

買受人於瑕疵未獲補正時得否 依不完全給付規定請求不履行 之損害賠償

歐陽勝嘉*

關鍵字：不完全給付、補正、修補瑕疵、另行交付無瑕疵之物、不履行損害賠償、修補瑕疵費用

壹、問題提出

依照最高法院77年第7次民事庭會議，出賣人給付物有瑕疵時，買受人除得依物之瑕疵擔保外，並得依不完全給付行使權利，因而買受人得請求出賣人補正及損害賠償。關於補正義務之具體內容及違反補正義務之效果，尤其是出賣人經買受人催告仍不履行補正義務時，買受人是否得請求不履行之損害賠償（替代補正之損害賠償），仍有探討之必要。本文以解決實務問題為出發點，盡可能以國內學說實務見解出發，解決關於補正及不履行損害賠償之問題。

為使讀者能夠瞭解問題，先提出以下問題供讀者思考：

一、買賣標的物有瑕疵時，買受人請求出賣人補正，是否以出賣人對於物之瑕

疵具有可歸責事由為必要？

二、買受人定期催告出賣人補正，出賣人仍未為補正時，買受人得否請求賠償例如修補瑕疵之費用或物因瑕疵減少之價值？其請求權基礎為何？

貳、出賣人之補正義務

自最高法院77年第7次民事庭會議後，我國實務見解承認買受人於物有瑕疵時，除得依物之瑕疵擔保規定外，亦得依照不完全給付之法理行使權利。若買受人依照不完全給付行使權利時，買受人於出賣人具可歸責事由時，得類推適用給付不能及給付遲延之規定請求損害賠償。此外，雖然於買賣物之瑕疵擔保制度中，特定物之出賣人並無修補瑕疵之義務，但依本決議之見解，出賣人得類推適用給付遲延之法則，請求出賣人補正，並於補正前依民法第264條規定主張同時履行抗辯之規定，拒絕給付買賣價金。此項決議關於損害賠償之部分，於民國88年透過民法債

* 本文作者係德國Freiburg大學博士生

編修正之規定，成為現今民法第227條第1項規定。關於特定物之出賣人是否有補正義務，雖然在學說上仍有爭議¹，但已成為實務上之一致見解。

一、補正義務之基礎：出賣人給付無瑕疵之物之義務

關於出賣人補正義務之根據，最高法院前揭決議僅簡單提到「類推適用給付遲延之法則」，並未詳細說明其法理基礎。最高法院簡短之說明，易使人誤解為補正義務僅於出賣人具可歸責事由時始為存在²，或誤解為是民法第213條第1項損害賠償回復原狀義務之結果。

然而，實務見解向來肯定出賣人有給付無瑕疵之物之義務³，此項義務不僅於種類物買賣有之⁴，亦於特定物買賣有之。既然出賣人有給付無瑕疵之物之義務，則於出賣人提出有

瑕疵之物時，即非依債之本旨提出給付，其給付無瑕疵之物之義務並未因清償而消滅（民法第309條第1項）。此時只要給付無瑕疵之物對於出賣人仍屬可能，或為另行交付無瑕疵之物，或為以修補等方式排除已提出之物之瑕疵，則其給付無瑕疵之物之義務亦未因給付不能（民法第225條第1項）而消滅。出賣人給付無瑕疵之物之義務既未消滅，自應以補正之形式再次為履行。故實務見解承認出賣人有補正義務，其根據應在於出賣人有給付無瑕疵之物之義務⁵。從而，買受人請求出賣人補正，並不以出賣人具有可歸責事由為限。

二、基於法之續造及補充性契約解釋之補正義務

然而，於國內文獻中有認為，特定物之出賣人並無給付無瑕疵之物之義務，故特定物之出賣人提出有瑕疵之物，仍為依債之本旨

註1：否定說：楊芳賢／黃立，《民法債編各論（上）》，頁61-62；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）》，頁123-124；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〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁103-104；楊淑文，〈預售屋交易契約之法律性質及相關問題之研究〉，《新型契約與消費者保護法》，頁22-23。肯定說：史尚寬，《債法總論》，頁403；詹森林，〈不完全給付〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁172-175；陳自強，〈買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用〉，《不完全給付與物之瑕疵》，頁187-188。

註2：文獻中為如此解讀者，例如：楊芳賢／黃立，《民法債編各論（上）》，頁62；詹森林，〈不完全給付〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁175。

註3：最高法院71年度台上字第1553號、78年度台上字第1345號、95年度台上字第39號、99年度台上字第264號、104年度台上字第2437號民事判決。

註4：學說上則有參酌德國債法修正前之見解，認為出賣人給付無瑕疵之物之義務，僅於種類物買賣中有之。蓋民法第348條第1項僅規定物之出賣人有交付及移轉所有權之義務，並無規定其有給付無瑕疵之物之義務。但於種類物買賣中，出賣人依民法第200條規定有挑選「中等品質之物」為給付之義務，故於種類物買賣出賣人有給付無瑕疵之物之義務。參見：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〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁103-104、111。

註5：史尚寬，《債法總論》，頁403；陳自強，〈買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用〉，《不完全給付與物之瑕疵》，頁187-188；歐陽勝嘉、楊益昌，〈承攬工作瑕疵損害賠償之請求權競合與短期時效之迴避〉，《全國律師》，第18卷第2期，2014年2月，頁66。

給付，僅依瑕疵擔保規定對物之瑕疵負責⁶。亦有見解認為，雖然出賣人有給付無瑕疵之物之義務，但民法並未賦予買受人請求修補瑕疵之權利⁷。但依本文見解，縱使接受前述學說見解，仍得由個別案例情況，例如在出賣人本身有修補能力，或者出賣人可透過供應鍊將瑕疵商品送回製造商檢修之情形，得出買受人有請求修補瑕疵之權利。

前述國內文獻見解反對一般性地賦予買受人請求出賣人修補瑕疵之權利，無非是參酌2002年德國民法債編修正前之見解。德國民法於債編修正前，於買賣契約中並未賦予買受人請求出賣人修補瑕疵之權利，其主要考量在於，通常買賣契約之出賣人並非商品製造人，通常不具有排除瑕疵之能力與設備⁸。我國民法第354條以下關於買賣物之瑕疵擔保之規定，係繼受德國民法債編修正前之規定，應做同一解釋。買賣契約既未課與出賣人修補瑕疵之義務，自不得迂迴的透過不完全給付之規定，賦予買受人此項權利⁹。

然而，由前面學說見解的理由可得知，民法於買賣物之瑕疵擔保中未明訂出賣人有修

補瑕疵之義務，其主因在於出賣人通常欠缺修補瑕疵之能力。暫且不論德國立法者之決定是否正確，蓋出賣人有無修補瑕疵之能力，或許只是在個案中補正是否可能及補正對當事人是否可期待之問題，立法政策上是否適合一干子打翻一船人，非無疑義。我國法雖然移植德國法關於買賣瑕疵擔保之規定，但早期國內文獻對於前述德國法出賣人無修補瑕疵義務之見解，亦非全盤接受，自始即承認買受人可平行的透過不完全給付之請求補正¹⁰。

縱使認為德國立法者的決定對我國法之解釋有拘束力，但不可否認的是，德國立法者假設之前提，已因一百年來的時空變遷而有重大改變¹¹。在現今社會中營業性的出賣人若非有自行修補瑕疵之能力，要不然亦可輕易的透過供應鍊將商品送回有檢修瑕疵能力之大盤供應商或商品製造人處排除瑕疵，早已與前述德國立法者之假設不符。況且，修補瑕疵往往較解除契約及減少價金更能符合當事人利益，故前述國內文獻中亦有參酌德國債編修正前之第476a條¹²規定，當事人可

註6：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〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁103-104。

註7：楊芳賢／黃立，《民法債編各論（上）》，頁61-62；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）》，頁123。

註8：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）》，頁123-124；楊淑文，〈預售屋交易契約之法律性質及相關問題之研究〉，《新型契約與消費者保護法》，頁23；楊芳賢／黃立，《民法債編各論（上）》，頁60。

註9：楊芳賢／黃立，《民法債編各論（上）》，頁61-62；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）》，頁137-139；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〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁103-104。

註10：史尚寬，《債法總論》，頁403。

註11：詹森林，〈不完全給付〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁173-174。

註12：修正前德國民法第476a條之規定：「若約定修補瑕疵取代買受人請求解除契約與減少價金之權

約定出賣人有修補瑕疵之義務¹³。另有見解認為，在出賣人有修補瑕疵能力時，得依誠實信用原則課與出賣人修補瑕疵之義務¹⁴。

依本文所見，在出賣人有修補瑕疵之能力，或在出賣人可透過供應商與商品製造人建立之銷售系統，將瑕疵商品送回上游供應商修補，為立法者規定買賣物之瑕疵擔保之規定時，所未設想到之情況。從而，法律對於此種立法者未預見之事實，並未規定出賣人有修補瑕疵之義務，應可認為是違反立法者規範計畫之漏洞（planwidrige Regelungslücke），因此以法之續造賦予出賣人修補瑕疵之義務，不僅未抵觸立法者之意思，反而符合立法者可得而知之意思。此時，或可透過類推適用承攬契約修補瑕疵之規定（單軌制：於現有買賣契約之體系中附加修補瑕疵義務），或可援引前揭最高法院決議見解（雙軌制：於買賣契約外透過競合之不完全給付制度課予修補瑕疵義務），賦予出賣人修補瑕疵之義務，兩者僅在於法律技術上（Dogmatik）之差異，對於當事人之實質利益關係而言，應無重大差異¹⁵。

此外，補充性的契約解釋（ergänzende Vertragsauslegung）亦可作為賦予買受人請求出賣人修補瑕疵之依據。若出賣人具有修補瑕疵能力，或者可透過供應鍊將瑕疵商品回送至有瑕疵修補能力之供應商或商品製造人處修補，或者依其他情形可期待出賣人修補瑕疵之情形，於解釋契約時，自得參酌前述情事，認為依當事人可得而知之意思，當事人有約定出賣人修補瑕疵之義務。

三、補正之方法

（一）一般補正義務：修補瑕疵與另行交付他物

出賣人之補正義務，係基於出賣人給付無瑕疵之物之義務而來，但關於補正瑕疵之方式，法律欠缺明文。在買受人取得無瑕疵之物後，出賣人給付無瑕疵之物之義務始因清償而消滅。而達成此一目的之手段，除了修補出賣人原給付之物之瑕疵外，若存在有同等價值之無瑕疵之物時，邏輯上亦應可透過另行交付無瑕疵之物之方式為補正¹⁶。在結果上，買受人得請求修補瑕疵（Beseitigung des

利，則修補瑕疵義務之出賣人亦應承擔運送、過路費、工料費等基於補正目的所必要之費用。若因買賣物於給付後被帶至受領人之住所或營業所以外之其他地點，以致費用增加者，不適用之，但帶離合與物之規定使用相符者，不在此限。」

註13：楊淑文，〈預售屋交易契約之法律性質及相關問題之研究〉，《新型契約與消費者保護法》，頁22。

註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）》，頁123。

註15：但由法律體系明確化的觀點，目前國內通行之雙軌制的處理方式確實已經造成法律適用的複雜化，尤其在承攬契約關於瑕疵擔保與不完全給付之競合關係上，已經引發不少法律問題（不只有時效的問題）。參見：歐陽勝嘉、楊益昌，〈承攬工作瑕疵損害賠償之請求權競合與短期時效之迴避〉，《全國律師》，第18卷第2期，2014年2月，頁62以下之討論。釜底抽薪之解決方法，應參酌德國法之規定，將買賣及承攬瑕疵擔保責任與債總之規定整合，並統一消滅時效之規定。

註16：史尚寬，《債法各論》，頁40-41。

Mangels) 或另行交付無瑕疵之物 (Lieferung einer mangelfreien Sache)，其結果與現行德國民法第439條第1項¹⁷規定相近。

(二) 瑕疵擔保：另行交付無瑕疵之物是否限於種類買賣

關於另行給付無瑕疵之物之部分，必須附帶一提民法第364條之規定。若買受人依瑕疵擔保之規定行使權利時，若為種類物之買賣時，買受人得不解除契約或減少價金，另行請求出賣人交付無瑕疵之物。

依本文所見，於出賣人有備品可供買受人替換之情形，縱使買賣標的物不涉及民法第200條之種類之債，亦應認為買受人依「瑕疵擔保」行使權利時，得依民法第364條請求另行交付無瑕疵之物。其理由在於，「種類之債」與「特定物之債」之區別，在於給付之內容是否依種類 (Gattung) 而特定。而民法第200條關於種類之債之規定，即在於處理債務人如何特定履行標的物之問題。亦即，種類之債所涉及之問題，在於履行之標的物之特定未經當事人事前約定而特定，亦未經債權人同意指定時，給付之標的物應如何特定，以及特定前衍生之毀損滅失風險問題。

然而，在法律上是否可期待出賣人另行交付無瑕疵之物，與「給付標的物如何特定」及「特定前之毀損滅失風險」之問題無關，而是取決於標的物是否為替代物（有無等價

之無瑕疵物），且出賣人是否自己有充分備品，或可透過供應商調貨方式提供備品替換。若僵硬的依照民法第364條規定之文義，將請求另行交付無瑕疵之物之權利限於民法第200條之種類之債，勢必造成不公平之結果。例如，買受人自行於超市或量販店之貨架挑選商品至櫃臺結帳時，則給付之標的物結帳時（契約成立時）即已特定，而非依種類而特定（指定型號後提貨或由出賣人自庫存送貨），應屬於特定物之債。但此時買受人的利益狀態與種類買賣 (Gattungskauf) 並無實際上差異，蓋於此情形，出賣人均有充分備品可供替換。若僅因標的物由買受人自行挑選排除其請求替換新品之權利，欠缺實質正當理由¹⁸。此時至少可認為，透過契約之補充解釋，當事人在此情形有請求另行交付無瑕疵之物之權利¹⁹。

參、不履行之損害賠償

買受人於瑕疵發見後，請求出賣人以修補瑕疵或另行交付無瑕疵之物補正時（催告），若出賣人仍未補正者，此時雖然補正義務尚存，買受人得以訴請求出賣人履行其補正義務。但以訴訟請求出賣人履行補正義務，實際上緩不濟急，蓋買受人必須忍受瑕疵之狀態長達數年，待給付判決確定後，始

註17：德國民法第439條第1項：「買受人得依其選擇請求排除瑕疵或交付無瑕疵之物作為補正。」

註18：Oetker / Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2 Rn.202.

註19：Medicus / Lorenz, Schuldrecht BT, Rn.127. 在德國法中，相對於債法修正前的德國民法第480條第1項第1句規定（相當於我國民法第364條），現行德國民法第439條第1項並未對另行交付無瑕疵之物做限制，特定物買賣之出賣人原則上亦得請求之。Vgl. BGH Urt.07.06.2006 VIII ZR 109/05=NJW 2006, 2839, Rn.20-21. 相關說明，參見：歐陽勝嘉，〈拆卸瑕疵商品與重新安裝無瑕疵商品費用之負擔〉，《法學叢刊》，第254期，2019年4月，頁72-73（註釋26）。

得聲請強制執行以出賣人之費用排除瑕疵（強制執行法第127條）。由於訴請出賣人履行補正義務緩不濟急，此時應考慮其他方式保障買受人之權利。尤其是透過損害賠償之規定，使買受人透過損害賠償回復至與出賣人履行補正義務相同之利益狀態。

一、實務見解

（一）不履行損害賠償：僅於給付不能或遲延給付已無利益時有之

此時，依前揭最高法院77年第7次民事庭決議之見解，買受人得依不完全給付之規定行使權利。在物之瑕疵可透過另行交付他物或修補瑕疵之方法排除之情形，因補正義務尚未陷於不能，故依民法第227條第1項規定，應準用關於給付遲延之規定。然而，於民法關於給付遲延之規定中，只有在遲延之給付對債權人已無利益之情況下，債權人得依民法第232條規定請求不履行之損害賠償外。其他情形，只能在債權人定期催告債務人履行無結果時，依民法第254條解除契約。從而，最高法院101年台上字第496號判決認為，依民法第227條第1項準用之結果，買受人只能在「瑕疵不能補正」或「瑕疵縱經補正，與債務本旨已不相符」之情況下，請求不履行之損害賠償。但在買受人因物之瑕疵所生之損害中，例如排除瑕疵之費用或物因瑕疵減損之價值，以重建原給付履行利益或替代原給付履行利益，性質為不履行之損害。買受人透過不完全給付制度請求賠償，卻無法及

於不履行之損害賠償，則對買受人之保障仍嫌不足。

此外，在最高法院106年台上字第106號判決之案例中，建商出售之溫泉住宅因未取得「溫泉經營許可」以致無法提供合法溫泉水供住戶使用，法院由買受人催告出賣人補正已過三年餘仍未獲補正瑕疵之事實，認定上開瑕疵已無法補正，故買受人得依民法第227條第1項準用第226條第1項規定請求不履行之損害賠償。亦即，法院依民事訴訟法第222條第3項規定，由建商業經買受人催告多年後仍未能合法取得「溫泉經營許可」之情形，根據經驗法則認定「無法提供合法溫泉水」之瑕疵已無法補正（即建商已不能取得行政機關之許可）。此種依照經驗法則認定事實之方式，適度放寬認定「瑕疵不能補正」之要件，固然值得贊同。但此種方法往往取決於個案情節，未必能擴及至所有經催告後債務人（出賣人）仍未補正之情形。

（二）迂迴的透過解除契約之違約金賦予不履行損害賠償

對此，實務見解當事人對契約解除約定違約金之情形（例如沒收履約保證金、解約扣價條款、加倍返還已收價金條款），迂迴的透過違約金之約定，在給付尚屬可能且對債權人仍有利益之情形，使其不履行損害得獲得某種程度的補償²⁰。文獻亦有認為，於解除契約之情形，當事人除得就債務不履行所生損害約定違約金外（民法第260條），亦得就債權人「因契約解除所生損害」另行約定違約金²¹。

註20：相關判決整理，參見：歐陽勝嘉，《定型化違約金條款之法律問題》，元照，頁271-274。

註21：孫森焱，《民法債編總論》，民國95年1月修訂版，頁733。不同意見：最高法院94年台上字第913號判決。

然而，違約金依民法第250條第2項規定，原則上視為損害之賠償總額（損害賠償額預定性違約金）。又民法第260條規定，僅為使原債務不履行之損害賠償請求權，不受契約解除而影響，並非因契約解除另行賦予債權人新的請求權基礎²²。前述實務見解雖然機械性的依損害發生之時點，於依民法第252條認定違約金適當金額（酌減）時，將解除前已發生之損害²³納入考量，而排除解除後始發生之損害²⁴，試圖在遵守民法第260條規定的同時，使債權人不履行之損害獲得相當補償²⁵。但若債權人非於給付不能（民法第226條）或遲延給付已無利益（民法第232條）之情形，即不得請求不履行之損害賠償，則何以債權人無此情形時仍得就「發生在契約解除前」之不履行損害，仍得透過損害賠償預定性違約金獲得賠償，前開判決並未敘明理由。亦即，在債權人定期催告後債務人仍未履行時，若其依法不得請求不履行之損害賠償者²⁶，邏輯上應無可供當事人預定之損害額存在。債權人何以得就解除契約時點以前已發生之不履行損害，迂迴的透過損害賠償預定性之違約金獲得賠償？再者，若法律未賦予債權人於定期催告債務人履行無結果後，請求不履行損害賠償之請求權基礎時，

則就所謂的「因契約解除所生損害」約定之違約金，其性質是否仍為「損害賠償額之預定」，於法理上亦非毫無疑問。況且，在許多情況下，當事人並未針對契約解除約定不履行損害賠償額預定之違約金。

因此，無視於不履行損害賠償之請求權基礎，迂迴地透過解除契約之違約金試圖給予債權人賠償，仍無法圓滿解決債權人請求不履行損害賠償之根本問題。從而，如何在現行法中尋求債權人於定期催告未果後請求不履行損害賠償之法律依據，為不可迴避之問題。

二、學說見解：擴張解釋「遲延給付已無利益」

（一）解除契約後即得請求不履行之損害賠償？

對於債權人於定期催告無結果後，得否請求不履行損害賠償，早年國內學說有持肯定見解者，認為於債權人定期催告債務人給付無結果，且債權人已為解除契約者始得請求²⁷。文獻中對前述國內學說見解提出質疑者，認為解除契約即得請求替補損害之賠償（不履行損害），無異於新發生之損害賠償請求權，屬於契約消滅之損害賠償，應不足取²⁸。

註22：最高法院55年台上字第1188號判例。

註23：例如在預售屋之解約扣價條款中，最高法院認為得納入考量之損害有：建商第一次出售所支出之廣告及銷售成本、第一次銷售可預期之銷售利潤、契約解除前因房價下跌之損失。

註24：例如在預售屋之解約扣價條款中，最高法院（但非一致見解）認為屬於「因契約解除所生損害」而不列入考量的有：契約解除後房價下跌之損失、第二次出售所支出之廣告及銷售成本。

註25：最高法院89年台上字第807號判決、89年台上字第902號判決、92年台上字第2177號判決、93年台上字第1616號判決、94年台上字第1961號判決等。

註26：參見前揭最高法院101年台上字第496號判決見解。

註27：史尚寬，《債法總論》，頁519-520。

註28：孫森焱，《民法債編總論》，民國95年1月修訂版，頁728。

然而，問題的癥結應該在於，債權人是否有請求不履行之損害賠償之請求權基礎。例如在民法第226條之情形，債權人縱使依民法第256條解除契約，其已發生之不履行損害賠償仍不受影響，僅應依損益相抵原則扣除因契約解除免除之對待給付而已。而前揭國內學說見解只有含糊地指出債權人於解除契約時得請求不履行之損害賠償，而未具體指明債權人請求損害賠償之請求權基礎，不僅欠缺實務上之可操作性，並造成賦予債權人請求法所不許之「因契約消滅之損害賠償」之疑義。因此，關於債權人於定期催告期滿後請求不履行之損害賠償之問題，仍必須由請求權基礎之問題著手。

（二）民法第232條之「已無利益」包含定期催告未果之情形

對此，學說上有認為透過擴張解釋民法第232條規定之方式，賦予債權人於定期催告後請求不履行損害賠償之依據²⁹。其論據在於，民法第255條「以當事人意思表示或依契約性質」，非於一定時期給付不能達契約目的為前提（定期行為）；但第232條僅需遲延之給付「對債權人無利益」即可，並未侷限於依當事人意思或依契約性質而生之情形，亦即該條之適用並不限於「定期行為」之情形。因此，民法第232條之適用範圍較第255條規定之情形要來的廣。於雙務契約中，遲

延之給付對債務人無利益，取決於債權人有無繼續為交換給付之利益，若依據債權人之特殊狀況，客觀上可認為其因債務人之遲延不再有與債務人互相交換之給付利益即可構成³⁰。

而在債權人已定期催告之情況，法律之評價上認為，此時已無從期待債權人繼續等待債務人之給付，故賦予債權人解除權（民法第254條）。因此，債權人於定期催告後仍無結果時，在法律的評價上，債務人之給付對於債權人已無利益。故債權人僅需證明其已對債務人為定期催告，即可認為遲延之給付對於債權人已無利益，自得依民法第232條拒絕受領給付，請求不履行之損害賠償³¹。此時，債權人已依民法第232條取得不履行之損害賠償請求權，自不因嗣後契約依民法第254條解除而受影響（民法第260條參照）。此一情形，與債權人已依民法第226條取得之損害賠償請求權，不受解除契約影響相同。

前揭學說見解雖係針對債務人給付遲延所為，但因民法第227條第1項規定，於補正可能之情形應準用給付遲延之規定，故應可套用於債權人已定期催告債務人補正無結果之情形。

三、德國法之規定

在德國法之中，無論是債法修正前或債法

註29：黃茂榮，《債法總論（第二冊增訂版）》，2004年7月，頁312-313；楊芳賢，〈給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討〉，《政大法學評論》，第58期，1997年12月，頁194以下。

註30：楊芳賢，〈給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討〉，《政大法學評論》，第58期，1997年12月，頁194。

註31：楊芳賢，〈給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討〉，《政大法學評論》，第58期，1997年12月，頁198。

修正後之規定，債權人都可以在定期催告債務人履行或補正無結果時，除解除契約外，亦得請求替代給付之損害賠償（不履行之損害賠償）³²。

在修正前之德國民法第326條³³規定，如債務人陷於遲延（以債務人可歸責為前提），且於債權人定期催告債務人提出給付，並聲明於期限經過後將拒絕受領給付時，若債務人仍未於期限內提出給付者，債權人得選擇解除契約或請求不履行之損害賠償（Schadensersatz wegen Nichterfüllung）。

於2002年債法修正後，雖將解除契約與不履行之損害賠償分開規定，但允許債權人在

解除契約之同時，仍然得請求替代給付之損害賠償³⁴（Schadensersatz statt der Leistung，即舊法所稱之不履行損害賠償）（德國民法第325條³⁵）。然而，在給付尚屬可能之情況下，無論是解除契約或請求替代給付之損害賠償，原則上均應以債權人定期催告後（新法已廢除債務人聲明拒絕受領給付之要件），債務人仍未提出給付或補正者，始得為之（德國民法第281條第1項³⁶、第323條第1項³⁷）。兩者在要件上之差異為，在新法規定中，債權人解除契約不再以債務人具可歸責事由為必要³⁸。至於定期催告之要件，主要在於賦予債務人第二次履行之機會（Chance

註32：關於德國民法中買受人基於物之瑕疵而生損害賠償請求權之介紹，參見：歐陽勝嘉，〈拆卸瑕疵商品與重新安裝無瑕疵商品費用之負擔〉，《法學叢刊》，第254期，2019年4月，頁79以下。

註33：修正前德國民法第326條第1項規定：「雙務契約中一方所負之給付遲延，他方當事人得為其定相當期限，並表示於期限經過後將拒絕受領給付。於期限經過後仍未即時為給付者，其有權請求不履行之損害賠償及解除契約。若給付於期限經過時只有部分未提出者，準用第325條第1項第2句之規定。」

註34：於德國民法債編修正前，德國學說、實務早已透過「大損害賠償」，允許債權人於請求不履行之損害賠償時，退還債權人已受領之給付，請求替代全部給付之損害賠償，已在結果上達到解除契約與請求不履行損害賠償併存之結果。關於德國民法修正前之見解，於德國民法債編修正之立法理由中有詳細的說明，參見BT-Drucks. 14/6040, S. 85.關於國內文獻對於「小損害賠償（kleiner Schadensersatz）」與「大損害賠償（großer Schadensersatz）」之介紹，參見：楊芳賢／黃立，《民法債編各論（上）》，頁132；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〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁115；黃茂榮，《買賣法（增訂版）》，2006年12月，頁456-459。

註35：德國民法第325條：「於雙務契約中請求損害賠償之權利，不因契約解除而消滅。」

註36：德國民法第281條第1項：「債務人就已屆清償期之給付未提出或未依債之本旨提出者，債權人在具備第280條第1項之要件下，於其對債務人之給付或補正所定之相當期限未果時，得請求替代給付之損害賠償。債務人提出一部給付者，債權人僅得於其對於該一部給付無利益時，請求替代全部給付之損害賠償。債務人提出之給付不合債之本旨時，債權人於義務違反輕微時，不得請求替代全部給付之損害賠償。」

註37：德國民法第323條第1項：「雙務契約之債務人未提出或未依契約提出已屆清償期之給付者，如債權人已為債務人定相當期限為給付或為補正仍未為之時，債權人得解除契約。」

註38：債法修正之立法者認為，「可歸責」之要件應該僅對於損害賠償請求權有其意義，但對於解除契約而言，關鍵應在於繼續維持契約關係並提出自己給付對於當事人是否不可期待。故於債編修正後，解除契約不再以債務人可歸責為要件。Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 85f.

zur zweiten Andienung) ³⁹。因此，依衡量當事人利益後，可認為無須賦予債務人第二次履行之機會（例如定期行為、債權人嚴正且終局的拒絕給付⁴⁰、債務人詐欺等⁴¹），或有情事可認為債權人之權益保障優先於債務人第二次履行機會時，債權人解除契約及請求替代給付之損害賠償不再需要定期催告（德國民法第281條第2項⁴²、第323條第2項⁴³）。

至於不履行之損害賠償（替代給付之損害賠償）之計算，在出賣人給付之物有瑕疵之情形中，買受人原則上得請求修補瑕疵之費用或物因瑕疵減少之價值（小損害賠償）⁴⁴；

若瑕疵重大者，買受人亦得請求替代全部給付之損害賠償，亦即請求另行購置他物取代之費用（大損害賠償）⁴⁵。

總之，德國民法無論在債法修正前或修正後，均肯定債權人於定期催告債務人履行或補正無結果後，除得解除契約外，亦得請求不履行之損害賠償（替代給付之損害賠償）。

四、本文看法

本文認為，相對於德國民法之規定（修正前之第326條及修正後之第281條），我國民法無債權人定期催告後得請求不履行損害賠

註39：Medicus / Lorenz, Schuldrecht AT, Rn.123

註40：國內學說有認為，債權人嚴正且終局的拒絕給付（ernsthafte und endgültige Verweigerung der Leistung）為不完全給付（積極侵害債權）之特殊型態，債權人得不經催告逕行解除契約，甚至得於清償期屆至前亦得解除契約，參見：詹森林，〈不完全給付〉，《民事法理與判決研究（二）》，頁151-153；史尚寬，《債法總論》，頁395、397註釋；黃茂榮，《債法總論（第二冊增訂版）》，2004年7月，頁317-318。

註41：BGH Beschl. 08.21.2006-V ZR 249/50=NJW 2007, 835 Rn.13-14.

註42：德國民法第281條第2項：「債務人嚴正且終局的拒絕給付（die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert）或有衡量雙方利益可正當立即主張損害賠償請求權之特殊情事者，無須定期催告。」

註43：德國民法第323條第2項：「有下列情形之一者，無須定期催告：

- 1.債務人嚴正且終局的拒絕給付。
- 2.縱使依債權人於契約締結前對債務人之通知或基於其他契約締結時所伴隨之情事，可認為於合於期日或期限之給付對債權人為重要者，債務人仍未於契約所定之期日前或契約所定之期限內提出給付。
- 3.於未依契約提出給付之情形，於審酌雙方當事人之利益認為立即解除契約為正當之特殊情況。」（備註：德國民法第323條第2項第3款規定，係配合轉換歐盟消費者權利指令（Verbraucherrechte-RL=Richtlinie 2001/83/EU）第18條規定於2014年6月13日修正施行之新規定。於修正前第323條第2項第3款規定原包含「不為給付」及「不良給付」之情形。但因歐盟消費者權利指令第18條第2項僅規定，買賣契約中之企業經營者（出賣人）拒絕交貨或未於對消費者重要之期限內交貨之情形，買受人得不經催告解除契約，並未明訂依具體情況衡量雙方利益後認為解除契約為正當之情形。由於歐盟消費者權利指令採取完全的協調一致（Vollharmonisierung），不允許成員國採取較高或較低之消費者保護。因此，德國法一方面將歐盟指令規定擴及全部債之關係外（以免企業經營者之解除權優於消費者），並將原有第3款之適用範圍限於「不良給付」。Vgl. BT-Drucks. 17/12637, S.59）

註44：BGH Urt. v. 04.04.2014 V ZR 275/12=NJW 2015, 468 (Hausschwamm), Rn.31-33; Urt. 19.07.2017 VIII ZR 278/16=NJW 2017, 2758, Rn.18.

註45：BGH Urt. 15.07.2008 VIII ZR 211/07=NJW 2008, 2873 (Parkettstäbe), Rn.15.

償明文規定，然而從立法理由中無法得出我國立法者有意排除債權人此項權利之明確理由。況且，法無明文並非否定此項請求權之理由，畢竟在民法債編修正前，我國民法亦欠缺不完全給付之明文⁴⁶，但我國實務並未以此否定不完全給付制度之存在，反而積極的擴大不完全給付之適用範圍。

其次，債權人的保障出發，若債權人已定期催告債務人履行契約或補正瑕疵，債務人仍未為履行或補正者，如債權人只能在痴痴地等待債務人遙遙無期的履行或補正或緩不濟急的透過訴訟請求債務人履行或補正，或者解除契約放棄請求履行利益之兩難中抉擇，而不能就不履行之損害（替代原有之履行利益）請求賠償，其結果並非適當⁴⁷，且與實際上之交易需求不符⁴⁸。我國實務迂迴的透過解除契約之違約金，賦予債權人於定期催告債務人給付仍未獲給付時，得透過違約金就其不履行之損害獲得一定程度的賠償，更可證明此處若不賦予債權人不履行損害賠償，將無法保障債權人之正當利益。

再者，在瑕疵給付之案例中，若不廣泛承認買受人於定期催告無結果後，得請求不履行損害賠償之權利，則最高法院77年第7次民事庭會議決議承認買受人得請求補正及

依不完全給付制度主張權利之美意將大打折扣。例如前舉案例情形中，買受人必須長期等待訴訟終結或出賣人自行排除瑕疵，並在這段期間忍受瑕疵不斷帶來的痛苦及不利益，卻不能在定期催告出賣人補正無結果時，自行修補瑕疵，並將修補瑕疵之費用作為損害向出賣人請求賠償，則買受人請求補正之權利形同落空。若法律不許買受人自行排除瑕疵並就排除瑕疵之費用請求出賣人賠償，無異於容忍瑕疵長期存在並持續造成損害，此亦有背於社會經濟考量。

基於以上理由，應可認為債權人在定期催告後，債務人仍不為給付或補正，債權人應得請求不履行之損害賠償。在法律技術上，可能有以下幾種不同的可能：

- （一）擴張解釋民法第232條：依前面提到的學說見解⁴⁹，擴張解釋民法第232條之「遲延之給付已無利益」，使其包含債權人依民法第254條定期催告期滿後仍未獲得給付或補正之情形。
- （二）類推適用民法第232條：我國民法未明文規定債權人得於依民法第254條定期催告債務人給付無結果時，得請求不履行之損害賠償，應為我國在繼受德國法規定時，立法者移植德國法規定

註46：參見最高法院99年台上字第111號判決、99年台上字第1473號判決。

註47：例如最高法院87年台上字第951號判決之案例中，因出賣人（建商）停工以致預售屋遲延交屋達10年以上（民國67年訂約），但最高法院該案判決仍認為此時遲延之給付並非當然對房屋買受人無利益。

註48：交易實務上當事人常就契約解除之情形，對於「不履行之損害」約定違約金，可見交易上的確有補償不履行損害之需求。

註49：黃茂榮，《債法總論（第二冊增訂版）》，2004年7月，頁312-313；楊芳賢，〈給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討〉，《政大法學評論》，第58期，1997年12月，頁194以下。

時之疏漏。且於此情形若不賦予債權人請求不履行損害賠償之依據，將影響公平正義甚鉅，亦與法律之價值判斷不符，故構成必須填補之法律漏洞。此時，應得類推適用民法第232條規定，使債權人於定期催告後仍未獲補正或給付之情形得請求不履行損害賠償之依據。

(三) 退步言，若無法透過擴張解釋或類推適用民法第232條規定，使債權人一般性的在定期催告後取得不履行之損害賠償請求權。但民法第254條規定，解除契約以債務人於債權人所定期限仍未為給付或補正為要件，主因在於賦予債務人再次履行之機會（Chance zur zweiten Andienung）⁵⁰。雖然在債權人所定期限屆滿時，債務人仍得提出給付。但由於債務人以錯失其履行之最後機會，至少應認為若債權人此時已著手排除瑕疵時，應得以遲延之補正對其已無利益為由，拒絕出賣人遲到之補正，而逕行請求不履行之損害賠償（民法第232條）。

此外，若債權人得於定期催告期滿未獲給付或補正時，得請求不履行之損害賠償，則就解除契約所約定之違約金，即為預定債權

人於前述情形下請求不履行損害賠償總額之預定，且依民法第260條規定，不因契約解除而受影響。如此正可補充前述實務見解對於解除契約違約金之理論之完整性（補充其所欠缺之請求權基礎），並正當化實務參酌債權人之不履行損害數額衡量違約金適當金額之作法。若不承認債權人得於定期催告期滿後，得適用或類推適用民法第232條請求不履行之損害賠償，則何以針對契約解除所約定之損害賠償額預定性之違約金，得斟酌債權人之不履行損害，將無法合理說明。

五、損害賠償之範圍

在肯定民法第232條規定（適用或類推適用）得作為買受人定期催告出賣人補正未果後請求不履行損害賠償之請求權基礎後，另一個在實務上必須面對的問題是損害賠償之範圍。實務見解在酌減解除契約之違約金之案例中，認為依據民法第260條規定，以解除契約之時點為基準，如損害發生在前者應予以斟酌⁵¹，若發生在後者則屬於「因契約解除所生之損害，不在斟酌之列⁵²」。

然而，在解除契約與不履行之損害賠償之關係，應釐清兩個不同層次的問題：其一為債權人請求不履行損害賠償之請求權基礎，其二為債權人請求損害賠償之範圍。依本文

註50：Medicus / Lorenz, Schuldrecht AT, Rn.123

註51：例如在預售屋之解約扣價條款中，最高法院雖未於判決具體言明，但認為下列損害於違約金酌減時應作為債權人之損害斟酌之：建商第一次出售所支出之廣告及銷售成本、第一次銷售可預期之銷售利潤、契約解除前因房價下跌之損失。參見：歐陽勝嘉，《定型化違約金條款之法律問題》，元照，頁272。

註52：最高法院70年度台上字第4258號判決、85年台上字第2532號判決、86年台上字第1084號判決、89年台上字第1579號判決、93年台上字第291號判決、95年度台上字第1448號判決、102年度台上字第1222號判決等。

所見，民法第260條規定：「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」主要涉及原有的請求權基礎是否在解除契約後繼續存在的問題。至於與損害賠償範圍有關者，應為相當因果關係之問題，而與個別損害發生之時點在契約解除前後無關。

在依照傳統關於解除契約效力之見解中，解除契約會導致契約溯及的失其效力（直接效果說）。而民法第260條規定，即在限制解除契約之溯及效力，於損害賠償請求權之範圍內，使契約之效力繼續存在。藉此使債權人關於債務不履行之法律地位，不致因其行使解除權而惡化⁵³。至於在「清算說」之理論下，解除契約並未使契約關係（廣義的債之關係）溯及消滅，而是使契約由原來的「給付關係」轉變為「清算關係」，亦即原有之個別給付義務消滅，轉變為以清算為目的之回復原狀請求權（狹義的債之關係）⁵⁴。從而民法第260條規定僅在於闡明，契約關係未因解除而消滅，則債權人基於契約之損害賠償請求權當然不受影響⁵⁵。

因此，例如在給付不能的案例中，債權人無論其是否解除契約，均得依民法第226條第1項規定請求不履行之損害賠償。而債權人解除契約與否，差別僅在於計算不履行損害之賠償額時，是否應將因契約解除而免除之對

待給付義務，依民法216條之1損益相抵之規定予以扣除而已⁵⁶。至於發生於契約解除時點以後之個別損害，如債權人不解除契約時，尚得依民法第226條第1項規定請求損害賠償者，自不因其最後決定依民法第256條解除契約，而轉變為「因契約解除所生之損害」而不得請求。否則，債權人請求損害賠償之法律地位將因解除契約而惡化，將與民法第260條規定意旨不符。

而關於債權人定期催告之期滿後，債權人得否請求不履行損害賠償的問題上，在我國法主要的問題在於，法律對於債權人之請求權基礎之規定不甚明確。若認為債權人於此情形債權人並無損害賠償請求權，則不問其是否解除契約，均不得請求不履行之損害賠償。由於實體法上欠缺不履行損害賠償之請求權基礎，邏輯上自無可供當事人預定之損害額存在，當然不得因為損害發生之時點恰巧在契約解除之前，而得假借損害賠償預定性之違約金獲得賠償。否則，關於解除契約前已發生之不履行損害部分，將成為「另因契約解除所生之新賠償請求權⁵⁷」。

然而，若依本文見解，認為債權人於定期催告期滿後，得適用或類推適用民法第232條規定請求不履行損害賠償，則與前面所舉給付不能案例之處理方式應無不同。亦即，不

註53：史尚寬，《債法總論》，頁539；孫森焱，《民法債編總論》，95年1月修訂版，頁780。

註54：王澤鑑，〈債之關係結構分析〉，《民法學說與判例研究（四）》，頁122（註釋82）；陳自強，〈雙務契約不當得利返還之請求〉，《政大法學評論》，第54期，1995年12月，頁219-220；黃立，《民法債編總論》，元照，2006年，頁551-552。

註55：關於直接效果說與清算說之比較與說明，參見：歐陽勝嘉，〈拆卸瑕疵商品與重新安裝無瑕疵商品費用之負擔〉，《法學叢刊》，第254期，2019年4月，頁76（註釋45）。

註56：史尚寬，《債法總論》，頁539；孫森焱，《民法債編總論》，95年1月修訂版，頁781。

註57：最高法院55年台上字第1188號判例。

論債權人是否依民法第254條規定解除契約，均得本條規定請求不履行之損害賠償。由於損害賠償請求權於定期催告期滿後即已發生，縱使債權人最後決定解除契約，亦不因個別損害發生時點在契約解除之後，而無法依本條規定請求賠償，蓋其並非「另因契約解除所生之新賠償請求權」。

關於不履行損害賠償之範圍，「應依一般損害賠償之法則，即民法第216條定之⁵⁸」。尤其是依個別損害之發生與債務人之違約行為間是否具備相當因果關係而定，而與損害發生之時點究竟在契約解除前或後無關。如此始與債務不履行之損害賠償目的在於填補債權人因債務人違約而生之損害相符。從而，在物之瑕疵之案例中，買受人自行修補瑕疵所支出之費用⁵⁹，或向第三人購買取得無瑕疵之物以代有瑕疵之物之價款⁶⁰，與出賣人給付有瑕疵之物後卻不為補正之違約行為有相當因果關係，自得依民法第232條（適用或類推適用）請求不履行之損害賠償。

至於在訴訟上，由於法院只能斟酌最終事實審言詞辯論終結前（即既判力基準時點）之事實，因此法院亦應以此一時點作為其判決損害認定之基準時點，而非錯誤適用民法第260條規定，以契約解除之時作為損害認定之基準時點。至於在最終事實審言詞辯論終

結後新發生之損害，本不受既判力拘束，債權人得提起另訴請求。

六、其他可能的解決方案

於德國民法債編修正前，若當事人約定出賣人有修補瑕疵之義務時，德國實務見解認為，此時得類推適用承攬瑕疵擔保之規定⁶¹。若出賣人經催告仍不修補瑕疵時，買受人得類推適用民法第493條第2項規定，自行修補瑕疵後請求償還修補瑕疵之必要費用⁶²。如前所述，我國實務見解既然肯定出賣人於補正義務之架構下，有修補瑕疵之義務。或許在此前提下，可以參酌德國法之見解，肯定在出賣人於買受人所定期限內未為補正時，買受人得類推民法第493條第2項規定，於自行排除瑕疵後請求出賣人償付修補瑕疵之費用。

肆、結論

買賣標的物有瑕疵時，實務見解承認買受人得請求出賣人補正，其法律依據應為出賣人給付無瑕疵之物之義務，故不以出賣人有可歸責事由為必要。關於補正方法，應以另行交付無瑕疵之物或修補瑕疵之方式為之。至於買受人已定期催告出賣人補正，出賣人仍未補正者，因給付尚屬可能，依民法第227

註58：最高法院55年台上字第1188號判例。

註59：BGH Urt. 04.04.2014 V ZR 275/12=NJW 2015, 468 (Hausschwamm), Rn. 31-33; Urt. 19.07.2017 VIII ZR 278/16=NJW 2017, 2758, Rn. 18.

註60：BGH Urt. 15.07.2008 VIII ZR 211/07=NJW 2008, 2873 (Parkettstäbe), Rn.15.

註61：BGH Urt. 03.11.1989-V ZR 57/89=NJW 1990, 901.

註62：BGH Urt. 30. 06. 1971-VIII ZR 39/70=NJW 1971, 1793, 1794; Urt. 29. 10. 1975-VIII ZR 103/74=NJW 1976, 234, 235.

條第1項應準用給付遲延之規定。依本文所見，此時應得擴張解釋或類推適用民法第232條之規定，使買受人於定期催告期滿後，請求不履行之損害賠償。退步言，至少在買受人所定期限屆滿後且買受人已著手排除瑕疵時，得以遲延之補正已無利益為由拒絕出賣人遲到之補正，並請求不履行之損害賠償。此項損害賠償請求權，於買受人定期催告期

滿之時即已發生，自不因事後買受人決定解除契約而受影響。亦不因個別損害發生時點在解除契約之後，而不得請求不履行之損害賠償。在立法論上，前揭解決方案雖可由現行法之意旨得出，但仍欠缺明確性，故於將來債法再次修正時，似得參酌德國民法第439條及第281條規定，明訂其要件及法律效果，以避免解釋疑義並增加實務之可操作性。

稿 約

- 一、每期截稿日為每月月底五天前。
- 二、手寫稿之字跡務必工整；為求校稿之便利，請作者提供磁片或電子檔案。
- 三、本刊各專欄均歡迎投稿及提供資料，學者專家來稿請附學、經歷及現職基本資料及聯絡地址電話。
- 四、請作者切勿一稿兩投。但如為研（座）討會內之特定人士閱覽之文章不在此限。
- 五、文稿如有引用其他著作者，請註明其出處，並提供註釋。
- 六、本刊為公會刊物，常態性設有中華民國律師公會全國聯合會會務屬性之專欄，關於該專欄之文件或文章，由秘書長會知會訊委員會主任委員刊登，不計稿酬。
- 七、所有稿件均應依審稿辦法處理。
- 八、本刊審稿委員得提供修稿建議，如作者拒絕者，應特別註明。
- 九、為感謝作者熱心支持本刊，除第六條規定外，凡經審稿通過之文稿，當酌致稿酬如下：
 - （一）本刊稿酬每一字新台幣壹元，外文稿酬另議。
 - （二）凡超過壹萬貳仟字之稿件，壹萬貳仟字以上部份，每字新台幣0.5元。
 - （三）每篇稿件給付稿酬上限為新台幣壹萬伍千元。
 - （四）翻譯之文稿，每字新台幣0.5元。
 - （五）未具原創性，而係引用其他學術文獻及法案等之附件者，除有例外，否則不列入稿酬之計算。
- 十、投稿者欲撤回投稿時，若已完成編排作業者，須賠償本會審稿之審查費用新台幣貳千元，並經編輯委員會同意後始得撤回。
- 十一、本稿約經會訊委員會修正通過後自2008年1月10日施行。