

# 物之瑕疵的概念在買賣法上之適用

蔡晶瑩\*

## 目次

- 壹、問題意識
- 貳、物之瑕疵擔保責任之沿革與適用前提
  - 一、物之瑕疵擔保責任之歷史沿革
  - 二、物之瑕疵擔保責任之規定—我國法之規定
  - 三、物之瑕疵擔保責任的主體
  - 四、物之瑕疵擔保責任發生之前提—有效之買賣契約
- 參、物之瑕疵之概念
  - 一、物之瑕疵的概念—特定物之買賣
  - 二、物之瑕疵的概念—種類買賣
  - 三、物之瑕疵與權利瑕疵的界線
- 肆、德國現行法對於物之瑕疵的定義
  - 一、瑕疵擔保責任之性質
  - 二、關於物之瑕疵定義上的幾個重點
- 伍、結論

關鍵字：物之瑕疵擔保責任，物之瑕疵，權利瑕疵，出賣人保證品質，主觀說之瑕疵理論，客觀說之瑕疵理論，瑕疵擔保責任之性質

---

投稿日期：九十四年十一月二十八日；接受刊登日期：九十四年十二月十四日  
\*德國雷根斯堡大學法學博士，現任中原大學財經法律學系專任助理教授。本文承蒙兩位匿名審查人提供寶貴修正意見，謹此致謝。

## 壹、問題意識

我國民法上所稱買賣之瑕疵擔保責任，是指出賣人就買賣標的之權利或該標的物本身之瑕疵，所應負擔之無過失的法定責任。對於物之瑕疵擔保責任的規定，在法制史的沿革中最早可溯及至古典羅馬法時期，在當時僅針對特定物之買賣有所規範，對於種類物之買賣則是一直到普通法時期才開始予以討論，由於法制史的沿革發展涉及了我國民法有關物之瑕疵擔保責任的規定，在文章中將首先加以介紹。

其次，由於物之瑕疵擔保責任的成立是以存在有物之瑕疵為前提，關於物之瑕疵的確切概念，自然應該在定義上予以釐清。對於這個問題，學說的討論並不一致，是否應該以當事人之間所約定之契約內容作為定義瑕疵概念的準據而採取所謂「主觀說」的理論，或者是應該回歸社會日常生活的思考模式，而以所謂「客觀說」的理論，將瑕疵的概念限縮於物之通常性質的欠缺，都存在有深入探討的必要。這些論理上的爭議不只會影響到物之瑕疵的概念，也會影響是否成立出賣人保證品質之品質瑕疵擔保責任的認定，除此之外，對於特定物之買賣與種類物之買賣，由於具備有本質上的差異，因此對於物之瑕疵概念的實際適用，也應該分別予以界定。再者，買賣法中所規範的物之瑕疵擔保責任與權利之瑕疵擔保責任，雖然在法律體系的編排上有明顯的區隔，然而在具體案例的實際運作上，權利瑕疵與物之瑕疵一直存在著概念與效果應用的模糊地帶，如何區分兩者在適用上的界限，本文也將一併處理。

在這裡還要特別說明的是，由於我國在民國八十八年所修訂公佈之民法債編的條文規定，對於買賣法相關瑕疵擔保責任的內容，除了民法第三五八條與第三六五條有關於解除權或請求權行使期間之規定外，並沒有明顯的變動。相較於我國債法之修正，德國也在西元二

二年所施行之新民法中修改了相關的債法規定，其中對於瑕疵擔保責任不論在法律體系上之定位或者是內容指涉都有明顯的改變，如果比較德國新、舊法規，我國民法有關瑕疵擔保責任之規定，不管是法律體系的定位，或者是瑕疵擔保責任的性質、文義以及法律效果，皆與德國修法前的規定較為相似，因此在比較法的操作上，本文仍將重點置於德國債法修定前之實務與學說的介紹，希望可以透過相關學說的闡釋，解決物之瑕疵擔保責任的問題。

## 貳、物之瑕疵擔保責任之沿革與適用前提

### 一、物之瑕疵擔保責任之歷史沿革

物之瑕疵擔保責任之規定在法制史的沿革發展，最早可溯及至古典羅馬法時代，<sup>1</sup> 在當時的法典中，已經存在有針對特定物之買賣所規範之瑕疵擔保責任，至於其規定之範圍，則僅是限縮於出賣人所負擔之物之瑕疵擔保責任而言。<sup>2</sup> 然而，事實上在古典羅馬法時期所規範之瑕疵擔保責任之內容，並非針對物之性質本身的瑕疵所作成之規定，其所規範者主要是關於民法第三六條所規定之損害賠償之問題；更確切的說，是對於當買受人所取得的標的物欠缺了出賣人所特別保證之品質，或者當出賣人具備有故意不告知瑕疵的情況時，出賣人所應負擔之瑕疵擔保責任。因此，在古典羅馬法中所規範之物之瑕疵擔保責任之內容與今日法律規範中之瑕疵擔保責任的思考，其實並不相

---

<sup>1</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, Vor § 459 Rn. 5.

<sup>2</sup> Vgl. Rohlack, Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo zur Sachmängelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag, S. 68, 69.

同，其所規範者沒有涉及標的物本身品質之優劣問題。<sup>3</sup> 關於標的物本身的品質問題，一直到由斯丁尼亞時期（die justinianische Zeit），才一 的 將 其 規 範 於 而 納 入 瑕 疵 擔 保 責 任 之 範 疇，儘管如此，瑕疵擔保責任之規定，仍是停留在以特定物之買賣做為規範之對象。對於種類物買賣之物之瑕疵擔保責任的問題，則是一直到普通法時期，才開始予以討論。<sup>5</sup> 由於我國民法第三五四條以下有關物之瑕疵擔保責任之規定，主要是繼受自一九 年一月一日所公佈施行之德國舊民法的內容，而德國舊民法之規定則是延續自普通法與古典羅馬法的思考，<sup>6</sup> 因此，如果回溯此一歷史演進之軌跡，我們不難理解，何以不論是在德國舊民法中關於瑕疵擔保責任之規定，或者是我國現行法中之相關條文，皆是以特定物之買賣做為思考的主要核心重點。

## 二、物之瑕疵擔保責任之規定—我國法之規定

所謂之物之瑕疵擔保責任在我國民法中是指，出賣人對於其所交付之標的物之物的瑕疵，應負擔之法定擔保責任，相關責任內容的規定，我國民法將之規範於第三五四條以下。根據民法第三五四條之規定，出賣人對於所交付之物具有瑕疵或者欠缺保證品質時，應負擔保

---

<sup>3</sup> Vgl. Rohlack, Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo zur Sachmängelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag, S. 68-69.

<sup>4</sup> 對於標的物本身之性質欠缺的瑕疵問題，在由斯丁尼亞時期之前則是存在於市集交易秩序（die ädilitische Edikte）之中；Vgl. Staudinger/Honsell, Vor § 459 Rn. 5。

<sup>5</sup> Vgl. Rohlack, Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo zur Sachmängelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag, S. 68-69.

<sup>6</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, Vor § 459 Rn. 10；並參閱楊芳賢，買賣，收錄於黃立（編），民法債編各論（上），頁 52，元照（2002）。

責任。而當出賣人所交付之物具有物之瑕疵時，買受人根據民法第三五九條之規定，得主張減少價金或者是解除契約，並且當具備了一定之要件時，買受人並得選擇依民法第三六〇條之規定請求不履行的損害賠償。民法第三五四條以下所規範之買賣的種類，雖然主要是針對特定物之買賣，但在解釋上並不排除種類買賣之適用，不過由於種類買賣之標的物於締約當時僅為可得確定，因此民法第三六四條特別針對種類物買賣的此種特性，規範了買受人之請求交付無瑕疵之物的規定。

此外，對於物之瑕疵擔保責任之法律性質，由於種類物之買賣與特定物之買賣具有本質上的差異，學說因此分別予以認定。而有關種類物之買賣的法律性質比較沒有爭議，出賣人負擔有交付無瑕疵之物的義務，因此，當出賣人所交付之標的物具有瑕疵時，即應負擔物之瑕疵擔保責任。然而針對特定物之買賣，則因為出賣人是否負擔交付無瑕疵之物的義務，而有「擔保說」與「履行說」的不同主張，對於這樣的爭議，我國相關學者的解釋態度並不明確，<sup>7</sup> 其中部分學者採納「擔保說」之見解，<sup>8</sup> 認為瑕疵擔保責任乃法律為了顧全交易之信用，於給付義務之外所特予規定之責任。比較特別的是，有學者從法學方法論之觀點出發，對於物之瑕疵擔保責任法律性質的爭執，主張不應該只是為了理論體系之堅持，而影響結論之判斷，應該是從現行法的規範中，以當事人的利益為核心而作合理的價值判斷，因此「履行說」或者是「擔保說」的爭議無須堅持，該爭議的實質意義也因此明顯的被削弱。<sup>9</sup>

<sup>7</sup> 參閱王澤鑑，物之瑕疵擔保責任、不完全給付與同時履行抗辯權，收錄於民法學說與判例研究（六），頁121，元照，初版（2002）。

<sup>8</sup> 參閱戴修瓚，民法債編各論，頁30，三民（1979）。

<sup>9</sup> 參閱王澤鑑，前揭註7；楊芳賢，前揭註6，頁54。

### 三、物之瑕疵擔保責任的主體

由於買賣法中所規範之物之瑕疵擔保責任是屬於契約上權利的性質，因此，物之瑕疵擔保責任之發生必須以買賣契約有效成立做為前提。又因為牽涉了物之瑕疵的問題，在適用的考量中，首先必需存在有交付，或者是移轉有體物作為給付內容的先決要件，才能夠發生物之瑕疵擔保責任的問題，然而這樣的思考並不能被簡單而直接的轉置成為以下的結論：「物之瑕疵擔保責任僅能適用於有體物之買賣，而權利瑕疵擔保責任則適用於權利之買賣。」我國民法第三五四條雖然以「物之出賣人」之文義來規範負擔物之瑕疵擔保責任之主體，然而在解釋上，並不宜以買賣標的的種類來區分物之瑕疵擔保責任與權利瑕疵擔保責任的適用對象，因為在權利的買賣中，如有因其權利而可以占有一定之物時，仍然應該有物之瑕疵擔保責任適用的可能，因此，關於民法所規定之兩種瑕疵擔保責任之適用範圍，應該以瑕疵的種類來做為適用何種瑕疵擔保責任之界定，只要存在不具有權利本質(nicht rechtlicher Natur)之瑕疵，不論是物的買賣或者是權利的買賣，都可能有物之瑕疵擔保責任的適用。<sup>10</sup>

### 四、物之瑕疵擔保責任發生之前題—有效之買賣契約

#### (一) 瑕疵擔保責任之發生

由於瑕疵擔保責任是屬於契約上權利的性質，因此買賣契約的有效成立是瑕疵擔保責任發生的前提要件，買賣契約無效時，固然不發生瑕疵擔保之問題，然而當買賣契約存在有得撤銷之原因時，也並不

---

<sup>10</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 10.

會影響瑕疵擔保責任的發生，因為儘管存在有得撤銷之原因，當有撤銷權之一方未行使撤銷權時，契約仍為有效，只是當撤銷權被行使時，物之瑕疵擔保責任也溯及既往的失其效力，至於得撤銷之原因，是因為當事人一方之惡意詐欺時，一般也作相同之處理。<sup>11</sup> 消費者保護法第十九條針對郵購買賣，或者是訪問買賣所規範之七天的猶豫期間，會影響瑕疵擔保責任的發生時期，一般來說，必須於猶豫期間經過後，而當事人亦未解除契約時，才有瑕疵擔保責任規定之適用。此外，由於民法第一八條特殊不當得利之規定，使得相對人因為無需負擔返還之義務，而得以保有因為不法原因所受領之給付，並且在事實客觀上呈現了與契約有效成立時之類似狀態，然而在當事人之間，畢竟不存在有有效之契約作為契約請求權之基礎，因此不能主張瑕疵擔保責任之請求權。

## （二）標準化電腦軟體（Standardsoftware）之「買賣」

對於現代社會中，以工商業上之保護權（gewerbliches Schutzrecht）做為標的之交易行為者，例如授權契約（Lizenzvertrag）之簽定，如果

---

<sup>11</sup> 由於瑕疵擔保責任之體系定位在德國舊民法時期是以特別規範之形式來呈現，因此當出賣人對於買受人關於標之物之瑕疵存在有故意不告知的行為時，瑕疵擔保責任之規定是否排擠作為一般規定之撤銷權（德國民法第一二三條）的行使，即存在有爭議。根據德國通說之見解，買受人對於被詐欺所為意思表示的請求權（德國民法第一二三條），並不因為存在有物之瑕疵擔保請求權而被排除，其主要的理由在於使買受人能立於較優勢之地位，而使買受人得以選擇對自己較有利益的權利予以主張。不過，當買受人撤銷被詐欺所為之意思表示時，因為不再有有效之買賣契約存在，因此也當然喪失契約上之瑕疵擔保請求權；Vgl. Larenz, Schuldrecht II/I, § 41, S. 75; Staudinger/Honsell, Vor § 459 Rn. 43。

當事人所取得者僅為權利的使用部分像是商標使用權，而不包含對於該權利之處分或轉讓的權限時，因為與買賣的概念在性質上並不一致，無法將之定義為買賣契約，<sup>12</sup> 然而當交易之標的為預製之標準化電腦軟體時，儘管依照交易之內容所取得者也可能僅是軟體之使用權，並且對於該軟體也同樣無權予以處分或轉讓，但是對於此種標準化電腦軟體之性質，不僅德國聯邦法院將之視為動產，<sup>13</sup> 依照德國舊民法的通說見解，此種交易行為也被定義為買賣，或者是與買賣相類似之有償契約，而得以適用或者是類推適用關於物之瑕疵擔保責任的規定。這樣的見解事實上是一種交易觀念的反射，因為嚴格來說，電腦軟體之性質並非傳統概念中之有體物，僅是由於其在交易習慣上經常被以物之概念來對待，而有物之瑕疵擔保責任之適用。<sup>14</sup> 此外，對於軟體使用權之取得是否透過磁碟片或者是光碟片等有體物做為傳輸之媒介，亦或者直接透過電纜（Kabel）予以傳輸，在解釋上都不會因此而影響軟體本身性質之判斷。<sup>15</sup>

### （三）營業買賣

---

<sup>12</sup> Vgl. Palandt, Vor § 433 Rn. 19; Staudinger/Honsell, Vor § 433 Rn. 76; 楊芳賢，前揭註 6，頁 6。當然，如果以此種權利作為交易之客體時，不論是認為屬於獨立之契約類型，或者是德國學說上所稱之權利租賃，只要並非其性質所不許，依照我國民法第三四七條之規定，此種有償契約仍應可準用買賣一節中所規定之權利之瑕疵擔保責任。

<sup>13</sup> BGH NJW 1993, 2437.

<sup>14</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 7.

<sup>15</sup> BGH NJW 1993, 2437.

對於買受人而言，營業買賣的經濟目的主要是以獲利的取得作為買受營業的動機，因此在期待上，營業之出賣人所負擔的義務，應該包括使買受人得以其所取得之營業的現狀，繼續營業之經營。<sup>16</sup>

營業買賣之內容所涉及者，包含以有體物、權利以及其他財產價值所構成之整體組織作為一個單位所成立的契約，因此營業買賣之性質無法單純以物之買賣的概念予以理解。然而德國實務自帝國法院以來，即有主張所有概括的存在於營業本身之欠缺，只要是足以影響該營業本身之價值或者是契約的目的時，皆可類推適用關於買賣法中物之瑕疵擔保責任的規定。<sup>17</sup> 至於學說則普遍認為，物之瑕疵擔保責任的規定在營業買賣的適用時，僅有當構成營業中個別之物，具備有足以影響該營業之瑕疵時，才能針對該各別之物的欠缺，適用（或者類推適用）物之瑕疵擔保責任。<sup>18</sup> 在判斷的準則上，個別之物的瑕疵存在是否成為該營業之瑕疵，則應該是以該營業之繼續運作是否受影響來判斷，一般來說，仍應以當事人所約定之內容而定。<sup>19</sup> 然而物之瑕疵擔保責任之法律效果適用於營業之買賣的思考，是否皆屬合宜，其實也並非毫無疑義。特別是德國舊民法第四六二條（相當於我國民法第三五九條）之解除契約的法律效果，從營業買賣之性質而言，在適用上未必恰當。此外，德國舊民法第四七七條關於瑕疵擔保責任之短期時效的規定，也未必符合雙方當事人之利益，<sup>20</sup> 針對此一德國舊民

<sup>16</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht II/I, § 45a, S. 165.

<sup>17</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 8; BGH NJW 1980, 2408.

<sup>18</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht II/I, § 45a, S. 165-166; Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 45a; Flume, Eigenschaftsirrthum, S. 190.

<sup>19</sup> 提出這樣見解的學者，基本上是以主觀說之物之瑕疵的概念作為論述的根據；Vgl. Larenz, Schuldrecht II/I, § 45a, S. 165-166.

<sup>20</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht II/I, § 45a, S. 167；事實上對於短期時效之適用可能影響當事人利益的疑慮，由於我國民法對於瑕疵擔保請求權之時效規定，在

法時代之法律適用疑義，德國學者也嘗試著從法律效果的適用限制加以解決。<sup>21</sup>

事實上，關於物之瑕疵擔保責任的規定在營業買賣的適用範圍，除了應該區分，該問題之存在對象是否屬於營業整體之個別之物本身的欠缺之外，如果是對於營業整體之營收、獲利等資訊的不正確提供，而影響買受人對於營業之繼續經營者，則顯然與物之瑕疵的性質有別，對於這樣的問題，透過締約上過失之規定來尋求解決之方式，<sup>22</sup> 或許更能符合營業買賣之本質。

### 參、物之瑕疵之概念

現行法中，關於物之瑕疵擔保責任所涵攝之範圍，包含民法第三五四條第一項與第二項中所稱之情狀，也就是當出賣人所給付之物有瑕疵，或者是所給付之物欠缺出賣人所保證之品質時，買受人只要具備上述法條所規範之一定要件，即有可能可以主張物之瑕疵擔保責任，因此，透過民法第三五四條之規定，呈現出物之瑕疵的範圍。

#### 一、物之瑕疵的概念—特定物之買賣

##### (一) 概念的區別

關於特定物買賣在物之瑕疵擔保責任的成立，首先應該釐清的界線在於標的同一性的問題，也就是出賣人所給付的標的，是否與契約

---

民國八十九年債編修正時已做了修訂，因此如果從我國法律觀點而論，關於時效之問題較無疑義。

<sup>21</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht II/I, § 45a, S. 167; Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 8.

<sup>22</sup> Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 60ff.

雙方當事人所確定的標的為同一。如果答案是肯定的，才須開始進行瑕疵擔保責任是否成立的檢查，否則，當出賣人所交付的標的物並非買賣雙方當事人於契約上所確定之物時，則是屬於同一性之偏離（Identitätsabweichung），更明白的說，是債務是否已經履行的問題，因此關於特定物的買賣，若是出賣人以契約上所合致以外的標的為給付時，其實是涉及他物給付（Aliud; Falschlieferung）的討論，而不是瑕疵擔保責任的問題。

## （二）物之瑕疵的概念客觀說

關於物之瑕疵的概念，根據早期德國學說與實務的見解，原則上是依照物之一般性質而決定，<sup>23</sup> 具體而言，出賣人所交付之物，如果欠缺了該物所屬之種類中一般所應具有的性質時，即為具有物之瑕疵，<sup>24</sup> 此種以客觀之抽象概念來加以判斷的主張，稱為客觀說。必須補充說明的是，根據客觀說之見解，標的物所呈現之物理性質的欠缺，例如蟲蛀之水果、毀壞之房屋，固然可以作為客觀標準來說明瑕疵之具體事例，但是是否具有物理上之欠缺，並非客觀說判斷物之瑕疵的一般抽象依據，<sup>25</sup> 而是應該依照個別種類的典型性質是否欠缺，來作為檢驗的依據。<sup>26</sup>

此外，贊成採客觀說見解之學者也有認為，除了以標的物所屬種類的典型性質來作為理解瑕疵的概念以外，如果該種類（物的整體）

<sup>23</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 10.

<sup>24</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht II/I, § 41, S. 38.

<sup>25</sup> 然而在較早之實務見解中，所謂物之瑕疵是指，與標的物本身具有一定之直接結合關係之性質上之欠缺，因此主要是指向物理上之瑕疵，Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 18.

<sup>26</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 24.

本身即具有瑕疵，例如種類本身具有結構上的瑕疵，而使得買受人透過對價關係所取得之物的具體狀態，與買受人之期待狀態不一致時，也應該是屬於物之瑕疵的範圍。<sup>27</sup> 因此，所謂物之瑕疵是指，標的物本身不具備有所屬種類之通常性質或者種類本身具有瑕疵的情形，<sup>28</sup> 經過這種演繹說明，客觀說之瑕疵概念可以被更具體的闡釋。<sup>29</sup>

客觀說主要是以物之種類之抽象、一般（normale）性質作為界定瑕疵概念之基礎，買賣契約之內容並非判斷的依據，確切的說，物之種類的判斷應該是指該物就客觀事實所屬的種類，而非契約內容中所合意之種類。<sup>30</sup> 對於物之瑕疵的理解，依照客觀說之思考模式必須先確定該作為比較內容之框架，而此種框架即是作為上位概念的「物種」，客觀說之瑕疵理論其實就是根據這樣的基礎，而認為所有的物皆能以精確之種類或等級來予以區分。<sup>31</sup> 在這樣的思考模式之下，另外有學者以客觀說之架構為出發，並修正客觀說之概念而認為，物之種類的判斷是指當事人於契約內容中所合意之種類而言，因此，所謂物之瑕疵是指，當出賣人所交付之物即使符合當事人合意之種類，然而卻欠缺該種類之物依據交易觀點所應具有之典型、通常之性質的狀態，<sup>32</sup> 而且當出賣人所交付之物與契約上所合致之種類不符時，也不

---

<sup>27</sup> Vgl. Knöpfe, Fehler beim Kauf, S. 308.

<sup>28</sup> Vgl. Produkthaftungshandbuch/Graf v. Westphalen, Rn. 3.

<sup>29</sup> 部分客觀說之支持者也強調，在私法自治的原則下，客觀說的瑕疵判斷標準是可以被當事人之合意所排除，Vgl. Produkthaftungshandbuch/Graf v. Westphalen, Rn. 3。

<sup>30</sup> Vgl. Knöpfe, Fehler beim Kauf, S. 17ff., 279ff.

<sup>31</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 10.

<sup>32</sup> Vgl. Fabricius, JuS 1964, S. 1, 2, 6.

排斥物之瑕疵擔保責任之發生。<sup>33</sup> 這樣的觀點所呈現出之結果，與純客觀說之內容有別，並且拉近了與主觀說見解之距離，此種論理的模式雖然是架構於純客觀說之基礎上，然而由於存在有當事人之合意介入瑕疵之判斷，顯然已經對於純客觀說作了修正。<sup>34</sup>

客觀說的理論基本上是在處理物之一般性質欠缺的問題，因此品質偏離之瑕疵（Qualitätsabweichung）仍然是屬於客觀說之瑕疵理論所涉及的討論核心，<sup>35</sup> 儘管如此，物之瑕疵的概念還是應該受到契約目的的限制，例如房屋連同土地之買賣，毀壞的房屋如果依照典型、通常的性質來判斷，就是有瑕疵之物，不過依照當事人主觀之締約目的，如果是為了拆屋而重新起造時，即不能稱為存在有物之瑕疵。

### （三）物之瑕疵的概念—主觀說

以客觀說之理論來理解物之瑕疵的概念，在現實生活中經常無法滿足買受人的期望，特別是出賣人關於物之性質之陳述經常左右買受人的購買意願，因此逐漸形成以當事人合意作為認識瑕疵概念之主觀

---

<sup>33</sup> Vgl. Fabricius, JuS 1964, S. 5ff.; 由於以物之種類來作為確定物之抽象通常性質之上位概念，而關於物之種類如果是以當事人之合意來確定時，那麼構成種類之個別特徵，即成為判斷物之瑕疵的依據，因此，物之抽象通常性質之偏離，其實在結論上與種類之偏離並無差異，依此觀點，鯊魚肉即有可能為有瑕疵之鯨魚肉，與純客觀說之結論有別，而較貼近主觀說之結論；Vgl. Kircher, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 30-31。

<sup>34</sup> 根據客觀說之見解，當事人之合意對於瑕疵判斷的重要性，主要表現在（欠缺保證品質之）品質瑕疵擔保責任之成立。

<sup>35</sup> Vgl. Jauernig, BGB, § 459, S. 510; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 329.

說理論。<sup>36</sup> 根據主觀說之見解，當出賣人所交付之標的物的事實狀態與雙方當事人於契約內容中所預定（vorausgesetzte）之狀態，或者是與當事人所合致（vereinbarte）之狀態不符，並且有發生滅失或減少其效用或價值之情形時，即為具有物之瑕疵。<sup>37</sup> 此種依照當事人主觀意思作為闡釋物之瑕疵概念的理論，也普遍為（舊民法時期）德國學界所贊成。<sup>38</sup>

然而在德國實務的操作中卻存在有這樣的疑慮，他們認為，如果單純以當事人合意的性質來作為理解舊民法第四五九條第一項之瑕疵定義時，<sup>39</sup> 那麼將使得所有不利於契約合意性質之偏離，都被歸於第四五九條第一項之物之瑕疵的範疇，進而壓縮第四五九條第二項（相當於我國民法第三五四條第二項）所規定之出賣人保證品質之適用空間。<sup>40</sup> 為了釐清二者之間的界限，德國實務認為，當出賣人所交付之物，即使偏離了當事人之合意或者是偏離了契約所預定之性質時，並

<sup>36</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht, II/1, § 41 I, S. 38.

<sup>37</sup> BGH NJW 1984, 2289f.; BGHZ 90, 198, 202.

<sup>38</sup> Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 35 ; Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 11 ; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 334; Larenz, Schuldrecht, II/1, § 41 I, S. 38ff.

<sup>39</sup> § 459 BGB a.F: (1) Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.

(2) Der Verkäufer haftet auch dafür, dass die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaft hat; 由於德國舊民法第四五九條所規範之文義與內容，與我國民法第三五四條之規定幾乎可以說是一致，因此不再予以翻譯。

<sup>40</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 18.

不能馬上就認為具有物之瑕疵，而符合德國舊民法第四五九條第一項之規定。<sup>41</sup> 物之性質包含物之天然性質以及物之於環境之關聯的總合，<sup>42</sup> 此種狀態必須與物具有一定期間之直接結合關係，<sup>43</sup> 而構成物之基礎，這種基礎並且可以在交易觀念中，作為影響物之價值與效用程度的判斷因素。<sup>44</sup> 由於主張瑕疵必需與標的物本身具有一定期間之直接結合關係，因此，欠缺與標的物直接結合關係之性質僅有可能構成德國舊民法第四五九條第二項所規定之保證品質的內容，而不屬於德國舊民法第四五九條第一項規定的範圍，透過這樣的詮釋，將使得物之瑕疵的定義在德國舊民法第四五九條第一項與第二項被賦予不同的理解。<sup>45</sup> 德國實務以這種直接結合關係的判斷，來作為區分是否該當舊民法第四五九條之規定的看法，儘管也獲得部分學者的認同，<sup>46</sup> 然而由於判斷的標準過於不確定（unbestimmt），仍有學者質疑此種見解的妥當性，<sup>47</sup> 尤其在私法自治原則的思考下，也令人相當費解，何以採納主觀說的理論，卻不能夠單純以當事人之合意或契約之內容來闡釋物之瑕疵的概念。<sup>48</sup> 除此之外，對於與標的物僅具有間接結合關係之性質的欠缺，為何不能夠納入物之瑕疵的定義之內，也欠缺一貫的

---

<sup>41</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 18.

<sup>42</sup> BGH NJW 1978, 370.

<sup>43</sup> 早期之實務見解將物之瑕疵限縮於物之物理上性質的欠缺，對於此種欠缺所引起之影響，在時間因素上，僅能回溯至契約成立時，對於標的物將來之發展，並不屬於物之性質，但可以是當事人保證品質的內容；Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 18.

<sup>44</sup> BGH NJW 1984, 2289; BGH JR 1997, 150, 151.

<sup>45</sup> BGH NJW 1992, 2564, 2565.

<sup>46</sup> Vgl. Larenz, Schuldrecht II/1, § 41 I, S. 39.

<sup>47</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn 34; Immenga, AcP 171, 1, 17.

<sup>48</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn 34.

說理適用。<sup>49</sup> 其實，實務上所以形成這樣的看法，應該是為了區隔物之瑕疵擔保責任的類型，<sup>50</sup> 並藉此判斷是否具備有德國舊民法第四六三條所規定之欠缺保證品質的擔保責任。然而，對於是否構成品質瑕疵擔保責任的判斷，似乎不應該在物之瑕疵的定義與範圍上尋求解決，而是應該著眼於當事人對於構成契約內容的性質合意的方式或情狀作為判斷的依據。<sup>51</sup>

此外，根據德國舊民法第四五九條第一項所規定的文義可以發現，即使是以當事人之合意來作為理解物之瑕疵的概念，事實上對於出賣人所交付之物是否具有欠缺或減少通常效用之瑕疵，仍不可避免的必須藉由客觀標準來補充當事人合意的判斷，<sup>52</sup> 而形成了主觀與客觀標準並行的現象，也就是所謂的主客觀說（subjektiv-objektive Theorie）。<sup>53</sup> 根據主客觀說，當契約的當事人未針對標的物的性質作成合意時，應該以交易之觀點來判斷物之瑕疵的是否存在，而所謂交易觀點即為客觀因素的衡量，<sup>54</sup> 然而這樣的見解無法被部分採行純主觀說理論的支持者所贊同，<sup>55</sup> 主要的爭執點在於，採行純主觀說的學者認為，物之瑕疵的定義僅能依契約之內容作為唯一的判斷標準，<sup>56</sup> 主觀與客觀標準平行並存（nebeneinander）的見解不僅是一種多餘的主張，而且是對於主觀說理論錯誤理解的結果。<sup>57</sup> 其實純主觀說之理論

---

<sup>49</sup> Vgl. Emmerich, BGB-Schuldrecht, BT, Rn. 27.

<sup>50</sup> Vgl. Immenga, AcP 171, 1, 15f.

<sup>51</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 18.

<sup>52</sup> Vgl. Fikenscher, SchuldR, Rn. 704.

<sup>53</sup> BGH WM 1977, 1088, 1089.

<sup>54</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 20.

<sup>55</sup> Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 31.

<sup>56</sup> Vgl. Soergel/Huber, § 459 Rn. 20.

<sup>57</sup> Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 31.

也並非完全摒棄客觀因素在物之瑕疵判斷上的必要性，僅是對於客觀因素在體系的構成地位上有不同的解釋，更確切的說，客觀因素事實上已被規範於法條當中，應該可以認為是在當事人合意內容的架構下，透過法律規定的形式來補充性質合意的思考，<sup>58</sup> 因此客觀標準的判斷並非與主觀標準平行並存，當事人主觀上性質之合意才是作為定義物之瑕疵的主要依據。

基本上對於以客觀標準作為解釋通常效用是否減損的問題，不論是依主觀說之見解或者是採主客觀說的體系，在結論上並無不同，僅是理論的構成有別，因此有學者認為，主觀說之理論與主客觀說的見解，事實上並不存在有差異。<sup>59</sup>

#### （四）主觀說與客觀說之優劣

贊成客觀說理論的學者認為，相較於主觀說的瑕疵概念，客觀說的瑕疵定義與吾人日常生活所理解的用語較為一致，同時客觀說的闡釋內容也比較貼近一般人的思考。<sup>60</sup> 另外有學者進一步補充說明，如果分析德國舊民法第四五九條第一項第一句的規定結構，則「通常效用」與「契約預定效用」兩種構成要件要素應該存在有原則與例外的結構關係，也就是說，「契約預定效用」是特殊例外適用的狀態，一般情形都應該以「通常效用」來理解物之瑕疵的概念。<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> BGH NJW 1986, 2824; BGH NJW 1983, 2242.

<sup>59</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 20.

<sup>60</sup> Vgl. Knöpfe, Fehler beim Kauf, S. 272.

<sup>61</sup> Vgl. Haymann, Festschrift für das RG, Bd. III, S. 317, 325; 轉引自 Kircher, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, S. 32.

依照客觀說的瑕疵定義，種類偏離的問題( Gattungsabweichungen )並不構成瑕疵，因為客觀說只處理物之通常性質偏離的問題，<sup>62</sup> 如果只以客觀抽象之物的通常性質來觀察，那麼「合奏」用的小提琴( Konzertgeige )與「獨奏」用的小提琴( Sologeige );「鯊魚」肉與「鯨魚」肉都只是種類上的偏離，而不構成物的瑕疵。主張客觀說的學者並且認為就法條的適用而言，物之性質的偏離與種類的偏離事實上有著不一樣的規定，而且對應著不一樣的法律效果。然而在具體案例的適用時，如何能夠在物的種類劃出明顯的界線，來區隔性質或種類的偏離，事實上是困難的。主要的問題在於，物之通常性質必須藉由物的種類來確定，但是如何判斷標的物的種類，或者更確切的說，應該將物種細分到什麼樣的程度，或者是以甚麼樣的特徵來加以歸類，都會因為產品種類的複雜性與多樣化，而顯得有明確性的困難。相對於客觀說在處理此一問題所出現的窘境，主觀說的瑕疵概念則明顯具有適用上的優勢，由於在主觀說之瑕疵概念中，標的物是否具有瑕疵，乃是依照當事人於契約中所為的合意為準，因此，只要出賣人所交付之物，偏離了當事人所合意之應具備性質，並且進而存在有滅失或減少物之效用或價值之情狀時，即可以理解為具有物之瑕疵。即使是標的物的種類背離了契約締結時當事人的認知，而應該屬於其他的種類時，也因為偏離了當事人於契約中所合意的特徵，違背買受人對於種類特徵的主觀預期，而可以構成物之瑕疵。<sup>63</sup> 以這樣的主觀說理論來

---

<sup>62</sup> Vgl. Jauernig, BGB, § 459, S. 510.

<sup>63</sup> 例如當事人合意以特定貨櫃中所運載之鯨魚作為契約標的而締結買賣契約，買受人於受領後才發現，該特定貨櫃中所運載之內容物並非雙方當事人主觀上所認知的鯨魚，而是價值較低的鯊魚，此時根據主觀說的見解，因為偏離了當事人之主觀預期，具有物之瑕疵；然而對於物之瑕疵如果採取客觀

理解物之瑕疵的概念，除了可以省略種類歸屬認定之困難外，也不需要區別性質偏離與種類偏離的界線。<sup>64</sup> 其實，當買賣雙方當事人透過契約之內容而作成關於物之性質的合意時，即等於是對於物之等級作了界定，而藉由此種定位也呈現出物之種類的特徵，使得種類確定的問題同時也屬於當事人合意之內容，與物之性質的問題同屬於物之瑕疵的範圍。<sup>65</sup> 無論出賣人所交付之物是屬於品質較低劣者，或者是超出買受人主觀上所期待之其他種類之物，對於買受人而言，皆是屬於不適用之物，因此，從買受人之利益狀態來看，區分性質偏離之瑕疵或者是種類偏離的問題並無實益。

此外，主觀說之瑕疵概念所涵攝的範圍也較客觀說為廣，它所處理的對象，除了包含一般客觀理論所處理之品質偏離的問題外，<sup>66</sup> 對於種類偏離之問題（Gattungsabweichungen）個性偏離的問題（Individualabweichungen）<sup>67</sup> 情狀偏離的問題（Umstandsabweichungen）<sup>68</sup> 以及

---

說，那麼應該只是錯誤的問題，而無瑕疵擔保責任發生的可能；Vgl. Brox, Besonderes Schuldrecht, Rn. 61。

<sup>64</sup> Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 133; Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 27.

<sup>65</sup> Vgl. Esser/Weyers, SchuldR BT, § 5 II 1, S. 34.

<sup>66</sup> 實務上對於品質偏離之認定並不嚴格，瑕疵無須現實存在，對於品質可能具有欠缺的懷疑，例如肉類有感染沙門氏菌的可能性，也肯定其構成物之瑕疵；Vgl. Jauernig, BGB, § 459, S. 510。

<sup>67</sup> 個性之偏離問題是指，出賣人所交付之物欠缺了依契約所應負擔之個性上的特徵，例如古董或畫的真偽、戒指為鍍金或純金的性質。

<sup>68</sup> 環境之偏離問題是指，出賣人所交付之物不具備契約內容所稱之形成其價值之環境時，例如當環境之於物而發生了經濟上或法律上的關聯，此種關聯並且構成物之性質上之基礎，而與物具有一定期間之結合關係。

規格偏離的問題 (Dimensionsabweichungen),<sup>69</sup> 都可以應用主觀說的瑕疵概念,<sup>70</sup> 而把他們納入德國舊民法第四五九條第一項的規範範疇。

由於我國現行的法律規範中, 出賣人對於標的之瑕疵所負擔的責任仍然是屬於無過失的法定責任, 因此以主觀說的理論作為判斷物之瑕疵的基礎, 不僅得以擴張物之瑕疵擔保責任的適用, 符合買受人利益的保障, 並且也能夠落實等價交易的公平期待, 因此主觀說的理論應該是較為可採。

#### (五) 出賣人保證品質

##### 1. 存在保證品質之意思

根據德國舊民法第四五九條第二項之規定:「出賣人並應擔保其物於危險移轉時, 具有其所保證之品質」。<sup>71</sup> 因此, 當出賣人所給付之標的物欠缺其所保證之品質時, 即已偏離了當事人的締約目的而構成物之瑕疵。對於出賣人是否具備保證品質的意思, 根據德國最高法院的判決認為, 主要應由法官針對個案, 依契約之情狀來判斷。<sup>72</sup> 由於保證品質與契約預定之性質在法條上明顯予以區分, 因此, 當存在有針對契約之性質予以約定的情況時, 不能隨即認為出賣人有保證品質的

---

<sup>69</sup> 規格之偏離又稱為數量之偏離 (Mengenabweichungen), Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 21, 所謂規格之偏離的問題是指, 出賣人所交付之物與契約中所確定之數據不符, 例如交付之布匹的寬度是兩公尺, 而非契約所合致之三公尺, 此時只要並不屬於一部給付而發生給付遲延的問題時, 則有物之瑕疵擔保責任適用的可能性。

<sup>70</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 10.

<sup>71</sup> 相當於我國民法第三五四條第二項的文義。

<sup>72</sup> BGH ZIP 1996, 279, 280; BGH ZIP 1996, 711, 712.

意思表示。<sup>73</sup> 是否有保證品質的發生，必須以買受人認識到出賣人存在有將此種保證作為契約內容的意思，並且出賣人於契約中必須有保證負責的意志存在，也就是應該具備有願意承擔一切後果的決心<sup>74</sup> 除此之外，保證品質的意思並不限於明示之意思表示，透過出賣人之行為所表現出之默示保證，<sup>75</sup> 在解釋上也屬於存在有願意負擔不履行之損害賠償的品質瑕疵擔保責任的意思，至於出賣人是否善意相信其所交付之物具有所保證之品質，並不會影響品質瑕疵擔保責任成立的判斷。

在這裡必須要補充的是，雖然德國實務不排除存在默示保證品質的狀況，但是在具體案例的實際認定上，實務的態度卻是相當保守。根據德國實務對於保證品質之定義文字的解釋，出賣人必須具備有保證的附加意思，也就是說，必須有可以被理解如果標的物欠缺所保證的品質時，願意承擔一切後果的表示。事實上以這樣的文義內容來闡釋保證責任發生的前提，將使得默示保證品質幾乎不存在有發生的可能性，<sup>76</sup> 因為依據買受人的理解與主觀的期待，如果出賣人不能夠明白表示有保證的意思，那麼買受人將很難確定出賣人是否有願意承擔一切後果的決心。因此，分析德國實務的觀點可以得知，明示與默示保證之意思表示顯然無法平行的作為界定是否欠缺保證品質的標準。

一般而言，當欠缺專業知識的買受人信賴出賣人所提供的專業知識，而且這樣的情形也為出賣人所明知時，則應該可以認為出賣人具有默示負擔品質瑕疵擔保責任的意思。關於此種默示品質瑕疵擔保責任的發生，德國實務在相關二手車（或者是舊貨）買賣的案例運用操

---

<sup>73</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 56.

<sup>74</sup> BGH NJW 1997, 2318.

<sup>75</sup> BGH ZIP 1996, 279, 280; BGHZ 128, 111, 114.

<sup>76</sup> Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 84.

作上顯然要活潑許多。<sup>77</sup> 例如經營舊車買賣的出賣人對於有意購車者關於汽車里程數多寡，或者汽車是否曾在交通事故中受損等事項的詢問，所為之陳述或回答，經常被肯定為保證品質之默示意思表示，當標的物的現實狀態與出賣人的陳述有所差距，而有減損該物之價值或效用時，則出賣人即須因此而負擔品質瑕疵擔保責任。<sup>78</sup> 對於這樣的案例思考，主要是顧及了特別的市場關係，也因此對於出賣人保證意思之存在，不以嚴格的標準來認定。然而，在關於藝術品買賣的案例中，同樣存在著專業與非專業之間的締約關係，德國實務的見解卻與處理二手車買賣採取截然不同的態度，而從嚴認定出賣人保證品質的意思表示。<sup>79</sup>

除此之外，依照德國實務之見解，對於判斷出賣人是否具有默示保證品質的意思，應該藉由法官裁量權的行使予以釐清，換句話說，必須依據個案的具體情狀來加以確定，至於其判斷的標準，尤其要考量買受人是否存在有特別保護的必要性。<sup>80</sup> 這樣的思考模式其實與德國舊民法第四六三條法律效果的規定有關，是以買受人的權益是否應該透過損害賠償請求的主張而予以保障來作為闡釋的出發點。<sup>81</sup> 另外

---

<sup>77</sup> BGH NJW 1993, 1854; BGHZ 87, 302, 305.

<sup>78</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 61, 62.

<sup>79</sup> Vgl. BGH JZ 1995, 1015, 1017.

<sup>80</sup> 依照實務的見解，法官對於出賣人是否存在有默示保證意思的裁量，必須考慮誠信原則以及交易習慣，判斷買受人的理解程度來決定；Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 459 Rn. 60; BGH NJW-RR 1991, 1401; BGH NJW 1997, 2318.

<sup>81</sup> BGH ZIP 1996, 279, 280; BGH ZIP 1996, 711, 712; 這樣的主張主要是根基於主觀說的瑕疵見解，由於當事人的合意乃是判斷物之瑕疵的依據，因此當事人之意思表示究竟為純粹物之性質的合意或者是保證品質的表示，事實上

德國實務肯定默示保證品質意思表示的見解，在定型化契約條款的控制上，也發揮了一定之功效。由於德國舊民法時期之消費者保護的相關法規（§ 11 Nr. 11 AGBG）明文否定出賣人得以定型化契約條款排除品質瑕疵擔保責任之負擔，如果由於買受人信賴出賣人關於物之性質的陳述，而對於排除瑕疵擔保責任之定型化條款予以同意，當此種責任排除的約定並不適當而無效時，那麼可以認為當事人對於物之性質的合意，出賣人具有保證品質的默示意思表示。<sup>82</sup>

基本上德國學者對於實務有關出賣人是否存在保證品質之認定，大多持肯定的態度，<sup>83</sup> 也就是在判斷保證品質的責任時，出賣人必須有願意承擔保證責任之特別的意思。至於民法第四五九條第一項與第二項之法條結構，則是屬於原則與例外的關係，對於不履行損害賠償責任的負擔應該是一種加重責任（qualifizierte Gewährschaft），<sup>84</sup> 依據法律的規定，不會被理解為所有的出賣人皆須負擔此種擔保責任。<sup>85</sup>

## 2. 物之瑕疵的概念—保證品質

根據主觀說的理論，所謂物之瑕疵是指標的物偏離當事人所合意之性質，此種物之瑕疵的定義，不僅可以適用於舊民法第四五九條第一項之規定，並且也可以作為理解舊民法第四五九條第二項所規定之

---

在判斷上並不容易清楚的加以區隔，然而在法律效果的規定上，卻是有著兩種截然不同的適用規範。

<sup>82</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, §459 Rn. 60; Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 88.

<sup>83</sup> Vgl. Emmerich, BGB-Schuldrecht BT, Rn. 42; Soergel/Huber, § 459 Rn. 139.

<sup>84</sup> Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 82.

<sup>85</sup> 對於出賣人保證品質意思的判斷，德國於舊民法時期的見解較為保守，這樣的現象是否合宜，事實上是存在有質疑的，參閱楊芳賢，前揭註6，頁70-73。

保證品質的瑕疵概念。<sup>86</sup> 部分贊成主觀說的學者認為，德國舊民法第四五九條第二項關於欠缺保證品質的規定，就瑕疵擔保責任制度的重要性而言，主要是表現在瑕疵非關重要的情形，以及請求不履行之損害賠償的法律效果。<sup>87</sup>

其次，根據客觀說的瑕疵理論，對於何謂物之瑕疵，在概念的解釋上則應該區分性質（Beschaffenheit）瑕疵與品質（Eigenschaft）瑕疵的不同，而分別解釋德國舊民法第四五九條第一項與第二項關於物之瑕疵的定義，這樣的結論其實是客觀說理論的當然結果。由於性質欠缺的瑕疵，在判斷上完全不涉及當事人的合意，因此，契約內容所合意的性質即應該被定位為保證品質的內容，然而當標的物的實際狀態儘管具備該種類之抽象通常性質，卻偏離當事人所合意之應有狀態時，就符合了第四五九條第二項關於欠缺保證品質的情況，因此客觀說的瑕疵理論也相對的擴張品質瑕疵擔保責任的適用範圍，並且在判斷上也比較容易。<sup>88</sup> 透過此種結論的呈現可以得知，主觀說與客觀說理論的差異，在處理品質瑕疵擔保責任的成立問題上相當明顯，並且根據客觀說的理論，品質瑕疵擔保責任的發生，並不以出賣人具有承擔保證責任的決心作為前提，出賣人對於標的物性質之描述只要具有拘束力而構成契約之內容時，即可發生不履行損害賠償之品質瑕疵擔保責任。<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Vgl. Staudiger/Honsell, § 459 Rn. 35; Emmerich, BGB-Schuldrecht BT, Rn. 38.

<sup>87</sup> Vgl. Staudiger/Honsell, § 459 Rn. 31.

<sup>88</sup> Vgl. Staudiger/Honsell, § 459 Rn. 23.

<sup>89</sup> Vgl. Produkthaftungshandbuch/Graf v. Westfalen, Bd. I, Rn. 4.

## 二、物之瑕疵的概念—種類買賣

### (一) 種類買賣之特性

特定物買賣之相對觀念即為種類物之買賣。由於在種類物之買賣中，僅以種類中之一定數量來指示買賣的標的物，因此有別於在特定物的買賣時，買賣之標的物於締約時即已確定的情況。在種類的買賣中，出賣人所交付之標的物應符合當事人締約時所約定的品質，如果當事人沒有約定，則應該具備有中等品質，才能夠解釋為符合債務的本旨（德國民法第二四三條第一項；我國民法第二四三條第一項）。針對種類買賣的這一種特質，法律另行規範出賣人所負擔之瑕疵擔保責任（德國舊民法第四八三條；我國民法第三六四條），買受人可以不請求減少價金或解除契約，而請求出賣人另行交付無瑕疵之物。

### (二) 物之瑕疵之定義

如果考量瑕疵擔保責任發生之前提在於出賣人已經提出「所負擔的給付」，那麼在種類之物的買賣中，出賣人所交付之物若是不符合當事人締約時所約定之品質，或者不具備法律所規範之中等品質時，則出賣人此時所提出之物是屬於欠缺履行適格，那麼買受人所得主張的權利是否只能限縮於履行請求權的主張，就存在有疑問。在這種情形下，由於法律規範要件中所稱之「交付其物之必要行為」尚未完結，因此買賣之標的物應理解為還沒有特定，也就是說，此時仍為種類之債的繼續存在，那麼德國舊民法第四八三條（相當於我國民法第三六四條第一項規定）之另行交付請求權的規定，在性質上應是屬於德國舊民法第四三三條第一項第一句（相當於我國民法第三四八條第一項

規定)之履行請求權之延伸。<sup>90</sup> 然而也由於德國舊民法第四八 條之規定,<sup>91</sup> 明文肯定了買受人請求減少價金或解除契約的權利,而確定了買受人之瑕疵擔保請求權的發生。<sup>92</sup> 因為德國舊民法第四八 條是架構在第四五九條的規定下,所以對於物之瑕疵的概念也應該作相同的理解,<sup>93</sup> 主觀說的瑕疵概念也因此可以適用於種類物的買賣,只要出賣人所交付之物的實際狀態與當事人在契約中所合致之應具備狀態產生了不利益的差距時,即可構成物之瑕疵。除此之外,對於物之瑕疵與他物給付之區分的問題,在理論上也應該以當事人的合意作為判斷,來區別出賣人所交付之標的物是否是屬於契約上所合致的種類。<sup>94</sup>

由於種類買賣之標的物僅是透過種類之特徵予以描述,該物並非自始即已確定,因此與特定物之買賣並不相同。在特定物的買賣中,當事人所提出之物與出賣人所負擔之給付內容並不會發生是否同一之確定上的困擾,物之瑕疵與他物給付的區別非常明顯,可是在種類之物的買賣中,卻因為種類之債的標的並非在契約締結當時已經確定,

<sup>90</sup> Vgl. Palandt/Putzo, § 480 Rn. 4

<sup>91</sup> 由於德國舊民法第四八 條確定了買受人基於瑕疵擔保之規定所得主張之解除契約與請求減少價金之權利,因此從體系上的觀察可以得知,如果買受人解除契約或者是請求減少價金,那麼也將使得種類之債因為出賣人所交付之標的物而特定,買受人之履行請求權因此不再繼續存在; Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 480 Rn. 1。

<sup>92</sup> Vgl. Foerste, JuS 1994, 202, 205.

<sup>93</sup> 在種類買賣中,有學者主張,瑕疵的概念應該是以出賣人所交付之物是否具備德國舊民法第二四三條第二項所稱之中等品質 ( mittlere Art und Guete ) 為斷。然而此種見解完全排除了「契約預定」效用的存在空間,並不被通說所採納, Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 48。

<sup>94</sup> 德國舊民法時期之通說見解在這樣的理論前提下,嘗試區分他物給付與種類偏離之瑕疵問題, Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 44。

往往使得種類偏離與他物給付的界定產生相當的困難。不僅如此，其實對於種類之物的買賣中，是否存在有他物給付的認定也會發生有解釋的疑義。部分採取主觀說理論的學者認為，如果從主觀說的觀點出發，既然當事人之合意內容是判斷瑕疵的依據，那麼除非出賣人所提出之物存在有種類上的明顯背離，<sup>95</sup> 否則應該沒有區分物之瑕疵與他種給付的必要性，物之瑕疵與他物給付應該被同等對待，而皆屬於物之瑕疵擔保責任的範疇。<sup>96</sup> 然而，此種將（種類偏離之）物之瑕疵的問題與他種給付同等評價的概念較少被實務所採納。<sup>97</sup> 其實，種類本身即是透過物之性質的描述或累積而塑造成形，依照種類物買賣的特質而言，凡是出賣人所交付的標的物不符合種類之約定時，即為欠缺所合意的性質，而對於合意性質的不利益偏離即可以將之理解為存在有物的瑕疵，因此可以認為不可能發生有符合種類約定之標的物的交付（在此即為符合當事人所描述之性質或品質），但是卻存在有物之瑕疵的情形。<sup>98</sup> 至於品質瑕疵擔保責任的發生，由於種類之債的特質，

---

<sup>95</sup> 對於可以構成種類上之明顯背離的情況，例如：約定的種類為鯉魚，卻交付鵝；約定買糖卻交付鹽巴，在這些情況下與其稱之為瑕疵，事實上更接近不履行的思考。

<sup>96</sup> Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 129；主觀說的瑕疵理論比較難以闡明的問題在於，當出賣人所交付之標的物雖然偏離所約定之種類，然而如果該物在價值或效用並不存在不利於買受人之減損價值或效用的情況時，是否仍成立物之瑕疵的擔保責任。對於此一問題，有學者主張無庸予以判斷，並且透過類推適用的方式，將二者同一適用，Vgl. Soergel/Huber, Vor § 459 Rn. 124。

<sup>97</sup> Vgl. Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 44.

<sup>98</sup> 參閱楊芳賢，前揭註 6，頁 67。

標的物是否具有出賣人所保證之品質的判斷，則是以交付時，作為時間點的確定。<sup>99</sup>

此外，在種類買賣中，贊成客觀說理論的支持者認為，依照德國舊民法第四八條之規定，作為判斷物之抽象通常性質之物的種類，其確定應該是屬於當事人之事務。更確切的說，是否存在有物之瑕疵，應該是以出賣人所交付之物是否欠缺當事人所「合意」之種類的通常性質來判斷，因此出賣人所交付之物如果欠缺當事人所約定之種類的通常性質，而產生不利益之偏離時，即可構成瑕疵。<sup>100</sup>

### 三、物之瑕疵與權利瑕疵的界線

標的物本身物理上的缺陷，例如蔬果的腐壞、電視銀幕不清晰，在理解上固然構成物之瑕疵，如果因為標的物與外界環境的結合而產生影響該標的本質之事實、經濟或法律上的關係之變化，並且因而造成該標的物之價值或效用滅失或減少時，解釋上也應該是屬於物之瑕疵的範疇。然而這樣的認識，在判斷物之瑕疵或者是權利之瑕疵的界線上，有時會發生困擾，特別是當標的物與外界的法律關係發生結合而影響了物之價值或效用之情形，例如買賣之標的物存在有法規上的

---

<sup>99</sup> 關於保證品質在時間點上的認定，依照我國民法之規定，並無須區分特定物買賣與種類物買賣，而皆是以危險移轉時為準。然而德國民法於債編修正前分別於第四八條第二項與四六三條針對此一問題有不同的規定，如果比較第四八條第二項與四六三條的內容，可以得知，保證品質的認定，在特定物之買賣是以契約成立時作為判斷的時間點。然而這樣的解釋受到部分學者的質疑，他們認為，即使是在特定物的買賣中也應該以危險移轉時來確定是否存在有出賣人所保證之品質，Vgl. Münchener Kommentar/Westermann, § 463 Rn. 1; Palandt/Putzo, § 463 Rn. 8。

<sup>100</sup> Vgl. Knöpfle, Fehler beim Kauf, S. 299.

限制或者存在與第三人間之法律關係，而影響買受人對於其所取得之標的物在所有權能享有的現象。這樣的狀態究竟應構成物之瑕疵或者是權利之瑕疵，不無問題。其實對於物之瑕疵與權利瑕疵之區別，可以以出賣人對於瑕疵排除的可能性來判斷，當標的本身特定法律關係的存在確實不可能由出賣人排除時，應該認為此種法律上之限制或者是法律關係因而構成標的本質的一部分，可以將此種狀態歸納於物之瑕疵的概念之下，例如公法上的土地禁建或者土地利用的限制即為其例。相對的，如果存在之法律關係得以排除，例如出賣人所移轉之土地上存在有第三人的地役權時，則應該定位為權利瑕疵。<sup>101</sup>

## 肆、德國現行法對於物之瑕疵的定義

### 一、瑕疵擔保責任之性質

德國現行債法於二〇二二年施行後，對於瑕疵擔保責任的規定呈現出體系性的轉變，在內容上雖然與我國現行法的規定出現了較大的差異，然而相關修定的內容主要是為了配合國際發展以及歐盟指令的

---

<sup>101</sup> 在區別的問題上，曾經出現有「權利瑕疵擔保責任應優先於物之瑕疵擔保責任的適用」的主張，也就是將權利瑕疵擔保責任的規定，定位為具有特別性或者是優先性的特質。然而從法條的規範體系上並無法發現其論據基礎，基本上在民法第三四八條至民法第三五三條的規範中，似乎有將權利瑕疵擔保責任與一般債務不履行責任相提並列或者是同類化的表徵存在。如果再考量相關規定，對於物之瑕疵擔保責任效力所出現的多樣化與縝密性，則有關權利瑕疵以及物之瑕疵擔保責任在法律規範體系中的比重，應是不言而喻，強調權利瑕疵擔保責任作為優先適用之規定的看法，似乎還有斟酌的必要，參閱 Münchener Kommentar/Westermann, 3. Aufl, § 434 Rn. 4。

規範。<sup>102</sup> 現行法中對於物之瑕疵擔保責任的規定，不再如舊民法時期是以特別規範的面貌呈現，在本質的解釋上，是屬於債務不履行的性質。參照相關法條文義的呈現，權利瑕疵與物之瑕疵平行並重，<sup>103</sup> 出賣人根據現行德國民法第四三三條第一項之規定並且負擔有給付無瑕疵之物的履行義務，所謂無瑕疵之物包含不具有物之瑕疵以及權利瑕疵之狀態，舊民法時期對於物之瑕疵擔保責任關於履行說與擔保說之法律性質的爭議，終於劃下句點。<sup>104</sup> 在德國現行民法中，基本上也不再如舊民法時期強調種類物之買賣與特定物買賣在性質上的差異，因此不論是對於瑕疵概念的認定或者是關於法律效果的規範，都不再有區別的必要。

## 二、關於物之瑕疵定義上的幾個重點

對於物之瑕疵的概念，德國現行民法於第四三四條有明文規定，明顯是採用了主觀說理論的瑕疵定義，對於是否存在有物之瑕疵，首先應該探求當事人對於物之性質的合意來做為判斷的依據，但是在結果上是否也應該同時產生效用或價值減損的現象才能構成瑕疵，則因為現行法並未以這樣的要件作為判斷物之瑕疵的前提，似乎應該認為不是必要的判斷依據。<sup>105</sup> 其次，舊民法時期對於第四五九條第一項之物之瑕疵的判斷，受限於瑕疵是否無關緊要的因素，這樣的限制，現

---

<sup>102</sup> Vgl. Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, S. 2.

<sup>103</sup> Vgl. Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 194.

<sup>104</sup> Vgl. Westermann, Das neue Kaufrecht einschliesslich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, 531.

<sup>105</sup> Vgl. Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, S. 474.

行法也不再予以採用。<sup>106</sup> 這樣的修訂方向主要是配合現行民法第四三三第一項後段之規定的結果，更確切的說，德國現行民法對於物之瑕疵內容的規定，是一種對於出賣人給付無瑕疵之物的「履行義務」的反射表現。<sup>107</sup> 然而，如果不存在有當事人關於物之性質的合意時，則依照第四三四條第一項第二句之規定，應該以標的物是否符合契約預定之效用或物之通常效用來做為輔助判斷物之瑕疵概念的補充規範。除此之外，對於出賣人、製造商或輔助人在廣告、網路中所為之關於標的物具有一定品質之陳述，由於可能造成買受人對於標的物狀態之期待，因此是屬於第四三三條第一項後段所規定之公開表示（öffentliche Äusserungen）的內容，而被定位為性質合意的型態，只要當出賣人所交付之標的物欠缺廣告中所陳述之品質時，出賣人就應該負擔物之瑕疵的擔保責任。<sup>108</sup>

由於受到羅馬法之影響，德國舊民法時期關於物之瑕疵擔保責任的規定，無論是法條編列或規範內容，顯然在立法時比較傾斜向客觀說理論，然而在客觀說的法規架構下，卻由於通說見解贊成主觀說之瑕疵理論，因此在解釋物之瑕疵的概念時，常會發生適用的困難，最明顯的地方就是有關出賣人保證品質的判斷。由於德國現行民法明白以當事人對於物之性質的合意做為判斷瑕疵的基礎，而保證品質的構成要件在物之瑕疵的定義規範中也已經不存在，因此物之瑕疵的概念不是如舊民法時期實務上所支持的見解一般，必須區分性質之瑕疵與保證品質之瑕疵，自然也不需要再分別予以定義。

對於物之瑕疵的內容，根據德國現行民法第四三四條第二項的規定，包含出賣人（或其履行輔助人）對於買賣之標的物違反操作規程

---

<sup>106</sup> Vgl. Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, S. 473.

<sup>107</sup> Vgl. Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, S. 474.

<sup>108</sup> Vgl. Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, S. 480.

安裝所造成的瑕疵，以及安裝指示說明（內容）本身即存在有瑕疵的情形（後者即所謂 IKEA 條款）。<sup>109</sup> 其中對於安裝使示說明之瑕疵應予以注意的是，它必須因此造成買賣標的物發生物之瑕疵的結果。

由於瑕疵擔保責任不再是獨立於債務不履行體系以外的特別規定，出賣人既然存在有給付無瑕疵之物的履行義務，那麼為了配合物之瑕疵擔保責任在性質上的轉變，德國現行民法第四三四條第三項也明文表示，當出賣人為他物給付時，同樣也構成物之瑕疵，因此舊民法時期對於種類偏離之瑕疵與他物給付之問題在區分界線上的爭議，不再有特別的意義。<sup>110</sup> 最後應該注意的是，現行德國民法第四三四條第三項將數量不足的給付與他物給付同等對待，認為數量不足的給付也構成物之瑕疵，因此當出賣人所為之給付發生數量不足的情形時，買受人就可以主張民法第四三九條第一項之履行請求權。事實上，這樣的規定很明顯的就是呼應了物之瑕疵擔保責任在法律體系上的定位改變。

## 伍、結論

由於受到羅馬法的影響，德國舊民法時期關於物之瑕疵擔保責任的規定，無論是法條編列或規範內容，顯然在立法時比較傾向客觀說理論，這樣的現象也存在於我國現行買賣法的相關規定中，然而以客觀說的理論做為解釋物之瑕疵概念的基礎並無法滿足買受人之主觀期待，同時對於物之瑕疵的具體認定在實務的適用上，容易發生概念區

---

<sup>109</sup> Vgl. Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 217.

<sup>110</sup> Vgl. Westermann, Das neue Kaufrecht einschliesslich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, 534.

分的困難，客觀說之瑕疵概念因而逐漸被主觀說所取代。除此之外，在我國現行法的規範中，出賣人所負擔之瑕疵擔保責任仍然是屬於無過失的法定責任，依主觀說的理論作為判斷物之瑕疵的基礎，不僅得以擴張物之瑕疵擔保責任的適用，符合買受人利益的保障，也能夠落實等價交易的公平期待，如果再進一步比較德國現行買賣法第四三四條關於物之瑕疵概念的規定以及歐盟指令的規範，主觀說之理論事實上較能配合國際發展的潮流，因此，物之瑕疵的定義應該是以主觀說較為可採。最後，關於本文之論述內容將以下述六點做為結論：

1. 瑕疵擔保責任之規定在法制史的沿革中，最早可溯及至古典羅馬法時期，最初在法典上所規定的內容僅環繞於特定物之買賣，並且只針對出賣人保證品質以及出賣人故意不告知瑕疵的情形而為適用，對於標的物本身之性質欠缺的瑕疵問題，一直到由斯丁尼亞時期才被納入法典而予以成文化。儘管如此，對於標的物本身之性質欠缺的瑕疵解決，其實早在古典羅馬法時期即已存在於市集交易秩序的規範中。至於種類買賣之瑕疵擔保責任的規定，則是一直到普通法時期，才開始予以討論，這樣的法制發展過程，應該是影響日後德國一九零九年所施行之舊民法以及我國民法以特定物之買賣作為思考主軸的原因。

2. 由於瑕疵擔保責任是屬於契約上權利的性質，因此買賣契約的有效成立是瑕疵擔保責任發生的前提要件，當契約存在有可得撤銷之原因時，並不影響物之瑕疵擔保責任的成立，然而由於瑕疵擔保責任之體系定位在德國舊民法時期是以特別規範的形式來呈現，因此當出賣人關於標的物之瑕疵存在有惡意詐欺之行為時，基於保障買受人之利益，瑕疵擔保責任之規定並不會因為其特別規定之性質而排除原屬於一般規定之撤銷權的行使，買受人仍得撤銷被詐欺所為之意思表示

示，不過這將使得物之瑕疵擔保責任也因為不再存在有效之買賣契約而溯及的失其效力。

3. 特定物之買賣由於標之物自始即已確定，因此對於他物給付與物之瑕疵的區別界限相當明確，他物給付只單純涉及了債務是否被履行的思考，尚不發生瑕疵擔保責任的問題。至於物之瑕疵的定義，早期之德國實務與學說見解主張以物之抽象通常性質來予以理解，而採取客觀說的應用，然而由於客觀說理論無法顧及買受人對於契約內容的主觀期待，逐漸被摒棄而為主觀說之瑕疵理論所取代。主觀說理論是以當事人的合意來闡釋物之瑕疵的概念，關於瑕疵所能應用的涵攝範圍較客觀說為廣，並且也能夠輕易的解釋種類偏離的瑕疵問題，因此成為德國舊民法時期的主流思考，對於物之瑕疵概念的理解，無論是對於性質合意之瑕疵或者是關於品質之瑕疵的判斷，並不需要在瑕疵的概念上予以區分，至於標之物是否欠缺出賣人所保證的品質，則是著眼於當事人的合意方式來作判斷。除此之外，儘管德國實務並沒有排除默示保證品質的發生，然而在具體案例的實際認定上卻相當保守。

4. 主觀說之瑕疵理論對於種類物的買賣也有適用，因此應以當事人的合意來界定物之瑕疵。由於種類買賣之標之物僅是透過種類之特徵予以描述，該物並非自始即已確定，使得種類偏離之瑕疵與他物給付之界定相當困難。其實種類本身即是透過物之性質的描述或累積而塑造成形，就種類物買賣的特質而言，凡是出賣人所交付之標之物不符合種類之約定時，即可理解為欠缺所合意的性質，事實上不可能發生有符合種類約定之標的物的交付，但是卻存在有物之瑕疵的情形。

5. 由於物之性質包含標之物與外界環境在法律上的結合關係，這樣的關係如果進而發生減損標之物之價值或效用時，也應該是屬於物之瑕疵的範疇，然而對於標之物所存在之法律上的限制，也可能是涉

及權利瑕疵的範圍，在這裡如何區分物之瑕疵或者是權利瑕疵，有時會發生困擾。對於此一問題的解決，似乎必須考量出賣人對於瑕疵排除的可能性，如果標的物本身所存在之特定法律關係確實不可能由出賣人來加以排除時，就應該認為此種法律限制是構成標的本質的一部分，而將此種狀態歸納於物之瑕疵的概念之下。

6. 德國自二〇一二年所施行之新民法中，對於瑕疵擔保責任的體系定位有全新的闡釋，雖然與我國現行法之規定出現了較大的差異，然而依其國情卻較能配合相關國際法規的發展以及歐盟指令的內容。新法對於物之瑕疵的概念以主觀說做為修法思考並且在條文中明確予以規定，因此，主觀與客觀瑕疵理論之爭議不再存在，同時，對於違反性質合意之瑕疵與不具備保證品質之瑕疵，在物之瑕疵的概念上也不予以區分。此外，由於出賣人負擔有給付無瑕疵之物的義務，所謂他物給付與數量不足的給付也一併的被納入物之瑕疵的範疇，在定義上與舊民法時期之瑕疵概念顯然存在有差異，因此，從比較法的觀點出發，德國新民法的相關規定也可以做為我們討論物之瑕疵定義的另一種思考。

## 參考文獻

### 書籍

- 王澤鑑，物之瑕疵擔保責任、不完全給付與同時履行抗辯權，收錄於民法學說與判例研究（六），元照，初版（2002）。
- 黃立等合著，民法債編各論（上），元照（2002）。
- 戴修瓚，民法債編各論，三民（1979）。
- Brox, Hans, Besonderes Schuldrecht, 10. Auflage, München 1983.
- Emmerich, Volker BGB-Schuldrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Heidelberg 1996.
- Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001.
- Esser, Josef/Weyers, Hans Leo, Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, 7. Auflage, Heidelberg 1991.
- Fikenscher, Wolfgang, Schuldrecht, Berlin 1997.
- Flume, Werner, Eigenschaftsirrthum und Kauf, Münster 1948, Neudruck Darmstadt 1975.
- Henssler, Martin/Graf von Westphalen, Friedrich, Praxis der Schuldrechtsreform, Köln 2001.
- Jauernig, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, München 1994.
- Kircher, Wolfgang, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf, Tübingen 1998.
- Knöpfle, Robert, Der Fehler beim Kauf, München 1989.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/I, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1986.

Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 15. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1991.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Band 3, München 1995.

Palandt Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München 2001.

Rohlack, Tammo, Das Verhältnis der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo zur Sachmängelhaftung beim Kauf- und Werkvertrag, 1. Auflage, Baden-Baden 1997.

Soergel, Hans Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3, 1991.

von Staudingers, Jurius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, Berlin 1995.

Graf von Westphalen, Friedrich, ProdukthaftungsHandbuch, 2. Auflage, München 1997.

#### 期刊

Fabricius, Fritz, Schlechtlieferung und Falschliefereung beim Kauf, JuS 1964, 1.

Foerste, Ulrich, Der Fehlerbegriff im Kaufrecht, JuS 1994, 202.

Immenga, Ulrich, Fehler oder zugesicherte Eigenschaft ? AcP 171, 1.

Westermann, Harm Peter, Das neue Kaufrecht einschliesslich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, 530.

## 摘要

瑕疵擔保責任之規定在法制史的沿革中，最早可溯及至古典羅馬法時期，最初在法典上所規定的內容僅環繞於特定物之買賣，對於種類買賣之相關規定，則是一直到普通法時期，才開始予以討論，這樣的法制發展過程，應該是影響日後德國一九〇九年所施行之舊民法以及我國民法以特定物之買賣作為思考主軸的原因。在物之瑕疵擔保責任成立與否的判斷中，對於「物之瑕疵」的定義，一直存在有主觀與客觀理論的爭執，早期之德國實務與學說見解主張以物之抽象通常性質來予以理解，而採取客觀說的應用，然而由於客觀說理論無法顧及買受人對於契約內容的主觀期待，逐漸被摒棄而為主觀說之瑕疵理論所取代，主觀說理論是以當事人的合意來闡釋物之瑕疵的概念，對於瑕疵所能應用的涵攝範圍較客觀說為廣，並且在特定物之買賣中，也能夠輕易的解釋種類偏離的瑕疵問題，因此成為德國舊民法時期的主流思考。其次，主觀說的瑕疵理論在種類買賣的應用中，基於種類物買賣的特質考量，凡是出賣人所交付之標的物不符合種類之約定時，即可理解為欠缺所合意的性質，因此，不可能發生有符合種類約定之標的物的交付，但是卻存在有物之瑕疵的情形。除此之外，由於物之性質包含標的物與外界環境在法律上的結合關係，這樣的關係如果進而發生減損標的物之價值或效用時，也應該是屬於物之瑕疵的範疇，然而對於標的物所存在之法律上的限制，也可能是涉及權利瑕疵的範圍，在這裡如何區分物之瑕疵或者是權利瑕疵，有時會發生困擾。對於此一問題的解決，似乎必須考量出賣人對於瑕疵排除的可能性，如果標的物本身所存在之特定法律關係確實不可能由出賣人來加以排除時，就應該認為此種法律限制是構成標的本質的一部分，而將此種狀態歸納於物之瑕疵的概念之下。為了配合國際發展以及歐盟指令的規

範，德國現行債法於二〇〇二年施行後，對於瑕疵擔保責任的規定呈現出體系性的轉變，在內容上與我國現行法的規定出現了較大的差異，從比較法的觀點而言，德國新民法的相關規定事實上也可以做為我們討論物之瑕疵定義的另一種思考。

# 中原財經法學

## **Der Fehlerbegriff der Sachmängelhaftung im Kaufrecht**

**Ching-Ying Tsai**

### **Abstract**

Bereits im klassischen römischen Recht war die Haftung des Verkäufers für Sachmängel beim Spezieskauf geregelt. Der Verkäufer haftete auf Schadensersatz, wenn er durch eine besondere zusätzliche Vereinbarung die Garantie für eine bestimmte sachliche Beschaffenheit übernommen hatte, oder wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hatte. Ausserhalb des Zivilrechts stand die Fehlerhaftung nach den ädilischen Edikten. Nach diesen marktpolizeilichen Vorschriften haftet der Verkäufer für die in dem Edikt objektiv bestimmten Fehler. Die Einbeziehung des Gattungskaufs in die Sachmängelgewährleistung wurde im gemeinen Recht diskutiert.

Die Verfasser des Zivilgesetzbuchs haben die Regelung der Sachmängelhaftung vom deutschen Recht (BGB von 1900), die ihrerseits im gemeinen Recht verwurzelt ist, weitgehend übernommen. Die Rechte des Käufers wegen Mängel der Kaufsache haben in den §§ 354ff. erfahren. Unter den Mangelbegriff fallen Fehler und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Die objektive Lehre beim Spezieskauf nimmt einen Fehler nur dann an, wenn die Sache von der normalen Beschaffenheit eines Exemplars derselben Gattung abweicht. Nach dem subjektive Fehlerbegriff ist in erster Linie die Vereinbarung der Parteien massgeblich. Der subjektive Fehlerbegriff hat gegenüber dem objektiven erhebliche Vorteile.

So ist beispielsweise die Grenze zwischen Falschlieferung und Schlechtlieferung beim Spezieskauf einfach zu ziehen. Beim Gattungskauf ergibt sich hinsichtlich dem Begriff des Fehlers keine Abweichung zum Spezieskauf. Aber die Abgrenzung von Falschlieferung und Schlechtlieferung ist problematisch. Eigentlich ist ein aliud vom Standpunkt des subjektiven Fehlerbegriffs aus als Abweichung von der Sollbeschaffenheit und deshalb als Fehler zu behandeln.

In Deutschland ist nach der Schuldrechtsreform der Sachmangel in § 434 BGB definiert, den subjektiven Fehlerbegriff ist in das Gesetz übergenommen. In dieser Arbeit wird auch diese neue Regelung aufgeführt.

Key words: Fehlerbegriff, Sachmängelhaftung, aliud, Stückkauf, Gattungskauf