

《民法（包括總則、債與物權）》

試題評析

第一題：其爭點為行為能力之基本概念，與限制行為能力人未得法定代理人允許所締結契約之效力為何（民法第79條）及其例外（民法第77條但書、第83條、第84條、第85條）。本題屬於基本考題，在第三題大家都不會寫的同時，這題是各位同學一定要掌握的。

第二題：其爭點如下：第(一)小題考點為無權處分、善意受讓與無權代理、表見代理之概念。這兩項制度都是在保障相對人的善意信賴，其要件亦相近，經常作為比較的對象，能在單一考題中同時測驗兩種概念，足見命題者的用心。第(二)小題考點同樣為表見事實及相對人正當信賴等要件之認定。事實上，此一考點本質上是價值判斷的問題。換言之，就是在判斷由何人承擔風險較為合理，故沒有正確答案可言，考試上論述實務見解之判決後，依自己的判斷加以涵攝即可。第(三)小題題目問的是甲可能的主張為何。而甲的主張可能有兩個：請求乙交付買賣價金與損害賠償。是以，同學如果只有回答到損害賠償的依據（債務不履行與侵權行為）是不夠的，就不當得利或無因管理應一併論述本題並不容易，但同學就民法的基本觀念有正確理解的話，應可獲得基本的分數。事實上，本題可說是考古題了，可見常作考古題仍有其必要性！

第三題：雖然為法條題，但非常困難。因為未定期限地上權之終止與地上權拋棄，及拋棄後的義務向來非考試之重點，更何況題目明示要以尚未生效的新法回答，實在是強人所難。不過，不會寫同學也不用擔心，因為筆者猜測大部分同學都不會寫，所以民法這科決勝負的關鍵就是第一、二題。

一、16歲甲男認識擔任刺青店的師傅乙女，私下花了3,000元刺青後，隔日卻被父母發現其左手虎口及右小腿外側各刺有一個龍形圖案，馬上找上刺青店家理論。試問：

(一)若乙女坦承當初確未見甲男家長陪同或取得家長同意書，甲男父母可主張甚麼權利？（15分）

(二)若甲男假冒20歲的哥哥丙男並出示其已成年之身分證件，乙女可主張甚麼權利？（15分）

答：

所謂行為能力者，係指得單獨作成一有效法律行為之能力。而現行民法主要係以年齡為標準，區分為完全行為能力、限制行為能力及無行為能力。且不同之類型所為法律行為之效力，依法律之規定亦有所不同。而本題之爭點所涉及者為限制行為能力人未得法定代理人之同意所為之法律行為（與他人締結契約）之效力為何。以下分述之：

(一)甲男父母可依民法第79條規定，拒絕承認該契約之效力：

1. 首按民法第13條第2項規定：「滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力。」依題目所示，某甲年僅16歲，依民法第13條之規定，其僅具有限制行為能力，合先敘明。
2. 次按民法第77條規定，限制行為能力人為意思表示或受意思表示，應得法定代理人之同意。又按民法第79條規定，限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約為效力未定，須經法定代理人之承認，始生效力。此條之法律效果之所以為「效力未定」，其目的在兼顧限制行為能力人權益之維護與交易安全之保障。
3. 查某甲花費3000元請求乙女為其刺青，應可認為甲和乙之間已成立一承攬契約。依民法第79條規定，甲和乙所締結之承攬契約為效力未定，須經法定代理人之承認，始生效力。
4. 是以，甲之父母倘欲保護其未成年子女甲，其得主張之權利為拒絕承認該契約，使得該契約確定無效，再依民法第179條規定，依不當得利返還請求權請求乙女返還3000元。

(二)乙女可依民法第83條主張，其與甲締結之契約為有效：

1. 按民法第83條規定：「限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，其法律行為為有效。」依民法第79條規定，限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約為效力未定，已如前述。惟本條之立法目的係保護限制行為能力人，而有特殊情形可認為限制行為能力人無庸保護時，自無加以保護之必要。本此，民法第83條即規定，限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，其法律行為為有效。

- 2.所謂詐術，係指以積極地虛構事實、變更事實或隱瞞事實之行為，使被詐欺人限於錯誤、加深錯誤或保持錯誤。查甲假冒其兄長20歲之丙男並出示其已成年之身分證件，甲的此項行應可認為已該當為詐術。從而，甲乙間之契約本應為效力未定，但依民法第83條之規定應認屬有效。
- 3.是以，乙女可主張之權利為依民法第83條規定，主張其與限制行為能力甲間的契約仍屬有效。進而要求某甲依約給付3000元。

【參考書目】

1. 徐律師，民法講義第一回及上課筆記。
2. 徐律師，《民法總則實例演習》，頁8-18~8-32，2010年3月6版。

二、甲委託土地代書乙為其辦理土地登記，並將自己之身分證影本、印章與印鑑證明交付乙。不料乙竟擅自以甲之名義將土地出售並移轉登記予知情之丙；且以甲為保證人，向丁借款新台幣500萬。丙隨後將土地出售並移轉登記予不知情的戊。

- (一)請問甲可否請求戊返還土地？(20分)
- (二)若丁向甲請求履行保證責任，請問甲可否拒絕？(10分)
- (三)請問甲對乙有何主張？(10分)

答：

本例中，甲委託乙處理者為辦理土地移轉登記，乙卻擅自以甲的名義出售土地並辦理所有權移轉登記給丙。此一行為係屬「無權代理」而非「無權處分」，蓋乙係以甲的名義而非自己之名義為之。據此，本例之爭點即為無權代理、表見代理之效力與向無權代理人請求損害賠償之依據。分述如下：

(一)甲不可請求戊返還土地：

1.本件不成立表見代理：

- (1)按表見代理者，係指無權代理時，而第三人非因過失而不知其間並無代理權，此時表面上如有足以使第三人信為有代理權之事實（表見事實），為保護交易安全，對於該無權代理行為，亦賦予有權代理類似之效果。民法第169條即本於此項法理加以規定。表見代理之成立須具備三項要件，即：表見事實（權利外觀）之存在、表見事實係因本人所造成及相對人具正當信賴。
- (2)本例中，甲將自己的身分證影本、印章與印鑑證明交付乙之行為可否解為表見事實，則不無疑問。早年實務見解（44台上1428判例）採取肯定見解，惟實務後來（70台上657號判例，見註1）似改採個案審酌之見解。管見贊同實務晚近見解即個案審酌，蓋如此方符合我國交易習慣，並可兼顧當事人間之利害關係。惟相對人丙既然明知此事，其信賴即非屬正當，自無保障之必要，故不構成表見代理之要件。
- (3)是以，乙未得到甲之授權，以甲的名義出售土地並辦理所有權移轉登記給丙之情事，雖屬無權代理，乙丙間關於甲之土地的讓與合意，依民法第170條第1項，係屬效力未定。倘甲拒絕承認，該行為即屬確定無效，故丙無法取得系爭土地所有權。

2.本件成立無權處分及善意受讓：

- (1)按民法第118條第1項規定：「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力。」故無處分權人所為狹義處分行為（即物權行為與準物權行為），在有處分權人為承認前，效力未定。
- (2)次按民法第759條之1第2項規定：「因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響。」故受讓人善意信賴讓與人對於讓與之不動產具有處分權時，其信賴應受保障，而依法令其取得所有權。
- (3)題示情形，丙並未取得系爭土地之所有權，故其將土地讓與給善意之戊，即屬無權處分，故戊得主張依民法第759條之1第2項善意受讓系爭土地之所有權。

註1 70台上657號判例：

由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之（參看本院六十年台上字第二一三〇號判例）。我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負責表見代理之授權人責任，未免過苛。

3.綜上，系爭土地既為戊取得所有權，則甲之所有權業已消滅，自然不得依民法第767條第1項前段規定請求戊返還土地。

(二)甲得拒絕丁之請求

- 1.按民法第170條第1項規定，無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人不生效力。本條所規定者為無權代理之法律行為之效力為何。
- 2.依題示，甲丁間之保證契約係經乙之無權代理而締結，本應適用民法第170條規定。惟須討論者為，本例有無表見代理規定（民法第169條）之適用。管見認為乙僅提出甲之身分證影本、印章與印鑑證明給丁，丁是否僅得以上開文件即信賴乙有代理權，不無疑問，解釋上應持否定見解。
- 3.準此，丁請求甲履行保證責任之前提為，甲丁間之保證契約有效存在。而甲丁間之保證契約係經乙之無權代理而締結，依民法第170條規定為效力未定，且常理下甲不可能承認對其不利之保證契約。是以，甲丁間之保證契約之效力為無效，從而甲當然可以拒絕丁之請求。

(三)甲對乙的可能之主張如下：

甲因乙之無權代理受有喪失土地所有權之損害，其得依下述請求權基礎，向乙請求：

1.契約責任

按民法第544條規定：「受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。」乙故意所為無權代理致甲之土地所有權消滅，顯屬可歸責乙之債務不履行。故甲可依民法第544條主張債務不履行之損害賠償請求權，向乙請求損害賠償。

2.不當得利

某乙係以甲之名義與丙締結契約，並作成履行契約之物權行為。據此，可推論就買賣價金之移轉，亦係以甲之名義為之。是以，買賣價金之所有權人應為甲而非乙。而乙就買賣價金之占有並無法律上原因，故甲得依不當得利返還請求權（民法第179條）請求返還價金之占有。惟倘若該價金已和乙的其他金錢混合時，甲亦應依民法第813條及第816條規定，向乙主張此項請求權。

3.侵權責任

本例中，乙之無權代理顯然係故意不法侵害甲之權利。是以，甲可依民法第184條第1項前段，主張侵權行為損害賠償請求權，向乙請求損害賠償。

【參考書目】

- 1.徐律師，民法講義第一回、第四回及上課筆記。
- 2.徐律師，《民法總則實例演習》，頁12-30~12-32、14-12~14-16，2010年3月6版。
- 3.徐律師，《民法物權實例演習》，頁4-14~4-20，2010年4月4版。

三、寅有一筆土地。寅、卯約定，卯每年支付寅10萬元，卯得於該筆土地上建築房屋，經營餐飲業。寅並設立普通地上權予卯，惟地上權期限未定。請依中華民國99年2月3日總統華總一義字第09900022461號令修正公布但尚未施行之民法相關規定，解答下列問題：

(一)未定期限之普通地上權，何時終止？（15分）

(二)卯可否拋棄普通地上權？拋棄時有何義務？（15分）

答：

本例之爭點涉及民國99年2月3號通過，將於同年8月3號生效之新法。以下即依新法作答：

(一)未定期限之普通地上權之終止時點：

未定期限之普通地上權本可永久之存續。惟99年新法因應特殊情況增訂了以下條文：

1.民法第833條之1

(1)條文

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。

(2)立法理由

地上權雖未定有期限，但非有相當之存續期間，難達土地利用之目的，不足以發揮地上權之社會機能。又因科技進步，建築物或工作物之使用年限有日漸延長趨勢，為發揮經濟效用，特增訂此條，規

定未定期限之地上權之存續期間與終止。

2. 民法第833條之2

(1) 條文

以公共建設為目的而成立之地上權，未定有期限者，以該建設使用目的完畢時，視為地上權之存續期限。

(2) 立法理由

按以公共建設（例如：大眾捷運、高速鐵路等）為目的而成立之地上權，原即難以定其使用年限，爰增訂本條明定以公共建設為目的而成立之地上權，以該建設使用目的完畢時，視為其存續期限。

(二) 即可拋棄地上權，惟新舊法對於其義務之規定不同，分述如下：

1. 現行民法：

現行民法第835條規定，有支付地租之訂定者，其地上權人拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人，或支付未到支付期之一年分地租。依此規定，即可拋棄地上權，惟其附有一年前通知土地所有人，或支付未到支付期之一年分地租之義務。

2. 民國99年2月3號通過，8月3號生效之新法：

(1) 條文

A. 地上權定有期限，而有支付地租之約定者，地上權人得支付未到期之三年分地租後，拋棄其權利。

B. 地上權未定有期限，而有支付地租之約定者，地上權人拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人，或支付未到期之一年分地租。

C. 因不可歸責於地上權人之事由，致土地不能達原來使用之目的時，地上權人於支付前二項地租二分之一後，得拋棄其權利；其因可歸責於土地所有人之事由，致土地不能達原來使用之目的時，地上權人亦得拋棄其權利，並免支付地租。

(2) 立法理由

支付地租而定有期限之地上權，於地上權人拋棄其權利時，對土地所有人而言，較諸支付地租而未定有期限之地上權人拋棄權利之影響為大，為保障其利益，爰修正第一項，明定地上權人須支付未到期之三年分地租後，始得拋棄其權利。至殘餘之地上權期限不滿三年者，即無此項規定之適用，僅應支付殘餘期間之地租，自不待言。

支付地租而未定有期限之地上權人，應於一年前通知土地所有人，或支付未到期之一年分地租後，始得拋棄其權利，爰增訂第二項。

地上權旨在充分使用土地，如因不可歸責於地上權人之事由，致不能達原來使用土地之目的時，應許地上權人拋棄其權利。惟如仍依前二項規定始得拋棄，未免過苛，為兼顧土地所有人及地上權人雙方之利益，其危險應由雙方平均負擔。至土地所有人因負有消極容忍地上權人使用土地之義務，是以如因可歸責於土地所有人之事由，致不能達地上權原來使用土地之目的時，地上權人已無法行使權利，此際應許其免支付地租，無條件拋棄地上權，始為公允，爰增訂第三項。

【參考書目】

1. 徐律師，民法講義第四回及上課筆記。
2. 徐律師，《民法物權實例演習》，頁8-10、8-16~4-18，2010年4月4版。