

民法總則

陳聰富 著

元照出版公司

增訂三版序

本書於2014年出版，歷任五年，於教學研究過程中，經由學生及讀者的提問、立法增修及法院新見解的作成，對於本書諸多法律問題，必須重新詮釋，俾利於學生學習。

本次修訂，幅度較大，除增加許多最高法院判決外，舉其荦荦大者如下：

1. 增加「財團法人法」及「意定監護制度」的規定。
2. 增加新的大法官解釋（如釋字第771號）及民庭總會決議（如債權雙重讓與、借名登記契約出名人的有權處分行為）。
3. 增加「案例分析的方法」，說明請求權基礎的探求方式及三段論法的操作方法。
4. 增加「分離原則及抽象原則」的說明。
5. 增加消滅時效障礙事由及情事變更原則除斥期間的論述。
6. 調整錯誤法則的論述及案例分析比較。
7. 調整原本第九章「法律行為的效力」為第五章第四項。

本次修訂，耗時甚多，除上述增修外，為協助學生學習，增加圖示說明及整理分析。增修部分既多，錯誤之處，勢所難免，希冀讀者繼續提供意見，作為本書日後修改的基礎，不勝感激。

陳聰富

2019年7月29日

序

民法總則乃法律人初學法律的第一個科目，必須引領初學法律者進入法律的殿堂，了解法律的真諦，學習民法的架構、概念與邏輯應用。民法規定的內容，富含法律的基本精神與法律制度的目的，習法者必須領悟法律規定的目的、法律與社會通念的連結、法律在社會變動中演化的價值判斷，始能免於成為法匠，而能堅持地實踐法律精神。

民國72年，我在澎湖的軍營中，第一次讀到王澤鑑教授的民法總則。當年，我正在準備轉學考試。澎湖的拱北山上，春天時，滿山曠野的各色小花，隨風搖曳；冬天時，風急冷冽、寒風刺骨。我在木麻黃樹下，在晨曦中，閱讀民法，開啟我的法律人生。

初讀王老師的民法總則，讓人徹底領悟民法的奧妙與精髓。該書為民法教科書的典範，忝為王老師的學生，在受教於王老師與自己執教多年後，希望效法王老師，寫作一本令人感動的民法總則。

民法學充滿理論與概念，博大精深。本書希望藉由法院實務判決的案例，闡釋法律概念的精義，演繹實際案例的應用，期使讀者得以了解民法總則規定的體系架構與重要觀念。為節省篇幅，本書放棄鉅細靡遺的教科書書寫方式，對於實務上極少應用的名詞解釋，及理論上不具重要性的概念，一概略而不論。在章節編排上，本書注意到文本前後敘述的流暢性，力求減少讀者閱讀上的障礙。

本書以法院裁判的實務案例為主要素材，兼採歐洲民法新近發布文件（如DCFR）的規定，展現我國法院及外國法制的最新發展趨勢。因資料繁多，案例豐富，本書內容密度較高，需要讀者慢讀、細讀、慎思而明辨之。

書中諸多理論爭議與案例分析的討論，本著「言其所知，行其所信」的精神，僅能盡力為之，思慮不周之處，想必難免，靜待讀者指正，以為砥礪。

今日偶至臺大舊法學院，空無一人，獨自步行於校園，繞行一周，桌椅仍在，無人相問。靜坐於弄春池旁，魚游如昔，歲月已逝。這個孕育我法學能力八年的校園，時過境遷，沈寂了，休息了，寧靜無比。而我，將如何前行？

陳聰富

2014年11月7日

凡 例

❖主要參考文獻（民法總則教科書）（依姓氏筆畫序）

1. D. Medicus（邵建東譯），德國民法總則，2002年。（＝民總）（台北：元照出版公司）
2. Bernd Rüthers（于馨淼、張珠譯），德國民法總則，2017年。（＝民總）（北京：法律出版社）
3. 王伯琦，民法總則，1984年。（＝民總）
4. 王澤鑑，民法總則，2014年。（＝民總）
5. 王澤鑑，法律思維與民法實例：請求權基本理論體系，1999年。（＝法律思維）
6. 王澤鑑，債法原理，2012年。（＝債法原理）
7. 史尚寬，民法總則，1980年。（＝民總）
8. 林誠二，新訂民法總則（上）（下），2012年。（＝民總）
9. 邱聰智，民法總則（上）（下），2005年、2011年。（＝民總）
10. 施啓揚，民法總則，2005年。（＝民總）
11. 洪遜欣，中國民法總則，1981年。（＝民總）
12. 梅仲協，民法要義，1954年。（＝民要）
13. 黃陽壽，民法總則，2013年。（＝民總）
14. 陳自強，契約之成立與生效，2002年。（＝契約成立）
15. 曾世雄，民法總則之現在與未來，2005年。（＝民總）
16. 黃立，民法總則，1999年。（＝民總）
17. 鄭玉波，民法總則，2010年。（＝民總）
18. 鄭冠宇，民法總則，2016年。（＝民總）

❖裁判縮寫方式

（一）民事裁判

1. 最高法院86年台上字第3207號民事判例：86台上3207號判例。

2. 最高法院82年台上字第866號民事判決：82台上866號。
3. 最高法院96年台上字第1624號民事裁定：96台上1624號裁定。
4. 最高法院101年台抗字第861號民事裁定：101台抗861號裁定。
5. 臺灣高等法院100年上字第1001號民事判決：臺灣高院100上1001號。
6. 臺灣高等法院85年家上字第239號民事判決：臺灣高院85家上239號。
7. 臺灣高等法院98年抗字第1626號民事裁定：臺灣高院98抗1626號裁定。
8. 臺灣高等法院臺中分院100年上字第100號民事判決：臺中高分院100上100號。
9. 桃園地方法院99年訴字第101號民事判決：桃園地院99訴101號。
10. 臺中地方法院94年簡上字第336號民事判決：臺中地院94簡上336號。
11. 嘉義地方法院95年亡字第12號民事判決：嘉義地院95亡12號。
12. 高雄地方法院99年保險字第34號民事判決：高雄地院99保險34號。
13. 基隆地方法院96年小上字第1號判決：基隆地院96小上1號。

(二)刑事裁判

◎最高法院100年度台上字第6842號刑事判決：100台上6842號刑事判決。

***依據民國108年7月4日施行之法院組織法第57條之1規定：「Ⅰ 最高法院於中華民國一百零七年十二月七日本法修正施行前依法選編之判例，若無裁判全文可資查考者，應停止適用。Ⅱ 未經前項規定停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。」

目 錄

增訂三版序

序

凡 例

Chapter 1 民法的基本觀念

第一節 社會生活、社會規範與法律	1
第一項 國家法的形成	1
第二項 法律與其他社會規範	2
第二節 私法的領域	5
第一項 公法與私法	5
第二項 私法優位思想與公法優位思想	9
第三項 民法的範圍與發展	10
第一款 民商合一制度	10
第二款 民事特別法的訂定	11
第三款 新民法的發展	13
第三節 現代民法的指導原則	14
第一項 近代私法之原理	14
第一款 所有權絕對觀念與所有權的社會化	14
第二款 契約自由與契約正義	15
第三款 過失責任與危險責任	16
第二項 權利鬥爭、權利本位與義務之強化	17

Chapter 2 民法的法源與法律適用

第一節 民法的法源	21
第一項 法源的意義	21
第二項 法 律	22
第一款 民法典	22
第二款 民事特別法	23
第三款 憲 法	24
第四款 行政法規	26
第三項 習 慣	27
第一款 習慣與習慣法的定義	27
第二款 習慣不得背於公序良俗	28
第三款 習慣法與制定法之位階	29
第四項 法 理	30
第一款 舉輕明重、舉重明輕	32
第二款 平等原則	32
第三款 新訂法律規定作為舊法時代的法理	33
第五項 法律行為規範（尤其是契約）	33
第二節 法律的解釋適用：法學方法論	34
第一項 案例分析的方法	34
第一款 請求權基礎的探求	34
第二款 法律的適用：三段論法	36
第二項 法律的解釋	38
第一款 法律解釋的必要性	38
第二款 法律解釋的目的	38
第三款 法律解釋的方法	39
第三項 法律的補充：法律漏洞與類推適用	44
第一款 法律漏洞意義與類型	44
第二款 法律漏洞的認定	45
第三款 法律漏洞的填補	46

第三節 使用文字與決定數量的準則	49
第一項 使用文字的準則	49
第一款 書面應親自簽名	49
第二款 以印章代替簽名	50
第三款 電子簽章	51
第二項 決定數量的準則	51
第一款 同時以文字及號碼表示	51
第二款 同時以文字或號碼為數次之表示	52

Chapter 3 權利主體——人

第一節 自然人	53
第一項 自然人的權利能力	53
第一款 權利能力的意義與終始	53
第二款 胎兒的權利能力	56
第三款 死亡宣告	59
第二項 行為能力	67
第一款 行為能力制度	67
第二款 成年監護制度	69
第三項 人格權保護	75
第一款 人格權的意義與價值	75
第二款 人格權保護的擴大與強化	76
第三款 身分權的保護	82
第四款 人格權侵害的救濟	84
第四項 住所與居所	91
第一款 住所的意義及法律效果	91
第二款 居所與選定居所	93
第三款 夫妻之住所地與離婚訴訟的管轄法院	94
第二節 法人	95
第一項 法人的功能、意義與本質	95
第一款 法人的功能	95
第二款 法人的意義與本質	98

第二項 法人的種類	99
第一款 公法人與私法人	99
第二款 社團法人與財團法人	100
第三款 營利法人、公益法人、非法人團體	102
第三項 法人的能力	109
第一款 權利能力	109
第二款 行為能力	111
第三款 侵權行為能力	112
第四項 社團法人	118
第一款 社團的成立	118
第二款 社團的組織	121
第三款 社團的消滅	135
第五項 財團法人	139
第一款 財團的種類與設立	139
第二款 財團的組織與管理	149
第三款 財團的監督	158
第四款 財團的消滅	163

Chapter 4 權利客體——物

第一節 概 說	165
第一項 物的意義與種類	165
第一款 物的概念	165
第二款 一物一權主義與物權變動	168
第二節 動產與不動產	169
第一項 不動產	169
第一款 不動產的意義	169
第二款 不動產的成分	171
第二項 動 產	173
第三節 主物與從物	174
第一項 主從物的概念	174
第二項 處分主物的效力	175

第四節 天然孳息與法定孳息	176
第一項 天然孳息	176
第二項 法定孳息	177

Chapter 5 權利變動關係——法律行為總論

第一節 權利變動總論	179
第一項 法律事實與權利得喪變更	179
第一款 法律事實	179
第二款 權利的得喪變更	184
第二項 私法自治原則	186
第一款 意 義	186
第二款 功能與限制	188
第二節 意思表示	193
第一項 意思表示的構成要素	193
第一款 效果意思	193
第二款 表示意思	195
第三款 表示行為	196
第二項 意思表示的生效時期	199
第一款 無相對人的意思表示	199
第二款 有相對人的意思表示	199
第三款 意思表示的撤回、限制及公示送達	201
第三項 意思表示的解釋	202
第一款 概 說	202
第二款 意思表示解釋的客體	204
第三款 意思表示解釋的考量因素	205
第四款 解釋準則	211
第五款 契約的補充解釋	213
第三節 法律行為總論	215
第一項 法律行為的意義	215

第二項 法律行為的種類	215
第一款 單獨行為、雙方行為、共同行為	215
第二款 負擔行為與處分行為	216
第三款 要因行為與無因行為	231
第四款 分離原則與抽象原則	235
第五款 要式行為與不要式行為	238
第六款 要物行為與不要物行為	240
第三項 法律行為的成立要件與生效要件	241
第一款 成立要件	241
第二款 生效要件	242
第四節 法律行為的效力	243
第一項 概 說	243
第二項 無效的法律行為	245
第一款 無效的意義	245
第二款 無效的種類	246
第三款 無效法律行為的轉換	247
第四款 無效法律行為的效果	248
第三項 得撤銷的法律行為	250
第一款 撤銷的意義	250
第二款 撤銷的客體	251
第三款 撤銷方式與效力	252
第四項 效力未定的法律行為	253
第一款 效力未定法律行為的意義	253
第二款 事前同意（允許）、事後同意（承認）	253

Chapter 6 法律行為的有效性

第一節 行為能力	255
第一項 行為能力制度	255

第二項 無行為能力人	256
第一款 無行為能力人的法律行為	256
第二款 無意思能力人的法律行為	259
第三項 限制行為能力人	259
第一款 法定代理人的允許	260
第二款 不必得法定代理人允許的行為	263
第三款 未得法定代理人允許的行為	265
第二節 法律行為內容的管制	267
第一項 法律行為的標的	267
第二項 標的之確定	268
第三項 標的可能	270
第四項 標的合法	271
第五項 標的違反公序良俗	280
第三節 健全的意思表示	291
第一項 意思自主與信賴保護	291
第二項 心中保留：單獨虛偽表示	292
第一款 意義及效力	292
第二款 對第三人的效力	294
第三項 通謀虛偽表示	295
第一款 意義及效果	295
第二款 隱藏行為	302
第三款 信託行為	303
第四款 借名登記契約	306
第四項 意思表示錯誤	308
第一款 立法政策與意思表示的解釋	308
第二款 錯誤的類型	312
第三款 撤銷的要件	325
第四款 撤銷權的排除	330
第五款 撤銷後的法律效果	331

第五項 詐欺與脅迫	334
第一款 概 說	334
第二款 詐 欺	335
第三款 脅 迫	340

Chapter 7 條件與期限

第一節 法律行為的附款	345
第一項 條件與期限	345
第二項 條件與負擔	346
第三項 條件與不確定期限之清償期	347
第二節 條 件	349
第一項 條件的種類	349
第一款 停止條件與解除條件	349
第二款 偶成條件、混合條件、隨意條件	351
第三款 真正條件與不真正條件	351
第二項 不許附條件的法律行為	355
第一款 公益上不許附條件	355
第二款 私益上不許附條件	355
第三項 附條件的效力	356
第一款 條件的成就及其效力	356
第二款 條件的不成就及其效力	359
第四項 期待權的保護	359
第一款 期待權的發生	359
第二款 債權行為附條件	360
第三款 物權行為附條件	361
第三節 期 限	362
第一項 期限的意義	362
第二項 期限的種類	362
第一款 確定期限與不確定期限	362
第二款 始期與終期	363

第三項 不許附期限的行為	363
第四項 附條件規定的準用與類推適用	364

Chapter 8 法律行為的代理

第一節 代理的意義與功能	365
第一項 本人與代理人之間	366
第二項 代理人與相對人之間	366
第三項 本人與相對人之間	366
第二節 代理的要件	367
第一項 代理行為	367
第二項 以本人名義	368
第一款 顯名主義與隱名主義	368
第二款 本人不明的代理與冒名行為	371
第三款 直接代理與間接代理	373
第三項 代理權的發生	375
第一款 授權行為的方式	375
第二款 代理權	379
第三款 自己代理與雙方代理之禁止	380
第三節 代理與類似制度	382
第一項 代理人與使者	382
第二項 代理人與代表	383
第四節 代理的法律效果	384
第一項 代理行為效力的歸屬	384
第二項 代理行為的瑕疵	384
第一款 代理人意思表示瑕疵	384
第二款 民法第105條規定之類推適用	385
第五節 代理權的消滅	386
第一項 基礎法律關係終了	386
第二項 撤回	386

第三項 本人死亡	387
第四項 代理人死亡	387
第五項 喪失行為能力	388
第六節 無權代理與表見代理	388
第一項 概 說	388
第二項 無權代理	388
第一款 要 件	389
第二款 法律效果	390
第三款 無權代理與無權處分的區別	393
第三項 表見代理	395
第一款 表見授權構成之表見代理	395
第二款 代理權的限制或撤回構成之表見代理	405

Chapter 9 期日與期間

第一節 概 說	409
第二節 期日的意義及期日的決定	410
第三節 期間的意義及其計算	410
第一項 意 義	410
第二項 期間的計算方法	410
第一款 自然計算法	410
第二款 曆法計算法	411
第三項 期間的起算與終止	411
第一款 期間的起算點	411
第二款 期間的終止點	412
第三款 末日的延長	413
第四款 期間的逆算	413
第四節 年齡計算法	414

Chapter 10 消滅時效

第一節 概 說	415
第一項 消滅時效的意義	415
第一款 立法理由與意義	415
第二款 制度設計	417
第二項 除斥期間	418
第一款 適用客體	418
第二款 期間計算	418
第三款 起算時點	418
第四款 效 力	419
第二節 消滅時效的客體	419
第一項 債權請求權	420
第一款 債權請求權的行使期間	420
第二款 請求權競合	421
第二項 物權關係上的請求權	422
第一款 所有權人的物上請求權	422
第二款 占有人的物上請求權	425
第三項 其他請求權	425
第一款 基於身分關係而生之請求權	425
第二款 基於人格關係而生之請求權	426
第三節 消滅時效的期間	426
第一項 一般時效期間（長期時效）	427
第二項 特別時效期間（短期時效）	428
第一款 5年的短期時效	428
第二款 2年的短期時效	431
第四節 消滅時效的起算	435
第一項 事實上障礙與法律上障礙	436
第二項 借貸契約	439
第一款 消費借貸	439
第二款 使用借貸	440

第三項 債務不履行損害賠償請求權	440
第一款 損害賠償請求權	440
第二款 代償請求權	441
第四項 侵權行為損害賠償請求權	443
第五節 消滅時效的中斷	445
第一項 時效障礙事由	445
第一款 時效障礙事由的類型	445
第二款 時效中斷	447
第二項 請 求	447
第三項 承 認	449
第一款 時效完成前的承認	449
第二款 時效完成後的承認	450
第四項 起 訴	453
第一款 起訴中斷時效	453
第二款 判決確定重行起算時效	454
第五項 與起訴有同一效力者	455
第一款 依督促程序，聲請發支付命令	455
第二款 聲請調解或提付仲裁	455
第三款 申報和解債權或破產債權	456
第四款 告知訴訟	456
第五款 開始執行行為或聲請強制執行	456
第六節 消滅時效的不完成	458
第一項 意 義	458
第二項 時效不完成的事由	459
第一款 不可避免的事變	459
第二款 關於繼承財產之權利	460
第三款 法定代理人的欠缺	460
第四款 對法定代理人的權利	461
第五款 夫妻相互間之權利	461

第七節 消滅時效完成的效力	461
第一項 拒絕履行抗辯權	461
第二項 效力及於從權利	462
第三項 時效完成後的給付	464
第一款 時效消滅後之給付	464
第二款 契約承認、提出擔保	464
第四項 時效利益的拋棄	464

Chapter 11 權利的行使

第一節 概 說	467
第二節 行使權利及履行義務	468
第一項 禁止違反公益	469
第二項 禁止權利濫用	470
第一款 權利濫用的要件	470
第二款 實務案例	472
第三項 誠實信用原則	474
第一款 誠信原則之意義	474
第二款 案例類型及效果	475
第三款 違反誠信原則的效果	483
第三節 權利的自力救濟	484
第一項 正當防衛	484
第一款 不法侵害	484
第二款 現時侵害	484
第三款 防衛自己或他人權利	485
第四款 未逾越必要程度	485
第二項 緊急避難	485
第三項 自助行為	487

CHAPTER 1 民法的基本觀念

第一節 社會生活、社會規範與法律

第一項 國家法的形成

人與人組成社會，人與人交往互動構成社會生活關係，在社會生活中，因為社會資源的有限性，以及人性的利己心¹，為有效分配資源及限制人性利己心，避免產生強凌弱、眾暴寡的不公平社會，並保障人類生存之永續發展，在每一個社會生活型態中，無論是原始社會或現代社會，都會產生一定的社會生活規範，以保障人與人間和平有效的互動與交往。

社會生活中，諸多與社會規範無關者，例如禮尚往來、朋友邀宴，與社會資源分配無涉，自不在社會生活規範之內。至於社會生活規範，通常包括宗教、道德、倫理等等，法律僅為社會生活規範之一。所謂「法律」，在各種社會生活方式，以不同型態出現，非可一概而論。

在原始社會，法律與其他各種社會規範尚未分化，二者經常混為一體，形成所謂的「原始規範」，並無成文法或法律條文為依據。但現代社會所謂的「法律」，一般係指國家法，亦即以國家公權力為後盾的法律，而不再包含單純的習慣、倫理或道德等社會規範。現代的國家法，注重國家的強制力。國家頒布施行的法律，具有普遍性與強制力，凡是

¹ 曾世雄，民總，第6-17頁。

受其統治的國民，均受該國法律之規範，人民的權利因而受其限制。違反法律，人民須被強制接受國家法的規定，依據國家法而受制裁與制約，從而基本上國家法即為「權力」（power）的表現。

然而，現代社會之法律，除國家法之外，實有無數「非國家法」存在，學者稱之為「活法」。國家法係由法院或其他國家機構所施行的法律，如民法、刑法等法律。但在社會生活中，商業習慣或其他團體成規，例如公司章程、公寓大廈管理規約或寺廟信徒大會章程等，實際上對於一般人社會生活，比國家法扮演更重要的角色，對於一般人日常生活，影響層面比國家法更為深入徹底，而國家法僅為「活法」的一部分²。

總之，法律僅為社會生活中的一種社會規範，法律之適用與解釋不能脫離人類社會生活。社會規範不僅包含法律，亦包含宗教、倫理與道德。法律並非人與人之間互動與解決爭執最佳之手段，毋寧係屬最後之手段而已。研究法律，不應僅專注於國家法之解釋與適用，而應顧及社會生活之型態、社會文化之演進，以及其他宗教、道德等社會規範的要求，互為參酌，使法律之施行，符合人民之期待，與人民的生活感情與法律感情，融合為一，以實現和諧的社會生活。

第二項 法律與其他社會規範

法律規範，可分為行為法與裁決法兩種。裁決法係法院裁判時所依據的法律，而行為法則是含有實質倫理價值，以規範人類意思行動為任務，以防範不法行為發生為目的的規範。行為法與宗教、道德及其他行為規範之間，在內容上並無二致。從法官的觀點而言，法律係指法官受理案件後，進行審判程序所依循的規則，亦即裁決法。然而裁決法僅為法律規範之一種而已，除此之外，尚有人類真正遵循的行為規則，而決定人類活動的內部秩序，此即行為法³。

² 關於「活法」，參見Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* 38-43, 495-496 (Transaction Publishers, 2000).

³ *Id.* at 10-11; 洪遜欣，民總，第4頁。

裁決法的任務，在於對業已發生的行為人之行為，進行評價與調整人類過去及現在的社會生活關係。民法與刑法屬於裁決法，均有二方面之特性。一方面，裁決法在實質內容上，須有實質內容的妥當性或正當性；另一方面，裁決法亦具有實用性（合目的性）及安定性的要求。

一、在裁決法的實質妥當性方面，法律不外為一種社會生活規範，必須力求與其他道德、倫理等社會生活規範相契合。誠如洪遜欣教授所言：「各國法制史或法律思想史，大體上係人類欲使法律與道德及其他社會規範，達成（法律與道德及其他社會規範無任何對立或矛盾）所作努力的歷史。⁴」民法的實質妥當性表現在公序良俗（民法第72條）及誠信原則上（民法第148條第2項）。

民法第72條：「法律行為違反公共秩序或善良風俗者，無效。」例如娼妓賣身契約、換妻契約等，均與一般道德觀念相違，應屬無效。

就誠信原則而言，例如土地出賣人甲，因買受人乙遲延交付買賣價金，催告其於五日內交付，否則解除契約。乙於五日內未繳交價款，但甲並未立即表示解除契約。忽於十一年後，因土地價值飆漲，甲乃發函於乙，表示解除十一年前之買賣契約，請求乙返還土地。誠如最高法院所言：「（出賣人）長期沈默不為行動，在客觀上足以引起（買受人）之正當信任，以為（出賣人）不欲解除契約，忽於經過十一年後函告解除本件買賣契約，而使（買受人）頓時陷於窘境，能否謂其行使權利，無違反誠實信用之原則，自非無疑。⁵」

二、裁決法基於實用性與安定性的要求，具有法律技術性的特色。依據德國社會學家韋伯的見解，西方法律的發展過程是由實質不理性的法律，逐漸演變為形式理性的法律。在實質不理性的法律，法律判斷並非依據固定的法律抽象規則，而是依據法律外在的倫理、宗教、政治或其他實質理由，依據個案，作成個別判決。反之，在形式理性的法律，案件之判斷，係依照一般、普遍的抽象法律規定，依據法規範本身的「意義的邏輯解釋」，而作成法律判斷。形式理性的法律判斷，不再依

⁴ 洪遜欣，民總，第4頁。

⁵ 最高法院85年台上字第908號、85年台上字第784號判決。

賴法律以外的社會道德價值，而僅依據法律內在的價值作成判決。現代社會的法律，尤其是歐陸法系的成文法國家，表現出典型的形式理性的法律特色⁶。

我國法屬於成文法系國家，具有法律法典化的特徵。法律法典化，強調成文法具有絕對權威性，法典成為法律唯一的法源。法典被認為是一套無漏洞的成文法，法官只能依據法典機械式地操作法典，成為法典的「代言人」。法典的體系化與普遍性的要求，使法律概念抽象化，而形成法律的內在價值⁷。法典基於法律一致性與安定性的要求，與法律外在的倫理道德觀念未必相符，從而形成裁決法與倫理、道德規範的衝突。

尤有進者，法律之體系與概念，並非立法者無意義地任意構成，而是價值衝突與利益糾葛後，所作成之決定。法律的內在價值，實質上帶有意識型態，經常成為強勢主流見解的體現，未必符合所有個人利益。例如，近代民事法上視為無庸置疑的「契約自由原則」，即體現著自由主義者的意識型態，對於社會主義者而言，其實並非必然符合正義的要求。蓋契約自由，經常成為經濟上強者欺壓弱者的工具。如民法第488條第2項規定，僱傭未定期限者，原則上各當事人得隨時終止契約，雖屬雙方當事人契約自由之表現。惟依據市場經驗，契約終止後，僱用人再行僱用他人，甚為容易；受僱人再覓工作，誠屬難能。本條規定表面上雙方當事人均有隨時終止僱傭契約之權，符合法律平等原則之要求，且貫徹契約自由之原則。惟考其實際，並非如此。

從而，裁決法不僅基於程序上法律安定性與一致性的要求，未必與倫理道德觀念相符。在其內在價值體系，亦經常蘊含特定意識型態，未必符合所有個人之利益與福祉。因此在法律研究上，須隨時注意法律背後的社會文化制度，以及法律制度隱含的價值判斷，參酌倫理道德等社會普遍價值，對於裁決法隨時進行修正，以實現「協同的社會制度或融

⁶ 參見陳聰富，韋伯論形式理性法律，收錄於李鴻禧等，台灣法律史研究的方法，第211-255頁（2000年）。

⁷ 陳聰富，法典化的歷史發展與爭議，收錄於黃宗樂教授六秩祝賀論文集——基礎法學篇，第82-86頁（2002年）。

合的生活關係。⁸」

第二節 私法的領域

第一項 公法與私法

關於私法的領域，涉及公法與私法的區分⁹。公法與私法的區別實益，在於訴訟時的法院管轄及救濟程序之不同。公法關係由行政法院審判，適用行政訴訟法；私法關係由普通法院審判，適用民事訴訟法。但二者如何分辨，甚為困難。學說如下：

一、利益說

法律以規範公益為目的者為公法；以規範私益為目的者為私法。但民法為私法，並不能不兼顧公共利益（第148條第1項），而政府機關購買文具，供辦公使用，雖屬公益事項，仍屬私法範疇。

二、歸屬說

規範不平等的上下服從關係者為公法；規範平等對待關係者為私法。然而在臺北市與新北市為水權分配或設置焚化爐事項協商，而達成一致合意時，二者雖屬平等對待關係，但渠等訂立之契約應屬公法關係，而非私法關係。反之，在私法領域內也有不平等關係，例如民法關於父母與子女的關係，父母對於子女有懲戒權（第1085條）；法人與社團的關係上，總會得開除社員（第50條第2項第4款）。

三、新主體說

國家機關以行使公權力的方式，參與法律關係之形成時，為公法關

⁸ 洪遜欣，民總，第5頁。

⁹ 關於公法與私法之區別，參見洪遜欣，民總，第10頁；王澤鑑，民總，第14-15頁；施啟揚，民總，第2-3頁；黃立，民總，第8-10頁；林誠二，民總（上），第5頁。

係；反之，國家或個人作成與國家公權力之行使無涉的平等權利義務關係時，為私法關係。例如，國家或其機關與私人從事買賣、租賃、承攬等契約關係，屬於私法關係。但醫學院公費生與教育部訂立享受公費醫學及醫師養成教育之各種利益之契約，係國家基於公權力之地位而訂立之契約，屬於公法關係¹⁰。

通說認為，所謂公法關係，係屬國家或公共團體之間，或前二者與國民之間，涉及行使公權力之事項時，所發生的法律關係。反之，無論國家或公共團體與人民之間，或人民與人民之間，只要不涉及公權力之行使，而為平等對待關係者，均屬私法關係。

依通說見解，國家行為涉及公權力之行使者，例如課徵稅捐、核給建照等，係屬公法行為。至於政府機關僱工清除公墓內雜草（95台上1445號）、委託代運廢棄物¹¹、出售國民住宅、經營公車捷運等，與公權力之行使無涉，則屬私法行為。

關於公法契約與私法契約的區別標準，最高法院95年台上字第1445號判決謂：「按行政契約與私法契約之區別，係以其發生公法或私法上權利義務變動之效果為斷。凡不得作私法契約標之事項，而以契約型態作成時，自應視之為行政契約，若契約標之在性質上非私法契約或行政契約所獨佔，則應參酌契約目的之所在，判斷其屬性。遇有爭議情形，可依下列標準：(一)契約之一方為行政機關。(二)契約之內容係行政機關一方負有作成行政處分或高權的事實行為之義務。(三)執行法規規定原本應作成行政處分，而以契約代替。(四)涉及人民公法上權利義務關係。(五)約定事項中列有顯然偏袒行政機關一方之條款，使行政機關享有特權或優勢之約定；為綜合判斷。是公權力依法得以行政契約方式執行，然其公權力授與之目的，在於與受授權人建立公法之法律關係，並使其如

¹⁰ 大法官釋字第348號解釋。

¹¹ 最高法院94年台上字第12號判決：「按公法契約（或稱行政契約）與私法契約之區別，應就契約主體（當事人）之法律地位、契約之目的、內容及訂立契約所依據之法規性質等因素綜合判斷。本件原判決以系爭『代運廢棄物委託書』契約之標的係『代運廢棄物』，乃以發生私法上之法律效果為目的，其性質係被上訴人為達成清除廢棄物，改善環境衛生及維護國民健康之行政目的，所採行之私經濟措施，無若何權力服從之關係存在，認系爭契約為私法契約，非行政契約，並無不合。」

同行政機關對外行使公權力，執行行政任務。如行政機關以承攬契約或類似之私法契約，委託民間業者完成特定之行政任務，而非行政機關與受授權人建立公法之法律關係，並使其如同行政機關對外行使公權力，執行行政任務者，如修築道路、清理垃圾等，均非公權力之受託人，其所為之行爲自非行使公權力。」可資參照。

公法契約與私法契約之區別，有時甚爲困難。如臺中縣於2000年總統選舉期間，宣布鼓勵檢舉賄選要點，被查獲者如經檢察官起訴，檢舉人可領取200萬元查賄獎金。某甲檢舉成功後，依民法第164條第1項關於懸賞廣告之規定，請求臺中縣政府給付檢舉獎金。高等法院認爲：「檢舉賄選無論私人或行政機關均可爲之，並無上下隸屬支配關係之強制性，依學說所稱新主體說，其性質應屬私法關係。」

惟本案最高法院認爲：「台中縣檢舉賄選要點規定，對於檢舉賄選之檢舉人給予檢舉獎金，旨在達成取締賄選之行政上目標，其性質應屬公法上之行政行爲，不能認其係成立民法第164條第1項規定之懸賞廣告契約（93台上1097號）。」

此外，基於給付行政而提供之給付或服務，究屬公法行爲或私法行爲，不無疑問。例如全民健康保險之保險給付，具有社會福利之性質，全民健康保險法第5條規定，被保險人、投保單位及保險醫事服務機構對保險人核定之案件發生爭議事項，應提起訴願及行政訴訟救濟。但在臺北市社會局委託私人機關，成立老人安養機構，對於無扶養義務親屬之老人提供安養服務時（老人福利法第34條第1項），社會局與其輔導之老人安養機構訂立獎助輔導契約之法律關係，究屬公法關係或私法關係，可能發生疑義。

按公法上的法律關係，得訂立契約，爲行政程序法第135條所明定。在某項契約究屬公法契約或屬私法契約發生疑義時，原則上應認爲係屬私法契約，依據自由平等之指導原理，予以規範，較爲妥當。蓋在公法上契約，行政機關就相對人契約之履行，得爲必要之指導或協助。行政機關爲防止或除去對公益之重大危害，得調整契約內容或終止契約；且公法契約無效之原因較私法契約更多（行政程序法第141、142、144、146條）。換言之，在公法上契約，雖名爲「契約」，但非完全基

於平等對立之地位而為契約之履行與終止。基於對個人自由權利及私人財產權之保障，公法契約既限制人民對於契約之履行，應做限縮解釋，於有疑義時，應採私法優先原則。蓋個人為自己事務的最佳判斷者及照顧者，國家對於契約行為進行介入與干預，應有正當理由¹²。據此，在臺北市社會局與老人安養機構訂立之獎助輔導契約，除非涉及甚多公權力行使之事項，否則原則上應認為係屬私法契約，較為妥當¹³。

公法關係與私法關係之區別，既然不易，此項區別之風險，即不應由人民承擔。尤其就某一事件，可能發生普通法院及行政法院均認為其無審判權之情事（審判權之消極衝突），對當事人權益影響至鉅。為解決審判權衝突之問題，民事訴訟法第182條之1規定：「Ⅰ普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。Ⅱ經司法院大法官解釋普通法院無受理訴訟權限者，普通法院應將該訴訟移送至有受理訴訟權限之法院。」行政訴訟法第12條之2規定：「Ⅰ行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。Ⅱ移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。Ⅲ受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。」據此，由大法官解釋釐清審判權之歸屬，以保障人民之訴訟權。

例如，大法官釋字第773號解釋，關於未辦理繼承登記土地或建築改良物之合法使用人，依土地法第73條之1第3項前段規定行使優先購買權所生爭議，其訴訟應由普通法院或行政法院審判？

¹² 王澤鑑，民總，第18頁。

¹³ 不同見解，參見最高法院95年台抗字第341號裁定，認為內政部請求新農社會福利慈善事業基金會返還補助款，屬行政契約關係，為公法上之爭訟事件，非屬普通法院之權限。

大法官解釋謂：「未辦理繼承登記土地或建築改良物之合法使用人就其使用範圍，對財政部國有財產署或所屬分支機構所為之公開標售，依土地法第73條之1第3項前段規定行使優先購買權而訴請確認優先購買權存在事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判。」

第二項 私法優位思想與公法優位思想

自法國大革命以來，自由主義盛行。在資本主義市場理論下，人們相信一隻看不見的手（市場機制），國家盡可能不干涉人民活動，而採取自由放任主義，契約自由之原則，因而確立。即使國家與社會之組成，亦認為係出於人民之意思自主，社會契約說之觀念，即屬其例。惟因資本主義不斷發展，出現許多社會矛盾與缺陷，自由主義開始受到質疑，契約自由成為經濟上之強者，欺壓經濟上之弱者的工具。資本家與勞工對立，成為工業革命之後的重大社會衝突。在自由市場經濟制度下，市場之利益僅為資本家的利益，未必符合消費者的福祉。伴隨經濟地位的不平等，社會弱勢者並未受到應有的照顧，經濟活動的公平性亦受到嚴重扭曲。個人自由主義思想逐漸受到反省，國家逐漸拋棄以往的自由放任態度，而改採積極干涉主義，介入人民的私法生活領域，而將私法自治於公法之範圍內，加以規範限制，因而產生所謂「私法的公法化」的現象。

私法的公法化現象，表現在社會法方面，例如全民健康保險法強制全國人民須與全民健康保險局訂立全民健康保險契約；勞工法對於契約自由予以限制，雇主不得無故終止勞動契約，且終止勞動契約時，原則上需給付資遣費（勞動基準法第11至14、17條）。在經濟法方面，公平交易法對於違反交易秩序及消費者利益之企業行為，課予損害賠償及刑事責任。

國家介入私人生活領域，在諸多民事特別法亦表現出相同特色。例如依消費者保護法之規定，定型化契約條款可能被宣告無效，且中央主管機關得規定定型化契約的應記載或不得記載之事項（消保法第12、17

條)。公寓大廈管理條例則規定，區分所有權之繼受人應繼受原區分所有權人，依該條例或規約所定之一切權利義務，限制區分所有權繼受人的締結契約自由（該條例第24條）。

按公法領域之指導原理為命令服從的支配關係，而私法領域則受自由平等原理之支配。在上述社會法、經濟法及民事特別法之規定，可以發現公法與私法原理的融合狀態。從而探討何種私法關係，應予以社會法化或公法化；何種私法關係，仍應保持原來的平等對待原理，應為現代民法重要的研究課題。

第三項 民法的範圍與發展

民法為規律一般人民日常生活之權利義務事項的法律，屬於最重要的私法。與憲法、行政程序法等規律國家或國家機關與人民間之上下服從關係的公法，並不相同。民法規定的主要內容為權利義務主體（自然人與法人）、財產關係（所有權、契約及各種交易行為）、身分關係（婚姻、家庭制度、繼承），以及權利義務的變動關係（法律行為）。

第一款 民商合一制度

各國關於民商法的編纂體例，大致上採兩種制度，一為「民商分立制度」、一為「民商合一制度」。民商分立制度係將民事行為與商事行為分開，個別立法，分別給予不同的法律效果。在民商分立制度下，體制上同時存在「民法典」與「商法典」二個法律。如德國、日本等國採此制度。民商合一制度則不區分民事與商事行為，在立法體例上只有民法典而無商法典，瑞士民法採此立法例。

我國民法在精神上採民商合一制度，但實際上並未貫徹民商合一的立法體例。我國商事行為，如經理、代辦商、行紀等交易行為，規定於民法債編的「各種之債」，但對於重要的商事行為則制訂公司法、票據法、海商法及保險法四種，一般統稱之為「商事法」。在民商分立的國家，一般人的民事行為，適用民法；在「商人」之間的商事行為，則適用商法的規定。但在我國並無「商法典」，在法律適用上並無民事行為

與商事行為之分，亦無一般人與「商人」之區別，因此我國民法體制與民商合一制度仍屬有間，應屬折衷的民商合一制度¹⁴。

第二款 民事特別法的訂定

規律私人間民事法律關係的法律，除民法典之外，因應社會發展之需求，尚有許多針對特定民事事項制訂的法律，稱為「民事特別法」。早期的民事特別法，例如土地法、動產擔保交易法，與當時社會經濟發展密切相關。其後有消費者保護法及公寓大廈管理條例，與近年來消費者保護運動盛行及社會上公寓大廈林立的都市化生活有關。晚近的營業秘密法及個人資料保護法展現科技時代，對於營業秘密及個人資料保護的重要性。

由於社會經濟發展及現代科技發達，民事特別立法蔚為風尚，使原本的民法典規範對象，漸形狹窄，而民事特別法則無限擴大，形成「民事特別法肥大化」的現象。不僅如此，在許多行政法規中，亦逐漸增多有關民事法律關係的規定。例如，土壤及地下水污染整治法第31條規定，污染土地關係人應盡善良管理人之注意義務，防止土壤及地下水受污染。污染土地關係人因重大過失，致其土地公告為整治場址者，就主管機關對於整治計畫支出之費用，與污染行為人負連帶清償責任。又如健康食品管理法第29條規定，健康食品之出賣人違反該法關於健康食品之安全衛生管理及其標示與廣告規定時，買受人得退貨，請求出賣人退還其價金。出賣人如係明知時，應加倍退還其價金。買受人如受有其他損害時，法院得因被害人之請求，依侵害情節命出賣人支付買受人零售價三倍以下或損害額三倍以下，由受害人擇一請求之懲罰性賠償金。但買受人為明知時，不在此限。

因應特殊社會需求而制訂民事特別法，在所難免。然而過多的民事特別法，可能發生動搖民法基本原理原則的規定，而發生喧賓奪主的現象。再者，許多民事特別法與行政法規中的民事特別規定，並未考量整體民法體系整合之要求，與民法的基本原則，未必符合。以上開健康食

¹⁴ 參見施啟揚，民總，第13頁；王澤鑑，民總，第19-20頁。

品管理法第29條為例，出賣人出售之健康食品有變質或腐敗者，買受人依據民法規定，得請求減少價金或解除契約（第354、359條）。在解除契約時，買受人得於退貨後，請求返還價金（第259條）。此即健康食品管理法第29條關於「買受人得退貨，請求出賣人退還其價金」之規定。但該法進一步規定：「出賣人如係明知時，應加倍退還其價金。」此項規定，無法自上開民法關於債務人違約之規定推論得知。細諳其意，出賣人如明知時，須加倍退還其價金，該加倍退還之部分，以出賣人「明知」為要件，應屬「懲罰性違約金」之性質。蓋此部分若解為係屬「損害賠償」性質，不僅與民法「無損害即無賠償」之原則不符，且與民法無論故意或過失，原則上被告均負擔相同責任之原則有違。又此項規定，係對契約責任所為之規定，不可能為侵權行為法上之「懲罰性賠償金」。何況健康食品管理法第29條後段對於懲罰性賠償金另有規定，更可知加倍退還價金，非屬懲罰性賠償金。

若將本條之加倍退還價金解為「懲罰性違約金」之性質，與民法關於懲罰性違約金需經當事人另行約定之規定，並不相符（民法第250條第2項）。從而健康食品管理法第29條規定之「應加倍退還其價金」部分，形同創造一項「法定懲罰性違約金」，如何與民法的基本原則相互吻合，不致於發生法律解釋上之矛盾，尙值研究。

反之，民事特別法關於若干新制度的引進，則足以作為民法原理原則的反省。例如消費者保護法第51條及健康食品管理法第29條引進英美法關於懲罰性賠償金的規定，與民法侵權行為之損害賠償採取損害填補原則不同，因而引起我國對於懲罰性賠償金制度的探討與反省，具有貢獻¹⁵。

民事特別法與行政法規中關於民事責任的規定，與時代發展有關，

¹⁵ 關於懲罰性賠償金制度，參見陳聰富，美國法上之懲罰性賠償金、美國懲罰性賠償金的發展趨勢——改革運動與實證研究的對峙，收錄於侵權歸責原則與損害賠償，第259-366頁（2004年）；林德瑞，論懲罰性賠償，中正大學法學集刊，創刊號，第25-66頁（1998年7月）；林德瑞，論懲罰性賠償金可保性之法律爭議，中正大學法學集刊，第2期，第103-129頁（1999年7月）；謝哲勝，懲罰性賠償，收錄於財產法專題研究（二），第1-49頁（1999年7月）。

其目的在於處理社會新生的問題。其規定既涉及私人權利義務關係，應適用民法揭示的自由平等原理，及民法的基本制度（如損害填補原則）。如何統合民事特別法之新興原則，納入民法規定之內，以促使民法進步；如何避免特別民事規定，違反民法基本原則，均為研究民法時，責無旁貸的任務。

第三款 新民法的發展

我國民法於1931年完成，施行迄今，已達八十餘年，隨著社會變遷，歷經多次修訂，其中變革最大者，為親屬編及物權編的修訂。至於總則編及債編，雖有修訂，但大致上仍維持原本規定，並未進行大幅度修改。

我國民法以繼受德國法為主，兼採瑞士立法例。因學說繼受的結果，我國民法發展深受德國法及日本法的影響。應注意者為，德國民法於2002年進行債法修訂，改變許多法律規定，例如自始客觀不能，不再為無效的契約（參照我國民法第246條）；債務不履行不採給付不能、給付遲延及不完全給付的三分法，而改採「義務違反」的統一概念等。我國民法仍然沿襲德國舊民法的規定，在德國、日本及韓國等國均從事債法改革之際，我國民法債編確實有重新檢討改訂的必要。

此外，歐洲法律統一的發展趨勢，特別值得注意。1970年代開始的歐洲私法統一運動，採用比較法的方法，萃取各國私法共同核心概念，予以整合，以制定歐洲民法典為目標。關於歐洲契約法的整合，主要參考1980年聯合國國際貨物買賣公約（United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods，簡稱CISG），及私法統一協會（UNIDROIT）提出的國際商事契約通則（Principles of International Commercial Contracts，簡稱PICC）。依據上述文件，歐洲私法協會首先發布「歐洲契約法原則」（Principles of European Contract Law，簡稱PECL）及「歐洲侵權行為法原則」（Principles of European Tort Law，簡稱PETL），其後進一步整合為「共同參考架構草案」

（Draft of Common Frame of Reference，簡稱DCFR）¹⁶。此等文件，對於現代契約法及侵權行為法提出新思維及新觀念，值得讀者注意。本書於相關論述之處，酌予參考引用。

第三節 現代民法的指導原則

第一項 近代私法之原理

近代私法以自由平等為其指導原則，認為人類之私人社會生活，應以個人之自由平等為前提，使其得以自己之意思及能力自由活動，而達成增進社會公共福祉，促進社會進步之目的。至於公法領域，則以命令服從為主導原則¹⁷。

私法關係採個人自由平等的法律原理，國家僅在最低限度內，對於個人活動自由，予以限制，有助於個人發揮其創意及能力，而有利於經濟上的自由競爭及資本主義的蓬勃發展。但個人權利的極度主張，及資本主義的過度發達，實際上對於社會全體未必有利。尤其在社會上權力與資源分配不均下，形成社會地位不平等。法律上形式的自由平等，反而成為社會地位強勢者的工具，以達成個人自私自利的目的，實非法律所期待的公平正義。

民法於維護契約自由並保障私有財產的前提下，應同時注意權利的社會化及公平正義的原則，以調和個人的發展自由及社會的整體利益，而達成個人與社會全體協同的法律秩序。從而現代民法的指導原理，有如下的發展趨勢：

第一款 所有權絕對觀念與所有權的社會化

自法國大革命後，「所有權神聖不可侵犯」及「行使權利不受限

¹⁶ 參閱陳自強，整合中之契約法，第197-236頁（2011年）。

¹⁷ 洪遜欣，民總，第14頁。

制」的觀念，曾經極盛一時。但隨著時代的進步與資本主義的流弊，所有權絕對的觀念，漸次受到修正。民法第773條規定，土地所有權之行使，法令得以限制，且他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之。在既成道路之公用地役關係，某筆土地實際上供公眾通行數十年，作為道路使用，應認為有公用地役權存在，土地所有人不得再行違反供公眾通行之目的，而使用其土地¹⁸。

第二款 契約自由與契約正義

契約自由原則擔保個人自由平等活動之權利，但資本主義發達之結果，貧富懸殊，大企業林立，個人與企業體相較，無論擁有之財力或資訊獲得能力，均相差懸殊，個人無法與企業體從事平等自由之協商與締結公平之契約。對於多數消費者及勞工而言，契約自由僅剩不訂約、不工作之自由。究其實際，施行契約自由之結果，反而違反契約正義的要求。

關於契約自由之濫用，在臺北地方法院84年重訴字第1464號判決，某甲向第○銀行貸款5,000萬元，以年僅12歲及9歲之子女為連帶保證人，嗣後甲無法清償貸款，第○銀行請求甲之子女負連帶保證責任。法院認為，第○銀行「與此稚子訂立連帶保證契約，輕率同意由如此未具社會經驗之限制行為能力人擔任連帶保證人，令彼等以九歲及十二歲之稚齡背負高達五千萬元之連帶保證債務，顯係濫用其締結契約之自由，若承認其契約為合法有效，則此稚子將於尚未成年之際即負擔難以承受之債務重擔，終其一生將無從解脫，對於其將來之人格發展勢將具有重大不利之影響，實無異剝奪其正常成長之權利。」因此第○銀行與甲之子女訂立之連帶保證契約因違反公序良俗而無效（第72條）¹⁹。

本件法院以第○銀行濫用契約自由，妨礙稚子之正常成長權利，而宣告契約無效，對於維護實質的契約自由，實現契約正義，別具意義。

¹⁸ 既成道路形成後，所有權人已無從自由使用受益其土地，國家應以法律之規定辦理徵收補償。參見大法官釋字第400號解釋。

¹⁹ 本案評釋，參見王澤鑑，變動中的債法，收錄於債法原理，第20-21頁（2012年）。

第三款 過失責任與危險責任

爲維護個人活動之自由，避免動則得咎，民法在侵權行爲法方面，原則上採取過失責任主義。亦即在損害事件發生時，僅在被告具有故意或過失時，始負損害賠償責任，否則即由被害人自行承擔損害結果（第184條第1項）。

然而，由於工業進步、醫學發達、科技日新月異，許多意外事件發生後，經常對被害人導致巨大損害。例如飛機失事，乘客全部罹難；高雄丙烯氣爆，死傷多人²⁰；工廠排放廢水，鄰近數甲土地無法從事生產；油輪擱淺毀損，漁民無法捕魚維生；加油站油槽爆炸，鄰近房屋傾倒、人民受傷。凡此意外事件，被害人欲證明行爲人具有故意或過失，甚爲困難。諸此意外事件之發生，縱使行爲人盡其最大之注意義務，亦難擔保事故不會發生，採取過失責任，無濟於事。尤其損害事件之原因（如工廠生產、設置加油站等）對社會大眾有利，但損害發生後，損害後果甚爲嚴重，若僅由被害人承擔損害結果，與公平正義之感情有違。是以過失責任在現代型意外事件中，逐漸喪失其說服力，而有改採危險責任之必要，只要行爲人之行爲促成損害發生，無論行爲人是否具有故意或過失，均應負擔損害賠償責任，學說上稱之爲「無過失責任」（參見第191條之3）²¹。

爲補充過失責任之不足，在若干法規，採取無過失補償制度。例如勞工因遭遇職業災害而致死亡、殘廢、傷害或疾病時，雇主縱無過失，亦應對勞工之損害給付補償費（勞動基準法第59條）。職業災害補償，非因雇主對於事故發生有原因力，而在於維持勞工的生存權，照顧勞工

²⁰ 撰寫本書之際，恰逢高雄於2014年7月31日發生史無前例的丙烯氣爆事故，多處路段沿下水道、管線炸開、塌陷，死亡31人，傷者300餘人，財物損失無數，景象悚目驚心，若爲化工廠的管線破裂所引起，應依民法第191條之3的危險活動責任負擔損害賠償責任。

²¹ 關於危險責任之探討，參見陳自強，民法侵權行爲法體系之再構成——民法第一九一條之三之體系地位，收錄於臺灣民法與日本債權法之現代化，第69-149頁（2011年）；陳聰富，危險責任與過失推定，收錄於侵權歸責原則與損害賠償，第155-200頁（2004年）；陳聰富，歐陸法嚴格責任立法與我國民法第191條之3之檢討，臺大法學論叢，第40卷第2期，第569-628頁（2011年6月）。

的家庭生活，與雇主是否具有故意或過失無涉²²。

第二項 權利鬥爭、權利本位與義務之強化

法律的任務在於保障權利，只有權利人的權利在現實生活中獲得實現，才能使法律發生實際效力。惟相對於權利人之權利，即為義務人之義務。在眾多法律關係中，個人經常同時為權利人，亦為義務人。在多數契約關係中，例如買賣契約，出賣人對於請求價金給付具有權利（價金給付請求權，民法第367條），是為權利人；對於買賣標的物的交付，則為義務人（交付標的物及移轉所有權之義務，民法第348條）。買受人對於請求標的物之交付，為買賣契約的權利人，但就交付價金而言，則為義務人。即便在規範一般人間法律關係的侵權行為法，法律所規定者，雖為受害人的損害賠償請求權（民法第184條），但侵權行為法之規定，同時意涵著一般人負有不得無故侵害他人權利之義務。從而對於「法律」的解讀，可能併存著權利行使與義務履行二個面向。西方社會的法學思想，基於個人主義，著重權利的主張。東方文化，基於群體和諧的思想，強調義務的履行。法律到底應著重權利之主張，或義務的實踐，請閱讀以下兩段文字，並細思之。

薩孟武教授翻譯，德儒Rudolf von Jhering著《法律的鬥爭》：「法律的生命是鬥爭，即民族的鬥爭，國家的鬥爭，階級的鬥爭，個人的鬥爭。世界上一切法律都是經過鬥爭而後得到的。法律不是紙上的條文，而是含有生命的力量。沒有戰鬥的和平及沒有勤勞的收益，只存在於天堂。其在人間，則應視為辛苦奮鬥的結果。我們須知法律不是永久不變的，一方有擁護的人，同時又有反對的人，兩相對立，必引起一場鬥爭。在鬥爭中，勝負之數不是取決於理由的多少，而是決定於力量的大小。一種制度老早就應廢止，而卒不能廢止者，並不是由於歷史的惰性，而是由於擁護者的抵抗力。是故在現行法律之下，要採用新的法律，必有鬥爭。法律所經過的路程不是香花鋪路，而是腥血塗地。法律

²² 王澤鑑，勞災補償與侵權行為損害賠償，收錄於民法學說與判例研究，第三冊，第260-272頁（1983年）。

不是人民從容揖讓，坐待蒼天降落的。人民要取得法律，必須努力，必須鬥爭，必須流血。

被害人提起訴訟，往往不是因為實際上的利益，而是基於權利感情，對於不法行為，精神上感覺痛苦。即不是單單要討還標的物，而是要主張自己應有的權利。法律能夠存在，乃依靠人們對於不法，肯作勇敢的反抗。吾人遇到權利受到損害，應投身於鬥爭之中，出來反抗。此種反抗乃是每個人的義務。

權利鬥爭是權利人受到損害，對於自己應盡的義務。抵抗侵害乃是權利人的義務。吾人的生存不是單由法律之抽象的保護，而是由於具體的堅決主張權利。堅決主張自己的權利，不是由於利益，而是出於權利感情的作用。

個人擁護自己的法律——即法律上的權利——又是對於社會的義務。法律的本質在於實行，私法的權威乃懸於權利的行使，法律與權利的關係猶如血液的循環，出自心臟，歸於心臟。個人堅決主張自己應有的權利，這是法律能夠發揮效力的條件。自己的權利受到侵害，而仍坐聽加害人的橫行，不敢起來反抗，則法律將為之毀滅。故凡勸告被害人忍受侵害，無異於勸告被害人破壞法律。不法行為遇到權利人堅決反抗，往往會因之中止。是則法律的毀滅，責任不在於侵害法律的人，而在於被害人缺乏勇氣。

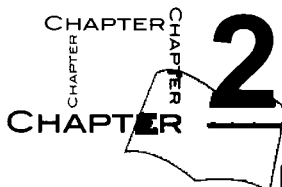
『勿為不法』固然可貴，『勿寬容不法』尤為可貴。我的權利受到侵害，受到否認，就是人人權利受到侵犯，受到否認。反之，我能防護權利，主張權利，回復權利，就是人人權利均受到防護，均有主張，均有回復。在這個觀念下，權利鬥爭同時就是法律鬥爭。²³

洪遜欣教授論述《權利本位思想及其進化》：「近世法，以自由平等為其指導原理，規律個人之法律關係時，對於個人，承認其得享有各種權利，……但非一切規範皆承認個人之權利（如道德規範及學校之規則等，僅課以義務，並不賦予權利）；一切社會生活關係，以個人、社

²³ 本段文字，摘錄自「法律的鬥爭」。王澤鑑教授謂：「『法律的鬥爭』可作為初習民法的『精神教育』。」詳見王澤鑑，民總，第1-10頁。

會及國家三位一體之協同融合為基礎，其結果，規律社會生活關係之法律，亦應以實現或維持此種協同關係，為其指導原則。故個人與國家之法律關係，需解為以義務及責任為本位之融合的關係，切勿視為權利與義務的對立關係。在私法範圍內，亦有此種情形，即於家族團體，及人與人之其他本質的結合關係，並無權利義務之對立。僱用人與受僱人間之關係，亦不可視為階級之對立，實則國家的社會的生產之協同體。他如出賣人與買受人、出租人與承租人等利害對立者間之關係，與其解為權利義務之單純的對立關係，毋寧視為以利用物資為共同目的之協同體。故在私法關係，一方面，應以權利濫用禁止之理論，對權利之內容，加以相當的規整；另一方面，亦應承認有協同關係，即不能完全分析為權利義務之法律關係。……在私法之範圍內，……權利人不可形式的機械的主張其權利，以破壞人類社會生活，尤其破壞國家生活之協同的融合關係。……吾人應認識『法治』與『德治』本不相反，而力求『法治』與『德治』之合理的融合，即應依據法治而達成德治之理想。²⁴」

²⁴ 洪遜欣，民總，第18-20頁。洪遜欣教授的義務強化論，可作為重新思考現代法學權利本位論的起點。



2

民法的法源與 法律適用

第一節 民法的法源

第一項 法源的意義

法源指法之淵源。民法之法源，狹義說認為係指民法的存在形式，包括民法典、特別民事法規、習慣民法、判例民法及法理。廣義說則認為，法源係指法官得據以為民事裁判基礎之淵源，除上述列舉者外，並包括法律行為規範，尤其是當事人訂定的契約。

我國為成文法國家，法官從事審判，須依據法律規範。民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」所謂法律，係指成文法；所謂習慣與法理，則為不成文法。民法第1條之規定，具有二項重要意義：首先，民法第1條規定民法法源的適用順位，必須成文法無明文規定者，始得適用不成文法。然則，在私法自治原則下，除非違反國家法的強制規定，否則當事人間訂立的契約，在當事人之間，實應超越國家法規定，而成為法院裁判的基礎。就此而論，當事人間的契約，具有優先於國家法之效力。從而民法第1條以國家法作為民事法源的第一優先順位，尚有爭執之餘地¹。

¹ 曾世雄，民總，第27頁。

其次，民法第1條之規定，意涵著對於任何民事案件，法官不得以法無明文規定而拒絕審判。法官應依據其理性與良知，參酌法律規定及法律的一般原理原則，對於民事案件，予以審判。誠如瑞士民法第1條所言：「關於法律問題，本法在其文字或解釋上，已有規定者，一概適用本法。本法未規定者，審判官依習慣法；無習慣法者，依自居於立法者地位時，所應行制定之法規，裁判之。前項情形，審判官應準據確定之學說及先例。」

例如，在最高法院84年台上字第1474號判決，某甲為A建物所有人，該建物被拍賣，由乙購得地下一樓停車場，由丙購得地下二樓停車場，乙拒絕丙使用地下一樓之車道，通往路面。丙於是起訴請求乙，容忍其使用地下一樓車道，以便通往路面道路。

民法對於本件停車場之爭議，並無規定；雙方當事人對於如何使用停車場，亦無契約約定。但法官不得以民法並無規定為理由，而駁回丙之請求。對於此項法律漏洞，法官應「自居於立法者之地位」，而予以審判。對於本案，最高法院謂：「地下二樓停車場對外並無適宜之聯絡可資為通常之使用，因其必須通行系爭車道，而發生類似相鄰關係袋地通行權之問題，基於調和區分所有人房屋相互間經濟利益之法理，自得類推適用民法第787條第1項規定之袋地通行權。」據此，本案丙得向乙主張袋地通行權，以通行至路面道路。

第二項 法 律

民法第1條規定，民事，以法律為第一優先之法源。所謂「法律」，係指民法典及民事特別法，固無疑義。惟憲法與行政法規，在民事案件，得否直接作為民事法院判決之基礎，則有待澄清。

第一款 民法典

民法典為民事裁判依據的普通法，在無特別法律規定時，法官對於民事案件應依據民法典之規定，予以審判。

我國民法，繼受德國法，並參考瑞士民法及債務法，共分為五編，

即總則、債編、物權、親屬及繼承。在身分法方面，承襲許多我國固有的傳統習俗。其後，因受到西方法律思想及現代社會個人主義盛行的影響，身分法逐漸捨棄傳統家庭觀念，改採個人主義精神。在家庭法、夫妻財產制、離婚法、親子監護權，繼承原則等，經過多次民法親屬編及繼承編修訂，展現與傳統習俗迥然不同的面貌。

在財產法方面，我國民法大都繼受外國法制，除物權編的典權規定（第911條以下），承襲中國傳統的典權制度外，並無固有法的色彩。此外，在1999年債編修訂時，增加合會契約（第709條之1以下），係屬臺灣民間特有的習慣法，而非繼受外國法制，具有本土法制的特色。

第二款 民事特別法

關於民事案件，除民法典予以規範外，尚有許多民事特別法，針對特別民事事項，予以規定。傳統型的民事特別法，包括土地法、經濟法規及勞工法等，大都在於保護經濟上的弱者，以實現法律的公平與正義。例如土地法第100條限制出租人收回出租房屋之規定，在於保護承租人；勞動基準法第21條關於基本工資之規定，保護勞工之最低收入，以維持其基本生活，均表現出法律社會化的趨勢。

現代型的民事特別法，則對於現代社會發生的紛爭，予以規範。例如市場經濟發達後，商品流動迅速，而以消費者保護法，規範消費者與企業經營者之消費關係。社會高度都市化後，公寓林立，乃以公寓大廈管理條例，規範現代公寓密集住宅的生活關係。科技發達，電腦使用頻繁後，文書作成方式與個人隱私之保護，成為重要問題，而有電子簽章法及個人資料保護法等法規，以迅速處理文書之製作及保護個人隱私，凡此均屬現代型的民事特別法。

在法規適用順序上，民事特別法規定的事項，應優先於民法規定而適用。例如民法對於侵權責任，依第184條規定，採過失責任主義。但消費者保護法對於商品製造人及提供服務之企業經營者，因商品或服務導致他人損害時，課以無過失責任（該法第7條），因此在商品及服務的消費關係，消費者保護法之無過失責任優先於民法規定而適用。

第三款 憲 法

憲法對於民事法律關係的作用，除在民法解釋上，需遵守符合憲法的法律解釋外，重要的爭議在於，法官得否直接引用憲法關於基本權利之規定，對於民事法律關係，作成判決。亦即民法第1條之「法律」，是否包括憲法。

憲法關於基本權利之規定，原本在於拘束國家權力，使人民基本權利，不會受到國家不法干涉。但在私人間，亦有可能因為契約之締結或侵權行為，而侵害他人之基本權利。例如，僱傭契約約定，女性勞工結婚者，必須離職。此項約定，侵害勞工結婚自由之基本權利、工作權及違反性別平等。又如，為抗議報紙報導不公、立場偏頗，而發起退報運動，侵害報社之出版自由及其財產權。

關於基本權利對於國家以外之私人，是否具有拘束力，涉及基本權利對第三人效力之理論²。亦即在私法關係中，一般私人相互間是否可以基本權利受侵害，而主張權利。學說上主張「直接效力說」者承認，基本權利具有絕對效力，認為基本權利不僅拘束國家，且可拘束私人。私人相互間，無庸間接透過民事法律的媒介，即可直接適用基本權利之規定，以主張權利。反之，「間接效力說」則認為，基本權利只拘束國家，而不拘束私人。為維護私法的獨立性，避免破壞私法自治原則，基本權利之規定，只能間接透過私法規範，尤其是民法的開放性概念與概括條款（如公序良俗、誠信原則），而在私人相互間的法律關係發生效力³。

上述學說之爭執，我國多數學者採取間接效力說⁴，實務上之見解亦同。關於女性勞工結婚必須離職之約定，司法院78年廳民1字第859號函謂：「雇主要求女性受雇人預立於任職中結婚即辭職之辭職書，不惟

² 憲法原本在於規範國家與人民之關係，而基本權利對第三人之效力，所指之「第三人」，指國家與人民關係以外之人，亦即人民與人民之關係。參見王澤鑑，法律思維，第231頁。

³ 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第9期，第64-66頁（2003年7月）。

⁴ 許宗力，同前註，第67-68頁；王澤鑑，法律思維，第231頁。

破壞憲法保障男女平等之原則，並且限制人民之工作權及有關結婚之基本自由及權利，該結婚即辭職之約定，可認為違背我國之公序良俗，依民法第72條之規定，應屬無效。」實則，此項單身條款所違反者，應係公共秩序，至於採取間接效力說，可資贊同⁵。

關於競業禁止的約定，即在僱傭契約書約定：「員工於離職後二年內，不得從事相同或類似工作，否則應賠償一定金額之違約金」，是否有效，最高法院81年台上字第989號判決謂：「人民之工作權亦非不得限制之絕對權利，此觀憲法第23條自明。被上訴人爲防止其離職員工洩漏其智慧財產權、營業秘密等，並防止惡性之同業競爭，乃於其員工進入公司任職之初，與之簽訂聘用合約書，約定於離職後二年內不得從事與被上訴人營業項目相同或類似之行業，否則需負給付一定之違約金。該項就業禁止之約定，僅有二年之適用期限，且出於任職員工之同意而簽訂，即與憲法保障人民工作權精神不相違背，亦不違反其他強制規定，且與公共秩序、善良風俗無關。⁶」

關於契約限制他方基本權利之約定，應嚴格審查該項約定，是否合理、正當；所約定之權利限制，是否適合目的之達成；是否屬於最小侵害之不得已、且必要之限制手段，以及所追求利益與所犧牲權利是否合乎比例等，而予以妥適的認定⁷。

⁵ 王澤鑑，勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗，收錄於民法學說與判例研究，第七冊，第54頁（2009年）。

⁶ 對此問題，勞動基準法於綜合法院實務見解後，於第9條之1規定：「I 未符合下列規定者，雇主不得與勞工為離職後競業禁止之約定：一、雇主有應受保護之正當營業利益。二、勞工擔任之職位或職務，能接觸或使用雇主之營業秘密。三、競業禁止之期間、區域、職業活動之範圍及就業對象，未逾合理範疇。四、雇主對勞工因不從事競業行為所受損失有合理補償。II 前項第四款所定合理補償，不包括勞工於工作期間所受領之給付。III 違反第一項各款規定之一者，其約定無效。IV 離職後競業禁止之期間，最長不得逾二年。逾二年者，縮短為二年。」類似案例之討論，參見林誠二，民總（上），第191-192頁；民總（下），第24-26頁。

⁷ 許宗力，同註3，第69頁。

第四款 行政法規

行政法規中，甚多關於民事責任之規定，尤其創設民法所無之責任，法院得直接依據該項規定，適用於民事法律關係而為判決。例如土壤及地下水污染整治法（下稱「土污法」）第25條規定，污染土地之使用人、管理人或所有人，應盡善良管理人之注意義務，防止土壤及地下水受污染。其因重大過失，致其土地公告為整治場址者，就各級主管機關支出之土壤整治費用，應與污染行為人負擔連帶清償責任，但得向污染行為人求償。

按所有人對於自己財產，並無防範損害發生之義務。從而對於自己土地遭受污染，所有人並無注意義務。但土污法基於環境保護之政策，規定土地所有人之善良管理人的注意義務，創設民法所無之義務，得作為民事判決之基礎。

又土地污染，負責整治費用者，依據侵權行為法上的自己責任主義，應由污染行為人負責。蓋污染行為人始為導致土地遭受污染之人，而應負清除污染之責任。若無土污法之上開規定，土地之使用人、管理人或所有人未必須負清除責任。但土污法基於確保土地及地下水資源之永續利用，規定所有人等對主管機關連帶負責整治費用之支付義務，亦屬創設民法所無之責任。

行政法規中，關於民事責任之規定，固應優先於民法規定而適用。惟應注意者為，行政法規中基於行政管制之必要，所為之規定，僅可作為民事判決之參考，非可為絕對的判斷標準⁸。例如空氣污染防治法第20條規定，公私場所固定污染源排放空氣污染物，應符合排放標準。水污染防治法第7條規定，事業、污染下水道系統或建築物污水處理設施，排放廢（污）水於地面水體者，應符合放流水標準。

在公害污染事件，污染源之工廠，於受害人請求損害賠償時，經常抗辯其排放之煙塵或污水，符合環保機關頒行之空氣污染物排放標準或污水放流水標準，不具有違法性，而無庸負擔侵權行為之損害賠償責

⁸ 關於法規命令及行政規則，可否作為民法之法源，參見林誠二，民總（上），第18-19頁。

任。惟我國法院認為，工廠排放空氣雖未超過主管機關公告之排放標準，但已造成林地農作物發生損害者，仍不阻卻違法，而應負損害賠償責任⁹。

最後，行政法規基於行政管制之必要所為的規定，尚無變更民法基本原則之餘地。例如，道路交通安全規則第15條規定，汽車過戶時，應申請異動登記。按汽車為動產（民法第67條），關於汽車所有權之移轉，依民法第761條規定，以交付為要件，而非以行政機關之異動登記為要件。如甲因與乙同窗，願意低價出售A車於乙，並即交付該車。乙因失業，尚未給付價金。甲因忙於出國，未至監理所辦理過戶登記。隔日乙立即以市價出售該車於丙，並交付之。甲回國後不同意乙出售該車，可否主張丙返還該車？

本案甲出售A車，固然未辦理過戶登記，但汽車所有權之移轉，僅以交付為要件，從而乙因甲之交付A車，而取得該車所有權。乙再讓與該車於丙，係屬有權處分，無須得甲之同意，丙業已取得A車所有權，因此甲向丙請求返還A車，並無理由。

第三項 習 慣

第一款 習慣與習慣法的定義

民法上之習慣，有習慣法與事實上之習慣二類。所謂「習慣法」，須以多年慣行之事實，及普通一般人之確信心為其成立基礎（17上613號判例）。亦即「社會慣行中，普通一般人確信其有拘束力，人人必需遵從，而後群居生活始能維持者而言」（70台上3258號）。

習慣法的效力如何，涉及習慣法的法源性問題，亦即習慣法究屬民法第1條的「法律」或「習慣」？有學說主張，民法第1條所謂之法律，包括制訂法與習慣法二者。在習慣法與制定法同時存在時，應依據法規競合的理論解決¹⁰。多數說主張，民法第1條規定的法律，僅指制定

⁹ 最高法院86年台上字第3770號、83年台上字第2197號、76年台上字第1949號判決。
¹⁰ 梅仲協，民要，第33頁；黃立，民總，第40頁。黃茂榮教授謂：「習慣法與制定法有同樣之權力基礎，它與制定法之區別只在於制定的程序。至於它們之間的關係在

法，該條所稱的習慣，始為習慣法¹¹。

依據多數說的見解，習慣法屬於民法第1條規定的「習慣」，對於成文法，僅有補充效力。例如，在臺灣舊社會，土地買賣之移轉所有權，係以出賣人偕同買受人繞行買賣之土地一周，作為移轉土地所有權的方式。但依現行民法第758條規定，不動產物權之移轉，非經登記，不生效力。是以，舊社會的習慣法，因法律對土地所有權移轉已有規定，而不得再行援用。

所謂「事實上之習慣」，僅屬一種慣行，尚缺乏法之確信。亦即一般人尚未具有，必須遵從此項慣行，否則將無法維持社會共同生活之確信。事實上之習慣，多數說認為，非屬民法第1條之習慣，不具有法源性，無補充法律之效力。但在法律另有特別規定時，則具有優先於成文法之效力。亦即事實上之習慣，僅在透過國家法的特別承認，始有法律上之效力。

例如，民法第207條第1項禁止複利，但同條第2項特別規定：「前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之。」即屬事實上習慣優先於民法規定之情形（26渝上948號判例）。一般銀行對於借貸，採取複利的利息計算方式，即屬本條的商業上另有習慣，而不受同條第1項禁止複利的限制。

又如民法第68條規定：「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，為從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。」據此，關於從物的交易習慣具有優先性。裝米之袋、乘馬之鞍、洋爐之煙筒、房屋天花板上之吊燈等，雖常助主物之效用，通常不視為從物¹²。

第二款 習慣不得背於公序良俗

民法第2條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良

必要時，應依競合的理論去解決。」（法學方法與現代民法，第305頁註3，1982年）。

¹¹ 王伯琦，民總，第5頁；洪遜欣，民總，第28頁；王澤鑑，民總，第74頁；林誠二，民總（上），第26頁。

¹² 王澤鑑，民總，第249頁；洪遜欣，民總，第222頁。

風俗者為限。」該條所稱的習慣，多數說認為兼指習慣法及事實上之習慣¹³。就事實上之習慣而言，因其尚缺乏一般人之法之確信，法院得以事實上之習慣，與國家法之目的相違，而認其違反公序良俗，不予適用。例如最高法院30年上字第191號判例謂：「現行法上並無認不動產之近鄰有先買權之規定，即使有此習慣，亦於經濟之流通、地方之發達，均有障礙，不能予以法之效力。」

就習慣法而言，習慣法除具有多年之慣行外，並具有一般人的法之確信心，亦即一般人均認為該習慣法具有拘束人們之效力，非予以遵守，不足以維護社會共同生活。果如此，概念上，習慣法幾乎即為社會生活之公序良俗，或不可能違反公序良俗，否則如何取得一般人「法之確信」。此時，國家法如何再以違反「公序良俗」而拒絕適用習慣法？民法第2條規定，若可規範習慣法，則僅為法官基於國家法之觀點，而宣告國家法之「公序良俗」與社會上之習慣法（公序良俗）衝突而已。法院以其所認知的國家法上之公序良俗，對抗民間習慣法上的公序良俗，國家法是否具有優先性，以及法院以判決排斥習慣法的適用，是否具有正當性，均不無疑問。

第三款 習慣法與制定法之位階

最高法院69年台上字第3334號判決謂：「依台灣之舊習慣，被繼承人如無男子時，其女子並非當然得繼承被繼承人之財產，須被繼承人之親族無異議時始得為繼承，亦即本省在日據時期，如被繼承人有直系卑親屬之男子（包括婚生私生子）時，女子就被繼承人之遺產，即無繼承權。」此項判決承認，剝奪女子之繼承權，與現行法表彰之男女平權主義及女子具有繼承權之規定（民法第1138條），顯然未合。依據多數說，本案應依據民法第2條之規定，認為該項習慣法違反公序良俗，而不予適用。

然而，最高法院在本案判決，承認習慣法具有優先於成文法之效力，而否認女子繼承權。足見國家法仍然承認習慣法之效力，而非以自

¹³ 王澤鑑，民總，第74頁；洪遜欣，民總，第27頁。

認為妥適的公序良俗，駁回習慣法之適用。此項尊重習慣法之立場，於祭祀公業條例亦同，其第4條規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」

據此而論，習慣法在我國法源性上，似屬民法第1條之「法律」，與成文法發生衝突時，成文法未必優先適用，且習慣法不受民法第2條關於善良風俗之檢證。至於第2條規範之習慣，與第1條規定之習慣相同，均指事實上之習慣，而非習慣法。換言之，習慣法具有法之效力，與制定法相衝突時，尚非必然無效¹⁴。習慣法對於制定法，並非僅有補充地位，而直接具有法源地位，在二者相衝突時，應依法規競合的理論處理。果如此，則民法第1條及第2條規定之習慣，毋寧均指事實上之習慣。至於習慣法，則屬民法第1條所稱之「法律」，本身具有法之效力，而不受公序良俗的制約。

綜合言之，關於習慣法及習慣的解釋適用，可以歸納如下表。

	多數說見解	本書見解
民法第1條	法律＝制定法 習慣＝習慣法：僅有補充效力	法律＝制定法＋習慣法 習慣＝事實上習慣
民法第2條	習慣＝習慣法＋事實上習慣	習慣＝事實上習慣
法律特別規定	習慣＝事實上習慣：優先效力	習慣＝事實上習慣

第四項 法 理

法理者，自法律根本精神演繹而得之法律一般原則，即在特定社會、特定時間，社會上一般人認為不得不然的原理原則，而為一般人所不可不遵守之行爲規範¹⁵。

成文法典的立法目的，力圖以成文法，全面性地涵蓋所有社會生活

¹⁴ 同說，梅仲協，民要，第33頁；黃立，民總，第40頁。

¹⁵ 洪遜欣，民總，第31頁；王伯琦，民總，第6頁。

可能產生的紛爭。然而無論立法如何縝密，終有立法疏漏之處。在法律不備，制定法有所不足時，法官應基於立法者的地位，秉持理性的認知，考查社會生活現狀，依據社會生活的基本價值，尋求吾人應遵從的法律原則，而作成判決，以合理調整社會生活中各種利益衝突，達成社會公平與正義之實現。

法理的意義與功能，誠如最高法院所言：「適用法律為法院之職責，根據『法官知法』之原則，法院應就當事人主張之事實，依職權尋求適當之法律規範，作為判斷之依據。而民法第一條規定……所謂法理，乃指法條中未揭示，而由法律根本精神演繹而得之法律一般原則，為事務本然或應然之理，以公平正義進行調和社會生活相對立的各種利益為任務；經由法理的補充功能得以適用包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（如超越法律計畫外所創設之法律規範）（103台上736號、101台上2037號）。」

法理作為法源基礎，係透過法院，在具體案件審判時，將法理具體化，而成為法律規範。關於法理之應用，我國法院作成許多判決，歸納言之，法律一般原則、法律規定¹⁶、判例、習慣¹⁷及外國法¹⁸，均可作為

¹⁶ 最高法院55年台上字第2734號判決：「非對話而為意思表示者，其意思表示以達到相對人時發生效力。此所謂達到，究在何種情形之下始稱合適，在民法上固無明文規定，但民事訴訟法關於送達之規定，於此場合似不妨倚作法理適用。」又90年台上字第1575號判決：「祭祀公業之管理人與祭祀公業間係類似委任之無名契約，管理人職務之執行有其繼續性，依公司法第195條第2項前段規定之法理，應認管理人之任期雖已屆滿，而未改選，或改選無效時，原管理人仍得繼續執行職務。」

¹⁷ 最高法院53年台上字第415號判決：「耕地所有人將所有耕地出租他人耕作後，其地價約減損一半，為一般公認之事實，而承租人放棄耕作權，獲有補償，亦為民間所習見。……依照上述法理，其地價之補償金三分之二歸耕地所有人，三分之一歸承租人，殊屬平允。」

¹⁸ 最高法院59年台上字第1005號判決：「因上訴人之增加設施，所借用房屋之價值顯然增加，在我民法使用借貸一節內，雖無得請求償還或返還其價值之明文，然依據外國立法例，即不乏得依無因管理或不當得利之法則，請求償還或返還之規定，則本於誠實信用之原則，似非不可將外國立法例視為法理而適用。」另參見103年台上字第173號判決，援引法國民法第1162條（新法第1190條）之規定，作為法理而適用。

法理而適用¹⁹。舉例如下：

第一款 舉輕明重、舉重明輕

最高法院88年台上字第482號判決：「公務員因任職關係獲准配住宿舍，其性質為使用借貸，借用人若已離職，依借貸之目的，當然視為使用業已完畢，貸與人得為返還之請求。若借用人於在職中死亡，則實際上已無占用宿舍之情形，且其公務員之職位又已喪失，此較之借用人已離職而不應續住宿舍之情形，更形明顯，依舉輕明重之法理，當無不許貸與人請求返還宿舍之理。於此情形，借用人及其眷屬或其繼承人之繼續占有使用宿舍，均屬無權占有。」

最高法院83年台上字第2701號判決：「按民法第七百九十六條規定，鄰地所有人知悉土地所有人越界建屋而不提出異議者雖不得請求土地所有人移去或變更建物，但得請求土地所有人以相當之價額購買越界部分之土地。被上訴人雖非知情而不異議，與該條文所定得請求購買越界部分土地之要件不符，但查知情而不異議，不得請求移去或變更建物者，尚且得請求土地所有人購買越界部分之土地，舉重以明輕，以依衡平原則，不知情而得請求移去或變更建物之鄰地所有人，當然更得（類推適用該條之規定）不請求土地所有人移去或變更建物而請求其以相當之價額購買越界部分之土地。」

第二款 平等原則

最高法院82年台上字第580號判決：「民法創設鄰地通行權之目的，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利，以增進社會經濟之公益，是以袋地無論由所有人或其他利用權人使用，周圍地之所有人及其他利用權人均有容忍其通行之義務。民法第787條規定土地所有人鄰地通行權，依同法第833條、第850條、第914條之規定準用於地上權人、永佃權人或典權人間，及各該不動產物權人與土地所有人間，不外本此立法意旨所為一部分例示性質之規定而已，要非表示於所有權以外其他土地

¹⁹ 參見陳聰富，民法之法源，月旦法學教室，第11期，第60-62頁（2003年9月）。

利用權人間即無相互通行鄰地之必要，而有意不予規定。從而鄰地通行權，除上述法律已明定適用或準用之情形外，於其他土地利用權人相互間，亦應援用『相類似案件，應為相同之處理』之法理，為之補充解釋，以求貫徹。」

第三款 新訂法律規定作為舊法時代的法理

最高法院101年台上字第2037號判決：「證交法第二條既規定：『有價證券之募集、發行、買賣，其管理、監督依本法之規定；本法未規定者，適用公司法及其他有關法律之規定』，則有關因證券交易所生之損害賠償事件，在事實發生時縱無實定法可資適用或比附援引（類推適用），倘其後就規範該項事實所增訂之法律，斟酌立法政策、社會價值及法律整體精神，認為合乎事物本質及公平原則時，亦可本於制定法外法之續造機能，以該增訂之條文作為法理而填補之，俾法院對同一事件所作之價值判斷得以一貫，以維事理之平。」（同說101台上1695號）

第五項 法律行為規範（尤其是契約）

在無強行規定時，在當事人間，契約約定應優先於國家法，作為法院裁判的依據。在原告依據契約約定，起訴主張被告應為一定作為或不作為時，基於私法自治原則，除非原告主張之契約約定，違反法律強制或禁止規定，或有背於公序良俗而無效，否則法官不得以原告之主張，欠缺法律規定之依據，而駁回原告之請求。契約規範既可作為法院裁判的基礎，即具有法源性，應優先於民法任意規定而為適用²⁰。最高法院亦謂：「基於私法自治原則，當事人就其所得自由處分之事項，本於自由意志，自行磋商後所作之協議，除作為當事人間之行為規約外，在具體紛爭事件中亦成為裁判之規範，當事人與法院均同應受其拘束（106台上2331號）。」

²⁰ 四宮和夫（唐暉、錢孟珊譯），日本民法總則，第12頁（1995年）；曾世雄，民總，第27頁。

應注意者為，所謂契約規定，於當事人之間，具有優先於國家法之效力，係指契約在當事人之間的效力。如國家法對於當事人課與一定義務時，當事人仍不得以契約約定而排除之。

例如，某項行政法規規定，未經許可，開設KTV場所者，經營人與房屋所有人應課與罰鍰。若房屋所有人甲與承租人乙約定：「乙使用房屋，違反法令，致受任何處罰時，應由乙單獨負責，與甲無涉。甲若因而受有損害，乙應負損害賠償責任。」此項契約約定，不得作為甲脫免罰鍰責任之依據，但基於該契約約定，甲被處以罰鍰時，得向乙請求損害賠償。

又如土地稅法第5條規定，土地增值稅之納稅義務人，為原土地所有權人之出賣人。但在許多土地買賣契約，買賣雙方約定，土地增值稅由買受人負責繳納。此項約定，基於私法自治原則，應屬有效（88台上1543號），但尚非因而變更公法上之納稅義務人為買受人。在出賣人未於規定期限內繳納者，主管機關仍得對原土地所有權人之出賣人課以滯納金之處罰（土地稅法第53條）²¹。

第二節 法律的解釋適用：法學方法論

第一項 案例分析的方法

第一款 請求權基礎的探求

在生活上的法律事實發生爭議時，當事人是否具有對他方請求的權利，乃最為關鍵的核心問題。例如，甲與乙就A車訂立買賣契約後，乙拒絕給付A車，甲請求法院判決乙履行其義務，法院必須基於某種法律規定，始得命令乙給付A車。此種可供支持一方當事人向他方當事人有所主張的法律規範，稱為請求權基礎。

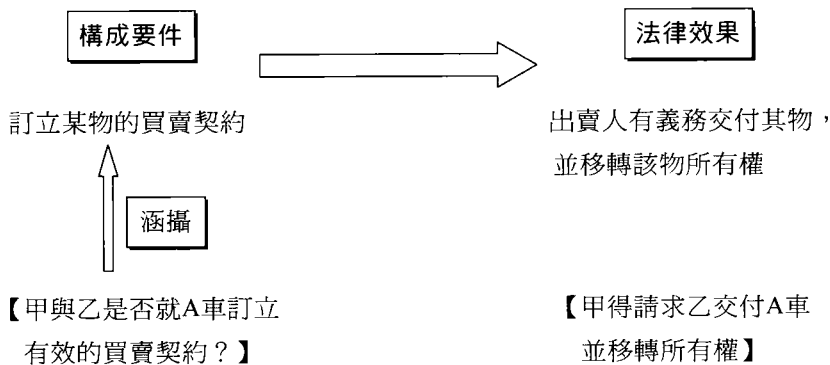
²¹ 土地稅法第5條之1規定：「土地所有權移轉，其應納之土地增值稅，納稅義務人未於規定期限內繳納者，得由取得所有權之人代為繳納。」

在請求權基礎的考察過程，首先應考慮：一、「誰向誰請求什麼？」。例如，買受人甲要向出賣人請求給付汽車。其次應考慮：二、「誰向誰根據何種法律規範請求什麼？」（易言之：「誰得向誰，依據何種法律規範，主張權利？」）。於此，必須在眾多可能的法律規範中，尋找正確的請求權依據。在操作上，必須將案件事實與法律規定進行比對，考察案件事實是否符合法律規範。例如，買受人甲可以依民法第348條規定，請求出賣人乙交付A車，因為雙方確實訂立有效的買賣契約。但是甲不得依民法第179條不當得利的規定，請求乙返還A車，或依民法第184條侵權行為的規定，請求乙賠償損害。因為在甲與乙之間並不符合不當得利或侵權行為的構成要件，因此不會發生不當得利或侵權行為的法律效果。（當然，在許多案件中，可能同時符合多數請求權基礎的構成要件，而形成請求權的競合。）

此時，具體的問題可以表述為：三、「甲（誰）可以向乙（向誰）基於第348條規定（根據何種法律規範）請求移轉和交付汽車（請求什麼）嗎？」在此，應繼續考察甲與乙間的法律事實，是否符合第348條規定的構成要件，而後始能推導出該條規定的法律效果。

通常作為請求權基礎的法律規定，僅為原則性的表述規範，必須將該抽象表述的構成要件，與現實確定的生活事實情況之間，進行比對，始能決定現實生活情況是否符合法律規定。此項比對過程，稱為「涵攝」（Submission）。於此，應將法律規定的構成要件，一一比對涵攝，始能導出法律效果，此即法律適用的三段論法（參見本節下款的敘述）。

例如，民法第348條規定的構成要件，是出賣人與買受人就某物訂立有效的買賣契約，因此應比對上開案例中的甲與乙之間，是否成立有效的買賣契約，而符合出賣人與買受人的要件。如果符合了，始得適用該條規定的法律效果，亦即甲得請求乙交付A車並移轉所有權。圖示如下：



既然作為請求權基礎的法律規定，是作為比對構成要件，而後得出法律效果的基礎，因此並非所有法律規定，均得作為請求權基礎，而僅限於「完全性法條」，亦即一個具有構成要件與法律效果規定的法條，始得作為請求權基礎。此類法律規定的特色為，當事人的一方得以向他方請求為一定的作為或不作為。反面言之，他方當事人因該規定而負有作為和不作為的義務。

民法上重要的請求權基礎，在契約責任，為第348條第1、2項；第226條第1項；第227條第1、2項及第231條第1項。在侵權責任，為第184條第1項前段、第1項後段、第2項。在不當得利，為第179條。在無因管理，為第176條。在物上請求權，為第767條及第962條。（請閱讀上述條文內容！）

反之，在「不完全性法條」，有屬定義性法條者（如第66條及第67條），有屬於補充性法條者（如第213至218條關於損害賠償方法及範圍的規定），僅在使法律概念明確化，或補充其他法律規定（如第184、226條之損害賠償規定），並非請求權基礎²²。

第二款 法律的適用：三段論法

法律適用的邏輯為三段論法，即將具體案例事實（S），置於法律

²² 參見王澤鑑，法律思維，第60、68頁；Bernd Rüthers，民總，第87-90頁。

規範的要件（ T ）之下，而獲致一定結論（ R ）。法律規範（ T ）為大前提、具體案例事實（ S ）為小前提、一定法律效果（ R ）為其結論。表示如下：

$T \rightarrow R$ （具備 T 要件時，即適用 R 的法律效果）（大前提）

$S = T$ （具體案例事實 S 該當於 T 的要件）（小前提的涵攝過程）

$S \rightarrow R$ （該具體案例事實 S ，適用 R 的法律效果）（結論）

如擬探討的問題為：甲的 A 地被乙占有，甲可否向乙請求返還？首先應尋找其請求權基礎，即民法第767條規定：「所有人對無權占有其所有物者，得請求返還之。」此項法律規範即民法第767條之規定為大前提（ $T \rightarrow R$ ）。其次應檢討甲是否為 A 地所有人，及乙是否為無權占有人，此為案例事實（小前提）的涵攝過程。由於作為小前提的事實：甲為 A 地所有人且乙為無權占有人（ S ），與作為大前提的民法第767條規定之要件相符（ $S = T$ ），因此得出結論為：甲得向乙請求返還 A 地（ $S \rightarrow R$ ）。

又如民法第184條第1項規定：「因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」本條的構成要件（ T ）為「因故意或過失不法侵害他人之權利」，法律效果為「負損害賠償責任」（ R ）。若甲駕駛機車撞傷乙（ S ），此項具體案例事實符合第184條第1項規定的所有構成要件（ $S = T$ ）時，即發生損害賠償的法律效果（ $S \rightarrow R$ ）。

在法律適用的過程中，必須具體案例事實符合法條的構成要件，始能得出法律效果。此項「涵攝」的過程，並非機械式的操作，而是具有評價的過程。法條的構成要件，常須經由法律解釋，始可明確其意涵。如民法第184條規定的「過失」、「不法」、「權利」等要件，非經解釋，評價其意涵，難以確知其意。

第二項 法律的解釋²³

第一款 法律解釋的必要性

成文法典試圖以法律明文規定的條文，解決所有社會生活紛爭。然而法律條文所使用的文字本身，僅為表達人類意思的工具，本身具有多義性，非經由解釋，無法確認其意義。再者，法律條文有限，人世間情事無窮，任何法典均會產生必要的缺漏，而無法將人間世事完全納入法條規範。此外，社會生活屬於動態的變動關係，科技的進展與文化的變遷，在法律事實發生，卻法無明文規定時，非經由法律解釋，無法妥適解決社會紛爭。

如民法第798條規定：「果實自落於鄰地者，視為屬於鄰地所有人。」何謂「自落」？瓜蒂成熟而落固屬之，風吹而落、飛鳥啄落、孩童搖落，如何？立法理由謂：「本條之『自落』，凡非基於鄰地所有人之行為致果實掉落者，均屬之。」是以，上述果實掉落者，均屬本條的自落。然而，西瓜藤自行蔓延至鄰地產生果實，是否為本條的自落？「一枝紅杏出牆來」而掉落鄰地，是否為本條的「果實」？凡此，均應從事法律解釋，始得妥適適用法律。

第二款 法律解釋的目的

關於法律解釋的目的，有「主觀說」與「客觀說」二種見解。主觀說認為，法律解釋在於探求立法者的意思。客觀說則認為，法律解釋在於闡釋法律規範性的意義。

上述二說，客觀說為通說見解。蓋受法律規範之人所信賴者，乃法律的客觀表示，而非立法者主觀的意思。且立法者的意思，在立法完成之時，已成「古老的意思」，堅守主觀說，將以過去之人的意志，控制現代人的思維，並無必要²⁴。

²³ 參見詹森林，台灣民法解釋之學說與實務，月旦民商法雜誌，第30期，第5-38頁（2010年12月）。

²⁴ 參見王澤鑑，法律思維，第261頁；林誠二，民總（上），第57-58頁。

第三款 法律解釋的方法

法律解釋的主要方法，有六種，分述如下：

一、文義解釋

文義乃法律解釋的開始，也是法律解釋的終點。法律概念具有多義性，法律解釋始於文義的核心意義，再擴及於邊際案件，在灰色邊際地帶，容有判斷餘地，但不能逾越法律文字可能的文義範圍，否則在文義之外，非屬法律解釋，而進入另一個法官造法的活動（法律續造）。

如民法第194條規定，不法侵害他人致死者，被害人之父母子女及配偶，得請求慰撫金賠償。本條規定之「子女」，解釋為包含「私生子」，屬於法律可能的文義範圍。本條之配偶，若解釋為包含未婚妻、同居女友，則已經超越文義範圍，而進入法官造法的階段。

關於文義解釋，應注意者有三：

（一）法律概念僅具有相對的真理，須從目的論的立場，構成合理的法律概念。如民法第188條規定的僱用人責任，基於該條規定之立法目的，在於保護被害人，避免被害人對受僱人請求賠償有名無實，因此其所謂受僱人，非僅限於僱傭契約的受僱人，凡在客觀上被他人使用，為之服勞務而受其監督者，均係受僱人。

如甲為計程車公司，乙自行購A車作為計程車之用，在甲公司靠行，A車車體漆有甲公司名稱。乙將其計程車出租予丙、丙再轉租於丁駕駛營業。丁不小心撞傷行人戊。法院認為，本案乙雖未通知甲公司關於丁租車營業之事，甲公司對受害人戊仍負僱用人的連帶賠償責任（77台上1699號）。

又如民法第798條規定的「果實自落於鄰地」，基於其目的在於避免鄰地所有人為些微利益而爭執，則西瓜藤自行蔓延至鄰地產生果實，應解為本條的自落；紅杏出牆而掉落鄰地，應解為本條的「果實」。

（二）任何法律概念均負載一定價值，因此在解釋法律時，應注意法律價值的倫理性，及社會變遷後所生的社會共通價值，以實現社會變遷後的法律價值。如民法第195條第1項規定的「人格法益」，在社會高度都市化，公寓大廈林立之際，最高法院創造「居住安寧的人格法益」（92

台上164號判例），以保護人民安寧居住的品質，創新法律概念的新價值。

(三)擴張解釋與限制解釋

限制解釋，指採取文字的核心意義所作的解釋。如民法第1138條規定的「父母」得為遺產繼承人，僅指自然血親與法定血親的父母，不含繼父與繼母。

擴張解釋，指就文義可能範圍，進行最大可能的解釋。上開「受僱人」的解釋，即為其例。又如民法第3條規定的親自簽名，解釋上不限於親自書寫簽名，並包含以機器印刷方式簽名及電子簽名等，即屬擴張解釋。

在文義解釋，究應採取擴張解釋或限制解釋，應參酌各種解釋因素予以判斷。

二、體系解釋

法律的體系解釋，指考量法律的編制體例，及法律位階系統的解釋。法律的編制體例，尤其前後條文的關聯位置，經常為解釋的考量因素。如民法第92條第1項規定：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」第2項規定：「被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」比照前後二項條文規定可知：「被脅迫而為之意思表示，其撤銷得以之對抗善意第三人。」

此外，法律解釋亦需考量法律位階系統，以避免上下位階法規產生規範上的矛盾現象。因此法律與憲法牴觸者無效；命令與法律或憲法牴觸者無效。

三、歷史解釋（立法史及立法資料）

立法史與立法資料，有助於理解法律的立法政策及目的，而了解法律的適用範圍。如民法第191條之3規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。」本條規定危險活動的損害賠償責任，但何謂危險活動，單就條文規定，難以查知。立法理由說明：工廠排放廢氣或廢水、筒裝瓦斯場填裝瓦斯、爆竹場製造爆竹、舉

行賽車活動、使用炸藥開礦、開山或燃放焰火等，適用本條負責，可供參考²⁵。

四、比較法

我國為繼受法的國家，民法繼受自德國法及瑞士債務法，學說上則深受德國法及日本法的影響。在法律解釋時，自得參考外國立法例及判例學說，進行比較法研究，探詢共同的正義觀念。如關於法律行為附不法條件時，我國民法並無明文，得參考日本民法第132條規定：「附不法條件之法律行為，無效。以不為不法行為為條件者，亦同。」而在學理上作同一解釋（91台上274號）。

又如性別工作平等法第26條規定，受僱者或求職者因性別或性傾向而有差別待遇，致受有損害者，雇主應負賠償責任，並無舉證責任轉換之明文，但其立法理由提及參考德國民法第611條之1（該條文規定，雇主違反兩性平等原則致勞工受損害者，採舉證責任轉換）規定，應認雇主如因性別或性傾向而有差別待遇負賠償責任時，雇主應受過失責任之推定，亦即舉證責任轉換為雇主，僅於證明其行為無過失時，始得免其責任（100台上1062號）。

五、立法目的

法律具有社會的作用，必須考量經濟效益與公平正義，對法律為客觀解釋，探求立法目的，以維護當事人的正當權益。誠如美國法社會學家Roscoe Pound所言：「法律必須以其達致目的的程度而被評價，而非以其邏輯過程的優美予以評價。」立法目的的達成，毋寧始為法律解釋客觀上應予追求的目標。法官不應拘泥於法條文字，而喪失法律精神的追求。

如在最高法院92年台簡上字第20號判決，甲承租乙的店面，經營KTV商店，甲主張雙方約定的租金高於土地法第97條：「城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。」的強

²⁵ 高雄於2014年7月31日發生的丙烯氣爆事故，若為化工廠的管線破裂所引起，即應依民法第191條之3的危險活動責任負損害賠償責任。

制規定，就超過部分，乙無請求權，請求確認超過部分的租金債權不存在。

最高法院認為：「土地法第九十七條之立法意旨為『城市房屋供不應求，為防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成居住問題，特設本條限制房屋租金之最高額，超出部分得由政府強制減定之，以保護承租人。』是土地法第九十七條限制房屋租金之立法政策係基於居住乃人民生存之基本條件，為生存權之內涵，現代福利國家應滿足人民居住之需求，而立法當時之我國經濟環境，城市房屋供不應求，為保護經濟上弱者之承租人，使其能取得適當之居住空間，以避免造成居住問題，則該條之規定，應僅限於城市地方供住宅使用之房屋，始有其適用。至營業用房屋，承租人用以營業獲取利潤，並非供居住安身，即與人民安居之基本需求及生存權之保障無涉，自無立法介入加以限制之必要。……且營業用房屋之承租人原非經濟上之弱者，尤以連鎖企業，挾其巨大資金、市場優勢，已為經濟上之強者，又可獲取相當之利潤，更無立法限制租金額之必要；況租屋營業，租金之支出，原屬營業成本之一部，倘立法限制租金額，營業利潤並未相對受限，任其享有鉅額利潤，要非立法之原意……故土地法第九十七條所指房屋，應解為不包括供營業使用之房屋，以兼顧租賃雙方之利益，契合本條之立法本旨。」

六、合憲性解釋

合憲性解釋屬體系解釋，亦可作為目的解釋，在法律解釋方法上居於優越地位，一則以求法律解釋的統一性，再則在於貫徹憲法的最高價值。

如在最高法院94年台簡上字第8號判決，甲出租房屋予乙作為經營旅館使用，乙依約交付1,500萬元保證金後，主張依土地法第99條規定，以現金為租賃擔保之金額，不得超過2個月房屋租金之總額，已交付之擔保金，超過前項限度者，承租人得以超過之部分抵付房租。乙據此主張保證金在2個月租金總額（115萬元）以外部分（1,385萬元），抵付房租。

最高法院以憲法規定的價值判斷，駁回乙的主張：「按人民之生存

權、財產權應受保障，為憲法第十五條所明定，所有權人之不動產出租收益權為財產權之一種，其租金及擔保金之多寡，自應本諸契約自由之原則，受憲法第十五條之保障，除有憲法第二十三條及國民經濟等基本國策之需要外，不應以立法限制。但人民之生存權亦同受憲法之保障，而居住乃人民生存之基本條件，為生存權之內涵。財產權及生存權兩種憲法基本人權衝突時，自應衡量生存權屬於生命法益，應優於財產法益，而保障財產權之目的，乃在維持生存，生存權優先於財產權之保障，故供居住使用之房屋租賃，基於貫徹憲法保障生存權之意旨，自得予以立法加以管制。至營業用房屋，承租人係用以營業獲取利潤，並非供居住安身，與人民安居之基本需求即生存權之保障無涉，自無立法限制之必要。土地法第九十七條限制房屋租金最高額及同法第九十九條擔保金之規定，旨在保護經濟上弱者之承租人，使其能取得適當之居住空間，以避免造成居住問題。此觀之土地法第九十七條、第九十九條之立法意旨自明。承租人有能力承租房屋營業以獲取利潤，多非經濟上之弱者，所承租之房屋，亦非供居住安身之用，即與生存權之保障無涉，土地法第九十七條之規定，不包括供營業用使用之房屋，為本院現持之見解，土地法第九十九條擔保金之規定，亦應為相同之解釋。」

再如大法官釋字第580號解釋，關於耕地三七五減租條例之規定是否違憲之爭議，涉及民法的契約自由原則，大法官謂：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。」

據此，大法官認為：「減租條例第五條前段關於租賃期限不得少於六年，以及同條例第六條第一項暨第十六條第一項關於締約方式與轉租禁止之規定，均為穩定租賃關係而設；同條例第十七條第一項第一款規定租賃期限內，承租人死亡無人繼承耕作之法定終止租約事由，並保留出租人收回耕地之彈性。上開規定皆有利於實現扶植自耕農及改善農民

生活之基本國策，縱於出租人之契約自由及財產權有所限制，衡諸立法目的，其手段仍屬必要而且適當，亦兼顧承租人與出租人雙方之利益，與憲法第二十三條比例原則、第二十二條契約自由、第十五條財產權及第七條平等權之保障並無違背。」

第三項 法律的補充：法律漏洞與類推適用

第一款 法律漏洞意義與類型

法律漏洞，指關於某一個問題，法律依其內在目的及規範計畫，應有所規定，而未設規定者而言。法律漏洞的基本特徵，在於違反計畫的不完整性。就如同花瓶不應有破洞，若有破洞，不足以盛水植花，即為違反花瓶應有的計畫完整性，此即構成漏洞。

法律漏洞，有為自始發生（自始漏洞），有為嗣後因社會情事變遷而發生漏洞（嗣後漏洞）。是否發生法律漏洞，應依據法規範目的加以判斷。

如民法第787條規定，袋地所有權人有土地通行權。如甲的A地與乙的B地相鄰，甲的A地與公路無適宜的聯絡，致無法為通常使用，可通行B地到達公路。若甲將A地出租予丙，承租人丙並非第787條的「土地所有人」，但「民法創設鄰地通行權之目的，原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利，以增進社會經濟之公益……鄰地通行權……於其他土地利用權人相互間，亦應援引『相類似案件，應為相同之處理』之法理，為之補充解釋，以求貫徹（82台上580號）。」

基於相同法理，如甲與乙分別拍定A大樓的地下一樓及二樓停車場，使地下二樓停車場對外無適宜之聯絡可資為通常的使用，可類推適用第787條規定的袋地所有權，乙得通行地下一樓停車場以至公路（84台上1474號）。

法律漏洞的另一種分類為：公開漏洞與隱藏漏洞。前者指法律應積極設其規定，而未設規定者而言，此時應基於「相類似案件，應為相同之處理」的平等原則，以「類推適用」方式填補其漏洞。後者指法律應消極設有限制，而未設此限制者而言。其填補方式，係將此項規定的適

用範圍，依法律規範意旨予以限縮，稱之為「目的性限縮」。

第二款 法律漏洞的認定

所謂法律漏洞，乃指違反法律規範計畫、意旨的不完整性。法律所未規定者，並非當然構成法律漏洞，端視其是否違反法律規範意旨、計畫及立法者之是否有意沉默而定（93台上1718號）。

法律漏洞應依據法規範目的判斷，是否發生違反計畫的不完整性。如上述土地所有人的袋地通行權，早期民法對承租人並未規定袋地通行權，發生「應規定而未規定」之情事，具有法規範依其計畫，有所不完整的情形，應予以漏洞填補²⁶。

應予相區別者為，法律的反面解釋。反面解釋，指由於系爭事實與法律規定的構成要件相反，而導出與其法律效果相反的結論。如民法第1088條第2項規定：「父母對於未成年子女之特有財產，有使用、收益之權。」反面推論為：父母對於未成年子女因勞力或有償取得之財產，無使用、收益之權（參第1087條）。

反面推論非單純邏輯操作，而是具有規範目的的評價活動。如民法第194條規定：不法侵害他人致死者，被害人之近親屬得請求慰撫金賠償。在不法侵害他人致傷者，若對本條採取反面解釋，則被害人之近親屬不得請求慰撫金賠償。反之，若認為本條僅為例示規定時，則可認為在不法侵害他人致傷時，被害人之近親屬得類推適用該條規定，請求慰撫金賠償。

應再區別者為，所謂的立法政策上的錯誤，學說稱之為「非固有漏洞」，即關於某項問題，基於立法政策，應設規定而故意未設其規定。如民法第194條規定，不法侵害他人致死者，被害人之父母、子女、配偶，得請求慰撫金賠償，但不含未婚妻，乃立法政策上的決定，非屬法律漏洞，不得類推適用該條規定。

²⁶ 物權法於2009年1月間，增訂民法第800條之1，規定袋地通行權之規定，於承租人準用之。

第三款 法律漏洞的填補

如前所述，法律漏洞若為公開漏洞，應以「類推適用」方式填補其漏洞；若為隱藏漏洞，則應以「目的性限縮」填補之，其漏洞填補方式，分述如下：

一、類推適用

(一)類推適用的意義

類推適用，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，加以適用，係基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞的方法。詳言之，類推適用，乃將法律於某案例類型A所明定的法律效果，移轉適用於法律未設規定的案例類型B之上，而適用類型A的法律效果。其法理基礎為平等原則，亦即「相類似案件，應為相同之處理」。

關於A案例與B案例是否相類似，應探求某項法律規定的規範意旨定之。例如，在上述袋地通行權的案例，須探求民法第787條之規範意旨，在於「發揮袋地之利用價值，使地盡其利」，因此不僅在土地所有人相互間，在土地利用人相互間，亦有袋地通行權規定的適用。

(二)類推適用的方法

類推適用的方法分為總體類推與個別類推。**總體類推**，指就多數同類法律規定而為類推適用。如就繼續性債之關係，由民法第489條（僱傭）、第549條（委任）、第598條（寄託）及第686條（合夥），得抽離出一項法律原則，即繼續性債之關係之一方當事人，得以重大事由之原因而主張隨時終止契約，而類推適用於其他法無明文規定的繼續性債之關係²⁷。

又如「代表與代理固不相同，惟關於公司機關之代表行為，解釋上應類推適用關於代理之規定，故無代表權人代表公司所為之法律行為，若經公司承認，即對於公司發生效力（74台上2014號）。」將所有關於代理之規定，類推適用於代表，亦屬總體類推之類型。

²⁷ 王澤鑑，法律思維，第316-317頁。

個別類推，指就某個別法律規定而為類推適用。如「同時履行抗辯權」，原則上固適用於具有對價關係之雙方債務間。然而，雖非基於具有對價關係之雙務契約而生之債務，其兩債務之對立，在實質上有牽連性者，基於法律公平原則，亦非不許其準用或類推適用關於同時履行抗辯之規定。押租金契約雖係附隨於租賃契約之別一契約，但二者在經濟上具有關連之同一關係，故押租金之返還義務與租賃物之返還義務實具有牽連性，應認得類推適用民法第二百六十四條規定主張同時履行抗辯（78台上1645號）。」

（三）類推適用與準用

準用，係指法律明文規定的類推適用，亦即法律明文規定將A法規的案例類型適用於B法規的案例類型。在法律用語上，可能使用「亦同」（如第185條第1項）、「準用」，或「依關於……之規定」。

準用分為法律效果的準用及法律要件的準用。法律效果的準用，僅準用法律效果，而不準用法律構成要件。如甲遺失其所有的股票10張，被乙拾獲，乙將該10張股票出售予丙，並交付之。經查，甲於遺失該股票後，已經聲請法院宣告該股票無效。乙依民法第350條規定，縱無過失，亦應對丙負權利瑕疵擔保責任。依第353條規定：「買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。」

所稱關於債務不履行之規定，係指民法第226條第1項規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」本條規定，係以「可歸責」為構成要件，但第350條的權利瑕疵擔保責任，屬於無過失責任，不以可歸責為要件，因此第353條的準用，僅準用第226條規定的法律效果：「債權人得請求損害賠償」，而不準用「可歸責」的構成要件。據此，上例乙縱無過失，丙仍得對其請求損害賠償。

法律要件的準用，則包括構成要件及法律效果一概準用。民法第816條規定，因添附而受損害者，「得依關於不當得利之規定，請求償還價額。」即屬法律要件的準用²⁸。

²⁸ 最高法院104年台上字第1356號判決謂：「民法第816條係一闡釋性之條文，旨在揭櫫依同法第811條至第815條規定因添附喪失權利而受損害者，仍得依不當得利之法

如甲承攬修繕乙的房屋，甲以自己購買的窗戶等材料，裝置於該房屋。乙依民法第811條規定，取得窗戶等材料所有權。此時，甲不得依第816條規定，向乙「依關於不當得利之規定」，請求償金。蓋乙雖受有利益，但甲與乙間有承攬契約，乙取得動產所有權具有「法律上原因」，與民法第179條之構成要件不符。此時，甲僅得依承攬契約之約定，請求乙支付承攬報酬。

反之，如甲偷取乙建材行的窗戶等材料，裝置於自己的房屋，甲依第811條規定，取得窗戶等材料所有權。此時，乙得依第816條規定，準用民法第179條規定，向甲「依關於不當得利之規定」，請求償金。蓋甲受有利益，並無「法律上原因」，符合民法第179條之構成要件。

二、目的性限縮

目的性限縮，指基於法律的立法意旨，某項法律規定涵蓋的範圍過於廣泛，未為必要的區分，而依其規範目的，限縮法律規定的適用範圍。其法理基礎為平等原則，亦即「不相類似案件，應為不同之處理」。它與限縮解釋的區別在於，目的性限縮已經損及文義的核心範圍，但限縮解釋則侷限於法律文義的核心意義²⁹。

例如，民法第106條規定，代理人不得為本人與自己的法律行為（自己代理）。如甲父將其所有的A屋贈與其6歲的乙子，甲父代理乙子

則向受利益者請求償金，故該條所謂「依不當得利之規定，請求償金」，係指法律構成要件之準用，非僅指法律效果而言。易言之，此項償金請求權之成立，除因添附而受利益致他人受損害外，尚須具備不當得利之一般構成要件始有其適用，即須當事人一方受有利益，致他方受有損害，且受益與受損間係無法律上之原因，始足當之。」（同說97年台上字第2422號）

²⁹ 民法第194條規定的「子女」，解為「婚生子女」時，為限縮解釋（非目的性限縮）；解為包含「私生子」則為擴張解釋，均屬文義範圍內的解釋。另參見黃茂榮，法學方法與現代民法，第494-536頁（2009年）。最高法院93年台上字第1718號判決：「土地法第九十七條第一項限制房屋租金之規定，應僅限於城市地方供住宅用之房屋，始有其適用，至非供居住之營業用房屋並不涵攝在內，此觀該條項立法本旨側重『防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成城市居住問題』及同法第三編第三章『房屋及基地租用』第九十四條至第九十六條均就『城市住宅用房屋』設其規範暨該條項蘊含摒除『城市營業用房屋』在外之『隱藏性法律漏洞』有以『目的性限縮解釋』補充必要自明。」

與自己訂立贈與契約，成立自己代理行為，違反第106條之規定。然而，本條規定的立法意旨，在於避免代理人與本人發生利益衝突，甲父贈與房屋於乙子的行為，乙單純獲利，並無新生利益衝突，因此就此案例，應為區別待遇，就第106條進行目的性限縮，將此案例設為本條規定的例外情形，而認為甲與乙間的贈與契約合法有效。

再如，甲男與16歲的乙女未婚生丙子，甲認領丙子（第1065條）。甲於一年後死亡，留有A屋為遺產，丙繼承之。乙母為丙的法定代理人，但乙本身仍為限制行為能力人。設乙欲代理丙處分丙的A屋，依民法第104條規定，代理人從事法律行為，不因其為限制行為能力而受影響。然而，乙年僅17歲，其處分自己財產，尚應得其法定代理人之允許（第77條），若處分丙子的財產，反而得自行代理為之，顯非合理。因此，對於民法第104條規定的「代理人」，應作目的性限縮，僅為意定代理人，不包含法定代理人（雖然「代理人」的文義範圍涵蓋二者），始能保護未成年的本人（丙），因此乙不得代理丙處分其A屋。蓋意定代理人乃基於本人的授權，本人既信任未成年人為法律行為，即無限制未成年人作為代理人之必要。但於法定代理，並非基於授權而來，與意定代理迥異，為保護未成年人之子女（丙），不適用民法第104條之規定。

第三節 使用文字與決定數量的準則

第一項 使用文字的準則

第一款 書面應親自簽名

民法第3條第1項規定：「依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名。」所謂「依法律之規定，有使用文字之必要者」，係指法律規定的要式行為，即法定要式行為，如訂定章程或捐助章程（第47、60條）、不動產物權的移轉或設定（第758條第2

項)³⁰、兩願離婚（第1050條），及各種票據行為。

本條規定，解釋上於當事人以意思表示約定使用文字的要式行為，即約定要式行為，應類推適用之。所謂「簽名云者，於文書親署姓名，以為憑信之謂。雖關於支票上之簽名，因法律上並未規定必須簽其全名。是故，僅簽其姓或名，即生簽名之效力。且所簽之姓名，不以本名為必要，簽其字或號，或雅號、藝名，均無不可。但除以蓋章代之者外，要必以文字書寫，且能辨別足以表示為某特定人之姓名者，始足當之（71台上4416號）。」

第二款 以印章代替簽名

民法第3條第2、3項規定：「如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。如以指印、十字或其他符號代簽名者，在文件上，經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力。」

依本條規定，在訴訟文書上，應由當事人簽名，乃在證明該書狀係出於本人之意思，蓋章與簽名既具有同等之效力，於書狀之簽名，亦應有其適用（98台上1426號）。

依本條規定，簽名固得以指印代之，但票據為特定當事人間之支付手段，輾轉流通於社會大眾間，具有類似通貨之作用，故票據行為應具明確性，而指印之鑑別需藉助儀器及特別技能，一般人肉眼難以辨識，違反票據流通之原則，自不適用於票據行為。是在票據上捺指印應不生簽名之效力，縱行為人於票據記載之更改處（除金額之記載外）捺指印，因不生票據之更改效力，尚難論以偽造或變造有價證券罪（100台上6824號刑事判決）。

再者，在法律有明文規定時，應依其規定。如代筆遺囑，並無本條規定之適用。依民法第1194條規定，代筆遺囑應由見證人全體及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名者，應按指印代之。則遺囑人僅得簽名或按

³⁰ 最高法院87年台上字第1322號判決：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之，此項書面得不由本人自寫，但必須親自簽名或蓋章，二者有其一，即可生效，不以蓋章為限。」

指印，排除本條以蓋章代簽名之普通規定；見證人須以簽名為之，排除本條以蓋章代簽名，或以指印、十字或其他符號代簽名之規定（50台上574號、86台上921號）。

第三款 電子簽章

政府為推動電子交易之普及運用，確保電子交易之安全，促進電子化政府及電子商務之發展，制定電子簽章法，明定：依法令規定應簽名或蓋章者，經相對人同意，得以電子簽章為之（電子簽章法第9條）。

所謂電子簽章，指依附於電子文件並與其相關連，用以辨識及確認電子文件簽署人身分、資格及電子文件真偽者（第2條第2款）。

所謂數位簽章，指將電子文件以數學演算法或其他方式運算為一定長度之數位資料，以簽署人之私密金鑰對其加密，形成電子簽章，並得以公開金鑰加以驗證者（第2條第3款）。以數位簽章簽署電子文件者，應使用憑證機構依法簽發之憑證，始生效力（第10條）。

第二項 決定數量的準則

關於數量之記載，經常同時使用文字及號碼表示，如發生不一致時，如何決定，民法特別予以規定。

第一款 同時以文字及號碼表示

民法第4條規定：「關於一定之數量，同時以文字及號碼表示者，其文字與號碼有不符合時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以文字為準。」如甲出具借據一紙於乙，載明：「本人向乙借用新臺幣八萬七千元，願於三個月後，如數清償78,000元完畢。」此時，法院首應調查雙方的其他事實資料，探詢當事人的原意。在無法決定當事人的原意時，應以「八萬七千元」為準，蓋文字書寫通常比號碼表示，更為謹慎，且號碼表示，較為容易發生誤寫之情形。

第二款 同時以文字或號碼為數次之表示

關於數次表示的方法，可再分為二種情形：

一、單純以文字或號碼為數次表示，如書寫「八萬七千元」，又寫「七萬八千元」；或書寫「87,000元」，又寫「78,000元」。依民法第5條規定：「關於一定之數量，以文字或號碼為數次之表示者，其表示有不符時，如法院不能決定何者為當事人之原意，應以最低額為準。」此時應以最低額七萬八千元（78,000元）為準。本條規定在於保護債務人，以減輕債務人的負擔。

二、在同時以文字及號碼為數次表示者，如同時書寫「八萬七千元」、「87,000元」及「78,000元」時，究應以文字為準，或以最低額為準，多數說及本條的立法理由，以其中最低額為準，即「78,000元」，以保護債務人。

CHAPTER 3 權利主體——人

第一節 自然人

第一項 自然人的權利能力

第一款 權利能力的意義與終始

一、權利能力的意義

所謂權利能力，是指在法律上能夠享受權利並負擔義務的能力。民法第6條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」任何人只要在出生後，死亡前，是為「人」，無論其身體是否殘缺，心智是否健全，縱使為唐氏兒或植物人，均具有權利能力。

權利能力的概念，屬於靜態的概念，與「行為能力」屬於動態的概念不同。行為能力是指能獨立有效為法律行為的能力。

甲為精神病患，受監護宣告。甲的父親乙死亡，遺留A屋一棟，甲可否繼承A屋所有權？若甲將A屋出售於丙，甲與丙間的買賣契約是否有效？

在此案例，甲雖為精神病患，但仍享有權利能力，得依民法第1138條規定，繼承乙的遺產。若甲於乙死亡時，已因車禍而成為植物人，仍得繼承其父親之遺產。

然而，由於甲為精神病患，受監護宣告（第14條），依民法第15條規定，甲無行為能力，其與丙訂立的房屋買賣契約，依民法第75條規定

而無效，丙不能請求甲交付A屋；甲拒絕履行契約時，丙亦不得請求甲負債務不履行之損害賠償責任。

法律上為保障任何人均得享受權利、負擔義務，民法第16條規定：「權利能力，不得拋棄。」即不得以自己的意思放棄其權利能力，以保障人的尊嚴與價值。

二、無權利能力的法律效果

權利能力於死亡時終止，「人」於死亡後，即喪失其作為人的資格，而不得作為權利主體。茲以下列三例說明其法律效果：

甲向乙借貸100萬元，屆期未清償債務，乙分別於民國78年、83年及88年間聲請法院發支付命令，確定後，陸續聲請強制執行甲的財產，經法院核發債權憑證。其後發現甲已於民國75年間死亡，乙乃持上開債權憑證，於94年間聲請查封甲之繼承人丙的財產，有無理由？
(臺中地院94簡上336號)

本案甲於75年死亡，依民法第1147條規定，其借款債務由繼承人丙繼承。乙陸續於78年、83年及88年間，對甲聲請強制執行，換發債權憑證，「其聲請強制執行之行為非對有權利能力之人為之，自始、當然、確定不發生法律上效力。」乙於94年間，聲請查封丙的財產，因其請求權已罹於時效而消滅，丙得為時效之抗辯（第125、144條）。

甲為A地所有人，於73年間死亡。在74年間，甲的乙子以買賣為原因，移轉A地於自己名下。嗣後，甲的丙子起訴請求乙塗銷土地移轉登記。
(88台上2493號)

本案甲因死亡而喪失權利能力，乙所為的所有權移轉登記之聲請為不合法，該所有權移轉登記無效，所有權人仍屬於甲，該移轉登記應予塗銷，而由乙及丙共同繼承。

甲殺害乙後，由丙及丁協助甲搬運屍體棄屍。乙的家屬請求甲、丙及丁連帶負損害賠償責任。
(板橋地院85訴763號)

本案乙死亡後，已非權利主體，丙及丁並未侵害乙之任何權利，無須與甲成立共同侵權行為之損害賠償責任（第185條）。

甲向政府承租公有土地，於62年間死亡。乙於70年間，假冒甲本人，以放領公地為由，申請將甲承租的土地所有權登記為甲的名義，再以買賣為由，移轉登記於乙名下，乙是否取得該地所有權？

（103台上1146號）

本案甲於申請公地放領之前，已經死亡，人格已消滅而無權利能力，自不得為權利義務之主體，縱經登記為土地之所有權人，仍無法取得該地所有權。甲既然無法取得土地所有權，乙亦不得成為該地所有權人。

三、出生

所謂「出生」，通說採取獨立呼吸說，指胎兒與母體完全分離（出），而能獨立呼吸、保有生命（生）者而言。此項見解，乃基於民事上權利義務之認定，與刑法上對於「人」的定義，為保護人之生命，採取分娩開始說，並不相同¹。

在醫療實務上，有問題者為，出生活產之嬰兒為「無腦兒」，於獨立呼吸數小時後死亡，是否為「人」？由於無腦兒於出生後數小時內必然死亡，且其並無意識能力，欠缺人類應有的心智活動，應例外認其非「活產」而不為人，以與死亡認定採取腦死說，以人類的心智活動為人存在的基礎相配合。

四、死亡

民法第6條規定，人之權利能力，終於死亡。自然人的死亡，依據傳統定義，以心跳停止、呼吸停止及瞳孔放大的「心肺死」，作為死亡的判斷基礎。此項見解，在現代醫學科技進步，人工心肺機（人工呼吸器）的使用下，開始發生疑問。在許多重大傷病的病人，雖然心臟無法跳動或肺部無法呼吸，仍得藉由人工心肺機維持生命一段時間，此時依據心肺死認定該病人已經死亡，顯然與事實不符。

¹ 分娩開始說認為，人的始期，應從分娩過程開始，或是規律陣痛開始，不以胎兒是否已經部分露出為必要，此乃德國刑法學界之通說見解。參見王皇玉，刑法上的生命、死亡與醫療，第15頁（2011年）。

新近見解採取「腦死說」，認為應以腦功能不可逆的喪失，腦幹完全喪失功能，作為死亡的判定基礎。我國衛生福利部訂有「腦死判定準則」，可資參照。

按人之所以為人，不僅在於心肺功能得以持續，而在於心智活動得以進行。在腦死情形下，既然已經喪失人類心智活動，雖然仍有呼吸及心跳，認定其為死亡，並不違反人之所以為人的價值。反之，在腦部仍然可以活動之際，藉由人工心肺機維持生命，仍然得以享有「為人」的尊嚴。據此，新近見解採取腦死說，可資贊同²。

然而，在腦死的案例，曾經發生孕婦腦死後，醫師為使胎兒順利生產，以各種維生設備維持孕婦之生命跡象，至三、四週後，以剖腹產方式生產胎兒之情形，該孕婦是否於腦死後，即為死亡，不無疑問³。

實則，無論心肺死或腦死，均得作為民法上死亡之定義，且腦死之判定，不以器官移植之案例為限，如此始可妥適處理現代醫療科技面臨的生死問題。

第二款 胎兒的權利能力

一、對胎兒的保護

人之權利能力，始於出生，胎兒尚未出生時，並無權利能力，但其權利可能受到侵害。例如，母親發生交通事故，胎兒的身體健康受損。又如，胎兒之父母在交通事故中死亡，胎兒之扶養權利受侵害。此時，胎兒是否得對加害人，請求損害賠償？

民法為保護胎兒的人格權，於第7條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」對「自然人」的權利能力，由「出生」，往前溯及於胎兒期間的權利保護。

何謂胎兒，德國聯邦憲法法院認為：人的生命至遲始於受精卵著床

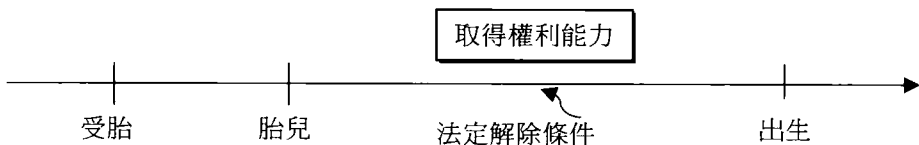
² 最高法院95年台上字第1692號刑事判決，明白採取「腦波停止說（即腦死說）」。
同說參見邱聰智，民總（上），第206頁；黃立，民總，第70頁。

³ 王皇玉，同註1，第117-130頁。

時。德國學界認為，人的生命始於受孕並著床後第14日⁴。為保護胎兒，尊重生命，盡可能採取有利於胎兒的解釋。

所謂「以將來非死產者為限，視為既已出生」，採取「法定的解除條件說」者認為，胎兒於出生前，即取得權利能力，倘將來死產時，則溯及地喪失其權利能力（參見第99條第2項）。採取「法定停止條件說」者認為，胎兒於出生前，並未取得權利能力，至其完全出生（非死產）時，始溯及地取得權利能力（參見第99條第1項）。

依據前說，在胎兒之權利受侵害時，於出生前，即得起訴請求損害賠償，對於胎兒權利之保護，較為周到，通說採之⁵。臺灣高等法院謂：「民法第7條，係仿瑞士民法之規定，採概括保護主義，亦即以胎兒活產為條件，就一切法律關係，為胎兒之利益，視為既已出生。換言之，將來如非死產，則自受孕時起即已取得權利能力，而以死產為其解除條件，使權利能力溯及消滅。（臺灣高院98抗1626號裁定）」圖示如下：



準此，母親發生交通事故，胎兒的身體健康受損時，胎兒即得向加害人請求損害賠償。若加害人之賠償金由法定代理人受領給付後，胎兒嗣後死產，應由法定代理人依不當得利之規定，負返還之責任（第179條）。

二、部分權利能力

胎兒的權利能力，與一般自然人的權利能力，在範圍上並不相同，僅就「關於其個人利益」部分，始具有權利能力，對於義務之負擔，由

⁴ 施啟揚，民總，第22頁。

⁵ 洪遜欣，民總，第73頁；王澤鑑，民總，第132頁；施啟揚，民總，第72頁；林誠二，民總（上），第150頁。

於不利於胎兒，胎兒無權利能力而無須負擔責任。換言之，胎兒僅有「部分或限制權利能力」⁶。

胎兒為繼承人時，應由其母以胎兒名義申請登記，俟其出生辦理戶籍登記後，再行辦理更名登記（土地登記規則第121條）。關於遺產之分割，非保留胎兒之應繼分，他繼承人不得分割遺產（第1166條）。

甲向乙銀行借貸100萬元，甲死亡後，由於甲負債大於資產，甲的妻子及女兒丙均辦理拋棄繼承，但丙之胎兒A並未辦理拋棄繼承。在A出生後，乙銀行主張，甲的母親丁應為繼承人，繼承甲之借款債務，於丁死亡後，丁之戊子應繼承丁之債務，而負返還借款之責任，有無理由？（臺灣高院98抗1626號裁定）

本案甲死亡，其妻子及女兒丙均拋棄繼承（第1174條），若無其他繼承人，則甲之債務應由其母丁繼承（第1176、1138條），丁死亡時，應由丁之戊子繼承。但因A胎兒為甲的繼承人，丁因此非屬甲的繼承人（第1138條），無須繼承甲的債務，丁之戊子當然亦不繼承甲的債務，乙銀行的主張，並無理由。

應探討者為，胎兒A為繼承人，但未辦理拋棄繼承，應否繼承甲的債務？依第7條規定，胎兒僅限於個人利益享有部分，始有權利能力，而無負擔義務之能力。高等法院據此判決：「若於繼承開始時，被繼承人所遺留之積極財產大於消極財產，胎兒固得繼承，若遺留之消極財產大於積極財產，因非基於胎兒之利益，胎兒自不繼承該債務，而無待於拋棄繼承。是以胎兒為繼承人時，其財產之繼承並非通常之法定繼承而係類似於限定繼承，此時應認為拋棄繼承係拋棄積極財產之取得，因不利於胎兒，故不得為之，若拋棄繼承亦不生拋棄之效力。再者，胎兒於繼承開始時，其繼承之標的既僅為權利而不及於義務，此一繼承之狀態，亦不受其嗣後出生之影響。」

換言之，胎兒A雖為甲之繼承人，但僅繼承甲之權利而不及於義務，其雖未辦理拋棄繼承登記，對於甲的債務100萬元，仍無須繼承，而無償還之責任。縱使胎兒A辦理拋棄繼承登記，仍不生拋棄之效力。

⁶ 邱聰智，民總（上），第210頁。

第三款 死亡宣告

一、死亡宣告制度

死亡宣告者，乃自然人失蹤一定期間後，由法院宣告其死亡，以消滅失蹤人的法律關係，使之發生與真實死亡同等的法律效果。失蹤人的配偶因此得以再婚，遺產得以繼承，家屬得請求保險金之給付。

然而，死亡宣告終究並非真正死亡，僅使自然人於死亡宣告後，至撤銷死亡宣告前的所有法律關係消滅而已。

二、死亡宣告的要件

依民法第8條規定，聲請死亡宣告的要件有三：(一)須已失蹤；(二)須生死不明持續一定期間；(三)須由利害關係人或檢察官之聲請。

(一)失蹤人

所謂失蹤，係指失蹤人離去其最後住所或居所，而陷於生死不明之狀態而言。「生死不明」並非絕對而係相對狀態，只須聲請人不知其行蹤，即為失蹤。

在死亡通常可得認定時，例如飛機高空爆炸、鐵達尼號沉船、礦坑爆炸坑道倒塌等，除非有特殊理由，雖未發現屍體，仍得逕為死亡之認定，發給死亡證明文件⁷。我國於莫拉克颱風發生後，依莫拉克颱風災後重建特別條例第28條規定：「對於因颱風失蹤之人，檢察機關得依應為繼承之人之聲請，經詳實調查後，有事實足認其確已因災死亡而未發現其屍體者，核發死亡證明書。第一項失蹤人，以死亡證明書所載死亡之時，推定其為死亡。」換言之，依本條例發給的死亡證明書，並非死亡宣告，而係推定死亡的證明文件⁸。

(二)失蹤期間

1. 普通期間，即一般失蹤人得受死亡宣告之期間為7年。

⁷ 王澤鑑，民總，第137頁；施啟揚，民總，第81-82頁。

⁸ 參見吳從周，民法上之推定真實死亡：一個真實死亡與法律死亡之中間類型的誕生——論莫拉克颱風災後重建特別條例第28條及災害防救法，臺北大學法學論叢，第78期，第111-150頁（2011年6月）。

2. 80歲以上之老年人，失蹤期間為3年。

3. 遭遇特別災難者，期間為1年。如遭遇海難，屬於特別災難。但於船上失足落海，則不屬之。以下案例，可供參照：

(1) 按民法第8條第3項之所謂特別災難，乃有別於一般災難，係指風災、戰爭、海難等由自然或外在力量威脅生命之天災人禍而言，本件之經過，依抗告人所提出之海事報告書之記載，係失蹤人搭乘之漁船突遭巨浪侵襲，致漁船翻覆，失蹤人及其他船員一同落海，失蹤人終因體力不支，為海浪衝走而告失蹤，苟上開報告屬實，則失蹤人顯係遭遇不可抗力之海難所致（臺灣高院88抗3561號裁定）。

(2) 所謂特別災難，乃有別於一般災難而言，必其災難之發生係出於自然或外在不可抗力者，始克相當。聲請人指失蹤人於84年11月19日下午駕船出海，在臺東縣蘭嶼鄉小蘭嶼附近海上失蹤，查當日該海面並無降雨現象，風力界於二級至五級之間，氣象與海象均無異常之處，難認有何特別災難可言，失蹤人於船上失足落海或於海中游泳沉溺，純屬個人意外事件，既無特別災難之介入，則失蹤人之失蹤自非出於民法第8條第3項所謂之特別災難（臺灣高院86家抗71號裁定）。

(三) 聲請人

民法第8條規定，得聲請死亡宣告之人為利害關係人或檢察官。所謂利害關係人，指對於死亡宣告具有法律上利害關係之人。例如失蹤人之配偶、繼承人、法定代理人、債權人、不動產之共有人、受贈人、人壽保險金受贈人、人壽保險金受領人、國庫及其他就死亡宣告有身分上及財產上利害關係之人而言。至於公務員之服務機關，則非本條之利害關係人⁹。失蹤人配偶之同居人，縱有事實上利害關係，亦非得為聲請人。

檢察官為維護公共利益，得代表國家獨立聲請死亡宣告，不受利害關係人意見之拘束。在實務上，戶政機關依戶籍資料已列失蹤人口註記，逾期末查獲者，經催告利害關係人向法院聲請死亡宣告，如無利害

⁹

法務部民國70年02月25日(70)法律字第2954號函；前司法行政部民國64年01月15日(64)台函民字第00390號函。

關係人或利害關係人經催告不會或不願辦理者，戶政機關即得依法函送地方法院檢察署檢察官聲請死亡宣告¹⁰。

三、死亡宣告的效力

(一) 死亡的推定

關於死亡宣告之立法例，有採「視為死亡」者（如日本民法）（擬制主義），在撤銷死亡宣告前，不許提反證推翻之。有採「推定死亡」者（如德、瑞民法）（推定主義），主張其未死亡之人，得提出反證推翻之。我國民法第9條採取「推定死亡」之規定，允許提出反證，證明被宣告死亡者實際上並未死亡，無須撤銷死亡宣告，即可推翻死亡宣告之推定。

最高法院82年台上字第866號判決：「民法第九條第一項規定，受死亡宣告者以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡。所謂推定並無擬制效力，自得由法律上利害關係人提出反證以推翻之。故利害關係人不提起撤銷死亡宣告之訴，而另案為當事人時，得提出反證，以推翻宣告死亡判決所為之推定，但僅限於該案之特定事件當事人間有其效力。」可資參照。

依民法第9條規定，法院為死亡宣告時，應於判決內確定失蹤人死亡之時。失蹤人死亡之時，應以第8條所定期間最後日終止之時，為死亡之時。例如，失蹤人於81年1月12日離家失蹤，失蹤屆滿7年後，推定其於88年1月12日下午12時為死亡之時（嘉義地院95亡12號）。

(二) 死亡宣告的效力

民法第6條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」所稱之死亡，係指真實死亡，不含經死亡宣告而推定之死亡。死亡宣告並非在於剝奪失蹤人的權利能力或行為能力，通說認為，僅在於結束失蹤人以原住居所為中心的法律關係。究其實際，無論失蹤人在「他地」或「原住居所地」，於死亡宣告後，若實際上並未死亡，其權利能力或新

¹⁰ 法務部民國90年02月26日(90)法檢字第006656號函；內政部民國99年08月10日台內戶字第0990159193號函。

生的法律關係，均不受影響¹¹。

甲到大陸經商失敗，不願回臺面對家人，而滯留於大陸，成為「盲流」的一員。甲於7年後受死亡宣告，在大陸與乙女結婚，並向大陸車商購買汽車一部。多年後，返回臺灣故居，向家鄉商店購買食品，返家發現其丙妻已經與丁男再婚，並將其所有的房屋，於辦理繼承登記後，出售於鄰居戊，所得價金，多年來挪為家用，僅剩一半。問：當事人間之財產上及身分上的法律關係如何？

（經商失蹤案）

本案甲於受死亡宣告後，並未喪失權利能力，其與乙女結婚，成立婚姻關係。甲在大陸購買汽車訂立的買賣契約，仍然有效。甲回到家鄉，向商店購買食品，其買賣契約亦屬有效。

在甲受死亡宣告後，甲與丙各自結婚。按死亡宣告，具有絕對效力，對於任何人均發生效力，且及於失蹤人的財產上與身分上的一切私法關係。因此，甲受死亡宣告後，其配偶應得再婚。

有疑問者為，甲與丙之婚姻關係何時消滅？有採「死亡宣告時消滅說」，認為婚姻關係於推定死亡時消滅；亦有採「再婚時消滅說」，認為必須配偶再婚時，婚姻始消滅¹²。鑑於夫妻一方死亡致婚姻關係消滅時，將發生夫妻財產之清算關係（第1030條之1）及繼承關係（第1147條），為期法律關係明確，及利害關係人間（配偶與子女之繼承）法律關係及早確定，應採死亡宣告時，婚姻關係消滅，較為妥當。

此外，本案甲與乙、丙與丁之婚姻關係，是否有效？其財產關係如何處理？涉及死亡宣告撤銷之問題。

（三）死亡宣告之撤銷

死亡宣告，具有絕對效力。在失蹤人歸來後，於撤銷死亡宣告前，死亡宣告並不當然失效，必須依法聲請撤銷死亡宣告後，宣告前消滅的

¹¹ 吳從周教授認為，死亡宣告是在「消滅失蹤人於推定死亡時間之前所存在之原有法律關係」。參見氏著，法律上的死而復活，收錄於民事法學與法學方法，第四冊，第117頁（2010年）。

¹² 學說爭議，參見洪遜欣，民總，第118-119頁；吳從周，同註8，第124頁。

法律關係，始能回復。

受死亡宣告之人如尚生存，或確定死亡之時不當，或死亡宣告未經法定程序催告者，有法律上利害關係之人或檢察官，得提起撤銷死亡宣告之訴（家事事件法第155、160條）。依家事事件法第163條第1項規定：「撤銷或變更宣告死亡裁定之裁定，不問對於何人均有效力。」據此，撤銷宣告死亡裁定之裁定，有絕對溯及的效力，即對任何人，皆有溯及於宣告時，回復與未受宣告相同狀態之效力。因死亡宣告而變更或消滅之財產上及身分上關係，皆因宣告之撤銷而復原。

法律為保護善意信賴死亡宣告之利害關係人，規定二種例外：

1. 在撤銷宣告死亡裁定之裁定確定前之善意行為，不受影響（家事事件法第163條第1項但書）。

通說認為，所謂善意，當事人為二人以上時，各當事人均須為善意始足當之¹³。在經商失蹤案，甲死亡後，丙妻將其房屋出售於鄰居戊，丙與戊均善意不知甲尚生存時，在丙妻移轉登記該屋所有權於戊後，甲縱使撤銷死亡宣告，丙與戊之所有權移轉行為仍為有效，甲不得請求戊返還房屋。

關於死亡宣告人的多數婚姻關係，若再婚行為中，後婚當事人僅一方為善意，另一方為惡意時，前婚於死亡宣告撤銷時即時回復，後婚為重婚而無效（第985條、第988條第3款）。是以，在經商失蹤案，甲與乙之婚姻，縱使乙為善意，但因甲為惡意當事人，雙方之婚姻為重婚而無效。

在後婚雙方當事人均為善意時（如經商失蹤案的丙與丁之婚姻），其善意之後婚不受影響，仍然維持婚姻關係。至於前婚是否回復，參照親屬編規定，重婚若雙方均為善意者，該重婚關係仍然有效，且前婚自後婚成立之日起，視為消滅（第988條第3項但書、第988條之1第1項），而應採否定說，認為前婚因生存配偶之再婚，不得復原¹⁴。

¹³ 黃陽壽，民總，第69頁；王澤鑑，民總，第140頁；鄭冠宇，第99頁。

¹⁴ 採取此說之見解，包含民法學者及訴訟法學者，參見吳從周，同註8，第120頁註14；邱聰智，民總（上），第226頁。

準此，在經商失蹤案，丙與丁均屬善意時，其後婚不受甲撤銷死亡宣告之影響，仍然有效，但甲與丙的前婚則無法回復，終局消滅。換言之，甲與乙之婚姻，因重婚而無效；丙與丁之婚姻，因雙方善意而有效；但甲與丙之婚姻，則因丙之善意再婚而確定消滅。

2. 因宣告死亡取得財產者，如因撤銷宣告死亡裁定之裁定失其權利時，僅於現受利益之限度內，負歸還財產之責（家事事件法第163條第2項）。

在經商失蹤案，丙妻將甲所有的房屋出售，所得價金，花費僅剩一半，丙妻僅於一半價金範圍內，負返還責任。

所謂因宣告死亡取得財產者，係指以宣告死亡為原因，而直接取得失蹤人所有財產之人而言，如其繼承人、受遺贈人及死因契約之受贈人等，始足當之。實務案例如下：

甲於民國38年赴大陸求學，兩岸隔離後無法回臺。甲之父於54年間去世，留有土地一筆。於民國60年間，甲之兄弟乙及丙明知甲尚生存，卻聲請宣告甲死亡後，辦理土地分割登記為自己所有。甲於民國80年間聲請撤銷死亡宣告後，請求回復部分土地登記為其所有。

（86台上3207號判例）

本案甲於其父親死亡時，即因繼承而取得系爭土地所有權。其後乙及丙就系爭土地辦理遺產分割登記時，聲請宣告甲死亡，使甲之父的繼承人僅剩乙及丙二人，藉此否認甲之繼承權。此係於甲繼承遺產後所為，雖侵害甲因繼承而取得之權利，但與家事事件法第163條第2項所規定因宣告死亡而取得財產之情形不同。甲僅得以繼承權被侵害為理由，主張繼承回復請求權（第1146條），聲請回復該土地的公司共有狀態，而非依本條規定請求返還土地。

至於回復財產的範圍，在善意取得人，限於其現受利益之返還。反之，在惡意取得人，則應類推適用民法第182條第2項規定，返還所取得之全部利益，如有損害，並應賠償¹⁵。

¹⁵ 洪遜欣，民總，第122頁；史尚寬，民總，第87頁；林誠二，民總（上），第166頁。

甲與其父親於民國37年遷居大陸，因大陸淪陷滯留未歸，於59年間，甲與其父親受死亡宣告後，其父親之土地辦理繼承登記為被告乙所有。甲於68年與乙取得聯繫，但乙仍於71年間將繼承的土地出售於丙，並辦理移轉登記。甲於79年聲請撤銷死亡宣告後，依修正前民訴法第640條第2項（即家事事件法第163條第2項）規定請求返還土地，並依民法第182條第2項規定，請求乙返還其所得之利益及利息。

（86台上662號）

本案係甲及甲之父受死亡宣告，致乙以繼承人地位取得土地所有權，係屬家事事件法第163條第2項所規定因宣告死亡而取得財產之情形。至於甲得請求乙歸還財產之範圍，最高法院採取通說之見解，判決：「所謂因宣告死亡取得財產者，係指以宣告死亡為原因，而直接取得失蹤人所有財產權之人而言。因宣告死亡取得財產者，處分原屬失蹤人之財產，如為善意，應屬有權處分；在處分財產後，若因撤銷死亡之宣告失其權利，祇須於現受利益之限度內，將財產歸還於失蹤人；如為惡意，法律自無仍予保護之理，應就其取得財產之全部及孳息，負歸還之義務，雖其取得之財產現已滅失或消費殆盡亦然。又不當得利受領人於受領時知無法律上之原因，或其後已知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還，民法第一百八十二條第二項定有明文。」據此判決甲勝訴。

（四）同時死亡的推定

民法第11條規定：「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後者，推定其為同時死亡。」同時死亡，主要發生在繼承關係及保險金請求權之爭議。

如甲父僅有乙子及丙女，乙與丁結婚，並生下A子，丙則未婚。甲與乙同時遇難，甲留有遺產無數，由何人繼承？

本案甲與乙同時遇難，依民法第11條規定，推定為同時死亡。依據親屬法上之同時存在原則，繼承人須於繼承開始時尚生存，始得繼承。乙與甲同時死亡，通說認為，推定同時死亡之情形，不符合同時存在原則，推定同時死亡者，彼此之間無相互繼承關係，乙不得繼承甲的

遺產¹⁶。

乙既無法繼承甲的遺產，甲的遺產應由丙繼承（民法第1138條）及A代位繼承（民法第1140條），各繼承二分之一的遺產，丁無法繼承甲的遺產。反之，若甲先於乙死亡，則甲的遺產應由乙及丙各繼承二分之一遺產。乙接著死亡，其繼承自甲的遺產，再由丁及A各繼承二分之一。

又如甲與A保險公司訂立意外事故保險契約，約定由乙為保險契約之受益人。某日，甲開車搭載乙，衝撞分隔島發生車禍，兩人於到達醫院前死亡，無從證明死亡之先後。乙之丙子，主張繼承乙之保險金請求權，向A保險公司請求理賠保險金，有無理由？（高雄地院99保險34號）

依保險法第110條第2項規定：要保人指定之受益人，以於請求保險金額時生存者為限。本案要保人甲及受益人乙於同一車禍中死亡，是否符合「受益人於請求保險金額時生存」之要件？

本案法院謂：「依法條之文義觀之，僅使用『同時遇難』之字句，並未使用『同時遭遇特別危難』，故於2人以上同時遭難之真實死亡，而僅不能證明死亡時間之先後時，亦應有其適用，而不應拘限於遭遇特別災難之情形始能適用。」據此，本案甲與乙因同一車禍事故死亡，不能證明其死亡之先後，依民法第11條規定，推定其為同時死亡，乙即不能以受益人之身分，請領保險金之給付，丙為乙的繼承人，亦無保險金請求權¹⁷。

¹⁶ 洪遜欣，民總，第122頁；史尚寬，民總，第87頁；王澤鑑，民總，第142頁；林誠二，民總（上），第162頁；邱聰智，民總（上），第229頁；林秀雄，繼承法講義，第13頁（2005年）。

¹⁷ 依保險法第113條規定：「死亡保險契約未指定受益人者，其保險金額作為被保險人之遺產。」因此本案甲之繼承人取得保險金請求權。

第二項 行為能力

第一款 行為能力制度

一、行為能力

行為能力，指個人可以獨立為有效法律行為的能力。行為能力以意思能力為基礎，行為人必須具有「健全的意思」，得以判斷自己的行為在法律上可能發生何種效果。具備此項健全的意思能力，始有完全的行為能力。從而，無意思能力人所為之意思表示，應為無效（第75條後段）。

但意思能力之有無，亦即個人對其特定行為判斷具備何種法律效果的能力，取決於個案認定，欠缺明確性，不利於交易安全，為避免交易相對人受害，民法乃將意思能力予以類型化為行為能力制度，而以年齡作為類型標準，予以客觀化，區分自然人為完全行為能力人、限制行為能力人及無行為能力人。

行為能力制度的目的，除為保護交易安全外，同時在於保護心智尚未成熟的未成年人，防止其因意思能力不足而財產逸散，有損其權益。此項制度，既為保護思慮未成熟的未成年人及受監護宣告的成年人，使其人格得以正常發展，或維護妥善的生活照護，民法關於行為能力之規定，具有強行性，第16條乃規定，行為能力不得拋棄，約定拋棄行為能力保護之規定者，無效。

為貫徹保護未成年人之旨，在交易活動中，善意信賴無行為能力人或限制行為能力人為有行為能力者，仍然不受法律保護。

如甲為19歲之人，未經法定代理人之允許，向乙商店購買手機一支。乙雖不知甲尚未成年，但雙方訂立的買賣契約，仍應得其法定代理人之同意。若法定代理人不同意時，雙方的買賣契約確定不生效力，乙不得向甲請求給付價金，只能請求返還手機（第79、179條）。

二、行為能力制度

(一)完全行為能力人

滿20歲為成年（第12條），成年人有完全行為能力。未成年已結婚者，有行為能力（第13條第3項），蓋雖未成年，但已能獨立組織家庭，智識當已成熟，法律無再為特別保護之必要。惟我國不採「結婚成年制」，雖然結婚後有行為能力，得有效為財產上行為（如買賣、租屋），但仍為未成年人，於身分行為，例如結婚及兩願離婚，均應得法定代理人同意（第981、1049條但書）。

至於未成年人已結婚者，嗣後離婚，其取得的行為能力，不因此而受影響。

(二)限制行為能力人

限制行為能力人有以下二種：

1. 限制行為能力人，指滿7歲以上之未成年人（第13條第2項），其為法律行為時，應得法律代理人之允許（第77條）。

2. 受輔助宣告之人，指因精神障礙或其他心智欠缺，致其為意思表示之能力，或辨識其意思表示之能力，顯有不足之人。其在為特定重要行為時（如不動產之買賣或租賃），應經輔助人同意（第15條之1、之2）。在受輔助宣告人應得輔助人同意的範圍內，準用限制行為能力人的法律規定（第15條之2第2、3項），因此受輔助宣告人為部分限制行為能力人，但輔助人並非受輔助宣告人的法定代理人。

(三)無行為能力人

無行為能力人有以下二種：

1. 無行為能力人，指未滿7歲之未成年人（第13條第1項），其無法自為法律行為，必須由法定代理人代為之（第76條）。

2. 受監護宣告人，無行為能力（第15條），應置監護人，為其法定代理人（第1110、1098條）。

三、責任能力

責任能力是指，因侵權行為應負損害賠償責任的能力。責任能力以

識別能力為基礎，是以行為人於行為時的具體精神狀態，能否認識其行為的結果作為判斷基礎，與年齡無涉。

如甲為6歲兒童，於學校下課時，將其玩具車賣給乙同學，並於嬉戲時，拿掃把打傷乙的右眼。

按出售玩具車，訂立買賣契約，須具有完全行為能力。本案甲僅6歲，為無行為能力人，其所訂立的買賣契約無效（第75條），甲不得向乙請求給付價金。

然而，甲打傷乙的右眼，屬侵權行為，只須甲能知悉打人可能造成傷害，即具有識別能力，而應與其法定代理人負連帶賠償責任（第187條）。

第二款 成年監護制度

我國為因應老齡化及少子化社會的來臨，為照顧老年人的生活、護養療治及財產管理，於2008年修訂原本的「禁治產宣告」制度，改採成年監護制度，將成年監護區分為二類：監護宣告制度及輔助宣告制度。

監護宣告及輔助宣告的效果為，剝奪被宣告人的行為能力。此項效果，屬於嚴重侵害被宣告人權利之行為，法院於宣告時，須於被宣告人權利保障與生活療治維護之間，謹慎判斷之。

一、成年監護宣告

(一)宣告原因與適用對象

依民法第14條規定：「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」，得為監護之宣告。

肯定案例如下：被聲請人於法院訊問時，「僅以紙筆為簡單之回答，所書寫之筆跡亦甚為零亂」。精神鑑定結論：「有癡呆症、腦中風、糖尿病、白內障及喉癌手術後之個案，目前走路、言語艱難、視力極度不佳。其自我照顧能力、身邊處理能力、思考溝通能力有明顯障礙，日常生活、飲食起居需家人全面協助，對未來財務規劃及有關禁治

產事宜，亦無理解及表示意見能力，依目前之判斷，〔被聲請人〕合併身體功能及心智障礙，已無法獨立維持其自身之權益，〔被聲請人〕因心智障礙，已無法獨立維持其自身之權益。」因此應為監護之宣告（臺灣高院85家上239號）。

否定案例如下：被聲請人現所居之處「長○藤養老院」誤為「中○北路住所處」，「不會搭公車」，又說：「現在我名下沒財產」又稱：「那是我的，我不處理土地」等矛盾語言，僅能說明其認知功能障礙，記憶力、定向能力、判斷力有輕度欠缺。聲請人所稱被聲請人智能僅維持中下臨界點及簡單之計算，其房地價值新臺幣3,000餘萬元之複雜交易，顯無處理能力，亦不能作為〔監護宣告〕之原因（臺灣高院87家抗60號裁定）。

成年人符合法定條件時，得以適用監護宣告制度。在未成年人符合監護宣告之要件時，由於7歲以上的未成年人僅為限制行為能力人，得以監護宣告使其成為無行為能力人，具有實益，因此未成年人亦得適用成年監護制度（第1109條之2）。此時，若發生未成年人行使親權的法定代理人或現任監護人，與成年監護宣告後選定的監護人不一致時，職務如何劃分，法無明文¹⁸，本書認為，應以成年監護選定之監護人具有優先順位的監護權，蓋成年監護人乃法院以受監護宣告人之養護照顧的最佳利益所選定之人（第1111條之1），具有公力監督之性質，應優先適用。

（二）聲請人

得聲請監護宣告之人為本人、配偶、四親等內之親屬、最近一年有同居事實之其他親屬、檢察官、主管機關、社會福利機構、意定監護受任人或其他利害關係人。所稱「主管機關」，依相關特別法之規定，例如老人福利法第3條、身心障礙者權益保障法第2條、精神衛生法第2條。

¹⁸ 林秀雄，論我國新修正之成年監護制度，月旦法學雜誌，第164期，第142頁（2009年1月）。

(三) 聲請之轉換與撤銷

被聲請人雖未達監護宣告之程度，但為保護其權利，法院得以輔助宣告代替之（第14條第3項）。在監護宣告原因消滅後，應撤銷監護之宣告，但仍有輔助之必要時，得變更為輔助之宣告（第14條第2、4項）。反之，在受輔助宣告之人有受監護之必要時，得變更為監護宣告（第15條之1第3項），使監護宣告及輔助宣告得以相互轉換，保障被聲請人之權益。

(四) 法律效果

1. 無行為能力

受監護宣告之人，無行為能力（第15條）。

2. 應置監護人

受監護宣告之人，應置監護人，作為其法定代理人（第1110、1098條）。監護人之指定，分為「法定監護制度」及「意定監護制度」。前者指於本人喪失意思能力時，經聲請權人聲請後，由法院為監護宣告，並依職權就一定範圍內之人選定為監護人（第1111條）。後者係為尊重本人之意思自主決定權，於本人意思能力健全時與委任人約定，於本人受監護宣告時，受任人允為擔任監護人之契約。法院為監護之宣告時，原則上以意定監護契約所定之受任人為監護人，以替代法院依職權選定監護人（第1113條之2、之4）。但法院認為，意定監護受任人不利於本人或顯有不適任之情事者，得依職權選定其他監護人（第1113條之4第2項）。

意定監護契約之訂立或變更，應由公證人作成公證書始為成立。但意定監護契約於本人受監護宣告時，發生效力（第1113條之3）。亦即意定監護契約，係屬附停止條件之契約，於條件成就時（即受監護宣告），監護契約始生效力（參見第99條第1項）。又法院為監護之宣告前，意定監護契約之本人或受任人得隨時撤回之（第1113條之5）。

無論選任監護人或監護人執行監護職務，均應依受監護宣告人之最佳利益為之。如受監護宣告之人曾表示意見者，法院及監護人應尊重參酌之（第1111之1、1112條）。

3. 囑託監護登記

法院為監護之宣告、撤銷監護之宣告、選定監護人、許可監護人辭任及另行選定或改定監護人時，應依職權囑託該管戶政機關登記（第1112條之2）。本條之囑託登記，非為保護受監護宣告人，而在於保護交易安全，使第三人得以知悉其為無行為能力人，以免法律行為無效¹⁹。

4. 監護內容

成年監護之內容，包含身分上監護及財產上監護。前者係指監護人同意權之行使及生活與養護治療（第1112條、第1113條準用第1097條第1項）。後者指監護人應開具財產清冊及管理財產等（第1112條、準用第1103條）。

5. 法院監督

為強化受監護宣告人權益之保護，民法採取公力監督制度，由法院決定是否應監護宣告、負責選定監護人、對監護人處分財產為許可與否之裁定，並檢查監護事務及財產狀況等（第1101、1103條）²⁰。

二、輔助宣告

（一）宣告原因、適用對象及聲請人

依第15條之1第1項規定：「對於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，法院得因本人、配偶、四親等內之親屬、最近一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，為輔助之宣告。」

在未成年人符合輔助宣告的要件時，由於輔助宣告係剝奪被宣告人的部分行為能力，使其成為部分限制行為能力人，因此未成年人並無輔助宣告之必要，輔助宣告適用對象，僅以成年人或未成年人已結婚者為

¹⁹ 同前註，第144頁。

²⁰ 我國成年監護制度，僅規定由法院選定監護人的法定監護制度，為防止監護人濫用權限，而採行公力監督機制。民法對於成年人以契約方式成立的意定監護制度（即委託監護契約），未設明文，是否類推適用民法規定，由法院介入監督，值得研究。參見陳自強，台灣及中國任意監護研究的一些觀察，月旦民商法雜誌，第39期，第68-81頁（2013年3月）；林秀雄，同註18，第152-154頁。

限（即完全行為能力人）。

在為輔助宣告後，應在戶政機關登記，並應置輔助人，協助受輔助宣告人管理財產（第1113條之1）。

（二）法律效果

在成年監護宣告，受監護宣告之人喪失行為能力，成為無行為能力人，必須由監護人代為或代受意思表示。但在輔助宣告，受輔助宣告之人原則上不因受輔助宣告而喪失行為能力，僅於特定行為，其行為能力始受限制，於限制外的法律行為仍有行為能力，不因受輔助宣告而受影響²¹。

第15條之2第1項規定：「受輔助宣告之人為下列行為時，應經輔助人同意。但純獲法律上利益，或依其年齡及身分、日常生活所必需者，不在此限：一、為獨資、合夥營業或為法人之負責人。二、為消費借貸、消費寄託、保證、贈與或信託。三、為訴訟行為。四、為和解、調解、調處或簽訂仲裁契約。五、為不動產、船舶、航空器、汽車或其他重要財產之處分、設定負擔、買賣、租賃或借貸。六、為遺產分割、遺贈、拋棄繼承權或其他相關權利。七、法院依前條聲請權人或輔助人之聲請，所指定之其他行為。」

據此規定，受輔助宣告人並非無行為能力人，但於特定重要的法律行為，應經輔助人同意。若未得輔助人同意時，其效力準用限制行為能力人的規定，在單獨行為是無效，在契約行為是效力未定（第15條之2第2項），是以受輔助宣告人為部分限制行為能力人。

應注意者為，在監護宣告，監護人為受監護宣告人之法定代理人。但在輔助宣告，民法第1113條之1規定，輔助人及有關輔助之職務，並未準用同法第1098條第1項之規定，亦即輔助人並非受輔助宣告之人的法定代理人²²，而僅對受輔助宣告之人的特定重要行為具有同意權。

²¹ 法務部民國100年10月21日法律字第1000027640號函。

²² 法務部民國97年09月17日法律決字第0970028237號函。輔助人對特定財產行為，僅有同意權，而無代理權，可能發生輔助人不同意特定行為後，無法代理受輔助人主張請求權之情事，值得檢討。參見黃詩淳，從身心障礙者權利公約之觀點評析台灣之成年監護宣告制度，月旦法學雜誌，第233期，第143頁（2014年10月）；戴瑀

對於特定重要法律行為，若無損於受輔助宣告之人的利益之虞，而輔助人仍不為同意，影響受輔助宣告之人的生活時，受輔助宣告之人得逕行聲請法院許可後為之（第15條之2第4項）。其聲請法院許可之行為，自無須經輔助人同意。

在實務上，甲、乙及丙為兄弟，甲因精神障礙而受輔助宣告，經選定由乙擔任輔助人。其父死亡後，遺留土地三筆，甲辦理遺產繼承登記時，是否需得乙之同意？

本案甲為受輔助宣告之人，僅於從事特定重要行為時，需得輔助人之同意。在遺產繼承登記為共同共有時，非屬第15條之2規定的特定重要行為，不需輔助人乙的同意，受輔助宣告人甲即得有效為之。

反之，在甲辦理協議分割遺產或土地轉為分別共有登記時，應得輔助人之同意，但因輔助人乙與受輔助宣告人甲同為繼承人，可能涉及利益相反之行為，應依第1113條之1準用第1098條第2項規定，由法院選任特別代理人，代理甲辦理之²³。

又如甲及乙為兄弟，甲因精神障礙而受輔助宣告，經選定由乙擔任輔助人。甲未經乙之同意，出售其A屋於丙，並移轉登記完畢。問：乙得否請求丙返還A屋於甲？

本案甲未經輔助人同意，出售A屋，依第15條之2第2項規定，準用民法第79條規定，其訂立之買賣契約及不動產移轉行為，均屬效力未定，須經輔助人之同意，始生效力。此時，乙得拒絕同意，使甲所為之法律行為確定不生效力。但因乙並非甲之法定代理人，不得代理甲對丙行使物上請求權（第767條），僅得由甲自行向丙請求返還A屋。此項行為，無須得輔助人之同意。惟若甲欲提起民事訴訟請求時，則應得乙之同意（第15條之2第1項第3款）²⁴。

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，第90期，第192頁（2014年6月）。

²³ 參照法務部民國101年03月02日法律決字第10100027670號函。

²⁴ 不同意見，參見林秀雄，同註18，第150頁。本案若於乙不同意後；甲不願向丙請求返還A屋，且乙又非甲之法定代理人而不得代理甲主張權利，則A屋仍將登記於丙之名下，顯非妥當。

(三) 監護宣告與輔助宣告之區別

綜合言之，「成年監護宣告」與「輔助宣告」之區別如下：

精神障礙或其他心智缺陷之人	監護宣告	輔助宣告
適用對象	成年人或未成年人	完全行為能力人
要件	不能為意思表示，或不能辨識意思表示之效果	為意思表示，或辨識意思表示效果之能力顯有不足
效果	1. 無行為能力 2. 監護人為法定代理人 3. 所有法律行為由監護人代為或代受意思表示	1. 部分限制行為能力 2. 輔助人非法定代理人 3. 特定重要法律行為應得輔助人同意，其餘行為，得自行為之

第三項 人格權保護

第一款 人格權的意義與價值

人格權係以人格為內容的權利，隨著時代演進，具有變動的內涵。為實現人格尊嚴及促進人格自由發展，作為權利主體的人格權，無疑係其他所有權利（債權、物權）的基礎，而應盡可能擴大保護之。無人格權之保護，即喪失「人」的價值。

人格權的主體為「人」，以人之存在為基礎，體現人的自主性及個別性，並成為維護人性尊嚴與促進人格自由發展的權利²⁵。大法官釋字第603號解釋，認為隱私權為不可或缺之基本人權，乃「基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整。」人性尊嚴與人格自由成為人格權實踐的目的²⁶。

基於人性尊嚴，人身自由應予保障（釋字第263、372、417、476、585號），人人平等應予維護（釋字第365、452號），符合人性的生活條件應予保持（釋字第523、549、609號）。

²⁵ 我國關於人格權之精深論述，參見王澤鑑，人格權法（2012年）。

²⁶ 王澤鑑，人格權法，第49、73頁。

爲促進人格自由發展，財產權應予保障（釋字第400號）、婚姻及契約自由應予維護（釋字第554、580號），個人享有活動自由及具有不受無故侵擾之自由（釋字第689號）。

第二款 人格權保護的擴大與強化

人格權在民法上的保護，隨著對人格權的尊重，逐漸擴大保護範圍，在人格權的類型上，愈趨多元化，保護強度逐漸強化。

一、人格權內涵的擴大化：從財產權侵害到人格權侵害

民法第18條規定，人格權受侵害時，得請求法院保護，並得請求加害人損害賠償。民法第184條第1項前段規定之「權利」，包含人格權。「一般人格權」是指關於人之存在價值與尊嚴的權利，依民法第18條規定，於受侵害時，被害人得請求除去及防止侵害（第18條），並得請求財產上的損害賠償（第184條）。在法律特別規定之具體人格權受侵害時，被害人得請求非財產上的損害賠償（第195條），學說上稱之爲「特別人格權」。

特別人格權的概念，在2000年之前，民法第19條及第195條規定僅包含生命權、身體權、健康權、自由權、名譽權及姓名權。其後擴大範圍包含信用、隱私、貞操等人格權。在實務上，肖像權亦認爲屬於人格權之一種而受法律保護。更重要者爲，人格權受侵害得請求非財產上損害賠償者，包含「不法侵害其他人格法益而情節重大者」。易言之，在現行民法，區分「一般人格權」與「特別人格權」，已經沒有實益，蓋所有人格權受侵害，均得依民法第195條規定，請求非財產上的損害賠償。

所謂「不法侵害其他人格法益而情節重大」，實務上認爲，不法侵害他人的居住安寧的人格法益，及居住品質安寧及安全的權利，被害人得請求非財產上的損害賠償。

原告甲與被告乙住於同一棟7層樓房，乙在房屋7樓屋頂增建花園、建物及機器間等，並於機器房內置冷氣壓縮機，日夜運作，噪音不停，甲起訴請求非財產上損害賠償。

最高法院判決：「查於他人居住區域發出超越一般人社會生活所能容忍之噪音，應屬不法侵害他人居住安寧之人格利益，如其情節重大，被害人非不得依民法第一百九十五條第一項規定請求賠償相當之金額（92台上164號判例）。」此即學說上所稱之「忍受限度論」，作為侵權行為違法性的認定標準²⁷。

重要者為，在傳統上認為係屬財產權侵害的房屋受損案件，實務上以人格權侵害為理由，判決加害人應負賠償責任，展現人格權擴大化的趨勢，甚為明顯。

原告甲與被告乙住於同一棟樓房，甲所有之3樓房屋之廚房、臥室、客廳及浴室陸續發生多處漏水、滴漏、壁癌、龜裂情形，係因被告乙所有之4樓房屋管線老舊漏水所造成。

法院判決：「原告就其所居住之房屋本得享有一定之居住品質，及有居住安寧及安全之權利，本件原告所居住之3樓房屋既係因被告所有之4樓房屋管線老舊而造成漏水情形，則被告自有維修義務，且原告所居住之3樓房屋因漏水所造成之損害與被告未盡其維修義務且保管有欠缺間復有相當因果關係，被告已因過失侵害原告上開居住安寧及安全之權利，依〔民法第195條〕規定，被告自應就原告之損害負賠償責任（桃園地院99訴101號）。」

二、人格權保護的強化及法益衡量

（一）人格權保護的強化

隨著國民權利意識增強，人格權的保護愈趨於強化。例如，關於隱私權，過去在於保護個人私生活不受干擾，現在則擴大保護個人資訊的自主決定權（如指紋、個人健康資訊）。在私生活不受干擾方面，過去僅於嚴重私密行為外洩時（如以針孔攝影機，竊錄他人性行為）²⁸，始

²⁷ 關於噪音污染的損害賠償責任，參見陳聰富，環境污染責任之違法性判斷，收錄於侵權違法性與損害賠償，第73-119頁（2008年）。

²⁸ 我國法院承認隱私權侵害，應負賠償責任之案例，以璩○鳳事件最為典型。在本案（臺北地方法院91年重訴字第2138號），被告為原告所信任之密友，竟為圖利及徹底毀滅原告，將原告與他人之性愛畫面光碟，提供或販售予獨家報導周刊等人，將

認隱私權之侵害；現在則包含日常生活的活動錄影，均係侵害隱私權之行爲。

如甲與乙為同一社區11樓層之住戶，乙未經管委會、住戶大會或同樓層其他住戶之同意，於其大門外該樓層電梯前走廊上方牆面上，裝設監視攝影鏡頭，對該樓層消防門及電梯走廊之空間拍攝。該空間為其他住戶出門、返家及訪客到訪必經之路徑，乙透過攝影可取得甲及訪客進出影像，掌握同樓層住戶作息及交友情況，自屬侵害甲及其他住戶之隱私，情節重大，甲得請求非財產上之損害賠償（臺灣高院100上1001號）。

關於個人資訊的保護範圍，個人資料保護法之規定，可資參照。其第2條規定：「個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」

違反個人資料保護法的規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任；依該法規定，公務機關違反本法者，應負無過失損害賠償責任；非公務機關違反本法者，應負推定過失的損害賠償責任（個人資料保護法第28、29條）。

所謂個人資訊的自主決定權，指個人有權決定是否揭露其個人資料，及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之權利。凡侵害此項權利者，即為隱私權之侵害²⁹（請參閱個人資料保護法第3、

原告之身體赤裸露於社會大眾，讓原告無法面對外界異樣之眼光，又其竊聽、竊錄原告行蹤、與他人間非公開之活動及談話，均已侵害原告之隱私權，被告應負損害賠償責任，甚為顯然。

²⁹ 大法官釋字第603號解釋：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。」

15、16條)。

如某甲大學人文社會學院準備召開會議討論某乙副教授不續聘案，由於乙副教授拒絕接受開會通知，甲大學職員乃將教評會開會通知置於透明資料夾後，整張貼於乙之住所地址房屋門上。

本案法院判決：由於該會議通知備註欄記載該次會議討論議題為「公管系○○○老師不續聘案」，「關係當事人私人事務之信件，難謂與公眾之利益有何關聯。……應認僅〔原告〕有權決定是否揭露前開通知中之個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露，任何人違背此原則，即屬對其個人隱私權之侵害」（臺灣高院101勞上易8號）。

(二)人格權侵害的法益衡量

在人格權被侵害時，被害人得否請求救濟，應探討加害人是否構成侵權責任。在人格權概念擴大化及權利保護強化後，為適度劃定人格權的保護範圍，調和加害人與被害人間的權利衝突，對於人格權侵害的「違法性」，應採取法益權衡原則³⁰。

例如，在最高法院106年台上字第2904號判決，原告三人為某診所護士，於其臉書成立「終於戰勝黑眼圈」粉絲頁，從事該診所黑眼圈手術結果之介紹。被告在PTT網站發表「[心得]車參聖診所護士寫手門與沒開收據，涉逃稅」一文。原告主張被告侵害其肖像權，請求刪除系爭文章所附照片，刪除上開文章之連結網址，及請求賠償其非財產上損害。

最高法院肯認原審法院判決謂：「人格權侵害責任之成立以『不法』為要件，而不法性之認定，採法益衡量原則，就被侵害之法益、加害人之權利及社會公益，依比例原則而為判斷；倘衡量之結果不足以正當化加害人之行為，該侵害始具有不法性。」審酌系爭照片係於診所工作時所拍攝，未涉及其他隱私或刻意醜化原告；而刊登照片之目的，係為藉此指明原告為該診所之護士，供有意施行相關整形手術之人，於閱

³⁰ 陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，收錄於侵權違法性與損害賠償，第63-69頁（2008年）。

覽上開相關文章、資訊後，得為正確之判斷及選擇，避免日後發生醫療糾紛，造成權益遭受重大危害，堪認被告刊登系爭照片之行爲具正當性，且符合比例原則，不構成侵權行爲。

關於適度限制人格權侵害的侵權責任，在臺灣高等法院100年上字第752號判決，某甲與乙醫師發生醫療糾紛，在丙公司經營的B**yH**e寶貝家庭親子網，發表「一個提著自己孩子斷掉的手指頭9小時的爸爸」的貼文，控訴乙醫師延誤救治其兒子。乙醫師主張，甲之指控不實，丙公司未經查證系爭貼文的真實性，未盡網站服務提供者之義務，將系爭貼文予以刪除，導致各網站之網友，群起盲從附和，發表謾罵、涉及人身攻擊、散布不實訊息之貼文，造成甲人格權受損，請求損害賠償及刊登道歉聲明。

本案涉及網際網路服務業者，對於其使用者（用戶）發表貼文，侵害他人的人格權時，是否應負侵權責任。本案高等法院判決：

「系爭網站屬網際網路入口網站，為公眾使用之開放網路，而網路服務業者之功能係提供公眾使用網路上資料之通道，作為資訊傳播之媒介，而網路特性帶有結構性的高度風險，即行為人可透過網路進行侵權或犯罪之濫用風險，網路服務業者參與網路運作，得獲取龐大收益，並可得知使用者之身分及行為，對於足以產生侵權結果之危險，固具有一定程度之監督義務，惟此項義務之具體內容與界線為何，尚無規範可循，且網路服務提供者並非執司審判之人員，由其對用戶之行為是否構成侵權加以判斷，是否適當，亦非無疑，有待相關制度之建立。於此之前，若逕課以網路服務業者須對於所有使用者之行為連帶負損害賠償責任，不僅過重，且有礙網際網路之發展，將造成網路服務之限縮，反不利於消費者。」

關於貼文是否構成侵權責任，「此判斷，須具相當專業知識，實難期待〔被告〕或其所僱用網站管理人具有此專業判斷能力，得以自行認定系爭貼文是否構成侵害他人名譽，而課以其立即負有刪（移）除之義務。」據此，高等法院判決被告丙網際網路服務業者對乙醫師不負損害賠償責任。

關於權利衝突的案件，必須採取法益權衡原則，就個案斟酌被害人

人格權被侵害的種類、嚴重性、加害人行使權利的自由、侵害的動機及社會公益等因素，在加害人之侵害不具有社會正當性時，其侵害即具有違法性。在名譽權、隱私權、肖像權及姓名權的侵害，加害人（尤其大眾媒體）經常主張其言論自由權應受保障，以排除人格權侵害的違法性。在此權利衝突的案件，法益權衡原則更為重要。

例如，在大法官釋字第689號解釋，為保護個人行動自由，及於公共場域中得合理期待不受干擾之自由與個人資料自主權，社會秩序維護法處罰無正當理由，經勸阻後仍繼續跟追之行爲。對於跟追行爲何時構成不法侵害他人不受干擾的自由及個人隱私權，大法官提出二項標準：1.新聞採訪者應有事實，足認特定事件屬大眾所關切並具一定公益之事務，而具有新聞價值；2.其跟追需依社會通念認非不能忍受者。此等標準，即在於平衡新聞自由與個人隱私權之衝突。

又如，在最高法院93年台上字第1979號判決，當時立法委員張○○指控名作家李○，未經其同意，公布其住家及行動電話號碼，及住家地址，鼓動觀眾打電話譴責，使其居家安全遭受威脅。關於隱私權侵害部分，法院判決：「人的尊嚴是憲法體系的核心，人格權為憲法的基石，是一種基本權利。張○○身為立法委員，其要求保持隱私之程度固較一般人為低，但並不致於因前開身分而被剝奪。……李○於其節目中揭露張○○之電話住址等隱私資料，自屬侵害張○○之隱私權，而其主觀上對於自己的言論內容均有所認知及意欲，李○就此應負侵權行為之損害賠償責任無疑。」

反之，關於名譽權侵害部分，被告雖以「縮頭烏龜」、「小人」等字眼，在電視節目公然侮辱原告，損害其名譽，但法院判決：「言論自由為人民之基本權利，有個人實現自我、促進民主政治、實現多元意見等多重功能，維護言論自由即所以促進民主多元社會之正常發展，與個人名譽之可能損失，兩相權衡，顯然有較高之價值，國家應給予最大限度之保障。是行為人以善意發表言論，對於可受公評之事而為適當之評論，或行為人雖不能證明言論內容為真實，但所言為真實之舉證責任應有相當程度之減輕（證明強度不必至於客觀之真實），且不得完全加諸於行為人。倘依行為人所提證據資料，可認有相當理由確信其為真實，

或對行為人乃出於明知不實故意捏造或因重大過失、輕率、疏忽而不知其真偽等不利之情節未善盡舉證責任者，均不得謂行為人為未盡注意義務而有過失。縱事後證明其言論內容與事實不符，亦不能令負侵權行為之損害賠償責任，庶幾與『真實惡意』（actual malice）原則所揭櫫之旨趣無悖。」法院據此判決原告敗訴³¹。

實則，名譽權與言論自由權，同屬憲法上之基本權利，在二者發生衝突時，言論自由並非必然具有優於名譽權而受保護之優先地位³²。再者，關於公眾人物之權利侵害，本案法院認為隱私權之侵害，優先於言論自由而受保障。但對於名譽權之侵害，則優先保護言論自由，在法益權衡的判斷上，具有啟示性。

第三款 身分權的保護

身分權指權利主體間，基於特定身分關係所發生的權利，例如親權、配偶權及監護權等，具有人格利益的色彩。身分權受侵害時（如未成年子女被人擄掠、配偶之一方被強姦），被害人得類推適用民法第18條第1項規定，主張保護請求權，並得依民法第184條規定，請求財產上之損害賠償。

民法第195條第3項規定：「不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者」，被害人得請求非財產上損害賠償。所謂身分法益受害而情節重大，在父母子女間所生之身分法益，例如在婦產科醫院之嬰兒遺失（85台上2957號），成年子女因車禍而成為植物人（96台上1624號裁定）；父母因交通事故致四肢癱瘓³³；幼年子女因

³¹ 我國法院關於名譽權保護之發展，參見許家馨，言論自由與名譽權的探戈——我國名譽權法實務與理論之回顧與前瞻，政大法學評論，第128期，第203-258頁（2012年8月）；呂麗慧，論名譽權保護與言論自由保障之衡平與衝撞——從美國侵害名譽權法之啟示論析我國民事侵害名譽權法之問題與發展，收錄於身分法與人格法之民法專題研究（一），第145-218頁（2011年）。

³² 關於本案之評論，參見王澤鑑，人格權法，第427頁；陳聰富，同註30，第64-65頁。

³³ 最高法院92年台上字第1507號判決：甲夫與乙妻騎機車發生車禍，乙受傷致四肢癱瘓，甲及其女丙照顧乙，請求精神痛苦之損害賠償，法院判決：原告「主張其基於

眼部刺傷而失明³⁴；無監護權之父或母擅自帶走未成年子女等³⁵，此時，父母子女間的親情、倫理及生活相互扶持之利益受到侵害，或父母對子女實施保護及教養造成額外負擔或支出，被害人基於父母子女關係的身分法益受到侵害，得請求精神痛苦之損害賠償³⁶。

在配偶間所生身分法益受侵害，例如配偶之一方與他人通姦者，對於家庭共同生活圓滿安全及幸福發生妨害，他方配偶得請求配偶之一方及相姦人負賠償責任（93台上1162號、臺灣高院99上易999號）。至於配偶與他人不當交往，是否構成配偶權之侵害，應以情節是否重大為斷³⁷。

親情、倫理、生活扶持之利益受損，請求侵害身分法益之賠償……其情節是否重大，符合民法第195條第3項規定？」最高法院97年台上字第1084號裁定：被告為果菜市場垃圾清運員，駕駛大貨車，不慎撞擊被害人致嚴重失智，被害人配偶及成年子女請求賠償。法院判決：原告與被害人間之「親情、倫理及生活相互扶持之利益受到侵害，必須持續終身照顧，可認其情節為重大」，被告應賠償其等因身分法益所受之非財產上損害。

34 最高法院96年台上字第802號判決：甲為國小五年級學生，在協助布置全校運動會場時，至頂樓垂掛大型標語布幔，於剪綁鐵絲時刺傷右眼球致失明。法院判決：「按乙、丙對未成年子女甲有保護及教養之權利，而甲右眼傷後，其父母不僅較平時付出更多之心力，更支出較高之保護教養費用，不論從精神或物質而言，均已對保護及教養之實施造成額外之負擔或支出，自屬侵害其身分法益無誤；又眼睛係重要器官，號稱為靈魂之窗，毀損一目之機能，造成身體重大殘缺，身為父母者所受之痛苦誠難以言喻，堪認乙及丙與子女甲間之身分法益受侵害情節重大，則其等請求相當之精神慰撫金，即屬有據。」

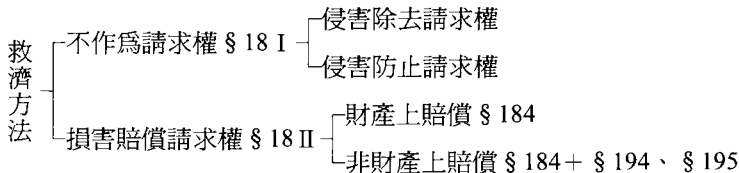
35 臺北地方法院94年訴字第5237號判決：甲夫與乙妻育有丙子，婚後感情不睦，甲對乙施行家庭暴力，法院核發民事保護令時，同時酌定乙妻為丙子的監護人。甲夫於會面時，未經乙妻同意，擅自將未滿1歲的丙子帶走後，期間近3年。法院判決：被告未經原告同意而擅自攜走丙子，且拒絕交還，「致原告無法行使或負擔對於丙子權利義務之行為，已侵害原告基於父母關係之身分法益而情節重大」，得請求被告賠償慰撫金。

36 關於身分法益的法院判決分析，參見葉啟洲，身分法益侵害之損害賠償的實務發展及其檢討，政大法學評論，第128期，第1-76頁（2012年8月）。

37 臺灣高等法院99年上易字第775號判決：原告甲懷疑乙妻與丙男通姦，請求賠償，但僅能證明乙與丙在丙的車輛內聊天，及在旅館喝酒聊天之事實。高等法院判決：「對於家庭共同生活圓滿安全及幸福發生妨害者，雖以通姦、相姦行為之破壞程度較為嚴重，然此並非唯一之侵害態樣，男女間逾越通常合理之往來關係，對於家庭正常共同生活之圓滿顯然已有相當之負面影響，倘任令放逸不加自抑，甚有進而發

第四款 人格權侵害的救濟

人格權受侵害時，被害人得請求加害人的救濟方法如下：



一、不作為請求權

民法第18條第1項規定：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害，有受侵害之虞時，得請求防止之。」此項人格權係指一般人格權，包括法律明定的特別人格權。被害人的人格權受到限制或剝奪時，只須該侵害具有不法性，無論加害人有無故意或過失，被害人均得行使「侵害除去請求權」或「侵害防止請求權」。

如甲周刊以「臺北林森北路夜生活系列報導」，報導該地聲色犬馬之夜生活，但連續五次報導圖片中，均出現某乙富二代少爺「恰巧路過林森北路」。在甲周刊發行前，乙得請求禁止其發行（「侵害防止請求權」）；在發行後，得請求其收回刊物，予以銷毀（「侵害除去請求權」）。

在臺灣高院101年上字第115號判決：壹○果網路及E*today網站報導某甲施術法純屬虛偽，以網路新聞「唬人」、「詐財」、「詐騙」、「坑錢」等文字，報導甲為無效法師、詐財神棍。甲以侵害其名譽權為由，請求移除原始新聞網頁。法院判決被告無須移除該新聞網頁，謂：

生通姦、相姦行為之虞，自當屬廣義之妨害家庭行為。……〔丙男〕與〔乙妻〕所為已逾越朋友間通常合理往來關係之範圍，應有相當親密之程度，而非單純友人間之正常情誼，……確實致〔原告〕對婚姻幸福生活之信賴基礎有所影響，而有侵害〔原告〕基於配偶關係之身分法益。……〔丙男〕與〔乙妻〕於系爭車輛聊天半小時、在旅館房間喝酒、聊天不逾一小時等行為，雖侵害上訴人基於配偶關係之身分法益，然依其侵害程度、損害狀況及上訴人之痛苦程度，客觀上難認屬情節重大，〔原告〕尚不得依民法第195條第3項規定請求被上訴人賠償。」

「系爭報導既已有作成之事實，且經社會大眾閱讀並知悉，現實上即無必要、亦不可能以移除網頁資料之方式，作為達成回復名譽之效果，否則所有已發行之報章雜誌，均須以銷毀之方式達成回復名譽之結果，在實際上顯不可行，故上訴人主張移除系爭網頁資料以作為回復名譽之方法，洵無足取。」

按本案法院係以移除網頁資料之方式，無法達成回復名譽之效果，作為駁回原告請求的理由。惟按移除網頁資料，得以防止不實報導資料，未來繼續被大眾閱讀，實有移除之必要。此項請求，係基於侵害除去請求權，目的在於避免名譽繼續受侵害，而非在於回復名譽，應予辨明。

二、損害賠償請求權

民法第18條第2項規定，人格權受侵害時，「以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」所謂損害賠償，係指財產上損害賠償；所謂慰撫金，係指非財產上的損害賠償，亦即精神痛苦之損害賠償。

關於財產上的損害賠償，民法第184條第1項前段規定：「因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」所謂權利包括一般人格權，民法第184條第1項前段規定，係民法第18條第2項所稱的特別規定。所謂損害包括財產上損害與非財產上損害。據此，於一般人格權受侵害時，關於財產上損害得請求回復原狀，其不能請求回復原狀或回復原狀顯有困難者，得請求金錢賠償（民法第213條以下）。關於非財產上損害，亦得請求回復原狀，但僅於有法律特別規定的情形，始得請求相當金錢的賠償。準此而言，民法第18條第2項規定，係指「非財產上損害」（慰撫金）以法律有明文規定者為限，始得請求賠償而言。

關於法律特別規定之非財產上損害賠償，最重要者為民法第194條規定：「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」及民法第195條第1項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦

得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」第3項規定：「前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之。」由於本條規定，擴大慰撫金之損害賠償，及於不法侵害其他人格法益而情節重大者，因此幾乎侵害人格權或人格法益而情節重大之案例，均得請求慰撫金之賠償，民法第18條第2項之規範功能顯然式微，得以刪除。

關於人格權侵害之非財產上損害賠償，於法人之權利受害，是否適用，學說有所爭議，最高法院認為：「法人非自然人，並無精神痛苦可言，因此當於回復其名譽後，並無再以金錢賠償，做為精神上損害賠償之必要（100台上1420號）。」

三、姓名權的保護

所謂「姓名權」，指使用自己姓名的權利。姓名為個人的標誌及與他人區別的表徵，如冒用或不當使用他人姓名，影響他人身分上個別化及同一性的利益，即屬姓名權之侵害。民法第19條規定：「姓名權受侵害者，得請求法院除去其侵害，並得請求損害賠償。」姓名權係屬人格權的一種，於受侵害時，依民法第184條規定，被害人即得請求財產上之損害賠償，因此本條所謂「損害賠償」，係指慰撫金請求權的損害賠償，屬於民法第18條規定所稱的「法律另有規定」。

（一）自然人的姓名權

本條規定保護的姓名，不以戶籍登記簿上登記的真正姓名為限，包括個人的別號、藝名、筆名及簡稱等，足以表彰自己身分上同一性的稱謂，均為保護的對象。姓名權的侵害型態有：

1. 冒用他人姓名，如假冒他人名義開設醫療院所或進行慈善勸募活動、偽造他人姓名詐騙獲利。冒用他人姓名之侵害，採取「混淆危險說」，以是否可能發生誤認為被害人，而有「混淆之危險」，作為判斷標準³⁸。

2. 不當使用他人姓名，如以他人姓名稱呼自己的寵物、以大明星的

³⁸ 施啟揚，民總，第107頁。

姓名作為色情油壓美容中心的名稱。

於姓名權被侵害時，被害人得依第18條及本條規定，請求法院除去其侵害，如拆除冒用名醫的招牌；有受侵害之虞時，得請求防止之。此項不作為請求權，不以加害人有故意或過失為必要，只須侵害具有不法性即可。但被害人依民法第184條規定請求財產上損害賠償，或依本條規定請求慰撫金時，則以加害人具有故意或過失為限。茲舉二例，作為參照：

(1) 甲為A公司股東，乙偽造甲之署名，並盜用甲之印鑑，蓋用於股東權讓與同意書，將甲的股份出售於他人。法院判決：乙未經甲之同意，擅自偽造甲之署名而登載於股東同意書，致使他人誤認甲有轉讓出資額之意思，其偽造姓名，自屬侵害甲之姓名權（臺北地院99訴3714號）。

(2) 原告陳○鳳係演藝明星，主持「鳳○奇緣」、「美○有約」等美食節目，並出版多本料理書籍，奠定美食代言人之地位。被告生產並銷售「美○料理米酒」，未經原告同意，擅自在酒瓶外包裝使用原告之姓名及照片。法院判決：「系爭『美○料理米酒』使用『美○』二字與原告肖像在銷售海報廣告與商品包裝在內，依社會通念『美○』與原告肖像之連用，即在使用原告名字，外人得認為係原告所推薦，被告未經授權擅自使用，自侵害原告之人格權（臺灣高院94上易616號）。」

(二) 法人的姓名權

姓名權之保護，不僅適用於自然人，法人之姓名權，亦在保護之列，因此若加害人使用的公司名稱，與他人的公司名稱，具有同一性混淆之虞，被害人得以姓名權受侵害，主張不作為請求權或損害賠償請求權。

原告為「合○股份有限公司」，主張被告「台北合○汽車有限公司」侵害其公司名稱之姓名權，依民法第18條及第19條規定，請求禁止被告使用其公司名稱。
(臺灣高院99上1083號)

本案法院認為，民法第19條之規定，「旨在使權利人使用其姓名之權利不受他人爭執、否認，不被冒用或不當使用而發生同一性及歸屬上

之混淆。此項規定雖訂立於自然人章節中，於公司法人規定中未準用，然公司成立，以經常、持續、反覆從事交易行為為目的，……倘任由公司得於不同公、私法關係中，自由使用不同名稱，或不同公司得任意使用同一名稱，則相關權利義務之歸屬及其主體之同一性之確定，將耗時費力，且難能避免錯誤情事發生，結果可能導致法律秩序陷入混沌困境。因此公司名稱亦有個別化、同一性之需求，自應認有民法第19條保護姓名權規定之適用。」

惟本案法院繼而認為：本件原告與被告二公司之名稱，一般人施以普通之注意，不難區別該二名稱為不同之公司主體，被告使用其名稱，尚未造成兩公司權利義務歸屬發生混淆誤認之情形，對原告公司名稱所具備之個別化、同一性功能，尚無構成侵害之情事。

四、人格權的財產性質

傳統上，人格權屬於人格法益的保護，性質上屬於非財產權，僅為精神作用的權利。但在現代大眾傳播、企業競爭及消費社會下，個人的姓名、肖像等人格特徵，具有印象移轉的功能，隨著商業上使用可能性的發展，而具有財產價值。例如演藝人員、運動明星、政治人物等，藉由媒體廣告，得以創造一定程度的財產價值，具有商業價值與經濟利益，應歸屬於權利主體者享有與控制，以彰顯個人的經濟自主，並維護其人格發展³⁹。

在人格權的財產價值受侵害時，如未經明星運動員的同意，以其肖像使用於運動用品或服裝的廣告上，被害人就其所受之財產上損害，得主張侵權行為的損害賠償請求權（第184條），或不當得利請求權，而以其通常應支付的對價，計算應償還的價額（第179、181條）。

至於人格權上財產利益得否讓與，各國法制不一，我國有力說認為，姓名權或肖像權雖具有財產價值，原則上不得讓與，僅得授權他人使用其姓名或肖像，而發生債之關係，不具對抗第三人之效力。但對於侵害的第三人，得主張該第三人侵害其權益，而成立不當得利請求權。

³⁹ 王澤鑑，人格權法，第349頁。

蓋被授權人對授權人之肖像或姓名之使用，享有一定範圍的權益歸屬內容⁴⁰。

（曾記糰糰案）某甲為花蓮曾記手工糰糰創始人，授權原告（某甲之子）使用其相片及姓名，被告（某甲之女婿）未經某甲同意，使用某甲的姓名及肖像，於網路上為其商品手工糰糰宣傳。原告主張被告侵害某甲的姓名權及肖像權，請求禁止被告使用某甲的姓名及肖像。
（花蓮地院96訴200號）

本案法院判決謂：「姓名權及肖像權既係人格權之一種，基於其高度之屬人性，自不得成為『讓與』之客體，因『讓與』屬於終局之處分行爲，將使權利人終局地喪失其權利，與人格權之屬人性質並不相符，基於同一理由，雖得肯認姓名權及肖像權得『授權』他人使用，使姓名權及肖像權得為交易客體，具有財產權的性質，然此項使用授權契約之性質，應認僅具有債權之效力，而無物權之效力，亦即，被授權之使用權人僅被授權行使姓名權人及肖像權人的權利，並不因此成為姓名權或肖像權之主體，而取得任何可以排除或對抗他人或其他被授權人之權利，如無權利者使用權利人之姓名權或肖像權，僅該權利主體或其繼承人本於繼承地位而為主張侵害之排除，被授權人基於債之相對性，尚不得以僅具債權效力之授權契約，對抗該無權利使用者。」據此，原告請求被告不得使用某甲之姓名及照片於其生產或銷售商品或廣告物，及請求損害賠償，均無理由。

本案法院雖肯認姓名權與肖像權具有財產價值，得為授權之客體，但僅具有債權效力，不得對抗被告，是以不得請求禁止被告使用某甲之姓名與照片。然而，若被告明知某甲之授權，而故意侵害原告之權利，原告應得依侵權行為法之規定（民法第184條第1項後段）請求財產上之損害賠償。再者，基於授權契約，原告對於某甲之姓名與肖像，在使用上享有一定的權益，被告利用某甲之姓名及肖像，推銷其產品而獲有利益者，應依不當得利之規定，返還其利益於原告，否則某甲之授權，將無實益。

⁴⁰ 王澤鑑，人格權法，第350頁。

上開地方法院雖認為姓名權及肖像權不得讓與，但最高法院則認為，具有經濟利益之姓名及肖像，得為讓與及繼承之標的。在最高法院104年台上字第1407號判決（萬應白花油案）：原告及被告之父親顏○瑩創辦白花油公司，使用「顏○瑩姓名及真像」為商標，產銷白花油。顏○瑩亡故後，被告未經原告及其他繼承人同意，將「顏○瑩」之中文姓名及肖像使用於白花油公司所生產「萬應紅花油」、「萬應白花油」產品之包裝盒、容器及仿單上。原告主張被告不法侵害與顏○瑩姓名權、肖像權、人格權具有財產價值相關之權利，而請求被告不得使用該姓名及肖像。

最高法院謂：「按傳統人格權係以人格為內容之權利，以體現人之尊嚴及價值的『精神利益』為其保護客體，該精神利益不能以金錢計算，不具財產權之性質，固有一身專屬性，而不得讓與及繼承。然隨社會變動、科技進步、傳播事業發達、企業競爭激烈，常見利用姓名、肖像等人格特徵於商業活動，產生一定之經濟效益，該人格特徵已非單純享有精神利益，實際上亦有其『經濟利益』，而具財產權之性質，應受保障。又人之權利能力終於死亡，其權利義務因死亡而開始繼承，由繼承人承受。故人格特徵主體死亡後，其人格特徵倘有產生一定之經濟利益，該人格特徵使用之權利尚非不得由其繼承人繼承，而無任由第三人無端使用以獲取私利之理。」

據此，若被告使用系爭姓名肖像為商標或商品包裝等，未經顏○瑩其餘繼承人全體或多數之同意，且其使用方式已妨礙原告等其餘繼承人之合法利用，原告得主張被告侵害顏○瑩人格權及人格特徵所具財產法益之相關權利，依繼承法則請求回復。

最高法院本案判決，確認姓名、肖像等人格特徵的經濟價值，而具有財產權之性質，得為讓與及繼承之標的，應值贊同。

第四項 住所與居所

第一款 住所的意義及法律效果

一、住所的意義與種類

住所乃用以決定自然人法律關係的準據點，舉凡失蹤的認定、清償地的決定（第314條）、訴訟文書的送達、法院的管轄權等，均以住所決定之。民法第20條規定：「依一定事實，足認以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地。」是以，我國民法關於住所之設定，兼採主觀主義及客觀主義之精神，其認定住所之要件有二：

（一）久住的意思

當事人主觀上有長久居住的意思，但無須有永久不搬遷的意思。至於是否有久住的意思，應依一定事實決定之。

住所不以登記為要件，至於戶籍法為戶籍登記的行政管理規定，戶籍地為行政法上的準據，為決定選舉、教育、兵役等公法上權利義務的準據，不得以戶籍登記之處所，一律解為當然之住所。換言之，戶籍登記之處所至多僅得為推定住所之依據，但仍應依客觀事實，依據當事人有無久住於該登記戶籍之地域決定之（100台抗306號裁定、93台抗393號裁定）。

如在最高法院93年台抗字第940號裁定：甲為乙公司負責人，該公司滯納營利事業所得稅、營業稅、罰鍰等，合計新臺幣1億5,000萬元，法務部行政執行署向甲之戶籍地發函通知甲清償應納金額，但甲未到場繳納，乃向法院聲請拘提、管收甲。經查，本件郵務人員於送達公文封上載明「不在」、「家人住院無法轉達」、「經查該員外出謀生」而退回函件。且甲原設籍於系爭嘉義縣布袋鎮戶籍地，但自4、5年前離去系爭戶籍地，且無日常衣物用品留置於系爭戶籍地，並未與居住系爭戶籍地之父親聯繫。

最高法院謂：「我國民法關於住所之設定及廢止，兼採主觀主義及客觀主義之精神，故住所並不以登記為要件。又戶籍法為戶籍登記之行政管理規定，戶籍地址乃係依戶籍法所為登記之事項，戶籍地址並非認

定住所之唯一標準。至戶籍法第二十三條、第二十四條固規定：戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記；戶籍登記事項錯誤或脫漏時，應為更正之登記，僅係戶政管理之行政規定，自不得將戶籍登記之處所，一律解為當然之住所。」因此認為本案甲的嘉義縣布袋鎮戶籍地，並非甲的住所，雖系爭函件由甲之父簽收，仍不生合法送達之效力，其聲請管收甲，應予駁回⁴¹。

比較以下案例：在最高法院100年台上字第1373號判決，甲向乙借貸500萬元，屆期未清償，乙向法院聲請對甲核發支付命令後，對甲的財產聲請強制執行。甲起訴主張，法院的支付命令送達其戶籍登記地址時，其已出境，居住於南非，送達因不合法而不生效力。

本案法院判決：「住所雖不以戶籍登記為要件，惟倘無客觀之事證足認當事人已久無居住該原登記戶籍之地域，並已變更意思以其他地域為住所者，戶籍登記之處所，仍非不得資為推定其住所之依據。」本件被告於92年間將戶籍遷入系爭戶籍地，至95年底為止共3年間，在國內居留於戶籍地各約8個月、7個月有餘，縱有往返國外之情形，並無廢止國內住所之意，則法院核發支付命令，向其國內之該戶籍地即住居所為送達，應為合法。

(二)居住的事實

當事人在客觀上有住於一定地域之事實，該一定之地域即為其住所。縱使戶籍地登記於一定處所，但實際上居住於他處者，該戶籍地仍非住所。此項居住之事實，不因一時離去而喪失，如出國讀書3年、在外就業2年，服役1年，仍不失其居住於住所之事實。

二、住所之廢止

關於住所之廢止，第24條規定：「依一定事實，足認以廢止之意思離去其住所者，即為廢止其住所。」據此，住所的廢止亦須具備主觀要件（廢止之意思）及客觀要件（離去的事實）。

某甲登記戶籍地於新竹市，於結婚後遷居設定新住所於臺北

⁴¹ 本案行政執行署應依民法第97條規定，以公示送達為意思表示之通知。

市，在某乙對甲提起請求償還代繳稅款事件，甲抗辯其住所為臺北市而非新竹市。

本法院認為，雙方在以往其他訴訟判決，均以新竹市為地址，本件支付命令送達處所亦為新竹市，某甲均無異議，足見甲並無廢止新竹戶籍地址為住所之意思（臺灣高院90抗3200號裁定）。

住所，以當事人的意思而設定者，為意定住所；由法律所規定者，為法定住所。法定住所，例如無行為能力人及限制行為能力人，以其法定代理人之住所為住所（第21條）。夫妻之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。法院為前項裁定前，以夫妻共同戶籍地推定為其住所（第1002條）。

第二款 居所與選定居所

居所乃為某種特定目的而暫時居住的處所。居所與住所的區別，在於有無「久住的意思」，有久住的意思者為住所，否則為居所。例如，臺南人到臺北求學，求學時住宿於宿舍；老人因安養需要而居住於療養院；被判處徒刑而入監執行等，均欠缺久住的意思而成立居所。安養老人或入監服刑之人，即使依戶籍法第3條規定⁴²，設立共同事業戶，辦理戶籍登記於當地，並不當然設定住所於該地。

居所有時得視為住所，第22條規定：「遇有下列情形之一，其居所視為住所：一、住所無可考者。二、在我國無住所者。但依法須依住所地法者，不在此限。」

此外，當事人就特定行為選定的居所，稱為選定居所。選定居所，關於該特定行為，視為住所（第23條）。選定何處為特定行為之居所，為當事人之自由，可任意按行為之需要選定，其與實際的居住事實或居住意思無關。

如甲居住於新北市永和區，與乙發生車禍損害賠償訴訟後，因甲經常不在家，為收受信件方便，而設籍於臺北市指南路之朋友住處，委託

⁴² 戶籍法第3條：「在一家，或同一處所同一主管人之下共同生活，或經營共同事業者為一戶，以家長或主管人為戶長。」

朋友代收書信，則該設籍地址即為選定居所（91台抗298號裁定）。

第三款 夫妻之住所地與離婚訴訟的管轄法院

關於住所的法律爭議，經常發生於夫妻的離婚訴訟。如在最高法院95年台抗字第595號裁定：甲夫與乙妻於72年結婚後，居住並登記戶籍於雲林縣之A地址，乙妻於79年將戶籍遷至雲林縣之B地址。甲夫則於85年遷居於高雄市的C地址，並於94年設籍於該地。甲與乙發生離婚訴訟，依民事訴訟法第568條規定，本案應由夫妻住所地法院管轄。所生爭議者為，甲夫與乙妻的住所在何處？

最高法院認為：「夫妻住所必屬同一，亦即夫之住所即為妻之住所或妻之住所即為夫之住所。」依第1002條規定：「夫妻之住所，由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。法院為前項裁定前，以夫妻共同戶籍地推定為其住所。」因此，本案甲夫與乙妻原本設籍之雲林縣之A地址，即為其共同住所地，而應由雲林縣之地方法院管轄。

在澎湖地院89年婚字第25號判決：甲夫與乙妻結婚後，居住並登記戶籍於澎湖縣，一年後，二人至桃園縣居住工作，若工作順利將在桃園長久定居。但半年後，二人一起到高雄謀職，共同居住於乙妻乾爹家中。第二日，甲或乙一方離家，乙妻滯留於高雄，甲夫則攜子返回澎湖，而以乙妻惡意遺棄為理由，請求離婚（第1052條）。

在本案，甲與乙首先協議設定住所於共同戶籍地澎湖，其後協議廢止澎湖住所而設定住所於桃園，嗣後又協議廢止桃園之住所。於遷移至高雄後，甲夫返回澎湖，乙妻滯留高雄，二人並未協議將高雄約定為共同住所地，亦未聲請法院指定共同住所（第1002條）。

澎湖地方法院認為，此時因雙方屬於無共同住所之狀態，無法決定夫妻履行同居義務之地點，甲夫不得以乙妻未至共同戶籍地澎湖居住，而請求判決離婚。但本書認為，依第1002條第2項規定，應以共同戶籍地澎湖推定為住所，始為適法。至於夫妻住所之設定，與夫妻履行同居義務有所不同，住所非履行同居義務之唯一處所，夫妻應於何處履行同

居義務，應依具體個案之特殊情況判斷之⁴³。

再者，實務上，在跨國離婚訴訟，夫妻之住所地決定國際管轄權之誰屬。如在最高法院93年台上字第1943號判決：原告臺灣籍乙妻與香港居民甲夫於75年結婚後，同住於臺灣，甲於81年遷回香港，82年返臺與乙妻同住，83年間二人同赴香港購屋定居。甲夫於87年向香港法院訴請離婚，經判決甲夫勝訴確定後，乙妻主張香港法院無管轄權，其判決不合法，而於臺灣法院起訴請求與甲夫離婚。

本案法院認為：「我國就離婚事件之國際管轄權，係以當事人本國法院管轄為原則，輔以住所地法院管轄權及原因事實發生地法院之管轄權。」本案被告甲夫具有香港永久性居民身分，乙妻於甲攜子返港後，在香港與甲共同賃屋居住，雙方是以香港為婚姻生活之共同住所，符合家事事件法第52條第1項規定之夫妻住所地之連結因素。又「民法第20條第2項關於一人同時不得有兩住所之規定，係指在國內設籍之情形而言，並不禁止在國外亦得有其住所。」是以，雙方在香港設有住所，且香港為兩造離婚原因事實之發生地，香港法院就兩造離婚及酌定子女監護權事件有國際管轄權，既已判決雙方離婚，乙妻提起本案訴訟為不合法，應予駁回。

第二節 法 人

第一項 法人的功能、意義與本質

第一款 法人的功能

一、獨資商號、合夥與營利法人

(一)獨資商號

在商業交易活動中，自然人個人欲從事商業活動，經營營利事業，

⁴³ 大法官釋字第452號解釋；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，第141頁（2012年）。

可以採取「獨資商號」的方式，依據商業登記法的規定，申請登記後，即可從事營利事業活動（商業登記法第3、4條）。

例如，甲欲出資開設「新新洗衣店」，得以甲自己為洗衣店負責人，向主管機關申請登記為商號，即可營業。

（二）民法上的合夥

以獨資商號的方式進行商業活動，經常受限於個人資金來源，而無法從事資金較大的商業活動。因此，為集資少數人的資金，從事小型商業活動，可以採取合夥方式，依據商業登記法的規定，申請登記後，從事營利事業活動（商業登記法第3、4條）。

民法上的合夥是由二人以上，互約出資以經營共同事業的契約（第667條）。合夥具有一定程度的團體性，合夥財產成為合夥人全體的共同共有（第668條），關於合夥事業的執行，採取多數表決的方式（第673條）⁴⁴。

依民法規定成立的合夥雖具有團體性質，但仍然不能成為權利義務的主體。如甲、乙及丙合夥，各出資100萬元，成立「大成工業社」，從事螺絲釘生產製造業。由於合夥財產不能登記為「合夥」所有，在大成工業社欲購買廠房時，應登記為甲、乙及丙的公司共有。在租用生產機器、僱用員工時，應由甲、乙及丙全體共同執行之（第671條第1項），而以甲乙丙三人名義訂立契約。

再者，當大成工業社經營事業失敗時，若積欠某丁貨款，首先需以甲、乙及丙出資的財產（購買的廠房、機器設備或辦公家具等），清償合夥所生的貨款債務。在合夥財產不足清償合夥債務時，甲、乙及丙對於不足之金額，應連帶負其責任（第681條），亦即合夥人須以其自己全部財產，負連帶無限清償責任。從而大成工業社的債權人丁，得對甲、乙或丙的個人財產進行查封拍賣求償。

⁴⁴ 在獨資或合夥發生契約責任時，若為前者，契約相對人應以出資的自然人為被告；若為後者，應以合夥團體或全體合夥人為被告請求（100台上715號）。

(三)有限合夥法人

有限合夥法規定的有限合夥事業組織型態，則為具有獨立人格的社團法人，與民法上的合夥，性質上並不相同。有限合夥非在中央主管機關登記後，不得成立（第3條）。在有限合夥法人，負責有限合夥實際經營業務的普通合夥人，對有限合夥之債務負無限清償責任；但以出資為目的的有限合夥人，則以出資額為限對有限合夥負其責任（第4條）。又有限合夥法人得約定存續期間，未必以永續經營為目的（第35條）。

例如，甲為「臺灣史詩」舞台劇作家或電影創作人，為使其作品登臺演出或進行電影製作，得邀集投資者乙及丙等人，共同登記成立「臺灣史詩」舞台劇或電影的有限合夥法人，從事舞台劇的演出或電影製作。此時，通常約定甲為經營者，成為普通合夥人，而乙及丙等人則為有限合夥人。

(四)公司法人

為使集資經營的共同事業，具有獨立團體性，得以作為權利義務主體，而與投資者個人人格分離，且在財產上與投資者個人財產分離，又為因應現代社會大資金商業運作模式，亟需集資多數人資金，成立獨立團體經營企業，因而現行商業經營大多採法人形式，亦即當前社會盛行的公司模式（例如，台積電、鴻海、宏達電等公司）。

組成公司，依據公司法規定而成立法人，多數採取股份有限公司或有限公司的方式（公司法第2條）。採取法人模式經營事業，主有理由為：公司法人乃人的集合體，享有獨立人格，得單獨作為權利義務的主體，而獨自擁有財產⁴⁵。其債務，僅由公司法人所有的財產為擔保，不

⁴⁵ 最高法院54年台上字第518號判決：「股份有限公司為依公司法組織成立之社團法人，有獨立享受權利及負擔義務之能力，其股份之轉讓，對於法人之同一性不生影響，固無所謂新舊公司債權債務移轉承擔之問題，惟股東僅為公司之組成分子，並非公司本身，不因其股東全體是否為一家人而有所不同。」臺灣高雄地方法院101年訴字第105號判決：「公司既經合法登記，即成為法人，法人依公司法第1條及民法第26條為獨立之權利義務主體，公司之財產係公司所有，而非各股東按股份共有，是以公司之財產顯非各股東得任意處分之，各股東所得自由處分者為其股份之

致於累及投資者個人財產。且公司法人得以代表人（董事）對外代表公司，方便從事法律交易。

例如，「萬○銀樓為有限公司組織，甲及乙雖為萬○銀樓有限公司執行業務股東及總經理，但其個人與該公司究非同一人格。萬○銀樓有限公司有向丙收購金飾，亦係該公司有惡意占有情事，原告僅得向該公司請求返還，要無對甲及乙為本件請求之餘地（70台上3157號）。」

二、個人與公益法人

個人除從事營利商業活動外，在社會生活中，可能從事許多公益性事務。例如從事法律研究、推廣環境保護意識、促進消費者權益等。此外，個人亦可能長年捐助興學、救濟急難家庭等。此等公益事務，對社會有益，對個人具有價值，但自然人生命有限，公益事務因之無法長遠，有必要以成立法人的方式，延續生命的價值。

因此，在多數人希望共同從事公益事務時，可以成立「民法研究協會」、「環境保護協會」、「消費者保護協會」等社團法人。個人亦得捐助一定金額，成立私立學校、私立醫院、慈善基金會及各種文教基金會等財團法人，以達成其從事公益的目的。

第二款 法人的意義與本質

法人乃自然人以外，由法律所創設，得為權利義務主體的組織體。其由社員結合而成立者，為社團；其以獨立財產為組成基礎者，為財團。法人成為獨立的單一體，使法人與社團的社員或財團捐助人的財產分離。法人的人格與財產獨立，而得獨立從事法律行為。

法人的本質為何，學說發展上，有擬制說、否定說（目的財產說）及實在說三種見解⁴⁶。

一、法人擬制說，認為得為權利義務主體者，僅限於具有自由意思的自然人，法人只是依法律規定而擬制的財產交易主體，性質上僅為一

轉讓，自無任意處分公司資產之權利。」

⁴⁶ 參見施啟揚，民總，第117-119頁；王澤鑑，民總，第178頁；林誠二，民總（上），第206-207頁；黃立，民總，第99-101頁。

種「擬制的人」。由於法人並無意思能力，因此也無侵權能力。

二、法人否定說，又稱為法人目的財產說，認為法人只是假設的主體而已，法人是為一定目的而組成的財產，其享有法人財產利益的多數人，始為實質的主體。法人僅係使多數主體的法律關係單一化所為的技術設計。

三、法人實在說，強調法人係社會生活上獨立的主體。採「有機體」說者認為，法人為社會的有機體，具有團體意思，而享有權利義務的地位。採「組織體」說者認為，法人乃社會上「實體」而能保有並實現一定利益的意思團體。

在現代社會，法人林立，從事各類社會公益與經濟活動，無法否定法人之獨立人格，從而法人擬制說與法人否定說，均與社會實情不合，無法成為有力的見解。在當代，法人企業組織龐大且嚴密，企業活動影響國家經濟發展。在財團法人，其捐助基金動輒數十億元，工作人員數千人，影響社會層面廣泛（如長庚醫院、慈濟功德會等），因此法人之本質不僅應採法人實在說，肯定法人為法律上獨立的組織體，而具有權利能力，得透過其代表人，獨立從事法律行為，而有行為能力；更應肯定法人經由其意思決定機關，具有意思能力，而有侵權行為能力。

第二項 法人的種類

第一款 公法人與私法人

凡依公法設立者，為公法人，例如國家、地方自治團體（如直轄市、縣市及鄉鎮市等地域團體）及農田水利會（水利法第12條）。凡依私法設立者，為私法人，例如慈濟功德會、財團法人福田文教基金會等。

此外，依行政法人法第2條規定：「行政法人，指國家及地方自治團體以外，由中央目的事業主管機關，為執行特定公共事務，依法律設立之公法人。」因此依本法成立的行政法人，均屬公法人。如行政法人國家災害防救科技中心、國家中山科學研究院、國家表演藝術中心等。

在國家擁有或捐助成立的法人，例如臺灣銀行、工業技術研究院、

中華經濟研究院、法律扶助基金會，具有濃厚公私法人雙重色彩。關於公私法人性質的判定，實務上認為：

一、憲法上之各級地域團體符合下列條件者：(一)享有就自治事項制定規章並執行之權限；(二)具有自主組織權，得為地方自治團體性質之公法人。

二、其他依公法設立之團體，其構成員資格之取得具有強制性，而有行使公權力之權能，且得為權利義務主體者，有公法人之地位。

三、判斷法人屬性時，應以其設立法源之性質、構成員資格之取得、有無行使公權力之權能及得否為權利義務主體等項為標準。至於是是否國營或公營等項，並非決定法人屬性之依據（91台上1129號）。

據此，臺灣銀行、工業技術研究院、中華經濟研究院及法律扶助基金會，均無行使公權力之權能，在性質上均屬私法人。

公法人與私法人的區別實益在於：(一)訴訟管轄：對於公法人的訴訟，由行政法院管轄，對於私法人的訴訟，由普通法院管轄。(二)損害賠償：私法人依民法規定負損害賠償責任；公法人則依國家賠償法及其他特別法負責（如土地法第68條、冤獄賠償法第1、2條）。(三)犯罪規定：私法人之職員，不成立瀆職罪，亦不成立偽造公文書罪。

第二款 社團法人與財團法人

社團法人係以社員為成立基礎的法人（人的組織體），社團與社員間保持獨立的主體性，社團行為由機關為之，自行負擔債務，社員不負清償責任。在社會上，社團繁多，有職業性社團，如農會、工會、商會、律師公會等；有學術性、聯誼性社團，如台灣法學會、中華民國法官協會、扶輪社等；有政治性團體，如政黨。至於營利團體，則以公司最為典型。

財團法人，指以從事公益為目的，由捐助人捐助一定財產，經主管機關許可，並向法院登記之私法人（財團法人法第2條）。財團法人係以捐助財產為基礎成立的法人（財產組織體），並無社員，而由其內部機關（董事會）運作，性質上係為達成公益目的而成立的團體。目前社

會上，成立財團者眾，有私立學校、研究機構、慈善團體、基金會、寺廟等。例如，私立東吳大學、長庚紀念醫院、慈濟功德會、民法基金會、福田文教基金會、大甲媽祖廟等。

關於祭祀公業，係以祭祀祖先為目的之團體，過去實務上認為係屬習慣法人，在祭祀公業條例施行後，乃由設立人捐助財產成立之團體（第3條），新設立之祭祀公業應依民法規定成立社團法人或財團法人（第59條）。

社團法人與財團法人，具有以下的差異：

一、成立基礎

社團法人為人的組織體，必定具有社員；財團為財產的集合體，並無社員。

二、設立人數

設立社團法人，原則上須為數人的共同行為，例外為一人成立之法人，如有限公司，得由一人成立（公司法第98條）；自然人或法人均可設立社團。財團法人則可由一人單獨捐助財產成立。

三、種類及設立方式

社團法人分為營利社團及公益社團二種。營利社團取得法人資格，應依特別法的規定（第45條）。公益社團於登記前，應得主管機關許可（第46條）。財團法人在性質上皆為公益法人，不得為營利性財團，於登記前，應得主管機關許可（第59條）。

四、組織及性質

社團法人以社員總會為其最高意思機關（第50條），性質上為自律法人。財團法人並無意思機關，為他律法人。社團法人具有自律性，得由社員總會變更組織及章程，並得隨時由社員決議解散（第50條以下）。財團法人之組織不完備時，僅得聲請法院為必要處分，不得自行變更（第62條）。

五、解 散

社團法人隨時得由社員決議解散（第57條）；財團法人則僅能於目的不能達成時，由主管機關宣告解散，而不得由財團的董事會決議解散（第65條）。

第三款 營利法人、公益法人、非法人團體

一、營利法人、公益法人、中間社團

以營利為目的成立的法人，為營利法人，亦即以謀取社員的經濟上利益為目的的法人。公司法人，如鴻海公司、台積電公司或宏達電公司，均為著例。營利法人既以分配盈餘於社員為目的，必為社團法人，財團法人不得為營利法人。

公益法人則可為公益社團或財團。公益社團，如臺灣收容動物關懷協會。財團皆為公益法人，如財團法人臺南市奇美文化基金會、財團法人張榮發基金會。

法人究為營利法人或公益法人，無法完全自其業務性質判定，而應依其設立登記為準。例如，私立醫療院所，多數以財團法人方式成立，但亦得以社團法人的方式設立（醫療法第30條）。醫療財團法人屬於公益性質法人，如財團法人馬偕醫院。但醫療社團法人，依醫療法第49條第3項規定，得於章程中明定，社員按其出資額，保有對法人之財產權利，並得將其持分全部或部分轉讓於第三人。依此，醫療社團法人之結餘，得依章程規定，分配盈餘於其社員，具有營利性質，屬於營利法人⁴⁷。例如，社團法人光田綜合醫院。

多數慈善團體的公益法人，係以財團方式設立，如財團法人喜憨兒社會福利基金會。但以社團法人設立者，亦無不可，如社團法人中華民國兒童慈善協會。

所謂**中間社團**，指在社團中，既非以公益，亦非以營利為目的的團體，如同鄉會、同學會、宗親會、俱樂部等。但同鄉會、同學會、宗親

⁴⁷ 財政部95年台稅發字第9504526550號函。參見蘇嘉瑞等，論醫療社團法人對醫務管理的影響，醫務管理期刊，第8卷第3期，第198頁（2007年9月）。

會等中間團體，若經主管機關以社團名義核准設立，且其性質及章程與民法規定之社團法人要件相符者，應准予登記為社團法人⁴⁸。

二、無權利能力社團

法人需經登記，始得成立（第30條），凡未完成登記的團體，稱之為「非法人團體」。此等團體，並無權利能力，屬於「無權利能力社團」。

無權利能力社團包含設立中社團或任何未經登記的團體。所謂設立中社團，指當事人預期成立法人，於設立登記前的團體，而從事法律行為者。

無權利能力社團，在內部關係上宜類推適用社團法人的規定，即以社員總會為最高意思決定機關。在對外關係上，則適用合夥的規定，社團財產屬於全體社員之共同共有，並連帶負擔責任⁴⁹。

（一）設立中法人

設立中法人登記成立法人後，取得權利能力者，其先前以團體社員名義取得的權利，如何移轉於法人，學說上有二說：

1. 讓與移轉說

非法人團體與社員為不同權利主體，原本以社員共有名義取得的財產，應以交付或移轉登記的方式（第761、758條），讓與法人。

2. 當然移轉說

設立中社團與其後取得法人資格的社團，同其實質，具有同一性，其為將來社團存在而取得的財產權，於該社團取得法人資格時，當然歸由其取得，不必再辦理移轉登記，僅需辦理更名登記即可。

以上二說，基於法人成立前與成立後的團體同一性，以第二說為

⁴⁸ 司法院民國74年04月16日(74)廳民三字第288號函。

⁴⁹ 史尚寬，民總，第130頁；施啟揚，民總，第122頁。黃立認為，無權利能力社團，在對外關係上，應類推適用社團法人之規定，與通說不同（民總，第105-106頁）。

可採⁵⁰。我國法院對於設立中法人與其登記成立後之法人，採取同一體說（88台上2619號）⁵¹。最高法院謂：「按公司於籌備設立或變更組織期間，與成立或變更組織後之公司屬於同一體，該籌備設立或變更組織期間公司之法律關係即係成立或變更組織後公司之法律關係。是於設立或變更組織登記前，由發起人或主要股東或其授權之人，為籌備設立或變更組織中公司所為之行為，因而發生之權利義務，於公司設立或變更組織登記以後，自應歸由公司行使及負擔，此乃基於法人同一體說之當然解釋（101台上1776號）。」

又臺灣高等法院98年上易字第760號判決謂：「按設立中公司，為即將成立之公司之前身，猶如自然人之胎兒，兩者間超越人格之有無，在實質上屬於同一體。設立中公司之法律關係即為成立後公司之法律關係，於公司成立前，實質上已歸屬於設立中公司，於公司成立後，形式上亦歸屬於公司，無須另為移轉行為或繼受權益。」從而，設立中法人取得之不動產等權利，於法人設立後僅須為更名登記即可。

最高法院99年台上字第627號裁定固認為：「公司於籌備設立期間，與成立後之公司屬於同一體，該籌備設立期間公司之法律關係即係成立後公司之法律關係。設立中公司所為法律行為，於公司成立後，如經公司承認，即對於公司發生效力，因而發生之權利義務，應由成立後公司行使及負擔。」惟該案係以原始股東無權代表設立中公司與他人簽約為前提，若屬有權代表，即應認為設立中公司所為之行為，效力及於其後成立之公司，而非得由嗣後成立之公司，任意決定設立中公司所為行為之效力，是否及於嗣後成立之公司，否則對於交易相對人甚為不利。是以，本件最高法院對設立中公司與其後成立的公司，仍然採同一體說，要無疑問。

（二）非法人團體

民事訴訟法第40條第3項規定：「非法人之團體，涉有代表人或管

⁵⁰ 王澤鑑，民總，第210-211頁；邱聰智，民總（下），第634頁。

⁵¹ 關於法人籌備期間購買不動產，取得法人資格後的更名登記案件，參見最高法院70年台上字第592號判決。

理人者，有當事人能力。」因此非法人團體在民事訴訟程序上，得為確定私權請求之人或為相對人。此等團體必須有一定的名稱及事務所或營業所，並有一定之目的及獨立的財產（64台上2461號）。傳統見解認為，非法人團體未經登記，尚未取得法人資格，因此並無權利能力。但基於契約自由原則，任何人得組織各種團體，未必進行登記。法人之登記，無非係基於國家管理之需求。各種非法人團體進行各類社會活動（如同鄉會、校友會、寺廟等），縱使未經登記，如何在合理範圍內，承認具有權利能力，使其法律行為具有效力，應值研究。

我國實務上對於非法人團體從事法律行為，從寬認定其效力。例如，最高法院79年台上字第1293號判決謂：「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。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。」實務案例如下：

甲、乙及丙等人共同成立真○世界雜誌社，占用政府公有地多年，而取得土地申購權。在申購該土地後，因其未為法人登記，而將該土地信託登記於其總編輯某甲名下。嗣後，該雜誌社完成法人登記為「財團法人于○任文教基金會」，而請求甲返還土地。甲拒絕而抗辯真○世界雜誌社無權利能力，無權受讓土地之占有權，有無理由？
(91台上1030號)

本案最高法院認為：「按自然人及法人為權利義務之主體，惟非具有權利能力之『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，而為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，亦應受法律之保障⁵²。故未完成登記之法人，雖無權利能力，然其以未登記法人之團體名義為交易者，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。至於因其所為之法律行為

⁵² 大法官釋字第486號，關於商標圖樣之保護，採取相同見解。

而發生之權利義務，於實體法上應如何規範，自應依其行為之性質，適用關於合夥或社團之規定，不能以此種團體在法律上無權利能力即否定其一切法律行為之效力。」

據此，真○世界雜誌社雖為非法人團體，無權利能力，但類推適用合夥規定，由全體社員取得土地申購權。本案雜誌社將其土地信託登記於甲之名義，而後捐助財產，完成法人登記時，已成立法人的于○任文教基金會，成為權利主體，基於同一體說，由基金會取得土地權利，而得請求甲為更名登記之行爲。

非法人團體中國國民黨於民國53年間，以「中委會代表人郭○」之名義，向某甲購買土地。某甲之繼承人主張，訂約時，中國國民黨無權利能力，所訂契約無效，以中國國民黨無權占有土地為理由，而請求返還。（100台上484號）

最高法院判決謂：「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，……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。……中國國民黨雖屬非法人團體，無權利能力，惟既由有權代表之自然人郭○代表訂立系爭買賣契約，且契約成立之要素均已具備，自難認系爭買賣契約無效。……再者，非法人團體或其內部機構無權利能力，不得為權利主體，……但非法人團體如完成法人設立登記，基於同一體原則，該非法人團體前取得之權利及負擔之義務，即由法人概括承受。系爭土地係由中國國民黨買受，出賣人有出賣及移轉所有權之合意，則中國國民黨因訂立系爭買賣契約所取得之權利，即應由完成法人設立登記之國民黨繼受，其自得更名登記為所有人。」

按非法人團體，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行為，應盡可能承認其權利能力，使其法律行為發生效力，始能適當回應當前社會上，眾多非法人團體從事法律行為之情形。最高法院謂：「非法人團體，其團體性與法人無殊，民法對於非法人團體未設規定，其相類似之事項，自可類推適用民法法人或公司法有關之規定（104台上1897號；105台上393號）。」是以，就非法人團體之財

產，應類推適用合夥之規定，由全體成員共同共有（第668條）。但就非法人團體之債務，則應以其團體之財產為清償，且各成員僅以其所應負擔之出資額為限，負清償責任，而非由全體成員負連帶責任，否則有礙於團體之形成與活動。在對外關係上，就法律行為而言，其代表人於代表權限內所為之行為，應類推適用法人之規定（第27條），對非法人團體具有效力。就侵權行為而言，代表人於執行職務所為之侵權行為，應類推適用民法第28條之規定，與非法人團體負連帶責任⁵³。

（三）公寓大廈管理委員會或區分所有權人團體

在目前社會上最具重要性的非法人團體，應屬公寓大廈管理委員會。公寓大廈管理委員會係由公寓大廈住戶大會選舉住戶代表組織而成，並互推一人為主任委員，管理公寓大廈的財物及維護工作。

公寓大廈經常涉及法律問題，如所羅門大廈管理委員會就消防設施，與甲訂立買賣契約；就大廈維修，與乙訂立承攬合約；就大廈保全，與丙訂立保全契約。又因該大廈公共水管破裂，致住戶丁之房屋漏水、家具受損。試問：甲、乙及丙得否向大廈管委會請求給付價金及報酬？丁得否請求大廈管委會損害賠償？

最高法院94年台上字第1966號判決謂：「依公寓大廈管理條例規定，公寓大廈管理委員會固有當事人能力，惟公寓大廈管理委員會之成立，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』，管理委員會僅為公寓大廈區分所有權人團體之代表機關，僅具非法人團體之性質，不具自然人與法人在實體法上之權利能力。」據此，公寓大廈管理委員會並無權利能力⁵⁴。

然而，實務上有認為：「管理委員會於公寓大廈管理條例規定之管理委員會權責範圍內所為之法律行為，應屬有效，即於此範圍內應認為

⁵³ 鄭冠宇，民總，第136頁；黃陽壽，民總，第168頁。

⁵⁴ 在房屋所有人因購買之建物具有瑕疵，而請求建設公司損害賠償時，管理委員會無權代表住戶與建設公司達成和解。參見最高法院91年台上字第2352號、87年台上字第2549號判決。

權利能力，然逾此範圍則尙難認有權利能力（新竹地院98訴777號）。」據此而論，管理委員會具有部分權利能力。

按現代社會，公寓大廈林立，管理委員會之活動，關係住戶之生活品質與安全，其社會功能，隨著集合式住宅增多，益形重要。關於公寓大廈的權利主體性問題，應承認公寓大廈區分所有權人團體具有權利能力，而以公寓大廈管理委員會作為團體的代表機關及執行機關（如同法人的董事會），使其於大廈管理之必要範圍內，無論其所訂立的買賣契約或承攬契約，均由區分所有權人團體承擔權利與負擔義務，契約相對人甲、乙及丙均得向代表機關之管理委員會請求支付報酬，較為符合社會實情。

至於公寓大廈管理委員會是否具有侵權能力，否定說認為：「因管理委員會僅為公寓大廈區分所有權人團體之代表機關，僅具非法人團體之性質，不具自然人與法人在實體法上之權利能力，亦即不能享有權利，負擔義務。侵權能力需以行為者具有責任能力為要件，而責任能力之存在，又以義務之承擔為前提，故欠缺實體法上負擔義務能力之公寓大廈管理委員會，自無侵權能力之可言（臺中地院96簡上58號）。」

但肯定說認為：「公寓大廈管理委員會雖非法人，而係非法人團體，雖無民法第28條規定之適用，然公寓大廈管理委員會既係由多數人所組成之團體，有一定之職務（公寓大廈管理條例第36條參照），並設有代表人或管理人，且在公寓大廈管理條例規定之管理委員會權責範圍內亦有權利能力，自應可『類推適用』民法第28條之規定（臺灣高等法院94年重上字第601號判決意旨參照），對於其有代表權之代表人或管理人因執行職務所加於他人之損害，即應與該行為人連帶負賠償之責任（新竹地院98訴777號）。」

對此，最高法院98年台上字第2248號判決謂：「〔公寓大廈管理委員會〕於完成社團法人登記前，僅屬非法人團體，固無實體法上完全之權利能力。然民事訴訟法第四十條第三項及公寓大廈管理條例第三十八條第一項規定既均明文承認管理委員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。解釋上，管理委員會基於規約約定或區分所有權人會議決議所為職

務之執行致他人於損害，而應由區分所有權人負賠償責任時，其本身雖非行為責任之權利義務歸屬主體，然為執行其組織之任務，其得以其名義為區分所有權人全體處理相關事務，包括權利義務之協商、和解或承認等，始符法意。」

又最高法院98年台上字第572號判決謂：「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人之行為，苟其行為致他人於損害，自應由區分所有人負侵權行為或其他之法定賠償責任。」

如前所述，公寓大廈管理委員會扮演重要的社會交易活動，就公寓大廈的權利主體，應承認公寓大廈區分所有權人團體具有權利能力，同時承認其具有侵權能力，始足以保護被害人。至於公寓大廈管理委員會則作為區分所有權人團體的代表機關與執行機關，實務上雖承認其具有當事人能力，得為訴訟上之主體，但其代表之法律行為或侵權行為，效果應歸屬於區分所有人團體。從而在公寓大廈管理人員疏於管理及維修工作，致公共排水不通，導致住戶房屋地板淹水毀損時，因其屬於管理委員會權責範圍內之行為，應類推適用民法第28條規定，令公寓大廈區分所有權人團體負損害賠償責任，較為妥當。

第三項 法人的能力

我國法基於法人實在說，認為法人具有與自然人相同的三種能力：

- 一、權利能力：法人具有此項能力，而得成為權利義務之主體。
- 二、行為能力：法人得透過其代表人，從事法律行為，進行社會活動。
- 三、侵權行為能力：法人成為社會上活動的主體，在侵害他人權益時，應負損害賠償責任。

第一款 權利能力

民法第26條規定：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限。」據此，法人具有權利能

力。自然人之權利能力，始於出生，終於死亡（第6條）。法人自其向主管機關（法院）登記而成立時，取得權利能力，在法人解散後清算終結時，權利能力歸於消滅。

法人究非自然人，無法與自然人享有相同的權利能力，而具有以下限制：

一、性質上的限制

法人並非自然人，因而自然人以生理為基礎的人格權（如生命權、身體權或健康權）或身分權等，法人不得享有之。法人亦無精神痛苦可言，因此不得請求慰撫金之賠償。

此外，原住民身分，乃本於血緣而來，具有高度屬人性，因此公司與團體不能具有原住民之身分。但如屬獨資或合夥商號，因商號財產屬自然人所有，具有同一性，如負責人為原住民，得適用原住民身分的特殊待遇⁵⁵。

二、法令上的限制

法人之人格由法律所賦予，當然得以法令限制之。在現行法令上，對於法人權利能力，並無一般性限制規定，而僅有個別限制規定。如公司法第16條規定：「公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。公司負責人違反前項規定時，應自負保證責任，如公司受有損害時，亦應負賠償責任。」再如醫療法第37條規定：「醫療法人不得為保證人。」違反上述規定者，公司或醫院所訂立的保證契約無效，公司或醫院無須負保證責任。

三、目的上的限制

法人依其設立之目的，具有權利能力。有爭議者為，法人的權利能力，是否因其設立目的而受限制？例如，醫療機構購地投資房地產，祭祀公業經營百貨公司，養鳥協會經營化妝品網路拍賣，顯然與法人的設立目的不符，法人是否取得權利且負擔義務？

⁵⁵ 臺北市政府法規委員會民國94年09月06日北市法三字第09431608200號函。

主張法人受目的限制說者認為，法人具有社會的價值，在於其獨立執行的目的事業及所擔當的社會作用，因此在為達成其目的範圍內，始具有權利能力。法人的權利能力，因之而受其目的上的限制⁵⁶。但多數說認為，基於權利能力的完整性及保護社會上的交易安全，法人的權利能力，不應受其目的上的限制⁵⁷。

第二款 行為能力

對於法人的本質，我國通說採法人實在說，認為法人具有行為能力，能獨立從事有效的法律行為。然而法人僅係法律所擬制的主體，無法自為法律行為，須藉由其代表人或委由代理人對外為意思表示⁵⁸，因此法人一般藉由其董事為代表機關，代表法人為法律行為。董事所為的行為，即為法人本身的行為。董事代表法人所訂立之契約，法人享有契約上之權利，並負擔其義務⁵⁹。

誠如最高法院100年台上字第990號判決謂：「公司為法人，法人為一組織體，自身不能為法律行為，必須由機關（自然人）代表為之，其機關代表法人所為之行為，在法律上視為法人本身之行為。申言之，代表法人之機關（自然人），為法人組織之部門，該機關在其代表之權限

⁵⁶ 洪遜欣，民總，第156頁。

⁵⁷ 施啟揚，民總，第133頁；王澤鑑，民總，第196頁；林誠二，民總（上），第226頁；黃立，民總，第113頁。

⁵⁸ 最高行政法院100年判字第19號判決：「法人僅係法律所擬制之主體，無法自為法律行為，須藉由其代表人或委由代理人對外為意思表示，且行政罰之目標在維持行政秩序，當個案情節及管制對象不同，行政責任亦會兼有民事法上監督義務之意涵，而得適用民法關於代理之法理。準此，如廠商之代表人、代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務觸犯政府採購法第87條至第91條之罪，經第一審為有罪判決者，應堪認廠商已符合該法第101條第1項第6款規定之要件，而應適用同條款，刊登政府採購公報。」

⁵⁹ 最高法院71年台上字第5299號判決：「股份有限公司為法人，與自然人同為權利義務之主體，有權利能力，亦有行為能力。然公司之行為，不外為自然人之現實行為，此等自然人即為公司之機關。股份有限公司有股東會為其最高意思機關，有董事會為其執行機關，更有監察人為其監督機關。因此等機關系統之活動，公司即能營業之行為。機關之存在，為公司維持其人格之條件，是以機關為存在於公司之內部而為公司組織之一部。」

範圍內所爲之行爲，視同法人親自所爲之行爲，與充作機關之自然人無涉。」

如太和股份有限公司由其董事長某甲代表，出售公司所有的汽車一部於某乙，因甲疏於注意，未發現該車具有瑕疵，致乙於開車時，翻車而身受重傷。

本案太和公司爲法人，必須以甲董事長代表爲法律行爲。甲出售汽車於乙，雙方的契約當事人爲太和公司與乙，而非甲與乙。某乙因該車有瑕疵而受損害，依法得向太和公司（非某甲）主張加害給付的損害賠償責任（第227條第2項）。

應予區別者爲，法人對於其職員履行債務的行爲，由於職員並非法人的機關，職員的行爲並非法人的行爲。但法人對於職員履行債務的行爲，應依民法第224條規定負責。

如甲地主委託大中華工程公司設計並興建大樓，該公司指派其職員乙繪製大樓設計圖及結構圖，並由職員丙負責監工施作。因乙之疏失，鋼筋力度計算錯誤，丙則故意偷工減料，致興建完成的大樓結構有瑕疵，品質不良。

本案乙及丙並非大中華公司的董事或其他有代表權之人，其行爲並非公司法人的行爲。但乙及丙乃該公司的使用人，依民法第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者，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任。」大中華公司對甲造成的損害，因此應負契約上債務不履行的損害賠償責任（第227條第1項）。

第三款 侵權行為能力

關於法人的本質，通說採取法人實在說，認爲法人乃社會的有機體（有機體說），或適合於得爲權利主體的一種法律上組織體（組織體說）。據此，法人除有權利能力與行爲能力外，並有侵權行爲能力。通說認爲，法人的代表機關，於其代表權限範圍內，代表法人所爲的行爲，不論其爲適法行爲或不適法行爲，均認爲法人本身的行爲。從而董事因執行職務所爲的侵權行爲，即係法人本身的侵權行爲，法人本身應

負損害賠償責任⁶⁰。

最高法院採取同說：「我國民法採法人實在說，法人之代表人執行職務之行爲，即爲法人之行爲，其代表人以代表法人地位爲侵權行爲，即爲法人之侵權行爲（93台上1154號、101台上803號）。」又「按法人之一切事務，對外均由其代表人代表爲之，故代表人代表法人所爲之行爲，即屬法人之行爲，其因此所加於他人之損害，該行爲人尙須與法人負連帶賠償之責任，此觀民法第二十七條、第二十八條自明，是應認法人有侵權行爲之能力（93台上1956號）。」

一、法人對於代表人行爲的責任

法人依民法第28條規定，應負侵權責任，並無疑義。依該條規定：「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，與該行爲人連帶負賠償之責任。」其要件如下：

（一）法人的董事或其他代表人的行爲

董事爲法人的機關，代表法人執行職務，其不法侵害他人權利時，自應由法人負責。法人代表人的責任，就是法人自己的責任。所謂其他有代表權之人，係指法人的清算人、公司的重整人、經理人及例外時代表法人的監察人（公司法第223條）等。至於一般職員及受僱人，則無本條的適用。

實務上，有眾多公司的實際負責人與登記負責人不符之情形，此時實際負責人是否爲民法第28條的代表權人？如甲爲東○媒體大股東，實質掌控公司，但非登記董事，刻意隱匿美商凱○集團收購東○媒體股權之事，利用不知情的東○得易購公司財務及會計人員，以印有東○媒體商標圖案之信箋發函給東○媒體小股東，低價取得小股東股權，再以高價出售予凱○集團，因此獲得不法利益，致小股東受有損害。試問：本案小股東得否請求東○得易購公司與甲連帶負賠償責任？（101台抗861號裁定）

⁶⁰ 洪遜欣，民總，第125-127、161頁。

甲雖僅為公司大股東，但實質掌控公司經營，為公司的實際負責人。民法第28條規定法人對於其董事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。最高法院認為：「此係就法人侵權行為責任所作之特別規定。所稱法人董事或其他有代表權之人，包括雖未經登記為董事，但實際為該法人之負責人即有權代表法人之實質董事在內。」

按公司法於2012年修訂時，於第8條第3項增訂「影子董事」，即非董事而實質上執行董事業務，或實質控制公司業務經營之人，亦應負董事責任，以處理我國眾多公司的登記負責人與實際負責人不符，致實際負責人無須負責之情況。據此，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。

(二)因執行職務之行為

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）。在實務上，法院從寬認定本條規定之職務行為。案例如下：

1. 吉○製紙公司董監事未替其員工加入勞工保險，其員工因在外執行職務被殺傷致死，無法依勞工保險條例受領喪葬費及遺族津貼，公司應與董監事連帶負責（64台上2236號裁定）。

2. 太○洋公司為花○企銀之法人股東，某甲為太○洋公司指派具有代表該公司之代表人，於擔任花○企銀董事長時，明知公司虧損，卻利用職務之便，違反花○企銀之公司章程，領取各項獎金，致使花○企銀遭金管會裁處400萬元罰鍰，太○洋公司應與某甲連帶負賠償責任（101台上1342號）。

3. 仁○醫院因13樓的窗戶未加設防護設備網，且原有強化玻璃亦未上鎖，致精神病患自窗戶跳樓身亡，醫院與院長應連帶負責（臺灣高院91訴12號）。

4. 電梯公司設計、製造之電梯，有焊接不良、強度不足等瑕疵，仍交付該電梯於農會使用，於被害人在四樓搭電梯時，突然下墜至一樓底，致其呈半癱瘓狀態，電梯公司應負賠償責任（101台上803號）。

5. 某甲為壽司室內裝修公司木工，於進行房屋裝設插座分路時，使用電鑽施工，因該插座分路未設置漏電斷路器及絕緣防護措施，致某甲不慎觸電而昏厥倒地，遭掉落之電鑽持續觸電致死，公司應與負責人連帶負責（101台上1771號）。

按在上開「董監事未替員工加入勞工保險案」，行為人固為董監事或其他有代表權之人。但在「太○洋公司指派公司代表人案」，所指派之甲雖擔任花○企銀董事長，但僅為太○洋公司的員工，並非該公司有代表權之人。在「仁○醫院病患跳樓案」、「電梯突然下墜案」及「裝修木工觸電案」，行為人並非董事或其他有代表權之人，而係一般職員之過失行為所致，法院仍然認定醫院院長、電梯公司及裝修公司負責人應依民法第28條規定連帶負責，不無擬制之嫌。

法人依民法第28條規定，負損害賠償責任後，得否向行為人（董事或其他有代表權人）行使求償權？最高法院採否認說，認為：「民法第28條規定法人之代表人執行職務所為之侵權行為，即為法人之侵權行為，該條又無如同法第188條第3項僱用人得對受僱人為求償之規定，法人之代表人與該侵權行為之法人間之內部關係，並無應分擔之部分，故法人應負全部侵權行為損害賠償責任，是法人之代表人消滅時效已完成，法人仍不得免其責任（93台上1154號、95台上1953號）。」

惟按，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）⁶¹。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⁶²。

二、法人對於受僱人行為的責任

依民法第188條第1項規定：「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。但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

⁶¹ 參見施啟揚，民總，第136頁；王澤鑑，民總，第206頁。

⁶² 邱聰智，民總（上），第295-296頁；史尚寬，債法總論，第636頁（1983年）。

者，僱用人不負賠償責任。」本條規定，於僱用人為法人時，當法人之受僱人執行職務致他人發生損害，法人即應與受僱人連帶負賠償責任。

如甲交付人蔘補品罐頭於白貓宅急便公司運送給故鄉的父母，白貓公司派遣乙司機駕駛公司的貨車運送，途中不慎翻車，人蔘補品罐頭全毀。

本案乙為白貓公司的職員而非董事等代表人，其侵權行為非屬公司的行為，該公司無須依民法第28條之規定負責。但乙於執行職務中，不法侵害甲的罐頭所有權，白貓公司應與乙依民法第188條第1項規定負連帶賠償責任。

應注意者為，依民法第28條的責任，法人係為自己行為負責，性質上係屬法人自己責任，法人無法舉證免責。但依民法第188條的責任，係法人為其受僱人行為負責，性質上屬於為他人之行為負責，法人得依該條規定，舉證其選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，而免除責任。再者，法人於賠償損害後，對於董事等代表人，係依關於委任之規定，而向行為人求償（第544條）。反之，對於受僱人，則依民法第188條第3項規定行使求償權。

三、法人本身的侵權責任

我國法院通說認為，法人侵權責任，必須以法人之董事或其他代表權人，具有侵權行為時，法人始與行為人依民法第28條規定連帶負責。若法人員工執行職務，具有侵權行為時，則依民法第188條規定，負連帶賠償責任。至於民法第184條所規定之侵權行為類型，則僅適用於自然人之侵權行為，法人並無適用之餘地（95台上338號、100台上1594號）。

但於最高法院102年台上字第1556號判決，原審法院雖認為：「民法第184條及第185條所定侵權行為類型，僅適用於自然人，法人無適用餘地。」最高法院則明白指出：「查我國民法之法人，應採法人實在說，其對外之一切事務，均由其代表人代表為之，代表人代表法人所為之行為，即係法人之行為，倘其行為侵害他人之權利，且合於民法所定侵權行為之構成要件，法人自應對被害人負侵權行為損害賠償責任。原

審未見及此，遽謂被上訴人公司均為法人，其毋庸負民法第184條、第185條所定侵權行為責任，已有可議。」而發回更審。

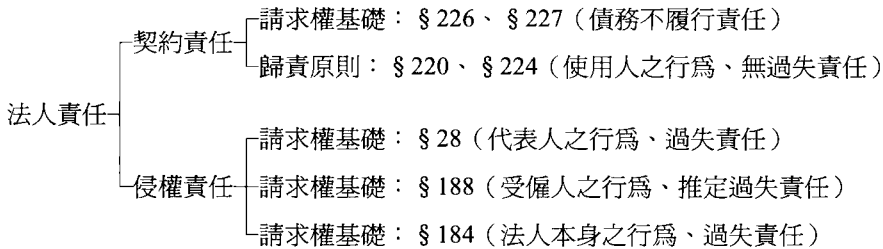
實則，法人責任以董事或受僱人之侵權行為為基礎，無非以自然人成立侵權責任為前提。然而，在現代大型企業組織龐大、分工細密的社會，法人構成員之活動，應直接認為係屬法人本身的行為，以免被害人對於特定加害人舉證之困難。尤其法人對於其活動進行營運支配，居於主導地位；對於法人組織，具有妥適安排的義務。是以，基於法人營運支配的地位及組織安排的義務，法律上應承認法人本身的侵權責任，不再依附於自然人的侵權責任。至於學說上認為，法人無民法第184條的適用，無非係以法人無意思能力為理由。惟依法人實在說，法人具有團體意思。法人的團體意思，得以法人的總會或董事會的決議方式予以表示。近來德國法上的「企業組織過失責任」理論，承認法人得直接適用民法第184條規定成立侵權責任，較為可採。

詳言之，民法第28條的法人責任，係以個別特定之董事或其他代表人成立侵權責任時，法人與董事等代表人負連帶賠償責任。反之，民法第184條的責任，係指法人對於應選任稱職的代表人而未選任，所成立的不作為侵權責任。

民法第188條的法人責任，係以法人作為僱用人，對於個別特定受僱人之選任或監督具有過失，應負賠償責任。反之，民法第184條規定的法人責任，則超越對個別受僱人的選任及監督，係法人對於一般性的監督業務、對受僱人業務執行之質與量的投入程度，及關於受僱人執掌分工是否適切等義務違反所構成的責任⁶³。

綜合上開所述之法人的契約責任及侵權責任，歸納如下：

⁶³ 參見陳聰富，法人團體之侵權責任，收錄於侵權責任主體與客體，第1-41頁（2019年）。



第四項 社團法人

第一款 社團的成立

民法第25條規定：「法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。」同法第30條規定：「法人非經向主管機關登記，不得成立。」及民法總則施行法第10條第1項規定：「依民法總則規定法人之登記，其主管機關為該法人事務所所在地之法院。」準此，我國民法就法人之成立，均須有法律規定為依據，採「法人法定主義」，並以向法人事務所所在地之法院登記為其成立要件。

公益社團法人的成立方式為：1. 訂立章程（第47條）、2. 得主管機關許可（第46條）、3. 於法院登記完畢（第30條），始取得法人資格。

一、社團的設立依據與許可

我國對於法人的設立，依民法第25條規定：「法人非依本法或其他法律之規定，不得成立。」故法人的設立，需有法律依據，不採放任主義。法人的設立，依其所依據的法律，可分為四類：

（一）許可主義

公益社團及財團之設立，在設立前，需經主管機關許可（第46、59條）。

（二）準則主義

營利社團，如公司，依公司法所規定條件，即可設立（公司法第1條）。

(三)特許主義

如中央銀行依據中央銀行法、交通銀行依據交通銀行條例而成立。

(四)強制主義

社團團體中，如工商業同業公會、律師公會、醫師公會等，所有從業人員依法均有加入社團之義務，而成為該職業團體的社員。

在實務上，財團及公益社團係依民法而成立，營利社團依公司法而成立，私立學校、銀行、農會、漁會、公會等人民團體及職業團體，則依其他特別法而成立。據此，民法有關社團法人之規定，主要適用於公益社團，對於營利社團，原則上不適用，而僅有補充適用之功能。

公益社團於設立登記前，應經主管機關之許可（第46條）。營利社團，依特別法規定，原則上無須經主管機關許可（民法第45條、公司法第6條）。但有特別規定者，從其規定。如銀行、醫療社團法人等，其設立應經主管機關許可（銀行法第53條、醫療法第47條）。

所謂主管機關，指主管法人目的事業的行政機關。如慈善社團屬內政部、工商社團屬經濟部、法制社團屬法務部、文化事業屬文化部。

受設立許可之法人，其業務由主管機關監督，主管機關得檢查其財產狀況及有無違反許可條件或其他法律規定（第32條）。在法人違反設立許可條件時，主管機關得撤銷其許可，而使法人消滅（第34條）。

二、訂立章程

設立社團者，應訂立章程（第47條）。章程乃社團法人之組織及社團與社員間權利義務的書面約定，有如國家的憲法。訂立章程乃多數人以設立社團為目的所為的法律行為，性質上為共同行為。

訂立章程，應以書面為之，其內容分為應記載事項與任意記載事項。應記載事項，依民法第47條規定，有社團之目的、名稱、董事人數、總會召集事項、社員資格及訂立章程之年月日等。

任意記載事項係指，關於社團之組織及社團與社員之關係，只要不違反法律規定，均得以章程訂定之（第49條）。如關於社員使用社團設施之權利、董事代表權之限制等。

社團章程既為全體社員的共同行為，於章程訂立後，即得以社員之

決議變更之。但為求慎重，民法規定，社團變更章程之決議，應有全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或有全體社員三分之二以上書面之同意。受設立許可之社團，於變更章程時，並應得主管機關之許可（第53條）。

三、社團的登記

民法第30條規定：「法人非經向主管機關登記，不得成立。」所謂主管機關，非指其目的事業的主管機關，而係指法人事務所所在地之法院（民法總則施行法第10條第1項）。從而，公益社團應於獲得目的事業主管機關許可後，至地方法院辦理登記完畢，始取得法人資格。至於營利社團，如公司、銀行、醫療社團法人等，依公司法、銀行法及醫療法之規定，僅需向主管機關登記即可，不必向法院辦理登記。

此外，依人民團體法之規定，無論職業團體、社會團體或政治團體，向內政部或縣市政府申請許可後，向該管地方法院辦理法人登記，並於完成法人登記後30日內，將登記證書影本送主管機關備查（人民團體法第8、11條）。

社團登記時，應由董事向其主事務所及分事務所所在地之法院辦理登記，並應附具章程備案（第48條第2項）。至於其應登記之事項，則包含社團目的、名稱、財產總額、全體董事及代表法人之董事等（第48條第1項）。

四、登記效力

社團之登記分為二類：

（一）設立登記，即法人依民法第30條規定，向法院所為之登記。此項登記，採登記成立主義，具有創設性的效力，法人因此登記而取得法人資格。

（二）變更登記或補充登記：民法第31條規定：「法人登記後，有應登記之事項而不登記，或已登記之事項有變更而不為變更之登記者，不得以其事項對抗第三人。」此項登記，採登記對抗主義，必須經由登記，始得對抗第三人。為貫徹法人變更登記之效力，此之第三人為善意或惡

意，在所不論⁶⁴。

某甲公益社團法人有A、B、C等三名董事，並以章程訂定僅A董事長有代表甲社團之權，但未予以登記。嗣後B董事辭任，由D繼任為董事，但甲社團並未辦理變更登記。B董事於辭任後，代表甲社團與知情的乙訂立買賣契約，購買辦公家具，甲社團是否應負買受人之責任？

本案甲社團章程雖訂有A董事長為代表法人之董事，但應登記而未登記；B董事已經辭職，卻未辦理變更登記，乙雖知情，但仍不得對抗相對人乙。甲社團不得主張B董事所為之行爲，非屬代表社團之行爲。因此甲社團應負買受人之責任，乙得向甲社團請求給付價金（第367條）。

第二款 社團的組織

社團為法人，為有效運作社團活動，由各個部門，亦即法人的機關，各司其職。通常社團法人設有三種機關：一、社團總會，為最高意思決定機關（如公司的股東會、台灣法學會的會員大會）；二、董事或理事，為社團的代表機關及執行機關（如公司董事、台灣法學會的理事）；三、監察人，為社團的監察機關。社團總會及董事或理事，為社團法人的必備機關，監察人則非屬必備機關，得不予設置。

一、董事：執行機關

法人應設董事（一般社團稱為理事）。董事就法人一切事務，對外代表法人並執行法人的事務（第27條）。董事乃社團法人之必備機關。董事為多數人時，則成立董事會，執行社團之事務。董事人數，民法未設限制。若董事人數過多時，一般社團會由董事互選常務董事（或常務

⁶⁴ 同說：洪遜欣，民總，第183頁；王澤鑑，民總，第199頁。反對說認為，基於法律不保護惡意之法理，民法第31條限於善意第三人，至於惡意第三人不受本條規定之保護。參見梅仲協，民要，第8、48頁；林誠二，民總（上），第223頁；邱聰智，民總（上），第281頁；林誠二，董事代表權之限制，台灣法學雜誌，第92期，第146-147頁（2007年3月）。

理事），而成立常務董事會。

（一）董事的任免

社團董事之任免，由社團總會以決議之方法任免之，關於其人數、任期及任免，則應記載於社團章程（第50條第2項、第47條）。

總會決議選任董事的選任行為，在性質上有單獨行為說與契約行為說之爭議。採單獨行為說者認為，選任行為因社團總會之決議而成立，被選人的同意接受，僅為單獨行為發生效力的要件。採契約行為說者認為，選任董事乃契約行為，由法人對選定之人為要約，俟其承諾，因雙方意思表示合致而成立⁶⁵。惟無論採取何說，在選任之後，董事與社團間的法律關係，乃董事為法人處理事務，類似於委任契約，應準用民法關於委任的規定。公司法並規定：「公司與董事間之關係，除本法另有規定外，依民法關於委任之規定。」（第192條第4項）

董事得由社團總會，隨時決議解任，其解任無須被解任董事的同意。董事原則上亦得隨時終止委任契約，無須得法人之同意（第549條第1項）。

（二）董事的內部事務執行權

董事執行法人事務，董事有數人時，除章程另有規定外，取決於全體董事過半數之同意（第27條第1項）。

董事執行之法人事務，主要有：1. 聲請登記（第48條）；2. 編造財產目錄及社員名簿（民總施行法第8條）；3. 召集社團總會（第51條）；4. 聲請破產（第35條）及5. 清算法人財產（第37條）等。

董事執行職務，因過失或逾越權限之行為，致法人受有損害時，法人得依委任之規定，請求董事賠償損害（第544條）。法人之財產不能清償債務時，董事未即向法院聲請破產，致法人之債權人受損害時，有過失之董事，應負賠償責任，其有二人以上時，應連帶負責（第35條）。

⁶⁵ 採單獨行為說者，施啟揚，民總，第140頁。採契約行為說者，王澤鑑，民總，第189頁。邱聰智認為，董事之選任行為，為委任契約成立之特別要件，應屬契約行為說〔民總（上），第302頁〕。

(三)董事的對外代表權

民法第27條第2項規定：「董事就法人一切事務，對外代表法人。董事有數人者，除章程另有規定外，各董事均得代表法人。」據此，董事代表權原則上並無限制，任何董事均得代表法人。但法令另有規定者，從其規定。例如「依公司法第208條第3項規定，就股份有限公司對外關係而言，應由董事長為代表人，副董事長、常務董事或董事，於一定條件下，始得代表公司，非謂凡股份有限公司之任一董事，均係該公司之當然代表人（98台上2173號）。」

甲公益社團法人共有董事A、B及C等五人，依章程規定，僅A及B具有代表權，但法人登記時，漏未辦理代表董事的登記。某日，社團總會決議，該社團出售不動產時，需由全部有代表權的董事共同為之。嗣後，A與C共同以甲社團之名義，將社團所有之土地，出售於乙。乙雖知悉甲社團章程之規定，但不知其社團總會之決議。問：乙得否向甲社團請求土地之移轉登記？

按關於董事代表權之限制，分為二種：

1. 全部限制

即剝奪董事的全部代表權。依第27條第2項規定，法人得依章程訂定對外有代表權之董事，而完全剝奪其他董事的對外代表權。在此情形，依第48條第8款規定，社團定有代表法人之董事者，應於設立登記時予以登記。若未經登記，依第31條規定，不得對抗任何第三人。縱使第三人知悉（惡意）某位董事無代表權，社團亦不得對抗之。

2. 部分限制

依第27條第3項所謂對於董事代表權所加之限制，係指部分限制而言。社團得以章程或總會決議限制董事代表權，如多數董事應共同代表；處分不動產時，應經社團總會之決議等。董事代表權之部分限制，非屬應登記事項，其限制雖不得對抗善意第三人，但得對抗惡意第三人。

本案甲社團法人，依據章程規定，僅A及B具有代表權，依民法第

48條第8款規定，係屬應登記事項。其未經登記，依民法第27條第2項及第31條規定，不得對抗第三人。甲社團之土地出售於乙，代表人董事C依章程規定雖無代表權，但因未經登記，不得對抗乙。乙雖知悉董事C無代表權，仍得主張C代表甲社團之行爲有效，A及C與乙訂立的買賣契約對甲社團生效。

至於甲社團總會決議，出售不動產時，應由全體有代表權之董事A及B共同代表，係屬董事代表權之部分限制，非屬應登記事項，依民法第27條第3項規定，不得對抗善意第三人。本案乙不知該社團總會之決議，屬於善意第三人，甲社團不得對抗之，乙仍得主張A及C與其訂立之買賣契約對甲社團生效。據此，乙得向甲社團請求土地之移轉登記（第348條）。

二、監察人：監督機關

監察人非屬法人的必備機關，而係任意機關。在實務上，一般社團法人多設有監察人或監事，其任務在於監督董事執行法人事務。關於監察人之人數、任期及任免，民法均無規定，通常由社團章程規定之（第47條第3款），由社團總會以決議方法選任，其人數一般比董事人數爲少。至於監事的選任行爲之性質及限制，原則上與董事相同。

監察人的職權限於法人的內部事務，主要在於監督法人事務的執行，原則上對外無法人代表權，而與董事不同，僅於董事不依法召集總會時，由監察人召集之（第51條第1項）。董事爲自己或他人與法人交涉時，得由監察人代表法人（公司法第223條）。

監察人執行職務的方式，與董事不同，監察人有數人時，除章程另有規定外，各監察人均得單獨行使監察權（第27條第4項）。在章程規定，數人之監察人組成監事會而以多數決方式行使監察權時，依其規定。

三、社團總會：意思機關

(一)社員資格的取得與喪失

1.社員資格的取得

社團為社員的結合，社員資格的取得方法有二：(1)參與社團的設立，設立人於社團成立後，成為社員；(2)於社團成立後，加入社團，成為社員。社員如何取得資格，應依社團章程規定（第47條第6款）。加入社團的行為，屬於社員與社團間的契約，因此而發生權利義務關係。

一般社團無強制他人入社的權利，亦無強制接受他人入社的義務。但法律另有規定者，從其規定。例如，律師法第11條規定：「律師非加入律師公會不得執行職務；律師公會亦不得拒絕其加入。」

2.社員資格的喪失

(1)退 社

社員退社係以社員一方的意思表示，而喪失社員地位的行為。第54條第1項規定：社員得隨時退社。因此章程規定，社員不得退社，或須經總會決議後，始得退社者，不生效力（第49條）。但章程得限定，於事務年度終，或經過6個月以內之預告期間後，始准退社（第54條）。

(2)開 除

社員開除係以法人一方的意思，而剝奪社員資格，亦稱為除名。社員資格的喪失，得以社團章程定之（第47條第6款），社團總會亦得以決議方式開除社員，但以有正當理由時為限（第50條第4款）。開除社員，涉及社員利益至鉅，除總會決議外，不得以章程規定，由董事會決議行之。

已退社或開除之社員，在公益社團，對於社團之財產無請求權，不得請求退還出資或分配財產。在營利社團，其章程另有規定者，自得請求。已退社或開除之社員，對於其退社或開除以前應分擔之出資，如欠繳會費，仍負清償之義務（第55條）。

3.社員權

社員的權利分為共益權與自益權。共益權是指，以完成法人的社會

作用，而參與其事務的權利。例如出席權與表決權（第52、53條）、少數社員權（第51條第2項）及總會決議撤銷請求權（第56條第1項）。自益權是指，為社員個人利益的權利，如利益分配請求權及社團設備使用權等。

社團的共益權，具有身分權的性質，不得讓與或繼承。社員的自益權，具有財產權的性質，原則上得為讓與或繼承⁶⁶。

關於社員權利的行使，應遵循「平等權利及平等處遇原則」，除章程另有規定外，全體社員應享有同等權利、負擔相同義務。民法第52條第2項規定「社員有平等之表決權」，不因社員繳交費用之不同，而給予不同表決權數。

（二）社團總會的權限與召集

社團總會，又稱為社員總會，為社團的最高意思決定機關（第50條第1項），由全體社員所組成，以決議方式，決定社團的重要事項，類似公司法上的股東會，有稱之為社員大會。

社團總會的權限，依民法第50條第2項規定，包含董監事的任免權及監督權、開除社員權及變更章程之權利。此等權利，為總會的專屬權限，不得以章程規定予以變更或剝奪。因此以章程規定，董事會得決議開除社員者，無效。反之，依章程規定賦予總會其他權利者，並無不可。

社員總會之召集，應由有召集權人召集之。1. 原則上由董事召集，每年至少召集一次。董事不為召集時，監察人得召集之；2. 如有全體社員十分一以上之請求，表明會議目的及召集理由，請求召集時，董事應召集之。董事受前項之請求後，1個月內不為召集者，得由請求之社員，經法院之許可召集之（第51條）。

關於社員總會之召集，除章程另有規定外，應於30日前對各社員發出通知。通知內應載明會議目的事項（第51條第4項），以使社員得於事前充分考慮相關會議事項。召集開會之通知，學說上認為，性質上為

⁶⁶ 王澤鑑，民總，第216頁；施啟揚，民總，第159頁；洪遜欣，民總，第205頁；林誠二，民總（上），第269頁；黃立，民總，第143頁。

觀念通知，非屬意思表示，為避免達到之遲早有異，不適用民法第95條之達到主義，而採發信主義，於發出通知後（例如刊登廣告），即生通知的效力⁶⁷。

（三）社團總會的決議

1. 出席人數

社團總會的決議，在於形成社團的意思決定，以社員的表決方式，作成統一的法人之意思。關於社團總會的出席人數，民法並未規定。在最高法院106年台上字第102號判決，富福頂山寺於召開信徒大會時，由副主任委員單獨召集，出席人數不足且未實際召開，原告主張其會議決議不成立或無效。被告則抗辯，富福頂山寺非人民團體，應適用或類推適用民法關於總會之規定，並無最低出席人數之限制。

原審法院認為，信徒大會未達最低出席信徒人數比例二分之一之門檻，因而其會議決議不成立。但最高法院判決：「富福頂山寺非社團法人，其信徒大會與民法社團法人總會性質相當，應類推適用民法第五十二條第一項規定。而民法第五十二條第一項明文規定：『總會決議，除本法有特別規定外，以出席社員過半數決之』，亦即除民法有特別規定（例如同法第五十三條第一項、第五十七條）外，社團總會決議並無最低出席社員人數之限制，解釋上有二人以上之出席為已足。」

按社團總會（如會員大會）之出席人數，如法律另有規定（如公寓大廈管理條例第31條），或章程另有訂定者，自應依其規定。如無上述規定者，最高法院認為依民法規定，原則上以有2人以上之出席為已足。此項解釋與一般人之認知有違，且使總會決議可能於3人出席開會時，2票對1票時即可通過（第52條第1項），過於寬鬆，是否妥當，尚待斟酌。

2. 表決權的行使

為使決議的法律關係明確，表決權的行使不得附條件。在非營利社團，各社員均有平等的表決權（第52條第2項），不得以章程加以限

⁶⁷ 史尚寬，民總，第189頁；施啟揚，民總，第160頁。

制。但在公司法，則以出資額多寡計算其表決權（公司法第179條）。

關於社員表決權的行使，原則上得以書面授權他人代理為之。但一人僅得代理社員一人（第52條第3項）。為維護社員的特性，被授權之代理人，以其他社員為宜。如章程規定，不得由他人代理行使表決權時，則不得授權他人代為行使。

基於利益衝突迴避之原則，社員對於總會決議事項，因自身利害關係而有損害社團利益之虞時，該社員不得加入表決，亦不得代理他人行使表決權（第52條第4項）。例如，免除社員債務之決議、開除社員之決議，該社員不得加入表決。違反者，該社員之表決權數不應計入決議人數。但若決議人數扣除該社員之表決權數，仍符合法定表決權數時，該決議仍為有效。

在非法人團體，而有社員與團體發生利益衝突時，得類推適用民法第52條第4項之規定，該社員不得加入表決。至於非社員而與非法人團體的總會決議有利害關係，且與社團利益相衝突時，為避免損及社團之共同利益，該非社員亦不得代理社員而為表決（99台上634號）。

3. 決議的種類

總會決議依出席人數及表決同意人數之不同，分為普通決議及特別決議。普通決議，乃以超過二分之一社員表決同意（「普通多數」），即可成立的決議。民法第52條規定，總會決議，以出席社員過半數決之，即為普通決議。

特別決議，指同意的表決權數需超過一半以上同意（「加重多數」），始可成立的決議。依民法規定，特別決議事項有二：

(1) 變更章程

民法第53條規定：「社團變更章程之決議，應有全體社員過半數之出席，出席社員四分之三以上之同意，或有全體社員三分之二以上書面之同意。」受設立許可之社團，變更章程時，並應得主管機關之許可。

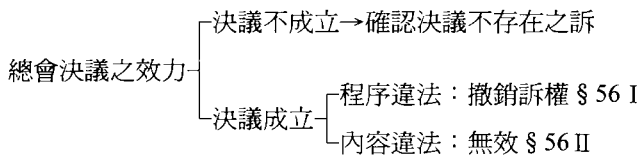
(2) 解散社團

民法第57條規定：「社團得隨時以全體社員三分之二以上之可決，解散之。」

4. 決議的效力

總會決議乃社團意思之表示，有拘束全體社員的效力。然而，若決議不成立者，決議根本不存在，自始無決議之效力。又決議雖屬成立，但若總會決議之內容違反法令或章程者，該決議無效。若總會之召集程序或決議方法，違反法令或章程時，社員得於決議後3個月內請求法院撤銷其決議。但出席社員，對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，不在此限（第56條）。

茲先就總會決議之效力，列表如下。



(1) 公寓大廈區分所有權人會議

美加公寓大廈管理委員會主任委員甲於102年1月10日召集公寓大廈住戶區分所有權人會議，議程為「重大修繕事項討論案」。由於出席人數不足，在休會15分鐘後，重新召開會議。出席人數，雖然仍然不足，但甲則宣布開會。會議中，有人以臨時動議方式，提議改選新任管理委員會委員。乙住戶認為會議程序違法，拒絕參與表決，憤而離席。但會議結果，仍然選出甲等5人為新任委員，並推選甲為新任主任委員。乙事後抗議無效，乃另外召集區分所有權人臨時會議，該會議之出席人數合法，順利重新選舉管理委員與乙為主任委員。試問：甲及乙何人為合法之主任委員？

按公寓大廈區分所有權人團體之性質雖屬非法人團體，但其性質，與社團法人相當接近。其區分所有權人會議，係由全體區分所有權人組成，為公寓大廈的最高意思機關，類似於社團總會。至於區分所有權人會議所選舉產生的大廈管理委員會，其職務在於執行區分所有權人會議之決議，類似於社團的董事會。若管理委員會之決議違反公寓大廈規約時，屬於逾越權限之行為，其決議無效（基隆地院99訴223號）。

關於公寓大廈區分所有權人會議決議，其決議性質上係多數區分所有人平行意思表示趨於一致的共同行為，而發生一定私法上的效力，與社團總會決議，在性質上與利益上，甚為類似。其違反法令或章程時，公寓大廈管理條例既未規定，實務通說認為，應類推適用民法第56條之規定（臺北地院100訴4737號、93台上2347號）。從而其召集程序或決議方法違反法令或章程時，只得依法提起撤銷區分所有權人會議決議之訴，不得認為區分所有權人會議決議不成立。

在本案的區分所有權人會議，具有如下之瑕疵：

①甲於第一次召開會議人數不足，於休會15分鐘後重新召開會議，違反公寓大廈管理條例第30條規定，召集程序應為10日通知之規定。此項程序上的瑕疵，屬於召集程序違反法令，依民法第56條第1項，並非當然無效（93台上2347號），但住戶得依法請求撤銷其決議。

②甲於第二次重新召開會議，出席人數仍然不足法令或章程所定之額數，其決議效力如何？實務上曾認為，此為決議方法之違法，而非決議內容之違法，住戶得請求法院撤銷其決議，但不得主張該決議自始不成立。在住戶請求法院撤銷其決議前，該決議仍有效存在⁶⁸。但其後最高法院變更見解，認為「總會之決議，乃多數社員基於平行與協同之意思表示相互合致而成立之法律行為，如法律規定其決議必須有一定人數以上之社員出席，此一定人數以上之社員出席，為該法律行為成立之要件。欠缺此項要件，總會決議即屬不成立，尚非單純之決議方法違法問題（104台上1897號、105台上393號）。」準此，甲於第二次召開會議所為之決議，其決議不成立，無須其住戶請求撤銷決議。

③本次會議議程為「重大修繕事項討論案」，在會議中，以臨時動議方式，改選新任管理委員會委員，違反公寓大廈規約之規定，未於開會公告載明改選管理委員，屬於召集程序違反章程規定之瑕疵，住戶得依法請求撤銷其決議（92台上9號）。

④上述各種召集程序之違法，必須出席住戶對召集程序或決議方

⁶⁸ 基隆地方法院96年小上字第1號、臺北地方法院100年訴字第4737號、臺灣高等法院95年上更(一)字第230號、最高法院96年台上字第235號判決。

法，當場表示異議，始得請求法院撤銷其決議。本案某乙僅拒絕參與表決，憤而離席，並未當場表示異議，依民法第56條第1項但書規定，不得請求撤銷其決議。從而甲召開之會議，雖有程序上之瑕疵，但未經有效撤銷其決議，某甲仍為管理委員會的主任委員。

⑤某乙事後自行召集區分所有權人臨時會議，重新選舉管理委員與主任委員。由於某乙並非主任委員或管理委員，非屬有權召集區分所有權人會議之人。最高法院認為：「區分所有權人會議如係由無召集權人所召集而召開，既非公寓大廈管理委員會合法成立之意思機關，自不能為有效之決議，且在形式上亦屬不備成立要件之會議，其所為之決議當然自始完全無決議之效力。於此情形，即屬依法提起確認該會議決議不存在之訴以資救濟之範疇，而非在撤銷會議決議之列。」⁶⁹據此，某乙召集會議之選舉結果自始無效，不待當場有人異議而撤銷該決議，該次會議選舉乙為該大廈管理委員會之主任委員，並無效力。

(2)公司股東會

大台有限公司有股東甲、乙、丙及丁四人。於某日召開股東會時，甲提議增加公司資本額1億元及修改章程。乙反對，表示此等重大議案，未事先通知股東，顯然不合法。丙保持沉默，丁則因故未參加本次股東會。在該次會議，經甲及丙決議通過增資案及修改章程。乙一怒之下，將其所有股份讓與公司以外之人戊。請問，何人得提起撤銷股東會決議之訴？

本案首應檢討者為，有限公司股東對於股東會決議，是否具有撤銷訴權？公司法第189條規定：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令或章程時，股東得於決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」本條規定，係對股份有限公司股東會所為之規定，對於有限公司及兩合公司無法適用。但實務上認為，無論有限公司或兩合公司，均得

⁶⁹ 最高法院92年台上字第2517號判決、臺灣高等法院101年上字第48號判決。最高法院102年台再字第30號判決：「欲召集區分所有權人會議之人……須先行取得召集權資格，始克當之。倘召集時，尚不備召集人身分，所為召集，即非合法成立之意思機關，自不能為有效之決議，所為之決議，當然自始完全無決議之效力，亦不得因召集後始取得召集權而使原來之召集溯及生效。」

適用民法第56條之規定，訴請法院撤銷股東會之決議（臺灣高院100上120號、86台上3282號）。

其次，關於公司股東會召集程序或決議方法違法，公司法第189條規定撤銷訴權，並未規定股東若未當場表示異議，可否行使撤銷訴權。最高法院於72年9月6日72年度第9次民事庭會議決議：「鑑於出席而對股東會召集程序或決議方法原無異議之股東，若事後得轉而主張召集程序或決議方法為違反法令或章程，訴請法院撤銷該項決議，不啻許股東任意翻覆，影響公司之安定甚鉅，法律秩序，亦不容許任意干擾，決議依公司法第一百八十九條規定，訴請法院撤銷股東會決議之股東，應解為仍受民法第五十六條第一項但書之限制。」據此，若本案大台公司為股份有限公司，股東仍須當場表示異議，始取得撤銷訴權。而本案大台公司為有限公司，依民法第56條規定，乙當場表示反對，取得撤銷訴權。丙保持沉默，未表示反對，不得事後翻異，提起撤銷之訴。

有疑問者為，丁因故未出席股東會，是否具有撤銷訴權？學說上認為，對於社團總會之決議，如係未受合法通知而未能出席會議者，應保有民法第56條規定之撤銷訴權。反之，社員或股東已受合法通知而未出席者，不應享有本條之撤銷訴權⁷⁰。

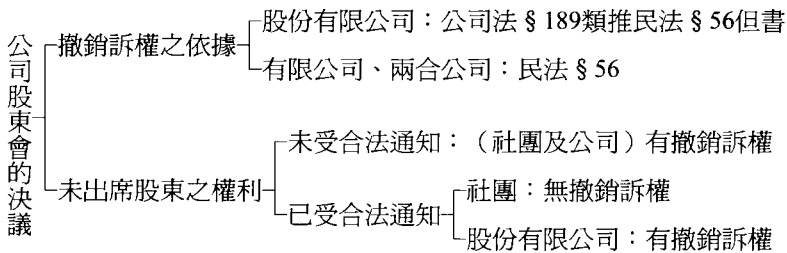
惟最高法院認為：在股份有限公司股東依公司法第189條規定訴請撤銷股東會決議時，固然同受民法第56條第1項但書規定，但「所謂應受民法第五十六條第一項但書之限制，亦僅指出席會議之股東而言。即出席會議之股東，對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，事後即不得再依上開公司法規定，訴請法院撤銷該股東會決議，而不及於受通知未出席會議之股東（77台上518號）。」「未出席股東會之股東，則因非可期待其事先預知股東會決議有違反章程或法令之情事而予以容許，亦無法當場表示異議，自應許其於法定期間內提起撤銷股東會決議之訴（86台上3604號）。」據此，若本案大台公司為股份有限公司，丁雖未參加股東會，仍得於法定30日內提起撤銷之訴。惟本件大台公司為有限公司，乙股東係依民法第56條規定，提起撤銷股東會決議之訴，依

⁷⁰ 施啟揚，民總，第165頁；林誠二，民總（上），第259頁。

學說見解，丁不應享有撤銷訴權。

最後，本案乙股東事後將其所有股份讓與戊，股份受讓人戊是否具有撤銷訴權？對此，最高法院認為：「關於撤銷訴權之規定，股東依此規定提起撤銷之訴，其於股東會決議時，雖尚未具有股東資格，然若其前手即讓與股份之股東，於股東會決議時，具有股東資格，且已依民法第五十六條規定，取得撤銷訴權時，其訴權固不因股份之轉讓而消滅。但若其前手未取得撤銷訴權，則繼受該股份之股東，亦無撤銷訴權可得行使（73台上595號）。」換言之，股份受讓人是否取得撤銷訴權，取決於其前手是否具有撤銷訴權。本案乙具有撤銷訴權，則其受讓人戊亦得提起撤銷股東會決議之訴。

關於公司股東會決議之撤銷，整理如下：



(3) 寺廟的信徒大會

仁○宮已向主管機關辦畢寺廟登記，但未向法院辦理法人登記。在某日召開臨時信徒大會時，以全體鼓掌方式，無異議以「包裹」方式，通過某甲等12人信眾加入案。某乙為該寺廟信徒，未出席該次信徒大會，主張該項決議程序違法，有無理由？

（花蓮地院96訴更2號）

關於寺廟得否為權利義務之主體，依據監督寺廟條例及寺廟登記規則，寺廟應辦理寺廟登記。最高法院認為：「已向主管機關辦畢寺廟登記之寺廟非無權利能力（85台上2964號）。」據此，仁○宮應有權利能力，得為權利主體。

關於寺廟之性質，除已登記為財團法人者外，若未經登記為財團法

人者，性質上為非法人團體。其團體性與法人無殊，民法對於非法人團體未設規定，其相類似之事項，自可類推適用民法法人或公司法有關之規定（104台上1897號；105台上393號）。由於寺廟信徒大會，具有制定及修改章程、選舉及罷免管理委員、監察委員暨議決信徒之加入及除名等職權。而管理委員會之職權，在於執行寺廟章程所訂之任務項目及各項會議決議事項。從而，仁○宮係由信徒組成之社會團體，為人之組織體，由信徒大會為最高意思機關，管理委員會為管理機關，其具有非法人社團之性質，應可認定。

在信徒大會決議有瑕疵時，由於法無明文規定，得類推適用民法有關社團法人總會決議瑕疵之規定（即民法第56條）辦理。

本案臨時信徒大會，未逐案表決，而以全體無異議鼓掌方式，通過某甲等12人信眾加入案，違反仁○宮的章程及民法第52條第1、2項的規定，未出席且未受合法通知的信徒某乙得類推適用民法第56條規定，提起撤銷信徒大會決議之訴。

(4) 本條適用的範圍

民法第56條之規定，除於社團法人（如合作社、漁會）、公司股東會、公寓大廈區分所有權人會議、寺廟信徒大會等得以適用或類推適用外，在其他非法人團體，如「自辦市地重劃區重劃會」、「新竹市商業會」、「桃園市汴洲社區發展協會」、「中華民國商務仲裁協會」等社會團體，亦得類推適用之⁷¹。

社團法人總會決議，固有民法第56條之適用，但因理監事會與總會性質不同，理監事會議決議有違反法令或章程時，不得援用該法條規定提起同一訴訟（72台上3589號、89台上1009號）⁷²。此外，最高法院82年台上字第3168號判決謂：「財團法人，係以財產之集合為基礎之他律法人，與社團法人，係以人之集合基礎之自律法人，設有總會、會員大會等意思機關者，自有不同。故民法第五十六條關於社團總會決議之撤

⁷¹ 最高法院99年台上字第634號、83年台上字第2520號判決、臺灣高等法院99年上字第981號判決、桃園地方法院93年訴字第145號判決。

⁷² 林誠二認為：「法既無明文規定，事關社員及法人之利益，應可類推適用方為合理。」〔民總（上），第262頁〕。

銷與無效之規定，即無適用於財團法人之餘地。」

至於祭祀公業之派下員大會決議，若召集程序或決議方法有瑕疵，是否有民法第56條適用之餘地，過去最高法院採取否定說（82台上212號、85台上1371號）。但於2007年公布施行「祭祀公業條例」後，依該條例第59條規定，新設立之祭祀公業應依民法規定成立社團法人或財團法人。從而若祭祀公業成立社團法人時，應有民法第56條之適用。

第三款 社團的消滅

法人為社會的組織體，在設立後，取得權利能力，而成為權利義務之主體。在設立目的達成，或無法繼續活動時，應使其法人人格消滅，以終止其權利能力。法人人格的消滅，必須經過解散與清算程序。

一、解 散

法人解散，開啓法人人格消滅的程序。社團解散的事由，可分為二類：

（一）法人共同解散事由

1. 章程所定解散事由發生，如訂有存續期間（第48條第9款）；2. 撤銷許可（第34條）；3. 受破產宣告（第35條）；4. 被宣告解散（第36條）。

在實務上較為重要者為，社團法人的宣告破產。民法第35條第2項規定，董事因故意或過失，應聲請法人宣告破產而未聲請，致債權人受有損害時，應負損害賠償責任。本條規定，為董事的侵權行為損害賠償責任。最高法院91年台上字第1844號判決謂：「民法第三十五條法人之董事賠償責任，須以董事知悉法人之財產不能清償債務，倘董事即時如向法院聲請破產，則法人之債權人可得全部或部分之清償，因董事之怠於聲請，致債權人全未受償或較少受償，而其損害與董事之不作為間具有相當因果關係，始足當之。」如法人宣告破產與否，對債權人之債權（普通債權）不能受償之結果，並無不同時，則未聲請法院宣告破產，並不增加債權人之損失，此時該法人之董事，自不負賠償責任（71台上

1043號)。

(二) 社團特有的解散事由

1. 總會決議解散

社團以全體社員三分之二以上之可決解散之(第57條)。

2. 法院宣告解散

社團事務無從依章程所定進行時，法院得解散之(第58條)。

二、清 算

社團法人於總會決議解散或法院宣告解散後，法人人格並未立即消滅，必須進行清算程序，經合法清算完畢，向法院呈報，聲請為清算終結之登記後，法人人格始歸於消滅。

法人關於清算之規定，無論社團法人或財團法人，並無不同。但民法規定法人之清算程序，未經法人登記之非法人團體，則無適用之餘地⁷³。

(一) 清算程序

法人解散後，原則上以董事擔任清算人，向法院為清算人就任之聲報後，由清算人執行清算事務，進行了結現務，收取債權、清償債務及移交剩餘財產；於清算完結時，並應造具清算期內表冊，向法院為清算完結之聲報(民法第37、40條及公司法第331條)。又其清算程序，除依民法總則編第二節法人通則規定外，準用股份有限公司清算之規定(第41條)。

某甲商業職業學校因招生困難，向教育局聲請解散登記後，由董事長乙及董事丙、丁等人擔任清算人，擬將該校剩餘財產捐助他人。其後發現，該校章程規定，不得為財產捐助之行為，乃由董事會決議：「聲請法院終止清算，並恢復招生。」丁董事認乙及丙有違法圖利之嫌，乃聲請法院選任其他清算人，並請求法院解除乙及

⁷³ 司法院民國86年04月24日(86)秘台廳民三字第05373號、司法院民國79年08月16日(79)秘台廳(一)字第01949號函釋。

丙的清算人職務。問：本案選任及解除清算人之聲請與恢復招生之決議，是否合法？

按法人解散後，應進行清算，由章程規定或總會決議之清算人爲之，否則由董事爲之（第37條）。本案甲職業學校爲財團法人，董事丁聲請法院選任清算人，必須全體董事不能擔任或章程未訂定清算人時，法院始得因利害關係人之聲請選派清算人（第38條）（93台上2396號）。本案乙及丙並無不能擔任清算人之事由，丁不得聲請另行選任其他清算人。

董事丁認爲董事乙及丙有違法情事，聲請法院解除其清算人職務。按民法第39條所定有關法人清算人之解任，應由法院依職權爲之，法人之主管機關或其利害關係人並無聲請法院解任清算人之聲請權（臺灣高院96非抗49號裁定）。因此，法院應駁回丁之聲請。

惟法人之清算，屬於法院監督，法院得隨時爲監督上必要之檢查及處分（第42條第1項）⁷⁴。本案丁主張乙及丙有違法圖利之嫌，法院對於乙及丙是否確有不適任之情事而應予解任，應善盡監督上必要之檢查及處分。於必要時，得依職權解除其清算人之任務（第39條）。

最後，某甲職業學校於董事會決議解散時，全體董事已喪失董事身分，該校以董事會名義作成「恢復招生」之決議，由於董事會不存在，應屬無效。

至於該校聲請法院終止清算，由於現行民法及相關法規，並無解散之法人於清算程序中得終止清算之規定，因此依現行法規定，法人一旦進入清算程序，原則上非俟清算完結無從終結其程序，從而該校爲終止清算之聲請，爲無理由。

⁷⁴ 關於法人事務之監督，「因其法人於存續中抑或解散後清算中而有不同。法人於存續中，屬目的事業主管機關監督（民法第32條）；而於解散後清算中，則屬法院監督（民法第42條）。則民法第33條第1項關於法人之董事或監察人不遵主管機關監督命令應處罰鍰之規定，其處罰之權限，自屬爲監督之目的事業主管機關。此與同法第43條規定清算人不遵法院監督命令，應由監督法院裁處罰鍰者有異。」（最高行政法院91年裁字第747號裁定）

(二)清算終結

在法人清算完畢後，除法律另有規定外，關於其剩餘財產之歸屬，於清償債務後，應依其章程之規定或總會之決議。但以公益為目的之法人解散時，其賸餘財產不得歸屬於自然人或以營利為目的之團體。如無法律或章程之規定或總會之決議時，其賸餘財產歸屬於法人住所所在地之地方自治團體（第44條）。

甲公司於81年興建房屋工程時，以乙營造廠名義開立統一發票，作為進項憑證，申報扣抵銷項稅額，經國稅局核定補徵營業稅200萬元。甲公司於83年依法辦理註銷營業，因無力繳納稅款，一方面請求國稅局予以銷案，拒絕補繳稅款，一方面聲請公司解散，並依法辦理清算程序，報請法院准予備查完畢。國稅局依法請求行政執行署強制執行甲公司之不動產時，甲公司負責人抗辯，該公司人格已經消滅，強制執行為不合法，有無理由？

民法第40條第2項規定：「法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視為存續。」所謂「清算終結」，係指在清算之必要範圍內，實質上已依法完成清算程序而言。如尚未完成合法清算，縱經法院為准予清算完結之備查，仍不生清算完結之效果，法人人格仍未消滅。據此，公司人格之存續，應於合法清算終結時始行消滅。公司如有違章欠稅而尚未合法清算終結者，在清算之必要範圍內，視為存續，並不因法院准予備查，即謂其人格已消滅⁷⁵。

本案甲公司於解散後，進入清算程序，由其董事擔任清算人，其明知積欠稅款，未依法通知國稅局報明債權（公司法第88、327條）。清算人違背法律規定之法定清算程序，縱形式上已辦理清算完結手續，將表冊送經股東或股東會承認，並向法院聲請備查。但因向法院聲報，僅為備案之性質，法院所為准予備查之處分，並無實質上之確定力，是否發生清算完結之效果，應視其是否完成「合法清算」而定。據此，本案清算程序違法，清算人之責任並未解除，不生清算完結之效果，其公司

⁷⁵ 最高行政法院88年判字第3498號、95年判字第1599號判決。

法人人格仍視為存續⁷⁶，行政執行署聲請強制執行甲公司的財產，為有理由。

第五項 財團法人

我國「財團法人法」於107年8月制定公布，因此關於財團法人之規範，於特別法有特別規定者，從其規定（例如私立學校法、醫療法的醫療財團法人等），其次應依財團法人法之規定，財團法人法未規定者，適用民法規定（財團法人法第1條第2項）。

第一款 財團的種類與設立

財團法人可分為政府捐助之財團法人及民間捐助之財團法人。前者指由政府機關（構）、公法人、公營事業捐助成立，且其捐助財產合計超過該財團法人基金總額百分之五十之財團法人；後者指政府捐助之財團法人以外之財團法人（財團法人法第2條第2、4項）。

又財團法人可分為地方性財團法人及全國性財團法人。前者指捐助章程規定其主要業務或受益範圍僅及於單一縣市行政區域，並由地方主管機關許可設立之財團法人；後者指捐助章程規定其主要業務或受益範圍非僅及於單一縣市行政區域，並由中央主管機關許可設立之財團法人（財團法人法第2條第7、8項）。地方性財團法人得變更為全國性財團法人，後者亦得變更為前者（財團法人法第4條第3項）。又地方性財團法人及全國性財團法人於成立後，經申請許可者，均得更改其主管機關（財團法人法第4條第1、2項）。

無論何種財團法人，均為財產的集合體，以財產為基礎的公益法人，需由政府機關或民間捐助人捐助財產設立。捐助財產之人，不以多數人為必要，一人亦得捐助財產，成立財團。所捐助的財產，構成財團法人基金，應向法院登記；其基金財產項目及額度數額，由行政院定之（財團法人法第2條第5、6項）。財團的成立方式為：一、設立人捐助

⁷⁶ 臺中高等行政法院99年訴字第181號判決、臺北高等行政法院99年再字第12號判決。

財產、二、訂立捐助章程（第60條、財團法人法第7條第1項）。三、得主管機關之許可（第59條）。四、於法院登記完畢（第30條），始取得法人資格。

一、捐助行為

甲與乙二兄弟幼年貧困，成年後，合力開工廠，勤儉奮發，事業有成。老年後，感念老天爺恩澤，由甲捐助現金，乙捐助其對銀行的貸款，設立「含辛慈幼照顧基金會」。甲不願出名，僅由乙出名訂立捐助章程，訂明捐助財產為「現金5,000萬元及貸款金額1,000萬元」。在法院為設立登記後，乙遲遲未交付捐助款項於慈幼基金會。乙之丙妻同意以現金6,000萬元捐給該基金會，但要求必須擔任董事職務。問：

1. 本案的捐助人為何人？
2. 乙可否拒絕交付捐款，撤銷其捐助行為？
3. 若甲及乙均拒絕交付捐助財產，如何處理？
4. 丙的捐贈行為，是否有效？

（一）捐助與捐贈

按「捐助」行為，指捐助人以設立財團法人為目的而捐出財產，性質屬單獨行為，捐助財產為財團法人設立時第一次取得的財產。捐助行為分為生前捐助行為及遺囑捐贈（第60條第1項）。生前捐助行為應訂立捐助章程，屬於要式行為⁷⁷。某甲未參與訂立捐助章程，僅為「捐資人」，而非捐助人，從而本案僅乙一人為捐助人。

捐助人之捐助行為生效後，捐助人及捐助金額即屬確定，日後縱因財團法人接受捐贈，致財產總額增加，亦不發生捐助人變更之問題⁷⁸。本案丙於基金會成立後，捐出財產，係對財團法人的「捐贈」，與捐助

⁷⁷ 王澤鑑，民總，第227頁；最高法院88年台上字第223號判決。林誠二教授認為捐助行為與捐助章程係屬二事，捐助行為為非要式行為。林誠二，論捐助行為之撤銷及捐助財產之處分，收錄於民法問題與實例解析，第一冊，第113頁（2005年）。

⁷⁸ 司法院民國84年10月18日(84)秘台廳民三字第18579號函。

不同。

「捐贈」為財團法人設立後各界對該財團法人所為的贈與行為，性質上屬於贈與契約，捐贈財產為財團法人設立後所取得的財產。依民法第412條規定，捐贈者得為附負擔之贈與。亦即贈與人約定為贈與時，得為自己、第三人或公益計而附加約款，使受贈人負擔某種作為或不作為之義務。捐贈人於捐贈財團法人時倘附有負擔，對該財團法人並無不利，於負擔行為不違反捐助章程及相關法令之前提下，得請求財團法人履行負擔或撤銷贈與⁷⁹。例如，捐贈人指定用途為頒發獎學金或興建教學大樓，並無不法，應屬有效之贈與負擔。本案丙則捐贈基金會6,000萬元，但要求必須擔任董事，應認為其為贈與之負擔，對該財團法人不利，與財團法人之公益性質不符，因而無效，但贈與本身則為有效。

(二)捐助的撤回

捐助人於訂立章程時，成立捐助行為。捐助行為何時生效，有認為捐助人一旦作成意思表示，即發生效力，本人及繼承人均不能撤回者⁸⁰。但通說認為，生前捐助行為係於主管機關許可時，發生效力，捐助人於受主管機關許可之前，得撤回其捐助行為⁸¹。實務見解更認為，申請人僅於法人登記完成後，始不得撤回捐助行為⁸²。

換言之，在財團法人「訂立捐助章程後至主管機關許可前」、「主管機關許可設立後至設立登記完成前」及「設立登記完畢後」三個階段，學者通說認為，僅於第一階段，捐助人得撤回捐助行為；但實務見解則認為，在第一及第二階段，均得撤回其捐助行為。本案乙係於基金會設立登記後（第三階段），主張撤回其捐助行為，並無理由。

(三)捐助財產移轉義務

財團法人之成立，以捐助人捐助一定數額之財產為其組織基礎。捐

⁷⁹ 法務部民國101年11月16日法律字第10100234860號。

⁸⁰ 林誠二，同註77，第113頁。

⁸¹ 王澤鑑，民總，第227頁；洪遜欣，民總，第153頁；史尚寬，民總，第204頁；邱聰智，民總（上），第372頁。在遺囑捐助行為，則無論是否提出申請設立，其繼承人均不得撤回。

⁸² 法務部民國95年03月13日法律決字第0950001647號。

助人捐助的財產總額，應足以達成其設立目的。捐助財產，除現金外，得以其他動產、不動產或有價證券代之（財團法人法第9條）。實務上認為，捐助財產之種類如何，法律上並無限制，物權、準物權、無體財產權，甚至有價證券等股票，不論上市與否，均可成為捐助財產⁸³。但以貸款為捐助金額，則非合法⁸⁴。因此本件慈幼基金會的捐助財產為現金5,000萬元，而非6,000萬元。

法人一經法院依法登記於法人登記簿，即行成立而取得法人資格，得為權利義務主體，捐助人即負有依捐助章程所載財產目錄，移轉所捐財產為法人所有之義務。若因故無法完成所捐助財產之全部移轉，致法人無法於設立登記後90日內向法院繳驗財產移轉證明時，為免法人因組織基礎變動致無法達成設立目的，及為維護公益，主管機關得撤銷其設立許可，法院應撤銷其設立登記。財團法人法第11條第5款規定：申請財團法人設立許可，如未依規定將全部捐助財產移轉為財團法人所有，主管機關應撤銷或廢止其許可，可資參照。

此時，由該法人之清算人（第37、38條）向法院聲請法人解散之登記（非訟事件法第88條第3項規定）。於清算程序中，清算人應依規定「收取債權」（第40條第1項第2款），捐助人既負有移轉所有權於財團法人之義務，清算人自應請求捐助人履行義務。於捐助人履行所有權移轉義務後，再依民法第40條及第44條等規定，進行其他清算及賸餘財產歸屬事宜⁸⁵。

據此，本案由於甲並未出名為捐助人，因此不負移轉財產之義務。若乙拒絕交付現金5,000萬元時，主管機關應撤銷其設立許可，並通知法院，由法院選任清算人，向乙請求移轉財產，並於取得財產，清償債務後，將剩餘財產依章程規定處理，但不得歸屬於自然人或營利團體。無章程規定時，應將財產歸屬於法人所在地之地方自治團體。

⁸³ 法務部民國78年12月13日78法律字第20307號。

⁸⁴ 前司司法行政部民國66年03月14日66台函民字第02088號。

⁸⁵ 司法院秘書長民國89年10月02日89秘台廳民三字第18616號、法務部民國95年03月13日法律決字第0950001647號。

二、訂立章程

財團法人之成立，需由捐助人訂立捐助章程。但以遺囑捐贈者，不在此限（第60條第1項；財團法人法第7條第1項）。捐助章程，應訂明法人目的、捐助財產之數額、業務項目、董事人數及任期、董事會之組織及決議方法、財團的管理方法等事項（第60條第2項、第62條；財團法人法第8條第1項）。

甲及乙捐助設立「茹苦慈善基金會」，訂立捐助章程如下：

茹苦慈善基金會捐助章程

- 一、本會目的：以弘揚臺灣傳統慈善文化、獎勵出國深造為目的。
- 二、本會基金：預定以五千萬元為目標及不動產自由捐贈之，除創辦人捐助第一期基金二千萬元外，其餘將於基金會成立後三年內陸續籌足。
- 三、本會組織：本會以捐助人大會為最高意思機關，以董事會執行本會之會務。
- 四、本會董事五人，由捐助人選任之，原始捐助人永為本會之董事。
- 五、管理方法：本會得投資股票買賣，以維護本會永續經營。
- 六、業務項目：本會頒行的獎學金對象，以在大成公司服務十年以上的員工子女為限。
- 七、本會按月給付捐助人新台幣十萬元及本會執行業務盈餘的一定比例。
- 八、本會之董事選舉權及被選舉權，依所捐金額及捐贈金額比例訂之。
- 九、本會如經解散，其剩餘財產按比例歸屬於原捐助人。
- 十、捐助人之權利，得依法由其繼承人繼承之。
- 十一、按捐助金比例為本會籌措資金者，得視同原始捐助人。
- 十二、本章程規定如有未盡事宜，由捐助人大會或董事會決議修改之。

問：上開捐助章程之規定，是否合法？

(一)章程的訂定

1.財團的目的

財團法人之成立係以財產之集合為基礎，屬他律法人。財團法人具有公益性質，係指其終局目的而言，以與營利法人相區別。財團法人非以從事公益為設立目的者，主管機關應不予許可（財團法人法第11條第1款）。至財團法人之受益對象究為一般不特定多數人或特定多數人，均不影響財團法人之公益性質。但財團法人辦理獎助時，除應符合捐助章程所定業務項目外，並應符合普遍性及公平性原則（財團法人法第21條第1項）。因此，如受益者僅為特定少數人者，與財團法人之公益性質不合，不得成立⁸⁶。茹苦慈善基金會以弘揚臺灣傳統慈善文化為目的，顯然適法。但其獎學金設置之目的，限於在大成公司服務10年以上的員工子女為限，則非適法。

2.財團的財產

(1)財團法人係以捐助財產為其組織基礎，苟無捐助財產，則財團法人無從成立，因此其捐助金額於法人成立時須已確定。財團法人申請設立登記時，章程上應明確記載其種類及總額（財團法人法第8條第1項第2款）。本案捐助章程規定「本會基金以新臺幣五千萬為目標」，究竟捐助財產若干，有欠明確。「不動產自由捐贈之」，其財產亦非明確。如根本尚無確實之財產，其財團法人成立要件即有欠缺，主管機關應不予以許可（財團法人法第11條第5款）⁸⁷。

(2)財團之設立係以公益為目的，財團法人存續中，不得藉任何理由，對捐助人或董事分配盈餘。如章程訂定財團法人解散後，其剩餘財產按捐助金額之比例歸屬捐助人者，其結果與營利社團法人無殊，主管機關應不予以許可（財團法人法第11條第2款）⁸⁸。

⁸⁶ 法務部民國78年03月20日(78)法律決字第5225號、前司法行政部民國68年04月10日(68)台函民字第03294號。

⁸⁷ 前司法行政部民國68年04月11日(68)台函民字第03375號、司法院民國71年08月05日(71)院台廳(一)字第04384號。

⁸⁸ 前司法行政部民國66年05月04日(66)台函民字第03696號、司法院民國71年11月16日(71)院台廳一字第06053號、司法院民國71年09月24日(71)院台廳一字第05369號。

3. 財團的業務項目

財團法人捐助章程，應記載其業務項目（財團法人法第8條第1項第3款）。本案捐助章程記載其業務範圍為弘揚台灣傳統慈善文化及獎勵出國深造，應屬合法。

4. 財團的組織

(1) 財團法人捐助章程應記載董事會之組織、職權及決議方法，並應記載董事及設有監察人者，其名額、資格、產生方式、任期及選任與解任等事項（財團法人法第8條第1項第4、5款）。本案之法人章程中僅訂明選舉董監事之規定，而無罷免董監事之條文，若該法人認為有必要時，得依民法第62條規定向法院聲請為必要之處分⁸⁹。

(2) 捐助章程規定，捐助人永為該法人董事者，應認為違反設立目的，不准登記⁹⁰。

(3) 財團法人係財產的集合體，以捐助人所提供之財產為基礎，捐助人並無社員權可言，更不能有社員總會之組織。如捐助章程規定，以捐助人會議或會員大會為財團法人之最高意思機關者，不應准許⁹¹。

5. 財團的管理方法及捐助財產的保管運用方法

(1) 捐助人捐助財產成立財團，係為辦理公益事業，並非以自該財團獲得經濟上之利益為目的，對於財團法人不得享有財產上之權利。如捐助章程訂定捐助人對於該財團享有優待或金錢上之酬勞，或訂定按捐助金額之多寡，計算捐助人之選舉權或被選舉權，或訂定捐助人權利，得由其繼承人繼承者，均與財團法人之性質不合，不應准予登記⁹²。

(2) 財團法人在性質上為他律法人，捐助章程一經登記，即不得任意修正。捐助章程有欠完備時，不能由董事會以決議方式變更之，捐助人亦不得自行補充，捐助章程訂有信徒大會、董事或捐助人得修改章程之

⁸⁹ 內政部位民國80年10月02日台內民字第8078642號。

⁹⁰ 前司法行政部民國68年04月11日(68)台函民字第03375號。

⁹¹ 前司法行政部民國66年05月04日(66)台函民字第03696號、司法院民國71年12月10日(71)院台廳一字第06410號、司法院民國71年08月05日(71)院台廳(一)字第04384號。

⁹² 前司法行政部民國66年05月04日(66)台函民字第03696號。

規定者，該項規定應屬無效⁹³。

(二)章程的變更

張達德慈善基金會以董事會決議，修訂以下章程規定，是否合法？

1. 變更基金會名稱，以擴大業務；
2. 於捐助章程所未規定之地區設置分事務所；
3. 規定因解散清算時，剩餘財產於清償債務後，捐贈予財團法人張文德慈善事業基金會。
4. 因受領大額捐款1億元，修改章程之捐助財產總額為1億5,000萬元。
5. 變更財團法人張達德慈善基金會為社團法人張達德慈善協會。

按財團法人為他律法人，捐助章程如經登記，財團法人本身或捐助人均不得自行修改捐助章程，其董事或董事會亦不得以決議修正而自行變更之。在必須變更章程時，若涉及財團的組織變更及重要的管理方法不具備，應先依民法第62條後段或第63條之規定，聲請法院為必要之處分或變更其組織。如不屬於上述事項，則只須取得目的事業主管機關之許可，即可向法院聲請變更登記⁹⁴。

本案修訂章程，規定於解散清算時，將剩餘財產捐贈其他財團法人，屬於財團組織及重要管理方法的變更，應依民法第62條後段規定聲請法院為必要之處分。至於關於變更基金會名稱，以擴大業務，以及財團法人擬於捐助章程所未規定之地區設置分事務所者，則應報請主管機關許可後，辦理變更登記即可⁹⁵。

關於捐助財產，於捐助人之捐助行為生效後，捐助人及捐助金額即

⁹³ 同前註、法務部民國100年04月15日法律字第1000004217號。

⁹⁴ 司法院秘書長民國96年03月28日秘台廳民三字第0960002946號、司法院秘書長民國96年11月09日秘台廳民三字第0960022234號、司法院民國76年09月30日(76)秘台廳(一)字第01812號。

⁹⁵ 法務部民國78年09月13日(78)法律字第15999號、法務部民國96年11月07日法律法字第0960040891號、臺灣高等法院85年抗字第497號裁定。

屬確定，日後縱因財團接受贈與致財產總額增加，亦不發生捐助人數及捐助金額變更之問題，無須變更章程，僅財產總額之登記，應予變更而已⁹⁶。

最後，財團法人係以特定之公益目的與一定之財產為其法定存在要件，性質上屬於他律法人。財團法人之機關無權決定將財團法人改組為與其人格、性質完全不相同之社團法人。此項改組已超出原財團法人之特定公益目的，屬於違反捐助章程之行為，為法所不許⁹⁷。

三、主管機關許可

民法第59條規定：「財團於登記前，應得主管機關之許可。」第32條規定：「受設立許可之法人，其業務屬於主管機關監督。」第34條規定：「法人違反設立許可之條件者，主管機關得撤銷其許可。」據此，主管機關對財團具有許可權、監護權及撤銷財團許可之權。所稱「主管機關」，係指中央目的事業主管機關，並非地方自治事項⁹⁸。例如，文教財團法人，屬於教育部主管；醫療財團法人，屬於衛生福利部主管。

財團法人法第11條規定，申請財團法人設立許可時，如有以下情形，主管機關應不予許可：(一)非以從事公益為設立目的；(二)捐助章程規定解散時，其賸餘財產歸屬於自然人或以營利為目的之法人、團體；(三)捐助財產未達主管機關所定最低總額；(四)捐助財產或其證明文件虛偽不實；(五)為恐怖組織、恐怖分子或從事恐怖活動之人，直接或間接收集、提供財物或財產上利益；(六)其他違反法律或法規命令所定財團法人設立許可條件之規定。

慈恩佛會坐落於住宅區之公寓，由前任住持甲以遺囑捐助成立，申請成立財團法人，主管機關應否准許？

新設立財團法人之寺廟，須完成寺廟登記後始准設立；非宗教上建築物，不許辦理寺廟登記。本件慈恩佛會雖係以遺囑捐助財團法人，無

⁹⁶ 同註92。

⁹⁷ 司法院民國72年05月21日(72)秘台廳(一)字第01359號。

⁹⁸ 法務部民國97年07月02日法律決字第0970023252號。

須訂立捐助章程，但仍須目的事業主管機關之許可，始准設立。該佛會係坐落於住宅區之公寓，未具有寺廟傳統建築形式，且非專供宗教使用之建築物，其未辦理寺廟登記，僅屬民間所稱神壇性質，無法取得財團法人設立之許可⁹⁹。

四、法院登記

民法第30條規定：「法人非經向主管機關登記，不得成立。」所謂主管機關係指法院而言。法人，無論社團或財團，均須向法院完成登記後，始取得權利能力，而成為權利義務之主體。

財團法人應登記之事項，包含目的、名稱、財產總額及董事、監察人等（第61條），非經登記，不得以其事項對抗第三人（第31條、財團法人法第12條第3項）。

依據財團法人法第5條第1項規定，財團法人之名稱，應於法人名稱前冠以「財團法人」之文字，如「財團法人私立黎明工業職業學校」。地方性財團法人並應冠以地方自治團體之名稱，如「台北市財團法人幼教慈善基金會」。

財團法人之設立，係以社會公益為目的，不得具有營利性質。財團法人中華氣象研究發展中心捐助及組織章程第2條記載，其設立宗旨為「本中心……為工商各界提供氣象及環境評估服務，以減輕天然與人為災害，發揮大氣環境科學之經濟效益為目的。」但在同章程第6條則規定：「本中心基金及收入，得如左列之運用：(一)購買公債庫券。(二)購買商業票券。(三)投資氣象、環境、觀光及生產等事業。(四)投資不動產。」顯然非以公益為目的，於法未合，不應准許登記¹⁰⁰。

依財團法人法第13條規定，財團法人未經設立登記，不得以財團法人名義對外募集財物、辦理業務或為其他法律行為。違反此規定者，其募集所得或無償收受之財物，原則上應返還捐贈人。

再者，同一法人不能兼具社團與財團兩種資格，故已設立登記之社團，不得加辦財團法人登記。蓋因社團係以人為結合之基礎，而財團則

⁹⁹ 最高行政法院75年判字第36號判決。

¹⁰⁰ 司法院民國71年03月20日(71)院台廳一字第02123號。

以財產為成立之基礎，兩者在性質上並不相容¹⁰¹。

第二款 財團的組織與管理

一、財團的組織

在社團法人，董事及社團總會係屬必備機關，監察人為任意機關。在財團法人，既為財產集合之組織體，不得有法人之成員，因此並無會員大會之組織。至於監察人，亦屬任意機關，從而財團法人的必備機關僅有董事而已。財團的捐助章程應記載董事之名稱，民間捐助之財團法人應設置董事會（財團法人法第8、39條）作為其執行機關，並得設置監察人為其監察機關，但不得設置社員總會（80台抗365號裁定）。

（一）董 事

甲財團法人由A、B、C、D及E捐助成立並擔任董事，由A擔任董事長。該法人董事會依捐助章程規定，決議出售所有的土地一筆，作為執行業務活動之用。B董事因異議不成，請求甲財團法人召集董事會罷免A董事長。B被拒絕後，憤而提出辭職，簽立辭職書交付甲財團法人。事後B後悔，表示要繼續擔任董事，但A董事長突然病逝，無人召集董事會予以推選。問：甲財團法人出售土地及B董事請求罷免董事及其辭職，是否有效？新任董事長，如何產生？

1. 董事的任命及酬勞

財團法人之組織，由捐助人以捐助章程定之。在登記時，應登記董事之姓名及住所（第61條）。通常財團法人的董事，係由捐助人或其指定之人擔任，其後董事，則由原卸任董事推選產生。為避免產生萬年董事，促進董事人員之流動，民間捐助之財團法人董事之任期，每屆不得逾4年；期滿連任之董事，不得逾改選董事總人數五分之四（財團法人法第40條第1項）。

再者，為避免財團法人家族化，民間捐助之財團法人董事相互間有

¹⁰¹ 法務部民國78年07月08日(78)法律字第12494號。

配偶或三親等內親屬之關係者，不得超過其總人數三分之一。但性質特殊經主管機關核准者，不在此限（財團法人法第41條第1項）。至於章程規定之董事人數，可僅規定上下限，授權董事會在此範圍內決定。例如：「本會董事會置董事21人至31人；董事因故無法行使職權時，由董事會補選適當人員繼任。¹⁰²」

董事得否支領固定薪資之酬勞，及得否兼任工作人員（如兼任執行長）並領兼任酬勞，過去法務部認為，應由捐助章程定之。違反章程規定之支領酬勞，得依民法第64條規定，聲請法院宣告其行為為無效。但在法院宣告前，仍屬有效¹⁰³。但財團法人法第39條第3項則規定，民間捐助之財團法人董事，均為無給職，僅董事長係專職者，始得經董事會決議為有給職。

若原本章程並無關於董事得酌支車馬費的規定，祇須取得目的事業主管機關之許可，即可變更章程，無須依民法第62條或第63條規定，聲請法院為必要之處分（85台抗320號裁定）。

財團法人法第15條特別規定，董事利益衝突迴避條款，於董事得因其作為或不作為，直接或間接使本人或其關係人獲取利益之情形，應自行迴避。第16條揭示禁止圖利條款，規定董事不得假借職務上之權力、機會或方法，圖其本人或關係人之利益。因此，如財團法人之董事對法人存有債務，致法人與董事長本身之利益相反時，可由主管機關、檢察官或利害關係人聲請法院為必要之處分（第62條）¹⁰⁴。

2. 董事與董事會的權限

董事就法人事務，對外代表法人，對內執行職務，對於法人事務之執行有同意與否的權限，乃財團法人最重要的常設機關（第27條）。民間捐助之財團法人應設董事會（財團法人法第39條第1項）由董事長對內為董事會主席，對外代表財團法人（財團法人法第43條第1項）。

民間捐助的財團法人董事會，由董事長召集，每半年至少開會一

¹⁰² 法務部民國100年07月05日法律字第1000013952號。

¹⁰³ 法務部民國99年07月16日法律決字第0999019941號。

¹⁰⁴ 法務部民國96年04月10日法律決字第0960012404號。

次。董事長未依規定召集會議，經現任董事總人數三分之一以上以書面提出會議目的及召集理由，請求召集董事會議時，董事長應自受請求後10日內召集之。屆期不為召集之通知，得由請求之董事報經主管機關許可，自行召集之（財團法人法第43條第2、6項）。

董事會的職權，包含經費籌措與財產管理、工作計畫研訂與推動、內部組織之訂定及管理、年度預算及決算之審定、以及董事及董事長的改選與解任等。但對於捐助章程的變更、財團合併、及不動產處分及設定負擔等，董事會僅有擬議之權，須經主管機關許可後，始得為之（財團法人法第44、45條第2項）。因此，章程不得訂定，僅由董事會或會員大會決議，即得處分之¹⁰⁵。縱使章程規定：「如因有益於本財團而為出售本財團所有之不動產，得隨時召集董事會決定之」，其決定出售土地，仍為無效。

又財團法人之重要事項，如捐助章程的變更、不動產處分及設定負擔、選任或解任董事、或財團合併等，應經董事會特別決議，並陳報主管機關許可後行之（財團法人法第34、45條第2項）。

此外，財團法人法新設臨時董事制度，規定民間捐助之財團法人董事會不為或不能行使職權，致財團法人有受損害之虞時，法院因主管機關、檢察官或利害關係人之聲請，得選任一人以上之臨時董事，並指定其中一人為臨時董事長，代行董事會及董事長之職權。但以一年為限，必要時得再延長一年（財團法人法第47條第2項）。

3. 董事的解任

董事與法人為執行職務而成立之契約關係，應屬委任或僱傭之性質。除訂有期限之僱傭契約外，原則上董事得隨時終止委任契約。

董事之辭職，依民法第549條第1項規定，董事一經提出辭職，無須法人同意，即當然喪失董事身分¹⁰⁶。本案B董事簽立辭職書交付甲財團法人時，委任契約已經終止，事後B又表示要擔任董事，必須經由甲財

¹⁰⁵ 司法院民國71年12月10日(71)院台廳一字第06410號、司法院民國71年08月05日(71)院台廳(一)字第04384號。

¹⁰⁶ 施啟揚，民總，第140頁；法務部民國96年04月30日法律決字第0960015479號。

團法人重新委任。

關於董事職務之解除，得由法院爲之。民法第33條第2項規定：受設立許可法人之董事或監察人違反法令或章程，足以危害公益或法人之利益者，主管機關得請求法院解除其職務，並爲其他必要之處置。財團法人法第47條第6項並規定：有事實足認臨時董事有不適任之情事者，法院得依主管機關、檢察官或利害關係人之聲請解任之。是以，法院有解除董事之權。

此外，董事職務之解除，亦得由主管機關爲之。財團法人法第29條規定：董事執行職務有會計帳冊記載不實、拒絕主管機關檢查、或其他違反法規之作爲或不作爲時，主管機關得於命限期改善無效後，解除董事職務。

本案B董事請求甲財團法人召集董事會解除A董事職務，並非合法，必須依民法第33條第2項規定，報請主管機關，請求法院解除其董事職務；或依財團法人法第29條，請求主管機關解除A董事職務。

再者，若財團法人捐助章程未規定董事的解聘條件時，從健全財團組織利於法人運作而言，仍應認係組織不完全，得依民法第62條之規定，聲請法院爲必要處分，而解免其職務¹⁰⁷。

至於董事被法院裁定解除職務後（如董事侵占公款），得否連任董事，應依財團法人捐助章程之規定定之。如財團法人捐助章程對於董事的積極資格予以規定者（如董事應就社會德高望重、熱心公益慈善人士中推選），被解任的董事自不得續任董事¹⁰⁸。

在董事長死亡致董事出缺時，應依章程規定，提名補選董事後，重新推選董事長。若捐助章程規定：「新任董事，需由董事長提名，經董事會選舉之。」因董事長已死亡，以致於無法推選新任董事時，得認爲係屬民法第62條規定之「財團捐助章程重要之管理方法不具備」，而聲請法院爲必要的處分。財團法人法第40條第4項並規定：「董事於任期屆滿前，因辭職、死亡，或因故無法執行職務被解任者，得另選其他人

¹⁰⁷ 司法院秘書長民國83年05月02日(83)秘台廳民三字第07191號。

¹⁰⁸ 司法院民國75年11月19日(75)秘台廳(一)字第01806號。

選繼任，至原任期屆滿為止。」以避免繼任董事任期之疑義。

(二)監察人

民間捐助的財團法人，其監察人非屬必備機關，但捐助章程得規定設置監察人若干人。政府捐助之財團法人，依法應置監察人，其中至少一人由主管機關遴聘之。政府捐助之財團法人，其常務監察人應列席董事會；其未列席足以危害公益或政府捐助之財團法人之利益者，主管機關得解除其職務，並為其他必要之處置（財團法人法第49條第5款）。

監察人之職權，限於法人之內部關係，以監察法人事務之執行為主要目的，原則上對外不代表法人。其職權如下：1.監督業務之執行及財務狀況。2.稽核財務帳冊、文件及財產資料。3.監督依相關法令規定及捐助章程執行事務（財團法人法第46條）。

在社團法人，董事不為召集總會時，依民法第51條第1項規定，得由監察人召集之。至於財團法人則無由監察人代董事召開董事會之規定，且不得類推適用之¹⁰⁹。因而在財團董事長不為召集董事會時，僅得依財團法人法第43條第6項規定，由董事請求召集，或經主管機關許可後召集之。

(三)會員大會

玉山靜佛寺設立捐助章程訂定：「1.本會信徒大會為最高意思權力機關。2.董事及管理人由信徒大會選舉之。3.信徒代表會有聽取事務報告，議決收支，章程事項之權。4.董事會負有執行信徒代表會決議事項之職務。」是否合法？

財團法人為財產之集合，屬他律法人，並無社員或股東之概念，故無法由社員總會或股東會作為法人的最高意思機關。若捐助章程訂立，以社員總會為財團法人的最高意思機關者，不生效力¹¹⁰。在宗教財團法人，捐助章程亦不得訂定以信徒或教徒大會為財團法人之最高權力機關，其訂定者，不生法律上之效力。

¹⁰⁹ 法務部民國94年06月10日法律決字第0940019647號。

¹¹⁰ 最高法院80年台抗字第365號裁定。

據此，本件捐助章程訂定：信徒代表會有聽取事務報告，議決收支，章程事項之權，董事會負有執行信徒代表會決議事項之職務，使信徒代表會成為該財團法人之最高意思權力機關，應非合法¹¹¹。

寺廟的信徒大會雖不得為財團法人的最高權力機關，但得由捐助人在捐助章程內，訂定信徒大會為財團內部組織，作為寺廟選舉董監事、限制董事代表權的機關（第62條、第61條第1項第7款）。此時，捐助章程內應將信徒資格之確定方法，信徒大會之召開程序、決議成立方式及信徒大會之合法權限等事項為明確之規定¹¹²。

二、財團的管理

財團法人喜樂書房設立登記之目的為：「出版、編譯、經售傳揚耶穌基督福音之書籍、雜誌等」；捐助章程規定：「得進行投資及設立衍生事業。」董事會擬從事下列行為，法律效力如何？

1. 利用孳息購買公司股票、公司債及債券型基金。
2. 到國外投資新創設立「上海喜樂文化信息諮詢有限公司」。
3. 投資久負盛名的「陳品書局股份有限公司」。
4. 將其汽車捐贈於財團法人臺北基督教會。
5. 出售土地，捐贈於國立大學宗教學院興建教學大樓。

（一）財團財產的保管與運用

財團法人係屬公益法人，不得以營利為目的，原則上不得從事投資行為，否則即與營利法人無異。但為從事財團法人的業務項目，必然需求資金投入，以求永續經營之目的。財團法人法第18條規定：「財團法人應以捐助財產孳息及設立登記後之各項所得，辦理符合設立目的及捐助章程所定之業務。」亦即財團法人僅得以孳息及捐助財產以外之所得（如捐贈），辦理業務。至於捐助財產本身，原則上不得動用。但捐助財產超過主管機關所定最低捐助財產總額，為辦理捐助章程所定業務所

¹¹¹ 司法院民國71年12月29日(71)院台廳一字第06646號。

¹¹² 內政部民國66年08月29日台內民字第642188號、臺灣省政府民政廳民國85年07月30日(85)民五字第27709號。

必需，得動用其超過部分（財團法人法第19條第4項第4款）。

財團法人之財產可能因時代久遠而貶值或喪失其經濟價值，不利於財團法人希冀永續經營公益事業之目的。因此，法律上對於財團法人財產之保管與運用，一方面應盡可能維持捐助財產不致於減少，他方面亦應提升財團法人財產之價值。

就此，依據財團法人法之規定，財團法人財產原則上應存放於金融機構，作為保管方法。至於其財產運用方式，分述如下（財團法人法第19條）：

1. 財產保管方法

財團法人得購置業務所需之動產及不動產（第19條第2項第3款）。此外，其財產應存放於金融機構，其資金不得寄託或借貸予董事、監察人、其他個人或非金融機構。蓋此種寄託或借貸，有喪失法人財產之虞（第19條第2項第1款）。

2. 保本型投資

財團法人得購買公債、國庫券、中央銀行儲蓄券、金融債券、可轉讓之銀行定期存單、銀行承兌匯票、銀行或票券金融公司保證發行之商業本票（第19條第2項第2款）。蓋此種投資，係屬保存財團之保值行為。但如財團法人投資設立公司，由財團法人之代表經營公司業務，所有盈虧則歸屬於財團法人，實即由財團法人透過公司形式營利，不僅與財團法人之本質有違，且與法律所區分財團法人與社團法人之旨亦屬不合，不應許可¹¹³。據此，本案喜樂書房投資設立「上海喜樂文化信息諮詢有限公司」，並非合法。

3. 冒險型投資

由於冒險型投資，可能危及財團法人之財產，在投資標的及投資金額上，應受某種限制。財團法人得(1)本於安全可靠之原則，購買公開發行之有擔保公司債、國內證券投資信託公司發行之固定收益型之受益憑證；(2)於財團法人財產總額百分之五範圍內購買股票，且對單一公司持

¹¹³ 行政院民國73年05月02日73台經字第6807號函釋。

股比率不得逾該公司資本額百分之五（第19條第2項第4、5款）。因此，本案喜樂書房購買股票、投資「陳品書局股份有限公司」，如符合上述規定，即屬合法。

此外，財團法人法第20條第2項規定：「財團法人不得為公司無限責任股東、有限合夥之普通合夥人或合夥事業之合夥人。」蓋此類股東或合夥人依法應負無限責任，將使財團法人財產陷於全部消滅可能之狀態，與財團法人永續經營之目的不符¹¹⁴。

4. 主管機關規定之投資方式

主管機關得本於安全可靠之原則，就其他有助於增加財源之投資，規定其項目及額度（第19條第2項第6款）。例如法務財團法人設立許可及監督準則第17條後段明文規定，除依法令運用所捐財產及各項收入外，不得有其他營利行為。經濟事務財團法人設立許可及監督準則第14條則明定，財團法人財產之運用，合於規定並經經濟部專案核定者，得為投資之行為。

（二）贈與行為

財團法人在未解散前，將其財產之一部或全部捐贈於另一財團法人，此種贈與行為是否有效，須就其具體情形，分別論斷。如為全部的捐贈，則法人本身毫無財產保留，無從完成其特定之目的，與法定存在要件有違，其贈與雖非當然無效，但利害關係人得依民法第64條規定，聲請法院宣告其捐贈行為無效。

如為一部的捐贈，倘係出於法人之特定目的範圍內，其剩餘之財產仍足以達成其設立目的及業務宗旨時，尚難謂非達成法人目的之一種活動，自不能否定其效力。準此，財團法人捐贈財產之效果，須視個案情形，並以「捐贈行為是否使財團法人無從完成其特定之目的，而導致欠缺財團法人法定存在要件」為判斷標準，判斷財團法人捐贈其財產行為之效力¹¹⁵。是以，本案喜樂書房捐贈汽車於臺北基督教會的行為，無損

¹¹⁴ 財團法人法第20條第1項並規定：「財團法人除依其他法律或捐助章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。」

¹¹⁵ 法務部民國100年01月05日法律字第0999054849號、法務部民國97年12月10日法律

於財團法人完成其特定目的，應認為有效。

依財團法人法之規定，財團法人辦理獎助或捐贈者，應以捐助章程所定業務項目為限，並應符合普遍性及公平性原則（第21條第1項）。財團法人對個別團體、法人或個人所為之獎助或捐贈，必須是獎助或捐贈予捐助章程所定特定對象，或獎助或捐贈支出來源，屬於捐助人指定用途之捐助財產，否則其獎助或捐助原則上不得超過財團法人當年度支出百分之十（第21條第2項）。

據此，若本案喜樂書房之捐助章程與設立目的，在於「弘揚基督徒生命與傳播教會真理，增進基督教義之研究」，且符合上開規定者，其售地捐款興建教學大樓之行爲，應屬合法。

若財團法人捐贈成立另一財團法人，是否允許？在北港朝天宮擬捐贈其財產，興建「媽祖紀念醫院」案件中，法務部認為：「財團法人北港朝天宮既以興辦公益事業為目的，則為遂行公益事業之目的範圍內非不得將財產捐贈他人，且捐贈對象不限於同性質之宗教財團法人。¹¹⁶」從而，在捐贈財產無損於北港朝天宮達成原設立目的之範圍內，得予准許。

(三)其他財產處分行爲

財團法人如欲處分財產，主管機關依照規定，得本於職權行使監督權。主管機關得詳審其董事會處分財產之決議與計畫，如有違反設立財團宗旨之行爲者，應予核駁。如其處分財產之行爲，不違反設立財團之宗旨，且合於其他有關法令之規定者，自可照准¹¹⁷。

財團法人既為公益法人，自不得分配財團財產之盈餘。因此財團法人第22條第1項規定：「財團法人對其捐助財產、孳息及其他各項所得，不得有分配賸餘之行爲。」否則即與營利法人無異。

此外，為禁止財團法人之不當移轉財產行爲，財團法人法第14條第1項規定：「財團法人不得以通謀、詐欺或其他不正當手段，將財產移

字第0970042841號、司法行政部民國46年04月08日46台函參字第1748號。

¹¹⁶ 法務部民國72年11月23日72法律字第14211號。

¹¹⁷ 前司法行政部民國67年11月30日67台函民字第10477號。

轉或運用於捐助人或其關係人，或由捐助人或其關係人擔任負責人、董事、監察人或經理人之營利事業。」

(四) 財團的合併行為

依財團法人法第34條規定，財團法人得於以下二種情形，與其他財團法人合併：1. 捐助章程訂明得與其他財團法人合併、或2. 有正當理由需與其他財團法人合併且捐助人並無反對之意思表示。此時，得經董事會全體董事四分之三以上出席，出席董事三分之二以上決議通過，並向主管機關申請許可後，與其他財團法人合併。據此，財團法人不得與股份有限公司合併，亦不得與其他財團法人合併後，成立股份有限公司。

財團法人合併後，應由存續或新設財團法人概括承受消滅財團法人之一切權利、義務（財團法人法第36條）。財團法人法同時規定財團法人合併時，其債權人的保護制度，及財團法人勞工權益保護制度，請予參照閱讀條文（財團法人法第35、38條）。

至於財團法人得否直接轉換為公益信託，民法並無規定，涉及財團法人人格消滅及其剩餘財產歸屬問題，需有法律特別規定、章程明定或總會決議為依據，始得為之¹¹⁸。

第三款 財團的監督

財團法人為他律法人，捐助章程不得自行變更，董事執行職務，須依捐助章程的規定。對於財團法人目的的達成、財團組織的變更或重要的管理方法，若需補充時，由於財團並無意思機關，財團法人本身並無自行決定之權，須依賴法院或主管機關進行監督，而為必要的處分、變更法人目的或組織等。

一、法院的監督

(一) 對組織與管理方法的必要處分

財團法人「臺北市七星農業發展基金會」的董事會決議：1. 本

¹¹⁸ 法務部民國97年07月24日法律字第0970020129號。

會名稱變更為財團法人「七星農業發展基金會」；2.變更本會的捐助目的為「推動民主政治及自由經濟發展，支援其他團體或個人制訂相關法案」；3.增加董事及監察人得酌支車馬費。上述章程變更，是否須經法院處分？

法院對財團的特殊監督機制，規定於民法第62條至第64條。關於民法第62條及第63條之關係，應解為：財團章程所定之組織不完全或重要之管理方法不具備時，得依第62條之規定，聲請法院為必要之處分。在法院為本條之必要處分時，為維持財團之目的或保存其財產，法院得依民法第63條之規定，變更財團之組織。換言之，變更財團組織為第62條規定之必要處分的一種方式。

依民法第62條規定，所謂財團之組織不完全，例如財團內部的董事會或監察人之組織不完全；所謂「重要之管理方法」，例如董監事之任免方式、董事會執行事務之決議方法及財團財產之管理方法等（臺灣高院85抗497號裁定）。法院依本條規定，得為必要之處分，如許可或駁回章程修訂董事聘任資格、人數或任期；許可或駁回財團的財產交付公益信託等。

依民法第62條規定，聲請法院就捐助章程為必要之處分者，以財團之組織不完全，或重要之管理方法不具備為要件。依民法第63條規定為聲請者，係為維持財團之目的或保存其財產，而聲請變更財團之組織。若非上開事項的章程變更，參酌民法第59條規定，僅須取得主管機關許可後，聲請法院辦理變更登記即可。財團僅需取得主管機關許可之章程變更，其修正變更之內容，並無任何限制，不以民法第65條規定者為限¹¹⁹。

最高法院90年台抗字第407號裁定強調：「因財團係他律法人，並無意思機關，法律乃賦予法院一定之補充處分權，此項補充處分權，自應以原捐助章程或遺囑所定之組織不完全，或重要之管理方法不具備之必要範圍內為之；又為維持財團之目的或保存其財產，法院之處分權僅止於維持財團之目的，而不能變更其目的，如屬變更財團之目的及為維

¹¹⁹ 司法院民國75年03月06日(75)秘台廳(一)字第01143號。

持此目的所必要之組織，則應依民法第六十五條之規定，由主管機關爲之。」

關於七星農會發展基金會決議之變更，依法應辦理的方式如下：

1. 關於財團名稱之變更，乃主管機關之許可事項，財團得經主管機關許可變更名稱後，依法人及夫妻財產制契約登記規則有關規定，逕向法院登記處聲請變更登記。法人名稱之變更，與財團組織及管理方法無涉，非屬民法第62、63條規定，應聲請法院爲章程之必要處分或變更組織的事項¹²⁰。

2. 關於財團捐助目的之改變，與捐助人當初的捐助目的不合，法院應依民法第62條規定，駁回變更章程之聲請（臺灣高院83抗709號裁定）。

3. 關於增加董事及監察人得酌支車馬費，則非屬財團之組織及重要的管理事項，而非屬民法第62、63條之規範事項（臺灣高院85抗497號裁定），僅須取得主管機關之許可即可。

(二) 董事行為無效的宣告

財團法人大河基金會，由甲、乙、丙等一共7人擔任董事，並由甲擔任董事長。在任期屆滿時，董事長拒絕辦理改選，乙董事乃申請其主管機關花蓮縣政府召開董事會選舉。在會議中，丁非董事，但參與改選會議，選出乙、丙、丁等7人為新任董事。甲欲起訴主張該財團法人之改選行為無效，應以何人為被告？該項改選，是否有效？

按民法第64條規定：「財團董事有違反捐助章程之行爲時，法院得因主管機關、檢察官或利害關係人之聲請，宣告其行爲無效。」（參照財團法人法第28條）此所稱利害關係人，係指對於董事違反捐助章程之行爲有利益之人，例如原捐助人或其繼承人。由於其他董事，其管理財團之職責與權限，亦受董事決議之影響，亦屬利害關係人（臺灣高院89

¹²⁰ 最高行政法院77年判字第2069號、最高法院85年台抗字第320號裁定。參見李淑如，捐助章程變更之效力，裁判時報，第12期，第169-177頁（2011年12月）。

上197號）。因此，本案甲董事為利害關係人。

董事會之召集，依一般章程規定，係由董事長召集之，董事長不召集時，由一定人數以上之董事向主管機關報備後，自行召集。本案董事長甲拒絕召集董事會，法律上應由其他董事報備後自行召集。然而本案卻由主管機關召集，違反章程規定，其改選董事之召集程序不合法。甲董事得以利害關係人之身分，依民法第64條規定，以參與改選行為之董事（乙、丙及丁等人）為被告（非以財團法人為被告），請求宣告該改選決議無效（97台上658號、82台上3168號）。

又「不具董事身分之人，以董事自居而為違反財團捐助章程之行為時，依舉輕以明重之法理，更屬當然無效（97台上2264號）。」丁並非董事而參與改選會議，甲董事得依民法第64條規定，聲請法院宣告其行為無效。

依民法第64條規定，在董事會之決議違反捐助章程時，由於董事會之決議為董事之行為，利害關係人得以決議行為之董事為被告，提起宣告該董事決議行為無效之訴，為具公益性質之形成之訴。該形成判決勝訴之形成力，具有對世效力，其效力及於訴訟當事人以外之財團法人（101台上1649號）。

二、主管機關的監督

（一）民法規定的監督方式

民法第32條規定：「受設立許可之法人，其業務屬於主管機關監督。」第59條規定：「財團於登記前，應得主管機關之許可。」第34條規定：「法人違反設立許可之條件者，主管機關得撤銷其許可。」所稱「主管機關」，係指中央目的事業主管機關。

財團法人在設立登記後，如財產總額有增加時，應否就增加後之財產總額全數向法院辦理變更登記，及創立基金是否因總財產併入變更登記，致所有資產皆不能動用，暨財產總額於變更登記後，是否可再變更減少等，屬於目的事業主管機關對財團法人之業務監督及財產檢查等權

責範圍¹²¹。

此外，依民法第65條規定，因情事變更，致財團之目的不能達到時，主管機關得斟酌捐助人之意思，變更其目的及其必要之組織。財團之捐助財產，不得作為他用，但為社會公益之目的，在符合捐助人之意思下，變更財團目的及組織，使財團符合社會經濟發展，得以永續經營，以免財團活動陷於停滯或解散。如愛盲基金會變更為盲啞殘障保護基金會；反核基金會於核電廠停止興建後，變更為環境保護基金會。

關於財團法人目的之變更，為主管機關之專屬權限，不得由法院為之。又民法第62條及第63條規定係以維持財團之目的為要件，亦即財團之目的有繼續維持之必要；而民法第65條規定則以因情事變更致財團之目的不能達成為要件，二者之要件不同。

(二)財團法人法規定的監督方式

財團法人法為強化財團法人之監督，規定許多監督機制如下：

1. 建立會計制度及內部控管制度

財團法人應建立會計制度，報主管機關備查。財團法人在法院登記之財產總額或年度收入總額達一定金額以上者，應建立內部控制及稽核制度，報主管機關備查；其財務報表應經會計師查核簽證，並應依主管機關之指導，訂定誠信經營規範（第24條）。

2. 資訊主動公開義務

財團法人應於每年年度開始後1個月內，將其當年工作計畫及經費預算；每年結束後5個月內，將其前一年度工作報告及財務報表，分別提請董事會通過後，送主管機關備查，並於備查後1個月內於新聞紙或電信網路公開之（財團法人法第25、26條）。

3. 財產狀況檢查

主管機關認為有必要時，得檢查財團法人之財產狀況及其有無違反許可條件或其他法律之規定（財團法人法第27條）。

¹²¹ 司法院秘書長民國100年11月09日秘台廳民三字第1000022082號。

4. 董事職務之解除

董事或監察人於執行職務範圍內，有記載不實或毀棄應保存之會計憑證、帳簿或報表；拒絕主管機關之檢查或不依規定造具表冊送主管機關；違反捐助章程所定設立目的或其他法律規定者，主管機關得命其限期改善；屆期不改善者，得解除其職務，並通知法院為登記（財團法人法第29條）。

為落實上開監督機制，財團法人法授與主管機關廢止財團法人許可之權。於財團法人有下列情形之一時，主管機關得予糾正，並命其限期改善；屆期不改善者，主管機關得廢止其許可：1. 違反設立許可條件、2. 違反本法、本法授權訂定之法規命令、捐助章程或遺囑、3. 管理、運作方式與設立目的不符、4. 辦理業務不善或財務狀況顯著惡化，已不足以達成其設立目的（財團法人法第30條）。

第四款 財團的消滅

財團消滅，如同社團，必須經過解散與清算程序。財團法人法第31條規定：「財團法人解散後，除因合併或破產而解散外，應即進行清算。前項清算程序，適用民法之規定；民法未規定者，準用股份有限公司清算之規定。」解散之財團法人，在清算之必要範圍內，視為存續（財團法人法第31條第2項）。

至於財團之解散，除法人之共同解散事由，即章程所定解散事由發生（第48條第9款）、撤銷許可（第34條、財團法人法第32條）、受破產宣告及法院宣告解散（第36條）外，財團特有的解散事由，則為民法第65條規定，於情事變更，致財團目的不能達成時，主管機關得解散之。蓋財團法人為他律法人，董事會並無決議解散財團法人之權限，其所為解散財團法人之決議，不生效力¹²²。

在財團解散清算後，由於財團屬公益性質，其剩餘財產不得歸屬於自然人或營利團體（第44條第1項但書）。財團法人第33條第1、2項規定：財團法人解散或經主管機關撤銷或廢止許可後，原則上於清償債務

¹²² 法務部民國87年10月22日87法律字第036158號函。

後，其賸餘財產之歸屬，應依其捐助章程之規定。但不得歸屬於自然人或以營利為目的之法人或團體。如無法律或捐助章程之規定時，其賸餘財產歸屬於法人住所所在地之地方自治團體。

在財團法人經主管機關撤銷設立許可而溯及既往失效者，於清償債務後，其賸餘財產應返還捐助人。但撤銷設立許可係因可歸責於捐助人之原因，或因捐助人住所不明或其他原因，致難以返還時，其賸餘財產歸屬於法人住所所在地之地方自治團體（財團法人第33條第3項）。



CHAPTER 4

權利客體——物

第一節 概 說

第一項 物的意義與種類

權利主體爲人，權利客體指受權利主體支配的各種權利的對象或內容，包括物及各種財產權（如債權、物權）或利益。在民法總則編規定者，僅爲「物」，至於債權、物權等，則分別規定於債編及物權編。

第一款 物的概念

法律上的物，係指人體以外，人力所能支配，具有獨立性，能滿足社會生活需要的有體物或無體物。是以，物具有以下特性：

一、支配可能性

民法上的物，以人力所能排他的支配者爲限。能否支配，需以現代科技水準及社會觀念判斷之。有體物，如土地、動植物等均可能支配控制。各種光、熱、電氣、電子、核能等無體物，在現代科技下，得經由人力控制、儲存及運用，亦得認爲是「物」。反之，日月星辰，雖屬有體物，但無法支配控制，非屬所有權的客體。

二、獨立性

物必須獨立爲一體，能滿足人類社會生活需要。一滴水或一粒米，非屬日常交易客體，並非法律上之物。物的獨立性，需以社會經濟上的

價值與效用判斷之。最高法院75年台上字第1495號判決謂：「物權之客體，固須具有獨立性，但此所謂獨立性，並非物理上之觀念而係社會經濟上之觀念，故以一宗土地之特定部分為物權客體時，僅須該特定部分業經以人為之區劃，可確定其一定之範圍，並得依有關土地法令辦理登記者，即足當之。」

又所有權的客體，必須為獨立之物，單純物之一部分，不具獨立性，不得成立獨立的所有權。例如，甲地方政府配住宿舍給乙員工居住，乙於宿舍房屋增建一部分。嗣後乙死亡，乙之眷屬主張，甲政府對該增建部分無所有權，拒絕返還，有無理由？

本案法院判決：「按於原有建築物之外另行增建者，如增建部分與原有建築物無任何可資區別之標識存在，而與之作為一體使用者，因不具構造上及使用上之獨立性，自不得獨立為物權之客體，原有建築物所有權範圍因而擴張。是以，如堪認增建部分已經附合於原建物，為該原建物之一部分，而同歸地方政府所有，則原建物部分之所有權因而擴張，管理機關有權管理，亦可認定。現實占有人既無合法權源而占有地方政府所有之建物，管理機關自得請求占有人返回（高雄地院100訴2087號）。」

三、人體非物

(一) 身體的一部分

人的身體，基於人格權與維護人性尊嚴，非屬吾人所得支配之客體，並非法律上的物。與人體不可分離的金牙、人工關節、義眼，應視為人體的一部分而非物。但人體的一部如已分離，即成為物，由其人取得所有權，得為拋棄或讓與。例如，醫師抽取病患之血液，手術中切除病患之器官，病患對血液或器官雖有所有權，但於檢體檢驗完成後，得視為拋棄而成為無主物。若醫院留置作為研究對象，得以先占規定而取得所有權（第764、802條）。

在活體器官移植之案例¹，如甲同意捐贈部分肝臟移植於乙，在摘

¹ 關於活體器官捐贈之要件，參見人體器官移植條例第8條。

取部分肝臟後，植入乙之身體前，該肝臟屬於甲所有。此時，若醫護人員不慎毀損該肝臟，係侵害甲的所有權，而非身體權。對於乙，則不構成所有權的侵害²。

至於身體部分的買賣契約是否有效，應以其是否違反法律規定或公序良俗定之。買賣血液、頭髮、精液等，無損於出賣人之身體健康，與公序良俗無違。但買賣人體器官（如腎臟、眼角膜），不符人體器官移植條例禁止器官買賣之規定，應為無效。

買賣血液或頭髮的契約雖為有效，但出賣人拒絕履行時，買受人得否請求強制執行？通說認為，出賣人得隨時撤回其同意，買受人不得請求強制執行，以維護人的價值與尊嚴。但若出賣人故意拒絕履行，致買受人受有損害，應依民法第184條第1項後段規定，負損害賠償責任³。

（二）屍體的法律性質

屍體是否為物，學說不一，有認為屍體是不融通物，死者的繼承人不得以屍體作為所有權的客體⁴。通說認為，屍體為物，構成遺產，屬於繼承人的共同共有（第1151條），對無權占有屍體者，得依民法第767條規定請求返還。但屍體僅得以埋葬、管理、祭祀及供養為目的，不得自由使用、收益及處分⁵。

此外，生前處分屍體，捐獻器官或作為醫學研究，不背於公序良俗者，應認為有效。從而死者本人，得以書面或遺囑同意捐贈器官，死者之家屬，亦得以書面同意醫師自屍體摘取器官⁶。

四、動物非物？

我國民法認為，動物（如狗、貓等）為物，且為動產，得為支配、交易的客體。但德國於1990年在民法第90a條規定：「動物非係物。動

² 關於身體分離部分的侵權責任，參見王澤鑑，侵權行為法，第128-132頁（2010年）。

³ 王澤鑑，民總，第242頁；邱聰智，民總（上），第399頁。

⁴ 施啟揚，民總，第175頁。

⁵ 王澤鑑，民總，第243頁；邱聰智，民總（上），第400頁；林誠二，民總（上），第398頁；黃立，民總，第153頁。

⁶ 參見人體器官移植條例第6條。

物應受特別法律的保護，除另有規定外，準用關於物的規定。」其目的在於表示對有生命之物的尊重。我國為尊重動物生命及保護動物，制定動物保護法，規定不得以賭博或其他不當目的，而有虐待動物之情事，進行動物交換或贈與，且不得為有害社會善良風俗之行爲（第10條）。

第二款 一物一權主義與物權變動

一、一物一權主義

一物一權主義，指每一個物權的標的物，應以一物為原則。集合物（如工廠、牧場、圖書館），係由獨立之物集合而成，其本身不能成為物權的標的物，所有權存在於各個獨立之物上（如工廠的廠房及機器設備、牧場的農社及牛羊）。設甲為經營「精密工廠」，在其A地上，興建B廠房1棟，內有機器2台、電腦3部、桌椅3張。甲對於「精密工廠」並無所有權，其所有權存在於每一個獨立之物，亦即10個所有權（1筆土地、1棟廠房、2台機器、3部電腦、3張桌椅）。

二、債權行為與物權變動

設甲將其「精密工廠」出賣給乙，是以整個集合物（工廠）作為買賣標的物，在雙方意思表示合致時，契約即為成立（第153條）。但甲要將其工廠移轉於乙時，須作成物權讓與的物權行為。此時，須分別針對每一個所有權進行處分。在A地及B廠房，屬於不動產，需經登記，始生效力（第758條）。動產所有權則需經交付，始生效力（第761條）。為完成工廠的買賣，甲與乙間，需訂定一個買賣契約（債權行為），並作成10個移轉所有權的物權行為。

若甲向銀行借貸，以其A地及B廠房設定抵押權，作為擔保時，此時甲係設定二個抵押權，而非一個抵押權。

第二節 動產與不動產

第一項 不動產

第一款 不動產的意義

民法第66條第1項規定：「稱不動產者，謂土地及其定著物。」土地得為權利客體，僅須一宗土地的特定部分業經以人為之區劃，可確定其一定範圍，並得依有關土地法令辦理登記者，即足作為交易客體。

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，依社會觀念視為獨立之物而言。所謂可達經濟上使用之目的，係指該建物，得獨立為交易及使用之客體而言⁷。

最主要的定著物為房屋及其他建築物，如紀念碑、燈塔、高架道路、蓄水池、養魚池等。但附著於土地而固定成為土地的一部分者，如柏油馬路、高速公路、水井、下水道、隧道、地下道，則視為土地的部分，非屬土地的定著物⁸。

某物是否為定著物，有時不易認定，應斟酌物之經濟上價值，個案判斷之。實務上認為：「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……是台電公司設置之電桿所欲達之經濟上目的及價值，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。……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，應認為係不動產（106台上828號）。」可供參考。

新建房屋何時構成定著物而成為獨立的不動產，在實務上甚為重

⁷ 最高法院74年台上字第1833號、75年台上字第2027號判決。大法官釋字第93號解釋：「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。」

⁸ 施啟揚，民總，第177頁；邱聰智，民總，第423-424頁。

要。依據最高法院見解，歸納如下⁹：

一、僅完成房屋的基礎結構：非定著物，亦非土地之部分，非屬不動產。若大樓完成後，大樓之基礎結構，與該大樓建築本體不可分離，為其構成部分，不具獨立性，不得單獨為所有權之客體。

二、建築物之地下層為防空避難室：其性質屬共同使用之建物，如果此項建物不能單獨辦理所有權登記，則欠缺定著物之獨立性，不得單獨為所有權之客體。

三、一樓部分，裝設木造模板敷設鐵筋而未灌水泥：類似材料之堆積，與動產無異。

四、未完成之建物：非不動產。建築房屋原即在土地之外，另創獨立之不動產標的物，故定著物在未完成以前亦非土地之重要成分，依民法第67條規定，仍應認為動產。

五、屋頂尚未完成完工，但已足避風雨可達經濟上使用之目的，即屬土地之定著物，而為民法上所指之不動產。

六、如房屋之結構體業已完成，僅門窗尚未裝設及內部裝潢尚未完成，即成為獨立之不動產，由原始起造人取得所有權。

上述區別，在實務上具有實益。設甲出資興建A大樓，在該大樓僅興建至一樓，裝設木造模板敷設鐵筋而未灌水泥，出售於乙時，僅需交付，無須辦理登記，乙即取得該等「動產」的所有權。反之，若甲興建A大樓，房屋之結構體業已完成，僅門窗尚未裝設及內部裝潢尚未完成，此時甲基於原始起造人的身分而取得A大樓所有權，若出售於乙時，需經辦理移轉登記，乙始能取得所有權。

又因大樓之基礎結構及地下層之防空避難室，均非獨立物，不得單獨為所有權的客體，在大樓買賣讓與所有權時，效力當然及於基礎結構及防空避難室。

土地與定著物係屬不同的獨立物，為不同之不動產。設甲為A地所

⁹ 最高法院61年台上字第1283號、61年台上字第1583號、62年台上字第2735號、74年台上字第1833號、75年台上字第116號、80年台上字第1717號、88年台上字第1708號、102年台上字第1703號判決；臺灣高等法院93年上更(三)字第34號判決、最高法院63年度第6次民庭庭推總會議決議。

有人，乙於A地上，未經甲同意，擅自開挖蓄水池作為游泳池之用，並於池邊栽植麵包樹三棵，作為乘涼之用。

在本案，由於蓄水池係屬土地上的定著物，為不動產，於興建完成時，由出資興建人乙取得所有權¹⁰，甲對蓄水池並無所有權。此時，甲僅得依民法第767條規定，請求乙拆除蓄水池，返還土地（高院101再易1號）。反之，乙所栽植的麵包樹，則屬土地的成分（第66條第2項），非屬獨立之物，於乙栽植時，由甲取得麵包樹所有權，甲得逕行砍伐，不構成對乙所有權的侵害。

第二款 不動產的成分

一、不動產之出產物

依民法第66條第2項規定：不動產之出產物尚未分離者，為該不動產之部分，即構成部分。民法第811條規定，動產因附合而為不動產之重要成分者，不動產所有人取得動產所有權。所謂重要成分，係指各部分互相結合，非毀損或變更其性質，不能分離者。例如房屋之棟梁、在土地上種植樹木、安裝窗戶或門框於房屋等。

甲為A地所有人，乙承租A地，在該地上種植水稻。其後乙出售該水稻於丙，丙則於收取水稻後，未經甲之同意，於A地上種植蔬菜。試問：水稻及蔬菜之所有權歸屬於何人？

按物之構成部分，除法律有特別規定外，不得單獨為物權之標的物。不論係土地所有權人或第三人、第三人之栽種是否經土地所有權人之同意，凡尚未與土地分離之樹木，即為土地之構成部分，與定著物為獨立之不動產者不同，均屬土地所有權人所有，第三人無主張所有權之餘地（100台上468號）。

準此，乙雖經甲之同意種植水稻，水稻之所有權仍屬土地所有人甲

¹⁰ 最高法院101年台上字第127號民事判決：「興建新建築物，乃建築物所有權之創造，非因法律行為而取得，該新建築物所有權應歸屬於出資興建人，不待登記即原始取得其所有權，與該建物行政管理上之建造執照或使用執照之起造人名義誰屬無涉。」

所有。在水稻與土地分離之前，乙並無水稻之所有權，而僅有收取水稻之權（53台上291號、53台上1953號）。此項水稻收取權係基於租賃關係所生的債權，而非物權。再者，丙在A地上種植蔬菜，亦由甲取得蔬菜所有權。且因丙未經甲之同意而種菜，對於該蔬菜並無收取權。丙如採收蔬菜，對甲成立侵權行為，應負損害賠償責任（31上952號判例）¹¹。

二、建築物之增建部分

不動產之成分，並非定著物。定著物係屬獨立之物，得為所有權的客體，但不動產之成分，則無獨立的所有權，不能單獨成為物權的客體。在實務上，重要者為，所有人於建築物之外另行增建部分，究屬獨立建物或原本建物之部分。

依最高法院見解：所有人於原有建築物之外另行增建者，如增建部分與原有建築物無任何可資區別之標識存在，而與之作為一體使用者，因不具構造上及使用上之獨立性，自不得獨立為物權之客體，原有建築物所有權範圍因而擴張。倘增建部分於構造上及使用上已具獨立性，即為獨立之建築物，有獨自的所有權。若增建部分已具構造上之獨立性，但未具使用上之獨立性而常助原有建築物之效用者，則為附屬物。其使用上既與原有建築物成為一體，其所有權應歸於消滅；被附屬之原有建築物所有權範圍因而擴張。又獨立之建築物，苟其常助原有建築物之效用，而交易上無特別習慣者，即屬原有建築物之從物（88台上485號、84台上2334號）。

換言之，建築物增建部分之性質，以其是否具有構造上及使用上的獨立性，可能為獨立之物、原建物之一部分或原建物之附屬物。參見下表：

¹¹ 關於土地之出產物所生之權利義務關係，參見邱聰智，民總（上），第427-428頁。

建築物增建部分之所有權

獨立性	構造上	使用上	所有權	性質
	是	是	有	獨立建物（可能成為從物）
	否	否	無	原建物之部分（原建物所有權擴張）
	是	否	無	原建物之附屬物（原建物所有權擴張）

關於建物之部分，例如屋頂平台為大樓建築之構成部分，非獨立之物。又佛堂及陽台係利用房屋第二層之樓梯及屋頂搭建而成，附著於該樓梯及房屋之屋頂，必須經由樓梯及房屋第一、二層內部出入，無獨立出入之門戶，不能為獨立之使用，佛堂及陽台已成為一、二層樓房之一部分，而為該一、二層樓房之成分，屬該一、二層樓房之所有人所有（93台上576號、84台上2300號）。

關於建物之附屬物，例如主建物附加之增建物如無獨立出入口，不能為獨立使用者，應屬主建物之附屬物而為主建物之一部分，於強制執行時，可併就該增建物為執行，執行法院亦應予一併鑑價拍賣（94台抗250號裁定）。又地下儲油槽設置目的，其構造上雖具有獨立性，然其使用上未具獨立性，需常助加油站營業站屋之效用，與加油站營業站屋構成一體，應認地下儲油槽係屬加油站營業站屋之附屬物，而隨同建物所有權而移轉（臺中高分院100上100號）。

第二項 動 產

民法第67條規定：「稱動產者，為前條所稱不動產以外之物。」從而非屬土地及其定著物者，均為動產。如桌椅、電腦、書本等。但土地之出產物，尚未分離者，如種植於土地之樹木，則為土地之成分，而非動產。必須樹木與土地分離後，始成為動產。此外，未完成的建物，非土地之成分，性質上為動產，乃實務一貫的見解，已如前述。

動產與不動產之主要區別實益在於，物權存在的種類，及物權的變動方式。不動產，除所有權外，得設定地上權、農育權、不動產役權、典權及抵押權。動產除所有權外，得設定動產質權及發生留置權。

關於物權變動，不動產依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，

非經登記不生效力（第758條）。動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力（第761條）。某些物雖能移動，但因價值高昂，在交易習慣上為求慎重，而具有某些不動產的特性，如船舶及民用航空機，移轉所有權時非經登記，不得對抗第三人（海商法第9條、民法航空法第20條），可稱為「準不動產」。

第三節 主物與從物

第一項 主從物的概念

民法第68條第1項規定：「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，為從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。」主物與從物乃基於二個獨立之物的主從關係，為維護物的經濟利用價值，而形成的概念。例如汽車與備胎、船舶與救生艇。從物的概念為：

一、非主物之成分

成分為物的構成部分，非獨立之物，從物必須為獨立之物。例如，抽屜與桌子、輪胎與汽車，為物的一部分，非主物與從物關係。至於從物為動產或不動產，則非所問。例如，車庫可為房子的從物。

二、常助主物之效用

所謂「常助主物之效用」，係指從物有輔助主物之經濟目的，與之相依為用，客觀上具恆久的功能性關聯，而居於從屬關係，其本身捨輔助主物之外，不具獨立使用之經濟效用者而言。若僅具暫時性輔助他物之經濟目的，或縱與之分離亦不致喪失他物之利用價值或減損其經濟效用者，縱使所有人在主觀上將某物作為原物之輔助使用，該物並非從物（81台上1370號、81台上72號）。

甲公司興建A大樓一棟，作為廠房、倉庫、辦公室之用，嗣後公司營運良好，原建物不敷使用，乃增建建物，作為電梯間、廁所、餐廳及倉庫之用，並與原建物使用同一門牌號碼及同一水電

錄。其後甲以A大樓設定抵押權，向乙銀行借貸。該抵押權效力是否及於增建的建物？

本案之增建建物，具有獨立性，為獨立之物，非屬A大樓的部分。是否成為抵押權效力所及，需視增建之建物是否常助主物之效用，而不具有獨立使用之經濟效用。最高法院認為：從整體及個別觀察，該增建部分可供獨立生產使用，非居於輔助原建物之從屬狀態，難認其有恆久輔助原建物之功能及經濟效用，而非屬於從物。從而，以A大樓設定的抵押權，效力不及於該增建的建物（81台上1370號、81台上72號）。

三、須同屬於一人

分屬二人之物，縱有主從關係，亦非主物與從物之關係。

第二項 處分主物的效力

民法第68條第2項規定：「主物之處分，及於從物。」所謂「處分」，包括物權行為及債權行為在內。從而，出賣汽車，效力及於備胎。出賣房屋，效力及於房側的車庫。

甲有A地100坪，依據建築法規定，興建房屋時需留設30坪之法定空地。甲於A地上興建B屋後，與乙訂立房地買賣契約，約定買賣標的物為B屋及其座落的70坪土地，未約定包含法定空地之買賣。在移轉登記B屋及70坪土地後，就乙占有的30坪空地，甲請求乙返還，有無理由？

最高法院92年台上字第2775號判決謂：主物從物之關係，於主物與從權利之關係，亦可適用。系爭B房屋本身主要結構所坐落之建築基地，及同宗建築基地所依法留設法定保留空地及退縮地之使用權，同屬於一人所有。且法定保留空地及退縮地之使用權，足以幫助發揮系爭房屋及其本身主要結構所在建築基地合法圓滿使用之通常效用。買賣契約雖未載明包括土地之使用權，其效力仍及於法定空地及退縮地之使用權的從權利在內。據此，本案乙對於30坪之法定空地雖無所有權，但有使用權，並非無權占有，甲不得請求返還。

第四節 天然孳息與法定孳息

第一項 天然孳息

民法第69條第1項規定：「稱天然孳息者，謂果實、動物之產物及其他依物之用法所收穫之出產物。」天然孳息包括植物的果實如花卉、水果，動物的產物如小牛、羊毛、雞蛋，土地之石礫、煤礦等。

甲在其所有的A地上種植柳丁樹300棵，將該果園之經營權讓與給乙，並將A地出售給丙。在3個月後，柳丁成熟時，丙摘取柳丁出售，鄰居丁偷摘柳丁食用，乙得主張何種權利？

關於天然孳息的歸屬，依民法第766條規定：「物之成分及其天然孳息，於分離後，除法律另有規定外，仍屬於其物之所有人。」據此，我國採取原物主義，由原物所有權人取得孳息，至於加工生產之人為何人，則非所問¹²。本案甲種植柳丁樹，該柳丁樹成為A地之成分，屬於甲所有。在摘取柳丁時，應屬於原物果樹所有人甲所有。

但民法第70條第1項規定：「有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息。」甲嗣後將果園經營權讓與乙，果園之經營權，乃得利用果園為使用及收益之權利，對於果園有經營權之人，對於果園之天然孳息，當然有收取之權利（72台上4059號）。在乙具有果園經營權存續期間，成為有收取天然孳息權利之人，因此在柳丁成熟時，僅有乙具有採收權。此時，若土地所有人甲或鄰居丁摘取柳丁食用，乃侵害乙之收取權，構成侵權行為及不當得利，應負賠償及返還柳丁之責任（第179、184條）。

在甲將A地讓與丙後，丙雖取得A地及果樹的所有權，但因乙之果園經營權為類似於租賃權或地上權之性質，其收取權不應因土地之移轉而受影響（第425條）。倘丙任意收取柳丁，對乙應構成不當得利及侵

¹² 天然孳息之歸屬，有原物主義、生產主義及分配主義（由原物所有人與生產人按一定比例分配），參見林誠二，民總（上），第311-312頁；施啟揚，民總，第183頁。

權責任（第179、184條）。

第二項 法定孳息

民法第69條第2項規定：「稱法定孳息者，謂利息、租金及其他因法律關係所得之收益。」所謂其他因法律關係所得之收益，如使用專利權的權利金、股票所生的股利等。

甲無權占有乙之A屋，而將A屋出租於丙。問：何人得向丙收取租金？

依民法第70條第2項規定：「有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期間內之日數，取得其孳息。」本案A屋之租賃契約係成立於甲及丙之間，甲為出租人，雖非A屋之所有權人，仍屬「有收取法定孳息權利之人」，而得向丙收取租金。乙為A屋所有人，並非出租人，僅得依不當得利之規定，向甲請求返還其租金利益（第179條）。若乙依第767條之所有物返還請求權向丙請求返還A屋時，丙得對甲拒付租金，並得終止租賃契約（第436條）¹³。

甲將其A屋出租於乙，租期2年，在6個月後，將A屋讓與給丙。
問：何人得向乙收取租金？

本案出租人為甲，係屬「有收取法定孳息權利之人」，而得向乙收取租金。但於6個月後出售A屋於丙，僅能「按其權利存續期間內之日數」，取得其孳息。亦即僅能在6個月內收取租金。其後的租金，因新屋主丙成為出租人（第425條），而成為收取權人。

¹³ 最高法院91年台上字第1537號判決：「租賃契約為債權契約，出租人不以租賃物所有人為限，出租人未經所有人同意，擅以自己名義出租租賃物，其租約並非無效，僅不得以之對抗所有人。至所有人得否依不當得利之法律關係，向承租人請求返還占有使用租賃物之利益，應視承租人是否善意而定，倘承租人為善意，依民法第九百五十二條規定，得為租賃物之使用及收益，其因此項占有使用所獲利益，對於所有人不負返還之義務，自無不當得利可言；倘承租人為惡意時，對於所有人言，其就租賃物並無使用收益權，即應依不當得利之規定，返還其所受利益。」據此判決，本案如丙為善意者，乙不得向丙主張占有使用之不當得利。必須丙為惡意，乙始得向丙主張不當得利請求權。

CHAPTER 5
CHAPTER 5
CHAPTER 5

5

權利變動關係 ——法律行為總論

第一節 權利變動總論

第一項 法律事實與權利得喪變更

第一款 法律事實

一、意義

法律乃人類社會生活之規範，但並非所有人類社會活動，均發生法律上效果。婚喪喜慶、人之常情，但與法律無涉。男女約會、親友往來，與法律無關。所謂法律事實，乃足以發生一定法律上效果的社會事實，亦即構成法律要件的事實。如無法律上價值的事實，則非法律事實。

例如，甲持刀殺傷乙，乙得否請求甲損害賠償？依民法第184條第1項規定：「因故意或過失不法侵害他人權利者，負損害賠償責任。」本條的構成要件為加害人必須有「故意或過失」、「不法加害行為」、「侵害權利」、「損害」及「因果關係」等要件，被害人始得請求損害賠償。被害人的損害賠償請求權須具有上述五項要件，構成該五項要件之事實，即為法律事實。至於甲殺傷乙，是因情殺或仇殺，在何地殺傷，屬於動機或地點的問題，非屬該條規定的要件，與損害賠償請求權

無涉，即非法律事實。

二、種 類

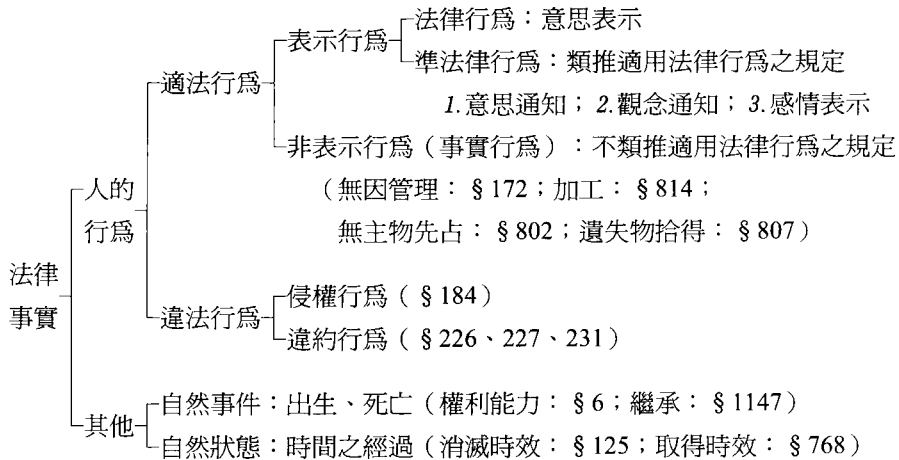


圖 法律事實的種類

依據上圖，除人的行為可能發生某種法律效果，足以構成法律事實外，其他自然事件或單純自然狀態，亦可能發生某種法律效果而成為法律事實。茲就「人的行為」所生之適法行為及違法行為，說明如下。

(一) 法律行為：意思表示

所謂法律行為，指以意思表示為要素，因意思表示而發生一定私法上效果的法律事實。而所謂意思表示，則指法律依行為人的效果意思，而賦予其企圖實現之法律效果的表示行為。例如，甲欲出售A地，向乙表示出售之意思，法律即賦予甲之意思表示具有法律上「要約」的效果（意思表示），乙「承諾」時（意思表示），雙方的買賣契約即為成立（第154、153條），而完成甲所企圖實現的買賣契約（法律行為）。

法律行為可以由一個意思表示所構成，亦可以由二個意思表示所構成。例如，出租人行使終止權，僅須出租人向承租人為一個終止租約的意思表示，即成立行使形成權的單獨行為，而構成一個法律行為。又如，在買賣契約時，出賣人為「要約」的意思表示，買受人為「承諾」

的意思表示，雙方合意而形成「買賣契約」，係由二個意思表示成立一個買賣契約的法律行為。

(二)準法律行為

準法律行為的特徵為，無論當事人所企圖實現的法律效果為何，在當事人為表示行為後，法律即依據其規定而賦予一定的法律效果，至於是否與當事人所企圖實現的意思相符，則非所問。

民法對於準法律行為，並未特別規定其法律規範，因此原則上，得類推適用關於法律行為的規定。

1. 意思通知，係行為人為一定的表示行為，但不論行為人所企圖實現的法律效果為何，法律依其規定而當然發生一定的法律效果。如債務的催告、請求履行債務等。

例如，出賣人甲向積欠價金尾款的買受人乙，催告其須於一週內給付價金完畢，否則雙方契約即為消滅。本案甲雖然企圖在一週後乙未給付價金時，契約即刻消滅，但依民法第254條規定，甲催告乙履行其債務，在法律上僅發生「解除權發生」的法律效果，甲必須於一週後，再向乙表示「解除契約」，始發生契約消滅的效果。實務案例如下：

(1) 甲磁磚公司使用乙石油公司的天然氣，計量表為十進位。乙公司抄表人員於抄表時，疏未於計量表上所顯示的數據末尾加一個「零」，致所讀數據僅為實際數量的十分之一，而短收實際用氣量十分之九的天然氣，總計1,258萬元。乙公司得否請求甲公司繳交短收的費用？

本案甲公司抗辯，乙公司誤計費用，寄發收費通知單為意思表示，若有錯誤，依民法第90條規定，已超過一年之除斥期間，不得撤銷其意思表示。

最高法院認為，乙公司於繳費通知單上載明甲公司使用天然氣之數量、金額及繳款期限等，「性質上屬於債務履行之催告，即請求被告給付之意思通知，並非構成法律行為要素之意思表示。該通知單記載之天然氣費金額較被告實際應繳者短少，僅該短載部分不發生「催告」（請求）之效力而已，被告就該短載部分所負之天然氣費債務，並不因而歸

於消滅（88台上2476號）。」從而，乙公司之請求為有理由。

(2)甲於100年5月5日開立支票給乙，作為給付價金之用。乙於101年5月3日向銀行提示付款，但被銀行以甲並無存款而拒絕付款。乙乃於101年5月10日向法院起訴，請求付款，有無理由？

依票據法第22條第1項規定，支票自發票日起算，一年間不行使，因時效而消滅。本案甲開立之支票發票日為100年5月5日，時效期間至101年5月5日止。乙於101年5月3日向銀行提示付款，應視為執票人行使請求權之意思通知，具有中斷時效之效力，時效應重新起算（第137條）。從而乙於101年5月10日向法院起訴，請求付款，並未罹於時效，其請求為有理由（參見94台上1224號）。

意思通知為準法律行為，應類推適用有關法律行為之規定。例如，甲及乙共同向丙承租A屋，開設餐廳。3個月後，甲及乙因餐廳營業不佳，遲延給付租金。丙草擬信函欲通知甲及乙按期交付租金，但乙拒絕收受信函，而甲則已於日前自行離去，不知去向。丙因而將催告信函標貼於A屋門首，作為通知的手段，是否發生催告的效力？

按關於租金的催告，屬於意思通知之性質，而意思通知屬準法律行為之一種，其效力之發生，應準用有關法律行為之規定。準用民法第97條規定，通知人不知相對人之居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，為催告之通知。本案出租人丙對承租人甲未為公示送達之通知，僅以張貼門首之方式，並非合法之催告。又準用民法第258條第2項規定，承租人有數人者，催告之意思通知應向其全體甲及乙為之，始生催告之效力。本案丙僅向乙為通知（口頭通知仍為有效），但未合法通知甲，不生催告之效力（59台上586號、85台上1516號）。

2.觀念通知，乃通知某種事實，而法律對其予以一定的法律效果。例如代理權授與的通知（第169條）、債權讓與之通知（第297條）、標的物瑕疵的通知（第356、411條），當事人所通知之內容，均為一定的事實（如授予代理權、債權讓與、標的物瑕疵），因此發生一定的法律效果。

觀念通知與意思通知不同。在消滅時效中斷事由的請求與承認（第

129條），其性質應予辨明。例如甲貸與乙借款200萬元，某日甲向乙請求返還借款，其「請求」履行債務之表示行為，屬於意思通知。若乙自行向甲表示願意返還借款，係屬「承認」，即債務人向債權人表示認識其請求權存在的觀念通知（102台上809號）。

3. 感情表示，乃感情的表示，法律對其予以一定的法律效果。例如夫妻之一方，對於他方與人合意性交之行為，予以「宥恕」，即不得請求離婚（第1053條）。

（三）事實行為（非表示行為）

事實行為係指，行為人無庸表現其內心意思，亦不論其意思內容如何，均生一定之法律效果。此種行為，與行為人的意思無關，因此不適用關於意思表示（行為能力）之規定。舉例如下：

1. 無主物先占

甲將海龜放生，乙年僅12歲，於海釣時捕獲該海龜。甲放生海龜之行為，為拋棄之法律行為（第764條），必須具有行為能力，始生效力。乙捕獲海龜之行為，為無主物先占（第802條），屬於事實行為，縱使乙為未成年人，仍得發生取得所有權的效果。

2. 無因管理

甲落入河中，乙18歲，跳河拯救之，衣褲全毀。乙拯救甲之行為，屬無因管理（第172條），縱使乙為未成年人，仍得依民法第176條向甲請求損害賠償。

3. 加工

甲10歲，為繪畫神童，於乙之棉紙上作畫，該畫價值連城，甲得依民法第814條但書規定，取得該畫之所有權。

（四）違法行為

民事上的違法行為，指侵權行為及違約行為。侵權行為是因故意或過失不法侵害他人權益的行為（第184條），其責任基礎係因行為人違反不得傷害他人的法律上義務。違約行為無論是給付不能、給付遲延或不完全給付（第226、227、231條），均屬違反契約上義務的債務不履行

行行為。職是，民事上的違法行為，無論侵權行為或違約行為，均屬「義務違反」的行為。基於此項義務違反行為，因而發生行為人的「侵權責任」或「契約責任」。

準此，所謂民事法律「責任」（侵權責任、契約責任），係指違反一定「義務」之後所生的法律效果，使義務人受到法律上的制裁或不利益。責任之構成，以義務之存在及義務之違反為前提。於探究行為人之責任時，首需探究行為人之義務為何，再須探究其是否違反該義務。

例如，出賣人甲與買受人乙訂立土地買賣契約後，甲拒絕交付土地於乙。甲主張該契約無效而不生契約上義務，因此不負違約責任。倘乙起訴請求甲應交付土地及賠償損害（第348、231條），必須證明買賣契約成立及生效，致甲負有契約上之給付義務，而於其違反給付義務時，負擔違約責任（即交付土地及賠償損害）。

第二款 權利的得喪變更

權利變動關係，係指權利的取得、變更與消滅的法律關係，又稱為權利的得喪變更。權利的取得，乃權利歸屬於主體。如甲因自建而取得房屋所有權。權利的變更，乃權利型態及內容的變更。如甲移轉其房屋所有權於乙。權利消滅，乃權利離去其主體。如甲拋棄其汽車所有權或毀棄其書籍。

權利取得又分為原始取得與繼受取得，分述如下：

一、原始取得

原始取得係指，不基於他人既存權利而獨立取得權利。如新建房屋者，取得房屋所有權。在原始取得，原存於該財產上的其他權利均歸消滅。

例如，甲為A漁船所有人，以該船設定抵押權，向乙銀行借貸500萬元。其後甲以A船從事走私，進口非法物品，遭高雄海關查緝，而沒入A船。乙銀行以甲未清償債務，而申請查封拍賣A船，高雄海關提起異議之訴，有無理由？

本案漁船因走私而依海關緝私條例第27條規定處分沒入確定，高雄

海關係基於國家公權力而取得其所有權，屬原始取得，乙銀行原存於該船之抵押權因而消滅，其申請強制執行，高雄海關提起異議之訴為有理由（78台上1636號）。

又如，甲為A地所有人，出租該地予乙使用後，該地被丙市政府依平均地權條例規定予以照價收買，丙市政府請求乙返還土地，有無理由？

按民法為保護承租人，規定「買賣不破租賃」，租賃物之買受人應承受出賣人的租賃契約，而成為出租人，不得請求原承租人返還租賃物（第425條）。然而，土地之照價收買，「其性質與土地徵收同屬政府基於公法上之權利，依法律規定以強制方式取得土地之行政行為」，與一般買賣有別，屬於原始取得，而非繼受取得，無民法第425條之適用（93台上2157號、96台上891號）。因此，丙市政府請求乙返還土地，為有理由。

此外，善意取得為權利的原始取得，而非繼受取得，因此任何原權利上的其他權利，因善意取得而消滅。例如，甲為A車所有權人，向乙借貸100萬元，以A車設定質權予乙，以擔保債權。乙取得該車占有後，出售予善意之丙，並交付之。嗣後甲不清償債務時，乙得否拍賣A車取償？

本案乙所為讓與A車於丙之行為，係屬無權處分行為，丙得依善意取得之規定，取得所有權。原本設定於A車之質權，因丙係原始取得A車所有權，該質權因而消滅，乙不得拍賣A車取償。

二、繼受取得

繼受取得乃基於他人既存的權利而取得權利，或謂承受他人的權利而取得權利。在繼受取得，基於任何權利人不得將大於自己的權利讓與他人之法理，繼受人應承受標的物上既存的權利，原權利不消滅。

例如，甲為A屋所有人，以A屋設定抵押權，向乙借貸100萬元。嗣後，甲將該屋讓與給丙。乙於甲未清償債務時，得否查封拍賣A屋？

本案甲讓與A屋給丙，丙取得A屋所有權，係屬繼受取得。A屋所有權上負有抵押權之負擔，不因丙繼受取得而消滅，乙仍得對丙之A屋聲

請查封拍賣（第867條）。

第二項 私法自治原則

第一款 意義

私法自治原則，指個人得依其意思，形成其私法上的權利義務關係。國家法基於尊重人的尊嚴，維護其自由意思之形成，容許個人依其固有的立法權，就私人的社會生活關係，制定私人間的法律規範。例如，私人間得自由締結契約，以規範其權利義務。此外，法人得訂立其章程，以規範法人之社會活動，亦屬私法自治之表現。

私法自治原則的具體化，主要表現於契約自由原則¹，包含締約自由、相對人自由、內容自由及方式自由。亦即當事人要不要訂立契約、要與何人訂契約，要訂立何種內容的契約，及以何種方式訂契約等，均由當事人自由為之。法國民法第1102條規定：「(1)任何人於法令限制內，得自由訂立契約或不訂契約、選擇與何人訂契約、及決定契約之內容與形式。(2)契約自由不得與表達公共政策之規定相違背。」可資參照。

契約自由原則，具有積極意義與消極意義。在積極意義方面，指任何人可為自己的立法者，訂定當事人之間的契約，形成當事人間的法律（「契約乃私人間的法律」），而由雙方當事人予以遵守。依據意思自主理論，當事人依照自己的意思所訂立的規範，國家法予以尊重，視其為國家規範予以執行。自古以來，即有「民有私約如律令」之說²，法國民法第1103條亦規定：「合法締結的契約，對締約當事人具有立法上的拘束力。」即為斯旨。

最高法院亦謂：「按契約乃當事人間在對等性之基礎下本其自主之

¹ 除此而外，尚有結社自由（組織社團之自由）、所有權自由（第765、773條）及遺囑自由（第1187條）。參見詹森林，私法自治原則之理論與實務，收錄於民事法理與判例研究（一），第1-35頁（1998年）。

² 坊間古字畫，曾見西晉太康5年（公元284年）之買賣契約書，即以「民有私約如律令」為契約文本。

意思、自我決定及自我拘束所成立之法律行為，基於私法自治及契約自由之原則，契約不僅在當事人之紛爭事實上作為當事人之行為規範，在訴訟中亦成為法院之裁判規範（103台上713號）。」

在消極意義方面，契約自由原則指當事人就其未訂立之契約，不受拘束。亦即，除非訂立契約，否則當事人並無義務，而不受他方當事人片面表示之拘束。例如，甲茶農寄發春茶三斤予友人乙，表示「若於一週內未寄回受領之茶葉，即視為雙方買賣契約成立。」此項表示，乙不受拘束。

契約既為私人間的法律，據此而生「契約嚴守原則」，亦即任何人締結契約後，即應依契約履行，不得片面修改契約、終止契約或不履行契約。契約嚴守原則在於確保契約的穩定性及可預測性，便於當事人從事社會經濟生活的規劃與期待，有利於交易活動的展開與資本主義的發展。

最高法院104年台上第2192號判決採此見解：「當事人本於自主意思所締結之契約，若其內容不違反法律強制規定或公序良俗，基於私法自治及契約自由原則，即成為當事人間契約相關行為之規範；縱或契約約定之權利義務有失平之處，除依法定程序變更外，雙方均應受其拘束，不得任意排除約定之法律效力。」

基於契約自由原則，國家法原則上對於契約的實質內容，不予規範，而留給當事人自行斟酌訂立。蓋人事變化萬千，個人價值判斷殊異，法官無法斟酌各項個人情事而為法律判斷。從而衍生「法官不替當事人訂約」之原則，除非違反法令或善良風俗，國家法原則上尊重當事人的價值判斷。國家法所為者，僅對當事人契約的締約過程，進行管制，對於締約內容，則放任其自由³。

³ 國家法介入當事人契約內容者，僅屬例外。實務上較為重要者為，違約金過高者，法官得依職權酌減之（第252條）。依此規定，法官僅得予以酌減，但不得予以酌增，以符合法官不替當事人締約之原則。最高法院在94年台上字第2230號判決謂：「違約金之約定，既為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，應已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位而為自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及

契約的內容，由當事人自由訂定。是以，契約乃當事人間正正當當的輸贏。任何契約，均為當事人精打細算的結果，必然有輸有贏⁴。只要當事人締結契約的過程並無不正當之手段，縱使存在輸贏，當事人亦應嚴格遵守。亦即當事人締結契約之過程，若無發生錯誤、被詐欺或被脅迫之情事，而影響當事人自由意思之形成，國家法即應賦予其法律上的效力。僅於締結契約之過程具有瑕疵時，當事人始有毀約之機會（即撤銷契約，如第88、92條）。除此而外，當事人間訂立之契約，原則上應認為有效，而為雙方當事人所嚴守之。

就契約之實質內容，國家法既應尊重當事人的價值判斷，從而契約雙方當事人所達成的「等價」結果，應採「主觀等值原則」，而非「客觀等值原則」，只須當事人雙方認為等值即可。例如，甲與乙為兄弟，二人互約合夥開設工廠，甲與乙各出資100萬元，但關於分配工廠盈餘，則約定甲分配四分之一，乙分配四分之三。日後若工廠產出大量盈餘，讓甲覺得不公平，亦不得主張雙方約定之盈餘分配比例，在客觀價值上不公平，而請求法院調整分配比例。

第二款 功能與限制

一、契約自由原則的基礎

私法自治原則的功能，在於保障經濟活動的運作，不受國家統治或支配的影響，以維護個人自主及自由市場競爭。同時以契約的訂定，擔保相互間的信賴，使雙方的權利義務得以順利履行。

私法自治原則的前提為，當事人基於自由意思及自由選擇，經由雙方相互同意，而達成合意，締結契約。其假設存在的前提，乃基於雙方當事人社會上及經濟上的地位平等，具有平等的締約磋商能力，經由自由談判，而達成雙方最大利益的契約。

應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。」

⁴ 男女締結婚姻契約，成為夫妻，何人為贏，何人為輸，固難論斷，但必有輸贏，仍無礙於婚姻契約之成立。

締約雙方於談判之際，無非藉由自身獲取的資訊，斟酌考量雙方的利益，以決定是否締約。在誠信締約之過程，雙方當事人應具有相同的締約資訊，始能締結平等的契約。對於締約與否具有重要性的事項，一方當事人未能知悉時，他方應有告知的義務，以求資訊地位之平等，達成公平的合約。當事人之一方過度、不合理地隱瞞交易資訊，應屬違反誠信原則，甚至構成錯誤或詐欺，而影響契約的效力。例如，甲向乙購買一筆土地，明知該地的地目已由農地變更為建築用地，但故意不為告知，而以農地的價格，成立買賣契約，出賣人乙得以錯誤或詐欺為由，撤銷該買賣契約（第88、92條）。

契約自由原則既然以雙方當事人的自由與平等為基礎，則在社會上或經濟上發生強者與弱者之情形時，契約自由即無法實現當事人間之公平。自古以來，社會上強者與弱者間的鬥爭，普遍存在。在封建時代，為地主與佃農之爭；在工業革命後，為資本家與勞工之爭；在當代，為企業經營者與消費者之爭。如今，資本家占據不動產，勞動者僅能以租屋度日，似又回復封建時期地主與佃農之爭，而成為屋主與租戶之爭。

無論佃農之租約、勞工之勞動契約、消費者之消費契約或租戶之租屋契約，均展現出社會上與經濟上強者支配弱者的態勢。由於當事人間經濟實力的不對等，及消費者資訊獲取地位的不對等，衍生當事人間無法具有對等的談判地位，當事人因而喪失公平締約的機會。

例如，勞工與資方訂立勞動契約，勞工難以與資方公平談判⁵。消費者與信用卡公司締結信用卡契約，信用卡公司對於信用風險之評估，顯然高於消費者。

此外，任何交易活動，均具有交易成本，當交易成本過高時，將限制經濟上弱者，無法尋找最佳的締約機會，而陷入不公平契約之締結。

⁵ 參照最高法院106年台上字第2750號判決：「勞動契約為繼續性及專屬性契約，除契約自由原則外，另正當信賴原則、誠信原則、手段正當性及社會性因素，均係審酌勞動契約存續之內涵。參酌保障勞工之基本勞動權，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展之規範意旨，是否符合『無法調派其他工作』之要件，司法得介入審查。而雇主單方終止勞動契約，將使勞工喪失工作，係不可歸責於勞工之事由，應適用最後手段性原則，以保障勞工及符合誠信原則。」

例如，在銀行林立的時代，借款人原本得以尋求提供最佳借款條件的銀行，作為締約對象，但實際上，各家銀行提供的條件相差無幾，而尋求最佳借款條件的銀行，則耗時費事，不敷成本，借款人多數僅得就近與方便的銀行，而非最佳條件的銀行，成立借貸契約⁶。

二、契約自由的管制

為修正契約自由原則在現代社會產生的弊端，19世紀末之後，干涉主義再度抬頭，契約法所欲實現者，已非以當事人意思主義為基礎的契約自由原則，而是以國家管制與干預為手段，使社會生活資源得到合理分配的契約正義⁷。學說上將契約之不公平區分為「程序上」的不公平與「實質上」的不公平。只有程序上的不公平，始足以令契約歸於無效，至於實質上的不公平，係當事人意思與市場機能運作的結果，法院原則上不予干涉⁸。

就契約自由的管制方式而言，可分為締約過程的管制與契約內容的管制。

（一）締約過程的管制：程序上管制

關於契約成立過程的控制，在民法關於錯誤、被詐欺、被脅迫（第88、92條）而為意思表示者，法律賦予表意人得撤銷其意思表示，以脫離契約拘束之權利。無論係意思表示錯誤或被詐欺、被脅迫，當事人之意思既有瑕疵，若當事人無法擺脫契約之拘束，顯然違反意思自主理論。應注意者，意思表示有瑕疵而得以撤銷，既然肇因於締約過程的不公平，從而因意思表示瑕疵而締結之契約，其契約的實質內容，縱然在經濟上對於當事人有利，當事人仍得撤銷之。

例如，某甲擁有傳家之寶古鐘一只，市價50萬元。某乙甚為喜愛，脅迫甲以60萬元出售，否則殺害其女。甲不得已與乙訂立買賣契約，出

⁶ 陳自強，契約成立，第194-197頁。

⁷ P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* 15 (Clarendon Press, 1995); 曾世雄，民總，第44-45頁。

⁸ Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code—The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa. L. Rev. 485 (1967).

售該古鐘。甲出售之古鐘固有獲利，但因締約過程有瑕疵，仍得以意思表示有瑕疵為由而撤銷其意思表示，請求乙返還該古鐘。

(二) 契約內容的管制：實質內容管制

關於契約雙方當事人的給付與對待給付是否須具有等價性，我國民法對於契約的實質內容，原則上不加以干涉，僅規定法律行為違反法律強制或禁止規定者，及有背於公共秩序或善良風俗者，無效（第71、72條）。此為法律設定契約自由原則的最低門檻，以規制契約內容符合社會妥當性之要求。除此而外，民法第74條規定，對於暴利行為，當事人得聲請法院撤銷之。該條規定之「依當時顯失公平」，即指當事人之給付與對待給付價值顯不相當而言。依據本條規定，除顯失公平外，必須一方當事人利用他方當事人之急迫、輕率或無經驗等特殊情形下締結契約，始允許當事人有毀約的機會。顯見國家法對於契約內容的控制，著重於程序上之監控，至於實質內容是否公平，原則上放任契約當事人自由評價與判斷。

三、契約自由的限制態樣

(一) 對締約自由與相對人自由的限制

法律設置強制締約的規定，使從事特定行業之人具有與相對人締結契約的義務。例如：

1. 公用事業

郵政、電信、電業、自來水、鐵公路、捷運、無線電視業者等事業，非有正當理由，不得拒絕與客戶或用戶供用之請求。蓋其提供者，為民生必需品，且其事業，具有獨占性，使用人並無選擇締約對象之自由，法律因而課與業者締約義務。

2. 醫療契約

醫師對於危急病人、助產士對於產婦，不得無故拒絕診療或接生（醫師法第21條、助產人員法第29條），蓋其對生命與健康具有重要性。

3. 保險契約

基於社會保險制度，為增進國民健康或分散損害，強制被保險人應予投保，訂立保險契約。如全民健康保險、強制汽車責任保險，被保險人有投保之義務⁹。

(二)對締約內容的限制

對於一般契約，法律僅規定，契約違反法律強制或禁止規定者，及有背於公共秩序或善良風俗者，無效（第71、72條）。對於契約內容進行限制者，主要在於定型化契約的規制，以保護弱勢的契約當事人。若定型化契約的條款，違反誠信原則，對相對人顯失公平，該約定無效（第247條之1，消費者保護法第12條）¹⁰。此外，為保護弱勢勞工，專利法規定，僱用人與受僱人間所定契約，使受僱人不得享有其發明、新型或設計之權益者，無效（該法第9條）。

(三)對締約方式的限制

民法僅就若干契約，設有應踐行一定方式（書面、證人、公證等）的強行規定，如合會（第709條之3）、人事保證（第756條之1）。對於

⁹ 關於公用事業強制締約的規定，如何類推適用於其他獨占或寡占事業，且關係日常生活所必需的交易活動，而成立間接強制締約，參見王澤鑑，債法原理，第86頁；陳自強，契約成立，第161-163頁。

¹⁰ 參照最高法院104年度台上字第472號判決：「按契約之一方當事人為與不特定多數相對人訂立契約，而預先就契約內容擬定交易條款，經相對人同意而成立之契約，學說上稱為附合契約或定型化契約，在現代社會中，具有靈活交易行為，促進工商發達、提高經營效率及節省締約成本之特色，本於私法自治及契約自由原則，固應承認其效力。惟因此種契約，締約當事人之地位每不對等，契約之文字及內容恆甚為繁複，他方當事人（相對人）就契約之一般條款輒無個別磋商變更之餘地。為防止預定契約之一方（預定人），挾其社經上優勢之地位與力量，利用其單方片面擬定契約之機先，在繁雜之契約內容中挾帶訂定以不合理之方式占取相對人利益之條款，使其獲得極大之利潤，造成契約自由之濫用及破壞交易之公平。於此情形，法院應於具體個案中加以審查與規制，妥適調整當事人間不合理之狀態，苟認該契約一般條款之約定，與法律基本原則或法律任意規定所生之主要權利義務過於偏離，而將其風險分配儘移歸相對人負擔，使預定人享有不合理之待遇，致得以免除或減輕責任，再與契約中其他一般條款綜合觀察，其雙方之權利義務有嚴重失衡之情形者，自可依民法第二百四十七條之一第一款之規定，認為該部分之約定係顯失公平而屬無效」。

其他財產上契約，並未訂有締約方式的限制。

應注意者為，基於對社會弱勢者的保護，而對契約內容的自由予以限制，固有理由。然而，任何對於契約的管制，意涵著對於自由經濟市場的干預，必然引起市場的不正常反應，而具有某種副作用。最有名的例子為，對於房屋租金管制。在房屋租金管制之地區，租金管制的副作用為出租房屋減少，低於市場需求，使眾多需要承租房屋者，無法租到房屋。而且縱使承租人如願租到房屋，但由於租金偏低，無法反應市場價格，出租人經常不願投資改善屋況，因而承租人租到的房屋，經常屋況不佳，周遭環境惡劣。從而租金管制之最後結果，仍然是由承租人承擔無法租到房屋，或僅能租到屋況不佳房屋的後果。此等契約管制的副作為，於進行契約管制時，應同時慮及，以免過度扭曲市場機能。

第二節 意思表示

第一項 意思表示的構成要素

意思表示乃表意人將其內心上期望發生某種法律效果之意思，表示於外部之行爲。例如甲向乙要約購買汽車一部，該「要約」之表示，希望依此與乙訂立買賣契約，即為意思表示。

意思表示的過程為：一、當事人有期望其發生某種法律效果的意思，稱為效果意思。二、當事人有將此效果意思表達於外部的意思，稱為表示意思。三、當事人進而將此表示意思表達於外部的行爲，稱為表示行爲。意思表示是由效果意思、表示意思及表示行爲所構成，但其如何影響意思表示的效力，學說不一。

第一款 效果意思

效果意思，指表意人內心上期望發生某種法律效果之意思。如甲寫信給乙，希望以100萬元購買A畫，此項當事人的期望或意欲，即為效果意思。

效果意思與動機不同。如甲表示向乙購買汽車時，其欲取得汽車所有權，為甲的效果意思，但甲購買汽車係為送貨之用或贈與女友，則屬動機。

當事人的期望，須具有發生某種法律上拘束力的意思，始得成立效果意思。單純好友要約飲宴，或宗教禮俗之約定，當事人並無發生法律上拘束力之意思，並非效果意思。

此外，在好意施惠行為，當事人雙方均無受法律拘束之意，欠缺法律上之效果意思，不生法律上之效力。例如搭便車、火車到站時請人叫醒下車，或答應代為投遞信件等，均不生法律上拘束力，而未成立任何契約關係。惟應注意者，好意施惠行為雖不構成契約關係，但仍構成無因管理（第172條），管理人仍應盡善良管理人的注意義務，否則於造成本人損害時，可能成立侵權責任。

關於好意施惠行為，在最高法院103年台上字第848號判決，甲委託乙買賣外國有價證券，雙方訂立開戶契約書，乙依約僅需提供買賣股票下單之手續服務，並無義務提供投資、買賣交易資訊。甲自行在網站獲知某公司換股訊息，以電話請乙詢問該公司有無股票換股計畫，復自行在網路下單，其後因無法換股而受股票跌價之損害，乃請求乙賠償損害。

最高法院謂：「按當事人間之約定欠缺法律行為上之效果意思，而係基於人際交往之情誼或本於善意為基礎者，因當事人間欠缺意思表示存在，而無意思表示之合致，即不得認為成立契約，雙方間應僅為無契約上拘束力之『好意施惠』關係。判斷其區別之基準，除分別其為有償或無償行為之不同外，並應斟酌交易習慣及當事人利益，基於誠信原則，從施惠人之觀點予以綜合考量後認定之。故非屬契約之『好意施惠』行為，於當事人一方未履行該行為時，受利益之一方並無履行請求權，亦不生債務不履行之損害賠償責任。」據此，甲不得請求乙損害賠償。

效果意思存在於當事人之內心，外人無從得知。通說認為，效果意思非屬意思表示的必要構成要素，效果意思的欠缺，不影響意思表示的

存在¹¹。亦即，在欠缺效果意思而為表示行為時，如他方當事人得以正當信賴其意思表示者，該意思表示仍然成立。例如甲在票據上背書，內心雖無負擔背書責任之意思，仍應負票據背書人之責任。此乃為保護交易之安全，維護他方當事人之信賴所致。

按在當事人具有效果意思時，成立意思表示。在當事人無效果意思時，原則上即不成立意思表示（如好意施惠行為），僅於例外時（即他方當事人具有正當信賴），當事人雖無內心上的效果意思，但具有表示上的效果意思，仍然成立意思表示。職是，效果意思仍應認為係屬意思表示之構成要件，較為合理。

第二款 表示意思

表示意思（又稱表示意識），有認為係指表意人有意將內心已決定之效果意思，表達於外部的意思¹²。有認為係指行為人認識其行為具有某種法律行為上的意義¹³。在實際運用上，重要者為，欠缺表示意思，意思表示是否仍然成立？

例如，不知身處拍賣場所，而舉手招呼朋友；在路邊與對街友人打招呼，計程車司機誤為呼叫車輛；誤認訂購單為賀卡而簽名。

表示意思是否為意思表示的成立要件，肯定說者認為，表示意思為意思表示的成立要件，表示行為不具表示意思者，意思表示不成立¹⁴。此說在於貫徹表意人之自主意思（意思說）。否定說認為，表意人表示於外部之行為，相對人僅能就其客觀上之行為予以信賴，對於表意人之內心無法查知，因此表意人應就其表示行為的客觀意義負責，以保護相對人，並維護交易安全（信賴說）。此時，表意人僅得類推適用關於意思表示錯誤之規定，撤銷其意思表示。但對相對人的信賴利益，應負賠償責任（第88、91條）¹⁵。

¹¹ 王澤鑑，民總，第376頁；洪遜欣，民總，第356頁。

¹² 施啟揚，民總，第224頁；洪遜欣，民總，第357頁；鄭玉波，民總，第273頁。

¹³ 王澤鑑，民總，第375頁；梅仲協，民要，第63頁；黃立，民總，第221頁。

¹⁴ 施啟揚，民總，第224頁；鄭玉波，民總，第273頁；梅仲協，民要。

¹⁵ 王澤鑑，民總，第377頁；洪遜欣，民總，第357頁；黃立，民總，第222頁。英國

關於上述二說，由於表意人之表示意思，相對人難以查知，且欠缺表示意思之風險，由表意人承擔，較為公平，因此以否定說較為可採。從而，表意人與相對人之契約成立，表意人僅得類推適用錯誤法則，撤銷其意思表示。

第三款 表示行為

一、意義

表示行為指表意人將其意思表示於外部的客觀行為。如口頭表示、寄發信件、email、line等。

表示行為必須基於行為意思，始能發生效力。行為意思指行為人自覺地從事某項行為。如在自助餐取用食物，在拍賣場舉手、在賀卡上簽名等。如為睡眠中的動作、注射麻醉藥後，執手簽名於文書、未發信之信件偶然為受信人收到等，均欠缺行為意思，該表示行為不成立。至於行為人因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，該意思表示仍具有表示意思而成立，僅因其意思表示有瑕疵，而得撤銷（第92條）。

二、表示的方法

（一）明示與默示

凡以語言、文字或當事人了解的符號等表示方法，直接表示意思者，為明示的意思表示。如甲向乙表示願意購買其手機。默示意思表示，指表意人以舉動或其他使人得以間接推知表意人意思的表示方法。如在自助餐廳取用食物，具有買賣的意思；承租人於租約期滿後，繼續為租賃物的使用受益，具有繼續承租的意思。

實務上，經常發生者為默示的分管契約。例如，甲、乙及丙等12戶為A公寓各層房屋之所有權人，該公寓地下室為防空避難室，設有儲水

法就契約之成立，採取客觀原則，在不知身處拍賣場所，而舉手招呼朋友之案例，認為當事人間之買賣契約成立，且因相對人之信賴，表意人不得以錯誤為由，撤銷其契約。Hugh Beale, Benedicte Fauvargue-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon and Stefan Vogenauer, Cases, Materials and Text on Contract Law, at 453 (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010)

池供公寓住戶使用，並自民國64年起，由甲單獨使用地下室。甲之房屋於87年被拍賣，由丁拍定後，乙及丙等11戶拒絕丁繼續使用該地下室，有無理由？

本案系爭地下室為公寓全體住戶共有所有權，全體所有權人得以分管契約的方式，約定由何人使用地下室。本案12戶共有權人並無明示的分管協議。但最高法院認為：「共有物分管之約定，不以訂立書面為要件，倘共有人實際上劃定使用範圍，對各自占有管領之部分，互相容忍，對於他共有人使用、收益，各自占有之部分未予干涉，已歷有年，非不得認為默示分管契約之存在，且共有人於與其他共有人訂立共有物分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分管契約對於受讓人仍繼續存在（102台上2154號、97台上909號、103台上850號）。」據此，乙及丙等11戶既已容忍甲多年使用地下室，應認為默示同意分管契約存在，不得拒絕受讓人丁使用地下室¹⁶。

（二）沉默與意思表示

沉默指單純的不作為，當事人既未明示其意思，亦不能藉由其他事實，而推知其意思。沉默並非間接意思表示，原則上不生法律效果。例如，甲為A地所有人，乙長期占有使用A地，長達40年。甲請求乙返還土地時，乙不得以甲長期間保持沉默，主張甲默示同意其使用土地，而拒絕返還（102台上176號）¹⁷。

沉默得例外作為意思表示，即依交易上慣例或特定人間之特別情事，在一般社會之通念，可認為有一定之意思表示者，亦得謂為默示之意思表示。其情形如下：

1. 當事人之約定

例如甲與乙約定，在每季新茶葉產收時，寄來十斤，若不買，則於

¹⁶ 溫豐文，默示的分管契約／最高法院98台上1087，台灣法學雜誌，第170期，第199-201頁（2011年2月）。

¹⁷ 最高法院69年台上字第462號判決：「系爭土地上之房屋，縱已建築多年，但上訴人既未能積極證明土地所有人同意建築，即不能因建築多年即認為係土地所有人已同意使用，上訴人空言主張被上訴人默示同意，自不足採。」

三天內退回。則乙的沉默（不退回），即生承諾的效果。

2. 法律規定

在某些情形，依法律規定，使沉默發生與意思表示相同的效力，即為「擬制的意思表示」。例如，法律將沉默擬制為「不同意」（第80條第2項、第170條第2項）或「同意」（第387、451條）。

3. 特別情事

例如華貴大廈的法定空地，向來為住戶甲所使用，甲在系爭空地上搭建鐵皮棚架至少有16年餘後，出售其房屋於乙，大廈管理委員會以乙為無權占有人，請求乙返還空地，是否有理由？

最高法院判決謂：「所謂默示之意思表示，除依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其有承諾之效果意思者外，倘依特別情事，在一般社會之通念，可認單純之沉默有一定之意思表示者，亦非不得謂為默示之意思表示。¹⁸」系爭空地上搭建鐵皮棚架至少有16年餘，全體住戶在可共見共聞之情形下皆無意見，且事隔近30年，華貴大廈住戶始就系爭空地之占有與乙發生爭執，應認為該大廈住戶對於系爭空地歸乙使用，具有默示的意思表示。

在上述甲之A地被乙占有使用40年之案例（102台上176號），乙並非土地共有人，無權占有他人土地，甲雖長期保持沉默，並無默示成立使用借貸契約之意思，而未構成默示的同意。反之，在華貴大廈的案例，大廈住戶為法定空地之共有人，長期沉默30年，具有默示同意成立分管合約之意思，因而成立分管合約，不得請求返還土地¹⁹。

¹⁸ 最高法院102年台上字第333號、100年台上字第2103號判決。參見最高法院21年上字第1598號及29年上字第762號判例。

¹⁹ 實務上認為，默示的分管契約須具備二項要件：1. 共有人間實際劃定使用範圍，對各自占有管領之部分，相互容忍；2. 對於共有人使用、受益各自占有之部分，未加干涉，已歷有年（83台上1377號、89台上1228號）。參見溫豐文，默示的分管契約／最高法院98台上1087，台灣法學雜誌，第170期，第200頁（2011年2月）。

第二項 意思表示的生效時期

第一款 無相對人的意思表示

無相對人的意思表示，於表示行為完成時，立即發生效力。例如，甲拋棄其書籍，於放入垃圾桶時，其所有權消滅。乙黏貼懸賞廣告時，懸賞廣告發生效力。

第二款 有相對人的意思表示

一、對話的意思表示

民法第94條規定：「對話人為意思表示者，其意思表示，以相對人了解時，發生效力。」所謂了解，指依通常情形，相對人所能了解者而言。因此，相對人故意掩耳不聞，仍發生意思表示之效力。但與盲人筆談，不生效力。對不懂中文的外籍勞工，以中文為解僱之意思表示，亦不生效力。

二、非對話的意思表示

民法第95條規定：「非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。」據此，我國不採表示主義（如寫妥信件）、發信主義（如投遞郵件）²⁰，或了解主義（如閱讀信件），而採達到主義（如信件投入相對人信箱）。

如出租人甲欲終止租約，寄存證信函於承租人乙，發生如下情形：(一)郵差將信丟入河中；(二)乙住所無人回答，郵差放入信件於信箱；(三)信件於信箱中，被流浪狗咬走；(四)信件自信箱中，因颱風過境被吹落遺失；(五)菲傭收信後，棄之於垃圾桶；(六)大廈管理員收信後，信件遺失；(七)郵差於門首張貼招領通知書，乙拒絕至郵局領取。問：甲之終止契約的意思表示，是否生效？

²⁰ 我國對於股份有限公司股東會召集之通知，採發信主義。參見最高法院87年台上字第1776號判決。關於意思表示生效時期的不同理論（表示主義、了解主義、發信主義、達到主義），參見黃立，民總，第235-236頁；陳自強，契約成立，第61頁。

民法第95條所謂達到，係指意思表示已置於相對人可能支配之範圍，置於相對人居於隨時可了解其內容之地位的客觀狀態，無須使相對人取得占有，故通知已送達於相對人之居所或營業所者，即為達到，不必交付相對人本人或其代理人，亦不問相對人之閱讀與否，該通知即可發生意思表示之效力。公司對職員之調職命令，於通知書置於職員之桌面時，發生通知調職之效力（92台上2796號）。

據此，(一)若郵差將信件丟入河中，應未達到相對人。至於(二)住所無人回答，放入信件於信箱；(三)信件於信箱中，被流浪狗咬走；(四)信件自信箱中，因颱風過境被吹落遺失；(五)菲傭收信後，棄之於垃圾桶；及(六)大廈管理員收信後，信件遺失，均置於相對人可能支配之範圍，應屬達到相對人（87台抗152號裁定）。蓋意思表示是否因達到而生效，在於分配無法傳達意思表示的風險，於表意人與相對人間，應由何人承擔。上述情形，應由相對人承擔無法傳達意思表示之風險也。

至於(七)郵差於門首張貼招領通知書，相對人無正當理由而拒絕至郵局領取者，亦應認為已經達到（86台抗628號裁定）。其達到的時期，係依相對人最早可至郵局領取信件之日²¹。反之，若相對人出國，身在國外而無人受領信件，或送達之住所，實際上無人居住，則非屬相對人可隨時了解其內容之客觀狀態，意思表示尚未達到（41台上490號判例、99台上564號）。

應注意者為，最高法院認為：「所謂達到，於表意人係以書面等物件為意思表示時，固以其意思表示達到相對人之支配範圍，置於相對人隨時可了解其內容之客觀狀態為已足，而不問相對人之閱讀與否，即發生為意思表示之效力。惟於表意人係以言詞（口頭）於相對人住所向相對人之家屬或其受僱人等為表示時，因該家屬等未必轉達，且其情形又非如書面等物件得置相對人於隨時可了解其內容之客觀狀態中，應以相對人已獲知其意思表示時，始可謂為達到。」從而出租人甲以言詞向承租人乙之丙妻，以口頭為欠租之催告（第440條第1項），在丙未轉達於承租人乙時，不生催告的效力（86台上3742號）。

²¹ 王澤鑑，民總，第387頁。

上開見解，將達到限於書面的意思表示，固有所據。但本案欠租之催告，承租人乙之丙妻已經了解，乙與丙共同居住於租賃房屋時，應認為丙為有受領權人（受領使者），類推適用民法第94條規定，催告於丙了解時，發生效力。至於丙未為傳達，應由乙承擔未為適時傳達的風險²²。

再者，民法第94條及第95條之規定，非強行規定，倘契約當事人對意思表示之方式及其效力有特別約定者，應從其約定（89台上2869號）。例如，在國際貿易契約，若當事人約定，以發信（發出信用狀）為意思表示效力發生時期者，從其約定。

另民法第95條第2項規定：「表意人於發出通知後死亡或喪失行為能力或其行為能力受限制者，其意思表示，不因之失其效力。」蓋表意人於發出通知後，已經具有使其意思表示表現於外部的意思（表示意思），並為通知的表示行為，該項通知的意思，雖因尚未達到相對人而未發生效力，但表意人的通知行為的效果，不應因其嗣後死亡或喪失行為能力或其行為能力受限制，而受影響，以貫徹表意人之意思。

第三款 意思表示的撤回、限制及公示送達

一、意思表示的撤回

民法第95條第1項規定：「非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。但撤回之通知，同時或先時到達者，不在此限。」例如，出租人甲於承租人乙積欠租金2個月後，經催告仍拒絕給付租金時，乃決定終止租約，而發函予乙。但第二日，聽聞乙之幼兒嗷嗷待哺，心生憐憫，立即再度發函，表示願意讓乙繼續居住，並以限時信件寄出。結果前後二封信函同時到達乙。此時，前函終止租約的意思表示，不生效力。

²² 關於受領意思表示的使者，參見王澤鑑，民總，第388-389頁；陳自強，契約成立，第284頁。

二、對未成年人之意思表示

民法第96條規定：「向無行為能力人或限制行為能力人為意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力。」蓋無行為能力人及限制行為能力人均無法有效為法律行為，為保護其利益，須以通知達到其法定代理人時，始發生效力。

三、以公示送達為通知

民法第97條規定：「表意人非因自己之過失，不知相對人之姓名、居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達為意思表示之通知。」本條規定，係為避免表意人無從為意思表示之通知，而遭受不利益之結果，故使其意思表示得依民事訴訟法第149條規定之方法為送達，發生通知之效力，此項公示送達屬意思通知之性質（90台抗324號裁定）。

第三項 意思表示的解釋

第一款 概 說

當事人之意思表示，無非藉由語言及文字，作為表示方式。但任何語言及文字，經常須藉由使用時的情境，始得正確判斷。在當事人雙方對於表示的語言或文字，發生認知上的差異時，即須法官就當事人之表示加以解釋。

民法第98條規定：「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。」係以探求當事人之真意，為意思表示的最終目的。解釋當事人的真意，學說上有意思說與表示說的爭議。前者以表意人的主觀意思為準，後者以相對人處於一個理性人的地位，評價表意人之意思表示的客觀意義（或稱「信賴說」）²³。最高法院採取表示說：「所

²³ 吳從周，法律行為解釋、契約解釋與法律解釋，中研院法學期刊，第23期，第102-103頁（2018年9月）。德國學者Stefen Vogenauer認為：意思表示「解釋的目標，不再是實現一個理論，而是獲得一個理性的結論。」（引自吳從周，前揭文，第107頁）是以，意思說與表示說的爭議已非主要議題。重要者為，意思表示解釋的

稱真意，乃指表示之真正意思而言，非謂當事人內心之真意。是以意思表示解釋之客體，為當事人已經表示於外部之效果意思，而非其內心蘊藏之意思（102台上288號裁定）。」

最高法院88年台上字第1671號判決謂：「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，民法第九十八條定有明文。意思表示不明確，使之明確，屬意思表示之解釋；意思表示不完備，使之完備，屬意思表示之補充。前者可減少爭議，後者可使意思表示之無效減至最低程度。意思表示解釋之客體，為依表示行為所表示於外部之意思，而非其內心之意思。當事人為意思表示時，格於表達力之不足及差異，恆須加以闡釋，至其內心之意思，既未形之於外，尚無從加以揣摩。故在解釋有對話人之意思表示時，應以在對話人得了解之情事為範圍，表意人所為表示行為之言語、文字或舉動，如無特別情事，應以交易上應有之意義而為解釋，如以與交易慣行不同之意思為解釋時，限於對話人知其情事或可得而知，否則仍不能逸出交易慣行的意義。解釋意思表示端在探求表意人為意思表示之目的性及法律行為之和諧性，解釋契約尤須斟酌交易上之習慣及經濟目的，依誠信原則而為之。關於法律行為之解釋方法，應以當事人所欲達到之目的、習慣、任意法規及誠信原則為標準，合理解釋之，其中應將目的列為最先，習慣次之，任意法規又次之，誠信原則始終介於其間以修正或補足之。」

最高法院於上述判決強調：「在解釋有對話人之意思表示時，應以在對話人得了解之情事為範圍，表意人所為表示行為之言語、文字或舉動，如無特別情事，應以交易上應有之意義而為解釋，如以與交易慣行不同之意思為解釋時，限於對話人知其情事或可得而知，否則仍不能逸出交易慣行的意義。」應說明者為：

一、所謂「在對話人得了解之情事」，係指意思表示應依雙方當事人在立約當時，共同的意思作為解釋標準，即使該意思與文字上的字面意義（即「交易上應有之意義」）不同，亦然。

二、一方當事人之表示，若為一般交易上意義以外的特殊意義，但

爲他方所「知悉或可得知悉」者，該意思即爲當事人之真意。

三、在無法得知當事人之真意時，應依據客觀解釋原則，以一般相類似的理性人，在相同情境下，可得理解的方式，爲表意人之真意²⁴。

準此，關於意思表示的解釋，首需探求表意人主觀的真意（「主觀意思理論」），若無法得知表意人主觀的意思，且相對人亦無法知悉表意人之主觀意思者，則應以表意人客觀的意思爲其意思（「客觀意思理論」）。

例如，在最高法院88年台上字第2885號判決，被告夫妻爲原告夫妻的乾兒子及乾媳婦。原告將其所有的土地贈與被告夫妻，約定被告夫妻應負責照顧奉養原告夫妻。嗣後被告不履行扶養義務，原告主張撤銷該贈與契約，請求被告返還土地（第412條）。

被告抗辯，其真意係指基於道義上之照顧義務，並非負擔扶養照顧原告至終老之義務。本案法院判決：「被告此項真意，若僅存於內心，而非原告所明知，則被告仍應依其對外之表示負責。」

第二款 意思表示解釋的客體

最高法院102年台上字第748號判決謂：「按解釋契約，應於文義上及論理上詳爲推求，以探求當事人立約時之真意，並通觀契約全文，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值作全盤之觀察，以爲其判斷之基礎，不能徒拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失其真意。」據此，意思表示解釋的客體爲：

一、契約全文，而非拘泥字面或截取書據中一二語而爲解釋。

二、訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，包含當事人爲表示行爲的言語、文字或舉動等資料。

²⁴ 參見CISG第8條、PICC第4.1及4.2條、PECL第5：101條、DCFR第2編第8：101條。另參見最高法院99年台上字第1582號判決：「惟所謂默示之意思表示，必須依表意人之舉動或其他情事，足以推知其效果意思且無其他反證者，始足當之。且解釋默示意思表示，亦應探求當事人之真意，不能拘泥於其外部之舉動或其他情事，此觀民法第九十八條規定自明。」

第三款 意思表示解釋的考量因素

最高法院102年台上字第2087號判決謂：「所謂探求當事人之真意，乃在兩造就其意思表示真意有爭執時，應從該意思表示所植基之原因事實、經濟目的、社會通念、交易習慣、一般客觀情事及當事人所欲使該意思表示發生之法律效果而為探求，並將誠信原則涵攝在內，藉以檢視其解釋結果是否符合公平原則。」又最高法院103年台上字第713號判決明確揭示解釋意思表示應考量的因素：「倘當事人所訂立之契約真意發生疑義時，法院固應為闡明性之解釋，即通觀契約全文，並斟酌立約當時之情形及其他一切證據資料，就文義上及理論上詳為推求，以探求當事人締約時之真意，俾作為判斷當事人間權利義務之依據。惟法院進行此項闡明性之解釋（單純性之解釋），除依文義解釋（以契約文義為基準）、體系解釋（綜觀契約全文）、歷史解釋（斟酌訂約時之事實及資料）、目的解釋（考量契約之目的及經濟價值）並參酌交易習慣與衡量誠信原則，加以判斷外，並應兼顧其解釋之結果不能逸出契約中最大可能之文義。」

據此，解釋意思表示，應根據契約文字，考量契約主要目的、經濟價值、社會通念（社會客觀認知）、交易習慣、一般客觀情事、當事人之意欲及誠信原則等因素，以求解釋結果符合公平原則²⁵。

一、契約文字

契約文字乃意思表示解釋的基礎，故最高法院17年上字第1118號民事判例謂：「解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。」（同說102台上297號）

²⁵ DCFR第2編第8：102條規定，解釋契約應考量以下因素：一、契約締結之背景環境，包含事前的協商；二、當事人之行為，包含契約締結後之行為；三、當事人對契約相同或類似條款或表示，曾經給予的解釋，或在當事人間已經達成的實務慣例；四、條款或表示在相關活動中，通常具有的意義，或已被接受的解釋；五、契約的本質與目的；六、習慣；七、誠信原則與公平原則。

在英美法，有所謂「口頭證據法則」(parol evidence rule)，認為書面契約乃當事人同意的最終合意內容，當事人不得以過去或現在的其他相反證據，推翻其書面合意。我國在最高法院93年台上字第988號判決採取相同見解，認為：「當事人於訂立書面契約時，如未將先前洽商有關契約履行之事項以文字記載於契約者，除法律另有規定或另有變更契約內容之意思表示合致外，應僅得以該契約文字之記載作為解釋當事人立約當時真意之基礎，無須別事探求。本件縱認上訴人所主張：被上訴人於遊說其投資時，於洽商中曾有多項之保證一節為真實，惟兩造與建○公司訂立系爭切結書時，既未將攸關上訴人所主張應由被上訴人負履約責任之內容以文字加以記明，揆諸首揭說明，原審認應以系爭切結書之記載，作為認定兩造間權利義務關係之基礎，因而為上訴人不利之判決，於法即無不合。」

此項見解，固有所據，但多數國際契約法規範，並不採「口頭證據法則」，而認為法官應考量相對人是否知悉表意人之主觀意思，且證人之證言，亦得作為證據資料²⁶。實則，我國法院經常強調：「解釋當事人之契約，應通觀全文，於文義上及論理上詳為推求，並斟酌立約當時之事實及其他一切證據資料，以為判斷之標準，不能拘泥於契約之文字，期不失立約人之真意（82台上341號、85台上2585號、91台上634號）。」

例如，關於契約之定性，最高法院108年台上字第346號判決：「按判斷當事人所訂定契約之定性，應依當事人所陳述之原因事實，並綜觀其所訂立契約之內容及特徵，將契約所約定之事項或待決之法律關係，置入典型契約之法規，比對其是否與法規構成要件之連絡對象相符，以確定其實質上究屬何類型之契約（有名契約、無名契約、混合契約，或契約之聯立），或何種法律關係？俾選擇適用適當之法規，以解決當事人之糾紛。」

職是，在最高法院94年台上字第573號判決，原告任職台○新聞報

²⁶ Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pliar Perales Viscasillas (eds.), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 146, 151 (C.H.Beck, 2011).

社，擔任送報員，雙方訂立「承攬契約書」一份，在任職19年後，因報社精簡計畫，被告以雙方屬承攬關係而非僱傭關係為由，認為原告不得納入優惠資遣適用對象，無法依勞動基準法規定予以資遣離職。原告主張雙方應屬僱傭關係，應依公營事業移轉民營條例等規定，加發1個月預告工資及6個月薪給，作為資遣費。

原審法院以契約名稱為「承攬契約書」，判決原告敗訴。但最高法院認為：本件原告擔任被告送報員長達十餘年，原告須遵守被告管理規則，不能遲到，報份送畢應即返回報社簽到，原告領有固定底薪、年終獎金、不休假獎金、加班費等薪津，兩造間所訂之契約雖名為「承攬契約書」，其性質究為承攬契約抑僱傭契約，尚值斟酌，而發回更審。

在契約實務上，經常約定所謂的「合併條款」或「整合性條款」（merger clause, integration clause），約定「本契約書簽訂後，雙方權利義務關係，概以本契約為準。」此時，當事人事前之表示或合意，均不得作為與契約約定相反之證據。但通說認為，除非另有約定外（如約定任何事前協商之文件或交涉過程等，均不得作為本契約解釋之依據），當事人之事前表示，縱有合併條款，仍得作為解釋契約之參酌資料²⁷。

最後，關於契約文字的解釋，有時甚為困難。試比較下列二例：

（一）買賣契約約定（最高法院86台上95號判決）：「倘買方違約不依約付款，已繳款項由賣方沒收抵償損失，契約自動解除，買方不得異議；倘賣方不賣時，應將所收款項加倍退與買方，各無異議」。通觀其文義，似旨在約定契約當事人任何一方違約時，他方得解除契約，並得按照上開約定數額請求對方賠償損害，而非約定買方將所繳款項供賣方抵償損害或賣方加倍返還所收款項，即得隨時解除契約。

（二）買賣契約書記載（最高法院93台上2128號判決）：「本約簽訂後，倘甲方不買或不按約定日期付款時，願將既付價款全部由乙方無條件沒收，抵作違約金外，並即解除本約。如乙方不賣或不照約履行應盡義務時，亦應將已收價款如數退還與甲方外，另加賠償所收價款同額之

²⁷ PICC第2.1.17條、PECL第2：105條、DCFR第2編第4：104條。

損害金與甲方後，本約方得解除，各無異議。」該約款後段之真意似為出賣人不賣或不照約履行應盡義務時，得將已收價款退還及賠償同額損害金與買受人後解除契約，係屬保留解除權之約定。

二、當事人的意欲

在最高法院91年台上字第512號判決，原告與被告為某甲之養子女，甲於民國43年間死亡後，遺留A地一筆，被告簽署「繼承權放棄證書」給原告，據以辦理繼承登記並移轉所有權。於民國87年間，發現某甲尚有B地，未辦理繼承登記。原告向被告請求移轉登記，被告主張其僅拋棄A地，但未拋棄B地，而拒絕之。

最高法院認為：原告與被告於某甲死亡時，均不知尚遺有其他不動產，是被告書立繼承權放棄證書時，其主觀認識上，應無保留對其他不動產繼承權之意思。是以，原告之請求為有理由²⁸。

又按「繼承之拋棄，係指繼承人否認自己開始繼承效力之意思表示，即否認因繼承開始當然為繼承人之全部繼承效力之行爲。與拋棄因繼承所取得之財產，性質不同。又民法第1174條所謂拋棄繼承權，係指全部拋棄而言，如為一部拋棄，為繼承性質所不許，不生拋棄之效力（65台上1563號判例、67台上3788號、69台上4026號）。」據此，本案被告的拋棄繼承，效力及於甲之所有財產，而非僅限於A地，因此乙抗辯其未拋棄B地為不可採。

三、契約的目的與經濟價值

「按解釋契約，應於文義上及論理上詳為推求，以探求當事人立約時之真意，並通觀契約全文，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值作全盤之觀察，以為其判斷之基礎，不能徒拘泥字面或

²⁸ 另參最高法院84年台上字第2684號判決：系爭借據上記載「茲向李○貞姑姑壹家人所借的錢，我們兄弟負責償還。」其後為「代理人陳伯○、陳伯○、陳炎○」之簽章，所用辭句雖無「保證」字樣，然所謂「我們兄弟負責償還」實即陳伯○、陳炎○、陳伯○三人間互相就所欠債務保證償還之意。即凡該三人任何一人對李○貞一家人所欠之債務，其他人均為之保證，不限何筆。

截取書據中一二語，任意推解致失其真意。」最高法院102年台上字第748號著有判決。（同說102台上2211號）

最高法院78年台上字第1408號判決謂：「土地之租賃契約，以承租人自行建築房屋而使用之為其目的者，非有相當之期限不能達其目的，故當事人雖未明定租賃之期限，依契約之目的，探求當事人之真意，亦應解為定有租至房屋不堪使用時為止之期限，並應受民法第四百四十九條第一項期限不得逾二十年之限制。」

此外，在最高法院81年台上字第1556號判決，當事人雙方訂立保全契約，約定：「所發生之竊盜損失，已捕獲暴徒竊犯送警法辦者」，保全公司不負補償責任。本案於原告之公司發生竊盜損失後，請求保全公司理賠，但保全公司以竊賊已經警察捕獲為由，拒絕理賠。

最高法院認為，依當事人訂立保全契約之目的，及契約全文妥適解釋，關於「捕獲暴徒竊犯送警法辦」之約定，應限於保全人員捕獲暴徒竊犯送警法辦之情形，始有其適用。否則，若保全人員玩忽懈怠，任由竊賊掠取財物，嗣後該竊賊為警方捕獲，保全公司竟可執為卸責之藉口，並非當事人訂立保全契約之真意。

再者，在最高法院86年台上字第3472號判決，原告公司與被告保險公司訂立汽車保險契約，投保汽車強制責任保險。原告公司之法定代理人駕駛該汽車，發生交通事故，於賠償被害人後，向被告請求理賠。被告抗辯，汽車保險契約之當事人為原告及被告，原告之法定代理人並非契約當事人，不得依約請求理賠。

最高法院認為：「原告公司為一法人組織，其本身不能駕駛或管理汽車，必須借助於『自然人』（法定代理人或僱用人或其他第三人等）始能完成駕駛或管理汽車之行爲。是兩造所訂系爭汽車保險契約之『被保險人』一詞，於『法人』係被保險人時，解釋上苟不將其法定代理人之駕駛或僱用人之駕駛，包括的認為係屬該法人之行爲，而視對該法定代理人或僱用人之『賠償請求』，即係對法人之請求，則法人既不能自行駕駛或管理汽車，該實際駕駛或管理汽車之法定代理人或僱用人等自然人，又非系爭保險契約之當事人，於該自然人駕車出險而受賠償請求時，法人竟不能依系爭保險契約對保險人為請求，該自然人亦因非締約

之當事人，致無權對之為請求，前開約定豈非成為具文？」

四、交易習慣

在預售屋買賣契約，由於房屋尚未興建完成，雙方關於房屋坪數，除室內空間外，是否包括大樓電梯及走道的坪數，早期經常發生爭議。最高法院87年台上字第2718號判決認為：探求當事人之真意，須參酌買賣當時之交易習慣。所謂「私有面積」依交易習慣應包含室內、陽台、當層的電梯間、樓梯間及走廊等的分擔面積在內（即俗稱小公）。建築業者，於所繪製之平面圖上標明之「私有面積」，其真意係指包含「小公」之面積，自屬可信。

五、社會通念與公平原則

最高法院102年台上字第2087號判決：「所謂探求當事人之真意，乃在兩造就其意思表示真意有爭執時，應從該意思表示所植基之**原因事實、經濟目的、社會通念、交易習慣、一般客觀情事**及當事人所欲使該意思表示發生之法律效果而為探求，並將誠信原則涵攝在內，藉以檢視其解釋結果是否符合公平原則。」（同說105台上211號、106台抗445號）

在最高法院93年台抗字第733號裁定，某甲簽發本票一紙，金額1,100萬元，於民國92年交付給某乙。某乙提示不獲付款，請求強制執行時，某甲抗辯，該本票之發票日為「民國2003年9月30日」，日期未屆，某乙不得請求付款。

本案爭議者為，「民國2003年9月30日」，該年號究指西元或民國？最高法院認為，應依某甲之真意決定。本件乙於取得該本票為民國92年，西元2003年即為民國92年，且人之生命週期數十年，甲不可能簽發一千餘年後之票據交乙收執，西曆與國曆常有混用情事，依據一般社會通念，就本票文字之內涵為合理之觀察，其顯係以西元為簽發本票之年號無訛。

六、誠信原則

誠信原則為民法的帝王條款，於解釋契約時，誠信原則亦應「始終

介於其間以修正或補足之」，以期解釋結果符合公平原則。

例如，甲向乙要約，明訂乙為承諾時，必須於8天內，將承諾函直接寄送甲的營業總部，始生效力。乙之員工疏於注意，將承諾函寄送於甲之當地營業代理商，該代理商立即傳送該信函至營業總部，於第4天到達。縱使乙違反約定，解釋上，應認為契約有效成立²⁹。

又如，甲與乙保險公司訂立汽車車體損失保險，約定汽車受損時，應由乙負理賠責任。該契約約定：「遇有保險事故發生時，甲應立即報請警察機關處理，否則乙不負賠償責任。」甲於某日下午三時三十分，駕駛汽車撞擊道路安全島，於四時左右前往派出所備案。乙以甲未「立即」報警處理為由，拒絕理賠。

本案法院認為：「只需肇責明確，則被保險人於相當時間內前往憲警單位存證備查，即應解釋為已盡契約義務，否則如一味拘泥於『立即』之辭句，顯然對被保險人過於苛刻，反失公平性，此應非當事人之真意所在（臺中地院85保險31號）。」

第四款 解釋準則

一、契約整體解釋原則

解釋意思表示應就契約全文整體予以解釋，不得僅「截取書據中一二語，任意推解致失其真意。」蓋當事人所企圖實現者，應為契約條款作為整體而為解釋，而非使條款相互獨立，致失其真意。再者，契約使用之用語，對於相同之文字或表示，應為相同之解釋，以保持其一致性，而不致發生歧異。

例如，甲為剛出道歌手，與經紀人乙簽訂演唱合約6個月，約定：「(一)乙得於甲開始工作後3天內終止契約。(二)任何一方當事人得於賠償高額違約金後，任意終止契約。」乙於甲工作後第一天即表示終止契約，甲乃起訴請求支付違約金。基於乙得於3天內終止契約之約定，甲

²⁹ Ole Lando and Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, at 114 (Kluwer Law International, 2000).

之請求為無理由³⁰。

二、契約有效性解釋原則

契約解釋應使契約條款合法有效為原則。在契約條款具有疑義，得解釋為無效，亦得解釋為有效時，應以解釋為有效作為優先原則。再者，若其中一種解釋將導致荒謬結果時，應採取他種解釋。

例如，某甲電視公司與某乙電影經銷商訂立電影供應契約，約定在下午時段播放，且該電影須「獲得政府檢查許可」。甲主張，乙提供的電影必須為普遍級，但乙主張，該電影只須已經上映流通即可，包含X級電影。在雙方當事人意思不明時，甲的主張為有理由，蓋乙的說法將使該契約條款之約定不生任何效果³¹。

三、不利擬定契約當事人原則

在契約條款由一方當事人草擬完成或提出定型化契約條款時，若該契約條款文義不明，應由草擬契約條款之一方，承擔該契約條款不明之風險。是以，解釋契約條款時，應對該草擬條款之人，為不利之解釋（*contra preferentum rule*）。

此項原則，對於定型化契約條款，或在一般契約條款，而一方當事人具有優勢影響力時，應予適用，並無疑義。最高法院84年台上字第1239號判決，認為定型化契約條款縱使成立於臺北市公共汽車管理處與廣告公司之間，仍得適用定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者的解釋之規定，足資參照³²。但在一般談判地位對等的雙方所訂立的契約（如商人間的契約），是否適用本項原則，國際契約法文

³⁰ Christian von Bar and Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, vol. I, at 568 (Oxford University Press, 2010). 關於契約整體解釋原則，參見DCFR第2編第8：105條、PICC第4.4條、PECL第5：105條。

³¹ Stefan Vegenauer and Jan Kleinheisterkamp, *Commentary to PICC*, at 75 (2009). 關於契約有效性解釋原則，參見DCFR第2編第8：106條、PICC第4.5條、PECL第5：106條。

³² 參照消費者保護法第11條第2項：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」

件，見解不一³³。本書認為，擬定契約的當事人得以控制文義不明的風險，在發生疑義時，應由其承擔風險，較為符合公平原則。

第五款 契約的補充解釋

一、闡釋性解釋與補充解釋

法律行為的解釋，依民法第98條規定，探求當事人的真意，以契約文義可能的意思為解釋對象，在文義範圍內闡釋當事人的意思，稱之為「闡釋性解釋」。惟於履約過程中，可能發生超越契約當事人約定之事項，為當事人締約時所無法預見，在契約文義內無法獲得適切的調整結果，因此應對此契約漏洞進行填補，稱之為「補充解釋」。

例如，甲和乙為某小鎮醫師，雙方約定互換診所合約。半年後，甲突然返回原小鎮，在乙的診所隔壁重新開設診所。甲與乙的合約並無禁止甲遷回小鎮開業的約定，乙有權請求禁止甲開設診所嗎？³⁴

二、契約漏洞與填補

契約的補充性解釋，以契約存在漏洞為前提。所謂契約漏洞，指依契約的規範計畫，應約定條款對某事項予以規範而未約定，發生契約計畫外的不完整。契約漏洞通常發生於契約未約定清償期或清償地等事項。最高法院謂：「當事人於訂立契約時，關於某事項依契約計畫顯然應有所訂定而漏未訂定，致無法完滿達成契約目的而出現契約漏洞者，法院始應為補充性之解釋（契約漏洞之填補）（106台上962號）。」又「就契約進行補充性之解釋，非確認當事人於訂約時，關於某事項依契約計畫顯然應有所訂定而漏未訂定，致無法完滿達成契約目的而出現契約漏洞者不得為之，係以尊重當事人自主決定契約內容之權利，並免於任意侵入當事人私法自治之領域及創造當事人原有意思以外之條款

³³ DCFR第2編第8：103條及PECL第5：106條係以定型化契約條款及具有優勢影響力之契約條款為限，但PICC第4.6條則不以此為限，蓋PICC乃以商事契約為適用對象也。

³⁴ 本案引自Bernd Rüthers，民總，第215頁。

（105台上1902號）。」

在契約漏洞發生時，應進行漏洞填補。填補的方法，如法律有任意規定者，自得以任意規定補充當事人之意思。例如，買賣契約當事人未約定瑕疵擔保責任時，民法關於瑕疵擔保的規定（第354、359、366條），得以作為當事人契約之規範基礎。

在欠缺任意規定或任意規定仍然不符當事人之意思時，則應進行補充性解釋。此時主要針對當事人的意思進行評價，探求當事人於顧及契約目的之情況下，以善意方式，在締約當時可能的期待與約定作為契約之內容，學說上稱之為「**假設的當事人意思**」³⁵。

在前述互換診所案，當事人就遷回診所未為約定，但依其契約目的，當事人具有確定交換診所，不得相互遷回的意思，此項**同業競爭禁止條款**應約定而未約定，屬於契約漏洞，應以假設的當事人意思，基於誠信原則及交易習慣，解釋本件契約，甲負有不得於特定期間內遷回小鎮開設診所之義務，否則即屬違約行為，乙得請求禁止甲重新在小鎮開業。

三、補充性解釋的界限

如同法律漏洞的填補，契約漏洞的補充性解釋，仍然須於契約解釋無法達成合理的結論時，始得依據假設的當事人意思進行契約補充。契約文義作為契約解釋的起點，亦為契約解釋的終點，契約的補充解釋乃超越契約文義以外的填補方法。

是以，最高法院謂：「法院進行此項闡明性之解釋（單純性之解釋）……應兼顧其解釋之結果不能逸出契約中最大可能之文義。除非確認當事人於訂約時，關於某事項依契約計畫顯然應有所訂定而漏未訂定，致無法完滿達成契約目的而出現契約漏洞者，方可進行補充性之解釋（契約漏洞之填補），以示尊重當事人自主決定契約內容之權利，並避免任意侵入當事人私法自治之領域，創造當事人原有意思以外之條款，俾維持法官之中立性。」

³⁵ Bernd Rüthers，民總，第216-217頁；王澤鑑，民總，第461頁。

第三節 法律行為總論

第一項 法律行為的意義

法律行為，指以意思表示為要素，因意思表示而發生一定私法上效果的法律事實。藉由法律行為的作成，得以發生權利義務關係，所以是一項法律事實。法律行為的特徵，在於國家法基於表意人的意思，而賦予其所期待的法律效果。例如訂立買賣契約、終止租賃契約，法律均賦予當事人所期待的買賣契約效力或契約終止的效果。

法律行為所以得發生私法上效果，乃因當事人之所欲，基於私法自治原則，國家法承認其效力。既然基於當事人之意思而生效力，當事人須負嚴守契約之義務，蓋當事人自由意思所為之法律行為，即形成當事人間之法律規範，此即契約嚴守原則之由來。

法律行為雖以意思表示為要素，但法律行為與意思表示不同。法律行為可依一個意思表示而成立。例如當事人行使撤銷權（如92條），一個撤銷權的意思表示構成一個法律行為（單獨行為）。

法律行為可以由二個意思表示而成立。例如出賣人「要約」，買受人「承諾」，而構成一個契約行為（法律行為、雙方行為）。

法律行為可以由意思表示及其他法律事實結合而成立。例如在使用借貸契約，除當事人合意外，並需「物的交付」而成立（第464條）。動產物權讓與行為，須讓與合意及動產交付，始生效力（第761條）。不動產讓與行為，須讓與合意及不動產登記，始生效力（第758條）。

第二項 法律行為的種類

第一款 單獨行為、雙方行為、共同行為

單獨行為（單方行為），指依當事人一方之意思表示而成立的法律行為。單獨行為除物權法上的拋棄行為（第764條）、親屬法上的認領行為（第1065條）外，主要為形成權的行使行為。

所謂形成權，係指以單獨行為使法律關係發生者，如法定代理人之

承認（第79條）、行使優先購買權（第426條之2）；使法律關係變更者，如選擇權的行使（第208條）、解約或請求減價（第359條）；或使法律關係消滅者，如行使撤銷權（第74、92條）、解除權（第254條），或終止權（第424條）。

使法律關係消滅的形成權，其區別如下：撤銷權係於意思表示一開始具有瑕疵的法律行為，得以撤銷之；解除權係於意思表示一開始並無瑕疵的法律行為，但事後發生解除事由。又解除權行使後，具有溯及效力，但行使終止權，僅生往後失效的效果（僅適用於繼續性契約關係）。再者，撤銷權係對意思表示有瑕疵的法律行為，行使之；但終止權之行使，則與意思表示是否有瑕疵無關（如租金遲延之終止，第440條）。

雙方行為，指由雙方當事人各為一個相互對立的意思表示，雙方達成合意的法律行為。如買賣契約，係由出賣人為要約，買受人為承諾，而成立一個法律行為。

共同行為，係由多數人的意思表示，相互達成一致目的的法律行為。如社團的設立行為，係多數社員一致為意思表示而成立。

第二款 負擔行為與處分行為

一、負擔行為

負擔行為係指，當事人依其作成的法律行為，而產生一定的債務負擔，亦即以發生債權債務為內容的法律行為，又稱為債權行為。負擔行為包含單獨行為（如捐助行為）及契約（如買賣、贈與等）。其特色在於，因負擔行為的作成，債務人負有給付義務。例如基於買賣契約，出賣人負有給付標的物的義務，買受人負有交付價金的義務（第348、367條），因此買賣契約即為負擔行為。

由於債權行為之作成，一方當事人負有債務（即債務人），他方當事人即因此享有債權（即債權人），雙方因此發生債權債務關係。所謂債權，其特徵有四：

（一）債權為受領給付並保有給付之權，債權本質為給付受領權。設甲

出賣A地給乙，交付A地，但尚未辦理移轉登記，甲嗣後得否依民法第767條請求乙返還土地？此際，甲雖然仍為A地所有權人，但因甲與乙間具有買賣契約（債權行為），乙對A地享有「債權」，得以受領A地的給付並保有A地，因此並非無權占有，甲不得請求乙返還土地。

又如甲出售B屋給乙，並辦理移轉登記完畢。嗣後發現雙方的買賣契約無效，乙雖然已經取得B屋所有權，但因買賣契約無效，乙欠缺取得B屋的債權，無法保有B屋的給付，因此甲得依不當得利之規定，請求返還B屋（第179條）。

應予注意者，所謂債權的請求權，指債權人基於債權得向特定人請求給付之權利，性質上為給付受領權之附隨的作用，即債權所生的「法律上之力」。換言之，債權之本質係屬靜態受領債務人給付之權利，而債權的請求權則為動態的請求債務人履行給付之權利，二者應予區別³⁶。

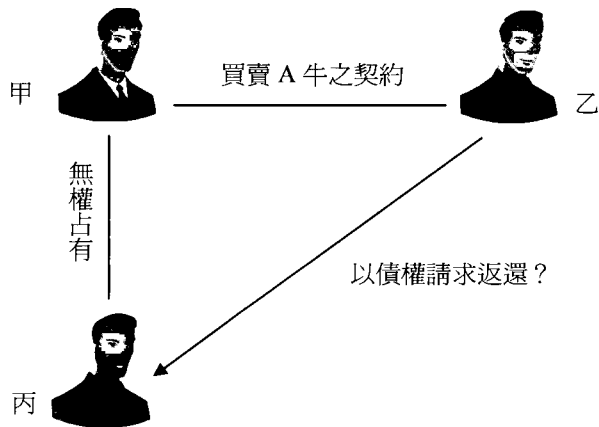
例如，甲向乙借貸100萬元，約定年息為30%。若乙向甲請求給付該項利息，依民法第205條規定：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」因此乙對該超過部分之利息（10%），雖有債權，但無請求權，甲得拒絕給付。但若甲自行給付所有利息後，不得依不當得利之規定，就該超過部分之利息，請求返還。蓋乙就該利息，仍有債權，而得保有甲的給付。

（二）債權非直接支配債之標的物的權利，並無排他性。例如，甲出售A車給乙，乙雖然取得對A車的債權，但在甲交付A車予乙，使乙取得A車所有權之前，乙對於A車並無支配權，亦即無使用、處分之權利。再者，在甲出售A車予乙後，再行出售該車於丙，乙及丙均對A車享有債權，債權並無排他性，乙及丙的債權得同時並存。

（三）債權係相對權，僅得以特定人為義務人，不得對債務人以外之人，主張債權，稱為債權相對性原則，此乃私法自治原則之體現。例如，甲出售A牛予乙，於交付前，A牛被丙無權占有。乙雖享有對A牛的債權，但仍不得基於該債權，請求丙返還A牛。乙僅得請求甲交付A

³⁶ 洪遜欣，民總，第55、61頁。

牛，使其取得所有權。



茲再舉五則實例如下：

1. 甲公司出售攤位建物於乙，交付該建物於乙占有使用，但未辦妥所有權移轉登記，該公司又將該攤位出售予丙，且將該建物所有權移轉登記與後買受人丙。丙依所有物返還請求權（第767條），請求乙返還攤位建物。

本案法院判決：「按買賣契約僅有債之效力，不得以之對抗契約以外之第三人。因此在二重買賣之場合，出賣人如已將不動產之所有權移轉登記與後買受人，前買受人縱已占有不動產，後買受人仍得基於所有權請求前買受人返還所有物，前買受人即不得以其與出賣人間之買賣關係，對抗後買受人（95台上394號）。」因此，前買受人乙不得以買賣契約對抗所有權人丙，丙對乙請求返還建物，為有理由。

2. 甲為A地所有人，乙為B地所有人，二地相鄰，雙方訂立通行權契約，約定雙方得相互通過他人土地。嗣後甲將A地出售於丙，並為移轉登記。丙請求乙容許其通過B地時，為乙所拒絕。

丙依據通行權契約，對乙主張土地通行權時，法院判決：「鄰地所有人間所定之約定通行權契約，僅於當事人間發生債之效力。其債權債務之主體，以締結契約之當事人為準，應由各該當事人行使契約上之權

利或負擔其義務。」準此，丙既非該契約之當事人，不得認為繼受取得通行B地之權利（87台上1964號、87台上290號）。

3. 甲為A地所有人，同意其乙子在該地上興建B屋後，丙約同甲及乙向丁借貸，由甲之A地設定抵押權於丁，並由B屋作為擔保。丁明知B屋座落之A地係屬甲所有。嗣後A地被法院拍賣，由丁拍定。丁起訴主張乙應拆屋還地時，乙主張其與甲間訂有借貸契約，屬於有權占有，有無理由？

本案法院判決：「債之關係，僅存在於特定之債權人與債務人之間，除法律另有規定為，並無拘束第三人之效力。」本案甲雖同意乙使用土地，該項同意，僅於甲及乙間發生債權債務關係，其效力不及於嗣後受讓土地的丁。是以，乙為無權占有，丁得請求乙拆屋還地（87台上297號）。

4. 甲為A地所有人，出具土地使用同意書予乙，同意乙興建B屋，嗣後乙出售B屋於丙，甲乃起訴請求丙拆屋還地，丙抗辯甲既然同意乙於系爭土地上興建系爭建物，即應推定其默許日後取得建物之所有人得繼續使用系爭土地。丙為受讓系爭建物之人，屬於有權占用土地。

本案法院判決：「查債之關係，僅存於特定之債權人與債務人之間，除法律另有規定外，對第三人並不發生效力。」甲出具土地使用同意書予乙，僅甲與乙間發生債權債務關係而已，其效力不及於嗣後受讓系爭建物之丙，因此丙非屬有權占有（91台上530號）。

5. 甲為A地所有人，出售該地於乙，並交付之，但尚未辦理所有權移轉登記。乙嗣將該地轉賣於丙（次買受人），並交付之。此時，乙與丙間因有買賣契約的債之關係，乙不得主張丙為無權占有，而請求其返還A地。但甲得否主張丙係屬無權占有，而請求丙返還土地？

最高法院判決：「不動產之買受人在取得所有權前，將其占有之不動產出賣於第三人，並移轉其占有，雖不違反買賣契約之內容，次買受人係基於一定之法律關係自買受人取得占有，次買受人之占有為連鎖占有，買受人對於次買受人不得主張無權占有。惟不動產所有權為物權，而物權為對於物之直接排他支配權，不動產所有人於所有權存在期間，不斷發生所有物之物上請求權，次買受人向買受人買受不動產，屬債之

關係，次買受人僅得本於買賣對買受人主張權利，不動產之所有人則不受該買賣關係之拘束，買受人於交付出賣之不動產予次買受人之後，固不得對次買受人主張無權占有，惟不動產之所有人則得本於所有物之物上請求權請求次買受人返還該不動產（98台上2483號）。」

準此，丙與乙間買賣契約的債之關係，依據債之相對性原則，不得對抗甲，甲仍得依物上請求權請求丙返還A地。此外，由於乙已經喪失占有，非屬A地之占有人，因此甲不得對乙主張物上請求權。

（四）適用債權平等原則，亦即多個債權，無論成立先後，其效力無分軒輊。例如，甲出售A屋於乙後，再行出售該屋於丙，乙及丙對A屋取得之債權，具有平等效力。若嗣後甲將A屋移轉登記於丙時，丙取得該屋所有權，乙不得向丙主張其債權具有優先性，而請求丙交付A屋。

又如，甲先後向乙、丙及丁各別借貸100萬元，若甲無力清償債務，其A屋拍賣所得僅為150萬元時，乙、丙及丁應平均分配拍賣之價金，各自取得50萬元，而非由乙先取得100萬元，再由丙取得50萬元。

二、處分行為

處分行為，指直接使某種權利發生、變更或消滅的法律行為，可分為物權行為和準物權行為。

在德國法上，承認債權行為之外，具有另一個獨立的處分行為，亦即物權行為的獨立性，稱為「分離原則」（即物權行為與債權行為獨立分離）。其理由在於，在不動產交易，須經登記的公示程序。在動產買賣，若為種類之債、金錢之債、或出賣人無標的物而訂立買賣契約時，單純訂立買賣契約，不足以使所有權發生移轉，而須從事另一項移轉物權的處分行為，買受人始能取得所有權³⁷。

（一）物權行為

物權為直接的支配物權客體的支配權，屬於絕對權，得對抗一切之

³⁷ D. Medicus，民總，第162-163頁。分離原則在所有權保留的買賣行為，最具實益。雙方訂立買賣契約時，債權行為成立，買受人支付全部價金。但出賣人仍然保有標的物所有權，物權行為附停止條件，必須嗣後出賣人移轉所有權時，買受人始取得物權。

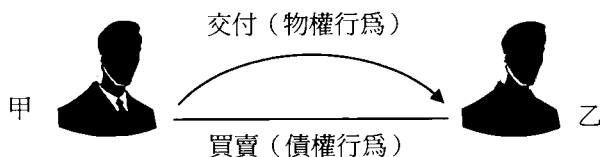
人，要求其不為一定行為（不可侵性），以阻止他人干涉其支配該物權的權利。物權與債權不同，具有排他性，不許他人就同一權利客體與權利人為同一內容的支配行為。而且物權適用優先性原則，在物權相互間，依其成立之先後，有優先效力問題。

物權行為則指，直接使物權發生、變更或消滅的法律行為。所謂使物權發生，如甲以其A屋設定抵押權予乙，雙方設定抵押權的物權行為，使抵押權因而發生。所謂使物權變更，如甲將其A屋讓與乙，該所有權的讓與行為，使A屋所有權發生主體變更。所謂使權利消滅，如甲拋棄其A屋，使A屋所有權消滅。

物權行為，可為單獨行為或雙方行為。在單獨行為，若為動產，如甲拋棄A車，只須一方當事人之物權行為，即可成立。若為不動產，如甲拋棄B屋，尚須經不動產的拋棄登記，始得成立（第758條）³⁸。

在雙方行為，須具備當事人的合意（物權契約），及經交付或登記等公示方式，始得成立。

例如，甲出售A電腦給乙，除買賣契約（債權行為）外，為移轉A電腦所有權，作成讓與所有權之物權行為，必須甲與乙間具有「讓與合意」（物權契約），且甲須「交付」A電腦予乙（公示性），乙始能取得該電腦所有權。



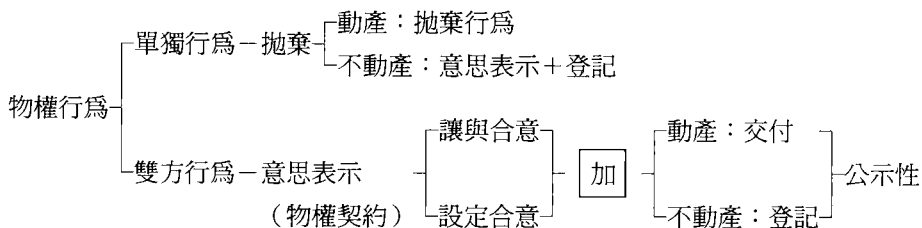
³⁸ 最高法院94年台上字第434號判決：「法定抵押權之拋棄，乃屬處分，須經登記後，方得為之。……法定抵押權之拋棄，係依法律行為而喪失其不動產物權，非經登記，不生效力。」最高法院99年台上字第628號判決：「依民法第758條規定，不動產物權依法律行為而喪失者，非經登記不生效力，拋棄對於不動產公同共有之權利者，亦屬依法律行為喪失不動產物權之一種，如未經依法登記，仍不生消滅其公同共有權利之效果，故若拋棄因繼承而取得之不動產之公同共有權利，則於其拋棄經依法登記前，尚不生權利消滅之效果。」

試比較下例：甲出借B手機給乙（債權行為），甲將該手機交付給乙使用，此時乙雖因交付而取得該手機之占有，但並未取得所有權。蓋單純交付，欠缺雙方的讓與合意，並非物權行為，手機所有權不會發生移轉之效力。

又如甲為A地及B地所有人，出賣A地給乙（債權行為），並交付A地完畢，但辦理移轉登記時，地政機關誤將B地移轉登記給乙。就A地而言，雙方固然有讓與合意，但因欠缺登記，物權行為尚未作成，乙並未取得A地所有權。就B地而言，雖然完成登記程序，但雙方並無讓與B地的合意（物權契約），物權行為因而未成立，乙仍然未取得B地所有權。此時，甲就B地，得請求乙塗銷登記（第767條第1項中段的妨害除去請求權）；乙就A地，得請求甲辦理移轉登記（第348條）。

此外，設甲向乙借貸（債權行為），以A屋設定抵押權作為擔保。甲及乙具有設定抵押權的合意（物權契約），並為登記，始完成物權行為（第758條），乙因此取得抵押權。

綜合上述，物權行為之作成，歸納如下：



最後，關於物上請求權，乃基於物權所生的請求權。如民法第767條的所有人的物上請求權及第962條的占有人之物上請求權。例如，甲為A地所有人，出租予乙，並交付予乙，由乙占有使用。丙乘機無權占用該地時，甲對丙得主張所有物返還請求權，乙對丙得主張占有人之占有物返還請求權。

(二) 準物權行為

物權行為是以有體物（動產及不動產）作為處分的標的，而準物權

行為則以債權或無體財產權作為標的之處分行為，而使債權或無體財產權因而發生、變更或消滅。債權讓與、專利權或著作權讓與，或債務免除，均其適例。

例如，甲寫作民法總則一書，將著作權出售予乙出版公司，雙方訂立著作權買賣契約（債權行為），甲並讓與其著作權予乙（準物權行為），乙因此取得該書著作權。

又如，甲對乙有100萬元貨款債權，乙拒絕清償，甲乃將該債權出售予丙（債權行為），並讓與該債權（第294條，準物權行為），丙因此取得該貨款債權。

三、債權物權化

債權為相對權，僅得對特定人主張其權利；物權為絕對權，得對任何人主張其權利。惟法律為保護特定債權人，使債權發生類似物權的效力，得以對抗第三人，稱為債權物權化。

例如，甲出租A屋給乙，交由乙占有使用中，甲又將該屋出售給丙，並為移轉登記。若丙向乙依民法第767條請求返還房屋時，乙得以其對甲的租賃權，作為占有本權，非屬無權占有，而拒絕返還房屋（第425條）。

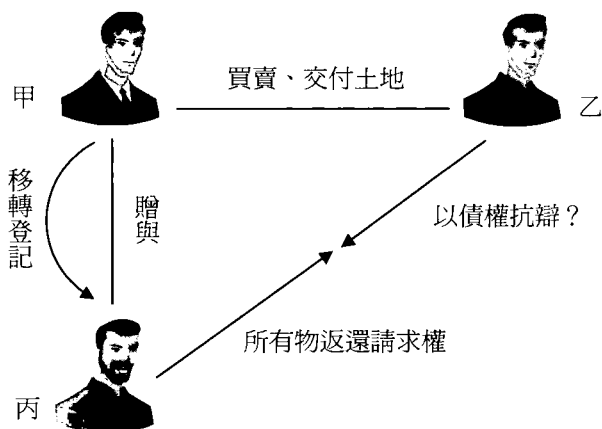
又如，甲、乙與丙共有A地，就該地的管理與使用訂定「分管契約」，並至地政機關登記。嗣後甲將其所有的應有部分出售予丁，並為移轉登記。丁取得土地所有權後，認為甲當初分管的土地部分靠近墳墓，對其不公平，而請求乙及丙重新約定分管契約。

按甲、乙及丙訂定的分管契約係屬債權契約，基於債之相對性原則，原本之約定對丁不生效力。但民法為使分管契約不致於因所有權讓與而發生變動，影響其他共有人之利益，規定分管契約經登記後，具有公示性，而對土地受讓人，具有效力（第826條之1）。

在若干案例，最高法院以誠信原則，對於所有物返還請求權予以限制，而發生類似債權物權化的效果³⁹。例如，在最高法院90年台簡上字

³⁹ 其他債權物權化，參見土地法第79條之1，土地法第34條之1（最高院89台上440號）。

第35號判決，土地原所有人某甲於民國48年間出售土地於某乙，並交付土地由乙建築房屋，某乙已給付價金完畢，但因故迄未辦理過戶登記。嗣於78年間，某甲贈與系爭土地於某丙，並為移轉登記，丙即起訴請求乙拆屋還地。經查，甲及丙為父子關係。



按甲與乙間的買賣契約為債權行為，乙取得的債權，依據債權相對性原則，原本不得對抗第三人丙。但本案甲已交付土地於乙占有使用，建築房屋超過30年，且甲與丙為父子關係，丙明知土地買賣契約存在之事實，而以贈與方式受讓土地，最高法院認為，丙請求乙拆屋還地係屬權利濫用，違反誠信原則，不應准許⁴⁰。

四、負擔行為與處分行為的區別實益：處分權

負擔行為與處分行為的區別實益，首先是處分行為適用標的物特定主義，一個物權必須作成一個物權行為，權利始會發生或變動。例如，

⁴⁰ 陳聰富，債權物權化之適用基礎——最高法院96年台上字第334號民事判決評釋，法令月刊，第61卷第10期，第26-36頁（2010年10月）；陳聰富，使用借貸契約之債權物權化——最高法院98年台上字第1319號民事判決評析，裁判時報，第2期，第52-61頁（2010年4月）；林誠二，買賣不破租賃規定之目的性限縮與類推適用，台灣法學雜誌，第97期，第143-149頁（2007年8月）；吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則，台灣法學雜誌，第111期，第1-25頁（2007年9月）。

甲向乙借貸，以其A地及座落於該地上的B屋設定抵押權，此時成立二個物權行為，發生二個抵押權。

其次，處分人須有處分權，其處分行為始為有效。反之，負擔行為不以處分人有處分權為必要。例如，在出賣他人之物的案件，甲為A車所有人，出借該車給乙使用，乙卻以自己名義，出售A車予丙。此時，乙與丙間的債權行為（買賣契約）是有效的，物權行為則是效力未定。

在出賣他人之物的案件，債權行為（買賣契約）所以有效，乃因債權並非支配權，且僅具相對性，丙取得的債權，既不得支配A車，亦不得對抗汽車所有人甲，對於甲之權益不生影響。若使買賣契約無效，則債務人得任意拒絕履行契約，反而不利於債權人。反之，乙之物權行為，若為有效，則將使甲喪失汽車所有權。為保護汽車所有人之利益（「靜的安全」），乙無所有權而為處分行為時，構成無權處分，效力未定（第118條第1項）。

五、無權處分行為

（一）效力未定

無權處分行為，指無權利人以自己名義，就權利標的物為處分。無權處分行為的法律效果是「效力未定」，須經有權利人之承認，該處分行為始生效力（第115條）。若有權利人不予承認，則確定不生效力（第118條第1項）。

無權處分行為，除出賣他人之物的案件，已如上述外，在出賣共有物的案件，如甲、乙及丙共有A地，甲未經乙及丙之同意，而出售A地全部或其占有之A地的特定部分於丁，甲與丁之買賣契約（債權行為）雖屬有效，但其物權行為則因甲無處分權，而屬效力未定。此時，丁「依債權法則」（即基於買賣契約所生的請求權），得請求甲移轉其應有部分，而與乙及丙成為A地的共有人（88台上字90號）。

又如甲為A地所有人，該地被查封拍賣，由乙拍定取得所有權（第759條）。在辦理移轉登記前，甲以該地向丙借貸，設定抵押權。嗣後甲未清償債務，丙得否聲請拍賣A地？

按乙於拍定A地時，取得該地所有權，甲為無處分權人，其以該地

設定抵押權之行爲，係無權利人就權利標的物所爲之處分，屬無權處分，效力未定，須經有權利人乙之承認，始生效力（56台上1737號）。乙若不承認甲設定抵押權之行爲，甲與丙之物權行爲確定不生效力。此時，除非丙爲善意（公信原則見下述），否則不得聲請拍賣A地。

效力未定之無權代理行爲，得由相對人定期催告本人確答是否承認，如本人逾期未爲確答者，視爲拒絕承認（第170條第2項）。且相對人得於本人未承認前，撤回其法律行爲（第171條）。無權處分行爲既同屬效力未定，爲使相對人及早確定法律關係，上開規定於無權處分行爲應類推適用之。

（二）公示原則與公信原則

物權具有對世效力，爲使物權關係明確化，採取物權公示原則，即物權之變動，須有物的交付占有或不動產的登記，始生效力（第761、758條），此即物權存在的公示性（公示原則）。基於此項公示原則，善意信賴該物權行爲爲公示性者，應受保護，此即公信原則。從而在物權行爲屬無權處分時，乃產生「善意取得」制度，以保護善意第三人，並維護交易安全（「動的安全」）。

爲了解善意取得制度，茲以動產及不動產善意取得之規定，以案例說明如後。

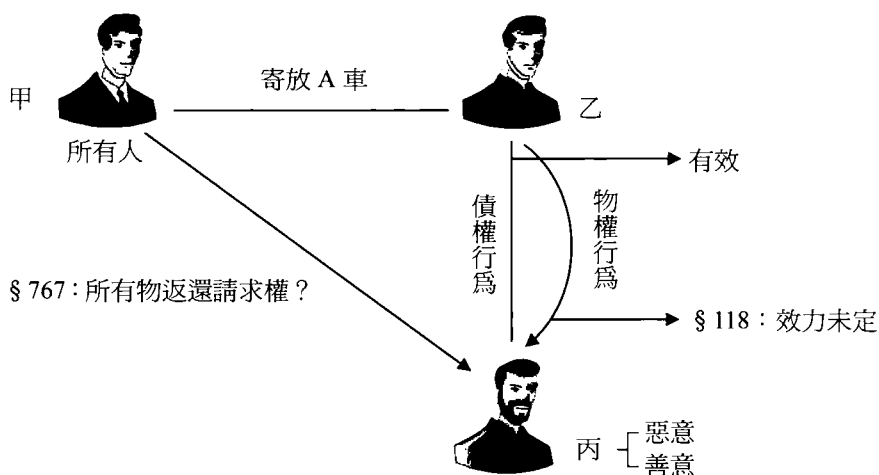
1. 動產所有權

設甲爲A車所有人，寄放乙友人處。乙將該車出售予丙，並交付之。乙與丙間之買賣契約（債權行爲）有效，但物權行爲效力未定，須經甲之承認，始生效力。若甲承認乙之無權處分行爲，該物權行爲生效，丙取得A車所有權。此時，甲僅得依不當得利之規定（第179條），向乙請求返還其自丙所取得之價金。反之，若甲拒絕承認時，乙之無權處分行爲確定不生效力，丙無法取得A車所有權，甲得依民法第767條之規定，請求丙返還A車（第118條第1項規定，保護「靜的安全」）。

但若丙爲善意第三人時，亦即丙於購買A車時，不知該車爲甲所有，基於乙占有該車之事實，善意信賴乙爲A車所有人，則丙得依民法

第801條及第948條之規定，善意取得所有權（保護「動的安全」）。此時，甲僅得依不當得利之規定，向乙請求返還價金之利益。

茲以圖示如下：



2. 動產質權

設甲為B車所有人，出借該車給乙，乙以該車向善意之丙借貸，設定動產質權（第884條），並交付之。本案乙非B車所有人，其所為設定質權之行爲，係無權利人就標的物所爲之無權處分，效力未定，須經有權利人甲之承認始生效力。但本案丙為善意第三人，依民法第886條及第948條規定，得善意取得質權，於乙清償期屆至而無法清償時，得拍賣B車受償。

3. 不動產所有權

設甲為A地所有人，與乙訂立買賣契約後，受監護宣告。其後辦理A地所有權移轉登記予乙，乙不知甲受監護宣告之事。乙於辦理移轉登記後，將該地出售予丙，並辦理移轉登記完畢。試問，丙是否取得該地所有權？

本案甲於A地辦理移轉登記予乙時，已受監護宣告，雙方所爲之物

權行為無效（第15、75條），乙未取得該地所有權。縱使乙不知甲受監護宣告之事，為善意之人，仍不受法律保護（蓋民法保護受監護宣告之無行為能力人）。

乙既未取得A地所有權，其移轉該地於丙之物權行為係屬無權處分，效力未定。若丙不知乙因甲受監護宣告而未取得A地所有權，係因信賴不動產登記之善意第三人，得依民法第759條之1之規定，善意取得該地所有權。

4. 不動產所有權

設甲為A地及B地所有人，出售A地於乙，但在辦理登記時，地政機關將B地誤為A地而為移轉登記，乙不知登記錯誤之事。乙於登記完畢後，出售該地於丙，並為移轉登記，丙不知B地登記錯誤之事。試問，丙是否取得B地所有權？

本案地政機關誤B地為A地而為錯誤登記，甲與乙間就B地並無讓與合意，物權行為不成立，乙未取得B地所有權，縱使乙為善意之人，仍不得主張善意取得所有權，蓋本案乙並無信賴B地登記之情事。換言之，所謂善意取得，其前提是，不動產之登記名義上的所有權人與真正的所有權人有不一致的情況（即發生「登記不實」之情形），而登記上之所有人作成無權處分行為時，始有善意第三人信賴不動產登記之情事，而使第三人得以主張善意取得不動產。

是以，本案B地原屬甲所有，並無登記名義上的所有權人與真正的所有權人不一致的情形。反之，當B地移轉登記予乙之名下時，乙實質上並未取得B地所有權，而形成B地之登記名義上的所有權人乙與真正的所有權人甲有不一致的情形。此時，乙將該地移轉登記於丙時，其移轉行為即屬無權處分，效力未定，丙不知該地錯誤登記之事，係屬善意第三人，得依民法第759條之1之規定，善意取得B地所有權。

5. 不動產抵押權

設甲為A地所有人，因地政機關登記錯誤，誤登A地為乙所有，乙不知而以該地向丙借貸，設定抵押權擔保借款債權，丙不知該地登記錯誤之事。試問，丙是否取得該地抵押權？

本案雖經地政機關將屬於甲的A地所有權登記為乙所有，但乙仍非A地所有權人。乙將A地設定抵押權予丙之物權行為，係屬無權處分，效力未定。但因丙不知錯誤登記之事，屬善意第三人，得依民法第759條之1之規定，善意取得A地抵押權。

應注意者為，準物權行為雖屬處分行為，而可能發生無權處分之情事，但因依準物權行為處分之標的物，如債權，並無登記或占有的公示性，因此並無善意取得規定之適用。

例如，甲因出售貨物給乙，對乙有100萬元債權。甲之丙妻將該貨款債權，讓與於不知情之丁。此時，丁雖為善意第三人，但因貨款債權並無公示性，而無公信原則之適用，丁不得主張善意取得該貨款債權，丙對丁讓與債權之行為，須經債權人甲的承認，始生效力。

(三)無處分權人取得權利

民法第118條第2項規定：「無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利者，其處分自始有效。」

例如，甲為A車所有人，其子乙未經甲同意，於5月5日將該車出售給丙，乙以占有改定的方式（第761條第2項），使丙取得間接占有。嗣後，甲於6月6日死亡，乙為甲的唯一繼承人，因繼承而取得A車所有權（第1148條），則乙之前將該車讓與丙之物權行為，雖屬無權處分，效力未定。但於乙因繼承取得所有權時，其處分自始有效，丙於5月5日取得汽車所有權。

在上開案例，若甲於死亡前（5月8日），將A車送至丁汽車修理廠維修，積欠修理費5萬元，但拒絕清償，丁依法行使留置權（第928條）後，甲於6月6日死亡。此時，丙於5月5日取得汽車所有權，但民法第118條第2項但書規定：「原權利人或第三人已取得之利益不因此而受影響。」是以，丁的留置權不受影響，仍得就A車取償（第936條）。

此外，在上開案例，若嗣後於6月6日非甲死亡，而是乙死亡。此時，若甲為乙的唯一繼承人，甲繼承乙所有的權利義務關係，包括乙對丙之無權處分行為。此時，應類推適用民法第118條第2項之規定，使乙之無權處分行為自始有效。蓋如甲得以否認乙之無權處分行為，甲仍須

依買賣契約債務人之身分，移轉所有權於丙，其否認之表示並無實益（39台上915號參照）⁴¹。

（四）多次無權處分行為

1. 可相容之多次無權處分行為

在多次無權處分行為可以相容時，應認為多次無權處分行為，於無處分權人取得權利時，全部處分行為均屬有效。

例如，甲為A地所有人，因地政機關登記錯誤，A地登記在乙名下。乙於3月3日以該地向丙借貸，設定抵押權後，又於4月4日出售該地於丁，並為移轉登記。若甲於5月5日死亡，由乙繼承取得A地所有權，丙及丁何人取得物權？

本案乙所為的抵押權設定行為及讓與所有權的行為，均為無權處分行為，於乙取得所有權時，依民法第118條第2項規定，丙於3月3日取得抵押權，丁於4月4日取得所有權。此二項物權，得於同一標的物上並存，因此二項物權行為均屬有效。

上開案例，無權處分人乙係先設定抵押權於丙，再出售所有權於丁，二項物權行為均有效時，丙得主張抵押權存在而拍賣抵押物，對丙之利益並無妨害，可認為乙之所為，係屬可相容的多次無權處分。

反之，如甲為B車所有人，乙先出售B車於丁，以間接占有方式交付（第761條第2項），再設定該車的質權於丙，並現實交付該車於丙。此時，若認為二項處分均為有效，則先取得B車間接占有之丁，雖取得所有權，但後取得占有之丙亦取得質權，丙得對丁之B車實行質權而為拍賣取償，顯然不利於丁。因此，應認為此時乙所為的二次無權處分並不相容，依民法第118條第3項規定，以最初之處分為有效，丁取得所有權。其後丁之B車被乙處分於丙，仍為無權處分，丙取得之質權須經丁

⁴¹ 洪遜欣，民總，第298頁；王澤鑑，民總，第569頁；陳自強，契約成立，第359-360頁。最高法院29年渝上字第1405號民事判例：「無權利人就權利標的物為處分後，因繼承或其他原因取得其權利者，其處分為有效，民法第一百十八條第二項定有明文。無權利人就權利標的物為處分後，權利人繼承無權利人者，其處分是否有效，雖無明文規定，然在繼承人就被繼承人之債務負無限責任時，實具有同一之法律理由，自應由此類推解釋，認其處分為有效。」

之承認，始生效力。惟若丙為善意時，得主張善意取得質權（第886、948條）。

2. 不相容之多次無權處分行為

在多次無權處分行為不可相容時，依民法第118條第3項規定，在無處分權人取得權利後，其處分自始有效。但若數處分相牴觸時，以其最初之處分為有效。

例如，甲為A車所有人，其子乙占有使用該車，未經甲之同意，於5月5日將該車出售給丙，以占有改定的方式，使丙取得間接占有。嗣後，乙又於6月6日將該車出售給丁，並將A車以現實交付方式，交給丁占有。其後，甲於7月7日將該車贈與乙，並作成讓與合意。試問：丙及丁何人取得A車所有權？

本案甲於7月7日將該車贈與乙，並作成讓與合意時，乙取得汽車所有權。乙對丙及丁的處分行為自始有效（第118條第2項），丙及丁分別於5月5日及6月6日取得A車所有權。基於物權的排他效力，一物不得同時存在二項所有權，因此乙對丙及丁的前後處分行為不能相容，相互牴觸，以其最初對丙的處分為有效，丙因此於5月5日取得A車所有權。

然而，乙於6月6日將該車讓與給丁，對丙而言，構成另一個無權處分行為，丁為善意時，依民法第801條、第948條第1項規定，因善意取得規定而取得A車所有權。此時，縱使丙亦為善意，但因丙僅取得間接占有，而非受現實交付，依民法第948條第2項規定，不得主張善意取得A車所有權。從而，本案最後應由丁因善意取得規定而取得A車所有權⁴²。

第三款 要因行為與無因行為

一、意 義

法律行為之原因，指法律上的直接目的。例如，在汽車買賣契約，買受人的法律上的直接目的為取得汽車所有權。出賣人的目的，在於取得價金請求權。至於買受人購買汽車係為自己或他人使用，則屬動機。

⁴² 洪遜欣，民總，第296頁。

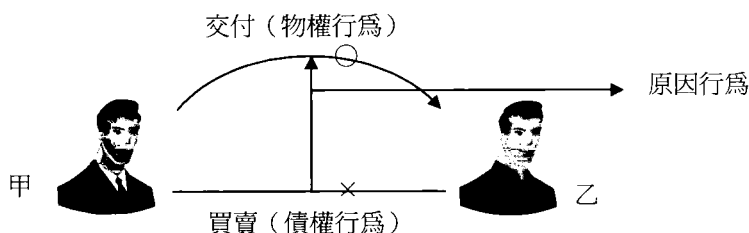
負擔行為及處分行為，均有原因。負擔行為的法律上目的，在於取得對人的請求權。處分行為的法律上目的，在於取得標之物之權利。

要因行為是指，法律行為和原因結合而不相分離，亦即法律行為以原因作為成立要件。舊法國民法第1108條規定，債務具有合法原因，係契約成立的要件。舊法國民法第1131條並規定：「債務欠缺原因、具有錯誤原因或不法原因者，無效。」換言之，在要因行為，若原因欠缺、違法或背於公序良俗者，該行為無效。凡負擔行為，均屬要因行為。

例如，甲出售安非他命予乙，並約定結夥搶劫契約，雙方訂立之買賣契約及合夥契約，因違法而無效。又如甲與乙訂立換妻契約或應召女郎車伕運送契約，該等契約均因違反公序良俗而無效。

無因行為是指，法律行為與原因剝離，法律行為的效力不受原因的影響。在德國法，採取處分行為的無因性原則，亦即(一)處分行為的原因雖為負擔行為，但處分行為的效力，不受負擔行為效力之影響。(二)處分行為本身具有中立性，不受公序良俗之限制。

例如，甲出售私娼館予乙，交付房屋一棟，並為移轉登記。甲移轉房屋所有權（物權行為）之目的，在於履行私娼館買賣契約（債權行為），該債權行為成為物權行為的原因。該私娼館買賣契約的債權行為雖因違反公序良俗而無效，但該移轉房屋所有權的物權行為，則不受債權行為無效的影響，且在價值判斷上屬於中性，因而仍然有效。

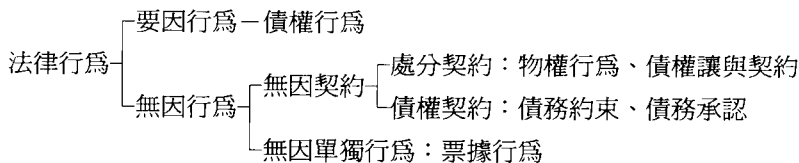


無因行為的概念，其主要功能在於，避免物權取得人必須考察其前手及再前手間的原因行為是否有效，縱使原因行為無效，物權行為不受原因行為無效之影響，前手仍可取得所有權，以保護物權取得人的交易

安全⁴³。

二、類 型

要因行為與無因行為之類型，整理如下⁴⁴：



要因行為主要指債權行為，其效力受到原因的影響。無因行為則包含無因契約與無因的單獨行為。無因的單獨行為主要為票據行為。例如，甲向乙購買貨物一批，開立支票一紙予乙，作為支付價金之用。乙將該支票背書轉讓予丙。嗣後發現甲與乙的買賣契約無效，但甲開立的發票行為，屬於無因行為，不受原因行為（買賣契約）無效之影響，仍然有效。是以，在執票人丙向發票人甲請求給付票款時，甲仍有支付票款之義務。

至於無因契約，主要指處分行為，包含物權行為及債權讓與契約（準物權行為），均不受其原因行為（如買賣契約）效力之影響。

債權契約多數屬於要因行為，屬於無因行為者，僅有債務拘束及債務承認。所謂債務約束，如甲醫師向乙借貸10萬元，為避免朋友知悉借貸之事，而與乙訂立約定書如下：「甲應於民國104年3月30日給付乙新臺幣10萬元。」（債務拘束）或「甲承認積欠乙新臺幣10萬元，願於民國104年3月30日償還。」（債務承認）。上開約定，均未表明債務之原因（借貸），而形成與原因行為分離的無因的債權契約。此項債權契約，不受原因行為之影響⁴⁵。

關於債務拘束，在最高法院88年台上字第1189號判決，甲與乙為兄弟，甲為A地所有人，移民美國，於71年間書立宣誓書，聲明：「依據

⁴³ 黃立，民總，第193頁。

⁴⁴ 參見王澤鑑，民總，第290頁。

⁴⁵ 陳自強，無因債權契約論，第173-283頁（1998年）。

本人母親之指示及本人之同意，茲將產業中30%的權益移轉予本人之兄弟，即乙○○……。」嗣後，甲以該地向銀行借貸3,000萬元後，拒絕清償債務，致A地被銀行查封拍賣，乙請求甲負債務不履行責任，甲則抗辯，雙方為贈與契約，在移轉所有權前，得任意撤銷贈與（第408條），不負履約責任。

最高法院判決：「法律行為以得否與其原因相分離，可分為要因行為（有因行為）及不要因行為（無因行為）。前者如買賣、消費借貸等債權契約是；後者如處分行為、債務拘束、債務承認、指示證券及票據行為等屬之。民法上之典型契約固均屬有因契約，惟基於契約自由原則，當事人於不背於法律強行規定及公序良俗之範圍內，亦得訂定無因契約，此種由一方負擔不標明原因之契約，亦屬無因行為。準此，系爭宣誓書之內容所生『債務拘束』之效力，應堪認定。當事人訂立『債務拘束契約』之目的，在於不受原因行為之影響，及避免原因行為之抗辯。茲甲違反宣誓書內容，擅為處分系爭土地，不論原因行為為何，其侵害乙之權益致受損害，乙自得主張債務不履行之損害賠償。⁴⁶」

關於債務承認，在最高法院102年台聲字第212號裁定乙案，甲邀請乙參與投資關○公司，由甲負責執行投資事宜。嗣因投資虧損，甲與乙訂立協議書如下：「有關甲乙雙方共同投資關○公司之事，因關○公司已虧損嚴重，甲方承諾另行與乙方協議處理方式。」甲在協議書下方以手寫增列文字表示：「本人甲同意自1999年9月30日起分期攤還四億元。」並緊接其後親筆以簡式簽名。

最高法院裁定謂：「債務承認契約，乃承認一定債務存在之無因契約，我民法雖未明認上述契約，但依契約自由原則，於不背於法律強行規定及公序良俗之範圍內，當事人間自可有效成立。」據此，本案甲應負給付責任。

債務承認，雖與原因分離，但仍不得違法或有背於公序良俗。例如甲與乙賭博，甲輸百萬，立據載明：「本人欠乙百萬，願於5月5日清

⁴⁶ 德國民法第780條規定，債務承認須以書面為之，且不得以電子形式為之。

償。」應認為無效⁴⁷。

第四款 分離原則與抽象原則

一、分離原則

在一項交易行為中，將法律行為區分為負擔行為與處分行為，二者相互分離，成為各自具有單獨意思表示的法律行為，稱為「分離原則」（Trennungsprinzip），此項原則來自於德國法。分離原則係將交易行為區分為二個獨立的法律行為，以負擔行為作為債權上的基礎，再以處分行為作為履行負擔行為的方式，而實施物的轉讓過程。

在多數國家（如法國法、日本法），並未作此區分，買賣標的物之所有權，於買賣契約達成合意時，即行移轉，無須另外再行作成處分行為，稱為「合意原則」（Konsensprinzip）。此時，物之交付或登記，僅為對抗要件，而非生效要件。

我國民法第348條第1項規定：「物之出賣人負交付其物於買受人之義務，並使其取得該物所有權之義務。」據此，在成立買賣契約（負擔行為）時，物之所有權尚未移轉，必須另行作成處分行為（交付或登記），以移轉其所有權，係採取德國法的分離原則。

反之，法國民法第1583條規定：「當事人對物及價金達成合意時，即使物未交付或價金未支付，買賣契約即告完全成立，且買受人對出賣人取得物之所有權。」因此法國法之買受人因買賣契約的成立而取得所有權，與物是否交付無涉，不生買賣標的物之讓與義務。

法國法的合意原則，在一般交易活動（如在便利商店買報紙）上，比較簡易且貼近生活經驗。但在複雜的交易過程，法國法承認若干合意原則的例外情形。例如，在種類之債（第200條）或將來給付之債的買賣（如預購物買賣），在買賣契約訂立時，尚未特定給付標的物，或給付標的物尚未生產製造完成。此時根本無法於買賣契約成立時移轉標的

⁴⁷ 賭債非債，不成立債務關係。德國民法第762條規定：「賭博或打賭不得成立債務。因賭博或打賭而為給付者，不得以債務不存在而請求返還。」

物，使買受人取得物的所有權，當事人必須事後另行從事處分行爲，始得讓物發生移轉的效力。此外，在某些情況，出賣人並非願意於買賣契約成立時，立即移轉物之所有權，而須買受人交付價金時，始同時或嗣後移轉所有權。此時，法國法強制出賣人先履行移轉所有權的規定，並不符合當事人的意思⁴⁸。從而，德國法的分離原則，相對而言，較爲靈活而具有說理上統一性的優點。

基於分離原則，物權行爲乃獨立於債權行爲而存在，因此物權行爲具有獨立性，亦即物權行爲與債權行爲分離，獨立於債權行爲，各別成立，且物權行爲的效力，應自行判斷。

如甲爲受監護宣告人，出賣A車予乙，並交付之。此時，雙方的債權行爲及物權行爲，均因民法第75條規定而無效。若甲與乙係於3月1日訂立買賣契約，甲於3月5日受監護宣告，並於3月8日交付A車予乙。則甲與乙的債權行爲有效，但雙方的物權行爲依民法第75條規定而無效，乙未取得A車所有權。

若甲因錯誤而與乙訂立A地買賣契約後，將A地移轉登記予乙。此時，甲得撤銷A地的買賣契約（第88條），但因移轉A地的物權行爲並無錯誤，不得撤銷，仍爲有效，乙取得A地所有權。此時，甲僅得依民法第179條關於不當得利之規定，請求返還土地。

二、抽象原則

在現實上，處分行爲是爲履行負擔行爲而作成，因此產生二者關聯性的問題。多數國家法制認爲，處分行爲的效力，取決於負擔行爲的存在及其效力（如瑞士、奧地利）。但德國法採取「抽象原則」，將處分行爲的有效性，從負擔行爲的存在或效力中剝離出來。德國民法第929條（相當於我國民法第761條第1項本文），關於動產所有權的物權行爲，僅要求讓與人與受讓人的合意及物之交付，與作爲其原因行爲的負擔行爲無涉。換言之，負擔行爲的有效與否，並非處分行爲有效性的前提要件。欠缺負擔行爲，對於履行該負擔行爲的處分行爲之效力，不生

⁴⁸ Bernd Rüthers，民總，第138-139頁；D. Medicus，民總，第162-163頁。

影響，此即「抽象原則」（或稱為「無因原則」）。據此而生物權行為的無因性，即物權行為不以其原因行為（債權行為）之有效為前提，縱使債權行為無效，物權行為本身的效力仍不受影響。

抽象原則的功能，在於維護法律交往的方便性與安全性。基於抽象原則，能夠更容易且明確地確定所有權的狀態，對於經濟交往具有重要作用。尤其在所有權一再讓與的案件中，使受讓人無須探詢其前手與再前手間的交易行為之效力，而具有方便性與安全性。

例如甲與乙訂立買賣契約，甲交付標的物，乙交付價金，縱使買賣契約無效，雙方的二個物權行為仍然有效，應依不當得利之規定，互負返還責任。

在上開案例，若乙將標的物讓與丙，則乙所為之物權行為係屬有權處分，並非無權處分，因此丙無論是否知悉乙與甲間買賣契約的效力，均能取得標的物所有權。亦即丙得信任乙的所有權存在，而無須探詢乙與甲間的債權行為是否有效存在。

三、抽象原則的限制

抽象原則，亦即物權行為無因性理論，乃因德國普通法時代，不承認善意取得制度，為保護交易安全，在無權處分之案例，使善意第三人免除探詢前手與再前手的交易行為之效力，有其實益。

例如，在上開案例，若甲與乙的買賣契約無效，且不採取抽象原則，則甲移轉標的物所有權的物權行為亦將無效。此時，乙並非所有權人，如乙再將標的物讓與丙時，乙所為之物權行為構成無權處分，丙將無法取得所有權。反之，如採抽象原則，儘管甲與乙的買賣契約無效，乙仍然取得所有權，乙所為之處分成為有權處分，丙因此取得標的物所有權。

然而，在法律上採行善意取得制度後，在上開案例，即使不採抽象原則，丙仍然得依其善意而取得所有權，抽象原則的功能因此顯得微乎其微，僅於債權讓與時，因無善意取得制度的適用，而具有意義，學說

上因此認為抽象原則是「一種明顯的失策」、「已失其存在依據」⁴⁹。

為限制抽象原則（無因性理論）的適用範圍，採條件關聯說者，認為當事人得依其意思，使物權行為之效力，繫於債權契約之存在。在買賣契約及物權行為同時作成時，恆可做此解釋。採共同瑕疵說者，認為當事人能力欠缺、被詐欺、被脅迫、錯誤或債權行為無效，同時存在於物權行為時，將影響物權行為的效力。採法律行為一體說者，認為債權行為與物權行為結合而為民法第111條所稱之整體法律行為，在債權行為無效時，亦使物權行為歸於無效⁵⁰。

第五款 要式行為與不要式行為

一、意義

不要式行為指，僅須有意思表示，無須依一定方式即可成立的法律行為。如買賣契約、贈與契約、租賃契約等。

要式行為指，除意思表示外，以一定方式之完成為成立要件的法律行為。例如，不動產物權契約須以書面為之（第758條第2項）。

基於私法自治原則，法律行為原則上採取方式自由原則，因此一般法律行為均屬不要式行為。在例外情形，有依法律規定必須強制踐行一定方式，法律行為始得成立者（法定方式），其目的可能為：（一）警告目的：避免當事人從事倉促、輕率的決定；（二）作為保全證據的方法：以使證據或內容明確的目的；（三）確保法律關係的公開性（如不動產交易）；（四）促進債權（如有價證券）的流通性。

除法定方式外，當事人亦得約定法律行為之作成，須依一定方式（約定方式）。例如，當事人約定：「於契約訂立後，嗣後修改契約，須以書面為之。」此時，依民法第166條規定，在該方式未完成前，推定其契約之修改不成立，但當事人得舉反證推翻此項推定，而使契約之

⁴⁹ 王澤鑑，物權行為無因性理論之檢討，收錄於民法學說與判例研究，第一冊，第287頁（1983年）；陳自強，契約成立，第411-413頁；D. Medicus，民總，第166-167頁。

⁵⁰ 王澤鑑，同前註。

修改發生效力（103台上2404號）。換言之，約定方式在法律上僅有推定不成立之效力，法院若認為當事人之意思，其約定一定方式，係以保全證據為目的，而非法律行為的生效要件者，則縱使未以一定的方式為之，仍得發生法律行為的效力（95台上2789號）。

民法上的要式行為，多數為身分法上的行為，如結婚登記（第982條）、離婚登記（第1050條）、收養（第1079條）及意定監護契約（第1113條之1）。在財產法上行為，僅有合會契約（第709條之3）及人事保證契約（第756條之1）為要式行為。至於不動產租賃契約，依民法第422條規定，並非要式行為。但在國有財產的不動產租賃契約，依國有財產法規定，則屬要式行為（第42條第2項）（93台上2529號）。

二、違反法定方式的效果

民法第73條規定：「法律行為，不依法定方式者，無效。但法律另有規定者，不在此限。」如兩願離婚應以書面為之，並應有二人以上證人之簽名，為民法第1050條所規定之方式，故夫妻間雖有離婚之合意，如未依此法定方式為之，依民法第73條規定，自屬無效（71台上4712號）。

所謂法律另有規定，如民法第709條之3第3項規定，合會雖應訂立會單，但會員已交付首期會款者，縱使未訂立會單，其合會契約視為已成立。

此外，法定方式的欠缺，可因事後補正而使無效法律行為獲得治癒。如民法第166條之1規定，以負擔不動產物權之移轉或設定為義務的契約，如買賣不動產契約或設定抵押權契約，應由公證人作成公證書，如未作成公證書，但當事人事後完成權利移轉或設定登記者，其契約仍為有效⁵¹。

要式行為係以要式性作為契約的成立要件，未作成法定方式者，法律行為不成立。但以一定方式作為對抗要件的法律行為，則於法定方式未完成前，契約仍然成立，但不得對抗第三人。如信託行為，依信託法

⁵¹ 民法第166條之1之規定，依民法債編施行法第36條第2項但書規定，本條施行日期由行政院會同司法院另定之。

第4條規定：「以應登記或註冊之財產權為信託者，非經信託登記，不得對抗第三人。」換言之，信託契約並非法定要式行為，並無訂立書面契約之必要（89台上572號）。但以不動產作為信託財產時，應經信託登記，始得對抗第三人。

第六款 要物行為與不要物行為

不要物行為（又稱諾成行為），指僅以意思表示為契約成立要件，而無須物之交付即可成立的法律行為。基於私法自治原則，多數契約為不要物行為。

要物行為指，除當事人意思表示外，尚須為一定之物的交付，契約始能成立的法律行為。如使用借貸契約（第464條）、消費借貸契約（第474條）⁵²及寄託契約（第589條）。

例如，甲有A、B二書，同意以A書出售予乙，B書出借予丙，嗣後甲拒絕交付A、B二書。甲與乙的買賣契約為不要物契約，於雙方意思合致時，契約即為成立，乙得向甲請求交付A書（第348條）。但甲與丙的使用借貸契約，屬要物契約，在甲交付丙之前，契約尚未成立，甲拒絕交付B書，丙不得請求交付。

要物契約的特徵，乃在物交付前，貸與人或寄託人得隨時反悔，而拒絕使契約成立。其目的在於保護未受利益的貸與人及避免強制寄託人寄存物品。此項目的，藉由當事人之撤銷權，亦得達成（如贈與契約第408條），是否仍應保留羅馬法遺留的要物契約，迭生爭議。

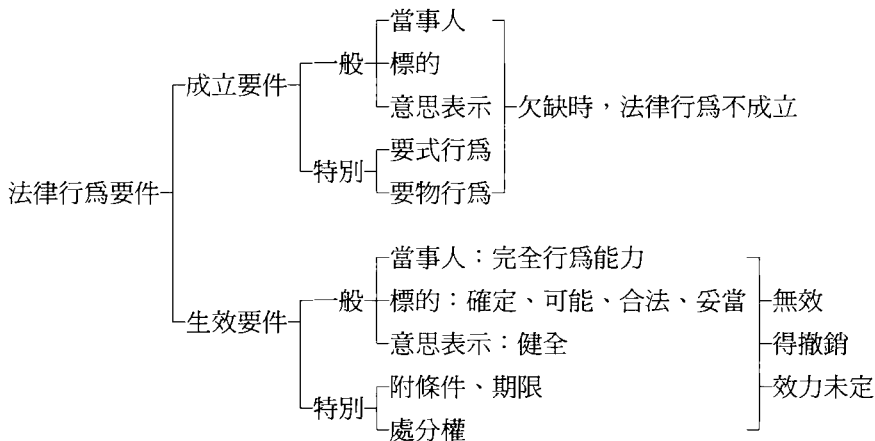
目前實務上，最重要的要物契約為信託契約行為。最高法院97年台上字第2199號判決謂：「按契約信託行為，須委託人以設立信託之意思，與受託人訂定契約，並將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之要物

⁵² 最高法院99年台簡上字第32號：「金錢借貸契約為要物契約，以金錢交付為生效要件。所謂交付，法並無禁止得以當事人間約定以指示交付方式完成金錢之移轉，故貸與人如已依約將貸與之金錢移轉於借款人指定之第三人帳戶，當事人之借貸關係仍已有效成立，至於該第三人是否有將借款交付借款人，乃借款人與第三人間內部之事，與當事人間已成立生效之借貸關係無涉。」

行為。易言之，契約信託，除須具備當事人意思表示合致等法律行為之一般成立要件外，尚須兼具信託物財產權移轉及現實交付等處分行為之特別成立要件，始能成立。⁵³」

例如甲有A屋，年老，僅有乙子，20歲，醉生夢死，浪費財產。甲因恐百年後A屋隨即被乙子出售花費殆盡，乃將A屋與丙銀行訂立信託契約，將A屋移轉予丙，並交由丙占有管理，約定每月自管理所得中，交付2萬元予乙，作為生活費之用，嗣乙達60歲時，始將該屋移轉予乙所有。此項信託契約之成立，除甲與丙間有信託之契約合意外，尚須甲移轉A屋，並現實交付A屋於丙，信託行為始得成立。

第三項 法律行為的成立要件與生效要件



第一款 成立要件

法律行為的成立要件，分為一般成立要件與特別成立要件。一般成立要件指，任何法律行為均須具備的要件，法律行為始能成立者；即一、當事人；二、標的；三、意思表示。法律行為的特別成立要件，指

⁵³ 同旨參見最高法院98年台上字第2314號、95年台上字第500號、93年台上字第2399號判決。

個別法律行為特有的要件，如要式行為所須踐行的方式，或要物行為須交付一定之物。欠缺上開要件者，法律行為不成立，而不生法律上效果。

關於當事人不存在，在最高法院86年台上字第565號判決，甲公司於82年間承銷乙公司股票上市業務，丙以大批不實之姓名、身分證統一編號，利用虛構之人頭向承銷商申購抽籤，並出售中籤通知書及繳款書圖利，丁向丙購買取得中籤通知書及繳款書，持繳款書請求領取股票時，因無法提出中籤人之身分證，致未能領取中籤股票，丁因此請求甲公司及乙公司連帶賠償損害。

最高法院維持原審法院判決：「本件公開銷售係採抽籤方式，核其性質為買賣。按買賣契約須當事人意思表示一致始能成立，自須有中籤人存在，始能意思表示一致，而成立買賣契約。丁所持之中籤通知書，其中籤人既不存在，自不可能由此不存在之人為買受人，是無從成立買賣契約。」

第二款 生效要件

關於一般生效要件，指一、當事人須有完全行為能力；二、法律行為的標的必須可能、確定、適法、妥當；三、當事人的意思表示必須健全。法律行為的特別生效要件，指須具備一般要件外，尚須具備一定要件者，如附條件或期限的法律行為，於條件成就或期限屆至時發生效力（第99、102條）、無權處分行為應經有權利人的承認，始生效力（第118條）。

法律行為之生效，必須當事人具有完全行為能力，否則其所為之法律行為，可為無效（第75、78條）或效力未定（第79條）。法律行為的標的，必須可能，若屬自始客觀不能，契約無效（第246條）。法律行為的標的必須確定或可得確定，否則契約無效。法律行為的標的違法，則契約無效（第71條）。法律行為有背於公序良俗者，亦屬無效（第72條）。至於表意人的意思表示有瑕疵，如錯誤、被詐欺或被脅迫，表意人得撤銷其意思表示（第88、92條）。

據此，法律行為不具備法律一般生效要件者，依其法律管制密度的不同，其效力可能為得撤銷、效力未定或無效。得撤銷的法律行為，係國家法保留當事人悔約的機會，而賦予撤銷權。法律行為經撤銷者，視為自始無效（第114條）。效力未定的法律行為，係由第三人決定當事人法律行為的效力。至於無效的法律行為，則完全不發生當事人所企圖實現的法律效果。

此外應說明者為：

一、法律行為不具備成立要件者，為法律行為不成立；不具備生效要件者，為法律行為無效。法律行為的成立時期與效力發生時期可能不同。如附條件的法律行為，於作成法律行為時，法律行為即為成立，但須嗣後條件成就時，法律行為始生效力。

二、生效要件指國家法基於公益目的，設定最低標準，用以決定法律行為能否發生國家法上的效力。但實際上，民法規定未必明確區分不成立與不生效的法律效果。如民法第709條之3規定，合會未訂立會單，且會員尚未交付首期會款者，其合會契約不成立。但依第166條之1規定，不動產買賣契約，未作成公證書，且尚未移轉登記者，無效。

三、究其實際，法律行為不成立或法律行為無效，就其效果而言，均不生當事人所企圖實現的法律效果，並無區別。法律行為既須具備所有成立要件及生效要件，始發生當事人所企圖實現的法律效果，對於成立要件與生效要件之區別，無須過度爭執⁵⁴。

第四節 法律行為的效力

第一項 概 說

基於私法自治原則，法律行為具備一定要件者，即發生當事人所企圖實現的法律效果，成為有效的法律行為，稱之為「完全的法律行

⁵⁴ 王伯琦，民總，第128、198頁；王澤鑑，民總，第279頁；陳自強，契約成立，第420-422頁。

為」。反之，意思表示有瑕疵、違反強制或禁止規定者，不能發生預期的法律效果，稱之為「不完全的法律行為」。對於不完全的法律行為，應賦予如何的效力，係屬法律政策的選擇，而予以不同評價，區分為「無效」、「得撤銷」及「效力未定」三種效力。

法律行為瑕疵最為嚴重者，如違反公序良俗，成為「無效的法律行為」（第72條）。蓋違反公序良俗，涉及公共利益與社會道德規範，不得不使其無效。次嚴重者，如錯誤、被詐欺或被脅迫，成為「得撤銷的法律行為」（第88、92條）。當事人因錯誤、被詐欺或被脅迫而成立契約，之所以不使其無效，蓋當事人雖意思表示有瑕疵，仍有可能願意受其意思表示的拘束；若不願受拘束，自可依法撤銷之，保留當事人毀約的機會即可，故無使其無效之必要。較輕微者，如未成年人未得允許訂立契約，僅屬「效力未定的法律行為」。蓋此僅屬允許程序的瑕疵，得由法定代理人予以補正，無使其無效之必要。

無效的法律行為，係法律行為一開始即不生當事人所欲的法律效果。得撤銷的法律行為，於該法律行為成立時，即生效力，但當事人得於事後撤銷。效力未定的法律行為，則該法律行為一開始即處於效力不確定的狀態，須待第三人表示意思後，該法律行為的效力始確定發生或確定不生效力。

民法總則編關於法律行為效力的規定，可歸納如下表⁵⁵。

法律行為 效力	原 因			效 力
	行為能力欠缺	標的不適當	意思表示不健全	
無 效	1. 無行為能力人之行為（§ 75）	1. 違反強行規定（§ 71）	1. 真意保留之例外（§ 86但）	1. 當然、自始、確定無效（絕對無效）
	2. 限制行為能力人未得允許之單獨行為（§ 78）	2. 違背公序良俗（§ 72）	2. 通謀虛偽意思表示（§ 87）	2. 例外：相對無效（§ 87 I 但）

⁵⁵ 本表參見王澤鑑，民總，第538頁。

法律行為 效力	原 因			效 力
	行為能力欠缺	標的不適當	意思表示不健全	
得撤銷		暴利行為（§ 74）	1. 錯誤及誤傳（§ 88、§ 89） 2. 被詐欺、被脅迫（§ 92）	1. 在撤銷前有效 2. 經撤銷視為自始無效（§ 114 I）
效力未定	1. 限制行為能力人未得允許之契約行為（§ 79） 2. 無權處分（§ 118） 3. 無權代理（§ 170）			1. 經承認溯及有效（§ 115） 2. 經拒絕承認，確定不生效力

第二項 無效的法律行為

第一款 無效的意義

無效，指法律行為當然、自始、確定不發生法律上效力。

一、當然無效

無效的法律行為無須任何人主張，當然不發生效力，任何人皆得主張其為無效，且得對任何人主張之。

二、自始無效

無效法律行為於成立時即自始不發生當事人所欲的法律效力（85台上2901號）。

三、確定無效

無效之行爲，在法律行為時，已確定不生效力，不因事後之情事變更或當事人之行為而回復為有效（73台上712號）。

關於無效法律行為的瑕疵治癒，須有特別規定。如民法第166條之1

（尚未施行）：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」依本條規定，買賣不動產之契約須作成公證書，否則無效。但於當事人為不動產所有權之移轉登記後，該無效的買賣契約因而被治癒，而確定發生效力。

第二款 無效的種類

一、絕對無效與相對無效

任何人均得主張無效，且對任何人均得主張其法律行為無效者，為絕對無效。如違反公序良俗。對一部分人無效而對善意第三人仍有效者，為相對無效。如通謀虛偽意思表示（第87條第1項但書）。

法律行為無效以絕對無效為原則，相對無效為例外。

二、全部無效與一部無效

民法第111條規定：「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。」依本條規定，原則上一部無效，使法律行為全部歸於無效，以維護法律行為的完整性，避免產生效力分歧的現象。

如甲及乙分別為某有限公司的董事及股東，未得其他全體股東之同意，同時將持股折價讓與丙，並同意將公司負責人名義變更為丙。甲的出資轉讓因違反公司法第111條第3項規定而無效，鑑於丙係為取得公司經營權而受讓甲及乙之出資，「應可認為丙如未能取得甲之出資股權，即不願受讓乙之出資轉讓，甲轉讓出資股權之法律行為既為無效，同一協議之乙轉讓出資股權部分，即無民法第111條但書規定之適用，自應認為無效。」

（85台上321號）

為貫徹私法自治原則，尊重當事人的意思，本條但書規定：「但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。」何時構成但書之情形，最高法院75年台上字第1261號判例謂：「民法第一百十一條但書之

規定，非謂凡遇給付可分之場合，均有其適用。尚須綜合法律行為全部之旨趣，當事人訂約時之真意、交易之習慣、其他具體情事，並本於誠信原則予以斟酌後，認為使其他部分發生效力，並不違反雙方當事人之目的者，始足當之。」實務案例如下：

(→)買賣關係中，出賣人移轉買賣標的物，有不合保證品質之情形時，若係可分之標的物，應可參照民法第111條但書規定，認除去該品質不合部分時，其餘合於標準部分亦可由買受人受領（99台上1226號）。

(→)未定有期間之最高限額保證契約，有使保證人預先拋棄其權利或限制其行使權利之約定，按其情形有顯失公平之情事，僅該約定部分無效，但不影響最高限額保證契約本身之性質，並非契約全歸無效（97台上1680號）。

(→)甲以其所持七家公司之股票抵償乙公司積欠丙公司之債務，雖係基於同一協議之抵償行為，且未分別估算其各自得抵償之金額，惟尚非不得予以分別估算，其中某一公司之股票不得抵償，其他公司之股票似無必然亦不得抵償（88台上3431號）。

第三款 無效法律行為的轉換

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。」此為法律行為的轉換，目的在於貫徹當事人之意思，實現當事人所欲發生的其他法律行為效果。

所謂「當事人若知其無效，即欲為他法律行為的意思」，為當事人「推知的意思」，須依法律行為當時的客觀情勢判斷之。如設定地上權契約無效時，可轉換為土地租賃契約。

在最高法院102年台上字第2301號判決，甲為乙父及丙母所生之非婚生子女，丙母嗣後與丁男結婚，丁男雖明知甲為乙之子，但仍將甲登記為自己的親生子女，自幼撫育甲，迄其去世，以父子關係生活長達四十餘年。甲於乙死亡後，請求確認雙方的親子關係。乙之其他子女則抗

辯，甲爲丁所收養，甲與乙之親子關係消滅。

最高法院認爲：「按身分法係以人倫秩序之事實爲規範對象，如將無效之身分行爲，解釋爲自始、當然、絕對之無效，將使已建立之人倫秩序，因無法回復原狀而陷於混亂。爲彌補此缺失，宜依民法第一百十二條規定，於無效之身分行爲具備其他法律行爲之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲爲他身分行爲者，該他身分行爲仍爲有效。又在民法上之親子關係未必貫徹血統主義，因此，在無真實血統聯絡，而將他人子女登記爲親生子女，固不發生親生子女關係，然其登記爲親生子女，如其目的仍以親子一般感情，而擬經營親子的共同生活，且事後又有社會所公認之親子的共同生活關係事實存在達一定期間，爲尊重該事實存在狀態，不得不依當事人意思，轉而認已成立擬制之養親子關係。」

據此，丁既有收養甲之意思，雙方應成立收養關係，而成立父子女關係，甲請求確認其與乙之親子關係，爲無理由。

第四款 無效法律行為的效果

無效法律行為，並非不發生任何法律效果，而僅是不發生當事人所企圖實現的法律效果。法律行為無效，經常伴隨發生損害賠償之結果。如詐欺被害人，得主張侵權行爲之損害賠償請求權。又如以錯誤撤銷意思表示，視爲自始無效，表意人應負信賴利益的損害賠償責任（第91條）。

此外，民法第113條規定：「無效法律行為之當事人，於行爲當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。」學說上認爲，關於法律行爲無效，得以侵權行爲損害賠償、締約上過失、不當得利或所有物返還請求權等規定，足以合理規範當事人間法律關係，無另設本條規定的必要⁵⁶。但法院實務上，則認爲本條的目的在求當事人

⁵⁶ 王澤鑑，民總，第542頁；詹森林，民法第113條與其他規定之競合，台灣本土法學雜誌，第29期，第21-32頁（2001年12月）；再論「民法第113條與其他規定之競合：最高法院89年台上字第2102號判決評釋」，收錄於民事法理與判決研究，第二冊，第3-57頁（2003年）。

間之公平合理，以免他方當事人因此受有不利益。且本條係編列於民法總則編而規定，其適用之範圍應涵攝所有無效之法律行為在內（93台上910號、95台上734號）。

法院適用本條規定之案例，可分為以下二類說明：

一、民法第113條規定額外增加不需要的請求權基礎

（一）甲出售乙之土地予丙，並為移轉登記，丙非善意第三人，乙得依民法第767條及第113條等規定，請求塗銷土地之所有權移轉登記（99台上1114號）。

（二）甲非自耕農，於土地法第30條修正前，購買乙之農地，乙交付土地於甲，但該買賣契約無效，甲依民法第113條規定，負有回復原狀之義務。若該地被徵收而不能回復原狀，甲應負損害賠償責任（93台上910號）。

實則，在第（一）案，土地所有人依民法第767條之所有物返還請求權即可達成訴訟目的。在第（二）案，土地所有人依不當得利返還請求權，請求甲返還土地，或土地被徵收後的所得利益。

二、民法第113條規定破壞其他規定的法律要件及效果

（一）民法第247條第1項所定契約因標的不能而無效之締約上過失責任，與同法第113條所定無效法律行為之當事人責任，二者法定要件未盡相同，且第113條既編列於民法總則編而規定，其適用之範圍，自應涵攝所有無效之法律行為在內，而兼及於上開契約因標的不能而無效之情形。是契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人除得依民法第247條第1項主張締約上之過失責任外，亦無排除適用同法第113條規定之餘地（87台上1396號）。

（二）依民法第88條規定撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負損害賠償責任（民法第91條）；惟法律行為經撤銷者，須當事人知其得撤銷或可得撤銷者，始應依民法第114條準用同法第113條規定，負回復原狀或損害賠償責任（84台上844號）。

（三）兩造關於系爭股份之買賣，違反公司法第163條第2項之禁止規

定，其讓與契約（債權行為）無效。上訴人主張依民法第113條規定，得請求被上訴人回復原狀，返還價金，本質上仍為返還不當得利。惟本件兩造交付股票及價金，均基於不法原因所為之給付，且雙方均有所認識。上訴人請求返還價金非特必須主張自己之不法行為，且無異鼓勵為不法行為，自不應准許（83台上3022號）。

在第(一)、(二)案，法院認為民法第91條、第247條第1項規定與第113條規定，要件不同，但同時並存，任由權利人主張之。雖有利於受害人，但民法第113條規定，將使第91條及第247條規定的構成要件及法律效果，成為具文。

在第(三)案，權利人既得依民法第113條主張回復原狀，又須受限於不當得利請求權的限制條件（第180條），混亂法律適用的體系。實際上，本案僅依民法第179條及第180條規定處理即可。

第三項 得撤銷的法律行為

第一款 撤銷的意義

一、法定撤銷權

民法規定的撤銷權，有二種。狹義的撤銷權，指有瑕疵的意思表示之撤銷。如錯誤、被詐欺或被脅迫等。撤銷後，使法律行為溯及地歸於消滅。撤銷意思表示即撤銷法律行為。廣義的撤銷，除狹義的撤銷外，包括其他法律行為的撤銷，如對限制行為能力人營業允許的撤銷（第85條第2項），以及非法律行為的撤銷，如監護宣告的撤銷（第14條第2項）、法人許可的撤銷（第34條）。本節討論的撤銷，係指狹義的撤銷。

二、約定撤銷權

意思表示有瑕疵的撤銷權，均屬法定撤銷權。當事人得否以契約約定撤銷權？最高法院89年台上字第2501號判決認為：「按民法第八十八條、第九十二條之規定，僅為法律列定之撤銷權，並非禁止契約當事人間另有保留撤銷權之特別約定；基於私法自治原則，非不得有契約撤銷

權之約定，其行使應依撤銷權成立之契約內容及趣旨決定之。故買賣契約當事人間，就買受人一方之資格或買賣之要件有特別重要之約定，否則即得撤銷買賣意思表示，如買受人不具資格或買賣要件不備者，出賣人一方自得依約撤銷其意思表示。」

第二款 撤銷的客體

一、意思表示或法律行為

因錯誤、被詐欺或被脅迫而撤銷者，法條規定為撤銷其「意思表示」（第88、89、92條）。民法第114條規定撤銷「法律行為」。實則，具有瑕疵之意思表示，固然得以撤銷。但在以意思表示成立某項法律行為時，其撤銷及於整個法律行為⁵⁷。

如甲因錯誤或被詐欺而為要約時，得依法撤銷其要約的意思表示。但若該要約業經承諾而成立契約時，其撤銷的客體為契約。法律行為係單獨行為時，亦得依法撤銷之。

二、負擔行為或處分行為

撤銷的客體，為負擔行為或處分行為，應視何者具有瑕疵而定。如錯誤意思表示，可為債權行為錯誤、物權行為錯誤或二者均為錯誤。在被詐欺或被脅迫的意思表示，應認為債權行為及物權行為均得撤銷之。

在最高法院99年台上字第1948號判決，甲出售A屋於乙，在移轉登記並為交付後，乙發現有違建夾層屋等瑕疵，而以受詐欺為由撤銷買賣契約，法院謂：「按債權行為與物權行為並存時，當事人間所以必須履行物權行為乃是因債權行為存在，而負有給付義務之故，因之債權行為遂成為物權行為之原因，債權行為上所存在之瑕疵，如意思表示之瑕疵、無效或得撤銷之原因，亦會反射於物權行為之上，而與之共同存在，物權行為之效力自因此而受影響。系爭不動產買賣之債權行為，因乙受詐欺而作成，則移轉系爭不動產所有權之物權行為亦可認係在詐欺下作成，債權行為一經撤銷，物權行為自同時被撤銷，乙已無保有系爭

⁵⁷ 王澤鑑，民總，第554頁。

不動產所有權及占有系爭不動產之法律上原因。」

第三款 撤銷方式與效力

一、撤銷權的行使

撤銷權的行使，屬於形成權的行使，為單獨行為，只須一方的意思表示為之即可。民法第116條規定：「撤銷應以意思表示為之。如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人為之。」如向相對人以外的第三人為撤銷之表示，除非第三人有代理權，否則不生撤銷的效力。

二、撤銷權人的承認

得撤銷的法律行為，雖然在法律行為成立時，已經發生效力，僅於嗣後撤銷時，失其效力。但撤銷權人亦得承認「得撤銷的法律行為」，確認有瑕疵法律行為的效力。民法第115條規定：「經承認之法律行為，如無特別訂定，溯及為法律行為時發生效力。」所謂承認，除對「效力未定的法律行為」的承認外，尚包括承認「得撤銷的法律行為」。對「得撤銷的法律行為」之承認，為確認已發生效力的法律行為，使其不再消滅，亦即撤銷權的拋棄，在性質上屬於事後追認。對「效力未定的法律行為」的承認，使尚未發生效力的法律行為確定有效，在性質上屬於事後同意⁵⁸。

三、撤銷的效果

民法第114條第1項規定：「法律行為經撤銷者，視為自始無效。」是以，法律行為經撤銷後，溯及法律行為成立時失其效力，屬於絕對無效。但法律為維護交易安全，特別規定其撤銷不得對抗善意第三人者（如第92條第2項），為相對無效。

如最高法院96年台上字第2035號判決：「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

⁵⁸ 施啟揚，民總，第310-311頁。

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，民法第一百十四條第一項亦有明定。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。」

民法第114條第2項規定：「當事人知其得撤銷或可得而知者，其法律行為撤銷時，準用前條之規定。」如因受詐欺而撤銷意思表示之人，對為詐欺之人，得請求回復原狀或損害賠償。

第四項 效力未定的法律行為

第一款 效力未定法律行為的意義

效力未定的法律行為，指法律行為的效力是否發生效力，處於不確定的狀態，取決於第三人的事前同意或事後承認。在得撤銷的法律行為，均有除斥期間的規定。但在效力未定的法律行為，則無期間限制，因此此項效力未定狀態，可能長期存續，並不因期間的經過而使法律行為確定有效。

在民法總則編，效力未定的法律行為有三：限制行為能力人未得法定代理人之允許而為的契約行為、無權代理及無權處分行為。

第二款 事前同意（允許）、事後同意（承認）

須經第三人同意的法律行為，若經事先同意（允許），有效。若未經事先同意，其效力有為無效（第78條），有為效力未定（第79條）。在效力未定的法律行為，得為事後同意（承認）。

民法第117條規定：「法律行為須得第三人之同意始生效力者，其同意或拒絕，得向當事人之一方為之。」故同意為有相對人的單獨行為。

依民法第115條規定：「經承認之法律行為，如無特別訂定，溯及為法律行為時發生效力。」如無權處分之物權行為，經所有權人之承

認，溯及於從事物權行為時發生效力。

民法第116條規定：「撤銷及承認，應以意思表示為之。如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人為之。」本條之承認，除對效力未定的法律行為，及得撤銷的法律行為，所為之承認外，並包括所有法律上承認的意思表示。如在最高法院80年台上字第1767號判決認為：「債權人承認債務承擔契約，該債務承擔契約即對債權人發生效力，債務人因而脫離原有債之關係，由第三人承擔債務。債權人僅可對承擔人主張債權，但不得請求原債務人清償債務。債權人對於第三人與債務人訂立契約承擔其債務之承認，依民法第116條第1項規定，應以意思表示為之。」

CHAPTER 6 法律行為的有效性

第一節 行為能力

第一項 行為能力制度

行為能力乃當事人能獨自以意思表示，從事有效法律行為之能力。對於行為能力制度，法律上採取以年齡類型化的方式，分為無行為能力人、限制行為能力人及完全行為能力人。當事人從事法律行為，依據其行為能力之有無，而發生不同法律效力。

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。因此行為能力制度僅對財產法上行為適用，對身分法上行為原則不適用。例如，未成年人已結婚者，有行為能力（第13條），但仍非成年人，其為兩願離婚時，仍應得法定代理人的同意（第1049條）。

再者，為保護未成年人的利益，行為能力制度具有強制性，無行為能力人的保護，優於交易安全的保護，因此善意信賴無行為能力人，誤以為有行為能力，並不受保護，法律行為仍然無效，無行為能力人不負信賴利益之賠償責任。

例如，甲為受監護宣告人，向乙購買豆漿作為早餐，乙不知甲受監護宣告之事。甲食用後，拒絕付款，有無理由？

本案由於甲無行為能力，雙方訂立的買賣契約無效（第15、75條），即使乙為善意，亦同。此時，乙不得依契約關係請求甲支付價

金，亦不得以甲未告知其為受監護宣告人，而請求甲信賴利益的損害賠償。

但是，甲食用豆漿，係無法律上原因而消費乙的所有物，應依不當得利的規定，返還其所獲得之利益（第179條）。

此外，甲雖無行為能力，但在行為時具有識別能力時，其食用乙的豆漿，係屬侵害他人的所有權，構成侵權責任，應與法定代理人負連帶賠償責任（第187條）。

又如，甲受監護宣告，出售A車給乙，並交付之。乙於取得A車後，轉售給丙，經查乙及丙均不知甲受監護宣告之事。問：丙是否取得A車所有權？

本案甲與乙間訂立的買賣契約及物權行為均無效，不因乙為善意，信賴甲未受監護宣告，而有所不同。乙既因物權行為無效而未取得A車所有權，其處分A車予丙之行為，係屬無權處分，效力未定（第118條）。但因丙為善意第三人，信賴乙為所有權人，得依善意取得之規定，取得A車所有權（第801、948條）。

第二項 無行為能力人

第一款 無行為能力人的法律行為

一、法律行為無效

無行為能力人之意思表示，無效（第75條）。未滿7歲之人即使具有事實上的意思能力，或受監護宣告人在心神回復中，所為的意思表示，仍然無效。如甲贈與玩具給6歲的乙，則雙方的贈與契約無效，物權行為亦無效，縱使無行為能力人因該法律行為而純獲法律上利益，仍然無效。

無行為能力人不得自為意思表示或自受意思表示，從事法律行為時，必須由法定代理人代為意思表示或代受意思表示（第76條）。是以，法定代理人對於無行為能力人，僅有代理權而無能力補充權（允許權或承認權），所以無行為能力人不得自為行為後，再由法定代理人予以承認或同意而使其生效。

例如，6歲的甲在文具店購買貼紙，其訂立的買賣契約無效，其父母不得事後同意該項買賣，而使契約生效。

無行為能力人無法為有效的法律行為，在若干交易活動，與一般人對於未成年人的交易活動的認知，顯有不同。因此學說上提出「事實上的契約關係」的理論，認為傳統上以意思表示作為基礎的契約關係，在許多交易活動，如搭乘公車、使用電信、郵政等行為，基於社會交易上客觀的事實行為，應成立契約關係，使無行為能力人及限制行為能力人的行為有效¹。

無行為能力人雖無法為有效的法律行為，但若侵害他人權利，是否應負侵權責任，則以其於侵權行為時，是否具有「識別能力」為斷。如6歲的兒童，於學校打傷同學，有識別能力時，應與其法定代理人連帶負損害賠償責任（第187條）。

二、未成年人的保護

法定代理人對未成年人（含無行為能力人及限制行為能力人）的代理權，目的在於保護未成年人的利益。若法定代理人所為的代理行為，不利於未成年人時，應認為對未成年人不生效力，以符合行為能力制度之本旨。

最高法院53年度第1次民、刑庭總會會議決議(二)謂：「父母以其未成年子女之名義承擔債務及以其未成年子女之財產提供擔保，若非為子女利益而以子女之名義承擔他人債務，及為他人提供擔保，依照民法第一千零八十八條（舊法）及限定繼承之立法意旨暨公平誠實之原則，除其子女於成年後，自願承認外，不能對其子女生效。但子女之財產如係由父母以其子女之名義購置，則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，復在該價額限額度內，以子女名義承擔債務，提供擔保，不能概謂為無效。」

依本項決議，如甲父以其7歲之乙女所有的A屋，向銀行借貸，設定抵押權，作為經商之用，乃非為子女之利益而處分A屋，對乙不生效

¹ 王澤鑑，事實上之契約關係，收錄於民法學說與判例研究，第一冊，第93頁（1983年）；施啟揚，民總，第213-214頁；黃立，民總，第224-225頁。

力，乙得主張A屋抵押權之設定行為無效。反之，若甲父向銀行借貸金錢，用以購買B屋，將該屋登記於8歲之丙子名下，並以該屋設定抵押於銀行，擔保該借款債權，該抵押權設定行為有效²。

應注意者為，未成年子女利益之保護，應優先於交易安全。如甲及乙為丙之7歲及3歲子女，丙開設公司，向丁銀行借貸3,000萬元，由丙代理甲及乙簽名為該借貸契約之連帶保證人。甲及乙於成年後，可否請求確認該保證契約無效？

臺北地方法院100年重訴更一字第9號判決認為：民法第75條前段、第76、77、78、79條及第1162條之2第2項等規定，在於落實憲法保障未成年人之具體作法，藉由法律明定之方式，凸顯國家對「未成年人權利或利益」保護優於「交易安全」保護之特別規定。未成年子女之法定代理人父母對於未成年子女財產之處分，應本於為未成年子女之利益考量，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（reasonable person）之標準為合理判斷。民法第1086條及第1088條寓有保護子女人格健全發展之精神，從而應認父母行使其對子女財產之處分權，而以法定代理人資格為其子女負擔保證債務者，其行為之主要目的有損其子女將來人格之健全發展，屬於濫權行為，且違反強制規定，依民法第148條第1項及第71條規定，該代理子女為保證之法律行為無效。

又如甲於其父死亡時，年僅10歲，其父遺留債務1,700萬元，其母未代理甲於其父死亡後2個月內聲明拋棄繼承權，債權人於甲成年後，請求甲清償債務，甲得否向法院聲明拋棄繼承（第1174條）？

臺灣彰化地方法院95年繼字第1302號民事裁定認為：「聲明人於被繼承人死亡時，年僅約10歲之兒童，其成長、發育均待父母之照顧撫育，尚無相當之智識或相當能力，得以評估繼承之利益與否與責任，原有賴國家以明文之制度性保障其利益，惟竟因其法定代理人消極不作為

² 以子女為父母之債務訂立保證契約，德國法院認為，為「防止可預見的毀滅性後果」，該保證契約違反善良風俗而無效，可資參照。參見吳瑾瑜，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，第68期，第45-89頁（2008年12月）。

或濫用親權之行使，致使無力保護自身權益之未成年人，承擔非可歸責於己之不利益，顯然有失國家對未成年人利益保障優於交易安全之立法特別考量與憲法基本政策。因此，基於我國憲法保障人民生存自由權利、人性尊嚴之理念，對於上述情形，本件應視為立法上之疏漏，尚難依當然繼承法理而將該不利益逕由未成年之繼承人完全承受，依前述法理，類推適用得於其滿二十歲即成年之日起二個月內，決定是否拋棄繼承。」據此，甲若於成年後3個月內聲明拋棄繼承，應予准許³。

第二款 無意思能力人的法律行為

民法第75條規定：「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。」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。所謂無意識，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。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⁴。

應注意者，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（93台上924號）。

第三項 限制行為能力人

限制行為能力人指滿7歲之未成年人而未結婚，且未受監護宣告之人。原則上，限制行為能力人從事法律行為，應得法定代理人的允許，未獲得允許的行為，依據單獨行為或契約行為，而異其效力。

³ 拋棄繼承之期限，已由繼承人知悉其得繼承之時起，2個月內修改為3個月內（第1174條）。

⁴ 最高法院98年台上字第1702號、99年台上字第1994號、102年台上字第520號判決。

第一款 法定代理人的允許

一、允許的意義

民法第77條前段規定：「限制行為能力人爲意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。」允許係有相對人的單獨行為，得以書面或口頭爲之。法定代理人的允許，乃事前的同意；至於事後的同意，稱爲承認，二者均在於補充限制行為能力人的能力。對無行為能力人，法定代理人僅有法定代理權。對限制行為能力人，法定代理人則有法定代理權及能力補充權（允許或承認）。

最高法院100年台上字第1029號裁定謂：「限制行為能力人爲意思表示及受意思表示，依民法第七十七條規定，以得法定代理人之允許爲已足。無使法定代理人到場，並於契據內簽名之必要。此項允許，法律上既未定其方式，自非要式行為，且不以法定代理人有明示之意思表示爲限，凡依具體事實揆之一般交易觀念，足認法定代理人已有贊同訂立契約之默契者，均屬之。」

法定代理人的允許，於限制行為能力人爲法律行為前，得任意撤回之。若法定代理人的允許，受詐欺或脅迫時，亦得撤銷之。如甲父受乙詐欺，而同意其18歲的丙子向乙購買機車，甲得撤銷其允許的意思表示。此時，丙與乙訂立的買賣契約成爲未得允許的法律行為，效力未定，須再得甲的同意，始生效力（第79條）。

在上開案例，若甲是受丙子詐欺，而允許丙向乙購買機車，則於甲撤銷允許時，若乙爲善意第三人，甲的撤銷不得對抗乙（第92條第2項），乙仍得主張丙獲得允許而爲法律行為，買賣契約有效。

二、允許的範圍

法定代理人的允許，主要是針對財產上行為。對於身分上行為，法律則特別規定之，如訂定婚約、結婚、離婚、被收養等，須得法定代理人的同意（第974、981、1049、1076條之2）。

允許須針對特定行為或一定種類的行為爲之，如購買手機、租賃房屋等。若行為之範圍可依其目的或特定指示加以界限及預見，屬於包括

的允許，仍屬有效。如允許限制行為能力人出國遊學，包括訂購機票及租賃宿舍等。

反之，若允許未限定範圍，屬於概括的允許，如「此後允許為任何法律行為」，無異免除其能力上的限制，違反民法第77條保護未成年人的目的，應屬無效。

再者，如同代理權的行使，法定代理人的允許，若不利於未成年人者，應為無效。如甲父允許19歲的乙子，為其友人丙擔保債務，而與丁訂立保證契約，該保證契約，應為無效。但最高法院98年台上字第1234號判決採取不同見解，認為：「按父母對於未成年子女之特有財產，有使用、收益之權。但非為子女之利益，不得處分之，民法第一千零八十八條第二項定有明文。準此，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，固不能對其子女發生效力，惟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，應適用民法第七十七條至第八十五條之相關規定而已。」

依據上開最高法院見解，甲父代理19歲之乙子，以乙的名義與丙訂立保證契約，該保證契約對乙不生效力。但若甲父允許乙子以本人乙的名義，與丙訂立保證契約，則對乙有效。按法定代理人的代理權與同意權，本質上並無不同，目的均在於保護和增進未成年子女的利益。此項見解，將代理權與補充權的行使，進行差別待遇，並非合理，且不利於未成年人，應非可採⁵。

⁵ 同說參見黃詩淳，法定代理人同意保證契約，裁判時報，第17期，第90頁（2012年10月）。學說上認為，法定代理人制度建置的目的，在於保障未成年人之私法活動，不應導致未成年人負擔不利益。法定代理人代理子女為保證行為，違反上開目的，且以損害子女為主要目的，構成權利濫用（第148條第1項），非經子女於成年後承認，不生效力。參見李玲玲，論父母代理未成年人子女訂立保證契約之效力——最高法院104年度台上字第839號判決評析，裁判時報，第69期，第41-42頁（2018年3月）。此外，學說上另認為，如擔保契約對提供擔保之子女無個人利害關係時，擔保契約不生效力。參見吳瑾瑜，保證契約與善良風俗，臺北大學法學論叢，第68期，第42頁（2018年12月）。

三、允許處分財產

民法第84條規定：「法定代理人允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能力人，就該財產有處分的能力。」此項處分，包含債權行為及物權行為。如甲父允許18歲的乙子處分丙母贈與的A屋，乙出售A屋的買賣契約及處分該屋的物權行為，均為有效（80台上1781號）。又如甲允許18歲的乙子處分其積蓄10萬元，則乙以該10萬元無論購屋、買車或租屋，均屬有效。

四、允許獨立營業

民法第85條規定：「法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業，有行為能力。」所謂營業，凡以取得利益為目的之職業均屬之。是以，限制行為能力人從事以取得利益為目的之職業所為之營業行為，倘經其法定代理人允許，則與營業有關所為之契約或單獨行為，應均具行為能力。

如甲父允許18歲的乙子到丙通信公司工作，工作內容包括到中華電信公司辦理電話裝機的業務。乙受客戶丁委託，向中華電信公司申辦電話設備，丁主張其身分證被他人盜用，拒絕支付盜用人積欠的電信費用。中華電信公司依民法第110條規定，請求乙損害賠償時，乙抗辯其為限制行為能力人，其代理行為未受允許而無效。

本案法院認為：乙代理客戶與電信公司訂立的電信契約，屬於營業行為，無須經甲的允許，即為有效，乙應負無權代理人的賠償責任（臺灣高院90上易369號）。

又如甲父允許乙子經營農場，乙子就經營農場，具有行為能力，若甲為經營該農場，代理乙與丙訂立購買種牛之契約，因在乙經營農場範圍內，就其行為能力的限制，當然消滅，甲已喪失對乙的能力補充權及代理權⁶，因此甲若未經乙的授權，而與丙訂立買賣契約，則甲的行為成為無權代理行為。

在上開案例，若乙向丁購買機器三台，訂約後，甲發現乙不善經

⁶ 洪遜欣，民總，第282頁；史尚寬，民總，第155頁。

營，得撤銷其允許，以保護未成年人，但若丁為善意，則其撤銷不得對抗丁，丁仍得主張其與乙訂立的買賣契約為有效（第85條第2項）。

所謂營業行為，包含客觀上與其營業具有關聯，直接間接所必要之行為。如甲父允許18歲的乙子至丙電子公司工作，受領工資2萬元，向丁購機車乙輛，雖未得允許，但因乙對工資有處分能力，所以仍然有效。若丙公司經營不佳，乙對丙公司的工資予以寬限或免除之，仍應認為有效，其後乙對丙公司終止契約，得自行為之⁷。

第二款 不必得法定代理人允許的行為

一、日常生活所必需

限制行為能力人的法律行為，固以獲得法定代理人允許為原則，但民法第77條但書規定：「純獲法律上利益，或依其年齡及身份、日常生活所必需者，不在此限。」（第15條之2但書規定相同）所謂日常生活所必需者，應就其年齡、身分等，依據現代生活需求，從寬認定之。

二、純獲法律上利益

純獲法律上的利益，係指單純取得權利、免除義務，從法律上效果觀察，並無法律上的義務負擔者而言。如訂立贈與契約及受領贈與物之行為、領取保險金給付之行為。但無償借用契約，則非屬純獲法律上利益，蓋借用人負有返還借用物之義務，及違反該義務所生之損害賠償責任。

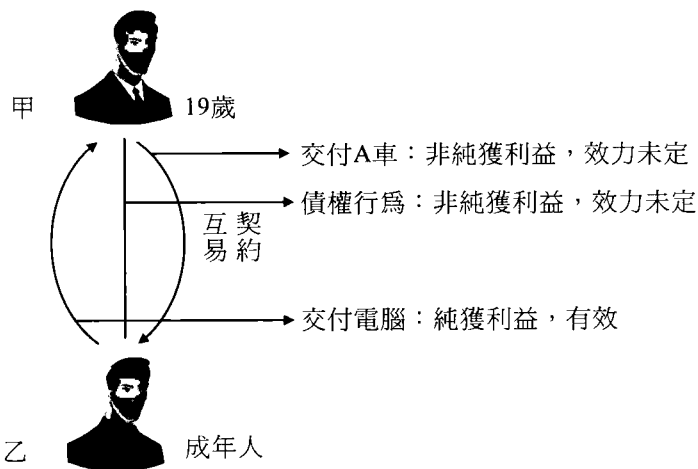
對限制行為能力人贈與不動產之契約，屬於純獲法律上利益。在贈與之不動產上設有抵押權者，僅由不動產本身負有負擔，未成年人個人未因而負有債務，仍屬純獲法律上利益。在贈與的不動產負有租賃契約時，因受贈之未成年人須承繼租賃關係（第425條），有認為非屬純獲法律上利益者⁸，但設有抵押權之不動產贈與，既為純獲法律上利益，則依舉重以明輕之法理，租賃契約的債務相對於不動產的價值，對未成

⁷ 洪遜欣，民總。

⁸ 王澤鑑，民總，第368頁。

年人而言，仍屬有利，應認為屬於純獲法律上利益，較為妥當。

純獲法律上的利益之行爲，在債權行爲及物權行爲，應分別判斷之。設19歲之甲未得法定代理人之允許，以其A車與乙的電腦互易，並同時履行之。其法律效果如下：



(一) 甲與乙訂立之互易契約：非純獲法律上的利益，效力未定。

(二) 甲將A車交付給乙的物權行爲：非純獲法律上利益，效力未定。

(三) 乙將電腦交付給甲的物權行爲：為純獲法律上利益，甲取得電腦所有權。

此際，若甲的法定代理人不同意互易契約及移轉A車的物權行爲，則二個法律行爲確定不生效力，甲得依民法第767條的所有物返還請求權，請求返還A車；乙則得依民法第179條的不當得利返還請求權，請求返還電腦⁹。

⁹ 此例參見王澤鑑，民總；邱聰智，民總（下），第52頁；陳自強，民總，第215頁。不同意見，參見黃立，民總，第201頁。

第三款 未得法定代理人允許的行為

一、單獨行為

民法第78條規定：「限制行為能力人未得法定代理人之允許，所為之單獨行為，無效。」本條規定，除對於未成年人適用外，對於受輔助宣告之人，亦適用之（第15條之2第2項）。是以受輔助宣告人為訴訟行為時，應經輔助人同意，而訴訟行為係單獨行為，倘未經輔助人同意，訴訟行為無效（102台抗76號刑事裁定）。其他如受輔助宣告人為遺贈或拋棄繼承，亦同。

單獨行為如契約的解除或終止、物權的拋棄、拋棄繼承或簽發票據等（52台上2436號、69台上2041號判例），大多不利於限制行為能力人，且使其無效，相對人僅處於原來的狀態，不致於有何積極的不利益，為避免相對人處於不安定之狀態，法律規定其為無效。此等無效的單獨行為，不得因事後的承認而成為有效。

二、契約行為

（一）效力未定

民法第79條規定：「限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。」本條關於效力未定之規定，適用於未成年人及受輔助宣告之人（第15條之2）。受輔助宣告之人為消費借貸、贈與、信託、和解或不動產買賣等契約行為，未經輔助人同意者，效力未定。

對於未事先允許的契約，法定代理人得事後同意（承認），使其發生效力。此項承認，亦得由限制行為能力人於限制原因消滅後承認，其承認與法定代理人之承認，有同一效力（第81條第1項）。

例如19歲的甲，未經其法定代理人乙的允許，向丙購買機車。在甲成年後，甲與乙對於是否同意甲與丙之前所為的買賣契約，發生歧見。此時，甲在成年後既已取得行為能力，乙的能力補充權已經喪失，應認為僅甲有承認權，始可避免甲與乙意見不一的困境。

(二)相對人的催告權及撤回權

在限制行為能力人未得允許為契約行為後，契約效力處於未定狀態，為使該契約效力早日確定，民法第80條規定：「前條契約相對人，得定一個月以上之期限，催告法定代理人，確答是否承認。於前項期限內，法定代理人不為確答者，視為拒絕承認。」催告的對象，除法定代理人外，尚有限制原因消滅後，取得行為能力的本人（第81條第2項）。

關於催告期限，若催告未定期限，或所定期限不足1個月，為使法律關係早日確定，應認其期限為1個月。如相對人定期20天內由法定代理人確答是否承認，法定代理人於第40日承認之。此時，應認為相對人之催告為30日，而生催告的效力，法定代理人於30日內不為確答者，視為拒絕承認，契約確定不生效力，從而法定代理人於第40日承認，不生承認之效力。

民法第82條規定：「限制行為能力人所訂立之契約，未經承認前，相對人得撤回之。但訂立契約時，知其未得有允許者，不在此限。」據此，相對人得以撤回的方式，使法律關係確定不生效力。撤回乃對尚未生效力的法律行為，阻止其發生效力。相對人得於催告後，法定代理人承認前，撤回之。於法定代理人承認後，契約已經發生效力，即不得再行撤回。

三、強制有效的法律行為

民法第83條規定：「限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，其法律行為為有效。」考其目的，在於限制行為能力人既能以詐術欺瞞他人，足見其並無意思能力不足或經驗思慮不周之情事，而無再予保護之必要，因此規定其行為，強制有效。但若相對人明知未成年人使用詐術者，應無本條的適用。

所謂限制行為能力人使用詐術，以故意且積極行為使用詐術者，如提示偽造的戶口謄本或法定代理人同意書、偽刻法定代理印章等，固然為詐術；對於相對人誤信不加聲辯，以欺其失察，即以故意引起相對人

誤信或加強其誤信者，不妨認為構成詐術¹⁰。

限制行為能力人使用詐術，法律行為完全有效，法定代理人及相對人，均不得以其未得允許，而拒絕承認或予以撤回。至於此處規定的「法律行為」，應認為包含契約及單獨行為¹¹。

再者，限制行為能力人使用詐術訂立契約者，相對人得否依民法第92條規定，以被未成年人詐欺為由行使撤銷權？學說上認為，未成年人使用詐術，對於相對人並未發生不利益的結果，亦非有瑕疵的法律行為，相對人不得以被詐欺為理由，撤銷法律行為¹²。此在一般契約如買賣契約，固有所據，但在特殊情形，若未成年人的詐欺，影響相對人之權益者，應允許相對人得以撤銷其意思表示。如19歲的甲偽造戶籍謄本，使乙誤信其已成年，而訂立僱傭契約。因僱傭契約特別注重人的品行及年齡，乙被詐欺，應得撤銷其意思表示，使僱傭契約無效。

第二節 法律行為內容的管制

第一項 法律行為的標的

法律行為的標的（或稱內容），指當事人依法律行為所表示企圖完成的社會生活關係，亦即當事人從事法律行為，所欲發生的法律效果。如甲與乙訂立A車的買賣契約，其買賣契約（法律行為）的內容（標的），指甲與乙所企圖實現的買賣法律效果，至於A車則為法律行為（買賣契約）的標的物，而非標的。

當事人依據其自由意思，企圖實現某種社會生活關係，國家法基於公益立場，設定一定條件，符合該條件者，始採為國家法的內容，使其發生國家法的效力。此等條件，一般認為應具備合法、妥當、可能及確

¹⁰ 學說爭議，參見施啟揚，民總，第221頁；洪遜欣，民總，第285頁。

¹¹ 學說爭議，參見施啟揚，民總，第221頁；王澤鑑，民總，第372頁。

¹² 施啟揚，民總，第221頁；洪遜欣，民總，第285頁。惟林誠二認為，相對人得以受詐欺為由，撤銷其意思表示〔民總（下），第69頁〕。

定等四項要件。

第二項 標的之確定

法律行為的內容，如不能確定，則國家法無從判斷其社會價值，自不能對其當事人的私法自治予以助力，而發生國家法的效力。如當事人謂：「我將贈送妳一樣東西。」若贈與的標的物是安非他命，法律行為應屬無效。若贈與者為汽車，則為有效。是以，當法律行為的標的無法確定，或無法可得確定時，其內容既無法具體實現，且國家法亦無從判斷其效力，因而無效。

所謂標的具有確定性，通說係指標的於法律行為成立時自始確定，或法律行為成立時雖不確定，但嗣後可得確定者而言¹³。如甲就其與乙共有的A地，與丙訂立「興建大樓契約書」，合建標的土地為「A地應有部分二分之一」。該抽象的「應有部分二分之一」的土地，係指何部分的土地，尚未確定，或係指土地之特定部分？尚待查明（85台上666號）¹⁴。

所謂「可得確定」，如甲與乙離婚協議書約定：「甲願於離婚後1年內購買價值3,500萬元之房屋予乙作為贍養費之給付」，雙方僅就房屋價值為約定，其他如所在地號、門牌、面積、材質、用途等均未為特定，且無從依法律或習慣確定，但似得推定由當事人雙方，或由當事人一方或第三人確定，而為有效的約定。在具體指定後，該房屋即為特定給付物，乙得請求甲履行交付義務（102台上1646號）。

在最高法院100年台上字第2030號判決，原告之父甲於87年間召開家族會議，作成資產分配計畫，將其特定資產分配予其四名兒子（含原告及被告）。原告及被告等兄弟四人則於94年間另外簽署同意書，記載「本人等四兄弟對於甲父所屬各方面財產包括高○貿易股份有限公司股權採納乙會計師之意見（如附件），依各所有四分之一權利之分配案同

¹³ 施啟揚，民總，第209頁；林誠二，民總（下），第14頁。

¹⁴ 此外，最高法院89年台上字第1449號判決：「出資及經營共同事業為合夥契約之成立要件，故對於出資多少，出資標的為何，及經營如何之共同事業，必須確實約定，否則其合夥契約仍不能謂已成立。」

意之。」

在原告依87年間作成的資產分配計畫，請求被告轉讓高○公司的股票時，被告抗辯應依據94年間的同意書辦理。本案的爭點為，當事人於94年間簽署的同意書，並未有會計師的意見作為「附件」，是否有效，而得以取代87年間作成的資產分配計畫。

最高法院認為：「按法律行為之標的（內容或客體），於法律行為成立時須確定，法律行為始能發生效力。蓋法律行為之標的如未確定，則其內容無法具體實現，自不能使其發生效力。至於法律行為之標的於成立時，如可得確定，法律行為雖非無效，但必須可由法律行為雙方當事人另行確定，或可由當事人一方或第三人確定，或可依法律規定，或依習慣或其他特別情事而確定者，始足當之。倘盡各種可得確定之方法，均無法確定時，該法律行為仍因標的無從確定或非可得確定而無效。」

本件系爭同意書記載……該同意書謂甲父所屬各方面財產包括高○公司股權採納會計師之意見（如附件）等語，惟未附上附件，……則其標的究竟何指？即屬尚未確定。至於其所謂之附件即資產分配調整協議書與資產分配調整明細表，係會計師事後始行提出，且未經兩造同意……。是兩造於簽立系爭同意書時，對於該同意書之標的，是否有可得確定之方法？即攸關係爭同意書之效力，自應詳予查明，俾資審認。」

本案最高法院以附件之資產分配調整協議書與資產分配調整明細表，係會計師事後始行提出，且未經兩造同意，而認為法律行為標的不確定，似認為會計師之專業意見，必須於法律行為成立時，即屬確定。若法律行為作成後，始行提出，則此「第三人」的專業意見，即屬無法確定。

按所謂標的「可得確定」，係指法律行為於成立當時，雖不能確定，但於法律效果實現時或履行時可以確定者而言。本件當事人之真意，若為合意約定由會計師將來提出專業意見，確認當事人之資產數額及分配方式，應屬符合法律行為標的可得確定之效果，而屬有效。反之，若當事人之真意，係以會計師業已作成之附件，即資產分配調整協

議書與資產分配調整明細表，作為合意內容，但當場會計師未提出附件，致當事人無法知悉內容，則屬當事人意思表示不一致之情形，契約應為不成立，而非因無法確定而無效。最高法院認本件94年簽訂之協議書，因標的無從確定或非可得確定而無效，尙待斟酌¹⁵。

第三項 標的可能

法律行為的標的不能，是指法律行為的內容「自始客觀不能」時，契約無效（第246條）。其理由在於：「法律行為之標的，既無實現之可能，則縱令國家法，對當事人之私法自治予以助力，亦無從促其達成目的之故。¹⁶」

我國典型的案例為，在民國89年之前，非自耕農從事農地買賣，因自始無法為土地移轉登記，買賣契約依民法第246條規定而無效。但如於訂約時明白約定由承買人指定登記於任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記於有自耕能力之特定第三人，或約定待承買人自己有自耕能力時為移轉登記，或其他預期於不能之情形除去後為給付者，其契約則為有效（95台上1682號）。

在目前，類似案例則為，非原住民購買原住民保留地，因違反原住民保留地管理辦法，買賣契約無效。但「原住民保留地之買賣，承買人雖非原住民，惟如約定由承買人指定登記與任何具有原住民身分之第三人，或具體約定登記與具有原住民身分之特定第三人，即非民法第二百四十六條第一項以不能之給付為契約之標的，其契約自屬有效（102台上2189號）。」

再如，甲向乙購買A地後，將對乙的土地債權，讓與丙，簽訂「土地債權讓與契約書」，而後甲又將該債權讓與丁，丁可否取得該土地債權？

最高法院102年台上字第1825號判決謂：「按債權讓與係準物權行

¹⁵ 類似見解參見陳忠五，第三人確定契約標的與契約的有效性，台灣法學雜誌，第203期，第111-119頁（2012年7月）。

¹⁶ 洪遜欣，民總，第321頁。

為，於債權讓與契約發生效力時，債權即行移轉於受讓人，讓與人因而喪失其收取權與處分權，對該債權已不具處分之權限，故債權人為雙重讓與時，第二受讓人係受讓不存在之債權，原屬標的不能，依民法第二百四十六條第一項規定之類推適用，第二次債權讓與契約應為無效，換言之，第二次債權讓與契約之受讓人並未因讓與而取得該債權。」據此，本案的丁無法取得A地的土地債權。

按本案甲為二次債權讓與行為，在甲與丁訂立債權買賣契約，並合意債權讓與時，構成「出賣他人債權」之行為。此時，雙方之債權買賣契約仍然有效，但讓與債權之處分行為係準物權行為，屬無權處分，效力未定（第118條第1項），得經權利人丙之承認而發生效力。最高法院105年度第15次民事庭會議採此見解，認為：「在債權雙重讓與之場合，先訂立讓與契約之第一受讓人依『債權讓與優先性』原則雖取得讓與之債權，但第二受讓人之讓與契約，並非受讓不存在之債權，而係經債權人處分現仍存在之他人（第一受讓人）債權，性質上乃無權處分，依民法第一百十八條規定，應屬效力未定。」

應注意者為，法律行為的標的不能者，無效，乃仿自德國2002年前舊民法第306條的規定，但該條規定已被刪除。新的歐洲契約法文件均規定：「契約不因締結契約時，義務履行不能而全部或部分無效。¹⁷」

例如，甲就某海域一艘沉沒的油輪殘體，與乙訂立買賣契約，出售該油輪殘體。甲因過失而不知，在該海域從未有沉沒的油輪殘體。在乙進行打撈後，發現無油輪殘體。此時，雙方之契約仍然有效，但甲就乙支出的打撈費用，應負損害賠償責任。

第四項 標的合法

法律規定，依其適用的強制性與否，可分為任意規定與強行規定。任意規定乃當事人得以自由意思排除其適用的法規。如出賣人關於瑕疵擔保的規定（第354、366條）並非強行規定，當事人得以特約免除、限制或加重之；基於契約自由原則，當事人關於瑕疵擔保責任，另有特

¹⁷ DCFR第2編第7：102條；PECL第4：102條。

約者，原則上自應從其特約（107台上2093號）。強行規定乃不論當事人意思，均應適用的法規，包括強制規定與禁止規定。

依民法第71條規定：「法律行為違反強制或禁止規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」本條規定，涉及「違法契約效力」的問題，在現代國家行政法規繁多之下，本條之解釋適用，甚為重要。

本條規定的強行法規，主要係指刑法及各種行政法規而言。但民法本身的規定，亦有強行法規者，如民法第440條規定：租賃物為房屋，而其租金約定於每期開始時支付者，非於承租人遲付之租金總額達2個月之租額，且遲延給付逾2個月時，出租人不得終止契約。本條規定，係「於無害出租人之利益範圍內，保護承租人之利益也，自不得因當事人以契約預先排除之（106台上第757號）。」如當事人以契約排除時，其排除之契約條款無效。此項契約條款無效之結果，涉及民法關於法律行為效力的限制規定，傳統見解認為係依民法第71條規定而無效，新近見解則認為係因民法第440條為強行規定，本身得逕作為無效的依據，無適用民法第71條之必要¹⁸。

民法第71條規定的規範功能有二，一者在於劃定私法自治，尤其是意思自由原則之界線，使強行規定排除意思自由原則之適用。二者在於架構公法與私法之橋樑，使公法規定進入私法領域，作為評價私法關係效力的參考標準¹⁹。易言之，本條規定係對私法自治原則之限制，而其限制之目的則在於貫徹強制或禁止規定之立法意旨，以維持法律秩序之無矛盾性或一致性²⁰。

我國通說認為，法律行為違反強行規定者，固為無效。但若違反禁止規定者，須視該禁止規定係屬「取締規定」或「效力規定」而異其效

¹⁸ 王澤鑑，民總，第315頁。

¹⁹ 邱聰智，民總（上），第580-581頁。

²⁰ 詹森林，效力規定與取締規定之區別標準——最高法院裁判之評析，收錄於元照編輯，程序正義、人權保障與司法改革：范光群教授七秩華誕祝壽論文集，第294頁。Basil Markesinis, Hannes Unberath and Augus Johnston, The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 241 (Hart Publishing, 2nd ed., 2006).

力。違反取締規定之法律行為，行為人雖受行政或刑事處罰，但該法律行為在私法上仍為有效。反之，在違反效力規定時，該法律行為的私法上效力亦被否定，而成為無效²¹。

一、違反強制規定

強制規定，指應為一定行為的規定，如設立社團應訂立章程（第47條）、不動產物權的移轉，應訂立書面契約（第758條第2項）。

民法關於撤銷權及解除權的規定，涉及私法自治原則的維護及當事人權益的保護，應解為強行規定，當事人不得以意思表示排除其適用。如甲與乙訂立買賣契約，雙方約定：「(一)任一方陷於錯誤、被詐欺或被脅迫時，仍不得撤銷本件買賣契約。(二)任一方不履行契約時，他方仍不得解除契約或請求損害賠償。」第一項約定，違背當事人意思自主原則，違反私法自治的精神，應認為無效。當事人陷於錯誤、被詐欺或被脅迫時，仍得依民法規定撤銷之（第88、92條）。第二項約定，使契約目的無法達成，亦屬違反私法自治原則，亦應認為無效。

關於人民的訴訟權利，當事人得否以契約拋棄之？最高法院87年台上字第2000號判決認為：「按權利之拋棄，不得違背法律之強制或禁止規定或公序良俗，否則其拋棄行為無效。又憲法第十六條規定，人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。查系爭協議書第四條雖約定兩造『不得再以任何方式追究他方刑責』，其真意倘係拋棄刑事訴訟權，似有違憲法第十六條保障訴訟權之意旨，難謂有效。」

民法第71條但書規定：「但其規定並不以之為無效者，不在此限。」違反強行規定，何時非「無效」，應解釋強行法規的意旨加以認定。如土地法第182條規定：「土地所有權之移轉為絕賣者，其增值稅向出賣人徵收之。」但在實務上，經常出現出賣人與買受人於買賣契約中約定：「土地增值稅由買受人負擔。」此項約定，是否因違反強行法規而無效？

²¹ 洪遜欣，民總，第325頁；施啟揚，民總，第202頁；陳自強，契約成立，第179-182頁。

最高法院88年台上字第1543號判決認為：「按土地增值稅依土地法第一百八十二條……應由原土地所有權人之出賣人繳納，但此納稅義務係國家基於能順利課稅所為之規定，是原土地所有權人之出賣人在公法上自有繳納土地增值稅之義務，但在買賣當事人間，基於私法自治之原則，就土地增值稅應由買方或賣方負擔，不妨另行約定，而約定由買方負擔土地增值稅，僅在當事人間發生土地增值稅應由買方負擔之效力，賣方仍係公法上之納稅義務人，並不生影響，即在公法上，納稅義務人並未變更，仍應以賣方名義向國家繳納土地增值稅，國家亦係向賣方課徵土地增值稅。是買賣雙方就土地增值稅由買方負擔之約定，與土地法第一百八十二條……並不衝突，不發生違法之問題。買賣雙方就土地增值稅由買方負擔之約定，自為有效。」

二、違反禁止規定

禁止規定，指命令當事人不得為一定行為的法規。違反禁止規定，通說是以該禁止規定為取締規定或效力規定而區分其效力。實際上，如何區別禁止規定為取締規定或效力規定，並無明確標準。在法律有明文規定者，自應依其規定。如舊公平交易法第18條規定：「事業對於其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售時，應容許其自由決定價格；有相反之約定者，其約定無效。」

然而，多數行政法規，並未規定其違反時，私法契約的法律效果。例如，現行公平交易法第19條規定：「事業不得限制其交易相對人，就供給之商品轉售與第三人或第三人再轉售之價格。但有正當理由者，不在此限。」此時，僅能探求禁止規定本身的立法意旨。亦即為達成禁止規定之立法目的，是否有必要宣告該契約無效。若不宜宣告系爭契約為無效，禁止規定之立法目的是否無法達成。

關於違法契約如何判定其效力，DCFR第2編第7：302條規定，可資參照：

「(1)契約違反法律之強行規定者，契約之效力，依據該強行法規所明文規定之效力決之。

(2)在違反之強行法規無明文規定系爭契約之效力時，法院得為以下

之宣告：(a)宣告契約為有效；(b)撤銷契約，使該契約全部或一部溯及失效；(c)調整契約內容或其效果。

(3)前項判決，就其違法程度，必須適當且符合比例原則，並需考慮以下所有相關情事：(a)所違反的強行法規之目的；(b)強行法規所企圖保護之對象；(c)強行法規所可能課與的制裁；(d)法規違反的嚴重程度；(e)是否為故意違反法規；(f)法規違反與契約間，二者的緊密程度。²²」

對於違法契約效力之認定，在斟酌上述各項因素後，最終應詢問：是否應使違法契約無效，始能達成法令禁止之目的？反之，若任令契約有效，禁止規定之法令是否因此無法達成其規範目的？

對此，最高法院103年台上字第1620號判決提出重要的參考意見，認為：「按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，在不違反憲法第二十三條之比例原則下所制定之行政法規，其規範內容倘在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而屬於民法第七十一條前段所稱之『禁止規定』者，經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時，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。」

參酌我國實務，法院於判決違法契約的效力時，考量的因素，約有下列數端：

(一)法規範目的的達成

最高法院88年台上字第3075號判決：「原住民保留地開發管理辦法……第十五條第一項規定：山胞取得山胞保留地之承租權，除繼承或

²² 關於契約違反法令時的效力，PECL第4：101條規定，對於違法契約的效力問題，不予規定。其理由為，各國法制，對於違法契約之效力，規定差異過大，尚待進一步研究。關於違法契約的效力，參見陳聰富，法律行為違反經濟法規之效力——以違反公平交易法之違法契約為中心，《契約自由與誠信原則》，第239-278頁（2016年）。

贈與於得為繼承之山胞、原受配戶內之山胞或三親等內之山胞外，不得轉讓或出租。旨在保障依法受配原住民之生活，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所，係屬效力規定，如有違反，依民法第七十一條規定，應屬無效。」

(二) 法規企圖保護的對象

我國法院基於保護投資人，而否認法律行為之效力者，例如在最高法院96年台上字第260號判決，上訴人為維持被上訴人股價，依協議書進場大量購入被上訴人股票，違反修正前證券交易法第155條第1項第6款規定，對於在證券交易市場所上市之有價證券，不得有「直接或間接從事其他影響集中交易市場某種有價證券交易價格之操縱行為」之規定。法院認為系爭法條：「其目的在維持證券價格之自由化，使交易市場在公平、公開的情況下，充分發揮供需之價格機能，避免人為操縱之投機行為影響市場價格而誤導投資人，致影響市場交易秩序」，因而認為兩造訂立之系爭協議書內容，依民法第71條規定，應屬無效。

(三) 交易安全

我國法院基於維護交易安全之理由，認為違反法律規定之契約，仍為有效。例如，在臺灣高等法院93年重上字第251號判決，系爭公司已經設立持續經營，僅因公司股東未實際繳納股款，若令其公司設立行為無效，顯然違背交易相對人之期待，對於「社會交易相對人及債權人之保障」，有所不足，因此不宜否定公司設立行為之效力。本案法院乃判決：「公司法第9條第1項乃取締規定，非效力規定，無民法第71條之適用。公司負責人違反該項規定，僅公司負責人應負刑事責任，非謂該設立公司之行為為無效。」

(四) 雙方當事人的故意違法

雙方故意的違法行為，典型案例為借牌營業行為。在法律特別嚴定一定資格，始許其為一定之企業或交易的法規，通常應認為係屬效力規定，較為允當²³，否則當事人得以契約方式，規避法規，使未具有一定

²³ 洪遜欣，民總，第325頁。洪遜欣認為，雙方當事人於行為時，均知其係違反規定

資格之人，執行特定之行業，顯然無法貫徹系爭規定之規範意旨。

在我國甚多建築師或部分醫師，將其執業執照出租於他人，或營造廠「借牌」其他營造商之名義承攬工程，該建築師、醫師或營造廠與相對人間均約定一定之金錢，作為「出租」或「借牌」之對價。若相對人拒絕支付系爭對價，而出租人或出借人訴請履行時，應認為雙方之約定違反相關職業人員法規而無效，始能貫徹相關職業人員法規之規範目的。

在日本，關於不動產業者付費借用他人名義營業之情形，法院亦認為，該借用他人名義營業之行為，與特許制度之法規目的相衝突，縱使違反當事人間之誠信與公平，亦應判決系爭借用名義之契約為無效²⁴。

(五)履約階段

在違反證券交易法借貸之案例，證券商違反證券交易法第60條第1項第1款規定證券商不得為借貸款項之業務，而為借貸行為時，最高法院認為，系爭規定為取締規定，非效力規定，無民法第71條之適用（90台上570號）。證券商的借貸契約，性質上乃因其行業身分受限制所致，其所訂立之借貸契約，本質上違反營業許可之規定，若宣告契約無效，固然得以貫徹立法目的，但在借貸契約已經履行完畢時，若宣告契約無效，借用人將因而無須返還借款，或無須支出利息而使用借貸金額，顯然不符合公平原則，故應認為系爭借貸契約仍然有效，使借用人負依約返還借款之責任，較為公平。

反之，若在雙方之借貸契約尚未履行前，借用人向證券商請求交付借款時²⁵，證券商應得主張借貸契約因違法而無效，而免除履約之責任，避免以國家法之強制力，助長違法行為之作成。

²⁴ 者，應認為其契約內容背於公序良俗，依民法第72條而無效（民總，第327頁）。大判大正8年9月15日民錄25輯1633頁等，參見山本敬三，民法講義總則，第225頁（有斐閣，2001年）。

²⁵ 在金錢消費借貸契約有約定利息者，其所成立之消費借貸預約，仍有效力（第475條之1）。

(六)經濟上的公共秩序²⁶

在臺灣高等法院86年上字第1731號判決，關於公共工程的聯合綁標行為，當事人間之協議書約定，由原告得標後，轉包予被告，可得到標金之12.5%的管理費。此種原告以利誘行為使被告不為價格的競爭，而參與結合得標之行為，法院認為，違反民法第71條及公平交易法第19條第4款之規定，「致政府機關遭受極大損失，公共工程品質低落，此行為自有違反公共秩序及善良風俗，依民法第七十二條之規定，應屬無效。」本案判決，乃以公平交易法的禁止行為，作為經濟上的公共秩序，違反者無效。

三、脫法行為

脫法行為，指當事人為迴避強行法規的適用，以間接方法或迂迴方式，逃避禁止規定或規避強行規定，以達成該強行法規所禁止之相同效果的行為。脫法行為的特徵在於，以形式上合法的手段，達成實質上違法的目的。

在學說及實務上，以下列案例作為脫法行為的典型案列²⁷：

(一)以利息先扣、收取手續費的方式，逃避巧取利益禁止的規定。

(二)以賭債更改為金錢借貸的新債務，或以簽發支票負擔新債務，系爭變更為新債務之行為，屬脫法行為，無論金錢借貸或票據債務均屬無效（44台上421號、102台上1857號）。

(三)在原住民保留地的買賣，因原住民保留地的承受人，依法以原住民為限，若承受人非原住民，該土地買賣契約屬脫法行為而無效（100

²⁶ 日本學說採取法國法上的「經濟上公共秩序論」，認為以維持及促進競爭秩序為目的之法規，構成私法上的公共秩序（「經濟上的公序」）。在以維持經濟秩序或競爭秩序為目的之法令（如經濟管制法令或獨占禁止法），其目的在於維護交易環境的市場秩序，基於競爭秩序為私法秩序的內涵，對於違反系爭法令的行為，應否定其私法上效力。參見大村敦志，取引と公序——法令違反行為效力論の在檢討（上），ジュリストNo. 1023，第82-89頁；（下）ジュリストNo. 1035，第66-74頁（1993年6月）；潮見佳男，民法總則講義，第205頁（有斐閣，2005年）。

²⁷ 王澤鑑，民總，第322-324頁；施啟揚，民總，第203頁；邱聰智，民總（上），第585-586頁；黃立，民總，第318頁。

台上775號)。

實則，關於巧取利益的禁止，民法第206條定有明文，違反者，直接適用該條規定即可。關於賭債，本身為違反法令的行為，賭債非「債」，而無舊債務存在，即無賭債更改為新債務之可言。關於原住民保留地的買賣，直接違反原住民保留地開發管理辦法而無效。凡此，均無使用脫法行為概念之必要。

在最高法院102年台上字第2479號判決，甲與乙為夫妻，居住於A屋，甲擔任其居住大樓的公寓大廈管理委員會主任委員二屆，由於公寓大廈管理條例規定，主任委員連選僅得連任一次，甲乃將A屋應有部分二分之一移轉予乙，再由乙當選主任委員。

最高法院認為，公寓大廈管理條例規定主任委員連選僅得連任一次的規定，其立法目的在於防止特定區分所有權人或住戶當選主任委員，長期把持操縱管理委員，屬強制規定。本案乙的脫法行為，「倘其所迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實上之效果者，而其行為實質上已達成該效果時，即係違反該強行法律規定之意旨，自非法之所許，應屬無效。」甲與乙共有同一專有部分，應共有一個推選權，推由一人依法行使推選權，因此乙應受甲連任主任委員的限制，乙的當選，應為無效。

又在最高法院98年台上字第1424號判決，甲為A地所有人，出具土地使用同意書給乙，使乙對A地具有通行之權利。其後，丙明知其事，受讓A地，並辦理所有權登記，請求乙通行土地的償金。

最高法院認為：「丙明知A土地的前手已出具土地使用同意書，將土地提供乙通行使用，自仍應受該土地使用權同意書之拘束，始足以維持法律秩序之安定性與公共利益，及避免系爭土地之前手以債權相對性為由，藉由迂迴移轉所有權登記之脫法行為，以達到系爭土地後手不受前手拘束之不當結果。」是以，乙得對丙主張通行的權利，丙不得請求給付償金。

上開案例顯示，脫法行為的概念，實際上僅為法律解釋的問題²⁸，

²⁸ 王澤鑑，民總，第324頁；陳自強，契約成立，第183頁。

縱使不使用脫法行為的概念，仍可獲得相同解釋結果。在主任委員禁止連任案，將公寓大廈的同一專有部分，解釋為僅有一個主任委員的推選權，符合公寓大廈管理條例規定的立法目的。在土地使用同意書案，以誠信原則限縮土地受讓人行使權利，屬於權利行使是否違反權利濫用禁止原則的解釋問題。

第五項 標的違反公序良俗

一、概 說

(一)公序良俗的意義

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。」公共秩序，指國家社會之一般的要求或利益；善良風俗指社會一般的道德觀念（73台上1930號）。民法第72條非在於使道德性義務成為法律義務，而在於使法律行為不致於成為違反倫理性的工具。

(二)公序良俗的判斷基準

公序良俗為不確定的法律概念，其判斷標準，隨著時代變遷，社會價值觀念改變，而有所不同，誠如最高法院謂：「法律行為是否違反公序良俗，則應就法律行為之內容，附隨情況，以及當事人之動機、目的及其他相關因素綜合判斷之（83台上1530號）。」

如有夫之婦於離婚前，與男友過從甚密，離婚後即與男友同居，嗣後與男友結婚。最高法院認為：「離婚後即賦同居，終與姦夫結婚，此種情形即屬於有背於善良風俗（57台上1387號）。」此為民國57年間的法院見解，在目前社會，發生婚外情，於離婚後，與通姦者結婚，比比皆是，該結婚行為不致於被認為有背於善良風俗而無效。

(三)違反公序良俗的效果

違反公序良俗之行為，無效。其屬無效者，通常僅為債權行為，至於為履行債務而作成的處分行為，在倫理評價上屬於中立，原則上不因

違反公序良俗而無效²⁹。

如甲與乙訂立私娼館買賣契約，出賣人甲並交付應召女郎花名冊一本予乙。雙方的買賣契約因違反善良風俗而無效，但交付花名冊的物權行為仍為有效。此時，乙取得花名冊的所有權，屬於不當得利，應負返還之責任。但甲依不當得利規定請求返還時，乙得抗辯甲係因不法原因的給付，而拒絕返還（第180條第4款）。

二、具體化與案例類型³⁰

（一）憲法基本權的保障

1. 放棄訴訟權

「權利之拋棄，不得違背法律之強制或禁止規定或公序良俗，否則其拋棄行為無效。又憲法第十六條規定，人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。查系爭協議書第四條雖約定兩造『不得再以任何方式追究他方刑責』，其真意倘係拋棄刑事訴訟權，似有違憲法第十六條保障訴訟權之意旨，難謂有效（87台上2000號）。」

2. 訴訟報酬契約

甲非律師，協助乙進行繼承土地爭議訴訟，約定如乙勝訴取得遺產時，由乙移轉登記遺產二分之一予甲，此項約定，法院認為：「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，依民法第七十二條規定，應屬無效（95台上字2928號、103台上41號）。」

²⁹ 王澤鑑，民總，第328頁。

³⁰ 關於違反公序良俗案例的類型化，參見洪遜欣，民總，第337-340頁；王澤鑑，民總，第329-334頁；邱聰智，民總（上），第605-614頁；黃立，民總，第326-331頁；陳自強，契約成立，第186-188頁；朱柏松，違反公序良俗法律行為的類型分析，法令月刊，第64期，第1-27頁（2013年6月）。

3. 競業禁止條款

「憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權應予保障，乃國家對人民而言。又人民之工作權並非一種絕對之權利，此觀諸憲法第二十三條之規定而自明，上訴人惟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，約定於離職日起二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。該項競業禁止之約定，附有二年間不得從事工作種類上之限制，既出於被上訴人之同意，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，其約定似非無效（75台上2446號）。」

4. 職業活動限制

「憲法第十五條固規定：人民之生存權、工作權及財產權應予保障。但人民之工作權並非絕對之權利，此觀憲法第二十三條之規定自明。演藝人員之經紀人鑑於藝人須長期培訓及投資，因而於演藝人員經紀契約約定演藝人員在一定期間內不得從事與其經紀範圍相衝突之表演活動之限制，倘未逾越合理之範圍，既出於契約當事人之同意，自與憲法保障人民工作權之精神不相違背，亦難謂違反其他強制規定，且與公共秩序無關，自非無效（87台上43號）。」

5. 愛滋病者居住權

甲社區住戶大會，於公寓大廈規約規定，該社區之住戶不得收容或安置法定傳染病患者。乙關愛之家協會收容愛滋病患者，甲社區管理委員會乃起訴請求乙遷離甲社區大廈。法院認為：「愛滋病既為一法定傳染病，且會經由血液及部分體液傳染他人，而甲社區居民為保障其生理或心理之衛生或健康無虞而繼續居住之於該社區之權利，以規約方式限制同屬該社區之住戶不得收容或安置法定傳染病患，自難認該規約條款有違反公序良俗之處（臺北地院95重訴542號）。」因此，甲請求乙遷離為有理由。

本案嗣後經臺灣高等法院95年上易字第1012號判決廢棄，認為本案之公寓大廈規約將造成收容安置之愛滋病患流離失所，間接造成其安

養、居住權益之侵害，係屬對該等病患之歧視，違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第4條第1項規定，因此管理委員會不得請求愛滋病患者遷離社區。

(二)家庭倫理

1. 父母健在時預立分管合約

上訴人與被上訴人均為某甲之養子，於養父母健在時預立分管合約為財產之瓜分，載明該約俟父百年後始生效力，固堪認係以某甲死亡之日為契約發生效力之始期之法律行為，然兩造對於其父之財產不待其父自行贈與，或於壽終後再行協議分析，乃急不暇擇，於父生前預行訂約剝奪母之應繼分，此項矇父欺母而訂立之契約，衡諸我國崇尚孝悌之善良風俗，既屬有違，依民法第72條，該契約即在無效之列（46台上1068號）。

2. 代理孕母契約

台灣高等法院93年家上字第330號判決，基於代理孕母契約所生子女，而為收養之約定，就收養關係而言，即使收養合約中約定：「由甲方付乙方生育丙代理孕母費肆佰萬元整。」但甲方據以收養丙，與代理孕母約定報酬無涉，非屬有對價之收養，不得認為因違反善良風俗而致收養無效。

惟基於代理孕母契約而請求給付報酬費用時，法院則駁回原告的求，認為：「人之獨特價值與尊嚴之維護為法規範或社會公序良俗應予保持之基本精神及目的。又系爭代理孕母契約中所為報酬約定之協議，無異使子宮商品化或懷孕生子行為得以價格化達成交易，非惟可能變相鼓勵出借或出租子宮之行為，進而產生容許使生命之誕生與否淪為他人利用金錢支配之工具等扭曲人性尊嚴之價值觀，違反尊重生命之國家社會一般利益及道德觀念，亦即藉助人工生殖技術將生命之誕生商品化、價格化並進行交易，悖於現今尊重生命及人性尊嚴之一般社會通念之倫理道德標準，基此，即認代理孕母契約並約定報酬之協議係違反當前之公序良俗，依前揭民法第72條規定，即屬無效（新竹地院98竹簡281號）。」（同說雲林地院104訴590號）

(三) 婚姻制度

1. 預立離婚契約

夫妻間唯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，其契約即與善良風俗有背，依民法第72條應在無效之列（50台上2596號）。

2. 離婚附加條件

兩造離婚係就有關公序良俗之法律行為附加條件，尙難認已發生離婚之效力。在此情形之下，法律未便隨時將附款與其所附加之法律行為予以分開，而承認該法律行為為無條件（59台再106號）。

3. 離婚後不得再婚

男女雙方於協議離婚時，約定男方於離婚後一定期間內或永久不得再婚，均屬有背善良風俗，而以此違背善良風俗之方法作為約定給付金錢之條件，依法亦屬無效，當事人間當不得據此而為請求（高雄地院85訴2535號）。

4. 外遇賠償金

甲妻與乙夫結婚後，乙懷疑甲與丙男有染，雙方簽立切結書謂：「甲妻因與丙男發生不倫戀情，造成先生乙精神名譽嚴重受損，願意賠償名譽及精神損失200萬元予乙先生。」甲並簽立本票一紙，交付予乙。嗣後甲以雙方簽立的切結書違反公序良俗，起訴請求確認該本票債權不存在。

法院判決：「其目的係兩造為維持婚姻關係之和諧，亦與國家社會公共利益無關，自難認有何違背公共秩序之情形（98台簡抗36號裁定）。」

5. 免除子女扶養費

甲男與乙女未婚懷孕，雙方簽立切結書謂：「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，若女方堅持產下，以後一切扶養責任自行負責。」乙女於生產後，獨力扶養子女，而請求甲依不當得利返還所支付的扶養費。甲則以上開切結書抗辯，乙已免除甲

的債務。

法院判決：「按未婚生子，並非墮胎法定要件，教唆墮胎本違公序良俗，依民法第72條規定，其法律行為無效。是以，當事人以切結書約定當事人一方如不墮胎執意生下，應自負責任之約定，違反公序良俗，自屬無效。」且甲對子女之扶養義務乃法定義務，乙並非權利人，無權免除甲之扶養義務，因此乙的請求有理由（102台上726號）。

（四）性關係

1. 誘使同居

上訴人爲有婦之夫，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，而達其久占私慾，是其約定自係有背善良風俗，依民法第72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（65台上2436號判例）。

本案甲男贈與外遇之對象乙女A地，並移轉所有權，約定終止同居時，乙應返還土地。雙方的贈與契約，因違反善良風俗而無效，但甲移轉A地的物權行為價值中立，仍然有效，甲僅得依不當得利之規定（第179條），請求乙返還土地。此時，乙得主張，甲的給付係屬不法原因之給付，而拒絕返還（第180條第4款）³¹。

2. 斷絕不正常關係

有婦之夫甲男與乙女發生婚外情，爲分手而協議，由甲男給付一定金錢於乙女。嗣後甲男拒絕給付金錢，乙女得否請求甲男履行雙方之協議？法院認爲：「兩造係爲斷絕不正常之關係而訂立和解書，而非以相姦行為作爲契約之標的，係以金錢之交付，維持不正常之關係，始屬違背公序良俗，然本件爲斷絕不正常關係，約定給付金錢，即無違背公序良俗之可言（69台上2505號）。」因此，乙得請求甲給付約定之金錢。

3. 同意配偶維持不正常關係

有配偶之人與他人爲婚姻外之同居通姦，固屬違反善良風俗；如因

³¹ 王澤鑑，民總，第334-336頁。

之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，則亦屬違背公序良俗（87台上886號）。

4. 利用配偶賣淫

甲夫利用其乙妻賣淫，於乙妻與丙男從事性交易之際，偕同員警捉姦，使丙簽立和解書及本票，甲夫以此方式取得和解書及本票，有違公序良俗，和解契約及本票均為無效（高雄地院89訴338號）。

5. 詐騙發生性行為

甲男謊稱其單身未婚而與乙女交往，雙方發生性關係後，乙始發現甲已有家室，甲為彌補乙之損害而書立承諾書記載：「甲欠乙陸佰壹拾萬元整，於民國87年9月26日還清。借款人甲」。當事人的真意，非在表明借款之意，不得拘泥於借款人之稱謂署名，即認該承諾書係消費借貸契約。是系爭承諾書性質當屬未標明原因之債務承認之意思表示，且與原因行為分離，不受原因行為之影響，尚難認有違公序良俗，應屬有效（92台上2061號）。

(五) 經濟上的公共秩序

1. 股東表決權拘束契約

所謂股東表決權拘束契約，係指股東與他股東約定，於一般的或特定的場合，就自己持有股份之表決權，為一定方向之行使所締結之契約而言。此項契約乃股東基於支配公司之目的，自忖僅以持有之表決權無濟於事，而以契約結合多數股東之表決權，冀能透過股東會或董事會之決議，以達成支配公司所運用之策略。若股東間得於事前訂立表決權拘束契約，則公司易為少數大股東所把持，對於小股東甚不公平，更易使有野心之股東，以不正當手段締結此種契約，達其操縱公司之目的，不特與公司法有關股東會或董事會決議規定之原意相左，且與公序良俗有違，自應解為無效（96台上134號、71台上4500號）。

應注意者為，股東表決權契約因有助於股東間成立策略聯盟及穩定公司決策，並非所有股東表決權拘束契約均屬無效，例如企業併購法第10條規定：「公司進行併購時，股東得以書面契約約定其共同行使股東

表決權之方式及相關事宜。」又於閉鎖性股份有限公司，公司法第356條之9第1項規定：「股東得以書面契約約定共同行使股東表決權之方式」。據此，僅於開放性股份有限公司之股東表決權拘束契約，始生是否違反公序良俗而無效之問題。

2. 管制物品買賣

三氯乙烷係蒙特婁議定書列管之化學品，輸入三氯乙烷應檢附經濟部工業局核發配額文件，且限由蒙特婁議定書之締約國，或經行政院環境保護署公告認可之國家或地區進口，廠商申請進口三氯乙烷應本此規定向經濟部國際貿易局申請輸入許可證，憑以報關進口，兩造係約定以三氯乙烷以外虛偽之名義進口，既違反申請輸入三氯乙烷許可證應循之規定，且影響政府對三氯乙烷配額之管制，該履行契約方式之約定，違反前揭強制性之規定，且有背於公共秩序，依民法第71條及第72條之規定，應屬無效（85台上2487號）。

3. 利誘不為價格競爭

甲公司與乙公司訂立協議書，約定由甲向政府機關提出某項工程的投標，乙則不參與競標，於甲得標後，再轉包予乙，但乙應支付標金12.5%的管理費於甲。嗣於甲得標後拒絕轉包，乙起訴請求債務不履行之損害賠償。此時，由於雙方的協議書內容，以利誘行為使乙不為價格之競爭，而參與結合得標之行為，致政府機關遭受極大損失，公共工程品質低落，此行為自有違反公共秩序及善良風俗，依民法第72條之規定，應屬無效（臺灣高院86上1731號）。

三、暴利行為

民法第74條規定：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為或減輕其給付。前項聲請，應於法律行為後一年內為之。」按國家法對於契約的管制，多數以程序上管制為限，本條規定，除賦予法院斟酌法律行為是否係乘他人的急迫、輕率或無經驗等締約過程外，並斟酌契約的實質內容是否顯失公平而得以

撤銷。

本條規定的暴利行為，係違背公序良俗及誠信原則的特殊型態，因行為人違反公平交易原則，其法律行為的內容欠缺社會妥當性，法律允許不利益當事人事後減輕其給付，避免暴利行為之相對人獲取暴利，而有不公平情事發生（96台上2470號）。

（一）構成要件

1. 急迫

如某甲於工程竣工時負債累累，如不能領取價款即無以應付債主之迫索，而某乙果有利用上訴人經濟困難之急迫機會，以低於工程價額十幾萬元之數額與某甲結帳，在當時顯失公平，自得聲請撤銷（50台上707號）。

惟在另一案件，甲公司與乙地主訂立合建契約後，乙拒絕履約，甲為適用舊的「容積率管制辦法」取得較高建築面積，而與乙協議，給予高於其他地主分配坪數，為原本分配坪數三倍的房屋面積，以取得乙同意交付土地，及時開工。由於乙尚負有說服其他地主簽訂少分得房屋坪數契約之義務，甲給予乙較為優厚之合建分配比例，應係出於其真意，而非乙乘甲之急迫，使甲為財產上之給付（87台上2326號、90台上237號）。

2. 輕率

係指行為人對於其行為之結果，因不注意或未熟慮，不知其對於自己之意義而言。出賣人不知買賣標的之價值關係，而率與買受人訂立契約，亦在輕率之列（79台上1394號）。

3. 無經驗

如甲女待字閨中，乙醫師以不正當方法實施姦污後，希圖免除刑責而與甲女訂立和解契約，其賠償甲女新臺幣1萬8,000元純係由於乙醫師之自願，既非事出急迫輕率或無經驗，亦難謂有顯失公平之處（42台上256號）。

4. 顯失公平

所謂顯失公平，指給付與對待給付間的交易價值，進行客觀的比較，不具有交易上的相當性，與契約當事人主觀的情感利益、希望或觀念無涉³²。

如建商甲與乙訂立合建契約後，出於申請適用執照的急迫情事，甲與乙另簽訂協議書，約定甲應將乙分得的店鋪內公共電表及管線，遷移至公共樓梯間，否則應沒收保證金及支付賠償金共計300萬元予乙，又甲縱使依約履行，仍須賠償150萬元。

甲僅遷移部分電表及管線，其他電表及管線仍然占有乙店鋪20平方公尺的面積，價值約245萬元。甲依約既需支付違約金300萬元，足以彌補以乙損失，雙方約定甲縱使依約履行，仍須賠償150萬元，即屬顯失公平，自應減輕甲的給付，無須支付150萬元（86台上1709號）。

但在另一案件，甲工程公司在砂石價格飛漲時期，向乙公司以高價購買砂石，主張乙公司利用其趕工，急需預拌混凝土，藉詞砂石供需風波，而哄抬價格，迨供需風波過後，卻未調降，而獲取暴利。但因砂石價格飛漲，乃自由市場競爭之結果，縱使砂石供需風波過後未調降價格，仍非屬顯失公平之行爲（89台上1534號）。

最高法院一再強調：「法院依民法第七十四條第一項之規定撤銷法律行爲，不僅須行爲人有利利用他人之急迫、輕率、或無經驗，而爲法律行爲之**主觀情事**，並須該法律行爲，有使他人爲財產上之給付或爲給付之約定，依當時情形顯失公平之**客觀事實**，始得爲之。」因此，甲公司於施工時，鑽破中油公司的油管，致油料流入排水系統，中油公司委由廠商搶修油管，在渠道內布設攔油索，並進行油水分離、油料污染清除等工作，雙方簽立切結書，就鑽破油管之行爲，甲承諾負擔全部搶修費用及油氣所生損害，並非於急迫情形下所爲，亦非依當時情形顯失公平（102台上2378號、96台上2470號）。

應再說明者，爲最高法院103年台上字第2445號判決，該案被告甲

³² 吳從周，論暴利行爲：兼評最高法院103年度台上字第2445號，臺大法學論叢，第47卷第2期，第911頁（2018年6月）。

夫深夜攜女至汽車旅館通姦被獲，凌晨被帶至派出所，乙妻及其母取出預擬之離婚協議書，恫嚇「如今晚不簽字離婚，即告你通姦。」甲當場簽字並蓋手印。嗣後甲主張，協議書上約定應給付乙新臺幣5,751萬元，係屬暴利行為，請求法院撤銷之。

本案原審法院判決：「甲每年所得總額均未逾一百萬元，財產總額約1,084萬元，甲承諾給付之金額逾其財產數額甚鉅。甲深夜偕女至汽車旅館被查獲，凌晨被帶至派出所，其當時三十九歲，對於身陷通姦被查獲，就婚姻及鉅額財產給付必須立即作決定，本身並無經驗及法知識，又無親友陪同，處於當時情狀，必惶恐驚慌至極。甲通姦甫被查獲，乙若欲處理賠償等事宜，尤其鉅額財物之給付，宜使甲有仔細衡酌之機會，並無急迫行之之必要。乃乙卻反於是，事先即擬就名目繁多且高額給付之協議書內容，於查獲後，在甲驚慌失措無援之境況並短暫之時間內，要求甲簽名同意，可認乙主觀上明知並有意利用甲之急迫及欠缺經驗，遂行其目的。依通常觀察，甲處於上述情境下，顯然欠缺相關資訊足以判斷系爭協議書之妥當性，系爭協議書……所為甲應為財產上給付之約定，明顯欠缺衡平，自屬民法第74條第1項規定之暴利行為，甲請求撤銷，洵屬有據。」

本案協議書約定之給付，是否顯失公平，首先應定性該財產部分之給付，係針對通姦行為侵害配偶身分法益所生之賠償責任而訂立之和解契約。其次，應斟酌此和解契約之對價給付關係，是否客觀上不具有交易上的相當性，而構成顯失公平。依據一般配偶權侵害之損害賠償數額，與本案約定之5,751萬元相較，給付與對價給付間顯然重大失衡，不具有交易上的相當性，而構成顯失公平之要件³³。

(二)法律效果

民法第74條第1項所規定之撤銷權，須以訴之形式向法院請求為撤銷其行為之形成判決，始能發生撤銷之效果，倘僅於給付之訴訟中主張行使此項撤銷權，以之為攻擊防禦方法，自不生撤銷之效力，其法律行為仍不因此而失其效力（86台上2521號裁定）。

³³ 吳從周，同前註，第927-929頁。

在符合民法第74條規定之要件時，當事人得於法律行為後一年內，請求法院撤銷其法律行為或減輕其給付。此項撤銷權僅得以訴訟方式請求法院為之，不得以意思表示為之。且撤銷的法律行為，及於債權行為及物權行為³⁴。

第三節 健全的意思表示

第一項 意思自主與信賴保護

基於私法自治原則，國家法承認私人間訂立的權利義務關係，乃基於尊重當事人意思自主的結果。亦即當事人的意思必須健全，對當事人間的約定，始賦予國家法上的效力。若當事人的意思表示具有瑕疵，國家法即應給予當事人救濟的機會。當事人意思表示的瑕疵，肇因於當事人內心的意思與外部的表示行為不一致。此項意思與表示的不一致，可能是出於當事人的自由意思，如心中保留、通謀虛偽意思表示、錯誤或誤傳；可能是因受不當影響而發生的不一致，如被詐欺或被脅迫。

真正的意思與外部的表示不一致，如何決定其效力，必須於意思自主原則或信賴保護原則間抉擇，學說如下：

一、意思說

基於意思自主原則，應尊重表意人的意思，以貫徹私法自治原則，稱之為「意思主義」。是以，在意思與表示不一致時，應以表意人的意思為基礎，而認定有瑕疵的意思表示為無效，藉以保護表意人。

二、表示說

為維護交易安全，基於信賴保護原則，應以相對人的信賴為保護對象，稱之為「信賴主義」。蓋交易過程中，相對人僅能依表意人的表示行為作為判斷其意思的標準，因此在意思與表示不一致時，應以外部的

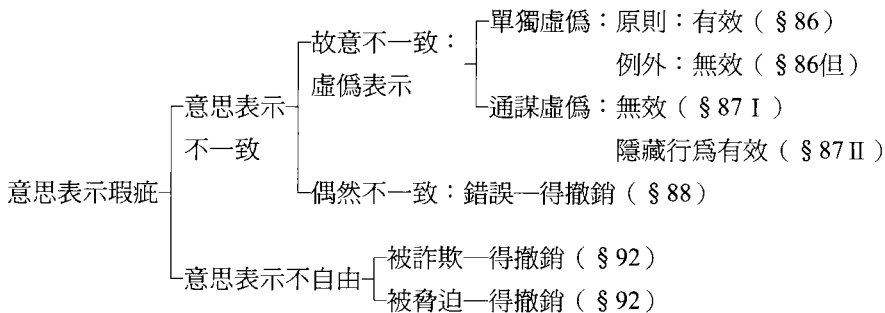
³⁴ 王澤鑑，民總，第339頁；林誠二，民總（下），第31頁。

表示行為作為認定標準。

三、折衷說

此說有以意思說為原則，而以表示說為例外；或以表示說為原則，而以意思說為例外，期能適當調和表意人及相對人的利益，並兼顧交易安全。

我國關於意思表示瑕疵，規定於民法第86條至第93條，其效力如下：



我國民法於通謀虛偽表示、錯誤、被詐欺及被脅迫，或為無效，或為得撤銷，係以保護表意人的意思為效力標準，在隱藏行為有效，亦同。但在單獨虛偽表示，原則上有效，則係保護相對人的信賴，因此我國法係採意思主義為原則，表示主義為例外³⁵。

第二項 心中保留：單獨虛偽表示

第一款 意義及效力

心中保留又稱真意保留，乃單獨虛偽意思表示，即民法第86條規定：「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者」，其意思表示，不因之而無效。但其情形為相對人所明知者，不在此限。本條

³⁵ 同說，施啟揚，民總，第237頁。反對說，王澤鑑，民總，第396頁；洪遜欣，民總，第367頁；黃立，民總，第267頁。

規定，係以表示主義為原則，意思主義為例外。

如教師在課堂上，教導同學製作本票，同學簽立並交付的本票，不成立意思表示。但如甲聽聞其友人乙讚美其所新買的別墅，而謂：「你喜歡，就送給你。」實際上並無贈與之意思，即為心中保留。此等戲謔行為，通常乙明知甲無贈與之意，依民法第86條但書規定，其意思表示無效。

反之，如甲借貸10萬元於友人乙，向乙表示：「你太窮了，可憐你，不用還錢了。」此等惡謔行為，乙若信以為真，甲的真意保留，依民法第86條本文規定，仍為有效，而發生債務免除的效果（第343條）。

關於心中保留，我國法院多數認為，意思表示有效。例如：

一、甲與乙離婚後，簽立切結書，約定甲願於83年1月1日將所生之女交還乙。甲主張其無將所生之女交還乙的意思，縱屬其一方之真意保留，該切結書亦不因之而無效（84台上78號）。

二、甲擔任乙公司的職員，乙公司要求甲之丙父擔任職務保證人，甲證稱：「我要求我父親作職務保證人，我父親表面上有答應，我就拿印章來蓋」，即使丙係虛應故事，非真正允諾，仍不因之而無效（69台上3714號）。

三、甲公司與乙職員以協商方式，達成資遣離職的合意。事後乙主張，其離職係違法資遣，其簽回離職通知書之真意係為受領資遣費，以作為將來扣抵薪資之用，其無欲為該離職意思表示所拘束。惟該真意保留既為甲所不知，乙所為離職意思表示，不因之而無效（96台上2138號）。

四、甲男與乙女結婚，購買房屋贈與乙女，甲謂：「因乙為繼室，我前妻有二個小孩，故她一直吵著要有財產，我為了安撫她才拿錢出來買這個房子登記在她名下。」甲辯稱其僅在安撫乙，並無贈與之意，然此項心中保留，其意思表示不因之無效（88台上177號）。

五、公司股東出具股東會委託書，內心縱僅為領取紀念品始提出委託書，無意委託他人出席，但因其提出委託書為委託之表示，經對方所受領，該出具委託書之意思表示，仍非無效，以維交易之安全（101台

上446號)。

第二款 對第三人的效力

民法第87條第1項但書規定，通謀虛偽意思表示，不得以其無效，對抗善意第三人。關於單獨虛偽意思表示，民法第86條並無類似規定。

如甲以心中保留的方式，贈與A車予乙，並交付之。乙明知其事，但事後將A車出售予丙，並交付之。經查丙不知甲心中保留之事，甲得否請求丙返還A車？

本案甲與乙的贈與契約及物權契約，均屬心中保留，因相對人乙明知其事，甲贈與及移轉A車的意思表示，無效，乙並未取得A車所有權。乙繼而將該車出售於丙，係屬出賣他人之物，雙方的買賣契約屬債權行為，有效，但物權行為則為無權處分，效力未定。若甲不承認乙之無權處分行為，則乙所為之物權行為確定不生效力。但丙為善意第三人，得主張類推適用民法第87條第1項但書規定，甲不得以其無效對抗丙³⁶。易言之，丙得主張甲與乙間的物權行為有效，乙處分A車之行為屬有權處分，丙得因之取得該車所有權，甲不得請求丙返還A車。

此外，丙係善意第三人，信賴乙為所有權人，即使乙為無權處分，丙亦得依民法關於善意取得之規定，取得所有權（第801、948條）。甲僅得就乙取得的價金，主張不當得利返還請求權（第179條）。

³⁶ 最高法院53年台上字第1343號判決：「法人之代表機關冒名營私，除與之為法律行為之相對人明知其情，可類推適用民法第八十六條但書規定，視該行為乃代表機關個人之行為者外，原應解為法人本身之行為。且單獨之虛偽表示，基於民法第八十六條但書規定而無效時，為保護交易安全計，尤應類推適用民法第八十七條第一項但書規定，認其無效不得以之對抗善意第三人，此等民法關於法律行為之規定，於票據行為，並不排斥其適用。」

第三項 通謀虛偽表示

第一款 意義及效果

一、適用範圍與效力

通謀虛偽意思表示，指表意人與相對人互相故意為非真意之表示而言，故相對人不僅須知表意人非真意，並須就表意人非真意之表示相與為非真意的合意，始能成立。若僅一方無欲為其意思表示所拘束之意，而表示與真意不符之意思者，尚不能指為通謀而為虛偽意思表示（62台上316號、51台上215號判例、101台上810號）。通謀虛偽意思表示，通常是雙方當事人出於不良動機，而相互為欠缺真意的表示，如與友人製造假債權、虛偽讓與財產等，由於欠缺當事人的真意，法律規定為無效（第87條）。

通謀虛偽意思表示適用於債權行為、物權行為（79台上1527號、81台上356號）及身分行為（如假結婚或假離婚）。對於有相對人的單獨行為（如虛偽為契約之解除或終止），亦得適用；但對於無相對人的單獨行為（如遺囑、拋棄動產物權），則不適用之。

如甲借給乙500萬元，乙為避免甲強制執行其所有的A屋，而與友人丙通謀虛偽作成買賣契約及A屋的移轉登記。乙與丙訂立的買賣契約及物權行為，均因通謀虛偽意思表示而無效，任何第三人得主張其為無效。因此，甲對乙得主張借款返還請求權（第470條），乙對丙得依民法第767條的規定，請求塗銷所有權登記，並請求返還A屋。如乙不行使該項權利時，甲得以自己名義，代位乙對丙行使所有權的塗銷登記及返還請求權。此時，甲得僅以丙為被告，而無須以乙及丙為共同被告（88台上338號）。

再者，由於丙與乙合謀，使甲的借款債權無從實現，係屬侵害甲的債權，甲得依民法第184條第1項後段規定，以丙故意背於善良風俗之方法，加損害於甲，而請求損害賠償³⁷。甲亦得以丙的行為構成侵權責

³⁷ 最高法院101年台抗字第251號裁定：「債權之行使，通常雖應對特定之債務人為之，但債務人如意欲債務不履行，倘第三人加以幫助或相與合謀，使債務之全部或

任，而依民法第184條規定，請求塗銷其A屋的所有權登記，再行查封拍賣A屋³⁸。

此外，甲得否依侵權責任法的規定，請求乙損害賠償？實務上雖以債務人乙對於其A屋具有處分之自由，而認為不構成侵權責任³⁹。但乙既與丙合謀而侵害甲的債權，仍應依民法第184條第1項後段規定，負賠償責任，較為合理。

應注意者為，因出於通謀虛偽意思表示所成立之買賣債權契約及其所有權移轉登記之物權行為均為無效，縱使虛偽意思表示之一方（買受人），已因無效之法律行為（包括債權行為及物權行為）完成土地所有權移轉登記，仍不能取得所有權，該虛偽買受人不得本於所有人之地位，行使民法第767條之物上請求權（94台上1640號）。據此，在上開案例中，若丙之A屋被丁無權占有，僅真正權利人乙得向丁請求返還該屋，丙則無此項權利。

在準物權行為，如甲借貸500萬元於乙，屢經催討，乙仍未清償其債務。甲乃將其對乙之債權，與丙訂立債權管理合約書及債權讓渡書，約定：「(一)丙為甲之債權提供專業熱忱之管理服務。(二)甲同意將其債權以250萬元出售與丙，該售價須視債權催收程序結果而定其給付金額。(三)甲於簽訂合約書時即應支付丙基本服務費2萬元，除丙違約外，甲不得要求退還已給付之基本服務費。」是以，丙僅係收受甲的服務費而為其債權提供管理服務，並非受讓甲的債權。其雖有債權讓與之名，而無債權讓與之實，以「債權讓與」之名行其「討債」之實，則其二人間就

一部陷於不能履行時，則債權人就此所受損害，自得依侵權行為之法則，向該第三人請求賠償。」

³⁸ 最高法院73年台抗字第472號判例：「債務人欲免其財產被強制執行，與第三人通謀而為虛偽意思表示，將其所有不動產為第三人設定抵押權者，債權人可依侵權行為之法則，請求第三人塗銷登記，亦可行使代位權，請求塗銷登記。」

³⁹ 最高法院75年台上字第269號、70年台上字第3168號判決：「債務人與第三人通謀移轉其財產權，其目的雖在使真正債權人之債權無法行使，而負債務不履行之責任，但債務人處分自己之財產，原得自由為之，不得謂為故意不法侵害債權人之權利，債權人如本於侵權行為訴請塗銷登記時，僅得向登記名義之第三人為之，不得以債務人為共同被告一併為請求。」

系爭債權讓與似為通謀虛偽意思表示而無效（93台上574號）。

又如股份有限公司記名股票之持有人，為規避其債權人，而與他人通謀，將其名義之記名股票虛偽轉讓他人時，此項背書轉讓記名股票之行爲，因係通謀虛偽意思表示，應屬無效，不生股票背書讓與之效力（88台上3325號）。至於票據行爲如係出於發票人與執票人間之通謀虛偽意思表示，亦歸無效（72台上3014號）。

二、詐害債權行爲

應與通謀虛偽表示相區別的是，詐害債權行爲。在一般人所謂的「脫產」行爲，除以虛偽讓與財產作成通謀虛偽表示外，另一種可能方式為詐害債權行爲。二者的區別有二：(一)在通謀虛偽表示，雙方當事人並無作成法律行爲的真意，而無受契約拘束之意；反之，在詐害債權，雙方當事人具有締結契約的真意，而願意受契約拘束。(二)在通謀虛偽表示，法律行爲為無效；在詐害行爲，債權人僅得訴請法院撤銷之（82台上2732號）⁴⁰。

如甲借給乙500萬元，乙為避免甲強制執行其所有的A屋，而將其唯一財產A屋出售於丙，並為移轉登記。乙與丙均有作成買賣的真意，並非通謀虛偽意思表示，雙方訂立的買賣契約及物權行爲，均為有效。惟因害及甲的債權，甲得依民法第244條規定，撤銷乙與丙間的買賣契約及物權行爲。

三、舉證責任

第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應負舉證之責。在贈與或買賣契約，不能僅因契約當事人間有特殊親誼關係，或價金之交付不實，即謂該贈與或買賣係成立通謀虛偽表示（86台上3865號、96年台上201號裁定）。

⁴⁰ 最高法院70年台上字第1871號判決：「民法第二百四十四條所規定債權人之撤銷權，係以債務人所為之法律行為有效成立為前提，惟因有害及債權人之權利，債權人得訴請法院撤銷之，以保全其債權。與債務人與第三人通謀而為虛偽意思表示，其意思表示根本無效，債權人得依同法第二百四十二條規定，代位行使債權人之權利，訴請第三人恢復原狀，以保全其債權，二者法律關係截然不同。」

關於通謀為虛偽意思表示，負舉證責任之一方，苟能證明間接事實並據此推認要件事實，雖無不可，並不以直接證明為必要，惟此經證明之間接事實與待證之要件事實間，須依經驗法則或論理法則足以推認其關聯性存在，且綜合各該間接事實，已可使法院確信待證之要件事實為真實者，始克當之（102台上505號）。

如甲與乙為A地共有人，乙起訴請求分割該地，甲乃將該地部分逾應有部分三分之二，移轉於其妻及子女，並代理其妻及子女將該地出租於友人丙，訂立20年的租賃契約，約定丙得設定地上權。但丙應付的租金，則低於甲向銀行借貸應付的利息數額。此時，雖丙確將租金依約給付於甲，甲並將部分租金提存予乙，但以低於資金成本之租價出租20年，顯然違反事理，應係故意為非真意之表示，雙方的租賃契約應屬通謀虛偽表示而無效（102台上995號）。

四、對第三人的效力

通謀虛偽表示不得對抗善意第三人（第87條第1項但書），善意指不知表意人與相對人通謀的事實。第三人指通謀虛偽表示的當事人及其概括繼承人以外的第三人。例如虛偽買賣標的物的受讓人、設定虛偽抵押權之人⁴¹。

所謂不得對抗，指善意第三人對當事人得主張該行為有效或無效；若第三人主張有效，當事人不能主張無效而對抗第三人⁴²。如甲與乙就A屋作成通謀虛偽的買賣及移轉所有權行為後，乙將該屋出售予善意的丙，並為移轉登記。丙得主張，甲與乙間的物權行為為有效，乙所為之處分屬有權處分，丙取得A屋所有權，甲不得以其與乙的物權行為無效

⁴¹ 最高法院73年台上字第3858號判決：「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，因為民法第八十七條第一項所明定。惟此之所謂善意第三人，係指該第三人雖知表意人與相對人為意思表示，但不知該意思表示為虛偽，而又與該虛偽表示之當事人就虛偽表示所發生之結果發生法律關係者而言，例如甲、乙二人通謀將甲所有之土地虛偽出賣於乙，丙知買賣之存在而不知其為虛偽，再由乙受讓該土地時，甲不得以其與乙間之買賣為虛偽意思表示，謂乙非土地所有人，丙不可能自己處取得土地權利是。」

⁴² 王澤鑑，民總，第401-402頁；黃立，民總，第267頁；陳自強，契約成立，第228頁。

對抗丙。

反之，丙亦得主張甲與乙間的物權行為無效，此時乙對丙的處分行為成為無權處分，效力未定（第118條第1項），丙是善意第三人，仍得依民法第759條之1的規定，主張善意取得A屋所有權。是以，在法律有善意取得規定之情形（如動產與不動產的善意取得），民法第87條第1項但書並不具重要性。反之，對於無善意取得規定的權利移轉（如債權讓與），則具有實益。

如甲與乙訂立虛偽的貸款債權讓與契約，由甲讓與對丙的貸款債權於乙。其後，乙將該債權讓與善意的丁，乙與丁的債權讓與行為屬無權處分，效力未定，須經甲的承認，始生效力（第118條第1項）。但丁為善意，得依民法第87條第1項但書規定，主張甲與乙的貸款債權讓與契約有效，丁因此取得對丙的貸款債權。此時，丁非因善意取得之規定而取得該債權。

有疑問者為，所謂第三人，是否包含虛偽買賣標的物的承租人？如甲與乙就A屋訂立虛偽買賣契約及移轉登記後，乙將A屋出租於善意的丙，並為交付。甲請求丙返還A屋時，丙得否以其為善意第三人，依民法第87條第1項但書規定，主張甲不得對抗丙？

有學者主張，此善意第三人不包括虛偽買賣標的物的承租人，因租賃契約的效力，本不受通謀虛偽表示的影響。故本案甲得向丙請求返還A屋（第767條），丙僅得依債務不履行規定向乙請求損害賠償⁴³。

惟按善意受讓虛偽買賣標的物之受讓人，因不知當事人間的虛偽表示，得受法律保護，於善意之承租人並無不受相同保護之理。且在善意受讓虛偽買賣標的物之情形，讓與人與受讓人間的買賣契約（如上例的乙與丙的買賣契約）亦屬有效，與本案例的租賃契約本屬有效，並無二致，難以租賃契約的效力，本不受通謀虛偽表示的影響，作為區別待遇的基礎。因此，本書認為，善意的承租人丙應與善意的受讓人相同，得依民法第87條第1項但書規定，主張甲與乙的虛偽表示不得對抗丙。

在第三人利益契約，第三人之受益係以契約有效為前提，民法第87

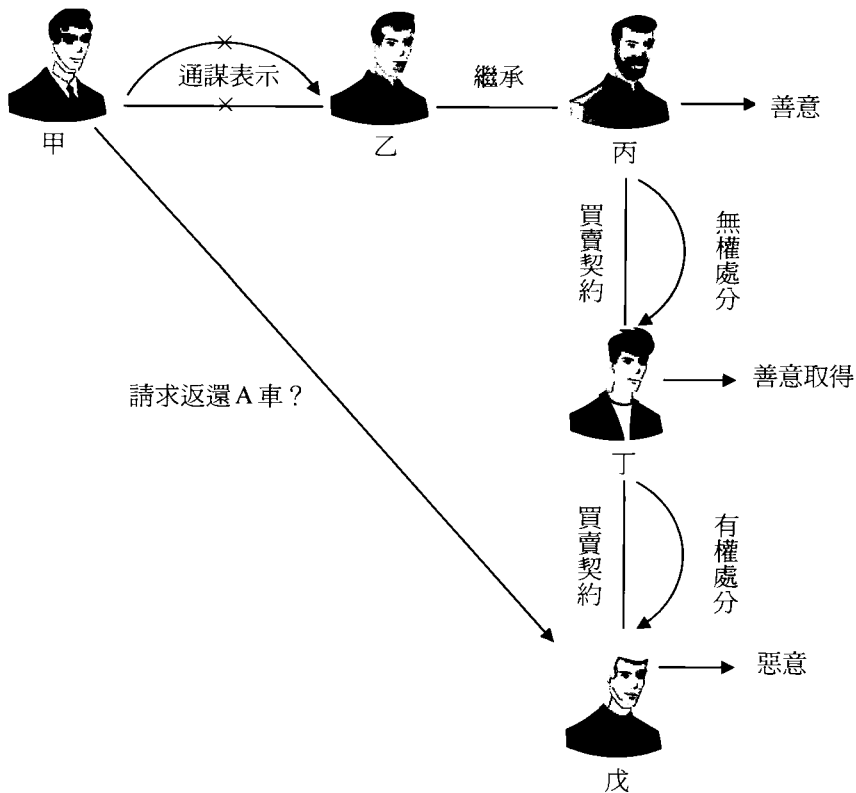
⁴³ 王澤鑑，民總，第401頁。

條第1項但書規定，不得對抗善意第三人，此第三人並不包含第三人利益契約的受益人。如甲因債臺高築，為圖脫產而將A地出賣給乙，並約定移轉登記於不知情的丙。甲的債權人丁主張甲與乙的買賣契約無效，而代位甲向丙請求塗銷所有權移轉登記時，丙雖為善意，仍不受第87條第1項但書規定之保護，丁之請求為有理由。蓋依民法第270條規定，債務人甲得以由契約所生之一切抗辯，對抗受益之第三人丙，因此甲得以其契約無效對抗丙。丁代位甲主張契約無效時，亦同，因此丙不得受善意第三人之保護⁴⁴。

此外，自善意第三人再取得權利之人，由於善意第三人已經取得權利，其所為的物權行為屬有權處分，無論再轉取得人是否為善意，均得取得權利標的物所有權。如甲與乙作成通謀虛偽表示，將A車出售並交付予乙。乙死亡後，其子丙不知通謀虛偽之事，將該車出售予善意的丁，並為交付。丁又將該車出售予知情的戊，並為交付。問：甲得否向戊請求返還A車？

（續接次頁）

⁴⁴ 洪遜欣，民總，第404-405頁、註5。



本案甲與乙間的法律行為無效，乙並未取得A車所有權。乙死亡後，由丙子繼承，丙雖為善意，但非屬第87條第1項但書規定之善意第三人，無法取得A車所有權。從而丙將該車出售予丁時，係屬無權處分，效力未定（第118條第1項），但因丁為善意第三人，依第87條第1項但書規定，甲不得對抗之，丁亦得主張善意取得A車所有權（第801、948條）。丁取得所有權後，移轉於戊，係屬有權處分，而非無權處分，其物權行為有效，戊雖為惡意，但仍取得A車所有權，甲不得向戊請求返還A車（第767條）。

第二款 隱藏行為

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。」由於隱藏的法律行為，屬於當事人所企圖實現的法律效果，基於私法自治原則，國家法應承認其效力，故此隱藏的法律行為有效⁴⁵。如甲父欲將A地贈與其子乙，雙方為節省稅捐，以買賣契約的名義申請土地移轉登記，此時雙方的買賣契約屬虛偽表示而無效，但隱藏的贈與契約則為有效，甲事後不得主張塗銷土地移轉登記（69台上3937號、103台上1041號）。

又如甲隱瞞已婚身分與乙交往後，造成乙受有損害，為彌補其損害，雙方訂立「借貸契約書」約定：「甲承認積欠乙300萬元，應於半年內清償完畢。」此項借貸契約之約定，屬通謀虛偽表示而無效。但雙方具有受此債務拘束之意，而隱藏成立無因的債務承認，依第87條第2項規定，應適用債務承認的規定，甲應履行債務（92台上2061號）。

再如甲主張，其因罹患精神疾病，難以自我控制，其姊乙為避免甲受騙，而將甲所有的A屋以買賣為原因，移轉登記予自己名下，俟病情穩定再將系爭房地所有權移轉登記予甲。嗣後，乙以該地設定抵押權，向銀行借貸。甲主張雙方為通謀虛偽表示而無效，起訴請求塗銷房地所有權移轉登記。

本案高等法院雖認為，甲與乙之買賣契約屬通謀虛偽表示而無效，但最高法院認為：「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，並以甲之病情穩定，作為系爭房地再行移轉登記予甲之條件。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，即應依民法第八十七條第二項之規定，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

⁴⁵ 最高法院101年台上字第1722號判決：「按民法第八十七條第一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。此與同條第二項所定『虛偽意思表示隱藏他項法律行為』之隱藏行為，當事人雙方仍須受該隱藏行為拘束之情形有間。前者為無效之行為，後者所隱藏之他項行為仍屬有效，兩者在法律上之效果截然不同。」

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，似不能謂甲就系爭房地之移轉登記仍具有無效之原因（101台上1722號）。」

第三款 信託行為

一、信託行為的意義與類型

信託行為，指當事人為達成一定經濟上之目的，在對外關係，將超過其目的之財產權移轉於相對人，使其為權利人，但於內部關係，則約束相對人，使其僅在該經濟目的之範圍內，依據該行為之本旨，行使其權利之法律行為⁴⁶。信託行為，依據不同目的，可分為二類⁴⁷：

（一）擔保信託

信託的讓與擔保（即擔保信託），乃屬權利移轉型之擔保物權，即債務人為擔保其債務，將擔保物所有權移轉與債權人，而使債權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物之所有權，債務人如不依約清償債務時，債權人得依約定方法取償，縱無約定，亦得逕將擔保物變賣或估價，而就該價金受清償之法律行為⁴⁸。

如甲向乙借貸500萬元，為擔保債務，移轉其A地所有權予乙，約定若1年內，甲無法清償借款，乙得變賣該地受清償。甲與乙的約定目的僅在於擔保乙對甲的債權，卻以移轉A地所有權的方式為之，在手段上是「移轉物權」，超越了經濟上的目的「擔保債務」，即為擔保信託，當事人均有受其意思表示拘束之意，非屬通謀虛偽表示，依契約自由原則，擔保信託行為有效。

⁴⁶ 洪遜欣，民總，第378頁。信託法第1條規定：「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」

⁴⁷ 陳聰富，脫法行為、消極信託及借名登記契約，月旦法學雜誌，第123期，頁220-231（2005年8月）。

⁴⁸ 參見最高法院67年台上字第1402號、70年台上字第104號判例；74年台上字第272號、79年台上字第1085號、80年台上字第1813號判決。

(二)管理信託

依據實務見解，管理信託，可分為二類：

1.積極信託

所謂積極信託，乃委託人為自己或第三人之利益，以一定財產為信託財產將之移轉於受託人，由受託人管理或處分，以達成一定經濟上或社會上目的之法律行為。受託人不特僅就信託財產承受權利人的名義，且須就信託財產依信託契約所定內容為積極的管理或處分。

如甲父年老，有乙子遊手好閒，不務正業，甲憂其百年後，家業浪費，乃將其所有的A大樓，移轉登記於丙銀行，由丙銀行管理，並約定丙按月自管理所得中，交付乙生活費，至乙60歲時，再將A大樓移轉給乙。甲與丙的約定，即為信託契約，其經濟上目的為「管理財產」，而以「移轉所有權」的方式為之，是為管理信託，當事人有受拘束之意，基於契約自由原則，應為有效。

在信託行為，就內部關係而言，丙僅有管理A大樓的權限，甲為實質上的所有權人。但在外部關係上，丙為A大樓的名義上所有權人，如丙違反信託契約，將A大樓出售予丁，並為移轉登記時，丙的處分違反信託契約，對甲構成債務不履行的損害賠償責任。但丙的處分行為係屬有權處分，完全有效，縱使丁非善意第三人，仍能取得A大樓所有權⁴⁹。此時，甲僅得依信託法第18條第2項第3款規定，於A大樓已經辦理信託登記時，或丁明知或因重大過失而不知丙之處分違反信託本旨時，得主張撤銷丙的處分行為，再請求塗銷丁的所有權登記。

信託行為雖然在當事人的內部關係及外部關係，有所不同，且委託人移轉所有權於受託人，超越其經濟上目的（擔保債務或管理財產），但當事人係出於真正的效果意思而為表示，雙方均有受其意思表示拘束之意。反之，在通謀虛偽表示，雙方相互為非真意的表示，二者有所

⁴⁹ 最高法院94年台上字第355號判決：「信託人依信託契約，將信託物之所有權登記為受託人所有後，該信託物之法律上所有人即為受託人，而非信託人，雖受託人於信託關係終止後，負有返還信託物與信託人之義務，然在未辦畢返還登記以前，仍難謂受託人非信託物之所有人。」

不同。

2. 消極信託

當事人的法律行為，在形式上為信託關係，但如委託人僅以其財產在名義上移轉於受託人，受託人自始不負管理或處分之義務，凡財產之管理、使用或處分悉由委託人自行辦理時，是為消極信託。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，極易助長脫法行為之形成，其行為不具合法性而無效（71台上2052號、79台上2757號、88台上3041號）。

如甲向乙購買原住民保留地，約定乙直接將該保留地移轉登記於原住民丙，但實際上由甲占有該保留地，進行營業使用。此時，甲與丙間的約定，屬於消極信託，屬於通謀虛偽意思表示，應屬無效。

二、消極信託的有效性

最高法院認為，在消極信託，若當事人間有確實的正當原因，非屬通謀而為虛偽意思表示者，因其非為助長脫法行為，得認為有效。所謂「確實之正當原因」，如在不動產買賣之案件，最高法院認為：「被上訴人以上訴人名義登記為系爭房屋所有人，係為逃避稅負，系爭房屋之管理使用均自行為之……。此種為逃稅之消極信託行為，即屬脫法行為，與公序良俗有悖，不能認為有正當原因，難認其合法性，不生法效（88台上2115號）。」又「按消極信託除有確實之正當原因外，其助長脫法行為者，固難認為合法。惟原審既認定系爭房地為上訴人所購買，使用王○山名義登記，且上訴人主張信託王○山名義登記，目的在於避免朋友向其借錢云云，果爾，則上訴人購買系爭房地以王○山名義登記，其社會上之目的，尚難謂有何脫法行為（89台上572號）。」

據此，為「逃避稅負」而為消極信託行為，非屬正當原因。但為「避免朋友向其借錢」而為消極信託行為，則屬正當原因，法律行為有效。此種以「正當原因」作為消極信託行為有效與否的認定標準，是否妥當，有待研究。

第四款 借名登記契約

一、意義與性質

借名登記契約，指當事人約定一方將自己之財產（土地、房屋、股票等），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（99台上2448號）。借名登記契約係無名契約，早期實務認為係屬通謀虛偽表示或脫法行為而無效，近來則基於契約自由原則，只須其「目的或內容無違反強制或禁止規定，或悖於公序良俗，且原因正當」，即為有效（92台上1054號、97台上2445號）⁵⁰。

所謂「原因正當」的借名登記契約，如甲父向乙購買A屋，約定將該屋移轉登記在丙子名下，但甲並無將A屋贈與丙子的意思，而僅借用丙子名義登記為所有人，以避免地價稅累進課徵，屬節稅之情形，應為有效（92台上1054號）。但若為逃稅或避免債權人強制執行而為借名登記，則非正當原因。

借名登記契約與信託契約不同：在信託契約，是委託人將財產權移轉於受託人，受託人依信託本旨，具有管理或處分財產的權限。但在借名登記契約，出名人單純出借名義，對於登記的財產並無任何管理或處分的權利，此等權利仍然由借名人行使（92台上1263號）。

二、內部效力

在當事人間，借名登記契約在性質上類似於委託關係，故其內部關係應類推適用委任契約的規定（94台上953號）。是以，當事人之任一方得隨時終止借名登記契約（第549條第1項）；當事人一方死亡，借名登記關係消滅（第550條）；契約終止後，借名人得請求出名人返還借名人交付或移轉登記於其名下的財產（第541條第2項）；如出名人無法返還時，應負債務不履行的損害賠償責任（103台上1148號）。

⁵⁰ 詹森林，借名登記契約之法律關係，收錄於民事法理與判決研究，第五冊，第78-79頁（2007年）。

三、外部效力

借名登記契約對於第三人的效力，如甲借用乙的名義，將其A地登記予乙的名下，乙未經甲的同意，將A地出賣於丙，並為移轉登記。乙與丙間的買賣契約係屬債權行為，基於債之相對性，當然有效。有疑問的是，乙與丙間的物權行為，是否有效？

(一)有權處分說

借名契約並無公示方法，基於登記名義人在土地登記簿上的公示外觀，出名人就登記財產為處分，縱違反借名契約之約定，仍屬有權處分，無論相對人是否為善意，均取得其權利，而由借名人承擔出名人違約處分的風險。

(二)無權處分說

出名人違反約定處分登記的財產，屬於無權處分，在相對人善意時，得依善意受讓規定，取得該財產，相對人為惡意時，依民法第118條規定，借名人得否認，而使該處分確定不生效力⁵¹。

實務上首先採無權處分說，認為：「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，自當依民法第一百十八條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益（98台上76號）。」據此，甲得不同意乙處分A地於丙之行爲，於終止借名登記契約後，請求乙辦理所有權移轉登記（第179條），並代位乙請求丙塗銷土地移轉登記（第242、767條）⁵²。

⁵¹ 有權處分說，參見吳從周，借名登記與無權處分，台灣法學雜誌，第137期，第164頁（2009年10月）；無權處分說，參見詹森林，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，台灣法學雜誌，第186期，第54頁（2011年10月）；蔡晶瑩，論借名登記契約，台灣法學雜誌，第242期，第177-178頁（2014年2月）。此外，出名人的債權人，明知借名契約時，借名人得以借名契約對抗債權人，該登記的財產，非屬出名人債務的擔保（99台上2448號）。

⁵² 最高法院100年台上字第2101號判決認為：「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

但嗣後最高法院106年度第3次民事庭會議決議採有權處分說：「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。」準此，乙移轉登記A地予丙之行爲，係屬有權處分，丙取得A地所有權。

按借名登記契約係由法院，針對消極信託行爲之效力，由實務判決逐漸演化而發展的無名契約，其性質與信託契約類似⁵³。在信託契約，受託人登記為信託物的所有權人時，取得所有權，而轉讓信託物於他人時，為有權處分，並無疑義。在借名登記契約，應為相同之解釋。亦即，自登記形式觀之，有權處分說較為合理。

問題在於，若相對人丙為惡意時，出名人甲如何主張權利？在信託行爲時，若受託人違反約定處分信託物，在相對人為明知或因重大過失而不知時，雖為有權處分，信託人得聲請撤銷之（信託法第18條）。在借名登記契約，若相對人丙為惡意時，雖採取有權處分說，但基於惡意當事人不受保護之原則，甲得類推適用信託法第18條之規定，使借名人有撤銷權，其結果與無權處分說，並無重大差異。

第四項 意思表示錯誤

第一款 立法政策與意思表示的解釋

一、立法政策

意思表示錯誤，乃表意人因誤認或欠缺認識，以致於內心的意思與表示上的意思不一致。此項意思與表示不一致，來自於偶然的、無意識

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。」易言之，如相對人為善意時，出名人之處分為有權處分；反之，如相對人為惡意時，則為無權處分。此說將出名人的處分效力，依相對人為善、惡意而作不同認定，應非可採。

⁵³ 陳聰富，同註47。

的不一致。若明知而故意為不一致的表示，則為真意保留或通謀虛偽表示⁵⁴。又民法規定之錯誤意思表示，指當事人單方面的錯誤，非指雙方當事人均發生錯誤之情形（如共同錯誤）。

造成錯誤表示的原因及態樣，不一而足。例如：

(一)甲向乙表示購買A地，預計作為建屋之用，實際上該地依法不得興建房屋。

(二)甲向乙訂購白米300台斤，寫成300公斤。

(三)甲向乙表示購買鑽石戒指作為訂婚之用，實際上其女友拒絕訂婚。

上述錯誤的案例，在法律上如何處理，各國立法不一，必須於契約自由原則（意思自主理論）與相對人的信賴保護（交易安全）之間，求取平衡。

依DCFR第2編第7：201條規定：表意人的錯誤，必須「若非出於錯誤，表意人即不訂立契約，或僅依重大不同的條款訂約」，相對人知悉或可合理得知表意人此項錯誤，且必須相對人引起錯誤、依誠信原則應告知而不告知該錯誤，或違反締約上的資訊告知義務時，表意人始得撤銷契約。細繹之，本條規定係以交易安全為主要考量，除了錯誤必須重大外，必須相對人引起表意人錯誤或故意利用表意人之錯誤而獲利，表意人始有撤銷權，顯係採「表示主義」，於相對人不知錯誤時，表意人不得撤銷。

反之，依我國民法第88條規定，表意人之錯誤，即使相對人不知或無可得知，只要錯誤具有交易上重要性，且表意人無過失，均得撤銷其意思表示。相對人是否知悉表意人錯誤，不影響表意人的撤銷權，僅影響相對人是否有損害賠償請求權（第91條但書）。與DCFR規定比較，

⁵⁴ 最高法院94年台上字第1225號判決：「按執行法院因債權人指封錯誤，進行拍賣該錯誤之標的物，拍定人投標願買者亦係該錯誤之標的物，則拍定人投標願買之意思表示，即無錯誤之可言，而係拍賣之系爭不動產為第三人所有，其拍賣無效。如債權人指封無誤，執行法院拍賣亦無誤，拍定人誤以其他標的物為拍賣標的物，而為投標願買拍賣標的物之意思表示，則屬錯誤之意思表示，並非無效。二者事實不同，法效亦不同。」

可知我國立法原則較為注重表意人的意思自主，趨向於「意思主義」而非「表示主義」。

在採取表示主義的DCFR，由於表意人撤銷錯誤表示，係因相對人引起錯誤或故意不告知錯誤，故於撤銷後，得請求相對人損害賠償⁵⁵。反之，我國採取意思主義，相對人不知錯誤，表意人仍得撤銷，因此表意人於撤銷後，對善意的相對人，應負損害賠償責任（第91條）。

二、解釋先行於撤銷原則

意思表示有無錯誤，應先依據意思表示解釋，契約是否涵蓋該項錯誤的情境。必須契約未規定時，始生錯誤的問題，此即意思表示解釋優先原則。

如建築房屋的承攬人，於挖掘地基時發現，該地下有古老圳河，非定作人與承攬人所得預見，必須額外支出高額費用，始能完成建築。此時，若雙方工程契約中約定：「在發現無法預見的地質狀況時，承攬人得請求增加工期及報酬。」則應先行解釋，地下存在古老圳河，是否符合「無法預見的地質狀況」。若是，則承攬人不得主張撤銷契約⁵⁶。

（一）誤載無害真意之原則

依據「錯誤表示無害真意」之原則（*falsa demonstratio non nocet*），當事人的真正合意，必須優先於意思表示的文句。在當事人誤載或誤言時，不影響當事人之真意⁵⁷。

在德國1920年之「鯊魚肉案」（RG, 8 June 1920），雙方當事人約定買賣標的物為「haakjöringsköd」，但雙方不知該字挪威語為鯊魚肉，而認定haakjöringsköd為鯨魚肉。原告於依約給付價金後，發現此項錯誤，而請求減少價金。原審法院認為，原告得依「物之性質」的錯誤，撤銷之。但德國帝國法院認為，當事人誤用haakjöringsköd，不符合雙方以鯨魚肉作為買賣標的物之本意。「雙方當事人間之法律關係，應以如

⁵⁵ Christian von Bar and Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, vol. 1, at 463 (Oxford University Press, 2010).

⁵⁶ *Id.* at 458-459.

⁵⁷ 王澤鑑，民總，第413頁；陳自強，契約成立，第243頁。

同當事人已經使用『鯨魚肉』反映雙方之意思，作為評價。」從而雙方應以鯨魚肉成立契約，但因實際交付者為鯊魚肉，原告得依標的物瑕疵擔保之規定，解除契約，請求返還差價⁵⁸。

此外，如甲與乙商議買賣A地，其中分為111及112二個地號，雙方明知A地包含二個地號，但甲於買賣契約中，誤寫為「買賣111地號之A地」。此時，基於雙方之真意為買賣二個地號之A地，買賣契約就二個地號的A地成立，不生錯誤撤銷的問題。

又如甲於5月5日出售A地予乙，但甲與丙就A地發生土地所有權爭議，甲與乙乃約定：「嗣甲與丙的訴訟終結後，再行移轉登記。但若於12月31日前訴訟無法終結時，雙方得解除本件買賣契約。」經查，雙方當事人之真意為：「於12月31日前訴訟無法終結時，乙方得解除買賣契約」，以保護買受人。此時應以雙方之真意為準，僅乙方得解除契約，否則可能發生甲方故意於12月31日前拖延訴訟，以達成解除契約之目的。

(二)隱藏的不合意

意思表示錯誤乃表意人自身內心的「意思」與表示於外部的「表示」，發生無意識的不一致，致「表示」不符合自主的「意思」。此時，其表示與相對人之表示，並無不一致，契約成立，但表意人得撤銷之。在隱藏的不合意，則指表意人本身並無意思與表示的不一致，但其意思表示偶然地、隱藏地與相對人的意思表示不一致，而為雙方所不知。英美法稱此情形為「相互錯誤」(mutual mistake)，雙方因意思不合致，契約不成立。

隱藏的不一致，通常是因使用的文字具有多義性而造成。如臺灣的商人甲，向中國大陸的商人乙，表示訂購「土豆」千斤，乙回函承諾之。甲認定的「土豆」係指花生，但乙認定的「土豆」，係指馬鈴薯，雙方表面上雖對「土豆」表示合意，但實際上並無合意。此時，雙方的契約因意思表示不合意而不成立，並無錯誤撤銷之問題。反之，若甲欲訂購花生(peanut)，但寫成馬鈴薯(potato)，則屬表示方法的錯誤。

⁵⁸ 本案英文翻譯，參見Basil Markesinis et al., *supra* note 20, at 647-648.

又如甲出售一批孟買出產的棉花予乙，由「無敵號」船運送。當年10月及12月，有二艘同名為「無敵號」（Peerless）的船舶自孟買到達英國利物浦港，甲交付12月到港的棉花，乙則認為其所購買者為10月到港的棉花，而拒絕受領。因雙方發生隱藏的不合意，契約不成立⁵⁹。本案雙方對買賣「無敵號」運送的棉花，就甲與乙各別自己的意思與表示而言，並無不一致而生錯誤的認知；但雙方期待的不同月份棉花，則因雙方未達成合意，以致契約不成立。

應區辨者，在誤載無害真意之案件，雙方當事人對於標的物「鯨魚肉」具有合意，法律相應於當事人之真意，使契約成立，並無當事人錯誤之情形。在隱藏不合意之案件，雙方對標的物「土豆」，內心並無合意，與「誤載無害真意」之案例不同。又因當事人內心的意思與外部的表示並無不一致（內心欲訂購「土豆」，且表示為「土豆」），因此亦非當事人意思表示錯誤。

第二款 錯誤的類型

錯誤的類型，隨著意思的形成（動機）、意思的對外表示（因此成為意思表示的內容）、到雙方的合意內容，皆可能發生各種錯誤。民法第88條第1項的錯誤，分為「意思表示內容」的錯誤（誤認其表示之內容）及「意思表示行為」的錯誤（誤用其表示之方法），以排除一般動機錯誤，作為撤銷的事由（101台上1940號）。但第2項規定，「當事人之資格或物之性質」的錯誤，在本質概念上，只有動機的錯誤，並無意思與表示之不一致，但若交易上重要，視為意思表示內容的錯誤，得以撤銷。

一、動機錯誤

（一）表意人自行承擔風險原則

動機錯誤，如甲投資購買A地，認為捷運未來會通過附近土地，A地必然大漲，其後捷運設計改道，A地價值下跌。由於動機存在於表意

⁵⁹ Raffles v. Wichelhaus, 2 H. & C. 906, 159 Eng. Rep. 373 (Ex. 1864).

人的意思形成過程，甲係因投資、結婚或建屋等理由而購地，不一而足，相對人無從知悉，表意人自己動機錯誤的風險，不得轉由相對人承擔，因而不得主張撤銷其意思表示。

最關緊要者為，動機錯誤與內容錯誤的區別，蓋前者原則上不得撤銷，而後者原則上得撤銷。以下列四例說明之：

1. 甲向乙購屋，預期房屋漲價，但其後跌價。
2. 甲想購買真正的巴洛克式燭台，在店裡則陳列真正的巴洛克式燭台及燭台的仿古製品。甲未表明其欲購買真品而選購，其後發現其購買者為仿古製品⁶⁰。
3. 甲向乙購買A屋，其後發現該屋為海砂屋。
4. 甲告知珠寶店老闆乙，購買鑽戒為訂婚之用，但其女友拒絕訂婚。

在購屋跌價及購買燭台的案例，表意人甲並未將其購買動機表示於外部，應自行承擔動機錯誤的風險，而不得撤銷其意思表示。

在購買燭台的案例，甲購買的仿古製品燭台，雖然具有「物的性質上錯誤」，交易上亦屬重要，但因甲選購者為仿古製品，且未表明購買真正巴洛克式燭台之意思，雙方以甲選購之特定「仿古製品」作為合意內容，「真正的巴洛克式燭台」並未成為雙方合意的契約標的，亦即非作為雙方契約之基礎，因而此項錯誤，仍屬於單純的動機錯誤，不得撤銷。

應與此燭台案例相區別者為，購買海砂屋的案例，本案亦屬「物之性質上錯誤」，表意人雖然未表示「購買非海砂屋」的房屋，但基於一般交易習慣，相對人知悉或可得而知，雙方締結之房屋應為「非海砂屋」的房屋（蓋除非出賣人明示海砂屋，一般人不可能願意購買海砂屋）。換言之，購買「非海砂屋」，為相對人明知或可得而知，屬於雙方默示合意的契約內容，其錯誤，應視為意思表示「內容的錯誤」，而得撤銷。

再應區別者為，在購買鑽戒訂婚的案例，雖然表意人向店家老闆表

⁶⁰ 此例參見D. Medicus，民總，第630頁。

示，其因訂婚而購買鑽戒，該項表示使「為訂婚而購買」成為甲的意思表示的內容，但並未成為雙方當事人合意的契約內容（蓋店家老闆僅就「買賣鑽戒」與買受人達成合意，對於「為訂婚而購買」並無合意）。從而除非表意人特別聲明，訂婚為買賣鑽戒契約的解除條件，並經出賣人同意，表意人始得於其女友拒絕訂婚時，因條件成就而退還鑽戒（第101條）⁶¹。

據上論述，表意人的動機，不僅須成為表意人之意思表示的內容，且須成為雙方合意的契約內容，亦即雙方合意以該「動機」作為法律行為的基礎，其錯誤，始得撤銷，否則即為單純的動機錯誤，為保護交易安全，應由表意人自行承擔風險，不得撤銷其意思表示。

在英國「新舊燕麥案」⁶²，原告為農夫，向擔任賽馬訓練師的被告，提出一項燕麥樣本，由被告訂購燕麥一批。在原告交付第一批燕麥後，被告主張，賽馬僅吃老燕麥而非新燕麥，其真意在於購買老燕麥，因此發生錯誤，拒絕給付價金。經查，當初原告提示於被告之燕麥，即為新燕麥，原告因此起訴請求給付價金。

本案法院認為：「被告同意購買特定之燕麥，而交付之燕麥即為依據樣品出售之燕麥。買受人雖自行認定為老燕麥，但實際上為新燕麥，倘出賣人既未表示為老燕麥，亦未促成買受人發生誤解，買受人即應自負其責。」被告雖主張，本件雙方因意思不合致而契約不成立，但法院認為，本件係屬買受人之動機，致其發生誤認。雙方當事人對特定之燕麥表示同意買賣，被告雖相信該燕麥為老燕麥，因此決定購買，但並未將燕麥之年份作為契約條件。因此本件雙方係對燕麥之年份不合意，但對於該燕麥之買賣確實構成意思合致。

在本案，被告抗辯，契約成立應以主觀上意思合致為要件。對此，

⁶¹ 關於動機對意思表示效力的影響，表示說認為，動機經表示於外部者，成為意思表示的內容，其錯誤，即為內容的錯誤，得以撤銷（洪遜欣，民總，第386頁；林誠二，民總（下），第104頁）。但條件說認為，相對人明知表意人的動機錯誤，仍不影響意思表示的效力。且動機必須作為法律行為的條件，始影響法律行為的效力（王澤鑑，民總，第415頁；陳自強，契約成立，第250頁）。基於保護交易安全，以條件說為可採。

⁶² Smith v Hughes, (1871) LR 6 QB 597.

19世紀著名法官Blackburn宣示一項客觀主義的經典原則：「無論當事人之真正意思為何，倘依其行為表示，理性之人將會相信其已同意相對人提出之條件，且相對人基於此項信賴而與其締結契約，作為行為之人必須如同其願意同意相對人之條件而受拘束。」⁶³

在最高法院98年台上字第1469號判決，被告承攬人以物價上漲為由，請求原告台○電力公司就特殊機電設備，依營建物價指數之查價範圍增加物價，但實際上該價格並無上漲之事實。原審法院認為，原告既然同意調整物價，即使是因為公共工程委員會錯誤同意所致，亦屬動機錯誤，不得撤銷原告同意物價調整的表示。

但最高法院則認為，此項錯誤「不僅屬交易上重要事項，且一般人於客觀上如無物價上漲之事實，當無可能同意物價調整，故伊若知其情事即不為意思表示，亦得依該條規定撤銷之。」

最高法院之見解，無非是基於「一般人於客觀上如無物價上漲之事實，當無可能同意物價調整」作為判斷基礎，亦即雙方之物價調整合意，是基於「物價上漲，因此合意物價調整」。此時，相對人明知或可得而知此項意思表示的基礎，物價上漲的動機，成為雙方默示合意的內容，其錯誤，成為「意思表示內容的錯誤」，而影響意思表示的效力⁶⁴。

(二)雙方動機錯誤

雙方動機錯誤，英美法稱之為「共同錯誤」(common mistake)，指雙方當事人發生相同錯誤，但雙方均不知其各自發生錯誤，卻以其錯誤之認知情事，作為締約之基礎而成立契約。例如：1. 甲為觀賞新年

⁶³ 原文為：「If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms.」

⁶⁴ 最高法院94年台上字第2040號判決：原告行政院勞工委員會擬土地規劃全省性勞工育樂中心，向被告洽購土地，雙方成立買賣契約後，因系爭土地纏訟十餘年，最終未能興建勞工育樂中心，被告以「若知政府無意在埔里鎮興建勞工育樂中心，根本不可能出售系爭土地」為由，撤銷出售土地之意思表示。法院認為：此屬於動機錯誤之範疇，無法援引民法第88條規定予以撤銷。

101大樓煙火秀，向乙承租房屋，但當年煙火秀取消。2.英國人將其位於法國的小木屋出租於德國的朋友，德國朋友到達法國時，發現該屋已燒毀。3.工程公司負責承作雪山公路隧道，預期地質鬆軟，容易施做工程。開挖後發現，地質堅硬，須額外支出大量費用，始能完工⁶⁵。4.政府機關將某海域之油輪沉船，出售予打撈公司，但打撈公司於契約指定之海域，並未發現任何沉船殘體⁶⁶。

在此情形，雙方當事人係以一定事實的發生或存在，作為法律行為的基礎，但實際上該事實未曾發生或存在。此時，德國法認為構成「法律行為基礎不存在」（*clausula rebus sic stantibus*）。此項締約成立時當事人誤以為存在，但實際上並不存在的締約情事，可能係客觀上的情事（如巨大通貨膨脹），亦可能為當事人於締約時對於重要事實的主觀誤認，應依情事變更原則處理，由法院調整當事人間的法律關係（德國民法第313條第2項）⁶⁷。在英國，依據普通法，共同錯誤將導致契約無效，法院不得以調整契約或分配損害之方式，作成判決⁶⁸。但在衡平法，法院同意以調整契約之方式，作成共同錯誤之判決⁶⁹。

我國學說有認為，在雙方共同錯誤，如工程契約發生地質差異之情形，基於誠信原則，應承認主觀交易基礎欠缺之案例，得類推適用民法第227條之2規定之情事變更原則⁷⁰。亦有認為應依誠信原則調整當事人間的法律關係⁷¹。尚有認為，得透過民法第1條規定之「法理」，以德

⁶⁵ 參見最高法院106年台上字第39號判決。

⁶⁶ 參見澳洲法院McRae v Commonwealth Disposals Commission, (1950) 84 CLR 377 (High Ct).

⁶⁷ 「法律行為基礎不存在」與「情事變更原則」之不同在於，前者之法律行為基礎，於契約成立前即已不存在，但為雙方當事人所不知，而作為契約之基礎以成立契約。反之，後者係指契約成立後，情事發生當事人所無法預見之改變，致生依據原本契約約定履行時，有失公平。

⁶⁸ See Bell v Lever Bros, [1932] AC 161; Great Peace Shipping Ltd v Tsavlis Salvage (International) Ltd, [2002] EWCA Civ 1407, [2003] QB 679.

⁶⁹ See Solle v Butcher, [1950] 1 KB 671.

⁷⁰ 蔡晶瑩，情事變更原則之事用／最高法院100台上1392號判決，台灣法學雜誌，第215期，第238頁（2013年1月）。

⁷¹ 王澤鑑，民總，第416頁；邱聰智，民總（下），第115頁。

國民法第313條第2項作為法理而適用⁷²。本書認為，雙方共同錯誤，係因作為契約基礎之事實不存在，雙方主觀上認知錯誤而成立契約。此項契約基礎於締約前不存在，與情事變更原則適用於契約基礎於締約後發生改變之情形，具有類似性，在法律適用上以類推適用情事變更原則，由法院調整契約關係，較為合理。

是以，在租屋觀賞煙火秀案，承租人甲得解除契約。在法國小木屋燒毀案，依DCFR規定，任一方當事人均得撤銷其意思表示，但德國朋友不得請求機票損失之賠償⁷³。在承作雪山隧道案，法院得調整其報酬數額。在打撈油輪案，任一方當事人得解除契約，但政府機關應賠償打撈公司支出成本之損害。

二、意思表示內容錯誤

表示內容的錯誤，指表意人表示其所欲為的表示，但誤認其表示符號的客觀意義（第88條第1項）。典型案例指：（一）當事人同一性的錯誤（如誤甲為乙）；（二）標的物同一性的錯誤（如誤甲馬為乙馬）；或（三）法律行為性質的錯誤（如誤買賣為贈與而承諾、誤租賃為使用借貸）。

實務上，很少發生上述內容錯誤的典型案例。德國法院的著名案例為⁷⁴，原告提供一份衛生紙訂單，給一所女子中學的副校長。該副校長訂購「25格羅司捲（Gros）」衛生紙，認為格羅司乃一種包裝方式，但實際上，格羅司乃指稱12打的老舊用語。亦即，該副校長訂購的數量為12捲×12打×25=3,600捲、每捲1,000張的衛生紙。德國法院認為，訂購該衛生紙足以滿足該學校若干年的需求，學校得以錯誤撤銷之。

在上開案例，相對人（出賣人）可以預見，表意人（買受人）並無可能一次購買3,600捲的衛生紙，此項錯誤，雖為當事人之合意內容，但與表意人對於「格羅司」的意義認知不符，構成意思表示內容的

⁷² 吳從周，從工程承攬契約的兩個實務案例再思考情事變更原則之適用要件，政大法學評論，第153期，第71頁（2018年6月）。

⁷³ Christian von Bar et al., *surpa* note 55, at 461.

⁷⁴ 30 June 1978, NJW 1979, 721. 參見D. Medicus，民總，第517-518頁；Markensinis, *The German Law of Obligations*, vol. 1, 199 (Clarendon Press, 1997).

錯誤。

應區辨者爲，在前述「土豆買賣案」，雙方當事人對於「土豆」一詞發生誤解，係因使用的文字「土豆」一詞具有多義性（花生或馬鈴薯），雙方各自理解不同，致生隱藏的不合意，因而契約不成立。在此，雙方各自對土豆的客觀意義並無發生認識錯誤之情形，因而並非錯誤撤銷之問題。在「衛生紙買賣案」，契約上使用的「格羅司Gros」一詞並無多義性，乃12打之意，出賣人並無認識錯誤之情事，但買受人單方誤認爲一種包裝方式，而發生意思表示內容（3,600捲）的錯誤。當雙方當事人均對「25格羅司捲（Gros）」衛生紙達成合意時，契約成立，但買受人得以錯誤爲由，撤銷其意思表示。

關於標的物同一性的錯誤，如最高法院95年台上字第2409號判決，債權人甲聲請拍賣債務人乙之土地，因乙指封土地錯誤，致拍定人丙誤以香蕉園之土地爲查封之土地，經拍定後發現錯誤，丙向乙撤銷拍賣，並請求乙損害賠償。

本案應查封之土地爲A地，但債務人乙將B地（香蕉園土地）誤指爲應查封之土地（A地），致丙發生誤B地爲A地的標的物同一性之錯誤，丙得依錯誤之規定撤銷依拍賣成立之買賣契約。

此外，在另一案件，甲不知A地業經政府調降公告地價爲原本地價的十分之一，而以調整前的公告現值爲基礎，向乙購買該地。此項錯誤，係誤信政府更正前土地公告現值，而就買賣標的物的土地價格爲錯誤之意思表示，爲意思表示內容之錯誤（83台上2960號）。

三、表示行為的錯誤

「表意人若知其事情即不爲意思表示者」（第88條第1項），雖屬所有意思表示錯誤的特徵，但通說認爲此處係指表示行為的錯誤，亦即表意人誤用其表示方法。如誤寫（出售100台斤，寫成100公斤）、誤說（欲贈與A書，說成B書）、誤指（欲購A醬瓜罐頭，誤指爲B醬瓜罐頭）或誤取（欲出售A筆，誤取B筆）等⁷⁵。

⁷⁵ 最高法院81年台上字第322號判決：「民法第八十八條所定『表意人若知其情事，即不爲意思表示』，係指表意人雖知表示行為之客觀意義，但於行為時，誤用其表

在實務上，甲與乙簽訂連帶保證契約，由乙擔任保證人。其後甲同意免除乙自98年1月20日起之保證責任，而將日期誤繕為自97年1月20日起，屬於表示行為錯誤，甲得撤銷之（100台上135號）。

此外，在投標實務上，經常發生表示行為的錯誤。如甲欲標賣廢銅鐵一批，乙投標時，在標單上填寫「每公噸單價650萬元」，實際上該價錢為「總價」而非「單價」，致高出其他廠商報價9億元。乙誤將「總價」寫為「單價」，構成表示行為錯誤，但因填寫表單具有過失（第88條第1項但書），不得撤銷其意思表示（83台上133號）（同說104台上1901號）。

在網路商品標錯價格之情形，如希臘Stichting Postwanorder v. Otto BV (2008)案，被告為郵購公司，於網路上出售80公分平版LCD電視，標價99.90歐元，三天後改為99.00歐元。在六天後，被告宣布價格錯誤，撤回網路上之要約，但已有12,000人訂購。消費者在完成訂購時，網路上出現消費者將會收到訂購確認單及物品價額的電子郵件。但被告公司嗣後回覆消費者，該契約不成立、所有訂單均取消。

希臘法院認為，本案之爭議為，被告公司是否作成有效的要約？本案被告公司標錯價額，無論其為99.90歐元或99.00歐元，均與表意人之意思不符。依希臘民法第3：33條規定：「法律行為須有發生法律效果之意思，且該意思須以表示方法為之。」因此，當意思表示與當事人之意思不符時，即無有效的法律行為，亦無有效的要約，因此契約不成立。再者，就一般具有充分資訊的消費者而言，購買LCD電視者，通常知悉其合理價額為700-1,300歐元。就本案被告之網路公告所示，其價額與一般正常價格具有重大差異，消費者必然知悉或可得知悉被告標價錯誤，因此消費者並無「合理的信賴」，雙方契約不成立⁷⁶。

示方法之謂。亦即表示方法有所錯誤，以致與其內心之效果意思不一致，如欲寫千公斤，誤為千台斤是。被上訴人既未主張其簽訂同意書時，就所同意分配遺產之表示方法有誤寫之情形，而係主張誤信遺囑有效而簽訂同意書，其非表示方法之錯誤，自無許其援用民法第八十八條撤銷意思表示之餘地。」

⁷⁶ Gerechtshof's Hertogenbosch, 22 January 2008, C0700350, LJN: BC2420. Cited in Hugh Beale et al., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, at 52-53 (Oxford: Hart Publishing, 2010). 在羅馬法，於錯誤發生時，即無意思之合致，因此欠缺合意致使

在台灣，甲公司在網路上廣告出售原價為194,990元的電漿電視，但標定賣價為19,499元，引起消費者瘋狂訂購，訂單達上萬筆。乙訂購後，訴請甲公司交付電視。甲公司得否以錯誤為由，撤銷其意思表示？
(臺北地院94消簡上7號)

臺北地方法院認為：甲公司疏未注意極具交易重要性之電視售價在檔案上所生錯誤，其疏失程度顯難認已盡善良管理人之注意義務。但本案法院指出以下表意人撤銷錯誤的判斷標準，而允許甲公司撤銷其意思表示：

「然則，判斷應否允許表意人撤銷其錯誤之意思表示時，相對人是否有值得保護之信賴存在、允許表意人撤銷是否會害及交易安全，以及相對人之主觀心態等，自應一併審酌。此必須依據雙方當事人之市場地位與締約之期待、交易之過程與實情等具體狀況，以及在該具體狀況下，允許相對人利用表意人之錯誤是否合理等因素，個別加以判斷。其中關於相對人是否有值得保護之信賴存在，可資判斷之狀況類如：相對人對錯誤有無認識之可能性，或者相對人未因表意人之意思表示而有所為，例如尚未因開始履行契約或為其準備而有所支出等。」

本案法院據而認為：買受人乙居於一般消費者之地位，以社會上相同經驗智識之人、處於相同之狀態下，應可判斷知悉此網頁上所登載之電視銷售價格19,499元有相當之可能係出於誤載，乙對系爭電視售價表示錯誤應有認識之可能性。其次，乙並未開始履行買賣契約即給付系爭電視價金予甲公司，乙亦無在訂購系爭電視後有為履行契約而有所支出之情事存在。益徵，乙迄今尚無足資值得保護之信賴存在，甲公司得予撤銷其意思表示⁷⁷。

契約無效。Basil Markesinis et al., *supra* note 20, at 277.

77 關於本案判決之評釋，參見林瑞珠，網路購物問題研析，台灣法學雜誌，第86期，第237-247頁（2006年9月）；馮震宇，網路商品標錯價格出售後得否撤銷意思表示？，台灣法學雜誌，第135期，第203-208頁（2009年9月）；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，第134-140頁（2009年9月）；劉姿汝，企業經營者與消費者間的權益衡量——從戴爾電腦標錯價格案談起，台灣法學雜誌，第135期，第17-19頁（2009年9月）；郭戎晉，購物網路價格標示錯誤法律問題之研究，臺北大學法學論叢，第76期，第199-232頁（2010年12月）。

本案法院判斷表意人得否撤銷因錯誤所為之意思表示，考量相對人是否可得知悉表意人之錯誤，相對人是否具有值得保護的信賴存在，以及相對人之主觀心態（如利用標價錯誤，一次訂購1,000台電腦）等，對民法第88條規定之意思主義進行調整，兼顧相對人之信賴程度，趨向於表示主義的立場，應值贊同。

表示行為的錯誤，有時不易與其他錯誤類型區分。例如，甲欲交付一枚10元硬幣於乞丐，誤取50元硬幣交付之。以「誤取」而言，似為表示行為錯誤。但甲將「50元硬幣」誤為「10元硬幣」，可能構成「同一性錯誤」而為表示內容錯誤。又甲將「50元硬幣」誤為僅有10元的價值，亦可認為係屬「物之性質」的錯誤⁷⁸。

由上例可知，各種錯誤類型區分之不易。惟於法律效果上並無差異，足見除單純動機錯誤，不得撤銷，應予區分外，其餘錯誤類型均得撤銷，其區分並非甚為緊要。

四、當事人資格或物之性質錯誤

當事人的資格，指當事人的性別、年齡、身分、學經歷、職業、前科紀錄、信用能力等。物之性質，指物的品質（純金或K金）、數量、形狀（土地之方圓）、產地、年份（汽車出廠日）、真假（真品或仿製品）等。表意人對此相對人之資格或物的性質，發生錯誤，而未成為意思表示之內容時，其錯誤僅為動機錯誤，但為保護表意人，例外使表意人得撤銷之（第88條第2項）⁷⁹。

民法第88條第2項規定，將原屬動機錯誤之情事，視為意思表示內容的錯誤，無非是因當事人將該動機（對當事人資格及物之性質的認知）作為法律行為（契約）的基礎，亦即雙方當事人對某特定當事人的資格或物之性質的存在，具有某種合意，而成為意思表示的內容，此項

⁷⁸ 參見D. Medicus，民總，第527頁。

⁷⁹ 最高法院99年台上字第678號判決：「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。」

動機雖未表示於外部，其錯誤，表意人仍得撤銷之。

若表意人將當事人資格或物之性質表示於外部，而構成意思表示的內容，卻因誤解其使用符號的意義，則屬表示內容的錯誤。如甲地檢署欲僱用一名法醫兼具醫師資格，可以同時為被害人解剖，也為病人看診。甲誤以為法醫必然為醫師（即法醫＝法醫＋醫師），乃於徵人啓事載明：「徵求法醫一名」，實際上法醫未必為醫師。不具醫師資格的法醫乙應徵時，雖屬當事人資格的錯誤，但甲已將「法醫」表示於外部，意欲作為雙方合意的內容，因此形成意思表示的內容，惟因誤認「法醫」這個符號的客觀意義，而構成意思表示內容的錯誤。

應比較者為，若甲地檢署明知法醫與醫師不同，而徵求法醫一名，但內心期待其具有醫師資格，此項期待，屬於動機層次，應徵者若為法醫，但無醫師資格，則屬甲的動機錯誤。

本件案例顯示，就「徵求法醫一名」的表示內容而言，無論甲是否誤解這個符號的意義，或只是單純內心期待，就相對人乙而言，並無不同。前者是因甲誤認法醫的客觀意義，屬於表示內容錯誤，構成得撤銷的錯誤，但甲如有過失，則不得撤銷（第88條第1項）；後者屬於動機錯誤，但因（法醫＝法醫＋醫師）並未成為當事人合意締結契約的基礎（亦即應徵者並無此項意思），此項單純動機錯誤，不得依第88條第2項規定撤銷。

（一）當事人資格

在實務上，甲、乙及丙為丁的親屬，丁死亡後，無子女，其財產由甲、乙及丙三人訂立協議書，記載：「茲擁有合法繼承權之人甲、乙及丙，就被繼承人丁的房地及金鐲子同意達成分割協議。」事後發現，乙及丙並無合法繼承權。

本案甲、乙及丙簽立協議書時，其協議書若是基於參與該協議之人均係於法律上有權受分配遺產之事實，則當事人真意在於，訂定協議書者，務必屬擁有合法繼承權之人，始受協議書內容約定之拘束。果爾，甲得以乙及丙不具合法繼承人的資格，以當事人資格錯誤為由，撤銷其意思表示（101台上267號）。亦即，本案甲誤認不具繼承人資格之乙及

丙爲有繼承權人，屬當事人身分上的錯誤。

(二)物之性質

例如，甲向乙購買A地，該地不能供建築之用，但土地登記簿謄本上地目記載為「建」，且A地周圍已蓋滿建物，乙並以建地價格出售該地，致甲對於A地產生無任何建築限制之確信，在客觀上，凡一般人處於甲之表意人地位，亦易爲相同錯誤之意思表示。自主觀而言，若甲購地之初，知悉該地不能供建屋之用，必不致支付高價購買。此項土地之性質，在交易上確屬重要，甲依民法第88條第2項規定，得將此項錯誤之意思表示撤銷。意思表示經撤銷者，依民法第114條第1項規定，視為自始無效，甲得依不當得利之法律關係，訴請乙返還買賣價金（82台上215號）。在本案，甲以非建築用地誤以爲係建築用地，屬物之性質的錯誤。

又如，甲以高價向乙購買A地，事後發現，該地已列爲徵收對象，不久將被徵收，甲得以土地的性質錯誤，撤銷其意思表示（100台上825號）。

(三)物之性質錯誤與瑕疵擔保責任

出賣人應擔保買受人，於其物交付於買受人時，無滅失或減少其價額之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵（第354條），否則買受人得請求減少價金或解除契約（第359條）。買賣標的物具有瑕疵者，經常涉及物之性質的低劣，如購買海砂屋、泡水車、仿製品或不能建築的「建地」等。

此等情形，買受人除行使物之瑕疵擔保責任外，得否主張意思表示錯誤而撤銷之⁸⁰？試比較以下案例：

1. 出賣人甲誤清朝乾隆時期的真品花瓷瓶爲仿製品，賤價出售於乙。
2. 買受人丙誤張大千的臨摹畫爲真跡，以高價向丁購買。

⁸⁰ 物之瑕疵擔保責任與錯誤撤銷的不同，主要在於除斥期間的差異（第90、365條）。

在1.案例，並無瑕疵擔保的問題，甲僅得依民法第88條第2項規定，撤銷其意思表示，不生與瑕疵擔保是否競合的問題。

在2.案例，同時構成瑕疵擔保與性質錯誤的問題。德國法認為，由於買受人因重大過失而不知瑕疵者，出賣人不負擔保責任（參見我國民法第355條），若許買受人得依性質錯誤而撤銷，有損於出賣人利益，因此通說認為物之瑕疵擔保規定，應排除性質錯誤的規定⁸¹。

本書認為，瑕疵擔保與性質錯誤應構成併存競合關係，當事人得選擇主張之，蓋如此始足以保護買受人，以貫徹私法自治原則，且若上述1.案例與2.案例為不同判斷，顯與當事人利益平衡之原則相違⁸²。準此，在2.案例，丙得依民法第88條第2項規定，撤銷其意思表示，使買賣契約失其效力；或不撤銷買賣契約，而依民法第359條規定，主張解除契約或減少價金。

五、傳達錯誤

民法第89條規定：「意思表示，因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定撤銷之。」因此，在表意人以他人為傳達人表示意思者，係由表意人承擔傳達錯誤的風險，須表意人無過失時（第88條第1項），始得撤銷錯誤的意思表示。如甲告知其秘書乙，向丙訂購A型機器，乙誤為表示購買B型機器。

上述情形，指傳達人無意識的傳達不實。若傳達人故意變更表意人的原意，如上例乙認為B型機器生產效能更佳，而故意向丙表示購買B型機器。在此情形，德國通說認為，不適用誤傳的規定，乙故意變更意思，不能由表意人承擔，對表意人不生效力。此時，應類推適用無權代理的規定（第110條），由傳達人對善意相對人負賠償責任⁸³。

惟按在此情形，不僅表意人創造故意誤傳之風險，表意人較相對人更能控制此項風險，且相對人無從得知乙為無意識傳達不實或故意變更意思，且無論故意誤傳或無意識誤傳，對相對人而言，並無不同。德國

⁸¹ D. Medicus，民總，第533頁；梅仲協，民要，第256條；黃立，民總，第283頁。

⁸² 王澤鑑，民總，第421頁；林誠二，民總（下），第117頁。

⁸³ 贊成此說者，王澤鑑，民總，第423頁；施啟揚，民總，第248頁。

通說，過度保護表意人。為適度保護交易安全，在故意誤傳仍應由表意人承擔風險，較為合理⁸⁴。是以，依民法第89條規定，表意人僅於無過失時，始得撤銷傳達人故意誤傳之表示。在上述案例，如表意人甲無過失而撤銷其意思表示，丙得依民法第91條規定，請求甲賠償損害。甲於賠償丙之損害後，得依債務不履行之規定，請求乙損害賠償。如甲有過失時，不得撤銷其意思表示，應依約履行。此時甲如因此受有損害，亦得請求乙賠償。

第三款 撤銷的要件

我國民法仿照德國法，將錯誤類型區分規定，此種立法模式，不僅錯誤類型，在區分上甚為困難，已如前述，且任何錯誤類型，除單純動機錯誤外，均屬得撤銷的錯誤，在實質上並無重大區別實益。又多數實務案例，均屬表示錯誤與物之性質錯誤的問題，以及單純動機錯誤不得撤銷之案例。

依民法規定，除單純動機錯誤外，幾乎所有的錯誤類型，均得撤銷⁸⁵。為顧及表意人與相對人之雙方利益，在意思自主原則與交易安全之間求取平衡，表意人是否得撤銷其錯誤意思表示，第88條第1項規定，表意人須「無過失」，且第88條第2項規定，錯誤須「交易上重要」，表意人始得撤銷，以適度限制表意人之撤銷權。此二項要件，於任何錯誤撤銷之情形，均予適用。

一、表意人無過失

如前所述，我國民法以意思主義為原則，無論相對人是否引起錯誤或知悉錯誤情事，表意人均得撤銷其意思表示。若表意人有過失時，仍得撤銷其錯誤表示，無異於將表意人之不注意，轉由相對人承擔後果，顯不符公平原則。因此第88條第1項但書規定，須表意人無過失，始得撤銷其意思表示，以平衡表意人與相對人的利益。

⁸⁴ 同說，D. Medicus，民總，第520頁。

⁸⁵ DCFR即明言，無須規定得撤銷或不得撤銷的錯誤類型，無論事實上或法律上的錯誤，均得撤銷。重要者為，是否符合錯誤撤銷之要件。

表意人有過失，即不得撤銷其錯誤表示。所謂過失⁸⁶，有認為應採重大過失者，須表意人之錯誤出於輕率、漫不經心，始不得撤銷錯誤表示。此說過度保護表意人，不利於交易安全。

有認為應採抽象輕過失者，只須客觀上表意人未盡善良管理人的注意義務，即不得撤銷錯誤表示，以適度限制表意人的撤銷權。此說「對於表意人未免失之過苛，致使表意人無行使撤銷權之機會（62台上140號）。」

較為折衷之見解為，採取具體輕過失，依表意人本身的注意程度判斷表意人是否有過失。最高法院採此見解：「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。」因此，在購買的土地使用分區為住宅區，且位於已建成之住宅區內，但事實上無法供建築使用時，標購土地之人對此物之性質的錯誤，是否具有過失，應考量其於投標前可否進入系爭土地現場查看，及是否向主管機關查詢土地坡度、使用限制或得否建築等，予以判斷（99台上678號）⁸⁷。

有疑義者為，若錯誤係因相對人的行為所引起，或相對人明知或可得而知錯誤情事，但表意人亦有過失時，表意人得否撤銷其意思表示？如相對人提出錯誤土地資料，導致表意人錯誤同意購買該地。此時若相對人明知此情事，應認為相對人構成詐欺，表意人得依民法第92條規定撤銷之。反之，若相對人非明知錯誤，僅因過失提供錯誤訊息，而表意人有過失者，則表意人不得撤銷其錯誤表示。

應比較者為，若相對人知悉表意人發生錯誤表示，則有提醒表意人之義務，以符合誠信原則。如甲公開招標A地建築工程，招標公告註

⁸⁶ 關於本條規定過失的意義，各家學說之整理，參見黃立，民總，第294-295頁；邱聰智，民總（下），第107頁；林誠二，民總（下），第122頁。

⁸⁷ 最高法院60年台上字第1108號判決：「土地使用種別經編定後，應由縣政府公布之，人民不能諉為不知，如有不知，亦屬自己之過失，故系爭土地經編定為工廠用地，及經命令禁建店舖住宅，無論上訴人是否知情，均不容上訴人主張上開民法第八十八條之撤銷權。」

明，承攬人可能須敲除A地某處之岩盤。乙投標時，投標計畫僅表示將移除土壤，不含敲除岩盤。甲明知乙之此項表示發生錯誤，即有提醒的義務，否則應認為乙並無過失，而得撤銷其意思表示⁸⁸。

二、交易上重要

民法第88條第2項規定：「當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示之錯誤。」關於「若交易上認為重要」之要件，通說認為於其他錯誤類型，亦應類推適用之，以保護交易安全。

所謂「交易上認為重要」，有認為係指表意人若知其錯誤，將不締結系爭契約，或將以全然不同的條件締結契約，亦即該錯誤必須屬於重大錯誤，始得撤銷之。是否屬於重大錯誤，應考慮該物之性質對該物的價值，是否有直接影響？人的資格或物之性質對系爭類型的契約，是否具有特別的重要性？欠缺該人的資格或物之性質，是否足以影響交易目的之完成？實則，在判斷是否具有交易上的重要性，主要在於探討，當事人資格或物之性質是否因當事人合意或客觀的契約解釋而成為法律行為（契約）的基礎。此時應依照各該法律行為（契約類型）典型的交易目的，探究該資格或性質是否對系爭法律行為（契約）具有重大意義，而成為法律行為之基礎⁸⁹。

最高法院98年台上字第1469號判決亦謂：「當事人之資格或物之性質，在交易上認為重要而有錯誤，倘當事人主觀上知其情事，即不為意思表示，而依一般客觀上之判斷，亦係如此者，當視同其表示內容之錯誤，蓋其資格或性質，既在交易上認為重要，而其錯誤在主、客觀上俱

⁸⁸ Christian von Bar et al., *surpa* note 55, at 463. 陳自強：「若錯誤係因相對人的行為所引起，或錯誤於相對人為顯然，則除有特殊情形，足認表意人有過失外，應認錯誤係『非由於表意人之過失』。」（契約成立，第253頁）

⁸⁹ 王澤鑑，民總，第420頁；鄭冠宇，民總，第376頁；Bernd Rüthers，民總，第397頁；Hugh Beale et al., *surpa* note 76, at 483-484. 此說接近於德國學者Flume的見解，認為性質錯誤得以撤銷，係因標的物或當事人不符合系爭法律行為所應具有的性質。在判斷時，應考慮當事人之約定及法律行為的類型。如非當事人之約定，亦非法律行為之類型所應具有的性質，則屬單純動機錯誤，不得撤銷。參見陳自強，契約錯誤法則之基本理論，第53-54頁（新學林，2015年）。

為嚴重，則通常可認其資格或性質為法律行為之基礎，並應為相對人所明知或可得而知。於此情形，該錯誤之表意人自非不得依該條第二項規定將其意思表示撤銷之，始不失該條項規範之真諦。」

最高法院認為資格或性質的錯誤，是否在交易上認為重要，必須「通常可認其資格或性質為法律行為之基礎，並應為相對人所明知或可得而知」，亦即資格或性質必須因相對人明知或可得而知，始成為雙方法律行為之基礎，而構成得以撤銷的動機錯誤。反之，如系爭資格或性質上未成為法律行為之基礎，單純一方動機錯誤，仍不得撤銷。

例如，依據契約的典型目的，債務人的信用程度對於借貸契約，具有交易上的重要性；但對於現金交易，則不具有重要性。又如土地買賣，土地之形狀、坐落位置及對外聯絡之道路等因素，均足以影響土地之開發、利用及價值之判斷，進而影響購買者之意願。此等因素，無論在主觀上或客觀上均足以影響交易上之判斷，當事人對上開因素如有錯誤之情形，於交易上自難謂非重要，自得認為意思表示之內容有錯誤（89台上465號）。

三、和解錯誤撤銷的特殊要件

民法第738條規定，和解不得以錯誤為理由撤銷之。但「當事人之一方，對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤，而為和解者」，得撤銷之。關於和解契約得否以錯誤撤銷，最高法院區分創設性和解及認定性和解而為不同判定。

最高法院認為：和解如當事人係以他種之法律關係或以單純無因性之債務約束等，替代原有之法律關係而成立者，為屬於創設性之和解。此種和解，債務人如不履行和解契約，債權人應依和解所創設之新法律關係請求履行，不得再依原有之法律關係請求給付。反之，若僅以原來明確之法律關係為基礎而成立和解時，則屬認定性之和解。此時，僅有認定之效力，債權人得依原來之法律關係訴請債務人給付，只法院不得為與和解結果相反之認定而已。再者，若和解之本質為創設時，和解當事人即無就原有法律關係有何意思表示內容錯誤之可言（98台上315

號、91台上1839號)⁹⁰。

如甲出租A屋（門牌為50號6樓）予乙，該大樓發生火災，A屋焚燬，甲與乙達成和解，由乙負責賠償甲的損失。嗣後發現，引起火災的起火點在隔壁B屋（門牌為48號6樓），乙乃主張雙方和解對於重要之爭點有錯誤，而撤銷其和解契約。但最高法院似認為，本件甲與乙於責任未明之前，就系爭火災成立和解，為創設性質，不得撤銷和解契約（91台上1839號）。

又如定作人甲誤認乙為修繕工程之包商，而與乙就給付工程款成立訴訟上和解。嗣後發現，乙並非真正包商，主張撤銷和解。最高法院認為：「所謂對於他方當事人之資格有錯誤，係指對於和解相對人之年齡、性別、學經歷、職業、專長、才能、資力等有所誤認之動機錯誤而言。上開訴訟事件，乙為原告，甲為被告，兩造為訴訟當事人，成立訴訟上和解自無當事人之資格有錯誤之情形（85台上2091號）。」

實務上，鮮少發現和解當事人得以錯誤撤銷和解契約之案例。在交通事故，如甲開車撞傷乙，雙方成立和解契約，由甲負全部賠償責任。事後證實，乙具有20%的與有過失。法院認為，甲對於何人應負肇事責任認知有誤，屬於和解的動機錯誤，不得撤銷⁹¹。

實則，在當事人對和解契約之重要爭點有錯誤，應有撤銷的適用。如甲開車撞上乙，就一時骨折之損害賠償成立和解，事後發現為永久殘廢或必須進行截肢，得以錯誤撤銷和解契約。對於他方當事人資格之誤認，如誤信他方為債權人，而就債權之數額或清償成立和解，實際上他方並非債權人，亦得撤銷之⁹²。

⁹⁰ 最高法院77年度第19次民事庭會議決議：「本件甲乙兩造就十萬元借款成立和解，同意由甲償還七萬元，其餘部分拋棄，係以原來明確之法律關係為基礎而成立之和解，應認僅有認定之效力。乙固非不得依原來消費借貸之法律關係訴請甲為給付，但法院不得為與和解結果相反之認定。」關於其評論，參見游進發，系爭和解是認定或創設或認定且創設的？，台灣法學雜誌，第167期，第169-172頁（2011年1月）。

⁹¹ 臺東地方法院87年東簡字第43號、新竹地方法院87年簡上字第38號、桃園地方法院89年壠簡字第843號判決。

⁹² 鄭玉波，民法債編各論（下），第816頁（1984年）；史尚寬，債法各論，第824頁

按和解內容與真實法律關係不一致者，原則上並無錯誤之適用。但錯誤不適用的範圍，僅限於當事人認為即使與真實的法律關係不符，亦願以和解解決爭端之事項。至於作為和解前提，為雙方所不爭執的事項，當事人發生錯誤時，仍然得以撤銷之⁹³。申言之，在當事人間針對有爭執的事項或法律關係，以和解予以確定者，在確定事項範圍內，不得以錯誤為由撤銷之。反之，不屬於和解確定效力所及的事實關係，為雙方作為和解前提之確定的基礎事實關係，發生錯誤時，為重要爭點之錯誤，得依民法第738條第3款撤銷之⁹⁴。如當事人對債權存在不爭執，但對債權數額究為100萬元或50萬元有爭議，而以75萬元和解時，若事後發現債權根本不存在，當事人得撤銷之。

據此，在上述的火災誤認起火點、誤認他人為包商及誤認交通事故責任比例等和解案例，均屬重要爭點發生錯誤，應許當事人撤銷之，較為合理。

第四款 撤銷權的排除

一、除斥期間

民法第90條規定：「前二條之撤銷權，自意思表示後，經過一年而消滅。」此為撤銷權的除斥期間，表意人須於1年的法定期間內，行使撤銷權，否則無須當事人抗辯，法院即應駁回表意人的主張。

二、有利於表意人

如甲出售某中古車，市價為10萬元，誤書為11萬元而成立買賣契約，事後不得以該車漲價至12萬元，而撤銷該中古車之買賣，此乃基於誠信原則應為之解釋。

（1981年）；林誠二，民法債編各論（下），第260頁（2002年）；王千維，和解，收錄於黃立主編，民法債編各論（下），第576頁（2002年）。

⁹³ 石田穰，民法總則，第358頁（悠々社，1992年）。

⁹⁴ 陳自強，和解之錯誤，月旦法學雜誌，第233期，第42-70頁（2014年10月）。

三、相對人願意履約

DCFR第2編第7：203條規定，在表意人錯誤而得撤銷其意思表示時，若相對人於知悉錯誤後，在合理期間內，已經履行表意人所欲之內容，或表示願意依表意人所欲之內容履行時，雙方應依表意人所欲發生的意思內容，成立契約關係，不得撤銷。我國法雖無規定，但基於誠信原則，仍應為相同之解釋⁹⁵。

如承攬人甲承作地板鋪設工程，地板面積為100坪，估計錯誤為90坪，甲通知定作人乙撤銷其意思表示時，乙表示，希望甲繼續施做該鋪設工程90坪，但仍依原訂價格給付報酬。此時，甲之撤銷權消滅，應履行該工程合約。

四、自甘冒險

依當事人之契約約定，一方願意承擔契約不可知的風險者，在該風險發生時，不得撤銷契約。尤其在當事人不知契約之重要事項，仍貿然締結契約時，不得撤銷之。

如保證人甲不知債務人毫無信用，而與債權人乙訂立保證契約，甲應承擔債務人信用破產之風險，而不得以錯誤為原因，撤銷保證契約。

又如甲在公開拍賣場合，出售其繼承而得的房屋及屋內所有物品。甲明知其對於屋內物品之實際價值，毫無所悉，但不願先行鑑價，即行拍賣。乙雖知悉屋內名畫一幅價值連城，但保持沉默，而以低價購得該名畫，甲不得以錯誤主張撤銷其意思表示⁹⁶。

第五款 撤銷後的法律效果

一、債權行為錯誤或物權行為錯誤

意思表示經撤銷者，該意思表示（法律行為）視為自始無效（第114條第1項）。此時發生的法律效果，依其錯誤的法律行為種類而不同：

⁹⁵ 按依「無害表意人利益，撤銷權排除」之原則，於錯誤之結果有利於表意人，或相對人接受表意人之真意時，表意人縱有錯誤，亦不得行使撤銷權。參見邱聰智，民總（下），第113-114頁。

⁹⁶ Christian von Bar et al., *supra* note 55, at 463.

(一) 債權行為上的意思表示錯誤

如甲將A建地誤為農地出售於乙，並為移轉登記。甲與乙就移轉A地的物權行為並無錯誤，乙取得該地所有權。但關於該地的物之性質發生錯誤，且交易上認為重要，甲若無過失，得撤銷其意思表示，買賣契約視為自始無效，甲得依不當得利之規定，請求返還A地的所有權（第179條）。

(二) 物權行為上的意思表示錯誤

如甲與乙就B地成立買賣契約，但誤A地為B地，將A地移轉登記於乙，並交付占有。甲與乙就B地之買賣契約並無錯誤，但甲就A地之移轉登記的物權行為，係屬錯誤表示。甲於撤銷A地之物權行為前，A地之移轉登記的物權行為有效，乙取得A地所有權，甲喪失所有權，但因雙方無A地的買賣契約，乙取得A地並無法律上原因，甲得依不當得利之規定，請求返還A地（第179條）。若甲撤銷該錯誤的物權行為，則該物權行為視為自始無效，甲回復為所有權人，得依所有物返還請求權，請求回復A地之登記及返還A地的占有（第767條）。同時，乙占有A地並無法律上原因，甲亦得依不當得利請求權，請求返還A地的占有（第179條）⁹⁷。

二、表意人的賠償責任

表意人於無過失時，固得撤銷其意思表示，將表意人錯誤表示的風險，轉由相對人負擔，但表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負損害賠償責任（民法第91條），以免相對人受害，兼顧交易安全之維護。說明如下：

(一) 由於表意人須於無過失時，始得撤銷其意思表示（第88條第1項但書），但須依第91條規定負損害賠償責任，故此項責任，係屬表意人的無過失賠償責任。

(二) 表意人於錯誤表示時，若受害人明知或可得而知撤銷之原因時，

⁹⁷ 王澤鑑，物權行為錯誤與不當得利，收錄於民法學說與判例研究，第五冊，第149-161頁（1988年）。

如因過失提供不實資訊於表意人，致表意人發生錯誤者，受害人不得請求損害賠償（第91條但書）。

（三）受有損害的「相對人」，指有相對人意思表示的受領人。所謂「第三人」，係指無相對人意思表示而受損害之人。如甲欲丟棄A沙發，誤取B沙發而丟棄之。乙以無主物先占而取得所有權，支出運送沙發費用500元後，甲以錯誤為由，而撤銷其拋棄之意思表示時，應對乙的損害負賠償責任。

再者，利他契約之第三人（第269條），亦可能受害。如甲向乙購買A地，約定直接登記在丙名下，丙因此花費地政士費用及登記規費。若乙因錯誤表示而撤銷其意思表示時，對丙因此所生之損害，得請求乙賠償。

（四）契約法上損害賠償有「履行利益」及「信賴利益」的損害賠償。「履行利益」的損害賠償，指在契約成立生效後，若發生債務不履行時，債務人應賠償債權人如同契約有效履行時，債權人可得的利益。如房屋漲價的利益或轉售他人的利潤。「信賴利益」的損害賠償則指，在契約無效或不成立時，當事人因信賴契約有效，實際上為無效，而蒙受的損害。此時，債務人應賠償如同契約未曾訂立時，債權人應有的利益。

民法第91條規定受害人「因信其意思表示為有效而受損害」，係指信賴利益而言，其範圍包含所受損害及所失利益在內（第216條第1項）。如訂約費用、準備履行所需費用或喪失訂約機會的損害。通說認為，信賴利益之賠償，係以契約無效或不成立為前提，因此其損害賠償請求數額，以不超過履行利益為限⁹⁸。

⁹⁸ 王澤鑑，信賴利益之損害賠償，收錄於民法學說與判例研究，第五冊，第229-250頁（1988年）；邱聰智，民總（下），第111頁；林誠二，民總（下），第123-124頁；陳自強，契約成立，第258頁。

第五項 詐欺與脅迫

第一款 概 說

意思表示健全乃私法自治原則的基礎，若意思表示不自由，無論是被詐欺或被脅迫，為尊重當事人之自主意思，國家法應給予當事人毀約的機會，因此第92條規定：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」

一、詐欺與錯誤

詐欺乃故意欺騙表意人，使其陷於錯誤而為意思表示。民法第88條規定錯誤撤銷，亦因表意人陷於錯誤而為表示，二者就表意人基於錯誤而為表示，並無不同。其所不同者，在於詐欺撤銷，須相對人有詐欺之故意，始得成立詐欺。此時，表意人主張被詐欺時，相對人不得主張表意人係因有過失陷於錯誤，而不得撤銷，以對抗表意人。

如甲明知其A畫為仿製品，故意宣稱為真品，使乙陷於錯誤，而以真品的價格出售A畫，乙得依錯誤或被詐欺而撤銷其意思表示。二者除斥期間不同（第90、93條），且依錯誤撤銷時，表意人須負信賴利益的損害賠償責任（第91條），但因被詐欺而撤銷時，表意人對詐欺之人，不負賠償責任，反而詐欺之人對被詐欺者應負賠償責任（第113條）。

再者，在動機錯誤，原則上表意人不得撤銷其意思表示。反之，在詐欺之情形，只要被詐欺者基於詐欺者提供之資訊而為意思表示，縱屬動機錯誤，仍得撤銷其意思表示⁹⁹。

二、詐欺與脅迫

表意人被脅迫時，其意思自主受侵害的程度，高於被詐欺之情形，因此民法第92條設有不同規定：(一)脅迫係由第三人所為者，不問相對人是否明知或可得而知，表意人均得撤銷之。(二)被脅迫而為意思表示者，其撤銷得以對抗善意第三人。

⁹⁹ Hugh Beale et al., *supra* note 76, at 435.

第二款 詐 欺

一、詐欺的要件

所謂詐欺，係欲相對人陷於錯誤，故意示以不實之事，令其因錯誤而為意思表示（56台上3380號）。亦即詐欺之人明知其表示係屬不實，或故意隱匿事實，而意圖引起表意人據此作成錯誤的表示。

(一)須有詐欺行為

1.積極的虛構事實

無論使人陷於錯誤，或表意人既存的錯誤，因詐欺而保持或加強其程度（89台上2293號），均足構成詐欺撤銷。如偽稱名人畫作、竄改行車里程數、偽造畢業學歷等。但單純的意見表達，如出賣人表示其出售的電腦乃「市場上最佳的電腦」，如同賣瓜者自誇其瓜香甜如蜜，非構成詐欺。

在實務上，具有爭議的是，預售屋買賣，建築公司所為的虛偽不實廣告，是否致買受人陷於錯誤，而構成詐欺？原則上，單純廣告，若未成為契約的內容，不足成為詐欺撤銷的理由（92台上2240號）。但若廣告圖說誇大不實空間、房屋現況與政府核准施工圖說不符，以儲藏室冒充停車位等重大瑕疵，致買受人陷於錯誤，得認為構成詐欺（90台上564號）；或在出售夾層屋的買賣，出賣人以廣告文宣、樣品屋，及於現場仲介設計工程公司代為夾層施工等，足以令消費者誤認可合法興建夾層屋者，構成詐欺¹⁰⁰。

2.消極的隱匿事實

最高法院33年上字第884號判決謂：「民法第九十二條第一項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行為為限，然單純之緘默，除在法律上、契紙上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即與本條項之所謂詐欺不合。」隱匿事實，是否構成詐欺，應依交易習

¹⁰⁰ 最高法院89年台上字第2024號、90年台上字第475號、91年台上字第264號判決。參見曾品傑，論不動產不誠實廣告之契約效力——最高法院相關判決評釋，收錄於財產法理與判決研究(一)，第315-385頁（2007年）。

慣及誠信原則判斷之，尤其於當事人故意隱瞞重要締約事實者，應構成詐欺。

如出賣人故意不告知買賣標的物的瑕疵（房屋為凶宅、汽車為泡水車），構成詐欺。但買受人明知地價將大漲，而不告知出賣人，若買受人花費相當成本，始獲取該項訊息，或出賣人亦可獲取地價大漲之訊息而不知者，買受人之不告知此項訊息，出賣人不得以被詐欺為由而撤銷之。

（二）詐欺行為與表意人陷於錯誤而為表示具有因果關係

表意人被詐欺，必須其意思表示係誤認詐欺人的不實表示，致陷於錯誤而為表示，始得撤銷之。如甲出售中古車予乙，變更行車里程數，但乙於購車前，從未檢視行車里程表，則乙於購車後，不得以被詐欺為由，撤銷之¹⁰¹。

在借貸鉅額金錢，作為投資的案例，借用人宣稱不實的事實包含：擁有43國專利產品、系爭專利生產之商品獲利能力甚豐、多人已投入數億元資金申請專利、急須籌設1億7,500萬元之公司、須向中國官方買入商標等，是否與貸與人決定借款或投資間具有因果關係？

最高法院判決：「民法第九十二條第一項前段規定，因被詐欺而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，其所欲保護之法益為『表意者意思表示形成過程之自由』，且所稱詐欺行為，係指對於表意人意思形成過程屬於重要而有影響之不真實事實，表示其為真實，而使他人陷於錯誤、加深錯誤或保持錯誤者而言，不包括就行為對象（事或物）之特性為不實或誇大之陳述，欲以價值判斷影響表意人決定自由之情形。至不真實之事實是否重要而有影響意思之形成，應以該事實與表意人自由形成意思之過程有無因果關係為斷（100台上858號）。」據此，上述借貸鉅額案，得認為借用人宣稱之不實事實與借貸、投資的決定，具有因果關係。

¹⁰¹ Christian von Bar et al., *supra* note 55, at 494.

(三)須有詐欺故意

民法上之詐欺，必詐欺行為人有使他人陷於錯誤之故意，致該他人基於錯誤而為不利於己之意思表示者始足當之。倘行為人欠缺主觀之詐欺故意，縱該他人或不免為錯誤之意思表示，仍與詐欺之法定要件不合，無容其依民法第92條第1項規定撤銷意思表示之餘地（98台上171號）。

詐欺之人必須意圖使被詐欺者作成錯誤的意思表示，始有詐欺故意，但不以被詐欺者因此而受有財產上損害為必要。如出賣人以低於市價行情的價額出售凶宅，買受人縱然未受有價值減少的損害，仍得撤銷該買賣契約。

二、第三人所為之詐欺

第92條第1項但書規定：「詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。」何謂第三人，以下分述之：

(一)一般第三人

指與法律行為的相對人無關之人。其所為之詐欺，須以相對人明知其事實或可得而知者為限，表意人始得撤銷之。如甲向乙借貸，請友人丙擔任保證人。甲告知丙，其經營的公司獲利甚豐，深具償債能力，但實際上該公司瀕臨破產。若乙不知其事，丙不得以其被甲詐欺為由，撤銷其與乙間訂立的保證契約。

(二)代理人或使用人

如甲向乙公司購買中古車，乙的銷售人員丙故意不告知該車為泡水車，而締結買賣契約，縱乙不知其事，甲仍得以被詐欺為由，撤銷買賣契約。蓋丙為乙公司的使用人，並非第92條但書規定的第三人¹⁰²。

¹⁰² 王澤鑑，民總，第435頁；邱聰智，民總（下），第125頁；黃立，民總，第302頁；陳自強，契約成立，第271頁；DCFR第2編第7：208條。DCRF更廣泛認為，任何經由相對人同意而參與契約締結過程之人，所為之表示，皆由相對人承擔。如出賣人A與買受人B商談之際，買受人C經A的同意而參與討論時，若事後C詐欺B，使B與A締結買賣契約，B得撤銷該契約。Christian von Bar et al., *supra* note 55, at 515.

(三)利他契約之受益人

如甲向乙購買A地，約定將A地直接登記於丙名下，且丙對乙有直接請求權（第269條）。此項契約，係因丙詐稱該地將被徵收，使乙低價出售所致。此時，如甲不知亦非可得而知其情事，乙不得以被丙詐欺而撤銷其與甲之買賣契約（第92條第1項但書）。但就乙與丙之法律關係而言，參照德國民法第123條第2項後段規定：「相對人以外之人，因意思表示直接取得權利者，如其明知或應知詐欺情事者，表意人得對之撤銷其意思表示。」本案利益第三人丙實施詐欺，表意人乙得撤銷其出售A地之意思表示，買賣契約視為自始無效（第114條）。此外，就乙與丙間之物權行為而言，由於乙係受丙之詐欺而為移轉登記行為，就該物權行為之作成而言，丙為物權契約之相對人，且為詐欺之人，乙得依民法第92條第1項本文規定，撤銷其與丙間之物權行為後，依物上請求權請求丙回復土地所有權之登記（第767條）。

再如被保險人甲與乙保險公司訂立人壽保險契約，約定受益人為丙。丁醫師為甲進行健康檢查時，故意製作不實身體檢查報告，致乙公司同意投保，丙知悉此事。此時，如甲不知亦非可得而知其情事，乙不得以被丁詐欺而撤銷其與甲之保險契約（第92條第1項但書）。但就乙與丙之法律關係而言，參照德國民法第123條第2項後段規定，乙公司得以被第三人丁詐欺，且丙知悉其事為由，撤銷其意思表示，保險契約視為自始無效，於甲亡故時，丙不得主張受益人之地位請求乙為保險給付。

綜上，在利益第三人契約之情形，無論受益人施行詐術，或受益人知悉第三人施行詐術，如相對人不知亦非可得而知其情事時，依第92條第1項但書規定，表意人均不得主張撤銷其與相對人之意思表示。但於表意人與受益人間之法律關係，如表意人被受益人詐欺，或被第三人詐欺，而受益人明知或可得而知第三人施行詐欺者，表意人仍得對受益人撤銷其意思表示，以符合誠信原則，並避免受益人之權利濫用¹⁰³。

¹⁰³ 洪遜欣，民總，第405頁；史尚寬，民總，第169頁。

三、撤銷權的行使與法律效果

(一)除斥期間

因被詐欺而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，但應於發見詐欺後，1年內為之。但自意思表示後，經過10年，始發現詐欺者，仍不得撤銷（第93條）。

(二)法律效果

1.撤銷客體與善意第三人

意思表示（法律行為）經撤銷者，視為自始無效（第114條）。如甲受乙詐欺，出售A車予乙，並交付之，以移轉所有權。乙死亡後，丙繼承取得A車。丙不知乙詐欺之事，將A車轉售於善意之丁，此時甲得否請求丁返還A車？

本案甲與乙間的債權行為（買賣契約）及物權行為，均於受詐欺之情形下作成，均有相同瑕疵，甲依第92條規定撤銷者，包含債權行為及物權行為，均視為自始無效，乙視為自始未取得A車所有權。乙既未取得A車所有權，丙為乙的繼承人，縱使丙為善意，不知乙詐欺之事，仍不受第92條第2項規定：「被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」的保護。亦即，丙並非本條項所稱之善意第三人。

丙既無A車所有權，其出售A車的債權行為固屬有效，但處分A車之物權行為則屬無權處分，效力未定，須所有人甲承認始生效力（第118條第1項）。但因丁為交易行為的第三人，且為善意，依第92條第2項規定，甲不得以其撤銷甲乙間之法律行為對抗丁，丁因此得主張丙為有權處分，而取得A車所有權。此外，丁亦得依善意取得（第801、948條）規定，取得所有權。據此，第92條第2項規定僅於無善意取得規定之情形（如債權讓與），始具實益。

2.利他契約之受益人

如甲受乙詐欺，出售A屋予乙，約定直接登記於丙之名下，且丙對甲有直接請求權（第269條）。甲撤銷其意思表示時，包含其與乙訂立的買賣契約及移轉A屋於丙的物權行為。依民法第270條規定，利他契

約之債務人（甲），得以由契約所生之一切抗辯，對抗受益之第三人（丙）。據此，甲得以撤銷之效果對抗第三人丙。由於丙之權利係因甲與乙的契約（利益第三人約款）而發生，受益人丙不受善意第三人的保護¹⁰⁴。

（三）撤銷人的損害賠償請求權

因被詐欺而為意思表示者，表意人於撤銷其意思表示後，該契約視為自始無效，此時依民法第113條規定，詐欺之人自行詐欺或於行為時明知或可得而知第三人詐欺，致其法律行為無效者，應負損害賠償責任（84台上844號）。

如甲詐欺乙，將公園預定地以一般住宅用地出售予乙，乙依第92條撤銷後，對其支出之土地鑑價費用、移轉所有權的登記規費及地政士費用等，得請求甲賠償（第113、184條）。

此外，若被詐欺之人不撤銷其意思表示，是否仍得請求損害賠償？如甲宣稱其A畫出自名家之筆，以50萬元出售之，實際上該畫非屬名家之筆，市價僅為10萬元，買受人乙於被詐欺後，得否不撤銷買賣契約，而請求差價損失40萬元？

本案乙若未撤銷其意思表示，不得依第113條規定請求損害賠償，但得依買賣瑕疵擔保之規定，請求減少價金（第359條），而依不當得利之規定，主張返還多額支出的價金40萬元（第179條）。

第三款 脅 迫

一、脅迫的要件

民法第92條第1項規定，被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。所謂因被脅迫而為意思表示，係指因相對人或第三人以不法危害之言語或舉動加諸表意人，使其心生恐怖，致為意思表示而言（95台上2948號），其構成要件有四：

¹⁰⁴ 洪遜欣，民總，第405頁。

(一)須有脅迫行為

脅迫行為在客觀上必須足以令人發生恐怖感，如毆打、殺害、洩密等。脅迫指「心理的脅迫」，表意人仍有意思表示選擇的餘地，若以實力壓制表意人的意思，如強執被害人之手壓指印或蓋章，屬「物理的脅迫」，因欠缺意思表示及表示行為，其意思表示無效。

脅迫行為得由相對人爲之，亦得由第三人爲之。脅迫係由第三人所爲者，相對人雖不知其事實或不可得知其事實，而屬於善意者，表意人仍得撤銷之（第92條第1項但書的反面解釋）。蓋脅迫對於意思表示的自由，侵害程度遠比詐欺爲甚，表意人的保護應優先於相對人的保護。

脅迫行為是否導致表意人受損害，並非重要。如甲有傳家古董一只，乙甚爲喜愛，表示願意高價購買，並脅迫甲，若不出售將危害全家。甲不得已而出售該古董。縱使乙支付之價金高於市價，使甲受有利益，甲仍得以脅迫爲由，撤銷其意思表示。

(二)脅迫須具有不法性

脅迫行為若非具有不法性，不構成脅迫。如債權人甲告知債務人乙，若非按時清償，將提起訴訟請求賠償，雖有脅迫，但非不法。脅迫的不法性，可分三種情形¹⁰⁵：

1. 手段不法

手段本身不法，如不清償債務，即殺害債務人；或不法扣押他人之財產等手段。

以違約方式作爲脅迫手段者，如甲積欠乙大筆債務，明知乙急需用錢，告知乙，若乙不願以低價出售其房屋，則拒絕如期清償債務。乙因面臨破產而同意出售房屋，甲亦如期清償債務。乙得以被脅迫爲由，撤銷之。

但若債務人確實無法履行債務時，如定作人甲與承攬人乙訂立契約，由乙在甲土地上建築道路，事後發現該地爲濕地，若依原定費用施

¹⁰⁵ 劉春堂，脅迫行為之不法性，台灣法學雜誌，第147期，第141-147頁（2010年3月）。

工，乙必然破產。乙據此向甲警告，其無法完工之情形。甲雖無其他選擇，僅得同意增加報酬，仍不得以受脅迫為由，而撤銷其額外給付報酬之表示¹⁰⁶。

2. 目的不法

如「不購買毒品，即揭發公司偽造股票之事」，告發犯罪雖屬合法，但購買毒品為非法。此時雙方訂立的毒品買賣契約，目的不法，依第71條規定而無效，無須撤銷。

3. 手段與目的關聯的不法

即以合法的手段，作為非法的使用。此類案件，經常發生於揭發不法行為或犯罪等情事。如在交通事故，被害人告以：「若不賠償，將提起刑事訴訟。」由於交通事故本身即有犯罪之結果，賠償請求權與告訴犯罪，二者具有牽連，而無不法性。

反之，若受僱人向僱用人告以：「若不提高薪水，將向老闆娘揭發老闆與秘書通姦之事。」就手段與目的，分別以觀，均屬合法，但此行為構成勒索、敲詐，二者關聯而不法，仍構成脅迫，僱用人得撤銷增加工資的表示。

手段與目的是否關聯而具不法性，應依脅迫者對其促成的意思表示，是否具有正當利益¹⁰⁷。如甲簽發空頭支票予乙，乙脅迫甲之丙妻，應就該支票作為保證人，否則即舉發甲偽造有價證券之犯罪。經查，丙同時出資於甲經營的公司。德國法院認為，丙自甲的違法行為中，獲得利益，在道德上應承擔甲的違法責任，因此乙的行為不具違法性¹⁰⁸。

(三) 相對人須因脅迫而發生恐怖及為意思表示（因果關係）

脅迫行為必須影響表意人的意思決定。如甲公司與乙公司訂立承攬契約，由乙公司負責建築工程。乙公司低估工程內容，通知甲公司，若

¹⁰⁶ Christian von Bar et al., *supra* note 55, at 501.

¹⁰⁷ 最高法院93年台上字第1810號判決：「民法第九十二條所指之脅迫，須為不法之脅迫，包括手段不法、目的不法及手段與目的失其平衡，而其目的在於取得不當之利益者，始足當之。」

¹⁰⁸ 參見D. Medicus，民總，第559頁。

不提高報酬，則拒絕工程之進行。甲公司並未感受脅迫，而認為此項通知僅為商業談判的伎倆。但因慮及乙公司確實判斷錯誤，而有調整價格之必要，因此同意調整報酬數額。此時，甲公司不得以被脅迫為由，撤銷其意思表示，而請求返還額外給付之數額。

惟脅迫無須係表意人為意思表示的唯一原因。如甲與乙為合夥人，甲希望購買乙的股份，脅迫乙若不出售，將予殺害。乙因受脅迫而出售股份，縱使其有其他商業上理由而出售，仍得撤銷契約。

（四）須有脅迫故意

若相對人無脅迫之故意，表意人誤相對人之行為係屬脅迫行為，而為意思表示者，不得撤銷之。

二、撤銷權的行使與效果

（一）除斥期間及拒絕履行

被脅迫而欲撤銷者，應於脅迫終止後1年內為之（第93條）。除斥期間的起算，係自脅迫終止時起算，而表意人因脅迫而為意思表示完成時，脅迫行為即為終止（80台上1270號）。因此，因被脅迫而簽訂和解書者，應於簽約之日起1年內撤銷之。

在除斥期間經過後，最高法院28年上字第1282號判例謂：「因被脅迫而為負擔債務之意思表示者，即為侵權行為之被害人，該被害人固得於民法第九十三條所定之期間內，撤銷其負擔債務之意思表示，使其債務歸於消滅，但被害人於其撤銷權因經過此項期間而消滅後，仍不妨於民法第一百九十七條第一項所定之時效未完成前，本於侵權行為之損害賠償請求權，請求廢止加害人之債權，即在此項時效完成後，依民法第一百九十八條之規定，亦得拒絕履行。」

如甲於103年6月11日受乙脅迫，高價購買A車，先支付價金一半，因擔心乙之暴力恐嚇，一直未行使撤銷權。乙於105年6月12日，請求給付另一半價金時，甲受脅迫，原得依民法第92條撤銷其意思表示，但因經過1年除斥期間而不得行使（第93條）。又甲受脅迫，為乙所為侵權行為之受害人，得依民法第184條規定，請求廢止加害人之債權，但因

經過2年之消滅時效（第197條），乙得主張時效抗辯（第144條）。此時，乙為侵權行為之加害人，甲仍得依民法第198條規定，拒絕履行其債務。

（二）撤銷的客體及善意第三人

因被脅迫而得撤銷其意思表示者，因債權行為及物權行為具有同一瑕疵，得同時撤銷之。如甲受乙脅迫而出售A車，並交付之，乙隨即將A車出售予善意之丙，甲得否請求丙返還A車？

本案，甲得撤銷其與乙間之買賣契約（債權行為）及移轉所有權之行為（物權行為），乙因此喪失A車所有權。乙將A車出售予丙之買賣契約雖屬有效（出賣他人之物），但其移轉所有權之物權行為成為無權處分，效力未定（第118條）。按被脅迫而為意思表示者，其撤銷得以對抗善意第三人（第92條第2項規定反面推論）。但民法設有善意取得規定者，仍應優先適用之。因此丙既為善意第三人，仍得主張善意取得A車所有權（第801、948條）¹⁰⁹。

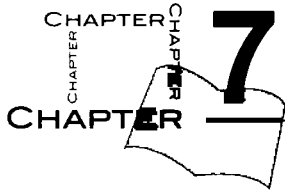
（三）信賴利益的賠償

在錯誤撤銷時，表意人對相對人有信賴利益的損害賠償責任（第91條），但在受脅迫則不同。在甲受乙脅迫而出售土地，甲撤銷其意思表示後，乙縱使受有損害（如支出移轉登記之費用），仍不得向甲請求損害賠償。

有問題者為，甲受乙脅迫，而出售B地於善意之丙。在第三人乙為脅迫時，丙雖為善意相對人，甲仍得撤銷之（第92條第1項但書反面推論）。此時，丙得否向甲請求信賴利益的損害賠償？由於表意人不應承擔受脅迫之風險，通說認為，相對人丙不得向受脅迫之人甲請求賠償，而僅得依侵權行為法之規定，向為脅迫之第三人乙請求損害賠償¹¹⁰。

¹⁰⁹ 王澤鑑，民總，第445頁；洪遜欣，民總，第409頁；史尚寬，民總，第395頁；邱聰智，民總（下），第126-127頁。

¹¹⁰ D. Medicus，民總，第561頁；王澤鑑，民總，第444頁；王伯琦，民總，第170頁。



條件與期限

第一節 法律行為的附款

法律行為於符合成立要件時，法律行為即為成立，但基於私法自治原則，當事人得基於其自由意思，使法律行為的效力，取決於一定事實的發生與否，以控制法律效果，達成風險控制的目的。

對於法律行為的效力予以限制者，稱為法律行為的附款，有條件、期限及負擔三種。此種法律行為稱為「附條件的法律行為」、「附期限的法律行為」及「附負擔的法律行為」。

附條件及附期限的法律行為，於法律行為成立時，契約有效成立，僅其效力的發生或消滅，繫於條件是否成就、期限是否到來。

第一項 條件與期限

所謂條件，係當事人以將來客觀上不確定事實之成就或不成就，決定法律行為效力之發生或消滅的一種附款。故事實之不確定性，為條件的特徵（83台上1740號）。所謂期限，係當事人以將來確定事實的到來，決定法律行為效力的發生或消滅者。二者的主要區別，在於條件係以客觀上不確定的事實，期限則以確定會發生的事實，作為法律行為的附款。舉例如下：

一、甲告知8歲的乙：「你成年時，贈與汽車。」為附條件贈與，蓋乙是否會成年，繫於未定之天。

二、甲告知乙：「明年庭園內杜鵑花開時，贈與名畫一幅。」為附條件贈與，蓋明年是否杜鵑花開，難以預料。

三、甲告知乙：「明年春節時，贈與歐洲旅行團費。」為附期限贈與，蓋明年春節必定到來。

條件與期限，得同時並用。如甲與乙的買賣契約約定：「若我的兒子同意出售，下個月底我可以交屋。」「兒子同意出售」為條件，「下個月底」為期限。

在實務上，如定作人與承攬人約定：工程尾款之給付，以承攬人「工程全部完工」及「經正式驗收合格」為要件者，因工程是否得以如期全部完工，為承攬人應履行之義務，且屬將來不確定成就與否之事實，屬於條件而非期限（93台上1950號）。

第二項 條件與負擔

附負擔的法律行為，有附負擔的贈與（第412條）及附有負擔的遺贈（第1205條）。如甲對乙大學表示：「贈與8億元，作為興建校友會館之用。」此等指定用途的捐贈，屬於附負擔的贈與。反之，如甲對乙大學表示：「於乙興建大樓後，贈與8億元。」則為附條件之贈與。

在附負擔的贈與，具有強制性，乙大學若未履行負擔，甲得請求其履行負擔或撤銷其贈與。在附條件之贈與，則無強制性，贈與契約尚未生效，條件僅具有停止法律行為效力的作用¹。

實務上，例如甲祖母憂心「鄭家」姓氏無人承繼，而男孫中僅有外孫謝姓乙孫一人，乃依臺灣古老傳統，先將A房地以贈與為原因過戶予乙，待乙日後如生二子以上，以其中一子承繼鄭姓，如無，則「鄭姓」祖先牌位仍放至乙家中恭奉。

關於甲與乙之贈與契約性質，法院認為：「附條件之贈與，乃停止條件或解除條件成就時，贈與契約發生效力或失其效力；附負擔之贈與，係指贈與契約附有約款，使受贈人負擔應為一定給付之債務者而言，二者並不相同。受贈人依附負擔之贈與契約受不動產所有權之移轉

¹ 洪遜欣，民總，第410頁；王澤鑑，民總，第468頁。

登記，並非無效。」本件應屬附負擔之贈與契約，而非附條件之贈與，乙因過戶而取得A房地所有權（102台上1816號）。

又如甲男與乙女簽訂協議書，以將來結婚為前提，由甲給付乙255萬元，作為購買房地的尾款。法院判決：「凡以預想他日結婚而為之附負擔贈與，倘受贈人不履行其負擔時，基於身分行為之特性，贈與人固不得請求受贈人履行其負擔，但非不得撤銷贈與，請求返還贈與物。兩造確係以將來結婚為前提而交往，甲據此給付乙105萬元及150萬元，即係附有乙應與其結婚義務之約款，屬附負擔之贈與，現因乙不願履行其負擔，甲自得撤銷贈與並請求乙返還該255萬元本息（100台上130號）。」

第三項 條件與不確定期限之清償期

所謂條件，係當事人以將來客觀上不確定事實之成就或不成就，決定法律行為效力之發生或消滅的一種附款，故使法律行為效力發生或消滅，為附條件法律行為之本質。倘當事人非以某項事實為法律行為效力發生之條件，而僅以法律行為的履行繫於不確定之事實者，雖亦屬約款之一種，然此約款並非條件，應解釋為於其事實發生時，為權利行使期限之屆至。在此情形，係屬「清償期之約定」，而非條件。

換言之，當事人就既已存在的債務，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，並非將債務之發生或消滅繫於不確定事實之發生，當事人僅係對債務之清償，約定不確定期限，而非條件。此時，應認該事實發生時或該事實非因債權人以不正當行為致其發生已不能時，為清償期屆至之時。倘債務人以不正當行為阻止該事實之發生，或因其違反誠信之行為致該事實不發生，類推適用民法第101條第1項規定，應認其期限已屆至，方符公平²。

關於不確定期限清償期的約定，例如甲為製造商，向乙零件供應商

² 最高法院87年台上字第1205號判例、88年台上字第1451號、88年台上字第3254號、89年台上字第2515號、89年台上字第2747號、93年台上字第1093號、93年台上字第1600號、94年台上字第894號、101年台上字第1453號、102年台上字第2273號判決。

購買零組件，組裝製造後，出售產品於經銷商丙。甲與乙雙方約定，甲的價金須於經銷商丙給付價款後，再行給付。本案甲的給付貨款義務於甲與乙訂立買賣契約時，業已發生。雙方就既已存在的價金給付義務，預期於丙給付貨款之不確定事實發生時，再為給付價金，屬於清償期之約定。甲與乙並非以丙是否給付貨款，作為價金給付義務的發生條件。

此時，若丙嗣後宣告破產，無法清償貨款，甲不得以丙並未清償貨款而拒絕支付價金予乙。丙之無法清償，並非因債權人乙之不當行為所致，丙清償之事實已確定不發生，應認為清償期限屆至，乙得請求甲給付零件之價金（95台上2750號）。

應注意者為，本案若甲與乙的付款約定，係以乙提供之零組件無瑕疵，丙付款於甲後，甲始有付款義務；如乙提供之零組件具有瑕疵，丙拒不付款時，甲即無須給付貨款者，此等約定係以「丙給付貨款」為甲付款義務發生的條件，而非清償期之約定。

實務上，不確定期限清償期之約定案例如下：

一、定作人與承攬人約定：承攬人於工程完竣後，應依建築法規向建築主管機關取得使用執照，始可請求給付工程尾款。該「使用執照之取得」，屬清償期之約定（94台上894號）。

二、定作人與承攬人約定：全部工程完成，經正式驗收合格後付清尾款。本案係以尾款之履行繫於不確定之「正式驗收合格」之事實，並非條件。承攬人完工後，定作人遲延履行驗收程序，並據以拒付尾款，違反誠信原則，應認為履行期限屆至（88台上1451號）³。

三、甲與乙訂立股權轉讓合約書，約定於股權過戶後，買受人始應給付尾款：「股權過戶完成」時，為履行給付尾款之期限屆至（89台上2713號）。

四、甲與乙向他人購買數筆土地，約定將土地暫時登記於丙名下，並於數筆土地全數完成登記於丙名下後，丙再行移轉登記於甲及乙。在

³ 不同意見參見最高法院89年台上字第831號判決：本件工程已於八十一年底完工，並請求被上訴人驗收，被上訴人拒絕驗收之事實，為兩造所不爭，故被上訴人顯係以不正當之行為，阻止該條件之成就，視為條件已成就。

其中一筆土地確定無法買入後，甲請求丙移轉土地所有權，丙則抗辯條件不成就，拒絕履行。本案「數筆土地全數完成登記於丙名下」屬清償期之約定，且該事實確定不能發生，期限屆至，甲得請求土地移轉登記（89台上2515號）。

五、出賣人建設公司與買受人約定：買受人應於房屋核發使用執照日起第30天給付價金尾款。此為既存債務履行期限，屬清償期之約定（102台上1558號）。

六、當事人關於包紗管押出機訂貨確認單載明：「30%定金，70%餘款驗收後支付」，乃以機器驗收之不確定事實之發生，為70%貨款債務之清償期，非以之為該債務發生之停止條件（101台上1899號）。

第二節 條 件

第一項 條件的種類

第一款 停止條件與解除條件

一、停止條件

停止條件為限制法律行為發生效力的條件，附停止條件的法律行為，於條件成就時發生效力（第99條第1項）。如甲與乙約定：「公務人員高考上榜，則贈與智慧型手機一支。」雙方贈與契約雖然成立，但須乙高考上榜，契約始生效力。實務案例如下：

（⇒）葉阿月於71年6月29日書立遺言書載明：「諸行無常，萬一七月下旬不能返臺者，請把我的遺產設立一法月獎學金基金會為幸」，足認葉阿月係以其若發生不測而無法於該年7月下旬平安返臺時，始請求將其遺產設立法月獎學金基金會，惟葉阿月於71年7月下旬既已平安返臺，系爭遺言書之停止條件並未成就，則其以遺囑捐助遺產之意思表示自不生效力（101台上351號）。

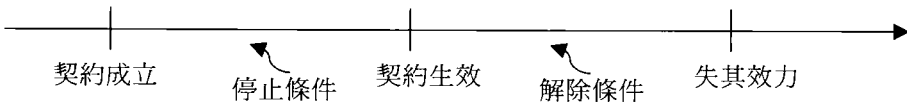
（⇒）在地主與建商的合建契約中，約定建商須交付履約保證金於所有

地主後，始生效力者，為附停止條件之合建契約（101台上305號）。

二、解除條件

解除條件為促使法律行為的效力歸於消滅的條件，附解除條件的法律行為，於條件成就時失其效力（第99條第2項）。如雙方約定：「贈與你高考用書一套，考上後返還。」雙方贈與契約成立且生效，但日後受贈人高考上榜時，契約失其效力，應返還高考用書。

關於停止條件與解除條件之區別，圖示如下：



實務案例如下：

(一)甲父贈與其土地於其女乙，約定「若甲因無法適應而遷出花蓮榮民安養中心，乙應將受贈取得之土地返還與甲。」乙於死亡後，該地由丙子繼承。嗣後，甲遷出花蓮榮民安養中心而請求丙返還土地。因解除條件成就，乙負有將受贈取得之土地移轉返還之義務，丙繼承該義務，甲的請求為有理由（103台上672號裁定）。

(二)甲男與乙女有結婚之意，商議由甲購買不動產，俾兩造婚後共居之用，甲乃以兩造結婚為前提，贈與157萬元予乙。嗣兩造感情生變分手，上開購屋資金贈與之解除條件（兩造不結婚）成就，原約定之贈與失效，乙受領上開款項已無法律上之原因，屬不當得利，應返還於甲（102台上2140號裁定）。

(三)承攬契約約定之保留款，乃指對已生之報酬暫依一定比例保留，為便於工作結束或保固期限屆滿時結算，如有承攬人應負之損害賠償責任或其他費用（如瑕疵修補費用），則由定作人依約逕以保留款扣抵損害額或其他費用後再予發給，該保留款債權固屬附有解除條件之債權，惟必有承攬人應負之損害賠償責任或其他費用，定作人始得逕由保留款中扣除（101台上661號）。

第二款 偶成條件、混合條件、隨意條件

偶成條件，指其條件取決於偶然的事實，而與當事人意思無關者。如「明天下雨則會議取消」、「股市指數上萬點，即贈與汽車一部」。

混合條件，指條件成就與否，取決於當事人及第三人的意思。如「你與兄弟合夥開設工廠，則贈與土地一筆。」

隨意條件，指依當事人一方的意思，決定其成就與否之條件。又分為：

一、純粹隨意條件

即純由當事人一方決定條件成就與否之情形，如「贈你此車，我需要時得隨時取回。」

二、非純粹隨意條件

除當事人意思外，條件成否尚須某種事實發生者。如「你若考上高考，贈與匾額一個。」

法律行為附非純粹隨意條件，應屬有效。附純粹隨意條件，其條件繫於債權人一方意思者，不論其為停止條件（你若喜歡，這件衣服賣你），或解除條件（賣你這件衣服，不喜歡時，七天內可退還），均屬有效。

附純粹隨意條件，其條件繫於債務人一方意思者，若為解除條件（贈與你衣服，我需要時，得隨時取回），其法律行為有效；如為停止條件（我願意時，贈與你衣服），則為無效。

附純粹隨意條件，其條件繫於債權人或債務人一方意思者，如約定「兩造間任何一方不願履行時，則該協議即失其效力。」其性質屬解除條件，法律行為有效（90台上56號）。如約定「雙方均同意時，買賣契約始有效。」其性質屬停止條件，法律行為無效。

第三款 真正條件與不真正條件

真正條件，指以客觀上不確定的事實為內容的條件。非真正條件，指徒具條件的外觀，而無條件實質的約款。分述如下：

一、法定條件

法定條件，指以法律規定的法律行為效力發生要件，作為條件。附法定條件者，由於該法定條件原本即為法律所規定，無適用民法關於條件規定之必要。

如依公司法第29條規定，經理人的報酬，以經董事會普通決議通過為其法定生效要件，此項法定條件並非民法第99條規定的附停止條件之法律行為，而無民法第101條規定之適用或類推適用（100台上1624號）。

又如甲與乙約定，買受人乙應於103年6月13日給付貨款，出賣人甲於6月10日發函催告乙：「請依約付款，如於一週內未付款，將解除本契約。」債權人甲係於履行期屆至前進行催告，此項催告是否有效？

最高法院謂：「按債務人之不履行為催告發生效力之要件，而非成立要件，債權人於履行期屆至之前，非不得為有效之催告，惟民法第二百五十四條之相當期限，不自催告之時起算，而應自履行期屆至時起算，此種催告效力之發生，以履行期之屆至為停止條件，故履行期屆至前，債權人若以債務人於履行期不履行，而再經過所訂之相當期限仍未履行，則為解除契約之意思表示者，此項意思表示即為附有法定條件（以解除權之發生為條件）之解約意思表示，同時含有附法定條件（以履行期之屆至為催告效力發生條件）之催告性質（最高法院七十年度台上字第三五〇號判決參照）（90台上1964號）。」

本案甲於6月10日為催告，為催告的成立。但此項催告，必須於6月13日履行期屆至（停止條件），始發生催告效力。又其所定一週內付款，應自履行期的6月13日起算7日，為6月20日，解除權始發生。在解除權發生後（即6月20日之後），乙仍未付款，甲始得依法解除契約。

二、既成條件

最高法院謂：「法律行為成立時，其成就與否業已確定之條件即所謂既成條件，亦即法律行為所附條件，係屬過去既定之事實者，雖其有條件之外形，但並無其實質之條件存在，故縱令當事人於法律行為時，不知其成否已經確定，亦非民法第九十九條所謂條件。我民法關於既成

條件雖未設明文規定，然依據法理，條件之成就於法律行為成立時已確定者，該條件若係停止條件，應認法律行為為無條件；該條件若係解除條件，應認法律行為為無效（68台上2861號判例、103台上516號）。」

日本民法第131條規定：「條件於法律行為當時，已經成就者，其條件為停止條件時，其法律行為視為無條件，為解除條件時，無效。條件之不成就，在法律行為當時已確定者，其條件為停止條件時，其法律行為無效，為解除條件時，視為無條件。」可資參照。我國實例如下：

（一）附既成的停止條件

甲向乙借貸，其後甲無法清償債務，雙方乃協議約定，甲應將其所有的A房地出售予丙，以價金清償借貸，若丙不願意購買時，甲應將A房地移轉登記予乙指定之人，以抵償債務。經查，在甲與乙協議時，丙已經表示不願購買A房地。此項條件，為既成條件，雙方之協議為無條件，甲即負有移轉房地之義務（103台上516號）。

（二）附既成的解除條件

出賣人與買受人約定，買賣之房屋經檢測確認為海砂屋者，雙方同意無條件解除契約，屬附解除條件之契約，而系爭房屋經鑑定結果係為海砂屋。因系爭房屋是否為海砂屋，乃兩造訂立買賣契約前已既定之事實，檢測鑑定不過係其確認方法，是縱兩造於訂約時，主觀的不知系爭房屋係海砂屋，而仍以之為解除條件，仍應認其買賣為無效（99台上1532號）。

另如某政府機關開放其員工申購住宅，規定申購人本人或其配偶須未曾受政府補助購置住宅者，始得承購。某員工填寫不實資料，提出申購。由於申請書載明「填寫資料如有不實，喪失參加輔建住宅之權利」，此為解除條件之約定，且申購人本人及其配偶均曾受政府補助購置住宅，為既成條件，則申購契約無效（96台上401號）。

三、不能條件

不能條件，指以客觀上不能實現的事實為內容的條件。所附停止條件為不能條件者（如太陽西出，贈與房地），其法律行為無效。所附解

除條件為不能條件者（如贈與房地，太陽西出，應予返還），視為無條件。

如甲與乙約定：「甲之土地須與乙之其他七筆土地合併分割，始得分割。」經查，乙之其他七筆土地，若干土地未與甲之土地毗鄰相連，無法合併分割。此項停止條件係屬自始不能成就，其法律行為無法律上效力（85台上1202號）。

四、不法條件

不法條件，指以違法或有背於公序良俗的事實為內容的條件。日本民法第132條規定：「附不法條件之法律行為，無效。以不為不法行為為條件者，亦同。」我國民法雖未作規定，但在學理上應作同一解釋。亦即，法律行為附不法條件者，因條件與法律行為構成不可分的一體，原則上使全部法律行為無效⁴。

在實務上，甲出售A屋於乙，並為移轉登記及交付，依買賣契約約定，甲於往地下室階梯搭建採光罩，但因係違建而遭建管單位拆除。雙方乃再行協議，價金尾款於採光罩搭建完成後給付。嗣後甲未搭建採光罩，但請求乙給付尾款，乙拒絕之。由於本案採光罩係屬違章建築，無法完成，乃以不法條件為條件，雙方關於尾款給付之協議，應為無效，乙仍應依買賣契約給付價金，但甲應負債務不履行之損害賠償責任（91台上274號）。

最高法院65年台上字第2436號判例謂：「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。」

按本案當事人約定一旦終止同居關係，女方應返還該地，雙方的贈與契約附有解除條件，且該解除條件違反公序良俗，係屬不法條件，應認為贈與契約無效。女方受領該地，屬不當得利，但因係不法原因而為

⁴ 黃立，民總，第353頁；王澤鑑，以同居為條件之贈與及不法原因給付，收錄於民法學說與判例研究，第三冊，第128頁（1983年）。

給付，男方不得請求返還（第180條第4款）。

第二項 不許附條件的法律行為

法律行為，無論債權行為或物權行為，基於私法自治原則及契約自由原則，原則上均得附條件。例外時，基於法律安定性及公共利益，不許附條件，情形如下：

第一款 公益上不許附條件

為維護公序良俗，在身分上行為，不許附條件。如結婚、離婚或收養等，不得附條件。

不許附條件的法律行為而附以條件者，因違反公序良俗，除有特別情形外，應認為當事人以該附款與其所附加的法律行為為不可分，無主從關係，全部法律行為無效⁵，而非僅附款無效，而法律行為仍然有效。舉例如下：

一、甲夫與乙妻協議離婚，約定甲應給付乙每個月2萬元。此為離婚成立後之義務約定，非使離婚成立與否繫於是否給付金錢，該離婚契約有效。

二、甲夫與乙妻協議離婚，約定甲須給付100萬元，離婚始生效力者，係以給付金錢為離婚生效之要件，違反公序良俗，整個離婚契約無效。

三、甲夫毆打乙妻，乙妻提起傷害告訴後，雙方協議離婚，約定以乙妻撤回傷害告訴，作為同意離婚的條件。此項離婚之生效，繫於乙是否撤回傷害告訴，該離婚契約應認為無效。

第二款 私益上不許附條件

在單獨行為，貴在明確迅速，如附條件，有害於相對人之利益，故

⁵ 同說，洪遜欣，民總，第420頁；施啟揚，民總，第261頁。不同見解，王澤鑑，民總，第474頁。

不許附條件。如抵銷權（第335條）、撤銷權、解除權或終止權的行使，均不得附條件。

私益上不許附條件而附條件者，如出租人通知承租人：「兒子娶媳婦時，租賃契約即終止。」此項終止契約之表示，無效。但有三項例外，附條件的行使形成權為有效：

一、相對人同意附條件時。

二、條件成就與否，單純取決於相對人之意思時，如「承租人積欠租金達2個月時，契約終止。」

三、單純對相對人予以法律上利益者，如「若買到廉價房地，則免除對債務人的債務。」

第三項 附條件的效力

第一款 條件的成就及其效力

一、條件成就

條件的成就，指條件內容的具體實現。如甲對乙表示：「結婚時，贈與喜幛」，乙果真結婚。

民法第101條第1項規定：「因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就。」是為條件的擬制成就。該不正當行為不以作為為限，不作為亦包括在內，惟均須具有阻卻條件成就之故意，始足當之，若僅與有過失，尚不在此規定適用之列（101台上449號、95台上906號）。是以，本條適用之情形如下：

（一）須有阻止條件成就之故意

甲夫與乙妻協議離婚，甲偽造證人簽名，致離婚協議書因未符合二人以上證人簽名之形式要件，而無效時，甲雖有故意行使偽造私文書行為，但卻誤認離婚已生效力而另與他人結婚者，未必可認甲主觀上有阻該離婚條件成就之意欲，因此不得適用本條規定，視為離婚已生效力（95台上906號）。易言之，甲與乙之離婚仍因不合法律規定而無效。

(二)以不作為阻止條件成就

最高法院謂：「倘依契約或通常情形，須當事人一方之協力行爲，始能使其條件成就者，爲圖免因條件成就而受不利益，任意不爲該行爲，即係以不正當消極行爲阻止其條件之成就，自應視爲條件業已成就。」在甲工程公司爲承包工程，委託乙財務顧問公司籌措約新臺幣80億元之融資貸款。乙公司覓得丙銀行願意辦理融資後，須甲公司協力辦理融資貸款，但甲公司卻與丁銀行訂立內容相同的融資契約。本案甲公司不與丙銀行洽商聯貸事宜，阻止條件成就，應視爲條件已成就，乙公司得請求甲公司給付報酬（91台上1212號）。

此外，最高法院87年台上字第89號判決謂：「不動產買賣契約縱附有賣方應於辦理繼承登記完畢，買方始支付價金及請求產權移轉登記之約定，亦屬附有以辦畢繼承登記爲發生效力之停止條件問題，如賣方拒不辦理繼承登記，以不正當之消極行爲阻其條件成就，依民法第一百零一條第一項規定，應視爲條件業已成就，買方非不得行使其請求權。」

(三)違反誠信原則阻止條件成就

最高法院謂：「所謂擬制條件成就之規定，其規範目的在使以故意違反誠信原則之方法，妨害條件成就之一方當事人受有擬制條件成就之不利益，故稱以不正當行爲阻其條件之成就者，並不以積極行爲爲限，即故意以違反誠信原則之消極不作為，阻止條件成就者，同有此擬制之適用。」是以，機器出賣人致函表明協助買受人安排試車，買受人卻片面主張解除契約，明示拒絕出賣人協助試車之要求，致出賣人無從協助以完成試車，進而無法依約請領尾款，要屬故意以違反誠信原則之方法，妨害出賣人請款之條件成就，應擬制該條件成就，買受人應給付貨款之尾款（88台上833號）。

二、條件成就的效力

民法第99條規定：「附停止條件的法律行爲，於條件成就時發生效力。附解除條件的法律行爲，於條件成就時失其效力。」應說明者如下：

(一)當事人能力的準據時點

當事人的權利能力、行為能力、法定代理人的同意或當事人的善意等，係以法律行為作成時為準據時點，而非以條件成就時為判斷時點。如甲同意於乙成年時贈與A屋，嗣後乙受監護宣告，在乙成年時，雖因監護宣告而無行為能力，甲仍有給付A屋之義務。

(二)條件成就不溯及既往

條件之成就，原則上無溯及效力，自條件成就時，法律行為的效力發生或消滅。但依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就時發生者，依其特約（第99條第3項）。

當事人特約條件具有溯及效力時，對第三人是否亦得發生效力（物權效力）？如甲與乙於103年6月15日約定：「乙結婚時，贈與A屋。此項條件成就，溯及於訂約日生效。」甲於7月間將A屋出售予丙，並為移轉登記。嗣後乙於8月結婚，條件成就。

關於當事人約定條件具有溯及效力，採取「債權效力說」者，認為甲與乙的約定，不得對抗丙，丙仍取得A屋所有權。採取「物權效力說」者，認為雙方約定得以對抗第三人，則甲處分於丙之行為成為無權處分，效力未定（第118條），但丙為善意時，得依善意取得之規定，取得A屋所有權（第759條之1）。通說採取物權效力說⁶，在於避免丙為惡意時，仍可取得A屋所有權，違反惡意不受保護之原則。

(三)附解除條件之契約、契約之解除

如甲出售A車給乙，並交付之，約定「A車一個月內有瑕疵，契約即為解除。」此為附解除條件之買賣契約，於條件成就時，買賣契約當然失其效力，無待當事人為任何意思表示。此時，雙方依不當得利之規定，請求返還A車及價金（第179條）。

反之，如雙方無解除條件之約定，則於汽車瑕疵發生時，乙依民法第359條行使契約解除權，應向甲以意思表示為之（第258條）。契約解

⁶ 王澤鑑，民總，第477頁；洪遜欣，民總，第428頁；邱聰智，民總（下），第155頁。採債權效力說者，黃立，民總，第363頁。

除後，雙方依回復原狀之規定，請求回復其給付物（第259條），而非依不當得利之規定請求返還所受利益（第179條）。

此外，關於契約解除之表示方式，「契約當事人之一方因他方遲延給付而定期催告其履行，同時表明如於期限內不履行，契約即解除者，係附有停止條件解除契約之意思表示，如他方當事人未依限履行，則條件成就，即發生解除契約之效力，無須另為解除契約之意思表示（102台簡上14號裁定）。」

第二款 條件的不成就及其效力

一、條件不成就

條件的不成就，指條件的內容確定不實現。如約定「成年時，贈送跑車。」但受贈人於成年前死亡，為條件不成就，贈與人無須給付跑車。

民法第101條第2項規定：「因條件成就而受利益之當事人，如以不正當行為促其條件之成就者，視為條件不成就。」是為條件的擬制的不成就。如約定「第三人丙願意出售A屋於甲時，甲即同意出售B屋於乙。」其後，乙詐欺丙出售A屋於甲，使甲出售B屋的條件成就，此即以不正當行為促其條件成就，視為條件不成就，乙與甲的買賣契約不生效力。

二、條件不成就的效力

條件確定不成就時，如為附停止條件的法律行為，則法律行為確定不生效力。如為附解除條件，則法律行為確定維持其效力，法律行為不再附有條件。

第四項 期待權的保護

第一款 期待權的發生

法律行為附條件者，法律行為雖已成立，尚未生效，於條件成就前，處於不確定的狀態。在此期間，當事人得因條件成就，而可取得一

定的利益。如附停止條件的贈與，受贈人可能獲得贈與物。附解除條件的贈與，贈與人可能回復其權利。此種法律地位及可能性，稱為期待權。為保護此期待權，民法第100條規定：「附條件之法律行為當事人，於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，負賠償損害之責任。⁷」

關於期待權侵害的損害賠償責任，最高法院69年台上字第3986號判例謂：「此種期待權之侵害，其賠償責任亦須俟條件成就時，方始發生。蓋附條件之法律行為，原須俟條件成就時始得主張其法律上之效果，在條件成否未定之前，無從預為確定以後因條件成就時之利益，如其條件以後確定不成就，即根本無所謂因條件成就之利益。」

按期待權侵害之損害賠償，在於保護條件未成就前之期待利益。若依本件最高法院見解，須至條件成就後，始能發生損害賠償責任，則民法第100條將無適用餘地。蓋屆時受害人得以確定取得之權利（如所有權），主張侵權行為之損害賠償矣⁸。

第二款 債權行為附條件

如甲與乙約定：「若你結婚時，贈與A跑車。」（附停止條件）若甲因故意或過失而毀損該跑車，乙於結婚後，得依民法第100條向甲請求損害賠償。如甲父與乙子約定：「贈與B車，但辭職不工作時，須返還。」（附解除條件）若乙因故意或過失而毀損B車，係屬侵害自己的所有權，但嗣後乙辭職不工作時，甲得依民法第100條向乙請求損害賠償。

在上述附停止條件之贈與案例，若甲將A車出售於丙，並交付之。甲係有權處分，丙取得A車所有權。在條件成就時，乙基於贈與契約取得債權，而非A車所有權。此時，乙僅得向甲依民法第100條請求損害賠償，不得向丙請求返還A車（第767條），或依侵權行為的規定請求

⁷ 關於期待權的一般理論及保留所有權制度，參見申衛星，期待權基本理論研究，中國人民大學出版社，2015年。

⁸ 類似見解，參見林誠二，民總（下），第167頁。贊成實務見解者，參見邱聰智，民總（下），第157-158頁。

損害賠償（第184條第1項前段）。

第三款 物權行為附條件

一、附條件買賣

物權行為附條件，主要為附條件買賣（動產擔保交易法第26條）。如甲出售電腦一部予乙，價金分10期給付，甲雖將該電腦交付予乙，但約定在乙付清全部價款前，甲仍保有該電腦的所有權。

在附條件買賣，關於買賣契約，雙方並未附有任何條件，但關於動產所有權的移轉，則附有「乙給付價金完畢」的停止條件，因此實際上為「保留所有權約款」。在乙給付價金完畢時，條件成就，乙始取得該電腦所有權。在乙取得電腦所有權之前，僅取得條件成就前的期待權。

二、期待權的侵害

承上例，若於條件成就前，第三人丙毀損電腦，係侵害甲的所有權，甲得依民法第184條第1項前段規定請求損害賠償。至於乙的期待權因此受侵害，該期待權亦屬民法第184條第1項前段規定的權利，因此乙亦得向丙請求侵權行為的損害賠償。甲與乙對丙均有侵權行為損害賠償請求權，此時甲與乙間成立不可分債權，各債權人僅得請求債務人向債權人全體為給付，債務人亦僅得向債權人全體為給付（第293條）⁹。

三、出賣人處分標的物

設出賣人甲於維修時，不慎毀損該電腦，乙得依民法第100條規定，請求損害賠償。設甲於交付電腦於乙之前，又出售該電腦於丙，並交付之。在價金付清，條件成就前，甲仍為電腦所有人，其處分屬於有權處分，丙得取得電腦所有權。但動產擔保交易法第5條第1項規定：「動產擔保交易，應以書面訂立契約，非經登記，不得對抗善意第三

⁹

王澤鑑，民總，第481頁。若依最高法院69年台上字第3986號判例見解，須俟條件成就時，始發生期待權侵害之損害賠償責任，則本案乙之請求權必須於條件成就時（即全部價金給付完畢時），始得行使。在條件成就前，僅甲得行使損害賠償請求權。在條件成就後，甲喪失所有權，僅乙得行使損害賠償請求權。

人。」依據本條規定，分述其情形如下：

(一)甲與乙未訂立書面契約時：此時必然無法辦理登記，不得對抗任何第三人。甲之處分為有權處分，乙不得對丙主張甲之處分為無效。

(二)甲與乙訂立書面，但未經登記時：仍不得對抗善意第三人，但得對抗惡意第三人。此時，若丙為善意，甲之處分有效。但若丙為惡意，乙得對丙主張甲之處分無效，而依民法第767條請求返還該電腦。

(三)甲與乙訂立書面，且經登記時：得以對抗善意第三人。此時，即使丙為善意，乙仍得主張甲之處分行為無效，而請求返還該電腦。

四、買受人處分標的物

設本案乙於條件成就前，將該電腦出售予丁，並交付之，因乙尚未取得所有權，屬於無權處分。若甲與乙間未訂立書面契約，或雖訂立書面契約，但未經登記時，均不得對抗善意第三人，在丁為善意時，得依善意取得之規定，取得電腦所有權。若甲與乙訂立書面契約，且經登記時，縱使丁為善意，甲仍得主張取回標的物（動產擔保交易法第28條第1項）。

第三節 期 限

第一項 期限的意義

期限係當事人以將來確定到來的事實，作為限制法律行為效力發生或消滅的附款。期限與條件之不同在於，條件係以將來不確定事實作為附款，已如前述。

第二項 期限的種類

第一款 確定期限與不確定期限

到來的時期確定者，為確定期限。如「103年6月19日租賃契約開始。」到來的期限不確定者，為不確定期限。如「租賃期限至房屋不堪

使用時為止。」

第二款 始期與終期

附始期的法律行為，於期限屆至時，發生效力（第102條第1項）。如約定：「自103年6月19日起租。」附終期的法律行為，於期限屆至時，失其效力（第102條第2項）。如約定：「出借汽車至下個月底止。」

期限屆至後，法律行為自期限屆至後向將來發生效力，並無溯及效力，且與條件不同，當事人不得以特約使期限發生溯及效力。

附終期的法律行為，於期限屆至時，失其效力。因此，在租賃契約期滿後，租賃契約即為消滅，無須再為終止契約之表示，亦無就該已消滅之租賃關係行使解除權之餘地（100台上1號）。

最高法院謂：「按債權之讓與，固於讓與人與受讓人間之意思合致，即發生債權移轉之效力；並於讓與人或受讓人依民法第二百九十七條第一項之規定，通知債務人時，對於債務人發生效力。惟仍以讓與人為讓與時，對債務人已有債權之存在為必要。若所讓與之債權為定有期限或附有停止條件者，更需於該期限屆至或條件成就時，始生債權移轉之效力（95台上1069號）。」如定作人給付工程款，係以承攬人已按期完成施工（條件）及送交估驗單，並經定作人通過驗收者（不確定期限）為限，則在該條件成就或期限屆至前，承攬人將該工程款債權讓與第三人者，該債權讓與須於承攬人完成施工並通過驗收時，始生效力。

第三項 不許附期限的行為

與條件相同，法律行為原則上得附期限，但基於公益或私益的理由，不許附條件者，亦不得附期限。

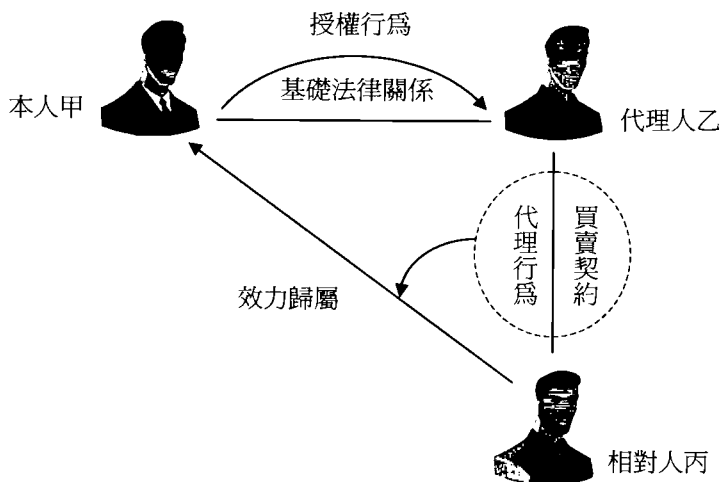
第四項 附條件規定的準用與類推適用

民法第100條關於附條件期待權的保護規定，於附期限的法律行為準用之（第102條第3項）。如約定：「租約自103年8月1日起租。」出租人卻毀損其屋或將該屋另行出租，承租人除得依債務不履行的規定，請求損害賠償外，並得依本條規定，請求期待權受侵害的損害賠償。

CHAPTER 8 法律行為的代理

第一節 代理的意義與功能

代理，指代理人於代理權限內，以本人（被代理人）名義，代理本人為意思表示，或代理本人受意思表示，而其意思表示直接對本人發生效力的行為（第103條）。如甲授權乙向丙購買A屋，訂立買賣契約。甲為本人，乙為代理人，丙為相對人。該買賣契約雖由乙與丙訂立，但法律效果直接歸屬於甲，甲為買受人，丙為出賣人，契約關係發生於甲與丙之間，乙則非買賣契約之當事人。



代理制度，在意定代理，係在於擴張當事人的私法自治範圍，使當事人得以藉由代理人的行為，而擴大其交易活動。在法定代理，則為補充私法自治，使未成年人或受監護宣告人，得以參與社會活動。

代理法律關係，可分為三個面向說明：

第一項 本人與代理人之間

本人與代理人間具有基礎法律關係，如委任、僱傭等契約關係。除此而外，本人必須與代理人之間具有授權關係，在意定代理，係由本人授與代理權予代理人（第167條）；在法定代理，則依法律規定而成立，如父母為未成年人的法定代理人（第1086條）、監護人為受監護人之法定代理人（第1098條）。

第二項 代理人與相對人之間

代理人代理本人與相對人作成法律行為，如訂立買賣契約、辦理所有權移轉登記等。此等法律行為雖由代理人作成，但代理人非法律行為的當事人，因此不負法律行為的責任。如本人不履行契約時，代理人不負代為履行的責任或不履行的損害賠償責任。是以，限制行為能力人，無須經法定代理人的允許，亦得為有效的代理人（第104條），蓋其無須承擔任何法律行為責任，因此無特別保護的必要。

代理人代理本人「所為之意思表示」，學說上稱為「積極代理」（第103條第1項），如代理為出售土地的要約。於相對人應向本人為意思表示，而向其代理人為之者，稱為「消極代理」（第103條第2項），如代為受領債務清償。

第三項 本人與相對人之間

主要為法律行為的效力歸屬問題。代理行為雖為代理人所作成，但代理人並非法律行為的當事人，法律行為的效力直接歸屬於本人（第103條），而由本人與相對人成為法律行為當事人，本人應負契約的履行責任或債務不履行責任，亦只有本人得請求相對人履行契約及請求債

務不履行的損害賠償。

第二節 代理的要件

民法第103條第1項規定：「代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力。」因此，在合法的有權代理，必須代理人有代理權，並須以本人名義為之，而從事法律行為。

第一項 代理行為

代理制度既然在於擴張或補充私法自治，屬於法律行為法的範疇，因此代理行為乃適用於所有法律行為，無論其為債權行為或物權行為，均得為代理行為。如代為訂立買賣契約、代為土地所有權移轉登記行為等。雙方行為固得代理，單獨行為亦得代理。如票據行為（如票據上之簽名）、形成權的行使行為（如行使撤銷權）等。此等財產上的法律行為，固得代理，但身分上行為，如結婚、離婚，應絕對尊重當事人之意思，不得代理。

準法律行為，類推適用法律行為之規定，亦得代理。如甲對乙有100萬元貨款債權，乙久不清償貨款，甲的秘書丙，代理甲向乙的會計人員丁，請求清償借款時，丁代理乙為「承認」債務的表示，丙則代理甲「接受承認」之通知。

在本案，代理人丁所為承諾的表示，係屬債務人向請求權人表示認識其請求權存在之觀念通知，準用意思表示的規定；又丙代理本人甲接受承認之表示，亦屬觀念表示，二者均為準法律行為，亦在代理人得代理的範疇，均直接對本人生效¹。據此，甲對乙之貨款請求權，其消滅

¹ 88年台上字第1299號判決：「法律行為之代理實為意思表示之代理，而觀念通知（或稱觀念表示）之準法律行為，亦在代理人得代理之範疇，是由本人之代理人向債權人為承認之行為，或本人之代理人有債務人接受承認之通知，均直接對本人生效。」

時效因乙的承認而中斷，重行起算（第129、137條）。

至於事實行為及侵權行為，則非屬法律行為，與私法自治無關，不適用代理之規定，不得為代理行為。最高法院80年台上字第2340號判決謂：「侵權行為為違法行為，不發生意思表示發生效力之問題，無適用代理規定之餘地。故代理人所為侵權行為之法律上效果，非得依代理之法則解為對於本人發生效力。」

第二項 以本人名義

第一款 顯名主義與隱名主義

代理人代理本人，必須以本人（被代理人）的名義為之，法律效力始直接歸屬於本人。代理人雖有代理權，但以自己名義與他人為法律行為，則該法律行為發生之效果，應由代理人自行承擔（74台上605號）。

代理人以本人名義為之，若直接公開表示本人名義時，稱為「顯名主義」。以本人名義為代理行為的方式，先閱讀以下二例：

一、張大山代理張大海，就張大海的A地，出售予李小明，李小明則授權李小華代理簽約，於是張大山與李小華二位代理人簽訂買賣契約書如下：

土地買賣契約書 茲出賣人張大海（甲方）與買受人李小明（乙方）就土地買賣合意簽訂契約條款如下： 立約人： 甲方：張大海（張大山代理簽名） 乙方：李小華（簽名）
--

在本契約書中，張大山代理張大海簽名，張大海本人並未親自簽名，且張大山亦未於契約書上表明自己為代理人，是否為有效的代理形

式？又李小華僅簽署自己姓名，未於契約書上表示代理之旨，效力是否及於李小明？

二、大全公司的董事長林三郎與黃金公司的董事長王四郎簽訂貨物買賣契約，並由大河公司負責運送，其總經理為李五郎，三方簽訂契約書如下：

貨物買賣暨運送契約書

茲大全公司（甲方）與黃金公司（乙方）就貨物買賣訂立契約，並由大河公司（丙方）負責運送，簽訂契約條款如下：

.....

立約人：

甲方：大全公司（未蓋印章）

代表人：林三郎（蓋印）

乙方：（未表明公司名稱）

代表人：王四郎（蓋印）

丙方：大河公司（蓋印）

代表人：（未簽名）

一、顯名主義的表示方式

關於顯名主義的表示方式，在代理人僅表明本人之姓名，或蓋其印章而為之法律行為，縱使有權代理人未以代理人名義蓋章，不表明自己之姓名，仍為代理之有效形式²。此即代理簽名，為有效的代理形式。是以，上開土地買賣契約書，張大山代理張大海簽名，效力直接及於張大海。

又「經理人有為商號管理事務及為其簽名之權利，而簽名得以蓋章代之，故經理人自書商號名稱並自刻商號印章使用者，當然屬於有效之行為（85台上407號）。」此為經理人之代理簽名，從而大河公司由總經理李五郎蓋印於契約書，屬於有效的代理形式。

² 最高法院57年台上字第3273號、53年台上字第3666號、79年台上字第2356號判決。

此外，「有權代表公司之人與第三人訂立契約時，只須表明代表公司之意旨而為，即生效力，並不以加蓋公司之印章為必要（87台上801號）。」是以，林三郎代理大全公司簽約，雖未蓋公司印章，仍為顯名主義的有效代理形式。

二、隱名主義的表示方式

代理的有效形式，除顯名代理外，亦得為隱名代理。所謂隱名代理，指代理人為代理行為時，雖未載明本人（被代理人）之名義，僅以代理人自己名義為之，如其情形可推知其有代理本人之意思，而為相對人明知或可得而知者，亦生對本人發生代理之效果而言（101台上1774號）³。

隱名代理的要件如下：(一)代理人有代理權；(二)代理人有代理本人之意思；(三)相對人明知或可得而知代理之意思。實務案例如下：

(一)甲表明是「被繼承人乙之全體繼承人的全權代理人」，與丙簽訂土地買賣契約，但未表明乙的繼承人為何人。甲雖未明示其代理之繼承人為何人，惟如相對人按其情形，應可推知係以本人名義為之者，即難謂不發生代理之效果（84台上2115號）。

(二)甲為未成年人，由其法定代理人乙參加協調會，與丙成立和解契約，乙自己簽名於協調會紀錄，並未表明代理人之旨，其協議仍對甲生效（70台上1992號）。

在上開土地買賣契約之例，李小華代理李小明簽訂買賣契約，並未以本人名義為之，且未於契約書上表明為代理人，但李小華有代理本人的意思，且為相對人所明知，因此構成隱名代理，仍為代理的有效形式。

此外，在上開貨物買賣契約之例，王四郎代表黃金公司訂立契約，僅自行簽名，雖未於契約書上表明公司名稱，但有代理公司之意思，且為相對人所明知，仍可構成隱名代理，對黃金公司生效。

³ 林更盛，隱名代理，台灣法學雜誌，第41期，第42-47頁（2002年12月）；林誠二，論法律行為之隱名代理與代行，台灣法學雜誌，第111期，第125-131頁（2008年9月）。

應補充者為，實務上承認隱名代表之行爲。在最高法院106年台上字第2331號判決：仲○公司與台○公司簽訂共同投標協議書，記載「共同投標協議書廠商共同參加招標，並具結保證於得標後連帶負全部履行契約責任……代表廠商為仲○公司」、「仲○公司佔比率30%。台○公司佔比率70%」。其後仲○公司參與國防部標案之投標，以仲○公司名義得標，並由仲○公司與國防部簽訂「廢彈處理中心委託民間經營契約」。本案之法律問題為：台○公司是否為該經營契約之當事人？

對此，最高法院認為：「代表人代表本人所為之法律行為或事實行為，在法律上視為本人之行爲，與本人親自實施之情形完全相同。且代表人雖未以本人之名義為法律行為，而實際上有代表之意思，並為相對人所明知或可得而知者，亦得發生代表（隱名代表）的效果。」系爭二家公司合意由仲○公司為代表廠商，則仲○公司出名代表投標，於得標後代表與國防部簽訂契約之行爲，即係仲○公司與台○公司共同所為，台○公司自具有共同承攬人之地位，而成為締結系爭契約之當事人，不因其未出名簽訂契約而受影響。

第二款 本人不明的代理與冒名行為

一、本人不明的代理

代理人僅表明「為某人代理」，但未特定某人為何人時，是否為有效的代理？在本人可得推知為何人時，固可成為有效的代理。如商店店員出售商品，無論相對人是否知悉本人為何人，亦得成立有效代理行為。

在無法推知本人為何人時，如甲向乙表示：「友人為古董收藏家，欲購買你的古瓷瓶，但友人欲隱其名。」甲與乙訂立買賣契約，效力是否及於該「友人」？在事後，若該友人履行契約義務時，固無問題。若該友人未履行契約，且甲拒絕揭露友人為何人時，德國法以甲視為無權代理人處理，乙得請求甲履行契約義務或損害賠償（德國民法第179條

第1項)⁴。

DCFR第2編第6：108條規定：「代理人所代理之本人身分預期於事後揭露，而於相對人定合理期限催告揭露而未揭露時，代理人應視為以自己之責任而為行為。」此項立法，係基於代理人應承擔拒絕揭露本人身分的危險，且代理人通常將所獲得之物，移轉於本人，而本人則將給與代理人對價補償之故⁵。此時，代理人所負之責任為契約履行責任或債務不履行責任，我國應為相同之解釋。

二、冒名行為

假冒他人之名而為法律行為，並非以他人之代理人名義為之，而係僭稱自己即為該他人，與代理行為並非相同。如(→)甲自稱為乙，而與丙訂立契約。在乙為何人，並非重要時，實際上甲乃與丙成立契約關係。

在相對人對被冒名之人有一定聯想者，如(→)甲冒某收藏家乙之名，向丙畫廊訂購某畫，丙因慕乙之名而同意出售該畫。此時，有認為丙與甲間原則上應類推適用無權代理的規定，甲與丙間的買賣契約效力未定，由丙決定是否與甲訂立契約⁶。

實則，在第二則案例，丙誤甲為乙，屬當事人同一性錯誤，丙得以意思表示內容錯誤，撤銷之（第88條）。再者，上述二則案例，實際上無論乙之姓名，是否具有區別性意義，並無區別之必要，均非代理行為，應無適用無權代理規定之必要⁷。蓋無權代理，除欠缺代理權外，仍須「以他人之代理人（本人）名義」為法律行為。冒名者，並非以他人之代理人名義，而係僭稱自己即為該他人，冒名者應自負其責，與無

⁴ BGH 20 March 1995, NJW 1995, 1739, 1742.

⁵ Christian von Bar and Eric Clive (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, vol. I, at 435 (Oxford University Press, 2010).

⁶ 王澤鑑，民總，第500頁；陳自強，契約成立，第296頁。

⁷ 類似見解，參見孫森焱：「未表明代理意旨而冒用他人名義者，如表意人初無欲為其意思表示所拘束之意思，為虛偽意思表示，應適用民法第86條規定，表意人若有受其意思表示所拘束之意思者，仍應自負其責（姓名僅屬表意人之表徵，雖冒用他人名義，表意人所為之意思表示，對於表意人本人仍有效力）。惟契約相對人得因當事人之資格錯誤，撤銷其契約，非屬無權代理。」〔氏著，民法債編總論，上冊，第105頁（2012年）〕

權代理並不相同。

因此，在實務上，張甲以陳乙名義向丙公司購買汽車，且向丁銀行訂立汽車貸款契約時，係以自己為法律行為之主體，並無以法律行為所生之效果及於陳乙之意思，顯非無權代理。丙公司所在意者，為車輛售出後所取得之買賣價金，至於交易相對人即買受人之真實姓名為何，並非其所在意之事，其法律效果係在出賣人丙公司與支付價金之買受人張甲間發生效力，而借貸契約亦發生於張甲與丁銀行之間（臺灣高院94上易868號）。

第三款 直接代理與間接代理

一、間接代理的法律關係

直接代理，指代理人以本人名義與相對人為法律行為，其效力直接歸屬於本人（第103條）。反之，間接代理，指代理人雖有代理權，但以代理人自己名義，與相對人為法律行為者，代理人與相對人雙方發生法律關係，由代理人自行負擔責任，相對人與本人之間，則無任何法律關係。至於代理人與本人間的法律關係，則依雙方的契約關係定之。準此，間接代理，實際上並非代理，僅為代理的類似制度。

間接代理，經常發生於委任契約之情形。最高法院85年台上字第111號判決謂：「受任人以自己之名義，為委任人取得之權利，應移轉於委任人，為民法第五百四十一條第二項所明定。是受任人本於委任人所授與之代理權，以委任人名義與他人為法律行為時，固直接對委任人發生效力；若受任人以自己名義與他人為法律行為，因而為委任人取得之權利，則須經受任人依前開規定，將其移轉於委任人，委任人始得逕向該他人請求履行。前者，因法律行為發生之權利義務，於委任人及該他人之間直接發生效力；後者，則該他人得以對抗受任人之事由，對抗委任人，二者尚有不同。」

例如，甲與乙訂立委任契約，甲授權乙購買A車。若乙以甲之名義，與丙訂立買賣契約，甲與丙成為契約當事人，乙代理甲受領A車時，所有權屬於甲，此為直接代理（86台抗634號裁定）。

反之，若乙以自己名義，向丙購買該車，則為間接代理。此時，發生二個獨立的法律關係：(一)甲與乙的委任契約；(二)乙與丙的買賣契約。買賣契約當事人為買受人乙及出賣人丙，對於委任人甲不生效力，僅乙得請求丙交付A車，丙亦僅得向乙請求給付價金。乙於取得A車所有權後，甲得本於委任契約，向乙請求交付A車（第541條第2項）⁸。

此外，委任人甲亦得依民法第541條第2項規定，請求乙將該買賣契約所生之權利義務，移轉於自己後，再由自己向丙請求履行買賣契約之義務（88台上2260號）。依此方式，甲得請求丙交付A車，以縮短當事人間之給付過程。

再者，在我國，間接代理的委任人與相對人並無任何法律關係，在受任人債務不履行時，委任人僅得向受任人請求損害賠償（第544條）。但PECL第3：302條則規定，受任人無清償能力或對委任人構成重大違約時，委任人得請求受任人，告知相對人之姓名及地址，且委任人得行使受任人對相對人取得之權利，但相對人得以對受任人之抗辯，對抗委任人。

反之，在受任人無清償能力或對相對人構成重大違約時，相對人亦得請求受任人告知委任人之姓名及地址，且相對人得對委任人行使相對人對受任人取得之權利，但委任人得以對受任人之抗辯，及受任人對抗相對人之抗辯，對抗相對人（PECL第3：303條），可資參照。

二、顯名間接代理

間接代理，係以代理人之名義從事法律行為，受任人並未揭露本人姓名（「隱名間接代理」）。但受任人亦得明確告知相對人，其所為法律行為係為本人為之，惟基於各種考慮，以自己名義訂立契約，此種「顯名間接代理」，外國立法例有認為亦屬間接代理者⁹。但顯名間接

⁸ 在我國，間接代理制度的所有權移轉，係由出賣人移轉於受任人，再移轉於委任人，學說上稱為「二階段移轉」主義。反之，DCFR第8編第2：302條則採取「直接移轉」主義，在受任人代理委任人取得標的物所有權時，委任人立即直接取得該所有權。

⁹ Christian von Bar et al., *surpa* note 5, at 475.

代理，在我國實務上則解為隱名代理，而成立直接代理，應予注意。實務案例如下：

(一)甲授權乙與丙訂立房屋委託銷售契約，乙提示授權書，但以自己名義（委託人乙）與受託人丙訂立房屋委託銷售契約。代理人乙雖未以本人之名義為法律行為，而實際上有代理之意思，且為相對人所明知或可得而知者，仍發生代理之效果（82台上672號）。

(二)甲授權乙與丙訂立房屋合建契約，乙以自己名義與丙訂立契約，倘乙係以代理之意思而為，縱未明示代理之旨，並以本人之名義為之，惟其代理意思為相對人所明知或可得而知，且本人已確定者，仍不妨成立代理（76台上2055號）。

(三)甲為公司法定代理人，以個人名義與乙簽訂工程投資合約書，但係為公司而為，且乙知悉係由甲所屬的公司興建大樓，效力及於該公司（91台上2461號）。

上開三則案例，代理人明確表示代理本人之意，但以自己名義訂立契約，此項「顯名間接代理」，法院均認為，效力直接及於本人，而成立隱名的直接代理。

第三項 代理權的發生

第一款 授權行為的方式

一、方式自由原則

有權代理行為，須代理人有代理權。在法定代理，代理權來自於法律規定。在意定代理，代理權則來自於本人的代理權授與行為。

民法第167條規定：「代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。」向代理人為授權行為者，為「內部授權」；向第三人表示授權行為者，為「外部授權」。若本人為外部授權後，在內部對代理人為代理權的限制或撤回者，不得以之對抗善意第三人（第107條）。

意定代理之授權行為，性質上為有相對人的單獨行為，並非要式行為，其授與無須依照一定之方式，非以書面為其生效條件，明示或默示

之授權均得爲之，如依表意人之舉動或其他情事足以間接推知其有授權之意思者，即生效力¹⁰。

二、民法第531條的解釋適用

民法第531條規定：「委任事務之處理，須爲法律行爲，而該法律行爲，依法應以文字爲之者，其處理權之授與，亦應以文字爲之。其授與代理權者，代理權之授與亦同。」據此，於「法律行爲依法應以文字爲之」者，處理權之授與及代理權之授與均應以文字爲之。

最高法院96年台上字第1150號判決謂：「民法第五百三十一條所謂『法律行爲，依法應以文字爲之』，係指處理委任之事務，須爲法律行爲，而此種依委任處理事務之法律行爲，法律上明定應以文字爲之而言。申言之，乃受任人處理委任事務，須爲某法律行爲，該法律行爲，法律明文規定應以文字爲之，否則不生爲該法律行爲之效力，或另生其他法律效果之謂也。如民法第七百六十條規定，不動產物權之移轉或設定，應以書面爲之，否則不生不動產物權得喪之效力（按修訂爲『第758條第2項』）；又如同法第四百二十二條規定，不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視爲不定期限之租賃者是。依此，在買賣不動產之情形，若所受委任之事務，僅為不動產買賣之債權行爲，非為移轉或設定負擔之物權行爲，縱受任人以自己名義爲委任人買受不動產後，依委任之內容，須將該買受之不動產物權辦理移轉登記與委任人（民法第五百四十一條第二項），仍無委任須以文字（書面）爲之之限制，兩者應加區別。¹¹」

如甲委任乙，出售A地予丙，若乙僅須與丙訂立土地買賣契約，則甲之授權行爲，無須以書面爲之，言詞表示的授權即可。但若乙受委任者，係爲土地所有權之移轉登記，此項物權行爲依法律規定，應以文字爲之（第758條第2項），則處理權及代理權之授與，均須以書面爲之。

¹⁰ 最高法院86年台上字第1736號、100年台上字第169號、92年台上字第2360號、73年台上字第1727號判決。

¹¹ 同說，最高法院100年台上字第1835號、101年台上字第641號判決。

三、授權行為的瑕疵

設甲授權予乙，以其名義向丙購車。若乙受丙詐欺而訂立買賣契約，屬於代理行為的瑕疵，依民法第105條規定，有無代理人乙被詐欺的事實，應以代理人決之。本案乙受詐欺，甲得依第92條規定，撤銷其法律行為。

與此相異者，為授權行為的瑕疵，即甲授與代理權予乙的授權行為，而本人甲有被詐欺或錯誤之情形。

(一)代理人的詐欺

若甲受乙之詐欺，而授權乙，向丙購車，甲之授權行為的意思表示具有瑕疵，於乙與丙訂立買賣契約前，甲得撤銷其授權的意思表示。在乙與丙訂立買賣契約後，甲撤銷其授權行為時，其授權行為視為自始無效（第114條第1項），乙之代理行為成為無權代理。此時，有認為乙應對丙負無權代理人責任者（第110條）¹²。惟丙既為善意相對人，依第92條第2項規定，被詐欺所為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。因此，丙得主張乙為有權代理，甲應負授權人的責任。

(二)相對人的詐欺

若甲受丙之詐欺，而授權乙向丙購車。甲之授權行為雖係被詐欺而為，但屬第三人所為之詐欺，依民法第92條第1項但書規定，以相對人（乙）明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。問題在於，丙是否為該條所稱第三人。基於惡意不受保護之原則，丙由代理行為直接享受利益，應認為丙並非該條所稱之第三人，甲仍得撤銷其授權乙之行為，而拒絕履行契約¹³。若認為甲不得以被丙詐欺而撤銷對乙之授權行為，丙將因其詐欺行為而受利益，顯非事理之平。

¹² 王澤鑑，民總，第511頁。

¹³ 王澤鑑，民總，第512頁。

四、授權行為的獨立性與無因性

(一) 授權行為的獨立性

授權行為的獨立性，指本人與代理人除基礎法律關係（如委任、僱傭）外，尚有獨立為授與代理權的授權行為。基礎法律關係，通常為雙方的契約行為，但授權行為則為有相對人的單獨行為。有基礎法律關係者，得同時授與代理權：如訂立僱傭契約，並授與出售店內貨物之權。此時雙方有二個法律行為：契約及授權行為；有基礎法律關係者，亦得不授與代理權：如訂立僱傭契約，但僅擔任清掃工作，不得擔任銷售員，雙方僅有一個法律行為：契約關係。

(二) 授權行為的無因性

授權行為的無因性在於探討，授權行為的效力，是否以基礎法律關係的成立或消滅為原因。如甲委任乙，並授權乙出售A地。若甲與乙之委任契約無效時，甲授與乙的授權行為，是否有效？

有因說認為，授權行為與基礎法律關係不可分離，民法第108條第1項規定：「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。」因此，委任契約無效時，授權行為亦隨之無效¹⁴。

通說採無因說，認為為保護交易安全，避免代理人負無權代理人責任（第110條），授權行為之效力，不受基礎法律關係效力之影響。如在上例，若乙為限制行為能力人，未得其法定代理人允許，接受甲之委任，並代理甲與丙訂立買賣契約。甲與乙之委任契約，因未得法定代理人之同意而不生效力（第79條），但乙仍得為有效代理行為（第104條），乙與丙訂立之買賣契約對甲發生效力，不因委任契約失其效力而受影響。至於民法第108條之規定，僅限於基礎法律關係（委任關係）消滅時，基於「主從關係」，代理權隨之消滅而已¹⁵。

¹⁴ 陳自強，契約成立，第314-316頁。

¹⁵ 王澤鑑，民總，第515頁；梅仲協，民要，第103頁；施啟揚，民總，第286頁（註8）；林誠二，民總（下），第197頁。

第二款 代理權

一、代理權的性質

代理權僅使代理人所為代理行為之法律上效果，直接歸屬於本人之法律上地位或資格而已，故代理權本質並非權利，自不得為繼承之標的，而代理權原則上因本人或代理人一方之死亡而歸於消滅（89台上222號）。

代理權既非權利，不得為法律行為的標的，因此不能單獨讓與，或成為侵權行為的客體。

二、共同代理權

數人共同行使一個代理權，稱為共同代理。在法定代理，父母之法定代理權，原則上應共同為之（第1089條第1項）¹⁶。在意定代理，民法第168條規定：「代理人有數人者，其代理行為應共同為之。但法律另有規定或本人另有意思表示者，不在此限。」是在共同代理之情形，如其代理行為未由全體代理人共同為之者，即屬無權代理行為。代理人有數人者，其代理行為既應共同為之，則其中一人單獨為代理行為，即不生表見代理之問題（84台上2345號）。

三、複代理權

複代理，指代理人以自己名義，為本人選任代理人，使其於代理權限內代理本人為代理行為。複代理人雖由代理人以自己名義選任，但係本人的代理人，而非代理人的代理人，複代理人所為的法律行為，直接對本人發生效力。

我國民法未規定複代理人制度，民法關於僱傭（第484條第1項）、委任（第537條）及合夥（第680條），均有明文禁止類似複代理的規定，解釋上，非經本人同意或另有特別約定，不得選任複代理人。

¹⁶ 高等法院花蓮分院86年上字第83號判決：「遺產管理人有數人時，民法並無各遺產管理人均得單獨行使遺產管理人職權之規定，另參照民法第一百六十八條之規定，在解釋上，遺產管理人有數人時，其管理權之行使亦應共同為之，以杜爭議。」

第三款 自己代理與雙方代理之禁止

一、意義與效力

民法第106條規定：「代理人非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為。但其法律行為，係專履行債務者，不在此限。」本條規定「自己代理」與「雙方代理」。

自己代理，指代理人為自己與本人為代理行為。如甲授權乙出售A地，乙以甲的名義出售該地予自己，訂立買賣契約。雙方代理，指代理人既代理本人，又代理第三人，而從事法律行為。如在上例，乙又代理丙購買A地，乙代理雙方當事人訂立買賣契約。

無論自己代理或雙方代理，實際上均由代理人一人從事所有法律行為，易於發生利益衝突，故法律在原則上禁止之。但設有二項例外：經本人許諾，或專為履行債務之行為。自己代理或雙方代理雖為法律所禁止，但其目的在於避免利益衝突，保護本人之利益，與公益無關，非屬強行規定，且得因本人之事前許諾而成立自己代理或雙方代理，當得因本人之事後承認，使其發生效力。是以，在未經本人許諾作成的自己代理與雙方代理，性質上為無權代理，並非無效，得因本人之承認而發生效力（第170條）¹⁷。

所謂「專履行債務之行為」，指清償債務，使已存在的債務因內容實現而消滅，並未因而發生新的權利義務關係，且不影響本人之利益。所謂債務，包括本人與代理人間，及本人與相對人間之債務。但僅限於單純的清償行為，不及於代物清償（第319條）。蓋代物清償，可能發

¹⁷ 洪遜欣，民總，第457頁；陳自強，契約成立，第309頁。最高法院86年台上字第3834號、85年台上字第106號、79年台上字第1292號判決、98年台上字第1650號裁定、102年台上字第931號刑事判決。又98年台上字第2050號判決：「按公司法第二百二十三條規定，董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表，旨在禁止雙方代表，以保護公司（本人）之利益，非為維護公益而設，自非強行規定，故董事與公司為借貸等法律行為違反該規定，並非當然無效，倘公司（本人）事前許諾或事後承認，對於公司（本人）亦發生效力，此觀民法第一百零六條及第一百七十條第一項之規定自明。」

生本人與代理人的利益衝突。

如甲向其秘書乙借貸20萬元，乙代理甲，自甲的帳戶中提領20萬元，向自己為清償。此為「專履行債務之行爲」，得為自己代理¹⁸。

在實務上，贈與人甲贈與乙土地一筆，並委任乙辦理土地移轉登記。甲生前已繳清贈與稅，於死亡後，受贈人乙單獨提出產權移轉登記所需文件，經地政機關將土地所有權移轉登記於自己名下。

依民法第550條但書規定，委任關係因委任事務之性質，並不因當事人一方死亡而消滅。且申請該土地所有權移轉登記行為，係贈與人專履行義務之行爲，依第106條但書規定，不在禁止自己代理之範疇內，故乙之代理行為為有權代理，移轉登記應屬有效（102台上197號、90台上1946號）。

二、禁止自己代理的目的性限縮

禁止自己代理，在意定代理及法定代理，均得適用（79台上2181號）。在實務上，經常發生之案例為，父母贈與子女財產之行爲。如甲為6歲乙之父，將其所有A屋贈與乙，並為移轉登記。由於乙為無行為能力人，須由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。是以，甲贈與A屋子乙，並代理乙受領贈與之意思表示，而成立自己代理，乙為無行為能力人，無法為有效的允諾，贈與契約亦非專履行債務之行爲，甲與乙間的贈與契約，違反禁止自己代理的規定，構成無權代理。

惟按禁止自己代理之規定，其規範目的在於避免利益衝突，在父母贈與未成年人子女財產之案例，並不發生利益衝突，對於未成年子女並無不利益，為貫徹此項立法意旨，及民法保護未成年人的基本原則，於無行為能力人純獲法律上利益之情形，應對民法第106條規定的適用，做目的性限縮，不必加以禁止，而使甲得以自己代理的方式，贈與A屋子乙，使贈與契約及A屋移轉登記之行爲均有效，乙取得A屋所有權¹⁹。

¹⁸ 黃立，民總，第404頁；陳自強，契約成立，第308頁。

¹⁹ 王澤鑑，民總，第521頁；洪遜欣，民總，第461頁；陳自強，契約成立，第310頁；最高法院59年台上字第4401號判決。

第三節 代理與類似制度

第一項 代理人與使者

代理人係「自為」意思表示或受意思表示，使者係「傳達」他人已決定之意思表示，二者有所不同。代理人對其意思表示內容的形成，具有一定的決定空間，但使者僅係傳達在內容上已確定的意思，使者在性質上屬於一種表示工具²⁰。

如甲授權乙：「向丙交涉出售A地事宜。」乙為代理人，於代理權限範圍內，有自由裁量之餘地。反之，若甲向乙表示：「已與丙談妥買賣契約，請帶相關土地文件與丙訂立契約。」乙則為使者。

又如股東委託代理人出席股東會，應出具委託書（公司法第175條）。但股東親自出席股東會，而將已領得之選票囑人代為填寫被選人姓名並將其投入票櫃，係利用他人為傳達意思之機關，無須出具委託書（55台上854號）。

使者與代理人不同，應說明者有三：

一、無行為能力人不得為代理人（第104條），但使者不必自己為意思表示，故得為無行為能力人。如甲叫受監護宣告之乙，到披薩店購買二份披薩。

二、代理人的意思表示有錯誤等瑕疵，其事實之有無，依代理人決之（第105條）。使者僅傳達他人的意思表示，有無錯誤情事，應就本人決之。但若傳達人傳達不實，表意人得依民法第88條規定撤銷之（第89條）。

三、身分行為不許代理，但得以使者傳達其意思表示。如當事人自

²⁰ 最高法院100年台上字第1459號判決：「若代理人係經本人，即票據債務人之授權，於代理權限內，自己決定效果意思，以本人之名義，完成票據行為，而行為之效果直接歸屬於本人，斯即票據行為之代理。惟若票據債務人自行決定效果意思後，再囑託他人依此效果意思完成票據行為者，不過票據債務人假手他人為表示機關，該他人係居於使者之地位，將票據債務人原先決定之效果意思對外表示而已，本質上與票據行為人自行完成票據行為無異。是代理人與使者不同，兩者自不容混淆。」

行決定離婚後，得由使者代為傳達意思²¹。

第二項 代理人與代表

法人之董事，對外代表法人。法人之代表人與代理人不同：

一、在代表制度，代表與法人是一個權利主體間的關係。在代理制度上，代理人與本人是兩個權利主體間的關係。

二、代理人係自為意思表示，而其效果歸屬於本人。代表是法人的機關，代表以法人名義所為的行為，即屬法人本人的行為，無所謂效力歸屬的問題。

三、代理限於法律行為。代表則不論法律行為、事實行為或侵權行為，均為法人之行為（86台上1782號、86台上1020號、99台上1864號）。

代表與代理雖有上述不同，但功能則相類似，因此民法關於代理的規定，得類推適用於代表。最高法院74年台上字第2014號判例謂：「代表與代理固不相同，惟關於公司機關之代表行為，解釋上應類推適用關於代理之規定，故無代表權人代表公司所為之法律行為，若經公司承認，即對於公司發生效力。」

²¹ 最高法院29年上字第1606號判例：「兩願離婚，固為不許代理之法律行為，惟夫或妻自行決定離婚之意思，而以他人為其意思之表示機關，則與以他人為代理人使之決定法律行為之效果意思者不同，自非法所不許。本件據原審認定之事實，上訴人提議與被上訴人離婚，託由某甲徵得被上訴人之同意，被上訴人於訂立離婚書面時未親自到場，惟事前已將自己名章交與某甲，使其在離婚文約上蓋章，如果此項認定係屬合法，且某甲已將被上訴人名章蓋於離婚文約，則被上訴人不過以某甲為其意思之表示機關，並非以之為代理人，使之決定離婚之意思，上訴理由就此指摘原判決為違法，顯非正當。」

第四節 代理的法律效果

第一項 代理行為效力的歸屬

代理人所為或所受意思表示的效力，直接歸屬於本人。因此法律行為的效力，成立於本人與相對人之間，代理人不負法律行為的責任。如甲授權乙向丙購買手機，丙並交付該手機予乙。則甲與丙成立買賣契約，乙代理甲受領手機時，由甲取得手機所有權。若甲拒付價金，丙僅得向甲主張價金給付請求權，而不得向乙主張給付價金，亦不得向乙主張債務不履行之損害賠償。

至於甲與乙間的關係，則依其內部的基礎法律關係（委任、僱傭）定之。

第二項 代理行為的瑕疵

第一款 代理人意思表示瑕疵

代理人所為之法律行為，效力雖歸屬於本人，但代理人係自行從事法律行為，以自己之意思為之，並非本人的代言機關，故其行為有無錯誤等瑕疵，不依本人之意思決之，而依代理人之意思決之（83台上3010號）。因此，民法第105條規定：「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。但代理人之代理權係以法律行為授與者，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。」

所謂「意思欠缺」，指意思表示不一致，如心中保留、虛偽表示、錯誤及不合意等。所謂「被詐欺或被脅迫」，指意思表示不自由。

所謂「明知其事實或可得而知」，指民法第91條但書、第92條但書關於撤銷的原因事實是否知悉，及民法第948條規定的「善意」（非明知讓與人無過失）是否存在。所謂「其事實之有無，應就代理人決之」，指代理人有此事實，則代理行為有瑕疵，本人得依法主張權利。

至於本人有無此事實，與代理行為效力無關。

舉例言之，甲授權乙向丙購車，該車為泡水車，乙受丙詐欺而訂立買賣契約。則買受人甲是否有受詐欺之事，應就乙決之。乙既然受詐欺，即使甲未受詐欺，甲仍得撤銷其與丙訂立的買賣契約（第92條）。又如乙向丙表示，願以高價購買汽車，將「5萬元」誤寫為「50萬元」，發生表示行為錯誤，甲雖無錯誤，但仍得以錯誤表示為由，撤銷其意思表示（第88條）。

例外之情形為，代理人之意思表示，「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。」如甲授權乙：「以50萬元向丙購買A車」，實際上該車為泡水車，乙不知其事，則買受人甲有無發生錯誤，應就表意人甲本人決之，與代理人是否陷於錯誤無關。

民法第105條在代理人之其他行為，亦有其適用。如代理人詐欺相對人者，相對人得撤銷其意思表示。買受人之代理人知悉買賣標之物之瑕疵者，出賣人不負擔保責任（第355條）。

第二款 民法第105條規定之類推適用

一、法人的代表人

法人的代表人為法律行為時，有錯誤或被詐欺等情事者，其事實應就代表人決之，而由法人負責。蓋法人須以自然人而為行為，代表人發生錯誤或被詐欺，即為法人之錯誤或被詐欺，當得依法撤銷其意思表示，此時民法第105條之規定應類推適用於法人的代表行為²²。

法人的董事均有代表權，若董事一人明知或可得而知其事實者，應歸由法人承擔其法律效果。如甲出售房屋予乙公司，由乙公司的A董事負責簽約。A董事明知該屋具有瑕疵，而仍買受者，乙公司不得主張瑕疵擔保責任。

二、法人的使用人

法人之受僱人或其他使用人有意思欠缺、被詐欺或被脅迫等情事

²² 王澤鑑，民總，第505頁。

者，如甲公司副總經理乙，向甲公司承辦人事作業的員工丙，詐稱其已得董事長同意，辦理資遣，丙乃因此公告乙為資遣名單的一員，乙據此請求甲公司支付資遣費。

最高法院90年台上字第4號判決謂：「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，宜類推適用民法第一百零五條規定，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。」（同說105台上432號）

據此，甲公司得以其員工丙被詐欺，類推適用民法第105條規定，依民法第92條規定，撤銷其公告乙為資遣員工之意思表示，以拒絕支付資遣費。

第五節 代理權的消滅

在法定代理，代理權之存續，依據法律規定。如未成年人已成年時，法定代理權消滅。

在意定代理，代理權消滅的原因，舉其重要者如下：

第一項 基礎法律關係終了

第108條第1項規定：「代理權之消滅，依其所由授與之法律關係定之。」如僱傭關係或委任關係終止，受僱人或受任人之代理權消滅。

第二項 撤回

第108條第2項規定：「代理權，得於其所由授與之法律關係存續中撤回之。但依該法律關係之性質不得撤回者，不在此限。」撤回指代理

權的全部撤回而言，撤回部分代理權，則為代理權的限制。代理權原則上得任意撤回，但例外情形，不得撤回。如債務人授權其債權人或抵押權人，出售某物，就其價金受償，為兼顧代理人之利益，不得任意撤回其代理權。

第三項 本人死亡

本人死亡後，代理權原則上消滅。但如契約另有約定、法律規定（第564條）或法律關係之性質不能消滅者（第550條但書），代理權例外不消滅（88台上222號）²³。據此，在本人死亡時，由於本人與代理人的委任關係，不因當事人之死亡而消滅（第550條），係由繼承人承繼當事人在委任關係中之地位，因此代理人以本人之名義為意思表示時，應以其繼承人之名義為法律行為（87台上2341號）。

如甲授權乙出售A地，甲死亡後，由丙子繼承甲之遺產。乙於甲死亡後，出售A地於丁時，應以丙之名義訂立買賣契約，始為合法的代理行為²⁴。

所謂法律關係之性質不能消滅者，如甲與乙銀行成立甲種活期存款契約，甲於簽發支票予丙後死亡，乙不知甲死亡之事，而於三日後付款予丙。依民法第550條但書規定，甲與乙之委任關係不消滅，乙之付款發生清償效力²⁵。

第四項 代理人死亡

代理權係屬一種信賴關係，亦非屬權利，僅為一項「資格」或「權能」，於代理人死亡時，代理權消滅，且不能為繼承的標的。

²³ 王澤鑑，民總，第517-518頁；施啟揚，民總，第288-289頁；洪遜欣，民總，第465-466頁；林誠二，民總（下），第204頁；黃立，民總，第391頁；陳自強，契約成立，第315頁。

²⁴ 倘乙仍以甲之名義為代理行為，是否成立無權代理，見本章關於無權代理要件之討論。

²⁵ 本例參見林誠二，民總（下），第204頁。

第五項 喪失行為能力

代理人喪失行為能力，無法為有效的法律行為，其代理權消滅。本人喪失行為能力時，應認為其業已授與的代理權，不受影響²⁶。

在代理權消滅時，第109條規定：「代理權消滅或撤回時，代理人須將授權書交還於授權者，不得留置。」如代理人繼續留置授權書，加以使用，再為代理行為者，成為無權代理行為，此時可能發生表見代理的結果。

第六節 無權代理與表見代理

第一項 概 說

無權代理，指無代理權人，以本人之名義，為法律行為。其與有權代理的唯一差別，在於有無代理權而已。因此，不得成立代理之行為（如事實行為或不法行為），亦不得成立無權代理。

廣義的無權代理，包含狹義的無權代理（第170條）及表見代理（第169條）。表見代理的特徵為，代理人有讓他人相信其有代理權存在的「權利外觀」，又分為表見授權代理（第169條前段）、容忍授權代理（第169條後段）、逾越代理權的表見代理（第107條前段）及撤回代理權的表見代理（第107條後段）。

第二項 無權代理

民法第170條規定：「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。」因此，無權代理之法律行為，效力未定。

²⁶ 同說，王澤鑑，民總，第518頁。反對說，施啟揚，民總，第289頁。

第一款 要件

狹義無權代理之要件，應說明者有三：

一、欠缺代理權

無權代理，指代理人無代理權所為的法律行為。所謂「無代理權」，包括(一)未經授與代理權；(二)授權行為無效或被撤銷；(三)逾越代理權範圍；或(四)代理權消滅。

二、須具備其他代理行為之要件

即無權代理人須以本人名義為代理行為，且所為之行為須得以代理為之者（即財產上的法律行為）。在不得代理之行為，亦不得成立無權代理。如婚約為不許代理之法律行為，縱令本人對於父母代訂之婚約為承認，亦不適用關於無權代理行為，得由本人一方承認之規定（33上1723號判例）。又如兩願離婚為不許代理之法律行為，其由無代理權人為之者，本人縱為承認，亦不因之而生效力（29上1904號判例）。

三、本人是否應存在？

無權代理之本人已經死亡，是否成立無權代理，得由本人之繼承人予以承認而發生效力？如甲為A地所有人，於死亡後，乙偽造甲之委託書，出售該地予丙，甲之繼承人丁得否承認乙與丙訂立之買賣契約，而使其對繼承人丁發生效力？

最高法院謂：乙之行為「固可認係無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，然如讓與時甲即已死亡，則因業已喪失行為能力不得再為權義之主體，即不發生因本人承認而發生效力問題，丁縱為甲之繼承人，亦無承認之權能（69台上2543號）。²⁷」

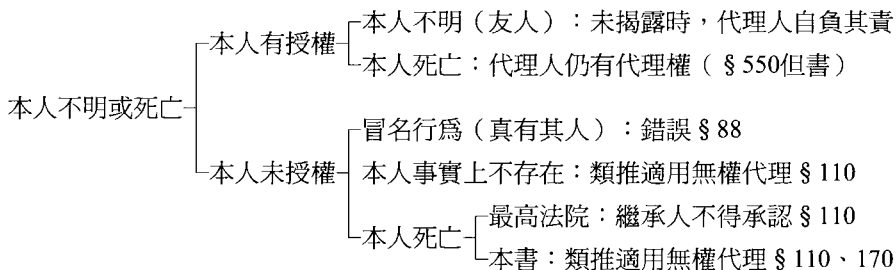
上開見解認為，甲雖已死亡，但乙之行為，仍得成立無權代理，僅因甲業已死亡，無法以本人的身分予以承認。本人既已喪失承認的權能，繼承人即無法因繼承而得以承認乙之無權代理行為。是以，繼承人

²⁷ 不同見解，參見司法院(77)廳民(一)字第0009號臺灣高等法院臺中分院法律座談會認為：「如無權代理人為法律行為時，本人已不存在，則該代理即係以不能事項為標的之法律行為，應為無效，不生依本人之承認而生效力之問題。」

不得承認，相對人丙僅得類推適用民法第110條之規定，向無權代理人乙請求損害賠償²⁸。

按在本人已死亡的代理行為，與「事實上不存在之人」並無不同，在以事實上不存在之人的名義為法律行為時，學說上認應類推適用無權代理之規定²⁹。且實務上認為：「公司發起人以設立中公司之名義為開業準備行為，於公司成立後，如經公司承認，類推適用關於無權代理之規定，即對於公司發生效力（81台上354號）。」設立中公司並無法人格，亦屬「事實上不存在之人」。為保護相對人，在本人已死亡的代理行為，應類推適用無權代理之規定，若繼承人願意承認無權代理行為，對繼承人及相對人並無不利益之情事，似無禁止繼承人為承認之必要。倘繼承人不願承認時，相對人得類推適用民法第110條之規定，向無權代理人請求損害賠償。

茲就本人不明或死亡之情形，整理其法律效果如下：



第二款 法律效果

無權代理行為之法律效果，分三個面向說明之：

一、本人與相對人的法律關係

（一）本人的承認權

依民法第170條第1項規定，無代理權人以代理人之名義所為之法律

²⁸ 贊成此說者，參見王澤鑑，債法原理，第352頁。

²⁹ 王澤鑑，民總，第529頁。

行為，經本人承認，始對本人發生效力，性質上為效力未定的法律行為。本人的承認係對於已經存在的法律行為補正授權行為之欠缺，並非事後授與代理權，故無權代理行為，經本人承認而補正欠缺者，與曾授與代理權之有權代理，本質上仍有不同（95台上2282號、85台上3127號）。

無權代理之行為，經本人拒絕承認，該無權代理行為即確定的對本人不生效力，縱本人事後再為承認，亦不能使該無權代理行為對本人發生效力（85台上963號判例）。

（二）相對人的催告權及撤回權

無權代理的法律行為係屬效力未定，在本人承認前，處於懸而未決的狀態，對相對人不利，法律因此賦予相對人二項權利：

1. 催告權

即法律行為之相對人，得定相當期限，催告本人確答是否承認，如本人逾期未為確答者，視為拒絕承認（第170條第2項）。催告之期間不相當者，於經過相當期間後，本人不為確答時，仍視為拒絕承認。

2. 撤回權

無代理權人所為之法律行為，其相對人於本人未承認前，得撤回之。但為法律行為時，明知其無代理權者，不在此限（第171條）。撤回權之行使，在於阻止法律行為因本人承認而生效力。相對人於催告後，本人未承認前，仍得撤回，以保護相對人。

二、無權代理人與相對人的法律關係

無權代理行為，經本人承認者，本人與相對人發生契約上法律關係，固無問題。惟若本人拒絕承認者，不僅本人無須承擔法律行為之責任，無權代理人因非當事人，亦無須承擔法律行為之責任。

此時，相對人僅得向無權代理人主張損害賠償責任。民法第110條：「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。」

(一) 構成要件與法律性質

民法第110條之無權代理人責任，其成立要件如下：

1. 須無代理權人以本人名義為法律行為，因本人拒絕承認而確定不生效力。若相對人於本人承認前，撤回其法律行為者，無民法第110條的適用。

2. 須相對人為善意：無權代理人之責任，係依第110條規定而發生之特別責任，只要相對人係屬善意，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（90台上1923號）。

3. 無權代理人有無過失，在所不問：最高法院56年台上字第305號判例謂：「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。」

(二) 法律效果

民法第110條規定之責任，係無權代理人的損害賠償責任，而非代為履行契約義務的責任。相對人不得以無權代理行為，對本人確定不生效力，而主張該法律效果應歸屬於無權代理人，而由其代負履行責任（85台上3037號、69台上3311號）。

如甲為A地所有人，乙未經授權，以甲之名義，出售該地予丙，丙為善意相對人，經向甲定期催告是否承認，甲置之不理，於逾相當期限後，視為拒絕承認（第170條第2項）。丙雖不得請求乙履行給付A地之義務，但得向乙請求損害賠償（第110條）。

在上例，設乙與丙以500萬元簽定買賣契約後，甲以550萬元，將該地出售予他人，而拒絕承認乙之無權代理行為。丙向乙請求損害賠償時，得否請求無法獲得該地轉售利益50萬元的損害賠償？

關於民法第110條規定之損害賠償範圍，學說眾說紛紜³⁰，主要爭議在於相對人得請求賠償的範圍，究為信賴利益或履行利益。按無權代理案例中，若代理人有代理權而為有權代理時，相對人得以獲得契約有

³⁰ 採信賴利益說者，王澤鑑，民總，第527頁；林誠二，民總（下），第212-213頁。採履行利益說者，陳自強，契約成立，第315頁。

效成立之利益，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，無權代理人應賠償相對人喪失的履行利益。

實務上採取相同見解，最高法院於85年台上字第2072號判決謂：「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。」同院90年台上字第1923號判決明確認為：「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。」據此，在上開案例，丙得向乙請求轉售利益50萬元之損害賠償，而非僅得請求信賴利益之損害賠償而已。

民法第110條規定之無權代理人責任，相當沉重，為保護未成年人，通說認為，應對該條規定作目的性限縮，僅具有完全行為能力之人，始負該條規定之損害賠償責任，至於未成年人，須得法定代理人同意而為無權代理行為時，始負本條之責任³¹。

三、本人與無權代理人的法律關係

本人與無權代理人間的關係，以雙方有無基礎法律關係而定。在雙方有基礎法律關係時，依其基礎法律關係處理。如甲委任乙，並授權乙購買A地，但乙卻購買B地，甲為保持信用而承認乙的越權行為時，得依委任契約債務不履行之規定，請求損害賠償（第544條）。

在雙方無基礎法律關係時，則依無因管理處理。如甲為B屋所有人，久未使用，友人乙於颱風來臨之際，以甲之名義，僱用丙修繕。甲拒絕承認時，乙應對丙負損害賠償責任。若乙管理事務利於本人，並不違反甲明示或可得推知之意思者，乙得依第176條規定，請求甲清償其對丙所負的損害賠償責任。

第三款 無權代理與無權處分的區別

無權代理行為與無權處分行為，均屬效力未定之法律行為（第170

³¹ 施啟揚，民總，第296頁；洪遜欣，民總，第511頁；史尚寬，民總，第503頁；王澤鑑，未成年人與代理、無因管理及不當得利，收錄於民法學說與判例研究，第五冊，第167頁（1988年）。

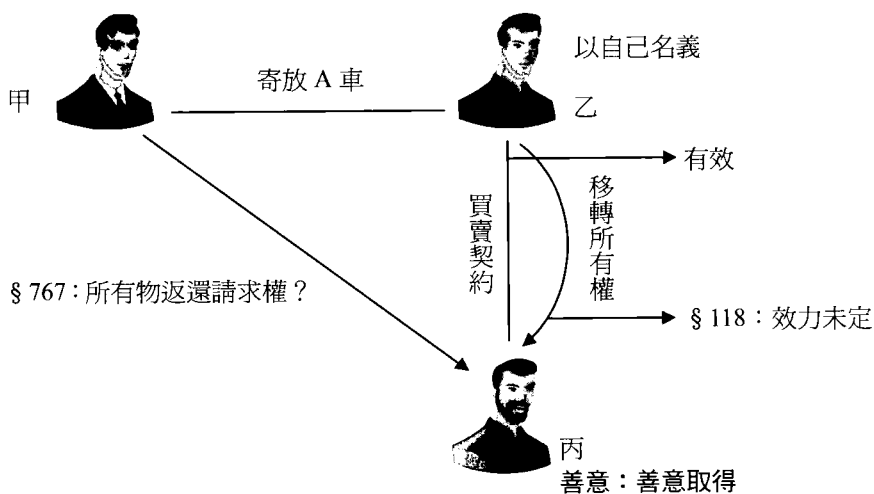
條第1項、第118條第1項）。但無權處分，乃無權利人以自己名義就他人權利標的物所為之處分；而無權代理，係行為人未經本人授與代理權而以本人名義所為之代理行為，或雖經本人授與代理權而逾越代理權限所為之代理行為，二者應予區辨（87台上1049號）。

除構成要件上的不同外，法律效果亦有不同。在無權處分，如出賣他人之物，無權處分人與相對人間的債權行為有效，僅處分行為效力未定。反之，在無權代理，債權行為及物權行為，均屬效力未定。蓋若債權行為有效，效果直接歸屬於本人，對本人不利，仍應屬效力未定，以賦予本人決定之權。

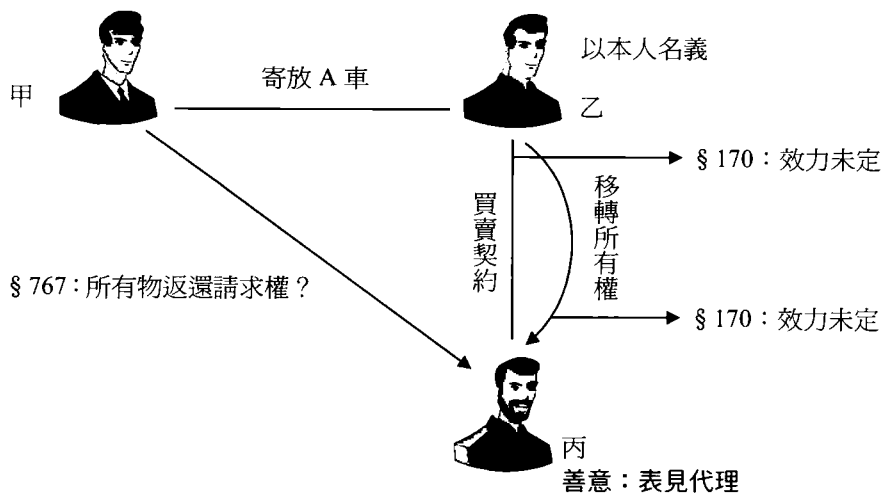
此外，在相對人為善意時，若為無權處分案件，處分行為雖為效力未定，但相對人因信賴物權的公示性，得主張善意取得所有權或其他物權（第801、948條、第759條之1第2項）。反之，若為無權代理案件，相對人所信賴者，並非物權的公示性，而是無權代理人具有「使他人信賴其有代理權的權利外觀」，而可能構成表見代理，應由本人負授權人的責任（第169條）。

茲以下列圖示，說明二者的不同：

一、無權處分



二、無權代理



第三項 表見代理

在代理行為，本人是否授權或代理權是否存在，相對人實難查知。尤其在無權代理，若代理人具有「使他人信賴其有代理權的權利外觀」，即「外形表見之事實」，而相對人信賴該權利外觀時，相對人應受法律保護，以維護相對人的信賴及交易安全。民法基於信賴保護原則，乃設表見代理之制度，使本人負授權人的責任，以平衡本人與相對人之利益³²。

第一款 表見授權構成之表見代理

民法第169條規定：「由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」此即表見授

³² 王澤鑑，民總，第529頁；林誠二，民總（下），第213頁；陳自強，契約成立，第321-322頁。

權的規定，所謂「由自己之行爲表示以代理權授與他人」，稱爲「表示授權」。所謂「知他人表示爲其代理人而不爲反對之表示者」，稱爲「容忍授權」。無論何者，均因本人之行爲（作爲或不作爲），創造一個足使第三人信賴代理權存在的表象（權利外觀）時，應負授權人的責任。

最高法院44年台上字第1424號判例謂：「民法第一百六十九條係爲保護善意第三人而設，故本人有使第三人信以爲以代理權授與他人之行爲而與之交易，即應使本人負其責任。又此本人責任係指履行責任而言，並非損害賠償責任，故本人有無過失在所不問。」可資參照。

一、表見授權的要件及類型

（一）表示授權：由自己之行爲表示以代理權授與他人（作爲之契約責任）

表見代理本質上爲無權代理，所謂「由自己之行爲表示以代理權授與他人」，指原無代理權之人，以本人名義爲法律行爲，但具有使第三人信賴其具有代理權存在的權利外觀（表見事實），爲保護交易安全，本人應負授權人的責任。

表見代理之成立，在第三人與他人爲法律行爲之前，須先有足使第三人信爲有代理權之表面上事實存在，始有成立表見代理可言；嗣後之事實，並非第三人信賴之基礎，自不得作爲判斷之依據（91台上1982號、87台上2130號）。

何時構成「由自己之行爲表示以代理權授與他人」，而令本人負責，應斟酌本人與相對人間利益衡量，相對人的信賴程度及維護交易安全的必要性。如何認定，事涉價值判斷。觀察具體案件，應自表示授權的方法（如交付證件）、代理辦理的事務（如借款或保證），及表見代理人的身分（如地政士或親屬）等因素，考察表見事實造成相對人信賴的程度，予以決定。

1. 表示授權的要件

（1）以曾經授權範圍爲要件？

最高法院一再表示：「民法第一百六十九條關於由自己之行爲表示

以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人責任之規定，須以他人所為之代理行為，係在其曾經表示授與他人代理權之範圍內為其前提要件。³³」如甲將印章交予乙會計，作為開立統一發票之用，乙則盜蓋印章訂立保證契約，非其授權代理之範圍，甲不負授權人之責（69台上3423號、90台上1187號）。

惟按表見代理係屬無權代理，無權代理人可能為完全無代理權，或逾越代理權，並非以本人「曾經表示授與他人代理權之範圍內為其前提要件。」苟在本人曾經表示的授權範圍內，即屬有權代理，而非無權代理，並無成立表見代理之可言。是以，最高法院上開見解，不無誤會。某乙盜蓋印章訂立保證契約，可能成立表見代理。

(2)以積極行為為要件？

最高法院100年台上字第596號判決謂：「按由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任，固為民法第一百六十九條所規定，然此所謂由自己之行為表示以代理授與他人，必須本人有具體可徵之積極行為，足以表見其將代理權授與他人之事實，方足當之。倘無此事實，即不應令其對第三人負授權人之責任。」

按表示授權，固然多發生於本人的積極行為，如交付印章及所有權狀等。但在印章、所有權狀及相關文件遭盜取，第三人信賴無權代理人的權利外觀時，雖無本人之積極行為，仍得成立表見代理。蓋表見事實是否存在，係以他人的權利外觀事實，由相對人的觀點，是否足以信賴代理權存在，為判斷基礎。至於本人是否有積極行為，並非決定因素。

2.表示授權的類型

在我國法院實務案例，關於表示授權，可分為二類：A類型：本人交付印章、文件等物件，及B類型：允許對外營業。

就A類型（交付印章文件）而言，可分三種情形：

³³ 最高法院40年台上字第1281號判例、77年台上字第730號、90年台上字第1187號判決。

(1)單純交付印章

實務上通常認為不成立表見代理，如「我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛。原審徒憑上訴人曾將印章交付與呂某之事實，即認被上訴人就保證契約之訂立應負表見代理之授權人責任，自屬率斷（70台上657號判例）。」

(2)交付證件、存摺、所有權狀、印鑑證明、印鑑章或戶口名簿

是否成立表見代理，法院則無統一的見解。採肯定見解者，如「代理人自始持有授權人之雙證件、存摺等物品，並持之辦理定存事宜，則其嗣後仍持雙證件、存摺及授權人變更之新印鑑辦理解約時，是否未能使第三人誤信授權人對於代理人授以代理權，能否認為仍無表見代理法則原則之適用，即非無疑（102台上2438號）。」及「甲將上開房、地所有權狀、印鑑證明及印鑑章交付乙代書，由乙持向丙借款並設定系爭抵押權，而有表見代理之情形（86台上3749號）。」

採否定見解者，如「本人將印章、印鑑證明、戶口名簿交付他人，委託該他人辦理特定事項，除該特定事項外，該他人以本人名義所為其他法律行為，尚難即認須由本人負表見代理授權人之責任（95台上2426號）。」及「倘本人僅將其所有不動產所有權狀及印鑑用章交付他人，既尚難據以臆斷本人之用意何在，則得否徒憑該項單純之交付行為推定本人已有令第三人信該他人有某種法律行為代理權之表見事實存在，非無疑義（78台上2473號）。」

(3)交付支票及印章，而為簽發票據之行為

實務上認為成立表見代理。如「甲以支票簿連同印章置於他人手中，簽發支票，本於表見代理之法理，甲自不能不負授權人之責任（54台上1842號、55台上2002號）。」

就B類型（允許對外營業）而言，通常發生於工程轉包、出租廠房（81台上772號）、拖車靠行，或同意他人使用其公司名義營業（57台上1050號）或使用其統一發票等案例，本人雖未授權，但顯然有表見事實，應負授權人的責任。如「甲公司與乙公司簽訂工程合約書約定，乙

公司採購任何材料，應以甲公司名義與材料廠商議價訂約。而乙公司派駐工地之工地主任乃以甲公司工地主任名義，向丙訂購本件磁磚，丙即依約將前開磁磚送至甲承攬的工地，由自稱係甲公司工地主任收受。嗣丙並開立發票三張，其上均載明買受人係甲公司，其中一張並經乙公司轉交甲持以報稅，甲公司應負授權人之責任（85台上2867號）。」

又如「拖車係用於承運貨品，甲既允許乙所有之拖車靠行，並以其名稱漆在該拖車上，對於該拖車將以其名義對外為營業，應有所預見。且曾於七十二年、七十三年間就乙承運之貨品、出具自己名義之統一發票，供乙收取運費之用，已無異由自己之行為表示以代理權授與乙，於乙以甲之名義承運系爭套裝時，甲應負授權人之責任（79台上34號）。」及「甲公司既同意顏某使用其名義之統一發票對外營業，即屬許可顏某以甲公司名義對外為營業，對於不知情之丙自應負授權人之責任（55台上1034號）。」

（二）容忍授權：知他人表示為其代理人而不為反對之表示（不作為之契約責任）

容忍授權，指本人明知無權代理行為，卻予以容忍，創造足使第三人信賴代理權存在的外觀，而使本人負授權人之責任。最高法院84年台上字第2222號判決謂：「按民法第一百六十九條所謂知他人表示為其代理人而不為反對之表示，係指知他人表示為其代理人而與相對人為法律行為時，原應即為反對之表示，使其代理行為無從成立，以保護善意之第三人，竟因其不為反對之意思表示，致第三人誤認代理人確有代理權而與之成立法律行為，應自負授權人之責任者而言。如於法律行為成立後知其情事而未為反對之表示，對業已成立之法律行為已不生影響，自難令負表見代理人之責任。³⁴」因此，於無權代理人為法律行為後，第三人將該法律行為效果通知本人，本人未予置理者，本人不負授權人責任（73台上1627號）。

關於容忍授權成立的表見代理，德國法院認為，本人之容忍須持續

³⁴ 同說參見最高法院86年台上字第1199號、100年台上字第596號、102年台上字第1778號判決。

一段相當期間，且於該期間內，重複不斷地容忍無代理權人表示為其代理人，始能構成容忍授權的權利外觀。亦即，本人須於知悉無權代理之情事，消極不作為，達一定期間與重複性，使相對人正當信賴具有代理權，本人始負容忍授權之責任³⁵。

關於容忍授權，是否須相當期間、重複不斷地容忍，涉及相對人正當信賴的權利外觀是否成立。毋寧認為，容忍授權性質上屬於因「不作為」而成立之契約責任，其不作為達一定期間與重複性，本人始具可歸責性而應負責。因此，一次性或突發性地表示為本人之代理人，本人未為反對之表示者，較難成立足以為正當信賴的權利外觀。

關於成立容忍授權的案例如下：

1. 甲為工程承包商，將某部分工程轉包給乙，乙又轉包給丙等，甲知悉本件工程最後係轉包給丙等承作，丙以甲之名義向丁購買混凝土使用於甲所承包之三○品質學院，甲復持丁開具之統一發票據以申報稅捐，丁所使用之送貨單及交付之統一發票均記載甲為買受人，丁主張甲有足以令其相信丙有權代理甲為本件買賣行為之事實，應依表見代理之規定負授權人之責任，是否毫無可採，自非無疑（87台上1532號）。

2. 甲明知乙以其名義訂購系爭貨物，統一發票上記載買受人為甲，並將貨物送至甲所承包之南○轉播站工程工地交付，系爭貨物縱非甲所買，甲是否不負授權人之責任，即非無疑（84台上1217號）³⁶。

3. 高乙為甲公司法定代理人高丙之胞兄，二人在同一處所辦公，高乙名片上印有甲公司名稱，高乙以之與丁為交易行為，在社會上極易使人相信高乙為甲公司之代理人。甲公司早知其情，不為反對之表示，事後復清償部分貨款，應負授權人之責任（76台上1497號）。

再者，民法第169條所謂知他人表示為其代理人而不為反對之表示

³⁵ 吳瑾瑜，淺談民法第一六九條代理權存在外觀之認定，台灣法學雜誌，第155期，第184-185頁（2010年7月）。

³⁶ 表示授權及容忍授權，有時不易區分。如最高法院69年台上字第9號判決：「上訴人同意李○標印製載有上訴人公司名銜之名片使用，並同意其在工地使用上訴人公司工務所或工地辦事處之名稱施工，及刻製公司名稱之橢圓形戳記，以供每日填報工程進度日報表及購買建材等使用，自係以自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對表示之情形。」

者，以本人實際知其事實為前提，其主張本人知此事實者，應負舉證之責（91台上2111號、76台上854號）。

（三）第三人須善意且無過失

民法第169條但書規定：「第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」是以本人應負表見代理之責任，必須於該當法律行為發生前或後，有表見之事實存在，且該第三人係善意無過失者，始足當之（96台上1051號、93台上379號）。如第三人明知他人無代理權，或依情形可得而知，猶與他人為法律行為者，則係出於第三人之故意或過失，而非源於「信賴保護原則」之正當信賴。於此情形，縱有表見代理之外觀存在，亦無保護之必要，本人自不負授權人責任（101台上1777號、93台上1954號）。申言之，民法第169條但書規定，在於表示相對人須具有信賴保護的正當性，始有表見代理之適用。若相對人非善意且無過失者，本人不負授權人之責任³⁷。

如丙公司與甲公司簽訂採購合約，其出賣人蓋有丙負責人之私章，且蓋有丙公司之印章，而買受人方面則僅蓋有代理人乙之私章，但未蓋有甲公司的印章。則丙明知甲公司亦應加蓋印章，任由乙私自與丙簽約，甲公司無須負授權人之責任（76台上1819號）³⁸。

二、法律效果

在成立表見代理時，本人應負授權人的責任。所謂授權人的責任，指本人的履行責任，而非損害賠償責任。如甲交付印章、印鑑證明及所有權狀等證件於乙妻收存，乙持此等證件與丙訂立土地買賣契約，構成表見代理，甲應負出賣人之契約履行責任，丙得向甲請求交付土地並移轉所有權（第348條）。

本人應負授權人之責任時，若受有損害，本人得依侵權行為法或債

³⁷ 吳瑾瑜，表見代理責任之排除——銀行「可得而知」辦理美金定存之代理權不及於購買連動債券，台灣法學雜誌，第238期，第193頁（2013年12月）。

³⁸ 本案之乙並無代理權而為代理行為，屬無權代理。反之，若乙有代理權，則其代理甲公司簽約，雖僅蓋乙之私章，而未加蓋甲公司的印章，仍屬有效的代理形式，效力及於甲公司。

務不履行之規定，向表見代理人請求損害賠償。如甲為A地所有人，乙表見代理人將該地低價出售於善意無過失的丙，甲應負授權人的責任。甲喪失A地所有權，受有低於市價差額損害，得以乙故意背於公序良俗加損害於人，依民法第184條第1項後段規定，請求賠償損害。若甲與乙間有基礎法律關係時（如委任乙地政士），甲得以乙債務不履行，請求損害賠償（第544條）。

有疑問者為，在表見代理，相對人得否不主張本人負授權人責任，而對無權代理人請求損害賠償？有認為，表見代理成立時，本人既應負授權人之責任，契約目的已達，無使相對人對無權代理人請求損害賠償之必要。除非相對人事實上無法對本人請求履行契約時，始例外承認無權代理人之損害賠償責任³⁹。

惟按表見代理本質上既為無權代理，相對人對本人的履行請求權，與對無權代理人的損害賠償責任（第110條），應得同時並存，而由相對人選擇行使，以免相對人被迫與不願訂約之本人成立契約關係。據此，上例之丙得不對甲主張履行請求權，而向乙請求損害賠償。

三、適用範圍

（一）法定代理、法人代表

依民法第169條規定，無論表示授權或容忍授權，均係以本人具有「授與代理權」之表見事實或容忍他人表示為其代理人為前提，性質上係於意定代理，始有適用。因此，最高法院認為：「按法定代理係因法律規定而發生之代理權，既非因授權行為而發生，即使有授權事實之表示，與法定代理權之發生無關，故民法第一百六十九條關於表見代理之規定，惟於意定代理始有其適用，若代表或法定代理，則無適用該條規定之餘地（79台上2012號判例、84台上574號）。⁴⁰」

³⁹ 王澤鑑，債法原理，第356頁。

⁴⁰ 民法第169條規定的表見代理，通說認為僅限於意定代理始能成立，蓋於法定代理，並無本人授與他人代理權之事實。但依民法第107條規定成立的表見代理，有認為並非基於本人之行為而成立，於法定代理，亦得成立表見代理。如父母違反共同代理，單獨所為之代理行為（洪遜欣，民總，第482、487頁）。惟反對說認為民

在法定代理，如甲為18歲乙之父，乙設立工廠從事螺絲加工業。嗣甲之親權被剝奪後，乙已另定監護人（第1090、1091、1098條），但甲仍以法定代理人身分，與丙就該工廠買賣螺絲事宜，代理乙訂立契約。縱使甲有代理權的表見事實（如偽造戶口名簿等），乙仍不負授權人之責任。甲之法定代理行為，不適用民法第169條規定，寓有保護未成年人之意旨。

在法人的代表，如甲非A公司董事，但以該公司董事的身分，簽發該公司支票予乙，乙雖相信甲為該公司負責人，但仍不得請求甲公司給付票款（92台簡上33號）。

又如財團法人私立大○高級商工職業學校董事長為甲，由乙擔任校長。乙以該校名義簽發支票之行為，雖有由自己之行為表示以代理權授與乙之情事，該校仍無須負表見代理授權人之責任（95台簡抗1號裁定）。

再如日本人小○功以代理人身分，以甲日本公司名義與乙公司成立機器買賣契約，甲公司代表人為永○善信行。嗣後甲公司交付之機器有瑕疵，乙公司乃與小○功簽訂取消買賣合約協議書，協議書載明賣方「公司名稱：EITO SYSTEM Co., LTD代表人：小○功」。由於協議書中，小○功係以「代表人」身分簽名，而無表見代理之適用（101台上1127號）。

綜合上述，在實務上關於法人無權代表的案例，均係非真正代表權人（非董事），代表法人從事法律行為（締結契約或開立票據）。此項無權代表行為，並無民法第169條關於表見代理之適用，因而信賴非真正代表權人為有代表權人之善意相對人，不受法律保護。反之，如為真正代表權人（真正董事）於法人之營業範圍內所為之行為，但逾越其權

法第107條規定，為保護未成年人，於法定代理亦無適用餘地（王澤鑑，債法原理，第366頁；史尚寬，民總，第493頁）。本書贊成反對說，蓋依民法第107條及第169條規定成立的表見代理，二者並無重大不同，為保護未成年人，均不得適用於法定代理之情形。據此，如甲夫與乙妻離婚，約定所生之未成年丙子，由乙妻監護，乙贈與丙A屋一棟。甲父聲稱為丙子的法定代理人，提示其偽造的戶口名簿，代理丙出租丙所有的A屋於丁（第1088條第2項），丁雖不知甲無監護權之事，仍不得主張丙應負授權人之責任。

限者，應依民法第27條第2、3項規定，判斷得否對抗善意第三人，與民法第169條無涉，善意第三人仍有受保護之機會。再者，真正代表權人（真正董事）於法人之營業範圍外所為之行爲，並非代表法人進行法律行爲，性質上屬於代理行爲。此時，如行爲人無代理權，則構成無權代理，仍有民法第169條規定之適用，善意相對人仍受法律保護，法人應負授權人之責任（參見公司法第57、58、108條）⁴¹。

（二）不法行爲、事實行爲

代理制度在於擴張或補充私法自治，僅於法律行爲始有適用，於侵權行爲及事實行爲無代理制度之適用，即無成立表見代理之餘地。因此最高法院55年台上字第1054號判例謂：「按表見代理云者，即代理人雖無代理權而因有可信其有代理權之正當理由，遂由法律課以授權人責任之謂，而代理僅限於意思表示範圍以內，不得爲意思表示以外之行爲，故不法行爲及事實行爲不僅不得成立代理，且亦不得成立表見代理。」

最高法院謂：如乙盜用甲的印章，簽發本票，交付予丙。雖乙有表見事實，因其偽造有價證券，屬不法行爲，而不成立表見代理，甲無須負授權人之責任（84台上2402號）。又如乙以不法行爲偽刻甲印鑑章，偽造委任書請領印鑑證明書，憑以辦理抵押權設定契約及登記，無適用表見代理之餘地（90台上928號、91台上2325號）。

上開最高法院之見解，混淆不法行爲（侵權行爲）及法律行爲的概念。偽造有價證券或偽刻印章本身，手段固屬不法，而不得代理，但其後續從事的法律行爲（如簽發支票、辦理抵押設定契約），則屬可得代理之法律行爲，在具有表見事實的權利外觀時，亦得成立表見代理，此乃學界通說之見解⁴²。

⁴¹ 曾宛如，公司內部意思形成之欠缺或瑕疵對公司外部行爲效力之影響：兼論董事（長）與經理人之代表權與代理權，臺大法學論叢，第47卷第2期，第736頁（2018年6月）。

⁴² 詹森林，最高法院二〇〇一年度民事實體法判決回顧，收錄於民事法理與判決研究，第五冊，第135-144頁（2007年12月）；陳忠五，工程借牌承包的表見代理問題，台灣法學雜誌，第199期，第42-44頁（2012年5月）；吳從周，不法行爲不成立表見代理？，台灣法學雜誌，第158期，第162-164頁（2010年8月）。

是以，最高法院100年台簡上字第4號判決謂：「民法第一百六十九條之表見代理，代理人本係無代理權，因本人有表見授權之行爲，足使交易相對人正當信賴表見代理人之行爲，爲保護交易之安全，始令本人應負授權人之責任。準此，所謂不法行爲不得成立表見代理，係指不法行爲之本身而言，非謂所無權代理之法律行爲不得成立表見代理。……上訴意旨謂莊○玲盜蓋印章簽發系爭本票爲不法行爲，不得成立表見代理等語，不無誤會。」因此，「盜用印章，固屬不法行爲，而非法律行爲；但盜用印章而爲背書之票據行爲，則爲法律行爲，得發生表見代理之問題（70台上1365號）。」在代理人利用其受託辦理定存事宜，持有授權人證件及印鑑之機會，而解約盜領存款，亦得構成表見代理（102台上2438號）。

第二款 代理權的限制或撤回構成之表見代理

一、代理權繼續存在的權利表徵

民法第107條規定：「代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人。但第三人因過失而不知其事實者，不在此限。」代理權的授與，並無公示方式，第三人無從得知。本人於授權後，限制其代理權或撤回者，善意第三人可能誤以爲仍有代理權，爲保護交易安全，第三人得主張本人仍應負責。

(一)成立要件

1. 代理權之限制

代理權的限制，指本人原本授與代理權，而限制代理權的範圍。在授權開始，即限制授權範圍者，爲「事前限制」。如甲授權乙，僅得從事動產買賣，不得從事不動產買賣。反之，本人在全部授權之後，再行限制授權範圍者，爲「事後限制」。如甲授權乙「全權處理土地買賣事宜」，其後限制爲「僅得購買土地，不得出售土地」。

最高法院99年台上字第721號判決謂：「民法107條規定所指之**越權代理**，係指本人原曾授與有限制之代理權，而代理人越權代理，本人不得以代理權之限制對抗善無過失之第三人。故若以本人授與他人**限制代**

理權，且此項代理權之限制，並不具有公示之外觀，非善意之第三人所得而知，故對於善意第三人而言，不得以此為對抗。」

民法第107條規定的「代理權之限制」，有認為僅指「事後限制」，至於「事前限制」，則屬於代理權範圍的設定，其越權代理，屬於狹義的無權代理⁴³。但實務上則認為，無論事前限制或事後限制，均有本條的適用。

關於事前限制代理權的案例如下：

(1)甲公司授權乙員工簽發本票，限於支付下游廠商始得為之。嗣乙員工簽發本票向他人借款，雖非出於公司授權，亦不得對抗善意持票人（99台簡上1號）。

(2)甲公司委請乙代理銷售房地，指示銷售價格須為668萬元以上。其後乙以630萬元出售於善意的丙。甲公司不得以此代理權之限制對抗丙（89台上1326號）。

(3)甲公司於標得工程後，將之轉包予乙開設之順○工程行，授權順○工程行以其大、小印章領取工程款、填寫報表、辦理估驗等。惟乙以甲之名義與丙簽訂瀝青鋪設工程合約，此項代理權的限制，不得對抗善意之第三人丙（100台上1827號）。

2.代理權之撤回

代理權的撤回，指本人嗣後將代理權限全部撤回。此時，代理權消滅。此項表見代理，經常發生於外部授權，但內部撤回之情形。如本人甲對相對人丙表示，已經授權乙代理處理土地買賣事宜，其後對乙表示，撤回其代理權。若乙仍與丙訂立土地買賣契約，即屬無權代理，但甲不得以此代理權的撤回對抗丙。

(一)法律效果

民法第107條規定，代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意且無過失的第三人。所謂「不得對抗」，指相對人主張代理行為有效時，本

⁴³ 王澤鑑，債法原理，第355頁。不同意見，陳自強，契約成立，第331-332頁；吳瑾瑜，民法第107條與第159條之區辨，台灣法學雜誌，第166期，第210頁（2010年12月）。

人不得以無權代理對抗相對人。相對人亦得主張，代理行為係屬無權代理，而催告本人是否承認，並得於承認前撤回之。

在本人拒絕承認時，相對人得否不主張適用民法第107條規定，而依民法第110條向無權代理人主張損害賠償責任？按於代理權之限制及撤回後，再為代理行為，本質上為無權代理，第三人是否主張民法第107條之權利，或依民法第110條向無權代理人主張損害賠償，應屬第三人行使權利的自由，不應予以限制⁴⁴。

二、第107條與第169條的區別

最高法院一再謂：「民法第一百六十九條所定之表見代理與同法第一百零七條所定之越權代理不同。前者，本人未曾授與代理權，因有表見事實，而使本人對善意無過失之第三人負授權人之責任；後者，本人原曾授與有限制之代理權，而代理人越權代理，本人不得以代理權之限制對抗善意無過失之第三人，兩者顯然有別。⁴⁵」

惟按民法第169條規定的表見代理，雖為本無代理權，但有表見事實的權利外觀，因此本人應負授權人的責任。但在民法第107條規定的越權代理，於本人授與代理權限制範圍外，為代理行為（相當於逾越權限的代理），或於撤回代理權後，再為代理行為（相當於代理權消滅後之代理），就該授權範圍外的行為而言，亦屬無權代理，僅因其具有表見代理之外觀，而使本人負責。實質上，就曾經授權而為越權代理，及代理權消滅後之代理行為而言，民法第169條規定的表見代理與民法第107條規定的越權代理，並無重大不同⁴⁶。

如上開本人事前限制代理權的三則案例，甲公司授權乙員工簽發本票，限於支付下游廠商始得為之，但乙員工簽發本票向他人借款（99台簡上1號）。甲公司委請乙代理銷售房地，指示銷售價格須為668萬元以

⁴⁴ 同說參見司法院77廳民(二)字第1046號函復臺高院。

⁴⁵ 最高法院90年台上字第1774號、74年台上字第2575號、72年台上字第4664號、70年台上字第3515號判決。

⁴⁶ 陳聰富，無權代理與表見代理之區辨，月旦法學雜誌，第83期，第10-11頁（2002年4月）；陳忠五，同註42，第46頁。

上。其後乙以630萬元出售於善意的丙（89台上1326號）。甲公司轉包予乙順○工程行，授權順○工程行以其大、小印章領取工程款，乙以甲之名義與丙簽訂瀝青鋪設工程合約（100台上1827號）。以上三則案例，法院均認為係屬代理權的限制，均不得對抗善意之第三人。實則，上開三則案例，本人均授與代理權，但予以限制，具有代理權存在的外觀，亦屬表示授權之表見代理。足見代理權之限制及撤回所生的表見代理，與表示授權所生的表見代理，本質上並無重大差異。

CHAPTER 9 期日與期間

第一節 概 說

時間乃重要的法律事實，時間的經過，與法律關係的變動，密不可分。如權利能力的起算、失蹤期間、消滅時效期間等，不一而足。

民法第119條規定：「法令、審判或法律行為所定之期日及期間，除有特別訂定外，其計算依本章之規定。」

如強制執行法第39條第1項規定：「債權人或債務人對於分配表所載各債權人之債權或分配金額有不同意者，應於分配期日一日前，向執行法院提出書狀，聲明異議。」所謂「應於分配期日一日前」為之，乃民法第119條所稱「法令所定之期日及期間除有特別訂定」之規定，於此情形，自無民法第122條有關期日或期間之末日為星期日、紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之規定之準用（99台抗606號裁定）。

又強制執行法第82條規定：「拍賣期日距公告之日，不得少於十四日。」該條既稱「不得少於14日」，依強制執行法第30條之1準用民事訴訟法第161條、民法第119條、第120條第2項及第121條第1項規定，則計算該以日定14日之期間，其拍賣公告始日應不算入，並以自拍賣公告日之翌日起算至拍賣期日之前1日止，算足14日或14日以上者，始得當之（97台抗832號裁定）。

保險法對於如何計算期間之方法別無規定，仍應適用民法第119條、第120條第2項始日不算入之規定。蓋「始日」在通常情形，多不足

一日，倘以一日計算，即與社會一般習慣不合（93台上1451號）。

公司法第172條第1項所定「股東常會之召集，應於二十日前通知各股東」，所謂「二十日前」，應依民法總則所定期間之計算法，開會日為始日不算入，以其前一日為起算日，逆算至20日期間末日午前零時為期間之終止（84台上972號）。

第二節 期日的意義及期日的決定

期日指不可分或視為不可分的某一特定時點。如103年7月22日、1月1日下午3時。

民法第122條規定：「於一定期日或期間內，應為意思表示或給付者，其期日或其期間之末日，為星期日、紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之。」其他休息日，如颱風過境，政府發布停止上班之日。

第三節 期間的意義及其計算

第一項 意 義

期間，指一定範圍內，在期日與期日之間的時段。如某年某月某日至某年某月某日、某日起若干日、若干星期等。

第二項 期間的計算方法

第一款 自然計算法

自然計算法指依照經過的時間計算的方法。如1日為24小時、1星期為7日、1月為30日、1年為365日。

日及星期，長短相同，無何差異。但以月或年定期間者，月有大

小、年有閏年，因此民法第123條第2項規定：「月或年非連續計算者，每月為三十日，每年為三百六十五日。」如約定每年週休二個月，則共可休假60日。

第二款 曆法計算法

曆法計算法指依照國定曆法計算期間的方法。所稱一日，指午前0時起至午後12時。所稱3月，指3月1日起至3月31日止。其日數長短均照曆法定之。如自7月1日起2個月，應算至8月31日。此項算法，依民法第123條第1項規定：「稱月或年者，依曆計算。」亦即在連續計算的期間，採取曆法計算法。如約定遲延租金2個月者，得終止租約。若承租人自2月2日開始欠租，算至4月2日屆滿2個月，得終止租約。

第三項 期間的起算與終止

第一款 期間的起算點

民法第120條規定：「以時定期間者，即時起算。以日、星期、月或年定期間者，其始日不算入。」如約定明天10時開始起算8小時，應算至當天18時止。如約定5月5日起算3個月，應自5月6日起算，算至8月5日止。實務案例如下：

一、寄存送達發生效力所應經10日期間，應自寄存日之翌日起算。是寄存送達發生效力所應經之10日期間，係以其期間末日之終止，為10日期間之終止，此後即開始計算所應為訴訟行為之法定不變期間（例如對被告送達不利之判決書，於7月1日寄存送達，寄存日不算入，自7月2日計算10日期間，至7月11日午後12時發生送達效力，應自7月12日0時計算其上訴不變期間）。公示送達之情形，亦同（最高法院94年度第1次庭長、法官會議）。

二、撤銷仲裁判斷之訴，應於判斷書交付或送達之日起，30日之不變期間內為之，上開30日不變期間，其始日即判斷書交付或送達之日不算入（89台上492號）。

三、兩造間請求清償票款事件，第一審之第一次言詞辯論期日通知

書及起訴狀繕本，係於68年9月3日送達於被上訴人，則自送達之翌日即9月4日起算，至9月13日止始滿10日。第一審係定於68年9月13日行言詞辯論，即屬違背關於10日就審期間之規定（69台上1522號判例）。

第二款 期間的終止點

民法第121條第1項規定：「以日、星期、月或年定期間者，以期間末日之終止，為期間之終止。」如於5月5日出售貨物，約定一週內得無條件解除契約，則算至5月12日午後12時為期間之終止。

民法第121條第2項規定：「期間不以星期、月或年之始日起算者，以最後之星期、月或年與起算日相當日之前一日，為期間之末日。」如約定自星期二起一週，其「相當日」為下一週的星期二，前一日為下一週的星期一，為期間之末日。如於5月5日訂約，約定3個月內清償借款，則其最後之月為8月，即以該月5日（與起算日相當日）之前一日（8月4日）為期間末日。

民法第121條第2項但書規定：「但以月或年定期間，於最後之月，無相當日者，以其月之末日，為期間之末日。」如約定自1月30日起算1個月，2月無30日，則以2月28日或29日為期間末日。

前述規定，於法律有特別規定者，應從其規定。如匯票、本票之執票人，對前手之追索權，自作成拒絕證書日起算，1年間不行使，因時效而消滅；支票之執票人對前手之追索權，4個月間不行使，因時效而消滅。其免除作成拒絕證書者，匯票、本票，自到期日起算；支票自提示日起算，票據法第22條第2項規定甚明。系爭支票係免除作成拒絕證書之支票，其4個月之追索期間應自提示之日起算，被上訴人係於69年4月28日提示，依民法第121條第2項規定計算，其4個月之期間，應至69年8月27日午夜始告屆滿。被上訴人於該日上午起訴，請求背書人即其前手亦即上訴人給付票款，顯然尚未逾4個月之時效期間（70台上1137號）。

第三款 末日的延長

民法第122條規定：「於一定期日或期間內，應為意思表示或給付者，其期日或其期間之末日，為星期日、紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之。」反之，期間內之星期日、紀念日或其他休息日應仍將其計算為期間，不予扣除（101台上761號刑事判決）。實務案例如下：

一、被上訴人依彰化地院75年4月4日核發之債權憑證，再度聲請強制執行，其5年消滅時效期間之最末日既為國定假日，而不得為之，依民法第122條規定，自應以其休息日之次日代之（92台上1346號）。

二、上訴人自訴被告偽造文書部分經第一審判決後，於86年8月8日收受送達判決正本，其上訴期間本應算至同月18日屆滿，惟是日因溫妮颱風來襲，停止上班，自不應算入，上訴人於同月19日具狀提起第二審上訴，並未逾期（88台上6565號刑事判決）。

三、上訴期間為10日，自送達判決後起算，每逢星期六下午，自經政府規定為休息時間，停止辦公後，倘適為上訴期間之末日，應以星期一下午代之。故上訴期間之末日如為星期六，而其上訴書狀遲至星期一下午始行到達法院者，其上訴自應認為逾期（84台上2942號刑事判決）。

四、本件抗告人與相對人清償債務事件，經第一審法院將其判決書，於民國53年11月1日，送達於其收受送達權限之訴訟代理人收受，該日雖為星期日，但既未拒絕收領，其送達即屬合法，不生民法第122條以次日代送達日之問題（54台抗128號判例）。

第四款 期間的逆算

本法關於期間的計算，準用於自一定起算日溯及往前所為的逆算。如被上訴人公司於79年7月1日召開股東常會，係於同年6月11日寄發開會通知書，依民法第120條第2項及第121條第1項規定逆算，開會日為始日，不算入，以其前一日（79年6月30日）為起算日，逆算至20日期間末日（79年6月11日）午前0時為期間之終止，則開會通知至遲應於79年

6月10日寄發，始符應於「二十日前」通知之旨（82台上757號）。

第四節 年齡計算法

民法第124條規定：「年齡自出生之日起算。出生之月、日無從確定時，推定其為七月一日出生。知其出生之月，而不知出生之日者，推定其為該月十五日出生。」依本條規定，年齡之計算，不適用「始日不算入」之規定，而自出生日起算。第2項係指無實際出生日證明時，所為推定的規定，得以反證推翻之。

CHAPTER
CHAPTER
CHAPTER
10

消滅時效

第一節 概 說

第一項 消滅時效的意義

第一款 立法理由與意義

時效制度的存在理由，在於維持法律生活秩序的安定，將長久存續的事實狀態本身，逕行視為法律狀態。民法上的時效有二種：取得時效及消滅時效。取得時效，指經過一定期間，當事人取得一定法律上權利的法律事實。如占有他人的動產或不動產，繼續達一定期間者，取得動產所有權（第768條），或得請求登記為不動產所有人的權利（第769條）。

消滅時效，指經過一定期間不行使權利，當事人喪失其請求權的法律事實。民法第125條規定：「請求權，因十五年間不行使而消滅。」第144條規定：「時效完成後，債務人得拒絕給付。」

消滅時效的立法理由，在於維護法律現存秩序，並保護債務人，避免因時日久遠致舉證困難。基於權利睡著者，不值得保護之原則，消滅時效具有敦促債權人早日行使權利的功能。

關於消滅時效的意涵，應先說明者有三：

一、時效完成後，債務人得拒絕給付，因此消滅時效完成之效力，不過發生拒絕給付之抗辯權，且債務人為抗辯後，消滅者為請求權而非權利本身；因此債權並未消滅，僅變成債務人得拒絕給付之自然債務而

已（88台簡上22號、86台上919號）。是以，第144條第2項規定：「請求權已經時效消滅，債務人仍為履行之給付者，不得以不知時效為理由，請求返還。」蓋此時，債權人仍有債權，其受領履行之給付，並未構成不當得利。

如甲出售A地於乙，交付占有，但尚未辦理移轉所有權登記。在15年後，乙依所有權移轉登記請求權（第348條）向甲請求辦理A地的移轉登記時，甲得依民法第125條主張時效抗辯，拒絕移轉登記。設甲於時效抗辯後，以乙為無權占有，依不當得利請求權請求返還該地之占有時（第179條），因乙基於買賣契約而成立的債權仍然存在，具有正當權源，不構成不當得利，因此甲不得請求返還占有。因乙非屬無權占有，甲亦不得依所有物返還請求權（第767條），請求返還土地的所有權¹。

應比較者為，甲出售B地於乙，未交付占有，但已辦理所有權移轉登記完畢。在15年後，乙依民法第348條向甲請求交付B地時，甲得依民法第125條主張時效抗辯，拒絕交付土地。此時，乙得否依民法第767條規定，請求甲返還所有物？

本案乙雖已取得B地所有權，而為該地所有權人，但出賣人甲移轉土地登記予乙後，並未因此成為無權占有人²，乙並非原所有權人，不

¹ 最高法院85年台上字第389號判例、95年台上字第237號判決：「按消滅時效完成，僅債務人取得拒絕履行之抗辯權，得執以拒絕給付而已，其原有之法律關係並不因而消滅。在土地買賣之情形，倘出賣人已交付土地與買受人，雖買受人之所有權移轉登記請求權之消滅時效已完成，但其占有土地既係出賣人本於買賣之法律關係所交付，即具有正當權源，原出賣人自不得認係無權占有而請求返還。」同院99年台上字第626號判決：「在土地買賣之情形，雖尚未辦理所有權移轉登記，惟買受人之占有土地如係出賣人本於買賣之法律關係所交付，無論現實交付抑簡易交付，均具正當權源，原出賣人不得認係無權占有而請求返還。」同院94年台上字第1465號判決：「出賣人將土地交付與買受人占有、使用後，不得以土地所有權尚未移轉登記，主張買受人為無權占有。」

² 最高法院102年台上字第2420號判決：「按權利之出賣人，如因其權利而得占有一定之物，固應負交付其物之義務，惟該物之收益權屬於何方，仍應以其已否交付為斷，與所有權是否移轉無涉……。出賣人在未交付前繼續占有該物，僅屬債務不履行，尚難指為無權占有或侵權行為，買受人既無收益權，亦無利益受損害可言。」（同說，100台上1442號）

得向甲請求回復其物之權利。甲未交付土地，屬債務不履行之問題。若甲移轉所有權後，即成為無權占有人，使乙得以行使第767條之權利，將剝奪甲行使同時履行抗辯權的權利（第246條），有違當事人間契約關係之衡平。

二、消滅時效係屬強行規定，民法第147條規定：「時效期間，不得以法律行為加長或減短之，並不得預先拋棄時效之利益。」否則，若當事人得經由契約約定加長或減短時效期間，甚至預先約定排除時效利益，將使消滅時效制度完全喪失。因此違反本條規定者，其約定無效。

三、時效抗辯權的行使，為債務人之權利，得由債務人自由處分。但債務人行使時效抗辯權，違反誠信原則者，應予禁止。是以，於時效完成後，債務人於債權人起訴前或起訴後，與債權人協議拋棄時效抗辯權，如債務人違反其協議，於訴訟上仍為時效完成之抗辯者，即屬違反誠信原則，其抗辯不生效力（95台上1087號）。

第二款 制度設計

消滅時效制度，在於保護債務人，避免債務人於長久時間經過後，因證據散失，而無法舉證債務不存在之事實。又債權人於長時間不行使權利，成為「讓權利睡著之人」，引起債務人合理信賴，債權人不再行使請求權，債權人之權利即無保護之必要。惟時效經過後，權利人的權利必須予以駁回，乃基於法律安定性的要求，為時效制度所需支付的代價。時效制度在效果上如同對於權利人的「沒收行為」，必須給予權利人公平行使權利的機會。因此，在時效制度的設計上，必須同時顧及債務人及債權人之權利，以求雙方權益之均衡。

關於時效制度，各國立法趨勢如下：

一、統一的時效期間：盡量廢除特別時效規定。

二、縮短時效期間：時效期間不應過短（如6個月）或過長（如30年），通常規定為2至5年之間；國際上認為合理的期間為3年。

三、時效起算時點改採主觀說：較短的時效期間，不以客觀標準作為時效的起算點（客觀說），而以債權人知悉或可得知悉，債務人之身

分及請求權發生之事實作為起算點（主觀說）。換言之，民法第128條規定的客觀說，由原則規定成為例外規定，而使第197條第1項的主觀說，由例外規定成為原則規定。

四、時效障礙事由：在權利人無法知悉其得行使權利，或權利人具有行使權利之行爲時，時效期間應停止而不得進行。亦即在發生權利行使的障礙事由時，時效制度應考量權利人之利益，給予某種時效利益，此即消滅時效障礙事由之規定（時效停止、未完成及中斷等）³。

第二項 除斥期間

與消滅時效類似者，為除斥期間。除斥期間乃法律為某種權利所預定的行使期間。二者均在於維持法律秩序的安定性，以維持繼續存在的法律秩序。除斥期間與消滅時效的主要區別如下：

第一款 適用客體

消滅時效適用於請求權；除斥期間則適用於形成權。如民法第90條規定，錯誤表示的撤銷權，除斥期間為1年。第93條規定被詐欺的撤銷權，除斥期間為1年或10年。

第二款 期間計算

消滅時效有時效中斷或未完成，致時效重行起算或延長者。但除斥期間為固定不變的期間，期間經過，形成權即行消滅，並無延長之情形。

第三款 起算時點

消滅時效自請求權可行使時起算（第128條）；除斥期間則自權利成立時起算。如錯誤撤銷，自意思表示後發生撤銷權時起算（第90條）。

³ 參見陳聰富，論時效起算時點與時效障礙事由，月旦法學雜誌，第285期，第6-7頁（2019年2月）。關於消滅時效制度的建制理由、日本法上的考察及時效抗辯違反誠信原則的限制，參見溫俊富，消滅時效與誠信原則（新學林，2018年）。

第四款 效力

消滅時效完成後，債務人須提出時效抗辯，法院始得加以裁判，且權利人的請求權雖然消滅，但債權仍然存在。除斥期間經過，則無須當事人提出抗辯，形成權即為消滅，法院應依職權調查，據以裁判。

如同請求權並非均有消滅時效的規定，形成權亦非均有除斥期間的規定。如民法第254條的解除權，及共用物分割請求權（屬形成權），法律上並無除斥期間的規定。

消滅時效雖適用於請求權，但若名為請求權，實質上為形成權者，其存續期間仍為除斥期間，而非消滅時效。如民法第1052條規定的離婚請求權，有配偶之人與人合意性交，他方配偶自知悉後已逾6個月，或自其情事發生後已逾2年者，不得請求離婚（第1053條）。因離婚請求權的判決，係屬形成判決，該6個月或2年期間，屬於除斥期間（33上4886號判例）。

某項權利的存續期間，究為消滅時效或除斥期間，有時不無爭議。如民法第365條規定，物有瑕疵時，買受人的解除權及減少價金請求權，自通知瑕疵後6個月，或自物交付後5年而消滅。該6個月或5年期間，立法理由認為屬消滅時效，但通說認為依該條規定主張減少價金，不以出賣人承諾為必要，與同條項規定解除契約之性質，同屬形成權，故該條項規定之行使期間，皆為無時效性質之法定期間（73台上4354號、72台上4694號）⁴。

第二節 消滅時效的客體

消滅時效的客體，限於請求權，其他形成權或抗辯權，則無消滅時效的適用。請求權，指得向他人請求為特定作為或不作為的權利。請求權發生的原因，可以基於債權、物權或身分關係等，是否均有消滅時效

⁴ 洪遜欣，民總，第562頁；王澤鑑，民總，第585頁；黃立，民總，第479頁。

的適用，分述如下：

第一項 債權請求權

第一款 債權請求權的行使期間

凡債權請求權，無論其發生原因，均為消滅時效的客體，包括契約履行請求權、債務不履行的損害賠償請求權、不當得利返還請求權及侵權行為損害賠償請求權等。

實務上應注意者為，給付判決與形成判決是否適用消滅時效之差異，分述如下：

一、給付判決

如甲購買乙之A地，於乙拒絕履行後，起訴請求乙辦理所有權移轉登記，經法院判決甲勝訴確定。依強制執行法第130條規定，視為乙已為同意登記的意思表示，甲持該確定判決書申請地政機關辦理登記時，無須乙協同辦理，但並非視同已經登記完畢。如甲於15年後，始持確定判決書申請辦理登記，乙仍得以時效抗辯，拒絕辦理登記（89台上1453號）。

二、形成判決

如甲、乙及丙共有A地，共有關係超過15年，甲依民法第823條起訴請求乙及丙分割A地時，由於共有物分割請求權，為分割共有物之權利，其性質為形成權之一種，無民法第125條之適用，乙及丙不得主張時效抗辯（59台上4035號）。且分割共有物的判決，屬於形成判決，於判決確定時，共有土地即行分割，其後申請地政機關辦理分割登記，亦無消滅時效的適用。

反之，如上例甲、乙及丙就A地達成共有物分割協議者，如甲於15年後，請求乙及丙協同辦理登記時，乙及丙得主張時效抗辯。蓋不動產協議分割契約係屬債權契約，於協議後，其分得部分所有權移轉登記請求權，係請求履行協議分割契約之權利，屬債權請求權，有民法第125

條消滅時效規定之適用（67台上2647號判例）⁵。

第二款 請求權競合

在同一事實，具備二個以上的請求權要件時，當事人得同時主張二個以上的請求權，而構成請求權競合。有請求權的債權人得就二者選擇行使，其一請求權已達目的者，其他請求權即行消滅；如未達目的者，債權人仍得行使其他請求權。

如甲出租A地於乙，於租期屆滿後，乙拒絕搬遷，繼續占有使用。乙之行爲，同時構成契約上的債務不履行及侵權行爲，甲得依租賃物返還請求權請求乙返還土地（第455條），並得依侵權行爲損害賠償請求權，請求乙賠償損害（第184條）。此二項請求權，應分別適用不同的消滅時效規定。前者時效期間爲15年（第125條），後者的時效期間原則上爲2年（第197條）。因此，在侵權行爲損害賠償請求權罹於時效後，甲仍得主張債務不履行的損害賠償請求權。

須注意者爲，在請求權競合時，若二者均爲損害賠償請求權，則短期時效的請求權消滅時效規定，可能阻斷適用長期時效的請求權。如定作人甲與承攬人乙訂立承攬契約，乙完成的工作物發生瑕疵，甲依民法第495條規定，請求乙損害賠償時，時效期間僅有1年（第514條第1項）。在1年期間經過後，甲又依民法第227條規定，請求損害賠償。雖然第227條之規定適用一般消滅時效15年，但爲貫徹承攬契約關於短期時效的立法目的，甲不得再依民法第227條請求損害賠償，否則民法第514條規定，將成具文（98台上2274號、96台上2622號）。

⁵

最高法院88年台上字第70號判決：「基地承租人依土地法第102條規定，請求出租人協同辦理地上權設定登記之請求權，有民法第一百二十五條十五年消滅時效規定之適用，其消滅時效自基地租賃契約成立時起算，是該條所定二個月聲請登記之期間，僅屬行政上對於出租人履行此項登記義務所加之強制而已，非就承租人登記請求權所定消滅時效期間之規定。」

第二項 物權關係上的請求權

第一款 所有權人的物上請求權

所有權人的物上請求權，指所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之（所有物返還請求權）。對於妨害其所有權者，得請求除去之（妨害除去請求權）。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之（妨害防止請求權）（第767條）。

所有權人的物上請求權，適用消滅時效的範圍，依大法官釋字第107號解釋：「已登記不動產所有人之回復請求權，無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用。」第164號解釋：「已登記不動產所有人之除去妨害請求權，不在本院釋字第一〇七號解釋範圍之內，但依其性質，亦無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用。⁶」據此，無論基於動產或不動產所生的物上請求權，均有消滅時效的適用。但已經登記的不動產所生的物上請求權，不適用消滅時效的規定。

如甲為A地所有人，已依我國法令登記，乙無權占有該地30年，甲仍得對乙主張所有物返還請求權，乙不得主張時效抗辯。反之，如A地為未登記之不動產，則縱使乙未依時效取得所有權，仍得為時效之抗辯。

又如甲為B屋所有人，該屋為違章建築，無法辦理登記，乙占有該屋超過15年，甲請求返還B屋時，乙得主張時效抗辯，拒絕返還。蓋B屋未經登記，所生的物上請求權，仍有消滅時效的適用。

所謂已登記不動產所有人，指已依土地法辦理登記之不動產真正所有人而言，並非指已登記為其名義之不動產所有人而言（69台上277號）。所謂回復請求權，不以不動產之返還請求權為限，凡足以破壞不動產所有權完整性之他項權利登記，因具有無效原因所發生之塗銷登記請求權，皆包括在內（58台上3297號）。且所謂回復請求權，不僅指物

⁶ 大法官解釋的理由為：「若許已登記之不動產所有人回復請求權，得罹於時效而消滅，將使登記制度，失其效用。況已登記之不動產所有權人，既列名於登記簿上，必須依法負擔稅捐，而其占有人又不能依取得時效取得所有權，倘所有權人復得因消滅時效喪失回復請求權，將永久負擔義務，顯失情法之平。」

權上回復請求權而言，即登記簿上不實登記之回復原狀請求權，亦即不實登記之塗銷請求權，亦應類推適用，解為不因時效而消滅（57台上3476號）。實務案例如下：

一、甲為A地所有人，死亡後，由乙及丙共同繼承。丙單獨申請登記為土地所有權人，乙依民法第767條規定請求塗銷繼承登記。最高法院謂：「大法官解釋所稱『已登記不動產』，係指已依土地法辦理登記之不動產而言，而非指已登記為請求人名義之不動產。蓋不動產真正所有人之所有權，不因他人無權占有或侵奪其所有物或基於無效原因所為之移轉登記而失其存在；苟已依土地法等相關法令辦理登記，其回復請求權或除去妨害請求權，即不罹於時效而消滅。因繼承取得不動產物權者，不以登記為生效要件，觀乎民法第七百五十九條之規定自明。故被繼承人基於已登記為其所有之不動產所生之回復請求權或除去妨害請求權，既不罹於時效而消滅，則繼承人承受其權利後，縱令尚未登記，亦無罹於時效而消滅之可言。⁷」

準此，乙主張丙之單獨繼承登記行為，係侵害其依繼承已取得之系爭土地所有權，丙以非法方法，擅自將所有權移轉登記予自己，乙依除去妨害請求權，請求丙塗銷繼承登記，並訴請協同辦理更正登記，無民法第125條消滅時效規定之適用。

二、甲在其所有的A地上興建B屋，B屋未辦保存登記。乙無權占有使用B屋，超過15年。甲本於所有權的物上請求權，請求乙返還土地。乙則以時效抗辯，拒絕返還B屋。最高法院謂：「甲對上開建物之回復請求權縱已罹於時效而消滅，乙亦僅取得拒絕返還各該建物之抗辯權而已，並不因此使乙對系爭土地之無權占有變為合法占有。換言之，乙占有上開房屋之時效利益，並不擴張及於其基地之占有，乙自不得拒絕返還系爭土地。⁸」

⁷ 最高法院83年台上字第1367號、83年台上字第1596號、83年台上字第2175號、85年台上字第8號、87年台上字第2313號、86年台上字第3191號判決。

⁸ 最高法院83年台上字第1016號判決、83年第7次民事庭會議決議。最高法院93年台抗字第728號裁定謂：「乙對系爭房屋之占有，固有消滅時效之適用，惟仍無從否定其無權占有系爭房屋之基地之本質，倘因房屋所取得之消滅時效利益，得擴張反

三、甲為A地所有人，與乙通謀虛偽意思表示，移轉該地登記於乙名下。乙死亡後，由丙辦理繼承登記。甲亦死亡，丁為其繼承人，對丙行使妨害除去請求權，請求塗銷所有權移轉登記及繼承登記，無民法第125條消滅時效規定之適用（69台上2170號）。

四、甲為國有林地管理單位，乙無權占有使用國有林地，栽種果樹及搭建工寮，達26年。甲請求乙返還土地，法院判決：森林以國有為原則。未依法登記為公有或私有之林地，概屬國有。又林業用地，其所有權依法免予登記，則不論國家已否辦理登記，均不適用關於取得時效之規定。從而為避免發生權利上名實不符，真正所有人無法確切支配其所有物之現象，並保護所有人之權益，免受侵奪，其回復請求權及除去妨害請求權，無民法第125條消滅時效規定之適用（87台上1738號、86台上3757號）。

應注意者為，大法官釋字第771號解釋，於檢討繼承回復請求權於時效完成後（第1146條第2項），真正繼承人喪失其原有繼承權，並由表見繼承人取得其繼承權之見解，是否違憲時，大法官謂：「繼承回復請求權與個別物上請求權係屬真正繼承人分別獨立而併存之權利。繼承回復請求權於時效完成後，真正繼承人不因此喪失其已合法取得之繼承權；其繼承財產如受侵害，真正繼承人仍得依民法相關規定排除侵害並請求返還。然為兼顧法安定性，真正繼承人依民法第767條規定行使物上請求權時，仍應有民法第125條等有關時效規定之適用。於此範圍內，本院釋字第107號及第164號解釋，應予補充。」

如甲及乙兄弟共同繼承其父之遺產A地，但乙將A地全部登記為其單獨所有，並占有A地。於30年後，甲依民法第1146條請求乙回復其繼承權，並基於所有權依民法第767條請求返還土地。就繼承回復請求權部分，大法官變更最高法院40年台上字第730號民事判例：「繼承回復請

射及於已登記為甲所有之土地，進而排除甲本於基地所有權可得行使之物上請求權，不啻將其對系爭房屋時效利益所取得之抗辯權所生效果，擴及於甲之土地所有權，甲之土地所有權無端受到侵害，此自非所宜，故不得因對建物占有之消滅時效完成，已取得拒絕交還房屋之抗辯權，即得逕認建物與基地不可分，併予排除甲本於基地所得行使之物上請求權。」

求權，……如因時效完成而消滅，其原有繼承權即已全部喪失，自應由表見繼承人取得其繼承權。」而認為於繼承回復請求權之時效完成後，甲仍未喪失其繼承權。就甲主張物上請求權部分，係基於該繼承權而取的A地所有權，其行使物上請求權，仍然有消滅時效的適用，乙得依民法第125條抗辯後，甲不得請求回復其土地所有權。亦即甲雖有繼承權及所有權，但其所有物返還請求權仍因時效完成而消滅。

釋字第771號解釋是補充釋字第107號及第164號解釋，並非變更上述解釋。從而在一般情形，已登記的不動產所有權所生的物上請求權，並無消滅時效的適用。但如基於繼承回復請求權回復繼承權後，取得所有權所生之物上請求權，縱使為已登記之不動產，仍有消滅時效的適用。此項區別，其理論上基礎為何，尚待研究。

第二款 占有人的物上請求權

占有人的物上請求權，自侵奪或妨害占有或危險發生後，1年間不行使而消滅（第963條）。如甲出租A地於乙，丙侵奪乙占有的A地，乙得向丙請求回復占有，其時效期間為1年。

第三項 其他請求權

第一款 基於身分關係而生之請求權

基於純粹身分關係所生的請求權，無消滅時效的適用。最高法院48年台上字第1050號判例謂：「請求權因十五年間不行使而消滅，固為民法第一百二十五條所明定，然其請求權若著重於身分關係者，即無該條之適用（例如因夫妻關係而生之同居請求權）。履行婚約請求權，純係身分關係之請求權，自無時效消滅之可言。」

反之，非純粹身分關係所生的請求權，係以財產利益為目的，如夫妻間的損害賠償請求權、判決離婚時贍養費各期給付請求權，具財產權的性質，仍有消滅時效的適用。

關於親屬間扶養請求權本身（第1114條），屬於純粹身分關係的請求權，並無消滅時效的適用。但親屬間扶養費的各期給付請求權，以財

產利益為目的，仍有消滅時效的適用⁹。惟最高法院謂：「民法第一千一百十四條規定之親屬間扶養請求權係因親屬身分而發生及存在，於親屬關係存續中，不因時效經過而消滅。是妻對於夫之扶養費請求權於婚姻關係存續中，並無消滅時效之問題。查兩造間之婚姻關係現尚存在，則上訴人請求被上訴人給付自63年3月26日起至83年9月30日止共196萬8千元扶養費部分，並無消滅時效之問題（91台上994號）。」此項見解，使扶養權利人得以請求過去20年的扶養費，應非妥當。

第二款 基於人格關係而生之請求權

以人格權為內容的請求權，如侵害除去請求權（第18條），無消滅時效的適用。但人格權被侵害所生的損害賠償請求權（第184、195條），則有消滅時效的適用（第197條）。

最高法院106年台上字第2677號判決：「以人格權受侵害為內容，而向法院請求除去之侵害除去請求權，為維護人性尊嚴所必要，應予終身保障，自不得因受侵害者於一定時間不請求除去其侵害，即不予保障，與民法規範消滅時效之立法目的在於確保交易之安全與維持社會秩序之公平無涉，故民法第18條第1項前段規定之人格權侵害除去請求權，並無消滅時效之適用。」可資參照。

第三節 消滅時效的期間

消滅時效的期間，悉依法律之規定，不得以法律行為加長或減短之（第147條）。消滅時效的一般期間，為長期時效15年。至於短期時效，則依法律特別規定之。

民法第880條規定：「以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人於消滅時效完成後，五年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。」最高法院53年台上字第1391號判例謂：「時效期間僅有較

⁹ 施啟揚，民總，第331頁。

十五年為短者，而無超過十五年者，至於民法第一百四十五條第一項，係就請求權罹於時效消滅後，債權人仍得就其抵押物、質物或留置物取償而為規定，同法第八百八十條，係抵押權因除斥期間而消滅之規定，均非謂有抵押權擔保之請求權，其時效期間較十五年為長。」

第一項 一般時效期間（長期時效）

民法第125條規定：「請求權，因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。」

在同一原因事實，發生二個以上契約上請求權，而有特別規定的短期時效者，自應優先適用該特別規定的短期時效。最高法院102年台上字第1147號判決謂：「按債權人依民法第四百九十五條第一項，與依同法第二百二十七條規定，請求債務人賠償損害，係不同之法律關係，其請求權各自獨立，消滅時效亦不同。又承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於民法第五百十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用。」

時效期間的適用，與請求權的性質關係密切。尤其在侵權行為具有2年短期時效的規定（第197條），許多法律規定的請求權與侵權行為類似，如何適用時效期間，具有爭議。主要案例如下：

一、地政機關辦理登記錯誤，係行政行為之失當，土地法第68條所定賠償責任，亦以行為失當為其要件，與民法上不法侵害他人權利之行為有間，土地法既未特別規定其時效，自應適用一般規定之15年時效，而無民法第197條之適用（85台上670號）。

二、公司法第23條規定：「公司負責人對於公司業務之執行，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。」最高法院認為：「公司法第二十三條所定連帶賠償責任，係基於法律之特別規定，並非侵權行為上之責任。故其請求權之消滅時效，應適用民法第125條之規定（78台上154號、95台上1953號）。」

上開二則案例，無論地政機關辦理登記錯誤，或公司負責人執行業

務致生損害，性質上均屬侵權行為之責任，應適用侵權責任之消滅時效規定（第197條），較為適當¹⁰。

第二項 特別時效期間（短期時效）

第一款 5年的短期時效

民法第126條規定：「利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。」

一、1年之定期給付債權

所謂「定期給付債權」，指給付債權的整體，基於同一債權原因所生一切規則而反覆之定期給付而言，諸如年金、租金、薪資等（97台上2178號）¹¹。「其各期給付請求權」，指反覆繼續給付的每一期分支債權，如每月給付的薪水、每半年繳付的保險費。所謂1年或不及1年之定期給付債權，係指基於一定法律關係，因每次一年以下期間之經過順次發生之債權而言（81台上3004號）。

定期給付債權與分期給付債權不同，前者為數個各自獨立的債權，在一定期間內反覆繼續發生而為給付。後者為一個獨立的債權，但分數期而為給付。故買賣價金的分期付款，合會金債權的合會金分期清償，本質上為一次給付之債權，特別約定其給付方法為分期給付而已，與定期給付債權不同，不適用5年短期時效（81台上3004號）。

再者，一般不當得利返還請求權之消滅時效，應適用民法第125條規定的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，其各期利得返還請求權之時效計算，即與

¹⁰ 有認為，應類推適用國家賠償法第8條之2年短期時效規定者，參見廖森林，土地法第六八條第一項所定損害賠償請求權之消滅期間，台灣法學雜誌，第147期，第195-200頁（2010年3月）。

¹¹ 按最高法院認為，依勞工保險條例第18條規定的分擔保險費，無民法第126條的適用（54台上966號）。但一般商業保險的保險費，係按期給付，應屬本條規定的定期給付債權。

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，應仍有同法第126條短期時效之適用。

如配偶一方未履行其依法應分擔對未成年子女之保護教養義務，致他方代為履行，他方雖得依不當得利法律關係請求配偶返還其所受利益，然兩造間就配偶應分擔未成年子女扶養費用之給付方式，若已協議約定按月給付1萬5,000元，即屬他方應按時收取，且各期相隔期間在1年以內之定期給付債權，自有5年短期時效之適用（101台上236號）。

二、利 息

利息係附屬於本金而發生，但已發生之利息成為獨立的債權，自發生時起，適用5年消滅時效。但本金部分則適用15年的一般時效。

須注意者，民法第182條所定之附加利息，係受領人受領利益時，就該利益使用所產生之利益，該附加利息性質上仍屬不當得利，僅其數額可以利息之計算方式來確定，是該附加利息如得以非利息計算之方式確定其金額，亦無不可計為返還之範圍。準此，該附加利息之請求權消滅時效，仍應適用民法第125條所定15年之時效（93台上1853號）。

三、違約金

違約金之約定，為賠償給付遲延所生之損害，於債務人給付遲延時，債權人始得請求，既非定期給付之債務，與民法第126條所規定之性質不同，其時效為15年而非5年，亦無民法第145條第2項規定之適用¹²。

四、相當於租金的利益

租金給付期限在1年以下者，其消滅時效為5年。有疑問者為，在無權占有他人不動產，不動產所有人請求返還不當得利時，無權占有人的

¹² 最高法院95年台上字第633號裁定、98年台上字第911號、99年台上字第139號判決。不同見解，參見同院70年台上字第3511號判決：「遲延利息之請求權，因五年間不行使而消滅，金錢債務之債務人給付遲延所應付之違約金，係按一定利率及遲延日數計算者，名稱雖與遲延利息異，然實質上仍為賠償債權人因遲延所受損害，債權人應同樣按時收取，不因其名稱有異而謂其時效之計算應有不同。」

「相當於租金利益」之不當利益，其返還時效，是否適用民法第126條五年時效的規定？

對此問題，多數實務見解採取肯定說，如最高法院83年台上字第2806號判決：「查租金之請求權因五年間不行使而消滅，既為民法第一百二十六條所明定，至於終止租約後之賠償與其他無租賃契約關係之賠償，名稱雖與租金異，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。¹³」

少數法院見解，採取否定說。如最高法院93年台上字第2080號裁定：「當事人主張不動產物權之登記有無效之原因，依不當得利之法律關係請求塗銷登記者，依民法第一百五十五條規定，其請求權，因十五年間不行使而消滅。而不當得利之受領人，依其利益之性質或其他情形不能返還所受之利益者，依民法第一百八十一條但書之規定，固應償還其價額，惟其所應償還之價額及所受之利益，性質上具有同一性，自應自原請求權得行使時起算消滅時效，不得各別起算其消滅時效。¹⁴」

按無權占有他人之物，無論是租賃契約終止後的繼續占有，或自始即為無權占有，無權占有人無法律上原因而取得的利益，是「使用他人之物本身」，但因該項利益依其性質不能返還，應償還其價額（第181條但書）。該價額之計算，即以「相當之租金數額」計算，本身仍屬不當得利的性質，而非定期給付的租金，其消滅時效應仍為不當得利所適

¹³ 又如最高法院100年台上字第1274號判決：「民法第126條對於租金之給付請求權，係規定於五年間不行使而消滅，而如係無法律原因而為占有並使用他人土地者，依照社會通念可獲得相當於租金之利益時，雖此利益名稱非為租金，實質上應可認屬使用土地之代價，故如有致他人受損害時，如請求權已逾短期消滅時效者，自不得依不當得利而請求返還。」

¹⁴ 又如最高法院94年台上字第1198號判決：「民法第一百二十六條所謂之租金債權係指承租人使用租賃物之代價，出租人應定期按時收取租金之債權而言，故租金請求權因五年不行使而消滅，係就出租人對於承租人之租金請求權而言。本件係上訴人未得其他共有人之同意，逾越其應有部分就共有物全部為使用收益，上訴人因此受有不當得利，為被害人之被上訴人則受有損害。此種不當得利返還請求權，本屬損害賠償之性質，原非租金之替補，亦即並非基於一定之法律關係，因一年以下時間之經過而依序發生之定期給付債權，原審因認無適用民法第一百二十六條短期時效之餘地，難謂有何違背法令。」

用的15年一般時效¹⁵。

第二款 2年的短期時效

民法第127條規定：「左列各款請求權，因二年間不行使而消滅：一、旅店、飲食店及娛樂場之住宿費、飲食費、座費、消費物之代價及其墊款。二、運送費及運送人所墊之款。三、以租賃動產為營業者之租價。四、醫生、藥師、看護生之診費、藥費、報酬及其墊款。五、律師、會計師、公證人之報酬及其墊款。六、律師、會計師、公證人所收當事人物件之交還。七、技師、承攬人之報酬及其墊款。八、商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價。」本條規定的商品或勞務代價，均屬日常生活頻繁的交易，應儘速解決，因此規定較短的時效¹⁶。

在實務上，應注意之案例如下：

一、承攬契約的時效期間

承攬人的報酬請求權，依民法第127條規定，時效期間為2年¹⁷。但承攬人之損害賠償請求權，依民法第514條第2項規定，其時效期間僅為1年¹⁸。

如定作人甲與承攬人乙工程公司訂約，由乙改建自強大橋，甲則負有交付該大橋於乙改建的義務，嗣後由於大橋附近居民抗爭，甲無法提供該大橋予乙改建，致工期展延，遭遇原物料物價波動，工程費用增加。乙依民法第231條給付遲延之規定，請求損害賠償時，應適用1年的短期時效（100台上592號）。

¹⁵ 王澤鑑，民總，第592頁；林誠二，民總（下），第282頁。

¹⁶ 最高法院87年台上字第2309號判決：「我國律師之報酬及墊款請求權有此規定之適用，固無問題，即未依我國法律取得我國律師資格之外國律師，其在該外國本於律師之身分執行職務而取得之報酬及墊款請求權，亦係提供其專門智識之對價，同具從速履行，儘快解決之性質，仍應認有此規定之適用。」

¹⁷ 最高法院92年台上字第1603號判決：「所謂技師，係泛指從事於一切工程設計、監督之人，非以依技師法規定取得技師證書之人為限。建築師之報酬及其墊款請求權之行使，應有上開短期時效規定之適用。」

¹⁸ 參見蔡晶瑩，民法第五一四條短期時效之規定在損害賠償請求權上之適用，台灣法學雜誌，第161期，第180-183頁（2010年1月）。

再者，在具有承攬與買賣混合契約性質之「不動產買賣承攬」（即不動產製造物供給契約），就不動產財產權之移轉而言，不啻與民法第127條第7款所定「技師、承攬人之報酬及其墊款」為一般單純之承攬有間，更與同條第8款所稱「商人、製造人、手工業人所供給之商品」係專指「動產」者不相侔。故此類不動產買賣承攬之價金或報酬請求權，應無上開條款2年短期消滅時效期間規定之適用（89台上2591號）。

在公共工程契約，經常因工期甚長，遭遇原物料物價波動，致工程費用增加之情形，承攬人經常依「情事變更原則」，請求法院增加給付（第227條之2）。此時，依情事變更原則所為之增加給付，其時效期間如何計算，甚具爭議，實務見解莫衷一是，說明如下¹⁹。

甲公司承攬乙定作人之土木興建工程，原訂工期為100年5月5日，但因原物料上漲及變更設計，工期展延至101年6月6日完工並驗收完成。甲之報酬請求權消滅時效應於103年6月6日屆期，但甲於103年8月8日依情事變更原則，請求乙增加給付報酬款，乙則以甲之請求權已罹於時效進行抗辯，此時甲之請求權是否罹於消滅時效或除斥期間？此外，如法院於105年9月9日判決甲之請求為有理由，新生之報酬請求權，其時效期間何時起算？實務見解如下：

（一）罹於消滅時效說

當事人依情事變更原則之規定為增加給付之請求時，因條文明定「增、減其給付」，即就原來給付為量之增加，並無變更原來給付所依據之權利性質。是判斷增加給付請求之消滅時效期間時，仍應依原來給付之性質定之（99台上843號）。換言之，承攬人之增加給付請求權，其消滅時效之起算時點應與其原有承攬報酬請求權之時點相同。在假設案例中，甲之增加給付請求權，應自101年6月6日起算，甲於103年8月8日起訴，已罹於消滅時效。

（二）未罹於消滅時效說

又分為二說：

¹⁹ 以下說明，詳見陳聰富，前揭文（註3），第25-31頁。

1. 自承攬報酬請求權罹於時效後起算除斥期間

最高法院102年台再字第18號判決：「如依情事變更原則請求法院核定增加給付數額，其訴之性質為形成之訴……鑑於情事變更原則為例外救濟之制度，形成權之行使具有變更原秩序之本質，民法第二百二十七條之二第一項規定未設除斥期間之限制，致令契約當事人長久處於可能遭受法院判命增減給付之不確定狀態，顯非所宜，參諸誠信原則，斟酌本條項旨為衡平而設之立法目的，於因承攬契約所發生之債，解釋上當非不得類推適用民法第一百二十七條第七款關於原來給付短期時效之規定，以原來給付罹於時效時，自原來給付罹於時效後再起算二年為除斥期間。」依此，本件工程於101年6月6日完工並驗收完成，甲之報酬請求權消滅時效應於103年6月6日屆期，再起算2年為甲得主張增加給付請求權之除斥期間，亦即105年6月6日為期間屆滿。倘甲於105年6月5日起訴請求增加給付，法院於106年8月8日判決甲之請求有理由。此時，甲因而新增之報酬請求權消滅時效開始起算2年，即於108年8月8日屆滿。

2. 自權利完全成立時起算除斥期間

最高法院106年台上字第454號民事判決：原告之增加給付請求權之除斥期間應為2年，又「民法第227條之2所定增減給付之請求，係形成之訴，當事人行使該形成權請求增加給付時，自應以權利得行使時，亦即權利完全成立時為除斥期間之起算點。」「至於權利何時成立，則應依個案情節，妥適認定（106台上724號）。」本案法院認為，須於承攬人依約請求相關費用未果後，始為權利得行使時，而起算2年之除斥期間。從而此項2年除斥期間，將逾越原本承攬報酬請求權之2年時效期間。

本書認為，增加給付請求權之除斥期間應為2年，且應自原承攬報酬請求權可行使時為起算時點。理由如下：按承攬人依情事變更原則所生之增加給付請求權，性質上係屬形成權。因此，承攬報酬請求權之消滅時效期間與增加給付請求權之除斥期間係屬二事，應各自設定權利人得行使權利之期間。

原來報酬給付請求權適用消滅時效，在於避免權利人長期不行使權利。如有短期時效之規定，立法目的在於早日確定當事人間之法律關

係。倘請求權於消滅時效後，當事人仍得行使性質相同之增加給付請求權，對於他方當事人並非公平。此外，在承攬契約發生情事變更之情事，通常為承攬人於工作完成前即已知悉。其於工程驗收合格後，請求承攬報酬之尾款時，得以向定作人同時請求增加給付報酬，為一般工程實務之常態，從而由此時起算增加給付請求權之除斥期間，應屬合理。

職是，承攬人具有原來報酬給付之請求權，其消滅時效為2年，同時具有增加給付請求權，其除斥期間亦為2年。二者的期間起算點，原則上均為工程完工驗收合格日起算。

至於依據增加給付請求權，經法院判決有理由者，承攬人所取得之新生的報酬請求權，其消滅時效2年期間，應自法院判決確定時起算，乃屬當然。此項見解，一則符合增加給付請求權係屬形成訴權之性質，再則於法院判決確定前，實際上承攬人無從行使債權，而無起算消滅時效期間之理。

據此而論，甲之增加給付請求權，其除斥期間自101年6月6日起算，甲於103年8月8日起訴請求增加給付，已罹於除斥期間，應予駁回。

二、商人供給商品的代價

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。蓋此等物品之代價多發生於經常及頻繁交易，宜儘速履行，故賦予較短之時效期間，以促其從速確定（100台上1832號）。

本款規定的商人，雖不必具有一定之條件，惟必須係從事商品販賣實業之人，即以販賣為業務之人，始得謂「商人」。且本款之適用，須發生於日常頻繁之交易，亦即平日具慣常性之行為，出賣人依其營業登記項目所供給商品之販賣，始推定屬其日常頻繁之交易行為。如甲向乙承攬工地整地工程，約定甲開挖的土石，由乙出售於甲，其所供給販賣者非其營業登記項目之商品，非屬其日常頻繁之交易行為，無短期時效的適用（102台上524號）。

所謂商人所供給之商品代價，係指商人所供給其所從事營業項目之商品代價而言。若商人所出售者係其生財器具，則無該條款之適用，而應適用同法第125條規定之15年時效（80台上236號）。

再者，所謂商人所供給之商品，係指**動產**而言，並不包括**不動產**在內。建築商人營建房屋，連同基地出售，其不動產代價之請求權，無本款之適用。又**船舶**建造之時間久，給付船價之期間長，船價給付請求權已非宜速履行或應速履行之請求權，且船舶所有權之取得、抵押權之設定，均須經登記，具有不動產之性質，非可視為商人所供給之商品（78台上1170號、86台上1586號）。

與此類似者，民法第127條第3款規定：「以租賃動產為營業者之租價請求權，因二年間不行使而消滅。」所謂以租賃動產為營業者，係以動產租與他人使用收益，收取租金為業之人，故如以租賃不動產為營業，或租賃動產而不以之為營業者，其租價即不能適用2年之短期時效（57台上2946號）。

最後，本條之短期時效規定，僅適用於商品的代價請求權，**不包含**交付出賣標的物之請求權在內（59台上1775號）。如甲電腦公司出售A電腦予乙，2年後，甲向乙請求價金時，乙得依民法第127條主張時效抗辯。但乙向甲請求交付A電腦時，關於交付出賣標的物請求權之消滅時效，仍適用民法第125條之規定，甲不得主張短期時效抗辯。此時，僅於乙拒絕交付價金時，甲得依民法第264條規定，主張同時履行抗辯權，而拒絕給付電腦（參見94台上431號）。

第四節 消滅時效的起算

民法第128條規定：「消滅時效，自請求權可行使時起算。以不行為為目的之請求權，自為行為時起算。」消滅時效的期間，依法律規定，無法加長或減短。但時效長短，取決於時效自何時起算。起算始點不同，必然影響時效完成的時點。

所謂請求權可行使時，乃指權利人得行使請求權之狀態而言。因此，附停止條件之請求權，以其條件成就之時為其可行使之時計算消滅時效（103台上515號）。在債權未定清償期者，債權人得隨時行使請求權（第315條），其消滅時效即應自債權成立時起算；若定有清償期

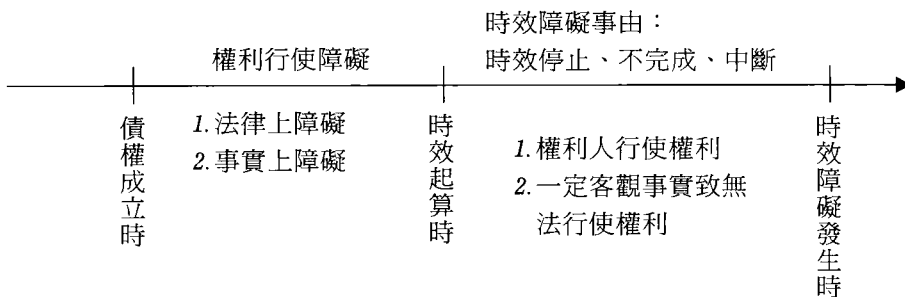
者，則自期限屆滿時起始可行使，消滅時效亦應自期限屆滿時起算（93台上1944號）。

如甲繼承土地一筆，出售予乙，雙方約定「辦理繼承登記後，始辦理所有權移轉登記」，但甲一直怠於辦理繼承登記，致未能辦理所有權移轉登記。此時乙得請求繼承人辦理繼承登記後，再辦理所有權移轉登記，因此乙本於買賣所得行使之請求權，於買賣後即可行使，而非自「辦理繼承登記後」始開始起算消滅時效（90台上1152號）。

第一項 事實上障礙與法律上障礙

首應說明者為，債權成立後，如權利人具有行使權利之障礙時，並無債權人怠於行使權利之情事，基於誠信原則，不應起算時效期間，否則對債權人不公平，因此法律上乃有時效起算時點之規定。有疑問者為：何種事實得以構成行使權利之障礙，致使消滅時效無從起算？

應比較者為，在時效開始起算後，可能發生權利人已經行使權利（如請求、起訴），或發生一定客觀事實，致權利人無法及時行使權利之情形（如天災、未成年人欠缺法定代理人），如令時效完成，對債權人並非公平。因此在發生消滅時效障礙事由時，法律制度上以時效停止、不完成及中斷之方式，讓時效不致於完成。茲圖示如下：



關於時效期間的起算點，採客觀主義者，認為應以權利人得行使請求權的客觀狀態決之。採主觀主義者，認為以權利人知悉其得行使權利之狀態決之。德國民法第199條第1項採主觀主義，規定債權人知悉或無重大過失可得而知請求權成立之事實及債務人時，時效開始起算²⁰。我國民法對一般消滅時效，於第128條採取客觀說。最高法院85年台上字第2340號判決：「民法第一百二十八條規定消滅時效，自請求權可行使時起算。該所謂『可行使時』，係指請求權人行使其請求權，客觀上無法律上之障礙而言，要與請求權人主觀上何時知悉其可行使無關。」可資參照。但民法第197條第1項關於侵權行為損害賠償請求權之消滅時效，則採主觀說。各國立法趨勢改採主觀說，已如前述。

為嚴格遵守時效期間，關於時效的起算，我國通說採取嚴格的客觀判斷標準，最高法院95年度第16次民事庭會議決議：「民法第一百二十八條所謂請求權可行使時，係指行使請求權在法律上無障礙時而言，請求權人因疾病或其他事實上障礙，不能行使請求權者，時效之進行不因此而受影響……。權利人主觀上不知已可行使權利，為事實上之障礙，非屬法律障礙。」

所謂事實上障礙，指權利人因個人事實上之障礙不能行使請求權而言，如疾病、不在、遠遊、權利人不在、權利存在之不知等（101台上1030號裁定）。所謂客觀上法律上障礙，如支票經檢察官予以扣押，而使權利人不能行使對發票人之票據權利（101台簡上28號、101台簡上18號）。至於農地繼承人因無自耕能力，致無法請求移轉土地的應有部分，屬個人事實上之障礙，不能阻止時效之進行（92台上2039號）。

最高法院固然一再認為，「權利存在之不知」，非屬客觀上法律障礙，不能阻止時效之進行。然而，最高法院為求當事人之公平，曾採取主觀判斷標準。如甲銀行與乙工程公司訂立興建大樓工程合約，約定工程報酬給付，「經本行初驗合格後，並報請上級機關監驗認為合格，方作正式驗收」。本案於工程竣工後，乙請求給付報酬時，甲銀行抗辯，契約約定之「報請上級機關監驗合格」條件，已因甲銀行民營化無上級

²⁰ 林誠二，民總（下），第291頁。

機關而如同未約定，則於其民營化時即得請求系爭工程款，開始起算2年的短期時效。

最高法院95年台上字第1607號判決認為：「按消滅時效自請求權可行使時起算，民法第一百二十八條定有明文。亦即須權利人知悉其得行使權利之狀態，時效期間始能起算。蓋權利之行使可被期待甚或要求而不行使，乃權利依時效消滅之理由，若權利人不知已可行使權利，如仍責令其蒙受時效之不利益，自非時效制度之本旨。」據此，應探究乙何時知悉甲銀行民營化而無上級機關監督之時，始起算消滅時效，而非自甲銀行民營化時，即開始起算時效²¹。

又如甲於民國68年間向乙購買農地，甲與乙相繼死亡後，甲的繼承人丙於民國70年間給付價金尾款於乙的繼承人丁。嗣丙於84年間，起訴請求丁移轉土地登記，經法院判決甲與乙間買賣農地契約為無效，丙受敗訴判決。丙於敗訴判決確定後，於86年間依不當得利請求權，起訴請求丁返還給付的價金。丁則以價金係於民國70年間之前給付完畢，而為時效抗辯。

最高法院91年台上字第1312號判決：「依不當得利之法則請求返還不當得利，以無法律上之原因而受利益，致他人受有損害為其要件，倘利益授受之雙方當事人，均不知其利益授受之法律上原因不存在，甚或誤認其法律上之原因存在，則須權利人知悉其得行使權利之狀態，時效期間始能起算。蓋權利之行使可被期待甚或要求而不行使，乃權利依時效消滅之理由，若權利人不知已可行使權利，如仍責令其蒙受時效之不利益，自非時效制度之本旨。」

據此，丙返還價金不當得利請求權之時效起算點，應自其對丁移轉系爭土地登記訴訟事件敗訴確定，知悉無法律上原因時（約84年）開始，而非自價金給付時起算。

²¹ 關於實務上消滅時消起算點的見解變遷，參見吳從周，變遷中之消滅時效期間起算點，收錄於民事法學與法學方法，第一冊，第173-227頁（2007年）。

第二項 借貸契約

債權成立後，若無約定清償期，通常應自債權成立時，開始起算消滅時效。但在消費借貸契約，如甲於民國100年1月間貸與乙100萬元，未約定清償期，甲直到110年1月始催告乙返還借款，其15年的時效期間，應自100年1月或110年1月開始起算？

第一款 消費借貸

最高法院99年度第7次民事庭會議：未約定返還期限之消費借貸，其請求權之消滅時效應自何時起算？決議：「按民法第四百七十八條後段規定，消費借貸未定返還期限者，貸與人得定一個月以上之相當期限，催告返還。所謂返還，係指『終止契約之意思表示』而言，即貸與人一經向借用人催告（或起訴），其消費借貸關係即行終止，惟法律為使借用人便於準備起見，特設『一個月以上相當期限』之恩惠期間，借用人須俟該期限屆滿，始負遲延責任，貸與人方有請求之權利。若貸與人未定一個月以上之期限向借用人催告，其請求權尚不能行使，消滅時效自無從進行。故須貸與人定一個月以上之相當期限，催告返還，於該催告所定期間屆滿後，其消滅時效始開始進行。（參見97台上第2654號）」據此，本案的消費借貸契約，甲於110年1月催告後，時效始開始進行至125年1月止。

本書認為，未定期限之消費借貸契約，如須貸與人催告後始開始起算消滅時效，則於貸與人長久未為催告時，將使債務長久存在，債及子孫，並非合理。民法第478條後段關於1個月優惠期間之規定，旨在保護債務人，給予債務人準備返還借貸物之期間。依此規定，無限延長債務人之債務存在期間，與該期間之立法目的相違。又據此規定而無限延長時效期間，與消滅時效所欲實現之價值判斷不符。貸與人如多年未行使催告權，即為權利之不行使，並無保護之必要。

再者，所謂貸與人未定期催告，「其請求權尚不能行使，消滅時效自無從進行」，亦無理由。蓋此時貸與人之請求權尚不能行使，係因其本身未行使催告權之故，依誠信原則，貸與人不應以其本身之不作為，

而爲自己有利之抗辯。職是，本項決議似與公平原則不符。

第二款 使用借貸

在使用借貸契約，如甲貸與A屋予乙無償使用，若借貸未定期限，亦不能依借貸之目的而定其期限者，貸與人無庸終止契約，即得依民法第470條第2項規定，隨時請求返還借用物，其請求權之消滅時效，應自借貸契約成立時開始進行（89台上193號）。惟依借貸之目的，使用完畢時，始負返還責任者，貸與人須俟借貸關係終止時，始得請求返還，其請求權之消滅時效，應自借貸關係終止時開始進行。

第三項 債務不履行損害賠償請求權

第一款 損害賠償請求權

在債務不履行時，如甲與乙於81年8月30日簽訂協議書，約定乙就A地有應有部分五分之一所有權。甲於95年11月22日將系爭土地所有權移轉予丙公司，致該請求所有權移轉之債權陷於給付不能，乙依民法第226條規定，向甲請求損害賠償時，時效自何時起算？

最高法院之見解，分爲二說：第一說認為，損害賠償請求權的消滅時效自原給付義務陷於給付不能時起算。例如最高法院100年台上字第1833號判決認為：「如民法第226條第1項規定，因可歸責於債務人之給付不能所生之損害賠償之債，性質上爲原債權之延長變形，其消滅時效自應依原債權之性質定之。準此，債務人如因可歸責之事由致給付不能，其原有之給付義務（第一次之義務），即轉變成損害賠償義務（第二次之義務），其損害賠償義務應於債務人原來之第一次給付義務不能時即已發生，並於債權人得行使該請求權時爲其消滅時效之起算時點。故債權人依民法第二百二十六條第一項規定對債務人請求損害賠償者，既係請求債務人履行第二次之義務，而非第一次之義務，其損害賠償請求權，仍應自債務人債務不履行即其第一次之義務陷於給付不能時即得行使，其消滅時效，亦應自債務人該第一次之給付不能而得行使時起算。」據此，乙的損害賠償請求權之消滅時效應自95年11月22日系爭土

地所有權移轉之債權成為給付不能時起算（同說98台上450號）。

第二說認為，損害賠償請求權的消滅時效自原債權之請求權可行使時起算。例如最高法院104年台上字第1399號民事判決：「借名登記之契約，其性質與委任關係類似，應類推適用民法第550條規定，除契約另有訂定或因契約事務之性質不能消滅者，因當事人一方死亡而消滅。此際借名者或其繼承人自可依借名契約消滅後之借名標的物返還請求權請求出名者或其繼承人返還該標的物，如該標的物因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，借名人得請求賠償損害，且該項損害賠償之債，性質上為原債權之延長，與原債權具有同一性，其請求權之消滅時效，應自原債權之請求權可行使時起算。²²」據此，乙的損害賠償請求權之消滅時效應自81年8月30日約定之給付日期起算。

上開見解，應以第二說為當。基於原債權與損害賠償請求權，在性質上具有債的同一性，損害賠償請求權之消滅時效，應自原債權得請求時起算²³。如甲於103年7月16日出售A車給乙，尚未交付，乙得依民法第348條規定隨時請求甲交付該車（第一次之義務）。嗣後甲又於113年8月8日將該車出售給丙，並交付之，乙得依民法第226條規定，向甲請求損害賠償（第二次之義務），該損害賠償請求權的消滅時效，應自第一次給付義務發生後，得行使債權的103年7月16日起算。若依第一說之見解，則消滅時效應自113年8月8日起算，使甲負擔之第一次給付義務原於118年7月16日時效即為屆滿，卻因變更為損害賠償之債（第二次給付義務）時，時效延長至128年8月8日止，增加10年之時效期間，顯不合理。

第二款 代償請求權

如甲出售A地於乙，交付於乙占有使用，但未辦理移轉登記。在15

²² 同說最高法院104年台上字第357號民事判決：「標的物因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，借名人得依民法第二百二十六條第一項之規定請求賠償損害，且該項損害賠償之債，性質上為原債權之延長，其請求權之消滅時效，應自原債權之請求權可行使時起算。」

²³ 施啟揚，民總，第337頁。

年後，A地被政府徵收，發給甲徵收補償費。乙請求甲交付該補償費，有無理由？

本案A地被政府徵收，係因不可歸責於債務人甲之事由，致給付不能，甲免給付義務（第225條第1項），但債權人乙得類推適用民法第225條第2項規定之代償請求權，請求甲交付其所受領的補償費（88台上1505號、88台上267號）。有疑問者為，乙對甲的第一次給付義務（即請求土地移轉登記請求權），業經15年而罹於消滅時效，乙對甲的代償請求權，是否因此罹於消滅時效？

對此問題，最高法院有判決認為，民法第225條第2項規定之代償請求權，為新生的債權，其消滅時效應自給付不能時重新起算（97台上623號、96台上2086號）（「新生債權說」）。但亦有見解認為，代償請求權為繼續性的權利，時效期間應自原本債權可行使時起算，債權人之原債權請求權已罹於時效者，債務人得拒絕之²⁴（「原債權繼續說」）。如最高法院97年台上字第819號判決謂：「民法第二百二十五條第二項規定之代償請求權，其立法本旨乃在於債務人給付不能時，使債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物，以替代原債務之標的，保障債權人之利益。準此，即應以債務人有『給付義務』為前提，始可能因其給付不能而發生代償請求權。倘原來之債權已罹於消滅時效期間，債務人本得拒絕給付而無給付義務，自不可能再有給付不能，而發生代償請求權及其時效期間重新起算之情事。否則即與時效制度原期確保交易安全，維護社會秩序之目的有違。故債權人之請求權如已罹於消滅時效期間，經債務人為拒絕給付之抗辯時，債務人即無給付義務，顯不可能再發生因其給付不能，而由債權人行使代償請求權之餘地。」（同說96台上2638號、97台上2002號）

²⁴ 在學說上，關於代償請求權的性質，少數說採繼續性的權利說〔史尚寬，債法總論，第376頁（1983年）〕，多數說採新生的債權說〔鄭玉波，民法債編總論，第280頁（1983年）；王伯琦，民法債編總論，第161頁（1997年）；邱聰智，新訂民法債編通則（下），第451頁（2001年）〕。但即使採新生的債權說者，仍認為原債權罹於消滅時效者，債權人不得行使代償請求權，與採繼續性的權利說無異〔如孫森焱，民法債編總論（下），第530頁（2006年）；黃立，民法債編總論，第461頁（2006年）；林誠二，債法總論新解，第81-82頁（2010年）〕。

上開二說，應以「原債權繼續說」為可採。蓋基於債之同一性的法理，第一次給付義務已罹於消滅時效者，其因給付不能所衍生的代償請求權（第二次給付義務），應適用原本消滅時效，始稱合理。是以，本案乙對甲的代償請求權應已罹於消滅時效。

最高法院晚近認為，原本請求權於時效完成後，債務人免除給付義務，即無給付不能之情事，因而不生代償請求權（「代償請求權不發生說」）。如最高法院105年台上字第2111號判決：「代償請求權之目的，係於債務人給付不能時，使債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權或交付受領之賠償物或交付其所取得交易之對價，代替原來債務之標的為給付，以保障債權人之利益。準此，即應以債務人就原來債務之標的仍應為給付為前提，始可因其給付不能而發生代償請求權。倘原來之債權已罹於消滅時效期間，債務人本得行使時效抗辯，拒絕為給付，自不可能再有給付不能，而發生代償請求權及其時效期間重新起算之情事，否則即與時效制度原期確保交易安全，維護社會秩序之目的有違。」（同說106年台上字第696號）

此說對罹於消滅時效之債權，直接否定其代償請求權，是否妥當，尚值研究。蓋原來之債權縱使未罹於時效，依第225條第1項規定，債務人已免給付義務，不可能因原本債權罹於時效，再次免給付義務。且在原來債權依民法第225條第1項免給付義務時，債權人仍有代償請求權，債務人縱因時效消滅而免給付義務，亦無因此不生代償請求權之問題。

第四項 侵權行為損害賠償請求權

民法第197條規定：「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，自有侵權行為時起，逾十年者亦同。」所謂請求權人「知有損害」，非僅指單純知有損害而言，其因而受損之他人行為為侵權行為，亦須一併知之，若僅知受損害及行為人，而不知其行為為侵權行為，則無從本於侵權行為請求賠償，時效即不能開始進行（94台上1258號）。

再者，所謂知有損害，即知悉受有何項損害而言，至對於損害額則

無認識之必要，故以後損害額嗣後縱因情事變化而有所變更，亦對於請求權消滅時效之進行並無影響；另關於侵權行為損害賠償請求權之消滅時效，應以請求權人實際知悉損害及賠償義務人時起算，非以知悉賠償義務人因侵權行為所構成之犯罪行為經檢察官起訴，或法院判決有罪時為準²⁵。

在連續性損害案件，甲委託乙公司承攬興建大樓，因規劃設計不當及施工技術錯誤，導致相鄰之丙房屋傾斜、沉陷、龜裂，造成損害，丙請求甲及乙負侵權損害賠償責任。

關於時效起算，最高法院86年台上字第1798號判決謂：「按加害人之侵權行為如連續（持續）發生者，則被害人之請求權亦不斷發生，而該請求權之消滅時效亦應不斷重新起算。因此，連續性侵權行為，於侵害終止前，損害仍在繼續狀態中，被害人無從知悉實際受損情形，自無法行使損害賠償請求權，其消滅時效自應俟損害之程度底定知悉後起算。」

本案丙之房屋於民國77年9月間經建築師公會第一次鑑定結果為：「本案房屋受新建工程開挖地下室影響，而產生柱樑版開裂及地下室積水現象，惟今後該損害仍有繼續擴大之可能，故在結構體未完成前不予鑑估損害之修復費用。」據此，本案房屋之損害於第一次鑑定時，仍有繼續擴大之可能，在工程結構體未完成前，無法鑑估修復費用，則丙的請求權之消滅時效亦不斷重新起算，不得以77年9月間鑑定報告時起算其時效。

²⁵ 最高法院99年台上字第1055號、97年台上字第1720號、97年台上字第343號判決。

第五節 消滅時效的中斷

第一項 時效障礙事由

第一款 時效障礙事由的類型

在時效開始進行前，如有法律上障礙事由或債權人不知權利存在時，時效可能因此無法開始起算。反之，於時效開始進行後，如發生債權人無法行使權利之事由、或債權人已經行使權利時，時效期間不應繼續進行，以免時效期間經過，致債權人無法再行行使權利，因此而有時效障礙事由之規定，以免時效完成。各國立法例，關於時效障礙事由包括時效停止、時效未完成及時效中斷三種類型，我國民法僅採時效中斷與時效未完成制度，未來修法將增設時效停止制度²⁶。

時效停止，指在時效進行中，因發生障礙事由，使權利人無法行使權利，而暫時停止時效之進行，嗣障礙事由消除後，繼續進行時效期間之計算。究其實際，即該時效障礙事由存續期間，不計入消滅時效經過的期間，應自消滅時效之期間中扣除後，延長最終時效屆滿之期間。德國民法第209條規定：「消滅時效停止之期間，不算入消滅時效期間。」足供參考。例如，當事人於協商3個月後破裂，原本時效為2年期間者，應扣除該3個月期間，等同於時效延長為2年3個月。

時效未完成，係債權人因外在客觀因素或與債務人具有一定身分關係，致難以於時效期間內行使權利，因非出於債權人之懈怠，法律上不應使債權人蒙受時效完成之不利益，因而使時效於一定期間內未完成。例如事變或行為能力欠缺等，在事變終止後一個月內，或成為行為能力人後六個月內，時效未完成（第139、141條）。

時效中斷，指時效完成以前，因法定事由之發生，而使前此已進行之時效期間歸於無效，重行起算其期間之意。此等法定事由，均屬當事人之行為，無論為債權人之請求或起訴，或債務人之承認，均發生中斷之效果（第129條）。

²⁶ 以下說明，參見陳聰富，前揭文（註3），第18-24頁。

時效中斷之文義，與此制度內涵並不相符，各種國際契約法文件及德日新民法，均更改為「時效重新起算」（renewal）或「時效更新」。

應補充說明者，我國法僅於強制汽車責任保險法具有時效停止之規定²⁷，民法並未採時效停止制度，如於時效開始進行後，發生時效中斷與未完成事由以外之障礙情事，如何處理？最高法院係以類推適用時效未完成之規定，保護債權人。

如甲及乙繼承A農地而為共有人，於民國56年4月20日依民間習慣書立鬮分書分析家產，但因法令規定耕地不得移轉為共有而無法辦理移轉登記。及至89年1月28日法令變更後，甲雖得請求辦理移轉登記，卻遲至93年9月16日始起訴請求乙移轉登記A地。乙抗辯時效已完成，有無理由？（99台上1205號）

最高法院謂：「按請求權可行使時，消滅時效即開始進行，此觀民法第一百二十八條規定即明。於時效開始進行後，我國民法並無可停止時效進行之相關規定。而民法第一百二十九條規定所列舉之消滅時效中斷事由，僅有請求、承認、起訴及與起訴有同一效力之依督促程序聲請發支付命令、聲請調解或提付仲裁、申報和解債權或破產債權、告知訴訟、開始執行行為或聲請強制執行等事項，並不包括於時效開始進行後始發生法律上障礙之情形。惟倘此法律上障礙延續至時效期間終止時尚未排除，依民法第一百三十九條規定之同一法理，應認自該障礙排除時起，一個月內，其時效未完成。」

據此，最高法院認為，倘認系爭鬮分書為真正，甲據之得請求移轉登記之請求權，自其上所載訂立日期即56年4月20日即得行使。嗣因法令規定不得移轉為共有，確屬法律上障礙，且至15年請求權時效期間終止時之71年4月20日尚未排除，固係實情，然此法律上障礙，於89年1月26日法規刪除關於耕地不得移轉為共有之限制，甲遲至93年9月16日提

²⁷ 強制汽車責任保險法第14條規定：「I 請求權人對於保險人之保險給付請求權，自如有損害發生及保險人時起，二年間不行使而消滅。自汽車交通事故發生時起，逾十年者，亦同。II 前項時效完成前，請求權人已向保險人為保險給付之請求者，自請求發生效力之時起，至保險人為保險給付決定之通知到達時止，不計入時效期間。」

起本件訴訟，顯已逾1個月時效不完成期間。

第二款 時效中斷

民法第129條規定：「消滅時效，因左列事由而中斷：一、請求。二、承認。三、起訴。」我國法規定，債權人之行為，無論為單純的請求，或以訴訟方式為請求，均發生相同效果。此與德國法認為債權人單純的請求，不生中斷之效力，尚有不同。

民法第137條第1項規定：「時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算。」即中斷事由發生前，已經過的時效期間，全歸無效。中斷時效事由存續期間，時效不進行。自中斷事由終止時起，時效重新開始進行。

民法第138條規定：「時效中斷，以當事人、繼承人、受讓人之間為限，始有效力。」因此，債權人或債務人有數人者，其中一人的時效消滅，其效力不及於其他債權人或債務人（相對的效力）。但法律另有規定者，從其規定（如第285、747條）。

如最高法院99年台上字第1755號判決：依民法第279條規定，就連帶債務人中之一人所生之事項，除同法第274至278條規定或契約另有訂定者外，其利益或不利益，對他債務人不生效力，亦即因起訴所產生之時效中斷或履行請求之效果，自應不對第三債務人有生效力，該其他債務人所有之請求權時效自然繼續進行，而不受有影響²⁸。

第二項 請 求

消滅時效，因債權人提出請求而中斷。請求指債權人對債務人請求

²⁸ 最高法院92年台上字第1821號判決：「甲為乙之債權人，乙又為丙之債權人，甲聲請法院發扣押命令，禁止乙對丙收取債權，並禁止丙對乙清償債務。丙抗辯乙的債權業已罹於時效。甲則主張，其聲請的支付命令有中斷時效的效力。法院認為，甲既非乙與丙間債權債務關係的債權人，丙亦非甲與乙間債權債務關係的債務人，依民法第138條規定，不生時效中斷之效力。」又同院101年台上字第346號判決：「支付轉給命令本質上並不逕致使執行債權人成為第三人之債權人，第三人亦不因此成為執行債務人，依民法第138條規定，不生時效中斷之效力。」

履行義務之意思通知。此項請求並無需何種方式，只須債權人對債務人表示請求履行債務之意思表示到達於債務人爲已足。但時效因請求而中斷者，若於請求後6個月內不起訴，視爲不中斷（第130條）。

支票執票人爲付款之提示，或本票發票人聲請裁定本票強制執行之行為，均屬向票據債務人表示行使票據債權之意思，而發生「請求」中斷時效的效果（70台上2119號、93台上2329號）。如甲持有乙簽發的支票，發票日爲103年5月17日（時效期間爲一年，至104年5月17日止）。甲於104年5月15日向銀行爲付款之提示，未獲兌現，乃於104年11月10日起訴請求乙支付票款。

由於甲的提示付款，視爲執票人行使請求權之意思通知，具有中斷時效之效力，甲只須於請求後（104年5月15日）6個月內起訴（第130條）即可，亦即甲的票款請求權於104年11月15日時效屆滿。本案甲於104年11月10日訴請乙給付票款，未罹於消滅時效。

應說明者爲最高法院71年台上字第3435號民事判例：「由民法第一百三十條之規定而觀，時效因請求而中斷者，請求人苟欲保持中斷之效力，非於請求後六個月內起訴不可。如僅繼續不斷的爲請求，而未於請求後六個月內起訴，其中斷之效力，即無由保持。」

本案係出賣人請求買受人支付價金，其時效期間爲2年（第127條第8款）。出賣人於68年3月24日至69年底，不斷向買受人爲請求，得生時效中斷之效力，但因未於請求後6個月內對之起訴，依民法第130條規定，仍應視爲時效不中斷。其在時效已完成後（70年3月間），於70年7月中旬爲請求，則不生時效中斷之問題。出賣人至70年10月16日提起本件訴訟，買受人提出時效抗辯，應有理由。

在本案，出賣人係於68年3月24日至69年底，不斷向買受人爲請求，每次請求均得各自發生時效中斷之效力，並非謂債權人爲不斷之請求時，僅其第一次請求具有中斷時效之效力，其後之請求均不生此效力，應予注意。惟因本案出賣人於請求後未於6個月內起訴（69年底至70年6月間），視爲不中斷，時效仍於70年3月完成。

第三項 承認

第一款 時效完成前的承認

民法第129條第1項第2款規定所謂之承認，乃時效完成前，債務人向請求權人表示認識其請求權存在之觀念通知，僅因債務人之一方行為而成立，無須得他方之同意。至於承認之方式法無明文，其以書面或言詞，以明示或默示，均無不可²⁹。本條的承認，僅因債務人之一方行為而成立，無須得他方之同意，與民法第144條第2項後段所稱之承認，須以契約為之者，其性質並不相同（101台再21號）。

債務人承認後，時效中斷，已經過的時效期間歸於消滅，從新起算新的時效期間，不受承認後6個月內起訴之限制，具有絕對中斷的效力，與債權人的請求不同。

承認無須一一明示其權利之內容及範圍，以有可推知之表示行為即為已足。如債務人之一部清償、請求緩期清償、支付利息，或債務人對債權人之債權為抵銷之表示，均可視為對於全部債務之承認³⁰。

此項承認固無須一一明示其權利之內容及範圍，惟債務人如已明示限制承認債權人權利之範圍，自僅於該範圍內生承認之效力。是以，債權人對債務人借款返還請求權時效，若債務人僅承認兩造間消費借貸款項為一定金額，就逾一定金額部分之借貸關係，不生中斷時效的效力（102台上809號）。

須注意者，債務人同意進行協商，且於協商過程中承認債權人之請求權存在，即生中斷時效之效力，不因協商未能達成一致之合意而受影響（84台上2745號、92台上291號）。

至於協商本身所耗費的時間，民法並未規定其法律效果。德國民法第203條則規定：「債務人與債權人對於請求權或請求權成立之情事進行協商者，於一方當事人拒絕繼續協商之日止，時效停止進行。消滅時

²⁹ 最高法院74年台上字第1053號、94年台上字第1258號、101年台上字第1307號判決。

³⁰ 最高法院98年台上字第369號、99年台上字第2375號、100年台上字第786號、101年台再字第21號、103年台上字第861號判決。

效最早於停止事由終止三個月後完成。³¹」PECL不採時效停止制度，而採時效不完成制度，於PECL第14：304條規定：「當事人對於請求權或可能發生請求權之情況進行協商者，時效期間於協商中所為之最後通訊時起，非經過一年期間，時效不完成。³²」可作為日後民法修訂的參考。

第二款 時效完成後的承認

債務人於時效完成後所為之承認，無中斷時效之可言（73台上1951號）。但如符合民法第147條或第144條第2項之規定，仍應依該等規定處理。是以，民法第129條第1項第2款規定須與上述規定，綜合觀察。

首先，民法第147條規定，當事人不得預先拋棄時效之利益。本條僅就時效利益之預先拋棄加以禁止，於時效完成後拋棄時效之利益，並非法之所禁。從而債務人明知時效完成之事實而以單方行為或契約為承認者，其承認自可認為拋棄時效利益之默示意思表示，時效完成之利益一經拋棄，即回復時效完成前之狀態，債務人不得再以時效業經完成拒絕給付³³。

然而，若債務人不知時效已完成之事實，而以單方行為為承認者，不生拋棄時效利益之效果。最高法院54年台上字第420號判決謂：「時

³¹ 吳謹瑜，當事人協商與消滅時效制度，月旦法學雜誌，第221期，第190頁（2013年10月）。

³² 同說，DCFR第3編第7：303條。進一步說明，參見陳聰富，前揭文（註3），第19-20頁。

³³ 洪遜欣，民總，第638頁；王澤鑑，民總，第610頁；黃立，民總，第475頁。最高法院50年台上字第2868號判例：「債務人於時效完成後所為之承認，固無中斷時效之可言，然既明知時效完成之事實而仍為承認行為，自屬拋棄時效利益之默示意思表示，且時效完成之利益，一經拋棄，即恢復時效完成前狀態，債務人顯不得再以時效業經完成拒絕給付。」最高法院53年台上字第2297號判決謂：「拋棄時效利益乃因時效受利益之人於時效完成後（我國民法禁止預先拋棄時效之利益）所為不欲受時效利益之意思表示，故必對於時效之完成有認識，始有拋棄之可言。如債務人不知時效之完成而為之，縱可適用民法第一百四十四條第二項之規定，究不得謂為拋棄時效利益。」同院71年台上字第2751號、91年台上字第996號、93年台上字第1820號、96年台上字第179號、101年台再字第21號判決、101年台上字第1210號裁定。

效完成後拋棄時效之利益，係指債務人明知時效完成之事實不欲享受時效利益之意思表示而言。若不知時效完成之事實而承認權利人之權利者，則不能謂係拋棄時效利益之默示的意思表示。³⁴」

如最高法院99年台上第1644號判決：甲承攬人與乙定作人就土方處理工程訂立合約，甲於完工後，於91年4月20日開立統一發票向乙請款，並於94年8月19日提起訴訟請求給付報酬款。乙以甲的承攬報酬請求權2年時效至93年4月20日屆滿，主張時效抗辯，但甲則主張，乙於94年5月24日時效完成後，仍致函甲就上開價款要求折讓，顯見乙就發票之土方款請求權存在，有所認識並予承認，屬拋棄時效利益之默示意思表示。

本案法院認為：「依本院五十年台上字第二八六八號判例意旨，債務人於時效完成後，須已明知時效完成之事實而仍為承認行為，始得認其有拋棄時效利益之默示意思表示。」反之，若本案乙不知土方請求權已罹於消滅時效之事實，縱有承認債務的單方意思表示，亦無拋棄時效利益之效果，乙仍得為行使時效抗辯權。

其次，第144條第2項規定，請求權已經時效消滅，債務人仍以契約承認該債務者，不得以不知時效為理由，拒絕履行。本條所稱契約，須由雙方以契約約定為之。據此，於時效完成後，債務人如知其債務已罹於時效，而仍以契約承諾該債務時，則可認為有時效抗辯權之拋棄。債務人縱不知該請求權時效已完成，然既經以契約承諾其債務，即仍有無因的債務承認之意思，自亦不得以不知時效為由，拒絕履行該契約³⁵。

³⁴ 施啟揚，民總，第358頁；邱聰智，民總（下），第424頁。最高法院92年台上字第1851號判決謂：「按法律並無強制債務人享受時效利益之規定，故債務人苟於時效完成後，以單方行為承認其債務，即無庸再以時效業經完成而限制債權人行使其權利之必要，是以債務人於時效完成後，以單方行為所為之債務承認，應解為係屬拋棄時效利益之默示意思表示，不得再以時效業經完成拒絕給付。」本案判決對單方行為所為的承認債務，並未探究債務人是否知悉債務已罹於消滅時效之事實。通說認為，債務人如不知時效完成的事實，並無拋棄時效利益之可言，至多依民法第144條第2項規定，在以契約承認時，不得請求返還而已。

³⁵ 最高法院88年台上字第2775號、89年台上字第2638號判決。同說施啟揚，民總，第354-355頁。

如甲請求乙自78年8月間起至79年2月間止的煤炭貨款，屬商人所供給商品之代價，時效期間為2年。乙不知時效已完成，於82年2月24日簽訂協議書及82年11月9日出具承諾函，承認債務存在。此即為無因的債務承認，嗣後不得以不知時效為理由，拒絕履行債務。

綜合上述，關於債務承認，對於消滅時效，發生何種效力，可分下列情形定之：

一、時效完成前

(一)單方行為的承認

依民法第129條第1項第2款，發生承認中斷時效的效力，時效期間重行起算。

(二)以契約承認債務

無論債務人以有因契約或無因契約之方式，承認債務，均屬獨立成立的契約，當事人應依約履行債務，不受原本債務之時效時間的限制。

二、時效完成後

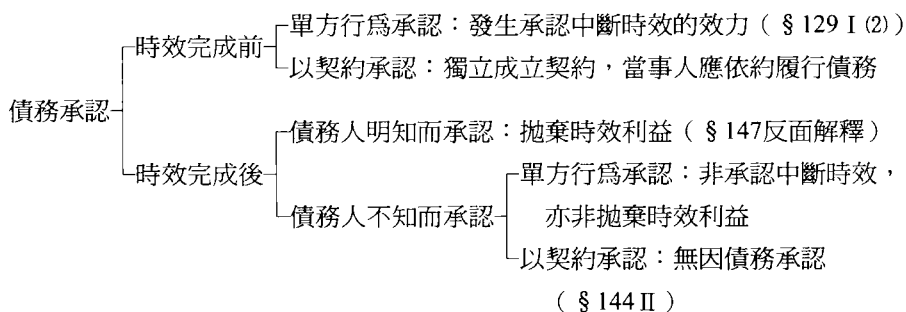
(一)單方行為的承認

若債務人明知債權已罹於消滅時效之事實，而仍然予以承認，屬拋棄時效利益，而不得再行主張時效抗辯。反之，若債務人不知債權已罹於消滅時效之事實，因非屬時效完成前之承認，且債務人不知債務罹於消滅時效，既無承認中斷時效的適用，亦無拋棄時效利益之效果，債務人仍得為消滅時效的抗辯。

(二)以契約承認債務

倘債務人明知債權已罹於消滅時效之事實，而以契約承認該債務時，屬時效抗辯權之拋棄（第147條反面解釋）。如債務人不知債權已罹於消滅時效，而仍以契約承認該債務者，依民法第144條第2項規定，屬於無因的債務承認，不得以不知時效為由，拒絕履行該契約。

整理圖示如下：



第四項 起 訴

第一款 起訴中斷時效

起訴，指債權人提起民事訴訟，請求債務人爲給付或賠償。凡提起民事訴訟，不問其訴訟性質爲給付之訴、確認之訴、形成之訴，抑爲本訴、反訴，其消滅時效因起訴而中斷之效果，均無差異（93台上1509號）。

因起訴中斷時效者，於請求權人提出訴狀於法院時起即生中斷之效力，毋待訴狀送達於相對人（92台上2037號）。

在訴訟上，爲「一部請求」者，即原告最初明示就數量上爲可分之金錢或其他代替物爲給付目的之特定債權爲分割，並僅對其中數量上之一部債權而起訴，尙未放棄其餘殘額部分債權之請求。在訴訟法上，乃爲可分之訴訟標的，其既判力之客觀範圍仍以該起訴之聲明爲限度，且只就該已起訴部分有中斷時效之效果，其因「一部請求」而起訴之中斷時效，並不當然及於嗣後將其餘殘額擴張請求之部分（94台上1677號、98台上511號）。

民法第131條規定：「時效因起訴而中斷者，若撤回其訴，或因不合法而受駁回之裁判，其裁判確定，視爲不中斷。」但時效因撤回起訴而視爲不中斷者，請求權人於提出起訴狀於法院並經送達之時，暨請求權人於訴訟程序進行之各次書面或言詞請求，均應視爲請求權人已對義務人爲履行之請求，同生時效中斷之效力（72台上3324號、77台上2152號、96台上106號）。

第二款 判決確定重行起算時效

民法第137條第2項規定：「因起訴而中斷之時效，自受確定判決，或因其他方法訴訟終結時，重行起算。」係指受勝訴確定判決者而言，如受敗訴判決確定，既已否定其請求權存在，即不生時效重新起算之問題（84台上1609號）。

民法第137條第3項規定：「經確定判決或其他與確定判決有同一效力之執行名義所確定之請求權，其原有消滅時效期間不滿五年者，因中斷而重行起算之時效期間為五年。」蓋法律所以規定短期消滅時效，係以避免舉證困難為主要目的，如請求權經法院判決確定，或和解、調解成立者，其實體權利義務關係，業已確定，不再發生舉證問題，為保護債權人之合法利益，以免此種債權人明知債務人無清償能力，仍須不斷請求強制執行或為其他中斷時效之行爲，所以有延長時效期間為5年之規定。該項所稱與確定判決有同一效力之執行名義，係指實體上爭執業已確定者而言（83台上2675號）。

應檢討者為，訴訟繫屬中的效力。如最高法院90年台上字第795號判決，甲於民國86年2月間，誣指乙偷其印章，盜領存款，侵害乙的名譽權，乙於86年12月2日向臺南地院刑事庭提起附帶民事訴訟請求損害賠償，消滅時效因起訴而中斷，並於88年4月16日復於原法院提起民事訴訟，嗣於同年5月4日撤回前開附帶民事訴訟。本案爭議為：乙於88年4月間的起訴，是否罹於2年的消滅時效？

法院判決：「查債權人於時效期間內起訴，消滅時效即停止進行，於訴訟繫屬中，其請求之狀態可認為繼續，必待訴訟終結，消滅時效始能重行起算（民法第137條第2項）。故債權人於訴訟繫屬中，其請求之狀態仍屬繼續時，另行起訴，而保持中斷時效之效力，嗣後始撤回其前訴，於時效中斷之效力似無妨礙。」

本案乙於附帶民事訴訟繫屬中，其請求之狀態仍屬繼續，另行提起民事訴訟，既未經法院裁定駁回其訴（民事訴訟法第249條第1項第7款），已保持中斷時效之效力，因此乙於88年4月間的起訴，未罹於消滅時效。

第五項 與起訴有同一效力者

民法第129條第2項規定，以下事項，與起訴有同一效力，得中斷時效。

第一款 依督促程序，聲請發支付命令

時效因送達支付命令而中斷者，於聲請法院發支付命令時，即生中斷之效力（55台上1513號）。但時效因聲請發支付命令而中斷者，若撤回聲請，或受駁回之裁判，或支付命令失其效力時，視為不中斷（第132條）。

如甲於81年9月2日聲請對乙發支付命令，乙聲明異議，該支付命令失其效力，但視為起訴（第一個訴訟）（民事訴訟法第519條第1項）。甲另於82年2月25日向法院提起本件民事訴訟（第二個訴訟），再於82年4月22日撤回第一個訴訟。因第二個訴訟的起訴時間（82年2月25日）係於聲請支付命令（81年9月2日）後6個月內為之，仍有中斷時效之效力（83台上1153號）。

第二款 聲請調解或提付仲裁

民法第133條規定：「時效因聲請調解或提付仲裁而中斷者，若調解之聲請經撤回、被駁回、調解不成立或仲裁之請求經撤回、仲裁不能達成判斷時，視為不中斷。」但其請求債務人履行債務之聲請狀仍屬請求之意思表示。設該聲請狀到達於債務人，視為時效於調解通知書送達時中斷，若已於6個月內起訴，仍不生時效完成之效力（52台上2661號、93台上1227號、98台上462號裁定）。

按時效因提付仲裁而中斷者，若仲裁之請求經撤回、仲裁不能達成判斷時，視為不中斷。有疑問者為，若仲裁判斷作成後，經法院認仲裁庭之組成與仲裁程序，違反兩造仲裁協議之程序瑕疵而判決撤銷仲裁判斷確定，是否時效視為不中斷？實務上似乎認為，此種情形與「仲裁不能達成判斷」之情形類似，得依民法第131條規定之法理，視為時效不中斷（96台上1412號）。此項見解，使提付仲裁之聲請人，於仲裁程序

及訴訟程序中，積極主張權利後，仍無法中斷時效，似非合理。

第三款 申報和解債權或破產債權

時效因申報和解債權或破產債權而中斷者，若債權人撤回其申報時，視為不中斷（第134條）。

第四款 告知訴訟

所謂告知訴訟，以告知人對於第三人之請求權與告知人之敗訴有連帶關係者為限，始發生中斷時效之效力。故告知人須為債權人，告知人係藉告知訴訟之行爲，以表達其行使權利之意，中斷其已進行之時效期間（93台上2131號）。但時效因告知訴訟而中斷者，若於訴訟終結後，6個月內不起訴，視為不中斷（第135條）。

第五款 開始執行行為或聲請強制執行

一、開始執行行為

時效因開始執行行為而中斷者，若因權利人之聲請，或法律上要件之欠缺而撤銷其執行處分時，視為不中斷（第136條第1項）。

聲明異議，係執行當事人或利害關係人對執行法院所為執行方法、應遵守程序不服之救濟方法，其對象為執行法院，縱異議狀內當事人表明承認相對人之債務，必須該聲明異議狀繕本送達於相對人，或確有證據證明相對人已知悉異議內容時，始能謂當事人有承認之事實，而中斷時效（95台上1303號）。

二、聲請強制執行

聲請強制執行行為，得以中斷時效。惟聲明參與分配，如何中斷時效？有認為，其屬強制執行之程序，應認與起訴有同一效力，有請求權消滅時效中斷之效力（82台上259號）。但亦有認為，聲明參與分配係實行債權之意，於法院將載明參與分配之債權人之拍賣公告及拍賣通知送達債務人時，視為已對債務人為履行之請求，自該強制執行程序終結

之翌日起6個月內另行聲請強制執行，即得保持中斷時效之效力（88台上1315號）。

至於債權人聲請假扣押、假執行或假處分，是否發生時效中斷之效力？學說上雖有爭議，但最高法院採肯定說³⁶（見下述重新起算時效的時點）。

如同起訴一般，時效因強制執行之聲請被駁回而視為不中斷者，如債權人之聲請狀或其他執行法院所發令債務人履行債務之文書，經送達於債務人之時，即應視為債權人已對債務人為履行之請求，且於強制執行程序進行中，其請求之狀態仍屬繼續，應解為債權人得自該強制執行程序終結之翌日起6個月內另行聲請強制執行，而保持中斷時效之效力（86台上2523號）。

三、重新起算時效的時點

時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算（第137條第1項）。是以，因開始執行行為或聲請強制執行而中斷時效者，自各該執行程序終結時起，重新起算。在假處分之執行，以其標的脫離假處分之處置為程序之終結，而非於該假處分經執行法院執行後，執行程序即已終結（91台上896號）。

關於假扣押的執行程序何時終結，重行起算時效期間，最高法院雖曾認為：假扣押執行程序之終結，必以假扣押之標的脫離假扣押之處置後，全部執行行為終了，執行程序皆告終結，始足當之。至假扣押之執行查封，僅是執行行為或執行程序之開始而已，要難謂為執行程序之終結。是以，法院依假扣押裁定所為執行行為，依民法第129條第2項第5款規定，時效雖因開始執行行為時，而生中斷之效力，然依同法第137條第1項規定，於該執行行為完成時，結束其執行程序，中斷時效之事由終止，消滅時效應重行起算（101台再42號）。

惟依上述見解，若債務人未命債權人限期起訴，而未排除假扣押之執行程序時，將使時效一直處於中斷狀態，無從重新起算時效期間，其

³⁶ 吳瑾瑜，權利人聲請假扣押——另類消滅時效中斷事由？／最高法院100台上2155判決，台灣法學雜誌，第206期，第191-196頁（2012年8月）。

請求權的時效期間將永不完成，對債務人十分不利，且與時效制度的本旨有違。

例如債權人甲因借款債務，聲請假扣押債務人乙的房屋，該屋經法院執行假扣押查封後，甲未即起訴請求乙清償借款，於假扣押查封15年後，甲再行訴請乙返還借款，若乙因假扣押查封狀態持續中，即無法以已經過的15年期間為時效抗辯，顯非合理。

因此最高法院嗣後認為：「消滅時效因假扣押強制執行而中斷者，於法院實施假扣押之執程序，例如查封、通知登記機關為查封登記、強制管理、對於假扣押之動產實施緊急換價提存其價金、提存執行假扣押所收取之金錢（強制執行法第一百三十三條前段）等行為完成時，其中斷事由終止，時效重行起算，此為本院最近之見解（103台上344號）。³⁷」據此，在上開案例，在法院執行假扣押查封後中斷事由即為終止，時效重行起算，乙得以已經過的15年期間，主張時效抗辯。此項見解，對於假處分程序，應同等適用。

第六節 消滅時效的不完成

第一項 意義

所謂時效不完成，乃時效期間行將完成之際，有不能或難於中斷時效之事由，而使時效於該事由終止後一定期間內，暫緩完成，俾請求權人得於此一定期間內行使權利，以中斷時效之制度。

時效不完成，非時效停止³⁸。如甲於103年7月18日不法侵害乙之權

³⁷ 同說參見最高法院100年台上字第1671號判決：「法院依假扣押裁定所為執行行為（如查封或核發扣押命令），依民法第一百二十九條第二項第五款規定，時效因開始執行該行為時，而生中斷時效之效力，依同法第一百三十七條第一項規定，於該執行行為完成時，結束其執程序，應認為中斷時效之事由終止，重行起算時效期間，否則，債權人一經假扣押執行行為之後，其請求權時效永無完成之日，即與時效制度，原期確保交易安全，維護社會秩序之目的有違。」

³⁸ 最高法院80年台上字第2497號判例：「我國民法僅有時效不完成制度，未採時效進

利，時效期間至105年7月18日屆滿。在7月18日當天，發生地震，當地法院關閉5天，在7月23日重新辦理公務。則甲得於7月23日起1個月內（8月23日），起訴請求賠償，消滅時效不完成。

第二項 時效不完成的事由

第一款 不可避免的事變

民法第139條規定：「時效之期間終止時，因天災或其他不可避之事變，致不能中斷其時效者，自其妨礙事由消滅時起，一個月內，其時效不完成。」所謂「因天災或其他不可避之事變」，係指時效期間已開始起算後，於終止時因天災或戰亂致交通隔絕不能中斷其時效等情形而言（99台上297號）。如地震、水災或暴動等。

在法令限制的案件，如最高法院101年台上字第1488號裁定，買受人甲與出賣人乙於民國57年6月11日簽訂農地賣渡證書，其所有權移轉登記請求權時效自該時起算，但因農業發展條例及土地法之規定，不得移轉為共有，屬法律上障礙，致甲無法請求土地移轉登記。嗣該等法令限制於89年1月26日修訂變更，甲則於100年8月1日起訴請求移轉登記。

本案法院謂：「按請求權可行使時，消滅時效即開始進行。……於時效開始進行後，我國民法並無可停止時效進行之相關規定。而民法第一百二十九條規定所列舉之消滅時效中斷事由……，並不包括於時效開始進行後始發生法律上障礙之情形。惟倘此法律上障礙延續至時效期間終止時尚未排除，依民法第一百三十九條規定之同一法理，應認自該障

行停止制度，故時效進行中，不論任何事由，均不因而停止。原審謂時效不完成，即指時效停止進行，有時效不完成之事由時，其消滅時效期間，以不完成事由發生前已進行之期間與不完成事由終止後又進行期間，合併計算之。所持見解，顯有違誤。」

我國採取時效停止制度者，如強制汽車責任保險法第14條規定：「請求權人對於保險人之保險給付請求權，自知有損害發生及保險人時起，二年間不行使而消滅。自汽車交通事故發生時起，逾十年者，亦同。前項時效完成前，請求權人已向保險人為保險給付之請求者，自請求發生效力之時起，至保險人為保險給付決定之通知到達時止，不計入時效期間。」

礙排除時起，一個月內，其時效不完成。」因此，本案類推適用民法第139條規定，甲應於89年1月26日法令限制消滅後1個月內（即89年2月26日）主張權利，否則消滅時效即為完成³⁹。

第二款 關於繼承財產之權利

民法第140條規定：「屬於繼承財產之權利或對於繼承財產之權利，自繼承人確定或管理人選定或破產之宣告時起，六個月內，其時效不完成。」

如甲向第三人購買A地，委託乙辦理移轉登記，乙竟於65年9月22日將該地移轉登記於自己名下，甲對乙之不當得利請求權消滅時效期間至80年9月22日屆滿。嗣甲於80年5月14日死亡，丙於80年9月18日始確定為繼承人，但丙遲至81年4月15日始請求乙返還不當得利，已經過6個月時效不完成之期間，其請求權已罹於時效而消滅（82台上3021號）。

第三款 法定代理人的欠缺

民法第141條規定：「無行為能力人或限制行為能力人之權利，於時效期間終止前六個月內，若無法定代理人者，自其成為行為能力人或其法定代理人就職時起，六個月內，其時效不完成。」

本條規定，在於保障無行為能力人及限制行為能力人的權利，要件有二：

一、必須為無行為能力人或限制行為能力人對他人的權利。反之，他人對無行為能力人或限制行為能力人的權利，則無本條的適用。在後者，無行為能力人及限制行為能力人得依法選任特別代理人（民事訴訟法第51條），進行訴訟。

二、於時效期間終止前6個月內無法定代理人，即為時效不完成。

³⁹ 同說最高法院99年台上字第1205號判決、93年台上字第178號判決：「衡諸我國民法雖無時效進行停止制度，但是否不能將此於時效進行中因法律規定所致之妨礙請求權行使之事由，類推適用時效不完成之規定，以為解決，尚非無研酌之餘地。」

第四款 對法定代理人的權利

民法第142條規定：「無行為能力人或限制行為能力人，對於其法定代理人之權利，於代理關係消滅後一年內，其時效不完成。」本條規定，乃因於法定代理關係存續中，無行為能力人或限制行為能力人，對於其法定代理人行使權利，有事實上的障礙或感情上的不便。

如甲父為乙子的法定代理人，於103年7月間虐待乙子，致乙受傷，甲父乃於105年5月間經法院判決宣告停止其親權（第1090條），乙對甲的侵權行為損害賠償消滅時效原本至105年7月屆滿，但依第142條規定，則消滅時效至106年5月屆滿。若在106年5月時效屆滿前，乙無新任法定代理人時，應依民法第141條規定，自其成為行為能力人或其法定代理人就職時起，6個月內，其時效不完成。

第五款 夫妻相互間之權利

民法第143條規定：「夫對於妻或妻對於夫之權利，於婚姻關係消滅後一年內，其時效不完成。」本條規定，係因夫妻關係存續中，為維持婚姻關係美滿，不便相互行使權利，而為之規定。本條規定，係指婚姻關係中發生的權利義務關係，至於婚姻關係消滅後所生權利，如因離婚所生的損害賠償請求權（第1056條），則無本條的適用。

第七節 消滅時效完成的效力

第一項 拒絕履行抗辯權

民法第144條第1項規定：「時效完成後，債務人得拒絕給付。」民法關於消滅時效完成後之效果，係採抗辯權發生主義，而不採請求權消滅主義，於時效期間經過後，不僅債權或物權本身不消滅，請求權也不歸於消滅，僅賦予債務人拒絕給付之抗辯權而已。若債務人未提出抗辯，則債權人之請求權並未當然消滅。但一經債務人提出時效完成之抗

辯後，即應認請求權已罹於時效而消滅，但債權本身，則仍然存在。此時，債務人所負的債務，成為得拒絕給付之自然債務⁴⁰。

如甲積欠乙租金，經過5年時效期間後，甲起訴請求確認乙對甲的租金債權不存在時，法院應以甲的請求無理由而駁回。

債務人的拒絕給付抗辯權，不以債權人行使請求權在先為前提，即在債權人行使請求權以前，債務人得主動提出以消滅時效已完成，拒絕清償債務之抗辯權利，而預為表示拒絕給付之意思，亦足使請求權歸於消滅（79台上1612號、100台上608號）。但債務人若不行使其抗辯權，法院不得予以審酌，亦即不得以消滅時效業已完成，即認請求權已歸於消滅（78台上618號、102台上1803號）。

行使時效抗辯權，亦應有誠信原則的適用。最高法院95年台上字第1087號判決謂：「按時效完成後，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（民法第一百四十四條規定參照），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。而行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第一百四十八條第二項定有明文。債務人行使時效抗辯權，違反誠信原則者，即為權利之不法行使，應予禁止。又債務人於債權人起訴前或起訴後，與債權人協議拋棄時效抗辯權惟保留其餘抗辯權，既為其處分權所得支配範圍，自有拘束兩造及法院之效力。如債務人違反其協議，於訴訟上仍為時效完成之抗辯者，即難謂非違反誠信原則。」此即禁止矛盾行為之誠信原則的表現。

第二項 效力及於從權利

民法第146條規定：「主權利因時效消滅者，其效力及於從權利。但法律有特別規定者，不在此限。」從權利係從屬於其他權利，始能存在的權利。如保證債權、抵押權、質權、留置權等。從權利以主權利之存在為前提，原則上與主權利同其命運，故主權利之移轉或消滅，其效力原則上及於從權利。

⁴⁰ 最高法院83年台上字第1682號、79年台上字第1919號、78年台上字第618號、85年台上字第1975號判決。

但原本債權已罹於時效者，於債務人爲時效抗辯前，其利息及違約債權仍陸續發生，而已發生之利息及違約金並非民法第146條所稱之從權利，其請求權與原本請求權各自獨立，消滅時效亦分別起算，原本請求權雖已罹於消滅時效，已發生之利息及違約金請求權並不因而隨同消滅（97台上477號裁定）。

主權利因時效消滅者，其效力及於從權利。但法律有特別規定者，不在此限。所謂法律特別規定，如民法第145條規定：「以抵押權、質權或留置權擔保之請求權，雖經時效消滅，債權人仍得就其抵押物、質物或留置物取償。」擔保物權爲主債權的從權利，在主債權罹於消滅時效時，屬於從權利的擔保物權的存續應隨之動搖，但法律特別規定，債權人仍得就擔保物取償，即得將擔保物拍賣、變賣或折價，以清償債務。

惟抵押權人於消滅時效完成後，如長期不實行其抵押權，不免將使權利狀態永不確定，有害於抵押人之利益，爲維持社會交易秩序，故民法第880條規定：「以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人於消滅時效完成後，五年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。⁴¹」本條所稱之5年期間，爲實行抵押權的法定期間，係抵押權因除斥期間而消滅之規定，均非謂有抵押權擔保之請求權，其時效期間較15年爲長（53台上1391號判例）。

再者，就擔保物取償的例外規定，範圍不宜過廣，因此第145條第2項特加限制：「前項規定，於利息及其他定期給付之各期給付請求權，經時效消滅者，不適用之。」本項規定的各期給付債權，其時效期間較短，宜迅速解決，固不得再就擔保物取償⁴²。

⁴¹ 最高法院87年台上字第969號判決：「該條所稱實行抵押權，於依民法第八百七十三條第一項聲請法院拍賣抵押物之場合，係指抵押權人依法院許可拍賣抵押物之裁定，聲請執行法院強制執行拍賣抵押物，或於他債權人對於抵押物聲請強制執行時，聲明參與分配而言，不包括抵押權人僅聲請法院為許可拍賣抵押物之裁定之情形在內。」

⁴² 違約金債權，非屬定期給付債權，時效期間為15年，無民法第145條第2項之適用（98台上911號），因此擔保違約金的抵押權，經過15年而罹於時效者，仍得就抵押物取償。

第三項 時效完成後的給付

第一款 時效消滅後之給付

債權罹於消滅時效，經債務人爲時效抗辯，拒絕履行者，僅請求權消滅，債權本身仍然存在。若債務人繼續給付，並非「非債清償」，不構成不當得利，債權人仍得有效受領給付，因此民法第144條第2項規定：「請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還。」

第二款 契約承認、提出擔保

民法第144條第2項規定：「請求權已經時效消滅，債務人以契約承認該債務或提出擔保者，亦不得以不知時效爲理由，拒絕履行。」本條所稱的承認，須當事人以契約約定，與第129條第1項第2款得由債務人以單方行爲承認者不同。所謂提出擔保，不論物的擔保或人的保證，均具效力。

時效消滅後，債務人以契約承認該債務，如屬明知時效已完成者，構成拋棄時效利益之表示；如屬不知時效已完成者，則屬無因的債務承認，即有本條的適用，而應履行其債務，已如上述，茲不贅⁴³。

第四項 時效利益的拋棄

由於時效規定，涉及公益，屬於強行規定，故民法第147條規定：「時效期間，不得以法律行爲加長或減短之，並不得預先拋棄時效之利益。」

時效利益之拋棄係處分行爲之一種，應由因時效受利益之人，知悉時效已完成，而以一方的意思表示，向時效完成受不利益之當事人，表示其不欲享受時效利益之意思。民法第147條僅就時效利益之預先拋棄加以禁止，於時效完成後拋棄時效之利益，並非法之所禁（83台上2924號）。

⁴³ 參見本書關於民法第129條第1項第2款的討論。

時效利益拋棄後，債務人不得再行主張原本的時效利益，但仍得主張自拋棄時效利益後重行起算之新時效利益（64台再164號判例）。

至於債務人明知時效完成之事實，仍為承認行為，屬於拋棄時效利益之默示意思表示（84台上1081號），已如上述，茲不贅⁴⁴。

應補充者為，過去立法例注重時效的公共利益（如法律安定性及法律的和平狀態），而規定時效期間不得以約定變更之。但現代立法例多認為契約自由原則，亦可適用於減輕或加重時效之完成。德國民法第202條規定：「因故意所負責任，其時效不得預先以法律行為減輕之。」使時效法則成為任意性規定。因此，除故意所生之責任外，原則上當事人得約定縮短或延長時效期間、提前或延後時效之起算時點、增訂或限制時效中斷或未完成之事由、並得限期拋棄時效利益⁴⁵。

⁴⁴ 同前註。

⁴⁵ 國立臺灣大學法律學院、台大法學基金會編譯，德國民法上冊，第208-209頁（元照，2016年）。

CHAPTER
CHAPTER
CHAPTER
11

權利的行使

第一節 概 說

民法總則編第七章規定權利之行使，包含二項內容：一、權利行使本身的限制（第148條）及二、權利保護（自力救濟）的限制（第149條至第152條）。

權利的行使，均受一定限制。如債權僅能對特定當事人主張；所有人，僅於法令限制內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉（第765條）。親權的行使，不得濫用，否則法院得剝奪之（第1090條）。除此等個別規定之權利限制外，基於權利社會化的概念，任何權利行使，均受到誠信原則的限制。

在權利本位的思想下，權利人得自由享受、行使權利而不受干涉，權利本身具有不可侵性。但在現代思潮下，權利本質具有社會性及公益性，權利的存在不僅在於保障個人利益，並須以維護社會公益、促進社會和諧發展為目的。

如土地所有人建築房屋逾越地界，鄰地所有人請求移去或變更時，除土地所有人故意逾越地界者外，法院得斟酌公共利益及當事人利益，免為全部或一部之移去或變更（第796條之1）。此乃為顧及社會整體經濟利益，並兼顧雙方當事人之權益，考量移去或變更逾越地界之房屋，有時難免對社會經濟及當事人之利益造成重大損害之故（100台上1329號）。

第二節 行使權利及履行義務

民法第148條規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」本條規定，揭示三項權利行使的原則：

一、權利之行使，不得違反公共利益（禁止違反公益原則）。

二、權利之行使，不得以損害他人為主要目的（禁止權利濫用原則）。

三、行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法（誠信原則）。

上述三項原則的相互關係，有認為「權利濫用」為禁止權利不當行使的上位概念，包括上述三項原則的三個類型¹。惟誠信原則為最基本的最高指導原則，學說上稱為「帝王條款」或「皇后條款」，權利濫用及違反公益即為違反誠信原則的具體型態²。PECL第1：201條規定：「(1)任何當事人之行為必須符合誠信原則（good faith）與公平交易（fair dealing）。(2)當事人不得排除或限制此項義務。」本條之註釋A強調，本條為貫穿整個歐洲契約法之基本原則。

我國實務採取相同見解，最高法院101年台簡上字第2號判決謂：「按民法第一百四十八條第二項規定：行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。此項誠實信用原則，乃法律倫理價值之最高表現，具有補充、驗證實證法之機能，更為法解釋之基準，旨在實踐法律關係上之公平妥當，應斟酌各該事件情形衡量當事人利益，具體實現正義。該項原則不僅於權利人直接實現權利內容的行為有其適用，即於整個法領域，無論公法、私法及訴訟法，對於一切權利亦均有適用之餘地，故該條項所稱之『行使權利』者，應涵攝訴訟行為在內。」

又最高法院100年台上字第463號判決謂：「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

¹ 王澤鑑，民總，第615頁。

² 施啟揚，民總，第361頁。誠信原則與權利濫用之關係，參見林誠二，民總（下），第368-369頁。

濫用其權利時，仍不能不顧及誠信原則之精神。」

第一項 禁止違反公益

「權利之行使，不得違反公共利益」，在於強調私權的公共性，為權利社會化的重要內涵。公共利益指不特定多數人的利益，包括國家、社會及個人利益。權利行使是否違反公共利益，應以權利人的客觀行為為準，行為人主觀上是否具有違反公共利益之意思，在所不問。

違反公共利益之權利行使，係不法的行使權利，不發生權利人所期待發生的效力。從而權利人不得行使權利，縱使行使權利，亦屬無效。

權利行使違反公共利益時，不得行使之，係對於私權行使的重大限制，乃私權對於公共利益的重大退讓。反之，禁止權利濫用原則及誠信原則，係以雙方當事人間之利益所為之衡量，與禁止違法公益原則尚有不同。在實務案例上，禁止違反公益原則之案例較少，主要發生於既成道路或公眾通行之道路，案例如下：

一、拆除既成道路及排水溝：系爭土地自民國70年起，即已成為供公眾通行之既成道路，而有公用地役關係存在，不容被上訴人收回作為其他用途之使用。倘准拆除該部分道路及排水溝，非但妨害公眾之通行及排水，且有礙市容觀瞻及都市發展，被上訴人自己獲益甚少，而對於公益損害甚大（76台上1761號）³。

二、排除公共交通道路之設施：系爭土地既已成為供公眾使用之公共交通道路，是否已成為公用物，不無疑義。倘為公眾一般使用之物，則基於公益上的理由，雖屬被上訴人所有，仍應受公眾使用之限制。如果土地所有人竟主張所有權，排除公共交通道路之設施，請求交還土地，其所有權之行使，是否非違反公共利益，而與民法第148條第1項所定權利濫用之禁止規定有違，非無斟酌餘地（80台上2567號）。

³ 反之，既成道路在不違反公共利益之範圍內，所有人仍得主張權利。如甲的土地公眾通行已歷數十年，已成道路，乙架設固定及伸縮遮雨棚，放置攤架販賣物品或出租他人牟利。甲在公法上，其所有權之行使應受不得違反供公眾通行之目的，及不許擅自圍堵已成之道路或變更作建築基地之限制，但仍得依民法第767條規定，請求乙返還土地（101台上728號）。

三、拆除地上變電設施：系爭土地上所建之變電設施，一旦拆除，高雄市都會區居民之生活勢將陷於癱瘓，所有生產工廠均將停頓，且事實上復無其他適當土地取代，則被上訴人仍本於所有權請求上訴人拆除地上變電設施，交還系爭土地，其行使權利顯然違反公共利益，應為法所不許（79台上2419號）。

四、私有土地依建築法規之規定，提供作為公眾通行之道路，雖非既成道路，其未經徵收者，仍應持續作為公眾使用，市區道路主管機關依其情形，而為改善、養護及重修，所有權人負有容忍之義務（102台上1315號）。

第二項 禁止權利濫用

「權利之行使，不得以損害他人為主要目的」，是為權利濫用禁止之原則。何時構成權利濫用，應進行利益衡量，予以評價。最高法院71年台上字第737號判例謂：「查權利之行使，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。」

第一款 權利濫用的要件

一、主觀說

最高法院72年台上字第1205號判決：「民法第一百四十八條權利之行使，不得以損害他人為主要目的之規定，其真意係在限制權利人行使權利，專以損害他人為主要目的，苟權利人行使權利非專以損害他人為主要目的，縱使他人喪失利益，亦無該條之適用。」據此，行使權利雖致他人損害，但除非以損害他人為主要目的，仍不構成權利濫用。

此項見解，偏向於主觀說，認為必須權利人在主觀上有損害他人的

意思，且以此為主要目的時，始構成權利濫用⁴。最高法院56年台上字第1621號判決明白採此說：「權利濫用禁止原則，於適用時除須注意權利人於行使權利時，在主觀上有無以損害他人為主要目的外，在客觀上尚須綜合權利人因權利行使所能取得之利益與其權利之行使對他人及整個社會國家可能予以之損失，加以比較衡量。」

在實務判斷上，若權利人主觀有引起他人損害的意思，此項惡意，易於構成權利濫用之情事。如83年台上字第2348號判決謂：「倘其權利之行使，自己所得之利益，與他人及國家社會所受之損失差距甚大者，或其取得權利之初，即明顯知悉其嗣後權利之行使，將造成他人及國家社會重大之損失者，非不得視其權利之行使係以損害他人為主要目的。」

又如甲無任何債權存在，利用法院程序取得拍賣抵押物裁定，對乙之房屋實施強制執行。乙只好以500萬元與甲達成和解，避免房屋被拍賣。甲再以該和解契約為基礎，起訴請求乙給付500萬元。

最高法院認為：甲並非善意行使其依和解契約取得之債權，且係專以犧牲乙之利益而達自己之不當得利為目的，違反民法第148條權利濫用之禁止規定，系爭和解契約應為無效，甲不得依和解契約請求給付（91台上754號）。

二、客觀說

實務上，權利之行使，不得以損害他人為主要目的，其判斷基準係由行為人主觀意思的認定，移向客觀的利益衡量。如最高法院96年台上字第334號判決謂：「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此所受之損失，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甚大，縱此為權利人取得權利之初所不知，亦非不得視為以損害他人為主要目的，故權利之行使，是否以損害他人為主要目的，與權利人取得權利時已否知悉權利之行使將造成他人及國家社會之

⁴ 採此說者，施啟揚，民總，第367頁。

損失，並無必然關係。」

最高法院102年台上字第978號判決採取同說：「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。倘綜合一切具體情事觀察，權利之行使，對自己所獲得之利益極微，對他人及社會所造成之損失極大者，實質上即屬違背法律之根本精神，亦即與權利社會化之內涵及社會倫理背馳，應認為係權利之濫用。」本判決並未以權利人主觀上是否有以損害他人為主要目的為要件。

依據客觀說，權利人因權利行使所能取得之利益，與其權利之行使對他人及整個社會國家可能造成之損失，加以比較衡量，若外觀上徒具權利之形式，而實質上違背法律之根本精神，而與權利之社會化的作用與目的背離者，即為權利之濫用⁵。

第二款 實務案例

關於權利濫用的案件，過去多發生於越界建築、無權占有土地的案例。近年來，規避債權相對性的案例，逐漸增多。

一、越界建築

(一) 屬權利濫用之案例

1. 甲所有四棟樓房占有系爭土地，寬僅二公尺餘，長則約二十公尺，如將該建築物占用系爭土地部分（即各十至十三平方公尺地上建築物）拆除，勢沿其面向道路部分包括屋柱與隔鄰之牆壁垂直切割拆除，必影響全棟建築結構體之安全。系爭土地地目為道，由乙收回，亦不能作為建築基地，或作其他有具體經濟效益之用途，乙之請求為權利之濫用（79台上2669號）。

2. 甲如取回系爭九平方公尺土地，需拆除乙所有六層樓房中央部分，勢必影響大樓結構安全，甲取回該土地又難供建築，其為本件之請

⁵ 洪遜欣，民總，第648-649頁；王澤鑑，民總，第615頁；邱聰智，民總（下），第506-507頁。

求，顯以損害他人為主要目的，有權利濫用之情形（86台上1840號裁定）。

（二）非屬權利濫用之案例

1. 何謂「利益極少」「損失甚大」，應就具體事實為客觀之認定，且應由主張變態情事者，負舉證之責。查占有系爭土地之地上物為大○紀念館之圍牆、竹籬、部分邊門及老樹，非紀念館之建築物本身，則依現有建築技術，該圍牆設計既為高、低牆，不損及亭角，是否不能將圍牆遷移？於不損及亭角之情況下，老樹是否不能一併遷移？上訴人主張，拆除（遷移）系爭土地上之圍牆等地上物並未造成被上訴人「極大損失」，上訴人更非受「極小利益」云云，是否全無足採？亦待澄清（94台上632號）。

2. 如甲於系爭土地進行工程時，土地所有人乙因接獲他人檢舉，而發函促請甲自行停工，以免增加損失，甲竟不聽制止，仍繼續興建，更屬目無法紀，乙依法訴請甲拆屋還地，自無權利濫用之可言（86台上2500號）。

二、規避債權相對性

如最高法院98年台上字第1319號判決：「不動產之使用借貸此種債之關係，僅於當事人間有其效力，因該債之關係而占有不動產之債權人，不得執以對抗未繼受該法律關係之第三人，而受讓該不動產之第三人行使物上請求權，請求占有人返還所有物，應屬權利之正當行使；但受讓人若係出於明知占有人與債務人間債之關係，其取得所有權之目的，顯在妨害有權占有之占有，其行使物上請求權，自應認係以損害他人為主要目的，而為法所不許。⁶」

⁶ 關於債權相對性及誠信原則之關聯，參見本書第五章第三節的說明。另參見最高法院90年台簡上字第35號、99年台上字第1705號、100年台上字第463號判決。

第三項 誠實信用原則

第一款 誠信原則之意義

德國民法第242條規定：「債務人應斟酌交易習慣，依誠實信用方法而為給付。」德文之誠信原則，為Treu und Glauben之逐譯，Treu意指忠實、忠誠、信任及信賴之意；Glauben係指在信任或信賴意義下的相信。二者合而為一，成為誠實、忠誠與體貼他人之行爲標準；行爲時，需對於他方當事人之利益，予以注意；對於他方的合理信賴，應予以保護。

依據PECL，「誠信原則」係指內心的誠實與公平，屬於主觀的概念。「公平交易」係指遵守事實上的公平，屬於客觀的概念。在適用時，應特別強調禁反言原則及相互體諒原則。亦即，當事人不得為與自己先前行爲相矛盾之行爲；且行使權利時，應遵守公平交易的合理標準，並適當尊重他方當事人之利益，而非僅以實現自己利益為唯一考量依據。

德國學者歸結歐洲各國契約法關於誠信原則之適用，認為誠信原則有五種意涵：不誠實者，違反誠信原則；當事人應遵守諾言；一方當事人不應使他方當事人因其行爲而受不利益；當事人不受契約所生荒謬結果的拘束；當事人故意違反契約，即屬違反誠信原則⁷。

最高法院86年台再字第64號判決認為：「所謂誠實信用之原則，係在具體的權利義務之關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考察權利義務之社會上作用，於具體事實妥善運用之方法。」

據此，誠信原則並無一定之規則，僅為某種開放性的規範概念，作為法官審酌案件時，在法律規定以外，尋求妥適解決方法的法律上依

⁷ Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Coming to Terms with Good Faith*, in Simon Whittaker & Reinhard Zimmermann (eds.), *Good Faith in European Contract Law* 690-693 (Cambridge University Press, 2000).

據。所謂誠實、正當信賴、斟酌雙方利益及考察權利義務之社會作用，均為極度抽象之概念，以此界定誠信原則之意義，與普通法系國家之衡平概念並無與異⁸。

誠信原則的判斷標準，可歸納為禁反言原則與相互體諒原則。所謂禁反言原則，在於強調契約當事人的相互信賴，及對契約上目的的忠實履行。一方當事人對於他方當事人的合理信賴，法律上應予以保護。當事人不得為前後不一致之行為，而損害他方當事人對於交易行為的合理期待。所謂相互體諒原則，係指當事人行使權利，應尊重、注意他方當事人之利益，而以保護他方當事人利益的方式為之。相互體諒原則因而衍生出相互合作原則、資訊揭露原則、尊重他方利益原則及情事變更原則等。

誠信原則之適用範圍，涵蓋契約之各個階段，包括契約前的締約階段、契約之履行、契約之救濟及契約之解釋等。至於違反誠信原則的法律效果，依據違反之情形，可能發生損害賠償請求權（如締約上過失責任）、調整契約之內容（如情事變更原則），或限制當事人行使權利，而使其行使之權利無效（如不當終止契約）⁹。

第二款 案例類型及效果

是否合於民法第148條第2項規定之誠實信用原則，應就當事人雙方之利益，依客觀標準，斟酌各相關具體情事，比較其是否公平妥當，依正義衡平之理念，以妥適正當為目標，予以調整權利義務關係（93台上770號、99台上2287號）。違反誠信原則時，不發生行使權利及履行義務的效力。其行使權利的行為，不發生當事人所企圖實現的法律效果。

誠信原則之適用，在於補充、調整契約之內容，維護當事人間的正

⁸ Martijn Hesselink, *Good Faith*, in Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, and Edgar du Perron (eds.), *Toward a European Civil Code* 307 (Kluwer Law International, 1998).

⁹ 關於誠信原則的比較法說明，參見陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論，第104期，第1-60頁（2008年8月）；林誠二，論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能，收錄於民法問題與實例解析，第一冊，第157-210頁（2005年）。

當信賴關係，避免前後矛盾的行為，致當事人陷於窘迫。就實務案例考察，整理類型如下：

一、權利失效原則

(一)權利失效原則的意義

權利失效原則，指權利人在相當期間內不行使其權利，並因其行為造成特殊情況，足以引起義務人之正當信任，認為權利人已不欲行使其權利，而權利人再為行使時，應認為有違誠信原則，得因義務人之抗辯，使其權利歸於消滅，而不得再行使（72台上2673號、102台上1732號）¹⁰。

按權利固得自由行使，義務本應隨時履行，惟權利人於相當期間內不行使其權利，並因其行為造成特殊之情況，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，於此情形，經盱衡該權利之性質、法律行為之種類、當事人之關係、經濟社會狀況、當時之時空背景及其他主、客觀等因素，綜合考量，依一般社會之通念，可認其權利之再為行使有違「誠信原則」者，自得因義務人就該有利於己之事實為舉證，使權利人之權利受到一定之限制而不得行使，此源於「誠信原則」，實為禁止權利濫用，以軟化權利效能而為特殊救濟型態之「權利失效原則」（97台上950號、100台上445號）。

權利失效理論既係針對時效期間內，權利人不符誠信原則之前後矛盾行為規範上之不足，用以填補權利人長久不行使權利所生法秩序不安定之缺漏，剝奪其權利之行使，故在適用上尤應慎重，以免造成時效制度之空洞化。亦即對於權利人不行使權利之期間，能否謂係「於相當期間內不行使權利」、是否足使義務人「正當信賴」權利人不欲其履行其所有之義務等攸關是否構成權利失效之要件，法院應當詳細審查（103台上854號）。

¹⁰ 關於權利失效理論的說明，參見王澤鑑，權利失效，收錄於民法學說與判例研究，第一冊，第335-344頁（1983年）；吳從周，台灣民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類行為中心，臺大法學論叢，第42卷第4期，第1203-1332頁（2013年12月）。

(二) 實務案例

關於權利失效之成立，茲舉二則案例如下：

1. 甲於民國84年5月，就萊○休閒用品專賣店，與乙保全公司第三次訂立保全契約，由乙提供全自動安全電話防盜系統防護服務。嗣於85年6月25日因防盜報警系統未能修復，致專賣店遭竊，請求理賠最高限額100萬元。乙則抗辯：依契約約定，甲應於開始服務前3日內以現金或即期支票繳清服務費，始負保全責任。然85年6月份之服務費，甲應於同年5月25日繳交，卻以發票日為85年6月30日之支票支付，依雙方契約約定：「前項費用如甲方未按時繳付，逾期即以中途毀約論，乙方得不經通知隨時停止服務。又自甲方應付款日期，而未收到現金，或票據未兌現者，在此期間乙方基於交易情誼，仍提供服務。但甲方如在期間內發生任何損害，乙方不負賠償責任。」

經查，甲自78年5月起即與乙訂立保全契約，迄至85年5月日止，繳付之服務費計15次，其中除3次之服務費係於應收款日期當日兌現外，其餘12次均由甲交付遠期支票支付。如依契約約定，自79年11月甲未按時繳付服務費時起，即視為違約，乙得不經通知隨時停止服務，惟其既未依約主張甲違約，又未停止服務，且繼續按期收取甲所交付之遠期支票服務費，復於契約期滿後續訂契約，乙之此種行為，已足以引起甲之正當信任，認為乙不欲行使系爭契約之權利。乙於本件保險事故發生後再為行使該條之權利，應認為有違誠信原則，其依系爭契約所得行使之權利應歸於消滅，不得拒絕依約賠償（88台上497號）。

2. 甲航空公司於90年10月間資遣其乙空服員後，於91年3月發函通知遭資遣之空服員，因空服人力有增加員額之需求，自即日起依「客艙員回職辦法」接受空服員回職申請。乙於遭資遣後，即將所簽領之資遣費支票兌現使用，歷九年餘皆無異議，亦未退回資遣費或要求回復工作權，亦未申請回職，而於100年2月起訴主張資遣為不合法，請求確認僱傭關係存在，「甲抗辯乙於近九年後始為爭執，有違誠信原則，應屬權利失效等語，似非全屬無據。¹¹」

¹¹ 最高法院102年台上字第1732號、102年台上字第1766號、102年台上字第1932

至於不構成權利失效之案例，如甲夫與乙妻於離婚協議書約定，登記在乙名下的房屋，移轉登記於甲，而由甲繼續支付該房屋的銀行貸款。嗣後甲長達6年以上未繳納系爭房地之貸款，且未請求乙辦理過戶登記。在銀行聲請執行該房屋時，乙不得已而繳納全部房地貸款後，甲請求乙辦理房地所有權移轉登記。高等法院雖認為甲之行爲有違誠信原則，不生應有之效果。但最高法院認為，雙方對於何人支付銀行貸款，仍有爭執，甲不行使權利之期間僅6年，能否謂係「於相當期間內不行使權利」？是否足使乙「正當信賴」甲不欲乙履行移轉系爭房地所有權之義務？尚有疑義（103台上854號）。

（三）權利失效與消滅時效

權利失效原則係以權利人於相當期間內不行使權利，作為權利消滅的要件。消滅時效則以一定期間不行使權利，使請求權消滅的制度。消滅時效制度僅適用於請求權，對於其他權利（如形成權），並無適用餘地。是以，對消滅時效適用對象以外的權利，得依權利失效原則，致權利消滅，應無疑義。如形成權的行使、請求確認契約關係存在等。就此而論，權利失效原則適用的範圍，大於消滅時效制度。

有疑問者為，就消滅時效適用的對象，如債權的請求權或物上請求權，在時效期間屆滿前，義務人得否主張權利人過久不行使權利，適用權利失效原則，而致權利消滅？此項疑義，涉及權利失效與消滅時效的衝突問題。

對此，最高法院認為：「消滅時效係因一定期間權利之不行使，使其請求權歸於消滅之制度；而權利失效理論之運用旨在填補時效期間內，權利人不符誠信原則之前後矛盾行為規範上之不足，以避免權利人權利長久不行使所生法秩序不安定之缺漏，兩者之功能、構成要件及法律效果均有不同。（102台上1766號）」「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（102台上1932號）。」

如在最高法院97年台上字第950號判決，甲之A地於民國39年間為

國防部占有，並於62年間以「收購」為原因，登記為國防部所有。在相關處理文件均已逾保存期限銷燬後，甲之繼承人乙於89年間起訴，主張國防部無權占有土地，請求起訴前5年間之不當得利的返還。高等法院認為：「時效制度原即寓有權利失效之意涵，以兼及法秩序安定性之維護，乙請求國防部給付系爭土地相當於租金之不當得利，已受有民法第126條所定五年短期時效之限制，自無再適用權利失效原則之餘地。」

對此，最高法院認為：「權利失效原則究與消滅時效之規定未盡相同，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。」換言之，本案乙請求返還過去5年間的不當得利，雖未罹於消滅時效，但其不當得利請求權於60年間均不行使，因權利失效原則而不得再為行使。

二、禁止矛盾行為

矛盾行為，即出爾反爾之行為，破壞當事人間的正當信賴，應予以禁止。此即英美法上的「禁反言原則」（estoppel），為保護他方當事人的合理信賴，一方當事人不得為前後不一致之行為，而損害他方當事人對於交易行為的合理期待¹²。臺灣最高法院103年上字第1140號判決：「所謂禁反言原則，係指任何人主張權利或法律上地位時，不得與其一向行為互相矛盾。蓋此種行為破壞相對人之正當信賴，並致其受有損害者，其權利之行使即有違反誠信原則；亦即當事人之主張應前後一貫，不得事後任意翻異，如他方當事人業因權利人先行行為，造成一合理值得保護之信賴時，權利人之行使權利即違反自我行為矛盾之禁止，而不應准許。」可資參照。

前述的權利失效原則，乃為規範權利人不符誠信原則之前後矛盾行為，以填補法秩序不安定之缺漏，實際上具有禁止矛盾行為的意涵。因此，適用權利失效原則之案例，亦得以禁止矛盾行為之原理說明之。二者之不同，在於權利失效原則，以經過相當期間不行使權利為要件，而禁止矛盾行為理論，則不以相當時間經過為要素。

¹² 王澤鑑，民總，第628頁；林誠二，民總（下），第385頁；黃立，民總，第491頁。

關於禁止矛盾行為，下列實務案例，可供參考：

(→)甲於民國47年間出租土地供乙使用，乙於54年間未經同意，在地上增建房屋，經甲通知回復原狀未果，但並未主張終止租約。嗣甲繼續收取租金，並通知調整租金，繼續與乙維持租賃關係，竟於延至20餘年以後，始藉前因為終止契約之理由，與誠信原則有所違背（80台上342號）。

(→)土地法第104條之優先購買權人，既於所有權人徵詢購買時，明示不願購買，又明知嗣後已有買賣行為，依法得請求優先購買，仍長期數年不行使優先購買權，待價格巨幅上漲後，始行使優先權，主張以數年前之價格優先購買，則其權利之行使，難謂無違反誠信原則（86台上669號）。

上開二例，權利人均於相當期間內未行使權利，適用權利失效原則，亦可說明權利人不得再為行使權利。但以禁止矛盾行為理論，更能掌握權利人破壞當事人正當信賴的現象。以下禁止矛盾行為，則與時間之經過無涉。

(→)甲因拍賣取得A地，該地上具有乙無權占有土地的B屋，甲請求乙拆屋還地，而聲請法院拍賣B屋，經丙拍定取得B屋後，甲乃起訴請求丙拆屋還地。法院認為：甲之行為顯已表示不行使拆屋還地請求權，並默示同意拍定人丙於該建物可使用之期限內繼續使用該基地，引起丙之正當信任，嗣後甲再本於民法第767條物上請求權起訴請求丙拆屋還地，實屬權利之濫用，有違誠信原則，應認丙可使用該基地至原建物滅失或不堪使用時為止（89台上2606號）。

(→)共有人同意以抽籤方式決定分割共有物時各共有人所得之位置，乃共有人意願之表徵，自得作為法院行使自由裁量權，酌定共有物分割方法之依據。苟經全體共有人同意以抽籤方式決定各共有人所得之位置，除有無效或得撤銷之情形外，共有人即不得於事後再任意翻異，始符誠信原則（98台上690號）。

(→)債務人行使時效抗辯權，違反誠信原則者，即為權利之不法行使，應予禁止。又債務人於債權人起訴前或起訴後，與債權人協議拋棄時效抗辯權，惟保留其餘抗辯權，既為其處分權所得支配範圍，自有拘

束兩造及法院之效力。如債務人違反其協議，於訴訟上仍為時效完成之抗辯者，即難謂非違反誠信原則（95台上1087號）。

又債務人於消滅時效完成前，如因其行為（不論有無過失），使債權人信賴而未及時行使權利中斷時效，俟時效完成後，債務人為時效抗辯，即與其前之行為有所矛盾；或有其他特別情事，因其權利之行使，將致權義狀態顯然失衡，類此情形得認係違反誠信原則（103台上1119號、104台上2434號）。

（四）甲銀行向乙保險公司投保員工誠實保證保險契約後，甲之員工盜領客戶存款，甲於賠償客戶後，向乙請求理賠。乙則抗辯，以92年7月24日成立和解之日起算時效，甲於94年4月6日請求給付保險金後，迄至94年12月5日起訴，已逾2年消滅時效。法院認為：本案於甲請求後，乙於94年6月15日、8月26日及9月14日發函協商，既不否認甲得請求之金額上限，復應允先行賠付部分款項，卻絕口不提時效抗辯事宜，迄9月14日始明示拒絕理賠。在此期間，甲仍在繼續請求中，乙並未拒絕甲之請求，此際甲何能因乙之上述行為而對之起訴請求？此攸關上訴人之請求是否視為時效不中斷，其起訴是否已逾時效期間，自有待細究。甲主張乙於訴訟中提出時效抗辯，有違誠信原則云云，是否全然無據，尙非無推求餘地（96台上2250號）。

三、調整契約內容

關於法院以誠信原則，對契約內容進行調整，可參考以下實務案例：

（一）媒介居間人固以契約因其媒介而成立時為限，始得請求報酬，但委託人為避免報酬之支付，故意拒絕訂立該媒介就緒之契約，而再由自己與相對人訂立同一內容之契約者，依誠實信用原則，仍應支付報酬。又委託人雖得隨時終止居間契約，然契約之終止，究不應以使居間人喪失報酬請求權為目的而為之，否則仍應支付報酬（58台上2929號判例）。

（二）民法第148條第2項規定，行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。而所稱行使權利，當涵攝因給付遲延所生契約解除權在內。因此

債權人因債務人給付遲延欲行使契約解除權，於行使該解除權時，亦非不得依此誠信原則予以檢驗。故房屋漏水並非不得修補，縱所為修補結果不盡如當事人之意，如與房地買賣價金相較，完整修補所需費用其比例尚低，倘許當事人行使契約解除權，自顯失公平（105台上210號）。

(ㄟ)甲出售汽車音響零件予乙，乙委託丙銀行開立信用狀於甲。甲事後以空保麗龍盒及揚聲器搪塞冒充汽車音響零件交付於乙，乙以甲交付之貨物不實，屬於詐欺行為，通知丙拒絕付款。甲請求丙給付貨款時，法院認為：出賣人違反誠信原則之行為明確（如國際貿易詐欺行為），縱使係屬不可撤銷信用狀，開狀銀行亦不負付款義務（91台上1214號）。

(ㄠ)甲向乙建設公司購買A屋，因大樓增設停車位，致房屋面積短少7坪，甲因此拒絕付款，乙則於催告甲給付價金未果後，主張解除買賣契約，請求甲返還房屋。法院認為：「乙公司為規避停車空間數總計達五十輛者，應設雙車道寬度之規定，而僅申請四十九輛車之停車位，然後再擅自增設九輛停車位，顯係故意違反設計圖及相關規定施工，有自始即不欲依債務本旨履行之嫌，為憑空賺取暴利，不惜犧牲承購戶之權利及生活品質，亦有違誠信原則。」因此乙主張解除契約為不合法，不生解約之效力（91台上1103號）¹³。

(ㄡ)定作人甲與承攬人乙訂立工程合約，乙依所訂投標須知規定，按決標金額10%計算，繳納履約保證金541萬元，並按所定底價與得標總價之差額，繳交差額保證金1,091萬元於甲。嗣工程縮減，工程款由5,400萬元減為1,500萬元，其減縮額度高達70%弱。「依兩造合約，雖無應依減縮之工程總價比例核減保證金，並將溢收保證金退還之約定，第參諸前述繳交保證金係依工程總價之比例計算，甲自應按減縮工程款

¹³ 在法定解除權，有誠信原則的適用；在約定解除權，亦同。最高法院96年台上字第1394號判決：「按民法第一百四十八條規定……該條所稱『權利之行使』，當涵攝因契約所約定保留之解除權在內，是當事人於訂立契約時，縱有約定保留之解除權，於行使該解除權時，亦非不得依此誠信原則予以檢驗。倘行使該解除權，於自己所得利益極少，而他人因該解除權之行使所受之損害甚大者，即非不得視為有違誠信原則而不得為之，此乃權利社會化基本內涵所必然之解釋。」

之額度發還保證保證金與乙，方合乎誠信原則（79台上1810號）。」

四、補充法律規定或法律關係

法院以誠信原則，補充法律規定之不足，或增加當事人法律關係之義務者，案例如下：

（一）民法第787條第2項關於鄰地通行權人應於通行必要範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之之規定，依誠信原則，於民法第789條第1項所定袋地通行權之情形，亦有其適用（82台上1078號）。

（二）按源自「誠實信用原則」之非獨立性「附隨義務」一經當事人約定，為準備、確定、支持及完全履行「主給付義務」，即具本身目的之獨立性附隨義務而成為「從給付義務」（獨立性之「附隨義務」），倘債權人因債務人不履行或有違反情事，致影響其契約利益及目的完成者，債權人自得對之獨立訴請履行或債務不履行之損害賠償。查公共工程契約之招標，參與該投標者不得為圍標行為，固係誠實信用原則之要求，經於投標須知明訂，並由投標廠商簽署切結書載明，即構成契約之「從給付義務」，投標廠商違反該義務，應負債務不履行之損害賠償責任（93台上1185號）。

第三款 違反誠信原則的效果

違反誠信原則之法律行為，不受法律保護，而不得行使其權利，其法律效果，應依不同案例類型而定。原則上，權利人違反誠信原則，應不得行使其權利，縱為行使，亦不生權利人所企圖實現的法律效果。

因此，在構成權利失效時，該權利歸於消滅，而不得再行使（如不得行使契約終止權）。在構成禁止矛盾之行為，其矛盾行為所行使的權利，亦屬無效，而無權利行使的法律效果（如不得行使物上請求權或時效抗辯權），或繼續維持原本的法律關係（如維持原有共有物分割方法）。

依誠信原則調整契約內容時，權利人得繼續行使權利（如請求居間報酬）或不得行使權利（如解除權）、義務人得拒絕履行義務（如拒付信用狀金額）、調整契約對價（如減縮工程履約保證金）等。在補充法

律規定或法律關係時，得以誠信原則創立當事人間的義務（如從給付義務）。

第三節 權利的自力救濟

現代法治國家，權利受侵害的救濟制度，只准依賴國家公權力作為救濟手段，不許私人以私刑方式自行救濟，其目的在於避免以暴制暴，以維護社會和平。然而公權力的救濟，有時緩不濟急，被害人非即時反應，制止加害行為，可能造成更大損害，非嗣後司法救濟所能彌補。是以，國家法於例外不得已之情形，承認「正當防衛」、「緊急避難」及「自助行為」，作為被害人自力救濟的合法手段。

第一項 正當防衛

民法第149條規定：「對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責。但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。」本條規定所稱正當防衛，乃對於不法侵害所為之反擊行為，於不逾越必要程度範圍內，得阻卻違法，雖造成他人損害，亦不負賠償責任。其要件如下：

第一款 不法侵害

加害人必須先有不法侵害行為，被害人始有防衛行為之可言。如被告因見到原告與其妻同坐車輛後座，有解衣扣等親密舉動，而持鐵管毆打原告成傷，並強迫原告簽發1,000萬元之本票。被告於毆打原告時，原告未有先行侵害被告之行為，即無主張正當防衛之餘地（花蓮地院94訴187號）。

第二款 現時侵害

所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之「時間

性」要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則對其加害行為，自無成立正當防衛之可言（100台上4939號刑事判決）。如甲毆傷乙倒地之後，準備離去，乙隨後以刀刺殺之，非屬正當防衛。又如甲於乙噴灑除草劑之侵害行為過去後，擬逃離現場之際，始撿拾石塊丟擲乙，非屬「現在」不法之侵害，與正當防衛之要件未合（屏東地院85訴830號）。

在彼此互毆時，必以一方初無傷人之行為，因排除對方不法之侵害而加以還擊，始得以正當防衛論。故對於過去之侵害所為之報復行為，與無從分別何方為不法侵害之互毆行為，均不得主張防衛權（臺灣高院98上307號）。

第三款 防衛自己或他人權利

正當防衛所防衛者，不僅自己的權利，在他人的權利受侵害時，亦得行使。如路見不平，見義勇為。所防衛的權利包含公權及私權，且私權兼指財產權、人格權及身分權（如綁架未成年子女）。

第四款 未逾越必要程度

正當防衛是否過當，應視具體之客觀情事，及各當事人之主觀事由定之，不能僅憑侵害人一方受害情狀為斷（64台上2442號判例）。防衛過當係指為排除現在不法侵害之全部防衛行為，欠缺「必要性」及「相當性」要件而言（100台上4939號刑事判決）。例如，被告因自訴人壓在身上強姦，並以舌頭伸入口中強吻，無法呼救，不得已而咬傷其舌頭，以為抵抗，是被告顯係基於排除現在不法侵害之正當防衛行為，且未超越必要之程度，依法自屬不罰（52台上103號刑事判例）。

第二項 緊急避難

民法第150條規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險所為之行為，不負損害賠償之責。但以避免危險所必要，

並未逾越危險所能致之損害程度者為限。前項情形，其危險之發生，如行為人有責任者，應負損害賠償之責。」如惡徒追殺，駕駛他人車輛逃避。

緊急避難必須有「急迫危險」，如為逃避捷運殺人魔，撞倒同為逃難之人。緊急避難以保護生命、身體、自由或財產為限，不含名譽、信用等其他法益。如醫院開刀房火災，黑煙瀰漫，若醫師不立即逃命，即可能喪生，醫師因此逃命，致手術台上病人死亡，應構成緊急避難。再者，避難行為必須「以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者為限。」如為避免延燒房屋，將燃燒之油桶拋出店外，因熱度過高，被迫拋擲，以致於燒傷他人。

由於緊急避難並非不法行為，對於避難行為不得實施正當防衛，但對於緊急避難則得為緊急避難。如甲與乙在海上遇難，僅有一個救生圈，得之則生、失之則亡、二人互奪，法律無從保護，只得任其發展。此等緊急避難，性質上屬於放任行為¹⁴。

正當防衛與緊急避難的區別在於，前者係對不法的侵害行為，對加害人所為的反擊行為。後者係針對急迫危險，未必不法，且係對他人權益所為的侵害行為。

緊急避難，必須對非自己故意或過失而引起之危險，而為避難行為。如其危險之發生，行為人有責任者，應負損害賠償之責。緊急避難的民事責任案例極少，參酌刑事判決，茲舉案例二則如下：

一、上訴人殺傷某甲後，背負某乙涉江而逃，行至中流，水深流急，將某乙棄置江中溺斃，其遭遇危險之來源，固係上訴人所自召，但當時如因被追捕情急，以為涉水可以避免，不意行至中流，水急之地，行將自身溺斃，不得已而將某乙棄置，以自救其生命，核與法定緊急避難之要件，究無不合（25上337號刑事判例）。

二、甲未經考領汽車駕駛執照，駕駛自用小客車，因路面狹窄又逢深夜視線欠明，竟疏於注意，當同方向前方機車遽然偏左時，甲亦左閃而將車侵入來車道，適來車道上丙駕駛機車，被甲車撞翻落路旁稻田

¹⁴ 施啟揚，民總，第381頁；王澤鑑，民總，第637頁。

內，甲車隨即衝進稻田內，碾壓丙致死。甲主張其為避免撞擊前方遽然偏左之機車，屬緊急避難。

最高法院駁回甲之抗辯，謂：「刑法第二十四條所稱因避免緊急危難而出於不得已之行爲，係基於社會之公平與正義所爲不罰之規定。倘其危難之所以發生，乃因行爲人自己過失行爲所惹起，而其為避免自己因過失行爲所將完成之犯行，轉而侵害第三人法益；與單純為避免他人之緊急危難，轉而侵害第三人法益之情形不同。依社會通念，應不得承認其亦有緊急避難之適用。否則，行爲人由於本身之過失致侵害他人之法益，即應成立犯罪，而其為避免此項犯罪之完成，轉而侵害他人，卻因此得阻卻違法，非特有背於社會之公平與正義，且無異鼓勵因過失即將完成犯罪之人，轉而侵害他人，尤非立法之本意（72年台上7058號刑事判決）。」

第三項 自助行為

民法第151條規定：「為保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時為之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者為限。」本條的自助行為，乃權利人為保護自己權利，而拘束他人自由或押收、毀損他人財產，得阻卻違法，不負賠償責任。如債務人變賣財產將搭機潛逃國外，而扣留其人或護照；在飲食店白吃白喝，欲乘機溜走，而扣留其機車。

自助行為乃法律特別允許以自力救濟方式，保全自己權利，必須以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時為之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者為限。因此以下二則實例，不得主張自助行為而免責：

一、甲出租土地於乙，供乙開設公司，於雙方租賃契約終止後，甲公開招標出租該地，由丙標得土地租賃權。但因乙與甲發生招標程序爭議，乙拒絕搬遷，致甲無法交付土地予丙。丙乃駕駛小客車，至乙公司門口，阻擋人員、客人及貨物之進出，以迫使乙遷讓土地。丙主張，其

自力救濟行為並無不法。

本案法院判決：本案甲及丙得起訴請求法院依法判決，並於取得執行名義後，聲請法院強制執行，不容以暴力介入自行執行公權力而主張自助行為（桃園地院90簡上217號刑事判決）。

二、甲在其所有土地及鄰地上設置鐵門1座，乙以系爭通道係供公眾使用，甲擅自設置鐵門將通道擋住，顯有妨害他人行使權利，乃操作挖土機將系爭鐵門損壞至不堪使用。本案法院判決：因乙尚非無法請求法院或其他有關機關援助，不成立自助行為（臺中地院101簡上187號）。

國家圖書館出版品預行編目資料

民法總則／陳聰富著．-- 三版．-- 臺北市：

元照，2019.09

面；公分

ISBN 978-957-511-135-9（平裝）

1.民法總則

584.1

108009809

民法總則

5C179PC

作 者 陳聰富
編印總經銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 560 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司
出版年月 2014 年 12 月 初版第 1 刷
2019 年 09 月 三版第 1 刷

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-511-135-9