

定，得向中央或地方機關請求就某一特定具體之事件，為一定處分者為限；且以中央或地方機關對於人民之申請負有法定作為義務為要件⁵。但本文認為，人民是否有依法請求行政機關作成行政處分之權，應屬「訴訟權能」要件之問題，而「依法申請」之要件，應理解為「原告已向行政機關提出請求」，若尚未提出請求，屬欠缺權利保護必要之問題⁶。

本件是否因甲公司無請求延展藥物監視期間之請求權，而欠缺訴訟權能？因甲公司認為其得類推適用專利法延展專利權期間之規定，請求延展藥物安全監視期間，無論就行政訴訟法第五條之訴訟權能要件係採「主張說」⁷或「可能說」⁸，均不宜於驟認甲公司欠缺提起課予義務訴訟之訴訟權能。本件最高行政法院判決指出：「課予義務訴訟之訴訟標的應為人民向行政機關請求為行政處分或特定行政處分之公法上請求權，該請求權基礎，應具有請求權結構之法規範始得為之。」則最高行政法院對於甲公司

能否類推適用專利法之規定，請求延展藥物安全監視期間，係於實體審理時加以論述，並非認定甲公司因無請求權而欠缺「訴訟權能」，而係將甲公司是否有請求權列為課予義務訴訟之訴訟標的予以實體審理，本文贊同之。♣

(本文已授權收錄於月旦法學知識庫及月旦系列電子雜誌www.lawdata.com.tw)

⁵ 參最高行政法院97年度裁字第1942號裁定。

⁶ 參許宗力執筆，翁岳生編，行政訴訟法逐條釋義，第5條課予義務之訴，2002年11月，97頁。

法定代理人同意保證契約

——最高法院九十八年度台上字第一二三四號民事判決

■黃詩淳 臺灣大學法律學院助理教授

裁判事實

被告Y1、Y2及甲、乙於二〇〇二年七月二十五日簽立保證書，同意在新臺幣五百萬元範圍內，就丙公司簽發之票據，對原告X負連帶給付之責。簽訂該保證契約時，Y1係十三歲（法定代理人為甲），Y2係十四歲（法定代理人為乙）。Y1、Y2自行簽訂保證書，且獲得其法定代理人甲、乙之同意。嗣丙公司書立還款承諾書並簽發本票交X收執，本票經X屆期提示均未獲兌現。X依連帶保證之法律關係，請求Y1、Y2連帶給付五百萬元本息。

爭點

Y1、Y2得法定代理人允許所為之保證契約，效力如何？

判決要旨

父母對於未成年子女之特有財產，有使用、收益之權。但非為子女之利益，不得處分之，民法第一千零八十八條第二項定有明文。準此，父母非為子女之利益而以未成年子女之名義為保證等財產上之法律行為，使子女僅負擔法律上之義務，並未享有相當之法律上權利，固不能對其子女發生效力，惟究非因此剝奪限制行為能力之未成年子女對其特有財產之處分權或以其本人名義為保證等財產上行為之權限祇不過在該未成年人為保證等（法律）行為時，應適用民法第七十七至八十五條之相關規定而已。……Y1、Y2係「自行」簽訂保證書，且已獲得其法定代理人甲、乙之同意。……符合民法第七十九條之規

定，與民法第一千零八十八條第二項規定無違，自非無效。

評析

壹、法定代理人之同意權與代理權

從民法（以下逕稱條號）第十三條之規定可知，滿七歲以上且未婚之未成年人，有限制行為能力。關於其所為法律行為之效力，第七七條前段規定：「限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。」又，第一〇八六條第一項規定：「父母為其未成年子女之法定代理人。」因此，滿七歲以上、未婚且有父母之未成年子女，在從事法律行為時，應得其父母之允許。事前的允許稱同意，事後的允許稱承認（教學上一般稱為「同意權」，本文從之），目的在補充限制行為能力人之能力¹。法定代理人對限制行為能力人除了有第七七條的能力補充權外，亦有法定代理權，得逕行代為法律行

為²。

法定代理權之行使與同意權之行使，其前提條件不同，前者完全不須未成年子女之意思表示參與其中，便得對子女生效；後者則須未成年子女自為意思表示。二者雖有根本的結構差異，本判決亦明確指出了此點，但為保護未成年子女，是否不應受到相同之限制，則有待檢討。

貳、同意權之性質及範圍限制

關於同意權之性質討論不多。學說謂同意係有相對人之單獨行為，且是對限制行為能力人的補充，而非限制行為能力人行為之一部，因此同意本身亦須具備法律行為的有效要件³。那麼學說及實務是否認為同意權應如同代理權般，受到「為子女之利益」之限制？

一、學說

未成年子女自行訂立契約，並經父母同意，外觀似與父母代理子女訂

約之情形不同；但學說卻認為，不應囿於形式而認定該法律行為係子女所從事，而應從實質，亦即子女為該法律行為時的獨立程度以及對交易成果的支配程度，來判斷該法律行為之真正當事人。以抵押權之設定為例，倘父母向他人借款，並同意子女將不動產設定抵押於債權人（子女為形式上之當事人），該借貸款項由父母所支配，則本說認為父母始為抵押權設定之實質當事人，父母之同意其實為自己而非為子女之利益，具有自己代理之特徵，而應回歸第一〇八八條第二項但書之精神論其效力⁴。另有學說僅扼要提及，在父母同意未成年子女自行所為之保證行為時，應與代理權之場合作相同解釋，亦即仍應以未成年子女之利益始得為之⁵。

二、實務

在父母同意未成年子女將不動產抵押予（父母之）債權人的例子，最

高法院八十三年度台上字第一二二四號判決表示：「父母代理未成年子女處分其特有財產時，須受民法第一千零八十八條第二項但書規定之限制，若未成年人自為處分其特有財產則否，惟應適用民法第七十七條以下之規定」，認為該抵押權設定行為有效。但恐怕無法由此直接推論，法院對父母同意子女為保證亦會採相同見解。

因以往在代理權相關之實務見解中，法院對於父母代理設定抵押權，在很早期便適用第一〇八八條第二項但書否定其效力⁶；但對父母代理子女訂立保證契約，卻是到二〇〇二年之後才推翻以往有效之見解。因此，在同意權的問題上，吾人不宜由上述一九九四年的抵押權判決，逕推論法院對保證的態度。直至本判決的出現，才有明確的解答：最高法院認為父母同意子女訂立保證契約，應適用民法總則編之規定，而無庸受到第一〇八

¹ 王澤鑑，民法總則，修訂版，2009年，349頁。

² 施啟揚，民法總則，八版，2010年，263頁；黃茂榮，行為能力，植根雜誌，14卷11期，1998年11月，520頁。

³ 施啟揚，同前註，264頁。

⁴ 黃茂榮，未成年人之財產的保護，植根雜誌，13卷12期，1997年12月，515-517頁。

⁵ 許樹林，論父母代未成年子女所為保證之效力（下），司法周刊，1527期，2011年1月20日，3版。

⁶ 最高法院42年台上字第126號判例為代表。但因有害交易安全，其後對於特定類型之案例採有效說。參王澤鑑，未成年子女之財產、父母及第三人，收錄於：身分法之理論與實用；陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集，三民，1980年，406-409頁。

八條第二項但書關於處分權（以及代理權）之限制。

在本判決確定前，下級法院的見解比較分歧。臺灣臺北地方法院九十七年度訴字第三八七九號及九十五年簡上字第三八號民事判決，均舉出第七九及一〇八八條第二項之立法意旨，主張同意權之行使亦應受「為子女利益」之約束，而父母同意保證行為與上開精神相牴觸故無效；但另一方面，臺灣高雄地方法院九十年簡字第二二九七號判決，則認定未成年子女之保證已獲其法定代理人之同意，故保證有效。

本判決的出現，理應能解決關於父母同意子女為保證的下級審見解歧異問題，但結論難以贊同（理由詳見下述參）。事實上，其後例如臺灣臺北地方法院一百零一年度重訴字第一〇四〇號民事判決，也未引用本件最高法院判決，而站在保護未成年子女之立場，逕認經父母同意之連帶保證契約依然對子女無效。

參、結論

法定代理人的同意權與代理權，其本質並無太大差異⁷，目的均為保護和增進未成年子女之利益，故單以同意和代理之法律構造不同，而課以不同之要件（前者無庸考慮子女利益，後者則要），並非合理。其次，從保證契約之觀點言，由主債務人之成年子女與配偶所為之近親保證，鑑於與主債務人有密切之情感聯繫，容易造成保證人契約締結自由度之低下，又保證人缺乏交易經驗及正確分析風險之能力（稱「交涉力之劣勢」），因有此類特性，尚有特別保護近親保證人之必要⁸；何況本判決之保證人係主債務人（公司）經營者之未成年子女，其所受父母之影響更不言而喻。因此在父母同意未成年子女為保證時，仍應持與代理權行使相同之審查基準檢視其效力。♣

（本文已授權收錄於月旦法學知識庫及月旦系列電子雜誌www.lawdata.com.tw）

⁷ 有主張同意權、代理權與承認權，均是某種財產管理權之授與。參於保不二雄，授權同意と監督同意，法學論叢（京都大學），40卷2号，1939年，286-288頁。

⁸ BGH Urt. vom 18.09.1997, in: NJW 1997, 3372.

因飢餓進入無人看守商店取餅乾 充饑有無加重竊盜罪之適用

——簡評最高法院六十四年台上字第三一六四號刑事判例

■謝開平 高雄大學財經法律學系助理教授

本案事實

被告於凌晨二時許，因訪友不遇，腹中飢餓，乘某商店當時無人在內看守，侵入其內竊取餅乾三盒，攜回自己食用。惟該商店平時均有某甲居住在內，只是被告行竊當時恰巧無人在內看守。

爭點

壹、何謂「有人居住之建築物」，是否以行為時建築物內有人為必要。

貳、何謂「竊盜故意」。

判決理由

商店於夜間被竊當時雖無人看

守，但平時均由某甲居住在內，即難謂非有人居住之建築物，要不得以暫時無人在內，即論以普通竊盜。

評析

本例行為人因飢餓而於凌晨二點多進入無人看守之商店，取走餅乾食用充飢，客觀上雖符合未經同意破壞他人持有之竊盜行為，但因當時店內無人在內，得否認為仍有「於夜間侵入有人居住之建築物」加重規定之適用，涉及「有人居住」之解釋。再者，行為人取餅乾充飢係源自腹中飢餓，得否如同被告之辯解，認為欠缺竊取之主觀意思，最高法院在判決理由中，對此則並未予以說明。以下分別說明相關概念與問題：