

# 先契約責任的各種規範模式（上）

戴旻諺\*

壹、前言	三、小結
貳、普通法下的先契約責任	陸、DCFR的規範
一、無效締約	一、DCFR簡介
二、資訊揭露義務	二、規範內容
參、德國法下的先契約責任	三、小結
一、無效締約	柒、台灣民法下的先契約責任
二、資訊揭露義務	一、分析
肆、CISG的規範？	二、本條適用限於契約未成立？
伍、PECL的規範	三、小結
一、PECL簡介	捌、結語
二、規範內容	

## 壹、前言

在現代生活中，交易幾乎是不可或缺的，小從買份早報，大至購置房屋，我們每天面對著無數起交易，也當然面臨著無數件契約的締結。然而想要締結契約的當事人不一定能在瞬間即可達成意思表示合致，涉及愈高金額的交易往往需要愈長的協商階段，在協商過程中所受到的損害究竟能否受到適當的補償，在法學界受到許多關注，畢竟在契約成立前，並無契約義務能產生請求權基礎，在契約成立後，也很少當事人會在契約內容中約定損害賠償的責任歸屬，因此該如何處理協商階段產生的損害賠償就成為先契約責

任中重要的課題。

本文將分別介紹以英國法為首的普通法體系與代表大陸法體系的德國法是如何處理這個問題，並介紹在國際契約法中著名的PECL與DCFR又是如何加以規定，最後介紹台灣民法上是如何處理締約過程中的責任問題，並提出部分修正的建議。

## 貳、普通法下的先契約責任

### 一、無效締約

#### （一）允諾禁反言原則的介紹

普通法體系以英國法為首，大多使用禁反言原則（Estoppel）來處理無效締約的費用所

\* 本文作者係臺灣大學法律學研究所民事法學組三年級學生（本文部分內容曾於臺灣大學法律學院「契約法專題討論」以課堂報告方式提出，感謝陳聰富教授的指導。惟一切文責仍由作者承擔。）

衍生的問題，而在整個普通法體系中，衡平法進一步發展出允諾禁反言原則（Promissory estoppel）與財產禁反言原則（Proprietary estoppel），兩者不論在意義與效果上均有不同。允諾禁反言的適用在英國判決發展下形成四個前提要件：

1. 當事人間須有既存法律關係（Pre-existing legal relationship）；
2. 允諾<sup>1</sup>須由當事人一方A做成；
3. 該允諾必須清楚、不含糊，但不以明示允諾為限；
4. 他方當事人B須信賴A至某種程度以致於若允許A違背允諾將有失公允<sup>2</sup>。

易言之，若A做出一個清楚明確的允諾，而這個承諾對B有所影響並產生信賴，之後允許A再去違反這樣的允諾，則有失公平，在此種情況下，A不得去做與當初允諾不同的行為。

只是允諾禁反言為何能使表意人受到拘束？拘束力是來自於表意人自主的意思表示，抑或是基於相對人對於該允諾產生的信賴？這個問題涉及允諾禁反言的本質為何？在英國著名的案例【Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd】中，被告承租人向原告出租人租下整棟公寓後，藉此出租給他人以獲取利益，然而因二次世界大戰爆發，多數人踏上戰場，以致於被告獲利不佳，因此被告向原告協商，將原本的租金2500英鎊調降為1250英鎊，原告並為允諾。

戰爭結束後，多數人回到家鄉，被告出租生意因此轉虧為盈，原告發現此事，便向被告請求租金2500英鎊。此案中，法官Denning認為：「一個意圖創造法律關係且為表意人明知的允諾，應該被表意人遵守並依循著去行動。」從此判決中，可以得知允諾禁反言的拘束力來源實為表意人自主的意思表示。

而在英國司法實務中，法院原則上認為當事人得以任何理由並在任何時間點中斷交易協商，例如在【Walford v. Miles】案中，公司出賣人A與B口頭約定閉鎖協議（Exclusive agreement），約定A中必須中斷與其他買受人的協商，只與B進行交易協商，嗣後A反悔，並將公司出賣給第三人，B因此提起訴訟。法院認為：這種閉鎖協議並無法律上效力，因為該協議要求當事人依誠信原則進行交易協商，然而這樣的協議內容欠缺必要的確定性。且每一個契約當事人都有追求自己最大利益的權利，為了使當事人能夠真正追求最大私利，自應賦予其隨時退出協商的權利，藉此使對方做出交易上的讓步。

在此原則下，英國法院相當限縮地在使用允諾禁反言原則，英國法院認為：允諾禁反言原則的適用前提是A所做的允諾必須與A、B間既存法律關係所衍生出的權利有所相關。在前述的【Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd】案中，之所以得以適用允諾禁反言原則，是因被告承租人與原告出

註1：允諾只須清楚地對外表達願意受拘束的意圖，而不論使用何種語詞。

註2：原文使用“promise”一字，本文翻譯作“允諾”，因若翻譯為中文“承諾”一詞，容易使人與契約之要約（offer）與承諾（acceptance）之承諾混淆，又若翻譯為“意思表示”則難以表現出其帶有使表意人負有一定義務之意涵，且意思表示於英美法多以“declaration of intent”或“manifestation of intention”表示，因此翻譯為“允諾”或許較為妥當。See MARTIN HOGG, PROMISES AND CONTRACT LAW: COMPARATIVE PERSPECTIVES 443 (2011).

租人間存有租賃關係，而符合既存法律關係的要件，至於發生在美國的【Hoffman v. Red Owl Stores】<sup>3</sup>一案若發生在英國，則因Hoffman與Red Owl公司尚未締結加盟契約，並無既存法律關係，因此無法適用允諾禁反言原則。

值得探討的是，允諾禁反言原則與英國法上的約因制度（Consideration）的互動關係為何？在19世紀以前，英國法院便已宣示允諾的做成必須具備約因，而約因目的在於檢驗表意人是否有使自己受到將來契約拘束的真意<sup>4</sup>，其反映著相當多的法律政策<sup>5</sup>，至於為何選擇透過約因來確定當事人的真意，似乎沒有理論上的原因<sup>6</sup>。因此在約因的要求下，當事人一方所做出的允諾必須是基於某種對價關係（可能是談判、交換），符合約因要求的典型契約類型即為雙務契約。

然而在約因的適用下，倘若要求雙方當事人在契約內容中須包含著談判、交換，則若當事人未基於對價關係做成允諾（例如贈與

土地），這樣的允諾卻造成他方信賴，進而受有損害時，學者Parsons觀察到英國衡平法院仍舊承認該欠缺約因的允諾發生拘束力，以達到保護他方當事人的效果<sup>7</sup>。某程度就如法官Mason與Wilson所云：「允諾禁反言原則填補了約因制度因本身侷限所留白的空間。」

## （二）允諾禁反言原則與無效締約

那麼允諾禁反言該如何運用在無效締約的問題呢？在【Hoffman v. Red Owl Stores】案中，原告Hoffman於1959年經營一家小麵包店，為了擴大經營，於是跟Red Owl公司接洽討論加盟事宜。起初，Red Owl公司分區經理Lukowitz告訴Hoffman：「所有事都準備好了，你只要把錢帶來，就萬事妥當。」

（Everything is ready to go. Get your money together, and we are set.）嗣後，Red Owl公司卻不斷要求提高投資金額，並且要求認購Red Owl公司的公司債，Hoffman無法忍受而中斷協商。此時，Hoffman因聽信Red Owl公司所

註3：詳後述。

註4：相對地，在德國法雖規定此種心中保留的意思表示無效，但並未規定如何檢驗當事人的真意，實務上，法官在檢視雙方當事人的行為後，往往傾向認定當事人受拘束真意的存在，因當事人如果欠缺締約真意，而使他方當事人受到損害，這樣的損害將一種純粹經濟上損失（pure economic loss），在德國民法第823條第一項將侵權行為的保護客體嚴格限縮於絕對權的見解下，很難受到保護。至於美國法原先雖承繼受傳統英國法對約因的要求，然而在1932年與1981年的Restatement of Contracts第90條均捨棄對約因的要求。

註5：學者Ballantine發現之所以要求約因的存在，其實只是為了確保允諾的公平性，而這樣的公平性恰好是由雙方當事人的相互關係所能證明的。See John Barker Waite, *A Definition of Consideration*, 14 MICHIGAN LAW REVIEW, 571 (1916).

註6：學者Eisenberg認為約因的存在使得許多欠缺談判、交換內容的契約效力遭到否定，但其實法院在操作約因制度時，目的在於檢視交易的公平性，因此今天我們應該問的是交易是否公平，而非允諾是否具備約因。See Melvin Aron Eisenberg, *Principles of Consideration*, 67 CORNELL LAW REVIEW, 640-65 (1982).

註7：See James Gordley, *Enforcing Promises*, 83 CALIFORNIA LAW REVIEW, 563 (1995).

言，已經花費數萬元（例如購買位於Wautoma的雜物店以學習經營技巧、搬遷費用、房租等），因此向Red Owl公司請求賠償。Red Owl公司不斷以其分區經理的說法過於不確定與不精確，因而無法構成契約責任當作抗辯，這樣的抗辯被第一審法院所採，然而上訴法院認為一個足夠滿足允諾禁反言的允諾要件，不必達到與要約（offer）相同能產生契約拘束力的程度，這樣的見解最終被Wisconsin法院所採<sup>8</sup>，因此判決Hoffman勝訴<sup>9</sup>。

有趣的是，學者Scott認為Red Owl公司的律師在訴訟策略上存有瑕疵，導致Red Owl公司最後承擔敗訴判決，甚至負擔更多的損害賠償範圍<sup>10</sup>：

1. 律師應去爭執Lukowitz的締約代表權限，因Lukowitz是在五月時跟Hoffman洽談加盟事宜，然而時至同年九月，Hoffman就已知Carlson與Hall兩人才是他將來要洽談加盟事宜的代表人，Hoffman卻在九月後仍舊聽信Lukowitz的保證，支出搬遷費

用、房租並出售原有的麵包店，這些損害是否仍應由Red Owl公司負責？

2. 在見過Carlson與Hall後到協商破裂這段期間，Hoffman並未再去向Red Owl公司確認之前Lukowitz的保證是否正確，Hoffman的信賴是否值得保護？
3. Hoffman曾對Lukowitz表示他僅有18,000美元，並詢問這樣的資金是否足夠使他加盟<sup>11</sup>。Lukowitz雖對其保證，然而其意思顯然是說Hoffman須取得18,000美元的股東權益（equity），而Hoffman則誤會為只需投入18,000美元現金。這樣的誤會依據英美法上向來的見解，當事人負有責任去釐清交易協商過程中模糊不清之處，因此Hoffman自應對自己沒有盡到釐清責任而負責，Red Owl公司則毋須負擔損害賠償責任。

### （三）允諾禁反言原則的挑戰

從前述可知，英國法向來採取一種見解：「從事締約前交易協商的當事人必須自行承

註8：原文：“However, see. 90 of Restatement, 1 Contracts, does not impose the requirement that the promise giving rise to the cause of action must be so comprehensive in scope as to meet the requirements of an offer that would ripen into a contract if accepted by the promise...We deem it would be a mistake to regard an action grounded on promissory estoppel as the equivalent of a breach of contract action.” 學者Alden認為，即使允諾仍不明確或是從各個觀點來看都無法清楚定義，只要表意人能夠合理遇見相對人會有所信賴，即可符合允諾禁反言的要件，因美國Restatement of Contracts第90條廢除交易中約因的要求後，表意人在交易協商中也無須將允諾內容清楚地表現出來（畢竟相對人不必再對此表示出對價內容），因此目前法院在適用允諾禁反言原則時，也不要求允諾的明確性。See Eric Alden, *Rethinking Promissory Estoppel*, 16 NEVADA LAW JOURNAL, 670 (2016).

註9：Hoffman一案倘若發生在英國，則結果將大相逕庭，因允諾禁反言原則在英國的適用以當事人間存有既存法律關係為限，而Hoffman與Red Owl公司間並未存有任何法律關係。

註10：See Robert E. Scott, *Hoffman V. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance*, 68 OHIO STATE LAW JOURNAL, 71-102 (2007).

註11：原句：“Fellows, you know how much money I got—about \$18,000. Will this put me in a bigger operation or won' t it?”

擔最終可能一無所獲的風險」然而這樣的見解漸漸地遭受挑戰。學者Craswell認為<sup>12</sup>，在A、B兩人的協商階段，若能使A對B負有一定義務，則A也可能獲得一定利益，例如在【Cyberchron Corp. v. Calldata Systems Development, Inc】案中，假如Calldata公司在與次承攬人Cyberchron公司的協商階段負有義務去提供Cyberchron公司一些協助的話，則Cyberchron公司就有可能研發出以較低價格量產設備的技術，如此一來，Calldata公司與其母公司Grumman公司在履行對美國海軍的買賣合約時，勢必能有較高獲利。

學者McFarlane則提出將整體締約階段分成三個階段賦予不同規範可能<sup>13</sup>：第一階段，雙方僅進行初步協商，並沒有允諾責任（promissory liability）存在的可能，此時主要由非允諾責任（non-promissory liability），如不實陳述責任加以規範；第二階段，雙方當事人間的協商已經有所進展，且已經達成某些形式的合意，但仍未達成傳統契約法所要求的所有要件（例如受拘束的意思表示、要約與承諾的清楚合致、約因的具備等），因此這時候當事人一方仍無須對他方的期待負責，除非要保障第三階段（契約成立時）當事人一方的利益，勢必要提前於第二階段加以保護，在此情形，第二階段當事人始對他方負有義務。

#### （四）小結

在英國法院實務上最常用來處理因信賴契

約成立而支出費用的案例方法是禁反言原則，就如前所述，禁反言原則可分為允諾禁反言與財產禁反言，惟後者的運用必須限於取得與土地相關權利的案例，導致使用上相當不便，因此問題的處理多轉向於如何擴張允諾禁反言的使用，例如在【Hoffman v Red Owl Stores】案與【Cyberchron Corp. v. Calldata Systems Development, Inc】案，這兩則美國案例都是使用允諾禁反言去保護交易相對人在交易協商階段的信賴，只是允諾禁反言在英國並不能作為積極主張保護自己信賴的理由，只能是一種消極的抗辯，故導致保護的效果有限。因此，若英國法院已經實務上漸漸體認到在某些案例中，法院確實有保障交易協商當事人的信賴的必要，則將來是否放寬關於財產禁反言的限制，又或者賦予允諾禁反言得直接請求履行的積極性格，都會是值得探討的議題。

## 二、資訊揭露義務

### （一）資訊揭露的目的

資訊揭露義務最重要的功能在於使交易協商中的當事人能夠充分獲取交易資訊，避免因資訊地位不對等而受有損害，如果當事人對於交易資訊的取得能力均相等，則資訊揭露義務並沒有存在的必要。

然而誠如學者Trebilcock所云：「幾乎沒有交易是在雙方當事人都擁有完全的資訊下完成的，即使是當你買了一份早報，滿懷期待

註12：See Richard Craswell, *Offer, Acceptance, and Efficient Reliance*, 48 STANFORD LAW REVIEW, 481-553 (1996).

註13：See Ben Mcfarlane, *The Protection of Pre-Contractual Reliance: A Way Forward?*, 10 OXFORD UNIVERSITY COMMONWEALTH LAW JOURNAL, 95-122 (2010) Mcfarlane, B. (2010).

報紙裡會刊登有趣的電影或餐廳評論卻期待落空時，如此簡單的交易，也都反映了資訊不對等的存在<sup>14</sup>。」因此資訊揭露義務確實有存在的現實上可能，藉由資訊揭露義務使當事人於交易時獲取充分交易資訊，更能確保當事人締約自由與不締約自由得以完整的行使。

然而，試圖以資訊揭露義務來弭平交易當事人間的不平等，藉此使當事人的締約自由受到保障，此種觀點亦受到批評。學者Unger認為，契約其實就是市場在法律上的另一種稱呼，真正的市場是不可能致力於消除每個交易當事人間權力或知識的不平等，使所有當事人都立於平等地位交易將會侵蝕契約市場的基礎，畢竟真正的市場並不是讓每個交易人都能夠以相同知識地位快速交易的機器，在市場上的成功會反映出一個人權力、知識優勢地位的累積，倘若利用市場規範，將每個人都置於平等地位，這形同是一種分配資源的系統，將架空市場的重要性<sup>15</sup>。

## （二）資訊揭露義務的原則與例外

英美法院向來認為在當事人進入契約之前，彼此並不負有揭露交易資訊的義務，因為期待當事人一方在交易協商過程中放棄追求自己的最大利益，反而去顧及他方當事人的利益，這樣的期待是不切實際的。

但學者Franklin指出這種排除資訊揭露義務的想法也有例外，例如<sup>16</sup>：

1. 當事人主動隱瞞資訊時：如【Klott v. Associates Real Estate】案<sup>17</sup>
2. 當事人作出錯誤的表示時：如【Stewart v. Wyo. Cattle Rancho Co】案<sup>18</sup>
3. 為了確保自願揭露的內容完整與真實時：如【Hays v. Meyers】案
4. 當事人間具備特別關係時：如【Stewart v. Phoenix National Bank】案<sup>19</sup>
5. 為了確保當事人不會誤解資訊時：如【U.S. Concord, Inc. v. Harris Graphics Corp】案<sup>20</sup>
6. 經營某些特定產業時，如海上保險：如

註14：See MICHAEL J. TREBILCOCK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT 103 (1993).

註15：See Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 HARVARD LAW REVIEW, 626 (1983).

註16：See Eric Franklin Amarante, *Mandating Precontractual Disclosure*, UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW, 569-70 (2013).

註17：本案例中，買受人購買房屋，事後卻發現水井而無法使用。法院提及：原則上買賣關係不會產生揭露義務，而在某些情況下，出賣人已發現物理上的嚴重瑕疵，而買受人也無法做合理檢查的情況下，就會產生揭露義務，但法院強調本案事實並不符合這些情況。

註18：本案例中，買受人欲向出賣人買牛隻，出賣人拒絕讓買受人親自檢視牛隻數量，交付後才發現數量與出賣人所聲稱的不符。法院認為：出賣人拒絕讓買受人檢視牛隻數量，已經不是單純沉默，而是帶有主動意涵的詐欺或是不實陳述，出賣人應有義務揭露牛隻的數量。

註19：本案例中，23年來，銀行一直以無擔保的方式借貸給農夫，農夫也按時清償，某次銀行要求以農地作為擔保並保證這只是形式上的手續，並不會真的執行，嗣後銀行卻執行，法院認為：雙方的信賴關係已足以產生揭露義務，銀行當時應揭露執行擔保的可能。

註20：本案例中，買受人購買印刷機，嗣後才發現印刷機的效能不足以用於商業印刷，法院認為：當事人一方擁有較他方更深入的認識，且他方不易得知時，若明知他方正基於錯誤的認知在從事交易，則應負有資訊揭露義務。

【Carter v. Boehm】案<sup>21</sup>

從前述的【Carter v Boehm】案可以發現英國法院在面對帶有最大善意特徵的保險契約，例外地課予當事人資訊揭露義務，然而，這並不意味著締結保險契約的過程必然可以要求當事人揭露資訊。在【Banque Keyser Ullmann SA v Skandia (UK) Insurance Co Ltd】案中，原告銀行欲借款給A公司，為了確保這筆借款最終得以償還，A公司向被告保險公司投保保險，並讓原告銀行共同作為被保險人。嗣後被告保險公司發現被原告銀行雇用負責處理保險條款B保險公司有詐欺情事，但被告保險公司並未警告銀行，因此原告銀行依然借款給A公司，不久後A公司倒閉，無法清償借款，原告銀行受有損失。

法官Templeman認為：沒有判決先例支持交易協商中的當事人一方需揭露他方當事人的使用人與他方當事人間義務違反的情事<sup>22</sup>。且這樣的資訊可能不值得信賴、有待調查，充滿著不確定性，若任意課予揭露義務，很可能使揭露者（被告保險公司）遭受批評或者引來訴訟，因此在本案不應課予被告保險公司揭露詐欺情事的義務。這樣的判決恰巧符合英美法上對於締約前的當事人課予資訊揭露義務採取謹慎態度的整體判決先例。

## （三）小結

英美法向來對於資訊揭露義務採取保守見解，其認為如果該交易資訊確實對於當事人相當重要，當事人在交易協商過程中就應該主動詢問相關資訊，法律並沒有必要為保護一個粗心的當事人而課予他方資訊揭露義務。僅僅在少數的情形（如當事人主動隱瞞資訊、契約具有最大善意性質等），英美法院始例外地課予當事人資訊揭露義務。

## 參、德國法下的先契約責任

## 一、無效締約

## （一）締約上過失制度的過去與明文化

在德國，用以處理無效締約費用問題的法學概念中，最著名的非締約上過失（culpa in contrahendo）莫屬。締約上過失制度是由學者Jhering於1861年所提出，當時的德國民法並未關注商業上的所遭遇的問題，因此產生許多問題，例如：一時筆誤、因疏忽而發生要約或承諾、細小的認識錯誤都會嚴重影響整個契約的效力，這些交易當事人因為自己不謹慎而影響契約完成的情況，使得Jhering去思考在契約締結前，應受責難的當事人難道不用負擔一定責任<sup>23</sup>？Jhering認為，當事人一

註21：本案中，要保人是東印度公司旗下Marlborough堡壘的管理者，其向保險人投保海上保險，避免堡壘被外國軍隊攻佔，但要保人明知堡壘是用來抵擋當地原住民的攻擊，且明知法國軍隊即將展開攻擊。法院認為：誠信原則（Good faith）禁止當事人一方隱藏自己預先知道的情狀，並使他人交易協商中疏忽事實的存在，基於保險契約的最大善意（uberrimae fidei），要保人應負有揭露義務。

註22：原句：“No authority was cited for the proposition that negotiation party owes a duty to disclose to the opposite party information that the agent of the opposite party had committed a breach of duty he owed to his principal.”

註23：See Friedrich Kessler & Edith Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 HARVARD LAW REVIEW, 401-49 (1964).

方創造出一個使他方相信拘束力存在的錯誤外觀時，就應該負擔責任。

德國民法在制定時並沒有一個規定締約上過失的條文，而是交由判決與學說發展其內容，最終擴展到一個概念：「一旦當事人開始交易協商，信賴關係也隨之而生，不論他們最後是否成功締結契約。基於信賴關係，當事人必須為自己過失引起他方信賴契約會成立而負責，此外當事人也負有義務去採取預防措施，避免他方的人身或財產受到損害。」，並確定締約上過失的責任基礎在於當事人交易協商過程中因誠信原則與公平交易原則所產生的信賴關係。

至於締約上過失所建構的責任性質為何？乍看之下，在締約上過失帶有侵權責任性質，蓋其責任的產生並非以契約存在的為前提，但似乎又具備契約性質，如1911年亞麻油地毯案（Lionleumrollenfall）中，法院認為因買賣而準備的法律關係，具有類似契約性質。學者Canaris則認為締約上過失責任是一種介於侵權責任與契約責任之間的第三種責任，違反前契約之保護義務，即是侵害了當事人間之信賴惹起與賦予之關係<sup>24</sup>（即依照誠信原則與當事人一方行為的社會外觀惹起他方信賴，他方當事人並對該行為賦予信賴），此種責任可稱為信賴責任。然而，應注意的是，在侵權責任與契約責任外開闢第三條路的信賴責任說雖貌似合理且被Canaris

極力倡導，但在2002年修法前，這樣的想法尚未被大多數的德國學者與法院支持，學者與法院有些時候仍將締約上過失描寫為修正的契約責任<sup>25</sup>。

2002年德國債法現代化後，締約上過失不再只是判決與學說下的產物，而是藉由法典化形成具體規範，使得法院在適用法律時有一個判斷標準與判決依據。締約上過失的新增條文如下：

第241條第2項：「債之關係依其內容，得賦予一方當事人照顧他方當事人之權利、法益或利益之義務。」

第311條第2項：「負241條第2項義務之債之關係，因下列行為而成立：

1. 契約磋商之開始。
2. 契約之接觸時，基於可能成立之法律行為上關係，一方予以他方權利、法益或利益影響之可能性，或他方將其權利、法益或利益託付予一方。
3. 類似交易。」<sup>26</sup>

## （二）締約上過失制度的案例類型

學者Hogg將適用締約上過失的案例分為五種類型<sup>27</sup>，本文盡可能舉台灣的案例事實為例：

1. 在契約成立前導致人身損害的情況：A、D參加B旅行社的旅遊行程並以C為導遊，於接駁過程中，C竟疲勞駕駛導致車禍，A的丈夫D死亡。A主張B與D間有旅遊契

註24：參見向明恩，〈德國締約上過失理論之發展〉，《臺北大學法學論叢》，2009年，70期，頁23。

註25：See Joachim Dietrich, *Classifying Precontractual Liability: A Comparative Analysis*, 21 LEGAL STUDIES, 153-91 (2001).

註26：應注意的是，德國新民法第241條第2項與第311條第2項僅是不完整的請求權規範，目的在於建構損害賠償請求權的義務違反內涵，請求權基礎因為德國新民法第280條。

註27：See HOGG, *supra* note 2, at 191.

約存在，縱然無契約存在，B派遣C負責接駁亦違反先契約的注意義務，應負損害賠償責任<sup>28</sup>。

2. 因為契約未成立而受有損失：A招募B於公司商場設立專櫃，嗣後A公司將專櫃租予C使用，B主張AB間存有租賃契約，依債務不履行規定請求損害賠償，縱然A與B間無租約存在，A亦惡意隱瞞C願意與A續租，有違誠信原則，應依民法第245條之1負擔損害賠償責任<sup>29</sup>。
3. 誤信而締結不利的契約條款：A與B公司簽訂加盟契約，用以供對外招攬消費者購買網路收視服務或招攬下線加盟商，然而B公司惡意隱匿訂約重要事項，嗣後A才發現B公司所提供的頻道未獲合法授權，因此主張撤銷意思表示，並依民法第184條與第245條之1請求損害賠償<sup>30</sup>。
4. 因為被誘使去與第三人締約而受有損失<sup>31</sup>：A保險經紀人公司的業務員B、C為謀求高額佣金，以詐欺方式慫恿D購買E

保險公司的增額壽險契約作為儲蓄方式，D因此受有保單變現價值減損的損害，故向A公司與E公司請求賠償<sup>32</sup>。

5. 受到相對人的輔助人侵害：A希望藉由投資而長期獲利，因此依B銀行財富顧問C的分析而購買連動債，然而B銀行隱匿重要事項而為不實說明，使A誤信連動債為保本的投資產品，A因此向B銀行請求損害賠償。<sup>33</sup>

在德國實務上，第(1)、(3)、(4)種案例類型，通常是以侵權責任或意思表示錯誤的相關規定來處理，然而當以侵權責任來處理第(1)種案例類型時，將會碰觸德國侵權行為法上一個結構性的問題，亦即德國民法第831條提供僱用人舉證免除連帶賠償責任的可能性。以1911年德國所發生的亞麻油地毯案事實為例，A在B百貨公司選購地毯，店員C在拿取地毯時不慎手滑掉落而砸傷A與D，如果B百貨公司得舉證證明其對店員C的選任監督已盡相當注意則可免除連帶的侵權賠償責任。

註28：參見臺灣高等法院臺中分院90年度上字第372號判決，法院認為當事人間並無旅遊契約存在，並認B無基於旅遊契約或類似旅遊契約而衍生的安全照護義務，亦未違反先契約義務或防範社會危險的注意義務。本判決評釋參見，游明慧，《論先契約之責任：以建構我國法制為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2008年。

註29：參見臺灣高等法院104年度上易字第1350號判決。本案法院認為A藉由不用印及不交付相關保證票以免受合約書及票據責任的拘束，因此B無法確認A會為B保留櫃位，難認B有何合理信賴契約會成立，由此可認為契約未成立是可歸責於B的過失所致，故不符合民法245-1條的要件。

註30：參見臺灣臺中地方法院102年度訴字第790號判決。應注意者是，這樣的案例類型在台灣幾乎不可能成立先契約責任，因台灣實務見解多將245條之1限縮於契約未成立的情況（詳後述），本案也反映出因應實務見解的訴訟策略，即以選擇合併的方式主張侵權責任與先契約責任，甚至在上訴審直接放棄主張245條之1，參見臺灣高等法院臺中分院102年度上易字第497號判決。

註31：依司法院裁判書查詢系統，目前似未有當事人在這種情況下主張民法第245條之1的案例。

註32：參見臺灣臺北地方法院102年度重訴字第779號判決。本案D並未主張民法第245-1條，縱然主張，如前所述，法院認為在D撤銷保險契約前，契約仍屬有效成立，因此並無245條之1的適用。

註33：參見臺灣臺北地方法院99年度訴字第4978號判決。如前所述，法院認為投資有價證券的契約已有效成立，故否定245條之1的適用。

除此一來，最終負擔損害賠償責任者將成為較無資力的店員C，導致損害難以被完整的填補，德國這種結構性的問題促使締約上過失理論的快速發展。

### （三）締約上過失制度與無效締約

第(2)種無效締約的案例類型是締約上過失最常處理的種類，德國法院面對這種案例類型發展出四個前提要件<sup>34</sup>：

1. A與B須進入交易協商的先契約關係中；
2. A對於契約的成立有合法期待：這種期待通常是因為B故意或過失而導致某種情事，而此情事是B明知或可得而知的。而在德國1989年的報紙案（the newspaper case），法院認為賠償責任是因無正當理由中斷協商而使得期待落空而生的，與B是否因故意過失而創造A的期待無關。本文認為報紙案與其他案例最大的不同應該是在本案是以A無正當事由中斷協商來建構A的可歸責性，而非以A創造出B對於契約成立的期待作為歸責事由；
3. 契約未成立時，A因該合法信賴而受有損失；
4. B中斷協商而無正當理由：學者Hogg批評正當理由的認定標準不明，無非是要交由法院個案判斷，但這將導致法院涉入商業運作中，並侵害當事人的不締約自由<sup>35</sup>。學者Dietrich認為在中斷協商的原因是源自於B的協商障礙事由時，通常可以被認為是中斷協商的正當原因。此

外，締約上過失的操作結果只是產生一個賠償期待契約成立而支出的費用的責任，並未強迫當事人去實現他方對於契約會實現的期待，決定負擔有限的賠償責任後，當事人仍舊可以自由地中斷協商，並與其他當事人締結契約，應無侵害不締約自由的結果<sup>36</sup>。

因此簡單而言，B想要買A的房子，於是約好B搭車來賞屋，結果A卻把房子出賣給C，而且沒有通知B，導致B白跑一趟，在此案例下便可符合德國法上關於第(2)種案例類型賠償責任所發展出的要件。然而，學者Hogg認為德國法處理此種無效締約費用的方法存有幾項缺失，值得我們省思：

1. B是否已產生期待？即在德國法上表意人發出的要約不得任意撤回，因此可以作為相對人信賴的基礎，然而在本案中，A根本未發出要約，B怎麼會對契約的成立產生信賴？
2. B中斷協商的理由究竟是否正當，無非是要交由法院來決定，然而這將使得法院被迫接入私人間的法律關係，特別是使商業上的行為受到司法的檢驗。
3. 此舉亦將侵害當事人不締約的自由<sup>37</sup>。

### （四）小結

德國法上所發展的締約上過失概念使其在處理無效締約費用的問題上與英美法使用的禁反言原則大不相同，英美法主流見解認為交易協商過程中的當事人應該自負契約未成

註34：See HOGG, *supra* note 2, at 193.

註35：See *id.* at 193.

註36：See Dietrich, *supra* note 25, 179.

註37：學者Dietrich的相反見解已如前述。

立時所支出的成本與風險，而德國法的締約上過失制度因其侵權行為法上的結構性因素而快速發展，此概念聚焦在當事人締約過程中所產生的信賴關係，並由此信賴關係產生出一定的損害賠償責任。德國於2002年進行債法現代化後，將締約上過失制度明文化，使得法院在適用此概念時能有一定的判斷標準與依據，擴大對於交易協商過程中當事人的保護。

## 二、資訊揭露義務

### (一) 普通法與德國法不同觀點

舉例而言，在一場飢荒中，稻米商A是否有義務向交易相對人揭露其他稻米的補給船即將抵達港口？或是A可以選擇封閉消息並進而以高價出售稻米？另一個例子是：A石油公司花費勞力時間費用勘查土地下是否蘊含石油後發現B農夫的土地下蘊含石油，A因此向B協商買下農地，此時A是否有義務向B農夫揭露其土地下含有石油？或是A可以選擇封閉消息並進而以低價買下農地？學者Hogg認為若強迫A公司向B揭露消息，則有以下缺失<sup>38</sup>：

1. B農夫竟然搭上A石油公司的便車：A石油公司花費巨額金錢在地質調查上並承擔購買農地後卻發現調查錯誤的風險，為何要強迫A石油公司去揭露這項資訊？何況揭露後極有可能使農夫提高售價甚至出賣予他人。
2. A石油公司究竟該揭露哪些資訊才能滿足

義務，其標準並不明確：例如本例中的B農夫恰巧對考古學極度有興趣，沉迷於化石研究，A石油公司在地質調查中除了發現農地下有石油外，亦發現農地下埋藏白堊紀的恐龍化石，此時A石油公司是否應將發現恐龍化石一事揭露呢？（畢竟影響B農夫出售意願的可能並非石油而是化石。）

3. 強迫當事人揭露資訊毋寧是法律家父主義的展現：誠如先前學者Unger的想法，市場的本質並非使當事人都能在地位平等的情況下交易，一旦使法律以家父長的姿態介入當事人間的私人法律關係，很容易破壞市場機制。
4. 強迫當事人揭露擁有的資訊將促使商業疲軟：因資訊具有財產價值，且具有某程度公共性，讓愈多人使用該資訊，則社會的整體效用將更大幅提升。然而當資訊所有者依法必須向對方揭露資訊時，將會削減其找尋資訊的誘因，畢竟找尋資訊的過程必須花費成本並承擔風險<sup>39</sup>。因此當大眾希望藉由他方依法揭露資訊而不願主動去找尋資訊時，資源將無法有效被利用，商業將失去活力。

而誠如前述，資訊揭露義務目的在於使交易協商中的當事人能夠獲得充分交易資訊，以避免資訊地位上不對等而生的損害。德國在2002年債法現代化後，新增條文第241條第2項與第311條第2項，明文表示在契約締結

註38：See HOGG, *supra* note 2, at 206-207.

註39：亦有學者提及，倘若當事人無揭露資訊義務，他方當事人也將因此不知道資訊的存在，進而無法獲取最大利益，因此面臨是否揭露資訊的難題時，可以從法律經濟分析的觀點試圖解決問題。參見楊宏暉，〈資訊誘因、資訊價值與先契約的資訊揭露義務兼論契約法的經濟功能面向〉，《成大法學》，19期，2010年，頁142-143。

之前，交易協商過程中的當事人也會產生一定債之關係，負有保護他方當事人權利、法益與利益的義務，此種保護義務自然包含資訊揭露義務，因此在上述兩個案例，德國法均認為此時應揭露消息。

### （二）契約自由與契約正義

然而在現代資本市場下，將當事人的交易協商交由當事人自己負責，並要求當事人自己保護自己的觀點是否還能適用？誠如學者王澤鑑所言，契約的概念只有在自由及平等二個基礎上方能建立起來，如果一方當事人不得不屈服於他人的意思之下，則自由其名，壓榨其實，強者逞其所欲，弱者將無所措其手足<sup>40</sup>。我們很難想像雙方當事人在資訊不對等的情况下，要如何完全地行使他所擁有的締約自由，此時的締約自由毋寧是種假象。德國法明文規定資訊揭露義務雖然遭致前述學者的批評，但本文認為，為實現真正的契約自由，具有契約正義性質的資訊揭露義務仍是不可或缺的，契約自由與契約正義的協力才能構成一個合理滿足當事人利益的契約。

### （三）小結

德國在2002年債法現代化後，締約上過失制度也因此明文化，其中藉由第241條第2項與第311條第2項的新增，資訊揭露義務也獲得法律的明文依據。縱然有學者認為將資訊

揭露義務廣泛地施加在當事人身上很可能導致不少缺失（例如標準不明確、降低當事人挖掘資訊的誘因），然而顧及現在資本市場上，契約自由往往因為資訊地位不對等而形成一種空泛的理想，當事人雖擁有締約自由，卻因資訊的不足使得締約自由淪為假象，德國法的做法毋寧是一種追求契約正義的選擇，本文也贊同此種選擇。

### 肆、CISG的規範？

鑒於跨國貿易中，當事人間所適用不同的內國貿易法使得交易中產生適用法律的衝突，這種交易上的障礙促使聯合國國際貿易法委員會（United Nations Commission on International Trade Law，簡稱UNCITRAL）在1980年制定聯合國國際貨物銷售契約公約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods，簡稱CISG），專為跨國貿易當事人設計，並使其能夠彈性地使用條文以符合交易的要求。

CISG中並沒有明文規定先契約責任的相關條文，雖然學者Goderre認為先契約責任可以從第8條第3項的當事人意圖或是根據損害性信賴的理論（Theory of detrimental reliance）導出<sup>41</sup>，但多數學者認為先契約責任並非CISG的規範範圍<sup>42</sup>。（待續）

註40：參見王澤鑑，《債法原理：基本理論債之發生》，台北：自刊，2012年，頁81。

註41：See Diane Madeline Goderre, *International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention*, UNIVERSITY OF CINCINNATI LAW REVIEW, 257-81 (1997).

註42：See Mihaela Braut Filipovi? & Marjeta Tomuli? Vehovec, *Precontractual Liability in Eu and Croatian Law*, HARMONIUS: JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL STUDIES IN SOUTH EAST EUROPE, 13-32 (2012).