

## 2015 年民事法發展回顧

陳忠五<sup>\*</sup>

### 〈摘要〉

本文以 2015 年我國民事實體法的立法與司法發展為論述對象。2015 年民事立法活動，有民法總則編、親屬編、繼承編部分條文修正，分別涉及失蹤人財產管理的法律適用、成年人監護制度上監護人資格的適度放寬、遺產管理人及遺囑執行人報酬制度的改革等。整體而言，其修正幅度不大，多屬技術性、細節性修正，未見立法政策重大更動。

至於以「最高法院裁判」為主的民事司法活動，案例多元豐富，問題層出不窮，見解不斷演進，廣泛涉及民事法各次領域重要議題，對民事法理論形成或實務應用，卓著貢獻。其中最值得注意的司法實務發展，如表見代理、消滅時效制度、權利行使原則、情事變更原則、不當得利類型化與準用規定、共同共有債權行使、事實上夫妻等相關問題的最新實務見解。

關鍵詞：民法總則編修正、民法親屬編修正、民法繼承編修正、表見代理、消滅時效、權利行使原則、情事變更原則、不當得利、共同共有、事實上夫妻

---

<sup>\*</sup> 國立臺灣大學法律學院教授。E-mail: chungwu@ntu.edu.tw

• 責任校對：黃存志、林易儒、郭峻瑀。

• DOI:10.6199/NTULJ.2016.45.SP.08

## ◆ 目 次 ◆

### 壹、前言

### 貳、立法

#### 一、總則編修正

#### 二、親屬編修正

#### 三、繼承編修正

### 參、司法

#### 一、民法總論

#### 二、債法

#### 三、物權法

#### 四、身分法

### 肆、結論

## 壹、前 言

本文論述範圍，以「2015 年度」我國民事法實務發展為限。所謂「民事法」，以民法、民事特別法規定的民事實體法為主。所謂「實務發展」，將排除純粹學理議論性質的「學說」。雖然，「學說」往往促進實務演變，與實務共同形塑法律整體發展趨勢，但本文重點置於建構實定法秩序的實務發展，除非學說與實務發展密切相關，將一併提及，否則不在本文論述範圍。

民事法相關「立法活動」與「司法活動」變遷，乃觀察民事法實務發展的二個主要面向。以下，以「立法」與「司法」作為論述主要架構。

## 貳、立 法

2015 年民事法重要立法活動，民法方面，有總則編、親屬編、繼承編修正。民事特別法方面，以消費者保護法暨其施行細則，以及金融消費者保護法的修正，最為重要。消費者保護法與金融消費者保護法二者在 2015 年的修正，修正幅度相當大，影響層面相當廣，惟礙於篇幅限制，本文無法對之全盤評論，僅能論及民法修正部分。

民法總則編、親屬編及繼承編在 2015 年雖有若干條文修正，但整體而言，幅度不大，多屬技術性、細節性修正，未見立法政策重大更動。

## 一、總則編修正

自然人死亡宣告，以自然人失蹤達一定期間為必要（民法第 8 條參照）。為保護失蹤人財產，並確保交易安全，失蹤人自失蹤後至受死亡宣告前的期間內，其財產如何管理，自有規範必要。

民法第 10 條原規定，失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產管理，依「非訟事件法」規定。惟 2012 年 1 月 11 日公布，自同年 6 月 1 日施行的家事事件法，其第四編第八章「失蹤人財產管理事件」，自第 142 條至第 153 條，就失蹤人財產管理事件，設有完整規範。而原非訟事件法第四章第一節「失蹤人財產管理事件」，自第 108 條至第 120 條，亦於 2013 年 5 月 8 日修正時，配合全數刪除。

鑑於現行家事事件法就失蹤人財產管理事件已設有專章規範，且現行非訟事件法已無失蹤人財產管理相關規定，2015 年 6 月 10 日民法總則編修正時，乃修正第 10 條條文，將原規定：「依非訟事件法之規定」，修正為：「除其他法律另有規定者外，依家事事件法之規定」。

此一修正，純屬為配合家事事件法及非訟事件法修正所為的因應配套措施，無涉立法政策更動。

## 二、親屬編修正

關於成年人監護的「監護人資格」，除與未成年人監護相同，不得為「未成年」、「受監護或輔助宣告尚未撤銷」、「受破產宣告尚未復權」、「失蹤」等

限制外（民法第 1113 條準用第 1096 條規定），民法第 1111 條之 2 另針對成年人監護的「監護人資格」，設有限制規定<sup>1</sup>。

該條原規定：「**照護受監護宣告之人之法人或機構及其代表人、負責人，或與該法人或機構有僱傭、委任或其他類似關係之人，不得為該受監護宣告之人之監護人**」。其立法目的，係鑑於監護人管理受監護人事務，應由與受監護人無任何利益衝突者任之，為貫徹「照護者與監護者分離」，避免身兼照護者的監護人與受監護人發生「利益衝突」，以保護「受監護人利益」，乃進一步限制監護人資格，規定負責照護受監護人的法人或機構及其代表人、負責人，或與該法人或機構有僱傭、委任或其他類似關係之人，不得為監護人。

此一限制規定，乃 2008 年 5 月 23 日親屬編修正時新增的規定。其是否過度限制監護人資格，逾越必要合理範圍，並符合事實上需要？不無疑問。鑑於實務上可能發生受監護人的配偶、父母、兒女、手足、女婿、媳婦或岳父母等人，同時就是提供照護之法人或機構的代表人、負責人，或與該法人或機構有僱傭、委任或其他類似關係之人，原條文規定一律排除此等人擔任監護人資格，不見得符合受監護人利益，亦可能不符合「親人就近提供照護」的事實上需要，2015 年 1 月 14 日親屬編修正時，乃再度修正本條規定，增列但書：「**但為該受監護宣告之人之配偶、四親等內之血親或二親等內之姻親者，不在此限**」，以適度放寬監護人資格限制，明定受監護人的配偶、四親等內血親或二親等內姻親，即使擔任照護受監護人的法人或機構代表人、負責人，或與該法人或機構有僱傭、委任或其他類似關係存在，亦得為監護人。

按監護人資格限制規定，旨在避免利益衝突，保護受監護人利益，本條增列但書規定後，仍無法絕對排除特定個案中，此等擔任監護職務的配偶、四親等內血親或二親等內姻親，就特定監護事務處理與受監護人有利益衝突情事。於此情形，本條修正理由中特別指明，得依民法第 1113 條準用第 1098 條第 2 項規定：「**監護人之行為與受監護人之利益相反或依法不得代理時，**

---

<sup>1</sup> 本條規定，依民法第 1113 條之 1 第 2 項規定，亦得準用於成年人之輔助。

法院得因監護人、受監護人、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之聲請或依職權，為受監護人選任特別代理人」，以資因應。

由此可知，此次修正，係在不違反「受監護人利益保護」前提下，為兼顧事實上需要，適度放寬監護人資格限制。

### 三、繼承編修正

遺產管理與遺囑執行事務，通常相當專業、複雜、繁重，提供此等勞務者獲得相當報酬作為對價，應屬合理。2015 年 1 月 14 日繼承編修正，針對遺產管理人與遺囑執行人的報酬請求權制度，再作明確規範。此次修正，涉及二個條文，一為無人承認繼承時遺產管理人報酬數額的酌定，一為遺囑執行人報酬請求權的增訂。

#### （一）遺產管理人報酬數額的酌定

繼承開始時，繼承人有無不明者，為保存、管理、清算遺產，並搜索可能的繼承人，以維護相關利害關係人利益，自有設置遺產管理人的必要（民法第 1177 條、第 1178 條參照）。

關於遺產管理人的報酬，民法第 1183 條原規定：「**遺產管理人，得請求報酬，其數額由親屬會議按其勞力及其與被繼承人之關係酌定之**」。本條規定固然肯定遺產管理人有報酬請求權，但就其報酬數額酌定的「主體」與「參考因素」，則規定：由「親屬會議」參考遺產管理人的「勞力」及「其與被繼承人的關係」酌定之。此一規定，有三項問題值得檢討：

第一，親屬會議制度，有其歷史淵源，民法亦予承認，廣泛賦予解決家庭事務權限，以適度兼顧家族成員自律自治，避免國家過度介入家庭事務。惟鑑於「法不入家門」傳統思維已然式微，法院介入或監督家庭事務已成趨勢，且現代工商社會，家族觀念變遷，親屬成員簡化，遷徙流動頻繁，分居散處四方，互動聯繫不足，親屬會議又非常設性組織，以致親屬會議召集往往不易，議事功能普遍不彰，親屬會議制度的存廢，乃成為必須面對的問題。

民法親屬編或繼承編歷次修正，已逐步縮減或刪除親屬會議功能<sup>2</sup>。現行民法雖然仍保留諸多親屬會議功能的規定<sup>3</sup>，但全面性廢除親屬會議制

<sup>2</sup> 例如：第1090條原規定：「父母濫用其對於子女之權利時，其最近尊親屬或親屬會議，得糾正之。糾正無效時，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部」，2007年5月23日親屬編修正時，刪除親屬會議糾正父母或請求法院宣告停止其親權的規定，將本條修正為：「父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部」；第1132條原規定：「無前條規定之親屬，或親屬不足法定人數時，法院得因有召集權人之聲請，於其他親屬中指定之」，1985年6月3日親屬編修正時，增訂第二項，明訂法院得直接處理應經親屬會議處理的事項：「親屬會議不能召開或召開有困難時，依法應經親屬會議處理之事項，由有召集權人聲請法院處理之。親屬會議經召開而不為或不能決議時，亦同」，2014年1月29日親屬編修正時，再重新整合修正為：「依法應經親屬會議處理之事項，而有下列情形之一者，得由有召集權人或利害關係人聲請法院處理之：一 無前條規定之親屬或親屬不足法定人數。二 親屬會議不能或難以召開。三 親屬會議經召開而不為或不能決議」；第1212條原規定：「遺囑保管人，知有繼承開始之事實時，應即將遺囑提示於親屬會議。無保管人而由繼承人發見遺囑者亦同」，2014年1月29日繼承編修正時，刪除提示遺囑於親屬會議的規定，將本條修正為：「遺囑保管人知有繼承開始之事實時，應即將遺囑交付遺囑執行人，並以適當方法通知已知之繼承人；無遺囑執行人者，應通知已知之繼承人、債權人、受遺贈人及其他利害關係人。無保管人而由繼承人發現遺囑者，亦同」。此外，親屬編歷次有關監護制度的修正，均已刪除親屬會議的相關功能（如2000年1月19日親屬編修正時，修正第1094條；2008年5月23日親屬編修正時，修正第1099條、第1101條、第1103條、第1104條、第1106條、第1107條、第1111條、第1112條等）。

<sup>3</sup> 例如：當事人不能協議扶養方法時，由親屬會議定之（第1120條）；被繼承人生前繼續扶養之人，由親屬會議依其所受扶養程度及其他關係，酌給遺產（第1149條）；繼承開始時，繼承人有無不明者，由親屬會議於一個月內選定遺產管理人，並將繼承開始及選定遺產管理人事由向法院報明（第1177條）；遺產管理人為清償債權或交付遺贈物之必要而變賣遺產時，應經親屬會議同意（第1179條第2項）；親屬會議得請求遺產管理人報告或說明遺產狀況（第1180條）；口授遺囑應由見證人中之一人或利害關係人，於為遺囑人死亡後三個月內，提經親屬會議認定其真偽（第1197條）；遺囑未指定遺囑執行人並未委託他人指定者，得由親屬會議選定之（第1211條）；有封緘之遺囑，非在親屬會議當場或法院公證處，不得開視（第1213條第1項）；遺囑執行人怠於執行職務或有其他重大事由時，利害關係人得請求親屬會議改選他人（第1218條）等，以及此處討論的第1183條修正：由親屬會議按遺產管理人之勞力及其與被繼承人之關係酌定遺產管理人的報酬數額。



度，似乎是未來立法趨勢<sup>4</sup>。依本條規定，遺產管理人報酬數額的酌定主體，係「親屬會議」。惟親屬會議功能不彰，大幅限縮或刪除其權限，既已不可避免，且依家事事件法第 141 條準用第 153 條規定，遺產管理人得聲請「法院」就遺產酌給相當報酬，已改為「法院」才是遺產管理人報酬數額的酌定主體，因而本條規定是否仍屬妥當，自有重新檢討必要。

第二，依本條規定，親屬會議在酌定遺產管理人的報酬數額時，應參考遺產管理人的「勞力」程度及「其與被繼承人的關係」酌定之。此二項參考因素，基本上可資贊同，惟法條明定僅限於該二項參考因素，似乎過於僵化，欠缺彈性，且依家事事件法第 141 條準用第 153 規定，法院酌給遺產管理人相當報酬時，係參考「遺產管理人與被繼承人之關係」、「管理事務之繁簡」及「其他情形」定之，其以內涵上更為概括廣泛的「管理事務繁簡」取代「勞力」，另增加「其他情形」此項概括參考因素，似較能彈性因應各種不同個案需求。

第三，遺產管理人的報酬是否應由遺產支付，涉及遺產管理事務及其報酬的性質問題，本條未有明文規定，不無疑問。按民法第 1150 規定：「**關於遺產管理、分割及執行遺囑之費用，由遺產中支付之。但因繼承人之過失而支付者，不在此限**」。解釋上，遺產管理旨在保存、管理、清算遺產，並搜索可能的繼承人，具有共益性質，不僅於共同繼承人有利，對繼承債權人、受遺贈人、遺產酌給請求權人及國庫等其他利害關係人，亦均有利，故遺產管理人的報酬乃為遺產保存所必要不可欠缺的費用，應解為民法第 1150 規定所稱「關於遺產管理之費用」，當以由遺產負擔並清償該費用為合理，不因遺產管理人係由親屬會議選定（民法第 1177 條參照）或由法院選任（民

---

4 參閱：陳棋炎、黃宗樂、郭振恭（2015），《民法親屬新論》，12版，頁548，臺北：三民；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2014），《親屬法》，2014年8月修訂版，頁580，臺北：三民；林秀雄（2013），《親屬法講義》，3版，頁401，臺北：元照；高鳳仙（2005），《親屬法理論與實務》，5版，頁454，臺北：五南。不同意見，參閱：陳惠馨（2016），《民法親屬編理論與實務》，頁355-356，臺北：元照。

法第 1178 條第 2 項參照)，而有不同<sup>5</sup>。何況，家事事件法第 141 條準用第 153 條規定，亦明定法院係就「被繼承人的遺產」，酌給遺產管理人相當報酬，可見遺產管理人的報酬係遺產管理費用的一部分，應由遺產支付。

基於以上說明，民法第 1183 條乃修正為：**「遺產管理人得請求報酬，其數額由法院按其與被繼承人之關係、管理事務之繁簡及其他情形，就遺產酌定之，必要時，得命聲請人先為墊付」**。

依本條修正後新規定，遺產管理人報酬數額的酌定主體，由「法院」取代「親屬會議」為之。其酌定數額的參考因素，除既有的「遺產管理人與被繼承人之關係」，並將原先「遺產管理人之勞力」修正為「管理事務之繁簡」外，另增加「其他情形」以涵蓋各種可能情況。而遺產管理人的報酬，法條亦明定就「遺產」酌定之，且為使遺產管理執行順利，另明定法院於必要時，得命聲請人先行墊付報酬。

此一規定適用範圍，當然限於「繼承開始時，繼承人有無不明」的情形。繼承開始時，繼承人有無不明，但其後有繼承人承認繼承時，遺產管理人應為遺產之移交(民法第 1179 條第 1 項第 5 款參照)，此時遺產管理人的報酬，應由繼承人與遺產管理人協議定之，無法達成協議時，則由遺產管理人依家事事件法第 141 條準用第 153 條規定，請求法院酌定之。

然而，新規定以法院取代親屬會議作為遺產管理人報酬數額的酌定主體，既然符合「縮減或刪除親屬會議功能」此一立法趨勢，則何以此次修正，僅修正本條規定，卻未一併檢討修正其他仍保留親屬會議功能的規定？令人不解。

至少，民法繼承編第二章第五節「無人承認之繼承」，仍有不少保留親屬會議功能的規定，諸如：由親屬會議於繼承開始後一個月內選定遺產管理人，並將繼承開始及選定遺產管理人之事由向法院報明(民法第 1177 條)；遺產管理人為清償債權或交付遺贈物之必要而變賣遺產時，應經親屬會議同意(民法第 1179 條第 2 項)；親屬會議得請求遺產管理人報告或說明遺產狀況(民法第 1180 條)等。此等規定，依其規範事項內容，似乎並無當然非

<sup>5</sup> 參閱：最高法院99年度台上字第408號判決；101年度台上字第234號判決。



由親屬會議介入或監督不可的理由，則何以立法者未藉由此次修正機會，一併檢討修正？立法者是否認為該等規定仍有保留親屬會議功能的必要，故無須一併修正？或只是保守謹慎心態，僅單純修正民法第 1183 條個別規定，無意全盤整體立法政策考量？令人疑惑。

## （二）遺囑執行人報酬請求權的增訂

遺囑執行事務與遺產管理事務性質近似，通常相當專業、複雜、繁重，遺產管理人既然有報酬請求權，遺囑執行人亦應有報酬請求權才是。比較法上，亦多肯定遺囑執行人有報酬請求權。現行民法對此未有明文規定，學說上滋生爭議<sup>6</sup>。

按民法第 1183 條早已肯定遺產管理人有報酬請求權，且依家事事件法第 141 條準用第 153 條規定，遺囑執行人亦得聲請法院就遺產酌給相當報酬，故解釋上應肯定遺囑執行人原則上有報酬請求權。

有鑑於此，此次修正，新增民法第 1211 條之 1：「**除遺囑人另有指定外，遺囑執行人就其職務之執行，得請求相當之報酬，其數額由繼承人與遺囑執行人協議定之；不能協議時，由法院酌定之。**」。

依此新增規定，遺囑執行人的報酬問題，應優先尊重遺囑人意思。遺囑人如指明遺囑執行人無報酬或另定有其報酬數額者，依其意思。遺囑人未另有指定者，遺囑執行人有報酬請求權。至於其報酬數額，應先由繼承人與遺囑執行人協議定之，不能協議時，則由法院酌定之。而法院酌定相當報酬時應參考的因素，參酌修正後民法第 1183 條及家事事件法第 141 條準用第 153 條規定，自應解為係：遺囑執行人與遺囑人之關係、遺囑執行事務之繁簡及其他情形。

此外，遺囑執行事務旨在保存、管理、清算遺產，並為遺囑執行上的必要行為，具有共益性質，於共同繼承人、繼承債權人、受遺贈人、受捐助人等其他利害關係人均屬有利，故增訂理由中特別指明，遺囑執行人的報酬應

---

<sup>6</sup> 肯定說、否定說等學說爭議，參閱：陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭註4，頁342-343；林秀雄，前揭註4，頁288；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，前揭註4，頁322。

認屬民法第 1150 規定所稱「關於遺產管理、分割或執行遺囑之費用」，應由遺產中支付之。

## 參、司法

立法活動之外，民事審判實務具體反映私法關係上的正義理念變遷，更是觀察民事法實務發展的重要指標。

民事法實務發展，向來以肩負統一全國法律見解任務、為數眾多的「最高法院裁判」為主。以下，以 2015 年為時間範圍（即最高法院 104 年度裁判），依據民事法各次領域重要議題，整理最高法院指標性裁判中所涉及的問題或見解，分析其在理論或實務發展上的意義或價值<sup>7</sup>。必要時，亦將論及數量相對較少的司法院解釋、最高法院判例異動或民事庭會議決議。

### 一、民法總論

民法總論方面，2015 年值得注意的司法實務發展如下：以習慣法為主要法源依據的祭祀公業、權利主體（自然人、法人或非法人團體）、權利變動（法律行為、消滅時效）、權利行使等。其中，尤以消滅時效及權利行使相關問題，審判實務相當活躍，案例多元豐富，饒富啟發價值。

---

<sup>7</sup> 以下整理分析的 2015 年最高法院裁判，大多取材自筆者擔任專欄主編的台灣法學雜誌「民事實務見解」專欄，並再加精選、簡化或修飾文字，另補充論述或參考資料而成。應說明者，最高法院近年來亦自行篩選該院認為具有參考價值的民事裁判，將其裁判要旨暨裁判全文公布於該院網站首頁上，以供社會大眾參考。2015 年度「具有參考價值的民事裁判要旨暨全文」，亦已公布，與本文篩選裁判未盡相同，可供比較參考。

### （一）祭祀公業

依臺灣民間習慣，祭祀公業派下權，原則上由設立人的男系子孫或享有派下權的男系子孫取得，例外情形下，可由奉祀本家祖先的未出嫁女子及從母姓的子孫取得。民間許多祭祀公業，亦往往將此一習慣訂入規約，作為派下權認定標準。2007 年 12 月 12 日公布，2008 年 7 月 1 日開始施行的祭祀公業條例第 4 條第 1 項亦規定：「**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）。**」。

問題是，上開習慣或規定，是否不當限制女系子孫取得派下權的資格，造成差別待遇或性別歧視，違反憲法第 7 條揭示的「男女平等原則」或「性別平等原則」？

按祭祀公業派下權的「身分權」屬性，係以「祭祀祖先」，非以「男女性別」為基礎，因而其與實際承擔祭祀祖先者為男系或女系子孫，並無必然關連。而且，隨著時代變遷，祭祀公業派下權的「財產權」屬性，越來越濃厚，甚至有凌駕於其「身分權」屬性的趨勢。在此背景下，重新反省檢討過去原則上由男系子孫取得派下權的習慣或規約，是否違反「男女或性別平等原則」，確有必要。司法院大法官釋字第 728 號解釋，針對此一問題表示意見，自然值得重視。

該號解釋的解釋文指出：「（祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定）並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」。

由此可知，本號解釋中，多數大法官認為祭祀公業條例第 4 條第 1 項規定，並未違反男女或性別平等原則。其理由構成，主要是將祭祀公業規約的訂定，界定為是一種財產上的「結社行為」及「處分行為」，基於結社自由、

財產權保障、私法自治、契約自由、法律不溯及既往、法秩序安定等考量，尚難認為違反男女或性別平等原則。

此等考量，是否當然優先於「男女或性別平等原則」此一價值的貫徹？仍有部分大法官持保留意見，學說上亦不乏質疑聲音<sup>8</sup>。尤其值得注意者，本號解釋的解釋理由書中，亦附帶指明：現行法規下，整體派下員認定制度的男女差別待遇仍然存在，有關機關應與時俱進，視社會變遷與祭祀公業功能調整情形，就相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨。

值得注意者，本號解釋公布後，最高法院作成該院 104 年度台上字第 2411 號判決。該號判決所涉法律問題如下：祭祀公業條例施行前的祭祀公業，並無規約規定派下權如何取得，其派下員因無子女，乃收養某女子為養女，於此情形，該派下員死亡後，其養女是否承繼取得派下員身分？又，該養女死亡後，其唯一未出嫁的女兒，是否亦承繼取得派下員身分？

按祭祀公業條例第 4 條第 3 項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一 經派下現員三分之二以上書面同意。二 經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過」。本項

<sup>8</sup> 相關討論，參閱：李麒（2016），〈消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW）與性別平等法制的例外〉，《法令月刊》，67卷1期，頁95-114；吳豪人（2015），〈日治時期的祭祀公業：臣民與帝國之間的「絕緣體」？〉，《輔仁法學》，50期，頁91-164；廖元豪（2015），〈法律授權的不平等，還是單純的契約自由？〉，《月旦法學教室》，158期，頁6-8；戴東雄（2015），〈女孩所流父母的血緣難道與男孩有所不同？：評釋字第七二八號解釋意旨排除女性子孫繼承祭祀公業財產不違憲〉，《月旦裁判時報》，41期，頁60-80；陳昭如（2015），〈女兒還是外人：論大法官釋字第七二八號解釋的雙重排除〉，《月旦裁判時報》，41期，頁81-88；蔡維音（2015），〈排除女性入祀係屬合憲？〉，《月旦法學教室》，154期，頁6-8；陳榮傳（2015），〈不問祭祀問繼承：祭祀公業和釋字第七二八號解釋〉，《月旦法學雜誌》，243期，頁5-21；陳昭如（2015），〈沒拜沒保佑，有拜也沒保佑？：從女性主義觀點論釋字728中的權力與權利〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁49-51；官曉薇（2015），〈從《消除對婦女一切形式歧視公約》（CEDAW）之實質平等評論釋字728號〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁53-56；許玉秀、林明昕（2015），〈私法自治 vs. 性別平等：從釋字728論祭祀公業條例之合憲性〉，《台灣法學雜誌》，270期，頁57-84。

規定，於祭祀公業條例施行後，始有適用餘地。本件發生於祭祀公業條例施行前，如何解釋適用，仍有疑義。本件最高法院與原審法院見解不同，值得比較參考。

原審法院基於「尊重傳統習俗」及「法律不溯及既往原則」等理由，「否定」該養女或其女兒的派下員身分。其理由略以：依舊有習慣，該派下員之養女生前得否取得派下員資格，須父無男系子孫之未招贅養女，且有祭祀祖先且經派下員大會決議通過，始取得派下員資格，本件該養女有無祭祀情事，仍屬有疑。

然而，最高法院則基於憲法上「男女或性別平等原則」觀點，質疑原審法院見解的妥適性。最高法院指出：前清、日據時期，養子女對於養家之親屬關係，均與親生子女相同，如以繼嗣為目的而收養者，並承繼養家宗祧，且因收養關係而取得養家嫡子女身分，於財產法上，即為養家家產之共財親，準此，系爭祭祀公業之派下員倘以繼嗣為目的而收養該養女，由其承繼養家宗祧，且因收養關係而取得養家嫡子女身分，基於合憲性解釋，倘遽認該養女無派下權，有無違反平等原則，即非無再斟酌餘地。

## （二）人格權保護

人格權內容，傳統見解以其具有維護人性尊嚴或保護精神利益的性質，而普遍認為係屬「非財產權」，具有「一身專屬性」，專屬權利人本身享有，不得讓與或繼承。然而，隨著時代變遷，人格權內容的財產利益屬性或商業利用價值，逐漸受到重視，一方面擴大承認其權利範圍及可移轉性，他方面加強其保護方法或救濟手段，此尤以姓名權、肖像權等人格權，最為顯著<sup>9</sup>。

<sup>9</sup> 關於人格權的財產權屬性，參閱王澤鑑（2012），《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，頁50-53、297-359、529-560，臺北：自刊；謝銘洋（2010），〈從美國法上之商業利用權（Right of Publicity）探討肖像權之財產權化：最高法院97年台上字第1396號民事判決解析〉，《月旦裁判時報》，4期，頁102-108；黃松茂（2008），《人格權之財產性質：以人格特徵之商業利用為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文；劉得寬（2008），〈人格權上的「Publicity Right」（公表權）：以日本判例、學說為中心〉，《月旦法學雜誌》，155期，頁115-120；李智仁（2004），〈人格權經濟利益之保障：個人公開權（Right of Publicity）之



關於姓名權、肖像權等人格權的權利屬性，最高法院 104 年度台上字第 1407 號判決，確認其財產權屬性，強調原歸屬主體死亡後亦應繼續予以保護，乃我國少數類似事件中<sup>10</sup>，最高法院明確表示其法律見解者，值得重視。

本號判決所涉事實及法律問題如下：「萬應白花油」、「和興白花油」創立人顏玉瑩死亡後，其繼承人之一未經其他繼承人同意，擅自將「顏玉瑩」的中文姓名及肖像使用於其所生產「萬應紅花油」、「萬應白花油」產品包裝盒、容器、仿單上，另以「顏玉瑩」姓名設立顏玉瑩和興公司，該公司並以顏玉瑩中文姓名、英文姓名及肖像連用，或顏玉瑩中文姓名分別與「和興」、「萬應」、「白花」連用方式，申請多類商品的商標權登記。其他繼承人乃以顏玉瑩姓名及肖像使用於商業交易具有相當財產價值，於顏玉瑩死亡後得由繼承人繼承為由，主張該繼承人不法侵害與顏玉瑩姓名權、肖像權、人格權具有財產價值的相關權利，依民法第 18 條、第 19 條、第 184 第 1、2 項等規定，請求排除侵害、防止侵害及損害賠償。

原審法院「否定」其他繼承人的請求，其理由略以：姓名權及肖像權均為人格權，與權利主體有不可分離之密切關係，具有專屬性與不可讓渡性，非繼承標的。顏玉瑩已死亡，其姓名權及肖像權於其死亡時即歸消滅，使用其姓名肖像為商標登記或產製商品，並於公司名稱特取部分登記顏玉瑩中文姓名，無侵害顏玉瑩肖像權或姓名權可言。

然而，最高法院則認為：利用姓名、肖像等人格特徵於商業活動，產生一定經濟效益，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」性質，應受保障。人格特徵主體死亡後，其人格特徵倘有一定之經濟利益，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。系爭姓名肖像於顏玉瑩生前，似已具相當經濟利益，倘其死亡後，該經濟利益依然存在，繼承人之一未經其他繼承人同意

---

探討》，《法令月刊》，55卷11期，頁28-41。

<sup>10</sup> 過去實務案例，以「陳美鳳料理米酒代言事件」最受矚目（參閱臺灣高等法院94年度上易字第616號判決；臺北地方法院93年度訴字第1820號判決），但該案未上訴最高法院即告確定，最高法院因而未能就相關問題表示其法律見解。

而使用之，其他繼承人主張顏玉瑩人格權及人格特徵所具財產法益之相關權利被侵害，依繼承法則請求回復，是否毫無足取，非無研求餘地。

### （三）法人

民法第 56 條規定：「總會之召集程序或決議方法，違反法令或章程時，社員得於決議後三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 1 項）。總會決議之內容違反法令或章程者，無效（第 2 項）」。

本條規定適用於社團法人總會決議的瑕疵，惟最高法院向來認為，公寓大廈區分所有權人會議決議有瑕疵時，亦有本條規定的適用或類推適用<sup>11</sup>。

問題是，公寓大廈區分所有權人會議召開時，並非由召集人即管理委員會主任委員擔任主席，亦非由出席的區分所有權人當場互相推選一人擔任主席，而係由召集人授權代理行使主任委員職務的第三人擔任主席，於此情形，該第三人擔任主席主持會議因而所作成的決議，係屬決議內容違反法令而「無效」？或決議方法違反法令而「得撤銷」？

針對此項問題，最高法院 104 年度台上字第 842 號判決中，原審法院認為：依公寓大廈管理條例第 3 條第 9 款規定，管理委員既由區分所有權人選任，即係受區分所有權人委任處理事務，具相當之身分專屬性，依民法第 537 條規定，原則上應自己處理事務，除規約載明或區分所有權人會議決議可授權他人代理行使職務外，不得授權他人代為行使，故主任委員不得任意委託他人代為行使其職權，其委託他人主持區分所有權人會議所作成的決議，即不具合法會議之形式，應為「無效」。

<sup>11</sup> 參閱：最高法院 104 年度台上字第 2257 號裁定；104 年度台上字第 1460 號裁定；102 年度台上字第 380 號裁定；102 年度台上字第 239 號判決；101 年度台上字第 1537 號判決；98 年度台上字第 1692 號判決；97 年度台上字第 2347 號判決；97 年度台上字第 1562 號判決；97 年度台再字第 65 號判決；96 年度台簡抗字第 27 號裁定；95 年度台上字第 2701 號判決；95 年度台上字第 898 號裁定；94 年度台上字第 1256 號判決；93 年度台上字第 2347 號判決；92 年度台上字第 2517 號判決；92 年度台上字第 1947 號判決。

然而，最高法院則認為：由不得擔任區分所有權人會議主席之人擔任主席，並主持會議，其決議方法固屬違反法令，然僅係區分所有權人得否請求法院「撤銷」該決議的問題，究與無召集權人召開會議有間，尚無從逕認該決議為「無效」。

#### （四）法律行為

##### 1. 法律行為的方式

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**」。

從本條設有但書規定可以得知，法定方式的違反，是否導致法律行為無效，不能一概而論，仍須依規定該方式的法規目的，個別認定之。

問題是，依信託業法第 19 條第 1 項規定，信託契約之訂定，應以「書面」為之，並應「記載同條項各款規定之事項」，信託契約未以書面為之，或雖以書面為之，但未記載同條項各款規定諸多事項中之一者，是否無效？

針對此項問題，最高法院 104 年度台上字第 14 號判決認為，信託業法第十九條第一項規定屬「要式規定」，倘有違反，依民法第七三條規定，信託契約應屬無效。

值得注意者，係最高法院的理由構成方式。最高法院於判決理由中，引用信託業法第 19 條第 1 項立法理由，作為其論證依據，亦即：「**信託契約為信託當事人雙方權利義務及信託行為之依據，為使信託當事人間權益關係明確，而強制規定應以書面為之及其應記載之事項**」。

上開理由，以「保全證據方法、明確權利義務關係」此一「證據目的」，作為違反要式規定導致無效的理由，是否正確？可再斟酌。蓋影響法律行為生效與否的要式規定，其法規目的，至少應具有「促使當事人慎重其事，避免作出輕率判斷」的「警告目的」，方足以正當化違反要式規定導致無效的結論。

此外，廣義的「要式」行為，可包括「要物」行為在內。借名登記契約是否為「要物契約」，以土地所有權已移轉登記於出名人名下，作為契約成立要件？亦是值得探討的問題。

最高法院 104 年度台上字第 64 號判決中，原審法院採取「要物契約說」，惟最高法院則認為：借名登記契約屬「無名契約」的一種，性質與「委任契約」類似，尚難認係「要物契約」。

## 2. 法律行為的標的

契約的生效，以契約標的「已確定」或「可得確定」為必要<sup>12</sup>。問題是，保證契約書上記載：「立連帶保證書人某甲，今向臺灣省合作金庫連帶保證凡貴庫持有某乙於現在及將來所簽章之付款、承兌、背書或保證之票據、借據、契約及其他一切債務憑證，以新臺幣（空白）元為限，保證人願與債務人負連帶償還責任」等語，此一「保證金額空白」的保證契約，是否有效？

最高法院 104 年度台上字第 2476 號判決中，原審法院「肯定」該保證契約有效，其理由略以：系爭保證金額固為空白，惟此僅係保證人與債權人間就保證責任範圍無最高限額之約定而已，非保證金額未合致，則凡屬保證事項，不論金額多寡，保證人均應負責。

然而，最高法院有不同意見。最高法院認為：就將來發生債務為保證，其數額或範圍固不以現實具體確定為必要，惟仍須可得確定，倘完全不能預先確定，由保證人對之負無限度保證責任者，除人事保證或有反對特約外，尚難認該保證契約已成立生效。系爭保證係約定就債務人現在及將來發生之債務，於一定金額限度內為保證，該保證書上金額既屬空白，能否謂保證人已同意負無限度保證責任，殊非無疑。

## 3. 法律行為的附款

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**」。

<sup>12</sup> 相關問題，參閱陳忠五（2012），〈第三人確定契約標的與契約的有效性：最高法院 100 年度台上字第 2030 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，203 期，頁 111-119。

本條規定適用於「法律行為」，固無疑義，然其是否亦得適用或類推適用於公法上的「徵收行為」？換言之，學校用地徵收案，其地上物查估作業，因被徵收人強烈抗爭，以致未能完成查估手續，徵收程序無法完成，是否得解為被徵收人以不正當行為阻止徵收程序完成，而擬制徵收程序已完成？

針對此項問題，最高法院 104 年度台上字第 1658 號判決，明確採取「肯定」見解，值得注意。

然而，民法第 101 條第 1 項規定的適用，必須因條件成就而受不利益的當事人，有阻其條件成就的「故意」行為<sup>13</sup>，且其行為「不正當」，始足當之，不包括「過失」或「正當」行為在內。本件最高法院在採取肯定見解之餘，對於系爭被徵收人強烈抗爭行為，是否該當「故意」、「不正當」，似未進一步認定，仍有待釐清。

#### 4. 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」。

本條有關表見代理規定的適用，以代理人「無權代理」為前提，且代理人方面，須有足以使第三人正當信賴其具有代理權的「權限外觀」存在，而本人方面，須就此一權限外觀有積極促成或消極容忍的「可歸責行為」，始得令本人負授權人責任<sup>14</sup>。

以下三則最高法院判決，與上開表見代理適用要件有關，最高法院如何解釋適用民法第 169 條規定，值得注意：

##### （1）無權代理構成表見代理時，本人仍須負授權人責任

最高法院 104 年度台上字第 1110 號判決所涉法律問題如下：要保人經保險公司業務員招攬，與保險公司訂立投資型人壽保險契約，該業務員於招

<sup>13</sup> 參閱：最高法院 67 年台上字第 770 號判例。

<sup>14</sup> 相關問題，參閱陳忠五（2012），〈工程借牌承包的表見代理問題：最高法院 100 年度台上字第 1827 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，199 期，頁 38-49。



攬保險階段，曾口頭承諾保證獲利每年 3%（保本率 103%），該業務員於保險契約訂立後出具的保證書上，亦有相同文字記載，惟保險單上卻載明保險公司不保證客戶最低收益、客戶應自負盈虧等語。於此情形，要保人得否依該業務員承諾或保證書記載，請求保險公司給付保證最低受益的保險金？

本件最高法院與原審法院見解一致，採取「否定」見解。其理由略以：該業務員簽署系爭保證書，未事前得保險公司授權或事後經保險公司追認，且依保險業務員管理規則第 15 條規定，核保或同意變更契約條款事項不在其權限範圍之列，業務員自無代理核保或變更契約權限。

問題是，本件業務員承諾最低收益或出具保證書行為，縱未得保險公司事前授權或事後承認，且其依保險業務員管理規則規定亦無類似權限，然法院既認定其為保險公司代理人，應係「無權代理」，果爾，以其被賦予「保險公司業務員」地位，客觀上可能有足以使第三人正當信賴其具有代理權的「權限外觀」存在，則本件是否構成「表見代理」，將影響訴訟勝敗結果，何以未見法院就表見代理相關要件是否具備，予以審認？仍待釐清。

## （2）代理權權限外觀的範圍

最高法院 104 年度台上字第 2453 號判決所涉法律問題如下：房地所有權人甲，將其所有權狀、印鑑章、印鑑證明、身分證等文件，交付於其胞姐乙，同意乙以其名義向「銀行」辦理借款並設定抵押權，嗣後乙持該等文件，以甲的名義向非銀行的「私人丙」借款並設定抵押權，於此情形，甲就乙以其名義所為借款契約與抵押權設定行為，是否應對丙負授權人責任？

本件乙所為借款契約與抵押權設定行為，係無權代理行為，應無疑義。最高法院與原審法院一致認為，甲就乙以其名義所為的「抵押權設定行為」，應對丙負授權人責任，但甲就乙以其名義所為的「借款契約行為」，是否亦應對丙負授權人責任，最高法院與原審法院間，意見並不一致。

關鍵在於：乙持有甲的所有權狀、印鑑章、印鑑證明、身分證等文件，以甲的名義向丙借款並設定抵押權，是否構成足以使丙正當信賴其具有代理權的「權限外觀」？丙基於此一權限外觀，可以正當信賴乙的代理權權限範圍，除「抵押權設定行為」外，是否及於「借款契約行為」？

原審法院採取「否定」見解，其理由略以：印鑑章、印鑑證明書、所有權狀、身分證等，固係辦理抵押權設定登記的必備文件，惟抵押權設定為無因性的物權行為，與設定抵押權的原因關係債權行為係各別成立，甲將印鑑章等物件交付乙的行為，或可認係授與乙辦理抵押權設定的表見行為，但不得解為係同意乙代理其向丙借款的表見行為。

對此，最高法院有不同意見。最高法院認為：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，民法第 107 條定有明文。甲授權乙為其辦理抵押借款事宜，僅有借款對象為銀行之限制而已，果其已有委託乙代其辦理抵押借款的授權行為，借款對象的指定即屬代理權之限制，依上說明，不得對抗善意第三人。其次，抵押權設定固為無因性的物權行為，然設定目的既係為擔保一定之債權，衡諸抵押義務人多數兼為抵押債務人，提供不動產設定抵押權，為其借款擔保的社會常態，則乙執甲所提供的印鑑章、所有權狀、身分證等物件，以甲名義向丙抵押借款時，堪認表示以代理權授與他人之範圍，是否僅限於設定抵押權之物權行為，而不及於借貸之債權行為，洵非無疑。

最高法院上開見解，肯認系爭「借款契約行為」亦在乙的代理權權限外觀範圍內，甲亦應負授權人責任，結論上值得贊同。有疑義者，最高法院援用民法第 107 條作為規範依據，是否正確？可再斟酌。

按「代理權限制或撤回」，只是諸多代理權消滅原因之一，其本身不足以作為使人正當信賴代理人有代理權的權限外觀。民法第 107 條固然亦屬表見代理規定的一環，但其構成要件特徵，不在「代理權一度存在，嗣後限制或撤回」<sup>15</sup>，而在此「一度存在的代理權」，已經引起相對人正當信賴其「仍繼續存在」！以本件為例，假設甲曾向丙表示，全權授權乙持相關文件向丙

---

<sup>15</sup> 實務上大多以「本人先曾授與代理權，嗣後限制或撤回代理權」，作為民法第 107 條規定的構成要件特徵。最高法院 62 年台上字第 1099 號判例，乃代表性見解。該號判例謂：「民法上所謂代理，係指本人以代理權授與他人，由他人代理本人為法律行為，該代理人之意思表示對本人發生效力而言。故必先有代理權之授與，而後始有民法第一百零七條前段『代理權之限制及撤回，不得以之對抗善意第三人』規定之適用」。

借款並設定抵押權（外部無限制授權，民法第 167 條參照），嗣後甲向乙表示限定借款金額、利率或償還期限等（內部有限制授權），其後乙以甲的名義與丙訂立的借款契約，並無該等限制條件，於此情形，依民法第 107 條規定，甲對乙的內部有限制授權，不得對抗正當信賴「原先無限制授權狀態繼續存在」的丙。

然而，本件所涉事實，並非如此。本件所涉的代理權權限外觀，係「乙持有甲的房地所有權狀、印鑑章、印鑑證明、身分證等文件」，甲將此等文件交付於乙，該當民法第 169 條所稱「由自己之行為表示以代理權授與他人」的情形，故本件應適用民法第 169 條規定，令甲負授權人責任，而非民法第 107 條規定。

### （3）本人的可歸責行為

表見代理構成要件之一，必須本人就權限外觀存在，有「可歸責行為」（本人的可歸責性）。民法 169 條所稱「由自己之行為……」或「知……而不為反對之表示」，即在宣示此旨。

關於表見代理構成要件的「本人可歸責性」，學說甚少論及，實務案例亦不多見。最高法院 104 年度台上字第 2268 號判決，涉及此項要件，值得重視。該號判決所涉法律問題如下：女兒為擔保自己的借款債務，擅自拿取母親的不動產所有權狀、身分證影本、印鑑章等文件，申請印鑑證明，並簽立委託書、抵押權設定契約書等，再以母親代理人地位，委由代書辦理，將其母親所有的不動產，設定最高限額抵押權於借款債權人，於此情形，母親就該最高限額抵押權設定行為，是否應負授權人責任？

原審法院採取「肯定」見解，其理由略以：印鑑章、身分證影本、不動產所有權狀等，均屬個人重要的文件及證明，且為辦理不動產抵押權登記必需之物件，依社會通常情形，若非本人親自交付，縱家人至親亦無從取得。本件母親任由女兒拿取辦理不動產抵押權登記必需的文件及證明，設定抵押權登記予債權人，其以自己行為任由女兒取得此等文件，已足以使債權人誤信對於女兒授以代理權，應有民法第 169 條前段所定表見代理之適用，而應對債權人負授權人責任。

然而，最高法院有不同意見。最高法院指出：本件母親並未參與系爭抵押權設定的用印過程，直至系爭不動產遭查封，始知悉抵押權設定情事，其對於女兒當初欲拿取權狀設定抵押權的反應，僅為單純沈默，則能否逕謂母親係以自己之行為任由女兒拿取系爭不動產所有權狀，而該當表見代理之情形？即滋疑問，況其於事實審曾到庭否認女兒有告知要拿取不動產所有權狀設定抵押權情事，並始終主張該權狀係女兒所竊取，果爾，究竟女兒拿取該權狀的過程為何？母親當時是否在有場？是否知悉而未加以阻止？均有未明，此與母親是否應負表見代理之授權人責任攸關，自有再進一步研求之必要。

本件最高法院與原審法院判決結論的差異，主要在於事實認定或證據評價。原審法院係基於母親任由女兒拿取辦理不動產抵押權登記相關文件的事實，衡諸「社會通常情形」，推論母親已有積極促成或消極容忍權限外觀存在（女兒持有該等相關文件的權限外觀）的「本人可歸責行為」。反之，最高法院強調母親「未參與」、「嗣後始知悉」、「單純沈默」，甚至「女兒主動竊取」等事實，質疑能否該當「本人可歸責行為」。

上開事實認定或證據評價的不同，是否與本件無權代理人與本人間具有「母女關係」或「至親關係」有關，以致影響法院對「本人可歸責性」的解釋適用態度，亦值得注意。

### （五）消滅時效

消滅時效問題，向來是實務上重要問題，相關案例雖然眾多，但實定法狀態相當凌亂，實務上長年累積問題不少，有待全盤性制度檢討改革<sup>16</sup>。

2015 年最高法院裁判或決議中，涉及消滅時效問題者，不在少數。舉其重要者，說明如下：

#### 1. 短期時效期間

---

<sup>16</sup> 相關論述，參閱：張新楣（2014），〈消滅時效制度之整合與變革：歐洲契約法原則第14章及德國民法典修正之比較觀察〉，《軍法專刊》，60卷3期，頁103-122。

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」。

本條規定的核心概念，為「一年或不及一年之定期給付債權」。至於利息、紅利、租金、贍養費、退職金等債權，不過例示而已，此等債權仍須具備「一年或不及一年定期給付」性質，始有本條規定的適用。

所謂「一年或不及一年之定期給付債權」，以下 3 則最高法院決議或裁判，值得注意：

（1）最高法院 50 年台上字第 1960 號判例曾謂：「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，為民法第一百二十六條所明定，凡屬上項定期給付債權，即有該條之適用，無庸當事人就此有所約定，且不得預先拋棄時效之利益」。

最高法院 2015 年 10 月 20 日 104 年度第 16 次民事庭會議，決議：該號判例「不再援用」。但何以不再援用的理由，該次決議並未具體說明，令人疑惑。其後，最高法院 2016 年 1 月 12 日 105 年度第 1 次民事庭會議決議，補充增列該號判例不再援用的理由，略以：該號判例具體事實涉及農田水利會向會員徵收會費之公法上請求權，無民法第 126 條規定之適用。

（2）最高法院 104 年度台上字第 2248 號判決指出：違約金約定，於債務人給付遲延時債權人始得請求，並非基於同一基本債權而定期反覆發生的請求權，既非定期給付債務，與民法第 126 條所規定的性質不同，系爭「按每萬元每月計收參佰元之違約金」，為違約金計算的約定，其消滅時效期間為十五年，原審認此違約金約定為不及一年之定期給付債權，應適用民法第 126 條規定的五年時效期間，所持見解自有未洽<sup>17</sup>。

（3）最高法院 104 年度台抗字第 776 號裁定指出：夫妻一方為他方代墊子女扶養費所生的不當得利請求，除雙方原有按年或不及一年的定期給付扶養費約定外，與民法第 126 條所規定「其他一年或不及一年之定期給付債權」並不相同，自無適用該條所定短期消滅時效之餘地。原法院既未認定兩

---

<sup>17</sup> 相關問題，參閱：林誠二（2011），〈因給付遲延所生違約金請求權之時效認定〉，《台灣法學雜誌》，189期，頁94-99。



造間就所生子女之扶養費曾有一年或不及一年的定期給付約定，夫妻一方依不當得利法律關係為本件請求，自不適用短期消滅時效規定。

## 2. 時效期間起算點

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。**」。

本條係消滅時效期間起算點的一般性、原則性規定。從法條規定「自請求權可行使時」、「自為行為時」等文義可知，消滅時效期間的起算，原則上係採「客觀計算基準」。例外於法律有特別規定時，則採以請求權人「知悉」與否作為判斷標準的「主觀計算基準」。

關於客觀、主觀計算基準在具體個案上的解釋適用，其利弊得失如何，乃值得關注的重要議題。立法論上，有無必要改採以「主觀計算基準」為原則的起算點，亦值得思考<sup>18</sup>。

### （1）客觀計算基準

民法第 128 條所稱「自請求權可行使時起算」，最高法院就承攬關係與委任關係上的請求權，有所闡釋，具有參考價值。

<sup>18</sup> 相關論述，參閱：溫俊富（2016），〈消滅時效期間的起算：日本時效抗辯案例考察（上）〉，《司法周刊》，1788期，頁2；溫俊富（2016），〈消滅時效期間的起算：日本時效抗辯案例考察（下）〉，《司法周刊》，1789期，頁2-3；吳從周（2013），〈未定期限消費借貸返還請求權之消滅時效起算點：評最高法院99年度第7次民事庭會議決議〉，氏著，《特種租賃、使用借貸與訴訟費用：民事法學與法學方法（第六冊）》，頁109-122，臺北：元照；詹森林（2012），〈消費借貸未定返還期限時，貸與人返還請求權消滅時效期間之起算：最高法院99年度第7次民事庭會議決議〉，《台灣法學雜誌》，199期，頁304-307；吳從周（2010），〈在時效起算點決議仍採客觀基準說之後：簡評台灣高等法院九十七年度上國字第一一號判決〉，氏著，《民事法學與法學方法（第四冊）》，頁181-188，臺北：新學林；吳從周（2008），〈變遷中之消滅時效期間起算點：從最高法院九十一年度台上字第一三一二號等三則判決之啟示談起〉，氏著，《民事法學與法學方法（第一冊）》，頁173-231，臺北：三民；林誠二（2007），〈消滅時效期間起算點之合理性判斷：簡評最高法院九五年臺上字第一六〇七號判決〉，《台灣本土法學雜誌》，94期，頁302-305。

首先，最高法院 104 年度台上字第 207 號判決指出：民法第 490 條及第 505 條第 1 項有關「承攬報酬應於工作完成時給付」的規定，性質上為任意規定，並無強制性，倘當事人間另有給付要件的約定，自不受此規定限制，而應依約定要件行使，在該約定要件完成前，承攬報酬請求權即難謂已達得行使狀態，而開始起算消滅時效期間。查兩造就變更、追加工程款給付，係約定於結算時辦理追加減計算，且結算前尚須經驗收、修繕完成程序始得結算，並點交使用執照、門鎖完成交屋手續而請求給付尾款，果爾，則在雙方約定得請求給付尾款要件完成前及兩造不爭執系爭房屋均未辦理驗收情形下，原審逕謂承攬人於最後施工日起即得辦理結算，請求支付尾款，並以之作為該時效起算時點，已有未合。

其次，最高法院 104 年度台上字第 255 號判決指出：依民法第 541 條第 1 項規定，受任人因處理委任事務所收取的金錢，除法律另有規定或契約另有訂定或得依其他情形決定者外，委任人得隨時請求交付，其交付請求權的消滅時效，原則上應自受任人收取該金錢時起算，不因受任人未向委任人報告其事致委任人不知有權利可以行使而有不同。

此外，民法第 1146 條規定：「**繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之（第 1 項）。前項回復請求權，自知悉被侵害之時起，二年間不行使而消滅。自繼承開始時起逾十年者，亦同（第 2 項）。**」。

本條第 2 項後段規定的十年消滅時效期間，其起算點係「自繼承開始時」起算，亦屬一種「客觀計算基準」。問題是，繼承權侵害並未發生於「繼承開始時」，而係發生於「繼承開始後」，甚至於繼承開始逾十年後始發生繼承權侵害事實，於此情形，繼承回復請求權是否亦應解為已罹於消滅時效？

針對此項問題，最高法院 104 年度台上字第 2125 號判決，值得重視。該號判決所涉法律問題如下：被繼承人於民國 57 年間死亡，共同繼承人之一甲於民國 85 年間、87 年間僅列其一人為單獨繼承人，否認另一共同繼承人乙的繼承權（當時乙已死亡），分別向國稅局及地政機關申報遺產及申辦土地繼承登記，甲死亡後，甲的繼承人於民國 99 年間僅列甲的合法繼承人為繼承人，否認乙的繼承人的再轉繼承權，向地政機關申辦土地繼承登記，

乙的繼承人於同年間乃以繼承權被侵害為由，依民法第 1146 條規定，起訴請求回復其繼承權並主張物上請求權等相關權利，甲的繼承人則以繼承回復請求權行使已逾民法第 1146 條第 2 項規定的十年期間為由，提出消滅時效完成抗辯。

原審法院「肯認」本件消滅時效已完成的抗辯，其理由略以：本件乙的繼承人雖主張其繼承權於繼承開始十年後始被侵害，上開十年期間應自侵害繼承權發生時即 99 年間起算，其繼承回復請求權並未罹於時效，惟民法第 1146 條第 2 項後段已明文規定十年期間自「繼承開始時」起算，乙的繼承人主張應自侵害繼承權發生時起算，核非可採。

對此，最高法院結論雖與原審法院相同，但理由略有不同。最高法院指出：繼承權被侵害，係於繼承開始逾十年後始發生者，在此之前，既無侵害事實，即無請求回復可言，尚非得逕依民法第 1146 條第 2 項規定，認被害人的回復請求權業因自繼承開始時起逾十年不行使而消滅，於此情形，關於該項請求權行使期間，法無明文，為早日確定繼承關係，應類推適用上開規定，即自「知悉」被侵害時起，二年間不行使而消滅，自「繼承權被侵害時」起逾十年者亦同。本件甲於民國 85 年間、87 年間向國稅局及地政機關申報遺產及申辦土地繼承登記時，均以其一人為單獨繼承人，已侵害乙的繼承人的繼承權，依上說明，應類推適用民法第 1146 條第 2 項，惟乙的繼承人遲至民國 99 年間 5 月 17 日訴請回復繼承權，距 85 年間、87 年間繼承權侵害發生時，其請求權亦已罹於十年時效期間而消滅。

## （2）主觀計算基準

民法第 197 條 1 項規定：「**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。**」。

本條項前段規定的二年消滅時效期間，其起算點為「自請求權人知有損害及賠償義務人時」起算，係屬一種「主觀計算基準」。本條項規定適用於任何侵權事件類型，在此等事件類型中，被害人是否受有損害、損害發生原因事實為何、因果關係是否存在等，不是客觀上難以確定，就是主觀上不易

確知，因而被害人可能因不確定其損害賠償請求權是否存在或其範圍如何，而耽誤請求權行使期間。因此，本條項規定所稱「請求權人知有損害及賠償義務人時」，最高法院向來係採取「合理保護被害人」、「嚴格解釋認定」的立場<sup>19</sup>。

相同的立場，亦可見以下二則判決：

A. 最高法院 104 年度台上字第 1744 號判決指出：請求權人為無行為能力或限制行為能力的未成年人時，所謂「請求權人知有損害及賠償義務人時」，非以「該未成年人本人」知有損害及賠償義務人時起算，應自「其法定代理人」知有損害及賠償義務人時起算。

B. 最高法院 104 年度台上字第 1009 號判決，涉及被害人因車禍受傷，求助推拿治療過程中，遭受推拿師趁機性侵，其事後雖知悉遭受性侵情事以及性侵加害人為何人，惟不知加害人真實姓名及確切行蹤，直到對關係人提出刑事告訴，經檢察官偵查追訴後，始查知加害人真實姓名、年籍及行蹤等資料。

原審法院認為系爭損害賠償請求權，應自「性侵事發後翌日」開始起算。最高法院則提出如下質疑：被害人於提出刑事告訴經偵查後方始知悉加害人姓名，於此之前，要難令以訴訟表明對造當事人孰屬，則能否謂已達於可得對加害人請求賠償的程度，而開始起算消滅時效期間，殊非無疑。

### 3. 消滅時效中斷

<sup>19</sup> 例如，最高法院認為：所謂「知」，係指「明知」，賠償義務人就此事實負舉證責任（72年台上字第1428號判例）；僅「懷疑」或「覺得」受詐欺，時效期間無從進行（88年度台上字第66號判決）；以實際知悉「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」為準（72年台上字第738號判例）；非僅指單純知有損害，「他人行為為侵權行為，亦須一併知之」（46年台上字第34號判例；101年度台上字第1626號判決）；連續性侵權行為，於侵害終止前，損害仍在繼續狀態中，其消滅時效自應俟損害程度底定知悉後起算（96年度台上字第188號判決；94年度台上字第148號判決）。

依民法第 129 條第 1 第 2 款及第 2 項第 5 款規定，「承認」及「聲請強制執行」，得發生消滅時效中斷的效力。關於此二款消滅時效中斷事由規定的解釋適用，最高法院 104 年度台上字第 1086 號及第 2220 號判決，可供參考。

關於「承認」，最高法院 104 年度台上字第 2220 號判決指出：人民依國家賠償法第 2 條第 2 項或第 3 條第 1 項規定，向賠償義務機關請求國家賠償，經賠償義務機關受理，雙方協議結果，以「賠償金額未達共識」而協議不成立，此一協議結果，得解為賠償義務機關「承認」人民的國家賠償請求權存在，發生消滅時效中斷的效力。

關於「聲請強制執行」，最高法院 104 年度台上字第 1086 號判決指出：參與分配必須執行程序開始後執行程序終結前為之，始有參與分配可言，若執行程序已終結，無價金可供分配，自不生參與分配問題，是於強制執行開始前或執行程序終結後聲明參與分配，即難謂合法，不生時效中斷應重行起算的問題。

#### （六）權利行使原則

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（第 1 項）。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法（第 2 項）」。

本條規定權利行使的基本原則，極具抽象概括性格，其具體適用，最高法院近年裁判有不斷增加趨勢，適足以反應既有民法個別條文規定已不足以妥適解決快速變遷社會問題的現象。2015 年最高法院裁判中，仍有不少有關權利行使原則的裁判，最高法院如何經由問題定位及論證說理，具體操作此等抽象概括原則，釐清其適用範圍、規範內涵或判斷標準，值得關注。

應說明者，本條依其規範結構，可分為第 1 項前段規定（不得違反公共利益）、後段規定（不得以損害他人為主要目的）與第 2 項規定（應依誠實及信用方法）三種。此一規範結構，是否呈現三種不同的、獨立的權利行使



原則，學者間各有分類方式<sup>20</sup>。對此，最高法院原則上並未明確分類，經常混用或併用「權利濫用禁止原則」與「誠實信用原則」，未刻意予以區別。

### 1. 時效抗辯權的行使

最高法院 104 年度台上字第 2434 號判決，涉及消滅時效完成後，債務人對債權人行使「時效完成抗辯權」是否違反誠實信用原則的問題。

該號判決所涉事實及法律問題如下：A 電力有限公司所屬位於越南的電廠，向 B 產物保險股份有限公司投保「財產損失及營業中斷損失險」後，A 公司發現其電廠內發電機器銅管產生洩漏現象，造成財產及營業中斷損失，保險事故既已發生，乃向 B 公司請求理賠。惟 B 公司以系爭機器銅管洩漏原因究係外來因素（保險事故）或自然損耗（除外不保事項）仍有未明，有待公證公司出具公證報告始能確認，乃先後向 A 公司致函表示：「尚未確認損害發生原因前，審核請求金額仍為之過早」、「本公司業已收到貴公司之保險金理賠請求函，本公司並承認貴公司之請求權時效，於法定期間外再延長六個月」、「因本件保險事故發生原因與責任歸屬仍在積極處理中，預計至今年四月中旬技術專家應能鑑定做出聯合報告，今年五月底以前保險公證公司應能據以判定保單責任。為避免貴公司迫於時效問題提出訴訟，本公司特定本函承認貴公司對本公司就本件保險事故有請求權存在」等。其後，B 公司確定拒絕理賠，A 公司於保險法第 65 條規定的二年消滅時效期間加計 B 公司同意延長的六個月期間經過後，始提起請求給付保險金訴訟，B 公司則提出消滅時效完成抗辯。

本件爭點，理論上可能涉及 A、B 二公司就保險金請求權是否存在及其範圍從事協商確認過程中，消滅時效期間是否應「暫時停止進行」的問題。

<sup>20</sup> 相關分類，可參閱：王澤鑑（2014），《民法總則》，2014年2月增訂新版，頁615-616，臺北：自刊；邱聰智（2011），《民法總則（下）》，頁440-444，臺北：三民；施啟揚（2005），《民法總則》，6版，頁360-371，臺北：自刊；鄭玉波（著），黃宗樂（修訂）（2004），《民法總則》，9版，頁433-436，臺北：三民；黃立（1999），《民法總則》，2版，頁481-487，臺北：元照；李模（1998），《民法總則之理論與實用》，1998年9月修訂版，頁394-400，臺北：自刊。

惟我國民法未明文規定「消滅時效停止進行」<sup>21</sup>，實務上亦拒絕在法無明文規定情形下，承認或創造消滅時效停止進行制度<sup>22</sup>，因而本件歷審法院就此問題並未有所著墨，而將爭點置於：B 公司是否前後言行出爾反爾、反覆矛盾，造成 A 公司正當信賴，因而其提出時效抗辯權，可認為係違反誠實信用原則？

原審法院採取「否定」見解，其理由略以：債務人是否援用時效抗辯，乃其權利，倘其未拋棄時效利益，僅單純不行使抗辯權，嗣於訴訟中始為時效抗辯，仍不違反誠信原則而失權。

對此，最高法院有不同意見。最高法院指出：債權人及債務人就請求權是否發生或債務履行從事磋商時，苟債務人的行為使債權人有所信賴，致未適時行使權利以中斷時效者，債務人主張消滅時效抗辯權，即有違誠實信用原則，債權人自得於此項構成信賴的事實終了時起相當期間內行使其權利。本件 B 公司的行為，是否不足使 A 公司信賴其就系爭保險金請求爭議，將僅以實質上理由主張該請求權不存在，而不致單純以時效為抗辯？其於原審所為時效抗辯，是否符合誠信原則？即非無進一步研酌餘地<sup>23</sup>。

<sup>21</sup> 立法論上主張仿外國立法例，創立消滅時效停止進行制度者，參閱：劉宗榮（2006），〈建立時效停止制度之立法芻議〉，馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《法律哲理與制度（基礎法學）：馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，頁540，臺北：元照。值得注意者，強制汽車責任保險法則有承認消滅時效停止進行制度的規定。該法第14條第1項規定：「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」。同條第2項規定：「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」，本項規定，即為消滅時效停止進行的規定。

<sup>22</sup> 代表性見解，參閱最高法院80年台上字第2497號判例：「我國民法僅有時效不完成制度，而未採時效進行停止制度，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繼續進行之期間，合併計算之。所持見解，顯有違誤」。相同見解，另參閱最高法院99年度台上字第1205號判決。

<sup>23</sup> 相關裁判評釋，參閱：吳從周（2013），〈時效抗辯、法律感覺與誠信原則：評

## 2. 權利失效理論

基於誠實信用原則衍生的「權利失效理論」，乃誠實信用原則具體化的重要案例類型之一<sup>24</sup>。最高法院近年裁判中，與權利失效理論有關者，不在少數<sup>25</sup>，而最高法院與原審法院見解歧異的情形，更屬常見。

關於權利失效的概念，最高法院向來認為，係指：權利人不行使權利達相當期間，因其行為造成特殊情況，足以引起義務人正當信賴，信任權利人

---

最高法院96年度臺上字第2250號及其後續之判決發展》，氏著，《特種租賃、使用借貸與訴訟費用：民事法學與法學方法（第六冊）》，頁1-10，臺北：元照；蘇惠卿（2008），〈時效抗辯與誠實信用原則之適用：簡評九六年臺上字第2250號判決〉，《台灣法學雜誌》，108期，頁291-295。

<sup>24</sup> 相關論述，參閱：陳忠五（2014），〈權利失效在勞動關係上的適用：最高法院102年度台上字第1732、1766、1932號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，255期，頁39-50；吳從周（2013），〈民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心〉，《臺大法學論叢》，42卷4期，頁1268-1325；詹森林（2012），〈標的物有瑕疵時買受人不完全給付解除權之權利失效：最高法院99年度台上字第1473號判決之研究〉，氏著，《民事法理與判決研究（六）》，頁111-144，臺北：元照；陳明燦（2011），〈權利失效理論得否作為否定徵收失效之立論：最高行100判178〉，《台灣法學雜誌》，177期，頁177-182；黃程貫（2011），〈權利行使期間之限制：板橋地院99勞訴43〉，《台灣法學雜誌》，170期，頁195-198；葉啟洲（2010），〈告知與通知義務之違反、除斥期間與權利失效〉，《台灣法學雜誌》，156期，頁141-145；吳從周（2007），〈權利失效之要件變遷？〉，氏著，《民事法學與法學方法（第三冊）》，頁31-35，臺北：三民；王澤鑑（1981），〈權利失效：一項重要法律原則之創設〉，氏著，《民法學說與判例研究（一）》，6版，頁335-344，臺北：自刊。

<sup>25</sup> 裁判眾多，特別值得參考者，例如：最高法院103年度台上字第854號判決；102年度台上字第1932號判決；102年度台上字第1766號判決；102年度台上字第1732號判決；102年度台上字第176號判決；101年度台上字第126號判決；100年度台上字第2155號判決；100年度台上字第1728號判決；100年度台上字第445號判決；99年度台上字第2287號判決；99年度台上字第1529號判決；98年度台上字第43號判決；97年度台上字第950號判決；97年度台上字第745號判決；96年度台上字第1842號判決；95年度台上字第2837號判決；95年度台上字第2166號判決；94年度台上字第2001號判決；88年度台上字第2694號判決；87年度台上字第162號判決；86年度台上字第3751號判決；85年度台上字第2473號判決；85年度台上字第908號判決；85年度台上字第784號判決；78年度台上字第2177號判決；72年度台上字第2673號判決；66年度台上字第2261號判決；61年度台上字第2400號判決。

將不再行使權利，並以此信賴作為自己行為基礎，經斟酌該權利性質、法律行為種類、當事人關係、社會經濟情況、時空背景變化及其他主客觀因素，依一般社會通念，如可認為權利人長期不行使權利後忽又出而行使權利，足以令義務人陷入窘境，有違事件公平及個案正義時，應認權利人行使權利有違誠信原則，不問其主觀上對權利存否之認識，其權利應受限制而不得再為行使。

問題在於，「權利失效」此一抽象概念背後，具體個案中應如何適用？此為實務上常見見解歧異所在。即便最高法院本身，是否有明確一致而穩定的見解，亦令人疑惑。例如，最高法院有時強調，權利失效理論適用上尤應慎重，不能單純僅因權利人「有權利長期不行使」，即認定其行使權利有違反誠實信用原則，而必須權利人有足以使義務人正當信賴權利人不再行使權利的「具體特別情事」，始足當之<sup>26</sup>。然而，最高法院有時則認為，權利人「明知」有權利可以行使卻「長期消極沈默未主張權利」，即已足以使義務人正當信賴權利人不再行使權利<sup>27</sup>。

2015 年最高法院裁判中，有二則判決涉及契約解除權行使是否適用權利失效理論的問題，值得注意。

(1) 最高法院 104 年度台上字第 1914 號判決所涉法律問題如下：土地買賣契約簽訂後，出賣人已交付土地於買受人占有使用，買受人亦已支付大部分價款於出賣人，惟因約定的移轉所有權條件（市地重劃完成）未成就，因而一直未為所有權移轉登記，事隔九年多，出賣人依據契約約定解除權條款，願意加倍返還已受領價款而解除契約，乃行文向買受人表示解除契約，買受人則主張，出賣人約定解除權的行使，應受權利失效理論的限制。

原審法院「肯定」出賣人得解除契約，其理由略以：出賣人於締約並交付土地歷時將近九年後始行使解約權，僅係單純未行使解約權，並無任何足以正當化買受人信賴之狀況，難認買受人有何值得保護之信賴存在。

---

<sup>26</sup> 參閱：最高法院103年度台上字第854號判決；100年度台上字第2155號判決。

<sup>27</sup> 參閱：最高法院100年度台上字第445號判決（優先購買權的權利失效）。

對此，最高法院有不同意見。最高法院指出：系爭土地買賣契約除交付尾款及移轉產權外，契約履行已達最後階段，則買受人抗辯：訂立系爭契約後，出賣人已交付系爭土地及地上物由其使用多年，並由伊繳納地價稅，致伊信賴出賣人不欲解除契約，九年多後出賣人再行使解除權，有違誠信原則，應屬權利失效等語，似非全然無據，原審未斟酌雙方多年來履約情形，遽謂出賣人僅單純未行使解除權，並無任何正當化買受人信賴之狀況，無權利失效之情事云云，已有可議。

(2) 最高法院 104 年度台上字第 1083 號判決所涉法律問題如下：1999 年民法債編修正施行前，商場攤位暨其座落土地買賣契約的買受人，於接受攤位交付約 12 年後，是否仍得以「攤位面積過小、不能經營小吃攤」為由，依不完全給付或給付不能規定，解除買賣契約？

原審法院「否定」買受人得解除契約，其理由有二：第一，1999 年民法債編修正施行前並無不完全給付規定，不完全給付僅能類推適用給付不能或給付遲延規定加以填補，本件買受人主張系爭攤位專有面積太小致不符合預定效用之瑕疵縱屬存在，因此不完全給付與物之瑕疵擔保請求權競合，為貫徹民法債編修正施行前第 365 條解除權除斥期間規定的規範目的，因不完全給付而行使解除權，仍應依上開法條規定，於物之交付後六個月不行使即消滅；第二，本件買受人長期未行使解除權，倘認其於交屋後十二年餘仍得行使解除權，將使交易安全生嚴重危害，亦有違誠信原則。

上開第一點理由，涉及物之瑕疵擔保責任與不完全給付責任競合的問題。過去最高法院裁判，大多持二者得「自由競合」的見解，容許買受人得任意選擇其一主張權利，導致物之瑕疵擔保責任規範功能被實質架空的结果，是否妥適，本即有待檢討。本件原審法院採取不同見解，認為民法第 365 條解除權行使之除斥期間經過後，不得再依不完全給付規定行使解除權。至於第二點理由，基於買受人長期未行使解除權的事實，為維護交易安全，保護出賣人信賴，否定買受人得再行使解除權，應係「權利失效理論」的具體適用<sup>28</sup>。

---

<sup>28</sup> 針對類似問題的詳盡分析，參閱：詹森林，前揭註24頁。



最高法院結論上雖然亦「否定」買受人得解除契約，但其理由構成，卻忽略上開第一點理由妥適與否，而僅就第二點理由予以補充。最高法院指出：權利人在相當期間內，依特別情事足以使義務人正當信任其不欲行使權利，義務人並已採取相對應之行為時，則基於誠實信用原則，權利人即失其權利，不得再為主張。本件買受人於民國 88 年 4 月 15 日取得系爭攤位交付後，迨民國 100 年 8 月 4 日始主張解除契約，揆諸前揭說明及民法第 365 條規範之法理，其主張解除契約自有違誠信原則且有礙交易安全，其解除權行使，不生效力。

### 3. 契約對抗第三人的效力

基於「契約相對性」原則，債權契約效力原則上僅於當事人間發生，不及於第三人。但在特定情形，有時法律明文規定債權契約例外具有對抗第三人效力<sup>29</sup>。問題是，在法律無明文規定情形下，債權契約是否絕對不得對抗第三人？

此項問題，學者間見解本不一致。採取「否定說」者居多數<sup>30</sup>，惟採取「肯定說」者亦有之<sup>31</sup>。就「使用借貸契約」是否得類推適用民法第 425 條

<sup>29</sup> 例如：民法第 425 條、第 426 條、第 426 條之 1 等關於租賃契約對抗第三人效力的規定，或土地法第 79 條之 1 關於土地預告登記請求權不受土地處分效力影響的規定。

<sup>30</sup> 「否定說」論者，參閱：謝在全（2014），《民法物權論（上）》，6 版，頁 134-136，臺北：自刊；簡資修（2014），〈讓與（買賣）不破租賃及其類推適用：長期投資保障觀點之分析〉，氏著，《經濟推理與法律》，3 版，頁 158-159，臺北：元照；溫豐文（2014），〈論債權物權化〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 16-19，臺北：元照；鄭冠宇（2013），〈不動產使用借貸對第三人之效力〉，民法研究基金會（編），《民事法之思想啟蒙與立論薪傳：孫森焱前大法官八秩華誕祝壽論文集》，頁 869-888，臺北：新學林；林更盛（2011），〈使用借貸物權化？—兼論法學方法論上「漏洞」的幾個問題〉，《東海大學法學研究》，35 期，頁 158；陳聰富（2010），〈債權物權化之適用基礎：最高法院 96 年度台上字第 334 號民事判決評釋〉，《法令月刊》，61 卷 10 期，頁 26-36；陳聰富（2010），〈使用借貸契約之債權物權化：最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，2 期，頁 52-61；林誠二（2007），〈買賣不破租賃

規定此一問題而言，最高法院向來係採取「否定」見解<sup>32</sup>。使用借貸契約如此，其他債權契約，如房地買賣契約、互易契約、合建契約或同意他人使用土地的無名契約等，似乎亦應採取相同見解，否定其具有對抗第三人的效力<sup>33</sup>。

然而，問題並非如此單純。最高法院原則上固然採取「拒絕類推適用」或「維持債權契約相對性」見解，但在不少案例中，仍另闢途徑，訴諸民法第 148 條規定的權利濫用禁止原則或誠實信用原則，在一定要件限制下（即

---

原則之目的性限縮與類推適用》，《台灣本土法學雜誌》，97期，頁147-148；黃茂榮（2003），《債法各論（第一冊）》，頁81，註117，臺北：植根；邱聰智（著），姚志明（校訂）（2002），《新訂債法各論（上）》，頁497，臺北：自刊；蘇惠卿（2004），〈第六章 借貸〉，黃立（主編），《民法債編各論（上）》，頁513-514，臺北：元照；王澤鑑（1989），〈買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用與類推適用〉，氏著，《民法學說與判例研究（六）》，頁222-223，臺北：自刊。

<sup>31</sup> 「肯定說」論者，參閱：吳從周（2013），〈使用借貸契約之債權物權化：高等法院98年度重上更（二）字第51號判決〉，氏著，《民事法學與法學方法第六冊》，頁125-131，臺北：元照；詹森林（2012），〈台灣民法解釋之學說與實務〉，氏著，《民事法理與判決研究（六）》，頁19-24，臺北：元照；吳從周（2010），〈債權物權化、推定租賃關係與誠信原則〉，氏著，《民事法學與法學方法第四冊》，頁35-37，臺北：新學林；吳從周（2010），〈互易契約之債權物權化：簡評最高法院九十七年度台上字第一七二九號判決〉，氏著，《民事法學與法學方法第四冊》，頁94-97，臺北：新學林；詹森林（2007），〈最高法院關於2002年契約法裁判之研究〉，氏著，《民事法理與判決研究（五）》，頁208-211，臺北：元照；謝哲勝（2006），〈租賃的推定〉，《台灣本土法學雜誌》，78期，頁107。

<sup>32</sup> 代表性見解，係最高法院59年台上字第2490號判例：「使用借貸，非如租賃之有民法第四百二十五條之規定，縱令上訴人之前手將房屋及空地，概括允許被上訴人等使用，被上訴人等要不得以上訴人之前手，與其訂有使用借貸契約，主張對現在之房地所有人即上訴人有使用該房地之權利」。其後，最高法院無數裁判中，不斷援用該號判例意旨，或重申相同或類似見解。

<sup>33</sup> 相關論述，除上開肯定說、否定說文獻外，另參閱：吳瑾瑜（2011），〈所有權行使與權利濫用：以土地受讓人受讓前知悉房屋存在嗣後訴請拆屋還地的問題為例〉，《臺北大學法學論叢》，78期，頁43-109；林大洋（2003），〈使用借貸對第三人之效力：實務上相關見解在法學方法上探討〉，《法令月刊》，59卷4期，頁13-14。

第三人：「知悉」、「明知」或「難以委為不知」債權契約存在，或「惡意」受讓物的所有權，或「意圖」脫免前手本於債之關係所負義務，使債權人無從以債之關係為抗辯等），肯定使用借貸契約或其他債權契約具有對抗第三人的效力<sup>34</sup>。

值得注意者，最高法院訴諸民法第 148 條規定，肯定債權契約例外具有對抗第三人效力的見解，並不穩定。有時，即使在第三人「知悉」或「明知」債權契約存在的情形下，最高法院仍堅持「債權契約相對性」立場，否定債權契約具有對抗第三人的效力<sup>35</sup>。

由此可知，最高法院在拒絕類推適用民法第 425 條等規定的前提下，並未完全排除債權契約具有對抗第三人效力的可能性。亦即，依具體個案情形不同，如絕對貫徹債權契約相對性，將牴觸民法第 148 條規定的權利行使原則時，仍應肯定使用借貸契約或其他債權契約例外具有對抗第三人的效力。

此一「個案斟酌權衡、不能一概而論」的實務見解，在最高法院 95 年度第 16 次民事庭會議決議中，已經有跡可循<sup>36</sup>。此項實務見解，堅持債權契約相對性之餘，為兼顧具體個案妥當性，保留彈性調整可能，固然是其優點，惟債權契約何種情形下具有對抗第三人效力，何種情形下則否，仍欠缺明確的、一致的理論依據。

---

<sup>34</sup> 參閱：最高法院104年度台上字第2019號判決；104年度台上字第606號判決；104年度台上字第552號判決；103年度台上字第576號判決；100年度台上字第1590號判決；100年度台上字第463號判決；100年度台上字第10號判決；99年度台上字第1705號判決；99年度台上字第504號判決；98年度台上字第1424號判決；98年度台上字第1319號判決；97年度台上字第2338號判決；97年度台上字第1729號判決；96年度台上字第1526號判決；90年度台簡上字第35號判決。另比較：最高法院101年度台上字第1834號判決（未引用民法第148條規定，但強調只要第三人「明知」或「可得而知」債權契約存在，其契約內容即得對第三人發生效力）。

<sup>35</sup> 參閱：最高法院103年度台上字第943號判決；99年度台上字第1759號判決；98年度台上字第2483號判決；96年度台上字第483號判決；96年度台上字第275號判決；93年度台上字第1948號判決。

<sup>36</sup> 關於本件決議評釋，參閱：吳從周（2010），前揭註31，頁17-58。

2015 年最高法院裁判中，有不少裁判涉及此一問題，其中有四則判決值得重視，說明如下：

(1)最高法院 104 年度台上字第 552 號判決所涉事實及法律問題如下：現為彰化縣彰化市平和國小校地，其上已興建教學大樓使用多年的 A 地，係彰化市公所及彰化縣政府於民國 46 年間向當時原地主購買，其後交付於平和國小占有使用、興建教學大樓，惟當時因文件遺失致遲遲未辦理所有權移轉登記，該土地於多年後，由原告（其職業為地政士）輾轉取得應有部分 70 分之 16，原告乃以彰化縣政府或彰化市平和國小無權使用其土地興建建築物為由，依民法第 179 條規定，起訴請求返還相當於租金之不當得利。

按依契約效力相對性原則，彰化縣政府與原地主間基於土地買賣契約的有權占有關係，原則上不得對抗輾轉取得該土地所有權（或應有部分）的原告。問題在於，本件原告係在「明知」該土地已經由彰化縣政府價購完畢並取得占有使用的情形下，取得該土地應有部分，則彰化縣政府是否得例外對原告主張其與原地主間基於土地買賣契約的有權占有關係？或原告起訴請求返還不當得利（或行使物上請求權），是否得認為係權利濫用或違反誠實信用原則？

針對此項問題，本件最高法院贊同原審法院見解，訴諸權利濫用禁止原則或誠實信用原則，「否定」原告的不當得利請求權。其理由略以：因債之關係而占有不動產之人，固不得執以對抗受讓該不動產之所有人行使物上請求權，惟倘若該所有人明知占有人係基於與前手間之債之關係而占有該不動產，對於前手而言非屬無權占有，然為使其無從以債之關係為抗辯，脫免該前手容忍其占有之義務而受讓該不動產者，其取得所有權既在妨害占有人基於債之關係而為抗辯，則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。系爭土地以民國 94 年公告現值計算，原告係以極低價格取得該土地應有部分，原告為地政士，其開設之地政士事務所設於彰化縣彰化市○○路○○號，自無從諉為不知，更不可能未於購買前查明原因，況系爭土地位於平和國小校園內，其上蓋有教學大樓，並非校地邊緣，系爭土地使用迄今已近六十年之久，而學校占地廣大且目標顯著，倘若原告不知平

和國小擁有權使用系爭土地，自無不要求點交之理，且亦未向前手主張權利，原告購買系爭土地之初，即已明知平和國小係正當使用系爭土地，竟仍予購買，再訴請返還不當得利，顯已構成權利濫用，且有悖於誠信原則，不應准許。

上開見解，結論上應可贊同。惟其是否代表最高法院穩定一貫的見解，仍有疑問。事實上，類似案例層出不窮，最高法院向來就此項問題所持法律見解，未盡一致。單以本件為例，本號判決係由最高法院民事第二庭作成，而本件前曾經最高法院廢棄發回更審<sup>37</sup>，當時作成判決的民事第五庭，即有不同意見。其於廢棄理由中指出：買賣契約僅有債之效力，不得以之對抗契約以外之第三人，因此在二重買賣場合，後出賣人如已將不動產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對前買受人為請求，前買受人不得以其與前出賣人間之買賣關係，對抗後買受人。彰化縣政府向原地主買受並占有系爭土地，迄未辦理所有權移轉登記，嗣原告輾轉取得系爭土地應有部分 70 分之 16，為原審認定之事實，則彰化縣政府自不得以其與原地主間買賣之債之關係，對抗原告。原審遽謂彰化縣政府係本於買賣關係占有系爭土地，非無權占有，原告不得依不當得利之法律關係，請求給付相當於租金之利益，自有可議。

由此可見，相同或類似案例，最高法院各民事庭彼此間，見解並不一致。

（2）與上開問題類似，最高法院 104 年度台上字第 606 號判決所涉事實及法律問題如下：土地及地上物原所有人與某公寓大廈社區訂立和解書，同意社區住戶得永久無償占有使用其土地及地上物，嗣後該土地遭法院拍賣，由同樣是社區住戶之一的拍定人取得所有權，拍定人即土地現所有人乃以該公寓大廈社區無權占用其土地為由，依民法第 179 條規定、第 767 條規定，請求拆除地上物、返還土地，並支付相當於租金之不當得利。

原審法院「肯定」土地現所有人的請求。其理由略以：借貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力，土地買受人並不當然繼受其前手與土地占有人間的使用借貸關係，占有人原則上不得執該關係主張其有使用土地的權

---

<sup>37</sup> 參見最高法院 102 年度台上字第 692 號判決。



利。本件公寓大廈社區主張系爭土地經土地原所有人同意社區住戶得無償占有使用，此一約定，性質上為使用借貸契約性質，依前揭說明，公寓大廈社區不得執為對抗土地現所有人事由。又土地現所有人係經由法院拍賣取得系爭土地所有權，無從知悉公寓大廈社區住戶與土地原所有人間存有何原因關係，參以系爭土地上的綠地、造景等項，其占有、排他及公示性究與建物坐落其上有別，土地現所有人主張其買受前全然不知系爭和解書情事，應屬非虛，公寓大廈社區未舉證土地現所有人於應買前明知其與土地原所有人間簽署系爭和解書內容，空言主張土地現所有人明知伊住戶占有系爭土地權源、行使權利違反誠信原則，尚非可採。

對此，最高法院有不同意見。最高法院指出：公寓大廈社區於原審主張土地現所有人當時為伊社區住戶，早已知悉系爭和解書內容及伊占有使用系爭土地情形，自應受系爭和解書之拘束等語。果爾，土地現所有人是否不知公寓大廈社區與土地原所有人和解書內容及系爭土地由公寓大廈社區占有使用的情形？苟土地現所有人明知上情，仍予買受，再訴請公寓大廈社區拆除系爭地上物、返還土地，是否非以損害他人為主要目的或行使權利有無違反誠實及信用原則，即非無推求餘地。

比較上開最高法院與原審法院見解，二者似均認為，土地使用借貸關係，係債權契約關係，原則上僅具相對效力，不得對抗受讓土地所有權的第三人，但第三人於受讓取得土地所有權時，如「明知」土地使用借貸關係存在，仍受讓取得土地所有權者，即不得本於土地所有權，向土地借用人主張不當得利或物上請求權，否則，其權利行使即構成權利濫用或違反誠信原則。所不同者，原審法院認為本件土地現所有人並非「明知」其事而受讓取得土地所有權，最高法院對此一事實認定則持質疑態度，而廢棄原審判決。

（3）最高法院 104 年度台上字第 2014 號判決所涉法律問題如下：土地使用借貸契約的貸與人，曾口頭承諾借用人得通行其土地，其後借用人死亡，貸與人未依民法第 472 條第 4 款規定，向借用人的繼承人表示終止契約，卻將其土地所有權連同其上建築物讓與第三人，受讓土地所有權的第三人乃於土地上設置各種地上物，封閉土地通行，於此情形，借用人的繼承人是否

得對貸與人主張因可歸責於貸與人事由，致不能履行使用借貸契約義務，依民法第 226 條第 1 項規定，請求損害賠償？

關鍵在於，土地所有權讓與於第三人後，是否得類推適用民法第 425 條第 1 項規定，發生「使用借貸契約對於受讓人繼續存在」的法定契約承擔效力？

原審法院「否定」借用人的繼承人得請求貸與人損害賠償，其理由略以：本件受讓土地所有權的第三人已向借用人的繼承人表示終止使用借貸契約，借用人的繼承人對系爭土地自無通行權，尚不可歸責於貸與人，借用人的繼承人依民法第 226 條第 1 項規定請求貸與人損害賠償，不應准許。

由此可見，原審法院係「肯定」使用借貸契約得推適用民法第 425 條租賃契約規定，於借用物所有權讓與第三人後，得對受讓人主張使用借貸契約繼續存在。

然而，最高法院卻有不同意見。最高法院指出：使用借貸非如租賃，無買賣不破租賃規定的適用，貸與人將借用物所有權讓與他人，其借貸關係對於受讓人不能認繼續存在，亦即借貸契約仍存在於原貸與人與借用人的繼承人間。本件貸與人將系爭土地讓與他人，其受讓人既非使用借貸契約的當事人，自不得依民法 472 條第 4 款規定終止契約，貸與人未合法終止契約前，仍負提供系爭土地供借用人的繼承人使用之義務，因其將之讓與他人，如致不能為給付，要難認係不可歸責，而不負債務不履行損害賠償責任。

（4）最高法院 104 年度台上字第 2019 號判決所涉法律問題如下：土地所有人同意提供其所有土地供興建或改建寺廟之用，嗣後土地所有人死亡，土地分別以贈與或買賣為原因，輾轉由第三人（即該土地所有人之孫）自繼承人處受讓取得所有權，於此情形，該第三人是否得對該寺廟主張無權占用其土地，依民法第 767 條第 1 項、第 179 條等規定，請求拆除寺廟建物、返還土地及相當於租金之不當得利？

最高法院贊同原審法院見解，「否定」第三人的拆屋還地及不當得利請求，其理由略以：民法上之債權契約，除法律有特別規定外，固僅於特定人間發生其法律上效力，惟物之受讓人若知悉讓與人已就該物與第三人間另訂

有債權契約，猶惡意受讓該物之所有權者，參照民法第 148 第 2 項所揭槩誠信原則，該受讓人亦仍應受讓與人原訂債權契約之拘束。權利濫用禁止原則不僅源自誠實信用原則，且亦須受誠實信用原則之支配，在衡量權利人是否濫用其權利時，仍不能不顧及誠信原則之精神。系爭土地附近居民多知道奉慈宮是地主捐贈，廖甲、廖乙、廖丙為地主之子女，理應知悉其父同意蓋廟，上訴人自廖甲、廖乙、廖丙處受贈、受讓系爭土地應有部分，又身為地主之孫，對於其祖父同意提供土地供擴建宮廟之事，亦難諉為不知，應認上訴人仍應受地主同意寺廟占有使用系爭土地之拘束。

由此可見，最高法院與原審法院雖然均肯定寺廟得基於其與土地原所有人間的債權契約，對抗輾轉受讓土地所有權的第三人，但並未經由類推適用民法第 425 條租賃契約規定等方式，直接創設債權契約相對效力的例外，反而強調第三人「明知或可得而知」土地原所有人同意蓋廟之事，訴諸民法第 148 條規定的權利濫用禁止原則或誠實信用原則，以達相同目的。

## 二、債法

債法方面的實務發展，向來是民事法實務發展主流。尤其是以最高法院為主的司法實務活動，不但案例多元豐富，問題層出不窮，而且見解不斷演進，饒富啟發價值。2015 年亦不例外，司法實務發展主要仍圍繞在契約法、不當得利法、民事責任法三個債法重要領域。其中民事責任法領域，雖然相關案例眾多，值得討論問題不少，但礙於篇幅限制，無法完整論述其發展面貌，此處只能省略不論，待另行撰文發表。

### （一）契約法

#### 1. 契約的解釋

契約義務的發生及範圍，以當事人約定為主。當事人是否約定某一契約義務及其範圍如何，往往必須經由契約解釋予以確定。關於契約解釋，最高法院 104 年度台上字第 1654 號判決，具有參考價值。

該號判決所涉事實及法律問題如下：A 公司以從事窗簾及其配件的產銷貿易為主要業務，其業務部副理與行銷人員（簡稱員工）於離職申請書中聲明：「保證無影印、抄寫公司文件、函電、設計圖樣、帳冊、客戶往來等資料，並保證不得洩漏在公司任職期間所知之秘密」，惟該員工卻於離職後與他人另立公司從事相同或類似業務，並使用其原任職 A 公司期間知悉的客戶名單、國別、聯絡方式、產品報價或銷售價格等資料，接洽 A 公司原有客戶，與 A 公司從事業務競爭，A 公司乃以侵權行為及違反離職申請書約定為由，請求該員工負損害賠償責任。

本件主要爭點，在於系爭離職申請書中，雙方約定員工負有保密義務的範圍，應如何經由解釋予以確定。

最高法院贊同原審法院見解，「否定」A 公司此一部份的損害賠償請求。其理由略以：基於契約自由原則，雇主經由保密契約，課離職員工以保密義務，並無不可，且其約定應保守的秘密，固非必須與營業秘密法所定義的「營業秘密」完全一致，惟仍須具備「明確性」及「合理性」，至少仍須具備「非一般周知」特性，且雇主已採行防止第三人獲悉的「保密措施」者，始屬相當，不得擴張解為雇主的任何資訊，均在保密範圍。本件員工使用的資料，僅有客戶名稱及國別，未包含個別客戶的風格及消費偏好等資訊，且窗簾業界國際買家名稱、國別及聯絡方式等一般性資料，係交易市場上公開之資訊，任何人均可透過網路查詢、國際展覽取得之廠商名冊獲得相關資料，至於產品報價或銷售價格，如不涉及成本分析，即屬替代性產品進入市場進行價格競爭時得自市場中輕易獲取的資訊，非必因受僱於雇主始得獲知的秘密。

## 2. 定型化契約條款的管制

民法第 247 條之 1 規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者」。

本條屬定型化契約條款管制的一般性規定，其適用，是否以他方當事人非屬「公司法人組織」或處於「經濟地位弱勢」，且於締約時處在「無磋商談判機會」、「無拒絕締約餘地」狀態，始得依本條規定宣告定型化契約條款顯失公平而無效？

最高法院過去不少裁判，令人產生一個印象，以為只要他方當事人係公司法人組織或非屬經濟地位弱勢，且於締約時仍有機會磋商談判條款內容或有拒絕締約餘地時，法院即應貫徹私法自治、契約自由原則，尊重當事人約定內容，不應輕易宣告定型化契約條款無效。其中具有代表性的判決理由構成方式，諸如：

「定型化契約條款因違反誠信原則顯失公平而無效者，應以契約當事人一方於訂約當時，處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地情況，而簽訂顯然不利於己之約定者始足當之。……當今以經營 IDC 主機代管業者眾多，可供選擇締約對象，A 公司於締約之初顯非無比價及選擇締約對象之能力與機會，且其為資本額達一億元之公司，經濟實力可觀，自非無拒絕締約之可能，又從 A 公司簽訂原合約後，復與 B 公司簽訂增補條款而論，益見雙方就契約條款有協商空間，更應認 A 公司有磋商契約條款之能力」<sup>38</sup>；或「本件承攬人為一專業且頗具規模之廠商，顯然其非屬經濟弱勢之一方而毫無議約磋商能力者，當有能力本於專業知識、經驗評估其自身條件及獲利情形以決定締約與否，其於簽訂系爭契約時對於條款內容，非無磋商變更之餘地」等<sup>39</sup>。

上開判決理由構成方式，是否代表最高法院穩定而一貫的見解？而此項見解是否妥適？仍有疑問。蓋締約當事人的組織型態（法人或公司與否）、締約時的社經地位（是否為弱勢當事人）、締約時有無磋商談判機會或拒絕

<sup>38</sup> 參閱：最高法院100年度台上字第1635號判決。類似判決要旨，另可參閱：最高法院94年度台上字第2254號判決；92年度台上字第39號判決；91年度台上字第2220號判決；91年度台再字第45號判決；90年度台上字第2011號判決。

<sup>39</sup> 參閱：最高法院101年度台上字第1341號判決；101年度台上字第1113號判決；99年度台上字第1742號判決。



締約餘地等因素，與民法第 247 條之 1 規定的適用無關，與定型化契約條款是否顯失公平而無效的判斷，亦屬無關<sup>40</sup>。

最高法院 104 年度台上字第 472 號判決，針對民法第 247 條之 1 規定的適用，有進一步闡釋，其判決理由構成方式，似乎修正或調整先前的判決理由構成方式，值得注意。

該號判決所涉事實及法律問題如下：A 公司經由招標程序得標，與花蓮縣政府簽訂「花蓮縣政府公有路邊停車場委託民間經營管理契約」，受花蓮縣政府委託經營管理路邊收費停車場。其契約第五條第二項約定：遇有不可歸責於 A 公司之事由致部分或全部停車格無法收費營業，可依當期繳交之權利金、影響天數及停車格位比例調整契約價金，A 公司不得以其他理由要求減免權利金或賠償損失。其後，因可歸責於花蓮縣政府的事由（暫緩收費、停車格增減、道路施工等因素），遲延交付停車位於 A 公司，致 A 公司受有無法營業的損失，A 公司請求花蓮縣政府賠償此一部分損失，遭花蓮縣政府依上開約定條款拒絕賠償損失，A 公司乃依民法第 247 條之 1 規定，主張該契約條款無效。

原審法院「肯定」系爭契約條款有效，其理由略以：A 公司於投標前有充足時間詳細審閱系爭契約條款，評估投標價格、利潤及商業風險，並非無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地情形，且其為公司組織，對於系爭契約條款亦無不及知或無磋商變更餘地可言，不得依民法第 247 條之 1 規定，主張系爭契約條款為無效。

對此，最高法院有不同意見。最高法院首先抽象指出：定型化契約條款……，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狀

---

<sup>40</sup> 相關批評，參閱：陳忠五（2012），〈定型化契約條款的規範依據與管制方法：最高法院 100 年度台上字第 1635 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，197 期，頁 9-20；詹森林（2012），〈定型化契約條款效力之規範：最高法院 90 年度台上字第 2011 號、91 年度台上字第 2220 號、92 年度台上字第 39 號判決之商榷〉，氏著，《民事法理與判決研究（四）》，頁 138-142，臺北：元照；詹森林（2012），〈最高法院與定型化契約法之發展：民法第二四七條之一裁判之研究〉，氏著，《民事法理與判決研究（四）》，頁 178-181，臺北：元照。

態，苟認該契約一般條款約定，與法律基本原則或法律任意規定所生主要權利義務過於偏離，而將其風險分配盡移歸相對人負擔，使預定人享有不合理待遇，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，其雙方權利義務有嚴重失衡情形者，自可依民法第 247 條之 1 第 1 款規定，認為該部分約定係顯失公平而屬無效，初與相對人是否為公司組織及具有磋商機會無必然關係。況相對人在訂約過程中，往往為求爭取商機，或囿於本身法律專業素養不足，對於內容複雜之一般條款，每難有磋商餘地，若僅因相對人為法人且具有磋商機會，即認無民法第 247 條之 1 規定適用，不啻弱化司法對附合契約控制規整之功能，亦有違憲法平等原則及對於契約自由之保障（司法院釋字第 576 號、580 號解釋參照）。

其次，最高法院質疑系爭契約條款是否不能認為係顯失公平而無效，蓋其不問花蓮縣政府有無可歸責事由，而純以不可歸責於 A 公司事由，作為 A 公司得否向花蓮縣政府要求減免權利金或賠償損失之約定，顯已偏離民法第 220 條第 1 項、第 225 條第 1 項、第 226 條第 1 項、第 227 條第 1 項、第 230 條、231 條之規定，如再參酌其他契約條款約定，兩造關於權利義務約定，顯有嚴重失衡情形。

最高法院上開見解，特別值得注意者，有以下幾點：第一，其強調定型化契約條款是否顯失公平而無效的「實體審查」，應於「具體個案」中、「整體審查」或「綜合觀察」相關契約條款，比較衡量雙方權利義務，有無「嚴重失衡」情形；第二，「法律基本原則」或「任意規定」，原即為合理分配契約風險的觀察指標，定型化契約條款如與法律基本原則或法律任意規定所生主要權利義務過於偏離，即為契約風險的不合理分配，可認定為顯失公平；第三，定型化契約條款是否顯失公平而無效，與相對人是否為公司法人組織或具有磋商談判機會，無必然關係。

### 3. 契約附隨義務

契約附隨義務的發生、範圍及其違反的法律效果，與契約自由原則的興衰問題，密切相關。關於契約當事人一方於何種情形下負有「附隨義務」，

當事人一方違反附隨義務時他方得主張何種權利，最高法院 104 年度台上字第 799 號判決，值得重視。

該號判決所涉事實及法律問題如下：美商 A 公司臺灣分公司與國立故宮博物院訂有「故宮南部院區博物館館區新建工程建築顧問服務契約」，其後發生諸多履約爭議事項，其中之一涉及 A 公司臺灣分公司以故宮博物院未協力配合提供大地資訊，以致影響該公司完成設計及發展報告為由，主張解除契約，並依民法 259 條、第 179 條等規定，起訴請求故宮博物院返還已受領服務部分的對價。

按民法第 507 條規定：「**工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之（第 1 項）。定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害（第 2 項）。**」有疑義者，本件契約並未明白「約定」故宮博物院有協力提供大地資訊的義務，故宮博物院於訴訟中亦一再否認其負有此一義務，則 A 公司臺灣分公司是否仍得主張故宮博物院「依法」負有此一義務，且故宮博物院違反此一義務時，該公司依法取得「契約解除權」？如果故宮博物院負有協力提供大地資訊的義務，此一義務是否該當民法第 507 條第 1 項所規定的定作人協力義務，而使得承攬人 A 公司臺灣分公司得依該條第 2 項規定，解除系爭契約？

原審法院「否定」故宮博物院負有此一義務，進而「否定」A 公司臺灣分公司有契約解除權。

對此，最高法院有不同意見。最高法院指出：契約關係發展過程中，債務人除應負契約所約定的義務外，尚可發生附隨義務，如協力、告知、通知、保護、保管、照顧、忠實、守密等義務。此項屬於契約所未約定的義務，係基於誠信原則或契約漏洞填補而漸次所產生，殊與民法第 507 條第 1 項所規定的定作人協力義務，須限於工作需定作人行為始能完成的情形並不相同。前者，定作人如不為該協力義務，承攬人或可完成其工作，但所完成的工作將難以符合債務本旨；後者，定作人不為其協力義務，承攬工作即無從完成。準此，契約附隨義務既為履行給付義務或保護當事人人身或財產上之利益，

基於誠信原則而發生，則債務人未盡此項義務，債權人除得依不完全給付規定行使其權利外，該附隨義務違反若足以影響契約目的達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，而與違反契約主給付義務之結果在實質上並無差異者，債權人自亦得依法行使契約解除權。原審未遑查明系爭契約關係在發展過程中，基於誠信原則，故宮博物院是否負有及時提供大地資訊之協力義務（契約之附隨義務），即徒以系爭契約並未約定故宮博物院有此項協力義務云云，遽就此部分為 A 公司臺灣分公司不利之論斷，尚嫌疏略。

最高法院上開見解，應說明者有二：

第一，最高法院過去曾多次表示，定作人依民法第 507 條規定所負的協力義務，性質上非屬其承攬契約上的「給付義務」或「附隨義務」，除非當事人於承攬契約中將定作人的協力行為「約定」為契約義務，否則，定作人協力義務之違反，承攬人僅得依該條規定催告、解除契約或請求損害賠償，不生定作人義務違反之債務不履行責任問題<sup>41</sup>。惟本件最高法院認為，定作人協力義務，除民法第 507 條所規定者外，即使當事人並未特別約定，仍得基於誠信原則而發生；且此一義務，性質上屬契約附隨義務，與民法第 507 條規定的協力義務不同，其違反，得發生不完全給付債務不履行責任問題。最高法院此項見解，應值得贊同，有疑義者，最高法院以「定作人如不協力是否影響承攬人完成其工作」作為標準，區別契約附隨義務性質的協力義務與民法第 507 條規定的協力義務，此一區別是否合理妥適？值得研究。

第二，本件最高法院認為，定作人未盡其契約附隨義務性質的協力義務，如該附隨義務違反足以影響契約目的達成，使承攬人無法實現其訂立契約之利益，而與違反契約主給付義務之結果在實質上並無差異者，即使承攬人不得依民法第 507 條規定解除契約，亦得依債務不履行一般規定解除契約。依最高法院之意，此一附隨義務的違反，並不當然發生契約解除權，必須「足以影響契約目的達成或契約利益實現、與違反主給付義務結果實質上並無差異」者，始得解除契約。最高法院此項見解，固值得贊同，有疑義者，

---

<sup>41</sup> 參閱：最高法院99年度台上字第1096號判決；96年度台上字第2167號判決；92年度台上字第785號判決。

最高法院所指的「附隨義務」，除「確保債權人契約目的或契約利益得以圓滿實現或滿足」的附隨義務外，是否亦包括「保護當事人生命、身體、健康、所有權或其他財產法益免受侵害」的附隨義務在內，進而影響債權人得否解除契約？仍有待釐清。

#### 4. 情事變更原則

民法第 227 條之 2 第 1 項規定：「**契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果**」。

本條項有關情事變更原則規定的適用，近年實務上有二項問題，值得注意：其一是契約當事人是否得「約定排除」情事變更原則適用的問題，其二是基於情事變更原則請求變更契約原有效力，其權利行使是否應有一定「期間限制」的問題。以下，分別說明之：

（1）契約當事人事先已就日後契約履行階段中所生不可預料的情事變更，特別約定其分配損失或承擔風險標準，以調整其權利義務關係者（即所謂「情事變更約款」），則嗣後無論情事如何變更，是否當然即無民法第 227 條之 2 規定的適用，當事人一方不得再以情事變更非當時所得預料，依其原有效果顯失公平為由，聲請法院增減給付或變更其他原有效果之判決？

針對此項問題，最高法院有些裁判強調，當事人既然已經有所預料，本得自行風險評估以作為是否締約及其給付內容的考量，自應排除民法第 227 條之 2 第 1 項規定的適用<sup>42</sup>。惟有些裁判則認為，當事人間固然有情事變更約款的約定，但若超出合理範圍以外的不可預測風險，則非該約定規範之範疇，仍應有民法第 227 條之 2 第 1 項規定的適用<sup>43</sup>。

上開二種見解，並非完全衝突矛盾。關鍵在於：契約履行階段發生的風險，是否在當事人約定情事變更約款時所得以預料評估，而成為訂約時所認

<sup>42</sup> 例如：最高法院100年度台上字第1714號判決；100年度台上字第1347號判決；100年度台上字第1392號判決。

<sup>43</sup> 例如：最高法院103年度台上字第308號判決；102年度台上字第929號判決；101年度台上字第813號裁定；99年度台上字第2389號判決。



知的基礎？如是，應排除民法第 227 條之 2 第 1 項規定的適用。如否，仍應有民法第 227 條之 2 第 1 項規定的適用<sup>44</sup>。

最高法院 104 年度台上字第 132 號判決，重申「不當然排除民法第 227 條之 2 規定適用」此項見解，具有參考價值。最高法院指出：當事人為避開情事變更原則適用，於契約中對於日後所發生風險預作排除請求增加給付的約定者，倘該風險事故的發生及風險變動的範圍，為當事人於訂約時所能預料，當事人固不得再根據情事變更原則，請求增加給付，惟倘該項風險的發生及變動的範圍，若非客觀情事常態發展，且已逾當事人於訂約時所認知的基礎或環境，而顯難有預見可能性時，本於誠信原則對契約規整之機能，自仍應許當事人依情事變更原則調整契約效力，不受契約原訂排除條款拘束，庶符情事變更原則所蘊涵的公平理念。

（2）契約當事人一方依情事變更原則請求法院增減給付或變更其他原有效果之判決，性質上係一種「形成權」，此一「形成權」的行使，是否應有一定期間限制？如是，其期間長短如何？應自何時起算？

針對此項問題，最高法院曾指出：情事變更原則為例外救濟制度，形成權行使具有變更原秩序之本質，民法第 227 條之 2 第 1 項規定未設除斥期間限制，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 127 條第 7 款關於原來給付短期時效的規定，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<sup>45</sup>。

上開見解，係就「承攬契約」所表示的見解，其「肯定」承攬契約情事變更形成權的行使應有一定期間限制，此一期間為「二年」，自「承攬報酬請求權罹於消滅時效後」起算。最高法院 104 年度台上字第 1911 號判決，

<sup>44</sup> 相關評論，參閱：姚志明（2013），〈情事變更原則適用於工程糾紛問題之再探討：最高法院一〇〇年度台上字第一三九二號民事判決〉，《月旦裁判時報》，20期，頁105-109；蔡晶瑩（2013），〈情事變更原則之適用：最高法院100台上1392判決〉，《台灣法學雜誌》，215期，頁236-239。

<sup>45</sup> 參閱：最高法院102年度台再字第18號判決。

涉及相同問題，最高法院就期間起算點認定，與原審法院見解不同，與其先前表示見解亦有不同，值得比較參考<sup>46</sup>。

原審法院認為：民法第 227 條之 2 未設有除斥期間限制，依誠信原則，並斟酌本條規定為衡平而設之立法目的，解釋上非不得類推適用原來給付消滅時效期間方式而創設除斥期間限制，系爭工程合約係屬承攬契約，依民法第 127 條第 7 款規定，上訴人之報酬請求權時效為二年，故上訴人依民法第 227 條之 2 第 1 項為本件請求，其除斥期間為二年，酌以如因情事變更而有增加給付情事，於請求報酬時，應已發生，故除斥期間之起算點與系爭工程合約報酬請求權相同。

最高法院則認為：民法第 227 條之 2 情事變更原則規定，究為例外救濟制度，契約當事人長久處於可能遭受法院判令增減給付的不確定狀態，顯非所宜，審酌本條係為衡平而設，且規定於債編通則，解釋上，自應依各契約之性質，參考債法就該契約權利行使的相關規定定之。關於承攬契約的各項權利，立法上咸以從速行使為宜，除民法第 127 條第 7 款規定承攬人的報酬因二年間不行使而消滅外，同法第 514 條就定作人、承攬人的各項權利（包括請求權及形成權）行使期間，均以一年為限，職是，承攬人基於承攬契約，依情事變更原則請求增加給付，亦宜從速為之，否則徒滋糾紛，於事實殊鮮實益。原審認除斥期間以二年為宜，固非無見，但該項權利行使，既以契約成立後，情事變更，非當時所得預料，依其原有效果顯失公平為要，則關於除斥期間的起算，自應以該權利完全成立時為始點，至於權利何時完全成立，則應依個案情節，妥適認定之。原審遽以除斥期間應自系爭工程驗收完畢之翌日起算，未免速斷。

---

<sup>46</sup> 相關評論，參閱：姚志明（2015），〈一般情事變更權利行使之期間：評最高法院一〇二年度台再字第一八號民事判決〉，《月旦裁判時報》，33期，頁16-24；阮富枝（2013），〈民法第二二七條之二增減給付或變更原有效果請求權之除斥期間及消滅時效問題：探討最高法院九十七年度台上字第三六〇號、九十七年度台上字第一五四七號及九十九年度台上字第八四三號民事判決〉，《月旦裁判時報》，21期，頁68-86。

## （二）不當得利法

### 1. 給付不當得利

不當得利成立與否層次上，依其規範功能與構成要件不同，可分為「給付型不當得利」與「非給付型不當得利」二種類型，早為學說所倡議<sup>47</sup>，亦為最高法院近年穩定見解<sup>48</sup>。

問題是，「給付」係指有意識、有目的增益他人財產的行為，其概念本身並無爭議，但在多重複雜的交易型態中，尤其是諸如聯立契約或連鎖契約等多數互有牽連的複合契約關係中，「給付關係」究竟存在於何人與何人之間，有時不易認定。2015 年最高法院裁判中，以下二則判決，與此問題有關，值得重視：

（1）最高法院 104 年度台上字第 1174 號判決所涉法律問題如下：公司股東間訂立協議書，相互約定公司增資至 2 億元時，彼此應再增加認股一定金額。嗣後其中某位股東依約定將一定金額交付於公司後，公司實際並未增資，該股東因而亦未領得股份，乃依不當得利法律關係，請求公司返還其所交付的金額，有無理由？

問題關鍵，在給付關係當事人為何？換言之，該股東認股繳款的行為，係向與其相互協議的「其他股東」為給付？或係向受領股款的「公司」為給付？此一問題的回答，將影響該認股繳款的股東應向與其相互協議的「其他股東」主張不當得利？或應向其認股繳款的「公司」主張不當得利？

原審法院認為：本件公司股東間的協議，屬單純約定向第三人為一定給付的「指示給付關係」（不真正利益第三人契約），被指示人係為履行其與指示人間的約定，始向第三人（公司）給付，被指示人對於第三人，原無給付目的存在，苟被指示人與指示人間的關係不存在（或不成立、無效），被指

<sup>47</sup> 參閱：王澤鑑（2015），《不當得利》，2015年1月增訂新版，頁33，臺北：自刊。

<sup>48</sup> 參閱：最高法院102年度台上字第2056號判決；102年度台上字第530號判決；101年度台上字第1722號判決；100年度台上字第899號判決；99年度台上字第842號判決；99年度台再字第50號判決。

示人應僅得向指示人請求返還其無法律上原因所受利益，至第三人所受之利益，原係本於指示人而非被指示人之給付，即被指示人與領取人間尚無給付關係存在，自無從成立不當得利之法律關係。本件郭○○為履行其與指示人（其他股東）間的約定，向公司給付系爭一千萬元，縱系爭協議書經合法解除，公司既非系爭協議書當事人，其受領系爭一千萬元，尚非無法律上原因。

然而，最高法院則認為：為實現法律行為內容之目的而為給付，於其給付所欲達成之結果不發生時，應成立給付目的不達之不當得利。公司股東間為增加公司資本額，由股東向公司認購股份，給付增資款之類型，與通常的第三人利益契約或指示給付關係未盡相同，倘其給付目的所欲達成之結果不發生，該履行給付之人自得本於給付目的不當得利請求權請求返還給付。本件股東給付系爭一千萬元的目的，係為增加公司資本額，公司嗣後並未增資至 2 億元資本額，其給付目的所欲達成之結果似已確定不發生，果爾，其是否不能請求公司返還增資款？非無研求餘地。

（2）最高法院 104 年度台上字第 1481 號判決所涉事實及法律問題如下：A 公司與甲簽訂共同投標協議書，以聯合承攬廠商地位，標得經濟部水利署某河流疏浚工程及土石標售案，A 公司標得土石標售部分，甲標得河流疏浚工程部分，雙方共同與水利署簽訂工程契約，約定連帶負履行契約責任。嗣後甲將其標得部分工程轉由乙承包，A 公司在不知情下，以自己的資金、機具、材料雇工完成甲標得部分之工程，經驗收完畢，惟甲卻在領得水利署支付的工程款後，扣除自己應得利益，將餘款支付於乙。A 公司乃主張乙轉承包該工程，應施作卻未施作，無法律上之原因卻受有施作工程債務消滅之利益，致其受有相當於本可領得工程款之損害，乃依民法第 179 條規定，請求乙（或乙死亡後的繼承人）返還相當於工程款的不當得利。

原審法院「否定」A 公司對乙的不當得利請求，其理由略以：乙收受該工程款，乃係基於其與甲間的委任關係，係有法律上之原因，A 公司與甲就系爭工程有連帶履行施作義務，則系爭工程究竟係由 A 公司獨自施工完成，或由甲獨自施工完成，或 A 公司與甲二人共同施工完成，均係 A 公司與甲

間內部之問題，與乙本人無關，亦與乙依其與甲間之委任關係取得該工程款，有無不當得利無關。

對此，最高法院有不同意見。最高法院指出：倘 A 公司主張系爭工程係由其支付費用雇工施作完成等語屬實，其致乙原應施作系爭工程之債務消滅，而無法律上之原因，A 公司是否不得依不當得利規定，請求乙返還其所受之利益？非無研求餘地。

最高法院上開見解是否妥適，有待斟酌。蓋本件屬基於給付所生的「給付」不當得利類型。此一類型中，「給付關係」此一概念，具有「界定不當得利法律關係當事人」的功能。本件 A 公司與乙之間，似不存在給付關係，A 公司即使受有損害，其與乙所受利益間，似亦不具備同一原因事實的「因果關係」，則何以 A 公司得向乙請求返還不當得利？仍有疑問。

## 2. 不當得利規定的準用

民法第 197 條第 2 項、第 266 條第 2 項、第 419 條第 2 項、第 816 條等規定，均有「依關於不當得利之規定」請求返還利益的法條文字。此等所謂「不當得利準用規定」，依其準用不當得利規定的範圍不同，可分「全部準用說」（準用不當得利的構成要件及法律效果規定）與「法律效果準用說」（僅準用不當得利的法律效果規定）二種學說。

2015 年最高法院裁判中，有二則判決與不當得利準用規定的準用範圍有關，值得重視。

（1）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（第 1 項）。損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人（第 2 項）。**」。

本條第二項規定的不當得利請求權，學說上多認為係指準用不當得利構成要件及法律效果規定的「全部準用」而言。亦即，所謂「依關於不當得利



之規定」，必須符合損害賠償義務人因侵權行為受利益、致被害人受損害，且無法律上原因等要件，始足當之<sup>49</sup>。最高法院亦同此見解<sup>50</sup>。

然而，最高法院 104 年度台上字第 1902 號判決，似又出現不同見解。該號判決所涉事實及法律問題如下：甲不符申購臺北市信義區五分埔國有學產土地專案讓售資格，卻利用臺北市府漏未核對資料機會，向財政部國有財產署北區分署（簡稱國有財產署）申購國有土地，該分署誤認甲已符合專案讓售資格，而與甲簽訂國有土地買賣契約，其後並將土地所有權移轉登記予甲。逾 10 年後，該分署接獲臺北市府財政局來函，始發現甲不符合專案讓售資格，其讓售該國有土地係被詐欺所為之意思表示，惟因意思表示撤銷權已逾民法第 93 條規定的十年期間，侵權行為損害賠償請求權亦已逾民法第 197 條第 1 項規定的十年期間，乃依民法第 197 條第 2 項規定，請求甲返還其因此所受之不當得利。

原審法院採取「全部準用說」，「否定」國有財產署的不當得利請求，其理由略以：國有財產署受詐欺所為意思表示，因逾法定除斥期間而不得撤銷，仍非無效之法律行為，甲受讓系爭土地即難謂為無法律上原因而受有利益，自與不當得利要件不符。

對此，最高法院有不同意見。最高法院指出：國有財產署係遭甲詐欺始承諾讓售系爭土地，其對甲的損害賠償請求權已罹於消滅時效，為原審認定之事實，果爾，國有財產署倘受有實際損害，能否謂其不得依不當得利規定，

<sup>49</sup> 參閱：王澤鑑，前揭註47，頁323-325；孫森焱（2014），《民法債編總論（上冊）》，2014年10月修訂版，頁354-355，臺北：自刊。

<sup>50</sup> 例如，最高法院98年度台上字第434號判決：「（民法第197條第2項）規定係考量損害賠償義務人，如因侵權行為而受利益，致被害人蒙受損害時，除使其有侵權行為之請求權外，仍得依不當得利之規定請求返還其利益，而使不當得利返還請求權與損害賠償請求權發生請求權競合關係，不使被害人因侵權行為損害賠償請求權罹於時效而受到影響。是以，受害人依本條項規定向義務人請求損害賠償者，除義務人係負侵權行為損害賠償之債務人外，另須具備不當得利之要件，並適用其法律效果，即應符合（一）義務人受有利益、（二）被害人受有損害、（三）損益間須有因果關係存在、（四）無法律上之原因為必要」。

請求甲返還其所受之利益，自滋疑問。原審未查明國有財產署是否受有實際損害，遽以前揭理由為其不利之判決，尚有可議。

最高法院上開見解是否妥適，有待斟酌。最高法院如果有意改採「法律效果準用說」，則本件應探究者，不是不當得利構成要件是否具備（即民法第 179 條規定的成立要件，或第 180 條規定的排除事由），而是不當得利法律效果如何（即民法第 181 條規定的返還客體，或第 182 條規定的返還範圍）。從而，問題不在於國有財產署是否「受有實際損害」，而在甲所受之「利益」（取得國有土地所有權）應如何原形返還或如何以價額償還，以及區別甲為「善意受領人」或「惡意受領人」而決定甲的返還範圍多寡。換言之，不當得利制度目的在「利益取除」，不在「損害填補」，所謂國有財產署是否「受有實際損害」，乃侵權責任法上的概念，與不當得利法關連性不強，至多僅在決定惡意受領人返還範圍時，作為解釋適用民法第 182 條第 2 項後段規定「如有損害，並應賠償」的依據而已。

反之，最高法院如果並無否定「全部準用說」之意，則其為何質疑「國有財產署倘受有實際損害，能否謂其不得依不當得利規定返還利益」，並指摘原審法院「未查明國有財產署是否受有實際損害」？令人不解。蓋系爭國有土地買賣契約既已不得撤銷而確定有效，基於該契約所生的債權亦因罹於侵權行為損害賠償請求權消滅時效而確定不得請求廢止，在「契約有效、債權存在」的前提下，甲受有利益，顯然「有法律上之原因」，不構成不當得利，即使國有財產署確實受有實際損害，亦不至於使不當得利因而成立。

（2）民法第 816 條規定：「**因前五條之規定而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償還價額**」。

本條規定的不當得利請求權，係指準用不當得利構成要件及法律效果規定的「全部準用」而言。此從本條 2009 年 1 月 23 日修正時的修正理由中，可以明確得知<sup>51</sup>。

<sup>51</sup> 本條修正理由謂：「二、本條規範意義有二，一為宣示不當得利請求權，縱使財產上損益變動係依法（例如第八百十一條至第八百十五條規定）而發生，仍屬無法律上原因。其二係指明此本質上為不當得利，故本法第一百七十九條至第一百

最高法院 104 年度台上字第 1356 號判決，就基於連鎖性契約關係給付而構成添附的不當得利問題，闡釋「全部準用說」，值得注意。該號判決所涉事實及法律問題如下：交通部航港局（簡稱航港局）將其管理的國有土地設定地上權於臺灣港務股份有限公司（簡稱港務公司），嗣港務公司就該土地與 A 公司簽立「道路拓寬工程」契約，A 公司又將工程施作項目中「瀝青混凝土鋪設工程」分包由 B 公司施作。B 公司施作完畢，未獲 A 公司支付分包工程款，乃以瀝青附合於該土地，致其喪失瀝青所有權為由，依民法第 811 條、第 816 條、第 179 條等規定，向土地管理機關「航港局」及地上權人「港務公司」請求償還相當之金額。此一請求，有無理由？

最高法院與原審法院見解一致，「否定」B 公司的不當得利請求，其理由略以：民法第 816 條係一闡釋性條文，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，此項償金請求權的成立，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。本件港務公司係依其與 A 公司所訂之道路拓寬工程契約而受瀝青鋪設，B 公司依其與 A 公司間之瀝青鋪設工程合約在系爭土地上鋪設瀝青，係為 A 公司履行系爭拓寬工程契約之鋪設瀝青義務，港務公司既為系爭拓寬工程契約當事人，對於 B 公司為 A 公司履行系爭拓寬工程契約而在系爭土地上鋪設瀝青，自非無法律上原因而受有利益。至航港局已將系爭土地設定地上權提提供予港務公司使用收益，對於 B 公司為 A 公司履行拓寬工程契約而在系爭土地上鋪設瀝青，自無受利益可言，遑論有何不當利得。

上開見解，結論上可資贊同，惟其理由構成是否妥適，似可再斟酌。最高法院既然強調，民法第 816 條規定的不當得利請求權，係指「全部準用」民法第 179 條至第 183 條不當得利的構成要件及法律效果規定而言，則本件 B 公司是否得依民法第 816 條規定向「航港局」及「港務公司」主張不當得

---

八十三條均在準用之列，僅特別排除第一百八十一條關於不當得利返還客體規定之適用。……」。

利，即應嚴謹檢討不當得利的構成要件是否具備。然而，以下問題，仍有待釐清：

第一、本件 B 公司在系爭土地上鋪設瀝青，似該當民法第 811 條規定的動產與不動產附合，果爾，該瀝青所有權變動過程如何？B 公司固然喪失瀝青所有權，惟何人取得瀝青所有權？「航港局」或「港務公司」？如果是代表國家管理該土地的「航港局」，似應解為航港局取得瀝青所有權「受有利益」才是，何以法院卻認為航港局將土地設定地上權供港務公司使用收益，對於土地上鋪設瀝青自無受利益可言？

第二、即使法院認定本件受有利益者係「港務公司」，惟本件涉及「給付類型」的不當得利法律關係，B 公司基於其與 A 公司的契約，對 A 公司給付的目的係在系爭土地上鋪設瀝青，港務公司則係基於其與 A 公司的契約而受瀝青鋪設，給付關係當事人既有不同，港務公司究係「受有利益」但「非基於 B 公司給付或未致 B 公司受有損害」？或是法院所認定的「受有利益」但「非無法律上原因」？

第三、承上說明，B 公司既然係基於對 A 公司給付的目的而在系爭土地上鋪設瀝青，則航港局究係「受有利益」但「非基於 B 公司給付或未致 B 公司受有損害」？或是法院所認定的「並未受有利益」？

### 三、物權法

物權變動，經常以契約為其原因關係。物權侵害，也經常以不當得利、侵權責任等債之關係作為救濟手段。因而物權法方面的實務發展，相當一部分已被吸納於債法實務發展中，此所以物權法實務發展，相對不若債法豐富活躍。2015 年亦屬如此，其中值得注意的司法實務發展，有物權編修正後新規定的溯及適用、法定物權變動、公同共有、地上權等相關問題。

### （一）物權編修正的時間適用範圍

民法第 796 條之 1 規定：「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，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。但土地所有人故意逾越地界者，不適用之」。

本條規定，係 2009 年 1 月 23 日民法物權編修正公布時增訂的條文，自公布後六個月，即自 2009 年 7 月 23 日開始施行（民法物權編施行法第 24 條第 2 項規定參照）。

關於本條規定的時間適用範圍，依民法物權編施行法第 8 條之 3 規定，本條規定於民法物權編修正施行前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其房屋時，亦適用之。

問題是：民法物權編修正施行前，土地所有人建築房屋逾越地界，鄰地所有人依法起訴請求拆屋還地獲得「勝訴判決確定」，嗣鄰地所有人於民法物權編修正施行後，以該確定判決為執行名義向法院「聲請強制執行」，於此情形，土地所有人是否仍得主張，修正後新增的民法第 796 條之 1 規定具有溯及既往效力，鄰地所有人拆屋還地請求有該條所定「免為全部或一部移去或變更」的情形，依強制執行法第 14 條第 1 項規定，以有「消滅或妨礙債權人請求之事由發生」為由，提起債務人異議之訴，請求撤銷強制執行程序？

最高法院 104 年度台上字第 2502 號判決中，最高法院與原審法院結論相同，均「否定」該土地所有人得提起債務人異議之訴，但理由構成並不相同，值得比較參考。

原審法院理由略以：民法物權編施行法第 8 條之 3 雖規定，修正之民法第 796 條之 1 規定有溯及既往效力，然基於維護法律秩序之安定，溯及既往規定宜作限縮解釋，應解為「限於尚未取得執行名義之越界建築糾紛」，始有溯及適用之效力，若已取得確定判決之執行名義，基於確定判決之確定力，並為維持法的安定性，自不宜以事後之法律修正，推翻其執行力。

最高法院理由略以：在以確定判決為執行名義的情形，法律如於該確定判決言詞辯論終結後修正，並設有溯及適用規定者，是否得據以提起債務人



異議之訴，須視修正條文之具體內容而定，非可一概而論。如依修正條文溯及適用結果，當然、直接消滅或妨礙債權人之請求（例如民法繼承編施行法第 1 條之 1 第 1 項、第 1 條之 3 第 2、3、4 項關於繼承人有限清償責任規定之溯及適用即屬之），則債務人雖已受敗訴判決確定，仍得以嗣後法律修正，消滅或妨礙債權人之請求為由，依強制執行法第 14 條第 1 項規定，提起債務人異議之訴。反之，如依修正條文溯及適用結果，不足以當然、直接消滅或妨礙債權人之請求，而須藉由法院審判過程為之，但已無從經由終結之審判程序，消滅或妨礙執行名義確定判決債權人之請求者，自不得據以提起債務人異議之訴。修正後民法第 796 條之 1 規定，係賦予法院在審理鄰地所有人請求移去或變更越界建築房屋訴訟時，得予免除土地所有人移去或變更越界建築房屋義務之斟酌權，並非當然、直接消滅或妨礙鄰地所有人之請求。易言之，修正後民法第 796 條之 1 規定，係屬前述後者之情形，故系爭執行名義債權，未因民法第 796 條之 1 之修正，而有當然消滅或妨礙之情事，自不得據以提起債務人異議之訴。

## （二）法定物權變動

土地法第 12 條規定：「私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅（第 1 項）。前項土地，回復原狀時，經原所有權人證明為其原有者，仍回復其所有權（第 2 項）」。

本條規定，屬土地所有權法定變動原因之一。關於本條規定的適用，近年實務案例不少，其所涉的法律問題如下：私有土地因天然變遷成為河川或溝渠，經登記為國有後，因浮覆而回復原狀時，原所有權人是否當然回復其所有權，無須申請地政機關核准或為回復所有權的請求，即得基於其土地所有權對國有財產管理機關或其他私人行使土地返還請求權或妨害除去請求權等物上請求權？或者，原所有權人必須先證明其原有所有權，經請求回復其所有權後，始得行使其土地所有權的相關權利？如是，原所有權人的回復請求權，是否有消滅時效制度的適用，因一定期間不行使而消滅？

關於此項問題，最高法院與原審法院之間，甚至最高法院不同民事庭之間，一直存在見解不同，各有堅持的狀態。主張「申請回復所有權說」者，認為土地原所有權人應向主管地政機關證明為其所有，申請回復其所有權，非當然回復原所有權，此請求回復其所有權之權利，其性質屬請求權，並非物權或形成權<sup>52</sup>。反之，主張「當然回復所有權說」者，認為土地原所有權人的所有權當然回復，無待申請地政機關核准，證明為其原有乃行政程序申請所需之證明方法，不影響其實體上權利，其行使土地所有權之相關權利，係基於所有權所衍生之物上請求權，其性質為物權，此與原所有權人依土地法第 12 條規定，申請回復所有權屬公法上之請求權者，性質不同<sup>53</sup>。

針對此項爭議問題，最高法院統一內部法律見解，確有必要。最高法院 103 年 7 月 8 日 103 年度第 9 次民事庭會議，作成如下決議，採取「當然回復所有權說」：「**土地法第十二條第一項所謂私有土地因成為公共需用之湖澤或可通運之水道，其所有權視為消滅，並非土地物理上之滅失，所有權亦僅擬制消滅，當該土地回復原狀時，依同條第二項之規定，原土地所有人之所有權當然回復，無待申請地政機關核准。至同項所稱『經原所有權人證明為其原有』，乃行政程序申請所需之證明方法，不因之影響其實體上權利。**」

本決議作成後，代表最高法院最近見解，實務上見解分歧問題應可獲得解決。鑑於仍有部分事實審法院持不同見解，最高法院 104 年度台上字第 1675 號判決及 104 年度台上字第 384 號判決，一致以本決議所採「當然回復所有權說」為依據，強調其為「本院最新見解，有其拘束力」，而廢棄原審法院判決。

---

<sup>52</sup> 參閱：最高法院101年度台上字第1701號裁定；101年度台上字第106號判決；100年度台上字第1213號判決。

<sup>53</sup> 參閱：最高法院103年度台上字第1407號判決；103年度台上字第1191號判決；98年度台上字第1788號判決。

### （三）公司共有

民法第 828 條第 3 項規定：「**公司共有物之處分及其他之權利行使，除法律另有規定外，應得公司共有人全體之同意**」。

本條項所稱「法律另有規定」，包括民法第 828 條第 2 項準用同法第 821 條規定，即各公司共有人對於第三人，得就公司共有物全部，為本於所有權之請求，但回復公司共有物之請求，僅得為公司共有人全體之利益為之。而依民法 831 條規定，上開規定亦準用於所有權以外之財產權由數人公司共有的「準公司共有」。

問題是，公司共有人行使公司共有「債權」，請求債務人履行債務，係屬得由公司共有人中一人或數人單獨行使的「回復公司共有債權之請求」？或屬應得公司共有人全體同意的「公司共有債權之權利行使」？

最高法院 104 年 2 月 3 日 104 年度第 3 次民事庭會議，作成如下決議，採取「公司共有債權權利行使說」：「**公司共有債權人起訴請求債務人履行債務，係公司共有債權之權利行使，非屬回復公司共有債權之請求，尚無民法第八百二十一條規定之準用；而應依同法第八百三十一條準用第八百二十八條第三項規定，除法律另有規定外，須得其他公司共有人全體之同意，或由公司共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺**」。

本決議強調「債權之行使」與「債權之回復請求」，性質不同，二者有別，不但實體法上權利主張方式不同，而且影響程序法上當事人適格與否的認定。惟此項見解是否妥適，並非毫無爭議，學說對此討論頗為熱烈<sup>54</sup>。

<sup>54</sup> 相關論述，參閱：陳瑋佑（2016），〈論繼承債權之訴訟上請求：評最高法院一〇四年第三次民庭決議（一）之固有有必要共同訴訟肯定說〉，《月旦法學雜誌》，254期，頁38-61；林誠二（2016），〈準公司共有債權之請求：最高法院一〇四年度台上字第二一八四號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，45期，頁9-16；王千維（2016），〈公司共有債權之行使〉，《月旦法學教室》，160期，頁64-69；游進發（2015），〈再論準公司共有債權之行使：以最高法院一〇四年度第三次民事庭會議（一）為反思對象〉，《月旦法學雜誌》，246期，頁186-195；劉宗榮（2015），〈論繼承取得公司共有債權之請求〉，《月旦法學雜誌》，244期，頁59-80；游進發（2015），〈準分別共有與公司共有債權之行使：以最高法院一〇二年度台上字第一三〇七號裁定為出發點〉，《月旦裁判時報》，34期，頁15-23。

值得注意者，本決議係就「數人繼承被繼承人對第三人之債權而公司共有該債權時，該公司共有債權人中之一人或數人，得否為全體公司共有債權人之利益，請求債務人對全體公司共有債權人為給付？」此一問題，所作成的決議。有疑義者，公司共有債權如非多數繼承人繼承被繼承人生前既有債權而來，而係數人基於繼承成立公司共有關係後，因遺產被侵害等原因事實始發生的債權，於此情形，是否亦有本決議的適用？此外，所謂「公司共有債權」，該「債權」是否不論其發生原因為何，例如基於不當得利的利益返還請求權、基於侵權行為或債務不履行的損害賠償請求權、或基於徵收或市地重劃等所生的補償金請求權，均有本決議的適用？

此等疑義，仍有賴最高法院於具體個案中予以釐清。2015 年最高法院裁判中，有四則判決與上開問題有關，值得重視。以下，分就不當得利請求權、損害賠償請求權、補償金請求權的行使，予以說明：

#### 1. 不當得利請求權的行使

最高法院 104 年度台上字第 1549 號判決所涉法律問題如下：公司共有土地遭部分公司共有人及第三人無權占用，其他公司共有人以該部分公司共有人及第三人為被告，起訴請求返還無權占用期間的不當得利時，是否應以全體公司共有人為原告，其當事人適格始無欠缺？如是，同為被告之部分公司共有人，於此情形是否有正當理由得拒絕同為原告？於第二審訴訟程序中，倘該部分公司共有人不再成為對造當事人，其他公司共有人是否得依民事訴訟法第 56 條之 1 第 1 項規定，聲請法院以裁定命該部分公司共有人於一定期間內追加為原告？

針對上開問題，最高法院見解可分三點說明之：

第一，公司共有土地遭無權占用，公司共有人起訴請求返還無權占用期間的不當得利，係「公司共有債權之權利行使」，非屬「回復公司共有債權之請求」，尚無民法第 821 條規定之準用，而應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，除法律另有規定外，須得其他公司共有人全體同意，或由公司共有人全體為原告，其當事人適格始無欠缺。此為本院 104 年 2 月 3 日以後採行之見解。

第二，公司共有人中一人或數人，就公司共有債權的行使，以其他公司共有人及非公司共有人之第三人為共同被告，請求履行債務，該成為被告之公司共有人於第一審程序，有拒絕同為原告的正當理由。

第三，倘第一審法院就原告請求該成為被告之公司共有人給付部分，為原告敗訴之判決，原告對該敗訴部分未提起第二審上訴而告確定者，該為被告之公司共有人於原告與其他被告間訴訟之第二審程序，並不當然有拒絕同為原告的正當理由，於此情形，第二審法院審判長為避免原來當事人適格之訴訟，因未追加原為被告之公司共有人為原告而成為當事人不適格狀態，自應闡明使原告聲請追加該第一審被告之公司共有人為原告，俾使訴訟當事人適格。

最高法院上開見解，係在該院 104 年度第 3 次民事庭會議決議採取「公司共有債權權利行使說」下，所為的闡釋<sup>55</sup>。然而，相同問題，最高法院 104 年度台上字第 531 號判決，卻又出現不同解決方式。

該號判決所涉法律問題如下：繼承土地遭繼承人中一人擅自占用，經營停車場出租車位營利，部分繼承人是否得未經其他繼承人同意或未由全體繼承人一同起訴，即單獨起訴，依民法第 179 條規定，請求占用土地經營停車場的繼承人依其各自應繼分比例計算相當於租金的不當得利返還？

原審法院採取「公司共有債權權利行使說」，認為系爭土地受侵害所生的不當得利及損害賠償債權，均屬全體繼承人公司共有，在該公司共有債權分割前，各繼承人自不得按其應繼分比例各別請求侵害人返還不當得利或賠償損害。

對此，最高法院有不同意見。最高法院指出：繼承人有數人時，在分割遺產前，依民法第 1151 條規定，各繼承人對於遺產全部為公司共有關係，固無應有部分，然共有人（繼承人）就繼承財產權義之享有（行使），仍應以應繼分（潛在的應有部分）比例為計算基準，若逾越其應繼分比例享有（行使）權利，就超過部分，應對其他共有人負不當得利返還義務，他共有人自

---

<sup>55</sup> 相同問題，相同見解，另參閱：最高法院 103 年度台上字第 139 號判決（遺產遭他人無權占用所生的不當得利返還請求權）。



得依其應繼分比例計算其所失利益而為不當得利返還的請求，此項請求權非因繼承所生，自非屬公同共有。本件部分繼承人是否不能依其繼承應繼分比例計算，分別請求占用土地經營停車場的繼承人返還不當得利，即非無推求餘地。

## 2. 損害賠償請求權的行使

最高法院 104 年度台上字第 481 號判決所涉法律問題如下：繼承土地在被繼承人生前借名登記於繼承人中一人，該繼承人於被繼承人死亡後，將土地出售移轉他人，其他繼承人中的三人，是否得主張借名登記契約終止後，該繼承人返還土地於全體繼承人（共計七人）的債務，成為給付不能，且具有可歸責事由，依民法第 226 條第 1 項、第 831 條、第 828 條第 2 項、第 821 條等規定，起訴請求該繼承人給付全體繼承人出售土地的損害賠償？

針對此項問題，最高法院採取「公同共有債權權利行使說」<sup>56</sup>，認為本件繼承人中三人以系爭土地遭繼承人中一人無權出售致全體繼承人受有損害，主張損害賠償權利，亦屬全體繼承人公同共有，該三人基於該公同共有債權起訴請求該一人為給付，既非回復公同共有債權的請求，自屬固有有必要共同訴訟，應由公同共有人全體起訴，當事人始為適格，乃原審以該三人依民法第 831 條準用第 821 條及第 828 條第 2 項、民法第 226 條第 1 項規定，即得基於公同共有的損害賠償權利請求該一人履行債務，不無可議。

## 3. 補償金請求權的行使

最高法院 104 年度台上字第 2184 號判決所涉法律問題如下：被繼承人生前向彰化縣政府承租公有耕地，被繼承人死亡後，該耕地租賃關係由繼承人繼承，嗣因實施市地重劃致不能達原租賃目的，租約消滅，部分繼承人是否得未經其他繼承人同意或未由全體繼承人一同起訴，即單獨起訴，依平均地權條例第 63 條規定，請求彰化縣政府給付補償金予全體繼承人？

原審法院採取「肯定」見解，認為系爭耕地補償金請求權，屬公同共

---

<sup>56</sup> 相同問題，相同見解，另參閱：最高法院 103 年度台上字第 139 號判決（遺產遭他人無權處分所生的侵權行為損害賠償請求權）。

有債權，無須一同起訴。

對此，最高法院有不同意見。最高法院採取「共同共有債權權利行使說」，認為系爭耕地補償金係屬王○○等十五人的共同共有債權，既為原審所認定，自須經王○○等十五人全體同意，或其全體為原告，當事人始為適格，乃原審以王○○依民法第 831 條、第 828 條第 2 項、第 821 條但書及平均地權條例第 63 條規定，即得請求彰化縣政府給付補償金，自屬可議。

#### （四）地上權

民法第 833 條之 1 規定：「**地上權未定有期限者，存續期間逾二十年或地上權成立之目的已不存在時，法院得因當事人之請求，斟酌地上權成立之目的、建築物或工作物之種類、性質及利用狀況等情形，定其存續期間或終止其地上權。**」。

關於本條規定的解釋適用，最高法院 104 年度台上字第 2157 號判決，涉及二項問題：其一，法院在定地上權存續期間或終止地上權時所應斟酌的因素，是否包括「地上權成立後」建築物或工作物經整修後的現有結構、使用狀況及土地業經公告劃定為都市更新地區等事實？其二，法院在定地上權存續期間時，其起算日是否必須自判決確定日起算一定期間，不得溯及既往發生效力？

原審法院認為：系爭土地於民國 38 年間設定地上權，未定期限，迄今已逾 65 年，土地所有人依民法第 833 條之 1 規定，請求定其存續期間，自屬有據，系爭建物於民國 20 年間建造完成，惟整修及裝潢後，目前出租他人，如繼續適當整修，足堪繼續使用，且系爭土地業經公告劃定為更新地區，相關作業進行中，地上權人得參與都更，其上建物可獲權利變換及補償，爰斟酌系爭地上權成立的目的在供系爭建物使用，系爭建物的結構及使用機能現尚完善，暨系爭土地業經公告為更新地區，即將進行都市更新等情，及請求酌定地上權存續期間為形成之訴，存續期間應自判決確定日起算，認其存續期間應以自原判決確定時起仍存續十年為適當。

對此，最高法院有不同意見。最高法院認為：按法院依民法第 833 條之 1 規定地上權存續期間，應以「地上權成立當時」之目的、建築物或工作物之種類、性質及利用狀況等情形為斟酌依據，系爭建物雖經整修而尚堪使用，惟該建物自民國 20 年間建造後，迄今已逾 80 年，倘地上權人一再整修而繼續使用，是否有違民法第 833 條之 1 規定之立法意旨，況系爭土地更新與系爭地上權成立之目的在供系爭建物使用無涉，則系爭地上權成立之後，已經整修的系爭建物現有結構、使用狀況及公告劃定系爭土地為更新地區等情形，得否執為斟酌定系爭地上權存續期間的依據，不無疑問。次按形成判決固於判決確定時始發生形成力，惟此係指形成力本身發生的時期而言，倘形成判決之內容係使其標的之法律關係溯及既往而發生、變更或消滅者，則於發生形成力之際，其所形成之法律效果即溯及既往發生，本件定地上權存續期間，性質上屬形成之訴，法院所定存續期間之起算日，似非不得溯及既往發生效力，原審遽認系爭地上權存續期間應自原判決確定之日起算，並有可議。

#### 四、身分法

變遷相當快速的我國近代社會，身分法問題層出不窮。其中多數問題屬應否重新調整立法政策的問題，非單靠司法實務可以全盤徹底解決。此所以身分法方面的實務發展，向來以立法論層次為主，解釋論層次上的發展，相對較不活躍。頻繁修正的身分法，2015 年亦不例外。民法親屬編及繼承編若干條文的修正，已如前述。司法實務發展方面，特別值得注意者，有事實上夫妻及遺產管理等相關問題。

##### （一）事實上夫妻

結婚形式要件下所衍生的「事實上夫妻」問題，學理上早有探討，亦多肯認適度保護此種事實上身分關係的必要性，但就其概念形成、構成要件、法律效果等問題，特別是其在「何種程度或範圍內」可以類推適用婚姻效力

相關規定，以及「事實上同性伴侶關係」是否亦有同等適用等問題，仍有諸多爭議，尚待形成共識<sup>57</sup>。

### 1. 事實上夫妻關係

「事實上夫妻」或類似的概念，明確見諸於法院裁判者，並不多見。最高法院裁判中，就其相關問題明確表示見解者，更是少見。最高法院 104 年度台上字第 1398 號判決，明確闡釋事實上夫妻的概念內涵、構成要件及法律效果，值得重視。

該號判決所設事實及法律問題如下：甲男、乙女為同居共財的男女朋友關係，期間達 4 年，同居期間雙方金錢相互流通，甲男持有乙女銀行存摺及印章，得隨時領取款項作為日常生活費用。其間，乙女曾委託甲男售地，約定給付佣金，甲男完成售地事宜後，起訴請求乙女給付佣金，遭乙女以該佣金已存入乙女銀行帳戶，由甲男領取花用完畢或業經抵銷為由，拒絕給付。

原審法院「否定」甲男的請求，其理由略以：兩造係事實上夫妻，類推適用民法第 1003 條之 1 第 1 項規定，應各自分擔家庭生活費用二分之一，而甲男多次從乙女銀行帳戶中領取款項作為共同生活開銷，其數額甲男至少應分擔二分之一，此一部份金額已逾甲男得請求乙女給付的佣金數額，其佣金請求權自己歸於消滅。

對此，最高法院有不同意見。最高法院指出：所謂「事實上夫妻」與「男女同居關係」不同，前者，男女共同生活雖欠缺婚姻要件，但有發生夫妻身分關係之意思，且對外以夫妻形式經營婚姻共同生活之結合關係，而得以類

<sup>57</sup> 相關論述，參閱：何俊萍（2016），〈論親屬身分關係的事實性〉，《月旦民商法雜誌》，52期，頁17-26；伍偉華（2016），〈高齡事實婚伴侶之遺產酌給請求〉，《月旦裁判時報》，46期，頁64-77；曾品傑（2014），〈論我國同性戀者之權益保護〉，《月旦法學雜誌》，227期，頁89-115；施慧玲、陳竹上（2013），〈扶養義務：子女vs事實上夫妻〉，《月旦法學教室》，135期，頁18-20；鄧學仁（2005），〈事實上夫妻之定位及其衍生之法律問題〉，《中央警察大學法學論集》，10期，頁257-276；郭振恭（1986），〈婚姻形式要件之研究〉，《輔仁法學》，3期，頁365-379；陳棋炎（1981），〈論婚姻成立之形式要件：兼述事實上夫妻〉，《臺大法學論叢》，11卷1期，頁97-122。

推適用夫妻身分上及財產上法律關係之規定。原審認兩造間有男女朋友同居關係，惟對於兩造間有無上開結合關係，尚未予詳查審認，即認兩造有事實上夫妻關係，已嫌速斷；且家庭生活費用負擔，除法律或契約另有約定外，由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之，民法第 1003 條之 1 第 1 項定有明文。本件兩造間縱有事實上夫妻關係，而得以類推適用婚姻普通效力規定，惟何以上開不明用途金錢，即可認為係兩造共同生活期間所支出的日常生活費用，應由兩造各分擔二分之一及甲男的系爭委任報酬「早已花用完畢」？原審未遑調查明晰，即為甲男不利之論斷，自有判決不備理由之違法。

最高法院上開見解，嚴格區別「事實上夫妻關係」與單純的「男女同居關係」，而且就得類推適用婚姻效力相關規定的「事實上夫妻關係」，採取「嚴謹認定」的立場，除當事人必須具備「發生夫妻身分關係意思」此一主觀要件外，另須具備「對外以夫妻形式經營婚姻共同生活」此一客觀要件。據此，最高法院質疑本件甲男與乙女間是否確實具備此等要件。

此一嚴謹認定立場，應值贊同。有疑義者，事實上夫妻關係的認定，是否只要具備上開主、客觀要件，即已足夠？或是另須具備其他要件，如維繫共同生活關係長達一定期間？或共同生活關係相當穩定，未曾中斷等？凡此問題，未來仍有待進一步釐清。

無論如何，即使本件最高法院與原審法院見解不同，認定甲男與乙女間非屬事實上夫妻關係，至少在理論層次上，最高法院有意「承認」「事實上夫妻關係」此一法律概念，而且明確指出在具備一定要件下，此一關係「得以類推適用夫妻身分上及財產上法律關係的規定」，例如本件所涉及的民法第 1003 條之 1 有關夫妻家庭生活費用分擔規定！

有疑義者，事實上夫妻關係究竟得類推適用哪些夫妻身分上及財產上法律關係的規定？或是，婚姻關係上的身分及財產效力規定，均得全部類推適用（全部類推適用說）？或是，區分婚姻關係上的身分與財產效力規定，身分效力規定不得類推適用，財產效力規定得類推適用（財產效力類推適用說）？或是，不區分婚姻關係上的身分與財產效力規定，依個案情形不同，



選擇性類推適用其中部分規定（個案類推適用說）？凡此問題，未來同樣有待進一步釐清。

最高法院上開見解，雖然留下諸多疑義，但該項見解本身，相當抽象概括，適用範圍廣泛，如能確實貫徹執行，對於採取法律婚主義下的我國婚姻制度，必將產生重大衝擊！只是，未來發展是否可以如此樂觀？恐怕仍是未知數。

最高法院過去甚少裁判明確承認事實上夫妻關係或類似的共同生活關係，或明確肯認此等關係得發生某種婚姻的身分或財產效力。反而，僅有的少數裁判中，大多以「反面推論」方式，認為事實上夫妻或類似的男女同居關係並非合法配偶，自不得適用婚姻效力相關規定，亦無準用或類推適用婚姻效力相關規定的餘地<sup>58</sup>。例如：僅為結婚登記而未成立婚姻關係的事實上夫妻，其財產關係不得準用夫妻財產制相關規定<sup>59</sup>；僅有同居關係的男女既非配偶，不適用有配偶者與其配偶共同收養子女的規定，不得共同收養他人為養子女，違反者，收養行為無效<sup>60</sup>。

由此可知，最高法院立場可謂相當謹慎保守。2015 年最高法院裁判中，另有該院 104 年度台上字第 2329 號判決，亦是如此。該號判決所涉事實如下：甲男與其妻子長期分居於臺灣、日本二地，已遷居日本的妻子甚少回臺

<sup>58</sup> 應說明者，係最高法院33年台上字第4412號判例：「男子與女子間類似夫妻之結合關係，雙方雖得自由終止，但男子無正當理由而終止，或女子因可歸責於男子之事由而終止者，如女子因此而陷於生活困難，自得請求男子賠償相當之贍養費，此就男子與女子發生結合關係之契約解釋之，當然含有此種約定在內，不得以民法第一千零五十七條之規定，於此情形無可適用，遂謂妾無贍養費給付請求權」。本號判例涉及「夫妻關係」，其雖肯定可歸責於夫之事由終止夫妻關係時，妾得請求夫給付贍養費（判例文字使用「賠償」用語，是否妥當，有待斟酌），但其理由，並非適用或類推適用民法第1057條有關夫妻判決離婚後請求給與贍養費的規定，而係夫妻關係當然含有此種約定（判例文字使用「契約」、「約定」用語，是否妥當，有待斟酌）。

<sup>59</sup> 參閱：最高法院98年度台上字第2185號判決。與夫妻財產關係有關者，另參閱司法院釋字第647號解釋：遺產及贈與稅法第20條第1項第6款有關配偶間相互贈與財產，不計入贈與總額，免徵贈與稅之規定，不適用於因欠缺婚姻法定要件而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶，未違反憲法第7條之平等原則。

<sup>60</sup> 參閱：最高法院89年度台上字第1859號判決。

灣居住，甲男於臺灣與乙女長期同居共同生活，甲收養業經乙女收養為養子女之丙為養子女，與丙經營親子共同生活關係長達十餘年之久。

本件爭點在於：民法第 1075 條規定，除夫妻共同收養外，一人不得同時為二人之養子女，違反者，同法第 1079 條之 4 規定，收養無效，此之「夫妻」共同收養，是否包括「類似夫妻關係、有長期同居共同生活事實的男女」在內？

本件最高法院仍持謹慎保守立場，即使甲男與乙女有長期同居共同生活的事實，甲男與丙亦有長期經營親子共同生活的事實，仍認為僅有同居關係之男女，既非屬法律所定之夫妻關係，則其共同收養子女，即非有配偶者共同收養子女之情形，應認其收養行為無效。

## 2. 事實上同性伴侶關係

事實上夫妻關係或類似的男女共同生活關係，最高法院就其法律地位問題已是如此謹慎保守，「事實上同性伴侶關係」應該更是如此。最高法院 105 年度台簡抗字第 11 號裁定，可資說明<sup>61</sup>。

該號裁定所涉事實如下：甲、乙為女性同性伴侶，交往逾十五年，乙赴國外接受人工授精，產下一對雙胞胎，甲經濟狀況佳，收入穩定，生活作息正常，與該雙胞胎未成年人互動良好，感情深厚，有意收養該雙胞胎未成年人為養子女，乃主張類推適用民法第 1074 條但書第 1 款有關「夫妻一方得單獨收養他方子女」的規定，聲請法院認可收養。

本件爭點在於：甲、乙間的事實上同性伴侶關係，是否得類推適用民法第 1074 條但書第 1 款規定？

最高法院與原審法院見解一致，駁回本件認可收養聲請。原審法院的理由略以：民法第 1074 條所稱「夫妻」，係指一男一女，甲、乙同屬女性，不符民法「夫妻」要件，雖實務上有表現「事實婚」概念用語者，惟均屬「一男一女」結合或「異性伴侶」，縱採較開放見解，肯認同性伴侶間因主觀上

---

<sup>61</sup> 本號裁定雖屬 2016 年最高法院裁判範圍，但因與此處討論問題密切相關，故一併論及。

具共同生活意思、客觀上有長久共同家計生活事實，可成立所謂「事實上夫妻」關係，但究不具民法婚姻之形式要件，況身分關係的發生、消滅或變更，本具公益性，非單純的私法財產關係性質，自應尊重現行法定婚姻秩序規範，亦即「事實上夫妻」，不論其屬同性或異性，與「法律上夫妻」，就身分關係的發生、消滅或變更，仍具一定程度差異，無性質相類似而得類推適用相關規定的餘地。

最高法院的理由略以：我國民法對於因結婚而成為夫妻之當事人，尚不包括同性結合，民法第 1074 條但書第 1 款關於「夫妻之一方收養他方子女」的「繼親收養」規定，涉及身分關係的發生、停止或變更，原具公益性質，究非單純私法財產關係可比，則關於收養人與未成年被收養人之父或母間之關係，自應為相同的解釋及適用，即應係一男一女之夫妻結合，此乃立法政策性考量，無關法律漏洞，不生同性「事實上夫妻」得類推適用「法律上夫妻」問題。

## （二）遺產管理

民法第 1151 條規定：「**繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為公同共有**」。同法第 1152 規定：「**前條公同共有之遺產，得由繼承人中互推一人管理之**」。公司法 160 條第 1 項另規定：「**股份為數人共有者，其共有人應推定一人行使股東之權利**」。

問題是：一、遺產為公司的「股份」時，繼承人應如何「互推一人」為遺產管理人，負責管理該公司股份？以一致決方式或多數決方式為之？二、該遺產管理人是否即為公司法第 160 條第 1 項所定「共有人推定行使股東權利之人」，得未經其他繼承人同意，單獨出席股東會行使表決權？

針對上開問題，最高法院 104 年度台上字第 2414 號判決，具有參考價值。

關於第一項問題，原審法院認為：民法第 1152 條既然規定「得由繼承人中互推一人管理之」，可見須經「全體繼承人同意」，始符「互推」之規定。

對此，最高法院有不同意見。最高法院認為：公司共有遺產，固得由繼承人中互推一人管理之，該互推方式，依民法第 828 條第 2 項準用第 820 條第 1 項規定，採多數決方式行之即可。

關於第二項問題，原審法院認為：公司共有物之處分及其他權利行使，除法律另有規定外，應得公司共有人全體同意，為民法第 828 條第 3 項所明定，股東依其股東權出席股東會，乃股東為參與公司管理、營運目的而行使股東的共益權，非僅為股東權的保存、改良及用益之管理行為，故公司共有股份的股東出席股東會，係就公司共有財產權的權利行使行為，依民法第 828 條第 3 項規定，應經公司共有人全體同意，始得為之。

對此，最高法院基本上亦持相同見解。最高法院指出：依民法第 1152 條規定互推的遺產管理人，僅得就遺產為保存、改良、利用等管理行為，如就公司共有遺產為處分或其他權利之行使者，仍應適用民法第 828 條第 3 項規定，須得公司共有人即繼承人全體同意，始得為之。公司共有股份之股東，為行使股東的共益權而出席股東會，係屬「行使權利」而非「管理行為」，自無民法第 828 條第 2 項準用第 820 條第 1 項規定的適用，亦不得逕由依民法第 1152 條規定所推選的遺產管理人為之。就此權利行使，公司法第 160 條第 1 項固規定應由公司共有人推定一人為之，惟既係為行使公司共有股東權所為推選，自應得公司共有人全體同意，俾符民法第 828 條第 3 項之規定，倘未經全體公司共有人同意推選之人，即不得合法行使股東權。

## 肆、結 論

整體而言，2015 年民事實體法「立法活動」，以消費者保護法與金融消費者保護法二種民事特別法的修正，較為重要。民法總則編、親屬編及繼承編部分條文的修正，分別涉及死亡宣告、成年監護、遺產管理人及遺囑執行人報酬等個別條文規定修正，未見立法政策重大更易。

相較之下，民事實體法「司法活動」，仍如往年一般，案例多元豐富，問題層出不窮，見解不斷演進，饒富啟發價值。其中，實際主導司法實務發

展者，仍以最高法院裁判為主。2015 年最高法院裁判中，物權法、身分法領域裁判，數量不多，反觀民法總論、債法領域裁判，數量龐大，見解多樣，廣泛牽涉各次領域重要議題，實質影響人民日常生活權利義務，具體反映私法關係正義理念變遷。其中最值得注意的司法實務發展，諸如表見代理、消滅時效制度、權利行使原則、情事變更原則、不當得利類型化與準用規定、共同共有債權行使、事實上夫妻等，均是在現行法基礎上，針對社會變遷需要，繼續從事司法造法與具體落實法律政策工作，對我國民事財產法制成長發展，卓著貢獻。





## **Developments in the Law in 2015: Civil Law**

*Chung-Wu Chen*<sup>\*</sup>

### **Abstract**

This article is to review and examine the major development of Taiwanese civil law in 2015, mainly focusing on the legislative amendments and judicial practices. Generally, the legislative activities were not alive. By contrast, the courts energetically proposed many creative opinions in order to cater to the social changes. The amendments of the Civil Code concerned Part I General Principles, Part IV Family and Part V Succession. Some few articles were modified but they did not substantially involve any important policy reconsideration. Conversely, the judicial practices, especially the Supreme Court judgments, made a considerable number of inspiring and influential decisions concerning diverse issues of civil law. The main issues dealt with by the Court concerned as followed: apparent authority, extinctive prescription, abuse of rights or principle of good faith, impracticability or frustration of purpose, unjust enrichment, ownership-in-common, de facto spouse etc. From these decisions, the Court demonstrated how they adapted to the changing needs of transitional society.

**Keywords:** amendment on Civil Code Part I General Principles, amendment on Civil Code Part IV Family, amendment on Civil Code Part V Succession, apparent authority, extinctive prescription, abuse of rights or principle of good faith, impracticability or frustration of purpose, unjust enrichment, ownership-in-common, de facto spouse

---

<sup>\*</sup> Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.  
E-mail: chungwu@ntu.edu.tw