

國立政治大學法學叢書 63

民事法與消費者保護

Civil Law and Consumer Protection

政治大學法學院
民法中心 編

國立政治大學法學院



在臺五十週年院慶

 元照

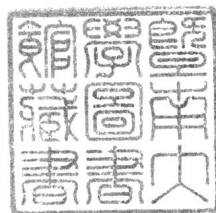
7915.253
2012/

港台書

國立政治大學法學叢書 63

民事法與消費者保護

政治大學法學院 民法中心 編



元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事法與消費者保護／國立政治大學法學院民法中心

編輯.-- 初版.-- 臺北市：元照，2011.05

面；公分.--（國立政治大學法學叢書；63）

部分內容為英、日文

ISBN 978-986-255-111-0（平裝）

1.民事法 2.消費者保護法規 3.論述分析 4.文集

584.07

100006826

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

國立政治大學法學叢書 63

民事法與消費者保護

1D184PA

2011年5月 初版第1刷

編者 國立政治大學法學院民法中心

作者 王千維、吳瑾瑜、姜世明、徐婉寧、許政賢
楊淑文、陳洸岳、中田裕康、李玉璽、王怡蘋
Stephan Lorenz、林易典、Rolf Knieper、詹森林

出版者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網址 www.angle.com.tw

定價 新臺幣 600 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 978-986-255-111-0

院慶叢書 總序

政治大學法學院走過了半個世紀的歲月，在時代更迭之際即將度過五十歲生日。本叢書之出版，即係為祝賀政大法學院五十週年院慶。專書的出版恰可見證過去本院老師對社會議題的關切與努力。

質言之，法律本身是一門強調應用的學科，法律存在的意義就是為了解決社會發生的問題。然而要能妥適處理現實世界各種錯綜複雜的難題，勢必須有深入的分析研究，作為政策選擇背後的堅實依據。

本著這樣的初衷，政大法學院七大研究中心邀集76位教授，提筆撰寫103篇學術論文，將超過163萬字的研究成果集結成七冊專書，希望以專業所學回饋社會，共同實現法學院對國家的使命與承諾。

這套叢書從七個不同的法領域出發，切合社會時事並針對當代重要的新興議題，開展法學研究新頁。書中觀點勇於挑戰傳統概念，突破現行制度盲點與思想窠臼，彌平法律規範與社會生活事實間的落差，以符應快速變動中的社會需求，深刻關懷社會轉型期的弱勢保障。

此外，我們也期待藉由本叢書之出版，將我國之法學研究由傳統的單純比較法學，昇華至對全球化與本土化議題之高度關懷，展現作為法制繼受國家深刻的反思與自省，為未來社會之發展以及華人文化法系的創設，建構適切之法規秩序。

當然，法學院能有今日這般豐碩甜美的研究成果，必須感謝教育部頂尖大學計畫，讓我們能無後顧之憂追求知識份子治學淑世的理想，有計畫有系統的完成影響深遠的研究，為政治大學厚植學術能量真正邁向頂尖大學，更為國家奠基人文社會科學的軟實力。

政治大學法學院 院長

方嘉麟

2011年4月

序 文

民法係眾法之母，乃是以建立以人為本的私法秩序為其中心意旨。我國民法主要係繼受自德、瑞、日立法例，從而民法中心有關民法之研究，主要乃著眼於以德、日民法學為參考主軸，同時參以我國實務發展之法註釋學之研究。

民法中心近年來接受教育部頂尖大學計畫之補助，舉辦數場研討會與工作坊，本書主要乃係將民法中心所屬老師於上開活動中所發表之論文匯集成冊，以資紀念。

此外，也要特別感謝日本東京大學法學院的中田裕康教授、德國慕尼黑大學法學院的Dr. Stephan Lorenz教授以及德國布萊梅大學法學院的Dr. Rolf Knieper教授，本書能夠同時收錄他們在政大法學院所發表的論文，更讓本書增添光彩。再者，對於諸位參與翻譯的老師們，更要致上十二萬分由衷的謝忱，因為如果沒有他（她）們辛勞的付出，這份光彩將無法展現得那麼亮眼。

民法學歷經數千年的發展，博大精深，民法學之研究更是浩瀚無邊，但願今後能夠在日益頻繁的國際交流活動中，刺激民法中心對民法學有更深入而廣博的研究成果。在這個意義下，本書可謂是拋磚引玉之作。

適逢政大法學院五十週年院慶，謹以本書作為其生日禮物，祝賀政大法學院萬壽無疆。同時也期許民法中心的全體師生一帆風順，遨遊於自己的研究心得中，享受人生最大的樂趣！

政治大學法學院民法中心 主任

王千維

2011年4月

目 錄

院慶叢書 總序

方嘉麟

序 文

王千維

- 代物清償與新債清償
——評四十二年臺上字第二九〇號判例 王千維... 1
- 消費者定型化契約在台灣的管制現況
——以行政管制為觀察中心 吳瑾瑜... 19
- 建築師民事責任請求權之爭議 姜世明... 35
- 論日本法上雇主之安全配慮義務 徐婉寧... 55
- 臺灣地區消費者保護之訴訟機制 許政賢... 71
- 消費爭議與消費訴訟 楊淑文... 101
- 消費者保護法與民法的分與合
——雙軌制立法下的消費者與消費關係 楊淑文... 151
- 不當行銷行為對消費者契約效力之影響
——日本消費者契約法相關規定之啓發 陳洸岳... 201
- 日本民法改正と消費者保護のあり方 中田裕康... 229
譯：日本民法修正與消費者保護之現況 李玉璽... 265
- 継続的取引における消費者保護 中田裕康... 299
譯：繼續性交易中的消費者保護 李玉璽... 327
- Verbraucherschutz im deutschen Kaufrecht ... Stephan Lorenz... 353
譯：德國買賣法中對於消費者之保護 王怡蘋... 375

- Neueste Entwicklungen im europäischen
Verbraucherschutzrecht..... Stephan Lorenz... 389
譯：歐洲消費者保護法制之最新發展 林易典... 415
- Einführung in das deutsche
Produkthaftungsrecht..... Stephan Lorenz... 435
譯：德國產品責任法導論 王千維... 465
- Einige Probleme des neuen deutschen Rechts der
Leistungsstörungen..... Rolf Knieper... 483
譯：德國新債務不履行法之若干問題 詹森林... 501

代物清償與新債清償

——評四十二年臺上字 第二九〇號判例*

王千維**

目 次

壹、本案事實

貳、爭 點

參、判決理由

肆、評 析

一、基本理論

二、四十二年臺上字第二九〇
號判例評析

三、結 論

* 本文乃以原發表於月旦法學教室第92期，頁73-78之論著為基礎，再經增補修改而成。

** 政治大學法學院教授。

壹、本案事實

債務人乙對債權人甲原負有給付烏銑十二公噸之給付義務，惟稍後乙與甲另行約定，乙得給付黃金五臺兩予甲以抵償上開烏銑十二公噸之給付義務。不料，嗣後法令變更，黃金不得再為交易之標的，從而黃金五臺兩之給付即淪為嗣後不能履行。債權人甲因此請求債務人乙應履行烏銑十二公噸之原給付義務，惟債務人乙卻辯稱，甲與乙既約定得以黃金五臺兩之給付抵償烏銑十二公噸之原給付義務，則甲自應受此約定之拘束，不得再就烏銑十二公噸之原給付義務為履行之請求。

貳、爭點

因黃金五臺兩之給付，已淪為嗣後不能履行，縱乙負有黃金五臺兩之給付義務，亦因其嗣後給付不能，依據民法第二百二十五條第一項之規定，免除乙黃金五臺兩之給付義務。從而，本案之爭點乃在於甲與乙間有關以黃金五臺兩抵償之約定是否因此消滅乙最初所負烏銑十二公噸之原給付義務。

參、判決理由

針對本案，最高法院與第二審法院見解相同，皆認為黃金五臺兩之給付乃係債務人為清償烏銑十二公噸之原定債務，所負擔之新債務。在此，甲與乙間並無因乙負擔給付黃金五臺兩之新債務而令給付烏銑十二公噸之原定債務消滅之特約，並且，既然給付黃金五臺兩之新債務尚未履行，因此依據民法第三百二十條之規定，給付烏銑十二公噸之原定債務自不消滅，債權人甲自得向債務人乙請求原定債務之履行。

肆、評 析

一、基本理論

(一)民法上清償之概念

依據民法第三百零九條第一項之規定，債務人向債權人所爲之給付，其內容原則上須合於債務本旨，始得發生清償效力。¹若債務人所提出之給付不合原定債之本旨，依據民法第三百零九條第一項之規定，原則上應不發生清償效力。然而，若債務人竟提出一與原定債之內容相異之他種給付，其法律效果如何？是否在特殊情形下，例外亦得發生清償效力，而令債務人之債務消滅？對於此一問題，民法分別於其第三百十九條以及第三百二十條設有代物清償以及新債清償等規定。

(二)代物清償

首先，所謂「代物清償」，若自民法第三百十九條之規定觀之，乃係以他種給付取代原定之給付，此等給付標的之變更必也以取得債權人同意而後可，從而，民法第三百十九條意義範圍內之代物清償乃係以提出他種給付之債務人或第三人²與債權人間成立代物清償之合意（契約）爲前提。³並且除有代物清償之合

¹ Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., 1994, S. 160.

² 依據民法第三百十一條第一項本文之規定，債之清償原則上得由債務人以外之第三人爲之，則債務人以外之第三人亦得爲他種給付之提出，而與債權人成立代物清償之合意（史尚寬，債法總論，頁773，1990年；孫森焱，民法債編總論（下），頁1052，2006年；邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁329，2003年；鄭玉波，民法債編總論，頁524，1983年）。

³ 十九年上字第四八八號判例；二十八年上字第一九七七號判例；四十二年臺上字第八四三號判例；五十二年臺上字第三六九六號判例；黃立，

意外，尚須爲他種給付之現實提出，始得成立代物清償，所以代物清償即爲要物契約。⁴在此，債務人或第三人所提出之他種給付之所以得發生清償效力，乃在於通說⁵將代物清償之合意（契約）解釋爲係雙方當事人就給付標的（Leistungsgegenstand）之變更所爲之債之關係內容變更之契約（Änderungsvertrag）。更確切地說，代物清償乃係藉由債之關係之內容配合給付者⁶所提出之他種給付而爲變更，以致給付者雖提出與原定債之內容相異之他種給付，亦因此合於債之本旨，而得發生清償效力，蓋債之本旨業已藉由代物清償之合意配合他種給付之標的而爲變更。⁷至此，民法第三百十九條代物清償之規定並未牴觸前述民法第三百零九條第一項所揭櫫之基本原則。至於代物清償下所得提出之他種給付，並不以有體物爲限，權利亦得給付之，⁸從而，債權

民法債編總論，頁694～695，2006年；史尚寬，債法總論，頁773～774；孫森焱，民法債編總論（下），頁1051；鄭玉波，民法債編總論，頁523～524；邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁328～329；王伯琦，民法債篇總論，頁279，1993年。

⁴ 六十五年臺上字第一三〇〇號判例；黃立，民法債編總論，頁693；史尚寬，債法總論，頁774；孫森焱，民法債編總論（下），頁1051；鄭玉波，民法債編總論，頁524～525；邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁330；王伯琦，民法債篇總論，頁279。

⁵ 六十五年臺上字第一三〇〇號判例；黃立，民法債編總論，頁692；Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, S. 95, 96, 187 f.; Staudinger-Olzen, 13. Aufl., 1995, § 364, Rn. 10; a. A.: Larenz, SchuldRI, 14. Aufl., 1987, S. 248; Münchener Kommentar-Heinrichs, 3. Aufl., 1994, § 364, Rn. 1.

⁶ 此處所謂「給付者」，乃係指現實提出他種給付之人，自己包含前述之債務人以及第三人。

⁷ Köhler, WM 1997, 242.

⁸ 黃立，民法債編總論，頁693～694。

亦得為代物清償下他種給付之給付標的。⁹

學說上¹⁰有將 1. 更改以及 2. 任意之債下約定債務人有代替權之情形，歸屬於代物清償之範疇，成為代物清償之特例，茲分述之：

1. 更 改

所謂「更改」（Novation），乃係指債權人取得一新成立之債權，因而令原定債務消滅之契約。¹¹換句話說，在債權人與債務人間合意成立的更改契約下，債務人現實提出一新債權，因而消滅原定債務。此一新成立之債權即可視之為一他種給付，同時，如前所述，債權亦得為代物清償下他種給付之給付標的，從而，更改即構成民法第三百十九條意義範圍內代物清償之一特例。¹²

2. 任意之債下約定債務人有代替權

所謂「任意之債」，乃係指債務人或債權人得以他種給付代替原定給付之債。¹³亦即債務人或債權人有權主張以他種給付代替原本即已特定之給付。此等得主張以他種給付代替原定給付之權利稱為代替權（Ersetzungsbefugnis）或補充權。¹⁴在債權人有

⁹ 黃立，民法債編總論，頁694。

¹⁰ Staudinger-Olzen, § 364, Rn. 17, 20.

¹¹ 黃立，民法債編總論，頁697；史尚寬，債法總論，頁780；孫森焱，民法債編總論（下），頁1058；邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁333；Staudinger-Olzen, § 364, Rn. 20.

¹² Staudinger-Olzen, § 364, Rn. 20；請參閱史尚寬，債法總論，頁782；反對說：黃立，民法債編總論，頁693；孫森焱，民法債編總論（下），頁1053。

¹³ 七十八年臺上字第一七五三號判例；黃立，民法債編總論，頁374；孫森焱，民法債編總論（上），頁436～437，2005年；史尚寬，債法總論，頁273。

¹⁴ 七十八年臺上字第一七五三號判例；孫森焱，民法債編總論（上），頁

代替權之情形，債務人應為原定之給付，惟債權人得經由代替權行使之意思表示，¹⁵將原定債務之內容變更為替代之內容。債權人行使代替權後，債務人僅得為替代給付，始合於債之本旨。所以，代替權在這個意義下，即係一形成權。¹⁶至於在債務人有代替權之情形，債權人僅得請求原定之給付，惟債務人得經由現實提出替代給付而為代替權行使之意思表示，將原定債務之內容變更為替代之內容，進而令債務人現實所提出之替代給付合於債之本旨。至此，相異於債權人代替權之行使，債務人代替權之行使乃係要物行為，¹⁷因此，學說上¹⁸有將任意之債下約定債務人有代替權之情形，視之為代物清償之特例。更確切地說，在此等情形，債權人與債務人合意賦予債務人有權經由其單方的意思表示，配合替代給付之現實提出，變更原定債務之內容而為代物清償。¹⁹

(三)新債清償

其次，所謂「新債清償」，若參酌民法第三百二十條之規定，乃係指為清償原定債務，而由債務人或第三人²⁰提出一新成

436；黃立，民法債編總論，頁374～375；Staudinger-Olzen, § 364, Rn. 17.

¹⁵ 黃立，民法債編總論，頁375。

¹⁶ 黃立，民法債編總論，頁375。

¹⁷ 黃立，民法債編總論，頁374～375；反對說：孫森焱，民法債編總論（上），頁436。

¹⁸ Staudinger-Olzen, § 364, Rn. 17；vgl. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, S. 185.

¹⁹ Staudinger-Olzen, § 364, Rn. 17；vgl. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, S. 185.

²⁰ 依據民法第三百十一條第一項本文之規定，債之清償原則上得由債務人以外之第三人為之，則債務人以外之第三人亦得提出一新債權以清償原

立之債權（例如：由債務人或第三人簽發一票據，成立一票據債權）予債權人而言。惟債務人以及債權人皆無提出或接受新債清償之法定義務，縱債務人所提出之票據並無任何支付不能之風險者亦然，²¹從而新債清償亦須藉由給付者²²與債權人間締結新債清償之合意（契約）始得成立。²³並且，此等新債清償之合意（契約）又為要物契約，亦即以新債權之現實提出為其成立要件。²⁴不同於前述之代物清償，在新債清償下，債之關係之內容並未配合給付者所提出之新債權而為變更；相反地，在新債清償之情形，主要乃係藉由債權人取得該新債權之變價所生之利益，而生清償效力。²⁵簡言之，在債之關係之內容並未變更下，新債清償乃係藉由給付者所提出之新債權之變價以符合原定債之本旨，因而該當民法第三百零九條第一項之規定，發生清償效力。

嚴格言之，民法第三百二十條意義範圍內之新債清償實係為

定債務。

- ²¹ Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, S. 166; Münchener Kommentar-Heinrichs, § 364, Rn. 7.
- ²² 此處所謂「給付者」，乃係指現實提出新債權之人，自己包含前述之債務人以及第三人。
- ²³ 史尚寬，債法總論，頁778，779～780；鄭玉波，民法債編總論，頁526；王伯琦，民法債篇總論，頁279；黃立，民法債編總論，頁696；孫森焱，民法債編總論（下），頁1055；Bilda, NJW 1991, 3251, 3252 ff. (3254)；Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, S. 166；Köhler, WM 1977, 242, 244；Larenz, SchuldRI, S. 250；Münchener Kommentar-Heinrichs, § 364, Rn. 12.
- ²⁴ 史尚寬，債法總論，頁778；孫森焱，民法債編總論（下），頁1055；反對說：王澤鑑，民法概要，頁306，2002年；邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁331。
- ²⁵ 史尚寬，債法總論，頁778，779；Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, S. 160；Köhler, WM 1997, 242, 244.

清償之給付（Die Leistung erfüllungshalber）之一類型，²⁶所謂「爲清償之給付」，乃係一不合債之本旨之給付，經給付者²⁷與債權人間之合意，藉由債權人取得就該給付之變價（Verwertung）而生之利益，進而發生債務清償之效力，²⁸蓋，如前所述，依據民法第三百零九條第一項之規定，須債權人或其他有受領權人受領合於債之本旨之給付，始得發生清償效力，在爲清償之給付之情形，給付者與債權人間並未約定變更原定債之關係之內容，相反地，爲清償之給付乃係藉由上開不合債之本旨之給付之變價，而實現原定債之本旨之履行。相應於爲清償之給付，民法第三百二十條意義範圍內之新債清償，乃係由債權人受領一新債權，此一新債權自不合原定債之本旨，須俟債權人自此等新債權之變價，而獲合於原定債之本旨之滿足時，原定債務始歸消滅而生清償效力，自屬爲清償之給付之一類型。

再者，此處所謂「變價」（Verwertung），若自民法第三百二十條規定之文義觀之，主要乃係指收取該新債權下債務人或第三人之給付而言。惟，如前所述，新債清償乃係屬於爲清償之給付之一類型，依據爲清償之給付之本旨，若債權人所受領之他種給付變價之結果得以合於原定債之本旨者，即得該當爲清償之給付下之變價方法。從而，在新債清償之情形，將新債權予以變價，自不限於收取該新債權下債務人或第三人之給付，同時亦得包含其他變價之可能性，例如：將該新債權出賣而取得對價等，

²⁶ 史尚寬，債法總論，頁778；Zunft, NJW 1958, 204.

²⁷ 此處所謂「給付者」，乃係指現實提出一不合債之本旨之給付之人，蓋依據民法第三百十一條第一項本文之規定，債之清償原則上得由債務人以外之第三人為之，從而，所謂「現實提出一不合債之本旨之給付之人」自己已包含債務人以及第三人。

²⁸ 史尚寬，債法總論，頁778，779；Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., 1994, S. 160; Köhler, WM 1997, 242, 244.