

# 《民法》

一、甲男乙女婚前同居，乙生一子A。婚後，乙又生一子B。惟甲金屋藏嬌而與丙通姦，丙於一年後生一子C，甲認領之。某日，甲之母丁告知甲，A、B、C三子之生父另有其人。經檢驗結果，證實A、B、C與甲均無血緣關係。甲乃對乙訴請法院判決離婚。惟於判決確定前，甲因事故死亡。試問甲之遺產應由何人繼承？(25分)

命題意旨	本題為傳統身分法考題之題型，將親屬編中父母子女章之重要考點：婚生子女地位之推定、非婚生子女如何取得子女之地位，以及繼承編中：繼承權喪失事由之解釋、遺產酌給權之行使之爭點，融合於本題之認定繼承人過程中。
答題關鍵	本題爭點如下：準正（民法§1064）之要件、婚生推定與婚生否認（民法§1063）之規定、反於真實認領之效力、繼承權喪失事由（民法§1145）中第五款表示失權之解釋、遺產酌給請求權（民法§1149）之適用。本題爭點看似很多，但每個爭點均為基本考點，只要好好唸過身分法，相信一定能輕鬆解完本題。同學作答時只要能細心的討論到每個爭點，欲拿高分應非難事！
高分閱讀	1.高點學說論著系列-民法（親屬・繼承）〈許律師〉〈L237〉（相似度80%）： (1)P.4-24~28：認領 (2)P.4-30~32：認領之要件 (3)P.4-37：無效之認領 (4)P.4-47~50：準正 (5)P.8-26：適格繼承人 2.高點重點整理系列-身分法（黃律師）〈L204〉（相似度80%）： (1)P.1-139~141：認領 (2)P.1-146~152：準正 (3)P.2-12~14：繼承人 3.高點實例演習系列-民法（物權、身分法）實例演習（許律師、陳律師）〈L701〉（相似度70%）： P.2-79~81：反於真實之認領 4.高點法研所歷屆試題（民法、刑法）(M505)(相似度50%)：P.1-1-45~49：準正

## 【擬答】

(一)適格之繼承人：

1.乙女：

- (1)甲男雖對乙女訴請法院判決離婚，惟該離婚訴訟因當事人一方死亡而終結（民訴第五八〇條）。故乙女於甲男死亡時仍具配偶的身分，符合同時存在原則，依民法第一一三八條規定，乙女符合繼承權發生之積極要件。
- (2)惟甲男於生前已向法院訴請裁判離婚，此訴訟之提起，已默示隱含剝奪乙女繼承權之意思，依民法第一一四五條第一項第五款之規定，表示失權為不要式行為，只要當事人有一定情事之發生，足可間接認為被繼承人實質上已有此項表示失權之意思者，即得認為表示失權成立。在本案中，即使訴訟因當事人一方死亡而終結，仍不礙甲男已為有效失權之表示。
- (3)因此，乙女已喪失繼承權，而非甲男遺產之適格繼承人。

2.A子：

- (1)A子為甲男乙女婚前同居所生之子，其自非由婚姻關係受胎而生之子女，而非民法第一〇六一條所稱之婚生子女。
- (2)又，A子出生後，甲男乙女之結婚，得否依民法第一〇六四條之準正而使其取得婚生子女地位。民法第一〇六四條所規定之要件，需為生母與「事實上真實血統聯絡」之生父結婚，才符合準正之規定。
- (3)本案中，可得知甲男並非A子之生父，故甲男乙女於A子出生後結婚，並無法使A子取得婚生子女之地位。因此，此時A子是否該當民法第一一三八條所稱之直系血親卑親屬，需視甲男是否曾收養A子而使其發生擬制血親的關係。然收養，基於公益性質為要式行為，依本題題意所示似無法看出甲有踐行一定之要式行為而為收養之表示。故A子，應非甲男遺產之適格繼承人。

3.B子：

- (1)B子為甲男乙女於婚姻關係存續中所生之子女，依民法第一〇六三條第一項規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」因此即使B子與甲男間無真實血統聯絡之關係，依該條規定，B子仍應先推定為甲男之婚生子女。



- (2)惟為兼顧血統真實性，「由夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。」，此為民法第一〇六三條第二項賦予夫或妻之婚生否認權；但為維護子女之利益。該項之但書規定：「應於知悉子女出生之日起，一年內為之。」
- (3)依現行條文解釋，甲男或乙女須於B子出生後一年內提起婚生否認之訴，始能推翻B子之婚生子女地位。惟此時尚須注意者為釋字五八七號解釋，該號解釋肯認子女亦得獨立提起否認之訴，而於現行條文尚不備之情形時，其訴訟程序先準用民事訴訟法關於親子關係事件程序中否認子女之訴部份之規定，在此併與說明之。
- (4)本案中，若甲男、乙女或B子均未提起否認子女之訴或否認生父之訴時，B子仍為甲男之婚生子女。故其為民法第一一三八條規定之第一順位的法定繼承人。

#### 4. C子：

- (1)甲男認領C子之行爲，是否使C子取得婚生子女之地位。本題中，甲男認領C子係反於真實之認領，其效力為何，學說上有兩說見解：  
甲說—推定有效說：此說係基於未成年子女利益保護之考量。  
乙說—無效說：此說係基於真實血統之考量。  
通說採乙說，只有於客觀上有真實血統關係時，才能為有效之認領，且其意思表示縱有瑕疵，亦不影響其效力。管見認為以此說較妥。
- (2)故甲男認領C子應屬無效之認領，C子自無法取得甲男婚生子女之地位。故其無法依民法第一一三八條主張為甲男之法定繼承人。

#### 5. 丁母：為民法第一一三八條第二順位之法定繼承人。

#### 6. 小結：

- (1)民法第一一三八條雖規定繼承人之範圍及順序，然並非一切有繼承權之人皆可同時共同繼承。順位在先者先行繼承；順位在後者則須前依順序無繼承人時，始可由其繼承。
- (2)故本案中，若甲男、乙女或B子未提起婚生否認之訴或否認生父之訴時，B子仍具婚生子女之地位，為民法第一一三八條規定之第一順位法定繼承人，此時丁母即無法繼承甲之遺產；而若B子之婚生子女地位因婚生否認之訴或否認生父之訴遭推翻時，丁母才得為繼承。

#### (二)遺產酌給請求權人

- 1.遺產酌給請求權之意義：民法第一一四九條規定：「被繼承人生前繼續扶養之人，應由親屬會議，依其所受扶養之程度及其他關係，酌給遺產。」其立法目的主要係保護繼承人以外曾受扶養之第三人，使其於被繼承人死亡後，能得由遺產酌量受扶養，以免其生活頓失依靠。其性質應為「扶養義務之延長」。
- 2.遺產酌給請求權之要件：
- (1)須為被繼承人生前繼續扶養之人：只須曾受有事實上之扶養即可。
  - (2)須被繼承人未為相當之遺贈
  - (3)須權利人不能維持生活而無謀生能力
- 3.遺產酌給請求權之效力：受酌給權為繼承債務，繼承人以遺產為限度酌給之。而此項債務，因非屬生前債務、繼承費用，故毋庸優先單獨自遺產中先與扣除；於實際分配時，依通說見解，其金額不得超過任何繼承人實際所得數額。
- 4.故本案中，A子、C子為甲男之非婚生子女，而丙女為甲男之外遇對象；其均非甲男遺產之法定繼承人，然若其於生前受甲男之事實上扶養，且甲男死亡時並未為相當之遺贈，而A子、C子、丙女又不能維持生活而無謀生能力時，得因其曾受扶養之程度或其他關係，依民法第一一四九條行使遺產酌給請求權，其所受領之金額不得超過任何繼承人實際所得數額。

- (三)結論：B子之婚生子女若未被推翻時，甲男之遺產應由其繼承；若B子之婚生子女地位遭否認後，甲男之遺產則由第二順位之法定繼承人，即母丁所繼承。惟此時尚須注意A子、C子、丙女可能因其生前受甲男事實上之扶養而依民法第一一四九條主張遺產酌給請求權。

二、甲為建築停車場，甲與乙於94年7月1日約定在乙所有之A地設定地上權，地租每月30萬元，為期15年，並口頭約定於三週後協同辦理地上權登記。8月1日，甲請求乙辦理地上權登記。乙以7月1日設定地上權的約定，未訂定書面而拒絕協同辦理登記，有無理由？倘若甲與乙遵照期限登記地上權在案，15年過後，如尚未辦理地上權塗銷登記前，甲繼續利用土地，對外提供停車服務，此時地上權之效力如何？設若該建築停車場所需之土地，跨越A、B與C三筆土地，甲與乙間可否就該三筆土地合一設定一個地上權？試分別論述之。(25分)

命題意旨	本題為地上權考題，雖看似較為冷僻，惟實則不然。蓋三個小題所涉及之爭點，除第三小題較難掌握之外，其餘均屬耳熟能詳，同學應能掌握。
答題關鍵	第一小題係物權設定之債權契約及物權契約區別之傳統問題；第二小題更屬傳統爭點，係地上權得否適用或類推適用民法第451條法定更新之問題；第三小題較為冷僻，係數宗土地上得否設定一個地上權之問題。
參考資料	1.王澤鑑，民法物權第二冊（用益物權、占有），2003年10月版，頁22至24。 2.謝在全，民法物權論中冊，修正2版，頁100至101。



高分閱讀	1.高點重點整理系列-民法物權編（黃律師）（L232）（相似度 100%）： (1)P.1-34～36：物權行為、債權行為之書面 (2)P.3-13：地上權之默示更新 2.高點實例演習系列-民法（物權、身份法）實例演習（許律師、陳律師）（L701）（相似度 100%）： (1)P.1-24：物權行為、債權行為之書面 (2)P.1-13：一物一權原則
------	--

## 【擬答】

- (一)乙得否以 7 月 1 日設定地上權之約定，未訂定書面為由而拒絕協同辦理登記，關鍵在於地上權之設定約定是否係屬要式行為而應以書面為之？茲說明如下：
- 1.「地上權之設定約定」與「地上權之設定行為」乃屬不同之法律行為，前者為「債權契約」，其內容係使債權契約之雙方當事人發生協同辦理地上權登記之義務；後者為「物權契約」，其內容係直接發生設定地上權之效力，二者並不相同。
  - 2.「地上權之設定行為」既為不動產物權行為，依民法（下同）第 758 條規定應為地上權登記，並依第 760 條規定，應以書面為之。故「地上權之設定行為」乃法定要式行為。
  - 3.惟「地上權之設定約定」僅為不動產債權行為，民法並無不動產債權行為應以書面等要式性要求之規定（民法第 166 條之 1 並未施行），故「地上權之設定約定」為不要式行為，雙方當事人合意即發生效力。
  - 4.本小題中甲乙既已於 7 月 1 日口頭約定設定 A 地之地上權，則依前說明該債權契約即已發生效力，乙負有依約定與甲協同辦理地上權登記之義務，乙不得以該設定地上權之約定未訂定書面為由拒絕之。
- (二)15 年過後，甲繼續利用土地，對外提供停車服務，此時地上權之效力，涉及地上權期限屆滿後，地上權人仍繼續為土地之用益時，是否發生法定更新之效果而成為不動期限之地上權？茲說明如下：
- 1.定有存續期間之地上權，於期間屆滿後，土地所有人對於地上權人繼續使用土地，未即表示反對之意思，有無民法（下同）第 451 條之適用，我國學說與實務見解有正反二說：
    - (1)肯定說：兩造係依土地法第 102 條規定設定地上權，則關於租賃之規定，當然有其適用。如出租人於租期屆滿後，不反對續租，仍向承租人收取租金，依民法第 451 條規定，應視為不定期限繼續契約，在設定地上權後，其地上權亦應視為不定期限。
    - (2)否定說：法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，期滿後，除法律有更新規定，得發生不定期限外，並不當然發生更新之效果。地上權並無如民法第 451 條之規定，其期限屆滿後，自不生當然變更為不定期之效果，因而應解為定有存續期間之地上權，於限期屆滿時，地上權當然消滅。
  - 2.前述肯定說之見解係立於土地法第 102 條租用基地建築房屋之特殊情況下之見解，惟並非適用於一般地上權登記之情形，故不足採。我國最高法院 70 年台上字第 3678 號判例及學說通說均採否定見解，本人從之。惟我國物權編修正草案第 840 條之 1 於立法論上係採肯定說，併予敘明。
  - 3.本題中於 15 年過後，尚未辦理地上權塗銷登記前，甲雖繼續利用土地，對外提供停車服務，惟依前述否定說之見解，該地上權仍於 15 年存續期間屆滿時即已消滅，並不發生法定更新之效果。
- (三)甲乙得否就 A、B 及 C 等三筆土地合一設定一個地上權？應採否定見解。依我國學者介紹，在德國法上，一個地役權得於數宗土地設定之，此於建築物跨越數宗土地時具有實益。惟在我國現行法，並無得於數宗土地設定一個地上權之明文規定，故地上權應於各宗土地分別設定之。本題中甲乙僅得就 A、B 及 C 土地個別設定地上權，不得將該三筆土地合一設定一個地上權。

三、建商甲預售一層一戶豪宅，甲所僱之推銷員乙女，年 19 歲，業績甚佳，年薪 2 百萬元。推銷期間，客戶丙經乙解說簽約，以 3 千萬元購買該預售豪宅第五樓；其後又有客戶丁向乙表示：「如該豪宅係鋼骨結構建築，願以 4 千萬元購買該宅第五樓。」乙答以：「是鋼骨結構建築。」乙心想高價出售可多得銷售獎金，乃復與丁簽約。經 2 年建築完工，建商甲卻將該第五棟點交給丙，而將該第五樓移轉所有權登記給丁，丁發現權狀上載明是「鋼筋混凝土建築」深感受騙。另乙則因與推銷員男戊同事，日久生情私奔，乙之法定代理人氣而不承認甲、乙間之聘僱關係。請問身為一位律師應如何解析甲、乙、丙、丁、戊間之法律關係？(25 分)

命題意旨	一物二賣、詐欺、重大動機錯誤、代理權授予行為之無因性理論。
答題關鍵	本題題目甚大，當事人甚多，答題時應先將當事人法律關係以簡圖清楚標示，並逐一歸納相關集團及所涉及之爭點。答題時因時間不多，切忌長篇大論而僅在外圍遊走；相反的，應直接殺入核心，快速將請求權基礎及相關爭點一一指出，以免陷入泥沼而不能自拔。
高分閱讀	1.法觀人考場特刊：P1-8～9：題目 6：限制行為能力人（相似度 50%） 2.高點重點整理系列-民法總則（邱律師）（L236）： (1)P.4-18：限制行為能力（相似度 50%） (2)P.10-16～19：意思表示不自由：詐欺（相似度 50%） (3)P.12-7：限制行為能力人之代理（相似度 50%）





	<p>(4)P.12~19：代理人之詐欺（相似度 50%）</p> <p>3.高點實例演習系列-民法（總則、債編）實例演習（徐律師）（L713）：</p> <p>(1)P.1-76~80：限制行為能力（相似度 50%）</p> <p>(2)P.1-98~101：意思表示不自由：詐欺（相似度 50%）</p> <p>(3)P.1-413：限制行為能力人之代理（相似度 50%）</p> <p>(4)P.3-10：一物兩賣（相似度 50%）</p> <p>4.高點法律所歷屆試題詳解-民法、刑法（M505）：</p> <p>(1)P.1-1-16~18：93 台大：詐欺（相似度 40%）</p> <p>(2)P.1-8-18：92 東海：限制行為能力人之代理（相似度 50%）</p> <p>(3)P.1-9-15~19：93 年中正：一物二賣（相似度 50%）</p> <p>5.法觀人雜誌第 87 期：P.29~31：實例演習法律行為-意思表示不自由（許政大）</p>
--	--

# 【擬答】

## （一）丙得主張之請求權基礎：

- 1.丙經推銷員乙解說，以 3 千萬元購買該預售豪宅第五樓，買賣契約係存在於甲丙之間。依民法（下同）第 348 條第 1 項規定，甲負有移轉登記該第五樓所有權並交付予丙之義務。
- 2.經 2 年建築完工後，建商甲雖將該第五樓點交予丙，惟卻將該第五樓移轉所有權登記予丁，致無法再對丙為移轉登記，顯係可歸責於甲之事由之給付不能。丙對甲得依第 226 條規定請求不履行之損害賠償，或依第 256 條規定解除契約後，請求返還已交付之價金並賠償損害。

## （二）丁得主張之請求權基礎：

- 1.丁經推銷員乙推薦，以 4 千萬元購買該宅第五樓，買賣契約係存在於甲丁之間，雖甲先將該第五樓出賣予丙，惟基於債權平等原則，丙之債權並無優先效力。其後甲雖將該第五樓所有權移轉登記予丁，惟並未點交，故丁得依第 348 條第 1 項規定請求甲點交該第五樓予伊。
- 2.丁除得請求甲點交外，丁因已取得該屋之所有權，故亦得對占有該屋的丙主張依第 767 條規定，請求丙交付占有予伊。
- 3.因推銷員乙於締約時係對丁表示該屋係「鋼骨結構建築」，惟事後證實係「鋼筋混凝土建築」，丁顯係因乙之詐欺方與甲訂立該屋之買賣契約並移轉所有權登記。第 92 條但書規定：「但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，使得撤銷之。」本題中相對人甲雖得主張渠係善意不知情，惟學說通說主張倘該為詐欺之第三人係相對人之代理人或使用人者，該相對人雖係善意不知情，亦不得主張依第 92 條但書規定受詐欺之表意人不得行使撤銷權。蓋該第三人既係相對人使用於締約之輔助人，則相對人自應承擔該第三人行使詐術之法律效果，否則對表意人而言顯不公平。職是，丁得主張其與甲訂立之買賣契約係受乙詐欺所為，丁得依民法第 92 條第 1 項前段規定撤銷該受詐欺所為之意思表示後，向甲請求返還已交付之價金。
- 4.乙詐欺丁，使其與甲訂立房屋買賣契約已如前述，倘若丁受有損害（例如無法取回價金等）者，丁得依第 184 條第 1 項前段或後段之規定，向乙主張侵權行為之損害賠償，自不待言。

## （三）甲與乙、戊間之法律關係：

- 1.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，須經法定代理人之承認，始生效力。」依題意所示，乙年僅 19 歲，應係限制行為能力人，倘無其他民法規定例外有效之情形者，乙與甲訂立之僱傭契約係屬效力未定，後因乙之法定代理人不承認甲、乙間之聘僱關係，故該僱傭契約自始無效。
- 2.另一問題為：乙基於推銷員之身分與丙、丁簽訂之買賣契約，是否因乙之法定代理人不承認該僱傭契約而影響其效力？本人以為應採否定見解。蓋倘若乙僅係推銷搓合交易機會，最終契約係由甲與丙、丁直接締約者，則甲乙間僱傭契約之效力自不影響買賣契約之效力；倘若乙係以甲之代理人身分直接予丙、丁簽約者，則因我國通說對代理行為之效力係採「無因性」理論，即內部法律關係之效力瑕疵並不影響代理行為授予之效力，故本題中乙之法定代理人拒絕承認甲乙之僱傭契約，亦不影響甲丙及甲丁間買賣契約之效力。

四、甲年老孤苦，久病厭世。某日，反鎖自家門窗，於房內引火自焚。情況緊急，非破門入內搶救，勢必屋燬人亡。千鈞一髮之際，適有樵夫乙路過見狀，迅即持其準備伐木之斧頭，破毀房門，入屋搭救。不料，甲死意已決，竟拒絕乙之搭救，乙不得已，情急之下，以木棒打斷甲之左臂，將甲及時拖救出屋，但乙自己亦告中度灼傷，住院月餘始告痊癒；斷臂之甲，亦經住院多時，始告痊癒。問：（25 分）

（一）乙請求甲賠償因灼傷所受之損害，甲亦請求乙賠償毀門及斷臂所受損害，各自有無理由？

（二）如以上之請求為有理由時，其賠償之範圍如何？

命題意旨	本題並不複雜，只要確實掌握無因管理制度之體系及內涵即可解答。
答題關鍵	第一小題應就「適法無因管理」中管理人及本人之義務為何詳加說明，並須確實指明請求權基礎，第二小題係損害賠償之基本問題。



參考資料	王澤鑑，債法原理第一冊（基本理論、債之發生），2003 年 10 月版，頁 383 至 396。
高分閱讀	1.高點錦囊系列-民法債編總論（魏律師）（L247）（相似度 80%）： (1)P.2-36~40：無因管理 (2)P.2-46~47：無因管理之效力 2.高點實例演習系列-民法（總則、債篇）實例演習（徐律師）（L713）： P.2-106~111：無因管理（相似度 80%）

【擬答】

- (一)本子題係考「適法無因管理」關係中管理人及本人之義務為何，以下乃分就乙對甲及甲對乙之請求權基礎說明之：
- 乙得依民法（下同）第 176 條第 2 項規定，請求甲賠償因灼傷所受之損害：
    - 乙並無法律上義務救助引火自焚之甲，故乙基於救助甲之意思對甲所為之救助，係無因管理。
    - 依民法第 176 條第 2 項規定：「第 174 條第 2 項規定之情形，管理人管理事務雖違反本人之意思，仍有前項之請求權。」本題中甲死意已決而引火自焚，乙對甲之救助雖違反甲之意思，惟正符合第 174 條第 2 項所謂「本人之意思違反公序良俗」，故本題乙對甲之救助係屬「適法無因管理」。
    - 「適法無因管理」關係中之管理人得對本人主張享有第 176 條第 1 項之請求權，其中包含無因管理人受損害時得請求本人賠償其損害。本題中乙於對甲為救助時中度灼傷，自得依第 176 條第 2 項及第 1 項規定請求甲賠償因灼傷所受之損害。
  - 甲不得請求乙賠償毀門及斷臂所受之損害：
    - 本題中乙對甲所為之救助係屬「適法無因管理」已如前述。依學說通說與實務之見解，適法之無因管理發生法定債之關係，並具有阻卻違法之效果。故乙於救助甲之過程中，雖破毀甲之房門而侵害甲之所有權，並以木棒打斷甲之手臂而侵害甲之身體健康權，惟因其行為並不具有不法性，故並不成立侵權行為，甲不得請求乙賠償毀門及斷臂所受之損害。
    - 復依第 150 條第 1 項規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險，所為之行為，不負損害賠償之責。但以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者為限。」本題中乙係為救助甲之生命，故破毀甲之房門並打斷甲之手臂，核情應該當於第 150 條第 1 項之「緊急避難」，而亦發生阻卻行為不法性之效果。
  - 綜上所述，乙得依第 176 條第 2 項規定，請求甲賠償因灼傷所受之損害，惟甲不得請求乙賠償毀門及斷臂之損害。
- (二)乙得請求甲賠償其損害，但甲不得請求乙負擔賠償責任已如前述。假設以上之請求為有理由時（假設語），其賠償範圍乃分述如下：
- 乙對甲請求之賠償範圍：
    - 依第 216 條規定，損害賠償應以填補所受損害及所失利益為原則。故乙因治療灼傷所支付之醫療費及住院期間不能工作而減少之收入，均得向甲請求賠償。
    - 依題意所示，乙於住院月餘後已告痊癒，故本題無依第 193 條第 1 項規定向甲請求賠償勞動能力喪失損害之問題。又第 195 條第 1 項設有人格權侵害之慰撫金請求權，惟我國學說主張慰撫金請求權不在第 176 條第 1 項請求之列，故乙不得對甲請求支付慰撫金。
  - 甲對乙請求之賠償範圍：
    - 假設甲得對乙請求損害賠償者，就門損部分，甲得依第 216 條規定請求乙賠償該門減損之價值。
    - 就斷臂部分，甲除依第 216 條規定請求乙賠償住院治療之醫藥費及住院期間不能工作而減少之損失外，因斷臂勢必造成勞動能力之喪失或減損，甲亦得依第 193 條第 1 項規定，請求乙賠償因勞動能力喪失或減損，或增加生活上需要之損害。

