

書記官 · 執達員 · 執行員

《民法概要》

一、何謂「單純之沈默」？何謂「默示之意思表示」？試從民法規定，說明之。(25 分)

命題意旨	測驗考生是否知悉「單純之沈默」與「默示之意思表示」之差異。
答題關鍵	分別就「單純之沈默」與「默示之意思表示」為解釋及舉例即可。
考點命中	《高點民法講義第一回》，辛政大編撰，頁 58。

【擬答】

(一)單純之沈默：

單純之沈默，指單純不作為而言，即當事人既未明示其意思，亦不能從其行為中間接推測其意思者。單純之沈默原則上不具有意思表示之價值，且不發生任何法律效果。惟於下述二種情形，沈默得例外作為意思表示：

1. 當事人約定，以沈默作為意思表示的方法：例如某甲住山中，購書不易，乃與乙書局約定，凡有新版法律書籍即寄給甲，不購買時，一週內退還，是若甲不退還(沈默)，即因當事人約定而作為承諾的意思表示。
2. 規範化的沈默：法律於特定情形對於沈默賦予意思表示的效果，擬制其為意思表示。擬制為不同意的，如民法第 80 條第 2 項：「於前項期限內，法定代理人不為確答者，視為拒絕承認。」擬制為同意的，如民法第 451 條：「租賃期限屆滿後，承租人仍為租賃物之使用收益，而出租人不即表示反對之意思者，視為以不定期限繼續契約。」

(二)默示之意思表示：

指由特定行為間接推知行為人的意思表示，例如進餐廳取用小菜飲料，當事人雖然沒有明白表示，仍可認為有成立買賣契約之意思表示。在絕大多數之情形中，意思表示不論透過明示或默示，均可發生意表示之效力，唯一之例外，在民法第 272 條就連帶債務之成立，限於當事人以明示為必要，而排除默示成立連帶債務之可能。

二、某乙為甲公司之營業員，某丙為圖個人之方便，將自己所有證券交易之存摺、印章交由某乙保管。

甲公司明知其營業員某乙因業務之方便，保管某丙帳戶之存摺、印章。某日，甲公司任由某乙取用某丙存摺，並蓋上某丙之印章，以任意動用該存摺之款項，購買股票。嗣後，造成某丙之損失。試依民法規定，分析甲、乙、丙間之法律關係。(25 分)

命題意旨	此題為典型之民法第 188 條考題。
答題關鍵	考生僅須逐一涵攝民法第 188 條之要件即可。
考點命中	《高點民法講義第五回》，辛政大編撰，頁 40-42。

【擬答】

(一)丙得依民法第 184 條向乙請求損害賠償：

1. 民法第 184 條第 1 項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」
2. 本題乙明知不可任意動用丙帳戶內之款項以購買股票，卻於未經丙同意下擅自動用，致丙受有損失，核其所為，該當民法第 184 條第 1 項之侵權行為，又因丙所受之損害應屬純粹經濟上損失，故應以第 184 條第 1 項後段為請求權基礎。

(二)丙亦得依民法第 188 條請求甲連帶負損害賠償責任：

1. 民法第 188 條規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」此乃僱用人之侵權責任規定。
2. 本條之要件有四：(1)須具僱用人與受僱人關係；(2)須受僱人行為該當於一般侵權行為；(3)受僱人係執行職務；(4)僱用人選任受僱人及監督其職務之執行具有過失，且其過失與損害發生具有因果關係。

3. 首先，乙為甲公司之營業員，是甲乙間存有僱傭關係。其次，乙之行爲，承上(一)所述，應已該當民法第 184 條。然有疑問者乃，乙是否為「執行職務」？就此，實務與學說有不同之判斷標準：實務採「客觀說」，即只要受僱人之行爲在客觀上足認與其執行職務有關者，即為執行職務之行爲；而學說則採「內在關連性說」，即凡與僱用人所委辦職務範圍具有通常合理關連的行爲，對此僱用人可為預見，事先防範，並計算其可能的損害，內化於經營成本，予以分散者，屬之。本案乙盜賣股票，依實務之見解，雖非執行職務之本體，惟對於此種利用職務上給予機會而為之侵權行爲，只要在客觀上或行爲外觀上，足認與其職務有關者，即屬執行職務之行爲。而若依學說之見解，營業員利用代客買賣股票之機會，在營業場所及營業地點乘機盜賣股票，乃營業員利用其職務給予之機會所為之行爲，對此，僱用人得為預見，並加以防範，且客戶對證券公司亦有一定之信賴關係，且僱用人並因其營業員代客買賣股票而獲有利益，是營業員盜賣股票之行爲應屬執行職務之行爲。是不論依實務或學說見解，本件乙之行爲屬執行職務之行爲，應屬無疑。最後，甲明知乙盜賣股票卻不制止，甲監督乙職務之執行具有故意過失，且與丙之受損具有因果關係。
4. 綜上，丙應得依第 188 條規定，請求甲乙就其所受之損害連帶負損害賠償責任。

三、何謂區分地上權？何謂法定區分地上權？當事人間訂定無期限之區分地上權，其效力如何？（25 分）

命題意旨	測驗區分地上權之相關概念。
答題關鍵	考生僅須逐一說明區分地上權之定義，並就法定區分地上權及期限為說明即可。
考點命中	《高點民法講義第八回》，辛政大編撰，頁 50-51；64-65。

【擬答】

(一)區分地上權：

民法第 841 條之 1 規定：「稱區分地上權者，謂以在他人土地上下之一定空間範圍內設定之地上權。」依此定義可知，區分地上權與普通地上權之差異性，僅在於量的差異，而無質的差異，亦即二者同為在他人土地上下設定地上權，惟普通地上權之客體範圍及於所有權之全部，而區分地上權之客體範圍，僅及於所有權之一定空間內而已。也正因為區分地上權與普通地上權僅有量之差異，而無質之差異，除區分地上權之一節有特別規定者外，普通地上權之規定於性質不相抵觸下，得準用於區分地上權，此觀第 841 條之 6 規定：「區分地上權，除本節另有規定外，準用關於普通地上權之規定」即知。

(二)法定區分地上權：

1. 由於民法區分地上權一節並未針對法定區分地上權為特別規定，是依第 841 條之 6 規定，準用關於普通地上權之規定。
2. 而有關法定地上權，分別規定於第 838 條之 1 及第 876 條。第 838 條之 1 規定：「土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，因強制執行之拍賣，其土地與建築物之拍定人各異時，視為已有地上權之設定，其地租、期間及範圍由當事人協議定之；不能協議者，得請求法院以判決定之。其僅以土地或建築物為拍賣時，亦同。」第 876 條則規定：「設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣時，視為已有地上權之設定，其地租、期間及範圍由當事人協議定之。」該等規定於區分地上權應有準用。

(三)期限：

1. 由於民法區分地上權一節並未針對區分地上權之期限為特別規定，是依第 841 條之 6 規定，準用關於普通地上權之規定。
2. 而地上權既以在他人土地上有建築物或其他工作物為目的，通常應有相當存續期限方能達土地利用之目的，發揮地上權法律關係穩固，所建工作物之經濟價值得以確保之社會功能。故民法對於未定存續期限之地上權，區分以公共建設為目的或其他地上權而為不同之規定：
 - (1) 以公共建設為目的之地上權：依第 833 條之 2 規定，於公共建設使用目的完畢時，始得因期限屆至而消滅。
 - (2) 其他地上權：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。」故須屆滿 20 年，始有訴請法院裁判終止或轉為定有

期限地上權之可能。

四、甲名下有一價值 1,000 萬之房屋，500 萬之存款。乙、丙、丁為甲之子女，乙生有 A、B 兩女，丙有一子 C 及孫 D。丙與 C 於 99 年外出車禍同時死亡；100 年 1 月 1 日乙則持刀殺傷甲，嗣後於 101 年傷害罪判決確定。甲則因迭經變故鬱鬱寡歡，於 100 年 7 月 1 日死亡。試問 A、B、D 得否代位繼承？又其繼承人為誰？應繼分各為如何？（25 分）

命題意旨	本題為單純的代位繼承及應繼分之考題。
答題關鍵	同學僅須先就本案究竟何人符合代位繼承為判斷，並於確認繼承人後計算其應繼分即可。
考點命中	《高點民法講義第四回》，辛政大編撰，頁 1-6。

【擬答】

(一) D 得代位繼承，AB 則不可：

1. 民法第 1140 條規定：「第 1138 條所定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」本題丙 C 既於甲死亡前(繼承開始前)即已死亡，依第 1140 條規定，D 應得代位繼承。
2. 至於 AB 可否代位繼承，應視乙有無喪失繼承權而定。第 1145 條第 1 項第 1 款規定：「有左列各款情事之一者，喪失其繼承權：一故意致被繼承人或應繼承人於死或雖未致死因而受刑之宣告者。」有疑問者乃，該款之適用是否以致死故意為要件？就此，通說及實務皆採肯定說，故本案之乙既為傷害故意，則乙並不該當本款規定，仍為甲之繼承人。而乙既未喪失繼承權，AB 當然不得代位繼承。

(二) 繼承人為乙 D 丁：

民法第 1138 條規定：「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一直系血親卑親屬。二父母。三兄弟姊妹。四祖父母。」本題甲無配偶，是甲之繼承人應為其直系血親卑親屬乙 D 丁。

(三) 應繼分：

1. 今甲之繼承人為其直系血親卑親屬乙 D 丁，而民法第 1141 條規定：「同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承。」又代位繼承人依第 1140 條規定「代位繼承其應繼分」，故乙 D 丁之應繼分各為三分之一。
2. 甲死亡時有一價值 1000 萬之房屋，及 500 萬之存款，共 1500 萬，是乙 D 丁各得繼承 500 萬。

黑點