

# 《民法與民事訴訟法(一)》

一、社團法人 A（非公司組織）於民國 90 年向其社員甲借款新臺幣（下同）3,000 萬元購買房屋一棟，作為其辦公處所，嗣 A 於 102 年宣告解散，其董事乙無故不辦理清算，半年後該棟房屋（未投保火災保險）發生火災，A 之財產亦所剩無幾，致無法清償對甲之借款債務。又 A 之社員丙於 85 年以 2,000 萬元向 A 購買土地一筆，借名登記為乙所有，丙於 9 年間去世，繼承人為丁，而乙於 98 年擅將該筆土地出售，得款 2,500 萬元。另 A 於 91 年間由社員戊提供其所有不動產為擔保向 B 銀行貸款，設定本金最高限額 5,000 萬元之抵押權予 B，抵押權設定契約書上約定在該最高限額範圍內，「凡 A 對於 B 過去、現在及將來所負之票據、借款、墊款、貸款及其他一切債務」均在擔保範圍，其存續期間自 91 至 101 年，在上開期間，A 除向 B 共貸款 4,000 萬元外，並於 95 年間擔任 B 之客戶 C 向 B 貸款 500 萬元之連帶保證人。試問：

- (一)甲就其借款無法受償之損害，得否依法向 A 及乙請求連帶賠償？（15 分）
- (二)丁於 107 年依代償請求權請求乙交付出售之土地價金 2,500 萬元，乙則提出時效抗辯，乙之抗辯有無理由？（40 分）
- (三)A 對 C 所負 500 萬元貸款之連帶保證債務，是否在 A 與 B 所設定之最高限額抵押權擔保範圍？又如本件最高限額抵押權係設定在 96 年民法物權編修正之後，其結論有無不同？（20 分）

命題意旨	<p>就各小題命題意旨說明如下：</p> <p><b>(一)第一小題爭點——第 28 條法人侵權責任之成立檢討</b>          本條成立以董事乙因執行職務對甲成立侵權責任為要件。怠於辦理清算雖屬職務範圍，惟本題關鍵在於檢討乙是否對甲成立侵權責任，乙之不作為是否具有不法性，且乙之行為與房屋燒毀致甲受損害是否具備因果關係。甲無法受償之損害乃純粹經濟上損失，依實務見解並非第 184 條第 1 項前段保護之客體，應以第 184 條第 2 項作為請求權基礎。</p> <p><b>(二)第二小題爭點——借名契約於當事人一方死亡之效力、代償請求權之適用範圍及客體，及原債權時效完成之影響</b>          1.題目雖係問「時效抗辯有無理由」，然而抗辯權乃對抗請求權之權利，是以乙對丁主張時效抗辯權，當以「丁對其有代償請求權」為前提。準此，應先討論「代償請求權得否成立」，而後論述「得否主張時效抗辯」，為兩層次之說明。對此，實務見解認為，倘若原請求權因時效完成而消滅，則代償請求權即不發生。          2.本小題所涉及之爭點：「可歸責於債務人事由之給付不能者，有無代償請求權之適用」、「轉售利益是否為代償請求權客體」、「原債權時效完成對於代償請求權之影響」，皆可參考最高法院具參考價值裁判——最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決。本題主要似以此最高法院見解為命題。</p> <p><b>(三)第三小題爭點——最高限額抵押權之被擔保債權範圍，於物權編增訂前後之比較</b>          民國 96 年物權編修正前，最高限額抵押權已為習慣法物權，惟明文化後，民法第 881-1 條第 2 項限制最高限額抵押權之被擔保債權範圍，此規定依物權編施行法第 17 條，並無溯及效力。（註：本份擬答將一併檢討考生可能會錯誤援引之請求權基礎，並對學說見解及爭點做較為詳細之論述說明，並非考試用篇幅，先予敘明。）</p>
答題關鍵	<p><b>(一)甲得否向 A 及乙主張連帶賠償責任：</b>          1.連帶賠償以契約明示或法律規定為前提（第 272 條）。          2.法人 A 於清算完畢前，仍有權利能力（第 40 條）。          3.第 28 條法人侵權責任之檢討：          (1)怠於辦理清算乃乙之執行職務範圍。          (2)甲之損失乃純粹經濟上損失，應檢討乙對甲是否成立民法第 184 條第 2 項之侵權責任。          (3)本文認為乙怠於開啟清算程序之不作為尚不具加害行為之不法性，且該不作為並不必然</p>

	<p>導致房屋燒毀，並非房屋燒毀原因，與「甲無法受償」應無相當因果關係，故乙不成立侵權責任。</p> <p>4.另可一併論述甲得否以契約請求權、公司法第 23 條或民法第 185 條作為請求連帶賠償之請求權基礎。</p> <p>(二)丁對乙之時效抗辯有無理由：</p> <p>1.丁對乙之代償請求權主張時效抗辯，係以「丁得依代償請求權向乙主張 2500 萬之權利存在」為前提，故應檢討代償請求權之發生：</p> <p>(1)借名關係，依第 529 條應適用委任契約之規定，從而依第 550 條，當事人一方死亡借名關係消滅，丁於民國 90 年取得借名物返還請求權。（最高法院用語為「類推適用」。）</p> <p>(2)本案乃可歸責於債務人事由之給付不能，得否適用代償請求權？</p> <p>(3)本案請求之標的乃轉售利益，是否為代償請求權之標的？</p> <p>2.原債權（返還請求權）罹於時效，得否行使代償請求權？</p> <p>論述學說見解之爭議，並應說明多數實務見解認為，倘若原債權因時效完成而不得請求，代償請求權不發生。</p> <p>(三)A 之連帶保證債務是否為擔保範圍？</p> <p>1.民國 96 年物權編修正前，最高限額抵押權乃習慣法物權，且對擔保範圍無成立之要件限制。</p> <p>2.民國 96 年明文化後增訂第 881-1 條第 2 項限制被擔保債權之範圍，該條項依物權編施行法第 17 條無溯及效力。</p>
考點命中	<p>1.《高點民法講義》第一回，蘇台大編撰，頁 156，爭點：當事人一方死亡時，借名契約是否消滅。</p> <p>2.《高點民法講義》第三回，蘇台大編撰，頁 18，爭點：可歸責於債務人之給付不能，是否得類推適用代償請求權。</p> <p>3.《高點民法講義》第三回，蘇台大編撰，頁 14~15，代償請求權之性質、最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決。</p> <p>4.《高點民法講義》第三回，蘇台大編撰，頁 16，爭點：「交易上之替代利益」是否為代償請求權之客體。</p> <p>5.《高點民法講義》第三回，蘇台大編撰，頁 68，最高限額抵押權。</p> <p>6.《高點民法爭點班講義》第一回，蘇台大編撰，頁 13，主題一：時效之若干議題。</p> <p>7.《高點民法爭點班講義》第一回，蘇台大編撰，頁 44，主題三：借名登記之相關實務、學說爭議剖析。</p>

## 【擬答】

(一)甲應不得依契約或侵權請求權，向 A 及乙請求連帶賠償責任，理由如下：

1.依民法第 272 條之規定，連帶債務之成立以契約明示約定或法律有規定者為限；另依民法第 40 條第 2 項之規定，法人於清算程序完結前，法人格尚不消滅<sup>註1</sup>。是以，社團法人 A 縱已解散，惟於其清算程序完結前仍有權利能力且具有責任能力，先予敘明。

2.甲不得依契約向 A 及乙主張連帶賠償：

甲雖得依借貸契約向 A 主張權利，惟基於債之相對性及法人實在說，董事乙並非契約當事人，且借貸契約未明示約定連帶債務，甲自不得據此向董事乙主張賠償。

3.甲不得依民法第 28 條法人侵權責任之規定，向 A 及乙主張連帶賠償：

甲得否依民法第 28 條之規定向 A 及乙主張連帶賠償責任，以「董事乙因執行職務之行為對甲成立侵權責任」為要件。分述如下：

(1)乙怠於辦理清算乃執行職務範圍

本條所謂之執行職務，包括怠於執行依法應執行之職務在內。準此，乙無故不辦理清算之不作為，

<sup>註1</sup> 關於實務見解，可參此最高法院具參考價值裁判——最高法院 106 年度台非字第 5 號判決：「解散之公司除因合併、分割或破產而解散者外，應行清算；於清算範圍內，視為尚未解散，公司法第 24 條、第 25 條規定甚明。民法第 40 條第 2 項亦規定法人至清算終止，在清算之必要範圍內，視為存續。故公司之解散，固為法律上人格消滅之原因，但公司經解散後，其法人人格並非即告消滅，必須經清算程序，處理其未了事務後，始歸消滅。」

係屬執行職務之行為應無疑義。

(2)乙怠於辦理清算之不作為不成立侵權責任

A.甲之債務無法受償之損害乃學理上之「純粹經濟上損失」，依實務及通說見解，並非民法 184 條第 1 項前段之保護客體，故應以民法第 184 條第 2 項檢討乙是否對甲成立侵權責任。

B.董事乙依民法第 37 條之規定有清算義務，或可謂清算程序之相關規定乃民法第 184 條第 2 項之「保護他人之法律」，惟本文認為董事乙「怠於開啟清算程序」之不作為尚無使法人之責任財產陷於滅失危險，至多僅造成債權人獲償之不便，該不作為並非不法行為。倘若，乙係未追回清算中法人之債權及未繳足之股東股款，此種未盡清算人義務之「不作為」才具非難性。

C.再者，未辦理清算程序亦非係導致房屋燒毀之原因，乙未辦理清算之「不作為」與甲無法受償之「損害」間，不具相當因果關係。準此，乙怠於辦理清算之不作為應不成立侵權責任。

(3)綜上所述，因董事乙對甲不成立侵權責任，甲自不得依民法第 28 條之規定，請求 A 與乙負連帶賠償責任。

4.甲亦不得依公司法第 23 條、民法第 185 條之規定向 A 及乙主張連帶賠償：

(1)依題所示，A 社團法人並非公司組織，甲自不得依公司法第 23 條之規定，向 A 及乙請求連帶賠償。

(2)復依最高法院見解<sup>註2</sup>，民法第 184 條及第 185 條之規定，僅適用於自然人之侵權行為，法人無適用之餘地。故甲不得以民法第 185 條為請求權基礎請求連帶賠償責任。

(二)依近年最高法院見解，乙之抗辯有理由，分述如下：

1.乙丙間之借名契約於丙死亡時消滅，丁對乙有借名物之返還請求權：

(1)乙丙間於 85 年成立借名契約，依最高法院見解<sup>註3</sup>，因借名契約側重信賴關係，係類似委任之無名契約，應「類推適用」委任契約之相關規定處理。值得說明者係，有論者認為，借名契約既係側重信賴關係之勞務給付契約，則應依民法第 529 條之規定直接「適用」關於委任契約之規定，用語上似非「類推適用」委任契約。

(2)另依最高法院見解<sup>註4</sup>，倘若當事人間未特別約定，借名契約應類推適用民法第 550 條規定，因當事人一方死亡而消滅。準此，借名人丙於 90 年死亡時，乙丙間之借名契約消滅，由丙之繼承人丁取得對乙之借名物返還請求權，消滅時效自借名關係消滅時起算為 15 年<sup>註5</sup>。

2.可歸責於債務人事由之給付不能，債權人仍得行使代償請求權：

(1)本案，出名人乙擅自處分借名物，致對丁之返還義務陷於不能，乃可歸責於債務人事由之給付不能，此時債權人得否主張民法第 225 條第 2 項之代償請求權，不無疑義。

(2)對此，最高法院具參考價值之裁判係採肯定說<sup>註6</sup>，認為參酌代償請求權之立法意旨，應使債權人得選擇行使損害賠償請求權或代償請求權以保護其利益；學者通說亦認為不可歸責者債務人既須讓與，則可歸責之情形更無拒絕讓與之理，此為當然之解釋無庸法條另為規定<sup>註7</sup>。

(3)依上開說明，本案雖為可歸責於債務人事由之給付不能，仍有代償請求權之適用。

<sup>註2</sup> 最高法院 95 年度台上字第 338 號民事判決：「民法第 184 條所規定之侵權行為類型，均適用於自然人之侵權行為，上訴人為法人自無適用之餘地。民法第 185 條規定之共同侵權行為，亦同。」

<sup>註3</sup> 最高法院 95 年台上字第 1037 號民事判決：「按借名登記契約係著重當事人間之信任關係之之無名契約，登記名義人亦有為真正所有權人處理事務之本旨，應類推適用民法有關委任契約之規定。」

<sup>註4</sup> 最高法院 103 年度台上字第 2405 號民事判決：「次按借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，性質與委任關係類似，應類推適用民法第 550 條規定，因當事人一方死亡而消滅。」

<sup>註5</sup> 最高法院 106 年度台上字第 262 號民事判決：「按借名人須待終止借名登記契約後，始得請求出名人返還借名登記之財產，故依民法第 128 條前段規定，其返還請求權之消滅時效期間，應自借名登記契約終止時起算。」

<sup>註6</sup> 最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決：「惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第 225 條第 2 項規定之立法理由謂「其不能給付，『不問其債務人應否負責』，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益」，應認債權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第 226 條第 1 項）或代償請求權以保護其利益。」

<sup>註7</sup> 陳聰富，2017 年民法學年度回顧，台大法學論叢第 47 卷特刊，第 1171 頁，2018 年 11 月。

### 3.債務人因法律行為取得之利益，應為代償請求權之客體：

(1)本案，債務人乙因出售借名物取得之買賣價金（即轉售利益），是否為代償請求權之客體，不無疑問。有論者認為，「乙取得之轉售價金」及「乙之給付不能」均係因買賣關係此一原因事實發生，且基於保護債權人之立場，應認為係代償請求權之標的<sup>註8</sup>。最高法院見解亦採肯定說<sup>註9</sup>。

(2)依上開說明，本案乙所轉售之 2500 萬元買賣價金，應屬代償請求權之標的。

### 4.本案，丁對乙之返還請求權已罹於時效之情形，丁是否仍得向乙行使代償請求權，涉及代償請求權之性質，學說及實務見解尚有歧異，分述如下：

#### (1)新發生之權利說

部分學者認為（如邱聰智教授、黃立教授、向明恩教授）<sup>註10</sup>，代償請求權非損害賠償請求權本身，係新發生之債權，時效自應從新權利發生時起算。依此說見解，丁對乙之代償請求權，應於 98 年間乙轉售借名物時，起算消滅時效，故乙不得為時效抗辯。

#### (2)原債權繼續說

A.部分學者認為（如史尚寬教授、王澤鑑教授、陳聰富教授），此為原債權之繼續，僅係「給付標的」有所變更，本於債之同一性，第一次給付義務已罹於時效者，第二次給付義務應適用原本消滅時效，始為合理。陳聰富教授<sup>註11</sup>強調，若原給付義務罹於時效，債務人得以時效抗辯拒絕給付，惟仍應負擔代償請求權之給付義務，則時效制度形同虛設；且使債權人於時效完成後，可無限期地「期待」債務人取得代償物（尤其實務見解肯定交易之對價亦為代償物），顯不合理，故應採原債權繼續說。

B.依此見解，因丁對乙之返還請求權於 105 年間已時效完成，乙得對丁之代償請求權主張時效抗辯。

#### (3)原債權罹於時效者，代償請求權不發生說

多數實務見解認為<sup>註12</sup>，應以債務人有「給付義務」為前提，始可能因給付不能而發生該代償請求權。準此，如原來之債權已罹於消滅時效，債務人本得因拒絕給付而無給付義務，自不發生代償請求權。依此見解，乙為時效抗辯後，得拒絕給付。

### 5.結論：

可歸責於債務人事由之給付不能，雖有代償請求權之適用，且本案乙轉售之利益依多數見解亦屬代償請求權之客體，惟依實務見解，丁之借名物返還請求權已罹於時效者，即不發生代償請求權。準此，乙得主張時效抗辯，拒絕給付。

### (三)A 之連帶保證債務為最高限額抵押權之擔保範圍，惟最高限額抵押權係於民國 96 年民法物權編修正後設定者，則非擔保範圍：

1.按民國 96 年民法物權編增訂最高限額抵押權之規範前，最高限額抵押權已於實務行之有年，係屬民法第 757 條依習慣法所創設之物權類型，符合物權法定主義；又為確保交易安全，民國 96 年物權編修正所增訂之民法第 881 之 1 條第 2 項即規定，最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限，對被擔保之債權資格加以限制。惟本條項之規定，依民法物權編施行法第 17 條之規定，於民法物權編修正施行前設定之最高限額抵押權，不溯及適用之。

<sup>註8</sup> 陳聰富，代償請求權，台灣本土法學雜誌第 32 期，2002 年 3 月，第 154 頁。

<sup>註9</sup> 最高法院 106 年台上字第 696 號民事判決：「按民法第 225 條第 2 項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。重製必究！」

<sup>註10</sup> 向明恩老師更強調，本條項之立法目的，在於「調整因債之相對性所衍生之不當財貨分配」，本條係基於不當得利法則而建構，透過代償請求權介入，調整債務人自第三人取得替代利益時，發生財產權益歸屬與期待上之落差，從而時效應以給付不能時（即財產發生不當變動時）起算。詳參：向明恩，剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算——以最高法院 100 年度台上字第 1833 號判決為楔子，月旦民商法雜誌第 48 期，2015 年 6 月，頁 150-151。

<sup>註11</sup> 陳聰富，2017 年民事法年度回顧，台大法學論叢第 47 卷特刊，第 1173 頁，2018 年 11 月。

<sup>註12</sup> 最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決（最高法院具參考價值裁判）、最高法院 106 年台上字第 696 號民事判決、最高法院 96 年度台上字第 1698 號判決、最高法院 97 年度台上字第 961 號裁定。

2. 本案之最高限額抵押權係民國 91 年設定，契約明定 A 對 B 之「其他一切債務」均為擔保範圍內，雖未具體約明擔保債權所由生之法律關係為何，惟因當時就最高限額抵押權之成立要件未有明文規定，基於私法自治，實務見解亦肯定其效力<sup>註13</sup>；且因民國 96 年增訂之民法第 881 之 1 條第 2 項，依民法物權編施行法第 17 條之規定，亦不溯及適用於施行前之最高限額抵押權，故 A 所負之連帶保證債務，係擔保之範圍。
3. 然而，倘若本件之最高限額抵押權係於民國 96 年民法物權編修正後設定者，則契約約定「其他一切債務」之被擔保債權，並不符合民法第 881 之 1 條第 2 項之成立要件，故 A 所負之連帶保證債務，則非在擔保之範圍內。

二、甲中年喪妻，有一子乙。丁女未婚但生一子丙。甲明知丙之生父為戊，但仍認領丙並扶養之。甲死亡後，乙因不知丙之生父另有其人，而同意遺產中之 A 地及 B 車由丙分得，並辦妥 A 地之分割登記。試問：

- (一) 乙得否於知悉丙之生父為戊時，主張丙非甲之子，對甲之遺產無繼承權？(25 分)
- (二) 若丙確定為表見繼承人，乙於甲死亡後 6 年知悉丙之生父為戊，得否向丙請求返還 B 車？又，丙得否主張其已因時效取得 B 車所有權而拒絕返還？(25 分)
- (三) 若丙確定為表見繼承人，乙得否於甲死亡 12 年後，向丙請求返還 A 地？(25 分)

命題意旨	<p>本題為物權編、親屬編及繼承編之綜合考題：</p> <p>(一) 第一小題爭點——<b>反於真實血統之認領效力</b></p> <p>1. 本小題為親屬編之傳統爭點，考生應不陌生。惟應注意者係，因題目有特別強調「甲明知其非丙之生父，故建議考生不得僅以實務及通說見解作答，否則無法將「明知反於真實之認領行為」予以涵攝評價，且本爭點配分有 25 分，故應盡可能將不同見解分述並陳。</p> <p>2. 本小題可參考林易典老師之文章，其參酌德國及瑞士法之立法例，認為「明知反於真實之任領」仍為有效<sup>註14</sup>。</p> <p>(二) 第二小題爭點——<b>繼承回復請求權之行使與時效取得制度之關係</b></p> <p>學說上有認為繼承回復請求權乃時效制度之特別規定，準此，於繼承回復請求權罹於消滅時效前，表見繼承人不得主張時效取得。對此應將學說見解兩說並陳。</p> <p>(三) 第三小題爭點——<b>罹於繼承回復請求權之時效後，得否主張物上請求權</b></p> <p>本小題測驗 107 年 12 月公布之釋字第 771 號解釋，屬民事法近年最重要之釋字之一。罹於繼承回復請求權之時效，因繼承權不因此消滅，仍得主張時效 15 年之物上請求權。</p>
答題關鍵	<p>(一) 反於真實血統之認領效力？</p> <p>1. 論述否定說及肯定說之見解。並應敘明現行法第 1066 條、第 1070 條規定於肯否兩說見解下應如何解釋。</p> <p>2. 涵攝本案「甲有意且明知」反於真實之認領行為效力。</p> <p>(二) 繼承回復請求權與時效取得制度之競合關係？</p> <p>1. 論述繼承回復請求權之時效內，表見繼承人得否主張時效取得之肯否兩說。</p> <p>2. 應一併論述得否以第 767 條作為請求權基礎。</p>

<sup>註13</sup> 最高法院 103 年度台上字第 799 號判決：「按九十六年三月二十八日增訂，同年九月二十八日施行之民法第 881 條之 1 第 2 項固規定最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限，但依民法物權編施行法第 17 條之規定，該增訂之規定於民法物權編修正施行前設定之最高限額抵押權不適用。系爭抵押權係於民法第 881 條之 1 第 2 項規定施行前設定之最高限額抵押權，自不得逕以違反該規定為由，謂其不生效力。而於新法施行前，民法物權編就最高限額抵押權之成立要件未有明文規定，當事人於訂立最高限額抵押權契約時，恆僅訂定擔保總金額，而未約定擔保債權所由生之法律關係，登記機關亦准為抵押權設定登記，基於私法自治，自仍應承認其效力，僅於解釋該抵押權所擔保之債權時，應考量最高限額抵押權制度原係因應長期或繼續性之交易、融資而生，對於偶然發生、非當事人可預見之債權，應予以排除，合理界定擔保債權之範圍。」

<sup>註14</sup> 林易典，論反於真實之認領：瑞士民法、德國民法與我國民法之比較觀察，國立臺灣大學法學論叢 46:2 期，2017 年 12 月。

	(三)繼承回復請求權罹於時效後，得否主張物上請求權？ 論述釋字第 771 號解釋前之實務見解及釋字見解，並加以涵攝。
考點命中	1.《高點民法講義》第一回，蘇台大編撰，頁 188，爭點：繼承回復請求權時效完成之效果——釋字第 771 號。 2.《高點民法講義》第六回，蘇台大編撰，頁 24，爭點：反於真實之認領效力。 3.《高點民法爭點班講義》第一回，蘇台大編撰，頁 26，主題一：時效之若干議題。

## 【擬答】

## (一)依實務及通說見解甲之認領無效，乙得主張丙對甲之遺產無繼承權：

本案，乙得否主張丙非甲之子而無繼承權，端視甲明知其非生父，對丙「反於真實血緣」之認領是否有效？學說及實務向有爭議，分述如下：

## 1.否定說

學者通說及實務見解<sup>註 15</sup>認為，被認領人與認領人間須具有客觀真實之血緣關係，否則其認領為無效。主要理由係，認領制度之目的在於貫徹血統真實主義，且認領乃單獨行為，無庸被認領人同意即有效力，自當以有血緣關係為認領前提。倘若反於真實血緣亦有認領效力，則可能透過認領制度而迴避並架空收養制度之相關規定。

## 2.肯定說

(1)有論者認為，認領之有效性並不取決於是否具有真實血緣連繫，反於真實之認領依現行民法第 1066 條、第 1070 條之規定，係屬有效但得加以否認或撤銷，此解釋方能保障非婚生子女之利益，並符合血緣法制之整體價值判斷<sup>註 16</sup>。此說認為，倘認為須以客觀血緣為要件，則完全忽視民法第 1070 條但書「非生父之認領人得撤銷認領」之規範，未就本條背後所蘊含無血緣連繫認領係屬有效之價值判斷加以論斷；再者，倘若反於真實認領係屬無效，論理上本無待民法第 1066 條之規定，任何人即得對於無效行為主張無效，何須規定僅非婚生子女或生母得透過否認來主張無效？無效說之解釋將造成民法第 1066 條成為具文<sup>註 17</sup>。

(2)再者，我國認領制度係繼受於瑞士法，依比較法解釋，參酌德國法及瑞士法反於真實之認領具有有效性之立法例，不論認領人是否係明知、有意地反於真實認領，該反於真實認領均屬有效，以符合保護非婚生子女的民法親屬編規範目的。然而，此時應排除認領人明知為反於真實認領時之撤銷權，較為妥適<sup>註 18</sup>。

3.本案，依上開說明，若採實務及多數學者之見解，因甲與丙無客觀血緣關係，其認領無效，乙自得主張丙無甲之繼承權；反之，若採部分學者之見解，縱然甲係明知並有意地為反於真實之認領，參酌德國及瑞士立法例，該認領丙之行為仍為有效，且解釋上應不許甲為認領之撤銷，以維護丙之權益。

## (二)乙得否請求丙返還 B 車，分述如下：

1.倘丙確定為表見繼承人，則繼承權受侵害之乙應得向丙依民法第 1146 條之規定，主張繼承回復請求權，惟有疑義者係，倘若表見繼承人該當動產時效取得之規定，此時得否主張時效取得動產所有權拒絕返還？對此，學說見解分歧：

## (1)否定說

有論者認為<sup>註 19</sup>，動產「取得時效」之規定，係從「無變成有」之權利時效進行，而民法第 1146 條第 2 項之繼承回復請求權之「消滅時效」，係「從有變無」之權利時效進行，就時效進行而改變權利關係觀察，應認為時效取得之規定為普通規定，繼承回復請求權之消滅時效乃特別規定，故時效取

<sup>註 15</sup> 最高法院 86 年度台上字第 1908 號判決（原判例）：「因認領而發生婚生子女之效力，須被認領人與認領人間具有真實之血緣關係，否則其認領為無效，此時利害關係人均得提起認領無效之訴。又由第三人提起認領無效之訴者，如認領當事人之一方死亡時，僅以其他一方為被告即為已足。」

<sup>註 16</sup> 林易典，論反於真實之認領：瑞士民法、德國民法與我國民法之比較觀察，國立臺灣大學法學論叢 46:2 期，2017 年 12 月，1671 頁。

<sup>註 17</sup> 林易典，論反於真實之認領：瑞士民法、德國民法與我國民法之比較觀察，國立臺灣大學法學論叢 46:2 期，2017 年 12 月，1704-1705 頁。

<sup>註 18</sup> 林易典，論反於真實之認領：瑞士民法、德國民法與我國民法之比較觀察，國立臺灣大學法學論叢 46:2 期，2017 年 12 月，1728-1729 頁。

<sup>註 19</sup> 戴炎輝、戴東雄，繼承法，102 頁；史尚寬，繼承法論，126 頁。

得不得抗辯繼承回復請求權之時效。準此，於繼承回復請求權之消滅時效內，表見繼承人不得主張動產時效取得。

(2) 肯定說

有論者認為<sup>註20</sup>，時效取得制度與繼承回復請求權無普通法與特別法之關係，時效取得著重謀求社會安定，且取得時效不以消滅時效完成為要件；再者，時效取得之目的為社會公益，繼承回復請求權之規定乃保護繼承權人之私益規定，故應認為，縱然於繼承回復請求權之時效內，表見繼承人仍得主張時效取得。

(3) 本文認為應採肯定說較為妥適，蓋消滅時效與取得時效之制度目的不同，互不為特別及普通規定之關係。準此，本案乙於甲死後 6 年後知悉丙為表見繼承人，乙對丙之繼承回復請求權雖未罹於消滅時效，惟因丙依民法第 768-1 條及第 944 條之規定，得主張時效取得 B 車之動產所有權，故乙不得依繼承回復請求權。

2. 另乙若欲行使物上請求權，係以其為 B 車所有權人為要件，惟丙已依民法第 768-1 條及第 944 條之規定，時效取得 B 車所有權，乙自不得主張物上請求權，併予敘明。

3. 綜上所述，丙應得主張時效取得 B 車之動產所有權，故乙不得請求返還 B 車，丙拒絕返還有理由。

(三) 乙得依民法第 767 條物上請求權之規定，向丙請求返還 A 地：

1. 乙對丙之繼承回復請求權，因繼承開始後已逾 10 年，依民法第 1146 條第 2 項之規定時效完成，不得據此向丙請求返還 A 地。惟本案爭點係，繼承回復請求權於時效完成後，得否另依民法第 767 條第 1 項物上請求權之規定主張權利？說明如下：

(1) 實務曾有見解認為<sup>註21</sup>，繼承回復請求權如因時效完成而消滅，則其原有繼承權即已全部喪失，應由表見繼承人取得其繼承權。準此，罹於繼承回復請求權之時效後，因原有繼承權消滅，自不得再主張物上請求權。

(2) 惟前揭實務見解已遭釋字第 771 號解釋宣布違憲，蓋繼承回復請求權於時效完成後，真正繼承人不因此喪失其已合法取得之繼承權，而僅係繼承回復之「請求權」本身不得行使，非使表見繼承人取得繼承權；另繼承回復請求權與個別物上請求權係屬真正繼承人分別獨立而併存之權利，真正繼承人於繼承回復請求權罹於時效後，自得另主張物上請求權。然為兼顧法安定性，真正繼承人依民法第 767 條規定行使物上請求權時，仍應有民法第 125 條之 15 年時效適用，於此範圍內，釋字第 107 號及第 164 號解釋應予補充。

2. 本案，乙對丙之繼承回復請求權雖已罹於時效，惟依釋字第 771 號解釋，乙之繼承權尚不消滅，丙亦未因此取得繼承權，故乙自得本於 A 地所有權人之地位，另行主張民法第 767 條第 1 項之物上請求權，又乙於甲死後 12 年時請求返還，未罹於 15 年之時效，故向丙主張返還 A 地，乃有理由。

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>註20</sup> 林秀雄，繼承法講義，2009 年 10 月，65-66 頁。

<sup>註21</sup> 最高法院 40 年台上字第 730 號民事判例。