

# 《民法概要》

## 一、代理與代表之不同何在？(二十五分)

命題意旨	代理、代表與其不同。
答題關鍵	本題題目相當簡單，只要把握代理與代表之基本觀念，援引法條，即可輕鬆作答。
擬答鑑示	1.參考：王澤鑑，民法總則，2001年2月版，頁476。 2.參考：施啟揚，民法總則，1996年4月增定七版，頁285。 3.參考：高點陳老師民法講義，第一冊，頁33-34。 4.參考：趙敬襄著，民法概要，頁1-86-89，高點出版。

### 【擬答】

- (一)「代理」係代理人於代理權限內，以本人(被代理人)名義向第三人為意思表示或由第三人受意思表示，而其效力直接歸屬於本人之行為(民法第一三條參照)，代理制度之本質在於使代理人所為之法律行為(意思表示)，直接對本人發生效力，於意定代理中有擴大本人能力，於法定代理中有補充本人能力之功能。
- (二)「代表」係採「法人實在說」為前提之下，肯定法人具有權利能力、行為能力和責任能力，然法人本質上仍為社會之組織體，需透過其機關(即代表人，如法人董事等)為法律行為或侵權行為，法人代表人之行為即為法人之行為。
- (三)「代理」與「代表」之不同，茲分述如下：
- 1.關係不同：於代理制度上，代理人與本人為兩個權利主體的關係，乃兩個獨立且個別的關係(二元關係)；於代表制度上，代表人與法人乃一個權利主體的關係，是一部與全部之關係(一元關係)。
  - 2.效力不同：代理人之行為，法律效果直接歸屬於本人；代表人之行為即為本人之行為，二者合而為一，代表人之意思表示即為本人之意思表示。
  - 3.權限不同：代理人僅能代理本人為法律行為和準法律行為；代表人得代表本人為任何行為，包含法律行為、準法律行為、事實行為、侵權行為等。
  - 4.意思表示之瑕疵有無認定不同：代理行為之瑕疵原則上就代理人決定，例外情形下方就本人決定(民法第一〇五條參照)；相對的，代表人之行為即為本人之行為，於此部分不生問題。

## 二、甲將其所有之土地一筆，先後分別設定抵押權於乙、丙二人，並經登記。其後甲將該筆土地出售並移轉登記予乙。請問此時乙、丙之抵押權是否仍繼續存在？(二十五分)

命題意旨	所有權與抵押權混同時，抵押權不消滅之例外情形
答題關鍵	本題之事實並不複雜，只要熟悉民法第七六二條但書規定，抵押權與所有權混同時為何例外不消滅之立法意旨，應可輕鬆作答。
擬答鑑示	1.參考：謝在全，民法物權論上冊，1995年9月修訂版，頁97-101。 2.參考：高點陳老師民法講義第三冊，頁41。 3.參考：趙敬襄著，民法概要，頁3-9、3-58-64，高點出版。

### 【擬答】

- (一)甲將其所有土地一筆先後分別設定抵押權與乙和丙，並已完成登記，依民法第七五八條規定，乙丙均取得對甲土地之抵押權，且民法第八六五條規定：「不動產所有人，因擔保數債權，就同一不動產，設定數抵押權者，其次序依登記之先後定之。」故乙之抵押權登記在先，相較於丙之抵押權，具有優先之順位，於甲屆期不清償債務而實施抵押權拍賣抵押物時，就拍賣所得之價金，得優先於丙受償。
- (二)甲於乙丙之抵押權存續中，將抵押物(土地)出賣於乙並已完成所有權移轉登記，依民法第七五八條規定，乙取得該筆土地之所有權，致使乙就該筆土地同時為所有權人亦為抵押權人；而民法第八六七條規定：「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」故丙之抵押權具有「追及效力」而繼續存在於該抵押物上。
- (三)民法第七六二條規定：「同一物之所有權及其他物權，歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅。但其他物權之存續，對所有人或第三人法律上之利益者，不在此限。」今乙就該筆土地同時為所有權人與抵押權人，即可能發生「物權混同」之情形。所謂「物權混同」係指兩個無並存必要之物權，同歸於一人之法律事實，當所有權與定限物權混同時，原則上定限物權消滅，蓋所有權之內容可涵蓋定限物權，此時定限物權為所有權吸收也。
- (四)然而，倘若乙就該筆土地之抵押權因混同而消滅，則該筆土地上僅剩丙之抵押權，屆期丙實施抵押權時，即可就拍賣所得之全部價金受償，如此一來，乙本得享有之優先受償權將因混同而消滅，致乙遭受損害。此時即為民法第七六二條但

書所謂「其他物權之存續，於所有人有法律上之利益」之情形，故此時乙就該筆土地之抵押權不應因混同而消滅，換言之，乙丙之抵押權於乙取得該筆土地之所有權後仍然繼續存在，且優先順位亦不改變。

三、大學生甲已成年，因病在家休養，授權十九歲同學乙，出售其所有桌上電腦予丙；又遣十一歲小妹丁至商店，傳達甲購買某筆記型電腦意思，先送貨到家後付款。試問該二契約效力為何？(二十五分)

命題意旨	代理人與使者之行為能力
答題關鍵	本題需區分代理人與使者之異同，並分別說明代理人與使者需否具備行為能力方能為代理行為或傳達機關。
擬答鑑示	1.參考：王澤鑑，民法總則，2001年2月版，頁475。 2.參考：施啟揚，民法總則，1996年4月增定7版，頁285。 3.參考：高點陳老師民法講義，「民法總則體系表」，頁48-50。 4.參考：趙敬襄著，民法概要，頁1-86~92，高點出版。 5.參考：法學概念判解精選(民事法篇總則篇)，頁72，高點出版。 6.參考：高點考場寶典，頁1-11，第一、三題，命中！

#### 【擬答】

(一)就第一個契約之效力而言：

- 1.甲已成年，因病在家休養，授權十九歲之同學乙，出售其所有桌上電腦與丙，此乃甲利用「意定代理」之方式，授與代理權與乙，使乙與丙訂立出售桌上電腦之買賣契約，並使契約之效力直接歸屬於甲。然而，代理人乙年僅十九歲，且並未結婚，乃限制行為能力人，其是否得為有效之代理行為？
- 2.民法第一四條規定：「代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人而受影響。」此乃導因於代理權之授與僅係本人賦予代理人以本人名義為法律行為之「資格」或「權能」，代理人並不因該代理權之授與而負有任何法律上之義務，其義務之有無與內容需視本人與代理人有無內部法律關係而定。是故，既然代理權之授與並不使代理人負有法律上之義務而為「中性行為」，民法乃規定限制行為能力人亦得為代理人，蓋即便如此，對於代理人亦不生任何之不利利益，以足以保護限制行為能力人。
- 3.綜上所述，甲授與代理權與十九歲之乙，使其出售其所有之桌上電腦與丙，該買賣契約有效，且效力直接存在於甲與丙之間(民一三)。

(二)就第二個契約之效力而言：

- 1.甲已成年，因病在家休養，遣十一歲小妹丁至商店，傳達甲購買某筆記型電腦意思，先送貨到家後付款。此乃甲透過十一歲丁為其「使者」，傳達其購買筆記型電腦之意思表示。然而丁年僅十一歲，為限制行為能力人，其傳達甲之意思表示是否發生效力？
- 2.「使者」與「代理」之規定不同。「使者」為傳達本人已決定之意思表示，如送達書信電報，在性質上為傳達機關；或表示本人已決定之意思表示，如代為傳言或實施行為，在性質上為表示機關，亦即為本人之使用人或執行人。由於使者並不自己為意思表示，僅為本人「手足之延長」，因此不必具有行為能力，即無行為能力或限制行為能力人均得為使者或傳達人。然而「代理」係本人透過授與代理權之方式，使代理人以本人名義所為之法律行為效力直接歸屬於本人，與使者之法律性質完全不同。
- 3.綜上所述，甲遣十一歲之丁至商店，傳達甲購買某筆記型電腦之意思，先送貨到家後付款，是以丁為其使者(傳達人)，傳達其意思表示，丁猶如甲手足之延長一般，並不需具備行為能力亦得為之，今丁年僅十一歲，亦得有效傳達甲之意思表示，甲與該商家成立之買賣契約有效。

四、甲男乙女於民國七十年結婚，民國七十二年間由甲購屋一幢。今甲於民國八十九年死亡，雙方未有財產制之約定，問乙可否對該屋主主張剩餘財產分配請求權？(二十五分)

命題意旨	剩餘財產分配請求權
答題關鍵	本題之關鍵在於剩餘財產分配請求權係於民國七十四年六月三日制定公布，於施行前已取得之財產是否有其適用？應分由肯定與否定說作答。
擬答鑑示	1.參考：高點陳老師民法講義，第三冊，頁61-64。 2.參考：趙敬襄著，民法概要，頁4-21~30，高點出版。 3.參考：法學概念判解精選(民事法篇繼承篇)，頁28-30，高點出版。

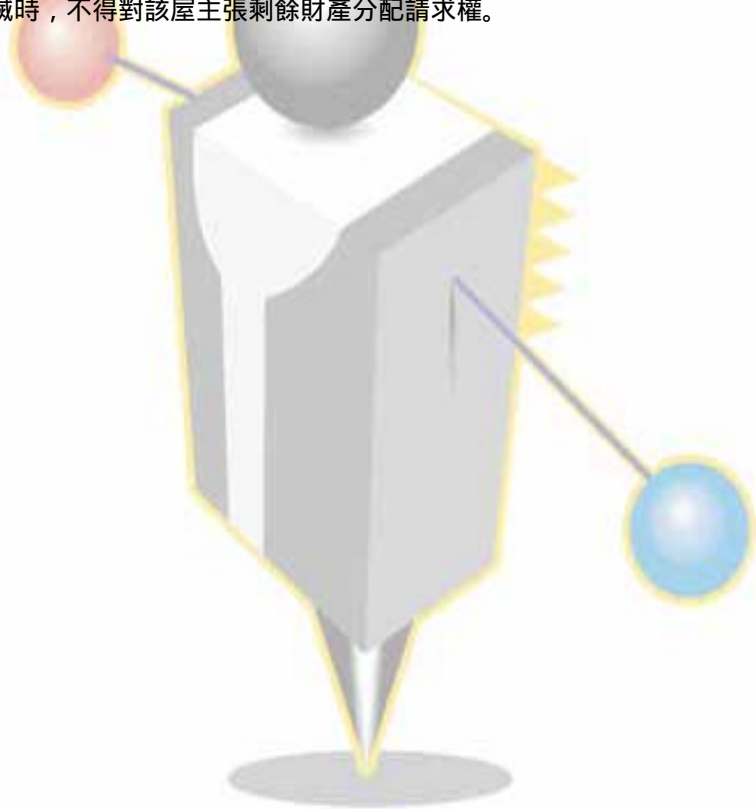
#### 【擬答】

- (一)甲男與乙女於民國(以下同)七十年結婚，並未約定夫妻財產制，依民法第一千零五條規定，以法定財產制為其夫妻財產制，又所謂法定財產制係指「聯合財產制」，故甲乙間之夫妻財產制需依民法第一千零六條以下之規定適用之。
- (二)甲男於八十九年死亡，乙女就甲男之財產依民法第一千零三十之一第一項規定，應可主張「剩餘財產分配請求權」，本條乃於民國七十四年六月三日制訂公布，其立法理由在於對妻家事勞動之評價，蓋於台灣社會中與夫相較，妻往往多從事家事之勞動，致使妻於夫妻關係存續中所增加之原有財產不若夫，若於聯合財產關係消滅，夫妻雙方各自取回其原有財產時，勢必對妻造成不公平之現象，故增定妻於聯合財產關係消滅時，得向夫主張剩餘財產分配請求權，以尊重並保護

夫妻之一方對於家事所為之勞動。今甲於聯合財產關係存續中死亡，亦為聯合財產制消滅之原因之一，乙女就甲男之財產應可主張剩餘財產分配請求權。

(三)然而，甲之該屋係於七十二年，即民法第一千零三十條之一施行前購得，該屋是否為剩餘財產分配請求權所及，滋生疑義，實務上有兩種看法：

- 1.肯定說：民法第一千零三十條之一僅需於「婚姻關係存續中」所取得之財產皆有該條文之適用，且依立法者制訂該條文係為補償妻於家事之勞動價值觀點言之，應認為民法第一千零三十條之一係不溯及既往原則之特別規定，而使妻於修法前之家務勞動價值獲得保障，又依釋字第四百一十號之解釋意旨，基於男女平等原則之考量，更應採肯定說之見解。
- 2.否定說：依民國七十四年六月三日修正之民法親屬編施行法第一條規定，除非施行法中有明文規定，否則不應任意排除法律不溯及既往之規定，民法第一千零三十條之一之剩餘財產分配請求權，於施行細則中並無特別應溯及既往之規定，故應以否定說為宜。
- 3.實務係採否定說之看法(最高法院八十一年台上字第二三一五號判決參照))，本人以為亦以否定說為妥，蓋法律不溯及既往乃實體法適用上之原則，除非該法律之增定具有溯及既往之必要且經明文規定，否則均不應經由解釋而創設例外，以保護當事人之信賴。綜上所述，甲之該屋係於七十二年間購得，係於民法第一千零三十條之一施行前即取得之財產，乙女於夫妻聯合財產關係消滅時，不得對該屋主主張剩餘財產分配請求權。



高 點