

植根法學叢書 民事法系列(一)

債法總論

(第二冊增訂版)

黃茂榮 著

植根法學叢書編輯室編輯

作者簡介

學經歷 國立臺灣大學法律學系畢業
國立臺灣大學法律學研究所畢業
德國杜賓根大學法學博士
前行政院公平交易委員會委員
第三屆國家講座
現職 國立臺灣大學法律學院教授

版權所有
翻印必究

植根法學叢書 民事法系列(一) 債法總論

(第二冊增訂板)

著作人 黃茂榮
發行人 黃茂榮
叢書編輯 植根法學叢書編輯室
賜教處 臺北市106基隆路三段三十巷四弄三號
電話：(02)2707-2848 (02)2362-0976

郵政劃撥帳號：0135641-9 黃茂榮 帳戶

印刷者 吉豐印刷有限公司
定價 精裝本 新台幣伍佰元整
二〇〇二年九月初版
二〇〇四年七月增訂版

ISBN 957-41-0318-8

序

歲月匆匆，自一九七五年回國任教於台大法律學系及法律學研究所講授債法課程迄今，已過四分之一世紀。這當中教學相長，從而對於債法理論與實務雖有一些心得，但總是不夠踏實。

幾年來，債法方面的文章陸續寫了一些。這些文章因各種機緣，觸發動筆的念頭。這些文章的寫作方式介於教科書與專論之間。整體看來，在內容上還有許多尚待補充的題目，但心想等到初步完整，可能還需要兩年左右的時間，而且篇幅也可能太大，有點不妥，乃將與債法總論有關的文章整理成第一冊、第二冊先行出版。第三冊以下的編排將與第一冊、第二冊對應，以方便讀者歸納各冊文章之所屬。債各部分，買賣法於本年四月改寫再版，改寫重點之一置於其與債總規定或理論之聯繫，以便互相參照。

今日能有本書之出版，要特別感謝恩師王大法官澤鑑教授，當年允收為徒，並讓我有機會回台大講授債法課程，取得學習的機會。最後也要感謝我的博士論文指導教授 Dr. Josef Esser，無限懷念！

學無止境，凡所論述若有未妥，敬請師長及各界賢達惠予賜教，筆者將很感激。

黃 茂 榮

二〇〇二年九月一日

於台大法律學院

二版序

本書出版後，除陸續對於一般人格權及其保護、所失利
益之賠償、給付遲延、給付不能、積極侵害債權、情事變更
等章節做了一些修正外，並在壹、損害賠償中增加§ 5 強制
汽車責任險及§ 6 債務人之履輔責任。

學無止境，所述如有未妥，敬請惠予賜正，謝謝！

黃 茂 榮

二〇〇四年六月九日

於台大法律學院研究室

債 法 總 論

(第二冊增訂版)

簡 目

壹 損害賠償·····	1
§ 1 醫療損害之危險責任·····	1
§ 2 一般人格權及其保護·····	69
§ 3 所失利益之賠償·····	107
§ 4 解除契約及其損害之賠償·····	119
§ 5 強制汽車責任保險與責任競合·····	135
§ 6 債務人之履輔責任·····	165
貳 債務不履行·····	201
§ 1 給付不能·····	201
§ 2 給付遲延與受領遲延·····	239
§ 3 締約上過失·····	353
§ 4 積極侵害債權·····	399
§ 5 情事變更：契約基礎之欠缺或喪失·····	423
參 債之保全或擔保·····	449

債法總論 2

§ 1 代位權·····	449
§ 2 二重買賣與撤銷訴權·····	467
§ 3 抵押擔保與擔保信託·····	507

肆 債之清償·····517

§ 1 無效契約之債務的清償效力·····	517
-----------------------	-----

附 錄····· 529

§ 1 準占有·····	529
§ 2 占有人權利之推定及其反證之舉證範圍·····	539

詳 目

壹 損害賠償	1
§ 1 醫療損害之危險責任	1
一 概說	1
A 醫療損害的概念	1
B 醫療損害之賠償的規範基礎	5
C 醫療損害之危險責任的分散	7
二 醫療損害之危險責任	9
A 醫療關係中之危險	9
B 醫療損害之賠償責任	10
I 前言	10
II 危險責任之政策的理論基礎	17
III 過失責任或危險責任	32
IV 危險責任之規範方式	40
V 危險責任之規範基礎	47
a 醫療行為是否為危險活動	49
b 藥品或醫療器材是否為危險物品	50
c 醫療關係是否為消費關係	53
三 醫療強制保險契約中之供給面的當事人或關係人	59
四 醫療之危險責任的分散樞紐：強制保險人	62
五 醫療之危險責任的財源	64
六 保險理賠與仲裁	65
七 結論與建議	66

§ 2 一般人格權及其保護	69
一 人格權與財產之保護應先經具體化	69
二 特別人格權主義	70
三 法律漏洞：應增加人格權之保護項目	73
四 法律漏洞的補充：其他或一般人格權之規範基礎	79
五 一般與特別人格權間之規範競合	82
六 一般人格權之具體化	86
A 捏造或不實的主張或報導	86
B 不法或不名譽行為的報導	87
C 隱私權	87
D 擅為經濟上之利用	93
E 與身體、健康有關之決定的自由	93
F 騷擾	95
G 歧視性的差別待遇	95
七 一般人格權之要件結構	97
八 死後之人格權的保護	99
九 人格權與基本權利之衝突	100
A 著作之改作	102
B 專利權與再發明	104
§ 3 所失利益之賠償	107
§ 4 解除契約及其損害之賠償	119
一 解除契約之概念	119

二 解除契約時之損害賠償義務人	122
三 應賠償之損害的範圍	124
§ 5 強制汽車責任保險與責任競合	135
一 強制汽車責任保險之當事人	136
二 強制汽車責任保險之保險範圍	138
三 強制汽車責任保險契約之締結與移轉	140
四 責任保險承保之責任的規範基礎	141
五 特別補償基金之機制	143
六 強制汽車責任保險係一種利益第三人契約	149
七 汽車交通事故之共同侵權或危險責任	152
八 責任競合與保險人之代位請求權	155
九 結論	162
§ 6 債務人之履輔責任	165
一 履行輔助人之概念	165
二 債務人之履輔責任	178
三 債務人之履輔責任之要件	182
四 債務人之履輔責任之預先免除	184
五 與有過失	186
六 第三人清償與債務人之履輔責任	187
七 履輔責任與僱用人責任	191
八 法定代理人自任為履行輔助人	197
貳 債務不履行	201

§ 1 給付不能	201
一 給付不能概說	203
二 給付不能之概念及種類	205
三 給付不能的效力	210
A 自始不能	210
B 嗣後不能	212
I 不可歸責於債務人	213
II 可歸責於債務人	221
III 可歸責於債權人	228
四 給付不能、善意取得與權利瑕疵擔保	232
五 給付不能與危險負擔	234
§ 2 給付遲延與受領遲延	239
一 前言	239
二 給付遲延之概念	244
A 給付之概念	244
B 給付與受領	248
C 受領與協力義務	253
三 給付遲延之要件	257
A 遲延給付	260
B 非因不可歸責之事由	268
I 可歸責事由與故意過失	269
II 不可歸責之事由	271

III 舉證責任·····	275
IV 無抗辯事由·····	276
四 一部清償或緩期清償·····	287
五 給付遲延之法律效力·····	291
A 第一階段的效力·····	293
B 第二階段的效力·····	303
六 遲延責任之免除與終了·····	321
七 受領遲延·····	322
A 受領遲延之概念·····	322
B 受領遲延之要件·····	326
C 受領遲延之效力·····	335
D 受領遲延之終了·····	350
 § 3 締約上過失·····	353
一 前言·····	353
二 締約上過失的概念·····	355
三 違反保護義務損及固有利益·····	363
四 違反誠信義務損及變動利益·····	370
五 締約上過失與具體規定間之競合·····	386
六 締約上過失之一般規定的溯及效力·····	395
 § 4 積極侵害債權·····	399
一 積極侵害債權的概念·····	399
二 積極侵害債權之規範基礎·····	406

三 積極侵害債權之效力·····	408
四 聲明拒絕履行債務·····	413
五 瑕疵給付與有害給付·····	414
六 損害賠償之範圍·····	417
七 舉證責任·····	419
八 結論·····	420

§ 5 情事變更：契約基礎之欠缺或喪失·····423

一 前言·····	423
A 情事變更原則在德國之發展情形·····	425
二 契約之內容不得任意變更·····	430
三 情事變更之概念·····	433
四 情事變更之法律效力·····	442
A 應以訴的方式為之·····	442
B 效力內容·····	444

參 債之保全或擔保·····449

§ 1 代位權····· 449

一 前言·····	449
二 代位權的構成要件·····	451
A 該權利非專屬於債務人本身·····	451
B 債務人怠於行使其權利·····	456
C 債務人已負遲延責任或係屬專為保存債務人權利	

之行爲·····	457
D 因保全債權之需要·····	459
三 代位權之行使·····	461
 § 2 二重買賣與撤銷訴權·····	467
一 前言·····	467
二 二重買賣之利益衝突·····	468
三 規範目標：保護原來給付或履行利益·····	475
四 保護方式：撤銷訴權·····	478
五 詐害債權行為之要件·····	480
六 得撤銷之法律行為·····	484
七 契約責任與侵權責任·····	485
八 詐害債權與侵權行為·····	490
九 保護之規範類型的經濟分析·····	492
A 制度上之迴旋空間·····	492
B 當事人間主要之對立利益·····	493
C 不同保護方案之利弊·····	499
十 結論·····	500
A 癥結何在·····	500
B 未經公示之債權的保障·····	503
C 該二規範模式之交會點·····	505
 § 3 抵押擔保與擔保信託·····	507

一 物上擔保概說	507
二 抵押權之缺點	512
三 擔保信託之優點：容易實行與流通	513
肆 債之清償	517

§ 1 無效契約之債務的清償效力 517

一 清償無效債務契約之債務	517
二 關於無效契約之效力的規定	519
三 解除之善後規定得準用於撤銷	522
四 利益第三人契約之清償及其回復原狀	522
五 因禁治產而無效之利益第三人契約	525

附 錄 529

§ 1 準占有 529

一 準占有之概念	529
二 準無權占有與信賴保護	530
三 準無權占有人之無權處分或無權代理	532
四 向債權之準占有人清償債務	534

§ 2 占有人權利之推定及其反證之舉證範圍 539

一 誰得質疑該推定之權利	542
二 所有人應負之舉證責任的範圍	544

損害賠償

醫療損害之危險責任

【目次】

一 概說

A 醫療損害的概念

B 醫療損害之賠償的規範基礎

C 醫療損害之危險責任的分散

二 醫療損害之危險責任

A 醫療關係中之危險

B 醫療損害之賠償責任

I 前言

II 危險責任之政策的理論基礎

III 過失責任或危險責任

IV 危險責任之規範方式

V 危險責任之規範基礎

a 醫療行為是否為危險活動

b 藥品或醫療器材是否為危險物品

c 醫療關係是否為消費關係

三 醫療強制保險契約中之供給面的當事人或關係人

四 醫療之危險責任的分散樞紐：強制保險人

五 醫療之危險責任的財源

六 保險理賠與仲裁

七 結論與建議

一 概說

A 醫療損害的概念

* 本文節錄自行政院衛生署九十年年度專案委託研究計劃之究報告：「醫療關係之危險責任之研究」。該研究之研究主持人：黃茂榮；協同主持人：柯木興、張志銘、黃錦堂；研究員：賴進祥。

2 損害賠償

關於醫療服務之損害賠償責任的探討，首先引起問題者為何謂醫療損害，其次為該損害之賠償責任的規範依據。

基於人體之修補及免疫的能力，在有傷病時固也有可能不經醫療上的服務而自然痊癒，完好如初。但如有醫療服務的協助，通常至少消極的可以降低傷病期間的痛苦、縮短康復所需的期間，或避免引起不利的發展（例如外傷）；積極的也有非藉助於醫療服務通常不但不可能自然痊癒，而且可能有生命之憂的情形（例如急性盲腸炎）。由於個人健康條件不同，所患傷病情況亦不盡一致，所以，人生必有死，傷病不一定能治癒；或者縱能治癒，由於醫療行為之侵入，亦可能留下不令病人滿意的副作用或後遺症。其中甚至有以殘餘生命之縮短換取病痛之減輕，或以可能之喪命換取九死一生之機會者。然而時過境遷，對於醫療結果，病人或其家屬事後皆可能有異於醫師或醫療機構的評價。因此，在一件醫療關係究竟有無醫療損害發生，其認定本身便是一個棘手的問題。

所謂醫療損害，從因果關係之觀點立論，首先自指由醫療行為引起之不利的意外結果。然因為病人期待醫療行為有減輕症狀、治癒傷病的機能，所以只要醫師或醫療機構與病人間成立醫療關係，該傷病如無醫療行為介入，本來也會有之不利結果的防止也一併成為病人認為醫師或醫療機構對於其病人應負責處理的事務，或甚至應達成之任務。是故，如有客觀上可能防止而意外未成功防止之不利的發展結果，這也將論為醫療損害¹。歸納之，對於病人而言，醫療損害皆具有可能

¹ 在醫療損害之界定，除由醫療行為引起之不利的意外結果外，倘認為還應包括該傷病如無醫療行為之介入，本來也會有，但有可能防止而未成功防止之不利結果，並將其防止論為醫師或醫療機構對於其病人應達成之任務，則病人對於醫療契約所期待者，已趨近於承攬契約的特徵：不只負醫療服務之