於履行債務時，「人必須有錢」⁵⁰。

德國法更認為，不僅於金錢債務，適用嚴格責任，於債務人因財力不足所生之其他給付障礙，亦同。因此，債務人於其他類型之債務，因財力欠缺或無法取得貸款而未履行債務者，無論有無故意或過失，均應負賠償責任。簡言之，債務人於訂立契約時，應擔保其具有財務來源以完成契約上義務。出賣人因資力不足無法適時自第三人取得買賣標的物，或承攬人因資力不足而無法取得建築材料或工作所需機器等，致無法交付貨物或提供勞務者，均應負損害賠償責任。債務人之無資力，不得作為免責事由，無論債務人是否有過錯，在所不論⁵¹。

⁴⁷ TREITEL, *supra* note 12, at 13-14.

⁴⁸ EDWIN PEEL, TREITEL ON THE LAW OF CONTRACT 935 (14th ed. 2015). 德國學者則認為，因政府外匯管制而無法支付者，債務人不負擔保責任。參見陳自強（2012b），前揭註1，頁124。

⁴⁹ 杜景林（2011），《德國債法總則新論》，頁161-162，法律。

⁵⁰ 此為Medicus教授於1988年的文章篇名，原文為：“Geld muss man haben.” See BASIL S MARKESINIS, HANNES UNBERATH & ANGUS JOHNSTON, THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATISE 448 (2d ed. 2006); Gareth H. Jones & Peter Schlechtriem, *Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance)*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW VOL. VII: CONTRACTS IN GENERAL 206 (Arthur von Mehren ed., 1976); 杜景林，前揭註49，頁164。

⁵¹ KÖTZ, *supra* note 16, at 245; MARKESINIS ET AL., *supra* note 50, at 449.

我國通說亦認為，在金錢之債，債務人應負無過失責任。其理由，通說認為，係因金錢債務無給付不能之觀念，縱有不可抗力等危險，亦應負責⁵²。此外，金錢之債於給付遲延時，債務人亦負無過失責任。其法理基礎為，金錢之債係屬種類之債，且依強制執行法之規定，債務人應以其責任財產對債務之履行負擔保責任，債務人應對其支付能力無條件負責，因此債務人於金錢之債應負無過失責任。惟債務人承擔之風險範圍，限於無支付能力本身。如債務人有支付能力，但因突然生病或因政府外匯管制而無法支付者，債務人不負擔保責任⁵³。

再者，我國學說承襲德國法之見解，認為基於債務人對其支付能力無條件負責之原則，於債務人就種類之債，因欠缺資金致無法取得標的物履行契約時，無論其資金欠缺是否有故意或過失，仍不得免給付義務，而應負無過失的擔保責任，此即基於契約風險承擔之法理⁵⁴。

綜合言之，在金錢之債，因無給付不能之觀念，就金錢之債的履行障礙，債務人應負嚴格責任，且此項無過失責任，擴大及於因資力不足所生之其他債務類型，而由債務人承擔金錢給付障礙之風險。

二、種類之債

出賣人就種類之債的給付義務負嚴格責任，亦為普通法及歐陸法之共識。種類之物的出賣人，無法給付標的物，縱因其完全無法控制之事由所致，仍應負賠償責任。

⁵² 黃茂榮，前揭註6，頁191；劉春堂，前揭註9，頁334；最高法院20年度上字第233號民事判例：「金錢債務不容有不能之觀念，即有不可抗力等危險，亦應由其負責，決不能藉口損失及人欠未收以冀減免責任。」最高法院22年度上字第3180號民事判例：「民法上所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，買受人無支付價金之資力，按諸社會觀念，不得謂為給付不能。」。

⁵³ 陳自強（2012b），前揭註1，頁124。

⁵⁴ 陳自強（2012b），前揭註1，頁132；王千維（2016），《種類之債與給付不能》，頁17-18，新學林。

(一) 普通法

就種類之債 (generic goods)，普通法的一般原則為，種類之物的出賣人無法履行債務時，其無法獲取契約標的物縱無過失，仍應負責。蓋此時，**出賣人並非不得取得相同之物，予以給付，因此不構成主觀給付不能**⁵⁵。因此出賣人無法預期地因供應商之緣故、農作物收成不佳、政府徵收貨物或政府出口禁令，而無法提出給付者，仍應負賠償責任。縱使當事人於契約約定，排除嚴格責任，法院仍可能基於契約之解釋，而課與嚴格責任。例如，出賣人於出賣中國冷凍兔子的契約中約定，於特定事故 (如火災或水災)，或「其他任何超越其所能控制的原因」時，不負責任。於中國供應商未提供貨物，致債務人無法履行給付時，法院認為，除非債務人證明無法自其他來源獲取貨物，否則仍負賠償責任⁵⁶。

至於出賣人就種類之債負嚴格責任之理由，Treitel 教授認為係因出賣人承擔無法給付之風險，而與其是否具有過錯無涉，此由英國法上二類關於出賣人無法履行交付義務之案件可以得知。其一為，出賣人因期待之供應來源短缺而無法給付標的物。例如，出賣之穀物因凍霜、乾旱或病蟲害而全部或一部無法給付；供應之牛奶，因乳牛生病而品質不良，無法供貨；出賣人之供貨因外國戰爭或其他情事禁運而中斷等。在此等案例，法院考量者為：雙方之契約是否明示或默示約定貨物供應之來源？如無此等約定，供貨來源是否為雙方當事人的共同想像 (contemplation) ？

據此而論，如契約中對於供貨來源業已約定，或供貨來源為當事人雙方的共同想像者，則此等貨物非屬純粹的種類之債，於出賣人無法供貨非因其過錯所致者，即得免責。反之，如當事人雙方並無此等默示合意，則出賣人應予負責，無論是否具有其他供貨來源，或要求出賣人求諸於其他供貨來源，是否合理，在所不問。易言之，於買賣契約係屬種類之債，且僅出賣人單方

⁵⁵ TREITEL, *supra* note 12, at 16. See also PAUL S. DAVIES, JC SMITH'S THE LAW OF CONTRACT 363 (3d ed. 2021).

⁵⁶ P. J. van der Zijden Wildhandel v. Tucker & Cross Ltd. [1975] 2 Lloyd's Rep. 240 (QB). Cited in TREITEL, *supra* note 12, at 16.

想像供貨來源，而供貨來源不存在時，出賣人即應負賠償責任。倘出賣人未想像其供貨來源，單純因市場因素或其他供貨來源短缺，而無法給付時，出賣人應負責任，更不待言⁵⁷。

其二為，貨物雖可供應，但依契約約定而構成給付不能。例如，在 *Lewis Emanuel Ltd v Sammut* 乙案，契約雙方約定買賣之馬鈴薯應自馬爾他 (Malta) 運送，期間為 4 月 14 日至 24 日。在此期間，馬爾他無船舶可供運送貨物。法院判決，出賣人應負賠償責任。其理由非因出賣人在理論上可以僱用其他船舶履行契約而不為之，從而未盡適當之努力而可歸責，而是在於出賣人承擔超越其所能控制的事件風險：「島上的出賣人於承諾締結契約時，應確認船舶運送係屬可行。⁵⁸」蓋出賣人得於契約上特別約定無法運送，作為責任排除條款，否則出賣人即應負嚴格責任。

據此，**出賣人危險承擔之範圍，決定出賣人之責任**。在馬爾他馬鈴薯買賣案，如出賣人無法給付之原因，非因無船舶得以運送，而係因馬爾他港口遭逢地震而毀損。此時，出賣人僅承擔無船舶之風險，但不承擔無港口之風險。從而，出賣人之契約責任，並非絕對責任，而為嚴格責任。出賣人之責任雖非取決於其是否具有過錯，但仍有給付不能或其他契約挫敗法則的適用⁵⁹。

Mindy 教授亦認為，就特定物之債，貨物買賣法 (Sale of Goods Act 1979) 第 7 條規定：「於出售特定貨物之契約，嗣後該貨物於危險移轉於買受人前滅失，而出賣人或買受人無過錯者，系爭契約因而解消。」反之，**在種類之債，貨物之供給來源通常係屬提供者承擔之危險**，縱使須支付較高成本或存有不便，因其必然得以尋求其他替代來源，故出賣人之供貨來源無法供貨時，並無契約挫敗法則之適用。必須供貨來源為雙方當事人所共同企圖獲取之來源，而此項來源無法供貨，且雙方均無過錯時，始得適用契約挫敗法則⁶⁰。

⁵⁷ TREITEL, *supra* note 12, at 17-18.

⁵⁸ *Lewis Emanuel Ltd. v. Sammut* [1959] 2 Lloyd's Rep. 629 (QB) 642. Cited in TREITEL, *supra* note 12, at 19.

⁵⁹ TREITEL, *supra* note 12, at 20.

⁶⁰ MINDY CHEN-WISHART, *CONTRACT LAW* 296-97 (5th ed. 2015).

換言之，在雙方明示或默示特定供貨來源時，此時成為限制的種類之債，始可能發生給付不能，於當事人無過錯時，無須負責。

據此而論，就標之物之獲取義務而言，英國普通法上出賣人之責任，雖屬嚴格責任，但僅限於普通種類之債。如為種類之債約定特定之供貨來源而成為限制的種類之債，出賣人必須具有過錯，始就其無法提出給付（即就其獲取義務之違反），負損害賠償責任⁶¹。

除上述給付不能之情形外，種類之債陷於給付遲延者，債務人亦應負嚴格責任。因此，種類之物的出賣人，縱因供應商供貨遲延，或因不可預期的運輸障礙，致給付遲延，仍應負賠償責任⁶²。至於出賣人承擔嚴格責任之理由，無非基於契約的風險分配，出賣人於種類之債應承擔獲取風險，其無法如期交貨，無論有無過失，均負遲延責任⁶³。

（二）歐陸法

在討論德國法關於種類之債的歸責原則時，首須說明獲取義務（procurement risk）之概念。所謂獲取義務，指債務人為履行其給付義務時，如本身無給付標之物，則負有自第三人尋取符合債之本旨之標之物，作為給付之義務。此項債務人之獲取義務，固然對於特定物之債及種類之債均得適用，但於特定物之債，除契約另有約定外，原則上債務人不負獲取義務；反之，於種類之債，債務人原則上負有獲取義務。基於債務人承擔標之物獲取之風險，於債務人所承擔之風險範圍內，就標之物之交付負嚴格責任。因此，出賣人給付不能、給付遲延或為瑕疵給付，縱無過錯，亦應負責⁶⁴。

⁶¹ ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 513.

⁶² TREITEL, *supra* note 12, at 42.

⁶³ 陳自強（2012b），前揭註1，頁103。

⁶⁴ 王千維，前揭註54，頁13-15；陳自強（2012b），前揭註1，頁128；游進發（2019），《債務不履行之法律效果》，頁231，元照；Ole Lando, *Non-performance (Breach) of Contracts*, in TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE 694 (Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Chantal Mak & Edgar du Perron eds., 2011).

依據《德國債法現代化立法理由書》，債務人承擔獲取義務，與德國舊民法第 279 條之廢止相關⁶⁵。該條規定：「僅以種類指示債務之標的物者，同種類之給付如屬可能，債務人縱因不可歸責於自己之事由致給付不能時，亦應負責。」本條規定，在於認為「債務人苟有資金，即得給付以種類指示之標的物」，如債務人資金不足，就其財務上給付不能，應自負其責⁶⁶。據此規定，在種類之債，除非該種類之物均屬不存在，否則債務人就獲取種類之債的標的物，負無過失責任，無論債務人無法給付或給付遲延，均應負責⁶⁷。本條經融入於德國新民法第 276 條而予以廢除，在新民法規定下，債務人不僅於種類之債，於特定物之債，當事人亦得約定由債務人承擔標的物獲取風險⁶⁸。

在種類之債，出賣人約定以一定數量、重量或其他計貨方式給付標的物，應承擔獲取風險。此項獲取風險之承擔範圍，須依據契約義務之內容定之。在普通種類之債，出賣人應負責，以足夠貨物、於約定之時間，自所有市場獲取商品，給付於買受人。如出賣人無足夠貨物時，買受人即得請求損害賠償，出賣人僅於舉證證明市場上該種類之物均不存在，始得免責。從而，於普通種類之債，債務人對標的物之獲取義務，負無過失責任⁶⁹。此項責任，非屬法定擔保責任，而為約定擔保責任，應依契約解釋方式，確定債務人是否承擔獲取風險及其範圍。一般而言，就普通種類之債，通常認為具有默示承擔獲取風險之意思，債務人應負無過失責任⁷⁰。

在限制的種類之債，如買賣契約約定，貨物由特定來源供應，或由特定供應商製造者，當事人以約定限制獲取義務承擔範圍，因此債務人僅就此範圍內，負擔獲取義務之風險而承擔嚴格責任。因此，如該特定來源已經斷絕，

⁶⁵ 杜景林，前揭註49，頁163；黃立（2009），《德國新債法之研究》，頁124，元照。

⁶⁶ 國立臺灣大學法律學研究所（編）（1965），《德國民法》，頁317，國立臺灣大學法律學研究所外國法編譯委員會。

⁶⁷ TREITEL, *supra* note 12, at 16.

⁶⁸ 杜景林，前揭註49，頁163；梅迪庫斯，前揭註25，頁268。

⁶⁹ KÖTZ, *supra* note 16, at 246, 253; SMITS, *supra* note 7, at 214.

⁷⁰ 陳自強（2012b），前揭註1，頁129。

或特定製造商停止營業，致約定之種類之物無法獲得時，出賣人已無再於市場上獲取標之物之義務，而無須負責⁷¹。

據此，就種類之債，原則上債務人承擔一般性的獲取風險，於允諾獲取某種貨物時，即擔保其具有獲取能力。但債務人得約定限於某個貨物來源，為獲取義務擔保的範圍，因此而限制其承擔之風險。基於此項危險分配及危險限制之方式，於限制種類之債而貨物欠缺時，可認為係債務人之給付陷於不能，非屬債務人承擔之風險範圍；亦得認為，此乃非因債務人之過錯而免責⁷²。

在法國法，種類之物的買賣，出賣人支付標之物之義務係屬結果債務，出賣人應負嚴格責任。因此，在實務上，巴黎穀物交易所雖關閉營業，出賣人仍得向國內外其他穀物來源，獲取穀物以供交付，因此無法免責。又因颶風吹毀瓜達洛普省的所有甘蔗園出產物，致朗姆酒之出賣人無法交付貨物時，法院認為：出賣人仍有義務，以較高價格及增加運送成本之方式，在其他市場取得貨物，以完成交付⁷³。

我國學說與實務亦認為，種類之債，因同種類之物，不致全體滅失，原預定給付之物，縱不存在，苟社會上有此種類之物流通，債務人仍得於同種類物中，另以他物給付之，因此並無給付不能之觀念。蓋債務人應就其資力負絕對之責任，不得因無資力而主張給付不能⁷⁴。種類之債既不生給付不能之問題，從而債務人於履行期限屆至時，因無法取得貨物而為給付者，即發

⁷¹ KÖTZ, *supra* note 16, at 246; MARKESINIS ET AL., *supra* note 50, at 449; 陳自強 (2012b), 前揭註1, 頁131; 王千維, 前揭註54, 頁25-27; 杜景林, 前揭註49, 頁164。

⁷² Jones & Schlechtriem, *supra* note 50, at 214.

⁷³ Cited in Jones et al., *supra* note 50, at ch. 15 (1976) s. 210 no. 1079. 至於債務人得否主張不可抗力而免責，學說上具有不同見解。參見TREITEL, *supra* note 12, at 16; KÖTZ, *supra* note 17, at 931.

⁷⁴ 鄭玉波, 前揭註6, 頁216; 孫森焱, 前揭註6, 頁375; 劉春堂, 前揭註9, 頁191; 最高法院32年度上字第4757號民事判例：「出賣之軟片僅以種類指示，並非特定物，通常不致給付不能」；最高法院37年度上字第7140號民事判例：「松柴債務係僅以種類指示給付物之債務，並非特定物給付之債務，縱令上訴人所稱存積之松柴，在杭州淪陷時被敵偽毀滅非虛，亦不生給付不能之問題。」

生給付遲延之責任。至於此項嚴格責任之理由，學說上認為，係來自於獲取風險之承擔。亦即，凡屬於債務人承擔獲取義務之範圍內，須承擔無法獲取標的物之風險，債務人縱無過失，亦應負遲延責任⁷⁵。

除給付不能外，陳自強教授甚至主張，在瑕疵給付，如屬種類之債，債務人不僅承擔獲取風險，並承擔獲取無瑕疵物之風險。出賣人除證明瑕疵物之交付，不可歸責於己外，並須證明物之瑕疵發生事由，非於其風險承擔範圍內，始得免責，「僅證明無過失，尚未為足。⁷⁶」果爾，則債務人於種類之債，得以舉證免責之機會甚微，其賠償責任甚為嚴格。

三、小結

綜合言之，就金錢之債及普通種類之債，無論普通法或歐陸法，均採嚴格責任。就限制種類之債，二個法系亦均採過錯責任，二者並無差異。此項歸責原則之採行，無非基於契約風險承擔之觀念。亦即，就金錢之支付能力，並無給付不能之概念，債務人應以其責任財產負擔保責任。就普通種類之債，亦無給付不能之問題，債務人承諾交付一定數量種類之物，即應承擔無法獲取該標的物之風險。至於限制種類之債，當事人間已經以契約限定其承擔風險之範圍，超越該範圍，債務人即無須負責，而僅承擔過錯責任。

肆、過咎（故意或過失）：過錯責任的立論基礎

普通法與歐陸法就歸責原則雖採不同立場，但就勞務給付義務與特定物買賣之債，則均採過錯責任，說明如下。

⁷⁵ 黃茂榮，前揭註6，頁191；王千維，前揭註54，頁20；陳自強（2012b），前揭註1，頁128-130。

⁷⁶ 陳自強（2012b），前揭註1，頁148。

一、勞務給付之債

(一) 英國法

1. 單純勞務給付債務：過錯責任

違約賠償之嚴格責任，於一般財產上物之交付契約（如商品買賣），固無疑問，但於債務人提供勞務之服務性契約，英國普通法自古採行不同之見解。茲舉案例如下：

在 *Lanphier v Phipos* 乙案，原告僱請被告外科醫師兼藥師治療其妻之手部及手腕受傷部位，於治療後，手部變成殘廢。法院給予陪審團指示如下：「任何從事專門職業之人，就其執業，應採取合理程度之注意與技術。如同律師，此等專門人員並未承擔於任何事件均獲得成功之責，而外科手術醫師亦未承擔治癒病人及盡到最高可能性的技術程度之責。⁷⁷」

在 *Harmer v Cornelius* 乙案，某畫家受僱於一個月內進行繪畫，嗣後因能力不足而被解雇。本案法院判決：「於技術工人、工匠或藝術家受僱時，對此受僱人而言，具有一項默示擔保，即對其承擔之工作具有合理能力之技術。……因此，如藥師、手錶製造人或律師受僱給予報酬時，他們均默示擔保其具有並執行其各自工作的合理技術。⁷⁸」

在 *Readhead v Midland Railway* 乙案，針對旅客運送人與貨物運送人採行不同責任標準，認為貨物運送人固應負嚴格責任，但運送人對貨物及旅客之控制能力顯非相同，因此不應課與旅客運送人相同之嚴格責任。法院認為，旅客運送人之責任僅限於適當注意之義務⁷⁹。

在 *Smith v Eric Bush* 乙案，於討論鑑價人之行為標準時，法院宣示：「普通法對於依約應施行某項活動之人，課與履行合理技術與注意之義務。維修

⁷⁷ *Lanphier v. Phipos* [1839] 173 Eng. Rep. 581 (KB). Cited in Nicholas, *supra* note 38, at 343.

⁷⁸ *Harmer v. Cornelius* [1858] 141 Eng. Rep. 94. (CPD). Cited in Nicholas, *supra* note 38, at 344.

⁷⁹ *Redhead v. Midland Railway* [1869] 4 QB 379. Cited in Nicholas, *supra* note 38, at 344.

鉛管爆破之工人，……就其能力不足及過失，應負責任。在法律上契約默示之條款為，鉛管工人於其執行職務時，應履行合理技術與注意義務。⁸⁰」

上述普通法之發展，對於債務人提供勞務給付，不採一般契約採行之嚴格責任，而課與合理注意義務之責任，亦即過錯責任，最典型之案例為醫師、律師及會計師等專門職業人員之違約責任。此等過錯責任，於英國 1982 年商品及服務提供法（Supply of Goods and Services Act）第 13 條明文規定如下：「於服務提供契約，提供者於商業活動執業之默示條款為，提供者應實施具有合理之注意與技術之服務。」所謂「合理之注意與技術」標準，係指與被告具有相同層級、執行相同專業且具備合理適任能力之成員，所應盡到的注意與技術程度。未盡此等注意程度者，具有過錯，應負賠償責任⁸¹。據此規定，教育機構應以合理的注意與技術提供教學，不得具有過失（negligence）。如無過失，學生不得單純以教育品質欠佳而請求賠償。學生舉證其學業表現不佳，非可作為教育機構提供教學具有過失之證據⁸²。

所謂單純提供勞務服務之人，經常指律師、醫師、仲介人或會計師等專門職業人員，但不以此為限，如工匠、藝術家或教育提供者等。**提供勞務之人僅負合理的注意及技術義務，其理由在於：債務人無法保證其勞務給付之結果必然發生。**例如，律師承辦訴訟，必有一方當事人敗訴，無法擔保訴訟勝訴；醫師診治病人，具有不可知的風險，無法保證治療成功⁸³。英國法院認為，施行人工結紮手術之醫師，無法保證病人永遠不再生育。縱使醫師告知病人，此項手術將使其生育功能不可逆，但嗣後生育能力自然回復，致配偶懷孕，亦同⁸⁴。但如醫師未警告病人，結紮手術並無永久效力時，其具有過錯，則應負責⁸⁵。

⁸⁰ Smith v. Eric S Bush [1990] 1 AC 831(HL). Cited in Nicholas, *supra* note 38, at 345.

⁸¹ MARKESINIS ET AL., *supra* note 50, at 445-46.

⁸² Abramova v. Oxford Institute of Legal Practice [2011] EWHC 613 (QB). Cited in RICHARD AUSTEN-BAKER, IMPLIED TERMS IN ENGLISH CONTRACT LAW 128 (2d ed. 2017).

⁸³ TREITEL, *supra* note 12, at 28.

⁸⁴ Thake v. Maurice [1986] 2 WLR 337.

⁸⁵ TREITEL, *supra* note 12, at 28; PEEL, *supra* note 48, at 938; HUGH BEALE, BÉNÉDICTE

應注意者為，如專門職業人員之活動，涉及材料物品之給付者，則應負嚴格責任。從而，醫師之醫療處置實質上包含材料給付時，如牙醫師製作假牙，於無法符合病人使用時，應負嚴格責任。蓋此等醫療處置，物品材料之提供成為治療之主要部分⁸⁶。

2. 勞務給付與物之交付混合契約：過錯責任與嚴格責任

在許多契約，如汽車維修契約，內容包含技術服務與零件材料之給付，其違約責任，應依債務人之瑕疵存在於勞務給付或零件材料，而適用不同歸責原則。

就零件材料部分具有瑕疵時，法律上課與嚴格責任。例如，汽車維修站為被害人汽車安裝連接棒，因斷裂而致重大傷害，被告雖抗辯該連接棒由聲譽卓著的製造商所供應，且經合理檢查仍無法發現連接棒具有瑕疵，法院仍判決被告負賠償責任⁸⁷。又如，被告屋頂維修廠商，其鋪設的磁磚具有瑕疵，該瑕疵無法以合理方式發現，且為契約中約定之製造商所供應，但被告仍負賠償責任⁸⁸。

在汽車維修契約及工程建造契約，對零件或原料之提供採取嚴格責任，其理由在於：（1）此等契約就物之供給，與買賣契約雷同；（2）維修廠商或建物承攬人基於本身與系爭物品供應商之契約關係，得向供應商請求救濟，最後責任由物品供應製造商負責。英國法院認為，基於契約相對性原則（privity of contract），消費者對商品製造人並無契約上請求權，而僅有侵權行為法之賠償請求權。此項請求權係以過失責任為原則，與契約責任不同。

FAUVARQUE-COSSON, JACOBIEEN RUTGERS & STEFAN VOGENAUER, *CASES, MATERIALS AND TEXT ON CONTRACT LAW* 782 (3d ed. 2019).

⁸⁶ TREITEL, *supra* note 12, at 28.

⁸⁷ G.H. Myers & Co. v Brent Cross Service Station [1934] 1 KB 46. Cited in TREITEL, *supra* note 12, at 26.

⁸⁸ Young & Marten Ltd. v McManus Childs Ltd. [1969] 1 AC 454. Cited in TREITEL, *supra* note 12, at 26.

因此有必要於消費者請求維修廠商或承攬人賠償損害時，課與契約上之嚴格責任⁸⁹。

在混合契約，就勞務給付部分具有瑕疵時，則課與過錯責任。因此，維修廠商或營建契約之承攬人，就其汽車維修工作或磁磚鋪設工作之瑕疵，僅於具有過失時，負賠償責任⁹⁰。

（二）歐陸法

德國民法及我國民法之勞務給付契約，分為委任契約與承攬契約。依德國新民法規定，關於損害賠償之債，統一適用民法債篇通則規定，委任契約及承攬契約並無特殊規定，因此就歸責原則係採過錯責任。在我國法，與英國法之勞務給付契約類似者，如醫療服務契約及法律服務契約，為委任契約。關於委任契約，依民法第 535 條規定，於無償委任，債務人負具體輕過失責任；於有償委任，負抽象輕過失責任。就醫師或律師責任而言，係採過錯責任原則，與英國法相同。

在承攬契約，承攬人就債務不履行原則上負過錯責任。以我國法為例，承攬人工作給付遲延者，以可歸責於承攬人之事由為要件，定作人得請求損害賠償（民法第 502 條）。惟就工作之瑕疵，承攬人負瑕疵擔保責任（民法第 492 條），縱無過失，亦應負責。但承攬人負工作瑕疵擔保責任時，定作人僅得請求減少報酬或解除契約（民法第 494 條）。就損害賠償責任而言，我國民法規定，必須承攬人具有可歸責事由時，定作人始得請求賠償（民法第 495 條），性質上仍屬過錯責任。

在法國法，依據給付義務內容之不同，將債務區分為手段債務與結果債務，而適用不同的歸責原則，以下說明之。

⁸⁹ TREITEL, *supra* note 12, at 26; PEEL, *supra* note 48, at 936-38.

⁹⁰ TREITEL, *supra* note 12, at 27.

1. 法律規定與學說發展

法國契約責任與侵權責任，基於羅馬法之傳統，均以債務人具有過錯為原則⁹¹。此項過錯責任之歸責原則，因法國民法之規定相互衝突，而展開歸責原則的調整。

法國舊民法第 1136 條與第 1137 條規定，負擔交付物之義務，指交付標的物及於交付前保管該物之義務，否則應對債權人賠償損害。負保管物之義務者，應善盡良家父之謹慎管理人（good family father）之義務。新民法第 1197 條規定：「交付物之義務，涵蓋交付前保管之義務，應採取理性之人所有可能的注意進行保管。」就此而論，債權人須證明債務人未盡注意義務，具有過失，債務人始負賠償責任。此項責任，即為過錯責任。

然而，法國舊民法第 1147 條規定：「於適當時，凡債務人不能證明其不履行債務係由於不能歸咎其本身之外在原因時，應就不履行債務或遲延履行債務，支付損害賠償。」舊民法第 1148 條規定：「如債務人因不可抗力或偶然事變，不能履行其承擔的給付或作為之債務，或違約實施對其禁止的行為，不生任何損害賠償。⁹²」新民法第 1231 條之 1 則規定：「債務人因其不履行債務或給付遲延者，於適當時，應支付損害賠償。但其證明，債務不履行係因不可抗力所致者，不在此限。」據此等規定，債務人所負責任，並非過錯責任，而係嚴格責任，僅於債務人證明係屬不可抗力或事變等外在原因所致之違約，始得免責；債務人不得單純舉證其無過錯而免責⁹³。

為調和上述法國舊民法條文相互矛盾的現象，法院與學說共同認為，單純債務不履行不生損害賠償責任，債務人必須具有過錯，始應負責。舊民法第 1147 條（新民法第 1231 條之 1），表彰契約責任之一般性原則，係推定

⁹¹ BARRY NICHOLAS, *THE FRENCH LAW OF CONTRACT* 31, 50 (2d ed. 2005).

⁹² 法國舊民法之條文，參見：羅結珍（譯注）（2005），《法國民法典（下冊）》，頁850、873，法律。

⁹³ NICHOLAS, *supra* note 91, at 52; ZWIEGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 501. 學者認為，法國舊民法第1148條規定之不可抗力與偶然事變，係屬同義詞。See ZWIEGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 500; NILS JANSEN & REINHARD ZIMMERMANN, *COMMENTARIES ON EUROPEAN CONTRACT LAWS*, at 1171 (2018).

過錯存在，由債務人證明其無過錯而免責；舊民法第 1137 條（新民法第 1197 條），係規範手段債務之規定，債權人須證明債務人具有過錯，始得請求賠償⁹⁴。藉由此二項條文之統合，學者 René Demogue 於 1925 年提出手段債務（obligations de moyens）與結果債務（obligations de résultat）之區分⁹⁵。在手段債務，損害賠償採過錯責任；在結果債務，採嚴格責任，因此法國法兼採過錯責任與嚴格責任。此項理論，為法國學界及實務界所肯認採用⁹⁶。

2. 手段債務與結果債務

依據 René Demogue 之見解，契約債務可區分為二類，其一為債務人僅負擔合理之注意義務。債務人允諾之義務內容為，盡到理性之人所應採取之措施，以達成契約目的，但未承諾必定完成該特定目的或實現特定結果時，債務人之契約義務為「手段債務」。例如，醫師之義務，僅為採取合理步驟診療病人，如已採取合理之醫療處置，縱未治癒病人，亦無責任。律師、公證人或稅務管理人提供服務或意見；建築師擔任建築工程之監造工作等，亦屬手段債務。在此等債務，債權人須證明債務人因過錯而違約，始得請求損害賠償，因此係屬過錯責任⁹⁷。

其二為債務人允諾，其不僅應盡到勤勉之義務，且須完成其所允諾之特定契約目的或實現特定契約結果，此時債務人所負之契約義務為「結果債務」。例如，出賣人於約定期間與地點，交付貨物之義務；運送人就旅客及貨物，承擔安全及不受毀損到達目的地之義務；建物承攬人完成建築物之義

⁹⁴ BEALE ET AL., *supra* note 85, at 777; TREITEL, *supra* note 12, at 10.

⁹⁵ 法國法之 obligations de moyens，陳忠五教授翻譯為「方法債務」，陳自強教授翻譯為「手段債務」，併為敘明。

⁹⁶ 手段債務與結果債務之區分類型，不僅影響國際契約法文件（如PICC第5.1.4條），德國學說，亦受此債務類型分類之影響。例如，Grundmann, *supra* note 25, at 45-48; Tilman Repgen（著），顏佑紘（譯）（2019），〈德國民法第280條第1項第2句推定可歸責之射程範圍〉，《月旦法學雜誌》，286期，頁208、217。

⁹⁷ ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 502; KÖTZ, *supra* note 16, at 251; TREITEL, *supra* note 12, at 9; 陳忠五（2008），〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉，收於：朱伯松·張新寶·陳忠五·陳聰富·詹森林，《醫療過失舉證責任之比較》，頁126，元照。

務；出租人於約定日期交付租賃物之義務。在結果債務，債務人必須舉證，其債務不履行係因超越其所能控制之外在因素所致，始得免責。單純證明無過失，仍然無法免責，因此係屬嚴格責任⁹⁸。

應注意者為，在同一契約中，可能同時存在手段債務與結果債務。此時，就不同契約義務，類似於英國法，適用不同之歸責原則。例如，於債務人承擔物之交付義務者，其義務範疇包含該物於交付前之保管義務，及交付該物符合應有狀態之義務。就保管義務而言，屬於手段債務，債務人負與理性人相同之注意義務；就物之交付義務而言，其須符合應有之狀態則屬於結果債務，如有違反，債務人須舉證外在因素，始得免責⁹⁹。

其他案例如下：餐廳主人對於場所安全或食物之味覺品質所負之責，為手段債務；但對於食品須為無毒性物質，且不得危害消費者健康，則為結果債務。醫師或牙醫師對於診治行為的成功與否，為手段債務；但對於其使用設備或材料之安全性及可靠性，則為結果債務¹⁰⁰。營業場所主人對於進入場所之人，原則上就其安全性之擔保，為手段債務；但就場所中使用之物之安全性擔保，則為結果債務。因此，酒店主人提供之椅子應足以承載消費者之

⁹⁸ NICHOLAS, *supra* note 91, at 51-52; ZWIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 502; TREITEL, *supra* note 12, at 9; 至於何時構成不可抗力，而免除債務人之責任？傳統上，應符合三項要件：無法抗拒、無法預見及外在於債務人之情事。法國新民法第1218條第1項採取前二項要件，定義不可抗力如下：「就契約之事，如某事件超越債務人所能控制，無法於契約成立時合理可預見，且無法以合適措施避免其結果，因此妨礙債務人履行義務者，該事件為不可抗力。」據此，不可抗力必須具備不可預見性及無法避免性，至於該事件必須屬於外在於債務人之情事，雖未列為要件之一，但可於「超越債務人所能控制」之規定文義中，斟酌系爭事件是否具有外部性。See BEALE ET AL., *supra* note 85, at 1175, 1177; JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 93, at 1171-72.

⁹⁹ TREITEL, *supra* note 12, at 33.

¹⁰⁰ 法國法院對於醫師具有強化責任之趨勢，案例如下：醫師就醫療處置之危險，未盡警告義務；病人於醫院感染無關之疾病；醫師給予病人對健康有害之物品，如瑕疵假牙、錯誤藥物、或瑕疵血液製品等，醫院或醫師應負結果債務，必須舉證不可抗力，始得免責。See KÖTZ, *supra* note 16, at 251.

體重，不致於坐垮，此為結果債務，如致人受傷，除非證明為外在原因所致，否則即應負賠償責任¹⁰¹。

手段債務與結果債務之區分，具有流動性，如何區別，取決於契約之性質，學理上無法提出明確的原則，因此二者之區別標準並非清楚而精確。其一般性原則為，基於現代技術水準與知識，考察該行為領域之固有風險（債務人之義務，是否具有「射倖性」或「不確定性」等外在情事），得否合理期待債務人，可以完成契約上所企圖實現之結果¹⁰²。法院斟酌的因素，最重要者為，債務履行涉及的不確定性及其風險。倘無特殊風險，僅須勤勉而為即可達成結果者，通常屬於結果債務。反之，契約活動具有不確定因素者，

¹⁰¹ NICHOLAS, *supra* note 91, at 53. 涉及人身安全之案例，如賽車使用之安全座椅、滑雪場提供之吊升設備、鄉間舉辦活動提供之機車等，多數法院認為構成結果責任。參見：ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 502.

¹⁰² NICHOLAS, *supra* note 38, at 351; NICHOLAS, *supra* note 91, at 54. 手段債務與結果債務之區別，應斟酌如下因素：（1）探求當事人允諾之內容及可得合理期待之事項。就當事人允諾之內容而言，如債務人允諾確定之效果者（如於某日交付貨物），此項義務係屬結果債務。如債務人允諾使用所有適當之方法以達成結果者（如治癒病人），則屬手段債務（BEALE ET AL., *supra* note 85, at 777.）。就當事人可否合理期待而言，例如債權人搭乘火車時，不會認為其到達目的地具有不確定性；反之，於外科手術，債權人知悉其不確定性因素較大。（2）該事件是否為債務人之外在情事。外在因素程度愈高，亦即外在情事為債務之主要因素者，屬於手段債務；反之，外在情事僅為債務之附帶因素者，則為結果債務。一般通說認為，移轉財物之義務及不作為義務，屬於結果債務，而作為義務則可能為手段債務或結果債務。如涉及人身安全者，則傾向於認定為結果債務。但於理髮師使用染髮劑染髮，是否增加不確定之外在因素，而成為結果債務，尚有爭議（NICHOLAS, *supra* note 91, at 54-55; BEALE ET AL., *supra* note 85, at 778.）。又陳忠五教授謂：給付義務之內容，對於債務人具有高風險性，其是否可以完成義務內容，充滿不確定性因素，給付標的物處於債務人無法控制或支配之範疇，或給付義務之履行，取決於債權人、第三人或其他因素之配合協力者，原則上為「手段債務」。反之，如完成義務幾乎可得確定，給付標的物處於債務人控制之範疇、或債務人得獨力完成契約義務者，則為「結果債務」。陳教授並舉出版契約、委任契約、買賣契約及承攬契約說明之，可供參考。參見：陳忠五，前揭註97，頁127-130。

傾向於認為屬於手段債務。所謂不確定性，乃針對債務人必須履行之行為，及是否得以達成契約所約定之結果，是否具有確定性而言¹⁰³。

就歸責程度而言，結果債務雖為嚴格責任，於債務人舉證違約係因不可抗力或通常事變等事由時，得以免責。然而，法國法院實務上，對於不可抗力之認定，十分嚴格。控訴法院經常宣示：「不可抗力所指稱者，為導致給付不能之事件，而非僅使給付陷於困難之事件。¹⁰⁴」是以，給付障礙必須構成給付不能、或無法預見且無法避免之障礙，致債務人絕對無法履行，始構成不可抗力之免責事由。如債務人仍有些微機會避免違約，而因過失未善用此機會者，該給付障礙即不得作為免責事由。

從而，於戰爭期間，出賣人難以獲取、運送或交付買賣標的物，出賣人仍負違約責任。例如，出賣人出售 1914 年砍伐的橡木，但該橡木被軍隊沒收而無法交付。法院判決，出賣人於橡木被沒收前，有機會交付於買受人而未交付，仍應負賠償責任¹⁰⁵。於買賣標的物因罷工而無法生產、運送或交付者，出賣人得否免責，判斷方式為：此等罷工愈是無法預見，則愈是可能構成不可抗力，而構成免責事由。一般認為，個別企業內部的罷工，不構成不可抗力；只有因政府行為引起的罷工（如不調漲工資），影響全國公眾，超越僱用人之控制力，始構成不可抗力¹⁰⁶。準此，法國法上之結果債務，其債務人違約賠償責任，甚至比英國法更為嚴格¹⁰⁷。

（三）小結

就單純勞務給付債務，包括專門職業人員、工匠、藝術家及教育機構之給付義務，在德國法及我國法，固採過錯責任，在採嚴格責任主義之英國法，亦就此單純勞務給付義務，採過錯責任。在法國法，此等勞務給付義務之債

¹⁰³ ROWAN, *supra* note 13, at 227.

¹⁰⁴ Cited in NICHOLAS, *supra* note 91, at 202.

¹⁰⁵ ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 500. *See also* KÖTZ, *supra* note 16, at 249.

¹⁰⁶ NICHOLAS, *supra* note 91, at 202-04; KÖTZ, *supra* note 16, at 249; ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 501; BEALE ET AL., *supra* note 85, at 1179.

¹⁰⁷ NICHOLAS, *supra* note 91, at 202.

務人僅允諾採取應盡的勤勉義務，而未承諾實現特定結果，係屬手段債務，亦負過錯責任。普通法與歐陸法具有高度共識，並無差異。

何以單純勞務給付債務採取過錯責任，而非嚴格責任？各國法咸認為，係基於債務人默示允諾承擔之義務內容不同所致。英國法強調，專門職業人員或畫家，其默示承擔之義務，僅及於採取合理的注意與技術，不含工作之成果，**因債務人無法保證其勞務給付之結果必然發生**¹⁰⁸。法國法認為，**債務人允諾的義務結果具有不確定性、高風險性，屬債務人無法控制或支配者，為手段債務**。此時，債務人允諾者，為盡到理性之人所應採取之措施，而非特定結果之實現¹⁰⁹。在勞務給付債務，無論專門職業人員、畫家或教師，對其所提供之勞務結果，無法期待一定結果發生，乃債權人得以認知之事項。債務人允諾時，其承擔之義務內容不致於及於結果之實現。據此，勞務給付之債務，採過錯責任，實乃基於當事人雙方之共同認知：債務人之給付，無法確保給付結果發生，因此其承擔之義務範圍，僅為善盡合理注意與技術之義務，據此劃定債務人風險分配的承擔界線。

在法國法，**債務人完成債務結果所涉及之風險大小，決定債務之類型，從而決定債務人之歸責原則**。倘達成結果涉及大量危險者，課與債務人完成結果之嚴格責任，顯非合理時，該義務即為手段債務。因此，醫師治療病人之義務，通常被認為屬於手段債務，僅負過錯責任。但醫師之醫療行為涉及物品提供者（如義肢等），則為結果責任。關於牙醫師之責任，其製作之牙齒矯正牙套，係屬技術行為而非醫療行為，應符合締約之目的，屬於結果債務，應負嚴格責任。但就牙齒矯正牙套之安裝行為，僅負有符合相同職業人員應有的認真職業義務，而為手段債務，僅負過錯責任¹¹⁰。

在英國法亦同，例如關於建築師責任，就其監督他人提供工作及材料之功能而言，法律上所期待者為，建築師應盡到合理專業的注意義務與技術，

¹⁰⁸ 參見本文前揭註83所附之本文說明。

¹⁰⁹ MARSH, *supra* note 10, at 156. 參見本文前揭註102-103所附之本文說明。

¹¹⁰ MARSH, *supra* note 10, at 156-57.

因此僅負過錯責任¹¹¹。反之，就建築師的設計（design），並無如同律師或醫師所隱含的固有風險，依其設計的建築結構與強度，係基於科學原則而作成，得以達成精確可得預測的結果。雙方當事人得以預期，建築師將會設計出符合雙方合意或想像的結構體，而非僅能盡力為之。因此，英國法院認為，建築師就其設計瑕疵，基於「絕對擔保」之概念，其設計之結構體應符合客戶需求之目的，而負嚴格責任¹¹²。

據此而論，**給付義務所欲達成之結果，是否為典型的債務人所能控制，決定責任類型**。倘非債務人所能控制，就典型債務人之利益而言，無法推論債務人承諾結果之發生。此時，擔保責任係屬例外，債權人必須證明此項擔保存在，否則僅負過錯責任。反之，結果之發生如為典型的債務人所得控制，就典型債務人之利益而言，可以推定債務人承諾結果之發生。此項推論不僅合理，且符合當事人之期待。從而，在勞務給付契約，必須釐清契約約定之結果，是否為債務人所能控制之範圍¹¹³。

此外，在法國法，**債權人得否避免危險，亦屬債務人歸責原則的斟酌因素**。申言之，如債權人於債務履行過程中，扮演積極性角色，而有機會避免危險者，該債務為手段債務。反之，如僅扮演消極性角色者，該債務多為結果債務。例如，乘坐火車之乘客，就意外事故，無法採取避免損害之方法，火車公司就乘客之安全應負結果責任。反之，雪地纜車之操作者，負責操作滑雪者上下纜車時，滑雪者扮演積極角色，因此操作者僅負擔手段債務。又馬術學校出租馬匹，係屬手段債務¹¹⁴。

綜合言之，勞務給付債務，關於歸責原則之決定因素，在於債務人得否控制契約結果是否發生，以及債權人能否避免損害危險之發生。各國法就勞務給付之債務採行過錯責任，無非在於，在一定範圍內，限制債務人承擔契

¹¹¹ TREITEL, *supra* note 12, at 28; Nicholas, *supra* note 38, at 350.

¹¹² TREITEL, *supra* note 12, at 29; PEEL, *supra* note 48, at 939; KÖTZ, *supra* note 16, at 254.
反對見解，參見：MARCH, *supra* note 10, at 145.

¹¹³ Grundmann, *supra* note 25, at 46-47.

¹¹⁴ MARSH, *supra* note 10, at 157-58.

約結果不發生之風險，而由債權人承擔一定程度的損害風險。契約當事人間
的風險分配，左右歸責原則的類型。

二、特定物買賣之債

在英國法，歸責原則雖採嚴格責任，但僅限於種類之債，於限制種類之
債及特定物買賣之債，出賣人僅負過錯責任。貨物買賣法（Sale of Goods Act
1979）第 7 條規定：「於出售特定貨物之契約，嗣後該貨物於危險移轉於買
受人前滅失，而出賣人或買受人無過錯者，系爭契約因而解消。」例如被告
出售其栽植於某特定農田的 200 噸馬鈴薯於原告，但因馬鈴薯染枯萎病而
減少產量為 80 噸，買受人請求被告賠償 120 噸無法給付之損害時，法院判
決買受人敗訴¹¹⁵。又如自某特定地區進口之貨物，因戰爭、天災或出口禁令，
而無法給付時，出賣人無須負責¹¹⁶。反面言之，必須買賣標之物之供貨來源
非屬特定來源、或標之物非屬特定給付之物，出賣人就其無法提供貨物，始
負嚴格責任，而無法以契約挫敗主張免責¹¹⁷。

於德國法，在特定物之債，債務人原則上不承擔標之物獲取義務，因此
負過錯責任。例如紅酒出賣人將其自行製造之紅酒出售於旅館，但其紅酒因
蟲害或製造設備被焚燬，而無法交貨時，除非出賣人對蟲害傳染或設備焚燬
具有過錯，否則無須負擔違約賠償責任¹¹⁸。

與上述二國不同者為法國法，依法國民法第 1604 條規定，出賣人負有
交付標之物之義務，性質上乃結果債務，須證明自己有不可抗力之情事，始
能免責。同法第 1611 條規定，出賣人如未於當事人約定之時間交付，只要

¹¹⁵ Howell v Coupland (1876) 1 QBD. 258. Cited in ZWEIGERT & Kötz, *supra* note 18, at 509-10.

¹¹⁶ In Re Badische Company Ltd. (1921) 6 Lloyd's Rep. 120 (Ch). Cited in CHEN-WISHART, *supra* note 60, at 297.

¹¹⁷ HUGH BEALE, CHITTY ON CONTRACTS 1697 (33d ed. 2018).

¹¹⁸ KÖTZ, *supra* note 16, at 246; MARKESINIS ET AL., *supra* note 50, at 449; 王千維，前揭註54，頁25-27；杜景林，前揭註49，頁164。

該遲延係出賣人之行為所致，買受人得請求損害賠償。此項出賣人之責任，於特定物之買賣，亦適用之。

三、小結

在單純勞務給付之債，法律上採取過錯責任之理由，係因契約上的給付義務所欲達成之結果，並非債務人所能控制。債務人允諾的義務履行結果具有不確定性及高風險性，因而此等風險不應由債務人承擔，僅於債務人具有過錯致債務不履行時，始負違約賠償責任。

在特定物之債，出賣人之所以承擔過錯責任，乃因債務人僅就特定標之物之獲取負擔責任，出賣人承擔之風險僅止於獲取該特定標之物之給付義務，而非擴及於所有該標之物任何存在之物。

準此，無論單純勞務給付之債或特定物買賣之債，採取過錯責任之理由，均在於適度劃定債務人於契約上危險的承擔範圍。此等契約風險分配之原理，與嚴格責任並無差異。

茲就各種債務類型及歸責原則整理如下表：

【表一】各種債務類型及歸責原則

債務類型	歸責原則		
	英國法	法國法	德國法／我國法
1.金錢之債	嚴格責任	嚴格責任	嚴格責任
2.種類之債	嚴格責任	嚴格責任	嚴格責任
3.特定物之債	過錯責任	嚴格責任	過錯責任
4.勞務給付之債	過錯責任	過錯責任	過錯責任

※ 資料來源：作者自製。

自上表可知，在物之交付義務，如為金錢之債或種類之債，無論普通法或歐陸法，均採嚴格責任。在此二種債務，均無給付不能之問題，債務人就

金錢之債應以其所有財產負擔保責任；就種類之債，應承擔無法獲取標的物之風險。

在勞務給付之債，普通法及歐陸法均採過錯責任，亦無不同。蓋債務人允諾之義務結果，具有不確定性，為債務人所無法控制，因此於一定範圍內限制債務人承擔之風險，僅於債務人有過錯時，始負違約責任。

最值注意者為，在特定物買賣之債，英國法及德國法均採過錯責任，債務人承擔之風險範圍，僅及於特定標的物之獲取風險，而非對所有該標的物存在之物承擔獲取義務。然而，在法國法，由於特定物買賣之債性質上屬結果債務，除債務人證明其無法給付係因不可抗力之事由外，不得免責，債務人係承擔嚴格責任。就此而論，在物之交付義務，法國法的結果債務，較諸英國法的嚴格責任主義更為嚴格；英國法嚴格責任主義適用之債務類型，實際上與德國法無異。

按歐陸法中的法國法，於買賣之債及承攬工作物之債，債務人負擔之給付義務與瑕疵給付責任，因屬結果債務，而採嚴格責任；僅於勞務給付之債，因屬手段債務，而採過錯責任。據此而論，法國法係以嚴格責任主義為違約賠償責任之原則，與德國法不同，而與英國普通法更為類似。惟以德國法為代表的其他歐陸法制，多數仍以過錯責任為違約賠償責任之原則。因此學說上仍然認為，普通法與歐陸法採取不同歸責原則，作為違約賠償之依據。因此本文下述之歐陸法的過錯責任主義，除特別說明者外，原則上不含法國法，而以德國法及我國法為代表。

伍、無過錯作為免責事由

在採過錯責任主義的法制，固然以債務人之故意或過失，作為違約賠償責任之要件。然而，由於就債務不履行之可歸責要件，德國法及我國法採取舉證責任倒置的規定，債務人違約，必須舉證自己無不可歸責之事由，始得免除損害賠償責任。法國民法第 1231 條之 1 亦採舉證責任倒置的規定，債

務人必須舉證不可抗力，始得免責。因此，在歐陸法之過錯責任主義，債務人之無過錯，成為免責事由，而非嚴格意義下的構成要件。

再者，在嚴格責任，雖不以債務人具有過錯作為違約賠償之要件，但債務人於特定情事發生時，仍得主張免責，且以無過錯作為免責的基礎。從而，無論歐陸法或普通法，過錯作為免責的基礎，具有類似性。

一、普通法與歐陸法歸責原則之差異

上述就金錢之債、種類之債、單純勞務給付之債及特定物買賣之債，歐陸法及普通法的歸責原則雖無不同，然而二個法系「在原則上」採取不同歸責原則，作為違約賠償之基礎，為通說所是認。金錢之債與種類之債，採取嚴格責任，對於歐陸法之過錯責任原則，終屬例外。同樣地，單純勞務給付之債在普通法採取過錯責任，亦屬嚴格責任原則之例外。二個法系，「在原則上」終究採取不同歸責原則。以下以物之出賣人的瑕疵給付責任，及建築工程契約承攬人之工作瑕疵責任為例，說明普通法及歐陸法採取不同歸責原則之情形。

（一）買賣標之物之瑕疵給付

在普通法，出賣人交付之物有瑕疵，未符合當事人明示或默示承擔之品質時，縱無過失，亦應負責。例如，原告因飲用被告出售之牛奶致病，系爭牛奶受細菌感染，被告雖依當時科技水準，採取合理的防免措施，採取最大之注意程度，仍無法查知系爭感染，被告仍負賠償責任¹¹⁹。又如，出賣人為零售商，出售製造商封裝商品，實際上無法發現瑕疵，就其交付之物具有瑕疵，仍應負責¹²⁰。出賣人就標的物品質採嚴格責任之理由在於：**買賣標之物之價金，可推定為代表貨物之價值。倘買受人於締約時願意承擔貨物品質的風險，則可推認買受人僅將支付較低的價金訂立契約**¹²¹。

¹¹⁹ Frost v. Aylesbury Dairy CO. [1905] 1 KB 608; Kötz, *supra* note 16, at 253.

¹²⁰ Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Tarbard [1938] 4 All ER 258.

¹²¹ TREITEL, *supra* note 12, at 20-21. 品質擔保之嚴格責任適用於動產，並無爭議。在

在法國法，出賣人就交付之標的物具有隱藏瑕疵者，應負嚴格責任。依法國民法第 1614 條以下規定，出賣人就瑕疵給付應負擔擔保責任。法國民法雖規定，買受人僅於出賣人知悉瑕疵時，始得請求全部之損害賠償，而非僅限於返還價金及成本損失（第 1645 條以下），但法國法院一致認為，倘商品出賣人為職業出賣人時，視為其知悉瑕疵存在，而負嚴格責任，法院無須斟酌其是否具有過失。縱使出賣人證明，其確實不知瑕疵，仍無法免責¹²²。

依我國民法規定，債務人不完全給付時，以可歸責於債務人之事由為限，負損害賠償責任（民法第 227 條第 1 項）。在買賣契約，出賣人就買賣標的物負瑕疵擔保責任，違反者，縱無過失，買受人仍得請求減少價金或解除契約。但限於出賣人故意不告知瑕疵或缺少所保證之品質時，買受人始得請求損害賠償（民法第 354 條、第 359 條與第 360 條）。換言之，損害賠償請求權仍以出賣人具有過錯為要件，與普通法不同。

依德國新民法第 276 條規定，當事人以契約約定債務人承擔擔保責任時，就其債務不履行負嚴格責任。依此規定，出賣人就標的物品質負擔擔保責任，必須在契約上表示：「以受契約拘束之方式，就貨物必須具有約定特定性質，承擔風險；且藉此清楚顯示，出賣人準備為所有該特定性質無法實現的後果負責。¹²³」此項擔保責任，固可基於契約解釋而課與出賣人責任，但必須出賣人具有特殊知識與經驗，且知悉買受人將信賴該貨物品質的實現、買受人無法以合理成本檢驗是否符合品質、及買受人無法自行承擔隱藏瑕疵導致的風險（如利用保險分散風險）¹²⁴。

據此以觀，普通法就買賣標的物的瑕疵給付，毫無猶豫地認為應負嚴格責任。反之，在我國法及德國舊民法，係以出賣人具有過錯為損害賠償之要

不動產之買賣或租賃，法院適用嚴格責任或過錯責任，則無一致見解。See TREITEL, *supra* note 12, at 21-22.

¹²² KÖTZ, *supra* note 16, at 250; TREITEL, *supra* note 12, at 23.

¹²³ BGH 29 Nov. 2006, BGHZ 170, 86, 92. Cited in KÖTZ, *supra* note 16, at 247. 德國舊民法的規定，與我國現行民法相同。參見：TREITEL, *supra* note 12, at 22; MARSH, *supra* note 10, at 160-61.

¹²⁴ KÖTZ, *supra* note 16, at 247.

件。就德國新民法而言，仍須探究出賣人是否具有擔保責任。必須出賣人依個案負擔保責任時，始負嚴格責任，否則仍依過錯責任主義而僅承擔過錯責任。依法國民法之規定，買受人僅於出賣人知悉瑕疵時，始得請求損害賠償，原則上仍採過錯責任主義，但於實務上從寬認定職業出賣人之責任。

（二）承攬定作物之瑕疵給付

在英國法，建物承攬人之義務，包含以熟練的方法完成工作、及提供良好品質、合乎目的使用之材料，而承擔嚴格責任。倘定作人信賴承攬人之技術與判斷時，承攬人應交付適合人類居住的房屋、或合乎契約目的之建築物。此時，承攬人交付之物如有瑕疵，縱使已盡合理的注意義務，定作人仍得請求損害賠償，承攬人應負嚴格責任，定作人無須證明承攬人具有過錯¹²⁵。從而，建物承攬人使用之建材有瑕疵，縱使其證明無過錯，且提供建材之供應商信譽卓著、值得信賴，或縱經盡力檢查仍無法發現系爭瑕疵，承攬人仍無法主張其不可歸責而免責¹²⁶。在法國法，倘承攬人允諾不僅將盡力完成工作（此為勞務給付債務），且承諾工作結果之完成時，應負嚴格責任。依法國民法第 1792 條規定，建物承攬人及建築師就其建物瑕疵或營建服務具有瑕疵，除非證明係因外在因素或不可抗力所致，否則應負賠償責任¹²⁷。

在我國法，承攬人就完成之工作的品質及價值，固有瑕疵擔保責任（民法第 492 條），但定作人原則上僅得解除契約或請求減少報酬（民法第 494 條），必須可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵時，定作人始得請求損害賠償（民法第 495 條）。因此就損害賠償請求權而言，係採過錯責任主義，而與英國法及法國法不同。

按如前所述，在金錢之債及種類之債，採嚴格責任，係由債務人承擔債務不履行之風險（債務人應負賠償責任）。在勞務給付之債及特定物買賣之

¹²⁵ MARSH, *supra* note 10, at 144.

¹²⁶ Frost v. Aylesbury Dairy Co. [1905] 1 KB 608. See TREITEL, *supra* note 12, at 20; G.H. Myers v. Brent Cross Service Co. [1934] 1 KB 46. See KÖTZ, *supra* note 16, at 253.

¹²⁷ KÖTZ, *supra* note 16, at 250.

債，採過錯責任，係由債務人於其所能擔保的危險範圍內負違約責任。在其他債務類型，普通法採嚴格責任主義，係由債務人負債務不履行之風險；歐陸法採過錯責任主義，債務人僅於具有過錯時，負賠償責任；如無過錯，則無須負責，亦即債務人無須承擔債務不履行之風險，而僅就其過錯行為負責。例如債務人給付遲延或為瑕疵給付，於無過錯時，無須負違約賠償責任，債權人及債務人仍須依約履行義務¹²⁸。就此而言，在過錯責任，違約之風險原則上歸由債權人承擔，例外於債務人有過錯時，再轉由債務人承擔，與侵權責任之法律架構相同。

應探討者為，實際上，歐陸法之過錯責任主義，與普通法之嚴格責任主義，就契約風險承擔上，果真具有不同的分配方式嗎？在過錯責任主義下，債務人果真與侵權責任相同，僅就其故意或過失行為負責？倘過錯責任主義下之過失概念甚為嚴格，以致於債務人無法舉證免責時，最終仍由債務人負債務不履行之責任，則與嚴格責任，有何差異？再者，在普通法的嚴格責任主義下，債務人固得主張免責事由，倘免責事由之要件甚為嚴格，以致於債務人幾乎無法免責，則債務人承擔契約風險，將更為確定。就此等問題，以下論述之。

二、過失的概念

過錯責任主義，以債務人具有故意或過失為損害賠償之要件。倘債務人欲免除違約賠償責任，必須證明其無過失（當然包括無故意），因此過失概念所採取的注意義務程度，影響債務人免責的機會。

關於過失的概念，德國民法第 276 條第 2 項採客觀上的注意義務，以債務人作為商業或職業成員應有的注意標準認定之，與債務人個人之能力與注意程度無關。德國法就注意義務採客觀標準，乃因契約當事人默示地「擔保」，

¹²⁸ 在給付不能時，如債務人無過錯，得因此免除給付義務（民法第225條第1項），債權人亦得免除對待給付之義務（民法第266條第1項）。因此，於給付不能時，債權人及債務人同時免給付義務，並非由債權人承擔給付不能之風險。此項原則，於普通法亦同。蓋於英國法，債務人之給付不能構成契約挫敗，契約自動解消，雙方當事人均免除契約上義務。參見本文下述關於契約挫敗之法則。

其具有履行契約所需之所有能力。如承包商允諾於六個月內興建完成建物者，此項允諾意謂著債務人得於六個月內完工之意思，嗣後不得以其個人欠缺履約能力而免責¹²⁹。據此，房屋建造人應如同一般勤勉理性之房屋建造人履行契約，醫師應依據其職業規範進行診治行為。債務人如能預見且能避免履行障礙，即不得免責¹³⁰。

在 *BGH NJW 2000, 2812* 乙案，某牙醫與承包商基於醫療使用之目的，訂立電腦設備與軟體供應合約，但承包商提供作為會計目的之硬碟具有瑕疵，無法存取資料，以致於必須以人工方式存取資料，造成費用損失。承包商宣稱此項瑕疵係屬客觀不能，但實際上在技術上仍有修復可能。對於本案承包商是否具有過失？法院強調，債務人應符合個別職業上應具備的注意義務。承包商既從事此項職業，即須知悉其尚未窮盡所有存取資料之可能方式。至於其個人是否具備此項能力，或是否知悉其他可能方式，均非重要¹³¹。

關於我國法上過失的概念為何，通說認為，依民法第 220 條第 2 項規定，因事件之特性而有輕重，因此包含抽象輕過失、具體輕過失及重大過失，於有償契約，通常為抽象輕過失責任；於無償契約，通常為具體輕過失責任。是以，鄭玉波教授認為「在債務不履行，我國民法並非以抽象輕過失責任為原則也。¹³²」換言之，通說不採德國法以客觀注意義務為原則之見解。惟陳自強教授則參照瑞士債務法及德國民法之規定，認為契約責任之過失，原則上應採客觀化的過失概念。至於債務人依法僅須負具體輕過失責任時，則為責任減輕之規定，無此規定時，債務人應負善良管理人之注意義務¹³³。

¹²⁹ MARKESINIS ET AL., *supra* note 50, at 448.

¹³⁰ Beate Gsell, *Non-performance and Remedies in General*, in *EUROPEAN CONTRACT LAW AND GERMAN LAW 440* (Stefan Leible & Matthias Lehmann eds., 2014); JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 93, at 1170; 梅迪庫斯，前揭註25，頁242；魏志霖（2018），〈債務不履行損害賠償法歸責事由之修正模式：以日本債權法為例〉，《東吳法律學報》，29卷4期，頁106。

¹³¹ Cited in MARKESINIS ET AL., *supra* note 50, at 448.

¹³² 鄭玉波，前揭註6，頁266。

¹³³ 陳自強（2012a），前揭註1，頁77-78、82；陳自強（2012b），前揭註1，頁109-110、162。

對此，最高法院雖就抽象輕過失採客觀化的過失概念，但過失的標準，則依事件的特性酌定之，乃採通說之見解。例如，最高法院 79 年度台上字第 1203 號民事判決謂：「行為人過失責任之最重者，莫過於『應以善良管理人之注意為之』，亦即學者所謂『抽象的輕過失』，申言之，行為人注意之程度，依一般社會上之觀念，認為具有相當知識及經驗之人對於一定事件所能注意者，客觀的決定其標準；至行為人有無盡此注意義務之知識或經驗，在所不問。」又最高法院 106 年度台上字第 287 號民事判決謂：「債務人是否具有可歸責之事由，應視其有無盡到注意義務而定，如其注意義務未經約定或無法律之規定時，原則上以故意或過失為其主觀歸責事由，至於過失之標準，則由法院依事件之特性酌定之。」可資參照。

應注意者為，我國通說固然認為，過失的標準應依據事件而不同，但於民法各種之債中就債務人的注意義務，於有償契約，規定為抽象輕過失責任，於無償契約，規定為具體輕過失責任（參見民法第 535 條與第 590 條）。又就抽象輕過失，通說均採抽象客觀的善良管理人的注意程度。由於實務上以有償契約居多，因此多數契約之債務人應負善良管理人之注意義務。

我國法與德國法，就抽象輕過失概念均採客觀的決定標準，與債務人有無能力或知識經驗，足以盡到此項客觀的注意義務無關。此項客觀的過失概念，依債務人允諾的意思，應善盡勤勉理性債務人之注意義務，與嚴格責任之認定標準，十分近似。由於過失概念甚為嚴格，債務人欲舉證其無過失而免責，甚為困難。因此就德國法關於過失概念採客觀標準，學說上認為：「客觀的過失概念，意味著脫離過錯責任主義¹³⁴」、「違約責任適用客觀注意標準，使德國法更為接近於普通法。¹³⁵」我國法亦同。

三、歐陸法：過失推定原則

在德國法及我國法，債務不履行之損害賠償責任以可歸責為要件，採過錯責任主義。德國民法第 280 條第 1 項規定：「債務人違反債之關係所生之

¹³⁴ 梅迪庫斯，前揭註 25，頁 264。

¹³⁵ MARKESINIS ET AL., *supra* note 50, at 448; Grundmann, *supra* note 25, at 39.

義務者，債權人得請求損害賠償。債務人就義務違反不可歸責者，不適用之。」本條規定方式採舉證責任倒置，就違約賠償責任，推定債務人就違約具有過失，而採推定過失責任，必須債務人舉證其無過失，始得免責。由於債務人舉證無過失而免責，甚為困難，此項推定過失責任，於債務人無法舉證免責時，即使債務人無過錯，仍須負責，與嚴格責任並無想像上的巨大差異¹³⁶。

在法國法，法國民法第 1231 條之 1 規定：「債務人因其不履行債務或給付遲延者，於適當時，應支付損害賠償。但其證明，債務不履行係因不可抗力所致者，不在此限。」在法條結構上亦採舉證責任倒置之規定，為推定過錯原則，債務人違約時，僅得舉證不可抗力而免責。

在我國法，我國通說認為，於債務不履行時，債權人僅須證明契約之存在及損害之發生，即得請求債務人賠償損害，債務人須就違約事由係屬不可歸責之事由，負舉證責任，始得免責¹³⁷。亦即我國法與德法二國相同，就違約責任採推定過失責任。最高法院 97 年度台上字第 1000 號民事判決採此見解：「債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。¹³⁸」

¹³⁶ MARKESINIS ET AL., *supra* note 50, at 446; JANSEN & ZIMMERMANN, *supra* note 93, at 1169; Grundmann, *supra* note 25, at 38; Dagmar Coester-Waltjen, *The New Approach to Breach of Contract in German Law*, in *COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT* 149 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005); 梅迪庫斯，前揭註 25，頁 264；魏志霖，前揭註 130，頁 106。德國學者有認為，本條規定之舉證責任倒置，僅於債務人對於給付結果，承擔與保證類似之擔保義務時，基於債務人之自願承擔，債務人始負免責的舉證責任。反之，若債務人違反之義務，係與行為有關之義務，則無本條之適用，債權人須證明債務人之可歸責性，始得請求賠償（Tilman Repgen，前揭註 96，頁 208、217）。果爾，則德國法與法國法之結果債務與手段債務之區別相同。

¹³⁷ 學說討論，參見：陳自強（2012a），前揭註 1，頁 60。

¹³⁸ 同說，最高法院 106 年度台上字第 287 號民事判決：「債權人主張債務不履行之損害賠償責任者，雖僅須證明該債務不履行所由生之契約存在及其權益遭受侵害與

基於此項推定過失責任，於契約履行中發生給付障礙事由時，債務人須舉證其為不可歸責，始得免責。又於有償契約中，債務人應負客觀上之善良管理人之注意義務，如此在具體案例上，債務人舉證其已盡善良管理人之注意義務而免責，誠非易事。債務人舉證無過失而免責成功之案例，以醫療契約最為常見，其餘案例，甚為少見。更重要者為，在法國法，債務人須舉證外在原因之不可抗力，始能免責。在我國實務上，僅以戰爭、天災、法令變更、政府行為、債權人之行為及獨立第三人之行為，所致之給付障礙，始構成不可歸責於債務人之事由¹³⁹，除此以外，均屬可歸責於債務人之事由，應負賠償責任。就此而論，債務人並非因其無過錯而免責，而係因給付障礙乃事變或不可抗力所致而免責。「過錯」實非債務人之歸責事由，而僅作為債務人免責事由的論證基礎。

學說又認為，在法國法，手段債務與結果債務區別之重要實益，在於當事人之舉證責任之不同。就過錯之舉證責任，於結果債務，債務人一有違約，

損害之發生，債務人如欲免責，則須就債務不履行係因不可歸責於己之事由所造成，負舉證責任。」最高法院108年度台上字第813號民事判決：「債權人如係依債務不履行之法律關係請求損害賠償，僅須證明契約之存在及損害之發生，至債務人倘欲免責，則須就債務不履行係因不可歸責於己之事由所造成，負舉證責任。」

¹³⁹ 關於給付遲延之不可歸責事由如下：法令限制（最高法院99年度台上字第1869號民事判決）、政府行為（最高法院79年度台上字第2329號民事判決）、債權人之事由（最高法院109年度台上字第346號民事判決）、天災事變（最高法院91年度台上字第1213號民事判決、最高法院80年度台上字第2786號民事判決、最高法院87年度台上字第2259號民事判決、最高法院86年度台上字第580號民事判決）。關於給付不能之不可歸責事由如下：戰爭（最高法院30年滬上字第209號民事判例）、天災或其他事變（最高法院39年度台上字第1020號民事判決、最高法院81年度台上字第2925號民事判決）、法令變更（最高法院44年度台上字第383號民事判決、最高法院82年度台上字第510號民事判決）、政府行為（最高法院70年度台上字第1840號民事判決、最高法院76年度台上字第1519號民事判決、最高法院77年度台上字第1326號民事判決、最高法院105年度台上字第37號民事判決）、債權人之行為（最高法院87年度台上字第2259號民事判決、最高法院86年度台上字第580號民事判決、最高法院95年度台上字第390號民事判決、最高法院107年度台上字第412號民事判決、最高法院109年度台上字第346號民事判決）。此外參見：陳自強（2012a），前揭註1，頁64-69。

即推定有過錯，因此債權人僅須證明債務人違反義務即可，債務人須舉證外在因素存在，作為免責事由。債務人單純舉證其已盡適當的勤勉義務，仍無法免責¹⁴⁰，其無法履行債務必須係因不可抗力、債權人或第三人之行為所致，始得免負賠償責任，十分類似於英美法的嚴格責任¹⁴¹及我國法的推定過失責任。

於手段債務，由於債務人未盡注意義務屬債務不履行之要素，因此債權人就債務人具有過錯，即未盡理性人之注意義務，應負舉證責任，始得請求損害賠償¹⁴²，與德國法及我國法由債務人舉證無過失而免責之法則，恰恰相反。

據上所述，歐陸法就債務不履行雖採過錯責任主義，但實際上為推定過失責任，債務人違約時，推定具有過錯，必須債務人舉證其無過錯或具有不可抗力事由，始得排除賠償責任。德國法採客觀的過失概念，債務人欲舉證免責，甚為困難。在法國法及我國法，債務人須舉證通常事變或不可抗力而免責。實際上，「過錯」並未作為債務人之「歸責事由」。從而，債務人之無過錯於違約賠償責任扮演的角色，實為債務人違約賠償責任之免責事由，過錯並非損害賠償請求權之「構成要件」¹⁴³。

四、普通法：無過錯作為契約挫敗等免責事由之要件

普通法就違約責任採取嚴格責任，不以債務人具有過錯為損害賠償之要件。然而，普通法允許債務人主張契約挫敗，使契約自動消滅而免責¹⁴⁴，或

¹⁴⁰ 法國法學界稱呼債務人於結果債務，在無法舉證免責時，係屬「契約上的過錯」，而與手段債務之違反，一樣具有過錯的意涵，因此有認為，結果債務屬於過錯推定責任。然而，實際上，此項推定並無法推翻，因此其責任性質上為嚴格責任。ROWAN, *supra* note 13, at 225-26.

¹⁴¹ NICHOLAS, *supra* note 91, at 52; Nicholas, *supra* note 38, at 339; TREITEL, *supra* note 12, at 9, 10; MARSH, *supra* note 10, at 155; 陳忠五，前揭註97，頁131-132。

¹⁴² See SMITS, *supra* note 7, at 213; MARSH, *supra* note 10, at 160.

¹⁴³ REINHARD ZIMMERMANN, THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATIONS: HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 50 (2005); 陳自強 (2012a)，前揭註1，頁100。

¹⁴⁴ 許多學者指出，契約挫敗法則，乃債務人於英國法得以排除違約責任的唯一事由，

主張其他免責事由，以排除違約賠償責任。債務人無過錯乃構成契約挫敗或其他免責事由之要件，說明如下。

（一）契約挫敗（frustration）法則

在普通法，違約賠償責任採嚴格責任主義，但債務人得舉證因嗣後給付不能而發生契約挫敗，使契約自動解消。此項給付不能之事由，須非因債務人之過錯所致，始構成免責事由。倘債務人因故意或過失致標的物滅失，或因其行為致契約無法履行或履行成為不法，則不得作為契約解消事由。蓋因債務人之過錯引起的契約挫敗，債務人無法證明該契約挫敗之原因非其所能控制¹⁴⁵。

構成契約挫敗致契約解消之事由包含事實上不能及法律上不能。前者指契約標的物滅失，或於提供個人勞務服務之契約，嗣後債務人生病或死亡。後者指契約約定之履行成為不法¹⁴⁶。

就標的物滅失而言，在 *Taylor v Caldwell* 乙案，被告出租其音樂廳 4 天於原告，作為表演之用。契約約定，音樂廳必須適於音樂會使用，並無其他關於意外風險之約定。該音樂廳於音樂會前因火災而焚燬，原告乃請求被告賠償音樂會廣告所生之損失。法院認為：「雙方均無過錯所生之給付不能，應使當事人雙方因此而免責。」原告無須受領音樂廳而支付費用，被告亦無須提供音樂廳以供使用¹⁴⁷。

又於 *Appleby v Myers* 乙案，當事人約定，原告應負責工廠機器之製作及安裝，並負責維修機器二年。於機器安裝前，工廠因火災而滅失。法官同

且債務人主張契約挫敗法則，成立之機會甚微。參見：Kötz, *supra* note 17, at 929; SMITS, *supra* note 7, at 214-15.

¹⁴⁵ TREITEL, *supra* note 12, at 35; BEALE, *supra* note 117, at 1706; ROBERT MERKIN & SÉVERINE SAINTIER, POOLE'S TEXTBOOK ON CONTRACT LAW 485 (15th ed. 2021).

¹⁴⁶ MAZZACANO, *supra* note 19, at 75; ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 529.

¹⁴⁷ *Taylor v. Caldwell* [1863] 3 B&S 826. See BEALE ET AL., *supra* note 85, at 1186-88; MAZZACANO, *supra* note 19, at 73; PEEL, *supra* note 48, at 1033; Nicholas, *supra* note 38, at 346-47.

樣判決，雙方當事人均免除履行義務，且原告就已完成之部分（機器之製造），不得請求賠償。蓋依據普通法之契約挫敗法則，損害應停留在原地¹⁴⁸。

就債務人生病或死亡而言，在 *Robinson v Davidson* 乙案，鋼琴家因生病而無法出席音樂會表演。法院認為，鋼琴家於表演前一直維持健康，乃契約之根本。於鋼琴家喪失健康時，類似於 *Taylor* 乙案，無賠償責任¹⁴⁹。又如工程興建合約，建築人員因心臟病發作，永遠無法工作，契約因而解消¹⁵⁰。

就法律上不能而言，例如與敵國人民進行交易；契約標之物之土地、船舶或油田，被政府強制徵收等¹⁵¹。

如前所述，給付不能或給付不法致契約挫敗，必須非可歸責於債務人之故意或過失行為所致，始得解消契約。如阻礙契約履行之情事，係由債務人之故意或過失行為所致，英國法稱之為「自行引起的挫敗」（self-induced frustration），該債務人不得主張契約挫敗法則而免責¹⁵²。英國法院判決：「契約挫敗的事件，必須是某種外在情事或與當事人無關的情事變更。……契約挫敗事件必須是，主張契約挫敗的一方當事人，對該事件之發生，無可歸咎或無過錯。¹⁵³」可資參照。

據此，債務人因故意或過失導致生病，無法履行提供勞務之義務，不適用契約挫敗法則。倘歌手於訂立演唱合約後，因吸毒而被捕入獄，主辦單位得請求損害賠償¹⁵⁴；傭船人命令其船舶駛入戰爭海域，致該船舶被扣留，而無法履約；或運送人之船舶欠缺適航性導致航行遲延，於遲延行程中，因戰

¹⁴⁸ *Appleby v. Myers* [1867] LR 2 CP 651. See MAZZACANO, *supra* note 19, at 70.

¹⁴⁹ *Robinson v. Davison* (1871) LR 6 Ex. 269. Cited in ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 18, at 528.

¹⁵⁰ *Notcutt v Universal Equipment Co* [1986] ICR 414. Cited in CHEN-WISHART, *supra* note 60, at 295.

¹⁵¹ CHEN-WISHART, *supra* note 60, at 294.

¹⁵² CHEN-WISHART, *supra* note 60, at 307; JACK BEATSON, ANDREW BURROWS & JOHN CARTWRIGHT, *ANSON'S LAW OF CONTRACT* 488 (31st ed. 2020).

¹⁵³ *J. Lauritzen A.S. v Wijsmuller B.V.* [1990] 1 Lloyd's Rep. 1. Cited in BEATSON ET AL., *supra* note 152, at 468.

¹⁵⁴ TREITEL, *supra* note 12, at 35.

爭爆發而無法完成行程，均屬債務人一方之故意或過失行為所致的給付不能，不得免除責任¹⁵⁵。

應注意者為，債務人主張契約挫敗致契約解消時，債權人固得主張系爭契約挫敗係債務人自行引起之情事，以排除契約挫敗法則之適用，但債權人就債務人對給付不能或給付不法具有過錯，應負舉證責任¹⁵⁶。例如，傭船人向船東租用船舶運送貨物，該船因不明原因而爆炸、沉沒。傭船人請求損害賠償時，船東主張該船爆炸沉沒構成契約挫敗，契約因此解消。傭船人主張，船東就該船爆炸沉沒具有過錯，不得適用契約挫敗法則。對此，法院判決，原告傭船人就被告船東具有故意或過失，應負舉證責任。由於原告無法舉證船東之過錯，因此仍然適用契約挫敗法則致契約解消，其請求為無理由¹⁵⁷。

此項舉證責任分配法則，與德國法及我國法的舉證責任分配恰恰相反。申言之，在德國法及我國法，於給付不能時，債權人僅須證明債務人不能給付，即可請求賠償。債務人欲排除責任，須舉證證明其無故意或過失。反之，在普通法，債權人於債務人主張契約挫敗之免責事由時，須舉證債務人有故意或過失，始得請求損害賠償。由於債務人有無過失，難以舉證，因此舉證責任分配法則之不同，將導致歐陸法及普通法成立違約責任之差異。在歐陸法，由於債務人難以舉證其無過失而免責，債權人經常得以獲得損害賠償。在普通法，於發生給付不能之契約挫敗時，債權人須舉證債務人具有故意或過失，否則無法請求賠償。就此而論，於債務人給付不能時，債權人於歐陸法之推定過失原則下，更為容易請求損害賠償。

¹⁵⁵ CHEN-WISHART, *supra* note 60, at 307.

¹⁵⁶ MERKIN & SAINTIER, *supra* note 145, at 485; BEALE, *supra* note 117, at 1708.

¹⁵⁷ Joseph Constantine SS Lind v. Imperial Smelting Corp Ltd. [1940] 67 Lloyd's Rep. 245. Cited in MERKIN & SAINTIER, *supra* note 145, at 485; Geoffrey Samuel, *Contract and the Comparatist: Should we think about contract in terms of 'contracticles'?* in COMPARATIVE CONTRACT LAW 76 (Pier Giuseppe Monateri ed., 2017). 在契約挫敗法則，原告就被告具有過錯應負舉證責任之理由在於：導致債務人無法履約的災難性事件，經常係於雙方均無過錯之情形下發生。因此，就大部分案件而言，如由被告就其無過錯負舉證責任，相較於由原告舉證過錯存在，較為難以達成正確的結果。See PEEL, *supra* note 48, at 1083.

(二) 免責原則 (excuse)

在普通法，於契約締結後，某些事由雖非可致契約挫敗，但可構成債務不履行之暫時或部分免責事由。典型案例為，受僱人因疾病而暫時無法履行契約上義務時，不成立債務不履行。

此外，僱用人亦得因某事故之發生，而拒絕受僱人履約以獲得報酬。例如，某樂團受雇於倫敦咖啡廳擔任一個月表演團體，契約約定：「無表演，則無報酬。」在表演當月，國王死亡，所有公共娛樂場地關閉二日，該咖啡廳於此二日內無僱用表演團體及支付報酬之義務¹⁵⁸。又如農夫出售特定農地上之農產品於買受人，嗣後因旱災或病蟲害僅收成部分農產品，該農夫於收成數量以外之契約約定數量，不負給付義務¹⁵⁹。

上述作為免責事由之案例，其前提假設為：**債務人非因自己之過錯致生債務不履行**。因此，倘於前案例中，咖啡廳無故拒絕表演樂團演出，或因過失致表演場地不適合演出；農夫因耕作不良致農作物減產，則咖啡廳及農夫均應負損害賠償責任。又受僱人因疾病而無法履約時，如有過錯，亦不得以疾病作為其違約之暫時免責事由¹⁶⁰。

(三) 小結

綜合言之，英國法上作為契約挫敗之給付不能及給付不法，係以非可歸責於債務人之故意或過失為要件；其他免責事由，亦須非由債務人之過錯所致，始得成立，與歐陸法採取過錯責任主義，具有類似性，於債務人有過錯時，均不得免責。

再者，非可歸責於雙方當事人之事由致給付不能者，英國法認為，構成契約挫敗，契約自動解消，雙方均免除責任。此項法則，與我國民法第 225 條和第 266 條適用之結果相同。如可歸責於債務人致給付不能，依據英國法

¹⁵⁸ *Minnevitich v. Café de Paris (Londres) Ltd.* [1936] 1 All ER 884.

¹⁵⁹ *HR & S. Sainsbury Ltd. v. Street* [1972] 1 WLR 834.

¹⁶⁰ *TREITEL*, *supra* note 12, at 37-38; *PEEL*, *supra* note 48, at 939.

之契約挫敗法則，債務人不得免責，債權人仍得請求損害賠償，其結果與我國民法第 226 條規定相同。

最後，英國法與歐陸法不同者為，債務人過錯的舉證責任分配原則。在歐陸法，債務人違約時應舉證其無過錯，債權人之損害賠償請求權始被排除。在英國法，債務人抗辯契約挫敗時，債權人須舉證係屬債務人之過錯導致契約挫敗，始得請求賠償損害。

陸、國際契約法文件

所有國際契約法文件，均採嚴格責任之規定，認為債務人應就違約責任負責，但有履行障礙者，債務人得舉證免責¹⁶¹。所謂契約履行障礙，應符合下列要件：系爭履行障礙超越債務人之控制範圍、無法合理期待債務人克服系爭履行障礙、及債務人於契約成立時，無法慮及系爭履行障礙。所謂債務人之免責事由，聯合國國際商品買賣公約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG）採用「超越債務人所能控制的障礙」；國際商事契約通則（UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, PICC）、歐洲契約法原則（Principles of European Contract Law, PECL）及共同參考架構草案（Draft Common Frame of Reference, DCFR）採用「不可抗力」之概念，均足以彰顯嚴格責任之立法模式。此等規定之始祖為 CISG 第 79 條，本條規定為其他國際契約法文件所承襲。其中 CISG 及 PICC 具有各國法院及仲裁實務見解可資參考，說明如下。

¹⁶¹ CISG第79條、PICC第7.1.7條、PECL第8:108條、DCFR第III.-3:104條、CESL第88條。

一、CISG 之解釋適用¹⁶²

CISG 第 79 條 (1) 規定：「一方當事人如證明，違約係因超越其所能控制之障礙事由所致，且無法合理期待，其於訂約時考量此等事由，亦無法合理期待，其得以避免或克服此等事由或其結果者，對其未履行債務，無須負責。」本條規定在於實現以下之基本價值判斷：契約當事人僅須就契約成立時及價格訂立時，可得合理考量之危險所生之損害負責¹⁶³。

基於本條規定，違約之事由及其結果如為債務人所無法控制且無法預見及避免者，債務人無須對其違約負責。準此，債務人免責之要件有三：1. 系爭履行障礙事由須非債務人所能控制，2. 債務人無法可得合理預見系爭障礙事由，且 3. 無法合理期待債務人得以其他方法，避免或克服障礙事由或其結果¹⁶⁴。

所謂債務人無法控制之障礙事由，係指系爭履行障礙，存在於債務人所能控制範圍之外（或債務人之影響範圍外）。如債務人得以採取所需行動阻止障礙事由發生，或克服障礙事由之結果者，則非屬免責事由¹⁶⁵。因此，債務人對於其為履行所需之準備、組織及過程，得以避免之履行障礙，無法免責。又債務人因其財務困難而無法獲取標的物或其製造原料（如被查封），亦不得免責。製造過程之組織、出賣人公司之電力供應、勞工之準備就緒等，均屬債務人應負責之危險範圍，不得作為免責事由¹⁶⁶。

雖屬債務人無法控制之履行障礙，但如債務人於訂約時可得合理預見該障礙事由時，該履行障礙，既屬債務人可得預見，即應於訂立契約時，予以

¹⁶² 本段之說明，參見陳聰富（2019），〈聯合國國際商品買賣公約之出賣人義務與違約責任：與臺灣民法之比較研究〉，《臺大法學論叢》，48卷3期，頁1128-1132。

¹⁶³ UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALES OF GOODS (CISG): COMMENTARY 1056 (Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, & Maria del Pilar Perales Viscasillas eds., 2011).

¹⁶⁴ *Id.* at 1071.

¹⁶⁵ *Id.* at 1056.

¹⁶⁶ PETER SCHLECHTRIEM & PETRA BUTLER, UN LAW ON INTERNATIONAL SALES: THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 201 (2009).

考量，約定免責，否則仍應負責。此外，對於自始存在之履行障礙，如為債務人所知或應知者，債務人仍然訂約，應負較高之擔保義務，以排除該障礙，否則即應負責。反之，對於契約締結後所生之嗣後障礙事由，如無法預見者，債務人僅須依其情況，從事合理的努力，以避免及克服該障礙事由¹⁶⁷。

CISG 第 79 條規定之「給付障礙」，通常係指不可抗力之情形。如自然現象、國家行為、特殊異常事件（如戰爭、封鎖、意外事故）或第三人之行為（如蓄意破壞、搶劫）等。工廠關廠停工（lockout），非屬給付障礙事由。至於罷工，通常認為非屬給付障礙事由，但非可一概而論¹⁶⁸。

依據實務案例分析，基於 CISG 第 79 條規定文義及法院解釋，被告主張構成免責事由之給付障礙，成功案例極少¹⁶⁹，因此債務人鮮少有免責機會，而趨向於絕對責任。以下案例類型，足以顯示 CISG 之違約責任的絕對化。

（1）出賣人承擔之獲取義務：在種類之債買賣，如該貨物於一般市場交易者，出賣人承擔獲取貨物之風險。出賣人不得因供應商無法給付，或因系爭貨物漲價或意外滅失，須花費高額額外費用獲取貨物而免責。只要市場上替代貨物仍屬存在，出賣人即須窮盡可能方法，以獲取貨物。惟如種類之債限於特定來源者，出賣人則僅承擔該特定貨物之獲取風險，如因無法預見及無法避免之事件而無法履行者，得以免責¹⁷⁰。

據此，出賣人因緊急生產停工而無法交付標的物，或出賣人之主要供應商發生財務上困難，均無法免除損害賠償責任。在貨物短缺時，出賣人必須

¹⁶⁷ *Id.* at 201-02.

¹⁶⁸ FRITZ ENDERLEIN & DIETRICH MASKOW, INTERNATIONAL SALES LAW: UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 322-23 (1992).

¹⁶⁹ LARRY A. DiMATTEO, ANDRÉ JANSSEN, ULRICH MAGNUS & REINER SCHULZE, INTERNATIONAL SALES LAW: CONTRACT, PRINCIPLES & PRACTICE 675 (2016).

¹⁷⁰ SCHLECHTRIEM & SCHWENZER: COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) 1074 (Ingeborg Schwenzer ed. 3d ed. 2010); UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALES OF GOODS (CISG): COMMENTARY, *supra* note 163, at 1830. 在特定物之債，必須契約具有明示或默示約定，出賣人對獲取該標的物，始承擔獲取風險。

證明相同或類似品質之貨物，在市場上均無法取得，始得免責¹⁷¹。縱使出賣人之供應商因不可抗力而無法供給貨物，如系爭貨物於市場上仍可取得者，即屬出賣人可得控制履行債務之範圍，因而不得免責¹⁷²。

在買賣之柑橘因寒害凍霜而有瑕疵時，出賣人必須證明在出賣國之市場，於交付時，均無符合約定品質之柑橘，且出賣人於締約時無法合理預期該次長期寒害，始得免責¹⁷³。在因天候不良導致農作物收成不佳之案例，法院認為，謹慎之出賣人應得預見天候不佳之情事，而以契約約定方式處理。農作物收成不佳必須低於前幾年 90% 收成量的最低量時，始得構成免責的給付障礙¹⁷⁴。換言之，此等免責事由，原則上必須當事人以契約約定之，否則即不得作為免責事由。

(2) 出賣人之控制範圍：於奶粉製成之牛奶受感染而具有瑕疵之案例，出賣人主張系爭感染無法以現代科技水準之製程予以發現或排除。但法院認為，本案應先假定系爭感染係於製作過程中發生，而此項製程係屬出賣人之控制範圍，因此出賣人須證明系爭牛奶受感染，係屬無法檢查，且感染之可能來源超越其影響領域之外，始得免責¹⁷⁵。

(3) 經濟上給付困難 (hardship)：貨物或輸入成本之激增，係屬市場價格之變化，為可預見之事件，不得作為免責事由。從而出賣人不得以標的物市場價格變動，而免除以契約價格給付標的物之義務；在價格浮動時，出賣人必須承擔在交付替代物時，市場價格上漲之危險。縱使買賣標的物之市場價格升高三倍，亦同¹⁷⁶。

¹⁷¹ LARRY A. DiMATTEO, LUCIEN J. DHOOGHE, STEPHANIE GREENE, VIRGINIA G. MAURER, & MARISA ANNE PAGNATTARO, INTERNATIONAL SALES LAW: A CRITICAL ANALYSIS OF CISG JURISPRUDENCE 159-60 (2005).

¹⁷² DiMATTEO ET AL., *supra* note 169, at 677.

¹⁷³ CISG METHODOLOGY 160 (André Janssen & Olaf Meyer eds. 2009).

¹⁷⁴ DiMATTEO ET AL., *supra* note 169, at 677.

¹⁷⁵ DiMATTEO ET AL., *supra* note 169, at 677.

¹⁷⁶ DiMATTEO ET AL., *supra* note 171, at 159-60; DiMATTEO ET AL., *supra* note 169, at 678. 惟比利時法院於2009年之判決，認為鋼筋上漲70%時，為無法預見，且對債務人造成過度負擔，而成立免責事由。See DiMATTEO ET AL., *supra* note 169, at 676. 此

(4) 異常事件：在 CISG 之實務案例，對於傳統之不可抗力事件，如天然災害、政府干涉行為等，多數認為，係屬契約默示約定的風險分配範圍，當事人雖無法預見，仍非屬履行障礙。因此，政府發布進口配額禁令、拒絕發給許可證件、作為出賣人之供應商的礦場罷工、運送船舶短缺、洪水或重大豪雨致作物減產，均非屬可免責之給付障礙¹⁷⁷。更重要者為，基於市場國際化之現實，過去認為屬於免責事由之情形，如惡劣天候、遲延運送、戰爭、敵對行為、禁運及恐怖主義等，逐漸被認為係屬可預見之事件，而無法免責¹⁷⁸。

二、PICC 之解釋適用

(一) 手段債務與結果債務

PICC 第 7.1.7 條第 1 項規定：「一方債務人於不履行債務時，得證明其不履行係因超越其所能控制之障礙，且於契約訂立時，無法合理期待其考量該障礙事由，亦無法合理期待，其得以避免或克服該障礙事由或其結果者，責任免除。」

為理解本條之解釋適用，首應指出者為，PICC 採取法國法關於手段債務與結果債務之不同義務類型。PICC 第 5.1.4 條規定：「(1) 倘當事人之義務在於完成特定結果時，該當事人應負責完成該結果。(2) 倘當事人之義務在於履行行為時盡最大努力義務時，該當事人應負責採取如同在相同環境下、相同種類的理性之人，所應盡到之努力¹⁷⁹。」

外，PICC第6.2.2條對給付困難(hardship)進行定義，但CISG並無類似規定，因此不得將PICC關於給付困難之規定，適用於CISG。在CISG，給付困難不適用於給付障礙。至於給付困難與不可抗力之區別在於，前者僅使債務人之給付，增加更多負擔，但未致給付不能之情形；後者則為造成債務人給付不能之情事。BRUNO ZELLER, DAMAGES UNDER THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 214 (3d ed. 2018).

¹⁷⁷ DiMATTEO ET AL., *supra* note 169, at 677-78.

¹⁷⁸ DiMATTEO ET AL., *supra* note 169, at 678.

¹⁷⁹ PICC第5.1.5條並就區辨手段債務與結果債務之參考因素予以規定，包括契約之約定、契約之價格、完成結果之危險程度及債務人對履行義務的影響力。

在結果債務，PICC 第 7.1.7 條採嚴格責任，必須債務人舉證，給付障礙係因不可抗力所致，始構成賠償責任之免責事由。在手段債務，本條規定之適用，則有所不同。在給付障礙超越債務人所能控制時，債務人縱使採取任何履行行為，亦不可能完成契約結果。此時，債務人會被認為已經盡最大努力，而無「債務不履行」之情事，當然即無賠償責任是否免責之問題。反之，如履行障礙係屬債務人所能控制者（即非不可抗力），如債務人未盡力避免給付障礙發生，即構成債務不履行，而應負賠償責任；此時因履行障礙為債務人所能控制，亦無賠償責任是否免責之問題。例如，取得政府許可之義務，如債務人已盡最大努力而無法取得，即屬合法履行債務，而無債務不履行之情事，無須尋求不可抗力之免責規定¹⁸⁰。

易言之，在手段債務，債務人無須依 PICC 第 7.1.7 條規定排除損害賠償責任。債務人之義務，若非已盡最大努力而合法履行，即為未盡義務而構成債務不履行。就債務人之不履行債務，由債權人負舉證責任，因此手段債務之債務人無須證明不可抗力存在¹⁸¹。

（二）不可抗力之免責事由

PICC 規定之免責事由，限於不可抗力，其概念與法國法相同¹⁸²。首先，履行障礙必須具有外部性，亦即非屬債務人承擔之危險範圍。此項要件，通常之判斷方式，與債務人得否合理克服該履行障礙或其結果，相互重疊。申言之，不可抗力事件，通常指天然災害（如洪水、地震、風暴、火災、閃電、乾旱或冰霜等）、傳染病、重大意外事件、戰爭或武裝衝突、或政府行為（如出口或進口管制、宵禁、關閉交通道路、禁運、外匯管制等）。至於罷工，須為一般性勞資爭議所致，如係債務人工廠內個別罷工，非屬不可抗力¹⁸³。

¹⁸⁰ COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC) 864, 867-68 (Stefan Vogenauer ed. 2d ed. 2015).

¹⁸¹ *Id.* at 864-65.

¹⁸² *Id.* at 867.

¹⁸³ *Id.* at 871, 875; ECKART J. BRÖDERMANN, UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS: AN ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY 202 (2018).

反之，如為債務人之內部事件，如債務人或公司負責人死亡或生病、電力供應短缺、機器毀損、生產不良、資料處理系統設備不佳、內部勞工爭議等，均屬債務人可得預見或應予克服其結果之情形，而非屬不可抗力¹⁸⁴。

其次，不可抗力必須該履行障礙超越債務人之控制能力。此時，應考量二項因素：（1）勤勉之債務人得否避免履行障礙之發生或其結果，亦即債務人於事件發生前，負有合理採取「預防方法」（preventive measures），以防止損害發生之義務。例如，洪水發生前，債務人知悉後，應採取預防措施。（2）勤勉之債務人得否克服履行障礙之結果，亦即債務人於事件發生後，應合理採取「替代方法」（alternative measures），以避免違約結果發生。例如，運送貨物之道路封鎖，應尋求其他替代道路。電力因閃電中斷，應尋求替代電源等。無論預防方法或替代方法，均限於經濟上合理之範圍內，所應採取之措施，自不待言¹⁸⁵。

在種類之債買賣，債務人應承擔獲取風險，因此除非所有該種類之貨物，均無法於市場上取得，否則縱令買賣標的物之滅失係屬無法預見，債務人仍應自行承擔財務虧損，而購買相同貨物。但系爭買賣之種類，如限於特定商品者（如現貨買賣），不在此限。此外，金錢債務亦屬種類之債，債務人應承擔其支付能力¹⁸⁶。

再者，履行障礙必須無法合理可預見，即債務人於契約成立時，無法合理慮及系爭履行障礙。反之，縱使履行障礙構成不可抗力，如債務人可以慮及，債務人仍不得免責。蓋如債務人於締約時，預見此項無法履行之風險，則須於契約中約定不可抗力條款，或拒絕訂立契約。從而，可預見性在於評價契約之風險分配¹⁸⁷。

¹⁸⁴ Vogenauer, *supra* note 180, at 872.

¹⁸⁵ *Id.* at 873-74; Brödermann, *supra* note 183, at 203.

¹⁸⁶ Vogenauer, *supra* note 180 at 874-75.

¹⁸⁷ *Id.* at 876. 本條「可預見性」之要件，法院認為過於抽象，得以危險分配替代之。如認為危險未經分配時，則考量債務人是否具有過錯，以其就給付障礙事由是否盡到注意義務為判斷標準。DiMATTEO ET AL., *supra* note 169, at 680-81.

三、小結

據上所述，國際契約法文件深受英國普通法及法國法之影響，就違約責任之損害賠償，採取嚴格責任立法。倘債務人無法舉證其債務不履行係因不可抗力所致，即應負損害賠償責任。此項立法模式，就舉證責任而言，係由債務人負不可抗力之舉證責任，因此債務人舉證免責之機會甚少，其結果與各國法制無異。

柒、結語

基於本文的分析，可得結論如下：

1. 過錯責任主義以債務人之過咎作為歸責理由；嚴格責任主義以契約風險分擔作為債務人應負責之理由。歐陸法雖採過錯責任主義，但採取舉證責任倒置的規定，因此債務人舉證無過失，成為違約責任的免責事由。普通法採嚴格責任原則，但債務人得舉證契約挫敗等免責事由，而排除違約責任。就此而論，歐陸法與普通法就歸責原則的「原則性立場」雖有不同，但在法律架構上均採債務人舉證免責之模式。

2. 各國法制之違約歸責原則究應採取過錯責任主義或嚴格責任主義，係屬法律政策的選擇。歐陸法將違約責任與侵權責任視同為民事上的不法行為，而傾向於以侵權責任同一要件之「故意或過失」（過錯），作為違約責任之要件。普通法則基於當事人允諾之意思及債權人利益之維護，而傾向於嚴格責任。基於當事人意願而成立的契約責任，終究與基於法律規定而成立的侵權責任不同。契約責任在於維護債權人之利益（給付利益），侵權責任在於維護被害人之權益與加害人之活動自由，二者所欲維護之利益並非相同，因此契約責任無須以侵權責任之要件作為違約賠償之要件。

3. 在金錢之債及種類之債，各國採嚴格責任之理由，係基於契約風險之分配，由債務人承擔欠缺資力及標的物獲取之風險。在單純勞務給付之債，由於勞務給付之結果具有不確定性及高風險性，債務人無法擔保此項結果必

定發生，因此僅就合理的注意及技術承擔責任。就此而言，在勞務給付義務，採取過錯責任之理由，在於限制債務人的風險承擔範圍，避免使債務人承擔無法控制的風險。果爾，契約風險之承擔為決定歸責原則的真正原因。至於不同債務類型（金錢之債、種類之債、勞務給付之債、特定物之債），採取不同歸責原則，似乎債務類型決定歸責原則之差異。實則，終極原因仍在於：基於不同債務類型，應為不同之契約風險分配。從而契約風險承擔，始為歸責原則的決定性因素。

4. 在一般債務（如物之品質給付義務），普通法與歐陸法採行不同之歸責原則，過錯責任以債務人之過咎作為歸責理由，似乎無法以契約風險分配，作為嚴格責任與過錯責任的共通理由。純就理論而言，在普通法的嚴格責任主義下，債務人無過錯，仍負賠償責任，因此給付障礙的風險，歸由債務人承擔。在過錯責任主義下，由於歐陸法採過失推定原則，債務人於不履行債務時，須舉證其無過失，始得免責。在法國法及我國法，債務人須舉證給付障礙係因通常事變或不可抗力所致，始為「不可歸責」之事由，而排除違約責任。當債務人之給付障礙係因事變或不可抗力所致者，此等給付障礙之情事，對雙方當事人而言，即為無法控制的契約風險。此時，債務人得以免責，債權人無法請求損害賠償，意涵著契約無法履行之風險非由債務人承擔，而由債權人承擔。據此，契約發生給付障礙之風險，於嚴格責任，由債務人承擔；於過錯責任，由債權人承擔。二者承擔契約風險之法則，確有不同。

然而，上述嚴格責任與過錯責任關於風險承擔之差異，僅為理論上的推論。就實務案例而言，在德國法，過失採客觀注意義務，債務人難以舉證其無過失而免責，因而負擔契約風險。在法國法及我國法，債務人須舉證事變或不可抗力始能免責。因此於二國法制下，債務人均難以舉證給付障礙係因不可歸責於己之事由而免責，因此而承擔給付障礙之風險。而在普通法的嚴格責任之下，債務人證明契約挫敗而免責之機會甚微。從而二個法系在實務運作上，均由債務人承擔契約給付障礙之風險，並無顯著差異。

此外，由於歐陸法就過失概念採客觀注意義務，且採過失推定原則，因此在歐陸法的過錯責任主義，過失概念並未發揮違約賠償責任的「要件」功

能。過錯作為免責事由，又將事變及不可抗力等同於無過錯的「不可歸責」事由，更將過錯的成分，自違約賠償責任的構成要件中排除，從而「過錯」並未作為債務人的歸責事由與損害賠償請求權之構成要件。於普通法，過錯原非違約賠償之要件，僅為債務人抗辯免責事由中斟酌之因素。其結果為，歐陸法與普通法均將過錯概念，作為免責事由，而具類似性。

5. 舉證責任之分配法則影響訴訟之勝敗甚鉅，因此而影響歸責原則的最終結果。歐陸法採過失推定原則，債務人難以舉證免責，致過錯責任原則趨向於嚴格責任，而有利於債權人請求損害賠償。普通法採嚴格責任，債務人難以舉證契約挫敗等免責事由，因此債權人易於請求損害賠償。在單純勞務給付之債，法國法認為屬於手段債務，債權人須舉證債務人未盡注意義務，始得請求賠償，而有利於債務人。反之，在我國法之勞務給付之債，採過失推定原則，債務人未舉證其無過失，即應負責，而有利於債權人。在債務人給付之標的物陷於不能時，英國法雖採嚴格責任，但於債務人以契約挫敗抗辯時，債權人須舉證債務人具有故意或過失，構成「自行引起的契約挫敗」，始得請求賠償損害。在我國法，債務人給付不能時，如無法舉證係由於通常事變或不可抗力所致，債權人即得請求賠償。據此以觀，舉證責任分配法則對於歸責原則的實際效果，似乎比法制上採行嚴格責任或過錯責任，更為重要。

6. 國際契約法文件深受英國普通法及法國法之影響，就違約責任之損害賠償，採取嚴格責任立法，而與德國法為代表之歐陸法不同。就舉證責任而言，係由債務人舉證免責，與各國法制相同。

參考文獻

一、中文部分

- Tilman Repgen (著), 顏佑紘 (譯) (2019), 〈德國民法第 280 條第 1 項第 2 句推定可歸責之射程範圍〉, 《月旦法學雜誌》, 286 期, 頁 201-217。 <http://doi.org/10.3966/102559312019030286011>
- 王千維 (2016), 《種類之債與給付不能》, 新學林。
- 王伯琦 (1962), 《民法債篇總論》, 正中書局。
- 杜景林 (2011), 《德國債法總則新論》, 法律。
- 林誠二 (1991), 《民法理論與問題研究》, 瑞興圖書。
- 邱聰智 (著)、姚志明 (修訂) (2014), 《新訂民法債編通則 (下)》, 新訂二版, 承法數位文化。
- 姚志明 (2003), 《債務不履行之研究 (一): 給付不能、給付遲延與拒絕給付》, 元照。
- (2014), 《契約法總論》, 2 版, 元照。
- 迪特爾·梅迪庫斯 (著), 杜景林、盧湛 (譯) (2004), 《德國債法總論》, 法律。
- 孫森焱 (2010), 《民法債編總論 (下冊)》, 自刊。
- 國立臺灣大學法律學研究所 (編) (1965), 《德國民法》, 國立臺灣大學法律學研究所外國法編譯委員會。
- 陳自強 (2012), 《契約責任歸責事由之再構成: 契約法之現代化 I》, 元照。
- 陳忠五 (2008), 〈法國法上醫療過錯的舉證責任〉, 收於: 朱柏松·張新寶·陳忠五·陳聰富·詹森林, 《醫療過失舉證責任之比較》, 頁 115-155, 元照。

- 陳聰富（2019），〈聯合國國際商品買賣公約之出賣人義務與違約責任：與臺灣民法之比較研究〉，《臺大法學論叢》，48 卷 3 期，頁 1081-1145。
[https://doi.org/10.6199/NTULJ.201909_48\(3\).0005](https://doi.org/10.6199/NTULJ.201909_48(3).0005)
- 游進發（2019），《債務不履行之法律效果》，元照。
- 黃立（2009），《德國新債法之研究》，元照。
- 黃茂榮（2002），《債法總論（二）》，植根法學叢書編輯室。
- 楊芳賢（2017），《民法債編總論（下）》，三民。
- 劉春堂（2012），《民法債編通則（一）：契約法總論》，三民。
- 鄭玉波（1983），《民法債編總論》，三民。
- 魏志霖（2018），〈債務不履行損害賠償法歸責事由之修正模式：以日本債權法為例〉，《東吳法律學報》，29 卷 4 期，頁 73-166。
- 羅結珍（譯注）（2005），《法國民法典（下冊）》，法律（簡體字版）。

二、英文部分

- Austen-Baker, R. (2017). *Implied Terms in English Contract Law*. (2nd ed.). Edward Elgar.
- Beale, H. (Ed.). (2018). *Chitty on Contracts*. (33rd ed.). Sweet & Maxwell.
- Beale, H., Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J., & Vogenauer, S. (2019). *Cases, Materials and Text on Contract Law* (3rd ed.). Hart Publishing.
- Beatson, J., Burrows, A., & Cartwright, J. (2020). *Anson's Law of Contract* (31st ed.). Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/he/9780198829973.001.0001>
- Brödermann, E. J. (2018). *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary*. Wolters Kluwer.
- Chen-Wishart, M. (2015). *Contract Law* (5th ed.). Oxford University Press.
- Coester-Waltjen, D. (2005). The New Approach to Breach of Contract in German Law. In N. Cohen & E. McKendrick (Eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract* (pp. 135-156). Hart Publishing.

- Cohen, G. M. (2010). How Fault Shapes Contract Law. In O. Ben-Shahar & A. Porat (Eds.), *Fault in American Contract Law* (pp.53-68). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511780097.005>
- Davies, P. S. (2021). *JC Smith's The Law of Contract* (3rd ed.) Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/he/9780198853503.001.0001>
- Dimatteo, L. A., Dhooge, L. J., Greene, S., Maurer, V. G., & Pagnattaro, M. A. (2005). *International Sale Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511511332>
- DiMatteo, L. A., Janssen A., Magnus, U., & Schulze, R. (2016). *International Sales Law: Contract, Principles & Practice*. C.H. Beck · Hart · Nomos.
- Eisenberg, M. A. (2009). The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance. In O. Ben-Shahar & A. Porat (Eds.), *Fault in American Contract Law* (pp. 82-98). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511780097.007>
- Enderlein, F. & Maskow, D. (1992). *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Oceana Publications.
- Furmston, M. (2017). *Cheshire, Fifoot, & Furmston's Law of Contract* (17th ed.). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/he/9780198747383.001.0001>
- Grundmann, S. (2010). The Fault Principle as the Chameleon of Contract Law: A Market Function Approach. In O. Ben-Shahar & A. Porat (Eds.), *Fault in American Contract Law* (pp. 35-50). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511780097.004>
- Gsell, B. (2014). Non-performance and Remedies in General. In S. Leible & M. Lehmann (Eds.), *European Contract Law and German Law* (pp. 375-449). Wolters Kluwer.

- Hogg, M. (2011). *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511895050>
- Jansen, N., & Zimmermann, R. (2018). *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198790693.001.0001>
- Janssen, A., & Meyer O. (Eds.). (2009). *CISG Methodology*. Sellier European Law Publishers. <https://doi.org/10.1515/9783866537224>
- Jones, G. H. & Schlechtriem, P. (1975). Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance). In A. von Mehren (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII: Contracts in General, Chapter 15* (pp. 1-153). Mohr Siebeck.
- Kötz, H. (2017). *European Contract Law*. (2nd ed.). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198800040.001.0001>
- (2019). Comparative Contract Law. In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd ed., pp.902-932). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.29>
- Kröll, S., Mistelis, L., & Viscasillas, P. P. (Eds.) (2011). *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG): Commentary*. C.H. Beck · Hart · Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845266398>
- Lando, O. (2011). Non-performance (Breach) of Contracts. In A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Mak, & E. du Perron (Eds.), *Towards a European Civil Code* (4th ed., pp. 681-698). Wolters Kluwer.
- Marsh, P. D. V. (1994). *Comparative Contract Law: England, France, Germany*. Gower.
- Markesinis, B. S., Unberath, H., & Johnston, A. (2006). *The German Law of Contract: A Comparative Treatise* (2nd ed.). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472559814>

- Mazzacano, P. (2014). *Exemptions for the Non-Performance of Contractual Obligations in CISG Article 79: The Quest for Uniformity in International Sales Law*. Intersentia.
- Merkin, R. & Saintier, S. (2021). *Poole's Textbook on Contract Law*. (15th ed.) Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/he/9780198869993.001.0001>
- Nicholas, B. (1997). Fault and Breach of Contract. In J. Beatson & D. Friedmann (Eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law* (pp. 337-356). Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198265788.003.0013>
- Nicholas, B. (2005). *The French Law of Contract* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Peel, E. (2015). *Treitel on the Law of Contract* (14th ed.). Sweet & Maxwell.
- Posner, E. A. (2010). Fault in Contract Law. In O. Ben-Shahar & A. Porat (Eds.), *Fault in American Contract Law* (pp. 69-81). Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511780097.006>
- Riesenhuber, K. (2008). Damages for non-performance and the Fault Principle. *European Review of Contract Law*, 4(2), 119-153.
<https://doi.org/10.1515/ERCL.2008.119>
- Rowan, S. (2022). *The New French Law of Contract*. Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/oso/9780198810872.001.0001>
- Samuel, G. (2017). Contract and the Comparatist: Should we think about contract in terms of 'contracticles'?. In P. G. Monateri (Ed.), *Comparative Contract Law* (pp. 67-94). Edward Elgar.
<https://doi.org/10.4337/9781785369179.00010>
- Schlechtriem, P. & Butler, P. (2009). *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*. Springer.
<https://doi.org/10.1007/978-3-540-49992-3>

- Schwenzer, I. (Ed.). (2010). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (3rd ed.). Oxford University Press.
- Smith, S. A. (2004). *Contract Theory*. Oxford University Press.
- Smits, J.M. (2014). *Contract Law: A Comparative Introduction*. Edward Elgar.
- Treitel, G. H. (1988). *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*. Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198255000.001.0001>
- Vogenauer, S. (Ed.). (2015). *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. (2nd ed.). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law/9780198702627.001.0001>
- Zeller, B. (2018). *Damages Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (3rd ed.). Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/law/9780198822493.001.0001>
- Zimmermann, R. (2005). *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199291373.001.0001>
- Zweigert, K. & Kötz, H. (2011). *An Introduction to Comparative Law* (3rd ed.) (T. Weir, Trans.). Oxford University Press. (Original work published 1969)

Risk Distribution as the Foundation of Attribution for Compensation in Breach of Contract

*Tsung-Fu Chen**

Abstract

On a claim for damages for breach of contract, the European Continental Law adopts fault liability, while the Anglo-American Common Law sticks to strict liability. This paper contends that risk distribution between the parties to a contract is the real foundation of the contractual liability rather than the parties' fault, which is the foundation of liability in tort. In order to elaborate on this contention, this paper first discusses some types of debts which follow the same principle of attributability, i.e., fault liability or strict liability, between Continental Law and Common Law. The types of debts that follow strict liability are debts of money and debts of sales of generic goods. The types of debts that follow fault liability are debts of service contract and debts of sales of specific goods. Among these types of debts, the risk distribution of contract is the common basis of either strict or fault liability in both Continental Law and Common Law.

Further, this paper explores the real function of fault in the principles of fault liability and strict liability. In Continental Law, a debtor is liable not because of its fault but because of its inability to be excused from its breach of contract. The reason is that the fault of a debtor is presumed by law, which transfers the burden of proof of no fault to the debtor, rather than the creditor who makes a claim for damages on breach of contract. Accordingly, the concept of fault, in reality, does not play a role as a requirement to impose contractual liability on a debtor, but is seen to be a basis of excuse, which shall be proved by the debtor. In Common Law, even if a strict liability is enforced, no fault is a requirement for a debtor to allege

* Chair Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.
E-mail: congfu@ms6.hinet.net

an excuse based on frustration. All in all, fault plays a similar role as a base of excuses in both Continental Law and Common Law.

Keywords: continental law, common law, principle of attributability, strict liability, fault liability, distribution of risk, presumption of fault principle, frustration