

最後感謝法學院院長陳春生老師、主任張心憐老師的支持、各位助教們及研究生助理蕭維冠、魏彤軒於行政方面的鼎力協助。當然還有元照出版公司願意將文章集結成書，方能使《民法總則精選判決評釋》一書出版。

萬事起頭難，誠摯希望透過本書的出版，將使後續的民法各編判決評釋也能如期一一完成，而成為臺北大學民事法研究中心的重要研究成果與資產。

國立臺北大學法律學系民事法研究中心主任

戴瑀如

民國108年6月

目 錄

序 言	杜怡靜
序 言	戴瑀如
 非法人團體原則上有侵權行為能力 ——最高法院103年度台上字第115號判決	姜炳俊 1
 對合夥及合夥人請求連帶責任得類推適用 民法第28條 ——最高法院101年度台上字第1695號判決	王怡蘋 11
 民法第28條執行職務的認定 ——最高法院102年度台上字第1060號判決	侯岳宏 21
◆ 非律師的法律服務與公序良俗 ——最高法院106年度台上字第25號判決	陳榮傳 31
◆ 政府「悔標」的違法性 ——最高法院103年度台上字第976號判決	陳榮傳 51
 無意識或精神錯亂中所為之意思表示與 監護宣告之關係 ——最高法院98年度台上字第1702號判決	戴瑀如 67
 未成年子女訂定保證契約之效力 ——最高法院98年度台上字第1234號判決	戴瑀如 79

前有  標示之文章，表示有影音實錄可供線上閱覽！

✓ 	意思表示錯誤之撤銷	
	——最高法院96年度台上字第2035號判決	游進發 99
	意思表示錯誤之本質乃抽象輕過失	
	——最高法院99年度台上字第678號判決	游進發 107
✓ ◆	通謀虛偽意思表示與虛偽意思表示隱藏他項法律行為的區別	
	——最高法院101年度台上字第1722號判決	徐慧怡 117
	電桿為民法第66條第1項規定之定著物	
	——最高法院106年度台上字第828號判決	蔡瑄庭 129
	民法第101條之類推適用	
	——最高法院101年度台上字第1453號判決	呂彥彬 143
	「知之歸責」的擴大：民法第105條規定之類推適用	
	——最高法院104年度台上字第206號判決	呂彥彬 155
✓ 	公司機關之代表行為與代理之規定	
	——最高法院96年度台上字第1949號判決	杜怡靜 175
◆	無法自謀生活或無法獨立自我照顧不等同無意識或精神錯亂	
	——最高法院96年度台上字第922號判決	杜怡靜 187
◆	借名登記中出名人的處分為有權處分	
	——最高法院105年度台上字第473號判決	向明恩 199
◆	無權代理人之責任不得超過相對人因契約有效所得利益之程度	
	——原契約約定之違約金屬損害賠償額預定性質者，應以該預定額數為限？	
	——最高法院101年度台上字第641號判決	楊佳元 227

	定期給付的不當得利有民法第126條規定短期時效之適用	
	——最高法院101年度台上字第236號判決	郭玲惠 237
✓ 	權利失效理論	
	——最高法院102年度台上字第1932號判決	郭玲惠 249
✓ 	權利濫用的標準	
	——最高法院103年度台上字第2520號判決	王怡蘋 265

各篇精采講座詳見後頁【月旦實務講座】

【月旦實務講座】

民法總則理論與實務發展

民法可說是學習一切法律之入門。近年來法院判決對於民法進行解釋，所形成的法理也扮演著重要角色。臺北大學法律學院民事法研究中心從眾多判決嚴選二十餘則，進行分析及檢討。希望透過解說，使關心相關議題之人員對於判決事實及要旨能進一步理解。

以下作品型態皆為影音線上

講 題	主講	定價	影音試聽
• 非法人團體原則上有侵權行為能力	姜炳俊	900	
• 對合夥及合夥人請求連帶責任得類推適用民法第28條	王怡蘋	600	
• 民法第28條執行職務的認定	侯岳宏	900	
• 法定代理人就不利於限制行為能力人之事項應無同意或承認之權限	戴瑀如	900	
• 意思表示錯誤之本質乃抽象輕過失	游進發	600	
• 公司機關之代表行為應類推適用關於代理之規定	杜怡靜	600	
• 權利失效理論	郭玲惠	600	

更多臺北大學民事法研究中心講座，
請上月旦實務講座<http://qr.angle.tw/5h7>



【月旦實務講座】使用方式

<http://www.angle.com.tw/media/>

■免費體驗

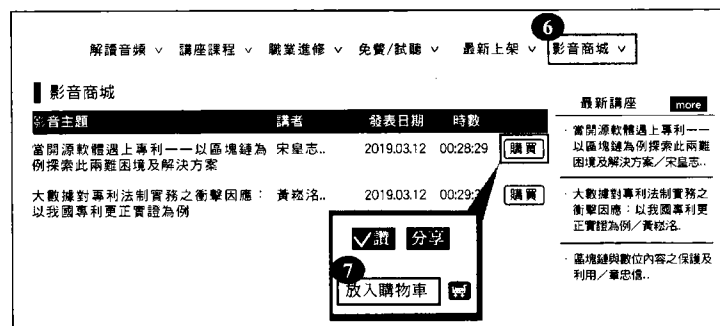
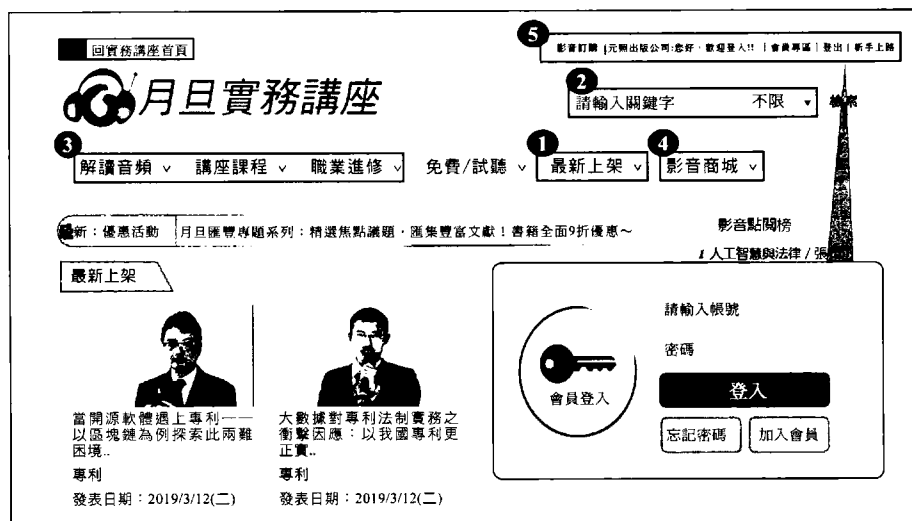
1. 點選「免費／試聽」，即可閱覽課程。
2. 輸入關鍵詞查詢相關課程。
3. 或選擇影音的主題分類。

4. 最新上架課程資訊。

5. 免費加入會員，享受專屬優惠方案。

■如何購買

6. 影音商城：選取欲購買課程。
7. 在活動介紹頁中，直接點選「購買」。



更多最新相關講座，請上
<http://www.angle.com.tw/speech.asp>



月旦實務講座

非法人團體原則上 有侵權行為能力

最高法院103年度台上字第115號判決

姜炳俊*

本案事實

Y重劃會為依據辦理市地重劃辦法成立之非法人組織，由A擔任理事長，X農會則為Y重劃會之會員。Y重劃會理事長A未經會員大會授權，向私人洽貸重劃所需費用，並以抵償方式出售系爭抵費地，經以低於市價三分之一之價格，將系爭抵費地以抵償借款方式出售，移轉土地所有權予16名訴外人。為此，X農會提起訴訟，以Y重劃會及理事長A與其他理事等5人為被告，主張A等5人故意侵害全體參加重劃土地所有權人之權利，致X農會受有出售價與市價差額之損害，金額為7,392萬餘元。上開損害金額應由被告Y重劃會等依民法第184條第1項、第2項、第185條、第28條及公司法第23條規定，負侵權行為損害賠償責任，或依民法第535條、第544條規定負債務不履行損害賠償責任。被告等則抗辯，Y重劃會為非法人團體，並無侵權行為能力，亦毋庸依民法第28條規定負其責任。且Y重劃會與X農會間無委任關係。主張原告之訴應予駁回。

第一審判決原告X農會敗訴，第二審維持第一審所為X農會敗訴之判決，駁回其上訴。關於於侵權行為損害賠償責任部分，第二審判決要旨略為：「上訴人主張因系爭抵費地低價出售事實，被上訴人Y重劃會應依民法第184條第1項、第2項、第185條、第28條及公司法第23條規

* 德國法蘭克福大學法學博士，臺北大學法律學系副教授。

作者更多完整且精彩的內容
請至月旦知識庫www.lawdata.com.tw



定，對上訴人負侵權行為損害賠償責任云云。惟查被上訴人Y重劃會乃非法人團體，此為兩造所是認，而按非法人團體既非法人，自無權利能力，此觀之民法第26條僅就法人為權利能力之規定自明。至民事訴訟法第40條第3項乃程序法對非法人團體認其有形式上之當事人能力，尚不能因之而謂非法人團體有實體上之權利能力（最高法院67年台上字第865號判例要旨參照）。被上訴人Y重劃會既屬非法人團體在實體法上並無權利能力，即不能享有權利及負擔義務，自無為侵權行為之能力，亦無從類推適用民法第28條及公司法第23條規定，或依民法第185條規定與被上訴人A等5人之侵權行為連帶負損害賠償責任。故上訴人所為被上訴人Y重劃會應連帶負侵權行為損害賠償責任之主張，於法殊非有據。」

案經X農會提起第三審上訴，最高法院判決結果，將原判決廢棄，發回臺灣高等法院。最高法院認為Y重劃會有侵權行為能力，指出：「非法人之團體雖無權利能力，然日常用其團體之名義為交易者比比皆是，民事訴訟法第40條第3項為應此實際上之需要，特規定此等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力。所謂有當事人能力，自係指其於民事訴訟得為確定私權之請求人，及其相對人而言。是非法人之團體因上開相同情事侵害他人權利時，除法律明文排除外，自應認其有侵權行為能力，庶免權利義務失衡。」

爭點

非法人團體之法律上地位，特別是關於權利能力、當事人能力與侵權行為能力，應如何判斷？

判決理由

按執行業務之合夥人因執行合夥事務侵害他人之權利致他人受損害者，合夥應對該人負賠償之責任。又合夥人之出資及其合夥財產，為合夥人全體之公同共有，合夥財產之處分，非經合夥人全體同意，不得為

之，執行業務之合夥人尚未得合夥人全體同意，擅自處分合夥財產，即屬侵權行為，對於其他合夥人因此所受損害，應負賠償責任。原審既認Y重劃會會員與會員間之法律關係為合夥，該會理事長即被上訴人A未經會員大會授權擅自處分系爭抵費地，則能否謂上訴人不得依侵權行為之規定請求被上訴人賠償其所受損害，自滋疑問。原審謂上訴人不得依上開規定為請求，已有可議。次查非法人之團體雖無權利能力，然日常用其團體之名義為交易者比比皆是，民事訴訟法第40條第3項為應此實際上之需要，特規定此等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力。所謂有當事人能力，自係指其於民事訴訟得為確定私權之請求人，及其相對人而言。是非法人之團體因上開相同情事侵害他人權利時，除法律明文排除外，自應認其有侵權行為能力，庶免權利義務失衡。原審復認Y重劃會為非法人之團體，乃未究明上開事項，逕謂其無侵權行為能力，而為判決，亦有未合。

評析

壹、本判決之意義

對照本件最高法院與原審法院之判決理由，原審法院認為非法人團體在實體法上並無權利能力，即不能享有權利及負擔義務，自無為侵權行為之能力。而最高法院卻立基於非法人團體訴訟法上有當事人能力者，即得為訴訟主體之法律上地位，於其侵害他人權利時，應認其原則上有侵權行為能力，庶免權利義務失衡。究竟實體法上的權利能力與訴訟法上的當事人能力，對於判斷非法人團體具備侵權行為能力與否的判斷，如何發生作用？實體法與訴訟法的交會點上如何調適，以因應社會實際所需？是本判決所引發的核心思考，故本文首先檢視非法人團體於權利能力與當事人能力之實務運作。

法院裁判實務涉及非法人團體之侵權行為能力判斷者，不乏其例。例如實務上常見公寓大廈管理委員會（簡稱管委會）執行職務，對他人產生損害，其責任之歸屬如何判斷？饒富趣味的是，最高法院於此類事

件，多認為管委會不具備侵權行為能力，應由區分所有人負侵權行為賠償責任¹。但是在其他非法人團體，例如民法上的合夥，合夥人因執行合夥事務侵害他人權利而成立侵權行為，最高法院又認為應類推適用民法第28條之規定，由合夥與該合夥人連帶負賠償責任²，是合夥本身又具備侵權行為能力。故本文整理公寓大廈侵權事件相關實務見解，最後評析本判決對於上開實務發展的影響。

¹ 系爭大樓地下三樓及其四周之連續壁之修繕維護工程，經區分所有人會議之決議，交由管委會執行時，導致鄰近大樓之地基嚴重坍塌受損，關於其損害賠償責任歸屬，最高法院98年度台上字第572號判決表示：「按土地上之建築物或其他工作物所致他人權利之損害，由工作物之所有人負賠償責任。但其對於設置或保管並無欠缺，或損害非因設置或保管有欠缺，或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限，民法第一百九十一條第一項定有明文。又依公寓大廈管理條例第三條第九款規定，公寓大廈之管委會權責，乃在執行區分所有權人會議決議事項暨公寓大廈管理維護工作。管委會係由區分所有權人選任住戶若干人為管理委員所設立之組織，其本身僅為區分所有權人會議之執行機構，並無實體法上之權利能力，其行為即為區分所有權人之行為，苟其行為致他人於損害，自應由區分所有權人負侵權行為或其他之法定賠償責任。」並參照後述98年度台上字第790號及第792號判決。

² 參照最高法院101年度台上第1695號判決：「查合夥雖僅為二人以上互約出資以經營共同事業之契約（民法第六百六十七條第一項參照），而不具有法人之資格，但參酌民法相關之規定，如各合夥人之出資，構成合夥財產，而存在於合夥人個人財產之外（第六百六十八條參照），合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行事務之範圍內，對於第三人為他合夥人之代表（第六百七十九條參照），另對於合夥所負之債務，不得以之對於合夥人個人之債權抵銷（第六百八十二條第二項參照），關於合夥之事務，可以採多數決方式為之（第六百七十條參照），並設有合夥人之加入、合夥人之退夥、合夥之解散、合夥之清算（第六百九十一條、第六百八十六條、第六百八十七條第一款前段、第二款、第三款、第六百九十二條、第六百九十四條參照）等規定，已見合夥人因經營共同事業，須有合夥代表、一定之組織、財產及活動管理機制，故於契約之外，亦同時表現團體之性質，與法人之本質並無軒輊。是以，合夥人若因執行合夥事務，侵害他人權利而成立侵權行為者，與法人之有代表權人，因執行職務加損害於他人之情形相類，其所生之法效應等量齊觀，被害人自可類推適用民法第二十八條之規定，請求合夥與該合夥人連帶負賠償責任。」

貳、非法人團體於權利能力與當事人能力之實務運作

一、權利能力

團體係指具有共同目標之人群所結合的集團，有合一宗族或合一地方、一事業而成者。法律上之團體，依其是否具有權利能力，區分為法人團體及非法人團體³。我國民法對於權利主體，僅自然人及法人享有權利能力；非法人團體不具法人格，無法以自身名義享受權利負擔義務，故一般皆否定非法人團體之權利能力。例如設立中社團，「法人非經向主管機關登記，不得成立」，民法第30條定有明文，故未完成登記程序之設立中社團，尚未取得法人資格，無權利能力⁴。

二、當事人能力

當事人能力乃訴訟法上概念，指得成為民事訴訟上一般程序主體（訴訟當事人）的地位或資格⁵。非法人團體雖無法人格，仍具有團體性，為解決紛爭之實際需要⁶，乃有民事訴訟法第40條第3項之規定「非法人團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。」其立法意旨在於便利簡化的解決有關團體的複雜紛爭，基於訴訟上之便宜，而承認團體縱未經法人之登記，亦有當事人能力。

非法人團體仍須具備一定要件，始得取得當事人能力。換言之，依其規範意旨，應區分為有當事人能力之非法人團體與無當事人能力之非法人團體。非法人團體設有代表人或管理人非唯一之要件，實務上承認有當事人能力之非法人團體之構成要件者如下⁷：(一)必須設有代表人或

³ 參照最高法院96年度台上字第4365號刑事判決。

⁴ 王澤鑑，民法總則，頁212，2012年。區分非法人團體之態樣為三大類型，分別為設立中社團、無權利能力社團及合夥。

⁵ 最高法院26年渝上字第639號判例：「當事人能力，即指為民事訴訟當事人而起訴或受訴之能力，此項能力之有無，專依當事人本身之屬性定之。」

⁶ 最高法院50年台上字第2719號判例：「非法人之團體雖無權利能力，然日常用其團體之名義為交易者比比皆是，民事訴訟法第40條第3項為應此實際之需要，特規定此等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力。」

⁷ 主要根據最高法院64年台上字第2461號判例：「所謂非法人團體，設有代表人或管理人者，必須有一定之名稱及事務所或營業所，並有一定之目的及獨立之

管理人；(二)由多數人所組成；(三)有一定的目的；(四)有一定的組織、名稱；(五)有一定之事務所或營業所；(六)有獨立之財產。

三、因應交易上需要之實務運作

關於非法人團體，實務上基本立場是實體法上權利能力與訴訟法上當事人能力脫鉤。最高法院67年台上字第865號判例明確揭示：「民事訴訟法第40條第3項固規定『非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力』，並可據此規定，認非法人團體於民事訴訟得為確定私權請求之人或為其相對人。惟此乃程序法對非法人團體認其有形式上之當事人能力，尚不能因之而謂非法人團體有實體上之權利能力。」

然而，司法實務也洞悉非法人團體已在社會運作占有一席之地。例如最高法院79年度台上字第1293號判決指出：「故非法人之團體除法律有明文規定或依其性質不得享受權利、負擔義務外，尚難謂與之為法律行為或其為之法律行為一概無效。」大法官釋字第486號解釋亦強調：「自然人及法人為權利義務之主體，固均為憲法保護之對象；惟為貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之『團體』，如有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均為商標法保護之對象，而受憲法之保障。」最高法院100年度台上字第484號判決亦表示一致立場：「又非法人團體雖無權利能力，然日常用其團體之名義為交易者，比比皆是，民事訴訟法第40條第3項規定此等團體設有代表人或管理人者，於訴訟法上有當事人能力，得為確定私權之請求，則其實體法上雖無權利能力，而不得為權利義務之主體，但不能因此即謂其代表人或管理人以該團體名義所為之法律行為概屬無效。」

甚至，實務上有認為：合夥雖無權利能力，惟執行合夥事業之合夥人仍非不得以合夥名義與人為交易，而將其取得之物或權利歸屬全體合

夥人共同共有。因此，執行合夥事業之合夥人以合夥名義參與投標，應買法院拍賣之不動產，自非法所不許⁸。可見，為因應非法人團體實際上參與交易，法秩序亦應有相應的彈性調整，似為裁判實務上發展趨勢。

貳、實務上特殊類型：公寓大廈管理委員會的侵權行為能力

首先，管委會實體法上無權利能力，訴訟法上有當事人能力：

一、管委會並非民法上之法人，依公寓大廈管理條例第3條第9款規定，管委會係由區分所有權人選任住戶若干人為管理委員所設立之組織，旨在執行「區分所有權人會議決議事項」及「公寓大廈管理維護事務」，於完成社團法人登記前，僅屬非法人團體，固無實體法上權利能力。

二、然而，現今社會生活中，以管委會之名義為交易者比比皆是。於民事訴訟法已有第40條第3項：「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力」規定之外，公寓大廈管理條例更於第38條第1項明文規定：「管理委員會有當事人能力」，明文承認管委會具有成為訴訟上當事人之資格，得以其名義起訴或被訴，就與其執行職務相關之民事紛爭享有訴訟實施權；並於同條例第6條第3項、第9條第4項、第14條第1項、第20條第2項、第21條、第22條第1項、第2項、第33條第3款但書，規定其於實體法上亦具享受特定權利、負擔特定義務之資格，賦予

⁸ 最高法院99年度台抗字第103號裁定：「按非法人之團體雖無權利能力，然日常用其團體之名義為交易者比比皆是，民事訴訟法第四十條第三項為應此實際上之需要，特規定此等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力，許其為確定私權之請求，本院五十年台上字第二七一九號判例意旨足供參考。又合夥財產，為合夥人全體共同共有，於合夥關係存續中，執行合夥事業之合夥人為他合夥之代表，其為合夥取得之物及權利，亦屬合夥人全體共同共有，本院亦著有六十四年台上字第一九二三號判例可資參照。故合夥雖無權利能力，惟執行合夥事業之合夥人仍非不得以合夥名義與人為交易，而將其取得之物或權利歸屬全體合夥人共同共有；準此，執行合夥事業之合夥人以合夥名義參與投標，應買法院拍賣之不動產，自非法所不許。」

財產者，始足當之」，以及70年度台上字第1401號判決：「非法人團體，必須某團體為多數人組成，具有一定之組織、名稱、目的、事務所或營業所、獨立之財產，並設有管理人或代表人對外代表團體者，始足當之」等。

管委會就此類紛爭有其固有之訴訟實施權。

關於管委會在實體法上之侵權行為，實務見解多持否認立場。惟由於管委會在訴訟上有當事人能力，管委會是否得擔當損害賠償責任主體，即區分所有權人為訴訟上被告，實務上尚有歧見：

一、管委會無侵權行為能力，但得擔當損害賠償責任主體即區分所有權人為訴訟上被告之實務見解⁹：管委會基於公寓大廈管理條例或規約約定而負有義務，但因未盡其義務致他人受損害，而應由區分所有權人負賠償責任時，管委會本身縱非最後之損害責任之權利義務歸屬主體，亦應認被害人得以管委會為被告起訴請求。

二、管委會無侵權行為能力，亦不得擔當損害賠償責任主體即全體區分所有權人為訴訟上被告之實務見解¹⁰：被告（管委會）非自然人，亦非法人，則被告無權利能力，不得為權利義務之主體甚明，縱公寓大廈管理條例於第38條第1項明文承認管委會有當事人能力，得以其名義起訴或被訴，就與其執行職務相關之民事紛爭享有訴訟實施權，然公寓大廈管理條例明定管委會具有當事人能力，僅係考量客觀上訴訟需要及經濟，惟實體上法律構成要件之符合、效果，仍不得因管委會具有當事人能力而解免、違反，至訴訟擔當要基於當事人合意選定或法定，亦無由一方（原告）以減省訴訟上勞費為由，逕行指定他方（管委會）擔當其他人（全體區分所有權人）侵權行為損害賠償義務之理，參諸與實體上得為權利義務主體、組織結構堅實完整之法人、公司相較，法人代表人之行為縱有因故意過失不法侵害他人權利情事，法人因無故意或過失可言，仍不負侵權行為損害賠償之責，僅依民法第28條、第188條、公司法第23條等規定連帶負責，業如前述，管委會實體上並非權利義務主體，組織鬆散、變動性高，反解為必須自己負責、具有侵權行為能力，亦有失法律解釋之整體一貫性，是故，管委會既不具人格、不能獨自行為，自亦無故意或過失可言，原告依民法第184條、第195條規定請求被告為侵權行為之金錢賠償，難認有據。

綜觀上開司法實務見解，管委會並非實體法上侵權行為責任主體，

為最高法院以降實務上普遍所持立場。

參、檢討——代結論

本判決所持結論，固值肯定。非法人團體侵害他人權利時，原則上應認為有侵權行為能力。論證上是否與非法人團體無權利能力相關，本文則不以為然。如前所述，實務上為因應交易上需要，非法人團體所為法律行為並非一概認為無效。況且，非法人團體係實際存在，參與社會運作之組織體，特別在今日多元社會，五花八門的非法人團體常以團體本身名義活躍於社會各個領域，從事契約等交易行為，甚至是發生侵權行為，承認非法人團體的侵權行為能力¹¹，甚至於權利能力，乃為實務發展所趨。

至於本判決所持立場是否影響過去實務上普遍認為公寓大廈之管委會並非實體法上侵權行為責任主體，本文則持保留立場。非法人團體樣態多樣複雜，觀察管委會與全體區分所有人間之關係，相較於一般類似社團型態之非法人團體與其構成員間之關係大不相同，管委會無實體法上侵權行為能力，應屬特殊類型。

非法人團體侵權行為賠償責任之請求權基礎，若可類推適用民法第28條之規定，以其代表人或管理人因執行職務所加於他人之損害為構成要件，則以非法人團體設有代表人或管理人為必要，一方面呼應法人實在說之下法人侵權行為責任之規範意旨¹²，另一方面與民事訴訟法第40條第3項之規制方式協調，可資參考。

⁹ 最高法院98年度台上字第790號及第792號判決。

¹⁰ 臺北地方法院100年度訴字第1742號及100年度北小字第229號等民事判決。

¹¹ 法理上尚可參酌行政罰法第3條規定：「本法所稱行為人，係指實施違反行政法上義務行為之自然人、法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織。」

¹² 參照最高法院93年度台上字第1154號判決、101年度台上字第803號判決。

延伸閱讀



- 姜炳俊，第三人執行異議訴訟之共同訴訟，月旦法學教室，2006年6月。
- 姜炳俊，論德國破產法上的剩餘債務免除，全國律師，2006年4月。
- 姜炳俊，德國民法上之所有權變動，財產法暨經濟法，2006年3月。
- 姜炳俊，支付命令異議之審理，月旦法學教室，2005年12月。
- 姜炳俊，小額事件中附合契約合意管轄條款之效力，月旦法學教室，2005年9月。
- 姜炳俊，假執行供擔保提存物之返還與對待給付判決，月旦法學教室，2005年6月。
- 姜炳俊，預售屋廣告之契約拘束力——評最高法院九十二年度台上字第二六九四號判決及相關判決，月旦法學雜誌，2005年3月。
- 姜炳俊，合夥當事人能力相關問題，月旦法學教室，2005年3月。
- 姜炳俊，金錢損害賠償之訴與聲明之擴張，月旦法學教室，2005年1月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



對合夥及合夥人請求連帶責任 得類推適用民法第28條

最高法院101年度台上字第1695號判決

王怡蘋*

本案事實

原告主張，訴外人正義股份有限公司（下稱正義公司）之股票前自84年5月22日起獲准在財團法人中華民國櫃檯買賣中心（下稱櫃買中心）買賣，嗣於86年2月1日因鉅額退票而遭櫃買中心停止買賣，並發現該公司自81年起至85年10月30日止之財務報表內容，虛列有新台幣（下同）12億1,500萬元以無記名可轉讓定期存單之盈餘；另至85年10月止，在「材料進、耗、存」月報表內列有庫存7億8,890餘萬元，伊等係透過集中交易市場之資訊，信賴正義公司財務報表及公開說明書上有關內容之記載，善意買受該公司股票致遭受損害之人，因此將正義公司總經理、財務及業務經理、董事、監察人等列為被告，依證券交易法第20條、第32條、公司法第23條、民法第184條、第185條、第28條等規定請求損害賠償。此外，並因正義公司之財務報表內容有上述虛偽不實情事，足見會計師之簽證行為有違反會計師簽證財務報表規則、審計準則規定，依民法第184條、第28條等規定請求簽證之會計師及其事務所負連帶賠償責任。

就簽證之會計師及其事務所之連帶賠償責任，第二審法院（台灣高等法院96年度金上字第1號）認為，正風事務所係由二位以上會計師組成，雖為具有對外代表人之非法人團體，然會計師為公開發行公司財務

* 德國佛萊堡大學法學博士，臺北大學法律學系教授。



報告查核簽證之業務，如有故意或未盡業務上注意義務，應由其個人負責，且正風事務所乃合夥組織，亦無從適用民法第28條之規定。第一、二上訴人依民法第679條、第28條、第184條、第185條及第188條規定，請求正風事務所負連帶賠償責任，尚屬無據。

原告對第二審判決不服，提起上訴。

爭點

本案爭點在於合夥是否須為執行職務之合夥人之侵權行為負擔連帶賠償責任。

判決理由

合夥雖僅為二人以上互約出資以經營共同事業之契約（民法第667條第1項參照），而不具有法人之資格，但參酌民法相關之規定，如各合夥人之出資，構成合夥財產，而存在於合夥人個人財產之外（第668條參照），合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行職務之範圍內，對於第三人為他合夥人之代表（第679條參照），另對於合夥所負之債務，不得以之對於合夥人個人之債權抵銷（第682條第2項參照），關於合夥之事務，可以採多數決方式為之（第670條參照），並設有合夥人之加入、合夥人之退夥、合夥之解散、合夥之清算（第691條、第686條、第687條第1款前段、第2款、第3款、第692條、第694條參照）等規定，已見合夥人因經營共同事業，須有合夥代表、一定之組織、財產及活動管理機制，故於契約之外，亦同時表現團體之性質，與法人之本質並無軒輊。是以，合夥人若因執行合夥事務，侵害他人權利而成立侵權行為者，與法人之有代表權人，因執行職務加損害於他人之情形相類，其所生之法效應等量齊觀，被害人自可類推適用民法第28條之規定，請求合夥與該合夥人連帶負賠償責任。本件正風事務所乃合夥組織，朱○容等二人為該事務所合夥人，既為原審認定之事實（見原判決第103頁），則朱○容等二人如因執行合夥事務，侵害第一、二上訴人

之權利而成立侵權行為時，依上說明，第一、二上訴人即非不得類推適用民法第28條之規定，請求正風事務所與朱○容等二人負連帶責任。原審未遑究明朱○容等二人為正義公司之財務報告查核簽證，是否屬於執行正風事務所事務之行為？該項行為是否構成侵權行為？即逕以正風事務所為合夥組織，性質上屬於非法人團體，無從適用民法第28條之規定云云（見原判決第104頁），而為第一、二上訴人此部分不利之論斷，未免速斷。

評析

壹、合夥對於合夥人之侵權行為是否應負連帶責任？

一、類推適用民法第28條規定

侵權責任之建構，在自然人的部分，係以對自己之行為負責為原則，為他人之行為負責為例外。至於法人的部分，則設有民法第28條與第188條第2項規定，使其為組織中成員之行為負責。其中民法第28條規定係將董事及其他有代表權之人視為法人機關，從而將董事及其他有代表權之人執行職務之行為視為法人之行為，因此，董事及其他有代表權之人執行職務時對他人所造成之損害，即應視為法人所造成之損害，而有法人與該行為人負連帶賠償責任¹。至於民法第188條規定為僱用人侵權責任，就法人而言，則係針對非法人機關之行為，即董事及其他有代表權之人以外之人（即受僱人）於執行職務時，不法侵害他人之權利，若法人對於選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害時，法人始不負賠償責任。換言之，民法第28條係將董事及其他有代表權之人執行職務之行為視為法人之行為，逕由法人負擔連帶賠償責任；而民法第188條則是課以法人對於其受僱人負有選任與監督其執行職務之義務，於法人違反該義務時，始對損害負連帶賠償責任。

¹ 王澤鑑，民法總則，2014年2月，3版，頁201-202。

至於合夥，依民法第667條第1項規定，係指二人以上互約出資以經營同事業之契約。對於合夥之事務，依民法第671條規定，除契約另有訂定或另有決議外，由合夥人全體共同執行；如約定或決議由合夥人中數人執行時，由該數人共同執行；對於通常事務，得由有執行權之各合夥人單獨執行，但其他有執行權之合夥人中任何一人，對於該合夥人之行為有異議時，應停止該事務之執行。問題在於有執行權之合夥人於執行職務時造成他人之損害時，合夥是否應與該合夥人負連帶賠償責任，於民法合夥一節中未有規定，因此須考慮民法總則編與債編總則之相關規定，即上述民法第28條與第188條規定。然由於合夥並非法人，因此合夥人因執行職務所為之侵權行為，無法適用民法第28條規定，由合夥與該合夥人負連帶賠償責任。而執行職務之合夥人不受其他合夥人之指揮監督，因此亦難謂為其他合夥人或合夥之受僱人，因此，亦無法適用民法第188條。此為本案第二審法院否認合夥（即被告）應對合夥人之行為負連帶賠償責任之理由，此項理由固然值得肯定，但問題在於第二審法院未進一步深究是否可能類推適用相關法規以建構合夥之連帶責任。

若考量合夥之目的在於經營同事業，則合夥人執行職務之行為即在於為合夥經營其同事業，因此對他人所造成之損害，若僅由該合夥人負擔侵權責任，其妥適性即不無疑慮，此即凸顯本案第二審法院為嘗試以類推適用相關法規之方式建構合夥負連帶責任之問題，亦說明本案第三審法院嘗試類推適用民法第28條規定之原因。而第三審法院類推適用民法第28條規定之理由主要係基於「合夥人因經營同事業，須有合夥代表、一定之組織、財產及活動管理機制，故於契約之外，亦同時表現團體之性質，與法人之本質並無軒輊」，即著眼於合夥與法人具有團體組織之相似性，藉此建構其類推適用法人相關規定之合理性。第三審法院類推適用民法第28條規定以建構合夥之連帶賠償責任，此項嘗試值得肯定，至於理由或可更進一步思考。

二、德國見解之演變

德國聯邦最高法院早期認為，合夥不同於無限公司（Offene

Handelsgesellschaft, OHG）與資合公司（Kapitalgesellschaft, KG），其團體組織過少（zu wenig körperschaftlich organisiert），而不足以將其執行職務之合夥人視為機關（Organ），而不得類推適用民法第31條規定²。

於2003年聯邦最高法院改變見解，認為得類推適用民法第31條規定，對於合夥人因執行職務所生之侵權行為，由合夥及所有合夥人負連帶責任，其理由在於聯邦最高法院既已改變見解而肯認合夥具有權利能力，使合夥在從事法律活動上得以建構自己之權利與義務，而對於合夥所負擔之義務，各合夥人亦成立連帶債務，因此，難有充分理由將合夥責任僅限於意定之債，而不包含法定債之關係（此指侵權責任）。再者，使合夥責任擴大包含法定債之關係，亦係基於對於債權人之保障，因為法定債之關係之債權人有別於意定債之關係之債權人，無法決定其債之關係之相對人，故應使其與意定債之關係相同，由各夥人以其個人財產負擔清償責任，方屬妥適。此外，由於合夥人對於合夥成員之選擇與行為具有影響力，因此由合夥對於合夥人之侵權行為負連帶責任，並未逾越合理之期待³。

對於合夥之連帶責任，德國聯邦最高法院之見解變更係接受長期以來之學界見解⁴，而得以類推適用民法第31條規定之理由不在於合夥亦具有組織性之結構，而是基於共有原則（Gesamthandsprinzip）所生之法律關係⁵。

三、合夥負連帶責任之理由

由上述德國對於合夥是否應負連帶責任之見解演變可見，最高法院早期係因合夥之團體組織過少，而否定其類推適用民法第31條規定（相當於我國民法第28條規定），嗣後雖然轉為肯認合夥應對於執行職務之

² BGH NJW 1966, 1807, 1808.

³ BGH NJW 2003, 1445, 1446-1447.

⁴ Arnold, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. (2015), § 31 Rn. 16.

⁵ Arnold, in: aaO (Fn. 4), § 31 Rn. 16; Schmidt, Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis—Zum Stand der nach den BGH-Urteilen vom 24. 2. 2003 und vom 7. 4. 2003, NJW 2003, 1902.

合夥人行為負連帶賠償責任，惟其理由並未明確基於合夥與法人具有類似之組織性，近期則更轉以共有原則作為合夥負連帶責任之法律基礎，即合夥之財產由所有合夥人共同共有，因此，執行職務之合夥人對於他人造成之損害，應由合夥負連帶責任。

觀察合夥之規定，雖有關於合夥人個人財產、合夥財產、合夥事務之處理，以及合夥人之加入與退夥、合夥之解散與清算等規定，惟合夥之事務，除契約另有訂定或另有決議外，由合夥人全體共同執行（民法第671條第1項參照），而與法人應設董事，就法人一切事物，對外代表法人（民法第27條第1項、第2項參照），有所不同；此外，法人尚得設監察人，監察法人事物之執行（民法第27條第4項參照）。凡此均顯現法人所具有之組織架構與合夥不同，亦呼應德國最高法院早期認為合夥之組織過少之見解。然而自其財產觀之，各合夥人之出資及其他合夥財產，為合夥人全體共同共有（民法第668條參照），合夥人於合夥清算前，不得請求合夥財產之分析（民法第681條第1項參照），明確區分合夥財產與合夥人財產，則與法人財產不同於其成員之個別財產相仿。因此，類推適用民法第28條規定之法理基礎，或許不在於合夥組織上與法人相似，而在於合夥財產獨立於合夥人財產外，為所有合夥人共同共有，與法人之財產結構相仿。

四、其他合夥人之責任

至於各合夥人對於合夥債務應如何負責，雖非本案爭點，惟其亦屬於合夥關係中備受關注之點。對此，我國民法第681條規定：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。」即各合夥人就合夥債務之負責方式，係以合夥財產負擔合夥債務，於合夥債務不足清償時，始以各合夥人之個人財產負擔合夥債務。至於民法第681條規定之「合夥財產不足清償合夥之債務時」應如何認定，在學理上則有不同判斷標準，有認為合夥財產為強制執行後，不足清償債務時，始為合夥財產不足清償之情形⁶。有認為債權人向合夥請求清償債

務未獲滿足時，即為合夥財產不足清償之情形⁷。亦有認為「合夥財產不足清償」係指合夥財產依時價估算後，少於合夥債務⁸。實務亦採此說，例如最高法院84年度台上字第2920號判決調：「……合夥財產不足清償合夥債務，為各合夥人連帶責任發生之要件，在未證實合夥財產不足清償合夥債務前，合夥債權人自不得逕行訴請合夥人為連帶給付。」

從比較法觀點而言，各合夥人對於合夥債務應如何負責，在立法例上有採連帶責任主義與分割責任主義，採連帶責任主義之立法例又可分为併存主義與補充主義二種，其中併存主義係指債權人得就合夥財產或各合夥人之財產請求清償其債務，二者間不具有先後順序，如瑞士債務法第544條第3項：「合夥人共同或由其代表人對於第三人負擔義務時，合夥人應連帶對於第三人負責，但另有其他約定者，不在此限。⁹」即採併存主義。補充主義則係指債權人須先就合夥財產求償，如有不足時，始得就各合夥人之財產求償，因此，各合夥人之財產僅具有補充性質。我國即採補充主義。至於分割責任主義則係指合夥人僅依其應分擔之部分，負責清償合夥債務，如日本民法第675條規定：「合夥之債權人，於其債務發生之當時，不知合夥人損失分擔之成數，得對各合夥人就其平均部分行使權利。¹⁰」

對此，德國雖未有規定，但聯邦最高法院於2003年上述判決中並肯認合夥人亦應負連帶責任，即附屬責任模式（Modell der akzessorischen Haftung），其理由在於合夥人對於選擇其他合夥人以及其從事之活動具有重要影響力，因此，由其負擔連帶責任，並未超出合理之期待可能性¹¹。學者對此部分則有不同看法，持肯定見解者認為，相較於受侵害之第三人，合夥人更「接近」侵權之合夥人；且其對於選擇其他合夥人以及其從事之活動具有影響力，從而擁有控制風險之能力，因此負有分

51。

⁷ 錢國成，合夥財產與合夥債務，頁10，轉引自姚志明，註6，頁402。

⁸ 姚志明，註6，頁402；林誠二，註6，頁51。

⁹ Art. 544 III Obligationenrecht, in: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html#a544> (last visited: 2018/11/22).

¹⁰ 林誠二，註6，頁48-50。

¹¹ BGH GRUR 2003, 1445, 1447.

⁶ 姚志明，合夥，於：黃立（主編），民法債編各論（下），2004年9月，1版，頁402；林誠二，債編各論新解——體系化解說（下），2015年4月，1版，頁

攤損害風險之責任¹²。亦有認為商事法第128條規定：「對於合夥債務，合夥人以個人財產負連帶責任。合夥人間之限制約定對第三人不生效力。」而民法上之合夥人責任不應有不同之評價，因此，應類推適用商事法第128條規定¹³。

持反對見解者則認為，侵權責任並非建構在風險管控上，而是建構在行為人對於損害之發生是否具有故意或過失。再者，在諸多情形下，合夥人對於損害風險並不具有管控能力，例如父親與兒子A、B為經營家族事業而成立合夥，A過世後由其配偶與二名年幼子女繼承該合夥關係，高齡93歲的父親則住在養老院，家族事業由B經營，設若B故意詐欺其債權人，其所為之侵權行為與所造成之損害並非其他四人所能管控之風險¹⁴。因此，合夥人對於執行職務之合夥人所為之侵權行為，充其量僅就侵權行為時所存在之合夥財產數額，以合夥人之個人財產負擔責任¹⁵。

由上述各國立法例與德國學說評論可見，合夥人對於合夥債務是否應負擔責任以及負擔何種責任，實係涉及價值判斷，即合夥人於出資形成合夥財產後，對於合夥債務是否尚須以個人財產負擔責任，若持肯定見解，對合夥人而言是否過於嚴苛，若持否定見解，對於債權人之保護是否充足。

貳、有限合夥法

考量合夥人對於合夥債務所負之個人責任是否過重，在民法合夥之規定外，於2015年另公布施行有限合夥法，於第4條第3款將有限合夥人定義為「依有限合夥契約，以出資額為限，對有限合夥負其責任之合夥人。」依此將合夥人區分為普通合夥人與有限合夥人，使普通合夥人對有限合夥之債務負無限清償責任，有限合夥人則僅就其出資額為限，對有限合夥負責，使商業組織型態多元化，以滿足不同投資人需求。惟採

取有限合夥型態，依有限合夥法第3條規定，須向主管機關登記後，始得經營其業務¹⁶。

結論

合夥係指二人以上互約出資以經營共同事業之契約，合夥人於執行職務時造成他人之損害，合夥是否須負連帶責任，民法第667條以下欠缺相關規定，且由於合夥不具有法人資格，亦無法適用民法第28條規定，因此，本案判決以合夥所表現團體之性質與法人之本質並無軒輊為理由類推適用民法第28條規定。最高法院以此建構合夥之連帶賠償責任，值得肯定，惟其理由或許應著眼於合夥財產獨立於合夥人財產外，為所有合夥人共同共有，而與法人財產具有類似之結構。

延伸閱讀

- 王怡蘋，過失造意與不作為侵權——評最高法院98年度台上字第1790號判決，月旦法學雜誌，2018年11月。
- 王怡蘋，人格權之經濟利益？——從最高法院104年度台上字第1407號民事判決探討人格權之保護，裁判時報，2018年8月。
- 王怡蘋，教學目的之著作權限制——兼論著作權法修正草案，月旦法學雜誌，2018年8月。
- 王怡蘋，無因管理與強迫得利，月旦法學教室，2018年4月。
- 王怡蘋，論姓名權之保護與商標註冊——從德國實務案件談起，月旦法學雜誌，2017年6月。
- 王怡蘋，數人侵害商標權之損害賠償計算——以製造與銷售鏈為核心，月旦民商法雜誌，2017年3月。

¹² Schmidt, aaO (Fn. 5), 1900.

¹³ Schmidt, aaO (Fn. 5), 1898.

¹⁴ Altmeyden, Deliktshaftung in der Personengesellschaft, NJW 2003, 1555.

¹⁵ Altmeyden, aaO (Fn. 14), 1558.

¹⁶ 關於有限合夥法之說明，見：<https://gcis.nat.gov.tw/mainNew/doc/lim1041127.pdf>（最後瀏覽日：2018/11/25）。

- 王怡蘋，無載體提供著作內容模式與權利耗盡原則，臺北大學法學論叢，2017年3月。
- 王怡蘋，侵害人格權之責任，月旦法學教室，2016年9月。
- 王怡蘋，契約自由與著作人格權之保護，輔仁法學，2016年6月。
- 向明恩、王怡蘋，兩岸消費訴外紛爭解決機制之開展——從臺灣法出發並借鏡歐盟之規範，月旦法學雜誌，2016年5月。
- 王怡蘋，委任契約之相關問題，月旦法學教室，2015年12月。
- 王怡蘋，僱用人侵權責任之再建構——最高法院一〇三年度台上字第二五八七號民事判決，裁判時報，2015年10月。
- 王怡蘋，著作權損害賠償之再建構：以德國法為借鏡，國立臺灣大學法學論叢，2015年9月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



民法第28條執行職務的認定

最高法院102年度台上第1060號判決

侯岳宏*

本案事實

X1（原告、上訴人）、X2（原告、上訴人）、X3（原告）3人起訴主張坐落臺中縣大甲鎮雙寮段660等10筆土地為中華民國與X3市政府共有，應有部分各85%、15%，管理機關各為原告X1、X3地政局。同段198-1等4筆土地為中華民國與臺中市政府共有，應有部分各85%、15%，管理機關各為X2、X3地政局。同段739-2等2筆土地為中華民國所有，管理機關為X2。原告3人就上開土地並無出租或同意他人使用之情事。

詎Y2（被告、被上訴人）明知上開土地內之土石係屬國有，竟意圖為自己不法之所有，假藉其以配偶李○華名義設立之Y1（被告、被上訴人）砂石有限公司結束營業，為清理該公司合法開採堆置於自訴外人楊○山受讓使用權之原臺中縣大甲鎮○○段○○○○○○○○地號大安溪河川公地（下稱大安溪河川公地）上砂石之便，自民國91年7月間起至同年11月5日止，盜採X2所管理之土地砂石32,046立方公尺及X1所管理之土地砂石103,698.3立方公尺，販賣牟取暴利，按每立方公尺回復原狀費用新台幣（下同）646元計算，X2、X1得依民法第184條、第213條第3項規定，各請求Y2賠償20,701,716元、56,942,316元。另按臺灣中部地區每立方公尺砂石平均值312.5元計算，X2、X1亦得依民法第179條規定，各請求Y2返還不當得利10,014,375元、27,545,625元。伊因Y1之實際負責人及經營管理者Y2挖取砂石販售，致受有損害，依民法第28條、

* 日本一橋大學法學博士，臺北大學法律學系教授。



第188條第1項及公司法第23條第2項規定，Y1應與Y2負連帶責任等情。

原審（臺灣高等法院臺中分院101年度重訴更（二）字第1號）判決駁回X1、X2、X3前開請求部分之訴，係以：「民法第28條規定……本條所加於法人之連帶賠償責任，以該法人之董事或其職員，因執行職務所加於他人之損害為限，若法人之董事或職員因個人之犯罪行為而害及他人之權利者，即與該條規定之責任要件不符，該他人殊無據以請求連帶賠償之餘地（最高法院48年台上字第1501號判例意旨參照）。本件被告Y2所為係屬刑法竊盜罪之犯罪行為乙節，已如前述，則就其犯罪行為，被告Y1公司自無須與其同負連帶賠償責任」。

X1、X2，對此不服，提起本件上訴。

爭點

本件之爭點，涉及侵權行為與不當得利，關於侵權行為部分主要在於：一、Y1公司是否應與Y2負連帶責任？二、X1、X2、X3等之侵權行為損害賠償請求權是否已罹於時效？三、若X1、X2、X3得請求侵權行為損害賠償，則損害賠償之數額如何計算？本文主要針對Y1公司是否應與Y2負連帶責任部分進行討論。

判決理由

主文：原判決關於駁回上訴人之訴及各該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。理由略以：「惟按民法第二十八條及公司法第二十三條第二項所謂執行職務或業務之執行，除外觀上足認為執行職務（業務）之行為外，在社會觀念上與執行職務（業務）有適當牽連關係之行為，亦屬之。……查砂石開採加工及買賣既為被上訴人Y1公司營業項目之一（見原審重訴更（二）字第二號卷第五九頁之健興公司變更登記表），則該公司之實際負責人即被上訴人Y2盜採上訴人所管理之土地砂石，縱已構成犯罪，然在社會觀念上能否謂與執行職務（業務）無適當之牽連關係，而不得認係執行職務（業務）之行為，自非無疑。乃原審

就此未予細究，而以Y2盜採砂石非屬執行職務（業務）為由，駁回上訴人對於Y1公司之請求，不無可議……」。

評析

壹、本判決之意義

關於法人的本質，學說上有許多討論，此也涉及到法人侵權行為能力的理論構成。採法人擬制說的話，因採代理的之觀念，而代理人僅能代理法律行為，不能代理違法行為，董事自不可為違法行為，故法人無侵權行為能力。採法人實在說的話，因對外採董事代表的觀念，代表人之所為即法人意思之所為，其合法或違法行為在所不問，故認為法人具有侵權行為能力¹。學說上通說採法人實在說，故認為法人有侵權行為能力²。

民法第28條之立法理由指出：「謹按法人之董事或職員，在執行職務之際，所加於他人之損害，究應由法人負賠償責任乎，抑應由行為人負賠償責任乎，各國於此問題，學說不一。本法認法人有權利能力，惟法人之目的，雖屬適法，而其達此目的之手段，難保無不法行為，故亦認法人有責任能力。」。

最高法院93年度台上字第1154號判決也曾指出：「我國民法採法人實在說，法人之代表人執行職務之行為，即為法人之行為，其代表人以代表法人地位為侵權行為，即為法人之侵權行為……」³，認為法人有

¹ 林誠二，民法總則新解——體系化解說（上），頁229，2012年2月3版；陳聰富，民法總則，頁103，2016年2月2版。

² 王澤鑑，民法總則，頁201，2014年9月增訂版；林誠二，同註1，頁229；陳聰富，同註1，頁103。

³ 最高法院101年度台上字第803號判決也指出：「我國民法採法人實在說，法人之代表人執行職務之行為，即為法人之行為，是其代表人以代表法人地位所為之侵權行為，即為法人之侵權行為，民法第28條規定法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任，即屬法人應負侵權行為責任之規定」。

侵權行為能力。

本件判決涉及公司之實際負責人所為之行為，構成犯罪時，在社會觀念上能否調與執行職務（業務）有牽連關係，而認係執行職務（業務）之行為。涉及民法第28條要件之討論，具有重要性，值得進一步討論。

貳、法人的侵權行為

一、侵權行為的要件

法人的侵權行為之要件，學理上一般認為需為：董事或其他有代表權之人的行為；因執行職務所加於他人之損害；具備侵權行為的一般要件⁴。以下分述之：

（一）董事或其他有代表權之人的行為

首先，必須是董事或其他有代表權之人的行為。民法第28條規定在1929年立法時原本內容為：「法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任」。1982年修正為：「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任」，成為目前規定。修法理由指出：「原條文所稱『職』員一詞，含義有欠明確，解釋上係指有代表權之職員而言。」其他有代表權之人，一般而言，可舉出法人之清算人（民法第37條、第38條）；法人之監察人（民法第51條第1項）；公司之重整人（公司法第290條）等。

關於實質董事是否符合本條要件，在學說上也有討論。陳聰富從2012年公司法修訂時新增第8條第3項關於影子董事之規定，認為：「民法第28條規定之『董事』，採擴張解釋，認為包括實質董事，而與公司連帶負責，應屬可採」⁵，值得留意。

（二）因執行職務所加於他人之損害

其次，必須是因執行職務所加於他人之損害。關於因執行職務所為之行為，王澤鑑認為：「包括因積極執行職務的行為及怠於執行職務依法律規定所應執行該職務的行為。凡執行行為與職務外或內部牽連相關的行為，均屬因執行職務之行為，不包括董事或有代表權人因個人犯罪而害及他人權利的情形」⁶。林誠二指出：「所謂執行職務，依通說及實務見解係採外觀主義，指行為人所為之行為在外觀上，足使人認為其在執行職務或與其職務有牽連關係者即可，不採主觀主義」⁷。陳聰富也指出：「所謂職務行為，包含職務上本身的行為（如銀行董事簽發票據），及與職務上有牽連的行為（如董事於簽訂契約時詐欺相對人）」⁸。

實務上，也有對於執行職務表示意見之判決。最高法院48年台上字第1501號判例認為：「民法第28條所加於法人之連帶賠償責任，以該法人之董事或其職員，因執行職務所加於他人之損害者為限，若法人之董事及職員因個人之犯罪行為而害及他人之權利者，即與該條規定之責任要件不符，該他人殊無據以請求連帶賠償之餘地」。最高法院64年台上字第2236號判例指出：「民法第28條所謂『因執行職務所加於他人之損害』，並不以因積極執行職務行為而生之損害為限，如依法律規定，董事負執行該職務之義務，而怠於執行時所加於他人的損害，亦包括在內」。另外，最高法院106年度台上字第1733號判決認為：「法人對於其董事或其他有代表權之人，因執行職務所加於他人之損害，應與行為人連帶負損害賠償責任。所謂執行職務，凡在外觀上足認為機關之職務行為，及在社會觀念上，與職務行為有適當牽連關係之行為，均屬之」。

比較法上，日本過去在民法第44條規定：「法人對於其理事或其他代理人因執行職務所加於他人之損害，負賠償之責任（第1項）。因非法人目的內之行為，有損害他人時，於表決該事項時表示贊成之社

⁴ 王澤鑑，同註2，頁201；徐婉寧，法人之侵權行為責任，月旦法學教室，第173期，頁13，2017年3月。

⁵ 陳聰富，同註1，頁104。

⁶ 王澤鑑，同註2，頁202-203。

⁷ 林誠二，同註1，頁230-231。

⁸ 陳聰富，同註1，頁104。

員、理事及實施該行為之理事或其他代理人，負連帶賠償責任（第2項）」⁹。對於「執行職務」之意義，學說上認為不僅包含從外形觀之被認為屬於執行職務之行為，代表人的意圖也想藉此為不正行為，也包含與執行職務行為有適當關連性，社會觀念上係為達成法人目的所為之行為，此判斷方式也稱為外形標準說¹⁰。

從上述我國學說與實務之介紹，可以說目前學說與實務認為「執行職務」之意義，不僅包含積極執行職務行為而生之損害行為，也包含怠於執行時所加於他人的損害；外觀上足認為機關之職務行為，及在社會觀念上，與職務行為有適當牽連關係之行為，也均屬之。此判斷方式，也與日本相同。

（三）具備侵權行為的一般要件

在要件上，最後須留意者，代表人之行為須構成民法第184條第1項前段所規定侵權行為之要件¹¹。

二、民法第28條相關討論

以下，針對民法第28條相關討論，進行說明。

（一）無權利能力社團的類推適用

首先，須注意者，乃無權利能力社團的類推適用¹²。最高法院101年度台上字第1695號判決認為：「……合夥人因經營共同事業，須有合夥代表、一定之組織、財產及活動管理機制，故於契約之外，亦同時表現團體之性質，與法人之本質並無軒輊。是以，合夥人若因執行合夥事務，侵害他人權利而成立侵權行為者，與法人之有代表權人，因執行職務加損害於他人之情形相類，其所生之法效應等量齊觀，被害人自可類

推適用民法第二十八條之規定，請求合夥與該合夥人連帶負賠償責任。」。

王澤鑑對此提及，德國學說「合夥財產公司共有原則所表現的法律自主性，及經由其執行合夥事務所體現的代表性，德國聯邦最高法院受學說影響也採肯定見解」，贊同本判決¹³。

（二）第184條責任

另外，值得留意者，法人可否作為民法第184條之行為主體，適用該條規定，近年來也受到討論。實務上，最高法院95年度台上字第338號判決指出：「又民法第一百八十四條所規定之侵權行為類型，均適用於自然人之侵權行為，上訴人為法人自無適用之餘地。民法第一百八十五條規定之共同侵權行為，亦同。至於法人侵權行為則須以其董事或其他有代表權人，因執行職務所加於他人之損害，法人始與行為連帶負賠償之責任（民法第二十八條）。若該法人之員工因執行職務，不法侵害他人之權利，則依民法第一百八十八條之規定，該法人亦須連帶負賠償責任。可否謂：民法對於侵權行為並未特別規定限於自然人，法人組織體內部自然人為法人所為之行為，不論適法或不適法行為，均應視為法人本身之行為，法人應負損害賠償責任等語，亦非無疑」，認為法人並無適用第184條侵權行為之餘地。

不過，學說也有不同見解。陳聰富主張：「在現代大型企業組織龐大、分工細膩的社會，法人構成員之活動，應直接認為係屬法人本身的行為，以免被害人對於特定加害人舉證的困難。……是以基於法人營運支配的地位及組織安排的義務，法律上應承認法人本身的侵權行為責任」¹⁴。此部分的發展，也值得進一步關注。

（三）求償權

法人賠償後對於董事等代表人是否有求償權，也引起討論。最高法院93年度台上字第1154號判決認為：「……民法第二十八條又無如同法

⁹ 2006年日本制定一般法人法（日文原文為：一般社団法人及び一般財団法人に関する法律）。同法第78條規定：「法人對於其代表理事或其他代表人因執行職務所加於第三人之損害，負賠償之責任」。同法制定後，刪除民法第44條。

¹⁰ 篠塚昭次、前田達明，新判例コンメンタル民法1，頁101-102（福地俊雄、田中通裕執筆部分），1991年9月。

¹¹ 王澤鑑，同註2，頁203；邱聰智，民法總則（上），頁293，2005年2月。

¹² 王澤鑑，同註2，頁203-205。

¹³ 王澤鑑，同註2，頁204。

¹⁴ 陳聰富，同註1，頁107-108。陳聰富，法人團體之侵權責任，臺大法學論叢，第40卷第4期，頁2087-2126，2011年12月。

第一百八十八條第三項僱用人得對受僱人為求償之規定，故法人應負全部侵權損害賠償責任，是法人之董事或有代表權之人時效完成，法人亦不得依民法第二百七十六條第二項之規定，為時效抗辯而免負或扣除該連帶債務。」。

王澤鑑也引最高法院88年度台上字第2287號判決作為參考，同判決認為：「復按農會總幹事係由理事會聘任，並秉承理事會決議執行任務，此觀農會法第二十五條第一項及第三十一條規定自明。依民法第五百三十五條、第五百四十四條第一項之規定，應以善良管理人之注意處理委任事務，農會總幹事處理委任事務有過失，致使農會受有損害，對於農會應負賠償之責」¹⁵。

陳聰富則認為：「董事或其他有代表權人與法人間之內部關係，係屬委任關係，在行為人違反注意義務，致侵害他人時，法人於賠償後，對於行為人應有求償權，而使最終責任歸於行為人承擔（第544條）。此外，依民法第280條但書規定，應由行為人負終局責任，法人對董事等代表人應有全部求償權」¹⁶。

參、與民法第188條責任之差異

1982年修法理由略以：「又本條與第一百八十八條所規定之對象不同，前者以有代表權之職員為對象，後者以一般職員為對象，法人就其有代表權之職員所加於他人之損害，無免責之規定，所負責任較重，故範圍宜小，否則第一百八十八條將鮮有適用餘地。本條修正文字『其他有代表權之人』，係指民法第一百八十八條以外具有法人代表權之職員而言，如清算人、公司之重整人等是」。

林誠二指出民法第28條與第188條在適用範圍、免責規定、責任性質、求償權依據均有不同¹⁷。

最高法院106年度台上字第2852號判決認為：「……民法第188條第

1項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，所稱之執行職務，除執行所受命令或所受委託之職務本身外，受僱人如濫用職務或利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，亦應包括在內」。延續過去最高法院91年度台上字第2627號判決：「……民法第一百八十八條第一項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為而言，即濫用職務或利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，其在外形之客觀上足認為與執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，即令其係為自己利益所為之違法行為，亦應包括在內」。對此，謝哲勝強調利用職務上之行為必須與職務有密切關聯性，主張本件下藥是利用職務上機會的行為但與職務無密切關聯性，對於最高法院判決提出批評¹⁸。

肆、檢 討

本文對於本件最高法院結論與理由均支持。理由如下：首先，在董事或其他有代表權之人的要件上，本件在高等法院判決之兩造不爭執之事項中，認定Y2於刑事案件中被認定係Y1公司之實際負責人。此部分，如同上面學理之討論，依據公司法第8條第3項關於影子董事之規定，民法第28條其他有代表權之人解釋上應包含實際負責人。

其次，關於執行職務之認定，過去最高法院48年台上字第1501號判例認為：「民法第28條所加於法人之連帶賠償責任，以該法人之董事或其職員，因執行職務所加於他人之損害者為限，若法人之董事及職員因個人之犯罪行為而害及他人之權利者，即與該條規定之責任要件不符，該他人殊無據以請求連帶賠償之餘地」。不過，董事或代表人等所為之個人犯罪行為，能否就可直接說與執行職務無關，不無可議之處。因此，仍要客觀判斷該行為與執行職務是否有適當牽連關係。此部分也與

¹⁵ 王澤鑑，同註2，頁203。

¹⁶ 陳聰富，同註1，頁106。另外，呂麗慧，論法人侵權行為之內部求償權，裁判時報，第13期，頁176-182，2012年2月，對此部分也有討論。

¹⁷ 林誠二，同註1，頁232。

¹⁸ 謝哲勝，受僱人殺人並非執行職務的行為，月旦法學雜誌，第267期，頁184-193，2017年8月；另外，關於民法第188條之討論，也請一併參見王怡蘋，僱用人侵權責任之再建構，裁判時報，第40期，頁40-47，2015年10月。

民法第188條之判斷標準一致。故本件最高法院判決認為：「縱已構成犯罪，然在社會觀念上能否謂與執行職務（業務）無適當之牽連關係」，應該可支持。

延伸閱讀



- 侯岳宏，團體協商必要資料提供之實務現況與發展，月旦法學雜誌，2019年1月。
- 侯岳宏，不當勞動行為案件中大量觀察法之運用——最高行政法院106年度判字第223號判決評析，裁判時報，2018年4月。
- 侯岳宏，支配介入之不當勞動行為，月旦法學教室，2018年2月。
- 侯岳宏，不利益待遇之不當勞動行為，月旦法學教室，2017年6月。
- 侯岳宏，教師工會團體協商之協商事項及團體協商合意後拒不簽署之問題——臺北高等行政法院104年度訴字第975號判決評析，裁判時報，2017年5月。
- 侯岳宏，中立維持義務之範圍與判斷標準——最高行政法院一〇四年度判字第338號判決評析，月旦法學雜誌，2017年4月。
- 侯岳宏，醫師適用勞動基準法：「日本法之判準」，月旦醫事法報告，2016年10月。
- 侯岳宏，臺灣團體協商制度之變動與發展——以實務發展為中心，臺北大學法學論叢，2016年3月。
- 侯岳宏，不當勞動行為救濟的基礎理論，2015年7月。
- 侯岳宏，依勞基法第八四條之一另行約定而未經核備之效力——釋字第726號解釋評析，裁判時報，2015年6月。
- 侯岳宏，法人格否認理論在臺灣與日本勞動法上之運用與發展，政大法學評論，2015年6月。



更多相關文獻，請上月旦知識庫

非律師的法律服務與公序良俗 最高法院106年度台上字第25號判決

陳榮傳*

本案事實

甲有A地，民國79年間被政府強制徵收，嗣因徵收機關未依徵收計畫使用，甲為向徵收機關申請收回A地，於87年4月1日委託乙處理相關事宜，雙方言明甲收回A地後，願以A地之二分之一作為乙之報酬。乙依法為甲收回A地，政府機關於90年7月9日將A地發還甲。乙請求甲依約移轉A地二分之一作為報酬，為甲所拒，雙方發生爭議。

首揭案例取材並改編自最高法院106年度台上字第25號民事判決及其歷審裁判（以下簡稱本案），包含第一審臺灣臺中地方法院100年度訴字第2044號判決、第二審臺灣高等法院臺中分院101年度上字第66號判決、第三審最高法院103年度台上字第41號民事判決、第二審更審臺灣高等法院臺中分院103年度上更(一)字第5號判決及第三審最高法院106年度台上字第25號判決。在本案中，雙方簽訂「委任申請收回土地契約書」，其內容包含下列各條款：

第一條：未取回土地所有權以前，訴訟費、申請手續費、律師等費用，全部由乙方負責支付。

第二條：委任期限三年。乙方取回土地方式，如有觸犯法律，均與甲方無關。

第三條：乙方在申辦收回土地業務期間，甲方不得參與，並授權乙方全權處理，由乙方直接與主辦單位行文連（聯）絡，並同意主辦單位直接知會乙方。

* 政治大學法學博士，臺北大學法律學系特聘教授。



第四條：土地若不能依法收回，甲方無須付給乙方任何費用。

第五條：土地若能依法收回，甲方須付給乙方以每平方公尺新台幣910元計算，共計新台幣2,420,600元整，作為乙方取回土地之報酬。

第六條：甲方願將取回土地之二分之一，以總價2,420,600元整讓售給乙方。過戶時，土地增值稅由乙方負責繳納。

第十一條：本案甲方只得授權委任乙方，不得另外授權他人，如有違約願負責賠償乙方損失。

爭點及雙方的主張

首揭案例及本案中之乙，其請求甲給付A地二分之一的依據，乃是上述契約第六條之約定。在本案中，甲於94年4月28日死亡，由丙繼承，丙於97年1月11日將其A地信託登記給丁，乙主張該信託行為顯然有害於乙之權利，乙自得依信託法第6條第1項規定，聲請法院撤銷，丁應將上開土地所有權移轉登記塗銷，回復為丙所有，丙、丁均予拒絕。乙乃依契約關係請求甲、丙等履行系爭協議，乙並主張丙將其A地信託登記予丁之行為，顯係以侵害乙之債權為目的之脫法行為，難謂與善良風俗無違，依民法第72條規定，彼等間之信託行為（含債權及物權行為）均屬無效。惟為簡化法律關係，本文僅就甲、乙間之法律關係，予以討論。

首揭案例中甲、乙之間的主要爭議，包含：一、系爭契約是否為承攬契約？乙的請求是否已罹於時效？二、系爭契約的內容是否違反公序良俗？上述第一個爭議，是以系爭契約的定性為基礎，其涉及事實認定，故由第一審及第二審法院予以審理；第二個爭議涉及公序良俗的具體內容，得由法律審最高法院予以認定。

壹、乙的主張

乙的請求是以系爭契約第六條為依據，並主張其已完成第五條「收回土地」之義務，而甲應為對待給付。乙之任務應於主管機關核定准予收回系爭土地，或至遲應於徵收機關通知原所有權人繳回原領取之徵收

補償費以發還土地時，即屬完成。本件內政部於89年2月3日以臺(89)內地字第8902964號函核定准予收回系爭土地；徵收機關臺中縣政府亦於89年12月29日以89府地權字第363802號函通知原所有權人應於文到6個月內繳回原領取之徵收補償費，俾發還系爭土地。故乙至遲於89年2月3日或89年12月29日，即已完成系爭契約取回土地之任務。

貳、甲的抗辯

一、甲的請求權已罹於消滅時效

系爭契約第六條所謂讓售，為一附有停止條件（以土地取回時為條件成就）之預賣條款，是契約雙方當事人尚未履行該預賣之買賣契約時，乙尚不得據稱享有請求土地移轉之權利；且兩造所簽訂之系爭「委任申請收回土地契約書」為一供給勞務給付報酬之勞務契約書，其內容係當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之承攬契約，且乙所提供之勞務有以專門智識為對價，有從速履行、盡快解決之性質，故應適用關於承攬之規定。本件甲之土地於90年6月至8月間即已陸續發還，乙自斯時起即可請求甲給付報酬，卻遲至100年8月始提起本件訴訟請求移轉土地，依民法第127條、第144條規定，其請求權已罹於時效。

二、系爭契約違反公序良俗

最高法院95年度台上字第2928號民事判決謂：「訴訟權係人民在司法上之受益權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益，不容他人從中牟取利益。故對涉訟之人，提供證據資料或允諾負擔費用，而與之約定應於勝訴後給予訟爭標的物之一部分或其價額之若干比例，即與公序良俗有違，依民法第72條規定，應屬無效。」依系爭契約第一、三、五、六條規定，乙係為甲完成收回土地之工作，如不發生收回土地之結果，則乙不得請求報酬，所支出之費用亦由其自行負擔，亦即約定乙負擔費用為甲辦理申請、訴訟以收回被徵收之土地，於收回土地後給予甲取回土地之二分之一作為報酬，衡諸上開最高法院判決自

屬違反公序良俗而無效，乙自不得請求甲給付報酬。

判決理由

壹、系爭契約的定性及乙請求權的時效問題

對於甲、乙之間上述第一個爭議，本案第一審臺灣臺中地方法院100年度訴字第2044號判決認為，系爭契約為承攬契約，而非乙主張的委任契約，而乙的承攬報酬請求權，其消滅時效至遲於92年8月時即已完成，然乙迄100年8月3日始向法院提起本件訴訟，請求甲給付上開承攬報酬，其權利行使已罹於2年時效，且甲已提出時效抗辯，從而，依據民法第144條第1項規定，甲自得拒絕給付本件承攬報酬予乙。不過，本案第二審臺灣高等法院臺中分院101年度上字第66號民事判決認為，系爭契約確為承攬契約，但乙的請求權的依據乃是買賣契約，而非承攬契約或乙主張的委任契約，故乙的請求權尚未罹於消滅時效。

茲就第二審臺灣高等法院臺中分院101年度上字第66號民事判決的相關見解，再整理如下：

一、系爭契約為承攬契約

按「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」民法第490條第1項及第528條分別定有明文。次按「民法第四百九十條第一項規定，承攬契約之承攬人，尚未完成承攬之工作，即無報酬請求權。此與委任契約之受任人，於受委託事務處理完畢，不論有無結果，均得請求報酬之情形不同。」最高法院98年度台上字第504號判決參照。又按「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」民法第98條定有明文，而系爭「委任申請收回土地契約書」之契約名稱及條文內容固使用「委任」一語，惟由其約定可知，乙係為甲完成收回土地之工作，如不發生收回土地之結果，則乙不得請求報酬，此與委任契約之受任人，

於受委託事務處理完畢，不論有無結果，均得請求報酬之情形不同；且所著重者為工作之完成，而非僅事務之處理，自屬承攬。

又於委任，「委任人因受任人之請求，應預付處理委任事務之必要費用」（民法第545條），「受任人因處理委任事務，支出之必要費用，委任人應償還之，並付自支出時起之利息。受任人因處理委任事務，負擔必要債務者，得請求委任人代其清償，未至清償期者，得請求委任人提出相當擔保。」（民法第546條第1、2項），惟依系爭契約第一條約定，乙為履行系爭契約所約定收回土地之工作，所生訴訟費、申請手續費、律師等費用，全部由乙負責支付，甲不需支付任何費用，自與上開民法關於委任之規定不合。又於委任，「受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末。」（民法第540條），惟依系爭契約第三條約定，上訴人在申辦收回土地業務期間，甲不得參與，授權乙全權處理，直接與主辦單位聯絡，並由主辦單位直接知會乙，乙並無向甲報告之義務，亦與上開民法關於委任之規定不符。足徵，系爭契約之性質為承攬契約。

二、乙請求權的時效問題

按請求權，因15年間不行使而消滅；但法律所定期間較短者，依其規定。次按承攬人之報酬及其墊款之請求權，因2年間不行使而消滅。消滅時效，自請求權可行使時起算；民法第125條、第127條第7款、第128條前段分別定有明文。另按承攬之報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之；民法第490條第1項亦定有明文。本件乙係依系爭契約第六條之約定，請求甲將收回土地之二分之一權利，移轉登記與乙取得；而非依系爭契約第五條約定，請求給付報酬款項。系爭契約第五條係就收回土地報酬之約定，第六條則係土地取回後之土地買賣之約定，亦即以「收回土地」為第六條買賣土地之「停止條件」，並以系爭契約第五條約定之報酬，作為買賣價金。故一旦乙為甲完成收回土地之工作，第六條之買賣條件即成就，乙即得依系爭契約第六條約定，請求甲將收回土地之二分之一權利，移轉登記與上訴人取得；而無須再另行訂立買賣契約。又系爭契約第六條之法律性質，既為買

賣，其請求權時效依民法第125條規定為15年，則乙於100年8月3日提起本件訴訟，自未罹於15年之請求權時效。

貳、系爭契約與公序良俗

關於系爭契約是否違反公序良俗的問題，本案第一審及第二審法院均未予以判斷，經上訴後，法律審最高法院103年度台上字第41號民事判決認為此乃重要之爭議，乃就其判斷標準提出見解，發回第二審法院，第二審更審判決認定系爭契約違反公序良俗而無效，乙再上訴，經最高法院106年度台上字第25號民事判決駁回上訴，系爭契約乃確定為無效。

一、訴訟權保障與公序良俗

最高法院就民法第72條公序良俗條款的適用，於103年度台上字第41號民事判決表示下列重要見解：「按訴訟權係人民在司法上之受益權，旨在確保人民有依法提起訴訟及受公平審判之權益，不容他人從中牟利。故未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事件，對可能涉訟之人，允諾提供服務負擔全部費用，而與之約定應於勝訴後給予訟爭標的物之一部分或其價額之若干比例為報酬，即與公序良俗有違，依民法第七十二條規定，應屬無效。」¹

最高法院認為本於系爭契約第一條至第六條之上述約定乙曾代理甲就系爭申請事件提起訴願，證人陳○亦證稱：「乙說所有的花費，不管是申請費，拜託立委的花費，他欠人家的人情，不論什麼費用我們地主都不用出錢，他自己會發落，如果土地有要回來，土地要分一半給他」；「乙幫我們向省政府、內政部陳情，包括打行政訴訟」。則倘乙並非律師，其以允諾負擔訴訟、律師等費用為甲處理收回系爭土地之一切訴訟相關事宜（包括申請、訴願、行政訴訟），約定事成後取得標的物二分之一作為報酬，獲取利益，似此情形能否謂甲所為乙是項行為違

反公序良俗應屬無效之抗辯，毫無足取，非無研求之餘地。

二、高額利潤與公序良俗

第二審更審臺灣高等法院臺中分院103年度上更(一)字第5號民事判決根據最高法院上述判決之見解，認為系爭契約違反公序良俗，並經最高法院106年度台上字第25號民事判決審核無誤。該更審判決之論述包含下列各點：

(一)系爭契約第三條、第十一條約定，甲不得參與聲請收回土地之事務（應含訴願、行政訴訟、民刑事訴訟等），且須全權授權乙處理，並由乙直接與政府機關連絡，政府機關亦直接知會乙；甲亦不得另授權他人處理系爭土地聲請收回事務（含委任律師提起訴願、行政訴訟、民刑事訴訟等），如委任他人處理時，尚需賠償乙損失。足見甲因簽訂系爭契約，僅能委任無律師資格之乙處理系爭土地聲請收回之事務；其自行訴願或訴訟，或合法委任律師提起訴願、行政訴訟、民刑事訴訟之權益，均遭限制及剝奪，亦即甲依法提起訴訟及受公平審判之司法受益權，因系爭契約而遭不合理之限制與剝奪。

(二)依系爭契約第一條、第四條之約定，甲於收回系爭土地前，無庸支付任何費用予乙，連訴訟費、手續費等亦均由乙負責支付；惟於收回土地後，甲依系爭契約第五條、第六條之約定，應按每平方公尺910元計算給付報酬予乙，並按每平方公尺910元計算之報酬，作為甲「讓售」收回土地之二分之一予乙之價金；實即甲如收回土地時，需以收回土地二分之一作為乙之報酬。足見乙係以甲於收回系爭土地前，無庸支付分文，誘使甲委任無律師資格之乙處理土地收回事務，並以系爭契約第十一條之約定，限制甲委任其他具有律師資格之人處理；再於收回土地時，以收回土地二分之一作為報酬，從中牟取高額利益。

(三)依前所述，自應認系爭契約違反公序良俗，依民法第72條規定，應屬無效，甲對乙無履行該契約之義務。

¹ 本判決之見解已為學者著作引錄，見鄭冠宇，民法總則，新學林，2018年8月5版，頁344。

實務見解及本案判決評析

壹、實務相關見解研析

一、公序良俗作為道德紅線

法律行為的妥當性，是指法律行為不得具有「反社會性」的內容，即不得違背公共秩序或善良風俗（簡稱公序良俗）²。民法第72條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」即在宣示此一意旨。公序良俗是一個不確定的法律概念，並無統一的認定標準，只能由法院在具體個案之中，依時勢推移、社會思潮、經濟狀況及地區環境等差異，綜合予以判斷。³

就範圍來說，廣義的公序良俗包含法律的規定，尤其是根據誠信原則、禁止權利濫用原則、禁止違反公益原則而制定的條文在內，狹義的公序良俗則應該排除已為法律所明文規定者。⁴依本條的立法理由所述，違反公序良俗「雖不為犯罪，然有使國民道德日趨卑下之弊」，其所以認定該法律行為無效，乃因為法律行為除不得逾越強制或禁止規定的「法律紅線」之外，也不能逾越公序良俗所形成的「道德紅線」⁵。從本條的功能在將道德標準轉化為法律行為是否有效的規範標準，以避免不道德的法律行為竟在法律上被強制履行⁶，以提高法律行為的品質的角度言⁷，對於違背已經「法律化」而成為強制或禁止規定的道德標

準的行為，例如賭博、通姦、剽竊、詐欺或違約等⁸，實應直接認定其欠缺合法性，而不必論斷其妥當性的問題。⁹

二、公序良俗與強行規定

民法第72條的「公序良俗」，乃是不確定的法律概念，並作為法律行為是否無效的標準。違反公序良俗，通常即指違反國家社會一般利益及道德觀念而言，故違反公序良俗的行為，可說是「合法，但不妥當」的行為。法律行為是否違反公序良俗，應由法院於具體個案中，斟酌法律行為之內容、附隨情況、當事人之動機、目的及其他相關因素綜合判斷之。¹⁰附條件之法律行為之是否有背於公序良俗，應就該法律行為及所附條件本身以為判斷之依據；至附條件之法律行為當事人，為使條件成就所為之行為，縱有背於公共秩序或善良風俗，於法律行為之效力，不生影響。¹¹

根據上述立場，依民法第72條認定為無效的法律行為，應僅指「未違反強制或禁止規定，但違反公序良俗」的情形，如果當事人所違反的道德規範，已經成為法律的強制或禁止規定，就應認為屬於民法第71條的適用範圍，即原則上無效，如法律並不使其無效而規定為得撤銷者，例如暴利行為（民法第74條）及被詐欺或脅迫的法律行為（民法第92條），都違反廣義的公序良俗，但民法都已設有明文規定，其是否有效

² 陳榮傳，法律行為，三民，2010年4月，頁20。

³ 特定的行為是否違反公序良俗的問題，往往因時、因地而異，最常見的是關於賭博、同性伴侶、變性手術、提供性服務等爭議。

⁴ 民法第72條是關於法律行為不得違反道德規範的概括條款，關於本條的規範功能及性質，可參閱王澤鑑，民法總則，自版，2018年7月增訂8版，頁326；邱聰智，民法總則（上），三民，2005年2月，頁601-604。

⁵ 陳榮傳，法律行為，三民，2010年4月，頁21。

⁶ 陳自強，契約之成立與生效（三版），元照，2014年2月，頁185。

⁷ 民法第72條僅是在避免法律行為成為違反道德的工具，而非在積極倡導依道德而為行為。關於公序良俗條款的功能變遷，請參閱蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為——從德國民法§134的理論與實務操作看我國民法§71，民法經濟法論文集（一），自版，1988年10月，頁121。

⁸ 最高法院69年台上字第2603號民事判例關於違反禁止頂讓的約定，是否違反公序良俗的問題認為：「民法第七十二條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言。本件被上訴人雖違反與某公司所訂煤氣承銷權合約第六條規定，以收取權利金方式頂讓與第三人，但究與國家社會一般利益無關，亦與一般道德觀念無涉，尚不生是否違背公序良俗問題。」

⁹ 最高法院85年度台上字第136號民事判決有類似之見解。

¹⁰ 最高法院83年度台上字第1530號判決認為，法律行為是否違反公序良俗，個案中應就法律行為之內容、附隨情況以及當事人之動機、目的與其他相關因素綜合加以判斷，並進一步呈現於判決理由中。

¹¹ 參照最高法院88年度台上字第1906號民事判決：「對於系爭債務承擔契約附有『某人獲不起訴處分』之停止條件的情形，由於該條件本身似與國家社會一般利益及道德觀念無違，不論當事人以何種方法使某人獲不起訴處分，均不影響系爭債務承擔契約之效力。」

即應依各該規定（僅得撤銷），而不得認其依民法第72條為無效。¹²在訂立提供「性服務」或互為性伴侶的契約，如係有配偶者與其配偶以外的第三人所訂立，乃屬以從事刑法所禁止的通姦行為為內容的契約，應依民法第71條認定其為無效；如係無配偶的男、女朋友之間所訂立者，該契約即非為法律所禁止，但如認定其為傷風敗俗的契約，即不妨依民法第72條認定其為無效。¹³

三、未違反公序良俗的法律行為

建造房屋等事實行為，並無本條之適用，當事人不得主張建造房屋之行為有背公共秩序，而為無效。¹⁴因違反公序良俗而依本條為無效者，乃是法律行為本身，至於法律行為的動機違反公序良俗，例如為在聯合考試中作弊而租用無線通訊設備，並不適用本條。但如動機已表示於外部或已提升為法律行為的一部時，例如明言是要經營賭場或應召站，而以高於市場行情之高價租賃房屋，仍應認為其法律行為違反公序良俗，故屬無效。¹⁵

在私法自治的前提下，由於公序良俗並非內容確定的法律概念，實務上不宜動輒以牴觸公序良俗為理由，而否定法律行為之效力。實務案例認為法律行為未違反公序良俗時，通常未再就公序良俗的內容詳為說明或認定，但從法律發展的角度言，此等行為仍可編織出公序良俗的輪廓，故亦值得關注。

本文作者所見未違反公序良俗的法律行為，至少包含下列各種：(一)當事人所訂定的僱傭契約中，約定任何一方均得於1個月前以書面通知

對方終止僱傭關係的條款；¹⁶(二)配偶雙方在結婚前訂立合約書，約定兩造結婚後，辦理入籍手續日起2個月內，一方應將系爭田地贈與他方，作為結婚之條件；¹⁷(三)僱主恐其員工離職後洩漏其工商業上，製造技術之秘密，乃於其員工進入公司任職之初，要求員工書立切結書，約定於離職日起2年間不得從事與公司同類之廠商工作或提供資料，如有違反應負損害賠償責任；¹⁸煤氣公司與煤氣承銷商約定，其煤氣承銷權不得以收取權利金方式頂讓與第三人。¹⁹

四、違反公序良俗的法律行為

法律行為因違反公序良俗而被定為無效者，乃是私法自治的例外，故法院認定時宜具體指出系爭公序良俗的具體內容。公序良俗如作為系爭法律行為是否有效的具體判斷標準，其具體內容的性質，亦屬民事法源（民法第1條）的一種，其相關爭議或問題即非事實問題，而是法律問題，並屬法律審法院的審查範圍，故得上訴至最高法院。

最高法院在裁判實務上，曾認定某些行為違反公序良俗，例如：(一)旅行業者印就之定型化旅行契約，其中所附旅行業者就其代理人或使用

¹⁶ 最高法院88年度台上字第1356號民事判決。

¹⁷ 此種行為係以維持正當之婚姻關係而為贈與，即與為求繼續不正常之男女關係，以遂私慾，始為贈與者，迥然有別，應無悖公序良俗。參照最高法院83年度台上字第1530號民事判決。

¹⁸ 此種競業禁止之約定，附有2年間不得從事工作種類上之限制，既出於員工之同意，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定有效。參照最高法院75年度台上字第2446號判決。

¹⁹ 最高法院69年台上字第2603號民事判例。在本判例中，「甲經營新成煤氣行及分裝場，向乙購買每月一千公斤之煤氣配售量權利，但自六十五年一月一日起至六十七年六月底止，權利金分文未付給乙，乙乃起訴請求給付，但甲抗辯其未與乙訂約，且煤氣轉讓有違公序良俗，依法無效。最高法院指出：民法第七十二條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及一般道德觀念而言。本件煤氣承銷權不得以收取權利金方式頂讓與第三人，雖為瑞華企業股份有限公司與被上訴人間所訂之『瑞華企業股份有限公司分銷商承銷液化石油氣合約』第六條第十二款所規定。但既與國家社會一般利益無關，亦與一般道德觀念無涉。違者不過發生依同合約第七條規定予以警告、減供、停供或終止合約問題而已，不生是否違背公序良俗問題。」

¹² 實務上認為被脅迫所為的意思表示，並無違反公序良俗的問題。參考最高法院60年台上字第584號民事判例。

¹³ 實務上未為此種區別，故最高法院65年台上字第2436號民事判例謂：「上訴人為有婦之夫，涎被上訴人之色，誘使同居，而將系爭土地之所有權移轉登記與被上訴人，復約定一旦終止同居關係，仍須將地返還，以資箝制，而達其久佔私慾，是其約定自係有背善良風俗，依民法第七十二條規定應屬無效，上訴人依據此項約定，訴請被上訴人移轉系爭土地之所有權殊非正當。」

¹⁴ 最高法院81年度台上字第315號民事判決。

¹⁵ 施啟揚，民法總則，自版，2005年6月6版，頁206。

人之故意或過失不負責任之條款，因旅客就旅行中之食宿交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違；²⁰(二)夫妻間為恐一方於日後或有虐待或侮辱他方情事，而預立離婚契約者，其契約即屬幾近兒戲；²¹(三)當事人在離婚協議書中記載願拋棄對他方婚姻之撤銷訴權，以換取未到期本票之給付請求權，難謂係純屬個人財產權之約定而未違背善良風俗；²²(四)配偶之間協議，一方接受他方每月給付之一定金額，作為忍受他方與第三人同居之精神痛苦的彌補，並承諾永不追究者，係約定以金錢交付與他方配偶，取得他方配偶同意其繼續維持不正常關係，係屬違背公序良俗；²³(五)養子於養父母健在時，急不暇擇，預行立約剝奪養母之應繼分，擅自瓜分豆剖，冀便私圖，其契約雖載明該約俟養父百年後始生效力，似此矇父欺母，喪心昧良而訂定之契約，衡諸我國崇尚孝悌之善良風俗，即屬有違；²⁴(六)甲、乙於民國89年8月10日結婚，婚後夫妻感情原本融洽，詎乙於98年年初起與不明男士同居，不理家務，離家出走，甲年老體邁無力找尋，經報案已將乙列入大陸地區人民行方不明人口案件協尋，嗣甲、乙於96年8月29日成立調解，同意分居，約定甲同意於乙依法取得中華民國身分證並經通知時，如有須甲配合簽字或繳交文件者，甲應配合乙辦妥取得身分證之程序，則上開調解違反婚姻本質，乙以取得中華民國護照為婚姻唯一之目的，該調解違反公序良俗；²⁵(七)甲男與乙女簽立切結書，略謂：乙所懷係私生子，慎重提醒宜予墮胎，未婚生子對任何家庭都是傷害，若乙堅持產下，以後一切扶養責任自行負責等語，但未婚生子並非墮胎法定要件，教唆墮胎之系爭切結書之約定違反公序良俗。²⁶

²⁰ 最高法院80年度台上字第792號民事判決。

²¹ 最高法院50年台上字第2596號民事判例。

²² 最高法院80年度台上字第12號民事判決。根據同一道理，當事人對於個人自由以法律行為予以限制的情形，例如已達結婚年齡者立約自願終身或於10年（或一定之期間）內不結婚、不信宗教者，均可認為其內容違背公序良俗。

²³ 最高法院87年度台上字第886號、87年度台上字第1849號民事判決。

²⁴ 最高法院46年台上字第1068號民事判例。

²⁵ 最高法院99年度台上字第2290號民事判決。

²⁶ 最高法院102年度台上字第726號民事判決。

貳、本案判決的省思

一、私法自治與公序良俗

本案的各審判決，對於首揭案例中甲、乙的各項爭議，均有相當之論述，值得肯定。但應注意的是，乙為甲提供服務並支出相關費用，在未違反法律上強制或禁止之規定的情形下，即以內容不確定的公序良俗為標準，認定系爭契約為無效，是否符合私法自治的原則，仍有待商榷。第二審更審判決的主要理由，似係：(一)乙無律師資格，(二)系爭契約具有排他性，排除甲自行訴願或訴訟，或合法委任律師之權利，(三)乙以甲無庸支付分文，誘使甲委任無律師資格之乙處理土地收回事務，(四)乙於甲收回土地時，收回土地二分之一作為報酬，從中牟取高額利益。此等理由，如果個別在法律上予以判斷，均尚不致於使契約無效，在本案卻全部被含括在「公序良俗」之中，而使不確定的法律概念對契約發生毀滅性的效果，從法律適用的角度言，頗有三思的必要。

值得注意的是，最高法院在103年度台上字第2036號民事判決中，就公序良俗的標準指出：我民法並非容認個人意思之絕對自由，必在與社會國家之存在及其發展所必要之一般秩序與吾人立身處世之道理、法則暨社會道德相符，且不反於社會妥當性或正當性之限度內，始容許私法自治之原則。惟民法第72條所稱之「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效」，係指法律行為之標的，亦即法律行為之內容（當事人因該法律行為所欲使其發生之事項），與上開秩序、道理、法則暨社會道德不相容，顯然悖離社會之妥當性，或帶有反社會性之動機經表現於外而成為法律行為標的之一部，或與其結合之法律行為，有助長反社會行為實現之具體危險，而為相對人有預見之可能者而言。

就民法第72條的適用，最高法院在103年度台上字第2036號民事判決更指出：民法關於「公序良俗」之規定，一為對私法自治之限制；他則係重建契約自由與維護憲法基本價值之工具，為落實「公序良俗」所蘊含憲法基本權之意涵，凡法律行為涉及生存等基本權之事項，自須兼顧締約雙方處境之優劣及該基本權是否被重大侵害而反於社會性，始得展現其真正意義。因此，審判法院於透過該「公序良俗」之抽象、概括

規定，調整當事人之自治領域，檢視法律行為是否為無效時，除斟酌法律行為之內容、附隨情況、當事人之動機、目的等在該時、空環境下，是否符合首揭秩序、道理、法則、道德觀念及社會妥當性外，尚應就法律行為之內容涉及生存等基本權者，並將當事人之一方是否在經濟、學識、經驗等處於嚴重劣勢？及該法律行為之成立，是否將對其基本權造成重大之損害而反於社會性等其他相關因素考量在內，以綜合判斷之。否則，即難謂有該條所定「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效」之適用。

相對於上述說明，本案法院幾乎集中於訴訟權保障的抽象原則及乙無律師資格的事實，而否定甲、乙關於法律服務的契約的效力，理由似嫌薄弱。

二、訴訟權與報酬約定

本案系爭契約涉及甲收回土地的相關服務及報酬的約定。乙非律師，依法是否不得為之？前此在實務上，已有非律師，而與當事人協議，就其與訴訟有關的事項，例如協助委任適當的律師、擬定訴訟相關策略，並親自出庭作證或為其他相關之安排，而與當事人協議在勝訴之後，應給付訴訟標的一半作為報酬，並發生此類協議是否有效之爭議者。

在最高法院95年度台上字第2928號民事判決中，被上訴人甲之夫死亡後，其夫與前妻所生之子女丙否認甲有繼承權，上訴人乙為其夫之女婿，知悉甲與其夫結婚之事實，遂於民國86年4月28日與甲簽立契約書，約定由乙幫甲找律師及證人出庭，甲於獲得勝訴判決並取得其夫之遺產後，應將其繼承土地二分之一移轉登記與乙所有。後來甲、乙就系爭契約之有效性發生爭議，乙主張系爭契約合法有效，甲抗辯乙出庭作證，係盡國民之義務，協助法院發現真實，其以此要求伊給付報酬，有悖公共秩序與善良風俗，且屬權利濫用，乙僅協助甲取得遺產，即可取得甲繼承遺產之一半，報酬過高，有失公平。

最高法院在95年度台上字第2928號民事判決中指出：「按訴訟權係人民在司法上之受益權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平

審判之權益，不容他人從中牟取利益。故對涉訟之人，提供證據資料或允諾負擔費用，而與之約定應於勝訴後給予訟爭標之物之一部分或其價額之若干比例，即與公序良俗有違，依民法第七十二條規定，應屬無效。」²⁷甲、乙約定乙為甲在確認繼承權存在之訴找律師並作證，且提供其他證人資料，分擔二分之一律師費用，甲於勝訴判決取得遺產時，應將其取得遺產二分之一移轉登記與乙，原審判決認為作證為國民之義務，乙如經法院傳喚必須據實陳述，法院亦會追問在場尚有何人在場見聞，乙以作證義務，要求甲於獲勝訴判決時給付高額報酬，有違國家社會一般利益，及道德觀念，且有背於公共秩序及善良風俗，依民法第72條規定應屬無效，此項結論經最高法院於本判決予以維持。

三、合理報酬與公序良俗

最高法院95年度台上字第2928號民事判決及103年度台上字第41號民事判決，均認為系爭契約涉及人民的訴訟權保障，「不容他人從中牟利」，「故未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事件，對可能涉訟之人，允諾提供服務負擔全部費用，而與之約定應於勝訴後給予訟爭標之物之一部分或其價額之若干比例為報酬，即與公序良俗有違。」

不過，上述二個判決中的甲，都得到不具律師資格的乙的服務與協助，使其訴訟權及實體權利獲得保障，並實現個案的正義，甲在訂約之前，認為其權利保障的難度甚高，費用成本難以負荷，而乙適時伸出援手，提供協助，在兩相情願的情形下，訂定系爭契約。以最後的結果而論，甲如委任律師處理，能否獲得相同的結果，實未可知；委任的律師將索取的費用及報酬，究竟較低或較高，也有待探究。

在法律未限制其須有律師資格始得辦理，從而禁止非律師之人辦理，甚至為法律上容許非律師亦可代為處理的情形下，如只因為其屬於律師可辦理的範圍，法院即以違反公序良俗為理由，認定系爭契約為無效，究竟是保障人民的訴訟權，或坐令當事人因無法負荷相關費用，或不願承諾更高之報酬，而承受正義無法實現的不利益，頗值得探究。

²⁷ 本件判決似已成為實務見解的代表。王澤鑑，民法總則，自版，2018年7月增訂8版，頁330；陳聰富，民法總則，元照，2014年12月，頁246。

當然，首揭案例的乙如為律師，其與甲之間的報酬約定，也受法律之限制。因為律師法第34條規定：「律師不得受讓當事人間係爭之權利。」第37條規定：「律師不得違背法令、律師規範或律師公會章程，要求期約或收受任何額外之酬金。」律師與當事人約定的報酬，在「前金」之外得否再約定「後酬」或「後謝」的問題，因法律並無明確限制，至多只是違反公序良俗的問題。²⁸律師倫理規範第35條規定：「律師應對於委任人明示其酬金數額或計算方法。」「律師不得就家事、刑事案件或少年事件之結果約定後酬。」根據此一規定，律師關於「後酬」的約定已基本上符合公序良俗或法律規定，但法務部認為如其約定構成「受讓當事人間係爭之權利」，仍為法律所禁止。²⁹

首揭案例的乙與甲的約定，顯然是「受讓當事人間係爭之權利」。不過，律師法第34條的禁止規定，基本上僅適用於律師，除非將其解釋為對所有受委任處理法律事務之受任人，均有其適用，否則，仍難以「律師尚且不得為之，何況是非律師之一般人！」，而認為乙當然亦不得為之。由於甲、乙之間是基於私法自治而為報酬之約定，如否認其效力，實應有具體而明確之理由，徒憑「從中牟利」或「牟取高額利益」一語而認定其違反公序良俗，似有不足。

四、非律師的法律服務或資助

律師法第48條第1項規定：「未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事件者，除依法令執行業務者外，處一年以下有期徒刑，得併科新台幣三萬元以上十五萬元以下罰金。」本條項以辦理「訴訟事件」為構成要件，乃為防止非律師不法執行律師職務牟利或從事詐騙活動，破壞司法威信，其中所謂「訴訟事件」，包含民事、刑事及行政訴訟事件，而

刑事非單指具體刑事案件繫屬法院後之各審刑事審判事件，亦及於起訴前告訴、偵查階段，所謂訴訟事件，係指民事、刑事及行政訴訟事件，至於未取得律師資格者，依法令辦理非訟事件，避免枉遭處罰，乃增列「除依法令執行業務者外」十字，以資明確。而非訟事件則指非訟事件法中之民事、商事非訟事件而言。未具律師資格者，固不得為他人辦理前述民事、刑事及行政訴訟之行為，惟為他人辦理非訟事件，仍非法所不許；然所謂非訟事件，揆諸前述立法理由，係指非訟事件法中所指之無訟爭性之民事及商事事件而言，而非訟事件法所指之非訟事件，就民事非訟事件而言，係指登記事件、財產管理事件、法人監督及維護事件、出版、拍賣及證書保存事件、監護及收養事件、繼承事件等，而商事非訟事件則指公司事件、海商事件、票據事件等而言，而不包括民事訴訟法所定關於支付命令之督促程序。

值得注意的是，首揭案例的乙如未違反律師法上述規定，甲、乙之間的系爭契約，對於甲的訴訟權實際上並無影響，是否應認定其違反公序良俗，頗值得商榷。因為系爭契約包含數個面向：乙無律師資格、契約具排他性、報酬太高；訴訟權保障涉及的是前二個面向，而甲、乙真正爭執的其實是第三個面向。法院針對第三個面向，似宜依據民法第74條的暴利行為規定，減少甲的給付數額，而非認定系爭契約無效。³⁰因為在國際間，由當事人以外之第三人，透過合作或資助契約，而為一方當事人委任律師、支付律師費及其他費用，而該當事人承諾在爭端解決後，以標的之一定比例作為報酬的「第三方資助」（Third Party Funding），不僅其協議普遍被認為有效，此種合作或資助之方式，在有些國家甚至已發展成為重要的產業。³¹我國法院上述實務見解在態度

²⁸ 學者認為「後謝」的約定，並不違反公序良俗。王澤鑑，民法總則，自版，2018年7月增訂8版，頁329註65。

²⁹ 法務部106年10月23日法檢字第10604528660號函謂：律師法第34條規定所稱「權利」，凡屬系爭標的有關權利均在規範之列，訴訟終結後之受讓，除依其情形可認與受任代理訴訟無關外，仍不得受讓當事人間系爭權利，倘律師與當事人約定後酬係以勝訴後系爭標的之一部或一定比例作為酬金，即與受讓權利無異，難謂與前述規定無違。

³⁰ 暴利行為的本質固然違反公序良俗，但民法第74條已為明文規定，適用上即依其定，而無庸再考慮違反公序良俗之問題。包攬訴訟契約如被認為構成暴利行為，即可逕依其規定撤銷或減少報酬額，訴訟上亦無必要以其違反公序良俗，而認為無效。陳榮傳，法律行為，三民，2010年，頁21。相關討論，可參閱吳從周，論暴利行為：兼評最高法院103年度台上字第2445號判決，臺大法學論叢，第47卷第2期，2018年6月，頁895-898；黃立，論公序良俗與暴利行為，政大法學評論，第41期，1990年6月，頁183-184。

³¹ 第三方資助在國際仲裁的運用及比較法上的觀察，可參閱Lisa Bench Nieuwveld

上似過度保守。

訴訟權的保障，其實就是鼓勵當事人以訴訟的方式解決爭端，追求個案的正義³²。對於首揭案例中甲的權利保護或正義之實現而言，甲、乙之間的系爭契約，不僅未侵害甲的訴訟權，更是乙的訴訟權實現的重要助力。乙雖無律師資格，如其服務未踩到律師始得為之的法律紅線，卻能整合專業團隊及各種資源，對甲提供符合契約本旨的服務，似無必要認定其為無效。此外，認定其有效的結果，可課予乙必要的注意義務，在其因故意或過失致甲受損害時，使甲得依契約請求損害賠償，對甲而言似更有保障。

首揭案例中的乙對於甲的案件進行「投資」，依系爭契約可能血本無歸，也可能獲得甲取回土地的二分之一，其投入的具體成本及風險，如無法正確評估，似不宜遽認為其「牟取高額利益」。

結論

公序良俗乃是不確定的法律概念，其具體內容因時間、地域及相關法制的不同，而有差異，法院援引公序良俗而認定法律行為無效時，宜具體說明其內容，並接受法律審法院的審查。前述最高法院裁判關於公序良俗概念的闡釋，對於法律概念的建構均具有重要意義。首揭案例中的乙對於甲的案件進行「投資」，如其行為並未違反律師法，也未以不當方法打通關節，在其完全無違法性顧慮的情形下，實不宜以未見具體

說明其內容的公序良俗，否認其有效性。乙是否「牟取高額利益」的問題，似宜依社會及商業之觀念，予以判斷，由於乙依系爭契約可能血本無歸，也可能獲得甲取回土地的二分之一，其投入的具體成本及風險，均應予以具體提出，始得正確評估其是否「牟取高額利益」。首揭案例的法院未具體說明認定標準，遽認為乙的行為是「牟取高額利益」，本文以為並非妥適；即使乙的行為確屬「牟取高額利益」，本文以為法院應考慮者，乃是依民法第74條關於暴利行為之規定，決定撤銷該法律行為或另定甲應給付的合理內容及數額，其援引公序良俗而完全否定其效力之見解，實有再商榷的必要。

延伸閱讀

- 陳榮傳，非律師的法律服務與公序良俗——最高法院106年度台上字第25號民事判決，裁判時報，2019年2月。
- 陳榮傳，非取締規定的自治條例——最高法院105年度台上字第1840號民事判決，裁判時報，2018年12年。
- 陳榮傳，大樓屋頂加蓋的增建物，月旦法學教室，2018年5年。
- 陳榮傳，不真正的袋地、準袋地，月旦法學教室，2017年4年。
- 陳榮傳，涉外認領的成立、效力與親權問題，月旦法學教室，2017年1年。
- 陳榮傳，海事優先權在國際私法的定性——最高法院一〇四年度台上字第二一九七號民事判決評釋，月旦法學雜誌，2017年1年。
- 陳榮傳，概括最高限額抵押權的認定，月旦法學教室，2016年10年。
- 陳榮傳，載貨證券的涉外約款，月旦法學教室，2016年6年。
- 陳榮傳，不動產物權行為的無因性——最高法院一〇四年度台上字第一四〇二號民事判決評釋，裁判時報，2016年2年。
- 陳榮傳，不問祭祀問繼承——祭祀公業和釋字第728號解釋，月旦法學雜誌，2015年8年。

& Victoria Shannon Sahani, Third-Party Funding in International Arbitration, 2nd ed. (Kluwer Law International, 2017), 中文文獻可參考廖崇歲，第三方資助仲裁之研究，頁29-41（臺北大學法律學系107年度碩士論文）。

³² 人民訴請法院救濟之權利，乃訴訟權保障之核心內容，人民透過訴訟程序實現權利與救濟權利之路，亦受憲法第16條之保障（釋字第243號及第396號解釋參照）。對於人民起訴前之訴訟權保障，包含排除或減輕人民之訴訟費用負擔，避免人民因訴訟費用之門檻而怯於起訴，近來也受到學者之重視。請參考張文郁，淺談法律扶助和訴訟救助之關係，法律哲理與制度（公法理論）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，元照，2006年1月，頁395；沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟，臺大法學論叢，第34卷第5期，2005年9月，頁207、235。

- 陳榮傳，外國破產宣告在內國的效力，月旦法學教室，2015年8年。
- 陳榮傳，外國公法在涉外民事得否適用？，月旦法學教室，2015年1年。
- 陳榮傳，無邦交國家的電匯款返還之訴——國際私法的觀點，月旦法學雜誌，2014年10年。
- 陳榮傳，不便利法庭原則宜謹慎適用，月旦法學教室，2014年8年。
- 陳榮傳，公寓大廈管理條例與民法新舊條文的適用關係，月旦法學雜誌，2014年3年。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



政府「悔標」的違法性

最高法院103年度台上字第976號判決

陳榮傳*

本案事實

甲直轄市政府有A地，於98年12月24日，就A地以公告底價年租金新台幣（下同）2,327,000元、租期4年，作為臨時路外停車場使用，辦理公開招標，由乙公司依上開金額得標。乙公司標得A地，原擬經營停車場使用，惟A地雜草叢生、碎石繁多，為整理A地，經徵得甲同意暫緩計租45日，甲旋於99年4月6日函知乙公司繳納履約保證金及辦理簽約手續，並附上租賃契約，載明租賃期間自99年2月18日起至103年2月17日止，乙公司即以定期存單設定質權之方式，繳納履約保證金100萬元。嗣於99年5月5日因地層下陷，致A地未整修完畢，乙公司再請求展延起租日，將租賃期限改為自99年4月20日起至103年4月19日止。惟因甲受理A地租賃過程屢獲附近居民抗爭，以致於縣市合併後，甲尚未於租賃契約上用印，亦不同意辦理系爭土地簽約事宜。乙公司起訴，請求法院命甲為同意簽約之意思表示。

甲拒絕簽約，主張A地乃屬學校用地，有特殊用途（為學校預定地），依都市計畫法第37條、第38條、都市計畫公共設施用地多目標使用辦法第3條第5款規定，應僅能為非營業性之臨時使用，然乙公司承租A地係作為營利停車場之用，應屬違反都市計畫法之強制規定而無效。又A地鄰近學校用地，乙公司經營大型車輛停車場考量當地居民生命、財產、出入安全、安寧等公共利益因素，是否出租A地，其妥當性確有檢討必要，另為防止公益危害，參酌行政程序法第123條第5款規定，伊

* 政治大學法學博士，臺北大學法律學系特聘教授。



得拒絕與乙公司簽訂租賃契約。

爭點

本案的爭點，是甲有無與乙公司訂約的義務？即乙公司對甲有無請求訂約的請求權基礎？對於此一問題，乙公司主要的依據，是甲公告的投標須知第16條約定：「得標廠商應於決標之日起十日內洽本府財政處開具租金繳納通知單，於規定期限內至本府指定經收銀行繳納後辦理租賃契約……」，故認為乙公司得標時，甲即負有與其簽訂租賃契約之義務。甲未否認本條之約定內容，但認為A地屬學校用地，依都市計畫法第37條、第38條、都市計畫公共設施用地多目標使用辦法第3條第5款規定，僅能為非營業性之臨時使用，不得作為營利停車場之用，故甲及乙公司約定就A地訂定之租賃契約違反都市計畫法之強制規定，依民法第71條規定而無效。雙方對於租賃契約違反都市計畫法之規定，並未爭執，但對該租賃契約是否因而無效，仍有爭執，故主要之爭點，為該租賃契約違反之都市計畫法之規定，是否為民法第71條之「強制禁止規定」？

判決結果及理由

以上案例事實，係改編整理自最高法院103年度台上字第976號民事判決及其下級審之裁判，本案涉及政府及私人企業之間的契約，當事人一方為直轄市政府，另外一方為私人企業，雙方對於本案的爭點，並不爭執其性質為公法或私法，因此並未發生審判權或管轄權的爭議。

就實體的結論而言，三級法院的判決（臺灣高雄地方法院100年度訴字第1578號民事判決、臺灣高等法院高雄分院101年度上字第133號判決、最高法院103年度台上字第976號民事判決），一致認為乙公司的請求為有理由，甲市政府應依據投標須知的約定，與乙公司簽訂租賃契約，並履行該租賃契約。上述判決的理由，均認為乙公司得依投標須知第16條，請求甲簽訂租賃契約，且都市計畫法相關規定的性質，乃是取

締規定，而非效力規定，故A地之租賃契約依民法第71條規定，亦非無效。此項結論並無不當，各級法院於判決中對各相關問題的論述，均未偏離司法實務的一貫立場，相當難得。茲就其所涉及之問題及見解，再整理如下。

壹、招標及投標行為的性質

本案的當事人之一為甲直轄市政府，其就A地招標及乙投標的行為，在法律上的性質及效力，頗值得注意。最高法院103年度台上字第976號民事判決指出：「契約成立後，基於契約之拘束力，除當事人同意或有解除、終止原因外，不容一造任意反悔毀約。本件系爭土地為學校用地，上訴人將系爭土地作為臨時路外停車場使用出租，辦理公開招標，由被上訴人得標，兩造成立招投標契約，上訴人依系爭投標須知第十六條之約定，負有簽訂租賃契約之義務」。「本件之招投標行為係以私法上租賃之權利義務作為標的，非屬行政契約，上訴人自不得根據行政程序法第一百四十六條第一項之規定，調整契約之內容或終止契約」。

關於甲、乙之間的法律行為，臺灣高雄地方法院100年度訴字第1578號民事判決有下列詳細的說明：按契約自由原則，係指當事人得依其自主決定，經由意思合致而規律彼此間之私法契約關係，是法院本於私法自治、契約自由之原則，除有特別情形應由法院介入排除契約效力外，自應尊重當事人締結契約之自由。惟按各項工程承攬或採購案之公開招標公告，應認係招標者為將來訂立工程承攬或採購契約（即「本契約」）之預約所為之要約引誘，投標者之投標為該預約之要約，經招標者宣布得標者，即對投標者之要約為承諾意思表示，雙方對於招標預約之條款意思表示一致時，該預約即為成立，招標者與得標者均受該預約條款之約束，並負有訂立本契約之義務，此與契約自由原則並無相悖。

依據系爭投標須知第16條規定：「得標廠商應於決標之日起十日內洽本府財政處開具租金繳納通知單，於規定期限內至本府指定經收銀行繳納後辦理租賃契約……」，顯認決標後原告與被告所成立者當係招標契約，原告即得標人僅取得與被告訂立系爭土地租賃契約之權利，必原

告與被告另行簽訂系爭土地之租賃契約，其租賃關係始行發生（最高法院84年度台上字第848號民事判決意旨參照）。且參諸前開說明，原告得標時，招標人即被告及得標人原告，有依投標須知簽訂租賃契約之權利及義務之契約，即原告所取得者係與被告訂立租賃契約之權利，被告則負有與原告締約之義務。兩造間成立系爭招標契約之法律關係，依據系爭投標須知第16條規定，被告當負有與原告簽訂有效成立租賃契約之義務。

貳、租賃契約與都市計畫法

在首揭案例中，甲的招標及乙投標的行為，其目的在使乙就A地取得與甲訂定租賃契約的權利，故租賃契約的訂定乃是甲招標及乙投標行為所成立的預約的標的。甲直轄市政府抗辯其與乙公司就A地訂定租賃契約，違反都市計畫法第37條、第38條之規定，依民法第71條規定為無效，乃是指該預約因其標的違法而無效。

都市計畫法第37條規定：「其他行政、文教、風景等使用區內土地及建築物，以供其規定目的之使用為主。」第38條規定：「特定專用區內土地及建築物，不得違反其特定用途之使用。」依上述規定，就經依都市計畫法編定特定用途之使用區內之土地，不得再為異其編定用途之使用。甲面臨的關鍵問題，是該租賃契約是否違反都市計畫法上述規定？如果違反，究竟是違反取締規定或效力規定？即上述規定究竟為取締規定或效力規定？

參、取締規定與效力規定的判斷標準

對於上述問題，最高法院103年度台上字第976號民事判決就系爭法條的屬性，詳述其判斷標準如下：查國家為維持社會秩序、增進公共利益、確保人民福祉及貫徹政府政策，在不違反憲法第23條之比例原則下所制定之行政法規，其規範內容若在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而屬於民法第71條前段所稱之「禁止規定」者。倘權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交

易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力者，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。

肆、都市計畫法第37條、第38條的性質

關於都市計畫法之立法目的，第二審的臺灣高等法院高雄分院101年度上字第133號判決也有下列深刻的論述：都市計畫法制定之目的在於改善居民生活環境，並促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展，都市計畫法第1條定有明文，而停車場法第11條第1項立法意旨係為考量都市計畫範圍內非供停車使用之土地，在未使用期間受都市計畫土地使用分區管制之限制，不能有效使用土地資源，殊為可惜，爰核定都市計畫範圍內無法設置停車場之土地得作為臨時路外停車場之特別規定。因此，兩者皆隱含對土地使用作合理規劃之意，若將經核定於使用期間設置臨時停車場之行為，認為違反都市計畫法第38條之規定，解釋為無效，持續將土地閒置或低度利用，造成交通壅塞、停車空間不足等現象，豈能達成都市計畫法改善環境之立法目的。審酌法律行為之內容及所導致之結果，將都市計畫法第37條、第38條解釋為取締規定，當不至於破壞都市計畫法之立法目的。

最高法院103年度台上字第976號民事判決根據上述判斷標準，也認為都市計畫法第37條、第38條為取締規定，並無民法第71條之適用，其論述內容如下：兩造上述招投標之行為，雖違反都市計畫法第37條、第38條之規定，惟觀諸停車場法第11條第1項規定：都市計畫範圍內之公、私有空地，得由土地管理機關或承租人等依一定之程序，申請當地主管機關會商都市計畫主管機關及有關機關核准後，設置臨時路外停車場。且都市計畫法之立法目的係在促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展並對土地使用作合理之規劃（該法第1條、第3條參照），足見上開規定，並未強力介入或干預政府機關對於都市計畫內之空地，依其行政裁量權作為設置臨時路外停車場使用而出租之行為，顯然並非具有強烈之

規範倫理色彩。再衡以系爭土地係經上訴人依法定程序辦理公開招標，而由被上訴人按系爭投標須知得標，被上訴人對於兩造因招投標意思表示合致所成立之法律行為，必存有充分之信賴及相當之期待，依上說明，自應將上述規定解釋為取締規定，就系爭招投標契約賦予私法上之效力，庶符誠信與公平。

民法第71條規範功能與實務

民法第71條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」首揭案例的主要爭議，是系爭預約的標的是否因違反強制或禁止規定，而依民法第71條為無效？本條是在私法自治的原則下，宣示當事人法律行為的標的或內容，原則上應各如其願，沒什麼不可以。不過，法律行為的有效成立，意味著當事人得主張其效力，並依法請求強制執行，以實現其內容。因此，各國法律通常也依各自的國情及法律政策，規定私法自治的外部界限。¹

壹、立法理由

本條的立法理由指出，「民律草案第一百七十六條理由謂以違反法律所強制或禁止之法律行為，應使無效，否則強制或禁止之法意，無由貫徹。然法律中亦有特別規定，並不以之為無效者，例如宣告破產後，破產人所為之法律行為，惟對破產債權人為無效。又如以強制拍賣時不得干預之人而為拍賣人，則須利害關係人之同意，始為有效。」

在私法自治的原則下，通常法律不會硬性要求當事人的法律行為一定要如何為之，或其內容一定要有具體的法律作為依據，相反地，只會消極地劃出幾條紅線。所以合法性乃是一個消極概念，只要不逾越紅線，即是「合法」。²法律行為不得違反的「法律」，並非泛指所有的

¹ 法律行為除合法性及妥當性之外，有些國家也要求可能性及確定性，但後二者有認為與私法自治的外部界限無關者。請參閱陳自強，契約之內容與消滅，學林，2004年1月，頁62-64。

² 陳榮傳，法律行為，三民，2010年4月，頁15。

法律，以免法律行為動輒「違法」，使私法自治名存實亡，故本條乃限定為「強制或禁止規定」。「強制或禁止規定」合稱為「強行法」，是指具有強制性，即不論當事人意思如何，均應適用而不得違反的法規，而不包含僅具訓示性，或得由當事人以自由意思排除其適用的「任意法」。

貳、「強制或禁止規定」的定義

「強制或禁止規定」乃是民法第71條的立法用語，從邏輯上來看，可以從文義及論理來解釋此一用語，先就特定的條文判斷其是否為「強制或禁止規定」，如果是，則違反該條文規定的法律行為，依民法第71條均為無效；也可以從結論來逆推，即法律行為因違反特定規定而無效者，有可能是依其他條文、法理或民法第71條為依據，但必須其無效是以民法第71條為依據者，始可認為所違反的條文是「強制或禁止規定」。

從文義上來看，「強制或禁止之規定」包含強制規定及禁止規定，前者是命令當事人應為一定的行為的規定，其規定形式原則上有「應」、「須」等用語；後者是命令當事人不得為一定的行為的規定，其條文常有「不得」的用語。民法規定的強制規定包含：設立社團應訂定章程（民47）；不動產物權的移轉或設定，應以書面為之（民758Ⅱ）；婚約應由當事人自行訂定（民972）等。民法規定的禁止規定包含：權利能力、行為能力及自由，不得拋棄（民16、17）；故意或重大過失的責任，不得預先免除（民222）；物權，除法律或習慣外，不得創設（民757）等。

參、強行法及任意法的「定性」

不過，司法實務上通常關注的，是法律行為究竟為有效或無效，如為無效，在別無其他明文規定法律行為無效的法律條文的情形下，通常即認為是依據民法第71條而無效。因此，當事人的法律行為違反法律規定時，司法實務上的重點，都置於該法律規定是否為「強制或禁止之規定」，至於系爭特定條文究竟為「強制規定」或「禁止規定」，因為都

將適用民法第71條而使法律行為無效，乃無區別的實益。³實務上也有案例將強制規定與禁止規定混為一談⁴，而未依前述法條用語的差異，區分強制規定與禁止規定者。

在具體案例中，法律行為如違反「強制或禁止之規定」（強行法），則法律行為無效；如違反任意法，法律行為並非當然無效，因此，當事人所違反的特定條文究竟為強行法或任意法，即系爭條文應如何「定性」的問題，乃成為法院應就其內容個別認定的重要課題。

肆、最高法院68年台上字第879號民事判例

在最高法院68年台上字第879號民事判例中，甲委託乙證券公司出售股票，並將售得之款存於乙公司，計收利息，後來因乙公司盜賣甲的股票，甲訴請乙公司交付股票，乙公司則抗辯證券交易法第60條第1項第1款規定，證券商不得收受存款或辦理放款，甲、乙公司之契約違反該禁止規定，故收受存款或辦理放款之行為應在無效之列，從而，甲亦不能行使請求權。

從結果來看，如果乙公司的抗辯成立，則違法的乙公司竟可以自己的違法為抗辯，並獲得訴訟上之利益，實非合理，故法院不妨考慮認定其雖違法，但法律行為並非當然無效。不過，本件判例採取另一方法，指出：「查證券交易法第六十條第一項第一款乃取締規定，非效力規定，無民法第七十一條之適用。證券商違反該項規定而收受存款或辦理放款，僅主管官署得依證券交易法第六十六條為警告、停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第一百七十五條所定刑事責任，非謂其存款或放款行為概為無效。」⁵

³ 最高法院於個案中區別二者時，關於該法規「為何」係強制或禁止規定之認定，經常未附理由。詹森林，效力規定與取締規定之區別標準，民法法理與判決研究(六)，元照，2012年12月，頁45。

⁴ 實務上也有未區別強制規定及禁止規定者，例如最高法院86年度台上字第1587號民事判決謂：「公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，公司法第十三條第一項定有明文。此為強制規定，違反之者，依民法第七十一條規定，該合夥契約為無效。」其中，「強制規定」一詞乃是禁止規定之誤。

⁵ 最高法院66年台上字第1726號民事判例亦有相同要旨。

本件判例認為條文之中有「不得」用語者，固為「禁止規定」，但禁止規定可分為「取締規定」及「效力規定」，法律行為如違反「取締規定」，並不因而無效，必須違反「效力規定」，法律行為始為無效。就方法論而言，上述判例是對於民法第71條的「禁止之規定」一詞，再為目的性限縮，認為僅限於「效力規定」，而不及於「取締規定」⁶，故違反效力規定者，法律行為無效，違反取締規定者，法律行為並非當然無效。

伍、司法實務的推論方式

在最高法院68年台上字第879號民事判例的邏輯下，法律行為是否有效的關鍵，自然移到「效力規定」及「取締規定」的區別標準，但對於判例所創設的這二個概念，實務上並無明確的判斷標準或規則可循，其實對於原來「強制或禁止之規定」的概念問題沒解決，又創造了「效力規定」與「取締規定」二個新概念的問題。

就司法實務的案例而言，面對違反法律規定的法律行為，法院不再單純認定其是否違反「強制或禁止之規定」，而是著重於認定違反的條文是否為「效力規定」？如系爭條文為「取締規定」，即認為無民法第71條之適用。⁷最高法院後來的不少裁判，均採此種推論方式。例如：一、甲向乙信託投資公司貸款，乙非銀行，其貸款違背銀行法第22條，因該條乃取締規定，非效力規定，無民法第71條之適用；⁸二、甲、乙簽訂股份買賣契約書，甲將伊所持有之A公司普通股180萬股讓售予乙，雙方並約定買回條款，最高法院認為證券交易法第150條本文「上市有價證券之買賣，應於證券交易所開設之有價證券集中交易市場為之」之規定，按其立法目的，係在禁止上市有價證券之場外交易，以維證券經紀商及證券交易所之利益，從而本條本文僅屬取締規定，而非效力規定，且此項買回自己原有股份之行為，與該條所規定上市有價證券之買

⁶ 陳榮傳，法律行為，三民，2010年，頁17。

⁷ 有論者認為，取締規定仍有適用第71條之必要，惟非適用本文，而是但書。陳自強，契約之成立與生效（三版），元照，2014年2月，頁181。

⁸ 最高法院85年度台上字第220號民事判決。

賣，其性質不同；⁹三、財團法人甲之董事會決議違反台南市財團法人設立許可及監督自治條例第19條第1項第4款規定，未以特別決議行之，上開規定為效力規定，違反該項規定之法律行為歸於無效；¹⁰四、甲向建商購買大樓之地下一樓，劃為停車位再出售給住戶或出租，該大樓之乙管理委員會認為系爭停車位違反建築法第73條第2項，但該條項僅係主管建築機關就違規設置停車位部分，得依同法第91條第1項第1款規定，對於建築物所有權人、使用人為科處罰鍰、限期改善等行政處分而已，不得謂系爭社區之區分所有權人間就地下一樓防空避難室兼停車場之約定專用，係違背強制或禁止規定；¹¹五、甲擔任乙公司之協理，屬證券交易所所規範之高階經理人，甲請求乙公司給付退休金，乙公司抗辯甲申請退休及其金額未經依證券交易法第14條之6核定，但最高法院認為該條乃取締規定，非效力規定，無民法第71條規定之適用。¹²

實務見解評析

壹、法律行為的外部紅線

上述裁判所涉及的規定，形式上包含強制規定與禁止規定，就裁判的推論過程，大致上是認為違反的系爭規定如為取締規定，其法律行為即屬有效，如為效力規定，則法律行為無效。對於特定法律行為的內容而言，民法第71條中的「強制或禁止之規定」，乃是法律行為外部界限的紅線。按理而言，在私法之中劃定紅線者，其法律效果本應於私法之中予以規定，即使其法律行為跨越私法的紅線而無效，得否認為是本條所稱「違反強制或禁止之規定」，解釋上固非無爭議。¹³但由於本條但

書規定：「但其規定並不以之為無效者，不在此限」，即顯示「並不以之為無效」的規定，亦為此處之「強制或禁止之規定」，而前者是指私法的規定，故後者應採廣義見解，認為兼含公法及私法的規定，以與該條規定的文字配合。

貳、違反公法的民事效果

對於私法上的法律行為，如以公法條文劃定其的紅線，其所能規定者，乃是公法上的效果，至於其在私法上效果，仍應依私法決定之。民法第71條的功能，即是以概括規定的形式，銜接公法的紅線及跨越該紅線的私法上效果。從該條規定的形式來看，法律行為違反公法規定，而在私法上特別規定其法律效果的情形，必屬罕見，因此在一般情形下，當事人的法律行為跨越公法上的紅線者，依本條規定即屬無效。該法律行為違反的是公法的規定，卻發生私法上法律行為無效的法律效果。此種私法上效果的發生，顯然不是公法規定當然發生的私法效力，也不是公法規定對當事人之外的第三人，發生第三人效力，而是因為私法對於違反公法規定的法律行為，進行利益衡量的結果。

民法第71條「強制或禁止之規定」的認定，看似條文規定的形式問題，但從本條適用的結果判斷，真正的重點是系爭法律行為是否無效。我國法院對於本條但書的法律效果，如無「不以之為無效」的明文，即認定其為無效，因此，面對違反的規定的形式屬於禁止規定，特別是公法、社會法或經濟法的禁止規定時，是否一律認定其法律行為無效¹⁴？

違反強制或禁止規定的法律行為——從德國民法§134的理論與實務操作看我國民法§71，民法經濟法論文集(一)，自版，1988年10月，頁109-112。

¹⁴ 個案中當事人違反禁止規定之行為，如另有行政處罰之明文時，最高法院及各下級法院時常逕認定該禁止規定為取締規定，而非效力規定。例如最高法院78年度台上字第1182號判決、最高法院79年度台上字第1205號判決、最高法院84年度台上字第664號判決、最高法院85年度台上字第1469號判決以及最高法院87年第6次民事庭會議決議等。論者認為此種處理方式稍嫌跳躍，省略進一步探求系爭法規之立法目的之步驟，造成可能架空系爭法規立法目的之危險，而尚難令人信服。詹森林，效力規定與取締規定之區別標準，民法法理與判決研究(六)，元照，2012年12月，頁58-59。

⁹ 最高法院86年度台抗字第414號民事裁定。

¹⁰ 最高法院105年度台上字第1840號民事判決。本文作者認為系爭自治條例逾越地方立法之權限，對本判決之評釋，請參閱陳榮傳，非取締規定的自治條例——最高法院105年度台上字第1840號民事判決，裁判時報，第78期，2018年12月。

¹¹ 最高法院再於105年度台上字第1443號民事判決。

¹² 最高法院107年度台上字第1280號民事判決。

¹³ 學者認為民法的賦權規定，並非禁止規定，取締規定乃是禁止規定。蘇永欽，

是否應考慮違反其規定的效果，在公法的處罰規定之外，是否應再加上使其法律行為歸於無效，或其他民事法律效果？乃成為重要問題。

參、法條規範功能的探索

從本質來看，民法第71條兼具有引致規範（Verweisungsnorm）、解釋規則（Auslegungsregel）與概括條款（Generalklausel）等三種功能¹⁵，因為：一、本條未提出法律行為「合法性」的具體標準，而是藉助「強制或禁止之規定」的標準，當「強制或禁止之規定」明文規定其違反的法律效果，為無效或其他法律效果時，本條並未發揮直接規範的作用，而只是間接作為轉介的「引致規範」；二、關於法律行為是否違反「強制或禁止之規定」？如有違反，其私法上的法律效果如何？發生爭議時，本條授權法院權衡法律行為所要體現的法益與被違反的法律所要貫徹的法益或立法政策，以決定其具體的法律效果，故本條是立法者對法官授權的「概括條款」；三、法院依本條規定，於上述法益權衡相當或有疑義時，應以認定其違反「強制或禁止之規定」為原則，當法律效果如何決定存有異議時，應以認定其絕對、自始無效為原則，故本條乃是法院實務上的「解釋規則」。

我國上述司法實務案例，對於民法第71條的規範功能，實際上並未全面予以掌握。比較明顯的，是實務上將本條但書，當作是例外規定，如無「並不以之為無效」的明文規定，即一律認定其為無效，符合上述「解釋規則」的特性。此外，在案例中探討違反系爭公法規定，是否使法律行為無效的問題時，通常僅探討該規定的性質，一旦確定其性質為效力規定，即認定法律行為無效，其思維方式接近探討「公法的私法效力」，甚少討論民法第71條的「引致規範」功能，即將本條作為公法及私法之間的「介面」¹⁶，透過對公法條文的引致（Verweisung，

reference），使公法的條文及其立法原則與精神，成為私法上法律行為有效性的考量因素。

至於民法第71條的「概括條款」功能，在實務上更是諱莫如深。法院基於本條此一規範功能，即應從違反的規定及整體法制，再從民事法的角度，進行其究應全部無效、得撤銷、部分無效的利益衡量，而非僅就違反的規定為取締規定或效力規定，為系爭法律行為「有效」或「無效」二選一的抉擇。此時，法院如選擇認定法律行為得撤銷或部分無效，其依據乃民法第71條但書「其規定並不以之為無效」，因為法律行為違反的效力規定，僅規定其公法上效力，而私法上並未就其違反規定私法上效力，本條的本文關於「強制或禁止」的「規定」及但書「並不以之為無效」的「規定」，均為決定其私法上效果的私法，而且不以明文規定者為限。故法院對於違反效力規定的法律行為，在無效與有效之外，仍應考量「其他」的法律效果，由於該法律效果在法律上無明文規定，方法論上乃先依法理補充其私法上效力之規定，再根據該法理或剛補充的規定，決定其法律效果。

肆、本件判決的評析

在首揭案例的最高法院103年度台上字第976號民事判決中，最高法院延續上述實務案例的思維方法，強調取締規定與效力規定的區別，認為違反的公法規定如屬前者，其法律行為有效，如屬後者，則法律行為無效。¹⁷本件判決對於系爭法條屬性的判斷標準，採「綜合判斷」說¹⁸，論述方法相當詳細，也具有一定的亮點。

實務操作看我國民法§71，民法經濟法論文集(一)，自版，1988年10月，頁111；王澤鑑，民法總則，自版，2018年7月增訂8版，頁314；邱聰智，民法總則(上)，三民，2005年2月，頁580-581。

¹⁵ 蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為——從德國民法§134的理論與實務操作看我國民法§71，民法經濟法論文集(一)，自版，1988年10月，頁108。

¹⁶ 因為強制或禁止規定除民法之外，多見於刑事法、行政規則等法規，民法第71條本質上帶有「使公法進入私法領域」的功能，本條乃成為連繫私法與公法之橋樑。蘇永欽，違反強制或禁止規定的法律行為——從德國民法§134的理論與

¹⁷ 本件似係最高法院採用此種論述方法的第一案，類似的文字尚可見諸最高法院103年度台上字第1620號民事判決。

¹⁸ 我國學說針對取締規定和效力規定的二分，在操作上最常提出的判準，即所謂「目的說」、「標的說」、「主體說」和集大成的「綜合說」：「應綜合法規的意旨，權衡相衝突的利益（法益的種類、交易安全、其所禁止者究係針對雙方當事人或僅一方當事人等）加以認定」。論者指出，實務雖未明確採何說，

本件判決認為行政法規的規範內容，若在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，即屬於民法第71條前段所稱之「禁止規定」，其是否為效力規定，不能從形式上觀察，也不是純就公法的規定考量，而應該是該規定在禁遏當事人為一定行為之外，是否也否認該行為之私法效力？此種思維所考慮的，形式上雖然是「公法的私法效力」，但實質上已經包含公法及私法等二個面向。因為判決中所謂「權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性」，主要固然是探索該公法的規定，但「斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平」等語，則是從私法的角度，比較該法律行為有效及無效等二種情形，再決定其私法上的效果。

上述私法上的考量與「利益衡量」的方法類似，不過，「利益衡量」是直接衡量法律行為的效力，而判決中上述方法，目的僅在判斷系爭規定為取締規定與效力規定，再據以確定法律行為究為有效或無效。本件第二審判決運用上述見解，最後的目的仍在判斷系爭規定為取締規定或效力規定，且因為認為法律行為應屬有效，乃認定該規定為取締規定。

在涉及政府採購法的最高法院100年度台上字第481號民事判決中，最高法院也採取與上述類似的方法。在該判決中，甲與乙地方政府簽訂「A球場委託經營管理協議書」，乙後來辯稱其無委託經營管理權限，且該協議違反政府採購法應辦理招標規定，應為無效，縱非無效，亦違反國有財產法第11條應由直接使用機關直接管理、第28條管理機關對於公用財產不得為任何處分或擅為收益的規定。最高法院本件判決認為上述規定均屬取締規定，並指出下列重要見解：按政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質而制定，乃政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，使政府採購程序回歸市場競爭機制

所應遵守之規範，該法復未就政府機關立於私法主體地位從事私經濟行政（國庫行政）之行政輔助行為而訂定之「私法行為」¹⁹，其效力是否因此受影響設其明文，此觀同法第1條、第3條、第4條及其他條文規定自明。權衡該法所規範目的保護之法益與該私法行為本身涉及交易安全、信賴保護之法益，應認政府採購法之性質係行政機關之內部監督規範，為行政機關辦理採購時之取締規定，而非效力規定，縱採購機關未依該法規定辦理採購，僅生該機關首長或採購人員之行政責任，尚不影響政府機關依民事法規締結採購契約之效力。

不過，就首揭案例而言，本文認為基於民法第71條上述規範功能，本件判決的爭議及思維方法應該是：甲直轄市政府的出租行為是否違反都市計畫法的規定？如確實違反，該規定為取締規定或效力規定？如為效力規定，法院應如何認定其法律效果？本件判決是以預約違反都市計畫法第37條、第38條為前提，而進行民法第71條的分析，但由於A地依停車場法第11條第1項規定，得設置臨時路外停車場，且二者相較，停車場法第11條第1項乃是都市計畫法第37條、第38條的特別規定，後者在本案並無適用之餘地，也沒有違反其規定的問題。系爭預約之所以有效，乃因其未違反強制或禁止規定，而不是其違反的是取締規定，故仍有效。

結論

在私法自治的原則下，當事人在法律劃定的紅線範圍之內，可以隨心所欲地為法律行為。無論是在私法或公法上劃下的紅線，踰越紅線的私法上效果，都可能在私法上未予以明文規定，由於其態樣繁多，一律認定其為無效，即未必妥適。我國司法實務上發展出取締規定及效力規定的概念，因而限定法律行為無效的態樣範圍，固有其貢獻，但其餘一律認定為有效，也未必符合法律意旨。民法第71條原具有三種重要的規

但從歷年少數認定屬效力規定的案例來看，綜合判斷應該還是我國終審法院主要的審查方法。見蘇永欽，釋字第七二六號解釋點出了什麼問題？，中華法學，第16期，2015年11月，頁17。

¹⁹ 此一見解為已確立的實務立場，本判決亦為學者著作引錄。見鄭冠宇，民法總則，新學林，2018年8月5版，頁340-341。

範功能，我國法院似宜發揮本其規範功能，開展司法實務的新面向。

首揭案例的三審法院判決的結論相當一致，並在私法自治與契約所違反的規定之間，以類似利益衡量的方法，認定當事人的契約有效，就方法論的形式而言，係先認定都市計畫法第37條、第38條為取締規定，據以認定其契約仍屬有效，但就實質而言，乃是衡量各種相衝突的法益，認為該契約應屬有效，始為合理，在系爭條文並非效力規定的情形下，直接認定其為取締規定。不過，本案系爭契約係就A地約定租賃以經營停車場，依停車場法第11條第1項，都市計畫範圍內之公、私有空地，得由土地管理機關或承租人等依一定之程序，申請當地主管機關會商都市計畫主管機關及有關機關核准後，設置臨時路外停車場。本條項如解為都市計畫法第37條、第38條的特別規定，則甲市政府本得依此特別規定而招標，系爭租賃契約亦不得解為違反都市計畫法第37條、第38條的規定。因此，系爭契約之所以有效，並非因其所違反的規定是取締規定，而非效力規定，而是因為其根本未違反強制或禁止之規定，故無民法第71條之適用。

延伸閱讀

- 陳榮傳，非律師的法律服務與公序良俗——最高法院106年度台上字第25號民事判決，裁判時報，2019年2月。
- 陳榮傳，非取締規定的自治條例——最高法院105年度台上字第1840號民事判決，裁判時報，2018年12年。
- 陳榮傳，大樓屋頂加蓋的增建物，月旦法學教室，2018年5年。



更多相關文獻，請上月旦知識庫

無意識或精神錯亂中所為之 意思表示與監護宣告之關係

最高法院98年度台上字第1702號判決

戴瑀如*

本案事實

甲為75歲之獨居老人（被上訴人、原告），有精神病家族病史。訴外人A向甲借款，甲以其土地辦理抵押借款，經代書B仲介乙（上訴人、被告）為金主。甲乃於A、B的陪同下，與乙在95年5月間簽立「不動產買賣預約書」及將面額130萬元之商業本票1紙交付乙，向乙借款130萬元，並提供自己所有系爭房地設定權利價值170萬元之抵押權予乙。乙則於95年5月17日匯款113萬7,940元（預扣利息）至甲之郵局帳戶內。同日甲將該款項全部提領交付給A。95年10月間，乙以甲借款未還為由，對於該系爭房地取得拍賣抵押物裁定，並以該執行名義聲請強制執行。甲之家人乃向法院聲請禁治產宣告，甲於95年11月22日經法院宣告為禁治產人（97年修法改為監護宣告）。隨後由甲之監護人C代理甲向乙提起本件債務人異議之訴訟，主張系爭借款契約、抵押權登記、本票簽發皆無效，並應撤銷對其不動產之強制執行。第一審判決原告甲勝訴，第二審則維持第一審所為乙敗訴之判決，駁回其上訴。於是乙再向最高法院提起上訴。

被上訴人甲主張，其因罹患精神分裂症，經法院宣告為禁治產人，無法辨識借款及設定抵押行為之意義，依民法第75條之規定，系爭不動產之借款行為及抵押權設定行為，均應無效。因此所擔保之170萬元之

* 德國Mainz大學法學博士，臺北大學法律學系教授。



債權債務關係不存在，並請求撤銷強制執执行程序。上訴人乙則主張甲於借款時言行正常，該預約書及本票均由甲親簽，又其禁治產宣告為借款日之後始經法院裁定，故甲於借款時仍具完全行為能力，其所為借款與設定抵押應屬合法有效。又甲當時縱罹患重度精神分裂症，因乙無從得知，為善意之相對人，甲不得以其所為行為無效對抗之。

爭點

本件訴訟爭點有二：一為甲為借款行為、設定不動產抵押及簽發本票之法律行為時，是否有民法第75條所謂無意識或精神錯亂，以致法律行為無效之情形；二為在此情形之下，乙可否主張其為善意相對人，而受交易安全之保護。

判決理由

針對爭點一，按無行為能力人之意思表示，無效；雖非無行為能力人，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者亦同，此於民法第75條定有明文。又經法院宣告為禁治產之人，在法院禁治產宣告裁定生效前，其意思表示是否有效，仍應視其行為時是否在無意識或精神錯亂中所為，或有心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之具體情事而定。第一審法院綜觀借款原因及過程，原告甲從法律行為中未獲得任何經濟上之利益，明顯處於弱勢之一方，其在判斷及處理事情上，均見受他人影響所支配。再依據醫院之鑑定報告與證人之陳述，認為該鑑定報告雖於97年7月於借款後方作成，但依醫師之意見，原告甲乃屬慢性精神分裂症，應早在95年5月前即已出現精神分裂症狀，其思考及判斷能力已顯著減低，加上甲已年高75歲，且未受教育，對於現實狀況及複雜貸款抵押之功能與程序，已無法充分理解。因此原告主張其借款及設定系爭不動產抵押，並簽發系爭本票當時，陷於精神錯亂或精神耗弱等情，應為真實可採。與被告所為之借款、設定不動產抵押及簽發系爭本票等法律行為，依民法第75條之規定，均歸無效。就此，第二審復又強

調民法第75條之立法理由，以及進一步說明其態樣。在立法理由中，認定無行為能力者，包括未滿7歲之未成年人與禁治產人。就無行為能力人所為之行為，使之無效者，蓋為保護無行為能力人之利益。至於雖非無行為能力人，而其所為意思表示，係在無意識或精神錯亂中者，其效力與無行為能力之行為，並無區別，故亦當然無效。是以，未受禁治產宣告之成年人，於無意識或精神錯亂中所為之意思表示，與受禁治產宣告之人所為者無殊，均屬無效之意思表示。至於何謂無意識或精神錯亂，法條未設明文，亦無判例或解釋足資依據。該立法理由僅舉例如睡夢中、泥醉中、疾病昏沉中、偶發的精神病在心神喪失中等，但非謂僅以此為限，且泥醉中、疾病昏沉中，其程度如何始謂相當，偶發的精神病在心神喪失，其意義如何等，均未明確，有待進一步確定，俾作為判斷意思表示之效果之依據。又參酌97年5月23日修正監護宣告之規定（民14條1項），關於宣告之事由，舊法原為「心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務」，因其不明確，適用易滋疑義，而修法改為「因精神障礙或其他心智缺陷，致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果。」依此規定，足以證明後者為前者所定心神喪失或精神耗弱之一種情形。又法律已將未受禁治產宣告之成年人，於無意識或精神錯亂中所為之意思表示，與受禁治產宣告者之意思表示等同視之，已如上述。因此於個案中，如能證明未受禁治產宣告之成年人所為之意思表示，有因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其意思表示之效果之事實者，亦屬民法第75條所稱之情形，其意思表示仍為無效。是以，在本案中，被上訴人甲之聲明已業經鑑定報告與證人證詞證明，就甲在未為禁治產宣告前所為之借款與抵押行為，已屬其在無意識狀態中所為之意思表示，應為無效一事，實已盡其舉證責任，而與上訴人乙所引最高法院58年台上字第3653號判例，認為被上訴人未盡舉證責任，不得主張系爭借款無效之意旨不同，無法採信。

針對爭點二，按行為人在陷於無意識及精神錯亂狀態所為之法律行為無效，乃在於保護無意識及精神錯亂之人，免其因其精神狀態不佳時，妄為法律行為而陷於財產及身分上之不利益，故該條文之立法意旨本非保護交易的對造。故第一審法院認為被告乙為借款人，藉出借款項

給他人獲得高額經濟上之利益，其欲獲得高額利益，理應自負評估及控制風險，謹慎篩選交易對象，以期降低風險，不得遽以主張善意，而免除自己評估風險之義務。二審法院就此在事實認定上，更進一步說明，該系爭契約條件較一般銀行借款不利（利息過高等），以被上訴人係屬精神耗弱之人，對於貸款方式、貸款金額、貸款利率、還款之方式，根本毫無所悉，益足認上訴人之出借款項予被上訴人，並非善意之相對人。

最高法院支持原審法院（第二審）之意見，按民法第75條後段所謂無意識或精神錯亂，均指事實上欠缺意思能力而不能為有效的意思表示而言。在本件訴訟中，原審綜合醫院之鑑定意見書與證人證詞，暨被上訴人嗣後經法院為禁治產宣告等情節，合法認定被上訴人甲對系爭借款、簽發本票及設定系爭抵押權之行為，無辨識其法律上效力之意識能力，亦即不能為有效之意思表示。依民法第75條後段，應屬無效。因而為上訴人不利之判決，經核於法並無違誤，故將乙之上訴駁回，而告全案確定。

評析

壹、本判決之意義

確認本人受監護宣告之前所為之法律行為，若因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其意思表示之效果者，雖因其尚未受監護宣告，在法律上仍具有完全行為能力，而無法適用民法第75條前段之規定，「無行為能力人之意思表示，無效」。惟其可適用該條後段之規定，「其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者，亦同」，使其意思表示仍為無效。惟就本人為該法律行為之當下，是否已陷於無法辨識其意思表示之效果者，主張者必須負舉證責任。此時會使用醫院之鑑定報告，來推斷行為當時的精神狀態，並斟酌其他證據，如證人證詞、表意人之年

齡、教育程度等加以綜合判斷¹。在本判決之前，已有類似案件足以遵循，但最高法院仍持保留的態度，除可否單由醫院之鑑定報告，於事後證明表意人不具正常之意思能力仍有存疑，且對於判斷為「精神耗弱、精神障礙」是否與「無意識或精神錯亂」同義，亦有疑義（最高法院95年度台上字第877號判決）。在本件判決作成之後，原審法院依據民國97年修正監護宣告之理由，明確表明未受監護宣告之成年人所為之意思表示，若其因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其意思表示之效果之事實，亦屬民法第75條所稱之情形。如此之見解，將可在一定程度下，保護其實已達受監護宣告程度之人，但卻尚未受監護宣告之情形，實值得肯認，尤其法律一向優先保護弱勢之一方之權益。以下就民法第75條之規定，如何在應受監護宣告之情形下運用，進一步加以說明。

貳、行為能力與意思能力在法律行為上所扮演的角色

民法上的行為能力，係指可獨立為有效法律行為的能力，而其須以意思能力為前提。所謂意思能力，係指可以判斷自己的行為在法律上效果的精神能力，此種能力包含正常的認識力與預期力。由於近代民法以私法自治為原則，是否發生法律關係而負擔權利與義務，應以當事人的意思為準。因此欠缺意思能力人之行為，不能讓其發生法律上的效力，以保護欠缺意思能力之人。主張欠缺意思能力而不發生法律效果者，須證明其行為時，不具有完全之意思能力。此舉證責任並非易事，故民法除了規定行為能力制度外，再以年齡為一般之抽象標準，將行為能力分為三個階段，即無行為能力人、限制行為能力人及完全行為能力人。又依據實際狀況，針對心智狀態特殊之人，在其受監護宣告之後，讓其喪失行為能力²。一方面，保護無行為能力人的利益；他方面，減少無行為能力制度在社會上交易所生不便³。惟為保護暫時性之無行為能力人的意思表示，民法亦設有第75條後段之規定，對於雖非無行為能力人，

¹ 黃詩淳，無意識或精神錯亂中所為之意思表示，月旦法學教室，153期，2015年7月，16-17頁。

² 鄭冠宇，民法總則，瑞興，2014年8月，再版，81-82頁。

³ 施啟揚，民法總則，三民，2007年6月，七版，110-111頁。

而其意思表示係在無意識或精神錯亂下所為者，亦為無效。此規定不論無意識或精神錯亂，均為事實上欠缺意思能力，而其程度已達不能為有效之意思表示。是以，其所為之法律行為，自不應發生效力。總之，民法第75條後段之規定，即以意思能力之有無作為判斷基礎⁴。

參、民法第75條後段之規範內容

一、立法意旨

依據民法第75條後段之內容來看，乃於行為能力制度之外，提供對於表意人實質上有無意思能力，作進一步判斷的可能，而得以確保意思自治原則的落實，以維護表意人的權益。因此當表意人有無意識或精神錯亂之情形者，其效果乃與無行為能力人一樣，其所為之意思表示無效，但表意人須負舉證責任證明之，此項規定旨在兼顧表意人權益及交易安全。又由於無行為能力制度乃民法上的強制規定，對於無行為能力人的保護，優於交易安全的保護。因此與無行為能力人為法律行為的相對人不論是否善意，均不能主張其法律行為為有效。至於陷於無意識或精神錯亂之人，雖非無行為能力人，但其所為之意思表示，既與無行為能力人一樣而無效，故自有同等對抗善意相對人之效力，此為本案判決所肯認⁵。是以，一未受監護宣告之人，不會因其在形式上為完全行為能力人，而不得主張民法第75條，應就其表意當下進行實質有無意思能力之判斷以決定之。

二、構成要件

(一)無意識與精神錯亂之態樣

何謂無意識或精神錯亂，法條並未設明文，亦無判例或解釋足資依據，已如前述。在一般教科書中，亦無明確定義，僅以舉例為之，如夢

話中、嚴重酒醉下、催眠中、癲癇發作時所為之承諾⁶。觀察實務見解中，對於無意識，係指全然無識別、判斷之能力；精神錯亂，則指精神作用發生障礙，已達喪失自由決定意思之程度而言（最高法院99年度台上字第1994號判決）。無意識非僅指昏厥或睡眠，因於這種狀態下所發出之行為，因欠缺行為意思而無效，尚包括因深度酒醉、強劑量吸食毒品、因發燒引起譫妄或癲癇病發作等，使表意人對其所表達之內容沒有明確認識之狀態亦屬之（臺灣高等法院101年度上字第249號判決）。至於精神錯亂的判斷則較為困難，何時已認為表意人之精神狀態已發生異狀，而全然欠缺意思能力？若僅部分欠缺意思能力，是否即不該當此一要件？又判斷該意思能力之欠缺，是否應繫於表意人所為法律行為之內容而定？上述疑問，在本案的類型中，即表意人為法律行為時，尚未受監護宣告，但其後不久即受監護宣告的情形，至為關鍵。一來，法院須藉由醫院的鑑定報告，加以判斷表意人過去之行為。二來，在確認表意人對其所表達之內容，沒有明確認識者，亦應考量個案中表意人所為之法律行為，個別判斷其為意思表示時，是否具有意思能力。如以土地設定抵押權擔保借款（最高法院95年度台上字第877號判決、本案）、簽立借貸超過法定利率的借貸契約（最高法院99年度台上字第1994號判決）、土地所有權移轉登記（最高法院102年度台上字第520號判決）等。依照過去最高法院95年度台上字第877號所作成之判決，其認為無意識或精神錯亂為不同之精神狀態。又表意人行為時，不具正常之意思能力，倘屬精神耗弱而非全然欠缺意思能力，要難謂其意思表示係在無意識中所為。更認法院不得僅依鑑定人之鑑定意見作為判斷的依據，亦不得就表意人無法瞭解系爭抵押借款之意義或契約中有關權利義務之內涵，即判斷表意人不具正常之意思能力，而作出儘量維持對相對人有利之解釋，以保護交易安全。本件判決則在上述爭點的判斷上，與最高法院95年所作成之見解不同，較站在表意人的觀點，不拘泥於文義上之差異。例如「精神耗弱、精神障礙」是否與「無意識或精神錯亂」同義，甚至直接肯認因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其意思表示之效

⁴ 黃詩淳，同註1，15-16頁；鄭冠宇，同註2，84頁；施啟揚，同註3，265頁。

⁵ 其後的判決亦採用本案之觀點，如臺灣高等法院99年度重上更二字第156號判決。

⁶ 鄭冠宇，同註2，236頁。

果之事實，亦屬民法第75條所稱之情形。而以醫院的鑑定報告確認表意人之精神障礙狀態，再佐以其他事證，就表意人所為之法律行為個別判斷，其是否因精神障礙狀態而導致其對該行為的作成不具意思能力。在本判決之後的相關類似判決，雖然仍認未受監護宣告之成年人，於行為時縱不具正常之意思能力，惟如未達上述無意識或精神錯亂之程度，要難謂其意思表示無效（最高法院99年度台上字第1994號判決）。但已承認此類案件可適用民法第75條後段，惟就如何判斷其意思能力是否已合於該條之要件，仍應就醫院的鑑定報告與其他的佐證資料，作為形成心證的依據。例如在最高法院102年度台上字第520號判決，則就民法第75條後段之無意識或精神錯亂，係指全然無識別、判斷之能力而言。故精神鑑定中所謂「注意力集中、意識清晰」與「判斷能力」係屬二事，前者係指鑑定者與受鑑定者雙方互動之狀態；後者則涉及受鑑定者抽象思考能力問題。換言之，能對話並簽名，但不瞭解簽名之法律效果者，仍屬欠缺意思能力（識別能力）。

（二）無意識或精神錯亂之狀態，應以法律行為時為判斷標準

由於民法第75條後段之內容，其性質上為補充原具完全行為能力之人，在其一時性之無行為能力狀態中，亦得主張欠缺意思能力，使其所為法律行為無效。故自應在其為該法律行為之當下，處於無意識或精神錯亂之狀態始可，而無繼續性之必要⁷。例如於泥醉下所為要約，第二天清醒時，仍得主張有本條之適用。但若該無意識或精神錯亂之狀態為持續性時，是否即無適用本條之空間？則應持否定見解。只要其在法律上仍屬完全行為能力人，而在其為法律行為時，處於無意識或精神錯亂之狀態，即應有受該條保護之必要。但為兼顧交易安全，行為人所為之意思表示，必須行為人於行為當時，係在無意識或精神錯亂中，始能認為無效，不得以證明非行為時患有精神病，而認定該行為無效（最高法院93年度台上字第924號判決）⁸。

⁷ 林誠二，民法總則新解：體系化解說（下），瑞興，2012年9月，初版，58頁。

⁸ 陳聰富，民法總則，元照，2016年2月，二版，225頁。

三、就處於無意識或精神錯亂之狀態應負舉證責任

依民法第75條前段之規定，無行為能力人之意思表示，無效。而無行為能力人指7歲以下之人以及受監護宣告之人，其已受法律行為能力制度之保障，直接認定其為無意思能力之人，故其所為之意思表示無效。而對於非無行為能力人，指年滿20歲又未受監護宣告者，原則上法律均賦予行為能力。因此若欲主張其陷於無意識或精神錯亂的情形下而無意思能力者，則需要由表意人舉證證明之⁹。依58年台上字第3653號判例之要旨可知，「上訴人提出之證明書，雖證明被上訴人於54年間曾患有精神病，但不能證明被上訴人於和解時，係無意識或有精神錯亂之情形，且被上訴人又未受禁治產之宣告，難認和解有無效之原因。」其所強調者，在於未受監護宣告之人，必須就其為法律行為之當時，有無意識或精神錯亂之情形提出證明而已，但並非不得提出曾患有精神病之證明，若該證明亦得佐證其於行為當下，的確陷於無意識或精神錯亂。如本案之情形者，則已符合要件，而得主張該法律行為無效。

在本件相類似之案型中，比較棘手的在於，此類表意人有些於外觀上不易辨別其已喪失意思能力，因意思能力僅為判斷自己行為在法律上效果的精神能力，而有賴專業的精神科醫師鑑定。又該鑑定報告多為行為之後方作成，甚至因應之後的監護宣告所為，其是否能證明該表意人於受監護宣告前，已處於無法辨識其意思表示之效果者，乃為適用民法第75條後段之關鍵。誠然如最高法院於95年所作成判決中，引最高法院79年台上字第540號判例內容，認為鑑定僅為一種調查證據之方法，法院仍應就鑑定人之鑑定意見可採與否，踐行調查證據之程序而定其取捨，舉證責任不得單以醫院之鑑定報告為之。但由於此類情形，皆為事後認定先前之情況，確屬精神疾病領域中極為專業之判斷。對於法官而言，固然可再依證人之證詞，表意人的客觀條件，如年齡或教育程度來加以佐證，惟醫院的鑑定報告仍應為主要參考對象。此由其後民國101年所制定的家事事件法第167條第2項亦可得知，就監護之宣告，非就應受監護宣告之人之精神或心智狀況詢問鑑定人後，不得為之。鑑定應有

⁹ 黃詩淳，同註1，16頁；施啟揚，同註3，265頁。

精神科專科醫師或具精神科經驗之醫師參與。足見在表意人是否因其精神障礙或心智缺陷，而致不能辨識其意思表示之效果者，乃有賴專業之鑑定人加以判斷。

肆、檢 討

本文首先肯定本判決之結論與理由，特別是原審法院就民法第75條後段之規定，肯認未受監護宣告之成年人，於無意識或精神錯亂中所為之意思表示，與受監護宣告之人所為者無殊，均屬無效之意思表示。此將無意識與精神錯亂的態樣，由立法理由中「偶發的精神病在心神喪失中」予以延伸，依據監護宣告之修法後內容，認定因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其意思表示之效果者，亦屬民法第75條所稱無意識或精神錯亂之情形。此一結果，可使得實質上已達於受監護宣告程度之表意人，縱因尚未向法院聲請監護宣告，形式上仍屬完全行為能力之人，亦有受到法律保護的可能。雖法律已設有成年監護制度，以設置監護人之方式，協助能力欠缺之人處理其法律事務，同時兼顧交易安全。惟基於種種原因，如本案中，子女基於長者尊嚴與面子，而未向法院聲請監護宣告，使得本應可受成年監護制度保障之甲，未能在財產行為的締約上，受到無行為能力人之保護，而使其權益受到重大損害。故在此一情形下，若能適用民法第75條之規定，則至少本人或其法定代理人能提出證明，確認甲在行為當時，已欠缺意思能力，而不能為有效之意思表示，以保障甲之權益。

其次，以年齡或是受監護宣告作為標準之行為能力制度，一方面，為保護無行為能力人的利益；他方面，為減少無行為能力制度在社會交易上所生之不便，而使行為能力制度具有強制性，無行為能力人之保護乃優於交易安全之保護。因此善意信賴相對人之無行為能力誤以為有行為能力，不應受保護，相對人之法律行為仍然無效，此殆無疑義¹⁰。惟民法第75條後段，就無意識或精神錯亂所為之意思表示，是否亦有對抗善意第三人之效力？學說與實務皆肯認之，對於在此情形下所為之意思

表示，就如同無行為能力人所為之意思表示般，根本不能發生法律上效力，因無第三人，而僅為相對人，亦無善意信賴可言¹¹；本判決亦明白指出，本條之規定在於保護無意識及精神錯亂之人，免其因其精神狀態不佳時妄為法律行為，而陷於財產及身分上之不利益。故該條文之立法意旨，本非保護交易的對造。對於因此造成交易安全危害之風險，應由交易的對造承擔，特別在於被告為借款人，藉出借款項給他人獲得高額經濟上的利益，自應評估及控制風險，不得遽以善意不知，而免除自己評估風險之義務。尤其基於公平正義之原則，法律一向優先保護弱勢之一方，而強者之他方應退居其後。是以，對於本案及其後相關類似的案件中，應確立交易安全之保障居於後位之原則。惟此一結果，雖可使形式上具有完全行為能力人，但實質欠缺意思能力者，得享有法律上完全的保障，但其所帶來之弊病在於，金融業者恐因此而拒絕此類人，例如風險較高之高齡者締約，反造成具有意思能力之高齡者，無法享有自然人締結契約之自由。

最後，關於行為能力制度，在於保護無意思能力人之利益，防止無意思能力人之財產逸散。故行為能力制度僅對財產法上之行為適用，對身分法上行為原則上不適用¹²。又不同的法律行為所需的意思能力截然不同，故該法律行為若為身分行為，其判斷所需的意思能力，必定與財產行為不同。即便是財產行為亦有繁複的證券股票投資行為，亦有簡單至超商購買報紙之行為。故對於意思能力的判斷，必須依據所為之法律行為來個別判斷¹³。甚至對於民法第75條之規定，亦應限縮適用於財產行為，不包括身分行為。例如當事人之一方，於結婚時係在無意識或精神錯亂者，該婚姻並非無效，而僅得於常態回復後6個月內，向法院請求撤銷（民法第996條）¹⁴。因此對於本文中若認為尚有不足處，則是未將意思能力再作更細緻的區分，對於實務見解所言，表意人行為時不具正常之意思能力，倘屬精神耗弱，而非全然欠缺意思能力，要難謂其意

¹⁰ 陳聰富，同註8，221頁。

¹¹ 鄭冠宇，同註2，236頁。

¹² 陳聰富，同註8，221頁。

¹³ 黃詩淳，同註1，16頁。

¹⁴ 施啟揚，同註3，261頁。

思表示係在無意識中所為，或是未受監護宣告之成年人，於行為時縱不具正常之意思能力，惟如未達上述無意識或精神錯亂之程度，要難謂其意思表示無效。似認為該意思能力的喪失須達於全部，方符合民法第75條之要件。惟意思能力的喪失是否須達於全部，本應在個案上，視其為財產行為或身分行為而加以認定。由完全行為能力以具備意思能力為前提來看，僅具有部分意思能力，是否仍能讓其所為的財產行為發生效力？本文乃持否定見解。以財產行為與身分行為觀之，對於意思能力的要求，以後者為高。因此在財產行為上，若已達精神耗弱，或是喪失部分意思能力，可能就被判定無法理解財產行為所可能發生之效果。此可以輔助宣告之規定推導出來，依照民法第15條之2的規定，對於未達監護宣告之程度，但其因精神障礙或其他心智缺陷，致其為意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足者，法院得依聲請人之聲請，為輔助之宣告。一旦受輔助宣告者，則在第15條之2所列之重大財產行為，須經輔助人的同意，方生效力。其中即包括為不動產之處分、設定負擔、買賣、租賃或借貸等行為。綜上，針對民法第75條之要件，就意思能力之欠缺，在財產行為之判斷上，應予較為寬鬆之標準為是。

延伸閱讀

- 戴瑀如，同性婚姻立法之相關問題——由德國民法納入同性婚所帶來的疑義檢視我國之立法方向，月旦法學雜誌，2018年12月。
- 戴瑀如，由歐洲人權法院裁判再探代孕之禁制與開放——論子女最佳利益之優位原則，月旦法學雜誌，2016年6月。
- 戴瑀如，由生父死後認領之訴之當事人適格論重婚效力的演變——評臺灣高等法院一〇二年度家上更(一)字第第六號民事裁定，裁判時報，2016年2月。



更多相關文獻，請上月旦知識庫

未成年子女訂定保證契約之效力

最高法院98年度台上字第1234號判決

戴瑀如*

本案事實

甲、乙（被上訴人、被告）及第一審共同被告甲之母A、乙之母B，於91年7月25日簽立保證書，同意在新台幣（下同）500萬元之範圍內，就第一審共同被告丙公司所簽發之票據，對丁公司（上訴人、原告）負連帶給付之責。系爭連帶保證契約簽訂之過程為：甲、乙當時分別為13、14歲之限制行為能力人，與彼等之母親A、B在連帶保證人簽名欄及對保欄處簽名，A、B二人在甲、乙對保欄簽名旁又另有簽名（即甲、乙各簽名2次、A、B二人各簽名3次），而A、B分別為丙公司之董事及負責人，甲、乙之住所與丙公司相同，有時會負責轉接電話。嗣丙公司書立還款承諾書並簽發如第一審判決附表所示總金額合計729萬3,420元之本票各一紙交丁公司收執，經丁公司屆期提示均未獲兌現，尚欠713萬9,109元票款未為給付。爰依連帶保證之法律關係，求為命被上訴人甲、乙連帶給付500萬元。第一審判決被告甲、乙勝訴，第二審則維持第一審所為丁敗訴之判決，駁回其上訴，於是丁乃向最高法院提起上訴。

被上訴人甲、乙主張其簽訂保證契約時，均屬限制行為能力人，契約上雖有甲、乙之法定代理人A、B之簽名，但未載明「法定代理人」之字樣，顯見其未以法定代理人之身分同意，且甲、乙因年幼無知，無法得知保證之法律上意義及內容，故所為保證行為不生效力。另甲於成年後，亦不承認該保證行為，故該保證契約無效。又縱認該保證書有法

* 德國Mainz大學法學博士，臺北大學法律學系教授。

作者更多完整且精彩的內容
請至月旦知識庫www.lawdata.com.tw



定代理人之同意，然保證契約係對他人負擔債務，屬重大不利於未成年人之法律上處分行為，其顯已有濫權情事而違反強制規定，依民法第71條之規定，自始無效。

上訴人丁則主張甲、乙既為丙公司之保證人，在丙未能清償債務後，自得向甲、乙請求。至於甲、乙締約時仍為限制行為能力人不應影響該保證契約之效力，有如下之理由。一、父母為其未成年子女之法定代理人，有權代理其子女為法律許可之法律行為，而法律並未禁止法定代理人為保證行為，故法定代理人代未成年子女為保證行為，自難依民法第1088條第2項但書之規定，認為無效（最高法院53年台上字第2611號判例要旨）。此判例雖經廢止，但該保證契約成立於廢止之前，故仍有適用餘地。此外，保證行為與處分特有財產之行為不同，前者為基於父母之法定代理權所為之法律行為，後者為父母固有之處分權，二者性質不同，不可混為一談。二、限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經其承認，始生效力（民79條）。此一法定代理人的允許並無區分對限制行為能力人有利與否，故該保證契約既經法定代理人同意，自始當然有效。三、依最高法院53年度第1次民刑庭總會會議決議，子女財產如係由父母以其子女名義購置，應推定父母係提出財產為子女作長期經營，故父母以子女之名義置業後，復在該價額內，以子女名義承擔債務，提供擔保，不能概調為無效。故縱認本件有民法第1088條第2項之適用，由於甲、乙之法定代理人為該丙公司之負責人與董事，故法定代理人所為之保證行為非重大不利於未成年人之法律上處分，而是為其子作長期經營，非供其父母花用，而無濫用親權，與民法第1088條第2項無違。

爭點

本案訴訟關於法律適用上之爭點有二：一為保證契約之簽訂是否屬於民法第1088條特有財產之處分；二為法定代理人行使同意權是否須受「有利於未成年子女」之限制。關於法律事實之判斷，亦有二爭點：一為保證契約是由法定代理人代為訂定，亦或其僅行使同意權；二為未成

年子女訂約時是否瞭解該保證契約之意義。

判決理由

一、二審採認甲、乙之主張，判決丁敗訴。故丁提起本案三審上訴，最高法院則指出應區分父母代理子女以子女名義簽約，或子女自行簽約後經父母同意二者，代理權固有民法第1088條第2項之限制，但同意承認權則無，丁主張本案不違反第1088條第2項，甲、乙之保證行為依第79條有效，似非無據，故廢棄發回二審法院。嗣經更審法院（臺中高分院98年度上更(一)字第33號判決）維持最高法院見解，改判丁上訴有理由，甲、乙再行上訴則遭駁回確定。其判決理由如下：

壹、原審法院（臺灣高等法院臺中分院97年度上字第305號判決）

首先，原審法院先由憲法第156條保障兒童利益之政策性出發，認為民法第77條至第79條之規定為憲法保障未成年人之具體作法，以法律明定之方式，凸顯國家對「未成年人權利或利益」之保護優於「交易安全」保護。又依第1086條至第1088條與第1090條之立法意旨，未成年子女之法定代理人父母對於未成年子女之財產處分，應本於其利益考量，不得濫權為之，否則得以停止其親權，且利益與否，應依社會一般理性之人之標準為合理判斷。

其次，針對保證契約之簽訂是否屬於民法第1088條特有財產之處分，原審法院持肯定見解，自其引述最高法院92年度台上字第1366號判決可知。依民法第1088條第2項但書規定之立法意旨，肯認父母非為子女之利益，而以未成年子女之名義為保證及簽發票據等財產上之法律行為，使子女僅負擔法律上之義務，並未享有相當之法律上權利，除其子女於成年後，自願承認外，不能對其子女生效，否則有悖於保護未成年子女之目的，因而使本院53年台上字第2611號判例不再援用。故在本案中，甲、乙於簽訂保證契約時分別為13與14歲，為限制行為能力人，該

保證契約對其而言，非純獲法律上利益，或依其年齡及身分、日常生活所必需之物，且依年齡、知識或成長經驗而言，無從瞭解該約款之內容意義及法律效果，是以A、B以法定代理人之身分於該保證契約上簽署，使甲、乙必須負擔法律上義務，非使其享受法律上權利，其簽署該契約使之生效之行為，非為被上訴人之利益所為之處分，上訴人僅舉證A、B為丙公司負責人與董事，兩人是為其子作長期經營，而非供其父母花用，該保證契約之簽署並無濫用親權之情事，實不夠具體可供調查以茲證明合乎被上訴人之利益，是以，甲、乙所簽訂該保證契約之行為無效。

貳、最高法院（98年度台上字第1234號判決）

最高法院首先釐清民法第1088條第2項之適用範圍，認為該條範圍在於父母以未成年子女之名義為保證等財產上之法律行為，非為子女利益，而使子女僅負擔法律上義務，並未享有相當之法律上權利，確實不能對其子女發生效力，但非因此剝奪限制行為能力之未成年子女對其特有財產之處分權，或以其本人名義為保證等財產上行為之權限，祇不過在該未成年人為法律行為時，應適用民法第77條至第85條之相關規定而已。復又提及被上訴人係「自行」簽訂保證書，且已獲得其法定代理人之同意，並非由其等法定代理人代理被上訴人之名義簽訂，則上訴人丁之主張，法定代理人係為其子長期作經營，始允許被上訴人擔任連帶保證人，符合民法第79條之規定，與第1088條第2項規定無違，自非無效等語，仍有研求之必要。

參、更審法院（高等法院臺中分院98年度更一字第33號判決）

贊同最高法院見解，認為未成年子女對其特有財產仍有處分權，或以本人名義為保證等財產上行為之權限，只是未成年子女在為此類行為時，應經法定代理人之同意方生效力。而在事實認定上，認為本件訴訟中，甲、乙為自行簽訂保證書，同時獲得其法定代理人A、B之同意，

非由其法定代理人A、B代理甲、乙之名義簽訂系爭保證書。又認定甲、乙雖為13、14歲之國中生，非無行為能力人，且衡諸近年社會進步，教育普及，國中學生對「連帶保證」法律文句，應有相當認識，加上因住商合一，甲、乙透過幫忙轉接公司電話應知悉丙公司與丁公司間有業務往來，益證甲、乙應知悉「連帶保證」之法律文句。因此系爭保證契約在限制行為能力人甲、乙簽訂時，已經其法定代理人同意，符合民法第79條之規定，而有效成立，甲、乙應對丁公司於500萬元限額內，負連帶清償之責。

評析

壹、本判決之重要性

依民法第1086條規定，父母為其未成年子女之法定代理人。父母對未成年人之法律行為及其財產之權限，民法分別規定於民法總則與親屬編。民法總則之內容可說是一般法律行為及財產權限之規定，而親屬編之規定屬於特別規定。依特別法優先適用之法理，有關父母對其未成年子女財產之關係，應優先適用親屬編所規定之民法第1087條與第1088條之特有財產及其權限，有時尚涉及第1089條親權行使之規定。惟親屬編無特別規定者，則以總則編之規定作為補充適用，其主要內容為行為能力之相關規定（民75-85條）。

一、親屬編父母對未成年子女親權行使之特別規定

（一）民法第1087條與第1088條有關子女特有財產之規定

民法第1087條在父母對未成年子女行使親權之下規定有關「特有財產」。依此規定，法律將未成年子女之財產，分為特有財產與非特有財產（以下稱為一般財產），前者為未成年子女因繼承、贈與或其他無償取得之財產，後者為未成年子女憑藉自己勞力所取得之財產。對於未成年子女之特有財產，民法第1088條明定應由父母共同管理，並有使用、收益的權限，為子女之利益，甚至可處分之。可見父母對未成年子女財

產之權限，乃分為特有財產或一般財產，而有所不同。

(二)民法第1089條親權行使之範圍

民法第1089條規定父母如何對其未成年子女行使親權，原則上由父母共同行使與負擔對於未成年子女之權利、義務。而當父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時，得請求法院依子女最佳利益酌定之。依本條規定之意旨，應指對未成年子女之法律行為而言，是以，父母以法定代理人之身分為未成年子女所為之金錢借貸之保證契約，乃屬於對子女權利義務行使之範圍，且為對未成年子女不利之行為。

二、法定代理人對未成年人法律行為與財產之權限

法定代理人對未成年子女之關係，除親屬編基於親權之行使，有前述特別規定外，補充適用民法總則編中一般行為能力之規定，依未成年子女為未滿7歲之無行為能力人或滿7歲之限制行為能力人而有不同。前者直接由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示；後者，在其為意思表示或受意思表示時，則應得法定代理人之允許，未得允許之單獨行為無效，至於未得允許之契約，則須再經法定代理人之承認，始生效力。惟純獲法律上之利益，或依其年齡及身分為其日常生活所需者，則不在此限（民76-79條）。

是以，綜合以上所述，就特有財產而言，不論未成年子女之年齡，其皆由法定代理人管理、使用及收益，且對子女有利者，亦能代為處分。但就一般財產而言，未成年子女在未滿7歲時，因其為無行為能力人，尚得由其法定代理人以其利益代為管理、使用及收益，並處分之。惟對7歲以上具限制行為能力之未成年子女之一般財產，其管理、使用及收益權應歸屬未成年子女自己享有，至於該財產之處分，亦由未成年人為之，其法定代理人僅有同意權。

由於父母對未成年子女之關係分為親權之特別規定或一般行為能力之規定，而有優先及補充適用的必要，造成父母對未成年子女之關係頗為錯綜複雜，致使學說與實務對此關係產生諸多不同之見解與爭議。以其中父母非為未成年子女利益而處分其財產效力之爭議為例，常年來學說與實務之見解紛歧，本判決即涉及其中一個態樣——父母為未成年子

女訂定保證契約。

三、父母為未成年子女訂立保證契約

父母以法定代理人之身分，以未成年子女之名義所訂定之保證契約，是否屬於民法第1088條第2項但書中「處分」之態樣之一，或是應適用民法第79條法定代理之一般規定，學說與實務見解不一。

在早期實務見解中，認為保證與處分不同，皆儘量維持保證契約的效力。此以53年台上字第2611號判例為代表，認為父母為其未成年子女之法定代理人，有權代理其子女為法律許可之法律行為。保證行為，法律並未禁止法定代理人為之，則法定代理人代理未成年子女所為之保證行為，自難依民法第1088條第2項但書之規定，認為無效。其後53年台上字第3747號、58年台上字第2308號及59年台上字第1898號皆持相同見解，甚至其所保證者，為父母本身之債務，亦然。而在該判例於民國91年因違反第1088條第2項但書之意旨遭廢止後，始出現因該父母之行為有悖於第1088條第2項保護未成年子女之意旨，阻止父母代訂之保證契約對子女生效之判決（92年度台上字第1366號、93年度台上字第2282號判決），但仍未明確說明其論理依據，甚為遺憾。

直至本判決先按民法第1088條第2項之規定，認為父母非為子女之利益而以未成年子女之名義為保證等財產上之法律行為，使子女僅負擔法律上之義務，並未享有相當之法律上權利，不能對其子女發生效力，但卻同時亦認為究非因此剝奪限制行為能力之未成年子女，對其特有財產之處分權或以其本人名義為保證等財產上行為之權限，祇不過在該未成年人為保證等（法律）行為時，應適用民法第77條至第85條之相關規定而已。就此，本判決乃區別該保證契約究由父母以未成年子女之名義所作成，亦或由未成年子女自行訂立，而應分別適用民法第1088條第2項之規定與民法第77條至第85條之規定。故本判決似乎認為未成年子女自行訂立保證契約，而由其法定代理人行使同意權的情形，並非第1088條第2項但書所規範的情形，應回歸法定代理之相關規定處理。至於本判決之事實關係，究為父母直接代子女訂立保證契約，抑或未成年子女自行訂立，而由其父母同意所為之保證契約，事涉事實調查證據之間

題，本文無從表示意見。

貳、父母為未成年子女訂立保證契約之性質

一、學說見解

(一)非屬民法第1088條第2項但書中所稱之「處分」

有關第1088條第2項但書中「處分」之定義，包括法律上處分與事實上處分。法律上處分亦不問物權行為（例如設定抵押權）或債權行為（例如買賣）¹。父母以子女財產為自己之財產，與他人訂立買賣契約或將該財產交付之，即為本條之處分²，故處分應以特有財產之存在為前提。因此父母以未成年子女名義所為之保證行為，是否屬於本條所稱之「處分」，即產生爭議，實務與學說見解並不一致。首先，有學者先就保證之性質而言，認為保證行為，係在使保證人於主債務人無法履行債務時，代為履行債務，並非特有財產之處分³。其次，父母若以未成年子女名義代為保證行為，則為以本人名義所為的代理，乃基於其法定代理權而來，而非以自己名義所為的處分，故不屬第1088條第2項但書所稱之「處分」⁴。總之，父母代子女所為之保證契約行為，乃屬債權行為，即使子女無特有財產或一般財產，因為保證契約乃於主債務無法履行時，將來履行主債務之用，不需要先有財產，始能訂立保證契約。至於民法第1088條第2項但書所稱之「處分」，乃特有財產之處分，此行為屬於物權行為，其前提必須子女有因繼承、贈與或其他無償取得之財產而言。如未成年子女之財產係依靠自己勞力所得之財產，其父母僅有同意權，而無處分權。是以，保證契約與特有財產處分之性質截然有

別，不能混為一談。尤其本判決之要旨，並未區分甲、乙限制行為能力人有無財產，即使有財產，尚應區分其財產究為特有財產，或一般財產，而其結論有所不同。本判決未說明個中區別，而直接認定甲與乙有財產，而該財產為特有財產，使特有財產之物權處分行為等同於保證契約之債權行為，在邏輯推理上，存有瑕疵。

(二)民法第79條父母行使法定代理權的界線

1. 依照民法第77條之規定，限制行為能力人為意思表示，及受意思表示，應得法定代理人之允許。又依第79條之規定，限制行為能力人未得法定代理人之允許所為之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。依通說見解，法定代理人得行使同意權，以補充其能力之不足，亦得行使代理權，逕行代為法律行為⁵。因此就一未成年子女而言，其父母為其法定代理人（民1086條1項），則父母無論為未成年子女代為法律行為，或行使同意權者，皆在其法定代理權限內，而使效果歸屬於未成年子女本人（民103條1項）。惟父母所行使之法定代理權限亦應有其範圍，若逾越法律所規定者，即屬越權代理，而可能構成無權代理。

2. 惟其範圍如何加以界定？在父母行使親權的相關規定中，對於其法定代理權的範圍並未有具體明文規定，而有待解釋⁶。其一，以代理制度而言，雖分為意定代理與法定代理，但不問其為意定代理或法定代理，代理權之本質乃具有高度信賴關係，代理人所為之行為，應以維護本人之利益為考量。若代理人在代理權限範圍內所為之行為，係以損害本人為目的者，則為代理權的濫用⁷。其二，法定代理制度更為保護未成年人所設，因擔心其涉世未深，思慮不周，對於其行為在法律上所具有之意義，未能全盤掌握下，而以法定代理人之同意，控制其行為所發生的法律效果，以避免其權益受到損害⁸。其三，父母的法定代理權實

¹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，三民，11版，2013年，406頁。

² 林秀雄，親屬法講義，元照，3版，2013年，332頁。

³ 林秀雄，同前註，333頁。

⁴ 林秀雄，同註2，332-334頁；王澤鑑，未成年子女之財產、父母及第三人，收錄於民法學說與判例研究(三)，自版，2009年，155頁。黃茂榮，未成年人之財產的保護，植根雜誌，13卷12期，1997年12月，503頁；李玲玲，父母處分未成年子女特有財產之效力，收錄於林秀雄主編，民法親屬繼承爭議問題研究，五南，2000年，139頁。

⁵ 施啟揚，民法總則，三民，7版，2007年，269頁；林誠二，民法總則新解：體系化解說（下），瑞興，2012年9月，初版，61頁。

⁶ 黃詩淳，父母代理或同意未成年子女締結保證契約，月旦法學教室，123期，2013年1月，16頁。

⁷ 鄭冠宇，民法總則，瑞興，2014年8月，再版，379頁。

⁸ 鄭冠宇，同前註，262頁；施啟揚，同註5，272頁。

為親權的一部，父母行使親權，應以子女利益為原則，如有危害子女利益者，亦可能構成親權之濫用，而導致法定代理權甚至被剝奪（民1090條）。是以，若父母在行使法定代理權時，明顯與保護子女利益之立法目的相違背，則應屬越權行為，而構成無權代理。

3. 準此以解，當父母為未成年子女代訂保證契約，不論是代為子女訂立，或同意未成年子女所訂立之契約，對於未成年子女而言，有害而無利。父母明知對子女不利，仍以法定代理人之身分代為保證行為，則其法定代理權之行使，係以損害子女為主要目的，不但構成權利濫用（民148條），亦為無權代理。是以，未經本人，即未成年子女於成年後之承認前，不生效力⁹。有學者更進一步指出，在主債務人之成年子女與配偶所為之近親保證，有鑑於保證人與主債務人有密切情感之連繫，縱使為未成年子女所自行訂立之契約，而由法定代理人行使同意權，但其締約之意思是否出於完全的自由，已令人存疑，再加上保證人缺乏交易經驗及分析風險的能力，故對於此類近親保證人，更有保護之必要，在本案即為此類之情形¹⁰。又有學者在父母以子女名義代為保證契約或同意將子女之不動產設定抵押權於債權人者，前者認為若因保證而負擔之債務達到代為履行之階段，則對於未成年人之意義與處分特有財產無異，而應將民法第1088條第2項目的性擴張適用至保證行為。至於後者，則從實質認定法律行為之真正當事人，來判斷為該法律行為時之獨立程度以及對交易成果的支配程度來判斷之。在設定抵押權時，該貸款款項由父母所支配，故父母方為實質之當事人，則父母之同意權具有自己代理之特徵，應回歸民法第1088條第2項但書之精神論其效力¹¹。

4. 綜上所述，學說普遍認為父母為未成年子女訂立保證契約，不屬於民法第1088條第2項但書之「處分」，而應屬於父母行使法定代理的範圍，但皆肯認父母在行使其法定代理權時，不論為代為訂立或行使同意權，皆應以子女利益為前提，否則即有構成無權代理的可能，或是對民法第1088條第2項之規定作目的性之擴張適用。

⁹ 李玲玲，同註4，138-139頁。

¹⁰ 黃詩淳，同註6，17頁。

¹¹ 黃茂榮，同註4，504、515-517頁。

二、實務見解

（一）不等同於第1088條第2項之「處分」

相較於學說，實務對於民法第1088條第2項但書中之「處分」範圍，一來，並未與代理之概念明確區分；二來，認為非僅以減少積極財產為限，即增加消極財產亦屬之。因此父母以未成年子女名義承擔債務，亦屬處分行為（53年度台上字第419號判決）。但對於同屬增加消極財產的保證契約之訂立，最高法院為保護債權人，卻長期以來堅持保證與處分不同之立場，以維護保證契約之效力¹²。按53年台上字第2611號判例，以父母為其未成年人之法定代理人，有權代理其子女為法律許可之法律行為，而保證行為並未為法所禁止，故法定代理人代理未成年子女為保證行為，自難認依民法第1088條第2項但書之規定，認為無效，即使所保證者，係父母本身之債務，亦然。此一判例影響其後的多數判決見解，而成為父母在處分未成年子女財產之諸多態樣中，側重交易安全，而輕忽子女利益保護的例外結果¹³，而受學者陳棋炎所批評。陳教授認為維護第三人交易安全，而父母處分未成年子女之財產，原則上應解釋為有效，但父母代理未成年子女所為之保證行為，則應解釋為無效，蓋保證行為絕不可能為未成年子女之利益故也¹⁴。直至最高法院91年度第13次民事庭會議決議中，方因該號判例與民法第1088條第2項但書規定之意旨不符，而予以廢止。但亦未明確表明是否因此即認為該保證契約之訂立又等同於第1088條第2項但書之處分，仍有論述不周延之處。

（二）朝向保護未成年子女利益的方向發展

不論92年度台上字第1366號或93年度台上字第2282號判決，皆已轉向以保護未成年子女為目的，認為父母非為子女之利益，而以未成年子

¹² 黃詩淳，法定代理人代立保證契約——最高法院93年度台上字第2282號民事判決，裁判時報，13期，2012年2月，174頁。

¹³ 王澤鑑，同註4，參照列表比較，14頁。

¹⁴ 陳棋炎，親屬、繼承法判例判決之研究，國立臺灣大學法學叢書，1980年，383、396頁。

女之名義為保證及簽發票據等財產上行為，使子女僅負擔法律上義務，並未享有相當之法律上權利，除其子女於成年後，自願承認外，不能對子女生效，此觀諸民法第1088條第2項但書規定之立法意旨自明。惟仍未清楚論述在此是否直接適用民法第1088條第2項但書之規定而為判斷，或是就法定代理的範圍予以限制後，而將民法第1088條第2項但書作目的性之擴張解釋。

(三)區別父母以未成年子女名義所為法律行為與以本人名義所為之差異性

本案判決中，除承襲92年度台上字第1366號判決之見解，認為對於父母非為子女之利益，而以未成年子女之名義為保證等財產上之法律行為，使子女僅負擔法律上之義務，並未享有相當之法律上權利，不能對其子女發生效力以外，另外卻對於未成年子女以本人名義為保證契約者，不能因此剝奪限制行為能力之未成年子女，對其特有財產之處分權或以其本人名義為保證等財產上行為之權限，此時祇不過在該未成年人為保證等（法律）行為時，應適用民法第77條至第85條之相關規定。此一判決見解，似已凸顯學說中所論保證契約之訂定為法定代理的性質，更進一步區別父母以子女名義代訂與子女自行訂立的差異性，而先肯認在父母以未成年子女名義訂立契約時，應符合子女之利益，否則不應使其發生效力；至於本案中為未成年子女甲、乙自行簽訂保證書，並獲得法定代理人A、B之同意，而非由A、B代理甲、乙之名義簽訂，故原審應研求被上訴人丁公司所主張論點，即A、B二人係為其子作長期經營，始允許被上訴人擔任連帶保證人，而符合民法第79條之規定。惟在發回高等法院更審後，高等法院僅就甲、乙是否自行訂定契約，與其當時是否瞭解簽訂系爭保證契約之意義再為認定，徒以13、14歲之國中一、二年級之學生，並非無行為能力之人，且衡諸近年社會進步，教育普及，國中生對「連帶保證」法律文句，應有相當認識。又透過幫忙轉接電話應知悉丙公司與丁公司間有業務往來，益證甲、乙應知悉「連帶保證」的意義，作為判斷之基礎，並未就A、B行使同意權時，是否亦應受到「以子女利益為之」的限制，以及考量近親保證之特殊性等再

加以審酌，而逕認該保證契約有效，該論述之依據，顯得甚為薄弱，實為可惜。甲、乙雖再上訴，但業經最高法院以上訴不合法，將之駁回而終結本案，留下令人遺憾的結果。

四父母以法定代理人身分承認未成年子女處分特有財產須受「有利未成年子女」之限制

臺灣高等法院暨所屬法院105年法律座談會民事類提案第15號，針對下述法律問題進行討論。甲自其父乙繼承一筆土地，母丙帶甲改嫁丁，因丁積欠大筆債務，向丙與戊借貸，並提供甲之土地作為抵押。戊要求甲親自簽名，丙再以法定代理人之身分予以承認。嗣甲成年，可否要求抵押權設定行為違反民法第1088條第2項之規定，認定無效，而請求戊塗銷該抵押權之設定登記？若依照98年度台上字第1234號判決意旨，未成年子女之父母，非為子女之利益，固不得主動處分所管理該子女之特有財產，但已具限制行為能力之子女，如得法定代理人之允許或承認，而自行處分之特有財產者，應為法之所許。因此依民法第1088條第2項但書之規定，母丙為清償丁之債務，與戊簽訂借貸契約，而以甲土地設定抵押，非為甲之利益，丙固不得代理甲為處分行為，但該抵押權設定契約，為甲所自為，其既已具備限制行為能力，其所締結之契約復經丙之承認，依民法第79條之規定，已生效力，故甲不得主張抵押權設定契約無效。惟審查意見認為父母以法定代理人身分承認未成年子女處分其特有財產之行為，基於未成年子女利益優先保護原則，為免脫法，仍應受民法第1088條第2項但書規定之限制，倘非為未成年子女之利益，應類推適用無權代理規定，認為效力未定，應至未成年子女成年承認後，對該未成年子女始生效力。故本件雖由甲自行訂立抵押權設定契約書，再由丙以法定代理人身分予以承認，但該設定抵押權行為非為甲之利益所為，該抵押權設定契約仍屬效力未定，故甲成年後得請求戊塗銷抵押權設定登記。本案其後雖經提案機關撤回，但其討論結果仍值參考。

參、比較法上之觀察

德國法在父母管理未成年子女之財產時，設有諸多限制，甚至對未成年子女給予限定責任，顯然相較於我國法，對於未成年子女的保護更為周全。以下分述之：

一、財產管理的範圍

未成年子女因繼承或無償取得之財產，經被繼承人以遺囑，或贈與人於贈與時，聲明該財產不得由其父母管理者，父母對於未成年子女之財產管理權限，不及於該財產，就該財產所生之其他權利亦同（德民1638條）。此外，若被繼承人或贈與人明白指示父母應如何管理該未成年子女所取得之遺產或贈與物者，父母應遵守之，除非該指示有不利於子女之情事（德民1639條）。

二、製作財產目錄之義務

父母管理未成年子女因繼承、無償取得之財產者，或因扶養之親屬死亡而取得之替代扶養費之賠償金等，皆應製作財產清冊，並陳報法院。其中就家庭用具之部分，皆記載總額即可。但有下列情形者，不在此限：一、財產價值未超出1萬5,000歐元者；二、被繼承人以遺囑或贈與人於贈與時有不同之指示者。父母違反第1項及第2項規定，而未製成財產目錄或陳報之財產目錄不完整者，家事法院得以命令，由主管機關或主管之公務員或公證人製成該財產目錄（德民1640條）。

三、父母管理未成年子女財產之限制

首先，父母不得代其子女為贈與行為，但本於道德上義務或合於禮節上之贈與者，不在此限（德民1641條）。

其次，父母對子女之金錢，應依經濟上理財之管理原則進行投資。但為準備扶養所支出之費用者，不在此限（德民1642條）。

再者，就德國民法第1821條與1822條第1、3、5、8-11款規定之法律行為，由父母代理子女而為時，亦應得家事法院之同意。此包括處分不動產或不動產上之權利；以請求土地所有權之移轉、土地上權利之設

定或移轉，或以免除該權利為標的之債權之處分者；關於已登記船舶或建造中船舶之處分，或以已登記船舶或建造中船舶之所有權移轉為標的之債權之處分者；履行為第1款至第3款所定處分之義務者；訂定以土地、已登記船舶、建造中船舶或土地上權利之有償取得為標的之契約者；訂定以營業之有償取得或讓與為標的之契約及為從事營業而訂定之合夥契約者；訂定使用租賃契約或收益租賃契約，或訂定其他契約使受監護人負擔定期給付之義務，而其契約關係於受監護人成年後仍繼續1年以上者；負擔票據債務；拋棄繼承、承受他人債務，例如保證債務之履行等等（德民1643條）。

最後，對於應經家事法院同意始得讓與之財產，父母未經法院同意者，不得將該財產標的物交付子女，以供其為履行契約或自由處分之用（德民1644條）。除此之外，父母未經家事法院之同意，亦不得以子女之名義開始新營業（德民1645條）。對於以未成年子女之資金有所取得之財產，應移轉給子女（德民1646條）。

四、未成年子女財產之使用與收益

未成年子女財產上之收益，除通常管理財產之費用外，應用於子女之扶養。以子女財產之收益不敷使用者為限，得使用子女因其勞力，或依第112條規定，允許其獨立營業所得之收益。子女財產之收益，除用於通常管理財產之費用及子女之扶養費用外，父母得為自己及子女之未成年且未結婚之兄弟姊妹之扶養而使用之。但以斟酌當事人之財產及營業狀況，認為合於公平者為限。該權限，因子女之結婚而消滅（德民1649條）。此外，父母為照護子女之人身或財產所支出之費用，按其情事認為必須者，得請求子女償還之。但其費用應由父母負擔者，不在此限（德民1648條）。

五、未成年人之限制責任

父母以其法定代理權，或其他有代理權之人以其代理權，為子女所為之法律行為或其他行為所生之債務，或基於子女未成年時所取得之遺贈而負擔債務者，以子女成年時現存之財產為限，負其清償責任；此在

未成年子女依第107、108與111條之規定，經其父母同意之法律行為所生之債務或父母得法院許可所生之債務，亦適用之。未成年子女於成年後主張其責任受限制者，準用關於第1990條及第1991條有關繼承人限定責任之規定（德民1629條之1）。

觀察德國有關父母管理未成年子女之財產等相關規定，足見已以未成年子女作為主體，父母在行使其權限上，亦有諸多限制，並加入法院公權力監督之機制，特別是重大財產之處分，動產或不動產的買賣，或是拋棄繼承與保證契約之簽訂等，皆以法院的許可為必要，與我國法上第1101條之規定類似。除了事前的預防措施以外，更在2009年增訂未成年人之限制責任，除了父母以未成年子女的名義代理所為的法律行為之外，對於未成年子女自行所為而經其父母同意之法律行為，只要產生債務的情況，皆以該子女成年時現存的財產為限，負其清償責任，以保護未成年子女的獨立人格，於其成年時不應使其負擔債務，而影響其個人的發展。此一規定足見父母在代理未成年子女或是行使其同意權時，皆應落實對未成年子女之保護。甚至在本案所討論的訂立保證契約的案型中，德國實務自1989年始，即開展對於近親保證契約妥適性的審查，甚至經由釋憲，而認為該契約有違善良風俗¹⁵，並促成上述未成年子女限定責任的修法，此與我國實務與學說的發展迥異。

肆、結 論

我國民法繼受歐陸法，在古羅馬法時認為子無財產能力，其所取得之財產，皆為家父所有。之後，對於子之財產能力漸予承認，對於特有財產，所有權雖屬於子所有，但管理、用益之權仍歸諸家父。其後，子取得獨立財產機會，愈益增加，當時之立法例，乃承繼後期羅馬法之制度，一方面，承認子女財產；他方面，由父母管理子女財產者，此係基於子之利益所為之保護行為。故雖為權利，實為義務。我國傳統社會，家產係屬於家長與家屬公同共有，非家屬所得私有。但現行民法，因社

會情事變更，子無私蓄之觀念已不適用。故依照各國立法例，規定未成年子女，因繼承、贈與或其他無償取得之財產為其特有財產。又因其思慮未周，尚無管理之能力，故為子女之利益起見，給予父母管理之權利與義務。然而父母對於子之特有財產是否有使用、收益及處分之權，立法不一致。我國僅對父母處分特有財產之權利，予以限制，乃擔心父母對於子女財產之運用，有濫用親權之虞¹⁶。

我國在2007年因體現未成年子女應保障其獨立人格之需求，而對於親子相關法規進行大幅度的修正。惟大部分僅處理親子關係之建立，對於父母子女之間的權利、義務關係，特別在父母對未成年子女之人身與財產管理上，並未多所著墨。隨著家父長制度之解體，經濟社會情況的變動，在強調未成年子女利益的趨勢下，對於此部分之相關規定，特別是財產管理上亦應有檢討修正之必要。除了減少未來可能在親子間會日益增加之衝突外，更應思索在交易安全與未成年子女利益保護上，應如何取舍的立法價值判斷。

在民法親屬編關於父母對於未成年子女財產管理之規定過於簡陋之下（相較於德國法可知），學說與實務則對於父母非為子女利益所為之法律行為，其性質與效力為何，產生許多紛歧的意見。最高法院之眾多判決中，也呈現零亂的法律狀態¹⁷。是以，僅停留在試圖如何在未成年子女的保護與交易安全中求取平衡。在未能修法前，也只能透過學說之解釋與實務所建立的判決體系，達成一致的中心價值而創造法律的安定性。

針對本判決所討論的父母為未成年子女訂定保證契約的類型而言，學說發展嘗試將之脫離民法第1088條的範疇之外，以法定代理的規定處理之。此舉可能產生的風險在於父母代為或行使同意權時，是否仍應受到如同民法第1088條第2項但書，非為子女利益不得為之的限制？若能有如學者所主張之見解，由法定代理制度面出發，而採持肯定見解下，未嘗不失為解決之良方。或是直接將民法第1088條第2項但書所稱之「處分」，認為屬「無代理權」所為之處分，而父母非為子女利益對其

¹⁵ 詳細論述請見吳瑾瑜，保證契約與善良風俗——以債務人之無資力父母、配偶或子女為保證人之契約為例，臺北大學法學論叢，68期，2008年12月，45-93頁。

¹⁶ 李宜琛，現行親屬法論，國立編譯館，1946年5月，141-142頁。

¹⁷ 王澤鑑，同註4，13-16頁。

特有財產所為之處分行為，皆構成無權代理，以民法第170條之規定，判斷其效力¹⁸。

實務則由肯定此類保證契約之效力，先全面性的將之由民法第1088條第2項但書的範圍中脫離，而認為其不屬於該條所言之「處分」，因為保證契約屬於債權之處分，而特有財產乃物權之處分，其性質有本質上之差異，二者不能等同視之。又就保證契約，再區分該契約是由父母代理為之，或是由未成年子女自行訂立。前者已肯認父母非為子女之利益，而以未成年子女之名義為保證等財產上之法律行為，使子女僅負擔法律上之義務，並未享有相當之法律上權利，不能對其子女發生效力（亦為後續之判決所採，例如臺灣橋頭地方法院106年度訴字第847號判決），而認後者應再度回到民法第77條至第85條之規定適用之。本件判決雖未有如學說見解，更進一步明確肯認即使父母行使同意權亦應受到「不得與未成年子女利益相反」要件之限制，但亦影響其後判決之見解，例如臺灣高等法院臺中分院103年度上字第426號判決：「揆之民法第77、79條前揭立法意旨，有關未成年人之法定代理人對於限制行為能力人所為『未獲對價、單純負擔義務』之債權行為，若仍同意之，仍應認為不利於未成年人而應屬無效」。

就此一學說與實務之發展結果，本文持肯定見解。但在論理過程中，本文仍較傾向父母對於未成年子女之關係，應以親屬編特別規定之親權為核心，而以保護教養為一環之民法第1088條第2項但書為適用之基礎，但應修正民法第1088條第2項但書中「處分」的用語，以及明定特有財產之處分不僅限於積極財產之處分，亦應包括消極債務之負擔等，而非直接回歸適用民法總則一般行為能力之法定代理的制度為之。如此修正時，或許更能凸顯父母行使親權乃權利與義務並重之責任，尤其係以子女利益為優先的立法精神與目的，而使交易安全的保障退居於後位。從而就此一風險，實應轉嫁給交易的相對人予以承擔。畢竟當其與未成年人進行交易時，本就應負有較高之注意義務。

又從德國立法例觀察，父母對於未成年子女之保護教養極為慎重，明定父母管理未成年子女財產之範圍、父母開具未成年子女特定財產目錄之義務。父母管理、使用、收益及處分未成年子女財產之限制，並由公權力之家事法院介入監督等，處處表現以未成年子女為主體，父母應如何保護子女之權益出發。反之，我國僅就未成年監護制度，有關監護人對受監護人之監護職務，尤其財產事項，鉅細靡遺的規定。諸如監護人應開具受監護人之財產清冊（民1099條）、監護人不得受讓受監護人之財產（民1102條）、監護人對受監護人之財產，非為受監護人之利益，不得使用、代為或同意處分，以及監護人代理受監護人購置或處分不動產，或以受監護人財產為投資行為等重大法律行為時，應得法院同意等（民1101條）。雖然監護人與受監護人之親密關係，不如有血緣連繫之父母子女關係，但從保護未成年子女之觀點，二者實有共通之處。是以，宜仿效德國立法例，在父母對未成年子女之關係中，為保護未成年子女之權益起見，應明訂與監護人管理受監護人財產事項相類似之規定。

自民法親屬編之體系架構而言，父母對於未成年子女行使法定代理權，本屬於親權之一環，若該法定代理權之行使，甚至涉及特有財產之處分，則應受到民法第1088條第2項但書之限制，殆無疑問。最高法院在父母非為未成年子女利益而處分其財產之效力的相關判例中，有呈現此一精神的趨勢，對於父母為未成年子女訂立保證契約已漸認定為不生效力，但惜未能明確區分所適用之法規與論理基礎，而有待日後補充之。

延伸閱讀

- 戴瑀如，同性婚姻立法之相關問題——由德國民法納入同性婚所帶來的疑義檢視我國之立法方向，月旦法學雜誌，2018年12月。
- 戴瑀如，由歐洲人權法院裁判再探代孕之禁制與開放——論子女最佳利益之優位原則，月旦法學雜誌，2016年6月。

¹⁸ 吳瑾瑜，違反子女利益不得「處分」乎？抑或不得「代理」處分乎？民法第1088條第2項但書規定「有待正名」乎？，裁判時報，50期，2016年8月，20頁。

- 戴瑀如，由生父死後認領之訴之當事人適格論重婚效力的演變——評臺灣高等法院一〇二年度家上更(一)字第第六號民事裁定，裁判時報，2016年2月。
- 戴瑀如，絕對喪失繼承權事由之判斷，月旦法學教室，2015年3月。
- 戴瑀如，論德國成年監護制度之人身管理——兼論程序法上之相關規定，臺北大學法學論叢，2014年6月。
- 戴瑀如，由德國同性伴侶法的催生、影響與轉化檢視德國對同性人權之保障，月旦法學雜誌，2014年1月。
- 戴瑀如，從實體法的觀點論家事事件法中之親生子女關係事件程序，月旦法學雜誌，2013年8月。
- 戴瑀如，拋棄繼承對代位繼承所生之效力，月旦法學教室，2013年7月。
- 戴瑀如，子女血緣認知權的實踐，臺北大學法學論叢，2012年9月。
- 戴瑀如，反於血統真實認領的救濟管道——評最高法院一〇〇年台上字第一三四號及相關裁判兼論八十六年台上字第一九六號判例，裁判時報，2012年8月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



意思表示錯誤之撤銷

最高法院96年度台上字第2035號判決

游進發*

本案事實

執行債務人莊○○所有坐落高雄縣○○鄉○○段潮州寮小段1641地號土地，經臺灣高雄地方法院之民事執行處以92年度執字第12959號清償債務強制執行事件強制執行拍賣，於民國93年2月6日由原告以372萬4千元得標拍定並繳納價金。高雄地院發給原告所有權移轉證書，並將價金分配予系爭執行程序之債權人及被告。被告受分配金額為340萬1千76元。

原告參加投標前，曾向高雄縣○○地政事務所請領系爭土地之地籍圖。○○地政所描繪員誤將○○段1641地號土地當作系爭土地描繪，並於92年12月26日發給第120469號地籍圖謄本及於93年2月10日核發第11951號地籍圖謄本與原告，致原告誤以為所標購之系爭土地位於○○段1641號土地等情，為兩造所不爭。原告主張：伊因應買意思錯誤，已依民法第88條規定撤銷購買系爭土地之意思表示，被告受價金分配之利益，係無法律上之原因，至伊受不能取回價金之損害，伊得依不當得利之法律關係取回。

爭點

意思表示錯誤撤銷權之客體、請求返還已支付價金之依據。

* 德國柏林自由大學法學博士，臺北大學法律學系教授。
在此感謝我的學生（兼助理），蕭嘉德與周家偉，協助蒐集資料與整理資料。

作者更多完整且精彩的內容
請至月旦知識庫 www.lawdata.com.tw



判決理由

強制執行法所為之拍賣，仍屬買賣性質，拍定人為買受人，執行法院僅代表出賣人立於出賣人之地位，法並未禁止拍定人得以其錯誤或不知情事而撤銷其投標應買之意思表示。故拍定人自得主張意思表示錯誤而撤銷之。另法律行為經撤銷者，視為自始無效，民法第114條第1項亦有明定。因此強制執行程序中之拍賣，如拍定人合法撤銷其投標應買之意思表示時，即自始無效。執行法院之拍定表示即因投標應買意思表示之欠缺，而不生拍定之法效。

評析

壹、意思表示錯誤撤銷之客體

依民法第88條第1項規定，表意人所得撤銷者，乃其錯誤之意思表示。換句話說，只有表意人才享有撤銷權，蓋其為錯誤之意思表示之主體（表意人）；只有錯誤之意思表示始為撤銷權之客體，未有錯誤之意思表示，則非為撤銷權之客體，良以無錯誤，即無撤銷權。但被撤銷之意思表示之效力如何？意思表示為法律行為之要素：在單方行為，只有一則意思表示，則當該意思表示被撤銷時，該單方行為之效力如何？在契約，則有兩則意思表示，則當其中一則意思表示被撤銷時，該以成立之契約之效力如何？針對這些問題，民法第88條規定並未提供解決之道。

而上開問題將顯得更為問題。依民法第114條第1項規定，法律行為經撤銷者，視為自始無效。這條規定之適用範圍，是否亦及意思表示之撤銷？若該條規定之適用範圍，亦及於意思表示之撤銷，則有疑問者，乃如此之解釋是否意味著，契約相對人之意思表示也在撤銷之列？若該條規定之適用範圍並不及於意思表示之撤銷，則有疑問者，乃被撤銷之意思表示之效力如何？以該被撤銷之意思表示為要素之法律行為之效力又如何？

文獻上關於意思表示撤銷之相關問題之見解大抵有兩大方向。其一，意思表示之撤銷乃法律行為之撤銷，我國文獻上大抵是採取這項見解者¹，但德國文獻上這項見解反而是少數見解²。其二，在契約已成立之情形，意思表示之撤銷與法律行為之撤銷不同，經撤銷之意思表示為自始無效，該已成立之契約因此欠缺契約所必要之意思表示，從而無效；在單方行為，意思表示之撤銷即法律行為之撤銷；德國文獻上這項見解為多數見解³，但我國文獻上這項見解反而是少數說⁴。

實則於得撤銷意思表示之相關規定裡（意思表示錯誤之撤銷及被詐欺或被脅迫所為之意思表示之撤銷），意思表示撤銷之後果，必須以一條法條統一規範之。良以既均為意思表示之撤銷，則應受到相同評價：既然立法者選擇無論如何均以撤銷權貫徹撤銷權人之意思，亦即無論撤銷原因為意思表示錯誤或被詐欺或被脅迫所為意思表示之撤銷，撤銷權人均得自主決定是否使意思表示之效果發生，則並無理由以撤銷原因之不同，而給出不同評價。而且於每一條撤銷權發生要件規定裡規範撤銷後果，亦顯得規範不經濟，徒增法條數量而已。

解決上開問題之後，必須面對另一則顯得更為棘手之問題，即是否應對法律行為之撤銷與意思表示之撤銷給出不同評價？其實更根本的問題，乃兩者是否有所區別？於民法總則編裡，意思表示撤銷權之發生原因僅有兩端，即意思表示錯誤與被詐欺或被脅迫而為之意思表示。法律行為之撤銷（不包括訴請法院撤銷），則散見於民法各編。法律行為撤銷意味著，法秩序允許撤銷權人自主決定法律行為（所欲發生）之效果是否發生。意思表示撤銷意味著，法秩序允許撤銷權人自主決定，意思表示之效果是否發生。既然意思表示經有效撤銷者，其效果不發生，法律行為（包括契約與單獨行為）之效果亦不發生，則於意思表示撤銷之

¹ 王澤鑑，民法總則，自版，2011年8月，頁529；邱聰智，民法總則（下），三民書局，2011年6月初版，頁108-109；施啟揚，民法總則，自版，2009年8月8版，頁294。

² Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, S. 102.

³ Wener Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft, Bd. 2, 1975, § 21, 6; MünchKomm/BUSCHE, § 142 BGB, 7. Aufl., Rn. 9.

⁴ 林誠二，民法總則（下），瑞興，2008年9月3版，頁120。

情形，法秩序所允許者，實亦為撤銷權人得自主決定法律行為之效果是否發生。在單獨行為，前述文獻上兩大見解並無歧異，均以意思表示之撤銷與法律行為之撤銷並無不同。如此見解吻合之觀察正說明且證明本文上開觀察結果，即法秩序其實並不區別意思表示之撤銷與法律行為之撤銷，亦即允許撤銷權人自主決定法律行為之效法是否發生。

契約與單獨行為均為法律行為，兩者效力均不可能只影響一方當事人（契約）與表意人（單獨行為）。既然如此，則並無理由認為，單獨行為之撤銷與意思表示之撤銷相同，但契約之撤銷與意思表示之撤銷並不相同。以意思表示經有效撤銷後，以該意思表示為要素之契約，因此應為無效或不成立之見解，與意思表示之撤銷與法律行為之撤銷相同之見解，結論上並無不同，蓋依前者見解，法律行為之效力自始不發生，依後者見解（民法第114條第1項），法律行為之效力亦自始不發生。以這項觀察結果度之，區別意思表示之撤銷與契約之撤銷並無多少意義。

以契約之撤銷與意思表示之撤銷並不相同者，或認為若將兩者等價，無意懲罰意思表示並得撤銷原因之相對人。但如前所分析者，法秩序其實並不區別意思表示之撤銷與法律行為之撤銷，亦即允許撤銷權人自主決定法律行為之效法是否發生，則於如此規範設計之理解下，並無所謂懲罰意思表示無撤銷原因之相對人可言；既然意思表示之撤銷與契約之撤銷，結論上均是法律行為之效力自始不發生，則同樣於如此規範設計之理解下，亦無所謂懲罰意思表示無撤銷原因之相對人可言。綜上所述，民法第114條第1項規定之適用範圍，因此不僅及於法律行為之撤銷，亦應及於意思表示之撤銷。立法者以這條規定（僅一條法條）規範兩者，不僅達到法條經濟，透過其與撤銷權發生要件規定之關聯（撤銷權之發生與撤銷之後果均指向撤銷一事），更在表明法秩序維護撤銷權人意思自主決定之價值。

貳、請求返還已支付金錢之依據

民法第259條規定所規範者，乃經有效解除之契約之回復原狀，包括解除當事人已支付金錢之償還請求權，被解除之契約效力則並未加以規範。民法第114條規定之規範內容僅止步於法律行為之效力，並未規

範法律行為之回復原狀。造成這樣規範形成差異的理由或許在於，解除契約的重點在於回復原狀，解除當事人所最在意者乃取回自己之給付或對待給付；法律行為撤銷的重點在於否認法律行為的效力，撤銷權人最在意者，乃貫徹自己的意思。依民法第114條第1項規定，法律行為經有效撤銷者，自始無效。經有效撤銷的法律行為是債權行為者，當事人不再負有給付義務或對待給付義務，若當事人已為給付或對待給付，則成立給付不當得利，為給付或對待給付者，得向受領給付或受領對待給付者請求返還給付或對待給付。立法者或許亦因成立這項給付不當得利，而認並無為法律行為撤銷加以規範回復原狀後果之必要。

實則以編纂民法典的角度以觀，明文規定解除契約之效力有其必要性，良以對於尚未給付或對待給付之解除當事人，免除給付或對待給付義務亦屬重要。縱使不加以規範被解除契約之效力，至少亦須規範解除當事人是否免給付或對待給付義務；規範設計上制定返還或償還已為之給付或對待給付，顯得有必要，而且較諸於準用不當得利規定之規範設計，法律解釋適用上顯得透明許多。經有效撤銷的法律行為為債權行為者，當事人固然不再負有給付或對待給付義務。但頗有疑問者，乃當事人若已為給付或對待給付而該給付或對待給付乃代替物性質之金錢時，當事人請求償還金錢之依據為何？國內文獻上大多直接以民法第179條規定為請求權基礎。但這項法律適用實在頗有疑問。

當事人以金錢作為支付工具時，對其而言金錢之意義即不在金錢所有權本身，而是其支付功能與幣值。而且當事人所支付金錢與他人金錢大抵發生混合（民法第813條），例如透過金融機構付款或於商店收銀台付款。植基於如此之支付環境，當當事人得請求償還其已支付之金錢時，這項請求權的客體便不應是該筆金錢所有權本身，而是其幣值，亦即該項請求權之客體應為相同種類（約定通用貨幣或法定通用貨幣）、品質與數量（幣值）之金錢；請求償還已支付金錢之依據，便不應該是民法第179條規定，而是民法第816條準用第179條規定。民法第816條明文規定排除原物返還，直接進入價額償還⁵。如此的法律適用結果，即

⁵ 民法第816條規定之修正理由：「本條規範意義有二……因添附而受損害者，依關於不當得利之規定請求因添附而受利益者返還其所受之利益時，僅得適用本

當事人得請求償還已支付金錢之價額，而非應先返還原物（金錢所有權）僅於不能原物返還時，始得請求償還價額。

逕以民法第179條規定為償還已給付金錢之請求權基礎，將導致一項法律適用結果，即應先返還原先已支付金錢之所有權，亦即返還原物，而當原先支付金錢不能返還，亦即不能原物返還時，即應償還其價額。這項法律適用結果顯得荒謬，完完全全脫離人民現實生活，蓋如前所述，人們（包括當事人）在現實生活裡所欲者，並非請求返還原先支付金錢之所有權（原物返還），而是請求償還其幣值（價額償還）。在最高法院上開判決裡，原告請求被告返還高達340萬1千76元價金。殊難想像者，乃原告當初縱使並非透過金融機構付款，而是提領現金以支付價金，被告受領該筆金錢後完全未發生金錢混合，進而有可能將340萬1千76元以原物返還之方式加以返還。最高法院在上開判決裡未明辨金錢混合發生與否，從而決定應依民法第816條準用民法第179條規定，抑或直接適用民法第179條規定，恐有法律適用不臻準確之疑問。

綜合而論，在現實生活裡，當人們以金錢作為支付工具時，大抵發生金錢混合，而且人們此時所在意者，乃金錢幣值本身，而非其所有權。已支付之金錢不發生動產混合之情形，實屬少見。是以當債權行為無效，而得請求返還已支付之金錢時，此間之法律解釋適用原則上應以金錢發生混合為前提。請求償還金錢之依據，因此乃民法第816條準用第179條規定。該請求權之客體因此從原物返還轉成價額償還。

延伸閱讀



- 游進發，給付遲延中之給付不能亦是遲延損害，月旦法學雜誌，2019年2月。
- 游進發，替補賠償請求權之結構，臺北大學法學論叢，2017年12月。

法第一百八十一條但書規定請求『償還價額』，不能適用同條本文規定，求返還『利益原形』，以貫徹添附制度重新分配添附物所有權歸屬、使所有權一化、禁止添附物再行分割之立法意旨。為求明確，將現行規定『償金』修正為『價額』。」

- 游進發，無名契約典型化之因素，高大法學論叢，2017年9月。
- 游進發，大陸民法物權編關於所有物返還請求權之編纂建議，法令月刊，2017年9月。
- 游進發，德國民法上之應負責概念，月旦法學教室，2017年6月。
- 游進發，民法上之權益歸屬秩序，東吳法律學報，2017年1月。
- 游進發，民法之編纂——方法與考量因素，臺北大學法學論叢，2016年12月。
- 游進發，解除契約與債務不履行損害賠償——以對最高法院九十六年度台上字第一二〇四號判決之反思為限，月旦法學雜誌，2016年12月。
- 游進發，給付不能損害賠償——損害賠償代替給付與財損之計算，裁判時報，2016年7月。
- 游進發，再論準公同共有債權之行使——以最高法院一〇四年度第三次民事庭會議(一)為反思對象，月旦法學雜誌，2015年11月。
- 游進發，請求權競合理論之明文規定，月旦法學雜誌，2015年4月。
- 游進發，準分別共有與公同共有債權之行使——以最高法院一〇二年度台上字第一三〇七號裁定為出發點，裁判時報，2015年4月。



更多相關文獻，請上月旦知識庫

意思表示錯誤之本質乃 抽象輕過失

最高法院99年度台上字第678號判決

游進發*

本案事實

出賣人被告（財政部國有財產局臺灣北區辦事處），於民國97年4月24日公告標售土地（國有非公用不動產中之第七標號，即坐落臺北市○○區○○段○小段○○○、○○○地號，面積共1,057平方公尺之二筆土地），於其標售公告中註記標售土地之使用分區為「第一種住宅區」。原告以標售之土地為第一種住宅區，因而標購之，於得標並繳交保證金後，始發現其所標購之土地坡度超過30%，依臺北市山坡地開發要點第4點之規定，不得作為建築基地使用。原告主張：儘管被告標購之土地可供建築一事並非買賣契約之內容，其對這項事實認識錯誤，因此並不構成意思表示內容之錯誤，但（標購國有）土地可供建築使用或投資之用，乃土地之性質，且這項性質為交易上至關緊要之事項，乃交易上重要之動機錯誤，依民法第88條第2項規定，視為意思表示錯誤，而得依同條第1項規定加以撤銷。

爭點

最高法院這則判決涉及之問題：其一，動機錯誤與意思表示內容錯

* 德國柏林自由大學法學博士，臺北大學法律學系教授。

在此感謝我的學生（兼助理），蕭嘉德與周家偉，協助蒐集資料與整理資料。



誤之區別標準，前者原則上不得加以撤銷，僅於民法第88條第2項所規定之二種例外情形，始得加以撤銷，後者原則上得為撤銷之客體；其二，土地可供建築使用，是否為交易上重要事項；其三，民法第88條第1項但書規定所指過失之意義，這則過失意義之問題解決，決定表意人是否享有錯誤意思表示之撤銷權。

判決理由

最高法院99年度台上字第678號判決：「按意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之，但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限，民法第八十八條第一項定有明文。有關物之性質錯誤，本質上屬於動機錯誤，即表意人在其意思形成過程中，對於就其決定為某特定意思表示之物之性質，認識不正確，原不影響意思表示之效力，非在得撤銷之列，但如所涉物之性質係交易上認為重要者，依該條第二項『其錯誤視為意思表示內容之錯誤』之規定，即得由表意人將其意思表示撤銷之。查原審認定兩造就系爭土地之買賣，並無以可供建築使用為契約之內容，系爭土地使用分區雖為『第一種住宅區』，且位於已建成之住宅區內，但事實上無法供建築使用，與民眾標購國有土地之目的不符，影響市場交易價值，可認係交易上重要之物之性質錯誤，依民法第八十八條第二項規定，得作為撤銷之客體一節，揆諸前揭說明，固無可議。惟按民法第八十八條撤銷權之規定，乃係為救濟因表意人主觀上之認知與事實不符，致造成意思表示錯誤之情形而設，其過失之有無，自應以其主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷標準。惟按民法第八十八條撤銷權之規定，乃係為救濟因表意人主觀上之認知與事實不符，致造成意思表示錯誤之情形而設，其過失之有無，自應以其主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷標準。」

評析

以下分析之客體，乃最高法院上開判決所涉及之爭點。民法上相關之基本認知與學說狀況，亦於一併說明之列。

壹、意思表示與其錯誤之本質觀

文獻上關於意思表示之本質之深入說明，並不多見。這項說明並不多見之原因，或許在於其說明並不必要。在相當多的法律適用裡，意思表示之本質乃以之為前提者。但是這項本質的掌握不足，容易導致法律解釋適用錯誤。以下只擇要說明意思表示之本質。

意思表示這項概念以意思表示主體有意思活動能力（於是能作成意思表示），以及意思活動必有其內容（意必有所指）為前提。表意人作為意思主體因此有著意識能力；意思表示作為意思活動，因此也必有其內容。儘管在個案中表意人可能欠缺意思（活動）能力，但這並不影響意思表示以表意人之能力為前提。意思表示作為法律行為之要素（法律行為之一般成立要件），乃任何法律行為所不可或缺者。私法自治，乃國家權力原則上不介入個人私法法律關係之變動，任由個人以其意思決定私法法律關係之變動。法律行為與意思表示體現了私法自治。

顧名思義，意思表示乃表意人將其意思表示出來之法律現象。意思表示因此是由意思（主觀）與表示（客觀）所組成。無論在法律世界抑或生活世界裡，這則現象成為他人意向之客體。他人對這則法律現象之意向內容，因此可能與表意人透過表示行為所原初給出之意思不一致，即文獻上所謂意思表示不一致（意思與表示不一致）。但法秩序並不對且也不應對任何不一致有所反應，良以表意人原初給出之意思，本即締約過程所欲釐清者。當相對人對該意思之解讀與表意人之意思不一致時，雙方之意思表示並不可能一致，契約並不可能成立；單獨行為之生效，原即不取決於相對人意思，是以前者仍然有效。

可若表意人故意（即單獨虛偽意思表示與通謀虛偽意思表示）或過失（意思表示錯誤）造成相對人之理解與自己意思不一致者，則意思表示不生效力或契約是否成立之風險，即不應一概由相對人承擔。區別出

上開兩者之後，立法者緊接著必須處理者，乃在故意不一致與過失不一致之情形，該意思表示效力之問題？法秩序不僅並未相同處理故意不一致之情形，亦未將故意不一致與過失不一致作相同處理。表意人之故意與過失在此間並非評價因素。至於立法者究竟如何評價這則問題？

心中保留之表意人並無表示行為所給出意義下之意思。但規範上並無法期待相對人知悉表意人保留在內心之意思。規範設計上因此必須以表意人表示行為所給出之意義作為基準，亦即表意人之意思表示仍有效。但相對人實際上可能知悉表意人保留於內心之意思，例如表意人與相對人雙方從事同類交易已久，表意人與相對人熟識等等背景底下，相對人即可能知悉此事。相對人確實知悉被表意人保留於心中之真意時，表意人意思表示之效力如何？相對人因知悉表意人真意（包括無締約意思），故而亦無締約意思；縱相對人仍有締約意思，但表意人當下仍無締約意思。既然雙方或表意人並無締約意思，則在私法自治底下表意人意思表示應是無效。實則從民法第86條第1項「不因之」文義亦可得知，該條規定規範設計即以表意人並無表示行為所給意義下之意思與締約意思，意思表示即應無效為基礎，但由於規範上無法期待相對人必知悉表意人真意，故而表意人之意思表示「不因之」無效；可若相對人若知悉此事，則該意思表示無效。從該條「不因之」之文義亦可得知，立法者在此間並非如同文獻上所云是採意思論或行為論等如此簡化之評價因素。

在通謀虛偽意思表示之情形，表意人與相對人均欠缺表示行為所給出意義下之意思，而且規範上無法期待他人知悉此事，可見單獨虛偽意思表示與通謀虛偽意思表示似並無不同，似應將通謀虛偽意思表示與單獨虛偽意思表示作相同評價，亦即單獨虛偽意思表示有效，通謀虛偽意思表示似亦應為有效。但顯然易見地立法者並未給出如此的評價，而是作出通謀虛偽意思表示無效之評價。可見於故意不一致之情形，立法者並非如同文獻上所云是採意思論、行為論或折衷論；既然通謀虛偽意思表示無效，於是立法者在此間是採意思論，以貫徹意思自主；單獨虛偽意思表示有效，於是立法者在此間採行為論，以保護交易安全。如此之說明，恐怕只是流於形式之分析結果，並無法點出立法者究竟如何給出

如此之評價。僅以表示行為論或意思論並無法決定，應選擇保護其中何項價值。單這兩項理論並無法提供價值選擇的判準。

在通謀虛偽意思表示，表意人與相對人通謀且依通謀內容，各自作成意思與表示不一致之意思表示，不僅雙方均無表示行為所給出意義之意思，而且若是出於善良動機，則又何須通謀。觀諸最高法院涉及通謀虛偽意思表示之裁判，即可得知這項觀察結果¹。可見通謀虛偽意思表示之所以受到無效之評價，更是基於通謀這項評價因素，否則如前所述其將無法與單獨虛偽意思表示有所區別。基於這兩項因素，立法者給出通謀虛偽意思表示應該無效之評價。

貳、動機錯誤與內容錯誤之區別

民法以契約自由為基本架構。是否成立契約（包括成立何種契約），以及與何人成立契約，基本上取決於當事人意思。契約乃雙方當事人一致之意思表示，亦即合意。契約之內容因此是當事人意思之內容。當事人成立契約必定出於一定動機。當事人有可能將這項動機融入意思表示之意思，進而成為契約之內容。該項動機此時並不只存在於當事人自己內心世界，亦同時作為一則具有法律意義之現象，立身於法律世界之中。當事人應受這項已成為契約內容一環之現象拘束。這項拘束之正當性，源自當事人願受拘束之意思。黑格爾即認為，契約乃雙方同意下之自我拘束。但當事人於締約時通常不會將其締約動機表現出來，該動機因此並不具有契約內容之一環之法律意義，並不拘束當事人。但上開觀察並不意味著，締約動機完全不具任何法律意義。

雙方當事人之締約動機相同時，這項動機乃「契約」以之為前提者，亦即主觀之法律行為基礎。良以契約原即雙方一致之意思表示，能成為契約以之為前提之締約動機，理應為雙方一致之締約動機。當締約動機僅為一方當事人自己之動機而他方當事人出於其他締約動機時，這兩項締約動機並非契約以之為前提者。民法若干規定即賦予締約動機這項主觀法律行為基礎一定法律意義。例如民法第354條所規定之契約預

¹ 例如最高法院62年台上字第316號判例、最高法院106年度台上字第2633號判決。

定效用之瑕疵。契約預定效用乃契約以之前提之效用，該買賣標之物之效用並非契約之內容，而僅是主觀之契約基礎，亦即買賣雙方當事人一致之締約動機而已。這項締約動機因此取得物之瑕疵之法律意義。

表意人發生締約動機錯誤，即表意人（主觀的）動機與（客觀的）情事不一致。當事人之資格與物之性質，通常僅具有締約動機之意義。表意人為意思表示時，通常是以相對人具有一定資格，或標的物具有一定性質為前提，亦即其尚未成為契約之內容。依民法第88條第2項規定，當事人之資格或物之性質具有交易上之重要性者，視為意思表示錯誤內容之錯誤。透過這項法定擬制，這兩項締約動機成為意思表示之內容，其錯誤成為意思表示內容錯誤。換句話說，這兩項締約動機因此取得意思表示內容之法律意義，其錯誤亦因此取得意思表示內容錯誤之法律意義。

參、交易上重要性之判斷

依民法第88條之立法理由說明，房屋性質乃交易上認為重要者，其謂：「查民律草案第一百八十一條理由調撤銷錯誤之意思表示，須用法律規定，以防無益之爭論。凡關於意思表示內容之錯誤，（關於當事人標的物及法律行為種類之錯誤）及於交易上認為重要，而當事人之資格或物之性質有錯誤等（如信用交易之買主支付能力或房屋賃貸契約之房屋性質）若表意人知其事情即不為其意思表示者，均當然調之錯誤。至表意人雖振示有一定內容之意思，惟不欲為其內容之表示，且可認表意人若知其事情則不為其意思表示者亦然（如表意人誤信為有真正之內容而署名於其書件者）。」

從這項立法理由說明可延伸出一項結論，即同為不動產之土地，其性質亦應為交易上重要者。最高法院在上開判決裡認為，土地可供建築使用這項性質之有無，影響其市場交易價值，具有交易上重要性。最高法院這項見解與上開立法理由說明結論上相同，但後者並未說明，何以房屋性質乃交易上重要者；前者則附有理由，即倘若土地性質影響土地之市場交易價值，則其具有交易上重要性。臺灣地小人稠，土地大抵廣為充分利用，尤其是土地上建築使用。觀諸最高法院裁判眾多拆屋還

地²或設法禁止拆屋還地³，以免有礙社會經濟之裁判即可得知，土地鮮有不為建築使用者。再者，依最高法院向來見解，土地上有公法上之使用限制者，乃民法第354條規定所指之減少或滅失其價值，買受人因此得解除買賣契約⁴。這項見解在交易市場上勢必產生一項效應，即土地是否有公法上之使用限制，影響土地之交易價格。

交易原即意味著價值交換，尤其是金錢價值之交換。交易上之重要性概念因此總是指向交易價格。判斷物之性質是否為交易上重要者，關鍵點即在於物之性質是否影響物之交易價值。準以上說明，最高法院上開見解實屬妥當。

肆、意思表示錯誤是過失本質——錯亂結構之民法第88條第1項

在心理主義盛行於歐陸之年代裡，德國民法逐漸成形至誕生。在如此之時代背景裡，表意人之意思因此被細分為行為意思、表示意思與效果意思。無論如何細分表意人之意思，這三項意思終究是表意人之意思。因此並不得以這三者之區別，而給出不同評價（法律效果）：無論欠缺行為意思、表示意思抑或欠缺效果意思，均只應給出相同評價，問題只在於應給出如何評價？既然在意思表示錯誤裡，無論是內容錯誤抑或表示行為錯誤，表意人均無效果意思，則在表意人並無表示意思或行為意思之情形，表意人亦應享有撤銷權。

意思表示錯誤基本上乃締約上過失。意思表示錯誤本身具有過失之意義。民法上之過失原則是抽象輕過失，即違反善良管理人之注意義務。這項過失概念是客觀化之概念。過失成立之判斷，因此並不取決於當事人個人本身因素。倘若表意人於締約過程中並非故意使意思與表示不一致，則這項意思與表示不一致基本即過失所致，良以善良管理人於締約過程中必將注意到其意思與表示必須一致。民法第88條規定卻以表

² 例如最高法院57年台上字第1303號判例、最高法院67年台上字第800號判例。

³ 例如最高法院91年度台上字第2154號判決、最高法院100年度台上字第463號判決。

⁴ 例如最高法院49年台上字第376號判例、最高法院94年度台上字第1112號判決。

意人無過失者，始得撤銷意思表示。這項規範設計造成在個案中鮮有表意人享有撤銷權之困境。文獻上因此有著調整該條規定所指過失意義之各種嘗試：或有認為應調整成重大過失，或有認為應調整成具體輕過失⁵。文獻上另有認為尚應考量相對人的情事，如表意人錯誤起因於相對人行為，除有特別情形者外，表意人應為無過失⁶；或其錯誤為相對人顯而易見者，相對人即無保護其信賴契約成立的必要，此時亦應認表意人並無過失⁷。文獻上更有認為，民法第88條第1項規定之過失既非抽象輕過失，亦非具體輕過失，是以網拍業者是否過失之判斷標準，應視其間是否有合理內控機制⁸。

以具體輕過失限制撤銷權之作法，並不妥當。良以有人天生謹慎小心，有人天生疏懶，天生謹慎之表意人於意思表示錯誤有具體輕過失時，對天生疏懶之人而言，頂多只是抽象輕過失，但前者並不得撤銷其錯誤之意思表示，後者卻仍得撤銷其錯誤之意思表示，這項作法無異懲罰在法律生活裡較為謹慎之人，無異鼓勵人們在法律生活裡放縱。以重大過失限制表意人撤銷權之作法，同樣並不妥當。損害賠償請求權原則上以過失作為正當性基礎之一。善意之相對人或第三人享有信賴損害賠

償請求權，意味著表意人過失（即意思表示錯誤）造成信賴損害。以重大過失限制表意人之撤銷權，則將造成一項評價矛盾：表意人有抽象或具體輕過失，得撤銷錯誤意思表示，而應負信賴損害賠償責任，但有重大過失時，卻不得撤銷錯誤之意思表示，而不負信賴損害賠償責任。於是或許得依民法第1條規定，依上開法理排除這項評價矛盾，使表意人不受這項撤銷之限制。

德國民法則根本並無此項撤銷權之限制⁹。我國民法第88條規定基本上乃繼受自日本民法。德國民法典並非一夕之間形成，乃經過羅馬法與日耳曼法之歲月而形成，亦即其乃在經驗上長成。改造或更動如此民法規定之繼受嘗試，基本上乃冒著錯誤之風險。民法第113條與第100條規定同樣也患有類似問題。

在戴爾標價錯誤案裡，問題關鍵在於兩項事實之認定：其一，既然在此案裡系爭契約毫無疑問是消費者契約，則應認定究竟整個網路交易過程，是否有著廣告意義，亦即消費者保護法第22條第2項關於擔保廣告真實之規定，是否有適用餘地；其二，其間指涉之商品是否標定賣價陳列，亦即民法第154條第2項是否有適用餘地？若有廣告事實，則戴爾公司應擔保為其錯誤之標價（表示行為）為真實，亦即應以錯誤之標價為契約內容，而不得撤銷其錯誤之意思表示¹⁰。若有標定賣價陳列之事實，則戴爾公司標定賣價陳列之行為，視為要約¹¹，消費者滑鼠點擊確

⁵ 最高法院99年度台上字第678號民事判決、臺灣高等法院暨所屬法院84年度法律座談會民事類第1號。鄭玉波著／黃宗樂修訂，民法總則，三民，2010年7月修訂11版，頁285；邱聰智，民法總則（下），三民，2011年6月初版，頁107-108；林麗真，網路交易標價錯誤之契約法律問題探討，東吳法律學報，第22卷第4期，2011年4月，頁23。

⁶ 黃立，民法總則，自版，2005年9月4版，頁303-304；林誠二，民法總則（下），瑞興，2008年9月3版，頁119；楊芳賢，電子商務契約及其付款問題，中原財經法學，第5期，2000年7月，頁315。

⁷ 陳自強，意思表示錯誤之基本問題，政大法學評論，第52期，1994年12月，頁324-326。類此以信賴保護、誠信原則或交易安全等價值，判斷過失成立與否之見解者，楊佳元，網路購物標價錯誤——UB mall網路購物商城台北地方法院判決，裁判時報，第10期，2011年8月，頁30。以表意人與相對人有無違反誠信或公平交易的行為，或是否盡其情報搜集與檢核義務為判斷者，張凱鑫，論撤銷錯誤意思表示之消極要件——以表意人之過失為中心，嶺東財經法學，第7期，2014年12月，頁94-95。

⁸ 張永健，購物網站標錯價之合約糾紛與行政管制——經濟分析的觀點，政大法學評論，第144期，2016年3月，頁177。

⁹ Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, S. 265 f.

¹⁰ 黃立，民法總則，自版，2005年9月4版，頁303-304；林誠二，民法總則（下），瑞興，2008年9月3版，頁119；楊芳賢，電子商務契約及其付款問題，中原財經法學，第5期，2000年7月，頁315。

¹¹ 林誠二，網路購物中錯誤標價衍生之法律問題，月旦法學教室，第86期，2009年11月，頁10-11；蔡瑄庭，要約與要約引誘：網路購物標錯價之法律問題——臺北地方法院99年消簡上字第1號民事判決評釋，裁判時報，第8期，2011年4月，頁27-28。文獻上亦有認為此應屬要約之引誘者：李淑如，網路購物標價錯誤之法律解析，台灣法學雜誌，第135期，2009年9月，頁134-135；馮震宇，網路商品標錯價格出售後得否撤回意思表示，台灣法學雜誌，第135期，2009年9月，頁204；吳瑾瑜，論網站標價錯誤之法律效力，月旦法學雜誌，第187期，2010年12月，頁45-46（55）；楊芳賢，電子商務契約及其付款問題，中原財經法學，第5期，2000年7月，頁315-320；鄭冠宇，民法總則，自版，2018年8月5版，頁300；林麗真，網站上標價展售商品屬於要約或要約引誘？——兩則臺北

認鍵之動作乃買受之承諾，系爭買賣契約即因此成立，戴爾公司儘管得撤銷其錯誤之意思表示，但對消費者負有信賴損害賠償責任。消費者保護法第22條第2項規定，乃特別規定，優先於上開民法相關規定之適用。戴爾公司在此案裡，因此均僅得請求消費者支付其所標價之價金，均負有移轉商品所有權，以及交付商品之義務，而且不得撤銷其錯誤之意思表示。

伍、結 論

總體而言，最高法院在若干裁判與文獻上若干見解已清楚意識到，民法第88條第1項規定之窒礙難行之處。造成這項法律適用上困頓的原因在於，該條規定本文與但書處矛盾之結構裡。意思表示錯誤基本上抽象輕過失之本質，表意人之意思表示錯誤者，即必有抽象輕過失，無論如何應得撤銷其錯誤之意思表示。民法第88條本文規定表意人得撤銷其錯誤之意思表示，但其但書卻規定表意人就錯誤有過失者，不得撤銷其意思表示。可見這條法條明顯處在矛盾之結構之中。

延伸閱讀

- ▶游進發，給付遲延中之給付不能亦是遲延損害，月旦法學雜誌，2019年2月。
- ▶游進發，德國民法上之應負責概念，月旦法學教室，2017年6月。
- ▶游進發，給付不能損害賠償——損害賠償代替給付與財損之計算，裁判時報，2016年7月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



地方法院民事判決九十九年訴字第五五九號與九十九年消簡上字一號解析，裁判時報，第7期，2011年2月，頁90；張永健，購物網站標錯價之合約糾紛與行政管制——經濟分析的觀點，政大法學評論，第144期，2016年3月，頁189-192。

通謀虛偽意思表示與虛偽意思表示隱藏他項法律行為的區別

最高法院101年度台上字第1722號判決

徐慧怡*

本案事實

一、兩造之母於90年4月1日死亡後，原告與其餘繼承人包括被告等五人共同訂立分割遺產協議書，約定由原告繼承取得系爭房地所有權，並於90年5月10日以分割繼承為原因，辦畢所有權移轉登記。同年11月，原告以系爭房地為擔保，設定抵押權予國泰人壽150餘萬元。原告於90年間罹患「因應行為障礙」、「高危險性自我傷害」等精神疾病，反覆住院治療，迨至91年4月間，再度因精神疾病難以自我控制。原告於91年5月間將系爭房地產登記於被告名下，被告以該房地向彰化銀行設定440萬元之最高限額抵押權，並代原告清償積欠國泰人壽150餘萬元之貸款。

二、原告主張(一)被告表示為免原告因精神問題受騙，致系爭房地等財產落入他人手中或為不利益處分，希望原告先將系爭房地所有權移轉登記予其名下，俟病情穩定再將系爭房地所有權移轉登記予原告，(二)兩造間於91年5月間移轉系爭房地所有權之目的，係為避免原告因精神疾病問題就系爭房地為不利益處分，並無買賣及移轉所有權之真意，兩造就系爭房地之買賣債權行為及所有權移轉物權行為均係通謀虛偽意思表示，依民法第87條規定，即屬無效，原告自得依民法第113條規定，請求被告塗銷系爭房地所有權移轉登記，並將系爭房地返還原告。(三)縱認

* 美國聖塔克拉拉大學法學博士，臺北大學法律學系教授。

作者更多完整且精彩的內容
請至月旦知識庫 www.lawdata.com.tw



兩造間有買賣系爭房地之真意存在，然兩造就買賣價金並未達成合意，即系爭房地於91年5月27日移轉登記予被告後，同年5月29日被告代原告清償其積欠國泰人壽之貸款本息150萬餘元，並於91年5月31日塗銷為國泰人壽設定之抵押權，並非合意之價金，故系爭買賣契約仍未成立，原告自得依民法第179條、第767條規定，請求被告將系爭房地所有權移轉登記予原告。四被告未經被原告同意，以系爭房地為擔保，向彰化商銀貸款，並設定440萬元之最高限額抵押權，顯係無法律上原因受有利益，致被上訴人對系爭房地所有權之完整性被侵害，被上訴人自得依民法第179條規定，請求上訴人返還其所受領之貸款利益440萬元等語。

三、被告抗辯(一)否認其有俟原告病情穩定再移轉登記等語；(二)兩造非通謀虛偽意思表示，因兩造於91年4月25日曾訂立「土地買賣所有權移轉契約書」、「建築改良物買賣所有權移轉契約書」（按：即俗稱之公契），其代償國泰人壽貸款150餘萬元乃為價金之給付，兩造就系爭房地確係買賣關係，故其為系爭房地之所有權人，得自由使用、收益、處分系爭房地，且(三)其為系爭貸款之債務人，原告無權請求上訴人賠償貸款利益440萬元。

四、法院審理：(一)本案一審法院判決原告勝訴，認為兩造間就系爭房地買賣及物權契約均通謀虛偽而無效，(二)被告以原告所有之系爭房地作擔保，雖設定最高限額抵押權440萬元，但向彰化銀行初貸借款金額366萬元，目前該行貸放餘額尚餘328萬元事實，故被告所受利益應為328萬元。被告提起上訴（上訴人），改行主張被上訴人（原告）係被詐欺而為意思表示非通謀虛偽意思表示，原審臺灣高等法院(一)認為此為新攻擊或防禦方法，但以不許提出則顯失公平而允許上訴人提出，(二)維持兩造就系爭房地之買賣契約及物權移轉行為，係出於通謀虛偽意思表示而無效，(三)彰銀貸款部分，認被上訴人仍為系爭房地之所有權人，而上訴人為彰銀貸款之債務人，就系爭貸款仍負清償之責，自無不當得利可言。雙方對於高院之判決，各自提起上訴。

爭點

本件之爭點，可整理為：

一、系爭房地之買賣契約及物權移轉行為是否為通謀虛偽意思表示而無效？

二、無效之法律行為，是否有隱藏他項法律行為？

三、以他人房地為擔保所為之貸款，是否有不當得利情事？其應返還之不當得利數額為何？

礙於篇幅，本文主要針對前二者通謀虛偽意思表示與隱藏他項法律行為部分進行討論。

判決理由

最高法院認為本件兩造間簽訂的買賣契約似隱藏有借名、信託或其他法律關係之合意，並以原告（上訴人）之病情穩定，作為系爭房地再行移轉登記予原告之條件。原審認兩造間就系爭房地之買賣契約係出於通謀虛偽意思表示而無效，即應依民法第87條第2項之規定，進一步審究兩造間系爭買賣契約所隱藏之他項法律行為是否有效、當事人雙方應否受該隱藏行為拘束。如隱藏移轉系爭房地所有權真意之他項法律行為，已具備該法律行為之要件時，似不能謂原告就系爭房地之移轉登記仍具有無效之原因。原審未遑詳為調查勾稽，系爭房地登記於被告（他造上訴人）名下係出於何種法律關係，遽為被告敗訴之判決，不免速斷。

評析

壹、本判決的意義

意思表示，為表意人將內心本欲發生私法上一定效力的意思，藉由外部的行為（作為或不作為）而表示之動作。當意思表示有瑕疵時，即

無法成立完全有效的法律行為。意思表示瑕疵的態樣，除被詐欺、被脅迫所為之意思表示不自由外，另一則為意思與表示不一致，即外部表示行為所表現而供他人瞭解的意思，有時因種種原因，而與表意人的法效意思不一致¹。根據我國民法的規定，在意思與表示不一致的情形，有學者將其分類為偶然不一致與故意不一致兩類，前者為錯誤，後者則為單獨的虛偽意思表示（心中保留）與通謀虛偽意思表示。

通謀虛偽意思表示規定於民法第87條，根據其第1項所定之通謀虛偽意思表示，必須表意人與相對人均明知其互為表現於外部之意思表示係屬虛構，而有不受該意思表示拘束之意，始足當之，故規定此項意思表示為無效。但根據同條第2項規定「虛偽意思表示隱藏他項法律行為」之隱藏行為，則當事人雙方仍須受該隱藏行為之拘束，換言之，前者為無效之行為，後者所隱藏之他項行為仍屬有效，二者在法律上之效果截然不同。是以此為相對無效或絕對無效？或者事實上該意思表示存在兩個行為？本案中最高法院所謂的借名、信託得否隱藏在無效的通謀中，如何解釋所隱藏的行為？為探討本判決重要的核心。

貳、通謀虛偽意思表示與隱藏他項法律行為的認定

一、通謀虛偽意思表示的認定

通謀虛偽意思表示，指表意人與相對人，雖然均有表示之行為，但表意人與相對人雙方故意為不符真意之表示。此所謂虛偽，指表意人無意為其意思表示所拘束之意；通謀者，則指相對人明知表意人的虛偽意思，而與之同謀為之²。故表意人的相對人不僅須知其表示與真意不一致，並須就表意人非真意之表示相與為非真意之合意，始為相當³。是以若僅一方無欲為其意思表示所拘束，而表示與真意不符之意思，尚不

能指為通謀而為虛偽意思表示⁴。例如通謀虛偽的買賣，若當事人之真意為贈與時，買賣行為固然無效，但不能僅因契約當事人間有特殊親屬關係或價金交付不實，即認定該贈與或買賣係通謀虛偽而成立⁵。又如雙方通謀而為虛偽設定抵押權，意圖避免強制執行，依民法第87條第1項規定，其設定抵押權當然無效⁶，但其與民法第244條詐害債權行為不同，例如債務人將其僅有的不動產為第三人之債權設定抵押權時，無論其為無償行為有害及債權者，或明知有損於債權人權利之有償行為，且受益人於受益時，亦知其情事，但債權人僅得聲請法院撤銷債務人之行為，因後者為真意表示；即便有償行為時，雙方雖均「明知」，但只要無通謀之情事，於撤銷前其抵押權之設定仍為有效之法律行為，撤銷後始視為無效。

通謀虛偽意思表示的效力，原則無效，此無效，為自始、當然、絕對無效，但法律為保護交易安全，例外的規定不得對抗善意的第三人。即原則無效乃採意思主義，例外第三人得主張有效，則採表示主義⁷。此不得對抗善意第三人為絕對無效的例外，抑或相對無效？蓋無效的法律行為，分為絕對無效與相對無效，前者指任何人或對任何人，均得主張無效，後者則僅特定人或對特定人方得主張無效。學者有謂此通謀虛偽不得對抗善意第三人乃指相對無效，亦有謂此乃無效絕對性的例外；換言之，後者認為該通謀虛偽意思表示並非對第三人有效，善意第三人固得主張其無效，但亦得主張其為有效⁸，即該善意第三人有選擇權，僅在該第三人主張其有效時，表意人不得以其無效對抗⁹。

⁴ 最高法院50年台上第421號判例、最高法院62年台上第4316號判例。

⁵ 最高法院86年度台上第3865號判決。

⁶ 最高法院52年台上第722號判例。

⁷ 意思與表示不一致之效果，學說有意思主義、表示主義與折衷主義等。所謂意思主義，指視表意人之意思，認定意思與表示是否一致，即尊重表意人，但有害交易安全。所謂表示主義，則完全視外部所為認定是否存在此意思，可保障社會交易安全，但忽略表意人真正主觀意思。折衷主義，則有以意思主義為原則，表示主義為例外；或以表示主義為原則，意思主義為例外。林誠二，同前註1，頁86。

⁸ 王澤鑑，同前註2，頁388。

⁹ 史上寬，民法總論，頁306，自版，1990年台4版；林誠二，同前註1，頁89。

¹ 此與「意思表示不一致」不同，所謂意思表示不一致，指相互為對立意思表示不一致，即要約的意思表示與承諾的意思表示不一致，屬民法第153條契約不成立問題，與表意人本身的意思與表示不一致不同；林誠二，民法總則（下），頁84-85，瑞興圖書，2007年3月3版。

² 王澤鑑，民法總則，頁394，三民書局，2008年10月修訂版。

³ 最高法院51年台上第215號判例。

二、隱藏他項法律行為之認定

依民法第87條第2項規定，虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定。故通謀虛偽之買賣，若當事人的真意為贈與時，買賣行為固然無效，但隱藏的贈與之真意，若具備贈與之要件時，該贈與有效。

但是有關隱藏他項法律行為，應該由何人負舉證責任？學者咸認為第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽表示，且有隱藏行為時，該第三人應負舉證責任¹⁰。最高法院85年度台上第2114號判決針對此問題，則認為須由當事人主張，蓋「是否隱藏他項法律行為，亦需由當事人予以主張，法院始得加以審究。又當事人對於有利於己之事實，應負舉證之責。是以主張隱藏行為之人，自應就此利己之事實，負舉證責任。」惟民事訴訟法增訂第199條之1規定，「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。」隱藏他項法律行為解釋上是否即為此「原告」得主張之「數項法律關係」，而推翻舉證責任之實務見解，有待進一步之觀察。

此外，隱藏他項法律行為與無效法律行為之轉換，二者均具備無效之法律行為之前提，其適用上有何不同？根據民法第112條規定「無效之法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲為他法律行為者，其他法律行為，仍為有效。」無效法律行為之轉換，其原法律行為無效，此與通謀虛偽意思表示相似，惟其無效之行為包括自始生、當然、確定與嗣後撤銷之無效，且轉換後法律行為之效力，亦不得強於原無效之法律行為¹¹。此外，其仍需有其他二要件，分別為具備其他法律行為的要件¹²，並有可推定其具有轉換之意思存在。

¹⁰ 林誠二，同前註1，頁93；王澤鑑，同前註2，頁388。

¹¹ 如得終止之法律行為，不應轉換成得撤銷之法律行為；鄭冠宇，民法總則，頁521-522，新學林，2018年8月5版。

¹² 吳明軒，試論法律行為之無效，法律評論，第53卷第3期，1987年3月，頁23。

至於轉換後之法律行為如何認定，有認應探求當事人假設之意思，依其所欲實現的經濟目的及可認知的利益衡量定之¹³，有認須為當事人知其法律行為無效後，在通常合理可能之關係及利益下，所希望發生者；當事人雙方若已知法律行為無效，自不得再為轉換¹⁴，此與隱藏行為之意思表示，仍存在真意不同。前者如在支票上簽名蓋章標明保證，因保證非票據法規定事項，不生票據上之效力，但其背書仍然有效；又如，設定最高限額抵押權，但僅擔保單獨一筆債務，最高限額之設定雖不具效力，但應可依當事人之意思，轉換為有效之普通抵押權¹⁵。後者則如買賣行為中隱藏贈與，此贈與有效，乃當事人原來之真意，是以有謂無效法律行為之轉換有二個行為，一個有效，一個無效；而隱藏行為表示只有一個，指係隱藏在意思表示中¹⁶。

參、通謀虛偽之行爲，是否隱藏信託或借名登記之法律行為？

一、通謀虛偽行為與信託行為

根據信託法第1條，所謂信託，指委託人將財產移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。信託的成立，得由委託人與受託人成立契約信託或由委託人為遺囑成立信託。信託成立時，除宣言信託¹⁷外，委託人必須將財產權或為其他處分給受託人，前者即有移轉所有權之外觀，且受託人必須依信託本旨為受益人或特定目的，管理或處分信託財產。是以信託種類眾多，除前述的契約信託、遺囑信託、宣言信託外，尚包括自益信託與他益信託、私益信託與公益信託、營業信託與非營業信託（民事信

¹³ 王澤鑑，同前註2，頁527。

¹⁴ 鄭冠宇，同前註11。

¹⁵ 鄭冠宇，同前註11。

¹⁶ 林誠二，同前註1，頁227。

¹⁷ 指委託人亦是受託人之謂，根據我國信託法第71條規定，公益信託得經決議對外宣言自為委託人及受託人，並邀公眾加入為委託人。

託)、個別信託與集團信託、社會保障信託、擔保信託等¹⁸。

我國的信託法於民國85年1月26日公布施行，信託法公布前之法令均非信託基本法律關係的信託法，當時信託法制訂前的法律概念，均倚重司法判例、判決的形成，即以法官造法的方式，創設「信託行為」、「信託關係」、「信託契約」及「消極信託」等法律概念，但其與信託法成立後之相關規定，除最高法院之判例與信託法規定有所歧異，不再援用者外¹⁹，一般仍有適用。是以早於民國59年，最高法院即認定「信託行為非通謀虛偽意思表示，似同而實異，前者是出於真正效果意思而為的表示，後者則為當事人通謀而阻止其法律行為效果之發生。」²⁰例如：甲為擔保債權之目的，將土地所有權移轉於乙，此種外表上係移轉土地所有權，而內容卻在擔保債權，外表與內部目的不相符合，與虛偽表示頗相類似，但當事人間均具有受其意思表示拘束之意思，具有效果意思，故與通謀虛偽表示有別，依契約自由原則，應屬有效。

惟對於成立信託契約時，若當事人間為通謀虛偽之意思表示，則成立無效的信託。例如信託內容中，受託人自始不負管理或處分之義務，此又稱消極信託，其與受託人須就信託財產依信託契約所定內容積極的管理或處分之本旨有違，是以除有確實之正當原因外，通常多屬通謀而為之虛偽意思表示，該信託無效²¹。

縱上所述，除通謀虛偽成立信託即消極信託，不構成信託行為外，因信託行為需出於真正效果意思而為表示，其與通謀虛偽表示仍有區別。

二、通謀虛偽行為與借名登記

所謂借名登記，指約定一方所有應經登記之財產（借名人）以他方

為登記名義人（出名人）之謂。換言之，借名登記契約，為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常無管理、使用、收益處分借名財產之權利。借名契約之標的，雖多數以房屋、土地等需移轉登記為物權變動生效要件的不動產，但不以不動產為限，股票、汽車等亦包括在內。

借名契約，是否為合法有效之契約？學說上均明確指出其非通謀虛偽意思表示²²，過去實務上著重於其是否為脫法行為，最高法院從早期否定借名登記契約，到認為其非脫法行為，認為「所謂脫法行為，指當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成強行法規所禁止之相同效果之行為而言。法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義之強制規定²³。」嗣後，法院更進一步認為借名登記為無名契約，「稱借名登記者，謂其成立側重借名者與出名者間之信任關係，在性質上與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定，或公序良俗者，應負與無名契約之法律上效力並類推適用民法委任之相關規定²⁴。」目前學者與實務幾乎全面肯定與承認借名登記內部契約之效力²⁵，並在106年度第3次民事庭決議中，進一步闡述在外部關係上出名人未經借名人同意，將該不動產所有權移轉登記與第三人時，為有權處分之行為²⁶。

縱上所述，借名登記契約，為雙方真實之意思表示，成立側重借名者與出名者間之信任關係，其非通謀虛偽意思表示，而為合法有效之契約。

三、通謀虛偽之行為，是否隱藏信託或借名登記

如前所述，信託行為在立法前透過司法的判決與判例，早已確認非

¹⁸ 王志誠，信託法，頁53-68，五南，2017年8月6版。

¹⁹ 如最高法院62年台上字第2996號判例，民國91年10月15日經最高法院91年度第13次民事庭會議決議不再援用；最高法院66年台上字第42號判例，民國91年10月1日經最高法院91年度第12次民事庭會議決議不再援用。

²⁰ 如最高法院59年度台上字第3870號民事判決。

²¹ 最高法院79年度台上字第2757號民事判決，最高法院80年度台上字第2700號民事判決。

²² 林誠二，不動產物權變動登記之實與虛——以我國台灣地區借名登記契約之相關問題為說明，北方法學，第8卷第43期，2014年1月，頁9；詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，第43期，2003年2月，頁130。

²³ 最高法院94年度台上字第362號民事判決。

²⁴ 最高法院98年度台上字第76號民事判決。

²⁵ 吳從周，我國不動產借名登記契約之發展現狀——特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動，軍法專刊，第61卷第4期，2015年8月，頁47-68。

²⁶ 最高法院106年第3次民事庭決議（106/01/04）。

通謀虛偽意思表示，而借名登記本身更非通謀虛偽意思表示。惟二者表面上均有移轉所有權或其他權利給相對人之外觀，是以若某一法律行為，其移轉所有權之法律基礎，因通謀虛偽而無效，則其是否隱藏他項法律行為，如隱藏者信託行為，需視當事人間是否有共同隱藏信託之真意，與是否符合信託目的之要件，換言之，雙方當事人必須有成立信託之真意，且使受託人依信託本旨，為受益人或為特定之目的，管理或處分信託財產；同理，其是否成立借名登記，則視雙方真實之意思表示，與其間之信任關係，是否僅有借名登記之意思，而管理、使用、收益處分借名財產之權利仍然屬於借名者，而非出名者。

結語

本案最高法院認為買賣契約係出於通謀虛偽意思表示而無效，即應依民法第87條第2項之規定，進一步審究兩造間系爭買賣契約所隱藏之他項法律行為是否有效，當事人雙方應否受該隱藏行為拘束。尤其明白要求檢視兩造間簽訂之買賣契約似隱藏有借名、信託或他項法律關係之合意，並以原告之病情穩定，作為系爭房地再行移轉登記予原告之條件。

如前所述，此時要檢視者為雙方當事人間隱藏之真意，是否符合成立信託與借名登記之其他要件。本案中被告是否有為原告管理或處分信託財產之意，而將利益歸給原告之事實，是為成立信託行為時應考量之因素；同理，是否成立借名登記，則視原被告間雙方真實之意思表示，與其間之信任關係，是否僅有借名登記之意思，而管理、使用、收益處分借名財產之權利仍然屬於借名者，而非出名者。

其次，最高法院在判決中直接提出本件兩造間簽訂之買賣契約似隱藏有借名、信託或他項法律關係之合意，認為高院一旦認定兩造之買賣契約為通謀虛偽意思表示，即應依民法第87條第2項之規定，進一步審究雙方兩造間系爭買賣契約所隱藏之他項法律行為是否有效，雙方應否受該隱藏行為所拘束，是以原判決廢棄，發回高等法院。雖然當事人對於有利於己之事實，應負舉證之責，主張隱藏行為之人，自應就此利己

之事實，加以證明，然是否隱藏他項法律行為，亦需由當事人予以主張，法院始得加以審究？本案法院依職權直接提出，要求當事人舉證，與過去實務見解不同，應是審判長依民事訴訟法第199條之1，行使闡明權之舉。惟本案發回高院後，因當事人間成立調解，是以無法獲知法院之見解。本文以為依本案之事實觀之，被告將系爭房地擔保向彰化商銀貸款，貸款金額為366萬元，僅代原告清償其積欠國泰人壽之貸款本息150萬餘元，非將利益均歸還給原告，可見其行為與信託之本旨並不符合；同理，其與原告間縱有信任關係，但其貸款處分並未經原告同意，直接行使處分權與借名登記亦恐未符。

延伸閱讀

- 徐慧怡，離婚制度與社會變遷，月旦法學雜誌，2011年4月。
- 徐慧怡、吳從周，親屬法與人事訴訟程序結合教學專題研究 第四講：親權之行使、假處分與子女交付，月旦法學教室，2010年1月。
- 徐慧怡、吳從周，親屬法與人事訴訟程序結合教學專題研究 第三講：贍養費給付之理論與訴訟實務，月旦法學教室，2009年9月。
- 徐慧怡、吳從周，親屬法與人事訴訟程序結合教學專題研究 第二講：裁判離婚事由及其訴訟程序之實務問題，月旦法學教室，2009年6月。
- 吳從周、徐慧怡，親屬法與人事訴訟程序結合教學專題研究 第一講：受詐欺或脅迫而結婚及其撤銷之訴訟程序，月旦法學教室，2009年2月。
- 徐慧怡，論涉外民事法律適用法修正草案中有關身分法之內容與檢討，月旦法學雜誌，2008年9月。



更多相關文獻，請上月旦知識庫

電桿爲民法第66條第1項 規定之定著物

最高法院106年度台上字第828號判決

蔡瑄庭*

本案事實

壹、上訴人主張

兩造未約定以台電公司之營業規則、電信線附架電業線路注意事項、營業手冊為契約內容。九十六年度普查後，經兩造會商，被上訴人同意按三百十二點通知伊繳納租金。九十九年間，被上訴人知悉伊之實際附掛點數及附掛範圍，亦同意伊增加租用附架點數四十點，即依三百五十二點計收租金。況電桿為動產，故應付租電桿費用之請求權時效為二年，被上訴人就九十九年五月二十一日前之租金請求權已罹於時效等語，資為抗辯。

貳、被上訴人主張

依台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）訂定之電信線附架電業線路注意事項規定，電桿附架一條電纜線為一附架點，一附架點每月租金為新台幣（下同）二十元。上訴人自九十年五月一日起向伊租用附架點數三百十二點，於九十九年十二月九日、同年月十六日各增加租用附架點數二十點，合計為三百五十二點。伊於九十五年九月至九十六年六月間，進行上訴人之電信纜線實際附架點數普查（下稱九十六年度普

* 美國威斯康新大學麥迪遜分校法學博士，臺北大學法律學系副教授。



查），發現其點數為六千七百七十三點；於九十九年十一月至一〇〇年六月間再次普查（下稱一〇〇年度普查），發現其實際附架點數為七千六百二十點，乃先後於一〇〇年七月二十六日、同年八月三十一日通知補辦增加附架點數，上訴人拒不辦理，伊復於一〇〇年九月二十日通知依一〇〇年度普查結果之附架點數繳付租金，然其仍僅依原申請租用之點數繳交等情，爰依租用附掛電桿契約之租金給付請求權、不當得利返還請求權，求為命上訴人給付一千零五十二萬六千二百八十元，暨加計其中四百八十四萬一千元自一〇一年五月二十六日起，其餘五百六十八萬五千二百八十元自一〇二年十月十六日起算法定遲延利息之判決（被上訴人超過上開本息之請求，業受敗訴判決確定）。

爭點

一、租用電信纜線架設點之費用，其消滅時效應依民法第126條、第127條第3款或第127條第8款規定？

二、電桿究否為定著物？抑或為動產？

判決理由

壹、地方法院見解¹

一、電桿是否為不動產，應視是否合於民法第66條第1項所定之「定著物」而定

本件原告既係依不當得利返還請求權，請求被告返還相當於租金之不當得利，自應適用租金之短期時效期間。再按稱不動產者，謂土地及其定著物。不動產之出產物，尚未分離者，為該不動產之部分。稱動產者，為前條所稱不動產以外之物民法第66、67條定有明文。依民法第66

條第1項之規定，土地及其定著物，分屬不同之不動產物權客體；而電桿是否為不動產，仍應視是否合於民法第66條第1項所定之「定著物」而定。

二、依過去之實務見解論定著物，其核心概念為不動產之價格一般較動產為昂鉅

民法第66條第1項所謂定著物，係指非土地之構成部分，繼續附著於土地，而達一定經濟上目的，不易移動其所在之物而言，最高法院63年度第6次民庭庭推總會議決議、最高法院70年度台上字第1779號、74年度台上字第1833號、76年度台上字第1969號判決均同此旨，惟上開決議及裁判所指涉之具體對象均為「房屋」，與本件電桿並不相同，惟仍可知其依據係以不動產之價格一般較動產為昂鉅。

三、豎立一根電桿之工料成本約僅萬元左右，無法與價格昂鉅之不動產等量齊觀，依其豎立及移除之作業方式，亦非不易移動其所在之位置，難認原告之電桿係屬民法第66條第1項所示之定著物，應認原告之電桿係屬民法上之動產

被告辯稱原告供附架電信纜線之電桿多為桿長12公尺或14公尺之電桿，其豎立電桿之方式應視建桿地點之土質，開挖1.2公尺至2.1公尺（12公尺長電桿）或1.4公尺至2.4公尺（14公尺長電桿）直坑，以工程車將電桿置入坑內，並應於埋設最大深度之1/3深度電桿部位平行地面綁紮「腳木」，電桿置入坑內後隨即沿坑邊投入襯石填土，填土時應以每30公分為一層逐層搗實。建桿所需工、料費用，以發包方式委外施工，12公尺長電桿每根工、料約9,086元，14公尺長電桿每根工、料為11,154元等情，為原告所不爭執，故原告豎立一根電桿之工料成本約僅萬元左右，無法與價格昂鉅之不動產等量齊觀。

再者，電桿之移動時應先移除其上附掛之線路、路燈等，開挖路面、挖除填土、拆卸腳木後，以工程車吊起電桿，再回填土方、搗實後補平路面，所花費之工資非鉅，依其豎立及移除之作業方式，亦非不易

¹ 臺灣臺中地方法院103年度中重訴字第1號判決。

移動其所在之位置，難認原告之電桿係屬民法第66條第1項所示之定著物，應認原告之電桿係屬民法上之動產。

四、原告之電桿既為動產，原告復以出租電桿為營業，故原告不當得利返還請求權自應適用民法第127條第3款所定之2年時效期間。

貳、高等法院判決見解²

一、台電公司對於有線電視公司之電信纜線附架電桿租用費，非商人供給商品之代價

○○公司抗辯向台電公司租用電桿附掛電信纜線，因而支付之費用，屬於「商人所供給商品之代價」，依民法第127條第8款之規定，應適用2年短期消滅時效，台電公司就逾2年部分之給付請求權，已因時效而消滅。惟民法第127條第8款所定之商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價，係指商人就其所供給之商品及製造人、手工業人就其所供給之產物之代價而言（最高法院51年台上字第294號判例參照）。台電公司經營之事業為電業，其供給販賣之商品為電力，而架設於各地之電線桿，僅為台電公司傳送電力之設備，不是用以販賣出售並將所有權移轉予買受人之標的，當非屬商人所供給之商品，其租用電桿之使用對價，自非商人供給商品之代價。是台電公司對於有線電視公司之電信纜線附架電桿租用費請求權，並無民法第127條第8款2年短期消滅時效之適用。○○公司辯稱台電公司請求返還相當於電桿租金之不當得利請求權，其消滅時效期間為2年云云，當無可採。

二、定著物須非土地之構成分，且有繼續附著於土地而達一定經濟上，又不易移動其所在之特質

「稱不動產者，謂土地及其定著物」，民法第66條第1項定有明文，該條所謂定著物係指非土地之構成分，繼續附著於土地而達一定經

濟上目的不易移動其所在之物而言。是定著物須非土地之構成分，且有繼續附著於土地而達一定經濟上，又不易移動其所在之特質。

三、電桿屬電業設備，係密切附著於土地，不易移動其所在，而達供電業使用之經濟目的，應認為係不動產

經查，我國電力市場之結構，主要係由台電公司負責開發、生產、輸配及銷售，此為國人眾所周知之事實。又台電公司在全國各地設置之電桿，係相互連結架構線路為全國整體供電網路之利用，並為各該附掛其上之有線電視系統、中華電信等電信系統或路燈、道路監測系統之使用等情，有電業線路與電信線交叉並行細則、電信線附架電業線路注意事項可佐（見原審卷一第93至95頁），是台電公司設置之電桿所欲達之經濟上目的及價值，自不能由整體連結架構抽離，而單獨以設置成本或其他單一因素予以評價。

再依台電公司「營業規則」第82條規定觀之，台電公司供電線路設備（含輸電、配電、通信等線路及其附屬設備），如因政府機關、用戶或第三者要求變更設置時（線路之遷移、昇高、改裝、架網等），該公司得視其原因，向申請人計收線路變更設置費，但技術或經濟上無法辦理時，得不接受或以協商方式處理等情，可見單一電桿（線路）之變更設置或移除與否，仍須視其原因，且須在技術上或經濟上得以辦理，始得接受，非得任意變更，足認電桿之變更設置，非僅考量電桿本身移動之難易而已，尚牽涉其他如前述之經濟上、供電線路之技術可行性等因素。準此，審酌電桿屬電業設備，係密切附著於土地，不易移動其所在，而達供電業使用之經濟目的，除臨時施設者外，其設置具有繼續性者，不失為民法第66條第1項規定之定著物，故應認為係不動產。台電公司將其設置具有繼續性之電桿租與○○公司附掛電信纜線，核其性質，當屬不動產之租賃，其租金或相當於租金之不當得利請求權之時效，依民法第126條規定，應為5年。

參、最高法院判決見解

就上開爭點部分，維持原高等法院判決見解。

² 臺灣高等法院臺中分院103年度重上字第110號判決。

評析

民法總則第三章物之規範中，並未針對「物」加以定義，而僅規定物之類型。此外，條文針對土地、定著物、附加物、構成成分之概念，亦未予規範，而訴諸學說、司法實務之見解。民事關係中，財產權之保護客體以物為核心，民法總則以專章規範之，可見此概念並非一不重要之生活事實而刻意忽視。探其源由，之所以未加規範乃在於「物」之判斷非僅為法律問題亦屬事實問題，凡事實問題皆與社會現況、物質世界發展等變動相關。然而人類社會演進產生各式新型物之態樣，為勢之所趨，因此社會生活中物之概念亦將隨規範目的、交易現狀與社會經驗來浮動。正因為此概念浮動，且作用於社會演進過程，立法者毋寧就「物」之概念或此概念之規範意義，保留予實務與社會經驗、交易習慣加以判斷。此外，但凡被定義之法律概念，必須透過立法者於簡短抽象之條文文字中，具體描述出其重要特性，立法文字之呈現理應同時具有敘事性（descriptive）以及評價性（evaluative）之功能，申言之，列舉之特性必須滿足連結法律效果與事實之涵攝功能，以及符合規範體系價值之目的功能。倘若立法無法於某法學概念或法律事實中，內建其完整列舉（all-inclusive）形式上的物理特性以及規範目的與精神，則漏未規定反而能以社會生活中之公平正義期待為本，從而跳脫體系框架，循社會演進而脈動。

系爭案例之標的物為電桿，其定性，牽涉電桿租用費用請求權之性質係動產租金亦或是不動產租金之請求權，以及應適用之時效期間。按民法第66條第1項規定，「稱不動產者，謂土地及其定著物」，電桿之性質是否為定著物乃本案之主要爭點。學說上針對定著物之要件，向來一致。學者有認：「定著物指繼續密切附著於土地，不易移動其所在，依社會交易觀念認為非土地之構成部分，而有獨立的使用價值者³。」；「所謂定著物，係指非土地之構成部分，繼續固定附著於土地，而達一定經濟目的，不易移動其所在之物⁴。」。學者認定著物至

少需具備非土地之成分、持續附著於土地、有一定經濟目的及固定性等要件。

至早期實務見解雖曾認：「向人租地敷設以人力獸力推動台車之輕便軌道，以其可以隨時拆除，非民法第六十六條第一項所稱之定著物，應視為動產⁵。」，然嗣後大法官會議解釋推翻上開見解認：「輕便軌道除係臨時敷設者外，凡繼續附著於土地而達其一定經濟上之目的者，應認為不動產⁶」，輕便軌道合於繼續性及經濟性之要件下，性質上仍屬不動產。而最高法院亦曾做成決議認：「民法第六十六條第一項所謂定著物，係指非土地之構成部分，繼續附著於土地，而達一定經濟上目的，不易移動其所在之物而言。凡屋頂尚未完全完工之房屋，其已足避風雨，可達經濟上使用之目的者，即屬土地之定著物……⁷。」早期實務見解與大法官會議解釋的論述，就定著物「應繼續附著於土地上」之要件並未爭執。但前者認為輕便軌道隨時可拆，不具繼續性。大法官會議持相反認定，謂：輕便軌道除係臨時敷設者外，原則上係合於繼續性之要件。

此等事實認定上之歧異，乃出於將漏未規定之概念訴諸社會經驗判斷填補時，因判斷者之經驗法則、認知背景不同，而必然存在之不一致。而與本案判決中，關於兩造所爭執之系爭電桿性質究為動產或不動產，各級法院就此主觀認定之不一的問題，系出同源。

本案判決中，兩造爭執之租用契約標的性質究為動產或不動產之租用，將影響不當得利請求權人於行使請求相當於不當得利之租金，應適用民法第126條之5年短期消滅時效或同法第127條第3款之2年短期消滅時效之法律問題。實務上常因請求權人不知其請求權時效業已開始進行，尤以短期時效之請求權，易逾越時效，請求權人嗣後提起民事訴訟時將遭相對人主張時效抗辯，而依民法第144條第1項規定拒絕給付，且上開5年或2年之短期消滅時效更易產生時效完成之情事，是系爭標的之性質究為動產或不動產，攸關原告之相當於租金之不當得利返還請求權

³ 施啟揚，民法總則，頁179，增訂10版，2001年6月。

⁴ 鄭冠宇，民法概要，頁70，初版，2012年7月。

⁵ 最高法院48年度台上字第1974號判決。

⁶ 大法官會議釋字第93號解釋。

⁷ 最高法院63年度第3次民事庭推總會決議。

之時效是否完成。

然系爭標的，請求權之給付內容，究屬為何？兩造咸認其為電桿之租用，而爭執電桿性質上是否為動產，進而討論租金性質以及相應之時效期間。然自本案事實可知，○○公司所租用之標的物為附掛電纜之架設點，而個別電桿中皆附掛有其他有線電視系統、中華電信等電信系統或路燈、道路監測系統之使用電纜，且其租金之計算以附架點單價為計算之單位，可知本案契約係以租用附架點為單位。附架點之性質，究屬電桿之從物、附合於電桿之動產、或電桿之構成成分，礙於篇幅本文不予深究。簡而言之，附架點之作用與電桿具有不可分離之屬性，可以物之成分評價之，或因其常助主物之效用而以電桿之從物視之，不論其性質為何，依現行制度，應認附架點與電桿之處分同其命運。

就判決所示之事實可知，本案當事人之間的標的是電桿上之電纜線租用契約，其租用的客體以及台電給付的內容是租桿附掛費（器材費）以及附掛用電費，而給付之租金請求權範圍是針對使用電桿上的電纜線附架點以及用電量而計算出來的。又台電公司雖有提供其他有線電視業者於台電公司所有之電桿附掛線路，然系爭電桿本身並非台電公司提供之商品或產物，無適用民法第127條第8款規定之2年短期消滅時效，自不待言。因此討論重點，乃是此請求權罹於時效之期間，究應適用民法第126條之5年短期消滅時效或同法第127條第3款之2年短期消滅時效。

本文認為，以電桿之性質論斷所採時效期間，直接簡易。民法針對租金之時效期間，因客體為不動產或動產而異，此係因交易上一般不動產租金較動產租金昂鉅。然而事實上，附架點之月租金僅20元，無論如何，尚非昂鉅，亦即附架點之租金並未因其附屬於電桿之特性而提高，因此探究當事人真意，毫無疑問地，本案標的係附架點之租用而非電桿之租用。然以現行物之分類方式，將附架點之處分與電桿同其命運者，勢將與時效精神背道而馳。

時效制度之主要目的在於尊重社會現存秩序、避免訴訟上舉證之困難以及對於權利的睡眠者剝奪其權利，以免除義務人必須隨時因應權利人行使其權利所陷於之不安狀態，從而達到某一程度確保交易安全之目

的⁸。申言之，時效機制以公益為本⁹，意在排除債權的作用，阻止給付行使之請求權發生，而以時間之經過作為抗辯之基礎。觀諸立法理由¹⁰以及實務判決¹¹可知，民法第127條2年短期消滅時效期間，其基本考量在於，條文列舉之此等日常生活交易行為而生之給付，應該從速履行、儘快解決。本案依台電公司訂定之電信線附架電業線路注意事項規定，電桿附架一條電纜線為一附架點，一附架點每月租金為20元，相較於典型不動產之租金價額而言，其租金顯屬低廉。是符合動產租金之短期時效規範意旨，以其價金較低，宜迅速解決其法律關係為要。以時效制度目的來判斷系爭案件給付之性質，較易就本案關鍵問題之評價，獲致社會共識，避免流於對於定著物要件主觀認定之不一，而見樹不見林。合先敘明。

然而，考量本案法院以電桿之租用認定契約標的，從而討論電桿是否為定著物之爭點，本文將自定著物之要件加以分析。就定著物之特性要件上，地方法院與高等法院皆以通說為基礎，認定著物，係指非土地之構成部分，繼續附著於土地，而達一定經濟上目的，不易移動其所在之物而斷。惟前後審法院就上開要件所採判斷標準，則大相逕庭。

⁸ 陳聰富，民法概要，頁80，增訂8版，2014年8月。

⁹ 美國最高法院法官曾說，時效制度以必須及便利為正當性，係法律規範上之權宜措施，與請求之正當與不正當無關，也不分可避免的與不可避免的延遲。“Statutes of limitation find their justification in necessity and convenience rather than in logic. They represent expedients, rather than principles...their operation does not discriminate between the just and the unjust claim, or the avoidable and unavoidable delay.” *Chase Securities Corp. v. Donaldson*, 325 U.S. 304, 314-15, 65 S.Ct. 1137, 1142-43, 89 L.Ed. 1628, 1633-34 (1945), quoted in *Nelson v. Flintkote Co.*, 172 Cal.App.3d 727, 734, 218 Cal.Rptr. 562, 566 (2d Dist.1985), and followed in *Roman Catholic Bishop of Oakland v. Superior Court*, 128 Cal.App.4th 1155, 1161-62, 28 Cal.Rptr.3d 355, 359 (2d Dist.2005).

¹⁰ 本條立法理由開宗明義就說：「本條臚舉請求權，宜速履行，亦有速行履行之性質。故消滅時效期間，定為兩年」。

¹¹ 最高法院87年度台上字第2309號判決之判決要旨略謂：「律師之報酬及其墊款請求權，因二年不行使而消滅，為民法第一百二十七條第五款所明定，法律之所以對此請求權特別規定短期消滅時效，乃係此請求權為律師因日常生活為他人提供專門智識之對價，有從速履行、儘快解決之性質。」

就電線桿之「固定性」判斷上，地方法院主要之論點在於，豎立一根電桿之工料成本約僅萬元左右（12公尺長電桿每根工、料約9,086元，14公尺長電桿每根工、料為11,154元），無法與價格昂鉅之不動產等量齊觀。再者，電桿之移動時所花費之工資非鉅，依其豎立及移除之作業方式：供附架電信線之電桿多為桿長12公尺或14公尺之電桿，開挖1.2公尺至2.1公尺（12公尺長電桿）或1.4公尺至2.4公尺（14公尺長電桿），並應於埋設最大深度之1/3深度電桿部位平行地面綁紮「腳木」等情，亦非不易移動其所在之位置，難認原告之電桿係屬民法第66條第1項所示之定著物……云云，是地方法院檢視物之屬性，認電桿之財產價值低於不動產，且可移動性高於不動產，依其豎立及移除之作業方式亦非不易移動其所在之位置，認原告之電桿係屬民法上之動產。而高等法院則以「台電公司供電線路設備（含輸電、配電、通信等線路及其附屬設備），如因政府機關、用戶或第三者要求變更設置時（線路之遷移、昇高、改裝、架網等），該公司得視其原因，向申請人計收線路變更設置費，但技術或經濟上無法辦理時，得不接受或以協商方式處理等情，可見單一電桿（線路）之變更設置或移除與否，仍須視其原因，且須在技術上或經濟上得以辦理，始得接受，非得任意變更，足認電桿之變更設置，非僅考量電桿本身移動之難易而已，尚牽涉其他如前述之經濟上、供電線路之技術可行性等因素。……電桿屬電業設備，係密切附著於土地，不易移動其所在，」為不動產。高等法院則以電桿所有人供電線路技術上或經濟考量上之判斷，認定電桿不易移動。

固定性為區別定著物與動產性質之核心概念。倘從資源最大化之規範目標來解釋此要件，可知固定性之內涵，除了該物與土地之離合狀態此物理上屬性之外，尚包括其固定於土地上之經濟目的，以及固定性所能創造定著物利用之價值。如此解釋方能滿足此要件連結法律效果與事實之涵攝功能，以及符合規範體系價值之目的功能。申言之，欲判斷該物本身移動之難易，應比較其離合狀態間所創造之效用差異，倘若該定著物非附著於土地上不能發揮其最大之經濟目的或功能時，則可認其具不易移動性。

其次，就一定經濟目的此一要件，最高法院謂「台電公司在全國各

地設置之電桿，係相互連結架構線路為全國整體供電網路之利用，並為各該附掛其上之有線電視系統、中華電信等電信系統或路燈、道路監測系統之使用等情，有電業線路與電信線交叉並行細則、電信線附架電業線路注意事項可佐，是台電公司設置之電桿所欲達之經濟上目的及價值，自不能由整體連結架構抽離，而單獨以設置成本或其他單一因素予以評價。」最高法院針對一定經濟目的與固定性等要件，係就電桿所提供之電信系統等整體架構一體判斷，認為電桿之經濟功能必須與整體架構相連結，並固定於土地，因此為定著物。

事實上，何謂一定經濟目的，實務上未見具體判斷標準，因所有法律上評價之物本身皆具備經濟價值，此判斷標準訴諸個案中依物之特性與功能而不同。定著物本身與動產雖皆具其之經濟目的，二者之區別在於，定著物之經濟價值需透過固定於土地而實現或彰顯。因此定著物之經濟目的，非僅就個別獨立物之價值及功能觀察，而應探求個別獨立物究否與其他獨立物於功能上相互連結，而有所欲達成之經濟上目的，實現該定著物之社會功能。而本判決主要揭示兩造爭執之系爭電桿究否為動產抑或不動產之定著物，其判斷之標準不應單以系爭電桿本身之價值或變更設置所需花費之成本做判斷，而應視系爭電桿所提供之功能所欲達成之經濟目的為何，而予以綜合評價（即技術性、功能性），此亦有其他最高法院判決同此見解¹²。

¹² 最高法院106年度台上字第1822號判決：「按民法第66條第1項所謂定著物係指非土地之構成分，繼續附著於土地而達一定經濟上目的不易移動其所在之物而言。是定著物須非土地之構成分，且有繼續附著於土地而達一定經濟上目的，及不易移動其所在之特質。又依台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）營業規則第82條規定，台電公司供電線路設備（含輸電、配電、通信等線路及其附屬設備），如因政府機關、用戶或第三者要求變更設置（線路之遷移、昇高、改裝、架網等）時，該公司得視其原因，向申請人計收線路變更設置費。但技術或經濟上無法辦理時，得不接受或以協商方式處理等情，可見單一電桿（線路）之變更設置或移除與否，仍須視其原因，且須在技術上或經濟上得以辦理，並非得任意變更，足見電桿之變更設置所涉，非僅電桿本身之移動難易事宜，尚包括其他經濟上或供電線路之技術上可行性，性質上即為上揭定著物。」最高法院103年度台上字第2498號判決：「按定著物須非土地之構成分，且有繼續附著於土地而達一定經濟上目的，及不易移動其所在之特質。查我國電力市場結構，主要由台電公司負責開發、生產、輸配及銷售，此為國人所周

蓋因台電公司在全國各地設置之電桿，係相互連結架構線路為全國整體供電網路之利用，並為各該附掛其上之有線電視系統、中華電信等電信系統或路燈、道路監測系統之使用等情，有電業線路與電信線交叉並行細則、電信線附架電業線路注意事項可佐，是台電公司設置之電桿所欲達之經濟上目的及價值，自不能由整體連結架構抽離，而單獨以設置成本或其他單一因素予以評價。系爭電桿顯非土地之成分，且持續附著於土地，並有一定經濟目的及固定性等要件，亦合於前揭學說及實務見解之要件，是本件之訟爭內容於地方法院判決理由徒以單一之電桿之設置成本尚低，且非難以變更設置地點為由，遽認系爭電桿性質應屬動產，顯未審酌系爭電桿係作為我國整體電網線路之一部，設置或變更系爭電桿位置均有一定條件方得進行，而非台電公司得任意變更設置地點。

綜上，就附架點租用之性質以及短期時效之規範精神而言，兩造爭執之系爭租約之時效期間，應適用民法第127條第3款之2年短期消滅時

知之事實，而台電公司在全國各地所設置之電桿，乃相互連結架構線路為全國整體供電網路之利用，並為各該附掛其上之有線電視系統、中華電信等電信系統或路燈及道路監測系統之使用（第一審卷(一)第十、二四九至二五二頁之電業線路與電信線交叉並行細則、電信線附架電業線路注意事項參照）。則台電公司所設置之電桿所欲達之經濟上目的（價值），能否自整體連結架構抽離而單獨評價，即非無疑。乃原審逕按單一電桿之設置成本予以判斷其經濟目的及價值，已嫌速斷。又依台電公司營業規則第八十二條規定，台電公司供電線路設備（含輸電、配電、通信等線路及其附屬設備），如因政府機關、用戶或第三者要求變更設置（線路之遷移、昇高、改裝、架網等）時，該公司得視其原因，向申請人計收線路變更設置費。但技術或經濟上無法辦理時，得不接受或以協商方式處理等情，可見單一電桿（線路）之變更設置或移除與否，仍須視其原因，且須在技術上或經濟上得以辦理，並非得任意變更，似可見電桿之變更設置所涉，非僅電桿本身之移動難易事宜，尚包括其他經濟上或供電線路之技術上可行性。乃原審逕依單一電桿在設置及移除上施工之難易及所需成本，認定台電公司所設置電桿之移動並非難事，顯未慮及單一電桿（線路）之移動，因有可能影響電力電路系統之整體規劃，致影響用戶之權益，及所附掛事業單位之預期使用利益，並非全無限制等情，亦嫌疏略。原審認定電桿非屬土地上之定著物，而係動產，既屬可議，則其據以謂台電公司之不當得利返還請求權，已罹於民法第一百二十七條第三款規定之二年時效，而不得請求新頻道公司返還該部分租費差額之不當得利，自難謂當。」

效。又台電公司雖有提供其他有線電視業者於台電公司所有之電桿附掛線路，然系爭電桿本身並非台電公司提供之商品或產物，無適用民法第127條第8款規定之2年短期消滅時效，自不待言。本判決所認定之電桿租用契約，因得認定系爭電桿之應屬民法第66條第1項所稱之定著物，性質上為不動產，則原告之相當於租金之不當得利返還請求權消滅時效即應適用民法第126條之5年短期消滅時效，而非民法第127條第3款之2年短期消滅時效。

延伸閱讀

- ▶ 蔡瑄庭，市場攤位係區分所有權之專有部分或共有分管之範圍？——評最高法院九十九年度台上字第一一五〇號民事判決，裁判時報，2012年4月。
- ▶ 蔡瑄庭，低放射性廢棄物最終處置設施場址設置條例適用疑義之簡析，臺北大學法學論叢，2011年12月。
- ▶ 蔡瑄庭，民法第八七六條「土地與建物同一人所有」概念擴張之類型分析，月旦法學雜誌，2011年7月。
- ▶ 蔡瑄庭，要約與要約引誘：網路購物錯標之法律問題臺北地方法院九十九年消簡上字第一號民事判決評釋，裁判時報，2011年4月。
- ▶ 蔡瑄庭，軍事污染場址公告相關法律問題之初探，全國律師，2010年11月。
- ▶ 蔡瑄庭，污染者之「本尊」或「分身」？誰應負責？論適用「揭穿公司面紗原則」於母公司環保法律責任之認定，臺北大學法學論叢，2010年3月。
- ▶ 蔡瑄庭，美國風險法規之作用與其司法審查案件之分析，國立中正大學法學集刊，2009年11月。
- ▶ 蔡瑄庭，論受託人潛在之污染土地關係人責任，政大法學評論，2008年12月。

►蔡瑄庭，論土地所有人多重環保義務之補償——以美國法規徵收相關判決分析為核心，財產法暨經濟法，2008年6月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



民法第101條之類推適用

最高法院101年度台上字第1453號判決

呂彥彬*

本案事實

丙於民國（下同）87年11月16日以買賣為原因，將坐落桃園縣平鎮市○○段456、457、458、459、460、464、465地號土地（以下簡稱A地）移轉登記予甲（被上訴人、原告），兩造及由丙擔任負責人之丁公司於88年1月25日訂立系爭買賣契約，約定買賣價金為新台幣（下同）5億2,000萬元，乙（上訴人、被告）除交付系爭本票給甲外，另交付發票日88年1月25日、面額500萬元支票予甲，而甲於88年2月5日將A土地移轉登記為乙所有，繼於同年3月4日將系爭建物起造人變更為乙。系爭土地及建物嗣由台灣桃園地方法院98年度司執字第49387號強制執行事件以2億4,316萬元拍定（100年3月2日移轉所有權登記），經分配案款後，發還乙8,095萬元。

甲主張：丙於87年間陸續向其借款1億5,000萬元，除交付由戊簽發，發票日88年1月31日、經丙背書之同金額支票外，並提供其所有之A地設定最高限額2億4,000萬元抵押權登記作為擔保。嗣因丙無力清償，遂商請伊承購A地及繼續興建A地未完成之建物，並以前開借款及利息作為買賣價金之一部分。其遂與丙約定先就A地為所有權移轉登記（87年11月16日辦妥登記）手續，及待覓得願意繼續興建系爭建物之買受人後，再辦理系爭建物起造人變更手續。嗣丙將A地及系爭建物介紹轉售予乙，並於88年1月25日簽訂買賣契約書，約定買賣價金為5億2,000萬元，由乙向銀行貸款清償A地第一、二順位抵押權人亞信公司之3億

* 德國Passau大學法學博士，臺北大學法律學系助理教授。



2,000萬元債務後，再給付其2億元，並簽發發票日88年1月26日、到期日89年1月26日、面額2億元本票為擔保。惟於其依約於88年2月5日辦理A地所有權移轉登記及於88年3月4日變更系爭建物起造人為乙後，乙竟以無法貸款為由拒絕付款，故其爰依系爭買賣契約及民法第367條之規定，求為命乙給付2億元及自A地及建物遭第三人拍定並移轉登記之翌日即100年3月3日起加算法定遲延利息之判決。

乙則以：甲與丙就A地所有權移轉登記，係通謀虛偽意思表示，應屬無效。且丙就其提供A地設定抵押擔保其積欠甲之債務，於清償期屆至，將A地作價出售予甲，違反修正前民法第873條第2項之約定，亦屬無效。又丙與甲合謀使其簽訂系爭買賣契約，屬通謀虛偽意思表示為無效。再甲簽約時系爭A地，欠缺保證價值，其得解除系爭買賣契約。縱契約未合法解除，因甲未依該契約第2條約定於6個月內協同其向銀行辦理貸款，付款之條件尚未成就，其亦無付款義務。另甲向其借款500萬元未還，丙並欠其3億5,000萬元購地款，其得主張抵銷等語，資為抗辯。

第一審法院（臺灣臺北地方法院100年度重訴字第346號判決）判命被告乙應給付原告甲2億元，及自103年3月3日起至清償日止，按年息5%計算之利息。經乙提起上訴，原審（臺灣高等法院100年度重上字第682號判決）以其上訴無理由，駁回其上訴。乙不服原審判決，乃提起本件第三審上訴。

爭點

本件最高法院判決所涉爭議，主要在於：甲得否依系爭買賣契約請求乙給付買賣價金？此問題的處理，又須釐清以下問題：其一，甲和乙間是否有效成立買賣契約？其二，如甲和乙間有效成立買賣契約，乙得否於事後解除，而得免負給付價金之義務？其三，如乙未合法解除契約，甲之價金給付債權，是否已處於得行使之狀態？此尤其涉及乙之價金給付義務之清償期是否屆至？

判決理由

本件最高法院以乙所提起之第三審上訴為無理由駁回其上訴，其理由在於：「第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，因通謀虛偽意思表示為權利障礙要件，且屬變態之事實，為免第三人無端或任意挑戰當事人間已存在之法律關係，應由第三人負舉證責任（本院27年上字第2622號、48年台上字第29號判例參照）。又買受人於契約成立時，知有權利瑕疵者，出賣人不負擔保之責。至物之瑕疵須於危險移轉於買受人時存在，出賣人始應負擔保責任；如危險移轉於買受人時並無瑕疵存在，則出賣人不負瑕疵擔保責任，此觀民法第351條、第354條、第373條之規定自明。本件乙就其主張A地及建物買賣與系爭抵押權及所有權移轉登記為通謀虛偽意思表示之事實，未能舉證證明。且乙於訂立系爭買賣契約前，已知悉系爭土地上設有抵押權，系爭土地於交付乙時並無物的價值（交易價值）瑕疵存在，均為原審合法確定之事實，乙上述關於通謀虛偽意思表示及瑕疵責任之抗辯，自屬無據。次查當事人預期不確定事實之發生，以該事實發生時為債務之清償期者，應認該事實之發生時或其發生已不能時，為清償期屆至之時；倘當事人以不正當行為阻止該事實之發生，可類推適用民法第101條第1項規定，視為清償期已屆至（參看本院87年台上字第1205號判例意旨）。本件依系爭買賣契約第2條之約定，乙如依約貸款清償亞信公司債務，其給付餘款之清償期，應以系爭建物興建完竣之時，由甲自行決定以收受出售房屋現金或同額建物為抵償，而乙自88年3月4日變更為起造人後，並未續行興建，致系爭土地及建物遭拍賣，乙迄未支付買賣價金，有系爭買賣契約及桃園地院民事執行處函足憑，且為乙所不爭執，依社會觀念及誠信原則，此項消極不作為與不正當行為相當，應類推適用民法第101條第1項之規定，視為乙給付價金尾款之清償期已屆至。原審本於上述理由並說明遲延利息起算日，因而為乙此部分不利之判決，經核於法並無違誤。上訴論旨，仍以原審認定事實、取捨證據之職權行使暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。」

評析

壹、乙之價金給付義務的發生

一、乙之價金給付義務的發生，會受到甲和丙間之法律關係的影響？

本件甲依其與乙在88年1月25日締結之系爭買賣契約，請求乙給付買賣價金，乙雖不否認此買賣契約的締結，惟主張其得拒付價金，其理由略為：甲與丙間移轉系爭土地（A地）所有權之行為係通謀虛偽意思表示而無效，而且丙在將A地設定抵押權予甲後，在其對甲所負之債務清償期屆至前將A地作價予甲，違反修正前民法第873條第2項規定而無效。於此，須說明的是，關於乙是否負有價金給付義務的問題，其單純取決於甲和乙間之買賣契約是否有效成立，至於甲究竟是否順利自丙受讓A地所有權，或是丙將A地作價出售予甲之行為是否無效等問題，皆與乙是否負有給付價金之義務無涉，蓋買賣契約僅單純之債權行為，其成立並不以出賣人甲係A地所有權人為必要，更與甲和丙間之買賣契約是否因違反修正前民法第873條第2項規定而無效，毫無關係。

二、乙之價金給付義務是否因其合法解除契約而消滅？

乙雖因與甲就A地締結買賣契約而負有給付價金之義務，惟其主張此義務經其合法解除買賣契約而消滅，於此有必要檢視的是，乙是否有解除契約之權利？而得透過解除權的行使，免除自身給付價金之義務？對此，乙於訴訟中提出兩項支持其得解除系爭買賣契約之論據，其一方面主張其由甲受讓之A地乃花東公司所有，且其上附有亞信公司（第1、2順位）及甲（第3順位）之抵押權，存在權利瑕疵，而得依民法第353條、第226條、第227條第1項解除系爭買賣契約；另一方面，其則以A地欠缺保證價值而有物之瑕疵為由，擬依民法第359條規定解除買賣契約。

就A地是否存在權利瑕疵一事，首應判斷的是，乙是否已順利取得A地所有權？或是A地仍為他人所有？蓋如果乙已取得A地所有權，其即

難以主張權利瑕疵。在此，如依事實審法院所確定的事實，A地於87年11月16日由丙以買賣之原因移轉登記為甲所有，而甲則於88年2月5日將A地移轉登記為乙所有。雖然乙不斷主張丙和甲間移轉A地所有權之行為為無效（詳如前述一），惟即便甲並非A地所有人，其讓與A地之行為為係無權處分，但由於其乃土地登記簿上之權利人，而丙又是善意信賴該登記而受讓A地之人，所以其得依民法第759條之1第2項規定善意取得A地所有權，是其主張其受讓之A地具權利瑕疵，並無理由¹。再者，就乙主張其受讓之A地存有抵押權負擔的部分，單就抵押權的存在而言，其固然構成權利瑕疵，但是如果買受人於買賣契約成立時，明知有權利之瑕疵，則出賣人不負擔保之責。在本案中，乙與甲締結買賣契約之時，早就知悉A地上附有抵押權之負擔，所以乙不得再以此主張甲須負權利瑕疵擔保責任，更無由解除買賣契約。

至於乙得否以其所受讓之A地具有物之瑕疵，而依民法第359條規定解除系爭買賣契約？端視A地於危險移轉時，是否具有滅失或減少價值、通常效用或契約預定效用之瑕疵（民法第354條第1項本文參照），或不具備出賣人所保證之品質（民法第354條第2項參照）。本件乙於訴訟中曾主張，系爭買賣契約所約定之價金為5億2,000萬元，但買賣標的物A地遭桃園地院拍賣價格僅2億4,316萬元，是A地具有物之瑕疵等語。然依私法自治契約自由原則，買賣價金之高或低，本由當事人自由決定，因此就算當事人約定之價金數額明顯高於買賣標的物之市價，買受人亦不能以此為理由，主張買賣標的物具有物之瑕疵。對此，本件原審法院亦指出：「系爭買賣契約所載之買賣價金為5億2,000萬元，甲並未保證系爭土地有上開價值，且系爭建物已逾十年尚未興建完成，顯影響系爭土地利用價值，自不能據此評斷系爭土地及建物欠缺該交易價值，上訴人依民法第359條規定解除契約，尤屬無據。」可資贊同。

¹ 原審法院判決亦持此看法，參見臺灣高等法院100年度重上字第682號判決（261-271）。

貳、乙給付價金尾款之清償期的確定與屆至

在確認乙並無解除契約之權利而仍負有給付價金之義務後，須進一步詳究的是，乙是否已達應給付價金之時期？或者換個角度來說，甲對於乙之價金債權是否已處於得行使之狀態？在此必須回答兩個問題：第一，甲和乙於契約中究竟約定乙應於何時給付價金？這涉及清償期之確定。第二，本案中甲和乙約定之清償期，是否業已屆至？

就乙應給付價金之清償期的確定，依民法第315條規定，首應檢視雙方之約定，本案中甲和乙間之買賣契約第2條即針對乙之價金給付義務詳為規定，其規定：「甲方（即本文所稱之乙、本案被告、本件上訴人）應給付乙方（即本文所稱之甲、本案原告、本件被上訴人）價款總額新台幣5億2,000萬元，甲方簽發本票2億元交乙方擔保，其付款方式為乙方協同甲方向銀行貸款應於6個月內辦妥，逾期應交付利息，暫訂為4億元，優先償還亞信銀行3億2,000萬元，餘款8,000萬元給付乙方作為價款，如有超過4億貸款，其超過部分仍應給付乙方，乙方收受款項退還甲方同額擔保本票，不足價金約1億2,000萬元由甲方提供第1條所示土地供乙方設定第2順位抵押權，俟房屋興建完竣，由乙方自行決定收受出售房屋現金抑或同額之建物抵償價金。」分析此約款，可以確定以下幾點：第一，就價金之數額，雙方約定乙應給付之價金為5億2,000萬，而乙須簽發2億元本票以供擔保。第二，就付款方式，須由乙於6個月內向銀行貸款，而甲須協同此貸款事宜；就取得之貸款（暫訂為4億元），乙須優先償還亞信銀行3億2,000萬元，其餘8,000萬元則給付予甲作為價款，如貸得款項超過4億元，則超過之數亦應給付予甲。甲於收受款項後則退還乙同額本票，而不足價金約1億2,000萬元部分，則由乙以A地供甲設第二順位抵押權。第三，俟房屋興建完竣，由甲自行決定收受出售房屋現金抑或同額之建物抵償金。

在訴訟中，乙援引此約款主張甲未依約定於6個月內協同其向銀行辦理貸款，是其付款之停止條件或前提要件並未成就，故其無付款義務。惟原審法院及本件最高法院於解釋此條款時，未採取乙的主張，而是認為「乙付款義務，並非取決於甲協同辦理與否，而係乙應先於6個月內覓得銀行，甲始有協同辦理義務，否則契約無須另約定辦理銀行貸

款時限及逾期應付利息。」並認為「乙如依約貸款清償亞信公司債務，其給付餘款之清償期，應以系爭建物興建完竣之時，由甲自行決定以收受出售房屋現金或同額建物為抵償。」在此契約解釋下，本件最高法院認為「乙自88年3月4日變更為起造人後，並未續建興建，致系爭土地及建物遭拍賣，乙迄未支付買賣價金……依社會觀念及誠信原則，此項消極不作為與不正當行為相關，應類推適用民法第101條第1項規定，視為乙給付價金尾款之清償期已屆至。」

關於以上法院論述，值得討論者有二：第一，本件當事人間之上開約款應如何詮釋？第二，本件最高法院透過類推適用民法第101條第1項規定，認為乙給付價金尾款之清償期視為屆至，其意義何在？以下分述之。

一、清償期之確定

關於甲之價金債權的行使，乙於訴訟中曾抗辯到系爭買賣契約第2條乃對於此債權附「停止條件」或「付款條件」等語，惟應說明的是，民法上所稱之條件，無論停止或解除條件，皆係附於法律行為（而非附於特定債權或其請求權），並以之作為法律行為發生效力或失其效力之附款。因此，乙所抗辯甲之價金債權附有停止條件或付款條件，其嚴格說來應該主張其價金給付義務之清償期尚未屆至之抗辯。

又，清償期由當事人約定者，一般多為確定期日，惟當事人亦得將清償期約定繫於將來不確定之事實的發生²，本案中乙對甲所負之價金給付義務的清償期約定，即屬適例，蓋其並未約定以特定期日為乙應給付價金之清償期，而取決締約後將來一定之事實的發生。惟於本案有爭議的是，乙給付價金之義務究竟繫於何等將來不確定之事實？承如前述，乙主張其給付義務取決於甲是否協同其向銀行辦理貸款；反之，原審法院及最高法院則認為乙之價金給付義務乃繫於A地上建物之興建完竣。在此，涉及兩造間買賣契約第2條規定之解釋問題。關於此契約解釋問題，應以契約文義為解釋的起點，並以有理性之人處於契約當事人

² 陳自強，《契約之內容與消滅》，契約法講義II，2016年3月，頁380。

之地位，對契約文義所得理解之意義為解釋³。於本案中，系爭契約第2條雖約定甲應協同乙向銀行貸款，但若觀察其要求乙應於6個月內覓得貸款銀行，否則須支付逾期利息之內容，不難發現，覓得貸款銀行實係乙之義務，而甲則僅居於協助的角色，如乙自始至終未著手尋覓貸款銀行，甲根本無從協助辦理，也因此乙主張價金給付義務繫於甲是否協同其辦理貸款，實不符合一般理性之人對於此約款內容之理解。再者，約款所定之付款方式，首先要求乙於6個月內覓得銀行辦妥貸款，而乙須先以所貸得之款項優先償還亞信公司3億2,000萬元，貸得之餘款預計8,000萬元則給付予甲，至於剩餘之尾款1億2,000萬元，則俟乙將A地上建物興建完竣後，由甲決定收受出售房屋現金抑或同額之建物抵償。由此可知，如果乙順利覓得銀行取得貸款，其最終須給付尾款之時，應係乙興建系爭建物完竣之時，也因此無論是原審法院或是本件最高法院，均將此建物興建完竣日解釋成乙應給付價金尾款之清償日，此一解釋尚稱合理。

二、清償期之視為屆至

在本案中，乙之價金給付義務的清償期，在經契約解釋後，其固然被認為繫於系爭建物興建完竣之時，不過由於A地在100年3月2日即因遭他人拍定而無法再由乙完成系爭建物的興建，在此衍生的問題是，乙之價金給付義務之清償期是否因為該建物之無法竣工而無從屆至，以致於甲無從行使其價金債權？對此，本件最高法院透過類推適用民法第101條第1項規定，認為乙給付價金尾款之清償期視為屆至，乃維持原審命乙給付價金之判決，並駁回乙之上訴。

關於民法第101條規定之類推適用，最高法院最早是在其87年台上字第1205號判例所提出。於此件判例所涉及者，係工程實務上十分常見的工程保留款的返還爭議，而由於向來國內認為工程保留款之返還，係清償期尚未屆至之債權⁴，且其清償期乃繫於將來業主驗收合格之事

實，而本案爭議重點在於：如果業主遲未提出完整竣工文件致無法驗收，業主是否得以約定之清償期尚未屆至為由，拒絕履行其返還保留款之義務？對此問題，本件原審法院以承包商得向業主請求返還保留款之債權，僅係約定清償期之債權，而非附停止條件，所以即使業主遲未提出完整竣工文件致無法驗收，其仍無法視為條件業已成就，承包商亦無由請求返還保留款。反之，本件最高法院則開創性地指出：「當事人預期不確定事實之發生，以該事實發生時為債務之清償期者，倘債務人以不正當行為阻止該事實之發生，類推適用民法第101條第1項規定，應視為清償期已屆至。」並指摘原審法院未詳究本件業主是否以不正當行為阻止驗收而應視為清償期已屆至之理由，將原審判決廢棄發回。本件最高法院判決公布後，開啟了其後民法第101條第1項規定類推適用於「當事人預期不確定事實之發生，以該事實發生時為債務之清償期」之案例的大門，甚至此判決更於89年9月19日由最高法院89年度第10次民事庭會議決議選編為判例。

最高法院於87年台上字第1205號判例所宣示，如債務人以不正當行為阻止作為清償期屆至之事實的發生，則透過類推適用民法第101條第1項規定，該清償期視為業已屆至。此一看法，在法學方法的運用上，深值贊同。蓋如前所述，民法上所規定之條件，乃係附於法律行為之上，並使其發生效力或失其效力之附款，而民法第101條規定之適用，亦是以附有條件之法律行為作為對象。也因此，民法第101條規定無法直接適用於債務人以不正當行為阻止作為清償期屆至之事實的發生，但於此情形，其利益狀態與民法第101條所定情況並無二致，而立法者對此未予規範，存在法律漏洞，所以應該透過類推適用的方式填補之。

事實上，我國民法第101條規定繼受自德國民法第162條規定⁵，如觀察該國就此規定之發展，或許對於我國在適用或類推適用本條規定時，有更深的啟示。首先，德國文獻一般認為其民法第162條規定乃宣

³ 陳自強，《契約之內容與消滅》，契約法講義II，2016年3月，頁79。

⁴ 不同見解，參見拙著，《工程契約履約擔保制度之研究》，2010年3月，頁161以下。

⁵ § 162 BGB: „(1) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. (2) Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.“

示了一項基本法律思想，亦即任何人不得以其違反誠信之行為所創造之法律狀態而獲取利益⁶。也因此，本條規定除了直接適用的場合，其更被廣泛地類推適用於其他相類情形，甚至在實務上後者之重要性更勝於前者。就典型直接適用之例，例如在保留所有權買賣中，如果出賣人違反誠信地阻止買受人履行其全部價金義務（例如就買受人所簽發用以清償最後一期價金之支票，遲未向銀行提示付款，或是無正當理由地拒絕第三人為買受人清償最後一期價金），則該附於所有權之物權行為上之停止條件，即會因其民法第162條第1項規定（相當於我國民法第101條第1項規定）視為成就，買受人因此取得買賣標之物之所有權⁷。至於德國文獻上經常提到之類推適用的案例，例如意思表示之相對人以不正當方法阻止意思表示之到達者，該意思表示視為到達⁸。又如，債權人以其行為導致主債務人未履行其債務（例如主債務人雖已簽發支票用以清償債務，惟債權人並未持之向銀行提示付款⁹），而逕向保證人請求履行保證債務¹⁰，於此情形，亦應認為有本條規定之類推適用。此外，如定作人阻止承攬人修補工作瑕疵，則透過類推適用本條規定，亦得視為承攬人業已修補瑕疵而得請求報酬¹¹。如從此比較法上之觀察，不難發現，我國關於民法第101條規定之類推適用的發展，雖有進展及突破，但仍有諸多留待將來實務持續發展之空間。

回到本件案例事實，法院透過解釋雙方買賣契約第2條規定，認為乙所負給付價金義務之清償期的屆至，繫於系爭房屋之興建完竣，而乙未繼續興建系爭房屋之消極不作為，構成阻止其價金給付義務之清償期屆至之不正當行為，所以應透過類推適用民法第101條第1項規定，視為

系爭房屋已興建完畢，而甲自得以乙之價金給付義務的清償期業已屆至為由，請求乙給付買賣價金。本件最高法院判決再次重申其自87年台上字第1205號判例以降所肯認之原則，其無論於理由的構成，或是判決之結果，均值得贊許。

附帶一提的是，關於我國民法第101條規定之適用（或類推適用），其須具備以下兩項要件：其一，須阻止或促成一定條件成就（或是阻止或促成特定不確定事實之發生）之行為人，對於條件之成就與否（或是該不確定事實之發生與否），於客觀上有事實上因果歷程之影響力（*tatsächliche Beeinflussung des Kausalverlaufs*）¹²。其二，須行為人有不正當行為，而此所稱之「不正當」，並非以行為人為此行有故意為要件，而僅要求行為人為此行為時之主觀動機足以被評價成有違誠信（*Treuwidrigkeit*）即為已足¹³。至於，適用（或類推適用）此規定之法律效果，參酌民法第101條規定可知，於行為人以不當行為阻止條件成就（或特定不確定事實之發生）時，應擬制該實際上並未成就之條件已成就（或擬制該實際上未發生之事實為發生）；反之，於行為人以不當行為促使條件成就（或特定不確定事實之發生），則應擬制該實際上已成就之條件未成就（或擬制該實際上已發生之事實為未發生）。

參、結 語

綜合以上討論，本件最高法院判決正確意識到本件買賣契約第2條對於給付價金之約定，其內容並非對於買賣契約（法律行為）本身附條件，而係對於買受人乙之價金給付義務之清償期所作之約定，所以無直接適用民法第101條第1項規定之空間。然而，就此約定清償期之屆至繫於將來不確定之事實的案例，本件最高法院則維持其從87年台上字第1205號判例所發展之原則，認為在債務人以不正當之行為阻止該不確定事實之發生時，應類推適用民法第101條第1項規定，視為該事實已發生，而清償期業已屆至，此見解殊值贊同。惟注意的是，相較於德國法

⁶ Staudinger/Bork, Neubearbeitung, 2015, § 162 Rn. 2, 15; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, § 52 Rn. 40.

⁷ Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, § 52 Rn. 42.

⁸ Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, § 33 Rn. 53; Staudinger/Singer, Neubearbeitung, 2017, § 130 Rn. 84. 亦有直接援引誠信原則者，參見BGH, Urteil vom 26. 11. 1997 zu VIII ZR 22/97, BGHZ 137, 205 (Tz. 19).

⁹ Staudinger/Bork, Neubearbeitung, 2015, § 162 Rn. 16.

¹⁰ BGH, Urteil vom 7. 2. 1966 zu VIII ZR 40/64, BGH WM 1966, 317 (Tz. 31).

¹¹ BGH, Urteil vom 22. 9. 1983 zu VII ZR 43/83, BGHZ 88, 240 (Tz. 28); Staudinger/Bork, Neubearbeitung, 2015, § 162 Rn. 16.

¹² Staudinger/Bork, Neubearbeitung, 2015, § 162 Rn. 3 ff.

¹³ Staudinger/Bork, Neubearbeitung, 2015, § 162 Rn. 10.

上普遍認為其民法第162條規定乃一般法律原則，亦即任何人不得以其違反誠信之行為所創造之法律狀態而獲取利益，並廣泛將此規定類推適用於各種領域，擁有相同法律條文之我國，關於本條規定的類推適用，則多仍侷限於本件最高法院判決所處理之當事人約定清償期繫於將來不確定之案例，因此未來尚有諸多留待實務及學說發展之空間。

延伸閱讀



- 呂彥彬，從幾則法院判決談信用卡網路盜刷之風險分配（下），月旦法學雜誌，2019年3月。
- 呂彥彬，從幾則法院判決談信用卡網路盜刷之風險分配（上），月旦法學雜誌，2019年2月。
- 呂彥彬，網路銀行之第三人冒名轉帳的風險分配，興大法學，2018年11月。
- 呂彥彬，談民法第742條於實體法及訴訟法上的幾個問題，月旦民商法雜誌，2018年6月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



「知之歸責」的擴大： 民法第105條規定之類推適用 最高法院104年度台上字第206號判決*

呂彥彬**

本案事實

乙公司（三商電腦股份有限公司、被上訴人、被告）於民國（下同）92年11月間接獲激態公司（下稱C公司）桌上型電腦3,525台（下稱系爭貨物）之訂單，乃於同年月12日與達致公司（下稱A公司）簽立系爭買賣契約購買系爭貨物，甲公司（中國信託商業銀行股份有限公司、上訴人、原告）於同年月4日與A公司簽立承購合約書，A公司將價金債權讓與甲公司，已對乙公司為債權讓與之通知，甲公司亦依約撥付新台幣（下同）6,180萬9,024元之承購系爭債權之價金予A公司；乙公司於93年4月26日向A公司通知撤銷受詐欺而為買賣之意思表示，並以A公司未能於約定時間內完成交貨為由解除系爭買賣合約。

甲公司主張：乙公司於92年11月27日向A公司購買系爭貨物，價金6,878萬6,694元，月結60天付款，並已於同年12月1日驗收貨物出具出貨驗收單，承認所受領之物。嗣其於同年月4日與A公司訂立「應收帳款債權承購合約書」承購系爭債權及通知乙公司，惟乙公司未依約付款，其得本於債權讓與及價金請求權，請求其如數給付。又因A公司實未交付系爭貨物與乙公司，乙公司負責人X協理竟於同年月1日出具「出貨驗收

* 本文感謝兩位審稿人所提供諸多寶貴意見，筆者獲益良多，惟文責仍由筆者自負。

** 德國Passau大學法學博士，臺北大學法律學系助理教授。



單」予A公司，承認受領系爭貨物，其業務專員Y復於其以電話查證時，表示確已驗收系爭貨物無誤，致其受有撥付A公司款項6,180萬9,024元無法收回之損害，其亦得請求其賠償損害等情，爰依買賣、債權讓與關係及民法第184條第1項、第28條、公司法第23條第2項規定，擇一求為命乙公司給付系爭款項及自訴狀繕本送達翌日即93年7月27日起加計法定遲延利息之判決。

乙公司則以：A公司與C公司為獲取不法利益，竟串謀共同施行詐術，使其陷於錯誤而與A公司訂立買賣契約，其已撤銷該買賣之意思表示；又A公司迄未交貨，其業經解除契約，自不負給付買賣價金之義務。另系爭買賣契約，係由訴外人即當時業務主管X申請，經訴外人賴○伶、周○珍、陳○、總經理唐○戡層層認定有採購系爭電腦真意後，再由訴外人即伊當時董事長陳○東代表其簽訂買賣契約。陳○東發覺受A公司詐欺後，代表其報案而偵破，其與A公司間並無通謀虛偽意思表示行為。甲公司縱受有損害，亦係A公司違法詐貸所致，其無庸負損害賠償責任，X係其業務主管，形式上及實質上均非其負責人、經理人或有代表權人。況甲公司撥付款項之同時已取得債權，並未受有損害等語，資為抗辯。

原審（臺灣高等法院102年度重上更四字第137號判決）將第一審依買賣關係命乙公司給付系爭款項本息部分之判決廢棄，改判駁回該部分甲公司之訴，並駁回其追加之訴。甲公司不服原審判決，提起本件第三審上訴¹。

爭點

本件所涉之主要爭議在於：甲公司得否基於受讓A公司對乙公司之買賣價金債權之債權人地位，請求乙公司給付買賣價金？於此，應釐清

之問題有二：第一，甲公司與A公司間是否存在有效之債權讓與行為？第二，A公司對於乙公司之價金債權是否存在？就此問題，又須探究乙公司與A公司間之買賣契約是否有效成立？又縱使系爭買賣契約有效成立，該給付買賣價金之付款條件是否成就，更是本件兩造爭執之重點。

判決理由

原審法院將第一審法院依買賣契約關係命乙公司給付系爭款項本息部分之判決廢棄，改判駁回該部分甲公司之訴，並駁回其追加之訴，其理由在於：「乙公司與A公司間之契約第2條約定乙公司應於A公司交貨後支付貨款，而A公司竟以出具登載不實之『出貨驗收單』，以『過水』方式進行交易，實際並未進行系爭貨物交付，顯亦無從以占有改定方式完成系爭貨物之交付。而決定與A公司買賣系爭電腦並對外代表乙公司與A公司簽訂買賣契約之陳○東，對於該買賣交易並無與A公司之任何人為虛偽之買賣意思表示，甲公司自不得以乙公司與A公司間之買賣行為係通謀虛偽意思表示為由，對抗乙公司。則A公司即無向乙公司請求給付買賣價金之權利。甲公司主張基於系爭買賣價金受讓人地位，依買賣價金給付請求權，請求乙公司給付系爭買賣價金，為無理由。又X無論是形式上或實質上均非經董事會決議或依章程規定之公司法所規定之經理人，無論依乙公司章程或契約規定，均未經授權有為公司管理事務及簽名之權，與乙公司間為僱傭契約關係。乙公司就A公司向甲公司貸款無法追回之損害，自不應負公司侵權行為之損害賠償責任。從而，甲公司依買賣及債權讓與法律關係、民法第184條第1項、公司法第23條第2項規定，請求乙公司給付甲公司6,180萬9,024元及自93年7月27日起算之利息部分（其餘超過上開金額本息部分，經本院更一審為甲公司敗訴之判決後，甲公司未聲明不服，已告確定），為無理由，應予駁回。原審判命乙公司給付此部分金額，並為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由。應由本院就此部分予以廢棄改判，如主文第二項所示。甲公司追加依民法第28條規定，請求乙公司給付上開金額本息部分，亦無理由，已如前述，應併

¹ 本案歷經五次發回更審，於本文評析之最高法院104年度台上字第206號判決將原審判決廢棄發回後，臺灣高等法院於104年度重上更(四)字第30號判決，再為乙公司應向甲公司如數給付買賣價金之判決，乙公司復又提起第三審上訴，惟經最高法院104年度台上字第2393號判決以上訴無理由駁回確定。

予駁回。」²

本件最高法院首先闡釋：「按民法第105條前段規定：代理人之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫，或明知其事情或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之，肇因於本人藉代理人之行為以擴大其活動範圍，該代理人於代理權限內以本人名義所為或所受意思表示而生之法律效果，依同法第103條第1項規定，均歸屬於本人，因而代理人為代理行為時，其『意思表示瑕疵』或『明知或可得而知其事情』事實之有無？應就為意思表示之代理人決之，並使法律效果直接對本人發生效力，此乃該條規定之所由設。至為本人服勞務之使用人有此情形時，究以何人之意思表示以為斷？我民法雖未設有規範，惟使用人為本人為意思表示或從事一定事務，對外均未自為意思表示，且其效力亦應同歸於本人，殊與本人藉代理人之行為輔助而擴大其活動範圍者相類。因此，使用人在參與本人意思表示形成之過程中，如因其被詐欺、脅迫；或為本人從事一定事務（包括法律及非法律行為）時，就其是否明知其事情或可得而知其事情？致其效力受影響者，各該事實之有無？參照民法第1條『相類似之案件，應為相同處理』之法理，自應類推適用民法第105條前段規定，就使用人決之，而由本人主張或承擔其法律效果。其次，表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效，但不得以其無效對抗善意第三人，民法第87條亦定有明文。」並進一步指摘原審未就甲公司於事實審所作之主張，即「X出具出貨驗收單予A公司，承認受領系爭貨物，且乙公司所屬業務專員Y亦於甲公司以電話查詢時，表示確已驗收系爭貨物無誤，致伊誤信交易之真實性，而與A公司成立應收帳款買賣，並支付融資款項予A公司；A公司與乙公司間之買賣契約，為過水交易，實際上無交付系爭貨物，屬於通謀虛偽意思表示為無效，但不得對抗善意之伊，自應負賠償責任云云……。」詳為斟酌，且質疑「原審既認定X職務雖係協理，但非乙公司形式實質上公司法所定之經理人，其與乙公司間僅是僱傭關係之受僱人；且謂Y為業務專員，更非乙公司經理人，乃竟未依上揭使

用人應類推適用民法第105條前段規定之意旨，詳予斟酌，並就X、Y為被上訴人處理受領、驗收系爭貨物之事務時，是否有『明知或可得而知其事情』之情事？徒以上述理由遽為甲公司不利之論斷，亦有可議。」除此之外，最高法院另指出：「倘X明知A公司實未交付系爭貨物予乙公司或Y確未驗收系爭貨物，卻使乙公司於A公司印製之出貨驗收單蓋章承認受領系爭貨物，並出具出貨驗收單予C公司表示業已交貨，該明知未交貨、出貨或未驗收之效果，似應為乙公司承擔，則乙公司與A公司間能否謂無通謀虛偽為受領系爭貨物之表示？可否以之對抗不知情之第三人？即非無再進一步推究之餘地。原審未遑深究，逕以A公司實未交付系爭貨物，乙公司付款條件尚未成就，而為不利甲公司之認定，尤嫌速斷。」在此基礎之上，最高法院認為甲公司之上訴有理由，乃廢棄原判決並發回臺灣高等法院。

評析

壹、程序法上爭議

本案於程序上所涉及的爭議是，甲公司起訴時所主張之兩項實體法上依據（亦即其一方面以其受讓A公司對乙公司之價金債權，向乙公司請求給付價金；另一方面則本於侵權行為關係，請求乙公司負損害賠償責任）是否構成訴之客觀預備合併？釐清此問題的重要性在於，因為更一審法院認為甲公司所主張請求給付價金的部分無理由，而其請求損害賠償的部分則一部有理由，於是廢棄原判決中命乙公司給付超過6,180萬9,024元的部分，惟就此更審判決，僅乙公司就其敗訴部分（損害賠償請求之部分）提起上訴。於此情形，「如果」本件甲公司提起之訴訟被認為係訴之客觀預備合併，則甲公司未就更一審法院所為「先位請求」無理由部分提起上訴，此部分將會先行確定³。就此問題，更二審法院即採取如此看法，認為其審理範圍不包括已確定之價金給付請求，

² 臺灣高等法院102年度重上更四字第137號判決（673-699）。

³ 楊建華，《民事訴訟法問題研析（一）》，1999年5月，頁244。

而僅限於甲公司本於侵權行為請求損害賠償的部分⁴。不過，有趣的是，更三審法院⁵及更四審法院⁶則認為本件涉及重疊合併，而更五審法院⁷則認為本件係選擇合併，並均認為甲公司先前本於債權讓與及價金債權法律關係之請求，仍為其審理範圍，其不同之處僅在於，更三審及更四審因為認為本件係重疊（或競合）合併，所以逐一論斷此二請求之有無理由，而更五審則因為認為本件涉及選擇合併，於是在認定甲公司請求給付價金之請求有理由時，即不再進一步論斷損害賠償請求部分是否有理由。

本件甲公司起訴時，其固然主張兩項實體法上請求權，亦即本於受讓A公司對於乙公司之價金債權之債權人地位請求給付價金，以及基於侵權行為法律關係請求損害賠償，惟真正影響其究竟是何客觀訴之合併態樣，實係甲公司起訴時，究竟是否將此數項給付請求，排列成先、備位聲明，請求法院審判？抑或僅以單一聲明，主張該數項給付請求權為訴訟標的？蓋如為前者，則甲公司所提起者，乃客觀訴之預備合併；但如為後者，則僅可能涉及國內實務所稱之重疊（或競合）合併或選擇合併，至於究竟是何者，則取決於當事人究竟是請求法院就數項訴訟標的為同一目的之判決，或是請求法院就數項訴訟標的擇一為裁判。

從事實審法院（尤其是更五審法院）所確定的事實，本件甲公司雖然同時主張兩項實體法上請求權，但是其僅為單一聲明，故本件不可能涉及複數聲明之客觀訴之預備合併。單就這點而言，更二審法院忽略甲公司起訴時僅為單一聲明，遽認本件係預備合併，並因此認為甲公司未就更一審判決認為其給付價金之請求為無理由之部分提起第三審上訴，該部分會先行確定，實有誤認。至於本件究竟是如更三審及更四審法院所認為之重疊（或競合）合併，抑或是如更五審法院所稱之選擇合併，如按照更五審法院之調查，甲公司於更一審經法院闡明時，曾明確表明其訴之合併型態為訴之選擇合併，並請求擇一為裁判，則誠如更五審法

院所云，此時「自應尊重當事人有關行使程序處分權之意思，對其所提起的客觀合併之型態、方式及內容，儘量予以承認」，而應認為本件係選擇合併。另須強調的是，無論甲公司所提起的合併型態被認為係選擇合併或是重疊（或競合）合併，由於其均涉及在單一聲明中主張數項給付目的同一之訴訟標的，所以即便甲公司未就更一審判決認為其給付價金之請求為無理由部分提起上訴，但因為乙公司已就其敗訴部分提起第三審上訴，故給付價金之請求亦一併移審且成為審判之範圍，而不會先行確定。

貳、實體法上爭議

一、給付價金之請求

就甲公司主張其受讓A公司對乙公司之價金債權，而得本於債權人地位向乙公司請求給付價金之部分。此訴訟上請求之成立，一方面須甲公司與A公司間存在有效之債權讓與行為；另方面則須A公司對於乙公司確實有該價金債權，而且該債權已處於得行使之狀態。

其中，就甲公司與A公司間是否存在有效之債權讓與合意一事，雖然乙公司於歷審程序屢次主張，甲公司與A公司間簽訂之「應收帳款債權承購同意書」乃借貸關係，而甲公司支付予A公司之款項，實係融資貸款，而非買賣債權之價金等語。惟無論從形式上觀察甲公司與A公司間所簽訂之同意書上所載「應收帳款債權承購」之文字，或是該同意書前言所記載：「經乙方（即本件甲公司）同意承購甲方（即本件A公司）對其國內外特定相對人基於買賣契約、勞務契約或其他債權契約，而得向相對人請求於一定清償日給付一定金錢之債權……」等文字，乃至於A公司於締結此同意書後，踐行系爭承購書第2條所示應收帳款轉讓方式，並於92年12月4日以存證信函對於乙公司為債權讓與之通知等情事，均可認為甲公司與A公司間成立債權買賣契約，而且雙方已有讓與系爭債權之合意。

至於，厥為本件兩造爭執之重點者，乃A公司是否對於乙公司有價金債權，以及該債權是否業已處於得行使之狀態等問題，本文以下分

⁴ 臺灣高等法院98年度重上更(二)字第155號判決（75-87）。

⁵ 臺灣高等法院101年度重上更(三)字第36號判決（303-319）。

⁶ 臺灣高等法院102年度重上更四字第137號判決（58-78）。

⁷ 臺灣高等法院104年度重上更(五)字第30號判決（208-224）。

述之。

一、價金債權之存在

關於A公司是否對於乙公司有價金債權，而得將其有效讓與甲公司一事，首應檢視者，乃二者間之買賣契約是否有效成立？從法院所認定之事實觀之，A公司與其上游廠商B公司、C公司間為了各自之商業上利益，合意以「過水」方式進行本件交易，亦即先由B公司出售系爭貨物予A公司後，由A公司轉售予乙公司，再由乙公司轉售予C公司，最後再由C公司將系爭貨物回售予B公司，其間乙公司向A公司購買之系爭貨物並無實際交付行為存在，而僅開一張發票以為過水之用，並無以實際交付占有系爭貨物之事實。在此，可能涉及的問題是：乙公司與A公司間締結之買賣契約，是否因為其屬於此四方循環之過水交易之一環，而得認為其係通謀而為虛偽意思表示，故買賣契約無效，並進一步導致甲公司無法取得價金債權？⁸

就此問題，本文認為無論乙公司與A公司是否通謀虛偽締結買賣契約，其均無礙甲公司對乙公司主張此價金債權。首先，如果該締結買賣契約之意思表示，並非通謀而為虛偽意思表示⁹，則買賣契約有效，A公司對乙公司取得價金債權，並得有效讓與甲公司，此自不待言。惟如果乙公司與A公司通謀虛偽締結買賣契約，雖然買賣契約無效（民法第87條第1項本文參照），A公司未能取得價金債權，更無法將此不存在之債權讓與甲公司，但基於善意第三人之信賴保護，民法第87條第1項但書特別規定，通謀虛偽表示之當事人，不得以其意思表示之無效，對抗善意第三人，故如果本案之甲公司可認為係此處所稱之善意第三人，則其仍得主張該買賣契約之有效，而順利取得該價金債權。關於甲公司是否係該條但書所稱之善意第三人，在結論上應予肯定，蓋其一方面係善意信賴該買賣契約為有效而向A公司承購其價金債權之人；另一方面，本

條但書所稱之第三人，一般認為須係通謀虛偽表示之當事人以外之第三人，而且其須就新取得之財產上權利，因通謀虛偽表示之無效而必受變動之他人¹⁰。本件甲公司係向A公司承購並受讓該價金債權之人，如果A公司與乙公司間之買賣契約因通謀虛偽表示而無效，A公司即未能對乙公司取得價金債權，而甲公司（在無本條但書規定的情況下）更無由自A公司取得該債權，故甲公司係A公司與乙公司間買賣契約無效而權利受影響之第三人，亦可確認。職此之故，縱認為乙公司與A公司間之買賣契約因通謀虛偽而無效，惟甲公司亦得透過民法第87條第1項但書規定，主張該買賣契約非源於通謀虛偽，亦即價金債權有效存在，而得順利從A公司受讓系爭價金債權。因此，在本案中甲公司得基於受讓該債權之債權人地位，請求乙公司給付系爭買賣價金¹¹。

二、價金債權處於得行使之狀態

在確認甲公司在本案中，無論如何均得主張其有效從A公司受讓價金債權後，有必要進一步探討的是，究竟價金債權是否已處於得行使之狀態？尤其應檢討的是，乙公司與A公司間是否對於價金之給付設定一定付款條件¹²？如有，該條件是否業已成就？對此，歷審法院多認為乙

¹⁰ 王澤鑑，《民法總則》，2014年2月，頁401；陳自強，《契約之成立與生效》，契約法講義I，2014年2月，頁244；鄭冠宇，《民法總則》，2016年8月，頁366。

¹¹ 針對此問題，本件最高法院在將更四審判決廢棄發回後，更五審法院亦曾指出：「系爭買賣契約不論是依乙公司抗辯其確本於成立買賣契約之真意而成立，或係依甲公司主張乙公司明知系爭買賣為無貨品之過水交易屬通謀虛偽意思表示，但不能對抗善意之第三人即甲公司，其買賣契約均為有效……」（231-234）。

¹² 本件最高法院雖稱A公司是否交貨，乃系爭價金債權得否行使之「付款條件」，惟民法上所稱之條件，無論停止或解除條件，均是附於法律行為（而非附於特定債權或其請求權），並以之作為法律行為發生效力或失其效力之附款，所以本件最高法院所稱之「付款條件」，嚴格說來應是當事人就價金給付義務所約定之清償期，只不過此清償期之屆至係繫於將來不確定之事實，亦即A公司是否交付貨物一事。為求本文與歷審判決間用語之一致性，本文以下仍以「付款條件」稱之，特此說明。

⁸ 對此，歷審判決中亦多次討論到，乙公司與A公司是否通謀而為虛偽締結買賣契約之意思表示。

⁹ 例如本件更四審即持此看法，參見臺灣高等法院102年度重上更四字第137號判決（332-362）。

公司之價金給付義務，須以A公司先行交付系爭貨物為要件¹³，蓋於二者間之買賣契約第2條清楚規定「甲方（即本件乙公司）應於乙方（即本件A公司）交貨後以匯款方式支付乙方貨款。」也正因如此，乙公司在訴訟中即不斷強調因為A公司未實際交付貨物，付款條件未成就，所以其不負有給付價金之義務，並得以此對抗受讓該債權之甲公司（民法第299條第1項規定參照）。而此付款條件是否成就之爭議，基本上亦為本件兩造間訴訟勝敗之關鍵所在。然不同於一般契約當事人對於給付義務附加條件之情況，本件棘手之處在於，乙公司與A公司間之買賣，如前所述，係四方循環「過水」交易之一環，雖然買賣契約中約定系爭貨物之交付乃乙公司給付價金之條件，但是該批貨物卻自始至終均未曾（或無庸）移轉交付，所以到底乙公司得否以A公司並未交付貨物為由而拒絕給付價金，即生疑義。

針對此問題，原審（即更四審）法院認為「A公司迄今，並未交付系爭電腦，付款條件未成就，即無向乙公司請求給付買賣價金之權利。則甲公司主張基於系爭買賣價金受讓人地位，依買賣價金給付請求權，請求乙公司給付系爭買賣價金，即屬無據。」對此，本件最高法院在重申「使用人在參與本人意思表示形成之過程中，如因其被詐欺、脅迫；或為本人從事一定事務（包括法律及非法律行為）時，就其是否明知其事情或可得而知其事情？致其效力受影響者，各該事實之有無？參照民法第1條『相類似之案件，應為相同處理』之法理，自應類推適用民法第105條前段規定，就使用人決之，而由本人主張或承擔其法律效果。」之餘，乃指摘原審「未依上揭使用人應類推適用民法第105條前段規定之意旨，詳予斟酌，並就X、Y為乙公司處理受領、驗收系爭貨物之事務時，是否有『明知或可得而知其事情』之情事？徒以上述理由遽為甲公司不利之論斷，亦有可議。」並將原審判決廢棄發回。其後，臺灣高等法院於更五審程序，一方面提及使用人為本人為意思表示或從事一定事務時，應類推適用民法第105條前段規定之意旨，並在斟酌乙公司之業務專員Y於甲公司副理於92年12月8日以電話查詢時，表示確已

驗收系爭貨物無誤等情，認定乙公司業已向甲公司自承業收受系爭貨物並驗收無誤，進而指出「乙公司既已承認收受系爭貨物並驗收完成，則A公司交貨義務已完成，甲公司自因債權讓與而取得對乙公司之買賣貨款債權，乙公司自難於事後再以實際未收到系爭貨物為由，主張債權讓與尚不生效力。是甲公司自得依前開債權讓與契約關係及系爭買賣契約，請求乙公司給付買賣價金。」

如仔細觀察從更四審判決、本件最高法院判決及更五審判決之內容，可以發現，甲公司向乙公司請求給付價金之主張，其由敗轉勝之主要關鍵在於：最高法院指出更四審法院「未依使用人應類推適用民法第105條前段規定之意旨，詳予斟酌」，而更五審法院則依最高法院發回意旨，透過類推適用民法第105條前段規定，認為乙公司既然已經承認收受系爭貨物並驗收完成，則A公司之交貨義務即已完成，所以甲公司本於債權讓與契約關係及該買賣契約，請求乙公司給付買賣價金，為有理由。在此，有必要針對最高法院就使用人應類推適用民法第105條前段規定之發展輪廓，以及其運用於本案之當否，進行分析。

（一）「知之歸責」（Wissenszurechnung）的擴大

關於民法第105條前段規定之類推適用，最高法院最早於其90年度台上字第4號判決中所提出，其謂：「按使用人係為本人服勞務之人，本人藉使用人之行為輔助以擴大其活動範圍，與本人藉代理人之行為輔助者相類，且使用人為本人所為之意思表示，即為本人之意思表示，故使用人為本人所為之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，宜類推適用民法第105條規定，其事實之有無，應就使用人決之，但其意思表示，如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。」在此之後，最高法院又於本案所涉及的兩則判決，亦即104年度台上字第206號（本件判決）及104年度台上字第2393號判決（此判決乃本案乙公司對於更五審判決提起上訴，而經最高法院以上訴無理由駁回之判決）再次提及，而最新的一則判決，則是同院105年度台上字第432號判決¹⁴。

¹³ 除了更二審法院認為原告之價金給付請求已先行確定而未就此爭點進行討論外，其餘法院均針對附於價金債權上之付款條件是否成就一事進行審酌。

¹⁴ 最高法院105年度台上字第432號判決：「次按使用人係為本人服勞務之人，本人

細數民法上之歸責規範，為數不少，舉例而言，民法第224條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任。」此乃將債務人之債務履行輔助人之故意或過失歸屬於債務人之規範。又如，民法第942條規定：「受僱人、學徒、家屬或基於其他類似之關係，受他人之指示，而對於物有管領之力者，僅該他人為占有人。」則是將占有輔助人對於物之事實上管領力，歸屬於他人使其成為占有人之規定¹⁵。而於民法第28條亦屬於承擔他人侵權責任之歸屬規定，蓋法人須就其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，負法人之侵權責任¹⁶。另外，在代理的相關規定中，除了民法第103條將代理人所為之意思表示歸屬於本人之規定外，尚包括本件判決所提及之民法第105條前段規定，蓋其規定：「代理人之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之。」透過此規定，使得代理人之「意思瑕疵」（Willensmängel）與「知」（Wissen）歸屬於本人，惟由於本規定在其明確的文義規範下，僅適用於代理人，所以其是否可以適用或類推適用於代理人以外之人，尤其是本人之使用人，即屬重要問題。對此，我國最高法院衡諸本人藉由為其服勞務之使用人之行為擴大自身活動範圍之情況，與本人透

藉使用人之行為輔助以擴大其活動範圍，與本人藉代理人之行為輔助者相類，且使用人為本人所為之意思表示，即為本人之意思表示，故使用人為本人所為之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫或明知其事情，或可得而知其事情，致其效力受影響時，宜類推適用民法第一百零五條規定，其事實之有無，應就使用人決之。查原審認定謝○銘係福懋公司創辦人之一，長期擔任該公司董事兼總經理職務迄今，就其職務內之股利發放事宜，有無明知通謀虛偽情事，依上說明，其事實之有無，應就使用人謝○銘決定。原審認定福懋公司非善意之第三人，結論並無不合。至系爭股票股利發放係由台塑總管理處辦理一節，既係由福懋公司以法律行為授與代理權，台塑總管理處僅得依股東名簿發放，即係依本人指示而為，依民法第一百零五條但書規定，有無明知通謀虛偽情事，仍應就本人決之。」（170-183）

¹⁵ Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, § 49 Rn. 26.

¹⁶ 相對於此，民法第188條第1項所定僱用人之侵權責任，則屬於僱用人之自己責任，蓋其具有評價僱用人未盡選任受僱人及監督其職務之相當注意之意義，參見王澤鑑，《侵權行為法》，2015年6月，頁559。

過代理人之行為輔助之情形相類似，於是認為民法第105條規定亦應得類推適用於使用人，使其所發生之意思瑕疵，或其明知或可得而知其事情，亦得歸屬於本人。最高法院之此番論述，有以下兩點應予說明：

首先，從法學方法的運用角度觀之，最高法院透過觀察代理人與為本人服勞務之使用人的角色地位（亦即同屬擴大本人活動範圍之人），正確意識到民法上欠缺將為本人服勞務之使用人之「意思瑕疵」或「知」（亦即明知其事情，或可得而知其事情）歸屬於本人之規定，應存有法律漏洞，並於確認此漏洞後，積極從「相類似之案件，應為相同處理」之平等原則（同時指出此原則乃民法第1條所稱之法理），將民法第105條規定類推適用於為本人服勞務之使用人，以填補此一立法者所未予規範之法律漏洞。此法學方法的運用，殊值贊同¹⁷。

其次，最高法院將民法第105條類推適用於為本人服勞務之使用人的發展，與德國法上擴大「知之歸責」（Wissenzurechnung）的發展，極為相似。不同之處在於，德國實務及學說對此「知之歸責」的擴大（亦即類推適用其民法第166條規定¹⁸），除了我國最高法院所承認之類型，更擴及到同一法人或企業中之不同分工部門間，甚至是不同法人或企業主體間之知的歸責。以下茲舉數例說明之：

德國法上典型知之歸責的擴大，當屬銀行與其職員間之關係¹⁹。舉例來說，如果銀行職員處理支票付款業務時，明知或因重大過失而不知提示付款之執票人非真正權利人，則銀行不得主張善意付款，蓋於此情形，在德國民法第166條第1項規定（相當於我國民法第105條前段規定）的類推適用下，銀行須承擔其職員之明知或因重大過失而不知。此時之銀行職員，文獻一般以「知之代理人」（Wissensvertreter）稱之²⁰。如以我國實務常見之盜領存款之案件為例，如果銀行職員在交付存款時，明知領取存款之人非帳戶所有人而仍為付款，縱使其持真正存

¹⁷ 對此最高法院判決之讚賞，可參見王澤鑑，《民法總則》，2014年2月，頁505。

¹⁸ 德國民法第166條規定之內容，基本上同於我國民法第105條之規定。

¹⁹ Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, § 49 Rn. 80.

²⁰ Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, § 49 Rn. 79. 國內文獻參見王澤鑑，《民法總則》，2014年2月，頁505。

摺及印章，銀行仍不得依民法第310條第2款規定免責，蓋其須承擔其職員之明知，而此知之歸責，基本上即可類推適用民法第105條前段規定。

至於，同一法人或企業中之不同分工部門間之知的歸責，例如在某大型汽車銷售商就其中古車買賣業務分別由不同人員負責，而購入部門明知所購入的某中古車係事故車，但卻未將此情況以書面註明，以致於其銷售部門人員在受到買家詢問該車是否係事故車時，在不知情的情況下告知該車非事故車²¹。依德國實務及通說看法，在這類存在部門分工的企業中，其各部門間應為必要之資訊流通與分享，而其知更應彼此歸責，所以縱然銷售部門人員不知該車為事故車，但由於購入部門明知此情，企業最終仍應承擔此故意不告知所生之責任。就此企業中不同部門間「知之共同歸責」（Wissenszusammenrechnung），乃知之歸責的進一步擴大。

除此之外，在德國實務上，甚至承認在不同法人或企業間之「知」亦有彼此歸責之可能。最常被提到的例子，為營業移轉（Betriebsübergang）時勞工行使異議權（Widerspruchsrecht）所發生權利失效的案例。舉例來說，甲公司之某研發部門被乙公司併購，此時該部門之所屬勞工之勞動關係，依德國民法第613a條第1項規定，隨同移轉至乙公司（此時涉及法定之契約承擔）。然而在此涉及到契約當事人之變更（雇主），為了避免勞工之職業自由受到侵害，德國民法第613a條第6項規定特別賦予勞工得行使異議權，若其不願意在新雇主處工作，可藉由異議權之行使（形成權的行使），使勞動關係回到舊雇主處。惟1個月的異議期間是從雇主完整（vollständig）的告知到達後開始起算，而德國聯邦勞動法院（Bundesarbeitsgericht, BAG）對於告知義務之要求採取非常嚴格之標準，在個案的認定上，雇主常因告知內容有瑕疵而被判定未合法履行告知義務，導致異議期間並未起算²²。於是勞工甚至可以在新雇主處工作多年後行使異議權，若肯認此結果，則勞工行使異議權

無異成為勞工後悔的權利（Reuerrecht）²³。就此法院廣泛運用權利失效理論作為異議權行使之限制。而於前開之例，如果勞工在新雇主處工作多年後，新雇主因虧損而欲大量裁員，乃與勞工商討合意終止契約事宜，勞工同意而領取資遣費後，復又以當時告知內容有缺漏為由主張異議期間未起算，而向舊雇主行使異議權，此時所產生的問題是，舊雇主可否主張勞工之異議權罹於權利失效？²⁴一般而言，權利失效之成立，除了須權利人長時間不行使權利外（時間要素），尚須以特定行為引起相對人之信賴（狀況要素）。在此例中，勞工和新雇主合意終止契約之行為顯示勞工已承認與新雇主間之勞動關係，此固然足以令新雇主信賴其不再行使異議權使勞動關係回到舊雇主處，但是對於主張勞工異議權罹於權利失效之舊雇主而言，其對於勞工與新雇主合意終止契約之事（狀況要素）未必知情，而無法構成權利失效。然而基於新、舊雇主間有資訊分享及流通之義務，所以德國聯邦勞動法院認為即使該引起信賴之狀況要素僅存在於新雇主，但此狀況要素應可歸屬於舊雇主，從而使舊雇主得以權利失效對抗勞工異議權的行使²⁵。這也正是「知之歸責」進一步擴大到不同法人或企業間之重要適例。

從以上德國法上關於「知之歸責」的發展觀之，不難發現我國實務關於知之歸責的法理運用，尚在初期階段，將來仍留有諸多可由實務及學說發展的空間。

（二）付款條件因類推適用民法第105條前段規定而成就？

雖然本件最高法院正確重申其於90年度台上字第4號判決所提出民法第105條規定應類推適用於為本人服勞務之使用人的原則，但是更五審法院在參酌最高法院之發回意旨，透過類推適用民法第105條前段規

²³ Rieble/Wiebauer, Widerspruch (§ 613a VI BGB) nach Aufhebungsvertrag, NZA 2009, 401.

²⁴ BAG, Urteil vom 23. 07. 2009 zu 8 AZR 538/08, BAGE 131, 258.

²⁵ BAG, Urteil vom 22. 06. 2011 zu 8 AZR 752/09, NZA-RR 2012, 507 (Tz. 40); BAG, Urteil vom 24. 02. 2011 zu 8 AZR 885/08, juris Rn. 37 f. 關於此問題，更深入的討論，可參見Hung, Ying-Jung（洪瑩蓉），Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, 2016, S. 181 f.

²¹ 此案例參見Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, § 49 Rn. 82.

²² MüKo-BGB/Müller-Glöße, 7. Aufl., 2016, § 613a Rn. 120.

定，以「乙公司既已承認收受系爭貨物並驗收完成，則A公司交貨義務已完成，甲公司自因債權讓與而取得對乙公司之買賣貨款債權，乙公司自難於事後再以實際未收到系爭貨物為由，主張債權讓與尚不生效力。」為理由，肯認甲公司得依債權讓與契約與系爭買賣契約，請求乙公司給付買賣價金。此一判決或許於結論上並無不妥，惟如要細究其理由之構成，其可能產生的疑問是：如前所述，在A公司、乙公司、B公司與C公司四方間之循環過水交易中，A公司自始至終均未曾交付系爭貨物給乙公司，而其交貨義務（同時亦為該價金債權所附之付款條件），是否確如更五審法院所云，單純因為類推適用民法第105條前段規定而完成？

在此，如果仔細審視民法第105條規定之功能，如前所述，其僅在於將代理人（直接適用）或使用人（類推適用）之「意思瑕疵」或「知」等情事歸屬於本人，其套用於本案情況，民法第105條規定之類推適用，最多也僅是將乙公司之使用人之特定行為或知情情事歸屬於乙公司。換言之，在本案中可被歸屬於乙公司之情事，應僅限於其協理X「知情參與」此四方循環交易，並指示業務專員Y傳送出貨驗收單，以及其業務專員Y於「甲公司副理○○○於92年12月8日以電話查詢時，表示確已驗收系爭貨物無誤」等情事，至於A公司是否已完其交付貨物之行為，則與民法第105條規定之類推適用無涉，更五審法院於此或有推論過速之嫌。

然而，此是否意謂本案中，甲公司會因為A公司未交付系爭貨物，而使其受讓自A公司之價金債權，陷於付款條件未成就而不能行使之狀態？此又未必。本文認為此時毋寧涉及「矛盾行為禁止」（*Verbot des „venire contra factum proprium“*）原則之適用。所謂矛盾行為之禁止，係指行為人之權利的行使，與其先前行為間存在一定之矛盾，是於誠信原則的適用下，應限制其權利之行使。此原則基本上應從保護相對人之信賴的角度作理解²⁶，蓋於權利人以一定行為（可以是積極的作為，亦可

是消極的不作為²⁷），使相對人對於一定之事實或法律狀態產生信賴後，其即不得再為與先前行為相矛盾之權利行使。又此矛盾行為之構成，一般認為須具備兩項要件：其一，須權利人之權利行使與其先前行為間存在一定的矛盾狀況；其二，則要求相對人對於該先前行為所創造之特定事實或法律狀態的存在或不存在，具有值得保護之信賴²⁸。至於其法律效果，則是使權利人受其先前行為所使人信賴之事實或法律狀態所拘束，其可能是限制特定權利的行使（例如，限制債務人提出消滅時效之抗辯權²⁹），亦可能涉及特定法律或事實狀態的創造³⁰。

回到本案事實，無論是乙公司的協理X或是業務專員Y，其基本上均知悉在此四方循環的過水交易中，並無系爭貨物之實際交付，但是X卻指示Y向A公司出具出貨驗收單，而Y甚至是在甲公司副理詢問時，明確表示確已驗收系爭貨物，就此等明知或表示業已驗收之情事，由於X及Y乃乙公司之使用人，所以此等情事可以透過類推適用民法第105條前段規定歸屬於乙公司，此固無疑問。至於此等情事與其後乙公司主張系爭價金債權之付款條件未成就（亦即A公司未交付貨物）間，明顯存在前開所稱之矛盾關係，蓋乙公司以其先前之行為（由其使用人歸屬而來），使交易相對人即甲公司信賴A公司已實際將系爭貨物交付予乙公司，而且甲公司不僅對於該僅屬過水性質之四方循環交易毫無所悉，甚至已透過其人員向乙公司之業務專員Y求證貨物是否業經交付，就此觀之，甲公司存在值得保護之信賴，亦可確認。因此，乙公司於其後主張A公司未交付貨物之行為構成矛盾行為，而應受到先前行為所創造之事實狀態的拘束，亦即不得再於訴訟中提出A公司未交付系爭貨物之抗辯，而甲公司則得向乙公司請求給付價金。

²⁷ 典型因「消極不作為」致使相對人產生信賴而禁止權利行使的情況，即權利失效制度。一般認為權利失效乃矛盾行為禁止原則的一種特殊型態，參見Larenz, SchuldR AT, 14. Aufl., 1987, § 10 II b), S. 134; Staudinger/Olzen/Looschelders, 2015, § 242 Rn. 300.

²⁸ Staudinger/Olzen/Looschelders, 2015, § 242 Rn. 290.

²⁹ MüKo-BGB/Schubert, 7. Aufl., 2016, § 242 Rn. 311.

³⁰ Staudinger/Olzen/Looschelders, 2015, § 242 Rn. 295.

²⁶ Larenz, SchuldR AT, 14. Aufl., 1987, § 10 II b), S. 133; Staudinger/Olzen/Looschelders, 2015, § 242 Rn. 286.

貳、侵權行為損害賠償之請求

在本案中，甲公司除了本於受讓A公司對於乙公司之價金債權之債權人地位向乙公司請求給付價金外，亦同時本於侵權行為法律關係向乙公司請求損害賠償。甲公司於起訴之初本來依民法第184條第1項前、後段及第188條第1項前段、公司法第23條第2項等規定，主張乙公司應負侵權行為損害賠償責任，並於更二審時追加民法第28條規定為請求權基礎，要求乙公司負法人侵權責任。不過，或許是因為在更三審程序，法院採認乙公司所提出之時效抗辯，駁回甲公司主張乙公司應負僱用人侵權責任之部分³¹，所以在更四審程序甲公司乃撤回此部分請求，兩造就乙公司是否負侵權責任的爭執重點，因此聚焦於乙公司是否須依公司法第23條第2項及民法第28條規定負損害賠償責任。又此責任之成立，前提須乙公司之負責人，或其董事或其他有代表權之人，而因執行職務加損害於甲公司。也因此，兩造攻防的重點，即圍繞著乙公司之協理X及業務專員Y，是否為公司負責人，或其他有代表權之人？

對此問題，更四審法院正確地指出，公司負責人之認定，不可單純以形式上職稱作認定，而毋寧應實質認定之。本件X之職務雖係乙公司之協理，但由於「其非公司法經章程明定、董事會決議委任，並登記公示之經理人」，所以尚難認其為公司法第8條第2項所稱之公司負責人，更非民法第28條所稱之董事或與董事有相當地位之有代表權人，因此縱使X確有因執行職務而加損害於甲公司，惟乙公司亦不因此須依公司法第23條第2項或民法第28條規定負損害賠償責任。如乙公司協理非公司負責人，更遑論僅是乙公司之業務專員Y，其更不可能是公司負責人，甚至是有代表權之人。職此之故，更四審法院駁回甲公司本於侵權行為法律關係之損害賠償請求。

值得一提的是，本件最高法院雖然廢棄更四審判決並發回更審，但是由於更五審法院認為本件甲公司所提起之訴之合併型態乃選擇合併，所以在肯認甲公司得對於乙公司請求給付價金之請求的同時，即未再對於此損害賠償請求部分進行審酌。

結語

綜合以上討論，本件最高法院判決是繼90年度台上字第4號判決之後再次提到民法第105條規定應類推適用到為本人服勞務之使用人的情況。就此「知之歸責」之擴大的發展，本文認為深具法學發展之意義，而值得肯定。但誠如本文前開說明，相較於德國法上之發展，國內實務目前關於此知之歸責的擴大，仍僅侷限於最基本的使用人案例，至於其他像是在同一企業內具有不同分工部門之知的彼此歸責，甚至將此知之歸責作為一般法律原則，並將之擴大到特定不同法人或企業間之彼此歸責，此德國法上之發展，應可作為我國實務及學說將來持續發展之重要參考。

至於本件最高法院將原審判決廢棄發回，而更五審法院依據發回意旨所作之判決，其於結論上固然正確地肯認甲公司得本於受讓A公司對乙公司之價金債權之債權人地位向乙公司請求給付價金，並以上開民法第105條前段之類推適用作主要論據，但本文擬再次強調的是，民法第105條前段規定僅具有將代理人或使用人之「意思瑕疵」或「知」歸屬於本人之功能，亦即僅能將乙公司之副理X及業務專員Y之明知四方循環過水交易，卻仍出具貨物驗收單，以及Y在甲公司人員詢問時明確表示系爭貨物業已驗收等情，歸屬於乙公司，而無法更進一步作為肯認甲公司所主張之價金債權之付款條件成就（嚴格說來應是清償期屆至）之理由。依本文之所見，本案中之付款條件（即A公司交付系爭貨物）之所以被視為成就，應是矛盾行為禁止原則之適用結果，亦即乙公司在其使用人之前開行為致甲公司信賴該貨物業已驗收，即不得於事後再提出系爭貨物未交付之抗辯。

³¹ 參見臺灣高等法院101年度重上更(三)字第36號判決（505-523）。

延伸閱讀



- 呂彥彬，從幾則法院判決談信用卡網路盜刷之風險分配（下），月旦法學雜誌，2019年3月。
- 呂彥彬，從幾則法院判決談信用卡網路盜刷之風險分配（上），月旦法學雜誌，2019年2月。
- 呂彥彬，網路銀行之第三人冒名轉帳的風險分配，興大法學，2018年11月。
- 呂彥彬，談民法第742條於實體法及訴訟法上的幾個問題，月旦民商法雜誌，2018年6月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



公司機關之代表行為與代理之規定

最高法院96年度台上字第1949號裁定

杜怡靜*

本案事實

甲為A公司之總經理兼董事，以A公司代表人名義與乙簽立股份購買契約書，將A公司所有太平洋崇光百貨股份有限公司（下稱崇光百貨公司）記名股票6,912萬股出售予乙，乙並依甲指示將購買股票之價金新台幣7,211萬元匯入A公司在銀行之帳戶內；嗣A公司向法院聲請假處分，禁止乙對崇光百貨公司行使股東權利，並起訴主張崇光百貨股票為A公司之主要財產，未經A公司董事會及股東會決議所為之讓與行為不生效力，請求確認乙與A公司間關於崇光百貨股票之買賣關係不存在，及乙應返還系爭股票。

乙因信賴上開股份買賣契約為有效，於91年8月7日依上訴人之指示，代墊證券交易稅21萬330元，且為避免A公司脫產而對其聲請假扣押，致支出執行費84萬340元，而A公司先前對乙聲請假處分時，因執行費應由債務人負擔，故乙受有該案執行費52萬6,880元之損害。而上訴人甲違反公司法第185條規定與乙簽訂上開股份買賣契約，係屬違反保護他人之法律，且係故意以背於善良風俗之方法加損害於乙；縱認上訴人無故意，然其未經查證有無簽訂上開股份買賣契約之權限及應否遵循法定程序，即向伊表明其具有簽訂該買賣契約權限，亦有過失，上訴人自應依民法第184條第1項前段、後段、第2項規定負損害賠償責任。再

* 日本國立一橋大學法學博士，臺北大學法律學系教授。



者，甲為A公司之董事兼總經理，為公司法第8條所稱之負責人，其對於公司業務之執行，違反公司法第185條規定致伊受有損害，亦應依公司法第23條規定，與A公司負連帶賠償責任。退萬步言，即使甲無權代表A公司與乙簽訂股份買賣契約，仍應類推適用民法第110條無權代理規定，對乙負賠償責任。爰依民法第184條第1項前段、後段、第2項、公司法第23條及類推適用民法第110條規定，提起本件訴訟。

爭點

一、上訴人甲以A公司總經理兼董事名義與被上訴人乙簽立上開股份買賣契約之行為效力為何？

二、被上訴人乙請求上訴人負損害賠償之依據？

判決理由

一、按公司法所稱公司負責人，在股份有限公司為董事，而公司之經理人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人。又按「公司讓與全部或主要部分之營業或財產，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之……公司法第8條、第185條第1項第2款、第4項、第5項分別定有明文」。

二、本件上訴人甲於簽訂股份買賣契約時為A公司之總經理兼董事，是上訴人於執行職務範圍內，對外固可代表A公司，惟如其所代表者非屬公司營業上之事務，而係讓與公司全部或主要部分之營業或財產，則非屬經理人之代表權範圍內。

按「無權代理人責任之法律上根據如何，見解不一，而依通說，無權代理人之責任，係直接基於民法之規定而發生之特別責任，並不以無權代理人有故意或過失為其要件，係屬於所謂原因責任、結果責任或無過失責任之一種，而非基於侵權行為之損害賠償。故無權代理人縱使證明其無故意或過失，亦無從免責，是項請求權之消滅時效，在民法既無特別規定，則以民法第125條第1項所定15年期間內應得行使，要無民法

第197條第1項短期時效之適用，上訴人甲既未能證明被上訴人乙知悉其無代理權，則雖乙因過失而不知上訴人無代理權，上訴人甲仍應負其責任。」（最高法院56年台上字第305號判例要旨參照）。準此，無權代理人之責任，並不以無權代理人有故意或過失為要件，只須善意相對人因此而受有損害，即得請求無權代理人負賠償責任。且事後亦未經A公司董事會追認，則上開股份買賣契約對於公司不生效力，已如前述，可證上訴人甲上開股份買賣契約之簽訂，係屬無權代理（表）人，要無疑義。故乙類推適用民法第110條無權代理之法律關係，請求上訴人甲應給付被上訴人1,324萬9,149元（系爭契約無效衍生之另案訴訟費用新台幣1,303萬8,819元及無從請求退還之代墊證券交易稅21萬330元，合計1,324萬9,149元本息之損害）及自起訴狀繕本送達翌日即92年11月19日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。

本則判決之意義

基於民商合一之立法體系，商事法之問題與民法之關聯性之典型案例。民法以當事人意思自治契約自由為宗旨；商事法領域則重在交易安全。本案件在商事法領域為股東利益與交易安全之保護；以及股東優位與董事優位之爭。此外本案亦呈現了無權代理在學理上的固有問題。

評析

本文擬從一、董事兼總經理之權限範圍為何；二、違反公司法第185條之效力為何；最後分析三、無權代理人之責任與侵權行為？展開論述。

壹、公司之總經理兼董事之代理權與代表權

公司法第185條第1項第2款規定，公司為讓與全部或主要部分之營業或財產，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，

以出席股東表決權過半數之同意行之。在董事長代表公司關於出售全部或主要部分之營業或財產，依該款之規定，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席股東會，且以出席股東表決權過半數之同意行之。如董事長未經股東會上揭特別決議，而代表公司為關於出售全部或主要部分之營業或財產之行為，其效力如何，公司法無明文，董事長之代表權係依法定者，故稱代表權；經理者稱代理權；二者有何不同？實務認為代表與代理並不相同，惟關於法人機關之代表權限範圍及代表行為之效力，解釋上除別有規定外，仍可類推適用關於代理之規定（最高法院74年台上字第2014號判例意旨參照）。

至於經理之代理權與董事或董事長代表權之關係：有民法學者認為：「經理權之授予與民事代理權之授予並非基於民法167條所謂代理權授予行為，而係因經理人之地位而發生。此與民事代理，意定代理之取得有顯著之差別，而較接近代表機關代表權之授予，可稱為制度性代理」¹。此說認為經理權之授予本質上仍屬意定代理，但未說明代理權授予之性質。但從公司第8條第2項：「經理人在其執行職務範圍內為公司負責人」規定觀之，經理人亦具有代表權之人。現行股份有限公司為例，在公司自治之範疇內經理人非為必設機關，卻為一般公司之常設機關；而董事長卻為必設之機關。此外現行股份有限公司有採董事長制，有採總經理制。因此在採董事長制者，董事長對外代表公司乃為當然之理；而在採總經理制之公司組織，則總經理是否也具有對外代表公司之權限。在實務判決上亦不乏有認為總經理有被授權時，亦被認為係公司之代表權人。然依公司法第208條第3項規定，係由董事長代表公司，董事長請假或因故不能行使職權時，由副董事長代理之；無副董事長或副董事長亦請假或因故不能行使職權時，由董事長指定常務董事一人代理之；其未設常務董事者，指定董事一人代理之；董事長未指定代理人者，由常務董事或董事互推一人代理之；至股份有限公司之總經理，非受有代表權之董事長委任，自不得代表公司（最高法院98年度台非字第337號判決）。

¹ 陳自強，代理權與經理權之間——民商合一與民商分立，2006年5月，頁163。

經理人之權限與董事長之權限，應分為董事長制公司與總經理制公司而有所不同。本文認為依公司法第33條規定：經理人不得變更董事或執行業務股東之決定或股東會或董事會之決議，或逾越其規定之權限。因此在股份有限公司組織架構中，經理人之權限，除了章程或契約所定外，董事會之授權亦為其權限之依據。因此在股份有限公司之情形依公司法第208條第3項之規定，在董事長制，對外當然代表人為董事長，亦為當然代表人，其所為之行為當然代表公司，如有請假或因故不能行使職權時，則依法由副董事長或常務董事長代理，或者指定其中一董事代理之。因此在股份有限公司，公司對外法定之唯一代表人為董事長，經理人得對外代表公司之情形，只有經董事長授權時方有之（依第208條第3項）。

貳、公司董事兼總經理違反公司法第185條第1項第2款之行爲效力如何

公司為讓與全部或主要部分營業或財產之行為，因涉及公司重要營業政策之變更，基於保護公司股東之立場，須依公司法第185條第1項規定，經股東會以特別決議通過後始得實行。因此本案關於董事兼總經理人依法經股東會特別決議，自行處分公司全部或重要部分之財產而違反公司法第185條第1項第2款之行為時，該行為其效力如何？公司法並未明文規定，實務及學說約可分成以下之見解：

一、一概無效說²

此說認為公司法第185條為一強制規定，如有違反依民法第71條無效。

二、依公司法第208條5項準用第58條規定保護善意第三人³

公司所為之行為若以股東會之決議為成立或生效要件，且其履行與

² 最高法院69年度台上字第3362號判決，86年度台上字第1893號判決，梁宇賢，公司法論，2006年3月，頁416。

³ 柯芳枝，公司法論（上），2003年3月，頁278。

行為之相對人權益有關者，如合併、分割或為本法第185條第1項之行為等，為了維護交易之安全，應依照公司對於代表董事代表權所加之限制不得對抗第三人之法理，以保護行為之相對人。

三、類推民法無權代理之規定（民法第170條）⁴

依公司法第185條第1項第2款規定，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席股東會，且以出席股東表決權過半數之同意行之。如董事長未經股東會上揭特別決議，而代表公司為關於出售全部或主要部分之營業或財產之行為，其效力如何，公司法雖無明文，惟參酌民法第170條第1項所定：無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人，不生效力之規定，應認董事長代表公司所為上開行為，非經公司股東會之特別決議，對於公司不生效力。在未獲得公司承認以前屬於效力未定；在公司未承認以前處於不確定之狀態，如本人承認則溯及於行為時發生效力。惟本人如遲遲不表示，則賦予相對人催告權及撤回權（第170條第2項），以保護相對人並使法律關係早日確定。

學者認為：董事長對非屬公司營業上之事項既無代表之權，自無所謂代表權限制之問題存在，本法第185條第1項各款之行為即屬一例。換言之，本法第185條第1項各款之行為不在董事長代表權範圍內，若未經本法所定程序者，應屬董事長之無權代表之行為，不論第三人是否善意，非經公司承認不能對公司發生效力⁵。

四、原則無效，例外有效

公司法第185條第1項第2款為強制規定，違反者依民法第71條無效，以保護股東之權益；本件為公司之總經理兼董事未經股東會之特別決議將公司重要財產賣給他人之行為。對此，就公司內部間之關係而言，董事未經股東會決議之獨斷行為，屬於違反公司法第185條第1項第2款之行為，股東會或監察人除得依法追究其責任外，對外行為之效力

上，該董事處分公司重要財產，交易相對人並不容易得知該交易是否屬於公司法第185條第1項第2款之行為。劉連煜教授：原則上應屬無效，例外解為有效。因為「原則上應屬無效」之解釋，始符合本條之立法旨趣，否則恐無法達到本條強烈保護股東權益之效果。惟於例外時若股東會事後追認（例如，所處分之股票，已輾轉轉讓於第三人），可採肯定見解⁶。

另有學者認為，對於公司未經股東會決議之重大行為效力為何，學說與實務見解之所以出現歧異，係肇因於公司經營決策權究係採「董事會優位」主義，抑或是「股東會優位」主義的問題。為求股東財富最大化，須賦予董事會百分之百的商業經營裁量權，考量股份有限公司所有與經營分離乃交易成本最經濟之決策模式，本文以為應優先確保董事會擁有不受干預之商業經營判斷裁量權，股東利益最大化之目標方有可能由董事會予以創造。因此，對於公司董事長或合法代表公司之監察人，即使在未經股東會特別決議，逕行以公司名義對外與他公司或第三人所為之重大行為應屬有效，方符合法人實在說與公司治理之手段（董事會優位主義）與公司治理之目的（股東財富最大化），又同時可兼具保障動態的交易安全。至於對內股東會問責性之規定，屬於公司內部事項，董事若違反忠實義務，可對其提起訴訟，實不宜將公司對內對外關係混為一談⁷。

關於董事違反公司法第185條第1項第2款之效力問題，本文認為不應以為強制規定而視為當然無效，而應視公司規模與情節而做考量。對於一般未公開發行股票之中小型公司（特別是小型股份有限公司或實質一人公司者），由於資訊較不透明，應以交易安全為主要之考量，避免公司動輒以第185條第1項第2款為強制規定為由，主張其交易行為無效。而如為公開發行股票公司股東人數多，則以多數股東權益與交易安全之利弊去考量。因此於公司合併或營業讓與等攸關公司存續與多數股東利益，其交易對象為單一時，則董事之越權行為（無權代表）應為無

⁴ 王文宇，公司法論，2006年8月，頁306-307。最高法院64年台上字第2727號判例，98年度台上字第1981號判決。

⁵ 王文宇，同前註，頁306-307。

⁶ 劉連煜，現代公司法，2008年9月，頁335-336。

⁷ 莊永丞，未經股東會決議之公司重大行為效力——兼評97年度台上字第2216號判決，財金法學研究，第1卷第2期，2018年9月，頁147-175。

效；而於董事所代表之行為涉及多數相對人或與大眾投資人有關時，則交易安全之考量又較諸公司股東利益為重，因此有必要類推民法之相關規定，而盡可能使之為有效，方能顧及公司為營利社團法人之性質。

參、本案不構成表見代理之理由

本案判決理由：「縱認上訴人主張其曾持有A公司印鑑章之情屬實，惟將印章交由他人之原因多端，亦難以上訴人持有A公司印鑑章，遽令A公司就上開股份買賣負表見代理之授權人責任。」

股份有限公司董事對外執行業務時，依公司法第202條、第206條規定，固應依章程或董事會決議等行之，然股份有限公司之董事會係定期舉行，其內部如何授權董事長執行公司之業務、董事長對外所為之特定交易行為有無經董事會決議及其決議有無瑕疵等，均非交易相對人從外觀即可得知；而公司內部就董事會與董事長職權範圍之劃分，就交易對象言，與公司對於董事長代表權之限制無異，為保障交易安全，自應參酌同法第57條、第58條之規定，認董事長代表公司所為交易行為，於交易相對人為善意時，公司不得僅因未經董事會決議或其決議有瑕疵，即逕否認其效力。依公司法第208條規定董事長是對外法定代表人，而總經理跟一般董事都不是代表公司之人，僅關於公司營業上之事務有辦理之權，若其所代表者非公司營業上之事務，本不在代表權範圍之內，自無所謂代表權之限制，此項無權限之行為，不問第三人是否善意，非經公司承認，不能對於公司發生效力。所以在股份有限公司之情形，除了董事長以外，不會構成表見代理或表見代表。

如果本件是由董事長所為，則實務認為：股份有限公司之董事會係定期舉行，其內部如何授權董事長執行公司之業務、董事長對外所為之特定交易行為有無經董事會決議及其決議有無瑕疵等，均非交易相對人從外觀即可得知；而公司內部就董事會與董事長職權範圍之劃分，就交易對象言，與公司對於董事長代表權之限制無異，為保障交易安全，自應參酌同法第57條、第58條之規定，認董事長代表公司所為交易行為，於交易相對人為善意時，公司不得僅因未經董事會決議或其決議有瑕

疵，即逕否認其效力⁸。即相對人可能主張表見代表。

肆、無權代理人之責任與侵權行為責任

民法第110規定：「無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。」以非常簡化的要件為此規定。

依最高法院之判例認為；民法第110條無權代理人之責任，係直接基於民法之規定而發生之特別責任，並不以無權代理人有故意或過失為其要件，係屬於所謂原因責任、結果責任或無過失責任之一種，而非基於侵權行為之損害賠償。⁹

對此有學者認為，將使無權代理較諸有權代理對於相對人更加有利¹⁰。以國外立法例認為¹¹，無權代理人責任成立要件，首先須為本人拒絕承認時，且無權代理人明知其無代理權又未告訴相對人，使相對人善意信其有代理權，因此相對人善意¹²。日本通說對無權代理採取無過失責任說，且該損害賠償責任，判例認為是以履行利益之損害作為賠償責任之範圍（最判昭32.12.5）¹³。但此次民法修正已經修改成為請求履行或請求負損害賠償責任（日本民法第117條第1項），且日本法關於無權代理人責任排除了「不具有行為能力人為無權代理人」之情形，值得參考（日本民法第117條第2項）。

依民法第28條：「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。」公司負責人對於

⁸ 最高法院103年度台上字第1568號判決，臺灣高等法院100年度重上字第564號判決。

⁹ 最高法院56年台上字第305號民事判例。

¹⁰ 陳添輝，無權代理人之無過失擔保責任，月旦法學教室，第161期，2016年3月，頁13。

¹¹ 日本法第117條規定，代理他人為契約之代理人，無法證明自己的代理權時，且未能得到本人承認時，他方當事人得選擇無權代理人履行或者負損害賠償責任。

¹² 陳添輝，同前註10，頁14。

¹³ 內田貴，民法I第3版，東京大學出版會，2005年，167頁。

公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。民法第28條、第188條第1項前段、公司法第23條固有明文。惟查，被告甲與原告簽訂系爭股份買賣契約係讓與被告崇廣公司主要部分財產，非屬被告甲之執行職務或經授權範圍內已如前述，自無所謂因執行職務加損害於他人或對於公司業務之執行違反法令致他人受有損害之情形可言。況原告亦為股份有限公司，當知公司讓與全部或主要部分之營業或財產，應符合公司法第185條之規定，與被告甲簽訂系爭買賣契約時並未要求其出具被告A公司董事會及股東會之決議，復未蓋用被告A公司董事長之印章，則原告主張被告甲所為乃外觀上足認為法人機關之職務行為或利用職務上之機會與執行職務之時間及處所有密切關係之行為，尚無足取。

但曾有最高法院認為法人對於其董事或其他有代表權之人，因執行職務所加於他人之損害，應與行為人連帶負損害賠償責任。所謂執行職務，凡在外觀上足認為機關之職務行為，及在社會觀念上，與職務行為有適當牽連關係之行為，均屬之。因此，董事長明知監察人以公司名義投保，方提供登記證、印章及公司存摺供其使用，且收受寄送至公司之通知單後交監察人處理，外觀上是否仍不足認為係公司負責人之行為且在社會觀念上與其負責人職務行為無適當牽連關係，有進一步推求之餘地，不得逕認董事長、公司無庸負民法第28條規定之連帶賠償責任¹⁴。

對此本文認為，無權代理之交易相對人得否主張侵權行為之問題，本案法院以無權代理人所為非職務上之行為而否定之；然而在相對人有過失無法對無權代理人主張第110條之損害賠償時，相對人得否對無權代理人主張第184條侵權行為？如採第110條為一種無權代理人無過失之特別責任，且為特別規定就無法再主張侵權行為。

日本有學者認為，無權代理人的責任，是為實現跟有權代理相同的狀況，保護相對人信其為有權代理的信賴，故要求相對人主觀要件須為善意；而侵權行為是要回復行為前的狀態，故以回復所受損害為目的。

所以以行為人有故意過失為必要，因此二者規範目的不同，並無誰排除誰的情形，何者優先適用的關係，故認為可以競合¹⁵

伍、代結語

一、代理與代表權限公司內部權限劃分與交易安全之保護

以公司法第208條第3項規定為主軸，股份有限公司之當然代表人為董事長，即使是總經理也不當然有代表公司之權，此規定與民法第169條表見代理可互相運用以助交易安全。公司法第208條之規定一方面使交易能夠有效率進行，同時也減少相對查證的時間成本，因此無權代表之董事或總經理對外行為本質即成為無權代表或無權代理。其次公司內部意思形成過程之瑕疵對公司外部行為效力之影響，本文認為可用以下二種情況解釋。公司法第185條之立法旨在保護公司股東之權利，因此公司重大行為之交易在公司之意思機關股東會未作成決議以前，如為經理人或董事所為與董事長所為，有所不同。前者董事所為會構成無權代表（董事）；經理人所為則為無權代理；如董事長所為者構成無權代表；但相對人可類推表見代理之規定。

二、無權代理人之責任與侵權責任

本文贊成本案判決結果，因本案的無權代理人有故意或過失要求其負責並不為過。然前述，實務關於無權代理人的責任問題，雖已經有穩定之見解認為係一種無過失責任；然本文認為，無權代理人責任似乎也應貫徹過失責任原則，以無權代理人如係出於善意助人或者行為能力有欠缺者，科以無過失責任似乎過於嚴苛；再者損害賠償責任應與其故意過失有關係作為決定。

¹⁴ 最高法院106年度台上字第1733號判決。

¹⁵ 山本敬三，民法講義I總則第2版，有斐閣，2005年，355頁。

延伸閱讀



- 杜怡靜，民法修正與消費者保護——複數的消費者保護之動向與課題（譯文），月旦法學雜誌，2017年3月。
- 杜怡靜，從資訊弱勢者的觀點檢討我國法對於個人保證之保護——日本法之啟示，臺北大學法學論叢，2015年6月。
- 杜怡靜，從日本之提案權制度反思我國股東提案權以及臨時動議提出權，中原財經法學，2014年12月。
- 杜怡靜，對臺灣關係企業規範之若干省思——在興利與防弊之間，月旦法學雜誌，2014年2月。
- 杜怡靜，承攬之瑕疵擔保請求權與損害賠償請求權之關係，月旦法學教室，2013年9月。
- 杜怡靜，E化環境中關於股東權行使之比較研究，政大法學評論，2013年6月。
- 杜怡靜，承攬人給付遲延時關於定作人解除權行使之限制——最高法院九十八年度台上字第一二五六號民事判決，裁判時報，2012年4月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



無法自謀生活或無法獨立自我 照顧不等同無意識或精神錯亂

最高法院96年度台上字第922號判決

杜怡靜*

本案事實

甲主張：訴外人A（歿）乃甲之長子，於民國84年8月24日，由甲代理將A名下土地與建物之所有權贈與予乙。當時A已患有重度智能障礙，日常生活無法自理，且經醫院診斷罹患器質性精神病，屬於精神錯亂之事實上無行為能力之人，其所為之意思表示依據民法第75條之規定，應屬無效，故上訴人甲代理A所為之贈與及移轉系爭房地所有權等行為，均因無權代理而對A不生效力。嗣A於87年7月3日過世，上訴人甲依法繼承取得系爭房地之所有權，除有訴請確認乙與A間就系爭房地之贈與關係不存在之必要外，另依據民法第767條物上請求權，求為確認乙與A間於84年6月30日就系爭房地所有權全部之贈與法律關係不存在及命被上訴人乙應將系爭房地於84年8月24日所為所有權移轉登記予以塗銷。

乙則以：訴外人A為贈與時身體狀況穩定良好，具有完全行為能力，前開贈與應已成立生效。縱如甲所辯其屬無權代理，上訴人甲亦為表見代理人，A應負授權責任，且本人A既已死亡，其生前並未反對，無權代理人即甲之主張僅對本人不生效力，不得對受贈人主張贈與無效。此外，上訴人甲主張訴外人A無行為能力，其為法定代理人，嗣又主張A有行為能力，其為無權代理，顯然違反「禁反言」之法理等語，

* 日本國立一橋大學法學博士，臺北大學法律學系教授。



資為抗辯。

爭點

- 一、是否屬於民法第75條之判斷。
- 二、無權代理之問題。

判決理由

上訴人甲為A之唯一繼承人，本件系爭贈與行為係其生前處分行為，其存否影響上訴人之繼承權。上訴人甲主張A於贈與時係事實上欠缺意思能力者之事實，無非據其提出殘障手冊、衛生署身心障礙等級表、台北市社會局殘障者個案資料長庚醫院函及所附診斷書開立記錄等為論據。惟按無行為能力人之意思表示無效。雖非無行為能力人，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者，亦同，民法第75條定有明文。而A於84年6月30日時年48歲，且未有禁治產之宣告，依民法第13條、第15條規定並非無行為能力人，尚難謂其長期欠缺意思能力者，上訴人如主張A於贈與當時，其意思表示係在無意識中所為，或在精神錯亂中所為，自應由上訴人就此變態且有利於上訴人之事實，負舉證之責。

A於71年3月5日被判定為重度智障者，固有殘障手冊為憑，依行政院衛生署之身心障礙等級表，其重度智障之判斷標準為成年後心理年齡在3歲至未滿6歲之間，無法獨立自我照顧，亦無法自謀生活能力，須賴人長期養護的重度智能不足者。然無法自謀生活或無法獨立自我照顧，並不同無意識，亦難謂即系爭林君係於80年10月11日至本院精神科就診治療，當時診斷為智能不足合併精神病，另病患於84年5月3日曾至本院回診治療及申請診斷證明書，當時診斷為器質性精神病。依當時病情評估病患因雙目失明、智能不足，須他人協助照顧日常生活，應無法自主行使一般社會交易活動等語，林口分院於94年4月19日另函回覆原審改稱：依當時病情評估，病患雙目失明，需他人協助照護日常生活，另

依病患之精神狀況研判，應可自行從事一般交易活動，惟恐會有判斷錯誤，或不了解現實狀況之情形發生等語。準此而言，A之精神狀況當係因精神障礙致辨別能力減弱，較一般人為低，但並非達於心神喪失或精神錯亂的程度可明。

評析

本文擬就下列爭點討論評析

- 一、本人授予代理權時是否為無意識或精神錯亂中所為？（本案法院僅就此點判斷）
- 二、認定之標準如何量化？是否與交易類型有別？
- 三、本文增加一點，無權代理人為本人之繼承人後，當事人間法律關係之變化。

壹、民法上意思能力認定之問題

意思能力是行為能力的基礎，所謂意思能力是能辨識、判斷自己行為為結果的能力。

意思能力之有無，係以在具體的法律行為下依照行為者的年齡、智識等其他狀況實質上做個別的判斷；因此難有統一之判斷標準。在實務上，通常除以客觀的判斷能力、精神上的能力以外，交易動機、背景、經過、交易內容性質、交易當事人間之關係、交易之實際情況等判斷意思能力之有無。但各種法律行為所具備意思能力程度不同；法律條文以「有無」之二字為要件，而現實生活中如何判斷，「有無」是否可能標準化，如同未成年般以年齡作為保護標準值得審思。

其實意思能力是一個抽象名詞，如何應用在活生生人的身上，其實非常難以標準化。因為每個人的年齡知識都不相同，難有一套客觀具體的標準。

本文先從幾個失智症或身心障礙者相關判決作觀察。

案例一：臺灣高等法院102年度重上字第471號 ——親人間之贈與

受監護宣告以前，其意思表示並非當然無效，其意思表示是否無效，仍應視其為意思表示當時是否處於無意識或精神錯亂中之具體情事而定。

上開證據僅表示「老人失智症（癡呆症），未達行為障礙之程度」、「中度失智狀態」等，並非達到不能做出判斷或解決問題之重度失智症程度，而對於上訴人於系爭贈與時點，是否已構成無意識或精神錯亂之狀態，仍未據上訴人舉證證明，自不能僅憑上開病歷資料，即逕予推論上訴人所為之系爭贈與為無效。

案例二：最高法院105年度台上字第256號 ——對親人之贈與

雖非法律上無行為能力人，惟其所為意思表示，係在無意識或精神錯亂中者，其對於自己行為或其效果，欠缺正常判斷、識別及預期之精神能力，其所為意思表示之效力，與無行為能力人之行為並無區別，亦當然無效。

「有輕度失智的現象」、「以目前醫學水準，就客觀病歷資料而言，僅能推斷（上訴人）九十九年十二月間之能力，可能介於有辨識意思表示效果之能力以及辨識意思表示效果之能力顯有不足兩者之間」等語，即認上訴人於99年12月間極可能已有輕度失智，且未排除當時其辨識意思表示效果能力不足之可能。

案例三：臺灣桃園地方法院102年度訴字第845號 ——為親人作保

按民法第75條所稱精神錯亂，係指精神作用發生障礙，已達喪失自由決定意思之程度而言。若當事人行為時，其精神狀態達心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務者，因已欠缺意思能力，縱未經監護或輔助宣告，所為行為仍不生法律效力。又意思能力與識別能力兩者不盡相同，意思能力乃指當事人對事務具有正常識別及能預見其行為將發生如

何效果，並能獨自以意思表示使其行為發生法律上效果之能力而言。是以，如不能運用智慧清晰思辨者，縱存有五體感官上之識別能力，仍應認於意思能力有所欠缺。次按非精神醫學之專業人員，縱使證稱行為人能書寫自己的名字及進行簡單的應答，然此僅得以證明行為人當時有五體感官上之識別能力，尚不得遽認行為人當時即能辨識其意思表示之效果。

被告僅具小學教育程度，且長期罹患精神官能性憂鬱症與暈眩症，顯無法清楚判斷或理解本件保證之內容，況當時被告匆忙間遭訴外人即陳○敏之父陳○豐帶往伊之養豬場致未攜帶平日服用之藥品，精神極差之狀況下又遭陳○敏帶出去約10幾分鐘，請求被告簽名，惟並未告知被告係為伊擔任保證人乙事，而系爭借款契約內容字體甚小，被告亦無法確實查看所簽具之文書為何？

被告既僅具小學程度，無與金融機構往來之經驗，甚與陳○敏間無任何信賴基礎或債權債務關係存在，且於系爭借款契約簽訂時處於失業之狀態，復該契約內容字體除借據二字外，餘均採用極小之字體記載，合作金庫銀行承辦人員亦未詢問被告是否瞭解簽名於系爭借款契約之法律責任，殊難認渠對系爭借款契約所載保證乙節有正確之認知。

案例四：臺灣高等法院104年度保險上字第15號 ——兄弟利用心智缺陷的妹為投保

對於因精神障礙或其他心智缺陷，致不能為意思表示或受意思表示，或不能辨識其意思表示之效果者，法院得因本人、配偶、四親等內之親屬、最1年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關或社會福利機構之聲請，為監護之宣告，民法第14條第1項固定有明文。惟在法院宣告禁治產或該裁定生效前，其意思表示是否有效，端視其有無心神喪失或精神耗弱至不能處理自己事務，或意思表示時是否在無意識或精神錯亂中所為之具體情事而定（民法第75條及最高法院99年度台抗字第189號裁判意旨參照）。

陳○婷自89年離婚後即罹患精神疾病，至101年2年間仍在治療中，經基隆長庚醫院鑑定其有精神分裂症，而其職業及社交功能皆退化，需

在他人部分監護下，可維持日常生活自我照顧，核屬「中度精神障礙者」；嗣因其有幻聽干擾等行為，於101年2月21日至4月13日期間，至該院精神科住院治療中；且於出院後仍患有情感性思覺失調症，持續在該院精神科就醫治療中；足見陳○婷於101年11月14日之精神狀態，顯無法回復足以辨識保險契約內容之程度，則其於101年11月14日簽署系爭保險契約時，為一欠缺判斷與辨別事理能力之人，自處於不能辨識其意思表示效果之精神狀態甚明。準此，要難僅因陳○婷未經四親等內之親屬、最近1年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關或社會福利機構向法院為監護宣告之聲請，致未受監護之宣告，即可謂其於訂定系爭保險契約時之行為能力並無欠缺。

以上判決多是對於中度智能障礙或中度失智患者，法院有認為符合第75條之情況；有的卻認為尚未達到第75條之程度；本案當事人屬於重度智能障礙，法院認為非屬於第75條之情形；對此法院時而保守時而寬鬆的認定第75條的現狀，將對交易安全或者是當事人意思自主的保護產生不可預期的影響。因此本文擬從案例當中，將所發生糾紛類型加以分類，試圖找出是否可能有一個較為具體判斷標準。

貳、民法第75條認定標準類型化之可能

擁有資產的高齡者或心智欠缺之人，其繼承人間相互爭產的狀況以及被利用為交易的新聞時有所聞。親人間爭產之問題，往往是法律最難以處理的部分，因人類之間親情關係錯綜複雜，即便是失智者，還是有情感存在，誰對他美言幾句或者比較常在身邊的人，他就會將其資產贈送或登記給他，而引發其他繼承人的不滿；但親人間之問題也比較毋庸考慮到第三人或交易安全之問題。

一、親人間因為遺產等問題——如贈與

如案例一、二，前者當事人為中度失智，後者為輕度與中度之間，但前者不該當第75條之情況；後者則該當第75條之情形。對此法院考量的是當事人行為時的意思能力，單純就客觀上去認定如醫院的鑑定報告，但鑑定時的心智或精神狀態是否即能斷定與行為當時的心智狀態一

致，這是最困難的地方；此外，親友間的互動與生活狀況不是三言兩語，法院即可判斷的形況。親人間之贈與買賣等財產處理問題，只能藉由民法要件加以判斷處理。

二、繼承人間爭產以及涉及第三人交易之問題

然有些情況也同時涉及到第三人交易的情況又該如何解決？如利用高齡者的判斷力不足，而誘導與其或第三人為交易如保證或投保或購買商品（金融商品）如案例三、四。此時法院審酌的要件與前述案例一、二當時是否「無意識或精神錯亂中」有所不同？

日本有一個判例¹該高齡者是一位中度失智患者，將其所有之土地委託仲介出賣，其子女主張該買賣契約係在高齡者無意思能力下所為，主張該買賣契約無效之案例，爭點就是當締結買賣契約之際，高齡者之意思表示是否有效？

法院認為中度失智者因其記憶已經有明顯障礙發生，對周圍的人的意見常會有迎合的情況，且無法明確地表示自己的意見或想法，欠缺合理的判斷。此外法院以高齡者與子女間的關係以及該不動產交易本身價金等的合理性，最後判斷交易相對人的情狀，也就是相對人房仲業所以是否盡到善良管理人的注意義務等作為判斷。也就是日本法院在此案件中認為醫院鑑定結果雖是屬於阿茲海默症的輕度到中度，對其判斷力或者意思能力不致有顯著的退化；然考量該交易金額的不合理及認為他方當事人似有利用該高齡者意思能力不足的情形，最後還是認為交易無效。該法院以高齡者之判斷能力、買賣契約之合理性以及相對人之行為，最後才綜合判斷其意思能力之有無。

由上述日本法院認定「意思能力」之有無，除了審酌當事人主觀上的判斷力外，參酌了該交易的合理性及相對人之情狀等。所以，第75條之判斷問題，不應集中於行為時本人之情況，也要綜合考量與相對人的關係以及相對人當時的行為。

本案判決當事人透過親人為代理贈與給其他人的案例，其無意識或

¹ 東京地判平成26.2.26，金融商事判例，1486号，36-37頁。

精神錯亂判斷的時間點——應該在授權時是否為無意識能力，而導致授權行為無效，更有意思的是本案是由當時代理人甲自己主張為無權代理，卻主張自己所代理之行為對A不生效力。

如依照日本判例的經驗，當事人之本人A授權時的識別能力如何並不明確；故當時應審酌的因素有該贈與契約之合理性與受贈人與本人之關係等客觀要素。

三、如果與親人爭產無關的情形——純就與第三人為交易

意思能力與識別能力兩者不盡相同，意思能力乃指當事人對事務具有正常識別及能預見其行為將發生如何效果，並能獨自以意思表示使其行為發生效力上效果之能力而言。是以，如不能運用智慧清晰思辨者，縱存有五體感官上之識別能力，仍應認於意思能力有所欠缺。²

對此本文認為，意思能力與識別能力兩者並非不盡相同，而是意思能力的判斷要素之一為識別能力；而識別能力會隨交易類型而有不能之標準。如日常生活所需之交易如購物——通常水準較低度的識別能力；而高度專業的交易則另外需藉由其他消費者保護之規定加以輔助規範。

參、如本案為無權代理時，而無權代理人事後為本人之繼承人，當事人間法律關係是否產生變化

無權代理人為本人之繼承人時，因被繼承人死亡時起，概括繼承被繼承人之財產（民法繼承第1148條第1項）。因此日本學說認為，本人死亡時，被繼承人與繼承人之地位融合在一起³。此外在日本實務曾發生之案例為⁴：A的兒子甲，擅自使用A的印章以A代理人之名義，將A的土地賣給乙，並辦理所有權之移轉登記。事後A死亡，甲單獨繼承A之財產，然而此時，甲卻向乙主張之前賣給乙土地所為之代理為無權代理，之後因繼承A本人之地位，向乙請求塗銷土地移轉登記。

² 臺灣桃園地方法院102年度訴字第845號判決。

³ 內田貴，民法I第3版，2005年，170頁。

⁴ 最高裁判所昭和40年6月18日民集19-4-908頁。

視為本人自己所為之法律行為，治癒了原本欠缺的代理權，稱此種情形為「資格融合說」。另有學者採「資格併合說」，無權代理人資格與本人資格並存。前說認為本人與無權代理人成為一體也就是成為同一人，本人生前未為追認的話，無權代理人繼承後視為是合法行為所以無法拒絕追認；後說則認為本人的資格與無權代理人的資格同時並存，但繼承人是否可以選擇拒絕追認，發生無權代理的效果？實務以誠信原則為由，認為不能拒絕追認⁵。

這樣的案例令人想起，出賣他人之物的情形，如果甲擅自出賣其父A的土地或財產等，嗣後其父死亡，甲繼承其父所有之財產，此種無權處分是否也會被治癒？日本實務以同樣採「資格融合說」持肯定之見解。然而如果A生前已經拒絕承認的話，甲繼承A的地位，甲就不可以追認。也就是一旦本人拒絕承認後，繼承人則無法再為追認⁶，該法律行為即為無效確定。

本案當事人乙，曾以「禁反言」主張作為抗辯，如採日本通說之見解，則本案甲不得主張自己是無權代理。

結論

經過上述類型化的結果，無論失智患者或精神障礙者，是否該當於民法第75條之無意識或精神錯亂，而使其意思表示無效，導致交易無效。

壹、高齡化社會下的意思能力之判斷

失智症有輕中重不同程度，哪一個程度會是該當民法第75條之情況？實務對於輕中度患者似乎傾向仍未達到第75條之程度；而重度失智者也不盡然該當第75條之情形。但在親人間爭產的案例中，最高法院105年的判決逐漸有趨於寬鬆的見解。也凸顯與民法第75條之問題會越

⁵ 最高裁判所昭和38年4月20日民集16-4-955頁。

⁶ 最高裁判所平成10年7月17日民集52-5-1296頁。

來越多。

處理高齡者問題上的困難，與處理未成年行為能力的意識能力不同，在於高齡者每個人老化程度與進程有明顯的個體差異。而未成年人，從幼兒經過未成年而成為成年人的過程中，雖然亦有個別差異，但並非極端不同。而且未成年人的固有財產通常不多，所以未成年人保護規定予以統一規範的處理方式，沒有受到太多抵抗（姑且不論成年年齡應為幾歲）；相較之下，「老」的程度與過程卻是人人各有不同，未必能依據年齡作決定。如此一來，只能以配合個體差異的方式去處理問題。就現實情況而言，雖然法定監護制度，是被用來保護判斷力衰退的高齡者財產的一種靈活制度；然除非有相當嚴重的情事，否則很少會受到法院的相關宣告。另一方面，患有失智症、精神分裂症的高齡者年年增加，除了需要加強醫療或長照等支援體制之外，對於判斷力支援的相關制度顯然也是迫重要的課題。特別在金融投資方面金融消費者保護法會越來越重要。

貳、類型化標準化之問題

承上述實務問題與國外相關實務見解，大膽地做以下區分：

一、家人爭產之問題與第75條的判斷

所謂清官難判家務事，親人間爭產是最難判斷的。因而此類問題需要高度注意當事人行為當時之意思能力，即表意人主觀上真正意思為何，並輔以親人間互動關係等客觀因素。

二、因家人之關係與第三人有交易行為，如買保險、替人作保

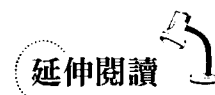
中度注意當事人行為之意思能力，在於行為當時是否能識別其行為之意義以及家人當時之態度。

三、當事人自行與第三人交易

低度注意當事人意思，但高度審視他方交易對手的行為對於當事人

的影響以及是否不當或不法之處。

總之歸納起來，本案屬於第一種情形，表意人是高度失智者，照理說意識能力是非常不足的，授權應該無效；但本案法院認為不該當第75條之情形，所以授權行為有效。本文雖肯認判決結果，但論證過程；實務上聚焦於民法第75條之問題，其實本文認為本案應該是無權代理，但如果認定是無權代理，贈與就會無效，財產就會歸繼承人甲所有，就會達到甲主張無權代理的目的，所以在無法找到其他依據時，只能讓如此重度失智者授權有效，致該贈與契約有效。本案背後也凸顯了，代理人可否藉由主張無權代理，來否定自己的代理行為？在現行法無明文下，日本法之資格融合說，似可作為參考。



延伸閱讀

- 杜怡靜，民法修正與消費者保護——複數的消費者保護之動向與課題（譯文），月旦法學雜誌，2017年3月。
- 杜怡靜，從資訊弱勢者的觀點檢討我國法對於個人保證之保護——日本法之啟示，臺北大學法學論叢，2015年6月。
- 杜怡靜，從日本之提案權制度反思我國股東提案權以及臨時動議提出權，中原財經法學，2014年12月。
- 杜怡靜，對臺灣關係企業規範之若干省思——在興利與防弊之間，月旦法學雜誌，2014年2月。
- 杜怡靜，承攬之瑕疵擔保請求權與損害賠償請求權之關係，月旦法學教室，2013年9月。
- 杜怡靜，E化環境中關於股東權行使之比較研究，政大法學評論，2013年6月。
- 杜怡靜，承攬人給付遲延時關於定作人解除權行使之限制——最高法院九十八年度台上字第一二五六號民事判決，裁判時報，2012年4月。
- 杜怡靜，說明義務在金融商品交易之理論與實務上之運用對連動債紛

爭之省思民法研討會第五十七次研討會會議紀錄，法學叢刊，2011年4月。

- 杜怡靜，關於董事會召集程序之瑕疵——最高法院九十七年台上字第九二五號民事判決，裁判時報，2010年10月。
- 杜怡靜，台灣與日本關於公司內部治理機制改革之比較以公開發行公司為考察對象，月旦法學雜誌，2010年9月。
- 杜怡靜，票據之利益償還請求權與原因關係之請求權，月旦法學教室，2010年5月。
- 杜怡靜，投資型保險商品關於說明義務與適合性原則之運用——台北地院九十六年度保險簡上字第六號及台北地院九十七年度再易字第一號判決，月旦民商法雜誌，2010年3月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



借名登記中出名人的 處分爲有權處分

最高法院105年度台上字第473號判決

向明恩*

本案事實

游○富與上訴人蔡游○枝於民國（下同）62年9月5日間共同具名，以新台幣（下同）68萬，向訴外人陳○成購買如原判決附表（下稱附表）編號1至4所示農地（下稱系爭土地），借名登記於具自耕農身分之潘○盛名下。游○富於98年6月9日死亡，被上訴人游○銓等7人及蔡游○枝為游○富之全體繼承人。潘○盛嗣於64年7月10日書立備忘錄予游○富及上訴人蔡游○枝，載明：系爭土地係游○富、上訴人蔡游○枝借用其名義而買入，借名人如就系爭土地辦理移轉過戶或建築等需要，均無條件配合辦理各項手續或捺蓋印章提供印鑑證明戶口謄本等情。嗣系爭土地已變更使用分區為住宅及公共設施用地，承受人不限於自耕能力者，游○富遂於臺灣士林地方法院91年度重訴字第284號以起訴狀繕本之送達向潘○盛為終止借名登記之意思表示，並請求辦理所有權移轉登記。詎潘○盛拒絕辦理所有權移轉登記，於98年12月23日與陳○林就系爭編號1之土地訂立買賣契約，陳○林於99年3月8日以買賣為原因，取得附表編號1所示土地之所有權。潘○盛再於99年1月12日、99年2月10日分別將附表編號4，編號2至3之土地出售予被上訴人賴○華，其嗣於99年3月8日以買賣為原因，登記取得附表編號2至4所示土地之所有權。陳○林嗣再分別於99年4月28日、99年5月17日將附表編號1之土地應有

* 德國Münster大學法學博士，臺北大學法律學系副教授。



部分萬分之1861、萬分之2825出售予被上訴人陳○豐、甘○溢，被上訴人陳○豐於99年5月6日以買賣為原因，登記取得附表編號1所示土地應有部分萬分之1861；被上訴人甘○溢於99年5月27日以買賣為原因，登記取得附表編號1所示土地應有部分萬分之2825。是上訴人依民法第767條規定，請求被上訴人塗銷上開所有權移轉登記。

爭點

本件之爭點為潘○盛出售系爭土地予陳○林、被上訴人賴○華，陳○林再將附表編號1之土地分別出售予被上訴人陳○豐、甘○溢，是否為無權處分？另外值得關注的尚有，游○富和蔡游○枝和出名人潘○盛間之借名登記契約之效力為何？

判決理由

最高法院105年度台上字第473號判決有謂：「按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利（第1項）。因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響（第2項）。民法第759條之1定有明文。上開第1項為貫徹登記之效力而規定之推定力，真正權利人僅得以對登記名義人主張登記原因係無效或得撤銷，並依法定程序塗銷登記，始得推翻，在此之前，登記名義人即為該不動產物權之權利人。又為保護信賴登記而依法律行為為物權變動登記之善意第三人，同條第2項復規定善意第三人之權益，不因原登記物權之不實而受影響，以維交易安全。該項所稱『原登記物權之不實』，係指物權登記之物權行為，具有無效或得撤銷原因，或登記錯誤或漏未登記等情形，本不應發生物權變動效力，因該物權登記致登記所表彰之物權與實際狀態不一致而言，不包括依適法債權行為所為之物權登記。又不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利

人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。倘該不動產物權之登記，並無無效或得撤銷之原因，復無登記錯誤或漏未登記等情形，自難認有何『原登記物權之不實』可言。系爭土地係游○富於62年間借名登記於潘○盛名下，潘○盛於98年、99年間依序出售予陳○林及賴○華，並辦畢所有權移轉登記，為原審認定之事實。依上說明，游○富借名潘○盛為系爭土地之所有權登記，尚無『不實』之情形。原審本此意旨所為不利上訴人之判斷，經核於法並無違誤。」

原審法院判決（臺灣高等法院103年度重上更(一)字第98號判決）有謂：「次按不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分，無無權處分可言，為最高法院就本院更審前判決駁回上訴人上訴部分予以廢棄，發回本院所為理由之法律上判斷，觀諸該院103台上字第1518號判決至明。……潘○盛於98、99年間與陳○林、上訴人賴○華就系爭土地訂立買賣契約，嗣並依約將系爭土地之所有權移轉登記予陳○林、上訴人賴○華之際，均登記為系爭土地之所有權人，已如上述，依民法第759條之1之規定，推定潘○盛就系爭土地為適法之所有權人。嗣陳○林再將登記其名下之附表編號1土地應有部分出售予上訴人陳○豐、甘○溢，陳○林於斯時亦登記為附表編號1土地之所有權人，亦推定其為適法之所有權人。雖潘○盛於64年間係基於借名登記之債權契約，而登記為系爭土地之所有權人，縱認依該借名登記契約之約定，潘○盛並無管理、處分系爭土地之權責，然此僅係該借名登記契約當事人間之內部約定，該債權契約之效力並不及於第三人，揆諸上開說明，潘○盛於斯時既登記為系爭土地之所有權人，將系爭土地處分移轉登記予陳○林、上訴人賴○華，均係有權處分，而非無權處分，自無民法第118條第1項規定之適用，是不論陳○林、上訴人賴○華是否為善意第三人，均已分別合法取得附表編號1、2至4土地之所有權。則陳○林嗣再將附表編號1土地萬分之1861、萬分之2825分別出售予上訴人陳○豐、甘○溢，自亦非無權處分，上訴人陳○

豐、甘○溢亦合法取得附表編號1土地之應有部分萬分之1861、萬分之2825，已堪認定。」

評析

壹、借名登記爭議在司法實證發生之頻率

學者詹森林先生在2003年2月1日於台灣本土法學雜誌第43期發表一篇以〈借名登記契約之法律關係〉一文，基於私法自治原則肯認借名登記契約之效力¹，自此乃開起與觸發法學界就借名登記議題在司法實務存有之歧見為研究，藉由學術²與實務之交互運作，借名登記之契

¹ 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43期，2003年2月，頁128-132。

² 依發表時間之次序羅列如下：黃健彰，不動產借名登記契約公證爭議問題——契約有效性的檢討，收錄於：不動產法律行為公證研討會學術論文集，2018年12月8日，頁71-105；翁毓琦，借名登記不動產之真正所有權人設定不動產役權，月旦法學教室，191期，2018年9月，頁147-148；邱玟惠，借名登記契約是否屬「因委任事務之性質不能消滅者」之實務爭議——最高法院106年度台上字第410號民事判決評析，裁判時報，71期，2018年9月，頁13-18；王千維，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，271期，2017年12月，頁28-38；林大洋，借名登記對外效力之探討——法學方法與債法現代化之思考，中華法學，17期，2017年11月，頁105-127；林誠二，借名登記財產之請求返還方式，月旦法學教室，181期，2017年11月，頁1-9；林誠二，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於：法學實踐與創新，上冊，陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集，承法數位文化，頁401-419；曾品傑、鄧羽玲，借名登記——最高法院106年度台上字第696號判決，焦點判決：民事法，2017卷11期，2017年11月，頁1-2；曾品傑，借名登記契約——最高法院106年度台上字第410號判決，焦點判決：民事法，2017卷8期，2017年8月，頁1-2；曾品傑，借名登記——最高法院106年度台上字第262號判決，焦點判決：民事法，2017卷7期，2017年7月，頁1-2；曾品傑，借名登記——最高法院105年度台上字第2384號判決，焦點判決：民事法，2017卷6期，2017年6月，頁1-2；張新樞，借名登記契約之爭議問題——以我國實務判決為中心（上），司法周刊，1830期，2016年12月23日，頁2；張新樞，借名登記契約之爭議問題——以我國實務判決為中心（下），司法周刊，1831期，2016年12月30日，頁2-3；邱玟惠，借名登記契約當事人死亡之實務爭議——最高法院104年度台上

約性質、借名登記契約之內部效力，以及借名登記契約之外部效力議題等，也漸次地於司法實務判決中凝聚出基本的範式。而本次臺北大學法學院民事法中心選取評析之最高法院105年度台上字第473號民事判決，雖不若有統攝借名登記契約對外效力之最高法院106年度第3次民事庭會議決議般的令人矚目，然卻也無疑地透射出上開決議，之所以採取出名人處分為有權處分之觀點，也強調借名登記為適法債權契約之看法，此二觀點展現出目前司法實務為因應社會需求所採取之統整性與妥協性立

字第1787號民事判決評析，裁判時報，51期，2016年9月，頁26-36；吳從周，認真看待不動產借名登記契約——著重分析在最高法院98年度台上字第76號判決之後的外部效力，收錄於：民法與民事訴訟法之對應適用（一），元照，2015年12月，頁211-238；吳從周，我國不動產借名登記契約之發展現狀——特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動，軍法專刊，61卷4期，2015年8月，頁47-68；黃茂榮，借名登記與信託，植根雜誌，31卷4期，2015年4月，頁121-126；曾品傑，借名登記——最高法院103年度台上字第1518號判決，焦點判決：民事法，2015卷1期，2015年1月，頁1-2；曾品傑，借名登記——最高法院102年度台上字第1726號判決，焦點判決：民事法，2014卷3期，2014年3月，頁1-2；蔡晶瑩，論借名登記契約／最高法院100台上2101判決，台灣法學雜誌，242期，2014年2月15日，頁176-178；吳宜勳，借名登記與公證之探討，公證法學，8期，2012年4月，頁29-42；郭松濤，談借名登記契約——兼評最高法院98年度臺上字第990號判決，司法周刊，1579期，2012年2月2日，頁2-3；卓心雅，論不動產借名登記契約——以所有權歸屬為中心，法學新論，33期，2011年12月，頁91-113；詹森林，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎兼論出名人之不法管理責任——最高法院99年度台上字第1114號判決評析，台灣法學雜誌，186期，2011年10月15日，頁49-59；謝哲勝，借名登記之名消極信託之實——評最高法院九十八年度台上字第76號判決，裁判時報，1期，2010年2月，頁58-62；吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分——最高法院九八台上七六，台灣法學雜誌，137期，2009年10月1日，頁162-165；廖家宏，論消極信託與借名登記——實務相關見解的綜合評釋，法令月刊，57卷11期，2006年11月，頁19-26；謝哲勝，消極信託和借名登記形同脫法行為——實務相關判決評釋，月旦法學雜誌，132期，2006年5月，頁188-201；陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約——最高法院九十四年度台上字第36二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，123期，2005年8月，頁220-231；葉張基，借名登記契約與信託契約之比較——兼評最高法院九十一年度台上字第20二八號民事判決，全國律師，9卷5期，2005年5月，頁115-128；詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43期，2003年2月，頁128-132。

場³。為揭示借名登記在我國司法實務案件中所占之重要地位，如下透過法源裁判書檢索系統，以2018年12月31日為最後時間截點，司法實務有關借名登記爭訟之判決統計如下：

「借名登記」與「不動產」為關鍵字，各級法院之判決之數量為：最高法院，共計527件；臺灣高等法院，共計2,177件；臺灣高等法院台中分院，共計684件；臺灣高等法院台南分院，共計413件；臺灣高等法院高雄分院，共計479件；臺灣高等法院花蓮分院，共計160件；臺灣基隆地方法院，共計182件；臺灣新北地方法院共計1,231件；臺灣臺北地方法院，共計1,283件；臺灣士林地方法院，共計728件；臺灣桃園地方法院，共計811件；臺灣新竹地方法院，共計311件；臺灣苗栗地方法院，共計154件；臺灣台中地方法院，共計1,097件；臺灣彰化地方法院，共計323件；臺灣南投地方法院，共計165件；臺灣雲林地方法院，共計142件；臺灣嘉義地方法院，共計195件；臺灣高雄地方法院，共計670件；臺灣橋頭地方法院，共計108件；臺灣屏東地方法院，共計233件，臺灣宜蘭地方法院，共137件；臺灣花蓮地方法院，共計198件；臺灣台東地方法院，共計70件；臺灣澎湖地方法院，共計20件；福建金門高等法院金門分院，共計8件；福建金門地方法院，共計21件；福建連江地方法院，共計1件。

貳、借名登記契約效力之演變

一、早期司法實務否認借名登記契約效力之立場

(一)借名登記為消極信託，除有正當原因外，乃屬通謀虛偽意思表示而無效

早期最高法院否認有所謂之借名登記契約，將借名登記之合意理解為消極寄託，構成通謀虛偽意思表示，並將此種合意評價為無效。最高法院89年度台上字第2609號民事判決即持此立場，其表示：「按私有農

地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限；違反此項規定者，其所有權之移轉無效，土地法第三十條第一項、第二項定有明文。又所謂信託，係信託人為自己或第三人之利益，以一定財產為信託財產，移轉與受託人管理或處分，以達成一定之經濟上或社會上目的之行為。倘信託人僅將其財產在名義上移轉於受託人，而有關信託財產之管理、使用、處分悉仍由信託人自行為之，是為消極信託，除有確實之正當原因外，通常多屬通謀之虛偽意思表示，極易助長脫法行為之形成，自難認其合法性。系爭土地地目經編定為『旱』，有系爭土地登記謄本一份可按，且系爭土地為『國立中正大學特定區計畫』內土地，使用分區為農業區，依修正前土地法第三十條及土地登記規則第八十七條規定，應買人須具備自耕能力證明者，有嘉義縣大林地政事務所於八十八年一月十三日以八十八嘉林地一字第十二號函可佐；而乙並無自耕能力，業經證人即乙之弟陳○杰於另案審理中證述明確，且為上訴人所自認，則乙買受系爭土地，以丙名義登記，乃屬通謀虛偽意思表示之脫法行為，難認為有正當原因，其間就系爭土地為消極之信託法律關係，即不生效力，自無所謂終止信託契約後返還信託物之可言。」

(二)借名登記為消極信託，非屬通謀虛偽意思表示

最高法院嗣後發現借名人和出名人所為借名登記之約定，均有締結借名登記之約定，非涉通謀虛偽意思表示，最高法院在91年度台上字第668號民事判決即持此立場，其有謂：「查六十三年訂立分戶約字時，我國尚無信託法之施行，本不乏由同財共居之兄弟將共同集資買受之不動產登記予其中一人，而由兄弟共同使用者，本件系爭土地分戶約字簽立時，林○長就其分得之土地雖已占用且建造房屋，並就田賦之繳納承認平均分擔，即就信託財產之使用及管理自行辦理，受託人僅為信託財產之登記名義人，有類消極信託。然此消極信託既為世所恒有，且始終出於四兄弟同意，本非通謀虛偽意思表示，並無害於彼四兄弟，亦於公共秩序或強行規定無違背，自不容否認此信託登記之法律行為（參照最高法院六十六年台再字第四十二號判例、六十二年台上字第299六號判例參照）。況訂立分戶約字時系爭土地仍處於不能分割狀態，繼續登

³ 林大洋，借名登記對外效力之探討——法學方法與債法現代化之思考，中華法學，17期，2017年11月，頁113。

記予上訴人名義，實有其正當必要性，亦非脫法行為，上訴人空言否認信託關係，自無足取。」最高法院94年度台上字第130號民事判決亦持此立場：「杜○明將系爭土地借用上訴人名義登記之原因，係基於隱藏財富與分散所得，僅係基於一時之方便而借名登記，在現今社會實屬常事，一般當事人並無違法之觀念，並可藉由委託者積極管理、使用土地以發展經濟，則遽指此係通謀虛偽意思表示之脫法行為而逕認為無效，任令無法還原，亦顯非當事人當初借用名義登記時之初衷。兩造間之借名登記契約並無不法之事實，且有確實之正當原因，而為社會慣行之事實，屬民法上之無名契約。而所謂消極信託無效，僅是不欲其發生對世之效力，並不當然解釋亦不發生對人的效力，信託法公布實施前，信託行為既然僅具債權效力，並不影響受託人的交易相對人之交易安全，委託人既非財產的登記名義人，委託人之交易相對人亦無期待登記在受託人名下之財產可以作為其債權之擔保，復不影響委託人之交易相對人之交易安全；基於契約自由原則，除非有其他無效之事由（如通謀之虛偽意思表示），無妨承認其約定之效力。上訴人就系爭土地所為之登記，未能證明有何通謀虛偽意思表示情事，揆諸前揭說明，應認該借名登記契約為合法有效。上訴人主張：杜○明為隱藏財產與分散所得，顯係為逃避債務及稅捐，其信託內容顯然違反法律強行規定，且欠正當性，亦有虛偽意思表示，構成無效之事由云云，不足採信。」

二、司法實務肯定借名登記契約效力之立場

（一）在不違反公序良俗或強行規定下，肯定借名登記契約之效力

在1996年1月26日信託法公布施行之前，信託契約係由工商社會之需求應運而生，針對此種新型態之信託契約，最高法院本於契約自由原則之思維，也相隨地肯定信託契約，其在66年台再字第42號判例中即持此立場，而表示：「按因私法上法律行為而成立之法律關係，非以民法（實質民法）有明文規定者為限，苟法律行為之內容，並不違反公序良俗或強行規定，即應賦予法律上之效力，如當事人本此法律行為成立之法律關係起訴請求保護其權利，法院不得以法無明文規定而拒絕裁判。」

所謂信託行為，係指委託人授與受託人超過經濟目的之權利，而僅許可其於經濟目的範圍內行使權利之法律行為而言，就外部關係言，受託人固有行使超過委託人所授與之權利，就委託人與受託人之內部關係言，受託人仍應受委託人所授與權利範圍之限制。信託關係係因委託人信賴受託人代其行使權利而成立。應認委託人有隨時終止信託契約之權利。」在此中思維之引導下，司法實務於面對現代社會之實際需求，乃相應並漸次地鬆綁早期之觀點，進而肯定借名登記契約為無名契約，強調應類推適用民法委任之規定，最高法院首次在97年度台上字第2445號民事判決中主張：「按所謂借名登記契約，係在目的無違強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當之前提下，當事人約定一方所有應經登記之財產，以他方為登記名義人，惟自己仍保留管理、使用處分之權之契約。其性質與委任契約類同，非必為有償契約，並應類推適用委任關係終止、消滅之規定。」嗣後最高法院就陸續為：「按稱『借名登記』者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。⁴」或也為：「稱借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約。⁵」或亦為「借名登記契約，乃借名者經他方即出名者同意，就屬於借名者之財產，以他方之名義登記為所有人或其他權利人之約定⁶。」以及為「所謂借名登記契約，乃當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利

⁴ 最高法院98年度台上字第76號判決、最高法院98年度台上字第990號判決。

⁵ 最高法院106年度台上字第2636號判決、最高法院106年度台上字第2683號判決、最高法院106年度台上字第262號判決、最高法院105年度台上字第2384號判決、最高法院105年度台上字第2062號判決、最高法院104年度台上字第2070號判決、最高法院102年度台上字第1833號判決、最高法院101年度台上字第1661號判決。

⁶ 最高法院107年度台上字第542號判決、最高法院106年度台上字第469號判決。

人⁷。」之表示。總言之，目前司法實務與學說通說均認為，借名登記為當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，契約目的在無違反強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當之前提，應為有效，且類推適用委任之規定⁸。

(二)借名登記契約之原因事由

然借名登記由來已久，或有論者謂清朝時期即已存在⁹，時至今日，借名之緣由更是多樣，耙梳我國最高法院自2013年至2018年之判決可將當事人借名登記之原因分類成七種，如下羅列之¹⁰：

類型1：規避受讓人資格限制之借名登記

為規避2000年1月26日修正刪除舊土地法第30條第1項規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。違反前項規定者，其所有權之移轉無

效。」以及現行農業發展條例第33條規定：「私法人不得承受耕地。但符合第三十四條規定之農民團體、農業企業機構或農業試驗研究機構經取得許可者，不在此限。」對於私有農地與耕地之承受人設有資格之限制，故常借有資格之出名人為登記名義人。例如，最高法院93年度台上字第752號判決表示：「復按修正前土地法第三十條第一項規定，私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限。又信託法頒布施行前，所謂信託，係指信託人為自己或第三人之利益，以特定財產為信託財產，移轉與受託人管理或處分，以達成一定之經濟上或社會上目的之行為，受託人不特就信託財產承受權利人之名義，且須就信託財產依信託契約之內容為積極之管理或處分，倘信託人僅將其財產在名義上移轉與受託人，而有關信託財產之管理、使用或處分仍由信託人自行為之，是為消極信託，除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，應難認為有效。是私有農地之買受人無自耕能力，得否與出賣人約定將農地移轉與其所指定有自耕能力之第三人，並與該第三人訂立信託契約，以自己為受益人，自應以該第三人就受託登記之農地，是否得為耕作、管理或處分，作為判斷標準。倘農地買受人確將農地賦予第三人耕作、管理或處分權，以達成一定之經濟上或社會上目的，則與農地農用之國家政策尚無違背，應認為買賣及信託契約，均屬有效，反之，倘買受人僅將農地在名義上移轉登記與該第三人，而有關農地之管理、使用或處分，仍由買受人自行為之，應認係脫法行為，買賣及信託契約均應認為無效。」又最高法院94年度台上字第907號判決亦有謂：「再者本件兩造間既有以被上訴人名義辦理系爭土地所有權移轉登記之合意，是兩造間所成立者，應僅係單純借名登記之無名契約，惟亦在規避修正前土地法第三十條第一項之規定，仍屬脫法行為，自無加以保護之必要，仍應認系爭六七五之二地號土地所有權應有部分二分之一之買賣契約為無效。」又最高法院97年度台上字第879號判決覆調：「退而言之，縱認金恩公司係基於信託或借名登記關係，將系爭土地登記於被上訴人名下，惟按私有農地所有權之移轉，依修正前土地法第三十條第一項規定，其承受人以能自耕者為限，旨在防止非農民承受農地，造成土地投機壟斷之情形。從而，契約約定將農地移轉由無自耕能力之人承受者，其契約標的即有

⁷ 最高法院106年度台上字第1157號判決、最高法院105年度台上字第1897號判決、最高法院104年度台上字第64號判決、最高法院102年度台上字第2215號判決、最高法院100年度台上字第2101號判決。

⁸ 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43期，2003年2月，頁133-136；陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約——最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，123期，2005年8月，頁220-231；吳從周、卓心雅，借名登記與無權處分——最高法院九八台上七六，台灣法學雜誌，137期，2009年10月1日，頁162-165；王千維，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，271期，2017月12日，頁28-38；林大洋，借名登記對外效力之探討——法學方法與債法現代化之思考，中華法學，17期，2017年11月，頁105-127。

⁹ 林大洋，借名登記對外效力之探討——法學方法與債法現代化之思考，中華法學，17期，2017年11月，頁110。

¹⁰ 關於借名登記原因事實之分類，參林誠二，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於：法學實踐與創新，上冊，陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集，承法數位文化，頁403-405，其將借名登記契約訂立之目的分為五種：一是規避法律上有關不動產物權取得資格之限制；二是避免稅捐負擔之加重；三是基於身分關係所為財產之配置；四是為避免債權人將來可能之強制執行；五是為隱藏借名人之財產狀態資訊。

法律上不能而無效之情形。本件系爭土地買賣當時，金恩公司並無自耕能力，欲購買農地供興建廠房之用，乃借用有自耕能力之被上訴人名義登記，此為上訴人主張之事實，顯係以迂迴方法逃避土地法第三十條第一項禁止規定，且自始由該公司占有興建廠房，不論金恩公司係以信託或借名登記為之，當時係以不正當方式規避強制規定之脫法行為，應屬無效。無效之法律行為，係自始、當然、絕對無效，不能因嗣後土地法之修正，取消農地承受人之資格限制，而認為有效。綜上所述，金恩公司或受讓該權利之上訴人，本於信託或借名登記關係終止後之返還請求權，請求被上訴人將系爭土地所有權移轉登記於伊，為無理由，應予駁回。」以及最高法院104年度台上字第65號判決有謂：「系爭土地使用分區、使用地類別為『山坡地保育區、農牧用地』，屬農業發展條例第三條第一項第十一款所規定之耕地。上訴人無自耕能力，依修正前土地法第三十條第一項規定，不得取得系爭土地所有權，系爭六十七年間借名登記契約，係為規避上開法律之限制。又依農業發展條例第三十三條前段規定，私法人不得承受耕地。上訴人為私法人，系爭九十年契約書亦為規避上開規定之脫法行為，均為原審合法確定之事實。依上說明，該借名登記契約自屬無效。」¹¹

類型2：避免不動產遭強制執行之借名登記

借名人基於對於已生之債務，或者是對於未來可能產生之債務，為避免債權人之對其所有之不動產為強制執行，而向出名人借名登記。例如，最高法院86年度台上字第2432號判決即為：「又借名信託登記當時，並非所經營之事業已有債務發生，為避免被強制執行而為之信託登記，自難認係脫法行為。上訴人抗辯信託契約為無效，亦不足取。」最高法院94年度台上字第130號判決則有謂：「倘被上訴人僅係繼承杜○明與上訴人間所成立之借名登記契約所生之權利義務關係，而被上訴人一再主張：杜○明於五十五年間因訴外人陳○輝與他人發生債務問題，而承諾出借支票作為擔保，恐日後名下不動產遭陳○輝之債權人查封拍賣，故將系爭土地之應有部分，移轉三分之一與上訴人云云，果係如

此，則杜○明為規避債權人對其所有不動產為強制執行，而與上訴人通謀，將系爭土地所有權應有部分十二分之一移轉登記於上訴人之借名登記行為，顯以侵害債權人之債權為目的，與善良風俗即不能謂無違背，依民法第七十二條規定，該借名登記契約即屬無效。」最高法院104年度台上字第553號判決表示：「本件原審參酌上開事證，並據調查所得之證據資料，綜合研判，本其認事、採證及解釋契約之職權行使，合法認定上訴人為取得低利貸款，並避免系爭房地遭拍賣，與被上訴人通謀而虛偽將該房地以買賣為原因而移轉所有權登記予被上訴人，委由被上訴人出名借貸，兩造間固無買賣系爭房地之合意，然隱藏兼有借名登記及委任性質之混合契約，嗣並簽署系爭協議書而合意終止該混合契約，另達成『上訴人放棄系爭房地所有權，由被上訴人取得系爭房地所有權』之讓與系爭房地之意思表示合致，進而論斷被上訴人依系爭協議書已實質取得系爭房地所有權，因以上述理由為上訴人不利之判決，經核於法洵無違誤。」¹²

類型3：為節稅考量之借名登記

為避免地價稅之累進課徵或避免額外負擔不動產交易之貨物稅，借名人以出名人之名義登記為不動產所有權人。例如，最高法院84年度台上字第1083號判決為：「契約應聽憑當事人自由訂立，若未違反強制規定，亦無悖於公序良俗，即應認其效力。上訴人主張系爭土地借用被上訴人名義登記所有，原審未說明其何以脫法，遽以消極信託行為易助長脫法行為為由，否定上訴人上開主張，尚有可議。末按民法第一百八十八條第四款所謂之『因不法之原因而為給付』，乃指給付違反強制規定及有悖公序良俗者而言。是即令上訴人所稱借名登記，乃為節稅及迴避土地政策云云為真，能否謂其給付即為因不法原因而為之，即非無斟酌之餘地。」又最高法院92年度台上字第1054號判決有謂：「查系爭土地為上訴人所購買，為避免地價稅之累進課徵，乃依代書建議，經其媳即被上訴人（現已與上訴人之子賴○享離異）同意，借用其名義登記為所有

¹¹ 其他可參最高法院106年度台上字第2683號判決。

¹² 其他可參最高法院105年度台上字第80號判決、最高法院106年度台上字第2416號判決。

權人，經上訴人一再自陳在卷，並引證人即代書羅○相在原法院八十五年度上字第三七三號乙案之證言，作為其主張單純借名登記之依據，既為原審所認定，且以此項單純借名登記並未違反法律之強制規定或公序良俗，依契約自由之原則，應屬有效。」且最高法院104年度台上字第1064號判決亦有表示：「（原審）而郭○地並未列於該起造人名冊，足見郭○金自始即未預計由郭○地取得該地上建物所有權，其將上開土地應有部分以贈與為由而移轉登記予郭○地，堪認係基於節稅考量而為借名登記，並無移轉所有權予郭○地之意思。」

類型4：委託他方辦理貸款之借名登記

另借名人有因個人信用問題而向出名人借名，將其所有之不動產登記於出名人之下，而向銀行辦理融資。例如，最高法院105年度台上字第2062號判決即為：「本件上訴人裕堂建設有限公司（下稱裕堂公司）主張：伊於民國九十六年間，將所有坐落高雄市○○區○○段○○○○○○地號土地（嗣經合併分割為七一八、七一八之一至之七地號土地，下合稱系爭八筆土地），借名登記於對造上訴人黃陳○能名下，用向銀行辦理融資，以興建透天別墅出售獲利。……原審既認定裕堂公司與黃陳○能就系爭六筆土地成立借名登記之法律關係，竟謂於借名登記契約存續期間，裕堂公司不得請求黃陳○能將系爭六筆土地移轉登記予自己，已有違誤。」另最高法院107年度台上字第792號判決亦同：「按當事人之一方借用他方名義辦理不動產所有權登記，並委託他方辦理新貸款、償還舊貸款及陸續償還新貸款等事務，性質上屬於借名登記及委任之混合契約，如未違反法律之強制或禁止規定，或有背於公序良俗者，該契約自屬有效，且依民法第528條及第529條規定，應適用民法委任之規定。」

類型5：基於家族利益配置之借名登記

常見的尚有夫妻、父母子女或者家族親屬間基於財產配置之思考，借名人乃將自己之不動產以出名人之名義作為不動產之登記名義人。例如，最高法院89年度台上字第1119號判決為：「且所謂脫法行為係指當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同

效果之行為而言。法律並無禁止父母將其不動產借用子女名義登記之強制規定，即難認此借名登記係脫法行為。倘上訴人當時純係基於父女親誼，借用被上訴人名義登記，並無贈與之意思，縱將來有贈與之合意，亦於將來變更為贈與時，始生課徵贈與稅之問題，自難認該借名契約係脫法行為，實情究竟如何？原審未遑詳為勾稽，遽以上開情詞，為上訴人不利之判決，自嫌速斷。」另最高法院101年度台上字第1722號判決有謂：「查本件依張○強之主張，其係因罹患精神疾病，為免受騙，而以買賣為原因，將系爭房地所有權移轉登記於張○瑛名下，俟病情穩定再行移轉登記於己，則兩造間簽訂之買賣契約似隱藏有借名、信託或他項法律關係之合意，並以張○強之病情穩定，作為系爭房地再行移轉登記予張○強之條件。」最高法院104年度台上字第1號判決則有：「查陳梁○妹之繼承人有上訴人及陳○幸等三人，系爭不動產為陳梁○妹之遺產，於陳梁○妹之繼承人全體辦理遺產分割前，暫借名登記於上訴人名下。」最高法院104年度台上字第1905號判決表示：「本件被上訴人主張：伊於民國六十三年九月五日與伊母彭○英（即上訴人之祖母），向訴外人謝○勝購得坐落台北市○○區○○段○○小段○○－○○地號土地（七十年間實施地籍重測分割合併後變更為台北市○○區○○段○小段○○○地號土地，下稱系爭土地）應有部分各二分之一。因伊於六十三年八月七日與日本人豐○○郎結婚，欲赴日定居，乃放棄中華民國國籍。為管理方便，將系爭土地借用上訴人名義登記，於六十四年十二月十三日以贈與方式移轉系爭土地各四分之一應有部分予上訴人。並於六十五年七月二十日以其名義為共同起造人，分得一戶即門牌號碼為台北市○○路○段○○○號二樓之房屋（下稱系爭房屋，與系爭土地合稱為系爭房地）。上訴人成年後，與伊於八十六年間就系爭土地辦理預售買賣契約、預告登記及設定最高限額抵押權，藉以承認借名登記契約之存在。……兩造為姑姪，被上訴人除借用上訴人名義登記為系爭房地之所有權人外，又將系爭房地無償交予上訴人使用，要求其支付稅金，亦與常理相符。是上訴人持有所有權狀、占有系爭房地並繳稅金，不影響借名登記契約存在之認定。」且最高法院107年度台上字第139號判決有：「本件上訴人王○榮主張：對造上訴人曾○雪為伊續絃配偶，對造上訴

人林○鈞、林○華（上2人下合稱林○鈞等人）係曾○雪與前夫所生子女。伊於民國93年6月28日將所有坐落臺北市○○區○○段○○段○○地號土地應有部分4分之1（下稱系爭土地），暨其上門牌號碼臺北市○○區○○路○○○巷○○○號2樓房屋（下稱系爭房屋，與系爭土地下合稱系爭房地）借名登記曾月雪名下。……（最高法院）系爭房地係王毓榮借名登記曾○雪名下，乃原審所確定之事實……。」¹³。

類型6：合夥或合資關係

數人合夥共同出資購地，將土地登記在其中一人名下，亦為借名登記類型之一。見諸於最高法院106年度台上字第88號判決，其有謂：「本件上訴人主張：伊與被上訴人黃○密、王○芯分別於民國98年8月10日、同年10月22日合資購買如原判決附表（下稱附表）1、2所示之不動產（下依序分別稱10樓房地、7樓房地，合稱系爭房地），總價分別為新臺幣（下同）1,250萬元、1,560萬元，伊並分別與其二人簽約成立合資購屋之無名契約（下分別稱10樓契約、7樓契約），均約定購買房地價金、貸款利息、仲介等費用各出資二分之一，所購不動產分別借名登記在黃○密、王○芯名下，以將來出售價格依二分之一比例各負盈虧，乃分別組成類似合夥團體（下分別稱10樓合資團體、7樓合資團體），於該無名契約終止後，可類推適用民法有關合夥解散清算之相關規定……查上訴人與被上訴人分別約定共同出資，購買10樓房地及7樓房地，嗣出售房地所得扣除相關費用後，按出資比例分配予雙方，所締結者乃共同出資之無名契約，相關共同出資及盈虧分配等事宜，得類推適用合夥相關規定。該二無名契約均已終止，被上訴人訴請上訴人協同辦理清算，獲勝訴判決確定，然迄未執該確定判決聲請對上訴人為強制執行，為原判決認定之事實。」

¹³ 其他類似案例參最高法院106年度台上字第2161號判決、最高法院107年度台上字第362號判決、最高法院107年度台上字第877號判決、最高法院106年度台上字第2536號判決、最高法院106年度台上字第1433號判決、最高法院106年度台上字第1611號判決。

類型7：法人尚未成立前之借名登記¹⁴

民法上之權利能力主體，為自然人及法人，法人於設立登記前，尚未取得法人資格，不得為不動產登記之權利主體，是故乃以出名人之名義登記之。例如，臺灣高等法院104年度重上更(二)字第2號判決即是：「上訴人主張71年5月27日陳○彥將系爭土地移轉登記予屠○光時，其尚未辦理寺廟登記，致無法登記為系爭土地所有權人，乃借名登記為屠○光所有乙情，應非虛妄，且與周○辰上揭證詞互核相符，堪以採信。」

(三)借名登記契約之正當性與效力之關連

觀察上開列表可知，司法實務對於借名登記契約效力之判斷，乃是繫諸於借名登記原因之正當性。換言之，即是借名登記契約在無違反民法第71條、第72條之規定者，則認為有效，縱其係涉脫法行為，亦為有效。司法實務對於脫法行為效力評價之標準，不啻深受學者王澤鑑先生所論之影響，其有謂：「脫法行為之無效，或基於其所違反的明示規定，或基於違反法規意旨之解釋，或基於禁止規定連結民法第71條規定的類推適用。」¹⁵在迴避受讓人資格限制之借名登記類型上，就農業發展條例第3條第1項第11款規定之土地使用分區、使用地類別為「山坡地保育區、農牧用地」之借名登記，係規避舊土地法第30條第1項與農業發展條例第33條前段之禁止規定者，新近司法實務多有認定該借名登記契約違反民法第71條規定，而為無效¹⁶；至於在避免不動產遭拍賣而為

¹⁴ 此項分類，參林家德，論不動產借名登記之法理基礎與法律關係——以契約自由的界限與舉證責任為核心，國立成功大學法律學系碩士論文，2016年7月，頁228。

¹⁵ 王澤鑑，民法總則，自版，2014年2月，頁324。

¹⁶ 最高法院106年度台上字第2683號民事判決、最高法院105年度台上字第1852號民事判決、最高法院104年度台上字第65號民事判決、最高法院97年度台上字第879號民事判決、最高法院94年度台上字第907號判決；採取無效說之學說論證立場，可參王千維，由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記，月旦法學雜誌，271期，2017年12月，頁33；林誠二，由借名登記契約論不動產物權變動登記之效力，收錄於：法學實踐與創新，上冊，陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集，承法數位文化，頁407；陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約——最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，123期，2005年8月，頁227。

借名登記時，司法實務乃從個案進行解釋，其認為倘借名登記顯以侵害債權人之債權為目的者，則此脫法行為則屬違反公序良俗，依民法第72條之規定，其契約即為無效¹⁷。至於因節稅、貸款、家族利益、合夥或合資關係，以及法人成立前所為之借名登記，司法實務則基於契約自由，尊重當事人之真意，而認定該等借名登記之動機或原因係屬正當，故為有效。

三、本案借名登記契約之對內效力

承前所述，借名登記契約，係指其目的無違反強制、禁止規定或悖於公序良俗，且原因正當之前提下，當事人約定一方將應經登記之財產，以他方為登記名義人，然自己仍保留管理、使用、處分之權利之契約。其性質與委任契約類同，非必為有償契約，並應類推適用委任關係終止、消滅之規定。

本案系爭土地為訴外人游○富與上訴人蔡游○枝於62年間，向訴外人陳○成購買，上開買受人因無自耕能力，而依修正前土地法第30條第1項規定：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。」基於其無自耕農之身分無法取得系爭土地所有權，為規避上開法律之限制，故買受人則借名登記於具自耕農身分之潘○盛名下。針對規避已修正前土地法第30條第1項禁止規定而訂立之借名登記契約，最高法院素來認定其為無效。最高法院在73年度台上字第4072號判決即為例示：「原審斟酌調查證據而為辯論之結果，以：上訴人主張伊向被上訴人之父李○棧買受系爭土地之事實，已據提出不動產買賣契約書、土地權利移轉登記申請書、切結書、協議書等件為證。並經證人林○光、林○田供證屬實固堪信為真正。然查上訴人並無自耕能力。依契約第八條約定：上訴人雖可指定登記名義人，並經上訴人先後指定有自耕能力之林○田、林○景為登記名義人。然林○田供證：『只用我的名義登記，並不是要登記為我所有』。高○雄亦供證：『指定林○景，只是用他名義登記而已，無意把

該土地給他』等語。顯見上訴人因無自耕能力，依土地法第三十條之規定，不能享有系爭土地之所有權。乃於買賣契約中，作成徒具形式而無實質之利他契約，利用登記名義人之指定，逃避土地法第三十條之規定，以達其享有土地所有權之實質目的此種脫法行為應屬無效。則上訴人本此請求被上訴人辦理所有權移轉登記，即難准許。」是故本案訴外人游○富、上訴人蔡游○枝與潘○盛所成立之借名登記契約，是否因嗣後土地法之修正，取消農地承受人之資格限制者，其借名登記契約之效力應理解為有效？

最高法院97年度台上字第879民事判決強調，無效之法律行為，係自始、當然、絕對無效，不能因嗣後土地法之修正，取消農地承受人之資格限制，而認借名登記契約為有效，其有謂：「縱認金恩公司係基於信託或借名登記關係，將系爭土地登記於被上訴人名下，惟按私有農地所有權之移轉，依修正前土地法第三十條第一項規定，其承受人以能自耕者為限，旨在防止非農民承受農地，造成土地投機壟斷之情形。從而，契約約定將農地移轉由無自耕能力之人承受者，其契約標的即有法律上不能而無效之情形。本件系爭土地買賣當時，金恩公司並無自耕能力，欲購買農地供興建廠房之用，乃借用有自耕能力之被上訴人名義登記，此為上訴人主張之事實，顯係以迂迴方法逃避土地法第三十條第一項禁止規定，且自始由該公司占有興建廠房，不論金恩公司係以信託或借名登記為之，當時係以不正當方式規避強制規定之脫法行為，應屬無效。無效之法律行為，係自始、當然、絕對無效，不能因嗣後土地法之修正，取消農地承受人之資格限制，而認為有效。綜上所述，金恩公司或受讓該權利之上訴人，本於信託或借名登記關係終止後之返還請求權，請求被上訴人將系爭土地所有權移轉登記於伊，為無理由，應予駁回。」但最高法院102年度台上字第2117號判決則持不同立場，而表示：「被上訴人原本於信託關係請求辦理系爭土地所有權移轉登記，嗣改稱依借名登記契約為請求，原審既予准許，依上規定，上訴人不得聲明不服。次查修正前土地法第三十條第一項固規定：私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限。惟此項規定已於八十九年一月六日刪除。林嗣於八十九年五月十六日立具系爭切結書予被上訴人，同意於被

¹⁷ 最高法院94年度台上字第130號民事判決、最高法院86年度台上字第2432號民事判決。

上訴人終止借名登記契約時，返還系爭土地，並無違反強制或禁止規定，亦難認係脫法行為。」針對無效法律行為因嗣後修正而為有效時，學者王澤鑑先生基於保護法律秩序之安定性而表示，「該被違反的強制或禁止規定須于作成法律行為時存在。此無效的法律行為不能因嗣後法律的修正，復活為有效，當事人欲使其為法律行為有效時，須重新為之。¹⁸」

本案系爭之借名登記契約係在62年訂立，圍於舊土地法第30條第1項規定之故，故借名登記於具自耕農身分之潘○盛名下，而潘○盛於64年書立備忘錄予游○富及上訴人蔡游○枝表示日後隨時同意配合辦理土地所有權之移轉登記，且系爭土地嗣後又已變更使用分區為住宅及公共設施用地，承受人已不限於自耕能力者，在此情況下本案之借名登記契約為規避修正前土地法第30條第1項規定，屬違反民法第71條規定，無效。然就此部分，最高法院卻陳明：「不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。」最高法院在此似乎認為，本案系爭土地之借名登記契約，縱規避89年1月6日刪除前土地法第30條第1項之規定，該借名登記之債權契約仍應為有效，此觀點是否妥適，誠值思考。

參、借名登記契約對外之效力

一、以最高法院106年度第3次民事庭會議為引子

如前所言，最高法院106年度第3次民事庭會議就「借名人甲與出名人乙就特定不動產成立借名登記關係，乙未經甲同意，將該不動產所有權移轉登記予第三人丙，其處分行為效力如何？」為討論，其中梳理出司法實務存有下列三種不同歧見：

甲說（有權處分說）：不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管

理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分。

乙說（原則上有權處分，例外於第三人惡意時無權處分）：借名登記契約乃當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人。出名人在名義上為財產之所有人或其他權利人，且法律行為之相對人係依該名義從形式上認定權利之歸屬，故出名人就該登記為自己名義之財產為處分，縱其處分違反借名契約之約定，除相對人係惡意外，尚難認係無權處分，而成立不當得利。

丙說（無權處分說）：出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產為物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分，除相對人為善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第118條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益。

以上三說，應以何說為當？請公決。

決議：採甲說（有權處分說）。

為充分理解此三說之立場，以下就學說與實務之觀點併陳與分析之：

（一）無權處分說

學者詹森林先生表示，借名登記契約之出名人，並非財產之所有權人，如其將登記之不動產處分時，應屬民法第118條規定之無權處分，但相對人為善意時，可依民法第759條第1項第2款或土地法第43條之規定取得該不動產¹⁹。最高法院98年度台上字第76號民事判決即是持此觀點之典型參考判決，其表示：「按稱『借名登記』者，謂當事人約定一

¹⁸ 王澤鑑，民法總則，自版，2014年2月，頁318。

¹⁹ 詹森林，借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎兼論出名人之不法管理責任——最高法院99年度台上字第1114號判決評析，台灣法學雜誌，186期，2011年10月15日，頁54；王澤鑑，民法總則在實務的最新發展（一），台灣法學雜誌，52期，2003年11月，頁77；張新樞，借名登記契約之爭議問題——以我國實務判決為中心（下），司法周刊，1831期，2016年12月30日，頁2-3。

方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。惟出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產為物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分，除相對人為善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第一百八十八條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益。查原審審據上開事證，綜合研判，並本於取捨證據、認定事實之職權行使，合法認定系爭不動產乃秀傳醫院合夥之財產，並將其應有部分借名登記為王等合夥人名義，該受讓不動產之己及辛與王等五人間均具有一定之親屬或同住一處之關係，就如附表一至四、六所示不動產屬合夥財產難諉為不知，均非善意之第三人，則王等五人就該不動產，各以贈與為原因所為所有權移轉登記予己及辛之處分行為，依上說明，對秀傳醫院之全體合夥人言，即屬無權處分，該處分行為迄未經秀傳醫院全體合夥人之承認，復由被上訴人為合夥提起本件訴訟，依民法第一百八十八條第一項規定，自不生其效力。原審依上述理由而為上訴人己及辛敗訴之判決，雖非全以此為據，但於判決結果並無二致，亦應予維持。」嗣後最高法院99年度台上字第1114號民事判決亦持此見解，而有謂：「本件原審綜合一切證據資料，依上開理由認定系爭土地係被上訴人向李○山所購買而借名登記為甲名義，嗣由甲賣與知情之乙，因而為上訴人不利之判決，經核於法並無違誤。又當事人在他案之陳述，其證據力為何，應由法院本其證據評價之職權行使，依自由心證判斷之。另當事人固應就其主張之事實負舉證責任，惟苟能證明間接事實，且該間接事實與要件事實間，依經驗法則及論理法則足以推論其因果關係存在者，亦無不可，非以直接證明要件事實為必要。原審參酌相關證據，認定被上訴人於他案主張其對系爭土地有租賃權及地上權，並無礙其為系爭土地之真正權利人，及乙之配偶林○峻自始即參與其家族協調會，推論乙於買受系爭土地時當知悉系爭土地係被上訴人所有，而非善意第三人，亦無違背法令可言。再系爭土地係由被上訴人借名登記為甲名義，為原審所合

法認定，則雙方間有類似委任關係存在，甲擅將系爭土地出賣予乙，乃違反借名登記之本旨，並無為被上訴人管理事務之意思，自屬無權處分，而非無因管理。」最高法院102年度台上字第487號民事判決也同此立場，並有論道：「次按土地法第43條規定，依本法所為之登記，有絕對之效力。系爭土地原登記於莊○和名下，莊○和出賣與邱○榮，並將所有權移轉登記予邱○榮指定之上訴人，為原審認定之事實。是莊○基、莊○明既非系爭土地登記之所有人，縱莊○基、莊○明之父莊○順與莊○和間有借名登記契約，於上訴人之所有權登記被塗銷前，仍不許莊○基、莊○明以其為真正權利人自居，而對抗上訴人。原審謂莊○基、莊○順將系爭土地借名登記於莊○和名下，莊○基、莊○明為系爭土地之真正所有人，莊○和出賣系爭土地予邱○榮，係屬無權處分，上訴人無從取得系爭土地之所有權，爰為上訴人敗訴之判決，亦有未合。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。末查原審係認定系爭鐵皮屋為莊○明、莊○順所有，則上訴人能否請求莊○陽公司拆屋還地，案經發回，應併注意。」

(二)折衷說

1. 第三人善意時為有權處分，惡意時得撤銷：學者陳聰富先生表示借名登記契約係由消極信託行為發展成為一無名契約，既然其性質與信託契約類似，故信託法第18條之規定，於借名登記契約中亦得適用之。亦即是，於信託契約中，受託人登記為信託物之所有人時，受託人取得所有權，若其轉讓所有權，是屬有權處分，然相對人為惡意時，依信託法第18條規定，受益人得聲請撤銷其處分行為，此規定應得類推適用於借名登記契約之出名人處分行為之效力²⁰。

2. 第三人善意時為有權處分，惡意時為無權處分：學者詹森林先生亦曾提出此見解：「出名者在名義上，既為標的財產之所有人或其他權利人，且一般人僅得依據該名義，從形式上認定權利之歸屬，故出名者就該財產為處分者，縱其處分違反借名契約之約定，仍應已有有權處分

²⁰ 陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約——最高法院九十四年度台上字第三六二號民事判決評釋，月旦法學雜誌，123期，2005年8月，頁220-231。

看待為原則；但相對人惡意時，則應依據無權處分規定處理（民法第118條），以兼顧借名者之利益化。²¹」最高法院100年度台上字第2101號民事判決乃持此種立場，故其有謂：「按民法第179條規定之不當得利，須當事人間財產損益變動，即一方所受財產上之利益，與他方財產上所生之損害，係由於無法律上之原因所致者，始能成立。無權處分他人之物而取得之利益，因違反權利歸屬內容，致他人受損害，並無法律上之原因，固應成立不當得利；惟倘所處分者在法律上為自己名義上之物，即不能概論以無權處分而認係成立不當得利。又所謂借名登記契約，乃當事人約定，一方（借名者）經他方（出名者）同意，而就屬於一方現在或將來之財產，以他方之名義，登記為所有人或其他權利人。出名人在名義上，為財產之所有人或其他權利人，且法律行為之相對人係依該名義，從形式上認定權利之歸屬，故出名人就該登記為自己名義之財產為處分，縱其處分違反借名契約之約定，除相對人係惡意外，尚難認係無權處分，而成立不當得利。本件附表五編號3土地及附表六編號1、2、5建物係翁○壽借名登記為翁○輝名義，附表五編號1、2土地係翁○壽借名登記為翁○名義，附表六編號3建物，係翁○壽借名登記為翁○陽名義，附表五編號4土地與附表六編號4建物係翁○壽借名登記為翁○文名義，乃原審所認定，倘非虛妄，則翁○輝以次四人，就該登記為自己名義之財產為處分，縱其處分違反借名契約之約定，除相對人係惡意外，尚難認係無權處分。原審未遑查明翁○輝以次四人上述處分行為有無違反借名契約之約定及相對人是否為惡意？即遽認翁明輝以次四人應成立不當得利，已嫌速斷。」

（三）有權處分說

學者吳從周先生強調，在借名登記契約之事例中，土地登記簿上登記名易人之公示外觀與效力應予貫徹，故借名登記契約之形式上權利人——出名人，將財產為處分，縱然其違反借名契約之約定，仍為有權處分，而無須區分相對人為善意或惡意而異其效力。持此見解之引導性之

司法實務判決為最高法院103年度台上字第1518號民事判決，其有謂：「查不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分，無無權處分可言。附表編號1、編號2至4土地係游○富於六十二年間向陳○成購買，借名登記於潘○盛名下，潘○盛於九十九年三月五日依序出售予陳○林及賴○華，於同年月八日辦理移轉登記，為原審認定之事實。果爾，系爭土地既登記於潘○盛名下，其自有權處分系爭土地，能否謂其將之移轉登記予陳○林、賴○華係無權處分，自滋疑問。原審遽謂其所為係無權處分，進而為上訴人敗訴之判決，尚有可議。」嗣後，最高法院最高法院105年度台上字第473號民事判決針對上開最高法院103年度台上字第1518號民事判決之案例再次重申其立場：「按不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利（第1項）。因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響（第2項）。民法第759條之1定有明文。上開第1項為貫徹登記之效力而規定之推定力，真正權利人僅得以對登記名義人主張登記原因係無效或得撤銷，並依法定程序塗銷登記，始得推翻，在此之前，登記名義人即為該不動產物權之權利人。又為保護信賴登記而依法律行為為物權變動登記之善意第三人，同條第2項復規定善意第三人之權益，不因原登記物權之不實而受影響，以維交易安全。該項所稱『原登記物權之不實』，係指物權登記之物權行為，具有無效或得撤銷原因，或登記錯誤或漏未登記等情形，本不應發生物權變動效力，因該物權登記致登記所表彰之物權與實際狀態不一致而言，不包括依適法債權行為所為之物權登記。又不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，就內部關係言，出名人通常固無管理、收益、處分借名不動產之權利，惟既係依適法之債權契約而受登記為不動產權利人，在外部關係上，自受推定其適法有此不動產之物權。倘該不動產物權之登記，並無無效或得撤銷之原因，復無登記錯誤或漏未登記等情形，自難認有何『原登記物權之不實』可

²¹ 詹森林，借名登記契約之法律關係，台灣本土法學雜誌，43期，2003年2月，頁132。

言。系爭土地係游○富於62年間借名登記於潘○盛名下，潘○盛於98年、99年間依序出售予陳○林及賴○華，並辦畢所有權移轉登記，為原審認定之事實。依上說明，游○富借名潘○盛為系爭土地之所有權登記，尚無『不實』之情形。原審本此意旨所為不利上訴人之判斷，經核於法並無違誤。」

二、本案借名登記之對外效力

最高法院106年度第3次民事庭會議之決議——借名登記之對外效力採有權處分說，乃是擷取最高法院105年度台上字第473號民事判決之觀點，而謂：「不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，……僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分。」此論點係為貫徹登記制度之公示性，財產登記形式外觀與實質所有權之推定具有合一效力，無須區分第三人為善意或惡意，而均認定出名人為有權處分，以維護交易秩序²²。關於借名契約對外效力部分之爭議，最高法院法官林大洋先生則表示，此問題是涉及法官造法之層次，非僅屬法律文義解釋之問題，是故法律之一般原理原則，諸如衡平、正義、法律安定性、時效性與通則性因子等自應置入考量之²³。而善意保護原則，相對而言即是惡意不保護原則，此為民法之基本原則之一，此原則係體現於不動產登記之公信力（土地法第43條、民法第759條之1第2項）、動產善意受讓取得（民法第801條、民法第948條）、通謀虛偽意思表示之當事人，不得無效對抗善意第三人（民法第87條第1項）、債權讓與之特約不得對抗善意第三人（民法第294條第2項）等規定。換言之，惡意不保護原則乃貫穿於民法體系之中，據此，惡意不保護原則自當落實於借名登記契約對外效力之建構上，是故

其乃表示：「法官於造法之際不應創造出惡意可受保護之惡例²⁴」，此觀點誠值贊同。

又學者謝在全先生有云：「物權變動之公信原則係指依公示方法所表現之物權與真實之物權狀態不一致時，對於信賴此公示所表示之物權狀態，而為交易行為之人，法律仍承認其具有與真實物權狀態相同之法律效果，以為保護。公信原則使公示方法具有保護從事物權行為之善意第三人之效力，即為公信力。²⁵」依此可知，僅在從事物權行為之第三人為善意時，方使公示物權與真實物權狀態之不一致，發生所謂財產登記形式與實質所有權合一之效力，易言之，此時物權變動公信原則方得適用。至於借名契約，係指當事人約定借名人將自己之財產以出名人名義登記，而仍由借名人自己管理、使用、處分，出名人允就該財產為出名登記之契約。故借名登記契約之內在關係觀之，對該財產具有處分權者為借名人，故出名人非財產之處分權人，如將登記之不動產為物權處分者，係屬民法第118條之無權處分，而相對人（第三人）為善意時，基於民法第759條之1第2項與土地法第42條之善意受讓規定，亦即適用所謂之物權變動公信原則，由善意相對人取得不動產物權，對內部分則達到名實相符，對外效力部分亦兼顧與落實物權變動之公信原則。

最後，回歸檢視本案例，關於物權行為部分，借名人並未有讓與不動產處分權予出名人之意思，出名人將登記於名下之不動產為物權處分時，對借名人而言，係為無權處分，但受讓之相對人為善意之第三人，則應受善意受讓或信賴登記之保護。而受讓之相對人係惡意時，自當依民法第118條無權處分之規定而定其效力，以兼及借名人之利益，方為妥適。依此，若出名人潘○盛將系爭土地分別出售予數善意第三人，縱出名人為無處分權人，然該第三人為善意，自應受善意受讓或信賴登記之保護，借名人依民法第767條規定，請求善意受讓之第三人塗銷系爭土地所有權之移轉登記，則為無理由。

²² 林大洋，借名登記對外效力之探討——法學方法與債法現代化之思考，中華法學，17期，2017年11月，頁123。

²³ 林大洋，借名登記對外效力之探討——法學方法與債法現代化之思考，中華法學，17期，2017年11月，頁122。

²⁴ 林大洋，借名登記對外效力之探討——法學方法與債法現代化之思考，中華法學，17期，2017年11月，頁124。

²⁵ 謝在全，民法物權（上），新學林，第6版，2014年9月，頁50。

延伸閱讀



- 向明恩，急重症為共同原因力而類推適用與有過失之探討—最高法院一〇五號台上字第一三六號民事判決，裁判時報，2019年6月。
- 向明恩，適法無因管理和不適法無因管理之分界，月旦法學教室，2019年5月。
- 向明恩，醫療糾紛所涉昏迷病患住院治療案：徘徊在契約義務和道德義務之醫療行為，月旦醫事法報告，2019年3月。
- 向明恩，契約不履行責任體系中履行請求權之界限——比較CISG、PICC、PECL和DCFR之規範，月旦民商法雜誌，2017年3月。
- 向明恩、王怡蘋，兩岸消費訴外紛爭解決機制之開展——從臺灣法出發並借鏡歐盟之規範，月旦法學雜誌，2016年5月。
- 向明恩，剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算——以最高法院100年度台上字第1833號判決為楔子，月旦民商法雜誌，2015年6月。
- 向明恩，加盟契約在臺灣司法判決帶來之民事爭議——從加盟契約之目的出發，月旦法學雜誌，2015年3月。
- 向明恩，定作人協力行為之屬性與債務不履行責任，月旦法學教室，2014年4月。
- 向明恩，買賣契約中買受人受領遲延與給付遲延責任之稼接——最高法院六十四年台上字第二三七六號民事判例，裁判時報，2013年6月。
- 向明恩，違反附隨義務、契約目的不達與解除契約之連結關係——最高法院一〇〇年度台上字第二號民事判決評析，月旦法學雜誌，2012年10月。
- 向明恩，物之瑕疵擔保責任之再探—以凶宅案為例：評臺灣臺北地方法院九十九年度訴字第二一八號民事判決，裁判時報，2011年12月。
- 向明恩，履行輔助者之過失和與有過失-最高法院九十年台上字第九七八號民事判決，裁判時報，2011年8月。



更多相關文獻，請上月旦知識庫

無權代理人之責任不得超過相對人因契約有效所得利益之程度——原契約約定之違約金屬損害賠償額預定性質者，應以該預定額數為限？ 最高法院101年度台上字第641號判決

楊佳元*

本案事實

壹、原告主張事實

一、曾○祥等六人（判決相對人、被告、被上訴人）之被繼承人曾○鑑即訴外人委任曾○祥於89年9月15日及同年10月5日與莊曾○梅等二人（判決原告、上訴人）簽立土地買賣合約書及承諾書（下稱系爭土地買賣合約書、承諾書），約定將坐落於桃園縣龍潭鄉之七筆土地，當時信託登記於訴外人曾○濱名下而實際上屬於曾○鑑所有約700坪面積之土地，以每坪7,000元出售予莊曾○梅等二人。惟曾○祥等六人違約將系爭土地出售予訴外人曾李○英，爰依繼承及買賣關係、民法第249條規定，先位請求曾○祥等六人賠償上訴人2,688,000元之違約金，返還上訴人已給付之買賣定金50萬元，賠償買賣預付款832,300元，合計1,332,300元（其中2,300元業已確定）之本息。

二、曾○祥雖未以其父曾○鑑名義表明代理之旨簽訂系爭買賣合約，惟曾○祥於簽約時有代理其父之意，且為原告所明知，曾○祥自係

* 德國特里爾大學法學博士，臺北大學法律學系教授。



以「隱名代理」之方式代理曾○鑑與原告簽訂系爭買賣契約。

三、又如認被繼承人曾○鑑生前並未委任授權曾○祥出售系爭土地，惟曾○金等三人書立承諾書授權曾○祥處理系爭買賣事宜，則曾○祥及曾○金等三人均應負無權代理簽訂系爭買賣契約之損害賠償責任，爰依民法第110條之規定，備位追加請求被上訴人曾○祥及曾○金等三人應給付上訴人4,018,000元之本息。

貳、被告抗辯

系爭買賣契約之出賣人係訴外人○○食品有限公司（下稱○○公司）及曾○祥等之父親曾○鑑未授權曾○祥出售系爭土地予莊曾○梅等二人，系爭買賣契約與曾○鑑無關；曾○鑑委任曾○祥處理另案訴訟，核均與訂立系爭買賣契約無關；曾○祥收受上訴人給付之買賣訂金20萬元後，因上訴人違約，曾○祥已與上訴人和解並附加利息返還該20萬元等語，資為抗辯。

爭點

本案爭點主要有：一、系爭買賣契約是否對曾○鑑發生效力？二、曾○祥及曾○金等三人是否應依民法第110條規定負無權代理損害賠償責任？三、該項損害賠償責任之金額？本文針對最後問題為討論。¹

¹ 後臺灣高等法院101年度上更(一)字第39號判決認為：系爭買賣契約之出賣人係鉅祥公司與曾○祥；曾○祥訂立系爭買賣契約時，非以代理曾○鑑之意思締結；上訴人又未能證明上訴人等二人訂約時明知或可得而知曾○祥係以代理曾○鑑之意思為之，本件非「隱名代理」，均如前述，亦即曾○祥係以「自己及鉅祥公司名義」與上訴人簽訂系爭合約，並非以其為曾○鑑「代理」人名義訂立系爭買賣契約，非無權代理，則上訴人備位依據民法第110條規定，請求曾○祥負無權代理之賠償責任，不應准許。

判決理由

無權代理人之責任，係基於民法第110條之規定而發生之特別責任，相對人依該條規定請求損害賠償，不得超過相對人因契約有效所得利益之程度。是在原契約中如就契約債務履行不能或不為履行等應給付違約金有特別約定，且該約定之違約金屬損害賠償額預定性質者，相對人向無權代理人請求之賠償額固應以該預定額數為限，惟此係指相對人所得請求之損害賠償數額不得超過契約原訂違約金額，非謂相對人所請求者亦屬違約金性質。故若依民法第252條規定將系爭買賣契約第4條所定違約金酌減為129萬元後，逕命曾○祥如數給付，並以該給付性質屬違約金，而認上訴人莊曾○梅等二人不得請求遲延利息，不無可議。

評析

壹、無權代理人損害賠償責任為信賴利益或履行利益

民法第110條規定，無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。民法第110條無權代理人損害賠償究指信賴利益或履行利益，具有爭議。解釋上主要可能有四種見解：一、相對人僅得請求履行利益。二、相對人僅得請求信賴利益。三、無論信賴利益或履行利益，相對人均得主張，但信賴利益的請求，不得大於履行利益。四、善意代理人負信賴利益損害賠償責任，惡意代理人負履行利益損害賠償責任。

一、實務見解

關於民法第110條無權代理人應負信賴利益或履行利益，最高法院著有裁判，但未能明確表示無權代理人應負何種責任。

(一)最高法院85年度台上字第2072號判決

最高法院85年度台上字第2072號判決：「無權代理人之責任，係基於民法第110條之規定而發生之特別責任，相對人依該條規定請求損害

賠償，不得超過相對人因契約有效所得利益之程度。是在原契約中如就契約債務履行不能或不為履行等應給付違約金有特別約定，且該約定之違約金屬損害賠償額預定性質者，相對人向無權代理人請求之賠償額自應以該預定額數為限，不得更請求履行或不履行之損害賠償。」未明確說明得請求信賴利益或履行利益。

關於最高法院85年度台上字第2072號判決，臺灣高等法院103年度上字第520號判決表示，參照最高法院85年度台上字第2072號裁判意旨，民法第110條規定所得請求之損害賠償不包括履行利益賠償，亦即不得超過因契約有效所得利益之程度，蓋契約無效，僅有因「信賴」所生之損害，故不包括將來之利益（期待利益）。²另外，臺灣高等法院94年度重上字第218號判決似認為得請求信賴利益之損害賠償，但依最高法院85年度台上字第2072號裁判要旨不得超過因契約有效所得利益。³

（二）最高法院90年度台上字第1923號判決

最高法院90年度台上字第1923號判決：「按無權代理人之責任，係基於民法第一百十條之規定而發生之特別責任，祇要相對人係屬善意，即不知自命代理人無代理權，縱使相對人因過失而不知，無權代理人仍應負其責任；又相對人依該法條規定請求損害賠償，不得超過相對人因契約有效所得利益之程度，易言之，相對人得請求履行利益之給付。」

² 臺灣高等法院103年度上字第520號判決：「按依民法第110條規定，無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。依上開規定所得請求之損害賠償不包括履行利益賠償，亦即不得超過因契約有效所得利益之程度，蓋契約無效，僅有因『信賴』所生之損害，故不包括將來之利益（期待利益），例如轉售利益。此亦有最高法院85年度台上字第2072號裁判意旨……可資參照。」

³ 臺灣高等法院94年度重上字第218號判決：「被上訴人類推適用民法第110條無權代理之法律關係，請求上訴人賠償其負擔另案訴訟費用1,303萬8,819元及代墊證券交易稅21萬330元等合計1,324萬9,149元之損害，為有理由。至上訴人雖提出最高法院85年度台上字第2072號裁判要旨，主張被上訴人依民法第110條規定請求損害賠償時，不得超過其因契約有效所得利益之程度云云；惟上訴人並未舉證其主張被上訴人請求賠償另案訴訟費用1,303萬8,819元及代墊證券交易稅21萬330元等損害，有何超過被上訴人依上開股份買賣契約有效所得利益之情事，則其此部分主張亦難為其有利之認定。」

此最高法院判決明確表示相對人得請求履行利益之給付，但仍容有疑問的是，其意係指僅得請求履行利益之給付，或是除信賴利益外亦得請求履行利益。⁴

二、學 說

（一）無論信賴利益或履行利益，相對人均得主張，但信賴利益的請求，不得大於履行利益

王澤鑑表示：「就現行法解釋而言，以第三說較值贊同（即無論信賴利益或履行利益，相對人均得主張，但信賴利益的請求，不得大於履行利益），實務亦採之。將損害賠償僅限於信賴利益，不足保護相對人。在無權代理，其代理行為雖不生效力，但不能因此逕認僅能請求信賴利益，此觀諸各國立法例即可知之。」⁵

（二）相對人僅得請求信賴利益，不得請求履行利益

此說主要理由有二：1. 履行利益損害賠償請求權以債之關係有效成立為前提。無權代理行為既為無效，民法第110條自不能是履行利益的損害賠償。⁶ 2. 民法第110條無權代理人責任是締約上過失責任，只能請

⁴ 陳添輝，無權代理人對善意相對人責任，政大法學論叢，146期，2106年9月，第199頁表示：最高法院未明白指出，係信賴利益及履行利益，抑或信賴利益或履行利益，似乎認為無論信賴利益或履行利益，相對人均得主張，但信賴利益的請求不得大於履行利益。吳從周，民法上之無權代理——狹義無權代理，月旦法學教室，43期，2006年5月，第52頁表示：最高法院85年度台上字第2072號判決似乎比較接近信賴利益或履行利益，相對人均得主張，但信賴利益的請求不得大於履行利益；最高法院90年度台上字第1923號判決似乎比較接近僅得請求履行利益。鄭冠宇，民法總則，2018年8月，5版，第498頁，似認為最高法院85年度台上字第2072號判決指信賴利益之損害賠償，最高法院90年度台上字第1923號判決為履行利益之損害賠償。

⁵ 王澤鑑，民法總則，2014年2月，增訂新版再刷，第527頁，並表示實務採用此項見解，不過未明白指出實務裁判；鄭玉波／黃宗樂，民法總則，2013年9月，增訂11版，第351頁；史尚寬，民法總則，1990年8月，第504頁。

⁶ 林誠二，民法理論與問題研究，1991年7月，修訂版，第356頁以下；游進發，信賴損害賠償請求權理論的架構，中央研究院法學期刊，13期，2013年9月，第46頁。

求信賴利益損害賠償。⁷同屬締約上過失制度，民法第91條撤銷意思表示，民法第245條之1締約上過失，民法第247條自始給付不能，均僅負信賴利益之損害賠償，無權代理人為何獨須負履行利益之損害賠償責任。⁸另外除上述二項理由外，亦有認為依一般損害賠償回復原狀原則，無權代理人應回復到如同傷害行為未發生的狀態，換言之，無權代理人應負如同未為無權代理行為時之責任，而如未有無權代理行為，相對人就不會有訂約行為，故無權代理人應負信賴利益之損害賠償責任。⁹

(三)善意代理人負信賴利益損害賠償責任，惡意代理人負履行利益損害賠償責任

主要參照德國民法第179條規定，區別無權代理人「明知」或「不知」而異其賠償責任。無權代理人行為時知無代理權者，負履行利益賠償賠償責任；行為時不知無代理權者負信賴利益賠償責任，其數額不得大於履行利益。有關於此，王澤鑑表示：「無權代理人如於行為時不知其代理權的欠缺，例如授權者為精神病人，係無行為能力，妄以授權書給與代理人，而代理人不知其為無行為能力時，使代理人負履行利益的

賠償責任，誠屬嚴苛，在立法論上，應使其僅負信賴利益的損害賠償，惟此實已超過民法第110條的解釋範疇，而進入法律創造之階段。」¹⁰陳自強：「若令善意代理人負履行利益損害賠償責任，似嫌過苛。我國民法雖未有此區分，但此區別亦不逾越文意可能範圍，現行法解釋上並非不可行。」¹¹鄭冠宇認為責任區分符合當事人之利益。¹²吳從周及林信和則認為主張在方法論上，德國民法第179條得作為法理適用。¹³

三、本文見解

本文贊同區別無權代理人「明知」或「不知」而異其賠償責任。無權代理人行為時明知無代理權者，負履行利益賠償責任；不知無代理權者負信賴利益賠償責任，其數額不得大於履行利益。如此區辨異同，而作相同或不同處理，較為合理。不過作此區分，並非基於善意代理人負履行利益損害賠償，誠屬嚴苛之考量。蓋履行利益之賠償金額非必然較信賴利益為高。其實之所以做該區分，是因惡意代理人明知欠缺代理權，仍表示有代理權，基於禁反言原則，應使其受其表示之拘束，不過因法律規定其應負損害賠償責任，而非履行義務，故負履行利益之損害賠償。此時應認為相對人只能請求金錢賠償，不能請求代理人回復原狀，否則將形同使代理人負履行義務而與上述法律規定相互牴觸。¹⁴

⁷ 黃立，民法總則，2005年9月，修訂4版，第409頁：「代理人以他人之代理人名義從事法律行為，很難想像他會沒有故意過失」；游進發（註6），第77頁：「代理人……縱使不是故意違反避免無權代理的注意義務，但一般而言很難沒有過失，換句話說，立法者似認為，經驗上已普遍有過失，而將這項經驗的普遍性提升到規範層面，亦即規範上設計成無權代理人必定有過失。」

⁸ 陳添輝（註4），第239頁，第248頁區分為法定擔保責任與締約上過失責任：無權代理人明知無代理權者，必須擔保代理權存在，此時無權代理人負法定擔保責任；代理人如於代理權之欠缺或逾越未盡注意及通知義務者，無權代理人責任為締約上之過失。

⁹ 劉昭辰，履行利益、信賴利益，月旦法學雜誌，116期，2005年1月，第100頁；陳聰富，民法總則，2014年12月，第350頁，主張基於完全賠償原則，無權代理人應賠償喪失的履行利益：「代理人有代理權而為有權代理時，相對人得以獲得契約有效之利益，此項履行利益因代理人無代理權而喪失，基於完全賠償原則，無權代理人應賠償喪失的履行利益。實務上採相同見解，最高法院85年度台上第2072號判決……同院90年度台上字第1923號判決……，而非僅得請求信賴利益的損害賠償。」似未明確表示相對人只能請求履行利益，或是履行利益與信賴利益皆得主張，鄭冠宇（註4），第498頁認為陳聰富上述意見是指履行利益之損害賠償。

¹⁰ 王澤鑑（註5），第528頁；陳添輝（註4），第249頁表示：當無權代理人明知代理權的欠缺，卻有意識地以本人名義與善意相對人訂立契約；縱使本人拒絕承認，善意相對人之信賴有落空之風險，善意相對人有受損害之虞，亦不違反無權代理人之本意時，讓無權代理人僅負締約上過失之信賴利益損害賠償責任，顯然不足以保護善意相對人之利益……將來立法者修正法律時，建議參考德國民法第179條之規定，區別不同之案例事實，分別作妥適之規範。

¹¹ 陳自強，契約之成立與生效，2014年2月，3版，第373頁。

¹² 鄭冠宇（註4），第499頁。

¹³ 吳從周（註4），第53頁；林信和，無權代理人之損害賠償責任——兼評最高法院五十六年台上字第三〇五號判例及九十年臺上字第1923號民事判決，月旦法學教室，88期，2010年2月，第15頁。

¹⁴ 關於德國法，參閱Muench Komm/Schubert, 7. Aufl., 2015, § 179 Rn. 44; Wolf/Neuner, 11. Aufl., 2016, Rn. 51, S. 658.

貳、履行利益與信賴利益

履行利益之賠償是使債權人處於如同法律行為履行之狀態；信賴利益賠償是使被害人處於如同未信賴法律行為有效之狀態。履行利益與信賴利益皆包括民法第216條規定所受損害及所失利益。履行利益之賠償應為實際上法律行為未履行與假設法律行為有履行之狀態為計算。信賴利益之賠償應為實際上信賴法律行為有效與假設未信賴法律行為有效的狀態為計算。信賴利益的損害賠償不得超過履行利益，¹⁵因為相對人信賴代理權存在，即使符合相對人之信賴，法律行為有效，相對人所能獲得之利益在計算上不過為履行利益（如同法律行為有履行之狀態）。若使信賴利益之請求得超過履行利益，將使相對人處於相較於符合其信賴（有代理權時）更有利之狀態。

參、結 論

最高法院101年度台上字第641號判決謂：「……次按無權代理人之責任，係基於民法第一百十條之規定而發生之特別責任，相對人依該條規定請求損害賠償，不得超過相對人因契約有效所得利益之程度。是在原契約中如就契約債務履行不能或不為履行等應給付違約金有特別約定，且該約定之違約金屬損害賠償額預定性質者，相對人向無權代理人請求之賠償額固應以該預定額數為限，……」¹⁶最高法院未清楚表示無權代理人得請求信賴利益或履行利益，但似認為無權代理人之責任不得超過履行利益。如上所述，履行利益之賠償應為實際上法律行為未履行與假設法律行為有履行之狀態為計算。民法第110條無權代理賠償履行利益為實際上法律行為無效未履行與假設該無效法律行為有效有履行之計算，此時並無法律行為「有效未履行」之計算基礎。但是違約金作為損害賠償預定額應是在契約「有效未履行」情形下發生。民法第110條

之履行利益計算無法將違約金（契約有效未履行）視為履行利益。因此上述最高法院認為無權代理損害賠償以損害賠償預定額違約金為限即有疑義。

延伸閱讀

- 楊佳元，由違規停車交通事故談相當因果關係及法規目的，月旦法學教室，2018年10月。
- 楊佳元，本人受代理人或代理行為相對人詐欺而為代理權授與行為，月旦法學教室，2016年12月。
- 楊佳元，連環車禍之損害賠償——由高雄地方法院100年度鳳小字第780號民事判決論起，裁判時報，2016年6月。
- 楊佳元，關於代理的相關問題——幾則實務判決評析，月旦法學雜誌，2015年9月。
- 楊佳元，運送人侵權行為責任之相關問題——最高法院九十八年度台上第一九六一號民事判決，裁判時報，2014年4月。
- 楊佳元，網路購物標價錯誤UB MALL網路購物商城臺北地方法院民事判決，裁判時報，2011年8月。
- 楊佳元，由玻璃娃娃案諸判決論侵權行為損害賠償責任，裁判時報，2010年12月。
- 楊佳元，少線道車應讓多線道車先行，法令月刊，2010年3月。



更多相關文獻，請上月旦知識庫

¹⁵ 王澤鑑，損害賠償，2017年3月，第87頁；鄭冠宇，民法債編總論，2015年9月，第111頁。

¹⁶ 最高法院85年度台上字第2072號判決亦認為約定之違約金屬損害賠償額預定性質者，相對人向無權代理人請求之賠償額應以該預定額數為限。

定期給付的不當得利有民法 第126條規定短期時效之適用

最高法院101年度台上字第236號判決

郭玲惠*

事實與當事人主張

上訴人與被上訴人於83年8月20日簽訂系爭協議書，於83年11月2日辦理離婚登記。被上訴人同意自離婚時起至其女成年止，按月支付新臺幣1萬5,000元扶養費予上訴人。

上訴人主張被上訴人依法應共同負擔未成年女兒之扶養義務，而上訴人自84年4月1日起迄今，均未給付過扶養費，上訴人共支付女兒之扶養費用核計149萬425元，由於女兒自幼即與上訴人同住、照料，審酌兩造對於其所付出之心力、勞力及兩造資力等一切情狀，依民法第1114條、第1116條之2規定，被上訴人對於扶養費應分擔2/3。被上訴人自屬無法律上原因受有利益，致上訴人受有損害，爰依不當得利法律關係，請求上訴人返還98萬4,184元（149萬425元之2/3原應為99萬3,617元，惟上訴人僅請求98萬4,184元）。另依系爭協議書之約定，上訴人得請求被上訴人給付90年4月1日起至99年4月1日止之扶養費162萬元。爰依不當得利及系爭協議書之約定，請求上訴人給付上訴人260萬4,184元，及自起訴狀繕本送達之翌日（即99年8月4日）起至清償日止，按年息5%計算之利息。

被上訴人主張，系爭協議書既約定女兒由上訴人監護，上訴人於行使監護權之範圍內對女兒所為之扶養，係屬其應負之義務，並無任何損

* 德國哥廷根大學法學博士，臺北大學法律學系教授。



害，被上訴人自不因而受有利益。縱依系爭協議書約定，被上訴人同意每月給付上訴人1萬5,000元扶養費，亦僅屬被上訴人與上訴人間之約定，上訴人取得向被上訴人請求給付1萬5,000元扶養費請求權而已，被上訴人縱未為給付，亦不構成不當得利，上訴人依不當得利向被上訴人請求給付女兒扶養費，為無理由。另上訴人又主張被上訴人應負擔所需扶養費2/3。再者，上訴人請求被上訴人給付扶養費，該扶養費請求權應有5年短期時效之適用，被上訴人得主張時效抗辯。

法院主張與本案爭點

本案爭議者為，兩造之離婚協議書約定之分擔扶養費請求權，屬於得按月請求給付之約定定期給付債權。又被告不履行上開分擔扶養費協議致原告墊付，原告是否因此具有不當得利之返還請求權：如採肯定，原告之不當得利請求權及依協議書約定之扶養費請求權，其消滅時效如何適用。最高法院贊同原審法院之見解，認為：民法第126條規定所稱之定期給付債權，係指相隔一定期間繼續為給付的債權，除該條明定者外，任何定期性給付債權，其各期相隔期間在1年以內者，均包括在內。復一般不當得利返還請求權之請求權消滅時效，固應適用民法第125條規定之15年時效期間；惟若所請求返還之不當得利，屬原應由債權人依規定或約定按時定期收取者，其各期不當得利返還請求權之時效計算即與一般非定期給付之不當得利返還請求權有間，如各期給付相隔期間在1年以內者，應仍有民法第126條規定短期時效之適用。據此，均有民法第126條規定之適用，因5年間不行使而消滅。從而原告請求被告給付94年4月8日以前女兒扶養費分擔額之不當得利或約定扶養費部分，均無理由。

因此本文主要之爭點為一、是否構成不當得利，以及二、是否適用民法第126條之短期時效規定。

我國學理討論

按不當得利請求權，其消滅時效並無特別規定，原則上適用民法第125條規定，時效期間為15年。但並非一定，如其不當得利之依據乃來自其他時效較短之給付，則其時效是否會變更，仍有不同之見解，最高法院在早年¹之判例中有關於租賃關係終止後，承租人拒不返還租賃物，出租人請求損害賠償一案，即已明白表示：租金之請求權因5年間不行使而消滅，既為民法第126條所明定，至於終止租約後之賠償與其他無租賃契約關係之賠償，名稱雖非使用租金，然實質上仍為使用土地之代價，債權人應同樣按時收取，不因其契約終止或未成立而謂其時效之計算應有不同。據此認為，在無權占有之不當得利返還請求權，其消滅時效亦適用民法第126條之短期時效規定。同樣類似案例於票據法未明文規定「利益償還請求權」²亦有適用。另有關於公寓大廈管理費³：公寓大廈之管理費既係基於一定之法律關係而生，且每次以1個月期間之經過順次而發生，管理費請求權自屬民法第126條所謂1年或不及1年之定期給付債權，而有前開5年時效期間之適用。有關於薪資請求權⁴，判決回歸短期消滅時效規定之所由設，乃係因該類短期給付債權，其各期給付請求權，債權人本可從速請求債務人履行之故，是從該條立法意旨將短期之定期給付債權納入短期消滅時效範圍，以促使短期定期債權之債權人及早行使權利，使法律關係早歸於確定，因而肯任短期時效之適用。

本件最高法院以原本契約上請求權之時效期間，作為未行使該請求權所生不當得利請求權之消滅時效期間，與上述類似租金的不當得利請求權時效，具有異曲同工之妙，目的在於平衡雙方當事人間的權利義務狀態。然此見解於實務上並非無斟酌之餘地。

因此下文將討論不履行分擔扶養費協議，致他方墊付，他方是否因

¹ 最高法院49年台上字第1730號判例。

² 臺灣臺北地方法院96年度訴字第5992號民事判決。

³ 臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會民事類提案第2號決議。

⁴ 臺灣高等法院臺中分院98年度重勞上字第6號民事判決。

此具有不當得利之返還請求權。不當得利之請求權時效，是否因為請求權之不同而改為其他時效。

壹、不履行分擔扶養費與不當得利

一、肯定說

學者陳聰富主張⁵：父母對於不能維持生活而無謀生能力之直系血親卑親屬，均負有扶養義務，倘該扶養費係由一方先行墊付者，該方非不得依不當得利之法律關係請求他方返還。

學者曾品傑⁶亦採同樣見解：父母（包括已離婚之夫妻）對於不能維持生活而無謀生能力之直系血親卑親屬，均負有扶養義務，此觀民法第1114條、第1115條、第1117條等規定即明。倘該扶養費係由一方先行墊付者，該方非不得依不當得利之法律關係請求他方返還。

進一步學者孫森焱⁷雖非直接針對父母之扶養義務而是說明扶養義務順位之不當得利請求權，亦值得參考，順位在後之扶養義務人不忍受扶養人受飢寒，因而代順位在先者，盡扶養義務，受損人並無使受益人受益之意思，即為無法律上之原因，而肯認先行給付扶養費者，有不當得利請求權之適用。

法院諸數判決⁸認為，父母一方為他方墊付扶養費，乃使他方受有未支付扶養費之利益，並致一方受損害，如他方無受此利益之法律上之原因，自可成立不當得利。最高法院103年⁹之判決更明白指出：父母（包括已離婚之夫妻）對於未成年之子女均負有扶養義務，而由一方先行墊付扶養費者，如不具備委任、無因管理或其他法定求償要件所生之

不當得利返還請求權（求償型或回索型之不當得利），旨在使先行支出之一方得向被墊付之他方請求返還其未支出扶養費之利益，以調整因無法律上原因所造成財貨不當變動之狀態。因此，父母一方為他方墊付扶養費，乃使他方受有未支付扶養費之利益，並致一方受損害，苟他方無受此利益之法律上之原因，自可成立不當得利。

值得一提者，父母對於子女之共同扶養義務並不因父母離異而有所不同，而晚近之判決¹⁰雖肯定代墊一方之不當得利請求權，但仍指出：父母對於不能維持生活而無謀生能力之直系血親卑親屬，均負扶養義務，此觀民法第1114條、第1115條、第1117條規定即明。且扶養之程度，應按受扶養權利者之需要，與負扶養義務者之經濟能力及身分定之，亦為同法第1119條所明定。故未成年子女之父母一方，依不當得利法律關係請求他方返還代墊之未成年子女扶養費，其數額之多寡，亦應依此情形而為適當之酌定。

二、否定說

父母對於子女之親權本應共同行使，縱使父母離婚後，對於子女之扶養義務並未因此解除，因此晚近之判決¹¹主張如無明確約定由一方單獨負擔扶養義務，他方縱有代墊之情形，亦不得請求不當得利。按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，民法第179條前段定有明文。次按，父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務；父母對於未成年子女之扶養義務，不因離婚而受影響，民法第1084條第2項、第1116條之2亦有明示。且父母離婚後，未行使親權之父母一方，僅其親權之行使暫時停止，其與未成年子女之身分關係，不因離婚而受影響，父、母仍應各依其經濟能力及身分，與未成年子女之需要，共同對未成年子女負保護教養之義務，不因父、母之一方之經濟能力足以使受扶養人獲得完全滿足之扶養，而解免他方之共同保護教養義務。又父母對未成年子女保護教養費用負擔義務，可分為外部義務與內部分

⁵ 陳聰富，2012年民事法發展回顧：民事財產法裁判回顧，臺大法學論叢，第42卷特刊，2013年1月，頁974-975。

⁶ 曾品傑，最高法院一〇四年度台抗字第七七六號裁定，焦點判決：民事法，2016年4月，頁1-2。

⁷ 孫森焱，民法債篇總論，上冊，2010年5月修訂版，頁155。

⁸ 最高法院103年度台抗字第363號民事裁定；最高法院104年度台抗字第776號民事裁定；最高法院105年度台簡抗字第69號民事裁定；最高法院106年度台簡抗字第126號民事裁定。

⁹ 最高法院103年度台抗字第363號民事裁定。

¹⁰ 最高法院107年度台簡抗字第147號民事裁定。

¹¹ 最高法院107年度台簡聲字第36號民事裁定；最高法院107年度台簡抗字第34號民事裁定。

擔關係，前者，即子女對父母之權利；後者，為父母內部之分擔關係，夫妻因離婚而不能共同任親權人時，因未任親權一方之扶養本質義務不能免除，夫妻即應以協議定親權行使人、行使內容及方法，以及如何分擔未成年子女離婚後之扶養，因此其協議乃夫妻間內部義務關係之調整，在內部發生拘束力，均應依各自資力對子女負扶養義務。

相對於前開肯定說之學說見解，實務上¹²有關於受益人得否向後順位扶養義務人之請求扶養費用，則採反對之見解：按民法第1115條所定履行扶養義務順序在先之人，如資力不甚充分，扶養權利人仍得請求順序在後之扶養義務人，就不足部分履行扶養義務。此見解相對於德國法制（見下文），確有疑義，亦不符合扶養義務順位之立法本旨。

貳、消滅時效之改變

有關於消滅時效是否因此而改變，學理上有肯否二說：

一、肯定說

學者曾品傑主張¹³，實務上似有依當事人是否曾約定應按月分擔扶養費而異其消滅時效之適用；有約定應按月支付扶養費而不給付者，債權人既因做成協議而可被合理期待得從速請求債務人履行此種不及1年之定期給付債權。故適用民法第126條短期時效5年之規定。更直接指出如不採肯見解，將導致僅有請求受益者按年或按月分期返還其所受之利益者，始有民法第126條所定短期時效之適用。

最高法院101年¹⁴之判決採用前文有關於租金給付不當得利案之判例見解，主張相當於定期給付之扶養費，並不適用民法有關於不當得利請求權之15年時效，而主張應採用第126條之短期時效規定。同樣見解亦

見於晚近之判決，¹⁵主要理由，例如契約所約定者均屬「贍養費」，則應適用民法第126條規定之短期時效之規定。

值得一提的是，晚近有判決¹⁶區分為有無約定，如雖有扶養費負擔之約定，但並未有定期給付之約定，則仍適用不當得利請求權之15年時效。類似見解亦有針對於贍養費之請求權，如無定期給付之約定，仍無民法第126條短期時效之適用¹⁷。

二、否定說

採否定說學者¹⁸認為：不當得利請求權之消滅時效原則係15年，惟若原先已約定一方須定期給付扶養費、而嗣後未履行者，是否仍適用一般消滅時效或應尋求其他相類之短期消滅時效？本判決認為一般時效或短期時效之適用，應視父母雙方是否原有按年或不及1年之定期給付扶養費之約定，而異其處理，且此法律見解具有原則上之重要性。原法院既未就此爭點，一般而言，係依不當得利之法律關係請求所代墊之扶養費，消滅時認定父母間就未成年子女之扶養費曾有1年或不及1年之定期給付約定，請求人依不當得利之法律關係為本件請求，自不適用短期消滅時效之規定。

法院之見解亦相當分歧，最高法院103年之判決¹⁹認為該等給付雖為定期，但本質上仍為不當得利請求權，乃在使受利益之他方一次返還其所受之利益，與民法第126條規定並不相同，自無適用短期消滅時效之餘地。而高等法院102年之判決²⁰則區分為扶養費與贍養費，主張扶養費並非利息、紅利、租金、贍養費、退職金，且無證據足證子女間，曾就扶養費達成1年或不及1年之定期給付協議，顯與民法第126條所指定期

¹² 最高法院105年度台簡抗字第269號民事裁定。

¹³ 林誠二，債法總論新解，體系化解說（上），2010年9月，頁294以下；王澤鑑，不當得利，自版，2009年7月增訂新版，頁66-74；曾品傑，裁判時報，第61期，2017年7月，頁103以下。

¹⁴ 最高法院101年度台上字第236號判決；類似見解請參考臺灣高等法院高雄分院104年度家上字第73號民事判決。

¹⁵ 最高法院106年度台簡抗字第96號民事裁定。

¹⁶ 最高法院107年度台簡抗字第147號民事裁定。

¹⁷ 臺灣高等法院臺中分院104年度上易字第72號民事判決。

¹⁸ 陳聰富，2012年民事法發展回顧：民事財產法裁判回顧，臺大法學論叢，第42卷特刊，2013年1月，頁974-975。

¹⁹ 最高法院103年度台抗字第363號民事裁定；類似主張請參考臺灣高等法院88年度家上字第315號民事判決。

²⁰ 臺灣高等法院102年度家上易字第6號民事裁定。

給付不同，據此為時效抗辯，要非可取。

德國法制之啟發

德國²¹於2002年對消滅時效制度做了大幅度之調整，基本上有三大原則：第一、將時效規定統一化（Vereinheitlichung）；第二、縮短時效期間（Verkürzung）；第三、將時效期間的起算予以主觀化（Subjektivierung），一般（3年）請求權時效採主觀說起算，於10年或30年之最長時效期間，則採客觀說，自請求權發生時起算。

德國一般時效之原則見於民法第194條第1項，請求他人作為或不作為之權利受時效之拘束。然其於同條第2項之有例外規定，因親屬關係所衍生之請求權，倘該請求權係針對未來，並以創造符合該親屬關係之狀態為目的者，則不受時效之拘束。例如請求同居義務之權利（第1353條第1項）、請求履行（未來）扶養義務之權利（第1360條至第1361條、第1601條以下）、請求未來贍養費權利（第1569條以下）。進一步因應歐洲契約法²²將一般消滅時效依照民法第195條縮減為3年，而不當得利請求權，除有特別規定外（例如德國民法第977、1302、2287 II、196條），亦為3年之消滅時效²³。

德國時效之新修正對於親屬法相關之請求權有重大修正²⁴，原本依繼承時效修正法（ErbVerjÄndG）規範之30年時效，已被廢止，而應回歸德國民法第195條及第199條之適用。因此有關於婚姻關係中、父母子女間、伴侶關係、照護看護或婚姻有關之花費間所產生之請求權，其應適用一般消滅時效。同樣適用於一般時效亦包含扶養費請求權

（Unterhaltensanspruch）²⁵。因此無論是否為小孩直接向父母請求之扶養費或由第三人代墊之費用，除有特別法律規定外，都適用一般時效之規定。

進一步必須思考者，父母本有對於其子女之扶養義務，如夫妻離婚後，扶養義務經由約定或法院判定僅一方付有義務，而遲遲未履行其義務，他方代墊其扶養費時，是否構成不當得利。於德國民法第1609條有明文規定其順位以及夫妻離婚時，子女扶養義務之法律地位；惟並非意味如負有前順位撫養義務之人不履行時，即由下一順位履行²⁶，因此如無扶養義務之他方父母代墊時，乃為他人履行義務，仍有不當得利之適用。

法院見解與評析

壹、是否構成不當得利

本案法院主張肯認上訴人與被上訴人協議離婚，並有協議書約定被上訴人應按月給付其1萬5,000元，該協議當事人並不爭執，亦為有效之約定，雖然父母對於子女之扶養義務並未因為父母離婚而有所改變，然既經由約定由被上訴人負擔其子女之扶養費用，被上訴人並未爭執其有何不能負擔扶養義務之情形，上訴人代其支出，雖為受損人之行為所致，然終究為無法律上之原因，可參考德國民法之規定，當有不當得利請求權之適用。

值得一提的是，雖然系爭協議書約定其子女由上訴人監護，上訴人於行使監護權之範圍內固有對其子女所為之扶養，然監護權之行使與扶養費之負擔義務，並非等同，父母對於子女之扶養費用當得視父母之經濟狀況及負擔能力而有所約定，經由約定或法院裁定負擔義務人、比例與方式，本案法院不採上訴人主張監護權之行使，包含扶養費負擔義務之

²¹ Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., vor § 194 Rn.3; Ellenberger, Palant Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., 2017, Überblick vor § 194, Rn. 1 ff.

²² 黃立，得國民法消滅時效制度的改革，政大法學論叢，第76期，2003年，頁15以下。

²³ BGH NJW 2007, S. 1584; NJW-RR 2008, S. 1237; Sprau, Palant Bürgerliches Kommentar, 76. Aufl., 2017, § 812 Rn. 69.

²⁴ Sprau, Palant Bürgerliches Kommentar, 76. Aufl., 2017, § 197 Rn. 6.

²⁵ 原本規範於德國民法第197條第2項第1款，且為30年時效，目前已刪除。

²⁶ Brudermüller, Palant Bürgerliches Kommentar, 76. Aufl., 2017, § 1609 Rn. 4 ff.

論點，值得贊同。

貳、是否適用民法第126條之短期時效？

本案法院雖主張，請求權因15年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定，民法第125條定有明文。但卻又沿用最高法院49年之判例²⁷主張，雖為不當得利返還請求權，但依規定或約定債權人應按時收取者，其時效之計算應與一般非定期給付之不當得利返還請求權有所不同，如屬各期相隔期間在1年以內之定期給付債權，應仍有民法第126條規定短期時效之適用。此觀諸實務上有關終止租約後及其他無租賃契約關係之賠償，債權人雖依不當得利法律關係請求，其並非請求給付租金，惟因債權人應與租金同樣按時收取，其時效之計算，仍依民法第126條規定有短期時效之適用，其請求權因5年間不行使而消滅益明，進而採相同法理，認為被上訴人及上訴人間就有關子女扶養費用之給付方式既已依系爭協議書明確約定被上訴人應按月給付上訴人1萬5,000元，即屬債權人（上訴人）應按時收取，且各期相隔期間在1年以內之定期給付債權，自應有民法第126條短期時效規定之適用。扶養費請求權，依民法第126條規定，因5年間不行使而消滅。所墊付王○瑄之扶養費98萬4,184元，已罹於消滅時效而不得請求。

有關於不當得利之請求權是否因其給付行為原因而於時效之認定有所不同，本文雖表贊同，然仍視個案情況而定，如其雖形式上為不當得利，但本質上²⁸屬1年以下之定期給付，當依前開最高法院49年之判例見解，回歸短期消滅時效。本案法院並未深究其性質上是否相同，而持肯定學者以債權人既因做成協議而可被合理期待得從速請求債務人履行此種不及1年之定期給付債權。然此合理之期待似難延伸至受損人之代墊行為，確有斟酌之必要。

綜此，本案法院之主張確有值得再行思考之處，首先該代墊之扶養

費請求權，性質上是否仍屬各期相隔期間在1年以內之定期給付債權。蓋上訴人與被上訴人間確有約定，應按月給付扶養費用，形式上已符合定期給付債權之內涵。然本案乃被上訴人請求上訴人代墊費用之返還，性質上已非協議書內容所稱之定期給付之扶養費，而為代墊款，其性質實務上²⁹認定為一次性給付之不當得利，而有15年消滅時效之適用。否則代墊費用之返還義務將受制於協議書中扶養費用之支付方式，並產生如晚近³⁰之判決，認為雖有負擔扶養費用之義務但因未約定定期給付而適用15年時效之不公平現象。特別是該代墊費用之所以成立不當得利，並非受損人有使受益人受益之意思，代為履行協議書內容，而是著眼於不堪受扶養人之生活匱乏，其支付扶養費用為無法律上之原因，因此性質上與租賃關係消滅後繼續占有租賃物而有類似租金之不當得利，而依民法第126規定，適用短期消滅時效之規定，本質上並不相同。

進一步值得探討者，民法第126條所列舉之短期時效項目為贍養費，扶養費是否亦包含其中，如前文所提，我國實務判決³¹中亦有主張此應不同處理，本文亦表贊同。參考德國民法第194條第2項³²對於因親屬關係所衍生之請求權，倘該請求權係針對未來，並以創造符合該親屬關係之狀態為目的者，例如扶養義務之請求權，甚至不受時效之拘束，確有參考價值，或可作為我國未來法理發展之參考。

延伸閱讀

- ▶ 郭玲惠，客運駕駛工作時間之認定——臺灣高等法院臺中分院104年度勞上更(一)字第1號民事判決評釋，裁判時報，2019年2月。
- ▶ 郭玲惠，客運駕駛工資與工時之計算——最高法院102年度台上字第1660號民事判決評釋，裁判時報，2018年11月。

²⁷ 最高法院49年台上字第1730號判例。

²⁸ 應是該給付之本質而為判斷，例如亦可能形式上為看護費用適用2年之短期時效，但實質上為定期給付，請參閱臺灣高等法院高雄分院105年度上易字第355號民事判決。

²⁹ 臺灣高等法院99年度上更(一)字第65號民事判決。

³⁰ 最高法院107年度台簡抗字第147號民事裁定。

³¹ 臺灣高等法院102年度家上易字第6號民事裁定。

³² Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., vor § 194 Rn. 3; Ellenberger, Palant Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., 2017, Überblick vor § 194, Rn. 1 ff.

- 郭玲惠，性別表現或性傾向歧視案——評臺北地方法院一〇〇年度勞訴第一七二號民事判決，裁判時報，2013年8月。
- 郭玲惠，臺灣高等法院九十四年重勞上字第二號判決評釋多重雇主之法律關係，臺灣勞動法學會學報，2009年12月。
- 郭玲惠，血源生父與婚生生父，月旦法學教室，2009年2月。
- 郭玲惠，玻璃娃娃事件之侵權責任，月旦法學教室，2006年8月。
- 郭玲惠，企業併購爭議問題臺北地方法院九十一年度勞訴字第一四四號判決評釋，臺灣勞動法學會學報，2006年3月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



權利失效理論

最高法院102年度台上字第1932號判決

郭玲惠*

事實與當事人主張

被上訴人受僱於上訴人擔任空服員，遭上訴人以勞基法第11條第2款所定「虧損或業務減縮」之事由，分別於90年9月、10月間以通知書終止兩造間之僱傭關係。上訴人並分別給付上訴人甲201,699元、乙335,817元、丙260,375元、丁332,306元。

一、被上訴人主張：伊原任職上訴人公司擔任空服員，詎上訴人於民國90年10月間以業務減縮及虧損為由，資遣伊並給付前開資遣費及預告期間工資，然上訴人於87至89年間，營運績效逐年上昇，90年度雖虧損3,174,621,000元，惟僅占其資本總額之14.4%，且虧損時間甚短，同年12月1日即僱用試用空服員21名，91年3月向立榮航空股份有限公司（下稱立榮公司）租用飛機及組員，以因應高雄至澳門航線增班需求，同年月並重新聘僱被資遣之空服員，91年之盈餘即達2,637,479,000元，故上訴人前開終止勞動契約顯非合法。上訴人應給付甲、乙、丙、丁等自100年1月1日起至伊復職日之前一日止，以及其因受領勞務遲延而負有給付工資義務所積欠之工資與加計法定遲延利息。備位如終止契約合法，另請求資遣費或預告工資短少之部分。

二、上訴人主張：伊於90年間因全球航空業不景氣，又適逢美國911事件發生，確有巨額虧損及業務緊縮情事，迫不得已始依勞基法第11條第2款規定資遣被上訴人，並告知其原因及資遣費內容。且被上訴人業已將資遣費支票兌現，期間亦未退回資遣費，或要求回復工作權，

* 德國哥廷根大學法學博士，臺北大學法律學系教授。



或準備給付勞務之通知；亦未參與另案訴訟或向伊表達爭執之意，依經驗法則及社會情感認知，應皆顯示被上訴人主觀上早已無維繫僱傭關係之意，伊當能信賴雙方僱傭關係業已消滅。此外被上訴人遲至10年後始提起訴訟，無非以他人訴訟之結果欲取利益，悖於法律安定性之要求，有違民法第148條誠信原則之規定。

縱使有因受理遲延必須給付被上訴人工資，然其10年後始表示回復工作權，其勞務提供之客觀環境已改變，被上訴人已就他業、育嬰等，被上訴人亦難依債務本旨提出或通知準備提出勞務，伊自未陷於受領遲延。

另伊空服員之薪資，本薪係定額給與，職務津貼、飛行津貼、差旅日支費均係空服員上機擔任職務服勤後，始能計算出數額之給與，然於90年10月間終止勞動契約關係後，被上訴人均未上機服勤，自無薪資可得請求。另勞雇關係之爭執及勞工權利之行使，不應漫無期限，勞雇雙方於契約終止後，勞方未曾爭議，卻於多年後提起上開確認僱傭關係存在、請求報酬之訴訟，有悖法律安定性之要求，依民法第148條之規定，應有權利失效原則之適用。

本案爭點與本文論點

一、上訴人資遣被上訴人是否符合勞基法第11條第1項第2款之事由？

二、上訴人是否有遲延受領被上訴人勞務給付之情事？

三、被上訴人於上訴人資遣後9年，始起訴主張上訴人資遣不合法，是否與民法第148條所定誠信原則有違而有權利失效及情事變更之問題？

本文除探討前開爭點外，並期藉由他山之石，介紹美國與日本立法例，反思我國適用之可能性。

學理之發展

民法上關於時效之規定主要有消滅時效與除斥期間，消滅時效於總則有比較完整的規範，除斥期間則散落於各處，僅於撤銷、終止等法律行為行使期間有其規定。

除斥期間並無與消滅時效一般，於民法第125條至第127條有2年、5年、15年之原則規範，散布於民法各該條文中，除斥期間可能為6個月、1年、10年不等，至其起算點亦各有不同。特別是當相關法令並未除斥期間之規定時，如本案勞動基準法第11條以及對於該等行為之異議權，並非對於權利人毫無限制，亦可能有權利是否會產生失效之問題。有關於前開終止契約或異議權等形成權之存續期間¹，主要可分為下述三類：第一、就個別形成權，設有存續期間（如民法第90條、第93條、第365條），惟期間多較消滅時效為短，以早日確定當事人的法律關係。第二、明定若干形成權之行使未定期間者，於他方當事人催告後，逾期未行使時，形成權消滅（例如民法第257條）。第三、未設有存續期間或催告之規定，如共有物分割請求權。²本案即屬於最後者，並未有相關權利存續間之規範。

按行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第148條第2項定有明文。此項規定，於任何權利之行使及義務之履行，均有其適用。權利人在相當期間內不行使其權利，如有特別情事，足使義務人正當信任權利人已不欲行使其權利，其嗣後再為主張，即可能為相對人主張，有違誠信而權利失效；又權利失效係基於誠信原則，與消滅時效制度無涉，要不因權利人之請求權尚未罹於時效而受影響³。法院實務上多斟酌權利之性質、法律行為之種類、當事人間之關係、社會經濟狀況及其他一切情事，以為認定之依據，然其具體之判斷標準，仍相當模糊。

¹ 黃立，民法總則，頁509，自版，2005年9月修訂四版；王澤鑑，民法總則，頁555，自版，2011年8月；邱聰智，民法總則（下），頁356-357，三民書局股份有限公司，2011年6月。

² 王澤鑑，民法總則，頁107，自版，2011年8月。

³ 最高法院106年度台上字第2467號民事判決；最高法院103年度台上字第854號判決；最高法院97年度台上字第950號判決。

壹、我國學理之發展

大法官王澤鑑⁴將德國權利失效理論引進我國，主張該等理論乃源自於誠信原則，其適用範圍涵蓋所有法之領域，包含公法、私法與訴訟法。以此見解當然包含勞動法。然如本案高院之主張，如債權人為勞工，則是否即無適用之可能，值得斟酌⁵。蓋勞工於勞動債權中，是否有特別保護之必要。不可否認，勞工於勞動關係中，確實是處於較弱勢之地位，因此我國有勞動基準法等強行規定，有關於時效規定之目的，乃為促使勞資雙方，儘速確認其法律關係，以利勞動契約之繼續進行或消滅，減少雙方之不利益。勞方既已取得權利，除有對於行使該權利無期待可能之情況，當有權利失效產生之可能。而勞工行使權利之期待可能性，亦得透過狀況要素之判斷或以時效之起算與中斷之制度，給予彌補，確無排除適用之必要性⁶。

學者曾品傑⁷源於「誠信原則」，主張「權利失效原則」乃為禁止權利濫用，以軟化權利效能而為特殊救濟之制度另其主張「權利失效原則」，與消滅時效之規定未盡相同，訴訟法同受有「誠信原則」規範之適用，法院當不得因已有消滅時效之規定即排除其適用，且應依職權為必要之調查審認⁸。

學者吳從周⁹則繼受德國法，並以最高法院97年之肯認權利失效適

用之內涵為出發，揭示該判決之核心：第一、法理依據：為誠信原則；第二、構成要件：為權利人於相當期間內不行使其權利（時間要素），並因其行為造成特殊之情況（狀況之要素），足引起義務人之正當信任，認為權利人已不欲行使其權利，或不欲義務人履行其義務（信賴要素）。類似見解亦見於學者姚志明¹⁰，特別強調綜有時間要素，但並未有值得信賴之狀況要素時，亦不構成權利失效。

貳、德國法制之介紹

德國有關於權利失效理論原則上適用於所有權利之行使上，無論是勞動法、不當得利、租賃、解除終止契約，甚或訴訟法，皆有其適用¹¹。有關於構成要件部分，主要區分為時間要素（Zeitmoment）、權利人之不作為（Untätigsein des Berechtigten）以及狀況要素（Umstandsmoment）三大核心。

一、時間要素

權利人必須經過一段時間未行使權利，而不行使時間之長短依個案而不同¹²，主要視其請求權之種類¹³。時間因素將因此不滿足，當有其他請求權產生，而有干擾權利請求之行為¹⁴。另如果權利人有結算或談判的行為或對於請求被駁回之情況，但並未有異議，則權利失效之期限，將因此縮短。¹⁵債務人清楚債權人並不知其有權利存在，則債務人不具有信賴保護¹⁶。另消滅時效之起算如因缺乏知悉或可得知悉之要

⁴ 王澤鑑，權利失效——一項重要法律原則之創設，收錄於民法學說與判例研究，第一冊，1998年9月，頁337以下。

⁵ 請參考陳忠五，權利失效在勞動關係上之適用，最高法院102年台上第1732、1766、1966判決評釋，台灣法學雜誌，第255期，2014年9月，頁44以下。

⁶ 贊同無排除適用之必要者，王澤鑑，權利失效——一項重要法律原則之創設，收錄於民法學說與判例研究，第一冊，1998年9月，頁337以下；吳從周，民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心，臺大法學論叢，第42卷第4期，2013年12月，頁1-130；洪瑩容，權利失效，評最高法院102年台上字第1766號民事判決，收錄於個別勞動法裁判選集，頁245以下。

⁷ 曾品傑，最高法院一〇四年度台上字第一九一四號判決，焦點判決：民事法，2016年4月，頁1-2。

⁸ 同樣主張亦見於吳從周，民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心，臺大法學論叢，第42卷第4期，2013年12月，頁1-130。

⁹ 吳從周，民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心，

臺大法學論叢，第42卷第4期，2013年12月，頁1-130。

¹⁰ 姚志明，權利失效與誠信原則，收錄於物權法之新思與新為，陳隆榮教授六秩華誕祝壽論文集，2016年8月，頁34。

¹¹ Gruneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, 2017, S. 273 ff.
¹² BAG NJW 2015, S. 2061.

¹³ BAG 2016, S. 168; Hamm NJW RR 97, S. 847.

¹⁴ BGH NJW 2016, S. 53.

¹⁵ Gruneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., 2017, § 242 Rn. 93.

¹⁶ BGH NJW 2000, S. 140.

素，而於較長之時間未為起算時，亦有可能成立權利失效¹⁷。此外，如果有客觀狀態（例如天災、戰爭等）顯然造成權利人無法行使權利者，亦會推延權利失效期間的完成而影響權利失效的發生，此等事由可參考時效中斷或不完全而有其適用¹⁸。

二、權利人之不作為

於前開時間要素之期間內，權利人必須未有任何權利行使之作為。如權利人曾於該期間有催告、異議或其他足以辨識其有主張權利之行為¹⁹。另並不要求權利人對於權利之存在知悉，同樣也不考慮債務人是否有認識²⁰。惟如對於權利人之不知悉乃因為義務人之行為或其依法行為所致者，則權利失效將排除適用²¹。

三、狀況要素

狀況要素又稱為信賴事實（Vertrauenstatbestand），義務人必須因為權利人之行為，使其認知權利人將不行使其權利。此外必須義務人有足夠理由存有信賴事實，認知權利人未來如行使權利將造成無法預期之不利利益²²。有關於狀況要素學者吳從周²³依德國學說從權利人的行為與義務人的行為兩方面加以分析。權利人的行為於狀況要素上，必須在客觀的觀察判斷上或者說依據權利人客觀的認識水準上，義務人從權利人的整體行為可以看出，權利人將不再主張其權利。對此，權利人主觀的意思為何並不重要（如果注重權利人的主觀意思，則屬法律行為的權利拋棄），而是客觀上對於權利人的整體行為進行評價，即使違反權利人

主觀的意思，亦可認定權利失效。

而義務人的信賴必須明確而可被認識地表明在義務人所採取的行為措施上。如果義務人已經因為基於債權人不擬行使權利，基於信賴現狀而處分其財產（Vermögensdisposition）²⁴（例如使用銀行的儲蓄），此為典型的所謂「信賴投資」的情況，如此則義務人具備值得保護的信賴要素。正因為義務人信賴權利人的行為而為如此的處分行為，就很難再期待義務人為給付。

四、法律效果

權利失效一經產生，其權利之行使即受到限制，不得再主張，義務人得以此抗辯拒絕權利人權利之行使。惟該權利是否消滅，僅為權利行使之障礙（Ausübungshemmung）（權利障礙說），抑或權利消滅（Untergang des Rechts）（權利消滅說），實值得斟酌，於德國學理與實務上亦有不同之見解，多數見解²⁵主張其為「權利失效抗辯」（Verwirkungseinwand），不僅權利人不得主張，該權利之承繼人亦不得主張。特別是對於已失效之權利為給付者，不得請求返還，因為其給付之受領具有法律上原因。我國究應採何理論，本文礙於篇幅暫不深論，但亦贊同學者吳從周之理論採德國通說惟妥。

實務發展

我國民法中並無權利失效之明文規定，實務上亦有肯否兩派學說：

壹、肯定說

首先最高法院早於61年²⁶即依誠實信用原則，有實質上承認權利失效之主張：如果權利人原本有一定之請求權，但卻長期沉默不為行動，

¹⁷ Gröneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., 2017, § 242 Rn. 95.

¹⁸ 吳從周，民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心，臺大法學論叢，第42卷第4期，2013年12月，頁1-130。

¹⁹ BGH 132, S. 95; FamRZ 88, S. 480.

²⁰ BGH 25, S. 47/53; NJW 2007, S. 2183; Saarbrücken NJW-RR 1989, S. 559; LG München NJW-RR 1989, S. 852.

²¹ BGH 25, S. 47/53; NJW 2007, S. 2183; BGH NJW-RR 2015, S. 1234.

²² BGH NJW 2011, S. 212; BAG NJW, 2001, S. 2907.

²³ 吳從周，民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心，臺大法學論叢，第42卷第4期，2013年12月，頁1-130。

²⁴ BGH 67, S. 68; NJW 1984, S. 84.

²⁵ Gröneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., 2017, § 242 Rn. 95; BGH 67, S. 68.

²⁶ 最高法院在61年度台上字第2400號判決。

而在相當的長時間內不行使其權利，並且有特別情事或行為，足以引起義務人正當信任，以為債權人不欲其履行義務時，則基於「誠實信用原則」，如果忽然貫徹其請求權之行使，將致令義務人陷於窘境，債權人應不得再為主張。

後於96年²⁷判決中主張，在消滅時效的抗辯權行使上，最高法院也試圖運用誠信原則以限制債務人的抗辯權行使。最高法院97年²⁸判決明白指出，審判法院當不得因已有消滅時效之規定即逕予拒斥其適用，且應依職權為必要之調查審認，始不失民法揭櫫『誠信原則』之真諦，並符合訴訟法同受有「誠信原則」規範之適用。

晚近107年²⁹最高法院之判決亦明白採肯定見解：至提起本訴前，10年間未再對上訴人為任何之權利主張。似此情形，依社會交易之慣習，上訴人其長期且大量生產後，被上訴人再為本件不當得利之權利行使，有違誠信原則。

貳、否定說

如前文所提及，權利失效原則於我國實務仍存有不同意見，例如最高法院95年之判決指出³⁰「消滅時效」為法律上所規定，主張時效完成之抗辯為權利之行使，與誠信原則無關。上訴人延誤未提起訴訟，其逾期起訴後為時效抗辯，為法律賦予被上訴人之權利，自亦無違誠信。

晚近亦有判決主張，既為法律所授予權利人之權利，權利行使為其

正當權利，當無權利失效之適用，例如最高法院106年³¹之判決：被上訴人雖經相當時期始提起本件訴訟，然其為系爭土地共有人之一，行使法律上正當權利，難認有何違反誠信而致權利失效。

與本案相同之航空業判決亦有不承認權利失效之可能性，特別是100年³²高等法院之判決指出，蓋勞基法具有保護勞工之社會目的，故勞工請求權之失效，宜特別慎重處理，在勞動關係存續中，原則上不得苛責勞工主張權利，因此權利失效理論，以適用於雇主方面較為適宜。該判決甚至限制權利失效理論不得適用於經濟地位較弱勢之一方。

外國立法例相關時效之參考

壹、美國勞動法概述

一、美國相關法制

美國勞工法和美國勞資制度間，有一種共生關係存在，相較於歐洲許多國家透過國家正式立法解決，許多美國勞資間之糾紛，往往係仰賴私人性質的勞動仲裁制度解決，而該仲裁制度，更是在法院及行政機關之法律體制外運作³³。因此，美國亦無如同歐洲許多國家，有就僱用法（employment law）作出全國統一適用之原則性規定，而係由各州各自規範。美國大多數州勞動法係採用自由主義（employment at will）³⁴。

美國勞雇雙方在僱用自由主義的概念下，可不附理由隨時終止勞動契約，此時，有無討論時效或期間的空間，尚待商榷，行使權利期限限制則散見於特別明文，例如國家勞工關係法（National Labor Relations

²⁷ 最高法院96年度台上字第2250判決其主要理由為：「時效完成後，債務人僅取得拒絕給付之抗辯權，債權人之債權並不因而消滅，是否行使時效抗辯權，乃為債務人之權利，得由債務人自由處分。被上訴人從上訴人請求開始經其發函協商應允理賠迄最後拒絕理賠期間幾近六個月，上訴人仍在繼續請求中，被上訴人並未拒絕上訴人之請求，因此上訴人主張被上訴人於訴訟中提出時效抗辯，有違誠信原則云云，是否全然無據，尚非無推求餘地。原審徒以時效抗辯為法律賦予被上訴人之權利，認被上訴人於訴訟上為時效抗辯並不違背誠信原則，未免率斷。」

²⁸ 最高法院97年度台上字第950號判決。

²⁹ 最高法院106年度台上字第2467號民事判決（107年9月26日）。

³⁰ 最高法院95年度保險上字第49號判決

³¹ 最高法院106年度台上字第151號民事判決。

³² 臺灣高等法院100年度重勞上字第38號民事判決。

³³ 焦興鎧，美國勞工法入門，頁1、8，國立編譯館，1996年5月初版。

³⁴ 美國亦有州採用類似臺灣的解僱保護制度（good cause discharge），如蒙大拿州，訂定統一性禁止不當解僱之州法，即雇主需具有正當事由始可解僱勞工，轉引自焦興鎧，美國法上不當解僱之概念及救濟之道，美國研究，第18卷第2期，1988年6月，頁86。

Act, 簡稱NLRA) 關於不當勞動行為裁決制度之期間限制、民權法案第七章關於就業歧視之申訴期間、職業安全暨健康法 (Occupational Safety and Health Act, 簡稱OSH Act) 勞工就其遭受不利益對待向勞動部提出申訴之期間限制等, 而其他聯邦或者各州之民事訴訟法中, 亦不乏期間限制之規範。本文認美國於勞工之法制度面和我國雖存有本質上的不同, 與本案相關之終止契約中除斥期間亦因此無完全相對應的概念, 但關於不當勞動行為、就業歧視及職場安全之申訴期間規定, 以及前開期間限制於美國實務上之運作, 仍可歸納出若干期間起算原則及例外, 此等期間起算之原則及例外非完全不具參考價值, 本文將於下概述之。

二、不當勞動行為裁決制度之期間

(一) 美國國家勞工關係法

依據國家勞工關係法第10條(b)規定, 國家勞工關係委員會針對勞雇不當勞動行為之申訴, 有6個月的起訴期間之限制, 自遭受不當勞動行為的一方, 收到確定、具體的不當勞動行為通知後, 始開始起算。依據美國法實務案例, 勞工多以雇主違反勞資協議為由對雇主提起申訴, 或以工會違反公平代表的職責對工會提出申訴³⁵, 其中亦有判決明確指出6個月的期間限制, 應自申請者「發現」或「合理地發現所有構成申訴的實質要件」起算³⁶。

(二) 就業歧視之申訴期間

美國民權法案中, 有許多與禁止就業歧視有相關之關聯, 其中, 又以1964年的民權法案第七章, 範圍最廣且影響最深遠如同不當勞動行為, 受到就業歧視的勞工向平等就業機會委員會³⁷提起救濟, 亦有期間限制的規定, 原則上應於違法僱傭行為發生後的180天內, 提出申訴³⁸。

惟若各「州」或「地方」行政機關有禁止在同一基礎上為就業歧視之強制規定, 該180天之申訴期間則會延長至300天, 如紐約州³⁹。應注意的是, 在年齡就業歧視之期間則略有不同, 年齡歧視的申訴期間僅有在下列唯一情況始延長為300天, 即需「州法」(state law) 有禁止年齡就業歧視之法律規定, 且州的相關機關有強制執行該禁止規定, 若僅有「地方法律」(local law) 禁止年齡歧視則不屬之⁴⁰。

美國實務亦提出「連續違反原則」之見解, 如果勞工不斷遭受歧視, 則可延後民權法案第七章期間限制之起算點, 延至最後一個歧視行為結束時始開始起算。而勞工為了證明有連續違反之事實, 需提出「一連串之違法行為, 而其中需有一個或數個違反行為係於期間限制內發生」, 或是「在期間限制內或之前, 有歧視性之政策存在」⁴¹。

(三) 職業安全與健康法之雇主不利益對待申訴期間

美國國會於1970年制訂通過職業安全暨健康法, 勞工行使前開法定權利時, 雇主不得對勞工有報復或不公平待遇之不利對待。在職業安全暨健康法第11節(c)(2)則規定勞工相對應之救濟權利: 「任何勞工認雇主違反前開規定, 在解僱或不公平待遇之不利對待發生後之30日內, 可向勞動部就此不利益對待提出申訴。勞動部接受申訴後, 應展開適當的調查。如果在調查中, 勞動部認雇主違反本節規定, 即應向有管轄權之美國地方法院提起訴訟。美國地方法院若認有充分事證顯示雇主有違反(1)規定, 可給予勞工適當的救濟手段, 包含重新聘用或給予不利益對待期間原職位之薪資。」⁴²程序上, 勞工應在歧視事實發生後30日內向勞

³⁹ Adel AHMED v. SAMSON MANAGEMENT CORP., 1996 WL 183011 (S.D.N.Y.).

⁴⁰ U.S. Equal Employment Opportunity Commission, available at <http://www.eeoc.gov/employees/timeliness.cfm>, last visit 2015/2/16.

⁴¹ Adel AHMED v. SAMSON MANAGEMENT CORP., 1996 WL 183011 (S.D.N.Y.).

⁴² Occupational Safety and Health Act Section 11(c)(2): "Any employee who believes that he has been discharged or otherwise discriminated against by any person in violation of this subsection may, within thirty days after such violation occurs, file a complaint with the Secretary alleging such discrimination. Upon receipt of such complaint, the Secretary shall cause such investigation to be made as he deems appropriate. If upon such investigation, the Secretary determines that the provisions

³⁵ Becker v. International Broth. of Teamsters Local 120, 742 F.3d 330. DelCostello v. International Broth. of Teamsters, 462 U.S. 151.

³⁶ Price v. Washington Metropolitan Area Transit Authority, 41 A.3d 526.

³⁷ 焦興鎧, 美國勞工法上就業歧視問題之最新發展, 美國研究, 第20卷第2期, 1990年6月, 頁61。

³⁸ Civil Rights Act of 1964, s 706(e), 42 U.S.C.A. s 2000e-5(e).

動部提出申訴，若逾期始提出申訴通常會被視為無效，除非勞工有「強烈情有可原」的情況存在（strongly extenuating circumstances），如雇主違反規定是一個持續性地行為，或雇主為自己違法行為尋找理由而誤導勞工⁴³，抑或勞工已進行仲裁程序或已向其他機關提交相同的申訴⁴⁴，該法定之期間限制始延長之。

貳、德國法之規定

一、德國相關法制概述

有關終止契約之時效，係適用德國民法第621條之規定，通常此係針對管理人。德國認為終止權之性質屬形成權，關於勞動契約終止之部分於德國終止契約保護法（Das Kündigungsschutzgesetz）以及德國民法第622條以下規定之。而勞動法制中終止契約發展出兩種型態，當事人若有重大事由得隨時終止契約，此即非經預告終止契約或稱即時終止、非常終止⁴⁵；當事人若無重大事由，基於消滅契約自由原則，可任意終止契約，但需事先提出預告，契約在預告期間屆滿後方才消滅⁴⁶，此即經預告之終止契約，又稱通常終止，其功能主要在結束不定期的繼續性

of this subsection have been violated, he shall bring an action in any appropriate United States district court against such person. In any such action the United States district courts shall have jurisdiction, for cause shown to restrain violations of paragraph (1) of this subsection and order all appropriate relief including rehiring or reinstatement of the employee to his former position with back pay.”

⁴³ Nicholas A. Ashford and Judith I. Katz, *UNSAFE WORKING CONDITIONS: EMPLOYEE RIGHTS UNDER THE LABOR MANAGEMENT RELATIONS ACT AND THE OCCUPATIONAL SAFETY & HEALTH ACT*, Notre Dame Lawyer Volume 52 Number 5 802, 820 (June 1977).

⁴⁴ Ray MARSHALL v. CERTIFIED WELDING CORP. and Wycon Chemical Co., 1978 WL 19111 (C.A.10).

⁴⁵ 林更盛，德國勞動契約終止制度之研究，頁4，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1989年。

⁴⁶ 吳姿慧，勞動契約之特質及契約終止時之保護規範（下），月旦法學教室，第49期，2006年11月，頁90。

債之關係、確定其給付範圍，故原則上不需有終止事由⁴⁷。現行法上對勞動契約之終止主要是就通常、非常終止，前者規定於德國民法第622條之中，而後者則規定於德國民法第626條⁴⁸。對照我國法制上勞動契約終止之規定⁴⁹，通常終止應係包括我國勞動基準法第11條及第15條雇主或勞工預告終止契約之情形，而非非常終止應是指我國勞動基準法第12條、第14條雇主或勞工不經預告終止契約之情形。其勞動契約終止之規定，無論係勞工或雇主發動之，皆非如我國以列舉方式規範，雇主與勞工所為之不經預告終止契約，皆以重大事由作為原因⁵⁰。

二、終止契約之除斥期間與訴訟時效

終止契約保護法第3條規定，如勞方欲主張雇主係不符合社會相當性，其可終止契約（於德國終止契約除法定事由外，須具備最後手段性，社會相當性即被包括在其中），須在1個禮拜內向企業廠場協商會提出異議，勞工提出異議後，廠場協商會依企業組織法第102條，會先舉辦聽證，最後才去決定異議是否有理由。如廠場協商會認定此異議係有理由，其首先會告知雇主其認為異議係有理由的，對於異議結果之處理，如有要求，其會以書面通知勞工及雇主。

依照企業組織法第102條及第103條，若有符合相關規定，參考斟酌認定該異議是否有理由。於同法第4條規定，如勞工欲主張終止契約係不具有社會相當性，或有其他理由契約係無效的，其需於書面終止契約到達後3個禮拜內，向勞工法院提出確認勞雇關係存在之訴；該法第2條有關變更勞動條件不符合社會相當性，或依照其他理由契約係無效之訴訟，若勞工係有提出異議者，勞工此時須同時備有廠場協商會對其提出之通知，若終止契約係需要主管機關之同意，此時時間之起算係自其獲

⁴⁷ 吳姿慧，勞動契約之特質及契約終止時之保護規範（下），月旦法學教室，第49期，2006年11月，頁4。

⁴⁸ 吳姿慧，勞動契約之特質及契約終止時之保護規範（下），月旦法學教室，第49期，2006年11月，頁50。

⁴⁹ 林更盛等，勞動基準法釋義——施行二十年之回顧與展望，頁319，新學林出版股份有限公司，2009年9月2版。

⁵⁰ Müller-Glöße, Erfurter Kommentar, 11. Aufl., 2011, BGB § 626 Rn. 158.

知主管機關裁定開始起算。⁵¹

又終止契約保護法第5條第1項規範，時效延後之規定，如勞工終止契約，依照其狀況，其已盡到注意義務，無法期待其於上述3個禮拜時效內提起訴訟主張終止契約，基於其申請，此訴訟事後提出係可能被允許的。同樣情形，於一位婦女懷孕時，且基於其非可歸責之原因，於終止契約保護法第4條期限已經經過，其始知其可提出訴訟，本項前段之延長亦可被適用；於同法第5條第2項則規定嗣後請求訴訟，受到拘束，事先已提出請求，時效係從前面開始，提起訴訟後如有阻止事由發生時，可在阻止事由發生後2個禮拜內提出。

又同條第3項規定，如有中斷，係中斷後2個禮拜內；正常時效最長係6個月內；在本條第4項規範，嗣後申請之程序，勞工法庭於訴訟進行中，僅針對申請之內容做調查判斷，於此狀態下，透過中間之裁判，嗣後所提出之請求具有影響到其他裁判之效力者亦被允許。

本案判決理由評析

一、本案上訴人資遣被上訴人是否符合勞基法第11條第1項第2款之事由，非本文討論之核心，礙於篇幅暫予割捨，但乙其虧損後又購新機之情形，恐不成立，法院主張終止系爭勞動契約非合法，本文贊同。

二、上訴人是否有遲延受領被上訴人勞務給付之情事

判決中認為上訴人於資遣被上訴人時已收回其識別門禁卡，可見上訴人當時已拒絕接受被上訴人繼續提供勞務，應負受領遲延責任，被上訴人無需再行催告或提示勞務。此論點確有爭議，蓋收回門禁卡，乃因上訴人認為以合法終止契約，是否等同預示拒絕接受勞務，確有可議之處，實務上亦有不同之見解，本文亦礙於篇幅，暫不深論，然如肯定上訴人確有受領遲延之情事，被上訴人亦恐因未消滅時效之限制，僅能請求最近5年之薪資。

三、上訴人資遣被上訴人如不合法，被上訴人於上訴人資遣後9年，始起訴主張上訴人資遣不合法，是否與民法第148條所定誠信原則有違而有權利失效，另外國立法例得否作為本案民法第1條法理之適用。

本判決法院主張上訴人援用德國勞動契約終止保護法第4條、第5條之規定抗辯被上訴人於資遣9年後始起訴有違誠信原則，應認權利失效云云。惟德國勞動契約終止保護法之內容與我國現行制度不同，難以比附援引。且勞基法具有保護勞工之社會目的，在勞動關係存續中，原則上不得苛責勞工主張權利，因此權利失效理論，以適用於雇主方面為宜。此論點值得思考，德國終止契約保護法因另有規定訴訟時效，且終止契約前已存有異議制度，直接援引固有不當，但德國有關於權利失效之理論仍有可採之處。值得一提者，為何權利失效理論僅適用於雇主，基於法之安定性，如勞工已離職良久，實無特別保護之必要，而應綜合判斷，本案是否有時間上、權利人之行為上或信賴事實之存在。所謂時間上之考量，9年是否過長，依德國法之見解，似無一致長短，然如參酌美國法制，特別是基於法律關係之安定性，以及勞動關係為繼續性之特質，本文主張採較嚴格解釋之必要，應嚴格審視該等9年期間，是否具備其他要素，特別是被上訴人於該期間內，是否曾有行為使上訴人認知其不擬行使權利或有其他狀況證據，使其足以相信，被上訴人不擬行使其權利。換言之，可參考前文所提德國學理見解，義務人必須因為權利人之行為，使其認知權利人將不行使其權利。此外必須義務人有足夠理由存有信賴事實，認知權利人未來如行使權利將造成無法預期之不利利益。

本案上訴人於資遣被上訴人時，已告知資遣事由，並將資遣費存入被上訴人之帳戶，期間被上訴人並未採取任何行為，主張上訴人違法資遣。被上訴人主張上訴人既已收受資遣費，既未表示異議或返還，亦未有準備提供勞務之提示，且已另覓他職，即有足以使其信賴之事實存在。本文雖贊同其結論，有權利失效之適用，然理由略有不同。有關於上訴人兌現資遣費支票一事，並不能因此而推之被上訴人對於資遣一事同意，因其支付並非勞資雙方協議。然期間相對於被上訴人之不作為，

⁵¹ Kiel, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage, 2011, KSchG § 3 Rn. 1.

上訴人有重行雇用員工之作為，顯其已認知其與被上訴人間之勞動關係已消滅，信賴要素應已構成。至於被上訴人等待其他勞工之訴訟結果始提出訴訟，當無法構成難以期待其可行使權利之特殊例外情形而產生類似時效中斷之效果。同樣參考美國法制，被上訴人亦未達到美國法所謂「除非勞工有『強烈情有可原』的情況存在」，如雇主違反規定是一個持續性地行為，或雇主為自己違法行為尋找理由而誤導勞工。

本案法院以上訴人任用之空服員眾多，對人力配置及安排並無困難，自無權利失效原則之適用。該等理由，確有可議，特別是是否能回復原狀，繼續聘用與非法解僱之訴訟權利是否失效，為不同之爭議，實難並論。

延伸閱讀

- 郭玲惠，客運駕駛工作時間之認定——臺灣高等法院臺中分院104年度勞上更(一)字第1號民事判決評釋，裁判時報，2019年2月。
- 郭玲惠，客運駕駛工資與工時之計算——最高法院102年度台上字第1660號民事判決評釋，裁判時報，2018年11月。
- 郭玲惠，性別表現或性傾向歧視案——評臺北地方法院一〇〇年度勞訴第一七二號民事判決，裁判時報，2013年8月。
- 郭玲惠，臺灣高等法院九十四年重勞上字第二號判決評釋多重雇主之法律關係，臺灣勞動法學會學報，2009年12月。
- 郭玲惠，血源生父與婚生生父，月旦法學教室，2009年2月。

更多相關文獻，請上月旦知識庫



權利濫用的標準

最高法院103年度台上字第2520號判決

王怡蘋*

本案事實

原告主張其為坐落新北市○○區○○段○○○○地號及同段一〇三〇地號（下分稱一〇二九、一〇三〇地號）土地之所有權人，被告未經其同意，亦無任何權源，在上開二筆土地上興建建物（門牌號碼為新北市○○區○○街○○○巷○弄○號，下稱系爭建物），無權占有如第一審判決附圖斜線所示面積九十七點零七平方公尺土地（下稱系爭土地），致原告受有相當於租金之損失等情，爰依民法第七百六十七條第一項、第一百七十九條及第一百八十四條第一項之規定，求為命被上訴人將系爭建物拆除，返還占用之系爭土地，並自伊取得上開二筆土地所有權之民國一〇〇年七月一日起至返還土地之日止，按年給付新台幣十四萬六千七百七十元之判決。

被告則抗辯系爭土地及其上之系爭建物原為訴外人陳○仙，即其姑媽所有，因陳○仙年老無依，乃於七十八年初要被告與其同住，並承諾以後將未辦保存登記之系爭建物贈與給被告，被告遂於同年三月六日遷入系爭建物，並開始以行使地上權之意思占有系爭土地迄今。嗣後，陳○仙將系爭土地及建物贈與被告及訴外人陳○生，並立贈與書，聲明將系爭土地及建物先單獨過戶給被告，迨陳○仙於同年十月十六日死亡，其繼承人黃○英（陳○仙養女）於被告移轉系爭土地及建物登記請求權時效消滅後，於九十七年間對被告提起拆屋還地訴訟，惟經原台灣板橋地方法院九十七年度訴字第五六五號判決認定系爭贈與書為真正，並以

* 德國佛萊堡大學法學博士，臺北大學法律學系教授。

作者更多完整且精彩的内容
請至月旦知識庫 www.lawdata.com.tw



被告有權占有系爭土地而判決黃○英敗訴確定。黃○英隨即於一○○年六月間以四百萬元之低價將上開二筆土地出售予原告，而原告已知其與黃○英間存在贈與之債權契約，其有權占有系爭土地，卻仍執意購買該土地，並訴請伊拆屋還地，其權利之行使顯係以損害他人為主要目的，違反誠信原則。

第二審法院廢棄第一審法院所為原告勝訴之判決，其依據為台灣板橋地方法院九十七年度訴字第五六五號民事判決，該判決認定被告係基於贈與契約之法律關係占有系爭土地，並非無權占有，而判決黃○英敗訴確定。雖然該贈與契約之法律關係僅存在於被告與黃○英之間，而無拘束本案原告之效力；惟依證人證稱，黃○英曾拿不起訴處分書給證人看，證人則於締約前拿不起訴處分書予原告看，原告認係單純占用，拿錢即可以解決等語，再觀諸被告與黃○英互告侵占、誣告，均經檢察官為不起訴處分，且檢察官於不起訴處分書中援引系爭贈與書及上述民事判決，並以該判決認定系爭贈與有效為由，認定被告非無權占有，為其無誣告犯意之佐證，可知原告與黃○英簽訂上開土地買賣契約之前，已得從上開不起訴處分書內容知悉被告係基於贈與契約關係而有權占有系爭土地。原告之配偶雖然證稱，其係於第二次付款時，黃○英始交予不起訴處分書。然證人為原告與黃○英間買賣上開土地之介紹人，收到涉及權益之不起訴處分書，不可能不轉交予原告，且其證言亦無迴護被告之理，應認證人之證言較為可採。況上開二筆土地以公告現值計算，即高達一千零十九萬二千三百五十元，原告竟僅以四百萬元購買，益證其知悉前手黃○英不得對被告主張拆屋還地，始得以遠低於市場行情之價格購買該土地。而原告既明知被告係基於黃○英之被繼承人之贈與關係而占有系爭土地，非屬無權占有，竟為使被告無從基於債之關係為抗辯，脫免黃○英容忍占有之義務而受讓該土地，其據以請求被告拆屋還地，自應認係以損害他人為主要目的，而為法所不許。從而，原告請求被告拆屋還地及返還相當於租金之利益，均不應准許。

原告對第二審判決不服，提起上訴。

爭點

本案爭點在於原告行使所有物返還請求權之行為是否構成權利濫用。

判決理由

按權利之行使，不得以損害他人為主要目的，民法第一百四十八條第一項前段固著有明文。惟權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失極大者，基於權利社會化之基本內涵，雖非不得認為係以損害他人為主要目的；然在自由經濟市場機制下，當事人倘斟酌情況，權衡損益，為追求其經濟效益或其他正當之目的而締結買賣契約，並據以行使其依法取得之權利，除係以損害他人為「主要」之目的，因此造成他人及國家社會極大之損害，而違背權利社會化之基本內涵與社會倫理外，尚難遽指其為權利濫用。申言之，如綜合一切具體情事觀察，比較衡量權利人因權利行使所能取得之利益，除其自己所獲得之利益極微，並對他人及社會所造成之損失極大而應受限制外，尚不能認其權利之行使即係以損害他人為主要目的，致生權利濫用之情事，俾免過度限制自由市場中物暢其流之機能，轉使國家社會之經濟受到妨害。查原告係以四百萬元購買上開二筆土地，乃原審所確定之事實，並有不動產買賣契約書可稽。而其中之一○三○地號土地，其面積為七四點一三平方公尺，占上開二筆土地全部面積一百零三點七六平方公尺之百分之七十一，業經土地使用分區編為道路用地，屬公共設施保留地，亦有上開土地登記第二類謄本、新北市政府都市計畫土地使用分區（或公共設施用地）證明書足憑。且原告於原審一再主張：黃○英告知系爭建物無使用執照，係違章建築，伊始以四百萬元購買上開二筆土地，並非顯不相當之對價；伊係為維護己身土地所有權之完整性而訴請拆屋還地，非以損害他人為目的，無權利濫用之情事等語。原審未遑詳

予調查審究原告因權利行使所能取得之利益為何？暨其權利之行使對被告及社會國家可能造成之損失為何？並加以衡量比較，資以判斷原告向黃○英購買上開二筆土地而據以行使請求拆屋還地之權利是否以損害被告為「主要目的」？徒以原告提起本件訴訟，係以損害被告為目的，遽為原告不利之論斷，依上說明，尚嫌速斷。

評析

壹、權利濫用之規範

本案被告抗辯原告之行為屬權利濫用，所謂權利濫用規定於民法第148條，謂：「Ⅰ權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。Ⅱ行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」其中第Ⅰ項之「違反公共利益」與「以損害他人為主要目的」為權利濫用之具體規定。「權利行使不得違反公共利益」係指權利行使應受公共利益限制，而所謂公共利益係指不特定多數人之利益通稱，包含國家社會與個人利益，為維持國家社會存續與發展所不可欠缺之合理秩序，因此，在判斷上應就個案權利人之行為予以客觀判斷¹。至於「權利行使不得以損害他人為主要目的」，在個案判斷上，最高法院71年台上字第737號判例採取「利益衡量」判斷標準，值得肯定²，並為後續判決所遵循，該判例謂：「權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，必較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋。」

第148條第2項規定則為概括式規定之帝王條款，就法學方法論而言，在個案上應先適用第1項關於權利濫用之具體規定，避免動輒直接

訴諸第2項有帝王條款之稱的誠實信用原則³。

貳、原權利人已不得主張所有物返還請求權之案例類型

一、類型特徵與問題

本案被告係因訴外人陳○仙邀其同住而遷入，嗣後雙方並定有贈與契約，待陳○仙過世後由其黃○英繼承其財產，被告之移轉系爭土地與建物登記請求權雖已消滅時效，但對該屋之占有仍屬有權占有，致黃○英不得向被告主張所有物返還請求權。黃○英將該筆土地出售與原告，並辦理所有權移轉登記，原告於取得土地所有權後，對被告主張所有物返還請求權。由於契約僅具有相對性，因此，被告占有系爭土地對於黃○英而言，屬於有權占有，對於原告而言，則屬於無權占有。問題在於當土地之原權利人已不得再對土地占有人行使所有物返還請求權時，對於土地之原權利人而言，自有誘因將土地讓與其他人，由受讓人主張所有物返還請求權，以便再取回土地占有與利用權限。然而另一方面誠如上述判決所言，在自由經濟市場機制下，當事人本得基於追求經濟效益或其他正當目的而締結買賣契約，並據以行使其依法取得之權利。換言之，對於土地原權利人而言，將土地出售並移轉所有權與他人，本為合法行使權利之行為，正因此故，民法第425條定有買賣不破租賃之規定，以保障承租人之權益；對於土地受讓人而言，其基於經濟利益等各式因素考量購買並受讓土地後，依法行使所有物返還請求權，亦屬合法行使權利。因此，在此類型案件中，何時可認為土地所有權人行使所有物返還請求權屬於權利濫用，其判斷標準為何，則成為值得關注之問題。

觀察本案第二審與第三審判決內容，第二審判決係以被告遠低於公告現值之價格（公告現值為一千零十九萬二千三百五十元，購買價格為四百萬元）購買系爭土地，認定可證明原告知悉前手黃○英不得對被告主張拆屋還地，而原告明知此一情事，仍受讓該土地，並據以請求拆屋

¹ 王澤鑑，民法總則，2014年2月3版，頁622。

² 王澤鑑，註1，頁617。

³ 楊仁壽，論權利濫用禁止原則之適用，法令月刊，第41卷第2期，1990年2月，頁6；王澤鑑，註1，頁616。

還地，因此，原告之行為應屬於權利濫用。第三審判決則指摘二點，其一是系爭土地之71%已編為道路用地，屬於公共設施用地，且土地之建物為違章建築，因此四百萬元之購買價格並非顯不相當。其二原審未詳究原告因權利行使所能取得之利益為何，以及權利行使對被告及社會國家可能造成之損失為何。依此，第二審判決似乎以原告於受讓土地所有權之前是否知悉黃○英不得對被告行使所有物返還請求權一事，判斷原告之行為是否以損害他人為主要目的，而屬於權利濫用。第三審判決並未指摘此項判斷標準，而是指摘第二審判決認定買賣價格顯不相當，似在指摘第二審判決推斷原告知悉之論證基礎；此外，第三審並指摘第二審判決未審究原告所能取得之利益與被告及社會國家可能受到之損害，似關於利益衡量之考量，若此，則為權利濫用之判斷標準。由此，第三審法院是否肯認以買受人是否知悉出賣人不得行使所有物返還請求權，作為判斷其是否以損害他人為主要目的之依據，不得而知，但第三審法院進一步提出利益衡量之考量，應可認為係延續上述最高法院71年台上字第7373號判例之意旨。

就買賣契約之規定而言，基於第349條、第351條之規定，如有其他人得合法利用買賣標的，出賣人本有告知之義務，否則即應負權利瑕疵之責任，因此，於締結買賣契約前，買受人知悉系爭土地上有其他合法利用人、合法利用之法律依據，以及何時得對該利用人主張所有物返還請求權等相關情事，似非屬例外之情形⁴。職是，可否因受讓人是否知悉前手已不得對土地利用人行使所有物返還請求權，即認定受讓人行使權利之行為係以損害他人為主要目的，似有疑慮，而同樣以此為判斷因素之判決，似尚有最高法院100年度台上字第463號判決，茲舉此判決說明。

二、最高法院100年度台上字第463號判決

(一)法律事實

原告主張，其坐落台中縣沙鹿鎮○○段495之1、495之3、495之4號土地為兩造之父林○益自兩造祖父林○嬌繼承所取得，被告在該土地上建屋居住，並開設幼稚園，林○益前起訴請求其拆屋還地，雖經台灣台中地方法院以90年度訴字第1023號及台灣高等法院台中分院91年度重上字第134號判決林○益敗訴確定，惟林○益因需款使用，於民國92年12月22日將系爭土地出賣予原告，並於93年2月6日為所有權移轉登記，原告不受被告與林○益間就系爭土地使用借貸關係之拘束，迭次催告被告交還土地，均不獲置理等情，因此本於所有權要求被告將系爭土地地上物拆除並返還該土地。

(二)判決理由

最高法院指出，民法上之債權契約，除法律有特別規定外，固僅於特定人間發生其法律上之效力，惟物之受讓人若知悉讓與人已就該物與第三人間另訂有債權契約，而猶惡意受讓該物之所有權者，參照民法第148條第2項所揭櫫之誠信原則，該受讓人亦仍應受讓與人原訂債權契約之拘束。查系爭三筆土地原屬兩造之祖父林○嬌所有，林○嬌於78年12月15日出具土地使用同意書予被告，同意被告於系爭495之1號土地上興建二層加強磚造1885建號建物，被告除建造此建物外，復於系爭三筆土地上建有建物，供幼稚園及倉庫使用。系爭土地於88年2月25日由兩造之父林○益繼承，嗣林○益於92年12月22日出賣於原告，於93年2月6日移轉登記為原告所有。原告明知系爭土地為被告本於與林○益間使用借貸關係合法使用，與林○益為規避法律規定，假借土地移轉登記於其名下，意在使其不受使用借貸關係之拘束，而提起本件訴訟等情，為原審所確定之事實。果係如此，原告受讓系爭土地能否謂非惡意，而不應受林○益與上訴人間使用借貸關係之拘束，自滋疑義，有待澄清。乃原審慮未及此，遽為相反之論斷，據為原告勝訴之判決，尚嫌速斷。次按權利濫用禁止原則不僅源自誠實信用原則，且亦須受誠實信用原則之支配，在衡量權利人是否濫用其權利時，仍不能不顧及誠信原則之精神。

⁴ 若為贈與契約，依民法第411條規定，贈與人故意不告知權利瑕疵時，須負損害賠償之責，因此，贈與人對於他人得合法利用贈與標的物之情事，亦負有告知之義務。

故於具體案件，如當事人以權利人行使其權利有權利濫用及違反誠實信用原則為抗辯時，法院應就權利人有無權利濫用及違反誠信原則之情事均予調查審認，以求實質公平與妥當。準此而言，被告既抗辯原告本件權利之行使屬權利濫用及有違誠信原則，則原告明知被告就系爭土地與其父林○益間有使用借貸關係存在，猶受讓系爭土地，倘係惡意，則其行使系爭土地所有權之物上請求權，有否違反誠信原則，自應予以究明。

評析

自上述最高法院100年度台上字第463號判決內容觀之，似以原告是否明知其原土地所有權人與利用人間存在使用借貸關係、是否惡意受讓土地所有權等因素作為是否權利濫用之判斷因素。自理論而言，受讓人惡意受讓土地所有權，再向土地利用人請求返還土地，故可屬於權利濫用之行為。然而在法規適用上，若於個案中原權利人與受讓人間有通謀虛偽意思表示時，則應適用民法第87條第1項規定，使其意思表示無效，而不應援用上位概念之權利濫用規定。因此，在通謀虛偽意思表示之外，何時屬於惡意受讓土地所有權，似值得深思。再者，如前所述，基於買賣契約權利瑕疵擔保責任之相關規定，對於其他人得合法利用買賣標的之情事，出賣人負有告知義務，因此，買受人知悉系爭土地上有其他合法利用人之相關情事後，仍購買系爭土地，尚不足認定買受人之行為屬於惡意受讓土地所有權。準此，以受讓人是否惡意受讓該土地所有權作為權利濫用之判斷因素，在個案認定上實有困難，因此，本案第三審法院提及利益衡量之考量，以作為權利濫用之判斷因素，應值得肯定。而此之利益衡量，主要應考量受讓人對於系爭土地之利用目的與利用可能性、土地利用人遭收回土地後所受之損失等因素。

結論

民法第148條第1項之「權利行使不得違反公共利益」與「權利行使

不得以損害他人為主要目的」為權利濫用之具體規定，然「權利行使不得以損害他人為主要目的」係以描述行為人主觀意思之方式闡述權利濫用，在個案認定上有實際之困難，因此，本案判決重提最高法院71年台上字第737號判例中所揭示：「權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，必較衡量以定之。」以具體個案中之利益作為判斷標準，值得肯定。

延伸閱讀

- 王怡蘋，過失造意與不作為侵權——評最高法院98年度台上字第1790號判決，月旦法學雜誌，2018年11月。
- 王怡蘋，人格權之經濟利益？——從最高法院104年度台上字第1407號民事判決探討人格權之保護，裁判時報，2018年8月。
- 王怡蘋，教學目的之著作權限制——兼論著作權法修正草案，月旦法學雜誌，2018年8月。
- 王怡蘋，無因管理與強迫得利，月旦法學教室，2018年4月。
- 王怡蘋，論姓名權之保護與商標註冊——從德國實務案件談起，月旦法學雜誌，2017年6月。
- 王怡蘋，數人侵害商標權之損害賠償計算——以製造與銷售鏈為核心，月旦民商法雜誌，2017年3月。
- 王怡蘋，無載體提供著作內容模式與權利耗盡原則，臺北大學法學論叢，2017年3月。
- 王怡蘋，侵害人格權之責任，月旦法學教室，2016年9月。
- 王怡蘋，契約自由與著作人格權之保護，輔仁法學，2016年6月。
- 向明恩、王怡蘋，兩岸消費訴外紛爭解決機制之開展——從臺灣法出發並借鏡歐盟之規範，月旦法學雜誌，2016年5月。
- 王怡蘋，委任契約之相關問題，月旦法學教室，2015年12月。

- 王怡蘋，僱用人侵權責任之再建構——最高法院一〇三年度台上字第二五八七號民事判決，裁判時報，2015年10月。
- 王怡蘋，著作權損害賠償之再建構：以德國法為借鏡，國立臺灣大學法學論叢，2015年9月。
- 王怡蘋，醫療行為之相關責任，月旦法學教室，2015年2月。



更多相關文獻，請上月旦知識庫

民法總則精選判決評釋 編輯委員

王怡蘋
向明恩
何之邁
呂彥彬
杜怡靜
侯岳宏
姜炳俊
徐慧怡
張文郁
郭玲惠
陳榮傳
游進發
楊佳元
蔡瑄庭
戴瑀如

（以姓名筆劃為序，另外感謝中心助理蕭維冠同學相關事務的協助）