

民間公證人

《民法》

一、債務人甲為免其財產為債權人乙聲請法院強制執行，與第三人丙通謀，將其僅有房屋壹間設定抵押權，以為擔保丙對丁之虛偽債務。請問債權人乙應如何主張權利？(25 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 通謀虛偽意思表示無效、債權人之代位權。 |
| 答題關鍵 | 債務人為免其不動產遭債權人聲請強制執行，而將之設定抵押權與通謀虛偽之相對人時，債權人得依民法第二四二條與第一八四條第一項後段規定，請求該相對人塗銷抵押權之登記。 |
| 擬答鑑示 | 1.參考：鄭律師，民法總則，頁 3-77~3-81，高點出版。 2.參考：法學概念判解精選，民法總則編，頁 53、54，高點出版。 3.參考：高點律師司法官班「民法總則」講義，頁 176。 4.參考：王澤鑑，民法總則，2001 年 2 月版，頁 390~391。 |

【擬答】

- (一)民法第八十七條第一項規定：『表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效，對抗善意第三人。』本例中債務人甲為免其財產為債權人乙聲請法院強制執行，乃與第三人丙通謀，將其房屋壹間設定抵押權，以為擔保丙對丁之虛偽債務，乃通謀虛偽為設定抵押權之行為，該抵押權之設定，無效。
- (二)甲丙間之設定抵押權行為既為無效，惟該房屋上仍有抵押權之登記外觀，甲本得依民法第七百六十七條中段規定，行使所有權人之物上請求權，請求丙塗銷該抵押權之登記，亦得依民法第一百七十九條規定，以丙無法律上原因受有登記外觀之利益，請求塗銷抵押權之登記。
- (三)惟甲若怠於行使其權利，債權人乙因保全債權，得以自己之名義，依民法第二百四十二條規定，代位行使甲對丙之權利。
- (四)此外，依最高法院七十三年台抗字第四七二號判例與六十七年度第五次民事庭推總會決議，乙亦得依侵權行為之法則（即民法第一百八十四條第一項後段）之規定，請求通謀虛偽意思表示之相對人丙塗銷抵押權之登記，此項權利與前述之代位權，乙得選擇行使之，惟依最高法院六十九年度第七次民事庭會議決議，債務人甲非共同侵權行為人，債權人乙本於侵權行為訴請塗銷登記時，僅得對該第三人丙為之。

二、甲車被乙車超速撞毀，請問甲車依我國民法規定，得如何請求損害賠償？又「代回復原狀」與「替補賠償」有何不同？請併同釋明之。(25 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 侵權行為之請求權基礎、物之毀損之賠償方法 |
| 答題關鍵 | 本題前半部係測驗侵權行為之請求權基礎，並不困難，後半部涉及物毀損時之賠償方法，宜分就第二一三條回復原狀與第一九六條金錢賠償之賠償內容有何不同與其間之關係為何作答。 |
| 擬答鑑示 | 1.參考：高點律師司法官班「民法債總」講義，頁 137~146、166~168、222~224。 2.參考：王澤鑑，不法侵害他人之物之損害賠償方法，民法學說與判例研究第三冊，1996 年 10 月版，頁 235 以下。 |

【擬答】

(一)甲車被乙車超速撞毀，甲就其車被撞毀之損害，得主張：

- 1.民法第一百八十四條第一項前段，以乙因故意過失侵害甲之財產權為由，請求乙損害賠償。
- 2.若乙係故意以違背善良風俗之方法超速撞毀甲車，甲亦得依民法第一百八十四條第一項後段請求乙損害賠償。
- 3.民法第一百八十四條第二項規定，以乙違反道路交通管理條例之規定致生損害於甲，請求賠償。
- 4.民法第一百九十一條之二規定：『汽車、機車或其他非依軌道行駛之動力車輛，在使用中加損害於他人者，駕駛人應賠償因此所生之損害。但於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。』本條係採『推定過失責任』之立法，可避免受害人因無法舉證加害人就其侵權行為有故意過失時無法受償之不利。

(二)『代回復原狀』與『替補賠償』之區別，涉及損害賠償之方法，茲分述如下：

- 1.所謂『代回復原狀』，係指民法第二百十三條第三項規定：『第一項情形，債權人得請求支付回復原狀所必要之費用，以代回復原狀。』換言之，債權人甲就其車被撞毀所生之損害，得請求乙回復原狀，以保護『物之完整利益』，惟回復原狀若必由債務人為之，對被害人有時可能緩不濟急，或不能符合被害人之意願，故債編修正時增列第二百十三條第三項，允許債權人甲得直接請求債務人乙支付回復原狀之費用，以代回復原狀，因此，此之所謂『代回復原狀』，係指回

復原狀時所需之費用。

- 2.所謂『替補賠償』，係指民法第一百九十六條規定：『不法毀損他人之物者，被害人得請求賠償其物因毀損所減少之價額。』換言之，於物之毀損所造成之損害，債權人除得依請求回復原狀或回復原狀所需之費用外，亦得『選擇』直接請求債務人賠償物因毀損所減少之價額，以保護「物之交換利益」。此處所謂『物因毀損所減少之價額』與『回復原狀之費用』不一定相同蓋物之交換價值有時並非回復原狀之費用所能涵蓋，故學界通說係直接採『客觀市價之差額說』，以毀損前後該物於客觀市價上之差額為賠償之價額。就此點而言，最高法院七十七年度第九次民事庭會議決議主張：『依民法第一百九十六條請求賠償物被毀損所減少之價額，得以修復費用為估定之標準，但以必要者為限。被害人如能證明其物因毀損所減少之價額，超過必要之修復費用時，就其差額，仍得請求賠償。』似有未洽。
- 3.綜上所述，甲就其車毀損所造成之損害，除得依民法第二百十三條第三項規定，請求乙支付回復原狀所必須之費用，以代回復原狀外，亦得選擇依民法第一百九十六條規定，直接請求物因毀損所造成客觀市價滑落之差額，以為替補賠償。

三、某甲營造公司於民國八十四年承攬某乙建設公司房屋壹棟，乙公司為取得丙銀行之抵押借款，要求甲公司出具法定抵押權拋棄書，民國八十六年甲公司完成全部建築，乙公司即以該房屋壹棟連同基地為抵押物向丙銀行設定抵押權登記貸得二千萬元，乙公司尚欠甲公司承攬報酬一千萬元。試問：

(一) 甲公司拋棄法定抵押權之效力？(10 分)

(二) 甲公司得否向乙公司行使法定抵押權？(15 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 法定抵押權之拋棄與行使。 |
| 答題關鍵 | 本題之爭點不多，主要有二： 1.法定抵押權之拋棄是否需以登記方式為之？最高法院採肯定見解，故僅出具『法定抵押權拋棄書』而未為登記者，其拋棄不生效力； 2.實施未經登記之法定抵押權是否需先登記方得為之，學說與實務均採否定說。 |
| 擬答鑑示 | 1.參考：張台大老師 90 年律師考前總整理，補充講義『專題四：民法第五一三條 - 承攬人之強制性意定抵押權』(完全命中！！) 2.參考：謝在全，承攬人抵押權之研究，月旦法學雜誌第 69 期，2001.2，頁 122~133。 3.參考：謝在全，民法物權論下冊，頁 128 至 138。 4.參考：黃律師，民法物權編，頁 6-87~6-89，高點出版。 5.參考：鄭律師，民法債編各論，頁 8-20~8-26，高點出版。 |

【擬答】

- (一)某甲營造公司於民國(以下同)八十四年承攬乙建設公司房屋一棟，係於債編修正前成立之承攬契約，應依債編修正前之規定論斷其效力，合先敘明。
- 1.某甲營造公司承攬乙建設公司房屋一棟，依修正前民法第五百十三條規定，承攬人甲就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有抵押權。此處之抵押權學說上稱之為『法定抵押權』，蓋此費用性擔保物權不待當事人為抵押權之登記即依法律之規定而發生。
- 2.今乙公司為取得丙銀行之抵押借款，要求甲公司出具『法定抵押權拋棄書』，此拋棄法定抵押權是否發生拋棄之效力，容有疑問。蓋乙公司僅出具拋棄法定抵押權之書面聲明，並未為抵押權之塗消登記，最高法院八十六年台上字三四四三號判決以為，法定抵押權係基於法律規定而發生，故不待登記即生效力，但法定抵押權之拋棄，乃屬處分，依民法第七百五十九條規定，需經登記後，方得為之。
- 3.最高法院此項見解對於金融機關受信於定作人之實務作業將有重大影響，蓋定作人向金融機構貸款，而以新建之建築物設定抵押權為擔保時，金融機構恆要求定作人使承攬人出具拋棄法定抵押權之聲明書或切結書，並以此為已足。是若因此怠於以登記方式為之，依上述實務見解將無從發生拋棄之效力。今乙建設公司僅要求甲營造公司出具『法定抵押權拋棄書』，並未為拋棄之登記，甲公司拋棄法定抵押權，不生效力。
- (二)1.甲公司拋棄法定抵押權既不生拋棄之效力，則甲就其依承攬關係所生之債權，對於承攬之工作所附之定作人之不動產，即有法定抵押權。然而甲之法定抵押權並未登記，其實行該未經登記之法定抵押權，是否需先為登記方得為之？學說與實務採否定說，該抵押權人實行抵押權，係『拍賣抵押物所有權』，而非『拍賣抵押權』，故非抵押權之處分，自無民法第七百五十九條規定之適用，不以先經登記為必要。
- 2.因此，承攬人甲公司之法定抵押權於符合成立與實行要件後，無需先為登記即可聲請為許可抵押物之裁定，且據該裁定聲請強制執行，拍賣抵押物。綜上所述，甲公司對乙公司有報酬債權一千萬元，若乙公司屆期拒不清償，甲公司得依民法第五百十三條規定，行使其法定抵押權，就該建築物拍賣所得之價金優先受償，且實行抵押權並不需先為登記即可為之。

四、何謂「公證遺囑」？何謂「代筆遺囑」？二者有何異同之處？(25 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題為單純之法條記憶、比較之題型，考生僅須就條文內容有了解即可。 |
| 答題關鍵 | 1.公證遺囑之要件、方式；民法 1191 條之規定。 2.代筆遺囑之方式、要件；民法 1194 條之相關規定。 |
| 擬答鑑示 | 1.參考：二人合著；中國繼承法，頁 249~256，民國 83 年 14 版。 2.參考：許律師著，民法(親屬、繼承)，頁 10-9~10-14，高點出版。 3.參考：法學概念判例精選，民法繼承編，頁 41~42，高點出版。 |

【擬答】

(一)公證遺囑

稱公證遺囑者，乃遺囑人於公證人面前所作成之遺囑也；依民法 § 1191 之規定，其須符合下述之法定方式：

- 1.必須指定二人以上之見證人。
- 2.須由遺囑人在公證人前口述遺囑要旨。
- 3.須由公證人筆記、宣讀、講解經遺囑人認可。
- 4.須記明年、月、日，由公證人、見證人及遺囑人同行簽名；遺囑人不能簽名者，由公證人將其事由記明，使遺囑人按指印代之。

(二)代筆遺囑

代筆遺囑者，乃指由見證人中之二人，為遺囑人代筆之遺囑之；依民法 § 1194 之規定，須符合如下之法定方式：

- 1.須由遺囑人指定三人以上之見證人。
- 2.須由遺囑人口述遺囑之意旨，使見證人之一筆記、宣讀並講解，經遺囑人認可。
- 3.須由代筆人記明年、月、日及代筆人之簽名。
- 4.須由全體見證人及遺囑人一同簽名，不能簽名者應按指印代之。

(三)兩者之異同點

1.相同點：

- (1)皆屬法定普通遺囑之類型。
- (2)皆須由遺囑人，口述遺囑之要旨。
- (3)皆須遺囑人親自簽名或按指印代之。
- (4)皆須由見證人、遺囑人共同簽名。
- (5)遺囑內容皆須經筆記、宣讀、講解後由遺囑人認可之。

2.相異點：

- (1)見證人之人數不同：前者見證人僅須二人以上即可，後者須三人以上。
- (2)遺囑上是否須公證人之簽名不同：前者必須由公證人簽名遺囑能生效；後者則毋庸由公證人簽名。
- (3)遺囑上是否須記明代筆人之姓名不同：前者非必須記明；後者則必須記明。