

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：曾品傑博士

林恩璋博士

論契約法之補正制度

以買賣契約為中心

The Study on the Contracts Cure with Focus
on the Contract of Sale

研究生：李國仁

中華民國 102 年 6 月 19 日

論文摘要

從契約的締結階段直到履行階段，通常均需雙方當事人的相互協力與配合，方能順利終局地滿足契約本旨。然而事實上，隨著契約關係的發展，在不同的契約階段經常伴隨著不同之當事人間的齟齬。因此針對此種必然發生的社會經濟現象，我國民法乃承襲了我國固有法制，與繼受學習外國立法例的長處，而設有相對應的善後制度。然而綜觀我國的類似機制，除了不完全給付制度外，觀察錯誤撤銷制度以及物之瑕疵擔保責任的規範，似乎較著重於用以解消當事人之間法律關係為主要的法律效果；反而對於正視契約存在著瑕疵，並促使當事人利用積極作為排除瑕疵的補正機制較為欠缺。實則本文認為，民事財產法中所奉行的契約自由原則，乃與尊重當事人意思自主原則關係密不可分。因此雖契約締結或履行發生偏離，但在契約當事人有意願依照當事人所預期的原始風貌締約或履行時，似乎應予鼓勵，而非再一味地機械適用上述善後制度，反使得契約終局解消，令之前戮力磋商契約乃至於履行契約的努力與成本化作泡影。因此本文以下便依據買賣契約的生命演進，而區分為締約階段與履約階段的補正制度兩章。

首先，第二章部份乃著重於締約階段的補正機制。然而在正面肯定錯誤意思表示的補正機制前，似乎應該要面對的是將現行法過度模糊的客觀上交易重要的判準，以及將操作過度的過失要件予以導正。本文認為，現行實務或學界常過度利用客觀上交易重要，及過失要件的認定來篩選個案是否應予撤銷。然而本文以為，應當回歸考慮系爭事件是否的確造成錯誤，以及錯誤的發生是否與相對人有其因果關係，並且進而談及系爭錯誤撤銷是否已受補正，撤銷有違誠信或為自我矛盾。第三章部份則是關於履約階段若為瑕疵給付時，依照現行物之瑕疵擔保責任的規定並無修補請求權，因此本文構思在出賣人能夠且願意修補的前提下，賦予其修補抗辯的權利，使其得據主張修補而抵抗買受人的解除權行使。而現行法下本得主張修補制度的不完全給付，因為條文設計及現行解釋，使得修補適用範圍侷限於有過失之情形。雖得為修補已足堪嘉獎，然而仍與無過失修補責任的國際趨勢仍有一段差距。因此本文構思將該歸責事由，利用解釋抬升為事變責任，使出賣人單就修補責任上負無過失責任。如此對於契約不履行的規範體系中，便形成了兩種制度同時以修補先行為原則的效果，亦符合國際立法例之大勢。然而該原則的適用，必然會與現行法有所衝突，因此本文考量整體法安定性以及立法

者價值的貫徹，就種類物之債以及消費者契約上，均認為因為立法者已有特殊保護的立場在先。因此為尊重立法者意旨，自應就此類部份之案例，特別地排除瑕疵修補先行原則的適用範圍，給予種類物買賣之買受人與消費者契約中之消費者較為充足的權利行使空間，以貫徹對於種類物買受人與消費者的特別保障意旨。

【關鍵字】 錯誤、意思表示、物之瑕疵擔保責任、不完全給付、補正、修補



謝 辭

感謝大家、也謝謝自己，散漫如我竟然也能有完成論文的一天。仔細算著，自從這篇論文有意識地被醞釀起，竟也快超過一千多個日子了。它從一篇篇的學期報告，像活生生的神經元突觸般，各自的開展、探索並鍊結。在這將近三年的光陰裡，它伴著我經歷了人生的山峰與溪谷。當然了，許多時候它也是這份情緒的參與者之一。然而這篇論文的意義，不僅只是陪伴著我近三個年頭而已，當封面印上名字的那一刻起，更是表明了我這三分之一個人生、27 個寒暑中的，努力、存在及對自己許諾的交代。雖然一路辛苦，但路途中卻有非常多應該被我永遠記著的溫暖，然而恕我詞拙，除了衷心地感謝外，好像仍舊是只能謝謝、再謝謝了。

這篇論文能夠順利地付梓達陣，最感念的就是恩師曾品傑老師了。一直到現在，我都還依然記得老師在碩士班第一次上課所帶給我的知識衝擊，以及往後在課堂上為我開啟法學世界中一扇又一扇的窗。老師所崇尚並實踐的「創新性法學思維」，至今我依然視作瑰寶，時時刻刻地警省切勿甘於隱沒在通說洪流之中，並且方方面面地創造思考、自我對話與檢視有無其他可能性。老師對自己、同學或法律見解的種種評述或讚美，都得讓我帶回家咀嚼、推敲、模仿進而內化，因此雖然老師任教於外校，但仍像是手把手地從零把我拉拔至今。除了教導的恩情外，更時不時地為我勾勒未來藍圖，到了論文緊要關頭更為我這個麻煩學生放下繁忙系務立即批閱討論，對於老師的感謝之情無以名狀。只能盡力的把老師帶給我的影響字字呈現，並且繼續努力，從這篇論文開始作個「新世紀台灣法學家」，希望不辱沒老師的教導之恩。接著，同樣是這篇論文的指導老師林恩瑋老師，直到進了學校，才知道原來恩瑋老師對我的影響這麼深且這麼早。更具體的說，我為了學習提昇法律知識而買得第一本法律書，就是恩瑋老師的大作了。當時我面對學習法律既是徬徨又是無助，是老師的書將我從泥淖裡提出來，那時的我才約略是個小大一而已。即使後來大了，看得多也學得多了，但仍依賴地不時翻閱老師的書，每每得到的是更多的體悟與發現。然而生命豈不奇妙，後來竟然還有機會參與其中一小角落呢！實際接觸老師嚴謹的治學態度，一詞一句的斟酌與斧正，讓我不得不面對我過於爛漫的句構。雖然痛苦，但也讓這篇論文總算具備了些可讀性。

網路上曾有篇趣聞，裡面提到的是除了筆者，也僅有指導教授認真閱讀過口試論文。曾經，我也為了這件事情而有所失落，覺得即便這本論文再不濟事也算我挖空心思全力以赴的成果，比起輕鬆過關我更是期待激盪與碰撞。但經過口試後才發現，我是何其有幸，兩位口試委員不但都在實質部份指正我的不足，更令人感動的是，許多問題更是直接穿透了文字擊中我背後的取捨，那瞬間是種被看穿被理解的撼動。除了感謝陳洸岳老師舟車勞頓的往返外，更謝謝老師對於我一時疏忽而發生的重大錯誤給予指正，雖然老師並未多加責怪，但我仍然會引以為戒，並且學習老師雍容大度的身教態度。更感謝老師還引用實際生活上的事例，挑戰我論文見解的可靠程度，勞您費心了謝謝老師。而更不能不特別感謝的另一位口試委員許曉芬老師，在學期間於生活上受到老師的多所照顧，常有機會受到老師的邀請而吃到各式珍羞。對於這篇論文而言，其實老師也稱得上是第三個指導老師了。因為這篇論文的主體早在研究生論壇便承蒙老師的教誨了，況且一路以來關於和指導老師間的互動問題，都是倚賴著老師不厭其煩的提點，甚至到了最後修改論文之際，也讓老師多所勞煩，真的很謝謝您。只可惜這篇論文到了最後還是被挑出了許多內容價值相互衝突的地方，希望經過老師的指導所做的潤飾能夠緩解這樣的窘境。謝謝老師您這四年來的照顧，無論是學業、生活或者人生都是這樣的！

社會科學的學習並非一蹴可幾，仰賴的是知識的累積與交疊，除了上述老師對於這本論文的直接幫助外。更有多位老師在我學習旅途中點起了一盞盞彌足珍貴的燈火，首先最要感謝的是中原的吳姿慧老師，感謝您一直以來給予我的信心與信賴；另一位導師中央研究院的黃舒芃老師，謝謝您教導並播下我思考法律的種子；接著是大學時期的陳錦全老師、傅玲靜老師，謝謝老師讓我瞭解學術絕非僅憑一張嘴，而是需要嚴謹再嚴謹的冶煉。另外我更受到傅老師投身環境公益的熱情所感動，真摯地謝謝老師的言教與身教。接著是研究所才遇到的林更盛老師，老師除了有著相同的治學態度外，每回和老師相遇，總開朗地分享近來發現的新斬獲，從中也給了這篇論文的論據莫大啟發，無論是價值判斷或是法學方法上的灌注，皆是如此。謝謝老師一直以來的照顧與關愛，給了我無須擔心經濟壓力的各種打工機會，並且時時鞭策我的論文進度，對於老師的謝忱同樣難以言喻。接著感謝溫豐文老師在研究計畫中，讓我一開何為法學大師的眼界，老師經綸滿腹深厚底蘊，讓我實際受教過後便為之折服。然而雖然沒有福氣徜徉在陳運財老師的春風化雨之下，但日常生活中依然受到老師時不時愛屋及烏的關愛，除了備受

溫暖，更讓我感受到老師翩翩風度的大師風範。謝謝你們，謝謝！

《禮記》有云：「獨學而無友，則孤陋而寡聞。」幸虧，我的學習路上不但有好老師的指引，還有更多好朋友一路支持與相伴。細數從頭，一路從大學時期相伴的鈺偉、信守與雞爺，我們「利民路四人」無論身邊的人來來去去，但希望我們的真誠對待相互扶持是永恆不變的。人說持續聯絡超過十年的朋友，就會是走完一輩子的朋友，我們似乎快要達陣了呢！說到這，就先謝謝富存與名瑄一輩子對我的照顧了。謝謝菸草、Allen、慶宜、珮琪長期幫助與適時的砥礪。同時要祝福並感謝陪伴疼惜我整個唸書生涯的佩芝。謝謝最美的家族五家成員。謝謝中原財法系壘以及財法啦啦隊，與你們的征戰將是我一輩子的珍貴記憶；尤其是室長、阿財、阿輯謝謝你們總是這樣的照顧我。感謝中原講辯的全體社員，即便畢業後，辯論依然在我的血液裡沸騰，始終盼望能再有人和我：「大家好，對方辯友您好」「您好，大家好」社團中我絕不能忘記的就是小寶跟鴻大了，謝謝你們，你們真的很罩！謝謝孟涵、大大、小凡、惠玲、怡利、小草、博 隣、眉毛Voya、蛋頭、哲哲、豆豆、婆婆、雨楓、文西、小捷、小熊、阿宅、龍哥、桃太郎、璽尹、智輝以及帶我踏進辯論圈身體欠安的本榮學長。

因為論文進度慢，當大家都離開了學校，就只剩我依然鬼混。但失之東隅收之桑榆，我也因此經歷了很多不同的群體，每個認識的你，都讓我覺得相見恨晚。鈴育，謝謝你始終主演我的最佳戰友，雖然偷偷地說有時會帶點較勁意味，但結果對我們都是這麼美好，謝謝你，未來我們依然會相互砥礪吧？俞均、嘉微、小薔，你們分別在不同地方領先於我，令我羨慕追逐，謝謝你們給我的動力，有你們真好。我在于禎、懋銓身上見到什麼是勤勉努力，感謝讓我有效法的機會。政憲、安全帽、偉成、宗安我們又同屆了，應該是個繼續相挺的好理由吧，謝謝你們。謝謝大波、政勳、旻甫、芊荷、小白、小藍、丁丁、智威、致魁，感激你們以經驗幫助我的迷惘與懶怠。地牢裡的諸位，很開心最後與你們同遊京阪作為我在外求學的安可曲。謝謝妍婷、文柔，幸好認識你們，不知該說些什麼，但我想要你們知道你們是我研究所裡最大的驚喜，希望我能夠一直地珍惜下去；也謝謝你們與芊荷、俞均、嘉微在口試當天犧牲時間張羅東西，實現了我夢中的口試美景，讓我能在無後顧之憂的會場中大放厥詞，謝謝你們。謝謝侑妮，我們不是相見恨晚，而是相識恨晚阿，謝謝你總是這麼挺我。感謝鄉民勛勛哥與鄉民依蓉總是讓我感到熟悉與溫暖。謝謝 Wilson 與慈慈在我論文期間的鼎力相助。謝謝珮

琪的鞭策、感激采玲在國考路上的幫助、謝謝韋仁、郭達、小豚、雅鈴身作標竿，讓我全力向你們奔跑。謝謝大家及我所相識的人，你們都是我的養分，希望有天我也能夠成為眾人的養分。

最後，我要把這本論文獻給我的父母親。就為了供給一個想念研究所、想考國考的自私心態，讓你們始終承受著外人詢問與眼光，每天拖著年邁的身軀勞心勞力的做各種工作，接受種種的挫折苦痛。而我不負責任地出門在外將近十年，也總算在轉瞬間有了：「該回家吧」的念頭。但當回到家中，才真正將我拉回現實，鄰居的每一次出現都衝擊了「我 27 歲待在家中」的羞愧感，想必過去的你們，也是一再的承受這樣的壓力吧。對不起，也謝謝你們理解與諒解我的自私作為。而今，我已完成論文，國考也總算是有個結果。辛苦你們了，今後就讓我代替你們扛起這一切吧……

最後的最後，由於這本論文對我意義非凡，日後也必然時常翻閱。因此我想提醒 10 年、20 年甚至更久以後的自己，時時保持謙虛莫忘初衷，永遠別忘記那個剛進研究所什麼都想學，什麼都覺得自己不如人，必須迎頭趕上的自己。要認真努力地作個公民，扮演好自己的角色，當個能吸水的海綿別被經驗的牢籠所禁錮。如同張懸詞中所寫的：「我擁有的都是僥倖啊，我失去的，都是人生」，雖然你不必妄自菲薄，但也別因為自己日後的小成就而沾沾自喜、目中無人。希望現在的你依然能夠澄清著雙眼，問心無愧地面對這篇謝辭。屆時，你將會感謝這個當時才 27 歲的自己。

李國仁 謹誌於

2013 年 8 月 14 日

在英仙座流星雨造訪時的東湖家中

目 錄

第一章	緒論	- 1 -
第一節	研究動機與目的	- 1 -
第一項	研究動機	- 1 -
第二項	研究目的	- 2 -
第二節	研究範圍與方法	- 3 -
第一項	研究範圍	- 3 -
第二項	研究方法	- 5 -
第三節	研究架構	- 6 -
第四節	文獻回顧	- 8 -
第二章	締約階段之補正制度	- 15 -
第一節	意思表示錯誤撤銷規範的承繼與再造	- 15 -
第一項	客觀交易上重要的向內縮減	- 19 -
第一款	交易上重要之主觀要件側重	- 19 -
第二款	交易上重要之客觀要件限縮	- 29 -
第二項	過失認定之範疇的向外延伸	- 34 -
第一款	平衡審酌雙方過咎之過去與現在	- 34 -
第二款	平衡審酌雙方過咎之立法與實踐	- 43 -
第二節	意思表示錯誤補正制度的引介與建構	- 52 -
第一項	錯誤意思表示之表意人承認	- 56 -
第一款	承認制度之條文欠缺	- 56 -
第二款	承認制度之法理實現	- 60 -
第二項	錯誤意思表示之相對人補正	- 63 -
第一款	錯誤意思表示層次實現補正意旨	- 63 -
第二款	解釋意思表示層次實現補正意旨	- 69 -
第三章	履行階段之補正制度	- 76 -
第一節	建構瑕疵修補制度之請求與抗辯	- 76 -
第一項	瑕疵補正抗辯權	- 78 -
第一款	顯失公平作為我國法上解除契約之終局性積極要件	- 78 -
第二款	立即補救作為國際法上解除契約之終局性消極要件	- 85 -
第三款	補正抗辯作為我國法上解除契約之暫時性消極要件	- 90 -
第二項	瑕疵補正請求權	- 98 -
第一款	可歸責作為修補請求權之前提	- 98 -
第二款	可歸責作為修補請求權之質疑	- 106 -
第三款	可歸責作為修補請求權之淡化	- 112 -

第二節	實踐瑕疵修補制度之原則與特案	- 118 -
第一項	瑕疵補正先行之一般原則	- 118 -
第一款	補正先行原則之法理	- 118 -
第二款	補正先行原則之適用	- 123 -
第二項	瑕疵補正先行之特殊規範	- 128 -
第四章	結論	- 140 -



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究動機

1. 源源不絕的活水注入歷史久遠的歷史長河，買賣契約的舊瓶新酒

自人類歷史以來，利用買賣契約交換財貨，即為普羅市民日常生活上最容易碰到的典型契約種類之一。並且不光是普羅大眾間，買賣更是王公貴族、商販走卒之間所共通，無論中外買賣契約總是不約而同的出現在各個古文明歷史中，並且買賣契約在經過了人類淵遠流長的發展歷史以來，從來未有被經濟社會與歷史洪流所淹沒淘汰。過去沒有，未來也依然沒有這樣的可能。時至今日，全球化浪潮的興起，買賣契約以不再是家園之間的互通有無，跨越國境的交易，追求低成本高效率的生產鍊結分配，更使得買賣契約的樣貌推到了另外一個新的境界。雖然市民間仍然為了三餐溫飽而購買食材，然而跨國企業買的賣的卻可能是一個對一般人毫無利用價值的原料半成品。標的的不同、交易方式的不同等，在在顯示著當代社會人們，人人雖締結了買賣契約，但內容態樣卻大相逕庭。因此吾人更可從中觀察出，雖買賣契約為一個古老的契約類型，但發展的久暫卻從未阻礙買賣契約架構的發展，無論事從交易現實上，甚或是從規範買賣契約之法規上觀察，均為如此。

因此，買賣契約既為一個具有深遠歷史之契約類型，其所依憑之交易規範或慣習，多少都帶有一定之歷史上的偉大印記。但我們更明瞭的是，當代社會之經濟發展與交易現況，早已超越創設買賣契約之偉大先賢的想像甚遠，因此雖非為反對傳統守舊，但為了適應新型態之交易現況，買賣契約之規範首要的工作，更毋寧是篩選出適合當代的交易制度規範，以解決隨著買賣態樣不斷推陳出新而應運而生的各種交易紛爭。從而，無論是自買賣契約的締結開始，到契約履行發生瑕疵之後的一連串容易發生的常見紛爭，均應徹底檢視並且汰除已不適宜的制度規範，並且迎來對於此等問題所新發展的規範思維。方能使得，這個古老而偉大的契約類型，在當代社會能夠更為完善，更為人所願意利用，進而將其歷史的長河更向未來多邁進一大步。

雖我國目前形式意義上之買賣契約規範體系，多為繼受羅馬法以降之西方社會，然而承前所述，買賣契約論古今中外在一個安定而成熟的社會制度中，均必然存在。因此，對於買賣契約，我國亦不若其他制度完全繼受於其他國度般的陌生。並且更幸運的是，在今日，法學發展因為資訊交通的便捷而流傳迅速，所激盪出的法學思維更為洗練與多元。因此我國在選擇建構買賣契約規範時，更可將眼光視角放諸四海，作為他山之石而以攻錯，並且該比較法研究的意義上，已不再是被動的繼受外國立法利的地位，而轉為更為主動的挑選適於我國民情風俗，並且符合我國交易習慣中所需求所欲解決的紛爭問題，進而導入利用。因此，以下本文在探討我國民法在現行買賣契約的架構上，有無更進一步的開展空間。並且予以更適應現代立法浪潮的作為。具體而言，在國際上對於契約成立乃至給付，發生欠缺或瑕疵，乃為世所恆有。但不同於我國的是，比較法上之立法思維，多半傾向於給予雙方再一次的補救機會，俾使雙方仍有彌補的機會與空間。然而，相較之下的我國法，則仍然深受當時被繼受國的立法思維，並且雖有云法隨時轉，然而進度顯然不彰。從而，本文思索的是，經證明無論在締約階段或履約階段，給予雙方當事人補救其闕漏的機會為立法潮流後。我國是否應當進一步跟進，並且亦步亦趨的結果，將對我國法制有何影響？有無需要調和的地方？最後透過補正制度的建立，使得我國買賣契約法制能夠正式揮別法治史的箝制，而走向國際共通潮流的懷抱，使得買賣契約的架構能夠以舊瓶新酒的嶄新風貌呈現於世人，從而更為適應當代社會新風貌。俾使我國在國際社會地位上，無論是經濟交易抑或是法制健全的相輔相成，均能獲得更卓越的成果。

第二項 研究目的

2. 建立一個自始至終均有補正制度存在的健全契約架構

關於本文之研究目的，主要乃集中於研究自契約成立生效到履行給付之間，所可能發生的瑕疵或不完善，得否分別透過建構補正機制儘量使契約得以終局性的成立生效，並且同樣地在履約中能夠憑藉著修補制度而使得該契約得以完滿履行。並且在正視這樣的事實與研究目的下，本文於第二章中，就意思表示瑕疵部份，企圖討論現狀下關於構成錯誤撤銷制度上的要件問題，針對客觀上交易重要究竟其範圍如何劃分，學說與實務之見解為何，有無限縮客觀上交易重要的必要，

以促使撤銷制度的順利適用？其次，關於錯誤撤銷要件上，多所討論者即是過失要件所指為何的問題，關此本文亦嘗試提出見解，以擴大撤銷制度在實務上實際被適用的可能性，戮力維繫當事人意思自主原則的貫徹。接續，本文將把目光從現行錯誤撤銷制度的健全化，轉移至建立意思表示錯誤補正制度之強調與建立的視角上。本文嘗試利用引介外國立法例，使我國學界已普遍接受之承認制度檯面化，並且在考量誠信原則下，探究能否以解釋方式拒絕表意人違反誠信之撤銷權行使。

在第三章部份，本文嘗試聚焦於瑕疵給付後，買受人雖得依物之瑕疵擔保責任主張權利，但該權利是否毫無限制，僅憑藉著顯失公平的抽象判斷基準作為審查。而該顯失公平之審查內涵，是否一成不變，可否利用不確定法律概念之特質，引入立法例中之行之有年的出賣人主動修補制度，此項思考將於本文接續展開。接著，本文將進一步探討，目前買賣契約法制中唯一有修補可能的方案，不完全給付的補正規定，該規定開宗明義地以可歸責為當事人事由作為要件，要求義務人需具備可歸責事由時方受規範。然而姑且不論立法例中對於修補義務，多以採嚴格責任之見解，於我國體系下，對於不可歸責致生之瑕疵給付應如何處理，查無條文規範令人費解。因此，本文嘗試首先證明歸責事由的擇定，並非僵化不便，而應可依法律效果的變異，而使歸責事由的擇定隨之改變。從而進一部的探討再不完全給付下，若買受人欲主張補正，應以何種歸責事由作為標準，方能使得國際上以補正先行作為基礎的立法意旨能呈現於我國國人面前。最後在討論到，補正先行原則的建立並且考量部份特殊保障需求之契約，如消費者契約的出現，將使得補正先行原則於此必須為其開一特例。用以保障消費者於消費者契約上的實質公平。

第二節 研究範圍與方法

第一項 研究範圍

3. 締約階段補正研究範圍

本文關於補正制度之研究範圍，在締約階段意思表示之瑕疵補正機制方面。本文首先綜觀我國對於錯誤意思表示中，相關重要的爭點，例如具備交易上重要

之要件，是否應同時判斷主客觀上交易重要；果爾，則客觀上交易重要究系為何。以及錯誤撤銷之要件中，最常受到討論的過失要件所指為何的爭點，本文在另行建構意思表示瑕疵制度外，所應先與說明並使其更臻於完善。其次，藉由樹立現行學說多數肯認之表意人承認制度，首先確認意思表示瑕疵有其補正之可能。再透過引介外國立法例中意思表示補正之意旨，並且力圖在我國現行民法中能夠調和實現之。因此，由上可知，本文所討論之意思表示瑕疵型態，乃集中於錯誤撤銷制度。從而，關於其他類型之表意瑕疵，遂不在本文主要所欲討論的範疇中。並且，雖錯誤意思表示之要件甚多，惟因本文認為，現行下能夠透過解釋適用修正，並且達到制度完善最為顯著效果者，乃為過失要件之認定，以及交易上重要之劃定。因此，關於其他要件的討論，雖亦有其重要性，但囿於篇幅並不在本文之討論主軸當中。期盼未來能有進一步完足的空間與能力。

4. 履約階段補正研究範圍

關於履約階段的補正範圍，由於契約自由，契約類型乃繫於交易雙方對於必要之點的約定而為判斷，並且據此適用各該不同之債法規定。惟為討論便利與基準一致，本文將討論範圍限縮於買賣契約之中，並且僅就出賣人瑕疵給付之後，關於雙方當事人就修補瑕疵一事上，有無任何得為行使之權利。因此可知，關於現況下我國違反買賣義務時，可能適用之條文毋寧為瑕疵擔保責任，以及不完全給付之規定。然而兩項規定要件、性質及法律效果等各異，從而應與區分討論。由於本文之目標乃為創造補正先行之契約原則，從而首要工作即為限制買受人之解除權，並且賦予買受人有更大的請求補正之權利。因此關於不完全給付以及瑕疵擔保責任中之損害賠償的請求權基礎，即非為本文所欲集中討論之對象。並且在兩度中俱有其獨特之構成要件，然而若完全討論所有之構成要件（如：何為瑕疵、有無即時檢查等）將至本文討論補正之宗旨模糊。因此本文聚焦於將會影響補正請求權或抗辯權之特定構成要件討論，即不完全給付之可歸責事由的內涵，以及物之瑕疵擔保責任解除契約應非顯失公平之意義為何兩者。除此以外，本文除行文上需要外，將不過度深入琢磨，以使得討論更具效率，尚祈見諒。

第二項 研究方法

5. 文獻分析法

本文之研究方法，最為主要之方式乃以文獻分析法為主。又文獻分析之客體，亦有多種。首先由於期待本文之結論，應具有一定之現實可行性。從而對於研究客體上多集中觀察我國最高法院判決，並就特殊有學理上研討必要之判決事實，輔以原審高等法院的事實判斷。藉由梳理我國實務見解，就其具有學理上重要發展空間之判決見解予以評述並開展。從而本文不強烈要求所節選之判決已具備多數實務見解的特徵，更毋寧是傾向即便為最高法院少數見解，但在所涉法律爭點具有原則上重要性，且本文認為在學理上有進一步闡述或發揚的可能性時，則更應給予繼續開展的能量與基礎。

其次，本文文獻分析中對於國內之學者見解亦頗為重視，並全文試圖利用解釋論與法學方法之方式，對於存有法律闕漏之部份，予以闡釋補遺。若非必要，如非經修法不得補其闕漏之情形下，儘量維持法律制度之穩定。若學說存有類似支持見解，則利用文獻之引用，並思考給予補強，使其論據更為精實俾使提高實務判決之接受度。若有與本文相反之見解者，則在尊重先行學者見解下，嘗試觀察與類型化，試圖尋求有無迴避矛盾之一致見解。

6. 歷史研究分析法

民主國家限制人民權利，應以法律明文授權或規定，方可為之。從而，客觀上之法規範究竟範圍效力為何，則應端賴於適用法律之人探究之。然無論我國對於法律之解釋係採客觀說、主觀說或折衷說，立法者之立法意旨均應予以一定尊重為宜。從而本文研究時，除耙梳我國當代之法院適用情形外，亦將參酌立法者之立法理由以及民律草案等文件。作為解釋該條文或文義之依據，俾使解釋結果不至於過度背離人民意旨，進而使得人民權利受到過度侵犯。

7. 比較研究法

我國經濟實力於世界佔有一定之地位，活絡的國際貿易使得我國人民所締結之買賣契約，亦有相當數量係屬涉外交易。因此，為維繫我國經濟上競爭力，促進國際商務發展，應考量者即為法規之訂定與適用，應與國際間接軌並進。從而

本文對於我國買賣法之締結與履行補正的建言，多半具有國際契約統一文件或立法例上之實行事例。除可供證明是項見解亦有其可行性外，更重要的即是促進我國法制與世界法學先進國家或組織比肩。從而使得我國民法能在施行逾甲子後，能夠寧靜地透過解釋逐步現代化。因此，本文亦戮力取得各國之立法條文，其中除含有我國民法編纂之初所積極繼受的德國民法與瑞士債法外，亦包含同為大陸法系之奧地利法與荷蘭法等立法例。其中後者，荷蘭民法修正後更因吸納晚近國際契約統一文件之統合結果與長處，因此更被譽為最現代化民法典之一，值得我國研究民事法時作為借鏡。除此並透過註釋以及相關外國文獻之闡述，力圖建構出該項制度於國外施行之圖像，以及落實於我國時之想像。

第三節 研究架構

8. 第二章架構上分為現狀問題之討論與未來補正制度之架構

本文架構中，關於主文部分共有兩章，分別為第二與第三章。關於第二章的部份，基於契約之構成消滅的通常時序，因此先討論締約階段之問題為妥，從而在第二章即以「第二章、締約階段之補正制度」作為命題。進而關於締約階段之錯誤意思表示，本文先已當下我國關於錯誤意思表示上仍有更為完善的兩項爭點作為討論主軸：首先是依序探討何謂交易上重要，並且瞭解其內涵後，就判斷面向中之客觀上交易重要的部份，探討其範圍究系為何。其次為，關於既有學說實務上常見之爭議，並且實際上影響我國錯誤撤銷法制之存在實益的過失要件。就此，本文所欲討論者為，我國學說與實務對於此處所指之過失，本多有分歧。然而實際上此處之過失是否有其存在必要，本有疑問，從而本文企圖在條文定明過失要件下，利用解釋之方式使其影響力下降，並同時衡平雙方之利益與維持誠實信用。最終使得錯誤撤銷制度，確實能擔負起保障當事人意思自主、私法自治之精神，從而本文上述所討論者為現行法制下錯誤意思表示所應解決之問題的探討並且藉以達到更為妥善適用的目的，因此該節名為「第一節、意思表示錯誤撤銷規範的承繼與再造」。

其次在討論完現狀錯誤意思表示所面臨到的問題後，本文更進一步地觀察到，相較於各國制度中，我國對於錯誤意思表示之法律效果相當單調，僅有撤銷一途。因此是否能夠在維繫締約效力下，透過制度及當事人行為，使得錯誤表示的撤銷

權不得行使。進而捍衛業經締結甚至履行之契約效力，免受撤銷權而溯及失效。因此本文認為，在本節第一項部份進一步的討論撤銷權人是否有承認權，並且在有承認可能性的情形下，探究有無默示上的承認，而得避免撤銷權人行使違反誠信的撤銷權。關於此部份，本文藉由觀察整體法秩序對於意思表示效力有所欠缺的處理方式，經由類比而肯定當撤銷權人在滿足特定行為後，得到不得再主張撤銷意思表示的結論。而第二項部份本文則主要討論當錯誤意思表示發出後，相對人得否以配合表意人之內心意思，進而使得原錯誤意思表意人不得再為撤銷意思表示。對此本文參酌外國立法例，進而討論若相對人願意配合之情形下，表意人仍執意撤銷之行為否應予保護？並且如何在我國學說實務上均有共識要拒絕表意人撤銷的結論上，選擇一個較好的適用方式，則實為本項所欲討論之處。綜上，關於錯誤意思表示原有之撤銷權，因上述兩種方式而不得行使，即可認為對於瑕疵意思表示的補正，對此本文乃以「第二節、意思表示錯誤補正制度的引介與建構」為題而討論之。

9. 第三章則以建構履行補正制度以及關於補正的一般適用和特殊考量

承上所述，由於本文以契約起滅的時序作為章節順序的安排，因此關於第三章即為買賣契約履約階段的補正規範，從而本章名即開宗明義為「第三章、履行階段之補正制度」。又關於補正瑕疵給付方面，於我國現行法上必然觸碰到不完全給付，與物之瑕疵擔保責任。又在請求權基礎的適用上，由於債編各論之規定相較於債編總論常屬於特別規定，從而在第一節以下，先論及物之瑕疵擔保責任之解除，尚須顯失公平之要件，其要件內涵究系為何？並且有援引外國之立法趨勢，而將其顯失公平之內涵厚實化豐富化。果爾，則將使得出賣人得以其之補正，作為買受人解除契約之抗辯事由，而得到關於瑕疵補正抗辯權的結果。另一方面，關於不完全給付部份，由於現行法上不完全給付制度僅以具備可歸責事由時方用，然而是否妥當本有疑問。並且晚近各國多要求出賣人應負修補之責，並且為嚴格責任僅得舉證免責。因此若我國民法在不修法下，得否利用解釋適用之方式，使得出賣人應在有補正可能性的情形下，負擔全面性的修補義務。綜上可知，本節即為瑕疵修補制度利用解釋適用方式的實踐芻議，因此於「第一節、建構瑕疵修補制度之請求與抗辯」中分別討論之。

其次第二節中，本文立於前節之結論下，觀察建構了瑕疵補正抗辯權與瑕疵補正請求權後，對於我國債務不履行制度所生的影響。探究，是否有建構補正先行原則法理的可能性，並且利用此法理的指引，而影響後續制度的解釋適用。除此，在制度設計上，雙軌制度下所呈現的補正權與請求權，並且介紹為在分別給予雙方補正抗辯權與請求權後，具有雙方武器平等之「對稱雙向補正制度」的建立芻議。最後，由於本文前面所研究的，乃以補正作為一般原則出發，然而在特定事件類型上，似乎過度謹守補正先行反而有損當事人利益，或需要保護之公益。因此在第二節中，本文將討論在現行法中頗具特殊性的種類之債，於補正先行原則建立後如何適用。更甚者，在契約類型為消費者與企業經營者所締結之消費者契約時，是否仍應戮力維持補正先行原則？抑或事應有所退讓使消費者有其他權利行使之空間，均為有待討論之爭點。因此第二節上，本文即以「第二節、實踐瑕疵修補制度之原則與例外」為題討論之。

第四節 文獻回顧

10. 教科書文獻回顧

按本文所設之主要爭點，涵蓋了我國契約法中重要的兩個討論熱區，即意思表示領域與債務不履行領域，國內外學者先賢早已投注大量心力討論在先，成果精粹。因此本文之學習過程確實乃立於巨人肩膀上，其感恩戴德難以言喻。但由於本文所涉之文獻甚伙，且作者學植未深能力有限，難以充分閱讀並作成文獻回顧，因此僅篩選就本文有重要性支配地位之文獻回顧之。若有闕漏，尚祈見諒。

意思表示錯誤撤銷制度，以及給付瑕疵所生之瑕疵擔保責任與不完全給付之規範，皆為傳統上我國民法財產法學界中研究的重心所在。綜覽我國學者針對財產法所撰之論著，幾乎全面性地對上述問題皆有相當深入的研究論述。舉其犖犖大者，學者史尚寬所著之《民法總論》¹、《債法總論》²以及《債法各論》³；

¹ 史尚寬，民法總論，作者自版，修訂三版，1980年1月。

² 史尚寬，債法總論，作者自版，1983年3月版六刷，1983年3月。

³ 史尚寬，債法各論，作者自版，1986年11月版。

學者王澤鑑《民法總則》⁴；學者黃立主編《民法債編各論（上）》⁵；學者黃茂榮所著《債法總論（第三冊）》⁶；鄭玉波著、黃宗樂修訂之《民法總則》⁷陳榮隆修訂之《民法債編總論》⁸；陳自強所著的《契約法講義I- 契約之成立與生效》⁹；林誠二的大作《債法總論新解 - 體系化說（下）》¹⁰以及學者邱聰智親著《新訂民法債編通則（下）》¹¹和與學者姚志明修訂之《新訂債法各論（上）》¹²等。均是對於上開問題著有精闢之見解，也證明了長久以來我國學界對於是項問題的研究，已對於我國民法學界的精進起了積極的作用，並且所收之成果可謂相當豐碩，並且均具有關鍵性的地位。

11. 專書及論文集文獻回顧

學者姚志明之《債務不履行之研究（一）給付不能、給付遲延與拒絕給付》¹³一書中，對於我國現行中債務不履行制度，關於給付不能、給付遲延之類型，著有詳實之觀察與精闢之研究。並且於其附錄中，亦對於 2002 年德國新修民法，亦刊載有初步的觀察。值得重視。

學者姚志明於其《民事法理論與判決研究（一） - 不完全給付與瑕疵擔保責任》¹⁴收錄關於不完全給付，以及民法債編各論中物之瑕疵擔保責任之規定等論文。並且作者亦有為文觀察近代以來，我國關於不完全給付或物之瑕疵擔保責任規定的學說與實務發展，並且配合比較法上之見解，給予吾人具有國際視野之不同見解。並且查其見解部份業受到德國新修民法所實踐，因此對於立法乃至學

⁴ 王澤鑑，民法總則，作者自版，增訂十三刷，2004 年 3 月。

⁵ 黃立主編，民法債編各論（上），元照出版，初版四刷，2006 年 2 月。

⁶ 黃茂榮，債法總論（第三冊），作者自版，增訂三版。

⁷ 鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法總則，十一版一刷，三民書局，2008 年 9 月。

⁸ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，民法債編總論，三民書局，修訂二版五刷，2008 年 7 月

⁹ 陳自強，契約法講義 I- 契約之成立與生效，作者自版，二版一刷，2012 年 9 月

¹⁰ 林誠二，債法總論新解 - 體系化解說（下），瑞興圖書，初版，2010 年 3 月。

¹¹ 邱聰智，新訂民法債編通則（下），作者自版，新訂一版，2003 年 3 月。

¹² 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（上），元照出版，2002 年 10 月。

¹³ 姚志明，債務不履行之研究（一）給付不能、給付遲延與拒絕給付，元照出版，初版一刷，2003 年 8 月。

¹⁴ 姚志明，民事法理論與判決研究（一） - 不完全給付與瑕疵擔保責任，作者自版，初版，2009 年 11 月。

說見解，均深受德國與大陸法系立法例影響之我國，氏著之見解更因而不可忽視。

學者曾品傑於其專論《財產法理與判決研究(一) - 消費者保護法專論(1)》¹⁵中，以消費者保護為主旨，收錄了包含消費者概念之議題、商品責任與消費者契約等論文。氏以耙梳我國晚近最高法院見解，並且透過旁徵博引與爭點相關之比較法規定，引介比較上之良善制度進入我國法制。綜其見解，除對於消費者之定義，有別於我國向來以經濟學上名詞作為消費者意含之解釋定義，而認為應有更具有法學粹鍊之解釋方式外。更對屢次倡議，正面看待我國消費者保護法與民法間雙軌法制之現實。並且提議或可思考利用此種雙軌制的先天性質，能在民商合一的情形下，依據當事人或事件性質的不同作更為靈活的差別規範密度。是項對於法制規範的理解，對於解讀我國法制現實，實為提供了許多嶄新視角，適足吾人參酌。

學者詹森林亦著有論文集《民事法理與判決研究(二)》¹⁶及《民事法理與判決研究(六)》¹⁷兩本專論，其中收錄有大量對於我國民法不完全給付，與物之瑕疵擔保責任之重要法學論文。除了觀察當時最高法院對於債務不履行制度的判決趨勢，並且針對具有個案研究必要之案例，搭配外國既有立法例與學者本身之說理論述，促使學界與實務有對於不完全給付，與物之瑕疵擔保責任有更深一層之認識。與本文相關者，氏認為於在構成不完全給付之情形下，買受人即得據此向出賣人請求修補瑕疵，不因構成物之瑕疵擔保責任而受相互影響。是項見解著實為實務所採之固有見解，更增添分支撐力道。又關於消費者權益保護上，氏亦著有《民事法理與判決研究(三) - 消費者保護法專論》¹⁸、《民事法理與判決研究(四) - 消費者保護法專論(2)》¹⁹兩本專論。兩本著作內容遍及商品責任與

¹⁵ 曾品傑，論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費者之適用，收錄於財產法理與判決研究(一) - 消費者保護法專論(1)，2007年9月。

¹⁶ 詹森林，民事法理與判決研究(二)，作者自版，初版一刷，2003年4月。

¹⁷ 詹森林，民事法理與判決研究(六)，作者自版，初刷一版，2012年12月。

¹⁸ 詹森林，民事法理與判決研究(三) - 消費者保護法專論，作者自版，初版一刷，2003年1月。

¹⁹ 詹森林，民事法理與判決研究(四) - 消費者保護法專論(2)，作者自版，初版一刷，2006

消費者契約等範疇，內容細緻針對不同法律爭點著有論文。與本文相關之部份，即包含有消費者一詞之意義，以及對於消費者應予特別保護授予無條件解除權之特種買賣類型等範圍的論著。均以觀察最高法院判決，並輔以法學方法上之思考，得出合於社會期待消費者保護法所應呈現的價值取向。從而上述論著，無論在學理或實務上，實具有舉足輕重的地位。

關於本文所討論之爭點，學者陳自強於契約法部份亦著有兩本論文集極具參考價值，首先《整合中之契約法》²⁰所收錄的文章中，與本文相關部份者，主要著墨於歐洲契約規範的發展以及整合趨勢，其視野之高聳宏觀，毋寧是為本文的視角更拔高了許多。接續更挑明討論國際商事契約通則之效力與地位，作為以國際商事契約通則 2010 為研究仿效主軸的本文而言，此部份在適用方法上成就了本文在法理引介的啟發。最終討論議題帶到 soft law 的效力與實質上拘束力，亦給予本文補述的論據的強度。其次視角竄入契約法歸責事由中，《契約責任歸責事由之再構成 - 契約法之現代化 I》²¹一書中，自就債務不履行之方法論出發，觀察與針砭我國學習引介外國法時的學說繼受現象。其次針對契約責任以及歸責事由的標準擇定，自法學基礎理論進行比較研究，探究各國關於歸責事由上各有過人之處，值得我國省思。在經比較法鋪陳後，全文進入探討我國債務不履行法制中的歸責事由，並以現行債務不履行類型作為區分基準，再依該通常適用類型討論之。並且配合下篇關於未按時給付一文，試圖開展我國對於歸責事由必要論的反思浪潮，並且倡議對於同一案件事實，得否因事件性質不同或法律效果不同而適用不同歸責事由。關此部份本文收穫滿載，因此日後似有針對本書所採之各項新穎見解更為研究之必要。

12. 期刊論文文獻回顧

學者王澤鑑之《不完全給付之基本理論》²²一文中，對於我國引進德國法積

年 12 月。

²⁰ 陳自強，整合中之契約法，作者自版，初版一刷，2011 年 5 月。

²¹ 陳自強，契約責任歸責事由之再構成 - 契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012 年 12 月。

²² 王澤鑑，不完全給付之基本理論，收錄於民法學說與判例研究第三冊，作者自版，修訂九版，1991 年 10 月。

極侵害債權之見解，在民法修法前第 227 條文義未明下，可謂是我國發展不完全給付之學說與實務的起點。該文中除了討論民法第 227 條之修法前性質外，更對於引進不完全給付後，應如何依據分別類推適用給付遲延與給付不能的規定，落實於我國法制中，均有論述。並且對於不完全給付與物之瑕疵擔保責任間的關係，亦有初步的闡述。該文實為對於後續不完全給付於我國法中生根茁壯，此起彼落的引起廣泛性的討論與法學進步，具有相當大的歷史地位。

關於意思表示瑕疵部份議題，學者陳自強獲得政大法學評論所刊載之《意思表示錯誤之基本問題》²³，對於錯誤意思表示上至理論基礎及繼受歷史，下至解釋適用處理各種具體案例，均多有深入討論。本文就錯誤之繼受歷史，以及錯誤制度的法理基礎及蘊含之法律思想，自該篇論著中收穫甚多。並且就結論上，該篇之立法建議以及針砭法繼受時所生知齟齬，均具有時代性之眼光。令該文後 10 年方得閱讀之作者亦油生感佩之敬意。其次同樣是學者自強針對物之瑕疵擔保責任，細緻縝密連續三個月於月旦法學雜誌中刊登質量兼具之法學論文。首先為《買賣物之瑕疵擔保羅馬法之繼受》²⁴承襲學者陳自強長期以來之寫作脈落，先以法制史之眼光探究我國物之瑕疵擔保責任與，德國修法前之瑕疵擔保責任，均直接或間接地深受羅馬制的影響。從而時至今日仍然對於補正制度，存於瑕疵擔保責任之忌憚態度。並且作者進一步觀察，德國新法之規定已然在某些層面上跨過了羅馬法所設下的界線，並且帶出德國新債法之適用相關問題。其次《物之瑕疵擔保規定之法律性質》²⁵學者陳自強並解構現行法下我國物之瑕疵擔保責任之規範性質，並且點出我國對於該項制度所必然提及之爭點，加以解析並給予論者所認為的最適見解。最後則為《買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用》²⁶，氏於文中在買賣契約為前提下，以所欲達到的法律效果為經；以不完全給付及瑕疵擔保責任為緯的方式分別討論應以何種請求權基礎達成效果。並參酌立法例以及國外學說見解的討論，檢視我國法下現行通說解釋之原因及妥當。就補正方面，

²³ 陳自強，意思表示錯誤之基本問題，刊載於政大法學評論第 52 期，1994 年 12 月。

²⁴ 陳自強，買賣物之瑕疵擔保羅馬法之繼受，刊載於月旦法學雜誌第 212 期，2013 年 1 月。

²⁵ 陳自強，物之瑕疵擔保規定之法律性質，刊載於月旦法學雜誌第 213 期，2013 年 2 月。

²⁶ 陳自強，買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用，刊載於月旦法學雜誌第 214 期，2013 年 3 月。

學者更言明贊同補正制度之存在，並可以國際契約統一文件作為引介的來源。是項見解足供本文及讀者參考。

學者曾品傑亦有為文刊載於中正法學論叢《從當事人屬性看法律行為之規範 - 以網購業者標錯價事件為例》²⁷並於文中認為我國意思表示瑕疵撤銷，於論斷當事人過咎之撤銷要件時，應可參酌國際上之立法例見解，並且將包容於我國體系中。氏輿論中大膽倡議認為，或可依據當事人屬性或處理事件熟稔程度，而區分應所負之注意義務。並且採用比較過失之方式，衡量雙方之過咎，以決定得否撤銷意思表示。關於平衡考量雙方情狀而決定得否撤銷意思表示之大轟，實與本文所持見解有其思路起始之一致。又《論形成權之行使 - 兩則最高法院判決評釋》²⁸一文中，更是引介歐洲契約法內對於意思表示瑕疵時，撤銷權人得以承認的方式補正瑕疵，並且建議我國若欲落實此項思維，則似乎可嘗試以誠信原則作為準據。是項見解應值重視，並且本文亦有討論於後。然而關於不完全給付補正制度的論述，晚近學者曾品傑亦著有《論成屋買賣之自始瑕疵與不完全給付之適用》²⁹一文關於本文之補正部份認為，可歸責於出賣人致使瑕疵構成不完全給付時，宜容許買受人得主張修補請求權，該此乃對於可歸責於當事人之情形下，縫補我國民法在雙軌制度下瑕疵擔保責任對於補正制度的闕漏。是項見解，對於本文亦有所啟發。最後關於消費者權益之特殊保障上，學者亦載有《論消費者契約之無條件解除權》³⁰之論文，認為雖我國消費者保護法之無條件解除權容有嚴格之類型限制，但在現代交易狀況上，亦有部份契約帶有郵購買賣或訪問買賣之相同特殊保護必要性。關於此種非定法上之特種買賣，但亦有保護必要之消費者契約，現況下多以行政機關公佈定型化契約應行記載內容的方式控制之。對於此部份，學者亦認為無條件解約權之適用範圍，在必要範圍內確有擴大的適用的必要。關於詳細契約分類及解析是否需受無條件解除權之保護，可另參酌該文所

²⁷ 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範 - 以網購業者標錯價事件為例，刊載於國立中正大學法學集刊第 32 期，2011 年 1 月。

²⁸ 曾品傑，論形成權之行使 - 兩則最高法院判決評釋，刊載於東海大學法學研究第 21 期，2004 年 12 月。

²⁹ 曾品傑，論成屋買賣之自始瑕疵與不完全給付之適用，刊載於月旦法學雜誌第 209 期，2012 年 3 月。

³⁰ 曾品傑，論消費者契約之無條件解除權，政大法學評論第 123 期，2011 年 10 月。

述。

學者朱柏松於其解析德國新修民法與我國法的比較之《我國及德國新債法之比較分析 - 以物之瑕疵擔保責任規範為中心》³¹一文中，逐一檢視關於德國新債法中對於物之瑕疵擔保責任的規定異動，並且藉此抒發對於我民法相關部份的制度見解。氏認為，關於瑕疵補正制度方面，德國新債法為調適現代型交易下，賦予出賣人補正義務並非過苛，如此情形亦可見於我國之社會常情。因此是否考慮如同各國國際契約統一文件乃至於德國新債法之規定，而給予出賣人有修補之機會與義務，似乎應有討論及努力的空間。是項觀察，應屬的論可供參照。

學者陳忠五於評述最高法院判決時，在《給付遲延、給付不能與不完全給付的區別 - 最高法院 100 年度台上字第 2091 號判決評釋》³²一文中提及：關於債務不履行之類型上，雖我國法中明文可分作三類（給付不能、給付遲延、不完全給付）但究其背後所支配之法理，仍僅有「不能法理」及「遲延法理」兩類。即便未來明文肯定拒絕給付之類型，仍受到不能法理所支配。而依據各該法理所支配之轄下制度，即在處置方式上應有一致之作為。例如，不能法理所涉之給付不能與不能補正之不完全給付，即應以解除契約損害賠償等方式為補救；反之在給付遲延法理所支配之遲延責任，與可補正不完全給付，則應有補正先行之要求。事項觀察實質贊同，本文亦在此等基礎下開展後續描述。

³¹ 朱柏松，我國及德國新債法之比較分析 - 以物之瑕疵擔保責任規範為中心，刊載於月旦法學雜誌第 154 期，2008 年 3 月。

³² 陳忠五，給付遲延、給付不能與不完全給付的區別 - 最高法院 100 年度台上字第 2091 號判決評釋，刊載於台灣法學雜誌 205 期，2012 年 8 月，頁 41。

第二章 締約階段之補正制度

第一節 意思表示錯誤撤銷規範的承繼與再造

13. 意思與表示不一致制度概述

最高法院 95 年度台上字第 151 號判決要旨³³謂：「民法上所謂意思表示，係指表意人將企圖發生一定私法效果之意思，表示於外部之行為而言。」由該判決對於意思表示所下之定義，及學說對於意思表示進一步剖析可知，意思表示係由「內心意思」與「外部表示」兩要素所構築而成。³⁴易言之，意思表示係表意人將其發生私法上法律效果之內心期望，透過行止舉措而形諸於外的過程。從而在正常情形下，表意人之客觀上表示行為應與內心所欲表示之意思相一致，方符表意人之期待，亦與立法者所預設之法秩序相符。因此，由於各種不同原因，導致表意人所為之表示行為，於客觀上與其內心真意不盡相符時，學者通說均稱其為意思與表示不一致，而認該意思表示存有瑕疵。³⁵

對於意思與表示不一致之原因，有學者即認為，有出於自由意思或因不知所生，或係受不當影響所致而有不同，前者有如虛偽意思表示及錯誤意思表示等，而後者則為民法第 92 條所定之意思表示不自由，如受詐欺脅迫等是。³⁶而就意思與表示不一致時，應貫徹私法自治而以表意人內心意思為準，還是應以表示行為所代表之客觀意思為斷，於立法方式上向有意思主義及表示主義之別。而我國民法繼受德國民法自第二草案以來所持之折衷說見解後，對於意思與表示不一致之情形，即應依具體個案事實適用法規範，以獲得合乎立法者寄情於條文中之價值判斷的合理結果。已不宜再反客為主地，先想定我國民法對於意思與表示不一致之法律效果係採何種主義，再依該主義所持見解，影響法律解釋之方法，進而導

³³ 本文所引用之我國判決，除另有附註者外，均取自司法院法學資料檢索系統 (<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>)。

³⁴ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 361。

³⁵ 施啟揚，民法總則，作者自版，八版二刷，2010 年 8 月，頁 285；黃立，民法總則，作者自版，二版二刷，2001 年 1 月，頁 266。

³⁶ 施啟揚，同前註，第 285 頁。

引法律適用之結果。³⁷

14. 意思表示錯誤撤銷制度之核心條文

意思表示有瑕疵之種類，如前所述，粗略可分為虛偽意思表示、意思表示錯誤與意思表示不自由等。就本文所欲討論之民法第 88 條而言，查其文義：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。(第 1 項) 當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。(第 2 項)」亦含有內容錯誤、表示行為錯誤及當事人資格與物之性質錯誤等種類。

表意人欲依民法第 88 條第 1 項前段撤銷意思表示者，該內容錯誤應源於內心存有錯誤或不知之情，此由最高法院 83 年度台上字第 2960 號判決中：「...查錯誤與不知二者在觀念上有別，不知謂正當認識之全不存在，而錯誤則不特無正當認識，且有積極的謬誤之認識；但全無正當認識之不知，如表意人知其事情即不為意思表示者，其效力與錯誤同，均得為意思表示撤銷之原因...」可知。並且就該項後段所揭之表示行為錯誤，即表意人若知其表示行為之客觀上法律效果時，將不為該意思表示之意，其與內容錯誤之應予區別，此亦為最高法院於 83 年度台上字第 2960 號判決所中所強調：「... 民法第八十八條第一項分別就意思表示內容之錯誤（本文上段）或表示行為之錯誤（本文下段）而為規定。被上訴人因誤信政府更正前土地公告現值，而就買賣標的物即系爭土地之價格為錯誤之意思表示，係屬民法第八十八條第一項本文上段意思表示內容之錯誤，並非同條項本文下段表示行為之錯誤。...」³⁸。

³⁷ 就德國民法對於意思表示不一致時，應以意思主義或表示主義作為該國民法所持見解，其爭議始末，及最終係採折衷說見解的結果，於學者陳自強之論著中即有詳細介紹，請參閱陳自強，同前揭註 23 文，頁 316；張哲源，錯誤意思表示撤銷之過失要件研究，刊載於東海大學法學研究第 26 期，2007 年 6 月，頁 11。

³⁸ 惟多數情形下，民法第 88 條第 1 項前段內容錯誤，亦有同項後段「表意人若知其事情即不為意思表示」的情形。且個案事實上，究竟撤銷事由係表示方式錯誤或內容錯誤，亦難分別；又民法第 88 條第 1 項將兩者之法律效果等同視之，故亦有學者認為兩者毋須如最高法院見解，作如此嚴格之分野。詳參陳自強，同前揭註 23 文，頁 327；黃立，同前揭註

15. 民法第 88 條第 2 項實務大致上仍與我國學界同採擬制內容錯誤說

而民法第 88 條第 2 項所定之當事人資格或物之性質錯誤，依我國多數學者所採見解，認為當事人資格及物之性質的錯誤，本質上應屬不得撤銷之動機錯誤³⁹，惟經立法者立法擬制為內容錯誤後，即得作為意思表示撤銷事由之一。⁴⁰而所謂當事人資格錯誤，其意義最高法院 85 年度台上字 2091 號判決中已有闡述：「... 惟查所謂對於他方當事人之資格有錯誤，係指對於和解相對人之年齡、性別、學經歷、職業、專長、才能、資力等有所誤認之動機錯誤而言。...」。

而對物之性質錯誤之事例，由於不動產價額較鉅，故最高法院對於物之性質錯誤有表示意見機會之判決，其基礎事實多半集中於以不動產為標的而涉訟。學者認為系爭土地有無受到禁建限制，即應被認為係物之性質有無誤認的問題。⁴¹而實務上，雖曾有最高法院民三庭於 82 年度台上 2949 號判決：「... 按民法第八十八條之規定，係指意思表示之內容或表示行為有錯誤者而言。而所謂意思表示之內容有錯誤，包括法律行為性質之錯誤、標的物本身之錯誤，當事人本身之錯誤及當事人之資格或物之性質之錯誤等，並不包括意思表示之動機有錯誤之情形在內。查系爭土地為建地，趙慈和購買之目的在於立即建築房屋，然因地屬整體開發區，兩造均不知尚在禁建中等情，為原審合法認定之事實，惟與前述意思表示之內容有錯誤之情形似不相合，則趙慈和得否以系爭土地購買後始知禁建，其意思表示有錯誤為由，主張撤銷買受之意思表示，不無疑義⁴²...」顯認土地禁建非屬內容有誤，而僅為單純動機錯誤之情形。

35 書，頁 278。

³⁹ 參最高法院 51 年台上字第 3311 號判例：「民法第八十八條之規定，係指意思表示之內容或表示行為有錯誤者而言，與為意思表示之動機有錯誤之情形有別。」

⁴⁰ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 403；施啟揚，同前揭註 35 書，頁 292 - 293；陳聰富，動機錯誤與通謀虛偽意思表示，刊載於月旦法學教室第 10 期，元照出版，2003 年 08 月，頁 10 - 11；陳猷龍，民法總則，五南圖書，八版一刷，2003 年 9 月，頁 164。

⁴¹ 黃立，同前揭註 35 書，頁 281 - 281；王澤鑑，前揭註 4 書，頁 404。

⁴² 本文所摘錄之法院判決，就特別標記部份均以粗體標注，為本文作者自加，以下皆同。

惟前述最高法院見解雖頗具新意，然並未進一步成為最高法院穩定一貫見解，除同年最高法院民四庭於 82 年度台上字第 215 號判決中以：「... 再從客觀而言，上訴人提出之土地登記簿謄本既記載地目為建，且上開土地周圍復已蓋滿建物，而上訴人又以建地之價格出售，自足造成被上訴人對於上開土地產生無任何建築限制之確信，以此，凡一般人若處於被上訴人之表意人地位，亦易為相同錯誤之意思表示，茲系爭土地之性質，在交易上確屬重要，被上訴人依民法第八十八條第二項規定，自得將此項錯誤之意思表示撤銷。...」而採相反見解外。另最高法院於 99 年度台上字第 678 號判決復同此見解：「... 事實上無法供建築使用，與民眾標購國有土地之目的不符，影響市場交易價值，可認係交易上重要之物之性質錯誤，依民法第八十八條第二項規定，得作為撤銷之客體一節，揆諸前揭說明，固無可議。...」。可知最高法院於不動產交易之意思表示上，顧念於買受人於買受後對於系爭土地之使用規劃，若無法建築或其他合於市場價值期待之利用者，即可認定為物之性質錯誤得作為撤銷事由。

直至晚近最高法院依然維持是項見解，且於最高法院 100 年度台上字第 825 號裁定，維持原審認事用法並再次強調：「... 系爭土地之性質在交易上確屬重要，被上訴人於訂約時非已明知該土地將被徵收，上訴人又未舉證證明被上訴人有何過失而不知，被上訴人既因錯誤而高價買受，已依民法第八十八條第二項規定，撤銷其所為買賣之意思表示，此項買賣契約視為自始無效...。」縱系爭土地於危險移轉後，買受人尚有完整之使用收益的權利，然該權利將因徵收而喪失，亦因不符買受人對該土地之使用收益久暫的期待，而認有物之性質錯誤之情形。

16. 現行錯誤撤銷制度再造之兩大關鍵

表意人欲依民法第 88 條撤銷錯誤意思表示，除前揭所示之各項要件外，尚有該錯誤意思表示非因表意人之過失所致，及該錯誤需為交易上被認為重要者，方得為之等構成要件。依本文淺見，「錯誤非因表意人過失」與「具備交易上重要」之兩項要件，可期待成為我國現行錯誤意思表示撤銷制度，肩負因應現代化商業發展所生之契約關係，並平衡締約雙方先天上資訊不對等所造成之締約地位落差等重大功能的關鍵因素。從而，以下本文將以「第一項、客觀交易上重要的向內縮減」及「第二項、過失認定之範疇的向外延伸」分別闡述之。

第一項 客觀交易上重要的向內縮減

第一款 交易上重要之主觀要件側重

17. 民法第 88 條第 2 項交易上重要在適用上深具意義

承前所述，多數學者主張當事人資格之錯誤及物之性質的誤認，本質上屬動機錯誤。此亦受實務見解所採，最高法院 99 年度台上字第 678 號判決中明確表示贊同當事人資格錯誤及物之性質的誤認本質上係屬動機錯誤的見解：「... 有關物之性質錯誤，本質上屬於動機錯誤，即表意人在其意思形成過程中，對於就其決定為某特定意思表示之物之性質，認識不正確，原不影響意思表示之效力，非在得撤銷之列，但如所涉物之性質係交易上認為重要者，依該條第二項「其錯誤視為意思表示內容之錯誤」之規定，即得由表意人將其意思表示撤銷之。...」但當事人資格錯誤及物之性質的誤認，係經由立法者擬制為意思表示內容錯誤，在具備交易上重要性後，而立法明定得作為撤銷意思表示之事由。

惟查最高法院歷來判決，可發現關於錯誤意思表示撤銷而涉訟之判決中，涉及物之性質的誤認之案件者眾，數量上甚至有凌駕於民法第 88 條第 1 項內容錯誤及表示行為錯誤的趨勢。因此，作為撤銷物之性質與當事人資格錯誤之特別要件，何謂交易上認為重要，其重要性亦因而水漲船高。且亦有呼聲認為，雖其他意思表示錯誤撤銷類型，立法者未明文規定須為交易上重要方得撤銷，然為顧及交易安全之保障下，其他類型之錯誤意思表示，亦應以該錯誤具備交易上重要性，始可撤銷。⁴³更有學者主張，同樣列為意思表示瑕疵之詐欺脅迫的撤銷，其意思與表示不一致之情形亦應在交易上被認為重要，方得行使民法第 92 條之撤銷權，是項見解亦值傾聽。⁴⁴果爾，則交易上重要之要件，毋寧是居於意思表示瑕疵之共同要件的地位，其重要性不言而喻。從而，究竟民法第 88 條第 2 項所定之交

⁴³ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 411；鄭玉波著、黃宗樂修訂，同前揭註 7 書，頁 286；陳自強，同前揭註 9 書，頁 276。

⁴⁴ 陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約（上） - 實務上相關判決之綜合評釋，刊載於台灣本土法學雜誌第 2 期，1999 年 6 月，頁 84。

易上認為重要所指為何，即應有詳加探究之必要。

18. 學者認為有無交易上重要性應亦客觀探究

對於交易上認為重要之意義，由於意思表示之撤銷，將撼動已成立生效之法律行為歸於消滅，此於民法第 114 條第 1 項定有明文，若容認表意人得任意撤銷意思表示，將有礙交易安全且有違誠信原則。故有學者即主張，所謂交易上認為重要，應指該錯誤於系爭交易上具有客觀上之重要性，始足當之。⁴⁵而所謂客觀上具備重要性之意義，有學者進一步闡釋道，應依一般社會觀念決之，方合於交易安全之維護。⁴⁶更有學者將判斷方式聚焦於，在具體法律行為中，有交易上典型特點並具決定性分量者是，並強調此係具體客觀之判斷方式，以避免純粹主觀的判斷方式失之過寬。⁴⁷

19. 亦有學者與判決提出具備交易重要性應兼及主客觀面向

晚近亦有學者認為，判斷意思表示之錯誤是否為交易上重要，不但客觀上須具備重要性，該錯誤對於表意人本身亦應為重要。⁴⁸意即該錯誤，除具備客觀上重要性外，在主觀上也應具備重要性，始得撤銷意思表示。此項見解，於最高法院 89 年度台上字第 465 號判決中，已有所意識並作出回應：「查，土地之形狀、坐落位置及對外聯絡之道路等因素，均足以影響土地之開發、利用及價值之判斷，繼而影響購買者之意願。此等因素，無論在主觀上及客觀上均足以影響交易上之判斷，當事人對上開因素如有錯誤之情形，於交易上自難謂非重要，自得視為意思表示之內容有錯誤。」

查該判決之基礎事實，係被上訴人因上訴人之子的指界錯誤，因而誤認土地所在地進而買受。嗣後經鑑界得知上情後，遂以意思表示錯誤為由欲撤銷之。然據該判決雖提及土地形狀、坐落及聯外道路與土地之利用與價值息息相關，進而

⁴⁵ 施啟揚，同前揭註 35 書，頁 295；王伯琦，民法總則，初版十四刷，國立編譯館，1989 年 8 月，頁 159；邱聰智，民法總則（下），三民書局，出版一刷，2011 年 6 月，頁 100。

⁴⁶ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 411。

⁴⁷ 黃立，同前揭註 35 書，頁 282。

⁴⁸ 陳自強，同前揭註 9 書，頁 276。

認為此等因素，在主客觀上將會影響購買者的交易判斷，是為交易上認為重要之要素。但遍查判決理由中，似未實際論及該土地形狀、坐落及聯外道路對於契約當事人間，尤其是被上訴人而言，如何具備交易上重要而有撤銷意思表示的必要。據此，本文淺見認為，該判決充其量僅能反應最高法院對於判斷交易上認為重要之意思表示撤銷要件，已體認到有同時自主客觀面向判斷是否具備重要性的必要。然而對於交易上認為重要之主客觀判斷方式，最高法院尚未經由本判決表示任何意見。

20. 台電案 - 最高法院 98 年度台上字第 1469 號判決

最高法院 89 年度台上字第 465 號判決中所提示著，應綜合主客觀要件觀察系爭錯誤是否為交易上重要的意旨。是項見解雖饒富趣味，但該判決卻留下了不得要領且難以其門而入的些許遺憾。對此最高法院於 98 年度台上字第 1469 號判決中，進一步操作何謂主觀上及客觀上均需具備交易上重要，方可撤銷錯誤意思表示。該判決與本文相關之背景事實略為，被上訴人樂士股份有限公司（下稱樂士公司）與上訴人台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）締結「第六輪變電計畫七張一次配電變電所統包工程」之承攬契約。履約階段，因樂士公司認係爭機電設備有調漲之情，請求台電公司南區營業處同意係爭契約工程費用，依主計處編制之「營造工程物價指數」作契約內容調漲變更。台電公司南區營業處經徵詢行政院公共工程委員會（下稱工程會）意見後，函覆樂士公司同意變更。嗣後，因審計部認為物價波動所影響之電機設備部分，依系爭契約並不適用「中央機關已訂約工程因應國內營建物價變動之物價調整處理原則」，因此工程會遂修正法律見解，台電公司南區營業處亦隨之將此見解函予樂士公司，一併撤銷前揭同意物調的意思表示。

對此，原審法院認為台電公司撤銷意思表示及其訴之主張均無理由，其理由如下：「... 按民法第八十八條第一項所謂錯誤係指意思表示之內容或表示行為有錯誤者而言，與為意思表示之動機有錯誤之情形有別。是除當事人之資格或物之性質有誤，且為交易上認為重要者，始可視為意思表示內容之錯誤外，其餘動機錯誤若未表示於意思表示中，且為相對人所明瞭者，不受意思表示錯誤規範之保護，否則法律之安定性及交易之安全無法維護，此觀同條第二項規定自明。本

件南區營業處於系爭同意函文明載「貴公司函請辦理『七張一次配電變電所統包工程』契約變更之機電物價指數調整乙節，本處同意辦理」，該同意函並無何表意人對構成意思表示內涵之效果意思，與其表示於外之表示內容，因錯誤而致生齟齬之情事。上訴人雖指係因工程會之原函文，認為物調原則適用，無庸將機電設備排除意見有誤，南區營業處方為同意之意思表示。然上訴人、南區營業處本於前開諮詢及決策過程，而為同意之表示，乃屬南區營業處為該意思表示之動機，且非屬當事人之資格或物之性質有誤，自不得依民法第八十八條規定而撤銷。...」可知，原審法院對於系爭意思表示錯誤，自始認其為單純之動機錯誤，而非為例外得撤銷之當事人資格或是物之性質錯誤，從而迴避了該意思表示錯誤是否係屬交易上重要的爭議。

惟最高法院以 98 年度台上字第 1469 號判決廢棄原審判決，對於原審認定台電公司不得撤銷錯誤意思表示之法律見解，最高法院先謂：「按民法第八十八條第一項所稱之錯誤，固僅存於「意思表示內容」之錯誤（誤認其表示之內容）及「意思表示行為」之錯誤（誤用其表示之方法），然存於「當事人之資格或物之性質」之錯誤（在本質概念上，祇有動機之錯誤，並無意思與表示之不一致），若從社會經濟而言，在交易上認為重要者，各該錯誤即等同誤認人或物之同一性，同條第二項乃就此設有「其錯誤，視為意思表示內容之錯誤」之規定，以資兼顧。是以當事人之資格或物之性質，在交易上認為重要而有錯誤，倘當事人主觀上知其情事，即不為意思表示，而依一般客觀上之判斷，亦係如此者，當視同其表示內容之錯誤，蓋其資格或性質，既在交易上認為重要，而其錯誤在主、客觀上俱為嚴重，則通常可認其資格或性質為法律行為之基礎，並應為相對人所明知或可得而知。於此情形，該錯誤之表意人自非不得依該條第二項規定將其意思表示撤銷之，始不失該條項規範之真諦。」除再次重申最高法院 89 年度台上字第 465 號判決中所揭櫫之主客觀判定方式之原則，再表示就主觀層面上，應審查表意人是否確實「如其情事即不為意思表示」；而客觀層面上則亦復如是，僅觀察角度之變異耳。

隨後，最高法院進入案例事實中復謂：「... 查上訴人於原審曾主張：民法第八十八條規定錯誤得撤銷之立法理由，包括於交易上認為重要，而當事人之資格

或物之性質（如信用交易之買主支付能力或房屋租賃契約之房屋性質），若表意人知其情事即不為意思表示者，均當然謂之錯誤。被上訴人既然以物價上漲為由，請求就系爭特殊機電設備依營建物價指數之查價範圍，以及該價格有無上漲之事實，不僅屬交易上重要事項，且一般人於客觀上如無物價上漲之事實，當無可能同意物價調整，故伊若知其情事即不為意思表示，亦得依該條規定撤銷之。況系爭特殊機電設備價格乃係下降而無上漲之情形等語（分見原審卷（二）四四～五〇頁）。究竟系爭特殊機電設備價格實際上有無上漲其事？是否屬於營建物價指數之查價範圍而有上揭物調原則之適用？各該事實是否屬於物之性質於交易上認為重要者？均有不明。…」綜合上述理由，最高法院即以原審有判決不備理由之違誤，廢棄發回。

21. 物之性質誤認不限於有體標之物之場合始有適用

對此，本文認為是項最高法院判決可供作吾人觀察之處有二：首先為原審法院對於台電公司所為之同意變更契約意思表示不得撤銷，乃因原審法院認為該意思表示錯誤，實際上僅為單純之動機錯誤所致，並非為物之性質錯誤，更非為當事人資格有誤。惟最高法院則似認為，對於台電公司之撤銷意思表示，若經發回查明該錯誤確具交易上重要時，則認其因物之性質錯誤而撤銷亦無不可。查民法第 88 條第 2 項所稱物之性質，學界通說均認為對於該項所稱之「物」應從寬認定為「標的」，不應侷限為僅指具有物理上形體之動產或不動產，縱為無體之權利等，亦得作為民法第 88 條第 2 項所稱之物。⁴⁹更有學者表示，所謂「物之性質」包含所有影響其使用與價值之事實或法律關係；而「物」廣義的係指包含法律行為之標的而言。⁵⁰從而就本例而言，台電公司與樂士公司係對於契約變更達成合意，自台電公司角度視之，該同意變更契約之原意思表示，無非為處分因原契約條款所生之契約變更權，且拋棄基於原契約對於樂士公司所得主張的原始對價關係。而同意以新的支付工程款義務，與樂士公司所本應履行之相同給付義務，發

⁴⁹ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 404；施啟揚，同前揭註 35 書，頁 293；黃立，同前揭註 35 書，頁 281；陳榮傳，法律行為，三民書局，初版一刷，2010 年 4 月，頁 81。

⁵⁰ 蔡晶瑩，物之性質錯誤 – 最高法院九八年台上一四六九，刊載於台灣法學第 153 期，2010 年 6 月，頁 188 – 191。

生新的對價關係。因此該意思表示之標的，不可謂非民法第 88 條第 2 項所列之物。

退步言之，縱認台電公司於同意變更契約之意思表示中，並無標的物，且亦未受通說擴張「物」的意義所涵蓋時。本文仍認為，現今社會存在之意思表示，所乘載之內容種類龐雜，絕非物之性質一言即得以蔽之。立法者特別准允物之性質有誤時得例外撤銷之考量，僅為宣示：「對於一個含有「物」的意思表示而言，只有關於「物之性質」的動機錯誤可以撤銷意思表示」。意即，立法者對於得否撤銷之價值判斷，係落在錯誤是否發生在物之性質上，而非該意思表示是否以物為標的。簡言之，立法者設立物之性質有誤得例外撤銷，並無帶有排拒無標的物的意思表示，依民法第 88 條第 2 項撤銷意思表示的立法意旨。從而若嚴格遵守，未以物為標的之意思表示，因而不可能有物之性質的錯誤而不得撤銷，無異是曲解立法者之意念，且令未以物為標的之意思表示，縱有具備交易上極重要之類似錯誤，亦無撤銷之可能。因此，對於通說認為應寬認此項「物」的意義，基於上述之淺見，本文敬表贊同，而認為審理不應粗略地以是否以物為標的作為區辨，而應儘量放行留待後續要件處理之。

22. 錯誤是否具有交易上重要方為應琢磨之處

更甚者，本文更傾心於德國實務之審理傾向，將法律爭點的重心放置在解釋何謂「交易上重要之性質」上⁵¹，並且我國學者間亦同有類似此呼聲值得重視，有學者在評述日本消費契約法時亦有認為，日本關於消費契約法的新修法與學界見解傾向擴大容許動機錯誤亦有撤銷意思表示的機會，並將問題回到產生錯誤的對象是否具有與標的物有重要相關的爭點上，該項思維亦有值得我國法發想的空間。⁵²更甚者學者認為若錯誤之對象有交易上重要時，則究竟（如締約基礎或締約目的）該意思表示錯誤的類型為何，是否為內容錯誤抑或是動機錯誤等，均非

⁵¹ 學者陳榮傳認為容或在非有體物之情形下，若可認為有交易上重要時，亦得以類推適用的方式援引本項規定。可知氏亦傾向認為，是否為有體物，實則無關宏旨，反之應著重在於系爭瑕疵是否具備交易上重要的爭點上。詳參陳榮傳，同前揭著 49 書，頁 81；陳自強，同前揭註 23 文，頁 336 – 337。

⁵² 陳洸岳，不當行銷行為對消費者契約效力之影響 – 日本消費者契約法相關規定之啟發，收錄於民事法與消費者保護，元照出版有限公司，初版一刷，2011 年 5 月，頁 215。

應為判斷表意人是否得撤銷錯誤意思表示之主要標準。⁵³上述學者之見解真知灼見，擲地有聲，與本文前揭認為我國意思表示錯誤撤銷的未來發展不謀而合，應值吾人的深思與續造。

23. 本件是否適用物調原則應屬物之性質且具主客觀交易上重要

其次，最高法院先引台電公司所述，認客觀上若整體物價並無波動，則一般尋常之契約相對人，斷無同意調整契約內容之可能。據此最高法院於判決理由中囑咐原審法院，應就系爭機電設備之價格是否確實有上漲之情事，若有，則依一般人通念即有調整契約的可能，亦為客觀一般社會交易觀念上具備交易上重要性之因素。相對地，雖謂依一般交易常情機電設備若有上漲，客觀上即有調整契約內容之可能。惟有學者則持相反見解認為，物之性質雖應廣義的包含任何影響使用與價值的事實與法律關係，但物之「價值」則不可認定為物之性質。尤以系爭物之市場價值，係經由市場經濟體制運作，本於表意人自身利益所為之評估與考量所生，從而該危險自應由表意人自行承擔，不發生錯誤的問題。⁵⁴

誠然，若如前揭學者見解，台電公司自不得單就以系爭機電設備之價格波動，而主張物之性質發生錯誤而撤銷意思表示，是項見解固然有據。然台電公司所為之同意價格調整的意思表示，實基於台電公司對於可否調整價格的基準—有無適用物調原則的認定發生錯誤，似乎仍屬於學者認為可成立錯誤之「價值形成因素」的錯誤。⁵⁵故本文仍認為應探究，本件所涉之機電設備，究竟得否適用係爭物調原則，是否確如台電公司於起訴主張中所述，以約定僅土木建築施工有適用工程金額調整要點，而排除其他非土木建築施工部分的適用可能。

承上可知，對於台電公司得否撤銷同意調整工程金額之意思表示，重點在系

⁵³ 黃國昌，意思表示錯誤理論之探討－民法第八八條過失概念的相對化，刊載於台灣本土法學雜誌第 43 期，2003 年 2 月，頁 8。

⁵⁴ 蔡晶瑩，同前揭註 50 文，頁 190－191。

⁵⁵ 惟學者蔡晶瑩雖謂「價值形成因素」得成立錯誤而作為撤銷意思表示的原因，然對於本件判決而言，其並未於氏著中表明，系爭設備有無適用物調原則為「價值形成因素」，亦未表示本件事實得依據「價值形成因素」錯誤而主張撤銷的見解。於此，似與本文之結論不同，並此敘明。詳細論述請參閱蔡晶瑩，同前揭註 50 文，頁 190－191。

爭契約是否應依物調原則而為工程金額變更。而最高法院顯然認為就有無適用該物調原則一事，是否為交易上重要因素，在主觀上應視契約有無約定物調原則的適用範圍，若為肯定，除可特定物調原則之適用範圍外，亦可資證明締約時當事人主觀上認定是否適用物調原則，係為調整工程金額之交易上重要因素。而客觀上則較無疑問地，由於系爭物調原則之處理措施第一點⁵⁶提及，該物調原則一體適用於實際完工日於92年10月1日後之公共工程案件，從而對於92年10月1日後完工之公共工程而言，因均需適用而具備一般客觀上之交易重要性。

24. 最高法院對於認定交易上重要與否，多倚賴主觀而忽略客觀面向

實則，依本文觀察近二十年來最高法院涉及交易上重要性爭點之錯誤撤銷判決的粗淺心得，最高法院對於何謂交易上重要性的認定上，除去逕為斷言某要件是否具備交易上重要性外⁵⁷，多半傾向倚賴當事人主觀上是否認定其具備重要性而為裁判。如最高法院84年度台上字第1293號判決即至為明顯：「... 查上訴人於原審辯稱，本件訂約時，伊詢問承辦代書，代書告以系爭土地免徵增值稅，且伊以前買受該土地時亦免徵增值稅，因而誤認為免徵增值稅，俟代書送件後才發現須繳納鉅額之增值稅。... 如免徵增值稅，則實得價金為全額，該增值稅影響買賣之價格至深且鉅，是其錯誤，自屬意思表示內容之錯誤云云... 被上訴人問伊若有增值稅怎麼辦，上訴人一直說沒有增值稅云云，為原審認定之事實。... 則買賣之土地是否課徵增值稅，對於議定其價金多寡是否有影響？交易上是否認為重要？倘係交易上認為重要之物之性質，其錯誤，依民法第八十八條第二項規定，視為意思表示內容之錯誤。...」最高法院以上訴人與被上訴人對於有無土

⁵⁶ 參「中央機關已訂約工程因應國內營建物價變動之物價調整處理原則」中，壹、處理措施：「一、機關辦理工程採購，實際完工日期在九十二年十月一日以後者，因近期國內營建物價劇烈變動，廠商要求依本處理原則協議調整工程款且機關原預算相關經費足敷支應者，無論原契約是否訂有物價調整規定，機關應同意以行政院主計處公布之台灣地區營造工程物價指數表內之總指數（以下簡稱總指數），就漲跌幅超過 2.5%部分，辦理工程款調整(含增加或扣減應給付之契約價金)，惟應先辦理契約變更，加列物價指數調整相關規定。」

⁵⁷ 如最高法院82年度台上字第215號判決：「...上訴人提出之土地登記簿謄本既記載地目為建，且上開土地周圍復已蓋滿建物，而上訴人又以建地之價格出售，自足造成被上訴人對於上開土地產生無任何建築限制之確信，以此，凡一般人若處於被上訴人之表意人地位，亦易為相同錯誤之意思表示，茲系爭土地之性質，在交易上確屬重要，被上訴人依民法第八十八條第二項規定，自得將此項錯誤之意思表示撤銷...。」

地增值稅上，已有多次討論在前，且影響上訴人之開價甚鉅，因此該誤認於當事人間顯然具備交易上重要性。顯可發現，最高法院於本判決較為關注，有無土地增值稅對於當事人間之意義，而較著墨於主觀面向的認定。

最高法院 86 年度台上字第 2549 號判決雖廢棄原審判決，然對於原審法院就撤銷意思表示之部分，表示贊同。其中原審法院對於交易上重要之認定，亦傾向自當事人主觀上所關懷的事項判斷之：「... 張小蓮證稱：「當時現場沒有五米六樣品屋，銷售小姐只說五米六就是比四米二的房子還高」等語，自會使人誤認五米六之房屋也與四米二房屋相同，除樓梯入口旁之部分外，其餘空間之高度均屬五米六。實際上，編號 L 1 及 K 1 二房屋僅有約一半部分之高度係五米六，已如前述。足認該二房屋確係欠缺本件交易上認為重要之高度及空間，依法自得視為意思表示內容之錯誤。... 另原審認定編號 L 1、K 1 房屋有欠缺兩造就本件買賣上認為重要及高度之空間之情事，被上訴人以其意思表示之內容有錯誤，一併撤銷編號 M 1 及 J 1 六樓房地之買賣契約，尚屬有據...」

除前揭所示二判決外，持相類似見解之判決更有晚近的最高法院 92 年度台上字第 1370 號判決：「... 上訴人一再主張其意在購買「住宅」及可合法增建之「夾層屋」，因認系爭建物之屬性相符，始決定買受云云，似見系爭建物之用途及可否合法增建夾層，連同基地之完整權利，均屬系爭建物及土地買賣交易上之重要事項...」及最高法院 93 年度台上字第 780 號判決贊同原審見解之：「... 則兩造在訂立系爭土地買賣契約時，均以該地充建屋用為此交易之重要內容，為兩造所不爭...」

25. 本文贊同審查交易上是否重要應兼及主客觀面向

游移於私法自治與交易安全的兩端間，大致上，本文贊同最高法院所採之見解，即分別自主客觀兩面向觀察系爭錯誤是否具備交易上重要之條件。就主觀面向而言，雖本文前揭選錄之案件事實，均屬當事人雙方事前對於系爭重要條件已有溝通在先的案例，然此種案例於我國固有學說似已認為係經表示之動機，而已

成為意思表示內容的一部。⁵⁸然本文淺見，對於主觀面向當事人是否認定具備交易上重要性，除事前已有積極溝通外，亦應包含未經事前溝通，而嗣後經證明確為表意人主觀上所顧念之動機。一如最高法院第 100 年度台上字第 825 號判決中維持原審判決的理由所示：「... 系爭土地之性質在交易上確屬重要，被上訴人於訂約時非已明知該土地將被徵收，上訴人又未舉證證明被上訴人有何過失而不知，被上訴人既因錯誤而高價買受，已依民法第八十八條第二項規定，撤銷其所為買賣之意思表示，此項買賣契約視為自始無效...」縱因被上訴人於買受時不知土地即將徵收一事，自無事前與上訴人商討土地徵收的可能，然嗣後經由出價數額顯不相當的方式證明，意思表示確有錯誤且於主觀上係屬重要性時，仍無礙被上訴人行使撤銷權。

26. 本文認為最高法院對客觀交易上重要的界定稍嫌含糊

另一方面，在客觀上交易重要性的討論上，依本文粗淺觀察最高法院歷來判決及學說見解，對於客觀上交易重要性的「客觀界線」似有稍含糊不清。甚至有時略而不提已如前述，蓋本文揣測最高法可能擔憂若過度刻意強調客觀上交易上重要，將使撤銷可能性受到過於嚴苛之客觀標準所箝制。反之學界見解中，似乎學者多不諱言應站在理性第三者之立場，⁵⁹用以判斷是否具備客觀上交易重要性。此種思考無非係以保障交易安全為出發點，蓋撤銷權將致意思表示歸於無效，為避免相對人因表意人之無謂堅持而無端遭受損失，因而從嚴限制撤銷權的行使。是項見解並非無據，且坐實了堅強的立論基礎，固應予重視。

然我國民法對於意思表示錯誤的撤銷權行使，可說是設下了重重嚴密的關卡，幾近使撤銷錯誤意思表示陷於無期待可能的境地。本文以為，除交易上重要性外，尚有民法第 88 條第 1 項但書之過失認定可以作為篩去不當撤銷的篩漏，最後更可以權利濫用作為最後一道防線，況且相對人可依民法第 91 條請求損害賠償，

⁵⁸ 鄭玉波著，黃宗樂修訂，同前揭註 7 書，頁 284。

⁵⁹ 如學者陳自強之論著中，遂以：「...但甲因迷信拒絕 13 號房間。雖甲的要約有表示行為錯誤，主觀上也具有重要性，但因有理性的人不會因為房間號碼為 13 號而感到不妥，其錯誤並不具有客觀上重要性...」舉例何謂客觀上重要性；而學者王澤鑑亦以：「...誤甲為乙而訂立某土雞的買賣契約，此種錯誤在交易上無足輕重，不得撤銷...」之例，講述何為依社會一般觀念之交易上重要。詳參陳自強，同前揭註 9 書，頁 276；王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 411 頁。

法院亦得從中利用數額作個案衡平的調和，故無需於法律適用之初便將篩網編織過密，令應予撤銷之案例受到波及。因此，本文雖贊同民法第 88 條第 2 項之交易上重要性，除客觀面向的要求外，亦應在主觀上同屬交易上重要始可。此乃作為追求維護私法自治之錯誤撤銷制度，所應達到的保護必要性之基本發動門檻。但就客觀上亦應為交易上重要的要求上，本文即認為，必須清楚劃定客觀界線為何，以防過度保障交易安全而害及私法自治之基本精神。關於應如何畫出妥適之客觀交易上重要的界線，則在確立交易上重要應綜合主客觀視野審查後，下一個應討論之問題。

第二款 交易上重要之客觀要件限縮

27. 客觀上交易重要之理性第三人，應以類此交易地位的視角判之

對於客觀上交易重要之審查密度，本文結論上認為學說所謂應以理性第三人觀察客觀上交易重要性之見解並非無見。然而本文進一步以為，此處所為之理性第三人，其觀察群體應為限制的客觀第三人，即為實際簽訂類似契約之其他交易人，或假設與當事人相同條件下之第三人作為判斷基礎。反之，若不立於此種立場，則易因過度超然、價值判斷及當事人作成決定之背景考量相去甚遠，而淪於事後諸葛的後果，使得錯誤表意人撤銷意思表示的機會日益渺茫。對此本文之疑慮，最高法院似乎於審理案件中亦有體會，且形諸文字判決在案，如最高法院 99 年度台上字第 678 號判決即頗值吾人進一步深究。

28. 禁建地標售案 - 最高法院 99 年度台上字第 678 號判決

最高法院 99 年度台上字第 678 號判決案件事實係，被上訴人誤信上訴人（財政部國有財產局臺灣北區辦事處）所標售之系爭土地，係可供興建住宅之建築用地，遂應買而得標。嗣後經建築師初步規劃設計時，始知系爭土地坡度已逾台北市山坡地開發之限制，自不得作為建築住宅之使用。因此，被上訴人主張其標購之意思表示，係誤認土地性質，且具交易上重要性而撤銷意思表示。

本件原審法院肯認被上訴人之主張，而依民法第 88 條第 2 項撤銷意思表示，其理由相關部分略以：「... 按民法第八十八條第二項所稱「物之性質錯誤」，係

指法律行為之標的物所具有之內在條件錯誤，即是標的物之同一性並無錯誤，但表意人對該標的所具有之內在條件（性質）有所誤認。兩造雖未以系爭土地可供建築使用作為買賣契約之約定事項，但民眾標購國有土地之目的或在供建築使用，或在投資之用，為眾所皆知之事實。系爭土地既無法供作建築住宅使用，此項錯誤係屬物之性質錯誤，非僅屬動機錯誤。又上開限制不僅影響系爭土地開發、利用，亦將影響其市場交易價值之判斷及承購者承購之意願，依社會一般人之觀念，均會認為於交易上係重要者。...從而，被上訴人依民法第八十八條第二項規定撤銷標購系爭土地之意思表示，並依第一百七十九條規定請求返還保證金三百二十萬元本息，自屬有據，...」

29. 最高法院認本件具備交易上重要，惟以他項理由廢棄原判決

經原審法院判決後，上訴人聲明不服提出上訴，經最高法院審理後，以最高法院 99 年度台上字第 678 號判決廢棄發回。判決理由中與本文相關部分摘錄如下：「...按意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之，但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限，民法第八十八條第一項定有明文。有關物之性質錯誤，本質上屬於動機錯誤，即表意人在其意思形成過程中，對於就其決定為某特定意思表示之物之性質，認識不正確，原不影響意思表示之效力，非在得撤銷之列，但如所涉物之性質係交易上認為重要者，依該條第二項「其錯誤視為意思表示內容之錯誤」之規定，即得由表意人將其意思表示撤銷之。...」於此，最高法院再次重申民法第 88 條第 2 項所定之性質錯誤及當事人資格錯誤，一如通說見解認為本質上係動機錯誤，僅當該錯誤具備交易上重要性時，方可例外擬制為內容錯誤，而得為意思表示撤銷之客體。

隨後，最高法院進入原審所認定之事實，實際判斷系爭物之性質的錯誤，是否確實具備交易上重要性，而得為撤銷權行使之客體：「...查原審認定兩造就系爭土地之買賣，並無以可供建築使用為契約之內容，系爭土地使用分區雖為「第一種住宅區」，且位於已建成之住宅區內，但事實上無法供建築使用，與民眾標購國有土地之目的不符，影響市場交易價值，可認係交易上重要之物之性質錯誤，依民法第八十八條第二項規定，得作為撤銷之客體一節，揆諸前揭說明，固

無可議。...」至此可知，對於原審法院認為系爭土地性質錯誤及具備交易上重要性的事實認定，最高法院表示並無可議之處而贊成。

惟最高法院雖贊成系爭性質錯誤具備交易上重要性，而可作為意思表示撤銷之客體，然就意思表示錯誤的撤銷權行使，尚須非因表意人之過失始可，此於民法第 88 條第 1 項但書定有明文。故最高法院遂以之作為廢棄原判決的理由，其論述內容略以：「... 惟按民法第八十八條撤銷權之規定，乃係為救濟因表意人主觀上之認知與事實不符，致造成意思表示錯誤之情形而設，其過失之有無，自應以其主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷標準。查原審僅以被上訴人於投標前無法進入系爭土地現場查看並實際進行坡度勘測，即謂其無法向台北市政府產業發展局查詢系爭土地之實際坡度為何、有無使用限制或得否建築等情，而認其就投標之意思表示內容錯誤為無過失之主張為可採，對於被上訴人不能至現場查勘何以即不能向主管機關查詢一節，未說明其認定之依據及理由，已有推論過程不符經驗法則及論理法則與理由不備之違法。...」本件判決見解饒富趣味，依本文見解，若最高法院此種立場未來成為實務固定見解時，則本判決實可謂具有錯誤撤銷制度演進的關鍵轉捩點地位。

30. 本件僅審查客觀上交易重要乃因本件屬標售案件，非根本性變更見解

前揭最高法院 99 年度台上字第 678 號判決，其內容惠予本文之發想有二。首先本判決肯認被上訴人誤認係爭土地得興建住宅，係對於土地之性質發生錯誤，且該錯誤屬於交易上重大之性質，得為錯誤撤銷的客體。承前述及，最高法院與部分學說對於如何認定交易上重大，係自交易當事人之主觀面向及客觀第三人之面向分別觀察，若皆屬重要時方可稱具備交易上重大。然本件判決值得觀察之處在於，對於被上訴人誤認係爭土地得否興建住宅上，原審法院及最高法院均僅以「... 民眾標購國有土地之目的或在供建築使用，或在投資之用，為眾所皆知之事實...」經客觀認定為交易上重大後，忽略主觀上重要性，隨即肯認系爭錯誤得作為撤銷客體。對於本文而言，最高法院此種態度的轉換，究竟屬個案衡平上的偶發之作，抑或是最高法院有意識地改變見解極具重要性。對此，本文認為最高法院於此忽略當事人主觀上是否認為重要的判斷，逕以客觀上民眾購買國有地均作建築投資之用，該性質堪可認定具備交易上重大。並非為最高法院的一時疏

忽，但亦難謂最高法院對於交易重要之認定上，發生根本性的見解變更。

本文揣測造成最高法院於本判決中傾向客觀面向觀察法的因素，應為本例案件事實係為標售案件之故。一般不動產買賣因標的價額甚鉅，議約過程雙方均謹慎以對，對於土地之使用方式等重要締約動機，除有意隱瞞外，多半於議約階段即已表露無遺，以確定契約之履行利益能得其所望。然因標售案件純粹係以買受人一方依已揭露之資訊判斷是否合乎需求，無法透過事前議約得知相關細節。故最高法院對於以標售形式所締結之買賣契約，因未為事前議約，無從舉證買受人對於性質錯誤是否認定為交易上重大，是以僅就客觀上判斷是否具備交易重要性已足。⁶⁰此亦可由拍賣案件之臺中高分院95年度上國更(二)字第5號判決中僅以：「...土地之形狀、坐落位置及對外聯絡之道路等因素，均足以影響土地之開發、利用及價值之判斷，進而影響購買者之意願，當事人對上開因素如有錯誤之情形，於交易上自難謂非重要...」等一般交易通念等客觀因素即謂具備交易重要性，而得撤銷。又該判決雖遭最高法院97年度台上字第1352號判決廢棄，但查其理由，應可認為最高法院係維持原審法院對於表意人撤銷意思表示之法律見解。至此似可知嗅出對於拍賣標售案件，最高法院不再探究系爭錯誤，對當事人主觀上是否實具重要性，逕以客觀第三人之地位觀察而取代之。

然承前述本文之見解，主觀上是否認為具備交易重要性，除可由交易相對人於議約時是否明示為判斷方式。然若當事人間並未明示討論，或自始即無議約過程時，表意人應以其他方式舉證該性質主觀上確屬重要，不可逕謂認為該項性質不具重要性，法院更不可逕自省略判斷主觀上是否認為重要的程序，而以客觀上是否具備重要性代之。因此本文認為，最高法院99年度台上字第678號判決雖未變更最高法院向來判斷交易上重要的內涵，但逕行省略判斷主觀上的交易重要性，以客觀上交易重要性代替，雖為司法實務上不得已之變通，但由於似乎仍有調查審理之可能，盼最高法院得於嗣後相類似之案件，能提示原審法院對此再為

⁶⁰ 本文認為，此應與最高法院對於主觀上認定為交易重要，多屬當事人雙方事前對於系爭重要條件已有溝通在先的案例，故對於事前無議約程序之契約，遂因此種分類模式而無法舉證。然如同本文前揭所述，主觀上認為交易重要的案例，應不以此為限，尚應包含未經事前溝通，而嗣後經證明確為表意人主觀上認為重要之動機。

調查，始符法理。

31. 由本件可得知，最高法院有限縮客觀上交易重要審查範圍的傾向

其次，本件最高法院判決以「...但事實上無法供建築使用，與民眾標購國有土地之目的不符，影響市場交易價值，可認係交易上重要之物之性質錯誤，依民法第八十八條第二項規定，得作為撤銷之客體...」等客觀上民眾標購國有地目的均為建築的因素為由，認為系爭土地不得建屋係交易上重要之性質錯誤。該判斷論據中，似已預設人民標售國有地之目的，多半係以興建建物為目的，進而論斷系爭土地可否作為建地，係屬標購國有地之不特定民眾所共同關切之性質，而具備客觀上交易重要性。從而，系爭國有地因其他法令而不得建築住宅，就與人民標購國有土地之動機背離，因此對於不特定多數之標購民眾而言，當初標購土地之意思表示，即具有就土地性質存在誤認，且該錯誤在客觀上具備交易重要性。隨後當表意人成功舉證系爭土地性質的誤認，對於表意人亦具有主觀上之交易重要性時，即可認為該性質錯誤確屬交易上重要，而得為撤銷權行使之客體。

果爾，則最高法院於本件判決中，論證客觀上是否具備交易重要性的手法，是項見解應值重視，且與前揭本文見解中的「以實際簽訂類似契約之其他交易人，或假設與當事人相同條件下之第三人作為判斷基礎」頗為類似。本文進一步認為，除最高法院以假設人民標購國有地之目的，常態下係為建築為目的，進而得出是否具備客觀上交易重要性的手法外。若系爭標案土地鄰近地段，先後或同時亦有標售之國有地時，亦可參考其他得標者對於建築容許性的土地性質，是否多認為具有交易上重要，或可從中得知對於系爭地域之土地使用慣習上，土地可否建築是否在當地具有交易重要性。

32. 本文之倡議對於預售屋買賣之場合亦顯實益

除此之外，本文以為是項見解，對於預售物案件之糾紛益見時效。蓋若購買預售屋之人，對於建商所移轉交付之標的物，與銷售時所預期有同一性上之爭執。進而以意思表示物之性質發生誤認，依民法第 88 條第 2 項撤銷合意之意思表示時。此時法院審酌當事人意思表示錯誤有無交易上重要時，應判斷契約當事人間對於標的物歧異之處，主觀上有無交易上重要，關於此點並無疑問。然而就客觀

上有無交易上重要的判斷上，則依據本文前揭所指摘，似乎不宜以單純之理性客觀第三人的角度而為判定，蓋此將陷入事後諸葛與無法理解交易當下之人所顧念之事，因而撤銷意思表示終將歸於無理由。實則或可嘗試本文所倡議地，於此之客觀上交易重要的判斷，應依該建案中，具有類似相同條件下之理性第三人作為判斷。申言之，若買受人發出錯誤意思表示之時，乃深受已付定金之壓迫下所為之決定。則依本文之思慮，此時應以該建案中，購買相同或類似標的物且已交付定金，同受定金恐遭沒收之心理壓力下的客觀第三人，並以該第三人是否於同等狀況下，亦同認此交易要素為影響成敗而具有交易上重要者作為判斷基準。⁶¹如此將使錯誤撤銷制度在不過度危害交易安全下，適切地保障契約當事人之締約期待與意思自主。

第二項 過失認定之範疇的向外延伸

第一款 平衡審酌雙方過咎之過去與現在

33. 錯誤有無過失之爭議居於重要地位

除前面所論及的「交易上認為重要」之認定標準外，本文淺見以為，意思表示錯誤撤銷制度另一核心要點，即為民法第 88 條第 1 項但書所指為何的問題。在審判實務上，錯誤意思表示是否係因表意人過失所致，亦為法院把守是否准允撤銷意思表示之重要要件，因而備受重視。而在我國學說上，對於意思表示錯誤撤銷，須非因表意人過失所致之內涵，亦多有著墨。⁶²由此可知，民法第 88 條第

⁶¹ 或有認為土地可否建築，通念上本極具交易重要性，從而如此限制客觀上判斷範圍的目的並無實益。此種質疑對於土地建築案件類型固非無據，然對於系爭性質是否為交易上重要性，社會慣習上並不一致時，則此等判斷依據的限制亦富含深意，期盼能以解釋論扭轉錯誤撤銷制度獨尊交易安全的立場，適度回復保障私法自治的貫徹。故以下茲舉一例解釋說明之：例如篤信伊斯蘭教之某甲前往麵店購買牛肉麵，結帳後始發現店內亦使用豬大骨熬湯，遂欲撤銷系爭契約。前例若以社會經濟之理性第三人，依台灣通俗民情必不認為可能參雜豬骨有何交易上重要，然對於信奉伊斯蘭教之某甲而言，不但主觀上絕對具備重要性，客觀上若有相同之伊斯蘭教友立於某甲地位，定可理解並認同此具備客觀上之交易重要性，而得作為撤銷權行使之客體，而有撤銷的可能性。

⁶² 王伯琦，同前揭註 45 書，頁 162；黃立，同前揭註 35 書，頁 293 - 296；鄭玉波著、黃宗樂修訂，同前揭註 7 書，頁 284 - 286；施啟揚，同前揭註 35 書，頁 294 - 295；陳猷龍，同前揭註 40 書，頁 166；劉得寬，民法總則，五南圖書出版，修訂三版，1996 年 6 月，頁 254 - 256；姚瑞光，民法總則論，作者自版，2002 年 9 月，頁 378 - 380；張哲源，同前揭註 37 文，頁 26 - 40；黃國昌，同前揭註 51 文，頁 1 - 13；曾品傑，同前揭註 27 文，頁 155 - 157；張哲

1 項但書之過失，至少在法釋義學領域上，無論在學說或實務上均屬極具重要性的課題之一。

34. 表意人之注意義務至今尚未得出共識

誠然如前段所言，我國實務及學界對於民法第 88 條第 1 項但書所謂過失，已投入許多精力，且成就頗豐。但對於表意人撤銷其錯誤意思表示，所應具備之注意義務為何，卻仍然尚未得出一個明顯而穩定的共識。就學說上，對於該項之過失的意義為何，學者引述日本學說認為，若我國民法以抽象輕過失而不許其撤銷，即與不許撤銷無異，蓋錯誤意思表示鮮有非因表意人過失者，故應以日本立法例以重大過失作為注意義務為妥。⁶³亦有認為應以具體輕過失，視表意人是否具備與處理自己事務同一之注意為準。⁶⁴然而，亦有認為基於交易安全的保護，為免獨厚於表意人，應採交易上一般人所應具備之客觀的一致標準，即抽象輕過失較為妥當。⁶⁵

與學說見解分歧的狀況相同，最高法院個案判決上對於此之過失，見解亦大相逕庭。最高法院 60 年度台上字第 1108 號判決中，對於經公告事項表意人不能辯稱不知而認「…土地使用種別經編定後，應由縣政府公布之（土地法第八十四條參照），人民不能諉為不知，如有不知，亦屬自己之過失…」，即學說上解讀實務上採抽象輕過失之例證。然而隨後最高法院卻又於 62 年度台上字第 140 號判決中，以「…原確定判決對此過失之見解，不採抽象之輕過失說，自不得指為用法錯誤。況抽象之輕過失說，對於表意人未免失之過苛，致使表意人無行使撤銷權之機會…」等語指摘抽象輕過失說，而採具體輕過失之見解。

源，意思表示之解釋與錯誤，刊載於玄奘法律學報第 4 期，2005 年 12 月，頁 170；廖蕙玟，民法第八十八條意思表示錯誤之類型與界線，國立中正大學法學集刊第 24 期，頁 234 - 236。

⁶³ 王伯琦，同前揭註 45 書，頁 162；黃立，同前揭註 35 書，頁 295 - 296；劉得寬，同前註，頁 256；詹森林，台灣民法解釋之學說與實務，刊載於月旦民商法雜誌第 30 期，2010 年 12 月，頁 6 - 9。惟應注意者，劉得寬教授認為表意人之注意義務，因表意人主觀上之身分而有不同，表意人原則上僅負重大過失責任即可，但當表意人具備職業專門性行為時，及提升注意義務達具體輕過失。

⁶⁴ 陳猷龍，同前揭註 40 書，頁 166；鄭玉波、黃宗樂修訂，同前揭註 7 書，頁 285；邱聰智，同前揭註 45 書，頁 107 - 108。

⁶⁵ 施啟揚，同前揭註 35 書，頁 295；王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 410。

35. 曾有最高法院對同一案件前後見解不同

直至晚近，實務見解依舊莫衷一是，並未隨著時間與案件累積而有收攏的景象。甚至存有，對於同一民事案件，先後分別適用不同的標準。如前揭曾提及，最高法院民五庭於 99 年度台上字第 678 號判決廢棄發回原審判決中即以「…惟按民法第八十八條撤銷權之規定，乃係為救濟因表意人主觀上之認知與事實不符，致造成意思表示錯誤之情形而設，其過失之有無，自應以其主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷標準。查原審僅以被上訴人於投標前無法進入系爭土地現場查看並實際進行坡度勘測，即謂其無法向台北市政府產業發展局查詢系爭土地之實際坡度為何、有無使用限制或得否建築等情，而認其就投標之意思表示內容錯誤為無過失之主張為可採，對於被上訴人不能至現場查勘何以即不能向主管機關查詢一節，未說明其認定之依據及理由…」明確提示原審法院應調查表意人是否符合其主觀上之注意標準，顯然係採具體輕過失之見解。

然而廢棄發回原審後，臺灣高等法院更審後以臺灣高等法院 99 年度上更(一)字第 57 號判決以「…詎被上訴人竟不圖此舉，在未能查得系爭土地是否確可供建築使用之情形下，即進行標買系爭土地，上訴人抗辯被上訴人標買系爭土地欠缺一般交易上必要之注意義務，應負抽象輕過失責任，應可採信…被上訴人僅憑系爭土地標賣公告記載為第一種住宅區，且在未能進入系爭土地查證現場情形，即率而投標，難謂已盡交易上必要之注意義務，上訴人縱有未派員在現場導引投標民眾勘查現場之疏誤，尚不足作為轉嫁被上訴人欠缺前揭查證義務所應負之危險。是以被上訴人就系爭土地性質認知之錯誤，既有過失，揆諸前揭說明，被上訴人自不得撤銷其所為標買之意思表示。…」爾後，最高法院民六庭便以「…上訴人標買系爭土地之前，未盡先行查證評估義務，率爾投標，致投標後始發現系爭土地無法供建築，核有過失。則上訴人以錯誤為由，撤銷標買系爭土地之意思表示，於法未合…」經 99 年度台上字第 2180 號裁定認為，更審判決包含過失認定部分核無違誤，予以維持駁回上訴。

由前揭最高法院 99 年度台上字第 678 判決開始，全案歷經發回更審後於 99 年度台上字第 2180 號裁定，方告確定的案件旅途中。最高法院民五庭對於民法

第 88 條第一項但書的過失見解，明顯的有採具體輕過失之見解。然而最高法院民六庭，卻對於更審法院所採之抽象輕過失見解，表達不排斥的立場。由此可發現，就該項所謂之過失，究竟其意義為何，至少在最高法院各庭之間的見解，尚未形成普遍的共識。

36. 晚近論者有以行為性質或當事人屬性不同而異其注意義務

對於民法第 88 條第 1 項但書之過失意義，學界與實務見解正反意見混雜，亦各有所本的情形下，亦有學者另闢蹊徑，試圖改變思維以解決上述僵持不下的窘境。其主要共同特徵即為，不再將該項但書所謂明定之過失，視作一個固定的表意人法律上注意義務的標準，相對地，該注意義務恐因當事人個性或所成立之法律關係，而負有不同的注意義務。如學者於其論著中言明，因交易雙方於磋商時起，即應盡其保護義務，且保護義務的程度應依循立法者對於不同法律行為所做之價值判斷而決定。易言之，氏認為民法第 88 條第 1 項但書之過失，應依當事人雙方所欲締結之法律行為定之，若立法者對於某項契約要求當事人應具備善良管理人之注意，而負抽象輕過失責任時，即應認立法者要求當事人為是項意思表示時，亦應具備相同之注意義務，方符立法者之價值判斷。此時，於此個案中民法第 88 條第 1 項但書的過失，即應被認作為抽象輕過失之標準，⁶⁶而此種見解晚近亦逐漸受到學界正面的回響。⁶⁷

相對於前面見解，另有學者轉而聚焦於當事人間締約及預見能力的差異，而給予不同之待遇。氏於其論著中認為，若表意人居於營業人地位並熟稔意思表示之內容，且因反覆為之而在資訊、磋商、資力及經驗方面具備相對優勢時。則對於該意思表示之發出，即應具備善良管理人之注意義務，即對於此營業人而言，民法第 88 條第 1 項但書之過失，即謂抽象輕過失而言。反之，若表意人並非營業人，或雖為營業人但就系爭意思表示內容不具備反覆為之的熟悉程度時，則僅需負與處理自己事務同一之注意程度即可，無需強苛以無專業能力之人，必須具

⁶⁶ 陳自強，同前揭註 23 文，頁 323 – 326。

⁶⁷ 張哲源，同前揭註 62 文，頁 170；廖蕙玟，同前揭註 62 文，頁 236。

備有經驗之善良管理人所應盡的注意義務，方可撤銷錯誤意思表示。⁶⁸是項見解深究法律對於不同屬性之當事人，所應課與的注意義務應有不同，所給相對人之保護程度亦應隨同調整，此見解亦值參考。

37. 實務上面臨無法僅憑表意人是否過失而為公平判決的情形

然實際詳查訴訟實務，雖意思表示錯誤撤銷於我國立法例上係屬形成權，相對於須經法院判決之形成訴權，表意人得直接以意思表示行使撤銷權。但由於撤銷錯誤意思表示後，依民法第 114 條第 1 項視為自始無效，對於契約相對人信賴契約成立而能享受的履行利益，形同化為烏有影響甚鉅。從而系爭個案多半終將進入法律程序，尋求法院審判。且於訴訟中，表意人為免受到敗訴判決之不利益，多於法律上合併主張民法第 88 條及第 92 條，並主張表示錯誤並無過失，且係因相對人之行為而導致意思表示錯誤。

因此，法院實際適用民法第 88 條撤銷錯誤意思表示時，多數情況下，並非單純的僅面臨表意人於錯誤意思表示時，是否存有過失；較多情形反而將面臨到，表意人主張受領意思表示之人存有詐欺情事，縱無詐欺，錯誤意思表示亦因相對人行為而生，並無過失。故雖我國學說對於意思表示存有瑕疵的認定，向來便僅以考慮表意人之意思表示是否存有錯誤，或受到干擾而不自由來考量該意思表示得否撤銷。一如王澤鑑教授所言：「…相對人是否知悉表意人意思表示的錯誤，或其不知是否具有過失，均不影響表意人的撤銷權。…」⁶⁹然而實務上卻不乏面對到，相對人之行為致生表意人的錯誤意思表示，且該相對人之行為不但可稱為過失，對於表意人錯誤的發生，亦具有重要因果關係的經驗。在此種情形下，對於完全不考慮相對人行為的立場，最高法院在個案法律適用上，即有鬆動的現象發生，最高法院 90 年度台上字第 1368 號判決即為適例。

⁶⁸ 曾品傑，同前揭註 27 文，頁 155 – 156。

⁶⁹ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 410。

38. 錯誤標單案 - 最高法院第 90 年度台上字第 1368 號判決案件事實

最高法院 90 年度台上字第 1368 號判決係，上訴人新茂營造股份有限公司(下稱新茂公司)起訴，請求法院判令被上訴人國軍七〇九一部隊(下稱七〇九一部隊)應返還押標金之給付訴訟，其原審法院合法所認定之事實就本文相關部分略以：新茂公司投標七〇九一部隊之「整建基地阻絕設施土木工程」(下稱系爭工程)，然經得標後始發現七〇九一部隊所提供之招標文件中，系爭工程之「4、回填級配夯實」部分計算單位本應為 m^2 卻誤植為 m^3 。致使上訴人新茂公司計算錯誤，若如招標文件所定履行，上訴人新茂公司主張將致重大損失，遂主張該投標之意思表示存有錯誤，若上訴人若知其事情即不為意思表示，而應得撤銷之。被上訴人七〇九一部隊對此項爭點則抗辯，新茂公司於投標時，應可明確予以估算，而不至於發生錯誤，如有錯誤，應係出於自己之過失，依法不得撤銷其投標之意思表示。

對此項爭點，原審臺南高分院 88 年度重上字 56 號判決中，即駁回了上訴人新茂公司的主張。其相關法律見解略以：「…廠商所領標函一經投遞，即表示對所領之文件並無疑義，依軍事工程投標須知第八條第一項第六款規定，原標單印就之字跡，不得塗改。又標單內，亦已明列各型圍牆之長度，廠商於投標時，應可明確予以估算，不致於發生錯誤，如有錯誤，應係出於投標廠商自己之過失，依法不得撤銷其投標之意思表示。是上訴人主張系爭工程中環場道路工程第四項「回填級配夯實」之實際施作單位應為 m (應為 m^2)，而非工程標單上所記載 m (應為 m^3)⁷⁰，依民法第八十八條規定，撤銷該錯誤之投標意思表示云云，亦屬無據…。」由此可知，原審法院恪遵民法第 88 條第 1 項但書之過失認定，毋庸另行考量相對人之過失或可歸責與否的固有見解。從而得到，即便系爭投標文件中確有誤 m^2 為 m^3 的情形，並的確造成上訴人正確投標之困擾，然因上訴人於投標前即本應詳加估算復行投標。自不得謂因系爭投標文件之誤植，致上訴人新茂公司之錯誤意思表示，而得脫免於認定為過失的不利益。此亦同於最高法院於 83 年度台上亦第 133 號判決中所明示「…填寫標單自應注意詳閱上開規定。當時又無不能注意之情事，竟因疏未注意，致報價時以總價為單價填入標單報價欄

⁷⁰ 本段中括弧為筆者查閱原審事實後加註。

致發生錯誤，自難辭過失之責。…足見本件錯誤，上訴人稍加注意即可避免。其填寫標單，顯然欠缺一般人之注意，自有重大過失…。」的法律見解。

39. 最高法院認為標單錯誤將影響表意人之過失認定

對此，最高法院則以 90 年度台上字第 1368 號判決廢棄原判決，其相關理由係以：「…其次，上訴人主張，本件工程招標文件中之工程標單第六頁項次「八、環場道」中「1、放樣」、「2、整地」、「5、基地土壤夯實」之數量均為 46973，與系爭「4、回填級配夯實」之數量均相同，而上述 1、2、5 項次之單位均為 m（應為 m²），而項次 4、之單位卻為 m（應為 m³）。又項次 6、10cm #85 道面」之單位亦為 m（應為 m²），且在工程圖說上已標示項次 4、之施工厚度為 0.3m，並無再以 m 在標單上標示之必要，可見標單上項次「4、回填級配夯實」記載單位為 m（應為 m³）顯係錯誤。行政院公共工程委員會亦認定上述 m（應為 m³）⁷¹之單位確有錯誤云云（見原審卷三二頁反面），倘其所言非虛，則被上訴人標單上有關係爭工程中環場道路「回填級配夯實」項目之「單位」記載既有錯誤，於此情形，能否謂標單內已明列各型圍牆之長度，廠商為投標估算，不致於發生錯誤，如有錯誤，應係出於投標廠商自己之過失，依法不得撤銷，亦非無推求之餘地。…」可知，最高法院強調被上訴人七〇九一部隊所交付之投標文件單位記載有誤，且該錯誤有導致上訴人新茂公司錯誤計算的可能。若新茂公司確因而發生錯誤屬實，是否仍僅需判斷新茂公司意思表示錯誤肇因於未謹慎估算具有過失，即可否定新茂公司撤銷意思表示的主張，最高法院似乎提出了不同於以往的看法。

40. 錯誤標單案之最高法院見解與學者間相互輝映

承前所述，最高法院於 90 年度台上字第 1368 號判決中認為，在判斷上訴人新茂公司對於意思表示錯誤上，是否具有過失而可否撤銷，尚需考量被上訴人所提供之標單文件的是否有記載錯誤之情事。尚需澄清的是，最高法院雖僅論以被上訴人提供文件記載錯誤，進而質疑原審法院，得否逕以上訴人新茂公司的錯誤意思表示存有過失，不得撤銷。然最高法院雖未論及，被上訴人提供標單之錯誤

⁷¹ 本段中除「（按即瀝清混土路面）」外其餘括弧為筆者查閱原審事實後加註。

記載，範圍上，該錯誤記載應至少與上訴人之錯誤意思表示相關連，方符本件最高法院本意。易言之，若被上訴人提供之文件確有記載錯誤，然記載錯誤與上訴人新茂公司之錯誤意思表示顯無相關，或對於新茂公司之錯誤認知的形成並無因果關係時，則上訴人之錯誤表示不得撤銷，不應受到被上訴人不相關的錯誤記載而影響。

若最高法院之本意確實如此，則此種表意人得否撤銷意思表示，在某些情形下繫於相對人行為的見解，則與晚近學界的呼聲相互輝映。如對於前面所揭，昔有認為相對人是否明知或不得諉為不知，均不影響表意人的過失認定，並有學者即有突破見解認為，若相對人對於表意人意思表示的錯誤已有明知，或有違背社會誠信原則而不知者，則法律即無保障該相對人信賴之必要性，從而，縱表意人之意思表示錯誤雖有過失，但仍應允許其依民法第 88 條撤銷之，方符社會誠信的基礎。⁷²而另有學者更認為應突破過失概念的窠臼，既立法者對於本項之過失並未定義，則不妨以較具彈性的開放態度視之，具體考量個案正義並於審理上作個案的補充或解釋。可藉由具體審視個案上雙方當事人之相對可歸責性，而選擇不許撤銷、撤銷後信賴利益損害賠償或無須賠償之撤銷意思表示的結果，從中調和雙方當事人之利益與信賴，屏除昔日機械操作過失概念所生解釋涵攝上的困擾。⁷³

41. 比較過失概念為我國過失之意義開創新猷

前揭學者認為民法第 88 條所謂過失，應視具體個案上雙方當事人的可歸責性，不再僅以表意人過失與否判斷得否撤銷，從中調和個案正義。惟此種構思上固然緊貼於立法者對於民法第 88 條及第 91 條保障之當事人信賴與意思自主的競逐，而對應量身打造的操作模式；但是在適用上，似乎已然遠離我國成文法所倚賴的操作方法。除此，更有學者直言認為在現階段民法第 88 條尚未列入考量相對人情狀前，法院必須引用民法第 148 條誠信原則作為限制錯誤表意人行使撤銷

⁷² 廖蕙玟，同前揭註 62 文，頁 236。

⁷³ 黃國昌，同前揭註 51 文，頁 11。

權的方式⁷⁴，似乎失之迂迴。因此建議修正民法第 88 條之規定，增列考量相對人惡性為宜。⁷⁵

然而亦有論者則在類似的思考方向下，在尚未修法前為此困境尋得可能解決之道，氏提供另一套較為符合我國立法例與民法第 88 條文義之比較過失的觀點，實值參考。氏於網路購物案件中認為，若消費者明知網購業者意思表示錯誤，而惡意利用該錯誤下單時，消費者對於事件或損害之發生，因存有較高之原因力或較高可歸責程度，此時雖業者存有重大過失，但仍應許網購業者撤銷意思表示。當業者具有抽象輕過失，而消費者同時明知或重大過失時亦同。反之，若消費者之過失程度，較網購業者之過失程度為輕時，則依學者見解則因可歸責程度向網購業者傾斜，從而應得拒絕其撤銷意思表示。而若雙方違反注意義務的程度相同時，則應考量雙方當事人之性質定之。於網路購物情形時，由於業者之專業資訊、交易經驗及分散風險等能力較為充沛，故衡量於雙方之保護必要性下，應較為保護消費者，而拒絕網購業者之撤銷意思表示。⁷⁶

42. 得否撤銷應平衡考量意思自主及有保護必要性之相對人信賴

至此可知，判斷表意人得否撤銷意思表示上，近來學者逐漸不再以單方面審視表意人是否具有過失，反而著重在平衡考量雙方之行為或可歸責性，從中取出合於個案正義與立法者原意的處理方式。且此種聲浪，對於實務案例中平衡雙方利益上亦有推波助瀾的功效，如前面所示最高法院 90 年度台上字第 1368 號判決即為一例。對此見解，本文認為誠屬佳構應值贊同，其理由如下。首先，個案上是否容許表意人撤銷意思表示，實際上，係將表示主義與意思主義的立法例之爭原封不動地自立法階段挪移至審判階段。誠然，由法院對於具體個案判斷，究竟應維持客觀表示行為之效力，抑或為尊重當事人意思而撤銷之，實較立法者劃一制定處理方式來得彈性且更合乎個案正義。但無論係由立法者或個案法院的選擇，

⁷⁴ 臺北地方法院 94 年度消簡上字第 7 號判決。學者林誠二教授亦採相同見解，詳參林誠二，網路購物中錯誤標價衍生之法律問題，刊載於月旦法學教室第 86 期，2009 年 12 月，頁 11。

⁷⁵ 劉姿汝，網頁標錯價格之消費契約爭議，收錄於民事法學的現代課題與展望—溫豐文教授六秩五華誕祝壽論文集，元照出版公司，初版一刷，2011 年 3 月，頁 199。

⁷⁶ 曾品傑，同前揭註 27 文，頁 184 - 186。

其背後所代表的價值衝突，依然大同小異，不外乎維護交易安全社會利益與尊重表意人利益與意思的孰輕孰重。⁷⁷

因此本文認為，法院在認定表意人撤銷意思表示是否合法，其衡量因素背後，均擺盪於交易安全的保障與表意人自主意思的尊重間，其結果必然從中受其支配。申言之，若法院於個案中認為對意思表示受領人之信賴應予較大的保障，以滿足交易安全的維持時，則個案中該錯誤意思表示則不應被撤銷；相反地，若該個案中表意人的意思應受較為崇高的尊重時，則應許其撤銷意思表示。由此可知，判斷錯誤意思表示得否撤銷，除探究表意人行為是否應受尊重外，亦應比較相對人之信賴及行為是否有受保護之必要。從而，前揭學者對於意思表示錯誤撤銷，分別試圖以不同取向，企圖突破或擴大民法第 88 條第 1 項文義，使撤銷意思表示之審理內容應及於相對人行為，此種方向甚為正確且切中核心。

第二款 平衡審酌雙方過咎之立法與實踐

43. 我國意思表示瑕疵制度的立法，係繼受德國之折衷說立場

其次依本文觀察，同樣掙扎於交易安全與意思自主的條文中，立法者亦有認為應同時判斷雙方當事人，並權衡雙方之保護必要性而因個案異其處理方式。如民法第 86 條之規定：「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示，不因之無效。但其情形為相對人所明知者，不在此限。」解析條文文義及立法理由可知⁷⁸，立法者係以相對人信其受意思表示所拘束時，意思表示為有效；而明知無受其拘束之意時則為無效。易言之，於真意保留之情形下，立法者顯然在交易安全與尊重真意上選擇了優先維護交易安全為原則。然而，在個案上遭遇交易安全顯無保護必要性時，則立法者隨即不再堅守保障交易安全與相對人信賴，轉而維護尊重當事人之真意。顧據此可謂，立法者之價值判斷流動於

⁷⁷ 王伯琦，同前揭註 45 書，頁 153；王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 379；劉得寬，同前揭註 63 書，頁 236；黃立，同前揭註 35 書，頁 277。

⁷⁸ 民法第 86 條立法理由：「查民律草案第一百七十八條理由謂意思表示，以相對人之受領為必要。故受此意思表示之相對人，明知表意人無受其拘束之意者，應使無效外，其表意人雖無欲為其意思表示所拘束之意，而相對人仍信其有受拘束之意者，其意思表示仍為有效，蓋以維持交易之安全也。」

兩項應被維護的重要原則間，其結果並非基於立法者的選擇而定著於單一價值上。

此種立法方式，即深受本文前揭所述之德國民法典第二草案採行的折衷說所影響。⁷⁹果爾，則若將民法第 88 條第 1 項解釋為：「因表意人之過失導致錯誤意思表示即斷無撤銷可能」則得否撤銷意思表示即單方面地僅取決於，表意人之真意是否值得保護上。亦即，在意思表示得否撤銷的判斷上，隔離了相對人信賴保護必要性的參與。具體而言，在個案上判斷是否得撤銷意思表示，僅以表意人是否具有過失為斷，而屏除考量相對人行為是否值得保護的因素。此種解釋結果，無疑與我國繼受德國民法典對於意思表示瑕疵所採之折衷說見解；及民法第 86 條所隱含的，應平衡考量雙方行止而異其結論的價值判斷，有所違背。綜上所述，本文淺見以為審查表意人撤銷錯誤意思表示有無理由，除判斷表意人之過失外，更應如同前揭學者所提的，亦應綜合判斷相對人之行為是否具有保護必要性，始足當之。因此，本件最高法院判決中：「…能否謂標單內已明列各型圍牆之長度，廠商為投標估算，不致於發生錯誤，如有錯誤，應係出於投標廠商自己之過失，依法不得撤銷…」實為真知灼見，誠值可佩。

44. 兼及考量表意人與相對人行為，亦可見於各國國際契約統一文件中

然而，詳查最高法院 90 年度台上字第 1368 號判決，除呼應前揭學者及本文之見解外，其准允新茂公司撤銷意思表示的結果，似乎更藉此寓有超越文義的法之續造，而蘊含著深厚的法理基礎及價值判斷。而支撐該判決的法理基礎究係為何，則似可自比較法上之晚近立法經驗中一窺究竟，且試圖從中建構支撐該號判決見解的體系架構。

實則，比較法上亦有強調表意人逃脫錯誤意思表示之拘束時，應綜合判斷相對人情況與前述實物學者見解之立法例，如國際統一私法協會（UNIDROIT-International Institute for the Unification of Private Law）⁸⁰整合全球

⁷⁹ 陳自強，同前揭註 23 文，頁 316；張哲源，同前揭註 37 文，頁 11。

⁸⁰ 國際統一私法協會係為整合國際間及不同法體系間之私法規範而成立，至今已有美國、日本、德國、義大利、荷蘭、英國、法國、西班牙、瑞士、中國……等 63 個國家參與。詳參國際統

不同法系之現行契約法，而研擬出的國際商事契約通則 2010（Principles of International Commercial Contracts 2010）⁸¹⁸²。其中第 3.2.2 條⁸³(1)項之條文，即將表意人得否免除責任，繫於該錯誤是否為相對人所致、相對人明知或應知該錯誤等相對人主觀要素。條文之註釋中更明確道出免除錯誤意思表示之要件，須考量關於非錯誤表意人（意思表示受領人）的情節等⁸⁴，其主要目的在於，俾使該撤銷之行使不至於背離公平合理的商業標準⁸⁵。另一方面，企圖整合歐洲民事契約法規範的歐洲契約法原則（The Principles of European Contract Law）⁸⁶中，第

一私法協會之官方網站：<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dssid=5189&dsmid=83372>（最後瀏覽日：2013.06.11）

⁸¹ 國際商事契約通則（Principles of International Commercial Contracts）係由 63 個世界主要貿易國家所組成之國際統一私法協會（International Institute for the Unification of Private Law）所制定。其目的非為統一各國國內法，而希冀對於當代之國際契約法加以彙整，將各國國際契約法中共通之規則加以篩出，以求得國際貿易紛爭解決之最佳準則。其起草過程中之成員多由非代表各國政府之專家學者以個人名義參與，制定過程可堪稱較能期待維持法律體系，而不受各國政府利益傾軋而過度扭曲，藉以充分達到促進不同法領域間之私法統一的目的。因國際商事契約通則 1994 年版制定後，就其制定目的上取得相當之功效，因此隨即成立第二版之研修小組且於 2004 年取得成果。而 2010 年時國際統一私法協會又再度修訂，遂為第三版本之國際商事契約通則，即稱國際商事契約通則 2010，本文所引用之國際商事契約通則即以寫作時期最新版 2010 年版為準（全文註以下簡稱 UNIDROIT Principles 2010）。關於國際商事契約通則 2004 以前之立法沿革與通盤內容，可詳參施怡君，從國際買賣法觀點論大陸合同法之法源，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005 年 2 月，頁 40-42。

⁸² 本文所引國際商事契約通則 2010 年版之條文，除有特別附註外，均取自國際統一私法協會官方網站所揭露之 2010 年版條文英文版電子檔，檔案位置：<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>（最後瀏覽日：2013.06.11）

⁸³ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 3.2.2: Para. (1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and (a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or (b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

Para. (2) However, a party may not avoid the contract if (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party

⁸⁴ *Id.* Art.3.2.2 cmt. : “This article states the conditions necessary for a mistake to be relevant with a view to avoidance of the contract. The introductory part of para. (1) determines the conditions under which a mistake is sufficiently serious to be taken into account; sub-paras. (a) and (b) of para. (1) add the conditions regarding the party other than the mistaken party; ...”

⁸⁵ Joseph M. Perillo, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, 63 *FordhamL. Rev.* 281, 292 (1994).

⁸⁶ 西元 1974 年世人認為統一歐洲選法規則仍然不足以達成整合實體法的心願，歐體人員與相關學者遂於 1982 年由 Lando 邀集各國學者，開始起草歐洲契約法原則。而歐洲契約法之目的在於對相當分歧之歐盟內各國契約法，作一次性的整合，並提出各國契約法之共通原則。文稿

4:103 條⁸⁷亦有類似思維並更明確點出，若該錯誤原於相對人之訊息所致，或對於該錯誤相對人應知或明知，或背於誠信與交易公平使表意人滯於（leave）錯誤狀態者，均構成撤銷事由。故於前揭兩通則（Principles）所示，如相對人信賴意思表示之效力不值得保護有違誠信時⁸⁸，應使表意人有撤銷意思表示的機會。然而相對人之何種行為可稱為欠缺保護必要性，其範圍界定頗費思量，吾人或可再於比較法上，同為大陸法系之奧地利及荷蘭民法典中尋得若干啟發。

45. 荷蘭及奧地利民法亦有類似規定，後者以因果關係切入錯誤撤銷制度

在上世紀即將結束之西元1992年，荷蘭亦頒布新修民法（Burgerlijk Wetboek），且該法參照數個不同法系、國家及條約等規定與精神，被學者譽為歐洲最現代化之民法典。⁸⁹其中該次修訂中，對於撤銷因錯誤而締結契約的規定，亦有所增修。於荷蘭民法典第6編債法總論（Burgerlijk Wetboek Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht）新增的第228條第1項a款⁹⁰中前段即明文規定，若表意人的錯誤可歸因於他方所提供之資訊，則該錯誤所締結之契約原則上即可撤銷。⁹¹

在2003年歐洲契約法第三部分完成出版之後，與本文前述之國際商事契約通則（PICC）及聯合國國際商品買賣公約（United National Convention on Contracts for the International Sale of Goods）並稱為三大世界契約法統一文件之一。關於歐洲契約法之立法歷程與相關講述，詳參陳自強，整合中之歐洲契約法，收錄於氏著整合中之契約法中，作者自版，2011年5月，頁186-195。

⁸⁷ See The Principles of European Contract Law Article 4:103: Fundamental Mistake as to Facts or Law: para. (1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or(ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or(iii) the other party made the same mistake, and(b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms. 歐洲契約法原則條文引自：http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html（最後瀏覽日：2013.06.11）

⁸⁸ 陳聰富，從歐洲契約法原則，檢視台灣契約法之改進方向，民國92年行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2001年11月，頁4。

⁸⁹ 林易典，荷蘭一九九二年民法典—財產法總則中關於法律行為之規範簡介，刊載於月旦法學雜誌第106期，2004年3月，頁131。

⁹⁰ Burgerlijk Wetboek Boek 6 Artikel 228.1.a. indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten 條文引自：http://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/Boek6/Titel5/Afdeling2/Artikel228/geldigheidsdatum_20-03-2012（最後瀏覽日：2013.06.11）

⁹¹ 荷蘭民法典對於因錯誤而締結之契約，其撤銷的積極要件除 Artikel 228.1 以下三款外，另有不應允許撤銷之若干消極要件，如第228條第1項a款後段及同條第2項等，關於錯誤撤銷要

由此可知，荷蘭民法典中對於撤銷因錯誤所生之契約，所顧念之因素中，亦指明應考量系爭錯誤是否源自於相對人行為。背後所透露出的依據，應可指向撤銷後之主要利害關係人—相對人之信賴是否應值保護的問題。

而無獨有偶地對於錯誤意思表示得撤銷要件，奧地利民法典（*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*）第 871 條第 1 項⁹²後段提及的情形有三，須為因相對人所引起之錯誤（...*,falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war,*...）、合理情形下錯誤顯而易見或業經立即說明撤銷者，方可毋須受其拘束。可知前揭奧地利民法之規定，表意人若欲主張不受其錯誤意思表示拘束，須該錯誤係因相對人所致等三種情形之一，始得為之。與我國民法第 88 條第 1 項不同的是，奧地利民法對於錯誤意思表示的撤銷，並不以表意人無過失為要件，且依陳自強教授於其論著中的解讀，奧國民法增加了該錯誤應與相對人有因果關係方可撤銷意思表示。⁹³意即，即便表意人於意思表示尚存有過失，但若乃肇因於相對人所致，則因該相對人對於是項意思表示的信賴不值保護，表意人依奧國民法即可以該錯誤主張不受表示所拘束。綜合觀察上述兩國規定，本文大膽認為可從中再次應證，不僅在我國實務學說間，即便相隔著歐亞大陸的彼端，前揭學者及本文所倡議之應同時考量雙方行為及保護必要性的想法，仍為世人所應共同追求的共通價值。

46. 引進奧國立法思維所面臨的兩項問題

除此之外，前揭奧國民法典之錯誤認定的要件，對於我國錯誤撤銷制度的啟發，亦頗富深意。本文認為，若肯認錯誤意思表示終局上得否撤銷，應平衡探究雙方行為及是否違背注意義務時，則如何在現有制度下利用解釋論，落實此種構思即頗費思量。面對現行條文的文義，馬上面臨的問題有二。首先應解決的是，過於嚴格之過失要件有害平衡考量雙方當事人情狀之可能；第二則為，相對人之

件之詳細說明，及本段關於荷蘭民法典之翻譯均引自林易典，同前揭註 89 文，頁 152 – 153。

⁹² Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch §871 (1) War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.

⁹³ 陳自強，同前揭註 23 文，頁 319。

行為將如何影響撤銷權的行使，及相對人之注意義務為何的問題。

47. 以目的性限縮解釋縮減民法第 88 條 1 項但書過失要件之殺傷力

首先，對於我民法第 88 條第 1 項但書，固有學說認為僅論表意人於意思表示時有無過失即可，至於相對人是否與有過失在所不論，已有說明在前。⁹⁴此項見解雖有堅實的文義作為解釋基礎，但近來亦受學者多方挑戰。對此本文認為，民法第 88 條第 1 項但書之「但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己過失者為限。」解釋上應對於「表意人過失所致錯誤的因果關係」作目的性限縮，將原本的若表意人過失導致錯誤或不知情事即不可撤銷的解釋結果，限縮為系爭錯誤需完全肇因於表意人之過失，使得排除其撤銷權行使。易言之若相對人之行為，就個案上錯誤意思表示亦具有構成原因的參與時，則目的性限縮後的結果，表意人仍有撤銷的可能性。然而，目的性限縮在法學方法上有其要件限制，故以下所述即為支撐本文見解的理由。

48. 部份類型並無保護必要，乃超出立法計畫之隱藏性漏洞，應予以填補

對於條文文義予以目的性限縮，須立法計畫中有應消極限制卻未設限制的隱藏性漏洞，於此即應以目的性限縮加以填補，以達非相類似之事，應為不同處理的結果，以合乎平等原則。⁹⁵而隱藏性漏洞為系爭規範涵蓋過寬，將本應排除的是件類型包含在內，此與制定法應規定而未規定之公開漏洞相對。⁹⁶其效果在於，得將因立法者疏忽或不樂規範之事件類型，將過於廣泛條文文義中剔除，使其不再適用該條文，以回復立法者規範意旨之原本風貌。⁹⁷

⁹⁴ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 410。

⁹⁵ 王澤鑑，法學思維與民法實例－請求權基礎理論體系，作者自版，2010 年 3 月十三刷，頁 321；陳聰富，目的性限縮與契約自由之濫用，刊載於月旦法學教室第 3 期，元照出版，2003 年 01 月，頁 12－13。

⁹⁶ 王慧星，民法解釋論，五南圖書出版，初版一刷，1999 年 8 月，頁 327。然而關於目的性限縮之界限及認定，學者黃茂榮認為，實務及學說上的使用上甚為模糊此可詳參黃茂榮，法學方法與現代民法，作者自版，增訂五版，2006 年 4 月，頁 735－739。

⁹⁷ 楊仁壽，法學方法論，作者自版，增訂二版，2010 年 5 月，頁 273－274。

而對於我國民法第 88 條第 1 項規範，本係繼受德國民法第 119 條⁹⁸而來，但對照德國民法條文，卻未如我國般對於表意人之注意義務定有規定。雖查我國條文之立法理由中，對於為何新增受繼條文所無之條件的理由付之闕如。然而本文揣度其緣由，無疑是立法者認為增加表意人須為無過失之規定，可在允許撤銷意思表示之際，兼及維持最基本的交易安全與相對人信賴的保障，此亦為學者間所共同解讀的方向，不論其對於該條過失之定義為何均為如此。¹⁰⁰果爾，似可謂民法第 88 條第 1 項但書，其立法者之立法計畫，係為維護交易安全及保障相對人信賴意思表示而來。

既然系爭條文但書主要目的係瞄準交易安全之維護，則對於非交易安全所欲保障的事實，則應非本條但書所應適用的範圍。自應當回歸立法者建置錯誤撤銷制度的主要目的，即學者所認為的使契約自由能杜絕不相關因素的干擾，不受不自由的決定所拘束。¹⁰¹從而若該條文的適用，雖能有效維護交易安全及信賴保障，但對於無交易安全侵害之虞的案例，卻因條文解釋及結構而一併受到適用，則應非為立法者所規劃之立法計畫。例如，若表意人雖對於錯意思表示存有過失，然相對人對於該錯誤意思表示並無信賴，甚至若系爭錯誤雖表意人有過失，然其原因係源自於相對人所交付之錯誤資訊所致時，則前開相對人並無交易安全及信賴保障的必要，更非立法者於民法第 88 條第 1 項但書計畫所欲捕捉的對象。從而

⁹⁸ BGB §119 : *Anfechtbarkeit wegen Irrtums* : (1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

條文引自：http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1144.html（最後瀏覽日：2013.06.11）；另德國民法典(Bürgerliches Gesetzbuch)本文以下註簡稱 BGB 尚祈見諒。

⁹⁹ 贊成意見：學者詹森林於最高法院 100 年度民事學術研討會中所提出之研討會論文以及會中發言；質疑立場：是次會議中最高法院法官阮富枝，於會中發言提出質疑意見。詳參最高法院學術研究彙編印，最高法院 100 年度民事學術研討會，101 年版，2012 年 8 月，頁 94 - 98。

¹⁰⁰ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 410；鄭玉波著、黃宗樂修訂，同前揭註 7 書，頁 273；陳自強，同前揭註 9 書，頁 277 - 278；施啟揚，同前揭註 35 書，頁 295；張哲源，同前揭註 37 文，頁 28；陳自強，同前揭註 23 文，頁 321。

¹⁰¹ 應注意此處林更盛教授所提及不自由之決定，並非單純僅指民法第 92 條所定之受詐欺脅迫而為意思表示，更包含因知識、能力及對事實的認識不足，而發生的意思表示錯誤。在有此等不自由的前提下所為的決定，即不可謂為自由平等公民在經濟上所為的自由決定，亦非為 John Rawls 所稱之純粹的程序正義。關於詳細的契約控制理論內容及 John Rawls 正義理論的講述，可參閱林更盛，論契約控制 - 從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，作者自版，2009 年 3 月，頁 89。

前開相對人既為立法計劃中應受排除適用之類型，然而卻因為條文文義，而使不應受規範的類型，因為無消極規範，導致該類型於實際上仍有適用的結果，應認為有隱藏性漏洞的存在。

49. 現行法之適用結果有害及平等，亦為目的性限縮之理由

其次，前已提及目的性限縮的目的係為修正現行適用情形，使「不相同之事、應受不同之對待」，以符合平等原則。因此進一步檢視現行民法第 88 條第 1 項但書的適用結果，對於錯誤撤銷制度的影響為何，能更明瞭的目的性限縮的理由構成。現行法的適用情形，係以先篩去表意人具備過失情節的個案後，再從無過失個案中區分是否依民法第 91 條作信賴利益的損害賠償。此種階梯適用的方式，將導致同樣具備故意過失的相對人，因表意人之情形，而使結果有巨大的差異。然對於同樣對於該錯誤有故意過失之相對人而言，法律對其的終局處遇，不但非因自身情節重大與否而有不同，反而是繫於自身無法控制的表意人有無過失上。況且，對過失情形相同之相對人而言，無疑是對於法律所賦予的注意義務有同等程度的違反；既有相同違反注意義務的情形，則無論是違反契約義務、附隨義務或對己義務，所受之處遇均應為相同，方符平等原則。

50. 行使錯誤撤銷權之消極要件：相對人並未參與錯誤發生支原因

綜合上述理由，本文認為現行法以表意人過失作為撤銷門檻，其目的在於維護交易安全並無疑義。但適用結果卻因文義範圍過大，導致立法計劃所不欲捕捉的類型，如無交易安全維護必要等情形因而受到規範。此係一隱藏性漏洞，本應由立法者另藉消極要件排除適用之，然在修法前，應可以目的性限縮暫時填補漏洞。除此之外，實際適用案例的結果，將會使得同樣不值受信賴保護之相對人，不再僅僅因為表意人之有無過失，而得到撤銷或不得撤銷的南轅北轍結果。現行法此種結果對於平等原則的落實，無疑為一大嘲諷。從而，本文主張應目的性限縮民法第 88 條第 1 項但書，將適用範圍限縮達，僅表意人之過失完全支配意思表示的因果關係，並無他人介入時，方可逕為拒絕行使撤銷權。

本文淺見以為，如此不但剔除本應受排除的相對人不應受保護之情形外，更可促成錯誤撤銷制度的再建構，如將表意人完全過失或相對人完全過失之情形，

分別否定撤銷權或允許表意人撤銷。而對雙方共同導致錯誤發生之情形，則應允許表意人撤銷意思表示，並透過損害賠償制度的高低，調和雙方對於撤銷意思表示的責任程度。此等考量相對人行為而認定得否撤銷的處理方式，亦可與前揭 PICC2010 第 3.2.2 條、PECL 第 4:103 條、荷蘭新民法典第六編第 228 條第 1 項 a 款與奧地利民法第 871 條第 1 項相互呼應。並在一定程度內解決了，被學者戲稱為「使錯誤理論光芒盡失的獨創之作」、「錯誤規定之好望角，經過鮮有不觸礁」¹⁰² 的民法第 88 條第 1 項但書所發生的種種問題。

51. 行使錯誤撤銷權之積極要件：表意人無過失或相對人有抽象輕過失

目的性限縮民法第 88 條第 1 項但書的適用，所要面臨的第二個問題是，相對人行為應達何種程度，才需與表意人「分享」錯誤意思表示的因果關係，而須面臨表意人撤銷意思表示的不利益？本文認為，探究相對人在何種情形下，表意人得為撤銷意思表示，背後應思考的是，在相對人違反其注意義務達何種情形下，其信賴即不值保障。對此，使人不禁聯想到民國 88 年所增訂之締約上過失的原則性規定，即民法第 245 條之 1 的規定。本文認為，在劃定相對人之注意義務時，應可參酌並倚賴民法第 245 條之 1 所透露出的立法精神。

蓋本文認為，本質上意思表示瑕疵即屬先契約制度的一環，即便於民國 88 年增訂民法第 245 條之 1 後，意思表示瑕疵之相關規範，學者認為仍應優先適用特別規定。¹⁰³ 因此對於表意人得撤銷意思表示，關於表意人之主觀上構成要件，仍應以民法第 88 條以下之規範作為準據。然而，經本文認為撤銷權行使應探究相對人有無故意過失後，則該相對人的注意義務為何，則遍查現有錯誤撤銷制度即尚無規定。從而本文以為在劃定相對人注意義務時，應可回歸參酌居於原則地位之民法第 245 條之 1 的規定。

申言之，違反先契約義務後，相對人在何種情形下得主張其信賴應受保護，因民法第 245 條之 1 的規定，應以「非因過失而信契約能成立」作為標準。可知

¹⁰² 陳自強，見前揭著 23 文，頁 312。

¹⁰³ 王澤鑑，基本理論 債之發生 - 契約、代理權授與無因管理，作者自版，增訂二刷，2006 年 9 月，頁 274。

立法者顯然認為，帶有過失之信賴，非為締約上過失所欲保障之類型，而具備故意者更不待言。因此套用於目的性限縮後之民法第 88 條第 1 項的規定，其結論即為相對人因故意過失導致，表意人為錯誤意思表示，則該相對人對意思表示之信賴即不值保護。綜上所述，本文認為前揭條文適用上應目的性限縮，若錯誤全然因表意人過失所致時，方不得撤銷意思表示。反之，若相對人對於該錯誤之發生，具故意過失且參與錯誤之發生原因時，此時仍應允許表意人撤銷意思表示，以修正意思與表示不一致的情形。

52. 小結：錯誤標單案之最高法院見解可資贊同，惟理由可再建構

據此，本文對於最高法院 90 年度台上字第 1368 號判決中以「…被上訴人標單上有關係爭工程中環場道路「回填級配夯實」項目之「單位」記載既有錯誤，於此情形，能否謂標單內已明列各型圍牆之長度，廠商為投標估算，不致於發生錯誤，如有錯誤，應係出於投標廠商自己之過失，依法不得撤銷，亦非無推求之餘地。…」認為被上訴人所提供之標單記載本有錯誤，原審法院將錯誤意思表示全然歸於上訴人新茂公司的過失，應再次斟酌的餘地。其結論應誠值贊同，其中所蘊涵的平衡考量雙方行為以判斷是否得以撤銷的法理，不但合於前揭所提本文及學者之見解，更流露出錯誤發生之原因力，將影響是否合法撤銷錯誤意思表示的責任分配意旨。惟該號判決中，似乎未對其構成的深厚法理基礎多所著墨，頗為可惜。然本文認為，對於民法第 88 條第 1 項但書之目的性限縮，不但能填補規範原所不欲達到的隱藏性漏洞外，更能和國際上之重要契約規範文件，以及前揭各國立法例比肩，應為最高法院判決時可採的論理依據。綜合上述，結論上本文認同最高法院所採之見解，並對於最高法院力圖突破文義探訪該條立法初衷，其審判勇氣著實令人感佩。

第二節 意思表示錯誤補正制度的引介與建構

53. 補正一詞的廣泛使用性

「補正」一詞於日常生活中通常用以表示補充修正之意¹⁰⁴，在法律文書中，

¹⁰⁴ 「補正」一詞早見於宋書·卷十二·律曆志中：「伏願以臣所上元嘉法下史官考其疏密。若謬有可採，庶或補正闕謬，以備萬分。」其當代普遍做「補充缺漏，修正錯誤」解。參閱中

亦不脫此種解釋。查我國目前通行適用的法律條文中，即有為數甚夥的法規條文中含有「補正」一詞，其搜尋結果實有相當的篇幅數量。¹⁰⁵而於司法實務上「補正」一詞則普遍集中於表示當事人補遺程序形式要件不完備的行為，例如，違反民事訴訟法之程序規定時，在非絕對無效的前提之下，基於訴訟經濟的考量下，應許其補正¹⁰⁶，以期訴訟程序的迅速與安定。¹⁰⁷而在搜尋已判決在案的最高法院判決文中，亦使人有「補正」一詞集中用於程序事項的觀感。¹⁰⁸

然而實際上，「補正」並非僅限用於程序欠缺事項的補遺，除了文義上原即僅指補充修正之意外，在學說上，亦有將「補正」一詞用以表示修正補充實體事項的闕漏。早有學者於其論著中認為，關於無效法律行為的補正，大體上雖不得因當事人承認而發生效力。惟本於契約自由原則，無效法律行為若嗣後經無效原因消滅，則非不得因當事人之承認而向後發生原定效力。¹⁰⁹另有研究結果認為，依民法債編各論內所論及，出賣人於給付有瑕疵標的物與買受人時，出賣人應否修補系爭瑕疵標的物，針對該修補行為，我國一般學說即稱之為「補正」。¹¹⁰¹¹¹可知「補正」之用語，並不獨用於程序事項中，對於權利義務是否發生等實體法律關係的修正補充，擇以「補正」一詞示之，亦無不可。

華民國教育部重編國語辭典修訂本網站，
<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/newDict/dict.sh?idx=dict.idx&cond=%B8%C9%A5%BF&pieceLen=50&fld=1&cat=&imgFont=1>（最後瀏覽日：2013.06.11）

¹⁰⁵ 主要法規略以：立法院職權行使法、訴願法、行政執行法、行政程序法、行政訴訟法、民事訴訟法、非訟事件法、刑事訴訟法、公司法、空氣污染防制法、水污染防制法及環境影響評估法等法規共計 4751 餘筆。詳參法源法律網：

<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWQRY02.aspx>（最後瀏覽日：2013.06.11）

¹⁰⁶ 例如民事訴訟法第 249 條第 1 項等條文規定。

¹⁰⁷ 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，作者自版，修訂版，2007 年 6 月，頁 138 - 139。

¹⁰⁸ 例如最高法院 102 年度台簡抗字第 20 號裁定、102 年度台聲字第 211 號裁定、102 年度台抗字第 161 號裁定、102 年度台聲字第 210 號裁定、102 年度台聲字第 209 號裁定、102 年度台聲字第 208 號裁定、102 年度台聲字第 223 號裁定、102 年度台抗字第 169 號裁定、102 年度台抗字第 172 號裁定等均以程序要件欠缺且逾期未為補正而駁回。

¹⁰⁹ 史尚寬，同前揭註 1 書，頁 520。

¹¹⁰ 馮韋凱，物之瑕疵擔保效力之比較研究 - 以出賣人補正義務為中心 -，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2008 年 6 月，頁 110。

¹¹¹ 然而對此項結論，則本文見解與之略有出入。蓋依前述可知，「補正」一詞於我國實務與立法技術中，多半用以表明修正補充程序事項的闕漏。從而該詞用於表示實體事項的闕漏補遺，雖非至百中無一但絕非多數。因此，是否可把「補正」逕與債法上的瑕疵修補劃上等號，即非無再三思索的空間。

54. 民法第 166 條之 1 施行後無效之法律行為亦能補正生效

姑且不論前揭學者所言是否符合狹義地「補正」意義，民國 88 年民法第 166 條之 1 的增定¹¹²，當事人得藉由合意處分不動產物權並完成登記，使得原本不依法定方式而無效之債權契約死而復生。¹¹³相較於前揭學者的奮力闡述，本條的新增毋寧是向吾人長期以來所認定之「補正」意涵，更邁進了一大步。應注意者是，一旦該條始行適用¹¹⁴，將使原屬無效之法律行為因嗣後處分不動產物權的治癒而發生效力。此項修正撼動了自最高法院 33 年上字第 506 號判例所力倡的自始無效：「…無效之行為在法律行為當時已確定不生效力，即不得依據此項行為主張取得任何權利。」與 85 年度台上字第 2901 號判決所構築的確定無效：「…無效之法律行為係自始當然的不生效力，並不能因此後情事變更而使之有效。」等兩項原則。

然我國學界對於是項規定的新增，查其評價則是褒貶互見。除有對該條立法目的是否得以貫徹表達疑問外，¹¹⁵更有直接認為該條修正不妥，而表達應逕予刪除或適度修正內容等強弱不一的見解。¹¹⁶惟雖然本條之增訂在修法歷程中備受爭議，但仍無損於該條業經立法機關修正通過之事實，從而為因應民法第 166 條之 1 第 2 項的新增，有學者即折衷地認為該條的適用，其目的主要在於並濟法

¹¹² 民法第 166 條之 1：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。（第一項）未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。（第二項）」其立法理由略以：「訂立契約約定負擔移轉、設定或變更不動產物權之義務者，不宜輕率，應由公證人作成公證書，以杜事後之爭議，而達成保障私權及預防訴訟之目的，增訂第一項。當事人間合意訂立之債權契約，雖未經公證，若當事人間已有變動物權之合意，並已向地政機關完成變動之登記者，則已生效力，自不宜因其債權契約未具第一項之公證要件，而否認其效力。」

¹¹³ 對於債權契約效力的發生始點則仍有不同見解，學者王澤鑑認為該債權契約乃自登記時起發生效力，並無溯及生效的效果。而學者黃立則認為此處為可補正之無效，雖債權契約自始無效，但得因嗣後處分與登記之後，溯及既往發生效力。詳參王澤鑑，同前揭著 103 書，頁 135；黃立，民法第一百六十六條之一的法律行為形式問題，刊載於月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 34。

¹¹⁴ 民法債編施行法第 36 條第 2 項：「中華民國八十八年四月二十一日修正公布之民法債編修正條文及本施行法修正條文，自八十九年五月五日施行。但民法第一百六十六條之一施行日期，由行政院會同司法院另定之。」

¹¹⁵ 陳自強，同前揭註 9 書，頁 185。

¹¹⁶ 關於是項議題的正反意見，詳細整理可參閱黃立，同前揭註 113 文，頁 34 - 35。

律狀態之安定與透明，應屬於例外之特別規定，從而不具有類推適用性。¹¹⁷並且參考國外立法例與學說見解，另外賦予該條帶有訴訟法上的客觀舉證責任的分配色彩，亦可供參考。¹¹⁸

承前所述，即便是位於法律行為之效力光譜最末端，多數學說與實務均嚴格恪遵的「當然」、「自始」及「確定」無效的原則效力¹¹⁹，尚且容有補正措施的建構，並且體現於晚近新修民法內容中。可知對於因錯誤而生之意思與表示不一致的意思表示瑕疵，在撤銷權人行使撤銷權前，就法律制度的建構上，吾人應無須過度排斥給予當事人有補正的機會。蓋相較於法律生命已到盡頭之無效法律行為，尚可藉由特別規定予以補正復活；更遑論是仍有一息尚存的未受撤銷之意思表示瑕疵。一如最高法院 100 年度台上字第 135 號判決所述：「惟表意人若知其事情即不為意思表示者，為表示行為有錯誤，倘未依民法第八十八條第一項規定撤銷該錯誤之意思表示，自仍受其拘束。」可知，在撤銷權人行使撤銷權前，系爭意思表示仍有拘束雙方當事人之效力，因此相較於無效行為，應有更強烈之維持法安定性的需求，而有為其設計與建構意思表示瑕疵補正制度的必要，藉此使該瑕疵受到治癒，免受有嗣後再遭撤銷而撼動其效力的交易危險。

55. 我國錯誤意思表示補正制度可依當事人地位而區分為二

因此，本文觀察我國現存之錯誤意思表示制度，並且參考國外立法例以及契約法統一文件的錯誤意思表示之相關規定。依本文淺見，表意人對於意思表示瑕疵所生之法律效果不穩固狀態，雖得依現存之現行法律制度予以排除。然就錯誤意思表示之相對人而言，我國法中則尚無用以修補意思與表示不一致情形之補正制度。惟自前揭民法第 166 條之 1 以觀，法律行為存有瑕疵時，尚且得由契約雙方當事人共同之履行行為，進而使得有瑕疵之法律行為藉此而受到治癒。可知，對於具有相對人之法律行為，在有瑕疵的情形下，除承認表意人有修補的可能性外，更可從中思考給予相對更為積極的作為角色，用以治癒瑕疵之法律行為。此之發

¹¹⁷ 參閱王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 334；王澤鑑，同前揭註 103 書，頁 135。

¹¹⁸ 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正（下），刊載於台灣本土法學雜誌第 6 期，2000 年 1 月，頁 9-10。

¹¹⁹ 邱聰智，同前揭註 45 書，頁 270。

想，亦未與我國現行立法者意志有違，蓋無效之意思表示可經雙方之共同行為，依民法第 166 條之 1 而修補得到治癒，更遑論是當未撤銷之錯誤表示相對人有意願扮演更積極的角色時。因此本文期盼自其他法律先進國家之法律規範，探究是否有得以引起發想的類似制度，並且在與我國現有制度無扞格的前提下引進適用。從而本文以下，即以造成補正結果之當事人地位的不同，區分為「第一項、錯誤意思表示之表意人承認」與「第二項、錯誤意思表示之相對人補正」兩部份分別闡述之。

第一項 錯誤意思表示之表意人承認

第一款 承認制度之條文欠缺

56. 我國學界肯認意思表示錯誤撤銷的承認制度

民法第 115 條規定：「經承認之法律行為，如無特別訂定，溯及為法律行為時發生效力。」按立法理由所示，其目的在於針對已成立之法律行為，藉由表意人所為之承認意思表示，而使其溯及地排除法律效果的障害。¹²⁰而承認制度的適用範圍，應當涵蓋民法典中已有明定承認制度的 20 餘條在內¹²¹，自不待言外。對於實定法中並未明定有承認制度適用的法律關係，若當事人間確實存在承認之意思表示，且該表示亦有助於法律安定性的維護，而有肯定其承認效果的必要時，最高法院向來即不囿於實定法律之界限，而認為此處亦得有承認的適用效果。¹²²易言之，此時意有承認制度的適用，且其效果亦得直接適用民法第 115 條及 116 條。

¹²⁰ 民法第 115 條立法理由：「查民律草案第二百六十四條理由謂同意於事前事後均得為之，事後之同意，即所謂承認。蓋以除去法律行為效力發生之障害為標的，而於法律行為之成立，並無關係，故無特別訂定，而其法律行為已經承認者，則應溯及為法律行為之時，發生效力，所以保護第三人之利益也。」

¹²¹ 我國民法中含有「承認」一詞而明文肯承認制度的條文略以：民法第 79、80、81、82、115、116、118、129、144、170、171、178、301、302、304、310、356、384、386、387、1107、1176、1178、1179、1184、1185 以及 1207 條共計 27 條。惟應注意者，其中包含有數條文共屬同一法律概念以下之條文，與「視為承認」等毋須另以意思表示為之的情形，從而實際上專指以意思表示為承認效果的情形，則應另予扣除。

¹²² 最高法院 98 年度台上字第 1981 號判決要旨：「...應認董事長代表公司所為上開行為，非經公司股東會之特別決議，對於公司不生效力。既係不生效力之行為，自得因事後承認而溯及於行為時發生效力（民法第一百十五條參照）」

因此，雖我國關於意思表示錯誤制度，其法律效果僅明定有第 88 條、89 條之得行使撤銷權，及第 91 條表意人應負不大於履行利益之信賴利益損害賠償外¹²³，並無明文定有其他錯誤意思表示之法律效果。然而除當事人雙方，持續地對於該錯誤意思表示不予爭執其效力，經過民法第 90 條所定之一年除斥期間後，而發生撤銷權消滅之排除效果外。學者間亦普遍承認撤銷權人得於除斥期間經過前，透過明示或默示的方式承認 (Bestätigung 有譯作追認) 該意思表示之瑕疵狀態，因而排除表意人之撤銷權地位。¹²⁴ 其肯定承認得作為撤銷權消滅事由，其緣由有論者於其著作中即有透徹觀察，蓋撤銷權的賦與乃在使撤銷權人尚有法律行為效力之決定權，從而在知有撤銷原因下，仍以明示或默示之方法表現欲受意思表示拘束的行止，則可認撤銷權人已做出選擇，無需再給予其得任意撼動法律安定性之形成權。¹²⁵

57. 探尋我國民法典尚難覓得承認制度棲身之所在

然而有反對見解認為則對於得撤銷之法律行為，得否因承認而消滅，即一反前面通說的穩固見解。氏認為我國學界認為得撤銷意思表示有承認而追復的制度需求，乃肇因於繼受日本法及學說見解所致，然而事實上我國對於得撤銷之意思表示，效力上不同於日本採無效主義而有承認使其發生效力的必要。並且適用結果，將使本早已成立生效之法律行為，因當事人承認後適用民法第 115 條而發生「已生效之行為再次生效」的時序上矛盾。因此可得推知，我國民法第 115 條與 116 條所稱之承認，均非以得撤銷之法律行為作為規範客體。¹²⁶ 是項見解，清晰解構我國現行法與被繼受國法律若有扞格時，是否仍得逕以被繼受國之見解作為

¹²³ 劉昭辰，履行利益、信賴利益，刊載於月旦法學雜誌第 116 期，2005 年 1 月，頁 106；王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 413。

¹²⁴ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 530；邱聰智，同前揭註 45 書，頁 283 - 284；鄭玉波著，黃宗樂修訂，同前揭註 7 書，頁 266 - 268；施啟揚，同前揭註 35 書，頁 197；陳光岳，詐欺與得撤銷法律行為之承認，刊載於月旦法學雜誌第 74 期，2001 年 7 月，頁 13。與前面學者相同地，學者史尚寬亦肯認撤銷權人得因承認瑕疵法律行為而排除撤銷權，惟較特殊的是，氏認為撤銷權之拋棄與承認應屬兩事，此與前揭肯定說學者有所不同。詳參史尚寬，同前揭註 1 書，頁 538。

¹²⁵ 陳自強，同前揭註 9 書，頁 380。

¹²⁶ 姚瑞光，同前揭註 62 書，頁 492 - 493。

解釋我國法律的依歸，應有再三思索的空間。於此亦如論者所為文針砭的，早期學說對於比較法研究存有「學說繼受」的現象，是否妥當則有賴吾人進一步摸索與研討。¹²⁷

承前所述，在考量人民法感情與社會通念下，若他人透過撤銷權人之行止，得以確認其願接受錯誤意思表示的客觀情狀，並甘受該瑕疵意思表示所拘束時，若依然允許撤銷權人得嗣後行使撤銷權，則似乎對於撤銷權人有過度保障之嫌。因此通說學者認為若撤銷權人以明示或默示之方法，承認該錯誤意思表示，並願受其拘束者，其撤銷權應受排除而不得再為行使，是項見解應可支持。惟前揭反對論者獨排眾議之見解，確實鏗鏘有力。在我國現行法體系下，精確指出即便肯認承認制度於得撤銷法律行為類型確有需要，但現行民法第 115 條與 116 條中所指之「承認」絕非得撤銷法律行為類型之承認的良好棲身之所。對此，學者曾品傑則於其論著¹²⁸中，藉由評析最高法院 90 年度台上字第 394 號判決的機會，謹慎提點出由於現行法並無類如歐洲契約法原則（The Principles of European Contract Law）第 4:114 條之規定¹²⁹：「有撤銷權之契約一方當事人，於知有撤銷權或回復意思表示自由後，以明示或默示確認之，則該撤銷權消滅。」（PECL Article 4:114: Confirmation : If the party who is entitled to avoid a contract confirms it, expressly or impliedly, after it knows of the ground for avoidance, or becomes capable of acting freely, avoidance of the contract is excluded.）因此只能透過權利失效的一般法律原則，規範因權利人前後行為矛盾致相對人有正當理由相信權利人不欲行使權利時，方可限制或剝奪該權利的行使。並且在適用上，因權利失效原則的特殊性，其適用上應較為謹慎嚴謹，以免權利人陷於動輒得咎的心理壓力之中。從而，在實際案例的適用上，氏認為應採嚴格解釋始可。

對此，除了前揭學者論著中所提及，歐洲契約法原則對於錯誤意思表示的撤銷權有因承認而消滅的制度外。本文觀察各國立法例與國際契約統一法文件中可

¹²⁷ 陳自強，債務不履行方法論之再出發，收錄於契約責任歸責事由之再構成－契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012 年 12 月，頁 28。

¹²⁸ 曾品傑，同前揭註 28 文，頁 110－114。

¹²⁹ 相同觀察：陳聰富，同前揭註 88 文，頁 5。

知，對於有撤銷權（或有權主張契約無效）之一方，若被認為有「確認」該意思表示客觀上意涵的行為時，該撤銷權人嗣後即不得在主張撤銷權，使得意思表示歸於無效。諸如對我國民法典及學說影響深遠的德國民法第 144 條第 1 項即有類似規定如下：「當撤銷權人確認得撤銷之法律行為為合理時，不得行使撤銷權。」

（BGB § 144 Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts (1) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird.）可知，德國民法之意思表示瑕疵撤銷權的消滅，除有如我國民法第 91 條的除斥期間規定外，尚有因履行而使撤銷權消滅¹³⁰，以及此處所討論的因撤銷權人的承認而消滅等我國民法所無的兩項事由。除此之外，詳查本文所曾提及的國際契約法統一文件中，亦可發現錯誤意思表示承認制度的芳蹤。例如現行通用之國際商事契約通則 2010 第 3.2.9 條¹³¹中亦有提及：「有撤銷權之一方當事人，於除斥期間開始後以明示或默示之方式確認，撤銷權即遭排除。」等語。並且解釋該默示行為上，與前揭我國學者認為應予以限縮解釋的見解相同¹³²，並不能僅以暗示方式表達承認的意思，而是必須在相對人理解並承認或法院認可的情形下始可，兩相對照似乎所見略同。¹³³

承前所述，無論是對於我國當代民法的起草與學說發展有重要影響力的德國民法典，乃至於更進一步衝擊近代國際間商務交易的國際商事契約通則，均有承認制度的建構。然而，雖謂我國民法中未如同前揭德國民法第 144 條第 1 項及 PICC2010 第 3.2.9 條一般，將「承認」載明為意思表示錯誤撤銷權的消滅事由乙節。但就撤銷權的行使限制與禁止表意人過度反覆矛盾的共通法理角度觀之，承認制度的概念或其核心價值在我國現行民法中，倒也非謂全然無跡可尋。以下本文嘗試以吾國民法修法歷程與贈與契約推證，即便於修法明文承認制度之前，該

¹³⁰ See BGB §124 *Anfechtungsfrist* : “...(3) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind.” 試譯如下：經履行或自意思表示後經過十年，不得行使撤銷權。條文引自：http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_124.html（最後瀏覽日：2013.06.11）

¹³¹ See UNIDROIT Principles 2010, *supra note 81*, art. 3.2.9 : “If the party entitled to avoid the contract expressly or impliedly confirms the contract after the period of time for giving notice of avoidance has begun to run, avoidance of the contract is excluded.”

¹³² 曾品傑，同前揭註 28 文，頁 113 – 114。

¹³³ See UNIDROIT Principles 2010, *supra note 81*, art. 3.2.9 comment.

制度於我國民法中的運行亦非為陷於獨木難支的窘境。

第二款 承認制度之法理實現

58. 禁止矛盾撤銷之濫觴已早見於我國民律草案

我國民法第 115 條第 1 項所稱之承認，多數學者認為應可包含承認意思表示錯誤而排除撤銷權的情形在內，縱或部份學者對於該承認的客體是否包含民法第 88 條所定之錯誤瑕疵較為保留，但依然以迂迴的方式，如借用權利濫用¹³⁴或引介德國學說¹³⁵而肯定之。然而，多數學者如此堅持文義上所不存在的制度鋪蓋在這塊土地上，必然有其底蘊而為人所不知，本文揣度其中，或許可由我國現行民法之前身《民國民律草案》¹³⁶第 180 條本文中端倪一二。該條規定：「有撤銷權人，承認其行為者。其行為視為自始有效。但不得對抗善意第三人。」若與我國現行民法第 115 條兩相比較可知，就本文上，兩規範有如孿生，結構相去無幾。即便不妄指現行民法第 115 條乃承繼受於民國民律草案第 180 條，也非不能說後者未受到前者之影響。因此，若原本民國民律草案中，該條僅以有撤銷權之人方為規範客體，嗣後雖將「有撤銷權人」等詞刪去，但其目的應為排除適用主體的限制，俾使無撤銷權但有承認適用的情形進入規範之列。最顯而易見的，就是將民法第 170 條 1 項所定之無權代理情形之本人納入規範。¹³⁷因此，綜觀其刪去「有撤銷權人」的目的，毋寧是在於「擴大」本條射程範圍，應無使原於民國民律草

¹³⁴ 曾品傑，同前揭註 28 文，頁 110。

¹³⁵ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 530。

¹³⁶ 國民政府於民國 3 年始行起草《民國民律草案》至民國 14 年完竣，該草案承繼《大清民律草案》之初始架構，考量驟然全盤引進歐陸法學先進之民事法架構，難以對於面對當時一夕巨變之局面，且全盤西化的結果，捨棄中華固有根源，影響甚巨不得不慎，加上以西方親族觀念為根基所定之大清民律草案，在未妥善且循序漸進的推展於社會前，遽然適用於全中國，改弦更張卻與背於通俗民情，滋生紛擾。因此以大清民律為基礎下，調和當時通行之民情，以合乎人民期待，綏頒布民國民律草案。關於民國民律草案與大清民律草案的相關簡評與歷史摘要，可參楊立新，大清民律草案民國民律草案，吉林人民出版社，初版一刷，2002 年 5 月，頁 1-17。

¹³⁷ 最高法院 79 年度台上字第 1594 號判決要旨：「...按承認係代理權之補授，經承認後無權代理行為溯及於為行為時發生效力，此觀民法第一百七十條第一項、第一百五條規定甚明。本件系爭土地之買賣契約無效，如前所述，固不因上訴人之承認而生效力。惟因上訴人之承認，林欽聖即為有權代理，亦即有權為該項行為，而該行為之利益或不利益，均對上訴人發生效力。...」可知若僅以民國民律草案之規定，此時補授承認無權代理，即不受民國民律草案第 170 條之規範。

案得適用本條之錯誤意思表示撤銷權人，因嗣後變更規範，進而剔除適用可能性的目的。易言之，刪除「有撤銷權人」目的在於擴大規範，不宜再以嗣後規定無「有撤銷權人」反而縮小適用範圍。如此結論，似乎將與原本立法設定有所歧異。

59. 禁止矛盾撤銷之法理已實踐於我國實務判決

然而，若以各國學說直指意思表示錯誤撤銷制度的承認制度存在，並且於條文中該制度寄寓在民法第 115 條之中，似乎在文義上實屬勉強。又若徹底否定承認制度之存在，則又略有漠視該制度存在必要的疑慮。因此本文認為，於此或可參酌前揭學者所倡，透過誠信原則的次級規範權利失效，限制撤銷權人於其客觀上曾有承認行為時，不得嗣後在行使撤銷權撼動已受補正之原錯誤意思表示。蓋除當事人之矛盾權利主張，本即屬權利失效所欲捕捉之種類，¹³⁸我國最高法院也長期以來對於矛盾地權利行使採取嚴格的態度，如學者文獻中所提及之數則判決在案外¹³⁹。關於形成權人之前行為而致使不得行使形成權之判決，晚近更有最高法院 95 年度台上字第 985 號判決亦對矛盾權利主張排斥之。該判決為土地共有人 7 人締有分割協議，其中 2 人起訴請求履行因其他 5 共有人時效抗辯而獲敗訴判決。嗣後該 5 人另提起土地分割之訴時，獲高等法院判決敗訴後上訴，最高法院作成 95 年度台上字第 985 號判決維持原判決：「…共有人中有為消滅時效完成之抗辯而拒絕給付者，該協議分割無從請求履行，協議分割之目的無由達成，於此情形，若不許裁判分割，則該不動產共有狀態將永無消滅之可能，揆諸分割共有物之立法精神，自應認為得請求裁判分割」。張長鎰等二人於八十年間曾對黃耀東等五人訴請履行協議分割契約，因黃耀東等五人為時效抗辯，致張長鎰等二人受敗訴判決確定，依上說明，應僅限張長鎰等二人始能訴請裁判分割系爭土地。…」由最高法院否定曾經主張分割協議時效抗辯之共有人另為請求裁判分割之意旨可知，禁止當事人為矛盾的權利主張，早已為最高法院在衡量個案正義的考量中，所必須慮及的必要要件。

¹³⁸ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 600 - 601。

¹³⁹ 如最高法院 56 年臺上字第 1708 號判例、最高法院 61 年度台上字第 2400 號判決、最高法院 70 年度台上字第 3738 號判決以及最高法院 85 台上字第 908 號判決。

60. 禁止矛盾撤銷之價值亦隱含於我國現行民法

惟畢竟權利失效與權利濫用等，均為對於法諺「行使自己權利者，對於任何人不為不法」(Eni iure Suo Utitur, Nemiui Facit iniuriam) 的反思，即為權利非獨保障個人利益，亦須受社會全體向上發展之允許，具社會公益性，並非無所限制。¹⁴⁰且其性質上系屬對於成文法允許之權利的限制，因此雖該權利本身並未受到任何影響，但限制其行使的反規範效果仍不可忽視¹⁴¹，適用上恐有否定現行法令之結果不得不謹慎為之。然而本文認為，透過權利失效的管道實現錯誤意思表示承認制度，應無前揭所提之疑慮。蓋如前揭所述，無論於外國立法例、國際契約法統一文件乃至於我國實務見解，均已顯露對此項制度的友善態度。不以此為足地，本文認為我國現行之民法典中，亦不乏對於矛盾行為的敵對，更有明確地規範指明於撤銷權與前行為矛盾時，應不得再為撤銷的規定。以下本文即嘗試以贈與契約為例說明之。

按民法第 408 條第 1 項規定：「贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與。其一部已移轉者，得就其未移轉之部分撤銷之。」為民國 88 年債編修法中，除了民法第 227 條「不完全給付」地位的確立外，相當受到重視的條文之一。蓋此次新修將就法時期之第 407 條¹⁴²刪除¹⁴³，並將字據改為公證後修正保留第 407 條第 2 項。貫徹贈與契約作為諾成契約類型之宏旨，並將履行債務作為贈與契約的特別生效事由，以在諾成契約的基礎上滿足左袒贈與人的特別需求等，在在引起學者關注與討論¹⁴⁴。然而看似被大家所遺忘地，僅僅略作細部文字修正的同條第 1 項，卻是蘊含了一個埋藏在其中已逾甲子的深遠意涵：於贈與契約的場合，在贈與人行使撤銷前，不得有為與行使撤銷權相反之行為（履行）申言之，受契

¹⁴⁰ 史尚寬，同前揭註 1 書，頁 644 - 645。

¹⁴¹ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 593。

¹⁴² 民國 88 年修法前之民法第 407 條：「以非經登記不得移轉之財產為贈與者，在未為移轉登記前，其贈與不生效力。」

¹⁴³ 民國 88 年刪除民法第 407 條理由：「贈與為債權契約，於依第一百五十三條規定成立時，即生效力。惟依條文規定，以非經登記不得移轉之財產權為贈與者，須經移轉登記始生效力，致不動產物權移轉之生效要件與債權契約之生效要件相同，而使贈與契約之履行與生效混為一事。為免疑義，爰刪除本條。」

¹⁴⁴ 黃茂榮，民法債編部份修正條文要論「債各部份」大綱（上），刊載於法令月刊 50 卷 7 期，1999 年 7 月，頁 8；陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正，收錄於臺灣民法與日本債權法之現代化，元照出版公司，初版一刷，2011 年 04 月，頁 54 - 56。

約拘束而履行贈與債務之行為，在客觀上即有如德國民法典與國際商事契約通則中的「明示承認」該得撤銷之法律行為，並自認對其容有拘束力，從而在前揭立法例的場合下，自然構成該立法例中的承認要件，進而使得撤銷權消滅。因此，若將此規定意含層昇至撤銷權行使的「禁矛盾」法理，並且藉由權利失效之方式，將該法理適用於其他撤銷權行使之場合，即可將本應落於民法第 115 條之規範範圍，借屍還魂地透過權利失效的方式暫時找到棲身之所。因此可知，至少，在退萬步言的情況下，我國民法所轄之財產法上的撤銷權，在得否行使撤銷的個案權衡上，撤銷權人之行為是否構成前後矛盾，似應考量其中。然而，正本清源地以立法方式將其明文化，自然是最為適當，本當無庸再贅。

第二項 錯誤意思表示之相對人補正

第一款 錯誤意思表示層次實現補正意旨

61. 賦予意思表示相對人穩固法律關係之積極作為權利的必要

相較於我國學界琢磨已深的瑕疵給付應否給予補救機會¹⁴⁵，意思表示瑕疵之修補回復至無瑕疵狀態的補正制度，向來則是較鮮少受到關注。然而一如前述，本文認為除不應將「補正」之瑕疵，侷限於瑕疵給付，更宜對於意思表示瑕疵之補正保持開放的態度。因此，本文除在本節第一項中倡議對於我國現存之意思表示瑕疵承認制度應與重視外，更尚且認為，吾人或可自現存立法例或是最高法院的判決意旨中，探尋是否有給予相對人更積極的作為權利，用以避免表意人的主張意思表示撤銷，而撼動已然形成之既有法律秩序。除了前揭所述得利用表意人之承認行為限制其行使撤銷權外，翻閱最高法院判決，亦可發現對於錯誤意思表示，因嗣後情勢而使客觀情狀合於表意人之內心本意，進而限制表意人的撤銷權行使。例如下述最高法院 80 年度台上字第 2531 號判決即為適例：

62. 合併興建案 - 最高法院 80 年度台上字 2531 號判決

本件判決之基礎事實為，上訴人起訴主張支付土地買賣契約之定金票款，被上訴人邱富宗等則以，締約後發見所買受之土地須與鄰地協調合併後，方可建築，

¹⁴⁵ 此部份將留待第三章討論。

始以意思表示內容有錯誤，依法聲明撤銷，進而拒絕支付票款。經臺灣高等法院以「…具有必須與鄰地協調合併後始得申請建築之瑕疵。如邱富宗等知有此情事，即不為買受之意思表示，且此項錯誤（不知），非由於邱富宗等自己之過失，故邱富宗等得依民法第八十八條規定撤銷買受之意思表示。茲邱富宗等已委託魏憶龍律師於七十九年五月廿二日致上訴人表示撤銷該買受之意思表示，則雙方間之買賣契約應溯及的歸於消滅…」為由，著有 77 年度上字第 1431 號判決駁回上訴人主張在案。

隨後，經上訴人聲明不服，最高法院以 80 年度台上字第 2531 號判決認為上訴有理由廢棄原判決，其判決理由要旨略以：「…又關於當事人之資格或物之性質，必須其錯誤在交易上認為重要者，始得視為意思表示內容之錯誤，為民法第八十八條第二項所明定。依反面解釋，若交易上不認為重要者，即不能視為意思表示內容之錯誤。而台北市畸零地使用規則第十二條規定，建築基地臨接該條各款之畸零地，經畸零地調處會調處二次不成立後，應提交全體委員會審議，認為該建築基地確無礙建築設計及市容觀瞻者，工務局得核發建築執照。同規則第十三條第一項規定，申請基地經畸零地調處會二次調處不成立，基地所有權人或鄰接土地所有權人得於畸零地調處會決議函文到達三十日內，就規定最小面積之寬度及深度範圍內之土地，按徵收補償金預繳承買鄰地之價款，申請本府徵收後辦理出售。本件邱富宗等向上訴人購買之四筆土地，如不與鄰地合併使用，是否絕對不得單獨申請建築，有待澄清。縱認非與鄰地合併使用不可，亦非無解決之辦法。此項錯誤在交易上是否重要，即滋疑義…」可知，最高法院認為當事人雖確以無須與鄰地合併申請建照的條件下合意締結系爭契約，然若嗣後建照之申請無需再以合併申請為前提要件時，則該表意人對於該合意之意思表示錯誤，即無關乎交易上重要，進而不得主張民法第 88 條 2 項之錯誤撤銷。

63. 附論 - 特定交易條件是否交易上重要，在個案上標準宜為固定

對於前揭最高法院判決所顯現之法律見解，在進入本章節所欲討論的補正制度之前，所應先予澄清的即是，最高法院以「…不與鄰地合併使用，是否絕對不得單獨申請建築，有待澄清。縱認非與鄰地合併使用不可，亦非無解決之辦法。此項錯誤在交易上是否重要…」等語闡述認為，該錯誤是否具備民法第 88 條第

2 項所稱之交易上重要，應端視該建築執照的申請是否必須與鄰地合併，且另外並無其他的解決之道。進而該判決即以是項理由認為，緣被上訴人之錯誤表示，因仍有他法申請建照，因此不具有交易上重要，從而不得撤銷該錯誤意思表示。對於此種結論本文敬表讚佩，然而就構成理由部份，民法第 88 條第 2 項之交易上重要應如何判斷，是否會因為尚有他法申請興建，而變成不具交易上重要之條件？申言之，解讀最高法院見解似乎認為，若系爭土地必須與鄰地合併興建，則該性質為交易上重要；反之，若無需與鄰地合併興建或有他法時，則該性質及非交易上重要。

對於民法第 88 條第 2 項之規定，有學者認為：「該錯誤係存在於交易上認為重要的物之性質上」¹⁴⁶不獨於此，此項結論亦可法條文義中解讀得之。申言之，若認為某特定性質為交易上重要，則無論該交易上重要之性質有無發生錯誤，均不影響該性質為交易上重要的定性。亦即在層次上，「性質有無交易上重要」與「該性質有無發生錯誤」應做嚴格區別，兩者間之判斷並不會互相影響。若以本件判決中之事實例之，該「是否與鄰地合併興建的性質」無論在主客觀上均具交易上重要無疑¹⁴⁷，並且該認定結論，不會因為「無需合併興建」反而改認為該性質為不具交易上重要。實則，在層次上該「無需合併興建」之事實應為「該性質有無發生錯誤」之層次，而與「該性質有無交易上重要」的層次迥不相侔。因此，對於前揭最高法院 80 年度台上字第 2531 號判決理由中，以「…**是否絕對不得單獨申請建築…**，亦非無解決之辦法。此項錯誤在交易上是否重要…」認為該錯誤是否重要，繫於該建照是否得獨立申請而定，似乎仍有再力求明晰之必要。然而除了此項說理上的齟齬外，查其最高法院本意，無非要為否定被上訴人撤銷錯誤意思表示之結論探尋一個理由，且本文淺見，最高法院拒絕被上訴人撤銷的結論背後，實則蘊含有一個現存於比較法制度上的深遠法理。並且透過該判決的作成，將該長年體現於各國立法例中，確保既定契約的存續，富有契約修補的深厚法理具體行諸於我國法中。從而自下段起，且讓吾人透過最高法院的引介，造訪一個實行於彼邦間已久的法律制度。

¹⁴⁶ 史尚寬，同前揭註 1 書，頁 366。

¹⁴⁷ 關於民法第 88 條所謂之「交易上重要」的判斷，本文已如本章第一節中提及，未免過於冗贅，僅就本判決相關之重要爭點略做闡述。

64. 立法例中多容認相對人得以積極行為排除撤銷權

國際統一私法協會 2010 年編纂而成國際商事契約通則 2010 中，對於意思表示有錯誤時，表意人得透過意思表示之方式¹⁴⁸在符合國際商事契約通則 2010 之錯誤要件¹⁴⁹下，向他方表示不受契約所拘束。於意思表示到達他方當事人後¹⁵⁰，該契約自始不生效力，不再拘束雙方當事人。¹⁵¹在此部份，尚且與我國民法之規定相去不遠。然對於意思表示錯誤撤銷權的行使限制，相較於我國法寥寥可數的規定，國際商事契約通則自 1994 年版¹⁵²以來，歷經 2004 年版之修訂¹⁵³，乃至 2010 年版均定有一項較少被關注的特殊限制，即是國際商事契約通則 2010 第 3.2.10 條所定 Loss of right to avoid 之事由：「若意思表示錯誤撤銷權人之相對人明白表意人之本意，並將依其本意履行或業經履行時，則契約內容依撤銷權人之理解發生效力。相對人應於撤銷權人之表示後；並於信賴該契約已無拘束力而為合理行為之前，聲明主張或履行行為。(第(1)項)經相對人聲明或履行後，撤銷權消滅，且縱已行使亦不生撤銷效力。(第(2)項)」¹⁵⁴由此可知，國際商事契約通則對錯誤撤銷權人之權利行使，並非漫無限制。觀察本條規定之規範意旨可知，雖表意人之表示行為與其內心本意存有齟齬，因而罹有表示與意思不一致之情形，依規定自有主張撤銷之權。然若相對人明知表意人之內心本意，並且願意依其本意而為合致時，自當限制該撤銷權之復行行使，更甚者，亦追溯令已表示之撤銷溯及失效。其立法目的，吾人或可觀察該通則之註釋，略為窺知立法者所欲達到之目的究竟何在。本條規定於註釋中指明，此為考量相對人利益，除有詐欺脅迫

¹⁴⁸ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 3.2.11: *Notice of avoidance*: The right of a party to avoid the contract is exercised by notice to the other party.

¹⁴⁹ *Id.* art. 3.2.2

¹⁵⁰ *Id.*, art. 3.2.11 comment 3.

¹⁵¹ *Id.*, art. 3.2.14 comment.

¹⁵² See UNIDROIT Principles, art. 3.13

¹⁵³ See UNIDROIT Principles 2004, art. 3.13

¹⁵⁴ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 3.2.10: *Loss of right to avoid*: Para. (1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. The other party must make such a declaration or render such performance promptly after having been informed of the manner in which the party entitled to avoidance had understood the contract and before that party has reasonably acted in reliance on a notice of avoidance. Para. (2) After such a declaration or performance the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

等其他情況外，對於錯誤所締結的契約應有適用，而排除詐欺脅迫乃肇因於要求當事人仍願意維持契約存在，顯無期待之可能。¹⁵⁵反面即可推知，在無重大困難如詐欺脅迫等情形外，當事人間若有維繫契約存在之可能，國際商事契約通則的規範內涵慣常上，均帶有戮力維持契約存在之色彩，以維護既已付出交易上成本而締結之契約效力持續存在。

然而無獨有偶地，雖其編排架構、規範方式乃至於立法模式均有其不同之處，然而前揭國際商事契約通則 2010 第 3.2.10 條以下之規範內涵，亦可自前已述及企圖整合歐洲民事契約法規範的歐洲契約法原則中，觀察出相對應的規範。¹⁵⁶歐洲契約法原則第 4:105 條 Adaptation of Contract 中第(1)及(2)項均有類似前揭國際商事契約通則 2010 第 3.2.10 之規範條文。其條文中對於行使期間、限制表意人撤銷權之效力以及具有溯及效力的規定，與之相較亦如出一轍。¹⁵⁷相同意旨之規範亦體現於影響我國民法修訂甚巨¹⁵⁸的瑞士債法（*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*），瑞士債法第 25 條中除第一項對於撤銷權之行使應合於誠信的基本原則強調再三外，同條二項如同前揭兩部國際契約法統一文件，亦有類似依循表意人內心本意之規定。¹⁵⁹

¹⁵⁵ *Id.*, art. 3.2.10 comment 1.

¹⁵⁶ Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law - Similar Rules for the Same Purposes*, CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law. Reproduced with permission of 26 “Uniform Law Review”, 5 – 6(1996).

¹⁵⁷ *See* The Principles of European Contract Law, *supra* note 86, Article 4:105 : *Adaptation of Contract*: Para. (1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party indicates that it is willing to perform, or actually does perform, the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is to be treated as if it had been concluded as the that party understood it. The other party must indicate its willingness to perform, or render such performance, promptly after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance. Para. (2) After such indication or performance the right to avoid is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

¹⁵⁸ 詳參王伯琦，近代法律思潮與中國固有文化，清華大學出版社，初版一刷，2005 年 5 月，頁 31。

¹⁵⁹ *See* Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Art.25: *Geltendmachung gegen Treu und Glauben*: (1) Die Berufung auf Irrtum ist unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht. (2) Insbesondere muss der Irrende den Vertrag gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu bereit erklärt.

65. 我國最高法院見解與各國立法趨勢之結果一致

依此見解，在前揭最高法院 80 年度台上字第 2531 號的案件事實中，當上訴人表明系爭土地有他法申請興建，無須再與鄰地合併為申請建照時。應可被認為，被上訴人雖於締約時因誤認系爭土地之重要性質（無須合併鄰地而得申請建照），而原得行使意思表示錯誤撤銷之形成權，因嗣後經上訴人理解被上訴人之本意且經證明無須合併亦得申請，斯時依前揭國際商事契約通則 2010 第 3.2.10 條與歐洲契約法原則第 4:105 條之規定，該撤銷權應可認為受到嗣後相對人之補正行為而排除。因此前述最高法院於本件判決雖於說理上尚有斟酌空間外，但結論上卻與國際契約法統一文件所揭櫫之規範趨勢合流，在學理上與法之續造的角度上，著實令人另眼相看。

然而針對前揭兩部國際契約法統一文件之立法例所處理的問題，我國雖並無相對應之明文規定，但學者間亦不乏有對是項爭點的討論。亦有學者同前結論認為，在意思表示受領人理解且同意表意人內心所意欲時，若依然容許表意人得撤銷其錯誤意思表示，有違民法規定錯誤制度之宏旨，亦與誠信原則有背，因此應排除表意人之撤銷權。¹⁶⁰亦有學者除了前揭瑞士債務法之立法例外，更引用義大利民法典之規定，認同是項見解為誠信原則之具體化結果，進而肯認該立法例規定在我國法亦有適用的相同結論¹⁶¹。由此可知，對於前揭最高法院判決結論與立法例之規範意旨，普遍上，我國學者均認為實屬佳構，惜因我國民法於修訂時並未一併繼受瑞士債法之規定，故僅得以學說闡述之方式落實。本文亦認為，由於我國民法的欠缺明文規定，已造成最高法院在具體個案上適用此法理的困擾，因此如同最高法院 80 年度台上字第 2531 號判決，需迂迴地利用民法第 88 條 2 項「具備交易上重要」的解釋空間，擴張承載此一法理，藉以達成各國法學先進國家與我國學者之精闢見解的適用結果，其用心良苦殊值嘆服。

¹⁶⁰ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 398 - 399；陳聰富，同前揭註 88 文，頁 4。

¹⁶¹ 學者史尚寬於論著中除以瑞士債務法規定例之，更另外引述義大利民法第 1432 條亦有如是規定。惟囿於作者語文能力限制，無法尋得義國之民法典確切規定援引於文中。詳參史尚寬，同前揭著 1 書，頁 370。

第二款 解釋意思表示層次實現補正意旨

66. 擴大解釋交易上重要確為肯認表意瑕疵之補正的一種方法

然除了最高法院利用擴大解釋「具備交易上重要」的方法，或以學說闡釋外國立法例為法理，乃至於利用帝王條款誠信原則之方式，將該良善制度與適用之結果呈現於我國法中外。本文倡議，除了思考直接將是項規定以修法方式明定於意思表示錯誤撤銷制度中，並且在修法明定之前，本文淺見或可考慮透過民法第 98 條的解釋適用，將該規定意旨融入於我國意思表示錯誤撤銷制度中，即可在不致破壞錯誤意思表示撤銷制度之基礎架構，與動輒援用民法第 148 條誠信原則帝王條款的前提之下，賦予該法理一個兼具解釋迴旋空間與實定法律基礎的寓居之處。

67. 民法第 98 條之適用上富有開展性

民法第 98 條明定：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」該規定除有特殊立法目的而有特別規定者外¹⁶²，在解釋意思表示與契約上原則均有適用¹⁶³。解釋方法上，最高法院長期以來依循該院 19 年上字第 28 號判例要旨所述¹⁶⁴：「…解釋當事人所立書據之真意，以當時之事實及其他一切

¹⁶² 學者曾品傑於其論著中認為，民法第 98 條之於消費者保護法第 11 條 2 項的規定，應屬普通法與特別法之關係，方有落實立法意旨與合於「指標性條文」之立法體例的可能。因此在解釋定型化契約條款時，應直接依消費者保護法第 11 條 2 項中「應為有利於消費者保護法之解釋」之規定，而排除民法第 98 條之適用。又如票據法第 7 條為確保票據流通性及促進票據制度的運行，即在票據金額上，當數字與文字不符時，逕行規範以文字為準，不再另外探求當事人真意究竟為何。並且為保證票據文義性的落實，票據制度亦發展出多種解釋方式，用以取代解釋當事人真意之民事法解釋原則。詳參曾品傑，論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費者之適用，收錄於財產法理與判決研究（一）- 消費者保護法專論（1），2007 年 9 月，頁 136 - 142；王志誠，票據法，元照出版有限公司，二版一刷，2007 年 5 月，頁 95、101 - 106；梁宇賢，票據法新論，作者自版，修訂六版，2006 年 4 月，頁 41、51。

¹⁶³ 如保險法第 54 條第 2 項亦以前段探求當事人真義為解釋原則，而在當事人真意無法確認之情形下，方有同項後段「疑義唯利締約相對人之解釋」的適用。關於解釋方式的規定於保險法上的論述，詳參劉宗榮，論保險契約的解釋，刊載於月旦法學雜誌第 159 期，2008 年 8 月，頁 117。亦有不同見解之解釋方法，詳見江朝國，保險法基礎理論，瑞興圖書出版，五版一刷，2009 年 4 月，頁 47 - 48。又關於消費者保護法第 11 條第 2 項與保險法第 54 條 2 項之立法體例與適用上之差異，亦可參酌曾品傑，同前註文，頁 141 - 142。

¹⁶⁴ 另有最高法院 19 上字 58 號判例要旨：「解釋當事人之契約，應於文義上及論理上詳為推求，不得拘泥字面，致失當時立約之真意。」及 19 上字第 453 號判例要旨：「契約應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意。」可供參酌

證據資料為其判斷之標準，不能拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失真意。…」而最高法院 65 年台上字第 2135 號判決之見解，在解釋方法上有其突破性意義，亦受論者肯定與激賞：「…第按解釋契約，應探求當事人立約時之真意，而於文義上及論理上詳為推求當事人之真意如何？又應斟酌訂立契約當時及過去之事實，其經濟目的及交易上之習慣，而本於經驗法則，基於誠實信用原則而為判斷…」¹⁶⁵是項見解與論者所為之評述洵屬的論。而於解釋意思表示場合，特別是在有相對人的情形，除了保障當事人意思自主外尚須兼及相對人的知悉與理解可能性，不宜僅探究真實之表意人真意為準，否則民法錯誤撤銷制度即無存在必要。因此論者認為於此應以規範解釋（Normative Auslegung）的方式為之，亦即平衡考量雙方之利益與危險之合理分配，依其行為客觀上的價值作為認定其意思表示內容與其本意的依據。申言之，規範的解釋方式，需念及相對人的知悉可能性，與是否明知或可得而之，一併參酌磋商過程、交易慣習與誠信原則等加以綜合判斷。¹⁶⁶

一如學者黃茂榮於其大作《法學方法與現代民法》中所述：「…除在當事人雙方對於系爭意思表示的內容有相同了解，而且無類型強制的情形下，才以當事人雙方事實上所瞭解者為準外，通過民法第九十八條所探求之當事人真意，並非表意人事實上所懷之意思，也非相對人就該表示行為事實上所了解之意思，而是由該表示行為，參酌該意思之過程中的附隨情況，所能以及應該被瞭解之意思為準。此即為規範效力說（Geltungstheorie）。正因以規範效力說為準，決定意思表示應發生之效力的內容，所以認為其解釋之結果並不需要與表意人事實上所懷者相同，也不需要與相對人事實上所了解者，相互一致。至於通過規範上之意思表示所得之當事人意思，若與表意人事實上所持之意思，或與相對人事實上所瞭解之意思相違，則所涉及者屬於民法第八十八條所定之錯誤的問題…」¹⁶⁷由此可

¹⁶⁵ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 436 - 437。

¹⁶⁶ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 438 - 439；陳自強，同前揭著 9 書，頁 267 - 269。

¹⁶⁷ 本文於此照錄學者黃茂榮教授之論述，毋寧是此段講述除了詳細描繪在「規範解釋說」下所得出的客觀上表示價值究係為何外，更可貴的是，利用抽象化的文字釐清了該客觀上表示價值與表意人內心的真實意思及相對人理解的表示內容，三者間的差異與互動關係。無奈囿於本文作者才疏學淺學植未深，無法在改作並縮減篇幅之餘同時完整呈現該大作的深厚內涵。據此，苦思良久後，不敢任意改寫曲解意旨，乃以照錄方式呈現以饗大眾，望請見諒。關於

知，僅在所得之客觀上表示價值若與表意人之內心本意有違時，始有意思表示不一致，而生錯誤撤銷制度的適用。然而應值注意的是，上述規範效力說的適用係於「當事人雙方對於系爭意思表示內容無相同瞭解」的前提之下，蓋若雙方對於意思表示內容已有相同瞭解，縱有錯誤，亦屬共同主觀意思的錯誤，在法諺「用語錯誤，無害真意」的解釋即可處理¹⁶⁸，無須再以規範解釋探究表意人之意思。

68. 本文認為本件最高法院之結論亦得藉由解釋民法第 98 條得出

果爾，本文認為在參酌前述各國與國際契約法統一文件之立法例思潮，似乎可藉由前揭學者所闡述的，「若雙方理解之事實一致時，無須再討論客觀上表示價值是否異於表意人內心或相對人瞭解的事實」。將「雙方理解之事實一致」的判斷時點擴大，不限於意思表示當下。申言之，即便在意思表示到達相對人時，該客觀上表示價值與表意人內心或相對人瞭解存有歧異，但在嗣後相對人已各種方法知悉表意人本意並且願意接受後，則可得解釋為「雙方理解之事實嗣後趨於一致」。從而此時無須再探究行為之「客觀上表示價值」，逕依民法第 98 條依表意人之真實本意（同時為相對人所理解之事實），認為雙方內心對於表示內容理解事實一致，解釋為在當事人雙方主觀面向上之合致。易言之，在經過相對人之補正表示後，原本表意人內心真實意思與表示行為在客觀上表示價值的不一致，應可因為相對人實際瞭解表意人內心本意並願意遵循，而可以逕予忽略，並可以將之解釋，為當事人間已無意思表示瑕疵存在。而成為本文所欲達到的，事前意思表示瑕疵，因嗣後相對人補正行為而治癒。

承前所述，本文其所持之理由如下：首先依本文觀察，各國立法例與學者見解均認為，在相對人願意受表意人之本意拘束時，則不應再允許表意人撤銷，以維護誠信原則。¹⁶⁹因此該否定表意人得撤銷之結論，應可被普遍地支持，差異僅在於其適用法律之方式不同耳。例如有學者即似與本文所採之方式相左，氏著中顯然認為表意人仍享有撤銷權，但嗣後受到排除而不得行使。¹⁷⁰與本文認為以解

此部份之論述，另請詳參黃茂榮，同前揭著 96 書，頁 333。

¹⁶⁸ 陳自強，同前揭著 9 書，頁 267。

¹⁶⁹ 史尚寬，同前揭著 1 書，頁 370。

¹⁷⁰ 王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 498。

釋方式嗣後補正原意思表示瑕疵的方式，當事人間已不存在意思表示瑕疵，在結論上均為不得撤銷無異為殊途同歸，實值傾聽。

69. 當事人對契約認知一致下，其法律效果應無不同之理

其次，查其學者間對於意思表示發生效力當時，雖客觀行為與表意人本意容有差池，惟在雙方當事人均存有一致之理解時，仍在最能滿足私法自治原則的指導原則下，尚且認為依雙方之共同主觀意思之內容發生效力。此即為前已提及「用語錯誤，無害真意」之法諺。¹⁷¹雖意思表示錯誤有無，有學者認為判斷時點應落於意思表示成立之時，¹⁷²然而揣測其緣由，應不外為分配表意人與相對人之風險。因此，蓋相對人通常對已成立之意思表示容有信賴應受保護，不得容認表意人任意反覆，因此需透過錯誤撤銷制度的方式管控交易安全。果爾，吾人可謂在意思表示成立後，民法第 88 條以降對於表意人所設之種種屏障與門檻，均屬於保護相對人交易安全的權利範疇。因此，若於意思表示成立後，相對人自甘放棄其權利範疇，而願依表意人內心真實本意發生效力時，此時則若再強認當事人間有意思表示瑕疵，即屬累贅。因此本文認為，在此種特別的情形下，相對人若嗣後願意依表意人本意而發生效力時，此時雙方對於意思表示之理解已趨於一致，已然無異於前揭學者所述的，意思表示成立時雙方共同主觀意思一致之情形。於此，似應做相同之規範密度，亦即認為，該意思表示因事後相對人之補正行為（理解並接受表意人本意）而使得原有之意思表示瑕疵治癒，進而受有與「雙方共同主觀意思一致」之相同對待。¹⁷³

70. 固守解釋先行於撤銷原則

最後，在民法第 88 條判斷表意人有無撤銷權，並是否應予排除行使權利前，先行以民法第 98 條解釋當事人是否有錯誤之情事，探就有無自始毋需撤銷必要

¹⁷¹ 陳自強，同前揭著 9 書，頁 267；王澤鑑，同前揭註 4 書，頁 439 - 440；史尚寬，同前揭著 1 書，頁 362；陳榮傳，同前揭著 49 書，頁 87。

¹⁷² 史尚寬，同前註，頁 359。

¹⁷³ 亦有類似見解認為，於此情形應屬於原先之意思表示無錯誤可言的情形。令學者陳自強亦認為兩者間實際上以傳統上之誠信原則，與解釋當事人真意的方式，應可達成相同結果。詳參黃鈺慧，意思表示錯誤之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1992 年 1 月，頁 204；陳自強，同前揭註 23 文，頁 333。

之可能。此種審理順序，同時合乎於學者所強調的「解釋先行於撤銷原則」¹⁷⁴。如此將無須再糾纏於客觀上意思表示有無一致之爭點，不至於落入錯誤意思表示撤銷制度的問題，更無須在冒著法無明文可恃的困局下，強行解釋排除一個法律明定表意人享有撤銷權之既存事實。

71. 小結：前揭判決背後之法理得由民法第 98 條所涵括並落實

綜上所述，回歸前述最高法院 80 年度台上字第 2531 號判決之案件事實中，由於被上訴人買受系爭土地時，係以買受「無需與鄰地合併興建之土地」為其意思表示之本意。雖嗣後知悉該建照申請仍需與鄰地合併為之，而有意思表示動機上之錯誤，然該錯誤係存於得否興建等關於土地之重要性質上，又無論自主客觀角度審視下均應認為具有交易上重要性。從而原則上，被上訴人在證明其無過失之後，應得行使撤銷權。然上訴人嗣後經證明，系爭土地實有無須合併亦得興建之可能，並仍願意以無須合併興建的前提下，與被上訴人維持買賣關係的存續。因此，在前揭本文所述，是上訴人之行為，應為對於當事人間錯誤意思表示之瑕疵補正，因而致使當事人間契約合意之標的，乃由原本有瑕疵之「需合併興建之土地」補正為雙方當事人內心共同主觀意思之「無須合併興建之土地」。從而可認為，經此補正使得原本之瑕疵錯誤意思表示因而治癒，嗣後被上訴人諒不得再以，該意思表示於內心真實本意（無須合併興建）與表示行為之客觀上表示價值所理解的（需合併興建）發生齟齬，進而主張錯誤撤銷意思表示。

因此，對於最高法院 80 年度台上字第 2531 號判決之結論，本文敬表贊同，並認為最高法院在衡平個案正義上所作之努力，顯然具備各國立法態勢之優越敏感度，誠值感佩。然就其構成理由上，本文認為最高法院與其以擴張解釋「交易上重要」之方式，並非顯不可採，但除此之外或可嘗試本文所倡議之，利用民法第 98 條解釋當事人真意下，認為當事人間意思表示在經補正後已無瑕疵，根本地將本件排拒於錯誤意思表示制度之外。如此將無過度擴張「交易上重要」的疑慮，合於我國學者重視解釋優先之意旨，更無須逕以學說方式衝撞條文明定之撤銷權，並且與國際立法趨勢合流。是項見解，亦對於錯誤制度之學理精粹的引介

¹⁷⁴ 陳自強，同前註 9 書，頁 262。

與實際落實，更有些許助益，並藉此刺激我國學界對於錯誤意思表示之學說精緻化的發展與續造，尚祈各界在適用之餘不吝指正與再造。

72. 修正撤銷要件的過猶不及與補正制度作為保障交易安全的替代手段

綜合本章以上內容，本文認同學者解讀我國民法意思表示瑕疵制度，既已跟隨德國立法例，採取折衷見解之立法態度。自然，於意思表示瑕疵之場合，當應依各該法律事實所該當之構成要件，而適用其法律效果。然而本文更認為，在面對錯誤意思表示得否撤銷的認事用法上，應當體認錯誤撤銷制度之於「當事人意思自主」與「交易安全保障」的兩價值拉扯上的定位為何。本文淺見以為，當事人之內心意思，若隨著契約進程的發展越深入於契約構成中，則當事人意思自主的保障就應當漸次的弱化，而趨向於交易安全的保障。舉例言之，當事人要約的撤回，在相對人為因此生有信賴的情形下，即應容許有撤回的可能；然而若既已雙方合意成立契約後，則一方若欲脫離契約，除有法定解除事由外，均應經相對人同意之合意解除方能保障交易安全。可知隨契約發展的程度，意思自主與交易安全保障的平衡點，應呈現流動而有所不同。

因此，在錯誤意思表示上，本章第一節所欲討論的宗旨，即為針砭當下我國民法適用錯誤意思表示時所呈現的「過猶不及」。對於錯誤應具備交易上重要的問題上，雖本文認同實務學說所認為的應同時具備客觀上及主觀上交易重要始可，但若以社會通念上之理性第三人作為客觀上交易重要的判準，則似乎對於錯誤意思表示之人失之過苛。除此，民法第 88 條第 1 項但書所定之過失要件，則在實務與學說聯手闡釋下，更使錯誤撤銷制度更行動彈不得，近乎毫無適用的可能性。因此本文認為，雖本章第二節中倡議以承認與解釋意思表示的方式，限制表意人有違誠信的撤銷權行使，但仍舊無礙於吾人應正面處理錯誤撤銷制度之要件本身所存有過度苛刻的問題。綜上，因此本文認為，我國民法第 88 條所揭櫫之意思表示錯誤撤銷制度本身，因長期適用之結果，在解釋論上已然使得錯誤撤銷制度的適用頗為窒礙。因此當對於客觀上交易重要的認定，以及過失要件的判斷予以鬆綁。此項改變雖將致表意人的錯誤撤銷更顯容易，但本文認為，除了可以利用本章第二項所倡導的承認制度與解釋意思表示方式限制外，更或可大開大闢的肯定，在長期以來過度強調交易安全的價值判斷之際，似乎已有呼籲加強維護當事人意思自主價值的必要。



第三章 履行階段之補正制度

第一節 建構瑕疵修補制度之請求與抗辯

73. 物之瑕疵擔保責任與不完全給付之並存與問題

按買賣契約依民法第 345 條第 1 項規定：「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。」其中對於出賣人之主給付義務¹⁷⁵，民法第 348 條以下亦定有明文：「物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。(第一項)權利之出賣人，負使買受人取得其權利之義務，如因其權利而得占有有一定之物者，並負交付其物之義務。(第二項)」又若出賣人未依債之本旨而為給付，意即給付存有瑕疵時，按現行我國最高法院穩固見解可知，買受人得於符合各該構成要件下，依民法第 227 條之不完全給付有所請求，亦得主張民法第 354 條以下所定之物之瑕疵擔保責任，請求出賣人減價、另行交付無瑕疵之物，或是解除契約乃至於損害賠償。然而，究竟民法第 227 條所定之不完全給付，與各種之債中的買賣物之瑕疵擔保責任，其關係究系為何？此問題涉及學說上對於物之瑕疵擔保責任之定位問題，尤其複雜，容後再述。

惟在觀察我國最高法院歷來所為之判決，除了能夠藉由最高法院 94 年度台上字第 2352 號等¹⁷⁶判決要旨：「…按物之瑕疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任，其法律性質、構成要件及規範功能各不相同。因物之瑕疵而解除契約，與因不完全給付而解除契約，兩者有別…」，明顯地感受到最高法院對於兩相制度間，嚴格區辨的態度。不僅於此，更可觀察得知最高法院對於瑕疵發生於締約後，出賣人同時構成不完全給付與需擔負物之瑕疵擔保責任時，兩制度間所生之請求權，應屬得由買受人擇一請求權自由競合¹⁷⁷的關係¹⁷⁸。諸如最高法院 91

¹⁷⁵ 主給付義務有學者認為即契約成立之要素，係為契約成立固有必要，並決定契約類型之基本義務，除此之外也同時是意思表示合致契約成立之必要之點。然有學者對於契約必要之點容有不同見解，其不同點在於，氏認為必要之點除契約要素外，另應包涵未經排除之常素與經表示之偶素。詳細論述與差異請分別參照，王澤鑑，同前揭註 103 書，頁 39 - 40、210；邱聰智，新訂民法債編通則（上），作者自版，新訂一版修正二刷，2003 年 1 月，頁 45。

¹⁷⁶ 類似見解亦可見最高法院 97 年度台上字第 1817 號判決及 93 年度台上字第 1507 號判決等。

¹⁷⁷ 按學者王澤鑑所闡述請求權競合之意涵，乃基於同一基礎事實發生兩個獨立並存之請求權，債權人得擇一行使，而消滅另一請求權。然若其中某一請求權基於目的以外之原因而不能行

年度台上字第 666 號判決：「…瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除應負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。」即為適例。¹⁷⁹

從而，在考量現行買受人於買賣契約標的物存有瑕疵之場合時，按前揭我國實務固有見解，有自由選擇主張不完全給付或物之瑕疵擔保責任的可能。因此若要完整論及，買賣契約存有瑕疵給付是否應修補先行時，則不可迴避地必須依照我國現有債編總論及各論之相異制度，分別地就各該特殊成立要件與適用現況，分別論述。正視我國現行處理買賣契約瑕疵給付制度上兩立的現實，俾使討論內容與所得之結論，不因過度偏廢其中特定制度，而使得最終兩者並行適用的結果發生法律制度內在體系對於契約存續性的尊重程度，或是就是否蘊含補正優先的價值產生不一致情形。¹⁸⁰蓋依本文淺見，在建構法律制度時，亦應當體認兩相時常相提並論之制度，雖其中所蘊含之價值與內在體系並不必然必須一致。然若實際運用上兩者間不可避免、常態性地，被並列適用於同一基礎事實時，在考量兩者間的制度設計上，雖不必完全依附著相同的內在體系與價值，但至少需兩相對照，不能發生嚴重齟齬矛盾的情形。¹⁸¹據此，本文以下即依買賣契約履行存有瑕疵時，依我國現行民法債編總論與各論買賣契約之對應規定，區分為「民法債編各論之補正先行抗辯權」與「民法債編總論之修補先行請求權」兩標題，分而述之。企圖以伴隨著國際契約法統一文件所引領的晚近立法思潮，並觀察深刻影

使時（氏以時效消滅例之），他請求權仍得存續行使。關於請求權競合之其他學說與種類，可參閱王澤鑑，基礎理論，作者自版，1983 年 11 月，頁 85 - 88；王澤鑑，侵權行為法 - 基本理論一般侵權行為，作者自版，初版 13 刷，2008 年 3 月，頁 88 - 94。

¹⁷⁸ 對此學者亦有相同之觀察，詳參曾品傑，債務不履行之新風貌，刊載於台灣本土法學雜誌第 77 期，2005 年 12 月，頁 186 - 190；陳自強，同前揭註 25 文，頁 200 - 201。

¹⁷⁹ 最高法院 94 年度台上字第 776 號亦有類似見解：「…又出賣人就其交付之買賣標的物有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任…」

¹⁸⁰ 學者黃茂榮對於內在體系之理解，簡言之乃指法律制度中所蘊含之價值觀點，如私法自治、契約自由、過失責任主義等。該內在價值透過抽象化之條文、明定之權利義務或法律關係，而體現於客觀表徵。因此在構築法規框架或解釋適用時，均應依循實定法之規定並與其中所涵之內在價值，交互作用交錯影響，進而得出一個合於此等上位價值的結論。關於內在體系之詳細講述另請參閱黃茂榮，同前揭著 96 書，頁 752 - 760。

¹⁸¹ 雖有學者觀察角度與本文容有些許差異，但就其見解於結論與本文相去不遠。詳參陳自強，民法講義 II 契約之內容，學林文化出版，初版二刷，2004 年 9 月，頁 159 - 160。

響我國財產法立法與學說脈動之德國法規定，耙梳我國近來最高法院與學說見解，嘗試以解釋論方式，在修法前建構符合我國民間社會與各國民事法思潮之妥切對應解釋方法。

第一項 瑕疵補正抗辯權

第一款 顯失公平作為我國法上解除契約之終局性積極要件

74. 維持雙方之對價衡平乃源自羅馬法時代之精神

我國民法第 354 條以下所定買賣物之瑕疵擔保責任，就其性質為何，學說上未嘗沒有不同見解¹⁸²，然而依既有文獻研究觀察，被視作當代通說見解之對價均衡說以為，買賣契約之締結乃係基於主觀上，買賣交易雙方對於該標的物及金錢之均衡，進而合意締結買賣契約。從而對價平衡買賣雙方給付與對待給付之關係，若因給付標的物存有瑕疵時，則該約定價金與標的物之均衡即受破壞，因而令出賣人負瑕疵擔保責任，藉由減價、損賠或解除契約之方式介入買賣雙方，使買賣標的物與價金回歸均衡之狀態。¹⁸³從而若出賣人給付有瑕疵之物而符合法定要件應負瑕疵擔保責任時，此時買受人自得依民法第 359 條、第 360 條及第 364 條之規定請求減少價金、解除契約、損害賠償或於種類物之債時得請求另行交付無瑕疵之物。有研究顯示，此等制度設計乃因我國瑕疵擔保責任不但是繼受 1900 年德國民法之瑕疵擔保設計，追本溯源地，深究該制度設計思維，更是源自於羅馬法市政官救濟制度蒐羅當時市場交易之通俗慣習，進而將其編纂明示於「告示條款」中。益見我國買賣契約物之瑕疵擔保責任的規定，除了直接地繼受了現代德

¹⁸² 學者邱聰智於其論著中整理關於瑕疵擔保責任之法理基礎的各種說法，按氏著中所劃歸之分類，共有「默示擔保契約說」、「權利供與義務之不履行說」、「瑕疵告知義務之不履行說」、「保護買受人期待之特殊責任說」及「維持有價契約之交易安全說」，惟物之瑕疵擔保責任之基礎法理並非本文所欲討論之重要爭點，囿於篇幅無法逐一釐清，從而相關講述請參閱，邱聰智著、姚志明校訂，同前揭註 12 書，頁 96。亦有學者之分類方式，除於此提及之「對價均衡說」外另有「不可抗力責任說」、「契約基礎喪失說」、「瑕疵告知義務不履行說」、「權利供與義務不履行說」、「保護買受人期待之特殊責任說」及「默示擔保契約說」等，其詳細之說明可參閱：黃茂榮，買賣法，植根法學，2002 年 5 月，頁 77 - 84。

¹⁸³ 馮韋凱，同前揭註 110 文，頁 7 - 9；李元轟，我國住宅瑕疵之法律問題-以凶宅為例，國立海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2011 年 7 月，頁 16 - 20。

國法制外，更是間接地深受西元前兩世紀羅馬法時代的法制思維所影響。¹⁸⁴

75. 我國與德國均曾經出現擔保說與履行說之論戰

除上述法律效果外，若當事人負有物之瑕疵擔保責任時，得否請求出賣人修補標的物，更甚者，得否依債務不履行相關規定有所請求，則不無疑問。此涉及特定物出賣人是否有給付無瑕疵標的之義務，及瑕疵擔保責任之性質地位為何？我國傳統上沿襲著德國法上著名學說爭議¹⁸⁵，而素有履行說及擔保說之不同見解。擔保說認為買賣標的物危險移轉時，出賣人不具有給付無瑕疵標的物之義務，僅需交付依當時現狀存在之特定物已足，縱系爭標的物存有瑕疵仍無礙於出賣人已依債之本旨提出給付的結果。¹⁸⁶此等結論可由即使標的物存有瑕疵，該出賣人仍不致陷於給付遲延而有債務不履行可見一斑。¹⁸⁷物之瑕疵擔保責任係為買賣標的物有瑕疵時，原出賣人責任轉化為物之瑕疵擔保責任，由買受人擇定上述瑕疵擔保責任之救濟方法而為請求。

反之亦有履行說認為，出賣人有交付無瑕疵之物與買受人的義務¹⁸⁸，否則即未依債之本旨履行。其係考量買受人支付價金即以期待獲得無瑕疵之物為目的，且不應以系爭標的物為特定物或種類物，而區分出賣人之是否於契約關係中應否負擔給付無瑕疵之物的債之義務。¹⁸⁹依一般人民法感情及誠信原則角度以言，難以想像出賣人以有瑕疵之物作為給付，作為已克盡其義務的給付。常情上若當事人間未特別約定下，其買受人所期待受領之標的物品質，即應為無瑕疵之物。其

¹⁸⁴ 關於羅馬法時代所揭櫫之物之瑕疵擔保責任，與當代德國法制與我國民法的物之瑕疵擔保責任，其間之建構法律的立法活動互動關係，詳細研究成果另可參閱陳自強，同前揭註 24 文，刊載於月旦法學雜誌第 212 期，2013 年 1 月，頁 159 以下。

¹⁸⁵ 黃立主編、楊芳賢負責撰寫部份，同前揭註 5 書，頁 52 - 55；詹森林，物之瑕疵擔保、不完全給付與買賣價金之同時履行抗辯，收錄於氏著民事法理與判決研究（二），作者自版，初版一刷，2003 年 4 月，頁 105 - 106；詹森林，德國二 0 0 二年新買賣法之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2004 年 11 月，頁 3。

¹⁸⁶ 林誠二，同前揭註 10 書，頁 117 - 118；王澤鑑，物之瑕疵擔保責任，不完全給付與同時履行抗辯--高等法院七十七年四月十九日第七次民事庭會議決議之檢討，刊載於萬國法律第 41 期，1988 年 10 月，頁 4。

¹⁸⁷ 孫森焱，民法債編總論下冊，作者自版，2009 年 2 月，頁 567；黃茂榮，前揭註 182 書，頁 466 - 472。

¹⁸⁸ 史尚寬，同前揭註 3 書，頁 46。

¹⁸⁹ 王澤鑑，同前註 186 文，頁 4。

次，不得僅因特定物買賣未如民法第 364 條第 1 項之明文，隨即論斷特定物之出賣人沒有給付無瑕疵標之物的義務，¹⁹⁰並且承前所述，我國買賣法制之被繼受德國民法的現代化過程中，對於此項爭論亦有反思。參酌德國民法 2002 年民法修正後更將出賣人有給付無瑕疵之物的義務明定於第 433 條第 1 項¹⁹¹中，以立法論之方式明確採行履行說見解。¹⁹²而對於德國民法此項突破性之修法，有學者評述此等原則的確立，應非前無古人之創見，實乃為回復古典時期羅馬法買受人訴權所確立「買受人無瑕疵給付義務」的思維¹⁹³。此項比較法上之趨勢，亦值串連地深受德國法與羅馬法影響的我國觀察與重視。

76. 買受人獲得補正機會漸成學說實務之大勢所趨

相較於前述深究物之瑕疵擔保責任之法律性質的概念爭點，探討出賣人給付瑕疵物之時有無修補義務，毋寧是對於人民適用買賣契約規定時，更具區辨實益的議題。按我國民法對於買賣契約物之瑕疵擔保責任上，向來特定物出賣人即無修補瑕疵之義務，諒其見解的原因之一，同前所述亦復受到 1900 年德國民法解讀羅馬法制之結論所致。¹⁹⁴故而傳統上我國學界與實務見解對於物之瑕疵擔保責任與債務不履行之關係，則理解為應嚴格區別之獨立兩種制度，個案上均符合物之瑕疵擔保責任與債務不履行要件時，即宜解為請求權競合。¹⁹⁵惟有認為此將破壞瑕疵擔保責任完整性之虞，且於容許當事人間協議或於合乎誠信原則下得例外請求補正已足，無須變動現有制度肯認買受人依不完全給付請求補正。¹⁹⁶惟亦有

¹⁹⁰ 姚志明，債務不履行 - 不完全給付之研究，元照出版，修訂版，2000 年 12 月，頁 131 - 137。

¹⁹¹ See BGB § 433 *Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag* : (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

¹⁹² 姚志明，民法債務不履行之新開展，刊載於月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月，頁 93 - 94。

¹⁹³ 陳自強，同前揭註 24 文，頁 168 - 170。

¹⁹⁴ 蓋承前所述，關於我國與 1900 年德國民法關於瑕疵擔保責任制度的規範，早於古典時期羅馬法時代所公告曉諭之「市政官救濟制度告示條款」即已有雛型。然而於告示條款中，對於瑕疵給付時，買受人僅得請求減少價金、解除契約與損害賠償，並無瑕疵修補之類型效果的建構。毋庸置疑地，對於 1900 年德國法排斥買受人有瑕疵修補請求權，按其緣由絕非僅為依循羅馬法之教示，而必然有其他考量。惟就其他考量，則於我國相關教課書中已有詳實闡述，因此就沿襲羅馬法之制度宏旨的研究，可參酌於陳自強，同前註，頁 166。

¹⁹⁵ 邱聰智著、姚志明校訂，同前揭註 12 書，頁 141。

¹⁹⁶ 王澤鑑，同前揭註 186 文，頁 9；類似見解，黃立主編、楊芳賢負責撰寫部份，同前揭註 5 書，頁 61 - 63。

採法條競合說論者認為，物之瑕疵擔保責任性質上仍屬於債務不履行，實則為民法第 227 條不完全給付之特別規定，若當事人符合物之瑕疵擔保責任要件，得適用民法第 359 條、360 條及第 364 條之法律效果時，該部分依特別法優於普通法原則而排除不完全給付之適用。¹⁹⁷¹⁹⁸

惟觀察晚近學者與實務之見解，似乎因實際社會生活之需要，而使本來歧異之法律見解日漸收攏，從而對買受人主張瑕疵修補請求權多持開放肯定的態度，此可由不論認定瑕疵擔保責任之性質為何，均多肯認得透過不完全給付制度請求出賣人修補瑕疵可見一斑。¹⁹⁹然而探查我國最高法院見解亦認為特定物物之瑕疵擔保責任與不完全給付，為法律性質、構成要件及規範功能各不相同之個別獨立相異制度。²⁰⁰在可歸責於出賣人而給付瑕疵物時，買受人除瑕疵擔保責任外，尚得依債務不履行有所請求。最高法院 77 年第 7 次民事庭會議決議即認，若出賣人應負不完全給付之責時，買受人得依給付遲延規定請求出賣人修補瑕疵，明確肯認買受人於危險移轉後²⁰¹得依不完全給付制度請求修補瑕疵。²⁰²²⁰³對此學者一

¹⁹⁷ 惟亦有學者對於法條競合說之論述提出回應認為，通說（請求權自由競合說）承認不完全給付與瑕疵擔保責任制度之競合，緣藉此承認買受人在合於不完全給付型態時，得主張瑕疵修補請求權。惟法條競合說若認為，物之瑕疵擔保責任作為不完全給付之特別規定，則是否因特別規定排除普通規定的原則下，因而排除買受人依不完全給付之規定，而請求瑕疵修補的機會。參陳自強，同前揭註 178 文，頁 202。

¹⁹⁸ 關於兩制度不完全給付與物之瑕疵擔保責任間之關係為何，其學說見解的整理亦可參酌蔡晶瑩，不完全給付與物之瑕疵擔保規定之適用關係－德國現行之體系與規定研究成果報告，民國 99 年行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2010 年 9 月，頁 5。

¹⁹⁹ 詹森林，不完全給付，收錄於氏著民事法理與判決研究（二），2003 年 4 月，頁 173。

²⁰⁰ 一如前已提及最高法院 97 年度台上字第 1817 號判決、94 年度台上字第 2352 號及 93 年度台上字第 1507 號判決，以及亦可參閱劉春堂，判解民法債編通則，三民出版，修訂六版二刷，2011 年 2 月，頁 239－240。

²⁰¹ 另危險移轉前出賣人是否負瑕疵擔保責任亦不無疑問，最高法院採肯定見解。參最高法院 95 年度台上字第 39 號判決，其判決要旨略述如下：「……物之瑕疵擔保規定，原則上固於危險移轉後始有適用，但出賣人既有給付無瑕疵物之義務，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，……，物之瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，應認為在危險移轉前買受人即得行使擔保請求權，並得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜……」。其它實務見解整理可參閱：曾品傑，論買受人於危險移轉前發現瑕疵之權利救濟－最高法院相關判決評釋，刊載於法學新論第 4 期，2008 年 11 月，頁 1－21。

²⁰² 最高法院 77 年第 7 次民事庭會議決議(一)：

「決議：出賣人就其交付之買賣標的物有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。買受人如主張：

一、出賣人應負物之瑕疵擔保責任，依民法第三百六十條規定請求不履行之損害賠償；或依

方面肯定我國最高法院對於兩制度請求權的自由競合，乃富有依當事人過咎程度而差異其承擔被請求時效的相稱結果。並進一步認為不完全給付應該及於自始瑕疵之類型，用以縫補民法第 354 條以下對補正請求權的闕漏。²⁰⁴

77. 最高法院肯認補正有助於契約雙方之權利保護

然而承前所述，向來最高法院謹守於嚴格區分瑕疵擔保責任與不完全給付兩制度，並且僅肯定買受人於構成不完全給付時得依其規定主張瑕疵修補。據此，吾人可解讀為，依據最高法院之固有見解買受人尚不得依據物之瑕疵擔保制度而請求修補瑕疵，至多僅得依民法第 359 條請求解除逃脫契約拘束，或依同條及第 360 條請求減價或損害賠償，最高法院緊貼物之瑕疵擔保責任之文義及制度設計，又肯認兩制度的並行。在學界認為不完全給付與物之瑕疵擔保責任得並存行使的最大實益，毋寧就是賦予買受人有機會得主張瑕疵修補請求權下，²⁰⁵足見我國最高法院在適用法律時所念茲在茲的，不但合於前揭法制史上之羅馬法意旨，更無寧是走在著眼於買受人最大利益的正途上。

78. 解除契約於瑕疵擔保制度上具有之劣後性

又物之瑕疵擔保責任，其目的係為調和買賣契約雙方當事人之對價衡平。因此若當事人間買賣契約在個案上陷於交易對價嚴重失衡狀態，且難以藉由減少價金的方式調整時，則買受人非不得依物之瑕疵擔保責任所賦予之法定解除權解除契約，此於民法第 359 條訂有明文。查其規範方式，在維繫契約存續效力的考量上，解除契約與減少價金誠為法律效果相互矛盾之規範，買受人理論上僅得擇一行使減少價金或解除契約。²⁰⁶反之若減少價金即足以調整當事人間之對價衡平時，

同法第三百六十四條規定請求另行交付無瑕疵之物，則在出賣人為各該給付以前，買受人非不得行使同時履行抗辯權。

二、出賣人應負不完全給付之債務不履行責任者，買受人得類推適用民法第二百二十六條第二項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。又種類之債在特定時，即存有瑕疵者，出賣人除應負物之瑕疵擔保責任外，並應負不完全給付之債務不履行責任。併此說明。」

²⁰³ 詹森林，前揭註 199 文，頁 173；姚志明，契約法總論，作者自版，初版一刷，2011 年 9 月，頁 189 - 190。

²⁰⁴ 曾品傑，同前揭註 29 文，頁 31 - 34。

²⁰⁵ 陳自強，同前揭註 178 文，頁 202 文。

²⁰⁶ 劉春堂，民法債編各論（上），作者自版，初版一刷，2003 年 9 月，頁 75；林誠二，民法債

在解除契約及減少價金均能夠調整對價衡平的相同條件下，自應優先適用能夠維持契約存續的減少價金，顯然較為適當。因此，民法第 359 條但書即明文規定，若解除契約有顯失公平之情事者，僅得減少價金不得解除契約。

79. 通說實務就顯失公平之內涵認定漸趨一致

惟條文中所謂顯失公平，係為不確定法律概念，究其所指為何，個案適用上之射程範圍則不無疑問。有論者以為於此顯失公平乃指，解除契約對於出賣人之損害顯大於瑕疵對於買受人之損害而言，解除契約將致出賣人之重大不利益，且得由減少價金方式維持對價衡平性時，即不宜貿然允許買受人解除契約。²⁰⁷同前見解者，亦有將該條之顯失公平解讀為，契約瑕疵存在不能達契約之目的或對買受人已然無利益可言者。此時得依具體個案狀況斟酌交易習慣，判斷該瑕疵對於買受人之不利益與解除後對出賣人之不利益，兩者間顯然失衡者，應不許買受人解除契約。²⁰⁸有論者則以個案判斷該瑕疵對於標之物之價值、效用乃至品質等有無重大妨礙，若可認為有顯失公平時，方得解除契約。²⁰⁹而實務上多以瑕疵對買受人所生之損害與解除對出賣人所生之損害有失均衡而言²¹⁰，判斷買賣當事人間是否有明顯失衡的情形²¹¹。且應注意者為，物之瑕疵擔保責任係為均衡當事人間之給付與受領標之物之對價衡平，從而應以調整當事人間之衡平性為考量重點，不得僅以現況下之瑕疵影響輕微，遽認損害較小不得解除契約。²¹²

編各論（上），瑞興圖書，修訂二版，2003 年 7 月，頁 145。

²⁰⁷ 劉春堂，同前註，頁 63。

²⁰⁸ 黃茂榮，同前揭註 182 書，頁 123。

²⁰⁹ 邱聰智著、姚志明校訂，同前揭註 12 書，頁 120。

²¹⁰ 最高法院 93 年度台上字第 1448 號判決，其判決要旨節錄如下：「所謂解除契約顯失公平，係指瑕疵對於買受人所生之損害與解除契約對於出賣人所生之損害，有失平衡而言。」，又最高法院 92 年度台上字第 2360 號判決、88 年度台上字第 711 號判決、73 年度台上字第 4360 號均同此見解；另可參閱林誠二，同前揭註 206 書，頁 137；史尚寬，同前揭註 3 書，頁 36。

²¹¹ 姚志明，物之瑕疵擔保責任之研究，收錄於民事法理論與判決研究（一） - 不完全給付與瑕疵擔保責任，2009 年 11 月，頁 36。

²¹² 最高法院 93 年度台上字第 80 號判決，其判決要旨如下：「...惟所謂『顯失公平』，應就買賣雙方因契約解除所生損害或所得利益，加以衡量，非得僅以其使用現況影響輕微，遽認買受人之損害較小，進而謂買受人解除契約有失公平。」

80. 以軟體工程案為例 - 最高法院 93 年度台上字第 1825 號判決

承前所述，法院審理買受人依據物之瑕疵擔保責任而為解除契約時，該顯失公平所指何，是否需考量出賣人有無修補意願及能力等，最高法院 93 年度台上字第 1825 號判決清楚闡述最高法院向來見解。查該判決之主要事實，上訴人寰廣實業股份有限公司(全文下稱寰廣實業)與被上訴人旭佑管理顧問有限公司(旭佑公司)，先後就系爭資訊軟體締結「代理銷售契約」、「測試版軟體買賣契約」及「原始軟體授權契約」。因上訴人於被上訴人交付系爭軟體後，始發現系爭軟體係為瑕疵物之給付，且經被上訴人派員多次維修未有改善。上訴人即以存證信函依有償契約準用買賣契約規定，遂依物之瑕疵擔保責任規定解除代理銷售契約及附屬之原始軟體授權契約，嗣後再以起訴狀中解除測試版軟體買賣契約。本件經台灣高等法院 88 年度重上字 499 號判決：「…上訴人未舉證證明上開瑕疵是否達不符通常效用之程度，可否維修，旭佑公司是否拒絕維修？於上訴人未限期通知旭佑公司維修補正之前，因系爭軟體有上開瑕疵即解除契約，顯失公平…」判決上訴人因未限期通知被上訴人維修，逕以物之瑕疵擔保責任解除契約顯失公平，難認已解除系爭契約。

惟本件經上訴後，最高法院就解除契約有無顯失公平，及是否須經通知補正後始得按物之瑕疵擔保責任解除契約，則依循向來見解持反對態度而作成 93 年度台上字第 1825 號判決，其判決要旨略以：「…買賣因物有瑕疵，而出賣人應負擔保之責者，除有顯失公平之情形外，買受人即得解除契約，並無先行通知出賣人補正或修繕之必要，…而所謂解除契約顯失公平，係指瑕疵對買受人所生之損害，與解除契約對出賣人所生之損害，有失平衡而言。原審就系爭軟體之瑕疵對上訴人所生損害，及解除契約對旭佑公司所生損害是否有失平衡，未予調查審認，徒以上訴人未先通知旭佑公司維修，即認其解除契約顯失公平，亦有可議…」最高法院在判斷民法第 359 條解除契約有無顯失公平上，其解釋內涵並不及於買受人有無催告請求瑕疵修補，或出賣人對於瑕疵物有無修補之意願及能力。

前述判決係為物之瑕疵擔保責任得否解除契約之典型案件，觀察案件審理歷程明顯可知：最高法院與原審法院於本件中就民法第 359 條顯失公平究何所指存有相異見解。且本件被上訴人曾維修瑕疵物，若假設該瑕疵物係具有修復之可能，

並且被上訴人亦有修補意願時。此時上訴人若仍執意解除契約，則該解除契約之形成權行使是否存有顯失公平，至少觀察本件判決基礎事實的審查歷程可知，最高法院與原審法院對其即有矛盾見解的存在。又我國判決實務既然曾經存在著認許此為顯失公平不得解除之法律意見，何以高等法院會萌生此舉，其背後所蘊含之法理基礎究係為何？是否在比較法或國際契約統一文件上，可尋獲足以支撐此等見解之立法先例。果爾，則該比較法或國際契約統一文件中之相關規範，對於我國物之瑕疵擔保制度的續造有何等之啟發空間，或於解釋適用上有無應予修正或排除適用之餘地。以下，本文嘗試以我國買賣契物之瑕疵擔保責任之相關規定，探究在文義上雖無明定買受人瑕疵修補請求權的前提下，思考得否在我國民法再次修正以前，利用解釋適用的方式援引比較法上之瑕疵給付補救制度。目的在將比較法上之特有制度納入我國法而為操作，並且適度修正免於對其他制度造成過多衝突，以作為平衡出賣人與買受人維繫契約存續與保障買受人履行利益之手段。

第二款 立即補救作為國際法上解除契約之終局性消極要件

81. 兩大國際契約統一文件中均有補正制度之身影

於本文中一再提及之國際商事契約通則 2010 中，關於債務不履行（包含我國瑕疵給付之型態）之補正，除由通常為債權人之債務不履行受損人得依該通則第 7.2.3 條²¹³準用第 7.2.1 條及 7.2.2 條請求修補外。相較於我國債法上較為新穎之觀念在於，不履行之當事人得於瑕疵給付或遲延給付發生後，即刻主動承擔費用補救其瑕疵。²¹⁴此種債務不履行後，賦予不履行之一方得為契約之圓滿履行而積極努力的補救制度，於國際貿易法上並非獨見於國際商事契約通則 2010 中，

²¹³ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.2.3

²¹⁴ *Id.*, art. 7.1.4: *Cure by non-performing party*: Para. (1) The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that (a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure; (b) cure is appropriate in the circumstances; (c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and (d) cure is effected promptly. Para. (2) The right to cure is not precluded by notice of termination. Para. (3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non-performing party's performance are suspended until the time for cure has expired. Para. (4) The aggrieved party may withhold performance pending cure. Para. (5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

聯合國國際商品買賣契約公約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods）中第 48 條亦見有相同之補救概念。²¹⁵由前揭國際契約統一文件與國際公約，尤其以國際商事契約通則 2010 中設有對於債務不履行之人的健全補救制度，儘量維持契約之存續安定且有效性，不輕易因情節輕微之債務不履行，隨即撼動契約之效力。²¹⁶顯見係對於國際貿易上，商人間所締結之商事契約，對於維持契約安定有效係有較高之需求。

蓋就締結難易度上，商務契約不若國內企業交易甚或一般日常生活中發生之交易契約般容易，故制度上多珍視締結得來不易之有效國際商事契約，不應輕易令其失效。另商事契約之約定內容價額通常偏高，若對於提出履行已準備妥當，僅因一時輕忽所造成之債務不履行致使契約失其效力，補救之可能僅繫於相對人是否請求補正、求償甚或解除契約而處於被動地位，如此不但亦生締約期間交易成本的浪費²¹⁷，個案上更可能造成不履行之一方因解除契約而使貨物難以變價蒙受重大損失，使得出口商忌憚於隨之提高的交易風險而冷卻國際貿易的發展。從而不履行方有機會於債務不履行後，憑藉一己之力，自費以合理方式施以補救，且明定補救期間內他方不得解除契約，以達維持契約安定且有效之目的確有其必要。國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條所揭櫫之補救制度，即應映前揭之立法背景，特別重視依賴並維持既存契約（favor contractus）之效力，並且孕育而生修補

²¹⁵ See United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Good, Article 48: Para. (1) Subject to article 49, the seller may, even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligations, if he can do so without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of reimbursement by the seller of expenses advanced by the buyer. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention. Para. (2) If the seller requests the buyer to make known whether he will accept performance and the buyer does not comply with the request within a reasonable time, the seller may perform within the time indicated in his request. The buyer may not, during that period of time, resort to any remedy which is inconsistent with performance by the seller. Para. (3) A notice by the seller that he will perform within a specified period of time is assumed to include a request, under the preceding paragraph, that the buyer make known his decision. Para. (4) A request or notice by the seller under paragraph (2) or (3) of this article is not effective unless received by the buyer.”

²¹⁶ Marco Torsello, SUBSTANTIVE AND JURISDICTIONAL ASPECTS OF INTERNATIONAL CONTRACT REMEDIES: A COMMENT ON AVERY KATZ'S "REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT UNDER THE CISG", 25 Int'l Rev. L. & Econ. 397, 404(2005)

²¹⁷ See UNIDROIT Principles 2010, *supra note 81*, art. 7.1.4 comment 1

瑕疵等相關制度。²¹⁸惟若一概禁止相對人解除契約，則又恐有失之過苛的疑慮，從而債務不履行之人須符合一定合理要件後，方得對不履行施以補救，同時限制相對人之解除權行使。以下就國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 之規範內容分述如下：

82. 國際商事契約通則關於債務不履行規定之梗概

債務不履行之當事人的補救，須有該當事人陷於債務不履行為前提，方有適用之必要及實益。而國際商事契約通則 2010 之不履行定義於第 7.1.1 條，係包涵所有型式之瑕疵履行及完全不履行，²¹⁹相較之下我國法，與國際商事契約通則 2010 仍舊有些許差異²²⁰，按我國債法之規定區分債編總論所定之債務不履行，及債編各論個別有名契約中之瑕疵擔保責任。債務不履行制度之契約違約歸責原則我國係採過失責任主義，²²¹原則上就故意及過失所生之債務不履行應負其契約責任，而另就有平衡等價交易之必要的個別有名契約，課以債務人應負無過失責任之瑕疵擔保責任。²²²惟不同的是，國際商事契約通則 2010 對於契約之歸責原則乃採嚴格責任（strict liability）。申言之，債務人依國際商事契約通則 2010 第 7.1.1 條而有不履行之情事者，除有不履行係由他方當事人行為所造成²²³或不可抗力²²⁴或有免責事由，原則上均發生違約責任，與該當事人是否有故意過失無

²¹⁸ Arthur I. Rosett, *American Law at the End of the 20th Century: U.S. National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law Section III Topic III.A.2*, 46 *Am. J. Comp. L.* 347, 356(1998)

²¹⁹ See UNIDROIT Principles 2010, *supra note 81*, art. 7.1.1

²²⁰ PICC2010 對於商事契約之重要事項均訂有明文，如契約成立、代理、解釋方法、契約效力及不履行之效力事項等均有規定。其中 PICC2010 ch7 即為契約當事人不履行時，當事人間之權利義務及法律效果之相關規定。與我國債法相較，其債務不履行之範圍及於瑕疵履行（defective performance），此與我國除債務不履行外另就個別有名契約之需要，設置瑕疵擔保責任有所不同。而不履行發生後，契約雙方均有以自己行為延續契約效力的制度保障，即我國法所無之不履行方補救 與受損方之額外寬限期，法院亦得制裁不履行當事人判命給付罰金與相對人，且於無法確定損害賠償額時得酌定之。PICC2010 賦予因債務不履行之受損人，得於給付判決執行前變更前判決所要求之救濟方式，當事人一方亦得於他方請求下提出履約保證，以防止他方期前解除契約。除此以外，PICC2010 第七章之內容多類似於我國債法之相關規定，或至少與法院適用結果相符。可參閱：See UNIDROIT Principles 2010, *supra note 81*, art. 7.1.1、7.2.4、7.4.3、7.2.5、7.3.4

²²¹ 姚志明，同前揭註 13 書，頁 24；邱聰智，同前揭註 175 書，頁 416。

²²² 孫森焱，同前揭註 187 書，頁 481 - 886。

²²³ See UNIDROIT Principles 2010, *supra note 81*, art. 7.1.2

²²⁴ *Id.*, art. 7.1.6,

83. 國際商事契約通則關於不履行補救制度之舉隅

因補救措施的發生，需當事人之一陷於逾期未履行或有履行瑕疵時，該當事人得以補救方式阻卻契約解除，係為制度上為維持契約效力之特許狀態，基於例外從嚴及該當事人以違約在前，誠信上不宜過度寬縱補救通知之行使條件。故依國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條(1)項(a)款之規定，即要求該債務不履行當事人應以即時且適當之方式而為通知補救。²²⁶另補救權得否契約排除並無明文，惟基於私法自治及補救需經當事人以意思表示為之，既經雙方合致協議排除補救之行使，顯見當事人對於契約如期迅速完全履行之需求，從而解釋上應非不得由當事人協議排除行使補救權。²²⁷承前所述，補救係以一方陷於債務不履行之違約情形為前提，為平衡當事人間法律關係，不致因為維持契約有效性而反使相對人損害擴大，政策上容許債務不履行之人所為之補救，應至少合於債權人合理期待始得為之。國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條(1)項(b)款至(d)款，均對於補救行為作實質內容上之控制。然該補救是否適當，應考量該補救行為必要性及補救成功之機率，且該補救是否合於受損害方之利益。前揭所謂之合於受損害方利益，不僅指實質上補救後之給付對於受損人是否有實益，亦應考量該補救之期間，不應因補救權行使反致受損人陷入長期的等待期。

然而制度上，若在當事人尚得以補救方式維持契約時，另一方面卻不限制相對人行使足以撼動契約存在之形成權，則補救制度之目的即難以達成形同虛設。故國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條(2)、(3)項對債務不履行受損人之解除權作出限制。第(2)項係已作成解除契約之意思表示，因行使補救權而使解除契約暫不發

²²⁵ 施怡君，同前揭註 81 文，頁 69。

²²⁶ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.1.4 comment 2 相較於 CISG art48 (1) 即便未為補正通知亦仍得補正的意旨，PICC2010 art. 7.1.4 即明確要求義務人應將其補正意思通知解除權人始可。此亦為 CISG 與 PISS2010 兩項文書對於補救措施的三大差異點之一，其原由在於解決 CISG art.48 之規定適用可能與 art47(1) & art.49(1) 兩條文的組合發生矛盾牴觸的結果。詳細論述參閱：Christopher Kee, Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement Article 48 of the CISG, 8 VJ 245, 245 – 248(2004)

²²⁷ 中國商務部條約法律司編譯、尚明主編、潘維大審閱，國際商事契約通則，新學林出版，2008 年 3 月，407。

生效力，待補救完成後解除契約意思表示隨即失其效力。反之補救期間經過後補救仍未完成時，則解除契約自期間經過後即發生解除效力。若依同條第(3)項於解除契約意思表示前行使補救權時，即不得於補救期間中再行使解除權或其他相反意旨之權利，以保全補救履行實現之可能。惟應注意者，補救係以儘量維持契約存在效力為目的，而非治癒當事人之違約責任，因此縱違約當事人經補救成功後，債務不履行受損人仍得因不履行或補救行為而所受損害請求損害賠償。意即，因不履行所生之損害賠償請求權或因補救行為所生之損害賠償請求權，依同條(5)項之規定不因補救成功而消滅，仍得有所請求。²²⁸

84. 國際商事契約通則補正適用軟體工程案之猜想

果爾，則在得適用國際商事契約通則 2010 修補制度之場合，借用前揭最高法院 93 年度台上字第 1825 號之案件事實，上訴人主張解除契約時，因被上訴人已表達修補瑕疵之意，又被上訴人本身亦具有修補能力的條件下，自應於合理期間內容許被上訴人施以瑕疵修補。此時，依前揭國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條(3)之規定，縱經上訴人主張解除契約，該解除契約之形成權亦於補正期間經過前不生解除效力，以維護被上訴人之瑕疵修補權發揮確實效力。然若被上訴人雖得請求修補，但補正期間經過後仍未修補或經修補但仍有瑕疵者，則被上訴人之修補意思表示即不再阻卻形成權效力，從而發生解除契約之效力。此項結論，似乎與前述最高法院判決見解有顯著地差異。相較之下反而更趨近於原審台灣高等法院 88 年度重上字 499 號判決所持之法律見解。然而，本文認為該項法律見解所是否允當，應詳加區別該法律見解在一般性法規範上的意義，與個案上的認事用法是否適當，而有不同結論。首先就我國物之瑕疵擔保責任之一般性法規範面向上，是否容有擴充補正制度的空間誠值吾人思考。下段便先以物之瑕疵擔保責任中一般性的抽象規範，是否及如何引介上述立法例作為內容進行討論。²²⁹

²²⁸ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.1.4 comment 9

²²⁹ 至於關於本件個案中，是否應容許被上訴人進行修補，而拒絕上訴人的解除契約，則應依據個案情形另作討論。關此，亦涉及勞務性質契約中所含之特殊信賴關係，本文將於本章第二節、第二項中另作討論。

第三款 補正抗辯作為我國法上解除契約之暫時性消極要件

85. 引進修補制度緣由之一：出賣人無從補救令人費解

按前揭我國最高法院見解認為，買受人得於構成不完全給付時請求出賣人修補瑕疵物，惟論者對於有無修補請求權多僅立於買受人地位而為討論，但就出賣人的積極參與修補，至多僅承認雙方得合意由出賣人修補瑕疵物。²³⁰出賣人是否有修補抗辯權，或主動修補之請求權是否受法律保障，最高法院判決見解則付之闕如，學者亦不置可否。雖可推測多數學說琢磨於買受人之修補請求權，乃著眼於通念上買受人之經濟地位較為弱勢，且締約時買受人對於賣方之選擇可能性較低落及對於特定物之需求，因此買受人多較期待維繫契約效力以獲得給付。但同樣以維繫契約效力的目標下，出賣人交付瑕疵物後，可能立即面臨買受人依物之瑕疵擔保責任解除契約，卻無可能主動主張為補救瑕疵以維繫契約效力。雖當買受人接受出賣人修補瑕疵物之意願時，固為前揭修補瑕疵物的合意。但若買受人拒絕接受修補瑕疵而逕依民法第 359 條解除契約時，若仍不聞不問地容認其任意解約，則使原則上應立於對等地位之交易雙方，在維繫契約效力的努力可能性上顯不相稱，蓋一方面允許買受人得依不完全給付之規定請求補正，另一方面實質禁止出賣人主動請求修補為契約存續而努力。此種差別待遇，著實令人百思不解。

若立法者有意做出差別待遇，而原因所在則亦非全然無疑。雖可謂出賣人給付瑕疵物違反契約義務在先，但是否得僅以一方違反債之本旨為由，隨即剝奪其一切為契約延續而努力之主動權，此種制度運行之結果是否妥適？有無更為完滿的解決之道？反之，若立法者無意造成此等維護契約效力可能性的差別待遇，而容認出賣人得主動修補瑕疵物，體系上應如何與現行瑕疵擔保責任相結合，則亦有可疑之處。除此之外最大問題點即在於，是否能發展出類如前述國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條(3)項之規定，用以限制修補時買受人之契約解除權，否則即

²³⁰ 有認為我國交易市場中常見之「保固」即為於法定物之瑕疵擔保責任外，另為合意之補充用以修補瑕疵標的物的契約。本文於此認為的合意，則除前述之「保固」外，更包括於瑕疵發現後雙方磋商約定另為之維修合意，則與前揭「保固」存有締約時間點上的差異。詳參楊智守，以他種給付消滅原定債務之契約比較研究，國立高雄大學法律研究所碩士論文，2011年6月，頁138以下；王澤鑑，前揭註186文，頁9。

便容許出賣人得主動提出修補，仍易遭買受人任意行使之解除權而毫無建制實益。故本文認為就是否應賦予出賣人修補請求權，或制度上至少保障有主動修補瑕疵之可能，似可嘗試藉由比較法上之立法例思維對於我國解釋適用上的啟發，將該良善制度具體輕撫我國物之瑕疵擔保責任制度中，俾於調和適用下，為我國買賣契約法制在修法前注入一股活水。

86. 引進修補制度緣由之二：節約業經支出之締約成本

承上所述，本文以為或可考慮引進國際商事契約通則 2010 修補制度之精神，以填補我國法欠缺出賣人主動修補維繫契約效力之制度可能。其理由首先為，締結契約須付出締約成本，且契約標的物價額越高時通常當事人將付出更大之注意力，故時間、勞力及磋商費用等締約成本亦水漲船高。尤其國際商事契約通則 2010 規範射程所及之商事，多有契約標的價額較高及跨境締約成本相當可觀之特徵，亦常涉及商人間之商業機密等事項。因此國際商事契約通則 2010 亟欲給予雙方維持契約之機會，以保障契約成立後不因輕微瑕疵給付而致契約解除，令已付出之締約成本成為徒勞。²³¹民法買賣規定雖非針對商事契約所定，惟民商合一立法例下，必然有國內具備上述特徵之契約適用瑕疵擔保責任規定。國內商人間所定契約若亦有高締約成本或商業機密等須維持契約效力之特徵時，我國民法似應具備類似上述國際商事契約通則 2010 補救制度之制度，以提供儘量維持契約存續的機會。²³²況我國立法者於避免付出無益之締約成本及維護雙方商業機密，已有積極規範之表示如民法第 245 條之 1 即是。²³³因此若於解除契約層次再創設節省締約成本制度，不但符合立法者之本意，亦與前揭條文有契約階段進程上之前後呼應。

87. 引進修補制度緣由之三：過咎與保障程度輕重失衡

其次，經最高法院 77 年第 7 次民事庭會議決議並於民國 88 年民法修正第 227 條確認不完全給付後，就特定物之債出賣人應未依債之本旨而為給付且可歸責時，

²³¹ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.1.4 comment 1

²³² 學者劉春堂亦以國際統一文件與德國新債法之規定，傾心於我國買賣法中亦應有瑕疵修補制度為宜，參劉春堂，同前揭註 206 書，頁 86 - 87。

²³³ 王澤鑑，同前揭著 103 書，頁 274 - 277。

買受人得以遲延給付之規定請求修補²³⁴，亦有判決指出賣人同時構成瑕疵擔保責任及不完全給付時，若依債務不履行規定解除契約，買受人應先為催告補正而使出賣人修補可能。²³⁵又危險移轉前，亦有判決肯認為防止法律關係複雜化，得催告出賣人為補正，有學者認此催告補正²³⁶之行為係為令出賣人負物之瑕疵擔保責任之必要前置行為。²³⁷易言之最高法院肯認買受人修補請求權之範圍，集中於危險移轉前後有不完全給付之情形，對於危險移轉後不可歸責於出賣人之瑕疵擔保責任，則似無補正請求權。然實務上此種自由競合之解釋，雖有利於保障買受人行使各種權利，然亦恐造成體系上之輕重失衡顧此失彼。

承前所述於危險移轉後，買受人欲依不完全給付解除契約，須經催告補正為之；反之依瑕疵擔保責任時則無須催告。果爾，將形成具有過咎之可歸責出賣人對於解除契約之對抗力，反較不可歸責之出賣人為強。蓋不完全給付之成立須具可歸責於當事人事由，始得依不完全給付規定先經催告補正後解除契約，而不可歸責於出賣人之情形，反而因不適用不完全給付，無須催告補正得逕為解除契約。若買受人未催告可歸責之出賣人，或經催告出賣人為補正行為，出賣人卻藉由同意補正而有維繫契約效力作用時，則買受人即不得依不完全給付解除契約。惟不可歸責於出賣人所致之瑕疵給付情形，因不適用不完全給付，僅需符合民法第359條顯失公平要件，無須經催告補正即得解約。反致不可歸責之出賣人，在無主動補正瑕疵權利以資對抗下，就契約效力的存續上，較可歸責之瑕疵物出賣人更顯得無力。²³⁸

²³⁴ 姚志明，同前揭註 203 書，頁 184、189-190。

²³⁵ 最高法院 99 年度台上字第 230 號判決要旨：「次按買受人主張出賣人應負不完全給付之責任時，如其不完全給付可能補正者，惟於買受人定期催告補正而不補正時，始得依民法第二百五十四條之規定解除契約。」又 99 台上字第 1810 號與 91 年度台上字第 666 號判決判決亦有相同意旨。

²³⁶ 參最高法院 91 年度台上字第 1315 號判決、92 年度台上字第 2254 號判決、95 年度台上字第 39 號判決。

²³⁷ 曾品傑，同前揭註 201 文，頁 9。

²³⁸ 亦有學者對此有相同觀察，氏認為如此將致可歸責之出賣人因買受人必須為催告補正，而有恃無恐。使得立法論上對於有無可歸責之瑕疵物出賣人，有價值判斷輕重失衡的規範結果。於此，學者楊芳賢之觀察與希望統一體系價值的見解與本文之觀察相同，惟其最終結論否定補正請求權的走向選擇，卻與本文後述之見解相反，詳參黃立主編、楊芳賢負責撰寫部份，同前揭註 5 書，頁 62。

88. 引進修補制度緣由之四：對契約態度反覆不值保障

第三，買受人經深思熟慮締結買賣契約，除有重大期限利益考量外，若能夠給予立即補正使其回復等同於契約本旨之履行，買受人卻仍欲解除契約而拒絕補正。此與買賣契約締約當時，買受人之願意接受履行的意思表示自相矛盾難以理解，是否應予保護即有待斟酌。且買受人若本欲以因自己事由而欲逃脫契約拘束時（如動機錯誤之情形），反得以藉由對標的物嚴苛地主張瑕疵給付，投機地嘗試挑戰顯失公平的判斷而解除契約。因此，若我國瑕疵擔保制度存有類如國際商事契約通則 2010 之補救制度，允許出賣人能施以立即有效的補救措施，以達買賣契約締約當時所欲履行之同等利益，並排除買受人解除權行使。將得使買受人難以心存僥倖，藉挑剔標的物而適用不損己之方式²³⁹解除契約，亦得避免給予前後矛盾之買受人過度保護。並有觀察認為，有時買受人利用細微之瑕疵給付，藉由主張瑕疵給付解除契約，而隱藏其內心本意進而逃脫契約。例如藉此使得市場價格因此波動等即是。²⁴⁰

民法第 359 條但書所稱之顯失公平本為不確定法律概念，實務上認為應衡量出賣人因解除契約所致之損害，及若維持契約效力下該瑕疵對於買受人之不利益，藉以判斷解除契約是否顯失公平。若法院認解除契約係為顯失公平而不得解除契約時，買受人僅得請求第 359 條本文之減少價金或第 360 條損害賠償，至於得否請求補正，則另應視有無不完全給付之適用。若無，則買受人僅得請求減價或損害賠償，而形同被迫接受瑕疵標的物²⁴¹，對於其欲受領無瑕疵物之本意毫無助益。或有論者質疑上開假設，於現行制度下並無限制契約雙方就補正事項另行合意，故若出賣人有意補正且與買受人達成補正之合意，自得為補正行為，無修正現行制度之必要。

²³⁹ 相較於依錯誤意思表示尚須承擔信賴利益的損害賠償，若能藉由挑剔買賣標的物的方式，利用物之瑕疵擔保責任的途徑解除契約，對於買受人而言，除了同等地能夠解消契約外，亦可免除遭受信賴利益損害賠償的請求。

²⁴⁰ Peter Huber, *The Availability of Termination as a Remedy for Defective Delivery*, 9 VJ 303, at 305(2005).

²⁴¹ 類似見解，被迫解除契約，詳參：朱柏松，同前揭註 31 文，頁 230。

89. 台灣糖業案之啟發 - 最高法院 96 年度台上字第 1458 號判決

且參酌國際商事契約通則 2010 之補救措施對於我國法之啟發，於下述案例則更有其意義：出賣人交付瑕疵物後，於買受人依瑕疵擔保責任行使解除權前，主動表示欲修補瑕疵物，此時若買受人拒絕補正而表示解除契約，在法院認定為並無顯失公平時，則補救制度導入我國法之實益甚為顯著。蓋個案上，若解除契約所生之損害的確低於維持契約效力對買受人所生之損害，此時法院於現行實務見解應肯認買受人適法解除契約。惟假若實際上經出賣人透過修補方式，完成與原訂債之本旨相同利益的給付時，依現行判斷基準而解除契約，無非為錯失最佳解決方案。蓋依現行通說實務之見解，僅會衡量「解除契約之利害」與「維持契約但減價或損賠之利害」兩者間的孰輕孰重，並不會將補正的結果納入考量，乃因於補正自始非為現行制度所會考量的救濟方式。

然而，除前揭台灣高等法院 88 年度重上字 499 號外，造訪歷來最高法院判決，亦欣然可見有少數判決中，流露著希望促使當事人補正契約瑕疵，以維護契約效力，免於締約成本耗費的良美意旨。例如最高法院 96 年度台上字第 1458 號判決即為佳構，判決要旨略以：「…按買賣因物有瑕疵，而出賣人應負擔擔保之責者，買受人得解除其契約，或請求減少價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金，民法第三百五十九條定有明文。查原審依據八十八年間成大土木研究所鑑定：「系爭大樓地下室主樑等部分，裂縫寬度目前未達補強標準，經由四個月持續量測觀察，發現系爭大樓地下室主樑等部分裂縫尚未穩定，仍持續擴張中。推估約二至三年，地下室主樑等部分裂縫即達補強標準」等結論，固認定系爭建物有重大瑕疵。惟上開鑑定既明確指出，系爭建物於鑑定時，其地下室主樑等部分之裂縫寬度未達補強標準，因有繼續擴大之可能，推估二至三年間將達到補強標準而建議應予補強云云，可見系爭建物主樑結構之瑕疵仍可為補正，核與其後之土木技師公會、結構技師公會、北科大之鑑定結果，均認為該瑕疵可經由補強程序予以補正並無不同，則此種瑕疵，是否為重大？…」

90. 我國學界與實務之「世異則事異，事異則備變」

綜觀此判決見解可知，最高法院顯然將民法第 359 條但書所稱之「顯失公平」的審查內涵豐富化、精緻化。不但不再受限於僅衡量是否解除的利害關係之結論，

反而大躍進地，將審查內涵厚實化，增加有無補正機會的判準內涵。對此，本文以為此等見解雖尚未受到最高法院的頻繁適用，然而該判決毋寧給予吾人兩項重要的啟發有二：首先為，對於瑕疵修補的確實準據，早有先行者利用同時具備買賣與承攬特徵的混合契約，透過適用承攬契約之相關規定，為深具買賣性質的預售屋買賣契約的瑕疵修補投石問路。²⁴²晚近除了立法論上贊同買受人應享有補正請求權的呼聲外，認為買受人能依不完全給付等方式獲得補正權源，亦為數頗眾已如前述。²⁴³此乃我國與德國²⁴⁴同樣面臨相同之社會變遷景況，尤其以出賣人已不再如同羅馬法時代對於奴隸之瑕疵無法補正，在現代自動化生產的現況裡，出賣人即便不具有修補能力，亦多半具有換貨及委託第三方保固之能力。²⁴⁵因此是否仍應堅守羅馬法時代之古典傳統，似乎容有考量法與時轉的空間與必要，對此亦有學者支持。從而此項判決似乎正面迎向瑕疵擔保責任不得補正的羅馬法傳統，對於其「世異則事異，事異則備變」的判決勇氣，倍感歎服。

91. 解除契約顯失公平依比較法上精神而為法之續造

其次，民法第 359 條但書所稱之顯失公平，其審查內涵並非單調地僅指解除前後的利益衡量，更有其他考量基準參與的可能。對此，本文深表敬佩且贊同之意，蓋雖適法解除與否，乃是繫於解除契約是否「顯失公平」，此已有形式上規範明定。然而此處顯失公平僅為形式上規範，惟究竟何謂顯失公平，法規內涵卻仍屬不確定法律概念，從而仍然需要透過合於整體法規價值之解釋方式，檢視該「顯失公平」的實質內涵就係為何。論者認為此即具有方法論上，法之續造的性質，並且指出此等評量不確定法律概念內涵的價值標準，可能並非為單一的比較基準，反而更可能形成多數比較基準的特徵。²⁴⁶氏於論著中亦認為，在不確定法律概念的解釋上，應可參酌該規定所身處之法規特性而異其解釋空間，如民事法之顯失公平等，即可認立法者授予適用法律之法院一個較為寬廣的適用範圍，

²⁴² 曾品傑，同前揭註 201 文，頁 11 - 13。

²⁴³ 朱柏松，同前揭註 241 文，頁 231。

²⁴⁴ 邱琦，債務不履行體系的再構成 - 論德國法上的發展，刊載於法令月刊第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 761。

²⁴⁵ 詹森林，前揭註 199 文，頁 173，朱柏松，同前揭註 241 文，頁 230。

²⁴⁶ 此理論基礎詳可參閱林更盛，同前揭註 101 書，頁 140 - 141、146。

法院自得斟酌個案狀況，衡於社會通常價值而為決定，而偏向於客觀說的解釋目標。²⁴⁷果爾，若立法者原先之立法想像，在法院形成空間較大的民事法案件中，本已未如罪刑法定主義般絕對且嚴格的拘束力，則舉重明輕，經多數判決所形成之實務通說，是否能夠擁有優於立法者主觀效力，而拘束後訴法院擇定「顯失公平」判準的效力，則亦未可知。

若依循前述理論的操作，則毋寧是支持了本文與前揭最高法院判決，在顯失公平的判斷基準上，除了固有的比較解除與否的利益衡量外，更在特定有補正需求之案例中，給了另加一條「有無補正可能與意願」之特殊衡量標準的容許途徑。蓋顯失公平此等不確定法律概念，本係法律授權法院於私法事件得衡諸當事人間一切情事而為適當判斷，從而本文認為將立法例中之判斷價值，導入我國法中不確定法律概念之內涵，作為判斷有無顯失公平之輔助審查基準，將於有助於周延判斷個案解除契約是否顯失公平。退步言之，最高法院對於外國立法例得作為法理而適用²⁴⁸，本即採取開放態度²⁴⁹，在認許依外國立法例而為法續造下，舉重明輕，對於不確定法律概念解釋之判斷內涵，法院自於合目的的前提下選擇判斷基準，即便該判斷基準乃取自比較法上之精華，亦無不同。

92. 具補正可能性補救制度供作顯失公平之輔助判準

綜上所述，除為避免締約成本因隨意解除契約而浪費，及保障締約過程中必

²⁴⁷ 林更盛，論法律解釋的目標，刊載於高大法學論叢第7卷第2期，2012年3月，頁36。

²⁴⁸ 事實上國際商事契約通則是否得作為準據法而被審理直接逕為援引適用，仍不無爭議。關於此項問題，歐洲亦著有判決在案。並且其結論上，認為尚不得作為直接適用之判決準據，然對於此項結果法院與其該案之佐審官（Advocate General Hartkamp）意見仍有歧異，顯見對於直接適用國際商事契約通則之條文，不僅在我國，實為全球各法院正面臨之問題。Ceyda Sural, Respecting the Rules of Law: The Unidroit Principles in National Courts and International Arbitration, 14 VJ 249, 255(2010)而關於歐洲法院佐審官(Advocate General)之介紹可參閱陳世杰，獨具一格的歐洲法院佐審官制度，刊載於人文期刊第37期，頁28以下。

²⁴⁹ 如最高法院84年度台上字第1854號判決要旨相關法律見解部份略以：「...又民法第一條規定：『民事法律所未規定者，依習慣、無習慣者，依法理。』關於貨物運送如係以貨櫃等運送容器裝填方式而為運送時，有關運送人單位責任限制之件數，究應如何決定，我國海商法及有關法律均未規定，並無習慣。惟我國立法例，例如一九六八年布魯塞爾議定書第二條第三項規定...一九七八年聯合國海上貨物運送公約（即一九七八年漢堡規則）第六條第二項規定...一九七一英國海上貨物運送條例第四條第七項亦規定...上開我國之法例似非不可視為法理而予適用...」，最高法院59年度台上1005號判決亦有相同見解。

然觸及之商業機密，貫徹現行立法者已具備之立法意志外，也避免制度過度保障可歸責債務人與前後矛盾之買受人。且無論前揭所述之經六十餘個世界主要貿易成員所簽署之國際商事契約通則 2010 外，聯合國國際商品買賣契約公約中亦有對於出賣人之補救制度，顯見保障出賣人補救權係為此等國際契約統一文件之共識。除此，德國於 2002 年新債法中，亦受到上述國際契約統一文件的影響²⁵⁰，跟進國際間之修法趨勢，直接明文肯認買受人得透過繼續履行請求權（*Nacherfüllungsanspruch*），主張瑕疵修補或另行交付無瑕疵物。²⁵¹若我國亦與之看齊，不但得解決現行適用之流弊，並與已於經貿圈中所形成之交易習慣共識進行互動，而取得與經成文化後之國際共通價值合流。²⁵²因此本文認為應將修補制度引介於我國法。且於民法第 359 條但書之顯失公平不確定法律概念的解釋內涵著手，以解釋之方式溶入前揭國際契約統一文件中的修補制度精要，以解決前述現行顯失公平考量內涵過於簡略之疑慮。且民法第 359 條規範內涵，對於解除契約設有顯失公平始得為之的要件，令解除契約成為具備劣後性之最後手段，蘊含擇定出賣人所負之責任應有比例原則的考量²⁵³。從而若導入補救制度於顯失公平之解釋，使出賣人實質上得主張合理補正，於合乎比例原則考量下，自與民法第 359 條所隱含之立法者意志交相輝映。

其具體之導入方式，為將國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條第(1)項以下，所定之各項要件，作為輔助判斷民法第 359 條但書所稱解除契約顯失公平之有無的基準。法院先衡量雙方當事人因是否解約而致生之損害是否顯失公平，若否再

²⁵⁰ Prof. Dr. Arndt Teichmann 於 2003 年 4 月訪問國立政治大學講稿、林易典譯，德國民法債編修正之重點，刊載於政大法學評論第 79 期，2004 年 6 月，頁 118 - 127；黃立，德國新債法之研究，作者自版，初版，2009 年 9 月，頁 115 - 116

²⁵¹ See BGB §437 *Rechte des Käufers bei Mängeln*: Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist, 1.nach § 439 *Nacherfüllung* verlangen, 試譯如下：當物有瑕疵時買受人除另有規定外，得依下列規定，依 439 條請求繼續履行（第一款）§439 *Nacherfüllung* :(1) Der Käufer kann als *Nacherfüllung* nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.試譯如下：當買受人繼續履行後，買受人得選擇排除瑕疵或請求交付一個無瑕疵之物品。

²⁵² 陳自強，同前揭註 127 文，頁 52 - 53。

²⁵³ 相同見解意見於學者之研究成果，氏認為由於解除權乃一方以意思表示片面解消雙方契約關係之故，從而應予嚴格規範。是項見解應值贊同，關於研究中對於實務見解之觀察，可參閱，詹森林，比例原則在民法上之理論與應用，民國 96 年行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2007 年 3 月，頁 5 - 7。

代入國際商事契約通則 2010 之債務人補救要件。從而，經買受人依民法第 359 條主張解除契約時，即便解除契約利害並未明顯失衡下，若經出賣人抗辯欲補正瑕疵物且該修補之抗辯合理且可能時，則應予出賣人修補機會，而以「解除契約顯失公平」為由不得解除契約，並宜由雙方得就修補方式及修補期間進行協商，法院更得以曉諭導引交易雙方進行補正方案之和解或調解等，訴訟外紛爭解決方案。²⁵⁴易言之，民法第 359 條但書的顯失公平認定經導入補救制度後，所發生的制度變革即為：當出賣人面對買受人解約時，在合於要件下享有「先行補正抗辯權」而阻卻系爭解除權的行使！並且透過適用，將補正先行原則通過解釋的方式滲透進我國債各買賣契約相關規定之中。

第二項 瑕疵補正請求權

第一款 可歸責作為修補請求權之前提

93. 不完全給付制度從法官造法、明文肯認到當代之演進與發展

相較於本文前面對於買賣契約物之瑕疵擔保責任，利用引進外國法制之判斷基準，憑空建構出賣人之補正抗辯權，用以抵擋買受人之解除權行使外。現行法下，早已實行有買受人於受領瑕疵給付時，得向出賣人請求補正之請求權基礎。並且業經我國實務承認後，進而以立法方式將通說見解條文化，關此將於後面依序開展。按我國民法第 227 條於民國 88 年修正前，乃以：「債務人不為給付或不為完全給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」作為規定。然而針對是項規定的定位，是否為不完全給付（比較法上之積極侵害債權），則

²⁵⁴ 於訴訟中，法院得於整理或審理程序中適度公開心證，促使兩造雙方以能夠自發以訴訟外方式解決紛爭，俾符合晚近當事人具有一定程序選擇權之立法者意旨，以及維繫雙方當事人和諧並藉此達到維持契約存續之終極目的。並依民事訴訟法第 377 條第 1 項：「法院不問訴訟程度如何，得隨時試行和解。受命法官或受託法官亦得為之。」法院得隨時向兩造分析實體與程序的利害關係，促使兩造雙方就補正方案進行和解，並依同法第 380 條第 1 項之規定和解與確定判決有同一效力。並更得於兩造合意意思接近時，依同法第 377 條之 1 條由法院就補正事項定和解方案，並依該條第 3 項視為和解成立。除此，法院亦得兩造合意之間扮演更為積極的角色，依民事訴訟法第 420 條之 1 的規定，雙方得於訴訟中移付進行調解，而於調解中得透過公正第三人的客觀中介協助，使得雙方達成共識。亦得依該法第 415 條之 1 或 417 條酌定或提出調解方案，迅速以雙方均能接受之方案定紛止爭，並持續維持當事人之和諧與契約存續。詳細立論另可參酌，邱聯恭講述、許士宦整理，口述民事訴訟法講義（一），作者自版，2006 年筆記版，頁 61 - 71；邱聯恭講述、許士宦整理，口述民事訴訟法講義（三），作者自版，2005 年筆記版，頁 129。

於當時學說上存有爭議。除了有採肯定說，明確認同修法前民法第 227 條實指不完全給付之請求權規定外，²⁵⁵當時學界中亦有採取「法律漏洞說」或「法條借用說」的見解。²⁵⁶於修法前最高法院為統一法律見解以及符合實際上需要，遂作成最高法院 77 年第 7 次民事庭會議決議（一）：「…出賣人應負不完全給付之債務不履行責任者，買受人得類推適用民法第二百二十六條第二項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用…」明白確立不完全給付於我國民法中之地位。自此之後，最高法院關於不完全給付之法律見解因而收攏，多數判決中均可觀察到上述最高法院 77 年第 7 次民事庭決議之意旨。²⁵⁷然經民國 88 年民法債編修正時，為終局性消弭前述之爭議，並且將不完全給付制度明確實定於民法典中，遂修正民法第 227 條之規定為：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。（第一項）因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。（第二項）」²⁵⁸

自此就不完全給付之構成，參酌最高法院 99 年度台上字第 2033 號判決中已有詳載：「…按債務不履行，除消極不給付的債權侵害之「給付遲延」及「給付不能」外，尚包括積極的債權侵害之「不完全給付」，是項債務不履行，依民法第二百二十七條第一項規定，因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人固得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。惟該條所稱之不完全給

²⁵⁵ 史尚寬，同前揭註 2 書，頁 398。

²⁵⁶ 關於「法條借用說」、「法律漏洞說」以及前述所提及的「不完全給付規定說」，系屬民法於民國 88 年修正之前的學界爭議，其相關整理另可參酌王澤鑑，同前揭註 22 文，頁 65 - 69；詹森林，同前揭註 199 文，頁 131 - 132；姚志明，回顧不完全給付制度於民法七十年來之發展，收錄於民事法理論與判決研究（一） - 不完全給付與瑕疵擔保責任，2009 年 11 月，頁 216 - 220。

²⁵⁷ 舉其犖犖大者：最高法院 88 年度台上字第 692 號、最高法院 87 年度台上字第 557 號、最高法院 87 年度台上字第 1707 號、最高法院 86 年度台上字第 936 號、最高法院 86 年度台上字第 846 號、最高法院 84 年度台上字第 2887 號、最高法院 84 年度台上字第 2143 號、最高法院 84 年度台上字第 1664 號、最高法院 82 年度台上字第 149 號、最高法院 82 年度台上字第 1518 號、最高法院 82 年度台上字第 492 號等判決，均有採如是見解。

²⁵⁸ 民法第 227 條修法理由（節錄）：「一、原條文中「不為給付」之涵義，學者間爭論紛紜，有主張屬於給付遲延範圍者；有主張係「給付拒絕」者，為免滋生爭議，爰予刪除。另，原條文之「不為完全之給付」即屬關於不完全給付之規定。按不完全給付，有瑕疵給付及加害給付兩種，為期明確，爰修正本條為不完全給付。」

付，係專就「瑕疵給付及加害給付」而為規範，必以契約成立前給付可能，嗣後給付內容不符合債務本旨，違反信義與衡平原則，而積極的債權侵害，始足稱之…」可知，我國實務對於構成不完全給付之基礎要件上，與學界之見解相去不遠，即債務人雖已為給付，但該給付未符債之本旨，以及其具備可歸責事由。²⁵⁹

而關於構成前述不完全給付之要件後，其法律效果上，依修正後民法第 227 條第 1 項之規定可知，即以可否補正之區別，而分別準用²⁶⁰給付遲延或給付不能之規定。而得視情形而拒絕受領、請求補正及損害賠償，或是解除契約。²⁶¹ 值得一提者，關於違反主給付義務得主張解除契約，並無疑問。²⁶² 然晚近最高法院對於具有保護功能、輔助滿足主給付義務的附隨義務之違反²⁶³，明確指出在違反附隨義務重大，而足以影響契約目的之達成時，則因契約利益無法實現，即無異於違反契約給付義務，在此情形下自應容許債權人解除契約。²⁶⁴ 前揭最高法院見解，學者認為對於附隨義務之發展有日趨精緻的現象，不再拘泥於給付義務與附隨義務之概念分類，而側重契約目的而為實質判斷，殊值贊同。²⁶⁵ 並有學者不但贊同斯項見解，更認為或許可以層昇為債務不履行解除契約之單一獨立要件，

²⁵⁹ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，同前揭註 8 書，頁 354 - 355；孫森焱，同前揭註 187 書，頁 566 - 571；姚志明，同前揭註 256 文，頁 220 - 223；劉春堂，同前揭註 200 書，頁 235 - 237。另學者黃立則更詳細的羅列構成要件有五：「須違反」債法上之給付或附隨義務、非為給付不能或給付遲延、發生損害、造成履行利益的損失以及具備可規則事由」詳參黃立，民法債編總論，作者自版，二版一刷，1999 年 10 月，頁 441。

²⁶⁰ 吳從周，台灣民法解釋學之發展現況，刊載於月旦民商法雜誌第 30 期，2010 年 12 月，頁 34。

²⁶¹ 姚志明，同前揭註 203 書，頁 181 - 191；林誠二，同前揭註 10 書，頁 108 - 109；孫森焱，同前揭註 187 書，頁 571 - 572；黃茂榮，同前揭註 6 書，頁 59 - 60；劉春堂，同前揭註 200 書，頁 237。

²⁶² 最高法院 71 年度台上字第 2040 號判決參照。

²⁶³ 王澤鑑，同前揭註 103 書，頁 42 - 48；陳自強，同前揭註 181 書，頁 94 - 101。

²⁶⁴ 如最高法院 100 年度台上字第 2 號判決要旨略以：「...附隨義務性質上屬於非構成契約原素或要素之義務，如有違反，債權人原則上固僅得請求損害賠償，然倘為與給付目的相關之附隨義務之違反，而足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，則與違反主給付義務對債權人所造成之結果，在本質上並無差異（皆使當事人締結契約之目的無法達成），自亦應賦予債權人契約解除權，以確保債權人利益得以獲得完全之滿足，俾維護契約應有之規範功能與秩序...」

²⁶⁵ 詹森林，出賣人附隨義務之實務發展，收錄於民事法理與判決研究（六），作者自版，初刷一版，2012 年 12 月，頁 172 - 176。

俾與國際立法趨勢相互呼應。²⁶⁶

94. 買受人得依不完全給付請求補完或更換瑕疵物

然而進一步觀察不完全給付法律效果中之修補請求權部份，在構成不完全給付後，依系爭給付標的是否仍有補正可能性，而區別債權人有無修補請求之權利。依修法前學說上對於不完全給付修補請求權的闡述有認為，於不完全給付有補正可能時，除受領前得拒絕受領外，若經受領亦得請求補正。²⁶⁷而此處所指之補正，於其論著中明確指明，包含契約標的之「補完」或「更換」。所謂補完，除數量上之補完外亦可包含質量上之補完，即為吾人所謂之瑕疵修補。而至於更換，則或可理解與民法第 364 條第 1 項之請求交付無瑕疵之物類似。²⁶⁸隨後，誠如前述立法者從善如流，於 88 年修法時將之採納以準用給付遲延與給付不能的方式落實於實定法中。²⁶⁹亦即當債務人未依債之本旨而為給付時，有認為其縱經給付仍未為清償²⁷⁰，自然準用比照給付遲延之規定，請求修補瑕疵並主張損害賠償。反之，在給付不能、不願補正或縱經補正亦無利益時，則準用給付不能之規定而解除契約並損害賠償，並無疑義。

95. 債務不履行之共通要件歸責事由的內涵與確定步驟

然而按我國民法中，狹義債務不履行責任之構成，需以債務人具備可歸責事由為共通前提要件，此可由民法第 226 條、第 227 條及 230 條等條文中即可獲致此項觀察。²⁷¹詳查民法第 227 條文義以及前面之簡述可知，不完全給付之構成，

²⁶⁶ 向明恩，違反附隨義務、契約目的不達與解除契約之連結關係 – 最高法院一〇〇年度台上字第二號民事判決評析，刊載於月旦法學雜誌第 209 期，2012 年 10 月，頁 275 – 277。

²⁶⁷ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，同前揭註 8 書，頁 356；史尚寬，同前揭註 2 書，頁 403。

²⁶⁸ 史尚寬，同前揭註 2 書，頁 403。

²⁶⁹ 姚志明，民法債編修正後對債務不履行規定變動部份問題探討，收錄於民事法理論與判決研究（一） - 不完全給付與瑕疵擔保責任，2009 年 11 月，頁 250。

²⁷⁰ 黃立，同前揭註 259 書，頁 442；史尚寬，同前揭註 2 書，頁 403

²⁷¹ 學者陳自強於其論著中觀察我國學說中，對於債務不履行之闡釋，存有些微差異。亦即，有認為在違反契約義務即為債務不履行，而之後適用之法律效果則仍依是否可歸責而異其結論；反之亦有認為債務不履行即已包含可歸責之要素於其中。對於此項觀察，論者遂認為與日本發展之學說狀態相仿，並稱之為「廣義的債務不履行」及「狹義的債務不履行」。為學者陳自強認為於我國民法之體系架構論之，似乎應採廣義的債務不履行架構，始合乎民法 225 條民法第 266 條等不以可歸責於當事人為要件之固有債務不履行規定。對此，本文亦表贊同，從而此處特別提及「狹義的債務不履行」目的僅在於便利稱呼以可歸責為前提之債務不履行

亦須以債務人具備可歸責事由為必要，至為明確。惟究竟債務不履行中之可歸責事由如何確定，按我國民法第 220 條第 1 項：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」學者指其為債務人於我國所應負之債務不履行責任，應以過失責任為原則。²⁷²惟不同於侵權行為之規定，契約債務不履行之歸責事由亦受有契約自由原則之支配，從而對於債務不履行可歸責事由的確定，亦不排斥得以約定行之，此項見解不但顯露於我國民法第 222 條中，並亦受實務採用²⁷³及學界支持²⁷⁴且將確定債務人責任之三種方式（當事人約定、法律規定與依事件特質酌定）序列為「債務人責任決定之三個順序」，是項見解足供參考。²⁷⁵

承前所述，究竟債務不履行之可歸責事由究何所指，則並非無疑。學者間普遍認為可歸責事由包含有：²⁷⁶故意、過失以及事變。就過失部份，則又可區分為「抽象輕過失」²⁷⁷、「具體輕過失」及「重大過失」²⁷⁸；而事變²⁷⁹則亦可分為，非因故意過失所致亦須負責之「通常事變責任」，與縱為任何人嚴加注意亦無法避免

規定，並非主張僅限以此等條文方為債務不履行制度，併此敘明。陳自強，同前揭註 127 文，頁 16 - 17。

²⁷² 姚志明，同前揭註 203 書，頁 155；黃立，同前揭註 259 書，頁 417；邱聰智，同前揭註 11 書，頁 412 - 413。

²⁷³ 最高法院 83 年度台上字第 2273 號判決：「...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...」

²⁷⁴ 史尚寬，同前揭註 2 書，頁 346 - 347；姚志明，同前揭註 203 書，頁 160 - 162；姚志明，同前揭註 221 書，頁 29；黃立，同前揭註 259 書，頁 421。

²⁷⁵ 陳自強，契約過失責任與無過失責任之間，收錄於契約責任歸責事由之再構成 - 契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012 年 12 月，頁 59 - 60。

²⁷⁶ 王澤鑑，損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢，刊載於月旦法學雜誌第 119 期，2005 年 4 月，頁 134 - 135。

²⁷⁷ 最高法院 79 年度台上字第 1203 號判決：「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」

²⁷⁸ 最高法院 100 年度台上字第 2252 號判決：「...民法上所謂過失，以其欠缺注意之程度為標準，可分為抽象過失、具體過失及重大過失三種。應盡善良管理人之注意而欠缺者為抽象過失；應與處理自己事務為同一注意而欠缺者為具體過失；顯然欠缺普通人之注意者為重大過失...」

²⁷⁹ 然而事變作為歸責事由是否有違我國過失責任主義？學者林誠二認為，因社會變遷之需求，為維護社會生活秩序，因法律規定或誠信原則之要求，而令義務人負擔無過失責任，應尚可接受。是項論述，可參酌林誠二，債務不履行歸責事由之檢討，刊載於中興法學第 19 期，1983 年 3 月，頁 5。支持見解：姚志明，同前揭註 221 書，頁 37。

之「不可抗力責任」。²⁸⁰惟若契約當事人間並無事先約定歸責事由，除法律已有如民法第 434 條、第 535 條、第 590 條等明文規定當事人應負如何注意義務外，究竟於廣義上之債務不履行發生後，個案上是否具備可歸責事由，在遍尋不著條文指引下，酌定適用即生疑義。按民法第 220 條第 2 項關於歸責事由的酌定，乃需考量其事件性質與是否因而賦予義務人利益而酌定，此規定應屬底定歸責事由確定之原則規定無疑，最顯而易見的，該意旨即具體展現於民法第 535 條之規定在有無報酬情況下所生的差異上。²⁸¹

從而，若以買賣契約為例，因民法債編各論中之買賣規定，未如前述有規範義務人之注意義務的規定，因此若當事人於買賣契約締結時並未另外約定系爭契約之歸責事由為何時，此時關於歸責事由之確定，則即需仰賴民法第 220 條第 2 項之酌定規定。然而依多數學者見解認為，於此並無類型化而有劃一之歸責事由仍需個別參酌債務人得益與否以及事件性質而定之，並無以抽象輕過失為原則的標準存在。²⁸²除此之外，於當事人是否得益的要素上，亦不應存在機械式之判斷。²⁸³惟有學者在觀察立法例之後所得之結論認為，在交易當事人主觀上欠缺注意能力，卻執意參與交易生活時，因該欠缺所生之交易風險似應由當事人自己承擔為宜。僅在法律有明文規定減輕事由時，方得僅負重大過失或具體輕過失責任。同樣地，法律亦得以明文方式提高當事人之注意義務。在無前述法律規定時，此時應客觀化之過失概念，而需具備善良管理人之注意義務，方為事理之平，²⁸⁴斯項見解，亦值吾人省思。

²⁸⁰ 黃立，同前揭註 259 書，頁 427 - 428；亦有喚其為不可抗力責任，並進一步區分通常事變責任與狹義不可抗力責任，結果上並無差異：邱聰智，同前揭註 11 書，頁 416。

²⁸¹ 應說明者，受任人所付之歸責事由依其約定內容是否有償作為判準，此項決定歸責事由之方式，實為依法律規定而非經法院酌定。惟本文與此之舉例，乃為說明民法第 220 條第 2 項指引法院酌定之考量要素，亦有具體呈現於實定法之事例。

²⁸² 鄭玉波著，陳榮隆修訂，同前揭註 8 書，頁 346 - 347；

²⁸³ 學者史尚寬引據羅馬法固有之規定，當契約雙方同受利益時，債務人負具體輕過失責任；僅債務人受益時，負抽象輕過失之責；反之，僅債權人受益時債務人僅需負重大過失之責即可。是項見解，饒富趣味。惟學者史尚寬於其氏著中主張如此操作，流於形式不足以應付各種情形，有失公允。詳參史尚寬，同前揭註 2 書，頁 343 - 344。

²⁸⁴ 陳自強，契約責任之歸責事由，收錄於契約責任歸責事由之再構成 - 契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012 年 12 月，頁 162 - 163。

96. 油氣回收設備案 - 最高法院 93 年度台上字第 1257 號判決

承接上述，一如學者之觀察：於特定物買賣之場合，系爭標的物有瑕疵給付之情形時，債務人是否具有可歸責於當事人之事由，毋寧為決定後續補正請求權損害、契約解除權或損害賠償請求權是否得發動的重要關鍵。²⁸⁵易言之，於我國現行不完全給付法制中，若經證明債務人並無可歸責事由時，則依民法第 227 條之規定即無構成不完全給付，進而準用給付不能或給付遲延之規定，而主張損害賠償或解除契約及其他依不完全給付所得主張之一切權利。一如最高法院 93 年度台上字第 1257 號判決之案件事實與判決意旨，即完全彰顯如此的規範意旨：上訴人中央信託局股份有限公司（下稱中央信託局）起訴，主張被告鵬暉貿易有限公司（下稱鵬暉公司）所給付之油氣回收設備，碳氫化合物之回收率不足且噪音分貝高出約定數值。並且中央信託局亦主張系爭設備給付時欠缺安全閥，經中央信託局與訴外人長城公司締結承攬契約另行施作，該部份所生之費用與前揭瑕疵給付均屬不完全給付損害賠償之範疇。本件經台灣高等法院 89 年度重上字第 140 號判決認定給付容有瑕疵無疑。惟原審法院認為：「...系爭設備之功能無法達到契約之要求所約定，全係因訴外人中油公司未即時安裝，且又未妥善保管維護，延宕三年始組裝所致，顯不可歸責於鵬暉公司...」除此，關於安全閥部份原審法院也以：「...惟查該所通知訴外人中油公司改善之日期係於上開安全閥製造及交付之後；又其所謂安全裝置是否即為上開安全閥，亦無證據以資證明，尤難認係因該所通知改善安全裝置所製作，是中央信託局所為此部分之主張，亦屬無據...」而認為中央信託局之主張並無理由。²⁸⁶

隨後經中央信託局上訴聲明不服，最高法院即作成 93 年度台上字第 1257 號判決贊同原審見解，並引述原審法院之事實認定：「...顯未盡管理維護之責任，其相關人員涉有行政責任，業經監察院彈劾在案，益證系爭設備之功能無法達到契約之要求所約定，係因中油公司未即時安裝，且又未妥善保管維護，延宕三年

²⁸⁵ 陳自強，同前註，頁 166。

²⁸⁶ 本件事實經確定後，中央信託局另外提起審之訴，以新證據證明系爭請求權並未罹於時效。然經臺灣高等法院 95 年度重再更（一）字第 1 號判決認為，縱無罹於系爭買賣契約請求權消滅時效，亦不能撼動原確定判決中不可歸責鵬暉公司與安全閥是否必要之證據欠缺的認定。再次確認了本件乃屬買賣契約事件，以及不可歸責鵬暉公司之情形。

始組裝所致，顯不可歸責於被上訴人…上訴人所謂該安全閥係因長城公司受被上訴人委託製造D | 五四〇一壓力容器時，未設置安全裝置，經高雄市勞工檢查所要求改善，中油公司始另委託長城公司製作，固提出高雄市勞工檢查所函為證，惟高雄市勞工檢查所通知中油公司改善之日期係於上開安全閥製造及交付之後，而所指安全裝置是否即為上開安全閥，上訴人亦無證據證明。從而上訴人依**不完全給付損害賠償法則…，均不應准許**」並且更進一步地認同鵬暉公司之法律見解而駁回中央信託局判決確定：「…按買受人應按物之性質，依通常程序從速檢查其所受領之物。如發現有應由出賣人負擔保責任之瑕疵時，應即通知出賣人。買受人怠於為前項之通知者，除依通常之檢查不能發現之瑕疵外，視為承認其所受領之物。不能即知之瑕疵，至日後發現者，應即通知出賣人，怠於為通知者，視為承認其所受領之物，民法第三百五十六條定有明文。查系爭設備龐大，被上訴人是否依兩造組裝約定等事項而為交付，依通常檢查程序顯可輕易得悉…」

本件最高法院於判決中不若原審法院以「**不完全給付法則**」的方式，迴避系爭事件是否為單純之買賣契約的問題，反而直接適用民法買賣契約之時效與即時檢查等規定，直接肯認本件乃為買賣契約之性質。此外，觀察中央信託局起訴主張之內容，似乎認為安全閥本為契約內容所應給付之一部，因此就此部份亦同依**不完全給付**請求損害賠償。果爾則綜觀此判決可知，原審法院與高等法院對於中央信託局之主張，乃以是項瑕疵給付係不可歸責於出賣人鵬暉公司，依照民法第227條之規定不構成**不完全給付**。從而，中央信託局依**不完全給付**規定所主張之損害賠償，自因不具備可歸責事由而不應允准。並且，假若中央信託局就安全閥部份向鵬暉公司請求修補，則依本件事實與法律見解，恐亦因鵬暉公司不具備可歸責事由而不得為之。對此是否妥適，且比較法上有對應之規範制度，則有深究之空間。

97. 附論 - 不完全給付是否適用從速檢查之規範本件判決似有定見

又除前述外，本件最高法院判決更有一個饒富趣味的見解，頗值得吾人觀察，惜因與本文主軸容有偏離，因此囿於篇幅無法深入探討。從而以下略為點出本文之觀察，期待將來有能更進一步觀察的機會。按最高法院向有認為，**不完全給付**與買賣物之瑕疵擔保責任之制度目的，與構成要件均有不同，因此針對請求不完

全給付之主張，應無民法第 356 條從速檢查通知義務之適用，²⁸⁷並且是項見解亦為學者所採納。²⁸⁸因此，對於本件中央信託局以不完全給付作為請求權基礎的主張，最高法院選擇以民法第 356 條所規範之檢查通知義務，作為駁回請求的補述理由之一。是否為最高法院一改向來嚴格區辨不完全給付與買賣物之瑕疵擔保責任之見解的線頭？則亦未可知，本文亦未敢妄加揣測，但是項動態仍值得吾人繼續深究。

第二款 可歸責作為修補請求權之質疑

98. 比較法上之修補權多不以可歸責為前提要件

然而若造訪晚近之各國關於瑕疵給付修補制度的相關立法例，或國際契約統一文件的內容，可以明顯感受到，對於買受人行使修補請求權時，多不對於違約出賣人之主觀歸責要件進行檢視。易言之，即便出賣人對於瑕疵給付縱無可歸責事由，買受人仍得本於其固有權利向出賣人請求修補。此項趨勢早見於聯合國國際商品買賣契約公約中第 46 條中第(1)項與第(3)項²⁸⁹，均未以出賣人有可歸責事由為限，亦未如買受人請求損害賠償時需具備，依當時情形對損失明知或可得而知的主觀要件（in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.）²⁹⁰買受人依照聯合國

²⁸⁷ 最高法院 87 年度台上字第 2668 號判決要旨略以：「...物之瑕疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任，其法律性質、構成要件及規範功能各不相同。故買受人如主張出賣人應負不完全給付之債務不履行責任，而請求其賠償損害時，自無民法第三百五十六條規定之適用...」相同見解：最高法院 92 年度台上字第 882 號判決。

²⁸⁸ 詹森林，同前揭註 199 文，頁 156。

²⁸⁹ See CISG, Article 46: para. (1) The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement. para. (2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter. para. (3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

²⁹⁰ See CISG, Article 74: Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

國際商品買賣契約公約第 46 條(1)項之規定，向賣方請求繼續履行時，得按其情形選擇交付替代物 (delivery of substitute goods) 或請求修補瑕疵物達原約定 (to remedy the lack of conformity by repair) 並且由於另行交付替代物與修補瑕疵物兩者間，考量國際商務運送成本，以及考量賣方是否因而負擔過鉅，因而對於交付替代物較請求修補瑕疵物設有較高的要件限制。²⁹¹不獨於此，相同情形亦見於國際商事契約通則 2010 之中。該通則第 7.2.3 條即規定道：「適當情形下，履行請求權包含修復與更換之權，或其他得以治癒瑕疵之方法。第 7.2.1 條及第 7.2.2 條亦有適用。」(The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7.2.1 and 7.2.2 apply accordingly.)²⁹²僅在第 7.1.7 條(1)項中定有不可抗力之免責事由。²⁹³更甚者，2002 年德國新修民法亦有類似見解體現於條文之中²⁹⁴，已如前述。²⁹⁵由此可知，在出賣人未依債之本旨而為給付下，若買受人有意請求出賣人修補或另行給付無瑕疵之物時，則不再以出賣人需具有可歸責事由的要件限制之。果爾，則此項國際間立法潮流似乎值得期待與重視。

承上所述，若前揭立法例及國際契約統一文件中，所帶有的修補請求權不以歸責事由為要件之意旨能夠落實於我國之法秩序時。則依前揭最高法院 93 年度台上字第 1257 號判決之案件事實，或許得以在當中央信託局顯露維繫契約之期待，並且希望鵬暉公司憑其專業而維修瑕疵標的物時，判令鵬暉公司修補系爭標的物之瑕疵，使其回復契約預定之碳氫化合物回收率，以及合乎約定之噪音分貝數。更甚者，若事實上契約約定誠如中央信託局所稱，應具備安全閥等安全裝置

²⁹¹ 馮大同、焦津洪編著、陳春山審訂，國際貨物買賣法，五南圖書，初版一刷，1997 年 3 月，頁 277 - 282。

²⁹² See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.2.3

²⁹³ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.1.7(1): *Force majeure*: para. (1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the nonperformance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

²⁹⁴ BGB §437

²⁹⁵ 陳彥良，概論德國民法債編中買賣法之變動，刊載於月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月，頁 111；林易典，德國民法典新舊法部份譯文，刊載於月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月，頁 102；朱柏松，同前揭註 241 文，頁 231。

時，則亦得逕由鵬暉公司補正施做，或由其向外發包另行施做。不再因為鵬暉公司經證明無可歸責之事由，而使得關於不完全給付中之各項請求權立刻定於一尊，而毫無請求主張之可能。實有值得我國不完全給付制度啟迪之處，以下遂以前述立法例所呈現之意旨出發，進一步檢視是否有將之落實於吾國民法中的可能與必要。

99. 面對不可歸責之不完全給付與遲延給付似乎價值判斷不一致

如前面不斷提及的，出賣人未依債之本旨而為給付時，尚須具備可歸責事由，方得依是否能夠補正而分別準用給付不能或給付遲延。前曾述及，若出賣人未依債之本旨而為給付，此時因有違背契約義務，有學者稱其為廣義的債務不履行，²⁹⁶依其是否具備可歸責事由，而分別適用不同規定。例如可歸責於債務人之給付不能應適用民法第 226 條，反之不可歸責時則以 225 條規範之。同樣地針對給付遲延上，具備可歸責事由之債務人應負擔民法第 229 以下之給付遲延責任，而經證明未可歸責時，雖條文未見針對性地規定，但依學者之闡述，此時非謂債務人可免除其原訂給付義務。²⁹⁷從而債務人仍需給付原定契約標的，方可終局性地免除債務不履行的可能。然而令人費解地，在債務人「無可歸責事由」的情形下，同為對債之本旨存有欠缺的「給付遲延」與「不完全給付之瑕疵給付」，何以前者縱不可歸責，債權人仍有機會請求給付；而於瑕疵給付之場合，卻因無可歸責事由而將債權人全然拒於不完全給付之門外，自然無法依不完全給付準用給付遲延而為補正請求。此種法律效果準用後，竟將產生不同法律結果之情形，令人難以理解其箇中意涵。並且當契約內容為種類之債等給付可分之債時，此時制度上之齟齬及尷尬將更形嚴重，且難以被接受。

容或上述抽象法律之描述，難以直接感受不可歸責之瑕疵給付與給付遲延上的扞格。舉例而言，依最高法院曾著有判決，對於上訴人起訴聲明渠等於倉儲取回之貨物數量短少，有違債之本旨的主張。經最高法院作成 95 年度台上字第 764 號判決，認為：「...未查兩造就系爭貨物買賣之各個標的物係屬可分，為兩造陳

²⁹⁶ 陳自強，同前揭註 127 文，頁 16 - 17。

²⁹⁷ 邱聰智，同前揭註 11 書，頁 58；黃立，同前揭註 259 書，頁 450。

明在卷（見原審卷第一二六頁），則被上訴人就上訴人參展外之其餘貨物若有給付遲延或不完全給付之情形，上訴人是否不得據以解除該部分之買賣契約？…」顯然認為於此類案件中恐有給付遲延或不完全給付之選擇適用。²⁹⁸雖有學者認為若債務人之違反義務行為已經構成給付不能或給付遲延，則該行為無另同時構成不完全給付可言。²⁹⁹惟查其論據中所引用之最高法院判決³⁰⁰均為給付不能與不完全給付之選擇適用的問題，並無前述之一部遲延之案件事實，或許可以揣測作者乃認為同一事件中，針對同一構成要件事實不得先適用給付不能後，復依不完全給付有所請求的意涵。然而，對於一部遲延之基礎事實，究應著眼於給付部份而適用不完全給付，或依其給付可分之性質，對遲延之一部負遲延責任，即有令人困惑之處。³⁰¹³⁰²因此依上開案例中，若在「不可歸責」的情形下，依給付遲延的法理邏輯即上訴人自得請求被上訴人履行遲延部份；但若依照不完全給付的邏輯，卻因在不可歸責下不構成民法第 227 條而斷無準用給付遲延而補正之可能。此種相同案例，僅因「適用」或「準用」同一遲延制度，竟對得否請求剩餘部份給付有截然不同之結果，實為可疑。

²⁹⁸ 認為在一部遲延的案件事實中，不完全給付與給付遲延有其模糊空間（尤其提及種類之債的情形），甚至有兩立而擇一請求之可能性。相同見解者：姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，收錄於民事法理論與判決研究（一）－不完全給付與瑕疵擔保責任，2009 年 11 月，頁 299；史尚寬，同前揭註 2 書，頁 399。

²⁹⁹ 詹森林，同前揭註 199 文，頁 147。

³⁰⁰ 最高法院 82 年度台上字第 2364 號判決、最高法院 83 年度台上字第 2265 號判決、最高法院 86 年度台上字第 924 號判決。

³⁰¹ 給付遲延之相關規定雖未有如民法第 226 條第 2 項觸及一部不能得否解除契約之規定，但在實務運作上，最高法院亦肯認在一部給付遲延的情形下，得依循該項法理而為解除契約。易言之，最高法院亦有肯認一部遲延之情形，並得具此項事由而負擔債務不履行之相關責任。詳參最高法院 99 年度台上字第 1049 號判決：「…按給付為可分而有一部給付不能或給付遲延之情形時，債權人非不得就該契約之一部解除之，此依民法第二百二十六條第二項及第二百五十六條規定推之自明。是以系爭契約所定給付義務，究屬可分抑或不可分之給付，即為契約得一部解除或須全部解除之關鍵…」

³⁰² 相同觀察認為難以區辨：陳自強，從繼受觀點看不完全給付之生成發展，刊載於政大法學評論第 130 期，101 年 12 月，頁 298；史尚寬，不完全給付之研究，收錄於民法債編論文選輯（中），五南圖書，1984 年 8 月，頁 701。引用典型一部履行作為不完全給付之例證，似帶有兩者間有模糊空間之類似贊同見解：孫森焱，同前揭註 187 書，頁 569；反對見解：鄭玉波，論不為給付與不為完全之給付，收錄於民法債編論文選輯（中），五南圖書，1984 年 8 月，頁 717－718。

100. 規範不一致乃肇因於條文僅明定可歸責於當事人之情形

上述揣測，雖並不必然將發生於實際案例中，純屬概念法學推演極致所得之結果。然而仍不可忽視的是，在對得否施以作為，而治癒無歸責事由之契約義務違反的態度上，不完全給付制度與給付遲延上存有某程度的落差。其原因，本文觀察乃肇因於我國民法第 227 條明列僅以「可歸責於債務人」時始有適用³⁰³，因而忽略了「不可歸責」的義務違反之人亦有受到規範規制的必要。從而在實際操作之下，依最高法院向來就舉證分配之立場，是否無可歸責事由的客觀舉證分配乃應由債務人負擔舉證責任³⁰⁴。依學者之見，我國不完全給付所要求之可歸責事由，不啻為免責事由之地位，經債務人證明而得免責。³⁰⁵是項見解值得贊同，不僅於此，若依此見解檢視上述本文對於不可歸責下，觀察現行法中三種債務不履行類型，僅有不完全給付能舉證而完全免責，其他兩者縱或舉證不可歸責下仍應有其他責任尚待滿足，再次證明顯有落差。

101. 學者區分不能法理與遲延法理各該法理內應有相同一致之價值判斷

然而此等以「給付義務的積極違反或消極違反」作為規範差異類型化的基準，有學者為文提出質疑。氏認為，債務不履行中之三種制度，若欲類型化其規範法理而區分規範效果，則應以「給付義務實現的可能或不可能」的區別方式較具有實質上意義，反之以「給付義務的積極違反或消極違反」的區別基準，即難以解釋在同樣足以影響給付利益與或契約目的的達成時，給付義務究竟為積極違反或消極違反，並無據此適用不同法理，而發生不同效果之理由。³⁰⁶是項突破性之大膽創見，擲地有聲，值得贊同。並且論者更進一步深探認為，若依「給付義務實現的可能或不可能」而區分下，則現行制度中之「給付不能及不能補正之不完全

³⁰³ 類似觀察：游進發，民法上過失概念 - 以最高法院九十六年度台上字第一六四九號判決為反思出發點，刊載於月旦法學雜誌第 170 期，2009 年 7 月，頁 258 - 259。

³⁰⁴ 參最高法院 77 年度台上字第 1989 號判決要旨「...債務人負有依債務本旨為給付之義務，違背債務之本旨為給付，即屬不完全給付，為瑕疵之給付，是以債務人如主張其已為完全給付，當由其負證明之責，雖債權人於受領給付後，以債務人給付不完全為由，請求債務人損害賠償，關於給付不完全之點，應轉由債權人負舉證責任，惟不完全給付，非有可歸責於債務人之事由，為債務人免責要件，故債務人以不完全給付係因非可歸責於己之事由所致為抗辯，就此仍應由債務人證明之...」

³⁰⁵ 陳自強，同前揭註 284 書，頁 163；孫森焱，同前揭註 187 書，頁 482。

³⁰⁶ 陳忠五，同前揭註 32 文，頁 41。

給付」則應適用學者所謂之「不能法理」；相對地，「給付遲延和得補正之不完全給付」，則應適用「遲延法理」，而應重視其尚得經修補而滿足契約目的之特徵，因而應思考給予其補正機會。³⁰⁷

102. 修補瑕疵不以可歸責為要件應為當然之理

果爾，綜合上述學者見解，配合本文之觀察，我國現行法中可歸責於債務人的不完全給付，依得否補正的方式分別準用給付遲延與給付不能，確實走在前揭學者所畫設之「不能法理與遲延法理」的規範模式區分基準中。然而契約義務之違背不盡然均可歸責於債務人，若於不可歸責致生給付瑕疵時，因無法適用民法第 227 條而要求債務人進行補正，使得契約目的處於得經修補而補正但苦無條文得以適用的情形。並且與同樣適用「遲延法理」的不可歸責債務人的給付遲延，尚須履行給付義務，以合乎契約目的的結論不符。³⁰⁸易言之，學者所謂之遲延法理，在民法第 227 條的要件設計下，並未全面性地滲透入不完全給付制度中。除此之外，更與當代要求擴大買受人瑕疵修補請求權的呼聲，³⁰⁹及國際上瑕疵修補的無可歸責要求相左。一如學者於其論著中所云：「如認為種類物買賣之另交請求權為履行請求權，不以歸責事由存在為必要，同樣以履行交付無瑕疵之物義務為目的之瑕疵修補請求權，何以須可歸責於出賣人，實在令人百思不得其解…一旦認為出賣人有給付無瑕疵之物之義務，買受人得請求出賣人修補瑕疵以履行該

³⁰⁷ 易言之，學者陳忠五於其論著中明確指出，即便我國債務不履行制度中現有明文三種類型，但其背後所支配之法理仍僅有「遲延法理」與「不能法理」。更甚者，若未來修法將爭論已久之拒絕給付納入規範，而成為明文化之第四種債務不履行類型時。其拒絕給付之背後，仍舊為「不能法理」所支配。蓋其思維核心實為給付義務之違反，該違反得否經補正而滿足契約目的，方為重點。反之，現行以違反型態究為積極或消極，甚或是違反義務為給付義務或附隨義務作為法律效果差異化的論據，均非重點。本文之精闢見解詳參陳忠五，同前註，頁 40-44。

³⁰⁸ 值得一提者，學者王和雄對此曾有見解表示：「...基於債務人應依債務本旨而為給付之原則以論，在給付（履行）不完全時，亦應容許債權人有完全履行請求權，此系基於契約之內容使然，且此一原則之適用，出不以特定物或不特定物而有異...」對此，本文揣測學者之意思，似乎認為不完全給付之補正或完全履行請求權，乃基於原本之契約義務。果爾，似乎可以推得學者在此無論有無可歸責事由，均因債務人仍有完全履行之義務，從而一如遲延給付般，債權人有完全履行之請求權的結論。果爾，則是項結論雖非為現今學說實務之主流見解，然仍深具參考價值。詳細論述參閱王和雄，承攬人瑕疵擔保責任與債務不完全履行及侵權行為之關，收錄於民法債編論文選輯（下），五南圖書，1984 年 7 月，頁 1246。

³⁰⁹ 馮韋凱，同前揭註文，頁 125、127-128；邱聰智著、姚志明校訂，同前揭註 12 書，頁 129-130；姚志明，同前揭註 211 文，頁 83。

義務，不以故意過失為要件，乃天經地義之事。」³¹⁰是項見解應值贊同與肯定。因此，本文以下便嘗試於現行法架構下，以解釋論之方式試圖擴大債權人修補請求權的適用範圍，力圖將立法例中之補正請求權的制度落實於我國民法中，並且將之適用一般化。

第三款 可歸責作為修補請求權之淡化

103. 本文以為應將補正請求權之歸責事由抬升為通常事變責任

因此綜上所述，結論上本文認為，就現行民法第 227 條所明定之不完全給付可歸責事由的要件，其歸責事由應依其所發生之法律效果而異。申言之，本文淺見以為，就因不完全給付所生之補正請求權與契約解除權，應將歸責事由抬升至事變責任；反之關於不完全給付所生之損害賠償請求權，則仍維持現行運作即可。從而依本文見解，於現行法下因不可歸責於當事人而為之瑕疵給付，多半將因歸責事由的抬升而使得買受人獲得補正請求權，若不為補正時，則依然得以意思表示解除契約。惟買受人若向出賣人請求不完全給付所生之各種損害賠償請求權時，則依前面脈絡，則仍需出賣人有可歸責事由時，方可謂損害賠償有理由。然而，本文以上見解，必然將遇到兩項重要疑點，不得不先予釐清。首先，民法第 227 條所定之「可歸責」事由，得否針對同一構成要件事實，而割裂當事人注意義務的基準，進而有不同之歸責事由適用於同一事件中？其次，縱或民法第 227 條得因法律效果的不同，而適用不同之歸責事由。但將出賣人關於補正與解除契約之歸責事由獨立而提昇至危險責任，其正當性基礎何在，並且選擇事變責任判斷基準之事由何在，亦不無可疑之處。因此，以下將依上開兩項疑點分而述之：

104. 擇定歸責事由之考量各有不同，不僅以有無報酬為限

按契約當時人所應負擔之歸責事由，需按其契約內容或其他因素而依約定、法定或法院酌定之，諒其內涵可能為重大過失責任、具體輕過失、抽象輕過失、事變責任或者是不可抗力之責，蓋其內容其並非恆定已如前所述。又關於歸責事由的確定，除經當事人約定外，立法者立法決定特定的事項歸責事由與法院依個

³¹⁰ 陳自強，同前揭註 26 文，頁 250 - 252。

案性質決定歸責事由，其背後多半帶有民法第 220 條第 2 項之意旨，亦即以事件性質與契約當事人有無因此受益而判斷之，一如民法第 535 條即以有無報酬作為界定基準。但不僅僅於此，亦有以衡平當事人之損益與考量通常社會地位作為劃分基準，比較租賃契約中承租人依民法第 432 條第 1 項應負抽象輕過失之責，與民法第 434 條在失火情形僅於重大過失時使負損害賠償責任。其區分之考量，無非在保護承租人之利益，以減輕其賠償責任而設³¹¹，探其緣由乃因於失火之發生通常亦蔓延至承租人自己之財產並遭焚毀，考量承租人多處於社會經濟地位較為嚴峻之場合，學者有謂其情可憫。³¹²由此可知，關於契約當事人之歸責事由的確定，除當事人有無因而受有報酬或利益可作為判斷外，亦不排除以其他事由作為判斷基準。

105. 瑞士債法中對於不同法律效果選擇不同歸責事由基準值得借鏡

立法者對於債務人之歸責事由的擇定，除前述種種考量因素外，造訪立法例中亦有以所發生之法律效果不同，而適用不同之歸責事由，亦值參考。如瑞士債法第 97 條第 1 項明定³¹³：「債務人未為根本地履行或應有之履行時，若無法證明其無可歸責事由時，債務人應負因此所生之損害賠償責任」，除此第 103 條第 1 項³¹⁴亦有：「當債務人遲延時，債務人應因遲延履行義務而給付賠償，不可抗力事由亦同。」可知瑞士債法對於因債務不履行所生之損害賠償責任，乃有可歸責事由之要求。但由於瑞士債法中對於遲延給付之構成，並不以具備可歸責事由為前提。³¹⁵因此依瑞士債法第 104 條第 1 項³¹⁶所定關於遲延利息之規定：「債務

³¹¹ 最高法院 89 年度台上字第 1416 號判決。

³¹² 史尚寬，同前揭註 3 書，頁 181；黃立主編、吳秀明負責撰寫部份，同前揭註 5 書，頁 373-374。

³¹³ See Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Art. 97.1: *Im Allgemeinen*: Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

³¹⁴ See Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Art. 103.1: *Haftung für Zufall*: Befindet sich der Schuldner im Verzuge, so hat er Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch für den Zufall.

³¹⁵ 陳自強，同前揭註 284 文，頁 121。

³¹⁶ See Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Art. 104.1: *Verzugszinse*: Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszinse zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen, selbst wenn die vertragsmässigen Zinse weniger betragen.

人支付金錢之債陷於遲延時，應支付年息百分之五之利息，於當事人約定利息總額少於此時。」其中並未如前揭損害賠償責任另需具備可歸責事由³¹⁷，可觀察出如學者對於瑞士債法特殊性之理解，即該法不若於我國以可歸責事由劃一作為債務不履行之構成要件。以前揭給付遲延為例，瑞士債法屏棄以一致之過失要件作為責任發生之要件，反而是以法律效果之不同，而分別決定該法律效果之歸責事由為何。³¹⁸是項見解與立法方式值得效法，蓋債務不履行之法律效果各有不同，各該效果對於契約存續之殺傷力容有不同，對於債務人財產上之剝奪效果亦復有別，其背後所承載之法理思維更是截然不同。³¹⁹因此，考量債務人主觀上對於注意義務的違反程度，而異其得適用之法律效果，似乎並無反對之理。

106. 我國法制亦有對同一事件依效果範圍不同而異其歸責事由的適例

除此之外再查其我國法制，亦有對於同一事件依其法律效果不同，而差異化其歸責事由的要件。如關於運送契約中，民法第 634 條中立法者即以左袒托運人易於受償為由³²⁰，將運送人之損害賠償歸責事由定為事變責任。然而針對同一事件，若托運人欲主張限制責任以外之損害賠償時，則依民法第 638 條第 3 項之規定則將歸責事由另定為重大過失責任，顯然就該部份優遇運送人。由此可知，於我國契約法中，並不排斥就同一事件，依其規範所生之法律效果不同（本例中為限制責任損害賠償或完全賠償之差異），因而異級化其所需具備之歸責事由。果爾，則本文認為對於不完全給付之補正請求權，與損害賠償請求權應有不同之歸責事由標準，就依法律效果之不同而差異歸責事由的發想上，或可稱具有既定法律上之論據，並且是國內外立法例上皆是如此。

107. 出賣人就修補瑕疵應負無過失責任已有比較法與學者之支持

其次，關於不完全給付之法律效果，就補正部份與損害賠償請求權之歸責事

³¹⁷ 實則由債務人證明有免責事由。

³¹⁸ 陳自強，同前揭註 284 文，頁 121。

³¹⁹ 學者陳自強亦有類似觀察，氏認為損害賠償制度與解除契約兩者，其制度上之目的容有不同。因此觀察各國立法例之結論，亦可得出契約解消與損害賠償兩者間，並不需要同進同退。詳細可參照陳自強，未按時給付之契約解除與歸責事由，收錄於契約責任歸責事由之再構成－契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012 年 12 月，頁 210 - 212。

³²⁰ 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（中），元照出版，2002 年 10 月，頁 511。

由的差異化容許性，已如前述。惟依本文淺見認為，於給付未依債之本旨之瑕疵給付部份，在得補正情形下，單就不完全給付之補正請求權的可歸責事由，應可考量抬升至通常事變責任。其緣由除前已述及的兩項理由，首先是按當代各國立法例對於契約義務違反的情形下，債務人縱或是無過失之情形，債權人仍得為了獲得完整契約目的的實現，而逕行請求繼續履行（修補或給付替代物）。除此，呼應各國國際立法例與國際契約統一文件之見解，我國晚近學者亦逐漸對此發出省思之語，而認為買受人得請求出賣人修補瑕疵以履行該義務，不以故意過失為要件，為當然之理。³²¹

108. 現行以歸責事由為前提下，提昇歸責事由達不以過失為必要應為妥適

其次是，對於不完全給付準用給付遲延的情形下，在不具備可歸責事由的情形下，在不完全給付之場合即已喪失補正之可能，反之在適用給付遲延的狀態下，則仍可依契約本旨請求續為給付。自此觀察出兩者價值間的扞格之處，若於一部遲延與瑕疵給付的模糊交界案例中，此項齟齬更是灼然可見。歸咎其原因，無非在於遲延狀態下，無論有無歸責事由均有對應法律效果，而不完全給付則因條文規範坐實「可歸責於債務人」而相對欠缺不可歸責時的法律效果。然而，民法第 227 條第 1 項所定之可歸責要件確實存在，不得僅因本文在立法論上傾心於外國立法例或國際契約統一文件的見解，而逕為忽視不論。³²²對此雖已有研究認為得藉由增訂民法第 359 條之 2，明定買受人擁有瑕疵修補請求權或替代物給付請求權，並且不再區分種類物與特定物之法律效果的差異。³²³此項見解，固能收到釜底抽薪之效，然而於債法修正甫逾十年短期內再次修正之可能與必要性均有其困

³²¹ 陳自強，同前揭註 26 文，頁 250 – 252。

³²² 對此，學者似乎在類似制度探討中亦有相同之看法傾向：學者陳自強認為認為，外國立法例中對於遲延之各項法律效果，並劃一地以具備可歸責事由為必要。例如關於逃脫契約拘束的解除行使中，應可不以可歸責於當事人之必要而行使民法第 254 條。但關於瑕疵給付時，則因民法第 227 條明定有可歸責要件，且為了維持現行物之瑕疵擔保與不完全給付之雙軌制度，因此仍以可歸責於債務人為要件。因此，在依瑕疵給付準用給付遲延時，仍應具備可歸責事由為必要。由此可知，若以解釋論上出發檢視我國現行債務不履行法制，學者間多半仍盡量利用現行法既存規範，努力調和適用與解釋出合乎學者立場之見解，而不大肆地對於實定法之規範予以忽視或刪改。於此與學者陳自強關於詳細說明可參閱陳自強，同前揭註 319 文，頁 224 – 225。

³²³ 張志橋，商品之瑕疵擔保責任與品質保證之研究，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，2004 年 1 月，頁 141。

難。

109. 本文以解釋論方式擴大補正之適用，俾與內部體系及立法趨勢相稱

雖學者於前述研究中，因考量現行實定之不完全給付制度以可歸責為構成要件，從而認為因遲延而解除契約時，或可考量無須可歸責事由。但在不完全給付既已定明須以可歸責當事人為前提下，依據不完全給付所為之解除契約即應具備可歸責事由為必要。³²⁴然而前揭想法雖與本文主要處理之議題未必完全一致，但一如前揭學者所著：「…在法定解除規定尚未修正之前，現行法解釋上是否非以可歸責不可，並非毫無迴轉餘地…觀察法律被繼受國之學說發展是否對我現行法之解釋有啟發與參考之處，從而，嘗試在不更動我國債務不履行規定之狀況下，在我國契約解除規定之舊瓶中灌注新酒，使我國現行法不至與國際契約法發展之大勢所趨產生無法跨越之鴻溝。」³²⁵此等闡述柔韌有勁，視野宏觀洵屬的論。並且本文在認同必須服膺於「可歸責要件」的現實狀況下，進而倡議，當債權人欲依不完全給付向債務人行使瑕疵修補請求權時，債務人雖仍需依民法第 227 條第 1 項具備可歸責事由為必要，然而該可歸責事由應定位為通常事變責任。在債務人無法舉證證明自己無可歸責事由時，即應就瑕疵負修補之責。惟若債權人所欲請求者，乃因各種情事所生之不完全給付損害賠償請求權，則依民法第 227 條第 1 項，亦須具備可歸責事由，然而就此處之歸責事由即應回歸現行法下之各種歸責事由確定方法，亦即依約定、法定或依民法第 220 條第 2 項由法院定之。

並且本文若謂此項見解背後所蘊含的法理基礎，早已存於我國債編總則關於歸責事由規定時，則似乎亦與事實相去不遠。查民法第 231 條第 2 項已有規定：「前項債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。」可知，若因可歸責於債務人致生給付遲延時，在經第一次義務違反後，債務人不但仍需負擔給付之責外，更提高其注意義務達無過失責任的程度。³²⁶又查我國最高法院對於出賣人之給付

³²⁴ 陳自強，同前揭註 319 文，頁 224 - 225。

³²⁵ 陳自強，同前揭註 319 文，頁 172。

³²⁶ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，同前揭註 8 書，頁 362 - 363；史尚寬，同前揭註 2 書，頁 387；邱聰智，同前揭註 11 書，頁 460 - 461；孫森焱，同前揭註 187 書，頁 536；姚志明，同前揭

義務，長期以來均認為應負給付無瑕疵之物。³²⁷雖對於出賣人究竟有無給付無瑕疵之物的義務，學說上尚有討論已如前述。然而若依最高法院之見解觀察，則出賣人給付瑕疵之物後，毋寧是對於出賣人給付義務的第一次義務違反。從而若依立法者蘊含於民法第 231 條第 2 項中之法理精神，債務人因違反第一次義務後，法定劃一提昇債務人注意義務，加強其歸責事由，方能使債權人不致因嗣後所遭遇之其他風險而使損害擴大。則當出賣人給付瑕疵之物，而違反第一次給付義務後，似乎參酌其保障債權人之精神，以及常駐於民法第 231 條第 2 項中對於債務人義務違反之懲罰意旨，進而將瑕疵修補歸責事由提昇至通常事變責任，亦為符合立法者對於劃一提昇歸責要件事由之價值判斷。

除上開理由外，於體系上探察外國立法例與國際契約統一文件之見解，泰半能夠觀察到一個異於我國之立場。亦即例如，德國債法中對於請求繼續履行（*Nacherfüllung*）³²⁸之規定，乃明文並列瑕疵修補（*die Beseitigung des Mangels*）與另行交付無瑕疵之物（*die Lieferung einer mangelfreien Sache*）兩者，並且可由債權人選擇適用之。不獨見於此，國際商事契約通則 2010 第 7.2.3 條，對於履行請求上，亦並列債務人修補（*repair*）、替換（*replacement*）或以其他方法治癒瑕疵（*other cure of defective performance*）。由此可知，對於修補瑕疵以成就契約目的之各種方法，於立法例中均等同視之。有別於此，我國買賣物之瑕疵擔保責任中，對於特定物買賣未見修補制度，買受人若欲修補必須出賣人有可歸責事由，並且通過實務上對於不完全給付所設之各種要件始得為之。然而在種類物之債，買受人輕易地得依民法第 364 條之規定，逕行請求給付無瑕疵之物，此項差異與立法例所展現之立法趨勢大相逕庭。因此自解釋上，本文固然無法於特定物買賣瑕疵擔保制度中，無中生有地憑空創造補正請求權。因此嘗試以拉抬不完全給付中關於瑕疵修補上之歸責事由，藉以擴大瑕疵補正之適用範圍。以便使補正請求權「一般化」地落實於瑕疵給付之各種態樣中，俾於合乎現行法文義下，貼近國際立法例與國際契約統一文件之立法大勢，以及逐漸萌芽中的我國學界見解。

註 221 書，頁 221 – 222。

³²⁷ 最高法院 95 年度台上字第 39 號判決。

³²⁸ See BGB §439

第二節 實踐瑕疵修補制度之原則與特案

第一項 瑕疵補正先行之一般原則

第一款 補正先行原則之法理

110. 從不以瑕疵修補為重心的羅馬法制到擴大修補制度適用的當代思潮

按我國民法對於出賣人所為之瑕疵給付，依其情形買受人通常所得適用規範制度不外乎為：民法第 227 條以下所定之不完全給付，以及民法第 354 條以下的物之瑕疵擔保責任兩者。而依現行民法與實務之運行可知，關於瑕疵給付之修補，除有構成不完全給付而為瑕疵補之催告外，探查買賣物之瑕疵擔保責任關於特定物瑕疵修補之規定，可謂是付之闕如。又我國不完全給付制度，乃是輾轉繼受於 1902 年由德儒 Staub 所創之積極侵害債權制度而來。³²⁹嗣後對於不完全給付之學說與實務上的法之續造，因而修補物之瑕疵的思維與法律制度乃後發於此。因此觀察我國當代就買賣瑕疵之補正，多倚賴於晚近所創設之不完全給付制度便可推知，物之瑕疵擔保責任與其所繼受的羅馬法系統，對於契約義務違反時，其法律效果並不偏好倚賴於修補瑕疵的方式。並且相較於此，學者認為解除契約與減少價金，方為羅馬法與繼受羅馬法之民法系統所認為較為簡便與標準之契約瑕疵的縫補方式。³³⁰

然而整理上述本文於買賣契約瑕疵給付之場合，針對瑕疵修補部份，解釋上做出兩項調整。分別為物之瑕疵擔保責任之民法第 359 條解除契約前，應經帶有檢視債務人有無修補意願與可能之顯失公平判斷，爾後方可解除契約；以及出賣人對於買受人之瑕疵修補請求權，其歸責事由應抬升至通常事變責任，意即縱或出賣人對於瑕疵給付並無過失，仍應負瑕疵修補之責。對於兩者解釋之變異，其背後之核心價值，無非是一方面考量我國現行法所既存不完全給付與瑕疵擔保責

³²⁹ 錢國成，不完全給付與瑕疵擔保，收錄於民法債編論文選輯（中），五南圖書，1984 年 8 月，頁 722；王澤鑑，同前揭註 22 文，頁 64 - 65；孫森焱，同前揭註 187 書，頁 564；姚志明，同前揭註 203 書，頁 179 - 180；陳自強，同前揭註 302 文，頁 290 - 295。

³³⁰ See Peter Huber, *supra* note 240, at 303 - 304. 除此，關於羅馬法制不以修補瑕疵為核心之探討與制度引介，亦可參酌陳自強，同前揭註 24 文，頁 157 - 165。

任雙軌制度，擴大並調和我國現行受到諸多限制之瑕疵修補請求權的適用餘地，俾使符合前述各國立法例與國際契約統一文件之見解，以及晚近我國學界中對於放寬補正適用的呼聲³³¹。據此，分別創設先行補正抗辯權，以及將現行補正請求權之適用條件放寬，使其達到適用一般化。

111. 顯失公平與歸責事由的修正適用分別有其制度上目的

果爾，則進一步檢視本文所創設兩項買賣契約所生之當事人權利。首先藉由民法第 359 條解除契約之顯失公平要件，必須考量出賣人之修補可能性與意願，從而所生之抗辯權之效果。在比較法上，毋寧是對應於國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條，與聯合國國際商品買賣契約公約第 48 條之規範宏旨，本文藉由解釋民法第 359 條解除顯失公平之要件，³³²賦予出賣人有如前揭兩部國際契約統一文件中所保障地，得於瑕疵給付後利用積極作為修補並且阻止契約因而解消之權利。其背後所欲實踐之法理與期待之效果實為共通，按前揭兩部國際契約統一文件設置出賣人之修補權（Seller's right to cure），按學者說法乃為抑制買受人解除權之三部曲之一。從而其法理乃無非在於，透過制定合宜之法定要件，使出賣人得於可能與合適之情形下行使修補權，並發生優越且排除買受人之解除權的效果。從而藉此避免契約僅因單純簡單之瑕疵而遭解除，進一步成就契約嚴守原則（Pacta sunt servanda）之法理要求，合理兼顧各方利益。³³³據此，依本文見解，法院於導入國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條之規範而審酌契約解除有無顯失公平時，應留意參酌前揭所述關於判準規定中，原始所欲達成之終極目的，並且據以影響各項要素審酌之密度，俾使結論上與規範及解釋目的無違。

其次就不完全給付而言，買受人雖得依民法第 227 條準用給付遲延而為瑕疵

³³¹ 邱聰智著、姚志明修訂，同前揭註 182 書，頁 131 – 132；陳自強，同前揭註 26 文，頁 250 – 252；曾品傑，同前揭註 201 文，頁 11 – 13；朱柏松，同前揭註 241 文，頁 231；張志僑，同前揭註 323 文，頁 141。

³³² 曾有學者為文比較我國民法第 359 條與聯合國國際商品買賣契約公約兩法，關於解除契約與補正之規定，進而得到我國買賣契約於此之規定，較後者為呆板而難以實際應付各項交易場合。是項見解可參考：葉永芳，國際貿易法實務第二冊：商品買賣法案例解說，作者自版，1982 年 12 月，頁 223 – 224。

³³³ See Peter Huber, *supra* note 240, at 306,308.

補正之請求，但由於不完全給付制度之條文設計，須以出賣人有可歸責事由之情事方有適用餘地。因此為顯而易見地，若經出賣人成功舉證無可歸責事由時，出賣人自無須負擔包含修補瑕疵物在內之不完全給付各項請求權。雖謂買受人尚得依照物之瑕疵擔保責任向出賣人有所請求，不論現行法中物之瑕疵擔保責任並無修補請求權，即便依本文前揭對於是項制度之修改，亦仍然無從使得買受人獲得主動之修補請求權。因此在於縫補契約給付目的之修補權利上，即生失衡應予平衡。因此除了此項理由，更包含上述對於契約嚴守原則等理由，因此本文在維持我國現行不完全給付與瑕疵擔保責任雙軌制度的設計下，儘量予以平衡規範落差，並且藉以達成規範目的。從而由此觀察，對於本文而言，上述兩項解釋適用的修改乃為相輔相成，並且其背後具有齊一之共同法理，亦即「補正先行原則」。並且據此原則，本文將於下款中分別就如何適用，方可實踐補正先行之立場分而述之。

112. 顯失公平與歸責事由之修正適用背後蘊含促進補正先行之共通價值

本文淺見認為在買賣契約給付存有瑕疵之場合，「修補先行原則」應同時作為不完全給付與買賣物之瑕疵擔保責任之解釋適用的指導原則，並且在債法架構中將該原則具體實現並且擴大適用空間。構築修補先行原則最為顯著之目的在於，推遲當事人解除契約之主張序位。意即，將修補先行原則擴大涵蓋於絕大多數之買賣契約，並且藉由該原則所支配之各制度，增加當事人任意解除契約的困難。然而建構以修補先行原則作為出發之債法規範，其原因除以如前述契約嚴守原則，買受人既然能於補正後獲得完全滿足契約目的卻任意反覆解除契約，顯然不值過度保護外。除此更有認為於當代交易社會中，在瑕疵上有轉圜餘地時，儘量賦予出賣人有扮演更為積極的修補角色，乃較為經濟之價值判斷。蓋解除契約後依民法第 259 條規定，契約當事人均負有回復原狀之義務，³³⁴而回復原狀所需支付之運送成本與承擔之風險，均為因解除契約所需承擔之必要支出。並且此種成本，在當代跨境交易、網路或通郵下單交易盛行下，解除契約後所隨之而來的風險與開支，已足以使得解除契約喪失其表面上，以及羅馬法所設定之簡便迅速的經濟

³³⁴ 最高法院 49 年臺上字第 1597 號判例。

上優勢。³³⁵除此，更有論者認為，買受人對細微且易受修補之瑕疵多加挑剔，並主張解除契約，於特別情形下恐參雜了其他不同目的，且該被掩蓋之目的並非為整體債務不履行制度所需維護的。³³⁶

113. 現行法亦帶有補正先行之價值，且學界與立法例日漸肯定修補制度

按我國對於補正先行制度，最為人所熟知者當屬民法債編各論中關於承攬契約之規定，依民法第 493 條第 1 項：「工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。」若承攬人拒絕修補、不為或不能修補時，定作人方得依民法第 494 條解除契約或減少報酬。由此定作人於承攬瑕疵擔保請求權中之解除權行使，應原則劣後於瑕疵修補請求權，至為明顯應無異議。³³⁷因此為了擴大買賣契約於個案上行使修補請求權之可能，有學者即於製造物供給契約之場合，利用前揭承攬契約修補先行之特徵，而將修補請求權引渡至帶有買賣性質之契約中。³³⁸是項見解甚為前瞻，然而仍有射程範圍較為狹窄，僅限於製造物供給契約之憾。此乃依照前述，我國買賣契約物之瑕疵擔保責任，係輾轉繼受或受到羅馬法所影響，因此對於瑕疵補正制度的發展，顯然較為欠缺。然而晚近已有學者認為，依照當代社會中多數由企業所提供之買賣商品，察其製程多乃由機械自動化大量生產，並且其結構亦有以零組件或多個部件所組裝而成的特徵，因此若商品存有瑕疵，似乎以換貨或抽換零組件之方式修補，以並非羅馬法時代所得想像預設。³³⁹從而現行法對於出賣人毫無修補能力之假設，以未必貼切現況。縱或出賣人的確沒有修補能力時，出賣人若得藉由有修補能力之第三人滿足修補需求，如此似乎在立法論上已無嚴格禁絕之理。³⁴⁰並且如同學者所言，探其德國民法自舊法施行

³³⁵ See Peter Huber, *supra* note 240, at 304 – 305.

³³⁶ See Peter Huber, *supra* note 240, at 305.

³³⁷ 民法第 494 條之立法理由：「查民律草案第七百三十七條理由謂修補瑕疵之目的，既不能達，則定作人或解除契約，或減少報酬，二者必居其一，否則定作人之利益，必受損害。但瑕疵甚微，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，祇許請求減少報酬，不許解除契約，所以重公益也。」；邱聰智著、姚志明修訂，同前揭註 320 書，頁 77 – 80；黃立主編、楊芳賢負責撰寫部份，同前揭註 5 書，頁 612；黃越欽，承攬契約之履行責任與瑕疵擔保責任，收錄於民法債編論文選輯（下），五南圖書，1984 年 7 月，頁 1201 – 1202。

³³⁸ 曾品傑，同前揭註 201 文，頁 11 – 13。

³³⁹ 朱柏松，同前揭註 241 文，頁 230。

³⁴⁰ 黃立主編、楊芳賢負責撰寫部份，同前揭註 5 書，頁 60 – 61。

以來，生產技術與銷售方式均有根本性之重大改變，因此在複雜之現代化製造技術中，應考慮給予瑕疵修補請求權，³⁴¹是項見解應屬的論。

除此若以宏觀角度審視國際社會之法制規範，亦可發現保障當事人修補請求權在內之繼續履行請求權，已屬不能回頭之契約法趨勢。最顯而易見地，無論是對於各國法制與人民具有實質上指引作用的Soft law如聯合國商品買賣契約公約；或是對於國際貿易法制與交易亦富具影響力之商人法Lex Mercatoria³⁴²如國際商事契約通則等，均對於契約義務違反時均擁抱了各項瑕疵修補制度。因此依據論者觀察，吾人可謂，是項對抗且抑制當事人之解除權行使，戮力促使當事人以各項方法維繫契約效力並縫補給付瑕疵的大勢已然成型。³⁴³2002年德國民法修正時在放寬解除契約適用範圍之際，均要求債權人給予債務人補正機會，即一併受到論者讚揚為進步立法技術，實質吾輩學習。³⁴⁴該項立法思路乃深受前揭二項國際契約統一文件及其他立法例之影響，進而訂定相對映之債務不履行新規定，可謂再次確立了修補先行原則蔚為20世紀以來之當代立法趨勢。³⁴⁵

114. 對於修補先行原則已屆法隨時轉之必要時點

綜合上述，本文雖不認為外國立法例與社會情形必然非得落實於我國法制，然而若外國立法例中所持之立法緣由或所欲針對之社會態樣，亦同步展現於我國社會現況時，似乎即有認真思索他國立法例背後之法理基礎，是否值得作為他山之石而為我國法所攻錯的必要。況對於既存甚至是業經明文化之國際立法趨勢，身處國際社會中之一員的我國，自是不能置身於外。質言之，聯合國國際商品買賣契約公約與國際商事契約通則兩項契約法統一文件，深受國際貿易廣泛性地參考與依循，其不僅代表國際商事契約規範之準繩，更可稱是不同法體系下就商事

³⁴¹ 邱琦，同前揭註 244 文，頁 761。

³⁴² 關於 Soft law 與 Lex Mercatoria 之詳細介紹，與國際商事契約通則乃屬「new new lex Mercatoria」（新新商人法）之意義緣故，可參閱陳自強、蔡英欣，Soft Law 之形成，收錄於整合中之契約法，2011 年 5 月，頁 305 – 307、316 – 318。

³⁴³ See Peter Huber, supra note 240, at 304.

³⁴⁴ 黃立，同前揭註 250 書，頁 191。

³⁴⁵ Rolf Knieper, Einige Probleme des neuen deutschen Rechts der Leistungsstörungen, in: Civil Law and Consumer Protection, 2011, S. 491.

契約的最大共識。對於當代高度依賴國際貿易之我國，雖因現實考量而無法共同參與制定與簽署，但仍應密切關注對於相關規定並與時俱進。實際上，雖我國非為上述兩部契約統一文件之參與成員，但頻繁之國際貿易的現實下，我國商人若與成員國商人締結商務契約，兩項文件之規範必然將滲透於契約中，而對約內容及效力等有顯著影響，更為法隨時轉的需求更增添一分迫切性。據此吾人不但應熟悉該通則之適用，以維護經濟利益，我國於契約法所遭遇解釋適用上之制度瓶頸時，亦可參酌上述兩文件之規定，進而調適我國時定法中之價值判斷，使其充滿源源不絕地來自於彼邦之修補先行原則的活水。³⁴⁶以下則分別就依本文之設想，如何調和解釋適用不完全給付與物之瑕疵擔保責任，方能在不觸及我國現行法情形下成就修補先行原則之落實。

第二款 補正先行原則之適用

115. 調和適用建立對稱雙向補正制度進而成就瑕疵補正之規範新風貌

按我國關於買賣契約給付存有瑕疵時，當事人所得主張之權利大體不脫為債編總論之不完全給付規定，以及債編各論買賣契約物之瑕疵擔保責任等，相關請求權基礎。而本文亦分別對於上述規定略做調整適用，以合乎前述所欲達成之「補正先行原則」。然而即便本文前述已然說明「補正先行原則」之大纛，但仍不可忽視現行法，對於買賣標的物有瑕疵雙方所得主張之權利，實際上適用之各項問題。尤其在經過本文之修改後，將如何與現行法調適磨合，則多有疑問。從而對此歧異規範之處，應如何調和適用，俾使適用結果合乎前述之「補正先行原則」，並且避免與我國現行法制發生嚴重扞格，即為本文亦須善盡說明義務之處。並且藉此進一步詳述，梳理本文所調整之兩項制度，將可利用現行雙軌制度之特點，共同形塑出交易雙方互相擁有補正機制發動權，利用雙方相互牽制，武器平等，以達成「補正先行原則」之最終目的。關於適用之細節與建立「對稱雙向補正制度」之藍圖，且自下段起分而述之：

³⁴⁶ 基於貿易現實而使我國有 Soft Law 之遵循誘因，類似見解與結論亦可參酌陳自強，同前揭註 342 文，頁 320 - 321。

116. 出賣人得以表示或透過訴訟攻防發生補正抗辯之效力

關於前述，在物之瑕疵擔保責任所生之瑕疵補正抗辯權的適用上，本文乃藉由對民法第 359 條解除契約顯失公平之判斷，嘗試納入國際商事契約通則 2010 第 7.1.4 條所定，出賣人修補權的各項要件作為輔助判斷基準。由於實際上，本文對於出賣人之修補合理性、可能性與修補意願置入民法第 359 條顯失公平的判斷，毋寧是將上述要件依出賣人之主張意願視作為「類似同時履行抗辯」之買受人解除權的權利抗辯事由。既謂為抗辯權，自當保有其「一時性」與「需經當事人主張方得審酌」之性質。³⁴⁷因此僅得於出賣人為修補抗辯，並且提出合理且即時之補正方案，始生有效之抗辯，進而法院得依據「未來給付之訴」與「對待給付判決」³⁴⁸之類似法理，諭知買受人在出賣人未為適當之補正下，發生解除效力並得行使後續權利。反之則即刻使得解除契約意思表示發生解除效力。

117. 補正抗辯之提出應於瑕疵通知後解除前，且通知後不逾六個月內行使

然而修補抗辯之主張期限為何方為恰當，則頗費思量。本文以為應以經買受人通知後，解除前。並以不超過民法第 365 條所定之經通知後六個月內為度，蓋其原因有三：首先，出賣人基於契約義務與誠實信用，本即應確保買受人之獲得完整履行利益，因此在初次違反給付義務的情形下，基於法律政策特別給予補正抗辯權以阻卻解除權之行使，自當不得漫無限制。查國際商事契約通則 2010 關於保障出賣人修補權的規範中，亦有對出賣人主張修補定有「不延遲（without undue delay）」的時效限制，³⁴⁹益見其思慮之一致。其次，補正抗辯權乃針對民法第 359 條解除權所生之抗辯權，因此若所欲阻卻之解除權客體，本即罹於時效時，附隨而生之抗辯權自然失所附麗。最後，依民法第 356 條買受人有即行檢查通知義務，相對地，買受人對於物之瑕疵進行通知，毋寧為對於日後主張瑕疵擔保責任請求權預留空間，以免發生民法第 356 條第 2 項的失權效發生。並且對於

³⁴⁷ 王澤鑑，同時履行抗辯：民法第二六四條規定之適用、準用及類推適用，收錄於民法學說與判例研究(6)，1992 年 9 月，頁 146。

³⁴⁸ 參酌最高法院 29 年上字第 895 號判例要旨：「被告在裁判上援用民法第二百六十四條之抗辯權時，原告如不能證明自己已為給付或已提出給付，法院應為原告提出對待給付時，被告即向原告為給付之判決，不能遽將原告之訴駁回。」

³⁴⁹ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.1.4 (1) The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that (a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure...”

出賣人而言，若具備補正能力與意願時，基於誠信即應於知悉買受人異議其瑕疵給付時立即主動請求補正，蓋該補正抗辯本為特殊情形之阻卻事由，本不宜過度寬縱。況對於出賣人而言，要求於受通知而知悉有瑕疵時，於買受人行使解除權前即負責任地維護契約存續，而主張補正的要求非屬過苛。

118. 出賣人所提出之補正方案應具備即時且適當

接續上述，經出賣人即時表示補正意願後，出賣人應即刻施以補正措施，其目的係為防止買受人因行使補救而陷於長期等待，亦同時陷於無法行使解除權之狀態。考量出賣人本即瑕疵給付而應負擔瑕疵擔保責任，又補正措施係為維繫契約目的之特殊抗辯制度，故於例外從嚴且避免買受人長期間等待下，或可與國際商事契約通則 2010 之債務人補救制度作同一之理解。一如該通則官版註釋所述，修補即時性的時機要求，乃為補正制度的關鍵所在。³⁵⁰並且出賣人行使補正抗辯後，所提出之補正措施應對契約及買受人均為必要且適當之補正方式。申言之，法院於斟酌解除契約有無顯失公平時，應行考量補救抗辯內容及方法與買受人拒絕其補救措施之再抗辯事由，進而審酌得否依據民法第 359 條解除契約認定。然而即便補正方案獲得接受，但實際補救反致損害擴大或有其他不利契約事由時，則買受人自有合法事由拒絕受領補救，並且以未為即時提出補救而續行依民法第 359 條解除契約。上述規定乃著眼於出賣人欲施以補正之情形，然若欲請求補正之契約當事人為買受人時，依本文立場，則應轉向造訪不完全給付制度的相關規定，以滿足其契約目的。因此以下本文即開始討論，不完全給付之修補請求權的實施爭點。

119. 瑕疵給付請求或抗辯方案應儘量以修補瑕疵物為原則

按本文對於不完全給付補正制度的變動，乃依不完全給付之法律效果的不同，而異其要件的可歸責事由。因此，依前文所揭之結論，對於買受人之修補請求權，出賣人應以通常事變責任作為可歸責事由。一旦具備補正歸責事由後，依現行不完全給付制度之操作，應依民法第 227 條準用給付遲延之規定，而得請求出賣人

³⁵⁰ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.1.4 comment 5

就瑕疵部份補正。並論者認為，此處之補正有包含補完與更換。³⁵¹於買賣契約之場合，雖曾有論者悉心維護買賣物之瑕疵擔保責任之體系完整性，與價值判斷的一致性，因而否定買受人得另依不完全給付請求補正，³⁵²是項顧念至為細膩。然而上述考量在本文承認，買賣物之瑕疵擔保責任中出賣人容有補正抗辯後，根本地解決了上述兩制度間對於補正制度價值態度的不一致，進而使得學者所憂慮的體系性問題，也附帶地一併得到結論。³⁵³

此項見解亦與現行國際約統一文件之官方立場一致，國際商事契約通則 2010 官方註釋文件中明確指明，本條所提供之修補請求權，包含常見的請求債務人維修瑕疵物，或直接更換無瑕疵之物。³⁵⁴然而有論者認為，雖補正之方式慣習上有「維修」與「更換」兩種，但在考量經濟利益上，補正之經濟效益將因更換所必須的寄送往返成本所侵蝕，因而與解除契約所擔負的風險類似，似乎不再具有經濟上優勢。³⁵⁵因此本文認為，在特定物買賣之場合，無論經由瑕疵補正抗辯或經瑕疵補正請求，其補正方案應儘量以修補瑕疵物之方式為之，若有交易上貶損的情形發生時，則可輔以減少價金的方式平衡雙方利益。

120. 對稱雙向補正制度的建構

事實上，本文對於買受人依據不完全給付之補正請求權的歸責事由，抬升至應負通常事變責任，確實使得不完全給付之補正適用可能性擴大，但對於構成不完全給付後應如何解釋適用，並無劇烈變動。真正影響之部份，依本文之構想藍圖，乃在於「補正先行原則」的擴大與具體適用，以及買賣契約「對稱雙向補正制度」之建構。對於本文前揭對於現行物之瑕疵擔保責任，與不完全給付制度的微調，除了個別制度之適用差異外。本文更建議或可拉高視角觀察變動後不完全給付與瑕疵擔保責任兩者間之互動關係，便可察覺本文對於兩項制度的微調將可共同構築「對稱雙向補正制度」的補正體系。而所謂「對稱雙向補正制度」即為

³⁵¹ 鄭玉波著、陳榮隆修訂，同前揭註 8 書，頁 356；黃立，同前揭註 259 書，頁 442 - 443；。

³⁵² 王澤鑑，同前揭註 10 文，頁 136 - 139。

³⁵³ 與本文採不完全給付補正容許見解者，雖構成理由不盡相同但結論一致：詹森林，同前揭註 199 文，頁 172 - 175。

³⁵⁴ See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, art. 7.2.3 comment 2

³⁵⁵ See Peter Huber, *supra* note 240, at 308.

買賣契約中之任何一方，無論依何種現行制度請求權利，均應以補正作為先導措施。亦即，無論出賣人有無過失買受人均得主動請求修補，而買受人若欲解除契約，亦須先經催告補正，或得由出賣人抗辯補正。建構「對稱雙向補正制度」最中目的，即在於具體落實「補正先行原則」。由於當出賣人給付瑕疵物後，除有構成其他解除事由外，僅有買受人有撼動契約存續效力之可能。因此依據本文之最終目的，毋寧是要求買受人依據各項制度解除契約前，均應給予出賣人補正、維繫契約效力之可能。依此立場指引，分作兩種情形討論：

121. 對稱拾升瑕疵修補的無過失原則

首先，若買受人收受瑕疵標的物欲請求補正時，此時買受人本得依據民法第227條準用給付遲延而要求出賣人補正。除此，依據本文前述結論，往昔對於不完全給付之構成至少需出賣人有過失為歸責事由，經本文將歸責事由拾升至通常事變責任後，將不再以出賣人存有過失為必要，將有利於確保欲修補之買受人有請求補正之可能。而不再如過去般，僅得於減少價金保有瑕疵物、與解除契約，兩個不完美的選項中擇一行使。申言之，補正歸責事由拾升後，買受人行使補正權即不以出賣人有過失為必要，令得適用補正制度之案件得予以全面化，並且因不再需要糾結於當事人是否具備歸責事由一事，進而使得買受人能迅速受到補正。

122. 雙向請求均以補正為優先手段

其次，若買受人收受瑕疵標的物後欲解除契約時，此時同樣地依據既有之不完全給付規定，買受人本有先行催告出賣人補正之義務，經催告未果或補正無利益時，方得行使解除權。就此部份，由於制度上本以蘊涵有「補正先行原則」的色彩，因而本文敬予維持。然而若買受人係依民法359條主張解除契約時，由於現行法中並未給予出賣人以補正防禦契約效力之機會，從而往昔買受人於此的確得逕依規定逃脫契約。然而依據本文前述見解，對於買受人依據物之瑕疵擔保責任解除契約時，另外賦予出賣人得提出修補方案而有「瑕疵修補抗辯權」，進而暫時阻卻買受人之解除權效力。果爾，則本文於此之見解，在維護契約存續之目的上更增添一道障蔽。藉由瑕疵修補抗辯權的設置，使得在出賣人有修補意願的前提下將瑕疵給付案件，先一部地流入補正程序中，進而在物之瑕疵擔保責任的

解釋適用上，增添一層「補正先行原則」的考量。

123. 對稱雙向補正制度確保補正先行原則的優先性與一般化

綜合上述，本文透過擴大補正請求權的適用可能，使得買受人得更易於請求修補，而不必受限於解除契約等選項，期待使當買受人欲補正時，均得滿足其補正之需求。「瑕疵修補抗辯權」與「瑕疵修補請求權」兩項修補權利之發動場合，均不再要求出賣人對於瑕疵給付存有過失。可謂對於瑕疵補正制度的發動，劃一採行無過失責任之立場。以解決現行下，僅有於出賣人有可歸責之情形下，方可修補瑕疵之不恰當。蓋如前所述，現行制度反造成可歸責之出賣人，對於契約維繫有較高之防禦能力，而不可歸責之出賣人將逕遭受物之瑕疵擔保責任解除契約的結果，此項論述已如前述，於茲不贅。因此將「補正請求權」與「補正抗辯權」之發動要件，予以併進均採無過失責任，將可使「補正先行原則」之適用原則化、範圍的擴大與一般化。另一方面，若買受人欲依物之瑕疵擔保責任解除契約時，利用解釋適用限制其解除權之行使，逼使買受人必須於有補正可能時先行補正，僅在無法、未為補正或補正無利益時逕行解除。如此可知，無論依據不完全給付或物之瑕疵擔保責任，買受人與出賣人均有雙向發動補正程序的可能，以補正先行原則作為宗旨。並且對稱地均不以出賣人有過失為要件，從而不在於契約責任歸責事由上左右傾斜，從而建構對應之對稱補正先行制度，用以落實補正先行原則。

第二項 瑕疵補正先行之特殊規範

124. 種類物買賣為左袒買受人地位之專屬特殊規範

關於瑕疵補正先行原則之一般化適用，以及對稱雙向補正制度的建立與效用，已如前述。然查我國買賣法中，對於廣義上之補正亦作有部份規範，對此並不能加以忽視，而應予處理。查民法第 364 條第 1 項對於種類物買賣著有特殊規範：「買賣之物，僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不解除契約或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。」可知，對於物之瑕疵擔保責任中，種類物買賣的買受人獨樹一格地，享有廣義上的補正請求權而得以請求交付無瑕疵之

物。按其立法意旨中³⁵⁶，亦明確載有，此為節省解除契約或減少價金所生之勞費，因而滿足當事人便利行事，無須解除契約返還後，復依需要再次締結種類物買賣契約，支出交易成本承擔交易風險等。並且是項另行交付無瑕疵之物的請求權，依我國固有見解認為，其與其他物之瑕疵擔保責任所生之權利(民法第 359、360 條)以及不完全給付，處於自由競合之情形，由當事人自由選擇行使權利。³⁵⁷

承前所述，德國民法第 439 條中之請求繼續履行 (Nacherfüllung)，包含瑕疵修補 (die Beseitigung des Mangels) 與另行交付無瑕疵之物 (die Lieferung einer mangelfreien Sache) 兩者，並且自由競合由債權人擇之。³⁵⁸亦有進者，國際商事契約通則 2010 第 7.2.3 條之履行請求，亦含有債務人修補 (repair)、替換 (replacement) 或以其他方法治癒瑕疵 (other cure of defective performance)。由此可知，國際立法先例上所謂之補正制度，多半均含有修復瑕疵，以及以另行交付之方式補正。惟如前述所言，修補制度於給付有瑕疵之各種救濟方式上，具有其經濟上之優勢，但該優勢主要乃針對於瑕疵修補上，而並不包含另行交付瑕疵物。蓋另行交付無瑕疵之物，仍需承擔新舊之標的物的往返寄送交付，以及經返還的有瑕疵之物後續難以處理的問題。³⁵⁹晚近亦有研究提及應適度限制出賣人以另行交付無瑕疵之物的可能性，否則將會在國際商務之場合遭受履行上面的危險與困擾。³⁶⁰

然而與特定物之債不同在於，如前所述，關於種類物之債給付有瑕疵時，我

³⁵⁶ 民法第 364 條立法理由節錄：「謹按買賣之標的物，僅指定種類者，如其物有瑕疵，得使買受人即時請求另行交付無瑕疵之物，以省解除契約，或請求減少價金之煩，蓋以計當事人之便利也...」

³⁵⁷ 最高法院 87 年度台上字第 125 號判決要旨：「...按買賣之物，僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不解除契約或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。民法第三百六十四條第一項定有明文。是種類之債在特定時，即存有瑕疵者，出賣人除應負物之瑕疵擔保責任外，並應負不完全給付之債務不履行責任。此際，出賣人應負之責任係屬併存，買受人得選擇行使。給付物品質上有瑕疵，如買受人已受領者，得返還有瑕疵之物而請求更換。惟出賣人因買受人之請求同意另交付無瑕疵之物時，買受人之選擇因已確定不得撤回，而同時喪失其他瑕疵擔保請求權...」

³⁵⁸ 詹森林，同前揭註 185 報告，頁 5。

³⁵⁹ See Peter Huber, *supra* note 240, at 308.

³⁶⁰ Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, 44 NO 4 UCCLJ ART 3, IV. 2. b).

國民法已定有特殊規定，明定買受人得於主張擔保責任之時，請求出賣人另行交付無瑕疵之物。從而，本文以為於此仍應尊重立法者於此所作之價值判斷，因此買受人自得選擇請求出賣人另行交付無瑕疵之物，而不受本文前揭於特定物買賣中所認為的，應以修補瑕疵物為補正方案的限制。惟若買受人不依民法第 364 條請求另行交付無瑕疵之物，反而依民法第 359 條解除契約時，則仍依本文前述出賣人擁有瑕疵補正抗辯權，適時合宜之補正方案使得解除契約顯失公平，進而不得解除契約，維繫契約效力。但滋生疑義者，出賣人所提出之補正方案，得否以另行交付無瑕疵之物為內容。依論者以為，民法第 364 條乃專屬買受人所得主張之權利，出賣人原則尚不得於買受人欲主張其他瑕疵擔保請求權時，轉而主張願提供無瑕疵之物而阻卻買受人行使權利³⁶¹，是項見解值得重視。

125. 本文以為種類物出賣人得以另交無瑕疵之物作為買受人解除權之抗辯

然而本文以為，於此應改為容許出賣人以給付無瑕疵之物作為抗辯事由，其原因有三：首先，立法者本以有利用重新給付無瑕疵之物，作為處置種類物買賣瑕疵給付之意，因此此項見解尚未違背立法者意旨。其次，對於給付不符品質之無瑕疵之物，有學者認為乃為自始尚未履行契約之效力³⁶²，因此依循契約義務給付合於契約品質之種類物，亦非無由。況且前揭學者雖提及，我國民法中並未賦予出賣人有更換瑕疵物之權利。然氏亦提及，若出賣人即時請求交付無瑕疵之物替代之，而買受人之拒絕有違背誠信原則時，此時買受人之拒絕應為不適法。³⁶³是以，此時出賣人仍得以另行交付無瑕疵之物主張補正，該項見解於本文認為出賣人具有瑕疵補正抗辯權之情形下，即深具意義。蓋本文認為出賣人具有瑕疵補正抗辯權，其理由即為維護誠信作為出發，且若出賣人之給付無瑕疵之物方案為合宜時，應當無害於買受人之履行利益。果爾，則該方案於前揭學者所假設之前提下，亦將被認為拒絕為有違背誠信，而不得拒絕的情形。因此本文以為，在正

³⁶¹ 史尚寬，同前揭註 3 書，頁 42。

³⁶² 黃立主編、楊芳賢負責撰寫部份，同前揭註 5 書，頁 126。為最高法院 77 年第 7 次民事庭會議決議中卻有載明：「...又種類之債在特定時，即存有瑕疵者，出賣人除應負物之瑕疵擔保責任外，並應負不完全給付之債務不履行責任。併此說明。」似乎認為，種類物之債經給付有瑕疵之物後，得依不完全給付制度處理之。揣其意旨，似乎認為於此出賣人業經給付，因而適用不完全給付。

³⁶³ 史尚寬，同前揭註 3 書，頁 42。

面肯定出賣人有瑕疵補正抗辯權後，似應進一步認可種類物出賣人，得以給付無瑕疵之物作為補正方案。然而，衡諸種類物買賣之交易現狀，應以企業經營者對消費者（Business-to-Customer以下簡稱B2C）之消費者契約交易型態為大宗。對於消費者契約而言，補正先行原則是否應做適度調控，則亦有討論空間，以下即針對B2C之情形進行討論。

126. 消費者契約亦屬於中之差別待遇特殊規範的典型

按我國民法之制定乃採民商合一之方式，乃對於市民間慣常所定之民事契約，與商人間所締結之商事契約融匯於一部民法典中。查民商法劃一提案審查報告之內容中可知，我國民法點採用民商合一之立法體例，乃著眼於當時認為商人階級無須特別區別階級，徒生社會階級衝突。並且是時認為民商分立之必要性，如民商分立較為先進，較能與時俱進等緣由，嗣後皆被認為無稽。且民商分立將使市民與商人交易時，發生難以擇定準據法之困擾。因此前述報告，明確提議應以民商合一之體例，作為我國民法的立法體系。³⁶⁴然而雖依我國法制，市民所締結之民事契約，與商人間的商事契約，關於契約規範悉數匯流至民法典中，惟有學者曾著有論文探討認為，除以另立民法特別法以靈活應付日漸活絡豐富的各種交易態樣。氏著中更認為，即便身處同一民法典中，仍得依照各交易性質，以及當事人利益屬性之不同，按其保護必要的需求程度，而異其規範保護密度。³⁶⁵

127. 因消費者權益保護之目的而差異規範之密度無違平等且有正當化基礎

前揭學者之見解，應值贊同。按司法院釋字第 485 號解釋文中對於憲法第 7 條所謂之平等權，進一步闡述道應為：「…並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待…」此亦受學者進一步闡述為，受到憲法保障之實質平等、相對平等，並且容許依事實不同而差別規範對待。³⁶⁶

³⁶⁴ 關於民商法劃一提案審查報告之內容，可參閱史尚寬，同前揭註 1 書，頁 50-51。

³⁶⁵ 曾品傑，債法特別法之發展 - 從民商合一到消費關係，刊載於台灣法學雜誌第 178 期，2011 年 6 月，頁 51-53；曾品傑，論附合契約與定型化契約之基本問題，收錄於財產法理與判決研究（一）- 消費者保護法專論（1），2007 年 9 月，頁 113-114。

³⁶⁶ 李惠宗，憲法要義，元照出版，二版二刷，2004 年 10 月，頁 119。

除此，對於所涉當事人性質容有特殊保護必要性時，按司法院釋字 649 號中，亦明確肯認立法者在其立法目的乃為維護重要公共利益，並且對於第三人未見有過度權利限制下，並非不得容認立法者於規範中創設優惠性差別待遇之內容。³⁶⁷ 益見，於前揭學者的設想下，氏認為基於當事人屬性之受保護必要需求程度，而異其差別待遇之見解，不但符合實際上需求，更於具備憲法所指引之實質平等權保障的價值。不獨見於此，更有研究分別就民法中之各項制度，因所適用之主體地位不同，而在就涵攝或是擇定法律效果等異其標準。例如認定表見代理時，當事人是否應立於本人地位負責，則有認為應判斷系爭契約所屬性質究系民事契約或商事契約而定³⁶⁸；亦有於賠償性、懲罰性違約金之場合，以其當事人性質是否屬於企業經營者間或對於個人，而差異化其構成給付違約金義務的歸責事由認定。³⁶⁹ 可知無論在我國民法與應特別保護所立之特別法關係³⁷⁰；乃至民法典內本質上民事契約與商事契約的規範密度差異化；或是在相同制度下，僅因適用當事人之不同隨即變異規範內涵，我國學界均對此已有論述且取得相當之正當化基礎，該項成果應值重視。

128. 消費一詞學說與實務間均有表示意見

據此，本文以為對於買賣契約締結於企業經營者與消費者之間時，本文至此所倡議之補正先行原則，均應對其鬆綁，而容認消費者得以較為寬廣的權利行使空間。對此，在解釋是項理由前，首先應界定者為，何為此處之消費者？按消費者保護法第 2 條第 1 款對於消費者所作之定義乃為：「指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。」然而，我國消費者保護法內，對於消費者之實體法權益上保護，本質上可分為侵權行為損害賠償責任的商品責任部份，以及契約法部份特別規定的特種買賣與定型化契約部份。³⁷¹ 本文於此暫且不糾結於商品責任部

³⁶⁷ 為關於司法院釋字第 649 號解釋中，其關於優惠性差別待遇之個案乃涉及盲人按摩之職業選擇自由一事，並此敘明。關於優惠性差別待遇，可詳參司法院釋字第 649 號解釋文及解釋理由書。

³⁶⁸ 李揚峰，論表見代理，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，2012 年 3 月，頁 115 以下。

³⁶⁹ 李吟秋，從交易當事人屬性論違約金之效力，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，2012 年 1 月，頁 89。

³⁷⁰ 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合 - 雙軌立法下的消費者與消費關係，收錄於民事法與消費者保護，元照出版有限公司，初版一刷，2011 年 5 月，頁 152 - 154。

³⁷¹ 楊淑文，同前註，頁 157。

份之消費者定義與保護範圍之問題，就何謂消費者契約的定義上，論者以為即應以企業經營者之相對人為消費者保護法第 2 條第 1 款所定之消費者是。³⁷² 然而有爭議者為，究竟構成消費者身份之「消費定義」所指為何，對此因遍查消費者保護法中並無明定，因此頗費思量。我國最高法院對於消費認定上，嘗有以是否為「單純供最終消費使用者」作為認定基礎。³⁷³ 對此有學者引用外國立法見解持贊同態度；³⁷⁴ 亦有論者認應為，購買時具有主觀上及實際使用上均非以營利為目的始可。³⁷⁵ 對此，有學者則認為，實務中所使用之「最終消費使用」的定義，乃為直接套用經濟學上之觀點，似乎尚未經過細緻法學概念化前，如此套用是否妥適，對於長期適用後所造成於立法意旨之結果，恐生漣漪。因此氏認為，與其使用欠缺精確嚴謹之模糊化定義，不如參酌立法例而以「基於個人或家庭需要之非營業性目的」作為判準為妥，是項見解，在個案上難以劃定何為最終消費使用的困擾下，益顯其優越之處。³⁷⁶

然而，前述學說見解對於消費者保護法之解釋適用上，均為吾人在學習消費者權益上享盡學習之趣，並且於區辨何者個案應行適用消費者保護法，此皆見解均非無見，誠值贊同。然而雖就本文所欲討論之主題而言，並非為直接適用消費者保護法之內部條文，而僅藉由引介我國現有法制之區分當事人屬性的方式，作為差異化民法買賣契約的法律效果而言。申言之，因本文主題並未觸及消費者保護法關於消費者權益之規定適用，自無須如前揭學者戮力縮減消費者定義，進而取得適當限縮消費者保護法的適用範圍的結果。

³⁷² 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，收錄於民事法理與判決研究（三） - 消費者保護法專論，作者自版，初版一刷，2003 年 1 月，頁 50。

³⁷³ 最高法院 91 年度台上字第 1001 號判決要旨：「...租用商品，如其目的主要供執行業務或投入生產使用，並非單純供最終消費使用者，核與消費者保護法第二條有關消費者及消費關係之定義未合...」

³⁷⁴ 詹森林，消保法商品責任上「消費」之意義 - 最高法院九十三年台上字第二 0 二一號高週波 PVC 塑膠熔接機判決之研究，收錄於民事法理與判決研究（四）消費者保護法專論（2），2006 年 12 月，頁 60。

³⁷⁵ 李伸一，消費者保護法論，凱倫出版，初版一刷，1995 年 4 月，頁 10。

³⁷⁶ 曾品傑，論消費者之概念，收錄於財產法理與判決研究（一） - 消費者保護法專論（1），2007 年 9 月，頁 7 - 11。

129. 消費一詞應指基於個人或家庭需要之非營業性目的而為交易

然而，本文以為基於下述兩者理由，本文仍然認為於此或可參酌前揭學者之見解，而限縮以「基於個人或家庭需要之非營業性目的」作為消費認定，進而判斷是否為消費者契約：首先，關於我國契約法制中普通法與特別法之關係，就消費者權益部份舉其大蠹即有民法、消費者保護法以及甫經公佈之金融消費者保護法。按其保護目的不同，立法內容多所異處，進而條文解釋有其差異在為成就立法者意旨的目的下，自然無可厚非。然而，本文以為終究上述條文均屬消費者權益體系下之形式意義法律，在無害其立法目的成就，或別有特殊解釋目的外，儘量採取相同解釋維持體系一貫，對於減少解釋適用上的紛亂，以及不同法律間適用上的齟齬，似乎為可期待之利益。

其次，對於本文之見解而言，若以「補正先行原則」作為買賣契約瑕疵給付救濟制度的一般原則，則毋寧是將消費者特殊待遇視作為特殊情形之例外規範。因此，為避免例外情形過於膨脹，反而侵蝕補正先行原則之適用，進而造成例外規範原則化之弊病。本文淺見以為，對於消費者契約中限制補正先行原則的適用，本該進行限縮，並且就此部份，其意向似乎與前揭學者現消費一詞之範圍的思慮頗為一致。因而，基於例外從嚴之立場，對於消費者契約的認定，依消費者保護法 2 條第 1 款消費者與消費的定義，本文以為應可直接援引消費者保護法學者所認為之「基於個人或家庭需要之非營業性目的」的見解。以維繫契約法對於消費者定義之體系一貫，以及原則例外之分際。

130. 消費者契約關係中補正先行之需求較為淡薄並尚需特別考量雙方地位

綜上可知，若個人與企業經營者所締結之種類物買賣契約，並且該個人之購買係以基於個人或家庭需要之非營業性目的時，即可被認定為消費者，進而該契約便可被稱作為消費者契約。接著，依本文見解，由於強調補正先行原則之理由中，就為了節省締約成本耗費及其他理由特徵，B2C的契約類型中對此之需求顯然較為淡薄，甚至再價值判斷考量上，與補正先行原則的支持理由上容有些許扞格。一如本文前述，對於支持瑕疵補正制度之理由中，有部份理由帶有維持雙方地位一致之態度，如禁止對於買受人之反覆給予過度保護即是。在一般契約中，雙方締約交易地位對等，本屬當然之理，而法律制度更應有維持雙方地位不致失

衡的態度。然而不同地，對於企業經營者與消費者間所締結之消費者契約，乃其締約地位與實力上，根源於雙方事實上的談判能力、預見能力、風險控制以及資訊不對稱等，自始已有全方面性地懸殊落差。果爾，此時應留意的以不再是給予雙方對等武器，而令事實上交易地位懸殊之狀態繼續維持。反而此時所應修正地，乃為利用差別性待遇之方式，維繫契約正義，調正雙方之懸殊不對等的締約磋商地位。³⁷⁷

131. 容許消費者無需補正即得解除乃中介於一般交易與特種買賣之類型

考量我國消費者保護法在契約關係上對於消費者之左袒，至為明顯之處在於特種買賣之情形，依消費者保護法第 19 條第 1 項得無須附有任何理由的情形下解除契約。對於消費者於特種買賣下所享有之無條件解除權，在立法政策上自然有其特殊考量，如特種買賣乃在未經邀約不具備自願性的情形下，因考量消費者受其心理壓迫、難以抗拒下，因而締結之契約。³⁷⁸雖已有學者認為特種買賣之態樣閉鎖應可考慮在當代契約特徵內涵，亦帶有訪問買賣或郵購買賣之特殊保護因素之現代契約類型，可以解釋方式或以定型化契約應行記載事項之行政管制手法，將無條件解約權在有特別保護必要的情形下將適用範圍外延。³⁷⁹然而在一般消費者契約未有如此強烈偏袒保護之必要下，本文認為除前揭學者所揭之無條件解約權外延，其他不屬於此範疇之消費者契約，仍不應貿然適用強烈破壞當事人間互信基礎之無條件解約權。

因此，本文認為對於相較於一般買賣契約，有加強保護必要之消費者契約；但未達適用消費者保護法第 19 條第 1 項之無條件解約權之強烈保護必要的一般性消費者契約。對於此種保護必要介於一般買賣與特種買賣間的一般消費者契約，本文認為其保障程度自然應當對映地介於兩者之間。從而本文認為，對於一般性消費契約而言，或可考慮使其不再受到補正先行原則的拘束，從而其雖未享有條件解約權，但仍在本文假設下應全面適用補正先行原則的規範制度裡，享有較

³⁷⁷ 楊淑文，同前揭註 370 文，頁 168 – 175。

³⁷⁸ 詹森林，消費者保護法上之郵購買賣及訪問買賣，收錄於民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論，2003 年 8 月，113 – 117；詹森林，消費者保護法上特種買賣之實務與立法問題，收錄於民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論，2003 年 8 月，頁 144。

³⁷⁹ 曾品傑，同前揭註 30 文，頁 21 以下。

大地權利行使空間，俾使消費者於此能更易於逃脫契約之拘束。在適用上，若消費者對於企業經營者欲主張解除契約時，依民法第 359 條解除契約時，即無須再依本文所揭櫫之「補正先行抗辯」的審酌，逕以傳統上對於解除契約就雙方利益上有無顯失公平的判準，判斷得否解除契約。易言之，對此項解除契約之意思表示，企業經營者已不再享有「補正先行抗辯權」的地位，使得消費者得易於解除契約。反之，若消費者欲請求修補時，則仍可依民法第 227 條準用給付遲延進行補正，並且依本文見解，企業經營者仍然不以有過失為必要。而關請求另行交付無瑕疵之物，則消費者仍可在符合要件下依民法第 364 條請求之，本文並無其他限制。

132. 是項結論觀察強調補正之立法例多為針對商事契約的情形亦可推之

是項結論，觀察立法例中，似乎亦能推得類似見解。按對於補正抗辯之立法啟發，乃多源於聯合國國際商品買賣契約公約，以及國際商事契約通則 2010 之相關規定。對於上述之國際契約統一文件，所適用之主體多半為企業經營者之間³⁸⁰，而後者更被學者認為商事習慣法（*lex mercatoria*）之一。³⁸¹因此，於上述規範之預設射程範圍中，並不以消費者契約作為規範預設目標³⁸²，因此此等文件之規範內容，是否完全適用於企業經營者與消費者間的消費者契約，則自然應視其目的與性質而定。因此誠如學者對於國際商事契約通則與我國法中定型化契約之互動關係所為之舉例，該通則之規範乃多適用於國際商事契約領域中，因此並無並用消費者保護法之可能。³⁸³因此在規範內容如此互斥的情形下，若經說明消費者契約有更為優越之特殊規範必要時，則似乎無須囿於國際商事契約通則與聯合國國際商品買賣契約公約之意旨，反而應對消費者予以鬆綁，使其儘量得解除契約，進而於其締約地位不利之情形下，戮力保障消費者有更為寬廣地契約

³⁸⁰ 如國際商事契約通則序文中即開宗明義載明，該通則係作為商事契約之一般規範。See UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, PREAMBLE: Purpose of the Principles: These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

³⁸¹ 陳自強、蔡英欣，同前揭註 342 文，頁 305 – 307、316 – 318。

³⁸² 實則，國際商事契約通則官方註釋中，直白地表示排除消費關係的適用，可見一斑。UNIDROIT Principles 2010, *supra* note 81, PREAMBLE comment 2

³⁸³ 陳自強，國際商事契約通則在契約法源之地位，收錄於整合中之契約法，2011 年 5 月，頁 261。

自由空間。

133. 就結論上軟體工程案之最高法院見解應可贊同

除上述種類物之債與消費者契約中，因立法者於此類規範中以顯露其特殊保護的意旨，因此本文認為屬於瑕疵修補先行原則之特案外。對於契約當事人間雖締結買賣契約，然是項契約中基於實際情形，可認為存有特殊信賴關係時，則亦應有容認為瑕疵修補先行原則特案情形之可能。蓋契約當事人間既因特殊信賴關係而結合締結契約，於此等信賴關係因瑕疵履行而遭受破壞時，若諒其情形買受人難以期待出賣人有給付可能時，則仍應構成瑕疵修補先行原則之特案，而無須要求買受人接受補正即可逕為撤銷。此項意旨亦可見於本文於段碼 80 以下，所提及最高法院 93 年度台上字第 1825 號判決軟體工程案中可得窺知。³⁸⁴因此本文依據前揭所論述之「瑕疵補正先行原則」認同且鼓勵本件原審法院所為之法律見解，且認為似乎有將其一般化的實益與必要性，已如前述。

然而對於本件最高法院 93 年度台上字第 1825 號判決廢棄上述原審見解，在個案的認識用法方面，結論上本文亦頗為贊同。蓋查其判決中可知，最高法院認為買受人曾告知出賣人瑕疵並請求補正，此由判決中提及「…查上訴人發現系爭軟體有瑕疵後，曾通知旭佑公司，該公司無法解決，業經證人陳俊良、郭文賢證述明確…」可稽。從而最高法院似認為，縱認民法第 359 條有如原審所謂的解除，契約應無顯失公平之要件中包含補修可能性的審查，但本件買受人在解除契約前確已提供相當機會給予出賣人補正，因此在出賣人遲未完滿補正下，自應容許買受人解除契約。果爾，則本文對於本件個案中最高法院所持結論，基於以下兩個理由而敬表贊同之意：

134. 本件補正抗辯已逾時點且無已補正能力或信賴

首先，本件事實中，最高法院認定當事人所締結之系爭契約應為具有買賣性

³⁸⁴ 本文前面曾利用本件事實台灣高等法院 88 年度重上字 499 號判決做引，用以引介立法例中之瑕疵補正制度，並且建構我國瑕疵修補先行原則的規範一般化。然而如本文於註 229 中所提及的，關於個案中之情形，最高法院似乎另有考量。因此若欲自本件事實所得之兩則判決中獲得啟發，則應區分一般抽象規範與個案認事用法兩個面向討論，方能全面且完整的解讀出最高法院於此所欲表示的訊息。

質之有償混合契約，從而應依民法第 347 條準用買賣契約之規定。而由審理本件之各級法院均多加琢磨出賣人之軟體製造人地位與修繕機會的爭點可知，對於當事人間存有出賣人有修補可能性與能力的信賴基礎應無疑問。據此，最高法院於本件判決中點出，出賣人業經買受人通知補正後仍不補正，連結成為容許買受人解除契約的論據之一。無非是流露出，買受人既曾信賴出賣人有修補能力並給予修補，但出賣人所為之行為顯然違背買受人期待時。則無須再次給予出賣人修補機會，而逕得準允買受人解除契約，方為正辦。

其次，本文更認為，即便不詳加考量此等具有特殊信賴關係之契約應予特殊對待，依據前述所建構之「瑕疵補正先行原則」的適用流程，則仍應能夠獲致相同的結論。蓋本文對於我國物之瑕疵擔保責任所為之「瑕疵補正抗辯權」的修正，乃參酌國際商事契約通則 2010 中之債務人補救制度規範而來，而關於此項規範的適用，應要求債務人即刻提出補正方案，並且該方案應具備即時性與適當性始可。據此可知，本件出賣人之行為至少有兩處與主張「瑕疵補正抗辯權」的要件有所未合：其一為，依據本文建構之瑕疵補正抗辯，應於買受人通知瑕疵後立即主動請求修補始可，對此查其事實出賣人並未立即向買受人主張修補，而遲至訴訟攻防中方為主張，似乎在主張瑕疵補正的要件上已有不符。其次，縱認為訴訟中提出之補正請求並未過遲，然而出賣人對於買受人所通知之瑕疵，已被認為無修補能力，因此自然無法構成「補正方案即時性與適當性」的要件要求。對此，更需考量的是，若系爭契約具備濃厚的勞務契約性質時，此時由於勞務契約本質上即需具備相當的當事人能力資格³⁸⁵上之信賴，因此若事實上或當事人已然喪失對於出賣人具備給付勞務的可能與信賴時，此時若再強迫買受人等待出賣人補正或給付顯然無益之補正（蓋無補正能力下所為之補正自然無益）則對於買受人而言顯屬制度上的苛待。

因此綜合上述，就結論而言本文認同最高法院最終拒絕出賣人之補正請求而允准買受人解除契約之見解，惟若最高法院若能更為明確點出，在容許有補正能力之人儘量補正的基礎上，由於本件的出賣人已錯失制度給予之補正時機，並且

³⁸⁵ 邱聰智著、姚志明校訂，同前揭註 320 書，頁 4-5。

確無補正能力與合理補正之信賴下，特別地排除出賣人補正機會，如此則對於我國民法補正先行制度的建構上，則更顯劃時代之特殊意義。



第四章 結論

135. 本文總結之大致脈絡以締約時與履約時劃為二分

鳥瞰本文之脈絡，第二章主要討論契約締結階段所生之意思表示瑕疵狀態，並且聚焦於錯誤意思表示的部份，區分為現今制度下的省思，以及倡議補正制度的建立。而第三章的部份則是談及，契約瑕疵給付之情形下，應給予當事人有補正先行之機會。因此首先討論應賦予出賣人對於買受人之解除契約容有瑕疵補正抗辯權，而對買受人而言，則應全面性地開放承認補正請求權。其次透過上開制度的建立，落實了我國瑕疵補正先行原則的建構，並且建制「對稱雙向補正制度」的體系。其次在更進一步的討論對於特殊規範之情形下，補正原則應做如何之修飾。以下就結論部份分述之：

136. 客觀上交易重要應以限制性的客觀第三人為基準

按民法第 88 條第 2 項之交易上重要，在運用上以及學說見解，已然趨近於錯誤意思表示撤銷制度之共通要件。因此本文認為探究該要件之內涵，對於錯誤撤銷制度是否能夠如預期般地發揮作用上至關重要。因此本文探查學說與實務見解，肯定交易上重要應同時具備「客觀上交易重要」以及「主觀上交易重要」始可。惟探究我國最高法院見解可發現，實務對於「客觀上交易重要」的界定頗為模糊，似乎有力求明晰的必要。因此本文認為，就客觀上交易重要的內涵，不宜以過於廣泛的「理性客觀第三人」作為基準，蓋如此將產生事後諸葛，並且難以理解交易人當下所承受之心理壓力。從而本文倡議，於此應以「以實際簽訂類似契約之其他交易人，或假設與當事人相同條件下之第三人作為判斷基礎」作為判斷基準，如此在預售屋買賣已付定金之情形下，買受人因承受訂金遭沒收之不利利益壓力下，自會影響其判斷能力，從而對於此種適例本文見解即更顯實益。

137. 錯誤撤銷之過失要件應予目的性限縮為需完全肇因於表意人始足當之

接續上述，影響我國錯誤撤銷制度施行實效最為明顯者，即為民法第 88 條 1 項但書中之過失要件。對於但書中之過失內涵為何，學界與實務見解百花爭鳴，莫衷一是。本文認為，考量國際間之立法例的立法趨勢可知，我國晚近學界逐漸提及的，此等過失應平衡考量雙方之過咎程度而定，是項見解應為符合國際趨勢，

而可供參酌。並且我國最高法院對於處理標單案件之判決中，亦有流露出類似平衡雙方過咎，而決定得否撤銷的先進見解。進而本文以為，在此或可參考奧地利民法之意旨，若表意人之錯誤意思表示的發生，相對人參與錯誤之發生原因且有民法第 245 條之 1 的抽象輕過失時，則該相對人應非為交易安全制度所欲保護之人。並且依現行規定，無論相對人有無過失，均無涉於得否撤銷的結果，應有違等者等之的平等原則公式。從而本文認為應目的性限縮但書之過失規定，在相對人對於錯誤發生有抽象輕過失，且參與錯誤之發生原因時，無論表意人有無過失均得撤銷權，始符事理之平。

138. 表意人承認有瑕疵之意思表示或行止，將限制撤銷權的矛盾行使

然而前述我國對於意思表示瑕疵之補救制度，僅有撤銷意思表示一途，別無他法。從而本文嘗試思考是否別有他法，得使原已不穩固之意思表示效力能夠獲得治癒。因此本文觀察我國立法通過尚未施行之民法第 166 條之 1 的規定，毋寧是對於意思表示效力最為嚴峻的無效進行治癒補正。因此本文認為，在意思表示效力光譜至為嚴重之無效均有補正途徑，舉重明輕下，難以理解得撤銷之意思表示不得有任何的補正機會。從而本文以為，關於意思表示瑕疵，若表意人於表示後存有承認意思表示的情形時，依據立法例上的一貫見解，均可認為喪失撤銷權。並且對於承認制度而言，我國學界多數見解乃採肯定態度，惜因我國民法未如民律草案中的明文肯認。惟本文觀察，民律草案第 180 條蛻變為現行民法第 115 條的歷程，目的乃在於擴大事用範圍，而非為限縮意思表示錯誤之場合不得適用。於此可知，正面肯定表意人之承認行為有限制撤銷權行使的效力，應為正辦，且符合我國民法中所帶有的「禁止矛盾撤銷」的法理基礎，例如民法第 408 條第 1 項的禁止就已移轉部份為撤銷，即為禁止矛盾撤銷的著例。

139. 相對人願受表意人本意的內容而締約受拘束時應認為意思表示無錯誤

關於相對人補正意思表示瑕疵上，我國確實並無相關規定。探求立法上的指引可知，無論在國際契約統一文件或瑞士債法中，均可發現若相對人知悉表意人之真意，並且願意以相對人之真意作為締約基礎時，此時表意人不得行使撤銷權。對此，有學者多引據誠信原則之方式，指摘表意人之撤銷有違誠信而不可為之。相同拒絕表意人撤銷的結論，實務上則以該錯誤不具有交易上重要之方式而拒絕

承認撤銷權合法。然對此，本文認為交易上重要在此是否得作為如此之用途，應有續為討論的必要，然而對於是項否定撤銷之見解，卻是一則相當先進且符合國際立法趨勢脈落的法律見解。更進一步地，本文認為對此，應可遵循學者間所認為的「解釋先行於撤銷原則」，將錯誤認定時點的嚴格要件在此等案例中適度模糊化。易言之，在相對人嗣後願意接受表意人之本意時，即不應再續糾結於表示時存有瑕疵的認定，或可直接認為嗣後因相對人之行為，而使得表意人的主觀意思與相對人接收到的客觀意思一致，而無意思表示不一致的情形。因而不得再主張錯誤撤銷，而與學者間所採之誠信原則的結論相同，僅為方式不一耳。

140. 透過解除契約顯失公平的審查內涵豐富化，從而建構瑕疵補正抗辯權

接續進入第三章履行階段補正行為，本文首先提及關於買受人依物之瑕疵擔保責任主張解除契約時，並不若依不完全給付解除需先經催告補正。因而使得具有可歸責事由的出賣人反而較能維繫契約存續的顯然失衡現象。並且若對有補正可能性之契約逕予解除，毋寧是對於先前所支出的約成本造成浪費，況若補正方即時有效時，則買受人應無損失若執意拒絕受領締約時所期待的利益，則前後矛盾不值保護。對此，立法例中國際商事契約通則 2010，以及聯合國國際商品買賣契約公約均定有容許出賣人得主動補正的權利，並且得藉以阻卻買受人之解除契約效力，藉此啟發我國對於瑕疵補正抗辯權的開展。本文以為，對於物之瑕疵擔保責任解除契約需顯失公平的要件，現行操作稍嫌單薄，吾人似乎可以思考將補正抗辯權納入顯失公平的考量，使之考量面向豐富化。意即，在買受人欲主張解除契約時，若出賣人願意立即為有效的補正方案時，則應以該解除行使有失公平而不可為之。從而時有解除權之抗辯權的效力。

141. 藉由分割認定並抬升修補之歸責事由，使得瑕疵補正請求權的一般化

實則，我國現行制度下確實有對於瑕疵給付修補之可能性，然而依據最高法院以及學說得進一步闡釋，僅限於可歸責於當事人致生不完全給付的情形下，始得為之。然而對此，本文認為同樣最終援用給付遲延之規定，何以適用給付遲延即無論有無歸責事由債務人均仍需續為給付，而不完全給付僅以可歸責為前提下方有補正義務。此等結論令人頗費猜疑，並且有違學者所謂之適用「補正法理」下應以補正作為核心法律效果的見解。按本文觀察，該緣由毋寧是根源於我國民

法第 227 條開宗明義地以可歸責於債務人作為要件，因此疏漏了不可歸責於債務人的情形下，亦應有表示意見的必要。因此本文以為，在參酌各國立法例見解後可以發現，國際間現以補正先行原則作為主流思潮，並且就補正部份，不以當事人有過失為必要。從而本文認為，在我國明定不完全給付應有可歸責事由下方有適用的立法現實下，或可思考將歸責事由予以割裂一如瑞士債法所示，因所請求之法律效果不同而異其歸責事由內涵。並且就請求補正瑕疵方面，則提昇至通常事變責任為負責，並且符合我民法第 231 條第 2 項所流露出，對於第二次義務違反應提昇注意義務達通常事變責任的思維。從而擴大不完全給付補正請求權的適用範圍，並且完成以下所述之瑕疵補正先行原則的一般化目的。

142. 建構對稱雙向補正先行制度有效保證補正制度的必然發生

承前所述，本文認為於上述兩項補正請求權與抗辯權的建構後，毋寧建構了本文所倡議的「對稱雙向補正先行制度」。蓋若買受人主張請求補正時，此時不再需因出賣人有無過失而異其判斷，通常事變責任的歸責事由，將使得出賣人就修補一事上負擔與物之瑕疵擔保責任所生之補正抗辯權一樣的無過失責任。蓋物之瑕疵擔保責任本不以出賣人有過失為必要，從而買受人均得請求解除契約，但此時出賣人得主張「瑕疵補正抗辯權」，利用立即提供有效的補正方案而阻卻契約解除。因此，出賣人無論於何種制度中，對於補正之法律效果而言，均負無過失責任，此亦合乎國際普遍立法趨勢。並且，無論係買受人或出賣人，制度設計之結果均需解除契約之前保有進入補正流程的可能性。藉以保障出賣人的補正機會，用以維繫契約利益。然而究竟何為即時有效之補正方案，本文以為應可參酌民法第 356 條以及 365 條的規定，於買受人通知瑕疵後行使解除權之前行使抗辯始足當之。並且其內容方案亦應為立即有效，且為顧及經濟效益應以修補為主，否則買受人仍可因未依約補正而續行請求解除契約。

143. 具有特別考量之特殊規範，如消費者契約與種類物之債

最後，本文認為建構出瑕疵補正先行原則後，更應顧念者為針對部份特殊應為保護之交易類型，實需有所回應。例如，現行下種類物之債的買受人本有其優勢，因此於立法者尚未表示變化其立場前，本文認為應可在補正方案上選擇另行交付無瑕疵之物。雖有見解認為，另行交付無瑕疵之物，無疑使得補正制度的目

的與利益喪失。然而民法第 364 條定有明文下，仍應避免逆撫民意之見解，從而是項見解雖值贊同，但暫難於我國法上落實。除此，消費者契約類型則更是需要特別受到保障之適例。本文認為，在符合狹義之消費者契約下（基於個人或家庭需要之非營業性目的之交易），應可容許在此等非為特種買賣前提下的消費者契約，均可免受補正先行之限制。藉此強調保障消費者契約中消費者於締約地位上的落差，從而儘量維持其意思形成自由，賦予消費者較寬廣的權利行使空間。申言之，亦即若消費者對於企業經營者主張民法第 359 條解除契約時，則應回歸現狀，法院無須再為探究企業經營者有無補正可能或是補正意願。得逕依顯失公平的標準判斷雙方利弊，而認定是否許可解除契約作結。



參考文獻

教科書及專書

1. 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，作者自版，修訂版，2007年6月。
2. 王伯琦，民法總則，初版十四刷，國立編譯館，1989年8月。
3. 王伯琦，近代法律思潮與中國固有文化，清華大學出版社，初版一刷，2005年5月。
4. 王志誠，票據法，元照出版有限公司，二版一刷，2007年5月。
5. 王慧星，民法解釋論，五南圖書出版，初版一刷，1999年8月。
6. 王澤鑑，民法總則，作者自版，增訂十三刷，2004年3月。
7. 王澤鑑，法學思維與民法實例 - 請求權基礎理論體系，作者自版，2010年3月版十三刷。
8. 王澤鑑，基礎理論，作者自版，1983年11月。
9. 王澤鑑，基本理論 債之發生 - 契約、代理權授與無因管理，作者自版，增訂二刷，2006年9月。
10. 王澤鑑，侵權行為法 - 基本理論一般侵權行為，作者自版，初版 13刷，2008年3月。
11. 中國商務部條約法律司編譯、尚明主編、潘維大審閱，國際商事契約通則，新學林出版。
12. 史尚寬，民法總論，作者自版，修訂三版，1980年1月。
13. 史尚寬，債法總論，作者自版，1983年3月版六刷，1983年3月。
14. 史尚寬，債法各論，作者自版，1986年11月版。
15. 江朝國，保險法基礎理論，瑞興圖書出版，五版一刷，2009年4月。
16. 李伸一，消費者保護法論，凱侖出版，初版一刷，1995年4月。
17. 李惠宗，憲法要義，元照出版，二版二刷，2004年10月。
18. 林更盛，論契約控制 - 從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，作者自版，2009年3月。，2008年3月。
19. 林誠二，民法債編各論（上），瑞興圖書，修訂二版，2003年7月。
20. 林誠二，債法總論新解 - 體系化解說（下），瑞興圖書，初版，2010

- 年3月。
21. 邱聰智，民法總則（下），三民書局，出版一刷，2011年6月。
 22. 邱聰智，新訂民法債編通則（上），作者自版，新訂一版修正二刷，2003年1月。
 23. 邱聰智，新訂民法債編通則（下），作者自版，新訂一版，2003年3月。
 24. 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（上），元照出版，2002年10月。
 25. 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（中），元照出版，2002年10月。
 26. 邱聯恭講述、許士宦整理，口述民事訴訟法講義（一），作者自版，2006年筆記版。
 27. 邱聯恭講述、許士宦整理，口述民事訴訟法講義（三），作者自版，2005年筆記版。
 28. 姚志明，契約法總論，作者自版，初版一刷，2011年9月。
 29. 姚志明，債務不履行之研究（一） 給付不能、給付遲延與拒絕給付，元照出版，初版一刷，2003年8月。
 30. 姚志明，債務不履行 -不完全給付之研究-，元照出版，修訂版，2000年12月。
 31. 姚瑞光，民法總則論，作者自版，2002年9月。
 32. 施啟揚，民法總則，作者自版，八版二刷，2010年8月。
 33. 葉永芳，國際貿易法實務第二冊：商品買賣法案例解說，作者自版。
 34. 孫森焱，民法債編總論下冊，作者自版，2009年2月。
 35. 馮大同、焦津洪編著、陳春山審訂，國際貨物買賣法，五南圖書，初版一刷，1997年3月。
 36. 陳自強，契約法講義 I- 契約之成立與生效，作者自版，二版一刷，2012年9月。
 37. 陳自強，民法講義 II 契約之內容，學林文化出版，初版二刷，2004年9月。
 38. 陳猷龍，民法總則，五南圖書，八版一刷，2003年9月。
 39. 陳榮傳，法律行為，三民書局，初版一刷，2010年4月。

40. 梁宇賢，票據法新論，作者自版，修訂六版，2006年4月。
41. 最高法院學術研究彙編印，最高法院100年度民事學術研討會，101年版，2012年8月。
42. 黃立，民法總則，作者自版，二版二刷，2001年1月。
43. 黃立，民法債編總論，作者自版，二版一刷，1999年10月。
44. 黃立主編、楊芳賢、吳秀明負責撰寫部份，民法債編各論（上），元照出版，初版四刷，2006年2月。
45. 黃立，德國新債法之研究，作者自版，初版，2009年9月。
46. 黃茂榮，法學方法與現代民法，作者自版，增訂五版，2006年4月。
47. 黃茂榮，債法總論（第三冊），作者自版，增訂三版。
48. 黃茂榮，買賣法，植根法學，2002年5月。
49. 楊立新，大清民律草案國民律草案，吉林人民出版社，初版一刷，2002年5月。
50. 楊仁壽，法學方法論，作者自版，增訂二版，2010年5月。
51. 鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法總則，十一版一刷，三民書局，2008年9月。
52. 鄭玉波著、陳榮隆修訂，民法債編總論，三民書局，修訂二版五刷，2008年7月。
53. 劉春堂，判解民法債編通則，三民出版，修訂六版二刷，2011年2月。
54. 劉春堂，民法債編各論（上），作者自版，初版一刷，2003年9月。
55. 劉得寬，民法總則，五南圖書出版，修訂三版，1996年6月。

期刊論文

1. Prof. Dr. Arndt Teichmann 於2003年4月訪問國立政治大學講稿、林易典譯，德國民法債編修正之重點，刊載於政大法學評論第79期，2004年6月。
2. 王和雄，承攬人瑕疵擔保責任與債務不完全履行及侵權行為之關，收錄於民法債編論文選輯（下），五南圖書，1984年7月。
3. 王澤鑑，物之瑕疵擔保責任，不完全給付與同時履行抗辯--高等法院七十七年四月十九日第七次民事庭會議決議之檢討，刊載於萬國法律第

- 41 期，1988 年 10 月。
4. 王澤鑑，同時履行抗辯：民法第二六四條規定之適用、準用及類推適用，收錄於民法學說與判例研究(6)，1992 年 9 月。
 5. 王澤鑑，不完全給付之基本理論，收錄於民法學說與判例研究第三冊，作者自版，修訂九版，1991 年 10 月。
 6. 王澤鑑，損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢，刊載於月旦法學雜誌第 119 期，2005 年 4 月。
 7. 史尚寬，不完全給付之研究，收錄於民法債編論文選輯（中），五南圖書，1984 年 8 月。
 8. 向明恩，違反附隨義務、契約目的不達與解除契約之連結關係 - 最高法院一〇〇年度台上字第二號民事判決評析，刊載於月旦法學雜誌第 209 期，2012 年 10 月。
 9. 朱柏松，我國及德國新債法之比較分析 - 以物之瑕疵擔保責任規範為中心，刊載於月旦法學雜誌第 154 期，2008 年 3 月。
 10. 吳從周，台灣民法解釋學之發展現況，刊載於月旦民商法雜誌第 30 期，2010 年 12 月。
 11. 邱琦，債務不履行體系的再構成 - 論德國法上的發展，刊載於法令月刊第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月。
 12. 林更盛，論法律解釋的目標，刊載於高大法學論叢第 7 卷第 2 期，2012 年 3 月。
 13. 林易典，荷蘭一九九二年民法典—財產法總則中關於法律行為之規範簡介，刊載於月旦法學雜誌第 106 期，2004 年 3 月。
 14. 林易典，德國民法典新舊法部份譯文，刊載於月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月。
 15. 林誠二，網路購物中錯誤標價衍生之法律問題，刊載於月旦法學教室第 86 期，2009 年 12 月。
 16. 林誠二，債務不履行歸責事由之檢討，刊載於中興法學第 19 期，1983 年 3 月。
 17. 姚志明，民法債務不履行之新開展，刊載於月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月。

18. 姚志明，物之瑕疵擔保責任之研究，收錄於民事法理論與判決研究(一) - 不完全給付與瑕疵擔保責任，2009年11月。
19. 姚志明，回顧不完全給付制度於民法七十年來之發展，收錄於民事法理論與判決研究(一) - 不完全給付與瑕疵擔保責任，2009年11月。
20. 姚志明，民法債編修正後對債務不履行規定變動部份問題探討，收錄於民事法理論與判決研究(一) - 不完全給付與瑕疵擔保責任，2009年11月。
21. 姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，收錄於民事法理論與判決研究(一) - 不完全給付與瑕疵擔保責任，2009年11月。
22. 陳世杰，獨具一格的歐洲法院佐審官制度，刊載於人文期刊第37期。
23. 陳自強，意思表示錯誤之基本問題，刊載於政大法學評論第52期，1994年12月。
24. 陳自強，整合中之歐洲契約法，收錄於氏著整合中之契約法，作者自版，2011年5月。
25. 陳自強，物之瑕疵擔保規定之法律性質，刊載於月旦法學雜誌第213期，2013年2月。
26. 陳自強，債務不履行方法論之再出發，收錄於契約責任歸責事由之再構成 - 契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012年12月。
27. 陳自強，契約過失責任與無過失責任之間，收錄於契約責任歸責事由之再構成 - 契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012年12月。
28. 陳自強，契約責任之歸責事由，收錄於契約責任歸責事由之再構成 - 契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012年12月。
29. 陳自強，未按時給付之契約解除與歸責事由，收錄於契約責任歸責事由之再構成 - 契約法之現代化 I，作者自版，初刷一版，2012年12月。
30. 陳自強，買賣物之瑕疵擔保羅馬法之繼受，刊載於月旦法學雜誌第212期，2013年1月。
31. 陳自強，買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用，刊載於月旦法學雜誌第214期，2013年3月。
32. 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正(下)，刊載於台灣本土

- 法學雜誌第 6 期，2000 年 1 月。
33. 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正，收錄於臺灣民法與日本債權法之現代化，元照出版公司，初版一刷，2011 年 04 月。
 34. 陳自強，從繼受觀點看不完全給付之生成發展，刊載於政大法學評論第 130 期，101 年 12 月。
 35. 陳自強、蔡英欣，Soft Law 之形成，收錄於整合中之契約法，2011 年 5 月。
 36. 陳自強，國際商事契約通則在契約法源之地位，收錄於整合中之契約法，2011 年 5 月。
 37. 陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約（上） - 實務上相關判決之綜合評釋，刊載於台灣本土法學雜誌第 2 期，1999 年 6 月。
 38. 陳忠五，給付遲延、給付不能與不完全給付的區別 - 最高法院 100 年度台上字第 2091 號判決評釋，刊載於台灣法學雜誌 205 期，2012 年 8 月。
 39. 陳洸岳，不當行銷行為對消費者契約效力之影響 - 日本消費者契約法相關規定之啟發，收錄於民事法與消費者保護，元照出版有限公司，初版一刷。
 40. 陳洸岳，詐欺與得撤銷法律行為之承認，刊載於月旦法學雜誌第 74 期，2001 年 7 月。
 41. 陳彥良，概論德國民法債編中買賣法之變動，刊載於月旦法學雜誌第 107 期，2004 年 4 月。
 42. 陳聰富，目的性限縮與契約自由之濫用，刊載於月旦法學教室第 3 期，元照出版，2003 年 01 月。
 43. 陳聰富，動機錯誤與通謀虛偽意思表示，刊載於月旦法學教室第 10 期，元照出版，2003 年 08 月。
 44. 黃立，民法第一百六十六條之一的法律行為形式問題，刊載於月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月。
 45. 黃茂榮，民法債編部份修正條文要論「債各部份」大綱（上），刊載於法令月刊 50 卷 7 期，1999 年 7 月。
 46. 黃國昌，意思表示錯誤理論之探討 - 民法第八八條過失概念的相對化，

- 刊載於台灣本土法學雜誌第 43 期，2003 年 2 月。
47. 黃越欽，承攬契約之履行責任與瑕疵擔保責任，收錄於民法債編論文選輯（下），五南圖書，1984 年 7 月。
 48. 詹森林，台灣民法解釋之學說與實務，刊載於月旦民商法雜誌第 30 期，2010 年 12 月。
 49. 詹森林，物之瑕疵擔保、不完全給付與買賣價金之同時履行抗辯，收錄於氏著民事法理與判決研究（二），作者自版，初版一刷，2003 年 4 月。
 50. 詹森林，不完全給付，收錄於氏著民事法理與判決研究（二），2003 年 4 月。
 51. 詹森林，消保法商品責任上「消費」之意義 - 最高法院九十三年台上字第二〇二一號高週波 PVC 塑膠熔接機判決之研究，收錄於民事法理與判決研究（四）消費者保護法專論（2），2006 年 12 月。
 52. 詹森林，出賣人附隨義務之實務發展，收錄於民事法理與判決研究（六），作者自版，初刷一版，2012 年 12 月。
 53. 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，收錄於民事法理與判決研究（三） - 消費者保護法專論，作者自版，初版一刷，2003 年 1 月。
 54. 詹森林，消費者保護法上之郵購買賣及訪問買賣，收錄於民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論，2003 年 8 月。
 55. 詹森林，消費者保護法上特種買賣之實務與立法問題，收錄於民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論，2003 年 8 月。
 56. 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範 - 以網購業者標錯價事件為例，刊載於國立中正大學法學集刊第 32 期，2011 年 1 月。
 57. 曾品傑，債法特別法之發展 - 從民商合一到消費關係，刊載於台灣法學雜誌第 178 期，2011 年 6 月。
 58. 曾品傑，論形成權之行使 - 兩則最高法院判決評釋，刊載於東海大學法學研究第 21 期，2004 年 12 月。
 59. 曾品傑，論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費者之適用，收錄於財產法理與判決研究（一） - 消費者保護法專論（1），2007 年 9 月。
 60. 曾品傑，收錄於財產法理與判決研究（一） - 消費者保護法專論（1），

- 2007年9月，論附合契約與定型化契約之基本問題。
61. 曾品傑，債務不履行之新風貌，刊載於台灣本土法學雜誌第77期，2005年12月。
 62. 曾品傑，論買受人於危險移轉前發現瑕疵之權利救濟 - 最高法院相關判決評釋，刊載於法學新論第4期，2008年11月。
 63. 曾品傑，論成屋買賣之自始瑕疵與不完全給付之適用，刊載於月旦法學雜誌第209期，2012年3月。
 64. 曾品傑，論消費者契約之無條件解除權，政大法學評論第123期，2011年10月。
 65. 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合 - 雙軌立法下的消費者與消費關係，收錄於民事法與消費者保護，元照出版有限公司，初版一刷，2011年5月。
 66. 游進發，民法上過失概念 - 以最高法院九十六年度台上字第一六四九號判決為反思出發點，刊載於月旦法學雜誌第170期，2009年7月。
 67. 張哲源，意思表示之解釋與錯誤，刊載於玄奘法律學報第4期，2005年12月。
 68. 張哲源，錯誤意思表示撤銷之過失要件研究，刊載於東海大學法學研究第26期，2007年6月。
 69. 廖蕙玟，民法第八十八條意思表示錯誤之類型與界線，國立中正大學法學集刊第24期。
 70. 蔡晶瑩，物之性質錯誤 - 最高法院九八年台上一四六九，刊載於台灣法學第153期，2010年6月。
 71. 鄭玉波，論不為給付與不為完全之給付，收錄於民法債編論文選輯(中)，五南圖書，1984年8月。
 72. 劉宗榮，論保險契約的解釋，刊載於月旦法學雜誌第159期，2008年8月。
 73. 劉昭辰，履行利益、信賴利益，刊載於月旦法學雜誌第116期，2005年1月。
 74. 劉姿汝，網頁標錯價格之消費契約爭議，收錄於民事法學的現代課題與展望—溫豐文教授六秩五華誕祝壽論文集，元照出版公司，初版一刷，

2011年3月。

75. 錢國成，不完全給付與瑕疵擔保，收錄於民法債編論文選輯（中），五南圖書，1984年8月。

外文文獻

1. Arthur I. Rosett, American Law at the End of the 20th Century: U.S. National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law Section III Topic III.A.2, 46 Am. J. Comp. L. 347, 356(1998)
2. Ceyda Sural, Respecting the Rules of Law: The Unidroit Principles in National Courts and International Arbitration, 14 VJ 249, 255(2010)
3. Christopher Kee, Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement Article 48 of the CISG, 8 VJ 245, 245 - 248(2004)
4. Joseph M. Perillo, Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review, 63 FordhamL. Rev. 281, 292 (1994).
5. Marco Torsello, SUBSTANTIVE AND JURISDICTIONAL ASPECTS OF INTERNATIONAL CONTRACT REMEDIES: A COMMENT ON AVERY KATZ'S "REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT UNDER THE CISG" , 25 Int'l Rev. L. & Econ. 397, 404(2005)
6. Michael Joachim Bonell, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law - Similar Rules for the Same Purposes, CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law. Reproduced with permission of 26 "Uniform Law Review" , 5 - 6(1996).
7. Peter Huber, The Availability of Termination as a Remedy for Defective Delivery, 9 VJ 303, at 305(2005).
8. Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods, 44 NO 4 UCCLJ ART 3, IV. 2. b).
9. Rolf Knieper, Einige Probleme des neuen deutschen Rechts der

Leistungsstörungen, in: Civil Law and Consumer Protection, 2011, S. 491.

10. UNIDROIT Principles 2010

研究報告

1. 陳聰富，從歐洲契約法原則，檢視台灣契約法之改進方向，民國 92 年行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2001 年 11 月。
2. 詹森林，比例原則在民法上之理論與應用，民國 96 年行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2007 年 3 月。
3. 詹森林，德國二〇〇二年新買賣法之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2004 年 11 月，頁 3。
4. 蔡晶瑩，不完全給付與物之瑕疵擔保規定之適用關係－德國現行法之體系與規定研究成果報告，民國 99 年行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2010 年 9 月。

學位論文

1. 李元轟，我國住宅瑕疵之法律問題-以凶宅為例，國立海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2011 年 7 月。
2. 李吟秋，從交易當事人屬性論違約金之效力，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，2012 年 1 月。
3. 李揚峰，論表見代理，國立中正大學財經法律學研究所碩士論文，2012 年 3 月。
4. 施怡君，從國際買賣法觀點論大陸合同法之法源，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2005 年 2 月。
5. 馮韋凱，物之瑕疵擔保效力之比較研究 - 以出賣人補正義務為中心 - ，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2008 年 6 月。
6. 張志僑，商品之瑕疵擔保責任與品質保證之研究，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，2004 年 1 月。
7. 黃鈺慧，意思表示錯誤之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1992 年 1 月。

8. 楊智守，以他種給付消滅原定債務之契約比較研究，國立高雄大學法律研究所碩士論文，2011年6月。

網路資料庫

1. 國際商事契約通則 2010 年版
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>（最後瀏覽日：2013.06.11）
2. 歐洲契約法原則：
http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html
（最後瀏覽日：2013.06.11）
3. 荷蘭民法：
http://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/Boek6/Titel5/Afdeling2/Artikel228/geldigheidsdatum_20-03-2012（最後瀏覽日：2013.06.11）
4. 德國民法條文：
<http://www.gesetze-im-internet.de>（最後瀏覽日：2013.06.11）；
5. 中華民國教育部重編國語辭典：
<http://dict.revised.moe.edu.tw/>（最後瀏覽日：2013/06/11）
6. 司法院法學資料檢索系統：
<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>（最後瀏覽日：2013/06/11）
7. 法源法律網：
<http://db.lawbank.com.tw>（最後瀏覽日：2013.06.11）