

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

承攬契約之瑕疵損害與瑕疵結果損害

Defective Damages and Consequential Damages in
Construction Contracts

甯維翰

Wei-Han Ning

指導教授：詹森林 博士

Advisor: Sheng-Lin Jan, Ph.D.

中華民國 102 年 7 月

July 2013



給

爸爸 媽媽

Meinem

Vater, Mutter



Vor- und Dankwort

本論文旨在探討承攬瑕疵擔保與不完全給付間之競合關係，亦即所謂「瑕疵損害」及「(較近、較遠的)瑕疵結果損害」之區別。本文固然就此提出些許判斷方法，但就結論而言，亦認為宜透過修正消滅時效法之方式除去此項差別。換句話說，本論文之終局目的，就是在使本論文成為無意義。

筆者絕對不敢妄言能夠對實務有任何貢獻，蓋這是一本寫來自娛、解決自己心理上困惑的論文；說到頭來，就只是蔽掃自珍而已。筆者只希望藉此聊表個人在學術上的探索，以及對追求真理的態度：在資訊益加發達、獲取成本低廉的今日，吾人對真理的尋求絕不能缺乏耐性，知識的追求不會是看看電視按按讚即可輕易獲致。

論文之內容包含台灣債法、德文以及德國債法，恰好是研讀法律十年來關懷重點的縮影。我自大一時起即對民法著迷，迨至大三接觸買賣法後，更是對於不完全給付與瑕疵擔保產生濃厚興趣。此主要係因當年碰巧閱讀了論文指導教授詹森林老師所著「不完全給付」一文，以及至台大夜間部旁聽其債編各論課程所致之；幾經波折後，終於能忝列其門下繼續學習民法，自是無法言喻的感動。詹老師素來強調研讀法院裁判之重要性，並鼓勵學生學習德文，影響我至深。論文口試委員姚志明老師對論文提出諸多建議並刺激思考，謹此申謝；曾經在大學最後一年選修向明恩老師開設的債法專題研究，沒想到在研究所的最後一年，也是由向老師為我的論文審核把關，對於她詳細且親切的叮嚀鼓勵，銘感於心。

雖然研究所前前後後念了共六年，簡直當成小學在念，但收穫亦豐。特別是 2011 年藉著台大在國際合作上豐富的資源，在海德堡度過了難忘的夏天；更在 2012

年的冬天到杜賓根交換學生，算是圓了自大學以來就有的夢想。一張張的相片與在 Esslingen 雪地滑倒留在手背的疤痕，時時刻刻提醒我這些難忘的回憶。



如果說台大豐富了我的視野，那麼在北大就是培養我基礎學識的重要階段。感謝母校台北大學財經法律系（現已整併為法律系）對我六年的栽培；更不能忘的，是我的民法啟蒙恩師楊佳元老師，經由他深入淺出的講解，才（對大一的我而言）讓民法教科書像是用中文寫的；除學術的啟迪，生活上亦時常蒙其關懷，銘感五內，莫不敢忘。在姜炳俊老師身邊學習了三年的民事訴訟法，不但任我為助理以填補經濟上之需求，更對於考試上給予極大的幫助與支持，自當誌之以示感激。在德文翻譯上遇到困難時，曾冒昧地以 e-mail 的方式向游進發老師求助，他不但以為忤，更熱心提供建議，使我受寵若驚。

92 財法的所有同學們，從大一相識到大四離別，從男二舍到合江街，你們一再地向我印證友情的可貴與堅定，在遇有任何難關時，總是會有人願意站出來伴我度過。有人說，留戀過去是對現實的不滿，但你們給了我太多太多的回憶，滿載到我很難想像還能交到比你們更知心的朋友。紙短情長，再多文字也只是贅飾我對你們的感謝。畢旅的時候，寫有「九二北大財法」的天燈已再再上達天聽，願我們友誼長存，班遊能一年一年地接續辦下去。

在準備研究所與國考期間，與一同外宿的學弟阿發暴飲暴食，消夜與酒精沖淡了考試的緊張和無奈；怡錚一直以來對我的鼓勵和信任，是支持我繼續努力的動力。

在台大期間亦結識了不少優秀的朋友。同門的李昕曾一同在海德堡乃至於德國各城市留下足跡，如此傑出又謙卑的妳能順利地成為司法人員，亦是國家社稷之福。

研究室的室友書雅和阿根陪我度過了愉快的時光，平時的打屁閒聊以及口試前的幫忙，均讓我無法忘懷的感激。



當然，最應該感激的絕對是家人，生我養我育我的爸爸、媽媽還有姊姊對我無盡的包容與支持，容任我在大學裡待了十年才離開；甚至在離開前還跑去德國半年。謹以這篇論文作為我多年所學的總結，希望你們對我還不至於太失望。

中文摘要



德國法在 2002 年債法修正前，有關承攬契約瑕疵所生損害賠償請求權，因消滅時效制度上之缺失，實務遂發展出「瑕疵損害」與「瑕疵結果損害」之分，就後者更區分為「『較近的』瑕疵結果損害」與「『較遠的』瑕疵結果損害」，適用不同之消滅時效規定以資因應。此三者之區分，造成實務上極大的困擾，經過近百年的努力後，仍沒有明確的區別標準。終於經由 2002 年之修法嘗試將此一區分予以除去。

在台灣，過去實務上從未有過此區分之實益與必要；但在最高法院 96 年第 8 次民事庭會議決議作成後，何謂「瑕疵給付之損害」與「加害給付之損害」，即成為我國理論與實務之新興問題。此後之最高法院裁判，除「逕行適用本決議之結論」及「要求原審查明係瑕疵給付之損害或加害給付之損害」外，迄今尚未「親自」針對此二者之定義作明確之解釋。

本文整理並分析德國實務上歷來的判決，試圖透過「案例群」的方式提供我國實務區分標準之參考，盼能縮短對於此問題摸索之時間。本文更進一步地省思，現行法恐已不符合實際需求而有修正之必要，乃針對消滅時效部分提出修法建議。

關鍵字：承攬契約、不完全給付、瑕疵擔保、瑕疵損害、瑕疵結果損害、瑕疵給付、加害給付、最高法院 96 年度第 8 次民事庭會議決議。

Abstract



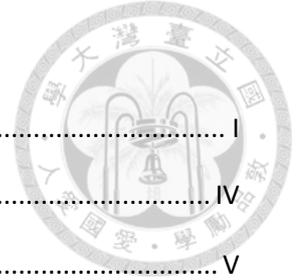
Because of the differences of the lengths of extinctive prescriptions, the German law had distinguished and classified so-called "defective damages" and "consequential damages". The efforts made to develop standards to differentiate the two in the end have failed in practice. German Legislators hoped through Contract law reform in 2002 to solve the above problems.

Before the 8th resolution of the Supreme Court, no such distinction was made in Taiwanese practice. However, the concurrent relationship between liability for non-conforming performance and warranty for defective works, or what is "damage caused to the defective work itself" and "damage arising from defective work and caused to the property other than the defective work or the integrity interest of the owner of the work" have been drawing more attention ever since.

This Master Thesis tries to classify the different damages based on German Case Groups, and provides further support for future amendment for Construction Contract on the issue of extinctive prescription.

Keywords: Liability for non-conforming performance, Warranty for defective work, Construction contract, Defective damage, Consequential damage, Supreme Court's 8th resolution of 2007.

目錄



<i>Vor- und Dankwort</i>	I
中文摘要.....	IV
Abstract	V
第一章 序論.....	1
第二章 德國債法現代化前之承攬瑕疵損害賠償	4
第一節 構成要件.....	4
第一項 修補義務先行原則	4
第二項 工作業已交付?	16
第三項 損害係因瑕疵所生	17
第四項 承攬人有可歸責事由	19
第二節 損害賠償之內容.....	21
第三節 與侵權行為損害賠償請求權之競合關係	22
第一項 所有權之侵害	23
第二項 工作物自傷?	23
第四節 與積極侵害契約損害賠償請求權之競合關係	24
第一項 區別實益	25
第二項 實務見解.....	42
第三項 分析說明	100
第五節 比較：買賣契約下之瑕疵損害與瑕疵結果損害	110
第六節 學說見解.....	115
第一項 635 條應涵蓋所有承攬瑕疵所生之損害	115
第二項 由「修補義務先行原則」推衍 635 條之賠償範圍	123
第三項 以受侵害之法益區分	130
第四項 以工作之「功能範圍 (Funktionsbereich)」決定 635 條之賠償範圍.....	137
第五項 以損害與報酬間有無對價關係為判斷	147

第六項 以時效之統一取代損害之區分	151
第七項 小結	153
第三章 德國債法現代化後之承攬瑕疵擔保損害賠償	155
第一節 修正背景	155
第一項 修正之必要性	155
第二項 對策	156
第二節 新法下債務不履行損害賠償之體系	158
第三節 不良履行 (Schlechterfüllung) 時之損害賠償請求權	160
第一項 瑕疵擔保責任之時點	160
第二項 修補先行原則	160
第三項 修補義務之範圍	166
第四項 瑕疵損害賠償請求權之消滅時效	167
第五項 損害性質之區分	180
第四章 台灣學說與實務概況	212
第一節 承攬契約瑕疵擔保與不完全給付	212
第一項 96 年第 8 次民事庭會議決議前	212
第二項 96 年第 8 次民事庭會議決議後之影響	216
第二節 瑕疵給付、加害給付之損害之區分	218
第一項 修補先行原則	220
第二項 損害之區分與法律適用	223
第三節 未來修法之建議	232
第五章 結論	236
主要參考文獻	239





第一章 序論

【鑑價不實致銀行無法完全受償案】

承攬人受銀行之託，為第三人之某筆不動產進行鑑價，鑑價結果將做為銀行決定是否接受該擔保品而放款或者核貸額度之多寡。鑑價結果經交付後，銀行認為該不動產價值頗高，乃予以核貸。數年後，債務人無力繼續清償，銀行拍賣該筆抵押不動產時，始赫然發覺當初鑑價結果有嚴重瑕疵，該筆不動產價值甚低而不足抵償。為此，銀行請求承攬人賠償損害；而承攬人則主張系爭賠償請求權已罹於498條自工作交付時起1年之瑕疵發見期間。

【海砂屋危樓案】

承攬人為定作人興建新教學教室，完工後經7年使用，發現該房屋當初有使用海砂等嚴重瑕疵，導致其鋼筋強度不足，牆面出現龜裂及塌陷，最終宣告成為危樓。定作人就其拆除房屋及後續費用，向承攬人請求賠償，承攬人則以已罹於499條之五年時效發見期間為由以資抗辯。

依上開工作之性質，其瑕疵之「具體化」或損害之出現，往往難以甚至不可能在我國民法所定之瑕疵發見期間內得知；不寧唯是，514條第1項更規定定作人須在發見瑕疵後之1年內行使權利，否則時效即消滅。此等規定，對定作人而言恐非合理。

不過在過去實務上，最高法院往往「另闢蹊徑」，允許定作人借道於不完全給付行使權利，由於依不完全給付請求損害賠償，不受限於瑕疵擔保中之上開規定之限制，其消滅時效則為125條之15年或227條之一準用197條第1項之「自知悉損害及賠償義務人時起」兩年。因此，承攬瑕疵擔保之規定當或不當，至少

對定作人而言，似乎無關宏旨。

惟在最高法院 96 年第 8 次民事庭會議決議作成後，就「瑕疵給付之損害」必須優先適用 514 條第 1 項之特別規定；而就「加害給付之損害」，則僅能依不完全給付行使權利。從此，基於消滅時效不同之考量，下級法院乃至於最高法院之任務在於區分各個因為工作瑕疵所產生之損害，其性質究竟為何。就此項課題，為我國過去實務與學說未曾嚴肅處理過者。

台灣民法係繼受德國法為主，故比較法研究之重要性，再三強調，亦不為過¹。德國過去實務上亦係面臨相同之課題：在有缺陷的消滅時效制度下，應如何區分損害之性質，以得到合理之法律適用結果？為此，其區分為「瑕疵損害」與「較近、較遠的瑕疵結果損害」，試圖透過個案判斷之方式予以解答。本論文之第二章即主要在介紹德國舊法下，關於承攬瑕疵擔保之相關問題，俾做為我國解釋適用之參考。

2002 年後施行之德國新債法，透過「統一請求權基礎與消滅時效」之方式，消弭此項紛爭。蓋既然此項損害之區分根源在於債各、債總中各有各自之損害賠償請求權基礎與各自之消滅時效，則予以統一規範，即不再繼續發生問題。但此一解決方案之前提必須是：消滅時效體系之採擇係屬正確，否則換湯不換藥，仍然會造成對定作人不利之結果。就此，將於本文第三章作介紹。

本文第四章—在依照 96 年第 8 次決議之意旨下—嘗試將德國舊法時代建立之案例群套用於我國所發生之最高法院實務判決，藉此觀察能否得到「折衷於法律安定與定作人保護之間」的最佳結果。此外，著眼於現行瑕疵發見與權利行使

¹ 詹森林，民事法理與判決研究（五），2007 年 12 月初版，序。

期間之缺陷，試圖提出將來修法之建議，用供參酌。



第二章 德國債法現代化前之承攬瑕疵損害賠償²



第一節 構成要件

第一項 修補義務先行原則

德國民法典（Bürgerliches Gesetzbuch, BGB）第 635 條規定：「如工作之瑕疵係可歸責於承攬人之事由所致，定作人得請求因不履行之損害賠償，以代(statt)解除契約或減少報酬。」

據此，如工作有瑕疵係可歸責於承攬人者，定作人得不解除契約或減少報酬，而請求損害之賠償。由本條賦予定作人選擇可能性（Wahlmöglichkeit）之文義可推知，損害賠償請求權必須是在「解除契約或減少報酬之要件」均該當的前提下，始有可能存在；而依第 634 條規定：「(I) 就 633 條所定之瑕疵之排除，定作人得向承攬人定一合理期限，並聲明在期限過後將拒絕排除瑕疵。如瑕疵在工作交付前已顯示者，定作人得立即定期限；期限不得在所定之工作交付期限前即已經過。期限經過而瑕疵未即時排除者，定作人得請求解除契約或減少報酬；瑕疵排除請求權因此不得行使。(II) 如排除瑕疵係不可能，或被承攬人拒絕，或當立即請求解除契約或減少報酬，對定作人具有特殊利益時，無須定期。(III) 當瑕疵並無重大減少工作之價值或效用者，不得解除契約。(IV) 買賣中第 §§465 至 467, 469 至 475 條，於解除契約或減少報酬時準用之。」及第 633 條之規定：「(I) 承攬人負有完成一具有其所保證之品質，且無減失或減少其價值或通常效用或契約預定效用之瑕疵之工作之義務。(II) 如工作不具備此一狀態者，定作人得請求排除瑕疵。476 條 a 款準用之。如排除瑕疵須不合比例之費用者，承攬人得拒

² 本章所引用之法條，除有特別標明外，為 2002 年 1 月 1 日德國債法現代化前之舊法（alte Fassung）。

絕。(III) 如承攬人遲延不排除瑕疵，定作人得自行排除，並請求必要費用之賠償。」減少報酬或解除契約原則上—亦即存在第 634 條第 2 項之情形以外—必須係在「已定期請求承攬人排除瑕疵而無結果」之情形，始能為之。通說³及實務⁴均同此見解。實務更據此認為，作為履行請求權之嗣後履行請求權，與作為瑕疵擔保請求權之損害賠償請求權，此兩者既互相排斥，從而在訴訟上自不得同時、同階層 (gleichrangig) 主張⁵。所謂同階層，意味著如定作人定作人雖同時主張嗣後履行與損害賠償請求權，惟其「保留 (vorbehalt)」嗣後履行請求權之行使，而先 (in erster Linie) 行行使損害賠償；亦即定作人主張係存有第 634 條第 2 項所定之例外事由而無庸先行催告，惟預慮其主張為無理由，而於不備該條項之情況時，始回溯行使嗣後履行請求承攬人修補瑕疵，此則不違反兩者互相排斥不得同時主張之原則⁶。

依此，一旦定作人在不具備 634 條第 2 項之例外情況，應當先行請求承攬人排除瑕疵卻未請求，竟自行排除瑕疵時，則瑕疵即已因此不再存在，依照實務見解，定作人喪失所有瑕疵擔保所生之權利，亦不得依 633 條第 3 項請求返還排除瑕疵之費用⁷；他方面，承攬人則得請求全部之報酬。對此，應說明者有三：

其一，依 633 條第 1 項，定作人有請求承攬人完成無瑕疵工作之給付請求權，因此瑕疵排除請求權，亦僅履行請求權之變形 (Erfüllungsanspruch in modifizierter

³ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil(1982), S.348; Grimm, Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus §635 BGB und aus positive Vertragsverletzung, NJW 1968, S.14, 16; Klaus v. Gierke/Wolfgang v. Reinersdorf, Die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus Werkmängeln—BGHZ 67, 1, JuS(1978), S. 817, 820f.; STAUDINGER/PETERS §635 Rn.22; Erman-H. H. Seiler, BGB, 10. Aufl., § 635 Rnz 3.

⁴ BGHZ 27, 215=NJW 1958, 1284, 1285; BGHZ 59, 328=NJW1973, 46.

⁵ BGH, NJW 1976, 143.

⁶ BGH, NJW 1976, 143.

⁷ 此項費用亦不得經由無因管理或不當得利請求返還，蓋「就承攬契約之瑕疵擔保，相對於無因管理及不當得利之請求權，係一終局獨立 (abschließende Sonderregelung) 規訂。若未滿足承攬契約修補費用返還或損害賠償請求權前提要件，定作人就此亦不得依上開規定請求返還。」此為 BGH 之固定見解，vgl. BGH, NJW 1968, 43; BGHZ 92, 123= NJW 1984, 2573; BGB-RGRK/Glanzmann §633 Rn 34; Soergel/Ballerstedt § 633 Rn 31.

Gestalt)⁸。修補義務，乃是給予承攬人之第二次機會，令其將工作上之瑕疵除去，以避免原則上會造成更重之經濟負擔的瑕疵擔保責任，並使其可取得完整之報酬⁹；因此，排除瑕疵不但是承攬人之「義務」，更是承攬人之「權限(Befugnis)」，而有稱之為「承攬人『修補權』(Nachbesserungsrecht)」者¹⁰。

其二，一旦定作人「擅自(eigenmächtig)」除去瑕疵，將使得定作人此項給付義務因為「目的達成(Zweckerreichung)」而成為給付不能。依324條第1項之規定：「當事人之一方因可歸責於雙務契約中他方之事由，致給付不能者，得請求對待給付。但對待給付應扣除其因免為給付所節省，或因此而以其他方式使用取得或惡意怠於取得之利益。」承攬人所能請求之報酬本應扣除其因此節省之費用。通說所以認為承攬人仍得請求全部報酬，係基於一旦受領工作後，承攬瑕疵擔保之規定即取代了總則編§§323~326條有關給付不能與給付遲延之一般規定適用之餘地¹¹。

惟此種「懲罰(Bestrafung)」定作人干預承攬人修補權之結果是否合理，不無疑問。債務人之對待給付應扣除其所節省之費用，不唯在總則編有之，在承攬(649條：定作人在完成工作前得隨時終止契約，承攬人得請求約定之報酬，惟應扣除其因此所節省之費用)、租賃(552條：承租人因自身原因無法使用租賃標的物，不因此免給付租金，但出租人應扣除因此節省之費用)及僱傭(615條：僱用人受領遲延時，受僱人得請求給付報酬，且無補服勞務之義務。但其應扣除因免給付勞力所節省之費用)契約均有規定，可謂係一般性之原則。況且所謂排除總則規定之適用，亦限於「承攬契約已有所特別規定」之前提下，例如因可歸責於承

⁸ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil(1982), S.350; Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd.2, S. 259; MünchKommBGB/Soergel, §633 RdNr. 98.

⁹ BGHZ 96,221=NJW 1986, 922, 923; BGHZ 92, 308=NJW 1985, 381.

¹⁰ MünchKommBGB/Soergel, §633 RdNr. 147.

¹¹ BGHZ 62, 83=NJW 1974, 551, 552; Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl., S. 440; BGB-RGRK/Glanzmann §633 Rn 49.

攬人之事由，導致無法排除瑕疵時，因在 633、634 條已有規定，故不適用總則中第 325 條「可歸責於債務人致給付不能」；相同地，承攬人遲延排除瑕疵之情形，第 634 條第 1 項亦已有特別明文，因此亦不適用 326 條給付遲延之規定。但承攬契約中，對於「承攬人修補權」被干涉時則未有明文，從而回歸適用總則編第 324 條第 1 項之規定，並無「架空法定瑕疵擔保規定」之危險。因此在定作人非法地自行排除瑕疵之情況，承攬人雖得請求報酬，但仍應依 324 條扣除其因此所節省之費用¹²。

其三，但「修補先行原則」對於定作人依 635 條請求損害賠償所造成之限制，不須過度高估。蓋如同以下將說明者，縱然尚未踐行定期催告修補，依照實務見解，定作人仍可就「已發生且無法經由瑕疵排除而填補」之損害，依 635 條求償。更甚者，個案中，倘系爭損害係落入「應依積極侵害契約請求賠償之瑕疵結果損害」時，因該請求權之成立不取決於承攬瑕疵擔保之要件，故有無催告修補，均不妨礙其請求¹³。

當承攬人無第 634 條第 2 項得拒絕修補抗辯權的情形下，經定作人催告請求修補而卻未履行，其修補義務即屬遲延¹⁴，依第 633 條第 3 項之規定，定作人得自行排除瑕疵，並請求必要費用之返還。所謂「必要費用」，係指「在修補瑕疵之時，一個理性的、顧慮經濟的定作人在專業之諮詢或判斷下，能夠且應當支出之費用（der Besteller im Zeitpunkt des Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftliche denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung

¹² Seidel, Das "Nachbesserungsrecht" des Unternehmers beim Werkvertrag, JZ 1991, 391, 394f.; STAUDINGER/PETERS § 634 Rn 13.

¹³ STAUDINGER/PETERS § 635 Rn 20.

¹⁴ Soergel/Ballerstedt § 633 Rn 31; MünchKommBGB/Soergel, § 633 RdNr. 140ff.

aufwenden konnte und mußte)¹⁵」。又此項費用，定作人亦得在承攬人就瑕疵之發生有過失之情形下，作為 635 條損害賠償內容之一部請求¹⁶。

此外，當定作人已合法行使其修補請求權，亦即向承攬人定合理期限請求其修補瑕疵，一旦期限屆至仍無結果，定作人之修補請求權隨即「消滅(erlischt)」¹⁷，承攬契約之法律關係由契約之履行階段轉移至瑕疵權利之次給付義務(sekundäre Gewährleistungsrechte)¹⁸。

第一款 修補義務之範圍

承攬人修補義務之範圍，涉及「修補費用」之範疇。定作人倘支出修補費用，則就系爭費用之返還(633 條第 3 項)或賠償(635 條)¹⁹，原則上自應依 633 條第 2、第 3 項及 634、635 條之規定，應先行催告請求承攬人修補而未果後，始得行使。反之，如不屬修補費用者，則系爭費用係自始「與修補請求權並存」，其賠償無待催告。換言之，承攬人修補義務之範圍，決定了應適用「修補先行原則」之適用範圍。

承攬人所負之修補義務之範圍，包含所有將瑕疵工作回復至符合契約預定狀態之必要手段，甚至包括所有為進行修補所必需之事前準備工作(Vorbereitung)，及事後復原工作(Wiederherstellung)²⁰；就客體而言，為了使修補得以進行而必然對於「其他標的物」產生影響時，該等標的物之回復亦屬於承攬人修補義務之範圍，因此所生之費用自應由其承擔²¹。

¹⁵ BGH, NJW-RR 1991, 789.

¹⁶ MünchKommBGB/Soergel, § 633 RdNr. 154.

¹⁷ BGH, NJW 1976, 143.

¹⁸ STAUDINGER/PETERS § 634 Rn 23.

¹⁹ MünchKommBGB/Soergel § 633 RdNr. 162.

²⁰ BGB-RGRK/Glanzmann § 633 Rn 17.

²¹ BGB-RGRK/Glanzmann § 633 Rn 21; MünchKommBGB/Soergel § 633 RdNr. 101.

例如，承攬人為定作人之房屋鋪設排水管線，然而鋪設過程不慎造成該水管損傷，並因此漏水。為修補水管，須先將浴室的牆壁撬開使管線露出（freilegen lassen）；修補後，須再重新粉刷、鋪磁磚及清潔。凡此均屬承攬人所應承擔的瑕疵排除義務之內容，蓋透過該事前準備措施，方使修補水管成為可能；而如瑕疵排除必然會侵害定作人之其他物之所有權，承攬人亦應以自己之費用使其回復原狀，否則毋寧使定作人請求修補瑕疵時，卻必須承受其他財產受侵害的代價²²。

又例如，承攬人在定作人的家中安裝暖氣系統，但鋪在地板下的管線（Heizrohr）有兩處不夠密實（undicht），因此導致定作人家中的客廳、廚房及地下室受潮。承攬人所負修繕義務之範圍，除了移除地毯地板（Teppichboden）、鑿開泥灰地板等為執行修理所必要之工作外，事後恢復工作，諸如清運廢棄瓦礫、重鋪泥灰及地毯地板，如地毯在瑕疵排除過程中汙損，承攬人亦須將其清潔。另外，其他對於準備以及執行修復工作所必要之附加費用（Nebenkosten），例如聯絡工人所支出的電話費，亦為承攬人之修復義務範疇²³。

以上工作，應由承攬人以自己之費用親自或透過其他承攬人為之；如係由定作人以自己之費用為之者，由於該費用係屬承攬人履行契約義務所應實現之給付之「等價物（Gegenwert）」²⁴，故承攬人應償還該費用（633 條第三項）。

第二款 修補義務先行原則之例外

依 634 條第 2 項，如瑕疵排除係「不可能」、「承攬人拒絕」或「定作人就立即主張解除契約或減少報酬有特別利益」時，得例外不先行定期請求承攬人修補，即得立時請求解除契約、減少報酬或 635 條之損害賠償。

²² BGH, NJW 1963, 805.

²³ BGH, NJW 1979, 2095.

²⁴ BGH, NJW 1963, 811.

「瑕疵無法排除」案例中，最屬重要者，即為「建築師瑕疵給付」造成建物上出現瑕疵之情形，此時定作人無須定期請求建築師排除瑕疵，即得立即請求損害賠償²⁵。蓋建築師之給付內容，並非其有形之物本身，而是其專業之設計、適當人力之調配以及其計畫適當進行之監督等。一旦建物在建築師之設計監督下進行後，建築師即已無法再為給付，其已無法補正其工作之瑕疵，蓋單純之計畫變更無法發揮任何作用，而工作之監督性質上亦無法事後彌補。而建物上瑕疵之排除更不屬於「建築師瑕疵工作」之補正²⁶。

所謂承攬人拒絕修補，實務上「類推適用」過去關於債務人「拒絕給付」而將立即（ohne weiteres）陷於遲延責任之固定見解²⁷，認為倘系爭瑕之性質雖可透過承攬人之修補，使工作回復至符合契約約定之狀態，但承攬人嚴肅地

（ernsthaft）、終局地（endgültig）拒絕履行時，定作人亦無必要仍定期請求修補。最高法院認為，如承攬人根本否認其瑕疵擔保之義務（Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreiten），或以其他方式嚴肅地拒絕除去瑕疵（die Beseitigung des Mangels in anderer Weise ernsthaft verweigert）時，定期催告之要求將流於「無用的形式性（nutzlose Förmlichkeit）」而顯得多餘。此應於個案中，考量被告之整體舉止，包含其事後在訴訟上之答辯而定；至於出於何種原因而拒絕，或其拒絕修補是否有理由，則非所問²⁸。

除以上法有明文之情形外，實務亦透過判決承認例外事由，使定作人能無庸先行定期催告承攬人修補，即得立時請求賠償損害或其他瑕疵擔保權利。該等情形，均係涉及無法以嗣後履行除去之損害，該損害之賠償可與減少報酬或解除契約同

²⁵ BGH, NJW 1962, 390; BGH, NJW 1962, 1499; BGHZ 39, 261=NJW 1963, 1401. Erman-H. H. Seiler, BGB, 10. Aufl., § 633 Rdz 30.

²⁶ BGH, NJW 1962, 1499; BGHZ 39, 261=NJW 1963, 1401.

²⁷ BGHZ 2, 310=NJW 1951, 918; BGHZ 65, 372=NJW 1976, 959.

²⁸ BGH, NJW-RR 1990, 786. MünchKommBGB/Soergel § 634 RdNr 15; STAUDINGER/PETERS § 634 Rn 27f.; Erman-H. H. Seiler, BGB, 10. Aufl., § 634 Rdz. 9.

時請求²⁹：

第一種情形，乃在修補義務開始進行前與進行中產生之「所失利益」。由於依系爭損害之性質，「無法經由承攬人之嗣後履行避免或除去」，定作人就此即得在尚未定合理期限請求修補之情形下，先行請求損害賠償。例如，被告為原告蓋附有保齡球道的房屋，然因泥灰地板（Erstrichboden）有瑕疵而須全面更換。原告除請求被告排除瑕疵外，並請求在維修期間因無法營業所生之收入損失（Verdienstaussfall）³⁰。

本文中，最高法院強調，§635 條之損害賠償請求權，係在「替代嗣後履行請求」，定作人原則上應先行請求修補，否則即無本條之請求權；惟此僅適用於「得透過嗣後履行排除之損害」。§635 條所指之損害，亦包含無法經由嗣後履行所滿足（zugänglich）者，此損害與修補義務「並存（bestehen neben der Nachbesserungspflicht）」。而瑕疵所引致的「所失利益」，例如本文中在修繕期間無法使用保齡球道，即屬於此種情形³¹。

另一案中，原告為經營修船廠，替被告修理柴油引擎；然因修理上發生錯誤，造成引擎受有損害。原告多花了 16 天的時間將引擎修復完畢，並請求全部之承攬報酬，而被告定作人則請求該 16 天之所失利益損害賠償，並以之抵銷。

最高法院即引用前上開案件而認為，所失利益之損害賠償應可與嗣後履行義務同時並存，且不因修繕完成而被排除³²。

²⁹ Erman-H. H. Seiler, BGB, 10. Aufl., § 635 Rdz 3.

³⁰ BGHZ 72, 31=NJW 1978, 1626.

³¹ BGHZ 72, 31=NJW 1978, 1626.

³² BGH, BB 1979, 1321.

又例如承攬人為定作人之醫院安裝機電設備之線路，然而因安裝過程有瑕疵而使醫院停電數個月，致無法使用診療室及手術室，因而無法治療病患而受有收入損失（Verdienstausfall），以及為找出停電原而聘請專家所支出之費用（Gutachterskosten、Sachverständigenkosten）。

最高法院認為，634 條第一項要求定作人定一合理期限，係賦予承攬人在面臨較嚴厲的瑕疵擔保責任之前，有將瑕疵工作回復至符合契約約定狀態之最後機會。但此一目的，對於排除瑕疵前產生之收入損失，以及聘請專家所支出之費用而言，將會落空。蓋縱使定期請求排除瑕疵，亦無法防止或除去此已發生之損害；此種損害賠償之請求係自始與嗣後履行請求權並存而不受其影響³³。

第二種無須定期請求修補，亦得請求賠償者之情形，在於如果受侵害之物並非承攬人之工作範圍時，因不屬於修補義務之範圍，故定作人如欲就該物之損害請求賠償，亦不需先行催告。例如受損害之標的物係定作人「自己所有之物」因工作瑕疵而受侵害，該損害又被認為與瑕疵有緊密關聯而落入 635 條瑕疵擔保之範圍之情形，就該部分之損害賠償，即無修補先行原則之適用。例如由被告為原告所建之房屋，因外層絕緣（außenisolierung）及排水溝（Drainage）之施作有瑕疵，導致地下室之內部牆壁及地板受潮，使得牆面的粉刷（Anstrich）、壁紙（Tapeten）及地毯地面（Teppichboden）受損害。就此部分損害，法院首先肯定與被告有瑕疵之建築工作具有緊密關聯性，從而應適用 635 條瑕疵擔保之損害賠償責任；但其亦強調，定作人無須定期催告請求承攬人修補，而可即時請求賠償，蓋此種損害與工作瑕疵並存（der Schaden ist neben dem schadenstiftenden Mangel des Werkes entstanden）；縱使該房屋除溼後，系爭內部陳設仍然是受有損害（selbst wenn der Keller trocken gelegt wird, bleiben die schadhafte Innenbeläge）。催告請求

³³ BGHZ 92, 308=NJW 1985, 381.

修除去瑕疵之目的既無法達到，即無須為之³⁴。



另一案中，定作人為當地政府興建橋梁之護欄（Spundwand），而此護欄需以鋼纜將橋樑護欄固定於地面固定工作。就此固定工作，當地政府乃委託被告負責。未幾，原告發現其所建之護欄出現變形，在移除回填物後，確認係因被告固定用之錨杆有瑕疵所導致。原告乃以自己之費用修補護欄，並自當地政府受讓所有其對被告之損害賠償請求權後，向被告請求賠償上開修補費用。原審認為，被告因未受定期催告請求修補，原告並無損害賠償請求權。

最高法院認為，「定期催告請求補正而無結果」對於損害賠償請求權之存在，只有在定作人「有」修補請求權時才有必要性。本案中，被告僅對自己工作的瑕疵有修補義務；就出現在原告之工作，亦即護欄上的結果損害，被告既無權利亦無義務（weder berechtigt noch verpflichtet）。最高法院並強調，承攬人修補義務之範圍固然及於所有修補所必須之事前準備工作，以及事後回復原狀之必要工作；但本案並不屬此種情形，蓋在「建物之其他部分」，或者在「定作人其他所有權」上發生之損害，與進行修補所必然產生之費用和損害不同。前者不為修補義務所涵蓋，僅屬以過失為要件之損害賠償請求權之對象。本案護欄上的損害亦屬此例，其乃不良履行之結果，縱使透過嗣後履行亦無法恢復（nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann），因此原告之損害賠償請求權不以先行請求修補為要件；系爭損害賠償並非取代原來之履行請求權，而是與之並存。就此而言，本案之損害與所謂「較遠的瑕疵結果損害」並無差別，兩者皆係瑕疵在他處所造成，無法經由承攬人之嗣後履行而排除的損害³⁵。

又例如，承攬人為定作人進行開墾（Rodung）工作，然逾越了地界而導致

³⁴ BGH, NJW-RR 1990, 786.

³⁵ BGHZ 96, 221=NJW 1986, 922.

鄰地之樹苗亦受到侵害，定作人乃賠償鄰地所有人後，就是項損害向承攬人求償。最高法院認為，此時定作人的請求權基礎應為積極侵害契約，且此情形並無能夠修補之瑕疵存在，因此定期請求修補之要求自始即被排除³⁶。



針對前開「所失利益」之損害賠償，學說上有認為，最高法院認為在開始修補前與修補進行中發生之收入損失，不以已請求承攬人修補為必要即得請求賠償，明顯違背了 635 條之文義：只要不存在 634 條第 2 項之情形，而賦予承攬人排除瑕疵之相當期限又尚未經過，即無法由承攬契約之特別規定中得出收入損失之賠償請求權。此才符合承攬契約法制裁清單 (Sanktionskatalog) 之基本思想：只要承攬人在所定合理期限中補足嗣後履行義務，即免於賠償義務³⁷。學者認為，承攬人就此之損害賠償義務，可由「嗣後履行之遲延責任」得出。亦即，受領瑕疵工作後，基於定作人之請求，承攬人負有嗣後履行義務；惟為使該嗣後履行義務限於遲延，定作人必須同時為催告 (Mahnung)，使其能夠知悉並計算不履行義務所可能遭受之後果；俟該合理期限經過而無結果時，依 286 條第 1 項，債務人自此時起應賠償遲延損害。固然，定作人必定因此遭受損害，然此係符合雙方當事人之利益³⁸。

同時亦有認為，允許定作人在請求承攬人修補前即自行聘用鑑定人—縱使承攬人有能力亦有意願修補—，並認此項費用得請求賠償，無異是侵犯了承攬人嗣後履行之「權利」，使其無法運用其認為正確之修補方式 (das Recht des Unternehmers zu beeinträchtigen, die ihm sachgerecht erscheinende Methode der Nachbesserung anzuwenden) 而不必要地增加了排除瑕疵之費用。學者認為，唯有在 634 條第二項之情形下，始容許定作人得自行聘請鑑定人並請求賠償系爭費

³⁶ BGH, NJW 1989, 1922.

³⁷ Götz, Schadensersatzanspruch wegen Nichtbenutzbarkeit eines Werks während der Nachbesserung?, JuS 1986, 14f.

³⁸ Götz, Schadensersatzanspruch wegen Nichtbenutzbarkeit eines Werks während der Nachbesserung?, JuS 1986, 14, 15.

用³⁹。且亦有下級法院明白地拒絕前述最高法院判例之見解，而係援用學者見解，認為該判例會導致定作人置承攬人之行為、修補能力與意願於不顧，自行修補所提高之費用係屬不必要，且適足妨礙承攬人以其所認為最適合的手段排除瑕疵之可能性；聘請鑑定人之費用暨係與瑕疵具有緊密關聯性而可被認為係瑕疵排除費用之一，則依 635 條，除有 634 條第二項之例外情形，定作人尚不得干涉承攬人修補之權利⁴⁰。

按「如清償期屆至，債務人經債權人催告後仍不為給付，自催告時起陷於遲延。起訴請求給付或於督促程序中督促裁定之送達，與催告有同一效力。」「債務人應賠償債權人因遲延所生之損害。」民法第 284 條第 1 項、286 條第 1 項訂有明文。按照實務見解，催告原則上應在清償期屆至「後」為之，清償期前所為之催告，縱於清償期屆至後，亦不發生效力；惟得與「建立清償期之行為（mit der die Fälligkeit begründenden Handlung）」相結合，亦即與清償期「同時生效」⁴¹。在因瑕疵受有所失利益之情況，定作人充其量將催告與修補瑕疵之合理期限相結合，一旦期限屆至仍未依債之本旨修補完成，則自此後發生之所失利益，方得依 635 條請求賠償。惟此前所發生之損害，毋寧將成為「損害賠償法之無人島」，此結論是否妥適而果真「符合雙方當事人之利益」？況且，除了所失利益、支出鑑定費用以外，尚有許多可能發生在修補進行中，甚至修補開始前即發生之損害，無法經由修補予以除去，更非減少報酬、解除契約所能填補者。例如，暖氣機因為安裝工法有瑕疵，導致運作過程需耗費定作人大量之電費；建造上有瑕疵之房屋，在修繕過程中因無法使用，使得定作人另行承租房租而支出租金；或者汽車修理過程有瑕疵，導致汽車必須由修車廠繼續處理，在此期間定作人支出租車費用等結果，皆係因承攬人過失所致，應予賠償，甚為顯然⁴²。如認為因為尚未請

³⁹ Joswig, Zur Erstattungsfähigkeit von Gutachterkosten, NJW 1985, 1323.

⁴⁰ OLG Koblenz, NJW-RR 1990, 30, 31.

⁴¹ Medicus, Schuldrecht I AT, 11. Aufl.(1999), Rn 399; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts AT, 12. Aufl.(1979), S.282; BGB-RGRK/Alff § 284 Rn 16.

⁴² Peters, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB, JZ 1977, 458,

求修補而不得請求承攬人賠償，似不公平。最高法院或許也基於此一考量，而在法無明文之情況下，創造出此一例外事由。



更有學說主張，635 條所謂「損害賠償以代減少報酬或解除契約」，並非代表損害賠償必須與解約或減少報酬具備同樣的構成要件下，始得擇一請求；而僅係表示，依該條請求損害賠償者，係在請求全不之履行利益，於此同時，定作人仍須給付其所負之全部義務，而不得一方面請求全部之履行利益，他方面卻給付較少（行使減少報酬）或甚至不為給付（解除契約）。故其應係處離獨立之地位，不受到 634 條要件之牽制⁴³。

第二項 工作業已交付？

部分實務認為，在工作交付即受領前，或依工作之性質不以受領為必要者，於工作完成前（646 條參照），不發生瑕疵損害賠償之問題；對於在工作進行中所造致之損害，應依積極侵害契約之規定處理⁴⁴。

例如在「拆卸天車橋架不慎案⁴⁵」中，原告受 E 公司之託，負責修繕 E 公司之天車，為此必須將天車橋架（Kranbrücke）從天車軌道（Kranbahn）上卸下，原告乃將此部分之工作轉委由被告負責。但被告之員工 Z 因操作起重機不慎，使起重機翻覆，天車橋架因此掉落並砸到天車支架（Kranbahnstützen）。原告賠償 E 公司 34425 馬克後，向被告請求賠償該數額。對此，被告主張原告只能依 635 條向其求償，而其消滅時效已罹於 638 條一項之六個月短期時效。

459.

⁴³ Peters, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB, JZ 1977, 458, 461f.

⁴⁴ BGH, NJW 1969, 839; BGH, VesR 1974, 261, 262.

⁴⁵ BGH, NJW 1969, 838.

最高法院維持原審見解，認為原告之請求權基礎應為積極侵害契約，而非 635 條。其理由之一即為，635 條之請求權係以承攬人之給付被受領（640 條），或者至少被完成（646 條）為前提；但本案並非此種情況，引起損害的事件在工作進行中即已發生。

惟通說則認為當 634 條第 2 項之情況，即「瑕疵無法除去、承攬人拒絕除去，或當立即請求損害賠償對定作人具有特殊利益時」存在時⁴⁶，或者隨著工作之繼續進行，損害將無法除去時，實無必要苛求定作人僅為了滿足損害賠償之要件而受領⁴⁷，應無不得於工作交付或完成前即行請求損害賠償之理。「如依損害之性質，在工作受領後其將落入 635 條損害賠償之範圍時，實無理由僅因工作尚未受領而將其歸入其他請求權基礎，並適用不同的消滅時效」⁴⁸。

第三項 損害係因瑕疵所生

又歸屬於 635 條之適用範圍之損害，自然需係因瑕疵所生⁴⁹。如系爭損害與瑕疵並無關聯，而係出於其他義務，諸如附隨義務之違反而生，即不應依 635 條負賠償責任，而應依積極侵害契約⁵⁰。例如在工作進行過程中，承攬人因過失而侵害定作人之物，而該事件並非工作過程所無可避免者⁵¹，此時可認為係承攬人違反保護義務（Obhutspflicht），對於定作人因此損受之損害，依積極侵害契約賠償⁵²；此種情形，因工作亦尚未完成，尚無瑕疵之可言，故與瑕疵並無任何關聯⁵³。

⁴⁶ Coester-Waltjen, Die Haftung für Mängel beim Werkvertrag, Jura 1993, 200, 205f., BGB-RGRK/Glanzmann § 635 Rn. 1; MünchKommBGB/Soergel, § 635 RdNr. 5; Erman-H. H. Seiler, BGB 10. Aufl. § 635 Rnz. 5.

⁴⁷ Peters, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB, JZ 1977, 458, 463; STADINGER/PETERS, § 635 Rn 24.

⁴⁸ STADINGER/PETERS, § 635 Rn 24.

⁴⁹ BGB-RGRK/Glanzmann § 635 Rn 3; MünchKommBGB/Soergel, § 635 RdNr. 13

⁵⁰ Coester-Waltjen, Ausschluß, Verjährung und Konkurrenzen werkvertraglicher Gewährleistungsansprüche, Jura 1993, 540, 544.

⁵¹ STAUDINGER/PETERS § 635 Rn 46.

⁵² MünchKommBGB/Soergel § 635 RdNr. 22.

⁵³ BGB-RGRK/Glanzmann § 635 Rn 29.



例如「暖氣機安裝過程不慎引火案⁵⁴」中，旅店經營者 K 委託被告安裝暖氣機，該暖氣機位於該旅館所屬的保齡球道旁。1958 年六月，被告之安裝工人 N 在牆壁與天花板的交會處要接水管。由於天花板與牆壁均以某種人造材質包護，N 先點火測試，發現僅有碳化燒焦而無燃燒現象（offenes Feuer），遂將工作範圍周遭之人工材質溶解，並開始進行焊接工作。但就在工作開始進行後不久，該人工材質開始燃燒，無法有效撲滅，最後保齡球道遭焚毀。原告向 K 給付保險金 8200 馬克後，向被告請求賠償。

最高法院贊同原審見解，認為被告基於與 K 之承攬契約，應注意（dafür zu sorgen hatte）使牆壁與天花板的人工材質遠離熱源以及焊接槍的噴射範圍（Streubereich）。因被告未盡此注意而引燃火勢。從而，最高法院及原審均認為被告應依積極侵害契約之規定賠償。

又例如「抽菸不慎引火案⁵⁵」中，被告為原告興建建物；就其中之絕緣板（Isolierplatte）安裝之工作，被告另交由 H 施作。1960 年 H 在冷卻塔（Kühlturm）前的水閘口黏貼絕緣板，於休息時間時點燃香菸，不慎引燃隔熱板上之黏著劑（Klebstoff），並延燒至冷卻塔，導致絕緣塔外牆出現裂痕而受有損害。原告乃向被告請求 99436 馬克之損害賠償。

本案最高法院認為，被告應依積極侵害契約之規定賠償。蓋被告負有謹慎照顧原告所有，置於被告工作影響範圍內之物及避免侵害屬原告所有之建物所有權之契約上義務。特別是使用具易燃性的黏著劑時，應予以全部注意（mit aller Vorsicht），避免所有使建物有起火危險之可能性。此不僅只是避免發生侵權行為

⁵⁴ BGH, VesR 1963, 195.

⁵⁵ BGH, VesR 1966, 1154.

的一般法律上義務，亦是契約上之附隨義務（Nebenspflicht）。在承攬契約中，此一保護義務（Obhutspflicht），一般認為，通常係針對（in Bezug auf）定作人之置於承攬人之管理下，或直接處於其影響下之物（die in den Gewahrsam des Unternehmers gelangten oder seiner Einwirkung unmittelbar unterliegenden Sachen des Bestellers）。最高法院特別強調，本案並不涉及工作之瑕疵，蓋瑕疵根本不存在，該工作在完成前即已毀損；系爭損害，並非因為違反完成無瑕疵工作之義務所生，而係違反保護之契約上附隨義務所生。因此積極侵害契約之損害賠償請求權，時效應依 195 條之一般規定，而非 638 條或 VOB 第 13 條第 4 款之短期時效規定。

第四項 承攬人有可歸責事由

承攬瑕疵損害賠償責任，原則上以系爭瑕疵係因可歸責於承攬人所致者為限，使負賠償責任。依第 276 條第 1 項：「除別有規定外，債務人應就其故意或過失負責。未盡交易上必要之注意者，為有過失。827，828 條準用之。」

德國民法之過失係採客觀標準，亦即承攬人必須擔保其具備相關專業領域中所必要之認識與能力；至於個別承攬人之能力如何則在所不問。⁵⁶

又依 278 條前段：「債務人就其法定代理人或其用以履行義務之人之過失，負同一之責任。」依實務見解，履行輔助人（Erfüllungsgehilfe）係指依個案事實上之情況，債務人以自己之意思，用以作為輔助完成其債務之人（nach den tatsächlichen Vorgängen mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine „Hilfsperson“ tätig wird）；輔助人係基於何種原因為債務人履行、與債務人間存在何種法律關係或其是否知悉係為他人

⁵⁶ MünchKommBGB/Soergel, §635 RdNr. 8; Coester-Waltjen, Die Haftung für Mängel beim Werkvertrag, Jura 1993, 200, 206.

履行債務，均非所問⁵⁷。

在承攬契約中，為承攬人完成工作全部或一部之次承攬人 (Subunternehmer)，為其履行輔助人⁵⁸；而次承攬人之履行輔助人 (次次承攬人)，乃至於該履行輔助人之履行輔助人，均屬承攬人之履行輔助人⁵⁹。

反之，承攬人完成工作所需之材料如係由第三人提供，而因所提供之材料有瑕疵，進而造成工作有瑕疵而造成定作人受有損害時，依照最高法院實務見解，提供材料之第三人非屬承攬人之履行輔助人，定作人不得主張承攬人應就該第三人之過失負同一之責任。蓋該第三人僅係在履行其對承攬人基於買賣契約所生之義務，並不涉及承攬人對定作人之義務⁶⁰；又縱使該材料提供者同時負責安裝系爭有瑕疵之材料，亦不變更其僅係履行買賣契約之義務之性質，不因此而成為次承攬人⁶¹。

此外，當一個整體不可分工作係由不同之承攬人分別實施完成時，因該工作之各環節往往彼此互相牽連，過失責任之歸屬認定上輒生困難。因此實務上乃認為，於此種情形，應認為該多數承攬人應為彼此—包括履行輔助人—之過失負責⁶²。例如定作人欲將加裝鋼筋之採光罩 (Lichtband) 固定於屋頂之上，對此須將採光罩與屋頂之鋼筋混凝 (Stahlbetoneteil) 相互連接，使其成為一整體 (festgefügtes Ganzes)。此工作由負責採光罩之被告與負責屋頂之訴外人負責。本件法院認為，雖然此二人就採光罩之搭建係彼此獨立之承攬人；然基於本件工作之性質，亦即必須兩人互相協力始有可能完成此項工作，且對定作人而言，該

⁵⁷ BGHZ 13, 111=NJW 1954, 1193; BGHZ 50, 32=NJW 1968, 1596; BGHZ 62, 119=NJW 1974, 692.

⁵⁸ BGB-RGRK/Glanzmann, Anh. zu §§ 633-635 Rn 3

⁵⁹ BGH, VesR 1970, 831.

⁶⁰ BGH, VesR 1962, 480, 481.

⁶¹ BGH, NJW 1978, 1157, 1158.

⁶² BGH, Urteil vom 18. 10. 1951 – III ZR 138/50.

工作無法割裂 (gespalten) 以觀，其自始無法區辨哪一部份之給付係由哪一個承攬人所負責；其不願意不應當面臨任一承攬人將可能產生之瑕疵與損害推卸於另一承攬人。在此種「個別給付區分不能 (Unmöglichkeit der Trennung der einzelnen Arbeitsleistungen)」之情形下，每一承攬人均須為其他承攬人，包含其為履行契約所聘僱之履行輔助人之契約違反負責⁶³。

第二節 損害賠償之內容

定作人依 635 條請求損害賠償時，具有「選擇權 (Wahlrecht)」⁶⁴：其得主張保有該工作，僅請求賠償因「具瑕疵之履行 (mangelhafte Erfüllung)」所生之損害，諸如修補瑕疵之費用⁶⁵、工作之交易性貶值⁶⁶ (merkantiler Minderwert)，此即「小損害賠償 (kleiner Schadensersatz)」。

或者定作人亦得主張全部不履行之損害賠償，請求回復至如同契約未被締結之狀態 (wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre)，亦即定作人得返還該有瑕疵之工作、拒絕支付報酬，並請求返還已支付之報酬，此為「大損害賠償 (großer Schadensersatz)」，此不以定作人保有該工作對其無利益為要件⁶⁷。蓋一方面第 635 條提供承攬人足夠的保護：首先，原則上虛經定作人請求排除瑕疵，且在所定期間未履行後，始能主張損害賠償；此外承攬人必須就該瑕疵係可歸責，亦即承攬人過失造成瑕疵，或者保證該工作無瑕疵。他方面，定作人亦有保護之必要：其雖得行使第 634 條之解除權

⁶³ BGH, Urteil vom 18. 10. 1951 – III ZR 138/50.

⁶⁴ BGHZ 27, 215=NJW 1958, 1284。

⁶⁵ BGHZ 59, 365=NJW 1973, 138。且本判例認為，以 635 條請求賠償修補所支出之費用時，與 633 條第二項修補請求權之性質不同，承攬人不得以該條項「排除瑕疵須不合比例之費用者，承攬人得拒絕」為由拒絕「賠償」修補費用；因不履行所生之損害賠償請求權不同於修繕請求權，損害賠償請求權須以承攬人為可歸責為必要，修繕請求權則否。因此，承攬人依照 635 條相較於 633 條，對瑕疵負較嚴格之責任應屬合理。635 條損害賠償所涉及者，並非已被排除的修補請求權之替代 (Dabei geht es nicht um die Befriedigung eines „Im Vorfeld des Schadensersatzanspruchs“ bereits ausgeschlossenen Beseitigungsanspruch)，而是以金錢 (in Geld) 補償定作人因為可歸責於承攬人之原因而不履行契約。損害之數額，除可包含工作物之交易性貶值外，定作人亦可以自己之費用使工作物回復至和於契約約定之狀態，並以此排除瑕疵之費用作為損害請求賠償，原則上不受到承攬人依 633 條第二項第二句拒絕之影響。

⁶⁶ BGHZ 9, 98=NJW 1953, 659; NJW-RR 1991, 1429.

⁶⁷ BGHZ 27, 215=NJW 1958, 1284.

(Wandelung) 即可拒絕受領並且無須支付報酬，但最高法院指出，定作人可能受有廣泛的損害 (weitere Schaden) 而無法以解除契約彌補，只能以第 635 條損害賠償達成其目的。此種見解符合利益衡量 (Interessenlage) 且並無不合理地加重承攬人之負擔。但第 635 條正如同所有請求權，均須受到第 242 條：「債務人有義務，依誠信原則與交易習慣所要求實現給付」之限制；因此如瑕疵甚微，以致於退還工作並解免給付報酬義務將有違誠信原則時，例外不得行使此一全部不履行之損害賠償⁶⁸。

第三節 與侵權行為損害賠償請求權之競合關係

第 823 條第 1 項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之生命、身體、健康、自由、所有權或其他法益者，就因此所生之損害付賠償責任。」工作有瑕疵而致定作人受有損害時，如符合該條項之要件時，定作人尚得依侵權行為行使權利。

主張侵權行為之實益在於，由於「工作物本身有瑕疵」造成之損害，依實務見解，定作人應依 635 條之規定行使契約上請求賠償損害；惟消滅時效依 638 條僅自受領時起六個月、一年或五年，不若第 852 條侵權行為之消滅時效係自「被害人知悉損害及加害人時起三年，或自行為時起三十年」般有利。而實務又向來認為，當契約與侵權行為之損害賠償請求權要件均具備時，應分別依據各自之要件、內容及消滅時效而獨立判斷；而此一原則亦適用於承攬瑕疵擔保與侵權行為競合時，即定作人之侵權行為損害賠償請求權，不因契約責任已罹於 638 條短期時效而受影響，仍應依第 852 條獨立判斷⁶⁹。因此，定作人在何種情況，得併依侵權行為行使權利，即屬重要。

⁶⁸ BGHZ 27, 215=NJW 1958, 1284, 1285ff.

⁶⁹ BGHZ 55, 392=VesR 1971, 639=NJW 1971, 1131, 1133.



第一項 所有權之侵害

按第 823 條第 1 項係以「法益侵害 (Rechtsgutverletzung)」為要件之一，實務上最有爭議者乃，在承攬工作有瑕疵而導致損害時，何種情況可被認為係侵害「所有權」？對此不可一蓋而論，而應依各別工作之範圍，以及瑕疵之性質與影響而定⁷⁰。

較無疑問之情況係，倘係侵害工作範圍以外、定作人所有之物時，構成所有權侵害。例如，承攬人為定作人鋪設下水道，然因水道未完全封閉，導致大雨後大水滲出，地下室牆壁、街道遭受沖刷。本案中，最高法院認為，除契約責任外，同時構成 823 條 1 項所有權之侵害，定作人得依該規定請求損害賠償⁷¹。

甚至，定作人所有之物落入承攬工作範圍，因瑕疵而遭受損害時，實務上亦認為構成所有權之侵害。例如，承攬人為定作人之貨櫃車更換汽車傳動軸，然新的傳動軸係被焊接 (anschweissen)，而非以螺絲等工具固定 (verschrauben) 於汽車底盤上，致日後底盤主樑上出現裂痕。最高法院認為，承攬人安裝傳動軸之行為有瑕疵，並產生不利影響於定作人之「汽車其他部分 (andere Fahrzeugteile)」，從而構成 823 條 1 項之所有權侵害⁷²。

第二項 工作物自傷？

惟當受侵害者，為「瑕疵工作本身」時，是否同時構成「所有權侵害」，而得依侵權行為求為賠償？

例如，1951 年間，定作人於自己所有土地上，由承攬人興建建物一棟，並

⁷⁰ BGHZ 55, 392=VesR 1971, 639=NJW 1971, 1131, 1133.

⁷¹ BGHZ 61, 203=NJW 1973, 1752, 1753.

⁷² BGHZ 55, 392=VesR 1971, 639=NJW 1971, 1131, 1132; BGHZ 66, 315=NJW 1976, 1505, 1506.

由建築師監造。其後，在一樓及二樓之天花板均出現裂痕，建築師僅告以係所有興建建物均會有之正常現象。1958年間，定作人另外委請鑑定人鑑定後始發現，承攬人建造時所使用之混凝土耐重度嚴重不足，房屋有倒塌之危險。定作人乃依侵害該房屋之所有權為由，請求承攬人及建築師依第 823 條第 1 項賠償損害。對此，最高法院認為「並無」所有權侵害，定作人所需支出之修補費用等，僅係「財產上利益（vermögensrechtliche Interessen）」。⁷³ 蓋定作人之房屋並無因未被告有瑕疵之工作，而使其價值相對於過去狀態更低，該屋「從不曾以無瑕疵之狀態成為原告之所有權」，其就該屋之所有權，係隨著工程之進行而逐漸擴張至包含因建材所生的瑕疵在內之已完工部分。從而取得有瑕疵依附於其上之建物所有權，並非「現有所有權（Verletzung des vorhandenen Eigentums）」之侵害⁷³。

工作瑕疵構成所有權之侵害，必需係侵害「現存（vorhandes）」以及「此前尚未受損的（bisher unversehrtes）」所有權，始足當之⁷⁴。例如，承攬人於定作人所有之汽車上安裝載重拖板，惟因有瑕疵導致該車之底盤受損⁷⁵；又例如承攬人在為定作人所有，已部分完工之地下室填實（verfüllt）地基之過程中，因為岩石碎屑（Felsbrocken）侵害地下室之絕緣層（Außenisolierung），導致地下室受潮。法院認為此種情形係侵害了「業已完工之工作（bereits fertiges Gewerk）」，屬侵害定作人建物所有權之一部，亦構成侵權行為⁷⁶。

第四節 與積極侵害契約損害賠償請求權之競合關係

依學說通說⁷⁷之見解，第 635 條所定之損害賠償請求權，性質上應為「積極侵害契約（positive Vertragverletzung）」。承攬人給付之工作如有瑕疵，即屬「不

⁷³ BGHZ 39, 366=NJW 1963, 1827.

⁷⁴ BGHZ 96, 221=NJW 1986, 922.

⁷⁵ BGHZ 55, 39=NJW 1971, 1131.

⁷⁶ OLG Koblenz, NJW-RR 1998, 374.

⁷⁷ BGB-RGRK/*Glanzmann* § 635, Rn 27; MünchKommBGB/*Soergel* § 635 RdNr. 19; STAUDINGER/PETERS § 635 Rn 47.

良給付 (Schlechtleistung)」，因此所生之損害，本質上即係屬可以積極侵害契約請求賠償者⁷⁸。因此，當承攬人可歸責地不良給付時，即發生契約各論中之特別規定與總則之積極侵害契約一般規定，應如何適用法律之問題。



依照實務歷來之見解⁷⁹，第 635 條具有「優先性」，在其適用範圍內，排除總則一般規定之適用。但並非所有承攬人工作瑕疵所造成之損害，均可依第 635 條請求賠償，該條僅係適用於因此所生損害之「一部分 (Ausschnitt)」；積極侵害契約基於「補充性 (Subsidiarität)」，於不屬第 635 條適用範疇時，則得適用。

具體而言，實務將承攬瑕疵產生的損害，區分不同情形而是用不同之請求權基礎：就「瑕疵損害 (Mangelschaden)⁸⁰」，應適用第 635 條之請求權；而就「瑕疵結果損害」⁸¹，則應適用積極侵害契約之規定。

但實務係根據何種標準區分瑕疵損害與瑕疵結果損害？將損害區分為瑕疵損害及瑕疵結果損害，或者說適用第 635 條或積極侵害契約損害賠償請求權，又有何區別上之實際意義？以下詳述之。

第一項 區別實益

並非所有因為可歸責於承攬人之工作瑕疵所生之損害，均可依第 635 條請求賠償。依照最高法院向來之見解，唯有「特定性質」的損害，始落入第 635 條之範疇；其他因為工作瑕疵所生之損害，應依「積極侵害契約 (positive Vertragverletzung)」請求賠償。兩者的差別，主要在於消滅時效規定之依據、承攬人就系爭損害是否可受責任保險之填補以及如當事人合意適用 VOB/B 時，損

⁷⁸ MünchKommBGB/Soergel § 635 RdNr. 20.

⁷⁹ Eberz, Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht, JA 1995, 377ff.

⁸⁰ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

⁸¹ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502; BGHZ 46, 238=NJW 1967, 2259.

害賠償之構成要件有所不同：



第一款 消滅時效之不同

請求權之一般消滅時效，規定於第 195 條：「一般消滅時效期間為 30 年。」又依第 198 條：「消滅時效自請求權形成時（Entstehung des Anspruchs）起算。以不行為為目的之請求權，以違法行為（Zuwiderhandlung）時起算。」積極侵害契約之損害賠償請求權，其消滅時效即依此一般規定⁸²。且由前述可知，此一原則，於當事人間係基於承攬工作之瑕疵發生應依積極侵害契約賠償請求權時，亦不受到第 638 條此一特別規定之影響。

相對於此，第 635 條損害賠償請求權所適用之地 638 條消滅時效，時效期間明顯較短，且係自「受領工作時」起算：「(I) 定作人之工作瑕疵排除請求權及因瑕疵所生之解除、減少報酬或損害賠償請求權，除承攬人惡意隱匿瑕疵外，六個月時效消滅。於土地上工作者（bei Arbeiten an einem Grundstück），一年時效消滅，於建物上工作者（beim Bauwerken），五年時效消滅。時效自受領工作時起算。(II) 消滅時效得以契約延長之。」

從而，個案中，因工作瑕疵而受損害之定作人，得依何種規定求為賠償，涉及其消滅時效之短長至鉅。

第一目 適用範圍

依照第 638 條之文義，短期消滅時效之適用對象，僅包括第 633 條第 2 項前段之瑕疵排除、第 634 條之減少報酬、解除契約及第 635 條之因不履行所生之損害賠償請求權。但針對本條未明文規定之第 633 條第 3 項「自行排除瑕疵之費用

⁸² BGHZ 71, 80=NJW 1978, 1155。

返還請求權」，實務⁸³與通說⁸⁴均認為，其係源於第 633 條 2 項之瑕疵排除請求權，一旦承攬人之修補義務陷於遲延，而定作人自行修補者，產生之費用返還請求權即「代替」排除請求權，因此亦應適用第 638 條。



同樣係因瑕疵所生之損害，且係屬於「較遠的瑕疵結果損害」者，則應依「積極侵害契約」請求損害賠償；而其消滅時效依實務向來見解⁸⁵，不得適用第 638 條短期時效，蓋本條就損害賠償請求，僅規範了第 635 條之損害賠償請求權；其應適用第 195 條之一般消滅時效。又承攬人實施工作中，因違反附隨義務

(Nebenpflicht) 造成定作人受有損害時，依實務⁸⁶及學說⁸⁷見解，亦僅能依積極侵害契約請求賠償，且其消滅時效同樣適用一般消滅時效。其他瑕疵以外之原因產生之積極侵害契約損害賠償請求權，例如承攬人嚴重危害契約目的之實現，致定作人終止契約後，另行聘用他人完成工作，因此所增加之費用

(Mehraufwendung)，得依積極侵害契約之規定請求賠償，其時效亦依第 195 條定之，而不得適用 638 條⁸⁸。

第二目 時效之起算

依第 638 條第 1 項後段規定，瑕疵擔保請求權之時效係自「受領」工作時開始起算，如係「部分受領 (Teilabnahme)」，則僅就受領之該部分起算消滅時效⁸⁹。惟以受領為消滅時效起算點，需工作具備「受領適格 (abnahmefähig)」為前提，如工作性質上係無法受領，則以其「工作完成 (Vollendung des Werks)」時起算

⁸³ BGHZ 58, 30=NJW 1972, 526.

⁸⁴ Erman-H. H. Seiler, BGB, 10. Aufl., § 638 Rdz. 9; MünchKommBGB/Soergel § 638 RdNr. 4; STAUDINGER/PETERS, § 638 Rn 6.

⁸⁵ BGHZ 35, 130=NJW 1961, 1256; BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764; BGHZ 58, 85=NJW 1972, 625; BGHZ 58, 225=NJW 1972, 901; BGHZ 58, 305=NJW 1972, 1195; BGH, VesR 1966, 1164; BGH, NJW 1969, 838.

⁸⁶ BGH, VesR 1963, 195; VesR 1966, 1154; NJW 1969, 838.

⁸⁷ Erman-H. H. Seiler, BGB, 10. Aufl., § 638 Rdz. 13; MünchKommBGB/Soergel § 638 RdNr. 8.

⁸⁸ BGH, NJW 1983, 2439.

⁸⁹ BGB-RGRK/Glanzmann § 638, Rn 16; ErmanBGB-H. H. Seiler BGB, 10. Aufl., § 638 Rdz. 3; MünchKommBGB/Soergel § 638 RdNr. 39; STAUDINGER/PETERS § 638 Rn 22.

時效 (§646 條參照)。



工作是否具有受領適格，係以該工作是否具備「有形結果 ((im)materieller Erfolg)」；有形工作，固可以交付 (Übergabe) 之方式使定作人受領，縱使工作業已在定作人之占有下，承攬亦得透過使定作人檢驗、測試或向其說明使用方法等方式，使定作人與工作間建立更緊密之關係，以為交付⁹⁰。縱然工作為無形工作，亦可能因為有具體的結果，而亦有受領適格，例如建築師負責建築之設計規劃，以定作人受領該設計圖 (Entwurf) 時為準⁹¹；力學測量師之工作一如其就建物之施作不負監造 (Bauleitung) 責任時—亦係以受領計算結果 (statische Berechnung) 時為準⁹²。最高法院特別強調，受領係代表定作人承認承攬人已依契約為給付，因此以定作人承認系爭契約中承攬人所負之給付時點為時效之起點，應屬合理。建築工作中的設計、規劃工作等無形工作之消滅時效，是否與其他參與建築之人之時效起算點能夠齊一進行，並非重要⁹³。

受領，定作人除須有以上「事實上接受 (körperlich, tatsächliche Hinnahme)」外，尚須表達出「其承認該工作係大致上合於契約約定之履行 (zu erkennen gibt, er lasse es als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten)」之意思。此項承認，除明示外，亦得以默示 (stillschweigende Abnahme) 為之，亦即定作人之任何行為，足以表達出其同意所受領之工作即為已足，例如定作人搬入承攬人建造之房屋⁹⁴、報酬之給付⁹⁵、將工作投入生產 (in Betrieb nehmen) 等⁹⁶。

⁹⁰ BGB-RGRK/*Glanzmann* § 640, Rn 6; MünchKommBGB/*Soergel* § 646 RdNr. 2.

⁹¹ BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764.

⁹² BGHZ 48, 257=NJW 1967, 2259.

⁹³ BGHZ 72, 257=NJW 1979, 214.

⁹⁴ BGH, NJW 1985, 1826.

⁹⁵ BGHZ 72, 257=NJW 1979, 214; BGH, NJW 1970, 421.

⁹⁶ BGB-RGRK/*Glanzmann* § 640 Rn 8, Jauernig BGB-*Schlechtriem*, § 640 Rn 3.



又倘定作人拒絕受領，則應視其拒絕受領有無理由而定。依 640 條第 1 項之規定：「除依工作之性質無須受領外，定作人有義務受領依契約本旨完成之工作。」因此，如工作確有瑕疵，定作人無受領之義務，可合法拒絕受領；而因尚未受領，則尚未開始瑕疵擔保相關規定之適用，故 638 條之消滅時效亦尚不開始進行⁹⁷。反之，如係無正當理由而拒絕受領時，何時開始進行消滅時效，輒生爭議。有認為，應依「債務人遲延 (Schuldnersverzug)」之規定，亦即承攬人應先依 326 條之規定向定作人為催告請求受領工作物，俟其仍不受領，亦即債務人遲延發生後，開始起算消滅時效⁹⁸。惟亦有認為，應以受領遲延，即「債權人遲延 (Gläubigerverzug)」時為準⁹⁹。此兩說之差異在於，在受領遲延之情形，不以債權人有無過失為必要。學者 Peters 強調，如需以定作人有無過失決定時效是否開始起算，則法律關係將不確定；且承攬人將完成之工作物提出，即對於定作人開起了「檢查可能性 (Untersuchungsmöglichkeit)」，此可能性正當化了立即使 (不合法拒絕的) 定作人立即陷於遲延¹⁰⁰。

倘定作人「終局拒絕受領 (endgültige Abnahmesverweigerung)」時，實務認為，不問其拒絕是否合法，均以其終局拒絕時為時效開始之時點¹⁰¹。例如，定作人將房屋監造之工作交由身為建築師之承攬人負責，在工程進行到一半時，定作人發現砌磚工程 (Rohbau) 有瑕疵而不堪使用，認為承攬人並未盡其監工之責，乃終止 (kündigen) 承攬契約。法院即認為，此項終止意味著承攬人之工作，均將終局地維持現狀 (künftig endgültig in dem Zustand verbleiben werde, den es damals erreicht hatte)，表明原告拒絕受領之意，故其損害賠償請求權應以終止契

⁹⁷ ErmanBGB-H. H. Seiler BGB, 10. Aufl., § 638 Rn. 3; STAUDINGER/PETERS § 638 Rn 27.

⁹⁸ MünchKommBGB/Soergel § 638 RdNr. 43.

⁹⁹ Erman-H. H. Seiler BGB, 10. Aufl., § 638 Rdn. 3; STAUDINGER/PETERS § 638 Rn 28.

¹⁰⁰ STAUDINGER/PETERS § 638 Rn 28.

¹⁰¹ BGH, NJW 1970, 421; NJW 1974, 1187.

約時點起算¹⁰²。



第三目 時效期間 (Dauer)

在德國民法典起草的過程中，第 638 條（斯時為草案第 571 條）之短期時效規定，主要係援用買賣契約第 477 條（斯時為草案第 397 條）之規定，即動產買賣，自交付時起六個月；不動產買賣，自交付時起一年時效消滅。立法理由同樣係考量交易安全，即：「因品質瑕疵之調查與確定，在經過較長時間後幾乎無法實施，且在較長時間經過後，仍允許回溯追究瑕疵，對交易而言係高度地累贅與造成阻礙」¹⁰³；甚至在比較普魯士法後，認為上開六個月或一年之時效「即使在承攬契約，亦不算太短（auch bei dem Werkvertrag nicht zu kurz bemessen）；倘個案中認為上開時效仍過短時，定作人應為自己特別約定一個更長之時間」¹⁰⁴。

值得注意的是，立法者僅在，「於建物上工作」之工作型態，立法者考量到「建物有瑕疵時，經常在定作人發現前即已時效完成」，而特別將時效延長為五年，蓋建物之結構（Konstruktion）與材料上之瑕疵原則上五年內始會出現；而相反地，如完工五年後始發生之倒塌（Einstürze），原則上與興建過程之瑕疵無涉，而是涉及其他原因¹⁰⁵。

立法者考量不同的工作內容，其瑕疵被辨識出（erkennbar）之可能性亦有不同，因此於 638 條 1 項第 1 句乃設置「階層化（abgestufen）」的時效期間¹⁰⁶：

¹⁰² BGH, JZ 1963, 596.

¹⁰³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich(1896), Band II, S.238, 486.

¹⁰⁴ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich(1896), Band II, S. 488.

¹⁰⁵ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich(1896), Band II, S. 488f.

¹⁰⁶ Jauernig BGB-Schlechtriem §638 Rn 1.



一、 於建物上工作 (bei Arbeiten an Bauwerken)

所謂「建物」(Bauwerk)，係指「透過工作與材料之使用，不可移動地與地面相結合所興建之物 (unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache)¹⁰⁷」。此項建物可存在於土地之上下，概念較「房屋 (Gebäude)」更廣，例如為抽取地下水做為灌溉及民生用途所建之「管井 (Rohrbrunnen)」，藉由本身的重量固定於土地上，即被認為是建物¹⁰⁸。相反地，於庭院地面所鋪設之石板路面 (Verbundpflaster)，由於其基座係由沙子及礫石所組成，與地面並無密切結合 (feste Verbindung)，不屬此之建物¹⁰⁹；反之以高壓混凝土磚 (Betonformstein) 所鋪設之車道，因係以長時間 (dauernd) 使用為目的，故屬此之「建物」¹¹⁰。此外，除建物整體外，如契約之標的為建物之「各部分 (einzelne Teile、Glieder)」，諸如牆垣、屋頂等，亦屬之¹¹¹。

又所謂「於建物上工作」，除指涉「新建 (Herstellung)」，或建物毀損、倒塌後所為之「重建 (Wiederherstellung)」外，如係針對「既存建物之全部或一部」所為之「改建 (Umbau)」、「翻新 (Erneuerung)」、「改善 (Ausbesserung)」或者「其他變更 (sonstige Veränderung)」，凡依該工作之範圍與性質，對於建物之全部或一部有「重要意義 (von wesentliche Bedeutung)」，並且該工作係「固定 (fest, eng)、持續 (auf Dauer)」與建物相結合者，亦歸屬於「於建物上工作」¹¹²。而該工作對於建物是否具有重要意義之判斷標準，取決於該工作之「功能 (Zweckbestimmung)」，亦即是否缺少該工作，該建物即無法被認為係完整的建

¹⁰⁷ STAUDINGER/PETERS § 638 Rn 37; BGHZ 57, 60=NJW 1971, 2219.

¹⁰⁸ BGHZ 57, 60=NJW 1971, 2219.

¹⁰⁹ OLG Köln, NJW-RR 1992, 408.

¹¹⁰ BGH, NJW-RR 1992, 849.

¹¹¹ BGHZ 19, 319=NJW 1956, 1195; BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764.

¹¹² BGHZ 19, 319=NJW 1956, 1195; BGHZ 53, 43=NJW 1970, 419. 至於是否經由該工作之實施，使標的物成為建物之「重要成分 (wesentlicher Bestandteil)」，並非所問。蓋判斷是否為重要成分之目的在於，避免使該物之經濟價值因分離而遭破壞，並使成分與主物盡可能同其法律上之命運；而此與時效問題並無關連，vgl. BGH, NJW-RR 1990,787, 788.

物 (fertiges Bauwerk)。屬於此種情形，而被認為係「在建物上工作」之情形者，例如教堂石板屋頂 (Schieferbelag) 之更換工作，由於屋頂係避免濕氣入侵乃至於使建物暴露於倒塌之危險中，自係具有重要意義¹¹³；將中央暖氣設備 (Zentralheizung) 之火源由煤炭改為燃油後，安裝於屋內並連接至現有的低壓蒸氣暖氣機 (Niederdruckdampfheizung) 上¹¹⁴；鑒於空調機器 (Klimaanlage) 對於印刷廠營運之重要性，且在廠房規劃之初即預設有該機器之存在，故事後才增建於廠內，亦屬「於建物上工作」¹¹⁵；整套廚房設備 (Einbauküche) 之增建，最高法院鑒於該設備與冷、熱水及電路管線相連接、櫥櫃固定接榫於牆壁上，以及洗碗槽、洗碗機、冰箱等設備均係針對廚房現有水電管路之狀況所設計，可證明該等設備係持續與房屋連接，又此種廚房乃是現代生活需求所必須，如有缺少，該房屋即無法被認為係完全完工 (nicht als vollständig fertig anzusehen)，故此項工作為「於建物上工作」¹¹⁶；同樣地，藉由黏著劑 (Kleber) 將地毯布接合於房屋中之地板，最高法院亦認為具有持續性且對該房屋具備重要意義¹¹⁷；電燈 (Beleuchtungskörper) 因入夜後能提供光源，故對建物而言亦具有重要意義¹¹⁸。相反地，更換商店外牆上之遮陽棚 (Markiese)，由於該該遮陽棚僅用少許螺絲釘固定，不具備持續結合性；且該商店縱缺少該遮陽棚亦不失其意義，蓋仍可由窗簾或冷氣機以達相同目的，故非屬「於建物上工作」¹¹⁹；相類似者，商店外增設霓虹燈 (Neon-Leuchtreklame)，縱然對於商店之經營有所幫助，但仍非該建築物能正常使用所不可或缺之要素¹²⁰。

除了對建物之全部或一部提供「物質上 (materiell)」給付外，最高法院更認為，承攬人如對建物僅提供「精神上 (geistig)」貢獻時，亦可歸類於「於建物上工

¹¹³ BGHZ 19, 319=NJW 1956, 1195.

¹¹⁴ BGH, Urteil vom 08.03.1973 – VII ZR 43/71.

¹¹⁵ BGH, NJW 1974, 136.

¹¹⁶ BGH, NJW-RR 1990, 787.

¹¹⁷ BGH, NJW 1991, 2486.

¹¹⁸ LG Arnsberg, NJW-RR 1993, 341.

¹¹⁹ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1272.

¹²⁰ OLG Hamm, NJW-RR 1990, 789.

作」而適用五年時效期間，而非六個月之短期時效。例如對建築負責設計規劃（Planung）並監造（Oberleiter, Überwachungspflicht）之建築師，其工作為完成建物不可或缺之環節；亦即透過其精神上之給付與有形的實體上興建，建物始可完工，從而，將建築師之給付與其他實際從事興建之建物承攬人（Bauunternehmer）、工人（Handwerker）做不同對待，並不合理¹²¹。最高法院更進一步肯定，倘若建築師僅負責設計規劃，並無監造義務時，鑒於該工作對於建物之完工同樣不可或缺，亦適用五年消滅時效¹²²。除建築師外，負責計算建築力學之測量師（Statiker），因其計算結果有瑕疵，致使依該計算所建之房屋受有損害¹²³、負責在土地上測量以確認建物基地應坐落之位置，卻因測量錯誤導致房屋交易價值下跌¹²⁴之情形，最高法院均以該等「精神上工作」對於建物關聯性，肯認應適用較長之五年消滅時效。

二、 於土地上工作（bei Arbeiten an einem Grundstück）

「於土地上工作」最典型之態樣，即該工作「僅改變地面之自然狀態（Veränderung des natürlichen Zustandes des Grund und Bodens）¹²⁵」，例如為排水之需要，而將排水管零散的放置於劃設好的水溝（Graben）中，並無使用器械將其固定於土地；亦即土地僅因此工作而改變其樣貌（umgestalten）¹²⁶。又例如前述之庭院地面所鋪設石板路面，雖不屬於「建物」，但工作之目的係在追求可通行性的改善及使庭院地面具有更多用途，故仍可被理解為係地面樣貌之改變（durchaus noch als Umgestaltung des Bodens begreifen）¹²⁷。

除上述之「地面工作（Erdarbeiten）」外，實務上更指出，在既存建物上從事

¹²¹ BGHZ 32, 206=NJW 1960, 1198.

¹²² BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764.

¹²³ BGHZ 48, 257=NJW 1967, 2259; BGHZ 58, 85=NJW 1972, 625.

¹²⁴ BGHZ 58, 225=NJW 1972, 901.

¹²⁵ BGHZ 57, 60=NJW 1971, 2219.

¹²⁶ BGHZ 57, 60=NJW 1971, 2219.

¹²⁷ OLG Köln, NJW-RR 1992, 408.

之工作，如與該建物固定且持續結合，亦屬本條項之「在土地上工作」¹²⁸；換言之，本條項所指之「土地」，係法律上 (Rechtsbegriff)，而非自然 (natürlich) 意義下的土地¹²⁹。例如，以黏著劑將地毯地板 (Teppichboden) 鋪在自宅地板上，最高法院認為屬固定且持續與房屋結合，故此項工作係屬「於土地上工作」¹³⁰；或者在住宅加裝警報器 (Einbau einer Alarmanlage)，因持續固定於住宅內，亦屬於於土地上工作¹³¹；此外對於房屋之修繕、美化或更新，只要不屬於前述對於建物有「重要意義」者，即屬於土地上工作¹³²。例如為美化牆面外觀，而委由他人於牆面上重新油漆¹³³即是。

此外，學說上亦認為，與上述在建物上工作相同，倘承攬人僅係對於「性質上屬在土地上工作」予以精神上幫助者，例如對於花園景觀之規畫工作，亦屬於「在土地上工作」¹³⁴。

從上述可知，本條之「建物」乃「土地」之「下位概念 (Untergruppe)」¹³⁵，在承攬人實施工作於既存建物之上的情形下，兩者之差別僅在於「該工作對於建物是否具有重大意義」，此無法一般性地，僅能依個案事實 (Fall zu Fall) 予以判斷¹³⁶；但依照定義上較為寬鬆的措辭，整體趨勢係偏向於認定為「於建物上工作」¹³⁷。

¹²⁸ BGH, NJW 1970, 942.

¹²⁹ BGH, NJW 1970, 942; MünchKommBGB/Soergel § 638 RdNr. 19.

¹³⁰ BGH, NJW 1970, 942. 至於是否對於房屋有重要意義，而「進階」到屬於「於建物上工作」，最高法院表示在本案中不需要判斷，蓋該自受領工作至起訴，僅經過六個月餘，從而只要認定係屬時效為一年的「在土地上工作」，即可駁回承攬人之上訴。

¹³¹ BGH, NJW-RR 1991, 1367. 同樣的，因僅經過六個月餘，最高法院認為該工作對於房屋是否具備重要意義，「不須判斷 (bedarf keener Entscheidung)」。

¹³² Coester-Waltjen, Ausschluß, Verjährung und Konkurrenzen werkvertraglicher Gewährleistungsansprüche, Jura 1993, S. 540, 541; STUADINGER/PETERS § 638 Rn 38, 40; ErmanBGB-H. H. Seiler 10. Aufl. § 638 Rn 6.

¹³³ OLG Köln, NJW-RR 1989, 1181.

¹³⁴ Coester-Waltjen, Ausschluß, Verjährung und Konkurrenzen werkvertraglicher Gewährleistungsansprüche, Jura 1993, S. 540, 541; STUADINGER/PETERS § 638 Rn 40.

¹³⁵ BGH, NJW 1970, 942.

¹³⁶ BGHZ 19, 319=NJW 1956, 1195; NJW 1974, 136; NJW 1991, 2486.

¹³⁷ Vgl. BGB-RGRK/Glanzmann § 638 Rn 40.



三、 其餘工作

承攬人之工作，凡不屬於上述「於建物上、土地上工作」者，則應適用第 638 條第 1 項之六個月一般 (regelmäßig) 消滅時效。包含工作涉及動產 (bewegliches Werk)，例如更換貨車之機油¹³⁸、自小客車之例行性保養 (kleine Inspektion)¹³⁹ 或者上述遮陽棚的更換、在糖果工廠中擴充並維修環狀輸送設備，由於該等設備並非建物之重要成分，無與建物緊密結合，且非持續固定於其上而可隨時分離，故係屬於應適用六個月短期時效之情形¹⁴⁰；此外，被認定屬於上述「於建物上工作」以外之其他無形工作 (unkörperliches Werk) 者，亦同¹⁴¹。

第四目 惡意隱匿 (arglistig verschweigen) 瑕疵

依 638 條第 1 項第 1 句，如承攬人惡意隱匿瑕疵者，不適用該條項之短期時效，而應適用 195 條之三十年消滅時效。惟在此情況，三十年消滅時效仍係依 638 條第 1 項後段以「受領時」起算¹⁴²。

所謂惡意隱匿瑕疵，係指瑕疵對於契約相對人之決定 (Entscheidung) 具有重要性，依誠信原則負有揭示義務 (Offenbarungspflicht)，卻有意地 (bewußt) 不予揭示，其準據時點乃工作交付時¹⁴³。

除承攬人本人外，其履行輔助人亦可能因惡意隱匿瑕疵，而使承攬人應依 278 條：「債務人應就其法定代理人或其用於履行義務之人之過失，負同一責任。」之規定，亦負惡意隱匿之責；然此限於「輔助履行揭示義務之輔助人」。依照實

¹³⁸ BGHZ 98, 45=NJW 1986, 2307.

¹³⁹ OLG Köln, NJW-RR 1994, 1399.

¹⁴⁰ OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1272; BGH, Urteil vom 25. 5. 1972 – VII ZR 165/70.

¹⁴¹ BGH, NJW 1970, 942.

¹⁴² BGB-RGRK/Glanzmann § 638 Rn 22.

¹⁴³ BGHZ 62, 63=NJW 1974, 553.

務見解，該履行輔助人必須是受雇負責交付工作於定作人(mit der Ablieferung des Werks betraut ist)，或者參與其中(mitwirkt)；或是雖不負責參與交付，但負責工作查驗(Prüfung)之受僱人。蓋鑒於大型企業之精密分工，負責檢驗工作而發現瑕疵卻隱而不宣之受僱人，只因其不參與工作之交付，而係由其他不知情之受僱人為之，即認為承攬人無須為此情形負責，於誠信原則有違¹⁴⁴。

然而，不論欲證明承攬人本人或其履行輔助人，具備惡意隱匿此一主觀要件，均當困難。近年實務判例遂發展出「組織失靈(Organisationsversagen)¹⁴⁵」理論，企圖藉由客觀情事來證立承攬人之惡意。例如，被告為原告搭建穀倉，但20年後穀倉一部份倒塌。經查，係因屋頂支柱(Pfette)沒有確實安裝在山牆上的拖架(in die Giebwand eingebauten Konsolen)上，該支柱「明顯可見地過短(deutlich sichtbar zu kurz)」。然因原告無法證明被告或其履行輔助人明知該瑕疵而未予告知，從而原審以已罹於638條之短期時效為由，駁回原告依635條請求賠償修理費用等損害。

對此最高法院認為，承攬人不得僅以自己對瑕疵無所知悉，或並無僱用「應為其履行揭示瑕疵義務」之履行輔助人為由，脫免交付工作時應負之揭示義務；惡意隱匿瑕疵之適用範圍不應僅以此為限。承攬人有義務就工作過程以適當方式監督(überwachen)，並且在交付前檢查(überprüfen)工作；其必須在組織上具備有判斷完成之工作在交付時是否存有瑕疵之能力。如承攬人未予以適當之監督檢驗，導致其自己或履行輔助人無法辨識出瑕疵之存在，即是違反契約。因此，如承攬人就工作之監督與檢驗未有規劃適當組織，而瑕疵如在適當組織下可得被發見時，承攬人應與交付時明知瑕疵存在負同一之責任。就證明方式，最高法院強調，瑕疵之性質(Art des Mangels)係判斷組織是否適當之重要之根據(Indiz)，

¹⁴⁴ BGHZ 62, 63=NJW 1974, 553, BGHZ 66, 43=NJW 1976, 516.

¹⁴⁵ vgl. MünchKommBGB/Soergel § 638 RdNr. 7.

如係發生在格外重要工作上之嚴重瑕疵（gravierender Mangel），或者特別明顯（augenfällig）之瑕疵，均可得出未有適當組織之結論¹⁴⁶。



此項判例的適用範圍，並不僅限於以不動產做為標的之契約，而是所有內容，包含以動產為工作之承攬契約均有本條之適用。例如原告委請被告修繕其汽車，被告將此工作轉交由第三人履行，惟經維修後，底盤之主樑上仍有嚴重裂痕存在。最高法院即要求原審探究，系爭瑕疵如在被告具備適當組織下，是否仍不能由自己或其輔助人發見¹⁴⁷。

惟倘承攬人自身因為專業能力之問題，往往必須就工程中之某部分轉包由其他具有特殊能力甚至許可（Lizenz）之次承攬人為之；於此情形，承攬人固然在組織上無法經由適當之編制檢驗該部分工作之瑕疵性，僅該次承攬人則對於自己負責之工作有判斷之能力。從而，倘該次承攬人未在組織上具備有檢驗其工作之能力時，承攬人應否依 278 條之規定，為其「履行輔助人」之「組織失靈」而負責？例如，被告承攬人於 1982 年為原告定作人興建學校之體育館，被告委由 T 負責計算該建物之力學，並將搭蓋屋頂所需要之「薄型釘板（Nagelplattenbinder）」係委由經過認證之 H 負責。惟 H 在製造該釘板時，未按照 T 所提供之數據製造，導致工作交付 13 年後，主承重柱（wesentlicher Auflager）承受力不足致使屋頂坍塌。

對此，最高法院採否定見解，其認為，此種「組織義務（Organisationspflicht）」性質上並非契約之拘束力（vertragliche Verbindlichkeit），僅係承攬人之「對己義務（Obliegenheit）」，其不履行，將導致自己在消滅時效上之不利益。278 條為債務履行輔助人負責，即為次承攬人之組織義務違反而負責之規定，於此並不適用。

¹⁴⁶ BGHZ 117, 318=NJW1992, 1754.

¹⁴⁷ BGH, NJW 2005, 893. 本案因係在 2002 年債法修正前所締結之承攬契約，因此仍適用舊法。

蓋其原則上並無藉由次承攬人履行「承攬人自己」之組織上對己義務，次承攬人在工作進行時所應具備之組織規則，僅屬其自己之事務。在該案中，最高法院認為，被告因欠缺專業能力甚至必要之許可，不可能對該工作過程予以監督；只要其對於次承攬人之選任已盡必要之注意，即已盡其組織義務¹⁴⁸。

第二款 依 VOB/B 所訂之工程契約之損害賠償要件

按 VOB 係「建築工程分派與契約規則 (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen)」之簡稱，其一共分為 A、B、C 三部分。A 部分係「建築工程分派一般規定 (Allgemeine Bestimmungen über die Vergabe von Bauleistungen)」，為「公定作人 (öffentlicher Auftraggeber)」在契約締結前對於工程發包之「程序性規範 (Verfahrensvorschrift)」¹⁴⁹；而 C 部分則係「建築工程一般技術契約條款 (Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen)」¹⁵⁰。真正涉及民事責任者，係 B 部分，即「建築工程實施之定型化契約條款 (Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen)」，惟其必須雙方當事人合意適用，始足作為當事人間之「契約法規範 (Vertragsrecht)」¹⁵¹。

就承攬人因其瑕疵所生之責任，規範在 VOB/B 第 13 條，其中第 7 點係關於承攬人損害賠償責任。第 13 條第 1 項係所謂「小損害賠償 (kleiner Schadensersatz)」，其規定：「定作人 (Auftraggeber) 之給付係興建、維護或變更建築設施 (bauliche Anlage)，如因可歸責於承攬人 (Auftragnehmer) 或其履行輔助人之事由致生重大妨害堪用性 (die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt) 之重要瑕疵，並應賠償發生在該建造物上之損害。」而第 2 項則係「大損害賠償 (großer Schadensersatz)」，亦即「逾越」第 1 項以外之損害 (darüber hinausgehender

¹⁴⁸ BGHZ 174, 32=NJW 2008, 145.

¹⁴⁹ Kaiser, Das Mängelhaftungstrcht in Baupraxis und Bauprozeß, 1. Aufl. S. 23.

¹⁵⁰ Kaiser, Das Mängelhaftungstrcht in Baupraxis und Bauprozeß, 1. Aufl. S. 30.

¹⁵¹ Kaiser, Das Mängelhaftungstrcht in Baupraxis und Bauprozeß, 1. Aufl. S. 28, 34.

Schaden) 而言；其僅在具備諸如「如瑕疵係因故意或重大過失所致」、「如瑕疵係違反公認之技術規則所致」、「瑕疵係產生於所欠缺之約定保證之品質內」、「承攬人透過其法定責任保險人填補損害」或「得於國內允許營業之保險人，以符合保險主管機關核准之一般保險條款計費標準，不以超逾比例（nicht auf außergewöhnlich Verhältnisse abgestellt）之保險費及保險附加費內可獲得損害填補。」等嚴格條件下，始能獲賠償。

又本條之損害賠償，與民法第 635 條不同者係，此之損害賠償請求權不以先行請求催告承攬人排除瑕疵為必要，亦非與減少報酬處於選擇關係，此由文義「並（außerdem）應賠償發生在該建造物上之損害」可知；亦即，其係得與排除瑕疵、減少報酬請求權相並存¹⁵²。因此，此損害賠償所請求之內容，即係經過上開救濟方式仍無法除去（noch nicht behoben wird）之損害¹⁵³，諸如營業損失（Verdienstausfall）等所失利益以及鑑定費用等是¹⁵⁴。惟此僅係形式上之不同，實則差別有限，蓋縱使是民法第 635 條之規定，如前所述，實務亦透過判決先例認為定作人得針對「無法經由嗣後履行所滿足之損害」，與修補義務並行請求¹⁵⁵。

惟不論係小損害賠償或大損害賠償，在消滅時效方面，原則上均依同條第 4 點第 1 項之短期消滅時效¹⁵⁶：於建物上工作（beträgt für Bauwerk）為 2 年，於土地上工作者為 1 年；並自受領全部給付時起算。縱使所請求之損害，性質上係屬民法承攬契約瑕疵擔保責任中「較遠的瑕疵結果損害」者，亦適用本條項之短期時效¹⁵⁷。

¹⁵² Hdb. priv. BauR. (Merl), § 12 Rdn. 716; BGB-RGRK/Glanzmann Anh. zu §§ 633 - 635, Rn 49.

¹⁵³ BGHZ 53, 122=NJW 1970, 561, 562.

¹⁵⁴ Kaiser, Das Mängelhaftungstrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 1. Aufl. S. 340f.

¹⁵⁵ STAUDINGER/PETERS, Anh I zu § 635 Rn 44.

¹⁵⁶ Hdb. priv. BauR. (Merl), § 12 Rdn. 920f.; BGB-RGRK/Glanzmann § 638, Rn 45; MünchKommBGB/Soergel § 638 RdNr. 53.

¹⁵⁷ BGHZ 58, 332=NJW 1972, 1280.

由此可知，因承攬工作瑕疵所發生之損害，其究竟屬於「小損害賠償」之「發生在該建物上之瑕疵」；抑或係屬「大損害賠償」所稱之「前項以外之損害」，其區分實益在於：該損害必須在何種要件下始能請求賠償¹⁵⁸。就此二者之區分判准，實務上認為，其應依照民法 635 條瑕疵擔保損害賠償請求權與積極侵害契約之界分¹⁵⁹。蓋「發生在該建造物上之損害」大多均與建築物上之瑕疵有緊密且直接之關聯¹⁶⁰，故「小損害賠償請求權擁有如同 635 條之適用範圍 (Tragweite)」¹⁶¹；而大損害賠償所指的「其他所有損害」，則「自始即僅適用『較遠之瑕疵結果損害』此一應依積極侵害契約賠償之損害¹⁶²」，蓋較遠之瑕疵結果損害，即係在工作以外，既非直接附著於工作，亦非與工作有緊密且直接關聯之損害，本應依積極侵害契約之規定請求賠償，而在依 VOB/B 所訂立之契約，則是落入第 13 條第 7 款第 2 項之其他所有損害之範疇¹⁶³。

因此，民法上如何區分瑕疵擔保損害賠償責任與積極侵害契約責任之範疇，對於當事人約定適用 VOB/B 做為其工程契約之內容時，而因工程瑕疵產生損害時，該區分標準牽涉不同損害其賠償要件之不同；惟無論係屬小損害賠償或大損害賠償，在消滅時效部分並無不同，則係與民法規定不同之處。

¹⁵⁸ Hdb. priv. BauR. (Merl), § 12 Rdn. 741ff.; MünchKommBGB/Soergel § 635 RdNr. 72ff.

¹⁵⁹ Hdb. priv. BauR. (Merl), § 12 Rdn. 720; *Kaiser*, Das Mängelhaftungstricht in Baupraxis und Bauprozeß, 1. Aufl. S. 362f.; STAUDINGER/PETERS Anh I zu § 635 Rn 45.

¹⁶⁰ BGH, NJW 1970, 421.

¹⁶¹ BGHZ 58, 332=NJW 1972, 1280; BGH, NJW 1987, 645.

¹⁶² BGHZ 61, 203=NJW 1973, 1752.

¹⁶³ BGHZ 58, 332=NJW 1972, 1280 ; BGH, NJW 1970, 421. vgl. auch *Kaiser*, Das Mängelhaftungstricht in Baupraxis und Bauprozeß, 1. Aufl. S. 362ff.

第三款 責任保險 (Haftpflichtversicherung) 之保護範



圖¹⁶⁴

按 AHB 係「責任保險一般保險條款(Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung)」之縮寫，其性質上屬於「定型化契約條款(allgemeine Geschäftsbedingungen)」而非法律，從而需經當事人明示約定後始得適用¹⁶⁵。

該條款第 1 條第 1 點係就保險之標的規定，就被保險人在保險有效期間內發生導致人死亡、受傷或健康之傷害(人身損害)，或物之侵害或毀損(物之損害)等結果之損害事件，基於法定之責任義務規定而被第三人請求損害賠償時，保險人提供保險給付。另第 4 條第 6 點之第 3 項規定「排除條款(Ausschlußklausel)」：契約之履行及取代履行給付所為之替代給付，非責任保險之標的。

實務上向來之見解，即據本條款之第 1 條而認為，僅第三人對被保險人因「人身」或「物」之傷害所生之「損害賠償請求權」為保險給付之標的；反之契約之履行請求權則不與焉¹⁶⁶；就因瑕疵所生之損害賠償請求權，雖原則上亦屬保險之對象，但基於上述第 4 條之排除條款之限制，必須以「超越履行利益以外」之利益為損害賠償之對象，始為責任保險之保護對象¹⁶⁷。

具體而言，在承攬契約之瑕疵擔保責任中，承攬人因排除瑕疵所支出之費用(民法 633 條第 2 項)，或定作人自行排除瑕疵後，向承攬人請求排除瑕疵之必要費用(633 條第 3 項)，因屬定作人請求完成所約定之工作之請求權，為契約

¹⁶⁴ 本款之條文，係 1999 年五月通過，2000 年一月一日實施之版本。

¹⁶⁵ Voit, AHB § 1 Rn 1.

¹⁶⁶ BGHZ 23, 349=NJW 1957, 907.

¹⁶⁷ BGH, NJW 1962, 2106; BGH, NJW 1964, 1025; BGH, NJW 1975, 1278.

上之履行請求權，不屬於責任保險之保障範圍¹⁶⁸。就 635 條瑕疵擔保之損害賠償請求權，早期實務見解亦認為不屬於保障範圍，蓋此一損害賠償係賠償「因不履行之損害」，性質上係屬「履行之替代」；必須是超越此範圍之損害賠償，亦即就該項損害，第三人係應依積極侵害契約請求者，方屬保險給付之範圍¹⁶⁹。縱使其後最高法院實務判決將落入民法第 635 條之損害範圍擴及於「較近之瑕疵結果損害」，實務仍然堅持「在責任保險法上之『替代給付』不應為與民法承攬契約第 635 條之不履行損害為不同之解釋」；因此「屬於 635 條之瑕疵結果損害，基於第 4 條第 6 點第 3 項，非責任保險之對象。」¹⁷⁰

由此可見，實務見解明確地指出，就民法承攬約中一基於合理適用消滅時效為目的—所區分之瑕疵損害與較遠、較近之瑕疵結果損害的區分標準，亦同樣地影響保險關係下，被保險人之損害賠償責任能否受保險保障之判斷，實務就第 635 條以及積極侵害契約所發展之界線，即得引為判斷是否符合責任保險之保障事由¹⁷¹。

第二項 實務見解

第一款 應依 635 條請求之「瑕疵損害」

聯邦最高法院（Bundesgerichtshof, BGH）初始認為，唯有工作物之「瑕疵損害」能適用 635、638 條之規定；其餘屬於「瑕疵結果損害」者，則應適用積極侵害契約及 195 條一般消滅時效。

屬於典型的「瑕疵損害」者，即受損害之法益，為承攬人所製造之瑕疵工作

¹⁶⁸ BGHZ 26, 337=NJW 1963, 805.

¹⁶⁹ BGH, NJW 1962, 2106.

¹⁷⁰ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340; BGHZ 80, 284=NJW 1981, 1780.

¹⁷¹ *Schmalzl*, § 635 BGB und die Haftpflichtversicherung des Architekten und der Bauunternehmers, Festschrift für Korbion zum 60. Geburtstag(1986), S. 371, 377f.

「本身」。此外，倘工作必須在「定作人現有之物」上實施，例如機器設備之修繕、更新或擴充，而會使得「工作」與「現有物」成為一體。在此種情形下，工作瑕疵所導致的損害，就不會只是工作「本身」，而是在於「整體之物」。此種情形，在結論上，實務認為該損害亦應依 635、638 之規定處理，理由之一即為：該物係納入整體工作而為損害直接依附。

第一目 直接依附於瑕疵工作上

一、 廣告設備瑕疵案¹⁷²

第三人 B 向原告定作一廣告設備 (Wackelvorrichtung)，並且向柏林 BVG 公司承租電車之廣告欄位。原告遂將此一設備轉由被告製造；隨後 B 發現該設備有瑕疵，導致無法使其所承租之廣告欄位，原告乃將其已自 B 受領之報酬 4005 馬克返還，並且賠償 B 承租該欄位之費用 9922 馬克。原告乃向被告請求原告上開支出之損害賠償。

最高法院首先提出，638 條之短期時效規定，不能適用於積極侵害契約 (positive Vertragverletzung) 之損害賠償請求權，縱使該損害係與工作之瑕疵有關聯；後者的請求權應依 195 條之一般時效規定，即 30 年。因此有疑問的是，如何區分基於積極侵害契約與基於 635 條，其作為一個承攬瑕疵擔保損害賠償請求權而應依 638 條之短期時效？

對此，最高法院認為，工作因為瑕疵而無法使用 (unbrauchbar)、無價值 (wertlos) 或價值貶損 (minderwertig) 等「直接依附於工作 (dem Werk unmittelbar anhaftet)」之損害，係落入 635 條之適用範圍。此外，依照 252 條，損害賠償義

¹⁷² BGHZ 35, 130=NJW 1961, 1256.

務更包含債權人之所失利益（*entgangener Gewinn*）；因此，若工作物係無瑕疵，定作人依照事物通常歷程（*nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge*）或具有特別情狀，所可能獲得之利益，亦屬於 635 條之適用範圍。



本文中，原告將被告所製作之工作物轉讓於第三人 B，獲取價金 4005 元。而因為工作物有瑕疵，致原告應將已受領之報酬償還予 B；就此部分，原告應依 635 條之規定向被告請求賠償。蓋原告此一「應償還所受領之對價」義務，即表現了工作之無價值性（*Wertlosigkeit*）——也就是「直接依附於工作」之損害——以及因此所喪失之利益。

二、 承攬人建造之房屋有瑕疵案¹⁷³

原告在 1955 年間在自有土地上委由被告建造房屋，並且在 1956 年八月底搬入該屋。其後，該屋於天花板及牆壁上出現裂痕，在 1961 年一月被當地建管機關（*Kreisbauamt*）宣告該天花板具有倒塌之虞，並在同年十月依照建管機關之命令對該房屋施以補強（*Abstützung*），其後原告另行承租其他房屋而搬離。

最高法院引用「前開廣告設備瑕疵案」，而認為僅有「直接依附於於工作之上」之損害應依 635 條瑕疵擔保損害賠償請求權；而瑕疵之「延伸後果（*weitere Folge*）」則應依積極侵害契約，且其消滅時效並非 638 之短期時效，而應依 195 條之 30 年一般消滅時效。

本文中，最高法院認為，原告所請求賠償之損害，並非屬於應依積極侵害契約賠償之瑕疵結果損害。蓋「排除瑕疵之費用」及「價值貶損」，明顯（*liegt auf der Hand*）屬於 635 條瑕疵擔保之範圍；原告依照建管機關之命令（*gemäß einer Verfügung des Kreisbauamts*）而補強房屋之費用，亦與被告有瑕疵之工作給付具

¹⁷³ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340.

緊密且直接關聯。在此種關聯性下，賠償義務並非依積極侵害契約，而應依瑕疵擔保之規定。系爭房屋因有瑕疵而無法出租，所致之「租金損失」(Mietausfall)，因係屬所失利益，故同樣為瑕疵擔保損害賠償請求權之範圍。



另外就原告因搬離房屋以及另租房屋而支付之租金等費用(Aufwendungen)，亦與工作瑕疵，即其因此所生之無法使用性(Unbrauchbarkeit)有緊密關聯，而因此直接依附於工作之上。此損害係存在於定作人自己無法使用工作；而租金損失則是涉及第三人無法使用工作。此二種不利益均同樣與無法使用性及瑕疵性(Mangelhaftigkeit)緊密關聯，從而如在法律上為不同對待，係不合理(nicht rechtfertigt)。

第二目 在定作人之物上實行工作，而於其上造致損害

一、 更換汽車傳動軸，致底盤主樑受損案¹⁷⁴

被告於1965年十月為原告修理平板貨櫃車(Pritschensattelaufleger)。為此，被告應將舊的傳動軸(Achsaggregat)更換為新的雙軸傳動軸(Doppelachsaggregat)，並將之固定於汽車底盤(Fahrgestell)上。其後原告主張，在經過一段使用時間後，汽車底盤的主樑(Längsträger am Fahrgestell)上出現裂痕，並於1967年九月請求賠償必要之修理費用。

最高法院首先援引過去案例，認為工作因為瑕疵而不能使用、無價值或價值貶損等直接依附於工作之損害，以及因為瑕疵所喪失之利益，僅能依635條請求賠償。反之雖然係因為瑕疵所引起之損害，但其既非直接依附於工作，亦非與瑕疵有緊密且直接之關聯性者，應依積極侵害契約請求賠償。

¹⁷⁴ BGHZ 55, 392=VesR 1971, 639=NJW 1971, 1131.

本案最高法院認為，被告之修理工作應包含（mitumfaßen）底盤之出現裂痕的主樑在內。蓋貨櫃車在更換新的傳動軸之後才恢復原有之運行能力；而這必定取決於一個在汽車底盤主樑上的工作，也就是將傳動軸固定於該主樑之上。因此底盤及其主樑，應列入被告所負之工作內。換言之，被告之工作，不僅在於應提供一新的傳動軸，亦應在此一汽車零件更換之情形下，恢復該平板貨櫃車完整的運行能力。而這就代表，所發生的損害是直接依附在工作上。至於在主樑上的裂縫是在原告使用汽車後始出現一事，並非重要，蓋若被告安裝傳動軸不符合標準，則其工作一開始就有瑕疵，僅是稍後才顯現（zutage treten）。

二、 擴充輸送設備有瑕疵案¹⁷⁵

被告於 1961 年為原告之糖果工廠提供並安裝環狀輸送設備（Kreisförderanlage），報酬為 14788 馬克。1964 年原告向被告訂作擴充設備，被告亦提供並安裝，報酬為 39230 馬克。一直到 1966 年二月，被告均進行一系列的維修工作（Nachbesserungsarbeiten）。1967 年六月，原告告知被告，所有的設備均故障，蓋該擴充設備在設計上即有瑕疵，因此導致原本的設備因為過度使用而提前磨損，乃於 1969 年請求 65000 之損害賠償。

本案最高法院贊同原審見解，認為原告就其原本的機器上之磨損損害（Verschleißschaden）的損害賠償請求權，並非積極侵害契約。原告所主張之損害係完全地（in vollem Umfang）依附於被告給付之工作上。蓋被告應透過其工作將原有設備擴充為一個新的，一體的（einheitlich）設備，其全部構成承攬給付之標的物。至少此一發生在 1961 年所安裝之舊輸送設備上的損害，係與擴充設備上之瑕疵具有緊密關聯，以致於僅能依瑕疵擔保而非關於積極侵害契約之規定請求賠償。

¹⁷⁵ BGH, Urteil vom 25. 5. 1972 – VII ZR 165/70.



三、 安裝載重拖板致汽車底盤斷裂案¹⁷⁶

原告向被告購買貨車，用於運送鋼琴。根據契約，被告應提供一載重拖板（Ladebordwand），被告乃以自己之費用，委請第三人安裝，並於 1977 年十一月交付該車。在 1978 年十二月，該貨車受有底盤斷裂（Rahmenbruch）之損害而無法使用，原告因此必須承租車輛執行其運送業務。原告認為，該斷裂係因為載重拖板安裝上之瑕疵所致，因此請求拖吊、另行承租其他車輛以及鑑定費用等總共 36183 馬克之損害賠償。

最高法院維持原審見解，認為本案之損害賠償請求權應為 635 條，並依 638 條在受領工作後六個月內時效消滅，因此在車子底盤發生斷裂前，瑕疵擔保請求權之時效即已完成。最高法院再度引用過去見解，闡明 635 條之適用範圍原則上受限於狹義的損害概念（der enger Schadensbegriff），亦即其僅包含直接依附於因瑕疵而無法使用、無價值或價值貶損之工作上之損害。反之就定做人因瑕疵所受之延伸後果，也就是工作外所生之損害，則依積極侵害契約。並強調，此二請求權之界線有時甚難劃定，必須對所負之給付內容予以「整體判斷（Gesamtbeurteilung）」。

最高法院認為，若定作人現存財產客體被改造（umgebaut）或修復（instandgesetzt），承攬人之工作內容，應是取決於此一「結果」，而較不（weniger）取決於其工作之實施本身。換言之，在這種情形中，合於契約的「工作」指的是「經由承攬人之給付而獲致之標的物本體（der bearbeitete Gegenstand in der Gestalt, die er durch die Leistung des Unternehmers gewonnen hat）」。據此，前述之「更換汽車傳動軸，致底盤主樑受損案」中，最高法院才因此認為傳動軸有瑕疵的安裝於平板貨櫃卡車的主樑之上，導致其發生裂痕，應根據 635 條之規定求

¹⁷⁶ BGH, NJW 1983, 2440.

償。同樣地在前述「擴充輸送設備有瑕疵案」中，因有瑕疵之擴張設備，造成定作人環狀輸送設備之損害，最高法院亦因此認為係依整體工作，而不能分別適用不同之法律依據。



而本案與上述所舉之情況相似。被告所負之給付包含卡車的底盤及載重拖板，並非是兩個獨立之標的物，而是結合兩者成為一個必要一體的工作（Die von der Bekl. geschuldete Leistung umfaßte den Fahrzeugrahmen des Lkw und die Ladebordwand nicht als zwei selbständige Gegenstände, sondern verband diese zu einem notwendig einheitlichen Werk）。符合專業的附屬設備之安裝，必須是在汽車之軸承上作變更以及安裝強化軸承；相對的，該卡車如無更換設備也已經是可運作一事，必非重要。因此被告所必須實現之工作中，汽車底盤及包含在內。這代表，因為載重拖板的瑕疵安裝所生之底盤損害是直接依附於工作上，而非偶然地發生在定作人之其他法益之上。

就另行租車之費用（Mietwagen-）以及另行委由第三人代為運送之費用（Ersatztransportkosten）亦同，蓋其係涉及因有瑕疵而無法使用貨車，並因此直接附著於有瑕疵之安裝給付，或者（beziehungsweise）與安裝給付有緊密關聯。

第二款 應依 635 條請求之「『較近的』瑕疵結果損害」

在某些案型中，被告有瑕疵之工作與受損害之標的物係不同之客體，亦即損害並非依附於瑕疵工作物之上。此時該損害，依據前述實務見解，係「發生在工作外之瑕疵結果損害」，本應適用積極侵害契約之規定；但如果損害與工作間存在著「直接且緊密之關聯性」時，實務見解認為，基於「合理分配時效風險」的考量下，該瑕疵結果損害仍應依 635 條及 638 條之規定。

此種案例類型，最早係由「無形工作」，諸如設計師之工作等屬於「精神上貢獻 (geistiger Beitrag)」者，發展而來；隨後並衍伸而適用到其他「有形工作」之上。



此種案例類型共通之特色在於，倘工作瑕疵所造成之損害，雖是發生在工作以外之其他物上，但基於工作之性質或內容，一旦其有瑕疵，「通常」均會造成此種損害。例如，承攬人之工作本即係「實施」或「具體化」於定作人所有之物上，則一旦該工作有所疏忽，「必然」會造成該物損害；亦即該損物之侵害為工作瑕疵之「典型、必然」結果。最高法院強調，此種案型，瑕疵與損害間通常會具有「位置與時間上之密接性」。

第一目 無形工作

(一) 建築師設計上瑕疵¹⁷⁷

1. 被告在 1957 年間，欲建造一棟附有車庫之房屋，遂委由原告建築師 (Architekt) 負責諸如設計 (Planzeichnung)、建築規劃 (Bauvorlagen)、範圍與成本計算 (Massen- und Kostenberechnungen) 等事前規劃工作 (Entwurf)。1958 年七月間，被告受領工作。原告嗣後起訴請求被告給付剩餘未給付之 954 元承攬報酬，被告則反訴請求 2500 元之損害賠償請求權，蓋原告就該車庫之測量發生錯誤，致被告依原告之草圖所蓋之車庫因此受有損害。

本案法院首先援用過去判例之見解，認為工作因為瑕疵而導致無法使用、無價值或價值貶損等直接依附於工作的「價值之不利影響

(Wertbeeinträchtigung)」，僅落入 635 條之適用範圍，其時效應依 638 條決定；反之瑕疵之延伸後果，也就是在工作物以外所生之損害，則應依積極侵

¹⁷⁷ BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764; OLG München, NJW 1974, 2238.

害契約之相關規定求償。

這兩種性質的損害彼此間的界線，最高法院認為，其通常是流動性(flüssig)，且不可能事前以固定、能涵蓋所有能想像之案例的指標去予以界定。但本案不需對此多加討論，蓋由於本文中，瑕疵與損害間存在一個緊密、直接之關聯性(enger, unmittelbarer Zusammenhang)，而得適用 635 條請求賠償。

最高法院認為，建築師之設計工作，不僅僅只是建築物本體的事前準備(Vorbereitung des Baues)，更是整體建築工作之重要構成部分，而直接與建築物之興建產生關聯。建築師以及實際從事建築之建築工人(Handwerker)的給付，處於緊密之相互關係且相當程度地彼此依存，因此在事實上與法律上均不能分開觀察。又建築師之精神上貢獻(geistiger Beitrag)要在建築工作之實施中始能表現(Ausdruck finden)，而其規劃上所發生的瑕疵，也因此才會顯現在建築物本體(erhalten erst ihre eigentliche Bedeutung in dem Bau selbst)。此種緊密的連結(Verknüpfung)導致了，建築師之規畫工作的瑕疵，應與依附在建物之構成部分的瑕疵同視。因此在此種情形應適用 635、638 條。

惟損害賠償請求權之時效，究應適用 638 條之六個月抑或五年消滅時效？最高法院認為建築師之無形工作應與建築物承攬人之有形工作同視，應適用相同的時效期間。蓋依照經驗，為數不少的案例是在建築完工後數年始發現建築師設計上之瑕疵，如果就此種較不容易發現的瑕疵適用較短的時效期間，卻對於建築物承攬人所造成之較容易發現的瑕疵適用較長期間，將難以理解。而就時效之起算點，依照 638 條第一項，係從「受領工作時」起算。亦即，如在建築師僅負責建築規劃，而不負有對建物為監造義務的情形下，業主受

領建築師之設計圖時點起算消滅時效。

2. 同樣的，在另一案中，被告建築師負責業主之建物之整體建築規劃（die Gesamtplanung für das Bauvorhaben），其中就衛生（Sanitär）、暖氣及電路之規劃，於 1972 年以自己名義轉交由為工程師（Ingenieur）之原告負責。後原告起訴請求被告給付報酬 8000 馬克，被告主張因原告之規畫設計有瑕疵，致其遭業主減少報酬，遂以此項對原告之損害賠償請求權主張抵銷。

慕尼黑高等法院引用並贊同過去最高法院就建築師、力學測量師及測量工程師工作瑕疵時之見解，即此等人之精神上貢獻已成為建物不可想像其不存在之一部份，與實際從事建築之工人並無不同。

該院進而認為，上述見解對於工程師之工作，不應有不同之適用。蓋工程師之工作，例如本案之原告，在於某些專業領域之細部規畫（Detailpläne auf bestimmten Fachgebieten zu erstellen），此特別發生在較大的建築規劃中，蓋設計師就該特定領域並無專業知識。此種案例，即如同前述之力學測量一般，其瑕疵必定實現（sich realisiert）於建物本身。又如同過去判例所強調，所有工程師之規畫工作之目的，並非只是將其成果紀錄於書面，而是貫徹於建物之中。此外，本箭法院亦強調，該工程師是直接由業主所委託，抑或是由建築師以自己之名義委託，並不會導致不同的判斷結果。

（二） 建築師核算上瑕疵¹⁷⁸

原告於 1967 年興建一棟建物，委請被告為建築師（Architekt）。同年十月，在挖掘地基時，發現地底下有含水層，負責建造之 A 公司建議額外增加施作側邊模板（Seitenschalung）。被告認可並簽字，原告並支付報酬。其後原告認為，

¹⁷⁸ BGH, NJW 1981, 2182.

A 公司按其契約本來就負有此項給付義務，而因為 A 公司拒絕返還報酬，乃於 1978 年十月起訴請求被告賠償。



最高法院首先根據 GOA (Gebührendordnung für Architekten, 現已改為 HOAI, Honorare Ordnung für Architekten und Ingenieure) 之規定，肯定被告建築師有義務就承攬人之建造 (Angebote) 應予核算 (nachrechnen)，並且判斷是否工作在技術上、經濟上按照合約執行，並以署名 (Vermerk) 表示業經查核。而由此衍生出來者，即應就附加工作 (Nachtragsangebot) 檢驗其是否與主契約相重疊之義務，構成被告整體工作中之一環。即不僅應注意建物是否被無瑕疵地建造，並應顧慮原告經濟上事務。本案被告並未盡到此項義務，其給付本身具有瑕疵，並因此造成原告之損害。

就此項損害之請求權基礎，最高法院維持向來判例之見解，認為 635 條原則上採狹窄，僅包含所謂瑕疵損害之損害定義；但在有利於 638 條之合目的性適用下，應將某些瑕疵結果損害列入。如此擴張損害定義之情形，在結果損害與工作瑕疵接戲緊密關聯之情況係屬必要。而就如何探究緊密關聯性之問題，則須顧慮個案事實之特性，予以論證及評價；此就如同過往，一般條款可經由實務見解之發展而得到依照事實群之典型案例。此點為最高法院所一再堅持，在本案亦無理由放棄此以「個案適當之答案 (falladäquate Lösung)」為首要目標者。重要之判斷標準乃「損害之性質 (Art des Schadens)」，就結果損害，其與工作瑕疵緊密關聯者，承攬人須依 635 條負責；只在較遠的結果損害，其應依積極侵害契約負責。

又因建築師並非對建築工作本身負有義務，其工作之瑕疵產生在建物之上，原則上係瑕疵結果損害而非瑕疵損害。但本庭仍就該在建物上，因為設計或監督上之瑕疵 (Bauaufsichtfehler) 所引發之損害，不以積極侵害契約處理，也因此其

消滅時效不能依 195 條之三十年消滅時效。反之，本庭顧慮，其瑕疵在建物之上始能獲得其本質意義 (eigentliche Bedeutung)，亦即在其上實現 (realisiert) 或具體化 (verkörpert)。本庭因此將由此所生之瑕疵結果損害與瑕疵損害作相同判斷，並因此請求權之消滅時效為 638 條第一項之五年。

最高法院認為，不同於過去所有的案件，本案具有特殊性，即建築師之瑕疵並沒有實現在建物之上，而僅使原告受有財產上損害 (Vermögensschaden)，但此瑕疵結果損害仍應依照 635 條處理。蓋被告所負之核算義務係屬建築師義務的核心領域 (Kernbereich)，此與其他保護義務 (Obhutspflicht) 不可相比擬。此外，倘若瑕疵係存在於被告對於附加工作之指示 (Empfehlung eines Nachtragsauftrags)，而依此指示所蓋之建物必定產生瑕疵時，則無疑的，原告所受之瑕疵結果損害應依 635 條請求賠償。而本案中，被告在結果上以類似的方式侵害了由其所保護之原告事務。被告工作瑕疵所生之不利益，係發生在，原告必須對附加工作支出報酬 (Der Mangel seines Werkes fand seinen Niederschlag in der Verpflichtung der Kl. Zur Vergütung der Nachtragsauftrags)。因此亦可肯定本案例中瑕疵與瑕疵結果損害間存在緊密關聯，本案應得列入就建築師責任所已建立之事實群組中。

(三) 力學測量瑕疵案¹⁷⁹

1. 被告在 1957 年間受原告之託，完成一間新建學校的力學測量 (statische Berechnung)；1957 年秋天砌磚工程 (Rohbau) 完成並經粉刷，1958 年開始使用。惟 1960 年時外牆上出現兩道裂痕，危及該建物之安全性。原告主張該建物之瑕疵係被告測量發生錯誤所致，於 1963 年起訴請求賠償 26000 馬克。

¹⁷⁹ BGHZ 48, 257=NJW 1967, 2259; BGHZ 58, 85=NJW 1972, 625.

最高法院引用「建築師設計規畫上瑕疵案」之判例見解，認為因建築師給付之瑕疵，進而導致建物上產生損害，其並非依積極侵害契約，而是依 635 條負責，蓋損害係緊密且直接與建築師工作之瑕疵緊密關聯；其消滅時效則依 638 條。蓋建築師之無形工作，就如同他的其他工作一樣，為建物完成所無法想像其不存在之構成部分；就時效方面，也因此應如同在建物上之瑕疵（638 條第一項第一句）做判斷。

此項見解，亦可適用於力學測量師（Statiker）對於建物所施予之工作。最高法院認為，力學測量師與建築師一樣，原則上並非親自在工地現場工作，而只負責建築之測量或規劃；但此一工作直接地與建物之興建產生關聯。就如同建築師之規畫工作透過建築工人之實行而在建物上具體化，根據力學測量師計算、標示，建築工人依照既定的強度而建築牆壁、屋頂。據此，建築師與力學測量師之給付，就涉及 635、638 條之適用而言，並無多大差異。

原告上訴意旨中雖主張，損害係發生在建築物之外牆上，而外牆之搭建並非被告之任務，而是工人的。因此此項損害並非直接依附於被告有瑕疵工作本身，因此被告的瑕疵工作所侵害者，乃原告之「其他財產(übrige Vermögen)」，該損害應屬瑕疵的「延伸後果」，即是發於在瑕疵工作以外之損害，應依積極侵害契約之規定請求賠償，時效應為 30 年。

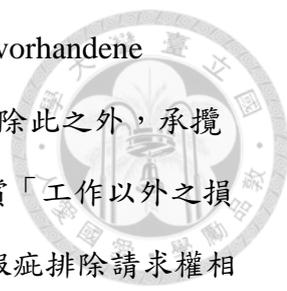
就此，最高法院認為，此種思考太過形式（formal）而忽略的被告所為給付的目的。力學測量師的主要給付是建築之規畫作為其主要事務，但並非僅係將其成果紀錄於紙上，而此係以在建物中貫徹實現為其目標，與建築工人並無差異。

2. 同樣地，建築師為業主（Bauherrn）建造房屋之需，乃以自己名義聘僱被告力學測量師（Statiker）從事測量工作，但因可歸責於力學測量師之事由致測量發生瑕疵，依此所建之房屋受有損害。建築師之保險人即原告代其賠償損害於業主後，依保險契約法（Versicherungsvertragsgesetz，VVG）67 條規定受讓建築師對被告之損害賠償請求權後，依積極侵害契約之規定請求賠償。

最高法院引述歷來實務見解，即「直接依附於瑕疵工作上」之損害落入 635、638 條之適用範圍；並且在其後的判決，認為「某些在工作以外發生之結果損害」，亦即與工作之瑕疵緊密且直接關聯者，亦應依照上開條文處理。反之就較遠的瑕疵結果損害，則應依照積極侵害契約。

值得注意者係，當事人雙方均援引對於自己主張有利之學說為其依據。原告援引學說上所主張，應將 635、638 條所適用之對象僅限於直接依附於工作之損害，而其餘所有損害均應依積極侵害契約之規定，其時效為 30 年。而據此推衍出，本案中原告所主張之損害，並非直接依附於被告之測量工作，而是該瑕疵工作的衍生後果，得依積極侵害契約之規定及其消滅時效行使權利。反之，被告亦援引學說而主張：所有瑕疵結果損害，不論其是否與瑕疵緊密關聯，均應依 635、638 條之規定處理。

對於原告之主張，最高法院回應認為，損害所涉及之法益區分瑕疵擔保與積極侵害契約之適用，此說法大致上係屬正確（zwar richtig）；蓋當工作有瑕疵時，承攬人首先負排除瑕疵義務；只在其屆期不排除，或者排除瑕疵係不可能、無結果，或因定做人有特別利益而得拒絕承攬人之修繕，且該瑕疵係可歸責於承攬人時，方得依 635 條請求賠償。但有許多瑕疵，在能夠被發現



或被除去之前，即已造成定作人工作物以外之現存財產（vorhandene Vermögen）之損害，承攬人應對此損害負責，自甚明顯；除此之外，承攬人仍有修繕瑕疵標的物之義務（與權利）。就此一請求賠償「工作以外之損害」的請求權，法律在 635 條並非將其與無法達到目的的瑕疵排除請求權相連接（Der Anspruch auf Ersatz für Schäden außerhalb des Werkes ist also nicht diejenige, den das Gesetz in §635 gerade an die nicht gewährte Mängelbeseitigung knüpft）。就此種損害，應依晚近由學說與實務發展之積極侵害契約處理，且此項權利不同於 635 條，可與減少報酬或解除契約並存而非取代。

惟，最高法院強調，此說雖可明確地劃定瑕疵擔保權利與積極侵害契約的界線，但在利益衡平的法律適用（eine interessengerechte Rechtsanwendung）考量下，此說仍然是站不住腳的；而是應認為，某些（gewiss）「較近」的結果損害亦應列入物之瑕疵損害賠償責任中。這個必要性特別在於，如個案中承攬人之工作係指向於在定作人之支配下，具體化於一個特定的接續工作（bestimmte weitere Werk）中，以致於第一個工作的瑕疵將必然的轉移至第二個工作中（auf das zweite übertragen müssen），並在該處方產生影響（erst wirksam werden）或「實現」（sich realisieren）。

例如建築師如僅負責設計，而未承擔興建建物之義務者，即屬此種情形。其設計的瑕疵與建築物之損害間被認為存在有「緊密且直接之關聯性」，係屬建築師應依 635 條負責之損害；相同的，因為力學測量師測量錯誤與因此出現在建物上之瑕疵，亦具有直接關聯性。同樣被認為瑕疵與損害間具有緊密關聯性者，例如因為房屋的無法使用性彰顯在（darin zeigt）定作人必須搬出並且承租房屋（BGHZ 46, 238）。此外房屋定作人（Bauherrn）為了探究

瑕疵發生之原因需聘僱鑑定人 (Gutacht)，此費用亦列入 635 條規範之損害 (BGHZ 54, 352)。此種案例中，得適用 635 條的結果，同時表示了消滅時效應依 638 條之規定；並且在建築師與力學測量師之案例，亦肯定應適用「施工作於建物 (beim Bauwerk)」之五年消滅時效。

他方面，最高法院亦不贊同被告所採之「一律適用短期時效」之見解。此說縱然能提供一個明確且簡單的區分方式，但已嚴重偏離了 635、638 條的法律基礎 (gesetzliche Grundlage)。蓋 638 條短期消滅時效的目的是，經過一段不會過長的時間後，將承攬人從對其瑕疵工作負有責任的風險中解放。並且亦考量到，隨著時間流逝，舉證證明工作之狀態益發困難。因此在經過一段時間後，應終局止息紛爭，不再需要回溯 (Rückstellungen machen) 探究瑕疵責任發爭的原因。

但以上的考量，就較遠的損害而言並不存在。特別是按照經驗，承攬契約中有不少瑕疵結果損害在短期時效經過後始出現 (auftreten)，該種損害雖然與工作瑕疵無緊密關聯，但是具有不成比例的嚴重後果 (in ihren Wirkungen unverhältnismäßig schwer sind)。特別是因為建築物、機器，或無形工作例如運輸給付 (Transportleistung)、估價 (Schätzung)、鑑定 (Gusacht)、諮詢 (Auskunft) 所生之損害。此種結果係立法者在制定 635、638 條未慮及者 (nicht vor Augen gehabt)。基於合目的的法律解釋，不應當將該種損害列入 635 條之下，而應當將其請求權依照積極侵害契約與 195 條規定。在法律解釋所要求的法益與利益權衡下 (bei der in Rahmen der Gesetzeauslegung gebotenen Güter- und Interessenabwägung) 定作人之利益應優先於承攬人。

最高法院不諱言地說，此種「較遠或較近」的瑕疵結果損害之界線，是流動

且無法事先以一概括原則予以劃分的；但最高法院同時認為，姑不論合目的的法律解釋應優先於個案的界分困難，吾人亦不應當高估此一困難性。瑕疵結果損害之「緊密關聯性」的定義應當就個案事實的特性，進一步的論證與評價「緊密關聯性」存在何處。對此就如同其他的一般條款(Generalklauseln)，隨著實務的發展而根據構成要件群(Tatbestandsgruppen)建立典型案例類型(Typenbildung)。例如，結果損害是產生在其他法益(andere Rechtsgut)，諸如健康、工作物以外之其他物品的所有權，較有可能否認瑕疵與損害間具有緊密關聯性。他方面，損害如果是涉及其他財產(sonstige Vermögen)，則僅此尚無法否認緊密關聯性的存在。

如果將以上基本原則套用到本案，則會得出被告有瑕疵之測量工作與瑕疵結果間具有緊密關聯性。蓋被告測量工作的目的，並非只是要將測量的結果紀錄於書面，而是要使建物依此興建，而其瑕疵就是在此建物中實現

(Wirklichkeit geworden ist)。本案例中建築師之給付義務除設計規畫外，亦包含力學測量，因此其給付有瑕疵，必須對業主負擔賠償責任。該建築師聘用被告作為其履行輔助人，被告之工作乃包含於建築師之工作中(in das Werk des Architekten einzugehen)。而就是以此方式引起了建築師之損害。因此原告之請求權應為 635 條，其時效則為 638 條之五年消滅時效。

(四) 地質探測上瑕疵¹⁸⁰

原告欲興建體育館，委託被告負責作地質探測(Bodenuntersuchung)。1968年九月，被告建議原告該地基需立樁柱(Pfahlgründung)，必要時得以鵝卵石沙(Kiessand)緊密填充地基。1968年十月，原告基於此鑑定結果，將地基委由他人施作，並於同年十一月給付被告報酬。1973年，原告發現地基下陷，經過一段時間之觀察與探測，被告主張下陷之原因係因鄰近地區施工之緣故，導致地下

¹⁸⁰ BGHZ 72, 257=NJW 1979, 214.

水位降低。原告於 1976 年起訴請求地基重建之費用及鑑定費用（Vermessungskosten）之賠償。



按照過去實務見解，635、638 條所指之損害，包括直接依附在瑕疵工作上之損害，以及因此所喪失之利益在內。此外，雖然在工作以外，但與工作瑕疵有緊密關聯之結果損害，亦落入其內。反正積極侵害契約，則適用於較遠之結果損害。

最高法院認為，地基之下陷與被告工作之瑕疵具有緊密關聯，應適用 635、638 條之規定。蓋依照前此諸如建築師、力學測量師、測量工程師給付瑕疵等案例，法院均認為建物之損害與上開「精神上給付」之工作瑕疵具有緊密關聯。蓋此些專業人士之給付構成整體建物之重要成分，並且與建物之興建產生直接關聯。他們的無型工作決定性的影響了建築工作之進行，也因此其瑕疵必定實現在建物本身。

本案中，地質探測錯誤所產生在建築物之損害並無任何不同。地質鑑定師（Geologe）之給付，就如同建築師、力學測量師或者專業技師之給付，必定（dazu bestimmt）在建物本身實現。並且就是此點，與律師或者專業鑑定人針對不動產價值之判斷有重大區別，其給付既非必定亦不適當（weder bestimmt noch geeignet），在建物本身實現。因此，就原告之請求權，應依在建物上工作所應適用之五年短期時效。

（五） 修繕建議上瑕疵¹⁸¹

原告興建展示館，其上有可供行走之屋頂平台（befahrbares Flachdach）。然因為屋頂不夠密實，遂諮詢被告工程師（Ingenieur）應如何改善。1976 年初，原

¹⁸¹ BGH, NJW-RR 1987, 853.

告依被告之建議進行修繕措施後，仍發現繼續滲漏（durchfeutungen）。原告乃於 1982 年起訴請求賠償。



最高法院援引前所述即之建築師規劃設計瑕疵案例，以說明此種性質之工作給付，時效應依 638 條。本案中被告作為諮詢工程師所提出之修繕建議，與建築師之建築規畫並無差別。蓋其並非單純之價值鑑定或類此行為而是提出修繕建議，該建議藉由執行而具體化於建物之中。因此修繕建議之瑕疵與損害間存有緊密關聯，應根據 635、638 條第 1 項之建物瑕疵之五年時效判斷。

第二目 有形工作

一、 在定作人之物上實施工作，而於其上造致成損害

(一) 混凝土槽耐水隔離工作瑕疵案¹⁸²

1961 年原告受業主之託興建某大樓之擴建工程，由於該大樓位於地下水流經之區域，因此原告將其所建造之混凝土槽（Betonwanne）之耐水隔離

（druckwasserhaltende Isolierung）工作交由被告施作。1961 年十月，被告完成隔離工作，同年 11 月原告即在該槽內繼續施工。1961 年年底，在該槽中出現積水，原告乃於 1962 年七月施做額外的補強隔離工程，支出費用 5286 馬克。1964 年六月，業主向原告請求諸如該大樓之價值貶損、無法使用所喪失之利益

（Nutzungsausfall）及租金損失等因隔水工程有瑕疵所造成之損害，共 16400 元。原告賠償後，向被告請求賠償上開金額。

最高法院援引過去判例說明 635 條與積極侵害契約之損害賠償請求權之界線，即定作人如因瑕疵所受者為瑕疵之「延伸後果」，亦即在工作以及因瑕疵而

¹⁸² BHG, NJW 1970, 421.

產生之所失利益以外之其他不利益，應依積極侵害契約之規定。一般認為，此些損害雖係因瑕疵而產生，但既非直接依附於工作上，亦非與瑕疵有直接且緊密關聯，不能依瑕疵擔保之損害賠償請求權主張權利，而此應依所主張之損害之性質判斷。

但本案中最高法院強調，倘承攬人係利用有瑕疵之給付，而使其構成整體建築物之一環，而在該建築物上產生損害時，仍應肯定該瑕疵與損害間具有緊密且直接關聯性（Der enge und unmittelbare Zusammenhang zwischen Mangel und Schaden ist auch dann zu bejahen, wenn der Mangel der Leistung, mit der der Auftragnehmer zu dem (gesamten) Bauwerk nur beigetragen hat, an diesem selbst ein Schaden entstehen läßt）。

就原告為業主施做補強工程而支出之 5286 馬克，係屬 633 條第 3 項之「修補瑕疵之費用返還請求權」（Kostensrstattungsanspruch），其消滅時效應依 638 條第 1 項之短期時效，業已罹逾效，此部分並無爭議。

而就原告賠償業主之房屋價值貶損、喪失使用利益及租金損失等，如前所述，雖非產生在被告之工作給付（即隔離工作）之上，而是出現在原告後續之工作上，仍應認為具緊密且直接關聯。且縱使此損害在原告方面，係對業主負有賠償損害之義務，亦無不同（Das wird auch nicht dadurch anders, dass die Klägerin sich ihrerseits gegenüber der Bauherrin verpflichtet hat, die Schäden zu ersetzen）。價值貶損以及做為所失利益之無法使用、租金損失等利益，僅能依瑕疵擔保之規定求償，因此亦已罹於消滅時效。

(二) 更換汽車傳動軸，致底盤主樑受損案¹⁸³

如前所述，本案最高法院認為車子所受的損害，係直接依附於有瑕疵之傳動軸安裝工作上，故屬「直接依附於」工作本身，定作人應僅能依瑕疵擔保之規定行使權利。同時，最高法院另又「退萬步言」主張「緊密關聯性」以加強其論證。其認為，「至少」該車所受之損害，與瑕疵間是有緊密且直接的關聯，以致於應適用關於瑕疵擔保之規定，而非依照積極侵害契約賠償。

(三) 密封不實致液體外漏¹⁸⁴

原告銷售由有揮發性的 (ätherisch) 油所製造的液體狀香料 (Duftstoff)。被告自 1963 年起受託負責將添加物 (Füllgut) 裝填到玻璃瓶中並以塑膠蓋密封、貼上標籤並運至運輸商交付運送。原告主張，被告因過失而使多玻璃瓶沒有足夠的密封，以至於全部或一部的液體外漏；原告因此遭到其買受人 (Abnehmer) 之責備及索賠 (Reklamation und Regressforderung)，就此所生之 23657 馬克，向被告請求賠償。

本案高等法院認為，本案應適用 638 條之六個月消滅時效，蓋原告所請求者 (Beandstaltung)，並非所謂瑕疵結果損害，而是工作損害 (Werkschaden)。被告之工作給付存在於正確地填裝以及封裝。而根據實務見解，僅對定作人而言係屬瑕疵之衍生後果，即存在於工作以外以及因為瑕疵而生之所施利益以外之不利益 (Nachteile)，始屬積極侵害契約之適用範圍。但本案中，原告主張「大量的玻璃瓶因未密封，導致全部或一部外溢」，其不利益係存在於玻璃瓶全部或一部的的外漏；亦即其不利益並非在工作之外，而是在於工作—填充及密封—本身。

¹⁸³ BGHZ 55, 392=VesR 1971, 639=NJW 1971, 1131.

¹⁸⁴ OLG Köln, VesR 1974, 673.

(四) 未依約定封裝物品致機器受潮案¹⁸⁵

原告為一廣播電台，欲將其廣播設備搬至新建之廣播站，遂於 1972 年六月委託被告負責將機器打包（Verpackung）裝箱。同年七月設備送抵目的地後，發現一部分之機器設備因為被告未按照約定之方式儲放，導致嚴重受潮而損壞。原告於 1973 年八月起訴請求被告賠償修復費用 48460 馬克及委請鑑定人鑑定之費用 482 馬克。

本案法院審視歷來判例，即凡因為工作有瑕疵而無法使用、無價值或價值貶損等直接依附於工作之損害，皆落入第 635 條之範疇；該工作之無價值性表現於原告負有返還已收受報酬之義務，及因此喪失之利益。反之，在工作與所失利益以外之損害，則應依積極侵害契約，該案中無益（umsonst）支出之廣告費用即屬之。

此外，實務亦不將第 635 條限於直接依附於工作之損害，而是擴張至與緊密與直接關聯之損害。例如建築師、力學測量師、測量工程師等因為瑕疵給付而造成建物之損害，實務均認為應依照第 635 條處理。且最高法院不僅在無形工作如此認定，在前述「更換汽車傳動軸，致底盤主樑受損案」案中，雙軸傳動軸因安裝上有瑕疵，導致汽車底盤之主樑出現裂痕；該案最高法院亦認為，在底盤上之主樑應列入維修之工作範圍內，因此裂痕此一損害係直接涉及工作之瑕疵，而肯定兩者間具有緊密關聯性。此外在與本案類似之「密封不實致液體外漏」中，被告負責將已備妥之瓶子注滿、密封及包裝，然因過失導致一部份之瓶子之內容物外溢（auslaufen）。就此項損害，該院評價為第 635 條下之損害，而非瑕疵結果損害。

¹⁸⁵ OLG Köln, VersR 1977, 139.

本案高等法院肯定上述基於歷來判決之見解，認為第 635 條不限於直接依附於工作之損害。該條應是擴張至所有在工作範圍以外，屬於結果損害，但瑕疵與系爭損害間，存在緊密且直接關聯性之案例。



據此，本案原告因為被告所承擔之廣播設備裝箱工作，因有瑕疵而產生之損害賠償請求權，則僅能根據第 635 條請求。蓋該損害直接且緊密地涉及被告所負之工作之瑕疵，並因此使得積極侵害契約請求權沒有適用餘地。蓋被告之給付，係依照規定將廣播設備打包裝箱，則契約之意義、目的及標的乃係，透過適當的打包裝箱，以避免運送過程中發生損害，特別是溼氣的侵入（Eindringen der Feuchtigkeit），而該損害在本案事實上形成。

原告雖上訴主張，被告之工作乃是打包裝箱，而非被打包之標的物之完成（nicht aber ein verpackter Gegenstand herzustellen gewesen）；而損害是發生在廣播設備上，而非包裝本身，因此應被視為結果損害，而依積極侵害契約之規定賠償。

惟本案法院認為，被告雖然確實僅負責打包工作之完成，但是包裝瑕疵及發生在被包裝之標的物上之損害，其法律上之評價，應被認為是落入瑕疵擔保之規定中。蓋本案中，兩者間存在緊密的關聯性，且沒有必然的一邏輯的，文義的一理由反對包裝上的瑕疵及因此在廣播設備上所生之損害的相同對待。詳言之，此係涉及一個類似於對物加工之情形—就如同前述案例中，填裝並密封瓶子一樣—，即使本案僅涉及單純的標的物包裝，而非對物為加工。蓋當因為工作有瑕疵，而使得一個直接與有型的打包工作相關聯之物遭受損害，且該損害為透過工作給付所應當預防者，則瑕疵工作與損害間，基於當事人締結契約時之理性考量及合於承攬瑕疵擔保之目的之考量下，應認為係不可分開。在此種情形下，因為工作瑕

疵在類似於被加工之一亦即在透過打包所欲保護之一標的物上之損害，如將其排除於承攬契約瑕疵擔保規定之外，與該規定之意義與目的並不相符。第 635 條瑕疵損害賠償之規定，特別是與其相關聯的消滅時效規定，其目的在於，使承攬契約當事人盡可能在短期時效內了結其法律關係，並不再於其後繼續發生法律效果。

(五) 安裝載重拖板致汽車底盤斷裂案¹⁸⁶

同樣地，本案法院除肯認車子底盤之損害，與原告之工作係直接依附以外，同時亦表示，本案原告之損害，至少是與被告之瑕疵工作有緊密關聯：

在第 638 條時效規定之合目的性適用下，最高法院認為亦應將某些瑕疵結果損害列入第 635 條之瑕疵擔保責任之下，特別是雖然在工作以外，但與瑕疵具有緊密關聯的瑕疵結果損害。而結果損害與瑕疵間始終被肯定存在緊密關聯性之情形，係當工作是指向於，其具體化於某繼續工作之中，在其中形成瑕疵 (es dann Mängel hervorgerufen hat)。而積極侵害契約之規定(及其 30 年之消滅時效期間)則僅適用於「較遠的」瑕疵結果損害。最高法院強調，所主張之損害性質乃是判斷法律性質之關鍵；亦即「以給付客體與損害性質為指標的法益與利益衡量」，其決定了瑕疵結果損害之「時效風險」應如何在定作人與承攬人間合理分配。

最高法院並整理過去一系列之判決：「本庭即將火災損害視為較遠之結果損害，該損害係因為更換鎔爐後，導油管破裂所致廠房建物之損害 (BGHZ 58, 305=NJW 1972, 1195)；同樣的，因為未確實固定之架子掉落所導致之物之損害 (BGH, NJW 1979, 1651) 及排煙管未確實隔離而在承攬人負責維修之船舶上產生之火損 (BGH, NJW 1982, 2244) 等。因為鑑價、諮詢所生之瑕疵結果損害原則上亦為三十年消滅時效 (BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502；NJW 1983, 2078)。反

¹⁸⁶ BGH, NJW 1983, 2440.

之，被肯定瑕疵損害與瑕疵間存在緊密關聯性者，當工作係指向於，其具體化於後續之特定工作中。相似的，在混凝土槽耐水隔離工作瑕疵（NJW 1970, 421）案中，因為充分隔離而未符合其目的，並因此在外牆上導致水損，亦認定係較近的瑕疵結果損害」。據此認為，如果不將在汽車底盤上之損害視為是直接的瑕疵損害，則其至少與載重拖板之瑕疵安裝有緊密關聯，因此應列入第 635、638 條之適用範圍。蓋更換設備工作包含了所有需要在汽車各個部分進行之工作，而在不符合專業水準進行時，損害亦可能在該處發生（Der Umrüstungsauftrag umfaßte all diejenigen Arbeiten, die an den verschiedenen Fahrzeugteilen vorgenommen werden muss, und – bei nicht fachgerechter Ausführung – auch Schäden daran verursachen konnten）。因此本案中，在汽車底盤上之損害，與安裝過程有瑕疵之拖板有緊密關聯，原告之請求罹逾時效。

二、 損害為系爭瑕疵之「典型、必然」結果

（一） 暖氣油管腐蝕致污染土地案¹⁸⁷

1970 年被告向原告提供並安裝燃油中央暖氣設備（Zentralheizungsanlage mit Ölfuehrung）；該暖氣設備是由位於 25 公尺外，埋在原告所有土地下之油箱供應燃料，其間以兩根銅管連接。1987 年原告聘請鑑定師後發現，該銅管有腐蝕破洞，油料因此流出至土地中。原告因此更換管線，並將遭受污染之土壤換掉。原告主張，該油管之外層保護管（Schutzrohr）係有瑕疵，蓋其應能防止油的外漏，乃向被告請求上開費用之賠償。

本案高等法院認為，就原告所請求之更換遭腐蝕之銅管費用及與此相關聯之工作，包括聘請鑑定師尋找腐蝕原因之費用，因已罹於第 638 條消滅時效而不得行使。蓋承攬人之嗣後履行義務（Nachbesserungsverpflichtung）不僅包括瑕疵本

¹⁸⁷ OLG München, BauR 1990, 736.

身之排除，尚包括所有為了回復至無瑕疵狀態所必須之事前、事後準備工作；亦即不限於原始給付（eigene Leistung）本身，尚包括必要之「附隨工作（Nebenarbeit）」。



高等法院認為，就上開原告所主張之費用，係落入第 635 條之範圍，蓋上開費用除了瑕疵排除外，也包含瑕疵排除必然所生之費用。其因此係與瑕疵有緊密關聯之瑕疵工作之結果（Sie stellen damit lediglich eine Folge der mangelhaften Werkleistung dar, die in „engem Zusammenhang“ mit dem Mangel steht）；此亦適用於探究瑕疵原因而聘請鑑定師之費用。

高等法院並認為，就更換遭漏油污染之土壤的費用，同樣亦不涉及積極侵害契約。蓋積極侵害契約之損害賠償，係較遠之瑕疵結果損害之賠償，而非與瑕疵有緊密且直接關聯性者。此結果與嗣後履行並無必然關聯（derartige Folgen stehen nicht mehr mit der Nachbesserung zwangsläufig in Zusammenhang），而是在別處（andernorts）發生影響，縱然其係（直接或間接的）因瑕疵而生。惟 635 條所包含蓋之損害所必備之「緊密關聯性」此一特徵，並非因果的，而是以位置為其特徵，其係指向於給付客體，並以損害之性質去理解（das am Leistungsobjekt orientiert ist und als Art des Schadens verstanden wird）。

在此意義下，本案之損害係直接依附於有瑕疵之工作上。一個因為絕緣物質有瑕疵致被腐蝕的油管之損害，其典型存在之方式為，外溢的油首先在漏洞周遭的範圍滲入土壤中。而如上所述，在漏洞周遭因此遭受污染之土壤的排除係屬於根據第 635 條賠償之損害。此損害依其性質，與有瑕疵之工作給付有緊密關聯。瑕疵及其損害結果在長時間均無法被發現，以及損害因此擴大，並不會改變此一性質；其因此不會失去與瑕疵給付間之緊密且直接關聯性。實務見解已經指出針

對個案事實之特性去予以論證及評價之必要，並且導出，於損害不存在工作本身，而是出現在定作人之其他財產上之情況，並不會僅因此就否定密切關連性。



(二) 屋頂絕緣工作有瑕疵致更換屋頂案¹⁸⁸

被告為原告進行屋頂絕緣工作 (Dachisolierung)，其依照自己研發的方式，直接將 PU 泡棉 (Polyurethan-Hartschaum, PU-Schaum) 在原告磚瓦屋頂之下側發泡 (aufschäumen)。於 1981 年六月完工，並收受報酬共 7219 馬克。1986 年十一月時，於證據保全程序中，鑑定人稱此種直接發泡會阻礙黏土磚瓦 (Tonziegel) 的空氣對流，是不允許的。因此屋頂必須全部換新 (erneuern)，原告對此請求損害賠償。

本案高等法院認為，舊屋頂的移除及新屋頂的覆蓋，雖非牽涉完全 (ausschließlich) 存在於被告工作之瑕疵性中的損害 (瑕疵損害)，亦即被告之給付如以空間、客體之方式觀察，僅限於 PU 泡棉，磚瓦屋頂則非負擔。

然而，損害如此的存在於被告工作之瑕疵性中，證立 (begründet) 了損害賠償請求權應由第 635 條而非積極侵害契約導出。而其結果是，消滅時效應依 638 條第 1 項之五年消滅時效。

本案之事實中，被告之工作僅指向於，在定作人之支配下 (in der Hand des Auftraggebers) 該工作具體化於一後續之工作，以致於第一個工作之瑕疵必然地移轉到第二個工作中。在此種案例類型中，依照歷來最高法院之判例，其原則上適用第 635 條。如將以上見解適用於本案中，則本案例中建物一部分的「屋頂」，構成上述實務見解下具有瑕疵之「第二個工作」，亦即以此方式，該屋頂之耐用性 (Haltbarkeit) 被縮短。瑕疵與屋頂之損害間之緊密關聯性也顯示於，原告除

¹⁸⁸ OLG Düsseldorf, BauR 1990, 610.

委請第三人更換新的磚瓦屋頂外，亦更換新的隔熱裝置（Wärmedämmung）—雖然不同於被告所給付者（Wenn auch anders, als von Beklageten geschuldet und erbracht）—。後者乃涉及瑕疵之排除。如此則不能將屋頂換新之費用視為使較遠的瑕疵結果損害。

與此相符的（dem entspricht），以較精確之觀察方式，損害並非在時間的進行中（im Lauf der Zeit）始出現，而是在 1981 年六月受領工作時即已存在。亦即其存在於磚瓦之較短耐用性，亦即，磚瓦不符合其所可期待之使用年限（Lebensdauer），而是一個被縮短之年限。正是因為在受領時瑕疵即已存在，而使得應適用較短的 638 條第 1 項消滅時效，而非第 195 條。

（三） 更換機油有瑕疵致引擎損害案¹⁸⁹

原告於 1981 年六月，將其個人貨車交由被告更換機油（Ölwechsel）。1981 年七月，引擎發生損壞，蓋引擎的吸油濾網（Ansaugsieb）堵塞。1982 年一月，原告起訴請求被告賠償瑕疵排除費用及因無法使用所喪失之利益（Nutzungsausfall）。

依原審法院判斷，該損害之發生，可能係因為更換機油工作未全部完成（Ölwechsel ganz unterblieben），或者未添加足夠數量的機油（nicht das berechneten Öl erfüllt worden ist），或者係因疏失而未將舊的機油完全排出。從而，該損害係因為有瑕疵之機油更換工作，而產生在汽車上之損害。此乃涉及與瑕疵間存在緊密關聯的瑕疵結果損害，因此應適用 638 條一項之六個月短期時效，原告之請求權已罹於時效。蓋更換機油是必要的保養措施，其目的在足夠的潤滑而避免引擎發生如同本案此種性質的損害（Ein Ölwechsel dient als notwendige Pflegemaßnahme dem Zweck, durch ausreichende Schmierung Schäden der

¹⁸⁹ BGHZ 98, 45=NJW 1986, 2307.

eingetretenen Art am Motor zu verhindern)。



最高法院維持原審見解，並引用過去判例見解，認為 638 條不僅適用於「瑕疵損害」，在合目的性的法律適用下，本條之適用範圍亦包括某些較近的，與瑕疵有緊密關聯的瑕疵結果損害。對於工作瑕疵與結果損害間是否存在一個緊密的關聯性，最高法院特別強調，係衡量「位置的因素」(lokale Element)，並且追求一個根據事實群組所建立的典型案例，由此得到較穩定的「較遠或較近的瑕疵結果損害」之一般條款性定義的適用。

最高法院認為，與更換機油有關連而引發之損害，雖然是發生在定作人之其他法益，即汽車引擎上；然而應被視為是與工作之瑕疵性有緊密與直接關聯之損害。蓋因為潤滑不足而引起之引擎損害，係典型(typischerweis)必然(zwansläufig)出現的結果，蓋此工作之目的就在於藉由充分潤滑，而避免系爭損害發生於引擎之上。這樣的工作不僅直接實施於引擎本身，其有瑕疵之實施也緊密關聯地在引擎上產生影響。符合一般程序的潤滑除了保養以外，亦以維持引擎之一般運作能力為目標。如因有瑕疵之工作的執行而影響了引擎的功能，則原審正確地判斷了在瑕疵給付與引擎損害間存在直接且緊密關聯性，其結果是應適用 638 條之六個月短期時效。

(四) 保全裝置有瑕疵致珠寶遭竊案¹⁹⁰

原告經營珠寶行，過去已經兩次遭竊。原告趁店面地下室改裝之際，順便將一樓店面同時改裝，以防將來可能之竊賊。被告遂將櫥窗(Schaufenster)改為由鋁製窗框(Alu-Rahmen)及由 6mm 平板玻璃(Floatglas)與 12mm 安全夾層玻璃(Verbundsicherheitsglas)所組成之玻璃。同時並安裝連接至 130 公尺外之派出所之警鈴，一旦玻璃窗被打破，警察能立即出動。1982 年 9 月，凌晨四時

¹⁹⁰ OLG München, NJW-RR 1988, 85.

許，至今尚未抓到的行為人以 8 公斤重之大槌（Vorschlaghammers）擊破玻璃，並且竊走價值共 250000 馬克之珠寶。原告主張，被告所使用之玻璃並不適合用來防盜，特別是保護珠寶商店之展示櫥窗；被告忽略原告所希望之最高標準的防盜規格，並以防彈玻璃安裝。如被告有安裝安全等級為 6 的防彈玻璃，則被告至少需耗費五分鐘始能在玻璃上敲出一個洞；其可能會放棄其行為，或者被警察逮捕。

本案高等法院維持原審見解，認為原告所受之損害，雖係其他法益之損害，並且也並非一般觀念下（im üblichen Sinne），與建築師之瑕疵工作有緊密關聯之建築物上之損害；但仍然落入第 635 條中，而非積極侵害契約之適用範疇。蓋在取向於目的及案例類型的評價之下，本案中，安全裝置之目的在於，確保在櫥窗中之珠寶能免於竊盜。而在安全裝置上有瑕疵之情形下，可能通常（typischerweise）會導致竊盜並且對原告造成損害。此種評價方式導出，原告所主張之損害應被認為是較近的瑕疵結果損害，其仍應落入 635、638 條規定。

（五） 釘馬蹄鐵不慎造成馬匹受傷進而感染致殘廢案¹⁹¹

原告於 1991 年 7 月間，將其所有之純種「Hannoveraner」賽馬交由被告負責補釘馬蹄鐵；而因為被告知過失，使馬蹄鐵過於貼近馬蹄之真皮（Huflederhaut），導致該馬的右前腳受傷。四天後發生受到感染而致使連接馬蹄的冠狀骨（Kronbeinteil）感染慢性骨膜炎（Knochenhautentzündung），最終使得該馬成為終身跛腳，無法再作為賽馬使用；而其價值也由原先之純種馬跌落至一般肉馬之價格（Schlachtwert）。原告請求被告賠償醫療費用及價值貶損之損害。

本案法院同意原審之見解，認為本案係屬「與承攬工作有緊密關聯之瑕疵結果損害」，而應適用第 638 條短期消滅時效，從而原告之損害賠償請求權業已時

¹⁹¹ OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1083.

效完成。蓋歷來最高法院之實務見解，因慮及承攬契約中許多瑕疵導致的結果，往往在時效經過後始出現，該結果又相對嚴重而在合目的性之考量下，不應將之列入第 635、638 條之適用範圍，從而對於 635 條採取嚴格之損害概念，即僅限於「瑕疵損害」；而「瑕疵結果損害」則應適用積極侵害契約之規定；惟後者之請求權時效究應適用 638 條短期時效，抑或是 195 條一般時效，則必須經由以給付客體為導向之「法益與利益衡量」，在定作人與承攬人間合理地分配時效風險決定之。

就此，歷來最高法院肯認應適用 638 條時效之案例類型，第一種情形是工作會具體化於接續之工作上，而損害亦發生在該接續工作之上。例如有瑕疵之建築師、力學測量師或工程測量師之給付等是。第二種情形則為，當工作為有形工作，而瑕疵工作係直接作用於標的物上，並因此造成該標的物受有損害，原則上瑕疵與所生之損害間具有緊密的時間與位置關聯性。例如安裝雙軸傳動軸於汽車之底盤，而因為安裝有瑕疵，造成主樑出現裂痕、因為載重拖板之不良安裝，導致汽車底盤毀損，因此所產生之費用、因更換機油不慎而導致引擎之損害等是。

反之，應適用積極侵害契約及 195 條消滅時效之案例，則係因瑕疵工作與結果損害間僅存在較遠的關聯性，例如損害係產生在並未直接與工作給付接觸之其他法益，諸如架子未適當固定而倒塌，因此損及其他物品(BGH, NJW 1979, 1651)、原告更換燃油暖氣機，而因油管破裂導致火災造成之損害(BGHZ 58, 305=NJW 1972, 1195)，或因暖氣機機殼太薄無法承受水壓，破裂後所造成之水災損害(BGH, VesR 1962, 480)等是；又或者係因為系爭瑕疵結果損害通常情況下只會在一一段時間後，且與其他情況共同作用下(unter Mitwirkung sonstiger Umstände eintreten)始出現，例如被告安裝之警鈴雖有瑕疵，但原告珠寶遭竊之損害是否發生，以及在何時點發生，則尚未可知(bleibt völlig offen)，且亦取決於第三人，即竊賊之

意思決定 (BGH, NJW 1991, 2418)、又例如飛機之油表雖有故障，但並不妨礙其飛行能力，系爭瑕疵結果損害之發生，更係基於駕駛員之錯誤判斷：即在長時間飛行下，卻仍信賴該儀表板的顯示正確。飛機最終迫降的損害是否發生，以及在何時間點發生，並不可知，其損害與有瑕疵之儀表板安裝不具有典型之緊密關聯 (BGH, NJW 1993, 924)。

參照以上案例類型，本案之損害應可認為係屬與瑕疵有緊密關聯而應當適用 638 條。蓋被告所給付之釘馬蹄鐵工作，係直接在受侵害之標的物上實施，且該有瑕疵之工作也在有時間及空間之關聯性下，實現在馬匹上。而嗣後引起之感染，亦與瑕疵工作具有緊密關聯性，蓋根據鑑定人之鑑定，因為釘子直接釘入敏感之真皮中，除造成組織壞死外，細菌更隨著釘子而侵入馬匹之身體；此種感染行為雖非必然發生，惟係釘馬蹄鐵工作失誤之通常、典型風險或典型之事物進程 (Geschensablauf) 而非偶然性質 (zufälligr Natur)，故馬匹因此殘廢之損害亦與瑕疵工作有時間及空間上之關聯性。

第三目 其他具有緊密關聯之情形

此外，最高法院亦就定作人因為工作有瑕疵之告，而支出之某些花費，認定與瑕疵具有「緊密且直接關聯」。其案例類型包括：

一、 鑑定費用¹⁹²

本案中，1959 年間被告為原告興建廠房與住宅，1960 年年底開始使用。1961 年八月，原告書面通知被告，樓梯間出現石灰牆剝落 (Putz Ausblühungen) 及裂痕等瑕疵。1967 年十二月，原告起訴請求被告賠償以支出之修復費用、將來所需之修復費用以及聘請鑑定師 (Privatgutachte) 之費用共 12937 馬克。原審以原告之請求權已罹逾時效為由駁回，原告上訴主張，其中鑑定費用 637 元應適用積

¹⁹² BGHZ 54, 352=NJW 1971, 99; BGHZ 72, 257=NJW 1979, 214.

極侵害契約之請求權，時效應為 30 年。



最高法院重申過去判例意旨，即 635 條所包含之損害係「直接依附於瑕疵工作上」及「與瑕疵有緊密且直接關聯」之損害；此應按照個案中被請求之損害的特性決定。

進而，最高法院認為，當建築物有瑕疵時，一個通常、典型、直接的結果就是定作人必須委請專家檢查及鑑定，以得知瑕疵發生的原因及範圍，所生的費用也就是瑕疵之必然結果（*zwangsläufige Folge*）。委請鑑定人既係直接以排除瑕疵及其損害結果為目標（*zielt unmittelbar auf die Beseitigung der Mängel und ihrer Schadensfolgen ab*），則此項費用即可被視為與瑕疵有緊密且直接關聯性。況且，如果認為關於鑑定費用之「次要」的損害賠償請求權，時效卻比典型的瑕疵損害之「主要」損害賠償請求權長，將顯得不合理。

與此類似的，尚包括前述「地質探測瑕疵案」。該案中，原告因被告之地質探測有瑕疵，導致原告所興建之建物地基下陷。原告乃請求賠償包括鑑定費用（*Vermessungskosten*）在內之賠償賠償。就該鑑定費用，最高法院認為，亦與工作瑕疵存在緊密關聯，原告同樣得請求賠償。蓋如同前所述，透過鑑定，始能知悉損害之原因與範圍，方可以有效手段排除瑕疵。

二、防止損害繼續擴大所支出之費用¹⁹³

前述「承攬人建造之房屋有瑕疵案」中，由被告為原告所建之房屋因有瑕疵，有倒塌之虞，原告乃依當地建管機關之命令，支出費用予以補強（*Abstützung*）。對此最高法院即認為，原告支出之此一費用，與被告瑕疵之工作給付有緊密關聯，應依 635、638 條判斷。

¹⁹³ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340; BGH, NJW 1969, 1710.



另一案中，被告於 1959 年為原告在其新工廠安裝木屑分離機 (Späneabschider)，並以輸送管 (Rohrleitung) 與廠房相連接。1965 年，該輸送管鬆脫下垂，原告乃先以支架支撐，之後該管線毀損 (zerbrechen)，原告再換裝新新管線。為此，原告依積極侵害債權之規定請求被告賠償上開費用共 10000 馬克。

最高法院重申過去判例之意旨，即 635 條所指之損害，係工作因瑕疵而無法使用、無價值或價值貶損此種直接依附於工作之損害，以及定作人因此所喪失之利益。而本案所涉及者，很明顯係與被告瑕疵工作緊密且直接關聯的瑕疵損害，而非較遠的瑕疵結果損害。此並非取決於該支架之搭建係在防免第三人遭受損害。該管線面臨毀損的危險，以支架支撐即屬必要；而毀損乃被告瑕疵工作的直接結果。這就如同「承攬人建造之房屋有瑕疵案」中所認，原告因當地建管處之命令，而支出費用去補強因有瑕疵而面臨倒塌危險的天花板一般。因此很明顯的，舊管線之拆除 (Abbau) 以及安裝新管線的費用，都只能依 635 條請求賠償。

三、 另行承租房屋之費用¹⁹⁴

上述「承攬人建造之房屋有瑕疵案」中，原告除向被告請求賠償補強費用外，亦同時請求賠償原告必須搬離及另承租其他房屋 (Mietwohnung) 之費用。

最高法院亦認為，原告搬離房屋之費用、另租房屋所支付之租金，與工作瑕疵、工作之不可利用性有緊密關聯，並因此直接依附於工作之上。此一損害係因被告自己無法使用該房屋蓋之不利益，與工作之無法使用性和瑕疵性 (Mangelhaftigkeit) 有緊密關聯。

¹⁹⁴ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340.

與此相類的，如承攬人所興建之房屋有瑕疵，而為使修補瑕疵能順利進行，定作人必須搬入旅館住宿時，該旅館住宿費用亦屬 635 條之範圍，並無必要區分「排除建物瑕疵本身之費用」與「為使建物瑕疵之排除能順利進行而支出之費用」¹⁹⁵。

四、 租金喪失損害

上述「承攬人建造之房屋有瑕疵案」，最高法院亦認為，系爭房屋因有瑕疵而無法出租，所致之租金損失 (Mietausfall)，係屬所失利益，亦為瑕疵擔保損害賠償請求權之範圍¹⁹⁶。

另一案中，定作人將承攬人所建之住宅 (Wohnanlage) 移轉所有權予買受人 R，R 將之出租予承租人後，因為系爭住宅外牆之粉刷不完全，導致房屋受有潮濕損害 (Feuchtigkeitsschäden)。出租人因此向 R 請求減少租金；R 乃就一共 4488 歐元之租金喪失 (Mietausfall) 之損害向定作人求為賠償。定作人賠償後，就系爭損害轉向承攬人索賠。

最高法院援用上開「承攬人建造之房屋有瑕疵案」之見解認為，系爭租金喪失，乃直接因為工作所引起之損害，係屬有緊密關聯之瑕疵結果損害，定作人之損害賠償請求權消滅時效為 638 條第 1 項所規定之五年¹⁹⁷。

¹⁹⁵ BGH, MDR 2003, 926.

¹⁹⁶ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340.

¹⁹⁷ BGH, Urteil vom 25. 9. 2003 – VII ZR 357/02.

第三款 應依積極侵害契約請求之「『較遠的』瑕疵結果損

害」



第一目 定作人以瑕疵無形工作為基礎進行財產處置

(Dispositon)

定作人如因為信賴工作之無瑕疵性，支出費用採取一定之措施，如因為該工作之瑕疵導致所支出之費用成為徒勞（nutzlos）時，就該等費用得依積極侵害契約之規定，請求損害賠償。

一、 審計師結算報告錯誤案¹⁹⁸

原告公司聘請被告審計師（Wirtschaftsprüfer）製作結算報告（Aufstellung von Bilanz），然因被告之疏失，致報表有錯誤，原告因此受有損害，乃向被告請求損害賠償；被告則提出 638 條第一項六個月的消滅時效抗辯。

本案高等法院認為，第 638 條短期時效之損害，係指直接且僅因為工作之瑕疵所導致者；如果損害一如同本案之情況—只是間接的被引起，不得適用第 638 條，而應適用第 195 條之三十年消滅時效。

二、 律師給予錯誤法律意見案¹⁹⁹

在律師提供有瑕疵的法律諮詢，使當事人按照該建議而行為後發生損害的案中，最高法院首先說明，律師及其當事人間之法律關係，原則上係以事物照護

¹⁹⁸ OLG Celle, BB 1958, 1221.

¹⁹⁹ BGH, NJW 1965, 106.

(Geschäftsbesorgung) 作為標的之雇傭契約 (Dienstvertrag); 然在例外情形, 亦即不僅是律師提供顧問, 且係經由律師的勞動所產生之特定成果, 以其作為標的物時 (nicht sowohl anwaltlicher Beistand als vielmehr ein durch anwaltliche Arbeit herbeizuführender Erfolg den Gegenstand der Verpflichtung des Rechtsanwalts bildet), 屬承攬契約。

最高法院重申前述「廣告設備瑕疵案」之意旨, 認為第 635 條之損害, 係工作因有瑕疵而無法使用、無價值或價值貶損等直接依附於工作之上的損害。積極侵害契約所涉及之損害, 則是定作人因瑕疵所生之在工作以外之延伸後果, 且亦不包含所失利益。亦即, 如此被狹義解釋的 635 條, 只能適用於純粹的履行損害 (reiner Erfüllungsschaden), 亦即僅規範特定因工作之價值減少性

(Minderwertigkeit) 直接所生的瑕疵損害; 而不適用於定作人所受超過履行利益之不利益, 即所謂瑕疵結果損害。本案中, 被告錯誤的法律諮詢, 以及原告基於此而對其土地之處置, 係屬超過履行利益之瑕疵結果損害, 時效應為 30 年。

三、 鑑價不實致銀行無法完全受償案²⁰⁰

被告於 1964 年一月, 為原告銀行鑑定一筆土地之價值, 該土地係第三人向原告申請抵押借款。1972 年原告起訴主張, 因為被告鑑定錯誤, 致原告因為同意該擔保而受有損害; 被告則提出時效抗辯。

最高法院援用並堅持歷來之實務見解, 即原則上第 635 條僅限於「狹義的損害概念」, 即「瑕疵損害」; 然而在第 638 條之合目的性法律適用的利益下 (im Interesse einer zweckgerechten Anwendung des §638 BGB), 某些較近的瑕疵結果損害亦應列入。這種「擴張的損害定義」, 在結果損害與工作物瑕疵間存在緊密關聯的時候特別有必要。至於如何探究緊密關聯, 則需斟酌個案事實特性而論證

²⁰⁰ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

與評價，如同其他一般條款，可藉由實務見解的發展，根據事實群組建立一套典型案例。



最高法院在此特別強調，「狹義的損害概念」，即損害直接附著於工作物之上，並非基於「因果的」(kausal)，而是「位置的」(lokal)構成要件要素，即指向於以給付客體 (am Leistungsobjekt orientiert) 作為辨認損害性質的特徵。針對瑕疵直接或者間接地導致損害，則非屬重要。

針對學說所提出之修正建議，例如仿效侵權行為之消滅時效起算點，即自「知悉損害時」起算，最高法院則認為其已偏離了 638 條「自受領工作時」為消滅起算點之文義而不可採。因此，最高法院認為，就現在面臨的問題，學說迄今仍然無法提出一個合乎法律並且能夠滿足其目的的答案。鑒於各種各樣的承攬契約內容，對於應如何合理分配時效風險的問題，唯有藉助於本庭（第七庭）所提出之「法益與利益衡量論 (Güter- und Interessenabwägung)」來解決。只有在以合理分配風險為目的所必需的情況下，較近的損害方能納入 635 條之損害概念下。並且作為列入 635 條之前提要件，即「緊密關聯性」，最高法強調，亦如同瑕疵損害一般，係以給付客體為導向，亦即以「位置」為準。

本件判決中，法院援用過去判例中已提及之見解，即鑑價 (Schätzung)、鑑定 (Gusacht)、諮詢 (Auskunft) 等工作瑕疵所生之損害，不應列入 635、638 條之範圍內；蓋參考立法理由可發現，立法者在制定 638 條時已考慮到，若將時效之開始繫於工作之受領而非瑕疵之發現，則並作人之請求權，特別是在建築物瑕疵的情形，時效可能會在定作人知悉有請求權之前即已完成。而立法者就在，也僅在「建築物瑕疵」之情形，藉由五年消滅時效加以考量；並且認為，建造上與材料上的瑕疵，通常在五年內即會顯露；如在五年後始發生者，原則上並非因

為建築物興建的瑕疵，而是基於其他原因。而就因為有瑕疵之鑑定或其他諮詢工作所生之瑕疵結果損害，通常在 638 條第 1 項六個月時效過後始發生，此則為立法者所沒有考量到。



此外就舉證之困難而言，亦不發生在鑑定瑕疵的案例中，蓋鑑定內容通常均屬固定 (festgehalten)；倘若真的發生困難，亦是定作人應就瑕疵、損害與因果關係負舉證責任，專業人員之利益不會因此被忽略；況且其明知或者應知，工作上瑕疵的影響原則上在受領工作後一段時間始可發現 (sichtbar)，因此應當考量，仍有可能在 638 條所定之期限過後被主張權利。

四、「買前檢查」未驗出標的物係跛腳馬案²⁰¹

原告欲以 79000 馬克購買一匹馬，做為騎乘及馴養之用。為此，乃委託被告動物醫師進行「買前檢查 (Ankaufsuntersuchung)」；被告亦明知檢查結果將會左右原告是否購買該馬匹。1978 年五月，檢查報告表示，該馬在經過一系列的彎曲測試、X 光檢查後，並無明顯瑕疵 (frei von Hauptmängel)。原告基於此項檢查結果，乃購買該馬。買受後四個月，馬腿嚴重跛行，無法作為馴養之用。1979 年一月經檢查後，發現該馬雙腿已有嚴重疾病，且在買前檢查時的 X 光片中即可看見此一疾病。原告乃起訴請求賠償 72000 元。

本案最高法院列舉了歷來見解，說明該院在 638 條時效規定合目的性之適用下，將某些瑕疵結果損害列入 635、638 條瑕疵擔保之規定中，而排除 195 條之 30 年消滅時效。此種 635 條擴張的損害定義，在該結果損害雖係發生在工作以外，但與瑕疵有緊密關聯時被認為有必要。反之就較遠的瑕疵結果損害，則是用積極侵害契約及其 30 年消滅時效。就有瑕疵的計畫 (Pläne)，如此瑕疵必定會移轉到其他工作，亦即必須在該工作中實現或具體化時，最高法院肯定其維與瑕

²⁰¹ BGHZ 87, 239=NJW 1983, 2078.

疵有緊密關聯之瑕疵結果損害。因此，就設計師、力學測量師或者測量工程師之工作瑕疵，其導致了建物上有損害，最高法院皆認定有緊密關聯。此一關聯性，在因為地質鑑定師之鑑定錯誤而發生於建物上之損害，亦被肯定。反之鑑定師就不動產之鑑價有錯誤，則被認為係較遠的瑕疵結果損害。蓋最高法院係基於，立法者在制定 635、638 之規定時，並未考量到一個影響力是如此不成比例地嚴重的瑕疵結果損害，而該損害通常在 638 之短期時效經過後始出現，並且與工作瑕疵並無緊密之關聯。

據上述見解，原告因為錯誤的動物檢查結果所受之損害，應視為是較遠的瑕疵結果損害，其損害賠償請求權應依據 30 年消滅時效。蓋最高法院認為，本案被告之工作，與建築師、力學測量師或地質探測師之工作不同，其檢查結果不會具體化或實現在其他工作中。建築師或力學測量師，其建築計畫或測量結果原則上會實現在建物之中，並因此必須透過該工作之實施而獲得其工作之價值；醫師就動物健康狀況之鑑定，具有獨立經濟意義，與後續的買賣契約並無關聯。雖然動物健康檢查之結果—如同本案之情況—對於買賣契約之締結相當重要，但即使在此種與買賣契約之關聯性下，檢查結果的經濟上意義，也不會完全耗盡於（sich erschöpfen in）契約之締結中。檢查結果在許多其他領域具有重要功能，例如買受人將來繼續轉賣該動物，亦會使用到該檢查結果。或者以檢查結果為基礎之租賃契約、保險契約，就該契約之成立及其內容的形成，該動物之健康狀況亦屬重要。

動物之檢查結果，基於多種使用可能性—不同於建築師之建築規劃、力學測量師之測量結果—而具有獨立之經濟上意義，一個有瑕疵的檢查結果不會僅實現於買賣契約之締結中。因此基於不正確之檢查結果所產生的損害多屬較遠的瑕疵結果損害，其時效不得依照 638 條的短期消滅時效。

最高法院並認為，在此情形下，當事人主觀上對該鑑定之目的預設並不重要。即使當事人希望藉由該檢查結果而追求特定目的，而將該結果與買賣契約的締結做連結，但檢查結果仍具有經濟上之獨立意義，只是較晚才展現出來。例如一個基於「買前檢查」所作的動物檢查，縱使因為檢查結果不合乎預期而使買賣契約無法締結，其亦可作為另一買賣契約的事前準備工作（Vorbereitung）及內容上的形成（inhaltliche Ausgestaltung）。或者如前所述，其亦可能對於其他法律行為，如租賃或保險契約係屬重要。因此契約雙方當事人之主觀想像，尚無法證立（begründen）638 條短期時效的適用。重要的是該檢查結果之客觀上使用可能性，及因此所生之獨立經濟意義。

此外，本案亦無舉證困難之問題導致必須為不同之判斷。動物之檢查結果原則上均以書面呈現，其涉及諸如 X 光片、血液檢查紀錄等資料。在本案中亦有於買前檢查中所攝之 X 光片。亦即，檢查結果之正確性在經過程時間後仍能予以檢驗，而無舉證困難之問題。

第二目 在工作以外之獨立法益上發生損害

一、 承攬人提供之廣告設備有瑕疵而無法使用，致定作人應

賠償買受人已支出之廣告費用²⁰²

最高法院認為，定作人所受之損害，若係瑕疵之「延伸後果（weitere Folge）」，亦即是在工作物以外（außerhalb des Werkes）及所失利益以外之損害，則應適用積極侵害契約之規定請求賠償之損害。

本案中，B 向第三人以 9922 餘馬克承租了廣告欄位，但因為原告所提供之

²⁰² BGHZ 35, 130=NJW 1961, 1256.

廣告人物 (Reklamefiguren) 具有瑕疵而無法使用該欄位，原告因此必須賠償 B 上開數額的費用。此部分即屬於瑕疵之延伸後果，原告得依積極侵害契約之規定向被告請求賠償，其時效為三十年。



二、 拆卸天車橋架不慎案²⁰³

原告受 E 公司之託，負責修繕 E 公司之天車，為此必須將天車橋架 (Kranbrücke) 從天車軌道 (Kranbahn) 上卸下，原告乃將此部分之工作轉委由被告負責。但被告之員工 Z 因操作起重機不慎，使起重機翻覆，天車橋架因此掉落並砸到天車支架 (Kranbahnstützen)。原告賠償 E 公司 34425 馬克後，向被告請求賠償該數額。對此，被告主張原告只能依 635 條向其求償，而其消滅時效已罹於 638 條 1 項之六個月短期時效。

最高法院則維持原審見解，認為原告之請求權基礎應為積極侵害契約，而非 635 條。除因為本案中係在工作交付前即已發生損害，依最高法院見解並無瑕疵擔保規定適用外，最高法院認為 635 條作為瑕疵擔保損害賠償請求權的法律性質，同時決定了它的適用範圍 (Geltungsbereich)，其不能超過依 634 條一項因未於期限修繕而被排除之瑕疵排除請求權，本條之損害賠償請求權係代替該權利 (an dessen Stelle treten)。此項賠償請求權可包含所失利益及類似的較近的結果損害 (änliche nächste Schadenfolgen)。但本案原告之請求並不屬於此種情況。

本案之損害，係涉及被告所承擔之工作給付的不良履行 (Schlechterfüllung)，其給付義務乃是合於專業水準的將天車橋架卸下，而不侵害該橋架亦不造成其他損害 (例如天車之損害、因天車無法使用所生之收入損失等)。故本案原告所主張之損害賠償，應係基於積極侵害契約，被告所受之損害並非直接依附在其工作本身，而是涉及一個較遠的 (entferner)，在工作給付以外所生之結果損害。此

²⁰³ BGH, NJW 1969, 838.

項損害係存在於，原告遭 E 公司請求損害賠償。



三、 安裝之暖氣有瑕疵致業主房屋發生水損案²⁰⁴

業主於 1954 年間將其所興建之住宅區 (Wohnhaublock) 中，各房屋的暖氣機安裝 (Heizkörper) 及將暖氣機與熱水供暖系統 (Warmwasserheizung) 相連接之工作，委由被告負責。被告則將其中三間房屋之暖氣機安裝工作，轉交由原告負責。1955 年間，業主受領該房屋，同年八月在測試暖氣設備時，由原告所安裝之暖氣機破裂，對房屋造成嚴重水損 (Wasserschäden)。原告更換該有瑕疵隻暖氣機，而被告則應業主之要求排除損害，支出費用約 25000 馬克。原告起訴請求被告給付剩餘之工程報酬共計 12437 馬克；被告則主張，該暖氣機破裂處，機殼厚度只有 1.1 公厘，其他部分則均為 3 至 3.3 公厘厚，該暖氣機係有瑕疵，因此造成被告必須支出 25000 馬克，原告應負賠償之責。

就被告所主張之損害賠償，最高法院援用上開「廣告設備瑕疵案」，認為因瑕疵造成工作之無法利用、無價值或價值貶損等直接依附於工作之損害，方屬瑕疵擔保請求權之範疇。本案所涉及的損害非屬此種性質之損害。受損的 (schadhaft) 暖氣機已由原告所更換；而水損則係涉及結果損害，其並非直接依附在定作人提供之工作之上，僅能依積極侵害契約之規定請求。

四、 更換熔爐不慎引發火災，致廠房燒毀²⁰⁵

1958 年十月，被告受 S 公司之託，將其熔爐由瓦斯改為燃油火源。1962 年九月因導油管 (Ölzuleitungsrohr) 斷裂而引發火災，造成燒製廠 (Brennofengebäude) 及其增建物之損害。原告給付 S 公司火災保險之保險金共 50904 元後，於 1968 年八月請求被告賠償上開金額。

²⁰⁴ BGH, VesR 1962, 480.

²⁰⁵ BGHZ 58, 305=NJW 1972, 1195.



原審法院認為原告之請求權已罹於第 638 條第 1 項之五年消滅時效，蓋引起火災的導油管斷裂，乃被告瑕疵工作之直接結果 (unmittelbare Folge)，本案所涉及的並非一個較遠的損害。

但最高法院認為，本案所涉及之火災損害，係因為油管斷裂而形成在廠房之上，此項損害與被告之工作，即更換鎔爐設備，並無直接關聯。直接依附於此工作之損害是導油管斷裂害，但本案並非請求排除此損害。

最高法院認為，是否與瑕疵有緊密關聯，應依所主張之損害之性質判斷，因此原審所指出之「該瑕疵直接導致了火災的發生」即與此判斷標準無涉 (Es ist daher nicht damit getan, wenn es darauf hinweist, der Werkmangel habe den Brand „unmittelbar verursacht“)。重要的應為，本案之損害是發生在 S 公司的其他法益，也就是廠房，而非被告之工作之上。此種損害不屬於歷來實務見解所認為，與被告之瑕疵工作有直接且緊密關聯者。

最高法院過去基於特別理由，肯定一個緊密且直接關聯性存在之案例，例如建築師、力學測量師或測量工程師等之瑕疵給付，必然會出現在後續之工作，亦即於依其所建之建物上才會具體化或實現。

上述使得本院肯定逾越直接依附於工作上的損害，亦可適用瑕疵擔保規定的理由，在本案並不明顯。因此本案發生在定作人其他法益，也就是廠房上之損害，與被告之工作間並無緊密且直接關聯性，而只是一個較遠的瑕疵結果損害。因此，其屬積極侵害契約所生之損害，消滅時效為三十年。



五、 下水道水管漏水致房屋受損²⁰⁶

被告於 1967 年間為原告鋪設污水下水道；被告擅自裝設將來下水道管線擴充所可能需要的彎管（Rohrstück），而僅以一塊無法將彎管開口完全遮蔽的薄木板覆於其上。下水道工程於 1968 年四月完工並交付；1970 年六月，暴風雨侵襲，大水即從該處溢出，導致地下室牆壁、街道遭受沖刷，原告為清除此些損害，支出 4004 馬克，為此請求損害賠償。

本案最高法院援引判例見解，認為直接依附在工作上之損害、依 252 條因此所喪失之利益，以及與工作之瑕疵具有緊密且直接關聯的結果損害，係落入 635 條。而積極侵害契約之規定則適用於較遠的瑕疵結果損害。

最高法院認定，本案發生在街道及地下室之損害，係較遠的瑕疵結果損害。蓋產生於定作人之物上之損害，而該物並不在承攬人所應完成工作之範疇者（nicht in das vom Auftragnehmer zu erstellende Werk einbezogen），該損害通常係較遠之瑕疵結果損害，而這也是承攬人應依積極侵害契約負責任之最主要案件類型之一。

六、 架子倒塌致其他物品受損案²⁰⁷

原告為酒吧經營者（Gastwirt），1974 年五月欲將其營業遷移他處，乃委請被告負責拆卸、搬運及安裝酒吧的設備（Schankeinrichtung）。1975 年三月，由被告固定在牆壁上的架子垮下，原告主張其櫃台、吧檯及展示櫃因此受侵害，於 1976 年五月起訴請求賠償。

²⁰⁶ BGHZ 61, 203=NJW 1973, 1752.

²⁰⁷ BGH, NJW 1979, 1651.

原審認為此損害與工作之標的物具有直接且緊密關聯性，應適用承攬瑕疵擔保請求權之規定；而被告之工作，即安裝酒吧設備，既非在土地上亦非在建築物上工作，故應自受領該工作時起六個月後（即 1974 年十一月）時效消滅。

最高法院則指出，本案中固然非瑕疵損害，而係瑕疵結果損害；但參照過去歷來見解，亦即在第 638 條合目的性的適用下，將某些瑕疵結果損害列入第 635 條之範圍，而排除第 195 條一般消滅時效之適用；這種損害概念的擴張，在結果損害與工作瑕疵具有緊密關聯性的情況下具有必要。屬於此種案例類型的，特別是承攬人之工作係指向於，在定作人之支配下，具體化於後續的工作（weiteres Werk），因此第一個工作之瑕疵必會移轉至第二個工作，並在該處發生作用。建築師設計規劃之瑕疵、力學測量師計算上之瑕疵及測量師之測量錯誤，實務均將之與建物本身具有瑕疵作相同處理，縱使損害僅表現為交易性貶值，亦然。相同地，最高法院在「混凝土槽耐水隔離工作瑕疵案」中，就被告之隔離工作，該工作係有助於原告建築工作之完成者，（die Isolierarbeiten, die zur Fertigung eines Bauwerks beitragen sollten），因為被告之隔離工作有瑕疵而產生於建物本身之損害，亦作相同處理。該案中法院亦進一步肯定，就排除瑕疵—而非瑕疵結果—之費用，亦具有緊密關聯性。

他方面，最高法院亦考量到，有不少案例，其瑕疵結果在短期時效經過後始出現，而其結果乃不成比例之嚴重（unverhältnismäßig schwer）。特別是在意外（Unfall）或侵害其他法益（sonstig ein fremdes Rechtsgut schädigen）之案例，其雖然係基於在建物、動產或無形工作之瑕疵而生，但立法者在制定 635、638 條時並未慮及此種情況。這些結果，在合目的性解釋下，不應將之列入該條之適用範圍。因此在「更換熔爐不慎引發火災，致廠房燒毀案」中，被告所安裝之導油管，在安裝完畢後四年始發生斷裂而引發火災損害，即被判斷為較遠的瑕疵結果

損害，消滅時效為 30 年。同樣的，在「鑑價不實致銀行無法完全受償案」中，鑑價師之給付，在六年之後始發現有瑕疵，亦將其判斷為較遠的瑕疵結果損害。本庭亦就某些案例，按其性質，係較接近於侵害保護義務者，應判斷為積極侵害契約之適用範圍。除前述之「更換熔爐不慎引發火災，致廠房燒毀案」外，尚包括因為焊接工作引發火災損害（VesR 1963, 195）、執行安裝絕緣板工作時所導致火災損害（VesR 1966, 1154）、因為被告所安裝之暖氣機機殼太薄，以致無法承受水壓而爆裂，因此產生之水損（VesR 1962, 460），以及受託拆卸天車橋架之承攬人所造成天車與天車橋架之損害（NJW 1969, 838）等是。

上述屬於積極侵害契約之案例，可供本案參照。根據本院向來實務見解所承認，例外地構成「狹義損害概念」之擴張的情形，於此並不明顯。反而本案之事實係類似於侵害保護義務。如果損害係發生於安裝過程中，則此點將會更明顯，蓋凡在債之關係發展過程中，違反不得傷害他方人身、所有權及其他法益之義務者，構成積極侵害契約。本案中，並無充足之理由將因此所生之賠償請求權列入瑕疵擔保請求權中，蓋該請求權—就如同本案之情況所示—通常在形成前即已時效經過。因此，本案原告請求權應尚未於逾時效。

七、 前甲板修繕中，排煙管未確實隔離致船艙起火案²⁰⁸

原告將其所有之船，於 1978 年夏天交由被告修繕前甲板。其中工作包括前船艙（vordere Schifferwohnung）之翻修，並且連同烤爐及排煙管一併撬開（mit einem Ölofen nebst Rauchgasrohr ausgebrochen）。1979 年十一月，該船艙起火，原告主張，起火原因係因該排煙管未按規定隔離（in der nicht ordnungsmäßigen Isolierung），遂於 1980 年五月起訴請求因該火災所生之，包含因無法使用所喪失之利益（Nutzungsausfall）在內之損害賠償。

²⁰⁸ BGH, NJW 1982, 2244.

原審認為，前甲板的價值侵害（Wertbeeinträchtigung）並非直接依附於「工作」，也就是「烤爐及其排煙管」之上，該損害，依據其性質，乃排煙管瑕疵之後續結果（weite Folge）。此與被告之工作為全部前甲板之翻修，而其中包含該有瑕疵的隔離工作，並不衝突（Dem entsteht nicht entgegen, dass die Bekl. Das gesamte Vorschiff erneuert und dabei die unzureichenden Isolierungsarbeiten ausgeführt habe）。該排煙管位於原告負責翻修的前甲板內，僅屬巧合（Zufall），因此火災損害發生於前甲板而非船隻中段或後甲板。據此，原告之請求權時效應依 195 條之三十年，而非第 638 條之時效。

本案最高法院再度引用過去歷來見解，即認為 635 條係從狹義的損害定義出發，該條僅包含工作因為有瑕疵而無法使用、無價值或價值貶損等直接依附於工作之損害，以及因此所生之所失利益。但此外，本院亦在 638 條時效規定之合目的性適用下，將某些瑕疵結果損害列入 635 條瑕疵擔保責任規定中，並且排除 195 條 30 年一般消滅時效的適用。而此種損害定義的擴張，本院認為僅就那些雖然出現在工作以外，但與瑕疵存在緊密且直接關聯之結果損害為限。反之其他較遠的瑕疵結果損害，則依積極侵害契約之規定。

這兩種損害賠償請求權之界線何在，在個案中不無疑問。依照抽象的分類標準，而獲致能通案適用的結論，係不可能。反而是需要進一步地針對事實之特性與以評價及論證，是否在瑕疵與結果損害間存在緊密關聯性。而這應斟酌到，在承攬契約之範疇中，有不少瑕疵結果係在第 638 條短期時效經過後始出現，而其影響係不成比例的嚴重。此種損害，並沒有被第 635、638 條設定的規範目的所包含，而是應當依據積極侵害契約之原則及第 195 條一般消滅時效判斷。因此，以給付客體及損害性質為導向之法益及利益衡量原則，公平地在定作人與承攬人間分配瑕疵結果損害之風險，係屬重要。此些實務見解，雖遭致學說批評，但本

院在「力學測量師之測量錯誤」與「鑑價不實致銀行無法完全受償案」兩則重要判決中予以回應，並堅持此一區分標準：只有此標準能獲致一個符合法律規定並滿足其目的的風險分配。如同過去，針對一般條款可以藉由實務見解的演變，得到一個根據構成要件群的典型類型。此在建築師及力學測量師之承攬給付的領域中已然出現。

在本案中，亦無理由違反上述以獲致「個案適當答案」為首要目標。因此關鍵仍然是：應判斷是否所主張之結果損害，與工作瑕疵間視是否存有緊密關聯，以判斷係適用瑕疵擔保抑或積極侵害契約。

上述問題，在工作係僅指向在一個接續工作中具體化，以至於工作的瑕疵必然會轉移到其他工作的情況，特別被肯定。建築師設計的瑕疵、力學測量師測量上的瑕疵、測量工程師計算上的瑕疵以及地質鑑定師工作的瑕疵，其實現在建物之上，均因此被本院與出現在建物上的瑕疵同視。相同的，在「混凝土槽耐水隔離工作瑕疵案」中，就隔離工作，該工作係有助於建物之完成，而因為瑕疵而導致損害發生於建物之上，本院亦認為有緊密關聯；同樣地在「更換汽車傳動軸，致底盤主樑受損案」，對於安裝上有瑕疵的雙軸傳動軸導致汽車的主樑出現瑕疵，亦認為有緊密關聯。本院更肯定為排除瑕疵而委請鑑定人之費用，與瑕疵間有緊密關聯。

相反地，在「更換熔爐不慎引發火災，致廠房燒毀案」，在工廠熔爐更換火源後，因為導遊館的斷裂而使得工廠發生大火，就此火災損害，本院認為係較遠的瑕疵結果損害。此外，本院亦屢次（*verschiedentlich*）地，將影響上與侵害保護義務類似（*in ihrer Auswirkung der Verletzung von Obhutspflichten nahe kommen*）之案例，列入積極侵害契約之適用範疇。例如，因為承攬人所安裝的暖氣機機殼

太薄，無法承受暖氣設備的壓力而破裂，導致之水災損害；以及因為未固定好的架子墜落所造成之損害，亦屬此種案例類型。



最高法院認為，本案與因違反保護義務而落入積極侵害契約之案例類型相似。在有瑕疵之排煙管隔離工作與因此在船艙內引發之損害間，並無上述實務見解所示之緊密關聯性。如果本案中被告所負責之工作，僅包含烤爐與排煙管之安裝，那麼很明顯的，就與前述「更換熔爐不慎引發火災，致廠房燒毀案」中，火災損害係屬積極侵害契約相似（eine unmittelbare Parallele zu der Entscheidung）。雖然因為本案被告所為有瑕疵之給付係存在於整體修繕甲板工作之內，且因火災而受損害之標的物僅限於該船艙，本案不須因此作不同判斷。蓋前甲板修繕工作係由個別不同的工作所構成，各該給付間並非彼此相關致應被視為一個整體工作。如原告僅將被告負責之工作限定於烤爐與排煙管之安裝，而將其餘前甲板修繕工作另委由他人承擔，亦無不可（ebensogut）。由此可知，並非被告所為之全部給付自始（von vornherein）即帶有瑕疵；而是該瑕疵僅存在於作為可分之部分工作（abtrennbares Teilwerk）的烤爐與排煙管架設工作上。之後發生之火災只是偶然地（zufälligerweise）出現於被告所為之其他部分工作。

本案最高法院更將本案與「混凝土槽耐水隔離工作瑕疵案」作比較。該案中，承攬人之給付內容，係應使建物無瑕疵的被建造；而因為給付有瑕疵，致該瑕疵作用於整體建物之上（im Gesamtbauwerk auswirkte）。就是因為在該案中，承攬人之隔離工作未滿足其所預設之目的，才導致後續建物也出現損害。而本案並非該種性質之損害，而是較接近因為違反保護義務而產生之結果損害。亦即因隔離排煙管有瑕疵而導致火災損害，屬於積極侵害契約所生之損害。另縱使在工作受領後始發生損害，而非在執行中發生，對於法律上之判斷並不重要。

就所失利益部分，雖然法院一再宣示其係屬於 635 條瑕疵損害；然而在該等案件中，乃係涉及定作人因為工作具有瑕疵而不能用益所生之不利益。相對於此，本案的所失利益則是因為較遠之結果損害所產生。不能使用所喪失之利益並非因為暖爐的損害所生，而是因為暖爐損害所造成之全部前甲板的繼續損害而生。故於本案中，不能用益之損害益應依積極侵害契約處理。

八、 安裝排水管閘門有疏失致雨水回堵侵害房屋²⁰⁹

被告於 1985 年二月為原告清理其所有房屋下方堵塞的排水管。在 1987 年六月及七月兩次大雨過後，因為管路系統的回堵（Rückstau im Kanalsystem）而使水滲入原告房屋之地下室。原告主張，係被告之受僱人因進行清理工作之必要而將閘門拆除，然在安裝回去時有錯誤，使得閘門無法完全關閉所致。

本案高等法院認為，被告可歸責的瑕疵給付所造成之損害，構成積極侵害契約；原告之損害既非 635 條意義下之瑕疵損害，亦非所謂較近的瑕疵結果損害，因此訴訟上請求（Klageforderung）亦不因 638 條而罹於時效。

蓋根據向來的實務見解，635 條之適用範圍原則上從狹義的損害定義出發，僅包含直接依附於工作上並且因為瑕疵而不能使用、無價值或價值貶損等損害。反之就定做人因瑕疵所受之延伸後果，也就是工作外所生之損害，則依積極侵害契約。在 638 條時效規定之合目的性適用下，最高法院亦將某些瑕疵結果損害列入 635 條瑕疵擔保責任之下，特別是雖然在工作以外，但與瑕疵具有緊密關聯的瑕疵結果損害。而結果損害與瑕疵間始終被肯定存在緊密關聯性之情形，係當工作是指向於，其具體化於某繼續工作之中，在其中形成瑕疵（es dann Mängel hervorgerufen hat）。此外 635 條亦在下列案件中被適用：二手卡車的底盤因為載重拖板有瑕疵之安裝而損壞（NJW 1983, 2440）、因為有瑕疵之機油更換而損壞

²⁰⁹ OLG Stuttgart, NJW-RR 1989, 917.

引擎 (BGHZ 98, 45=NJW 1986, 2307)、因為有瑕疵之防盜設備而造成之竊盜 (OLG München, NJW-RR 1988, 85)。相反地 635 條在以下案例中不被適用，例如因為翻覆的天車而在其他物上造成之損害 (NJW 1969, 838)、因為架子的掉落所造成之其他物上之損害 (NJW 1979, 1651)，或因為排煙管隔離的瑕疵所生之火災損害等 (NJW 1982, 2245)。

以上案例顯示，損害如發生在定作人之物上，而該物並無要經由合於規定之工作完成而被改變，也非作為一個工作之具體化，則只有極例外情形才會落入 635 條之範圍：例如，該工作係完全的 (ausschließlich) 在避免系爭所害之發生，例如前述之更換機油案、防盜設備有瑕疵致珠寶遭竊案等情形。但本案並不屬於種情形，原告並非為了防止排水系統回堵導致淹水，而委託被告製作閘門；而是為了去清除排水管的堵塞。損害並非在工作完成所涉及之法益；產生在原告房屋及家具之損害係處於被告契約上之風險範圍以外。

九、 安裝屋頂有瑕疵致室內天花板受潮²¹⁰

被告為原告搭蓋平屋頂 (Flachdach)，然而因為屋頂不夠密實 (Undichtigkeit)，導致四度漏水 (Wassereinbruch) 進入原告之房屋，致生損害於室內的格紋天花板 (Kassetendecke)，原告起訴請求賠償 9471 元馬克。

本案法院認為，依照最高法院向來之見解，如個案事實依其性質，類似於違反保護義務之案例者，可被評價為積極侵害契約。以上案例可與本案相提並論，蓋本案係因被告可歸責之瑕疵工作導致發生潮濕損害，在個案中所應達到之「個案適當解答 (falladäquaten Lösung)」下，應依積極侵害契約賠償較遠 (間接的) 瑕疵結果損害。其時效依向來的實務見解為三十年。

²¹⁰ OLG Hamm, NJW-RR 1990, 981.

較遠之瑕疵結果損害與較近的瑕疵結果損害之界線，依實務見解，係以給付客體為導向（am Leistungsobjekt orientiert），依照位置去探究。此種觀察方式應用於本案中，將得出原告得依積極侵害契約之規定，請求賠償其為排除該損害而產生之修繕費用（Sanierungskosten）。

第三目 非必然、典型結果

一、 保全裝置有瑕疵致珠寶店遭竊案²¹¹

K 公司經營珠寶生意，一部分高價值之首飾與手錶放在櫥窗中，由被告規劃並安裝之保全裝置保護：外側有實心鋼製金屬牆，而內側則有紅外線接收器及警鈴。然而因為裝置及規劃上有瑕疵，使得該門得以人力拉開，並且繞道避開紅外線警報器而接觸到櫥窗。1981 年九月，K 公司之價值共 339000 馬克之珠寶首飾即因此遭竊，原告保險公司給付 150000 馬克後，乃向被告公司請求賠償。

最高法院回顧過去見解，認為第 635、638 條原則上僅能適用於「直接依附於工作」之瑕疵損害，而同樣是因為瑕疵所造成，但是因有其他事件之介入（erst durch Hinzutritt eines Weiteren Ereignisses）並實現於其他法益之瑕疵結果損害，則不包含在內，其原則上應依積極侵害契約之規定，時效為 30 年。此二者之界線並非「因果」—蓋兩種損害均係因瑕疵所生—，而是「位置」，個案中應特別去探究，損害發生在何處，係在工作本身或是其他法益。此外實務上亦區分「較遠」的瑕疵結果損害與「較近」的瑕疵結果損害，後者就如同瑕疵損害般依照 638 條之短期消滅時效；但此種逾越其基本規定而去適用 638 條之結果損害，只在合理分配風險為必要之情形下出現。此時在瑕疵與損害間存在一個緊密的關聯性即屬必要；惟區別標準，就如同與單純瑕疵損害之區分一般，亦非根據因果，而係以位置作為分類標準。

²¹¹ BGHZ 115, 32=NJW 1991, 2418.



針對本案因為有瑕疵之保全系統所生的損害，如以以上所述之分類標準測試，將會發現，如將該損害如同直接的瑕疵損害對待，並適用 638 條短期時效，是不合理的。蓋實務上，被認定屬於落入 638 條的瑕疵結果損害之案例，係因該工作會具體化在特定之後續工作，故其瑕疵亦會在此一後續工作中出現，例如建築師之設計瑕疵、力學測量師之測量錯誤、地質探測錯誤及對於房屋錯誤的修繕建議等。以上案例與本案是不是可相比擬的。保全系統的規劃與安裝只會具體化在商店區域（Ladenlokal）本身，而不會在被保全之標的物上。因此在瑕疵與結果損害間，缺少了實務上所要求的緊密關聯性。且在合理分配風險之觀點下，適用 638 條亦屬不合理，蓋定作人通常均在數年後遭小偷闖入，利用有缺陷之保全設備得手被保全之標的物時，始會發現該設備有瑕疵。

此外，本案亦不能與前述因有更換機油有瑕疵導致引擎受損案相比擬。蓋換油工作自始就是一亦是位置因素—明確歸屬（Zuordnung）於一特定引擎（Ein mangelhafter Ölwechsel hat von vornherein eine-auch „lokale“- eindeutige Zuordnung zu einem ganz bestimmten Motor）。該工作之瑕疵幾乎是必然且在短時間內（zwansläufig und in kurzer Zeit）就會產生引擎上之損害。而此種情況在本案並不存在。

在有瑕疵之鑑價案例中，最高法院原則上拒絕將第 638 條適用於因為鑑價瑕疵所造成之財產損害。其否認其間具有緊密關聯性，並且認為鑑定人之工作即在於避免因為錯誤價值判斷而造成之後的財產損害，以及鑑定人因其錯誤判斷而侵害主給付義務一事，並不重要。反而是基於適當的利益衡量，斟酌此種案例中，瑕疵所造成之損害通常經長時間後始會出現，並因此鑑定人亦會預見，在長時間過後仍有可能被行使請求權。此外在「買前檢查未驗出標的物係跛腳馬案」中，

最高法院亦指出動物之買前檢查並非能歸屬於一個特定之財產處置 (nicht nur einer ganz bestimmten Vermögensdisposition zugeordnet war), 也可用於其他情形, 因此一個緊密關聯性即不存在。



以上觀點亦可用於評價本案因有瑕疵之保全系統所生之竊盜損害, 並且得出 638 短期消滅時效—在瑕疵結果損害只能例外被適用—不能適用之結論。

二、 飛機油表指示不正確致緊急迫降飛機受損案²¹²

原告為一保險公司, 由其所承保之飛機, 因為被告安裝油箱指示器時連接錯誤, 因此一直顯示為全滿的狀態。飛行員因此在空中滯留過長時間, 而在緊急迫降時發生損害。原告給付 120000 馬克後, 向被告請求賠償。

原審認為, 雖然緊急迫降, 並非油表指示之錯誤所造成的絕對必然果, 但其間仍然構成「緊密的時間上之關聯性 (enger zeitlicher Zusammenhang)」, 而應適用第 638 條之時效。

最高法院則認為, 第 635 條之適用範圍係由較嚴格的損害定義出發, 因承攬契約之瑕疵結果往往在第 638 條之短期時效經過後始出現, 而該結果係相對嚴重, 而在第 635、638 之合目的性解釋下, 該結果不應當落入該條之適用範圍; 反而應依積極侵害契約與其第 195 條之消滅時效。而這表示, 就適用第 195 或 638 條之瑕疵結果損害賠償請求權的界線, 應取決於「給付客體與損害賠償之法益與利益衡量 (an Leistungsobjekt und Schadensersatz orientierte Güte- und Interessenabwägung)」, 透過該衡量, 能合理地在定作人與承攬人間分配時效風險。

²¹² BGH, NJW 1993, 923.



在此一衡量的立場下，當工作係指向於，其具體化於一後續之工作，而損害即在該後續工作中顯露時，最高法院特別肯定瑕疵與損害間存在適用 638 條所需具備之緊密關聯性。實務上，「無形給付的瑕疵（Fehler in nicht verkörpertten Leistungen）」造成的結果損害，而被認定為時效應依據 638 條者，諸如建築師、力學測量師、測量工程師或者鑑定師，其鑑定作為後續規畫或建築之基礎之給付。在有形給付（gegenständliche Leistung），如損害係發生於一個被瑕疵給付直接作用於其上之標的物（wenn die Schäden an Gegenständen eintraten, auf die die mangelhafte Werkleistung unmittelbar eingewirkt hat），此際，原則上在瑕疵與損害間同時存在緊密的、時間上的關聯性（wobei in der Regel zugleich ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Mangel und eingetretenen Schaden bestand）。此種「位置上的關聯性」，特別在以下案例中被肯定，諸如因為安裝雙軸傳動軸有瑕疵，導致在汽車底盤的主樑上發生裂痕；因為更換載重卡車設備過程中有瑕疵，而導致該卡車無法使用，因此所支出之費用，以及因有瑕疵之更換機油工作後產生之引擎損害。

相對的，被認為僅能依積極侵害契約之瑕疵結果損害，諸如「更換熔爐不慎引發火災，致廠房燒毀案」，將鎔爐由瓦斯改為燃油火源，後因導油管爆裂引發之火災損害、「前甲板修繕中，排煙管未確實隔離致船艙起火案」中，因排煙管未按規定隔離，所生之火災損害、「安裝之暖氣有瑕疵致業主房屋發生水損案」中，因暖氣機機殼過薄，無法承受而破裂造成之水損、「架子倒塌致其他物品受損案」中，因未緊密固定而墜落之架子，造成其他法益之傷害及「保全裝置有瑕疵致珠寶店遭竊案」中，因有瑕疵之保全系統，而使他人能進入行竊所生之損害等是。又在區分瑕疵損害與瑕疵結果損害的法律觀點下，這些意外事故結果的賠償請求，亦不能依據第 638 條作為其消滅時效，縱使其係因為工作之瑕疵所引致者，蓋立法者在斟酌第 635、638 條時未將此些情況考量進去。

前述依據積極侵害契約判斷之案件之事實，可與本案相比較。安裝上有瑕疵之油箱指示器並非必然導致本案之損害，因此在向來最高法院實務見解之下，不能被視為是瑕疵之直接結果。亦即有瑕疵之油箱指示器並不像其他儀器，涉及飛行能力（das fehlerhaft reagierende Tankanzeigergerät berührte als solches die Flugfähigkeit der Maschine nicht）。損害係因為飛行員之誤判，即飛行員因信賴該有瑕疵之指示器，未查覺到業經長時間飛行卻仍顯示為全滿的油表可能係有故障，才使得必須進行緊急迫降而產生損害。雖然本案事實上損害與瑕疵間存在時間上的關聯性，但不因此產生不同結論，蓋這種時間上關聯性並非必然地出現。

又本案中，亦不存在一個必須認為瑕疵與損害間存在緊密且直接關聯性，並因此使得損害賠償請求權得依 638 條之短期時效之特別原因。反而是在法益與利益衡量下應認為，本案之意外損害（Unfallschaden）—如同其他案件一樣—應根據較長之第 195 條消滅時效。尤其是一鑒於飛機之燃料儲量通常會給予高度之注意—此種性質之瑕疵是否及何時會被發現，均只是偶然。

三、 備份程式未運作致檔案遺失案²¹³

原告經營眼鏡行及驗光生意（Optikfachgeschäft），其子公司則為生產並銷售隱形眼鏡。原告向被告購買新的電子數據處理器（EDV-Anlage），並且約定被告應安裝「驗光程式（Optikprogramm）」，包含檔案備份軟體（Sicherungsroutine），並將原有資料移轉至新機器之上。在由被告之受僱人安裝上開程式之一年後，1991 年四月原告之硬碟故障，並且嘗試由檔案備份程式中重建資料未果，蓋並未有任何資料儲存其中。原告主張，被告之受僱人於安裝程式後，疏未檢查該程式能否正常運作，乃請求賠償該遺失檔案（Datenverlust）之損害。

最高法院認為，就瑕疵損害與瑕疵結果損害之區分問題，應判斷損害發生於

²¹³ BGHZ 133, 155=NJW 1996, 2924.



何處，係在工作本身或是其他法益。原則上僅有直接依附於工作之損害，始有第 635 條損害賠償請求權之適用。瑕疵結果損害，其係因為其他事件之介入並且實現於其他法益之上（erst durch Hinzutreten eines weiteren Ergebnisses und an weiteren Rechtsgütern realisiert werden），原則上應依積極侵害契約之規定處理。但例外情形，亦即在以合理分配風險為目標所必要之情形下，其消滅時效應依第 638 條處理。特別屬於此種情形者，即在工作瑕疵與結果損害間存在位置上之緊密關聯，因此因瑕疵所生之損害原則上不會經長時間後始出現，並且在利益衡平之考量上，承攬人不須預期其於短期時效業已經過後，仍會被請求賠償，較為公允。實務上，被認為係較近的結果損害而應依第 638 條消滅時效之案例，特別是建築規劃或測量上之瑕疵，因該工作必定會具體化於一後續之工作，而其瑕疵亦會出現於該後續工作中。

惟最高法院認為上開案例，不能與本案相提並論。驗光程式及檔案備份軟體及資料之移轉，係具體化於所有程式、檔案存在於新的數據處理器之硬碟上之現狀，並且其確實亦存在於其上，因此使原告得以如同過去般繼續使用該機器。但本案中，原告所請求者，並非檔案未被儲存在備份磁帶中（Sicherungsbändern）；其所請求賠償者，乃因為檔案遺失本身（Schadensersatz wegen des Verlustes des Datenbestandes selbst）之損害賠償，其如同一個獨立而有經濟價值之法益。此種損害之產生，除了需要硬碟故障外，尚需有其他步驟，例如原告在新的數據處理器上從事工作、未採行其他可能的檔案備份方式，諸如「複製（back-up）」等。不同於「更換機油有瑕疵致引擎損害案」所處理之案例，該案係以一個有瑕疵之機油更換工作，被明確的歸屬於一特定引擎為其特徵；反之本案中被告之工作瑕疵，則並非必然且在短期內就會造成原告檔案之遺失。

如同本案所示，無法擔保使用者會在第 638 條的短期時效內，察覺電腦或程

式個別功能的失靈 (Versagen)；反而是存在著經過長時間後始發生危險，亦即介入一個可被評價為緊急事故之事件。因此在上述的評價之下，原告所主張之損害之可賠償性 (Erstattbarkeit) 不應透過第 638 條予以限制。相反的，本案可與因為保全設備有瑕疵，導致後來珠寶首飾遭竊而發生損害案相比擬，該損害同樣被判斷為係較遠的損害，而應依較遠長的時效處理。同樣地，在有瑕疵之動物買前檢查或土地鑑價案中，縱使該判斷結果 (Stellungnahme) 係要避免之後因為不正確之價值判斷而造成財產損害，最高法院仍不認為其間具有緊密關聯性。因此，原審雖認為，根據契約，有瑕疵之備份程式安裝當然具有避免檔案遺失之目的，但未有近一步之論證即將之列入具有緊密關聯之結果損害，理由並不充分 (kein durchschlagendes Argument)。

第三項 分析說明

1. 以「位置因素」做為區別瑕疵損害與瑕疵結果損害之標準

首先，就瑕疵損害與瑕疵結果損害之區分，係依照「損害之位置」為準，此為德國實務所一再強調者²¹⁴。倘個案中瑕疵所造成之損害，係「工作本身」之損害，例如前述「承攬人建造之房屋有瑕疵案²¹⁵」，承攬人之工作為房屋之興建，該房屋因工作有瑕疵而有倒塌之虞，瑕疵工作與損害均存在於該建物本身。又或者「擴充輸送設備有瑕疵案²¹⁶」，承攬人之工作係「設備之安裝」，惟因工作過程有瑕疵，導致機器設備提前磨損；換言之，造成之損害亦係「設備本身之磨損」。同樣的，在「更換汽車傳動軸，致底盤主樑受損案²¹⁷」與「安裝載重拖板致汽車底盤斷裂案²¹⁸」，倘若認為承攬人之工作，係以「車子正常運行能力之恢復」一而非僅以傳動軸或在中拖板之安裝為限

²¹⁴ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502; BGHZ 98, 45=NJW 1986, 2307.

²¹⁵ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340.

²¹⁶ BGH, Urteil vom 25. 5. 1972 – VII ZR 165/70.

²¹⁷ BGHZ 55, 392=VesR 1971, 639=NJW 1971, 1131.

²¹⁸ BGH, NJW 1983, 2440.

一為內容，則因該等工作有瑕疵導致「車子本身」無法行駛時，即係所謂「直接依附於工作」之「瑕疵損害」；就此向損害，定作人僅能依 635 條請求賠償損害，而其消滅時效則應適用 638 條之短期時效。



反之，遭受損害者並非「瑕疵工作本身」，而是定作人之「其他法益」或「純粹財產」時，即係「瑕疵結果損害」。所謂其他法益，係指工作以外之物，例如，承攬人之工作在安裝暖氣並埋設油管，惟因有瑕疵導致油管漏油而污染土地²¹⁹；瑕疵工作（安裝油管）與受侵害之標的（土地）非屬同一法益；又例如承攬人負責安裝架子於牆上，但因有瑕疵使架子掉落，侵害定作人之吧檯、展示櫃²²⁰；承攬人之工作係「架子安裝」，而受侵害者，則為「吧檯、展示櫃」等其他物品。並且，所謂其他物亦不限於定作人所有，如係第三人所有之物，然因承攬人瑕疵工作導致受有損害，致定作人須對該第三人負賠償義務時，亦屬於此之「瑕疵結果損害」。例如定作人負責安裝大樓之暖氣，而將部分暖氣安裝工作交由承攬人負責；因安裝過程有瑕疵，導致暖氣水管破裂而使「第三人所有之大樓」受侵害²²¹；由於暖氣安裝與大樓分屬不同法益，縱使該大樓係屬第三人所有，惟定作人因此必須以自己之費用為該第三人排除損害，故其所受之損害仍係瑕疵結果損害。又受侵害者為「工作以外之純粹財產」，例如銀行聘請鑑價師評估一筆不動產之價值多寡，以作為放款與否之決定；惟因鑑價上有瑕疵，最終導致銀行無法由該價值非高之不動產獲得清償²²²；本案承攬人所負責之工作內容為「鑑價」，該鑑價雖有瑕疵，惟定作人受侵害而請求填補者，並非該「鑑價工作」本身之損害—銀行並非請求賠償該工作之「價值低落」或「無法利用」—，而係銀行財產之損害，故此損害屬「瑕疵結果損害」。又例如承攬人為馬匹進行檢查，作為定作人

²¹⁹ OLG München, BauR 1990, 736.

²²⁰ BGH, NJW 1979, 1651.

²²¹ BGH, VesR 1962, 480.

²²² BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

決定是否購買之依據；惟因檢查失誤而未發覺該馬已有先天疾病，使定作人以高額之價金卻購買實際上有疾病之馬²²³：承攬人之工作為「檢查」；而因此所造成之損害，亦即定作人所請求賠償者，並非「檢查工作之價值低落、無法使用」，而係「多支出之價金」之單純財產。

準此以言，在德國實務上，承攬契約之瑕疵損害與瑕疵結果損害，並非單純地僅以「受侵害法益」為區別標準，否則「第三人之物」或「純粹財產」受有損害時應如何歸類，即無法充分說明。

2. 「較遠」與「較近」之瑕疵結果損害之區分標準

此外，縱然屬於瑕疵結果損害，仍應再區分為「較遠」與「較近」的瑕疵結果損害，而異其所適用之法律關係。按照實務，應以「該（瑕疵結果）損害，是否與瑕疵具有『緊密關聯』」為準；更具體的說，應以「該損害是否為系爭瑕疵所『必然』、『典型』造成之結果」。如係較近之瑕疵結果損害，仍適用關於瑕疵擔保之規定，僅於較遠之瑕疵結果損害，定作人得依積極侵害契約之規定，適用 195 條之一般消滅時效請求損害賠償。就此兩者之區分，依德國實務所發展出之案例群，可大致區分為「有形工作」與「無形工作」說明：

在承攬人所為者係無形工作時，按照該工作之性質或目的，如係會具體化或實現於「後續之其他工作」時，則一旦該工作有瑕疵，後續工作—非無形工作本身—發生損害則係屬「必然」。例如就房屋興建，負責設計規劃之建築師，雖僅負責設計而未承擔興建建物本身，惟其工作之性質係必然地會實現於後續之建築工作之中；一旦其規劃有瑕疵，則必然地會連帶導致建物上受

²²³ BGHZ 87, 239=NJW 1983, 2078.

有損害²²⁴。相同之情形，亦出現在針對房屋興建所為之力學測量²²⁵，或者就房屋之修繕提供建議²²⁶等是。於該等案型中，瑕疵結果損害之出現，因工作之性質使然，係屬「必然」，故兩者間存在緊密關聯性，屬於「『較近的』瑕疵結果損害」。反之，同樣為有瑕疵之無形工作，惟事後會有「後續損害」之發生，仍取決於定作人之行為或其他事件時，則非該瑕疵之「必然結果」。例如，律師給予錯誤之法律建議²²⁷，惟損害是否出現，則仍須以定作人依該建議從事法律交易後始有可能出現；從他方面而言，律師之法律建議—不同於建築師之建築規劃—並不會因為當事人未依其建議採取行為，而失去存在意義。相同者，鑑價師雖就不動產之鑑價估定錯誤，惟此項工作之瑕疵「不必然」會實現成為損害，蓋是否放款，仍須經銀行從事評估後而決定。又例如針對馬匹之檢查雖有瑕疵未驗出其先天之疾病，惟此項瑕疵，基於「動物之檢查結果有多種使用可能性」，不當然地使定作人因該檢查結果，導致「買受價值低落馬匹」的損害；換言之，「有瑕疵的檢查結果不會僅實現於買賣契約之締結中」，該檢查結果，性質上「不同於建築師之建築規劃、力學測量師之工作，具有獨立之經濟上意義」²²⁸。

倘若承攬人之工作係屬有形工作，則工作瑕疵與損害間是否具有「緊密關聯性」，或者損害是否為瑕疵之「典型、必然」結果，則應視該工作是否係「直接作用於受侵害之標的」上，而此亦是考量客觀上之「位置因素」。具體而言，如「該工作之完成係不可能不涉及該標的物²²⁹」時，則一旦工作有瑕疵，於該標的上發生損害，則為「典型且必然之結果」。例如雙軸傳動軸或載重拖板必定安裝於汽車之底盤，此工作係直接作用於「汽車」此一其他法益之

²²⁴ BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764; OLG München, NJW 1974, 2238.

²²⁵ BGHZ 48, 257=NJW 1967, 2259; BGHZ 58, 85=NJW 1972, 625.

²²⁶ BGH, NJW-RR 1987, 853.

²²⁷ BGH, NJW 1965, 106.

²²⁸ BGHZ 87, 239=NJW 1983, 2078.

²²⁹ Hehemann, Zur Abgrenzung von nächsten und entfernteren Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht, NJW 1988, 801, 805.

上，則一旦安裝有瑕疵，則相連接之汽車主樑或底盤之毀損則係此種工作之必然、典型結果²³⁰。又例如機油之更換工作，其目的無非在潤滑汽機車之引擎而直接作用於其上，故一旦機油之更換過程有瑕疵，引擎潤滑不足而造成損毀，亦係必然之結果²³¹。又或者替馬匹釘馬蹄鐵之工作，如因裝釘過程有瑕疵，造成馬匹感染，亦為典型之風險²³²。反之，無論係安裝防盜設備²³³，或者係飛機油表之安裝²³⁴，均非直接作用於該標的物上，珠寶遭第三人竊盜或飛機因此必須緊急迫降所造成之損害，仍需待其他事件，例如竊賊之行為或飛行員之誤判始可能發生；換言之，此種損害並非該等工作有瑕疵所「必然發生」者。

應特別說明者係，之所以就「必然、典型」出現之瑕疵結果損害，令定作人僅得依瑕疵擔保之規定，於第 638 條所定之期限內行使權利，其「正當化基礎」在於，該種損害原則上「會於短時間之內具體化²³⁵」，定作人應有機會於短時間內行使權利。而由此亦不難發現，德國實務一方面有感於第 638 條之時效—特別是六個月之消滅時效—過於短促，個案中往往造成不公平之結果；他方面又顧慮第 195 條三十年消滅時效過長，幾乎等同於永不罹於時效。此種考量「定作人保護」與「法安定性之維持」的折衝，可由實務判決一再地闡明：「請求權時效究應適用 638 條短期時效，抑或是 195 條一般時效，則必須...在定作人與承攬人間合理地分配時效風險決定之²³⁶」看出。基於此，始特別創設「瑕疵工作必然作用於標的物上，從而標的物之損害原則上會立即顯現」的「較近的瑕疵結果損害」概念，試圖藉此平衡保護雙方之利益。

²³⁰ BGHZ 55, 392=NJW 1971, 1131; BGH, NJW 1983, 2440.

²³¹ BGHZ 98, 45=NJW 1986, 2307.

²³² OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1083.

²³³ BGHZ 115, 32=NJW 1991, 2418.

²³⁴ BGH, NJW 1993, 923.

²³⁵ BGH, NJW 1993, 923; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1083.

²³⁶ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502; BGH, NJW 1983, 2440; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1083.



3. 個別損害項目

而不論係瑕疵損害或瑕疵結果損害，凡定作人因此所支出之費用，例如修補費用、另行尋找替代物之費用，亦或者其所失利益等，皆為定作人所受之「個別損害項目」；此損害項目「並不涉及瑕疵或瑕疵結果損害之分類」。詳言之，倘承攬人為定作人所建之房屋有瑕疵，依上所述，房屋及工作本身之損害係「瑕疵損害」，則定作人為此項瑕疵損害所支出之金錢，例如聘請專家鑑定瑕疵之所在、支出修繕費用、另行承租房屋以及喪失之租金等損害項目，皆應依 635 條請求損害賠償，而不再去探究其緊密關聯性或者此損害項目之「位置」。反之，承攬人如係修繕船隻之甲板，惟因瑕疵導致船艙受有損害，且兩者間無緊密關聯性而屬於「較遠之瑕疵結果損害」時，定作人因為「修繕船艙」而支出之費用、船隻無法使用之所失利益，則應依積極侵害契約請求賠償²³⁷。亦即，各別之損害項目本身並不歸屬於瑕疵損害亦或瑕疵結果損害；真正決定損害之性質者，為因瑕疵所被侵害之標的物。準此，實務判決曾就「鑑定費用²³⁸」、「防止損害繼續擴大所支出之費用²³⁹」或者「租金損失²⁴⁰」等認為，其與瑕疵工作間具有「緊密關聯性」，應有誤解；其所謂緊密關聯性，應解為「因果關係」之概念，亦即該等損害項目係「『因』瑕疵或瑕疵結果損害」所造成而得請求賠償者，始屬合理。否則豈非謂在欠缺緊密關聯性之情形，定作人為自己其他法益所支出之鑑定費、修補費用或租金損失等，皆不得請求？

另如定作人之損害係「責任義務損害（Haftpflichtschäden）」，亦即因為標的

²³⁷ BGH, NJW 1982, 2244.

²³⁸ BGHZ 54, 352=NJW 1971, 99; BGHZ 72, 257=NJW 1979, 214.

²³⁹ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340; BGH, NJW 1969, 1710.

²⁴⁰ BGH, Urteil vom 25. 9. 2003--VII ZR 357/02.

有瑕疵，致遭到第三人之追索求償（Regreß）。此時，其向承攬人求為賠償之依據，應視「該第三人所遭受之損害，如係發生於定作人，其應依第 635 條抑或積極侵害契約向承攬人求償」而定²⁴¹。具體而言，例如定作人負責擴建第三人所有之大樓，而將其中之耐水隔離工作交由承攬人施作；卻因該工作有瑕疵，導致該大樓受有損害。此時損害係發生在「工作以外之標的」，即擴建工作本身以外之既有樓房之上；惟因該工作係直接於該樓房上實施，其間具有緊密關聯性；此項損害倘係發生在定作人自身，則其向承攬人請求賠償諸如修理費用等損害之依據，為承攬瑕疵擔保之規定，從而定作人就此項「對第三人支出費用之損害」，即應依第 635 條求為賠償²⁴²。又例如，定作人將承攬人所建之住宅（Wohnanlage）移轉所有權予買受人 R，R 將之出租予承租人後，因為系爭住宅外牆之粉刷不完全，導致房屋受有潮濕損害（Feuchtigkeitsschäden）。出租人因此向 R 請求減少租金；R 乃就一共 4488 歐元之租金喪失（Mietausfall）之損害向定作人求為賠償。定作人賠償後，就系爭損害轉向承攬人索賠。由於損害係即係該瑕疵工作，亦即房屋本身，故系爭租金減少之損失，如發生在定作人身上，依上所述，應為典型之瑕疵損害；誠如最高法院所認，系爭損害縱係先在 R 身上產生，後始因遭受 R 之追索而於定作人處發生，仍不能改變該損害之性質；蓋其若未移轉而自任出租人出租自有房屋，亦會因為其承租人請求減少租金而受有同樣之損害²⁴³。故就遭 R 索償之損害，定作人仍應依瑕疵擔保之規定向承攬人求償。

反之，如定作人係為第三人所有之房屋安裝暖氣，其中一部份之暖氣委由其承攬人安裝；但因安裝上之瑕疵，暖氣水管破裂，使第三人之房屋遭受損害。此項損害，因係發生在其他法益上，又欠缺上述之緊密關聯性，則此損害如

²⁴¹ BGB-RGRK/*Glanzmann* § 635 Rn. 53; STAUDINGER/PETERS § 635 Rn. 58; MünchKommBGB/*Soergel* § 635 RdNr. 53.

²⁴² BHG, NJW 1970, 421.

²⁴³ BGH, Urteil vom 25.9.2003—VII ZR 357/02.

係發生在定作人自身時，其應依積極侵害契約之規定向承攬人求償；故定作人受第三人賠償之請求後，就此項責任義務損害，係依積極侵害契約之規定，向承攬人求償²⁴⁴。



4. 賠償修補費用之說明

定作人因排除瑕疵所支出之必要費用，亦涵蓋在 635 條之損害賠償範圍內，並無爭議²⁴⁵。最高法院強調，此一請求權與 633 條第 3 項之修補費用返還請求權，性質並不相同。前者並非涉及 (geht auf) 契約的履行，而只是使定作人處於如同承攬人完成無瑕疵工作的狀態 (stellt den Besteller lediglich so, wie wenn der Unternehmer das Werk ohne die Mängel hergestellt hätte)²⁴⁶。在要件上，損害賠償請求權以承攬人為可歸責為必要，修繕費用返還請求權則否。因此，承攬人依照 635 條相較於 633 條，對瑕疵負較嚴格之責任應屬合理。從而，定作人可以自己之費用使工作物回復至合於契約約定之狀態，並以此費用作為損害請求賠償，而不受到承攬人依 633 條第 2 項第 2 句：「排除瑕疵須不合比例之費用者，承攬人得拒絕」之影響²⁴⁷。

且修補費用賠償，得在瑕疵被排除之前請求，因此一亦不同於 633 條第 3 項修補費用之返還一別無「預付 (Vorschuß)」請求權²⁴⁸；且不以定作人將該賠償之金錢事實上用於修補為必要：「加害人藉由金錢賠償損害履行其義務，對於被害人別無其他請求權；被害人如何使用系爭賠償金錢，與其無涉 (ohne Belang)」²⁴⁹。實務明白宣示，被害人就系爭賠償費用，具有「處置

²⁴⁴ BGH, VesR 1962, 480.

²⁴⁵ BGH, VesR 1962, 1062; BGH, VesR 1964, 516.

²⁴⁶ BGH, VesR 1962, 1062。

²⁴⁷ BGHZ 59, 365=NJW 1973, 138; BGH, VesR 1962, 1062.

²⁴⁸ BGHZ 61, 28=NJW 1973, 1457.

²⁴⁹ BGHZ 61, 28=NJW 1973, 1457.

之自由 (Dispositionsfreiheit)；縱在訴訟繫屬中，被害之定作人仍尚未收到排除瑕疵必要之費用即移轉標的物所有權，從而無法從事修補時，仍得請求是項賠償²⁵⁰。例如，承攬人為定作人所有之廠辦鋪設地磚，工程費用共 76691 馬克；惟因工作有瑕疵造成定作人受有損害，定作人拒不付款，並向承攬人請求 135802 馬克之損害賠償；惟在訴訟進行中，系爭廠辦因強制執行之拍賣而移轉於第三人。對此，最高法院認為，被害人應如何使用修理費用，屬於其「處置之自由」；依此見解，被害人在收受系爭賠償前是否移轉標的物所有權，不能影響其受償之權利；反而得將未修補之標的物移轉，在請求對其而言係屬「虛擬 (fiktiv)」之修繕費用賠償。而此一見解，更是在避免妨礙定作人對其所有標的物之處分權；甚至在承攬人知悉定作人有移轉工作之計畫時（此係頗為常見之情況），藉故拖延賠償之時機，以減省其賠償之金額²⁵¹。

如果定作人「未實際支出修理費用」，但係因在給付連鎖 (Leistungskette) 之情形中，次承攬人完成之瑕疵工作，於承攬人交付予定作人後，因為時效完成之緣故，定作人未能向承攬人求償；此時承攬人能否像次承攬人主張其工作有瑕疵，而請求損害賠償？對此，最高法院認為，承攬人之損害，應依「損益相抵 (Vorteilsausgleich)」之法理，扣除其免向定作人賠償之金額²⁵²。該案中，業主 (Bauherr) 將大樓之興建交予統包商 (Generalunternehmer) 負責，其中就窗子的提供與安裝委由 B 負責，B 復又將此項工作轉由被告實施。其後發現窗子之安裝有瑕疵，惟業主對統包商以及統包商對 B 之瑕疵請求權均已離於消滅時效。B 將其對於被告之損害賠償請求權移轉予原告，原告乃就排除瑕疵之「預估 (geschätzt)」費用共 368698 歐元向被告求償。

²⁵⁰ BGHZ 99, 81=NJW 1987, 645.

²⁵¹ BGHZ 99, 81=NJW 1987, 645, 647.

²⁵² BGHZ 173, 83=NJW 2007, 2695. 由於本案中之承攬契約係締結於 1996 年七月，依「民事法律適用法 (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche)」第 229 節第 5 條第一句「2002 年一月一日前所產生之債之關係，應適用當時有效之規定」，故應適用當時之舊民法。



對此，最高法院認為，B 在經濟上觀察（wirtschaftlich gesehen）並未因為瑕疵而在結果上遭受任何財產上之不利影響，蓋其並未遭受其債權人主張權利。而此項財產上不利影響之「減少」或「排除」，在損害賠償法上，應依據損益相抵予以顧慮。最高法院認為，本案中的承攬人 B 僅係作為在承攬契約「給付連鎖」中之「中繼站（Zwischenstation）」，工作給付係經由其與統包商而達於業主，業主乃因該給付在經濟結果上獲益之對象，同時亦是因給付有瑕疵而受損者。而由於在此種契約架構下，基於債之相對性，業主不得直接向最終端之次承攬人求償，故 B 乃作為其究責之對象（mit Mangelfrage befasst wird）。從而，其是否受有損害以及損害之多寡，取決於其前手向其求償之範圍。在此種情形下，當其前手已終局地無法向其行使請求權而使其受有利益，在誠信原則之考量下，此項利益應移轉於被告²⁵³。

惟此一見解引來學說上不少批評，蓋其明顯與前述最高法院所承認之「處分自由」相矛盾。蓋此種見解毋寧係認為，定作人未將受償之瑕疵修補費用實際用於排除瑕疵時，係屬獲有利益；但他方面最高法院卻又允許定作人請求「虛擬的」修繕費用，而不以實際用於修繕為必要。除非最高法院明確地放棄處分自由原則，否則此一論理明顯不一貫²⁵⁴。此外，該「利益」係因賠償權利人透過自身之行為（auf der Initiative des Erssatz）berechtigten beruhen）一亦即迄至時效經過時均保持沉默（stillhalten）而不清償債務一所獲致，無異於與定作人事先訂有「放棄瑕疵擔保」之約定，從而不負任何修繕義務之情形。從而此一利益自應歸屬於賠償權利人之領域（Sphäre）而非賠償義務人²⁵⁵；亦即此項「業主無法行使請求權」之利益存在於其與承攬人間之法律

²⁵³ BGHZ 173, 83=NJW 2007, 2695.

²⁵⁴ Schieman, Vorteilsanrechnung beim werkvertraglichen Schadensersatz, NJW 2007, 3037, 3039; NK-BGB/Raab § 636 Rn 57.

²⁵⁵ Schieman, Vorteilsanrechnung beim werkvertraglichen Schadensersatz, NJW 2007, 3037, 3038.

關係，與損害事件之發生，即瑕疵工作給付，欠缺必要之關聯性（Kausalzusammenhang），應無從主張損益相抵²⁵⁶。



第五節 比較：買賣契約下之瑕疵損害與瑕疵結果損害

瑕疵損害與瑕疵結果損害之區分，不僅在承攬契約有之，在買賣契約亦然。463條規定：「如買賣標的物缺少締約時保證之品質，買受人得不解除契約或減少價金，而請求因不履行之損害賠償。出賣人故意隱匿瑕疵者，亦適用之。」所指「因不履行之損害」，依照向來實務見解，原則上係指因買賣標的物有瑕疵所生之「瑕疵損害」或「直接損害（unmittelbarer Schaden）」²⁵⁷；亦即標的物本身，直接因為不履行所生之損害（hinsichtlich des in der Kaufsache begründeten, sich unmittelbar aus Nichterfüllung ergebenden Schadens）。實務上認為屬於瑕疵損害之具體損害項目，例如因為買賣標的物有瑕疵，而產生之修理費用及替代行為之費用、為判斷瑕疵而支出之鑑定費用（Gutachterkosten）—蓋其為瑕疵之必然結果，與排除瑕疵有直接關聯—、標的物技術性及交易性貶值、使用利益喪失（Nutzungsausfall）及所失利益等是²⁵⁸。本條為買賣契約中，因物有瑕疵造致買受人損害之特別規定，凡於本條適用範圍內，排除一般規定，特別是積極侵害契約責任之適用²⁵⁹。

反之，因瑕疵而在其他法益或其他財產，而非買賣標的物本身所生之損害，則屬「瑕疵結果損害」，或「間接損害（mittelbarer Schaden）」，此應依積極侵害契約

²⁵⁶ NK-BGB/Raab § 636 Rn 57.

²⁵⁷ Soergel-Huber(1991) Anh. §463 Rz. 21. 12. Aufl. 例外情形，特別是出賣人保證買賣標的物具有一定品質時，如經由解釋該品質保證之射程（Tragweite），可認為不僅在保證使買受人能無障礙的使用標的物，更具有保證買受人防免發生瑕疵結果損害之目的時，則可認為就該瑕疵結果損害，亦在 463 條之賠償範圍內。Vgl. BGHZ 50, 200=NJW 1968, 1622.

²⁵⁸ Erman-H. Weitnauer, BGB, 10. Aufl., Vor §459 Rnz 45ff.; MünchKommBGB/H. P. Westermann § 463 RdNr. 45; BGHZ 77, 215=NJW 1980, 1950, 1951; BGH, NJW 1978, 2241, 2242.

²⁵⁹ BGB-RGRK/Metzger(1974), §462, Rn. 6; MünchKommBGB/H. P. Westermann § 463 RdNr. 34. Soergel/Huber(1991) Anh. §463 Rz. 21. 12. Aufl. BGHZ 77, 215=NJW 1980, 1950, 1951; BGH, NJW-RR 1996, 951.

之規定求償。因買賣標的有瑕疵而侵害買受人其他法益之典型案例，諸如原告向被告買受柴油暖氣機，作為溫室加熱之用，但因該暖氣有瑕疵，而使溫室之植物受凍而死。就此項損害，係屬瑕疵結果損害，應依積極侵害契約之規定求償²⁶⁰。又或是，經營交通行的原告，向被告訂購防凍劑（Frostschutzmittel）用於其所有之客車上；惟因該防凍劑有瑕疵，導致四輛客車之引擎損壞；就此項損害，亦應依積極侵害契約之規定處理²⁶¹。

在買受人將有瑕疵之買賣標的物加工於第三人之財產上，卻因有瑕疵致使第三人向買受人行使賠償請求權；又或者買受人係將瑕疵物轉賣於第三人後，第三人將之加工於自己或他人之財產上，而因此受有損害，並轉向買受人請求賠償該損害。在此種情形，買受人因為賠償該第三人而受之財產損害，依實務見解，係產生在買受人其他法益上之間接損害，應依積極侵害契約之規定。例如，經營染料工廠之原告，向被告進口某種較耐水的原料 R，詎料被告卻給付外觀一模一樣，但含石灰成分較高，易為水所分解的原料 A。原告並以之粉刷塗於第三人之外牆上，惟三十日過後即通通脫落並在牆上留下痕跡。原告遭第三人賠償後，轉向被告求償。最高法院認為，原告所以請求賠償，並非因為 A 原料相較於 R 原料價值較低，而係因使用該標的物，使其顧客遭受損害並向其請求賠償，此種損害應屬間接損害，應依積極侵害契約之規定²⁶²。又例如，買受人經營建材公司，向出賣人進貨一批紅磚（Klinker）；此批紅磚由買受人轉賣於第三人後做為建築管路（Kanabau）之用；但因該批紅磚有瑕疵，遇水後產生大範圍分解，使該第三人需拆除該以紅磚而蓋之管路並重新鋪設，就此項支出之費用向買受人求償 6 萬餘馬克；買受人賠償後，就該金額再轉向出賣人請求賠償。最高法院認為，此項損害係涉及在買受人「其他財產上間接所生之」瑕疵結果損害，應依積極侵害契約

²⁶⁰ BGHZ 60, 9=NJW1973, 276, 277.

²⁶¹ BGHZ 66, 315=NJW 1976, 1505.

²⁶² BGH, BB 1967, 433.

之規定求償²⁶³。

此外，就「無益支出 (vergebliche Aufwendungen)」，實務見解亦認為應依積極侵害契約之規定求償。例如，被告向原告訂購製造兒童用腳踏車所需之輪子及輔助輪 (Laufräder und Stutzräder)；嗣因被告遲不付款，原告乃起訴請求給付價金。對此，被告主張係因原告給付之輪子有瑕疵而無法使用，乃以損害賠償請求權抵銷買賣價金。本案中，最高法院認為，由於原告給付之有瑕疵輪胎，導致被告製造之兩千餘輛腳踏車亦屬有瑕疵，被告因為用於購買其他材料與付出工資等無用支出 (nutzlose Aufwendungen) 而受有「超過瑕疵損害之財產上損害 (Vermögensschaden, der über den bloßen Mangelschaden hinausgeht)」，而係屬瑕疵結果損害，應依積極侵害契約求償²⁶⁴。

就如同承攬契約一般，某項損害究竟屬瑕疵損害或瑕疵結果損害，亦即，某項損害究係「在標的物本身所生」或者是於「標的物以外所生」，在買賣契約中亦輒生爭議。特別是當買受人將買賣標的物投入使用或加工後，因原料（即買賣標的物）有瑕疵而需更換或修復整體物件，因此所生之費用，究竟係「直接因為瑕疵所導致之」瑕疵損害，抑或是其間接所致之瑕疵結果損害？例如，原告因承攬建造體育館之木板地板 (Holzfußboden) 之需，向被告購買夾心木板 (Spanplatten) 鋪設於地面，再由第三人於其上鋪設 PVC。後因該木板係以瑕疵，發生大規模龜裂，原告乃以自己之費用購買其他款式之木板雇工鋪設，支出修理費用共 12 萬餘馬克。對此，最高法院認為，原告所主張之損害並非涉及 (betreffen) 有瑕疵之木板本身，而是涉及由該木板所建造之木板地板，該地板整體因使用不合格之木板而有瑕疵的被建造，就其修補及鋪設 PVC 之費用，屬原告其他財產之支

²⁶³ BGH, NJW-RR 1996, 951.

²⁶⁴ BGH, BB 1989, 517.

出，故為瑕疵結果損害²⁶⁵。同樣地，買受人購買一批乾水泥（Trockenmörtel），作為建物外層塗料（Außenputz），但因出賣人運送過程滲入其他雜質，導致該水泥加水後過度膨脹，造成牆壁塗層出現裂痕，買受人為此支出修補費用六萬餘馬克，就此費用向出賣人求償。最高法院認為，此項費用亦屬瑕疵結果損害²⁶⁶。或者買受人為幫業主裝潢之需要，向出賣人購買黏著劑將木板黏貼於屋頂，但因該黏著劑有瑕疵，最終木板鬆脫掉落，買受人支出之修理費，亦屬瑕疵結果損害²⁶⁷。

但在另一案中，買受人購買土地作為建築房屋之用，但該土地有管線穿過，致買受人所興建之房屋出現裂痕而需修補暨受有價值貶損，以及後續建築計畫因此瑕疵而延宕等損害。最高法院認為，該建物上之損害，以及其他財產上之損害，乃係該瑕疵建地直接所生之損害，僅能依瑕疵擔保之規定求償²⁶⁸。

但瑕疵損害與瑕疵結果損害的區分問題，在買賣契約與承攬契約中所代表的意義並不相同。蓋倘出賣人對於瑕疵給付（僅）有過失時，其應否負損害賠償責任之關鍵即在於，其侵害的是否為「瑕疵結果損害」，蓋此時應適用的是積極侵害契約，以過失為要件；反之承攬人就瑕疵所造成之損害，無論性質如何，均以過失為必要。此外，買賣契約中，縱使買受人依積極侵害契約請求瑕疵結果損害之賠償，其消滅時效仍應適用 477 條之短期消滅時效；但在承攬契約中，實務見解則創造出「較近、較遠的瑕疵結果損害」，而後者是用 195 條一般消滅時效²⁶⁹。更重要者是，某些損害項目，其係因「買賣標的物瑕疵」抑或是「承攬工作瑕疵」所生，將可能被判斷為不同性質的損害。詳言之：

出賣人之積極侵害契約責任，以有過失為必要，與瑕疵擔保係無過失責任不同；

²⁶⁵ BGHZ 77, 215=NJW 1980, 1950, 1951.

²⁶⁶ BGH, NJW-RR 1994, 602.

²⁶⁷ BGHZ 50, 200=NJW 1968, 1622.

²⁶⁸ BGH, NJW 1965, 532.

²⁶⁹ Soergel/Huber Anh §463 Rz. 40a; Erman-H. Weitnauer, BGB, 10. Aufl., Vor §459 Rnz 46.

出賣人之義務違反行為乃是「有過失地提供有瑕疵之物」，而應就結疵結果損害負賠償責任²⁷⁰。惟在時效方面，與承攬契約迥然不同的是，只要是因瑕疵所生之損害，縱買受人依積極侵害契約請求賠償，其消滅時效亦應適用 477 條之規定，即自危險移轉時起，買賣標的物為動產時六個月，為不動產時一年時效消滅；而非依 195 條之三十年一般消滅時效。對此，最高法院特別強調，477 條之目的在於盡速回復法律秩序之和平，無論潛在的瑕疵能否在該短期時效內能否被發現；此點對於瑕疵結果損害亦同，縱使原則上瑕疵結果損害對於買受人而言均係造成更嚴重、不利之負擔，亦無法證立其應與瑕疵損害作不同處理之正當性²⁷¹。

此外，當買受人有權利遭受侵害時，亦得依侵權行為 823 條第一項之規定請求賠償損害，且消滅時效依 852 條，而非 477 條之短期時效²⁷²。有問題者為，當買賣標的物本身有瑕疵而造成支出修理費用等損害時，買受人能否另依侵權行為，特別是依據 823 條 1 項之「所有權侵害」請求賠償？德國實務上著名之 Schwimmerschalter（浮球開關案）²⁷³中，原告向被告買受清潔設備，但該設備中有油污而引起火災，而該浮球開關因為有瑕疵而未能及時關閉電源，最終使該設備毀損。本案中，原審引用前開 BGHZ 39, 366=NJW 1963, 1827 案，認為該瑕疵自始即存在於整體標的物上，該物自始即因瑕疵而呈現無法使用之狀態，不構成所有權侵害；然最高法院否定原審此項見解，反而認為，基於「功能性區分（funktionelle Begrenzung）」，買受人已取得了「其餘部分無瑕疵之設備所有權」，其所有權因瑕疵部分（即該開關）而受侵害，亦即自始即存在之「有限瑕疵（begrenzter Mangel）」在所有權移轉後「繼續侵蝕（Weiterfressen）」，而嗣後蔓延至整體標的物。另外最高法院強調，此項見解的重要之處在於，當被害人欲保留標的物而支出修理費用，卻因瑕疵擔保在「保證品質」以外別無損害賠償之規

²⁷⁰ BGHZ 77, 215=NJW 1980, 1950; BGH, NJW-RR 1994, 601.

²⁷¹ BGHZ 66, 315=NJW 1976, 1505; BGHZ 77, 215=NJW 1980, 1950, 1951f.

²⁷² BGHZ 66, 315=NJW 1976, 1505.

²⁷³ BGHZ 67, 359=NJW 1977, 379, 380f.

定，而積極侵害契約之適用又以侵害其他法益為前提，如排除買受人之侵權行為請求權，將可能因此落於嚴重的無救濟狀態（*wegehend rechtlos gestellt würde*）。

最高法院嗣後在另一案中重申此項見解，該案中，原告向被告買受一台二手跑車，但因該跑出配備不相符的輪胎，導致造成該車發生意外而使原告支出修理費用。最高法院首先指出，此項損害係單純地「不履行損害」，已罹於 477 條之短期時效；針對侵權責任，則引用前述浮球開關案之見解，認為該車雖然於所有權移轉時即有瑕疵，惟該瑕疵僅存在於後輪，跑車其餘部分仍為完整而有價值之財產標的物；嗣後始實現（*sich realisieren*）相對於瑕疵係別一且不同程度之損害（*ein im Vergleich zu diesem Mangel anderen und ungleich höheren Schaden*），應肯認構成所有權侵害²⁷⁴。

第六節 學說見解

第一項 635 條應涵蓋所有承攬瑕疵所生之損害

第一款 基本見解

此說基於 635 條性質上係屬「承攬契約中之不完全給付」，為總則之特別規定；因此凡與工作瑕疵有因果關係之損害，自均落入本條之適用範圍。此說之論點如下：

1. 相較於買賣契約瑕疵擔保之損害賠償請求權，本條係屬積極侵害契約之明文規定²⁷⁵：

²⁷⁴ BGH, NJW 1978, 2241.

²⁷⁵ *Laufs/Schwenger*, Der Schadensersatzanspruch des Bestellers beim Werkvertrag: Inhalt, Verjährung Beweislast, NJW 1970, 1817ff.; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht 26 Aufl.(2001), S. 234f.

積極侵害契約學說係根源於「過失理論 (Lehre von der culpa)」，即債務人有義務，「完全 (vollständig)」實現依債之關係所賦予其之給付義務；就其義務之不履行，應就故意或過失負其責任。亦即債務人必須盡其謹慎注意 (Sorgfalt) 以履行債務，就其可歸責的疏忽應賠償全部受損害之利益。

在此觀點下，學說上乃比較買賣與承攬瑕疵擔保損害賠償之規定，而得出 635 條實係不完全給付規定之明文：蓋 463 條規定：「如買賣標的物於買賣之時點欠缺被保證之品質，買受人得請求因不履行之損害賠償，以代減少價金或解除契約。出賣人惡意隱匿瑕疵時，亦同。」其不以過失為要件 (ohne Rücksicht auf die Schuldfrage)，因此僅能謂係買受人之「輔助救濟手段 (ädilizische Behelfe)」，並不因此排除其他「以過失為要件」之瑕疵履行所生義務違反的法律效果 (nicht aber die weiteren Rechtsfolgen der auf schuldhafter Pflichtverletzung beruhenden mangelhaften Erfüllung beseitigt)。相較之下，承攬契約 635 條之規定，與積極侵害契約之原則則極為相似，均係以過失為要件，可視為是積極侵害契約之特別規定，瑕疵結果損害因此可被認為已被 635 條所規範。從而，只要是因瑕疵所引起之固有利益之侵害，皆應適用本條之規定；且就此部分，排除積極侵害契約之適用 (Das Institut der positiven Vertragverletzung bleibt insoweit entbehrlich)。

2. 依 635 條之文義，係涵蓋所有因「不履行契約」所生之損害：

Medicus 認為 Larenz 的學說及實務判決區別損害之性質，導致了及其累贅的區分困難 (überaus lästige Abgrenzungszweifeln)。從前述 463 條與 635 條之比較，更可認為承攬契約之瑕疵損害賠償應包含瑕疵與瑕疵結果損害賠償請求權。蓋 635 條所賠償者，乃承攬人「因不履行契約」—亦即給付瑕疵工作—

所造成定作人之損害；承攬人必須回復定作人至「如同承攬人有符合約定—即無瑕疵—地履行義務」時財產上之應有狀態，則一旦定作人係取得無瑕疵之工作時，不僅瑕疵損害，連同瑕疵結果損害亦將不會發生；換言之，換言之，凡與瑕疵工作有因果關係（kausal）者，皆為本條所涵蓋²⁷⁶。據此，實務判決無根據地將 635 條之適用範圍予以限縮，係屬恣意（willkürlich）；藉由積極侵害契約來「瓜分」 635 條—法已明定之—損害賠償範圍，皆已經構成了「法之修正（Korrektur des Gesetzes）」²⁷⁷。

3. 638 條短期消滅時效立法意旨之貫徹：

又立法者特別規定 638 條短期消滅時效，其目的有二：使「受領工作之時點是否已存有瑕疵」之爭議在一段時間後止息；並藉此保護承攬人，使其僅在一定時間內有遭受到瑕疵請求權訴追（Rückstellung）之風險。就第一點，很明顯地，無論損害係「瑕疵損害」或「瑕疵結果損害」，皆有同樣適用短期時效之必要，蓋兩者均係因「受領工作時有瑕疵」所發生之損害。就第二點而言，承攬人甚至就「瑕疵結果損害」更需要予以高度保護，蓋相較於嚴格意義下的履行利益，瑕疵結果損害對於定作人其他財產造成的損害，通常數額極高且難以計算²⁷⁸，蓋相較於履行利益，無可預見的結果損害更難於估算（die unabsehbaren Folgeschäden lassen sich viel weniger kalkulieren als das Erfüllungsinteresse im engeren Sinne）²⁷⁹。況且，在因果關聯上較遠的損害，其時效反而較因果關聯進之損害為長，換言之，較難以估算之損害卻反而更易獲得賠償，亦與相當因果關係之評價基礎相悖（widersprechen den

²⁷⁶ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht 26. Aufl. (2001), S. 235.

²⁷⁷ Medicus, Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968(Siebeck), S.319, 322f.

²⁷⁸ Medicus, Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968(Siebeck), S.319, 326.

²⁷⁹ Laufs/Schwenger, Der Schadensersatzanspruch des Bestellers beim Werkvertrag: Inhalt, Verjährung Beweislast, NJW 1970, 1817, 1818.

Wertungsgrundlage der Adäquanztheorie) ²⁸⁰。



第二款 批判與修正見解

依照上述學說，635 條既係作為承攬契約中不完全給付之特別規定，則非依債之本旨之給付，亦即工作物瑕疵所引發之所有損害，其消滅時效亦均落入 638 條所定之六個月、一年或五年之短期時效中²⁸¹。

此說固然明確而可使承攬契約之「瑕疵損害」與「較遠、較近的瑕疵結果損害」之爭議從此畫下句點，但其所付出的代價卻是相當可觀的。亦即，被害人隨時可能因「隱藏的 (unerkenbar)」瑕疵而發生損害，但此時卻早已過了「自工作交付時起」後的短期時效。例如前述之「保全裝置有瑕疵致珠寶店遭竊案²⁸²」中，定作人財物遭竊時已距防盜警鈴裝置後超過六個月，惟唯有在事故發生時定作人方有可能認識系爭瑕疵之存在，如此一來，將導致「令人無可忍受 (kaum verwunderlich)」之結果²⁸³。不僅如此，在「無形工作」之情形，例如前述「鑑定不實致銀行無法完全受償案²⁸⁴」中，如適用六個月短期時效之結果，不但是定作人就該「隱藏的」工作瑕疵—不動產價值估價錯誤—自始沒有請求賠償之機會，更因為損害不屬於「權利」遭受損害，並未落入民法 823 條侵權行為所列舉之「生命、身體、健康、自由、所有權及其他權利」等「絕對權²⁸⁵」之清單內而無從行使權利。Medicus 雖然正確地指出，真正之問題既出在 638 條此一內容「不適宜 (unangemessen)」之消滅時效規範，即應該針對本條作修正，而非借道 (auf dem Schleichweg) 於積極侵害契約；亦即唯有針對「病灶」作修正，始可以有說服

²⁸⁰ Medicus, Schuldrecht II BT(1999), 9. Aufl., Rn. 377.

²⁸¹ Medicus, Schuldrecht II BT(1999), 9. Aufl., Rn. 375; Medicus, Bürgerliches Recht(1984), Rn. 353f.

²⁸² BGHZ 115, 32=NJW 1991, 2418.

²⁸³ Ackmann, Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach § 638 BGB, JZ 1992, 670, 675.

²⁸⁴ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

²⁸⁵ Medicus, Schuldrecht II BT(1999), 9. Aufl., Rn. 806ff.

力的理由得到令人信服的結論²⁸⁶；惟其並未指出就此消滅時效之內容應惟如何之修正。因此，此種單純以 635 條之文義或規範內容包含所有瑕疵所生之損害，而遽認消滅時效應適用 638 條之見解，幾乎「後無來者」²⁸⁷。



另一方面，實務判決正是意識到上述的嚴重後果，而為防免其發生，才因此創設「瑕疵結果損害」之概念；聯邦最高法院更在其判例中一再針砭此說之缺點：貫徹此說的結果將會是，契約上的損害賠償請求權在損害形成之前即已罹逾時效；這是無法忍受且也是立法者所不願的。蓋立法者係基於，瑕疵至少會在 638 條所定期間內可得發現 (erkennbar werden)；其有鑑於此，才就不同之工作標的區分不同之時效期間，並規定因建築物所生之瑕疵擔保請求權五年後始罹於時效²⁸⁸

因此，多數支持 635 條應涵蓋所有瑕疵所生之損害之學者同時亦認為，在消滅時效上亦應有所修正；惟應如何修正？則有以下不同之見解。

1. 六個月短期時效應自「可得知悉損害時」起算：

例如 Jakobs²⁸⁹即認為，按立法者已在 638 條針對不同情形分別規定時效 (Typenbildung)，而以六個月做為短期消滅時效之原則規定，乃是認為工作之瑕疵原則上會在此期間內出現 (hervortreten)，並且發生原因之探究在此期間內亦尚屬可能；此對於其他擁有較長消滅時效之工作類型亦然，即立法者認為在建物或土地上工作之瑕疵，通常均無法在六個月內出現，始賦予此種類型之工作五年或一年之消滅時效。但很顯然的，並非所有「在建物、土地

²⁸⁶ Medicus, Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968(Siebeck), S.319, S. 327.

²⁸⁷ Ackmann, Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach § 638 BGB, JZ 1992, 670, 675.

²⁸⁸ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

²⁸⁹ Jakobs, Die Schadensersatzpflicht des Unternehmers wegen mangelhafter Werkleistung in ihrem Verhältnis zu Wandlung und Minderung, JuS 1974, 341ff.; Jakobs, Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Werkleistung, JuS 1975, 76ff.

上以外之工作類型」，其瑕疵原則上都會在六個月內顯現；以六個月作為原則性規定，Jakobs 認為是「思慮不周 (unbedacht)」，而仍需要再予以修正 (Korrektur)。



針對個案之中所出現之瑕疵，首先應檢驗其是否至少原則上會在六個月內出現，唯有答案是肯定者，始可適用 638 條之原則規定；反之如為否定，則應再判斷，是否經過了較長的時間後，調查與判斷瑕疵出現之原因將幾乎無法進行，蓋此為短期消滅時效設置之原因之一。對此，Jakobs 認為，事實上許多瑕疵之調查，在其出現之後，均無困難 (kaum keinem Zweifel unterliegt)。例如因為機油添加不足導致引擎損壞，只要經由檢查引擎即可輕易得知；或者導油管破裂導致火災損害，有經驗的專家即可斷定何以管路會破裂。或者在無型工作中亦是如此，無論是人或物的運送、土地之鑑定或意見諮詢，其瑕疵發生原因之調查，在經過一段時間後均非「幾乎不可能 (kaum ausführbar)」。針對此些「瑕疵原則上不會在短期間內出現，且其原因之調查在較長時間經過後並無困難」而因此不適用六個月短期時效，Jakobs 不諱言地說，實際上此項「承攬瑕疵請求權消滅時效為六個月」之原則性規定可謂已經被架空 (ausgehöhlt wird)。惟此種情形之消滅時效，並非回歸適用 195 條，蓋如前所述，638 條係規範所有因工作瑕疵所生之損害賠償請求權，並非僅針對 635 條；Jakobs 建議，應修正「消滅時效之起算」以資因應，即自「可認識損害之發生 (der Eintritt des Schadens infolge des Mangels erkennbar war)」時起算六個月為其消滅時效²⁹⁰。

相同者，Brox 特別針對「隱藏的 (verborgen)」瑕疵，且是「適用六個月消滅時效」的隱藏瑕疵所生之損害賠償請求權，認為應予以修正。蓋其認為，

²⁹⁰ Jakobs, Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Werkleistung, JuS 1975, 80f.

638 條之六個月短期消滅時效，往往在「隱藏瑕疵」尚未顯露前即已完成；對此，立法者針對特定工作類型，藉由延長時效為一年、五年之方式，將定作人之合理利益考量在內；但顯然地，立法者對於此種隱藏瑕疵之問題未有全盤的掌握，仍有其他之情形不適用前述之較長時效。Brox 認為，就此存在的漏洞（vorhandene Lücke），可藉由 852 條一項之法理（Rechtsdenken）予以填補。亦即，在隱藏瑕疵的情形下，應考量定作人對於損害之知悉與否，但另一方面，對於契約當事人而言—不同於侵權行為—，謹慎檢查標的物（die Sache aufmerksam zu beobachten）應屬合理，故應自「可知悉損害（Erkennbarkeit）」之時點起算，而非如同 852 條一項以事實上知悉時起算消滅時效²⁹¹。

2. 消滅時效類推適用 852 條：

就結論而言，學者 Littbarski 亦認為 638 條應擴張至所有因瑕疵所引起之瑕疵結果損害，而積極侵害契約僅針對非因瑕疵所引起之損害有適用餘地；實務將因瑕疵所引起之損害區分為瑕疵損害與瑕疵結果損害，並賦予不同法律效果，實屬多餘（überflüssig），且有礙法安定性。惟其亦認為實務將積極侵害契約之請求權時效適用 30 年之一般消滅時效，係屬不當，蓋其與 635 條既同樣以過失為要件，但在時效期間之長度上卻有如此大之不同；相較於同樣以過失為要件之侵權行為責任，亦僅適用 852 條之三年短期時效。此外，積極侵害契約之發展，乃在填補法律上之漏洞，而若給予一項法律上未明文規定之制度—相較於現行法已存在之損害賠償責任—如此強烈的時效保護，並不具說服力。Littbarski 認為較適宜之規定，應是不論瑕疵擔保損害賠償請求權，或積極侵害契約損害賠償請求權，均應適用類似於 852 條一項之三年消滅時

²⁹¹ Brox/Elsing, Die Mängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, JZ 1976, 1, 6ff.

效，並自知悉損害時起算²⁹²。



3. 以「知悉損害時」為開始進行短期消滅時效：

Ackmann 亦認為，所有損害皆應依 635 條請求賠償，且因此時效亦均應依 638 條決定，惟該條時效之「起算點」則應「仿效 (abschauen)」852 條，自「知悉損害及賠償可能性」時起算。其指出，因 638 條的短期係由工作交付或完成時起算，對定作人而言，時常發生在瑕疵出現或可辨識之前，時效即已完成之不合理結果。著眼於此，實務區分「較近的」瑕疵結果損害及「較遠的」瑕疵結果損害；學說則針對 635 條所可請求之範圍、消滅時效之起算點及長短等提出各種見解。實則，其目的均一致地係在尋求合理分配效風險之方式²⁹³。Ackmann 認為，如要同時兼顧合理的時效風險分配及實務上具體可行，則包含所有瑕疵損害及瑕疵結果損害之 635 條，其時效仍應依 638 條計算；惟期起算點則應仿照 (abschauen) 852 條一項修正，即以知悉損害及賠償可能性時起算²⁹⁴。針對 BGH²⁹⁵所持之「契約與侵權責任各自適用自己之規定，原則上不允許轉借 (Übertragung) 於其他領域」看法，Ackmann 則回應，最高法院實務區別較遠、較近的瑕疵結果損害，將性質上屬於「侵權性的保護義務違反 (deliktisch Schutzpflichtverletzung)」逐出 635、638 條，而列入 195 條之適用範圍，在體系上同樣令人感到疑慮；且不但得到令人滿意之時效問題上的結論，甚至造成了永無止境的區別困難。

²⁹² Littbarski, Die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus Werkmängeln – ein offenbar unlösbares Rechtsproblem, JZ 1979, 552ff.

²⁹³ Ackmann, Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach §638 BGB – eine Malaise ohne Ende? JZ 1992, 670, 676.

²⁹⁴ Ackmann, Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach § 638 BGB, JZ 1992, 670, 675f.

²⁹⁵ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

第三款 實務之回應



但是，縱然學說上嘗試提出如上之各種不同消滅時效之修正建議，實務判決則仍然堅守文義，認為凡係僅能依 635 條請求之瑕疵損害或較近的瑕疵結果損害，其消滅時效即應依 638 條之規定；無論是時效期間或者起算點，均不得適用或者類推適用侵權行為法之時效規定。蓋最高法院認為，侵權行為法之主觀時效起算點乃契約法所無，此種主張悖離了 638 條「自受領時起」的明確文義；且違反了契約與侵權各自適用自己之規定，原則上不允許轉借(Übertragung)於其他領域²⁹⁶。

第二項 由「修補義務先行原則」推衍 635 條之賠償範圍

1. 以瑕疵排除請求權之範圍決定瑕疵損害賠償之範圍

學者 Grimm 提出「位置理論 (Lokalitätstheorie)」，試圖為區分 635 條及積極侵害契約之適用界線找出明確標準²⁹⁷。其認為，由於 633 條以下給予瑕疵工作受領人之瑕疵排除請求權、自行排除瑕疵之費用返還請求權、解除契約、減少報酬及損害賠償請求權等，並非同時處於同一位階。正如前述，定作人必須先依 633 條二項請求承攬人排除瑕疵之權利，而僅在承攬人遲延、拒絕或無此能力之情形，定作人始可依 633 第三項、634 或 635 所賦予之權利。亦即，瑕疵排除請求權乃類似於 (gleichsam) 瑕疵工作受領人之「母權利 (Mutterrecht)」，唯有在此優先權利 (primäre Recht) 無法被實現時，其他替代 (Ersatz) 權利始出面救濟。因此，做為一個單純的替代性權利 (Stellvertreter)，其僅能在母權利之界線內發揮作用；亦即，包含 635 條在內之替代救濟手段的效力範圍 (Wirkungsfeld)，係被瑕疵排除權利之適用範圍所確定。

²⁹⁶ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

²⁹⁷ Grimm, Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus §635 BGB und aus positive Vertragsverletzung, NJW 1968, 16ff.



瑕疵排除請求權之目的在於，使定作人取得無瑕疵之工作。因此，此請求權係指向於在工作上之一個事實上行為的從事，該行為能使工作回復至應有之狀態。此一對於嗣後履行之限制顯示了，瑕疵排除請求權僅涉及在工作上所出現之損害；至於有瑕疵之工作在其他地方所引發之損害，則無法藉由此請求權予以填補(ausgleichen)。若 635 條此一替補性請求權(Surrogatanspruch)必須限於為優先權之瑕疵排除請求權之範圍內，則可導出，635 條亦僅適用於「依附工作物之上」之損害；所有出現在工作以外的損害，即與 635 條承攬契約特別規定之請求權無涉。

前述之「承攬人建造之房屋有瑕疵案²⁹⁸」中，原告因被告所建造房屋有瑕疵，而請求諸如價值貶損、排除瑕疵之費用、依建管機關之命令補強房屋之費用、搬遷房屋之費用、另租他於之租金及租金損失等。最高法院藉由「緊密連性」，將其全數列入承攬瑕疵擔保之規定中；Grimm 則認為，依照位置理論，應將損害客體(Schadensobjekt)分開觀察，亦即應將「工作」本身視為一個獨立之財產，與「定作人之其他財產」相區隔，並判斷哪些損害出現在工作之上，而非在工作以外。依此觀點，則屬於瑕疵作用於工作本身所殘留結果者，僅有事實上給付之工作與原先預定之工作間的「價值落差(Wertdifferenz)」與「所失利益」而已。其他損害，特別是定作人因為工作物有瑕疵，而使其他法益受侵害，或是因此必須支出費用以填補不利益(zum Ausgleich andersartiger Nachteile)，均係定作人其他財產之損害。

本案中，屬於「價值落差」以及「所失利益」，而應依承攬契約之規定者，乃該房屋之「價值貶損」及「租金損失」；因瑕疵使得原告必須支出費用，而應依積極侵害契約之規定者，則為搬遷房屋之費用。

²⁹⁸ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340



另外，就定作人另行承租他屋所支出之租金，該案中最高法院認為，其與「租金損失」均係出於房屋因瑕疵而無法利用之損害，僅前者之損害存在於（besteht darin）定作人自己無法使用，後者則涉及（beruht darauf）第三人無法使用，因此如在法律上為不同對待係不合理。然而 Grimm 認為，如更精確的觀察，將可發現，另行承租房屋之租金的損害，並非「存在於」原告無法利用房屋，而只是「基於（beruht darauf）」此一原因而已；該損害應乃是原告必須自其財產中支出費用去承租房屋。同樣地，租金損失雖係涉及房屋之無法使用性，但損害是存在於該建物並無為原告帶來租金收入。此種差別使得兩個請求權應依據不同之請求權基礎，蓋因租金損失引發之損害，並未在原告之其他與工作分別獨立之財產上發生影響；然而另租他屋的支出則減少了原告之與工作相分離之其他財產。

就排除瑕疵之費用，Grimm 認為，其並不引起請求權的區分問題，蓋在 633 條第三項對此已有特別規定，並且其會排除損害賠償請求權。如定作人自行改善有瑕疵之工作，使其成為符合契約所約定之狀態，則定作人不得再請求賠償因價值貶損之給付所生之損害（er kann nicht mehr Schadensersatz wegen einer minderwertigen Leistung verlangen），而僅能請求返還修復費用。就補強費用亦同，蓋其亦屬於瑕疵排除瑕疵之手段。否則此損害（Sonst ist der Schaden），因其減少了原告之其他財產，應依積極侵害契約之規定請求。

2. 得以嗣後履行排除之瑕疵作為損害賠償之內容²⁹⁹

與上述學說相類似者，亦有以「能否經由修補予以排除」為準，區別 635 條

²⁹⁹ Klaus v. Gierke/Wolfgang v. Reinersdorff, Die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus Werkmängeln—BGHZ 67, 1, JuS 1978, 817ff.

與積極侵害契約之適用範圍。此說所著眼的，乃是在就各個損害項目性質之認定，必須配合「修補先行原則」之適用，以免發生不公平之結果。詳言之，635 條與 634 條減少報酬或解除權之構成要件相同，均以工作未為承攬人修補完成(erfolgreich nachbesseren)為前提；且此項賠償請求權係「代替(statt)」，而非與減少報酬、解除權「並存(neben)」，因此一旦定作人請求減少報酬或解除承攬契約，即不得再依 635 條請求損害賠償。反之，積極侵害契約之損害賠償請求權，不但不受限於 633 條以下之限制，並且可與修補義務之完成、減少報酬或解除契約並存。

按優先以修補排除損害係承攬人之權利與義務，為避免定作人以先行(frühzeitig)行使，甚或可能是惡意的(schikanös)主張損害賠償以規避此一要件，因此乃以「修補未果」作為要件。但此一考量明顯地只適用於工作本身的損害；工作以外之損害根本不為修補義務之範圍所及，因此若仍要求修補義務先行，並將損害賠償請求權之行使取決於其成果，並無意義。

此一考量，特別顯示在以下情形：工作瑕疵，在開始進行修補或修補完成之前，可能已經引起在工作以外之損害，而該損害依據通說見解，係落入 635 條之範圍。例如，由承攬人所提供之機器長期為定作人生產產品以供銷售，然某天因為可歸責的瑕疵使得機器故障，一直到機器修復並可繼續生產產品之時，已經過數周，導致定作人受有所失利益。就此項損害，根據一般見解，係屬 635 條之賠償範圍。但因為本案中，該工作已被成功的修補，欠缺適用 635 條之前提要件，則此項損害即不得請求賠償。僅僅一個成功的修補，並不能排除此些結果損害。此顯示了，635 條應僅包含通常得以修補而排除之損害，而此些損害，正是在工作之上的損害(Schaden am Werk)。其他的結果損害之賠償請求權，則必須完全與修補與否脫鉤，亦即應適用積極侵害契

約。



並且，解除契約及減少報酬—如同修補請求權—僅能包含工作之損害本身，不及於工作以外之損害，因此定作人就其所受損害而有「選擇可能性」者，只限於存在於工作瑕疵本身之損害。由此可知，635 條僅適用於工作本身之損害，而其他工作以外之損害，則應落入積極侵害契約之範疇。詳言之，從 635 條之文義可知，該條損害賠償請求權僅係「替代」解除契約或減少報酬，如定作人基於工作瑕疵已行使後者權利，則損害賠償請求權即被排除。某一些被歸類在 635 條之下的結果損害，即不能夠於承攬契約被解除或減少報酬後再行主張，通說對於此一分類方式的「副作用 (Nebeneffekt)」並未慮及。635 條既與解除契約或減少報酬處於選擇性的關係，明顯係以同一損害可被此三種替補請求權 (Ersatzansprüche) 之任一包含為前提。解除契約及減少報酬所不及之處，則不存在選擇可能性 (Wahlmöglichkeit)，所謂「替代」在此並無意義。因此，因為違反附隨義務 (Nebenpflichtverletzung) 所生的積極侵害契約損害賠償請求權，由於該損害無法僅透過解約或減少報酬而被滿足，因此允許該損害賠償請求權與之並存。因此，635 條實質上應係「修繕義務不履行之損害賠償」，其賠償範圍應限於「基於修補先行原則下，得經由排除瑕疵予以填補之損害」為限³⁰⁰。

惟與前述 Grimm 之主張不同之處在於，向來實務援引 252 條「損害賠償之範圍包括履行利益」，從而即認定諸如租金損失等所失利益係落入 635 條範圍，其實際上並非依附於工作之財產損害。蓋其並非承攬人修補義務必須填補之範疇，且縱使成功地履行修補義務後仍會發生此不利益，從而應依積極侵害契約之規定予以規範。

³⁰⁰ Grunewald, Eigentumsverletzung im Zusammenhang mit fehlerhaften Werkleistung, JZ 1987, 1101f.



此外，就消滅時效而言，則有認為，638 條原則上得準用（entsprechende Anwendung）於所有因瑕疵擔保而生之積極侵害契約損害賠償請求權，但仍應衡量利益，於個案中判斷，是否以及在何種情況下應依據短期消滅時效。氏首先認為，若侵害固有利益中「特別值得保護（schutzwürdiger）」的法益時，則不應依循較短的消滅時效。823 條一項中列舉了生命、身體、健康、自由及所有權等法益，此些法益得對抗任何人，不論加害人與被害人間是否存在法定或意定的債之關係，並賦予其依 852 條之消滅時效；則工作瑕疵侵害此些法益造成之瑕疵結果損害，即不應依照 638 條消滅時效，否則將造成在有特別契約連結之情形下，卻賦予加害人比起無此關係時較為有利的時效保護。最後，實務上有若干情形，損害會在 638 條之時效經過後始發生。特別是工作需經特定時間後或者取決於特定之將來事件，始發揮其功能（Werke, die ihrer eigentlichen Bestimmung erst nach einer gewissen Zeit zugeführt oder im Hinblick auf ein ganz bestimmtes, zukünftiges Ereignis geschaffen werden）。在此情形，無法期待損害會在 638 條所定之期間內出現，則此期間對於此種性質之工作而言，並無意義；從而應認為，應將此種性質之工作所生之損害，歸類於 195 條之長期時效之下。

在此見解之下，以前述「鑑價不實致銀行無法完全受償案³⁰¹」為例，銀行所受之損害乃因信用擔保（Kreditgewährung）所受之損害，無論如何在位置上均非依附於鑑定工作，並且縱使成功的修補後亦無法排除。從而該損害絕非依 635，而只能依據積極侵害契約請求賠償。而鑑定工作，必須俟借用人無法繼續履行其基於消費借貸之義務而遭受強制執行時，始取得該工作之意義及達成目的。而因為消費借貸契約通常均長於六個月的期限（Laufzeit），因此該工作係必須經過 638 條之短期時效後始有可能發揮其功能，從而本案應

³⁰¹ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

適用 195 條之一般消滅時效。



3. 分析比較：

首先，Grimm 認為瑕疵修排除請求權乃損害賠償請求權之「母權」，並非正確。蓋一般認為，定作人所負之責任乃「交付無瑕疵之工作」³⁰²，修補請求權乃係給予承攬人第二次機會履行其主給付義務，換言之，修補請求權實乃承攬人給付義務之一環，定作人所以負賠償義務，乃因其有過失地未履行此項給付義務，而非未履行修補義務；損害賠償真正之「母權利」，實際上應是「履行請求權」而非修補請求權³⁰³。

此外，Grimm 從修補請求權作為母權利，而導出 635 條僅適用於「依附工作物之上的損害」；但他方面亦認為「所失利益」應依 635 條請求賠償。但令人不解的是，如嚴格遵守其所提出之「位置理論」，所失利益其實非依附於工作本身之損害，而係因工作物以外之因素，諸如定作人個人對該工作之計畫或市場機會等所生，侵害定作人之「其他財產領域 (übrige Vermögenssphäre)」，亦即係置外於工作本身³⁰⁴。再者，承攬人修補前已發生之所失利益（例如營業損失），縱然嗣後經排除瑕疵亦無法補正，如依 Grimm 之一貫見解，就此部分之所失利益似應依照積極侵害契約處理。然而以時間點區分請求賠償所失利益之依據，似無實質意義與根據³⁰⁵。

³⁰² Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil(1982), S.346; Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl.(1998), Rn. 363; Ernst, Schuldrecht BT(1999), S.130.

³⁰³ Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin(1977), S. 27.

³⁰⁴ Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin(1977), S. 28; Laufs/Schwenger, Der Schadensersatzanspruch des Bestellers beim Werkvertrag: Inhalt, Verjährung Beweislast, NJW 1970, 1817, 1820; Todt, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkunternehmers aus Sachmängeln, 1969(Heiderberg), S. 130.

³⁰⁵ Medicus, Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968(Siebeck), S. 322.



就此而言，後說，即以「系爭損害能否由嗣後履行除去」作為標準而判斷，似較為正確；惟此說很明顯地不為實務所採納；且該說所擔心之「副作用」，實際上亦不曾發生。實務上雖採取「緊密關聯性」，而將與瑕疵有緊密關聯之損害，包含所失利益，皆納入承攬瑕疵擔保請求權之範圍，無論其是否能夠經由瑕疵排除；就所失利益，乃至於其他無法經由補正而排除之損害，食物則透過「限縮解釋」，認為系爭損害既無法經由嗣後履行滿足，即得「例外地」與嗣後履行「並行」請求。

第三項 以受侵害之法益區分

採此說者，均認為必須以是否為定作人固有之法益，諸如生命、身體、健康等法益受侵害，抑或者僅是因為瑕疵履行，即存在於有瑕疵之工作本身之損害而定。

1. Diederichsen 之見解

Diederichsen 認為，必須取決於被侵害之法益為區別標準，方使單純瑕疵損害與瑕疵結果損害之區分不具困難性；瑕疵結果損害者，係債權人因有瑕疵之契約標的而在其他法益，特別是健康、所有權等法益遭受侵害者而言。蓋如從因果關係之角度，亦即以損害係「直接且僅因瑕疵所生」，或者係「因為其他獨立事件之介入」所致，作為區分瑕疵損害及瑕疵結果損害，而分別適用瑕疵擔保或積極侵害契約之標準，Diederichsen 認為並不具說服力。在許多典型之「瑕疵結果損害」之案例，其實都難以否認「非」直接因瑕疵所致。例如，肉商委起承攬人維修用來儲放肉品的冷藏設備，然因為修繕工作有瑕疵，冷藏設備無法正常運作，最終導致肉品腐敗案例中，雖然在瑕疵維修與損害間插入了一個「肉品儲藏」行為，但並不存在一個「其他中介事件（weiteres

Mittelglied)」而夠使得此一損害成為應適用積極侵害契約之「瑕疵結果損害」，蓋冷藏設備的維修就是為了要使肉品能夠儲存作為其目的。此外在運輸契約中，因為駕駛員有瑕疵之行為導致乘客受傷之情形，更是難以否認此損害與瑕疵給付間有直接關聯³⁰⁶。

就定作人請求賠償瑕疵結果損害之依據，涉及該種損害特殊之可歸責性（Zurechenbarkeit）。一般而言，瑕疵結果損害與不履行之損害（Nichterfüllungsschaden）不同；後者所涉及者，僅為工作給付之瑕疵性，然前者則是侵害了「債權人對給付無瑕疵之信賴」。因為可歸責性之不同所致，導致了瑕疵損害與瑕疵結果損害應適用不同之請求權基礎³⁰⁷：在一般情況，承攬人（僅）必須為其過失行為負責，其對定作人所負之義務為「給付無瑕疵之工作物」，從而僅就工作物之損害依 635 條負賠償責任，發生於其他法益之損害則依積極侵害契約負責。唯有在承攬人負有「獨立的擔保（selbstständige Garantieverprechen）」義務時，亦即承攬人擔保合於約定工作以外之成果；例如，承攬人擔保其所製造之機器得獲致一定之利潤；或者特定之瑕疵結果損害不會出現。此時，倘不具其所保證之成果時而造成瑕疵結果損害時，其請求權基礎為該獨立擔保本身，其消滅時效除契約另有約定外，亦為 30 年，而非 638 條之短期時效³⁰⁸。

此種以法益之不同作為區分標準，亦即是否係「定作人之固有益法」被侵害，以決定能否適用 635 條，固然明確。惟如按其見解，則實務上常出現之建築師、力學測量師等無形工作之瑕疵，最終導致依其所建之建物受有損害，因係屬「其他法益」所遭受之損害，故皆會屬於應適用不完全給付的「瑕疵結果損害」。並且更重要者係，Diederichsen 亦同樣忽略了適用短期消滅時效，所會帶給定作人保

³⁰⁶ Diederichsen, Schadensersatz und Mangelfolgeschäden, AcP 165(1965), S. 154, 163f.

³⁰⁷ Diederichsen, Schadensersatz und Mangelfolgeschäden, AcP 165(1965), S. 154f.

³⁰⁸ Diederichsen, Schadensersatz und Mangelfolgeschäden, AcP 165(1965), S. 165f.

護不足之問題。他方面，學說上亦有批評，就發生於其他法益之瑕疵結果損害適用積極侵害契約及 195 條之見解，此毋寧是「以透過對承攬人之不公平—積極侵害契約過長的 30 年消滅時效—來彌補對定作人的不公平—638 條過短的消滅時效—」³⁰⁹。

2. Larenz 之見解：

就此一問題，Larenz³¹⁰則有所回應與修正。其一方面認為，635 條及 638 條僅適用「完成工作本身因瑕疵所受之損害」；反之定作人所受之「在其他法益上」之損害，例如電路鋪設不正確而發生短路，從而引發火災；已完成且運作中的機器缺少必要之安全設備，由此產生人身或物之損害結果等，屬瑕疵結果損害，悉依積極侵害契約處理。蓋一併觀察 634 與 635 條可知，635 條損害賠償請求權之行使，即如同依 634 條請求減少報酬或解除契約一般，除有該條第二項之例外情形外，均需以承攬人未在所定期限內排除瑕疵為前提。如其於期限內排除瑕疵，定作人即無此請求權。立法者無非係考量所應賠償之損害，在此種情形下即已不復存在；然此並不切合瑕疵結果損害。蓋縱使工作上之瑕疵遭到除去，瑕疵結果損害仍然存在而不受影響。況且，如定作人已經因有瑕疵而行使解除契約或減少報酬後，即不得再行請求損害賠償，蓋 635 條損害賠償係「代替」解除契約或減少報酬。這再再表明，635 條僅針對單純的瑕疵損害，而不包含瑕疵結果損害。氏並認為，在一些實務案例中，有些損害事實上係屬於瑕疵損害。例如，在「承攬人建造之房屋有瑕疵案³¹¹」中，最高法院認為房屋定作人因房屋有瑕疵，必須另行承租其他房屋，其所支付之租金係「與工作瑕疵及因此所生之無法使用性有緊密關聯」；Larenz

³⁰⁹ Ackmann, Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach §638 BGB – eine Malaise ohne Ende? JZ 1992, 670, 675.

³¹⁰ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil(1982), S.354ff.

³¹¹ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340

則指出，承租他屋之租金，實係該有房屋之價值貶損之表現形態，其係因該房屋之瑕疵所引發之結果，性質上屬瑕疵損害。另外，在「安裝載重拖板致汽車底盤斷裂案³¹²」中，承攬人為一輛卡車加裝載重拖板，而因為安裝上的瑕疵，一段時間後汽車底盤出現裂痕。Larenz 認為，承攬人應完成之工作應為包含新增配件在內之完整無缺之汽車（das instakt gebliebene Fahrzeug mit Einschluß des eingefügten Teils）；而此項工作本身係有瑕疵³¹³。

另一方面 Larenz 反對實務上針對「瑕疵結果損害」再細分為「較遠」與「較近」之分類，此只會造成混亂（Verwirrung schaffen），根本缺少一個有說服力的區分標準。就實務上創設此種區分標準之「源頭」，即「建築師工作瑕疵」案型，Larenz 則認為，事實上之損害係因為依照有瑕疵之建築師給付而興建之「瑕疵建物」始產生，而建築師給付的缺陷，必須要在建物瑕疵中始成為定作人之損害（Der Fehler der Architektenleistung tritt als Schaden des Bauherrn erst im Mangel des Bauwerks in Erscheinung）；換言之，建物之損害，係「由建築師之瑕疵給付，造成建物之『瑕疵』」所致者。從而，以建築物價值貶損之形式出現的損害，實係瑕疵損害，而非瑕疵結果損害，不須藉由因果關聯之近鄰（Nähe）去賦予是用瑕疵擔保規定之理由。相對的，如定作人因為該建築設計之瑕疵及因此所見之建物受有身體健康之損害，此時則是涉及瑕疵結果損害³¹⁴。

就消滅時效，Larenz 認為，應依積極侵害契約處理之瑕疵結果損害，其消滅時效不應依 195 條之三十年。蓋其會造成就瑕疵之存在與瑕疵發生原因的舉證困難，且忽視了承攬人盡速釐清其責任之利益。但如果將 638 條類推適用至瑕疵結果損害之損害賠償，又會在許多情形下造成對定作人保護不足的情

³¹² BGH, NJW 1983, 2440.

³¹³ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil(1982), S.356f..

³¹⁴ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil(1982), S.357f.

況，也就是瑕疵在損害發生之前對定作人而言無法察覺，但損害—例如電線鋪設有瑕疵，造成短路、火災—在 638 條之短期時效經過後才發生。則究應如何才是對於雙方當事人之利益平衡兼顧的最佳方式？Larenz 先後之見解稍有不同。其起先認為，在此瑕疵結果損害之情形，應僅「有限度地（mit der Maßgabe）」類推適用 638 條，亦即請求權時效並非以受領工作時點開始起算；而應自「損害初始出現時（mit dem ersten Eintritt des Schadens）」開始進行³¹⁵；其後，其仍認為 638 條應有限度地類推適用至瑕疵結果損害之賠償請求權，但係以「定作人知悉損害出現時（erst mit der Kenntnis des Bestellers vom Eintritt eines Schadens）」起算。³¹⁶

實則，Larenz 說法之矛盾顯而易見。蓋若以「損害能否藉排除瑕疵而除去」之角度區分瑕疵損害與瑕疵結果損害，恐無法當然導出「存在於工作本身之損害」即屬瑕疵損害。蓋就其提及之「承攬人建造之房屋有瑕疵案³¹⁷」，因為房屋有瑕疵而另行承租其他房屋所支出之租金，豈可能因為承攬人於合理期限內將房屋修繕完畢而「排除」？如按照 Larenz 之見解，此一損害實為「縱使工作上之瑕疵遭到除去，仍然不受影響」之「瑕疵結果損害」！

此外，不論是 Diederichsen 或者 Larenz 之看法，皆無法回答：就「純粹財產上不利益（reine Vermögensnachteil）」，例如「鑑價不實致銀行無法完全受償案³¹⁸」之案例，其究竟係工作本身，抑或是「其他法益」遭受損害³¹⁹？

5. Todt 之見解：

³¹⁵ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil(1977), S. 268; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil(1972), S. 230f.

³¹⁶ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil(1982), S. 356.

³¹⁷ BGHZ 46, 238=NJW 1967, 340.

³¹⁸ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

³¹⁹ Todt, Der Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers bei Lieferung eines mangelhaften Vertragsobjektes, BB 1971, 683.



有鑑於此，Todt 則務實地詳列各種發生瑕疵擔保責任時，試圖藉由「類型化 (Typologie)」的方式予以列舉並歸類，認為唯有如此，始能取得對於適用所必需之精確性 (Schärfe) 實務可行性 (Praktikabilität)³²⁰。

其亦認為，「因不履行所生之損賠償」，性質上在代替根本未足夠履行 (unzureichend) 之履行請求權，因此可請求賠償之範圍取決於債務人給付義務之範圍；而應依積極侵害契約請求之「伴隨損害 (Begleitschaden)」則係指，因為有瑕疵之契約給付，而對債權人造成「超越單純履行利益」之不利利益，例如影響侵害既存之法益；其不會影響契約之履行，而是造成「固有利益 (Integritätsinteresse、Erhaltungsinteresse)」之損害³²¹。

就此，屬於所謂「不履行之損害」者，包含價值貶損之損害 (Minderwertschaden)，包括技術性貶值及交易性貶值，蓋係涉及有瑕疵及無瑕疵標之物之差距 (Differenz)，因此係屬債權人之履行利益；同樣地，瑕疵排除費用亦屬之。此外，「所失利益」雖屬「間接」損害並且僅係對債權人之「其他財產 (sonstiger Vermögensbestand)」造成損失；但能藉由契約標之物獲致利益的可能性，賦予債權人請求因為不完全履行之損害賠償之權，因此一般皆認為係履行損害之一部。而「替代行為之費用 (Deckungsgeschäftsschaden)」乃是使債權人取得契約標之物之替代，係涉及保有 (Erhalt) 契約標之物之利益，因此亦為典型的不履行損害。

屬於伴隨損害者，包含債權人自己之物之損害 (Eigensachgüterschaden) 與

³²⁰ Todt, Der Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers bei Lieferung eines mangelhaften Vertragsobjektes, BB 1971, 681.

³²¹ Todt, Der Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers bei Lieferung eines mangelhaften Vertragsobjektes, BB 1971, 681f

身體傷害 (Körperschaden)，並非屬於侵害債權人之履行請求權之內容，而是承攬人干涉其他已經現存之法益即固有利益，故係屬伴隨損害。而額外及無意義支出 (Zusätzliche und nutzlose Aufwendungen)，例如債務人提供之新機器係有瑕疵，使得債權人必須繼續使用舊的、生產力 (rentabel) 較低的機器，因此產生「如該標的物係無瑕疵即可節省」之費用。此外債權人亦可能因為瑕疵，而使得其支出成為無意義 (nutzlos)，例如原告為其所經營之工廠訂製新機器，為此目的，並重新改裝工廠；爾後因機器係有瑕疵，原告解除契約，並請求改建之費用。此種額外及無意義支出，在無瑕疵履行契約時即不會發生，或者可達成其目的。則是侵害債權人之「整體法益範圍 (Gesamtgüterbereich)」，而非履行利益之範疇，蓋債權人並非為了履行而支出費用 (da der Gläubiger keine Beträge aufwendet, um die Erfüllung zu ermöglichen)。

介於兩者之間者，乃所謂責任義務損害 (Haftpflichtschaden)，此應視該對第三人之損害賠償，所賠償之「對象」為何；如該損害係涉及對第三人不履行損害 (或履行責任) 之賠償時，則屬債權人之不履行損害；如係對第三人之伴隨損害責任，則債權人需自其整體財產 (Gesamtvermögen) 滿足其契約相對人之賠償請求，因此係屬債權人之伴隨損害。例如債權人因使用有瑕疵之契約標的物，而遭第三人請求賠償因不履行所生之損害，則債權人所受之不利利益係「履行責任 (Erfüllungshaftung)」。反之如債權人係對第三人有賠償伴隨損害之義務者，則為「伴隨損害責任 (Begleitschadenshaftung)」。

就消滅時效，Todt 則認為在依積極侵害契約請求損害賠償時，其實效益應類推適用 638 條之規定。蓋 638 條係在保護承攬人於經過一段時間後，能免於損害賠償之主張。蓋在契約標的物交付並經長時間後，已很難再去證明是否

以及何種瑕疵於交付時存在其上，則其將無法提出反證（Gegenbeweis）據以對抗相對人之主張。638 條並未明文規範依積極侵害契約請求之伴隨損害之消滅時效，乃因其係在民法生效後始被提出之概念。從而，只要係涉及工作瑕疵所生之損害賠償，638 條均應類推適用於積極侵害契約之損害賠償。況且，何以侵害附隨義務之消滅時效係三十年，而承攬人基於主要義務所生之請求權則最長為五年，亦令人不解。

第四項 以工作之「功能範圍（Funktionsbereich）」決定 635

條之賠償範圍

1. Schubert 之見解³²²

Schubert 則是由第 638 條短期消滅時效之立法意旨，推論 635 條損害之範圍。其認為，635 條乃積極侵害契約之特別規定（lex specialis），係在規範一部份不履行（teilweise Nichterfüllung）之情形。其所以特別，除以承攬人嗣後履行之為前置（vorgesaltet）要件外，並以短期時效為其特徵。而短期時效乃以「清算保護（Abwicklungsschutz）」為其立法意旨之一，即以促使商品迅速流通為其目標；但此並非其唯一目的，此由 638 條第 1 項依工作內容之不同，將時效分成不同階級即可得知。亦即第 638 條之設，除了具備「加速目的（Beschleunigungszweck）」外，亦同時衡酌顧慮定作人在特定期間內對於瑕疵之「可辨識性（Erkennbarkeit）」。因此，635 條此一特別規定之適用範圍，亦以 638 條適用為其前提。

同樣的，在加速目的下，立法者亦係以定作人得檢查工作並且瑕疵原則上會在瑕疵擔保期間內顯現為考量；按 633 條所描述之瑕疵定義，即瑕疵是否滅

³²² Schubert, Der Anwendungsbereich der §§ 635 und 638 BGB, JR 1975, 179ff.

失或減少工作之通常效用或契約預定效用 (Tauglichkeit)，即與此一考量相關聯。工作是否符合功能效用 (funktionstauglich) 而不致產生「功能範圍內之損害」，對定作人而言通常在 638 條之期限內係可斷定 (feststellbar)，蓋工作原則上係以使用為目的，且也會在短時間內開始使用，此種功能瑕疵所引發之損害，即落入應適用 635 條之風險範圍 (Risikosbereich) 內。反之，定作人不負有檢查工作是否具有「將引起其他法益損害」之瑕疵的義務，蓋工作瑕疵之副作用 (Nebenwirkung) 對定作人而言係難以辨識，此種瑕疵不存在一個可能顯現的平均期限 (Durschnittsfristen)，不合於上述 638 條之考量。

個案中，如以功能範圍之標準區分 635 條及積極侵害契約之適用範圍，則首先要判斷的即非定作人的哪個法益遭受損害；而是系爭損害是否與功能的妨礙或減低有關聯；亦即，瑕疵係的影響，係作用於功能範圍之內，抑或是其他方向。此不應以因果關係為判斷標準，而應以「工作之目的或契約所應滿足之功能」理解。Schubert 並舉出實務上三則實例說明：

(1) 更換熔爐不慎引發火災，致廠房燒毀案³²³

本案例中，因有瑕疵的導油管斷裂，造成熔爐之功能受影響。由此所生之損害，例如在熔爐中的原料，產品數量下降因此所喪失之利益等，係在工作功能範圍內所引發者。在此範圍以外之損害，例如建物之損害，與工作之功能，也就是熔爐之加熱無關連。

為加強說明，Schubert 又將此案例略加更改：如該熔爐上有一個緊急設備，該設備乃在緊急情況時能維持熔爐之功能。在油管斷裂時，該緊急設備啟用。則很明顯的，因為漏油而在廠房其他地方引燃之火勢，乃處於熔

³²³ BGHZ 58, 305=NJW 1972, 1195.

爐之功能範圍之外。亦即，工作之功能得透過是當知預防措施被維持；但瑕疵仍然會引起非功能範圍內的損害。



(2) 建築師設計上瑕疵³²⁴

就結論上，Schubert 與最高法院之見解相同，認為建築師設計上有瑕疵導致建築物之損害，應依 635 條處理。但最高法院之所謂「設計上瑕疵必定會在建物上具體化或實現；因此與瑕疵具有緊密關聯」，不為 Schubert 所贊同，其認為這只是一種對於事實的描述 (Umschreibung)，不具說服力；而緊密、直接關聯性的定義更只是一個「空洞規則 (Leerformel)」。其認為應以工作之功能著眼：建築師之規劃的功能係在建物中去實現，因此因為有瑕疵之建築規劃而引起建物上之損害，係落入該計畫之功能範圍內，此損害應依 635 條處理。

(3) 律師給予錯誤法律意見案³²⁵

鑑定或諮詢不同於建築之規劃，僅係對於法律上相關行為的輔助手段 (Hilfsmittel)，並非一個尚待實現之成果的前階段行為。但正如同建築計畫，此種鑑定或諮詢具有一超越自己本身之目的 (außerhalb ihrer selbst liegenden Zweck)，其應該要做為一個財產處置之決定基礎 (Entscheidungsgrundlagen)。因此利用錯誤的鑑定所造成之損害，也落入此工作給付之功能範圍內，從而不同於最高法院之見解，此應適用 635 條之範圍。

³²⁴ BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764.

³²⁵ BGH, NJW 1965, 106.

但在消滅時效方面，如前所述，由於 Schubert 並不贊成實務上所提出的「緊密、直接關聯性」；因此在「無形工作」之情況，實務上以「工作瑕疵是否與損害具備緊密關聯性」決定能否適用 638 條第一項之「在建物上工作」之五年時效之見解，自然無法獲得其贊同。時效問題應如何處理，Schubert 區分為以下兩種類型³²⁶：

(1) 單純建築設計之瑕疵結果損害 (Mangelfolgeschäden bei rein bauplanerischen Leistungen)

實務上認為，建築師之設計，要在建築工作之實施中始能表現，而其設計上的瑕疵，也才會顯現在建築物本體³²⁷。此種見解最後導致了，638 條第一項之「建築物」，不僅指實體建物 (materielle Bauwerk) 本身，亦包含「建築之設計」。

然 Schubert 認為，將設計列入「建築物」之範圍中，逾越了 638 條第一項之解釋。蓋建築計畫與建築物本身完全不同 (durchaus Verschiedenes)；且建築計畫可能在建築動工前遭拒絕或者更改，一直到建築物按照該計畫興建後，始能為建物之一部 (Bestandteil)。

但如果此種類型之工作，適用六個月短期消滅時效，對定作人而言又顯得保護不足 (schutzlos)，蓋其瑕疵原則上顯現在建築物本體上，而這通常已經經過相當時間。如前所述，638 條所追求之目的，乃使法律關係盡速釐清外，但亦同時兼顧「定作人保護」，也就是工作之瑕疵原則上在短期時效內會顯現 (sich zeigen) 而使定作人可發現 (erkennbar) 為前提。

³²⁶ Schubert, Zur Verjährung von Mangelfolgeansprüche wegen fehlerhafter planerischer Werkleistung, BB 1975, 585ff.

³²⁷ BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764.

對於無形工作之瑕疵，難以在短時間內發現，為立法者當初未慮及，形成一「規範漏洞 (Gesetzlücke)」。³²⁸ 為使此項目的在無形工作亦能達成，Schubert 認為，應將 638 條第一項之五年時效「目的性擴張 (teleologische Extension)」而及於此種性質之工作。

至於時效之起算點，依 638 條二項及實務見解³²⁸，係以受領「工作」，也就是「計畫 (Entwurf)」時起算。但 Schubert 質疑，此規定如適用於單純的建築計劃工作，是否符合五年消滅時效之合於利益的 (interessengerecht) 法律適用，不無疑問。立法者以「受領工作」作為消滅時效起算點，即係因認為自此時點起瑕疵對定作人而言係可發現。然而單純建築規劃工作，其目的係要實現於建物之上，而建築師設計上或計算上瑕疵，才因此在建物上方始出現。此一特徵，除作為適用五年消滅時效之理由外，在決定時效起算點時亦必須被斟酌，否則五年時效將不當地被縮短。因此，Schubert 認為，應解為以「建物完成 (Fertigstellung des Baues)」時開始起算時效。

(2) 鑑定之瑕疵結果損害 (Mangelfolgeschäden bei Gutachten)

諸如律師諮詢建議、不動產鑑價等工作，依照功能說之觀點，因其瑕疵所生之結果損害，係落入 635、638 條之適用範圍。又其不若上述性質之工作，會具體實現於建物之中，從而無法適用 638 條之較長之消滅時效，因此應適用六個月之時效。但與建築之設計規劃所遇到之問題一樣，瑕疵在如此短的期間內難為定作人所發現。因此應思考的是，是否消滅時效之起算點能以 638 條之二項「受領工作」或者 646 條³²⁹「工作完成

³²⁸ BGHZ 37, 341=NJW 1962, 1764.

³²⁹ 民法第 646 條規定：「如依工作之性質無須受領者，以工作完成取代 §§638、641、644、645

(Vollendung)」，而以較晚時點開始起算。

此一適當時點的尋找，必須符合第 638 條之立法理由 (ratio)，也就是瑕疵對定作人而言至少是可發現的。Schubert 認為，隨著鑑定之利用

(Gebrauch)，定作人始對該工作之正確性有所認識，或者該工作之瑕疵成為顯然；且瑕疵結果損害亦在此時點後始會產生。因此，應以「鑑定之終局利用 (endgültiger Gebrauch)」為起算點。定作人在此期間，有充足之機會釐清該鑑定之正確性及其作用，並且可以避免因為適用 30 年消滅時效期間，而使得立法者意欲透過 638 條達成之交易安全保護

(Verkehrschutz) 被架空。

2. Rengier 之見解

Rengier 從「功能性 (funktional)」的損害概念出發，認為應依定作人藉由個別承攬契約所追求之目的為何，決定 635 條之適用範圍。按損害賠償即為利益之給付；何種利益，亦即損害賠償之範圍應如何決定，Rengier 認為應依照「功能性」作為觀察方式。在契約責任下，債權人履行利益之範圍取決於其對於該給付之「用途 (Nutzen)」為何，例如將取得之標的以特定方式使用、轉賣、出租或者用於保護其他法益，此些目的之實現即關係著債權人就契約履行所擁有的利益。因此，個案中重要者乃標的物對於債權人財產所具備之功能，此功能無法一般性的論斷，僅能個別 (individuell) 根據給付之性質、預定使用目的及處置 (Disposition) 而定³³⁰。

條工作之受領」。

³³⁰ Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin(1977), S.41f.; 49.

據此，就承攬人應依 635 條負賠償責任之類型，主要包含以下三種³³¹：



(1) 以防止定作人之身體、健康及所有權免於受損為工作內容

定作人欲藉由工作之完成，而使其法益免於受損害者，例如冷藏肉品的冷凍櫃，因為有瑕疵而使儲放其中的肉因此腐壞 (RGZ 71, 173)；又例如屋頂的頂蓋 (Dachdecker) 係在密封屋頂，然因工作有瑕疵導致雨水流入，定作人之家具因此受損；或者汽車剎車之修繕不確實，使得定作人無法即時剎車而因車禍受傷。此種情形，保護定作人之健康或所有權係給付利益之一部份，對於該侵害，應依第 635 條予以賠償。

(2) 以完成定作人之其他法益為工作內容

除保護自己現存法益以外，定作人亦有可能藉由工作而追求另一標的物之完成為其目標。屬於此種情形者，最主要之案例即為為完成建物之建築，由建築師等人完成之計畫或測量工作。在結論上，Rengier 贊成實務向來之見解，惟其理由為，從該工作所具有之功能觀察，業主 (Bauherrn) 對於建築師或測量師所完成之工作的利益，非僅侷限於取得該工作成果—設計圖或力學計算—本身，而是在利用該成果完成建物之搭蓋。從而如該工作有瑕疵，則該工作所追求之目的即無法達到，業主使用該工作成果的利益遭受侵害。因此就此項利益之賠償，應依第 635 條請求。

(3) 以完成鑑定 (Gutachten) 為工作內容

³³¹ Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin(1977), S.72ff.

此種情形，定作人意欲以承攬人之諮詢結果，作為其可能之財產處置的重要依據；Rengier 在此反對實務向來見解，認為此種案型應與前開因建築師有瑕疵之建築規劃導致之損害一般，定作人因為有瑕疵之鑑定結果所造成之財產上損害，應屬第 635 條之不履行損害。蓋在功能性觀察下，系爭鑑定並無滿足其依照契約內容所應有之功能，亦即保護定作人免於作出不利之財產處置。

但另一方面 Rengier 認為，針對此種情形，消滅時效有必要做特別處理。蓋此種鑑定瑕疵，定作人囿於專業能力之不足，往往無法在第 638 條所定之受領後六個月內發現，反而必須在損害發生後，方使該瑕疵顯現而可辨認；然此時通常已罹於六個月之時效。對此，Rengier 提出折衷於文義以及特殊利益狀況之見解，即以定作人「知悉損害發生並得請求賠償時」起算六個月。

反之，因為工作所生之風險侵害定作人之法益，該法益又非依工作內容所應保護之對象時（der Schutz der Rechtsgüter des Bestellers außerhalb des Leistungszweck liegt），就所發生之損害，則應依積極侵害契約之規定處理。例如在運送契約（Beförderungsverträge），定作人係在追求特定時間抵達特定地點為契約之目的，從而身體、健康與所有權因為運送中之意外而受有損害時，不在第 635 條之規範範圍，而應依積極侵害契約（RGZ 62, 119）。

與此相類似者，在「安裝之暖氣有瑕疵致業主房屋發生水損害³³²」中，因為承攬人安裝之暖氣機有瑕疵而造成破裂，導致房屋造受水損；由於房屋所有權的保護係置外於系爭工作內容，因此該權利之損害不在第 635 條之範圍。

³³² BGH, VesR 1962, 480.

此外，在「更換汽車傳動軸，致底盤主樑受損案³³³」中，承攬人更換傳動軸安裝於定作人之汽車底盤上，但因安裝有瑕疵，導致底盤受有損害。Rengier 反對最高法院將此項損害歸入 635 條之適用範圍，其認為，此項工作內容，亦即定作人之履行利益，僅僅在於傳動軸安裝完成及能夠使用；而底盤裂痕所涉及之利益，乃是定作人得免於因瑕疵工作而使其法益受有損害，此項利益應依積極侵害契約處理。

惟就積極侵害契約之消滅時效，Rengier 認為，應直接依 852 條之兩年時效，並以「知悉損害」時起算，蓋積極侵害契約即類似 823 條第一項，以保護固有利益為其目標；況積極侵害契約應提供契約責任領域中，較侵權責任更佳之法益之保護，從而一旦使保護法益之契約責任落入較侵權責任更不利之消滅時效規定下，即違反了此項宗旨³³⁴。

3. 分析說明：

首先，實務明顯地未完全採納契約目的說的見解。蓋在「保全裝置有瑕疵致珠寶遭竊案³³⁵」中，從事珠寶業之當事人安裝防盜警報器，其目的無非在於防免盜賊竊取其珠寶，從而當事人系爭財產所有權之保護，應屬該承攬契約之「契約目的」內，如因工作有瑕疵而受損害，即應依 635 條請求損害賠償。然最高法院在該案中卻認為系爭損害與工作瑕疵欠缺緊密關聯，而應依積極侵害契約之規定。

對此，很顯然地，最高法院除了契約目的以外，更特別考慮適用消滅時效時

³³³ BGHZ 55, 392=VesR 1971, 639=NJW 1971, 1131.

³³⁴ Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin(1977), S.98f.

³³⁵ BGHZ 115, 32=NJW 1991, 2418.

結果之公平性，亦即縱然系爭損害存在於承攬契約之工作目的內，但因「瑕疵所造成之損害通常經長時間後始會出現³³⁶」，個案中最高法院仍然回溯適用積極侵害契約，以避免被害人因消滅時效而根本無主張損害賠償之可能³³⁷。

其次，如以系爭利益對於個別被害人之用途，即其「功能」，決定損害之範圍，理論一貫的結果應是，如某項利益被侵害，但造成的損害超過被害人就該利益所具備之功能範圍，則就非在功能範圍內之「損害」，即應認為無損害賠償請求權；實無從導出「應依積極侵害契約之規定請求」的結論。例如，「健康」此項利益對被害人而言，代表免於喪失工作收入、避免支出額外醫療費用等「功能」。從而如被害人因為車禍而使健康遭受侵害，則係侵害了被害人對於「健康」所具備之上開功能，應就所生之損害，例如工資損失、醫療費用之支出等負賠償責任；但超越此部分之「損害」，例如被害人因為警察處理事故現場時，發現其無駕駛執照而遭到罰鍰（Geldstrafe），此部分則非健康所代表之利益，加害人無須賠償³³⁸。然而，Rengier 就承攬人侵害定作人給付目的以外之法益，則認為可依積極侵害契約請求賠償，蓋「被侵害者並非給付義務，並非定作人對於完成工作之利益，而是應使定作人法益免於受侵害，而不取決於何種契約類型之保護義務」³³⁹，理論似非一貫。

最後，如前所述，實務在「律師給予錯誤法律意見案³⁴⁰」中，已白不採納 Schbert 所主張之消滅時效觀點，蓋以「損害形成時」之侵權行為式（deliktsrechtliche Merkmale）的消滅時效起點，仍然係背離了 638 條以受領工作或工作完成時

³³⁶ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502; BGHZ 115, 32=NJW 1991, 2418.

³³⁷ Ehlen/Blatt, Die Rechtsprechung des BGH zur Einbeziehung von Mangelfolgeschäden in den Anwendungsbereich des §635 BGB beim Bau, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag, 1986(Düsseldorf), S.78, 84.

³³⁸ Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin(1977), S.53f.

³³⁹ Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, Berlin(1977), S.78, 95.

³⁴⁰ BGH, NJW 1965, 106.

為消滅時效起算典之明確文義。



第五項 以損害與報酬間有無對價關係為判斷³⁴¹

Peters 認為，因工作瑕疵所生之損害，究應依第 635 條抑或積極侵害契約請求賠償，應視該損害賠償是否與定作人之給付有內在關聯 (in innerem Zusammenhang steht)；更精確地說，縱使定作人尚未給付報酬，系爭損害之賠償仍有理由 (gerechtfertigt) 者，則屬積極侵害契約；如以定作人業已履行給付始為有理由者，則為 635 條。從正面觀察 (ins Positive gewendet)，即定作人是否已藉由其所給付之工資，而取得系爭損害之防免。

其主張，第 635 條所謂「因不履行之損害賠償『以代』減少報酬或解除契約」，並非如同 Grimm 所述，損害賠償請求權之要件與減少報酬、解除契約一樣，均以定作人已定期催告修繕未果後始得請求；該條文僅在指明，請求賠償因不履行所生之損害，與解約或減少報酬係不可相容的 (unvereinbar)，蓋凡欲請求賠償其履行利益 (Erfüllungsinteresse) 者，必須亦已履行契約上之給付，一方面請求履行利益而他方面卻以減少報酬甚至解約以解免自身之給付義務，係屬荒謬之事 (Unding)。Peters 認為，該條文義所代表的意義是，定作人僅得獲得該工作所代表之「價值」—也就是定作人所應負之給付義務即承攬報酬—內之損害賠償 (Wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur statt der Wndelung oder der Minderung begehrt werden können soll, so bedeutet dies, dass der Besteller ihn nur um Preis erlangen kann, dass er die ihm obliegende Leistung, die Zahlung des Werklohns, voll erbringt.)。積極侵害契約之請求權原則上則僅包含固有利益，並且以對待給付已否實現為要件。蓋在生命、健康或所有權遭受侵害時，可期待蓋該損害賠償不取決於受害人一方是否已為給付，因此其缺少對價性

³⁴¹ Peters, Mangelschäden und Mangelfolgeschäden, NJW 1978, 665ff.; ders, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß §635 BGB, JZ 1977, 458ff.

(Synallagma)。

或有認為，工作之本身，連同其所有性能及防止發生損害，均屬報酬之對價，則是否仍有積極侵害契約之適用餘地，不無疑問。對此，Peters 強調，有若干性質吾人將其視為「必然存在」而因此不會將其計入價值之內容。例如吾人支付金錢乃係為了取得房屋之其面積、陳設及耐用性；至於該房屋無危害健康之危險性，則明顯屬於理所當然之前提。同樣地，在運送契約中，運送報酬之多寡僅取決於速度及舒適度；至於運送之安全性則對於報酬之多寡無影響。

Peters 舉例，承攬人所建造之房屋，有可歸責之事由導致隔離有瑕疵，因此立刻造成潮濕損害 (Durchfeuchtungsschäden)。定作人為此乃諮詢鑑定人研擬必要之瑕疵排除手段，嗣後在聘請其他承攬人重新隔離。而定作人又因潮濕而感染肺炎 (Lungenentzündung)，支出醫療費用。此外在房屋重新施作隔離之期間，定作人必須另外支出費用尋覓住宿，此外亦受有租金喪失之損害。本案中，重新施作隔離所支出之費用，明顯係落入 635 條之適用範圍，蓋定作人給付報酬，正是為了取得充分隔離之房屋；如其未給付承攬報酬，承攬人得依 326 條債務人遲延之規定，收回 (entziehen) 全部之給付。同樣地，鑑定人之費用亦屬 635 條之範疇，蓋如無給付報酬，定作人即不得保有工作，該鑑定將因此對其而言係不必要 (würde für sich folglich eine Begutachtung für ihn nicht lohnen)。此外另覓房屋之費用以及租金損失亦屬 635 條之賠償範圍，蓋定作人支出報酬，其目的即是能入住該屋並且出租；反之如定作人未給付報酬，其必須另尋其他下榻處所且亦不能出租。潮濕損害只要其係涉及房屋本身，即應當歸入 635 條之範圍，蓋報酬之一部分即係關於該房屋合於預定之隔離工作。反之，因肺炎所生之醫療費用，則應依積極侵害契約處理，蓋該費用與承攬報酬並無內在關聯。未給付報酬之定作人固然無法期待承攬人仍會為其完成房屋，惟一旦 (gleichwohl) 承攬人仍為給付，

則可要求該房屋係無危害健康之虞。對於健康之安全性，不應影響一棟房屋其價格之形成（die Preisgestaltung nicht beeinflussen）。



應注意者，發生於其他法益之損害，亦有可能應依瑕疵擔保賠償。例如貨車之剎車應能正常運作，應認為是必然存在，而不會計入價格因素中。負責維修更換剎車之承攬人，如未收到承攬報酬，則得拒絕給付，或者將新安裝之剎車拆下；但在此種情形下如仍安裝剎車，則仍應為無瑕疵之給付。如果剎車因有瑕疵而導致駕駛發生意外，則損害應依積極侵害契約處理。反之如果係為賽車安裝一具有特別性能之剎車，定作人在此種情形給付工資之目的則在於，該剎車能承受非通常之負荷。如該剎車在賽車競速中失靈，則所生之損害應依 635 條處理。又例如，負責生產用於加工物品之機器者，吾人通常均認為該機器應符合通常之安全標準。定作人給付工資目的，並非在使該機器不會爆炸；其目的應在於，該機器應能符合其效用。如在加工過程中，對於加工物品造成損害時，原則上應歸類於 635 條；反之如果該機器未達通常安全標準而導致意外的發生，損害應依積極侵害契約處理。

綜上所述可知，發生在工作本身之損害始終應依 635 條處理；發生於其他法益上之損害，則依情況而有所區別（Differenzierungen）。如該損害係特定的、附著於工作上的、典型的風險之結果（die Folge bestimmter dem Werk anhaftender typischer Risiken）者，應依 635 條賠償；反之如定作人縱未給付報酬，亦得期待該損害之「不存在（Nichtvorhandensein）」，亦即該風險之不存在係無須以對價取得者，則該損害應依積極侵害契約處理。

此外，有瑕疵之建築師設計規劃、力學測量或法律建議所引起之財產損害，在此觀點下亦應歸屬於 635 條，蓋對於規劃、計算或諮詢之正確性的擔保，只能夠在

有給付報酬時始可獲得，此由民法 676 條規定：「給予相對人諮詢或建議者，對於依循該諮詢或建議而行為所導致之損害，不負賠償責任。此不妨礙因契約關係或侵權行為所產生之責任。」可知，對於無償的諮詢建議，原則上並不負任何責任³⁴²。

定作人因瑕疵而對於第三人應負賠償責任，例如前例中，隔離有瑕疵之房屋很快為定作人出租，然而承租人則因該瑕疵受有須於修繕期間另行承租房屋之費用，以及因肺炎而支出醫療費等損害。承租人就此向損害，向出租人即定作人請求賠償。定作人就上開賠償額，得向承攬人請求賠償，惟其依據則有不同：另行承租房屋費用部分，應依 635 條求償，蓋定作人支出報酬之目的即在於取得一棟得利用而因此適於出租之房屋。反之就承租人健康權受侵害部分，則係涉及綜未給付工資亦應不存在之危險，從而應依積極侵害契約之規定向承攬人求償。準此可知，對於第三人負賠償責任所引起的財產損害，吾人只需要判斷，如系爭損害係發生在定作人而非第三人時，承攬人應依何種規定對其賠償。

就時效問題，Peters 之見解前後則有不同。其初始贊成實務見解，即積極侵害契約請求權仍應依照第 195 條之一般消滅時效處理。蓋第 633 條以下之瑕疵擔保規定，如上所述，係涉及契約對價性的衡平，而積極侵害契約則是基於相對人破壞了顧慮彼此法益之重要規則（Missachtung elementarer Regeln gegenseitiger Rücksichtnahme），從而後者之請求權不依瑕疵擔保規定，而依第 195 條定其時效，體系上較為正確（Systemgerechtigkeit）。況且如侵害定作人之其他法益而應依積極侵害契約負賠償責任，而時效卻仍適用第 638 條之短期時效，則無法理解的是，何以承攬人在此種情形下所要負之責任，相較於其以其他方法造成定作人之傷害時為輕。

³⁴² 此係根據德國民法第 662 條：「受任人因承擔委任，有義務無償地處理委任人所交付之事務。」可知委任契約乃無償契約。



但稍後，Peters 即改變見解。其一方面贊同實務見解，認為涉及瑕疵結果損害，而應依積極侵害契約請求賠償損害時，該請求權不應適用瑕疵擔保中消滅時效之規定，蓋該等規定均涉及對價關係，旨在使承攬人經過一定期間後，可終局地獲致其對價。而應依積極侵害契約請求賠償者，如前所述，係與承攬報酬並無關聯，故不應適用 638 條之消滅時效。但他方面，Peters 亦認為此時如「類推適用 852 條之消滅時效」，相較於適用 195 條之 30 年一般消滅時效，更「符合目的

(zweckmäßiger)」且「有利 (günstiger)」³⁴³。此外，Peters 更比較「建築師設計規劃瑕疵案」與「買前檢查未發現跛腳馬案」，此兩案瑕疵工作之性質皆屬「無形工作」，而最高法院對兩者為不同之判斷，蓋前者之工作係「必然實現於後續工作中」；而後者則因檢查之結果「有多種使用可能性，有瑕疵的檢查結果不會僅實現於買賣契約之締結中」。Peters 指出，此種以「統計上機率」的高低來判斷工作之利用方式是否為「典型、符合當事人期待的」，能否作為判斷是否適用第 638 條消滅時效之依據，不無疑問；雖然最高法院區分此兩種案型背後之「真正原因」在於，在建築師設計規劃瑕疵案中，第 638 條尚有五年的短期消滅時效期間可供利用，反之在買前檢查案，則僅有六個月明顯過於短促的短期時效。但如能針對積極侵害契約之損害賠償請求權，類推適用第 852 條之消滅時效，即能夠統一處理所有此種專家所提供之無形工作 (Gutachtenfälle) 而造成損害之案件，無須再從中區分「較遠、較近」或者「典型至何種程度」的利用方式³⁴⁴。

第六項 以時效之統一取代損害之區分

採此說者認為，實務上為了能夠得出一個合理的消滅時效結果，而創造了以損害之「遠度 (Ferngrad)」決定之「緊密」或「較遠、較近」的模糊概念，意欲藉此來「調整 (steuern)」635 條之適用範圍；但是此一標準幾乎無法操作，而無

³⁴³ Peters, Zur Verjährung der Ansprüche aus culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung, VesR 1979, 103, 110f.

³⁴⁴ Peters, JZ 1983, 668f.

法預測法院之判決結果，最終這種嘗試造成了法律之不安定。實則，消滅時效之問題，不能夠從將損害歸類於瑕疵或瑕疵結果損害而獲致解答，實務上歷來之嘗試在起點就發生錯誤（im Ansatz verfehlt）³⁴⁵；消滅時效之適用問題，不應藉由第 635 條請求權之範圍來解決，反而是要與「瑕疵損害」、「瑕疵結果損害」界線劃定「完全的分開（völlig zu trennen）」而不取決於彼此。進而如果能夠認為，第 638 條亦包含超過第 635 條涵蓋之瑕疵損害以外之損害，即所謂瑕疵結果損害時，Ganten 特別強調，則對於如何區分瑕疵損害與瑕疵結果損害之問題，將失其實際意義，當前學說與實務之爭執即可從死胡同（Sackgasse）走出³⁴⁶。

對此，此說認為，從第 638 條消滅時效規定之文義來看，並不排除擴張至適用積極侵害契約之瑕疵結果損害。該條文之所以僅規範定作人相關之瑕疵權利

（Magelrechte），乃是斯時立法背景所使然。蓋以，依現今學說，定作人固得依照積極侵害契約之規定，請求賠償瑕疵結果損害；惟此一法律制度為立法之初立法者所忽略，未明訂於民法典中，從而無從期待第 638 條明白地宣示及於該範圍³⁴⁷。另針對實務見解所顧慮者，即承攬契約中，存有瑕疵結果損害係在工作交付後數年始出現並產生嚴重後果。對此，Finger 則認為，此種顧慮，實際上在單純的瑕疵損害亦有可能發生，即瑕疵已於定作人受領時存在，僅其不利影響在後來始具體化；因此，損害可能因為無法在短期內被認識而導致罹於時效之隱憂，無論就瑕疵損害或瑕疵結果損害可謂並無差異；且第 638 條消滅時效並非以終局不利影響（endgültige Einbuße）之出現為其起算要件，因此自不能以此為由而排除本條之適用³⁴⁸。

³⁴⁵ Finger, Die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Werkunternehmer, DB 1972, 1211, 1218.

³⁴⁶ Ganten, Zur Verjährung der Ansprüche des Bestellers aus sog. Mängelfolgeschäden, VesR 1970, 1080, 1083.

³⁴⁷ Ganten, Zur Verjährung der Ansprüche des Bestellers aus sog. Mängelfolgeschäden, VesR 1970, 1080, 1083.

³⁴⁸ Finger, Die Haftung der Werkunternehmers für Mängelfolgeschäden, NJW 1973, 81, 83.

重要者係，如欲貫徹第 638 條短期時效之立法目的，則更應認為其得適用於所有因瑕疵引發之損害賠償。詳言之，該條在於避免舉證之困難

(Beweisschwierigkeiten)，蓋自工作交付經過一段時間後，所出現之瑕疵是否係於交付時即已存在，或者該瑕疵根本係因定作人之不當使用所引起等，往往難以證明。此外，其亦保護承攬人不至於在漫無邊際之時間經過後仍然遭受損害賠償之追索；此點就瑕疵結果損害而言更屬重要，蓋其往往係當事人所無法預料之損害，且現實上更難以計算³⁴⁹。換言之，第 638 條係處理所有定作人損害賠償請求權法律關係之安定性，故其適用範圍不應僅限於第 635 條之損害賠償請求權，而係應及於定作人因工作瑕疵所生之積極侵害契約請求權³⁵⁰。若然，則瑕疵損害與瑕疵結果損害之分類即屬多餘 (überflüssig)³⁵¹。

但正如前述，最高法院創設「瑕疵結果損害」之苦心辜旨即在提供定作人充分之保護，倘諸如「鑑定不實致銀行無法完全受償案³⁵²」或「保全裝置有瑕疵致珠寶遭竊案³⁵³」等案例，均適用第 638 條短期時效，自交付工作後六個月時效即已完成，則毋寧是完全剝奪定作人可行使權利之機會，其結論之不適當，蓋可想見。

第七項 小結

但另一方面，針對 Peters 所採，針對上述瑕疵結果損害，應「類推適用 852 條 1 項」，即時效應自知悉損害時起算三年，而不依 195 條之見解；Ackmann 認為，此種見解係「過度調整 638 條所追求的加速目的，超越了避免不當結果所必要之程度 (der vom Gesetz mit §638 BGB beabsichtigte Beschleunigungszweck wird stärker korrigiert als dies zur Vermeidung unzumutbarer Härten unbedingt erforderlich

³⁴⁹ Finger, Die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Werkunternehmer, DB 1972, 1211, 1218; Finger, Die Haftung der Werkunternehmers für Mangelfolgeschäden, NJW 1973, 81, 84.

³⁵⁰ Ganten, Zur Verjährung der Ansprüche des Bestellers aus sog. Mangelfolgeschäden, VesR 1970, 1080, 1083.

³⁵¹ Finger, Die Haftung der Werkunternehmers für Mangelfolgeschäden, NJW 1973, 81, 84.

³⁵² BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

³⁵³ BGHZ 115, 32=NJW 1991, 2418.

ist)」，蓋何以瑕疵結果損害之被害人，在知悉損害及賠償義務人後，仍應再被給予三年之時效期間？此外，此見解與實務見解相同，均對於因果關聯上較遠，損害額通常甚高且難以估計的「較遠的」瑕疵結果損害，相較於因果關聯較近的瑕疵損害，給予消滅時效上的「特別優惠 (privilegieren)」，此不但違反第 638 條之立法目的，且亦違反相當因果關係之評價基礎 (Wertungsgrundlage)³⁵⁴。

但他方面，造成區分瑕疵損害及瑕疵結果損害的主因，乃是為了避免因適用第 638 條短期消滅時效而產生「令人感到無法承受之結果 (ein als untragbar empfundenenes Ergebnis)」，而實務又明白地拒絕學說上所提出之諸如應適用第 852 條自知悉損害時起之建議，而完全堅持其向來之見解；有鑒於此種情形，Littbarski 悲觀地指出：「學說上所有試圖使聯邦最高法院放棄或者至少部分改變其向來見解的嘗試，應被視為是失敗的 (alle im Schriftum gemachten Versuche, den BGH zur Aufgabe oder zumindest teilweise Änderung seiner Rechtsprechung zu bewegen, als gescheitert anzusehen sind)。」況且，如要規避第 638 條而改用第 852 條，不論是依照該條之「自知悉損害時起算」或者直接適用三年之消滅時效，均是「侵犯僅屬於立法者之權限 (sich allein dem Gesetzgeber zustehende Befugnisse anmaßte)」。從而，其認為，目前難題剩下的唯一出路，即是由立法者修法³⁵⁵。

³⁵⁴ Ackmann, Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach §638 BGB – eine Malaise ohne Ende? JZ 1992, 670, 675f.

³⁵⁵ Littbarski, Die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus Werkmängeln – ein offenbar unlösbares Rechtsproblem, JZ 1979, 555.

第三章 德國債法現代化後之承攬瑕疵擔保損害賠償³⁵⁶



第一節 修正背景

第一項 修正之必要性

過去德國實務將物之瑕疵所致之損害，切割為「瑕疵損害」與「瑕疵結果損害」，而將後者納入積極侵害契約之適用範疇。但百年下來，這兩者間始終沒有一亦可能根本無法有一明確的界線存在³⁵⁷。實務上一再嘗試的結果，最終是使出賣人及承攬人損害賠償責任之概念呈現「完全的混亂（vollends erworren）」³⁵⁸。

之所以造成實務上的困擾，債法現代化法（Schuldrechtsmodernisierungsgesetz）的立法理由書指出兩個最根本的原因：

一、獨立的瑕疵擔保規定

德國民法施行之初，係跟隨羅馬法之傳統，於買賣契約與承攬契約中設置獨立於總則編債務不履行規定以外之規範。而兩者間之關係，特別是瑕疵擔保損害賠償請求權，與由實務發展出來之積極侵害契約，彼此應如何競合，遂成為永無止境之爭議源頭³⁵⁹。

二、消滅時效本身的瑕疵

³⁵⁶ 本章所引用之法條，除有特別標明外，為 2002 年 1 月 1 日後公布實施之德國民法。

³⁵⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 263.

³⁵⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 87.

³⁵⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 86f.

在買賣及承攬契約中，其瑕疵擔保請求權之消滅時效顯得過短。此一缺失，使得買受人或定作人經常在發現瑕疵前，甚至在損害發生前即喪失其賠償請求權³⁶⁰



他方面，因對於不成文的（*ungeschrieben*）積極侵害契約損害賠償請求權未有特別的消滅時效規定，因此原則上應適用 195 條之三十年一般消滅時效，然此一期間顯得太長。蓋衡量時效期間之短長，固然需要斟酌權利人行使權利所必須之時間，但一個三十年的長度毋寧僅在例外情形方有需要；特別是考量到義務人將必須在這段期間保存證據以隨時防禦可能之請求，更顯得不合理³⁶¹。

第二項 對策

意識到上述問題，立法理由書中明確指出，消除特別規定之請求權與積極侵害契約請求權間產生的不一致性，乃此次債法現代化之重要目標³⁶²。對此，新法提出的對策，乃是在總則中建立統一的債務不履行規定，並在買賣與承攬契約中，經由「權利根據指示（*Rechtsgrundverweisung*）」的方式，將因為物之瑕疵所生之法律效果—特別是損害賠償請求權—原則上納入總則中債務不履行法的體系³⁶³；另一方面，並就因物之瑕疵而生的請求權，設置統一的消滅時效規定。經此「一體化（*Integration*）」與「統一化（*Vereinheitlichung*）」，使得瑕疵擔保法「由『累贅的異體』轉變為總則編就不良履行時之適用情形（*Anwendungsfall*）」³⁶⁴，過去「瑕疵損害」與「（較近與較遠的）瑕疵結果損害」之區分即無必要（*entbehrlich*）

³⁶⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 91, 209..

³⁶¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 90f.

³⁶² BT-Drucks. 14/6040, S. 133.

³⁶³ BT-Drucks. 14/6040, S. 94, 209, 224.

³⁶⁴ *Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002(München), Rn.465.



詳言之，新法在總則債務不履行法（Leistungsstörungenrecht）中，以「義務違反（Pflichtverletzung）」作為債務不履行之中心概念，其乃債權人於他方債務不履行時，所有權利—特別是損害賠償請求權—之統一基礎構成要件（einheitlicher Grundtatbestand）。「義務違反」的特徵有二：其一，僅要求「客觀上的義務背反（objektiver Verstoß gegen eine Pflicht）」，而不論債務人違反義務是否可責。其二，造成義務違反之原因，即不履行之「外型（Erscheinungsformen）」為何，例如係給付不能、給付遲延或不良履行（Schlechtleistung），均非所問³⁶⁶。

例如 280 條 1 項規定：「如債務人違反基於債之關係所生之義務，債權人得請求賠償因此所生之損害。債務人就義務違反不可歸責者，不在此限。」其乃是 311a 以外，唯一的債務不履行損害賠償請求權基礎，適用於所有債務不履行之類型，包含給付不能、遲延及過去由實務所發展之締約上過失（culpa in contrahendo）及積極侵害契約之賠償請求權，取代舊法下針對不同之債務不履行態樣而分別獨立規定之損害賠償請求權基礎³⁶⁷。

承攬契約中——如舊法——承攬人負有完成並使定作人取得無瑕疵工作之給付義務，633 條第 1 項規定：「承攬人應使定作人取得無物之瑕疵及權利瑕疵之工作。」從而，如所完成之工作有瑕疵，即構成契約義務之違反³⁶⁸，依 634 條第 4 款之規定：「工作有瑕疵者，如具備下列規定之要件且無不同之約定時，定作人得：依第六百三十六條、第二百八十條、第二百八十一條、第二百八十三條及第三百十一條之一請求損害賠償，或依第二百八十四條請求無益費用之賠償。」換言之，

³⁶⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 263.

³⁶⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 92.

³⁶⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 135; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I AT, 20. Aufl., 2012, Rn.335; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 10. Aufl. 2012, Rn.447; *Jauernig/Stadler*, §280 Rn.1

³⁶⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 263.

在工作有瑕疵而造成定作人損害時，定作人之損害賠償請求權基礎，係依總則編債務不履行法之規定，特別是 280 條第 1 項³⁶⁹。



惟在買賣契約，舊法下「特定物買賣 (Stückkauf)」之出賣人並不負有交付無瑕疵標之物之義務，在此種情形下，交付有瑕疵之買賣標之物，無法得出違反給付義務結論；因此，當侵害對價衡平關係 (Äquivalenzverhältnis) 的法律效果無法由義務違反之構成要件中導出時，必然需要藉由其他法定責任，例如瑕疵擔保，或約定品質保證等方式使能得出。而此亦是產生舊法下瑕疵責任與總則債務不履行法間界線如何劃定之原因³⁷⁰。因此，新法在 433 條規定：「依買賣契約，物之出賣人負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。出賣人應使買受人取得無物之瑕疵及權利瑕疵之物。」將出賣人之義務延伸至「無瑕疵 (mangelfrei)」給付；一旦給付之物有瑕疵，即構成義務違反³⁷¹，依 437 條第 3 款之規定：「物有瑕疵者，如具備下列規定之要件，且無不同之約定時，買受人得：依第四百四十條、第二百八十條、第二百八十一條、第二百八十三條及第三百三十一條之一請求損害賠償，或依第二百八十四條請求償還無益費用。」即如同承攬契約般，買受人因標之物瑕疵而受之損害，亦依總則債務不履行法之相關規定請求賠償。

第二節 新法下債務不履行損害賠償之體系

如前所述，280 條第 1 項固然做為現行債務不履行下唯一之請求權基礎，但其僅是規定了「基礎要件」。現行德國債法下，關於損害賠償之規定乃一「綜合體系」，依照「損害之性質」與「義務違反之種類」，區別出各不同損害賠償求權要件。具體言之，首先應從「法律效果之觀點 (rechtsfolgenbezogene Sichtweise)」，亦

³⁶⁹ Huber, in Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rn.18/61; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002(München), Rn.645; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, 16. Aufl., 2012, Rn. 708.

³⁷⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 208.

³⁷¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 209; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, 16. Aufl., 2012, Rn. 32; Looschelders, Schuldrecht BT, 7. Aufl. 2012, Rn.23.

即依據損害之性質，大別為「與給付並存之損害賠償 (Schadensersatz neben der Leistung)」 (§§280 條第 1 項、280 條第 2 項、286 條) 以及「替補損害賠償 (Schadensersatz statt der Leistung)」 (§§280 條第 1 項、第 3 項、281 至 283 條)

372。

確認屬於何種性質之損害後，必須再依照義務違反之種類，亦即係給付不能、遲延、不良履行抑或違反附隨義務，而有不同之請求權要件。在屬於「與給付並存之損害賠償」中，倘債務人係因為給付不能、不良給付或違反附隨義務，而造成債權人受有屬於此性質之損害時，應依 280 條第 1 項負「單純損害賠償 (einfacher Schadensersatz)」；如係因給付遲延而造成債權人受有此性質之損害，則除了須有 280 條第 1 項之要件—即可歸責 (推定) 的義務違反外—，依 280 條第 2 項，原則上更應依照 286 條經債權人為催告而仍不履行後，使陷於遲延，而應賠償遲延所生之損害 (Verzögerungsschaden)。而若損害屬於「代履行之損害賠償」者，且係因「給付不能」而造成時，應在區別為自始不能或嗣後不能，前者應依 311a 負賠償責任，後者則依 280 條第 1 項、第 3 項、283 條，債權人無須向其定期限請求嗣後履行，即可請求因不履行所生之損害賠償；如係因「給付遲延」或「不良履行」時，依 280 條第 1 項、280 條第 3 項及 281 條之規定，原則上債權人需先訂合理期限請求債務人嗣後履行，唯在期限經過而無結果時，始能請求損害賠償；如係違反附隨義務，則依 280 條第 1 項、280 條第 3 項及 282 條之規定，必須是在「對債權人而言已無法期待由債務人給付 (wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist)」之情形，始能請求代履行之損害賠償³⁷³。

³⁷² Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 20. Aufl., 2012, Rn 335.

³⁷³ Medicus, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, 521, 522ff.; Kötz, Vertragsrecht, 2. Aufl. (2012), S. 430ff.

第三節 不良履行 (Schlechterfüllung) 時之損害賠償請求權



第一項 瑕疵擔保責任之時點

與舊法時代相同，定作人適用民法 634 條以下關於瑕疵擔保規定之基準時點，原則上亦以「工作之受領」作為分界點；當工作之性質不需受領時，依第 646 條，則以「完成工作」時為準³⁷⁴。實務見解亦認為，原則上工作之受領象徵著 (markiert) 定作人自斯時起得主張瑕疵權利之基準時點，此前定作人不得透過排除瑕疵請求權干預承攬人工作之進行；承攬人係負擔於約定之時間點完成無瑕疵之工作，而非直至工作完成持續地 (kontinuierlich) 為無瑕疵之工作 (mangelfrei zu arbeiten)³⁷⁵。但同時，學說亦承認若干例外，亦即當承攬人無法或者不願排除瑕疵，或是瑕疵已嚴重而可認工作完成時亦仍會存在，則縱使尚未受領工作，仍得提前依瑕疵擔保之規定主張權利³⁷⁶。

第二項 修補先行原則

由 634 條此一「指示規定 (Verweisungsnorm)」中雖無法直接得出，但由該條第 2 至 4 款所連結之 637 條「自行排除瑕疵 (Selbstvornahme)」、323 條「解除契約」、638 條「減少報酬」及 280 條以下之損害賠償規定可知，各該規定中原則上皆以「定合理期限請求債權人嗣後履行而無結果」為行使要件³⁷⁷；換言之，定作人之瑕疵權利係呈現一「階層關係 (Stufenverhältnis)」³⁷⁸。

³⁷⁴ Palandt/Sprau Vorb v § 633 Rn 6; AnwK-BGB/Raab, § 634 Rn 28; Jauernig-BGB/Mansel, § 634 Rn.3.

³⁷⁵ OLG Köln, BeckRS 2013, 00050.

³⁷⁶ MüKoBGB/Busche § 634 Rn 4.

³⁷⁷ Palandt/Sprau § 634 Rn 2; Hk-BGB/Ebert § 634 Rn. 2; Jauernig-BGB/Mansel, § 634 Rn. 2.

³⁷⁸ PWW/Leupertz § 634 Rn 2; Bamberger/Roth/Voit BGB § 635 Rn 1.並且就此項「合理期限」之訂定，最高法院認為，不以「日曆天 (Kalender)」或特定時間單位 (Zeiteinheit) 為必要；縱債權人僅以「盡快履行 (so schnell wie möglich)」、「立刻 (umgehend)」或「在適當期間內 (in angemessener Zeit)」等言詞表示，而個案中該期限之界線係可得確定 (bestimmbar) 之者，亦足當之，vgl. BGH, NJW 2009, 3153.



倘若無 281 條第 2 項、323 條第 2 項、440 條及 636 條等「債務人嚴正拒絕給付」、「衡量雙方利益後認為立即行使權利為正當」、「出賣人／承攬人因修補需耗費不成比例之高額費用而拒絕、修補失敗或先行定期請求修補對買受人／定做人不合理」之例外無須先行請求修補之事由，而未先給予債務人補正之機會，即所謂「提前的自行修補 (verfrühere Selbstvornahme)」之情形，如同舊法時之情況，多數學說認為此時買受人或定作人雖然因此不符合各瑕疵權利之構成要件而無法行使瑕疵擔保；惟因此時出賣人／承攬人之嗣後履行義務業因「目的已達

(Zweckerreichung)」而成為給付不能，無須再為給付 (275 條第 1 項)；此給付不能又係可歸責於債權人，即買受人／定作人所致，契約之他方應得適用³⁷⁹或類推適用³⁸⁰326 條第 2 項之規定，自出賣人／承攬人所得請求之對待給付中，扣除其原本依 439 第 2 項或 635 第 2 項應支出卻因此節省之費用；如已給付時，得依 (或類推) 326 條第 4 項之規定請求返還。

最高法院自舊法時代直到現行新法，縱使面對學說上強烈的批評，仍然繼續堅持債權人不得行使以此為要件之其他瑕疵權利。此一立場顯現在兩則近年有關買賣契約物之瑕疵之案例中。基於新法下買賣契約與承攬契約架構之類似性，以及法院判決理由中，所謂「不得藉由適用或類推適用民法 326 條第 2 項以架空修補先行原則」，此項見解可預期地亦會適用在承攬契約定作人擅自自行補正之情況。

³⁷⁹ Bamberger/Roth/Voit BGB § 638 Rn 17.

³⁸⁰ Lorenz, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417, 1419. 蓋在「給付不合債之本旨 (in Fall der nicht vertragmäßigen Leistung)」，即物有瑕疵，而因瑕疵無法除去之情形，從而債務人免為嗣後履行之情形，326 條第一項第二句特別規定，此時債權人—不同於同條項第一句—仍應為對待給付。蓋買受人／定作人有減少價金或解除契約可資選擇，為避免適用同條項第一句之結果而使其對待給付義務部分免除，形同減少價金或報酬，乃有此規定。依此意旨，同跳第二項「可歸責於債權人至給付不能，債務人仍保有對待給付請求權」之規定亦因此無從適用。惟如此一來，毋寧使得出賣人／承攬人在「買受人／定作人擅自修補」導致其給付不能之情形下，相較於單純之嗣後履行不能 (例如瑕疵之性質係無法修補)，處於更優越之地位。此時即存在一個法律上之規範漏洞 (Regelungslücke des Gesetzes)，應類推適用 326 條第二項之規定。

例如原告向被告於 2002 年四月買受一台汽車，同年 11 月引擎即出現故障。原告於第三人處更換引擎，並就此費用向被告請求賠償；此外並請求減少價金。

最高法院認為，不論是買受人之減少價金請求權抑或是替補賠償，均係以買受人已先給予出賣人合理期間修繕而無結果為要件，此由 281 條第 1 項之文義，以及減少價金係「替代」解除契約，而解除契約依照 323 條第 1 項亦以定期催告為要件可知。而本件中因買受人未踐行催告請求修補之程序，又不存在例外得不經催告之情形，從而不得請求事項賠償及減少價金³⁸¹。

針對學說上所提出之「適用或類推適用 323 條第 2 項」減少出賣人所能請求之對待給付之見解，最高法院亦明白予以否定。其認為，437 條以下關於瑕疵擔保之規定，係屬「終局規定 (abschließende Regelungen)」，得排除 326 條第 2 項「全部或主要係因可歸責於債權人之事由致債務人依 275 條第 1 項至第 3 項無須給付，或此種情形係發生於債權人遲延中且不可歸責於債務人者，債務人仍得請求對待給付。但債務人須扣除其因免給付所節省之費用，或以其他方式使用其勞動力所取得或惡意怠為取得者。」直接或間接之適用。否則，毋寧係創設了法律所無之買受人自行修補權，並且架空 (unterlaufen) 了 437 條以下修補先行原則之適用：

1. 蓋不同於承攬契約，立法者於債法現代化時，係有意地不賦予買受人自行修補並向出賣人請求返還之瑕疵權利，此由 437 條以下關於買受人瑕疵擔保之規定對照 634 條以下關於定作人瑕疵擔保之規定即可得知。因此不存在一個「違反規範之法律漏洞 (planwiderige Regelungslücke)」而需要藉由 326 條第二項之類推適用予以彌補。

固然如同 Lorenz 所述，適用 326 條第 2 項時，所計算者乃出賣人因此所節

³⁸¹ BGH, NJW 2005, 1348.

省之費用，而與買受人自行修補所支出之費用並不相同；亦即在計算出賣人所能請求之金額，或者買受人依 326 條第 4 項請求返還已支付之金錢時，計算之標的並非買受人實際支出之費用，而係以出賣人所節省之支出。然而在結論上，最終均是賦予買受人以出賣人之費用自行排除瑕疵之權，而甚至不以已定期催告為必要，此已明顯違反了立法者之意旨。

2. 藉由修補先行原則，賦予買受人「第二次給付之權（Recht zur zweiten Andienug）」，藉由嗣後履行避免遭受瑕疵擔保權利之主張，並獲得全部之買賣價金。倘若允許買受人在未經定期之情況下，得依 326 條第 2 項之規定請求全部或一部之修繕費用賠償，毋寧是架空此一原則。更甚者，最高法院強調，此一原則更在使得出賣人能藉由修補之進行，以確知瑕疵是否確實存在、是否在危險移轉時已經存在以及係基於何種原因發生，並藉此保全證據。一旦任令定作人自行修補並依 323 第 2 項、第 4 項之規定請求費用返還，將使承攬人僅能面對「既成事實（vollendete Tatsachen）」而不當地削弱其防禦之可能性。

針對此一判決理由，Lorenz 再度提出批判³⁸²：

1. 瑕疵存在及嗣後履行手段之必要性，應由買受人舉證，其擅自予以修補，危害到的是自己之舉證責任，並無削弱出賣人防禦可能性之情形。
2. 可自出賣人價金請求權中扣除者，正係因免為嗣後履行所節省之費用，亦即 439 條第二項應由其所負擔之費用，與其自行從事嗣後履行並無差異。故從出賣人之利益而言，實質上並無違反其所享有之「第二次給付之權」。由此可知，出賣人之地位，無論在實體上或程序上，皆不會因此而受到任何影響。

³⁸² Lorenz, Selbstvornahme der Nacherfüllung, NJW 2005, 1321, 1322f.



3. 最嚴重者，最高法院嚴重誤解了債法修正之基本宗旨（Grundanliegen），亦即去除買賣、承攬契約中瑕疵擔保權利之獨立、特殊性，進而消弭債務不履行法中之「雙軌性（Zweispurigkeit）」³⁸³。立法者絕無以 437 條所定之買受人自行修補及費用償還請求權，排除總則 326 條第二項適用之可能性；相反地，在無 437 條適用之情形，更應將瑕疵擔保權利回歸適用總則之救濟手段，而此也是修法主要目標之一。Lorenz 語帶諷刺地說，此種判決之受益者（Nutznießer）除了出賣人／承攬人以外，就屬法院，蓋其得「省下」就瑕疵存在及費用節省之舉證與判斷；可預期的，最高法院之此項見解將會贏得下級法院之廣泛贊同。

在舊法 634 條，一旦定作人對承攬人修補義務所定之合理期限經過而仍無結果時，該修補請求權即自行消滅（erlischt），已如前所述。惟在新法下，定作人之嗣後履行請求權，或者承攬人之嗣後履行義務，並不當然因期限經過而消滅，而是必須在定作人據此解除契約或請求替補賠償後，始當然排除（281 條第 4 項）。因此學者 Faust 亦贊同上開學說而認為，在定作人不願意解除契約之情況下，作為不熟悉法律之門外漢，往往會理所當然地認為，期限經過後，承攬人之給付可能性隨之消失而隨即從事替代行為，惟此一「過早的替代行為」所生之費用，即不被替補賠償所涵蓋，而造成定作人極大之風險³⁸³。

惟最高法院更在另一案中認為，縱令買受人「不知故障係因物之瑕疵所引起」時，亦不解免其在請求減少價金或損害賠償以代履行前，應先給予出賣人嗣後履行之機會。該案中，原告於 2002 年 9 月間向被告二手車商買受並受領二手車，交車兩個月後，即同年 11 月，某日行駛在公路上時，原告發現引擎警示燈

³⁸³ Faust, Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: FS für Huber zum 70. Geburtstag, 2006, S. 253ff.

(Motor-Management-Kontrollleuchte) 突然亮起。買受人立刻尋找鄰近的修車廠檢修，發現係因「催化轉換器 (Katalysator)」有瑕疵所致，乃直接於該維修廠修理。原告就修理費用、汽車檢查費 (Fahrzeugvermessung) 請求損害賠償，並請求減少及返還價金，而主張被告應給付共 2246 歐元。

首先，本案因係消費者向企業經營者購買動產之案件，屬於民法 474 條以下之「消費物買賣 (Verbrauchsgüterkauf)」；其中 476 條就瑕疵存在時點之舉證責任特別規定：「自標的物危險移轉時起六個月內所發見之物之瑕疵，推定瑕疵於標的物危險移轉時已存在。」因此出賣人欲免除其瑕疵擔保責任，必須舉證係爭瑕疵係在標的物移轉後始產生。

其次，最高法院認為，無論原告依 §§437 條³⁸⁴ 第 3 款、280 條第 1 項、第 3 項、281 條之規定，依損害賠償以代履行之規定請求出賣人賠償維修費用及檢查費用；抑或是依 §§437 條第 2 款、441 條³⁸⁵ 請求減少價金並依 441 條第 4 項請求返還溢付之金額，均以買受人已對出賣人定期請求嗣後履行為必要。

原告雖抗辯，其將車子交給保養廠時並不知悉系爭瑕疵之存在，然最高法院認為，此並不解免買受人應賦予出賣人修繕機會之對己義務 (Obliegenheit)。固然，汽車故障之原因眾多，非必然因為有移轉時即存在之瑕疵所致，特別是在交車後兩

³⁸⁴ 該條規定：「物有瑕疵者，如具備下列規定之要件，且無不同之約定時，買受人得：

1. 依第四百三十九條請求嗣後履行。
2. 依第四百四十條、第三百二十三條及第三百二十六條第五項解除契約，或依第四百四十一條減少買賣價金。
3. 依第四百四十條、第二百八十條、第二百八十一條、第二百八十三條及第三百三十一條之一請求損害賠償，或依第二百八十四條請求償還無益費用。」

³⁸⁵ 該條規定：「I 買受人得向出賣人表示減少價金，以代解除契約。第三百二十三條第五項第二段之排除原因，不適用之。II 買受人之一方或出賣人之一方有數人者，減少價金僅得由其全體或向其全體表示之。III 價金之減少，應就買賣價金依契約締結時，物無瑕疵狀態之價值與其實際價值可能存在之比例，減少之。必要時，應以估價定其減少之價金。IV 買受人已支付超過減少後之價金者，其超過之數額應由出賣人返還之。第三百四十六條第一項及第三百四十七條第一項之規定，準用之。」

個月內馬上發生故障之情形尤然。但縱然如此，若買受人不想失去其對出賣人之權利，無論如何均應顧慮到此種可能性。尤其在消費者動產買賣的情形下，476條已推定瑕疵係存在於危險移轉時；在此種情況下，對買受人而言，考量到該故障係出於物之瑕疵所致，應不致於太過困難。從而，縱然不知故障原因而率爾自行或由第三人從事修繕，除有無須先行定期催告請求嗣後履行之例外情形，仍然會危及其對出賣人之瑕疵擔保權利³⁸⁶。

第三項 修補義務之範圍

與舊法時亦完全相同者，修補義務之範圍—此一義務之範圍亦同時牽涉 637 條定作人自行修補後得請求返還費用之範圍，以及性質上歸屬於「損害賠償以代履行」之修補費用之賠償範圍³⁸⁷—，包括所有使工作回復至合於契約約定狀態之必要手段，除修補行為本身以外，更包含為使修繕工作能夠順利進行之事前準備工作、附隨工作以及事後之復原工作³⁸⁸。例如定作人所有之浴缸底下之排水管出現瑕疵，則負責安裝管路之承攬人為進行此項修繕，必須將已安裝好之浴缸撬開，以及事後將浴缸完整地安裝回原位等，皆屬其修補義務之範疇³⁸⁹；換言之，因為修補過程所必然所傷及之其他法益，承攬人應以自己之費用將其回復原狀者，初不限於其自己之工作本身³⁹⁰。而由此亦可知，倘同樣是發生在其他法益上之損害，惟係因為原始的工作瑕疵所造成；或者係開始修補前以及修補過程中，因為無法使用工作而造成之所失利益及使用利益之喪失，乃與修補義務無關者，自非承攬人嗣後履行義務之範疇。就此項損害，定作人應依 §§634 條第 4 款、280 條第 1 項之規定，逕向承攬人請求賠償³⁹¹。

³⁸⁶ BGH, NJW 2006, 1195, 1197ff.

³⁸⁷ NK-BGB/Raab § 636 Rn 52; § 637 Rn 15.

³⁸⁸ AnwK-BGB/Raab, § 635 Rn 13; Jauernig-BGB/Mansel, § 635 Rn 4.

³⁸⁹ MüKoBGB/Busche § 635 Rn 12.

³⁹⁰ MüKoBGB/Busche § 635 Rn 16; PWW/Leupertz § 635 Rn 5.

³⁹¹ Palandt/Sprau § 635 Rn 6; Bamberger/Roth/Voit BGB § 634 Rn 10; MüKoBGB/Busche § 635 Rn 17; Jauernig-BGB/Mansel, § 635 Rn 4.

第四項 瑕疵損害賠償請求權之消滅時效



第 634a 規定：「I 第六百三十四條第一款、第二款及第四款所稱之請求權：

1. 工作之成果為物之製造、維修或變更，或就該物提供計畫或監督之給付者，除第二款外，因兩年間不行使而消滅
2. 在建築物及工作之成果為就該工作提供計畫或監督給付之情形，因五年間不行使而消滅，及
3. 於其他情形，因一般時效期間不行使而消滅。

II 於第一項第一款及第二款之情形，其時效自受領時起算。

III 承攬人惡意不告知瑕疵者，其請求權不適用第一項第二款、第三款及第二項之規定，而因一般時效期間不行使而消滅。但於第一項第二款之情形，消滅時效在該款所定之期間屆滿前，其時效不完成。

IV 第六百三十四條所稱之解除權，適用第二百十八條之規定。解除依第二百十八條第一項不生效力者，定作人仍得如同契約解除時，依其解除而拒絕支付報酬。定作人行使該權利者，承攬人得解除契約。

V 第六百三十四條所稱減少報酬之權利，準用第二百十八條及本條第四項第二段之規定。」

其中第 1 項第 3 款所稱之「一般時效期間」，係指民法第 195 條：「一般時效期間為三年。」而其起算點則是採「主觀說」，蓋 199 條第 1 項規定：「除別有規定外，一般時效期間自該年度結束，而在該年中：

1. 請求權形成，且
2. 債權人知悉或如無重大過失可得知悉請求權形成所由之情狀及債務人。」



第一款 適用範圍

時間之適用範圍上，依民事法律適用法（Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, EGBGB）第 229 節第 6 條第 1 項第 1 句之規定，縱契約係締結在 2002 年 1 月 1 日新法生效前，如基於該契約所生之請求權仍於此時存在且於尚未罹於時效，則適用新法消滅時效之規定³⁹²。

在物之適用範圍上，本條規定，一如舊法，係屬總則一般消滅時效規定之「特別規定」。所不同者，其第一項文義已明白表示，適用於所有 634 條賦予定作人之瑕疵權利，包含嗣後履行請求權（634 條第 1 款）、費用返還請求權（634 條第 2 款）、損害賠償或無益支出之請求權（634 條第 4 款）等³⁹³。換言之，如與瑕疵無涉（ohne Mangelbezug）之權利，例如承攬人遲延完成工作，定作人之遲延損害賠償、或者承攬人因違反附隨義務造成定作人受有損害，例如承攬人為定作人拆除並新建連棟房屋（Doppelhaushälfte）過程中，不慎侵害鄰人之房屋造成其牆面之龜裂，定作人因此遭鄰人求償修理費用。此時所涉及者，乃是承攬人違反保護義務（Obhutspflicht），亦即不侵害第三人之法益並使定作人免於因此遭到該第三人之請求。此項承攬人義務與工作無直接關聯，從而其違反即非工作之瑕疵。定作人就其所受之損害，應直接依第 280、241 條第 2 項求為賠償，消滅時效則應適用 195 條之一般規定³⁹⁴。

在此見解下，通說認為，即不須再區分損害賠償請求權之內容，係在填補履行利益或固有利益，凡因承攬工作瑕疵所造成之損害，其請求權消滅時效均依本條規定。蓋此一區分乃起源於舊法下，在債各與債總中因存在著不同消滅時效之規定，從而引起瑕疵損害或瑕疵結果損害分別是用不同時效之爭議；而消除此項

³⁹² Hk-BGB/Ebert § 634a Rn 3.

³⁹³ BT-Drucks. 14/6040, S. 263.

³⁹⁴ OLG Zweibrücken, NZBau 2009, 389.

區分，達到統一消滅時效，正是債法現代化之目的³⁹⁵。實務見解中，亦已引述通說之意見，而認為第 634a 條適用於所有以 634 條第 3 款為依據之損害賠償請求權，無論系爭損害之性質係屬瑕疵損害或瑕疵結果損害³⁹⁶。



惟學說上仍有不同見解，認為就「固有利益之侵害」，其損害賠償消滅時效仍應回歸適用民法總則之「一般時效」，而非此處之短期時效。例如 Canaris 即認為，上開規定應僅適用於典型的「瑕疵損害（Mangleschaden im eigentlichen Sinne）」，亦即標的物因為瑕疵而缺少其應有價值之損害；蓋此與解除契約或減少報酬有著相同之法律效果，應使其適用相同之時效期間，以免在解除契約或減少報酬之除斥期間經過後，復又以請求瑕疵損害賠償之方式而達成相同目的，掏空債各規定特殊時效之目的。惟就「瑕疵結果損害」則無此顧慮，且「盡可能地消除瑕疵擔保係一般債務不履行之特殊規定之地位」，乃此次債法修正之主要目的之一，因此就瑕疵結果損害之賠償請求，論理上即無正當理由不適用一般消滅時效規定。³⁹⁷

Canaris 固然承認，系爭瑕疵擔保之特殊消滅時效很明顯地亦適用於瑕疵結果損害，惟此係「令人感到遺憾的（bedauerlich）」。Canaris 認為，吾人應嘗試以法之續造之方式（im Wege der Rechtsfortbildung）予以修正；可能之論據在於，瑕疵結果損害，不僅僅係契約之不良履行，更屬於保護義務之違反，而此並不屬於瑕疵擔保請求權之消滅時效的適用範圍³⁹⁸。

相類似者，亦有認為此短期時效僅適用於「針對對價利益」之瑕疵損害賠償

³⁹⁵ NK-BGB/Raab § 634a Rn 13; Bamberger/Roth/Voit, BGB, Bd. 2, § 634a Rn 5; Palandt/Sprau § 634a Rn 5; Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rn. 18/86; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, S. 279f.

³⁹⁶ BGH, NJW 2011, 594; OLG Koblenz, NJW-RR 2008, 501.

³⁹⁷ Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 329, 335f.; MüKoBGB/Busche § 634a Rn 10.

³⁹⁸ Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung, S. XXVIII.

請求權；換言之，倘因瑕疵造成「固有利益」受侵害，其損害賠償請求權不應適用 634 條 a 之規定，而應適用民法總則之一般消滅時效³⁹⁹。



按之所以有此等見解，係源於修法過程中，債法修正委員會之結案報告（Abschlußbericht der Schuldrechtsreformkommission）中，就瑕疵擔保消滅時效部分提出之建議，與其後通過之債法修正案存有重大不同所致。同樣致力於消除買賣與承攬契約瑕疵擔保責任之獨立性，惟其係將所有「基於契約所生之請求權」之消滅時效，均統一地規定在民法總則中，使得所有「義務違反」之損害賠償請求權及其他請求權，除承攬工作之標的係建物而特將其時效延長以外，均適用相同之時效期間，藉此消除基於瑕疵擔保權利與債總債務不履行間之區別⁴⁰⁰；他方面，其認為侵權行為損害賠償請求權消滅時效之架構，即自知悉損害與賠償義務人時起三年，或自不法行為時起十年時效消滅，「大體上正確（sich im ganzem bewährt）」，故維持舊法§852 條消滅時效之內容不便，僅係移至§199 BGB-KE。惟該委員會特別針對契約與侵權行為競合時，規定其消滅時效均應適用契約之消滅時效，§200 BGB-KE 謂：「如法定與契約或類似契約之損害賠償請求權競合時，適用編號二⁴⁰¹之消滅時效。」該委員會特別指出，在過去侵權與契約責任各有各不同消滅時效期間之情形，實務上認為兩者係「自由競合」，其結果則是，一旦被侵害之利益係屬於侵權責任之保護範疇時，債權人往往選擇放棄已罹於時效者，而改行使其他尚未時效完成之請求權；「同樣之給付得藉由兩個請求權分別請求，則無異於排除了較短之消滅時效。」有鑑於此，乃藉由本條以確保針對契約上請求權所訂消滅時效之目的得以達到；此外債法修正委員會亦透過本條表明

³⁹⁹ Wagner, Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?, JZ 2002, S. 475, 477.

⁴⁰⁰ Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 32, 46f. 其草案（下稱 BGB-KE）§195 條第一項及第二項規定：「I. 基於契約之請求權，三年時效消滅。II. 承攬契約因建物之瑕疵所生之請求權，五年時效消滅。」時效之起算點，則依§196BGB-KE 第一項及第四項，自清償期屆至（Fälligkeit des Anspruchs）時；承攬契約因建物瑕疵所生之請求權，則自完工（Fertigstellung）、受領或承攬人就受領所訂之合理期限屆滿時。

⁴⁰¹ 編號二即上述之§195 BGB-KE.

了，契約與侵權責任之競合問題，不能以「所涉及之利益係給付利益或固有利益」為區分之準據，蓋正如同舊法下瑕疵損害與瑕疵結果損害一般，此兩種利益之區別已導致了無數的問題與困難⁴⁰²。另外，當債權人之生命、身體、健康或自由等高價值法益（wertvoller Rechtsgüter）被侵害時，其往往需要多年始發現受有損害，侵權行為之十年時效尚不足以保護，更遑論在契約責任時，適用較十年為短之消滅時效。因此§201 BGB-KE 乃特別規定，因生命、身體、健康或自由之侵害所生之損害賠償請求權，「無論其法律上之基礎（unabhängig von ihrem Rechtsgrund）」，均自權利人知悉損害及負賠償義務之人（Person des Schuldners）時起三年，或自前述一般消滅時效之起算點 30 年後時效消滅⁴⁰³。

此種「原則適用一般消滅時效，僅針對建物瑕疵延長」以及「侵害人身法益時延長消滅時效期間」之基本原則，不但為 2000 年 9 月公布之「債法現代化法討論版草案（Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes，以下稱 BGB-DiskE）」延用⁴⁰⁴，且在經過第一次「聯邦與各邦工作小組（Bund-Länder-Arbeitsgruppe）」會議後，於 2001 年 2 月提出之「債法現代化法討論版草案加固版本（Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes，下稱 BGB-KonDiskE）」，就瑕疵擔保責任之消滅時效亦維持相同結構⁴⁰⁵。惟在 2001 年 4 月所公布之「聯邦政府版草案

⁴⁰² Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 73ff.

⁴⁰³ Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 75f.

⁴⁰⁴ §195 BGB-DiskE 規定：「一般消滅時效期間共計三年。如義務人行為惡意（sich arglistig verhalten），延長至十年。」針對建物之瑕疵，則於§196 第一項 BGB-DiskE 規定：「承攬契約因建物之瑕疵所生之請求權，五年時效消滅。」此等消滅時效之起算點則規定於§198 第四項 BGB-DiskE：「因買賣標的物或工作瑕疵所生之請求權時效，除 200 條規定外，自將買賣標的物或工作交由他方支配（dem anderen Teil zur Verfügung gestellt）時開始。」而§200 條第一項 BGB-DiskE 即係規定侵權行為之消滅時效，而第二項則同樣特別針對人身法益延長所有損害賠償請求權之消滅時效：「I. 因不法行為或危險責任所生之損害賠償請求權，自權利人知悉損害與負賠償義務之人時起三年，因侵害生命、身體、健康或自由所生損害賠償請求權，自行為或危險實現時起三十年時效消滅。II. 第一項規定於因侵害生命、身體、健康或自由所生其他法律上基礎之損害賠償請求權，除時效依一般規定起算而非自行為或危險實現時起外，準用之。」

⁴⁰⁵ §195 BGB-KonDiskE 規定一般消滅時效：「一般消滅時效共計三年。」其起算點規定在§200

(Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts)」卻突然將買賣與承攬之瑕疵擔保責任消滅時效，規定於債編各論之中，作為不同於總則時效之瑕疵擔保特別規定⁴⁰⁶。



相對於前述債法修正委員會之結案報告與討論版草案，聯邦政府版草案乃至於現行法，雖在總則規定「主觀時效起算點」之一般消滅時效，惟卻依然在買賣與承攬契約中，同時規定了各自之特別消滅時效，違反「應盡可能地將瑕疵擔保規定融合於總則規定」之債法修正目標；且該特別時效規定中，依標的物之不同而混和主、客觀消滅時效起算點，無正當理由地使承攬人取得較其他損害賠償責任情形更優越之地位⁴⁰⁷，招來舊法下適用短期時效之缺點，即時效在損害發生前即已完成，未賦予定作人充分行使權利之機會。

不寧唯是，在瑕疵擔保責任中，另行規定一獨立之消滅時效，亦會與舊法時相同，產生侵權與契約責任之競合問題⁴⁰⁸。在此情形可預見的是，舊法下屬於「『較遠的』瑕疵結果損害」之案例類型，在新法下因為「一律」適用 634a 條第 1 項第 1 款或第 2 款之兩年或五年短期「客觀」消滅時效，定作人將因承攬人之時效抗辯無法由契約責任獲得賠償；此時侵權責任將成為其唯一可能的救濟途徑，則

BGB-KonDiskE：「消滅時效自請求權藉其時起算。如係不作為請求權，消滅時效自違反行為（Zu widerhandlung）時起算。」而§196 第一項 BGB-KonDiskE 則就瑕疵擔保責任之消滅時效規定：「承攬契約因建物之瑕疵或因於土地上工作之瑕疵所生之請求權，五年時效消滅。」而其起算點規定在§201 第一項 BGB-KonDiskE：「因 1. 買賣標的物 2. 新建或變更物之工作之瑕疵所生之請求權，自物之移轉或工作交付時起算。」所不同者在於，針對 195 條之一般消滅時效，以「知悉或因重大過失而不知有損害及負賠償義務之人」，作為時效障礙，§202 第一項 BGB-KonDiskE 規定：「適用一般消滅時效期間之請求權，自債權人知悉構成請求權之事狀與義務人或非因重大過失而不知時起之次年第一天（frühestens ein Jahr）起算。」此項雖不適用於買賣與承攬瑕疵請求權（§202 第二項 BGB-KonDiskE），惟同條第三項同樣針對侵害人格法益時延長其消滅時效：「」

⁴⁰⁶ Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684ff.

⁴⁰⁷ Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329, 336.

⁴⁰⁸ Wagner, Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?, JZ 2002, 475, 477f.

實務上「繼續侵蝕性損害」之爭議問題亦將繼續延燒⁴⁰⁹，新法修正之成果至此可謂「治絲益棼」。



有鑑於此，Canaris 強調：當吾人還不能將瑕疵損害賠償請求權完全自短期時效中除去之前，則應限縮該時效之適用，僅及於瑕疵損害；縱然瑕疵損害與瑕疵結果損害之爭議在舊法下並非明確，「但比起將瑕疵結果損害也列入短期時效之適用範圍，這實在是一個較小的禍害。」⁴¹⁰

而學者 Wagner 與 Mankowski 亦採取限縮觀點，即認為短期時效應不適用於「身命、身體、健康與所有權等受侵權責任保護之絕對權」。蓋如果以「法安定性」，亦即使交易關係盡速確定之觀點而採納短期消滅時效，則當受侵害之法益係固有利益時，此一目標明顯地無法達成，蓋縱然契約責任已經罹於 634 條 a 之短期時效，但權利人仍得依以「知悉或可得知悉損害時」為消滅時效起算點之侵權責任求為賠償。況更不能認為，此時侵權行為之消滅時效應類推適用債各短期時效之規定，蓋此不但違反向來實務之見解，且牴觸了民法中明文禁止免除或限制人格法益保護之規定：即 309 條第 7 款 a 之規定中，針對定型化契約約款之限制，即約款如係「排除或限制約款使用者因過失義務違反，或其法定代理人、履行輔助人之故意或過失義務違反而侵害生命、身體或健康所生之損害責任」者，無效⁴¹¹。惟此說與 Canaris 不同之處在於，Wagner 特別強調，此並非代表著過去實務見解中，瑕疵損害與瑕疵結果損害區分說再度復活；蓋實務上所稱之瑕疵結果損害，不但涉及權利人之固有利益，更包含純粹財產上損害。而此處僅將固有

⁴⁰⁹ Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684, 692.

⁴¹⁰ Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329, 336.

⁴¹¹ Mankowski, Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von „Mangelfolgeschäden“ (Integritätsschäden), JuS 2006, 481, 485; Wagner, Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?, JZ 2002, 475, 479.

利益，即人格權及所有權之侵害，排除於短期時效之適用之外，兩者並不相同⁴¹²。



第二款 時效期間

本條針對不同之標的，而有不同之時效期間，甚至有不同之時效起算點：新法將工作之內容區別為「有形工作」與「無形工作」兩種；再將前者依照標的物之不同區分為「建物」與「建物以外之物」，並分別賦予不同之消滅時效長度。

就有形工作中，634a 第 1 項第 2 款規定工作之標的為建物時，其消滅時效期間—與舊法時完全一致—為五年。立法理由中認為「並無改變此時效期間之根據」，且倘當事人亦得基於雙方之合意，依新法 202 條將時效延長至三十年以內；此已不同於舊法 225 條禁止當事人合意延長時效；他方面，顧慮到「正常耗損 (Abnutzungsschäden)」往往與物之瑕疵常難以區分，五年應係衡量雙方當事人利益下合理之時效期間⁴¹³。查所謂「無改變時效期間之根據」，應係來自於過去之調查結果。1987 年間，聯邦曾委託 Aachener Institut 針對建築物損害做一系列之調查，而調查結果顯示，就建物而言，五年之時效期間係屬合理，無改變之必要⁴¹⁴。工作之內容為「製造」、「維修」或「變更」上述建物以外之物時，則適用本條第 1 項第 1 款之兩年消滅時效。

倘雖為無型工作，惟該工作之成果係指向於就建物或其他物之新建、修繕等工作之「計畫」、「監督」，亦適用相同時效，使定作人就同一標的物之瑕疵，對於實際施做之承攬人與設計、監工之建築師之瑕疵擔保權利得以「同步化 (Synchronisierung)」，不至於適用不同之消滅時效期間⁴¹⁵。

⁴¹² Wagner, Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?, JZ 2002, 475, 479.

⁴¹³ vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 263f.

⁴¹⁴ Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 50.

⁴¹⁵ Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn 656.



又此五年或兩年消滅時效，則與舊法相同，係以「受領」工作時（634 條 a 第 2 項），或者當依工作之性質無須受領者，則自工作完成時（646 條）為消滅時效之「客觀起算點」。應注意者係，依現行 640 條第 1 項，如倘工作無瑕疵或者無重大瑕者，定作人具有受領義務。舊法時，倘工作客觀上並無瑕疵，惟定作人拒絕給付時，消滅時效從何時起算，曾生爭議。惟新法增訂 640 條第 1 項第三句，亦即如定作人不於承攬人所定之合理期限內受領工作，則期限經過後即擬制為已受領；此擬制受領即得使消滅時效之起算點具有客觀明確性，而消弭過去舊法時之爭論⁴¹⁶。

不同於上述，本條第 1 項第 3 款所規定之所有其他工作，亦即屬於就建物或其他物為計劃或監督以外之「無型工作」，依 634a 第 1 項第 3 款，其消滅時效適用「一般消滅效（regelmäßige Verjährung）」，亦即第 195 條之 3 年時效；其時效起算點則依 199 條第 1 項規定，自「請求權形成，且權利人知悉構成請求權之事狀及負義務之人，或因重大過失而不知（von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste）。」時之「次年首日」起算；同時第 2 項與第 3 項並規定客觀之最長時效期間（Höchstfrist）即如係涉及生命、身體、健康或自由之損害賠償請求權，自義務違反行為時起三十年時效消滅；其他情形，則自損害賠償請求權形成時起十年，或自義務違反時起三十年時效消滅。

按所以就無型工作之時效起算點作不同於有型工作之規定，立法理由書中係以：在大多數承攬工作之情形，為有利於交易安全之保障，有必要將瑕疵請求權之消滅時效開始僅取決於以「受領」為準之客觀類型，因此吾人即應忍受（im Kauf zu nehmen）在定作人尚不知悉有瑕疵權利前，消滅時效即完成之代價。在有型

⁴¹⁶ NK-BGB/Raab § 634a Rn 32; Bamberger/Roth/Voit, BGB, Bd. 2, § 634a Rn 16.

工作之情形，這種不利影響較小，蓋潛在瑕疵會因為有具體化（Verkörperung），其判斷通常較無困難；但在無型工作則反之。例如以以某項計畫實施之風險評估為內容之諮詢契約（Beratungsverträge），其瑕疵通常需要等到該計畫實現（verwirklichen）後始能為人所知。⁴¹⁷

由此可知，個案中區分不同之工作標的物，對於因瑕疵所生之損害賠償請求權之時效期間，及其時效起算點，至為重要：

1. 本條第 2 款所指之建物，應與舊法 638 條之定義為同樣理解⁴¹⁸：即不以房屋為限，凡所有形式之建築物，包含進入地層下之建築物（Tiefbauten）亦屬之；換言之，所謂建物，即係「透過工作與材料之使用，不可移動地與地面相結合所興建之物」。其所稱之與地面相結合，不以構成 94 條「土地之重要成分」為必要，縱然係藉由自身之重量而固定於地上，亦屬之。就工作內容而言，除上開建物之新建（neu Herstellung）外，如就建物為全部或一部之「重建」、「翻新」或「其他變更」等工作，且該工作根據其性質、範圍具有「重要意義」時，亦屬於本條款之範圍。

債法修正後，所增加之「就建物提供計劃、監督」，實則也是將舊法時之判例與以明文化。據此，所有助益於建物之計畫（einem Bauwerk zugute kommen）與監督，包含力學上及其他必要之計算在內；亦即所有建築師、工程師對於建物所為之計畫或監督等給付皆包含在內。亦如同建物之定義，系爭計畫、監督之實施對象，除新建之建物外，亦包含重建或擴建之建物。應注意者係，因此種性質之工作所生之瑕疵請求權，其時效起算點係以此工作「本身」經

⁴¹⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 264; *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung, S. XXIX.

⁴¹⁸ *Das neue Schuldrecht/Haas* Kap. 6 Rn. 56; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn 656, 551; *PWW/Leupertz*, § 634a Rn 6; *Palandt/Sprau* § 634a Rn 10; *Bamberger/Roth/Voit BGB* Bd. 2 § 634a Rn 6.

定作人受領時起算，而非已定作人受領「建物」時為準⁴¹⁹。

2. 製造、維修或變更建物以外之物者，其工作之標的包括動產，例如汽車之維修⁴²⁰、衣服或鞋子之製造或保養。又屬於舊法 638 條所定「於土地上工作」者，於現行新法下，皆會落入本條款之範疇中。因此凡就土地所為之工作，且該工作非落入前述建物之定義中者，例如花園設施之安裝、管線之安設；或者在建物上從事工作，惟依該工作之性質對於建物不具備上述「重要意義」者；或者雖非直接從事此些工作，惟係提供計劃或監督等精神上貢獻，其結成果亦同樣實現與此些工作之內容者，均屬之⁴²¹。
3. 而本條項第 3 款係一「截堵構成要件 (Auffangtatbestand)⁴²²」：不落入前二者之情形者，皆依本款之規定。故凡非就「物」從事工作者，亦即「無型工作」，例如戲劇或音樂之表演、運輸及鑑定 (Gutachten) 以及軟體開發等⁴²³工作之瑕疵責任，其消滅時效即應依總則 195 條以下之規定。又前開無形工作，不包含已屬於前二款針對物為計劃或監督之無形工作者，固不待論，因此，承攬人提供鑑定工作，而其鑑定屬於本款之情形者，主要係指「判斷性之鑑定 (feststellende Gutachten)⁴²⁴」，例如就物之價值、真偽或者瑕疵之原因等所為之鑑定是。此外，亦包含對於人或動物身上所為之工作，諸如牙齒美白 (Gebissanierung)、美髮等工作。

⁴¹⁹ PWW/Leupertz § 634a Rn 8.

⁴²⁰ OLG Koblenz, NJW-RR 2008, 501.

⁴²¹ Bamberger/Roth/Voit BGB Bd. 2 § 634a Rn 12ff; PWW/Leupertz § 634a Rn 9.

⁴²² PWW/Leupertz § 634a Rn 10; MüKoBGB/Busche § 634a Rn. 32.

⁴²³ PWW/Leupertz § 634a Rn 10; Jauernig/Mansel, § 634a Rn 10.

⁴²⁴ MüKoBGB/Busche § 634a Rn 33.

第三款 新法消滅時效期間之批判



固然，就無形工作不適用以受領工作時為準之客觀消滅時效起算點，而適用總則取決於權利人主觀上知悉與否（kenntnisabhängig）之主觀時效起算點，其目的無非在解決舊法下，被實務認定得依積極侵害契約—從而適用 30 年一般消滅時效—請求損害賠償之無形工作⁴²⁵，諸如「審計師結算報告錯誤案⁴²⁶」、「律師給予錯誤法律意見案⁴²⁷」、「鑑價不實致銀行無法完全受償案⁴²⁸」等以「諮詢」或「鑑定」為其工作內容之承攬契約。惟以此種「有形、無形」作為適用不同時效起算點之分類方式，是否適當；特別是立法理由所謂「無形工作之瑕疵往往難以或較晚始能發現」，是否符合現實，不無疑問。

首先是，有形與無形工作之區分並不如想像中那麼明確簡單。例如承攬人之工作係開發電腦軟體（Softwareentwicklung），或者係維修該電腦軟體者，究係屬於本條項第一款之「物」之製造或維修，亦或者係屬於第三款之「其他工作」？如認為係屬無形工作，但果真其瑕疵「難以或較晚使能發現」？實則，一旦軟體程式開始運行後，其瑕疵通常即能快速被發現，適用本條第一款「就物所為之製造」之兩年消滅時效應屬足夠；然落入一般消滅時效之結果係，在定作人現實上受有損害後之十年內（199 條第 3 項第 1 款）皆隨時可向承攬人依瑕疵擔保之規定求為賠償，已違反立法者特設 634a 短期時效作為—在兼顧保護權利人行使權利可能性之前提下—從速確定法律關係之旨⁴²⁹。

過猶不及，在舊法下，某些雖非屬上述典型之「無形工作」類型，惟實務為

⁴²⁵ Mansel, Die neue Regelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 89, 96.

⁴²⁶ OLG Celle, BB 1958, 1221.

⁴²⁷ BGH, NJW 1965, 106.

⁴²⁸ BGHZ 67, 1=NJW 1976, 1502.

⁴²⁹ Teichmann, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Werkvertragsrecht, JuS 2002, S.417, 422f.

給予定作人行使權利之「公平機會 (faire Chance)」，透過「較遠之瑕疵結果損害」概念之創設，使定作人能適用三十年消滅時效主張權利。但在新法下，如適用 634a 之規定，卻有可能「再度」淪於未及行使權利時效即已完成之窘境⁴³⁰：例如「保全裝置有瑕疵致珠寶遭竊案⁴³¹」，如認為係屬「有形工作」，因非在對建物為重大變更，則適用第一款之兩年時效之結果是在尚未發生損害之前即已時效完成。從而為能得到有利於定作人行使損害賠償請求權之結論，即不能將此工作如此歸類，反而應著眼於其工作之內容係在針對保全裝置之「安裝規劃」而使其「無形化 (vergeistieren)」，適用第 3 款之一般消滅時效⁴³²。但是在「架子倒塌致其他物品受損案⁴³³」，承攬人之工作係以「安裝酒吧設備」於牆面上，其應如何解釋為「無型工作」而適用一般消滅時效，使獲致定作人就此損害尚未罹於時效之結論，則有困難⁴³⁴。

由此可見，如欲就「潛在」的與「明顯」的瑕疵間，或「瑕疵給予定作人公平機會行使權利」與「從速確定法律關係」間劃出界線，則絕非以有型或無型工作為其基準⁴³⁵，迄今就分配瑕疵權利消滅時效之風險，仍然欠缺正確之操作標準⁴³⁶。可預見者係，將來實務上為保障定作人之權利，特別是定作人固有法益被侵害之情形，實務將會試圖「技巧性規避 (Ausweichstrategie)」有形工作之解釋，而透過擴張「無形工作」、634a 第 3 項「惡意隱匿」適用範圍之方式，盡量適用較有利於定作人之「主觀消滅時效起算點」，給予其行使權利之機會⁴³⁷。

⁴³⁰ Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn 656; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.) Das Neue Schuldrecht, Rn 70f.

⁴³¹ BGHZ 115, 32=NJW 1991, 2418.

⁴³² Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.) Das Neue Schuldrecht, Rn 71; Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684, 690.

⁴³³ BGH, NJW 1979, 1651.

⁴³⁴ Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684, 690.

⁴³⁵ Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.) Das Neue Schuldrecht, Rn 71.

⁴³⁶ Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684, 691.

⁴³⁷ Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.) Das Neue Schuldrecht, Rn 71; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn 656; Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, Finis Litium? Zum

第五項 損害性質之區分⁴³⁸



如前所述，新法下損害賠償請求權要件之確定，應分為「雙軌 (Zweispurigkeit)」。在瑕疵履行 (Schlechterfüllung)，亦即承攬人給付之工作係有瑕疵而請求損害賠償之情形，首先應依所主張之損害「性質」，而有不同之請求權要件。如定作人所請求賠償者，係屬「單純損害賠償」時，即應依 634 條第 4 款之指示，「直接 (unmittelbar)」且「僅 (allein)」適用 280 條第 1 項之規定，賠償債權人因此所生之損害，別無其他要件。惟如所請求賠償之損害，係「遲延損害 (Verzögerungsschaden)」者，則依 634 條第 4 款、280 條 2 項，原則上應依 286 條之規定，先向債務人為催告 (Mahnung) 而使其陷於遲延 (durch die Mahnung in Verzug kommen) 後，始可求為賠償⁴³⁹；又此二者係屬「與給付並存之損害賠償 (Schadensersatz neben der Leistung)」。又如係請求「替補賠償 (Schadensersatz statt der Leistung)」者，則依則依 634 條第 4 款、280 條第 3 項、281 條至 283 條，區別不同態樣而有不同要件。具體而言，如系爭損害係可經由承攬人之「嗣後履行 (Nacherfüllung)」而排除或防免時之情形，構成所謂「品質遲延 (Qualitative Verspätung)」，依 281 條，原則上以定作人已先行對承攬人定合理期限請求給付或嗣後履行 (Nacherfüllung) 而無結果者，始得依 280 條 1 項求為賠償；如損害係因承攬人違反附隨義務，依直接依 282 條，以債務人繼續履行債務對債權人而言係無法期待 (nicht mehr zuzumuten ist)，始得為之；惟如瑕疵性質上是「締約之後」無法補正時，構成「品質不能 (Qualitative Unmöglichkeit)」，依 283 條規定，定作人即無須定期催告，得直接依 280 條 1 項請求賠償；反之，如瑕疵在締結契約之前即為不能補正時，定作人則依 634

Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684, 691f.

⁴³⁸ 應特別說明者係，本項以下所引用之學說與實務見解，雖有部分係以買賣契約為例證，惟如前所述，基於債務不履行損害賠償與瑕疵擔保之統一性，無論是買賣或承攬契約之瑕疵擔保權利，原則上均(透過債各之指示條款)適用債編總論之規定。故學說與實務提出之各種損害分類標準，無論係在買賣契約或承攬契約，均應為相同之適用。

⁴³⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

條第 4 款、311a 第 2 項，得直接請求替補賠償⁴⁴⁰。

由上述可知，如定作人請求賠償之損害係因遲延所生（Schadensersatz wegen Verzögerung），或係請求損害賠償以代給付時，則須滿足額外（zusätzlich）之要件；唯有不屬於以上二者之損害，即所謂「單純損害賠償（einfacher Schadensersatz）」者，方能直接依 634 條第 4 款、280 條第 1 項請求賠償。從而，個案中定作人之損害，歸屬於上述何種類型，即對於賠償請求權之要件為何，所關頗切。

又「與給付並存之損害賠償」又再區分為 280 條第 1 項之單純損害賠償與第 2 項之遲延損害賠償。於瑕疵給付時而產生此種性質之損害時，定作人應依何種規定請求賠償？此涉及定作人是否應先依 286 條為催告而使債務人陷於遲延後，始能請求賠償因此所生之損害。

第一款 第一軌：並存或替補損害賠償

就應如何區分「與給付並存之損害賠償」及「替補損害賠償」，學說上大致分為兩說。第一說主要係以「時間點」作為劃分標準，亦即凡在發生在「給付終局排除」前之損害，應歸屬於「並存之損害賠償」之範疇；反之在此時點之後所生之損害，則係屬「替補損害賠償」，應具備 281 至 283 條之要件始得請求賠償。第二說則係依個案中所請求賠償之損害之「性質」為區分標準，依各個損害「能否以嗣後履行」彌補，區別為並存或替補之損害性質。

1. 以「給付之終局排除」區分並存或替補損害賠償

⁴⁴⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 135; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 20. Aufl., 2012, Rn.344ff. 中文文獻之介紹，請參姚志明，德國承攬工作物之瑕疵擔保責任，民事法理與判決研究（一），2009 年 11 月初版，頁 142 以下；游進發，德國民法上承攬人之瑕疵責任，月但法學雜誌第 141 期，頁 85 以下。

(1) Lorenz 之見解



學者 Lorenz 認為，「替補賠償」與「並存損害賠償」之區分標準，應以系爭損害能否於「最後可能時點 (letztmöglicher Zeitpunkt)」，經由補正 (Nachholung) 而排除。蓋由「以代給付」之文義可知：其所包含之損害，係「僅 (allein) 因給付終局地未履行或未依本旨履行」而生之損害，換句話說，屬於該性質之損害，係「因給付之終局排除 (endgültiges Ausbleiben der Leistung)」所生；其在填補債權人之「原給付利益 (ursprüngliche Leistungsinteresse)」，亦即所謂「對價利益」。而與給付並存之損害賠償，則係涵蓋「縱給付仍能履行，其仍然繼續存在」⁴⁴¹。

所謂「給付終局排除」，係指債務人因給付不能而無須再為給付 (包含§275 條第 1 項「真正不能 (echte Unmöglichkeit)」與同條 2、3 項之「規範不能」)、雖給付為可能，惟因債權人已請求損害賠償以代履行 (281 條第 4 項) 使得債務人不得 (nicht mehr erbringen darf) 再為給付，或債權人解除契約等情形。而以上發生給付終局排除之時點，即屬所謂履行之「最後可能時點」，從而在此些時點之「前」即已產生之損害，因已無法經由上開最後時點之給付而予以排除，故屬「與給付並存之損害」；而在此時點後始生之損害，即係「因給付終局排除而生」，故屬「損害賠償以代履行」⁴⁴²。

由此可知，某一損害項目 (Schadensposten) 屬於何種損害，並非由其屬於所失利益、瑕疵結果損害等向來之分類而定；而係因其時間點而定。

⁴⁴¹ Lorenz, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§280 II, III BGB), JuS 2008, 204; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 20. Aufl., 2012, Rn.352.

⁴⁴² Lorenz, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§280 II, III BGB), JuS 2008, S. 204; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 20. Aufl., 2012, Rn.352.

同樣一種損害，可能因時間點之不同，歸屬於不同之損害性質，而有不同之損害賠償請求權要件⁴⁴³。例如買賣標的物未於約定之期限給付，又因該商品具有季節性，因為買受人錯失轉賣機會而受有終局的所失利益，則縱使出賣人為嗣後履行，是項喪失之利益已「終局」無法彌補，非屬替代賠償之範疇。反之，如買受人請求賠償時，該商品之轉賣係尚有可能，即如出賣人此時為嗣後履行，亦即再對買受人給付該項商品，買受人即可轉賣而獲得該項利益，則轉售之利益尚未「終局」喪失，應被歸類於並存之損害賠償之範疇⁴⁴⁴。

又例如，出賣人交付一台有瑕疵之車予買受人，依 437 條第 1 款、439 條，買受人得請求出賣人排除瑕疵（die Beseitigung des Mangels）或交付無瑕疵之物（die Lieferung einer mangelfreien Sache）作為嗣後履行；倘出賣人經買受人定合理期限後仍可歸責地不從事嗣後履行（das Unterlassen einer Nacherfüllung zu vertreten haben），則發生「品質遲延（qualitative Verspätung）」之情形。如此時買受人依 437 條第 3 款、280 第 1 項、地 3 項及 281 條第 1 項請求損害賠償以代履行，則依 281 條第 4 項，出賣人已不得再為原定之給付；此項賠償請求權所包含之損害，僅包括給付請求權排除「後」所生之損害，而不包含自交付瑕疵標的物時起至請求賠償時止所生之損害，例如在此期間因另行承租其他車輛而支出之租金，此應依並存之損害賠償請求⁴⁴⁵。

（2）Ernst 之見解

⁴⁴³ Lorenz, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§280 II, III BGB), JuS 2008, 204; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 20. Aufl., 2012, Rn.353a.

⁴⁴⁴ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 20. Aufl., 2012, Rn.353a.

⁴⁴⁵ Lorenz, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2503.

與 Lorenz 相同，Ernst 亦以時間要素作為區分「替補賠償」及「並存的損害賠償」二者；其強調，此兩個損害賠償請求權，已足填補債權人所有的損害，有爭論的僅是「如何將損害分配於各個請求權基礎（wie der volle Schaden auf die verschiedenen Anspruchsgrundlage zu verteilen ist）」而已。

就此問題，不能以每個損害項目的種類（Art des Schadenspostens）作為區分標準，蓋同一種類的損害，既有可能歸屬於其中一種損害賠償請求權，亦可能歸屬於另一者（ebenso gut）；特別是不能認為 280 條第一項僅僅（ausschließlich）針對所謂之固有利益的損害。⁴⁴⁶「替補損害賠償」，係在替代債權人之履行請求權，其包含所有「在請求賠償時，尚可經由（假定的）給付而避免之損害（deren Entstehung durch eine (gedachte) Erfüllung im Zeitpunkt des Ersatzverlangens noch verhindert worden wäre）」，因此其內容不局限於標的物因瑕疵性（Mangelhaftigkeit），即所謂「瑕疵貶值（Mangelunwert）」之金錢賠償，而是尚可能涵蓋因瑕疵所致之結果損害（Folgeschaden）；亦即，屬於損害賠償以代給付之損害，係在買受人已定期催告債務人履行無結果，並「決定請求損害賠償以代履行『後』使產生」者。反之單純損害賠償，則指已經無法藉由其後之履行滌除的損害，包括因物之瑕疵所引起在其他法益上或純粹財產上之損害⁴⁴⁷。

既以「替補損害賠償之請求」作為界線，由此可知，在債權人尚未決定請求嗣後履行抑或轉為損害賠償前，此兩者的界線係處於「浮動（dynamisch）」狀態，直至債權人請求後，使歸於「靜止（statisch）」。

此種見解，與債務人在瑕疵履行（Schlechterfüllung）而負損害賠償責任時，歸責事由的「連結對象（Anknüpfungspunkt）」，也就是債務人所違反

⁴⁴⁶ MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn 67.

⁴⁴⁷ MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn 66ff.

的義務內容密切相關。依 280 條 1 項但書，債務人須對義務違反具可歸責性，始負賠償責任；在物之瑕疵責任中，因為債務人有「嗣後履行義務 (Nacherfüllungspflicht)」之故，因此存在著特殊的「雙重義務違反性 (doppelte Vertragswidrigkeit)」⁴⁴⁸。亦即，就單純損害賠償，債務人係就「交付有瑕疵標的物」而負責；當債務人就「給付標的物有瑕疵」一事有故意或過失時，不論係因該瑕疵乃債務人所致，或者債務人明知或因過失而不知瑕疵之存在，均該當 280 條第 1 項之損害賠償義務。

惟在替補賠償中，債務人違反的義務則是「造成瑕疵無法除去（因嗣後不能而請求損害賠償以代給付，即 283 條之情形）」或「嗣後履行義務之不從事 (Nichtvornahme der Nacherfüllungspflicht) (即 281 條之情形)」而言⁴⁴⁹；且此二者彼此互不影響 (auseinander halten)。亦即債務人可能雖就物有瑕疵一事係不可歸責，惟在債權人定合理期限後無正當理由不從事嗣後履行，從而雖不負 280 條 1 項之單純損害賠償責任，但仍應就歸屬於「替補賠償」範圍之損害負責；反之亦然⁴⁵⁰。

從而，隨著債權人請求賠償以代履行 (281 條第 4 項)，或者因為瑕疵無法除去 (275 條)，使得債務人的「無瑕疵給付義務」自此免除；既然不再負「無瑕疵給付義務」，自然此時點之後即不再因為「給付標的物有瑕疵」而應負單純損害賠償責任之可能⁴⁵¹，是故乃以此一時點界分（以標的物有瑕疵作為歸責事由的）單純損害賠償與（以瑕疵之不能除去或怠為除去為歸責事由的）損害賠償以代履行。

⁴⁴⁸ MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn 52.

⁴⁴⁹ Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002(München), Rn. 535f.; Lorenz, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2501, 2503; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, 16. Aufl., 2012, Rn. 173, 175; MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn. 173, 179, 182; MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn. 53ff.

⁴⁵⁰ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, 16. Aufl., 2012, Rn. 175; MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn 52.

⁴⁵¹ MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn 68.



(3) Faust 之見解

學者 Faust 亦認為，由於並存的損害賠償與替補損害賠償的主要區別即在於，後者原則上須經定期請求嗣後履行而無結果後始主張，從而兩者之界線即在於，系爭損害能否經由嗣後履行而除去或防免。Faust 特別強調，此時的界線，即與嗣後履行之「射程範圍 (Reichweite)」有關⁴⁵²。

據此，替補損害賠償即應涵蓋「在最遲可能時點從事嗣後履行」時，可除去或避免發生之損害；而所謂最遲可能時點之決定，則取決於「嗣後履行可能性消滅之原因為何」。詳言之，倘嗣後履行請求權係因 281 條第四項，即債權人請求損害賠償以代履行時解消，因債務人至此時點前一縱然超過債權人原來所訂之嗣後履行期限一均有嗣後履行之可能，故應以請求賠償時 (Schadensersatzverlangen) 作為基準時點。倘嗣後履行係應 275 條第 1 項之「真正 (echt) 不能」而被免除，則以「導致給付不能之情況」產生時作為基準時點；惟若債務人依同條第 2、3 項「規範 (normativ) 不能」，或者依 439 條第 3 項、635 條第 3 項因「嗣後履行費用顯失公平 (unverhältnismäßig)」而抗辯拒絕履行時，則亦以系爭情形出現時一而非以債務人提出抗辯時一為基準時點。倘若自始即無嗣後履行請求權存在時，例如在債務人交付標的物前，瑕疵即已成為不能給付之情形，則以交付時為基準時點，此時凡因債務人交付瑕疵標的物所造成之損害，均歸屬於替補損害賠償之範疇⁴⁵³。

反之，與給付並存的損害賠償所涉及的損害，係縱然債務人在最遲可能

⁴⁵² Bamberger/Roth/Faust, BGB, Bd. 1, §437, Rn. 53.

⁴⁵³ Bamberger/Roth/Faust, BGB, Bd. 1, §437, Rn. 56.

時點從事嗣後履行，亦無法排除之損害，從而定期請求履行對系爭損害而言，係屬無意義。



(4) Tiedtke 之見解

氏認為，假設個案中，某項因瑕疵所造成的損害係在債權人所定嗣後履行期限經過後，請求損害賠償以代給付前，此時尚未發生「給付之終局排除」，從而依上述見解，應屬於 280 條一項單純損害賠償之範圍。例如，經營肉品供應之 K 從 V 購買冷凍庫，然而冷凍庫有可修補之瑕疵。K 遂定期請求 V 修繕，然因可歸責於 V 之事由導致在期限內無法妥善修理，導致存放的肉品腐敗。此時 K 請求賠償該肉品之價值，依 Lorenz 與 Ernst 之見解，其請求權基礎應係 280 條一項，蓋在此時如修繕完畢，系爭損害仍不免發生。

而 Tiedtke 雖亦係以時間點做為區別單純損害賠償與損害賠償以代履行之界線，亦即與 Lorenz 相同，依照損害係「僅因瑕疵給付所生」，或是「更（zusätzlich）係因為給付之終局排除而生」，前者屬並存的損害賠償，後者則為替補損害賠償。

詳言之，並存的損害賠償係包含在「嗣後履行請求權尚屬可能，且尚未期限經過而無結果（die Nacherfüllung noch nicht erfolglos abgelaufen ist）」的時段中發生的損害，亦即其包含「縱然嗣後履行存在（trotz der möglichen Nacherfüllung）」仍發生的損害。例如在該時段中，瑕疵標的物侵害債權人身體或其所有權；又或者買受人轉賣標的物，但因標的物有瑕疵而對次買受人負瑕疵責任，以及自交付至期限經過此段期間中，因無法使用

標的物或者須另行租賃所支出之費用等是。⁴⁵⁴



但與前述 Lorenz、Ernst 見解不同之處在於，替補損害賠償則是包括在「可能的最遲時點（im spätestmöglichen Zeitpunkt）」能夠經由嗣後履行而避免之損害。而所謂可能的最遲時點，即是與上述單純損害賠償的界線，也就是「（如嗣後履行係屬可能）債權人所定期限之經過時」；如嗣後履行請求權已不可能，或有諸如 281 條第 2 項之情形使得定期催告係不必要（entbehrlich）時，則自有此情形時起所生之損害，均歸屬於損害賠償以代履行。⁴⁵⁵依此見解，則上例中，債權人就期限內可歸責地無法完成冷凍庫之修繕，因此腐敗之牛肉價值的損害，即應以 281 條第 1 項為據。

456

針對兩種損害賠償歸責事由的連結對象，亦即債務人究係對何種義務違反而負責，在並存的損害賠償，同前所述，應係以嗣後履行請求權存在且期限尚未經過為前提，從而此時債務人應負責之對象，乃是「交付有瑕疵標的物」本身。⁴⁵⁷較複雜的是替補損害賠償，由於此種類型的損害賠償發生原因多端，Tiedtke 將其分別歸納於不同的歸責內容：

A. 瑕疵嗣後無法修補之情形（§§280I, III, 283）

⁴⁵⁴ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl.(2009), Rn.517.

⁴⁵⁵ Tiedtke/Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615,617; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl.(2009), Rn.507.

⁴⁵⁶ Tiedtke/Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615,618. 但此說有疑問的是，既認為損害賠償以代履行係指「在最後可能時間點」能藉由嗣後履行以防免之損害，則在瑕疵係可修補之情形下，何以「最後可能時間點」並非「債權人請求損害賠償（281 條第四項）」，卻是「修補期限屆至」時？蓋期限縱然屆至，債務人仍得為修補，債權人亦仍得繼續請求補正。換言之，在期限屆至而債權人尚未放棄其履行請求權之前，嗣後履行皆「尚屬可能」，而仍是單純損害賠償之範疇。此為此說無法圓滿回答者。

⁴⁵⁷ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl.(2009), Rn.516.



當物之瑕疵係於契約締結後，交付於債權人前，淪為無法修繕；或無法修繕之瑕疵發生在契約締結後，則依 275 條，債務人原來的「無瑕疵給付義務」即因此被免除，自始不會產生嗣後履行義務。債權人因此所受損害的賠償請求權依據，如前所述，即為 283 條之替補損害賠償。此時，債務人所違反的義務並非「未給付無瑕疵標的物」，蓋在交付時已因 275 條之情形而不負有此一義務，而是「導致標的物發生無法修繕」。故債務人故意或過失之連結對象，應為「使瑕疵在契約締結後成為無法修繕」或「契約締結後造成無法修繕之瑕疵」。⁴⁵⁸

惟倘若是在交付於債權人後，瑕疵使變為無法修繕，或者始發生無法修繕之瑕疵。此時沒有爭議的，係原本無瑕疵之標的物，在交付後發生無法修繕之瑕疵；此時債務人所違反者，並非「交付無瑕疵標的物」之義務，而是「造致無法修繕之瑕疵」。倘此一瑕疵之造成係可歸責於債務人時，就此所生之損害，應依 283 條負賠償責任。⁴⁵⁹

而相同的情形亦應適用在「交付有瑕疵標的物後，瑕疵變為無法修繕」。蓋 283 條僅僅將歸責事由連結於「因不能而造成給付之免除」；換言之，283 條—相較於 281 條第 1 項文義明白指出包含不良履行—並不包含不良履行（§283 BGB erfasst grundsätzlich nicht die Schlechtleistung），從而只需債務人就「成為無法修繕

⁴⁵⁸ *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl.(2009), Rn.544; *Tiedtke/Schmitt*, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615,620.

⁴⁵⁹ *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl.(2009), Rn.533.

(Unbehebbarwerden)」一事係可歸責，即負 283 條之賠償責任，而不須就「交付瑕疵標的物一事」可歸責。⁴⁶⁰



B. 瑕疵經債權人定期催告後未為修繕 (§§280I, III, 281I)

相對於 Lorenz 等認為，此時僅需就不為修繕一事係可歸責為已足，Tiedtke 則認為，應以「期限經過不為修繕『或』交付瑕疵標的物」為歸責之對象；亦即只要其中之一 (entweder oder) 係可歸責，債務人即應依 281 條負替補損害賠償之責。蓋在此種情形，債務人之錯誤行為 (Fehlverhalten) 在於交付有瑕疵之標的物，並且直至嗣後履行期限經過均未與除去，最終導致債權人無法取得無瑕疵之物。嗣後履行僅係在給予債務人第二次機會，使其彌補原來交付瑕疵標的物的錯誤行為；若債務人可歸責的交付有瑕疵標的物，又不從事修繕，即該當賠償責任，不因嗣後履行義務之存在而被解免；此時嗣後履行之不從事是否可歸責已不重要。簡言之，嗣後履行權係「免責要件 (Befreiungstatbestand)」，而非債務人之「救贖 (Amnestie)」⁴⁶¹。此外，由 281 條第一項之文義：「債務人未為『或未依債之本旨給付』，債權人於定合理期限請求給付或嗣後履行而無結果時，得在具備 280 條第一項之前提下，請求損害賠償已代履行。」實無由將本條的歸責事由限於「嗣後履行之不從事」。⁴⁶²

依照此種說法，則舊法中所謂的「瑕疵結果損害」，例如因標的物

⁴⁶⁰ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl.(2009), Rn.534ff.; Tiedtke/Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615,621.

⁴⁶¹ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl.(2009), Rn.544.; Tiedtke/Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615,622f.

⁴⁶² Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl.(2009), Rn.543.

有瑕疵而侵害債權人其他法益，損害賠償請求權基礎之抉擇，即應以「損害出現時間點」為斷，而非必然屬於單純損害賠償或損害賠償以代履行。



(5) Ostendorf 之見解

氏認為，倘完全按照「給付之終局排除」時點，亦即除解除契約、給付不能外，以債權人「合法請求損害賠償以代履行」之時點作為和「與給付並存的損害賠償」之界線，將可能導致債權人藉由其恣意地決定是否及何時定期請求嗣後履行與請求賠償，而據以決定或更改特定損害項目之請求依據，造成修補先行原則之破壞。具體言之，在應先定期請求債務人嗣後履行之情形，債權人卻未先定期，或未待期限屆至即自行為之（Selbstvornahme）—例如由自己或委由第三人修繕瑕疵物，或從事替代行為—，甚或債權人已定期限請求修補而無結果，迄至期限經過後，請求損害賠償前，債權人即自行修補。於此種情形，按照前開見解，因為此時尚不存在諸如請求損害賠償或其他使給付終局排除之情況，理論一貫的話，將會認為因自行修補或替代行為而支出之費用，係落入「並存之損害賠償」下，債權人得就此請求債務人賠償。只是此種損害，性質上應係得以藉由債務人之嗣後履行予以避免，卻因此落入了不以此為先決要件的請求權基礎之下⁴⁶³。類此之情形，亦發生在持續性的損害（fortlaufende Schadenspositionen），諸如使用利益、營業利益之喪失及其他所失利益之情況，債權人亦得以根本不定期限或恣意地延遲定期請求，由此將替補賠償之適用範圍縮小。

⁴⁶³ Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833, 2835f.

此外，按照 Ernst 及 Faust 之看法，發生在給付之終局排除後之固有利益侵害，亦屬於損害賠償以代履行之範疇。惟可慮的是，此種損害性質上與履行利益本不相干（unberührt），債權人在此情形卻必須以其履行請求權或 284 條請求權作為代價，亦即不得請求系爭損害之賠償之同時，復又請求原定給付之履行⁴⁶⁴。

而實務之見解，其立場則顯然不一致。在債權人未經催告即自行補正之案例中，實務向來認為就此項費用不得請求賠償，蓋其性質上屬於損害賠償以代履行，然因不符合 281 條第 1 項之要件，故債權人無請求賠償之權。此明顯係以傳統的「損害本質（materiell）」為依據—修補費用在傳統見解下屬於履行利益、對價利益之固有範圍—，而非以「給付之終局排除與否」作為界線。但在營業利益損失—傳統上亦認為屬於履行利益之範圍—之案例中，實務見解⁴⁶⁵卻又以損害發生之時間點作為界分，而認為在損害之終局排除（例如解除契約）前所生之損害，係屬於與給付併行之損害。可見實務見解之立論基礎並非一致。

因此，Ostendorf 為了兼顧傳統看法下「損害本質說」，同時修正前開以給付之終局排除為基準所生之缺陷，而認為，損害究應歸類於與給付並存或替代給付，較適切的決定方式係，以系爭損害能否經由合理期限（不論此一期限是否事實上已由債權人所定）內之（假設的（fiktiv））嗣後履行除去而定。倘為肯定，則該損害性質上與嗣後履行之給付「本質相同（stoffgleich）」，應落入替補賠償之中；反之，則應屬「並存之損害賠償」⁴⁶⁶。

⁴⁶⁴ Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833, 2836.

⁴⁶⁵ 此部分詳細之說明下述。

⁴⁶⁶ Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW2010, 2833, 2837.



針對屬於典型的「對價利益 (Äquivalenzinteresse)」，特別是債權人因從事修繕或替代行為而產生之費用，因係爭行為得藉由合理期限內「假設的」債務人嗣後履行而予以代替，故性質上屬替代履行之損害。而就該等費用能否求償，即應視債權人前此是否已經定期請求履行而無結果；倘債權人事實上已有請求債務人修補瑕疵，惟迄至期限經過後債務人遲不為之，債權人即自行修補時，縱然係發生在給付之終局排除前，因已具備 281 條第 1 項之要件，故仍得請求賠償⁴⁶⁷。

惟在使用利益、營業損失等繼續發生之損害，Ostendorf 則略微修正其界限：凡是在嗣後履行期限屆滿前所生者，因已無法藉由嗣後履行而除去，故落入並存損害賠償之中；而期限屆滿後所生者，則屬於替補賠償之範疇。而所謂「期限」，在債權人「事實上」定有履行期限且未遲延訂定者，即依該期限；在債權人未定期限或遲延為之時，則亦以「假設的 (fiktiv)」合理期限之屆滿，為其分界點。從而，在債權人故不定期限請求修補，而使系爭損害繼續延伸之狀況下，在合理期限屆滿後所生之損害，因係屬於代履行之損害，惟缺少 281 條第 1 項之要件，故不得請求賠償⁴⁶⁸。

至於固有利益，Ostendorf 則認為，其無論如何僅落入並存損害賠償範圍之內⁴⁶⁹。

2. 以個別損害之性質為區分標準

⁴⁶⁷ Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833, 2837f.

⁴⁶⁸ Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833, 2837ff.

⁴⁶⁹ Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833, 2839.



而部分學說雖亦係以「系爭損害能否藉由嗣後履行排除」而區分適用「替補賠償」或「並存之損害賠償」；惟不同之處在於，此說對於各個損害之歸類，均係「客觀上」、「事先」地予以歸納，而非如同上述之看法，係個案中針對各個損害之「出現時間點」而區分。

具體而言，在此說下，應歸屬於替補損害賠償者，例如因瑕疵所導致之「價值貶損」，包括因工作之品質效用受影響所產生的「技術性貶值」與在交易市場上價值評斷(Wertschätzung)因此會受到影響所致之「交易性貶值」⁴⁷⁰。

「排除瑕疵之必要費用」亦屬於此性質之損害⁴⁷¹；屬於「排除瑕疵之必要費用」者，除了「排除行為」本身之花費以外，更包含其他必要之手段，諸如「事前準備與事後復原工作及其他附隨之工作」，亦即為使排除瑕疵能夠順利進行，以及回復排除瑕疵前之原狀所有之必要花費，皆屬之⁴⁷²。

反之，縱經債務人合於債之本旨之嗣後履行，仍會繼續存在之不利益，則就此些損害如仍要求債權人需先定期請求嗣後履行後始得請求賠償，並無意義，故應歸屬於與給付並存的損害賠償。屬於此性質之損害者，包含所有舊法下「較遠與較近的瑕疵結果損害」，例如發生在定作人工作物以外之其他獨立法益上之損害。此外，工作瑕疵而對於定作人之單純財產所生之不利益，亦會落入此種損害。詳言之，與舊法下向來之歸類不同，債權人因為瑕疵而無法將標的物作可獲利之利用，因此所生之「所失利益」，例如租金收入的損失，在新法之分類標準下，即歸屬於單純損害賠償⁴⁷³。又在工作因瑕疵而無

⁴⁷⁰ AnwK-BGB/Raab, § 636 Rn. 52.; MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 47.

⁴⁷¹ AnwK-BGB/Raab, § 636 Rn. 52.; MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 45.; Palandt/Sprau §634 Rn.7; 實務見解亦同：BGHZ 186, 330=NJW 2010, 3085.

⁴⁷² MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 45.

⁴⁷³ Palandt/Sprau §634 Rn.8; AnwK-BGB/Raab, § 636 Rn. 58; MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 54.

法使用之期間，能夠繼續利用而支出之租金⁴⁷⁴；為確定瑕疵之存否、原因以及範圍而聘請專業人士所支出之鑑定費（Gutachterkosten）⁴⁷⁵；為使修繕工作能夠進行而承租旅館之支出⁴⁷⁶；為避免損害繼續擴大形成而從事「保全行為（Sicherungsmaßnahmen）」之費用，乃至於聘請專業人士（Sonderfachmann）監督嗣後履行是否妥善進行所為之費用等⁴⁷⁷，均屬可與嗣後履行同時並存之損害賠償請求權。

對此一區分結果，此說均強調，大致上（weithin）會相同與舊法下「瑕疵結果損害」和「瑕疵結果損害」之結果相類似⁴⁷⁸，但這僅是做為區別的「結論」，而非區別之「標準（Abgrenzungskriterien）」，蓋這兩者的區別困難，正是立法者欲藉由債法現代化予以消除者⁴⁷⁹；從而「這些過去的專有名詞，在新法下已不再有認識之價值（die frühere Terminologie nach der Neufassung keinen echten Erkenntniswert mehr besitzt）」⁴⁸⁰。

此外學者 Dauner-Lieb 則強調，應以損害賠償請求權所要求的「額外要件（zusätzliche Vorraussetzungen）」的「意義與目的（Sinn und Zweck）」，作為區分各種請求權的依據。在債務人為瑕疵履行時，損害賠償以代履行，係被理解為「以金錢形式出現的履行請求權（Erfüllungsanspruch in pekuniärer Form）」⁴⁸¹，係在「功能上（funktional）」替代原來之給付，亦即該損害之賠償，將使得債務人原訂之給付義務—在瑕疵無法排除時，為無瑕疵給付義務，在瑕疵可排除時，為嗣後履行義務—成為不可能或無意義（ein Nachholen durch den Schuldner sinnlos oder sogar unmöglich machen）。反之「與給付併

⁴⁷⁴ Palandt/Sprau §634 Rn.8; MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 56.

⁴⁷⁵ Palandt/Sprau §634 Rn.8; NK-BGB/Raab § 636 Rn 60; MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 57.

⁴⁷⁶ Palandt/Sprau § 634 Rn. 8; AnwK-BGB/Raab, § 636 Rn. 58.

⁴⁷⁷ MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 56.

⁴⁷⁸ Palandt/Sprau § 634 Rn7f.; MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 36ff.; AnwK-BGB/Raab, § 636 Rn.46.

⁴⁷⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 133.

⁴⁸⁰ AnwK-BGB/Raab, § 636 Rn.47.

⁴⁸¹ Dauner-Lieb, Schadensersatz bei Schlechtleistung, in: FS für Konzen(2006), S. 68.

行之損害賠償」—在瑕疵履行時則僅專指 280 條第 1 項的單純損害賠償，不涉及第 2 項遲延損害賠償—，則指在原給付之履行以外所生，其賠償並不影響該義務之履行的損害（neben die Verpflichtung zur Erbringung der Primärleistung tritt und diese infolgedessen unberührt lässt）⁴⁸²。

在此看法下，屬於損害賠償以代履行者，包括替代行為之費用、修補費用以及標之物之價值貶損與交易貶值。屬於後者，除發生在債權人其他法益之上之損害，即舊法下典型的瑕疵結果損害以外，更涵蓋因瑕疵所引起之單純財產上損害，例如因瑕疵而引起之使用利益或收益之喪失⁴⁸³。

3. 德國實務之見解

在新法下，實務亦認為，280 條第 1 項並存之損害賠償之範圍，包含所有因為義務違反而終局產生，並且經由嗣後履行或替代給付（Ersatzlieferung）亦不能排除或防免之損害⁴⁸⁴。因此，凡承攬人所受之損害無法經由嗣後履行排除，定作人即無須無意義地定期，得逕依 280 條第 1 項求為賠償。例如，被告承攬人負責將原告定作人所有之長途電纜（Fernmeldekabel）挖掘出（Aufgrabung）再重新敷設（Verlegung）；但工作過程中不慎讓水滲入，最終使得原告之通訊不斷受干擾。由於系爭損害所發生之位置深達地下五公尺，且位於剛鋪設好之自行車道（Radweg）下方，原告乃以花費較小之方式，即敷設大約 140 公尺之替代纜線（Ersatzhauptkabel）。就因此所生 24297 歐元之費用，乃起訴請求被告賠償；被告則抗辯定作人未給予其嗣後履行之機會，且先行請求嗣後履行對原告而言，係屬合理且可能。

⁴⁸² Dauner-Lieb, Schadensersatz bei Schlechtleistung, in: FS für Konzen(2006), S. 67f.; NK-BGB/Dauner-Lieb §280 Rn.50ff.

⁴⁸³ NK-BGB/Dauner-Lieb §280 Rn.77.

⁴⁸⁴ OLG Bamberg, BeckRS 2009, 28728.



又例如，承攬人為定作人所興建之房屋進行除溼工作(Trocknungsarbeiten)；惟在工作進行方法之選擇上，承攬人不當地選擇了侵害較大的方式，亦即將浴室已鋪好磁磚之牆面與地面撬開進行乾燥，導致定作人嗣後花費 46520 歐元將該部分回復原狀，定作人並就該項費用主張與承攬人之工作報酬抵銷。本件原審法院認為，除去此項損害並非承攬人工作之範圍，蓋其僅就房屋之乾燥為工作內容⁴⁸⁵。本件最高法院亦認同原審見解，而認為縱使請求承攬人為嗣後履行，亦無法將本案中定作人所發生之損害消除，故賦予承攬人再次履行之機會，防免其因瑕疵權利之行使而遭受經濟上更沉重負擔之目的將無法達成。故應屬 280 條第 1 項之並存損害賠償，定作人免為定期即可立即求為賠償⁴⁸⁶。

本案法院認為，僅有在原告欲請求替補損害賠償時，依 634 條第 4 款、281 條及 636 條，始有定期限請求嗣後履行之必要；至於其他之損害，則依 280 條第 1 項之規定，不以此為必要。本案中原告所請求賠償者，係為使通訊在短時間內能恢復正常之必要費用。此項損害，不能由被告之嗣後履行防免或除去，蓋被告縱然重新實施其工作，亦即地面之挖掘工作，仍然無法除去瑕疵發生之原因，即纜線本身之毀損。固然，對被告而言，可以取得一條新的、符合規格之纜線並敷設使定作人得以使用，惟此不符合其原始之給付義務，更非其嗣後履行義務之內容，蓋嗣後履行僅係「變形的(modifiziert)」原給付義務而已。從而原告所請求賠償之損害，係落入並存之損害賠償之下⁴⁸⁷。

相反地，瑕疵如係可經由嗣後履行除去者，則排除瑕疵之費用，依實務見解，係屬替補損害賠償之範疇。例如被告為原告所有之房屋安裝暖氣機及其冷熱

⁴⁸⁵ OLG Celle, BeckRS 2012, 01255.

⁴⁸⁶ BGH, Urteil vom 8.12.2011—VII ZR 198/10.

⁴⁸⁷ OLG Bamberg, BeckRS 2009, 28728.

水管；惟因該工作有瑕疵，承攬人又拒絕修補，定作人遂自行支出 44002 歐元修補之，並就此項費用主張抵銷承攬人之報酬。本案法院認定其係屬替補賠償之範疇；惟因是項嗣後履行所需支出之費用過高，承攬人依 635 條第 3 項得為拒絕，於此情形，最高法院認為，定作人得例外無須定期催告，即得依 280 條第 1 項、281 條第 1 項之規定求為賠償⁴⁸⁸。

例如原告委請被告為其所有之汽車更換後傳動軸（Hinterachse），以改善其換檔困難之問題。被告指出，其主要問題係發生在變速器上（Gebtrieb），遂建議其一同更換變速器；惟嗣後系爭汽車之問題仍未解決。經查，係因被告所更換之後傳動軸不適合於原告之汽車，經委由第三人更換後即恢復正常。就該更換費用，本案法院認為係屬替補賠償之範圍，惟在本案，無法期待原告繼續信賴被告而交由其修理，故依 636 條之規定，例外地無須定期請求嗣後履行，即可請求替補賠償⁴⁸⁹。

又若係發生在承攬人之給付義務終局排除後之損害，亦歸屬於替補賠償之範疇。例如原告委請被告將其所有之汽車安裝上車用瓦斯設備使成為雙燃料車（LPG-Autogasanlage），惟因該設備不斷發生故障，經被告屢次改善仍無效果，原告乃解除契約，並主張因為改回汽油燃料車，將支出之汽油燃料費用，為此大約增加其 1200 歐元之費用，為此請求損害賠償。就此項「無法節省油費」之損害賠償，法院認為應屬於替補損害賠償之範疇⁴⁹⁰。

第二款 第二軌：單純的或遲延損害賠償

除此之外，在新法下，不論是買賣或承攬契約，一旦給付之標的物有瑕疵，在出賣人／承攬人修繕完成前，可能會產生買受人／定作人之「使用利益損害

⁴⁸⁸ BGH, Urteil vom 11.10.2012—VII ZR 180/11.

⁴⁸⁹ OLG Koblenz, NZV 2010, 573.

⁴⁹⁰ OLG Oldenburg, SVR 2012, 103.

(Betriebsausfallschaden)」：其可能表現為積極的所受損害，例如在有瑕疵之房屋修繕完畢前，必須另行承租其他之房屋 (Ersatzwohnung) 使用；亦有可能是消極的所失利益，例如購入之機器無法投入生產，產能下降而造成之損害等是⁴⁹¹。由於此種損害，無法因為嗣後出賣人／承攬人修復完畢後被填補，從而係屬「與給付並存之損害」；惟如前所述，「與給付並存之損害賠償」，有 280 條第 1 項之「單純損害賠償」以及同條第二項之「遲延損害賠償」兩種。因此爭議關鍵在於：出賣人／承攬人是否得按 437 或 634 條⁴⁹²，逕依 280 條第 1 項負賠償責任？抑或買受人／定作人須依同條第 2 項、286 條之規定，原則上必須經催告 (Mahnung) 而使出賣人／承攬人陷於遲延後，始能請求賠償此後之損失⁴⁹³？

對此，部分學說認為，出賣人／承攬人均以給付或完成「無瑕疵之物」為其主給付義務之一。倘若因物有瑕疵而造成相對人之損失，一方面固然可說係因「不良履行」所致；惟他方面，亦可認為係「未給付無瑕疵標的物」之給付遲延所致。在單純未為給付 (Nichtleistung)，亦即典型給付遲延之情形，債權人因無法使用標的物而受到使用利益損害，應依 280 條第 1 項、第 2 項及 286 條之規定求為賠償；則在瑕疵給付之情形，債權人同樣是無法使用標的物所受到之損害，亦應根據相同之規定請求賠償⁴⁹⁴。況且在債務人給付遲延之情形，尚且須受催告後始生遲延責任，則若瑕疵給付時，相對人得直接依 280 條第 1 項，不經催告而直接請求賠償，則何以「未為任何給付」之債務人，損害賠償法上之地位卻優於「已為給付」者⁴⁹⁵？

⁴⁹¹ AnwK-BGB/Dauner-Lieb, § 280 Rn 61.

⁴⁹² 為行文便，以下省略此兩條指示規定。

⁴⁹³ Lorenz, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§280 II, III BGB), JuS 2008, S. 204.

⁴⁹⁴ Dauner-Lieb/Dötsch, Schuldrechtsreform: Haftungsgefahren für Zwischenhändler nach neuem Recht?, DB 2001, S. 2535, 2537; Grigoleit/Riehm, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203(2003), S.759.

⁴⁹⁵ NK-BGB/Dauner-Lieb § 280 Rn 61.

惟多數學說⁴⁹⁶則認為，此種情形，買受人／定作人得直接依 280 條第 1 項請求損害賠償，不須先經催告為必要。蓋：



1. 280 條第 2 項、286 條之「遲延損害賠償」，僅能適用於「債務人之義務違反僅存在於屆期不為給付（in dem Unterbleiben der Leistung bei Fälligkeit erschöpft）」之情形；亦即損害「僅（allein）」因為債務人屆期不履行其義務所生⁴⁹⁷。詳言之，286 條要求債權人原則上應先行「催告」之目的在於，當缺少確定給付期限時，能使債務人知悉其給付義務履行之急迫性

（Dringlichkeit einer Erfüllung seiner Leistungspflicht）；此意義下，催告具有「警告訊號（Warnsignal）」之性質。⁴⁹⁸從而，唯有在債務人所違反之義務，按其性質，將產生「義務履行急迫性之不確定」之情形存在，催告始有存在意義；也因此，僅有「此種遲延（die Verzögerung als solche）」所產生之損害，方須依 280 第 2 項、286 條請求賠償。在其他情形之義務違反，亦即債務人並非「單純（bloße）的給付遲延」之情況，並無受催告保護之必要。例如不良履行中，債務人既確實已經給付，何須使其知悉給付之急迫性？當債務人之不良給付侵害債權人之其他法益時，又何以仍需要再為通知請求給付？

2. 又從債權人保護之角度而言，一旦有屆期未為給付之情事，債權人可輕易發見而立即催告並請求遲延賠償，甚至更可預先訂定確定之清償期以免除日後

⁴⁹⁶ *Canaris*, Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht, ZIP 2003, 321, 322ff.; *Lorenz*, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§280 II, III BGB), JuS 2008, 203ff.; *Ebers*, Streitfrage im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462, 465f.; *Gruber*, Der Anspruch auf Ersatz von Nutzungs- und Betriebsausfall bei Lieferung einer mangelhaften Sache, ZGS 2003, 130ff.; *Tiedtke/Schmitt*, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615, 617; *Das neue Schuldrecht/Haas* Kap. 5 Rn. 236; *Hk-BGB/Saenger* § 437 Rn 11; *MüKoBGB/Ernst* § 280 Rn 55ff; *Bamberger/Roth/Unberath*, BGB, Bd. 1, § 280 Rn 30; *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, Bd. 1, § 437 Rn 69f.; *Bamberger/Roth/Voit*, BGB, Bd. 2, § 636 Rn 61a; *NK-BGB/Raab* § 636 Rn 62.

⁴⁹⁷ *Canaris*, Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht, ZIP 2003, S. 321, 322f.; *Lorenz*, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§280 II, III BGB), JuS 2008, S. 205; *Medicus*, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003 S. 521, 523; *Bamberger/Roth/Unberath*, BGB, Bd. 1, § 280 Rn 29.

⁴⁹⁸ *Canaris*, Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht, ZIP 2003, S. 321, 322f.

催告之必要（例如 286 條第 2 項第 1 款，以日曆天訂定清償期）。但在不良履行，債權人經常在損害發生後始知道物有瑕疵，則已發生之使用利益損害無法由遲延損害賠償填補⁴⁹⁹。在此情形，如仍堅持應為催告，則為無用的形式主義（leerer Formalismus），且因此所生之損害，將恣意地（willkürlich）以其在催告前後發生而異其可賠償性⁵⁰⁰。

3. 且在舊法時代，依照向來判例⁵⁰¹之見解，實務即已認為承攬工作有瑕疵，而於修復完成「前」所已造成定作人之損害，可「直接」依舊法 635 條請求賠償，無須定期催告請求修補，亦無需滿足遲延之要件。因此，現行法下，就此損害直接依 280 條第 1 項請求出賣人／承攬人賠償，符合過去實務之立場⁵⁰²。
4. 此外，在債法現代化之修正理由中，立法者亦認為，437 條第 3 款雖亦指示適用 280 條第 2 項，惟此在出賣人之義務違反係給付瑕疵買賣標之物之情況中，並不適用（entfallen insoweit keine Wirkung）。例如出賣人給付有瑕疵之機器，而使其延後投入生產（Inbetriebnahme），其因此產生之使用利益損害不取決於遲延之要件，而應係直接依 280 條第 1 項賠償⁵⁰³。可見立法者亦係採此見解。

據此，在物有瑕疵之不良履行案例中，例如債權人所受之損害係發生於其他之法益，該損害並非「僅因」債務人屆期不為給付所生；反之，是債務人已為給

⁴⁹⁹ Gruber, Der Anspruch auf Ersatz von Nutzungs- und Betriebsausfall bei Lieferung einer mangelhaften Sache, ZGS 2003, 130, 133; MüKoBGB/Ernst § 280 Rn 57; NK-BGB/Raab § 636 Rn 62.

⁵⁰⁰ Canaris, Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht, ZIP 2003, 321, 323f.

⁵⁰¹ BGHZ 92, 308=NJW 1985, 381, 382; BGHZ 72, 31=NJW 1978, 1626.

⁵⁰² Ebers, Streitfrage im neuen Schuldrecht, JuS 2004, S.462, 465; Tiedtke/Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615, 619.

⁵⁰³ BT-Drucks. 14/6040, S. 225.

付，僅該給付係有瑕疵而致生損害於債權人之其他法益。同樣的，因為物有瑕疵，使債權人於修繕期間無法使用，其因此產生之營業損失或使用利益之喪失等並非單純地屆期不為給付而生，不合於上開遲延損害之定義，此項損害，應依 280 條第一項請求賠償。Canaris 特別強調，此係整體架構下之結論，不得藉由個案取向的 286 條第 2 項第 4 款之「免為催告」之情形，而獲致「應依遲延損害賠償，惟例外無須催告」之結論⁵⁰⁴。

惟此並不代表遲延損害賠償在不良履行之情況中，即毫無用武之地。其仍得適用於「嗣後履行遲延（mit der Nacherfüllung in Verzug）」而生之損害賠償；亦即，在嗣後履行期限屆至後仍不為之，經催告陷於「嗣後履行遲延」後所生之營業收入損失等。由此可知，此時嗣後履行遲延實包含「一部份（Ausschnitt）」之「因不良履行」而生之損害，兩者有重疊之處⁵⁰⁵。此一實益在於：歸責對象之不同。在不良履行，必須債務人對於「標的物有瑕疵」係可歸責，不論係其未發現瑕疵或者瑕疵係可歸責於債務人所產生；而在「嗣後履行遲延」，則僅需對於期限屆至而不履行一事有過失為已足。從而，倘在債務人可舉證其就瑕疵一事係不可歸責之情形，債權人尚可以其遲不嗣後履行為由，請求其賠償「一部份」之損害，亦即嗣後履行陷於遲延後一定期請求嗣後履行，可認為同時具有催告之功能，因此一旦期限屆至立即陷於遲延⁵⁰⁶，所生之「與給付並存之損害賠償」⁵⁰⁷。

實則，縱使是前開少數說，在結論上也認為買受人／定作人不須經催告即可請求賠償，不致發生如通說所擔心的已發生之損害無法藉由遲延損害予以填補。

⁵⁰⁴ Canaris, Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht, ZIP 2003, 321, 326.

⁵⁰⁵ Tiedtke/Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615, 619f.; Bamberger/Roth/Unberath, BGB, Bd. 1, § 280 Rn 30; MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn 59.

⁵⁰⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 135; Medicus/Lorenz, Schuldrecht BT(2012) 16. Aufl., Rn 185; Tiedtke/Schmitt, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615, 620.

⁵⁰⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 135; Bamberger/Roth/Faust, BGB, Bd. 1, § 437 Rn 70; MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn 71.

惟其係以 286 條第 2 項第 4 款「如衡量雙方利益，有特別原因正當化遲延之立即發生，無須催告」之例外事由。詳言之，其亦顧慮到瑕疵給付帶給債權人不同於單純不為給付之威脅，亦即有無法事先預料之危險；且催告所具有之通知、警告功能，在瑕疵給付當中並無適用必要，蓋立法者已在 433、633 條中即已明定「出賣人／承攬人之無瑕疵給付義務」，此無須再藉由買受人／定作人向對方為催告即已顯然。另從保護債務人之觀點，固然債務人或許對於瑕疵之存在並不知情，但此可藉由 286 條第 4 項：「給付之中斷係非可歸責於債務人之事由所致者，不負遲延責任。」之規定，使其不致於在不可歸責地步知悉瑕疵存在之情況下，卻負擔（自己負瑕疵標的物時起的）遲延損害賠償責任⁵⁰⁸。

近年一則關於買賣契約之最高法院實務亦採通說看法⁵⁰⁹。該案中，原告買受人於 2002 年七月間，向被告出賣人購買房地，買賣契約中特別約定：「該土地及房屋並無違反公法上之相關規定」。原告另與第三人 A 就該房地簽屬租賃契約，預定於 2004 年八月將之出租作為辦公室及倉庫之用，租期共十年，每月租金 9000 歐元；租賃契約中並特別約定：「出租人擔保租賃標的物得做為辦公室及倉庫使用」。惟 2004 年六月間，原告申請使用許可時遭受阻礙，蓋該房屋有一部份未取得建築許可（Baugenehmigung）。經請求被告補正相關手續後，原告於 2004 年十月間始取得許可，從而無法租於 A。嗣後於 2005 年一月，原告始再將該房地出租於他人，租金每月 7000 歐元。就上開租金損失，乃向被告請求賠償。

就此瑕疵導致之使用利益喪失（Nutzungsausfall）之賠償，最高法院認為，買受人應依 437 條第 3 款，280 條第 1 項之規定請求賠償。其主要論據，除引用前開修正理由外，更以：

⁵⁰⁸ Grigoleit/Riehm, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203(2003), S.755ff.

⁵⁰⁹ BGHZ 181, 317=NJW 2009, 2674.

1. 437 條第 3 款中，其指示之法條包含 440、280、281、283 及 311a，亦即不包含 286 條。固然，在指示 280 條之同時，因為該條第 2 項之指示，而可認為被間接地指示 286 條，惟同樣可藉由 280 條第 3 項間接指示之 281、283 條，立法者卻又明示之。此可顯見，瑕疵造成之使用利益損害之賠償並不取決於遲延之要件。
2. 區別對待單純不為給付或瑕疵給付之正當化基礎在於，如同 Canaris 所說，在瑕疵給付之情形，買受人無法藉由事先訂定確定期日之方式以避免遲延後仍需催告後始能請求賠償，或者立即在給付瑕疵物後催告出賣人再為履行，蓋瑕疵往往係在損害發生後始能為買受人所得知，其無法事先或即時避免使用利益喪失之發生。
3. 此外，催告之意義在於，當給付欠缺確定之清償日時，使債務人能知悉其給付之屆期以避免責任之發生。惟在瑕疵給付之情況則無此必要，蓋出賣人之無瑕疵給付義務業已規定於民法 433 條第 1 項第 2 句中，無待催告使其知悉。

惟以上係針對「修繕完成前」，亦即債務人之給付義務尚存在時所生之使用利益喪失損害。倘係給付之終局排除「後」始發生之使用利益損害，實務認為，因該損害「並非即使維持契約亦會發生，而是因為原給付義務之終局排除而產生」，故並非落入 280 條第 1 項直接適用之範圍，而係屬「損害賠償以代給付」⁵¹⁰。在三則「解除瑕疵二手車買賣契約」案件中，法院認為，「指向於履行利益之損害賠償，應使債務人處於如同契約已依債之本旨為給付之狀態；此一損害賠償亦包含因為物有瑕疵而使債務人喪失之物之使用利益」。解除契約僅係將解除權行使前，事實上已取得或可能產生之物之使用利益重新歸屬於出賣人所有，因此買受

⁵¹⁰ BGH, NJW 2010, 2426, 2427.

人負有返還替代價值 (Wertersatz) 之義務」。又依照 325 條「損害賠償請求之權，不因契約之解除而被排除。」債權人不因契約之解除而喪失其請求履行利益賠償之權，故買受人仍得請求其因解除契約後產生之利益喪失⁵¹¹。



在「自始存在無法修補之瑕疵」之情形中，例如原告向出賣人購買一台二手車，出賣人向其表示該車並非事故車；惟在某次偶然的車禍而買受人將車子送修時始發現，該車在出賣前即已發生過嚴重事故，其乃解除契約；原告一直至半年後另外購得二手車之前，皆係與親戚承租車輛，乃因此向原出賣人請求賠償此期間無法使用車子之損害賠償。

就此，最高法院認為，原告之請求權基礎應非 280 條第 1 項，而係損害賠償以代履行，蓋其係因解除契約從而原給付義務解消而終局免除所引發者。就本案而言，系爭瑕疵無法經由嗣後履行排除，故被告之原給付義務依 275 條 1 項當然免除，原告得無須經催告而逕為解除契約；並就此於契約成立時已存在之給付障礙 (Leistungshinderniss) 依 311a 第 2 項「自始給付不能」之規定請求損害賠償以代履行⁵¹²。

又或者在「可修補之瑕疵」之情形，例如出賣人向買受人稱，系爭車輛過去曾發生事故，惟經修繕後已無安全上之顧慮，僅車體上有些許瑕疵。惟事實上，因在買受前已因修理不慎，使車前軸 (Vorderachse) 有瑕疵而不適於運行且有害往來安全。買受人因此解除契約，直至五個多月後始另購得二手車，乃請求中間之使用利益喪失損害賠償。就此，則應係以 280 條第 1 項、第 3 項、281 條為其請求

⁵¹¹ BGHZ 174, 290=NJW 2008, 911; BGH, NJW 2010, 2426; OLG Celle, NJW-RR 2008, 1635.

⁵¹² BGHZ 174, 290=NJW 2008, 911. Lorenz 稱此為「解約所引發之使用利益喪失 (rücktrittsbedingter Betriebsausfal)」, vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I BT, 16. Aufl., 2012, Rn 184.

賠償之依據⁵¹³。



第三款 分析說明

縱然學說上對於損害歸類之見解有如上之爭議，實則，結論上應係大致相同。首先，就第二軌之爭議，即於瑕疵履行且造成「並存之損害賠償」時，應如何區分之間題，無論多數說或少數說，其結論均會相同：亦即債權人均「無須經催告」而得立時請求損害賠償；只是少數說係以 286 條第 2 項第 4 款作為無須經催告而使債務人立即陷於遲延之例外事由作為其根據⁵¹⁴。蓋可想而知的是，並無理由任令債權人於債務人拒絕為嗣後履行至其請求損害賠償之期間，坐受各種損害，卻又僅得就遲延「後」始產生之損害請求賠償。由此可知，至少就結論而言，兩說可謂並無大異。

就第一軌之爭議，即應依如何之標準將損害歸類於「替補賠償」或「並存之損害賠償」，各見解皆有其無法自圓其說之處。

首先，採以「給付終局排除」之時間點區分損害性質者，認為凡在債務人給付義務終局地因為修補義務完成而獲得清償、解除契約、債權人行使替補請求權而免除給付義務（281 條第 4 項）之前所生之損害，性質上已無法藉由「最後可能時點之補正」予以排除，故屬「並存的損害賠償」或 280 條第 1 項之「單純損害賠償」，無須經催告即得請求。惟此說有三點值得商議之處：

1. 如理論一貫，則就發生於因債權人請求替補賠償或解除契約之「後」所產生之「固有利益侵害」，應認為係「得藉由（假定之）嗣後履行所避免之損害」，

⁵¹³ NJW 2010, 2426.

⁵¹⁴ Grigoleit/Riehm, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203(2003), S.756f.

而係屬「替補賠償」之性質⁵¹⁵。惟採此說之學者 Lorenz 在此卻認為仍應屬於 280 條第 1 項之「單純損害賠償」⁵¹⁶，理論已有不一貫之嫌。

2. 此外，倘債權人坐視損害之繼續發生或擴大，而遲遲未通知債務人求為修補，此期間所產生之費用，通通「自動」納入 280 條第 1 項之範圍，毋寧使債權人不經催告即得請求之損害項目恣意的「擴充」，此應非採此說者所容認之結果。
3. 更重要的是，在前述債權人「未經催告即自行修補」之情形，由於「支出修補費用」之損害，係於該瑕疵之補正因「目的已達」而陷於給付不能之「前」所生，係屬「已無法藉由（假定的）嗣後履行與以除去」的 280 條第 1 項「單純損害賠償」，倘此說誠實地適用「損害出現之時間點」作為歸類標準，則就該等費用，應係落入 280 條第 1 項之「並存損害賠償」中，根本無庸催告即得請求賠償⁵¹⁷！惟此種結果根本地悖反了「修補先行原則」，縱採此說之學者亦應不會得出如此結論。

另一說則係「事先」將各種損害項目，按其性質上，能否經由嗣後履行排除，而「分門別類」地歸類；學者 Dauner-Lieb 雖強調「替補賠償」係在功能上替代原來之給付；惟在新法下，無論係出賣人或承攬人，皆負有給付無瑕疵之物之主給付義務，已如前述；則嗣後履行請求權即屬其履行義務之「變形」或「延伸」，債務人履行義務之變形，即嗣後履行義務，即是在替代原來給付之履行。從而在 Dauner-Lieb 之見解下，同樣亦係以「得經由嗣後履行而『排除』」之損害作為「替

⁵¹⁵ MüKoBGB/Ernst, (2012) §280 Rn 66ff.

⁵¹⁶ Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002(München), Rn.548; Lorenz, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2500.

⁵¹⁷ Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833, 2835.

補賠償」之內容。惟此說亦有二可疑之處：



1. 「交易貶值」，係指標之物之瑕疵縱經排除後，其交易價值仍因此而遭受影響者而言⁵¹⁸。換言之，其性質上應屬「縱經嗣後履行仍無法排除」之損害，應屬「並存之損害賠償」；惟學說上卻均將此一損害列為「替補賠償」之範疇⁵¹⁹。對此，學者 Busche 僅以「此兩種價值貶損的表現態樣不應當在法律上有不同待遇」⁵²⁰為其說明。
2. 又針對「所失利益⁵²¹」以及「工作因瑕疵而無法使用之期間，為能夠繼續利用而支出之租金⁵²²」，此說則認為係屬「替補賠償」。惟對照現行德國實務見解，其一方面就發生在「給付終局排除」亦即「解約之前」，因標之物有瑕疵導致債權人無法出租所受之損害，認為應屬於 280 條第一項之「單純損害賠償」⁵²³；他方面就解約之後，因「暫時無法使用標之物以至支出租金」之損害，則又認為應屬「替補賠償」之範疇。此亦為本說所無法自圓其說者。

實則，從承攬契約新、舊法之架構來看，就各個損害請求賠償之法律要件上，應無不同。蓋不同於買賣契約，承攬契約自舊法時起，承攬人即負有「交付無瑕疵工作之義務」，故定作人原則上一與新法債務不履行相同——即應須先行催告請求承攬人為修補後，始能依 635 條請求損害賠償。正是因此之故，在立法過程中，亦數度提及「根據現行法，承攬人必須完成無瑕疵之給付；當其所為之給付係有缺陷時，負有排除瑕疵之義務。因此，在承攬契約，原則性之變更並無必要

⁵¹⁸ MünchKommBGB/Soergel § 635 RdNr. 38.

⁵¹⁹ AnwK-BGB/Raab § 636 Rn 52; MüKoBGB/Busche § 634 Rn 47; NK-BGB/Dauner-Lieb § 280 Rn 77.

⁵²⁰ MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 47.

⁵²¹ Palandt/Sprau §634 Rn. 8; AnwK-BGB/Raab, § 636 Rn. 58; MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 54.

⁵²² Palandt/Sprau §634 Rn. 8; MüKoBGB/Busche § 634 Rn. 56.

⁵²³ BGHZ 181, 317=NJW 2009, 2674.

(grundsätzliche Änderungen des Werkvertragsrecht nicht erforderlich waren)」⁵²⁴。因此，至少就承攬契約之範圍內，誠如學者所指出，仍得藉由在舊法時期之區分標準而獲致區分損害問題的答案⁵²⁵。



就此應認為，倘損害係發生在「瑕疵工作」以外之物上，在舊法下，因該物非屬承攬人工作之範圍，其對此項標的並不負有修繕義務⁵²⁶，故就定作人之損害—例如就此項標的物支出修補費用或聘請鑑定人等—，無論係舊法 635 條或者積極侵害契約請求損害賠償，皆無須定期催告即得請求賠償⁵²⁷；從而於新法下，自應為一致之解釋，即定作人應依 280 條第 1 項之「單純損害賠償」之規定，立時請求損害賠償。相反地，倘若係發生在工作本身之損害，在舊法下實務見解雖認為應依 635 條求為賠償，但不代表所有的損害項目皆必須待催告承攬人修補未果後始能請求賠償；凡是無法以嗣後履行除去之損害，舊法下之實務見解皆認為，該損害之賠償可與減少報酬或解除契約同時請求⁵²⁸；例如修繕期間發生之收入喪失⁵²⁹、承攬人為發現瑕疵而聘請專家所支出之費用⁵³⁰等是。故此種損害如適用新法，則亦應認為係屬於 280 條第 1 項之「單純損害賠償」之範疇；否則就性質上非屬承攬人修補範圍之標的物，或者根本無法藉由修補而排除之損害，仍另定作人須先行請求修補而無結果後始能請求賠償，係屬徒具形式而無意義，此點不論在新法或舊法下，應無不同。

因此，新法下承攬契約之損害分類，宜與舊法時做相同之理解，始為允當。亦即應以「系爭標的是否為承攬人修補之範疇」—例如發生損害之物係工作以外

⁵²⁴ Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 33; Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 91.

⁵²⁵ *Huber*, in *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, Rn. 13/101; *Palandt/Sprau* § 634 Rn 7f.; *MüKoBGB/Busche* § 634 Rn. 36ff.; *AnwK-BGB/Raab*, § 636 Rn. 46.

⁵²⁶ BGHZ 96, 221=NJW 1986, 922.

⁵²⁷ BGHZ 96, 221=NJW 1986, 922; BGHZ 92, 308=NJW 1985, 381; BGHZ 72, 31=NJW 1978, 1626.

⁵²⁸ *Erman-H. H. Seiler*, BGB, 10. Aufl., § 635 Rdz. 3.

⁵²⁹ BGH, BB 1979, 1321.

⁵³⁰ BGHZ 92, 308=NJW 1985, 381.

之標的，與「系爭損害能否經由承攬人之修補而除去」—例如收入損失等是—兩項標準，判斷其在新法下之歸屬。



另應說明的是，鑑定人費用，德國舊法下，實務判例認為應係「不待請求修補即得依 635 條請求賠償」，則於新法下，其性質自應屬於 280 條第 1 項「單純損害賠償」。與此相反的，學說與部分下級法院固有不同見解，認為唯有在 634 條第 2 項之情形下，始容許定作人得自行聘請鑑定人並請求賠償系爭費用⁵³¹，其目的無非在避免承攬人因此不必要地負擔較其自行從事更高之費用。惟此見解似不切合現今實務狀況之需求，蓋在高度分工之今日，一台機器之構成，往往是數十家代工廠提供、組裝零件而成，倘該機器發生故障，定作人應將機器交由何人檢查以確認瑕疵？試想，一台電視機上盒之組裝，其中的 Cable 線、電路板、硬碟、電源乃至於上開零件之組裝，通常係由不同之廠商負責，則當電視機上盒傳出故障而遭客戶紛紛退貨時，定作人難道須將上開零件一一拆解，紛紛退回各廠商要求其查驗有無瑕疵？此不合於當事人之利益甚為顯然！因此應認為，倘定作人係出於「發現、確認瑕疵之目的」而聘請專業第三人從事鑑定，所支出之費用應屬於新法下「無須請求催告修補即得請求賠償」之「單純損害賠償」的範疇。

又所失利益，則應按其具體內容，個案判斷請求修補對於系爭利益之回復「是否仍有意義」。倘若債權人取得標的物，係作為「持續性利用(Dauerverwendung)」，例如定作人定製機器之目的，係做為生產產品之用，然因機器有瑕疵，導致在承攬人完成修繕前之該段遲延期間內，債權人受有無法生產之損失

(Produktionsausfall)。就此段期間內所受之損害，係縱使嗣後承攬人完成修繕亦無法填補回復者，故就此部分所失利益如仍要求定作人須請求修補而未果後方得求償，並無意義，其應屬於第 280 條第 1 項之「單純損害賠償」；而此項結果亦

⁵³¹ Joswig, Zur Erstattungs-fähigkeit von Gutachterkosten, NJW 1985, 1323; OLG Koblenz, NJW-RR 1990, 30, 31; 新法下，認為係屬「替補損害賠償」之性質因此亦以賦予定作人嗣後履行機會為前提者，Bamberger/Roth/Voit, BGB, Bd. 2, § 634a Rn 63.

符合舊法下判例之見解。反之，如承攬人拒絕修補，而定作人行使解除權，則此時點「後」，定作人無法使用標的物之利益，將因承攬人給付義務之免除而「終局」地喪失；則此部分之利益係本可藉由承攬人之按時補正予以避免者，故屬第280條第3項之「替補賠償」。



第四章 台灣學說與實務概況



第一節 承攬契約瑕疵擔保與不完全給付

第一項 96年第8次民事庭會議決議前

眾所周知，最高法院 77 年第 7 次民事庭會議決議，針對買賣契約中，出賣人交付之標的物有瑕疵之情形，認為倘瑕疵係於契約成立後始發生，「且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。」據此，最高法院實務見解基本上認為，買賣瑕疵擔保之規定，並非債編通則不完全給付之特別法，蓋不論構成要件，或法律效果上，物之瑕疵擔保之明文規定，對於不完全給付，均無適用餘地⁵³²。從而，如買受人係依不完全給付之規定行使權利，則不受到買賣瑕疵擔保行使要件，諸如 356 條買受人之檢查通知義務⁵³³、359 條解除契約除斥期間⁵³⁴之限制⁵³⁵。

⁵³² 例如 98 台上 1268 號判決即一再強調：「物之瑕疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任，其法律性質、構成要件及規範功能各不相同。前者應受民法第三百六十五條除斥期間之限制，後者則無民法第三百六十五條規定之適用，而出賣人所交付之特定物，其因可歸責於出賣人之事由所致物之瑕疵者，買受人尚非不得依民法第二百二十七條關於不完全給付之規定，請求出賣人賠償損害，不受民法第三百六十五條除斥期間之限制...。」

⁵³³ 87 年台上字第 2668 號判決：「按因可歸責於出賣人之事由，致買賣標的之不動產有面積短少足使其價值、效用減少之瑕疵時，出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時應負不完全給付之債務不履行責任。而物之瑕疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任，其法律性質、構成要件及規範功能各不相同。故買受人如主張出賣人應負不完全給付之債務不履行責任，而請求其賠償損害時，應無民法第三百五十六條規定之適用。原審認被上訴人就系爭房地面積短少之瑕疵，雖未履行從速檢查通知上訴人之義務，仍可依不完全給付之法律關係，請求上訴人賠償損害，並無不合。」

⁵³⁴ 95 年台上字第 2352 號判決：「按物之瑕疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任，其法律性質、構成要件及規範功能各不相同。因物之瑕疵而解除契約，與因不完全給付而解除契約，兩者有別。前者無須可歸責於出賣人之事由，買受人即得依民法第三百五十九條規定解除契約；後者則須有可歸責於出賣人之事由始可解除契約，且買受人主張出賣人應負不完全給付之責任時，如其不完全給付可能補正者，惟於買受人定期催告補正而不補正時，始得依民法第二百五十四條之規定解除契約，不能補正者，則可不經催告而解除契約；前者應受民法第三百六十五條除斥期間之限制，後者則無民法第三百六十五條規定之適用；前者倘依其情形解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金，後者則無此規定之適用。」

⁵³⁵ 詹森林，不完全給付，民事法理與判決研究（二），2003 年四月初版，頁 155~169。

就承攬契約之瑕疵擔保責任與不完全給付之競合關係，學說上，雖多數係主張 495 條損害賠償請求權係屬不完全給付之「特別規定」，而得排除後者之適用，否則前者之規定怠無必要⁵³⁶。惟部分最高法院裁判係「類推適用」上開 77 年第 7 次決議之意旨⁵³⁷，認為如工作有可歸責於承攬人之事由致生瑕疵時，亦發生不完全給付之債務不履行問題。例如 89 年台上字第 412 號判決即謂：「承攬人完成之工作，應使其具備約定之品質，及無減少或減失其價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵，民法第四百九十二條定有明文。此項承攬人之瑕疵擔保責任係無過失責任，固不以承攬人具有過失為必要；惟若交付之工作物，有可歸責於承攬人之事由致生之瑕疵，則亦發生不完全給付之債務不履行問題。倘承攬人應負不完全給付之債務不履行責任者，自非不能類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。」

按實務過去所以容認承攬瑕疵擔保與不完全給付「自由競合」之重要理由，在於承攬瑕疵擔保有 498 條以下之「權利發現」，以及 514 條第一項之「權利行使期間」，實務或感於該等規定對定作人之權利保護增加了不合理之限制：一旦未於期間內發現瑕疵，即毫無救濟之道，因此遂容許定作人借道不完全給付主張權利⁵³⁸。最高法院之「苦心辜旨」，可由兩則判決中看出：

第一則係 87 年台上字第 2835 號判決。該案中，當事人於 74 年 6 月間，締結「增班教室承攬工程」，系爭工程於 75 年間完工。詎料於 82 年間經第三人鑑定後，認定該工程有配筋嚴重不足、混凝土抗壓強度不足等瑕疵，定作人遂於 84 年起訴請求承攬人賠償。本件二審法院（台灣高等法院 85 年重上字 525 號判

⁵³⁶ 劉春堂，民法債編各論（中），93 年 3 月初版，頁 68；邱聰智，新訂債法各論（中），2002 年 10 月初版，頁 83~85；蔡晶瑩，承攬—危險負擔、不完全給付—，台灣法學雜誌第 138 期，頁 166~167。

⁵³⁷ 詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展—從最高法院七十七年第七次到九十六年第八次民事庭會議決議—，台大法學論叢第 39 卷第 3 期，頁 83。

⁵³⁸ 債法修法實施十週年研討會（二），詹森林發言，台灣法學雜誌第 135 期，頁 113。

決)認為：「因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕疵，定作人除得依民法第四百九十三條或第四百九十四條規定請求修補或解除契約或請求減少報酬外，並得捨此逕行請求損害賠償，或與請求修補、解除契約、減少報酬併行請求，為此損害賠償之請求時原無踐行民法第四百九十三條第一項所定定期請求修補之程序。是如因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕疵，請求修補、解除契約、減少報酬及請求損害賠償均為定作人分別獨立得以行使之權利，至定作人上開權利之行使，依民法第四百九十八條、第四百九十九條規定，如工作為建築物，或其他土地之工作物，或為此等工作物之重大之修繕者，如其瑕疵自工作交付後經過五年始發見者，不得主張。準此，工作物為建築物，其瑕疵擔保期限為五年，而有關權利之行使，應於五年內發見瑕疵並於該期間內為權利之行使，始足當之。則有關承攬工作物之瑕疵擔保期間，民法債編各論基於法律安定性，於承攬節中既定有短期時效，依特別法優於普通法之原則，及民法第一百二十五條但書規定，自應優先適用，無再適用總則編第一百二十五條規定之十五年一般消滅時效之餘地。」亦即以定作人之瑕疵擔保請求權已超過499條所定之五年瑕疵發見期間，不得行駛該權利；基於特別法優先於普通法之法則，亦不得就同一損害另依不完全給付請求賠償。

惟最高法院則認為：「按承攬人之瑕疵擔保責任，依民法第四百九十八條至第五百零一條、第五百十四條第一項之規定，有瑕疵發現期間及權利行使期間(定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅)。關於因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，發生不完全給付之情事，定作人依同法第四百九十五條規定行使損害賠償請求權之行使期間，並未特別規定，自應與不完全給付損害賠償請求權同樣適用民法第一百二十五條一般請求權十五年時效之規定。原判決竟謂上訴人主張損害賠償請求權，不論係依承攬關係抑或債務不履行所生，均應適用民法第四百

九十九條之時效規定，其法律上之見解，殊屬違誤。」顯然地係利用不完全給付與瑕疵擔保「自由競合」之見解，使定作人得以迴避瑕疵發見期間之限制而行使權利。



第二則係 95 年台上字第 1664 號判決。該案中，當事人間於 86 年 10 月間締結承攬契約，由承攬人負責「屋頂微電塔加建工程」，該工程於 88 年 4 月驗收合格。88 年 921 大地震時，系爭微電塔倒塌斷裂，經於 89 年 4 月間，定作人收受鑑定報告指出，該電塔之搭建有不合建築技術規則之情形。定作人遂於 92 年請求承攬人賠償其自行拆除之費用。本件二審法院（台灣高等法院 93 年建上字第 34 號判決）認為：「民法第四百九十三條至第四百九十五條所規定之定作人之權利，如其瑕疵係自工作交付後，經過一年始發見者，不得主張之，同法第四百九十八條第一項定有明文。足見民法就定作人對承攬人有關瑕疵擔保之權利，已另有特別規定，故定作人如主張對承攬人有關瑕疵擔保之權利，自應依上開民法之規定主張之，無容許定作人再依債務不履行之規定為請求，或於其瑕疵擔保權利期間經過後，再藉由不完全給付規定主張損害賠償，否則有關承攬契約瑕疵擔保之規定將成具文。系爭電塔工程既經上訴人於八十八年四月十二日驗收合格，雖於事後發見有不合建築技術成規之情形，充其量亦僅係工作瑕疵，而非鐵塔工程未完成，不能謂為不完全給付，上訴人自無債務不履行之損害賠償請求權。」顯係認為，定作人之瑕疵擔保損害賠償請求權，因已逾越 498 條之自交付拾起一年瑕疵發見期間，從而不得依 495 條行使權利。

惟最高法院則以前揭理由，准許定作人於瑕疵擔保責任外，另依不完全給付之規定行使權利，顯係在避免該案中定作人受到 498 條瑕疵發見期間之不當限制：「按定作人因工作有瑕疵，主張承攬人應負瑕疵擔保責任者，固不以承攬人有可歸責之事由為要件，惟如工作瑕疵，係可歸責於承攬人之事由所致，則定作人除

主張承攬人應負瑕疵擔保責任外，亦可依債務不履行規定主張權利。本件上訴人主張系爭電塔因可歸責於承攬人光輝公司之事由，致生瑕疵，依不完全給付規定請求該公司賠償，乃原審竟以定作人僅得依民法第四百九十三條至第四百九十五條規定主張權利，不得依債務不履行規定為請求，或於行使瑕疵擔保權利期間經過後，再藉由不完全給付規定主張損害賠償等詞，而為不利上訴人之判決，所持法律見解尚有可議。」

第二項 96 年第 8 次民事庭會議決議後之影響

最高法院 96 年度第 8 次民事庭會議決議之全文為：「一、民法第四百九十五條所規定之損害賠償不包括加害給付之損害。二、承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用」

論者認為，最高法院係著眼於定作人權益之維護，而作成該決議。法院首先基於法安定性緣故，認為 514 第 1 項之短期時效規定，於定作人主張不完全給付時亦有適用；但他方面為對定作人有利，該決議再將 495 限縮為「瑕疵給付」之範疇，從而加害給付部份則得依不完全給付之規定，並適用一般消滅時效，不受瑕疵發見或短期時效之限制⁵³⁹。

綜合言之，承攬之工作因可歸責於承攬人之事由致有瑕疵，定作人之損害賠償請求權基礎與限制，應依損害之性質區別為⁵⁴⁰：

⁵³⁹ 詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展－從最高法院七十七年第七次到九十六年第八次民事庭會議決議－，台大法學論叢第 39 卷第 3 期，頁 27~29；債法修正實施十週年研討會（二），台灣法學雜誌第 135 期，詹森林發言，頁 114。

⁵⁴⁰ 姚志明，承攬瑕疵擔保損害賠償請求權－評最高法院九十七年台上字第二一一一號民事判決，



1. 關於瑕疵給付所生之損害：

就此，定作人得依 495 第 1 項，亦得依 227 第 1 項為據。在後者，應視瑕疵能否補正，分別依給付遲延或給付不能請求賠償，其時效為 15 年。若依 495 條第 1 項行使權利，則有「瑕疵發見期間」與「權利行使期間」之限制。惟該條項之損害賠償請求權，若已經過 514 條 1 項之一年短期消滅時效，並經承攬人提出時效抗辯者，就同一損害，定作人即不得再依 227 請求賠償。

2. 關於加害給付之損害：

定作人欲就工作瑕疵所生加害給付之損害求為賠償，「不得」以 495 第 1 項為據，而僅得依 227 第 2 項請求；且其消滅時效期間為 15 年，而不受 514 第 1 項之權利行使期間的限制。

由此可知，台灣實務所考量者，與德國過去實務完全一致，即一方面為基於法律安定性，不樂見任由定作人「自由漫步於不完全給付與瑕疵擔保責任」之間；但他方面又為合理保護定作人之利益，而區分為「瑕疵履行之損害」以及「加害給付之損害」。與德國不同之處僅在於，我國民法承攬契約中，瑕疵擔保權利之行使，除有 514 條自發見瑕疵時起 1 年之權利行使期間外，更須符合 498 條以下之「瑕疵發見期間」之要件。從而所謂「495 條之損害賠償請求權，包括工作轄之損害及一切因工作瑕疵所生之其他損害。因為若認為本條項之規定，僅針對工作瑕疵之損害，不僅過度限制，亦有失定作人得請求損害賠償之規範意旨。⁵⁴¹」顯不合於實務之現實考量，在本則決議作成後，更為顯然。

月旦裁判時報第四期，頁 48~49。

⁵⁴¹ 楊芳賢／黃立，民法債編各論（上），2006 年 2 月初版，頁 620~621。



另外，亦與德國舊法時面臨相同困境之處是，125 條之 15 年一般消滅時效規定，與 514 條第一項之權利行使其間相差甚大，自承攬人交付工作後之 15 年內，隨時均有遭受定作人索償之可能，對於法律安定性乃至於承攬人之保護，亦有欠周，毋寧是「以透過對承攬人之不公平來彌補對定作人的不公平」⁵⁴²。故，德國舊法下實務之處理方式，即有可供我國借鏡之處。

第二節 瑕疵給付、加害給付之損害之區分

在最高法院 96 年第 8 次民事庭會議決議公布後，最高法院本身迄今尚未針對「瑕疵給付之損害」以及「加害給付之損害」之定義做明確說明。在數則援用此次決議要旨作為其理由之判決中，或僅要求原審查明系爭損害究屬於瑕疵給付、加害給付之損害，或「未說明系爭損害屬於『瑕疵給付之損害』之範疇，而遽認 514 條第 1 項之規定應優先適用」。因此，此兩種損害應如何區分，在實務上尚乏說明。對此，本文認為，德國舊法時代實務所提出之分類標準，以及由其所發展之案例群組，或可做為我國實務解釋適用之根據。

如前所述，德國過去實務上係以損害之「位置因素」做為區別瑕疵損害與瑕疵結果損害之標準；倘個案中瑕疵所造成之損害，係「工作本身」之損害，亦即損害係「直接依附於工作」，則屬「瑕疵損害」或者我國實務所說之「瑕疵給付之損害」；就此項損害，定作人無論依 493 條以下或者不完全給付之規定行使權利，依照前開 96 年第 8 次民事庭會議決議之意旨，均應受到「瑕疵發見期間」與「權利行使期間」之限制。

反之，遭受損害者並非「瑕疵工作本身」，而是工作以外之「其他法益」或「純

⁵⁴² Ackmann, Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach §638 BGB – eine Malaise ohne Ende? JZ 1992, 672.

粹財產」受侵害時，即係「瑕疵結果損害」；此時，應再區分為「較遠」與「較近」的瑕疵結果損害，而異其所適用之法律關係。在台灣民法，解釋上，應將德國法之「『較近的』瑕疵結果損害」亦解釋為「瑕疵給付之損害」，就此項損害，即如同前述瑕疵損害，應受瑕疵發見期間與權利行使期間之限制；而僅將德國法之「『較遠的』瑕疵結果損害」解為「加害給付之損害」，其不但得依不完全給付之規定行使權利，且其消滅時效係適用 125 條或 227 條之 1、197 條之規定。

按照德國實務，所謂「較遠」與「較近」之區分，應以「該出現在工作以外之損害，是否與瑕疵具有『緊密關聯』」為準；亦即「該損害是否為系爭瑕疵所『必然』、『典型』造成之結果」。而所以就「必然、典型」出現之瑕疵結果損害，令定作人必須受到瑕疵擔保規定重重時間上限制之「正當化基礎」在於，該種損害原則上「會於短時間之內具體化」，定作人應有機會於短時間內行使權利。

他方面，在適用承攬瑕疵擔保之情況下，亦應試圖擴大解釋民法第 499 條及 500 條之適用範圍，以盡量延長瑕疵發見期間，充分保障定作人行使權利之可能性。詳言之，499 條所謂「建築物、土地上之工作物或為此等工作物之重大修繕」，其工作之標的應不以「土地上之定著物」為限，而係包含所有「固定」於土地或建物上而「不易移動」者，皆屬此之「建築物、土地上之工作物」。此外，所謂「故意不告知工作之瑕疵」之認定，亦宜導入德國法上所謂「組織失靈」之概念；凡瑕疵顯然，而客觀上，一般具有「良好健全組織」之承攬人於交付時應可發見，卻因故而未發見致未告知定作人系爭瑕疵時，亦構成「故意不告知」之情形，其瑕疵發見期間延長為 5 年或 10 年。

以下試以本文所採取之立場，檢討我國最高法院之法律適用。



第一項 修補先行原則

按臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會民事類提案第 4 之 1 號，曾就「定作人對於因可歸責於承攬人事由，致工作發生瑕疵之損害賠償請求權，是否須踐行民法第 493 條第 1 項所定之定期請求修補之程序」提出討論，而研討結果則為：「因最高法院見解歧異，建請司法院轉請最高法院研議。」

實則，按照近年最高法院見解⁵⁴³，定作人於依 495 條行使損害賠償請求權前，需先定相當期限請求承攬人修補；承攬人不於前項期限內修補者，定作人使得自行修補而請求償還修補之必要費用⁵⁴⁴。

最高法院 96 年台上字第 2070 號判決及 95 年台上字第 2474 號判決要旨均以：「按承攬人之工作有瑕疵，須定作人定相當期限請求承攬人修補，承攬人如不於期限內修補時，定作人始得自行修補，並請求承攬人償還修補必要費用，或解除契約或請求減少報酬，此觀之民法第四百九十三條、第四百九十四條之規定自明。又因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，承攬人依民法第四百九十三條第一項之規定，本有修補瑕疵以獲取報酬之權利，不因其瑕疵係可歸責於承攬人而加以剝奪，以故，定作人依民法第四百九十五條之規定，就工作瑕疵所受損害，請求承攬人損害賠償，仍須先行定期催告承攬人修補瑕疵，承攬人未於期限內修補時，始得為之。」

⁵⁴³ 早期之不同見解，例如 76 年度台上字第 1954 號判決：「因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依民法第 493 條或第 494 條之規定，請求修補，或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償，民法第 495 條定有明文。準此規定，祇須因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，定作人除得依民法第 493 條或第 494 條規定，請求修補或解除契約或請求減少報酬外，並得捨此逕行請求損害賠償，或與修補、解約、減酬併行請求，為此損害賠償之請求時，原無須踐行民法第 493 條第 1 項所定定期請求修補之程序，此觀該條項所定工作有瑕疵不以承攬人有過失為要件，而民法第 495 條限於因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕疵者，始有其適用之法意自明，且依民法第 495 條所定「並得請求損害賠償」之文義觀之，亦應為相同之解釋。」

⁵⁴⁴ 詹森林，承攬瑕疵擔保責任之重要問題，民事法理與判決研究（五），2007 年 12 月初版，頁 93。

由此可知，在尚未定相當期限請求承攬人修補前，定作人即自行修補者，不得依第 495 條請求「賠償」系爭修補費用，以免剝奪承攬人之修補「權利」而無端增加其負擔。

值得深究者，為 98 年台上字第 721 號判決。該案最高法院雖亦認為：「按承攬人具有專業知識，修繕能力較強，且較定作人接近生產程序，更易於判斷瑕疵可否修補，故由原承攬人先行修補瑕疵較能實現以最低成本獲取最大收益之經濟目的。是以民法第四百九十五條雖規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依同法第四百九十三條及第四百九十四條規定請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。惟定作人依此規定請求承攬人賠償損害仍應依同法第四百九十三條規定先行定期催告承攬人修補瑕疵，始得為之，尚不得逕行請求承攬人賠償損害，庶免可修繕之工作物流於無用，浪費社會資源。...惟民法第四百九十五條第一項所定之損害賠償請求權與不完全給付而生之損害賠償請求權係不同之訴訟標的。即定作人於一請求權不存在時，非不得另依他請求權請求承攬人賠償損害。本件上訴人係依承攬瑕疵擔保責任及不完全給付之法律關係為請求，乃請求權之競合。上訴人雖因其未定期催告不得依民法第四百九十五條第一項規定為請求，然如有可歸責於被上訴人（即承攬人）之事由而致工作物有瑕疵，上訴人尚得依不完全給付之法律關係請求被上訴人賠償損害。查系爭工程連續壁壁體確實有包泥、漏水及鋼筋外露等瑕疵，瑕疵形成原因主要為施工品質及準確度甚差...等施工不當等，為原審所確定之事實。乃原審未遑調查審認上揭瑕疵之造成是否具有可歸責於被上訴人之事由存在及上訴人是否得依民法第二百二十七條規定行使其權利，逕為不利於上訴人之判斷，自嫌速斷。」

本案最高法院一方面認為，定作人行使瑕疵擔保權利時，仍應先定期催告承攬人修補瑕疵後，始能自行修補並依 495 條第 1 項求為賠償修補費用；惟他方面，最高法院卻又回復過去實務上所採「瑕疵擔保與不完全給付自由競合」之觀點，又允許本案定作人「根據不完全給付之規定請求賠償修補費用」。對此，可說明者有三點：

1. 本件最高法院忽略 96 年第 8 次民事庭會議決議之意旨，未予以釐清定作人所受之損害之性質為何。倘其所受者，為德國法上之「瑕疵損害」，亦即我國法上之「瑕疵給付之損害」時，若該損害性質上係可透過修補予以排除或防免者，自應先令承攬人修補；反之該損害無法為修補所排除，例如因工作有瑕疵使定作人喪失利益，則就此項損害之賠償，雖仍係依瑕疵擔保之規定，惟例外無須催告即得求為賠償。本件中，承攬人之工作為「連續壁興建」，而發生瑕疵之標的亦為「連續壁本身」，係屬典型之「瑕疵損害」或「瑕疵給付之損害」；且如承攬人修補者，定作人自無須支出本案中所爭訟之修補費用。從而，定作人系爭費用之支出，欠缺修補先行原則之踐行，自不得依 495 條請求賠償，亦無由「繞道」於不完全給付之規定，否則無異與修補先行原則所欲達成之目的：「承攬人具有專業知識，修繕能力較強，較定作人接近生產程序，較能實現以最低成本獲取最大收益之經濟目的」背道而馳。
2. 退萬步言，縱使定作人係依據不完全給付行使權利，惟倘瑕疵係可補正者，亦應先行請求補正，並得依給付遲延之規定，請求賠償於補正前所受之損害，殆為我國通說⁵⁴⁵與實務⁵⁴⁶之見解，無待多論。則本件中，系爭瑕疵既然係可為修補者，如未經催告請求承攬人修補，又如何依不完全給付之規定行使權

⁵⁴⁵ 姚志明，契約之效力（二）－契約債務之不履行（中），月旦法學教室第 80 期，頁 57；孫森焱，民法債編總論（下），99 年 3 月修訂版，頁 568；林誠二，債法總論新解－體系化解說（下），2010 年 3 月初版，頁 108；黃立，民法債編總論，2002 年 9 月 2 版，頁 442。

⁵⁴⁶ 例如最高法院 101 年台上字第 496 號判決、102 年台上字第 406 號判決等是。

利？係依給付遲延抑或給付不能之規定？均有不明。本件經發回更審後，台灣高等法院 98 年建上更（一）字第 20 號判決僅模糊地認為定作人「得依不完全給付之法律關係」請求賠償：「上訴人雖因其未定期催告不得依民法第 495 條第 1 項規定為請求，然既有可歸責於被上訴人（即承攬人）之事由而致工作物有瑕疵，上訴人仍得依不完全給付之法律關係請求被上訴人賠償損害。」

3. 本文揣測，最高法院或係感到如否認定作人之上開請求，則毋寧一方面使定作人受有將近四百萬元之修補費用損失，他方面又因系爭瑕疵業經補正而成為無瑕疵之工作，給付既已完全，則承攬人即得請求給付「全部」之報酬，對定作人而言不甚公平。實則，在此種情形，承攬人之「瑕疵修補義務」係因為定作人之行為而成為「給付不能」，核屬「不可歸責於承攬人之事由致給付不能」，則此時定作人依第 266 條第 1 項之規定，於承攬人免為給付之範圍內，按其比例亦減少對待給付；如承攬報酬業已交付時，並得依同條第 2 項請求返還⁵⁴⁷。

第二項 損害之區分與法律適用

1. 首先，前述 95 年台上字第 1664 號判決「屋頂微電塔加建工程案」中，其工作為微電塔之搭建本身，而損害亦出現在該微電塔本身，係屬「直接依附於工作之損害」，為典型之瑕疵損害，應受到瑕疵擔保規定之限制。本案可斟酌者為，系爭微電塔係搭建於屋頂之上而具有不易移動之性質，縱非成為所謂「定著物」，惟應得解為係 499 條之「其他定著物」，適用該條之 5 年瑕疵發見期間，則該案中，自 88 年 4 月交付至 89 年 4 月發見瑕疵，尚未超過

⁵⁴⁷ Lorenz, Selbstvornahme der Nacherfüllung NJW 2005, 1321, 1322f.; 劉春堂，民法債編各論（中），93 年 3 月初版，頁 48。

499 條所定之瑕疵發見期間。



2. 另前已述及之 89 年台上字第 412 號判決，其當事人係於 83 年 7 月間締結承攬契約，工作內容為廠房之新建工程；84 年 7 月間定作人受領系爭廠房之交付，惟於同年 11 月定作人主張系爭廠房之屋頂嚴重漏水且有結構堪虞等瑕疵，乃依「不完全給付之債務不履行之責任」主張同時履行抗辯，拒絕給付剩餘之 97 萬元款項。惟原審（台灣高等法院高雄分院 87 年度上字 157 號判決）則係認為「縱嗣後發現有瑕疵，得向被上訴人為修補之請求，然被上訴人依此原因所應為之給付，與上訴人之給付報酬，並非立於對待給付關係，無同時履行抗辯之餘地，自無必要再就上訴人所謂之瑕疵是否成立及其內容予以審究。」而最高法院則係以「若交付之工作物，有可歸責於承攬人之事由致生之瑕疵，則亦發生不完全給付之債務不履行問題。倘承攬人應負不完全給付之債務不履行責任者，自非不能類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。」

惟查，如前所述，承攬人之修補義務乃是其主給付義務，亦即完成無瑕疵工作義務之變形⁵⁴⁸；從而，倘系爭瑕疵性質上係可補正者，定作人自得請求其補正；於承攬人修補完成前，定作人至少於修補所必要之費用範圍內，行使同時履行抗辯（264 條但書參照），拒絕交付承攬報酬⁵⁴⁹，為我國通說⁵⁵⁰之見解。因此，倘在本案中，可認為定作人所受有之損害，性質上為「瑕疵給付之損害」時，自無須「改道」於不完全給付，使其「獲得」同時履行抗辯

⁵⁴⁸ AnwK-BGB/Raab, § 635 Rn 5; 林誠二，民法債編各論（中），2002 年 3 月版，頁 94。

⁵⁴⁹ 98 年台上字第 2398 號判決：「系爭廠房之瑕疵究需若干修補費用始可補正，關係上訴人就被上訴人所請求給付之承攬報酬，於多少金額範圍內，得為同時履行抗辯...。」

⁵⁵⁰ 林誠二，民法債編各論（中），2002 年 3 月版，頁 94；劉春堂，民法債編各論（中），93 年 3 月初版，頁 50；詹森林，承攬瑕疵擔保責任之重要問題，民事法理與判決研究（五），2007 年 12 月初版，頁 101；姚志明，承攬瑕疵損害賠償與不完全給付於最高法院判決發展之軌跡，月旦法學雜誌第 198 期，頁 33。

權之可能。



本​​案​​中​​，​​承​​攬​​人​​之​​工​​作​​係​​「​​廠​​房​​新​​建​​」​​，​​而​​發​​生​​害​​之​​標​​的​​亦​​為​​「​​廠​​房​​本​​身​​」​​，​​核​​屬​​德​​國​​法​​上​​之​​「​​瑕​​疵​​損​​害​​」​​，​​即​​為​​台​​灣​​法​​所​​謂​​「​​瑕​​疵​​給​​付​​之​​損​​害​​」​​；​​依​​據​​96​​年​​第​​8​​次​​民​​事​​庭​​會​​議​​決​​議​​之​​意​​旨​​，​​承​​攬​​人​​就​​此​​工​​作​​本​​身​​之​​瑕​​疵​​，​​「​​僅​​能​​」​​依​​承​​攬​​瑕​​疵​​擔​​保​​之​​規​​定​​行​​使​​權​​利​​，​​亦​​即​​原​​則​​上​​應​​先​​依​​493​​條​​第​​一​​項​​請​​求​​承​​攬​​人​​修​​補​​，​​並​​得​​於​​此​​範​​圍​​內​​行​​使​​同​​時​​履​​行​​抗​​辯​​；​​承​​攬​​人​​於​​期​​限​​內​​不​​為​​修​​補​​者​​，​​定​​作​​人​​得​​依​​495​​條​​請​​求​​修​​補​​必​​要​​費​​用​​之​​賠​​償​​。​​且​​本​​案​​中​​，​​定​​作​​人​​於​​84​​年​​7​​月​​受​​領​​工​​作​​後​​，​​同​​年​​11​​月​​即​​「​​發​​現​​」​​並​​主​​張​​上​​開​​瑕​​疵​​擔​​保​​權​​利​​，​​亦​​無​​逾​​越​​499​​條​​就​​建​​物​​或​​其​​重​​大​​修​​繕​​之​​五​​年​​瑕​​疵​​發​​見​​期​​間​​與​​514​​條​​第​​1​​項​​之​​權​​利​​行​​使​​期​​間​​之​​虞​​，​​實​​無​​另​​行​​賦​​予​​行​​使​​不​​完​​全​​給​​付​​之​​必​​要​​性​​與​​實​​益​​。

3. 96 台上 2622 號判決則完全參照 96 年第 8 次民事庭會議決議之意旨，而認為：「承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵損害，定作人依民法第四百九十五條規定請求損害賠償，其權利行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，認應從速行使，修正後民法第五百十四條第一項已定有短期時效，自應優先適用。無再適用民法總則編第一百二十五條所定十五年一般消滅時效之餘地。故定作人於民法第五百十四條所定一年期間經過後，不得再依民法第二百二十七條、第一百二十五條之規定，主張適用十五年長期時效，請求承攬人賠償瑕疵損害。」

按本件判決係關於廠房之新建工程案，雙方於民國 87 年 1 月簽訂系爭工程契約，並於同年 12 月交屋；嗣後定作人主張系爭廠房有地下室樓板嚴重龜裂、地下室頂板有穿透之裂縫、外牆裂痕及窗台滲水等瑕疵，經催告承攬人修補未果後，於 91 年 9 月間，以修補之必要費用及房屋價值貶損等損害賠

償請求權，主張抵銷剩餘之承攬報酬債務。惟由定作人所出示之相片上所載日期可知，其至遲已於 88 年 2 月即已發現上述之瑕疵。因此本案之重點即在於，定作人之系爭損害賠償請求權基礎，應為第 227 條不完全給付，抑或 495 條瑕疵擔保之規定？倘係後者，則其雖於 499 條自工作交付後五年內即發見瑕疵，惟其消滅時效則有罹於 514 條第一項「瑕疵發見後一年間」之權利行使期間。詳言之，495 條之損害賠償請求權，於 89 年 5 月 5 日債法修正施行前，並不適用 514 條權利行使期間之限制，而係依 125 條，即自瑕疵發見起 15 年間不行使而消滅⁵⁵¹。而民法債編修正條文施行後，514 條第一項定作人瑕疵擔保權利之行使期間，業經修正為包含第 495 條第 1 項之承攬瑕疵擔保損害賠償請求權⁵⁵²；又因修正前之消滅時效（15 年）長於修正後所定之消滅時效（1 年），依民法債編施行法第 3 條第 2 項，應自施行日起，「適用民法債編修正施行後之規定」；亦即於 89 年 5 月 5 日起適用修正通過之 514 條第一項權利行使期間，於 90 年 5 月 4 日時效完成⁵⁵³。

本案中，定作人受之損害為「系爭工作本身」，亦即「承攬人所興建之廠房

⁵⁵¹ 87 年台上字第 2835 號判決參照：「按承攬人之瑕疵擔保責任，依民法第四百九十八條至第五百零一條、第五百十四條第一項之規定，有瑕疵發現期間及權利行使期間（定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅）。關於因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，發生不完全給付之情事，定作人依同法第四百九十五條規定行使損害賠償請求權之行使期間，並未特別規定，自應與不完全給付損害賠償請求權同樣適用民法第一百五十五條一般請求權十五年時效之規定。」

⁵⁵² 其修正理由為：第四百九十五條第一項定作人之損害賠償請求權，原條文無適用短期時效之規定，易滋疑義，為期明確，爰於第一項增列定作人之損害賠償請求權亦因瑕疵發見後一年間不行使而消滅。

⁵⁵³ 詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展—從最高法院七十七年第七次到九十六年第八次民事庭會議決議—，台大法學論叢第 39 卷第 3 期，頁 91。91 年台上字第 730 號判決可資參照：「按民法第五百十四條第一項規定之定作人損害賠償請求權短期時效，係八十八年四月二十一日修正公布，依民法債編施行法第三十六條第二項規定，自八十九年五月五日施行，而依民法債編施行法第三條第二項規定，民法債編修正施行前之法定消滅時效，其期間較民法債編修正施行後所定為長者，適用修正施行前之規定。但其殘餘期間自民法債編修正施行日起算，較民法債編修正施行後所定期間為長者，應自施行日起，適用民法債編修正施行後之規定。修正前民法第五百十四條第一項既未規定定作人損害賠償請求權之時效期間，依同法第一百五十五條規定，為十五年。則定作人損害賠償請求權之時效期間較民法債編修正施行後所定為長，應適用修正施行前之規定。但其殘餘期間自民法債編修正施行日起算，較民法債編修正施行後所定期間為長，應自民法債編修正施行日即自八十九年五月五日起適用施行後一年短期時效之規定。」

有瑕疵」之損害，係屬典型之「瑕疵所害」或「瑕疵給付之損害」；從而，就「瑕疵工作本身」之修補費用，以及「瑕疵工作本身」之價值貶損等損害，依據 96 年第 8 次民事庭會議決議之意旨，自「僅能」依瑕疵擔保之規定請求。本件定作人於 90 年 5 月 5 日之後始行使其損害賠償請求權，已罹於（修正後之）514 條第一項權利行使期間之限制。準此，本件最高法院認定本件承攬人所受之損害係「瑕疵損害」，應優先適用 514 條第 1 項之短期時效，從而認為：「系爭工程確已於八十七年十二月十一日完工驗收交屋在案，上訴人於八十八年二月十八日已發現瑕疵，為原審確定之事實。則自八十九年五月五日起，其殘餘期間逾一年，其瑕疵損害賠償請求權仍受一年期間之限制，即至九十年五月四日即已屆滿，乃上訴人遲至九十一年九月二十六日始為主張抵銷，則其所為抵銷之抗辯，自屬無據...。」可資贊同。

4. 由上開最高法院判決可以知悉，如係「瑕疵工作本身」受有損害時，我國實務亦認為係屬「瑕疵損害」，定作人如因此必須支出修補費用，或者依約定請求違約金時，其依據應為 495 條第 1 項之損害賠償請求權；主張此項賠償請求權，除受到 498 條至 500 條之瑕疵發見期間與 514 條一年之權利行使期間之限制外，更需依 493 條履踐「修補先行原則」後始得請求。

如同本文於前所主張者，決定系爭損害為「瑕疵損害（瑕疵給付之損害）」或「瑕疵結果損害（加害給付之損害）」之判斷關鍵，在於其所出現之「位置」；或者說，承攬人之工作「內容」究竟是否包含「受到損害之標的物」本身。至於「個別損害項目」則不涉及此性質之區分，凡「瑕疵損害」有因果關係所產生之各個損害項目（例如工程之補強施作費用），自（僅能）依瑕疵擔保之規定為請求。

準此以解，則最高法院 99 年台上字第 1721 號判決理由即不無細究之必要。該案中，承攬人係為定作人施作包含邊坡地之「植生護坡」項目在內之工程，惟因為被告施工裸露面未做適當截水及防止雨水滲入措施，加以豪雨導致坡面因水滲入軟化，致使工程「南側」順向坡坍塌，經台北縣政府函知應採取維護補救措施，支出護坡整治費用 239 萬。本件最高法院認為：「被上訴人所支出之護坡整治費用係系爭契約原約定工程內容？或因坍塌意外所增生之工程費用？該工程屬補強系爭工程原約定品質範圍（瑕疵給付）？或與系爭工程約定品質無關，僅應工程主管機關台北縣政府之要求而施作（加害給付）？均有未明。」

其意旨，無非係要求原審查明「護坡整治費用」是否本即為當事人承攬契約之內容，倘護坡整治非屬系爭之範圍，僅是基於台北縣政府之函令而生之義務時，則係屬「加害給付」，系爭費用得依不完全給付之規定求為賠償。案經發回，台灣高等法院 99 年上更（一）自第 120 號判決中，參酌系爭工程契約已編列臨時排水溝、截水溝、防災土堤等防止雨水滲入等項目之數量及費用，定作人亦另支給雜項工程水土保持等費用，當事人更曾另議變更長期停工階段之相關水土保持工作經費、內容及代聘水保技師簽證等事宜，而認為「足見上訴人（按：即承攬人）悉原設計之水土保持計畫，已不敷長期停工階段之所用，自應於原水土保持計畫外，施工臨時排水設施。」則系爭工程實際上應包含防止雨水滲入等工作內容，承攬人對此部分應負修補義務，經定作人於 90 年間屢次發函請求後均遭拒絕；但定作人遲至 92 年間始起訴請求賠償此項整治費用之損害。從而該院認為：「所謂加害給付，係指為給付之瑕疵發生原來債務不履行之損害以外之損害（例如因標的物交付而發生者或因提供勞務而發生者），而本件係因上訴人施作系爭工程之疏失發生系爭邊坡坍塌，被上訴人在上訴人不願修復情形下，為其進行修復而支出護坡

整治費用，此與加害給付之情形有異，上訴人依加害給付規定請求賠償，於法未合。」

對此，可得說明者有三：

- (1) 「整治費用」此一「損害項目」是否為承攬人原本之工作項目，抑或是因台北縣政府之命令而加諸於承攬人之義務，與「瑕疵損害」或「瑕疵結果損害」，並無關連。否則，何以僅因定作人支出此項費用之「來源」的不同，會使權利行使期間有 15 年或 1 年如此大之差距？其正當化理由何在？似有不明。
- (2) 又系爭邊坡地之所有權，應非為定作人法務部矯正署臺北女子看守所所有。如按照德國法上，以「受侵害之法益」判斷為瑕疵給付或加害給付之見解，則本件應為「侵害第三人土地所有權」之「加害給付」，而似乎即適用不完全給付之相關規定。但亦如同前所質疑者，就此項損害使定作人之權利行使期間「驟增」為 15 年，是否具正當化之基礎？由此，亦可看出此說不能圓滿地適用於所有情況。
- (3) 實則，如前所述，真正重要者在於，系爭損害之「位置」，亦即因施工瑕疵而發生坍塌意外者，是否為承攬人之「工作本身」。該案中，發生坍塌之位置為「系爭工程之南側」，並且承攬人一再於事實審主張：「系爭邊坡坍塌之位置，非在系爭工程契約之承攬範圍」；似可見受有損害之土地，並非為「工程本身」。惟僅此尚不足正當化此項損害係屬應適用不完全給付規定之「較遠的瑕疵結果損害」，蓋依本件承攬人工作一即包含施作截水與防止雨水滲入在內等措施一之性質，南側順向坡發生

坍塌意外，應屬工作瑕疵所「必然、典型」之結果，此一損害通常會於短時間內具體化，故令定作人僅能依承攬瑕疵擔保之規定行使權利，應係折衝於「定作人權益保護」與「交易安全、法律安定性」間較佳之折衷方案。準此，更審判決駁回定作人依 227 條二項所為之請求，就結論上係屬正確，惟理由構成上則仍值斟酌。

5. 應屬於德國法上典型的「較遠的瑕疵結果損害」之案例，應為 97 年台上字第 2111 號判決。該案中，承攬人中興航空公司於 90 年 6 月間與定作人中華工程公司定定承攬契約，負責以直升機吊掛機具、物料；同年 8 月間，惟因承攬人所引進之直升機載僅有五噸，不足所約定之十噸，定作人因此必須將超過五噸不足十噸之鋼橋、施工機械等吊物品重新切割與分解，因此而受有損害。對此，最高法院認為：「工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用，定作人於該條項所定一年期間經過後，自不得另依同法第二百二十七條第一項規定，請求承攬人賠償損害，此為本院最近之見解（參見九十六年十一月二十七日本院第八次民事庭會議決議）。關於中華工程公司依民法第四百九十五條第一項規定請求賠償部分，中興航空公司已為時效之抗辯；倘中華工程公司行使定作人之損害賠償請求權已逾民法第五百十四條第一項規定之一年期間，依上說明，即不得再基於不完全給付規定請求賠償。原審未予調查審究，即認中華工程公司得依民法第二百二十七條第一項，準用給付不能之規定請求損害云云，自有可議。」

本件承攬人有瑕疵之工作內容，係「直升機吊掛」本身，而因為此瑕疵造成之損害，則係發生在「工作以外之其他法益」，即系爭待吊物品上，已屬德

國實務上所謂之「瑕疵結果損害」。此項支出切割、分解之損害，非承攬人瑕疵工作必然出現之結果，蓋定作人面對此項瑕疵，亦可能採取其他之處理方式，此等損害非恆為承攬人瑕疵工作之結果損害。故其應屬德國法上之「較遠的瑕疵結果損害」，對應於我國實務，即為「加害給付之損害」，依 96 年第 8 次會議決議，其得依不完全給付之規定行使損害賠償請求權，而不受 514 條第 1 項之限制。準此，最高法院未根據該則決議之意旨，詳加審酌該等損害係屬何種性質，即遽認應優先適用 514 條之規定，不得另依 227 條 1 項請求承攬人賠償損害，無論在理由上或結論上，均有值得再斟酌之處⁵⁵⁴。

6. 另外，關於「責任義務損害」，亦即定作人因為工作標的之瑕疵而須對第三人負損害賠償責任時，本文整理德國實務見解後指出，定作人向承攬人請求賠償之依據，取決於「第三人向定作人請求賠償之依據」係以瑕疵擔保亦或不完全給付之規定為準。

最高法院 99 年台上字第 1794 號判決即涉及此一問題。該案中，定作人係代訴外人南亞公司製作「胚布」，定作人將製作胚布過程中之一部，即「經紗」部分交由承攬人負責施作。惟因承攬人有使用不同批貨號或使用到不適於其染色或染色變異較大等瑕疵，致定作人所完成之胚布有染色不均之現象，定作人遂遭第三人南亞公司扣款；定作人爰以此項損害賠償請求權為主動債權，主張抵銷其對承攬人之報酬債務。最高法院廢棄原審判決，其發回意旨中則謂：「同法第四百九十五條第一項之定作人損害賠償請求權當然應適用該短期時效之規定。亦即基於承攬之性質及法律之安定性，該規定之短期時效，對定作人之損害賠償請求權而言，自應優先適用。...被上訴人提出該項損害賠償請

⁵⁵⁴ 本判決之評論，請參姚志明，承攬瑕疵擔保損害賠償請求權－評最高法院九十七年台上字第 2111 號民事判決，月旦裁判時報第四期，頁 43 以下。

求權自發現系爭瑕疵後已逾一年，伊得為時效之抗辯等語，倘非虛妄，依前開說明，被上訴人所執以抵銷之損害賠償請求權似已罹於時效而消滅。」⁵⁵⁵

本件最高法院判決確實如學者所言，其未予釐清定作人所主張之損害，究係屬瑕疵給付之損害，或加害給付之損害；未予釐清此項問題前即逕認本件定作人請求賠償該筆損害之依據為民法第 495 條，容有商榷餘地⁵⁵⁶。實則，很明顯地，第三人南亞公司對定作人請求賠償之依據應為承攬瑕疵擔保之損害賠償請求權，蓋此定作人所交付之「胚布本身有瑕疵」乃不折不扣之瑕疵損害；故依上所述，定作人就其因此必須向第三人賠償之「責任義務損害」轉向承攬人求為賠償時，其依據亦為 495 條第 1 項。本件定作人於 95 年提出之答辯狀中即具體指陳該工作之瑕疵，惟遲於 97 年使依 495 條第 1 項之規定請求賠償，最高法院認定承攬人之損害賠償請求權已罹於 514 條第 1 項之瑕疵發見期間，結論上應屬正確。

第三節 未來修法之建議

由上述可知，台灣承攬契約法中，就定作人因工作瑕疵所受之損害，實務判決之所以徘徊猶豫於瑕疵擔保與不完全給付規定之主要原因，係因不合理的「瑕疵發見期間」制度與過於短促的「權利行使期間」所致。因此，如能於承攬契約

⁵⁵⁵ 本件案經發回，台灣高等法院 99 年上更（二）字第 121 號判決，雖援用上開發回意旨，惟另依民法 337 條之規定，認為定作人之抵銷主張仍有理由：「按債之請求權雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債務已適於抵銷者，亦得為抵銷，民法第 337 條定有明文。又承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於民法第 514 條第 1 項已定有 1 年之短期時效，自應優先適用(最高法院 96 年度第 8 次民事庭會議決議參照)。查...上訴人於原審 95 年 10 月 20 日提出答辯狀即發見系爭盤頭紗之瑕疵，遲至 97 年 6 月 23 日始主張定作人之損害賠償請求權，已罹於民法第 514 條第 1 項規定之 1 年時效，且不得再主張不完全給付損害賠償請求權之 15 年長期時效等語，固非無據。惟查：上...上訴人自其遭南亞公司扣款之日起，即有定作人之損害賠償請求權存在，而被上訴人對於上訴人亦有加工款之債權；亦即在上訴人之定作人損害賠償請求權時效未完成前，兩造已互負債務，且其種類相同，又無不得抵銷之情事，是上訴人依民法第 337 條規定，於本件訴訟中為抵銷抗辯，自屬有據。」

⁵⁵⁶ 詹森林，台灣民事財產法若干重要實務發展之回顧－承攬之物之瑕疵擔保與不完全給付、給付不當得利無法律上原因之舉證責任、消費性定型化契約之審閱期間及過失所致純粹經濟損失之侵權責任，月旦法學雜誌第 200 期，頁 248。

法中酌定一平衡於「法律安定性」與「合理賦予定作人行使權利之機會」間之消滅時效制度，則實務即無必要再藉由不完全給付以及民法總則編一般消滅時效之規定，設法使定作人在「加害給付之損害」的範圍內，於既有規定外取得救濟之機會。

此一考量正與德國 2002 年施行之債法現代化法如出一轍，則其改革手段—無論被認為是成功抑或失敗—可做為我國修法之借鏡。如前所述，德國承攬瑕疵權利之消滅時效基本上係以「自工作交付」時為時效開始進行之時間點，並以 2 年為消滅時效期間，較舊法時之 6 個月為長；在工作標的為不動產時，消滅時效期間為 5 年，此與舊法 638 條之時效期間並無二致，蓋立法者係顧慮在經過多年後，「物之瑕疵」與「正常耗損」即難以區分，5 年應係衡量雙方當事人利益下合理之時效期間⁵⁵⁷。此外，因顧慮「無形工作之瑕疵往往難以或較晚始能發現」，故就此種性質之工作，特別適用一般消滅時效，即「自知悉損害」後時效始開始進行；為此說遭受到學說嚴厲地批判，認為此種以「有形、無形」工作之區分方式，不但無法充分解決舊法時代所面臨之問題，甚且可預期地，將來更會增加兩者區別的困難性。

按「主觀的消滅時效起算點」，可防免權利人在「根本尚未知悉受有損害」甚至「客觀上損害尚未具體化」之前，即已罹於時效而無救濟之機會，應屬較能充分保障債權人行使權利之消滅時效制度；至其「副作用」，也就是如權利人長久不知悉權利之存在時，所引發之法律不安定，則可透過客觀之「最長時效期間（Verjährungshöchstfristen）」予以限制⁵⁵⁸，至於固有的「瑕疵發見期間⁵⁵⁹」則可

⁵⁵⁷ vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 263f.

⁵⁵⁸ Wagner, Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?, JZ 2002, 475, 476f.; MüKoBGB/Grothe § 199 Rn 2; 又此種「主客觀混合」之立法例在我國並非陌生，舉凡民法第 197 條第 1 項、民法第 563 條第 2 項、國家賠償法第 8 條第 1 項、商標法第 69 條第 4 項、著作權法第 89 條之 1、專利法第 96 條第 6 項、證券交易法第 21 條、強制汽車責任保險法第 14 條第 1 項、信託法第 24 條第 4 項、公司法第 369 條之 6、營業秘密法第 12 條第 2 項、公平交易法第 33 條、

刪除。在斟酌以「知悉受有損害時」為起算點之消滅時效期間時，本文考量上揭台灣最高法院判決中，為數不少之案例均係權利人自知悉後逾一年始行使權利⁵⁶⁰，故宜仿侵權行為 197 條第 1 項，自知有損害時起 2 年不行使而時效完成，除使定作人有更充分之時間行使權利外，更有助益於減少契約責任與侵權責任競合之問題。

就客觀的最長時效期間，有鑑於 498 條自工作交付後一年之瑕疵發見期間過於短促，應在不特別加重承攬人之負擔，使其在長時間皆有隨時遭受追償可能之前提下酌予延長；他方面，就工作標的為不動產或其他土地上工作物時，德國債法修正時雖認為此部分「並無改變時效期間之根據」，而維持五年之消滅時效；惟衡酌我國所特有之不動產訴訟類型，諸如海砂屋⁵⁶¹、輻射鋼筋屋，乃至於我國颱風、地震⁵⁶²等天然災害頻仍，皆與彼邦有所不同，從而時效期間較其為長，係屬自然亦有必要。準此，本文認為宜延長為「自工作交付時起後十年」不行使權利，時效消滅。

綜上所述，本文建議，將來關於承攬契約之消滅時效，可規定為：

「I 定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、損害賠償請求權，自知有損害及賠償義務人時起兩年間不行使而消滅。

性別工作平等法第 30 條、核子損害賠償法第 28 條、傳染病防治法第 30 條第 2 項、植物品種及種苗法第 40 條第 4 項等，皆屬之。

⁵⁵⁹ 瑕疵發見期間之設，係屬比較法上之特例，其不僅為德國民法所無，「瑞士債務法及日民法均僅就瑕疵擔保責任，限定自工作之交付或完成後之一定期間，為其存續期間」，參史尚寬，債法各論（上冊），75 年 11 月六刷，頁 322。另此期間即係為求「法律安定性」，此可參 498 條之立法理由：「按第四百九十三條至第四百九十五條所規定定作人之權利...均以從速行使為宜，故在應行交付之工作，若其瑕疵自交付後經過一年始發見者，即不得更行主張，其工作有無須交付之性質者，則自工作完成時起，經過一年，亦不得主張。蓋以定作人所有之權利，若未特約期間負擔保責任，則其權利狀態，恆有不確實之虞，故一年後使因時效而消滅，庶權利有確定之期限也。」

⁵⁶⁰ 例如 96 台上 2622 號判決、99 年台上字第 1721 號判決、99 年台上字第 1794 號判決等是。

⁵⁶¹ 例如 87 年台上字第 2835 號判決，為自 75 年間完工，因混有海砂而導致混凝土抗壓強度不足，於 82 年間成為危樓而須拆除。

⁵⁶² 例如 95 年台上字第 2049 號判決（東星大樓倒塌案）為 72 年完工，因有施工不當，於 88 年 921 地震時倒塌。

II 前項請求權：

1. 因自工作交付時起五年消滅。
2. 工作為建築物或其他土地上工作物之新建、重大修繕或變更，或工作之成果為就其提供計畫或監督之情形，自工作交付時起十年消滅。定作人係人格權受侵害，或承攬人惡意不告知瑕疵者，亦同。

III 第 494 條、495 條第二項所稱之解除權及減少報酬報酬請求權，準用前二項之規定。」



第五章 結論



德國在 2002 年債法修正施行前，實務為解決現實上之問題，亦即當承攬人之工作有瑕疵，致定作人受有損害時，「應如何在定做人與承攬人間合理地分配時效之風險」，乃試圖創造「瑕疵損害」與「較近、較遠的瑕疵結果損害」，就「較遠的瑕疵結果損害」，定作人得依積極侵害契約之規定行使損害賠償請求權，並適用第 195 條 30 年消滅時效期間之規定。就此項分類，必須就個案事實判斷。數十年下來，德國實務就如何區別建立豐富的案例群組，嘗試將此一標準明確化。

學說幾乎一致地認為，實務之上開區分，只會造成完全的混亂，裁判結果毫無可預見性，反而造成法律之不安定；惟所提出之各種替代方案，或忽略現實上的考量，或亦有缺陷。更甚者，實務判例基於法律之明文規定，明示不採取學說上所提出關於消滅時效起算之建議。至此，已可認為實務與學說皆已走到了死胡同，除修法外，別無解決之道。

債法現代化法意識到上述問題，乃一方面在總則建立統一的債務不履行損害賠償請求權基礎，分別依不同的損害性質與義務違反態樣，賦予不同之請求要件，並分別在買賣、承攬契約法中，透過「指示條款」，使買受人／定作人因瑕疵所生之損害賠償請求權，皆回歸適用上述之規定，而不再另立獨立之請求權基礎。他方面，則分別在買賣、承攬契約中規定統一的消滅時效，凡是瑕疵所生之請求權時效，悉依該等規定定其時效期間。此舉固然立意甚佳，惟仍受到學說上嚴厲的批判，特別是對於「無形工作」作特別有利於定作人之規定，不但不切合實際上之需要，且無形、有形工作間的界線模糊，將來勢必造成解釋上之困難。

在我國過去實務上，部分最高法院「類推適用最高法院 77 年第 7 次民事庭會議決議」，允許定作人於瑕疵擔保規定之外，另行依不完全給付行使權利。查其所由，無非在避免受到第 498 條以下「瑕疵發見期間」與第 514 條第 1 項「權利行使期間」之限制。因此在過去，並無區分損害而適用不同規定之問題。惟在最高法院 96 年第 8 次民事庭會議決議，認為第 495 條不包含「加害給付之損害」，且第 514 條第 1 項短期時效係屬特別規定，基於法律安定性，應優先適用。從而就「加害給付之損害」，應適用不完全給付之規定，其消滅時效則依第 125 條或 227 條之 2 準用 197 條之規定。從而，為了判斷「應否受瑕疵發見期間與權利行使期間之限制」，自應判斷各該損害為「瑕疵給付之損害」或「加害給付之損害」。

在該決議意旨係「必須區分損害性質以適用不同時效規定」之情況下，考量我國最高法院面臨的難題，亦即「如何折衝於『定作人權益保護』與『交易安全、法律安定性』」，完全與德國過去實務面臨之問題相同，故本文主張，該國過去之實務見解或可供我國參考。亦即將德國法上之「瑕疵損害」及「較近的瑕疵結果損害」，解為係我國之「瑕疵給付之損害」；而將「較遠的瑕疵結果損害」解為係「加害給付之損害」。此外，亦可參考德國實務之解釋，盡量擴大解釋我國民法第 499 條之 5 年瑕疵發見期間及第 500 條瑕疵發見期間延長之規定，俾提供定作人行使權利之合理機會。

此外本文亦嘗試提出將來之修正建議，認為就承攬契約之瑕疵擔保權利，應仿 197 條第 1 項建立「主、客觀混合」之消滅時效規定；即定作人自知悉損害時起 2 年內得行使其權利，同時搭配 5 年之客觀消滅時效期間，使承攬人不致長期處於權利不確定之狀態；當工作為不動產時，最高時效期間則應增加為十年，俾順應我國實務上特有之案例類型。若此種消滅時效規定能夠合理地保障定作人，則縱令其僅得依瑕疵擔保之規定行使權利，對其亦不致不利，即無必要另外允許

得借道於不完全給付。若然，則所謂瑕疵損害與瑕疵結果損害，或者瑕疵給付之損害與加害給付之損害的概念，吾人即可為此項爭議劃上休止符，再無存在之必要。



主要參考文獻



一、中文文獻（依作者姓氏筆畫排列）

（一）專書

1. 史尚寬，債法各論（上冊），自版，1986年11月。
2. 邱聰智，新訂債法各論（中），元照，2002年10月。
3. 林誠二，債法總論新解—體系化解說（下），瑞興，2010年3月。
4. 林誠二，民法債編各論（中），瑞興，2002年3月。
5. 孫森焱，民法債編總論（下），2010年3月。
6. 黃立，民法債編總論，元照，2002年9月。
7. 詹森林，民事法理與判決研究（二），元照，2003年4月。
8. 詹森林，民事法理與判決研究（五），元照，2007年12月。
9. 黃立/楊芳賢，民法債編各論（上），元照，2006年2月。
10. 劉春堂，民法債編各論（中），2004年3月。

（二）期刊論文

1. 姚志明，承攬瑕疵擔保損害賠償請求權—評最高法院九十七年台上字第二一一一號民事判決，月旦裁判時報第4期，2010年8月。
2. 姚志明，承攬瑕疵損害賠償與不完全給付於最高法院判決發展之軌跡，月旦法學雜誌第198期，2011年11月。
3. 姚志明，契約之效力（二）—契約債務之不履行（中），月旦法學教室第80期，2009年6月。
4. 詹森林，台灣民事財產法若干重要實務發展之回顧—承攬之物之瑕疵擔保與不完全給付、給付不當得利無法律上原因之舉證責任、消費性定型化契約之審閱期間及過失所致純粹經濟損失之侵權責任，月旦法學雜誌第200期，2012年1月。

5. 詹森林，不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展－從最高法院七十七年第七次到九十六年第八次民事庭會議決議－，台大法學論叢第 39 卷第 3 期，2010 年 9 月。
6. 蔡晶瑩，承攬－危險負擔、不完全給付－，台灣法學雜誌第 138 期，2009 年 10 月。

(三)其他

1. 債法修法實施十週年研討會（二），台灣法學雜誌第 135 期，2009 年 9 月。

二、 德文文獻

(一) 專書

1. *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht 26. Aufl., 2001.
2. Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992.
3. *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002.
4. *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, 2002.
5. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Bd. 2, 8. Aufl., 1995.
6. *Haas/Heinrichs/Medicus/Rolland/Schäfer* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002.
7. *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002.
8. *Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozeß, 7. Aufl., 1992.
9. *Kötz*, Vertragsrecht, 2. Aufl., 2012.
10. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts AT, 12. Aufl., 1979.
11. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts BT, Bd.1, 13. Aufl., 1982; 12. Aufl., 1977; 11. Aufl., 1972.
12. *Looschelders*, Schuldrecht AT, 10. Aufl. 2012.
13. *Looschelders*, Schuldrecht BT, 7. Aufl. 2012.
14. *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002.

15. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 1984.
16. *Medicus*, Schuldrecht I AT, 11. Aufl., 1999.
17. *Medicus*, Schuldrecht II BT, 9. Aufl., 1999.
18. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I AT, 20. Aufl., 2012.
19. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II BT, 16. Aufl., 2012.
20. *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl., 2009.
21. *Schlechtriem*, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl., 1998.
22. *Ernst*, Schuldrecht BT, 1999.
23. *Rengier*, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, 1977.
24. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, 1896.
25. *Todt*, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkunternehmers aus Sachmängeln, 1969.

(二) 註釋書

1. Bamberger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, 2. Aufl., 2007; Band 2, 3. Aufl., 2011.
2. *Schulze/Dörner/Ebert/Kemper/Saenger*, BGB Handkommentar, 7. Aufl., 2012.
3. *Dauner-Lieb* (Hrsg.), AnwaltKommentar BGB, Bd. 2, 1. Aufl., 2005.
4. *Dauner-Lieb/Heidel/Ring* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl., 2012.
5. *Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 9. Aufl., 1999; 14. Aufl., 2011.
6. *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, Handbuch des Privaten Baurechts, 2. Aufl., 1997.
7. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 3. Aufl., 1994; Band 4, 6. Aufl., 2012.
8. *Palandt* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., 2013.
9. *Prütting/Wegen/Weinrich* (Hrsg.), BGB Kommentar, 7. Aufl., 2012.



10. *Staudinger* (Hrsg.), J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1998.
11. *Erman* (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2000; 13. Aufl., 2011.
12. Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes(BGB-RGRK), Band II, 1. Teil, 1976; Band II, 4. Teil, 1978.
13. *Soergel* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 12. Aufl., 1991.

(三) 期刊論文

1. *Ackmann*, Die Abgrenzung „nächster“ von „weiteren“ Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach § 638 BGB, JZ 1992, 670ff.
2. *Ballerstedt*, Zur Auslegung der §§ 635, 638 BGB bei den verschiedenen Werkvertragstypen, in: Festschrift für Karl Larenz zum siebzigsten Geburtstag, S. 717ff., 1973.
3. *Brox/Elsing*, Die Mängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, JZ 1976, 1ff.
4. *Canaris*, Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329ff.
5. *Canaris*, Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungenrecht, ZIP 2003, 321ff.
6. *Coester-Waltjen*, Die Haftung für Mängel beim Werkvertrag, Jura 1993, 200ff.
7. *Coester-Waltjen*, Ausschluß, Verjährung und Konkurrenzen werkvertraglicher Gewährleistungsansprüche, Jura 1993, 540ff.
8. *Dauner-Lieb*, Schadensersatz bei Schlechtleistung, in: Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, S. 67ff., 2006.
9. *Dauner-Lieb/Dötsch*, Schuldrechtsreform: Haftungsgefahren für

- Zwischenhändler nach neuem Recht?, DB 2001, 2535ff.
10. *Diederichsen*, Schadensersatz und Mangelfolgeschäden, AcP 165(1965), 154ff.
 11. *Eberz*, Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht, JA 1995, 377ff.
 12. *Ebers*, Streitfrage im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462ff.
 13. *Ehlen/Blatt*, Die Rechtsprechung des BGH zur Einbeziehung von Mangelfolgeschäden in den Anwendungsbereich des §635 BGB beim Bau, in: Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag, S.78ff., 1986.
 14. *Faust*, Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, S. 253ff., 2006.
 15. *Finger*, Die Verjährung der Ersatzansprüche gegen den Werkunternehmer, DB 1972, 1211ff.
 16. *Finger*, Die Haftung der Werkunternehmers für Mangelfolgeschäden, NJW 1973, 81ff.
 17. *Ganten*, Zur Verjährung der Ansprüche des Bestellers aus sog. Mängelfolgeschäden, VesR 1970, 1080ff.
 18. *Götz*, Schadensersatzanspruch wegen Nichtbenutzbarkeit eines Werks während der Nachbesserung?, JuS 1986, 14ff.
 19. *Grigoleit/Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 203(2003), 759ff.
 20. *Grimm*, Zur Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus §635 BGB und aus positive Vertragsverletzung, NJW 1968, 14ff.
 21. *Gruber*, Der Anspruch auf Ersatz von Nutzungs- und Betriebsausfall bei Lieferung einer mangelhaften Sache, ZGS 2003, 130ff.
 22. *Grunewald*, Eigentumsverletzung im Zusammenhang mit fehlerhaften Werkleistung, JZ 1987, 1101ff.



- 
23. *Hehemann*, Zur Abgrenzung von nächsten und entfernteren Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht, NJW 1988, 801ff.
 24. *Jakobs*, Die Schadensersatzpflicht des Unternehmers wegen mangelhafter Werkleistung in ihrem Verhältnis zu Wandlung und Minderung, JuS 1974, 341ff.
 25. *Jakobs*, Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Werkleistung, JuS 1975, 76ff.
 26. *Joswig*, Zur Erstattungsfähigkeit von Gutachterkosten, NJW 1985, 1323ff.
 27. *Klaus v. Gierke/Wolfgang v. Reinersdorf*, Die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus Werkmängeln—BGHZ 67, 1, JuS 1978, 817ff.
 28. *Laufs/Schwenger*, Der Schadensersatzanspruch des Bestellers beim Werkvertrag: Inhalt, Verjährung Beweislast, NJW 1970, 1817ff.
 29. *Littbarski*, Die Abgrenzung der Schadensersatzansprüche aus Werkmängeln – ein offenbar unlösbares Rechtsproblem, JZ 1979, 552ff.
 30. *Lorenz*, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417ff.
 31. *Lorenz*, Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§280 II, III BGB), JuS 2008, 204ff.
 32. *Lorenz*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2503ff.
 33. *Mankowski*, Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von „Manglefolgeschäden“ (Integritätsschäden), JuS 2006, 481ff.
 34. *Mansel*, Die neue Regelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 89ff.
 35. *Medicus*, Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, S.319ff., 1968.
 36. *Medicus*, Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht, JuS 2003, 521ff.
 37. *Ostendorf*, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der

Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833ff.

38. *Peters*, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB, JZ 1977, 458ff.
39. *Peters*, Mangelschäden und Mangelfolgeschäden, NJW 1978, 665ff.
40. *Peters*, Zur Verjährung der Ansprüche aus culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung, VesR 1979, 103ff.
41. *Schiemann*, Vorteilsanrechnung beim werkvertraglichen Schadensersatz, NJW 2007, 3037ff.
42. *Seidel*, Das “Nachbesserungsrecht” des Unternehmers beim Werkvertrag, JZ 1991, 391ff.
43. *Schmalzl*, § 635 BGB und die Haftpflichtversicherung des Architekten und der Bauunternehmers, in: Festschrift für Korbion zum 60. Geburtstag, S. 371ff. 1986.
44. *Schubert*, Der Anwendungsbereich der §§ 635 und 638 BGB, JR 1975, 179ff.
45. *Schubert*, Zur Verjährung von Mangelfolgeansprüche wegen fehlerhafter planerischer Werkleistung, BB 1975, 585ff.
46. *Teichmann*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Werkvertragsrecht, JuS 2002, 417ff.
47. *Tiedtke/Schmitt*, Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, BB 2005, 615ff.
48. *Todt*, Der Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers bei Lieferung eines mangelhaften Vertragsobjektes, BB 1971, 683ff.
49. *Wagner*, Mangel- und Mangelfolgeschäden im neuen Schuldrecht?, JZ 2002, 475ff.
50. *Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst*, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach



dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001,

684ff.

(四)其他

1. Bundestag Drucksachen(BT-Drucks.) 14/6040.

