

## 民法典草案违约归责原则评析

陈自强

**内容提要:**合同法违约责任之规定系以发生一定给付结果为内容的债务为设想对象,给付结果不发生或不合约定,即构成《合同法》第107条所谓违约。第110条以不可抗力为违约损害赔偿之免责事由。在单纯劳务给付合同中,违反交易上必要的注意方构成合同义务违反与违约,在过失一元论下,同时构成过失。因此,过错责任得与严格责任和平共处。归责事由为开放性概念,须有一套法则,决定债务人对何种造成债务不履行之事由应负责任。归责事由本身既不具备价值内涵,无法成为归责原则,也无法作为免责事由,因此,严格责任无法与归责事由搭配。合同法分则一方面基于给付义务本质的不同而采取过错责任,另一方面,又出现不少以归责事由为要件的规定,造成违约体系错综复杂。为违约归责原则明确计,扬弃以归责事由为责任要件的传统,此其时矣。

**关键词:**违约责任 归责原则 过错责任 合同法现代化

陈自强,台湾大学法律学院特聘教授。

### 一 合同法现代化

债务不履行乃至于违约法则之现代化不仅是近年来国际间此起彼落债法修正的核心任务,更是合同法现代化之标志。2002年德国、2016年法国、2017年日本等国纷纷完成各自合同法现代化的目标。依个人观察,违约法则之现代化略有以下几个指标:第一,扬弃履行不能、履行迟延及不完全履行的债务不履行三分体系,而改采违约救济体系;第二,履行不能不再是债务不履行的独立态样,而为原定给付请求权之界限;第三,确立合同拘束力同时,例外承认情事变更显失公平时,当事人得请求重新磋商调整契约内容,谈判不成时,再由法院介入;第四,违约损害赔偿不采过失责任主义,而规定免责事由;第五,合同解消不以可归责于债务人为要件,而以违约重大或合同目的不达为要件;第六,瑕疵为违约型态,瑕疵救济为违约救济。<sup>[1]</sup>

[1] 参见陈自强:《法国契约法修正与现代化》,《月旦法学》第259期,第162页以下。

台湾地区“民法”债务不履行体系及具体规定内容与上述合同法现代化指标有相当程度的落差:依传统见解,债务不履行仍有给付不能、给付迟延、不完全给付三个样态;<sup>[2]</sup>履行请求权并非债务不履行之救济而为债之效力;<sup>[3]</sup>情事变更原则之效果并无磋商请求权(第227条之2);归责事由为债务不履行一般要件;归责事由原则上为故意过失(第220条);法定契约解除以可归责于债务人为必要;<sup>[4]</sup>权利瑕疵及物之瑕疵担保责任乃独立于债务不履行体系的法定责任<sup>[5]</sup>等等,均与合同法国际共识背道而驰,无一达到合同法现代化的最基本要求。

1999年施行的《中华人民共和国合同法》(下称合同法),总则部分借镜了当时最先进的联合国国际货物销售公约(CISG)及联合国国际商事合同通则(PICC)。在台湾地区、日本传统学者所谓的债务不履行责任体系建构方面,合同法扬弃当时德国民法奄奄一息的给付不能、给付迟延及积极侵害债权的三分体系,而以不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定为违约责任构成的基本内涵,以强制履行、赔偿损失、违约金等违约责任为违约之救济(第107条)。<sup>[6]</sup>履行不能并非独立的违约态样,主要的功能在划定强制履行之界限(合同法第110条但书)。<sup>[7]</sup>出卖人交付的目的物质量不符约定的瑕疵担保责任,是否如德国债法现代化后的情形,已经被整合在违约责任体系中,<sup>[8]</sup>或如崔建远教授主张,尽管合同法第111条、第155条直接将瑕疵履行及其救济方式称为违约责任,物的瑕疵担保责任仍然是相对独立于违约责任的制度,<sup>[9]</sup>瑕疵担保责任与违约责任竞合,出卖人究竟承担瑕疵担保责任还是违约责任,由买受人自主选择,<sup>[10]</sup>两种说法针锋相对,但买卖合同瑕疵担保规定之救济构造,与德国债法现代化前的规定,相去甚远,毋庸置疑。<sup>[11]</sup>准此,合同法规定形式上满足前述合同法现代化指标的第一、第二及第六项,应是持平之论。

合同法定制时,对缔约后的情事变更并无原则性规定,虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号)第26条规定,“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当

[2] 参见陈自强著:《契约责任归责事由之再构成——契约法之现代化 I》,台湾地区元照出版公司2012年版,第105页。

[3] 参见郑玉波:《论债之效力及一般担保》,《法学丛刊》第26卷第4期,总第104期,第6页;中田裕康:《债権総論》,岩波,2008年第1刷,第59-61页。

[4] 契约解除之归责事由,参见陈自强著:《契约责任归责事由之再构成——契约法之现代化 I》,台湾地区元照法律出版社2012年版,第170页以下。

[5] 学说实务见解,参见陈自强著:《契约责任归责事由之再构成——契约法之现代化 I》,台湾地区元照法律出版社2012年版,第137页以下。

[6] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第477页。

[7] 参见朱广新著:《合同法总论》,中国人民大学出版社2012年版,第568页。

[8] 参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第555页。

[9] 参见崔建远:《物的瑕疵担保责任的定性及定位》,《中国法学》2006年第6期,第43页。

[10] 崔建远主编:《合同法》(第4版),法律出版社2007年版,第383页。

[11] 参见陈自强著:《不完全给付与物之瑕疵——契约法之现代化 II》,台湾地区新学林出版公司2013年版,第121页以下。

事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”这一条可弥补合同法的空缺,但未提到再交涉义务,遑论违反再交涉义务之损害赔偿赔偿责任。<sup>[12]</sup> 现行合同法的规定文字及司法解释,仍未尽符合合同法现代化的第三个指标。此次民法典草案第 323 条规定,“合同成立后,订立合同的基础发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于当事人一方明显不公平的,受不利影响的当事人可以请求与对方重新协商;在合理期限内协商不成的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况,根据公平原则确定变更或者解除合同。”该规定从善如流,确立重新协商义务,使合同法现代化更向前迈进。

1999 年合同法施行后,关于合同法违约责任的归责原则,仍有严格责任说;过错推定说;过错责任为原则,不问过错责任例外说三说,<sup>[13]</sup> 最近,严格责任为原则、过错责任为例外说,<sup>[14]</sup> 乃至严格责任与过错责任并行的二元性违约损害赔偿赔偿责任,<sup>[15]</sup> 渐成有力说。2018 年甫出台的民法典草案对违约责任的归责原因相关规定,虽有增修删补,变动幅度不大,是否使违约责任之归责原则定于一尊,不无探究余地。以下,将先观察合同法通则违约责任之归责原则,再看分则是否有异于合同一般法律原则之特别规定,此类特别规定是否得与现行合同法原则融合无间,抑或是在未充分协调之下的败笔,有待此次民法典编纂来补苴罅漏。

## 二 合同编总则

### (一) 概念之厘清

违约责任的归责原则,有学者理解为基于一定的归责事由确定违约责任承担的法律原则。<sup>[16]</sup> 违约责任归责原则的外延,涉及如何理解违约责任及归责原则。

#### 1. 归责原因与归责原则

王泽鉴教授在 1967 年的一篇翻译著作,将 *Schadenszurechnung* 翻译为损害赔偿之归责原则,<sup>[17]</sup> 归责原则的用语,王氏纵非首倡者,也如同其著作,影响深远,海峡两岸均有不少学者沿用此翻译。

归责原则较易让人联想为损害归责的法律原则。法律原则若也属于法律体系的一部

[12] 有学者认为:“对于不适用 CISG 的案件,在违反再交涉义务的损害赔偿问题上,宜赋予法官以依据公平原则及诚实信用原则为基础的裁量权”,参见韩世远:《情事变更若干问题研究》,《中外法学》2014 年第 3 期,第 667 - 668 页。

[13] 参见朱广新:《违约责任的归责原则探究》,《政法论坛》2008 年第 4 期,第 76 页。

[14] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 748 页。

[15] 参见朱广新:《违约责任的归责原则探究》,《政法论坛》2008 年第 4 期,第 88 - 89 页。

[16] 参见崔建远著:《合同法》(第五版),北京大学出版社 2012 年版,第 308 页;王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 560 页。

[17] [德]卡尔·拉伦茨著,王泽鉴译,《Die Prinzipien der Schadenszurechnung》, JuS 1965, SS. 373 - 379,《德国法上损害赔偿之归责原则》,《思与言》1967 年第 4 卷 6 期,第 21 - 25 页(收录于王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(第五册),作者自印 1987 年版,第 271 - 288 页)。

分,归责原则也应该属于法律的一部分。德文 *Schadenszurechnung* 乃损害归责之意,损害归责之法律原则则为 *Prinzipien der Schadenszurechnung*。损害之归责是所有损害转嫁的核心问题,盖损害赔偿法基本出发点为“事变由所有人负担原则”(Grundsatzcasusentitdominus):除非有特殊理由得将损害转嫁于他人,否则,法益拥有者应自行承担法益所受到的不利益。此特殊理由,乃令他人负损害赔偿责任正当化基础,个人称为归责原因(*Schadenszurechnungsgrund*),<sup>[18]</sup>王泽鉴教授称为损害归责事由或归责原则,<sup>[19]</sup>在早期发表论文并主张损害赔偿归责原则,除故意过失外,尚有危害责任原则、于法律特许使用他人物品时所致损害之赔偿责任、担保责任及信赖责任三大类。<sup>[20]</sup>

依损害归责原因是否为故意过失,损害赔偿责任可分为过失责任及无过失责任,加害人因其过错而负责,过错作为个人的非难,足以使赔偿责任得到正当化,因而不至于抵触宪法对财产权的保障。反之,纵无过失亦须负赔偿责任,就不是如此天经地义,有待正当化赔偿责任,因此,无过失本身并无法成为法律原则,不适于作为归责原则。

## 2. 债务不履行之归责事由

台湾地区学者对债务不履行之理解,基本上有两种观点,其一认为:“债务人应依债之关系成立的本旨为给付。如其违反给付义务即属不给付,是为债务不履行。”<sup>[21]</sup>其二主张债务不履行乃:“债之内容未能实现之状态,亦即因可归责于债务人之事由,而未依债之本旨,以为给付之状态。”<sup>[22]</sup>二者之差别在于归责事由是否应包含在债务不履行概念中。此二观点与日本学说所谓广义的与狭义的债务不履之概念恰相呼应:<sup>[23]</sup>广义而言,债务不履行指债务未被依债务本旨履行之状态,日本学说有称为“作为事实之不履行”,<sup>[24]</sup>亦有名之为“履行障害”者。<sup>[25]</sup>归责事由若属于债务不履行概念之内涵,则合同义务所生之法律效果若不以可归责于债务人为要件,则非债务不履行责任。权利瑕疵及物之瑕疵因不以可归责于出卖人或承揽人为要件,因此,瑕疵担保责任不可能属于债务不履行体系,而为独立于债务不履行的法定担保责任。此正为台湾地区学者根深蒂固的传统观念。

台湾地区学者对归责事由概念之运用,并不限于债务不履行或契约责任。如史尚宽即认为:“侵权行为与债务不履行之归责事由,依民法规定,虽原则上以义务人之有故意过失为前提,然依其情形,分别承认无过失责任者,亦不少。”<sup>[26]</sup>刘春堂教授亦认为关于侵

[18] Kötz, *Deliktsrecht*, 5. Aufl., 1991, Rn. 5; 相同用语,参见杨佳元著:《侵权行为损害赔偿责任》,台湾地区元照出版公司2009年第二版,第5页。

[19] 参见王泽鉴著:《侵权行为法》,王慕华印2015年版,第11页。

[20] 参见王泽鉴:《损害赔偿之归责原则》,载王泽鉴著:《民法学说与判例研究(第一册)》,作者自印1975年版,第348-350页。

[21] 孙森焱著:《民法债编总论(下)》,作者自印2014年版,第481页。

[22] 刘春堂著:《判解民法债编通则》,台湾地区三民书局2010年版,第230页。

[23] 参见我妻荣、有泉亨、清水诚、田山辉明,《コメンタール民法,總則·物權·債權》,2008年第2版,第734页。

[24] 中田裕康,《債權總論》,岩波,2008年第1刷,第91页。

[25] 参见渡邊達德,《債務の不履行(履行障害)》,法律時報,2009年9月号,第11-17页。

[26] 参见史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第341页;同旨,林诚二著:《债法总论新解(下册)》,台湾地区瑞兴图书股份有限公司2010年版,第34页。

权责任及契约责任,在我国民法原则上均以故意过失为其主观归责事由,采过失责任主义。<sup>[27]</sup> 故意过失为一般侵权行为之主观要件,套用刑法理论,乃有责性判断之问题。<sup>[28]</sup> 契约责任是否亦有区别不法(违法性)与有责性之必要,仍在未定之天。<sup>[29]</sup> 将“归责事由”提升为统摄侵权责任及契约责任主观事由之上位概念,易与故意过失之主观要件混淆,无益于概念之厘清,更极易轻忽侵权责任与契约责任本质上之差异。

归责事由应非德国民法条文的翻译,而是自日本进口。日本传统学说所谓的归责事由,内容较一般之过失更为广泛,指债务人之故意过失或诚信原则上与之同视之事由,所谓诚信原则上与故意或过失同视者,以履行辅助人之故意过失最为重要。<sup>[30]</sup> 陈瑾昆在 1929 年出版的《民法通义债编总论》似仍受到日本学说影响,其认为:“其因于债务人故意或过失之事由。民法称曰可归责于债务人之事由。以外则称曰不可归责于债务人之事由。”<sup>[31]</sup> 胡长清在 1935 年再版的《中国民法债篇总论》第 288 页,并未使用“归责事由”字眼,仅提到债务人应对于事变负责任时,该事变即属可归责于债务人之事由。台湾地区的民法学说就以日文汉字“归责事由”作为“可归责于债务人之事由”的简称,认为归责事由不外故意、过失及事变三者。<sup>[32]</sup>

德国民法违约损害赔偿,须具备义务违反(Pflichtverletzung)及可归责(Vertretenmüssen)两个要件,可归责虽然并不等同于过错,然因债务人原则上就故意过失应负责任为欧陆法系基本原则,违约赔偿责任若规定以可归责于债务人为要件,则其违约责任多被归类或联想为过错责任。英美法严格责任不仅不以过错为要件,基本上也不独立探讨归责问题。违约损害赔偿一旦采取严格责任,个人认为不宜再使用归责事由的用语或以可否归责于债务人讨论违约损失赔偿责任的问题。

### 3. 违约责任

仍停滞在债务不履行三分体系的法律体系之下,契约违反乃至于违约责任并非法条用语,甚至仅是具有比较法意义的外来物。<sup>[33]</sup> 相对于此,违约责任不仅是合同法通则第七章的标题,更频繁地出现第七章以外的各章中:第 12 条规定当事人得约定违约责任作为合同的内容;第 64 条规定,“当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第

[27] 刘春堂著:《契约法总论》,台湾地区三民书局有限公司 2006 年版,第 266 页。

[28] 关于侵权行为之主观要件及三层结构,参见王泽鉴著:《侵权行为法》,北京大学出版社 2009 年版,第 105 页;Larenz/Canaris, SBT II, 13., Aufl., 1994, S. 370。

[29] 有学者认为,“债务不履行乃相对义务之违反,且其救济以损害赔偿为核心,债权人所注重者,乃债权之实现,一有违法性存在,其债权即显有不能实现之嫌,故将违法性列为归责事由,至为允当”以及“违法乃侵害法益与否之问题,而评价违反性大小,则为责任问题”,参见林诚二:《债务不履行归责事由之检讨》,载林诚二著:《民法理论与问题研究》,台湾地区中兴大学图书部 1991 年版,第 404、405 页。此主张别树一帜。

[30] 我妻荣. 有泉亨. 清水誠. 田山輝明, コメントール民法, 總則. 物權. 債權, 2008 年第 2 版, 第 751 页。

[31] 陈瑾昆著:《民法通义债编总论》,朝阳大学 1933 年第三版,第 207 页。

[32] 参见郑玉波著:《民法债编总论》,作者自印 1962 年版,第 266 页;孙森焱著:《民法债编总论(下册)》,台湾地区文太印刷企业有限公司 2010 年版,第 485-486 页;刘春堂著:《契约法总论》,台湾地区三民书局有限公司 2006 年版,第 267 页;林诚二著:《债法总论新解(下册)》,台湾地区瑞兴图书股份有限公司 2010 年版,第 38-43 页,以此三者为法定归责事由。

[33] 台湾地区“民法”仅在第 497 条第 1 项:“工作进行中,因承揽人之过失,显可预见工作有瑕疵或有其他违反契约之情事者,定作人得定相当期限,请求承揽人改善其工作或依约履行。”其中提到“违反契约”。

三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任。”;第 65 条规定,“当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人不履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。”;第 68 条 2 款规定,“当事人没有确切证据中止履行的,应当承担违约责任。”<sup>[34]</sup>除非基于各该规定之规范目的,同一法律概念有不同的内涵(法律概念之相对性),否则,违约责任的内涵,应以合同法第七章的规定为解释的出发点。

合同法第七章违约责任,计有第 107 条、第 108 条、第 111 条、第 121 条及第 122 条五个条文提到违约责任,触及到违约责任具体内容的,应该只有第 107 条及第 111 条,其他条文均为承担违约责任的原因的规定。合同法承担违约责任之原因是否均为合同法第 107 条所谓“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定”,换言之,该条是否为违约责任承担的概括条款,其他规定均为具体化的规定,有待他日再论。该条所规定的“承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失”,为立法者所设想的违约责任内容。从第 107 条“……等违约责任”字眼,亦可知此三者并非排他性的列举,违约责任尚可能有其他内容。在因第 111 条质量不符合约定而承担违约责任的情形,更容许当事人具体约定违约责任的内容,“对违约责任没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,受损害方根据目标的性质以及损失的大小,可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”依合同法第 114 条,当事人可以约定违约时应支付违约金。基于上述规定,合同法教科书多将履行、赔偿、减价及违约金列为违约责任。<sup>[35]</sup>

以上违约的法律效果若为合同法立法者所预设的救济,则因上开违约乃至于违约责任之规定,均未提及合同解除,解约是否属于违约救济,不无疑问。合同的解除,规定在第六章“合同的权利义务终止”,不履行合同义务或履行合同义务不符合约定的,并不当然构成法定解除合回事由,尚须符合合同法第 94 条所列的情形。因国际间所理解的违约救济,除强制履行及损害赔偿外,尚包括合同解除,以下将附带讨论合同解约归责原则。

## (二) 统一的违约归责原则

### 1. 归责原则之适用对象

#### (1) 履行请求

违约的三大救济中,在欧陆法系,原定给付之强制履行为首要救济。合同法第 107 条“承担继续履行、采取补救措施”及第 111 条“修理、更换、重作、退货”等违约责任承担的方式,个人认为均属于原定给付履行的方法,目的无不在使债权人取得原约定之给付,乃

[34] 合同法以外提到“违约责任”的规定尚有民法总则第 186 条,以及物权法第 241 条,该条规定“基于合同关系等产生的占有,有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等,按照合同约定;合同没有约定或者约定不明确的,依照有关法律规定”。

[35] 参见朱广新著:《合同法总则(第二版)》,中国人民大学出版社 2012 年版,“违约责任”章所论述者,有继续履行、损害赔偿、违约金、定金减价与价格制裁等;韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,违约责任章则讨论强制履行、赔偿损失、违约金及减价。

德国学者所谓 *Erfüllung* 或 *Nacherfüllung* 的问题。如认为债权要求力为债权效力,并非债务不履行的效果,纵认为债务不履行以归责事由为必要,履行请求权因是债权效力,仅须清偿期届至债务人不履行债务或不依债务本旨履行,原则上,债权人即得诉请债务人为原定给付之履行,并不以可归责于债务人为要件。合同法并未盲从于欧陆传统观念,履行请求与其他违约责任之承担,依合同法前述二条文之规定,均为违约救济。请求减少价金或报酬若可认为是履行请求权之替代,<sup>[36]</sup> 则减价作为有偿合同违约之一般效果,也可能与其他违约责任承担之方式,皆有检讨归责原则的必要。

### (2) 损失赔偿

台湾地区“民法”债务不履行三分体系下,给付不能与不完全给付的损害赔偿,明文规定以可归责于债务人为要件(第 226 条、第 227 条),给付迟延则规定因不可归责于债务人之事由致给付迟延者,债务人不负迟延责任(第 230 条)。无论何种形态的债务不履行,通说认为债权人仅须证明契约之存在及损害之发生即可,债务人为免责,则须就债务不履行系由于不可归责于自己的事由所致,负举证责任。<sup>[37]</sup> 依德国民法第 280 条 1 项 2 句,债务人义务违反不可归责时,不负义务违反之损害赔偿赔偿责任,义务违反不可归责由债务人负举证责任。反观英美法,金钱赔偿,传统上为英美法系违约的首要救济,债务人契约违反时,原则上,债权人仅得请求赔偿,霍姆斯(Holmes)曾谓:“法律上有拘束力承诺唯一共通之效果乃法律于承诺未履行时使承诺之人负责赔偿。”<sup>[38]</sup> 英美法以严格责任为出发,甚少讨论过失是否为契约责任之要件,但有些以过失为基础之重要例外。<sup>[39]</sup>

合同法第 107 条在与承担继续履行、采取补救措施违约责任相同的要件下,规定作为违约责任法律效果的赔偿损失。在合同法通则就违约损害赔偿承担未附加其他条件的情形下,关于损失赔偿归责原则之探讨,采纳与履行请求相同的态度,似乎顺理成章。<sup>[40]</sup>

### (3) 解约

在违约的第三大救济“合同解除”方面,日本传统通说主张解除乃债务不履行责任之一环,债务人无归责事由时,不应承认契约解除,归责事由之意义也应解为与损害赔偿责任发生要件相同。<sup>[41]</sup> 2002 年德国债法现代化,放弃以可归责于债务人事由为合同解除之要件的立场。<sup>[42]</sup> 将于 2020 年施行的日本民法,也扬弃归责事由作为合同解除要件的传

[36] 即使对特定物买卖物之瑕疵采独立担保责任说的 Larenz,亦认为承揽请求减少报酬为履行请求权之替代,参见 *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil*, 13. Aufl., 1986, S. 351。

[37] 刘春堂著:《契约法总论》,台湾地区三民书局 2011 年版,第 380 页;曾世雄著:《损害赔偿法原理》,台湾地区瑞明彩色印刷有限公司 1996 年版,第 339 页。

[38] O. W. Holmes, *The Common Law*, Little Brown, 1881, p. 301.

[39] See G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford Press, 1988, p. 9.

[40] 有学者认为,损害赔偿的构成及范围须由法律确定,且损害赔偿义务人与损害事故须存在某种关系,归责性问题因此成为损害赔偿重要问题。参见朱广新:《违约责任的归责原则探究》,《政法论坛》2008 年第 4 期,第 78 页。笔者认为在侵权法,探讨损害事故与赔偿义务人之关系,正是确定赔偿义务人,乃责任成立要件判断的问题,也是侵权责任法律要件适用的问题,在违约责任,违约赔偿义务人即为契约当事人,并无另外确定赔偿义务人的必要,至于赔偿范围的确定,乃责任内容的问题,此或为相当因果关系理论,或为预见可能性原则的适用,少有学者认为此二者也属于违约归责原则的问题。

[41] 我妻荣,《债权各论上卷》,岩波,1954 年,第 156 页。

[42] Canaris, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, München, 2002, Einführung XVII.

统见解(修正后第541条以下)。因违约而生的法定解除权不以可归责于债务人为要件,可谓国际共识。《合同法》第94条规定,“有下列情形之一的,当事人可以解除合同:(一)因不可抗力致使不能实现合同目的;(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;(三)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;(五)法律规定的其他情形。”该条并未以可归责于债务人为要件,与国际立法趋势一致。第一项到第四项是否均属于违约的情形,固然有待详论,但因合同义务违反也可能该当法定解除合事由,应无疑义。或许因合同法通则法定解约事由规定在第六章“合同的权利义务终止”,违约责任章并未将解约列为违约责任承担的方式之一,学者似多不认为解约为违约责任承担之方式,法定合同解除是否以归责事由为必要的问题提出,未曾登上议论的舞台。

综上,合同法立法者并无意以归责事由作为违约责任承担的一般要件,倘与台湾地区传统民法学说沆瀣一气,仍以传统日本通说的理解诠释合同法的违约责任乃至其归责原则,不啻削足适履。

## 2. 以买卖为一般案例之违约归责原则

合同法解释上,违约责任若有探讨归责原则的必要,前提应该是当事人承担违约责任,单纯违约事实并非唯一的原因。

### (1) 损害赔偿

合同法解释上,朱广新教授认为违约损害赔偿属于法定债务,因此有在义务人与损失间寻找合理性依据的问题,所谓违约责任的归责原则,实质上应为违约损害赔偿的归责原则。<sup>[43]</sup>

台湾地区“民法”解释上,个人认为法定契约解除,归责事由并非不可或缺,违约三大救济中,仅有损害赔偿有探讨归责事由的必要。在个人的契约法体系,违约责任指因契约义务违反所生之损害赔偿责任,契约责任与侵权责任并驾齐驱,而有发生竞合之可能。<sup>[44]</sup>瑞士债务法第99条第1项规定,“Der Schuldner haftet im allgemeinen für jedes Verschulden (债务人原则上对所有故意过失负责)”,所谓债务人应负责任,指应负损害赔偿责任。<sup>[45]</sup>台湾地区“民法”第220条第1项虽继受上开瑞士债务法立法例,但学说对该条的规范意义并未深究,并认为民法债务不履行的归责事由因此有故意、过失及事变三种,因故意或过失而负责者,为过失责任;因事变而负责者,谓之无过失责任。<sup>[46]</sup>

[43] 参见朱广新:《违约责任的归责原则探究》,《政法论坛》2008年第4期,第79页。

[44] 参见陈自强:《违约责任与契约解消》,载陈自强著:《契约法讲义IV》,台湾地区元照出版公司2016年版,第5页以下。

[45] Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2. Aufl. 1988, S. 346.

[46] 郑玉波著:《民法债编总论》,作者自印1962年版,第266页;孙森焱著:《民法债编总论(下)》,作者自印2014年版,第485-486页;刘春堂著:《契约法总论》,台湾地区三民书局2011年版,第305页;林诚二著:《债法总论新解(下册)》,台湾地区瑞兴图书股份有限公司2010年版,第38-43页,以此三者为法定归责事由;姚志明著:《契约法总论》,台湾地区元照出版公司2014年第二版,第154页,认为归责事由有故意、过失及无过失三大类,其所谓无过失,又称事变,其见解与通说并无不同。



个人认为违约责任如不以故意过失为要件,则债务人应对违约负损害赔偿责任的理由,无非当事人负违约责任的约定本身。当事人既然得约定应负违约责任之事由,既然为学说实务一致见解,透过合同解释若能认定当事人就违约风险之承担,已在合同有默示约定时,也应依当事人合同风险分配的约定决定应负损害之分担。此当事人明示或默示承担违约损害,主要为获取风险及担保责任承担之约定,此即无过失责任的归责原因。<sup>[47]</sup>换言之,违约损害赔偿并非法定责任,仍为约定责任,违约风险之承担及范围均为合同解释的问题,立法者仅于当事人意思不明时,设有任意规定或解释规则。

### (2) 其他违约责任

以上对违约损失赔偿违约责任承担的理解,也可运用在其他违约责任上。若必欲探求违约责任共同之归责原则,个人认为应返求诸合同约定本身,探求合同违约风险承担明示或默示之约定内容。

合同法总则制定当时违约责任规定最主要的参考素材应该是《联合国国际货物销售合同公约》。<sup>[48]</sup>该公约是以国际商品买卖为规范对象,其所揭橥的法律原则最适合处理动产买卖交易,固不待言,从而,合同法通则违约责任一般法律原则事实上被预设作为解决诸如买卖等以发生一定给付结果(交付标的物使买受人取得标的物之占有)为内容之合同交易类型。合同法第 107 条乃合理解释合同当事人风险分配约定的解释规则,即此类交易,除当事人另有约定外,合同无不寓有对违反合同本旨结果负责任之约定意旨。清偿期届至给付结果未能依合同本旨实现,透过原定给付之履行固然能使合同目的按原约定内容达成,原定给付之履行若无法或无法完全实现合同目的,则以损失赔偿方式让债权人处于与原定给付履行相同的经济上地位。此二者均系基于合同中违约风险分配之约定而来,也是承担违约责任的原因,也可说是违约责任之归责原则。

### 3. 义务违反与过失

在侵权过错责任,故意及过失为两种责任型态,英美法上过失侵权行为,主要由三个要件所构成:注意义务、注意义务之违反、致生损害。过失即为注意义务之违反。<sup>[49]</sup>若以过错为承担违约责任之要件,其所谓的过失是否亦为注意义务违反?注意义务违反与合同关系义务群中“给付义务”或“附随义务”是否应严格加以区别,换言之,违反合同义务虽然构成违约,但在过错责任主义下,是否债务人尚须违反注意义务方负过失违约责任?以上问题乃以过错或归责事由为承担违约损害赔偿责任的法律制度所应解答者。

合同法第 107 条“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的”,所谓合同义务不履行(义务违反)若即为过错,则合同法违约责任并非采严格责任,而为过错责任,此推论显非严格责任说主张者所乐见。该条作为违约责任原则性规定,应如何理解合同义务不履行,才不至于造成违约责任归责原则体系的混乱,甚至矛盾冲突,个人认

[47] 参见陈自强:《违约责任与契约解消》,载陈自强著:《契约法讲义 IV》,台湾地区元照出版公司 2018 年版,第 33 页。

[48] 关于违约及免责事由,参见韩世远:《中国合同法与 CISG》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2011 年第 2 期,第 9 页以下。

[49] 参见陈自强著:《债权法之现代化》,北京大学出版社 2013 年版,第 90 页。

为有两种解释可能性：

第一种诠释可能性，乃认为该条所谓义务不履行或不符约定，意义应与德国民法第280条1项所谓的义务违反相同，均无任何道德非难之意味，而仅指债务人未为依契约应为之给付或违反保护义务，亦即债务人客观的落后于债之关系之义务计划，而不问原因如何，更不论是否有可责性。<sup>[50]</sup> 如以买卖合同为合同法立法者所设想的一般案型，则合同法第107条所谓合同义务，并非过失责任所谓的注意义务，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符约定，可能是故意违约，如出卖人明知有给付标的物义务，清偿期届至不交付标的物，也可能不是故意违约，如不知交付的标的物质量不符约定，无论如何，因出卖人无法让买受人按时取得符合质量要求之物，均构成合同义务违反。德国民法第280条义务违反所生之损害赔偿赔偿责任，以可归责于债务人为要件，中国合同法第107条则无此要求，债务人负违约责任的原因，如前所述，乃其合同关于违约结果承担责任的约定。

第二种说法，将合同义务大致分为给付义务及附随义务。给付义务，特别是主给付义务，乃契约目的达成上不可欠缺者，给付义务的内容如何，合同会有明示或默示的约定，因而，给付义务违反及在何种情形，违约方应承担违约责任，乃合同解释问题。合同若为买卖等以发生一定给付结果为内容的合同，即所谓结果债务或给付结果关联债务，则给付结果不发生即违反第107条所谓的合同义务，而构成违约。违约若是基于不可预见不可避免的外在事件，违约方一般不会承担此风险，因此构成免责事由。在单纯劳务给付合同（服务合同），如雇用合同、医疗合同等，劳务提供者虽负有提供劳务的给付义务，但并不负有使预期的经济上或心理上的结果发生的义务，即所谓手段债务或方法债务，违反交易上必要的注意义务方构成合同义务违反，构成违约。给付义务以外其他义务（附随义务）违反，义务违反本身即为过错，构成违约。

合同法总则默认规范对象若为买卖合同，则因出卖人须让买受人取得标的物之所有权及占有，负使一定结果发生之债务，违约的判断为此给付结果是否发生，因此，上述两种说法，仅是观察角度的不同。第一种说法，合同义务违反比较接近英美法的breach of contract，第二种讲法，也许比较适合熟悉德国式思考方式学者的胃口。

在买卖以外合同的违约责任，若采过错责任（本文第三部分所论及的过错责任及分则中的可归责），第二种诠释对违约责任过失概念较能勾勒出清楚的轮廓：单纯劳务合同劳务提供给付义务或附随义务具有与过失侵权行为义务违反类似的性质，均属于行为义务，此二者的违反是否即构成过错，涉及过失概念的内涵。在德国，给付障碍义务违反损害赔偿赔偿责任，除义务违反外，尚须可归责于债务人，若后者方为过失，则德国民法将义务违反及过失区隔开，无论如何，债务人如欲免责，须证明不可归责于自己，即无过错。个人认为一旦采取客观化的过失概念，劳务提供义务或附随义务履行未尽交易上必要注意，原则上即可认定为过失，除非法律另有减轻注意义务之规定，否则义务违反即有过失。上述两种情形义务违反的违约责任，均为过错责任，而非严格责任。

[50] Kötz, Vertragsrecht, 2009, Rn. 1031.

### (三) 不可抗力与过错

#### 1. 不可抗力为损失赔偿之免责事由

合同法违约责任的免责事由,有认为包括不可抗力、受害人过错及免责条款三者,<sup>[51]</sup>亦有认为可分法定及约定免责事由,前者主要指因不可抗力不能履行合同与因债权人原因不能履行合同。<sup>[52]</sup>姑且不论个中差异,不可抗力为违约责任的免责事由,并无疑义。问题毋宁在于不可抗力是否能免除所有的因违约应承担的后果?

《联合国国际货物销售合同公约》第 79 条规定免责事由,第 5 款明文规定不影响其他权利,因此乃损害赔偿之免责事由。合同法第 117 条第 1 款规定免除全部或部分的责任是依不可抗力的影响判断,并未明确限定在免除损害赔偿责任,留有相当大的解释空间。韩世远教授基于合同法第 94 条第 1 项规定,认为就此点而言,合同法与公约相同。<sup>[53]</sup>朱广新教授认为:“免除责任的本质在于免除违约损失赔偿责任”,似也采相同看法。<sup>[54]</sup>个人也赞成此观点。关于原定给付之履行请求,合同法第 110 条但书特别规定原定给付义务之免责事由。不可抗力若得免除所有违约责任,则无待合同解除,原定给付义务当然消灭,合同法第 94 条第 1 项及第 110 条但书均为画蛇添足之举。从而,不可抗力作为免责事由,乃免除违约损失赔偿责任,不当然影响其他违约责任,债权人之其他违约救济是否丧失,取决于相关规定或约定。

#### 2. 不可抗力与过错之关系

何谓不可抗力?商事契约常见的不可抗力条款,多指天灾、疾病、罢工、闭厂、火灾等事故或无法控制的自然事件。合同法所谓不可抗力,指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况(第 117 条第 2 款)。关于不可抗力的理解,大陆学者所列的三种学说(主观说、客观说及折衷说),<sup>[55]</sup>也出现在台湾地区教科书。<sup>[56]</sup>台湾地区并无大陆合同法第 117 条第 2 款的立法定义,而有此三种学说或情有可原,合同法既然对不可抗力有定义,此三说是否有存在空间,不无疑问。合同法不可抗力概念之展开,应该是不能预见、不可避免及不能克服三者的具体化问题。<sup>[57]</sup>

合同法对不可抗力的定义,与 1986 年《民法通则》第 153 条完全相同。后者纵然不是以 1980 年公约第 79 条第 1 项所规定的“A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he 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”,<sup>[58]</sup>为主要参

[51] 参见王利明主编:《民法》(第五版),中国人民大学出版社 2010 年版,第 561 页。

[52] 参见朱广新著:《合同法总则》(第二版),中国人民大学出版社 2012 年版,第 633 页。

[53] 参见韩世远:《中国合同法与 CISG》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2011 年第 2 期,第 11 页。

[54] 参见朱广新著:《合同法总则》(第二版),中国人民大学出版社 2012 年版,第 635 页。

[55] 参见崔建远著:《合同法》,北京大学出版社 2012 年版,第 319 页。

[56] 参见刘春堂著:《契约法总论》,台湾地区三民书局 2011 年版,第 307 页。

[57] 参见马俊驹、余延满著:《民法原论》,法律出版社 2010 年第 4 版,第 633 页,主张不可抗力除不可预见性、不可避免性及不可克服性外,尚须具备客观性(外在性)。

[58] 中文官方版本:“当事人对不履行义务,不负责任,如果他能证明此种不履行义务,是由于某种非他所能控制的障碍,而且对于这种障碍,没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。”

考蓝本,二者也有相当的类似性。公约规定的免责事由是不能控制的障害,韩世远教授认为该条免责事由乃此等障害不能预见或不能避免,而合同法不可抗力须具备不能预见、不能避免及不能克服三者,因此,合同法免责事由更严格。<sup>[59]</sup> 德国学者认为依第 79 条 1 项,三个要件同时具备债务人方可免责:第一,不履行义务须基于不在影响范围内之给付障害,二者有因果关系;第二,此给付障害在契约成立时并无法合理预见;第三,给付障害及其结果均非可得避免或克服。<sup>[60]</sup> 纵不属于在影响范围内之给付障害,若在契约成立时合理可预见,或契约成立时已存在且明知或可得而知,亦无法免责。<sup>[61]</sup>

公约上述规定被认为是为调和过失责任及严格责任的折衷产物,但因具有高度折衷性格,留有解释空间,让过失责任的拥护者有机可乘。德国民法第 276 条第 2 项对过失定义为未尽交易上必要之注意,解释上,过失之非难以危险的预见可能性 (Vorhersehbarkeit der Gefahr) 及损害结果之避免可能性 (Vermeidbarkeit des schädigenden Erfolges) 为前提,<sup>[62]</sup> 过失判断上,并采客观化抽象化的注意标准,债务人对自己具有交易上必要注意履行债务之能力负担担保责任。<sup>[63]</sup> 抑有进者,依德国民法第 280 条 1 项 2 句,债务人对义务违反不可归责时,不负赔偿之责。在以过错为可归责的构造下,买卖目标物有瑕疵即为义务违反,出卖人原则上须证明自己并无过错方能免除赔偿责任,然证明自己已尽所有的注意瑕疵仍不免发生,并不容易,若能证明瑕疵起因于不能预见、不能避免的客观情况而生,应有免责机会。在对买卖目标瑕疵采严格责任的法律体系,只要承认有免责事由的存在,出卖人举证免责的对象,也不外乎不能预见及不可避免。<sup>[64]</sup> 或许因公约第 79 条第 1 项免责事由之判断与过失判断相当接近,学者有认为该规定与德国采客观化过失之过错原则,所差无几。<sup>[65]</sup>

合同法虽不以可归责于债务人为损失赔偿责任之要件,但若能如崔建远教授所建议,不要求须证明不能预见、不能避免及不能克服三项,“宜视个案变通处理,即有的仅具备两项要素即可”。<sup>[66]</sup> 则债务人证明不可预见及不可避免,在德国法也足以证明自己无过失。预见可能性及避免可能性若是过失的要素,则过失与合同法不可抗力概念,并非有云泥之别。

### 3. 不可抗力与过错责任

德国给付障碍损害赔偿责任的判断上,义务违反与可归责,概念上独立,举证责任也不同。中国合同法违约的判断上,在如出卖人给付义务等结果债务,出卖人未能在清偿期给付符合质量的目标物即为违约,第 117 条不可抗力乃损失赔偿责任的免责事由。在单

[59] 参见韩世远:《中国合同法与 CISG》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2011 年第 2 期,第 11 页。

[60] Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2013, Rn. 645.

[61] Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2013, Rn. 655.

[62] Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 21. Aufl., 2015, Rn. 358.

[63] Kötz, Vertragsrecht, 2009, Rn. 1077 - 1078.

[64] 依 Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2013, Rn. 664, CISG 第 79 条对瑕疵(第 35 条、第 41 条、第 42 条)所生的损害赔偿是否有适用,极有争议,来自英美法系的代表采否定说,主张出卖人负无免责可能之担保责任,通说采肯定说。然交付目标物有瑕疵,认定有第 79 条免责事由存在的情形,相当少见。

[65] Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., 2013, Rn. 644.

[66] 崔建远著:《合同法》,北京大学出版社 2012 年版,第 320 页。

纯劳务给付,债务人未尽交易上必要注意履行劳务给付债务,即构成违约,若认为义务违反即为过错,则过错即为违约。合同法第 117 条的规定于此类手段债务是否有适用余地,也许有两种观点:

第一种观点认为该条是在买卖合同脉络下所制定,不适合适用在单纯劳务给付债务违反所生之损失赔偿责任。无法预见、不可避免等客观情事是否毫无斟酌余地,取决于此等因素是否可纳入交易上必要注意的考虑因素。由于客观化过失概念并不考虑债务人个人注意能力、履约能力,损失若是因个人能力低于该交易圈、职业群一般所有的能力,而无法预见或避免,仍有过失。

第二种可能的想法,是认为合同法第 117 条既然规定在通则,则应一体适用于劳务给付,债务人无法提出给付是否出于无法预见、不可避免等客观情事,亦应斟酌。如前所述,预见可能及避免可能也是德国民法给付障碍可归责于债务人之考虑因素,与合同法第 117 条不可抗力的认定因素,相去不远,某程度乃殊途同归。

以上说明,应同样可以运用在附随义务违反,特别是在因保护义务违反而侵害他方完整利益(固有利益)的加害给付情形(合同法第 122 条;民法总则第 186 条)。

#### (四) 民法典草案合同编

##### 1. 增订费用偿还

民法典草案合同编总则对违约责任的部分,并无重大修正。违约责任承担之原因仍为当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定(第 367 条)、履行不符合约定(第 372 条),违约责任之承担,主要方式也是承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失(第 367 条)、修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬(第 372 条)、支付约定之违约金(第 375 条)。第 371 条之增订:“当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定,依债务的性质不得强制履行的,对方可以请求其负担费用,由第三人替代履行”,日本新修正的民法第 414 条第 2 项本文也有类似的规定:“债务之性质不许强制履行者,与于以作为为内容之债务,债权人得请求法院以债务人之费用使第三人为之”。违约责任之法定免责事由仍然是不可抗力,因民法总则第 180 条第 2 款就不可抗力已有立法定义,草案第 380 条不再赘列。

##### 2. 继续履行显失公平

法定合同解除事由基本上并无变动(第 353 条),第 380 条第 3 款:“当事人一方因不可抗力致使继续履行合同对其明显不公平的,可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同”,似乎为现行合同法所无,在变更合同部分,立法者赋予法院或仲裁机构调整契约之权限,此规定与草案第 323 条情事变更原则之增订,均属于重大修正。第 323 条之适用尚有外国法及国际合同法文件可参考,第 380 条第 3 款之运用,似乎也能处理不公平契约的问题,不公平契约究竟须救济到何种程度,取决于如何理解明显不公平(显失公平),及该条不可抗力概念在个案之展开。

##### 3. 与有过失

在德国,过错在民事责任扮演的角色,除为损害赔偿责任发生的归责原因外,尚作为损害分配的基准,此即被害人与有过失时,得减轻损害赔偿金额或免除损害赔偿责任(德

国民法第 254 条)。上述立法例成为台湾地区“民法”第 217 条的母法,法院认为该规定也适用于债务不履行损害赔偿。<sup>[67]</sup> 损害赔偿若以过错为归责原因,在加害人方面,以过错为损害赔偿责任的成立要件,在被害人方面,基于公平原则,也应以被害人有过错为分担损害赔偿责任的要件,因此才有过失相抵的说法。<sup>[68]</sup> 损害赔偿若不采过错责任主义,则被害人方面损害赔偿的分担,也不应该以过错为基准,而应以加害人与被害人对损害发生的原因力大小为基准,公平合理地分配损害。

中华人民共和国侵权责任法第 26 条仅适用于侵权责任,民法总则及合同法并无类似原则性规定。合同法第 120 条:“当事人都违反合同的,应当各自承担相应的责任。”究竟是双方违约或为关于与有过失的规定,学者有争论。<sup>[69]</sup> 草案第 382 条第 2 款除保留前开规定外,增订:“当事人一方违约造成对方损失,对方对损失的发生有过错的,可以减少相应的损失赔偿额”,确认与有过失法则也适用于违约责任。然若违约责任之承担不以过错为要件,被害人方面却以过错为分担损害赔偿责任的要件,似有失均衡。摆脱传统过失概念诠释所谓“他方过错”,而朝向与有责任方向解释,或许是可能的解套。无论如何,与有过失主要在处理采过错原则的侵权责任,纵无与有过失的明文,合同法第 119 条减损规则之适用也能解决大部分的问题。就合同损害分担,预见可能性原则、减损规则及与有过失三者共处一室的立法例,比较法上较为少见。<sup>[70]</sup>

### 三 合同编分则

合同法总则违约责任之承担并未以过错为要件,且未如同德国、日本等欧陆法系国家,明订以可归责于债务人为承担损害赔偿责任的要件,基本上,义务违反或不符合约定即构成违约,而以不可抗力为免责事由。此违约责任乃严格责任之规范模式。此规范模式既然规定在合同法总则,若无法律特别规定,理应适用在所有的合同类型。因合同法有不少以过错为责任承担要件之规定,不少学者认为合同法关于违约归责原则,实际上采取无过错及过错责任原则的二元体系。<sup>[71]</sup> 合同法分则共规定有 15 种有名合同,各有名合同又有各自的合同义务,逐一检讨合同法分则违约的归责原则,超出本文篇幅。本文除检讨买卖及承揽与工程建设合同外,由于欧陆违约过错责任是以债务不履行可归责于债务人为要件,而过错为首要的归责事由,法条出现可归责及过错之用语时,常不禁令人联想为过错责任,以下将特别针对法条出现此二者的情形,检讨其归责原则。

#### (一) 质量不符之违约责任

##### 1. 买卖

依德国 1900 年民法之规定,出卖人是否负有给付无瑕疵之物的义务,履行说与法定

[67] 参见陈自强:《违约责任与契约解消》,载陈自强著:《契约法讲义 IV》,台湾地区元照出版公司 2018 年版,第 114 页。

[68] 参见 BeckOK BGB/Lorenz, 47. Ed. 1. 8. 2018, BGB § 254 Rn. 9。

[69] 关此,参见朱广新著:《合同法总则》(第二版),中国人民大学出版社 2012 年版,第 599 页。

[70] 关于与有过失、减损规则乃至预见可能性原则之关系,参见陈自强:《违约责任与契约解消》,载陈自强著:《契约法讲义 IV》,台湾地区元照出版公司 2018 年版,第 112 页以下。

[71] 参见马俊驹、余延满著:《民法原论》,法律出版社 2010 年第 4 版,第 618 页。

担保说针锋相对。学者拉伦茨(Kart Larenz)对特定物买卖主张法定担保责任说,种类物买卖,则采履行说。<sup>[72]</sup> 德国 2002 年债法修正,第 433 条 1 项 2 句确立履行说立场。台湾地区“法院”一方面肯定出卖人有给付无瑕疵之物的义务,他方面又坚持物之瑕疵担保责任为独立于债务不履行的法定责任,自相矛盾。<sup>[73]</sup>

大陆合同法第 155 条规定,“出卖人交付的目标物不符合质量要求的,买受人可以依照本法第一百一十一条的规定要求承担违约责任”,宣示物之瑕疵构成违约,采取履行说,无待赘言。草案合同编第 407 条:“出卖人交付的目标物不符合质量要求的,买受人可以依照本法第三百七十二、第三百七十四条的规定要求承担违约责任。”此两条规范意旨,并无不同。出卖人交付目标物不符合质量要求的违约责任,不以过错为归责原因。因出卖人负有给付无瑕疵之物之义务,亦即出卖人负有使买受人取得无瑕疵目标结果的义务,目标物质量不符合要求的,即为合同法第 107 条所谓的合同义务不符合约定的情形。换言之,质量不符合要求的违约责任,适用与合同法总则违约责任相同的归责原则。

## 2. 承揽与建设工程

买卖合同的特征在于出卖人与买受人的主给付义务均为以发生一定结果为必要,给付之目标物主要为有体物,为达成目标物需用者的经济上目的,须让买受人取得目标物之占有及取得其所有权。以有体物的制造、加工、改良、修缮为内容的合同类型,也具有类似性格,此类交易,合同类型论上,有名合同类型为承揽合同及具有承揽合同相同构造的建设工程合同,在德国法,尚有学说所谓的工作物供给合同(制造物供给合同)。

台湾地区“民法”承揽瑕疵担保规定,主要参考 1900 年施行的德国民法。<sup>[74]</sup> 关于瑕疵担保之法律性质,第 495 条因规定承揽瑕疵损害赔偿请求权以可归责于承揽人为要件,就其法律性质有瑕疵担保责任效力或不完全给付责任两见解之对立,其余瑕疵修补、解约或减少报酬,法条均未明订以可归责于承揽人为要件,故多认为属于瑕疵担保责任范围。依瑕疵担保责任效力说,一旦承揽工作瑕疵也构成不完全给付(民法第 227 条),则发生物之瑕疵担保责任与不完全给付之竞合。<sup>[75]</sup>

依合同法第 251 条及第 261 条的规定,承揽人负有按照定作人的要求完成工作,交付工作成果的义务,定作人则对承揽人交付的工作成果,有验收义务。承揽人交付的工作成果不符合质量要求的,依第 262 条,定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。在工程建设合同,因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的,依第 281 条,发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后,造成逾期交付的,施工人应当承担违约责任。

承揽人对交付之工作成果不符合质量要求的违约责任,特别是损失赔偿责任,并未规

[72] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband I, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1986, S. 77.

[73] 参见陈自强著:《不完全给付与物之瑕疵——契约法之现代化 II》,台湾地区新学林图书公司 2013 年版,第 149 页以下。

[74] 关于台湾地区“民法”承揽瑕疵担保规定之继受,参见陈自强著:《不完全给付与物之瑕疵——契约法之现代化 II》,台湾地区新学林图书公司 2013 年版,第 253 页以下。

[75] 学说及实务见解,参见陈自强著:《不完全给付与物之瑕疵——契约法之现代化 II》,台湾地区新学林图书公司 2013 年版,第 27 页以下。

定以过错为要件。有学者认为承揽人依该条规定承担之违约责任属于过错责任。<sup>[76]</sup> 个人认为除另有约定外,承揽合同应包括按时完成及完成无瑕疵工作能力之担保,瑕疵发生之原因若系在承揽人完成工作能力担保范围内,承揽人均应负责。<sup>[77]</sup> 承揽人所负之给付义务属于结果债务,与出卖人给付义务相同,基于承揽合同本旨,承揽人对在约定期限完成具有约定质量的工作成果承担无过失责任,依合同法第 117 条,在具有不可抗力事由时,不负损失赔偿责任。草案第 564 条:“承揽人交付的工作成果不符合质量要求的,定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任”,与合同法第 262 条规定相同。

合同法第 155 条宣示买卖瑕疵,买受人得依第 111 条的规定要求出卖人承担违约责任,承揽工作瑕疵,第 262 条特别规定承揽人以修理、重作、减少报酬、赔偿损失等方式承担违约责任。若买卖瑕疵买受人依第 155 条所得主张之救济,乃独立于第 111 条之救济的说法能成立,则承揽工作成果不符合质量要求的,也可认为定作人得按承揽规定要求承揽人承担违约责任,此外,尚可要求依通则主张权利,亦即有请求权竞合或救济竞合发生的可能。<sup>[78]</sup> 然而,第 262 条既然已明文规定承揽人承担违约责任,是否有另外承认通则之一般救济的必要,不无斟酌余地。

## (二) 承运人对货物及旅客之责任

### 1. 货运合同

货运合同的承运人对托运人的主给付义务为在约定或合理期间将货物安全运送到目的地(合同法第 290 条),保管货物虽然不是主给付义务,但承运人对货物的毁损灭失负责,承运人对托运之货物实际上负有保管之责。

承运人对货物毁损灭失的损害赔偿,有过错责任及严格责任两种立法例。在瑞士,依债务法第 440 条第 2 项,运送合同适用委托之规定,承运人因其过错负损害赔偿责任(第 446 条),依第 447 条、第 448 条第 1 项,承运人若能证明毁损灭失或迟到系因货物之自然性质、托运人或受货人之过错或指示所致,或系因纵尽通常承运人应尽的注意也无法避免的事件所致,不负赔偿责任。<sup>[79]</sup> 台湾地区“民法”第 634 条:“运送人对于运送物之丧失、毁损或迟到,应负责任。但运送人能证明其丧失、毁损或迟到,系因不可抗力或因运送物之性质或因托运人或受货人之过失而致者,不在此限”,并无运送人得证明无过失而免责的规定,通说认为系无过失责任,且不可抗力不负责任,因此属于事变责任。<sup>[80]</sup> 以不可抗力为免责事由,恰为严格责任之特征,若运送人对运送物之责任也属于债务不履行责任,则立法者早已埋下合同法现代化建构的基石。

合同法第 311 条规定,“承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任,但

[76] 参见韩世远著:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 748 页。

[77] 参见陈自强:《违约责任与契约解消》,载陈自强著:《契约法讲义 IV》,台湾地区元照出版公司 2018 年版,第 75 页。

[78] 参见崔建远著:《合同法》,北京大学出版社 2012 年版,第 501 页。

[79] 依 Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 1991, S. 249, 瑞士债务法运送合同的规定,适用范围狭小,多数情形,适用特别规定。

[80] 参见孙森焱著:《民法债编总论》(下),作者自印 2014 年版,第 485 页。



承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的,不承担损害赔偿责任”,除未提及迟延责任外,其余规定大同小异。以不可抗力为免责事由,符合合同法通则违约责任一贯精神。<sup>[81]</sup>

## 2. 旅客自带物品

客运合同,运送的目标为旅客而非货物。行李若未托运,而是由旅客自己携带,承运人不负保管责任,物品之毁损灭失,承运人并不须依货运合同承运人责任之规定负责。运输过程中旅客自带物品,若因承运人之过错致毁损灭失,承运人本应依侵权法则负赔偿责任。合同法第 303 条:“在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失,承运人有过错的,应当承担损害赔偿责任。”<sup>[82]</sup>该规定是否有意让承运人也负担违约损害赔偿责任,不可得而知。

旅客携带的物品,若交由承运人托运,承运人对该物品毁损灭失责任应该与货物合同情形相同。合同法就旅客托运的行李,并无特别规定,不无疏漏,民法典草案第 609 条:“在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失,承运人有过错的,应当承担损害赔偿责任。旅客托运的行李毁损、灭失的,适用货物运输的有关规定。”该规定有助于厘清承运人对行李毁损灭失的归责原因。

## 3. 承运人对旅客伤亡之责任

同样的损害赔偿归责原则也出现在客运合同承运人对运输过程中旅客伤亡的赔偿责任上。合同法第 302 条第 1 款:“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任,但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外”,与台湾地区“民法”第 654 条第 1 项:“旅客运送人对于旅客因运送所受之伤害及运送之迟到应负责任。但因旅客之过失,或其伤害系因不可抗力所致者,不在此限”虽在免责事由方面,规定稍有不同,但均不以承运人有过错为要件。

### (三) 过错责任

合同法以过错为损失赔偿责任发生要件的,主要有以下几个情形:

#### 1. 赠与人之责任

赠与为无偿合同,赠与人的责任减轻。台湾地区 1999 年债编修正前“民法”第 410 条,仿德国民法第 521 条规定,“赠与人仅就其故意或重大过失,对于受赠人负其责任”,此规定本身并非请求权基础,而仅在决定归责事由,因有此规定,赠与人不再因有轻过失即须对受赠人负给付不能、给付迟延等债务不履行责任。第 410 条修正后为:“赠与人仅就其故意或重大过失,对于受赠人负给付不能之责任。”大陆合同法第 189 条规定,“因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的,赠与人应当承担损害赔偿责任”,不仅宣示减轻赠与人的立法意旨,同时也是损害赔偿请求权基础。

#### 2. 合同无效损失赔偿责任

合同无效或者被撤销后,基于合同有效而生之原定给付义务消灭,违约归责原则并不

[81] 依德国商法第 426 条,承运人须证明到纵尽到最大的注意损害仍无法避免,方得免责,免责的困难度较瑞士债务法为大,但仍为行为关联责任而非结果关联责任,关此,参见 Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006, S. 488。

[82] 台湾地区 1999 年债编修正前“民法”第 658 条:“运送人对于旅客所未交托之行李,如因自己或其受雇人之过失,致有丧失或毁损者,仍负责任”,也有类似的规定。

当然能适用于因合同无效而受到的损失赔偿。依合同法第 58 条,有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失(草案第 292 条、第 293 条)。民法典草案不见类似的条文,合同无效之损失赔偿,似乎应该回归一般规定,因此,可能是侵权责任法或缔约上过失。虽然如此,草案第 472 条规定保证合同无效,债务人、保证人、债权人应当根据其过错各自承担相应的民事责任。同样以过错为责任承担要件的,尚有草案第 576 条:“建设工程施工合同无效,但是建设工程经竣工验收合格的,承包人可以请求参照合同的约定支付工程价款。建设工程施工合同无效,且建设工程经竣工验收不合格的,按照以下情形处理:(一)修复后的建设工程经竣工验收合格的,发包人要求承包人承担修复费用;(二)修复后的建设工程经竣工验收不合格的,承包人不能要求支付工程价款。发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的,应当承担相应的责任。”

### 3. 保管责任

因合同关系或物权关系对目标物负有返还义务之人,因保管不善致目标物毁损灭失者,应负损害赔偿赔偿责任,此立法原则体现在合同法第 222 条承租人租赁物保管义务、第 265 条承揽人材料及工作保管义务、第 374 条保管合同保管物、第 394 条仓储合同仓储物保管义务、物权法第 215 条质权人质押财产保管义务、第 234 条留置权人留置财产保管义务、担保法第 69 条第 1 款质权人质物保管义务、第 86 条留置权人留置物保管义务等规定上。

以上保管义务,只有在保管合同及仓储合同,才是主给付义务,其余义务,在基于合同而生之保管义务,不是该合同类型特征上不可欠缺的要素,于因物权而生者,并非物权的内容,而为因合同关系或物权关系消灭而生之返还义务。保管责任若采严格责任说,则返还义务人基于合同本旨,就原物返还负担保管责任,唯有在不可抗力之情形,方得免责。返还义务人应证明损害系基于不能预见、不能避免并不能克服的客观情况而生(合同法第 117 条第 2 款)。然而,此种说法似乎与法条明示以保管不善为归责原因的立法意旨相违。负有目标物保管义务之人,并非因有毁损灭失情形即应负责,而是以保管不善为要件。是否未尽保管义务,应该是取决于客观标准,保管不善,乃未尽善良管理人注意,保管人若为企业经营者,应尽该职业或行业通常该有的注意,即尽交易上必要之注意,负抽象轻过失责任。唯有在无偿保管合同,依合同法第 374 条,保管人若能证明自己没有重大过失的,不承担损害赔偿责任。

### 4. 受托人对委托人之损害赔偿责任

瑞士债务法委托合同是劳务契约典型,有偿无偿均可,不属于法律所定其他种类的劳务给付合同,均适用委托合同之规定(瑞士债务法第 394 条),台湾地区“民法”继起效尤(第 519 条)。德国民法委托合同限于无偿,为转化欧盟指令新增有偿事务处理合同(第 675 条以下),对雇用合同及承揽合同具有事务处理之内容者,除另有规定外,准用委托合同若干规定。准此,瑞士债务法以委任为劳务合同基本类型,在德国则雇佣及承揽共治,劳务合同的体系架构,迥然有别。中国合同法委托合同并无类似瑞士债务法第 394 条的规定,但得为有偿(第 406 条),许多规定与台湾地区“民法”相近,因此,委托合同的体例架构较接近瑞士债务法。

受托人处理事务有过错负损害赔偿 responsibility, 无偿受托人因事务处理并非予其利益, 责任应从轻酌定, 可说是过错责任主义下无待赘言当然之理。台湾地区“民法”第 544 条规定, “受任人因处理委任事务有过失, 或因逾越权限之行为所生之损害, 对于委任人应负赔偿之责。委任为无偿者, 受任人仅就重大过失, 负过失责任。”其中就重大过失负责似多此一举。然而, 若此规定为以过错为债务不履行损害赔偿 responsibility 一般原则的体现, 何以在买卖、租赁、承揽等合同并未有类似规定, 而仅出现在委任的规定中, 颇耐人寻味。个人认为立法者有意无意间, 确认受托人事务处理与出卖人交付标的物、承揽人完成工作等以结果发生为内容的给付, 有本质上不同, 宣示委托合同受托人并不担保一定结果之发生, 而仅须以交易上必要之注意义务履行事务处理义务即可。其次, 有偿委任受任人未尽善良管理人之注意即有过失, 不须另外判断是否可归责, 注意义务违反即为过失 (过失一元论)。再者, 立法者特别将损害系因事务处理有过失与因逾越权限所致, 区隔开来, 显然认为逾越权限本身即为损害赔偿 responsibility 的归责原因, 而不须再判断逾越权限是否有过失。<sup>[83]</sup>

在英美法, 出卖人违约责任固然为严格责任, 出卖人担保按时交付无瑕疵的目标物的结果发生, 但并非所有的违约责任均为严格责任, 在医师、律师、建筑师、会计师等专门专业技术人员提供之劳务, 依英国 1982 年商品与服务供应法 (*Supply of Goods and Services Act 1982*) 第 13 条, 提供者仅须尽合理之注意, 此责任多为过失,<sup>[84]</sup> 而非担保责任, 但当事人得约定较严格之责任。<sup>[85]</sup> 代理人对本人仅负有以合理努力完成本人指示之义务, 并不负严格责任。<sup>[86]</sup> 他方面, 因代理人应谨守分际, 按本人指示处理事务, 不得自作主张, 逾越权限, 代理人若接受特定指示, 无论本人的指示多轻率, 仍须依指示行事, 此二者, 代理人均负严格责任。<sup>[87]</sup>

合同法总则违约责任归责原则虽采严格责任, 但就受托人事务处理之损害赔偿 responsibility, 原则上以过错为归责原则, 他方面, 因受托人处理事务不得逾越权限, 只要因逾越权限致委托人受损害, 即应赔偿损失 (合同法第 406 条; 草案第 712 条), 不以过错为要件。综上, 无论是以过错责任为出发点的台湾地区“民法”, 或采严格责任的英美法, 乃至以无过失责任为原则, 以过错责任为例外的合同法, 就受托人因处理事务的损害赔偿 responsibility 的归责原则, 不谋而合。

#### (四) 分则中的可归责

如前所述, 归责事由成为中文世界的法律用语, 乃自日本进口, 日本传统见解认为过错即为归责事由。德文 *zuvertreten*; *Zu-Vertreten-Haben*; *Einstehenmüssen* 虽然不等同于过错, 仅为债务人应负责任之意, 但因 1900 年德国民法第 276 条规定, 除另有规定外, 债务

[83] 学说对逾越权限之赔偿责任是否以过错为要件, 见解不一, 关此, 参见史尚宽著:《债法各论》, 作者自印 1960 年版, 第 379 页。

[84] See G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 12<sup>th</sup> edition, Sweet & Maxwell Ltd, 2007, p. 841.

[85] Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 502 - 503.

[86] Reynolds, Agency, in: Burrows (ed), *English Private Law*, Third ed, Oxford 2013, 9. 12.

[87] Reynolds, Agency, in: Burrows (ed), *English Private Law*, Third ed, Oxford 2013, 9. 136.

人就故意过失负责,可归责常与过错联想在一起。可归责于债务人搭配过错原则,作为债务不履行损害赔偿要件的规范模式,也被台湾地区“民法”所继受(“民法”第226条、第230条)。法条一旦导入可归责之用语,除非此可归责即为过错之意,否则,势必不得不建构一套决定何为可归责的法则(参见台湾地区“民法”第220至224条)。反之,英美法违约责任,虽有些以过失为要件的情形,但此为例外,基本上债务人为何违反契约并不重要,<sup>[88]</sup>因此,不会出现违约损害赔偿以可归责于债务人为要件,而以过错为主要的归责事由的法则。严格责任搭配的是免责事由,而不是归责事由,此免责事由可以是过错,但不能是不可归责,盖是否可归责,须仰赖另外一套决定何为可归责的法则。无论以可归责为责任要件或免责要件,在以严格责任为原则的违约体系,个人认为均为体系违反。过错可以作为严格责任的例外而和平相处,归责事由则否。严格责任与归责事由混搭,让人有空错乱的感觉。合同法通则及买卖合同违约责任的归责原则为违反担保允诺,合同法分则另就一些合同类型,特别规定过错责任,他方面,却又让“可归责”扮演一定的角色:

### 1. 风险分配的基准

目标物毁损灭失致无法履行所生的不利益(危险、风险),有针对目标物、针对给付义务及对待给付义务三者之别,所谓风险负担所谓的风险,一般指对待给付风险,在买卖,称为价金风险。1900年施行的德国民法第275条、323条以可否归责于债务人或双方当事人为风险分配基准,台湾地区“民法”第225条及266条仿之,与债务不履行责任归责原则逻辑一贯。在不以过错乃至归责事由为归责原因的法律体系,若出现以归责与否作为风险分配基准,乃体系违反。合同法第142条以目标物之交付为风险移转时点,与德国民法第446条所采原则相同。问题在于标的物交付前,是否除有特别规定外,一概地由出卖人负担价金风险,抑或仍须回归风险分配的一般法则?此风险分配一般法则若指因不可归责于合同双方当事人的事由而履行不能风险承担法则,<sup>[89]</sup>则在标的物交付前,因不可归责于债务人其事由标的物毁损灭失,债权人是否仍须支付对价?又如何判断是否可归责,可归责于债务人与可归责于债权人之判断基准是否相同,均有待详论。

合同法总则违约责任与买卖合同的规定主要参考《联合国国际货物销售合同公约》与《国际商事合同通则》,均无以归责事由为风险分配基准的规定,但在其他合同,则有租赁合同第231条:“因不可归责于承租人的事由,致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的,承租人可以要求减少租金或者不支付租金;因租赁物部分或者全部毁损、灭失,致使不能实现合同目的的,承租人可以解除合同。”<sup>[90]</sup>委托合同第405条:“受托人完成委托事务的,委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由,委托合同解除或者委托事务不能完成的,委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的,按

[88] See G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford Press, 1988, p. 9.

[89] 关于买卖风险分担,参见王利明主编:《民法》(第五版),中国人民大学出版社2010年版,第421页:“买卖合同中目标物的风险是指买卖合同的目标物由于不可归责于买卖合同双方当事人的事由毁损、灭失所造成的损失。风险负担是指该损失应由谁来承担”;崔建远著:《合同法》,北京大学出版社2012年版,第414页,说法相同。

[90] 草案第520条规定相同,台湾地区“民法”第435条:“租赁关系存续中,因不可归责于承租人之事由,致租赁物之一部灭失者,承租人得按灭失之部分,请求减少租金。前项情形,承租人就其存余部分不能达租赁之目的者,得终止契约”,其中也有类似规定。

照其约定。”<sup>[91]</sup>法律适用上,均存在上述问题。立法者若认为此之可归责即为过错,不如直接规定为因承租人之过错或非因受托人之过错,避免德国民法的规范模式,陷入德国归责事由判断的窠臼。

## 2. 受托人对委托人之损害赔偿请求权

大陆合同法第 407 条:“受托人处理委托事务时,因不可归责于自己的事由受到损失的,可以向委托人要求赔偿损失。”<sup>[92]</sup>应该是参考台湾地区“民法”第 546 条第 3 项“受任人处理委任事务,因非可归责于自己之事由,致受损害者,得向委任人请求赔偿”的规定。委托人之损失赔偿责任究竟是采过错主义或严格责任,系于对可归责于受托人事由之理解。

如认为该规定系基于利益衡量而特别设立的责任,不是通常意义的违约责任,委托人即使无过错亦应负责,<sup>[93]</sup>则兹可归责概念的展开,应基于委托人与受托人利益衡量观点,与有无过错无关,如何具体展开可归责之概念,有待学说判例之发展。此种观点似乎是将受托人因处理事务所受的损失看成处理事务所支出的费用,因而不以委托人有过错为要件。因费用偿还请求以必要为限(合同法第 398 条),受托人处理委托事务之损害赔偿请求权也应有其限度。受托人所受之损害是否属于因承担事务处理委托而提高之风险,或属于一般生活风险,应该是损失分配判断上重要的考虑因素。

个人认为委托人对受托人负有应尽其所能使受托人不至于因处理事务而受到损害之附随义务,如应尽交易上必要的注意对事务之处理为指示、对事务之风险为告知说明等义务。因此等义务违反即有过失,委托人对受托人应负违约损害赔偿,乃基于过错责任主义的立场。受托人对委托人的损害赔偿若为过错责任,则委托人对受托人因事务处理所受损失之赔偿责任同样以过错为归责原因,正能求其平衡,但透过举证责任倒置规定,让委托人就自己无过错负举证责任,已能平衡委托人与受托人之利益。瑞士债务法第 402 条规定,若委托人无法证明受托人因处理委托事务所受损害并非因其过错,则应负损害赔偿,将过错的举证责任归由委托人负担,<sup>[94]</sup>应该是本于上述理解。

## 3. 因合同解除损害赔偿

依合同法第 411 条第 1 款的规定,委托人或者受托人可以随时解除委托合同,台湾地区“民法”第 549 条虽使用终止,结果相同,相同的立法例也出现在德国民法第 671 条第 1 项、瑞士债务法第 404 条第 1 项。因合同解除所生的损害,瑞士债务法及德国民法并未以过错或可归责为赔偿责任的要件:瑞士债务法第 404 条第 2 项规定于不适当时期终止者,终止之一方应对他方因终止而生之损害负赔偿责任,德国民法第 671 条第 2 项规定除有重大事由外,受托人仅得于委托人得以其他方法处理事务时终止委托合同,若无此事由而

[91] 草案第 713 条并未修正,与台湾地区“民法”第 548 条:“受任人应受报酬者,除契约另有订定外,非于委任关系终止及为明确报告颇末后,不得请求给付。委任关系,因非可归责于受任人之事由,于事务处理未完前已终止者,受任人得就其已处理之部分,请求报酬”,规定类似。

[92] 草案第 713 条并未修正。

[93] 参见崔建远著:《合同法》,北京大学出版社 2012 年版,第 597 页。

[94] 参见 Weber in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 1992, Art. 402, N12。

于不适当时期终止者,应负赔偿责任。合同法第 410 条第 2 款:“因解除合同给对方造成损失的,除不可归责于该当事人的事由以外,应当赔偿损失”,应该曾参考台湾地区“民法”第 549 条“当事人之任何一方,得随时终止委任契约。当事人之一方,于不利于他方之时期终止契约者,应负损害赔偿责任。但因非可归责于该当事人之事由,致不得不终止契约者,不在此限”等规定。何谓“因不可归责于该当事人之事由”,是否指无过错或另有所指?该事由是否针对合同解除或损害赔偿,亦即因不可归责于该当事人的事由使解除人不得不解除合同,解除人不负赔偿之责,抑或损害如系因不可归责于解除人之事由所生,解除人不负赔偿责任,均尚待厘清。

民法典草案第 716 条规定,“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的,除不可归责于该当事人的事由以外,无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失,有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和可以获得的利益”,对合同法第 410 条第 2 款虽有修正,但仅针对损害赔偿范围。除委托合同外,草案第 728 条规定,“业主依法共同决定解聘物业服务人的,可以解除物业服务合同。决定解聘的,应当提前六十日书面通知物业服务人,但是合同对通知期限另有约定的除外。因解除合同造成物业服务人损失的,除不可归责于业主的事由外,业主应当赔偿损失”及第 802 条规定,“当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的,任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同,但是应当在合理期限之前通知对方。当事人对肖像许可使用期限有明确约定,肖像权人有正当理由的,可以解除肖像许可使用合同,但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的,除不可归责于肖像权人的事由外,应当赔偿损失”,就合同解除损害赔偿,也有与委托合同类似的规定,亦有相同的问题待解决。

#### 4. 作为免责事由

现行合同法对旅客运送迟到之迟延责任并无规定,草案第 605 条规定,“承运人应当按照客票载明的时间和班次运输旅客。承运人迟延运输的,应当履行告知和提醒义务,并根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票;由此给旅客造成损失的,承运人应当赔偿,但是不可归责于承运人的除外”,其中规定承运人得证明不可归责于自己而免负赔偿责任,如何理解不可归责于承运人,同样是问题。

## 四 结 语

合同法违约责任的归责原则,在总则采严格责任,并以不可抗力为违约损害赔偿之免责事由。无论是承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失或其他违约责任,责任承担的原因均为违约方违反合同违约风险承担明示或默示约定的内容。在单纯劳务给付债务,债务人并不负有使一定经济上或其他心理上预期的结果发生的义务,债务人仅须尽交易上必要注意履行合同义务即可,也是合理解释风险承担约定的结果。

合同法分则违约责任一方面基于给付义务本质的不同而采取过错责任,并不违背违约责任归责原则,更无体系违反,在 20 年前就达到现在国际间戮力以求的合同法现代化

目标。他方面,分则却出现许多以可归责于一方事由(归责事由)为要件的规定,仿佛在气派的豪宅大院旁,出现违章建筑。所谓可归责,若仅为应负责任事由之意,因归责事由乃具开放性、内容空洞的法律概念,则对何种事由应负责任须取决于其他规定,倘无针对可归责内涵的规定,不得不留待学说判例的发展。此违章建筑似乎又推放着立法者无法处理,遂以此开放的构成要件搪塞的杂物。时值民法典制定之际,立法者或许应该考虑是否拆除民国时期继受德国民法遗留下来违章建筑,或干脆直接拥抱德国式的给付障碍体系及其规范模式。若以不变应万变,继续让可归责或归责事由扮演不同的角色,则须在合同编总则建立一套归责事由的判断法则,但如此一来,违约归责体系势必更为混乱,错综复杂。

---

[ **Abstract** ] The liability for breach of contract under the General Provisions of the Chinese Contract Law is assumed to be the liability for the occurrence of a certain payment result. If the payment result does not occur or is not in compliance with the contract, it constitutes the so-called breach of contract in Article 107 of the Law. Article 110 of the Law takes force majeure as the exemption from the liability for breach of contract damages. In a simple labor service payment contract, the party who violates the duty of care in transaction constitutes a breach of contract obligation as well as a breach of contract. According to the doctrine of negligence monism, such act also constitutes a fault. Therefore, fault liability and strict liability can coexist peacefully. The imputation cause is an open concept, and there must be a set of rules to determine what kind of causes of non-performance of debt the debtor should be held responsible. The imputation cause itself does not have value connotation and, as such, cannot become the principle of imputation, nor can it be used as an exemption cause. Therefore, strict liability cannot be matched with imputation cause. On the one hand, the Contract Law adopts the rule of fault liability based on the difference of the nature of payment obligation. On the other hand, it contains many provisions on the cause of liability as the essential element, resulting in a complicated system of breach of contract. Now it is time for China to give up the tradition of taking imputation of responsibility as an essential element of responsibility, so as to clearly define the principle of liability for breach of contract .

---

(责任编辑:姚 佳)