

國立政治大學法律學系碩士論文

指導教授：楊芳賢博士

附隨義務於實務上之最新發展
—以最高法院 96 年至 100 年相關判決為中心



研究生：郭思妤 撰

中華民國一〇一年七月

謝辭

終於到了寫謝辭的這一刻，而論文的完成代表學生階段暫告一段落，也即將離開就讀七年的熟悉校園，內心充滿著喜悅卻又不捨。在學習路上受過各式各樣的協助，要謝的太多了，雖然難以用短短幾語答謝，但仍然必須表達我誠摯的感謝！

首先，謝謝指導教授楊芳賢老師，在本篇論文撰寫過程給予我的建議，使這篇論文得以順利產出，並且謝謝老師自大學時期迄今的指導與關心，及在研究所期間對於學生之體諒，讓我在學習、考試及撰寫論文上，並不會備感壓力。而這本論文能更加完善，必須感謝杜怡靜老師、吳瑾瑜老師兩位口試委員，在百忙之中審閱我的論文，不論是在格式架構或是實質內容，都給予我許多寶貴意見。

接著，感謝政大法律諸位老師的教導，尤其謝謝大學至研究所間指導民事法的老師，除了指導教授楊芳賢老師外，有陳洸岳老師、楊淑文老師、吳秀明老師、姜世明老師、顏玉明老師及王千維老師（依修課時間先後排序），啟發我對於民事法的興趣以及於研究所課程報告的指導、講解，為我的論文寫作奠定基礎。

在研究所期間，謝謝同門學長姊一詩英、宗佑的照顧與協助，並告知我論文注意事項。在論文寫作過程也受許多人的幫助，謝謝孟真、惠閔、昭慶協助蒐集文獻資料，謝謝玟瑾接受問題諮詢，謝謝筱涵抽空幫忙校對論文，謝謝鈺昕訊息來往的鼓勵。此外，更要謝謝其融在忙於自己論文的同時，願意撥空與我討論法律問題及論文盲點，並於準備考試、論文寫作期間給予我極大的支持與鼓勵。

學校之外，也感謝方文萱律師、塗能謀律師給予我實務學習的機會，尤其方律師帶領我細心處理事實與法律問題、體會當事人感受，並與我分享實務經驗，讓我受益良多。感謝兩位律師的關心，並鼓勵、支持我未來的決定。

最後，謝謝我的家人在各階段考試、論文寫作期間給予的加油打氣，讓我安心不少，更由衷感謝我的父母養育、支持與包容，讓我在求學之路及做任何決定都無後顧之憂，希望這本論文的完成能讓你們看到我在學業上有些許成果並且感到驕傲。

要謝的人真的太多了，例如曾經一起同住並相互照顧的室友們、互相交換筆記或討論問題同學們、回答過我很多問題的學長姐們及行政人員們、給我鼓勵的人們，還有好多人，無法在謝辭中逐一言謝，在此，謝謝大家！



思妤

2012.7

摘要

「附隨義務」雖未明文見於我國民法典，惟已在民事契約法領域確立，其類型及內涵藉由漸增之法院裁判日益形成。是故，本文欲透過實務見解之彙整與分析，說明附隨義務之定義、法律效果及各類契約之附隨義務具體型態與內容。

本文將簡要介紹附隨義務之上位概念－誠信原則（詳第一章）與附隨義務基本理論及違反附隨義務之法律效果後（詳第二章），再分析近年來最高法院及相關聯判決中，買賣契約、委任契約或類似委任契約及承攬契約中所發展之附隨義務態樣，以及法院於案件裁判心證形成之要素（詳第三章至第五章），以期提供法律適用上之參考。



關鍵字：附隨義務、誠信原則、資訊提供、協力履行、保護照顧、不完全給付、解除契約、民法第 227 條。

目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 附隨義務法理基礎—誠信原則.....	3
第一項 德國法理論.....	3
第二項 我國法理論.....	3
壹、學說見解.....	4
貳、實務見解.....	6
第三節 研究方法及範圍.....	14
壹、研究核心與方法.....	14
貳、研究範圍.....	15
第四節 研究架構.....	18
壹、第一部分.....	18
貳、第二部分.....	18
參、第三部分.....	18
第二章 附隨義務概論	19
第一節 附隨義務之承認.....	20
第二節 附隨義務之定義.....	22
第一項 附隨義務之體系定位.....	22
壹、學說見解.....	22
貳、實務見解.....	25
參、本文見解.....	27
第二項 附隨義務之內涵區辨.....	28
壹、主給付義務與附隨義務之區辨.....	28
貳、從給付義務與附隨義務之區辨.....	30
參、小結.....	32

第三節 附隨義務之類型.....	34
第一項 傳統分類.....	34
壹、比較法.....	34
貳、我國法.....	34
第二項 本文見解.....	35
壹、上開附隨義務分類疑義.....	35
貳、本文分類.....	36
第四節 違反附隨義務之法律效果.....	48
第一項 先契約（訂立契約前）附隨義務之違反.....	48
壹、締約過失責任.....	48
貳、不完全給付.....	48
第二項 履約階段（契約成立生效後至消滅前）附隨義務之違反.....	49
壹、責任依據.....	49
貳、責任效果.....	49
第三項 後契約（契約消滅後）附隨義務之違反.....	54
第三章 財貨交換契約中之附隨義務.....	57
第一節 買賣契約.....	58
第一項 資訊提供義務.....	58
第一款 提出文件.....	58
壹、出賣人提供標的物證明之義務？【案例：真品證明書案，最高法院民事判決 97 年度台上字第 1994 號】.....	58
貳、出賣人提供輔助標的物之他項結構圖之義務？【案例：雞籠案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 540 號】.....	61
第二款 說明告知.....	63
壹、房屋出賣人記載公設分攤比例之義務？【案例：預售屋公設案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2426 號】.....	63
貳、房屋出賣人告知買受人無法貸得所需款項之義務？【案例：預售屋貸款案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2206 號】.....	70

第二節 租賃契約.....	76
第一項 資訊提供義務.....	76
第一款 提出文件.....	76
壹、出租人提供使用執照協助承租人取得營利事業登記證以合法營業之義務？ 【案例：使用執照供營業辦理案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 222 號】	76
第二項 協力履行義務.....	79
壹、出租人（委託機關）協助承租人（受託人）申請建造執照之附隨義務？ 【案例：協力取得建照案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 2 號、最高法院民事判決 98 年台上字 1801 號、最高法院民事判決 98 年台上字 78 號、最高法院民事判決 96 年台上字 2923 號、最高法院民事判決 96 年台上字 681 號】	79
貳、出租人協力承租人回復原狀義務？【案例：回復租賃物案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1726 號、最高法院民事判決 98 年度台上字第 1401 號】	87
第三節 使用借貸契約.....	91
第一項 資訊提供義務.....	91
第一款 提出文件.....	91
壹、貸與人出具土地使用權同意書於借用人以辦理建照之義務？ 【案例：使用同意書供建照辦理案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 2171 號】	91
第四節 小結.....	95
壹、從契約類型觀察.....	95
貳、從契約階段觀察.....	96
參、附隨義務肯認與否及是否履行之判斷因素.....	96
第四章 委任契約及類似委任契約中之附隨義務.....	99
第一節 單純委任契約.....	100
第一項 保護照顧義務.....	100

壹、受任人之忠實義務？【案例：員工忠實案，臺灣高等法院民事判決 100 年度勞上易字第 13 號】	100
第二節 醫療契約	103
第一項 資訊提供義務	103
第一款 說明告知	103
壹、醫院（師）對病人實施手術前之說明告知義務？【案例：腰椎手術案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號】	103
貳、醫院（師）對病人對主治範圍外之說明告知義務？【案例：攝護腺肥大案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 1835 號】	115
第三節 委託經營管理契約	120
第一項 協力履行義務	120
壹、委託人協助受託人協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態之義務？【案例：壑管處淨空案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 789 號】	120
第四節 經銷契約	126
第一項 資訊提供義務	126
第一款 提出文件	126
壹、供應商提出標的物證明文件之義務？【案例：原裝進口證明文件案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 923 號】	126
第二款 協力履行義務	131
壹、供應商回收改正義務？【案例：回收改正案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 886 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 2879 號】	131
貳、供應商維護產品形象信譽義務？【案例：維護產品形象案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 886 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 2879 號】	135
第五節 投資信託契約	139
第一項 資訊提供義務	139
第一款 說明告知	139
壹、金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前了解投資人以推介適合商品之義務？【案例：連動債案，臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號】	139

貳、金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前對投資人之說明義務？【案例：連動債案，臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號】	144
參、金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約後對投資人之報告義務？【案例：連動債案，臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號】	149
第六節 產品廣告演出契約（代言契約）	152
第一項 保護照顧義務	152
壹、廠商「告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像」及「阻止通路商使用原代言人肖像」之義務？【案例：飲品代言案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1017 號】	152
第七節 小結	159
壹、從契約類型觀察	159
貳、從契約階段觀察	162
參、附隨義務肯認與否及是否履行之判斷因素	163
第五章 承攬契約中之附隨義務	165
第一節 工程契約	166
第一項 資訊提供義務	166
第一款 提出文件	166
壹、承攬人提供原廠出廠文件及海關進口證明之義務？【案例：集鹿大橋材料文件案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1676 號】	166
第二項 協力履行義務	169
壹、定作人將工程案送交都審會審議通過之義務？【案例：新板橋車站都審案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 1096 號】	169
貳、定作人之協調介面廠商義務？【案例：展覽館廠商協調案，最高法院民事判決 96 年度台上字第 482 號】	172
參、定作人排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工之義務？【案例：蚵寮 D/S 新建工程居民抗爭案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 856 號】	175
第三項 保護照顧義務	182
壹、承攬人施作防範措施及意外後搶救之義務？【案例：柑子林一送水管防範暨搶救案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 1094 號】	182

貳、承攬人防止工作物施工現場及鄰地受損害之義務？【案例：鄰損案，最高法院 96 年度台上字第 448 號民事判決】	187
第二節 非工程契約之承攬契約	191
第一項 資訊提供義務	191
第一款 說明告知	191
壹、承攬人告知安全操作事項之義務？【案例：裂解爐案，最高法院民事裁定 98 年度台上字第 2203 號】	191
第三節 小結	195
壹、從契約類型觀察	195
貳、從契約階段觀察	196
參、附隨義務肯認與否及是否履行之判斷因素	197
第六章 結論	199
壹、本文回顧	199
貳、附隨義務類型及法院考量因素	199
參、附隨義務違反及可否解除契約	202
肆、結語	203
參考文獻	205

第一章 緒論

第一節 研究動機

附隨義務並非我國法律固有產物，亦未於我國民法典明文規定，一般認為係由誠信原則而來¹，惟經過學說長久以來倡議，現已逐漸受到實務見解之肯認，藉由學說理論與實務協力發展，附隨義務已在我國民事契約法領域確立。

我國民法草擬於清朝末年，於民國 18 年正式立法，其間債法雖經歷民國 88 年修正並引入不完全給付，呼應學說理論賦予違反附隨義務明確之法律效果，惟對於附隨義務之具體內涵，仍如其上位法源誠信原則一般，留有相當大之空白及不確定性。面對此種不特定性，法律研究者自應力求將之類型化，俾利實務家及一般民眾之適用；蓋誠如學者²所言，具體化及類型化³有其功用：(1) 促進法律適用之安定並維護平等原則，(2) 案例類型相當者，可節約理由構成上之論述，(3) 對新出現之案例，判決理由應作較深入論證。

¹ 關於附隨義務依據，說明如下：

認為附隨義務係以誠實信用原則為依據，如：王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2004 年 10 月版，頁 94；王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 43。

提出附隨義務可能基於法定、約定或單從誠信原則而來，如：詹森林，出賣人附隨義務之實務發展—最高法院裁判之研究，法令月刊，第 61 卷第 3 期，2010 年 3 月，頁 34；詹森林，民事法，國立臺灣大學法學論叢，第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月，頁 60-65；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 173。惟觀我國民法債編立法體系，對附隨義務並未明文採取一般概括規定，附隨義務之法定類型偏向特別規定之性質（如民法第 483 條之 1），但仍少有於債編各論特別立法，而德國採一般規定之立法方式（德國民法第 241 條第 2 項），故我國附隨義務之依據仍應以誠信原則為主，參：姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 173。

² 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（五）——最高法院 90 及 91 年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第 57 期，2004 年 4 月，頁 60-61。雖該文係針對誠信原則之具體化及類型化，惟附隨義務由誠信原則發展而來，亦屬抽象概念，同樣有具體化及類型化之必要。

³ 何謂具體化及抽象化？「關於誠信原則的適用，應先提出一個思考方法上的問題：法院發現該當案件可能涉及一方當事人行使權利或履行債務有違誠實信用原則時，應如何處理？在此情形，法院通常係採所謂的『案例比較』，認定該當案件是否相當於既有案例類型；如不相當，則其特色何在，應作如何的判斷？此種適用過程乃概括條款的具體化及類型化，……」，參閱：王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（五）——最高法院 90 及 91 年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第 57 期，2004 年 4 月，頁 60-61。

如試以「附隨義務」為關鍵字查詢最高法院判決，不分係判決之兩造主張或者歷審法院見解涉及附隨義務者：民國 85 年至 90 年 6 年之間有 19 件，民國 91 年至 95 年 5 年之間有 40 件，民國 96 年至 100 年 5 年之間則有 55 件⁴，下級審法院案例更是不勝枚舉，可見近年司法實務運作上，法院已經逐漸重視附隨義務，當事人更勇於嘗試以附隨義務為據主張其權利義務，使民事法律關係之紛爭解決能合於誠信原則要求，追求公平正義之實現。在此趨勢下，附隨義務類型及其內涵日益透過裁判加以形成，經由最高法院及下級審法院裁判具體化，日漸形成數量及質量均可觀之案件類型。

此一歷審法院積極肯認、創設並豐富化附隨義務內涵之趨勢固值肯定，惟仍有許多應予釐清之處，尤待理論研究者予以回顧分析，故本文欲梳理近年於最高法院判決理由承認或創造之附隨義務，並依照契約類型、義務類型，歸納附隨義務在實務上之最新發展。此舉除希望能就相關疑難問題提出適用標準外，也盼藉由整編變動中之附隨義務類型，觀察變遷中之民法和社會之關係，並對其未來發展作出具體展望。

⁴ 自法源法律網 (<http://www.lawbank.com.tw/>) 搜尋後加以統計，其對於最高法院判決收錄範圍為民國 85 年起之案件，又本文完成時間為民國 101 年中（尚無整年判決），故統計民國 85 年至 100 年（整年）判決數。

第二節 附隨義務法理基礎—誠信原則

如前所述，一般認為，契約法領域之附隨義務係由誠信原則而來，因此，如欲探討附隨義務之爭議問題，必須追溯至誠信原則，始能理解其制度精神與根源，故先於此簡要說明。而誠信原則在我國法雖可見諸民法第 148 條第 2 項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」，但本條規定相當抽象，無法得出誠信原則之具體內涵，故試從以下幾個方面探求其內涵，並作為附隨義務法理理解之基礎。

第一項 德國法理論

參照影響我國民法釋義學為甚的德國民法，其誠信原則規定於德國民法第 242 條：「債務人應斟酌交易習慣，依據誠實信用原則履行給付。」，依據學說說明，德文之誠信原則為「Treu und Glauben」；「Treu」與「Glauben」二者合一，成為誠實、忠誠與體貼他人之行為標準；行為時，需對於他方當事人之利益予以注意，對於他方的合理信賴應予以保護。⁵德國法誠信原則之功能與發展依據契約階段分類，依據學說闡釋有如下形態與內容：

其一，締約階段，誠信原則作為「締約上過失責任」之理論基礎，德國民法第 311 條第 2 項即為先契約義務違反之明文化；

其二，履約階段，「積極侵害債權」及「附保護第三人作用之契約理論」的創設，乃誠信原則適用之展現；

其三，關於契約內容之調整，「附隨義務之創設」、「契約基礎喪失理論」，亦是基於誠信原則所生。⁶

第二項 我國法理論

⁵ 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第 104 期，2008 年 8 月，頁 37。

⁶ 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第 104 期，2008 年 8 月，頁 8-12。

我國民法採取大陸法系成文法典之立法方式，人民各式交易行為準則，民法僅能作數量有限且原則性之規定，面對多樣且複雜之社會生活事實，未必樣樣妥適、符合公平正義或分配合理⁷。在此法制特色下之正義公平或分配合理，可賴誠信原則之滑潤與補充，藉由誠信原則介入，使生調適效果，俾期大眾認同，因此，誠信原則在民法典規定之空隙中，以法理姿態，扮演法源，充當變動之依據。⁸以下，簡介學說與實務對誠信原則功能及操作之說明。

壹、學說見解

一、誠信原則之功能

對於誠信原則，早期有學者撰文說明其於私法上之重要意義。⁹我國學說見解有認為，誠信原則有補充或解釋法律及契約之任務，且更進而可為立法之準則，即可對於法律行為(意思表示)之解釋或補充、可對於法律條文之解釋或補充、可為立法之準則。¹⁰另有學者¹¹依誠信原則之功能(作用方式)為如下分類：其一，權利或義務行使的方法(具體化的功能)；其二，附隨義務的創設(補充的功能)；其三，不容許的權利行使(限制功能)；其四，控制與調整契約內容的功能。¹²此發展與德國法相當類似，而且同樣認為由誠信原則創造出附隨義務。

⁷ 尤其交易態樣亦隨時代變遷而日益複雜多樣，民法典增修之腳步無法跟上。

⁸ 曾世雄，民法總則之現在與未來，2005年10月二版1刷，頁47。

⁹ 蔡章麟，私法上誠實信用原則及其運用，載：鄭玉波主編，民法總則論文選輯(下)，民國73年7月初版，頁843-892。該文原載於社會科學論叢第2輯(民國40年1月)。

¹⁰ 詳細說明，參何孝元，誠實信用原則與衡平法，民國55年9月初版，頁64-68；施啟揚，民法總則，民國96年6月七版一刷，頁440-441；鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法總則，2007年9月修訂十版一刷，頁438。

¹¹ 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(五)——最高法院90及91年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第57期，2004年4月，頁60-67。該學者於其民法總則一書中，本已提出補充的功能、調整的功能、限制及內容控制功能。參：王澤鑑，民法總則，2005年9月再刷，頁597。

¹² 其他相似分類，如：具體性功能、補充性功能、限制性功能、修正性功能，參：姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁27-32；指導性功能、解釋性功能、限制性功能、補充性功能、修正性功能，參：吳光明，民法總則，2008年6月初版一刷，頁293-295；具體化機能、正義衡平機能、法修正機能、法創設機能，參：林誠二，民法總則(下)，2007年3月三版一刷，頁345-351。

二、誠信原則之操作

然而，如學者¹³所述，誠信原則內容具有「抽象」、「不確定」、「隨時空而異」之特性，如何操作誠信原則，並無一定規則，綜觀學說論著內容，可歸納幾種考量因素，包含：合理性¹⁴、正當性¹⁵、公平性¹⁶、信賴度¹⁷、利益衡量¹⁸、交易習慣¹⁹、契約目的²⁰及基本宗旨²¹等。²²惟

¹³ 曾世雄，民法總則之現在與未來，2005年10月二版1刷，頁48。

¹⁴ 「意思表示，應依合理之目的及合法之手段判斷之。」何孝元，誠實信用原則與衡平法，民國55年9月初版，頁65。

¹⁵ 諸如：「誠實信用原則是指在顧全保護一般利益之前提下，以當事人應該知道之特殊情事來調和其中一方對另一方之正當期待利益，使得到公允之解決。此種正當期待，原是在社會生活中一種道德規範，後來提升為民法之一項基本原則。」吳光明，民法總則，2008年6月初版一刷，頁290。「誠實信用原則內涵極為豐富，不能僅從語義方面去理解，而應該從其立法目的去理解，亦即反對一切非道德、不正當之行為，用以維護商業活動與社會生活之正常秩序與交易安全。」吳光明，民法總則，2008年6月初版一刷，頁292。「誠信原則之內容，可以以其特有之表徵表示如下：1.超乎條文規範之秩序；2.影射正義公平或分配合理之理念；3.是一種社會生活規範。」並認為「最高法院之判決或判例中，對於具備上述三項表徵者，常以『正當信任』概括涵蓋之，以適用誠信原則作為判決之依據。」復指出「所謂『正當信任』，即有正當理由足以相信超乎條文規範之秩序，為彼此應共遵之秩序。至如何之理由，方為正當理由？在面對之秩序為超乎條文規範之秩序時，唯有影射正義公平或分配合理之理念方可自圓。」曾世雄，民法總則之現在與未來，2005年10月二版1刷，頁48。

¹⁶ 「所謂誠信原則 Treu und Glauben 指每人應對其所為之承諾信守，而形成所有人類關係所不可或缺的信賴基礎。換言之，指在『善良思考之行為人間，相對人依公平方式所可以期待之行為。』」黃立，民法總則，2005年9月修訂四版一刷，頁521。「誠信原則乃斟酌各該事件之特別情形，較量雙方當事人彼此之利益，務使在法律關係上公平妥當之一種法律原則也。」鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法總則，2007年9月修訂十版一刷，頁437。「誠信原則，實係斟酌各該事件之特別情形，衡量雙方當事人彼此之利益，務使在法律關係上公平妥當的一種法律原則，誠信原則的適用即為正義觀念的具體化。」黃陽壽，民法總則，民國92年1月初版，頁495。

¹⁷ 「依所引起之信用而為解釋」，即為信賴之表現。何孝元，誠實信用原則與衡平法，民國55年9月初版，頁65。「正當之信任，可以之決定意思表示（包括沉默）之解釋；且可成立客觀之權利及義務。如契約之告知義務，即係全依信任原則而生者，此之信任，乃依契約之性質，而為當事人之一方對於他方通常所供與或應供與者也。」何孝元，誠實信用原則與衡平法，民國55年9月初版，頁68。「所謂誠信原則 Treu und Glauben 指每人應對其所為之承諾信守，而形成所有人類關係所不可或缺的信賴基礎。換言之，指在『善良思考之行為人間，相對人依公平方式所可以期待之行為。』」黃立，民法總則，2005年9月修訂四版一刷，頁521。「所謂誠實，乃行為人光明之良心；所謂信用，則為相對人正當之信賴。」黃陽壽，民法總則，民國92年1月初版，頁495。「誠信原則對於債權人之權利及債務人之義務得為修正之，其或為增加或為減少。誠信原則，乃是建立在誠實及信任（或可稱為信賴）之基礎上。因而，在適用該原則調整權利義務時，應有下列思考之重點：一、探求債權人與債務人對於債之關係之信賴基礎狀況為何？二、是否當事人對其原先之信賴感到失望？三、此種失望之狀態是否明顯已足夠，可達免除債務人之義務或是建立新義務之法律效果之程度？此時則涉及無期待可能性及價值判斷之問題。四、在法律之體系中，有無較誠信原則具體之規範可適用於該案例中？」姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁45。

¹⁸ 「就權利人而言，為急迫之需要，就義務人而言，僅為輕微之負擔。權衡雙方利害關係，依據誠信原則，自應有產生此從權利與從義務之必要。」何孝元，誠實信用原則與衡平法，民國55年9月初版，頁67。「所謂誠信原則，乃意指：於具體之債之關係中，依公平正義理念，就債權人及債務人雙方利益為妥善衡量、運用之意。因其運用核心為當事人利益之公平衡量，故外國文獻上或稱之『利益衡量』。惟誠信原則，並非單純之利益衡量，而係於衡量時，應特別注意當

上開不分類型泛論之考量要素，對於具體問題之解決助益有限，其具體操作方式仍有待實務見解累積，簡介實務見解之發展概況如後。

貳、實務見解

一、誠信原則之功能

曾有學者²³以誠信原則之最高法院判例作為研究對象，依誠信原則功能為歸類，本文參考該文及其他文獻資料²⁴，並補充部分實務見解，試行說明誠信原則於實務上發展之功能。

事人間之具體利益狀況及條件，予以客觀酌定，不宜注入法官個人主觀之偏見或價值感情，故堪稱其為『具體客觀之利益衡量』。」邱聰智，民法債編通論，民國86年10月修訂六版五刷，頁241。「至於某一行為是否符合此一原則，則應斟酌各種情事，公平較量雙方當事人之利益定之。惟雙方當事人之損益不能抽象的論定，必須斟酌各該事件之特別情事始可。」劉春堂，判解民法債編通則，民國89年1月五版，頁169-170。「誠信原則乃斟酌各該事件之特別情形，較量雙方當事人彼此之利益，務使在法律關係上公平妥當之一種法律原則也。」鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法總則，2007年9月修訂十版一刷，頁437。「誠實信用為市場經濟活動之道德準則，誠實信用原則之目標，在於平衡當事人間以及當事人與社會間之利益關係。」吳光明，民法總則，2008年6月初版一刷，頁292。「誠信原則，實係斟酌各該事件之特別情形，衡量雙方當事人彼此之利益，務使在法律關係上公平妥當之一種法律原則，誠信原則的適用即為正義觀念的具體化。」黃陽壽，民法總則，民國92年1月初版，頁495。

¹⁹ 「法院得以地方習慣及職業習俗，決定其內容。」何孝元，誠實信用原則與衡平法，民國55年9月初版，頁65。

²⁰ 「對於契約，亦應依其目的意義及精神所在而為補充之解釋，否則，若斷斷於其所用之辭句，而不顧其真意之所在，則訂約之目的，即無由達成。」何孝元，誠實信用原則與衡平法，民國55年9月初版，頁65-66。「誠信原則之規定，依通說之見解，其為不同種類之附隨義務之基礎，就附隨義務之部分而言，誠信原則得超越契約解釋之界線，而對於本質並未明顯變更狀態下，為確保契約目的之達成，而創立或補充義務內容。」吳光明，民法總則，2008年6月初版一刷，頁293。「在解釋或評價契約關係時，由應注意誠信原則的適用。權利人與義務人雖站在相對的立場，實質上構成一個協同體，在雙務契約更為顯然，當事人應依誠信原則達成各自希望達成的目的。」施啟揚，民法總則，民國96年6月七版一刷，頁440。「要求義務人履行義務時，不僅依相關契約關係的文句，亦應依其精神來履行，尤其是契約的目的及基本宗旨。」黃立，民法總則，2005年9月修訂四版一刷，頁522。

²¹ 「要求義務人履行義務時，不僅依相關契約關係的文句，亦應依其精神來履行，尤其是契約的目的及基本宗旨。」黃立，民法總則，2005年9月修訂四版一刷，頁522。

²² 近來學位論文提出誠信原則如何發揮其功能，可參酌法律目的、社會利益、當事人正當信任、當事人利益、當事人主觀善惡意、社會通念或交易習慣等六種考量因素，參：洪維廷，契約義務體系與誠信原則，國立臺北大學法律學系法律專業組碩士論文，民國100年，頁132-141。

²³ 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（五）——最高法院90及91年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第57期，2004年4月，頁60-67。

²⁴ 以下參考：王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（五）——最高法院90及91年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第57期，2004年4月，頁60-67；陳聰富，誠信原則之適用範圍與效果——最高法院八十八年台上字第四九七號民事判決，月旦裁判時報第7期，2011年2月，頁132-134。

（一）具體化功能

行使權利、履行義務應依誠信原則方法，其原始適用範圍指方式而言，如不在深夜行使權利、履行義務，不應全以一元硬幣清償十萬元債務等。

（二）補充功能

補充功能作用於附隨義務之創設，如最高法院民事判決 100 年度台上字第 2 號所述：「所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。」

就此，以誠信原則創設附隨義務，依時序可分為為三階段，實務見解均承認其適用：

1. 契約磋商階段

臺灣高等法院民事判決 98 年度上易字第 1130 號：「按行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第 148 條第 2 項定有明文。此誠信原則乃斟酌事件之特別情形，衡量雙方當事人之利益，使其法律關係臻於公平妥當之一種法律原則。民法第 245 條之 1，對於當事人為訂立契約而進行準備或商議，彼此間已建立特殊信賴關係後，因一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反誠實及信用方法，致他方受損害者，規定對於他方應負賠償責任，即係基於上開原則所創設之締約過失責任。」，在民國 88 年債編修正後雖有民法第 245 條之 1 明文規定原則性締約過失條文，但先於契約成立之締約磋商階段，誠信原則仍可創設附隨義務，進行締約前權利義務之規制。

2. 履約階段

接續上開判決，臺灣高等法院民事判決 98 年度上易字第 1130 號續表示：「則於當事人已締結契約並履行後，彼此間之特殊信賴關係

更甚於未締約之狀態，當事人一方對於他方是否應負特定之附隨義務，當得援用誠信原則，超越契約解釋之界限，予以補充或創設之。」，在契約成立生效之後，雙方間之特殊信賴關係尤為明顯，此時承認基於誠信原則所生之附隨義務，殆無爭議。

3. 後契約階段

就契約關係消滅後之附隨義務而言，臺北地方法院民事判決 92 年度重訴字第 1941 號判決理由謂：「第按債權人基於債之關係，得向債務人請求給付（民法第 199 條第 1 項規定參照），除債之關係所固有、必備之基本義務外，於債之關係發展過程中，基於誠實信用原則，為完全滿足給付上利益，或為輔助實現債權人之給付利益、避免侵害債權人之身分或財產上利益，即可能發生附隨義務。又於契約關係消滅後，為支持及完全履行主給付義務，當事人亦負有某種作為或不作為義務，此為後契約義務，倘債權人因債務人不履行附隨義務因而受損害，債權人自得對之訴請債務不履行之損害賠償。」

（三）限制功能

1. 正當行使權利

行為人行使權利違反誠信原則，逾越其權利內容，構成濫用，則為法所不許，對此，有如最高法院 58 年台上字第 2929 號判例謂：「媒介居間人固以契約因其媒介而成立時為限，始得請求報酬，但委託人為避免報酬之支付，故意拒絕訂立該媒介就緒之契約，而再由自己與相對人訂立同一內容之契約者，依誠實信用原則，仍應支付報酬。又委託人雖得隨時終止居間契約，然契約之終止，究不應以使居間人喪失報酬請求權為目的而為之，否則仍應支付報酬。」

近年來，誠信原則更經常用以緩和我國房地分離下之拆屋還地訴訟之爭²⁵，例如：甲同意乙無償在甲所有土地上建造三層樓房一棟，

²⁵ 關於此議題，可詳參：吳瑾瑜，所有權行使與權利濫用－以土地受讓人受讓前知悉房屋存在

未約定使用土地期限，不久之後，乙所有房屋經其債權人聲請查封拍賣，由丙拍定買受，並取得不動產權利移轉證書，甲即以丙不得繼受伊與乙間之使用借貸關係，屬無權占有為由，依民法第 767 條規定，訴請丙拆屋還地，是否應予准許？對此提案，最高法院 95 年第 16 次民事庭會議決議最終採取丙說，認為：「視具體個案情形決定之。按使用借貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力。丙買受系爭房屋，並不當然繼受其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，原則上不得執該關係主張其有使用系爭土地之權利。惟於具體個案，尚應斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，如認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，仍應駁回其請求。」

2. 權利失效

權利失效理論在學說倡議下，向來為最高法院所肯認，早期如最高法院民事判決 72 年台上字第 2673 號謂：「權利者在相當期間內不行使其權利，並因其行為造成特殊情況，足引起義務人之正當信任，認為權利人已不欲行使其權利，而權利人再為行使時，應認為有違誠信原則，固得因義務人之抗辯，使其權利歸於消滅。」

此項見解沿用迄今²⁶，最高法院 97 年台上字第 745 號民事判決延續最高法院先前見解，並認為：「此項原則學理上稱為『權利失效』原則，乃基於誠信原則發展而出的一項法律倫理原則。旨在就個案中斟酌權利之性質，法律行為之種類，當事人間之關係，社會經濟情況及其他一切因素，加以判斷，以尋求事件之公平及個案之正義。」，最高法院基於此種見解認為：「本件系爭土地於約定租期屆滿起，原所有權人即出租人周氏家族，或其後手，至被上訴人提起本件訴訟止，長達二十年，即自被上訴人取得系爭土地所有權起亦達十四年，倘均未表示租地建屋之法律關係已消滅並據以主張權利，則被上訴人等之長期不行使權利之行為，是否已足以引起上訴人之正當信任，以為被

嗣後訴請拆屋還地的問題為例，臺北大學法學論叢第 78 期，2011 年 6 月，頁 43-110。

²⁶ 此外尚有最高法院 95 年台上字第 2166 號判決及 98 年台上字第 43 號採取類似見解。

上訴人已不欲行使其權利，而於陸續耗費鉅資修繕房屋後，被上訴人始提起本件訴訟，是否因此致令上訴人陷入窘境，而有違誠信原則，即非無研求之餘地。」

3. 禁反言原則

先後矛盾行為，將破壞相對人之正當信賴，即權利人行使權利與先前行為相矛盾，有違誠信原則而應予禁止。

如權利人先否認雙方和解契約存在，並違反和解契約提起另件訴訟請求損害賠償，爾後卻又再依據系爭和解契約請求給付，參最高法院民事判決 94 年度台上字第 2001 號：「惟行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，為民法第一百四十八條第二項所明定。所謂誠信原則，係指一切法律關係，應各就其具體之情形，依正義衡平之理念加以調整，以求其妥適正當者而言。當事人締結之契約一經合法成立，固應受其拘束，權利人得依約行使其權利。然權利人未在相當期間內行使其權利，復有外顯之事實，足使義務人正當信任權利人已不欲行使其權利，即得認權利人嗣後再為權利之行使，係違反誠實信用原則。本件上訴人於系爭和解契約簽訂、收受被上訴人交付之一張十萬元支票後，既拒絕受領被上訴人其餘之給付，否認該和解契約之存在，並違反和解契約第五條之約定，提起另件附帶民訴，請求被上訴人賠償損害，足使被上訴人正當信任上訴人不欲主張其基於和解契約所得行使之權利。則其於被上訴人終經刑事法院判決免訴之五年後，再依據系爭和解契約，請求被上訴人為給付，顯與誠實信用原則有違，自屬不應准許。」

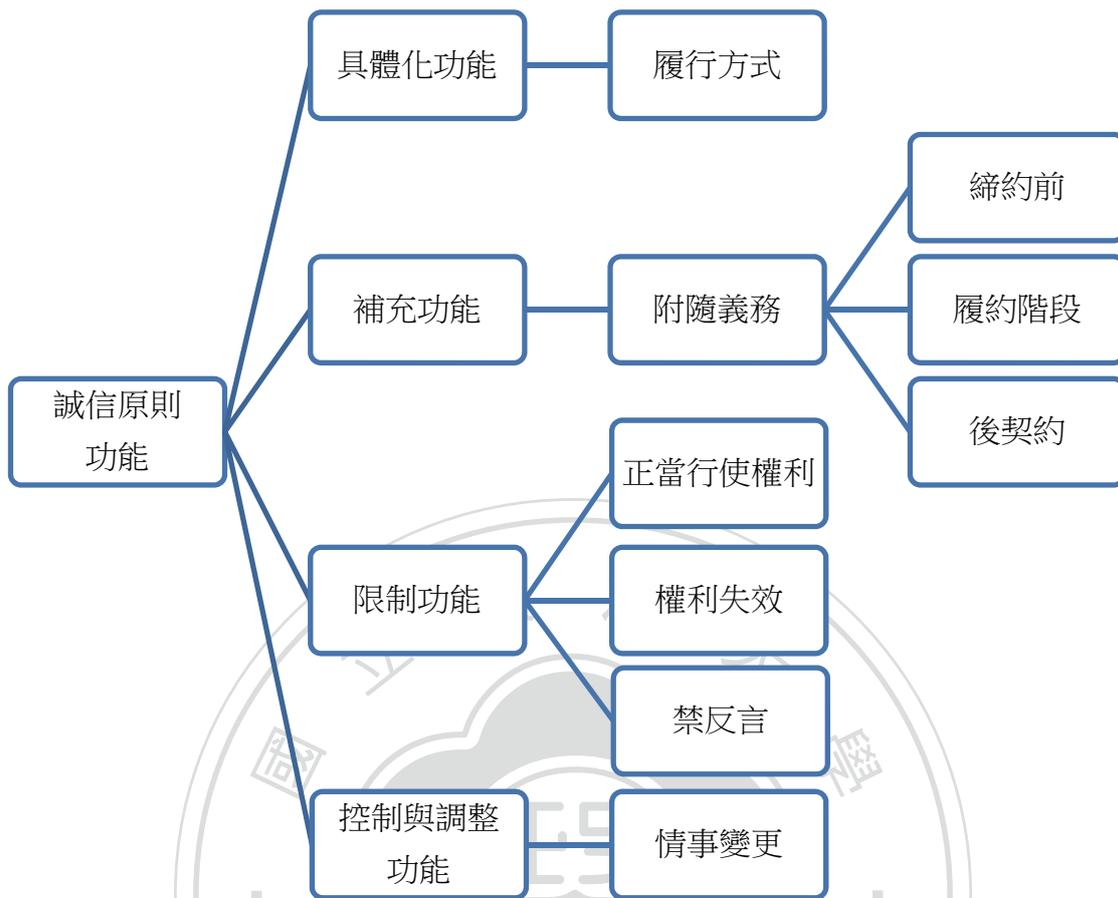
此種禁反言原則在訴訟法上更衍生爭點效理論，並已廣為實務見解接受，最高法院 99 年度台聲字第 151 號裁定謂：「至確定判決之既判力，固以訴訟標的經表現於主文判斷之事項為限，判決理由並無既判力。但法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果已為判斷時，其對此重要爭點所為之判斷，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判

斷之情形外，應解為在同一當事人就該重要爭點所提起之訴訟中，法院及當事人就該已經法院判斷之重要爭點法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張，始符民事訴訟上之誠信原則，此即學理上所謂爭點效、禁反言。」

(四) 控制與調整功能

契約內容之控制，如消費者保護法 12 條定型化契約之規制，契約內容之調整，如民法第 227 條之 2 情事變更原則。實務案例如貨幣貶值之調整，即最高法院民事判例 56 年台上字第 789 號裁判要旨：「耕地租賃如其地租係依據日據時期舊約而給付現金者，在約定當時幣值較高，嗣後幣值跌落，致出租人所得現款租金不敷繳納出租地之稅捐者，出租人於不違反耕地三七五減租條例第二條之規定範圍內，非不得比照當時實物價值為換算地租之請求。」

綜合上開說明，可將最高法院見解圖示【圖 1-1】如下。



【圖 1-1】

二、誠信原則之操作

司法實務如何操作誠信原則，參酌實務見解有幾個考量因素：是否合乎公平正義、合理妥當、一般社會之通念；斟酌契約種類、內容、性質；盱衡經濟社會狀況、時空背景；斟酌各該事件情形衡量當事人利益、避免犧牲他方利益以圖利自己；有無正當信任等。²⁷顯見誠信

²⁷ 如：最高法院民事判決 101 年度台上字第 319 號：「按勞工法上之勞動契約，雖以勞工生存權作為其基礎理念，然並非完全摒除契約自由原則之適用（諸如勞基法第二十一條第一項之類），勞雇雙方仍得藉由私法自治以達符合其共同之利益。因此，勞雇雙方對正常工作以外之時間，約定由勞工於該時間從事與其正常工作不同，且屬勞基法第八十四條之一第一項第二款所稱監視性、間歇性，或其他非屬該條項所定而性質相類之工作時，就勞工於該段時間（值班時間）工資之議

原則具體操作內涵之豐富度，應視民事關係特性定之，非有固定不變公式，因此，不論是上位之誠信原則或者下位之附隨義務，均應就個案類型衡諸法律規範體系價值進行解釋，對此，實務見解之案例化當屬必要。

而本文即欲對於附隨義務類型化，以下，將介紹本文之研究方法、範圍及研究架構。



定，如已依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，以勞雇之利益衡平為依歸，斟酌各該勞動契約之種類、內容及性質，盱衡經濟社會狀況、時空背景及其他主、客觀等因素，兼顧避免勞雇間犧牲他方利益以圖利自己，並考量該約定工資是否合乎一般社會之通念並具合理性，而與民法第一百四十八條所揭『權利濫用禁止原則』『誠實信用原則』無悖者，即非法所不許，勞雇雙方自應同受其拘束。」

最高法院民事判決 101 年度台簡上字第 2 號：「次按民法第一百四十八條第二項規定：行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。此項誠實信用原則，乃法律倫理價值之最高表現，具有補充、驗證實證法之機能，更為法解釋之基準，旨在實踐法律關係上之公平妥當，應斟酌各該事件情形衡量當事人利益，具體實現正義。該項原則不僅於權利人直接實現權利內容的行為有其適用，即於整個法領域，無論公法、私法及訴訟法，對於一切權利亦均有適用之餘地，故該條項所稱之『行使權利』者，應涵攝訴訟行為在內。」

最高法院民事判決 99 年度台上字第 2287 號：「按行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，為民法第一百四十八條第二項所明定。此所謂誠信原則，係指一切法律關係，應各就其具體之情形，依正義衡平之理念加以調整，以求其妥適正當者而言。當事人締結之契約一經合法成立，即應受拘束，權利人依約得行使其權利。權利人未在相當期間內行使其權利，復有外顯之事實，足使義務人正當信任權利人已不欲行使其權利者，方得認權利人嗣後再為權利之行使，係違反誠實信用原則。」

第三節 研究方法及範圍

壹、研究核心與方法

一、研究核心：具體化附隨義務

影響我國民法規定及條文釋義甚深之德國民法於 2002 年修正時增訂第 241 條第 2 項：「債之關係得依其內容，使任一方當事人負有考慮他方當事人之權利、法益和其他利益之義務。」，此規定被視為附隨義務之明文化，亦即將原本通說有關附隨義務加以明文化，此可視為附隨義務之一般條款²⁸。

相對於此，我國民法債編自民國 88 年修正迄今，暫無修訂計畫，而民法對於附隨義務規定甚少，但實務上，附隨義務種類伴隨契約類型多元化而增加，因此，本文除參考並整理既有學術文獻外，更欲藉由分析、歸納近年來實務判決，盼得提供附隨義務類型與內涵之形成標準與具體態樣，以期在法律無規範、契約無約定之下，使當事人有預見可能性。

二、研究方法

(一) 學術文獻之整理與闡述

本文將參考我國教科書、專論、期刊、論文等文獻資料，將相關資料內容進行整理並闡述，並參酌外國文獻作為補充，對此，主要係參考歐洲私法整合研究成果如「歐洲私法之原則、定義及模範規則共同架構草案」(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, 簡稱 DCFR)²⁹，及

²⁸ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月，初版第 2 刷，頁 61。

²⁹ 以下簡稱 DCFR，DCFR 目前非正式法律規範，惟 DCFR 以自由、安全、公平及效率為其核心價值，其中涉及誠實信用原則，且有各種契約（系爭契約類型係過往研究成果之集合）義務之規範，與本文討論者相關，或可作為參考；又 DCFR 研究團隊由歐洲各地學者組成，其結果或許更具有整合性。

關於 DCFR，可參陳自強，歐洲契約法發展之新動向，整合中之契約法，2011 年 5 月初版第 1

國際諮詢工程師聯合會（Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils；International Federation of Consulting Engineers，簡稱 FIDIC）出版之標準契約（The FIDIC Forms of Contract）³⁰，並兼及附隨義務緣由之德國民法相關著述。

（二）實務判決之歸納與分析

本文主題既為附隨義務在實務上之最新發展，預期能將近年來我國實務判決中所討論之附隨義務相關問題與類型予以梳理，因此，將蒐集實務見解、歸納並加以分析。首先，本文將按契約類型分類，再依本文後述之義務分類標準加以區分歸類，並歸納其核心內容；其次，歸納實務見解之類型與次類型後，本文將就個案為分析，以討論該案之附隨義務相關內容。附言之，在此一階段，由於許多契約類型在實務上有相關契約範本及應記載與不應記載事項，且具有相當之影響力，本文將一併在此階段進行介紹與分析。

貳、研究範圍

刷，頁 197-236。Also see, Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition, 2009. And See, Christian von Bar and Eric Clive, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR) Full Edition, Volume 1, 2009.

³⁰ 以下簡稱 FIDIC 契約條款。此一契約條款於國際間具有高知名度，我國司法實務亦有引用者，如臺灣高等法院民事判決 100 年度建上字第 74 號：「次查，系爭工程契約第 4 條第 2 項約定：變更設計之作業，如必須使進行之工程停工時，新店區公所同意預估復工時間，以書面通知隆○公司配合，如停工期間累計逾 3 個月以上時，隆○公司得請求就超過 3 個月以上期間之管理費及合理之損失補償，但不包括隆○公司所失之利益。依上開約定，工程停工期間如累計逾 3 個月以上，應就工程長時間停工所生之費用及損失予以補償。審酌 FIDIC（國際諮詢工程師聯合會）營建施工標準契約條款第 2.2 條，規範定作人應在合理時間內向承攬人提供圖說和有關輔助資料，為定作人之義務，因該部分工程於工程管控，以定作人最有能力掌控，應受風險之分配及承擔責任，如此規定方符合風險應分配予最有能力控制該風險之人之原則，若承攬人不具有可歸責之事由，定作人違反該義務，須為其故意或過失所致承攬人之遲延，負展延工期之責，並應負擔賠償承攬人之費用及合理利潤之損失。是系爭工程契約第 4 條第 2 項關於工程因變更設計停工逾 3 個月以上，承攬人得請求就超過 3 個月以上期間之管理費及損失，此即符合最有能力控制風險之人應予承擔風險及責任之原則。」，並可參：陳自強，FIDIC 工程契約條款在契約法源之地位，整合中之契約法，2011 年 5 月初版第 1 刷，頁 281-304。

此外，FIDIC 契約條款歷經數次版本演變，本文於第五章所引用者為 1999 年版 Conditions of Contract for Construction（簡稱 CONS）、Conditions of Contract for Plant and Design-Build（簡稱 P&DB）、Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects（簡稱 EPCT），合先敘明。

一、理論議題研究範圍

本文主要以我國實務見解為研究對象，將所蒐集判決，先依各案例之契約定性歸入於不同章節，再就判決理由中提及之附隨義務定義、法律效果及具體義務內容分類整理並為分析，對此，本文將著重以下二點：

1. 附隨義務之基本理論：包含附隨義務之定義、法律效果等基本通案性理論問題。
2. 附隨義務之類型化：各種具體契約類型中，附隨義務之型態與內容，以及特定契約類型中之特殊問題。

二、實務見解搜尋範圍

本文對下列範圍所搜尋判決，以其判決理由之附隨義務內容具有重要性及代表性，或法院見解具有參考性之標準，進行篩選，作為本文之研究對象³¹，具體搜尋實務見解³²範圍如下：

（一）法院：最高法院

最高法院作為法律審法院，其個案裁判見解即使未選為判例，仍在實務上具有指標性，其多數見解更經常為下級審法院奉為圭臬，故最高法院見解為本文主要研究對象，搜尋範圍有：

1. 時間：民國 96 年 1 月 1 日至 100 年 12 年 31 日；
2. 關鍵字：附隨義務。

（二）法院：臺灣高等法院

³¹ 本文多挑選較典型之案例說明，倘有類似案例，則擇一詳細說明，其餘摘錄於註腳供參。

³² 本文判決皆搜尋自法源法律網（<http://www.lawbank.com.tw/>），並輔以司法院法學資料檢索系統（<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>），在此先予說明。

由於上訴第三審有其限制，除上訴理由外，主要有訴訟標的價額之限制，故最高法院事件類型有其侷限性，為補其不足，本文將另行搜尋臺灣高等法院近 2 年判決以為補充，搜尋範圍有：

1. 時間：民國 99 年 1 月 1 日至 100 年 12 年 31 日；
2. 關鍵字：附隨義務。



第四節 研究架構

壹、第一部分

本文研究架構上，首先，在第一章緒論說明研究動機、方法、範圍及本文架構，並簡介本文上位概念「誠信原則」，希望藉由對於附隨義務上位法源之理解，提供誠信原則概念發展之基礎。

其次，本文第二章附隨義務概論將簡介附隨義務之基本內容，對此，由於我國向來學說論著已對附隨義務有詳盡之介紹，且主要多均參考德國法制，故本文僅以單章之篇幅進行回顧。具體而言，本文先將依據所參考資料整理附隨義務之定義、類型，以及違反附隨義務之法律效果，其中，近年實務見解對法律效果論亦有相當發展，本文將一併在此說明；隨後本文將說明後續章節所採取之附隨義務定義與分類，作為其後類型化附隨義務之基礎。

貳、第二部分

第三章至第五章乃本文中心，所要探討者為附隨義務於實務上之最新發展。本文將所蒐集之判決按契約分類，以契約類型作為分類標準，針對近年來之實務見解，參酌第一章、第二章所提出之理論依據、考量因素，來分析附隨義務在各契約類型之發展。

第三章，先討論財貨交換契約中之附隨義務，分為買賣契約、租賃契約與使用借貸契約加以分析；第四章，討論委任契約及類似委任契約中之附隨義務，其中除單純委任契約外，尚有醫療契約、委託經營管理契約、經銷契約、投資信託契約及產品廣告演出契約；第五章，討論承攬契約中之附隨義務，區分工程契約及非工程契約二者分析。

參、第三部分

本文最後一章，即第六章，為本文之結論，將對上述附隨義務在各契約類型之發展暨法律效果作進一步的統整與說明。

第二章 附隨義務概論³³

按附隨義務，參考德國法，乃涉及締約上過失、積極侵害債權（此為德國理論，與我國不完全給付相似）、附保護第三人效力契約³⁴等三大理論³⁵。其中，本文主要探討各契約當事人應負何種附隨義務，以填充附隨義務之類型與內涵，與附保護第三人效力契約無涉；又我國民法就先契約附隨義務違反已設有民法第 245 條之 1 締約上過失規定，故以此一規定作為請求依據之案件，本文暫且將之排除於研究範圍。至於，履約階段和後契約附隨義務則無明確規範，向來多以不完全給付（即上開積極侵害債權）處理之，此則為本文主要研究案例範圍。惟本文以「附隨義務」為關鍵字搜尋判決，雖多為契約成立生效後之案例，但締約過程中違反告知義務、原應屬於民法第 245 條之 1 之案例，此種案例如係以不完全給付作為法律效果者，本文暫亦將之列為研究範圍，合先敘明。³⁶

³³ 債之關係發展過程，除了給付義務外，尚可能有其他義務，關於此類義務之名稱並無定論，本文採取我國學界、實務普遍所用之「附隨義務（Nebenpflicht）」一詞，合先敘明。就此，德國學者有稱之 Schutzpflicht、Nebenpflicht、weitere Verhaltenspflicht 等，我國學者有稱附從義務、附隨義務等，參：王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2004 年 10 月版，頁 94；王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 43。亦有稱保護義務、其他行為義務，參：馬維麟，民法債編註釋書（二）—民法第一九九條至第二四一條，民國 85 年 3 月初版一刷，頁 10。另有對於附隨義務（Nebenpflicht）、保護義務（Schutzpflichten）、附隨的注意義務（Sorgfaltspflichten）、誠信義務（Treupflichten）等用語作說明，並擇定沿用「附隨義務」，參：林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 94 年 7 月，頁 42-51。

³⁴ 以「保護第三人效力」為關鍵字查詢我國民事判決，搜尋結果為 0 個判決，或可推知我國實務尚未採納附保護第三人效力契約之理論（查詢系統：法源法律網 <http://www.lawbank.com.tw/> 最後查詢日期：民國 101 年 5 月 30 日）。惟學說著作仍有論及，如：黃茂榮，買賣法，2002 年 5 月增訂第五版，頁 764-765。

³⁵ 此三大理論與附隨義務之關係，可參：詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 79 年 1 月；林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 94 年 7 月。

³⁶ 雖「締約上過失」非本文討論核心，然自雙方為契約而接觸磋商時，即漸產生信賴、較緊密之關係，附隨義務即可能發生，以至訂立契約、履行契約甚至契約履行完畢，因此，本文亦有涉及締約過程中違反附隨義務者，自可能引用「締約上過失」之著作文獻。

第一節 附隨義務之承認

自附隨義務發展過程觀之，附隨義務始於西元 1902 年德國 Staub 積極侵害契約（positive Vertragsverletzung，簡稱 pVV³⁷）理論³⁸，其指出除了給付不能（Unmöglichkeit der Leistung）、給付遲延（Verzug der Leistung）之外，尚有其他給付障礙（Leistungsstörung）之類型³⁹，此理論亦受德國實務⁴⁰之肯認。並於 2002 年德國民法修正，以「義務違反」來涵蓋上開所有給付障礙類型，並增訂第 241 條第 2 項：「債之關係得依其內容，使任一方當事人負有考慮他方當事人之權利、法益和其他利益之義務。」使附隨義務明文化。⁴¹

而上開理論於 1906 年傳入日本，日本學者提出不完全給付理論。爾後，又引進至我國⁴²，而我國於民國 88 年債編修正時，亦修正民法第 227 條，肯認不完全給付理論，立法理由並指出「……按債務不履行之種類，除給付遲延及因可歸責於債務人之事由致給付不能兩種消極的債務違反外，更有另一種不完全給付之積極的債務違反，即因可歸責於債務人之事由，提出不符合債務本旨之給付。此在學者間已成

³⁷ 由於債務人不依債之本旨給付者，不限於契約所生債務之情形，亦包括其他債之關係，故現今德國多稱為積極侵害債權（positive Forderungsverletzung，簡稱 pFV）。王澤鑑，不完全給付之基本理論，民法學說與判例研究（三），2004 年 10 月版，頁 64；姚志明，債務不履行—不完全給付之研究，2000 年 1 月初版，頁 7-8。

³⁸ Staub, Die positive Vertragsverletzungen, 1969.

中文資料參：王澤鑑，不完全給付之基本理論，民法學說與判例研究（三）；姚志明，債務不履行—不完全給付之研究；詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 79 年 1 月；林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 94 年 7 月。

³⁹ Staub 所出之 14 種積極侵害契約之實例，中文資料參：王澤鑑，不完全給付之基本理論，民法學說與判例研究（三），2004 年 10 月版，頁 62-63。

⁴⁰ 此見解隨即於德國帝國法院（Reichgericht）1903 年 3 月 6 日判決 RGZ 54,98（102）採用，認為債務人違反契約上義務，致契約目的難以達成，債權人得類推適用德國民法第 326 條解除契約，轉引自：王澤鑑，不完全給付之基本理論，民法學說與判例研究（三），2004 年 10 月版，頁 64；姚志明，債務不履行—不完全給付之研究，2000 年 1 月初版，頁 6。

⁴¹ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月，初版第 2 刷，頁 61。

⁴² 相關發展，詳參：王澤鑑，不完全給付之基本理論，民法學說與判例研究（三），2004 年 10 月版，頁 61-73；劉孔中，積極侵害債權之研究—總論部分（上），法學叢刊第 30 卷第 4 期，1985 年 10 月，頁 67-89；劉孔中，積極侵害債權之研究—總論部分（下），法學叢刊第 31 卷第 1 期，1986 年 1 月，頁 70-82；姚志明，債務不履行—不完全給付之研究，2000 年 1 月初版，頁 4-50；姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，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 月初版，頁 260-287。

通說，我國實務上亦承認此種債務違反之態樣，惟法條上尚欠明白之規定，……」，此外，我國學說⁴³有表示違反附隨義務可能構成不完全給付者，另實務見解更明白指出「債務人未盡附隨義務，債權人得依民法第 227 條不完全給付之規定行使其權利」⁴⁴，亦即「附隨義務」之概念受我國承認，並賦予違反之效果。



⁴³ 如：王澤鑑，不完全給付之基本理論，民法學說與判例研究（三），2004年10月版，頁75；史尚寬，不完全給付之研究，載：鄭玉波主編，民法債編論文選輯（中），民國73年7月初版，頁703；錢國成，不完全給付與瑕疵擔保，載：鄭玉波主編，民法債編論文選輯（中），民國73年7月初版，頁725；劉春堂，判解民法債編通則，民國89年1月五版，頁182；陳猷龍，民法債編總論，2005年10月四版一刷，頁172-175；姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，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月初版，頁302-304。

⁴⁴ 如**最高法院民事判決 99 年度台上字第 789 號**：「按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。此項附隨義務不僅係基於誠信原則及補充契約解釋（契約漏洞之填補）而生，且於八十八年四月二十一日修正公布之民法第二百二十七條第二項立法理由亦加以承認。附隨義務包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益，倘債務人未盡此項義務，債權人自得依民法第二百二十七條不完全給付規定行使其權利。」

最高法院民事判決 98 年度台上字第 222 號：「又契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚應盡其附隨義務，以輔助債權人實現契約訂立之目的，倘債務人未盡此項附隨義務，債權人得依民法第二百二十七條不完全給付之規定行使其權利。」

過往實務見解觀察，可參：馬維麟，民法債編註釋書（二）—民法第一九九條至第二四一條，民國85年3月初版一刷，頁362-364。

近年來實務見解觀察，可參：詹森林，民事法，國立臺灣大學法學論叢，第39卷第2期，2010年6月，頁66-69；詹森林，出賣人附隨義務之實務發展—最高法院裁判之研究，法令月刊，第61卷第3期，2010年3月，頁44-46。

第二節 附隨義務之定義

第一項 附隨義務之體系定位

壹、學說見解

觀國內學者著作和學位論文⁴⁵，債之關係義務群大致分類如下：

一、主給付義務—附隨義務

有學說將義務群分為主給付義務、附隨義務，主給付義務以外之義務通稱為附隨義務，並無「獨立附隨義務」及「非獨立附隨義務」，或「附隨義務」與「從給付義務」之區別。對此，可圖示如下。

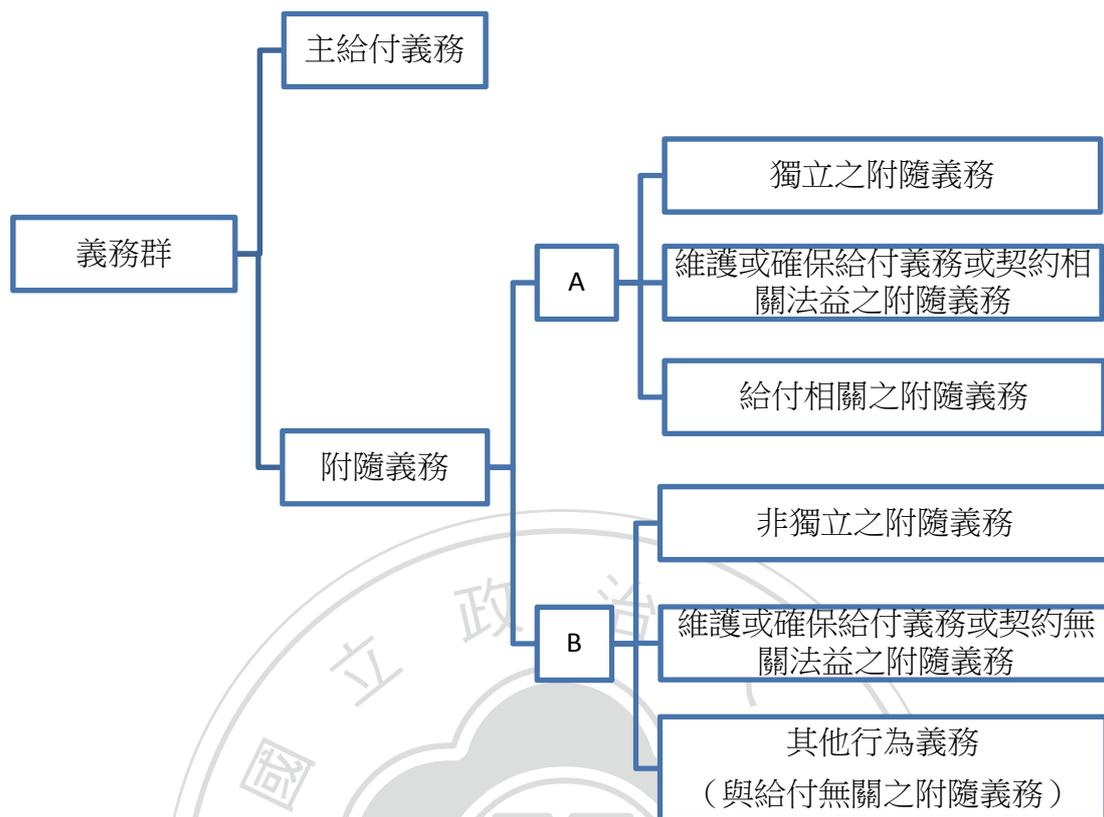


【圖 2-1】

二、主給付義務—獨立之附隨義務—非獨立之附隨義務

有學說將義務群分為主給付義務、附隨義務，主給付義務以外之義務為附隨義務，而附隨義務又再區分獨立之附隨義務（維護或確保給付義務或契約相關法益之附隨義務、給付相關之附隨義務）及非獨立之附隨義務（維護或確保給付義務或契約無關法益之附隨義務、其他行為義務即與給付無關之附隨義務）。對此，可圖示如下。

⁴⁵ 以下分類，主要參考：姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁51-52；林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國94年7月，頁51-54。

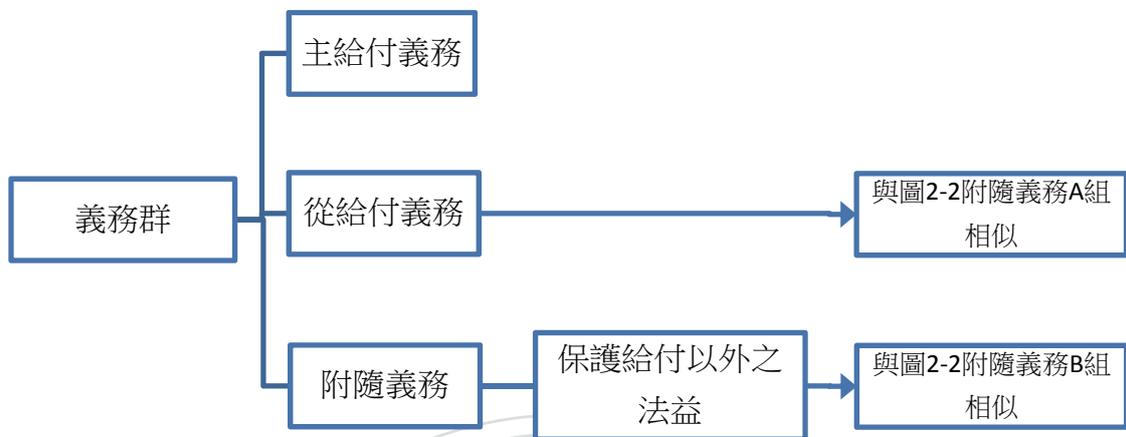


【圖 2-2】

三、主給付義務—從給付義務—附隨義務（僅保護義務）

將義務群分為主給付義務、從給付義務（亦有謂獨立之附隨義務）、附隨義務（亦有謂非獨立之附隨義務），並認為附隨義務之目的乃保護給付以外之法益（固有利益、持有利益、完整利益），常稱之為保護義務⁴⁶。對此，可圖示如下。

⁴⁶ 馬維麟，民法債編註釋書（二）—民法第一九九條至第二四一條，中華民國 85 年 3 月初版一刷，頁 7-13；陳自強，契約之內容與消滅，2004 年 1 月一版，頁 94-97；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 64。



【圖 2-3】

四、主給付義務—從給付義務—附隨義務(輔助實現給付利益及保護義務)

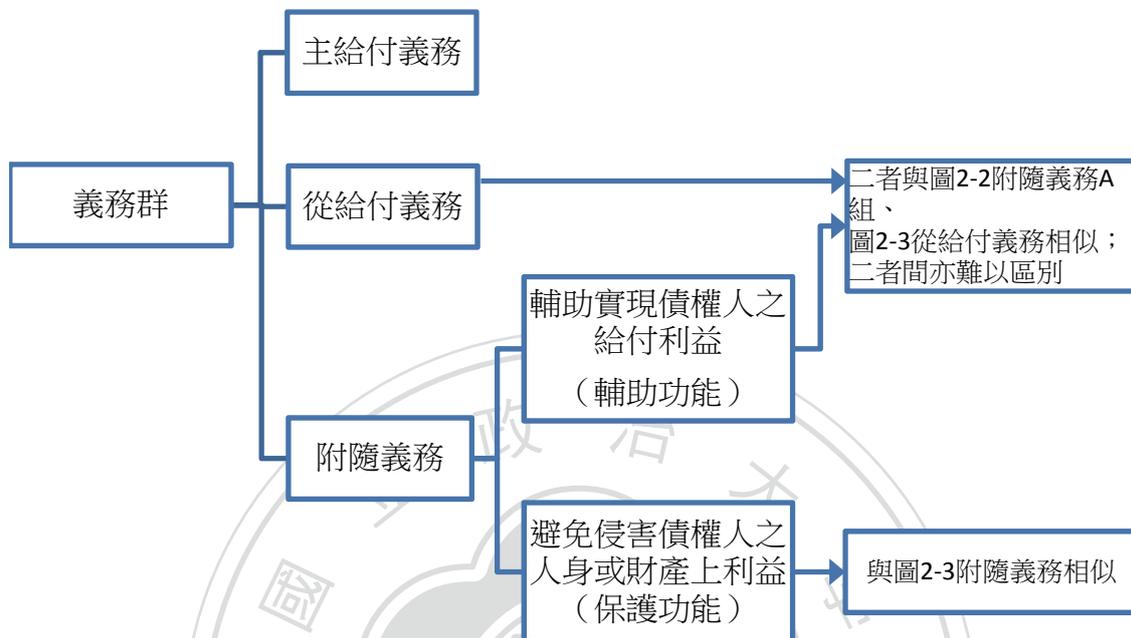
將義務群分為主給付義務、從給付義務、附隨義務，並認為附隨義務之功能有二⁴⁷：

1. 輔助實現債權人之給付利益；
2. 避免侵害債權人之身分或財產上利益（所謂之保持利益，Erhaltungsinteresse）。

對此，可圖示如下。

⁴⁷ 王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2004年10月出版，頁94-95；王澤鑑，債法原理（一），2006年9月版，頁44-45；詹森林，出賣人附隨義務之實務發展—最高法院裁判之研究，法令月刊，第61卷第3期，2010年3月，頁34-35。

另有分成三類者：1.對於人的身體提供場所為給付者，2.為協力實現債務本旨所為之給付者，3.依誠實信用原則者，如保密，即具有輔助實現給付利益及保護義務之意涵。參：孫森焱，民法債編總論（上），民國99年5月修訂版，頁11-12。



【圖 2-4】⁴⁸

貳、實務見解

實務見解對於債之關係義務群及附隨義務之意義，亦如學說，眾說紛陳，略可區分如下：

一、主給付義務—從給付義務—附隨義務（僅保護義務）

最高法院民事判決 98 年度台上字第 2436 號表示：「契約成立生效後，債務人除負有主給付義務外，為準備、確定、支持及完全履行其本身之主給付義務，尚負有從給付義務（又稱獨立之附隨義務），以確保債權人之利益能獲得完全之滿足，俾當事人締結契約之目的得以實現。」⁴⁹，該判決雖未明確表示債之關係義務群之分類，區分出

⁴⁸ 其中，從給付義務與輔助功能之附隨義務，二者間難以區別，參：姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 63。

⁴⁹ 相同見解，如最高法院民事判決 98 年度台上字第 2171 號：「按契約成立生效後，債務人除負有主給付義務外，為輔助主給付之功能，使債權人之利益能獲得最大之滿足，基於法律之規定或

主給付義務與從給付義務（獨立之附隨義務），略可得知其認為除主給付義務外，與給付利益相關者屬從給付義務。

臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度重上更（一）字第 33 號參考學說著作⁵⁰，先指出：「（按：前略）附隨義務（非獨立之附隨義務），指為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生的義務。例如瓷器之出賣人應妥為包裝，使買受人得安全攜回；機器之出賣人應告知機器之特殊使用方法，以避免買受人因使用方法不當引起機器爆破；承攬人於施工期間應防止工作物施工現場及鄰地受到損害。承認附隨義務之目的，在於維護債權人於其人身、物之權利或財產上不受侵害的完整利益。」，復又表示「債務人違反主給付義務或從給付義務，債權人得提起給付之訴，請求債務人履行。倘違反附隨義務，債權人則不得訴請債務人履行，僅能依民法第 227 條不完全給付之規定請求損害賠償。蓋附隨義務之目的，旨在保護債權人之固有利益（又稱持有利益或完整利益），而非在於保護債務人之給付利益（或稱履行利益）。」，由此可見，其將義務群分為主給付義務、從給付義務、附隨義務，其中附隨義務僅指保護義務，同上開學說第三說。

二、主給付義務—從給付義務—附隨義務（輔助實現給付利益及保護義務）

最高法院民事判決 98 年度台上字第 78 號：「按契約成立生效後，

當事人之約定或誠信原則及契約之補充解釋（契約漏洞之填補），尚負有獨立之附隨義務（亦稱為與給付有關之附隨義務或從義務）。」（此案例可參本文第三章第三節第一項第一款【案例：使用同意書供建照辦理案】）。

另表示從給付義務為與給付有關之附隨義務者，如臺灣高等法院民事判決 99 年度上更（二）字第 84 號：「另按於債之關係中，債務人之義務可分為主給付義務、從給付義務及附隨義務三類，而所謂的給付義務則包括主給付義務與從給付義務在內，給付義務可藉由履行請求權，透過給付之訴或不作為之訴達到履行之目的。而所謂從給付義務係為了準備、確定、支持及完全履行主給付義務之具有本身目的之獨立附隨義務，又被稱為『與給付有關之附隨義務』。因僅持有或得支配主給付義務之內容，通常無法滿足債權人普遍性及持續性對待給付結果之需求，因而債務人常同時負有穩定給付過程之從給付義務。簡言之，從給付義務未被履行時，可能導致主給付成為不正確或是無意義之履行，是從給付義務存在之目的，乃為確保債權人之利益能獲得最大之滿足。」臺灣高等法院民事判決 98 年度上字第 449 號亦同。

⁵⁰ 該判決表示其乃參考姚志明著「誠信原則與附隨義務之研究」第 149、171 頁，97 年 2 月 1 日臺南律師通訊第 150 期所載之林大洋著「契約之附隨義務」。

債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，債權人得依民法第二百二十七條不完全給付之規定行使其權利。⁵¹，因此可見其將義務群分為主給付義務、從給付義務、附隨義務，其中附隨義務可保護給付利益及固有利益，即具有輔助履行及保護功能，同上開學說第四說。

參、本文見解

一、三分法之採認

由上述可知，附隨義務之定義、範圍尚有爭議，就本文之觀察，目前學說、實務多採取「主給付義務—從給付義務—附隨義務」之分類及名稱，即附隨義務係給付義務（主給付義務、從給付義務）以外之其他義務，本文從之；又有認上開從給付義務可稱為獨立之附隨義務，附隨義務可稱為非獨立之附隨義務，惟為行文清晰、不易混淆，本文採用「從給付義務」、「附隨義務」之用語。

二、附隨義務之範圍？

⁵¹ 之後最高法院亦有相同見解，如最高法院民事判決 100 年度台上字第 2 號：「查契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，應負民法第二百二十七條第一項不完全給付債務不履行之責任。」（並可參本文第三章第二節第二項【案例：協力取得建照案】）。

另有下級審法院援引系爭判決為據，如臺灣高等法院民事判決 96 年度重上字第 472 號：「按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，債權人得依民法第 227 條不完全給付之規定行使其權利（最高法院 98 年度台上字第 78 號判決意旨參照）。」（此案例可參本文第五章第二節第一項第一款【案例：裂解爐案】），亦有採此分類並舉出義務類型者，如臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 961 號：「按所謂『附隨義務』乃指債之關係在其發展的過程中，基於誠實信用原則，依其情事，所發生之各種義務，而關於附隨義務之功能，可別為二類：1. 輔助實現債權人之給付利益；2. 避免侵害債權人之身或財產上利益。是附隨義務係指主給付義務外，債之關係發展過程中，依具體情況所產生之照顧、通知、保護、協力及保守秘密等義務。」（此判決另可參本文第二章第四節）。

上述三分法之採認，較無爭議，惟不論學說或實務見解對於附隨義務之範圍是否僅限於保護類型，抑或是尚包括輔助實現給付利益類型，見解未趨一致。由於義務可涉及不同內涵、目的，且實務上對附隨義務範圍之見解並非相同，為探求附隨義務於實務上之型態，故本文採取較寬的附隨義務範圍，即包括輔助實現給付利益類型、保護類型。亦即，本文採取上述「主給付義務—從給付義務—附隨義務（輔助實現給付利益及保護義務）」。

第二項 附隨義務之內涵區辨

壹、主給付義務與附隨義務之區辨⁵²

所謂主給付義務，係指債之關係（尤其是契約）上固有、必備，並用以決定債之關係（契約）類型的基本義務（債之關係的要素）。⁵³主給付義務與附隨義務之區別⁵⁴有：

⁵² 一般而言，主給付義務不容易與其他義務混淆，多是從給付義務與附隨義務較難區分，惟實務上仍有混淆者，如最高法院民事判決 98 年度台上字第 1214 號：「原審審理結果，以：（按：中略）被上訴人出具保固書，承諾所負之無償修復系爭推土機在正常操作下有關結構、零組件之瑕疵責任，性質上應屬於：為使上訴人之給付利益獲得最大滿足或維護上訴人對系爭推土機使用利益之附隨義務。亦即被上訴人應負之保固書責任係在擴大及強化被上訴人應負之物之瑕疵擔保責任，並延長被上訴人在保固期間內亦有維護系爭推土機具備通常效用之責任。其法律上性質仍屬物之瑕疵擔保責任。又兩造同意將被上訴人應負之保固責任期限延長至九十五年六月十四日止，而依系爭推土機之現況已嚴重毀損，無法修復，亦無法送鑑定判斷瑕疵原因，為兩造所不爭執。然參酌被上訴人之維修紀錄、被上訴人於九十四年六月二十日所發函件中及於第一審審理中之陳述，應認至被上訴人應負之保固期間屆滿日止，系爭推土機確有結構、零組件之故障所致之瑕疵。且被上訴人迄今仍未予修復，亦為被上訴人所不爭執。」，該保固書責任係延長物之瑕疵擔保責任，倘若違反物之瑕疵擔保責任，係屬不良履行（主給付義務之違反），此判決似將不良履行（主給付義務之違反）與附隨義務之違反混淆。

以及最高法院民事判決 98 年度台上字第 429 號：「原審審理結果，以：（按：中略）被上訴人所交付之天添成長明亮嚼錠及天添成長綜合營養素產品，既未有違反約定品質或效用之瑕疵，或不完全給付之情事，自無附隨義務之違反，上訴人抗辯其因被上訴人違反附隨義務，致受有損失並以此主張抵銷，即非有據。」，其將主給付義務與附隨義務混為一談，參：詹森林，出賣人附隨義務之實務發展—最高法院裁判之研究，法令月刊，第 61 卷第 3 期，2010 年 3 月，頁 42-43。

⁵³ 王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 39。

⁵⁴ 以下前三項，有實務見解肯定，如臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 447 號：「有關主給付義務與附隨義務之區別，可分三點觀察：(1)主給付義務自始確定，並決定債之關係類型。附隨義務則係隨著債之關係的發展，於個別情況要求當事人之一方有所作為或不作為，以維護相對人之利益，於任何債之關係均可發生。(2)主給付義務構成雙契約之對待給付，一方當事人於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。然附隨義務原則上非屬對待給付，不能發生同時履行之抗辯。(3)主給付義務之不履行，債權人得解除契約。而附隨義務之不履行，債權人原則上不得解除契約，但得就其所受損害，依不完全給付之規定請求損害賠償。」

一、義務內容確定時間不同

主給付義務自始確定，並決定債之關係的類型；附隨義務係隨著債之關係的發展，於個別情況要求當事人的一方有所作為或不作為，以維護相對人的利益，於任何債之關係（尤其是契約）均可發生，不受特定債之關係類型的限制。⁵⁵

二、得否主張同時履行抗辯權之不同

主給付義務構成雙務契約的對待給付，一方當事人於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，亦即得主張民法第 264 條第 1 項同時履行抗辯權；而附隨義務原則上非屬對待給付，無同時履行抗辯權之適用。^{56、57}

三、違反之法律效果不同

主給付義務之違反，構成損害賠償責任，亦構成解除契約之原因；然而，附隨義務之違反，構成損害賠償責任，並無疑義，至於是否構成解除契約之原因，則有爭論，目前認為原則上不得解除契約⁵⁸，而有例外認為於附隨義務之違反如因而造成受損害之一方無期待可能性而使契約有效維持或保有受領物時，應可構成解除契約之理由⁵⁹，此問題詳後述違反附隨義務之法律效果。

⁵⁵ 王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 43；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 146。

⁵⁶ 王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 43；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 147。

⁵⁷ 實務見解，如最高法院民事判決 97 年度台上字第 1679 號：「按所謂同時履行之抗辯，乃係基於雙務契約而發生，倘雙方之債務，非本於同一之雙務契約而發生，縱令雙方債務在事實上有密切之關係，或雙方之債務雖因同一之雙務契約而發生，然其一方之給付，與他方之給付，並非立於互為對待給付之關係者，均不能發生同時履行之抗辯（本院五十九年台上字第八五〇號判例參照）。本件上訴人自承：系爭合約『未明訂』被上訴人須提供關於結算之監工日報等文件予伊之主給付義務之事實，顯見該文件非屬被上訴人請求上訴人給付工程款等款項時所應提出對待給付之範疇，上訴人辯稱：被上訴人拒絕提供前揭文件予伊，未履行系爭契約之附隨義務，伊得為同時履行之抗辯，拒付系爭保留款及估驗款云云，依上說明，自不足採。」

⁵⁸ 王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 43。

⁵⁹ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 148。

四、得否獨立被起訴之不同⁶⁰

主給付義務未履行，債權人得提起給付之訴請求履行；附隨義務不履行，債權人不得訴請履行附隨義務，若違反附隨義務造成債權人之損害時，僅生不完全給付，由債務人負損害賠償責任。⁶¹

貳、從給付義務與附隨義務之區辨

所謂從給付義務，係指為了準備、確定、支持及完全履行主給付義務之具有本身目的之獨立附隨義務。⁶²從給付義務與附隨義務二者較難區別，甚至同一義務於不同契約之下可能為相異歸類，其區別⁶³有：

一、義務內容確定時間不同

從給付義務，由於其為輔助主給付義務為目的，通常於債之發生時即可確定；而附隨義務隨債之發展而生。⁶⁴

二、得否主張同時履行抗辯權之不同

從給付義務不履行，致主給付義務不履行或無利益，則有同時履行抗辯權之適用⁶⁵；而附隨義務則無適用。

三、違反之法律效果不同

⁶⁰ 如臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度重上更（一）字第 33 號：「債務人違反主給付義務或從給付義務，債權人得提起給付之訴，請求債務人履行。倘違反附隨義務，債權人則不得訴請債務人履行，僅能依民法第 227 條不完全給付之規定請求損害賠償。」

實務上仍有訴請履行附隨義務之例，究因義務類型之混淆，亦或對附隨義務得否履行有所表態，不得而知。相關案例，參本文第三章第三節第一項第一款「貸與人出具土地使用權同意書於借用人以辦理建照之義務？【案例：使用同意書供建照辦理案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 2171 號】」。

⁶¹ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 149。

⁶² 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 151。

⁶³ 前四項區別之實務見解，可參註 54、60。

⁶⁴ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 169。

⁶⁵ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 170。

從給付義務不履行，構成損害賠償責任，倘致主給付義務不履行或無利益，則為解除契約之原因⁶⁶；附隨義務之違反，構成損害賠償責任，但原則上不構成解除契約之原因，例外於造成受損害之一方無期待可能性而使契約有效維持或保有受領物時，方可構成解除契約之理由⁶⁷，已如前述，此問題並可詳後述違反附隨義務之法律效果。

四、得否被獨立起訴之不同

從給付義務得被獨立起訴請求，附隨義務則否⁶⁸，此為我國教科書普遍提及之區別。

五、是否訂入契約之不同

按「源自『誠實信用原則』之非獨立性『附隨義務』一經當事人約定，為準備、確定、支持及完全履行『主給付義務』，即具本身目的之獨立性附隨義務而成為『從給付義務』(獨立性之『附隨義務』)，倘債權人因債務人不履行或有違反情事，致影響其契約利益及目的完成者，債權人自得對之獨立訴請履行或債務不履行之損害賠償。」有最高法院民事判決 93 年度台上字第 1185 號可參。

按上開意旨，似認為附隨義務經約定將成為從給付義務⁶⁹，以是否經契約約定為兩者之區分。

六、保護目的之不同

⁶⁶ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 170。

⁶⁷ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 148。

⁶⁸ 王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 44；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 170-172。

⁶⁹ 最高法院民事判決 93 年度台上字第 1185 號之案例事實確實明白約定「不得為圍標行為」，參該判決：「查公共工程契約之招標，旨在以最低合理成本達到應有的公共工程品質，參與該投標者不得為圍標行為，固係誠實信用原則之要求，並具協助達成契約圓滿履行與保護招標機關之目的，然上訴人不得為系爭工程之圍標行為，經於投標須知明訂，並由上訴人簽署切結書載明，且上訴人委有參與該工程之圍標行為致被上訴人受有實際損害，既為原審所確定之事實，則該不得圍標行為，依上說明，即構成契約之『從給付義務』，被上訴人據以抗辯上訴人因違反該義務，應負債務不履行之損害賠償責任一節，自無不合。」

採取附隨義務乃保護給付以外之利益者，認為從給付義務與附隨義務所保護之目的不同。蓋因從給付義務，乃為了準備、確定、支持及完全履行主給付義務之具有本身目的之獨立附隨義務；附隨義務之目的係基於保護完整性而來。亦即，給付義務之目的在於確保債權人之履行利益，附隨義務則在確保債權人之持有利益或完整利益。⁷⁰

七、義務所滿足之目的不同

而認為附隨義務保護給付或給付以外利益者，對於從給付義務與附隨義務仍有區別。

從給付義務，是為主給付義務的準備、確定、支持及完全履行而存在，為了達成給付目的；附隨義務，雖可能與給付有關，但其旨在滿足債權人整體利益，而非基於財貨交換之契約目的。二者須依義務的具體內容及其與給付目的之關聯性及其功能，始能決定。⁷¹

就此，實務上亦有以目的來區別兩者，其以主給付義務之功能是否減低或失其功能性而區分，即認為從給付義務係在確保債權人之利益能夠獲得最大的滿足，如未履行從給付義務，主給付義務之功能將減低或失其功能性，反之，若非輔助主給付義務、不足以影響或減低功能或價值，則為附隨義務。⁷²

參、小結

⁷⁰ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁173-175。

⁷¹ 林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國94年7月，頁59。

⁷² 參臺灣高等法院民事判決100年度上字第303號：「所謂主給付義務，係指債之關係所固有、必備，並用以決定債之關係類型之基本義務，除主給付義務外，尚有所謂從給付義務，具有輔助主給付義務之功能，其存在目的，不在於決定債之關係之類型，而是在確保債權人之利益能夠獲得最大的滿足(如未履行從給付義務，主給付義務之功能將減低或失其功能性)。依和解書第4條後段雖約定，被上訴人所給付系爭珠寶，應經合格珠寶鑑定人鑑定，並出具鑑定書予上訴人；惟查被上訴人出具系爭珠寶之鑑定書，並非和解契約主要目的，和解書之主要目的，在於被上訴人給付系爭珠寶予上訴人，使上訴人獲取等值對價為目的，出具鑑定書在於證明所交付珠寶之安全品質，而非輔助系爭珠寶之功能，無鑑定書之交付並不足以影響、或減低系爭珠寶之功能(或曰價值)，被上訴人依和解書之約定應交付鑑定書之義務，應解為係附隨義務，上訴人主張此項義務為從義務，顯非的論，而無足取。」。

上述「得否主張同時履行抗辯權」、「違反之法律效果」、「得否獨立被起訴」⁷³皆屬法律效果層次，若以法律效果來區分義務類型，似有倒果為因之嫌，蓋其法律效果之強弱應先確認義務類型後始能確定；再有認為附隨義務可能基於法定、約定或誠信原則而來⁷⁴，但該說所謂「是否訂入契約」標準未獲一致認同，且有無以契約約定之標準過於個案化，無法依義務性質確實整理出附隨義務類型，本文不採；最後，「義務內容確定時間」即使是主給付義務尚有選擇之債等特殊情形，主給付義務無法確定，從給付義務自亦無法確定，協助履行之附隨義務亦無法確定，故此一標準似已無法作為區別關鍵。

故本文認為，對於難以區辨之從給付義務、附隨義務，仍應從其「保護目的」、「義務所滿足之目的」來辨別、區分為宜。



⁷³ 「可否履行」屬違反義務的法律效果，無法於具體個案中作為判斷標準，參：林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 94 年 7 月，頁 60。洪維廷，契約義務體系與誠信原則，國立臺北大學法律學系法律專業組碩士論文，民國 100 年，頁 163-165。

⁷⁴ 參註 1。

第三節 附隨義務之類型

第一項 傳統分類

壹、比較法

我國學說對於附隨義務之比較法，多引介德國法，如：德國聯邦法院 1953 年 11 月 13 日之判決指出附隨義務之類型有準備及照顧之義務 (Vorbereitungs- und Obhutspflicht)、解釋義務 (Aufklärungspflicht)、協力義務 (Mitwirkungspflicht)、資訊及通知義務 (Auskunfts- und Anzeigepflicht) 等。⁷⁵此外，另有德國學者指出其他附隨義務類型，如：建議義務 (Beratungspflicht)、不作為義務 (Unterlassungspflicht)、沉默義務 (Verschwiegenheitspflicht)、保護義務 (Schutzpflicht)、給付忠誠義務 (Leistungstreuepflicht)、競業禁止義務 (Wettbewerbsverbote)、檢查義務 (Untersuchungspflicht)、保持秘密義務 (Geheimhaltungspflicht)、請求與支持義務 (Förder- und Unterstützungspflicht)，另有契約履行後之義務 (Nachvertragserfüllungs-Pflicht)。⁷⁶

貳、我國法

我國學說則有提及對給付標的之照顧義務 (Obhuts- und Fürsorgepflicht)、說明義務 (Aufklärungspflicht)、忠實義務 (Treupflicht)、不作為義務 (Unterlassungspflicht)、保護義務 (Schutzpflicht)⁷⁷，尚有調查、協力、通知、繼續磋商或等待承諾、保密等義務⁷⁸。而我國實務，過往有協同、僱主照顧、檢查、不作為、

⁷⁵ BGHZ 11,80(83).轉引自：姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 68。

⁷⁶ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 65-84；姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，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 月初版，頁 290-296。

⁷⁷ 王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2004 年 10 月版，頁 95。

⁷⁸ 劉春堂，判解民法債編通則，民國 89 年 1 月五版，頁 182；陳猷龍，民法債編總論，2005 年 10 月四版一刷，頁 182-183、218-220。

告知、忠實、保護、照顧、通知、協力、保管、說明、競業禁止義務等類型⁷⁹。

第二項 本文見解

壹、上開附隨義務分類疑義

上開學說、實務提出多種附隨義務類型，足供參酌，惟分類上仍有不明之處。

一、部分義務類型意旨相同

就部分義務類型意旨相同者，有如：解釋義務或說明義務（Aufklärungspflicht）、資訊及通知義務（Auskunfts- und Anzeigspflicht）、告知義務等。上開各種義務意涵均在提供交易、標的等資訊，以達到契約訂立目的或保護當事人財產、身體等，各該義務種類間分際，僅在於各該學者對於名詞文字意涵理解不同，實質內容往往大同小異，故似宜歸類於同一種義務類型，將其具體內容視為不同手段，以免不必要之用語爭議。

二、義務類型間之歸納標準不一

上開義務之區別，其歸納標準有數端：有以目的為之者如：資訊義務、保護義務；有以手段為之者如：不作為義務或告知義務；亦有以契約階段為之者如：契約履行後之義務等，標準未盡一致。

對於同一概念之子概念或次概念之分類，邏輯上，如係以不同標準為之，應分別論述，否則各標準將可互用、排列組合，而導致不同義務內容內涵有所重疊，而失去區分之必要。例如，同屬保護義務，可能以不作為方式為之，也可能以作為方式為之，可能以告知方式為

⁷⁹ 馬維麟，民法債編註釋書（二）－民法第一九九條至第二四一條，民國85年3月初版一刷，頁358-364；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁70-72。由於該作者將附隨義務範圍限於保護義務，故本文將其所述「其他從給付義務」、「保護義務」皆列入。

之，也可能以其他方式為之，如此，保護義務與不作為義務與告知義務之界線，在上開學說敘述下，其分界將互為重疊而失區分實益。故本文認為，仍宜建立統一區分層次，例如，先以契約階段分別，再以義務目的分別，最後再以手段區分，如此分類較能清楚歸納附隨義務之類型。

貳、本文分類

附隨義務於債之發展過程皆可能產生，且可能同時保護履行利益及固有利益，故不採取契約階段、保護標的之分類，並為求清楚歸納附隨義務類型，本文將附隨義務分成三大類型：

一、資訊提供義務

(一) 概說

契約自由、私法自治乃契約法領域最重要之法理，其核心意旨，乃在於當事人能以自由意志貫徹其交易決定。而交易具體內容之作成，雖以當事人主觀意志與判斷為準，但外在客觀資訊將會影響到當事人之決定結果。典型交易資訊如房屋屋況、產品品質、配套措施等，均會影響契約當事人締約意願、接受條件等，尤其在現代日趨複雜之交易、甚有時資訊不對稱下，更顯重要，有學者⁸⁰即提出如當事人間因專門知識、特殊技能、經驗、情報量、經濟力等之不同，致磋商能力有顯著落差時，立於優勢地位之一方於締約過程，適時提供必要資訊，始足以成立一公正合理之契約關係。

再者，自雙方之信賴、協議過程而言，契約當事人於締約前之接觸磋商即產生特殊信賴關係，雙方自締約前至締約後，通常就與契約相關連之事項為種種陳述（如上開交易資訊及交易目的等），使相對人產生對一定利益之期待。相對人基於此期待而締結契約後，發現一

⁸⁰ 劉春堂，締約上過失之研究，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 72 年 5 月，頁 184；劉春堂，判解民法債編通則，民國 89 年 1 月五版，頁 222-223。

方當事人所提供資訊不正確或對重要事項未予說明，則與他方期待相背。^{81、82、83}除上述理論外，亦有從經濟觀點說明資訊提供之依據，此說認為，將資訊風險轉由更方便、更直接保護自己之一方當事人承擔，即將資訊成本歸由最小成本之一方負擔，此可減少交易成本並促進分工專業交易之效率。⁸⁴

由上述內容可知，「資訊」於交易之決定有重要之影響力⁸⁵，甚可稱此類義務為最重要之附隨義務^{86、87}。此類交易資訊從締約前、再到履約階段均可能有其作用，但重要的仍是在於締約決定之作成，原屬於締約過失之規範範圍，惟因我國締約上過失法律規範有僅限於「契

⁸¹ 劉春堂，判解民法債編通則，民國 89 年 1 月五版，頁 222。

⁸² 此可參民法第 245 條之 1 立法理由：「當事人為訂立契約而進行準備或商議，即已建立特殊信賴關係，如一方未誠實提供資訊、嚴重違反保密義務或違反進行締約時應遵守之誠信原則，致他方受損害，既非侵權行為，亦非債務不履行之範疇，原法對此未設有賠償責任之規定，有失周延，爰增訂第一項。」

⁸³ 雖有學者認為締約談判階段，原則上當事人無義務告知所有與契約成立有利害關係之事實，蓋因無法期待他方主動告知對己不利之事實，且自由競爭之經濟體制下，應鼓勵努力獲取交易資訊之人；惟於契約成立與內容有關之重要資訊，一方因具有專業知識，較他方容易取得，他方交無法維護自己利益，以及存在特別信賴關係時，告知義務即有存在可能。即亦係以「資訊不對稱」、「信賴關係強烈」作為資訊提供義務之基礎。參：陳自強，契約之成立與生效，2002 年 3 月一版，頁 267-268。

⁸⁴ 楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國 98 年 1 月，頁 322。

⁸⁵ 有提出締約前資訊有保障實質意思、促進完整契約、市場穩定之作用，本文前述說明部分與之略同，詳參：楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國 98 年 1 月，頁 249-251。關於資訊與締約之說明，可參：楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國 98 年 1 月，頁 17-40。

⁸⁶ 解釋 (Aufklärungspflichten)、通知 (Anzeigepflichten)、警告 (Warnpflichten)、建議義務 (Beratungspflichten) 為最重要之附隨義務，其可存在於不同契約。Vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6 Auflage, 2005, S.338, Rn21.

⁸⁷ 其重要性自法規範亦可明白，如民法第 245-1 條將資訊提供獨立列為一款，即「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。(按：後略)」；DCFR 於第二卷【契約與其他法律行為】第三章【市場與先契約義務】第一節【資訊義務 (Information duties)】列出幾項應提供之資訊，如貨物、其他財產或服務之資訊揭露義務 (Duty to disclose information about goods, other assets and services) 規範於 DCFR II.-3:101: (1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.(2) In assessing what information the other person can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other person is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice.另各契約之資訊義務散見於第四卷所規範之各契約中。

約未成立時」之不足⁸⁸，導致若認為此類資訊義務違反僅能置於締約過失主張，將導致許多案例救濟無門，故實務上似有將原屬締約上過失之資訊提供義務違反（即於契約協議階段違反之），於契約有效成立之類型均由不完全給付處理之趨勢⁸⁹（詳後述⁹⁰），故本文仍將此種義務獨立成為類型，特此敘明。

（二）資訊提供義務之種類

提供資訊之手段可能有說明解釋義務（Aufklärungspflicht）、建議義務（Beratungspflicht）、資訊及通知義務（Auskunfts- und Anzeigepflicht）。本文將資訊提供大致分為二種：

1. 提出文件

其中，就提出文件義務，廣為實務案例所接受。而此類附隨義務

⁸⁸ 對於締約過失條文中「契約未成立」一語應作如何解釋，學說有不同看法，見解分歧：

（1）有認為僅須磋商階段發生民法第 245 條之 1 各款已足，不論契約是否成立，即可適用民法第 245 條之 1，如：王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 269-270、280、283-284；劉春堂，締約上過失之研究，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 72 年 5 月，頁 184。

（2）有認為民法第 245 條之 1 規定僅適用在建立契約不成立類型之締約上過失責任，如：劉春堂，民法債編通則（一）契約法總論，民國 90 年 9 月初版第 1 刷，頁 186-187；陳洸岳等，「中斷交涉」與締約上過失責任的序論研究—民法研究會第十四次學術會議，法學叢刊第 44 卷第 4 期，1999 年，頁 105、117、118。

惟有學者依文義認為締約上過失適用於「契約未成立」，若契約成立，則履行契約即可，不生締約上過失責任，惟所謂締約上過失似不以契約未成立為必要要件，倘認違反民法第 245 條之 1 義務後，契約成立，卻不得主張締約上過失，是否合於該條立法精神，實值懷疑，參：詹森林發言、陳洸岳等，「中斷交涉」與締約上過失責任的序論研究—民法研究會第十四次學術會議，法學叢刊第 44 卷第 4 期，1999 年，頁 108。

⁸⁹ 比較法上對此問題之規範：

德國締約過失立法，採取抽象、一般式立法，且無「契約未成立」之要件，參德國民法第 311 條第 2 項：「第 241 條第 2 項之義務亦因下列情況產生：（1）契約磋商開始；（2）契約準備時，一方對於可能將存在之契約關係，給予他方對其權利法益和其他利益影響之可能性，或將之託付他方；（3）類似交易上接觸。」，亦即於先契約階段有第 241 條第 2 項之適用，倘若違反之，則依第 280 條請求損害賠償。參：向明恩，對我國民法第 245 條之 1 之反省與檢討，臺北大學法學論叢第 79 期，2011 年 9 月，頁 159-160。

於經營者未履行 DCFR 第二卷第三章第一節告知義務，惟嗣後仍訂立契約，則依債務不履行規定處理，參 DCFR II.-3:109 (2): If a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Section and a contract has been concluded, the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Book III, Chapter 3 apply to non-performance of these obligations.

⁹⁰ 參本文第三章第四節、第四章第七節、第五章第三節。

通常寓有協力之意而與協力義務有所重疊，但由於系爭文件資訊恆由其中一方當事人掌握，而資訊常以文件作為載體，故提供文件除協力作用外，仍能有資訊提供作用，因此種功能重疊之情形，本文將文件提供置於資訊提供義務下，而將協力履行義務之範圍相對限縮排除文件提供，以此為協力義務與資訊義務之分界，併此敘明。並觀其性質，又可見於下述三種情形。

(1) 行政登記或許可之申請

當事人契約標的內容涉及民事權利義務關係之得喪變更者，經常可見當事人為昭慎重，或為藉由公示登記機制取得對世效力，又或該種類民事權利義務之變動有其公益性格屬於行政管制範疇，故該權利義務得喪變更須以一定之行政登記或許可程序作為前提者，此種情形下，提出行政登記或許可之必要文件完成行政程序，對於契約目的達成，至為關鍵，故應肯認此提出文件之附隨義務。

此類案件在實務上有如：當事人係為開發、營業等而訂立契約以合法使用他方當事人之土地、房屋等，他方當事人應配合提出合法開發、營業應具備文件供使用者申辦，方可達到契約目的。

(2) 來源或性質價值之證明

其次，倘交易標的須透過證明文件證實其來源、成分等，方足以顯出交易標的性質或價值，而該證明文件通常由一方當事人持有，既已約定移轉系爭標的物所有權或為行銷所需，則證明文件亦有提出之必要，始得達到交易履行後預期之最佳利益，故應肯認是項文件提出義務。

(3) 協助契約其他義務履行

此外，交易過程中，基於安全維護考量、須計算價金或成本等，而相關文件由一方當事人持有，為促進契約順利進行，該方亦有提出

系爭文件之義務。⁹¹例如：採買、訂製設備時，尚須考量整體廠房或其他配置，方可達到該設備之最佳效用或確保使用安全等，則買受人或定作人提出其廠房配置圖等，或出賣人或承攬人提供設備所需環境之設計圖於他方當事人參考，因系爭配置或設計圖等均可能僅由一方當事人持有，故其負有提供文件之義務。⁹²

2. 說明告知

由於資訊對締約當事人意思決定具有影響力，締約前（即契約磋商）階段，正確資訊獲知將使當事人作成合於其意思之決定，因此，當事人對於重要交易事項負有向相對人說明之義務，如：買賣房屋時，房屋屋況將影響買受人是否締約、願意支付多少價金購買；履約階段甚至履約後，為使契約當事人順利履行其義務以達契約目的或保護其財產、身體安全等利益，握有資訊一方當事人則應提供資訊予他方，如：出賣人告知買受人如何操作機器設備，以達買受人使用機器設備以製造產品之目的，或告知操作機器設備應注意事項，避免操作不當而造成事故。

惟雖得以彌補資訊落差（或不足）及雙方信賴基礎為說明義務之

⁹¹ 臺灣高等法院民事判決 98 年度上字第 953 號：「基於安全維護之考量，上訴人就結構安全部分予以審慎評估，並請上訴人提供結構安全計算書以為審核，此雖未明文規定於系爭契約條款中，亦應可視為契約附隨義務之一種。」，臺灣高等法院民事判決 98 年度重上更（一）字第 131 號：「契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益。經查，系爭備忘錄既載明系爭房地之價金，係以股東成本價格為計算。而系爭建物係由正○公司轉投資之恆○公司所興建，則正○公司或恆○公司對於股東成本價格之詳細資料，自較上訴人為清楚，此與上訴人為建築業者無涉，應可確定。以故，為使上訴人與正○公司就股東成本價格達成意思合致，以促進系爭備忘錄之履行，正○公司自負有先提出股東成本價格計算依據之附隨義務。蓋系爭備忘錄係以股東成本價格為計算系爭房地價金之基準，正○公司尚未提出股東成本價格計算之精確資料，要難認其業已履行系爭備忘錄之附隨義務。」

⁹² 前述各提出文件義務，可能屬從給付義務，如最高法院民事判決 98 年度台上字第 2436 號：「況契約成立生效後，債務人除負有主給付義務外，為準備、確定、支持及完全履行其本身之主給付義務，尚負有從給付義務（又稱獨立之附隨義務），以確保債權人之利益能獲得完全之滿足，俾當事人締結契約之目的得以實現。系爭合約內縱未明定被上訴人負有提供軟硬體規格書予上訴人之義務，惟基於誠信原則及補充的契約解釋（契約漏洞之填補），被上訴人是否不負有提供該項義務，尤非無斟酌之餘地。」

本文於後續案例中，倘遇法院裁判中從給付義務、附隨義務混用者，或有提出說明必要者，則於個案分析中提出。

立論基礎，然說明義務並非漫無限制⁹³，有學者⁹⁴表示告知義務之範圍，應斟酌交易習慣、誠信原則，就個案具體情事為判斷，亦有學者⁹⁵提出以資訊需求性、資訊可能性與職務範圍期待性⁹⁶為說明義務於內容與範圍上畫出一道合理界線，此將作為本文後續分析之參酌因素。

上開附隨義務，經常具有協力、保護之作用，惟係透過資訊提供以達協力、保護之功能，故將說明告知列入資訊提供義務中，而將下列協力履行及保護義務排除說明告知義務；又此類附隨義務除可透過書面文件，亦可透過口頭說明告知⁹⁷，與上開提出文件類型僅能以文件提供（如：使用執照等）履行義務有別，故在此將二者分別提出說明。

二、協力履行義務⁹⁸

（一）概說

⁹³ 如 DCFR II.-3:101 評註中提及此規範並非要求所有資訊之揭露，而是與品質及性能相關（如低於一般正常品質及性能之產品）和他方當事人合理期待之資訊（如出賣人明知該產品不能用於買受人買該產品之特定目的則應告知）。並且於 DCFR II.-3:101 中亦可看出經營者與一般消費者、經營者與經營者間締約之資訊揭露程度有別。See, Christian von Bar and Eric Clive, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR) Full Edition, Volume1, 2009, p.200-202.

⁹⁴ 陳自強，契約之成立與生效，2002年3月一版，頁267-268。

⁹⁵ 向明恩，前契約說明義務之形塑與界線—評基隆地方法院九十二年度訴字第三四二號民事判決，月旦法學雜誌第190期，2011年3月，頁186。詳細說明，請參該文。

⁹⁶ 所謂資訊需求性，指資訊是否具有重要性，若是，則有提供資訊之必要；所謂資訊可能性，指認識資訊與現實轉達資訊之可能性，依個案提供資訊之可能性劃定說明義務之範圍；所謂職務範圍，係指負擔說明義務人面對相對人，所扮演角色為何，若為特殊職務或角色、具有專業者，則使他方產生期待、信賴。參：向明恩，前契約說明義務之形塑與界線—評基隆地方法院九十二年度訴字第三四二號民事判決，月旦法學雜誌第190期，2011年3月，頁181-182。

此外，亦依交易成本等觀點，自「資訊需求」、「資訊期待可能性」討論資訊義務之成立，參：楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國98年1月，頁355-363。

⁹⁷ 最重要係「資訊」清晰明確且簡單易懂，除另有規定或約定以特定方式提供，否則形式不拘。Also see, DCFR II.-3:106: (2) The information must be clear and precise, and expressed in plain and intelligible language.(3) Where rules for specific contracts require information to be provided on a durable medium or in another particular form it must be provided in that way.

⁹⁸ 「在解釋或評價契約關係時，尤應注意誠信原則的適用。權利人與義務人雖站在相對的立場，實質上構成一個協同體，在雙務契約更為顯然，當事人應依誠信原則達成各自希望達成的目的。」即可作為協力履行義務之依據。施啟揚，民法總則，民國96年6月七版一刷，頁440。

本文第二種附隨義務類型為協力履行義務，此與學說所謂協力義務（Mitwirkungspflicht）之內涵部分重疊，係指為求契約順利履行、當事人利益滿足，契約當事人（債權人及債務人）負有合作完成履行契約之要件、排除障礙之義務，以達契約之目的。⁹⁹至於學說所謂協力義務包含以資訊提供作為義務內容之型態，此部分之義務內容可具有大於協力作用之內涵（例如：確保意思自主），此種情形，本文將之列於資訊提供義務之中。

詳言之，契約訂立生效後，雖契約之任一方當事人可能依法、依約負有義務須履行，惟此一義務之履行有時尚須他方協力完成（非以資訊提供作為內容之）行為或不行為，方得以履行契約義務，基於誠信原則而有承認必要，如：租約終了後，承租人喪失合法使用租賃物之合法權源，惟承租人卻負有將租賃物回復原狀之義務，故出租人應予承租人得以進入租賃物，承租人方有完成回復原狀工作之可能。至於是否肯認系爭協力履行義務及應協力至何種程度始認以善盡其義務，則須個案利益衡量。¹⁰⁰

（二）特殊問題：承攬契約中，債權人之協力究為協力義務（真正義務）或協力行為（不真正義務）？¹⁰¹

⁹⁹ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁159；詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國79年1月，頁110。

藉由協力義務，使契約目的具有實現可能性，債權人協力使債務人之履行提供具有可能性。Vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6 Auflage, 2005, S.345, Rn38-39.

¹⁰⁰ 參本文第三章第二節第二項「出租人協力承租人回復原狀義務？【案例：回復租賃物案，最高法院民事判決100年度台上字第1726號、最高法院民事判決98年度台上字第1401號】」。

¹⁰¹ 本文以「協力義務」與「協力行為」二詞區分系爭協力為真正義務或不真正義務，避免用詞混淆；惟所引用資料以原文呈現者，則維持其原來用語，合先敘明。

本文用語擇定，參：「此協力，非債權人之義務，而為債權人之行為。」史尚寬，債法各論，民國70年7月，頁332。亦有實務見解以此用語，如臺灣高等法院民事判決98年度建上字第48號：「按民法第507條規定：『工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之。定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害。』，次按民法第235條及第507第1項規定，債務人之給付兼需債權人之行為，或承攬人之工作需定作人之行為始能完成而不為其行為之『協力行為』，原則上僅係對己義務或不真正義務，並非具有債務人或定作人給付義務之性質。於此情形，債權人或定作人祇係權利之不行使而受領遲延，除有民法第240條之適用，債務人或承攬人得請求賠償提出及保管給付物之必要費用，或承攬人具有完成工作之利益，並經當事人另以契約特別約定，使定作人負擔應為特定行為之法律上義務外，殊不負任何之賠償責任（最高法院97年度臺上字

債務人除履行契約所約定之義務，於契約履行過程中，債務人為履行給付義務、輔助達成契約目的以實現給付利益或保護當事人人身或財產上利益等，尚負有其他義務亦即附隨義務。復因契約種類不同和複雜性、履約過程發展變動等，對於契約目的之達成與給付利益之實現，就特定債務之履行，有時尚須債權人協助始得順利完成，惟一般認為債權人僅有權利而無義務，債權人此一協助之性質為何，尚有爭議¹⁰²，尤以承攬契約之定作人協力為甚。

關於承攬契約中定作人協力一事，民法第 507 條規定：「(第 1 項) 工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之。(第 2 項) 定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害。」其性質為何，向有爭議，臚列如下。

1. 真正義務¹⁰³

所謂真正義務，係指給付義務及附隨義務而言，違反則構成債務不履行責任。是故，此說認為倘工作須定作人協助始能完成，則此協力為定作人之義務。

2. 不真正義務¹⁰⁴

第 360 號判決意旨參照)。查兩造所簽訂之系爭契約為承攬契約，上訴人為承攬人，其主給付義務為完成一定之工作，而被上訴人即定作人之主給付義務為給付承攬報酬，依系爭契約第 9 條『施工管理』之(二十二)約定：『契約使用之土地由甲方於開工前提供，地界由甲方指定，該土地之使用如有任何糾紛，由甲方負責，其地上(下)物之清除，除另有規定外，由甲方負責處理。』，被上訴人需提供適於施作系爭工程之土地，負責清除地上(下)物，**為定作人即被上訴人之協力行為，而非協力義務。**」

¹⁰² 詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 79 年 1 月，頁 120。關於債權人附隨義務，可參該文，頁 120 至頁 156。

¹⁰³ 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論(中)，2002 年 10 月初版第 1 刷，頁 112-114；劉志鵬，定作人之協力行為，載：古嘉諱、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析(二)，2008 年 1 月初版第 2 刷，頁 5。

¹⁰⁴ 史尚寬，債法各論，民國 70 年 7 月，頁 332-333；楊與齡，論承攬契約定作人之義務，法學叢刊，第 22 卷第 1 期，1977 年 3 月，頁 7。

雖謂其採取不真正義務說，然按契約內容則可能負有義務，如：史著，頁 332 提及「定作人未為協力之不作為，不構成給付遲延，然如依契約之內容，就其必要之協力，對於承攬人為債務人而負有義務者，自當別論。」

所謂不真正義務，為強度較弱之義務，相對人通常不得請求履行，而其違反並不發生損害賠償責任，僅使負擔此義務者遭受權利減損或喪失的不利益而已。¹⁰⁵此說認為就工作完成而言，定作人為債權人，其協力並非其義務。

3. 特別規定¹⁰⁶

義務違反以過失為要件，而民法第 507 條不以過失為必要，但又允許承攬人得解除契約，此規定非單純之受領遲延，而為特別規定。

4. 折衷說

(1) 原則：不真正義務；例外：約定之協力義務為附隨義務（真正義務）^{107、108}

此說認為原則上屬不真正義務；而經當事人合意約定之行為屬契約履行之一部分，當成為契約義務之一環，故為真正義務，此外，如定作人之協力義務係工程進行之法定必要程序，則依誠信原則，當可解釋承攬人信賴定作人會完成該協力行為，亦構成其附隨義務。^{109、110}

(2) 經違反不會影響契約目的達成：不真正義務；經違反會影

¹⁰⁵ 王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2004 年 10 月版，頁 98。王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 51。

¹⁰⁶ 鄭玉波，民法債編各論（上），民國 84 年 4 月十六版，頁 387。

¹⁰⁷ 楊芳賢，承攬，載：黃立主編，民法債編各論（上），2006 年 2 月初版第 4 刷，頁 655；姚志明，營建工程承攬契約定作人協力義務之性質—評最高法院九十九年台上字第一〇九六號民事判決，月旦裁判時報，第 6 期，2010 年 12 月，頁 48。

¹⁰⁸ 實務見解，可參最高法院民事判決 100 年度台上字第 592 號：「又民法第五百零七條固規定，工作需定作人之行為始能完成，定作人不為協力時，承攬人得定相當期限，催告定作為之，但除契約特別約定定作人之行為係定作人對於承攬人所負之給付義務外，僅生承攬人能否依該條規定行使權利之問題，尚不構成定作人之給付遲延。」

¹⁰⁹ 姚志明，營建工程承攬契約定作人協力義務之性質—評最高法院九十九年台上字第一〇九六號民事判決，月旦裁判時報，第 6 期，2010 年 12 月，頁 48。

¹¹⁰ 「債權人契約上之附隨義務，主要係針對債務人履行債務之目的，所提供的必要協力。此類協力行為一般雖屬不具法義務性質之不真正義務，然在法律另有規定、當事人約定或依誠實信用原則解釋等情形，亦可能成為債權人之附隨義務。」詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 79 年 1 月，頁 132。

響契約目的達成：真正義務¹¹¹

定作人不為協力將不會影響契約目的達成為不真正義務，而適用民法 507 條，定作人不為協力將會影響契約目的達成則為真正義務，應適用債務不履行規定。

(3) 原則：不真正義務；例外：經違反造成承攬人積極損害，則為真正義務¹¹²

在具體案件或特定契約類型，若債權人受領對債務人有特別利益，即債權人不受領不僅產生消極不利益，另將產生積極損害，依照誠信原則，例外肯認受領具有義務性質。基此，定作人不為協力，則承攬人無法依約完成工作，承攬人不僅無法請求報酬，尚等待定作人之協力以完成工作（給付義務），其法律地位不安定，且成本亦隨之提高，故定作人不為協力，對承攬人不僅產生消極不利益，亦造成承攬人積極損害，依照誠信原則，定作人應負有協力義務，該協力義務違反，債務人具有對債權人積極之制裁權。

5. 小結

債權人之協力不分其具體內涵即認其為真正義務或不真正義務，稍嫌速斷。又採不真正義務說者亦有考量契約內容、折衷說等說法援引誠信原則以調節定作人、承攬人之權利義務，本文以此為基礎將債權人協力分為「單純受領行為」、「積極給付行為」二者：前者，為債務人完成其給付行為，惟尚須債權人受領，然而債權人不受領對債務人並無影響，故其性質屬於不真正義務；後者，為債務人欲完成其給付或為達成締約目的等，須債權人積極給付行為協助，債權人不為之則影響債務人利益、阻礙締約目的達成等，此依照誠信原則應肯認此給付行為係其附隨義務。

¹¹¹ 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學雜誌，第 129 期，2006 年 2 月，頁 29-31。

¹¹² 林孜俞，工程契約業主不為協力行為之效力，月旦法學雜誌，第 129 期，2006 年 2 月，頁 59。

三、保護照顧義務

學說上所謂保護義務，於德文文獻上有 Schutzpflicht、Fürsorgepflicht、Obhutspflicht 等字彙¹¹³，其意指契約一方當事人負有顧及他方財產、身體法益不受侵害之義務。¹¹⁴

由於契約關係之特殊結合，使契約一方當事人有機會進入他方之生活領域，而產生加害他方固有身體及財產法益之可能，故除了應保護給付利益外，亦應保護與給付無關之法益。¹¹⁵惟由於契約發展過程中，自可透過上開資訊提供、協力履行義務以保護當事人之給付利益及其財產、身體等，如前於資訊提供義務中之例：出賣人告知買受人如何操作機器設備、操作機器設備應注意事項等，避免操作不當而造成事故，以保護當事人之身體法益，故本文此類保護義務將排除上開所涵蓋之義務而採取較狹義之範圍，僅指不涉及資訊提供或協力作用之保護行為，如：應妥善包裝易碎品，以盡對給付標的之保護；醫生手術時避免將手術刀遺留於病人體內¹¹⁶。同時，也可包含不作為之型態，如：競業禁止（Wettbewerbsverbotpflicht）以及保持秘密（Geheimhaltungspflicht），以保護他人之營業秘密等。而保護義務雖具延展性，惟非所有法益皆無條件受保護，保護義務範圍可考量債之關係的類型、目的、經過時間，當事人間具體利害關係、雙方信賴濃淡、保護必要性等。¹¹⁷

四、小結

本文之後章節中各契約之附隨義務將依上開三類義務區分，參下

¹¹³ Vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6 Auflage, 2005, S.339, Rn24.

系爭字彙亦受我國著作引介，如：姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁77；楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國98年1月，頁147-148。

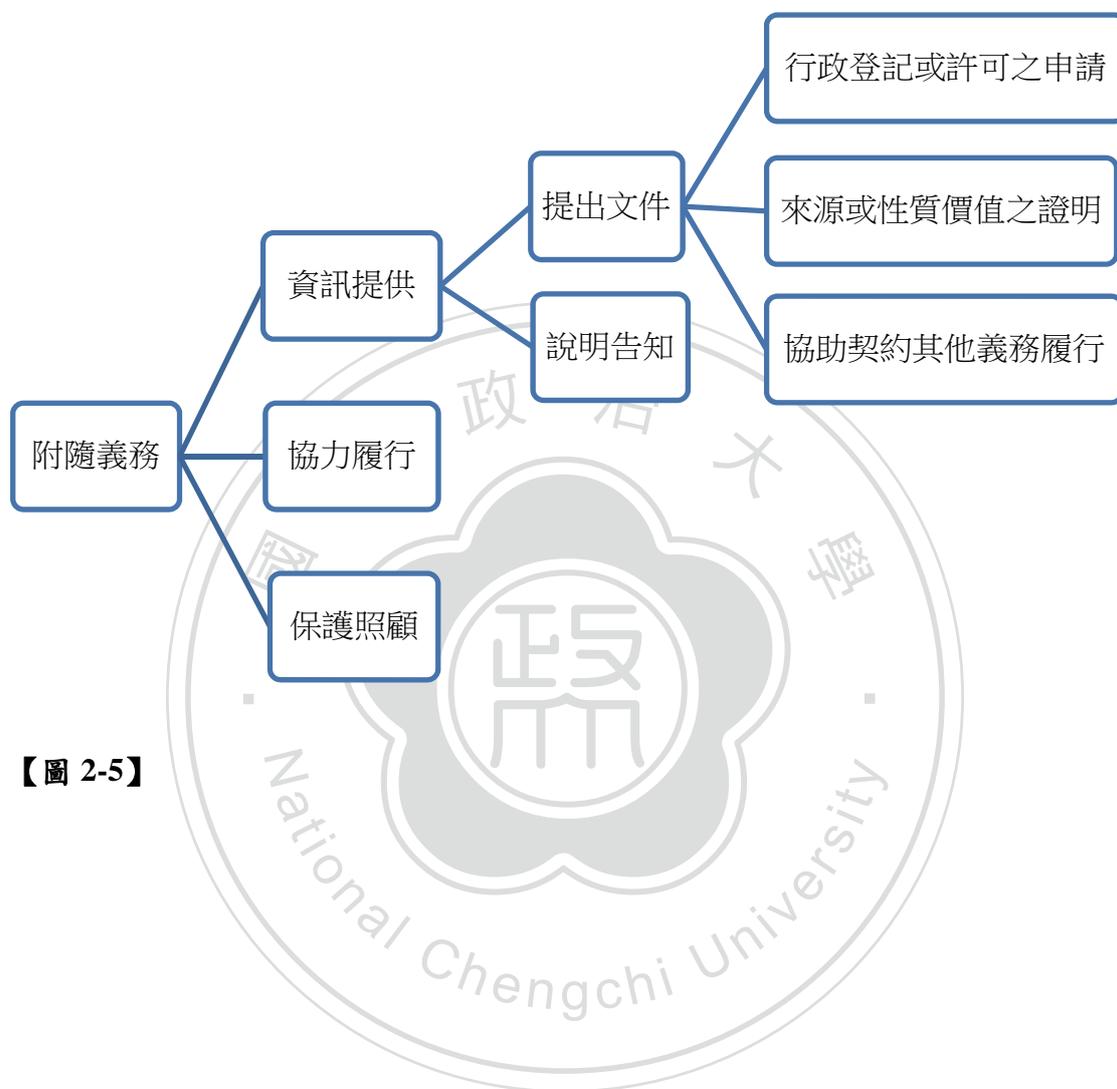
¹¹⁴ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁77；楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國98年1月，頁147-148。

¹¹⁵ 詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國79年1月，頁113、135。

¹¹⁶ 王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2004年10月版，頁95。

¹¹⁷ 陳自強，契約之內容與消滅，2004年1月一版，頁98。應注意者為本文保護義務指涉範圍較陳著狹小，惟其提出之因素應於各類型附隨義務認定皆可適用。

圖【圖 2-5】整理，又系爭義務應履行至何種程度，方不致認定為違反附隨義務，則於後續實務見解分析具體個案判斷。



【圖 2-5】

第四節 違反附隨義務之法律效果

第一項 先契約（訂立契約前）附隨義務之違反

壹、締約過失責任

對於先契約義務之違反，民法第 245 條之 1 規定：「（第 1 項）契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。（第 2 項）前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」，倘符合我國民法第 245 條之 1 規定，則可依之主張損害賠償責任。惟就此一條文之研究，並非本文研究範圍，前已敘明。

貳、不完全給付

惟誠如本章前述，本文搜尋所得判決多為契約成立生效後之案例，縱系爭契約於契約成立生效前違反上開條文所規範之義務，由於條文文義規範範圍太過嚴格，該條文之適用在實務上幾稀¹¹⁸，實務多以債務不履行（不完全給付）處理，似有將原屬於締約過失之義務違反案例流入不完全給付處理之情形¹¹⁹，就此種類型之附隨義務違反，則在

¹¹⁸ 就此適用問題，學者意見可參註 88。而實務上適用情形，經學者觀察，大多數判決從民法 245 條 1 文義解釋，即僅限於契約未成立者，參：向明恩，對我國民法第 245 條之 1 之反省與檢討，臺北大學法學論叢第 79 期，2011 年 9 月，頁 167。另本文以「民法第二百四十五條之一」為關鍵字查詢我國最高法院裁判，搜尋範圍為民國 96 年 1 月 1 日至 100 年 12 月 31 日，不分當事人主張或歷審法院見解，共有 15 筆。

¹¹⁹ 臺灣高等法院民事判決 98 年度重勞上字第 18 號：「按締約過失責任係指締結契約前的準備階段，當事人互相從事接觸、磋商，或於締結契約之際，因一方未盡相當的注意，為必要的作為或不作為，他方信賴可順利締結契約之目的不能達成，或發生未曾預期的損害，其未盡相當注意之一方應負之責任而言。於契約有效成立時，因我國民法第 227 條已明文規定不完全給付之債務不履行，則債務人有未盡附隨義務者，債權人即得據此行使權利，是契約成立時，即無庸另設締約過失責任規範之必要（參照孫森焱著，新版民法債編總論，下冊第 682-684 頁，90 年 3 月修訂版）。」

對此議題，有學說認為於締約前違反義務並不成立不完全給付，應係締約上過失，參：楊芳賢，圖標之法律效果－簡評最高法院九十三年度台上字第一一八五號判決，月旦法學雜誌第 127 期，

本文研究範圍之內；蓋此時之先契約義務，依據學說見解已為契約義務所吸收，故此一義務之違反論以不完全給付已足¹²⁰。

第二項 履約階段（契約成立生效後至消滅前）附隨義務之違反

壹、責任依據

按民法第 227 條規定：「（第 1 項）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 2 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。」，雖我國民法尚無違反附隨義務之明文規定，惟我國學說和實務認為違反附隨義務可能構成不完全給付，故以不完全給付為附隨義務違反法律責任之依據，乃屬當然。

貳、責任效果

一、損害賠償

如本章前述，立法理由、學說見解及實務見解均認為不完全給付之型態包含違反附隨義務，且學說與實務見解表示違反附隨義務，債權人得請求損害賠償。

二、解除契約？

（一）否定見解

傳統學說見解向來認為，違反附隨義務原則上不得解除契約¹²¹。

過往實務見解亦有表示附隨義務違反不得與主給付義務違反予

2005 年 12 月，頁 217-223。

¹²⁰ 陳泮岳等，「中斷交涉」與締約上過失責任的序論研究－民法研究會第十四次學術會議，法學叢刊第 44 卷第 4 期，1999 年，頁 118。

¹²¹ 王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版，頁 43。

以相同之評價，故認為權利人並無解除契約之權利，如：

1. 最高法院民事判決 86 年度台上字第 440 號

「原審依審理之結果，以：……惟上訴人與被上訴人嘉○公司所訂定者為房屋買賣契約，嘉○公司之契約義務為將上訴人所買受之房屋交付上訴人使用，並使上訴人取得所有權，上訴人則有支付價金之義務，此為買賣雙方之契約主給付義務，並互為對價關係。至於房屋買賣契約第三條約定：『本約工程預定於八十三年十二月底前開工……』等語，其中關於開工日期之約定僅為實現使買受人取得房屋所有權並受領房屋之契約附隨義務而已，與契約之主給付義務在性質上並不相同，縱有違反，亦不得構成對方解除契約之理由。且依兩造合約約定，價金係按工程進度支付，嘉○公司果未依約開工，上訴人自得拒絕交付開工時及其後應支付之部分價金，尚不得與主給付義務之違反予以相同之評價，而認上訴人有解除契約之權利。……爰將第一審所為上訴人勝訴之判決廢棄，改判駁回上訴人在第一審之訴，經核於法並無違背。」¹²²

2. 最高法院民事裁定 91 年度台上字第 438 號

「本件上訴人對第二審判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使所論斷：兩造所立買賣契約已明定『餘款付款方式』及『付款期間』之意思，要無另行曲解該約款，關於價金約定屬於『具有交易上重要性』之必要。且觀之兩造所立買賣契約內容，其中新台幣（下同）七千萬元價金部分，係由上訴人承接被上訴人之貸款為付款方式，此一條款尚非可得出被上訴人有使上訴人承接貸款之附隨義務；且縱認係

¹²² 惟最高法院民事判決 86 年度台上字第 440 號於判決末段又表示：「本件上訴人既係主張因被上訴人嘉○公司違約未遵期開工，其已向被上訴人表示解除契約，並依契約解除回復原狀之法律關係為請求，則被上訴人是否能依約定期限於八十六年十二月底完工，已非本件訴訟之爭點，原審就此部分贅述之理由，並不影響判決之結果。上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，暨前開贅述之理由，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。」，其意為何，並不明確。

該契約之附隨義務，如承接不成，上開買賣契約仍屬有效。縱有違反，亦不得與主給付義務之違反予以相同之評價，而認上訴人有解除契約之權利；且該附隨義務之違反，亦非主給付義務有給付不能之事由。從而，上訴人本於民法第二百二十六條第一項、第二百五十六條、第二百五十九條第二款解除契約回復原狀之法律關係，及民法第二百六十六條第二項不當得利之規定，請求被上訴人返還四百萬元本息，於法無據，不應准許等情，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，而非具體表明合於不適用法規、適用法規不當、或民事訴訟法第四百六十九條所列各款之情形，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首揭說明，應認其上訴為不合法。」

3. 臺灣高等法院民事判決 93 年度上字第 584 號

「主給付義務與附隨義務之區別在於主給付義務係自始、確定，並決定債之關係類型，且構成雙務契約之對待給付，如主給付義務不履行得解除契約，然附隨義務係隨著債之關係之發展，於個別的情況要求當事人之一方有所作為或不作為，以維護相對人之利益，於任何債之關係，均可發生，不受特定債之關係類型之限制，附隨義務之不履行，不得作為解除契約之理由，但如受有損害，得依不完全給付之規定，向對方請求損害賠償。」

(二) 肯定見解—限於影響契約目的之達成

有部分學說參考德國法制認為，認為一方當事人違反附隨義務導致他方當事人無期待可能性而使契約有效維持下去時，則可構成解除契約之理由，惟我國無明文規定，故只得類推適用民法第 227 條第 1 項及第 256 條解除契約。¹²³

有實務見解指出對於債權人得否解除契約，應視系爭義務之不履

¹²³ 其參考德國修正後民法第 324 條：「債務人違反第二百四十一條第二項規定之義務，如債權人繼續遵守契約已屬不可合理期待時，債權人得解除契約。」姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 88-89。

行是否影響債權人訂約目的而定，此一見解亦為部分學說¹²⁴所肯定。相關實務見解簡介如下。

1. 早期實務見解

過往實務上肯認得解除契約之見解，如最高法院民事判決 91 年度台上字第 2380 號：「查附隨義務雖非債之關係所固有及必備之基本義務，惟其如係為達一定附從目的而擔保債之效果完全實現所為之約定，倘債務人不為履行，致影響債權人契約利益及目的之完成，債權人非不得依民法關於債務不履行之規定解除契約。」¹²⁵，其表示「系爭附隨義務為達一定附從目的而擔保債之效果完全實現所為之『約定』」（該案事實確實有「提供銀行保證書」之約定¹²⁶），而「債務人不履行」，「致影響債權人契約利益及目的之完成」時，債權人得解除契約。然而，若該附隨義務未經約定，是否不得解除契約，即不得而知。

2. 近期實務見解

近來實務見解更為明確、更突破性地表態，附隨義務之違反影響契約目的之達成即得解除契約，非以所違反者究為主從給付義務或附隨義務而有不同，如：

(1) 臺灣高等法院民事判決 97 年度上字第 961 號

此高等法院判決以附隨義務違反未妨礙契約目的之達成，而否認

¹²⁴ 詹森林，出賣人附隨義務之實務發展－最高法院裁判之研究，法令月刊，第 61 卷第 3 期，2010 年 3 月，頁 46。

¹²⁵ 此判決受下級審法院多次引用，如臺灣高等法院民事判決 100 年度消上易字第 6 號、臺灣高等法院民事判決 100 年度重上字第 109 號（合建契約中約定地主交付拋棄書正本之義務，地主未為履行時，影響合建契約利益及目的完成，建設公司得解除契約）。

¹²⁶ 最高法院民事判決 91 年度台上字第 2380 號：「原審認定上訴人與盛○公司所簽訂之工程合約書，約定盛○公司應提供銀行保證書，係為擔保施工義務之實現、履行施工義務所發生之損害賠償責任，及保障上訴人所預付三千六百萬元工程款，果爾，盛○公司違反此項約定，是否不影響上訴人契約利益及目的之完成，尚非無疑。原審就此未詳加審酌，徒以該約定屬附隨義務，而上訴人與盛○公司間並無違反此義務得解除契約之約定，即認上訴人不得解除上開工程合約，進而為其不利之判決，不無可議。」

債權人終止契約之主張，即「查上訴人主張被上訴人必須於每月 1 日前將前月份之配車表、出車記錄主動提供予上訴人，俾使上訴人正確掌握出車數量，提供其客戶作為刊登廣告之數量依據等語。然兩造於系爭合約中並未約定被上訴人需提供指○客運公司之配車表及出車紀錄等，且觀之系爭合約所附被上訴人向指○客運公司取得車廂外側使用收益權利之契約，亦未見指○客運公司有提供被上訴人配車表及出車紀錄之約定，足認被上訴人提供指○客運公司之配車表及出車紀錄並非系爭合約中被上訴人之給付義務，充其量僅屬資訊提供之附隨義務。然附隨義務原則上非屬對待給付，不能發生同時履行之抗辯，且附隨義務之不履行，除妨害契約目的達成外，債權人原則上不得解除契約，但得就其所受之損害，依不完全給付規定，請求損害賠償。本件兩造係僅就車輛數為約定，並未擔保一定之出車率，已如前述，則被上訴人如已依約提供如契約約定之車輛數予上訴人刊登車廂外廣告，雖未提供指○客運公司配車表及出車記錄與上訴人，尚難認有礙於系爭契約目的之達成。依前揭說明，上訴人執此主張為終止系爭合約之意思表示，於法尚有未合。」

(2) 最高法院民事判決 100 年度台上字第 2 號

「又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。」¹²⁷

(3) 最高法院民事判決 101 年度台上字第 246 號

「……至契約義務之違反，債權人得否主張解除契約，應視系爭

¹²⁷ 此案例可參本文第三章第二節第二項【案例：協力取得建照案】。

且此一判決已受下級審法院引用，如臺灣高等法院民事判決 100 年度消上易字第 6 號。

義務之不履行，是否導致債權人失其訂約目的而定，非以所違反者究為主從給付義務或附隨義務而有不同。」¹²⁸

三、小結

就履約階段違反附隨義務之法律責任而言，損害賠償較無爭議，至於解除契約，當事人於一契約中所負義務甚多，倘不分義務性質及重要性，債務人任何義務違反，債權人均得解除契約，則對於社會經濟、契約效能有莫大影響¹²⁹，故似應區分情形定之。

就此，本文亦贊同新近實務見解認為，義務違反是否導致得解除契約，應視系爭義務內涵而定。然而，倘附隨義務之違反足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其締約之利益，則與違反主給付義務對債權人所造成之結果並無二異，當事人恐亦無意維持契約，於此情形，系爭義務於契約中具有重要性，並非恣意解除契約，無上述憂慮而造成過大衝擊，應肯認得解除契約，即採取上開第二說「肯定見解—限於影響契約目的之達成」。

雖前開實務見解未明確指出解除契約之依據，惟附隨義務違反之法律效果為不完全給付（即民法第 227 條），該條第 1 項規定：「債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利」，因此，對履行利益¹³⁰侵害得據此解除契約；至於確切規定，則應視附隨義務違反之態樣，分別適用給付不能與給付遲延之規定。

第三項 後契約（契約消滅後）附隨義務之違反

¹²⁸ 最高法院民事判決 101 年度台上字第 246 號並指出下級審認為不得解除契約有誤，即「經查原判決認系爭建築之公共休閒設施，縱有上訴人所主張之欠缺廣告內容所稱溫泉自來水可供飲用並具療效等效能，因該公共設施非買賣契約之標的物，僅屬契約之附隨義務，對上訴人取得系爭不動產所有權之目的，並無影響，因此不得以此為由主張解除契約等語，依上開說明，即有未洽。」

¹²⁹ 黃世芳，論附隨義務之不履行與契約之解除，震瀛法訊第 10 期，2002 年 9 月，頁 89。

該文認為「區分給付義務為主給付義務及附隨義務，有其必要性，且附隨義務之違反不得與主給付義務之違反予以相同之評價，而認債權人得解除契約。」，此與本文結論不同。

¹³⁰ 民法第 227 條第 2 項立法理由指出：「……爰增訂第二項，明定被害人就履行利益以外之損害，得依不完全給付之理論請求損害賠償」，故可知第 227 條第 1 項係保護履行利益，而第 2 項保護固有利益。

而前開所爭執得否解除契約之案例，正係涉及履行利益之侵害，故可尋得解約之依據。

契約關係消滅後，當事人間仍負有某種作為或不作為之義務，稱之為後契約義務（nachvertragliche Pflicht）或後效力之契約義務，學說認為，違反此等後契約附隨義務者，應依債務不履行規定，負損害賠償責任¹³¹、¹³²，實務亦承認之，如本文第三章第二節第二項中之「出租人協力承租人回復原狀義務？【案例：回復租賃物案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1726 號、最高法院民事判決 98 年度台上字第 1401 號】」、第四章第六節第一項中之「案例：廠商「告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像」及「阻止通路商使用原代言人肖像」之義務？【案例：飲品代言案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1017 號】」。



¹³¹ 王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2004 年 10 月版，頁 97；詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 79 年 1 月，頁 169-170。

¹³² 惟債務不履行（契約責任）相關規定係以契約有效成立存續作為其前提，惟契約消滅之後雖有承認後契約義務之必要，卻似不宜「直接適用」債務不履行之規定，而應屬「類推適用」。



第三章 財貨交換契約中之附隨義務

本章涉及財貨交換契約，即指契約一方當事人以財產權、物之使用收益（此亦具有財產價值）作為交換客體，又可分為：終局移轉財產權為內容之契約，如買賣契約，及一定時間用益他人之物之契約，如租賃契約、使用借貸契約。¹³³

而買賣契約，規定於民法第 345 條第 1 項：「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。」；租賃契約，規定於民法第 421 條第 1 項：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」；使用借貸契約，規定於民法第 464 條：「稱使用借貸者，謂當事人一方以物交付他方，而約定他方於無償使用後返還其物之契約。」，本章將於第一節至第三節分別介紹買賣契約、租賃契約及使用借貸契約之附隨義務，另若遇非典型契約之契約定性有所爭議，則視個案特性在各案例中加以說明。

¹³³ 參：陳自強，契約之內容與消滅，2004 年 1 月一版，頁 143-145。

第一節 買賣契約

第一項 資訊提供義務

第一款 提出文件

壹、出賣人提供標的物證明之義務？【案例：真品證明書案，最高法院民事判決 97 年度台上字第 1994 號】

一、事實與爭點

原告主張：其向被告以高於行情甚鉅之價格購買多項藝品，因被告不給付各該項藝品之真品證明書，原告提起訴訟且經判決確定：被告應給付原告依該判決附表所示藝品之真品證明書。被告依上述確定判決給付原告部分藝品之真品證明書，然有 7 件藝品之真品證明書中，有關作者中英文姓名、國籍與西元出生起迄年代等內容記載成「佚名」；另有 2 件藝品之真品證明書加註記載「翻銅」，故原告拒收上開藝品之真品證明書，並請求被告給付真品證明書，倘不給付則依民法第 227 條請求解除契約或損害賠償。

本件歷審裁判所討論者為被告（出賣人）有無已盡其「提供真品證明書」之義務？

二、法院見解¹³⁴

（一）藝術品出賣人有無交付真品證明書之義務？

本件歷審判決均肯認藝術品出賣人有交付真品證明書之義務，地院判決表示：「藝品之『真品證明書』之目的係在擔保所出售之藝術品即為出賣人所稱作品之原件，是以上有關藝術品之標示，需可達特定該藝術品之目的。本件兩造間系爭藝品買賣之標的為真品原件，

¹³⁴ 本件經臺灣台北地方法院 95 年訴字 11510 號、臺灣高等法院 96 年上字 521 號、最高法院 97 年度台上字第 1994 號民事判決審理。

依債之本旨及兩造約定之品質，被告即有擔保畫作確為真品之義務，雖未於兩造間藝術品買賣契約中言明或表明，然由藝術品出賣者給付『真品證明書』亦為出賣者即被告應負之義務」，高等法院、最高法院亦持相同見解。

(二) 出賣人是否已履行上開義務？

出賣人出具載有「佚名」或「翻銅」字樣之真品證明書，歷審判決均認未違反上開義務，說明如下：高等法院、最高法院均指出「證明書之內容不得為反於真實之記載」，最高法院復表示：「『佚名』或『翻銅』，亦為藝術品之作者或使用材質及其製作方法之一，則被上訴人出具載有『佚名』或『翻銅』字樣之真品證明書，尚難認係違反另案確定判決所確定之兩造間系爭藝術品買賣契約之附隨義務」，即出賣人交付與真實記載標的物之證明書為已足。

三、分析說明

(一) 出賣人有交付真品證明書之義務，且出賣人業已履行系爭義務

本件歷審判決以特定藝術品及擔保藝術品為雙方契約約定之真品為由，均肯定出賣人有交付真品證明書義務，且皆認為出具載有「佚名」或「翻銅」字樣之真品證明書並未違反系爭義務。

由於藝術品之真品證明有其重要性，故肯認出賣人除交付藝術品外，應有交付真品證明書之義務，值得贊同，此參諸本件另案判決理由¹³⁵自明，即「於藝術品買賣，藝術品真偽於交易上極為重要，且出賣人出具真品證明書於交易市場上確屬常見，因購買藝術品真品之買受人，其購買動機除供永久收藏外，待其增值伺機轉手者亦屬常見，買受人日後將藝術品轉售時，對後手亦應擔保該藝術品之真正，故真品證明書可證其收藏價值外，也會影響買受人轉售利益。而出售藝術品之藝

¹³⁵ 詳細內容參本件另案確定判決，臺灣臺北地方法院 93 年度重訴字第 429 號及臺灣高等法院 94 年度上字第 400 號民事判決。

廊具有相關藝術品之專業知識與辨識能力，甚或可直接向藝術品創作者取得該藝術品（及證明），對於該藝品之來源當知之甚詳，其所出具之真品證明書顯較個別收藏者之保證更具可信度，可供個別收藏者向後手買受人提示證明真品，以使後手信賴，是於藝術品真品之買賣，出賣人應有出具真品證明書，將其擔保內容形諸文字之義務。」

而本件出賣人確實已交付真品證明書，又「佚名」乃指不知道作者何人，若「翻銅」乃係使用材質及其製作方法，則真品證明書記載「佚名」、「翻銅」應無礙其真實性，故本件出賣人已履行其交付真品證明書之義務。

（二）交付真品證明書義務，應屬從給付義務或附隨義務？

本件歷審判決中，有給付義務與附隨義務等詞互用之情形，應將此義務歸為何類，尚有疑義。

從給付義務與附隨義務間，本不易區分。本件歷審判決提及藝品「真品證明書」之目的係在擔保所出售之藝術品為出賣人所稱作品之原件，此可證明藝品收藏價值或影響買受人後續轉售利益等，出賣人交付真品證明書以證實系爭藝品之真正，方可實現買受人購買藝術品真作之契約目的，亦符合當初雙方締結真品買賣契約之真意，此義務係為完全履行主給付義務而存在，即屬從給付義務；又此義務如學說所舉之名馬（犬）出賣人應交付其血統證明書一例，而學說上認此為從給付義務¹³⁶；另於前（另）案確定判決¹³⁷判定出賣人應給付買受人藝品之真品證明書，即此義務可訴請履行，亦為從給付義務之特徵。

138

¹³⁶ 王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2004年10月版，頁93；王澤鑑，債法原理（一），2006年9月版，頁40-41；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004年9月初版第2刷，頁151。

¹³⁷ 臺灣臺北地方法院93年度重訴字第429號、台灣高等法院94年度上字第400號民事判決。

¹³⁸ 前述為「藝術品之真品證明書」，具有類似性質之案例，如【**案例：珠寶鑑定書，臺灣高等法院民事判決100年度上字第303號**】，該判決表示珠寶鑑定書不足影響或減低珠寶之功能或價值，應為附隨義務，參註72。惟本文以為對於某些特殊來源、性質之珠寶，仍須有鑑定書擔保珠寶價值之必要，鑑定書出具符合雙方締約之真意，且為完全履行主給付義務而存在，更足以影響珠

承上所述，本文將「出賣人交付真品證明書之義務」歸入義務群中之從給付義務，而非附隨義務。

貳、出賣人提供輔助標的物之他項結構圖之義務？【案例：雞籠案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 540 號】

一、事實說明

原告主張：被告向伊購買「德國 SPECHT 肉雞籠養系統」二棟、「德國第三代隧道式雞糞乾燥系統」，惟被告未依約遵期清償完畢，故依約向被告請求未給付之價金、利息及違約金。被告抗辯：原告所交付籠養系統及乾燥系統有嚴重瑕疵，伊通知補正，原告拒不置理，伊業已解除買賣契約，無庸支付價金。

本件爭點涉及原告（出賣人）提出給付是否具有瑕疵？對此，須先說明者係，為使系爭系統能發揮其完整效用，設置系爭系統之雞舍整體設計應能與之相互配合；關於本件雞舍之設計、建造，按原告主張及判決引用事實觀之，係由德國啄○鳥公司完成雞舍結構圖，再由原告（出賣人）將該圖交付與為被告（買受人）興建雞舍之上○公司，上○公司依圖建造完成雞舍，被告（買受人）再將籠養設備等放置於雞舍內。故，本件兩造就系爭系統是否具有瑕疵一事，除爭執系統本身是否具有瑕疵外，亦爭執原告是否未提供合適之雞舍結構圖？對此，本文將先說明原告（出賣人）是否有提供設計圖之附隨義務，如答案為肯定，再討論其附隨義務之程度為何？至於系爭系統本身是否具有瑕疵，因其屬於主給付義務，並不在本文討論範圍之內。

寶之功能或價值，故於某些珠寶交換契約仍可能有交付鑑定書之從給付義務。另參【案例：車機設備認證書，臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 310 號】，該判決指出：「本件系爭合約第 1 條約定：『品名、規格、數量如附件雙方已完成簽署之訂單（附件一視為本合約之一部）（訂單編號 LZ000000000）』，編號 LZ000000000 之訂單，關於產品之項目（Item）僅有二項，即多功能警車機動工作站車用電腦及客製化車裝套件，關於產品說明欄中第 5 及第 6 項僅載明：『通過 FCC 及 CLASS A 驗證』及『主體安規認證：ETL』等字義，無論 FCC、CLASS A 抑或 ETL 之認證，均僅是各國對電子通訊產品所要求技術規範標準，根據各國標準要求，某些零件是需要先獲得認證，但前述認證標準並非系爭合約之主要目的，系爭合約經濟價值應在於交付車用電腦等貨物而獲取對價，交付證書應屬系爭合約所應履行附隨義務，用以證明交付貨物之安全品質而已，（按：後略）。」

二、法院見解¹³⁹

籠養系統買賣契約未包含雞舍，出賣人有無提供雞舍結構圖之義務。本件最高法院未就原審所提之附隨義務部分加以論述，而駁回上訴人之上訴，故僅摘錄高等法院臺南分院民事判決 95 年度重上更(一) 字第 33 號見解：「查本件系爭雞舍，雖係由德國啄○鳥公司於 88 年 10 月 6 日完成雞舍結構圖，上訴人再將該圖交付上○公司，由上○公司依德國啄○鳥公司之設計圖，建造完成，惟兩造間之系爭籠養系統買賣契約，並未包含系爭雞舍，德國啄○鳥公司提供雞舍結構圖以供被上訴人建造，亦僅係契約之附隨義務，依前揭說明，縱系爭雞舍通風設計上有問題，亦不能以上訴人債務不履行相繩。」，由此可見，雞舍結構圖之提供係出賣人之附隨義務。

三、分析說明

(一) 出賣人有無提供雞舍結構圖之附隨義務？

上開判決提及「德國啄○鳥公司提供雞舍結構圖以供被上訴人建造，亦僅係契約之附隨義務」，故其肯定出賣人有提供雞舍結構圖之附隨義務。

倘買受人所購買之雞糞乾燥系統、籠養系統須與雞舍整體設計應相互配合使用，方可達買受人購買系爭系統飼養雞隻之目的，則雞舍應如何建造對買受人係一重要資訊，且若交易習慣¹⁴⁰上出賣人通常會提供雞舍設計圖與買受人建造雞舍，以達系爭系統最佳使用作用，則本文認為應肯認出賣人有提供雞舍結構圖之附隨義務。

¹³⁹ 本件經臺灣臺南地方法院 89 年重訴字 560 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 92 年重上字 55 號民事判決判原告敗訴，最高法院 95 年台上字 1927 號民事判決發回高等法院，臺灣高等法院臺南分院 95 年重上更(一)字 33 號民事判決判原告部分勝訴，被告上訴第三審後又提起再審，最高法院民事判決 98 年度台上字第 540 號、最高法院 98 年台再字 39 號民事判決均認其所提起之上訴、再審無理由。

¹⁴⁰ 實務上以「交易習慣」判斷契約當事人是否負有特定義務，如最高法院民事判決 98 年度台上字第 1470 號：「且拆除浴室器具護膜費九萬四千二百四十元部分，依電機技師公會九十七年五月二十三日函復原法院附件之『鑑定內容』2 載明：『……衛浴器具保護膜之拆除，依一般交易習慣，應由最後承攬安裝者負責』云云。原審未予斟酌，恣置不論，並有判決不備理由之違法。」

(二) 出賣人應提供至何種程度之雞舍結構圖設計，始盡其義務？

本件更審高等法院認為提供雞舍結構圖供買受人建造為附隨義務，惟其表示「縱系爭雞舍通風設計上有問題，亦不能以上訴人債務不履行相繩」¹⁴¹，為何不得繩以債務不履行，係因出賣人僅須交付雞舍結構圖為已足抑或有其他原因，不得而知。

惟雞舍結構圖係為建造雞舍，用以設置買受人所購買之系爭系統，並期使系爭系統能發揮效用，畜養健康雞隻，以達商業目的。是出賣人不僅應交付雞舍結構圖，其設計亦須符合上開系統所需以使買受人得順利用於飼養雞隻等，方符雞舍結構圖提供義務，進而達成系爭買賣契約之目的。出賣人對於其所販賣之系統知之甚詳，對於通常用於設置系爭系統之雞舍應如何設計，始能發揮系爭系統完整功能效用，出賣人應具有專業判斷能力。故本文認為：倘若系爭設計瑕疵在通常履行情形下係屬可避免之瑕疵，則出賣人交予買受人設計瑕疵之雞舍結構圖將違反其附隨義務，並非如上開判決所述即使有瑕疵也不得以債務不履行相繩。至於原告所負注意義務之程度，應結合其市場常態、交易習慣及誠信原則等要素綜合判斷之。

第二款 說明告知

壹、房屋出賣人記載公設分攤比例之義務？【案例：預售屋公設案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2426 號】

一、事實與爭點

原告主張：兩造於民國 84 年 7 月 9 日簽立「預定房屋土地買賣契約」，原告向被告買受坐落某地號土地上某大樓地下二層某一號攤

¹⁴¹ 有學者亦對此判決提出質疑：「按提供雞舍結構圖以供上訴人（按：買受人）建造，既為被上訴人（按：出賣人）之契約附隨義務，則為何該雞舍通風設計上有問題時，上訴人不得解除契約，原審及最高法院均未交代，尚難揣測。倘若該附隨義務之未履行，尚未致債權人無法達成訂約目的，故債權人僅得請求賠償而不得解約，或債權人解約將有其他違反誠實信用情事，法院亦應於判決理由中詳細闡述，以供檢驗。準此，原審及最高法院判決皆有商榷餘地。」詹森林，民事法，國立臺灣大學法學論叢，第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月，頁 69。

位，已支付全部買賣價金及於88年7月9日完成交屋手續。惟被告於簽約未給予審閱期間，亦未於契約載明專有部分與公共設施面積之比例，復於簽約後變更設計，於系爭攤位旁增設安全門，改變人潮動線，影響商機，而失購買效用。再者，被告將防火牆增厚部分及主樑柱面積共1.47平方公尺計入系爭攤位專有部分，致實際交付之主建物面積短少，又將供全大樓使用而應列入全大樓區分所有權人負擔公共設施（大公）之地下二層排煙室、空調機房、上下樓梯、電梯、廁所、儲藏室、洗滌室、電氣室，計入地下二層區分所有權人負擔之公共設施（小公），致其負擔之公共設施比例過高。

就未載明公共設施分攤比例一節，原告認為係屬顯失公平而違反消費者保護法致系爭買賣契約無效，或其得主張不完全給付以解除契約。就原告（買受人）得否主張不完全給付，則須視：被告（出賣人）是否有「於契約載明專有部分與公共設施面積之比例」義務？若有，出賣人應以何種方式始能認為已善盡義務履行之責？

二、法院見解¹⁴²

（一）房屋出賣人有無記載公設分攤比例之附隨義務？

法院判決未討論此一問題，惟由判決爭論出賣人是否違反此一義務，即知實務見解肯認房屋出賣人有記載公設分攤比例之義務。

（二）出賣人是否違反上開義務？

1. 出賣人未違反上開義務

部分判決¹⁴³參酌兩造買賣契約約定，認為「被告（出賣人）雖未

¹⁴² 本件業經臺灣高雄地方法院90年訴字1641號民事判決、臺灣高等法院高雄分院93年上字56號民事判決、最高法院96年台上字2500號民事判決、臺灣高等法院高雄分院97年上更（一）字4號民事判決審理裁判，又經最高法院民事判決99年度台上字第2426號廢棄發回臺灣高等法院高雄分院，迄今尚未判決。簡介相關之法院判決理由如下。

¹⁴³ 詳參：高雄地院90年度訴字第1641號、高等法院高雄分院97年上更（一）字第4號民事判決。

於契約內明確記載公設分攤比例，惟已載明出售之總坪數內包含公設面積，並有附圖足供推估可能分攤之公設比例，且約明實際坪數如有短差時之賠補方式，尚難逕認該關於買賣標的之條款顯失公平，或被告未盡締約中之說明、告知、計算等附隨義務。」

2. 出賣人有違反上開義務之虞

最高法院¹⁴⁴雖未直接表示「出賣人違反附隨義務」，惟其指出：

- (1) 對所有人而言，公寓大廈之專有部分與共用部分，價值不同，出賣人未於預定用於同類契約之系爭契約明確記載共同使用部分（公設）之分攤比例，使買受人無法正確掌握其專有部分之面積，難謂無違反誠信原則；
- (2) 另配置圖上無比例尺之示明，復非具有公信力之機關所施測而得，則原審認定買受人得據該配置圖等附件推估可能分攤公共設施比例一節，卻未說明其所憑之理由依據，不免速斷。

三、分析說明

(一) 預售屋交易契約之定性

本件「預定房屋土地買賣契約」應屬預售屋交易契約（委建契約¹⁴⁵），而此契約屬買賣契約或承攬契約，爭議如下¹⁴⁶：

1. 買賣契約

行政實務上，內政部所頒行之契約範本稱之買賣契約；而司法實

¹⁴⁴ 最高法院民事判決 99 年度台上字第 2426 號。

¹⁴⁵ 委建一詞，並非現行制訂法上之用語，而是近年來建商與消費者訂定房屋預售契約時所慣用之名稱。胡慧滿，預售屋相關問題之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年 6 月，頁 10 註 16。

¹⁴⁶ 本文於此僅列出三說，其他說法可參：曾隆興，現代非典型契約論，民國 85 年 11 月修訂七版，頁 195-197。

務上，亦多認定系爭契約為買賣契約¹⁴⁷。

2. 承攬契約

有學者¹⁴⁸認為此契約應解為承攬契約，蓋因房屋瑕疵須長時間始能發現，承攬契約瑕疵擔保之法定期間較買賣契約長，且參酌預售屋特性，建商負有完成建屋之義務，應讓消費者得向建商請求修補瑕疵，對消費者較為保障。

3. 買賣及承攬之混合契約

有學者¹⁴⁹認為若系爭契約得解為工作物供給契約（最高法院民事判決 71 年台上字第 1678 號¹⁵⁰），即建商有完成建屋之義務，而消費者有請求建商完成建屋之權利，且於房屋有瑕疵時不宜因契約歸類為買賣，致契約當事人無從請求修補或進行修補，因此，將委建契約歸類為買賣與承攬之混合契約，而分別適用其相關規定。

4. 本文定性

為貫徹本文整理實務創造附隨義務之基本立場，本文謹按實務見解將預售屋交易均暫且歸入買賣契約以探討其附隨義務，特此敘明，以下不再贅述。

¹⁴⁷ 如最高法院民事判決 71 年台上字第 1678 號：「承攬關係重在勞務之給付，非如買賣關係之重在財產權之移轉，系爭委建房屋合約所規定者全屬財產權之移轉問題，而無任何有關勞務給付之約定，從而該委建合約充其量，僅能認定係工作物供給契約，因契約當事人之意思重在工作物財產權之移轉，仍不失為買賣之一種（參照最高法院五十九年台上字第一五九〇號判例），自不能認係買賣與承攬之混合契約而主張有承攬關係之存在。」，其他判決，可參：胡慧滿，預售屋相關問題之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年 6 月，頁 14-17。又該論文認為系爭契約為「將來之物買賣契約」，詳參：頁 18-23。

¹⁴⁸ 楊淑文，預售屋交易契約之法律性質及其相關問題之研究，新型契約與消費者保護法，2006 年 4 月二版第 1 刷，頁 43-44。

¹⁴⁹ 楊芳賢，承攬，載：黃立主編，民法債編各論（上），2006 年 2 月初版第 4 刷，頁 591。

¹⁵⁰ 最高法院民事判決 71 年台上字第 1678 號：「承攬關係重在勞務之給付，非如買賣關係之重在財產權之移轉，系爭委建房屋合約所規定者全屬財產權之移轉問題，而無任何有關勞務給付之約定，從而該委建合約充其量，僅能認定係工作物供給契約，因契約當事人之意思重在工作物財產權之移轉，仍不失為買賣之一種（參照最高法院五十九年台上字第一五九〇號判例），自不能認係買賣與承攬之混合契約而主張有承攬關係之存在。」

(二) 出賣人有無記載公設分攤比例之附隨義務？

觀諸前揭判決理由，下級審法院似不否認有此種附隨義務，僅係認為此種義務之履行，出賣人以文字記明出售面積包含公共設施面積且提供附圖推估可能分攤公設比例之方式已足；而最高法院提及專有部分面積之重要性、買受人無法從契約中掌握專有部分面積之資訊，並肯認此種附隨義務基於誠信原則而存在，然出賣人之方式不能認為已善盡義務履行之責。

就此，本文亦贊同，肯認出賣人有記載公設分攤比例之附隨義務之觀點。蓋就貫徹（實質）私法自治而言，僅當買受人能對出賣標的物獲有清楚資訊且能夠做成正確判斷，此一契約始有存續之正當基礎。此一觀點已獲得預售屋買賣契約書範本¹⁵¹、預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項¹⁵²分別於民國85年、90年頒布及其後陸續修正之肯認。參諸現行預售屋買賣契約書範本¹⁵³、預售屋買賣定型化契約

¹⁵¹ 中華民國85年2月16日內政部台(85)內地字第8573654號函頒行。

¹⁵² 中華民國90年9月3日內政部台(90)內中地字第9083626號公告（自公告6個月後生效）。

¹⁵³ 預售屋買賣契約書範本（中華民國100年3月24日內政部內授中辦地字第1000723994號公告修正（行政院消費者保護委員會第185次委員會議通過））：

第三條（房地出售面積及認定標準）：

「一、土地面積：買方購買「 」戶，其土地持分面積 平方公尺（ 坪），應有權利範圍為 ，計算方式係以主建物面積 平方公尺（ 坪）占區分所有全部主建物總面積 平方公尺（ 坪）比例計算（註：如有停車位應敘明車位權利範圍或以其他明確計算方式列明），如因土地分割、合併或地籍圖重測，則依新地號、新面積辦理所有權登記。

二、房屋面積：本房屋面積共計 平方公尺（ 坪），包含：

（一）主建物面積計 平方公尺（ 坪）。

（二）附屬建物面積，即陽臺 平方公尺（ 坪）、雨遮 平方公尺（ 坪）及屋簷 平方公尺（ 坪），合計 平方公尺（ 坪）。

（三）共有部分面積計 平方公尺（ 坪）。

（四）主建物面積占本房屋得登記總面積之比例 %。

三、前二款所列面積與地政機關登記面積有誤差時，買賣雙方應依第五條規定互為找補。」

第四條（共有部分項目、總面積及面積分配比例計算）：

「一、共有部分除法定停車位另計外，係指門廳、走道、樓梯間、電梯間、電梯機房、電氣室、機械室、管理室、受電室、幫浦室、配電室、水箱、蓄水池、儲藏室、防空避難室（未兼作停車使用）、屋頂突出物、健身房、交誼室、管理維護使用空間及其他依法令應列入共有部分之項目（ ）。本「 」共有部分總面積計 平方公尺（ 坪）。

二、前款共有部分之權利範圍係依買受主建物面積與主建物總面積之比例而為計算（註：或以其他明確之計算方式列明）。本「 」主建物總面積計 平方公尺（ 坪）。」

第五條（房地面積誤差及其價款找補）：

「一、房屋面積以地政機關登記完竣之面積為準，部分原可依法登記之面積，倘因簽約後法令改變，致無法辦理建物所有權第一次登記時，其面積應依公寓大廈管理條例第五十六條第三項之規定計算。

應記載及不得記載事項¹⁵⁴，皆須記載共有部分面積，可知系爭面積如何係交易重要事項，須明確記載。尤其，在區分所有建築物中，除所有權人專有部分，尚有共有部分，倘消費者購屋時，建商將專有部分及共有部分之面積皆列入計價，縱使本案例締約當時無上開範本、記載事項，惟消費者將取得土地、房屋之專有部分、共有部分之實際面積如何一事會影響消費者購買意願，仍屬交易重要事項，觀最高法院判決理由，其亦認為此為重要資訊。另外，出賣人為建設公司負責系爭房地規劃，自有掌握資訊之可能，且買受人對於出賣人提供之資訊

二、依第三條計算之土地面積、主建物或本房屋登記總面積如有誤差，其不足部分賣方均應全部找補；其超過部分，買方只找補百分之二為限（至多找補不超過百分之二），且雙方同意面積誤差之找補，分別以土地、主建物、附屬建物、共有部分價款，除以各該面積所得之單價（應扣除車位價款及面積），無息於交屋時結算。

三、前款之土地面積、主建物或本房屋登記總面積如有誤差超過百分之三者，買方得解除契約。」¹⁵⁴ 預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項（中華民國 100 年 3 月 24 日內政部內授中辦地字第 1000723995 號公告修正（行政院消費者保護委員會第 185 次委員會議通過））中之應記載事項：

「四、房地出售面積及認定標準

（一）土地面積：

買方購買「 」 戶，其土地持分面積 平方公尺（ 坪），應有權利範圍為 ，計算方式係以主建物面積 平方公尺（ 坪）占區分所有全部主建物總面積 平方公尺（ 坪）比例計算（註：如有停車位應敘明車位權利範圍或以其他明確計算方式列明），如因土地分割、合併或地籍圖重測，則依新地號、新面積辦理所有權登記。

（二）房屋面積：

本房屋面積共計 平方公尺（ 坪），包含：

1、主建物面積計 平方公尺（ 坪）。

2、附屬建物面積，即陽臺 平方公尺（ 坪）、雨遮 平方公尺（ 坪）及屋簷 平方公尺（ 坪），合計 平方公尺（ 坪）。

3、共有部分面積計 平方公尺（ 坪）。

4、主建物面積占本房屋得登記總面積之比例 %。

（三）前二款所列面積與地政機關登記面積有誤差時，買賣雙方應依第六點規定互為找補。

五、共有部分項目、總面積及面積分配比例計算

（一）共有部分除法定停車位另計外，係指門廳、走道、樓梯間、電梯間、電梯機房、電氣室、機械室、管理室、受電室、幫浦室、配電室、水箱、蓄水池、儲藏室、防空避難室（未兼作停車使用）、屋頂突出物、健身房、交誼室管理維護使用空間及其他依法令應列入共有部分之項目（ ）。本「 」共有部分總面積計 平方公尺（ 坪）。

（二）前款共有部分之權利範圍係依買受主建物面積與主建物總面積之比例而為計算（註：或以其他明確之計算方式列明）。本「 」主建物總面積計 平方公尺（ 坪）。

六、房地面積誤差及其價款找補

（一）房屋面積以地政機關登記完竣之面積為準，部分原可依法登記之面積，倘因簽約後法令改變，致無法辦理建物所有權第一次登記時，其面積應依公寓大廈管理條例第五十六條第三項之規定計算。

（二）依第四點計算之土地面積、主建物或本房屋登記總面積如有誤差，其不足部分賣方均應全部找補；其超過部分，買方只找補百分之二為限（至多找補不超過百分之二），且雙方同意面積誤差之找補，分別以土地、主建物、附屬建物、共有部分價款，除以各該面積所得之單價（應扣除車位價款及面積），無息於交屋時結算。

（三）前款之土地面積、主建物或本房屋登記總面積如有誤差超過百分之三者，買方得解除契約。」

亦有相當信賴，故仍應採肯定說為宜。

(三) 出賣人記載公設分攤比例之附隨義務應達何種程度？

本件案例焦點在於，出賣人雖未以文字記明分攤比例，惟系爭契約有附圖可供推估比例之方式，是否已滿足記載公設分攤比例之附隨義務要求？就此，本文認為應該區分預售屋與成屋交易而斷：

1. 預售屋

就預售屋交易而言，於簽約時間點，工作物（房屋）尚未存在，本不可能清楚記明房屋實際之坪數及公設比例等建物詳細資訊，此為預售屋交易之不可預見性¹⁵⁵；基於此種必然存在之不可預見風險，即使有以文字記載，通常亦須承認透過找補約定¹⁵⁶調整雙方權利義務關係，就此，下級審法院見解似非全然無理。但誠如最高法院判決理由指明，基於誠信原則，即使無法以數字記明坪數及確切比例，其圖示仍應有比例尺可供判讀，始能認為出賣人已盡其最低限度之附隨義務。

本文亦認為，基於預售屋交易之本質（不確定性），如出賣人已標明出賣坪數包含公設，且此資訊可由附圖明確推估，應可認為出賣人已經善盡最低限度之說明告知義務，反之，如未有比例尺或其他丈量尺度可供推斷交易標的物之客觀資訊，則難認出賣人已盡其附隨義務。亦即，此一義務履行之形式不拘，但須以能客觀且充實地提供資訊為必要。本件就判決所確定之事實觀之，如附圖未能有足夠資訊供

¹⁵⁵ 就預售屋契約交易標的之不可預見性，有學者指出：「房屋預售契約係當事人就未興建或興建中之房屋所為之交易行為，建商負有義務於一定期限內，將房屋興建完成再移轉所有權並交付房屋連同基地與委建人。通常情形，契約訂立時，委建人得據以為締約之參考者僅為建商之說明圖書或建商所興建之『樣品屋』。至於房屋完成之實際面積、建材之品質、公共設施之有無等等問題，委建人無法事先預期或預見。而這些問題如可居住之面積、有無足夠之公共設施，往往是委建人在決定是否締約時之重大因素。」楊淑文，預售屋交易契約之法律性質及其相關問題之研究，新型契約與消費者保護法，2006年4月二版第1刷，頁8。

¹⁵⁶ 縱有房屋面積誤差及其價款找補之約定，並不當然合於誠信原則、而無顯失公平之虞。對此，參閱：行政院消費者保護委員會（87）台消保法字第00899號：「……本案有關房屋面積誤差及其價款找補之規定，是否違反誠信原則，尚須依實際狀況而定，如仍有爭議，尚需由司法機關為最後之判斷。」，但此係另一層次之法律問題，在此不多贅述。

買受人評估，則應認為出賣人未履行其義務，就此，似宜肯認最高法院之結論。

由於本件交易成立時間點較早（民國 84 年 7 月 9 日締約），故本文採取此種見解，但今日於消費者保護法授權制定之應記載不得記載事項已有較高程度之義務要求，故應考量消費者保護法及相關授權規定之內容而定，並非可全然適用如上之說明。亦即，觀諸現今預售屋應記載及不得記載事項，均要求出賣人列明詳細數字，則本件如屬今日訂立之契約，則可無爭議地認為出賣人違反附隨義務。

至於最高法院判決理由另謂，此圖示非由第三公正之人或機關施測一節，本文認為此與預售屋交易之本質有所衝突，蓋締約時如房屋不存在，則第三公正之人或機關並無法施測，最高法院此一觀點在預售屋交易似欠缺期待可能性，不足為採。

2. 成屋

而在成屋交易中，於締約時，房屋已確係存在，且出賣人立於可輕易對房屋進行施測之地位，衡諸交易市場之風險成本合理分攤，亦應課予出賣人說明告知義務，出賣人應以文字載明確切資訊，並且此一資訊應由第三公正之人或機關進行施測所得結果為準，前揭最高法院要求之施測標準，或可在成屋交易援用。否則，將認為出賣人並未履行此一義務。

貳、房屋出賣人告知買受人無法貸得所需款項之義務？【案例：預售屋貸款案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2206 號】

一、事實與爭點

原告三人主張：為設立護理之家，於民國 94 年 1 月 11 日與被告建設公司簽訂「土地、房屋預定買賣契約書」，購買坐落某土地上某建物一般住宅用途之房屋三戶，並已給付部分價款，被告除同意變更

房屋室內設計以符合護理之家使用外，並保證向金融機構申辦貸款金額 2,000 萬元（尚有簽訂代辦貸款委託書¹⁵⁷），及於 94 年 12 月完工交屋。詎被告遲延完工交屋，並將使用執照變更為非住宅用之護理中心及機械室，隱匿故不告知，又拒不回復為一般住宅，致伊無法貸得所需款項，而被告於 95 年 6 月 22 日以伊未交剩餘價金，解除買賣契約，將系爭房地轉售他人，造成原告損失。

由於將使用執照變更為營業用途，將使貸款成數減少，即會造成原告（買受人）無法取得原本預期之款項；於歷審裁判中，皆有論及被告建設公司（出賣人）是否有「出賣人告知買受人無法貸得所需款項」之附隨義務。

二、法院見解¹⁵⁸

房屋出賣人有無告知買受人無法貸得所需款項之附隨義務，本件歷審法院見解並不一致，如下述：

（一）出賣人無告知買受人無法貸得所需款項之附隨義務

地方法院表示：「原告可否貸得足數原告所需之金額，牽涉原告本於買受人身分所應負之買賣價金給付義務，此乃買賣契約中買受人最重要之給付義務，非屬被告基於出賣人地位所應負之義務，被告亦無應告知原告關於『營業用房屋無法貸得原告所需款項』之告知義務或附隨義務可言。」，高等法院亦採取同樣見解。

（二）出賣人有告知買受人無法貸得所需款項之附隨義務

最高法院民事判決認為原審法院未審究原告等人所主張「被告未告知房屋使用用途變更將致貸款成數減少之附隨義務，即通知伊於七日內繳交全部貸款金額，違反民法第 148 條誠信原則等語」，由此推

¹⁵⁷ 關於代辦貸款，可參曾隆興，現代非典型契約論，民國 85 年 11 月修訂七版，頁 201-202。

¹⁵⁸ 本件經臺灣臺南地方法院 95 年重訴字 282 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 98 年重上字 62 號民事判決審理，後經最高法院民事判決 99 年度台上字第 2206 號廢棄發回高等法院。

知，最高法院似認為被告未履行其附隨義務有違誠信原則，即最高法院似肯認此告知之附隨義務。

三、分析說明¹⁵⁹

(一) 申辦貸款為預售屋契約中重要事項，惟出賣人(建設公司)是否有告知買受人無法貸得所需款項之附隨義務，應視個案而定

買受人購屋時，往往需要申辦貸款以支付價金，故貸款方案(如貸款額度、如何償還等)會影響買受人購屋意願，而預售屋買賣契約書範本¹⁶⁰、預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項¹⁶¹亦有買賣

¹⁵⁹ 本件「土地、房屋預定買賣契約書」為預售屋交易，本文依實務見解，將之歸類為買賣契約，已如前述。

¹⁶⁰ 預售屋買賣契約書範本(中華民國90年9月3日內政部台(90)內中地字第9083628號公告修正(行政院消費者保護委員會第80次委員會議通過))

第19條(貸款約定):

「一、第六條房地總價內之部分價款新臺幣_____元整，由買方與賣方洽定之金融機關之貸款給付，由買賣雙方依約定辦妥一切貸款手續。惟買方可得較低利率或有利於買方之貸款條件時，買方有權變更貸款之金融機關，自行辦理貸款，除享有政府所舉辦之優惠貸款利率外，買方應於賣方通知辦理貸款日起二十日內辦妥對保手續，並由承貸金融機關同意將約定貸款金額撥付賣方。二、前款由賣方洽定辦理之貸款金額少於預定貸款金額，應依下列各目處理：

(一) 不可歸責於雙方者，其貸款金額不及原預定貸款金額百分之七十者，買方得解除契約；或就貸款不足百分之七十以上之金額部分，以原承諾貸款相同年限及條件分期清償，並就剩餘之不足額部分，依原承諾貸款之利率，分期攤還，其期間不得少於七年。

(二) 可歸責於賣方時，其貸款金額不足原預定貸款金額，賣方應補足不足額之部分，並依原承諾貸款相同年限及條件由買方分期清償。如賣方不能補足不足額部分，買方有權解除契約。

(三) 可歸責於買方時，買方應於接獲通知之日起_____天內一次或經賣方同意之分期給付。

三、有關金融機關核撥貸款後之利息，由買方負擔。但於賣方通知之交屋日前之利息應由賣方返還買方。」

現行版本(中華民國100年3月24日內政部內授中辦地字第1000723994號公告修正(行政院消費者保護委員會第185次委員會議通過))第18條亦有貸款約定。

¹⁶¹ 預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項(中華民國90年9月3日內政部台(90)內中地字第9083626號公告(自公告6個月後生效))中之應記載事項：

「一八 貸款約定

(一) 第六條房地總價內之部分價款新臺幣_____元整，由買方與賣方洽定之金融機關之貸款給付，由買賣雙方依約定辦妥一切貸款手續。惟買方可得較低利率或有利於買方之貸款條件時，買方有權變更貸款之金融機關，自行辦理貸款，除享有政府所舉辦之優惠貸款利率外，買方應於賣方通知辦理貸款日起二十日內辦妥對保手續，並由承貸金融機關同意將約定貸款金額撥付賣方。

(二) 前款由賣方洽定辦理之貸款金額少於預定貸款金額，應依下列各目處理：

1 不可歸責於雙方者，其貸款金額不及原預定貸款金額百分之七十者，買方得解除契約；或就貸款不足百分之七十以上之金額部分，以原承諾貸款相同年限及條件分期清償，並就剩餘之不足額部分，依原承諾貸款之利率，計算利息，按月分期攤還，其期間不得少於七年。

2 可歸責於賣方時，其貸款金額不足原預定貸款金額，賣方應補足不足額之部分，並依原承諾貸款相同年限及條件由買方分期清償。如賣方不能補足不足額部分，買方有權解除契約。

雙方辦理貸款之約定及賣方洽定辦理之貸款金額少於預定貸款金額之處理方式，足見貸款申辦於系爭契約中為重大交易事項。

惟貸款申請案之准駁繫於承貸機關之審核，承貸機關將根據買受人之基本條件、還款來源、不動產估價¹⁶²、借款人自身信用狀況、財力資力¹⁶³……等因素審核，另本件提及建物使用用途(自住或營業用)亦可能係考量因素¹⁶⁴。建設公司(出賣人)並非承貸機關，自無法確保貸款額度，亦可能無法逐一知悉承貸機關審查因素，因此，上開預

3 可歸責於買方時，買方應於接獲通知之日起____天內一次或經賣方同意之分期給付。

(三)有關金融機關核撥貸款後之利息，由買方負擔。但於賣方通知之交屋日前之利息應由賣方返還買方。」

現行版本(中華民國 100 年 3 月 24 日內政部內授中辦地字第 1000723995 號公告修正(行政院消費者保護委員會第 185 次委員會議通過))仍有此約定。

¹⁶² 如玉山銀行，<http://www.esunbank.com.tw/b2c/housecourse.info> (最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 2 日)。

¹⁶³ 臺南地方法院民事判決 95 年度重訴字第 282 號：「又證人即永○商業銀行(前身為建○商業銀行)專員丙○○到庭證稱：『公司會針對每個申請貸款案件作實際考量，在個案中，會審核這個客戶的信用狀況、財力資力。』、『(一般新建房屋申請貸款，除了房屋及土地作為擔保之外，是否還會要求申請貸款的客戶提供連帶保證人?)建○銀行是針對個案去做審核，看這個客戶提供的擔保品價值是否足夠支付貸款的本息，如果不夠，就會要求客戶另外提供人保也就是保證人，但各家銀行作法不同，有些銀行是不限制可由任何人來當保證人，建華銀行是要求以近親或與房子有直接利害關係之人來做保證人。』、『在一般的狀況，銀行是先進行徵信並且對擔保品估價，如果認為借款人負擔貸款的能力不足，就會考慮要求借款人要再提供保證人的問題。』、『若是擔保品估價後認為價值足夠，且客戶的信用狀況良好，財支狀況也就是收入來源穩定且明確，原則上銀行都會接受貸款的申請。』等語。由此可知，關於貸款之申請，除須審核擔保物估定之價值外，尚須審核借款人自身信用狀況、財力資力，若擔保物價值不足，仍得藉由提供連帶保證人之方式，獲得所需之貸款數額，並非擔保物價值不足，即無貸得原先所需數額之可能。」

¹⁶⁴ 臺南地方法院民事判決 95 年度重訴字第 282 號：「證人即永○商業銀行(前身為建○商業銀行)專員丙○○到庭證稱：『(一般而言，建華銀行在審核貸款申請案件時，如果是新建房屋有申辦貸款需要，以日後興建好的房屋及土地作為擔保物，一般可以准許貸款的額度大約是幾成?)會看市場上房地產行情，以現在來說，因為房地產比較不景氣，銀行緊縮銀根，所以一般而言，自住的房屋大約是七五成，若不是自住而是投資或營業用的話，給予貸款的成數會降低。』、『(你剛剛有提到如果是投資用或營業用的房屋，核准貸款的成數會降低，審酌是否是投資用或營業用是用何標準審酌?)一般會先看土地及建物登記謄本，看上面使用用途的記載，如果是記載商業用，當然就被歸類為『非自住』，另外銀行會對申請貸款人作信用審核，如果發現貸款人並非居住於房屋所在地區境內，或是在他縣市工作、親戚都在他縣市，跟系爭房屋沒有地緣關係，卻來購買系爭房屋，通常就會認定購買系爭房屋的目的是『非自住』。』、『(如果在建物的使用執照上有記載用途為『護理中心』，就銀行的分類是否會歸類為『非自住』?)所有的銀行看到使用執照記載為護理中心，都會認定這是營業用，非自住。』等語，原告於起訴狀中亦陳稱：原告於 95 年 5 月 2 日赴國○人壽貸款部申請貸款，承辦人員依一般住宅及原告個人信用、財力預估可貸至 2,400 萬元，但承辦人員申請地籍資料後，告知原告系爭房屋用途欄之記載為非住宅用，無法貸得前述金額，原告嗣後亦向多家銀行詢問系爭房屋可貸得之額度為何，均遭告知房屋使用用途為非住宅區者，無法貸得原告所需金額等語。由此可知，銀行就貸款申請案審核時，對於建物用途會區分係『自住』或『非自住、營業用』，而給予不同之貸款成數，『自住』者可貸得較高之金額，『非自住、營業用』者貸得成數較低，故『建物使用用途』顯然係銀行評估擔保物價值時之重要參考依據。」

售屋買賣契約書範本、預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項規範賣方洽定辦理之貸款金額少於預定貸款金額的處理方式，足徵行政機關已預想預售屋買賣契約中所約定之房屋貸款金額可能與實際貸得金額不同。

綜上所述，本文以為，原則上不得課予出賣人告知買受人無法貸得所需款項之附隨義務。惟交易實務上，建設公司常協助買受人辦理房屋貸款，申辦貸款經驗豐富，尤其在其有合作銀行之情形，其通常可能略知銀行審查承貸之考量。此種情形下，由於其有機會於締約過程中了解買受人需求，甚而仲介買受人向合作銀行申貸，此種情形，基於誠信原則，應賦予建設公司一定之告知義務。是故，出賣人有無此附隨義務應視具體個案認定。

（二）本件出賣人有無系爭附隨義務、是否違反附隨義務？

本件出賣人未告知買受人「營業用房屋無法貸得原告所需款項」一事，地方法院、高等法院均認為是否貸得足數消費者所需金額，涉其本於買受人身分所應負之價金給付義務，並非被告建設公司基於出賣人地位所應負之義務，故出賣人並無告知買受人關於「營業用房屋無法貸得原告所需款項」之義務；最高法院認為須考量誠信原則，故似肯認此告知之附隨義務。

雖貸款金額所涉及者為買受人之給付價金義務，惟附隨義務本有輔助他方履行之功能，出賣人不因此而不能、不須協助買受人履行其義務，是故，下級審見解不足構成否定系爭義務之理由，先予說明。再就本件具體事實說明：

1. 依買受人所主張，得知買受人資金不足，並主動詢問出賣人之銷售員、總經理關於房屋貸款事宜，可見貸款條件對其締約決定具有影響力；
2. 出賣人為建設公司，一般而言，建設公司對於協助買受人辦理房

屋貸款，對房屋貸款應不陌生，且某程度上應有所了解；

3. 本件出賣人於93年12月20日委託建築師事務所申請建造執照，經核准建造執照之建築物用途為「住宅」。買受人3人於94年1月11日與出賣人簽訂房屋預定買賣契約書，並於同日簽訂代辦貸款委託書及切結書。出賣人又於94年3月11日委託建築師事務所申請建造執照變更設計，經核准建造執照變更設計，其主要變更部分為原申請3戶變更為1戶，其申請建築物用途原為「住宅」變更為「護理中心」。¹⁶⁵

綜上所述，出賣人應知悉買受人對貸款方案重視，又變更使用用途之事實係發生於雙方買賣契約訂立後，本件出賣人立於預售屋銷售資訊較充足之建設公司地位，可能知悉變更使用用途將對貸款額度有所影響，因此，本文於此案例認同最高法院見解，即應考量誠信原則為宜而認建設公司應提供其所知之資訊，故肯定本件出賣人有告知買受人「營業用房屋無法貸得原告所需款項」之義務，而本件出賣人並未履行之。

¹⁶⁵ 參：臺灣臺南地方法院民事判決95年度重訴字第282號中「兩造不爭執之事項」。

第二節 租賃契約

第一項 資訊提供義務

第一款 提出文件

壹、出租人提供使用執照協助承租人取得營利事業登記證以合法營業之義務？【案例：使用執照供營業辦理案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 222 號】

一、事實與爭點

出租人主張：兩造於民國 93 年 12 月 10 日訂立租賃契約，承租人向伊承租 1 樓店面及 2 樓辦公住家，約定租期自 93 年 12 月 25 日起至 96 年 12 月 24 日止，伊依約將租賃物交付承租人使用收益，惟承租人積欠租金，故出租人終止租賃契約，承租人自有遷讓交還房屋之義務。並主張承租人於租約終止後繼續占有租賃物之不當得利及其代承租人繳納電費及瓦斯費之返還。

承租人抗辯：伊向出租人承租系爭租賃物係為經營早餐店，該租賃物無建造執照及使用執照，並已為滅失登記，致伊無法辦理營利事業登記而不能合法營業，出租人請求給付租金無理由。並反訴主張：因前開原因，出租人未能提供使用執照供伊申請營利事業登記，此係可歸責出租人之事由，致為不完全給付，伊自得解除契約，並請求出租人返還押租金、已受領之租金及預繳租金支票，並賠償裝潢損害。

由於承租人承租該屋，係為營業所用，然為合法營業，須提出使用執照以辦理營利事業登記¹⁶⁶，而該屋使用執照應由出租人持有，而

¹⁶⁶ 營利事業統一發證制度之施行期限至 98 年 4 月 12 日止，即自 98 年 4 月 13 日起營利事業登記證不再作為證明文件（行政院於 98 年 3 月 12 日院臺經字第 0980006249D 號令），而自 98 年 4 月 13 日起營利事業登記證不再作為證明文件，而以「商業登記證明文件」取代之，併予說明。參：台北市商業處，

<http://www.tcooc.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=1013633&ctNode=6823&mp=105011>（最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 2 日）。惟本文仍依判決所提資訊作為討論基礎。

非承租人。本件探討出租人有無提供使用執照供承租人申請營利事業登記之附隨義務？若有，本件出租人是否違反系爭義務？

二、法院見解¹⁶⁷

出租人有無提供使用執照供承租人申請營利事業登記之附隨義務，歷審法院見解不一，如下述：

(一) 出租人無此義務

就此，有二種看法：

1. 新竹地方法院 95 年訴字 609 號、高等法院民事判決 97 年度上字第 370 號持相同見解

其認為「出租人之契約義務為將系爭房屋交付承租人，並使承租人取得系爭房屋之使用權暨 1 樓部分得供承租人為店面營業使用為足，至承租人得否辦妥營利事業登記證，則非兩造約定或出租人保證之範圍」，故出租人並無提供使用執照供承租人申請營利事業登記之附隨義務。另外，尚指出「承租人如單就系爭租賃物 1 樓部分申請餐館業之營利事業登記並非不可行」，似認為出租人縱有此一義務，其亦未違反之。

2. 高等法院民事判決 98 年度上更（一）字第 23 號尚提出其他意見

其說明附隨義務之意義後，指出「是否應盡附隨義務，尚應視契約當事人有無為此達一定附從目的而擔保債之效果完全實現所為之約定」，並以承租人未積極向出租人要求履行協力輔助取得營利事業登記之附隨義務或主張其他權利而認為「承租人非以能取得營利事業

¹⁶⁷ 臺灣新竹地方法院 95 年訴字 609 號民事判決、臺灣高等法院 97 年上字 370 號民事判決為出租人勝訴判決，承租人上訴第三審，最高法院民事判決 98 年度台上字第 222 號廢棄發回，由臺灣高等法院 98 年上更（一）字 23 號民事判決為出租人勝訴判決，承租人再次上訴，最高法院 99 年台上字 879 號民事裁定以未表明具體理由而以上訴不合法裁定駁回。

登記，合法營業為要，且其未即時要求出租人履行協力輔助取得營利事業登記之附隨義務，更足使出租人認為其依現況交付系爭租賃房屋予承租人經營早餐店，已符合系爭租約約定使用收益之狀態，是應認出租人所交付之系爭租賃房屋，已合於約定使用收益狀態，是否得申請核准營利事業登記，非兩造合意契約之附隨義務。」

（二）出租人有此義務

最高法院民事判決 98 年度台上字第 222 號先指出附隨義務之意義與違反效果後，針對本件事實表示：「倘系爭租賃物因無法辦理營利事業登記證，而使上訴人不能作合法之營業使用，以及在租賃關係存續中因辦理部分滅失登記而影響上訴人申請取得營利事業登記證，則被上訴人是否已盡其契約之主給付義務（即民法第四百二十三條所規定之義務）及附隨義務（協力輔助上訴人取得營利事業登記證，以合法營業之義務），即非無再行研求之必要。」

三、分析說明

（一）出租人有無提供使用執照供承租人申請營利事業登記之附隨義務？

本件地方法院、高等法院表示承租人得否辦妥營利事業登記證，非雙方契約範圍，似認為出租人無義務協助承租人辦妥營利事業登記證；最高法院則明確肯認出租人有協力輔助承租人取得營利事業登記證以合法營業之附隨義務，而廢棄發回；更審高等法院卻提出「是否應盡附隨義務，應視契約當事人有無為此達一定附從目的而擔保債之效果完全實現所為之約定」觀點，並進一步指出承租人非以取得營利事業登記，合法營業為要，且出租人交付系爭租賃房屋予承租人經營早餐店，已符租約約定使用收益之狀態，承租人未即時要求出租人履行協力輔助取得營利事業登記之附隨義務，故系爭義務非兩造合意契約之附隨義務。

附隨義務輔助實現債權人給付利益之功能，即實現契約訂立之目的，自判決理由即知承租人承租系爭房屋係為開店營業之用，租賃物能否營業為其締約時之考量基礎，出租人亦明白此契約目的，基於雙方因契約關係所生之信賴、使用執照由出租人掌握、交易常態、提出必要性並參酌誠信原則等，出租人自應提出申辦營業登記證之文件（使用執照）以輔助實現締約目的，此一文件提出具有提供資訊之作用，亦寓有協力之意，如前第二章所述。

又附隨義務不必經當事人契約約定，得基於誠信原則、契約發展過程而發生，更不因債權人不要求履行即必然喪失權利，更審高等法院所提出之觀點，尚有疑義，惟債權人拖延不主張權利則可能被認定該行為對契約目的達成影響不足，或列入誠信原則考量基礎，而本件承租人於民國 94 年初申請營利事業登記證未獲准，於 95 年案件繫屬於地方法院，是否得依更審高等法院見解否認該附隨義務，有待研求。

是故，本文贊同最高法院肯認出租人有協力輔助承租人取得營利事業登記證以合法營業之附隨義務。

（二）本件出租人是否違反系爭義務？

參諸本件一審、二審判決理由，可知當事人契約約定 1 樓為店面使用（2 樓為辦公住家），且系爭租賃物 1 樓部分申請餐館業之營利事業登記屬可行。倘若約定店面用之 1 樓確可申得營利事業登記證，則足徵出租人並未違反最高法院所肯認之協力輔助上訴人取得營利事業登記證、以合法營業之附隨義務。

第二項 協力履行義務

壹、出租人（委託機關）協助承租人（受託人）申請建造執照之附隨義務？【案例：協力取得建照案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 2 號、最高法院民事判決 98 年台上字 1801 號、最高法院

民事判決 98 年台上字 78 號、最高法院民事判決 96 年台上字 2923 號、最高法院民事判決 96 年台上字 681 號】

一、事實與爭點

原告（承租人、受託人）主張：兩造於民國 92 年 11 月 18 日簽訂「國有非公用財產委託經營契約」，被告國有財產局台灣中區辦事處（出租人、委託機關）將其管理之前台中縣太平市○○路 19 之 194 地號土地委由伊經營，伊已依約繳付訂約權利金、履約保證金及經營權利金。嗣伊以系爭土地向前台中縣政府申請臨時建造執照，竟遭該縣政府以未檢附前台中縣太平市公所出具五年內「近期無開發證明」為由而退件，始查知被告早於 91 年 9 月 10 日將系爭土地無償撥與訴外人前台中縣消防局使用¹⁶⁸，致前台中縣太平市公所無法出具「近期無開發證明」。被告未盡協力申請建造執照之附隨義務，經伊催告後仍未履行，伊業於 93 年 5 月 19 日解除契約，該局亦於同年 6 月 2 日表示同意終止，兩造顯有合意解除契約之意思，被告除應返還伊上開所繳款項外，尚需賠償伊所受損害及加倍返還押標金等。

原告欲於系爭土地興建建物，須向地方政府（前台中縣政府）申請建造執照，而該政府認尚需檢附五年內「近期無開發證明」，又因前台中縣消防局正向被告申請撥用該地號土地使用（事實上尚未完成撥用手續），故前台中縣政府太平市公所認為該地號土地已有開發計畫而無法出具該證明，則被告（出租人、委託機關）是否負有協力原告（承租人、受託人）申請建造執照之附隨義務？

二、法院見解¹⁶⁹

¹⁶⁸ 法院判決認為系爭土地於原被告簽訂系爭契約前，尚未完成撥用於台中縣消防局之手續，且被告事後亦拒絕台中縣消防局之申請撥用，可參：臺灣臺中地方法院 93 年重訴字 451 號、臺灣高等法院臺中分院 94 年重上字 101 號、臺灣高等法院臺中分院 97 年重上更（二）字 6 號及臺灣高等法院臺中分院 98 年重上更（三）字 10 號民事判決。

¹⁶⁹ 本件歷經數審判決，依時序如下：臺灣臺中地方法院 93 年重訴字 451 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 94 年重上字 101 號民事判決、最高法院 96 年台上字 681 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 96 年重上更（一）字 20 號民事判決、最高法院 96 年台上字 2923 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 97 年重上更（二）字 6 號民事判決、最高法院 98 年台上字 78 號民事判決、

(一) 出租人(委託機關)有無協助承租人(受託人)申請建造執照之附隨義務?

1. 出租人(委託機關)無此附隨義務

部分判決¹⁷⁰採取此一見解，理由如下：

- (1) 依據都市計畫公共設施保留地臨時建築使用辦法第2條，認為訴外人前台中縣消防局就系爭土地雖已向出租人(委託機關)提出申請撥用手續，惟尚未完成撥用手續，亦無經費預算，更尚未核定發布實施，出租人(委託機關)自得依該辦法自行或提供他人申請作臨時建築之使用；
- (2) 原告以兩造契約第6條¹⁷¹為被告負有附隨義務之依據，惟系爭約定為原告因經營需要而增加設施並需被告發給土地使用同意書時，被告因此要發給原告土地使用同意書，尚難認所謂無開發計劃證明係被告之義務或其附隨義務。況系爭契約類似租賃契約，被告已交付約定土地，且契約中復未明定其使用用途，則要如何經營、是否需要增加設施完全由原告考量，則被告已履行其交付土地予原告之義務，自無債務不履行之問題。

2. 出租人(委託機關)有此附隨義務

臺灣高等法院臺中分院98年重上更(三)字10號民事判決、最高法院98年台上字1801號民事判決、臺灣高等法院臺中分院98年重上更(四)字44號民事判決、最高法院民事判決100年度台上字第2號。其中對於被告有無系爭附隨義務見解不一，並對其他爭點有所陳述，本文僅摘錄有對系爭附隨義務討論之判決。

¹⁷⁰ 參：臺灣臺中地方法院民事判決93年度重訴字第451號、高等法院臺中分院民事判決94年度重上字第101號、高等法院臺中分院民事判決96年度重上更(一)字第20號、高等法院臺中分院民事判決97年度重上更(二)字第6號。

¹⁷¹ 系爭契約約定第6條：「委託經營之變更及增加設施：乙方(按：承租人、受託人)如因經營需要，需增加設施或變更委託經營財產時，應經甲方(按：出租人、委託機關)同意；如未經同意擅自辦理，致委託經營財產發生損害者，應負回復原狀或按『國有財產計價方式』查估價格之一·三倍負損害賠償責任。乙方增加之設施需甲方發給土地使用權同意書者，應檢附相關圖說，送甲方審核後發給。乙方增加前項設施，應依建築管理相關法令申請建築執照，完工後其屬可辦理建物所有權第一次登記者，應於取得使用執照後一個月內辦理建物所有權測量、登記，並出具預告登記同意書、印鑑證明及相關文件，會同甲方辦理預告登記，禁止移轉或設定他項權利。」

有判決¹⁷²先指出附隨義務之意義與違反效果，再解釋契約真意，以系爭契約第6條第3項¹⁷³為據，認為「出租人（委託機關）所交付之土地，必係能申請建築執照以興建建物之土地，始能符合系爭契約委託上訴人經營之目的，出租人（委託機關）依誠信原則或契約之補充解釋（契約漏洞之填補）自負有協助承租人（受託人）申請取得該建造執照之義務，以履行實現系爭契約訂約之經濟目的。」

（二）出租人（委託機關）是否履行上開附隨義務？

1. 出租人（委託機關）已履行上開附隨義務

高等法院臺中分院民事判決 98 年度重上更（三）字第 10 號認為出租人（委託機關）已盡其協助承租人（受託人）申請取得建造執照之附隨義務，理由如下：

- （1）先指明出租人（委託機關）僅能同意土地使用，地上臨時建築之合法與否及是否予以興建，則屬地方政府之權限，從而，核發本件五年內不開發證明（即近期無開發證明）之機關為台中縣太平市公所，而非出租人（委託機關）；
- （2）雖非由出租人（委託機關）核發系爭證明，惟須由其協助取得。太平市公所不核發「近期無開發計畫」證明係因當時認系爭土地為台中縣消防局遷建用地辦理土地撥用「中」，後經出租人（委託機關）協調、現場會勘、呈報總局等程序，已告知台中縣政府表示歉難同意辦理撥用，出租人（委託機關）並將上情告知承租人（受託人）。太平市公所據以拒發「近期無開發計畫」證明之原因已不存在，此乃因出租人（委託機關）已明確拒絕台中縣消防局之撥用申請所致，堪認出租人（委託機關）已盡其協助承租

¹⁷² 高等法院臺中分院 98 年度重上更（三）字第 10 號、最高法院 98 年度台上字第 78 號、最高法院 98 年度台上字第 1801 號、高等法院臺中分院 98 年度重上更（四）字第 44 號民事判決。其他亦肯認此依附隨義務者有最高法院 96 年度台上字第 2923 號、最高法院 100 年度台上字第 2 號民事判決。

¹⁷³ 系爭契約第 6 條第 3 項：「乙方（按：承租人、受託人）增加前項設施，應依建築管理相關法令申請建築執照。」

人（受託人）申請取得建造執照之附隨義務。並附帶說明，債務人就債權人本身無法完成，而有賴債務人協助始能達成之事項，始負協力之義務。苟債權人自身可完成之事項，自不能推由債務人為之，此乃類推適用民法第 507 條可得。出租人（委託機關）已盡上開義務，承租人（受託人）自可自行申請「近期無開發計畫」，再申請臨時建築使用，已無須出租人（委託機關）之協力。

2. 出租人（委託機關）未履行上開附隨義務

持此一見解者為數不少¹⁷⁴，其中有對上開高等法院臺中分院 98 年度重上更（三）字第 10 號民事判決提出反駁者¹⁷⁵，即「國有財產局總局雖於 93 年 2 月 24 日函台中縣政府表示不同意系爭土地之撥用，出租人（委託機關）亦於同年 2 月 25 日告知承租人（受託人）其已積極協同台中縣消防局另覓其他適宜之土地，惟出租人（委託機關）既於同函中表示會請需地機關（台中縣消防局）儘速協助承租人（受託人）向台中縣政府取得建造執照，不免使承租人（受託人）信以為出租人（委託機關）會透過台中縣消防局協助其向台中縣政府取得建造執照，出租人（委託機關）既未於函中明確告知承租人（受託人）其已將不能核發近期無開發證明之因素完全排除，承租人（受託人）可自行向台中縣政府完成申請建造執照之手續，反而表示會協助承租人（受託人）取得建造執照，且國有財產局上開函亦未副知承租人（受託人）¹⁷⁶，依誠信原則，出租人（委託機關）上開協力使承租人（受託人）取得建造執照之義務，自不能因此滌除」。

三、分析說明

¹⁷⁴ 最高法院 96 年度台上字第 2923 號、最高法院 98 年度台上字第 78 號、最高法院 98 年度台上字第 1801 號、高等法院臺中分院 98 年度重上更（四）字第 44 號、最高法院 100 年度台上字第 2 號民事判決。最高法院 100 年度台上字第 2 號民事判決並肯認本件原告得解除契約。

¹⁷⁵ 最高法院 98 年度台上字第 1801 號、高等法院臺中分院 98 年度重上更（四）字第 44 號民事判決。

¹⁷⁶ 國有財產局有無副知承租人（受託人），與高等法院臺中分院 98 年度重上更（三）字第 10 號民事判決認定不同，此為事實、證據認定問題，非本文能說明範疇。然而，是否副知，機關應容易證明，既無法提出足以令法院採信之證據，本文於此採取國有財產局並未副知承租人（受託人），即與最高法院 98 年度台上字第 1801 號、高等法院臺中分院 98 年度重上更（四）字第 44 號民事判決相同。

（一）契約定性

本件「國有非公用財產委託經營契約」非民法明文之有名契約，乃屬無名契約。按國有非公用財產委託經營實施要點第2點規定，所稱委託經營，指委託機關將國有非公用財產委託受託人經營，由受託人支付委託機關訂約權利金及經營權利金，並自負經營盈虧。觀其文義，可能為由當事人約定一方（委託機關）委託他方（受託人）處理事務（經營國有非公用財產），他方允為處理之「委任契約」¹⁷⁷；又從受託人須支付委託機關訂約權利金及經營權利金一事觀之，亦可能係當事人約定一方（委託機關）以物租予他方（受託人）使用收益，他方（受託人）支付租金之「租賃契約」¹⁷⁸。

高等法院臺中分院民事判決94年度重上字第101號認為該契約類似租賃契約，理由如下：「兩造之契約，係約定被上訴人將坐落台中縣太平市○○路19之194地號土地之國有非公用財產，提供由上訴人負責管理經營。上訴人繳交權利金二百二十萬元，另按年繳交權利金八萬九千五百六十元予被上訴人，核其性質應類似民法之租賃契約，亦為被上訴人所是認。」¹⁷⁹，是故，本文將之列入租賃契約。¹⁸⁰

（二）被告出租人（委託機關）有無協助原告承租人（受託人）申請建造執照之附隨義務？

本件歷審判決對此見解不一，已整理如前。另外，雖有法院判決認為人民申請建照無須檢附不開發證明，故本件承租人（受託人）應循行政程序救濟，但此實屬行政法規內容之爭，本文並無意深究。惟本文認為，假設人民確實需檢附不開發證明始能取得建築執照時，此一問題誠然有其討論價值，故本文假定本件承租人（受託人）須取得「近期無開發證明」以申請建照之下，探討出租人（委託機關）有

¹⁷⁷ 民法第528條：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」

¹⁷⁸ 民法第421條第1項：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」

¹⁷⁹ 相同見解，參：高等法院臺中分院民事判決96年度重上更（一）字第20號。

¹⁸⁰ 為與國有非公用財產委託經營實施要點用語一致，本文將「委託機關」、「出租人」及「受託人」、「承租人」一同列出。

無協助取得「近期無開發證明」之附隨義務？

雖系爭契約未約定系爭土地使用用途，惟自雙方契約第 6 條第 3 項可知，系爭土地可依建築管理相關法令申請建築執照，以興建建物。故倘若申請建築執照所需文件由出租人（委託機關）掌握，基於雙方契約關係所生之信賴、交易習慣、必要性及參酌誠信原則，則出租人（委託機關）應提供之，就此，應屬資訊義務中提出文件義務類型。

惟本件所需之「近期無開發證明」應由前台中縣太平市公所而非出租人（委託機關）提供，惟前台中縣太平市公所因認為出租人（委託機關）將系爭土地無償撥與前台中縣消防局使用而不予出具「近期無開發證明」，此乃出租人（委託機關）撥用土地不明所致，出租人（委託機關）對此有能力排除，且基於雙方契約所生之信賴、復依約即知承租人（受託人）所承租者係能申請建築執照以興建建物之土地，出租人（委託機關）依誠信原則有義務協助排除障礙，此方符合受託人訂立系爭契約之目的，是項義務即最高法院民事判決 98 年度台上字第 78 號所述「所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益」。

（三）被告（出租人、委託機關）是否已盡系爭附隨義務？

在肯認出租人（委託機關）有協助承租人（受託人）申請建造執照之附隨義務之下，出租人（委託機關）是否已盡系爭附隨義務，見解不一，法院判決相關見解整理如前。

本文認為，附隨義務係契約發展過程基於誠信原則而生，債務人是否履行，自得依誠信原則判斷之。觀諸前開判決可知，承租人（受託人）無法取得前台中縣太平市公所出具系爭土地「近期無開發證明」而無法獲得前台中縣政府核發建築執照，於 93 年 2 月 10 日曾催告出租人（委託機關）協力取得建造執照，以便開發經營，出租人（委託機關）於 93 年 2 月 25 日函復表示將盡速協助承租人（受託人）向前

台中縣政府取得建築執照，而國有財產局總局於 93 年 2 月 24 日拒絕前台中縣消防局撥用系爭土地之申請時，僅將正本寄發台中縣政府、副本寄發出租人（委託機關），未寄發予承租人（受託人），承租人（受託人）無從得知此事以再次申請建照。出租人（委託機關）不僅於契約提及可申請建照，後又回函表示將協助申請之，由此承租人（受託人）對出租人（委託機關）應有某程度之信賴，故依誠信原則，出租人（委託機關）應通知承租人（受託人）已排除「近期無開發證明」之障礙，以使承租人（受託人）得再次申請之，且承租人（受託人）確實完成建照申請（非委託機關因素所致或非其可協力之範圍除外¹⁸¹）。

（四）本件原告（承租人、受託人）得否以被告違反上述義務而解除契約？

明確肯認被告（出租人、委託機關）違反上述義務得解除契約之判決，有高等法院臺中分院民事判決 98 年度重上更(四)字第 44 號：「惟迄 93 年 5 月被上訴人仍未履行，系爭契約簽訂已逾半年，上訴人仍無法取得建築執照，顯已影響契約利益及目的之完成，上訴人於 93 年 5 月 19 日寄發存證信函表示自函到日起解除契約等語，上訴人自承已收受該函，於上訴人收受該函之日起，系爭契約已合法解除。」以及最高法院民事判決 100 年度台上字第 2 號：「本件兩造訂立系爭契約後，國有財產局未盡協助恆○公司申請建造執照之附隨義務，致逾半年恆○公司仍無法取得建造執照，顯已影響契約利益及目的之完成，乃原審所合法確定之事實。則恆○公司因國有財產局遲未履行是項義務，於定期催告後，自得依法解除契約，並請求損害賠償或返還。」

本文於第二章表示贊同近來實務見解，即附隨義務之違反足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其締約利益，則其得解除契約。而本件被告應交付可申請建照以興建建物之土地，始符合系爭契約委託原告經營之目的，倘若被告遲未能協助原告取得建築執照，則影響

¹⁸¹ 若非委託機關因素所致或非其可協力之範圍，則委託機關亦不因誠信原則而負有附隨義務。

契約目的達成，故原告得解除契約。因此，本文肯定上開法院見解。

貳、出租人協力承租人回復原狀義務？【案例：回復租賃物案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1726 號、最高法院民事判決 98 年度台上字第 1401 號】

一、事實與爭點

承租人公司向出租人公司承租某大樓地面第五層至第二十層及地下第二層建物，租賃期間自民國 84 年 11 月 1 日起至 94 年 10 月 31 日止。承租人主張系爭大樓之部分公共設施於 90 年 9 月因納莉風災受損，影響承租人承租作為辦公室使用之公共安全及消防安全至鉅，惟出租人修繕未果，承租人遂於 92 年 2 月 27 日終止系爭租約。

承租人、出租人先後各別提起訴訟，承租人提起訴訟請求多項，其中之一為請求返還押租金；而出租人提起訴訟，先位聲明之主張：承租人終止租約不合法，故請求租金及損害賠償；備位聲明之主張：縱認承租人終止契約已生效力，其仍應給付終止契約前之租金，並就系爭租賃物回復原狀返還出租人公司。

上開訴訟中，與附隨義務相關者，乃終止租賃契約後，承租人喪失其合法使用租賃物之依據，惟承租人負有將租賃物回復原狀之義務，故產生租約終了後，於承租人將租賃物回復原狀期間，出租人有無「協力承租人回復原狀義務，即是否負有使承租人進入系爭建物及得利用電梯之附隨義務」？而出租人是否違反之？

二、法院見解¹⁸²

(一) 出租人有無協力承租人回復原狀之附隨義務？¹⁸³

¹⁸² 承租人提起訴訟之判決：臺灣臺北地方法院民事判決 92 年度重訴字第 1941 號、臺灣高等法院民事判決 95 年度重上字第 255 號、最高法院民事判決 98 年度台上字第 1401 號；出租人提起訴訟之判決：臺灣臺北地方法院 94 年北重訴字第 5 號民事判決、臺灣高等法院 97 年重上字 440 號民事判決、最高法院民事判決 100 年度台上字第 1726 號。

有論及此附隨義務之判決，均肯認之。理由為「系爭租約業經承租人於 92 年 2 月 27 日終止，依約承租人有將系爭建物回復原狀遷讓返還予出租人之義務，惟本件租賃標的所在之大樓由出租人委外其他公司管理門禁，且承租標的位於 5 樓至 20 樓，搬遷物品均須利用電梯，則出租人應負有使承租人得進入系爭建物及得利用電梯之附隨義務，俾令承租人得履行其回復原狀之義務」¹⁸⁴。

(二) 出租人是否違反上開義務？

1. 出租人違反上開義務

承租人於終止租約後即委請其他廠商進行拆除及復原工作，出租人指示管理大樓門禁之公司不令承租人僱請之廠商進行搬運工作，且出租人亦屢以關閉電梯等方式，惡意阻撓，延滯承租人搬遷復原工作。¹⁸⁵是故，出租人自違反上開義務。

2. 出租人未違反上開義務

最高法院民事判決 100 年度台上字第 1726 號則指出：「原審認定承租人進行復原工作期間，出租人有屢次以關閉電梯等方式，惡意阻撓之事實，然對於出租人關閉電梯等之阻撓、刁難行為，承租人是否無法排除或謀商解決，而符合給付不能之具體情況為何，原判決未予敘明，遽以承租人已依誠信原則、盡一切努力履行復原工作，卻因出租人之阻撓無法於合理期間內完成，應認承租人之回復原狀義務已因

¹⁸³ 此為後契約義務，臺北地院民事判決 92 年度重訴字第 1941 號已先指明：「第按債權人基於債之關係，得向債務人請求給付（民法第 199 條第 1 項規定參照），除債之關係所固有、必備之基本義務外，於債之關係發展過程中，基於誠實信用原則，為完全滿足給付上利益，或為輔助實現債權人之給付利益、避免侵害債權人之身分或財產上利益，即可能發生附隨義務。又於契約關係消滅後，為支持及完全履行主給付義務，當事人亦負有某種作為或不作為義務，此為後契約義務，倘債權人因債務人不履行附隨義務因而受損害，債權人自得對之訴請債務不履行之損害賠償。」

¹⁸⁴ 參：臺北地院 92 年度重訴字第 1941 號、高等法院 95 年度重上字第 255 號、台北地院 94 年北重訴字第 5 號、高等法院 97 年度重上字第 440 號民事判決。此外，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1726 號雖未對此附隨義務存否表示意見，但並未否認之（詳參後述）。

¹⁸⁵ 臺北地院 92 年度重訴字第 1941 號、高等法院 95 年度重上字第 255 號、高等法院 97 年度重上字第 440 號民事判決。

不可歸責承租人之事由，陷於給付不能而免除其給付義務云云，進而為出租人不利之判斷，亦欠允洽。」，由此可見，最高法院並未否認是項附隨義務，而係認為於此情況出租人並未違反此義務。

三、分析說明

(一) 出租人有無「協力承租人回復原狀義務，即是否負有使承租人進入系爭建物及得利用電梯之附隨義務」？

上開臺北地院 92 年度重訴字第 1941 號、高等法院 95 年度重上字第 255 號及臺北地院 94 年北重訴字第 5 號、高等法院 97 年度重上字第 440 號民事判決肯認出租人負有使承租人進入系爭建物及得利用電梯之附隨義務；最高法院民事判決 100 年度台上字第 1726 號則雖未對此附隨義務積極表態，而認原判決未具體說明承租人有無試圖排除回復原狀之困難，似可認為最高法院並未否認此附隨義務。

租賃關係終了後，承租人負返還租賃物之給付義務¹⁸⁶，此義務於民法第 455 條¹⁸⁷設有明文。承租人返還租賃物時，應以「合於契約之返還狀態」(vertragsgemäßer Rüergabezustand)，返還於出租人，而租賃物返還時應具有何種之狀態，應探究當事人對此之合意，並衡酌租賃物之折舊、正常耗損、承租人保管維護程度、交易習慣與誠信原則等。¹⁸⁸按本件相關判決，可知承租人返還出租人租賃物，除搬遷外，另須為拆除及復原工作，以將租賃物回復原狀。

承租人於租賃契約終止後，喪失合法進入、使用租賃物之依據，惟承租人欲順利完成上開回復原狀工作則必須進入租賃物，且其承租之樓層自 5 樓至 20 樓，尚須使用電梯協助完成拆遷等復原工作，亦即倘若出租人不予承租人進入、使用電梯，承租人無法順利完成其回復原狀之義務；況且出租人於相關訴訟中所提出聲明之一亦要求承租

¹⁸⁶ 吳秀明，租賃，載：黃立主編，民法債編各論（上），2006 年 2 月初版第 4 刷，頁 492-493。

¹⁸⁷ 民法第 455 條：「承租人於租賃關係終止後，應返還租賃物；租賃物有生產力者，並應保持其生產狀態，返還出租人。」

¹⁸⁸ 吳秀明，租賃，載：黃立主編，民法債編各論（上），2006 年 2 月初版第 4 刷，頁 494。

人將系爭租賃物回復原狀返還於出租人，然實際上卻阻礙承租人（不予承租人進入租賃物和使用電梯）回復原狀，斟酌上開情形並經利益衡量，實有違誠信原則。

故本文以為出租人負有協力承租人回復原狀之附隨義務，在本件即係允許承租人進入系爭建物並得利用電梯、以協力承租人履行其後契約義務，使承租人順利將租賃物回復原狀，圓滿終結雙方間之權利義務關係。惟雙方租賃契約業已終止，承租人確實喪失其使用租賃物之合法權源，自不得假回復原狀之名、實行占有使用之實，致出租人長時間無法使用收益系爭租賃物，故承租人未於契約屆滿之日搬遷完畢，出租人得依約主張權利，另之後回復原狀期間亦得依誠信原則互為約定。

（二）本件出租人是否違反系爭義務？

依據上開判決內容可知，最高法院亦不否認本件承租人欲將租賃物回復原狀，且出租人有以關閉電梯等方式阻撓承租人復原工作之事實。本文認為，由於此舉已顯然有背誠信，則可認為出租人違反其協力承租人回復原狀之附隨義務；除非承租人另有不受出租人行為影響之其他合理方式可完成復原工作，否則無須如最高法院所述，須待承租人與出租人協商溝通不成，始認出租人違反義務。

第三節 使用借貸契約

第一項 資訊提供義務

第一款 提出文件

壹、貸與人出具土地使用權同意書於借用人以辦理建照之義務？【案例：使用同意書供建照辦理案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 2171 號】

一、事實與爭點

原被告於民國 50 年間就被告所有二筆土地訂有借貸契約¹⁸⁹，供原告使用充建校基地，已在如第一審判決附圖斜線部分興建校舍建物，詎被告違反上開契約附隨義務，拒不出具土地使用權同意書供伊辦理建物之建造執照申請手續，故訴請被告提供營造建築物申請建造執照之同意書。

本件爭點即討論貸與人有無「出具土地使用權同意書」之義務。

二、法院見解¹⁹⁰

歷審判決均認為貸與人有「出具土地使用權同意書」之義務，除地院判決所提之「誠信原則」及「契約解釋」外，高院判決更以「輔助契約目的實現」，而認定「該借貸契約契約目的在由貸與人提供系爭土地供借用人作為建校基地使用。而興建校舍建築物為辦理學校所必要，為取得合法校舍建築物之建築執照及使用執照，為系爭契約系爭土地貸與人之為輔助借用人實現『提供系爭土地供借用人作為建校基地使用』之契約目的，自有出具系爭土地合於格式之土地使用權同意書之附隨義務」，而貸與人未出具同意書即違反是項義務。

¹⁸⁹ 當事人契約書名為「租用」，惟經法院查明，實為無償使用，故為使用借貸契約，併予說明。

¹⁹⁰ 臺灣雲林地方法院 96 年訴字 512 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 97 年上字 210 號民事判決均認原告訴請被告出具使用同意書有理由，最高法院民事判決 98 年度台上字第 2171 號認為被告應出具使用同意書，惟仍須考量時效問題。

三、分析說明

(一) 貸與人有無出具土地使用同意書予借用人以辦理建照之義務？

上開判決斟酌誠信原則、契約目的均認貸與人有出具使用同意書之義務。

按雙方契約可知借用人借用目的係作為建校基地，故借用人會以所借用之土地興建校舍，自屬當然，能否於借用土地上合法興建校舍即為締約考量基礎，貸與人對此締約目的自當明瞭，基於雙方因契約所生之信賴基礎、交易常態、必要性¹⁹¹，並參酌誠信原則，貸與人須協力出具土地使用同意書予借用人，讓借用人得申請合法校舍建築物之建築執照及使用執照以合法興建校舍，始達契約目的，是故，本文亦認同前開判決意見，即貸與人有出具土地使用同意書予借用人之義務；另再次說明者為此文件（土地使用權同意書）提出具有提供資訊之作用，亦寓有協力之意，如前第二章所述。

(二) 出具土地使用同意書予借用人義務，應屬從給付義務或附隨義務？

惟系爭義務究為從給付義務或附隨義務，有待研求。有上開疑問

¹⁹¹ 臺灣省建築管理規則（已廢止）第 11 條（摘錄）：「申請建造執照除依本法規定外，並應檢附左列文件：一、土地權利證明文件：（一）土地登記簿謄本。（二）地籍圖謄本。（三）土地使用同意圖（限土地非自有者）。」

建築法第 25 條：「（第 1 項）建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除。但合於第七十八條及第九十八條規定者，不在此限。（第 2 項）直轄市、縣（市）（局）主管建築機關為處理擅自建造或使用或拆除之建築物，得派員攜帶證明文件，進入公私有土地或建築物內勘查。」

建築法第 30 條：「起造人申請建造執照或雜項執照時，應備具申請書、土地權利證明文件、工程圖樣及說明書。」其中土地權利證明文件，含「土地使用權同意書」，參：內政部營建署網站，<http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php>，選擇「最新消息」中之「法規公告」，再選「建築執照申請審核書表」，其網址為

http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com_content&view=article&id=10557&Itemid=57，或選擇「政府資訊公開」中之「主動公開資訊」，再選「營建法令」，法令查詢：建築執照申請審核書表，其網址為

http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com_content&view=article&id=10557&catid=30&Itemid=100（最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 14 日）。

之原因及說明如下：

1. 本件三個判決對於義務群分類不同

自文字觀之，地方法院將義務群分為主給付義務、從給付義務及附隨義務，且表示為了準備，確定、支持及完全履行主給付義務之附隨義務可經當事人而成為從給付義務，似以有無將義務訂入契約而定義務屬性（若有訂入契約為從給付義務，若無則為附隨義務），其認為貸與人出具土地使用同意書為附隨義務，蓋其由誠信原則及契約解釋而來且未經兩造契約明訂¹⁹²；高等法院將義務群分為主給付義務、從給付義務及附隨義務，並認系爭義務為附隨義務¹⁹³；最高法院則提出獨立之附隨義務（亦可稱與給付有關之附隨義務或從義務）一語，並認系爭義務屬獨立之附隨義務。¹⁹⁴

就此，得以觀察出實務見解對於債之關係義務群之用語、定義、分類及體系尚未一致；再者，從給付義務、附隨義務之基礎均可能係

¹⁹² 雲林地院 96 年度訴字第 512 號民事判決：「於債之關係中，為了準備，確定、支持及完全履行主給付義務，當事人可能約定一些附隨義務而成為從給付義務；縱使當事人並無約定，如債權人僅取得主給付義務之內容，通常無法滿足債權人依據契約所欲達成之法律目的，則本於誠信原則或法理上之解釋，債務人勢需履行某些附隨義務，以實現主給付義務之內容，換言之，附隨義務未被履行時，可能導致主給付之履行無法達成目的，此時附隨義務即屬必要，若債務人拒絕履行該附隨義務，債權人自非不得對之訴請履行。經查本件借貸契約被告雖提供系爭土地供原告興建校舍使用，卻因被告不出具土地使用權同意書致原告所建部分校舍成為不合法之違章建築，參諸證人乙○○所為前揭證言，其不合法之情形可由被告出具合乎格式之土地使用權同意書予以補正，且是在違章建築被主管機關拆除以前均可補正，則本乎誠實信用原則及就原契約為法理上之解釋，被告自有出具合乎格式之土地使用權同意書之附隨義務，此一附隨義務縱然未經兩造明訂，亦無礙於其存在，茲被告拒絕出具，原告自得對之訴請履行。」

¹⁹³ 高等法院臺南分院民事判決 97 年度上字第 210 號先指出：「按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚應盡其附隨義務，以輔助債權人實現契約訂立之目的，倘債務人未盡此項附隨義務，債權人得依民法第 227 條不完全給付之規定行使其權利（最高法院 98 年度台上字第 78、222 號判決）。」，復表示：「系爭契約目的在由上訴人提供系爭土地供被上訴人作為建校基地使用。而興建校舍建築物為辦理學校所必要，為取得合法校舍建築物之建築執照及使用執照，為系爭契約系爭土地貸與人之上訴人為輔助被上訴人實現『提供系爭土地供被上訴人作為建校基地使用』之契約目的，自有出具系爭土地合於格式之土地使用權同意書之附隨義務。」

¹⁹⁴ 最高法院民事判決 98 年度台上字第 2171 號：「按契約成立生效後，債務人除負有主給付義務外，為輔助主給付之功能，使債權人之利益能獲得最大之滿足，基於法律之規定或當事人之約定或誠信原則及契約之補充解釋（契約漏洞之填補），尚負有獨立之附隨義務（亦稱為與給付有關之附隨義務或從義務）。倘債務人不履行該項義務或有違反情事，致影響契約利益及目的之完成者，債權人固得對之訴請履行或不履行之損害賠償。惟債權人此項基於該附隨義務而取得之請求權，倘具有本身之目的得獨立對債務人訴請履行，與一般之請求權性質上即無不同，自有消滅時效之適用。」

法定、約定或誠信原則，地院判決以有無訂入契約作為判斷標準，似有疑慮。

2. 三法院判決均認為原告可訴請被告履行系爭義務

學說上多認為從給付義務可訴請履行，附隨義務則否，然而，本件下級審法院均以附隨義務稱之，但法院判決均認為原告可訴請被告履行系爭義務。

因此，系爭義務究屬從給付義務或附隨義務尚有疑義，亦或其對於附隨義務得否履行有所表態，仍有待觀察¹⁹⁵。

3. 小結

基於上開判決文義多趨於附隨義務，又此與提出真品證明書¹⁹⁶以確定藝術品原作係為輔助完成主給付義務（移轉藝術品真作所有權）有別；另觀前開「出租人提供使用執照協助承租人取得營利事業登記證以合法營業」¹⁹⁷，歸類於附隨義務，該案例與本例類似，皆係契約一方當事人請求他方提供其掌握之文件資料，俾使其得以申請合法營業或建屋，與契約本質無涉，惟與締約所欲達成目的相關，故本文將本案例歸納至附隨義務。

¹⁹⁵ 此案例評析，可參：詹森林，民事法，國立臺灣大學法學論叢，第39卷第2期，2010年6月，頁70-71。

¹⁹⁶ 亦為本文案例之一（最高法院民事判決97年度台上字第1994號）。

¹⁹⁷ 亦為本文案例之一（最高法院民事判決98年度台上字第222號）。

第四節 小結

本章討論財貨交換契約中之附隨義務，即買賣契約、租賃契約及使用借貸契約三種契約類型，於各契約之下，本文將所搜尋判決中之具體義務歸至各義務分類（即本文第二章所述之資訊提供、協力履行及保護照顧），並提出分析說明。就本章實務見解歸納分析後，觀察如下。

壹、從契約類型觀察

一、買賣契約

買賣契約之案例以資訊提供義務為主，由於買受人依約支付價金並終局取得標的物所有權，故標的物之價值、特性等相當重要，因此，出具標的物證明書¹⁹⁸、或使標的物發揮其最大效用之說明文件則成為爭議議題。

此外，於買賣契約中，資訊提供義務之說明告知部分，或因預售屋買賣之不確定性、資訊不對稱之故，而以預售屋買賣契約為眾。於實務上，預售屋買賣本存有許多糾紛，買受人或可透過誠信原則以主張出賣人違反附隨義務，此對買受人不失為一主張權利之途。

二、租賃契約與使用借貸契約

於租賃契約與使用借貸契約中，承租人、借用人非終局取得標的物所有權，而係取得於一定期間內之合法使用權，故對承租人、借用人而言，能否如締約時所設想之目的使用則十分重要。因此，前開討論出租人提供使用執照協助承租人取得營利事業登記證以合法營業之義務、出租人（委託機關）協助承租人（受託人）申請建造執照之義務、貸與人有無出具土地使用同意書予借用人以辦理建照之義務等案例，均涉及承租人、貸與人締約後得否利用該房地營業或建造，以

¹⁹⁸ 其應為從給付義務或附隨義務，則參前述討論內容。

達到當初其締約之目的，應屬重要典型案例。

貳、從契約階段觀察

如第二章所述，附隨義務於各契約階段皆有發展可能，本章所列之附隨義務分屬不同契約階段。

一、先契約階段

關於先契約階段（訂立契約前），如預售屋買賣中「公設分攤比例」、「可否貸得所需款項」等事項，皆於契約磋商階段即為詢問、討論，倘若未提供正確資訊即可能違反附隨義務，此為先契約附隨義務之違反。惟系爭契約仍成立生效，該附隨義務雖於契約成立前違反，惟係以不完全給付處理而非締約上過失，參上開相關判決即知，此為本文第二章所論及「實務上似有將原屬締約過失之資訊提供義務違反，於契約有效成立之類型，均由不完全給付處理之趨勢」之適例。

二、履約階段

附隨義務乃隨契約發展過程基於誠信原則而生之義務，因此，履約過程中即可能因各種情形而發展出各式附隨義務，如前開提供文件之資訊提供義務或協力履行義務等，皆為履約階段之附隨義務。

三、後契約階段

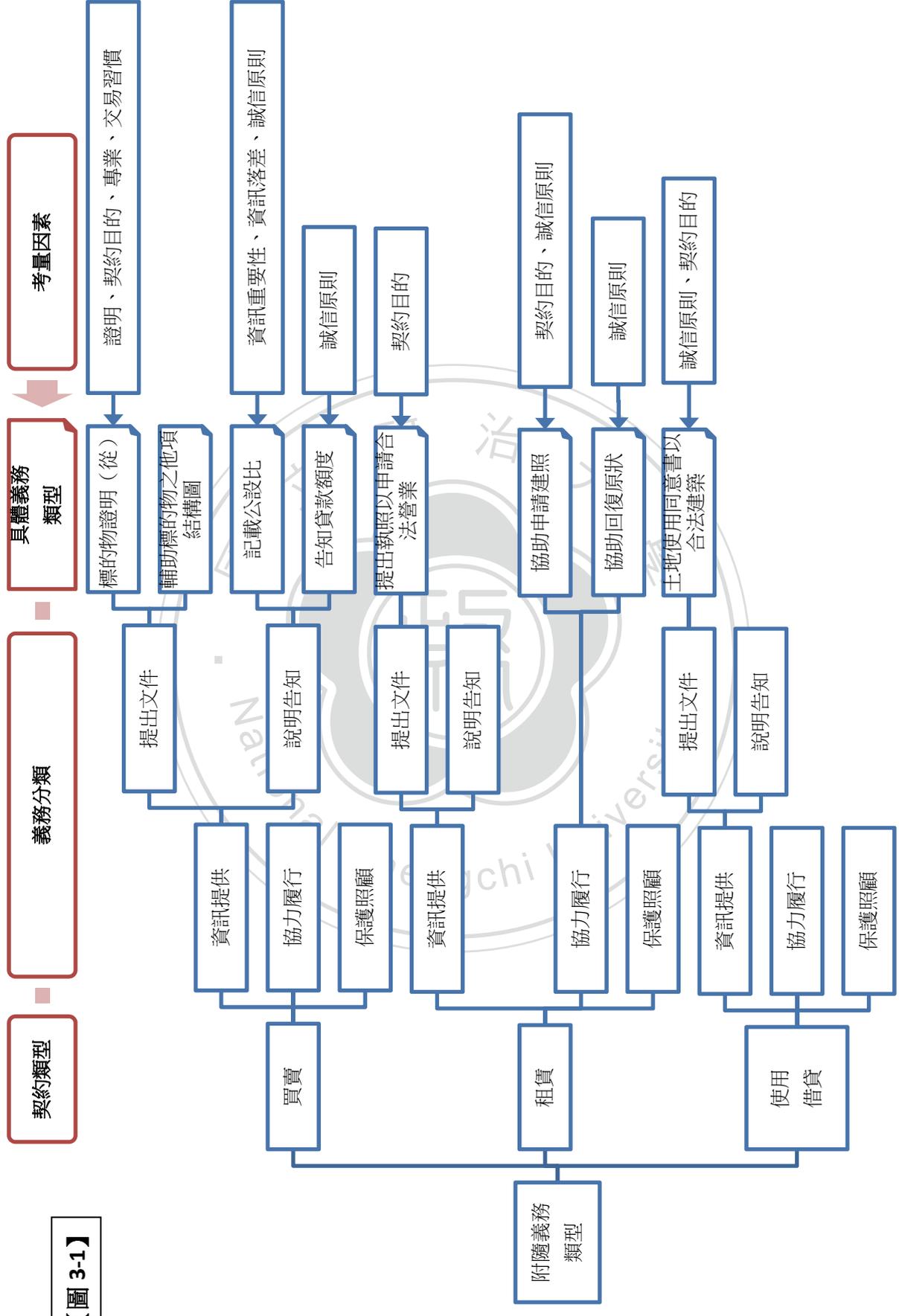
契約關係消滅後，當事人間仍負有某種作為或不作為之後契約義務，乃受學說、實務肯認，除一般所舉離職（僱傭契約或委任契約消滅）後之競業禁止義務之例，於其他契約類型亦可能於具體個案中發展出附隨義務，如租賃契約終了後，出租人是否有協力承租人回復原狀義務即是。

參、附隨義務肯認與否及是否履行之判斷因素

從部分判決理由中可看出法院裁判時除抽象式地以誠信原則為據外，尚就具體個案提出裁量標準，於本章判決中最常被斟酌者為契約目的之考量，另亦有判決從資訊重要、資訊落差等因素作為心證形成之依據。

本文就本章內容，簡要圖示如下【圖 3-1】。





【圖 3-1】

第四章 委任契約及類似委任契約中之附隨義務

本章與次章均涉及交換契約中之勞務契約，勞務契約即契約中至少一方當事人提出交換之內容（主給付義務）為其勞務，民法有名契約中，最重要者即為委任、僱傭及承攬等三種契約類型，本章主要介紹委任契約。

民法第 528 條規定：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」、第 529 條規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」，由此可知，委任契約屬於勞務契約之基本類型，隨著社會變遷，各種交易活動興起，許多法未明定之契約類型，若未能適用僱傭、承攬等其他法定契約類型規定者，均得適用關於委任契約之規定。以本文設定搜尋之實務見解範圍，除單純之委任契約外，尚有：醫療契約，契約之一方當事人為醫事機構或醫事人員，以提供特殊之醫療技能、知識、技術，為之診斷治療疾病，為其主要給付義務內容（詳本章第二節）；委託經營管理契約，契約一方當事人常為政府機關，其委託民間業者進駐特定國有財產加以營運（詳本章第三節）；經銷契約，契約一方當事人（供應商）同意繼續性提供他方（經銷商）產品，經銷商購買系爭產品，並以經銷商之名義及其利益向他人銷售該產品。¹⁹⁹（詳本章第四節）；投資信託契約，契約一方當事人為金融業者，為消費者購買金融投資性商品（詳本章第五節）；產品廣告演出契約（即一般所稱之代言契約），契約一方當事人通常為具有社會良好形象之特定人士，為特定產品之供應商或經銷商演出廣告，促成產品銷售。以上契約內容之一方當事人均以其勞務之付出為他方當事人處理事務，其契約定性在實務上或因個案契約內容而有爭議，但多有見解將之列於委任契約，故本文視個案特性在各節加以介紹。

¹⁹⁹ 曾隆興，現代非典型契約論，民國 85 年 11 月修訂七版，頁 232。

DCFR IV. E.-5:101：(1) This Chapter applies to contracts (distribution contracts) under which one party, the supplier, agrees to supply the other party, the distributor, with products on a continuing basis and the distributor agrees to purchase them, or to take and pay for them, and to supply them to others in the distributor's name and on the distributor's behalf.

第一節 單純委任契約

第一項 保護照顧義務

壹、受任人之忠實義務？【案例：員工忠實案，臺灣高等法院民事判決 100 年度勞上易字第 13 號】

一、事實與爭點

原告主張：其先後擔任被告公司之業務代表、業務主任、業務襄理、區經理等職務，並簽訂附有管理規章之業務主任聘約書、業務襄理聘約書及區經理合約書，請求被告按月為原告提繳退休金等。

本件判決爭點在於，雙方契約性質究係委任契約或僱傭契約，此非本文重點。本文僅就聘約書中之「忠實義務」為說明。

二、法院見解²⁰⁰

高等法院民事判決 100 年度勞上易字第 13 號指出「系爭合約書第 3 條第 1 項：『區經理倘有不忠實、破壞公司信譽、違反刑章、保險法令或本合約書者，公司得自知悉情事後，終止本合約書』之約定，並非系爭契約所固有及必備之基本義務，實具有保護不特定之投保者與維持企業誠信形象之附從目的，以擔保系爭區經理合約所約定招攬保險成果實現，故系爭約定受任人應誠實履約、遵守法令要求及合於企業整體秩序，非屬主給付義務之範疇，而係附隨義務之約定」，以及「系爭合約書第 3 條第 2 項『區經理本人或配偶不得直接或間接為任何別家保險公司或保險輔助業經辦或銷售人身保險，如區經理違背此一約定時，公司有權立即終止本合約書』約定，是受任人依約不得由其本人或配偶為其他保險同業銷售保險商品。然此等誠信履約之義務，不僅民法第 148 條第 2 項規定『行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法』，在公司法第 32 條亦有『經理人不得兼任其他營利事業

²⁰⁰ 臺灣台北地方法院 99 年勞訴字 202 號、臺灣高等法院 100 年度勞上易字第 13 號民事判決。

之經理人，並不得自營或為他人經營同類之業務』規定，此約定係誠實履約之附隨義務約定」。

三、分析說明

(一) 契約定性

一般而言，我國「勞工」認定以「從屬性」為判斷依據，又於企業中擔任「經理」則認為其與公司間存在「委任契約」，然而，職稱為經理者，應實質認定為委任或僱傭，而非形式判斷。由於公司經營型態複雜，經理與勞工界線不明確、僱傭與委任亦趨於模糊，因此，應有探究必要，避免勞動法令無用武之地。²⁰¹然此非本文重點，因而不深入說明，本件判決不認其為僱傭契約，故將之歸類於委任契約，本文從之。

(二) 受任人之忠實義務

上開判決指出，案例中約定受任人不得破壞公司信譽、不違法、不違約及不得兼職等，非系爭契約固有及必備之基本義務，實具有保護不特定之投保者與維持企業誠信形象之附從目的，以擔保區經理合約所約定招攬保險成果實現，故系爭合約約定區經理應誠實履約、遵守法令要求及合於企業整體秩序，係附隨義務之約定。

所謂忠實義務，範圍極廣²⁰²，尤以勞工對雇主之忠實義務最為龐雜，如勞工對雇主負有遵守工作規則、服從、禁止競業，不得為損及雇主利益行為，防止雇主損害之措施行為、守密等忠實義務。²⁰³本文於此即指勞務契約（委任契約或僱傭契約）中，受任人對委任人或受

²⁰¹ 詳參：林良榮，是「委任」的經理，還是「僱傭」關係的經理？／高院 99 勞上 47，台灣法學雜誌第 168 期，2011 年 1 月 15 日，頁 177-182。

²⁰² 相關說明，參：姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 155-158。洪維廷，契約義務體系與誠信原則，國立臺北大學法律學系法律專業組碩士論文，民國 100 年，頁 34-43。

²⁰³ 劉承武，論契約上附隨義務基本理論體系之建立，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文，民國 79 年 5 月，頁 70。

僱人對僱用人忠實處理之附隨義務。

無論員工與公司間之契約定性為何，員工工作期間可能獲知公司秘密，亦可能影響公司形象，且雙方間有一定信賴關係，基於誠信原則，員工應有維持公司形象、不得洩密等各項忠實義務，以保護公司利益，此即為員工於系爭契約之附隨義務。



第二節 醫療契約

第一項 資訊提供義務

第一款 說明告知

壹、醫院（師）對病人實施手術前之說明告知義務？【案例：腰椎手術案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號】

一、事實與爭點

原告主張：伊因右腰椎第二、三側邊間盤突出，造成行走時右臀部及右大腿疼痛，至被告 A 醫院門診，由被告 B 醫師診治，告知伊需開刀治療，而於民國 90 年 10 月 30 日由 B 醫師為伊施行手術，裝置脊椎內固定器。伊於術後發現非手術部位之腰線下左右兩側疼痛不止而無法站立，邁步痛楚加劇，回診後向 B 醫師說明上情，B 醫師僅給予止痛藥物而未作任何診療措施。嗣伊於 91 年 5 月間至同院神經外科看診，訴外人 C 醫師診斷其症狀與加裝之內固定器有關，伊再嘗試其他醫療院所治療，效果仍不彰，終成「二肢能障礙」之殘障者。因而主張被告 B 醫師違反醫療法第 63 條第 1 項之告知義務，於施行手術時，未向伊說明手術原因及成功率、可能發生併發症之危險，及其他對伊影響較小且併發症風險較低之治療方法，使伊在無從選擇及判斷風險之情況下，進行非必要之高風險手術，致造成殘障之傷害，請求被告連帶給付。被告抗辯：手術前，B 醫師按當時醫療法規口頭告知原告並取得同意，且經住院醫師交付手術同意書由原告親自簽立。

醫院（師）對病人實施手術前負有說明告知義務，已於醫療法明文²⁰⁴，此一義務並無爭議。本件爭點係醫院（師）於手術前是否已善

²⁰⁴ 醫療法第 63 條：「（第 1 項）醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。（第 2 項）前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。（第 3 項）第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。」

盡對病人之說明告知義務？²⁰⁵

二、法院見解²⁰⁶

(一) 醫院(師)有無對病人實施手術前之說明告知義務？

有判決²⁰⁷先提出醫療法第 63 條第 1 項「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之」規定，復認為：「醫療為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權」。

此外，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號表示系爭義務為從給付義務：「尋繹上揭有關『告知後同意法則』之規範，旨在經由危險之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並展現病人身體及健康之自主權。是以醫院由其使用人即醫師對病人之說明告知，乃醫院依醫療契約提供醫療服務，為準備、確定、支持及完全履行醫院本身之主給付義務，而對病人所負之『從給付義務』（又稱獨立之附隨義務，或提昇為給付義務之一種）。於此情形，該病人可獨立訴請醫院履行，以完全滿足給付之利益，倘醫院對病人未盡其告知說明義務，病人固得依民法

²⁰⁵ 本文以附隨義務為題，於醫療糾紛中僅討論契約關係。醫療契約存在於醫院及病患間，醫師係醫院之履行輔助人，其債之履行有故意或過失時，醫院應與自己之故意或過失負同一責任，參民法第 224 條自明，且醫師係實際為說明告知之人，因此，雖由醫院負契約之不完全給付責任，惟仍須討論醫師有無說明告知必要及實際上是否為之。

²⁰⁶ 本件歷經臺灣士林地方法院 94 年醫字 11 號民事判決、臺灣高等法院 95 年醫上字 2 號民事判決、最高法院 97 年台上字 280 號民事判決、臺灣高等法院 97 年醫上更(一)字 2 號民事判決、最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號、臺灣高等法院 100 年醫上更(二)字 1 號民事判決審理裁判，其中士林地方法院 94 年醫字 11 號、高等法院 95 年醫上字 2 號及最高法院 97 年台上字 280 號民事判決僅涉及時效討論，高等法院 97 年醫上更(一)字 2 號民事判決、最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號、臺灣高等法院 100 年醫上更(二)字 1 號民事判決始討論醫生對於手術之告知義務。

²⁰⁷ 高等法院 97 年度醫上更(一)字第 2 號、高等法院 100 年度醫上更(二)字第 1 號民事判決。

第二百二十七條不完全給付之規定，請求醫院賠償其損害。」

(二) 本件醫院（師）是否已善盡其義務？

高等法院民事判決 100 年度醫上更（二）字第 1 號先指出「上開告知說明義務，以實質上已說明為必要，除有病人或其家屬簽名同意之同意書外，如尚有其他積極證據，足資證明病患本人於手術之前，已充分獲知上開醫療資訊者，即應認醫療機構已盡告知及說明之義務。」，復認為本件醫院（師）已盡其告知義務，認定理由如下：

1. 「手術同意書」

系爭手術同意書上記載「．．經貴院『吳○○』醫師（由醫師親自簽名）詳細說明下列事項，並已充分了解，同意由貴院施行該項之手術：一需實施手術之原因。二手術成功率或可能發生之併發症及危險。．．」，下方「立同意書人」則由病人親自簽名，並填載身分證統一編號、住址、電話等資料。並以「病人自述曾負笈美國，並於新加坡及南非等國擔任企業主管多年，足見病人尚非不識字或不了解書面文義者，應無可能會於絲毫不知手術成功率、可能發生之併發症及危險性之情形下，即冒然在該手術同意書上簽名而同意實施系爭手術」為由，認為醫院（師）已告知病人相關事項。²⁰⁸

2. 「申請補助資料」

病人經吳○○醫師診治並告訴有施行手術之必要，嗣健保局受理醫院為病人提出脊椎內固定器特材之補助申請，健保局之審查意見為「無不穩定」而未予同意。嗣病人於書寫陳情書向健保局陳情，請求給予補助，該陳情書內容略為病人病症、其求醫過程及將進行之手術等。該法院判決由此認為「病人前於臺北榮○○醫院就診時，該診治醫師已告知其所罹患之疾病終需開刀治癒，之後病人尚且尋求西醫復健科、中醫針灸推拿等，經過長時間之治療後，均無效果，病人始同

²⁰⁸ 高等法院民事判決 97 年度醫上更（一）字第 2 號亦同。

意接受吳○○醫師之建議而進行系爭手術。即由就醫之經過，吳○○醫師顯已告知施行系爭手術之必要性、不施行手術之疾病後果，以供病人自行決定判斷之，即已盡告知及說明之義務。若病人未獲得充分資訊，以決定是否進行系爭手術，又何需於健保局拒絕補助時，再書立該陳情書，希望健保局能夠核准補助？」，因此，醫院（師）已盡其告知義務。

三、分析說明

（一）契約定性

醫療契約雖非我國民法典型契約，但我國實務多認為其類似委任契約²⁰⁹，如最高法院民事判決 97 年度台上字第 1000 號認為：「查醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係」，及臺灣高等法院民事判決 99 年度醫上字第 5 號認為：「按醫師或醫院提供特殊之醫療技能、知識、技術與病患訂立契約，為之診斷治療疾病，係屬醫療契約，其契約性質依學說及實務見解通常均認為係屬委任契約或近似於委任契約之非典型契約。」，故本文亦將醫療契約歸類於委任契約，以下不再贅述。

（二）醫療上說明告知義務

1. 醫師說明告知義務簡介

基於醫師擁有醫學專業知識及容易取得醫療資訊，且病人於醫病關係間對醫師有一定程度信賴，因此，基於誠信原則，自醫療契約訂立前（締約過程）至履行醫療契約，醫師對病人負有說明告知義務。對此說明告知義務，不僅法有明文，如醫療法第 63 條、醫師法第 12 條之 1²¹⁰，學界、實務界皆有撰文²¹¹說明，以下簡介其相關內容。

²⁰⁹ 醫療契約之法律關係，通說認為係屬委任契約，詳細說明可參：曾隆興，現代非典型契約論，民國 85 年 11 月修訂七版，頁 291-317。

²¹⁰ 醫師法第 12 條之 1：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、

(1) 締約前之說明告知義務

鑑於醫學具有高專業性，病人通常無法輕易、甚至無能力獲得醫療資訊，惟醫師係醫病關係中擁有、知悉資訊者，且其所為之治療可能影響病人之身體健康，故基於誠實信用原則，醫師對於病人有說明義務，以便病人自主決定該契約之內容（主要是醫療行為之施行）是否符合其個人利益。²¹²

較為重要之說明義務係與疾病治療相關，如與手術有關之資訊、醫師建議之治療項目是否由健保給付²¹³；另尚有說明當代科技對醫療行為之有限性，具體內容有各種診療之適應症、必要性、方式、範圍、預估成功率、可能的副作用及發生機率、對副作用可能的處理方式和其危險、其他替代可能的治療方式和其危險及癒後狀況、藥物或儀器的危險性與副作用等；而若醫院對醫療行為有浮誇之處，亦負有澄清之告知義務。^{214、215}

(2) 履約中之說明告知義務

A. 與契約履行有關之說明告知義務

與契約履行有關之說明告知義務，係為達到系爭醫療契約之目的，使該契約所施行之醫療行為能順利治療病人之病症。²¹⁶

前開締約前告知義務所提及疾病治療相關資訊，系爭義務亦可能

用藥、預後情形及可能之不良反應。」

²¹¹ 以下參考：侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月；邱琦，醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月。

²¹² 侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，頁 15。

²¹³ 侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，頁 16。

²¹⁴ 邱琦，醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，頁 41。

²¹⁵ 前開義務可能於履約階段發生，又亦可能於此次診療中說明下一個醫療行為（契約）之資訊供病患評估。參：侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，頁 16。

²¹⁶ 有稱之為安全說明義務（Sicherungsaufklärungspflicht），詳參：侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，頁 19。

於履約階段發生，如醫師診療時認為應使用擴陰器內診，應告知內診之意義、使用之器具、及使用器具對身體可能造成之影響等；告知健保給付與病患自費之顯影劑不同，供病患評估選擇；拔除智齒（或其他醫療行為）須對病患注射麻醉藥，應針對病患特殊情形擬定麻醉計畫，並告知病患麻醉方式與風險等。²¹⁷

此外，醫師亦須告知正確用藥方式、飲食控制、正確預防措施等，以達成系爭醫療契約目的，若病患放棄治療或住院，醫師應一再告知放棄治療或住院之危險並就此提出警告。²¹⁸

B. 與契約履行無關之說明告知義務²¹⁹

此義務內容與系爭醫療契約無直接關係，如於攝護腺肥大治療中，為確保手術安全性，於手術前實施胸部 X 光檢查而發現肺部病變，系爭檢查報告（肺部病變）與攝護腺肥大治療無關，惟醫師仍有告知檢查報告結果與建議。²²⁰

2. 手術前之說明告知義務—本件所涉及之義務

(1) 說明告知之內容

本件涉及醫師於手術前對病人之說明告知義務，此一說明告知義務醫療法第 63 條第 1 項已有明文：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。」，前開判決並提出幾項肯認此說明告知義務理由，如：**醫療行為之危險性、醫師具有醫療專業並較易掌握醫療資訊、手術前**

²¹⁷ 邱琦，醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，頁 42-43。

²¹⁸ 侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，頁 19。

²¹⁹ 關於與契約履行無關之說明告知義務，請參：侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，頁 19-22；邱琦，醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，頁 43。

²²⁰ 此案例，請參本文後續「醫師對病人對主治範圍外之說明告知義務？【案例：攝護腺肥大案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 1835 號】」之說明。

說明將對病人作成決定具重大影響、為保障病人身體自主權等，而肯認是項義務，本文均贊同之。

此外，我國實務見解²²¹更提出醫師就治療方案應告知說明之事項，包含：1.診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果；2.建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊；3.治療風險、常發生之併發症及副作用，暨雖不常發生，但發生可能產生嚴重後果之風險；4.治療之成功率(死亡率)；5.醫院之設備及醫師之專業能力等事項。²²²雖實務見解課予醫師說明項目多於法條規定內容，惟醫界應能接受

²²¹ 如本件高等法院 97 年度醫上更(一)字第 2 號、高等法院 100 年度醫上更(二)字第 1 號民事判決。

²²² DCFR 於醫療契約中亦有類似說明，即為了給予病人對於醫療行為有自由選擇權，醫療提供者尤須告知病人以下事項：病人目前健康狀況、建議治療方案之性質、建議治療方案之優點、建議治療方案之風險、建議治療方案及其他替代治療方案之利弊比較、不接受治療之後果，此與我國實務見解相似，我國實務見解甚略多出治療之成功率(死亡率)及醫院之設備及醫師之專業能力；此外，DCFR IV. C.-8:105 尚採取更廣泛之說明範圍，即要求醫療提供者須於任何情況下，必須告知病人將可能合理影響病人是否同意建議治療方案之決定的任何風險或替代方案。

原文參 DCFR IV. C.-8:105：(1) The treatment provider must, in order to give the patient a free choice regarding treatment, inform the patient about, in particular: (a) the patient's existing state of health; (b) the nature of the proposed treatment; (c) the advantages of the proposed treatment; (d) the risks of the proposed treatment; (e) the alternatives to the proposed treatment, and their advantages and risks as compared to those of the proposed treatment; and (f) the consequences of not having treatment. (2) The treatment provider must, in any case, inform the patient about any risk or alternative which might reasonably influence the patient's decision on whether to give consent to the proposed treatment or not. It is presumed that a risk might reasonably influence that decision if its materialisation would lead to serious detriment to the patient. Unless otherwise provided, the obligation to inform is subject to the provisions of Chapter 7 (Information and Advice).

告知義務例外之規定，參 DCFR IV. C.-8:107：(1) Information which would normally have to be provided by virtue of the obligation to inform may be withheld from the patient: (a) if there are objective reasons to believe that it would seriously and negatively influence the patient's health or life; or (b) if the patient expressly states a wish not to be informed, provided that the non-disclosure of the information does not endanger the health or safety of third parties. (2) The obligation to inform need not be performed where treatment must be provided in an emergency. In such a case the treatment provider must, so far as possible, provide the information later. 此外，於 DCFR IV. C.-8:105 評註提及稀少情況、緊急情況及非該醫師領域之療法，非屬告知義務範圍。See, Christian von Bar and Eric Clive, Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR), Volume 2, 2009, p. 1969-1970.

²²³ 另外，近來我國民眾對於牙齒病變或美觀較為重視，接受牙科治療者漸多，而同時亦有醫療糾紛發生，如【案例：植牙案，臺灣高等法院民事判決 97 年度醫上字第 19 號】中，病患主張醫師違反植牙醫療契約之術前評估、告知手術風險等附隨義務之情事。對於牙醫師為「人工植牙治療」之評估與說明告知，**高等法院民事判決 97 年度醫上字第 19 號**即表示「按人工植牙是一項牙科精細的手術，有一定的風險。患者要做人工植牙治療，須瞭解人工植牙的基本概念，人工植牙治療的複雜性和風險性。患者更要知道植牙手術後的配合，居家口腔護理及追蹤回診檢查的重要性。患者本身的條件，患者的期望，所需的費用，完成的時間，都必須在植體手術前，由牙醫師與患者溝通；良好的植牙手術成功率不僅跟患者個人骨質密度有關，更必需考慮患者齒槽骨本身的高度、寬度及骨質狀況，尤其是患者的身體全身健康狀況，例如有無慢性疾病及服用那些藥物，詳細評估再作醫療計劃；牙醫對病患施以植牙治療前，均應就病人全身性身體狀況、局部缺牙區骨頭及牙肉組織條件、手術成功率、未來牙齒重建可能面臨風險的功能性或美觀性等問題進行

²²⁴，故將上開事項為說明告知義務之內容尚屬合理。

(2) 此義務屬性—從給付義務或附隨義務？

就此一非醫療行為本身之說明告知義務之性質如何？究係屬從給付義務或附隨義務？最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號認為，此說明告知義務乃醫院依醫療契約提供醫療服務，為準備、確定、支持及完全履行醫院本身之主給付義務，而對病人所負之「從給付義務」，而不僅係附隨義務，此觀點受部分學者贊同²²⁵，亦受實務裁判多次援用²²⁶。系爭手術前說明告知義務，與該醫療契約之給付（亦即該手術）直接密切相關，又醫療法已明文規定，因此，本文亦贊同將之提升為從給付義務。惟此種義務於醫療契約有其重要性，本文仍續說明本件告知義務之相關問題。

(三) 本件醫師是否已盡其說明告知義務？

1. 醫師是否盡其說明告知義務之判斷標準提出

醫療行為說明告知義務，係為使病人得以知悉系爭醫療行為之治療必要、危險性等相關資訊，進而讓使病人可自由決定是否接受系爭醫療行為，以展現病人身體及健康之自主權、保護病人之權益，並達

評估，與病人解釋可面臨的問題及風險，共同尋求最適合病人的治療方式。惟，植牙的成功率與植牙部位硬組織及軟組織的條件有極大關係，同一病人在不同部位會因植牙周圍環境條件的不同而有不同的成功率或併發症機率，故**關鍵在牙醫師對植牙區及未來重建的診斷、分析與判斷，臨床檢查、詳細 x 光檢查及根據植牙區條件所訂定的手術計畫，減少失敗或併發症的機會。**另，植牙區骨質軟硬程度雖也常是影響人工牙根成功率的重要因素，手術雖可粗略判斷，但常需在手術當中方能得知確切的骨質，有中華牙醫學會 100 年 8 月 12 日(100)中華牙醫鑫字第 169 號函、國立臺灣大學醫學院附設醫院 100 年 7 月 12 日校附醫秘字第 1000013640 號函可憑。植牙的成功率及風險性，因與植牙部位硬組織及軟組織的條件有極大關係，即使同一病人在不同部位亦會因植牙周圍環境條件的不同而有不同的成功率或併發症機率，因此，牙醫為病患進行植牙評估時，僅可藉由臨床檢查、詳細 x 光檢查及根據植牙區條件所訂定的手術計畫，為粗略之判斷，**是牙醫植牙前，如已依據上開評估，告知病患植牙之過程、計劃、費用及風險，應為已足。**」

²²⁴ 楊仕屹，醫師說明義務—理想與現實之間，國立政治大學法律學系學士後法學組碩士班，民國 98 年 1 月，頁 66、79-80。

²²⁵ 曾品傑，論醫療上告知說明義務實務發展，月旦法學教室，第 107 期，2011 年 9 月，頁 122。

²²⁶ 如：臺灣高等法院民事判決 97 年度醫上字第 19 號、臺灣臺北地方法院民事判決 98 年度醫字第 20 號、臺灣臺北地方法院民事判決 99 年度醫字第 59 號、臺灣臺北地方法院民事判決 99 年度醫字第 56 號等。

到契約目的，亦可減少醫療糾紛。就此，本文認為，醫院（師）是否已盡其說明告知義務可從以下標準個案判斷：

- (1) 醫院（師）是否依法規、一般習慣（如司法實務見解、醫療慣行等）就應告知內容（如上開所提說明告知義務內容）而告知？
- (2) 病人是否理解醫院（師）之說明²²⁷、有無充足時間知悉進而做出決定？

2. 本件醫院（師）是否盡其說明告知義務之分析

上開判決就醫院（師）是否已盡說明告知義務，以「病人向健保局請求給予補助之陳情書」及「經病人簽名之手術同意書」證明之。

首先，較無疑義者係「病人向健保局請求給予補助之陳情書」，就此，法院認為，由系爭陳情書可見病人求醫多次，終決定開刀之過程，足徵病人有充足時間知悉其病症及手術必要性，進而做出進行手術之決定，本文贊同之。

其次，就「經病人簽名之手術同意書」，高等法院民事判決 100 年度醫上更（二）字第 1 號雖表示其法律見解謂：「系爭告知說明義務，以實質上已說明為必要，除有病人或其家屬簽名同意之同意書外，如尚有其他積極證據，足資證明病患本人於手術之前，已充分獲知上開醫療資訊者，即應認醫療機構已盡告知及說明之義務」，然而，本則判決卻認為，本件醫院（師）提出之經病人簽名之手術同意書，其上略記載「經醫師詳細說明需實施手術之原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並了解其意而同意施行手術」等語，依病人知識水平應可了解前開文義，而推斷醫師已告知上開事項。

²²⁷ 說明告知義務本係為讓病人理解而作出決定以保障其身體自主權，故作為判斷標準之一。前開高等法院民事判決 100 年度醫上更（二）字第 1 號提及醫師之說明義務原則之一係病患之同意以充分之告知說明為前提；DCFR 亦明白指出醫療資訊須以病人得理解之方式提供，參 DCFR IV. C.-8:105：(3) The information must be provided in a way understandable to the patient.

本文認為，法院之判斷與其法律見解所有落差，對醫院（師）有無實質說明並不清楚，尚有疑義^{228、229}。倘貫徹法院判決前述意旨（實質說明），應要求須實質說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險、其他替代治療方案等前開提出之說明內容，而非僅形式說明足矣，且除手術同意書外，尚須有其他積極證據足證病人於手術前已充分獲知上開醫療資訊，始認醫院（師）已盡告知說明義務。若醫院（師）以書面告知，除非系爭手術同意書就手術之原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險等具體事項清楚寫明且病人能理解，否則無法認定醫院（師）確實已依法規、一般習慣履行告知其告知義務。²³⁰本件上開高等法院判決未詳究是否以為實質說明即加推論，實有速斷之嫌，且個案判斷與法律見解間實有矛盾。

²²⁸ 本件【案例：腰椎手術案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號】中有手術同意書，有無實際說明不明；而【案例：植牙案，臺灣高等法院民事判決 97 年度醫上字第 19 號】則係醫師事實上有為說明，惟欠缺同意書之書面，就此，高等法院民事判決 97 年度醫上字第 19 號指出：「醫療法第 63 條第 1 項就病患應簽具手術同意書、麻醉同意書部分之規定，其意應係以書面告知以昭慎重，並減少醫療糾紛之發生而已，此由醫療法第 63 條第 1 項但書規定『情況緊急者，不在此限』即可得知，是被上訴人未依醫療法第 63 條第 1 項規定，由上訴人簽具手術同意書及麻醉同意書即施以本件植牙手術，固與醫療法第 63 條第 1 項之規定有違，但被上訴人『事實上』已向上訴人說明本件植入植體之手術原因、可能發生之併發症、危險及注意口腔衛生、定期回診等事項，並經上訴人同意後，始進行本件手術，詳如前述，則其單純欠缺同意書『書面』部分，尚難遽認即與告知義務有違。」

²²⁹ 此情形與 DCFR IV. C.-8:105 評註所顧及之事相同，其表示一般而言，醫療機構係以醫療專業用語記載一般資訊之書面提供於病患，並由病患簽名以表示其同意。一般病患可能無法了解，如此作法也無法提供特殊病患所需資訊，故認為應以簡單易懂方式揭露適於各病患之資訊，病患始能確實知悉。如此一來，始尊重病患之自主權。See, Christian von Bar and Eric Clive, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Volume 2, 2009, p.1970-1971.

²³⁰ 此觀點，亦見於實務判決，如臺灣臺北地方法院民事判決 99 年度醫字第 47 號：「據此，原告主張被告趙○○於手術施作前，並未告知手術之風險與可能之後遺症等，被告雖辯稱已就手術之風險與後遺症等為告知與說明，並提出手術同意書 1 份為證，原告雖不否認 3 次手術前均由原告或其家屬簽具手術同意書，但否認被告趙○○曾於手術前對原告或家屬為口頭告知。則依據上開說明，由原告及其家屬所簽具之手術同意書，仍不足以認定被告趙○○於手術前以為上開事項之告知與說明。況且上開同意書僅記載『病人之聲明：1、醫師已向我解釋，並且我已經瞭解施行這個手術的必要性、步驟、風險、成功率之相關資訊。2、醫師已向我解釋，並且我已經瞭解選擇其他治療方式之風險。3、醫師已向我解釋，並且我已經瞭解手術可能預後情況和不進行手術的風險』，然並未記載預後及風險等具體內容為何？不能認為病患或者家屬僅從手術書之書面記載，即可知悉預後及風險等具體之內容為何，除此以外，被告亦未能舉證證明被告趙○○於手術前已上開事項之告知與說明，則被告僅提出上開同意書，尚不足以認定被告趙○○於手術前已對原告或其家屬為上開事項之告知與說明。」，惟此件因「手術為原告當時所必要且不具取代性，且衡之常情，手術可能未達預期效果及感染，應為原告可得知悉」而認定縱被告未告知原告雖施作手術仍有未達預期效果，及手術後感染之可能，然尚不足認被告所為醫療行為，有何不符合醫療常規及適法性，併此說明。

(四) 簡析醫事糾紛告知義務履行之舉證責任相關問題

在醫療民事糾紛中，舉證責任之分配對於訴訟之成敗影響至為關鍵。對此，有必要以部分篇幅簡略說明之。

1. 舉證責任分配及舉證責任轉換概述

(1) 一般舉證責任分配

民事訴訟法第277條本文規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」此一條文中之舉證責任，學說多認為係指客觀舉證責任，所謂客觀舉證責任，係指一當事人將因此事實真偽不明事態承擔不利益。²³¹在此規定下，我國學說與實務向來認為，於債務不履行之損害賠償訴訟中，債權人須證明契約存在及因債務人債務不履行而受損害，即得向債務人請求損害賠償，若契約中債務人主張其無可歸責事由則應由債務人舉證其不可歸責²³²。

(2) 舉證責任轉換

民事訴訟法第277條但書規定：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」此一但書即為舉證責任減輕明文規範。²³³舉證責任減輕之態樣眾多，舉證責任轉換即屬態樣之一；所謂舉證責任轉換，依學說闡釋係指依舉證責任分配之一般原則（規範理論）原將某待證事實之舉證責任劃歸某造當事人負擔，惟因法律規定或由實務創設類型，而將該原應由某造當事人負舉證責任之待證事實，轉換為由他造當事人負舉證責任。²³⁴

惟此一舉證責任轉換係指客觀舉證責任之轉換，而應與主觀舉證

²³¹ 姜世明，舉證責任分配法則之體系建構，舉證責任與真實義務，2006年3月一版一刷，頁4。

²³² 實務見解，如最高法院民事判決99年度台上字第1473號：「有關不完全給付債務不履行之損害賠償責任，債權人只須證明債之關係存在及因債務人不履行債務而受損害，即得向債務人請求損害賠償；如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於其之事由，即應由債務人負舉證責任。」

²³³ 姜世明，舉證責任轉換，舉證責任與證明度，2008年10月一版一刷，頁67-70。

²³⁴ 姜世明，民事證據法實例研習（一），2005年2月，頁266；姜世明，舉證責任轉換，舉證責任與證明度，2008年10月一版一刷，頁60。

責任加以區別。所謂主觀舉證責任，係一真正加諸於當事人之負擔，指當事人為避免敗訴，經由自己行為提出使用一爭議事實之證據。²³⁵故所謂主觀舉證責任移轉，係指於訴訟（舉證）過程中，當事人得提出證據以動搖法官心證，使他方須提出更多證據，但與未盡客觀舉證責任將承擔敗訴不利益不同。

2. 本件醫院提出經病人簽名之手術同意書，是否會生舉證責任轉換？

依上見解說明，醫療契約債務不履行訴訟中，病人只須證明醫療契約存在及因醫院債務不履行而受損害即可，若醫院主張其不可歸責（如已善盡其義務等）則須由醫院負舉證責任。²³⁶在此，蓋因醫院及醫師對於說明告知義務履行之舉證活動，衡其專業並無任何困難，且醫方與病人間之醫療專業知識有極大落差、病人診療事項由醫方掌握，故並無民事訴訟法第 277 條但書減輕舉證責任之必要，自無由減輕舉證責任，更遑論使用效果最為強烈之舉證責任減輕方式即舉證責任轉換之必要。

故本件最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號中提及：「查本件三〇〇醫院對上訴人實施手術前，有無令其使用人即醫師對上訴人依上開醫療法規定為告知並得其同意之事實？依舉證責任分配原則，雖應由三〇〇醫院負舉證之責，然上訴人已於記載有『經告知需實施手術原因及手術成功率或可能發生之併發症及危險』之手術同意書簽名，是否生舉證責任轉換即轉由上訴人負舉證證明『醫師實際上並未告知』之責任？依上說明，受訴法院自應為闡明公開其認識及判斷，並曉諭負舉證責任之當事人聲明證據。」一語，應如何定位？究係客觀舉證責任轉換？下級審法院對此有不同見解^{237、238}，本文認為，

²³⁵ 姜世明，舉證責任分配法則之體系建構，舉證責任與真實義務，2006 年 3 月一版一刷，頁 4。

²³⁶ 贊同此見解者，如：姜世明，醫師民事責任程序中之舉證責任減輕，舉證責任與真實義務，2006 年 3 月一版一刷，頁 89；邱琦，醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，頁 50。

²³⁷ 持肯定說者，如臺灣高等法院民事判決 97 年度醫上字第 19 號：「醫院（師）對上訴人實施手術前，有無令其使用人即醫師對上訴人依上開醫療法規定為告知並得其同意之事實？依舉證責任分配原則，應由醫院（師）負舉證之責，如病患已於記載有『經告知需實施手術原因及手術成

實應理解為主觀舉證責任轉移，而不應理解為客觀舉證責任轉換，否則將不可控制之舉證風險轉換於弱勢之病患，且顯與民事訴訟法第 277 條但書之旨趣相違²³⁹。

附言之，按上開最高法院判決意旨：「若法院認醫院提出經病人簽名之手術同意書即讓法官確信醫院（師）已盡告知義務之心證蓋然率升高，而主觀舉證責任轉移至病人，由其提出證據動搖法官心證，甚或認為客觀舉證責任轉換由病人負舉證責任，則法院應該行使闡明權，避免突襲性裁判。」，對闡明一事，本文肯定最高法院之見解，並認為此種見解或可稍微舒緩對舉證責任議題法律見解之衝突，以顧全對當事人之程序保障。

貳、醫院（師）對病人對主治範圍外之說明告知義務？【案例：攝護腺肥大案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 1835 號】

一、事實與爭點

原告（病人於訴訟繫屬中死亡，由其繼承人承受訴訟）主張：本件病患於民國 91 年 5 月間，經被告 A 醫院之泌尿科主任 B 醫師診斷

功率或可能發生之併發症及危險』之手術同意書簽名，則生舉證責任轉換由病患負舉證證明『醫師實際上並未告知』之責任（最高法院 99 年度台上字第 2428 號判決參照）。」

²³⁸ 持否定說者，如臺灣臺北地方法院民事判決 99 年度醫字第 47 號：「復按醫院實施手術前，有無令其使用人即醫師對病人依上開醫療法規定為告知並得其同意之事實？依舉證責任分配原則，應由醫院負舉證之責。病人雖已於記載有『經告知需實施手術原因及手術成功率或可能發生之併發症及危險』之手術同意書簽名，醫師就手術同意書上未載之其他手術事項，事先未做任何說明，仍不生舉證責任已轉換由病人負舉證證明『醫師實際上並未告知』之責任，最高法院亦著有 99 年度台上字第 2428 號判決要旨闡釋甚詳。」

²³⁹ 參閱最高法院民事判決 99 年台上字第 408 號見解：「尋繹八十九年二月九日修正之民事訴訟法第二百七十七條所以增設但書，規定『但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限』，乃肇源於民事舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性之概括規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，為因應傳統型及現代型之訴訟型態，尤以公害訴訟、交通事故，商品製造人責任及醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則。是以受訴法院於決定是否適用該條但書所定公平之要求時，應視各該具體事件之訴訟類型特性暨待證事實之性質，斟酌當事人間能力、財力之不平等、證據偏在一方、蒐證之困難、因果關係證明之困難及法律本身之不備等因素，透過實體法之解釋及政策論為重要因素等法律規定之意旨，較量所涉實體利益及程序利益之大小輕重，按待證事項與證據之距離、舉證之難易、蓋然性之順序（依人類之生活經驗及統計上之高低），並依誠信原則，定其舉證責任或是否減輕其證明度，進而為事實之認定並予判決，以符上揭但書規定之旨趣，實現裁判公正之目的。若與該條但書所定之本旨不相涉者，自仍適用該本文之規定，以定其舉證責任。」

為攝護腺肥大症後，於決定開刀治療前，在同年月 16 日會同該醫院胸腔內科所作心臟、胸部 X 光之檢查報告（第一次檢查報告），已呈現有疑似右上肺小的軟組織結節、左上肺纖維化及發炎性結節之情形。嗣因術後未癒，病患依 B 醫師建議，進行第二次手術，並於手術前之 91 年 12 月 31 日再作胸部 X 光檢查，其報告（第二次檢查報告）即明確記載病患右側肺門凸出及密度增加，有輕度左上肺纖維鈣化病變，建議進一步檢查。詎 B 醫師竟違反醫師法或醫療法之相關規定，均未盡其告知義務，致病患未能進一步檢查及治療，迄 93 年 12 月間續至 A 醫院檢查時，發現已罹患第四期肺癌，存活機率自第一 A 期之癒後百分之 70 至 85，遽降至（第四期）百分之 1 以下，而不法侵害病患之身體及健康法益，請求被告連帶給付賠償。

被告抗辯：A 醫院僅與該病患間成立攝護腺肥大症之治療契約，不及於肺部腫瘤之治療或身體健康檢查。而 B 醫師為 A 醫院就該醫療契約之履行輔助人，對該病患之肺部腫瘤，亦無治療之主給付或從給付義務，或其他附隨義務。該病患所罹攝護腺肥大症，既經 B 醫師治癒，並無任何疏失或不當，造成手術後遺症或引致其他病變之情事，即見 B 醫師均已盡醫療之注意義務，無違反醫師法或醫療法相關規定，或債務不履行之損害賠償責任可言。

本件爭點在於醫院（師）有無對病人對主治範圍外之說明告知義務，即病患至被告醫院治療攝護腺肥大症，而於手術前實施胸部 X 光檢查之報告可見病患肺部病變，就此肺部病變非主治範圍（攝護腺肥大症），醫院（師）對此有無說明告知義務？說明至何種程度即足？

二、法院見解²⁴⁰

（一）醫院（師）有無向病人說明告知主治範圍外事項之附隨義務？

本件歷審判決均採肯定說，即「就被告醫院履行系爭醫療契約而

²⁴⁰ 本件歷審判決有臺灣台北地方法院 95 年醫字 19 號、臺灣高等法院 96 年醫上字 19 號、最高法院 98 年度台上字第 1835 號民事判決，均肯認醫師對病人有針對主治範圍外之說明告知之附隨義務。

言，其附隨義務為在病人可合理期待與信賴之基礎上，與診療之目的相關之固有利益範圍內，負有保護病人免於因醫療行為之實施而受有損害之義務。被告醫院因系爭醫療契約而對病人所負擔之主給付義務，僅為病人切除擴大攝護腺以治療其攝護腺肥大，因此被告醫院對病人並不負有檢查、治療以免於罹患肺癌之附隨義務。然而因被告醫院為確保手術及用藥之安全性，於術前安排病人實施胸部 X 光攝影檢查，則病人與被告醫院間即因債之關係發展，使彼此間關係更加密切，而非一般陌生人可相比擬，病人因此而產生對被告醫院之特殊信賴，被告醫院亦因此而對病人負有一定之誠實信賴保護義務，從而被告醫院即應將胸部攝影檢查報告結果與建議，忠實告知原告，而不問該等結果與建議是否與攝護腺肥大之治療有關」²⁴¹。

(二) 醫院(師)對病人針對主治範圍外之說明告知義務範圍為何?
(即如何說明告知，即認醫院(師)善盡其義務?)

此外，法院亦表示「被告醫院只需忠實告知病人該項結果，並建議病人進一步檢查，即可認為被告醫院已依約履行其附隨義務，不須另對病人多做其他說明或檢查」²⁴²。

三、分析說明

(一) 醫院(師)有無向病人說明告知主治範圍外事項之附隨義務?

本件病人至被告醫院(師)治療攝護腺肥大症，而於手術前實施胸部 X 光檢查發現病患主訴病症以外之肺部病變，醫院(師)對此肺部病變有無說明告知義務?若攝護腺肥大症治療有疏失，則醫院可能因未依債之本旨履行而負不完全給付責任;惟本件涉及主訴病症以外之病變，醫院未違反其主給付義務，倘病人欲請求損害賠償，惟有

²⁴¹ 附言之，雙方所締結之醫療契約為一攝護腺肥大治療契約，主給付義務內容為「完成攝護腺肥大之治療程序」，醫院為履行該主給付義務，「對病人實施胸部 X 光攝影」屬從給付義務，此可判斷病患身體狀況是否適宜施行手術及決定用藥種類、份量等，以確保手術及用藥安全，此參本件歷審判決自明。

²⁴² 本件地院、高院判決並指明此程度之義務，非胸腔科專科醫師亦有能力為之。

主張醫方違反告知義務，故此「與契約履行無關之說明告知義務」肯認與否具有重大意義。

上開判決均肯認醫師對此肺部病變有說明告知義務，理由以誠信原則所生之保護義務為據，並指出此與系爭診療相關，且於病患可合理期待之基礎上，況在醫療契約中，病人對醫院（師）有特殊信賴，醫院（師）對病人應負有一定之誠實信賴保護義務，故不論是否攝護腺肥大之治療有關，醫院（師）應將胸部攝影檢查報告結果與建議忠實告知病人。

有學者²⁴³認為該最高法院判決認為從病患之合理期待來樹立醫療機構之告知說明義務，其確立以下三點：（1）告知義務係在保障病患人身法益，故應從病患的合理期待來考量；（2）將醫學發展重心，從過去醫院僅關注主訴病症，轉移到從病人為出發主體的疾病治療、保健及預防走向；（3）突破契約所約定之文字藩籬，不受掛特定科別的限制，較能保障病患權益回歸其合理期待。

雖系爭資訊不影響病人對該項醫療行為之決定，惟系爭資訊對病人仍具有重要性，而醫師僅須告知病人檢驗報告結果並建議其進一步檢查，無庸具胸腔科專科知識之醫師亦得為之，是該名醫師有能力說明之，且病人對醫院（師）通常有較強烈之信賴、病人亦合理期待醫院（師）告知其所受之各治療或檢查報告，又如前開判決所述僅須告知檢查結果，此對該名醫師並無過苛，故本文肯認是項說明告知之附隨義務。

（二）醫院（師）對病人針對主治範圍外之說明告知義務範圍為何？ （即如何說明告知，即認醫院（師）善盡其義務？）

肯認醫院（師）對病人有針對主治範圍外之說明告知義務下，復討論醫院（師）說明告知範圍之限制。上開判決表示醫院（師）僅須忠實告知檢查報告結果與建議病患進一步檢查即可，不須由該名醫師

²⁴³ 曾品傑，論醫療上告知說明義務實務發展，月旦法學教室第 107 期，2011 年 9 月，頁 123。

進一步對病人之胸部 X 光攝影檢查結果判讀有無罹患肺癌之病灶，亦無須實施任何其他檢查。

由於本件被告醫師為泌尿科醫師，非胸腔科醫師，且病患主訴病症為攝護腺肥大症，於醫療專業分科及資訊尚未充足下，本難以要求被告醫師僅憑據檢查 X 光攝影結果偶然發現之病徵作肺部醫療評斷甚至治療之，因此，本件判決一再強調醫院（師）僅負有忠實告知病人檢查報告結果及建議已足，更使是項附隨義務具有相當合理性，本文亦贊同。



第三節 委託經營管理契約

第一項 協力履行義務

壹、委託人協助受託人協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態之義務？【案例：墾管處淨空案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 789 號】

一、事實與爭點

原告主張：被告（墾丁國家公園管理處）於民國 93 年 5 月 10 日與伊簽訂「內政部營建署墾丁國家公園南灣遊憩區委託民間機關經營管理契約」，將墾丁國家公園及相關附屬設施、沙灘、海域委託伊經營管理，自同年月 11 日起至 96 年 5 月 10 日止，為期 3 年。伊已給付被告該契約權利金，被告依約應於 93 年 6 月 9 日前將南灣遊憩區陸域及海域點交予伊，嗣被告卻僅將其中管理站及相關附屬設施依現況點交，其餘非屬現況點交範圍之沙灘、海域，始終有非法水上摩托車及其他業者占用，被告竟未排除該非法業者，再將該沙灘、海域淨空點交，致伊無法全面展開水上摩托車等多項活動之營運，被告遲未點交履行該義務，伊限期催告後仍未為之，被告負有給付遲延責任及不完全給付。

被告抗辯：伊已於 93 年 6 月 3 日將契約所約定委外經營之各項標的、設施及海域現況點交，原告依約即得合法營運，如有非法業者不受規範，亦屬事後妨礙其營運情事，原告應自行排除侵害，要與伊無涉。伊嗣後亦基於協助角色，幾度居間協調原告與水上摩托車業者間糾紛，並督促警察依法持續查處取締違規業者，原告於取得經營權後，如何與當地既有水上摩托車業者達成共識，乃其經營管理上之自主判斷，伊無從越俎代庖。伊並非有何契約義務未履行。

本件爭點為被告（委託人）委託原告（受託人）經營管理特定區域，惟該區域有其他業者占用，影響原告經營管理。則被告（委託人）

有無協助原告（受託人）協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態之附隨義務？若有，被告（委託人）是否已履行系爭義務？

二、法院見解²⁴⁴

（一）委託人有無協助受託人協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態之附隨義務？

觀系爭契約內容²⁴⁵，可知「委託人交付之南灣遊憩區沙灘、海域，必係無水上摩托車等違規業者占據營運之淨空狀態下，始能符合系爭契約委託經營之目的，並促進輔助實現受託人之主給付義務，使受託人之給付利益獲得完全而合理之滿足，則委託人依誠信原則或契約補充解釋（契約漏洞之填補），自負有協助受託人協調或排除該違規水上摩托車等業者占據營運而達淨空狀態之附隨義務」²⁴⁶。

（二）委託人是否已履行上開義務？

1. 肯定說

高等法院高雄分院民事判決 97 年度上字第 133 號表示「在受託人營運期間，委託人曾屢次協助受託人、配合受託人要求，除進行動員百名以上警力強制取締，甚至遭業者包圍墾管處辦公處所，更與南灣水上摩托車業者召開二十餘次之協調會，並督促內政部營建署國家公園警察大隊墾丁警察隊及屏東縣警察局恆春分局依法持續查處、取締違規業者，足見委託人已行使其行政管理權召開協調會及動用行政裁罰權履行其附隨義務，無債務不履行或不完全給付情事」。

²⁴⁴ 本件目前歷經臺灣屏東地方法院 96 年訴字 429 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 97 年上字 133 號民事判決及最高法院民事判決 99 年度台上字第 789 號審理，其中高等法院及最高法院判決皆有提及附隨義務。

²⁴⁵ 依系爭契約第 4 條，委託人准予營利項目包括水上摩托車、香蕉船、拖曳浮胎、浮潛、岸潛、滑水板、水上腳踏車、非動力橡皮艇出租、載客營業或遮陽器具出租及出售營業等項，並特別約明「水上摩托車、香蕉船、拖曳浮胎活動」為本契約委託經營之主要部分，應由受託人自行履行，不得由他廠商代為履行。

²⁴⁶ 詳參：最高法院民事判決 99 年度台上字第 789 號。此外，高等法院高雄分院民事判決 97 年度上字第 133 號肯定（委託人）有系爭附隨義務。

2. 否定說

最高法院民事判決 99 年度台上字第 789 號則認為委託人尚未履行其附隨義務，理由略為：

- (1) 委託人未將該海域及沙灘淨空點交，受託人主契約之水上摩托車等活動項目亦因而未正式營運，於此情形，受託人無法實現系爭契約完全經營之目的，原審以委託人已行使其行政管理權召開協調會及動用行政裁罰權履行其附隨義務，任謂其無債務不履行或不完全給付情事，亦非無再進一步推求之必要；
- (2) 委託人就南灣遊憩區之沙灘、海域部分，仍得與警察隊協同辦理淨空點交工作，而非僅有管理之權限，委託人應有獨占或排除他人進入使用之權。

三、分析說明

(一) 契約定性

「委託經營管理契約」非民法明文之有名契約，乃屬無名契約，就系爭契約類似於民法規定之何種契約類型，臺灣高等法院花蓮分院民事判決 98 年度重上字第 7 號首先表示應探求當事人真意，再指出該件契約與租賃契約、委任契約異同處，並就系爭具體契約內容認為該契約係租賃、委任之混合契約²⁴⁷。

而本案例契約定性，本件高等法院高雄分院民事判決 97 年度上字第 133 號已指出：「系爭契約並非租賃契約，與租賃契約之性質，亦大相逕庭」，本文便將之定性為委任契約²⁴⁸，理由如下：

²⁴⁷ 詳參：臺灣高等法院花蓮分院民事判決 98 年度重上字第 7 號。

²⁴⁸ 第三章第二節第二項「出租人（委託機關）協助承租人（受託人）申請建造執照之附隨義務？【案例：協力取得建照案】」所涉及之契約為委託經營契約，被歸類至租賃契約，與此案例不同。除各該判決為歧異認定，本文亦認為二案例契約內容不同，【案例：協力取得建照案】之委託經營契約，係國有財產局將國有非公用財產提供承租人（受託人）負責管理經營，並未委託特定事

1. 契約名稱

本件契約以「內政部營建署墾丁國家公園南灣遊憩區委託民間機關經營管理契約」為名，似為委任契約。

2. 契約內容

被告(委託人)為加強南灣遊憩區海域遊憩服務及環境安全整潔，茲將系爭區域委託原告(受託人)經營管理，雙方同意訂立該契約。其約定有第1條第2項：「二、使用範圍(一)管理站及相關附屬設施(含停車場)依現況點交。(二)南灣海域距岸一公里範圍內(詳附圖)。」，第3條：「一、沙灘、管理站及各項設施維護完好整潔。二、海域遊憩活動經營管理。三、安全維護。四、緊急救難。第四條：准予營利項目一、水上摩托車、香蕉船、拖曳浮胎、浮潛、岸潛、滑水板、水上腳踏車、非動力橡皮艇...」，第10條第1項：「乙方(原告)應依報經本處同意之經營管理計畫書、財務計畫書所擬訂之收費標準營運。」

而委任契約為一事務處理契約，受任人處理之事務為他人之事務，其處理事務係為他人利益或計算，受任人應遵從指示處理委任之事務。^{249、250}本件國家公園於一定範圍內將經營管理權限授與原告，由原告為其處理南灣遊憩區海域遊憩服務及環境安全整潔，且由上開契約內容可見委託經營管理項目已約定，經營管理及財務計畫書亦經委託機關同意，可見原告處理事務須遵循委任人之指示，較為類似委任契約。

3. 權利金之解釋

項，詳參該件判決即知；而本件委託經營管理契約，委託機關墾管處委由受託人處理特定事項，且經營管理計畫書須報經委託機關同意，具委任契約性質，詳參下述。

²⁴⁹ 陳自強，契約之內容與消滅，2004年1月一版，頁241-242。

²⁵⁰ 民法第532條：「受任人之權限，依委任契約之訂定。未訂定者，依其委任事務之性質定之。委任人得指定一項或數項事務而為特別委任。或就一切事務，而為概括委任。」

民法第535條：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」

原告須給付被告權利金等，常被認為與委任契約中受任人得請求委任人支付報酬²⁵¹不符，且系爭權利金亦可能被認為具租金性質。惟委任契約中，受任人處理事務所得之利益歸屬於委任人，系爭利益應交付、移轉於委任人²⁵²，故本件權利金可解釋為處理事務所得之利益及報酬之抵銷後，原告須給付被告款項之預估，此確定金額可避免計算之煩、雙方對於自己之利益亦有預見可能性。

(二) 被告(委託人)有無協助原告(受託人)協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態之附隨義務？

按本件被告為加強南灣遊憩區海域遊憩服務及環境安全整潔而委託原告管理相關場地與設施，並准予經營水上摩托車、香蕉船、拖曳浮胎、浮潛、岸潛、滑水板、水上腳踏車、非動力橡皮艇等，並非以委託原告排除違法業者等為契約目的。惟於系爭契約下，原告得於系爭場地提供上開遊憩服務以賺取利益，其可否賺取利益，自係其重要之締約考量，再觀上開判決兩造主張及國家公園應僅有合法業者可從事經營之一般認知下，原告自將信賴被告係提供一無非法業者之場地，並得從事上開契約約定事項，應屬通常合理期待，並未違反誠信原則。

而觀系爭契約內容係原告提供海域遊憩服務及維護環境安全整潔，且被告具有公權力自有取締非法業者之能力甚至係其應為之事，更基於雙方信賴基礎、交易常態、一般經驗法則及誠信原則，被告有協助原告協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態之附隨義務，以利原告提供海域遊憩服務，始符合系爭契約委託經營之目的。此與上開高等法院及最高法院之見解相同。自上開所摘錄之判決理由，可知判決除基於誠信原則、補充契約解釋(契約漏洞之填補)外，更有具體考量系爭契約目的之實現性、委託機關之管理、排除權，故此一標

²⁵¹ 民法第 547 條：「報酬縱未約定，如依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬。」

²⁵² 民法第 541 條：「(第 1 項)受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人。(第 2 項)受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人。」

準應可贊同。

(三) 被告（委託人）是否已履行系爭義務？

高等法院認為被告已屢次協助原告，其動員百名以上警力強制取締，亦與南灣水上摩托車業者召開多次協調會，並督促內政部營建署國家公園警察大隊墾丁警察隊及屏東縣警察局恆春分局依法持續查處、取締違規業者，故被告已履行其附隨義務，無債務不履行或不完全給付情事；而最高法院則質疑，被告是否確無排除他人進入使用之權，及被告未將該海域及沙灘淨空點交，原告因而無法依約正式營運，何能實現系爭契約完全經營之目的，而否認被告已履行其附隨義務。

按被告協助原告協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態之附隨義務，係為輔助實現債權人之給付利益以達到契約目的，因此，被告須協助原告協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態，以利原告提供海域遊憩服務而達系爭契約委託經營之目的，方堪認已履行附隨義務，又被告具有排除非法業者之權力，故此義務對被告並未過苛，尚符誠信原則。是故，本文亦認為被告尚未善盡其附隨義務。

第四節 經銷契約

第一項 資訊提供義務

第一款 提出文件

壹、供應商提出標的物證明文件之義務？【案例：原裝進口證明文件案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 923 號】

一、事實與爭點

原告主張：兩造簽訂總代理合約，系爭契約約定去脂膏為被告公司自巴西原裝進口，伊曾以存證信函要求被告公司提出去脂膏之巴西原裝進口之證明文件，而被告公司一直無法提出去脂膏係自巴西原裝進口之證明文件，致伊無法依商品標示法第 12 條在去脂膏上標示生產、製造商品名稱、電話、地址及商品原產地，因而無法在電視購物頻道推銷、廣告，且依規定不得販賣該未依規定標示之產品。嗣後原告委請律師以存證信函通知被告公司解除契約，請求被告公司負回復原狀之責並請求損害賠償。

被告抗辯：原告自 91 年 6 月 4 日起已開始向被告公司訂貨交易，92 年 7 月系爭總代理契約簽訂前，兩造交易金額已高達二千五百餘萬元。系爭契約雖有「原裝自巴西進口」之記載，為原告預設之簽約陷阱，而原告確於其門市販售系爭去脂膏，甚至在網路上公開販售，非無法販售。系爭契約所約定之系爭去脂膏均已交付，主契約已給付完畢，原裝進口證明文件至多僅屬附隨義務，縱無法為完全交付，亦不得解除契約，況原告未付訖全部價金，無權解除契約。原告又向被告公司購買巴西蘑菇，尚有價款未支付，原告請求如有理由，該價金亦可用以抵銷。被告提起反訴主張請求去脂膏、豐胸膏、蘑菇等貨款。

於此，所討論之爭點係供應商有無提出原裝進口證明文件義務？

二、法院見解²⁵³

高等法院高雄分院民事判決 96 年度重上字第 78 號肯認供應商有提出原裝進口證明文件之附隨義務，理由為「系爭合約第 7 條第 2 項明確規定『甲方應提供乙方有關商品一切資訊，如商品成分、用途、使用方法等資料，乙方亦可隨時請求甲方提出其他必要證明文件，所需費用由甲方負擔。』，由此可知供應商有提供有關商品一切資訊，如商品成分、用途、使用方法等資料，及應經銷商之請求，提出其他必要證明文件等附隨義務，合約既為台灣地區總代理合約，則經銷商為達順利經銷供應商原裝自巴西進口『Judy 第五代兩段式窈窕乳膏』目的，自有取得該產品係自巴西原裝進口及商品成分、用途、使用方法等資料，以符合商品標示法第 9 條規定，是以供應商有上開附隨義務，係為達乙○○總代理銷售昭○公司原裝自巴西進口『Judy 第五代兩段式窈窕乳膏』產品之附從目的，而有擔保此合約效果完全實現之刻意約定，準此，『Judy 第五代兩段式窈窕乳膏係自巴西原裝進口』之有關證明文件，屬於兩造合約書第 7 條第 2 項所載『其他必要證明文件』，乃合理商品銷售之當然解釋。」

三、分析說明

(一) 契約定性

經銷契約之意義已如前述²⁵⁴，而所謂代理契約係指契約一方當事人（代理商）持續以中間人身分，以他方（供應商）之名義為供應商向第三人銷售產品，並約定由供應商支付代理商報酬。²⁵⁵此契約下，

²⁵³ 本件經臺灣高雄地方法院 94 年重訴字 223 號、臺灣高等法院高雄分院 96 年重上字 78 號、最高法院 99 年度台上字第 923 號、臺灣高等法院高雄分院 99 年重上更（一）字 13 號民事判決審理，其中臺灣高等法院高雄分院 96 年重上字 78 號肯認供應商有提出原裝進口證明文件之附隨義務。

²⁵⁴ 參本章前述。

又前所參考之曾著中，該文將經銷契約稱為買賣性質之代理店契約。實務判決亦有認為「經銷商契約」可或稱「代理店契約」或「代理商契約」，如最高法院民事判決 87 年度台上字第 362 號，惟經銷契約與代理契約實有不同，為避免混淆，本文於此將是項契約通稱「經銷契約」。

²⁵⁵ 陳奕勳，經銷契約與銷售代理契約法律關係，逢甲大學財經法律研究所碩士論文，民國 97 年 6 月，頁 51-52。

DCFR IV. E.-3:101：This Chapter applies to contracts under which one party, the commercial agent,

代理商未取得產品所有權，且係以供應商名義銷售產品，此與經銷契約有別。觀本件判決，可推知涉及產品所有權移轉及給付價金等，故將之定性為經銷契約更為適當。

經銷契約不在我國民法明文規範之列，係屬非典型契約，其契約性質²⁵⁶，有下列說法：

1. 買賣契約

供應商給付產品於經銷商後，即取得價金債權，縱令無法出售，經銷商亦應給付價金，不得將剩餘產品返還與供應商，而免除給付價金義務，且市場價格無論漲跌，均由經銷商負擔其利益及危險，與供應商無關。²⁵⁷以此為認定標準之實務判決如臺灣高等法院民事判決 91 年度重上字第 437 號，提出買賣與委任之不同，該件經銷商之主要業務在於接受客戶訂單後向供應商購買貨品，並將貨品轉賣他人，藉以賺取價差利潤，顯非為供應商處理營業事務，亦無受有何等報酬，而並認定該件契約為買賣契約。²⁵⁸

2. 委任契約

自比較法例觀之，DCFR 明文商事代理、特許經營及經銷契約規

agrees to act on a continuing basis as a self-employed intermediary to negotiate or to conclude contracts on behalf of another party, the principal, and the principal agrees to remunerate the agent for those activities.

²⁵⁶ 最高法院民事判決 87 年度台上字第 362 號：「復按社會上所謂『經銷商契約』（或稱『代理店契約』或『代理商契約』）（下稱經銷商契約），係指商品之製造商或進口商將其製造或進口之商品，經由經銷商（或代理店或代理商）為商品之販賣，以維持或擴張其商品之銷路，而製造商或進口商與經銷商（或代理店或代理商）所訂之契約。至其法律上之性質，則依其契約之具體內容，可能有三種類型，即具買賣契約之性質者，具行紀契約之性質者及具代辦商契約之性質者是，不同類型之當事人間之權利義務關係自屬不同。」，然而，具行紀契約之性質者及具代辦商契約之性質者，與本文定義之「經銷契約」，有所不同，故不列入討論範疇。

臺灣士林地方法院民事判決 98 年度訴字第 586 號：「經查：按社會上所謂『經銷商契約』（或稱『代理店契約』或『代理商契約』）（下稱經銷商契約），係指商品之製造商或進口商將其製造或進口之商品，經由經銷商（或代理店或代理商）為商品之販賣，以維持或擴張其商品之銷路，而製造商或進口商與經銷商（或代理店或代理商）所訂之契約。至其法律上之性質，則應依其契約之具體內容定之。」

²⁵⁷ 曾隆興，現代非典型契約論，民國 85 年 11 月修訂七版，頁 232。

²⁵⁸ 詳參：臺灣高等法院民事判決 91 年度重上字第 437 號。

定優先於委任契約規定適用²⁵⁹，自得推知經銷契約為委任契約之特別類型，故其本質屬委任契約。

3. 買賣及委任之混合契約

臺灣士林地方法院民事判決 98 年度訴字第 586 號表示系爭契約之法律性質應依契約具體內容定之，而就該件契約指出：「系爭契約並非單純之買賣契約，除具有約定向原告購買系爭商品、被告科○公司支付價金之買賣性質外，另有約定由被告科○公司為原告拓展國內外市場之委任契約之性質，故應屬買賣及委任之混合契約。」

4. 本件定性

(1) 與買賣仍不同

雖經銷契約涉有移轉產品所有權、支付價金等與買賣契約相同之義務，惟經銷契約具有長期合作、配合關係，與買賣契約單純所有權變動不同。

(2) 有委任性質

雖經銷商係以自己名義銷售產品，惟經銷契約不免有協助供應商出售、拓展業務、宣傳之意涵²⁶⁰，因此，仍有委任契約中委任人委託受任人處理事務之性質。

又雖實際上由經銷商給付貨款於供應商，非供應商給付報酬於經銷商，而與委任契約有別，惟委任契約之受任人處理事務所得利益歸屬於委任人，系爭利益本應交予委任人，本件貨款可解釋為處理事務所得利益及委任報酬之抵銷後，經銷商須給付供應商款項之估計，此

²⁵⁹ DCFR IV. E.-1:201: In the case of any conflict:(a) the rules in this Part prevail over the rules in Part D (Mandate); and(b) the rules in Chapters 3 to 5 of this Part prevail over the rules in Chapter 2 of this Part.

²⁶⁰ 在現代化社會分工精細之下，一連串交易過程日益被切割、分配，以求最大獲利，因此，經銷契約之形成，自有其理由。

可避免計算之煩並得預見雙方將獲得之利益。

(3) 小結

經銷契約內涵不僅單純所有權變動，更涉及其他商業需求，且一長期相互合作關係，雙方對彼此極為信賴，與買賣契約有別，似歸類至較為一般、概括之委任契約，更為妥適，以下不再贅述。

(二) 供應商有無提出巴西原裝進口證明文件之義務？²⁶¹

1. 供應商有無提出巴西原裝進口證明文件之義務？

上開肯認供應商有提出巴西原裝進口證明文件義務之判決，表示為達經銷商銷售系爭產品之目的，兩造契約約定經銷商得向供應商請求之商品資訊證明資料包含巴西原裝進口之證明文件。

系爭契約中，供應商提供產品於經銷商，經銷商銷售系爭產品以獲取利益，因此，該產品之來源、品質等將影響經銷商銷售獲利，自係其締約考量基礎。系爭契約約定窈窕乳膏由巴西原裝進口，此為雙方締約基礎，且是否為巴西原裝進口除涉及如何標示外，亦可能影響市場價格，故是否為巴西原裝進口及能否提出證明文件，將影響經銷商締約意願或契約條件。又按一般交易慣例，且供應商對其產品來源應明瞭，倘該產品確為巴西原裝進口，供應商提出巴西原裝進口證明文件應不困難。

是故，為輔助債權人給付利益之目的，應肯認供應商有提出巴西原裝進口證明文件之義務。

2. 提出原裝進口證明文件義務，應屬從給付義務或附隨義務？

²⁶¹ 系爭契約約定該窈窕乳膏由巴西原裝進口，惟供應商主張經銷商已知悉該產品並非由巴西原裝進口，此將影響系爭條款之效力，應由供應商舉證已知悉一事使該契約條款無效。倘若無效，則無庸討論供應商有無提出巴西原裝進口證明文件之義務，本文假設系爭條款仍有效以討論經銷契約之提出證明文件義務。

「原裝進口證明文件」擔保系爭產品之來源，實現經銷商取得原裝進口產品以求銷售獲利之契約目的，亦符合雙方締約之真意，此義務亦為完全履行主給付義務而存在，即屬從給付義務。又此與本文第三章「出賣人提供標的物證明之義務？【案例：真品證明書案，最高法院民事判決 97 年度台上字第 1994 號】」相似，即所需證明文件與交易標的物、主給付義務完全履行息息相關，併予說明，可為交互參照。

（三）本件供應商未提出原裝進口證明文件（即違反義務），經銷商是否得解除契約？

高等法院高雄分院民事判決 96 年度重上字第 78 號：「提出原裝進口文件自屬為達銷售商品之重要之附隨義務，基此，乙○○要求昭○公司提出原裝進口證明文件，昭○公司未能提出，乙○○乃於 92 年 12 月 24 日再以存證信函要求昭○公司於三日內提出巴西原裝進口之證明文件，否則解除總代理合約，昭○公司仍未提出，乙○○乃於 92 年 12 月 31 日以存證信函解除合約，自屬正當。」

雖上開判決未明確解釋本件附隨義務違反可解除契約之理由，惟其表示「提出原裝進口文件自屬為達銷售商品之重要之附隨義務」，即可推知其並非認為附隨義務之違反，一概均得解除契約，而係此義務具有重要性，該義務違反可能影響契約目的達成，故肯認其得解除契約。

第二項 協力履行義務

壹、供應商回收改正義務？【案例：回收改正案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 886 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 2879 號】

一、事實與爭點

本件經銷商與供應商簽訂「雞尾酒活力鮮體錠經銷合約書」、「雞尾酒活力餐包經銷合約書」，經銷商、供應商先後各別提起訴訟。

經銷商起訴主張：供應商保證上述產品係雞尾酒減肥療法創始人甲醫師之獨家配方，經甲醫師與供應商合作銷售，而授權伊在台灣經銷該產品，詎供應商與甲醫師間無其所稱之「合作銷售」關係，且於90年11月2日及同月3日，報章大幅刊登雞尾酒減肥藥負面報導，而供應商所交付之鮮體錠、餐包等產品，違反食品衛生管理法令，致產品銷售深受影響，經伊反應時，供應商仍未澄清、改正，僅採用買一送一之不作為方式因應，拒絕回收改正，亦違反附隨義務；供應商則抗辯：系爭合約並未約定伊須負維護產品形象、品質之義務，媒體之負面報導亦不影響系爭產品之銷售。系爭鮮體錠、餐包等產品確係伊經甲醫師授權使用之配方，其原料、製造、及分裝均未違反食品衛生管理法之規定。供應商起訴主張：請求經銷商支付尚欠貨款，經銷商則抗辯，供應商未提供符合系爭合約第1條約定之產品，且於媒體對系爭產品為負面報導時未積極反應，有違系爭合約義務及應維護系爭產品形象信譽及應提供標示正確之附隨義務。又供應商交付之鮮體錠外盒標示涉及誇大、易生誤解，標示字號與行政院衛生署公文流水編號不符，而交付之活力餐包中日式草莓果子、法式蘑菇焗湯未經申請許可作為取代餐使用，均經衛生主管機關認定違反食品衛生管理法而不得販售，伊屢次發函通知供應商回收改正，未獲置理，故伊無待依系爭合約第9條第1項先通知改正以終止系爭合約，亦無待發函解除系爭合約，即得逕依民法不完全給付及給付不能規定，請求供應商負損害賠償之責，並據此為同時履行抗辯，該公司即無貨款請求權。

上開訴訟中，法院判決對「供應商回收改正義務」、「供應商維護產品形象信譽義務」之有無，及是否已履行有所討論。於此，先行討論「經銷商回收改正義務」，「經銷商維護產品形象信譽義務」則於後述說明。

二、法院見解²⁶²

本件相關判決有深入討論供應商回收改正義務者，以誠信原則為由，肯認是項附隨義務，理由為「經銷商向供應商購買上開法式蘑菇焗湯與日式草莓果子，目的在轉售，然因違反前開法令經主管機關通知限期回收改正包裝，於未改正前，不能繼續銷售，是供應商雖已給付，但未依債之本旨為之，當屬無疑，是經銷商主張供應商為不完全給付，應為可採。又上開產品僅包裝標示違反法令，產品本身並無瑕疵，只須改正包裝，即可補正，固為兩造所不爭，但因上開產品訂有有效期限，若未於有效期限屆滿前相當時間改正其包裝，經銷商即無法繼續銷售，而如何回收上開產品，以便改正包裝，系爭合約並未約定，應依誠信原則決定兩造應履行之義務。易言之，對供應商而言，上開產品係由供應商出賣予經銷商轉售，台北市衛生局復以供應商為處分及通知回收改正對象，基於出賣人保護買受人利益之附隨義務，供應商於收受該局之處分書時，應即時通知經銷商配合回收作業，並於經銷商回收後即時改正包裝，再交付經銷商，俾上訴人能於產品有效期間內順利轉售；對經銷商而言，上開產品究竟轉售何人，非供應商所得知悉，故應由經銷商循其銷售通路回收，並於回收後儘速交予供應商改正包裝盒，始符合交易上之誠信原則」²⁶³。

三、分析說明

上開判決考量契約目的、出賣人保護買受人利益，以誠信原則為

²⁶² 由經銷商提起訴訟之裁判有臺灣台北地方法院民事判決 91 年重訴字 2725 號、臺灣高等法院民事判決 92 年度重上字第 456 號、最高法院民事判決 95 年度台上字第 216 號、臺灣高等法院民事判決 95 年重上更（一）字 43 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 2879 號、臺灣高等法院民事判決 97 年重上更（二）字 19 號、臺灣高等法院民事判決 97 年再易字 123 號、最高法院民事裁定 98 年度台上字第 355 號、臺灣高等法院民事判決 98 年再易字 28 號、最高法院民事裁定 98 年度台聲字第 893 號。

由供應商提起訴訟之判決有臺灣台北地方法院 92 年訴字 149 號、臺灣高等法院 92 年重上字 630 號、最高法院 95 年台上字 650 號、臺灣高等法院 95 年重上更（一）字 50 號、最高法院 98 年度台上字第 886 號、臺灣高等法院 98 年再易字 76 號、臺灣高等法院 98 年重上更（二）字 81 號、最高法院 99 年台上字 2409 號、最高法院 100 年台再字 15 號、臺灣高等法院 100 年再易字 31 號民事判決。

²⁶³ 高等法院 97 年度重上更（二）字第 19 號、高等法院 97 年度再易字第 123 號、高等法院 95 年度重上更（一）字第 50 號民事判決。

由，肯認是項附隨義務。

經銷契約中供應商依約持續向經銷商提供產品，並由經銷商以自己名義、為自己利益銷售產品，可見經銷契約係一長期合作契約，雙方須互相信賴、協助始能維持良好關係，以獲得最大利益，亦因如此，此契約履行過程將可能發展許多附隨義務，不一而足，自應從實際契約交易活動發展情形判別之。系爭契約中，經銷商以銷售系爭產品以獲取利益，對經銷商而言，該產品之良莠將影響其獲利，亦即其締約目的，是故，諸如產品資訊、品質等告知或維護得以輔助經銷商之締約目的，即可能為供應商之附隨義務。

本件產品因違反食品衛生管理法經主管機關通知限期回收改正包裝，然系爭產品已由供應商提供於經銷商，於此情形，供應商應如何協助經銷商解決產品瑕疵以繼續合法販賣產品？就此，有學者²⁶⁴表示對於經銷契約之經銷商而言，其訂約目的，非在於單純取得貨品自行消費或使用，而在於銷售供貨者所供給之貨品以賺取利潤，且該目的為供應商於締約時明知，因此，如經銷商銷售該產品，遭主管機關取締，則基於雙方締約目的及誠信原則之考量，供應商負有協助解決之附隨義務。本文認同前開判決意旨及學者見解，即供應商有通知經銷商回收並改正系爭產品之義務，並補充理由如下：

1. 主管機關以供應商為處分及通知回收改正對象，供應商係契約當事人中有能力解決此問題者，且其應確保其所供應產品之品質，故應主動通知經銷商以回收產品改正之；
2. 復於經銷契約下，如產品發現不良，按一般交易習慣，供應商將通知回收系爭產品以為檢修、改正²⁶⁵；

²⁶⁴ 詹森林，民事法，國立臺灣大學法學論叢，第39卷第2期，2010年6月，頁62-63。

²⁶⁵ 自下列新聞可知，通常產品發現瑕疵，係由母公司、經銷商、上游廠商等負責通知回收、召回檢修。下列新聞之來源：聯合知識庫，<http://udndata.com/>（最後瀏覽日期：民國101年6月6日），併予說明。聯合報編譯組、趙惠群，SWIFT車漏油？鈴木全球召修，聯合報，2012年5月8日，A6版；史榮恩，BMW 5及6系列 9824輛召修，聯合報，2012年3月30日，C7版；唐守怡，SONY平面電視日本召回瑕疵品，聯合報，2011年10月13日，A6版。但各行各業均

3. 且供應商應盡快通知經銷商回收產品，俾盡早完成改正，使經銷商得繼續合法銷售，始得保障此經銷契約中經銷商轉售之利益，尚符誠信原則。

而本件供應商並未履行系爭義務，故供應商因此而負不完全給付責任，自屬有據。

貳、供應商維護產品形象信譽義務？【案例：維護產品形象案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 886 號、最高法院民事判決 96 年度台上字第 2879 號】

一、事實與爭點

案例事實參上開「供應商回收改正義務？」，而於此討論供應商有無維護產品形象信譽義務？本件供應商是否已履行之？

二、法院見解

本件相關判決中，有認因本件產品非報導對象，供應商自無維護產品形象信譽義務，由於本件產品是否為報導對象純屬個案事實且系爭判決未就義務內涵深入探討，故此見解不列入本文討論；其餘認為本件供應商有無維護產品形象信譽義務及是否已履行尚有爭議之相關見解，臚列如下。

（一）供應商有無維護產品形象信譽之附隨義務？

1. 供應商無此義務

有認「關於商品之負面消息，應由上下游廠商協同處理，或由部

有其商業慣例，尚非可一概而論，本文以上開新聞僅欲證明確實有部分行業及一定規模之廠商有此慣行，至於具體個案中應如何處理，仍待法官調查事證予以確定。必要時，不妨職權函詢相關行業公會等商業或工業人民團體，協助了解行業慣例運作實情，如最高法院民事判決 98 年度台上字第 1470 號：「且拆除浴室器具護膜費九萬四千二百四十元部分，依電機技師公會九十七年五月二十三日函復原法院附件之『鑑定內容』²載明：『……衛浴器具保護膜之拆除，依一般交易習慣，應由最後承攬安裝者負責』云云。原審未予斟酌，恣置不論，並有判決不備理由之違法。」

分商人負擔全責，或是當事人自行處理，應視商品銷售合約內容而定。依據 A、B 合約第 7 條第 1 項、第 8 條第 6 項提及廣告文宣等事宜應經供應商審查；但契約並未要求供應商對於一切相關報導均負責回應。從而，經銷商要求針對負面消息均應由供應商負責，實屬無據」²⁶⁶。

2. 供應商有此義務

亦有認為「系爭合約書第 7 條第 1 項、第 4 項約定『甲方（按：供應商）有提供乙方（按：經銷商）文宣及廣告促成物之義務；並負責產品上市後之廣告事宜。』、合約書第 8 條第 6 項約定『乙方（按：經銷商）進行合約產品之廣告或文宣前，內容須先獲得甲方（按：供應商）同意。』，經銷商執此主張供應商就經銷合約，有維護合約產品形象、品質等之權利與義務，應屬有據」²⁶⁷。

（二）供應商是否已履行上開義務？

1. 供應商已履行上開義務

臺北地院民事判決 92 年度訴字第 149 號表示「供應商於該報導後之 90 年 11 月 14 日以存證信函促請劉○○儘速澄清更正，自難認供應商對前揭相關報導刊載後，係採置身事外態度，違反商品信譽維護之附隨義務。」，由此可知，該判決認為供應商已履行上開義務。

2. 供應尚未履行上開義務

高等法院民事判決 92 年度重上字第 630 號則認為「系爭產品於 90 年 11 月 2 日、3 日媒體負面報導後，經銷商提出反應，供應商並未有任何積極行動，反而係以買一送一的促銷活動作回應，致經銷商繼續進貨。又劉○○醫師於上開媒體負面報導後，即於同月 6 日以存證信函致供應商表明『．．．貴公司廣告宣傳行為未經本

²⁶⁶ 詳參：臺北地院民事判決 91 年度重訴字第 2725 號，此外該判決尚提出縱供應商有此項義務，亦已履行。

²⁶⁷ 臺北地院 92 年度訴字第 149 號、高等法院 92 年度重上字第 630 號民事判決。

人同意，已嚴重侵犯本人權益．．．』，供應商於同年11月14日以存證信函促請劉○○盡速澄清，而劉○○係於91年12月23日始出具聲明書，時間已在系爭產品遭行政院衛生署及台北市政府衛生局科處罰鍰要求收回改正之後，自難認供應商有履行其依系爭合約應負之附隨義務」。

三、分析說明

(一) 供應商有無維護產品形象信譽之附隨義務？²⁶⁸

經銷契約乃長期合作關係，於契約履行過程可能發展許多附隨義務，已如前述。又如前揭學者²⁶⁹以「供應商回收改正義務」為例（即前一案例）表示，經銷商訂約目的在於銷售供貨者所供給之貨品以賺取利潤，且供應商於締約時明知該目的，基於雙方締約目的及誠信原則之考量，供應商負有協助解決之附隨義務，本文認為此一理由除可適用於前一案例，亦得作為本件「供應商維護產品形象信譽義務」之依據。

基於上述考量，另由於供應商對產品特性、來源等較為了解，其亦知悉有無與名醫合作，此事將損及產品形象而影響銷售²⁷⁰，故經銷契約中雖未約定供應商有維護產品形象信譽義務，惟長期履約過程中，產品形象可能遭損害而影響經銷商轉售獲利，因此，本於契約雙方間之信賴關係，基於誠信原則，為維護產品形象以保護經銷商之利益，則發展出供應商協力維護產品形象信譽之附隨義務²⁷¹，本文同意上開

²⁶⁸ 蓋因維護產品形象信譽義務，為滿足債權人之利益，輔助達到契約目的及最佳利益，與主給付義務履行、交易標的物較無直接相關，故不認其為從給付義務，而認為係附隨義務。因上開台北地院判決對此義務以從給付義務與附隨義務互用，為免混淆，特此說明。

²⁶⁹ 詹森林，民事法，國立臺灣大學法學論叢，第39卷第2期，2010年6月，頁62-63。

²⁷⁰ DCFR IV. E.- 5:205 之評註中，提及於消費者心中之產品正面形象，係一影響經銷商促進產品銷售額之因素。See, Christian von Bar and Eric Clive, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Volume3,2009,p.2442-2443.

²⁷¹ 關於此義務，DCFR 亦提及供應商必須盡合理的努力以避免損害產品之信譽，參 DCFR IV. E.- 5:205: The supplier must make reasonable efforts not to damage the reputation of the products. 參該條評註，可知由供應商負此責任，係因供應商對於其行為或疏忽導致產品信譽降低而須負責；而何謂合理的努力 (reasonable efforts)，則須考量契約性質和目的、具體個案狀況、交易或行業習慣。See, Christian von Bar and Eric Clive, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Volume3,2009,p.2442-2443.

判決，即供應商有維護產品形象信譽義務。

（二）本件供應商是否已履行之？

有認為供應商曾致劉○○存證信函並促請劉○○儘速澄清更正，故已履行商品信譽維護之附隨義務；有認為劉○○未即時出具聲明書，難認微○公司已履行系爭附隨義務。

本文以為供應商應盡其合理努力維護產品信譽，諸如多次促請劉○○儘速澄清更正，甚至由供應商出具聲明稿等，此僅要求供應商積極澄清，澄清效果為何自非供應商可擔保，此對供應商並非苛求，然本件供應商僅以一紙存證信函請劉○○澄清更正，而劉○○未即時澄清，供應商卻不再積極作為以維護產品信譽，自難認供應商已履行是項義務。



第五節 投資信託契約

第一項 資訊提供義務

第一款 說明告知

壹、金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前了解投資人以推介適合商品之義務？【案例：連動債案，臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號】

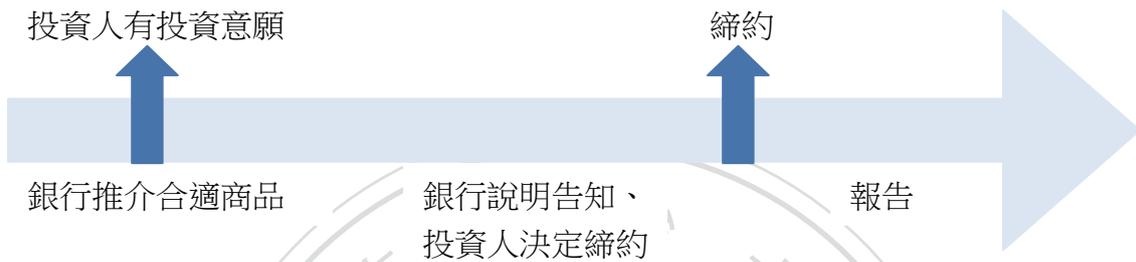
一、事實與爭點

原告二人主張：被告銀行僱用之理財專員甲、乙，於民國 96 年 3 月 21 日分別招攬原告二人購買荷○銀行發行之「三年藍海策略 III 連動債券」。由於被告之受僱人以誇大、隱瞞真正資訊之方式刻意誤導伊，又未提供伊閱覽相關說明文件及風險預告書之合理期間，致伊誤信系爭連動債為投資風險極低之產品，進而信託被告購買，致受投資虧損之損害。嗣後被告隱瞞投資虧損事實，不向伊報告系爭連動債淨值，導致伊未能及時與被告商談後續事宜，坐令損害繼續擴大。原告主張被告應賠償伊投資虧損之損害。

被告抗辯：原告申購系爭連動債前，理財專員已提供相關說明及風險預告書等資料供原告攜回審閱，並就產品內容及風險逐一解釋，充分揭示系爭連動債為不保本金融商品之資訊，使原告瞭解投資所可能產生之各項風險。而系爭連動債所連結之各檔基金，歷年走勢均平穩上揚，受經濟景氣影響之程度不高，確屬「相對低波動」金融商品，伊並無刻意誤導原告之情事。又系爭連動債發行銀行訂有一年不得回贖之閉鎖期，於該期間內瞭解連結標的之淨值並無意義，故發行銀行未提供淨值報價，而當時法令亦未規定受託人須向委託人報告連結標的淨值，故原告請求無理由。

投資人委由銀行為其投資時，須由銀行提出各合適金融商品、進

而說明該商品性質，倘若締約後，則銀行須報告該商品後續資訊，皆屬資訊提供義務。故本文說明「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前了解投資人以推介適合商品之義務」、「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前對投資人之說明義務」及「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約後對投資人之報告義務」等義務。^{272、273}



二、法院見解²⁷⁴

將高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號提及「適合性原則」，該判決認為銀行並無違反適當性原則，即「銀行主張有調查客戶資料，依銀行設計之得分規範，評估投資人之風險承受能力。依證人陳○○證言，略為投資人陳○○為銀行之定存戶，證人有把藍海策略 III 走勢拿給投資人看，跟投資人說這比定存配息還高，但不保本，不建議將全部的錢放進來，其當時知道投資人只將部分資產轉入本檔連動債。另依證人方○○證言，略為因之前蕭太太有購買過藍海策略 II，蕭太太之後曾要求銀行有類似波動小、固定配息高的商品要通知她，銀行才再次介紹藍海策略 III 給蕭○○。堪認銀行理財專員有先瞭解客戶背景，方向投資人推介系爭連動債商品，自無違反適當性原則情形」。

²⁷² 於此，先討論「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前了解投資人以推介適合商品之義務」、「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前對投資人之說明義務」、「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約後對投資人之報告義務」則參後述說明。

²⁷³ 投資信託契約存在於銀行及病患間，銀行理財專員或其他雇員係銀行之履行輔助人，其債之履行有故意或過失時，銀行應與自己之故意或過失負同一責任，參民法第 224 條自明，且實際上係由銀行雇員為說明告知，因此，雖由銀行負契約之不完全給付責任，惟須討論銀行雇員有無說明告知必要及實際上是否為之。

²⁷⁴ 本件歷經臺灣台北地方法院 97 年重訴字 641 號、臺灣高等法院 98 年度重上字第 288 號民事判決，分別依照爭點將判決內容摘錄如後。

三、分析說明

(一) 契約定性

本件係由原告投資人信託被告銀行購買國外銀行發行之連動債商品，原告投資人及被告銀行間契約關係為何，則有疑問。由於投資人委任被告銀行向發行者購買連動債商品，因此，原告投資人和被告銀行間存在委任契約或類似委任契約之法律關係²⁷⁵，故本文將之歸類至委任契約。

(二) 銀行有無充分瞭解投資人以推介投資人適合商品之義務？

1. 適合性原則

所謂適合性原則係指金融業者向投資人提供金融商品前，應充分瞭解投資人之相關資料，以推介該投資人適合之商品，而不為不適合之勸誘。²⁷⁶此原則於金融消費者保護法制定前已被論及，現經金融消費者保護法明文，簡介如下。

(1) 金融消費者保護法公布施行前

金融消費者保護法公布施行前，行政規範²⁷⁷已提出適合性原則，司法實務亦於相關案件援用適合性原則，如本件前開判決。學說見解亦提出銀行應考量投資人屬性、年齡、身分、財產、投資經驗等，推介投資人合適商品，並依其屬性向投資人說明該商品之內容、性質等，

²⁷⁵ 詹森林發言、杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第56卷第2期，2011年4月，頁217-218；杜怡靜，連動債銷售契約中受託人之注意義務—關於信託業法中的善良管理人注意義務—高院九七上易四二〇，台灣法學雜誌第134期，2009年8月15日，頁199-200；杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第26期，2009年12月，頁61。

²⁷⁶ 杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第26期，2009年12月，頁54。並可參閱金融消費者保護法第9條。

²⁷⁷ 如**銀行辦理衍生性金融商品業務應注意事項第22點**：「銀行向一般客戶提供衍生性金融商品交易服務，應建立商品適合度制度，其內容至少應包括衍生性金融商品屬性評估、瞭解客戶程序及客戶屬性評估，以確實瞭解客戶之投資經驗、財產狀況、交易目的、商品理解等特性及交易該項衍生性金融商品之適當性。」

即將說明義務及適合性原則結合（詳後述）。²⁷⁸

（2）金融消費者保護法公布施行後

金融消費者保護法公布施行後，即對上開適合性原則明文化，參金融消費者保護法第9條：「（第1項）金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應充分瞭解金融消費者之相關資料，以確保該商品或服務對金融消費者之適合度。（第2項）前項應充分瞭解之金融消費者相關資料、適合度應考量之事項及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」，其立法理由：「一、金融服務業應充分瞭解金融消費者（know your customer），爰於第一項規定其與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應充分瞭解所需之客戶基本資料、財務背景、所得與資金來源、風險偏好及過往投資經驗等各種資料，據以評估適當性、建立風險管理機制，並遵循主管機關依不同金融消費者類型區別管理之法令。二、金融服務業提供金融商品或服務時，應確保該商品或服務對金融消費者之適合度（suitability）。所謂適合度，指金融服務業提供金融消費者金融商品或服務時，應有合理基礎相信該交易適合金融消費者，包括考量銷售對象之年齡、知識、經驗、財產狀況、風險承受能力等。其規範目的在防止金融服務業為自己利益濫行提供金融商品或服務，損害金融消費者權益。三、各類金融商品或服務之特性不同，爰第二項就金融服務業所應充分瞭解之金融消費者相關資料、銷售適合度應考量之事項及其他應遵行事項之辦法，授權由主管機關定之。」

銀行應了解投資人何些資料，可參金融服務業確保金融商品或服務適合金融消費者辦法第4條：「銀行業及證券期貨業提供投資型金融商品或服務，於訂立契約前，應充分瞭解金融消費者之相關資料，其內容至少應包括下列事項：一、接受金融消費者原則：應訂定金融消費者往來之條件。二、瞭解金融消費者審查原則：應訂定瞭解金融

²⁷⁸ 杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第56卷第2期，2011年4月，頁202-203、210-211；杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第26期，2009年12月，頁54-55。

消費者審查作業程序，及留存之基本資料，包括金融消費者之身分、財務背景、所得與資金來源、風險偏好、過往投資經驗及簽訂契約目的與需求等。該資料之內容及分析結果，應經金融消費者以簽名、蓋用原留印鑑或其他雙方同意之方式確認；修正時，亦同。三、評估金融消費者投資能力：除參考前款資料外，並應綜合考量下列資料，以評估金融消費者之投資能力：(一)金融消費者資金操作狀況及專業能力。(二)金融消費者之投資屬性、對風險之瞭解及風險承受度。(三)金融消費者服務之合適性，合適之投資建議範圍。」

(3) 小結

上開法令已明文適合性原則，並明確指出應充分了解投資人何些資料，使銀行有遵循標準，亦供法院裁判有法源依據。惟此法令文義侷限適合性原則於商品推介，並未明白提及學說見解將其與說明義務結合以使投資人充分了解金融商品內容及風險。

因此，對於適合性原則與說明義務結合，即得以適合性原則作為說明義務是否履行之判斷標準(有無依各投資人屬性向其說明該商品之內容、性質)，本文將之列入後述說明義務討論範疇。

2. 本件分析

本案例發生於金融消費者保護法制定前，然依據行政規範或基於誠信原則²⁷⁹，仍有適合性原則之適用，故銀行負有了解投資人以推介適合商品之義務。

本件銀行主張有調查投資人客戶資料，並依銀行設計之得分規範，評估投資人之風險承受能力，並了解投資人過往投資經驗，因此，法院認為銀行理財專員有先瞭解投資人背景，方向投資人推介系爭連動債商品，自無違反適合性原則。

²⁷⁹ 投資人為資訊弱者，往往聽信銀行及其員工推介而為投資，銀行自應本於誠信原則，不得為不適之投資勸誘，即為適合性原則適用之因。參：杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第26期，2009年12月，頁54。

然而，銀行是否違反適合性原則，須由銀行舉證說明其已善盡義務²⁸⁰，屬事實認定問題，非本文得以確定之範疇。

貳、金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前對投資人之說明義務？【案例：連動債案，臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號】

一、事實與爭點

案例事實參前述「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前了解投資人以推介適合商品之義務」，於此，則討論「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前對投資人之說明義務」。

二、法院見解²⁸¹

僅將高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號見解，整理如下：

(一) 銀行未違反說明義務

首先，法院表示銀行並未刻意誇大或隱瞞其系爭商品特性，並未違反說明義務，理由如下：

1. 銀行所提出之系爭連動債商品銷售 DM、連動債產品說明書暨風險預告書已有投資風險揭露等說明²⁸²；

²⁸⁰ 於債務不履行之損害賠償訴訟中，債權人僅須證明契約存在及因債務人債務不履行而受損害，若契約中債務人主張其善盡義務（不可歸責），則應由債務人舉證其已盡義務（不可歸責），已如前述。關於舉證責任簡要說明，可參本文第四章第二節第一項第一款「醫師對病人實施手術前之說明告知義務？【案例：腰椎手術案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 2428 號】」。

²⁸¹ 臺灣台北地方法院 97 年重訴字 641 號、臺灣高等法院 98 年度重上字第 288 號民事判決。

²⁸² 其內容參**高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號**可知，即銀行所提出之系爭連動債商品銷售 DM，於商品代碼處已標明：「非保本型商品」，另下緣風險告知&注意事項欄，亦載明「復○銀行（受託銀行）不保證投資本金無損亦不保證最低投資收益。投資人應詳閱產品說明書暨風險預告書，自行判斷是否投資，並自行承擔投資風險...本檔商品本金不受發行機構保證，投資期間，若連動標的表現不佳，則委託人於期末時將僅以期末憑證價值贖回，有不保本之可能」；另依銀行提出之系爭連動債產品說明書暨風險預告書第一頁風險等級分類欄，註明：「非保本型商品」、第 4 頁投資風險揭露說明欄，亦載明：「1、本檔產品本金不受發行機構 100%保證，投資期間標

2. 銀行理財專員於投資人二人申購系爭連動債時，有將上開商品銷售 DM 及產品說明書暨風險預告書交予投資人閱覽。再參諸上開產品說明書暨風險預告書第 4 頁投資風險揭露說明欄所載第 1、2 項說明，文末均經上訴人二人簽名蓋章表示已經閱覽。

(二) 投資人自負風險責任

其次，法院認為投資人知連動債存有風險，仍決意投資，故應自負風險，即「銀行招攬時，雖強調系爭連動債為波動性低之金融商品，惟係根據發行銀行提供之連結標的特性及歷年績效表現，所為之評價。投資人既未證明銀行為上述評價所根據之連結標的績效表現訊息，有何不實，亦未證明依該績效表現，不應將系爭連動債評價為具有低波動性之特徵。則銀行縱有強調系爭連動債為低波動性商品，亦難指為誇大不實。且投資人信託銀行申購系爭連動債，既在進行投資，對於縱使連結標的波動性再低亦需擔負虧損風險之道理，自有所知，顯不致因被上訴人強調其波動性指標之特色，即誤認其為絕無風險之金融商品。而投資人既知系爭連動債存有風險，仍決意信託銀行進行投資，即應自負風險責任，對風險實現所生之投資虧損，應自行承擔，不得諉稱其虧損係因銀行強調商品特色所引起之損害。」

三、分析說明

(一) 銀行對投資人有無說明義務？

觀上開判決，可知法院裁判並未否定銀行對投資人之說明義務，而係以銀行提供書面資料、投資人已於資料上簽名而認定銀行已盡其

的表現不佳，則委託人於期末時將僅以期末之淨值贖回，有不保本之可能；當提前到期事件發生時，債券將結束投資停止配息，提前到期，提前到期之本金將以當時市場價值清算，亦不保證 100%之本金；當任何系統性風險發生時，市場缺乏流動性，提前到期之本金（出場日價值）將有可能與清算前之價值存在相當之價差。2、如提前贖回時必須以贖回當時之實際成交價格贖回，則可能導致信託本金之損失。因此，當市場價格下跌，而委託人又選擇提前贖回時，委託人會產生損失。提前贖回之報價以報價時點之市場情況為報價基準，無法保證實際贖回交易時之價格」；再同份文件每頁下緣亦皆註明：「本產品係屬『外幣特定金錢信託資金投資國外有價證券』業務，復○銀行（受託銀行）不保證本金無損失亦或不保證給付最低收益。投資人應詳閱本產品說明書暨風險預告書，自行判斷是否投資，並自行承擔投資風險」等文字。

告知義務。

基於現今金融商品之多樣性和複雜性，一般投資人恐對相關商品不甚了解，與銀行間存有資訊上之落差，並對於銀行理財專員有一定信賴，為確保投資人健全之自我意思決定，基於誠信原則，應肯認銀行對投資人有說明義務。²⁸³至於其義務性質如何，本文統一說明如後。

(二) 銀行應說明至何程度，始盡其說明義務？

1. 說明內容

金融消費者保護法²⁸⁴明文指出金融服務業應向與金融消費者充分說明金融商品重要內容並揭露風險，參該法第 10 條：「(第 1 項)金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應向金融消費者充分說明該金融商品、服務及契約之重要內容，並充分揭露其風險。(第 2 項)前項金融服務業對金融消費者進行之說明及揭露，應以金融消費者能充分瞭解方式為之，其內容應包括但不限交易成本、可能之收益及風險等有關金融消費者權益之重要內容；其相關應遵循事項之辦法，由主管機關定之。」

於其他與本件類似案件判決，如臺灣臺北地方法院民事判決 99 年度重訴字第 133 號²⁸⁵更提出銀行應告知投資人：

²⁸³ 杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第 56 卷第 2 期，2011 年 4 月，頁 199-201；杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第 26 期，2009 年 12 月，頁 52。

²⁸⁴ 該法於中華民國 100 年 6 月 29 日公布、自 100 年 12 月 30 日施行。

²⁸⁵ 臺灣臺北地方法院民事判決 99 年度重訴字第 133 號：「系爭信託契約既強調保本，如有任何被告所稱之風險，被告自應明白告訴原告該風險導致不保本之可能性，其風險告知應包括二者：第一，連結標的之風險，本案係以連結五檔股票（迪○、AOM、孟○都、先○達、邦○）之期末評價日股價指數為判斷給息之標準，則連結的股票其經營狀況如何，攸關原告得分配之利潤（舉例言，如連結的股票係「台○」而非「台○電」，則原告之風險程度將升高）；其次，係應告知發行機構（雷○兄弟財務公司）之風險，即其保本可能性，及不保本之風險極限，以謀求原告之最大利益。」，該判決之裁判日期為民國 99 年 11 月 10 日，尚無金融消費者保護法。

- (1) 連結標的之風險，如連結的股票其經營狀況如何；
- (2) 告知發行機構之風險，即其保本可能性，及不保本之風險極限。

2. 如何始認銀行已善盡義務？

(1) 銀行須實質說明

本件前開判決以銀行已提供書面資料於投資人，且投資人已於相關資料上簽名，而認定銀行已盡其告知義務。

就此，學者²⁸⁶認為，銀行說明須達到投資人了解程度，始善盡其說明義務，不以書面資訊提供為已足，且投資人簽名亦不表示其確實了解。現今，金融消費者保護法第10條第2項已明白指出，金融服務業對金融消費者進行之說明及揭露，應以金融消費者能充分瞭解方式為之。

因此，為貫徹說明義務具促使投資人作出正確投資決定之功能，並有上開法源為據，應認銀行應盡到實質說明，即須達投資人實際上了解之程度，始可認定銀行已善盡其說明義務。至於，銀行提供書面資料於投資人及投資人於相關資料上簽名，僅係銀行就其已盡其說明義務證明之一，銀行尚須舉證說明其實際上已說明為是，蓋因銀行之免責事由（在此為說明告知義務履行），係由債務人負舉證責任。²⁸⁷。

(2) 說明義務及適合性原則綜合考量

²⁸⁶ 杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第56卷第2期，2011年4月，頁203；陳聰富發言、杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第56卷第2期，2011年4月，頁213-215；杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第26期，2009年12月，頁54。

²⁸⁷ 本件契約附隨義務違反之舉證責任相關問題，與醫療契約類似，蓋說明告知義務之履行乃債務人（銀行及醫院）之免責事由，應由債務人負舉證責任，詳參第四章第二節第一項第一款「醫師對病人實施手術前之說明告知義務？【案例：腰椎手術案，最高法院民事判決99年度台上字第2428號】」。

上開判決認為銀行未違反適合性原則及說明義務，本文對此不予置評，蓋此屬事實評價問題。惟應注意，說明義務履行與否之審斷應與適合性原則結合，即銀行除須熟知投資人後推薦商品外，也要依照投資人屬性（年齡、性別、財產、投資經驗等等）進行說明²⁸⁸，系爭個案中，雖有評估商品對於投資人之適合性，然銀行是否依照適合性原則向投資人說明，尚待研求。

（3）投資人了解後，始應自負風險責任

本件前開判決指出，投資人信託銀行申購系爭連動債，既在進行投資，對於縱使連結標的波動性再低亦需擔負虧損風險之道理，自有所知，不因銀行強調其波動性指標之特色，即誤認其為絕無風險之金融商品，而投資人既知系爭連動債存有風險，仍決意信託銀行進行投資，即應自負風險責任，對風險實現所生之投資虧損，應自行承擔。

然而，自我負責係指基於自我意思所形成之法律關係或法律效果，由自己負責。於雙方地位平等時，並無疑問，惟雙方資訊不對稱時，對資訊優勢一方應對資訊弱勢者為說明，使投資人了解風險性而作出決定，方得要求投資人負起自我責任。²⁸⁹

而依前述說明，銀行雖提供書面資料於投資人且投資人於相關資料簽名，惟銀行並未證明其實際上確實善盡說明義務，因此，本文認為，不得以投資人自負風險為由而由投資人負責，故結論與上開判決不同。²⁹⁰

²⁸⁸ 杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第56卷第2期，2011年4月，頁202-203；杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第26期，2009年12月，頁55、63。

²⁸⁹ 杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第56卷第2期，2011年4月，頁204；杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第26期，2009年12月，頁55、64。

²⁹⁰ 然而，銀行應如何舉證說明其已善盡說明義務，確實係有賴各主管機關及業者研討之問題，或善用現今科技、能力，以杜紛爭。此問題討論，參：杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，

參、金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約後對投資人之報告義務？【案例：連動債案，臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號】

一、事實與爭點

案例事實參前述「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約前了解投資人以推介適合商品之義務」，於此，則討論「金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約後對投資人之報告義務」。

二、歷審判決及摘要²⁹¹

高等法院民事判決 98 年度重上字第 288 號指出：「又系爭連動債之發行銀行訂有一年不得回贖之閉鎖期，於此閉鎖期內，無論淨值發生任何變化，均無要求銀行辦理回贖之契約上權利。而系爭連動債於投資人申購後之閉鎖期間內，發生淨值虧損，投資人本無從要求被上訴人以辦理回贖之方式，阻止虧損之擴大，此亦為投資人自上開產品說明書暨風險說明書所可得知之風險。準此以觀，系爭連動債於閉鎖期間發生虧損後，縱銀行於對帳單上記載參考損益為零而未向投資人報告虧損狀態，依約對投資人因虧損所生損失之擴大，亦無影響。此自不因發行銀行特例解除閉鎖期間，而遽論銀行有違反善良管理人之注意及報告之附隨義務」。

三、分析說明

（一）金融機構提供投資型金融商品，於訂立契約後對投資人之報告義務？

契約成立後，銀行是否仍負有報告義務即提供產品後續資訊，上開判決未予說明，僅認銀行未報告與投資人之損害無關。

第 56 卷第 2 期，2011 年 4 月，頁 221-222。

²⁹¹ 臺灣台北地方法院 97 年重訴字 641 號、臺灣高等法院 98 年度重上字第 288 號民事判決。

參諸民法第 540 條規定：「受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末。」，可認為受任人即銀行對於投資人有報告義務；又銀行與投資人之法律關係具有繼續性，資訊不對等情形仍會繼續存在，且投資人信賴銀行之推介及其專業能力亦會期待銀行提供後續資訊，以供投資人後續投資參考，因此，基於誠信原則，肯認銀行於契約存續時，對投資人應有報告義務。²⁹²

惟應注意者，銀行應向投資人報告何些事項即屬善盡其報告義務，法無明文，又倘若銀行之報告義務漫無界線，銀行所負之責任則過重。有學者²⁹³指出銀行應負有（1）收集並分析對於所有會影響顧客利益之市場變化資訊並即時加以因應，（2）已成立各項交易內容適時通知顧客，（3）銀行對投資人詳細說明其替投資人所進行之投資實質上收益、最壞可能風險為何等。

本文以為，銀行應先於締約前善盡其說明義務，至於契約存續中報告義務之內容則可限縮（如定期提供金融商品資訊報告、更新商品變動資訊等與締約時不同之資訊），此有賴法律明文或穩定實務見解供銀行遵循，並保障投資人權益。

（二）本節投資信託契約中之金融機構締約前了解投資人以推介適合商品、締約前說明、締約後報告義務，係屬從給付義務或附隨義務？

其中，金融機構締約前了解投資人以推介適合商品及締約前說明義務，皆屬契約未成立、於契約磋商階段基於誠信原則所生之義務，故歸類於附隨義務。而締約後報告義務，與委任事務處理直接密切相

²⁹² 杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第 56 卷第 2 期，2011 年 4 月，頁 204、218-220；杜怡靜，連動債銷售契約中受託人之注意義務—關於信託業法中的善良管理人注意義務—高院九七上易四二〇，台灣法學雜誌，第 134 期，2009 年 8 月 15 日，頁 199-200；杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第 26 期，2009 年 12 月，頁 54。

²⁹³ 杜怡靜，連動債銷售契約中受託人之注意義務—關於信託業法中的善良管理人注意義務—高院九七上易四二〇，台灣法學雜誌第 134 期，2009 年 8 月 15 日，頁 200。

關，又有民法為據，因此，本文認為其屬從給付義務。



第六節 產品廣告演出契約（代言契約）

第一項 保護照顧義務

壹、廠商「告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像」及「阻止通路商使用原代言人肖像」之義務？【案例：飲品代言案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1017 號】

一、事實與爭點

原告主張：伊曾與被告簽訂「飲品廣告演出合約書」，約定由伊自民國 91 年 12 月起擔任該產品代言人，除拍攝電視廣告影片外，並參與平面攝影，將拍攝素材供被告使用於賣場等相關宣傳物，期限二年。詎被告於期滿後，如原判決附表所示自 93 年 11 月 17 日起至 97 年 2 月 20 日止之期間內，仍繼續使用伊之肖像於系爭產品，致伊受有每年代言費用損害及被告侵害其肖像權之精神上損害。

被告抗辯：伊於系爭契約期滿後，即將原告之肖像自系爭產品外包裝中移除，並更換該產品外包裝，未再使用原告之肖像，嗣於 95 年間變更商標，再度變更系爭產品外包裝，且提供新包裝拍攝素材之電子圖檔與通路商，依商品行銷慣例，通路商會隨之變更其廣告目錄中使用之產品圖檔，通路商於廣告型錄上刊載有原告肖像之系爭產品舊包裝，係誤用舊檔案所致，與伊無涉。

本件爭點為廠商與產品代言人之契約期滿後，廠商有無「告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像」及「阻止通路商使用原代言人肖像」之義務？若有，本件廠商是否已善盡其義務？

二、法院見解²⁹⁴

²⁹⁴ 本件歷經臺灣台北地方法院 98 年訴字 595 號、臺灣高等法院 98 年上易字 1130 號、最高法院 100 年度台上字第 1017 號民事判決審理，均肯認廠商有告知通路商代理人不再代言之義務，惟各審法院對於本件廠商（即被告）是否已履行是項義務，見解分歧，就各判決摘要如後。

(一) 廠商告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代理人肖像之附隨義務？

1. 廠商有無上開義務？

本件歷審判決均肯認上開義務，理由如下²⁹⁵：

(1) 依一般社會通念，飲品製造商將代言人之肖像印製在產品包裝上時，易使一般人相信代言人為該廠商代言系爭產品；

(2) 系爭合約係存在於廠商與代言人間，代言人授權同意該廠商使用肖像於廠商產品包裝上有其期限，合約到期時，通路商須由廠商主動告知，始能知悉代言人之代言已終止，雖系爭合約未明文約定廠商負有通知通路商不得繼續使用代言人肖像之義務，依誠信原則，代言人應可期待廠商於系爭契約履行後，會採取合理、適當作為，使通路商知悉兩造間已不存在系爭產品代言關係之事實，以免通路商誤用原圖檔，導致代言人之肖像權遭通路商侵害之結果發生，故認為廠商於系爭契約終止後，對代言人負有上述契約後附隨之保護義務。

2. 廠商是否履行上開義務？

(1) 廠商已履行上開義務

高等法院 98 年上易字 1130 號民事判決認為「依通路商與供應商間有關產品之行銷慣例，係由供應商提供產品外觀之電子圖檔給通路商使用，且供應商變更產品包裝（其原因包括代言關係終止等），並開始供應新包裝之產品給通路商銷售時，供應商會隨之提供新包裝之電子圖檔給通路商，其目的係取代舊圖檔，即寓有通知通路商嗣後就該產品製作平面廣告或其他宣傳製作物，應使用該新圖檔，而不再使

²⁹⁵ 詳參：台北地院 98 年訴字 595 號、高等法院 98 年上易字 1130 號民事判決。此外，雖最高法院民事判決 100 年度台上字第 1017 號未如前開判決明確說明此一附隨義務，惟由判決理由可推知最高法院亦肯認之，併此說明。

用舊圖檔之意。且兩造代言關係終了後，廠商確有變更系爭產品包裝為新圖檔，並隨即提供各該新圖檔予通路商，則通路商收受新包裝之系爭產品及新圖檔，應已知悉新圖檔係取代系爭舊圖檔，而不能再以系爭舊圖檔於促銷廣告目錄中表彰系爭產品，即廠商已採取合理、適當作為，使通路商知悉兩造間就系爭產品之代言關係業已終了，不得再繼續使用系爭舊圖檔，應認廠商已履行上開保護義務」。

(2) 廠商未履行上開義務

台北地院民事判決 98 年訴字 595 號按證人證言及證據而認本件廠商未於系爭廣告代言契約屆滿時履行該告知義務，理由如下：

- A. 通常情形下，供應商會提供新品圖檔並同時告知代言人異動，而本件廠商是否明確告知代言終止一事，因家○公司承辦採購人員已離職致無法證實。惟該公司持續至 97 年 2 月底仍使用原代言人肖像圖檔於行銷目錄中，應可推知廠商於契約屆至後未通知代言人更換，不得繼續使用原代言人肖像圖檔；
- B. 廠商所提之電子郵件，發送日期分別為 97 年 1 月 9 日、97 年 1 月 10 日、97 年 4 月 28 日及 97 年 2 月 18 日，而系爭合約於 93 年 11 月底終止，合約到期日至廠商所提之寄發電子郵件日期，期間已逾 3 年多，又大○發公司回函稱廠商於 97 年 1 月 23 日提供被證 3 之圖檔，而被證 3 之圖檔係為廠商所稱無原代言人肖像之新圖檔，由上可知，廠商提供通路商新圖檔的日期應為 97 年 1 月間，故廠商未於系爭廣告代言契約屆滿時履行該告知義務。

(二) 廠商阻止通路商使用原代言人肖像之附隨義務？

1. 廠商有無上開義務？

(1) 否定說

高等法院 98 年上易字 1130 號民事判決認為「通路商印製促銷廣

告目錄並在賣場發放給消費者，廠商並無事先發現其中誤用系爭舊圖檔，而即時要求更正之可能，故無令廠商負事先要求通路商更正促銷廣告目錄之契約後附隨義務之理。再者，廠商於系爭契約履行後，如已採取合理、適當作為，使通路商知悉兩造間就系爭產品之代言關係業已終了，通路商不得再繼續使用系爭舊圖檔，應認廠商已盡上述契約後保護義務，至於通路商知悉上開事實後，因故意或過失而使用系爭舊圖檔，致發生侵害原代言人肖像權之結果，已超出廠商所能控制之範疇，且原代言人亦得自行對通路商行使權利侵害排除之請求權，故廠商縱得知通路商有誤用系爭舊圖檔情事，尚無庸對原代言人負阻止通路商於嗣後促銷活動中繼續使用系爭舊圖檔之契約後附隨義務。

(2) 肯定說

最高法院民事判決 100 年度台上字第 1017 號雖未如上開判決明確說明相關附隨義務，惟由判決理由可推知其肯認廠商有此一義務。該判決根據擔任廠商特販部量販超市業務處負責人之證言（略為我們拿到 DM 時是已經印出來的，我們無法提前拿到 DM，進架或售價打錯，我們會去跟通路要求更正等語），認為「倘廠商於契約期滿後如附表所示自 93 年 12 月 23 日起至 97 年 2 月 20 日止之期間，係交付新包裝之系爭產品與通路商，而通路商係誤用舊圖檔印製促銷廣告目錄，廠商於事後拿到該廣告目錄，豈會僅注意售價有無打錯，而不顧及影響消費者按圖購物之廣告上所印系爭產品外觀與實際展售之產品外觀是否不符，並任由通路商於長達三年多期間，數十次之促銷廣告目錄均使用舊圖檔，未要求更正，亦與常理有違」。

2. 廠商是否履行上開義務？

肯認上開義務者，認為廠商未履行上開義務而違反之，參前述最高法院民事判決 100 年度台上字第 1017 號即知。

三、分析說明

（一）契約定性

民法勞務契約三大基本類型有委任契約、僱傭契約、承攬契約，其區別備受討論。

委任契約與僱傭契約之區別，觀實務見解²⁹⁶可知：所謂僱傭，指受僱人為僱用人服勞務之契約，其目的即在受僱人單純提供勞務，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地；所謂委任，係指委任人委託受任人處理事務之契約，其目的在一定事務之處理，故受任人給付勞務，僅為其處理事務之手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。委任契約與承攬契約之區別，委任重在「事務處理（行為）」而承攬重在「一定工作完成（結果）」。²⁹⁷

本件廣告演出契約，並非著重一定工作之完成，亦非毫無裁量權地單純服勞務，應屬事務處理之委任契約，即委任人（廠商）委託受任人（演員）為其演出廣告、代言產品。

（二）廠商有無「告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像」及「阻止通路商使用原代言人肖像」之義務？

附隨義務可能會發生於契約關係消滅後，即所謂後契約義務，學說、實務見解均肯認，而本件即為適例。

1. 廠商告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像之義務？

上開判決主要以誠信原則為由，亦有考量契約主要目的、代言人期待廠商告知通路商代言期滿之期待性，均肯定是項義務。

按一般社會通念，若產品包裝或宣傳物上有他人肖像，易使一般

²⁹⁶ 如：最高法院民事判決 85 年台上字第 2727 號。

²⁹⁷ 陳自強，契約之內容與消滅，2004 年 1 月一版，頁 246。

人相信該人為系爭產品代言或宣傳，倘於約定代言期滿後仍使用系爭肖像，則侵害該人之權益²⁹⁸，是故，不得於約滿後繼續使用系爭肖像。

而本件廣告演出契約，原告除拍攝電視廣告影片、參與平面攝影，並同意將拍攝素材供被告使用於賣場等相關宣傳物，期限二年，期間屆滿，則被告不得再使用系爭肖像。又基於契約雙方之信賴、一般交易慣行及誠信原則等，原告將相信除了被告本身不使用系爭肖像，被告之通路商亦不會使用之，如此方可確實達到保護原告之權益。

系爭契約存在於原告（代言人）及被告（供應商）間，不及於通路商，倘若通路商不明瞭代言人之代言期限，則可能繼續使用該肖像而侵害他人權益，為確實保障契約當事人權益，須由供應商告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像，且通路商與供應商間有合作關係，此義務對供應商並無苛求。

2. 廠商阻止通路商使用原代言人肖像之義務？

廠商告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像後，倘通路商仍繼續使用原代言人肖像於其宣傳品上。廠商是否予以阻止？本件高等法院認為廠商無此義務，而最高法院則認為有此義務。

由於通路商之宣傳品無交由廠商審核或備查等，因此，廠商是否負有此義務，應視個案具體情況而定。

依判決理由所示，廠商雖不會提前取得通路商之 DM，通路商亦不會主動提供之，但廠商仍有機會獲得 DM，若發現進價或售價誤植，廠商會要求通路商更正，由此可知，廠商可能知悉通路商宣傳品內容，且倘若內容有誤，亦可要求更正；再者，通路商已誤用原代言人之肖像長達三年多，廠商應可發現甚至要求更正圖檔，因此，於此情形，

²⁹⁸ 無權將他人肖像為商業使用，則侵害他人之人格權（肖像權）。參：王澤鑑，人格權法，2010年元月，頁 162。關於肖像權介紹，參該書，頁 152-172。

肯認廠商有阻止通路商使用原代言人肖像之義務。

(三) 本件廠商是否已善盡其附隨義務？

1. 廠商是否履行「告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像」之義務？

本文認同高等法院「通路商與供應商間有關產品之行銷慣例，係由供應商提供產品外觀之電子圖檔給通路商重製、剪接、編輯、展示、發行或使用於平面廣告或其他宣傳製作物，且供應商變更產品包裝（其原因包括代言關係終止等），並開始供應新包裝之產品給通路商銷售時，供應商會隨之提供新包裝之電子圖檔給通路商，其目的係取代舊圖檔，即寓有通知通路商嗣後就該產品製作平面廣告或其他宣傳製作物，應使用該新圖檔，而不再使用舊圖檔之意」之見解，因此，若廠商已提供新圖檔予供應商使用，則按一般交易觀念及該行業習慣可解為兼有通知不再使用舊圖檔之意，廠商亦如此即履行其告知義務。惟尚須注意，系爭告知義務應於代言期限屆滿時（或提前）即應履行，倘於期滿後始告知，通路商極可能於廠商告知前使用原代言人圖檔，而侵害原代言人權益，則廠商仍須負賠償之責。²⁹⁹

2. 廠商是否履行「阻止通路商使用原代言人肖像」之義務？

本文於廠商應可發現甚至要求更正圖檔之假設下，肯認廠商有阻止通路商使用原代言人肖像之義務。觀高等法院、最高法院判決理由，即知本件廠商於通路商繼續使用原代言人肖像時，並未阻止通路商使用之，故廠商並未履行系爭義務。

²⁹⁹ 就此事，地方法院與高等法院之認定似有不同。此事實認定，本文無法判定。

第七節 小結

由於委任契約具有一般性、概括性，具體個案中，許多非典型契約皆可能被歸類為委任契約或認為其類似委任契約，本章中除單純委任契約，尚有醫療契約、委託經營管理契約、經銷契約、投資信託契約及產品廣告演出契約。雖本章所列各契約均歸類為委任契約或謂類似委任契約，惟各契約各具其特性，因而將各契約分別列入各節中，再將所搜尋判決中之具體義務歸至各義務分類（即本文第二章所述之資訊提供、協力履行及保護照顧），並提出分析說明。就本章以上內容，提出觀察如下。

壹、從契約類型觀察

一、單純委任契約

現行法令如公司法第 32 條：「經理人不得兼任其他營利事業之經理人，並不得自營或為他人經營同類之業務。但經依第二十九條第一項規定之方式同意者，不在此限。」已規定經理人兼職及競業禁止，另公司亦可能與員工簽訂相類契約條款，如本文前開案例約定受任人不得破壞公司信譽、不違法、不違約及不得兼職等，故於此類型契約之忠實義務可能透過契約約定，若未約定亦可透過附隨義務處理。

二、醫療契約

醫療契約之病患得主張附隨義務違反有其意義：

（一）病患主張契約責任之優勢³⁰⁰

1. 債權實現可能性：醫療契約存在於醫院與病患間，通常醫院較個別醫師更有資力，以確保債權實現；

³⁰⁰ 邱琦，醫生沒有告訴我的話——論告知義務與不完全給付，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，頁 49-50。

2. 消滅時效期間：債務不履行損害賠償請求權之消滅時效期間長達 15 年，較侵權行為損害賠償 2 年長；
3. 舉證責任：主張契約責任之病患僅須證明醫院不履行契約為已足，倘醫院欲免責則須舉證其不可歸責，即由醫院負舉證責任；
4. 醫院不得主張就醫師之選任及監督無過失而舉證免責：醫院依民法 224 條，就醫師關於債之履行過失，與自己過失負同一責任，不得主張就醫師之選任及監督無過失而舉證免責；
5. 非財產上損害：醫院因債務不履行，致病患之人格權受損害者，依民法第 227 條之 1 準用第 192 條至第 195 條，仍應負損害賠償責任，因此病患遭受非財產上損害時，仍得請求醫院賠償。

（二）附隨義務肯認之意義

倘醫院(師)主要醫療行為失敗即為主給付義務違反，則醫院(師)可能因未依債之本旨履行而負不完全給付責任，病患於訴訟中除主張主給付義務之違反外，亦可另主張附隨義務，由醫院(師)多負擔一項舉證責任；另倘涉及未說明主訴病症以外之病變等，醫院(師)未違反其主給付義務，則於契約責任上，病人僅得主張醫院(師)附隨義務之違反，如前開攝護腺肥大症案。因此，附隨義務於醫療契約有重大意義。

誠如上述，於醫療契約中肯認附隨義務對病患之訴訟主張有利，相反地，則對於醫院(師)課予較重責任，也因此醫療糾紛所涉之說明告知義務為實務常見且爭議之案型，實務見解亦提出相關具參考性之見解，如前開說明告知項目或從醫病關係之信賴及合理期待作為說明告知依據等，此外亦有不少學術論著討論，更可見其爭議性及重要性。

三、委託經營管理契約與經銷契約

由於此二契約以追求賺取利益為主，於附隨義務之討論上，重視其契約目的之實現，分別說明如下：

1. 委託經營管理契約訂立目的即得委託機關委由受託人經營管理某設施，而受託人因此可獲取利益，因此，事實上受託人得否取得使用、占有進而經營管理，將影響此契約之實現可能性，故透過補充契約解釋（契約漏洞之填補）及誠信原則，以達到該契約目的。
2. 經銷契約中之經銷商，透過此約得以轉售產品而獲利，此為契約雙方於訂約時即明知之締約目的，故系爭產品之品質、來源等，對於經銷商而言，具有重要性。而本章中所提及供應商提出原裝進口證明文件、回收改正、維護產品形象信譽等義務，雖歸類於不同義務類型，惟皆係基於雙方契約目的考量及誠信原則下所發展之義務，以實現經銷商之締約目的。

四、投資信託契約

一般民眾透過銀行投資金融商品，民眾與銀行間資訊明顯不對稱，事後亦產生紛爭，於相關案件中，從契約責任方面，可利用附隨義務課予銀行各式資訊提供義務，以保障投資人於資訊明確下決定，此外，現今金融消費者保護法已公布施行，該法課予金融業者保護消費者之各責任，或可於數年後觀察金融業者因應方式及相關糾紛之處理。

五、產品廣告演出契約

保護照顧義務亦係附隨義務中重要類型，常被認為可保護當事人之身體、財產利益，然而，保護照顧義務可保護之客體不僅當事人之身體或財產，更可及於當事人其他人格權，如本章產品廣告演出契約

中，廠商「告知通路商原代理人不再代言而不得繼續使用原代理人肖像」及「阻止通路商使用原代理人肖像」之義務即係保護當事人之肖像權。因此，透過附隨義務之肯認，於類似相關代言契約中，即可保護代言人之肖像權。

貳、從契約階段觀察

如第二章所述，附隨義務於各契約階段皆有發展可能，本章所列之附隨義務分屬不同契約階段。

一、先契約階段

誠如本文第二章、第三章所提及「實務上似有將原屬締約過失之資訊提供義務違反，於契約有效成立之類型，均由不完全給付處理之趨勢」，本章案例某些案例附隨義務可能於先契約階段即發生，如經銷契約之產品來源可能於契約協商階段說明，倘隱匿真實情形即違反附隨義務，及投資信託契約締約前之說明告知等。

二、履約階段

附隨義務乃隨契約發展過程基於誠信原則而生之義務，因此，履約過程中即可能因各種情形而發展出各式附隨義務，尤其於長期合作之契約更是如此。如經銷契約中，供應商回收改正、維護產品形象信譽義務，皆於長期履約過程中因應各種情形，基於誠信原則、契約目的所發展之義務，又如投資信託契約具有繼續性，因而金融業者對於投資人有報告義務等。

三、後契約階段

學說及實務均同意當事人於契約關係消滅後可能仍負有某種作為或不作為之後契約義務。常提及之離職(僱傭契約或委任契約消滅)後競業禁止義務與於第三章所討論租賃契約終了後，出租人協力承租人回復原狀義務，屬典型契約之後契約義務。於非典型契約中，亦有

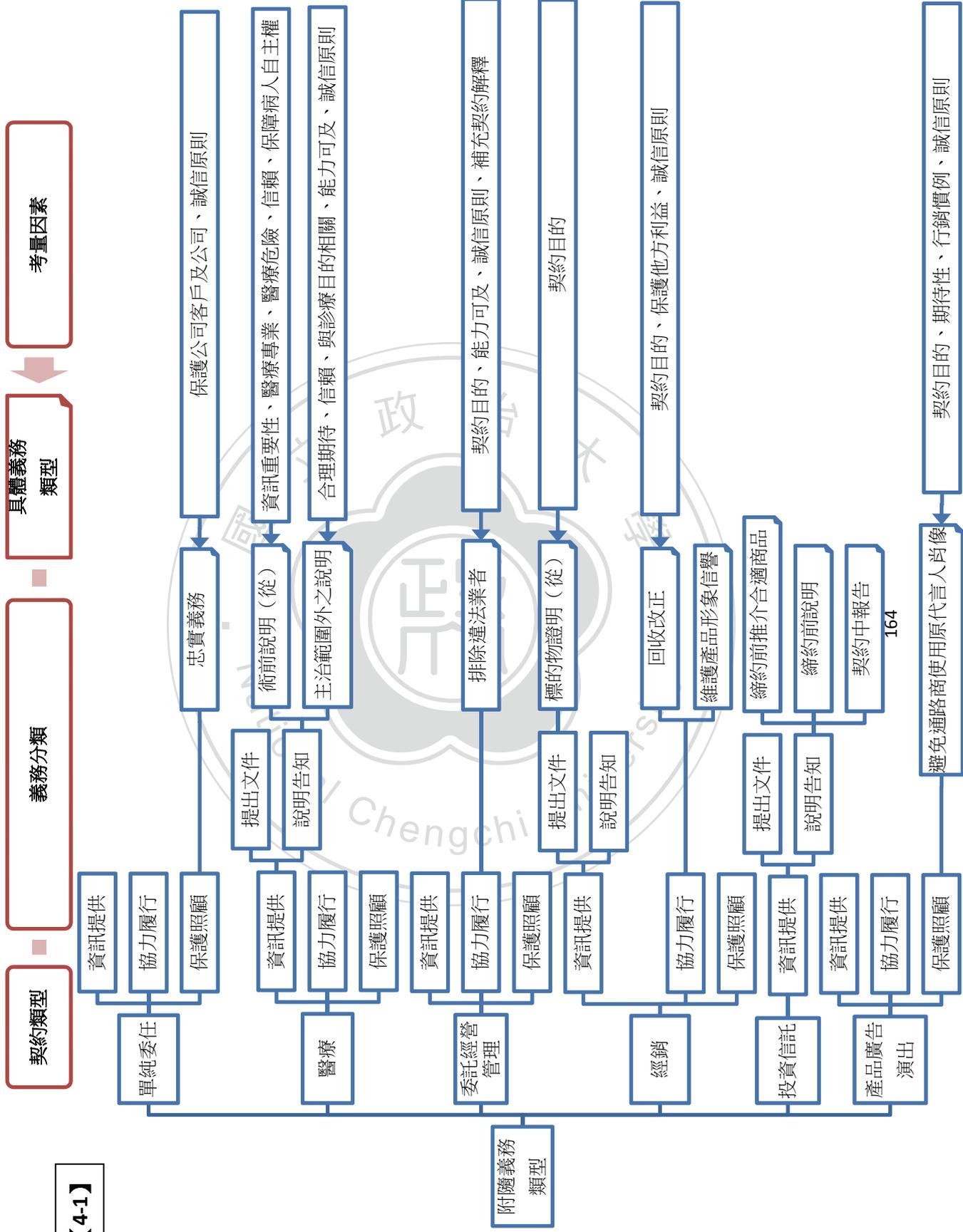
後契約義務發展之案例，如產品廣告演出契約消滅後，廠商有無「告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像」及「阻止通路商使用原代言人肖像」之義務等，以保護契約他方當事人之權益。

參、附隨義務肯認與否及是否履行之判斷因素

本章上述判決除抽象式地以誠信原則為據外，按照各契約特性，亦有具體斟酌其他因素，如醫療契約中考量醫療專業性、醫病間之信賴關係等，委託經營管理契約及經銷契約則參酌契約目的，產品演出廣告契約尚有斟酌交易習慣等。

本文就本章內容，簡要圖示如下【圖 4-1】。





第五章 承攬契約中之附隨義務

本章將說明承攬契約之附隨義務，所謂承攬契約，規定於民法490條第1項：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」

承攬涉及態樣不勝枚舉，小至訂製西服、大至興建建築物（對此稱之工程契約），不同承攬型態所衍生之法律議題亦有差異，尤其工程契約所涉金額龐大、工作複雜，且履約期間長，期間內可能發生各式狀況須雙方當事人解決，此外，民法承攬規定原非針對工程契約所制定，且亦無法對工程契約為詳細規範，對於工程契約有賴於其他規範，如政府採購法及其授權之規範、行政院公共工程委員會之工程採購契約範本等。^{301、302}

而非工程之承攬契約並無上開工程契約之特性，故二者性質上有別，實際上所涉之義務類型亦有不同。因此，本章將承攬契約分為工程契約、非工程契約二節探討之。

³⁰¹ 承攬之態樣，及其中之工程契約，參：陳自強，契約之內容與消滅，2004年1月一版，頁217-221。

³⁰² 有學者表示，承攬契約適用對象極廣，僅以有限之民法規定解決工程爭議，不無困難，並提出數個國內外之工程契約條款，作為參考。詳參：楊芳賢，承攬，載：黃立主編，民法債編各論（上），2006年2月初版第4刷，頁668。

第一節 工程契約

第一項 資訊提供義務

第一款 提出文件

壹、承攬人提供原廠出廠文件及海關進口證明之義務？【案例：集鹿大橋材料文件案，最高法院民事判決 100 年度台上字第 1676 號】

一、事實與爭點

原告主張：訴外人長○工程股份有限公司與被告簽訂工程合約，由長○公司向被告承包南投縣集鹿大橋新建工程。嗣後長○公司與伊訂立協議書，將系爭工程轉由伊承作，伊於民國 92 年 9 月 4 日以存證信函將長○公司讓與其對被告之未請領款及保留款等之債權情事通知被告。茲工程已全部完工及驗收，伊自得依據系爭合約第 7 條第 1 項約定，向被告請求系爭工程之保留款。

被告抗辯：系爭工程係由伊提供材料予承包商施作，結算時發現承包商有多領材料之情形，承包商應予返還，另有多種事項亦須扣款。其中結算書項次八、10 橋梁工程第 71 項次：盤式支撐 350T（單向活動型）部分，原告（暨訴外人長○公司）無法依約提供相關進口資料，故無法計價，應予扣款，本件亦僅就此部分討論，合先敘明。

本件爭點於承攬人有無提供原廠出廠文件及海關進口證明之義務？又承攬人未提出系爭文件是否影響其報酬請求權（即定作人得否因此扣款）？

二、法院見解³⁰³

³⁰³ 本件經臺灣臺中地方法院 96 年建字 77 號、臺灣高等法院臺中分院 98 年建上字 88 號及最高法院 100 年度台上字第 1676 號民事判決審理。其中高等法院及最高法院判決皆有提及附隨義務概念。

(一) 承攬人提供原廠出廠文件及海關進口證明之義務？

高等法院、最高法院均肯認此項義務，理由為「系爭合約之施工補充說明第十八項規定：『在國內無法生產製造或檢驗而必須靠國外進口之材料，承包商須提供原廠出廠文件及海關進口證明以供審驗。』，此關於審驗時必須提出之資料約定，性質僅屬附隨義務，係為確保材料品質及來源之正當性」。

(二) 設肯定上開義務，於工程驗收時相關進口資料已遺失，致承攬人無法提出，惟定作人之承辦人員曾會同長○公司人員至海關勘驗成品之情形下，就此部分，定作人得否扣款？

1. 定作人就此部分得以扣款

高等法院持此見解指出「承攬人因接續長○公司承攬系爭工程，自應依合約約定履行並提出相關證明文件以供審驗，雖本工程承辦人員當時已會同長○公司人員至海關勘驗成品亦不能免除承攬人此項附隨義務，其不能提出，自有違工程合約約定，不認定作人要求提出有違誠信原則」。

2. 定作人就此部分得否扣款，仍有斟酌餘地

最高法院則表示「承攬人未能提供原廠出廠文件及海關進口證明，即令係可歸責於承攬人，倘承攬之工作已經定作人驗收合格，甚已供使用，定作人全部扣款不付報酬，焉合乎首開約定？該項工程完成後之價值究若干？有無替代方式（譬如立切結書等）補救，以臻公平？不無再事斟酌之餘地。」

三、分析說明

(一) 承攬人有無提供原廠出廠文件及海關進口證明之義務？

高等法院指出承攬人提供原廠出廠文件及海關進口證明係為確

保材料品質及來源正當性，並認為要求提出系爭文件並不違反誠信原則。

工程材料品質將影響系爭工程之安全性、價金多寡等，對於工程品質及成本控管影響甚大³⁰⁴，雙方如何於契約中對工程材料約定條件，通常為締約時所應考量。原廠出廠文件及海關進口證明可確保材料品質及來源之正當性，亦可作為未來糾紛時證明文件之一，故原廠出廠文件及海關進口證明為一重要資訊，又由承攬人準備材料，就取得系爭文件並非難事，此亦係一般應檢附資料³⁰⁵，故承攬人提供原廠出廠文件及海關進口證明自屬合理，其有提供之義務。

(二) 承攬人未提出系爭文件是否影響其報酬請求權(即定作人得否扣款)？

於肯認承攬人有提供原廠出廠文件及海關進口證明之義務下，承攬人違反其義務而未予提出，若契約有約定，則依契約處理，若契約未約定，則倘承攬人可歸責而違反其義務，定作人得依不完全給付主張損害賠償，因此，承攬人未提出系爭文件，定作人自得主張以上開損害賠償抵銷，由原應給付承攬人之報酬中扣款。

此外，雖承攬人未能提出系爭文件，惟本件工程承辦人員當時已會同長○公司人員至海關勘驗成品，並施作完成以履行主給付義務，最高法院質疑定作人全部扣款不付報酬之合理性，並認考量該項工程完成後之價值究若干、有無替代方式(譬如立切結書等)補救，以臻公平。然本文認為承攬人請款文件不具備將可能使承辦人員依法、依約無法撥款³⁰⁶，又切結書未如原廠出廠文件及海關進口證明之正確性

³⁰⁴ 亦有謂「工程施工材料品質的管控是品質管理的主要項目」、「材料進料檢驗是一般公認工程品質管理上的關鍵點」，參：行政院公共工程委員會，工程進料檢驗與管制，公共工程品質管理訓練班教材，頁 4-1、4-2；該資料來源：行政院公共工程委員會

<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002>，點選「下載專區」或「本會出版品」，從中尋找該品管班教材(最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 8 日)。

³⁰⁵ 行政院公共工程委員會，工程進料檢驗與管制，公共工程品質管理訓練班教材，頁 4-15、4-36，<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002>(最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 8 日)。

³⁰⁶ 參採購契約要項第 34 點：「下列契約價金給付條件，應載明於契約。(一) 廠商請求給付前應

與慎重性，系爭文件遺失，應試以補發方式取得，以具擔保性，避免日後糾紛。

(三) 承攬人提供原廠出廠文件及海關進口證明義務，應屬從給付義務或附隨義務？

高等法院、最高法院均認為承攬人提供原廠出廠文件及海關進口證明義務屬附隨義務。

誠如高等法院所言，原廠出廠文件及海關進口證明係為確保材料品質及來源正當性。一般而言，承攬契約中，承攬人應交付合於約定之工作物於定作人，因此，本文認為所要求之證明文件既係確保工作物使用材料品質及來源，與承攬人完成之工作物息息相關，為支持、完全履行主給付義務、達到給付目的而存在，應屬從給付義務。³⁰⁷

第二項 協力履行義務

壹、定作人將工程案送交都審會審議通過之義務？【案例：新板橋車站都審案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 1096 號】

一、事實與爭點

原告主張：兩造於民國 93 年 7 月 15 日簽訂「工程採購契約」，由伊承攬被告之新板橋車站特定專用區○○○區段徵收區開發工程公園案工程。系爭工程之監造單位訴外人柏○設計工程股份有限公司於

完成之履約事項。(二) 廠商應提出之文件。(三) 給付金額。(四) 給付方式。(五) 給付期限。契約價金依履約進度給付者，應訂明各次給付所應達成之履約進度及廠商應提出之履約進度報告，由機關核實給付。」

³⁰⁷ 其他類似案例與本件法院判決相同，認為相關證明之提出為附隨義務，可供參考。如【案例：防災設施建置案，臺灣高等法院民事判決 99 年度建上字第 73 號】，其表示「兩造於系爭採購發包確認單內雖以手寫方式加註：『4.於進場時須檢附出廠證明及相關之測漏、壓力等試驗報告並出具保固保證書影本(需加蓋公司大小章及影許正本相符章)等所需文件，以利提報完工審核。』等字樣，然此僅為兩造系爭工程承攬契約之附隨義務而已，並非契約之主給付義務」，及【案例：建築工程鋁擠型材料及模具採購，臺灣高等法院民事判決 99 年度重上字第 132 號】，其指出「又被上訴人固自承並未交付鋁擠型材料材質保證書、原廠材料證明文件或樣品，但此部分僅係課予被上訴人提供上開文件及樣品之附隨義務，但與主要義務貨款並無對價關係，上訴人尚難以此為抗辯而拒絕給付貨款。」

93年7月19日通知伊進行開工準備，報請開工，伊遂於同年月27日檢送開工報告，報請准予自93年7月30日開工，經被告會同監造單位勘查後，於同日將系爭工程用地交伊進場施工。惟因系爭工程未經台北縣都市設計審議委員會（都審會）審查同意前，不得施工，被告於93年8月18日要求伊辦理停工。嗣被告就系爭工程辦理二次變更設計完成後，再次通知伊進場施作，系爭工程業於96年9月6日經伊提出結算書及竣工報告。惟系爭工程係因可歸責於被告之疏失，於未先送都審會審查同意前，即指示原告開工，導致其停工損失及因系爭工程遲滯而增加之成本，故起訴請求上開款項。

被告抗辯：依系爭合約約定，系爭工程以伊通知開工日起為工期起始日，然柏○公司於93年7月28日僅通知原告於93年7月30日前報請開工，並完成開工準備，惟未經伊通知開工。又兩造於94年12月9日變更後合約約定開工日變更為伊通知後5日內開工，系爭工程實際開工日應以伊94年12月12日北府農林字第0940850896號函及上訴人94年12月16日信字(94)940052號函所約定之94年12月19日為實際開工日。是系爭工程並未經伊通知停工，且系爭工程須經都審會審核通過始得開工，亦係原告於訂約時所明知，原告自不得以工程遲延及民法第227條之2情事變更原則為由請求款項。

就開工日期之爭議，本文以高等法院及最高法院之認定即93年7月30日³⁰⁸，合先敘明。本文將討論定作人是否應協助承攬人將工程案送交都審會審議通過？此項行為之性質及其違反效果為何？

二、法院見解³⁰⁹

就定作人將工程案送交都審會審議通過一事，高等法院認為此係定作人之協力行為，非附隨義務，最高法院亦同此見解。

³⁰⁸ 臺灣高等法院民事判決98年度建上字第44號：「是系爭工程確於93年7月30日開工，被上訴人抗辯上訴人於93年7月30日無開工事實，僅為開工準備云云，洵無足採。」，其上訴審即最高法院民事判決99年度台上字第1096號亦認同之。

³⁰⁹ 本件經臺灣板橋地方法院97年建字180號、臺灣高等法院98年建上字44號、最高法院99年度台上字第1096號民事判決審理。

高等法院判決先指出「按民法第 507 條第 1 項，債務人之給付兼需債權人之行為，或承攬人之工作需定作人之行為始能完成而不為其行為之『協力行為』，原則上僅係對己義務或不真正義務，並非具有債務人或定作人給付義務之性質」，及「依民法第 507 條，定作人不為協力行為時，僅生承攬人得否解除契約及請求因解除契約而生之損害問題，無同法第 227 條負給付遲延損害賠償責任之餘地」。因此，「定作人依系爭工程合約所負之給付義務為給付承攬報酬，又定作人應將系爭工程送經都審會審議通過係承攬人履行系爭合約過程中，兼需定作人之行為始能完成承攬工作，應屬定作人之協力義務，而非給付義務或附隨義務，定作人雖未於系爭合約簽訂前先送經都審會審議通過，僅生承攬人得否依民法第 507 條解除契約及請求因解除契約而生之損害問題，尚不構成定作人之債務不履行」。

三、分析說明

(一) 定作人是否應協助承攬人將工程案送交都審會審議通過以利承攬人合法施工？

自高等法院民事判決 98 年度建上字第 44 號理由中所提及之事實即兩造及柏○公司於 93 年 8 月 18 日就系爭工程召集之施工前前置作業協調會議之結論：「依據變更新板橋車站特定區細部計畫（土地使用分區管制要點部分通盤檢討）書之都市設計審議，本地區之公私有建築開發行為及公共工程有關其建築物設計、都市景觀設計等有關事項：應經臺北縣都市設計審議委員會審查同意後，始得申請發照或施工，因本案未經都審程序不得施工，故請承包廠商（信○營造有限公司）辦理停工。」，可知定作人須協助承攬人將工程案送交都審會審議通過，承攬人始得合法施工，此一協力應無疑問。

(二) 若為肯定，係為協力行為（不真正義務）亦或協力義務（真正義務）？

定作人將工程案送交都審會審議通過屬定作人之協力，涉及協力

行為（不真正義務）亦或協力義務（真正義務），此一爭議於本文第二章已為說明。上開判決已明白指出此係承攬人於履約過程中，兼需定作人之行為始能完成承攬工作屬協力行為（不真正義務），並非附隨義務（真正義務），故定作人未將工程案送交都審會審議通過，承攬人僅得依民法第 507 條解除契約及請求因解除契約而生之損害，尚不構成定作人之債務不履行。

就此，有學者³¹⁰撰文論承攬契約中定作人協力之性質，並評析本件最高法院民事判決 99 年度台上字第 1096 號，其表示定作人協力，原則上係不真正義務，例外經當事人合意約定而為契約義務之一環、或如定作人協力係工程進行之法定必要程序，則依誠信原則，可認為承攬人信賴定作人會協助完成，則會構成附隨義務。契約雙方明知本件工程須經都審會審核通過始得開工，且此為法定必要程序，因此，定作人將工程案送交都審會審議通過為定作人之附隨義務。

按本文前開第二章說明，倘承攬人欲完成其給付（即順利開工完成工程），須「定作人將工程案送交都審會審議通過」始得達成，定作人不為之，則嚴重妨礙承攬人之給付而影響其利益、造成其損害，依照誠信原則，應肯認此為定作人應積極給付行為，係其附隨義務。就此與上開學者結論相同，與前開法院判決不同。因此，承攬人得以定作人違反附隨義務為由主張不完全給付，惟承攬人之損害為何則須按具體事實認定。

貳、定作人之協調介面廠商義務？【案例：展覽館廠商協調案，最高法院民事判決 96 年度台上字第 482 號】

一、事實與爭點

原告主張：伊於民國 85 年 3 月 15 日承攬被告「高雄市工商展覽中心及音樂館地下層空調工程」，約定伊應於被告通知開工之日起十

³¹⁰ 姚志明，營建工程承攬契約定作人協力義務之性質－評最高法院九十九年台上字第一〇九六號民事判決，月旦裁判時報，第 6 期，2010 年 12 月，頁 39-49。

日內正式開工，並於該建物使用執照核發及正式送電後 60 個工作天內完成，伊得在工程進行中每 15 日申請估驗一次而請領百分之 90 已完成估驗之工程款，伊於同年 6 月 5 日向被告申報開工，然因空調工程必須建築、水電等工程施作至一定進度後始能配合施工，且承攬土木建築工程之允○營造股份有限公司自 86 年 4 月間起即有進度落後之情形，迨至 87 年 4 月 17 日即允○公司預定完工日亦僅完成不到百分之 77 工程，又自 87 年 8 月 12 日起停工，直至同年 12 月 17 日方復工，遲至 89 年 9 月 14 日始申報竣工。而伊為配合進度所訂購預定於 86 年 4、5 月間交貨之部分機器設備，因上開因素延宕無法於 87 年 10 月之預定完工日前完成全部工程，且安裝之機器亦未能即時辦理試車及驗收，迨至 93 年 3 月 23 日間始完成驗收。乃被告未依約履行督促各界面廠商依限進行施工之協力義務，使系爭空調工程延期完工，致伊受有損失。

被告抗辯：允○公司僅承攬上開工商展覽中心及音樂館地下層土木建築工程，允○公司並非伊執行系爭空調工程之履行輔助人，且依約伊未負有協調監督各承包商之義務，原告依給付遲延之規定請求賠償，自屬無據。

本件爭點為定作人是否應協助協調介面廠商？此行為之性質及其違反效果為何？

二、法院見解³¹¹

本件有針對定作人是否應協助協調介面廠商一事之判決³¹²，認為「所謂定作人之行為，主要指積極的作為而言，屬於定作人之一種協力，此協力之性質，非屬定作人之義務，原則上係不真正義務，屬附隨義務不具獨立的意義，僅具補助主給付義務之功能。本件承攬工程契約，

³¹¹ 本件歷經臺灣高雄地方法院 92 年重訴字 474 號、臺灣高等法院高雄分院 93 年重上字 63 號、最高法院 96 年度台上字第 482 號、臺灣高等法院高雄分院 96 年重上更（一）字 13 號及最高法院 98 年台上字 2351 號、臺灣高等法院高雄分院 99 年重上更（二）字 2 號民事判決，後由最高法院 100 年台上字 1591 號民事裁定以上訴不合法駁回。

³¹² 其餘相同見解：高雄地方法院民事判決 92 年度重訴字第 474 號、高等法院高雄分院民事判決 96 年度重上更（一）字第 13 號。

被上訴人之主給付義務為給付報酬，與『給付報酬』相關連且必要而具補助功能者始為附隨義務。而承攬人所稱之『使各標工程依期限進行，使承攬人得以依約定期限進行施工』，自與『給付報酬』義務無涉，由此可知，定作人協調介面廠商為其協力行為，係不真正義務，非附隨義務（真正義務）。³¹³

三、分析說明

（一）定作人是否應協助協調介面廠商？

一件工程案中，可能由數家廠商各自施作不同工項，由於施作項目不同，且各廠商進場施工時序亦不同，先後廠商施工期間會互相牽絆，即第一家施工廠商遲延，則後續廠商將比預期時間晚進場施工，將可能導致後續廠商因等待期間過長而增加成本及遲延完工等。因此，則產生定作人是否應協助協調介面廠商之疑問。

有提出應區分數家廠商彼此間之法律關係而決定之見解：若是聯合承攬³¹⁴，定作人無須協助協調介面廠商，若是分別與業主訂立承攬契約，定作人則須協助協調介面廠商。³¹⁵推究其意，可能因聯合承攬中各承攬人為一共同事業體，彼此間關係較為密切，易互為協調，與分別與業主訂立承攬契約之承攬人互無關係，難以自為協調有別。

倘定作人與數承攬人間分別訂立承攬契約，數承攬人間並無契約關係，彼此無權利得指揮監督對方，而定作人與各承攬人間有對價關係，其對各承攬人間有牽制作用，且定作人為各承攬人共同接觸對象，為順利達成承攬契約之契約目的，確實由定作人協助協調介面廠商間

³¹³ 最高法院民事判決 96 年度台上字第 482 號就此未表示意見，而係指出原審（高等法院高雄分院 93 年度重上字第 63 號）對於定作人有無為協力行為之義務前後認定不符，難謂無理由矛盾之違法。

³¹⁴ 所謂聯合承攬，即營造業者與廠商組成共同事業體，聯合承攬工程，以整合資源、強化競爭力。其法律性質有認為是民法第 667 條所規定之合夥、亦有多認為是多數債權人及多數債務人說。而以合夥說較多人採之，參：張晏菁，論工程契約下定作人之協力義務，國立成功大學法律學系碩士論文，民國 100 年 6 月，頁 96 註 190。

³¹⁵ 張晏菁，論工程契約下定作人之協力義務，國立成功大學法律學系碩士論文，民國 100 年 6 月，頁 96。

之關係為適。

(二) 若為肯定，係為協力行為（不真正義務）或協力義務（真正義務）？

於肯定定作人與數承攬人間分別訂立承攬契約時，由定作人協助協調介面廠商之下，將面臨定作人協助協調係為協力行為（不真正義務）或協力義務（真正義務）？

有認為承包商分別與業主訂立承攬契約，倘有承包商因延誤工程，致使其他承包商無法進場施工，從業主居於指揮各家介面廠商之優勢地位來觀察，介面廠商之協調責任亦宜解為在於業主，因此當業主未盡力協調介面廠商時，亦屬可歸責於業主之事由。³¹⁶由此可知，其認為此協力為協力義務（真正義務）。

倘承攬人欲完成其給付（即順利開工完成工程），須前一廠商完工後始得施工，倘前一廠商遲不完工，則承前所述，定作人具有優勢地位作為協調人，若定作人不協助協調，將妨礙承攬人之給付而影響其利益、造成其損害，依照誠信原則，宜肯認此為定作人應積極給付行為，係其真正義務。惟定作人經積極協調後，前一廠商仍未按時完工，則不可歸責於定作人。

此義務雖係協助承攬人履行其給付義務，惟定作人協調介面廠商，不影響最終工作物之完成，與主給付義務內容（工作物完成）本身非如此密切相關，但本於誠信原則應肯認定作人此項義務，已如前述，故認為係附隨義務而非從給付義務，併予說明。

參、定作人排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工之義務？【案例：蚵寮 D/S 新建工程居民抗爭案，最高法院民事判決 98 年度台上字第 856 號】

³¹⁶ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 91 年 7 月，頁 171；張晏菁，論工程契約下定作人之協力義務，國立成功大學法律學系碩士論文，民國 100 年 6 月，頁 96。

一、事實與爭點

原告主張：伊於民國 91 年 6 月 24 日標得被告之「『蚵寮 D/S 新建工程』變電所土建設計施工統包工程案」，伊隨即依約開工，立刻進行圖說設計、建築工程及土木工程設計、基地測量及探測等工作項目，然於 92 年 1 月 9 日進場進行整地工程時卻遭到當地居民劇烈抗爭，惟被告未與居民妥善協調造成居民抗爭激烈，伊根本無法施工，截至契約終止前，被告確實未交付工地給伊施工，乃於停工 11 個月後之 92 年 12 月 31 日發函通知被告終止契約，被告則於 93 年 10 月 12 日回函同意終止契約。契約終止後，其則依約請求損害賠償。被告則對上開損害賠償各筆金額提出抗辯。

本件訟爭源於當地居民抗爭而致無法施工，故將討論定作人是否須協助承攬人排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工？又若為肯定，此一行為性質及其違反效果為何？

二、法院見解³¹⁷

定作人有無排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工之附隨義務，見解如下：

(一) 定作人有此一義務

高等法院臺中分院民事判決 97 年度建上字第 39 號先指出「承攬人所承攬之工作為在台中縣龍井鄉○○路完成系爭工程，該工程為變電所，則承攬人固有完成工作物之義務，而定作人亦有交付上開工地讓承攬人適當完成之附隨義務，蓋未交付工地讓承攬人施工，則承攬人無從據以完成其工作物，定作人交付工地讓承攬人施工即為達一定附從目的而擔保債之效果完全實現之附隨義務，其違反此義務即屬可歸責於定作人之事由」，再表示「承攬人進場施作進行整地工程時，

³¹⁷ 本件歷經臺灣臺中地方法院 95 年建字 114 號、臺灣高等法院臺中分院 97 年建上字 39 號、最高法院 98 年度台上字第 856 號、臺灣高等法院臺中分院 98 年建上更(一)字 51 號民事判決，後由最高法院 99 年台上字 401 號民事裁定以上訴不合法駁回之。

即遭受當地居民抗爭，使承攬人因而無法繼續施工，並經定作人指示全面停工，雖經承攬人溝通及協調仍無果，定作人在兩造終止契約前，未交付工地讓承攬人施工，其違反此附隨義務即屬可歸責於定作人之事由，縱係當地居民抗爭之因素，惟變電所之輻射引起當地居民疑慮，定作人非不可設法排除，況居民抗爭乃定作人未積極處理民眾回饋，定作人在終止兩造契約後另行發包，積極協商最終排除居民抗爭而完成工程，益見此乃可歸責於定作人之事由所致」，因此而認為「承攬人基於定作人違反附隨義務，依民法關於債務不履行之規定終止契約，並請求定作人債務不履行之損害賠償，即為有理由」。

（二）定作人無此一義務

1. 最高法院民事判決 98 年度台上字第 856 號

其認為「原審（高等法院臺中分院民事判決 97 年度建上字第 39 號）未說明『排除當地居民之抗爭』為定作人附隨義務之依據，遽謂定作人因可歸責於己之事由違背該義務，應負債務不履行之責任，並有殊略」。

2. 高等法院臺中分院民事判決 98 年度建上更（一）字第 51 號

其依據雙方契約約定³¹⁸，認為「兩造係因當地居民抗爭而無法繼續施工，此乃合約一般條款所訂不可抗力原因之一，定作人依約即可免除契約責任。茲定作人既可免除契約責任，即無再交付工地於承攬人施工之義務，是本件變電所工程因輻射疑慮引起當地居民抗爭，定作人並無排除義務，其未予排除並非可歸責」。

三、分析說明

由於工程案件基地附近居民抗爭活動，導致定作人遲延交付土地

³¹⁸ 兩造所簽合約一般條款 F.11 (C)「非歸咎甲乙雙方之責任」規定：「非屬乙方發動之民眾非理性之聚眾抗爭，致未能按時履約時，得延遲履約；不能履約者，得免除契約責任，但以該不可抗力，屬不可歸責於延遲之一方為限。」

或承攬人無法於該地施工，於工程實務上屢見不鮮。定作人是否應協助承攬人排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工？若為肯定，係為協力行為（不真正義務）或協力義務（真正義務）？

（一）定作人是否應協助承攬人排除居民抗爭以供承攬人施工？

1. 「居民抗爭」原則上係不可歸責於雙方當事人之事由，定作人自無協助承攬人排除居民抗爭之必要

首先，就我國法令及工程採購契約範本觀之，居民抗爭可能為不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由。如採購契約要項第 49 點：「機關及廠商因天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，得展延履約期限；不能履約者，得免除契約責任。」，居民抗爭縱非不可抗力，亦可能為不可歸責於契約當事人之事由而適用本條；工程採購契約範本有類似約款並有將居民抗爭列入其中，認為其為不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，即第 17 條第 5 款：「因下列天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；不能履約者，得免除契約責任：（按：中略）4. 罷工、勞資糾紛或民眾非理性之聚眾抗爭。（按：後略）」。

我國法院實務有認居民抗爭係事變，如臺灣高等法院民事判決 94 年度重上字第 144 號：「惟民眾抗爭係屬事變，風浪過大天候惡劣、颱風等係不可抗力，停電停工為 88 年 9 月 21 日大地震所致，均非可歸責於台電公司」；亦有認為係不可抗力事由，如臺灣高等法院民事判決 97 年度建上更（一）字第 12 號：「況系爭工程施工期間遭附近民眾非理性激烈抗爭，致系爭工程變更設計，係屬不可抗力之事由，顯非可歸責兩造之事由。」，惟不論何者，原則上係不可歸責當事人之事由。

再參國際知名之工程契約條款即 FIDIC 契約條款，其中 CONS、P&DB、EPCT 第 19.1 條表示不可抗力係指(a)（受影響之）一方無法

控制的、(b)該方締約前，不能對之進行合理防備、(c)發生後，該方無法合理避免或克服、以及(d)不主要歸因於另一方之(e)特殊事件或情況，並表示若符合上開要件，則承包商人員和承包商及其分包商之其他雇員以外人員之騷動、喧鬧、混亂為不可抗力情況，並依其他規定有延長履行期間、支付款項或解除契約之可能。³¹⁹

綜上所述，「居民抗爭」原則上係不可歸責於當事人之事由，故定作人自無協助承攬人排除居民抗爭之必要。對此情形，則依該承攬契約約定處理（如前開採購契約要項、工程採購契約範本及本件契約皆有類似處理規定）。

2. 例外：「居民抗爭」可歸責於定作人，則定作人應協力排除抗爭

參酌我國論著之見解，有認為業主擁有公權力或較易於協調相關警政機關出面處理，從風險控制之角度觀察，排除抗爭責任應在業主，若居民抗爭問題不能妥適解決，宜認可歸責業主。然實務上，若定作人與承攬人間約定由承攬人負責解決居民抗爭時，法院亦有認為該項風險既為承攬人所得預見，該約定有效而則由承攬人自行承擔解決居民抗爭之風險。³²⁰此外，法院將居民抗爭導因為何人列為考量因素，由何人造成則由該人負責。³²¹

本文以為原則上居民抗爭係不可歸責於雙方當事人事由，故雙方皆無協力排除抗爭之必要，惟下列情況，應有一方當事人負責排除：

(1) 契約約定

倘若於個案中，契約已約定排除居民抗爭者，則由該方負責排除，

³¹⁹ 國際諮詢工程師聯合會、中國工程諮詢協會編譯，菲迪克(FIDIC)合同指南，2007年6月第一版第三刷，頁592以下。

³²⁰ 劉志鵬，定作人之協力行為，載：古嘉諱、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），2008年1月初版第2刷，頁8-9。

³²¹ 劉志鵬，定作人之協力行為，載：古嘉諱、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），2008年1月初版第2刷，頁12-13。

契約如何約定亦可考量何人有能力排除抗爭。

(2) 該居民抗爭由特定一方所引起，則由該方負責排除

該居民抗爭由特定一方當事人引起，如定作人未依法、依約（定作人與居民之約定）補償居民等，則可歸因於定作人，雖承攬契約未約定定作人須協力排除居民抗爭，惟肇因者為定作人、定作人可設法排除，基於誠信原則，應由定作人協助承攬人排除居民抗爭，如定作人發給居民應補償之費用。

此外，是否較有能力排除等風險控制因素，並非可否歸責之事由，惟得作為契約約定依據、契約控制斟酌或為操作誠信原則之考量。

(二) 若（假設）肯定定作人有協助承攬人排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工之必要，係為協力行為（不真正義務）或協力義務（真正義務）？³²²

³²² 同樣是居民抗爭之【案例：自強大橋改建居民抗爭案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 222 號、最高法院民事判決 100 年度台上字第 592 號】，最高法院判決均否認其下級審之見解—居民抗爭所致工地遲延交付、工期延長，承攬人可向定作人主張債務不履行，參**最高法院民事判決 99 年度台上字第 222 號**：「惟按依民法第五百零七條規定，工作需定作人之行為始能完成者，定作人不為協力時，承攬人雖得定相當期限，催告定作人為協力行為，但除契約特別約定定作人對於承攬人負有必要協力之義務外，僅生承攬人得否依該條規定解除契約，並請求賠償因契約解除而生損害之問題，不能強制其履行，自不構成定作人給付遲延之責任。本件上訴人一再抗辯：『提供工地僅屬定作人即伊之協力行為，惟兩造並未將此合意約定為契約義務，即系爭契約未就伊交付工地以供上訴人（指本件被上訴人）施作之協力行為應另負特別責任為約定』等情；依卷附工程契約書第七條第四款第二目工程期限因故延期之理由明載：『非乙方（指被上訴人）之責任而影響工期者（如房屋拆除、土地取得、管線遷移等等），甲方（指上訴人）應於監工日報逐日記載（乙方應按日送交工作日報，甲方對於記載事項如有發現事實不符得通知乙方更正），並於半月報內予以統計，於影響工期之事實告一段落時主動予以分析核算延長工期』，別無任何關於上訴人應提供土地或交付工地之記載，似僅涉及非被上訴人之責任而影響工期時，上訴人應主動核算延長工期之約定。上訴人所辯，是否全無足採，非無再研酌之餘地。原審徒憑此一約定，逕認交付工地予被上訴人進場施作乃上訴人之契約義務，進而為上訴人不利之論斷，自有未洽。上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分不當，求予廢棄，非無理由。」，以及**最高法院民事判決 100 年度台上字第 592 號**：「查債權人依債務不履行之規定，請求債務人賠償損害者，以債務人就債務不履行有可歸責之事由為要件。上訴人於事實審抗辯：因當地居民非理性之抗爭，致工地遲延交付、工期延長，該情事非可歸責伊等語，攸關有否可歸責於上訴人之事由。原審未敘明該情事何以應歸責於上訴人之理由及所憑之證據，遽謂上訴人應負給付遲延債務不履行之責任，已有可議。（按：中略）又民法第五百零七條固規定，工作需定作人之行為始能完成，定作人不為協力時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之，但除契約特別約定定作人之行為係定作人對於承攬人所負之給付義務外，僅生承攬人能否依該條規定行使權利之問題，尚不構成定作人之給付遲延。」，由此可知此二最高法院判決認為排除居民抗除以交付土地於承攬人非定作人之附隨義務。

若認為定作人有協助承攬人排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工之必要，定作人之協力係為協力行為（不真正義務）或協力義務（真正義務），有所疑義。

有學者³²³認為於公共工程之承攬契約，如施工期間發生居民抗爭時，因承攬人無公權力排除之，反之，定作人較有能力協調、有排除抗爭之公權力、或得請其他公權力機關協助以消弭抗爭，故表示原則上排除居民抗爭係定作人依民法第 507 條所負之附隨義務（協力義務）。因此，由上述可推知該學者似認為排除居民抗爭係定作人之附隨義務，甚至認為民法第 507 條規定係附隨義務（協力義務）³²⁴。

而依本文於第二章所提出之標準，倘承攬人欲完成其給付（即順利開工完成工程），須「排除居民抗爭」始得達成，倘符合上開「可歸責定作人」之情況，基於誠信原則，則應解為由定作人排除居民抗爭為宜，倘定作人不為之，則嚴重妨礙承攬人之給付而影響其利益、造成其損害，依照誠信原則，應肯認此為定作人應積極給付行為，係其附隨義務。於此情形下與上開學者見解、高等法院臺中分院民事判決 97 年度建上字第 39 號見解相同。

（三）本件定作人有無排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工之義務？

高等法院臺中分院民事判決 97 年度建上字第 39 號認為定作人交付工地讓承攬人施工即為達一定附從目的而擔保債之效果完全實現之附隨義務，而認為本件定作人有排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工之義務，並提及由於變電所輻射引起居民疑慮和有民眾回饋問題，定作人得以設法排除，故係可歸責定作人之事由；高等法院臺中分院民事判決 98 年度建上更（一）字第 51 號指出居民抗爭乃契約所定不可抗力原因之一，定作人依約得免除契約責任，即無再交付工地於承攬人施工之義務。二判決意見分歧，本文認為，此尚須經事實認定，

³²³ 詹森林，民事法，國立臺灣大學法學論叢，第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月，頁 61。

³²⁴ 民法第 507 條規定之性質，可參本文第二章第三節。

方能提出結論。

至於高等法院臺中分院民事判決 98 年度建上更（一）字第 51 號所提及兩造所簽合約一般條款 F.11（C）「非歸咎甲乙雙方之責任」規定：「非屬乙方發動之民眾非理性之聚眾抗爭，致未能按時履約時，得延遲履約；不能履約者，得免除契約責任，但以該不可抗力，屬不可歸責於延遲之一方為限」，究係指：承攬人得因居民抗爭延遲完工或免除承攬責任（參上開工程採購契約範本）？或係如同該判決依此約定指出居民抗爭乃契約所定不可抗力原因之一，定作人依約得免除契約責任，即無再交付工地於承攬人施工之義務？條文文義似有不明，由於本文無法取得工程契約原本，並無法提出定見，惟我國工程實務之政府採購工程案件，其契約多係由政府機關片面決定，廠商並無議約空間，因此若其條文文義不明時，自應將契約條文不利之風險轉由條款擬定之人即定作人之政府機關承受，自屬當然。

第三項 保護照顧義務

壹、承攬人施作防範措施及意外後搶救之義務？【案例：柑子林一送水管防範暨搶救案，最高法院民事判決 99 年度台上字第 1094 號】

一、事實與爭點

原告主張：兩造於 93 年 6 月 11 日簽訂「工程契約」，由伊向被告承攬位於彰化縣彰化市○○路○段「柑子林一送水管(八)之四工程」，伊依約施作後，於 95 年 1 月 27 日竣工，被告於同年 5 月 29 日驗收合格完畢，依約尚應給付伊工程款新台幣 945 萬元，惟迭經催告，仍拒不給付；另伊受被告指示，於系爭路基護岸塌陷處進行鋼板樁設置工程，因而額外支出費用，被告亦未給付，故起訴請求之。

被告抗辯：原告施工期間所發生系爭路基護岸塌陷，經鑑定認係原告未依原先核定施工計畫，按施工圖搭設鋼便橋型態施作，而採取

於河道中填土方式施作施工便道，且對氣象局發佈之豪大雨警示，未有充分防災措施，對於河道中填土產生施工便道並未加強防範，而產生護岸塌陷，可見原告有可歸責事由。且依系爭契約第 9 條第 17 項，原告就工程施作過程中，發生意外時，應立即採取搶救、復原、重建等措施，足見因施工意外所衍生之搶救、復原、重建等措施或工程屬原告依約所生之「附隨義務」，94 年 5 月 15 日兩造及彰化縣政府會勘現場，為免現場繼續崩塌及二次危害，由原告設置臨時鋼鈹樁。而本件訟爭路基護岸塌陷，係可歸責於原告所致，且系爭鋼鈹樁設置費用為回復原狀及避免損害擴大所必須，依上開約定，自應由原告負全部責任，無命被告負擔之理。

本件爭點為承攬人之防範義務，以及施工意外所衍生之搶救、復原、重建等措施義務之有無？

二、法院見解³²⁵

本件情形中，承攬人有無防範義務，及施工意外所衍生之搶救、復原、重建等措施之附隨義務，法院見解如下：

(一) 肯定說

有判決³²⁶肯認承攬人此項義務，理由為「系爭契約第 9 條第 17 項約定，承攬人於工程施作過程中，發生意外時，應立即採取搶救、復原、重建等措施。故因施工意外所衍生之搶救、復原、重建等措施或工程，均屬承攬人依契約所生之『附隨義務』，本件系爭路基護岸塌陷，承攬人有可歸責事由，且系爭鋼鈹樁之設置，復為避免災情損害繼續擴大所必須，則就設置鋼鈹樁所需費用，自應由承攬人負全部責任」。

³²⁵ 本件歷經數審判決，依時序如下：臺灣臺中地方法院 96 年建字 142 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 98 年建上字 76 號民事判決、最高法院民事判決 99 年度台上字第 1094 號、臺灣高等法院臺中分院 99 年建上更（一）字 71 號民事判決、最高法院 100 年台上字 2011 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 101 年建再字 1 號民事判決。

³²⁶ 臺中地院民事判決 96 年度建字第 142 號。

（二）否定說

有判決³²⁷表示「非系爭工程施工範圍」之搶救、復原、重建等措施，非承攬人之附隨義務，理由為「系爭契約第9條第17項約定：『乙方（按：承攬人）之工地作業有發生意外事件之虞時，乙方應立即採取防範措施。發生意外時，應立即採取搶救，並依勞工安全衛生法等規定實施調查、分析及做成紀錄，且於取得必要之許可後，為復原、重建等措施，另應對甲方（按：定作人）與第三人之損害進行賠償』。系爭契約前開約定，係對工地範圍內之施工作業進行規範，而系爭路基護岸塌陷，並非系爭工程之施工範圍，自非系爭契約第9條第17項約定工地作業所生之意外，故承攬人施作鋼鈹樁工程，即非系爭契約之附隨義務」。

三、分析說明

（一）承攬人有無防範義務？

最高法院98年度台上字第78號判決明白指出，契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益，即附隨義務具有保護當事人財產上利益。

故承攬人本於其專業，應於施工時評估現場狀況，以適宜方式施工，以完成承攬契約中之承攬人主給付義務即完成工作物，並於施工過程，做必要防範措施以避免因施工而造成其他損害，以保護當事人財產上利益，故肯定承攬人有防範因施工造成損害之附隨義務。

（二）於肯定防範義務後，承攬人有無施工意外所衍生之搶救、復原、

³²⁷ 高等法院臺中分院98年度建上字第76號、高等法院臺中分院99年度建上更（一）字第71號民事判決。

重建等措施之義務？

1. 自承攬契約之危險負擔規定觀察

(1) 工作物毀損滅失

民法第 508 條：「(第 1 項) 工作毀損、滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔，如定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔。(第 2 項) 定作人所供給之材料，因不可抗力而毀損、滅失者，承攬人不負其責。」，因此，於定作人受領前，不可歸責承攬人致工作毀損滅失，承攬人雖不必負損害賠償責任，惟喪失對定作人之報酬請求權。惟承攬人是否應重作，法無明文，倘若重作非不可期待或非需費過鉅，則承攬人有重作義務，重作之工作自應由定作人給付報酬。³²⁸

(2) 工作範圍外之毀損滅失

工作範圍外毀損滅失之危險歸屬，法無明定，應如何解決，參一仲裁案例³²⁹，其表示於法無明文、契約未明定及無業界共信共守之習慣下，鑒於承攬工作範圍外之危險無窮盡，概由承攬人承擔則似不合理，蓋危險負擔歸屬影響承攬人承作意願及報酬高低，故應於契約明確訂定，如未訂定應由定作人負擔。

另有指出非屬原工作範圍內之毀損滅失，應將其重作工作視為新增工作項目，由業主和承包商依據工程合約中工程變更之原則辦理。

330

2. 自誠信原則觀察

³²⁸ 王伯儉，工作毀損滅失的危險負擔，工程契約法律實務，2008 年 10 月二版第 1 刷，頁 154。於承攬契約遇此情況，承攬人有依約重作之義務，而德國學說認為應受誠信原則限制，參：楊芳賢，承攬，民法債編各論（上），2006 年 2 月初版第 4 刷，頁 652。

³²⁹ 中華民國商務仲裁協會 84 年商仲麟聲愛字第 1 號仲裁判斷書，轉引自：王伯儉，工作毀損滅失的危險負擔，工程契約法律實務，2008 年 10 月二版第 1 刷，頁 155。

³³⁰ 王伯儉，工作毀損滅失的危險負擔，工程契約法律實務，2008 年 10 月二版第 1 刷，頁 156。

工作物毀損滅失之危險負擔，法已明文，又可視毀損滅失歸責於何人，而依約請求損害賠償。再者，承攬契約本係約定承攬人應完成工作物，故承攬人依約負有施工意外所衍生之搶救、復原、重建等措施之義務。

3. 本文見解

工作範圍外之毀損滅失，承攬人是否負有施工意外所衍生之搶救、復原、重建等措施之義務，本文以為可援引誠信原則，以定承攬人是否有上開附隨義務。倘若承攬人依其專業可為判斷或一般業界習慣，完成系爭約定工作物時，對周遭場地亦有建立必要防範措施時，倘未建立而致損害，則承攬人負有施工意外所衍生之搶救、復原、重建等措施之附隨義務，以避免後續災害發生。

就本件而言，倘承攬人依其專業可為判斷或一般業界習慣，於完成系爭約定工作物時，對周遭場地有建立必要防範措施時（如設置鋼鈹樁，避免護岸塌陷），倘未建立而致損害，承攬人自負有施工意外所衍生之搶救、復原、重建等措施之附隨義務。

（三）本件承攬人得否請求系爭報酬？

本件於施工期間，發生工作範圍外之災害，經定作人指示，承攬人設置鋼鈹樁，就此，承攬人得否請求系爭報酬？本文認為宜區分情形判斷之。

1. 設置鋼鈹樁非承攬人之附隨義務，而係定作人另行指示

此時，宜認為此非契約工作範圍，不論認為此係契約變更增加工項及施作範圍，抑或另行成立無書面形式之工程契約，均應認為定作人應另行給付報酬。

2. 設置鋼鈹樁係承攬人之附隨義務

惟若認系爭契約中，承攬人之有此設置鋼鈹樁之附隨義務，承攬人可否請求報酬，本文認為，應視該契約為總價契約或實作實算契約而定³³¹，如為前者，則承攬人不得請求，蓋其契約總價已經確定，除非極端情事可依情事變更原則訴請調整報酬（民法第 227 條之 2），承攬人自不得另行請求，如為後者，承攬人則可請求之，蓋其契約報酬係依實際施作數量計價，設置鋼鈹樁既係契約工作範圍，自得計價求償。

貳、承攬人防止工作物施工現場及鄰地受損害之義務？【案例：鄰損案，最高法院 96 年度台上字第 448 號民事判決】

一、事實與爭點

祥○公司於民國 89 年間將其承包之「基隆市碇內國民小學降低班級人數硬體增建工程中之鋼構工程」轉由中○公司次承攬，因此，祥○公司、中○公司間存有（次）承攬契約，工作完成後中○公司得對祥○公司請求工程款。建○公司為中○公司之本票票款債權人，已向台灣基隆地方法院聲請強制執行扣押中○公司對祥○公司之工程款債權，惟祥○公司對前開扣押命令聲明異議，建○公司便起訴確認中○公司對祥○公司尚有 734 萬 4 千元工程款債權存在，而祥○公司則認為其得向中○公司請求損害賠償，故主張賠償額與工程款抵銷。

其中賠償原因之一為祥○公司主張中○公司為鋼構之吊裝，造成泳池內磁磚破裂脫落，鄰地大門、柱面磁磚損壞及路面塌陷；另將碇內國小大門及部分圍牆拆除，依其與業主碇內國小之工程契約，須就此等損害對碇內國小及其鄰居負責，因而支出修繕費用而受有損害等。而系爭工程施工時造成之現場損害或鄰損應由何人負責，涉及承攬人有無防止工作物施工現場及鄰地受損害之義務，此即為本件爭點。

³³¹ 所謂總價契約，係指除特殊因素外，承包商為執行圖說及規範上之工作而應給付之價金是固定的，不論承包商實際施作之數量與契約原預估完成之數量是否相符；所謂實作實算契約，係指最終契約價金給付依工程實際施作之數量計算。參：張詩芸、羅惠雯，總價契約與實作實算契約，載：古嘉諱、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），2008 年 1 月初版第 2 刷，頁 64、66。

二、法院見解³³²

有判決³³³基於工程承攬契約之特性及援引誠信原則而肯認承攬人有防止工作物施工現場及鄰地受損害之義務，理由為「按行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第 148 條定有明文。查系爭工程契約固未就中○公司施工時造成之現場損害或鄰損約定由何人負責，但按諸工程承攬契約之特性，承攬人對定作人除負有完成工作物之義務外，當然亦負有於施工期間防止工作物施工現場及鄰地受損害之義務，此等義務縱未見諸契約約定，然依上引誠信原則之法條，亦應認為承攬人之附隨義務之一」，因此，「中○公司既負有施工期間不得損害工地現場及鄰地之義務，竟仍違背之而造成損害，致祥○公司須代負修繕之責，依民法第 227 條，祥○公司就其所支出之修繕費即為中○公司不完全給付所致生之損害，得請求中○公司負賠償之責。」

三、分析說明

(一) 承攬人有無防止工作物施工現場損害之附隨義務？

按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，債權人得依民法第二百二十七條不完全給付之規定行使其權利（最高法院 98 年度台上字第 78 號判決意旨參照），即附隨義務具有保護當事人財產上利益。

本件上開判決依照誠信原則、按諸承攬契約之特性，肯認承攬人有防止工作物施工現場損害之附隨義務。³³⁴本文認為，承攬契約中之

³³² 本件歷經臺灣基隆地方法院 90 年重訴字 7 號、臺灣高等法院 92 年上字 339 號、最高法院 95 年台上字 382 號、臺灣高等法院 95 年重上更（一）字 39 號及最高法院 96 年度台上字第 448 號民事判決審理。

³³³ 基隆地方法院 90 年度重訴字第 7 號及高等法院 92 年度上字第 339 號、高等法院 95 年度重上更（一）字第 39 號民事判決，此二高院判決之上訴審判決亦無提出反對見解。

³³⁴ 此一見解，後亦受其他判決引用，如【案例：遷建工程鄰損案，臺灣高等法院民事判決 98

承攬人主給付義務為完成工作物，在完成工作物(本件即施工)過程，由承攬人控管施工現場、指揮工程進行，基於誠信原則，承攬人應有防止工作物施工現場損害之附隨義務，以保護當事人財產上利益，故贊同前開判決見解。

(二) 承攬人有無防止鄰地受損害之附隨義務？

對於施作工程時，應保護鄰地不受損害，於我國法令設有相關規定，如民法第 794 條：「土地所有人開掘土地或為建築時，不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地之建築物或其他工作物受其損害。」、建築法第 69 條：「建築物在施工中，鄰接其他建築物施行挖土工程時，對該鄰接建築物應視需要作防護其傾斜或倒壞之措施。挖土深度在一公尺半以上者，其防護措施之設計圖樣及說明書，應於申請建造執照或雜項執照時一併送審。」、採購契約要項第 15 點：「廠商履約施工時，應避免妨礙鄰近交通、占用道路、損害公私財物、汙染環境或妨礙民眾生活安寧。其有違反致機關或其他第三人受有損害者，應由廠商負責賠償。」

又承攬人對於施作工程，具有其專業及控管能力，且本應負有一定注意義務，故肯認承攬人有防止鄰地受損害之附隨義務，以符合上開法律意旨及誠信原則，故本文贊同前開判決見解。

(三) 本件次承攬人於施工期間負有防止工作物施工現場及鄰地受損害之附隨義務

按上述說明承攬人於施工期間負有防止工作物施工現場及鄰地受損害之附隨義務。

年度上字第 619 號】，該判決表示：「上訴人福○公司雖抗辯系爭邊坡坍塌之位置，非在系爭工程契約之承攬範圍內云云，然系爭工程契約第 14 條已約定：『乙方（即上訴人福○公司）應對其工地作業及施工方法之適當性、可靠性及安全性負完全責任。』依此約定，凡因工地作業及施工方法，欠缺適當性、可靠性或安全性所生之損害，上訴人福○公司均依此約定負完全賠償責任。縱令認為此一約定非就上訴人福○公司施工時造成之現場損害或鄰損約定由何人負責所為，但按諸工程承攬契約之特性，承攬人對定作人除負有完成工作物之義務外，當然亦負有於施工期間防止工作物施工現場及鄰地受損害之附隨義務（最高法院 96 年度台上字第 448 號判決參照），是上訴人福○公司前開辯詞，難以贊同。」

由於本件次承攬人於其施工期間對其施工現場、項目等有控管、指揮能力，基於誠信原則，次承攬人自負有於施工期間防止工作物施工現場及鄰地受損害之附隨義務。而次承攬人於施工過程為鋼構之吊裝，造成定作人泳池內磁磚破裂脫落、將定作人大門及部分圍牆拆除，並造成鄰地大門、柱面磁磚損壞及路面塌陷等，導致承攬人賠償定作人、鄰人損失而受有損害，亦即次承攬人違反其附隨義務，應負民法第 227 條不完全給付之責。



第二節 非工程契約之承攬契約

第一項 資訊提供義務

第一款 說明告知

壹、承攬人告知安全操作事項之義務？【案例：裂解爐案，最高法院民事裁定 98 年度台上字第 2203 號】

一、事實與爭點

原告主張：其向被告購買廠房所需之再生能源裂解設備乙套（裂解爐 2 套、前段冷凝器 1 套、冷凝塔 1 套、冷卻器 2 套），被告為裂解爐之設計製造者，決定裂解爐材質及尺寸，而於其設計製造前，兩造曾多次洽商會談，其工程師將裂解流程及裂解塑料之內容物詳細以及需求之最高使用溫度為 850°C 告知被告，被告應考量其使用過程中將產生之溫度及壓力，並製造一安全裂解爐。惟被告卻未考量伊實際使用裂解爐之環境，而設計之裂解爐無法承受正常進行再生能源裂解時所產生之高溫及壓力，且被告明知其所設計者係直火式加熱之危險性機械設備，卻未於爐體底部直接受火加熱處設置溫度感測器，又未將系爭裂解爐可容許之最高使用溫度為 350°C 及關於燃燒機之溫度控制器應設定之最高使用溫度等情告知安裝燃燒機溫度控制盤之下包廠商公司，致使裂解燃燒機上之溫度控器盤設定溫度高於裂解爐可承受之最高溫度，使伊於使用過程中無法瞭解爐體底部之溫度變化並進而控制溫度，以致系爭裂解爐之一發生爆炸造成損失，而另一裂解爐亦有相同瑕疵，如再繼續使用亦會爆炸。被告所給付者與約定品質不符，且被告於交付裂解爐時未向伊告知系爭裂解爐之耐熱溫度，亦屬違反債務人依誠信原則所應盡保護他造當事人人身或財產上利益之保護義務及告知義務等附隨義務，亦應負不完全給付之責任。

由於原告主張被告未告知裂解爐之耐熱溫度致使用不當而造成損害，除可能涉及裂解爐是否合乎約定品質而有無不完全給付或瑕疵

擔保責任外（非本文重點，故不討論），尚涉及承攬人有無告知定作人安全操作事項之義務？若有，如何提供、提供多少資訊，始認已善盡此義務？

二、法院見解³³⁵

（一）承攬人有無告知定作人安全操作事項之義務？

高等法院民事判決 96 年度重上字第 472 號先指出附隨義務之意義與效果後，表示「裂解爐製造者因從事此等具有危險顧慮之社會活動而獲益，應盡必要之交易安全注意義務，而於契約關係中，更應負注意保護交易對造，輔助其實現給付利益之義務」，即肯認承攬人有告知定作人安全操作事項之義務。

（二）若有，如何提供、提供多少資訊，始認已善盡此義務？

由於「工檢報告僅屬檢查合格之證明，並非特別提醒操作者安全注意事項之使用說明文件，通常操作者亦未必會注意閱覽設備檢查證明文件之內容，再查上開工檢報告之內容相當瑣碎複雜，又多涉及專業數據及用語，通常操作者不易自其內容讀取應注意之操作安全事項。則上開危險性機械之製造者，自應進而提供使用者簡明易瞭解之操作安全注意規範，以避免危險發生」，因此，「定作人僅交付工檢報告，並未善盡保護承攬人利益所必要之告知義務，承攬人主張定作人應依不完全給付之規定，負損害賠償責任，應屬有據」。³³⁶

三、分析說明

（一）契約定性

本件原告欲取得再生能源裂解設備乙套以用於其廠房，並告知被

³³⁵ 本件經臺灣桃園地方法院 94 年重訴字 21 號民事判決、臺灣高等法院民事判決 96 年度重上字第 472 號審理，又最高法院民事裁定 98 年度台上字第 2203 號認為上訴不合法而裁定駁回。

³³⁶ 高等法院民事判決 96 年度重上字第 472 號。

告其廠房環境、裂解流程及其需求等，期被告製造一安全裂解爐，因而，兩造間訂立一契約，惟此契約應定性為買賣契約或承攬契約，則有疑問。

買賣契約，重在財產權取得，屬移轉財產權之契約族群，承攬契約則在於工作之完成，屬勞務給付契約。二者於契約類型特徵與法律適用上有別，然從經濟上觀察，二者並非遙不可及，蓋實務上大多數或至少最重要之承攬中，定作人之締約目的皆為讓自己對承攬人所完成一定之物，得處於如同所有人之地位，與買受人成立買賣契約之目的有類似之處，如本件契約即為適例；惟買賣契約與承攬契約於我國現行法仍有不同之處，具體個案中探究為買賣或承攬，仍有實益。³³⁷

雖原告表示其向被告購買再生能源裂解設備，而被告係裂解爐之設計製造者，且被告為原告之特殊需求而製造，當事人意思重在工作物完成，性質上較接近承攬契約³³⁸，故本文將本案例歸入承攬契約。然而，本案例所討論之告知安全操作事項義務，於買賣契約、承攬契約皆有發展之可能，併予說明。

（二）承攬人有無告知定作人安全操作事項之附隨義務？

高等法院判決指出，裂解爐製造者從事此具有危險性活動而獲利，應盡必要之交易安全注意義務，而於契約關係中，基於誠信原則，更應負注意保護交易對象，輔助其實現給付利益之義務。

定作人向承攬人定作再生能源裂解設備，並有針對該設備之需求討論，承攬人對於定作人將有一定期待與信賴，而按一般交易習慣，如何安全操作該設備對承攬人係一重要資訊，且定作人亦會提供之，

³³⁷ 陳自強，契約之內容與消滅，2004年1月一版，頁222-225。

³³⁸ 若製造者非配合客戶特殊需求而設計生產，僅係接到訂單後再行組裝等，則當事人意思重在所有權移轉，屬於買賣契約。此例，參：陳自強，契約之內容與消滅，2004年1月一版，頁232。製造物供給契約，涉及製造或完成不代替物，係買賣或承攬之混合，惟類型上較接近承攬契約，參：楊芳賢，承攬，民法債編各論（上），2006年2月初版第4刷，頁585-586。

另關於工作物（製作物）供給契約之說明，參：曾隆興，現代非典型契約論，民國85年11月修訂七版，頁211-223；陳自強，契約之內容與消滅，2004年1月一版，頁228-232；楊芳賢，承攬，民法債編各論（上），2006年2月初版第4刷，頁584-586。

身為製造者之定作人更具有專業知識及技能，有能力提供安全操作事項資訊於承攬人，是故，承攬人有告知定作人安全操作事項之附隨義務。

此一告知安全操作事項之附隨義務，可能可使機器設備使用達到最佳效能，並可避免疏於注意或操作不當而造成事故，同時具有輔助實現給付利益及保護人身、財產安全之功能，並且此一資訊提供具有協力、保護他方當事人之作用，即為本文第二章第三節所採用分類之「資訊提供義務」中所提及之性質，併予說明。

（三）若有，如何提供、提供多少資訊，始認已善盡此義務？

高等法院判決表示僅檢附工檢報告，難謂已履行義務，蓋因工檢報告僅屬檢查合格證明，並非提醒操作者安全使用之說明，操作者亦未必會注意檢查證明文件之內容。又上開工檢報告之內容瑣碎複雜且多涉專業，通常操作者不易自其內容讀取應注意之操作安全事項。故危險性機械之製造者，應提供使用者簡明易瞭解之操作安全注意規範以避免危險發生，始屬善盡義務。

本文肯定上開判決所述，即應提供使用者簡明易瞭解之操作安全注意事項，此外，承攬人提供安全操作資訊之方式須定作人得以理解，至於應如何提供，如書面、口頭告知或親自操作示範等，在所不問。

第三節 小結

本章討論承攬契約中之附隨義務，由於承攬契約中工程契約及非工程之契約，性質有別，故本章區分為工程契約與非工程契約二節，再本文將所搜尋判決中之具體義務歸至各義務分類（即本文第二章所述之資訊提供、協力履行及保護照顧），並提出分析說明。如下簡要說明本章實務見解歸納分析後之觀察。

壹、從契約類型觀察

一、工程契約

工程契約於實務上存有許多爭議，亦有許多學術論著討論，可見其爭執問題之多。雖工程契約已就許多細項為約定，惟仍可能有疏漏之處或是解釋空間，因而附隨義務即有存在可能。附隨義務於工程契約中之類型，大致有三：

1. 提出文件：主要係工作物材料之原廠出廠文件或其他證明文件等，由於工作物材料為工作物之基礎，因此確保材料性質、安全性等即顯重要。
2. 定作人協力：由於工程案件之複雜、履約時間之長，亦於施工期間發生各種問題，有時尚須定作人協力方能順利完工，對於契約達成極為重要。此於實務上有許多相關案例，並且對此尚有協力行為、協力義務之爭。
3. 防止損害：即承攬人避免施工現場損害或造成鄰地損害等，工程契約中之承攬人主給付義務為完成工作物，然而，基於契約特性、誠信原則，於施作過程，承攬人是否應適當施作防範措施、避免施工現場損害、避免造成鄰地損害，甚至於完工後發生損害之補救，於實務上亦係常見案例。

二、非工程契約

本章非工程契約之附隨義務案例，係承攬人告知定作人機器設備安全操作事項之附隨義務，以保護契約當事人之身體、財產利益，係典型附隨義務之例。此外，由於在某些買賣契約、承攬契約中、二者經濟目的相似，故此附隨義務同時常見於買賣契約、承攬契約，惟定作人相較於一般單純出賣人（即非從事設計生產製造者）更具有設備機器之專門知識，或其受課予之附隨義務較重³³⁹，併予說明。

貳、從契約階段觀察

如第二章所述，附隨義務於各契約階段皆有發展可能，本章所列之附隨義務分屬不同契約階段。

一、先契約階段

誠如本文前述所提及「實務上似有將原屬締約過失之資訊提供義務違反，於契約有效成立之類型，均由不完全給付處理之趨勢」，又承攬契約（尤以工程契約）於長期履約階段所發展之爭議較多，故本章案例並無特別討論先契約階段者。惟某些案例附隨義務可能於先契約階段即發生，如承攬契約之材料品質、來源，或機器設備功能、安全性可能於契約協商階段說明，倘提供錯誤資訊即違反附隨義務；此外，倘若依法或一般習慣，定作人應先於締約前將工程案送都審會或其他機關審核者，此亦係定作人之先契約附隨義務。

二、履約階段

附隨義務乃隨契約發展過程基於誠信原則而生之義務，於履約過程中即可能因應各狀況而發展出附隨義務，尤其於履約期間長之契約更易發展出各式義務，如工程契約於履約過程中可能遭遇不同情形而須他方協助，以順利完工等。

³³⁹ 有謂主要源於誠信原則，於例外情形，出賣人可能負擔下列義務，即為買受人提供諮詢及向買受人說明標的物使用方式和危險。尤其適用於出賣人透過廣告使買受人相信其具有特定專門知識。Vgl. Medicus, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 14 Auflage, 2007, S.9, Rn.26.

三、後契約階段

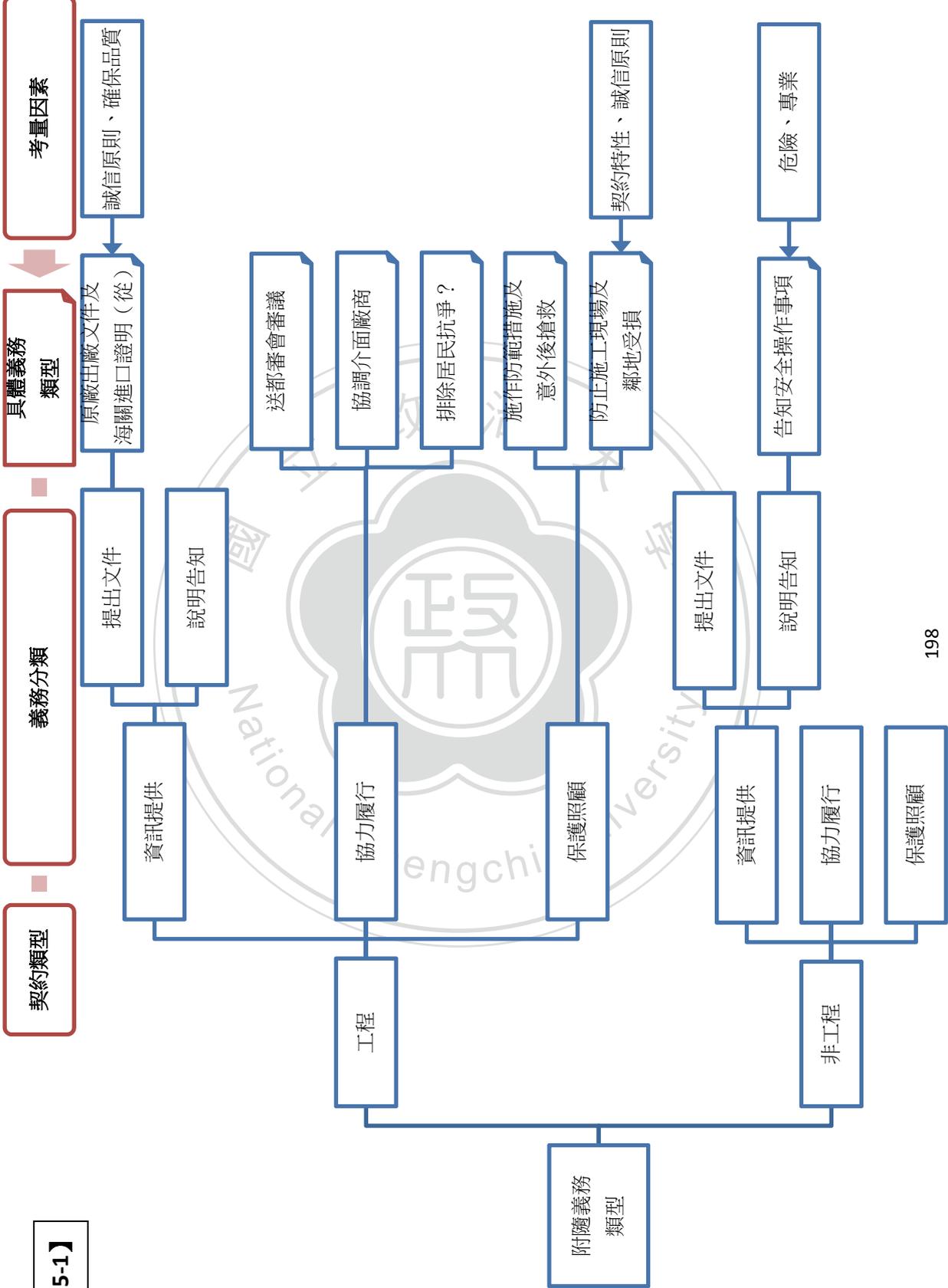
本章中雖未特別提及後契約階段附隨義務之例，惟仍有發展可能，如倘承攬人依交易習慣於承攬契約消滅後，仍提供定作人嗣後之諮詢服務等，亦屬其後契約義務。

參、附隨義務肯認與否及是否履行之判斷因素

從部分判決理由中可看出法院裁判時除抽象式地以誠信原則為據外，尚就具體個案提出裁量標準，如契約特性、危險性、專業性等，相較前述章節，較少明確指出斟酌因素。

本文就本章內容，簡要圖示如下【圖 5-1】。





【圖 5-1】

第六章 結論

壹、本文回顧

回顧本文前五章，本文先於第一章談及附隨義務法理基礎「誠信原則」，包括其操作方式以及附隨義務類型化之必要性，並指出本文目的在於透過實務見解分析以具體化於現今瞬息萬變之社會交易中附隨義務類型及內涵；次於第二章談附隨義務概論，並確認本文所採之附隨義務體系定位及義務分類方式，其中亦涉及附隨義務肯認與否及其範圍為何之判斷標準。

於此二章之基礎下，本文按契約類型作為分章節依據，依次說明近年來法院裁判中所涉及之各契約附隨義務，於分析說明中多皆先提出歷審裁判見解或其判斷依據，隨後提出個人見解，表示是否肯認系爭義務、該義務於債之關係義務群之體系定位及如何始認義務人已善盡義務等，並於各章最後一節提出本文對該章附隨義務之觀察及將各附隨義務整理為圖，作為小結。

而第三章至第五章之小結中已從契約類型角度觀察、整理該契約之附隨義務，因此，本文於本章之最後結論將改採以義務內容為核心之觀察，總結介紹各種附隨義務之類型及法院承認此義務之主要考量要素，並說明以得否解除契約為中心之法律效果問題。對此，詳參後【表 6-1】及【表 6-2】。

貳、附隨義務類型及法院考量因素

一、資訊提供義務

(一) 提出文件

根據所搜尋之判決，於各契約中，一方當事人須請他方當事人提出文件者，有三種情形：

1. 須依該文件辦理其他申請事項，此類義務多寓有協力作用，且辦理其他事項係為實現當時締約目的，因此，多以契約目的作為裁判依據。
2. 該文件係為證明標的物之性質、品質、來源等，此種義務，得以何人能提出文件、該行業習慣判斷由何人負擔，並考量契約目的等。
3. 該文件協助契約義務履行，將促進契約順利進行、達成締約目的，對此，本文所列之法院裁判雖未明示其考量依據，惟或可端視交易習慣等。

(二) 說明告知

說明告知義務多存在於契約當事人雙方資訊不對稱、有特殊信賴關係之情形，並考量資訊重要性、何人具有專業能力、何人能提供該資訊等判斷該人是否有提供資訊之義務。

二、協力履行義務

本文所蒐集之判決，並列入協力履行義務者，多係一方當事人期他方當事人協助，以使實現當時締約目的、獲得利益最佳化，因此，所斟酌者為契約目的。

三、保護照顧義務

由於契約發展過程中，可透過上開資訊提供、協力履行義務以保護當事人之給付利益及其財產、身體等，故本文之保護照顧義務範圍較狹小，已如第二章所述。

雖仍有非透過資訊提供、協力履行義務以保護當事人之給付利益及其財產、身體之案例，然因本文採取較狹義之範圍，所蒐集之案例較少，未能如前開二種義務有較明確之觀察結果。

惟可注意，於承攬契約（特指工程契約）中承攬人於施工期間，其應保護施工及周邊之義務，以及代言契約終了後，廠商告知通路商原代言人不再代言而不得繼續使用原代言人肖像、阻止通路商使用原代言人肖像以保護原代言人之肖像權，均非一般保護照顧義務所舉之典型保護身體、財產之案例，可見實務對於附隨義務於保護與當事人有關之權益，仍有其運用空間。

【表 6-1】

義務分類	具體義務類型	判決考量因素
資訊提供	出賣人提供標的物證明？	證明、契約目的、專業、交易習慣
	出賣人提供輔助標的物之他項結構圖？	
	出租人提供使用執照協助承租人取得營利事業登記證以合法營業？	契約目的
	貸與人出具土地使用權同意書於借用人以辦理建照？	誠信原則、契約目的
	供應商提出標的物證明文件？	契約目的
	承攬人提供原廠出廠文件及海關進口證明？	誠信原則、確保品質
	出賣人記載公設分攤比例？	資訊重要性、資訊落差、誠信原則
	出賣人告知買受人無法貸得所需款項？	誠信原則
	醫師對病人實施手術前之說明告知？	資訊重要性、醫療專業、醫療危險、信賴、保障病人自主權
	醫師對病人對主治範圍外之說明告知？	合理期待、信賴、與診療目的相關、能力可及、誠信原則
	締約前了解投資人以推介適合商品？	
	締約前對投資人之說明義務？	
	契約中對投資人之報告義務？	
	承攬人告知安全操作事項？	危險、專業
協力履行	出租人（委託機關）協助承租人（受託人）申請建造執照？	契約目的誠信原則
	出租人協力承租人回復原狀？	誠信原則

義務分類	具體義務類型	判決考量因素
	委託人協助受託人協調或排除違法業者占據營運而達淨空狀態？	契約目的、能力可及、誠信原則、補充契約解釋
	供應商回收改正？	契約目的、保護他方利益、誠信原則
	供應商維護產品形象信譽？	
	定作人將工程案送交都審會審議通過？	
	定作人排除居民抗爭以交付土地供承攬人施工？	
	定作人協調介面廠商？	
保護照顧	受任人之忠實義務？	保護公司客戶及公司、誠信原則
	廠商「告知通路商原代理人不再代言而不得繼續使用原代理人肖像」及「阻止通路商使用原代理人肖像」？	契約目的、期待性、行銷慣例、誠信原則
	承攬人施作防範措施及意外後搶救？	
	承攬人防止工作物施工現場及鄰地受損害？	契約特性、誠信原則

參、附隨義務違反及可否解除契約

關於違反附隨義務之法律效果，債權人得請求損害賠償並無爭議，惟可否解除契約則生疑義，過往見解傾向否定看法，然近來實務見解明確表示「附隨義務之違反影響契約目的之達成即得解除契約」。

本文前述章節所論及之判決，或因當事人未主張解除契約，或因法院不認為有附隨義務之違反，因而縱當事人主張解除契約亦未受該判決探討，因此，謹將經法院實務見解明確說明違反附隨義務得否解除契約者彙整如【表 6-2】，作為「契約目的達成與否」之參考標準。由【表 6-2】之案例，略可得知「得否解除契約」，可視該附隨義務之違反，是否無法達成當事人當時之締約目的、影響主給付義務應實現之利益。

【表 6-2】

違反附隨義務之類型	考量因素	得否解約	備註
出租人提供配車表及出車記錄與承租人	尚難認有礙於系爭契約目的之達成	×	本文第 2 章
房屋出賣人提供買受人完備之公共設施	導致債權人失其訂約目的	✓	本文第 2 章
出租人(委託機關)協助承租人(受託人)申請建造執照	顯已影響契約利益及目的之完成	✓	本文第 3 章
供應商提出標的物證明文件之義務	該義務屬為達銷售商品之重要附隨義務	✓	本文第 4 章

肆、結語

附隨義務並非我國民法規定固有用語，實為繼受外國法、以誠信原則為據創設之法律概念，因此，對於其實質內涵以及其體系定位我國學說向有爭執，實務見解也未能加以釐清，個案中應如何解釋適用相關法律規定，頗生疑義。對此，部分學者認為，「輔助實現給付利益」之附隨義務無存在必要，將其列入從給付義務已足，故債之關係義務群應簡化為兩類，一為給付義務，二為保護義務（之附隨義務）³⁴⁰。由本文第三章至第五章可知，「輔助實現給付利益」之附隨義務內容實與從給付義務區別不易，甚者，在法律效果上，若依最高法院最近見解，（「輔助實現給付利益」之）附隨義務違反，只要影響契約目的，即可解除契約，則其與從給付義務之分別幾乎難辨，似無區別實益。如此，上開學者主張應將附隨義務解為「保護固有利益」之附隨義務單一類型（即德國法所稱保護義務）一說，誠然有據。

不論如何，現行司法實務並未對相關法律問題加以表態，由個案裁判內容觀之，法院承認之附隨義務種類相當之廣，也仍然包含「輔助實現給付利益」之附隨義務。惟伴隨契約類型增加、交易型態複雜化，雙方交易行為不再以單純之「交換」目的滿足已足，交易過程中，為實現契約訂立之目的並促使契約履行後雙方當事人利益之最大化，及保護契約當事人基於信賴關係而不因此交易受損害，契約雙方則須負有給付義務以外之附隨義務，為呼應此一趨勢，實務見解除須於個

³⁴⁰ 陳自強，契約之內容與消滅，2004年1月一版，頁94-97。

案中承認與創設附隨義務，也應積極說明其法律見解，俾利日後交易市場之契約當事人及其法律服務提供者，能提供正確之法律見解，訂立符合雙方最高利益之契約內容，避免無謂之契約訟爭。而本文自所研究之判決內容，彙整出各契約類型之附隨義務及法院考量依據，盼得作為日後面對新興交易活動判斷之參考。

此外，就法律效果而言，近來實務見解確認「附隨義務之違反影響契約目的之達成即得解除契約」之見解，回歸契約交易之本質加以探究，其結論固值認同。但對於契約目的為何，在新興交易類型中並不容易判斷，就此，如前所述，仍期待法院能繼續表明法律見解，建立標準，以供交易雙方當事人參考與遵循。



參考文獻

壹、中文部分

一、書籍

1. 王伯儉，工作毀損滅失的危險負擔，載：氏著，工程契約法律實務，頁 151-160，2008 年 10 月二版第 1 刷。
2. 王澤鑑，不完全給付之基本理論，載：氏著，民法學說與判例研究（三），頁 59-88，2004 年 10 月版。
3. 王澤鑑，債之關係的結構分析，載：氏著，民法學說與判例研究（四），頁 83-128，2004 年 10 月版。
4. 王澤鑑，民法總則，2005 年 9 月再刷。
5. 王澤鑑，債法原理（一），2006 年 9 月版。
6. 王澤鑑，人格權法，2010 年元月。
7. 史尚寬，不完全給付之研究，載：鄭玉波主編，民法債編論文選輯（中），頁 699-710，民國 73 年 7 月初版。
8. 史尚寬，債法各論，民國 70 年 7 月。
9. 何孝元，誠實信用原則與衡平法，民國 55 年 9 月初版。
10. 吳光明，民法總則，2008 年 6 月初版一刷。
11. 吳秀明，租賃，載：黃立主編，民法債編各論（上），頁 275-501，2006 年 2 月初版第 4 刷。
12. 林誠二，民法總則（下），2007 年 3 月三版一刷。
13. 邱聰智，民法債編通論，民國 86 年 10 月修訂六版五刷。
14. 邱聰智著、姚志明校訂，新訂債法各論（中），2002 年 10 月初版第 1 刷。
15. 姜世明，民事證據法實例研習（一），2005 年 2 月。

16. 姜世明，舉證責任分配法則之體系建構，載：氏著，舉證責任與真實義務，頁 1-44，2006 年 3 月一版一刷。
17. 姜世明，舉證責任轉換，載：氏著，舉證責任與證明度，頁 57-115，2008 年 10 月一版一刷。
18. 姜世明，醫師民事責任程序中之舉證責任減輕，載：氏著，舉證責任與真實義務，頁 45-102，2006 年 3 月一版一刷。
19. 姚志明，債務不履行—不完全給付之研究，2000 年 1 月初版。
20. 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，2004 年 9 月，初版第 2 刷。
21. 姚志明，積極侵害債權與不完全給付之研究，載：氏著，民事法理論與判決研究（一）—不完全給付與瑕疵擔保責任—，頁 259-320，2009 年 11 月初版。
22. 施啟揚，民法總則，民國 96 年 6 月七版一刷。
23. 孫森焱，民法債編總論（上），民國 99 年 5 月修訂版。
24. 馬維麟，民法債編註釋書（二）—民法第一九九條至第二四一條，民國 85 年 3 月初版一刷。
25. 張詩芸、羅惠雯，總價契約與實作實算契約，載：古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），頁 61-82，2008 年 1 月初版第 2 刷。。
26. 陳自強，契約之成立與生效，2002 年 3 月一版。
27. 陳自強，契約之內容與消滅，2004 年 1 月一版。
28. 陳自強，FIDIC 工程契約條款在契約法源之地位，載：氏著，整合中之契約法，頁 281-304，2011 年 5 月初版第 1 刷。
29. 陳自強，歐洲契約法發展之新動向，載：氏著，整合中之契約法，頁 197-236，2011 年 5 月初版第 1 刷。
30. 陳猷龍，民法債編總論，2005 年 10 月四版一刷。
31. 曾世雄，民法總則之現在與未來，2005 年 10 月二版 1 刷。

32. 曾隆興，現代非典型契約論，民國 85 年 11 月修訂七版。
33. 黃立，民法總則，2005 年 9 月修訂四版一刷。
34. 黃茂榮，買賣法，2002 年 5 月增訂第五版。
35. 黃陽壽，民法總則，民國 92 年 1 月初版。
36. 楊芳賢，承攬，載：黃立主編，民法債編各論（上），頁 573-670，2006 年 2 月初版第 4 刷。
37. 楊淑文，預售屋交易契約之法律性質及其相關問題之研究，載：氏著，新型契約與消費者保護法，頁 1-44，2006 年 4 月二版第 1 刷。
38. 劉志鵬，定作人之協力行為，載：古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），頁 1-20，2008 年 1 月初版第 2 刷。
39. 劉春堂，民法債編通則（一）契約法總論，民國 90 年 9 月初版第 1 刷。
40. 劉春堂，判解民法債編通則，民國 89 年 1 月五版。
41. 蔡章麟，私法上誠實信用原則及其運用，載：鄭玉波主編，民法總則論文選輯（下），頁 843-892，民國 73 年 7 月初版。
42. 鄭玉波，民法債編各論（上），民國 84 年 4 月十六版，頁 387。
43. 鄭玉波著、黃宗樂修訂，民法總則，2007 年 9 月修訂十版一刷。
44. 錢國成，不完全給付與瑕疵擔保，載：鄭玉波主編，民法債編論文選輯（中），頁 722-739，民國 73 年 7 月初版。

二、期刊文章

1. 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（五）——最高法院 90 及 91 年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌，第 57 期，頁 55-75，2004 年 4 月。
2. 向明恩，前契約說明義務之形塑與界線—評基隆地方法院九十二年度訴字第三四二號民事判決，月旦法學雜誌，第 190 期，頁 171-187，2011 年 3 月。
3. 向明恩，對我國民法第 245 條之 1 之反省與檢討，臺北大學法學論叢，第 79 期，頁 145-205，2011 年 9 月。

4. 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學雜誌，第 129 期，頁 19-32，2006 年 2 月。
5. 吳瑾瑜，所有權行使與權利濫用—以土地受讓人受讓前知悉房屋存在嗣後訴請拆屋還地的問題為例，臺北大學法學論叢，第 78 期，頁 43-110，2011 年 6 月。
6. 杜怡靜，金融商品交易上關於說明義務之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思，月旦民商法雜誌，第 26 期，頁 50-66，2009 年 12 月。
7. 杜怡靜，連動債銷售契約中受託人之注意義務—關於信託業法中的善良管理人注意義務—高院九七上易四二〇，台灣法學雜誌，第 134 期，頁 198-201，2009 年 8 月 15 日。
8. 杜怡靜等，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用—對連動債紛爭之省思—民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，第 56 卷第 2 期，頁 197-223，2011 年 4 月。
9. 林孜俞，工程契約業主不為協力行為之效力，月旦法學雜誌，第 129 期，頁 50-62，2006 年 2 月。
10. 林良榮，是「委任」的經理，還是「僱傭」關係的經理？／高院 99 勞上 47，台灣法學雜誌，第 168 期，頁 177-182，2011 年 1 月 15 日。
11. 邱琦，醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 37-50，2009 年 1 月。
12. 侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌，第 112 期，頁 9-23，2004 年 9 月。
13. 姚志明，營建工程承攬契約定作人協力義務之性質—評最高法院九十九年台上字第一〇九六號民事判決，月旦裁判時報，第 6 期，頁 39-49，2010 年 12 月。
14. 陳洸岳等，「中斷交涉」與締約上過失責任的序論研究—民法研究會第十四次學術會議，法學叢刊，第 44 卷第 4 期，1999 年。
15. 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論，第 104 期，頁 1-60，2008

年 8 月。

16. 陳聰富，誠信原則之適用範圍與效果－最高法院八十八年台上字第四九七號民事判決，月旦裁判時報，第 7 期，2011 年 2 月。
17. 曾品傑，論醫療上告知說明義務實務發展，月旦法學教室，第 107 期，頁 121-123，2011 年 9 月。
18. 黃世芳，論附隨義務之不履行與契約之解除，寰瀛法訊，第 10 期，頁 86-90，2002 年 9 月。
19. 楊芳賢，圍標之法律效果－簡評最高法院九十三年度台上字第一一八五號判決，月旦法學雜誌，第 127 期，頁 217-223，2005 年 12 月。
20. 楊與齡，論承攬契約定作人之義務，法學叢刊，第 22 卷第 1 期，頁 5-7，1977 年 3 月。
21. 詹森林，出賣人附隨義務之實務發展－最高法院裁判之研究，法令月刊，第 61 卷第 3 期，頁 33-46，2010 年 3 月。
22. 詹森林，民事法，國立臺灣大學法學論叢，第 39 卷第 2 期，頁 57-82，2010 年 6 月。
23. 劉孔中，積極侵害債權之研究－總論部分（上），法學叢刊第 30 卷第 4 期，頁 67-89，1985 年 10 月。
24. 劉孔中，積極侵害債權之研究－總論部分（下），法學叢刊第 31 卷第 1 期，頁 70-82，1986 年 1 月。

三、學位論文

1. 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 91 年 7 月。
2. 林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 94 年 7 月。
3. 洪維廷，契約義務體系與誠信原則，國立臺北大學法律學系法律專業組碩士論文，民國 100 年。

4. 胡慧滿，預售屋相關問題之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年 6 月。
5. 張晏菁，論工程契約下定作人之協力義務，國立成功大學法律學系碩士論文，民國 100 年 6 月。
6. 陳奕勳，經銷契約與銷售代理契約法律關係，逢甲大學財經法律研究所碩士論文，民國 97 年 6 月。
7. 楊仕屹，醫師說明義務—理想與現實之間，國立政治大學法律學系學士後法學組碩士班，民國 98 年 1 月。
8. 楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，民國 98 年 1 月。
9. 詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 79 年 1 月。
10. 劉承武，論契約上附隨義務基本理論體系之建立，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文，民國 79 年 5 月。
11. 劉春堂，締約上過失之研究，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，民國 72 年 5 月。

四、網路資料

1. 玉山銀行，<http://www.esunbank.com.tw/b2c/housecourse.info>(最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 2 日)。
2. 內政部營建署網站，<http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php> (最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 14 日)。
3. 台北市商業處，
<http://www.tcooc.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=1013633&ctNode=6823&mp=105011> (最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 2 日)。
4. 行政院公共工程委員會，
<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002> (最後瀏覽

日期：民國 101 年 6 月 8 日)。

五、新聞

1. 史榮恩，BMW 5 及 6 系列 9824 輛召修，聯合報，2012 年 3 月 30 日，C7 版。
2. 唐守怡，SONY 平面電視日本召回瑕疵品，聯合報，2011 年 10 月 13 日，A6 版。
3. 聯合報編譯組、趙惠群，SWIFT 車漏油？鈴木全球召修，聯合報，2012 年 5 月 8 日，A6 版。

六、其他資料

1. 行政院公共工程委員會，工程進料檢驗與管制，公共工程品質管理訓練班教材。
2. 國際諮詢工程師聯合會、中國工程諮詢協會編譯，菲迪克(FIDIC)合同指南，2007 年 6 月第一版第三刷。
3. 預售屋買賣契約書範本。

七、資料庫

1. 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。
2. 法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw/>。
3. 聯合知識庫，<http://udndata.com/> (最後瀏覽日期：民國 101 年 6 月 6 日)。

貳、外文部分

1. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition, 2009.
2. Christian von Bar and Eric Clive, Principles, definitions and model rules of

European private law : draft common frame of reference (DCFR) Full Edition,
2009 : Volume 1-3.

3. Emmerich,Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 6 Auflage, 2005.
4. Medicus,Dieter, Schuldrecht II,Besonderer Teil, 14 Auflage, 2007.
5. Staub,Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen, 1969.

