

105_1 法 3A 債各期中考試題 (林信和) ※考題不收回

註一：不參看法典，不作弊，憑自己的實力作答，字體端正適中、附法條、判決判例及理由。

註二：閱卷係依題序給分，請按考題所示題序號碼逐一作答。亂序不利得分，校內外考試皆然！

一、買賣因主物有瑕疵而解除契約者，其效力及於從物，涉及民法哪些條文之適用或類推適用？此與主物之處分及於從物，有何區別？10%

答：

1. 所謂從物，依民法第 68 條第 1 項前段係指「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，…」，而所謂「常助主物之效用」，係指就一般交易觀念而言，能繼續性地輔助主物之經濟效用。

民法第 362 條規定：「因主物有瑕疵而解除契約者，其效力及於從物。從物有瑕疵者，買受人僅得就從物之部分為解除。」，此乃債權行為(買賣契約)之法律行為(解除權行使)之效力問題。

買受人因主物有瑕疵而主張解除契約時，從物之買賣契約亦在解除契約之範圍內。整個買賣契約(一個債權契約)不論是主物或從物部分，均為解除契約之效力所及，此為法律行為不可分割性原則之另一個具體規定(大家最熟悉的，便是民法第 111 條規定法律行為一部無效全部無效之原則性規定)。

但如同第 111 條但書之例外規定：「但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。」解除契約亦得為部分(法律行為)之解除，第 362 條後段即其例外規定，於「為買賣標的之數物中，一物有瑕疵」之情形(第 363 條第 1 項)亦同；應注意者，第 362 條後段及第 363 條第 1 項之規定，只准部分之解約，全部解約反成例外(第 363 條第 2 項)。

本課堂認為從物之瑕疵如有第 363 條第 2 項所定之類似情形，亦應類推適用第 363 條第 2 項而准許例外全部解約！

解除契約後，雙方互負回復原狀之義務。民法第 259 條因此規定：「契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，依

左列之規定：一、由他方所受領之給付物，應返還之。二、受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。三、受領之給付為勞務或為物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之。四、受領之給付物生有孳息者，應返還之。五、就返還之物，已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得利益之限度內，請求其返還。六、應返還之物有毀損、滅失或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額。」

由第 259 條本文的規定可知，解除契約之效力在生「當事人雙方互負回復原狀之義務」（回復原狀說、法定的清算關係說），不在使「溯及訂約時失其效力，與自始未訂契約同。」（自始無效說、直接效力說，23 上 3968）本課堂向來主張回復原狀說，力主最高法院應及早揚棄至今死抱不放之（虛擬的）自始無效說！（第 259 條各款的規定在臚列各種回復原狀的方法）

2. 民法第 68 條第 2 項「主物之處分，及於從物。」，係指對物及物以外財產權主之處分（直接使財產物權之法律關係發生得喪變更等變動之法律行為），此為物權行為之效力問題，與民法第 362 條前段債權行為規定之買賣契約（債權行為）解除權（形成權）行使之效力，迥然不同。前者為物權行為之效力問題，後者為債之關係中契約解除權之效力問題！債之關係中債權人對債務人有請求權（請求力）、契約解除權（解除力）、契約終止權（終止力），均為債之效力之範疇，非關物權行為之效力（物權關係）問題！

二、特定物之買賣，以及不特定物之買賣（例如種類之債），當事人間債務不履行及物之瑕疵擔保責任之產生，有無異同？10%

答：

1. 不特定物之買賣，若出賣人交付之物如有民法第 354 條所示之瑕疵，種類物不符合雙方約定或法定品質時，此時不生買賣標的物特定之效果（民法第 200 條第 2 項參照），出賣人亦未履行其給付義務（請注意此處存在嚴重的觀念錯誤）→此時買受人得依民法第 364 條第 1 項：「買賣之物，僅指定種類者，

如其物有瑕疵，買受人得不解除契約或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。」，請求出賣人另行交付無瑕疵之物。出賣人對於另行交付之物，仍負擔擔保責任(民法第 364 條第 2 項參照)。故不特定物之買受人，較特定物之買受人，多了一個選擇的機會(但非第 208 條所稱之選擇之債、所稱之選擇權)，此與特定物之買賣不同。

2. 不特定物之買受人一旦請求另行交付無瑕疵之物，即不得再依物之瑕疵擔保責任主張解除契約或請求減少價金。然買受人亦可不請求另行交付無瑕疵之物，而依物之瑕疵擔保責任請求減少價金或解除契約。此有最高法院 87 年台上字第 125 號民事判決可參：「按買賣之物，僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不解除契約或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。民法第三百六十四條第一項定有明文。是種類之債在特定時，即存有瑕疵者，出賣人除應負物之瑕疵擔保責任外，並應負不完全給付之債務不履行責任。此際，出賣人應負之責任係屬併存，買受人得選擇行使。給付物品質上有瑕疵，如買受人已受領者，得返還有瑕疵之物而請求更換。惟出賣人因買受人之請求同意另交付無瑕疵之物時，買受人之選擇因已確定不得撤回，而同時喪失其他瑕疵擔保請求權。」(另參 77 年 4 月 19 日 77 年度第 7 次民事庭會議決議，新學麟分科民法第 381-383 頁)

不過，出賣人就另行交付之物仍自交付之時起負瑕疵擔保責任，故如該物竟仍有瑕疵，買受人當仍享有第 364 條所定之三種選擇權(此選擇權並非第 208 條所稱之選擇權，故非選擇之債，而為選擇之機會也！)

~~另不特定物之買賣，交付之物雖有瑕疵，但在未特定前，出賣人得另行交付無瑕疵之物，故並無債務不履行之問題。~~

3. 特定物買賣之情形，買受人並無第 364 條請求另行交付無瑕疵之物之權利。但交付之時起，出賣人即負物之瑕疵擔保責任。(第 354 條第 1 項、第 373 條參照)

至於特定物買賣給付之物有瑕疵時，出賣人是否同時構成不完全給付之債務不履行，最高法院 77 年度第 7 次民事庭會議決議(一)謂：「出賣人就其交付

之買賣標的物有應負擔保責任之瑕疵，而其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。」；最高法院 100 年台上字第 1468 號判決亦謂：「不完全給付與物之瑕疵擔保責任，二者之法律性質、規範功能及構成要件均非一致，在實體法上為不同之請求權基礎，在訴訟法上亦為相異之訴訟標的，法院於審理中自應視當事人所主張之訴訟標的之法律關係定其成立要件。若出賣人就其交付之買賣標的物有應負擔保責任之瑕疵，而其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，其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，亦即此際物之瑕疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任，形成請求權競合之關係，當事人得擇一行使之。」。是以實務上似認為，唯有「嗣後瑕疵」，出賣人除了負物之瑕疵擔保責任外，另負不完全給付之債務不履行責任。亦言之，特定物之買賣，如於買賣契約締結時已存在瑕疵，則出買人就交付之買賣標的物即無「債務不履行」之問題，只有瑕疵擔保責任的問題！

4. 前揭最高法院之見解，乃係採取「擔保說」之結果，並不合理。理論上，甲向乙買受乙所有的那頭牛(特定物買賣)，除甲特意(明知並有意，舉證責任在乙)買受那頭「有瑕疵」之牛外，與甲向乙買受一頭牛(不特定物買賣)並無不同，當係同樣在買一頭「沒有瑕疵」之牛，故適合採取「履行說」，認為出賣人依買賣法之規定，本應有給付無瑕疵之物之法律義務！（詹森林老師採此說，本課堂採之！）

（第 348 條第 1 項雖未明文規定交付「無瑕疵」之物於買受人，但對照第 354 條之瑕疵擔保規定便應解為出賣人所負之給付義務當係交付無瑕疵之物，即使不存在第 354 條之規定，僅依§184 II 誠信原則便應為如此之解釋！故「交付無瑕疵之物」即為出賣人之履行義務矣！）

三、買受人依法有從速檢查所受領之物並即通知瑕疵之義務，如係由他地送到之義務，則更有進一步之義務。願聞其詳。（提示：各義務之法律性質） 10%

答：

1. 民法第 358 條規定：「買受人對於由他地送到之物，主張有瑕疵，不願受領者，如出賣人於受領地無代理人，買受人有暫為保管之責。前項情形，如買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在者，推定於受領時為無瑕疵。送到之物易於敗壞者，買受人經依相當方法之證明，得照市價變賣之。如為出賣人之利益，有必要時，並有變賣之義務。買受人依前項規定為變賣者，應即通知出賣人。如怠於通知，應負損害賠償之責。」
2. 因此，依前開民法規定，對於他地送到之物，若買受人主張物有瑕疵而不願受領，則負有暫為保管之義務。若他地送到之物易於敗壞，於必要時買受人甚至有變賣之義務。變賣後，買受人並應立即通知出賣人。
3. 民法第 357 條規定之買受人之從速檢查及應即通知物有瑕疵之義務，故為法律上之義務(法定義務)，但其違反義務之效果，僅生買受人(權利人)喪失主張物有瑕疵之權利，而不在使出賣人(義務人)生損害賠償之效果，故該檢查及通知之義務，純屬買受人之「對己義務」，非為對於出賣人之給付義務 (§199)，故為「不真正義務」(Obliegenheiten)，為一種法律上效力較弱之義務。
4. 反觀第 358 條之規定，則相當有趣：
 - (1) 「買受人有暫為保管之責」，為就所不願受領之瑕疵之物對於出賣人之從給付義務(法定義務)，義務之違反即有債務不履行之賠償責任；
 - (2) 「如買受人不『即依相當方法證明其瑕疵之存在』者，推定於受領時為無瑕疵」，使「即依相當方法證明其瑕疵之存在」成為買受人之不真正義務，該對己義務之違反僅生推定無瑕疵之法律效果，亦即失權(Verwirkung)之效果！
 - (3) 應予注意者，一旦買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在，而生推定其於受領時為無瑕疵之效果者，即生§309 I 債之消滅之效果！繼之，買受人對於所受領(成為自己所有之)無瑕疵之物(即使事實存在瑕疵!)自

無對於任何人負任何保管之義務問題，故此時第 358 條第 1 項所稱之「買受人有暫為保管之責」即失所附麗而不再有適用之餘地矣！

(4) 「送到之物易於敗壞者，買受人經『依相當方法之證明』，得照市價變賣之。」使『依相當方法之證明』為買受人取得依市價變賣權的必要條件，故非為義務，如未經證明即予變賣，為無權處分，而有效力(118、801、948)及賠償責任(184、220)之問題。

(5) 「如為出賣人之利益，有必要時，並有『變賣之義務』」，為買受人對於出賣人之從給付義務(法定義務)，義務之違反即有債務不履行之賠償責任。

(6) 「買受人依前項規定為變賣者，應『即通知出賣人』。如怠於通知，應負損害賠償之責」，此一即通知之義務，能生損害賠償之效果，故其無論解為從給付義務(本課堂主張之)或附隨義務，均屬對於出賣人之給付義務(真正義務)。

(7) 應予注意者，第 358 條第 3、4 項關於變賣之規定，仍係就他地送到之物主張有瑕疵而不願受領者，故仍受第 2 項規定之適用，亦即「如買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在者，推定於受領時為無瑕疵」，而使第 358 條第 3、4 項關於變賣之規定，全部失所附麗而不再有適用之餘地！

四、出賣人或買受人就買賣標之物之瑕疵是否知情，或雖不知但有過失，至關出賣人瑕疵擔保責任之有無，試就我國民法之規定說明之？10%

答：

一、關於出賣人之知情：

1. 民法第 355 條第 2 項規定：「買受人因重大過失，而不知有前條第一項所稱之瑕疵者，出賣人如未保證其無瑕疵時，不負擔保之責。但故意不告知其瑕疵者，不在此限。」

所稱出賣人「故意不告知其瑕疵」，即以出賣人之知情為前提！

2. 民法第 357 條規定：「前條規定，於出賣人故意不告知瑕疵於買受人者，不適用之。」從而免除買受人之從速檢查與即通知之法律義務，而不致義務之違反而喪權！
3. 第 360 條規定：「買賣之物，缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償；出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同。」
4. 第 365 條第 2 項：「買受人因物有瑕疵，而得解除契約或請求減少價金者，其解除權或請求權，於買受人依第三百五十六條規定為通知後六個月間不行使或自物之交付時起經過五年而消滅。前項關於六個月期間之規定，於出賣人故意不告知瑕疵者，不適用之。」
5. 第 366 條：「以特約免除或限制出賣人關於權利或物之瑕疵擔保義務者，如出賣人故意不告知其瑕疵，其特約為無效。」

二、關於買受人之知情：

1. 民法第 355 條第 1 項規定：「買受人於契約成立時，知其物有前條第一項所稱之瑕疵者，出賣人不負擔保之責。」
包括特定物之買賣，以及一定範圍之不特定物之買賣(例如買受人已知一群羊均染口蹄疫，買其中一隻)，此時無論出賣人之知情與否！

2.

三、關於買受人之重大過失而不知：

1. 民法第 355 條第 2 項規定：「買受人因重大過失，而不知有前條第一項所稱之瑕疵者，出賣人如未保證其無瑕疵時，不負擔保之責。但故意不告知其瑕疵者，不在此限。」

例如買受人看都不看就買下整籃外觀已經不怎麼樣的水果，可謂因重大過失而不知契約成立時物已有瑕疵，此時只要出賣人未保證其物無瑕疵，也無故意不告知瑕疵之情事，出賣人不負物之瑕疵擔保責任。

三、關於買受人之過失而不知或怠於通知：

1. 民法第 356 條規定：「買受人應按物之性質，依通常程序從速檢查其所受領之物。如發見有應由出賣人負擔保責任之瑕疵時，應即通知出賣人。買受人怠於為前項之通知者，除依通常之檢查不能發見之瑕疵外，視為承認其所受領之物。不能即知之瑕疵，至日後發見者，應即通知出賣人，怠於通知者，視為承認其所受領之物。」
2. 此項檢查及通知之義務，為買受人之對己義務，為法律上之不真正義務 (Obliegenheiten)，故其義務之違反，不生損害賠償之問題，僅生失權或其他法律效果。於瑕疵擔保法則而言，即生法定「視為承認其所受領之物」之效果，進而使買受人喪失依物之瑕疵擔保法則所得主張之權利。
3. 買受人違反檢查及通知之義務，可有下列情形：
 - (1) 未經檢查而不知物有瑕疵，當然無從通知出賣人，當然構成怠於即 (umgehend) 通知出賣人。
 - (2) 雖經及時檢查而知悉物有瑕疵，但怠於即 (umgehend) 通知出賣人。
 - (3) 因太遲才檢查致發現瑕疵時，已經怠於即通知出賣人。
 - (4) 不能即知之瑕疵，日後雖已發現，但怠於即 (umgehend) 通知出賣人。以上任一情形之義務違反，均生第 356 條所定「視為承認其所受領之物」之法定效果，進而使買受人喪失依物之瑕疵擔保法則所得主張之權利。(請注意包括第 360 條規定之損害賠償請求權！)
3. 前述買受人對己義務(不真正義務)之違反，不以有重大過失為必要，故有輕過失即為已足！

四、除斥期間之經過，係買受人怠於及時行使權利之結果，但不以任一方有故意或過失為其要件：

1. 第 365 條之規定，則其契約解除權或減少價金請求權，「於買受人依第三百五十六條規定為通知後六個月間不行使或自物之交付時起經過五年而消滅。自物之交付時起經過五年而消滅。」則無關乎任一方之故意或過失。

2. 請注意瑕疵擔保相關權利之適用第 365 條除斥期間：

(1) 必須買受人於契約締結時，未因知情或重大過失不知瑕疵而失其權利。(355)

(2) 必須買受人於受領買賣標的物後，未因輕過失而失其權利。(356 怠於檢查及通知之不真正義務)

(3) 且第 365 條所消滅之買受人權利，僅及於契約解除權及減少價金請求權，並不及於第 360 條之損害賠償請求權。由此可見，向出賣人索取保證(書)有其必要性！

五、甲附 10 年買回條款將母犬出售乙，沒想到三年後表示買回時發現母犬已經植入晶片且穿戴耳環，又生下 10 隻可愛的小犬。問：30%

(一) 乙可否拒絕甲買回之意思表示？(約款無效？締約自由？)

(二) 甲乙間就該母犬及小犬之權利義務關係如何？

(三) 本題如果母犬因為雷擊、或因乙過失致死、或乙已轉售他人，甲還能主張買回嗎？

答：

(一)

1. 民法第 379 條第 1 項規定：「出賣人於買賣契約保留買回之權利者，得返還其所受領之價金，而買回其標的物。」，故而基於締約自由，加之法律明文允許，甲乙間本即得訂立附買回條款之買賣契約。

2. 買回約款從屬於買賣契約，故為從契約；買回約款係以出賣人於買回期限內行使買回權為停止條件之契約。出賣人只要返還其所受領之價金就得主張買回之權利，故買回權之行使為單獨行為、要物行為，其權利之性質為形成權；買回權之行使使買回契約之停止條件成就而發生效力，而有民法第 379 條至第 383 條規定之適用。

3. 理論上，買回之費用，固應由買回人負擔(381 II)，但我國既不採日民解除條件說(買回權之行使即在解除先前之買賣契約，日民第 579 條)，似不應兼

仿日民第 579 條、第 583 條第 1 項之規定，而於第 381 條第 1 項規定「買賣費用由買受人支出者，買回人應與買回價金連同償還之」。

4. 然民法第 380 條規定：「買回之期限，不得超過五年，如約定之期限較長者縮短為五年。」，因甲乙約定之買回期限為 10 年，超過 5 年，故依前開規定，甲乙間之買回期限應縮短為 5 年。
5. 依題示，甲係於 3 年後為買回之意思表示，尚在五年之買回期限內，當即發生買回之效力，無須買受人另為同意之意思表示，故乙亦不得拒絕甲之買回。

(二)

1. 民法第 379 條第 3 項規定：「原價金之利息，與買受人就標的物所得之利益，視為互相抵銷。」
2. 其次，民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」第 69 條第 1 項規定：「稱天然孳息者，謂果實、動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物。」第 70 條第 1 項規定：「有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息」第 766 條復規定：「物之成分及其天然孳息，於分離後，除法律另有規定外，仍屬於其物之所有人。」
3. 依前述物權之規定，題示 10 隻小犬為母犬之產物，故為天然孳息，甲出賣母犬並交付予乙後，乙取得母犬之所有權，依第 766 條之規定(請注意第 766 條只有除書、沒有但書，除書與但書是不同的立法設計)並取得自母犬分離之天然孳息 10 隻小犬之所有權，此即為典型買受人乙就標的物所得之利益，故買回人甲就小犬部分不得主張若何之權益。
4. 又民法第 383 條第 1 項規定：「買受人對於買回人負交付標的物及其附屬物之義務。」，母犬所生之小犬既並非母犬之附屬物，故當甲行使買回權時，乙並無交付小犬之法律義務負有交付買賣契約標的物及其附屬物之義務。以上買回效力之規定既不及於買賣標的物之天然孳息(附屬物者例外)，顯非為§766 除書之適例，故縱令甲於標的物母犬生下天然孳息小犬後買回標的物母犬，天然孳息小犬仍屬買受人乙所有，乙依買回之規定並無依並返還天然

孳息小犬之義務。

5. 至於母犬，當甲行使買回權之時(要物行為!)，乙即負有交付標的物母犬予甲之義務。
6. 另民法第 383 條第 2 項：「買受人因可歸責於自己之事由，致不能交付標的物或標的物顯有變更者，應賠償因此所生之損害。」。依題示，乙替母犬穿耳環，雖可能減損母犬之價值，然應不屬對標的物母犬之重大變更，甲不得依前開規定請求乙損害賠償。又乙替母犬穿耳環、植入晶片，若增加母犬之價值，則依民法第 382 條：「買受人為改良標的物所支出之費用及其他有益費用，而增加價值者，買回人應償還之。但以現存之增價額為限。」，在母犬現存之增價額範圍內，乙替母犬穿耳環，植入晶片所支出之有益費用得向甲請求償還之。

(三)

1. 買回之約定屬附停止條件債權契約之性質，故甲行使買回權後，甲乙間即成立買回契約即生效力，乙本負有交付標的物母犬予甲之義務。
2. 然若母犬已因雷擊死亡而滅失，則乙陷於給付不能。然因雷擊乃不可歸責於雙方之事由，此時債務人乙免負給付義務(民法第 225 條第 1 項參照)，甲不得再請求乙交付母犬，甲也因此免為對待給付予乙買回價金之義務(民法第 266 條第 1 項前段參照)為不可歸責於買受人乙之自始(買回權行使時)客觀給付不能，即為民法第 246 條第 1 項前段所規定之契約標的不能，故其買回契約無效，甲亦不得為任何之主張。
3. 若母犬之滅失，係因乙之過失致死所致，乙即無法交付母犬予甲而陷於給付不能。此時亦為自始客觀不能(買回標的物已經不存在)，如依第 246 條第 1 項前段債之通則之規定，買回契約即應歸於無效，然因給付不能為可歸責於買受人乙之事由所致，民法第 383 條第 2 項既規定買受人「應賠償因此所生之損害」於買回人，此即構成第 1 項「交付標的物及其附屬物之義務」之給付不能之損害賠償，故買回契約仍為有效(契約有效才有債務不履行責任問題。延伸觀察：不存在之權利之買賣契約有效，出賣人始負§350 擔保責任)，

而為第 246 條第 1 項前段標的不能契約無效之例外規定。依此觀察，民法第 383 條第 2 項規定可歸責於買受人之給付不能，當然包括自始及事後之不能、主觀與客觀之不能！實應注意及之向乙請求損害賠償。甲亦得依民法第 226 條第 1 項債務不履行之規定向乙請求損害賠償。

4. 因買回之約定屬債權行為性質，故在甲行使買回權前，母犬之所有權仍歸屬於乙，乙對母犬之處分為有權處分，乙得將母犬轉售予他人，且甲乙間買回之約定因僅屬債權性質，故不得對抗第三人。職是，第三人買受母犬而取得所有權後，甲無權對該第三人主張任何物權或債權之權利，亦當然不得對之行使買回權，此時，甲仍得對買受人乙行駛買回權，使乙僅得依民法第 383 條第 2 項之規定負(第 1 項給付義務之)債務不履行之損害賠償責任或第 226 條第 1 項向乙主張。

六、甲貿易商銷售晶片於乙手機廠商，所提供之電池樣品經乙測試認可後進貨百萬片，詎料甲交貨之電池竟然會自燃甚至爆炸，乙公司財產及商譽損失慘重，幾至面臨破產。請問：(30 分)

- (一)乙公司可否對甲主張債務不履行？可為如何主張？
- (二)乙可否對甲主張應負瑕疵擔保責任？願聞其詳。(要有論述)
- (三)乙有無要求甲額外出具品質如貨樣之書面保證，法律上會有差別？

答：

(一)

1. 依民法第 388 條規定：「按照貨樣約定買賣者，視為出賣人擔保其交付之標的物，與貨樣有同一之品質。」，又按台灣等法院 102 年度重上字第 106 號判決意旨，所謂貨樣買賣係指：「貨樣買賣乃依貨樣表示並決定標的物之品質與屬性而成立之買賣契約。又所謂「貨樣」，不限於實體，樣品(samples)、模型(models)、圖樣(drawings)及規格(specifications)等均屬之。此種買賣方式之特性為縱當事人於締結契約時未能親見標的物，因不須說明

商品內容，僅依貨樣即能明確決定標之物之品質與屬性」。

- (1) 依題示，甲乙簽訂晶片買賣契約前，甲有先行交付晶片樣品供乙測試，待乙測試通過後方與甲簽訂晶片買賣契約，可知甲乙間之晶片買賣契約，就晶片之品質與屬性，係由甲交付之樣品而訂立，應屬民法第 388 條之貨樣買賣契約，故擬制規定「視為出賣人擔保其交付之標之物，與貨樣有同一之品質」。
- (2) 依最高法院 99 年度台上字第 1640 號判決意旨：「未按貨樣約定買賣者，視為出賣人擔保其交付之標之物與貨樣有同一之品質，為民法第三百八十八條所明定。貨樣買賣適用第三百五十四條第二項及其他有關瑕疵擔保之規定。如標之物不具備貨樣之品質時，買受人得依民法第三百六十條之規定，行使其權利。」，故本題中，當甲實際交付予乙之晶片品質不如樣品時，乙得依民法第 360 條規定行使權利。而民法第 360 條前段規定：「買賣之物，缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償。」，故乙除得解除契約或請求減少價金外，更可選擇依民法第 360 條之規定，對甲主張債務不履行之損害賠償。

(關乎此，最高法院 99 年度台上字第 1640 號判決以第 388 條規定貨樣買賣視為出賣人擔保其交付之標之物與貨樣有同一之品質，逕認「貨樣買賣適用第三百五十四條第二項及其他有關瑕疵擔保之規定。如標之物不具備貨樣之品質時，買受人得依民法第三百六十條之規定，行使其權利」，乃係法官造法之實例！本課堂亦贊同此一見解形成判例而有遵循。否則，文義解釋第 388 條規定貨樣買賣視為出賣人擔保其交付之標之物與貨樣有同一之品質，應僅堪為第 354 條第 1 項所稱(約定之)價值及預定效用，法條故使其負「擔保」與貨樣有同一之品質，但並未稱「保證」，故似僅為約定品質之瑕疵擔保，尚未達致保證之層級，該條立法理由亦僅稱擔保，不稱保證！延伸觀察：消費者保護法第 22 條「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之

內容。企業經營者之商品或服務廣告內容，於契約成立後，應確實履行。」、88 台上 1892 判決，似僅認「擔保」而不及「保證」)

(3) 本題中，甲依約應依樣品晶片之品質交付晶片，若甲所交付之晶片品質未達樣品水準即可謂未依債之本旨給付，而為不完全給付。乙另得依民法第 227 條第 1 項規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」而所謂不完全給付，係指未依債之本旨為給付。

2. 物之瑕疵擔保責任與不完全給付責任之競合

(1) 甲乙間之貨樣買賣契約，依最高法院 99 年度台上字第 1640 號判決意旨，仍應適用民法買賣契約有關物之瑕疵擔保之規定已如前述，故乙除可依民法第 360 條主張不履行之損害賠償，另依民法第 359 條：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除契約，或請求減少其價金，但依情形，且除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。」乙尚得請求減少價金，並於未顯失公平之情形下，行使契約解除權，且解除契約並不影響損害賠償之請求。
(§260)

(2) 惟就物之瑕疵擔保責任與不完全給付責任競合時，實務上認為瑕疵須於契約成立後發生，始有不完全給付之問題，此有最高法院 77 年度第 7 次民事庭會議決議(一)可參：「出賣人就其交付之買賣標的物有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且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。」，故若本題中甲所交付晶片品質不如樣品之瑕疵，依貨樣買賣之性質，當係於契約成立後始發生，故乙除主張瑕疵擔保上之權利外，亦可依民法第 227 條第 1 項不完全給付之規定，請求債務不履行之損害賠償。並得依第 227 條第 2 項主張加害給付。

3. 因甲乙間成立貨樣買賣契約詳如前述，而貨樣買賣契約又擬制為甲擔保交付

之物與貨樣有同一品質，故依最高法院 99 年度台上字第 1640 號判決意旨，其與甲「保證」（意思表示）與貨樣有同一品質同其法律效果，而有第 360 條之適用，而其賠償請求權復不受第 360 條所規定除斥期間之限制！~~額外出具書面保證之法律效果相同~~（請注意：消費者保護法第 25 條之規定「企業經營者對消費者保證商品或服務之品質時，應主動出具書面保證書」，以及消費者保護法施行細則第 26 條之規定「企業經營者未依本法第二十五條規定出具書面保證書者，仍應就其保證之品質負責」！）