

## 2011 年民事法發展回顧

陳忠五<sup>\*</sup>

### 〈摘要〉

本文以 2011 年度我國民事實體法發展為論述對象。2011 年民事實體法「立法活動」，不算活躍。近年來民法各編頻仍修正工作，暫時停止，未見任何再修正。民事特別法的修正，數量有限。以「金融消費者保護法」、「土地法」、「兒童及少年福利與權益保障法」的制定或修正為主。惟此等修正，未見重大立法政策或制度變革，亦未變動重要原則性規定。

相較之下，民事實體法「司法活動」，相當豐富。其中，實際主導司法實務發展者，仍以數量龐大的最高法院裁判為主。2011 年最高法院裁判，身分法領域裁判，數量不多，其在理論形成或實務應用上特別值得討論者，更屬少數。反觀財產法領域裁判，數量龐大，見解多樣，廣泛牽涉各次領域重要議題。其中最值得注意的司法實務發展，諸如消滅時效制度的演變、權利濫用禁止原則的適用、誠實信用原則與權利失效理論及契約相對性的關係、契約上附隨義務的發展、租賃契約實務問題的闡述、僱用人責任的建構、優先購買權制度的運作等，可謂是在現行法基礎上，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的工作。

關鍵詞：祭祀公業、姓名權、契約標的之確定、表見代理、消滅時效、權利濫用禁止、誠實信用、權利失效理論、契約相對性、定型化契約、附隨義務、租賃、人事保證、借名登記、損害、過失、僱用人責任、事業經營者責任、侵害身分法益、過失相抵、物上請求權、善意受讓、優先購買權

---

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

• 責任校對：高健祐、王柏硯。

◆ 目 次 ◆

- 壹、前言
- 貳、民法一般理論
  - 一、祭祀公業
  - 二、人格權保護
  - 三、法律行為
  - 四、消滅時效
  - 五、權利行使原則
- 參、債法
  - 一、契約法
  - 二、民事責任法
- 肆、物權法
  - 一、物權總論
  - 二、物權各論
- 伍、結論

壹、前 言

本文論述範圍，以「2011 年度」我國民事實體法實務發展為對象。整體而言，2011 年民事實體法「立法活動」，並不活躍。雖然，自 1990 年代中期以後，我國民法典進入全面現代化時期。民法各編規定，先後陸續檢討修正<sup>1</sup>。就其修正次數、修正規模或修正內容而言，已然重大改變傳統民法

---

<sup>1</sup> 1990 年後民法各編修正工作，臚列如下：總則編 2008 年 5 月 23 日修正；債編 1999 年 4 月 21 日、2000 年 4 月 26 日、2009 年 12 月 30 日、2010 年 5 月 26 日先後修正；物權編 1995 年 1 月 16 日、2007 年 3 月 28 日、2009 年 1 月 23 日、2010 年 2

典實質容貌。然而，自 2010 年債編、物權編、親屬編分別修正後<sup>2</sup>，頻仍的民法修正工作，於 2011 年暫時停止，未見任何再修正。

民法典之外，2011 年民事特別法的修正，數量亦屬有限。其重點，以「金融消費者保護法」、「土地法」、「兒童及少年福利與權益保障法」的制定或修正為主。

其中，「金融消費者保護法」2011 年 6 月 29 日的制定，最值得矚目<sup>3</sup>。該法在既有消費者保護法之外，針對金融消費者與金融服務業者間因提供金融商品或服務所生民事爭議，另立專法規範，目的在加強保護金融消費者權益，公平合理有效解決金融消費爭議，增進金融消費者對市場信心，並促進金融市場健全發展。該法規範重點有二：其一，「金融消費契約權利義務關係」；其二，「金融消費紛爭解決機制」。前者（金融消費契約權利義務關係部分），屬實體法範圍，條文不多（第 6 條至第 11 條），法規目的表面上在「保護金融消費者權益」，惟觀其實質內容，不是既有法條規定意旨的重申<sup>4</sup>，就是確認或宣示消費者契約或一般契約法理或民事責任法上本已存

---

月 3 日先後修正；親屬編 1996 年 9 月 25 日、1998 年 6 月 17 日、1999 年 4 月 21 日、2000 年 1 月 19 日、2002 年 6 月 26 日、2007 年 5 月 23 日、2008 年 1 月 9 日、2008 年 5 月 23 日、2009 年 4 月 29 日、2009 年 12 月 30 日、2010 年 1 月 27 日、2010 年 5 月 19 日先後修正；繼承編 2008 年 1 月 2 日、2009 年 6 月 10 日、2009 年 12 月 30 日先後修正。

<sup>2</sup> 詳請參閱陳忠五（2011），〈2010 年民事法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊，頁 1702-1726。

<sup>3</sup> 該法全文計 33 條，依行政院命令，自 2011 年 12 月 30 日開始施行。

<sup>4</sup> 例如：該法第 6 條關於該法所定金融服務業對金融消費者責任不得預先約定限制或免除，違反者該部分約定無效的規定，現行消費者保護法第 10 條之 1 及第 16 條，已有類似規定；該法第 7 條第 1、2 項關於金融服務業與金融消費者訂立契約應本公平合理、平等互惠及誠信原則，其契約條款顯失公平者無效，及契約條款有疑義時應為有利於金融消費者解釋的規定，現行消費者保護法第 11 條、第 12 條第 1 項、保險法第 54 條第 2 項、第 54 條之 1 及民法第 247 條之 1，已有類似規定；該法第 7 條第 3 項關於金融服務業提供金融商品或服務，應盡善良管理人注意義務的規定，不但現行信託業法第 22 條、證券投資信託及顧問法第 7 條第 1 項等，已有類似規定，其實此一規定，不外契約法或民法一般原則的宣示而已；該法第 8 條關於金融服務業廣告及其他業務招攬或促銷活動不得有虛偽、詐欺、隱匿或其他足致他人誤信情事，並應確保廣告內容真實，其對金融消費者所負擔義

在的原則<sup>5</sup>，並無太多新意。而一些金融消費契約有待規範事項，卻仍付諸闕如<sup>6</sup>。因而，該法真正規範重點，應在於後者（金融消費紛爭解決機制部分）。此一部分，屬程序法範圍，自第 13 條至第 32 條，條文眾多，均圍繞在此一新增的訴訟外紛爭解決機制上，規範金融消費爭議處理機構的設置、組織、業務，以及金融消費爭議申訴、評議、調處、法院核可等程序事項。其立法本意，顯然在建立以「評議」為核心的紛爭解決機制，藉由公平合理、

---

務不得低於廣告內容及業務招攬或促銷活動時對金融消費者所提示資料或說明的規定，現行消費者保護法第 22 條，已有類似規定。

<sup>5</sup> 例如：該法第 9 條關於金融服務業與金融消費者訂立金融商品或服務契約前，應充分瞭解金融消費者相關資料，以確保該商品或服務對金融消費者適合度的規定，其實，現行法規範架構下，基於「消費者保護目的」或「誠實信用原則」，亦可能導出類似的「金融風險評估與管理義務」；該法第 10 條關於金融服務業與金融消費者訂立金融商品或服務契約前，應以金融消費者能充分瞭解方式，向金融消費者充分說明該金融商品、服務及契約重要內容，並充分揭露其風險的規定，同樣的，現行法規範架構下，基於「消費者保護目的」或「誠實信用原則」，亦可能導出類似的「契約內容充分告知說明義務」及「金融風險充分揭露義務」；該法第 11 條關於金融服務業違反第 9、10 條規定，致金融消費者受有損害者，原則上應負損害賠償責任，但金融服務業證明損害發生非因其未充分瞭解金融消費者商品或服務適合度或非因其未說明、說明不實、錯誤或未充分揭露風險事項所致者，不在此限的規定，其立法理由雖然指出本條規定屬金融服務業「無過失責任」的規定，但實際適用上是否確屬如此，仍有疑問，而如能妥適解釋適用民法第 227 條、第 245 條之 1、第 544 條，甚至民法第 184 條等規定，亦可能導出類似的損害賠償責任。

<sup>6</sup> 例如，該法第 9、10 條關於金融風險評估與管理義務、契約內容充分告知說明義務及金融風險充分揭露義務，法條規定僅適用於金融商品或服務契約「訂立前」，而不及於「履約中」，尚有缺漏。鑑於金融商品或服務契約係一種基於特殊信賴關係所生的繼續性契約關係，金融服務業對金融消費者所負之義務，不應僅限於該法第 7 條第 3 項所規定的「善良管理人注意義務」、該法第 8 條所規定的「確保金融商品或服務廣告及其他業務招攬或促銷活動內容真實義務」、該法第 9 條所規定的「金融風險評估與管理義務」、該法第 10 條所規定的「契約內容充分告知說明義務」及「金融風險充分揭露義務」等，尚應包括其他契約履行過程中，隨著金融商品或服務市場風險因素變化，諸如「定期提供各種資訊」（商品市場價值、財務或會計報告等）、「定期檢視評估」、「積極提供風險管控建議」等義務在內。

迅速有效、專業考量的程序運作，提供金融消費者另一種紛爭解決途徑。有鑑於此，本文不擬針對該法作進一步的分析評論<sup>7</sup>。

此外，「兒童及少年福利與權益保障法」2011 年 11 月 30 日的大幅修正，亦值得注意<sup>8</sup>。該法修正與民事法密切相關者，在該法第二章「身分權益」中有關兒童及少年收養、出養的規定。例如，建立收出養強制媒合服務制度<sup>9</sup>、國內收養人優先原則<sup>10</sup>、法院認可收養的程序要件與職權措施<sup>11</sup>等。

<sup>7</sup> 關於「金融消費者保護法」2011 年制定的分析評論，參閱：郭大維（2012），〈金融消費爭議解決機制之研究：我國法與英國法之比較〉，《中正財經法學》，4 期，頁 47-86；陳洸岳（2011），〈金融消費者保護法下業者損害賠償責任初探〉，《月旦法學雜誌》，199 期，頁 5-25；林育廷（2011），〈新金融爭端的有效解決：替代性金融爭端解決機制之過去、現在與未來〉，《月旦法學雜誌》，199 期，頁 26-40；楊麗萍（2011），〈金融消費者保護之新里程：金融消費者保護法簡介〉，《存款保險資訊季刊》，24 卷 4 期，頁 1-40；王文宇（2011），〈金融法發展專題回顧：國際視野與本土反思（01.2000-06.2010）〉，《臺大法學論叢》，40 卷特刊，頁 1975-1990；王志誠（2011），〈金融行銷之控制及法制變革：金融消費者保護法之適用及解釋〉，《萬國法律》，179 期，頁 2-10；李智仁（2011），〈金融商品之監理趨勢與消費者保護〉，《萬國法律》，179 期，頁 11-22；蔡永泰（2011），〈淺論金融消費者保護法之評議程序：以當事人合意要件為中心〉，《存款保險資訊季刊》，24 卷 3 期，頁 115-127。關於該法解釋適用問題，另參閱林繼恆（2012），《金融消費者保護法之理論與實務》，台北：新學林。

<sup>8</sup> 本法於 2003 年 5 月 28 日制定公布時，原名「兒童及少年福利法」（將「兒童福利法」及「少年福利法」合併修正為本法），其後歷經多次修正，2011 年 11 月 30 日修正公布全文，計 118 條，並更改名稱為「兒童及少年福利與權益保障法」。新法除第 15-17、29、76、87、88、116 條條文，自公布六個月後施行，第 25、26、90 條條文，自公布三年後施行外，其餘條文自公布日施行。

<sup>9</sup> 該法第 16 條第 1 項規定，兒童及少年出養時，原則上強制父母或監護人應委託經主管機關許可之收出養媒合服務者代覓適當收養人。同條第 2 項規定，收出養媒合服務者接受委託後，應先為出養必要性之訪視調查，並作成評估報告，評估後有出養必要者，應即進行收養人之評估，並提供適當之輔導及協助等收出養服務相關措施，經評估不宜出養者，應即提供或轉介相關福利服務。惟該法第 16 條第 1 項但書另規定，強制媒合服務制度，於特定親屬間的收出養，有例外，其情形有二：一、旁系血親在六親等以內及旁系姻親在五親等以內，輩分相當；二、夫妻之一方收養他方子女。

<sup>10</sup> 該法第 16 條第 3 項規定，收養人以國內收養人優先收養為原則。

<sup>11</sup> 該法第 17 條第 1 項規定，聲請法院認可兒童及少年之收養，原則上應檢附收出養媒合服務者之收出養評估報告，未檢附者，法院應定期間命其補正，逾期不補



此等修正規定，多屬收出養程序性規定，未改變其實體法律關係。而該法真正修正重點，絕大多數係涉及兒童及少年福利措施及權益保障的行政管制規定，諸如：主管機關及目的事業主管機關間，就兒童及少年福利業務及權益保障事項的權責劃分與協調配合；無戶籍、無國籍或未取得居留、定居許可的兒童及少年，在社會福利服務、醫療照顧或就學權益事項上的保障；居家式托育服務納入登記，予以管理、監督及輔導；加強兒童及少年教育就學、文化休閒、交通安全、勞動就業、社會參與及其他身心健全發展等權益的保護；增列村里幹事為責任通報人；新增問題家庭兒童及少年通報、訪視評估及提供相關協助制度等。有鑑於此，該法修正，亦不在本文進一步分析評論範圍<sup>12</sup>。

至於土地法 2011 年 6 月 15 日修正，幅度不大，僅涉及少數條文<sup>13</sup>。其修正重點，乃鑑於「不在地主」此一概念已不合時宜，且造成不合理差別待遇，違反平等原則，因而刪除有關「不在地主」定義、得徵收其土地、地價稅得由承租人代付及加徵地價稅的規定。而該法第 34 條之 1 的修正，不過係為配合民法物權編修正刪除永佃權規定，代之以農育權規定，且將地役權名稱改為不動產役權，所作文字配合調整而已。鑑於此次修正，並未牽涉重要原則性規定的變動，尚無進一步分析評論的必要。

---

正者，應不予受理。同條第 2 項至第 4 項規定，法院認可兒童及少年之收養前，得採行下列措施，供決定認可之參考，收養人或收養事件之利害關係人亦得提出相關資料或證據，供法院斟酌：一、命直轄市、縣（市）主管機關、兒童及少年福利機構、其他適當之團體或專業人員進行訪視，提出訪視報告及建議；訪視者應評估出養之必要性，並給予必要之協助，其無出養之必要者，應建議法院不為收養之認可；二、命收養人與兒童及少年先行共同生活一段期間；共同生活期間，對於兒童及少年權利義務之行使或負擔，由收養人為之；三、命收養人接受親職準備教育課程、精神鑑定、藥、酒癮檢測或其他維護兒童及少年最佳利益之必要事項；其費用，由收養人自行負擔；四、命直轄市、縣（市）主管機關調查被遺棄兒童及少年身分資料。

<sup>12</sup> 關於「兒童及少年福利與權益保障法」2011 年修正的分析評論，參閱：施慧玲、陳竹上（2012），〈「兒童及少年福利與權益保障法」評析〉，《月旦法學雜誌》，203 期，頁 23-32。

<sup>13</sup> 本次修正，計修正第 34-1、172 條，並刪除第 8、34、175 條。

雖然，2011 年民事實體法立法活動，不算活躍，但民事實體法「司法活動」，一如以往，相當豐富。其中，未見直接與民事實體法有關的大法官解釋。近年來，最高法院判例新增、判例異動或最新決議，數量明顯減少。實際主導司法實務發展者，當屬數量龐大的最高法院裁判。因此，本文擬以「最高法院 100 年度裁判」為核心，依據民事實體法各次領域重要議題，整理分析最高法院一些指標性裁判中所涉及的問題或見解，在理論形成或實務應用上的意義或價值<sup>14</sup>。

## 貳、民法一般理論

### 一、祭祀公業

民法第一條雖然規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」，然而，直接依據「習慣」解決民事法律問題者，事例並不普遍。其中，當以「祭祀公業」法律問題，最具代表性。最高法院歷年來有關祭祀公業法律問題所累積的眾多判例、決議或裁判，儼然已經獨立形成一個依習慣所建構而成的祭祀公業實定法體系，對於觀察研究「習慣」在民事法源論上的角色或地位，具有指標性意義。

2007 年 12 月 12 日制定公布、2008 年 7 月 1 日開始施行的「祭祀公業條例」，試圖藉由派下員的認定、公業財產的申報及處理、規約的訂定或變更、管理人或監察人的設置、祭祀公業法人的登記及監督等，規範祭祀公業各種可能發生的法律問題。該條例施行未久，其是否足以充分預防或合理解決祭祀公業法律問題，尚待觀察。然而不容否認者，祭祀公業相關糾紛，目前仍是實務上重要的案件類型之一。最高法院依習慣所建構的祭祀公業實定

---

<sup>14</sup> 由於筆者長期篩選各類實務見解，固定刊登於《台灣法學雜誌》「民事類實務見解」專欄，並撰寫導讀，且自 2011 年 9 月起，於該雜誌「財產法裁判評釋」專欄，定期撰寫判決評釋，因而本文以下整理分析的實務見解，多取材自該雜誌二個專欄，並再加精選、簡化或修飾文字，補充論述或參考資料。

法體系，仍是解決祭祀公業法律問題的重要規範依據。最高法院 100 年度台上字第 604 號判決，可資說明。

土地法第 34 條之 1 第 1 項規定：「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算」。問題是，尚未取得法人資格的祭祀公業名下所有土地，屬全體派下員共同共有，其處分，在欠缺公業規約另有規定情形下，是否得不經派下員全體同意，而依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定，以派下員過半數及其派下權比率合計過半數之同意，或以派下權比率合計逾三分之二之同意為之？

此項問題，由於土地法第 34 條之 1 第 5 項已經明文規定：「前四項規定，於共同共有準用之」，顯然應採「肯定見解」。最高法院 100 年度台上字第 604 號判決中，最高法院贊同原審法院見解，認為於此情形，依土地法第 34 條之 1 第 5 項規定準用同條第 1 項規定結果，應以派下員過半數及其「潛在應有部分」（派下權比率）合計過半數之同意為之，但其「潛在應有部分」合計逾三分之二者，其人數可不予計算。

然而，祭祀公業名下所有土地處分後所得價金，如欲分配於各派下員取得，在欠缺公業規約另行規定情形下，是否亦得比照土地法第 34 條之 1 第 1 項規定程序辦理？或應適用民法第 828 條第 3 項關於「共同共有物處分及其他權利行使，應得共同共有人全體同意」原則，必須經派下員全體同意，始得為之？

針對此項問題，上開最高法院判決中，最高法院與原審法院見解一致，值得注意。其指出：祭祀公業財產之處分，除依共同關係所由規定之法律或契約另有約定者外，應得全體共同共有人同意為之，是以祭祀公業之祀產如非土地，其處分即無土地法第 34 條之 1 的適用，除規約另有規定，或另有習慣可認該祭祀公業派下有以此為契約內容之意思外，應得全體共同共有人同意為之，因而祭祀公業名下所有土地處分後所得價金，仍屬祭祀公業祀產，即派下員共同共有關係應繼續存在於該讓與後之對價，並非當然應分配予各派下員所有，是就該價款的使用、分配，自屬處分行為，除依共同關係



所由規定之法律或契約另有約定者外，應得全體公司共有人同意為之。

## 二、人格權保護

歐陸傳統民法典，欠缺保護「人格權」專編或專章，乃其共通特色。我國民法，亦不例外。人格權保護規定，條文數量不多，零星分散各處，規範內容亦不豐富，多屬抽象原則性規定或權利侵害時的救濟性規定。人格權保護體系的形成，有待學說與實務共同發展。

關於人格權保護，民法第 18 條規定：「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（第一項）。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金（第二項）」。<sup>15</sup>本條規定的「人格權」，當然包括「姓名權」在內。「姓名權」作為「人格權」一種，於被侵害時，被害人原得依民法第 18 條規定請求救濟。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」，不過確認、重申前條規定意旨而已，並無獨立規範功能。現行民法分列二條，立法政策上是否確有必要，不但值得懷疑，反而滋生疑義<sup>15</sup>。

所謂「姓名」，應從廣義解釋，除自然人的姓、名、筆名、藝名或字號外，尚包括「法人、非法人團體或商號名稱」在內<sup>16</sup>。從而，公司使用的商標或名稱，如與他公司名稱相同或類似，即可能構成姓名權侵害。關鍵在於，以他公司相同或類似名稱作為自己公司商標或名稱，於何種要件下，始構成

<sup>15</sup> 例如，民法第 18 條第 1 項後段規定，人格權有受侵害之虞時，得請求防止之，民法第 19 條則未規定，致發生以下疑問：姓名權有受侵害之虞時，是否亦得請求防止之？再如，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，民法第 19 條僅規定，姓名權受侵害者，得請求損害賠償，致發生以下疑問：民法第 19 條規定是否為民法第 18 條第 2 項所稱「法律有特別規定」？被害人除請求損害賠償外，是否另得請求「慰撫金」？被害人請求損害賠償時，是否必須具備民法第 184 條侵權責任要件，尤其是其中的故意或過失？

<sup>16</sup> 參閱王澤鑑（2012），《人格權法》，頁 137-139，台北：自刊；王澤鑑（2009）《侵權行為法》，頁 150，台北：自刊；王澤鑑（2009），《民法總則》，修訂版，頁 144，台北：自刊。另參照司法院釋字第 486 號解釋（非法人團體名稱，亦為商標法保護對象，未得該團體同意，不得以該團體名稱作為商標圖樣申請註冊）。

姓名權侵害？最高法院 100 年度台上字第 787 號判決，具有指標性意義，值得重視。

本號判決所涉事實及問題如下：「東森不動產仲介經紀有限公司」（簡稱東森公司），係經營不動產仲介經紀及代銷業務的公司。另有「東森建業不動產仲介經紀股份有限公司」（簡稱東森建業公司），曾使用「東森」二字，經營不動產仲介經紀業務，與東森公司名稱特取部分完全相同，經法院判決東森建業公司不得使用「東森」二字作為公司名稱確定。東森建業公司嗣後乃更名為「東誠國際仲介經紀股份有限公司」（簡稱東誠公司）。惟東誠公司在前揭訴訟繫屬中，向經濟部智慧財產局申請註冊登記，取得「東森房屋等字及圖樣」商標權，使用於該公司加盟店招牌上。東森公司乃以東誠公司使用上開「東森房屋等字及圖樣」，與其公司名稱特取部分相同，造成一般人混淆誤認，侵害其「姓名權」為由，依民法第 19 條規定，另案訴請東誠公司不得使用「東森房屋等字及圖樣」作為其商標或招牌名稱內容及使用於任何廣告文宣上。

東誠公司則抗辯：其以「東森房屋等字及圖樣」申請註冊登記取得商標權，該等字樣如與東森公司名稱相同，有致公眾混淆誤認之虞者，東森公司自得依商標法相關規定提出異議或聲請評定，請求撤銷其商標註冊，而東森公司亦曾以東誠公司使用上開商標結果，侵害其公司名稱，向智慧財產局申請廢止該商標註冊登記，該案迭經處分申請不成立、訴願駁回及敗訴判決確定，茲商標法就商標與姓名權之衝突既然已有特別規定，自應排除民法第 19 條規定之適用。

原審法院認為：東誠公司取得系爭商標權，既未經廢止其註冊登記而失效，則其以系爭商標使用在其招牌與廣告文宣上，為合法行使權利，無侵害東森公司姓名權可言，東森公司依民法第 19 條規定，請求東誠公司不得使用系爭商標，洵屬無據。

對此，最高法院有不同意見。最高法院認為：商標法規定，重在保護商標，而非保護他人姓名權，商標法非就一般人或法人姓名權受侵害所設之特別規定，而具有排除民法規定之適用，故商標法就商標專用權之取得雖採註

冊登記主義，但於登記之商標與他人已註冊之名稱相同的情形，如係故意造成第三人混淆，而以他公司已註冊名稱辦理商標權註冊登記，經營與他公司相同業務，他公司縱不能依商標法規定請求救濟，惟基於誠信原則，他公司姓名權仍應受保護，自非不得依民法第 19 條及第 184 條第 1 項後段侵權行為規定，請求排除侵害及賠償損害，本件東誠公司搶先辦理系爭商標註冊登記，有無侵害東森公司姓名權之故意？系爭商標中「東森」二字與東森公司特取名稱是否相同？東誠公司使用系爭商標表彰商品及服務，是否足使第三人發生混淆誤認而損害東森公司姓名及聲譽？均待查明澄清，以資判斷東誠公司應否負侵權行為責任。

最高法院上開見解，可分二點說明之<sup>17</sup>：

第一，最高法院認為，（2011 年 6 月 29 日修正公布、2012 年 7 月 1 日開始施行前）商標法第 23 條第 1 項第 15 款、第 16 款有關以他人姓名或公司名稱作為商標內容的規定，並非民法保護姓名權的特別規定，不當然具有排除民法規定適用的效力。此項見解，旨在平衡兼顧市場公平競爭秩序、消費者權益與姓名權保護，應可贊同。蓋商標法規定目的，重在避免相關公眾或消費者對商品或服務來源產生混淆誤認，不專在保護姓名權，解釋上，不宜經由「特別規定優先於普通規定」的法律適用原則，以商標法規定排除民法規定。否則，行使有效存在的商標權，如果絕對不可能構成侵害姓名權或其他人格權，姓名權或人格權的保護，將嚴重倒退！

第二，有疑義者，民法第 19 條（或第 18 條第 1 項）有關姓名權被侵害時得請求除去侵害的規定，其適用，並不以侵害行為人具有「故意」或「過失」為必要，何以最高法院此處刻意強調行為人「故意」造成第三人混淆或侵害姓名權之「故意」？而姓名權作為一種「權利」，其侵害，應有民法第 184 條第 1 項前段規定的適用，只要行為人具有「故意」或「過失」，即足以成立損害賠償責任，何以最高法院此處僅引用民法第 184 條第 1 項「後段」規定，強調「故意」以背於善良風俗方法，侵害他人姓名權？令人不解。

<sup>17</sup> 詳請參閱陳忠五（2012），〈商標權行使與姓名權保護的衝突：最高法院 100 年度台上字第 787 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，201 期，頁 64-74。

事實上，最高法院既然認為，基於「誠信原則」，他公司縱不能依商標法規定請求救濟，其姓名權仍應受保護，則本件重點，應該是東誠公司使用系爭商標行為，從公司法、商標法、公平交易法或民法姓名權保護角度交錯觀察下，侵害行為是否具有「不法性」的問題，而非侵害行為人有無「故意」或「過失」的問題！我國現行法體系下，「行為不法」與「行為人故意或過失」問題，分屬二個不同層次問題。此處又見混淆，論證說理似乎未盡精確。

最高法院既然認為商標法規定非民法特別規定，不當然排除民法規定適用，則本件東誠公司使用系爭商標，表面上係行使其商標專用權，但不能當然認為「合法」行使權利，應進一步審查其行為有無抵觸公司法、公平交易法或民法相關規定所欲建構的規範秩序，以認定其行為是否具有「不法性」！「故意」與否，與民法第 19 條（或第 18 條第 1 項）的適用無關。而姓名權被侵害，無論其為故意或過失，均有民法第 184 條第 1 項前段規定的適用，不必限於「故意」。假設本件東誠公司使用系爭商標行為具有不法性，試問：其若無「故意」，東森公司是否即不得依民法第 19 條（或第 18 條第 1 項）規定，請求除去侵害？其雖無「故意」但具有「過失」，東森公司是否即不得依民法第 184 條第 1 項前段規定，請求損害賠償？凡此，為本件判決留下有待釐清的問題。

### 三、法律行為

#### （一）標的不確定

法律行為生效要件之一，乃其標的必須於訂立時已經確定或嗣後可得確定，該法律行為始生效力。問題是，法律行為訂立時，當事人同意「由第三人確定其標的」時，第三人應如何確定或確定至何種程度，始能認為法律行為「標的可得確定」而生效？

此項問題，過去實務相關案例不多，學說論述亦相當少見。最高法院 100 年度台上字第 2030 號判決，涉及此項問題，可作為討論基礎！

本號判決所涉事實及爭點如下：父親先前召開家族會議，作成「資產分配計畫書」，將其特定資產分配於其四位兒子。該四兄弟嗣後另訂「資產分

配同意書」(下稱同意書)，其上記載：「本人等四兄弟對於父親所屬各方面財產包括高平貿易股份有限公司股權採納戴○○會計師之意見(如附件)，依各所有四分之一權利之分配案同意之。上述同意書，經父親承諾後始生效力」。惟簽立同意書當時，並未附上會計師意見作為附件，會計師係於事後才提出「資產分配調整協議書」與「資產分配調整明細表」作為附件。則此一同意書，是否發生效力？

最高法院認為：法律行為標的於成立時，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。系爭同意書未附上附件，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，則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。乃原審未遑詳求，徒以系爭同意書已載明兄弟四人對於父親所屬各方面財產以各四分之一權利分配，其分配之範圍應已特定云云，遽認系爭同意書已發生效力，亦嫌速斷。

最高法院上開見解，其強調法律行為標的如可能經由各種可得確定方法予以確定者，法律行為即非無效，確實值得贊同。蓋基於「法律行為無效之補充性或最後手段性」原則<sup>18</sup>，如瑕疵具有補正可能性者，非有正當理由或必要，應該避免將法律行為解為「無效」。

<sup>18</sup> 此一原則強調，「無效」乃是法律行為效力瑕疵態樣中，最嚴重的處罰制裁手段，其在某種程度內，固然可發揮一定嚇阻或預防功能（驅使當事人避免訂立具有無效原因的法律行為），但仍有其缺失（限制私法自治或契約自由，違背當事人意志或期待，損及當事人一方、雙方或第三人利益，有害交易安全），並不當然是唯一或最適當的處罰制裁手段，因而除非另有正當理由或必要性，否則具有瑕疵事由的法律行為，如其他民事、行政或刑事制裁方式已經足以適切達到法規範制裁目的時，或瑕疵事由有可能補正時，應該盡量經由立法論或解釋論，避免「無效」情事發生。換言之，「無效」應該僅是扮演「補充」其它處罰制裁手段不足的角色，作為一種最後的、不得已的制裁手段而已。



問題是，最高法院在具體落實此項抽象見解至本件個案時，其論證說理是否妥適，仍有疑問。最高法院既然認為，法律行為之標的得由第三人確定，則系爭同意書已約定由會計師以附件形式提出專業意見作為確定方法，應屬「可得確定」情形，何以最高法院仍質疑系爭同意書是否已確定？

一個可能的解釋或許是：最高法院認為，會計師必須於「訂立同意書當時」已出具專業意見作為附件，始能認為法律行為標的確定。果爾，依最高法院見解，法律行為標的雖然得約定由第三人確定，惟此之「第三人確定」，必須第三人於「法律行為訂立當時」已經確定其內容，始足當之。從而，第三人於「法律行為訂立後」始提出法律行為標的確定的方法或內容，仍不能認為法律行為標的已確定而生效。然而，如此見解，有無理論依據，仍不無檢討餘地。蓋法律行為只要「嗣後可得確定」，即便係「嗣後由第三人確定」，亦屬一種可得確定的方法，似無必要逕行否定其效力！

## （二）違反強行規定

基於「法律行為無效之補充性或最後手段性」原則，法律行為的訂立，雖然違反法律規定，並不當然導致該法律行為無效，仍應視該被違反的法律規定屬性如何而定。某種程度上，法律行為法或契約法的解釋適用問題，即是法律規定屬性的認定問題。法律規定固然可概分為「強行規定」與「任意規定」，然其間如何區別，不外即是法律解釋適用的基本課題！最高法院 100 年度台上字第 481 號判決，涉及此項問題，具有參考價值。

民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限」。問題是，政府採購法第 19 條規定，機關辦理採購，除符合特定情形得採取選擇性招標或限制性招標外（政府採購法第 20 條、第 22 條），應公開招標，而機關如未依政府採購法相關規定，擅自以限制性招標方式，辦理勞務採購，與民間業者訂立「國有土地委託經營管理契約」，此一契約，是否違反法律強制或禁止規定而「無效」？

問題關鍵，在於應適用民法第 71 條本文規定或但書規定？最高法院 100 年度台上字第 481 號判決中，原審法院認為，政府採購法招標方式規定，屬

「強制規定」，違反者，依民法第 71 條規定，採購契約自屬無效。

惟最高法院認為，政府採購法未就政府機關立於私法主體地位從事私經濟行政（國庫行政）之行政輔助行為而訂定之「私法行為」，其效力是否因此受影響，設其明文，權衡該法所規範目的保護之法益與該私法行為本身涉及交易安全、信賴保護之法益，應認政府採購法之性質，係行政機關內部監督規範，為行政機關辦理採購時的「取締規定」，而非「效力規定」，縱採購機關未依該法規定辦理採購，僅生該機關首長或採購人員之行政責任，尚不影響政府機關依民事法規締結採購契約之效力。

### （三）表見代理

代理人為代理行為，無論其為有權代理或無權代理，均必須以其所為行為，屬「得代理的行為」為前提。表見代理屬於一種「無權代理」，其成立，當然亦以代理人所為代理行為，係屬依法「得代理的行為」為限。最高法院 55 年台上字第 1054 號判例謂：「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，不得為意思表示以外之行為，故不法行為及事實行為不僅不得成立代理，且亦不得成立表見代理」。此一判例見解，毋寧係屬當然。不法行為既然不得代理，當然不生有權代理或無權代理問題，亦不生是否成立表見代理問題。

問題在於，上開判例所涉法律爭點，正是「表見代理」是否成立。而上開判例意旨，係針對「表見代理」所作論述。影響所及，最高法院多年來不少裁判，均直接援用上開判例，一再明確指出：不法行為不得成立表見代理<sup>19</sup>。

然而，何謂「不法行為不得成立表見代理」？是否意指任何無權代理行為，只要牽涉不法侵權或犯罪行為，即當然不構成表見代理，本人無須負授

---

<sup>19</sup> 最高法院近年判決，參閱：97 年度台上字第 2365 號判決；96 年度台上字第 2425 號判決；95 年度台上字第 1694 號判決；91 年度台上字第 2325 號判決；90 年度台上字第 1448 號判決；90 年度台上字第 928 號判決；89 年度台上字第 2605 號判決；89 年度台上字第 1116 號判決。

權人責任？最高法院不少裁判，確實引發類此疑問，有待釐清。最高法院 100 年度台上字第 1827 號與台簡上字第 4 號二則判決，與此問題有關，值得比較參照。

該二則判決均涉及無權代理人違背或濫用其職務，盜蓋本人所交付印章，以本人名義訂立契約或簽發支票，其後善意不知情的相對人，是否得依表見代理規定，主張本人應負契約責任或票據責任的問題。

最高法院 100 年度台上字第 1827 號判決中，原審法院即援用上開判例見解，以「盜蓋印章簽署契約文件，屬不法行為而應負刑事詐欺或偽造文書罪責」為由，認為無成立表見代理餘地。

針對此點，最高法院雖然並未有所指摘，惟此一論證過程，隱含嚴重誤解，將「代理人為代理行為時的不法行為」與「代理行為本身」，混為一談。盜蓋印章行為，固屬「不法」，不得代理，當然亦不得成立表見代理。契約訂立本身，並無任何「不法」，得為代理，於表見代理構成要件具備時，當然可能成立表見代理。混為一談的結果，代理人無代理權以本人名義為「得代理的行為」時，即便另涉及其他不法行為，法院往往不再審查表見代理構成要件是否具備，而逕以「不法行為不得成立表見代理」為由，否定表見代理成立。如此一來，無異架空表見代理構成要件的規範功能，破壞其作為調合代理關係中本人與相對人利益衝突的控制機能，實有不妥<sup>20</sup>。

值得注意者，最高法院 100 年度台簡上字第 4 號判決，釐清相關誤解，極具參考價值。最高法院指出：「所謂不法行為不得成立表見代理，係指不法行為之本身而言，非謂所有無權代理之法律行為不得成立表見代理。莊○玲盜蓋上訴人印章之行為雖屬不法，該盜蓋行為固不得成立表見代理，惟其以上訴人名義簽發系爭支票借款之行為係法律行為，並無不得成立表見代理

<sup>20</sup> 對相關實務見解的質疑，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 41-44；吳從周（2010），〈「不法行為不成立表見代理」？：最高院九八台上一九五九〉，《台灣法學雜誌》，158 期，頁 159-164；詹森林（2007），〈民事法理與判決研究（五）〉，頁 132-141，台北：元照；劉昭辰（2007），〈「不法行為」不能代理？〉，《台灣法學雜誌》，92 期，頁 240-242。

之問題。原判決係以上訴人使莊○玲保管其支票，並可接觸上訴人公司大、小章，及莊○玲曾持上訴人為發票人之支票向被上訴人調現，並已兌現等情，認上訴人之行為已足使被上訴人相信莊○玲有持系爭支票向被上訴人調現之權限，上訴人應負表見代理之授權人責任，並不違背法令。上訴意旨謂莊○玲盜蓋印章簽發系爭本票為不法行為，不得成立表見代理等語，不無誤會」<sup>21</sup>。

事實上，上開二則判決中，無論是訂立契約或簽發支票，均屬「得代理的行為」，均有可能成立表見代理。至於表見代理是否實際成立，端視其構成要件是否具備而定。尤其是，單純持有他人交託印章，在無其他權限表徵事實的情形下，是否足以構成「代理權存在」的權限外觀，才是真正值得討論的重點<sup>22</sup>！

#### 四、消滅時效

消滅時效制度，實務案例向來眾多，惟一直不是學說研究重點，多年來亦未見立法政策重大變動。全盤性制度檢討改革，有待來日。2011 年最高法院裁判中，涉及消滅時效問題者，不在少數。舉其重要者，可分為「短期消滅時效期間」與「消滅時效期間起算點」二種類型。

##### （一）短期時效期間<sup>23</sup>

##### 1. 承攬人的報酬請求權

<sup>21</sup> 類似見解，另參閱最高法院 95 年度台上字第 1027 號判決。

<sup>22</sup> 實務見解，以最高法院 70 年台上字第 657 號判例為代表，採取「否定見解」。相關評論，參閱陳忠五，前揭註 20，頁 48-49；劉春堂（2008），〈持有他人印章與表見代理之成立：簡評最高法院九七年台上字第五二號判決〉，《台灣法學雜誌》，112 期，頁 183-190；吳瑾瑜（2010），〈淺談民法第一六九條代理權存在外觀之認定：由最高法院九八年度臺上字第一九五九號判決觀察〉，《台灣法學雜誌》，155 期，頁 180-187。

<sup>23</sup> 一般性論述，參閱黃立（2001），〈檢視短期消滅時效的問題：兼論最高法院 88 年度台上字第 156 號及 89 年度台上字第 831 號民事判決〉，《政大法學評論》，67 期，頁 113-141。

民法第 127 條第 7 款規定，承攬人報酬請求權，因「二年」間不行使而消滅。關於本款規定的解釋適用，最高法院 100 年度台上字第 1344 號判決與第 453 號判決，值得注意。

A. 最高法院 100 年度台上字第 1344 號判決，涉及問題如下：工程承攬契約的承攬人，於施工期間，因地震、颱風來襲及砂石價格飛漲等不可預料因素，造成施工成本大幅增加，乃依民法第 227 條之 2 第 1 項「情事變更原則」規定，聲請法院判命定作人增加給付工程款，業經法院判決定作人應增加給付工程款確定，惟此時承攬人原基於工程承攬契約所得請求給付的工程款請求權，已罹於二年消滅時效期間，則法院判決承攬人得請求增加給付工程款後，此一「增加給付工程款請求權」，是否亦同樣罹於二年消滅時效期間，定作人得提出消滅時效完成抗辯？

此項問題，關鍵在於：「增加給付工程款請求權」與基於工程承攬契約所生的「原工程款請求權」，是否屬「同一請求權」，二者不可分割，應適用相同的消滅時效期間及其起算點？

本號判決中，原審法院採取「肯定見解」。其理由略以：當事人依民法第 227 條之 2 第 1 項為增加給付請求時，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，且其請求之消滅時效起算點，亦應與原來請求之時點相同，不得逾越原有權利之限制，如認增加給付請求之時效自判決確定時起算，容有於原有合約約定給付已逾多年後，當事人猶起訴請求增加給付之情形，恐將影響法律秩序安定性，使兩造關係陷於不確定狀態，應非該條立法原意。

對此，最高法院有不同意見。最高法院提出相當詳盡理由，認為應區別增加給付工程款請求權的「消滅時效期間」與「消滅時效期間起算點」，分別論之。最高法院指出：承攬人依民法第 227 條之 2 情事變更原則規定，請求定作人增加給付承攬報酬，經定作人同意者，乃雙方合意變更契約權利義務關係，該增加給付承攬報酬請求權之時效期間，應依原來給付之性質，即適用民法第 127 條第 7 款所定「二年」之消滅時效期間，其起算時點，並應



自雙方所「約定定作人為增加給付之時點」起算；如定作人不同意者，承攬人聲請法院定增加承攬報酬數額之形成權，固可與給付該新增加數額之請求權，合併為之，且該新增加承攬報酬請求權之消滅時效期間，亦應依原來給付之性質而為「二年」，惟該請求權消滅時效之起算，依民法第 128 條規定，仍應以「法院新增加給付工程款之形成判決確定時」為其起算之時點，始符該形成判決所生形成力之原意，若承攬人於法院為增加給付判決確定前，對定作人為增加給付之請求，僅屬對於定作人為變更契約內容之要約，尚無因此即認其已有請求權可得行使而起算其請求權消滅時效可言。

B. 最高法院 100 年度台上字第 453 號判決，涉及問題如下：承攬契約當事人合意，保留承攬報酬一部分作為保固款（保固保證金），則該保固款返還請求權，是否亦應適用民法第 127 條第 7 款規定，因二年間不行使而罹於消滅時效？

針對此項問題，本號判決中，最高法院贊同原審法院見解，認為當事人合意以承攬報酬一部作為保固款，該款項仍不失「承攬報酬」本質，僅係保留至保固期滿，且未發生保固事由、或保固事由業經承攬人修復，承攬人始可請求定作人給付該部分報酬（保固款），是預留承攬報酬一部作為保固款者，於保固期屆滿且無扣款事由時，該款項返還之請求權，應適用民法第 127 條第 7 款所規定的二年短期時效期間。

## 2. 定作人的損害賠償請求權

民法第 514 條第 1 項規定：「定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅」。本條項規定的「損害賠償請求權」，其「一年短期消滅時效期間」，是否當然排除民法第 125 條所定「一般請求權十五年消滅時效期間」規定的適用<sup>24</sup>？

<sup>24</sup> 相關問題，參閱林誠二（2008），〈因承攬瑕疵所生損害賠償請求權消滅時效之適用問題〉，《月旦法學教室》，66 期，頁 10-11；林誠二（2002），〈定作人瑕疵擔保損害賠償請求權之消滅時效〉，《月旦法學雜誌》，86 期，頁 12-13。

依最高法院近年來見解，係採取「肯定見解」。最高法院一再強調：基於承攬性質及法律安定性，本條項規定的「損害賠償請求權」，乃法律規範秩序上的「特別規定」，應優先於具有「普通規定」性質的不完全給付債務不履行責任或其他一般規定而適用，以免因該等規定的適用，架空立法者在承攬人瑕疵擔保責任規定所設計的特殊規範計畫，因而本條項規定的損害賠償請求權，其「一年短期消滅時效期間」，當然排除民法第 125 條所定「一般請求權十五年消滅時效期間」規定的適用<sup>25</sup>。

然而，最高法院 100 年度台上字第 532 號判決，進一步再作細膩區分，強調應「分別情形而論」，限縮民法第 514 條第 1 項規定適用範圍，值得密切注意。

本號判決涉及問題如下：工程承攬契約中，承攬人完成的工作有瑕疵，定作人於瑕疵發現後近三年，始依合約、投標招標須知補充說明等約定，以違約為由，要求扣款或罰款，於此情形，承攬人是否得依民法第 514 條第 1 項規定，提出消滅時效完成抗辯？

最高法院認為：違約金有「賠償性違約金」及「懲罰性違約金」之分，二者性質及效力各自不同，請求權時效自應視其法律性質而分別適用，系爭合約及投招標說明有關「扣罰」、「應再予罰款」等約定，前者似係約定瑕疵扣款之準據，後者為「應再予罰款」之標準，二者約定之性質究屬賠償性違約金或懲罰性違約金？二者有無不同？違約扣罰之範圍有無重疊？約定有無抵觸？若有，當二者約定不一致時，應以何者為據？均有未明，倘定作人請求所據之約定屬懲罰性違約金，其請求權性質是否仍有民法第 514 條第 1 項短期消滅時效之適用？亦非無疑，乃原審逕謂定作人之違約罰款請求權屬債務不履行損害賠償請求權性質，應適用一年短期時效規定，自嫌速斷。

依據上開見解，最高法院應係認為，民法第 514 條第 1 項有關定作人損害賠償請求權一年短期消滅時效期間的規定，於定作人之違約金請求權有無

---

<sup>25</sup> 參閱：最高法院 96 年度第 8 次民事庭決議（11/27/2007）；最高法院 99 年度台上字第 1794 號判決；最高法院 96 年度台上字第 2622 號判決。

適用，應分別情形而論，違約金請求權如係一種「賠償性違約金」，因其具有損害賠償性質，固然應適用一年短期消滅時效期間，惟違約金請求權如係一種「懲罰性違約金」，因其不具有損害賠償性質，是否仍應適用一年短期消滅時效期間，即有疑問。

### 3. 承攬人之損害賠償請求權

與上開問題密切相關者，係民法第 514 條第 2 項規定：「承攬人之損害賠償請求權或契約解除權，因其原因發生後，一年間不行使而消滅」。本條項規定的「損害賠償請求權」，其「一年短期消滅時效期間」，是否當然排除民法第 125 條所定「一般請求權十五年消滅時效期間」規定的適用？

針對此項問題，最高法院 100 年度台上字第 592 號判決，具有參考價值。最高法院指出：承攬工作需定作人行為始能完成，而定作人不為其行為，經承攬人定相當期限催告定作人，定作人不於期限內為其行為時，承攬人請求定作人賠償損害之請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬性質及法律安定性，於第 514 條第 1 項已定有應優先適用之一年短期時效，此項定作人之協力義務倘經當事人特定為契約義務，定作人不履行，而承攬人得請求定作人賠償損害者，基於相同法理，承攬人之損害賠償請求權，亦應優先適用上開規定，其時效期間為一年，縱承攬人係依債務不履行規定，請求定作人賠償損害，亦同。

#### （二）時效期間起算點

依民法第 128 條規定，消滅時效自「請求權可行使時」起算。本條為關於消滅時效期間起算點的一般性規定<sup>26</sup>。關於本條規定的解釋適用，最高法院 100 年度台上字第 1833 號判決，值得注意。

<sup>26</sup> 一般性論述，參閱吳從周（2005），〈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〉，《東吳法律學報》，17 卷 2 期，頁 93-146；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台上字第一六〇七號判決〉，《台灣法學雜誌》，94 期，頁 302-305。

本號判決所涉問題如下：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」。債權人依本條項規定所得行使的損害賠償請求權，其消滅時效期間，應自原給付請求權可行使時起算，或應自原給付陷於給付不能後開始起算？

本號判決中，原審法院認為：因給付不能所生之損害賠償請求權，屬於原債權之繼續，僅原債權在形態上有所變更，故損害賠償債權之消滅時效期間，應自原債權可行使之時，接續計算，不發生重行起算之問題。

然而，最高法院卻認為：民法第 226 條第 1 項規定之損害賠償請求權，性質上為原債權之延長變形，債務人如因可歸責之事由致給付不能，其原有之給付義務（第一次義務），即轉變成損害賠償義務（第二次義務），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，為其消滅時效之起算時點，故債權人依民法第 226 條第 1 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義務，而非第一次義務，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。

## 五、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（第一項）。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法（第二項）」。本條規定的權利行使原則，主要有二：「權利濫用禁止原則」（第 1 項）及「誠實信用原則」（第 2 項）。

權利濫用禁止與誠實信用原則，均屬極具抽象概括性格的基本原則，其適用範圍及具體內涵，往往經由立法者價值判斷，體現於民法個別條文規定中，司法者解釋適用法律時，如已有個別條文規定可資作為依據，即應直接適用各該規定，避免訴諸權利濫用禁止或誠實信用等適用範圍及具體內涵均相當模糊不確定的抽象概括原則。雖然如此，民法個別條文規定不足以妥適解決快速變遷社會的新興問題時，適用此等抽象概括原則，適足以及時反應

民法適應社會變遷發展需要的能力！

關於權利濫用禁止或誠實信用原則，我國學說研究論述，日漸豐富。惟整體而言，數量仍屬有限<sup>27</sup>。值得注意者，最高法院近年來依據權利濫用禁止或誠實信用原則限制權利人行使權利的裁判，卻有不斷增加的趨勢。最高法院如何具體操作此等原則，除可藉以觀察最高法院論證說理能力外，更可從中發現我國社會快速變遷發展過程中，面臨哪些傳統民法規定或理論無法妥適解決的新興問題。

與 2010 年相同，2011 年最高法院裁判中，仍有不少與權利濫用禁止或誠實信用原則有關的裁判，值得關注。

### （一）權利濫用禁止原則

民法第 148 條第 1 項後段規定，權利行使，不得「以損害他人為主要目的」。本段有關「權利濫用禁止原則」規定的解釋適用，最高法院向來認為：權利行使，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，此乃權利社會化基本內涵所必然之解釋。

<sup>27</sup> 近年來主要論著，參閱：陳聰富（2011），〈誠信原則之適用範圍與效果：最高法院八十八年台上字第四九七號民事判決〉，《月旦裁判時報》，7 期，頁 130-135；吳從周（2010），〈時效抗辯、法律感覺與誠信原則：評最高法院九十六年度台上字第二二五〇號及其後續之判決發展〉，《月旦裁判時報》，1 期，頁 90-96；黃源盛（2010），〈大理院關於誠信原則的法理運用〉，《法制史研究》，16 期，頁 281-328；楊宏暉（2009），〈誠信原則與契約締結相關說明義務的合理性〉，《法學叢刊》，54 卷 3 期，頁 111-164；陳聰富（2008），〈誠信原則的理論與實踐〉，《政大法學評論》，104 期，頁 1-60；蘇惠卿（2008），〈時效抗辯與誠實信用原則之適用：簡評九十六年台上字第二二五〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，108 期，頁 291-295；吳從周（2007），《民事法學與法學方法（三）》，頁 1-29，台北：一品；姚志明（2003），〈誠信原則與附隨義務之研究〉，頁 15-183，台北：元照；姚志明（2001），〈誠信原則〉，《月旦法學雜誌》，76 期，頁 109-121；林誠二（2001），〈再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能：最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，22 期，頁 36-61。



由此可知，最高法院在認定權利人是否濫用其權利時，重視權利行使結果「客觀」上的「法益比較權衡」，不重視權利人「主觀」上有無「以損害他人為主要目的」。因而，權利行使是否「以損害他人為主要目的」，權利人的「主觀意思」，亦即其有無專以損害他人為目的或其是否具有惡意，不再是重要判斷標準。反而，其權利行使所造成的「客觀結果」，亦即雙方利益的比較衡量，成為重要考量因素。

關於此一實務見解發展趨勢，最高法院 100 年度台上字第 1719 號與第 1292 號判決，提供二種不同案例類型，均涉及土地所有人物上請求權的行使，是否有權利濫用情事，可供比較參考。

A. 最高法院 100 年度台上字第 1719 號判決，其所涉事實如下：桃園汽車客運股份有限公司（簡稱桃園客運）於中壢市占用某一狹長畸零條狀土地，作為其所有營業大客車出入通行、臨時停車、上下乘客處所之用，該土地所有人乃依民法第 767 條第 1 項規定，起訴請求桃園客運返還占用部分土地，且禁止其繼續通行、使用該部分土地。桃園客運則以：系爭土地係畸零地，為不特定公眾人車通行所必要之道路，無法為建築或其他使用，土地所有人行使權利違反公共利益，且以損害他人為主要目的，違反民法第 148 條第 1 項權利濫用禁止規定等，資為抗辯。

原審法院「否定」土地所有人的請求。理由略以：土地所有人於系爭土地四周並無其他土地，單就系爭土地實無法作為建築或其他商業使用，其取得系爭土地所有權後，即以水泥護欄排置於該地，其上並噴有「禁桃客佔用范私有地」字樣，使往來行人、車輛無法通行，經警方認有妨害公眾往來交通安全而清移後，即於不久後提起本訴，請求交還土地，足認其係有意藉由受讓系爭土地所有權，而對桃園客運主張物上請求權，其行使權利，顯具有惡意，違反公共利益，以損害桃園客運為主要目的，為權利濫用，不應准許。

然而，最高法院有不同意見。最高法院指出：土地所有人有無權利濫用情事，應衡量其行使民法第 767 條第 1 項物上請求權所得之利益，與桃園客運因其行使權利所受之損害，兩相比較，始得判斷之，原審就土地所有人因權利行使取得之利益為何、桃園客運及國家社會受有何損害、土地所有人如

何違反公共利益，未為比較衡量，徒以土地所有人行使權利具有惡意，遽認為權利濫用，難謂無判決理由不備之違法。

B. 最高法院 100 年度台上字第 1292 號判決，其所涉事實如下：交通部臺灣區國道新建工程局（簡稱工程局）於興建國道三號高速公路某一路段時，將排水設施設置為以鄰近某一私有池塘為排水終點，以致該池塘因高速公路上積水排入之故，持續遭土石吞沒淤積、水源遭污染而無法養殖魚類或灌溉、下方農作物亦遭受損失等，該池塘所有人乃依民法第 767 條第 1 項等規定，起訴請求禁止工程局將高速公路上積水排入其池塘。

原審法院主要係從「權利行使禁止違反公益原則」角度，「否定」池塘所有人的請求。其理由略以：系爭路段排水設施不當，固造成系爭池塘淤積損害，然系爭路段為台灣南北交通要道，每日往返車輛頻繁，其重要性不可言喻，苟冒然將系爭路段排水阻礙，非但妨害公眾通行及排水，且有礙經濟發展，池塘所有人自己獲益甚少，而對公益損害甚大，其請求系爭路段排水禁止注入系爭池塘內，違反公共利益，自不應准許。

然而，最高法院有不同意見。最高法院主要係從「權利濫用禁止原則」角度，指摘原審判決不當。其理由略以：系爭路段是否必須排水注入系爭池塘內，有無別處可供排水注入？工程局如不將排水注入系爭池塘，而將排水注入他處，工程局及國家社會損失程度如何？原審既未調查審認，以為利益衡量，遽認池塘所有人本件請求屬權利濫用，殊嫌率斷。

比較上開二則判決中原審法院與最高法院不同見解後，另可發現，實務上似乎未特別區分民法第 148 條第 1 項前段規定的「禁止違反公益原則」，與同條項後段規定的「權利濫用禁止原則」，而將前者納入後者，均以「權利濫用禁止原則」稱之<sup>28</sup>。

<sup>28</sup> 民法第 148 條第 1 項後段所稱「權利之行使，不得以損害他人為主要目的」，學理上多稱之為「權利濫用禁止原則」，並無爭議。惟該條項前段所稱「權利之行使，不得違反公共利益」，是否亦屬「權利濫用禁止原則」的內涵，學者分類方式不一。有將之納入「權利濫用禁止原則」者（例如：王澤鑑，前揭註 16，頁 591-596）；亦有獨立另列，以「禁止違反公益原則」稱之，而與「權利濫用禁止原則」併列者（例如：施啟揚（2005），《民法總則》，修訂版，頁 360-371，台北：

## （二）誠實信用原則

誠實信用原則雖然是民法基本原則，然由於其抽象概括性格，致其適用範圍、具體內涵或法律效力如何，相當模糊不確定。如何在個案中予以具體化，經由解釋適用，逐步累積經驗，形成案例類型，不但考驗法律人論證說理能力，亦反應民法適應社會變遷能力，至關重要。

2011 年最高法院裁判中，有不少與誠實信用原則有關，有些涉及權利人長期未行使權利結果，是否發生其權利因此而失效的問題，有些則涉及契約於何種情形下具有對抗第三人效力的問題。

### 1. 權利失效理論與誠實信用原則

基於誠實信用原則所衍生的「權利失效理論」<sup>29</sup>，乃誠實信用原則具體化的重要案例類型之一。最高法院近年來裁判中，與權利失效理論有關者，不在少數<sup>30</sup>。單是 2011 年，至少即有三則最高法院判決，與此問題有關，均涉及權利人長期不行使其權利後，是否應適用權利失效理論，限制其行使權利的問題。最高法院在適用或不適用該理論時，其理由構成是否明確、一致，特別值得注意。

A. 最高法院 100 年度台上字第 2155 號判決，其所涉問題如下：債權人

---

三民；鄭玉波（著），黃宗樂（修訂）（2003），《民法總則》，修訂 9 版，頁 433-436，台北：三民；黃立（1999），《民法總則》，2 版，頁 481-487，台北：自刊）。另比較李模（1998），《民法總則之理論與實用》，修訂版，頁 394-400，台北：自刊（以「權利濫用禁止原則」為最上位原則，包含「不得違反公共利益」、「不得以損害他人為主要目的」及「應依誠實及信用方法」三者）。

<sup>29</sup> 關於「權利失效理論」，參閱詹森林（2011），〈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〉，《法令月刊》，62 卷 4 期，頁 1-18；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（2006），〈權利失效之要件變遷？〉，《月旦法學教室》，49 期，頁 12-13；王澤鑑（1981），《民法學說與判例研究（一）》，6 版，頁 335-344，台北：自刊。

<sup>30</sup> 例如：最高法院 99 年度台上字第 1529 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；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。

對債務人所有不動產聲請假扣押後，逾二十七年未進一步起訴或請求，亦未聲請撤銷假扣押執执行程序，則債權人於二十七年後，如其請求權尚未罹於消滅時效，是否仍得行使其債權？此時債權的行使，即便尚未罹於消滅時效，是否可認為違反「誠實信用原則」或有「權利失效理論」的適用？

原審法院認為：於此情形下，債權人如仍得行使其債權，無異以假扣押使消滅時效期間延長數十年或民法第 125 條所定時效期間之數倍，嚴重違反時效制度目的，故債權人消極不行使權利近三十年之久，造成一般人或債務人認其已不行使權利之信賴，形成一定法秩序，自應由債權人承擔時效制度之不利利益，始符合時效制度目的與誠信原則。

然而，最高法院卻認為：權利人在相當期間內未行使其權利，除有特別情事足使義務人正當信任權利人已不欲行使其權利外，尚難僅因權利人久未行使其權利，而認其嗣後行使權利違反誠信原則，本件債權人聲請假扣押後縱已二十七年未請求或起訴，然其請求權倘因聲請假扣押及該假扣押執执行程序迄未撤銷而未罹於時效消滅，依法既得行使，且債務人亦不得以時效完成拒絕給付，則債權人嗣後行使其權利，能否謂與誠信原則有違，亦有疑義。

從上開最高法院見解可知，最高法院強調，不能單純僅因權利人有權利長期不行使，即認定其行使權利違反誠實信用原則，而必須權利人有足以使人正當信任其已不欲行使權利之具體情事，且因而引起義務人之正當信賴時，始足當之。依此見解，最高法院應係認為權利失效理論的適用，其重點在權利人長期未行使權利此一消極事實外，已足以引起義務人「正當信賴」權利人不欲行使其權利。

B. 最高法院 100 年度台上字第 2019 號判決，其所涉問題如下：土地法第 104 條第 2 項規定，基地出賣時，承租人有優先購買權，承租人於接到出賣通知後十日內不表示者，其優先購買權視為放棄。問題是，基地出賣時，出賣人未曾通知承租人是否行使優先購買權，惟承租人明知其對基地有租賃權存在，且知悉基地出賣之事實及買賣條件，卻長期不行使優先購買權，歷經多年後，是否仍得主張行使其優先購買權，依土地法第 104 條規定，起訴請求確認其就基地有優先購買權存在，並請求法院判令塗銷基地歷次所有權

移轉登記，另請求法院判令當初基地出賣人以相同買賣條件與其訂立基地買賣契約，並移轉基地所有權登記於自己名下？

原審法院認為：基地出賣時既然並未通知承租人，承租人無從於接到出賣通知後十日內表示行使優先購買權，難認其已視為放棄優先購買權，承租人就系爭基地有無租賃權，曾有爭訟，如該等訴訟未判決確定，承租人即無從主張優先購買權，承租人未於訴訟進行期間行使優先購買權，及至判決確定其就系爭基地有租賃權後，承租人再起訴主張優先購買權，難認有何違反誠信原則或權利濫用情形。

然而，最高法院卻認為：土地法第 104 條之立法意旨，在於使土地與其上房屋同歸一人所有，以維持房屋與基地權利之一體性，杜絕紛爭，並盡經濟效用，而非在使優先購買權人坐收漁利，是優先購買權人應於知悉土地所有權人出賣基地及買受人並買賣條件時，在相當期限內行使其權利，若長期不行使，不僅有悖於法之安定性，且如嗣後房地價格飆漲，若仍許其行使優先購買權，即難謂與法律規定依同樣條件購買之本旨相符，自與誠信原則有違。

C. 最高法院 100 年度台上字第 445 號判決，其所涉問題如下：部分共有人出賣共有土地，並交付土地於買受人築路使用，其他共有人長期保持沉默，未表示任何異議，多年後卻依土地法第 34 條之 1 第 4 項規定，主張行使優先購買權，其權利行使是否違反誠實信用原則？

本號判決中，最高法院依據誠實信用原則導出的「權利失效理論」，肯定本件其他共有人權利的行使，有違反誠實信用原則情事。其理由略以：權利人於相當期間內不行使其權利，並因其行為造成特殊情況，足以使義務人正當信任權利人已不欲行使權利，或不欲義務人履行義務時，經斟酌當事人間之關係、權利義務時空背景及其他主、客觀等因素，依一般社會通念，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「權利失效原則」，乃係源於「誠信原則」之特殊救濟方法，本件買受人向共有人之一買受系爭土地後，斥資拓寬興築農路，如其他共有人明知其事，又長期沉默，未為主張其有優先購買權，似此行為，是否足以引起買受人之正當信任，以



為其當不欲行使其優先購買權，乃其再為優先購買權之權利行使，致令買受人陷於窘境，其有無違反誠實信用原則，自值斟酌。

## 2. 契約相對性與誠實信用原則

基於「契約相對性」原則，契約效力僅於當事人間發生，不及於第三人。問題是，契約上權利義務，是否絕對不得對抗第三人？於何種情形下，契約得例外具有對抗第三人效力，乃契約法核心問題之一。最高法院近年來，直接或間接訴諸誠實信用原則，擴張契約效力主體範圍，得例外及於第三人的案例，越來越多<sup>31</sup>。單是 2011 年，至少即有三則最高法院判決，與此問題有關，均涉及是否得依誠實信用原則以正當化契約例外具有對抗第三人效力的問題<sup>32</sup>。

A. 最高法院 100 年度台上字第 1590 號判決，其所涉事實如下：甲無權占有國有土地，並於其上興建建物，再將建物出售於乙，由乙占有使用該建物。嗣後，甲之子女丙依法向國有財產局申請承購系爭國有土地，獲得該局准予讓售而取得土地所有權，丙乃以乙無權占用其土地為由，依民法第 767 條第 1 項規定，起訴請求乙拆除該建物及交還占用土地，另依民法第 179 條規定，請求乙返還相當於租金之不當得利。

乙則抗辯：系爭土地原應由甲向國有財產局申請承購，惟甲擔憂承購土

<sup>31</sup> 相關案例，參閱：最高法院 95 年度第 16 次民事庭決議（11/14/2006）；最高法院 96 年度台上字第 483 號判決；96 年度台上字第 1526 號判決；97 年度台上字第 1729 號判決；97 年度台上字第 2338 號判決；98 年度台上字第 1319 號判決；98 年度台上字第 1424 號判決；98 年度台上字第 2483 號判決；99 年度台上字第 504 號判決；99 年度台上字第 1705 號判決；99 年度台上字第 1759 號判決。

<sup>32</sup> 相關評論，參閱：吳從周（2010a），〈使用借貸契約之債權物權化：高院九八重上更（二）五一〉，《台灣法學雜誌》，152 期，頁 167-173；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；吳從周（2010b），《民事法學與法學方法（四）》，頁 17-58、81-97，台北：新學林；詹森林（2007），〈最高法院二〇〇二年度契約法判決之研究〉，《民事法理與判決研究（五）》，頁 207-211，台北：元照；林大洋（2008），〈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。

地後將遭乙以買賣關係為有權占有土地之抗辯，乃出具不實切結書，改為以其子女丙名義向國有財產局申請承購，顯係以不正當方法取得系爭土地所有權，且丙承購系爭土地時，明知系爭土地上有建物存在仍予承購，其起訴請求拆除建物及交還土地，為權利之濫用，或違反誠實信用原則。

原審法院「肯定」丙的拆屋還地請求。其理由略以：丙承購系爭土地時，系爭建物雖已坐落在系爭土地上，惟該建物自始無權占有該土地，丙並非出於切斷前手抗辯之目的而承購系爭土地，即非以損害乙為主要目的，乙執此指為權利濫用云云，殊不足取。乙既不能證明系爭建物占有系爭土地有正當權源，則丙依民法第 767 條第 1 項規定，請求乙將系爭建物拆除，並將所占用之土地返還予伊，即屬有據。

然而，最高法院有不同意見。最高法院指出：丙向國有財產局申請承購系爭土地時，明知乙之系爭建物坐落系爭土地上，乙為系爭土地占有人，依國有財產法相關規定，得與丙共同向國有財產局申請承購該土地，倘乙所稱系爭建物係丙出具不實切結，向國有財產局承購而取得系爭土地所有權屬實，則其抗辯丙於買受系爭土地時，已知悉其上系爭建物占有情形，於取得該土地所有權後，提起本件訴訟，應有權利濫用及違反誠信原則云云，是否全無可採，即非無斟酌餘地。

最高法院上開見解，應說明者有三：其一，本件乙如得基於其與甲間之建物買賣關係而有權占有系爭建物對抗第三人丙，則其規範依據，究係「權利濫用禁止原則」或「誠實信用原則」？此涉及該二項原則間關係如何的問題，最高法院未明確釐清，理論上不無討論餘地。其二，本件最高法院在解釋適用「權利濫用禁止原則」或「誠實信用原則」時，其具體的判斷或衡量標準如何？土地承購人於承購時「明知」土地上已有建物座落，是否即已該當？仍有待釐清！其三，本號判決是否另牽涉契約例外具有對抗第三人效力的問題，更是值得關切。蓋本件乙是否得基於其與甲間建物買賣關係而有權占有系爭建物，據以對抗丙，是目前實務上面臨的重要問題，相關裁判不少，可供比較研究。

B. 最高法院 100 年度台上字第 463 號判決，其所涉事實如下：土地使

用借貸契約的貸與人（土地所有人，祖父），已將土地交付於借用人（孫子）建屋居住使用，嗣後該土地因繼承由他人（父親）取得所有權，惟明知其事仍以買賣為原因自該他人受讓該土地所有權的第三人（另一孫子），基於所有人之物上請求權，對借用人起訴請求拆除房屋、返還土地，其權利行使是否違反誠實信用原則？

此項問題，乃契約相對性原則與例外的經典性問題，涉及使用借貸契約是否類如租賃契約之有民法第 425 條規定一般，借用人得對借用物受讓人主張使用借貸契約繼續存在的問題。在最高法院 59 年台上字第 2490 號判例採取「否定見解」的現況下，實務上如何輾轉經由誠實信用原則，限制該判例適用範圍，成為實務上目前面臨的挑戰。單以本件判決而論，同一事件，即曾遭最高法院二次廢棄發回<sup>33</sup>，可見第二審法院與最高法院間，法律見解的歧異及問題解決的困難。

原審法院基於「契約相對性」原則，並審認本件有無民法第 148 條第 1 項規定的「權利濫用」情事後，「肯定」土地現所有人的請求。其理由構成，值得關注，整理如下：使用借貸，非如租賃之有民法第 425 條規定，借用人要不得以貸與人與其訂有使用借貸契約，主張對現在之土地所有人有使用系爭土地之權利，且權利行使是否以損害他人為主要目的，仍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，倘其權利行使，自己所得利益極少，他人及國家社會所受之損失甚大者，即非不得視為以損害他人為主要目的，本件土地現所有人於前案曾以證人身分附和其父即土地讓與人主張，並自認知悉其父與借用人間之訴訟等語，且其既於前案第二審言詞辯論終結前受讓系爭土地，復未擔當訴訟，出而主張權利，迨其父前案受敗訴判決確定後未幾，再主張債權相對性為由，而提起本件訴訟，訴請借用人拆屋還地，審酌前後二案當事人間之關係、土地現所有人參與前案之程度及其受讓系爭土地之時間、情節等情觀之，借用人辯稱土地現所有人明知系爭土地為其本於借貸關係合法使用，與其父因為規避法律規定，藉土地移轉登記於其名下，使其不受使用借貸關係

<sup>33</sup> 參閱最高法院 96 年度台上字第 1526 號判決；98 年度台上字第 1319 號判決。

之拘束而提起本訴，固堪採信，惟系爭土地坐落地點，商業繁榮，交通便捷，現所有人已委請建築師規劃建築七層樓房，以系爭土地處地利之便，其可獲得之利益，應屬可觀，反觀借用人之地上建物，現已人去樓空，且其設備已屬老舊，衡量比較，借用人已未利用系爭土地上之建物，拆除後所致之損失，與現所有人計劃興建大樓所獲之利益，應以後者為高，則現所有人出資購買系爭土地行使其物上請求權，請求借用人拆屋交地，非自己所得利益極少，並致借用人所受損失甚大，依上說明，現所有人訴請拆屋，尚不得視為係以損害借用人為目的，而屬權利濫用行為。

然而，最高法院有不同意見。最高法院不否認「契約相對性」此一原則，但不排除其可能的例外，並從民法第 148 條第 2 項規定的「誠實信用」原則出發，指摘原審判決可議之處。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之效力，惟物之受讓人若知悉讓與人已就該物與第三人間另訂有債權契約，而猶惡意受讓該物之所有權者，參照民法第 148 條第 2 項所揭櫫之誠信原則，該受讓人亦仍應受讓與人原訂債權契約之拘束，本件土地現所有人明知系爭土地為借用人本於使用借貸關係合法使用而受讓系爭土地，能否謂非惡意，而不應受使用借貸關係之拘束，自滋疑義，有待澄清，且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，故於具體案件，如當事人以權利人行使其權利有權利濫用及違反誠實信用原則為抗辯時，法院應就權利人有無權利濫用及違反誠信原則之情事均予調查審認，以求實質公平與妥當，準此而言，借用人既抗辯現所有人權利之行使屬權利濫用及有違誠信原則，則現所有人行使系爭物上請求權，有否違反誠信原則，自應予以究明，本院前次發回意旨已予指明，乃原審僅就現所有人權利行使是否以損害他人為目的為論斷，但就此是否違反誠信原則，則略而不提，未予論及，亦有可議。

最高法院上開見解，應說明者有三：其一，最高法院認為，契約相對性原則的例外，其規範依據，除法律「個別明文規定」外（如民法第 425 條、第 426 條），尚有民法第 148 條第 1 項規定的「權利濫用禁止」原則與第 2

項規定的「誠實信用」原則。其二，最高法院明確釐清「權利濫用禁止原則」與「誠實信用原則」二項原則間的關係，認為前者源自後者，前者須受後者支配，權利有無濫用的判斷，應衡酌誠實信用原則的精神，當事人同時提出權利濫用及違反誠信抗辯時，法院均應予以斟酌審認。其三，最高法院在解釋適用「誠實信用原則」時，其具體的判斷或衡量標準，土地受讓人於受讓時「明知」土地上已有使用借貸關係存在，仍受讓該土地，似乎是關鍵因素！

C. 最高法院 100 年度台上字第 10 號判決，其所涉事實如下：土地所有人同意提供其所有土地，委由建商興建房屋出售，並將其中部分土地規劃為私設巷道，供巷道內購屋住戶通行使用，嗣後明知其事而受讓該巷道部分土地所有權之受讓人，是否得基於土地所有人地位，依民法第 767 條所有人物上請求權規定，起訴禁止巷道內購屋住戶通行使用其土地？

此項問題，涉及土地原所有人與建商或購屋住戶間「同意提供土地供私設巷道使用」的約定，性質上屬「契約關係上的約定」，是否具有對抗第三人效力，使得購屋住戶得據以對抗巷道部分土地受讓人的問題。

本號判決中，最高法院與原審法院見解一致，均以土地受讓人於受讓時「明知其事」或「難以諉為不知」為由，依誠實信用原則，認為土地受讓人依民法第 767 條規定起訴禁止巷道內購屋住戶通行使用其土地，並非正當。

上開見解值得注意之處，乃最高法院或原審法院在解釋適用「誠實信用原則」時，其具體的判斷或衡量標準，除土地受讓人於受讓時「明知」土地業經原所有人同意提供作為私設巷道使用的事實外，土地受讓人於受讓時即便不知其事，但應「可得而知」或「難以諉為不知」該私設巷道供住戶公開通行使用多年的事實，亦足以正當化契約例外具有對抗第三人效力！

## 參、債 法

### 一、契約法

#### （一）契約總論



### 1. 定型化契約條款的管制

我國關於定型化契約條款效力管制的一般性規範，分別見於消費者保護法與民法，形成雙軌制規範體系。消保法第 11 條至第 17 條規定及該法施行細則第 12 條至第 15 條規定，乃針對「消費契約關係」定型化契約條款效力管制的一般性規範。至於民法第 247 條之 1 規定，則係針對「一般契約關係」定型化契約條款效力管制的一般性規範。鑑於民法第 247 條之 1 僅有一個條文規定，且其規定內容過於簡略，則在解釋適用該條規定時，是否或如何引用參照消保法相關規定，乃成為理論與實務上的重要課題！

最高法院 100 年度台上字第 1635 號判決，牽涉上開問題，某種程度上反映目前實務管制定型化契約條款效力的共通問題，值得注意。

本號判決所涉問題如下：博弘科技股份有限公司（簡稱博弘公司）與台灣固網股份有限公司（簡稱台灣固網公司）簽訂「網路機房租用、代管服務契約」，其中第 10 條第 1 項有關「用戶提前終止契約時須補繳優惠折扣差額及支付加倍計算月租費」此一「定型化懲罰性違約金約款」，是否顯失公平而無效？

最高法院贊同原審法院見解，認為該定型化約款並無顯失公平而無效的情形。其理由構成中特別值得注意者，係法院先指出：「定型化契約之條款，因違反誠信原則，顯失公平而無效者，應以契約當事人之一方於訂約當時，處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定者始足當之。又定型化契約之出現原因不一而足，是否符合平等互惠原則，不能主觀認定，而應依一般社會的客觀標準，以及當事人雙方是否彼此對約定內容有充分的認知來判斷」，法院進而依據此段判決要旨，檢視系爭定型化約款的效力，而認為：當今以經營 IDC 主機代管業者眾多，可供選擇締約對象，博弘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，且依博弘公司變更登記表，其為資本額達一億元之公司，其經濟實力亦屬可觀，自非無拒絕締約之可能，又從博弘公司簽訂原合約後，復與台灣固網公司簽訂增補條款而論，益見雙方就契約條款有協商之空間，更應認博弘公司有磋商契約條款之能力。

上開論證方式，係目前實務上管制定型化契約條款效力的典型代表<sup>34</sup>。此種論證方式，是否妥適，並非毫無疑問。分二點說明之<sup>35</sup>：

第一，所謂「定型化契約條款，因違反誠信原則，顯失公平而無效者」，或「定型化契約之出現方式不一而足，是否符合平等互惠原則」等文字，係引用消保法相關規定用語的結果<sup>36</sup>，並無必要。民法第 247 條之 1 的「顯失公平」，即是誠信原則的具體化，定型化契約條款按其情形顯失公平者，應認為即是違反誠信原則，該條款無效，直接引用民法第 247 條之 1 作為依據即可，不必贅列消保法第 12 條第 1 項規定的「誠信原則」。又，以「平等互惠原則」作為定型化契約條款效力管制手段，欠缺實質規範功能，立法政策上並無必要，民法第 247 條之 1 未見「平等互惠」用語，應屬正確，解釋適用該條規定時，實無必要引用或參照消保法第 11 條第 1 項或第 12 條第 2 項第 1 款關於「平等互惠」的文字。

第二，定型化契約條款的管制，有「程序管制」與「實體管制」二種管制方法。本件爭點為系爭定型化懲罰性違約金條款，是否因「顯失公平」而無效，屬「實體管制」問題，與所謂「契約當事人一方於訂約當時，是否處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況」，或「當事人雙方是否彼此對約定內容有充分認知」等「程序管制」標準無關。本件判決顯然混淆程序管制與實體管制二種管制方法！更何況，民法第 247 條之 1，未明文規定定型化契約條款的程序管制方法。而消保法及其施行細則關於定型化契約條款程序管制規定，亦未以契約當事人一方於訂約當時是否「處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地」的情況，作為管制標準。因而，上開程序管制標準，其依據何在？實令人不解<sup>37</sup>！

<sup>34</sup> 類似判決要旨，實務上不乏其例。單就最高法院判決而言，例如：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>35</sup> 詳請參閱陳忠五（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。

<sup>36</sup> 參閱消保法第 12 條第 1 項規定文字、第 11 條第 1 項或第 12 條第 2 項第 1 款規定文字。

<sup>37</sup> 類似批評，參閱詹森林（2006），〈定型化契約條款效力之規範：最高法院 90 年

## 2. 契約上附隨義務

契約上附隨義務的發展，與契約自由原則的興衰，密切相關。其主要問題如下：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？

2011 年最高法院裁判中，有二則判決與契約上附隨義務問題有關，分別涉及當事人一方違反附隨義務時，他方得否主張「同時履行抗辯」或「解除契約」的問題。

A. 最高法院 100 年度台上字第 171 號判決，其所涉問題如下：大樓裝潢設計工程（次）承攬契約的承攬人，已經完成約定工作，並經驗收完畢、進駐使用，惟定作人是否得以「承攬人尚未交付相關竣工圖說、設備材料出廠證明、防火防焰證明及設備規範操作說明等文件」為由，主張同時履行抗辯權，拒絕支付尚未付清的工程尾款？

最高法院於本號判決中所持法律見解，重點有三：

第一，最高法院「肯定」本件工程承攬契約中，承攬人除主給付義務外，尚負有交付相關竣工圖說、設備材料出廠證明、防火防焰證明及設備規範操作說明等文件，供業主依法申請竣工查驗，核發合格證明的義務。

第二，最高法院認為，此項義務乃基於誠實信用原則及契約補充解釋而來，性質上屬於廣義附隨義務中的「從給付義務」，而非狹義的附隨義務。由此可知，最高法院承認「從給付義務」此一概念具有獨立性，得與契約上「主給付義務」或「狹義的附隨義務」相區別。

第三，最高法院認為，承攬人此一從給付義務，與定作人支付報酬的主給付義務間，具有「互為對待給付」關係，構成民法第 264 條第 1 項所稱「他方當事人未為對待給付」的情形，定作人得以承攬人違反此一從給付義務為由，行使同時履行抗辯權。

B. 最高法院 100 年度台上字第 2 號判決，其所涉事實如下：財政部國

---

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》，或〈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〉，《民事法理與判決研究（四）》，頁 138-142、178-181，台北：元照。

有財產局台灣中區辦事處（簡稱國有財產局）與某民間土地開發公司（簡稱開發公司）訂立「國有非公用財產委託經營契約」，將其所管理位於台中縣太平市的某國有土地，委由該開發公司經營。嗣後該開發公司基於受託經營需要，計畫在該土地上興建建築物，乃向當時台中縣政府申請臨時建造執照，卻遭該縣政府以未檢附當時台中縣太平市公所出具五年內「近期無開發證明」為由而退件，該開發公司始查知國有財產局於一年多前已將該土地無償撥與當時的台中縣消防局使用，致太平市公所無法出具「近期無開發證明」。該開發公司其後乃以國有財產局未盡提供申請建造執照所需一切文件的附隨義務，經伊催告後仍未履行為由，解除委託經營契約，並請求國有財產局返還其已繳付的訂約權利金、履約保證金、經營權利金等，以及請求損害賠償暨加倍返還押標金。

本件關鍵問題，在於國有財產局基於系爭委託經營契約，是否負有「協助該開發公司申請取得建築執照」的附隨義務？違反此項義務時，該開發公司是否得不主張其他權利，而逕行選擇「解除契約」？

針對此等問題，最高法院係採取「肯定見解」。其理由構成中，特別值得注意者如下：契約成立生效後，債務人除負有主給付義務與從給付義務外，尚有附隨義務，倘債務人未盡此項義務，應負民法第 227 條第 1 項不完全給付債務不履行之責任，又附隨義務性質上屬於非構成契約原素或要素之義務，如有違反，債權人原則上固僅得請求損害賠償，然倘為與給付目的相關之附隨義務的違反，而足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，則與違反主給付義務對債權人所造成之結果，在本質上並無差異，自亦應賦予債權人契約解除權，以確保債權人利益得以獲得完全之滿足，本件兩造訂立系爭契約後，國有財產局未盡協助開發公司申請建造執照之附隨義務，致開發公司仍無法取得建造執照，顯已影響契約利益及目的之完成，則開發公司因國有財產局遲未履行是項義務，於定期催告後，自得依法解除契約，並請求損害賠償或返還所為給付。

最高法院上開見解，有二點應予說明：

第一，最高法院認為，國有財產局所負協助該開發公司申請取得建造執

照的義務，性質上是一種（狹義的）「附隨義務」。惟此項見解，其理由何在？卻未說明。從最高法院判決理由中可以推知，最高法院認為此一義務不是一種「從給付義務」。果爾，最高法院見解背後，涉及契約上「附隨義務」與「從給付義務」間，是否應該區別、如何區別、有無區別實益的問題<sup>38</sup>。

第二，最高法院認為，附隨義務的違反，債權人原則上僅得請求損害賠償，然倘為「與給付目的相關」之附隨義務的違反，而足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益者，則附隨義務的違反，與違反主給付義務本質上並無差異，皆使當事人契約目的無法達成，自亦應賦予債權人契約解除權。此項見解，提升附隨義務在契約履行上之重要性，賦予解除契約的法律效果，具有新意，值得注意。

## （二）契約各論

### 1. 租賃契約

關於租賃契約，有二則最高法院判決，值得注意。其中一則涉及民法第 425 條規定的強行性或任意性問題，另一則涉及民法第 425 條之 1 規定是否

<sup>38</sup> 最高法院近年裁判中，有時僅使用「附隨義務」一語，不刻意強調其為獨立的、不獨立的附隨義務或從給付義務（例如：98 年度台上字第 1801 號判決：國有財產局基於其與民間土地開發業者間之「國有非公用財產委託經營契約」，負有協助業者申請取得建築執照之附隨義務；98 年度台上字第 222 號判決：出租人負有輔助承租人辦理取得營利事業登記證以合法營業之附隨義務；96 年度台上字第 448 號判決：工程承攬契約之承攬人，除負有完成工作物之義務外，亦負有於施工期間防止工作物施工現場及鄰地受損害之附隨義務）。但最高法院有時則會使用「獨立的附隨義務」或「從給付義務」一語（例如：99 年度台上字第 2428 號判決：醫療法第 63 條第 1 項有關「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書」的義務，乃醫院依醫療契約提供醫療服務對病人所負之「從給付義務」或「獨立之附隨義務」；98 年度台上字第 2171 號判決：土地出租人負有「出具土地使用權同意書」，以便承租人得據以申請建造執照之「附隨義務」或「獨立之附隨義務」；93 年度台上字第 1185 號判決：公共工程承攬契約公開招標時，投標人負有「不得圍標」的附隨義務或從給付義務）。



擴張解釋的問題。

A. 民法第 425 條第 1 項規定：「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在」。

問題是：房屋出租人於訂立房屋租賃契約時，預先向承租人收取一筆押租金及十二張支票作為一年份租金，嗣後該出租人於一年期限未屆滿前，以買賣為原因，將房屋所有權移轉登記於受讓人，但與受讓人約定，保留其出租人地位，得繼續保有押租金及收取租金的權利，於此情形，是否仍有本條項「所有權移轉不破租賃」規定的適用？受讓人是否得基於本條項規定，以其受讓後取得出租人地位，請求讓與人即原出租人交付押租金及其受讓後應收取的租金？

關於此項問題，最高法院 100 年度台上字第 2166 號判決指出：原出租人於租賃物交付後，將其所有權讓與第三人時，依民法第 425 條規定，其租賃契約對於受讓人繼續存在，受讓人固繼受原出租人行使或負擔由租賃契約所生權利或義務，惟出租人不以租賃物所有權人為限，倘原出租人與受讓人間就租賃物讓與，有不隨同出租人地位移轉於受讓人之合意，原出租人於讓與後，仍得以出租人名義向承租人收取租金。

上開最高法院見解，應係認為民法第 425 條第 1 項規定，性質上為「任意規定」，當事人間得反於本條項規定，另作約定安排其權利義務關係。然而，問題在於，租賃物讓與人（即原出租人）與受讓人間有關保留租賃關係不隨同租賃物所有權移轉而移轉的約定，對承租人效力如何？以本件情形而論，假如一年份租金並未一次預付，而系爭房屋所有權買賣契約中有關保留租賃關係不隨同租賃物所有權移轉而移轉的約定，未經承租人同意，則於系爭房屋所有權移轉登記後，對承租人而言，其租賃關係當事人是否因而有所變動？其租金債務應向何人清償？其押租金應向何人請求返還？凡此問題，本件判決並未指明。仍有待釐清。

B. 民法第 425 條之 1 第 1 項規定：「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受

讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。其期限不受第四百四十九條第一項規定之限制」。

問題是，祭祀公業名下公同共有土地，經派下員就該土地為分管約定，同意某派下員分管部分土地，並同意其在分管部分土地上興建未辦理建物所有權第一次登記的房屋，嗣後該祭祀公業名下土地出賣於他人，且房屋亦出賣於不同之他人時，有無民法第 425 條之 1 規定的適用，「推定該房屋與土地間有租賃關係存在」？

本件案例事實特殊之處，在於土地及其土地上之房屋，僅屬「所有人部分相同」，並非「同屬一人所有」，而且，房屋買受人僅取得該房屋的事實上處分權，並未取得房屋所有權。民法第 425 條之 1 第 1 項規定，是否得擴張解釋，適用於本件情形？

針對此項問題，最高法院 100 年度台上字第 2103 號判決指出：所謂「土地及房屋同屬一人」，可包括「土地及房屋同屬相同之共有人」及「土地共有人數除與房屋相同之共有人外，尚有其他共有人」之情形在內；而所謂「房屋承買人」，並應擴及於未經建物所有權第一次登記之房屋事實上處分權人，且基於同一理由，倘土地共有人經其他共有人全體之同意，在共有土地上興建房屋，而將土地及房屋分開或先後出賣者，仍宜推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地。

## 2. 人事保證契約

民法第 756 條之 2 規定：「人事保證之保證人，以僱用人不能依他項方法受賠償者為限，負其責任（第一項）。保證人依前項規定負賠償責任時，除法律另有規定或契約另有訂定外，其賠償金額以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬之總額為限（第二項）」。

問題是，人事保證契約約定，保證人應就被保證人職務上行為所生損害，「負連帶全部賠償責任，並放棄先訴抗辯權」，此一約定，是否抵觸民法第 756 條之 2 規定意旨，應解為無效？亦即，保證人是否仍得抗辯，以僱用人不能依他項方法受賠償者為限，始代負賠償責任？又保證人是否仍得抗

辯，其賠償金額以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬總額為限？

針對上開問題，最高法院 100 年度台上字第 90 號判決，具有參考價值。本號判決肯定保證人得為上開抗辯，其理由略以：民法第 756 條之 2 規定的立法目的，在於限縮人事保證適用範圍及保證人賠償責任，避免人事保證人負擔過重責任，故應由僱用人先依他項方法求償，而不能或不足受償，始令負保證責任，具有補充性質，並為減輕保證人責任，乃設其賠償金額之限制規範，以資兼顧，該條第 2 項規定：「保證人依前項規定負賠償責任時，除法律另有規定或契約另有訂定外，其賠償金額以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬之總額為限」，雖以無法律規定或契約訂定時，始以受僱人當年可得報酬總額為保證人賠償責任之上限，惟該契約之訂定，倘係於該責任限制範圍外加重人事保證人之賠償責任，該人事保證書面契約中，自應「具體示明保證責任之範圍及排除上開法律規定責任限制之適用」，使人事保證人得以清楚知悉，並願成立人事保證關係，以符公平原則及立法意旨，尚不得以「應負全部賠償責任」等概括用語，即謂人事保證人就受僱人當年可得報酬總額為限之部分，亦均同意放棄以之作為其賠償責任範圍之利益。

上開最高法院見解，應說明者有二：

第一，最高法院雖不否認，民法第 756 條之 2 第 2 項有關人事保證人賠償總額限制規定，屬「任意規定」，當事人得約定排除之，惟此一排除約定，必須「具體明示」賠償總額限制之意，不得僅以「應負全部賠償責任」等概括用語為之。

第二，民法第 756 條之 2 第 1 項有關人事保證責任補充性規定，屬「強行規定」或「任意規定」，最高法院似未明確表示見解。依最高法院之意，似認為係「強行規定」，當事人不得約定排除。從而，「負連帶全部賠償責任，並放棄先訴抗辯權」等約定，不生效力。果爾，此項見解，特別值得注意。蓋類似情形，民法第 745 條保證人先訴抗辯權規定，現行民法仍明確規定其屬「任意規定」（民法第 746 條第 1 款參照）。無論現行民法規定是否妥適<sup>39</sup>，在法律未修正前，且民法第 756 條之 9 又規定人事保證準用關於保證規定

<sup>39</sup> 相關評論，參閱陳忠五，前揭註 2，頁 1704-1706。

下，最高法院未準用民法第 746 條第 1 款，反而認為不得約定排除民法第 756 條之 2 第 1 項有關人事保證責任補充性規定，確實具有新意！

### 3. 借名登記契約

借名登記契約，乃社會上常見契約形態之一，其與通謀虛偽意思表示及信託契約間如何區別，係學說與實務上重要問題。關於基於借名登記契約關係所生的權利變動效力問題，最高法院 100 年度台上字第 2101 號判決，具有參考價值。

本號判決主要涉及二項問題：其一，出名者（財產登記名義人）以自己名義處分借名登記財產，屬「有權處分」或「無權處分」？其因處分所取得的利益，對借名者是否構成「不當得利」？其二，借名登記契約關係存續中，借名者對借名登記財產，是否得基於所有人地位，行使民法第 767 條第 1 項規定的所有物返還請求權？

針對第一項問題，最高法院認為：無權處分他人之物而取得之利益，因違反權利歸屬內容，致他人受損害，並無法律上之原因，固應成立不當得利，惟倘所處分者在法律上為自己名義上之物，即不能概論以無權處分而認係成立不當得利，借名登記契約關係中，出名人在名義上，為財產之所有人或其他權利人，且法律行為相對人係依該名義，從形式上認定權利之歸屬，故出名人就該登記為自己名義之財產為處分，縱其處分違反借名契約之約定，除相對人係惡意外，尚難認係無權處分，而成立不當得利。

針對第二項問題，最高法院認為：借名登記財產於借名關係存續中，乃登記為出名人之名義，在該財產回復登記為借名人名義以前，借名人尚無所有物返還請求權可資行使。

上開最高法院見解，顯然認為借名登記契約關係中，出名者不但是借名登記財產的「登記名義人」，而且是「真正權利人」，因而，唯有出名者才是借名登記財產的「處分權人」，亦唯有出名者才得行使借名登記財產的「所有物返還請求權」。此項見解，原則上固然可資贊同。問題是，最高法院既然認為出名者以自己名義處分借名登記財產，屬「有權處分」，何以又要附

加「除相對人係惡意外」此一例外構成無權處分的情形？不免令人疑惑。

## 二、民事責任法

### （一）責任成立

#### 1. 損害

「損害」此一要件，在責任成立層次上，係指某種法律所保護的、正當的「權利或利益」的侵害。我國侵權責任法上，「權利」與「利益」是否應予嚴格區別？如何區別？一直是學說與實務上極具爭議性的問題<sup>40</sup>。尤其是，某些損害事件類型中，被害人所受損害，究係「權利」侵害，或僅是「利益」侵害，認定有時發生困難。而各種利益侵害形態中所謂的「純粹經濟上損失」，被害人如何依民法第 184 條一般侵權責任規定，或其他特殊侵權責任規定請求損害賠償，更是侵權責任法基本問題。

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。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限」。

本條規定所稱「損害」，是否包括「純粹經濟上損失」在內？最高法院 100 年度台上字第 250 號判決，具有參考價值。

本號判決所涉事實與問題如下：榮民工程股份有限公司台南科技工業區施工處（簡稱榮民公司），基於經濟部工業局委託授權，於民國 89 年 10 月間在雲林縣台西鄉離島新興工業區海域進行抽沙工程，工程進行期間引起海水漂沙，濃度過高，污染海域，致附近上百蚵苗培育養殖戶（簡稱蚵農）定置於海中的蚵條，因蚵苗不易著床成長，而受有無法收成出售蚵苗的損失。眾多蚵農因收入銳減，生計嚴重受損，乃以榮民公司為被告，依民法第 184

<sup>40</sup> 詳請參閱陳忠五（2008），〈契約責任與侵權責任的區別（一）〉，《契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，頁 82-289，台北：新學林。



條、第 191 條之 3 規定，起訴請求損害賠償。

本件主要爭點，係被害蚵農在系爭海域並無「漁業權」，則榮民公司所侵害者，係蚵農何種「權利」？或僅是一種「純粹經濟上損失」，不屬民法第 191 條之 3 規定保護法益範圍？

最高法院廢棄原審判決，理由有二：其一，榮民公司於原審辯稱，蚵農所受損害，性質為「純粹經濟上損失」，非屬民法第 191 條之 3 規定所得請求賠償的範圍，原審就該抗辯方法，未於判決理由項下說明其採否之理由；其二，蚵農於原審主張其損失為「蚵條未能順利著苗」造成之利益損失，此主張與榮民公司抗辯明顯出現差異，則該損失之性質為何？是否屬「純粹經濟上損失」或屬「所失利益」，此與蚵苗之培育養成過程有何關聯？原審均未予認定說明。

上開最高法院見解，應特別說明者有二：

第一，最高法院認為，「純粹經濟上損失」與「所失利益」二者，概念有別，應予明確區分。此項見解，對於「純粹經濟上損失」此一概念的誤解、誤用或混淆，具有釐清作用，值得贊同。然而，「純粹經濟上損失」與「所失利益」二者間如何區別？最高法院未有進一步說明<sup>41</sup>。

第二，本件被害蚵農所受損害，其性質究為「權利侵害」或「純粹經濟上損失」？最高法院仍未明確表示意見<sup>42</sup>。尤其是，民法第 191 條之 3 規定的保護客體，是否包括「純粹經濟上損失」在內，乃一項重要問題，卻未因本件判決獲得解答，甚為可惜<sup>43</sup>。

## 2. 過失

關於專門職業人員執行業務時應盡的注意義務，以及違反注意義務時的

<sup>41</sup> 詳請參閱陳忠五（2011），〈抽沙污染海域影響附近蚵苗成長：權利侵害或純粹經濟上損失？：最高法院 100 年度台上字第 250 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，187 期，頁 34。

<sup>42</sup> 詳請參閱陳忠五，前揭註 41，頁 35-36。

<sup>43</sup> 關於此項問題，最高法院迄未明確表示意見，學者間持肯定、否定見解者均有之，本文作者係持「否定見解」。詳請參閱陳忠五，前揭註 40，頁 42-52。

損害賠償責任，最高法院 100 年度台上字第 328 號判決，具有參考價值。

本號判決所涉事實與問題如下：土地所有人經由中間人介紹，與他人訂立合建契約，並約定日後將其土地所有權移轉登記於合建契約相對人，以利申請建築執造事宜。嗣後，該中間人為處理個人債務，牟取不法利益，乃以代辦土地所有權移轉登記為由，自土地所有人處取得所有權狀、印鑑證明書，並於土地所有人交付印鑑章用印時，私自用印於多份抵押權設定及所有權移轉文件，再偽造土地所有人的授權書，委請某地政士親自或由他人先後數次將土地設定抵押權或移轉所有權於第三人，致土地所有人最後喪失其土地所有權。土地所有人發現其事後，依委任契約關係、不完全給付債務不履行關係、民法第 184 條第 1 項、民法第 184 條第 2 項、地政士法第 26 條等規定，起訴請求地政士（以及該中間人及其他第三人）連帶賠償其因此所受損害。

本件原審法院「否定」土地所有人損害賠償請求權的主要理由，係地政士未違反其業務上應盡的注意義務，不具有「過失」。

然而，最高法院針對本件地政士執行業務是否確無「過失」，有所質疑。其理由略以：專門職業人員，基於與當事人的信賴關係，並本於其專業能力、工作經驗及職業責任，在執行業務時，對於相對人或利害關係人應負有保護、照顧或防範損害發生的注意義務。地政士乃專門職業人員，受託辦理系爭土地抵押權設定與所有權移轉登記，則其在從事業務執行時，對於相對人及利害關係人自具有保護、照顧或防範損害發生的注意義務。本件地政士於受託辦理系爭土地登記時，中間人所提出土地所有人的授權書，係偽造且為影本，從形式上審查縱不能發覺其係偽造，倘令該中間人提出授權書原本時，是否不得發現其係偽造而防範損害的發生？又地政士有何正當原因可以不令中間人提出原本，加以查驗是否其確為土地所有人所授權，即率予辦理系爭土地登記？凡此均與其有無怠於善良管理人的注意義務所關頗切。

上開最高法院見解，值得贊同。應說明者有二<sup>44</sup>：

---

<sup>44</sup> 詳請參閱陳忠五（2011），〈地政士的文件查驗義務與損害賠償責任：最高法院 100 年度台上字第 328 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，189 期，頁 14-16。

第一，最高法院所謂地政士負有「保護、照顧或防範損害發生的注意義務」，就本件而言，係指「文件查驗義務」。此一「文件查驗義務」，應解為係屬地政士「確保交易行為或登記事項合法有效義務」的一環。最高法院強調專門職業人員所以負有「保護、照顧或防範損害發生的注意義務」，乃因其與相對人或利害關係人間具有「特殊信賴關係」，且因其具有「專業能力、工作經驗及職業責任」。此一理由構成，適用範圍相當廣泛，除地政士外，其他各種專門職業人員，如律師、會計師、建築師、不動產經紀人等，其業務執行，未來均可能基於相同法理，導出相同或類似的義務！

第二，最高法院認為，地政士就委託辦理相關文件的真實性，應負更嚴格、更高度的查驗義務，不能僅就文件外觀為形式上審查，而必須實質查驗文件的真實性。此項見解，具有重要意義。地政士的文件查驗義務，來自於其「確保交易行為或登記事項合法有效」的義務。為確保交易行為或登記事項合法有效，地政士於執行業務時，就系爭交易行為是否符合相關法律規定、系爭權利或權限存在與否或其範圍如何、以及系爭文件的真實性如何等，必須為實質的研究評估或調查核對，始能彰顯地政士此一職業的「專業性」，發揮法律設立「地政士制度」的社會機能。

### 3. 僱用人責任

民法第 188 條規定的僱用人責任，向來是侵權責任重要類型之一，相關案例眾多，大多圍繞在僱用人責任二項基本要件的解釋適用上：「僱用關係」與「執行職務」。2011 年最高法院裁判中，有三則判決，涉及此二項要件，特別值得注意。

A. 最高法院 100 年度台上字第 1314 號判決，其所涉問題如下：船舶所有人將其船舶連同船長、船員，以定期傭船契約方式，傭租於傭船人經營海上貨物運送業務，嗣傭船人以該船舶運送託運人交運貨物，於運送過程中，因船舶適航適載能力有欠缺，致貨物發生毀損滅失，此時被害人是否得依民法第 188 條規定，向船舶所有人請求損害賠償？

針對此項問題，最高法院指出：定期傭船契約，船舶所有人於一定期間

內，將船舶連同船長及船員一併包租予定期傭船人，使定期傭船人於傭船期間內，可以之運送自己貨物，亦可從事海上企業活動，以經營船舶運送業務，船舶所有人雖仍對船長及船員支付薪水，而有某程度之指揮監督權，惟其僅就船舶之「航海上事項」負其船舶所有人之航行責任（如海商法第 96 條、第 97 條、第 98 條有關船舶運航規定之類），至於其他船舶之「商業上事項」（如貨物運送業務等是），則由定期傭船人管理並行使其對船長及船員之指揮、監督權，船舶所有人就此即無須負其責任，易言之，判斷僱用人責任歸屬於船舶所有人或定期傭船人，端繫於船長及船員所為，究係「航海上事項」或「商業上事項」以為斷。原審就此未究明系爭船舶之船長及船員執行何項職務有疏失？與該項職務究屬「航海上事項」或「商業上事項」？僅以船舶所有人於傭船期間內對船長及船員支付薪水暨該貨艙設備不具水密性，遽謂其應依民法第 188 條規定負僱用人責任，非無再進一步推求之必要。

B. 最高法院 100 年度台上字第 609 號判決，其所涉問題如下：公司會計人員偽刻公司及負責人印鑑章，蓋印於公司交其保管使用之空白支票上，簽發支票，由其配偶背書簽名，經由票據交換方式，持向與公司有甲種活期存款關係之銀行提示，銀行人員不察印文有異而予以付款，銀行之付款，經法院認定不生民法第 310 條第 2 款「善意向債權準占有人清償」之效力後，銀行是否得轉而主張，公司會計人員執行職務不法侵害其權利或利益，依民法第 188 條規定，請求公司與該會計人員連帶負損害賠償責任？

本件關鍵在於，該會計人員冒領存款肇致銀行損害，是否屬「受僱人執行職務」行為。

原審法院採取肯定見解，最高法院則有不同意見。最高法院的理由構成是否妥當，值得研究。其要點如下：發票人之票據開立行為，須由發票人於票據上簽名或以蓋章方式代之，原審認定該會計人員職務包括「開立票據」，是否包括被授權以公司名義簽發票據，或保管使用公司開立票據所需之印章？抑或僅負責填具空白票據（如日期、金額）後，尚須由他人用印始能完成發票行為？原審關此部分未詳予說明，逕予認定其職務包括「開立票據」，尚嫌速斷，又該會計人員縱有「接觸」真正印鑑章機會，惟系爭發票行為要

屬偽造行為，銀行所受損害原因，直接因該偽造行為所致，該「偽造行為」外觀上是否為執行其職務？抑或係「偽造後持以行使」之外觀，令他人誤以為係執行職務？如為後者，得否認係客觀上足認為與其執行職務有關？均有詳加審究必要。

C. 最高法院 100 年度台上字第 3 號判決，其所涉問題如下：陳姓司機受僱於 A 物流公司，擔任駐廠人員，不負責駕駛車輛運送貨物工作，A 公司因承攬全家便利超商貨物配送業務，與 B 公司訂立委任契約，將其所承攬配送之貨物交由 B 公司運送，嗣後陳姓司機為自己利益，駕駛 B 公司之營業用小貨車，為 B 公司執行貨物載運事務，並向 B 公司收取運費，卻於駕駛途中因過失撞傷他人，被害人是否得以 A、B 公司為共同被告，依民法第 188 條規定，請求其連帶負僱用人責任。

本件 B 公司應負民法第 188 條規定的僱用人責任，並無爭議。有疑義者，A 公司是否亦應依該條規定，負僱用人責任。關鍵在於，陳姓司機駕駛車輛肇致交通事故時，其與 A 公司間是否具有「僱用關係」？其行為是否為「執行職務」行為？

針對此等問題，最高法院贊同原審法院見解，認為：系爭事故發生時，陳姓司機與 A 公司間有僱傭關係，領取 A 公司薪資，系爭車輛車身又標有「A 物流公司」字樣，陳姓司機所運送之貨物，且係 A 公司因委任合約而交運者，況 A 公司對於該貨物之運送，具有規劃、指定權限，對於運送貨物之司機更有評核及獎懲權限，堪認 A 公司對於 B 公司具有一定之監督關係，對於該 B 公司之陳姓司機亦有具體管理、查核權利，因而陳姓司機所為，客觀上足認與其執行 A 公司職務有關，外觀上並可認係為 A 公司服務且受其監督，故 A 公司自亦應負民法第 188 條規定的僱用人責任。

最高法院上開見解，有二點應予說明：

第一，最高法院就「僱用關係」與「執行職務」二項僱用人責任要件的認定，均採所謂「外觀或客觀認定標準」（外觀上可令人察知行為人係為他人服勞務而受其監督者，即係受僱人；凡客觀上足認與其執行職務有關之行為，即係執行職務之行為）。而且，最高法院就「僱用關係」與「執行職務」



二者間概念的差異，行文上有時將二者混為一談，並未明確區分。

第二，最高法院既然認為本件 A 公司與 B 公司均須負僱用人責任，可見依最高法院之意，僱用人責任上的「僱用人」或「指揮監督權限」，概念上不必然是「單一」，可以是「複數」概念，亦即同一行為人的同一行為，其背後可能有多數僱用人，均須負民法第 188 條規定的僱用人責任。

#### 4. 事業經營者責任

經營家具製造、加工、販售的家具工廠，因廠房內噴漆工作失火竄燒，殃及毗鄰廠房時，被害人是否得基於民法第 191 條之 3「事業經營者責任」規定，請求該家具工廠賠償其因此所受損害？

關鍵在於，家具工廠是否為該條所稱「經營一定事業或從事其他工作或活動之人」？家具製造、加工或販售業務，是否為該條所稱「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」？

關於此項問題，最高法院 100 年度台上字第 2286 號判決中，最高法院與原審法院，同樣均引用民法第 191 條之 3 增訂理由作為說理依據，卻得出不同結論，值得比較參考。

原審法院認為：從事傢俱工廠活動之內容，雖較易引起一般危險，亦較易引起火災，但究非從事製造危險來源之危險事業或活動者，亦非以從事危險事業或活動而獲取利益為主要目的，與民法第 191 條之 3 之立法理由所例示之工廠排放廢水或廢氣、桶裝瓦斯廠裝填瓦斯、爆竹廠製造爆竹、舉行賽車活動、使用炸藥開礦、開山或燃放焰火等性質有間，並無該條規定之適用。

然而，最高法院卻認為：依各類場所消防安全設備設置標準第 4 條第 3 款規定，木材加工業作業場所及油漆作業場所，屬高度危險工作場所，本件家具工廠經營家具製造、加工及買賣，系爭工廠存放木製易燃物及油漆，屬高度危險工作場所，則家具工廠所經營之事業及其工作，有生損害於他人之高度危險，應有民法第 191 條之 3 規定之適用。

#### （二）責任效力

### 1. 非財產上損害賠償

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，被害人得準用同條第 1 項規定，雖非財產上損害，亦得請求賠償相當金額。本條項規定，係 1999 年民法債編修正時所增訂，立法目的在同等保護「身分法益」與「人格法益」，允許一定要件下，身分法益被侵害的被害人，雖非財產上損害，亦得請求賠償相當金額。本條項規定如何解釋適用，攸關其規範功能的發揮，尤其是其在侵害身分法益非財產上損害賠償請求事件中，是否具有「一般性、原則性規定」的地位，更加值得關注。

關於本條項規定的解釋適用，實務上有一項重要問題如下：不法侵害他人身體或健康者，被害人本人雖非財產上損害，固然得依民法第 195 條第 1 項規定，請求賠償相當金額，惟同一侵害身體健康權事件，被害人的父、母、子、女或配偶，是否另得依同條第 3 項規定，以「身分法益」被侵害而情節重大為由，準用第 1 項規定，請求非財產上損害賠償？

針對此項問題，最高法院 56 年台上字第 1016 號判例，採取「否定見解」。惟該號判例作成於 1999 年民法債編修正施行前，當時並無第 195 條第 3 項規定。如今，民法債編修正已新增第 195 條第 3 項規定，則此項問題如何解決，自然值得關注<sup>45</sup>。最高法院 100 年度台上字第 992 號判決，針對此項問題表示見解，值得注意。

本號判決涉及交通事故導致被害人呈植物人狀態，被害人的父母依民法第 195 條第 3 項規定，請求賠償非財產上損害。

最高法院係採取「肯定見解」。其理由略以：蔡姓駕駛不法侵害邱某身體、健康法益，致邱某成為類植物人狀態，已遭法院依修正前民法規定宣告禁治產（現已改稱為監護宣告），邱某父母亦為監護人，不僅須執行有關邱某生活、護養療治及財產管理之職務，且因邱某須終身仰賴他人照護，於其

<sup>45</sup> 最高法院過去見解，似乎未盡一致。採取「否定見解」者，如：99 年度台上字第 1209 號判決。採取「肯定見解」者，如：96 年度台上字第 802 號判決；94 年度台上字第 2128 號判決。

二人不能維持生活時之受扶養權利亦將無法享受，遑論孝親之情。邱某父母與邱某間父母子女關係之親情、倫理及生活相互扶持與幫助之身分法益已受到侵害，且因必須持續終身照顧，其情節自屬重大。

上開肯定見解，具有二點意義<sup>46</sup>：

第一，民法第 195 條第 3 項的增訂，在於肯認身分法益具有「獨立性」，其與人格法益不同，並非附屬於人格法益下的一種權益，而係獨立於人格法益外的另一種保護法益。該條項立法目的，既然在同等保護「身分法益」與「人格法益」，其適用與否，自應本其獨自的構成要件判斷之，與同條第一項的適用無關。因而，同一侵害行為，得同時對不同主體構成人格法益與身分法益的侵害，發生不同的非財產上損害賠償請求權。

第二，在肯定見解下，人格法益被侵害時，直接被害人以外的其他「間接被害人」（即直接被害人的父、母、子、女或配偶），其依法所得請求的非財產上損害賠償，不再限於第 194 條所規定不法侵害他人「致死」的情形，即使不法侵害他人「身體或健康」，甚至「名譽、自由、信用、隱私、貞操或其他人格法益」，此等「間接被害人」亦有可能依第 195 條第 3 項規定，請求非財產上損害賠償。從而，本質上亦屬保護「身分法益」規定的第 194 條，其規範地位，將不再如過去那般，屬一種特殊例外情形。侵害身分法益的非財產上損害賠償請求，今後將以第 195 條第 3 項規定，作為一般性、原則性規定。民法第 194 條規定，不過只是其中一個具體化的「例示類型」而已。

## 2. 過失相抵

民法第 217 條第 1 項規定，損害發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減免賠償金額。此之「被害人」，如為識別能力未臻健全的幼童或未成年人時，應如何解釋適用本條項規定，始足以兼顧「合理限制加害人責任」與「保護未成年被害人」二種價值，是過失相抵制度上一項重要問題。

在一件公立小學校園運動設施肇致學童人身損害的國家賠償事件中，最

<sup>46</sup> 詳請參閱陳忠五（2012），〈侵害他人身體健康，被害人父母的慰撫金請求：最高法院 100 年度台上字第 992 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，193 期，頁 33-35。

高法院 100 年度台上字第 821 號判決的歷審法院見解，具有啟發意義，值得重視。

本號判決所涉事實及問題，與過失相抵有關者，如下：公立國小三年級學童，下課到操場玩耍時，跳到放置於校區一側無人看守的手球門網上，以雙手勾住球網，不斷搖晃，導致手球門重心不穩，失去平衡倒下，撞擊學童頭部，造成其頭部、喉部受傷。學童嗣後依國家賠償法第三條第一項規定，請求校方損害賠償。校方則以：手球門並非自行突然倒塌，係因學童違反手球門使用目的及使用方法，不斷搖晃始倒塌，系爭事故主因在學童不當玩耍手球門，應減輕賠償金額等，資為抗辯。

第一審法院認為：原告為未滿 8 歲稚齡兒童，雖有注意能力，然其在操場上把玩運動設備，本屬較無戒心，如科以過重注意義務，實悖常情，本院認原告雖有智識能力，然其心智未臻完全成熟，於把玩運動設備時，未能注意不得攀爬、搖晃手球門，致過失搖晃手球門，以致受傷，斟酌上情，認原告對於原告受傷損害之發生，應同負 10%之過失責任，則被告對於原告賠償金額，應減輕為 90%。

第二審法院在完全引用第一審判決理由情形下，未進一步說明理由，即認為學童就其損害發生，應負 40%與有過失責任，因而減輕賠償金額至損害金額的 60%。最高法院認為此一部分，於法並無違誤。

針對上開見解，應說明者有二<sup>47</sup>：

第一，關於未成年人民事責任的法律規範，法律政策上有必要區別「未成年人為加害人」與「未成年人為被害人」二種情形。前者，「未成年人保護」與「被害人權益保障」二項價值間，相互衝突，有待折衷調和，取得合理平衡點。基於被害人權益優先保護考量，法律政策上可以從寬認定未成年人的識別能力或提高其注意程度，進而從寬認定其過失存在。後者，與前者利益狀態不同，法律政策亦應有所不同。「未成年人保護」與「被害人權益保障」二項價值間，既然並未相互衝突，則應更置重於未成年被害人權益的

---

<sup>47</sup> 詳請參閱陳忠五（2012），〈校園運動設施肇致學童損害的國家賠償責任：最高法院 100 年度台上字第 821 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，191 期，頁 45-48。

加強保護（尤其是其人身安全與損害充分獲得填補的利益），不應以一般成年人心智標準或注意程度，動輒認定其「有識別能力」或「與有過失」，適用民法第 217 條規定，減免其賠償金額。

第二，準此，本件第一審法院考量學童年齡、注意能力、心智成熟程度等因素，刻意「減輕其注意義務」，僅酌定其應負百分之十的與有過失責任，原則上可資贊同。然而，在毫無理由說明下，第二審法院卻直接酌定學童應負百分之四十的與有過失責任，此項結論何以形成？令人不解！第二審判決既然一方面強調，未滿 8 歲的稚齡兒童，心智未臻完全成熟，雖有注意能力，但較無戒心，如科以過重注意義務，實悖常情，他方面何以又恣意的、武斷的認定學童應負百分之四十的與有過失責任？以如此相當苛刻、幾近「分擔一半責任」的見解，竟然毫無理由說明，說服力顯然不足！而最高法院就此部分，未有所指摘，認為其於法並無違誤，似亦有斟酌餘地。

## 肆、物權法

### 一、物權總論

#### （一）物上請求權

關於民法第 767 條規定的物上請求權，有二則最高法院判決，值得注意。其中一則涉及「請求權人」範圍問題，另一則涉及「無權占有」或「不法妨害」認定問題。

1. 未辦理保存登記房屋的受讓人，其非「房屋所有權人」，亦非「其他物權人」，於取得該房屋「事實上處分權」後，是否得主張類推適用民法第 767 條規定，對房屋現占有人請求返還房屋？

針對此項問題，最高法院 100 年度台上字第 1275 號判決中，原審法院係採取肯定見解，惟最高法院有不同意見。最高法院認為：對未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係實務上之便宜措施，然事實上處分權究非所有



權，能否類推適用所有權之物上請求權規定？或應以代位之法律關係行使其權利？仍待進一步推求。

最高法院上開見解是否妥適，不無研究餘地。最高法院過去在諸多關於「未辦理保存登記房屋」（多屬違章建築）事件類型中，往往將房屋受讓人取得的「事實上處分權人」地位，無論是有利或不利事項，實質上等同於「所有權人」地位看待，何以在本號判決中另持不同見解？有何特殊考量？未見進一步說明。而令房屋受讓人「以代位之法律關係行使其權利」，仍應受代位權行使要件的限制，是否足以充分保護房屋受讓人權益？值得斟酌。

2. 電業法第 51 條規定：「電業於必要時，得在地下、水底、私有林地或他人房屋上之空間，或無建築物之土地上設置線路。但以不妨礙其原有之使用及安全為限，並應於事先書面通知其所有人或占有人；如所有人或占有人提出異議，得申請地方政府許可先行施工，並應於施工五日前，以書面通知所有人或占有人」。

問題是，台電公司確有必要於私有土地上設置手孔蓋及埋設管線設施，且不妨礙土地所有人對土地原有使用，亦無安全方面疑慮，但並未依電業法第 51 條規定，事先「以書面通知土地所有人」，即逕行施工設置手孔蓋及埋設管線設施，於此情形，土地所有人是否得依民法第 767 條第 1 項規定，請求台電公司拆除相關設施、填平土地並返還占用部分土地？

關鍵在於，該手孔蓋及管線設施，是否「無權占用」或「不法妨害」系爭土地。針對此項問題，最高法院 100 年度台上字第 941 號判決，具有參考價值。

本號判決中，原審法院「否定」土地所有人請求。其理由略以：系爭手孔蓋及管線設施的設置，既有其必要性，並不妨礙土地所有人對於系爭土地使用，亦無安全性疑慮，依電業法第 51 條規定，台電公司自有權占用系爭土地，其縱未事先以書面通知土地所有人，核屬電業設置管線是否違反行政手續，有待補正等問題，要不得遽指其無權占用土地。

然而，最高法院有不同意見。最高法院指出：依電業法第 51 條規定，倘電業符合「必要時」及「不妨礙其原有使用及安全」之實質要件，並履行

「事先書面通知其所有人或占有人」之程序，始可依該規定進行施工，該條後段履行事先書面通知程序之規定，其立法原意係為確保土地所有權人或占有人可於施工前提出異議權利，並於地方政府許可先行施工時，得預以避免人身及財產危害損失，事後通知不生補正瑕疵之效力。

## （二）善意受讓

土地徵收完畢後，由徵收機關原始取得所有權，惟因故尚未辦妥地政機關土地登記簿上之徵收登記，此時如土地登記名義人又將該土地移轉登記於第三人，是否仍應推定該第三人「善意不知」土地登記名義人無權處分之事實？該第三人是否仍應受土地法第 43 條或現行民法第 759 條之 1 第 2 項有關不動產物權「善意受讓」規定之保護？

此項問題，涉及「基於公權力取得物權」與「私法上信賴保護原則」間的衝突問題。最高法院 100 年度台上字第 309 號判決，將「善意受讓制度」或「私法上信賴保護原則」優先於「徵收」此種因公權力取得物權之適用，具有參考價值。

最高法院指出：土地法第 43 條規定，係為保護因信賴登記取得土地權利之第三人，而將登記事項賦與絕對真實之公信力，此項保護不因政府機關辦理徵收，原始取得土地所有權而有所不同，且土地徵收後，地政機關未為徵收之記載，一般人甚難自土地登記簿知悉土地已遭徵收之事實，基於土地登記之公信力，應推定自被徵收名義人或繼承人受讓土地所有權並完成登記者為善意，徵收機關如主張該第三人係惡意取得，自應舉證證明之。

## 二、物權各論

「優先購買權」制度運作問題，向來是實務上重要問題。我國現行法制下，優先購買權規定，零星分散於相關規定中，欠缺專章專節統一規定。相關學說研究仍有不足，面對眾多實務案例，有賴最高法院累積法律見解，逐步發展此一制度。單是 2011 年，即有多則最高法院裁判，涉及優先購買權規定的解釋適用，值得重視。

### （一）基地承租人的優先購買權

民法第 426 條之 2 規定：「租用基地建築房屋，出租人出賣基地時，承租人有依同樣條件優先承買之權。承租人出賣房屋時，基地所有人有依同樣條件優先承買之權（第一項）。前項情形，出賣人應將出賣條件以書面通知優先承買權人。優先承買權人於通知達到後十日內未以書面表示承買者，視為放棄（第二項）。出賣人未以書面通知優先承買權人而為所有權之移轉登記者，不得對抗優先承買權人（第三項）」。<sup>1</sup>類似規定，亦見於土地法第 104 條規定：「基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。其順序以登記之先後定之（第一項）。前項優先購買權人，於接到出賣通知後十日內不表示者，其優先權視為放棄。出賣人未通知優先購買權人而與第三人訂立買賣契約者，其契約不得對抗優先購買權人（第二項）」。<sup>2</sup>

關於上開基地承租人優先購買權規定的解釋適用，有三則最高法院判決，闡述其法律問題，並表示其法律見解，具有參考價值。

1. 最高法院 100 年度台上字第 1530 號判決，其所涉問題如下：基地出賣人出賣基地時，雖然未通知具有優先購買權的基地承租人，惟基地承租人曾主動調查確認基地出賣相關條件，事實上知悉基地出賣之事而仍不為購買之表示者，是否得解為基地承租人之優先購買權「視為放棄」？

針對此項問題，最高法院認為：土地法第 104 條基地承租人優先購買權之規定，係為保護房屋所有權人與基地承租人之權益，並調和房屋與土地之利用關係，使房屋所有權與土地利用權得結為一體，以維持房屋所有權之安定性，避免危害社會經濟，而賦予基地承租人之權利，必該優先購買權人，於接到出賣人以與買賣契約同樣條件之通知後而於十日內不表示者，其優先購買權始得視為放棄，如基地出賣人出賣基地並未為上述通知者，縱基地承租人知悉其事而不為購買之表示，其優先購買權仍不能視為放棄，以貫徹土地法第 104 條規定之立法意旨在保護房屋所有權人與基地承租人之規範目的。

2. 最高法院 100 年度台上字第 1582 號判決，其所涉問題如下：基地出賣人出賣基地時，雖然曾通知具有優先購買權的基地承租人，惟僅通知基地

買賣事實，未通知基地買賣相關條件者，是否仍得解為基地出賣人「已通知」具有優先購買權的承租人？

針對此項問題，最高法院認為：土地法第 104 條規定土地承租人之優先購買權，不僅具有相對的物權效力，且基地出賣人必須將其與第三人訂立之土地買賣契約條件，通知予優先購買權人，以便考慮是否依同樣條件優先購買，不得僅以買賣土地之事實通知，即謂已盡通知義務。

3. 最高法院 100 年度台上字第 663 號判決，針對民法第 426 條之 2 第 1 項規定的解釋適用，提出二點法律見解：其一，基地承租人如於基地上未為房屋之建築者，即無承租人優先購買權規定之適用；其二，出租基地為共有時，僅共有人中之一出賣其應有部分者，基地承租人亦有依同樣條件優先購買之權。

## （二）耕地承租人的優先購買權

土地法第 107 條第 1 項及耕地三七五減租條例第 15 條第 1 項規定：耕地出租人出賣耕地時，承租人有依同樣條件優先承買之權。

問題是，耕地出租人出賣耕地，承租人若僅知有出賣事實，不知買賣條件，而未為優先承買與否之表示者，是否可解為承租人默示拋棄其優先承買權？又，耕地出租人出賣耕地，承租人若知有出賣事實及買賣條件，但僅為買賣不破租賃抗辯，而未為優先承買與否之表示者，是否亦可解為承租人默示拋棄其優先承買權？

針對上開問題，最高法院 100 年度台上字第 325 號判決指出：耕地承租人放棄優先承買權，必於其知悉買賣條件後，始能為之，倘其僅知出賣事實，不知買賣條件，尚無從決定是否依同樣條件優先購買，自無放棄優先承買權之可言，何況承租人固得於知悉土地買賣條件後，以默示方式表示拋棄，惟所謂默示意思表示，與單純沈默不同，除有特別情事，依社會觀念可認為一定意思表示者外，承租人單純知悉土地買賣條件而不為任何表示，不得謂為默示放棄優先承買權。

## （三）共有人的優先購買權

土地法第 34 條之 1 第 4 項規定：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購」。問題是，本條第 4 項僅規定土地或建築改良物之他共有人得以「同一價格」主張優先承購，則他共有人依本條項規定行使優先購買權時，除就「同一價格」行使其優先購買權外，包括強制執行法上拍賣在內之買賣契約「其他條件」，是否亦必須完全相同，始可行使優先購買權？

最高法院 100 年度台上字第 432 號判決，其所涉問題如下：拍賣共有土地強制執行程序中，執行法院將債務人為共有人之共有土地與債務人所有（單獨所有或共有）之其他土地合併拍賣，則其他共有人聲明行使優先購買權時，是否得主張僅就「共有土地部分」優先承購？

針對此項問題，最高法院認為：優先購買權人依土地法第 34 條之 1 第 4 項規定行使優先購買權時，出賣之共有人與他人所訂契約或他人承諾之一切條件，優先承購權人必須均表示接受，始得謂為合法行使優先承購權，倘有部分不接受或擅加變更買賣條件時，自不得稱之，故於執行法院拍賣二筆以上共有土地或建築改良物之情形，若經執行法院代債務人（出賣之共有人）定合併拍賣之條件，並經拍定人依該條件標買，主張優先承購權之他共有人自應為合併購買之表示，始得認其已依「同樣條件」之趣旨合法行使優先承購權。

## 伍、結 論

2011 年民事實體法「立法活動」，不算活躍。近年來民法各編頻仍修正工作，暫時停止，未見任何再修正。民事特別法的修正，數量有限。以「金融消費者保護法」、「土地法」、「兒童及少年福利與權益保障法」的制定或修正為主。惟此等修正，未見重大立法政策或制度變革，亦未變動重要原則性規定。

相較之下，民事實體法「司法活動」，相當豐富。其中，實際主導司法實務發展者，仍以數量龐大的最高法院裁判為主。2011 年最高法院裁判，



身分法領域裁判，數量不多，其在理論形成或實務應用上特別值得討論者，更屬少數。反觀財產法領域裁判，數量龐大，見解多樣，廣泛牽涉各次領域重要議題，實質攸關人民日常生活權利義務關係，持續建構更公平合理的私法秩序，對於我國民事財產法制成長發展，卓著貢獻。

其中最值得注意的司法實務發展，諸如消滅時效制度的演變、權利濫用禁止原則的適用、誠實信用原則與權利失效理論及契約相對性的關係、契約上附隨義務的發展、租賃契約實務問題的闡述、僱用人責任的建構、優先購買權制度的運作等，可謂是在現行法基礎上，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的工作。

## **Developments in the Law in 2011: Civil Law**

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

### **Abstract**

This article is to review and examine the major development of Taiwanese civil law in 2011, 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. There were a few laws which were legislated or amended, such as the Financial Consumer Protection Act, the Land Act, and the Children and Youth Welfare Act. However, these legislative activities 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: extinctive prescription, abuse of rights, relation between the principle of good faith and the privity of contract, incidental obligation in contract, practical problems in lease contract, employer liability and right of first purchasing. From these decisions, the Court demonstrated how they adapted to the changing needs of transitional society.

**Keywords:** common property for ancestor worship, right of name, determination of the object in contract, apparent agency, extinctive prescription, abuse of rights, good faith, Verwirkung, privity of contract, standard contract, incidental obligation, lease contract, employment guaranty, borrowing name for

---

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

**registration, damage, negligence, employer liability, liability of business operator, infringement of the right of family relationship, comparative negligence, right of the real claim, bona fide acquisition, right of first purchasing**

