

不完全給付與物之瑕疵

-契約法之現代化Ⅱ-

陳自強 著

自序

個人自 2010 年 8 月結束在日本東北大學為期四個月的進修後，有感於作為東亞法律發展引航者的日本也無法自絕於國際契約法整合的大勢所趨，如火如荼展開債權法世紀大改正作業，我國債務不履行法律原則卻與近年來國際間契約違反法律救濟（我國傳統所謂債務不履行責任）的共識，差異不可以道理計，遂試圖耙梳整理紛亂雜沓的傳統學說及實務見解，建立自己契約違反救濟體系。

本書為個人關於契約違反研究的第二部曲，全書共八章，三大部分：不完全給付、物之瑕疵及此二者剪不斷理還亂、錯綜複雜的法律適用關係。前兩章以不完全給付制度本身為論述對象。本書其餘部分以買賣及承攬物之瑕疵制度本身及此二者與不完全給付一般救濟之關係為論述對象。第二章「不完全給付與不完全履行」第二部分主要內容，曾發表於 2102 年 11 月 15 日北京航空航太大學法學院中國法學大講壇，對龍衛球院長之盛情邀約，並容忍對中國合同法，特別是對其違約責任法律狀態一竅不通的我，在學者專家前班門弄斧，大放厥詞，謹致謝意與敬意。

本書的研究方法及基本觀點，特別是對契約約定內容在法源論中所具有的意義及契約拘束力對現代契約法展開的關鍵地位，個人已詳述於「契約法之現代化 I」序言及其第一章「債務不履行方法論之再出發」，對本書看似嘩眾取寵的觀點不以為然的讀者，此等論述希望有醍醐灌頂之效。本書關於法律繼受及學說繼受的研究（第一章、第三章、第六章），也是個人

在前揭書第一章方法論之具體運用。不可諱言，個人並非西洋法律史專攻，羅馬法背景知識之理解極為貧乏，本書關於羅馬法以來歐陸物之瑕疵法律發展之論述，雖勉力為之，錯誤在所難免，貽笑大方之處，望海涵見諒。

契約違反的法律發展，一日千里，面對浩瀚的文獻、形形色色的交易世界及複雜萬端的交易紛爭，個人像誤闖叢林的小白兔，倉皇驚恐之間，思慮不週之處，所在多有，實務見解的理解，誤會也難免，尚祈真正的專家及實務界的前輩不吝賜正是幸。

陳自強

臺灣大學法律學院萬才館研究室

二〇一三年十一月十五日

詳 目

前 言	1
第一章 從繼受觀點看不完全給付之生成發 展	5
一 問題之說明	5
二 德國瑞士與日本之積極侵害債權	9
A 德國之積極侵害債權	10
1 法律漏洞存在?	10
a 德國民法制定時	10
b 債編現代化後	12
2 不良給付	14
a 債編修正前	14
b 債編修正後	15
3 其他義務違反	17
a 債編修正前	17
b 債編修正保護義務之成文法化	19
B 瑞士債務法	20

· ii · 不完全給付與物之瑕疵

1 債務不履行之類型	20
2 積極侵害契約與未依債務本旨履行	22
3 物之瑕疵擔保與不履行損害賠償請求權之關係	24
C 日本之不完全履行	26
1 三分體系之確立	26
a 立法當時之理解	26
b 德國積極侵害契約理論之引進	27
c 繼受之完成	28
d 傳統通說見解之確立	28
2 完整利益之侵害與加害給付之概念	29
a 完整利益之侵害為損害賠償範圍之問題之主張	29
b 勝本正晃之不完全履行論	30
c 石田文次郎之不完全履行二分論	31
3 義務論之展開—二次繼受	32
a 松坂佐一保護義務理論之繼受	32
b 於保不二雄之債務不履行論	33
c 北川善太郎之契約責任論	34
d 奧田昌道之義務構造論	35
4 日本學說對不完全履行之批判	37
a 與法律規定抵觸之學說繼受	37
b 一元論	38
c 新三分說	40
三 我國不完全給付	41
A 債編修正前之法律繼受與學說繼受	41
1 修正前第 227 條與瑞士債務法第 97 條	41
2 日本不完全履行理論之繼受	43

a 德國積極侵害契約理論不完全繼受	43
b 不完全給付概念之擴張	44
c 瑕疵給付與加害給付二分體系之形成.....	45
3 德國附隨義務理論之繼受	45
B 債編修正及其檢討	47
1 第 227 條之修正	47
a 三分體系之確立.....	47
b 提出不符合債務本旨之給付	48
c 歸責事由之必要	48
d 瑕疵給付與加害給付之二元構造	48
2 不完全說或義務違反說.....	49
a 不完全說?	50
b 附隨義務地位之扶正.....	52
c 義務違反說?	53
3 瑕疵給付之承認.....	54
a 給付標的物有瑕疵.....	54
b 給付時間不宜.....	55
c 其他瑕疵給付態樣.....	56
4 保護義務之承認?	56
a 加害給付為違反保護義務?	56
b 單純保護義務違反.....	57
C 不完全給付概念之再展開.....	58
1 不完全給付之未依債務本旨	59
a 未依債務本旨為債務不履行之共通要件	59
b 契約本旨主要為契約解釋之問題.....	61
2 結果債務與手段債務之區別	62
3 結果債務給付提出卻未依契約本旨	65

a 不良給付.....	65
b 與給付有關之附隨義務違反損害給付利益.....	66
4 手段債務給付提出卻未依契約本旨.....	66
5 單純保護義務違反.....	67
D 不完全給付規定之必要性.....	67
1 從給付義務根本不履行.....	67
2 與給付有關之附隨義務違反.....	69
3 加害給付.....	70
a 不良給付.....	70
b 單純保護義務違反.....	71
四 結論.....	72
第二章 不完全給付與不完全履行.....	75
一 前言.....	75
二 孫森焱的不完全給付理論.....	77
A 不完全給付之概念.....	77
1 不完全給付之意義.....	77
a 給付不合債務本旨與信義衡平原則.....	77
b 不完全給付與債權的積極侵害.....	79
2 瑕疵給付與加害給付.....	80
3 給付不完全.....	81
a 給付不完全與給付標的物之瑕疵.....	81
b 給付標的物之瑕疵與物之瑕疵.....	82

c 義務違反.....	83
B 不完全給付之效力.....	84
C 不完全給付與瑕疵擔保.....	85
1 權利瑕疵.....	85
2 物之瑕疵.....	86
三 不完全履行在中國.....	87
A 中國違約責任中的不完全履行.....	87
B 不完全履行之概念.....	90
1 不完全說.....	91
2 不合債務本旨說.....	93
3 合同義務違反.....	94
C 加害給付.....	96
1 因標的物瑕疵所致之加害給付.....	97
2 單純勞務給付.....	98
3 單純違反保護義務.....	99
D 合同義務違反與過錯.....	100
1 過失的概念.....	100
2 作為責任要件的過失.....	101
3 作為免責事由的過失.....	102
4 中國合同法第 112 條.....	102
四 結語.....	103

第三章 買賣物之瑕疵擔保羅馬法之繼承 107

一 前言	107
二 羅馬法	110
A 早期救濟	111
B 市政官救濟	113
1 解約及減價訴權	113
a 未告知告示規定應揭露之缺陷	114
b 欠缺所保證之品質	114
c 出賣人詐欺	115
2 瑕疵擔保之問答契約	116
C 買受人訴權	118
1 傳統說法—惡意責任及保證品質之責任	118
2 最近理解—古典時期法學者	120
D 優帝	122
三 羅馬法之繼受	122
A 普通法繼受羅馬法	122
B 1900 年德國民法	124
C 德國買賣物之瑕疵之現代化	127
1 主觀瑕疵概念	127
2 確立履行說	128
3 損害賠償及契約解除回歸一般原則	130
4 歸責事由回歸民法一般原則	132
a 損害賠償	132
b 契約解除	133

四 結語134

第四章 買賣物之瑕疵擔保規定之法律性質137

一 前言137

二 學說及實務見解139

A 物之瑕疵擔保規定之法律性質139

1 與權利瑕疵擔保均為法定責任？140

2 種類物之買賣另交請求權亦為瑕疵擔保之效力？142

3 第 360 條是否於種類物買賣有適用？144

4 第 360 條損害賠償是否為瑕疵擔保之效力？145

B 瑕疵擔保責任與不完全給付之關係146

1 契約成立後始發生之瑕疵146

2 可歸責於出賣人148

3 競合149

C 給付無瑕疵之物之義務151

三 瑕疵擔保責任乃債務不履行責任之一部分 154

A 債務不履行之概念154

1 未依債務本旨或義務違反154

2 債務不履行損害賠償責任與歸責事由155

3 損害賠償以外之救濟與歸責事由156

B 不以故意過失為要件之債務不履行責任156

1 「負擔保之責」—以減價及解約之方式負責157

· viii · 不完全給付與物之瑕疵

2 均因違反給付無瑕疵之物之義務.....	158
3 無過失責任.....	159
4 屬債務不履行之救濟.....	159
C 危險移轉前亦得主張物之瑕疵擔保責任.....	161
四 第 360 條損害賠償及第 364 條另交請求權	162
A 第 360 條欠缺所保證品質.....	162
1 保證品質乃約定擔保責任之承擔.....	163
2 特定物買賣自始欠缺所保證品質.....	164
3 種類之物買賣.....	166
B 故意不告知瑕疵.....	167
1 種類物買賣.....	167
2 特定物買賣.....	168
C 種類物買賣另交請求權.....	169
D 同時履行抗辯權.....	170
五 結論	172

第五章 買賣物之瑕疵債務不履行一般規定

之適用..... 175

一 前言.....175

二 瑕疵存在時點.....178

A 日本學說繼受?.....179

1 孫森焱之主張.....	179
1 日本法定責任說之繼受？	180
2 削足適履？	183
B 危險移轉時點	184
C 瑕疵於契約成立時即存在	186
1 危險移轉前	187
2 危險移轉後	188
D 契約成立後危險移轉前發生之瑕疵	190
三 瑕疵修補請求權	190
A 依不完全給付或無瑕疵之物給付請求權？	191
1 依不完全給付？	191
2 無瑕疵之物之給付請求權	191
B 瑕疵自始無法修補	193
四 契約解除	194
A 危險移轉後之解除契約.....	194
B 危險移轉前之解除契約.....	196
五 不完全給付之損害賠償.....	197
A 自始瑕疵與嗣後瑕疵.....	198
1 第 360 條之損害賠償	198
2 不完全給付損害賠償	198
B 瑕疵損害與瑕疵結果損害	199
1 瑕疵給付	199
2 加害給付	201
3 第 360 條之損害賠償	202

C 歸責事由或免責事由	204
1 嗣後瑕疵	204
2 自始瑕疵	207
3 種類物買賣	208
D 不適用買賣之規定	209
1 檢查通知及權利存續期間	209
2 第 360 條	210
六 結論	211

第六章 從法律繼受觀點看承攬瑕疵規定 215

一 前言	215
二 歐陸法律發展	217
A 從羅馬法到 18 世紀	218
1 工作租賃	218
2 承攬人義務	219
3 報酬與報酬危險	220
4 工作瑕疵之救濟	222
5 中世紀到 18 世紀	223
B 自然法學者對法典化之影響	224
1 買賣法之浸透	224
2 普魯士普通法	224
3 奧地利民法	225
C 法國民法	227

1 制定時之規定	227
2 施行後學說之發展	227
3 工程契約之修正	228
D 瑞士債務法	230
1 工作進行中預見瑕疵	230
2 瑕疵擔保責任	231
3 瑕疵告知期間與消滅時效期間	233
a 絕對的瑕疵告知期間	234
b 相對的瑕疵告知期間	234
c 時效期間	235
E 德國	236
1 民法制定時承攬之規定	236
2 債法現代化	239
a 與債務不履行體系之整合	239
b 承攬瑕疵存在時點	241
c 時間限制	241
3 德國工程履約規則	243
a 與民法承攬救濟不同	244
b 瑕疵判斷時點	246
三 日本	247
A 承攬之規定	247
B 承攬瑕疵擔保之法律性質論	248
1 通說見解之形成	248
2 對通說見解之批判	250
a 與買賣物之瑕疵擔保之整合	251
b 補充責任說	251

c 不完全履行責任說之貫徹.....	252
3 時間限制	253
C 債權法改正試案	254
1 瑕疵擔保責任救濟內容	255
2 瑕疵通知義務	255
3 瑕疵擔保期間	257
四 我國承攬瑕疵規定之構成.....	258
A 瑕疵擔保責任	258
1 完成無瑕疵工作之義務	258
2 瑕疵之定義	259
3 瑕疵預防請求權	260
B 承攬工作瑕疵之救濟	261
1 瑕疵修補	261
2 減少報酬	262
3 解除契約	263
4 損害賠償	264
a 過失或可歸責	264
b 與其他救濟之關係.....	265
c 依承攬瑕疵擔保所得請求之賠償.....	266
C 瑕疵擔保責任之免除與行使之界限.....	266
1 定作人供給之材料或指示	267
2 瑕疵擔保責任之約定免除或限制.....	267
3 權利行使時間限制	267
五 結論	270

第七章 承攬瑕疵救濟學說實務見解之分析273

一 前言	273
二 承攬瑕疵擔保責任為法定無過失責任	274
A 學說—日本傳統見解之和而不同	274
B 實務見解	277
C 時點	278
1 最高法院 92 年度台上字第 2741 號判決	279
2 學說	280
D 承攬瑕疵擔保責任之範疇	281
三 瑕疵擔保責任效力說	282
A 與不完全給付損害賠償競合	283
B 定作人依債務不履行規定所得主張之權利	284
C 同時履行抗辯權	285
1 否定說	286
2 肯定說	286
D 瑕疵救濟權利行使時間限制	288
1 瑕疵修補費用償還請求權	288
2 契約解除權	290
3 不完全給付損害賠償消滅時效為 15 年	291
四 第 495 條 1 項為不完全給付責任說	292
A 可歸責於承攬人時損害賠償以外之權利	292

1 瑕疵修補與減少報酬？	293
2 契約解除	294
B 不完全給付規範說	294
1 不完全給付之特別規定說	294
2 闡明說	296
C 最高法院九十六年度第八次民事庭會議決議	297
1 瑕疵擔保責任說？不完全給付說？	298
2 區別說	300
3 第 514 條之適用	300
五 結語	301

第八章 承攬瑕疵擔保與不完全給付 303

一 前言	303
二 承攬人負有完成無瑕疵工作之義務	304
A 與買賣物之瑕疵規定之比較	305
1 經濟目的類似	305
2 制度設計類似	306
3 差異	306
B 肯定說之論據	307
1 法律文義	307
2 承攬人與出賣人給付內容不同	308
3 承攬人應具有完成約定品質工作之能力	310
4 法律繼受觀點	311

三 以瑕疵修補為中心的瑕疵救濟	313
A 瑕疵修補請求權為履行請求權	314
1 無關歸責事由之契約違反救濟	314
a 不以歸責事由為要件	314
b 均屬於契約違反救濟（債務不履行體系）	315
2 同時履行抗辯權	316
3 與保固責任之關係	317
4 工作交付前	319
B 報酬減少與契約解除	321
1 瑕疵修補請求權有條件之替代	321
2 解除權行使之限制	322
a 瑕疵非重要	322
b 土地上工作物	323
3 工作完成前權利之行使	324
a 報酬減少	324
b 瑕疵重大之契約解除	324
c 瑕疵不重大	325
C 排除不完全給付一般規定之適用	326
1 可歸責於承攬人	327
2 瑕疵修補請求權	328
3 契約解除權	329
四 因瑕疵所生損害之賠償	331
A 概念之澄清	331
1 瑕疵損害與瑕疵結果損害	331
2 瑕疵給付與加害給付	333

3 瑕疵給付之損害與加害給付之損害？	334
B 瑕疵損害	335
1 與瑕疵修補之關係	335
a 催告	335
b 以承認工作物為必要	336
c 瑕疵修補之補充或替代	337
2 不生與瑕疵給付之競合	338
C 瑕疵結果損害	339
1 依第 495 條 1 項請求瑕疵結果損害賠償	340
2 不生加害給付之競合	343
3 權利行使之時間限制	343
a 不適用第 125 條一般消滅時效規定	343
b 不限於工作物受領後方能行使	344
4 歸責事由	345
五 結論	346
事項索引	349
參考文獻	357
一 中文	357
二 日文	364
三 西文	366