

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

違約金之比較法研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC93-2414-H-004-046-

執行期間：93年08月01日至94年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊芳賢

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 10 月 28 日

違約金之比較研究(國科會結案報告暫定稿)

一 前言

本國科會計畫名稱係「違約金之比較研究」，研究動機是因為我國民法債編修正亦涉及違約金規定，因此本計畫期望以違約金在英美法與德國法的內容為比較對象，以提供有關理解與思考我國違約金規定之若干資料。

二 違約金在民法債編規定修正前後之差異

私法自治及契約自由原則下，契約當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金(參見民法第二五〇條第一項規定)。

(一)修正前之規定

違約金有所謂損害之賠償總額之違約金或者懲罰性違約金之分¹，至於當事人所約定者究係何者，依民法債編修正前第二五〇條第二項規定，違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。但約定如債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求履行或不履行之損害賠償。本條第二項之前段規定，涉及損害賠償總額之違約金，較無疑義。至於本條第二項之後段規定，依舊法下之學說見解，有認為係有關懲罰性違約金²。反之，亦有認為，「就債務不適當履行(給付遲延，或不完全給付)而約定時，當事人雖未另訂為懲罰性者，但若係就債務不適當履行而約定者，則除得請求違約金外，仍得請求債務履行或不履行之損害賠償，蓋此違約金，僅為不適當履行之損害賠償」³。

(二)修正後之規定

相對的，修正後之民法第二五〇條第二項規定，並未修正其前段規定，即違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額，但是本條項後段則已修正為「其約定如債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額」。對於本條第二項後段規定，學說認為，此乃視為損害之賠償總額⁴。

本文認為，上段所述見解值得贊同，亦即若當事人未另有訂定，有關債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金之約定，係損害之賠償總額之預定。理由有二，首先，此乃民法第二五〇條第二項後段規定之明文。

¹ 有關此二者，參見史尚寬，債編總論，民國六十七年九月臺北五刷，第四九七頁。

² 參見孫森焱，民法債編總論，民國七一年三月四版，第五〇五頁，(二)1 之下有關懲罰性違約金之說明，有「債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償」之語，而同於修正前之民法第二五〇條第二項後段規定之內容。

³ 鄭玉波，民法債編總論，民國六十七年七月七版，第三四二 (強調部分，係本文作者所加)。

⁴ 孫森焱，民法債編總論下冊，民國九一年八月修訂版，第七二六頁。但是值得注意者，即使民法第二五〇條第二項規定已修正，仍有學說認為本條項「第二句規定之違約金稱為懲罰性違約金」，參見黃立，民法債編總論，2000年9月二版二刷，第五〇〇頁。

其次，為保護債務人，避免債務人負擔過重，亦宜採此一見解，而使債權人僅得請求債務人履行債務以及給付此一部分之違約金，以免債務人在此之外，仍須負擔其他之損害賠償。

此外，附帶說明者，民法第二五〇條第二項後段規定，雖然並未如同本條項前段規定，明示「除當事人另有訂定外」，賦予當事人得將違約金約定為懲罰性違約金之依據，但是依契約自由原則，當事人仍得約定其違約金係懲罰性之違約金。然而若當事人並未另有訂定，為保護債務人，避免債務人負擔過重，無論民法第二五〇條第二項前段或後段規定，均視為損害之賠償總額。

三 英美法的若干特色

(一)英美法並不承認懲罰性違約金，故須區分懲罰性與賠償總額之預定之違約金

值得注意的是，契約有關懲罰性違約金之約定，美國法院明確認為不具效力；英國法下，則是受衡平的限制，尤其若約定金額與實際損害相差太多，請求約定金額之給付即為不當⁵。因此對於英美法而言，法院必須區分契約約定之違約金究竟是懲罰性的，抑或僅是損害賠償總額預定。

對此，英國法的權威判例是Lord Dunedin在Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd一案所整理的見解，即 1)若約定之金額相較於違約可能發生的最大損害係過度且不當時，即為懲罰性違約金；2)若債務人所負者係金錢債務，卻約定債務人未履行時應支付一項更大的金額，則該約定亦為懲罰性違約金；3)在適用上述原則下，若約定金額僅當一項特定事件發生時才加以給付，則此一約定乃賠償總額預定。4)若單一總額係針對數項事件之一件或數件或全部而約定，然而某些事件造成重大損害，而其他事件卻僅造成微小之損害，則得推定(但亦僅止於此)其為懲罰性違約金⁶。

相對的，美國契約法某一教科書則引用Banta v Stamford Motor Co.一案所示的三項原則，即 1)約定之金額必須合理，亦即其與可能的損失或損害並未重大失衡；2)因違約所預期的損害必須在金額上不確定或者難以證明；3)當事人必須有意圖預先訂定損害總額⁷。

(二)英美法不承認懲罰性違約金目前有受質疑之趨勢

雖然英美法傳統上對於懲罰性違約金採取較為敵視的態度，但是目前已漸有加以質疑之見解。

英美法不承認懲罰性違約金的主要理由在於契約的損害賠償原則並不在於

⁵ 美國法，參見Farnsworth, E. Allan, Contracts, third ed., 1999, §12.18, 841 and 843.至於英國法，參見Furmston in Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, fourteenth ed., London, 2001, 689; Atiyah, Patrick Selim, An introduction to the law of contract, fourth ed. 1989, reprinted 1992, 452 and 453.

⁶ [1915] AC 79ff.轉引自Furmston in Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, fourteenth ed., London, 2001, 690.此外之細節，並參見本書 690 頁以下之說明。至於Atiyah, Patrick Selim, An introduction to the law of contract, fourth ed. 1989, reprinted 1992, 452 亦引用相同判例作說明。

⁷ Farnsworth, E. Allan, Contracts, third ed., 1999, §12.18, 843-844.其細節，參見同書 844 頁以下。

懲罰被告，而是在於賠償原告，因此懲罰性違約金被認為並不公平⁸。其次，則是所謂「有效率違約理論」亦拒絕承認懲罰性違約金，即採此理論者認為，承認懲罰性違約金將造成債務人在違約轉而與第三人交易更有利可圖時，仍須受契約拘束而履行其義務，否則應支付懲罰性違約金，致債務人無法以違約的方式追求更有效率的結果；此外，亦有主張承認懲罰性違約金可能促使原告浪費資源誘使被告違約，以便獲得違約金之賠償⁹。

但是上述不承認懲罰性違約金的見解，目前頗受若干英美法學者質疑。首先，當事人依契約自由原則所為有關違約金之約定，宜否如同英美法般加以限制，不無疑問¹⁰。其次，英美法區分懲罰性違約金與損害賠償總額預定違約金，並將前者解為無效的見解，一方面在區分上頗為困難，另一方面亦難以達到如同德國民法第三四三條(類似我國民法第二五二條)予以酌減而非逕行無效的彈性¹¹。再者，美國的法律經濟分析著作亦表示，一些經濟學者目前相信大陸法系承認懲罰性違約金是正確的，即懲罰性違約金中懲罰的因素得理解為此乃依據違約一方為受害他方利益而簽訂之保險契約之支付；又懲罰性違約金通常亦傳達有關承諾者履行債務之可信性的資訊，不宜不加承認；而且懲罰性違約金的約定其實亦得轉換為「紅利」約定，例如契約內容為對價九十元完成某一工作，並約定違約應支付二十五元，則此一約定極有可能被認定為懲罰性違約金，但是當事人為避免此一結果亦得在契約中約定，對價為六十五元完成該一工作，並在完成時，再支付二十五元，換言之，二者係達到同樣的結果，因此不承認懲罰性違約金製造誘因促使當事人重新將原約定轉為「紅利」約定¹²。

四 有關債務不履行與債務不適當履行之違約金

民法第二五〇條第二項前段規定，乃針對「債務人於債務不履行時」，應支付違約金之約定。至於同條項後段規定，則涉及「債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務」應支付違約金之約定。因此以下即依債務不履行與債務不適當履行之區分，說明其具體適用之概況。

(一)給付不能

當事人約定給付不能時，債務人應支付違約金者，由於給付不能，僅有債務不履行之損害賠償(參見民法第二二六條第一項規定)，因此僅須判斷該違約金究竟是否懲罰性之違約金抑或損害之賠償總額之違約金。對此，民法第二五〇條第二項前段規定，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。

此一規定之意旨，如上所述，乃在保護債務人，以減輕其負擔，以免因為經解釋為懲罰性違約金，以致債務人在支付懲罰性之違約金外，尚須負擔不履行之

⁸ Burrows, Andrew, Remedies for torts and breach of contract, 3rd ed., 2004, 449 and 451.

⁹ Burrows, Andrew, Remedies for torts and breach of contract, 3rd ed., 2004, 451.

¹⁰ Atiyah, Patrick Selim, An introduction to the law of contract, fourth ed. 1989, reprinted 1992, 453; 並參見Treitel, G.H., Remedies for Breach of Contract, A comparative Account, Oxford, 1988, 233.雖然如此，Atiyah在本書第 454 頁明白表示，拒絕執行懲罰性違約金仍是(英國)有效的法律。

¹¹ Treitel, G.H., Remedies for Breach of Contract, A comparative Account, Oxford, 1988, 233.

¹² Cooter, Robert/Ulen, Thomas, Law and Economics, 4th ed., 2003, 252-253.

損害賠償責任¹³。此外，債權人請求給付違約金，原則上須以債務人具有可歸責事由致給付不能為要件¹⁴(參見民法第二二六條第一項規定)，但依契約自由原則，當事人得就可歸責事由之認定標準另行訂定。

(二)給付遲延

債務人是否構成給付遲延，原則上須債務人就遲延有可歸責事由(參見民法第二三〇條規定)，但依契約自由原則，當事人得就可歸責事由之標準另行訂定。其次，由於給付遲延之損害賠償，分別有遲延之損害賠償(參見民法第二三一條第一項規定)以及不履行之損害賠償(參見民法第二三二條規定)，因此當事人有關給付遲延所約定之違約金，應依當事人之約定，必要時並應解釋意思表示，以確定其約定究竟是遲延或不履行之損害賠償，其次，其約定者究竟是懲罰性違約金或損害賠償總額預定之違約金。

1 給付無確定期限

首先，給付無確定期限者，必須債權人於可得請求給付時，對債務人催告，且債務人未為給付，債務人才自受催告時起，負遲延責任(參見民法第二二九條第二項規定)。若債務人未經催告而未為給付，並不負給付遲延責任，因為給付既無確定期限，債務人雖得隨時為清償(參見民法第三一五條)，但若債務人未主動清償，即須債權人對債務人催告，請求其清償，並且僅當債務人受催告仍未為清償，才負遲延責任，以保護債務人。

債務人已陷於給付遲延，而當事人係約定債務不適當履行亦即不於適當時期履行債務之違約金，則債權人除得請求債務人履行債務外，並得請求其給付違約金。亦即有關債務人不於適當時期履行債務，即須支付違約金之情形，固然較有可能是契約同時對給付定有期限，但當事人亦得對給付未約定期限之情形加以約定。至於此一違約金之性質，除當事人另有訂定外¹⁵，依民法第二五〇條第二項後段規定，視為損害之賠償總額。

若當事人約定者，係「債務人於債務不履行時」應支付違約金，則須債權人已得請求債務人賠償因不履行而生損害之賠償，債權人始得請求契約所約定之「債務不履行」之違約金。但是債務人僅給付遲延，原則上債權人尚無從立即主張債務人應負債務不履行之責任，因為雙務契約之情形，債權人須定相當期限催告債務人，而且債務人不於期限內履行時，債權人始得解除契約(參見民法第二五四條)。在此一前提下，若債權人得解除契約並且已解除契約時，即顯示債權人不欲受領原給付，換言之，遲延後之給付對債權人已無利益(參見民法第二三二條規定)，否則債權人當不致於解除契約，因此債權人得以其已解除契約，而拒絕債務人之給付，並請求賠償因不履行而生之損害(參見民法第二三二條規定)；在此一情形下，債權人即得依雙方有關「債務不履行」之違約金之約定，

¹³ 參見史尚寬，債編總論，(註 1)，第四九七頁，標題二以下所述。

¹⁴ 參見史尚寬，債編總論，(註 1)，第四九九頁。

¹⁵ 參見正文在註解 3 之後之說明。

請求債務人給付違約金。至於此一違約金之性質，若當事人未另有訂定，依民法第二五〇條第二項前段規定，視為損害之賠償總額。

2 給付有確定期限

其次，給付有確定期限之情形。在此一情形，若債務人因可歸責之事由¹⁶(參見民法第二三〇條規定)，未於約定之確定期限履行，即構成「不於適當時期履行債務」，不須債權人另行催告(參見民法第二二九條第一項及第二三〇條規定)。因此若當事人約定者係「不於適當時期履行債務」之違約金，除當事人另有訂定外¹⁷，適用民法第二五〇條第二項後段規定，債權人除得請求債務人履行給付義務外，違約金視為不於適當時期履行債務所生損害之賠償總額。

反之，若當事人約定「債務人於債務不履行時」應支付違約金者，參見上揭標題 1「給付無確定期限」之最後一段之說明。

3 所謂定期行為

在此所謂定期行為，係指民法第二五五條規定之情形。亦即民法第二二九條第一項規定之給付有確定期限並不同於民法第二五五條規定之情形，因此僅當依契約之性質或當事人之意思表示，非於一定時期為給付不能達契約之目的，而契約當事人之一方不按照時期給付者，他方當事人得不為前條之催告，解除其契約。此一情形，原則上債權人已無受領給付之利益，債權人得依民法第二三二條規定，請求不履行之損害賠償，因此若當事人約定者係「債務不履行」之違約金，債權人即得請求債務人給付違約金。此一情形，適用民法第二五〇條第二項前段規定，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。亦即契約自由原則下，當事人固得約定其違約金係懲罰性之違約金，但是除另有訂定外，為保護債務人，民法明定視為因不履行而生之損害之賠償總額。在此，同上所述，原則上須債務人有歸責之事由，債權人始得依約定對債務人請求給付此一違約金。

不過由於我國民法第二三二條規定繫諸是否「遲延後之給付，於債權人無利益」之要件，因此即使定期行為之給付，債權人仍有可能選擇請求債務人履行債務，並且請求民法第二三一條第一項規定之遲延之損害賠償。在此一前提下，債權人即不得請求「債務不履行」之違約金之給付，反而僅當違約金之約定係針對「不於適當時期給付」時，債權人始得在請求原給付外，並請求違約金之給付(參見民法第二五〇條第二項後段規定)。

(三)不完全給付

依民法第二二七條第一項之規定，債權人對因可歸責於債務人事由之不完全給付，係依可否補正，而分別依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因此同於上揭(一)及(二)所述，債務人因可歸責於自己之事由，致為不完全給付者，

¹⁶ 參見史尚寬，債編總論，(註 1)，第四九九頁。

¹⁷ 參見正文在註解 3 之後之說明。

須依雙方當事人有關不完全給付之違約金，其約定之對象究竟是針對債務不履行抑或不依適當方法履行債務¹⁸之責任，以及其約定者究竟係懲罰性違約金或損害之賠償總額之違約金而定。對此，得參照上述(一)及(二)之說明處理之。

五 結論

本結案報告僅係繳交國科會的暫定稿，既不周全，亦非確定稿，作者期望經繼續努力一段時間後得以完成本項研究，並正式投稿發表。

¹⁸ 對此，宜採廣義之理解，參見史尚寬，債編總論，(註 1)，第五〇〇頁。