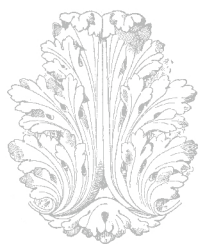


民法與特別法

Civil Law and Special Law



游進發 著

學術論文集

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID12440>

民法與特別法

游進發 著



元照出版公司

自序

我國特別民法在釋義學上不僅通常顯得不臻透明，而且往往問題重重。從本書所收錄的論文裡，即可觀察到這些責難。特別民法裡的法條，並非均是民法相關規定之特別規定。僅其中若干規定與民法規定衝突時，因這些與民法規定衝突之規定有著特別的規範內容與意旨，故而必須作為民法相關規定之特別規定，而優先適用之。

特別民法除了其特別規定的部分以外，其他規定部分之解釋適用之結果，應與民法相關規定之適用結果一致。特別民法釋義上除了其實質內容應與民法一致，或應優先於民法而適用之外，在編纂技術與用字遣詞上亦應與民法一致。從本書所收錄的論文裡，不僅可觀察到這些釋義上的要求，亦可觀察到因未符合相應這些釋義上的要求而發生之問題。

作者在因緣際會下，開始與時常至行政院消費者保護處出席相關會議。本書若干關於消保法之論文即在這項背景，以及應消保處之邀請下而完成。本書關於醫療服務之論文，乃應臺北榮民總醫院之邀請而完成。作者衷心感謝，行政院消費者保護處與臺北榮民總醫院，開拓作者個人研究視野。

最後，作者在此間衷心感謝，林誠二老師一直以來對作者的鼓勵與提攜。作者於大學畢業不久後（西元2001

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID□12440>

年），即至德國攻讀碩士與博士學位，西元2006年4月始從柏林返國。從返國起迄今與老師相處之一切，歷歷在目。衷心感謝老師。

游進發

2020年9月



元照出版

搶先試閱版

目 錄

自 序

◆預付型交易之消費者保護

壹、問題提出與背景	1
貳、消費者契約裡之任意擔保結構	3
一、報酬後付原則	3
二、同時履行抗辯權	5
參、喪失任意擔保之因應之道	8
一、履約擔保	8
二、內容控制	11
三、期前終止契約與賠償	18
肆、結 論	22

◆消費者保護法上與商品責任等價的服務責任

壹、問題提出與背景	25
貳、將服務與商品等價的正當性基礎	27
一、商品責任的正當性基礎	28
二、判斷標準	30
參、案例討論	38
一、醫療行為從來就不應是消保法第7條所指的 服務	38
二、旅遊服務與餐飲服務	40

三、（電梯）維修保養服務	42
四、投資（連動債）服務？	43
五、保全服務？	46
肆、結 論	49

◆連結之消費者契約

——提供商品或服務與授信

壹、問題提出與背景	51
貳、法條之邏輯結構	53
一、形式與實質理性	54
二、評價因素	56
參、相同評價之呈現	59
一、「隨同」解除或終止	59
二、均得拒絕支付	63
肆、以法律行為基礎作為結構	65
伍、亦應相同評價債權讓與之情形	67
陸、結 論	69

◆德國民法上勞動契約之消費者契約特性

壹、問題提出與背景	71
貳、消費者契約之釋義結構	73
參、雇主之企業經營者特性	74
肆、勞工之消費者特性	77
一、堅守民法第13條文義	77
二、絕對與相對消費者概念？	79

三、使用一般的語言？	81
四、明顯失敗之民法第13及14條文義？	82
五、消費者概念	
——企業經營者概念之對立概念？	84
六、消費者契約與勞動契約之區隔	
——依民法第310條第3及4項或第491條	
第2項第2款？	86
七、法律系統分析	
——勞動契約與消費財買賣、消費者消費	
借貸、消費者租賃之相同處置	89
八、因勞工消費者特性工會登記入聯邦行政局	
名單之可能性？	90
九、昔一般交易條款法第24a條消費者契約概念	
之援用？	91
十、付之闕如之立法者立場	93
十一、客觀目的解釋	94
十二、合歐盟方針解釋	99
十三、合憲性解釋——依法律裁判與弱者保護	101
十四、民法第13條之目的性限縮？	102
十五、綜合結論	102
伍、勞動契約消費者契約特性之影響	103
一、遲延利息利率	104
二、消費者契約之一般交易條款控制	106

◆**德國民法上以廢止勞動契約為內容的
債務契約之登門銷售契約特性之爭議**

壹、問題提出與背景	107
-----------------	-----

貳、以廢止勞動契約為內容之債務契約及 廢止契約之釋義結構	108
一、廢止契約之處分契約性質	108
二、以廢止勞動契約為內容之債務契約	110
參、以廢止勞動契約為內容之債務契約之 登門銷售契約性質	111
一、德國民法第312條第1項第1句文義	111
二、生成歷史	115
三、法律體系	120
四、合歐盟方針之解釋	122
五、德國民法第312條規範意旨	123
六、德國民法第312條第1項第1句之類推適用	131
七、總 結	134

◆德國民法上勞動契約的特性

壹、問題提出與背景	137
貳、勞動契約是具從屬性的僱傭契約	138
參、勞動契約是消費者契約	141
肆、勞動契約的登門銷售契約性質爭議	145
伍、勞動契約現也明文受內容控制	148
一、廢除範圍排除的規定	148
二、一般交易條款準用團體協約的有效性	151
陸、企業風險理論	155
一、法院見解——企業應承擔工資支付危險	155
二、德國民法明文規定企業風險理論	157

柒、勞工的限制責任	161
捌、結 論	164

◆醫療服務之民法意義

壹、問題提出與背景	167
貳、醫療服務與侵權責任	168
一、超越現實的合法侵權解釋	168
二、醫療服務作為危險責任 ——恣意的法律解釋	170
參、醫療瑕疵責任	172
一、瑕疵結果損害	172
二、醫療瑕疵之判斷	175
三、醫療瑕疵與過失之關係 ——消失的醫療瑕疵要件適用	179
肆、醫療專業之裁量本質	181
伍、相互影響的競合理論	185
陸、結 論	186

◆醫療瑕疵判斷標準之研究

壹、問題提出與背景	189
貳、因醫療瑕疵所生契約責任之基礎	190
一、瑕疵結果損害	191
二、侵權責任與契約責任之融合	194
參、醫療瑕疵之判斷	198
一、給付瑕疵與醫療瑕疵	199

二、醫療瑕疵與過失之關係——消失的醫療 瑕疵要件適用	202
三、裁量權與義務	204
肆、結 論	208

◆工資支付危險之分配與企業風險理論

壹、問題提出與背景	209
貳、工資支付危險分配規範之欠缺	212
一、自由觀之交換原則及僱傭契約法	213
二、民法第487條分配規則之「適用」？	218
三、勞委會函釋之質疑	219
參、企業風險理論	219
一、債務法現代化法	220
二、源起——帝國法院及帝國勞動法院判決	221
三、企業風險理論論據	226
肆、類型說明與比較	227
一、天災等不可抗力情形	227
二、電力公司供電中斷	229
三、停工、停業或歇業等公權力行為	230
伍、結 論	233

◆附條件買賣之基本結構

壹、問題提出與背景	235
貳、債法上之結構	237
一、附停止條件移轉所有權與先交付標之物之 義務	237

二、同意處分或加工	239
三、實現價金支付停止條件之義務	241
四、避免標的物毀損與滅失	242
五、違反義務之效果	243
參、物權法上之結構	246
一、有權占有	247
二、物上期待權	248
肆、結 論	251

◆動產擔保交易法第28條第1項第1款 釋義上之疑問

壹、研究動機	253
貳、附條件買賣基本結構分析	254
一、有待商榷之定義規定	254
二、附條件買賣出賣人及買受人之法律地位 ——依民法規定	256
三、附條件買賣之擔保作用	257
參、附條件買賣出賣人之取回權 ——決定性可能文義探究	258
一、文義探究並體系觀察	259
二、理所當然、無能為力之立法理由	261
三、規範意旨探求	262
四、德國民法	264
五、結 論	268
肆、期限利益喪失約款	270
一、肯定說	270

二、否定說	270
三、本文立場	270
伍、附條件買賣標的物取回之法律性質	271
一、契約解除說	271
二、附法定期限解除契約說	272
三、就物受償說	272
四、本文立場	273
陸、總 結	277

◆收回請求權的消滅時效期間

——不當且評價矛盾的判決與問題立法

壹、問題提出與背景	279
貳、仍然不是很適當	283
參、還造成評價矛盾	285
肆、尚未發生的收回請求權卻可能已罹於 消滅時效	291
伍、可能的與較好的消滅時效期間的規範模式	292
陸、結 論	294



預付型交易之消費者保護^{*}

壹、問題提出與背景

基於契約自由原則，契約內容可能五花八門（民法第199條第2項、第3項¹），原則上全由當事人決定，只是不得違反強行規定與禁止規定，以及不得違反公共秩序與善良風俗。消費者契約，乃企業經營者與消費者訂定之契約。消費者契約之內容，因此在個案中也具有多樣性，除同樣不得違反強行規定與禁止規定，以及不得違反公共秩序與善良風俗之外，若其為定型化契約，則尚須受到定型化契約法之內容控制。

消費者契約的具體內容，因此可能是財貨的交換，例如買賣，也可能是服務與金錢的交換，例如補習班或健身房與消費者所訂定之契約。以服務為內容之消費者契約，其內容因著服務本身非常多樣，而顯得更多樣。但相較於以財貨交換為內容之契約，包括消費者契約。儘管消費者契約的內容十分多樣，但在我國的消費者生活裡，若干契約條款的確存在於大多消費者契約裡，例如預付型條款。無論在我國或在德國，無論是以

^{*} 本文初稿，乃本文作者受行政院消費者保護處之邀請，於以下研討會發表之研討報告：消費者保護法學新思維學術研討會，行政院消費者保護處主辦；輔仁大學法學院委辦，2018年10月。感謝我的學生（同時也是助理），蕭嘉德與周家偉，協助蒐集、整理資料與文章校對。

¹ 民法第199條第2項與第3項規定，給付，亦即（包括）契約內容，不以有財產價值者為限，亦可以是不作為。這條規定正傳遞出，契約自由原則之內容自由，亦即契約內容原則上全由當事人決定，契約之內容因此而且可以非常多樣。

2 民法與特別法

服務或是以財貨交換金錢為內容之消費者契約，通常有著消費者應預付報酬或價金之條款。

在這類報酬預付型之消費者契約裡，最常發生之問題不外是，消費者因預付報酬或預付價金，而喪失同時履行抗辯擔保（擔保服務債權），以及期前終止等問題。關於消費者得否期前終止之問題，最高法院曾在一則判決裡表示意見。最高法院100年度台上字第1619號民事判決：「按遞延性商品（服務）之預付型不定期繼續性契約，消費者已將費用一次繳清，嗣後始分次、分期或持續取得商品或服務，遞次或持續發生對價給付之效果，當事人間須具有相當之信賴，而因其具有長期性、繼續性之拘束力，應使消費者有任意終止之機制，以求衡平，且消費者無從為同時履行之抗辯，尤應賦予任意終止之權利，以資調和，準此，消費者自得類推適用民法繼續性有名契約如租賃之任意終止規定，予以終止。」

最高法院在這則判決裡其實尚提及，在預付型之消費者契約裡，消費者因著預付報酬或價金之約定，而無同時履行抗辯權。但如此使消費者無同時履行抗辯權之約定是否有效，實不無疑問。針對這則問題，最高法院在這則判決裡似並未表示法律意見，或者甚至是以其有效為前提。同時履行抗辯權具有擔保給付與對待給付取得之作用。在消費者契約裡，同時履行抗辯權，亦即無服務、無商品，即無報酬、無價金，是最可行的擔保制度。良以其非常簡便，而且對雙方而言，法律交易成本極低。企業經營者面對廣大的消費者族群，並無能力逐一設定抵押權（包括不動產抵押、動產抵押與權利抵押）或質權（包括動產質權與權利質權）於消費者，用以擔保服務債務或商品所有權移轉債務之履行，規範設計上因此亦無法要求企業經營者提供諸如此類之擔保。消費者契約通常是由企業經營者所擬之定型化契約。企業經營者大抵在其中不至於訂定違約金

條款，用以擔保其商品或服務債務之履行。

企業經營者透過契約自由，使消費者負有先為對待給付，亦即先支付一部甚至全部報酬或價金之義務。對這項私法自治權行使之結果，消費者保護法（下稱「消保法」）與法院裁判如何反應？在現行法秩序底下，對於消費者契約（尤其對於定型化之消費者契約）這項預付型交易之結構，是否存在著更妥當之規範可能性？乃以下分析之客體。

貳、消費者契約裡之任意擔保結構

如前所述，在消費者契約裡，民法上之擔保物權並不可行。詳細而言，對消費者而言，設定擔保物權並不可行，良以只是為了消費，卻必須設定擔保物權，顯得荒謬；對企業經營者而言，亦是不可行，良以為了大量銷售商品或服務，卻必須提供大量擔保，是完全無法承受之大量負擔。以下說明對象，乃存在於消費者契約裡可行或必須之擔保結構。

一、報酬後付原則

勞務給付往往無法被強制執行。勞務債權之實現，因此在規範設計上必須獲得擔保。得作為這項勞務債權之任意擔保（任意規定）者，原則上並無法是擔保物權，良以債之關係當事人既無物權之意思，則立法者基於遵守私法自治，亦即不得超越當事人之意思，即不應為當事人形成擔保物權。立法者只能在債之關係之結構裡，為當事人尋得擔保。當事人為實現自己之債權，通常致力於尋求擔保，在勞務契約裡，當事人為勞務債權實現尋得之擔保，通常是報酬後付，亦即勞務債務人應先提供勞務，亦即在此間並無同時履行抗辯之可能。當事人無此項擔保配置之意思時，本於尊重或接近私法自治，這項擔保配置，因此在規範設計上是最理想且最妥當之任意擔保結構。

4 民法與特別法

於是，在民法秩序內，以金錢交換勞務為內容之有名契約，原則上以先行提供勞務之義務作為結構，文獻上稱此項結構為報酬後付原則²。

在此間應另外特別說明者，乃在報酬後付原則適用之底下，一般勞務債務人負有先提供勞務之義務，在以金錢交換服務為內容之消費者契約裡，企業經營者負有先提供服務之義務，但若這項消費者契約是預付型交易（排除報酬後付原則適用之定型化契約條款，即消費者應先支付報酬之預先擬定條款）時，便意味著消費者負有先支付報酬之義務。

在以服務為內容之定型化消費者契約裡，報酬後付原則這項任意擔保結構，有利於消費者，因此可以將其觀察成其具有消費者保護之意義。但企業經營者大抵透過定型化契約條款，排除這項報酬後付原則任意結構之適用。既然消費者契約裡有著消費者應受保護之結構，則企業經營者透過消費者應先支付報酬之定型化契約條款，排除消費者報酬後付原則適用可能性之作法，其效力如何，不無疑問。一概以其為無效，似並不可行，企業經營者準備提供服務與提供服務，的確花費成本，而且若自己先提供服務，也有著報酬債權無法獲得實現之風險；一概以其為有效之作法，尤其在眾多消費者之眾多服務債權之實現，完全欠缺任何擔保之前提下，恐將顯得非常不妥當。再者，報酬後付原則亦意味著，消費者喪失服務債權之擔保。規範設計上是否可能且應為消費者回復這項擔保作用？這項問題之答案並不理所當然是肯定或否定。關於這則排除報酬後付原則適用之定型化消費者契約條款之效力，以及擔保回復可能性

² 劉春堂，民法債編各論（中），2009年8月，86頁；葉錦鴻，承攬，2007年11月，124頁；林誠二，民法債編各論（中），2011年1月，125頁。

之問題，將於以下相關處進行分析說明。

二、同時履行抗辯權

任何足以讓債務人產生不得不履行債務之心理強制之制度，均具擔保工具適格。擔保物權不僅有著法律上強制力，亦有這項心理強制之結構。擔保物權人得聲請法院拍賣擔保物（法律上強制），債務人為避免擔保物被拍賣，便不得不履行債務（心理強制）³。同時履行抗辯權亦是項擔保工具。在有著同時履行抗辯權結構（一方當事人未提出給付者，他方當事人得拒絕給付）之契約裡，一方當事人為取得他方當事人之給付，便不得不提出對待給付，他方當事人為取得一方當事人之給付，亦不得不提出對待給付。由此可見，同時履行抗辯權使債務人有著不得不履行債務之心理強制，乃擔保工具⁴，儘管在若干個案中這項心理強制可能顯得薄弱，尤其當當事人並無取得給付或對待給付之強烈慾望時。但文獻上往往忽略同時履行抗辯權這項性格⁵。於是在若干直接或間接涉及同時履行抗辯權法律問題或爭論裡，往往無法給出適當的評價。

例如在有著同時履行抗辯權結構之契約裡，一方當事人因

³ 謝在全教授即認為：「獲取融資之後，債務人通常無不立即運用融資，或購買機器生財，或兢兢業業於企業之經營以賺取利潤，即可用以清償債務……。」謝在全，民法物權論（下），修訂六版，2014年9月，124頁。關於擔保權對債務人有心理強制作用，陳宛妤，臺灣日治時期的擔保制度與近代金融機構，收錄於：臺灣法律史的探究及其運用，元照，2016年8月，190-191頁。

⁴ 王澤鑑，同時履行抗辯：民法第264條規定之適用、準用及類推適用，收錄於：民法學說與判例研究（六），八版，1994年8月，145-146頁。

⁵ 鄭冠宇，民法債編總論，二版，2017年2月，295-301頁；黃立，民法債編總論，修訂三版，2006年11月，564-570頁；林誠二，債法總論新解——體系化解說（下），2010年3月，309-314頁。

6 民法與特別法

他方當事人未提出給付，而未提出對待給付者，其實就意味著同時履行抗辯權之行使，亦即意味著一方當事人在施以他方當事人不得不履行債務之心理強制，這項擔保權之行使不應同時受到債務遲延之評價，而且縱使在此前對待給付義務已屆清償期，亦同樣不應有不同的評價⁶。倘若行使這項擔保權，仍將發生任何遲延損害賠償責任，則一方當事人為避免自己負有債務遲延賠償責任，便恐於或乾脆不行使同時履行抗辯權，同時履行抗辯權將因此喪失其任何存在意義。最高法院106年度台上字第2932號判決⁷：「債務人享有同時履行抗辯權者，在未行使此抗辯權以前，固可發生遲延責任之問題，而行使以後即能免責。」儘管最高法院同樣認為，同時履行抗辯權之行使，使給付義務人之遲延賠償責任溯及免除，結論上實為妥當，但其似只是從同時履行抗辯權之概念導出這項法律效果，而忽略了這項遲延損害賠償責任之溯及免除，乃因同時履行抗辯權之擔保結構。

在有償契約裡，依雙方當事人意思，給付與對待給付處在交換關係之中。這項交換意思與交換關係，自然而然地形成同時履行抗辯之擔保結構。從民法第264條第1項但書規定可知，契約當事人得約定，一方當事人有先為給付之義務。民法第264條第1項關於同時履行抗辯權之規定，因此是任意規定，換句話說，同時履行抗辯權之擔保結構，同樣也是任意的。基於私法自治與契約自由，當事人既得有意地就債務履行不約定任何擔保權，則理當亦得有意地透過約定，排除同時履行抗辯權。

⁶ 學說上相關爭議，王澤鑑，同註4，171-172頁。

⁷ 最高法院106年度台上字第1438號判決、106年度台上字第392號判決、106年度台上字第78號判決、106年度台上字第404號判決、105年度台上字第130號判決。

人們在一天裡可能訂定諸多關於日常生活的契約，有可能是消費者契約，亦有可能是非消費者契約。這類契約之成立與消滅，通常發生在很短的時間內，例如在便利商店買飲料、早餐店買早餐、便當店買午餐。在這類攸關生活的契約裡，給付與對待給付大抵是同時提出，但一方當事人未提出給付時，他方當事人通常亦不提出對待給付。在日常生活裡，同時履行抗辯權不斷且極頻繁地獲得實踐。如此高程度實踐原因即在於，同時履行抗辯權具有擔保作用，乃成本非常低且簡便的擔保工具。縱使在高單價的給付契約裡，若對待給付債務人有能力一次提出全部之對待給付，且企圖在短時間內一次性取得給付時，同時履行抗辯權亦是非常實用且簡便之擔保工具。

於以商品所有權與金錢交換為內容之消費者契約，民法第264條關於同時履行抗辯權之規定亦有適用餘地。透過同時履行抗辯權之行使，無論是企業經營者抑或是消費者，均得以擔保其給付與對待給付債權之實現。在消費者法律生活裡，同時履行抗辯權毫無疑問是最可行且成本最低之擔保。消費者契約裡同時履行抗辯權之任意擔保結構，對消費者而言，意味著消費者保護。但企業經營者往往透過定型化消費者契約條款，排除消費者之同時履行抗辯權，該消費者契約因此成為預付型交付之消費者契約。既然消費者契約裡有著消費者應受保護之結構，則這項排除同時履行抗辯權任意擔保結構之約定是否有效，即不無疑問。一概以其為無效，似並不可行，企業經營者準備提供商品與提供商品，的確花費成本；一概以其為無效之作法，尤其在眾多消費者之眾多商品債權實現，完全欠缺任何擔保之前提下，恐將顯得非常不妥當。再者，同時履行抗辯權之排除亦意味著，消費者喪失商品債權之擔保⁸。規範設計上

⁸ 謝哲勝，商品預付費用信託的法律關係，月旦財經法雜誌，16期，

8 民法與特別法

是否可能且應為消費者回復這項擔保作用？這項問題之答案並不理所當然是肯定或否定。關於這則排除同時履行抗辯權之定型化消費者契約條款之效力，以及擔保回復可能性之問題，將於以下相關處進行分析說明。

參、喪失任意擔保之因應之道

如前所述，在以服務為內容的消費者契約，有著報酬後付原則之任意擔保結構。在以商品為內容的消費者契約裡，亦有著同時履行抗辯權的任意擔保結構。這兩項結構均構成消費者保護。但企業經營者大抵透過定型化契約條款排除這兩項任意擔保結構之適用，導致消費者應先支付報酬、應先支付價金。如此之排除意味著喪失消費者保護。規範設計上是否可能為喪失任意擔保結構之消費者契約，尋獲等價或代替之擔保？既然如此定型化契約條款導致消費者契約喪失任意擔保與消費者保護之結構，則其是否仍然有效？乃以下分析之客體。

一、履約擔保

在若干喪失擔保結構之契約之情形，民法典立法者的確有做出規範反應。例如依民法第265條規定，當事人約定一方有先為給付之義務者，如他方之財產，於訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞時，如他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付。一方當事人負有先為給付之義務，意味著喪失（對待給付債權之）擔保，他方之財產在訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞，則意味著對待給付債權有難以實現或滿足之虞，於是立法者介入，賦予負有先為給付義務之一方當事人以拒絕給付（包括拒絕先為給付）之抗辯權。由此可見，現行



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID12440>

國家圖書館出版品預行編目資料

民法與特別法／游進發著. --初版. --

臺北市：元照，2021. 02

面；公分

ISBN 978-957-511-425-1（平裝）

1.民事特別法

584.7

109014396

民法與特別法

5D569RA

2021 年 2 月 初版第 1 刷

作 者 游進發

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 28 號 7 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 450 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle Publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-425-1

本書簡介

本書內容主要涉及特別民法，包括消費者保護法、醫療契約法、動產擔保交易法、勞動契約法與土地法。儘管大多特別民法並非大學法律系必修課程的內容，而是選科課程的內容，但在人民現實生活與法院裁判裡，特別民法因其是民法的特別法，故而常常是決定性的法源。因此不僅對相關法律工作者有參考價值，對大學法律系學生與研究生而言，亦有參考價值。

ISBN 978-957-511-425-1



9 789575 114251



5D569RA

定價：450元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw