

變動中的契約違反—
以不完全給付與瑕疵擔保為中心

東吳大學法律學系 林宗岳

零、 本文摘要

過往通說實務對於瑕疵擔保的性質，無不認為係法定擔保責任，為債務不履行體系以外的特殊無過失責任，以維債務不履行以可歸責為必要之體系性。

惟此見解不僅造成學習上的困難，更在實務上產生許多爭議，比如特定物買受人能否請求修補、能否在提出有瑕疵物時拒絕給付價金等。且現行德國民法、國際契約法無不將契約違反與歸責與否脫鉤，顯見二者並非風馬牛不相及的兩種法律制度。本文認為，依現行民法第 254 條、民法第 503 條，亦可發現契約違反及其救濟方法與歸責與否亦不當然掛鉤，從而瑕疵擔保雖不以歸責事由為必要，亦非不能統合於債務不履行體系中。

壹、 研究動機—債務不履行與瑕疵擔保之二元分立

債務不履行，尤其不完全給付與瑕疵擔保間之互動，向來為學習民法過程中最令人頭疼的一環。在月旦法學知識庫中，筆者以不完全給付+物之瑕疵查詢後，共有 234 篇文章；判決書查詢系統中，筆者以不完全給付+瑕疵擔保之關鍵字查詢後共有 8753 筆判決，顯見此爭議不只有學理上的價值，實務上也同等重要。

自最高法院 77 年第 7 次民事庭決議後¹，最高法院雖首先做出了其對於不完全給付與瑕疵擔保之價值判斷。惟往後數十年的判決、學說發展，也同樣受制於最高法院以瑕疵發生時點，及對於瑕疵發生是否可歸責，作為區別不完全給付與瑕疵擔保之分水嶺。學說並因此無所不用其極的嘗試將不完全給付適用於瑕疵擔保之案例中，以緩解現行法下買受人欠缺瑕疵修補請求權之不當。

更甚者，我國學說向來將瑕疵擔保與不完全給付割裂，將瑕疵擔保視作「法定擔保責任」，為債務不履行體系以外之產物，例外的不以可歸責為必要；反之，不完全給付作為債務不履行家族之一員，其責任成立以可歸責為必要。

¹ 有趣的是，此一決議的作成最高法院號稱係依據一份研究報告而來，惟該「研究報告」根本未提供任何見解的出處與依據。此一情形也飽受學者詬病。如：楊芳賢，自兩件外國過失不實陳述判決論民法第二四五之一第一項尤其第一款之妥當性，月旦法學雜誌，第 251 期，月旦法學雜誌，第 251 期，頁 204

此一區分方式在德國民法於 2002 年修正第 433 條第 1 項第 2 句：「出賣人應使買受人取得之物無物之瑕疵及權利瑕疵。」後，是否仍有堅守之必要？

又若瑕疵擔保與不完全給付實質上不需一分為二，在修法之前是否能夠過解釋之方式，實質上將瑕疵擔保與不完全給付整合？

最後，除最高法院 77 年第 7 次民事庭決議外，最高法院 96 年第 8 次民事庭決議、106 年第 5 次民事庭決議，均又針對承攬瑕疵擔保做出重要的開示。最高法院在 96 年第 8 次決議中明文表示，民法第 495 條第 1 項之損害賠償範圍，並不包括因工作瑕疵所生之加害給付損害，定作人應回歸民法第 227 條 2 項請求，以此適用民法第 125 條之長時效。此一見解在學說上受有好評²，但承攬瑕疵擔保法已明定定作人有瑕疵修補請求權，顯然承攬人提出之工作如有瑕疵應可認為是「不合於債之本旨」，是承攬瑕疵擔保是否確能與民法第 227 條割裂？

綜上所述，本文將嘗試探討：

- 一、瑕疵擔保與不完全給付，在現行法下是否有整合之可能；
- 二、如有整合之可能，民買賣瑕疵擔保、承攬瑕疵擔保與不完全給付間之關係又是如何？

貳、 債務不履行與瑕疵擔保之重構

一、債務不履行新觀點

(一) 從傳統見解出發—以不完全給付的可歸責為中心

1. 向來學說見解皆認為，不論是權利、物之瑕疵，只有「發生在契約締結後」、「以債務人可歸責」為必要，始有使債務不履行與瑕疵擔保競合之可能。

黃茂榮教授在此甚至認為³，嗣後的權利瑕疵擔保之法律效果既與債務不履行相同，「為使導致債務不履行之嗣後事由，適用同一要件，自當調整民法第 353

² 詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院 77 年第 7 次到 96 年第 8 次民事庭會議決議，台大法學論叢第 39 卷第 3 期，頁 104

³ 黃茂榮，買賣法，植根法學叢書，增訂版，頁 476

條之主觀要件，『使其亦以可歸責於出賣人』為要件。」

孫森焱教授亦認為⁴，在特定物之債時，應以契約成立時之現狀交付之。即使契約成立時已有瑕疵存在，苟以現狀交付之，仍屬依債之本旨而為履行。其瑕疵為物之瑕疵擔保責任的問題，不容混淆。且孫森焱教授又進一步補充，「不完全給付與給付遲延及給付不能相同，均為債務不履行。因此債務人對於不完全給付，『以可歸責於債務人所致者為限。』」因此在嗣後瑕疵之場合，必以債務人契約成立後有可歸責事由導致瑕疵發生，始有不完全給付之適用。

II. 但有趣的是，孫森焱教授又認為，瑕疵給付唯有可歸責於出賣人所致者，出賣人始有補正瑕疵之義務；卻又同時認為瑕疵之補正與價金給付之間，有同時履行抗辯權之適用⁵。依向來學說對於同時履行抗辯權之理解，其係源自於雙務契約主給付義務間履行上之牽連關係所生。亦即只需一方未提出給付，他方即可拒絕為對待給付，不以可歸責為必要。

既然孫森焱教授亦自承出賣人提出具有嗣後瑕疵之標的物為不合於債之本旨，不生提出效力。則自買受人的觀點，是否仍有必要區分瑕疵成立之時期，甚至以瑕疵是否可歸責於出賣人來決定買受人能否拒絕給付價金？如該瑕疵係不可歸責於出賣人所致，買受人是否被迫需受領該瑕疵物，並給付價金，而後再尋買賣瑕疵擔保之規定請求救濟？甚至如買受人拒絕給付價金，是否也因此需負給付遲延之責？因向來德國通說認為同時履行抗辯權「存在」本身即具有「不發生遲延」之法律效果，不待當事人行使抗辯權始溯及消滅遲延責任^{6 7}。

III. 小結，粗略地回顧了傳統學說對於不完全給付的理解，即可輕易查知硬是將不完全給付與瑕疵擔保割裂，將導致買受人陷於完全不利之境地。蓋誠如上

⁴ 孫森焱，民法債編總論（下冊），自版，99年3月修訂版，頁567—570

⁵ 孫森焱，民法債編總論（下冊），自版，99年3月修訂版，頁568、572

⁶ 王澤鑑，同時履行抗辯權：民法第二六四條規定之適用、準用及類推適用，民法學說與判例研究（六），五版，1991年，頁171

⁷ 最高法院50年台上字第1550號判例

所言，買受人此時如不能主張同時履行抗辯，當事人間之契約又漏未約定瑕疵修補條款，在現行法下亦未有任意規定可以填補此契約漏洞。勢必將導致買受人為免負給付遲延責任需被迫受領標的物，只能循「效果較弱」⁸之瑕疵擔保救濟。

(二) 國際上新債法之規定－以義務違反及歸責事由為中心

I. 依據私法統一化國際組織於 1994 年所編制之國際商務契約原則第 7.1.1 條關於契約不履行之定義：「不履行係指一方當事人未能履行其契約之任何義務，包括不良履行與遲延履行。」自此一條文吾人可窺知在國際契約法文件上，給付不能並非獨立之債務不履行態樣，且契約不履行似乎也不以可歸責為必要。

II. 又依據歐洲契約法原則第 9.501 條：「就他方當事人無免責事由之債務不履行所生之損害，受侵害之當事人可請求賠償損害。當事人可請求回復之損害包括非財產上損害，以及將來可能合理發生之損害。」是以，依據歐洲契約法原則吾人亦可知「可歸責與否」應與債務不履行的成立與否無關，僅與當事人能否請求損害賠償有關。

III. 此外，依據共同參考架構第 iii.－3:104 條之規定：「債務人之債務不履行，因超越債務人所得控制之履行障礙所造致，且無法合理期待債務人得以避免、克服該項履行障礙或其結果者，債務人免責。」⁹顯然亦認為債務不履行與可歸責與否實為二事，債務人如對於債務不履行不可歸責，僅可作為免除賠償責任之免責事由。

IV. 至於德國 2002 年新修正之民法實質上亦與上開國際契約法文件相似，除均以「義務違反」為債務不履行概念之中心外，並將歸責事由與義務違反結合，構成損害賠償義務¹⁰。亦即可歸責與否只用作判斷是否需對損害負責，與債務不履行與否無關。並且此所謂義務違反，性質上包含一切契約義務違反，如主

⁸ 黃茂榮，買賣法，植根法學叢書，增訂版，頁 487

⁹ 陳聰富，臺灣民法債編修訂新動向，月旦法學雜誌，第 300 期，頁 10

¹⁰ 黃立，德國新債法之研究，元照出版有限公司，初版，頁 117

給付義務、不為給付、不良履行、給付遲延、附隨義務違反、積極侵害契約，無所不包。且在訴訟上，德國學者似一致認同應由債務人對其義務違反不可歸責負舉證責任，如債務人無法證明其無可歸責事由，債務人即不能免除損害賠償責任。

V. 較有趣的是，首先將不完全給付之概念引入我國者為留日之學者¹¹，而日本的傳統通說對於不完全給付之理解，即與我國現行多數說相同，即以給付不完全、可歸責與不完全履行具違法性為必要¹²。但日本新民法修正後，亦跟隨國際潮流將可歸責作為債務人就義務違反賠償責任的免責事由。

VI. 小結，從上述將現代化債法走馬看花的概覽後，應可認知我國對債務不履行之理解實有些不合時宜。好在，我國民法修正草案第 226 條亦仿效德國民法，雖仍將歸責事由作為損害賠償之要件，但將違反債之關係所生義務與可否歸責於債務人脫鉤。並將舉證責任倒置使債務人舉證自己不可歸責，免賠償責任¹³。

（三） 從傳統到現代－以不完全給付之法律效果為中心

I. 我國民法第 227 條實際上並未對不完全給付之效力作出規定，而僅係視不合於債之本旨的部分能否補正，分別準用給付不能與給付遲延之規定。

傳統上在採行瑕疵擔保與債務不履行二元分立下，由於買賣瑕疵擔保未提供買受人請求修補之權，學說上如王澤鑑教授與詹森林教授因此認為「出賣人於訂立契約時，因過失未發現物之瑕疵，或是過失告知事實上不存在之品質，應負不完全給付之責。」¹⁴、「不論瑕疵發生於何時，亦不論瑕疵之發生是否肇因於出賣人之故意、過失，亦不論是否為種類之債、特定物之債，『如出賣人因可歸責事由，交付瑕疵標的物與買受人者，買受人自得依不完全給付之規定，行使其權利。』」

¹¹ 陳謹昆，民法通義債編總論，1930 年，頁 216；戴修瓚，民法債編總論，1930 年，頁 141

¹² 我妻榮，債編總論，岩波，2008 年新訂 43 刷，頁 150

¹³ 陳聰富，臺灣民法債編修訂新動向，月旦法學雜誌，第 300 期，頁 4、11

¹⁴ 王澤鑑，物之瑕疵擔保、不完全給付與同時履行抗辯，民法學說與判例研究（六），五版，1991 年，頁 132

¹⁵ 蓋學說皆認為如瑕疵性質上可補正，「透過不完全給付準用給付遲延之規定，買受人即可請求補正」。故學者無不使出渾身解術使出賣人需對交付瑕疵物一事「可歸責」，以適用以出賣人可歸責為前提之債務不履行規定。比如孫森焱教授即認為，瑕疵如係因「嗣後可歸責於出賣人所致」，依修正民法第 227 條即可依「給付遲延之規定請求補正」¹⁶。

惟本文以為，姑且不論買受人請求補正一事是否應該與出賣人可歸責掛鉤，給付遲延之規定在我國是否能作為請求補正之依據？果如此，給付遲延既然有足以治癒瑕疵擔保規定不足之能力，是否仍要將「遲延」與「可歸責」作為配套？

II. 本文認為我國法上關於給付遲延之效果，參酌民法第 231、254 條，似乎只有請求遲延損害與解除契約的法律效果。但通說將「請求補正與債務不履行互為配套」，似乎也正好符合國際上關於契約違反及其法律效果的趨勢。

申言之，本文在上述的鋪陳下，不斷明示暗示債務不履行不應以可歸責為必要。自上世紀 70 年代以降，德國民法大師 Larenz 早已逐步捨棄債務不履行之用詞，改以義務違反與給付障害稱之。至德國民法於 2002 年修正後，更將義務違反作為「客觀上未依契約本旨履行契約之狀態」不具任何非難性。只需此狀態存在，契約違反的救濟即已開始。亦即，「債務不履行，乃至於契約違反、義務違反，在本文觀點下都不具任何非難意味，契約違反的救濟更不當然以可歸責為必要！」

近年國際契約法文件皆認為，契約違反之救濟可分為：損害賠償；契約解消；履行請求。德國新民法亦將此三者作為債務不履行之救濟方法。也因此，本文才會說傳統見解將作為債務不履行家族的給付遲延，與買受人的補正請求相牽連¹⁷，

¹⁵ 詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院 77 年第 7 次到 96 年第 8 次民事庭會議決議，台大法學論叢第 39 卷第 3 期，頁 80

¹⁶ 孫森焱，民法債編總論（下冊），自版，99 年 3 月修訂版，頁 569

¹⁷ 但有趣的是，王澤鑑教授實有將債權之請求力作為債權之權能之一。果如此債務人請求補正，何以仍須債務人可歸責為前提？畢竟債權的行使從來不以可歸責為必要。參：王澤鑑，債法原理，2012 年，頁 21

與國際上新債法的動向相同，區別僅在通說認為債務不履行係以可歸責為前提。

從而，不論依傳統見解認為履行請求權為債權效力；抑或循本文見解認為其為違約救濟之一環，履行請求皆不需可歸責於債務人¹⁸。因此，作為強制實現契約約定內容的手段，此時最大的問題實際上已轉變為「何謂給付不合於債之本旨。」

本文向來認為，所謂「給付不合於債之本旨」在契約關係中，應是指「不合於契約本旨」。向來教科書在講授給付不合於債之本旨時多舉例：給付數量；給付方法，如搬運貨品之方式、給付時間，如晚宴牛排提前在下午料理¹⁹。

此一說法雖無不正確之處，但顯然忽視契約內容即為當事人間自主形成之法秩序²⁰，因此給付是否不合於契約本旨實質上仍應回歸當事人之約定，甚至是契約漏洞的填補與契約補充解釋，無法一概而論。

IV. 小結，因此在具體個案中，當事人能否請求修補瑕疵首先仍然要探求雙方是否已有約定。如雙方已做安排，當然即應回歸契約條款，並無捨近求遠適用民法任意規定之必要。唯有當事人未有約定時，始有履行請求的適用，且其不以債務人可歸責為必要。但履行請求仍有其界限，比如德國新民法雖已不將給付不能作為獨立之債務不履行態樣，但已不可能依債之本旨提出給付時²¹，不問可否歸責，債權人的履行請求權（另一方面即為債務人的給付義務）即當然消滅²²。

（四）債務不履行之重構－自現行法的給付遲延出發

I. 在闡述契約違反不需以可歸責為必要，以及履行請求實質上與傳統通所理解的屬於債務不履行救濟相同，又所謂履行請求的內容應探求當事人契約之約定後，本文下一步將嘗試在現行法下將「不以可歸責為必要的債務不履行」實

¹⁸ 陳自強，契約違反與履行請求，元照出版有限公司，初版，2015年，頁169

¹⁹ 林誠二，債編總論－體系化解說（下），瑞興圖書股份有限公司，二版，頁104－105

²⁰ 陳自強，契約之內容與消滅，元照出版有限公司，三版，2016年，頁85

²¹ 最高法院95年度台上字第2010號判決

²² 陳自強，契約違反與履行請求，元照出版有限公司，初版，2015年，頁202

現，藉此證明在現行法下歸責事由並非債務不履行的必要條件。

II. 首先從文義解釋開始，現行法第 226 條規定：「因『可歸責』於債務人之事由，致給付不能者，債權人得『請求賠償損害』。」；民法第 230 及 231 條規定：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」、「債務人遲延者，債權人得『請求其賠償因遲延而生之損害』。」

在現行法下，民法第 231 條所規定者為遲延「責任」，亦即債權人得請求債務人「賠償損害」。因此遲延責任之成立係以「可歸責」為必要。此觀民法第 226 條也是以債權人得請求「賠償損害」作為債務人需有歸責事由之前提。

縱或有論者將質疑民法第 229 條明定給付有確定期限者，債務人自期限屆滿即負擔「遲延責任」，法條並不以「可歸責」為前提。對此，本文認為，雙方當事人既已約定清償期，債務人明知清償期存在卻怠於在清償期屆至時提出給付，是否能謂債務人無過失而不可歸責？再者，若「遲延」本身需以債務人可歸責為必要，何以民法第 503 條仍需強調：「因『可歸責』於承攬人之事由，『遲延』...」顯然在立法者的價值判斷中，「遲延」不等於「遲延責任」，遲延責任係以請求損害賠償作為法律效果，否則民法第 503 條大可規定承攬人「負遲延責任」而非「遲延」²³。

III. 其次，從「遲延」之目的，及採行歸責事由不要說的實益接續。

自民法第 254 條結合民法第 503 條以觀，我國民法下的「遲延」是為了「解除契約」而生，而非在使當事人請求損害賠償，自不需有歸責事由。蓋歸責事由之作用在於，在天災歸所有人負擔的原則下，任何法益受侵害的不利益都應歸由法益所有人承擔，若無正當事由不得將損害轉嫁。此正當事由即為「歸責事由」²⁴。

²³ 陳自強，未按時給付之契約解除與歸責事由，台大法學論叢，第 41 卷第 3 期，頁 914

²⁴ 陳自強，違約責任與契約解消，元照出版有限公司，初版，2016 年，頁 7

其他相關論述可參：王澤鑑，損害賠償之歸責原則，民法學說與判例研究（一），1975 年，頁 348-350；陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體—「權利」與「利益」區別正當性的再反省，新學林出版股份有限公司，一版

是以，契約解消與損害賠償的作用本不相同，前者係在使當事人脫離契約拘束力；後者則為損害轉嫁，何以契約解除權之發生也應要以歸責事由為必要？

舉例而言，甲乙間有一老屋重建之承攬契約，如原住戶靜坐抗議，包圍房屋致工程無法推進。甲乙間之法律關係為何？定作人能否解約？

因定作人的協力義務性質上係在使承攬人的工作進行不受阻礙，該義務與承攬人給付利益（履行利益）之實現有關，否則承攬人如不能完成工作即無從請求報酬。是以依契約補充解釋之方式，可認為定作人之協力義務性質上為附隨義務，若怠於為之，定作人即構成契約違反²⁵。若依本文見解，契約違反不以可歸責於定作人為必要，且契約解消亦不以可歸責於定作人為必要，故承攬人依民法第 507 條催告後即可解約。雙方皆可脫離契約拘束力，皆大歡喜。

反之，若依向來通說、實務見解²⁶將「歸責」與「契約解除」搭售，定作人如對於協力義務的違反不可歸責，承攬人即使催告也無法取得解除權。即使認為協力義務性質上為真正義務，如不可歸責於債務人致未為履行，債權人也無法請求遲延損害，承攬人因此所投入之資金、人力等皆無法收回；定作人也無法解除契約取回已給付之報酬，對雙方均百害而無一利。

但有趣的是，最高法院在 85 年台上字第 1187 號判決中曾表明，雙方若均有可歸責事由，雙方均可請求解除契約。則何以在雙方均不可歸責的時候就否定解除權的存在，其間顯然輕重失衡。從而，本文認為在「解除契約」的例子就可以明顯看出契約違反及救濟，實質上與能否歸責實屬二事。藉此例子也可以看出在我國現行法下可歸責與債務不履行並非如此緊密、唇齒相依。蓋未在約定期限內提出給付自屬契約違反（債務不履行），如奧地利學說即認為「遲延」可分為主、客觀遲延，客觀遲延不以債務人有故意過失為必要，契約解除係客觀遲延之法律效果；瑞士債法亦規定「遲延之構成本身」不以可歸責為必要；法國民法第 1147

²⁵ 陳自強，違約責任與契約解消，元照出版有限公司，初版，2016 年，頁 159

²⁶ 最高法院 100 年台上字第 783 號判決

條同樣明定遲延不以故意過失為必要²⁷。此皆可證明本文之理解並非「異端邪說」。更甚者此一見解應具有實際操作的可能，並非只是學理上的空想。

IV. 小結，本文嘗試從「遲延」與「遲延責任」在我國民法體系編排上的異同作為區辨「廣義債務不履行」與「狹義債務不履行」的首站。並以民法第 254 條、503 條與民法第 229、230 及 231 條用語之不同作為論據。

其次，本文以民法第 507 條及最高法院之判決作為實例，論證契約解消與損害賠償功能上的不同，並反思將二者適用同樣的「歸責事由必要說」會產生何等不公平之結果。

最後，若是認為本文上開對於債務不履行不以歸責事由為必要的解釋方式過於迂迴，本文擬在此提出另一直觀的想法。民法第 225、266、267 條不可歸責於債務人之給付不能的明文。如認為債務不履行必以可歸責為必要，則上開三個條文皆非債務不履行之體系，如此是否合理？

從而本文以為，現行法下立法者實質上並無將債務不履行（契約違反）與歸責事由同等視之的意思，一旦違約情事發生，契約違反的救濟即啟動。債權人除可行使履行請求權外，如有重大違約之情事，亦有經催告、單純屆期不給付取得解除權之可能，不問債務人是否可歸責。

二、買賣瑕疵擔保之重構

（一）買賣物之瑕疵擔保與債務不履行之重塑

1. 擔保說與履行說之爭

德國債法修正後，與歐體消費物買賣準則採行相同標準，給予物之瑕疵擔保與權利瑕疵擔保相同待遇，並納入一般債務不履行規範內²⁸。亦即，德國新民法明確對於物之瑕疵擔保責任採行不履行說，出賣人負有交付無瑕疵物之義務。

²⁷ 陳自強，違約責任與契約解消，元照出版有限公司，初版，2016 年，頁 33

²⁸ 黃立，德國新債法之研究，元照出版有限公司，初版，頁 154

II. 我國法之反思

(1) 種類物之債

依據我國民法第 364 條之規定：「買賣之物，僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不解除契約或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。」

種類物之債的出賣人通說皆認為負有交付無瑕疵物之義務²⁹，亦即民法第 364 條性質上為履行請求權，且依傳統通說對履行請求權之理解，其乃債權之效力³⁰。因此另交請求權既為債權效力而非債務不履行之救濟，債權人之權利行使自然不以債務人可歸責為必要。

本文認為，通說之所以認為種類物之出賣人負有交付無瑕疵物之義務係因，出賣人於締約時不只承諾使買受人取得該種類物所有權與占有，更同時承諾承擔獲取符合契約約定品質之種類物之風險。亦即依民法第 200 條之規定，如當事人未有約定種類物之品質；亦不能依其法律行為性質定其品質時，出賣人有交付中等品質物的義務。此規定實質上是表明契約如出現漏洞（未約定種類物品質）時，首應解釋契約（依當事人意思、法律行為之性質定其品質）。如皆無法填補契約漏洞，即依民法任意規定作為填補方法，亦即將雙方當事人視作「已約定給付中等品質」之狀態，直接以此等規定構成當事人間契約關係之內容³¹。

因此出賣人負有交付無瑕疵物的真正理由，實際上是因為「當事人之間的契約

²⁹ 詹森林，物之瑕疵擔保、不完全給付與買賣價金之同時履行抗辯－最高法院七十七年第七次民事庭會議決議研究，民事法理與判決研究（二），元照出版有限公司，初版，頁 111

³⁰ 王澤鑑，物之瑕疵擔保、不完全給付與同時履行抗辯，民法學說與判例研究（六），五版，1991 年，頁 126

³¹ 陳自強，契約之內容與消滅，元照出版有限公司，三版，2016 年，頁 55

依陳自強教授之見解，任意規定係立法者針對民法上有名契約，將自己設身處地為契約當事人之立場，斟酌契約目的與當事人利益狀態，認為有理性之人就此事項會為如此的約定。任意規定即為此假設的約定內容。亦即，任意規定扮演的角色為「形成契約內容」。

因此本文認為，當事人如欲訴請履行瑕疵擔保責任時，當事人的請求權基礎實際上並非民法 354 以下之規定。民法 354 以下的規定不過是形成當事人契約關係內容的手段，當事人應係依民法第 199 條依據「債之關係」請求給付。

已如此約定」，不論該約定係當事人明示、契約解釋、任意規定填補皆然。

故出賣人如交付之物不具備約定品質，當然即構成契約違反，買受人因此享有履行請求權而得以請求出賣人補正，請求另交無瑕疵之物。與本文上述的邏輯一致。又此履行請求權當然與價金給付請求權處於履行上的牽連關係，買受人當可主張同時履行抗辯拒絕交付價金。

（2）特定物之債

作為擔保說與履行說的主戰場，特定物出賣人是否有交付無瑕疵物之義務恐怕在修法前不會塵埃落定。但本文仍秉持一貫之見解，出賣人是否有交付無瑕疵物之義務實質上與法律有無規定無關，仍應先探求當事人有無約定；契約補充解釋，若皆無法得知才需要處理我國法的問題。

本文認為，從應然面來看，特定物之債與種類物之債並無區別對待之理，對於買受人而言買賣標的物僅指示一定種類與自始指定某物，並無不同，其所能主張之權利也不應有不同；從實然面來看，對於買受人而言如標的物「自始存有瑕疵」，出賣人明知而仍與買受人締約，顯然亦默示以契約對給付無瑕疵標的物之給付能力負擔保責任。因此自當事人間的契約解釋也可以得出特定物的出賣人負有給付無瑕疵物之義務³²，此為雙方契約之內容。

即令該瑕疵係「發生於契約成立後，危險移轉前」，既然雙方契約成立時係以無瑕疵物作為約定內容，一旦出賣人在債務履行時交付之物不合於雙方約定的內容（契約本旨、債之本旨），給付有瑕疵物之行為即為契約違反、不完全給付。至於出賣人是否需對該瑕疵負責，負擔損害賠償責任則屬另事。

再者，我國最高法院自 1991 年後皆認為「出賣人負有交付無瑕疵物之義務」³³，如最高法院 99 年度台上字第 2443 號判決即認為：「...被上訴人本有交付無瑕疵之物予上訴人之義務，上訴人自可驗收，倘系爭房屋完工後有瑕疵，上訴人自可依不完全給付、權利瑕疵擔保責任、物之瑕疵擔保責任等相關規定請求被上訴

³² 陳自強，買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用，月旦法學雜誌，第 241 期，頁 260

³³ 陳自強，買賣物之瑕疵擔保規定之法律性質，月旦法學雜誌，第 213 期，頁 203

人為瑕疵修補或請求減少償金...。」，既然最高法院亦肯認出賣人有給付無瑕疵特定物之義務，為何仍須堅守債務不履行需以可歸責為必要？其實益何在？

(3) 小結，本文在物之瑕疵擔保一節中，重新爬梳種類物之債與特定物之債，是否有區別對待的必要。蓋種類物出賣人負有給付無瑕疵物一事亦為向來通說所承認。本文因此從當事人間的契約著手，以契約漏洞填補的方式得出出賣人之所以負有提出無瑕疵物的義務，實際上係民法任意規定形成當事人契約內容的結果。出賣人是否有給付無瑕疵物一事不可只做抽象思考，此事也絕非立法者說了算。

因此，特定物的出賣人當然也沒有區別對待之理。畢竟出賣人應否交付無瑕疵物本應交由當事人自己以契約約定。故本文認為，在自始瑕疵的情形，如出賣人明知或因過失不知有瑕疵卻仍與不知情買受人締約，出賣人除以契約承擔給付無瑕疵物的義務，顯然也默示的對提出無瑕疵物的能力負擔保責任；又如出賣人曾對買受人說明、陳述物的品質，該陳述除成為出賣人給付義務計畫的一部分，成為契約內容；亦可解為出賣人對其給付能力負擔保責任。

(二) 權利瑕疵擔保與債務不履行之重塑

I. 相較物之瑕疵擔保，權利瑕疵擔保與債務不履行間的糾葛顯然單純的多。

依民法第 353 條：「出賣人不履行第三百四十八條至第三百五十一條所定之義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。」

立法者既然認為權利如存有瑕疵係出賣人不履行義務，而債務與義務在給付義務的層面上係屬同義³⁴，蓋出賣人為使買受人的給付義務完整實現，本負有移轉所有權、權利之義務，此乃出賣人之主給付義務。是在此觀點上，「不履行義務」等同「不履行債務」³⁵，故出賣人移轉之權利如存有瑕疵，立法者也認同其係債務不履行之一種。

II. 再者，向來通說皆認為權利瑕疵為自始主觀給付不能在實務上最重要的案例。如王澤鑑教授即認為，「權利瑕疵擔保係自始主觀不能的問題，其契約仍

³⁴ 陳自強，契約違反與履行請求，元照出版有限公司，初版，2015 年，頁 8

³⁵ 陳自強，契約違反與履行請求，元照出版有限公司，初版，2015 年，頁 45

有效，出賣人得依關於債務不履行之規定行使其權利³⁶。」學說既然也肯認權利瑕疵為給付不能的問題，則為何仍要將權利瑕疵擔保作為債務不履行以外的法定擔保責任。如要追求理論上的一貫，何不承認債務不履行（契約違反）不以可歸責為必要。至於出賣人是負擔保責任，抑或過失責任，則是出賣人應否負賠償責任的問題。

（三）買賣瑕疵擔保與債務不履行之整合－從法律效果出發

1. 在物有瑕疵時，向來通說皆認為減價、解約與損害賠償皆為瑕疵擔保的效力。但從體系上來說民法第 359 條規定：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。」明定出賣人「負擔保之責」的方式為買受人可解約或減價；民法第 365 條亦只規定物有瑕疵時，買受人解約、減價權的權利存續期間。顯然物有瑕疵時，買受人的解約、減價權，才是瑕疵擔保之效力。

至於民法第 360 條所規定的損害賠償請求權係以出賣人保證一定品質；故意不告知瑕疵為前提。依本文之理解，當出賣人保證出賣物具備一定品質時，出賣人所交付之物除需符合該品質外，出賣人與買受人間更默示成立擔保契約，對於該物具備所保證之品質負擔保責任、無過失責任。倘出賣人交付的物不具備保證的品質，擔保事故發生，出賣人即需使買受人經濟上處於如同事故未發生的狀態³⁷。此一損害賠償責任係出賣人履行其依擔保契約所生之義務，屬契約責任。

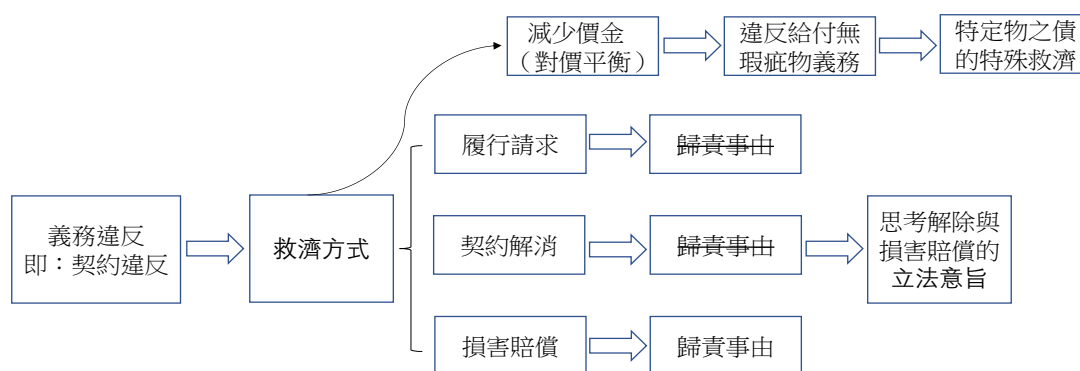
至於出賣人故意不告知瑕疵時的原理也是相同的，因出賣人故意不告知瑕疵實際上只能適用在「契約成立時的故意不告知」，亦即自始瑕疵才有適用民法第 360 條的可能。從而出賣人自始知悉物有瑕疵，卻仍與不知情的善意買受人締約，基於契約解釋應可認為，出賣人係以契約承擔無法使買受人在清償期取得無瑕疵物的風險（亦即，出賣人負有給付無瑕疵物的義務），出賣人同樣負擔保責任（但此時出賣人既明知有瑕疵，卻仍交付有瑕疵物，乃故意違反給付義務）。

³⁶ 王澤鑑，自始主觀給付不能，民法學說與判例研究（三），自版，1981年，頁54

³⁷ 陳自強，買賣物之瑕疵擔保規定之法律性質，月旦法學雜誌，第213期，頁210

因此，由上述說明即可知，民法第 360 條顯係契約違反所生的債務不履行損害賠償責任，並非瑕疵擔保的效果，因此以可歸責於債務人為必要。僅該歸責事由不以故意、過失為限，亦可能為擔保責任、無過失責任；反之，瑕疵擔保的效果只包括減價、解約，不以歸責事由為必要。

II. 若可接受上述的說法，在結合本文先前所提及的契約違反不以歸責事由為必要的想法，即可形成瑕疵擔保與債務不履行結合的新圖像。



(筆者理解上關於買賣瑕疵擔保與債務不履行的新圖像，圖為筆者自繪)

蓋在筆者的想象中，契約解除與損害賠償的目的不同，不需相同解釋。契約解除作為契約違反的救濟方式本不以歸責事由為必要，將物之瑕疵擔保中的解約權放入契約違反的救濟並無困難；至於損害賠償依上開說明，其係真正的債務不履行損害賠償責任，並非法定擔保責任的效果；至於減價權，其雖然無法放入一般得契約救濟體系中，但減價權既然是來自出賣人違反無瑕疵物的給付義務，當然屬契約違反的違約救濟，僅其為特定物買賣契約的特殊救濟，藉以維持雙方主觀上等價性，既非損害賠償，當不需有歸責事由。

三、承攬瑕疵擔保再建構

(一) 承攬與買賣之相似之處—自經濟功能的角度出發³⁸

³⁸ 陳自強，不完全給付與物之瑕疵：契約法之現代化 II，新學林出版股份有限公司，一版，頁 299

I. 自法條編排上看來，承攬與買賣十分相似。承攬除與買賣相同，均設有瑕疵擔保之規定，其法律效果也十分相似都包含減價、解約與損害賠償。

II. 有趣的是，承攬看似與買賣涇渭分明，但實際上承攬與買賣在功能上具有類似性。比如我今天想要有一間房子，我除了可以在市場上尋找心儀的房屋之外，我也可以與承攬人簽訂承攬契約，請求承攬人替我興建一棟房屋。即便此契約為工作物供給契約，承攬人終究要完成工作並交付其物給我，與傳統承攬唯一的不同只在於承攬人多了一個移轉所有權的步驟。

總之，我都可以從承攬人取得我所心儀的房屋；與我在市場上買房子的經濟上結果相同，我終究可以終局的取得房屋所有權。

III. 較特別的是，承攬明文定有瑕疵修補的規定。照本文對民法任意規定的理解，立法者顯然是設想理性當事人在約定由一方完成工作；他方給付報酬時，多半會如此約定。因此如當事人漏未約定致生契約漏洞，民法任意規定即可形成當事人間的契約關係內容。定作人同樣是基於其間的契約請求修補。

從而，承攬在經濟上與買賣既然有相似之處，本文既肯認買賣契約的買受人基於契約違反所生的履行請求權可請求出賣人修補，其請求權基礎似即可以類推民法第 493 條為之。其實益在於，類推民法第 493 條也可以劃定買受人履行請求權的界線³⁹。

（二）承攬與買賣的相似之處－自提出無瑕疵給付的角度出發

I. 承攬人是否有提出無瑕疵工作的義務在學說上似乎無太大爭議⁴⁰。畢竟承攬契約本身就含有「訂製」的要素在內，承攬人依約當然需提出符合一切要求的工作，工作才算是完成。由承攬契約也可以清楚地看出，「瑕疵的有無」應以契約約定為準，並非抽象的認為瑕疵即為「減少價值」、「欠缺通常效用」，如此理解無助於問題的解決。

II. 承攬人的主給付義務既然是提出無瑕疵之工作，一旦瑕疵出現即構成契

³⁹ 陳自強，契約違反與履行請求，元照出版有限公司，初版，2015 年，頁 186

⁴⁰ 黃茂榮，債法各論（一），植根法學叢書，2003 年，頁 417

約違反（違反完成無瑕疵工作之義務），定作人的瑕疵修補請求權因此係以實現定作人取得無瑕疵工作的給付利益為目的，係源自當事人間的契約本旨。因此不論瑕疵出現的時期，即便瑕疵出現在工作進行中，民法承攬既然沒有像民法第 354 條限定在「交付時」不可有瑕疵，自然不需限制承攬人履行請求權的行使時期，故工作進行中如出現瑕疵，定作人當然也可以請求修補、除去。

將民法第 493 條的瑕疵修補請求權定位為契約違反的救濟在現行法下實為可行。蓋民法第 497 條規定：「工作進行中，因承攬人之過失，顯可預見工作有瑕疵或有其他違反契約之情事者，定作人得定相當期限，請求承攬人改善其工作或依約履行。」其將「工作有瑕疵與契約違反」並列，顯然是一種例示與概括之關係，亦即將工作有瑕疵當成契約違反的態樣。在本文採取廣義債務不履行的觀點下，即不把歸責與否當成契約違反的要件下，將瑕疵修補請求權定位為承攬人違反依約完成無瑕疵工作義務的救濟，並無任何不合理之處。

此時論者或會質疑，民法第 497 條分明規定「因承攬人之過失」，何以契約解除乃至於契約違反不以可歸責（故意、過失）為必要。對此，陳自強教授即認為，民法第 497 條係源自瑞士債法第 366 條第 2 項，依瑞士法規定，此所謂「過失」只要瑕疵「非因定作人提供的材料、指示所致」承攬人即為有過失，故民法第 497 條非過失責任，其性質上即為民法第 493 條的瑕疵修補請求權。

從而，定作人不論是在工作交付後；抑或是工作進行中，發現工作有瑕疵，定作人不論依民法第 493 條或是民法第 497 條請求修補，定作人都是依契約主張承攬人需依契約規範完成工作，即主張「履行請求權」⁴¹。

III. 定作人的瑕疵修補請求權性質上為履行請求權已如上述。但除此之外，定作人依民法規定尚有解約與減少價金之權，此二權利是否為法定擔保責任？本文認為，依民法第 493、494 之規定，定作人唯有瑕疵不能修補、承攬人拒絕修補時，定作人始有解約與減價權。亦即「解約權與減價權性質上為履行請求

⁴¹ 陳自強，不完全給付與物之瑕疵：契約法之現代化 II，新學林出版股份有限公司，一版，頁 314

權的替代」，故解約權與減價權既然是以履行請求權發生為前提，亦即以承攬人違反完成無瑕疵工作的義務為前提，解約權與減價權同樣為契約違反（債務不履行）的救濟，並非法定責任。

因此，解約、減價權之所以不以歸責事由為必要係因履行請求權本不需有歸責事由，作為替代的解約權與減價權當然也毋庸之。

IV. 至於民法第 495 條的損害賠償請求權，法律明定以承攬人可歸責為必要並無值得驚訝之處。此之損害賠償如係賠償單純因瑕疵對定作人給付利益所造成的損害，則此損賠請求權之目的同樣是在使定作人取得無瑕疵工作物的契約目的達成，自應讓承攬人先有修補之機會，而後始可請求賠償。

因此在「瑕疵損害」時，定作人請求損害賠償的場合必以某部分的瑕疵無法修補；抑或承攬人根本拒絕修補、完全不能修補。此時，在前者的情形，損害賠償是作為給付利益減損的替代；後者的情形，損害賠償請求權為瑕疵修補的替代。是二者皆以定作人已催告請求修補為前提。

但如為「瑕疵結果損害」之情形是否可包含在民法第 495 條之賠償範圍內？最高法院 96 年第 8 次民事庭會議決議明文予以排除，以使定作人可適用長時效可謂用心良苦。然此是否合理？

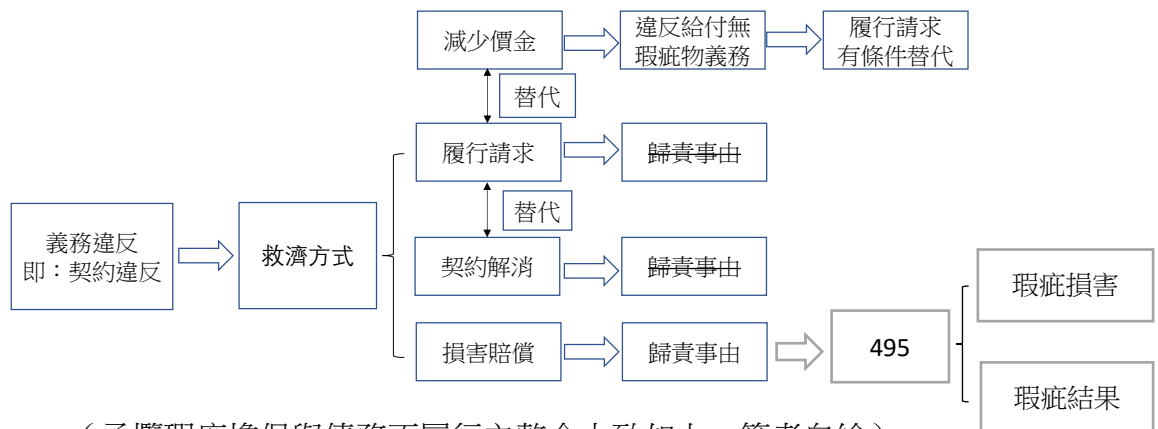
本文認為，瑕疵損害與瑕疵結果損害性質上皆是由「工作物的瑕疵」所造成，僅瑕疵損害係損及契約目的所欲實現的給付利益；瑕疵結果損害則係侵害定作人的固有利益。二者係源自同一契約違反的法律事實，實無必要區分適用民法第 495 條民法第 227 條第二項。再者，瑕疵結果損害通常亦伴隨著侵權行為的出現，民法第 495 條因此與侵權行為損害賠償請求權發生競合，即便定作人在瑕疵發現後一年仍未依民法第 495 條請求，仍有依侵權行為請求損害賠償之可能。但若是工作瑕疵侵害定作人生命身體時，似乎仍應回歸民法第 227-1 的適用⁴²，不過此類情形多半也伴隨著侵權行為的出現，適用 227-1 與民法第

⁴² 王澤鑑，民法概要，自版，2002 年，頁 397

184 條至多只在舉證責任上有所不同。

(三) 小結

本節中，緊隨於買賣瑕疵擔保，本文打鐵趁熱的介紹了承攬瑕疵擔保與債務不履行的再建構，並從承攬的經濟目的；雙方契約約定作為承攬人有完成無瑕疵工作義務的佐證。從而向來認知的「法定擔保責任」，在承攬人有提出無瑕疵工作之義務下，亦有整合於債務不履行體系的可能，無需另立法定擔保責任。



(承攬瑕疵擔保與債務不履行之整合大致如上，筆者自繪)

參、 結語

本文首先從國際上各國現代化債法、國際契約法文件說明義務違反，與我國向來理解的債務不履行間的異同。國際上各國無不將義務違反與可歸責脫鉤，凡客觀上債務人違反契約義務，契約違反的救濟即已開始。

至於契約救濟的方式，與我國向來理解最大的不同在於「履行請求權」。我國通說多將履行請求權作為「債權效力」，而非債務不履行的救濟；至於契約解除，我國通說雖同樣將其作為債務不履行的救濟，卻也因其屬於「債務不履行」而需以債務人可歸責為必要。此二為我國現行學說與國際上動向最大的不同。

因此，本文先著重在履行請求與契約解除，嘗試分析在現行法下，前者有納入債務不履行救濟的可能，蓋出賣人、承攬人有提出無瑕疵給付的義務；後者，即便在現行法下，以立法者使用的文字看來，解除權之發生實質上不以可歸責於債務人為必要。畢竟契約解除與損害賠償的目的不同，不需相同解釋。

其次，在確定債務不履行不以可歸責為必要後，本文進一步探討瑕疵擔保在現行法下是否有整合於債務不履行體系的可能。本文先分析所謂「瑕疵擔保的法律效果」是否包含損害賠償，並得出所謂瑕疵擔保的效果只包含「減價、解約」；損害賠償則為真正的債務不履行損害賠償。而解約、減價的不論是買賣或承攬，皆係以債務人有提出無瑕疵物義務的前提，因此債務人如提出瑕疵給付其即構成契約違反，故解約、減價同樣可成為債務不履行體系的一環。

故本文在經過上開的探討後，仍秉持一貫見解將瑕疵擔保作為債務不履行下的一環。雖瑕疵擔保的法律效果仍有其特殊性，比如其契約解除不需以催告為必要，因此在期前行使瑕疵擔保的解約權，最高法院向來皆以出賣人拒絕修補、不能修補為前提。此實際上也符合本文以類推民法第 493 條作為瑕疵修補的請求權基礎之理解，無礙於其屬債務不履行的認定。

肆、 參考文獻

一、專書

1. 王澤鑑，民法學說與判例研究（一），自版，1981年
2. 王澤鑑，民法學說與判例研究（三），五版，1991年
3. 王澤鑑，民法學說與判例研究（六），五版，1991年
4. 孫森焱，民法債編總論（下冊），自版，99年3月修訂版
5. 陳自強，整合中的契約法，元照，一版，2011年
6. 陳自強，契約成立與生效，元照，四版，2018年
7. 陳自強，契約內容與消滅，元照，三版，2016年
8. 陳自強，契約違反與履行請求，元照，初版，2015年
9. 陳自強，不完全給付與物之瑕疵：契約法之現代化 II，新學林出版股份有限公司，一版，2013年
10. 黃茂榮，買賣法，植根法學叢書，增訂版
11. 黃立，德國新債法之研究，元照出版有限公司，初版

二、論文

1. 陳聰富，臺灣民法債編修訂新動向，月旦法學雜誌，第300期，頁118—131
2. 陳聰富，出賣人擔保責任與債務不履行之關係，月旦法學雜誌，第261期，頁17—26
3. 陳自強，買賣物之瑕疵擔保規定之法律性質，月旦法學雜誌，第213期，頁194—216
4. 陳自強，買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用，月旦法學雜誌，第241期，頁241—264
5. 陳自強，未按時給付之契約解除與歸責事由，台大法學論叢，第41卷第3期，頁877—929
6. 陳自強，承攬瑕疵擔保與不完全給付，月旦法學雜誌，第220期，頁

177—205

7. 陳自強，從法律繼受觀點看承攬瑕疵規定：承攬瑕疵擔保之現代化，臺大法學論叢，第 42 卷，特刊，頁 715—766