

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

法國行政契約法之研究(2/2)

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC92-2414-H-002-042-

執行期間：92年08月01日至93年07月31日

執行單位：國立臺灣大學政治學系暨研究所

計畫主持人：陳淳文

報告類型：完整報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 93 年 11 月 22 日

論行政契約法上之情事變更問題*

陳淳文**

前言

吳庚大法官於民國六十七年在《台大法學論叢》所刊登之「行政契約之基本問題」¹一文，是該領域中最早，也是最重要的一篇學術期刊論文；其不僅開啟該領域之學術研究視野，同時也為我國日後行政契約之研究，奠下堅實的基礎。該文乃以行政契約不同於一般私法契約為其出發點，進而析論行政契約不同於一般私法契約的一些基本問題。在公、私法二元區分的大陸法系背景下，行政契約所可能遭遇的一些法律爭點，固然與一般私法契約必須常常面對的基本問題有所出入，所以有其個別撰文的必要性自不待言；然而同樣的思考路徑，卻未必適用於所有涉及行政契約之議題。換言之，對於一些同時存在於公法與私法二領域的原理原則，或甚至是超越公、私法二元區分之侷限的一般法律原則，是否適宜在其研究論文標題之前冠上「行政契約」一詞？並非沒有疑問。²

事實上，將法規範作二元區分的大陸法系體制中，公法規範與私法規範能否共通互用？的確是一個要常常面對的問題。德國早期的公法學者即曾強調：「民事法規之意旨與公法關係全然不具有法之相似性」³，故二者不可相互適用；晚近的學者則亦認為行政法應由私法之思維中解放出來⁴，應該特別重視公法不同於私法之特殊性。而法國法更是自始即強調行政法不是源自於私法，故自有其自主性。然而「情事變更」似乎就是一個同時存在於公、私法領域，或甚至是超越公、私法二元區分之侷限的法律概念。基於「情事變更」而引發的法律問題，普見於民法、刑法，乃至於憲法及行政法等相關領域。在此情形下，將「行政契約」置於「情事變更」之前，若非有意特別限縮討論之範圍；即無異於承認情事變更問題在行政契約領域中，有不同於私法契約的特殊性。

以下即嘗試以比較法之觀點，先概述契約領域中的情事變更問題，再進一步析論該問題在行政契約中的適用差異。然而在正式進入本文議題的討論之前，有必要先對情事變更概念作初步的了解。

壹、情事變更問題

不論是私法契約或是公法契約，皆具有所有契約所應有的基本要素，例如，兩個相對立之意思表示的合致；同樣的，公法契約與私法契約也都具有所有契約所共通的特質，或是皆要面對所有契約皆會遭遇的問題。此處所欲討論者，即是「契約」與「時間」的相應問題。嚴格而言，所有契約皆與「時間」發生關係。即使是諸如「買賣」或「贈與」等之一時性契約，也可能因物的瑕

* 本文源自國科會九十二年度研究計畫。計畫編號：NSC-92-2414-H-002-042。作者特別感謝台大法研所研究生洪淳琦協助校閱本稿。

** 國立臺灣大學政治學系助理教授

¹ 吳庚，「行政契約之基本問題」，《台大法學論叢》，民國 67 年，7 卷 2 期，107 至 146 頁。

² 換言之，本文之標題即應改為「論契約法上之情事變更問題」或「民(私)法上之情事變更原則」。然而，就此類議題，我國學者早已有豐富之論述，筆者實無超越的可能。

³ 此乃 Otto Mayer 之見解，參見吳庚，《行政法之理論與實用》，台北，作者自刊，增訂八版，民國 91 年 8 月，第 33 頁。

⁴ 吳庚，前揭書，第 34 頁。

疵擔保義務⁵，或是因附始期之期限⁶，而使得契約關係在時間上延續。至於本質上即屬在時間上延續的繼續性契約，例如必須經一定長度之時間方能完成履行義務的承攬契約，或是本身即以建立長期關係為原則的僱傭契約，更是一種「賭注於未來的契約」⁷。在此情形下，不論是契約本身的履行問題，還是契約履行的外在環境，皆可能因時間的延續而產生變化；一旦產生此類變化，即可謂之發生廣義的「情事變更」情形。然而，對於因時間上之延續所可能產生的變化，在某些情況下，可能正是促使當事人欲透過契約以為對抗的對象。例如，零售商為求貨源與購入成本的穩定，與其供應商訂定長期的契約，契約內容中明訂每月固定的進貨數量及其單價。此種契約的出發點無疑即是預見「時間可能改變一切」，故而希望透過契約來確定「不可確定的未來」，或以契約作為規避或控制未來風險的工具。⁸換言之，「情事變更」的事實，不僅不應是傷害契約效力的變數，反而應是促使締約的原因；所以締結契約甚至可以被視為是針對情事變更問題而來的解決方案。

然而我們所熟知的「情事變更原則」⁹，卻與前述立論有所出入。如鄭玉波氏對該原則之定義為：「法律關係成立後，為其基礎或環境之情事於該當法律效果完了前，因不可歸責於當事人之事由，致發生非當初所得預料之變更，由是，倘貫徹原訂之法律效果將顯失公平而有悖於誠信原則，即應承認其法律效果亦得有相當變更(如增減給付或解除契約)」¹⁰。此原則之內涵實際上是承繼大陸法系傳統中的「情事持續不變之保留條款」¹¹(*clausula rebus sic stantibus*)而來，意即締約雙方同意：客觀環境之持續不變，乃締約時之意思表示的生效要件；一旦環境改變，則原來的意思表示即應失其拘束力。此種條款的存在，在本質上使契約減損，或甚至是失去其「賭注於未來」的特性，同時也戕害「契約必須遵守」的神聖原則，故而飽受各方質疑。而自十九世紀初起的歐陸法典化運動中，大部分的民法典也未將情事持續不變條款視為是一項一般性的原則。¹²

儘管近代歐陸實定法排斥所謂的「情事變更原則」，但契約締結後因情事變更而生的履約爭議卻總是持續存在。若依中文字義將「情事變更」界定為「契約締結後至契約關係終結前的一切可能變化」，則真正構成問題的「情事變更」，事實上僅有客觀上的履行不能，以及履行雖仍可能，但對債務人而言卻是極度困難等兩種主要類型。至於因其他可能的變化對契約所造成的影響，只要未達履行不能或履行極度困難之程度，則應仍在「契約必須遵守」原則的規範意旨下運作。因為許多未來的可能變化，儘管具不確定性，卻仍有相當的

⁵ 如我國民法第 354 條之規定。

⁶ 如贈與標的物在始期未屆前而滅失，即生給付不能的問題。

⁷ R. Fabre, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, n° 2, p.1.

⁸ Cf. *Larrinaga v. Société Franco-Américaine* (1923) 92 LJ KB 455, at 465: "contracts are made for the purpose of fixing the incidence of ... risks in advance".

⁹ 我國學者對此問題作深入研究者眾，最具代表性的專著為彭鳳至，〈情事變更原則之研究中、德立法、裁判、學說之比較〉，台北，五南，民國 75 年初版。該書對早期相關中文文獻有完整的分析。晚近文獻有張南薰，〈情事變更原則在公共工程上之應用〉，政大法研所碩士論文，民國 89 年 7 月；林誠二，〈情事變更原則之再探討〉，《台灣本土法學》，第 12 期，2000 年 7 月，第 57 頁以下；侯慶辰，〈民法情事變更原則之研究〉，《法學叢刊》，第 191 期，民國 92 年，第 107 頁以下。

¹⁰ 鄭玉波，〈民法債編總論〉，台北，三民書局，民國 91 年，第 327 頁。

¹¹ 參見彭鳳至，前揭著，第 6 頁。

¹² 詳見彭鳳至，前揭著，第 22 頁以下。

可預測性；故而締約兩造自可在契約中對其以特別條款予以規範，自行設置風險分配機制。只有在超越一般人類理性所可預測的範圍，或是預測雖為可能，但成本卻是過高的情形下；法制的設計上才會容忍締約兩造漠視未來的不確定性。所以此處欲討論的「情事變更」，自然是指重大的、極端的「情事變更」；亦即包括事實上根本無法履行與履行異常困難等兩種類型。當然，以下論及的「履行不能」或是「履行極度困難」，皆與債務人本身之行為無關；因為對於可歸責於債務人的履行障礙，法制上皆已有所規範，故無須援引「情事變更」之概念。

貳、履行不能

履行不能乃指在客觀上對任何人而言皆不可能實現的情形。就比較法制的觀點來看，主要的差異出現在如何界定此概念，以及其所產生的法律效果上。而在公法領域，因為國家所扮演的雙重角色，及其所承載之責任特質，也使行政契約上的履行不能，呈現出不同於私法契約的形貌。

一、比較法上的「履行不能」

選擇英、德、法三國作為比較之基礎，不外是因德國法在多數領域與我國法十分相近；而法國法在公法範疇，尤其是行政契約法上又獨具特色，且其部分精神又為我國行政程序法所採；至於英國法則能顯示英美法系之自有體系與思考模式，且又在今日國際交易頻繁的全球化背景下，佔主導之地位，非吾人得以忽視。若能對此三國法制作初步的探究，則實已能對今日契約法有較全盤的了解。

(一) 英國法上的「履行不能」

早期的英國法強調契約絕對原則，亦即不論發生何種情況，契約都必須履行。代表性的案例是一六四七年的 *Paradine v. Jane*¹³一案。在此案中，土地承租人承租海外的土地，卻遭當地叛軍驅逐而無法使用其承租地長達四年之久，故訴請法院免除其繳納租金的義務。法院在判決中指出：一旦締約之後，即有完整履約的義務；意外事件並不能解除債務人義務，因為債務人原可在締約時，即得對此有所約定以保衛自己。此種嚴格的立場至一八六三年的案例出現後¹⁴，始轉趨緩和。本案系爭契約之內容是債務人有償出借其音樂廳以供四場音樂會之演出，然而在第一場音樂會開演日之前，該音樂廳即因火災而幾近全毀。法院在判決中指出：由於火災非可歸責於契約兩造，而音樂廳業已毀壞，故原告無借用音樂廳及付費之義務，被告也無提供音樂廳以供演出之義務。而在一八七四年 *Jackson v. Union Marine Insurance*¹⁵一案中，首次出現 *frustration* 一詞。自此以降，契約頓挫(*frustration of a contract*)¹⁶即成為英國法上履行不能的代名詞。

所謂契約頓挫，係指締約後發生使履約成為不可能、違法，或類似前述情況之事件。在此情形下，契約立即且自動地終止，兩造皆不再有履約之義務。¹⁷此種因外在因素而自動終止契約的理論，與傳統的契約必須嚴格遵守的

¹³ *Paradine v. Jane* (1647) Aley 26.

¹⁴ *Taylor v. Caldwell* (1863) 3B & S 826.

¹⁵ *Jackson v. Union Marine Insurance* (1874) LR 10 CP 125.

¹⁶ 由於是透過判例逐步建立的概念，所以概念內涵及其用語也不全然一致。諸如 *frustration of the purpose*, *frustration of impossibility*, *act of God* 等用語，也同契約頓挫一般被用來指涉履行不能的情形。

¹⁷ 參見 R. Halson, *Contract Law*, London, Pearson Education, 2001, pp.417.

基本原則相衝突。英國司法實務對此問題之態度，可透過以下三種較具代表性的論述來理解。首先是前述音樂廳焚毀案中，法官所提出的「默示條款理論」(The implied term theory)¹⁸。據此理論，契約兩造締約時，必以某特定情事之持續存在為基礎，故「若此特定情事變更，即應產生契約解消的效果」，此乃該契約之默示條款；而在兩造因情事變更而有所爭執時，法官有義務去檢視並解釋此默示條款之意涵。但為避免流於過於主觀之批評，法院對默示條款之解釋傾向採取客觀的途徑：「契約真意的理解，不是在探詢締約當事人主觀之意欲，而應是置重在作為一個公正及理性的當事人所可能同意的內容。」¹⁹儘管是強調以公正、理性之人為基礎的客觀觀點，但仍受法官主觀判斷之影響，故漸為主流意見所不採。其次是所謂的「契約基礎理論」(Theory of the foundation of the contract)²⁰，最簡明的說法即是「一旦契約基礎不復存在，契約之履行即可視為是被迫阻絕的。」在此種情形下，不論締約雙方有否在契約條款中預先規範意外事件之發生，契約皆因締約基礎不存在而應歸於消滅。²¹最後一種代表性論述可稱之為「極端差異途徑」(The radical difference approach)，或稱為「解釋理論」(The construction theory)。凡因意外事件使情事與原始締約時有極端之差異，則因此際情事非締約時所承諾之內容，故阻止契約之履行。²²由於法官必須先理解原始締約內容，進而比較意外事件之發生是否使履約環境與原始情事有極端之差異，故判斷之基礎實際上是源自於法官對契約之詮釋，所以又稱為解釋理論。該說之特點一方面尊重契約當事人之原始風險分配，但同時也賦與法官解釋的空間，比較能同時協調契約正義與契約必須遵守原則，故為現行的主流見解。²³

法院若要宣告契約頓挫以免除履行義務，必須滿足以下三要件：

1. 不可預見：所謂不可預見係指締約之際當事人未曾預見，或無法預見的事件；而這種不可預見是以一般人之正常智力與理性能力為其判斷標準。若擁有正常理性的人不認為，或無法想像該事件會發生，則此事件之發生即屬不可預見之事件，並因之能適用契約頓挫理論。至於在契約中已對意外事件之發生有所約定時，一般而言是不適用契約頓挫理論的，但也不因此就完全排除契約頓挫理論。事實上，寬鬆地適用契約頓挫理論，尤其在契約兩造已對意外風

¹⁸ Cf. Taylor v. Caldwell (1863) 3B & S 826, 833- 4: Where, from the nature of the contract it appears that the parties must from the beginning have know that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfillment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist so that, when entering into the contract they must have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done; there in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor.

¹⁹ 參見 Dahl v. Nelson (1881) 6 App Cas 38, 59 per Lord Watson, 引自 R. Halson, *op.cit.*, p. 422.

²⁰ 論者謂其始於 Jackson v. Union Marine Insurance (1874) LR 10 CP 125, 引自 R. Halson, *op.cit.*, p. 424.

²¹ Tatem v. Gamboa (1939) 1 KB 132, at138 : If the foundation of the contract goes, it goes whether or not the parties have made a provision for it ... the contract is at an end, that result follows whether or not the event causing it was contemplated by the parties.

²² Cf. Davis Contractors Ltd. v. Fareham UDC (1956) AC 696, 729 : "... frustrations occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. *Non haec in foedera veni*. It was not this that I promised to do."

²³ 參見 R. Halson, *op.cit.*, p. 425.

險有所約定時，將嚴重戕害正常的商業活動；所以該理論之適用寧屬例外。但在系爭意外事件遠超出締約兩造的原始風險規劃，且極端地改變履約情況時，方得例外地適用契約頓挫理論。換言之，唯有我們不能理性的期待契約當事人可以對特定風險在契約中預為規範時，才能被視為是不可預見之事件。

2. 不可歸責：凡是因契約當事人本身之行為所造成的履行不能，皆不得援引契約頓挫理論。例如房客不因其被關入獄而得主張免除繳納房租之義務。²⁴又如漁貨供應商擁有五艘作業船隻，但其中兩艘係向他人租用。一旦因租用船隻無法繼續使用而使其無法依約定之數量供應漁貨時，該漁貨商亦不得主張發生不可歸責於己之事件，因為是其自己選擇置已於不可控制之境地。²⁵至於事件之發生能否歸責，必須由主張契約頓挫者負不可歸責的舉證責任。

3. 不能履行

不能履行的概念可分三個層次以觀。第一種是所謂的「法律上的不能」。凡是在締約之後，因法律之變革，使得履約之標的或履約之方法成為違法時，該契約即屬履約不能。例如因戰爭關係，建木成為被禁止出口之物資²⁶或所出售之機器不得依約在敵軍佔領之港口卸貨²⁷，或是原預定開音樂會之場地，被主管當局以安全理由禁止使用，致使音樂會無法如期舉行等²⁸。第二種則是所謂的「物理上的不能」。最典型的代表就是標的物或標的物之主要部分滅失，或是雖未滅失，但從商業的角度來看，已屬完全無法相提並論之物²⁹；又如作為標的物之車輛或船隻遭到徵用或扣押而無法使用³⁰。另一類案型則是高度屬人性之契約，如表演者因病而無法上台演出³¹，或鐘錶師傅因死亡而無法教完學徒該學的內容等。最難界定的最後一種類型，可稱其為「實際上的不能」，其可包含經濟上或締約基礎之極端改變及目的不達等兩種主要次類型。在此種情形下，履行仍為可能，只是將使兩造關係形成極端重大的不平衡，或是使履約成為毫無意義之事。就後者言，著名的案例如原本租下街邊的房間兩日，準備觀賞愛德華七世的加冕大典，不料典禮因英王生病而取消，該契約之履行即毫無意義³²。至於經濟上或締約基礎上的極端改變，英國法則採取相當嚴格的態度。一般而言，履約成本的提高或履約所得之利益的降低，以及貨幣貶值³³等，都不被視為是「履行不能」³⁴；唯有存在極端差異的情形下，才有適用的空間³⁵。

²⁴ Cf. *Sumnall v. Statt* (1984) 49 P & CR 367.

²⁵ Cf. *Maritime National Fish Ltd v. Ocean Trawlers Ltd* (1935) AC 524.

²⁶ Cf. *Denny, Mott & Dickson v. James B Fraser & Co* (1944) AC 265.

²⁷ Cf. *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* (1943) 32.

²⁸ Cf. *Gamerco SA v. ICM/Fair Warning (Agence) Ltd.* (1995) 1WLR 1226.

²⁹ Cf. *Asfar & Co v. Blundell* (1896) 1 QB 123.

³⁰ Cf. *Countess of Warwick Steamship Co v. Le Nickel SA* (1918) 1KB 372.

³¹ Cf. E.g. *Condor v. Barron Knights* (1966) 1 WLR 87.

³² Cf. *Krell v. Henry* (1903) 2 KB 740.

³³ Cf. *Treseder-Griffin v. Co-operative Insurance Society Ltd.* (1956) 2 QB 127, at 144: "in England we have always looked upon a pound as a pound, whatever its international value... Creditors and debtors have arranged for payment in our sterling currency in the sure knowledge that the sum they fix will be upheld by the law. A man who stipulates for a pound must take a pound when payment is made, whatever the pound is worth at that time."

³⁴ 例如在一個建築房舍的承攬契約中，原訂工時為八個月；但因勞工突然的嚴重短缺，致使施工時間要延至二十二個月。承攬人向法院請求宣告契約頓挫，但法院認為並未出現極端不同的情況(*Davis Contractor Ltd. V. Fareham UDC* (1956) AC 696.)。又如因蘇伊士運河突然因戰爭而不得通行，貨船必須繞道而行，船東主張契約履行情況有極端重大的改變，但法院認為在所運貨

一旦出現契約頓挫的情形，契約自動解消。在雙務契約中，兩造義務同時解除，對於已履行之部分義務，債權人及債務人皆應返還已受領給付。³⁶

(二) 德國法上的「履行不能」

傳統德國民法論及履行障礙時，已明文規範「給付不能」與「給付遲延」等兩種情形；但不曾正視履行極度困難的情形。而所謂的「履行不能」，原指邏輯的、絕對的、物理的、事實上的不能；至於諸如法令之變更或履約情況的重大改變等，皆在實定法的規範之外。此種情形因第一次世界大戰，造成社經環境的重大衝擊而改變。司法實務逐次擴充「履行不能」的概念，將其延展至「經濟不能」³⁷的範疇。面對實務所遭遇的窘境，學界更提出「法律行為基礎學說」³⁸，以使債務人能從給付義務中解放出來。此學說歷經數十年，終於在二〇〇二年元旦起，正式成為德國民法債篇新修正內容的一部分。³⁹而「給付不能」的概念，因而也能重返其原始字義之內涵，不必再過度擴充，以承載其他的給付障礙問題。

對於真實的給付不能(wirkliche Unmöglichkeit)，現行法規定於第二七五條第一項⁴⁰。該條文與舊法之內容⁴¹雖有所出入，但其所包含的可能態樣卻無不同。更詳細地說，真實的給付不能包含「事實上的不能」，「法律上的不能」與「目的喪失」等三大類。有關事實上的不能，是指對任何人而言皆無法實現之事；最典型的例子就是標的物嗣後滅失的情況。而法律上的不能，則亦與英國法相當，亦即履行之標的或履行之方法因法令之因素而成為違法⁴²。至於目的喪失或目的不達的情形，過去實務常以擴張物之瑕疵擔保責任中之「瑕疵」概念的方法以茲解決；例如所採購之國外專利旋轉門，因無法取得使用許可而

物為不受時間影響的金屬物時，航程由 108 天增為 138 天並不足以構成履約情況之極端改變 (Ocean Tramp Tankers Corp. v. VO Sovracht, The Eugenia (1964) 2 QB 22.)。

³⁵ 例如一家醫院與一水公司在 1919 年簽訂一個供水契約，水公司將永遠以一千加侖七便士的低價，提供該院用水。但因貨幣贬值的關係，使 50 年後的七便士幾乎是毫無價值的。法院在本案中便承認的確出現極端重大的差異，該契約應該終止 (Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Water Works Co. (1978) 3 All ER 769, CA.)。

³⁶ 英國司法實務就此議題頗為歧異，故立法者隨之介入，於 1943 年制定 *Law Reform(Frustrated Contracts) Act 1943*。

³⁷ 參見彭鳳至，前揭書，第 99 頁以下。

³⁸ 該學說之詳細介紹，請參見彭鳳至，前揭書，第 30 頁以下。

³⁹ 筆者無直接使用德文文獻之能力，文中有關德國法之部分，皆是透過英文、法文及中文文獻間接取得。有關德國民法債篇之修正內容，中文文獻請參閱林易典，*德國民法債篇修正簡介*，《月旦法學雜誌》，第 85 期，2002 年 6 月，第 228 頁以下；同作者，*德國民法典新舊法部分譯文*，《月旦法學雜誌》，第 99 期，2003 年 8 月，第 100 頁以下；蔡晶瑩，*從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定之轉變*，《中原財經法學》，第 9 期，2002 年 12 月，第 113 頁以下；陳彥良，*論給付障礙法之新體例*，《月旦法學雜誌》，第 95 期，2003 年 4 月，第 123 頁以下。

⁴⁰ 德民法第 275 條第 1 項：「如給付係對債務人或任何人係屬不可能者，無請求給付之權。」引自林易典，前揭譯文，第 105 頁。

⁴¹ 德舊民法第 275 條：「於債之關係成立後，如因不可歸責債務人之事由，致給付成為不可能者，債務人免給付義務。」

債務人本身嗣後所生之給付不能，等同於債之關係成立後所生之給付不能。」引自林易典，前揭譯文，第 105 頁。另舊民法第 323 條亦規定雙務契約中的給付不能，此時債務人亦失去請求對待給付之權。

⁴² 如於工廠屋頂架設巨大之霓虹招牌的契約中，契約之履行以取得允許架設招牌之行政處分為前提。一旦主管機關拒絕給予許可，則逕行履約則屬違法之行為。(OLG Dusseldorf, NJW 1965. 761.)

拒絕受領該門，此契約內容雖可合法履行，但卻因缺乏該契約預定用途所必須具備之性質而可被視為是瑕疵。⁴³又如原本買票要聽由 Gyorgy Lehel 指揮布達佩斯交響樂團所演出的音樂會，因該指揮死亡而要求退票。換言之，音樂會固然如期舉行，但指揮已非原廣告中所排定的指揮，也可屬契約之履行仍無法實現締約目的的情形。⁴⁴

固然德國契約法以「契約必須遵守」(*pacta sunt servanda*)為原則，但由此原則反面推演至極，也可得到「任何人對於不可能之債務均不負給付義務」(*impossibilia nulla obligatio*)⁴⁵的想法。故在真實給付不能的情況下，債務人免除其給付義務；至於損害賠償問題，則依債務人是否可歸責而作不同處理。在不可歸責於債務人的情形下，債務人自然不負任何責任。除了歸責問題與事實上無法履行等兩要素外，德國法未如英國法討論「可預見性」的問題，此透過德國民法第二七五條第一項之條文內容即可得知。

(三) 法國法上的「履行不能」

法國民法對於履行障礙的問題，原則上採取截然二分的態度。對於履行不能，的確也與英、德一般地免除債務人之履行義務；但在另一方面卻堅守「契約必須遵守」原則，亦即只要有履約的可能，不論如何的困難，債務人皆難卸其履約義務。對於「履行不能」的界定，法國法也採取比其他兩國更加嚴格的態度，並建構自具特色的「不可抗力」(*force majeure*)概念。就用詞上而言，法國民法第一一四七條及第一一四八條分別出現「外來原因」(*cause étrangère*)，「意外情況」(*cas fortuit*)⁴⁶及「不可抗力」等三個概念，早期司法實務對之本有不同理解，但現則將三者視為同義詞，可統由「不可抗力」為代表。⁴⁷而實務上欲界定「不可抗力」，即將上述三概念轉化成三個要件：

首先是「外在性」(*extériorité*)，意即事件之發生與債務人自身毫無關係，故不可歸責於債務人；此即前述條文中的「外來原因」。傳統見解以人以外之自然事實或自然力之作用來詮釋此要件，例如暴風雨、水災或地震等。爾後則逐漸放寬界定標準，雖是人為之事件，只要與債務人無直接關連，諸如第三人行為、戰爭或公權力行為等，皆具「外在性」之特質。例如牙醫師因其所使用之器材瑕疵，對病人造成損害。法院即認為損害乃因牙醫師之行為而產生，故不具「外在性」；牙醫師自不得主張器材瑕疵乃不可抗力⁴⁸。此外，法院在審理中皆針對個案作具體判斷，而非單以抽象概念為基準。所以儘管一般而言，罷工的「外在性」常被法院所承認，但法官仍會就個案進一步追究造成罷工的原因⁴⁹：如果罷工的原因是源於公權力措施，企業主自得主張因罷工所

⁴³ RGZ 62, 267 (1906); 參見彭鳳至，前揭書，第 116 頁。

⁴⁴ NJW 1991, 1490. (AG Mannheim)

⁴⁵ 我國民法第 246 條第 1 項亦作相同之規定。

⁴⁶ 參見法國民法第 1302、1148、1722 及 1882 等條文。

⁴⁷ 最基礎的條文是法國民法第 1148 條：「若因不可抗力或意外情況，致使債務人無法履行給付、或其他特定之作為或不作為義務時，不生任何損害賠償責任。」

⁴⁸ Cf. Cass. civ. 1^{er}, 29 oct 1985, *Bull. civ.*, I, n° 273 ; 3 février 1993, *Dalloz*, 1994, som. 12, obs. Delebecque.

⁴⁹ F. Chabas, *Leçons de droit civil : Obligation- théorie générale*, Paris, Montchrestien, 1998, 9^e édition, p. 668.

造成的履行障礙具「外在性」⁵⁰；反之，若罷工純係因個別企業內部之勞資衝突而造成，則此類罷工即不具「外在性」⁵¹。

其次是「不可預見性」(imprévisibilité)，意即非締約時所能逆料之事；換言之，任何一個擁有正常理性的人，皆不認為此事會發生，則該事之發生即屬不可預見；此即屬前述「意外情況」之範疇。然而，從來不曾發生過的事，也不必然保證其將被認定為不可預見。⁵²不論是罷工或是恐怖份子之恐怖活動，可能因時空環境之不同，時而被認為具「不可預見性」，時而則被認定為不具此特性。⁵³

最後是「不可抵禦性」(irrésistibilité)，意即事件之發生非人力所能阻擋者，致使契約無法履行；此為前述法條中「不可抗力」之意涵。在現今的法國司法實務中，法院對此要件以客觀、抽象的觀點為出發點，並採取相當嚴格的態度，必須是任何人皆無法克服的障礙方屬之。簡言之，不論履約代價如何高昂，法院從不承認有所謂「財務上的不可抗力」；只要存在履行的可能性，債務人仍有履行的義務⁵⁴。再者，此三項要件原須並存，故具相同之地位。但司法實務之發展則逐漸偏重最後一個要件，而使前兩個要件處於附屬的地位。⁵⁵例如債務人本身因病而無法履約，應與債務人本身相關而不具「外在性」；但卻因其之「不可抵禦性」而可被界定為不可抗力。⁵⁶

歸納法國私法實務案例，「不可抗力」可分為以下三種基本類型⁵⁷：第一是所謂的「自然事件」(événements naturels)，例如地震⁵⁸，颱風、水災及疾病等。第二類是「人為及社會性事件」(événements humains et sociaux)，典型的例子如第三人之行為、罷工或暴動等。第三類則是「公權力之決定」(décisions de la puissance publique)，包括抽象的行為或是個別具體的措施。

就法律效果而言，因「不可抗力」而致使履行不能，債務人免除履行義務，且亦無須承擔損害賠償責任；不過債務人須負舉證責任，證明該事件之發生的確與其本身無關，且既無法預見，亦無法抵擋抗拒。再者，「不可抗力」不屬強制規定，故若契約中已對特定事件之發生有特別的權利義務規範者，則這些所謂的意定的「不可抗力條款」，自然取代法定「不可抗力」之法律效果。

總結前述各國對於私法契約上「履行不能」之相關規範，內容或有出入，但規範之精神則十分相近。具體而言，免除給付義務及對待給付之義務，契約得因之而解消，當事人不得請求損害賠償及通知對造之義務等四項，為其

⁵⁰ Cass. com. 21 nov. 1967, *Dalloz*, 1968, p. 279, note H. Sinay ; *Rev. trim. Dr. civ.*, 1968, p. 733, obs. Durry ; Cass. ch. ,mixte, 4 févr. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, p. 163, note F. Chabas ; *Rev. trim. Dr. civ.*, 1973, p. 549, obs. Durry

⁵¹ Cass. civ. 1^{er}, 6 oct 1993, *J.C.P.*, 1994, I, 3773, obs. G. Viney.

⁵² 例如旅館櫃台所保管之保險箱遭歹徒持槍搶劫，致使房客之財務受損。房客向旅館請求損害賠償，旅館不得主張此類事件從其開業以來未曾發生過；且面對持槍暴徒，亦不可抵禦，所以是不可抗力之事件。參見 Cass. civ. 1^{er}, 9 mars 1994, *Bull. civ.*, I, 91 ; *J.C.P.*, 1994, I, 3773, note Viney ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 871, note Jourdain.

⁵³ A. Bénabent, *Droit civil – Les obligations*, Paris, Montchrestien, 8^e éd., 2001, p. 239.

⁵⁴ Cf. A. Bénabent, *op. cit.*, p. 238 ; Cass. soc. 20 févr. 1996, *Dalloz*, 1996, p. 633, note Puigelier.

⁵⁵ Cf. A. Bénabent, *op. cit.*, p. 238.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 240.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ 當然，若本處於地震帶，則地震之發生因其可預見，且可預防(如強化建築結構等)，而不必然就被視為是不可抗力。

共同特點。⁵⁹鑑於國際貿易活動之頻繁，一九八八年生效的「聯合國國際商品買賣契約公約」(United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods)第七十九條⁶⁰，以及一九九九年的「歐洲契約法原則」⁶¹(Principles of European Contract Law)第八 101 條⁶²，第八 108 條⁶³及第九 303 條⁶⁴等，皆納入前述幾項特點，採相同之規範精神。於此顯示在契約領域中，因經貿全球化潮流的影響，各國法制已日趨融合。不過在公、私法契約中，儘管二者差異亦日趨縮小，但各自仍存有不可忽視的特色。

二、行政契約法上的「履行不能」

既然「履行不能」所欲描述的是一種客觀的事實，則不論是在私法契約或是在行政契約中，皆應有相似的界定。事實上，向來強調公法自有不同於私法之自主特性的法國行政契約法，對於絕對的「履行不能」之事件，亦使用

⁵⁹ 而各國之差異則在諸如概念範圍之界定，舉證責任之歸屬及通知對造之義務內容等事項，限於篇幅，無法於此處詳述。

⁶⁰ Article 79 : (1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from his liability only if :

- (a) he is exempt under the preceding paragraph; and
- (b) the person whom he has engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by the article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the one party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damage resulting from such non-receipt.

⁶¹ 此乃由歐盟會員國之法學家所組成的委員會，致力於歐盟私法的統一。有關契約的部分，已在 1995 年，1999 年及 2003 年分別出版三部分已規整的法條。對於該委員會之歷史、成員及相關條文之內容，可至下列網站查詢：<http://www.storeme.be/PECL3fr.html>.

⁶² Article 8 : 101 : *Remedies Available*

- (1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8 : 108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9.
- (2) Where a party's non-performance is excused under Article 8 : 108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages.
- (3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance.

⁶³ Article 8 : 108 : *Excuse Due to an Impediment*

- (1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.
- (2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.
- (3) The non-performing party must ensure that notice of impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notices.

⁶⁴ Article 9: 303 : *Notice of termination*

- (1) A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party.
- (2) The aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.

「不可抗力」的概念。而法國中央行政法院在其代表案例⁶⁵中，也提出與私法實務相似的三個界定要件：第一，事件之發生獨立於債務人的意志之外；第二，事件之發生無法預防，或無法使其停止；第三，事件之發生使義務絕對無法履行。整體而言，法國行政法院與普通法院對於「不可抗力」之認定皆採嚴格的態度。例如天候異常等自然力之行為較易被視為是「不可抗力」⁶⁶，但仍要其「異常」達一定程度的嚴重性始足當之⁶⁷；而財務上的極端困難⁶⁸，也如同私法上的處理方式，從來不被認為是一種「不可抗力」。

如果法院之界定要件與界定態度並無重大不同，公、私法上的「履行不能」卻仍存在不可漠視的差異；而此處之差異事實上就是有關公權力措施或決定造成履行障礙的部分。更詳細地說，「履行不能」中的「事實上不能」與「目的不達」，在公、私法兩類契約中的適用方式也許並無重大差異；但「履行不能」中的「法律不能」，在行政契約中即有其特殊之處。在私法契約中，凡是因公權力行為而使履行成為嗣後不能者，如契約之標的或履約之方式成為法令所禁止之事項，則該契約即因「履行不能」而解消，債務人因而免除履行之義務；再者，債務人也因其不可歸責性而不負賠償責任；此即所謂「王之行為」(fait du prince)的概念⁶⁹。但在行政契約中，公權力措施之行為者(國家或其他行政主體)本身可能也是行政契約的當事人之一，此際因「王之行為」所造成的法律上之履行不能，是否即能完全適用私法上的處理方式？值得進一步深入探討。

因「王之行為」所造成的履行障礙，當然包含「履行不能」與「履行極度困難」等兩種類型；故而以下所討論之內容，對於此兩種履行障礙類型皆有所適用。而此問題之探究，應從其概念範圍及適用方式等兩個面向分別以觀。

(一)「王之行為」概念之內涵

在雙方當事人是以人民為主體的私法契約中，「王之行為」概念十分容易適用；蓋凡是履約障礙源自於兩造以外之第三者，且此第三者是公權力主體，亦即是此處所謂的「王」，則屬該概念之範疇。但若進入至少有一造是以公法人為主體的行政契約領域中，公權力主體可能同時扮演「王」及「一般人民」等兩種角色，此時履約障礙之產生則未必完全與締約當事人中之公法人無關。此時是否應該因其缺乏「外在性」或「不可歸責性」，而須排除「不可抗力」概念或契約頓挫理論的適用？若就法國行政契約法的觀點來看此問題，「王之行為」概念的適用範圍事實上是相當狹窄的。簡言之，源自於公權力主體的履行障礙，不外以下三種情形：第一種是公權力主體以契約當事人之身分所為之行為。換言之，此項作為是基於契約關係，是由契約當事人之一造所為之行為；此時若非適用行政契約法上「單方變更權」⁷⁰的概念，就是一般契約

⁶⁵ C.E. 29 janv.1909, Compagnie des messageries maritimes et autres, *Rec.* 111, concl. Tardieu ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 1999, pp. 115et ss.

⁶⁶ Cf. C.E. 27 nov. 1935, Etablissement Descours et Cabaud, *Rec.* 1100 ; C.E. 11 déc. 1991, S.A.R.L. niçoise pour l'extension de l'aéroport, *Rec.* 430, *Dalloz*, 1992, S.C., p. 189, note Terneyre.

⁶⁷ Cf. C.E. 2 juill. 1931, Nicolas, *Rec.* 720.

⁶⁸ Cf. C.E. 15 avr. 1959, Ville de Puteaux c. Schwab, *Rec.* 236 ; C.E. 8 nov. 1963, Ville de Castemoron-sur-Lot, *Rec.* 544 ; C.E. 26 juill. 1947, Bongert, *Rec.* 351.

⁶⁹ 中文文獻可參見吳秦雯，《行政契約之效力與履行——以法國法制為中心》，政大法研所碩士論文，2001年7月，第157頁以下。

⁷⁰ 中文文獻可參見陳淳文，《論行政契約法上之單方變更權——以德、法法制之比較為中心》，將刊於《台大法學論叢》。

法上的可歸責於當事人一方的履行障礙問題；而非「王之行為」概念。第二種情形是由非締約公法人所為之行為而造成的履行障礙，法國實務以「不可預見理論」處理之；故亦非「王之行為」概念的適用場域。只有最後一種情形，才是現今「王之行為」概念的專屬地⁷¹，亦即是締約公法人，基於公權力主體之地位，在契約關係外所為之行為。

若依前述界定，則「王之行為」之存在應滿足以下三個基本要件：首先，必須是締約公法人本身所為之行為。例如地方自治團體與人民所訂之行政契約，因嗣後中央政府之措施而造成履行障礙⁷²，此時即不屬「王之行為」，因為行為者不是締約公法人本身，而是另一個公權力主體。同樣的道理，若履行障礙是源自於外國政府之行為⁷³，如義務之履行地點在國外時，此時債務人亦不得主張「王之行為」的法理。其次，此項公權力行為本身必須是合法的行為。若是不法行為，就履行障礙而言，當然不構成所謂的法律上之不能。最後，該行為必須是在締約時無法預見⁷⁴；此不可預見性之要求亦屬邏輯上之必然。

「王之行為」的可能類型包含具一般抽象性質與具特定具體性質等兩類行為。前者可能是法律、地方自治法規或行政命令等；後者則是行政處分，或較具抽象性質之一般處分等⁷⁵。依據法國法之見解，具備前述三個基本要件固然足以肯定有「王之行為」之存在，但並非所有案件皆因之得以援引「王之行為」理論，進而得以向行政機關請求損失補償。更詳細地說，「王之行為」理論最重要的法律效果就是行政契約之另一造，得因「王之行為」對其所造成的損失，向行為者——王（也就是締約公法人），請求損失補償。對於該項請求權的理論基礎為何？法國學界有不同意見。有不少學者認為此請求權之基礎乃在「契約財務平衡原則」（le principe de l'équilibre financier du contrat）。⁷⁶蓋透過此項請求權之行使，可以重建在履約過程中遭到破壞，但原本應是給付與對待給付相互平衡的契約關係；而此種平衡才是當事人雙方之締約真意，故重建平衡應可被視為是雙方同意的默示條款。另一派的學者則認為「王之行為」構成締約公法人無過失之契約責任，而此無過失契約責任與公法人侵權行為之無過失責任相當，皆是肇因於締約公法人之行為破壞了自人權宣言時代即已強調的「公負擔平等原則」（Le principe d'égalité devant les charges publiques）⁷⁷。更詳細地說，國家行為之成本，應由所有公民均攤，任何一個公民若因國家行為而比

⁷¹ 由於法國行政法主要是由法院判例建構而成，所以法律概念之內涵常會隨著判例之演進而改變。不同時代學者歸納不同時期的法院判例所得的概念內涵，自然會有所出入。「王之行為」概念亦屬此種情形。此處所採之限縮見解，主要以以下兩著作為依據：G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 1, Paris, P.U.F., 1992, 12^e éd., pp. 425 et ss. ; Ph. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Paris, Economica, 1989, pp. 150 et ss.

⁷² 法國早期對此採取比較寬鬆的態度，但晚近則採嚴格的立場。早期的判例如：C.E. 31 janv. 1930, Sté. des Combustibles, *Rec.* 133 ; C.E. 24 juin 1938, Etablissement Meunier-Coyez, *Rec.* 582 ; C.E. 4 mars 1949, Ville de Toulon, *Rec.* 197.

⁷³ 如法院曾在判決中指出，鐵路公司針對法國地方首長依德軍之要求，指示該公司免費運送德軍的行為，不屬「王之行為」，因為此時的真正行為者是德方，而非是法國政府。參見 C.E. 20 octobre 1951, Compagnie du Chemin de fer de Bayonne à Biarritz, *Rec.* 624.

⁷⁴ Cf. C.E. 14 mai 1926, Pouillard, *Rec.* 498 ; C.E. 19 nov. 1926, Cie Générale Transatlantique, *Rec.* 94.

⁷⁵ 此處乃援引我國之概念，以易於了解。如法國法上就不使用一般處分的概念。

⁷⁶ 如 Léon Blum, G. Péquignot, G. Jeze 及 J. De Soto 等人。參見 Ph. Terneyre, 前揭書，第 163 頁。

⁷⁷ Cf. P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 233 et ss.

其他公民承受更多的成本或不利益，則此平等均攤公共負擔之憲法原則⁷⁸即遭破壞，該公民應得請求補償以填補其多付之成本，重建平等原則。第二種見解不僅得到判例⁷⁹之支持，同時結合公法人侵權行為之無過失責任的理論，構築一個完整的無過失責任體系，應比前者更具說服力。

對於因「王之行為」所造成的何種損失，方得以請求補償？依前述「公負擔平等原則」之精神，法國判例推演出下列兩項要件：第一，「王之行為」所造成的影響，必須改變「契約之核心結構」。第二，締約當事人因之所受的損失，必須遠比其他公民因此相同行為所造成的損失更加嚴重；亦即與其他公民相較，締約當事人的損失是一種「異常的損失」(préjudice anormale)，「特別的損失」(prejudice spéciale)⁸⁰。此種「特別損失」的概念，與我國大法官在行政補償領域所提出的「特別犧牲說」⁸¹，實在十分相近。此外，法國行政法院要求此兩項要件必須同時具備。有時「王之行為」的確改變契約之核心結構，但締約人民卻未必因之即遭受異常的損失；有時損失的確是特別的，但卻又與契約本身無甚相關。唯有既改變契約之核心結構，又對締約人民造成特別之損失者，才能依「王之行為」理論，向締約公法人請求完整補償其損失。換言之，「王之行為」是否存在？在判斷上並不困難；真正需要針對個案深入探討的，是契約當事人是否因之而受有需要予以補償的特別損害？而此補償請求權之存在與否，實乃「王之行為」與「不可抗力」二概念在適用上的主要差異。

(二)「王之行為」與「不可抗力」

行政契約之履約過程中，因公權力主體之行為而造成「履行不能」，應區分以下兩種類型而作不同的處理。第一種情形是由非締約公法人所為之行為。例如，因中央政府之措施，致使地方自治團體所簽訂之行政契約無法履行。在此種情形下，此締約兩造與一般私法契約面對公權力措施之情形無異；皆屬在契約關係外，非出自於自己之意志，亦非自己意志所能抵擋或對抗的「不可抗力」。而此種「不可抗力」所造成的「履行不能」，在行政契約中實無理由足以支撐其法律效果應不同於私法契約。第二種情形則是締約公法人所為之公權力行為。若締約公法人是基於契約當事人之身分，在契約關係內所為之行為，則該行為之基礎若不是兩造皆可行使的契約上之權利，就應屬行政機關所專享之「單方變更權」的範疇。在此情形下，若出現「履行不能」之情事，則自當可歸責於締約公法人，而不屬此處所要討論之重心。反之，若是締約公法人在契約關係外，基於公權力主體之身分所為之行為，則其所造成的「履行不能」，就不宜適用前述「不可抗力」之概念，而應屬「王之行為」所該運用之場域。更詳細地說，私法契約中的「法律不能」必然是「不可抗力」，而且是「不可抗力」的一種主要類型；但在行政契約中的「法律不

⁷⁸ 1789 年人權宣言第 13 條謂：「為了維持國防力量及行政支出，徵稅是必要的行為；而此稅收，必須依個人之能力範圍，由全民所平均分攤。」

⁷⁹ C.E. 22 octobre 1937, Kerguelen, *Rec.* 839.

⁸⁰ 如中央行政法院在一個代表性案例中指出：「對於因法國政府與外國所簽訂並已依法轉化為國內法之條約所造成的損害，可以以公負擔平等原則為基礎，追究國家責任以補償此項損失；惟其前提條件為，一方面是該條約本身，及將其轉化的國內法，皆不得解釋為其規定排除任何補償；另一方面則是請求補償的損失，必須達到充分的嚴重性，並呈現特別(損害)的特質。」
Cf. C.E. 30 mars 1966, Compagnie Générale d'Énergie Radio-Électrique, *Rec.* 534 ; C.E. 29 octobre 1976, Dame Burgat, *Rec.* 452.

⁸¹ 如司法院釋字第 400 號、第 425 號、第 440 號、第 516 號及第 579 號等。

能」，則必然不是「不可抗力」，若已排除契約當事人之可歸責性，則不是「王之行為」，就是本文第三部分所討論的「不可預見理論」。

「王之行為」與「不可抗力」的差異，主要呈現在法律效果上。在「不可抗力」的情形下，已如前述，契約關係因而解消，債務人不再負給付義務；若在雙務契約中，則債權人亦失去其給付請求權，並也免除對待給付之義務。但若屬可歸責於債權人的給付不能，則在一般私法契約中⁸²，債務人固然既不必也無法履行給付義務，但仍得向債權人請求對待給付。⁸³而在「王之行為」的架構下，可能產生兩種情形：第一種情形是履行仍然可能，只是成本增加；第二種情形則是履行已完全無可能。就第一種情形而言，法國行政法院認為行政機關必須完整補償因「王之行為」，致使債務人履行成本急遽增加而生的損失。基於同樣的道理，若因「王之行為」造成「履行不能」，且債務人因而受有損失，則行政機關應亦有完整補償此損失之義務。換言之，私法契約中的「法律不能」，不存在損失補償的問題；但行政契約中的「法律不能」，債務人則有可能因其是肇因於「王之行為」，而有請求損失補償的可能性。

我國行政程序法第一四五條之規定，完全承襲法國法上「王之行為」之規範精神⁸⁴；最明顯的差異僅在於我國法限制「王之行為」需由「締約機關所屬公法人之其他機關」所為之行為方屬之。就法國法而言，凡締約公法人所為之行為皆屬之，包括締約公法人中之締約機關本身之行為，以及締約公法人之其他機關所為之行為皆屬之。事實上，因為法國法上之行政機關不具法人地位，故同一公法人之各機關所為的行為，皆歸屬於此公法人；故實無必要在同一公法人之下，再進一步區分締約機關與非締約機關。而依我國前述條文的反面解釋，締約機關本身在契約關係外行使公權力，對締約人民造成損失時，並不適用該條規定。則此時締約人民究應如何尋求救濟？實在令人費解。實則我國法亦未賦與行政機關法人地位，行政機關所為之行為，最終仍歸屬於其所屬公法人。在此情形下，前述第一四五條排除締約機關本身之行為，並無合理之基礎；應予以改正。⁸⁵未來在適用中，不論是締約機關本身或其他機關之行為，只要是締約公法人在契約關係外所為之行為，皆為「王之行為」，皆應得適用本條之規定。其次，補償之方式為何，本條亦未規定。若依法國「王之行為」理論，此處應對締約人民因之所受損失作完整之補償，因為締約人民沒有義務分攤這種不可歸責於己，且亦無法預測的「行政風險」(risque administratif)。不過，完整補償的前提條件，已如前述，必須「王之行為」衝擊

⁸² 如我國民法對於可歸責於債務人之「履行不能」有所規定(如第 220 條、224 條、231 條第 2 項、第 432 條及第 535 條等)，但對於可歸責於債權人而致履行不能者，卻未明文規定。論者謂：凡無債權人之作為或不作為，即不會發生履行不能之情事者，而債權人又得避免此行為而不避免，且其不避免又屬違反誠信原則而言(參閱孫森焱，《民法債篇總論》(下)，作者自刊，89 年 11 月修訂新版，第 825 頁)。其主要類型有以下 4 種：(1) 債務人之侵權行為，(2) 債權人就債務人之給付物負有注意義務而違反此義務，(3) 債權人未為必要之協力，債權人受領遲延。(參閱劉春堂，《民法債篇通則(一)：契約法總論》，作者自刊，民國 90 年初版，第 247 及 248 頁。)

⁸³ 如我國民法第 267 條，德國現行民法第 326 條第 2 項參照。

⁸⁴ 其立法來源可以參照許宗力，〈行政契約法概要〉，收於《行政程序法之研究》，經建會研究報告(翁岳生主持)，第 312 及 313 頁。

⁸⁵ 前揭經建會《行政程序法之研究》報告中(第 130、131 及 132 頁)，草案第 93 條之原始規定方式應較妥適。其規定為：「行政契約當事人之一方為人民者，其締結後，因行政主體於契約關係外行使公權力...」只要將此處「行政主體」改為締約行政主體，則將更為妥適。而此處之行政主體，係指具有法律人格的狹義行政主體之概念。

原始契約之**核心結構**，並對締約人民造成**特別異常**的損失。前述第一四五條第一項對此處之第一個要件已約略觸及⁸⁶，但未規範第二個要件以限縮其適用範圍；此有待未來透過法院裁判予以落實。最後，第一四五條明定「顯增費用」，或「其他不可預期之損失」皆在補償之列。若因「王之行為」造成法律上的履行不能，則締約人民在不必履行給付之外，尚有其他損失時，應得適用本條之規定。

參、履行極度困難

與「履行不能」相較，「履行極度困難」乃指契約義務之履行仍然在事實上、物理上及邏輯上為可能，只是履行之代價對債務人而言是過於沉重、難以承擔的。在此種情形下，究竟應堅守「契約必須遵守」原則，要求義務人不計一切的履行義務，抑或允許該契約得以調整或甚至之解消，公、私法契約對此問題似有較一致之處理方式；不過，縱使二者十分相近，卻仍有值得注意的適用差異。

一、比較法上的「履行極度困難」

英、德、法三國對於一般私法契約中的履行極度困難問題，恰有三種程度不同的處理方式。若以光譜之方式呈現，英國居於最左端，允許契約得以解消；德國約略居中，允許契約得以調整或終止；而法國則居最右端，堅守「契約必須遵守」原則，要求貫徹契約之履行。

(一) 英國法上的履行極度困難

如前所述，英國法向來強調契約絕對原則；故而所謂承諾，極端而言，就是無條件的履行義務。⁸⁷而對於情事變更問題，英國法亦認為：「契約本身就是風險配置的工具」⁸⁸，甚且，「訂定契約的目的就是為了預先界定風險之範圍」⁸⁹。在此背景下，除了真實的「履行不能」外，實無在契約約定之外，另為處理履行極度困難問題的必要性。緩和此絕對原則的契約頓挫理論，對於事實不能與法律不能，皆承認履行義務得因而免除，契約也可因之而解消；但卻不直接面對履行極度困難的情形。在判例上，或曾以「目的不達」或「實際上的不能」⁹⁰來迂迴解決履行極度困難的問題，不過法院一直採取十分嚴格的態度。⁹¹

就「目的不達」而言，前述因英王生病而取消加冕典禮，原為觀賞加冕大典而租屋之契約，可被視為是「目的不達」，故適用契約頓挫理論。但在另一個相近案例中，原租船欲觀賞海上的船艦閱兵，艦隊閱兵操演事後因故取消，但法院卻認為契約未遭頓挫；其主要的理由是艦隊仍停於港中，當事人仍

⁸⁶ 法條上謂：「但公權力之行使與契約之履行無直接必要之關連者，不在此限。」

⁸⁷ Cf. *Paradine v. Jane* (1647) Aley 26.

⁸⁸ Cf. R. Halson, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁹ Cf. *Larrinaga v. Société Franco-Américaine* (1923) 92 LJ KB 455, at 465.

⁹⁰ 美國法上對於經濟上之不能使用 *commercial impracticability* 一詞。中文文獻可參閱張南薰，前揭碩士論文，第 40 頁以下。

⁹¹ 於此可以參閱美國統一商法典(Uniform Commercial Code)第 2-615 條：Comment 4: Increased cost alone does not excuse performance unless the rise in cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance. Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed prices are intended to cover. But a severe shortage of raw materials, or of supplies due to a contingency such as war, embargo, local-crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply or the like, which ... causes a marked increase in cost is within the contemplation of this section.

得乘船參觀港中船艦。⁹²再就經濟上的極端困難而言，不論履約成本增加百分之二十二⁹³或百分之二十六⁹⁴，都不被英國法院視為構成「締約基礎的極端改變」，故而不屬契約頓挫。英國法官甚至曾言，唯有市價達契約約定價格一百倍以上者，方才構成「締約基礎的極端改變」⁹⁵，才有契約頓挫理論的適用餘地。不過，單純地經濟上因素，不論如何沉重，都不足以獨自成為契約頓挫的理由，法院基本上還會要求諸如「不可預見」等其他要件。

儘管是極少數的案例，「履行極端困難」在英國法上仍有可能構成契約頓挫，故英國法上契約頓挫(frustration)的概念比法國法上的「不可抗力」更為寬廣⁹⁶，因為後者專用來指涉真正無法履行之事件。不過，在何種程度方屬「極端改變契約基礎」的判斷上，英國法院之態度又比法國行政法院適用「不可預見理論」的態度還要嚴格。所以嚴格而言，英、法兩國之差距是十分細微的。如果因履行極度困難而被視為是契約頓挫，英國法之效果是契約因之而自動解消；法官無權以衡平或契約正義之理由，介入契約之調整，以重建契約原始的平衡狀態。此處英國法官權力之限縮，恰與德國法成鮮明的對比。

(二) 德國法上的履行極度困難

以歷史法學派與分析學派之學者所主導的德國民法，一方面極力貶抑自然法之價值，另一方面亦強調法之形式秩序與其安定性，故與情事變更之概念有所衝突。⁹⁷雖然成文法未明文規範情事變更問題，但自第一次世界大戰後，德國社、經環境動盪劇烈，原本較為靜態穩定的契約關係隨之丕變；立法及司法兩部門紛紛介入此一領域，以為因應。德國立法者一方面肯定德國民法的立法精神，一方面又要面對契約變動問題，故採特別立法之方式，對於情事變更問題作例外地暫時性規定，此類規定的代表性法律為一九五二年三月二十六日的「法官契約協助法」，該法明文授權法官可代表公權力介入私法關係，以解決契約關係中的情事變更問題。至於司法部門，法院由原始保守的態度，漸次轉為積極的態度。例如在一九一五⁹⁸的案例中，法院尚且認為既然契約中未為約定，則戰爭使得馬戲團無法表演，並不因此可以解除場地之租約，因為誠信原則與商業上之忠誠並不足以證立債務人因戰爭所造成的損失，應轉由債權人承擔。不過隨著馬克因戰爭而劇烈貶值，法院在一九二二年的判例⁹⁹中首次採用「法律行為基礎學說」作為裁判依據；一旦因情事變更致使締約基礎不復存在，則當事人有權請求調整契約，或甚至進一步的解除或終止契約。

因戰爭結束而理當趨於緩和的情事變更問題，卻總是因今日世界的變化不斷而無法完全漠視。例如兩德的迅速統一，也屬不可預見的重大轉變，自然也會因對契約關係造成衝擊而要面對情事變更問題。¹⁰⁰德國新修正的現行民法

⁹² Cf. *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* (1930) 2 KB 683.

⁹³ Cf. *Davis Contractors Ltd. V. Fareham Urban District Council* (1956) AC 696.

⁹⁴ Cf. *Exportelisa SA v. Rocoo Giuseppe & Figli Soc Cell* (1978) 1 Lloyd's Rep 433.

⁹⁵ Lord Denning's dictum in *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co.* (1978) 3 All ER 769 at 778.

⁹⁶ Cf. Barry Nicholas, "Force Majeur and Frustration", 27 *American Journal of Comparative Law*, 231, 1979.

⁹⁷ 參見彭鳳至，前揭書，第1頁以下。

⁹⁸ ERGZ 397 (1915). 引自 H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *Casebooks On The Common Law Of Europe : Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 631.

⁹⁹ RGZ 103.328 ; RGZ 104. 394. 有關第一個判例之內容，可參閱彭鳳至，前揭書，第124及125頁。

¹⁰⁰ Cf. BGHZ 120. 10 (1992).

終於正式納入「法律行為基礎學說」，其規定呈現於現行民法第三一三條¹⁰¹中。

歸納德國判例見解及立法意旨，對於因情事變更造成履行極度困難之情況時，只有此變更衝擊原始締約基礎，而此種締約基礎之改變對於義務人而言，若能事先預知即不會如此簽約，抑且對此契約之履行亦無期待可能性，則義務人得請求調整契約，若契約調整不成，則可解除或終止契約。從而，對德國法而言，其規範重點有以下三項：第一，必須是不可預見的事件，方屬情事變更之範疇；第二，透過契約調整以維持契約，乃是調和契約必須遵守原則與情事變更原則的最佳手段；第三，惟有在契約調整不成時，才會使契約關係走上解消一途。此外，法院介入此私權契約之爭執時，通常不會忘記契約的形式意義，而採取嚴格且限縮之態度；如此將法安定性之破壞幅度，儘可能地降至最低。由於德國法的作法比英國法更有彈性，故為多數歐洲國家¹⁰²所採。

(三) 法國法上的履行極度困難

法國民法對於因情事變更問題所造成的履行極度困難，採取最嚴格的態度，亦即除了真正的「履行不能」外，不論締約基礎如何改變，締約成本如何異常增加，契約仍必須遵守，義務人只能不計成本的履行其義務。在十九世紀所建立的代表性案例 Canal de Craponne¹⁰³一案中，對於締結於一五六七年的灌溉供水契約，至一八七六年最高民事法院(la Cour de cassation 以下稱破毀法院)裁判時，幣值已歷經相當大程度的變化，但破毀法院仍然認為：「民法第一一三四條¹⁰⁴是一個普遍且絕對的條文。不論其裁決能呈現何等的平衡，法院皆無權因時間及環境之考量而修改當事人雙方所決定的契約。」換言之，一個已歷經三百年的契約，仍不得因時間及環境之改變而調整或拒絕履行。第一次世界大戰的爆發，原本提供破毀法院改變見解的機會；不料該院不為所動，仍堅持其原始立場。例如一個簽訂於一八四五年的煤炭供應契約，破毀法院在一九三三年¹⁰⁵的判決中仍然認為一百公斤煤炭只值五十生丁的價格，仍應依約繼續維持。直至一九九二年¹⁰⁶法院的立場才略為鬆動，破毀法院在肯定法院無權介入契約之調整的同時，卻也認為拒絕調整契約的一造(亦即因情事變更而獲益的一造)在履約上有過失，應負賠償責任。在未來新的案例進一步確認民事法院之見解變更之前，法國法仍在原則上堅守契約必須遵守原則，無視因情事變更所造成的履行極度困難問題。¹⁰⁷

法國私法學界對於民事法院的保守立場，並非沒有反對的聲浪。支持法院應該允許契約之調整或解消者，主要有以下幾種立論¹⁰⁸：第一種立論認為情事變更條款應該是契約中的默示條款，一旦締約情境改變，契約即應因之而改

¹⁰¹ 中文翻譯可參見林易典，前揭文 德國民法典新舊法部分譯文，第 110 頁。

¹⁰² 如荷蘭民法第 6:258 條；義大利民法第 1467 至 1469 條等；希臘民法第 388 條。

¹⁰³ Cass. civ. 6 mars 1876, Canal de Craponne, *Dalloz*, 1876, I, 193 ; *Sirey*, 1876, I, 161.

¹⁰⁴ 該條規定如下：依法訂立之契約，對於締約兩造有相當於法律之效力。

前項契約，僅得由締約兩造合意，或基於法律許可之原因，方得撤銷之。

契約之履行，應以善意為之。

¹⁰⁵ Cass. civ. 15 nov. 1933, Verreries de Carmaux c. Mines de Graissessac, *Gaz. Pal.* 1934, I, 58.

¹⁰⁶ Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. Civ. IV.*, n° 338 ; *R.T.D.civ.*, 1993, pp. 124 et ss., obs. Mestre.

¹⁰⁷ J.Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil : Les obligations-I. L'acte juridique*, Paris, Armand-Colin, 10^e éd., 2002, p. 307.

¹⁰⁸ Cf. I. de Lamberterie, " Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée ", in D. Tallon et D. Harris sous la direction, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-Anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 224.

變，因為原締約情境之持續存在乃契約持續生效的前提條件。第二種見解則認為民法第一一三四條除宣示契約必須遵守原則之外，尚強調應「善意」的履行契約。一旦因情事變更而獲益的一方拒絕變更原契約，則應將其視為是非善意的履約，並應給予制裁。第三種論述則以權利濫用概念為基礎，認為要求對照於情事變更下仍履行義務，即是權利濫用。最後，因情事變更而獲得之利益，難道不可以視為是無法律上原因而取得的「不當得利」嗎？至於反對契約變動者，針對前述立論亦一一提出反駁。首先，以意思自主為基礎的個人主義契約觀，固然可以推出情事變更原則乃默示條款；但也同樣可以推論出契約意思表示之目的，即在於對抗所有可能的未來變化。在此情形下，若無明示條款允許契約因情事變更而重新調整內容，則當事人之真意即是反對因情事變更而調整契約。其次，對於履約應依善意為之的說法，反對者認為此與情事變更無關，而應屬當契約條款不明確時的解釋方法。至於要求履行是否構成權利濫用？反對者亦認為權利之基礎來自契約，依契約之規定執行當事人間之法律(契約是當事人間的法律)，豈能是權利濫用？最後，有關不當得利的說法亦無法成立，因為利益之來源正是契約本身。總之，如果允許個別契約因情事變更而改變，則最終將可能導致商業關係的全面崩解，因為一個契約的變動很可能導致另一個或甚至是更多契約的變動；基此，個別契約中的衡平追求，可能最終導致整體經濟秩序的失衡。

法國民法堅持「契約必須遵守原則」的立場，基本上是與自羅馬法¹⁰⁹以降，一直到中世紀¹¹⁰的法學傳統相對立的。在此之前，情事變更的法理一直具有一般法律原則的地位。法國十九世紀的立法者與法學家反對情事變更原則，主要是在個人主義與意思自治的思潮之下，對人之理性充滿樂觀的態度，法律上所規範的人，是屬事實上得貫徹自己意思的「強勢的人」¹¹¹，故而強調信守承諾的重要性。再者，當時社會、經濟環境的相對穩定，貨幣價值甚少劇烈變動，契約類型也十分簡單；所以幾乎沒有情事變更問題的困擾。但進入二十世紀之後，戰爭及經濟危機或恐慌不斷出現，加上科技的發展，致使社、經生活變動劇烈，法國如何能再堅持僵化、靜態的契約觀呢？原本因世界大戰的爆發，帶來了改變立場的契機；但除了前述經濟上的理由，為避免因個案正義之追求而導致整體經濟秩序的崩解外，更有政治上的理由：不少法國法學者認為造成情事變更事件之源頭(戰爭)，正是因為沒有貫徹契約必須遵守原則。法國之所以捲入大戰，都是因為德國撕毀國際協定(契約)之故。法國與德作戰，正是要制裁不遵守契約者，豈能在另一方面又接受德國學者所主張的情事變更原

¹⁰⁹ 例如 Ciceron 即曾言：當情事改變時，義務也須因之而改變：因為有時堅守承諾可能會對權利人或義務人造成損害... 例如，當某人承認願意協助他人，若在承諾之後，他的小孩生了重病而無法分身，此時他即無履約的義務。(Ciceron, *Des devoirs*, I, 10, 31-32)引自 Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision – vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p. 5.

¹¹⁰ 如 Saint Thomas d'Aquin 曾謂：意欲信守承諾的人不是騙子，因為他所說的話並未違反自己的意思；但若未信守承諾，則缺乏堅毅與忠誠。不過，有以下兩種情況是可以原諒的：第一，如果是一種明顯很糟的壞承諾，義務人不當地承諾一件事，則最好是不要履行此事。第二，如果是個人或環境的情況改變，就如同 Sénèque 所言的：「必須一切皆未改變，才有信守承諾的義務。」換言之，當我們承諾時，必在特定的條件下，當這些條件不復存在時，未忠誠於已作的承諾並非是騙子。(Somme théologique IIa-IIae, q. 110, art 3, ad. 5.)引自 Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 4.

¹¹¹ 參見 Claus-Wilhelm Canaris 原著，林美惠譯，民事法的發展及立法——德國契約法的基本理念及發展，《台大法學論叢》，第 28 卷第 3 期，民國 88 年，第 343 頁。

則？¹¹²所以同樣在一九二二年面對通貨貶值而作出裁判，德國¹¹³引進「法律行為基礎」學說以解決情事變更問題，而法國¹¹⁴則仍堅持契約必須遵守之立場。

儘管情事變更原則在道德上是可欲的，在經濟上卻是危險的；有否必要為了個案正義而侵害整個經濟交易秩序的穩定，一直是法國法界思索的重心。法院的僵化立場無疑無法解決國內因情事變更而生的法律問題，同時在今日經貿全球化的浪潮下，有礙法國的在國際上的經貿活動。所以，除了如同前述，法院已緩步地調整其昔日見解外；法國立法者亦如德國一般，更不時制定各種特別法以解決因情事變更所產生的法律爭議。這些立法的內容包括授權法院得依經濟情勢而延長履約之期限¹¹⁵，或者對於繼續性契約，允許其在期限屆滿之前提前終止契約¹¹⁶，或因經濟情勢狀況而調整契約內容等¹¹⁷。然而，立法者不全面調整實定法之內容，而僅止於個別領域作特別規定，亦引起法社會學者之批判；蓋這些法律已成為有選票影響力之特定族群專享的特別法，未能全面解決因情事變更所引起的正義問題。¹¹⁸

總之，法國私法對於情事變更問題所持的態度，不僅比英、德兩國之實務更為嚴格；亦不同於法國行政法院的見解。在法國行政契約領域，早自二十世紀初期，即面對情事變更問題，建立了「不可預見理論」。於此再次顯示法國公法與私法二元分立，的確各自有其自己的體系。

二、行政契約法上的「履行極度困難」

在公、私法二元區分的法體系下，私法契約與行政契約適用不同原則，原並不至令人特別訝異。此處比較有趣的現象是私法追隨公法之發展，移植公法之原理原則。在德國，一九七六年的行政手續法第六十條¹¹⁹已對情事變更後的契約調整有所規定，遠早於德國新近修改民法債篇的相關規定。在法國，普通法院的最高權威——破毀法院，方才緩步地調整其傳統見解，法國中央行政法院卻早已提出「不可預見理論」，以因應行政契約履行中的履行極度困難問題。在了解該理論之具體內容之餘，尚有必要進一步地比較其與私法契約在相同問題上的處理差異。

(一) 不可預見理論 (la théorie de l'imprévision) 之理論內涵

同樣是因為第一次世界大戰所造成的經、社環境重大變動，法國行政法院面對重要能源(如煤及瓦斯等)價格暴漲，致使家戶能源供給產生中斷之危機，採取與其破毀法院截然不同之態度，正面肯定情事變更原則。其第一級行政法院早在一九一五年¹²⁰就先以「締約者之真意」的解釋方法，認為情事變更

¹¹² J. Carbonnier, *Droit civil, les obligations*, tome 4, Paris, P.U.F., 1992, 16^e éd., n° 148.

¹¹³ RGZ 103. 328 (1922).

¹¹⁴ Cass. civ. 6 juin 1921, Bécou c. Saint-Pé, *Dalloz*, 1921, I, 73, rapport A. Colin ; *Sirey*, 1921, I, 193, note Hugueney ; Cass. civ. 30 mai 1922, Baduel c. Toupel, *Dalloz*, 1922, I, 69 ; *Sirey*, 1922, I, 289, note Hugueney.

¹¹⁵ La loi du 20 août 1936.

¹¹⁶ La loi du 12 mai 1963.

¹¹⁷ La loi du 25 mars 1949 ; la loi du 2 août 1949.

¹¹⁸ Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁹ 中譯請參閱翁岳生，西德一九七六年行政手續法，〈行政法與現代法治國家〉，作者自刊，1990年11版，第282頁。

¹²⁰ Conseil de préfecture de Seine-Inférieure, 10 nov. 1915, *Revue des concessions*, 1915-1916, p. 59 ; cité par L. Richer, *Droit des contracts administratifs*, Paris, L.G.D.J., 1999, 2^e éd., pp. 239 et s.

應調整契約內容乃締約者之真意。接著在一九一六年的指標性案例¹²¹中，原始契約約定的煤炭上限價格為每噸 28 法郎；但因戰爭爆發，在一九一五年一月漲至每噸 35 法郎，到了一九一六年三月更高達每噸 117 法郎。中央行政法院首次在此判決中明白表示：煤炭價格的上漲不僅已達我們一般對於「異常」一詞的理解，它更造成製造瓦斯的成本超越締約雙方於締約時所能預估的極限；在此情形下，原告有權主張在此異常情況持續的前提下，無法僅依原始締約條件持續履約，讓公共服務業務繼續運作。...於此，為了解決此暫時性的困境，一方面必須考量公共利益，亦即是要求該公司讓其所負責的公共服務業務持續運作，另一方面要界定於何種特殊條件下，得以不依原契約內容履行義務。...若締約兩造無法就前述特殊條件取得共識，則締約公司可一方面使公共服務持續運作，另一方面向締約機關請求在此特殊情況期間，為確保持續履約而所承受的損失。自此以降，在情事變更問題上，法國行政契約即與其私法契約分別適用在表面上看起來相對立的處理方式。

歸納相關判例內容，「不可預見理論」應具備以下四項要件：

第一，必須是不可歸責於締約公法人本身之行為。換言之，是當事人意思之外所發生的事件。如前所述，締約公法人本身於契約關係外之行為應屬「王之行為」，而不屬「不可預見理論」之範疇¹²²。最早「不可預見理論」僅適用於因一般性的經濟性措施，或有全面性影響的經濟性事件，爾後則及於其他領域。不過，其最主要的適用場域，仍是經濟性場域。所以學者稱「不可預見理論」主要是處理「經濟上之風險」；而「王之行為」則是針對「行政上之風險」而來。¹²³

第二，事件本身必須是不可預見的。就如該理論之名稱所示，必須於締約時，當事人以常態之理性無法預見事件之發生。換言之，“未為預見”並不等於「不可預見」；只要有預見的可能性，縱使締約時未為預見，也不得適用「不可預見理論」。例如在簽約之際，中東局勢已十分緊張，爾後不能再以油價暴漲為由主張適用「不可預見理論」。¹²⁴事件本身的異常性，也不必然可以適用該理論。唯有無法預見的情況下，才有主張此理論的可能性。

第三，事件造成契約重大變動，當事人因之承受鉅大的損失。此處類似德國法上的無期待可能性，損失之嚴重程度非締約時所可想像，當事人實難以依約履行。換言之，輕微的損失，或一般經濟活動的正常損益風險，自不在本理論的適用範疇之列。而究竟要達何種程度的損失，才能主張本理論，則有待法官於個案中作具體判斷。而法國行政法院向來採取嚴格的審查態度，實務上因之而得主張該理論的案件，並不多見。¹²⁵

¹²¹ C.E. 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *Rec.* 125, concl. Chardenet ; M. Long, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 184 et ss.

¹²² 「王之行為」與「不可預見理論」之差別比較，可參考：C.E. 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, *Sirey*, 1950, III, p. 61, note Mestre ; De Soto, "Imprévision et économie dirigée", *J.C.P.*, 1950, I, 817, n° 10 et 11.

¹²³ A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité du droit administratif*, tome 1, Paris, L.G.D.J., 1999, 16^e éd., p. 836.

¹²⁴ Cf. C.E. 29 avril 1981, Bernard, *C.J.E.G.*, 1982, p. 9, concl. Franc.

¹²⁵ 在二十世紀上半葉，因為兩次世界大戰的緣故，是不可預見理論的高峰期。爾後一方面因經濟局勢較趨穩定，另一方面也因多數契約中皆有彈性的調整價格條款；再者諸多公共服務事業（如鐵路、電力等）也紛紛國有化或公有化，故而不再有「公共服務持續原則」的顧慮。（參見 J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, p. 308.）不過，二十世紀末葉迄今，法國大量的公共服務

最後，一旦出現情事變更，締約人民若欲主張適用該理論，則必須先持續履行其義務。¹²⁶事實上，「不可預見理論」與「公共服務持續原則」密不可分；若不是為了公共服務業務之持續運作，契約大可因之而中斷。所以，「不可預見理論」原則上僅適用於與公共服務之運作、履行或管理，或與公共利益直接相關的行政契約中。例如，行政機關所簽訂的私法契約，因不直接與公益相關，故無法適用本理論。又如在公物的租賃契約中，因為租用之目的是為私人利益，法院亦否決其可適用該理論。¹²⁷換言之，只要是為了公共服務或公共利益而讓契約持續履行，則不論是契約仍在履行中，或契約已完成¹²⁸，皆得主張該理論。

至於主張該理論最主要的法律效果，就是締約人民得因之向締約行政主體請求所有協助，包括其中最重要的損失補償部分。締約機關之所以有協助與補償之義務，仍是因為相關公共服務業務乃是其職責的一部分，而該項職責不因業務委外而完全移轉。若締約人民無法確保該公共業務之運作，則締約機關仍必須負起責任。故而，協助締約人民持續履約，就是實踐行政機關自己應盡的職責。而在損失補償方面，不同於「王之行為」的**完整補償**，此處僅是**部分補償**。前者因與締約行政主體相關，故所有損失應由風險製造者承擔。而後者則完全與締約行政主體無關，故應由兩造共同分攤風險。在法國實務中，由於涉及之公共服務乃行政主體之職責，故由行政主體承擔大部分的風險；締約人民所分攤的損失比例皆在百分之十以下。¹²⁹法院審酌補償金額時，除了界定補償期間之長短¹³⁰，也要計算因此不可預見事件所造成的實際損失數額。最後，在比例分攤上，法院主要考量締約人民的實際財務狀況，過去因此公共服務業務所造就的盈利情形，未來的收益預期，以及其對困境之因應努力等面向綜合評估。

(二) 不可預見理論與私法上的履行極度困難

法國公法上的「不可預見理論」與其私法上解決履行極度困難的方法，表面上看起來是相對立的，但在實質上卻不必然是完全的南轅北轍。首先，在法院面對契約的態度上，不論是普通法院還是行政法院，都不認為法院有權直接介入契約之調整；對此仍應尊重雙方之意思自治，以維持契約之基本精神。其次，隨著普通法院的態度修正，兩種法院在對於「契約應儘量予以維持」的立場上，亦無不同。普通法院制裁拒絕調整契約的一方，行政法院亦要求在契約持續履行的基礎之上，因情事變更而承受極端不利益的締約人民享有損失補償的權利。最後，在私法範疇內，事實上已有許多特別法介入各個特定領域，削弱了民法第一一三四條及破毀法院所持傳統見解之射程範圍；因此，整體而言，二者雖有差距，但卻非天壤之別。

再就「不可預見理論」與前述各國法制相比較，吾人可以發現其間的差異是十分有限的。法國法於此強調四個要點，包括事件之發生不可預期，且對

業務因歐盟之建立(市場歐洲化)及全球化之浪潮，又紛紛轉為民營，未來該理論有可能因之而重新站上舞台。

¹²⁶ C.E. 5 nov. 1982, Soc. Propétrol, *A.J.D.A.*, 1983, p. 259, concl. Labetoulle.

¹²⁷ TA de Rouen, 28 août 1998, Soc. Renault, *A.J.D.A.*, 1998, p. 1047.

¹²⁸ C.E. 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées, *A.J.D.A.*, 1976, p. 528 et 552, concl. Labetoulle.

¹²⁹ Cf. L. Richer, p. 243.

¹³⁰ 「不可預見理論」適用於**暫時性**的履行障礙，若屬**永久性**的履行障礙，則屬「不可抗力」之範疇。

契約結構造成鉅大衝擊；當事人雙方應先尋求合意的解決途徑，自行調整契約內容；契約必須儘量予以維持；以及法院得裁決補償範圍，但締約人民必須持續履約等。除最後一點與其他法制之規範有所出入之外，其餘的部分則無明顯差異。試以歐洲契約法原則對情事變更問題的規範內容為代表來比較，其與「不可預見理論」的內涵若合符節。歐洲契約法原則第六 111 條¹³¹第一項首先宣示「履約成本之增加不能免除履行義務」之基本精神，此乃再次重申「契約必須遵守原則」。緊接著在其第二項規範情事變更問題：若情事變更發生於締約之後，且非締約時所能預見，亦未於契約中預為規範此風險之分配者，只要義務人因之而承受的損失達極端過度的地步，則兩造即有重新調整契約內容的義務。最後，在該條第三項規定，若兩造無法在合理期限內就此達成合意，才有法院介入的空間。法院可以調整或終止契約；並且對於拒絕或蓄意阻撓重新調整契約的一造，追究其賠償責任。綜合各國法制之規範精神，情事變更之要件首先是事件的不可預測性與不可歸責於締約兩造。其次是嚴重衝擊契約之核心結構，造成一方的極端重大損失。就解決爭議的手段上，「兩造合意勝於法院之介入」，「契約持續優先於契約之解消」，乃兩項最重要的指導原則。基此，「重新調整契約」¹³²成為法定義務，不善盡此義務者，尚應受到制裁；而唯有契約調整無法達成協議，才會使契約歸於消滅。

「不可預見理論」真正與私法契約不同之處，僅在於義務人在情事變更發生後，仍必須持續履行其義務，若中斷義務之履行，則不得主張適用該理論。¹³³而此規範之理由，即在於前述的「公共服務持續原則」，或更進一步的推展至其上位概念，即是「公權力持續原則」，「國家主權持續原則」或「國家持續原則」。作為締約一方的行政主體，基於其本身職責不可中斷之特性，必須確保公行政之持續運作，故而必須要求締約人民不中斷其義務之履行。若所涉行政契約與公共服務之運作或公共利益無直接相關，則無要求持續履行之

¹³¹ Article 6 : 111 *Change of Circumstances*

- (1) A party is bound to fulfill its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.
- (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or ending it, provided that :
 - (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,
 - (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and
 - (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.
- (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may :
 - (a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or
 - (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and *faire dealing*.

此外，1964 年的海牙統一國際商品買賣法第 74 條，對此亦有較為簡略的規定可資比較參考。有關該公約及其中譯條文，請參閱王澤鑑，一九六四年海牙統一國際商品買賣法，《民法學說與判例研究》，第一冊，民國 83 年，第 111 至 164 頁。

¹³² 日本學者於此也提出所謂的「再交涉義務」。參見侯慶辰，前揭文，第 115 頁。

¹³³ 換言之，若中斷義務之履行，則完全依違約之方式來處理，毫不顧慮情事變更問題。故而，基於利益之考量，義務人鮮少單方停止義務之履行。

必要，也無須適用「不可預見理論」，而可依前述一般私法契約之處理方式來解決。

我國行政程序法第一四七條引進前述「不可預見理論」之精神，規範行政契約的情事變更問題，卻成為最被質疑的條文。¹³⁴其中尤以該條第二項的「命其繼續履行原定之義務」中的“命”字，為多數人所不解，認為應予以刪除。¹³⁵實則法國法上對此限縮於特定類型的行政契約，已如前述；故凡與公共服務持續原則無關之行政契約，本無要求持續履行的必要。再者，法國法亦未規範締約行政主體必須命義務人持續履行義務，而是判例上對於中斷履行義務者，拒絕給予補償。毫無疑問地，一旦有情事變更問題發生，造成履行障礙，締約兩造自然會相互溝通連繫，而此際締約行政機關也會一再表示在調整協議產生之前，義務必須持續履行。而此表示當然不是締約行政主體新的意思表示，只是原行政契約應有之法律效力的提醒罷了。檢視我國行政程序法第一四七條之規定，的確尚有改進的空間。首先就前述該條第二項的“命”字，應是要強調「持續履約乃補償之要件」，不論是否修改此字，該項應作如此理解。更重要的是何種行政契約類型得適用該項之規定？¹³⁶本項僅規定「為維護公益」即得適用，未免失之過寬，未來若未修法限縮，則法院於適用時應採嚴格之態度。最後，對於補償的要件，除不可預見及前述的命其持續履約外，本條並未作其他規定。若援引本條第一項有關調整權之規定為基準，則只要締約雙方協調不成，且締約人民持續履約，而「依原約定顯失公平者」，即得請求補償。惟依前述各國法制之相關規定，「顯失公平」與「極端重大損失」、「破壞契約核心結構」等相比較，顯然我國之規定亦過於寬鬆，在「契約必須遵守原則」與「情事變更原則」二者的衝突上，採取較為側重後者的態度。¹³⁷未來不論透過修法或法院之具體適用，皆必須予以嚴格限縮。至於在補償範圍上，法院於個案裁決中也應考量此處之風險分配問題，應不同於「王之行為」的補償方式，而係採部分補償原則。

¹³⁴ 如林明鏘，〈行政契約〉，收於翁岳生編，《行政法 2000》，下冊，台北，翰蘆，2000年，第 660 頁以下。

¹³⁵ 如陳愛娥，〈行政契約之研究〉，法務部委託研究(未出版)，民國 92 年 10 月，頁 23 及 114。

¹³⁶ 如最高行政法院 88 年判字第 3837 號有關宜蘭農工教師進修案，即無適用「不可預見理論」之餘地。有關本案，請參閱林明鏘，〈行政契約與行政處分 評最高行政法院八十八年度判字第三八三七號判決〉，《台大法學論叢》，第 33 卷第 1 期，第 93 頁以下，尤其是第 105 頁至 111 頁。

¹³⁷ 我國行政程序法第 147 條之用語，與民國 88 年增訂之民法第 227 條之 2 十分雷同；該條亦使用「依其原有效果顯失公平者」。雖然民法學者亦強調此處非一般的損失，須有背於誠信與衡平原則，但仍不同於外國法制所強調的極端重大損失。若比較行政程序法與民法，前述民法條文首先未將解除或終止契約明文規範為情事變更的可能法律效果之一，故雖有多數學者強調所謂的「第二次效力」問題(如林誠二，前揭文，第 65 頁以下)，但畢竟法未明文規定，故亦有反對此種詮釋者(如彭鳳至，前揭書，第 245 及 246 頁)。由於民法未達契約之消滅效果，僅能增減給付，所以前提要件可以比較寬鬆。反之，行政程序法已明訂契約消滅之效果，卻仍用顯失公平之用語，即便其於「情事變更」之前加上重大二字，仍無法限縮契約調整與解消之範圍，因為重大的情事變更，未必就會造成締約一造的極端重大損失。其次，民法規定向法院請求變更契約內容，行政程序法則規定向當事人請求調整或解消契約。在後者，若當事人取得協議，即無法院介入的餘地。若出現行政機關過於慷慨，輕易同意調整契約或補償對照；則此非如私法關係間，只要當事人間合意即可；因為尚涉及公共利益。至少基於此二理由，行政程序法中「顯失公平」之規定，即有更加限縮之必要。

結語

「契約必須遵守原則」使契約成為意定之法，與國家之法發揮同等的拘束力，使意思自治成為可能。而契約亦是理性者規範不確定性、賭注未來的工具，故「契約不變原則」亦是要求行為人為自己理性負責的重要機制。接受情事變更得以調整契約內容，或甚至得以免除履約義務；無疑會侵蝕以個人主義、理性主義及自由主義為基石的近代西方法制體系。然而，面對社經關係異常複雜且變動迅速的現代社會，過度堅持靜態的契約觀，難免會遭抱殘守缺之譏，甚且於實際經貿關係中，亦窒礙難行。更有甚者，基於立法者永遠可以修改自己所立之法的基本原則，有締約的權利，自然也就有毀約的權利。理性之人自會估算其毀約代價，有時甚至是蓄意「有效率的不履約」¹³⁸。故而，契約必須遵守的神聖性，實已今非昔比。

在行政契約中，基於公權力與行政任務之特性，一方面締約者可能本身就是「法律不能」的締造者；另一方面為確保公行政之持續運作而須要求締約人民持續履約，並對其進行補償。不論是前者或是後者，其規範重心並不在於公權力主體與人民之強弱比較，並嘗試透過立法規範，以保障表面上居於弱勢的人民；而純粹係基於公權力之特性及公行政之職責而為規範。若法國行政法表面上看似保障行政權之優勢，事實上並非是透過法規範予以強化此優勢；而只是將此公權力與公行政之自有特性，忠實地呈現在規範面上。若「王之行為」與「不可預見理論」看似難容於相互對等的契約領域，實則並非「行政契約」在本質上不同於「私法契約」，而係公行政與公法關係在諸多情況下，無法化約成兩個理性平等之人相互間的法律關係。

我國行政程序法之立法者，在正式肯認行政契約之餘，對於人民權利之保護，念茲在茲，不遺餘力。少數引進法國行政契約法之精神的部分，往往遭「過度保護行政機關」之批評。事實上，就以情事變更的相關規定來看，現行規定不僅未過度保護行政機關，甚至因其要件過於寬鬆，而有「過度保護人民」之嫌。而在我國今日所實踐的民主政治下，「保護人民」其實就是「保護選票」與「保護競選經費之財源」。主事者以保障人民權利為由，慷公帑之慨，大方地補償“人民”之際，其實就是建立票源與財源的重要手段。在此情形下，如果未來持續擴大行政契約之範圍¹³⁹，則進一步在行政契約法中保障公權力與公行政，不僅十分必要，甚且是維護我國民主制度的重要機制。換言之，即使私法契約與行政契約在本質上並無不同，其規範之精神與側重之面向仍應有所差異；故而「行政契約之基本問題」，包括此處所論及的情事變更，自當有其單獨為文的正當性與必要性。

¹³⁸ 如簡資修，〈一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害〉，中研院社科所，《人文及社會科學集刊》，第13卷第1期，2001年，第65頁以下。

¹³⁹ 如將政府採購契約納入行政契約之範疇。過去採購契約皆屬號稱較為保障人民的私法契約（因為兩造平等）。而事實上私法契約的界定，也的確發揮“保障人民”的功能。在採購契約的仲裁案件中，據筆者所悉，多數工程變更與追加預算的案子，皆順利通過。反正是國庫支應，仲裁委員則持與人為善之態度，所以最後是皆大歡喜。