

《民法與民事訴訟法》

(民法部分)

一、甲是零件供應商，乙是汽車製造商，雙方約定由甲提供零件給乙，乙於交貨後 60 日付款。嗣後，甲因提供零件給乙，對乙取得新臺幣 200 萬元之債權（以下簡稱為 A 債權）。甲因經商負債累累，為避免債權人強制執行，故與友人丙通謀虛偽意思表示，將 A 債權出賣並讓與給丙。詎料，丙竟將該 A 債權出賣並讓與給惡意之丁；嗣後，丙又將該 A 債權出賣並讓與給善意 17 歲之戊。甲不承認丙所為之任何法律行為，戊之法定代理人亦不承認戊所為之任何法律行為。請附理由回答下列問題：

(一) 何人可以取得 A 債權？並請分別說明丙、丁之債權買賣契約及債權讓與契約，與丙、戊之債權買賣契約及債權讓與契約之效力。(25 分)

(二) 丁與戊先後通知乙有關債權讓與之事情，但乙堅持向甲清償，並經甲受領，乙之債務是否消滅？(20 分)

命題意旨	本題涉及意思表示瑕疵、債權雙重讓與及限制行為能力人未得法定代理人同意締結契約，以及清償效力等爭議問題，係屬橫跨民總、債總、物權範圍，爭點雖多，但大多為基本概念，如果有邏輯性的分層處理相關爭議問題，應可獲致不錯的分數。
答題關鍵	第一小題：意思表示瑕疵、債權雙重讓與及限制行為能力人未得法定代理人同意締結契約。 第二小題：債權讓與之通知及向第三人清償之效力。
考點命中	1.《高點民法講義》第二回，高台大編撰，法律行為效力、意思表示瑕疵「通謀虛偽」部分。 2.《高點民法講義》第四回，高台大編撰，債之移轉「債權讓與」、債之消滅「清償」部分。 3.《財產法(I)－契約法》，李淑明編著，高點文化出版，2016 年 6 月版，頁 3-88 以下、3-131 以下。 4.《原來～答案要這樣寫－財產法(含民事法綜合題)》，李淑明編著，高點文化出版，2015 年 8 月版，頁 3-1 之試題 1，相似度 90%。

【擬答】

(一) 本題應由戊取得 A 債權，其法律關係分述如下：

1. 丙、丁之債權買賣契約係屬有效，債權讓與契約則因甲不承認而無效：

(1) 按民法第 87 條第 1 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。次按民法第 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。

(2) 本題，甲為避免債權人強制執行，故與友人丙通謀虛偽意思表示，將 A 債權出賣並讓與給丙，依民法第 87 條第 1 項本文規定，甲、丙間債權買賣及債權讓與之行為均屬無效，此時甲仍為 A 債權之權利人，故本題丙將甲之 A 債權出賣予惡意之丁，係屬無權處分他人債權之無權處分行為。

(3) 又債權讓與契約，依學說通說及實務見解認為係屬「準物權行為」，於讓與合意時即生權利直接變動效力^{註1}，且因其無如物權之外在表徵存在，故無公示原則與公信原則之適用，自無民法物權編之善意受讓制度之適用。是以，如有通謀虛偽之情事者，學說見解認為善意第三人僅得主張民法第 87 條第 1 項但書之規定以保障其交易安全。

(4) 準此，本題依學說通說及實務見解認為負擔行為不以行為人對於標的物有處分權為必要^{註2}，故丙、丁之

^{註1} 最高法院 92 年台上字第 624 號判決：「按債權讓與係屬準物權行為具獨立性，於讓與契約發生效力時，債權即移轉於受讓人，其原因關係之存否，於既已成立生效之債權讓與契約並無影響。是以債權讓與為清償債務之方法，縱其債務不存在，亦僅生讓與人得否請求受讓人返還不當得利之問題，要難謂其不生債權移轉之效力。」本判決揭示「債權讓與契約」係屬「準物權行為」，且具有如同一般物權行為之「無因性」特徵。

^{註2} 最高法院 89 年台上字第 961 號判決：「又物權行為有獨立性及無因性，不因無為其原因之債權行為，或為其原因之債權行為係無效或得撤銷而失效；而買賣契約與移轉所有權之契約不同，買賣契約不過一種以移轉物

債權買賣契約係屬有效。又丁為惡意第三人，依上開所述除不得主張民法善意受讓規定外，亦不得主張民法第 87 條第 1 項但書規定之適用，故本題丙、丁間之債權讓與契約依民法第 118 條第 1 項規定，於有權利人承認前，不生效力。

2. 丙、戊之債權買賣契約雖因法定代理人不承認而屬無效，惟其債權讓與契約依第 87 條第 1 項但書、民法第 77 條但書規定及準物權行為亦有無因性理論適用下，仍為有效：

(1) 本題戊為限制行為能力人，其所為意思表示依第 77 條本文規定，應得法定代理人之允許，除非有第 77 條但書或第 83 條規定之情形，否則單獨行為依民法第 78 條規定無效，契約行為依第 79 條規定於法定代理人承認前不生效力。

(2) 丙、戊之債權買賣契約雖因法定代理人不承認而屬無效：

① 依前所述，丙、丁間之債權讓與契約無效，甲此時仍為 A 債權之所有人，故丙將 A 債權於出賣予丙後，再行出賣予善意之限制行為能力人戊，此時丙、戊間之債權買賣契約雖係屬債權之雙重買賣且屬無權處分。

② 惟依通說及實務見解基於債權平等原則及保障交易安全之考量，且負擔行為不以行為人對於標的物有處分權為必要，故丙、戊間之債權買賣契約不因此而受影響。

③ 惟戊為限制行為能力人，依題意該債權買賣契約並無民法第 77 條但書規定及第 83 條之情形，又戊之法定代理人亦不承認戊所為之任何法律行為，故丙、戊間之債權買賣契約依民法第 77 條本文及第 79 條規定，應屬無效。

(3) 丙、戊之債權讓與契約仍為有效：

① 丙、戊間之債權讓與契約雖屬無權處分，依民法第 118 條第 1 項規定效力未定，惟戊係善意第三人，故戊得主張民法第 87 條第 1 項但書規定，其債權讓與行為不因通謀虛偽意思表示之無效而受影響。

② 又戊雖為限制行為能力人，其債權讓與之準物權契約依民法第 77 條本文規定，於法定代理人承認前不生效力，惟學說見解認為債權讓與對於戊而言係屬「純獲法律上利益」之行為，故依民法第 77 條但書規定，縱使戊之法定代理人不承認，戊亦可取得 A 債權。

③ 另本題丙、戊間之債權買賣契約雖因法定代理人之不承認而無效，惟學說及實務見解認為債權讓與之準物權行為亦有無因性理論之適用^{註 3}，故丙、戊間之債權讓與行為亦不因債權買賣契約無效而受影響，仍為有效。

3. 綜上所述，本題丁為惡意第三人，故無法取得 A 債權，惟戊依第 87 條第 1 項但書、民法第 77 條但書規定及準物權行為亦有無因性理論適用下，主張取得 A 債權，應有理由。

(二) 本題乙得依民法第 310 條第 1 款規定，主張其債務因向甲清償而消滅，茲分述如下：

1. 按民法第 297 條第 1 項規定，債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。但法律另有規定者，不在此限。準此，本題承上所述，係由戊取得 A 債權，且依題意戊亦通知乙其為債權人，故依民法第 297 條第 1 項規定，應由戊受領 A 債權之清償，惟乙堅持向甲清償，並經甲受領，則屬「向第三人清償」之情形，其是否發生清償效力，應視是否符合民法第 310 條之規定。

2. 次按民法第 310 條規定，向第三人為清償，經其受領者，其效力依左列各款之規定：一、經債權人承認或受領人於受領後取得其債權者，有清償之效力。二、受領人係債權之準占有人者，以債務人不知其非債權人者為限，有清償之效力。三、除前二款情形外，於債權人因而受利益之限度內，有清償之效力。

3. 準此，本題乙雖可主張甲為原債權人而係屬「債權之準占有人」，惟因丁與戊先後通知乙有關債權讓與之事情，故乙不得主張其不知甲非債權人，且乙向甲清償亦無法使戊受有清償之利益，是乙無法依民法第 310 條第 2 款及第 3 款規定主張發生清償之效力。

4. 惟承上題所述，丙、戊之債權買賣契約因法定代理人不承認而屬無效，故戊係無法律上原因取得 A 債權，是丙得依民法第 179 條不當得利規定請求返還 A 債權。又甲、丙間之債權買賣契約及債權讓與契約係屬通

權為目的之債權契約，難謂即為移轉物權之物權契約，且出賣人對於出賣之標的物，不以有處分權為必要（本院三十七年上字第 7645 號、三十八年台上字第 111 號判例意旨參看）。

^{註 3} 最高法院 96 年台上字第 398 號判決：「按債權讓與係以不變更債權之同一性，由債權人將其移轉與相對人之準物權契約，債權讓與之原因，或為以債權之移轉為清償債務之方法，或為贈與契約之履行，或為其他原因，惟此項原因行為之有效與否，與有效成立之債權讓與契約無直接影響。」準此，縱使債權讓與之債權行為（原因行為）無效，債權讓與之準物權行為亦不因此而受影響，故債權讓與之準物權行為亦有「無因性理論」之適用。

謀虛偽意思表示，依民法第 87 條第 1 項規定均屬無效，故丙取得 A 債權係屬無法律上之原因，是甲亦得依民法第 179 條不當得利之規定請求丙返還 A 債權。準此，依學說見解認為，甲得依「雙重不當得利理論」直接向戊請求返還 A 債權，此時甲取得 A 債權即符合民法第 310 條第 1 款「受領人於受領後取得其債權」之情形，故乙得依該規定主張其債務因向甲清償而消滅。

二、甲將其所有之 A 地設定普通地上權予乙，存續期間十年，乙在其上興建未辦保存登記之違章建築（以下簡稱 B 屋）。一年後，乙將 B 屋出賣並讓與丙，丙又將之出租並交付於丁，戊乘丁出國旅遊時逕自占用該屋。請附理由回答下列問題：

（一）丙、丁得分別向戊主張何種權利？（30 分）

（二）假設地上權期限屆至，乙仍繼續使用 B 屋。兩年後，甲訴請乙返還 A 地，乙有無抗辯可得主張？（15 分）

命題意旨	本題測驗考生有關最高法院對於違章建築之移轉，創設「事實上處分權」之相關概念，於事實上處分權人及承租人權利遭受侵害時，於民法上得主張哪些權利。此外，對於地上權是否可以參考租賃相關規定，得適用或類推適用默示更新之效力。
答題關鍵	第一小題：涉及侵害事實上處分權及租賃權時，權利人得向無權占有人主張之權利。 第二小題：地上權是否有默示更新效力之適用。
考點命中	1.《高點民法講義》第六回，高台大編撰，通則「違章建築」部分。 2.《高點民法講義》第三回，高台大編撰，無因管理、不當得利部分。 3.《高點民法講義》第七回，高台大編撰，地上權部分。 4.《財產法(II)－侵權行為法、物權法》，李淑明編著，高點文化出版，2016 年 6 月版，頁 9-22 以下。 5.《原來～答案要這樣寫－財產法(含民事法綜合題)》，李淑明編著，高點文化出版，2015 年 8 月版，頁 3-23 之試題 6。

【擬答】

（一）丙、丁得分別向戊主張何種權利，茲分述如下：

1. 丙得否依民法第 767 條第 1 項前段規定，向戊主張請求返還 B 屋，學理上有爭議；惟承租人丁則不得依民法第 767 條第 2 項準用第 1 項前段規定主張之：

（1）本題，甲將其所有之 A 地設定普通地上權予乙，乙在其上興建未辦保存登記之違章建築 B 屋，並於一年後將 B 屋出賣並讓與丙，茲因 B 屋無法辦理保存登記，故亦無法依民法第 758 條第 1 項為移轉登記。是以，實務上為解決此種違章建築讓與之情形，故創設「事實上處分權」之概念，乙得將 B 屋之事實上處分權讓與給丙而使其取得使用收益違章建築物之權限^{註4}，合先敘明。

（2）按民法第 767 條第 1 項前段規定，所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。此外同條第 2 項規定，第 1 項規定，於所有權以外之物權，準用之。

（3）本題，違章建築之事實上處分權人丙是否得主張適用或類推適用民法第 767 條第 1 項規定，學理上係有爭議：

① 肯定說認為，違章建築物為事實上物權，與依法定公示要移轉之物權，均屬財產權，法律均加以保護。而違章建築物於買賣後既已交付，第三人縱非明知，亦屬可得而知，故對第三人發生效力，並未使第三人遭受不測之損害，亦不影響交易安全，故應承認事實上物權之概念，是事實上處分權人亦得主張或類推適用民法第 767 條第 1 項前段所規定之所有物返還請求權。

② 惟實務上最高法院多採否定說之見解，認為對未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係實務上之便宜措施，然事實上處分權究非所有權，能否類推適用所有權之物上請求權之規定，亦非無疑^{註5}。

^{註4} 最高法院 67 年第 2 次民庭會議決議（一）：「違章建築之讓與，雖因不能為移轉登記而不能為不動產所有權之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人。」

^{註5} 最高法院 100 年台上字第 1275 號民事判決：「又對未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係實務上之便宜措施，然事實上處分權究非所有權，能否類推適用所有權之物上請求權之規定？或應以代位之法律關係行使其權利？仍待進一步推求。原審未詳予研求，即為上訴人敗訴之判決，亦嫌速斷。」最高法院 95 年台上字第 94 號民事判決：「對未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係實務上之便宜措施，然事實上處分權究非所有權，能否類推適用所有權之物上請求權之規定，亦非無疑。」

③準此，本題倘採肯定說，茲因丙已將 B 屋出租予丁，故丙得主張或類推適用民法第 767 條第 1 項前段規定，向戊主張請求返還 B 屋予丁。倘採否定說之見解者，則丙不得依民法第 767 條第 1 項前段規定，向戊主張請求返還 B 屋。

(4)本題丁僅為 B 屋之承租人，而租賃契約僅為債權契約，僅具有債權之相對效力，故與民法第 767 條第 2 項係適用於對世效力之物權仍有本質上之不同，故無法直接適用或類推適用。準此，丁不得依民法第 767 條第 2 項準用第 1 項規定，向戊主張請求返還 B 屋。

2.丙、丁得依民法第 962 條前段規定向戊請求返還 B 屋予丁：

(1)按民法第 941 條規定，承租人對於他人之物為占有者，該他人為間接占有人，故承租人於租賃關係存續中對於租賃物係屬「直接占有人」，而出租人為「間接占有人」。

(2)次按民法第 962 條前段規定，占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物。又實務見解認為，所謂占有人，固不以實際占有人為限，即間接占有人亦屬之，但在間接占有情形，判斷有無侵害占有事實，仍應以直接占有人定之。^{註 6}

(3)本題，丙對於 B 屋有事實上處分權，已如前述，故丙得將 B 屋出租予丁為使用收益。此時，依民法第 941 條規定承租人丁為 B 屋之「直接占有人」，出租人丙為「間接占有人」，故依前開實務見解可知，本題丙、丁得依民法第 962 條前段規定，向戊請求返還 B 屋予丁。

3.丁得依民法第 179 條規定向戊主張無權占有之不當得利，至於丙則不得主張之：

(1)按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同，民法第 179 條定有明文。

(2)又學說上認為，有關於不當得利請求權人判斷，應採「權益歸屬說」之概念，亦即依權利歸屬之內容，應歸屬於權利人之權利而未歸屬者，其即有權利歸屬之侵害，即為不當得利法上之請求權人。

(3)本題，戊係無權占有 B 屋，係無法律上之原因而受有利益，惟丙已將 B 屋出租於丁而使其取得使用收益之權利，故丁乃實際上因戊之無權占有而受損害之當事人，故依上開「權益歸屬說」之概念，僅丁得

臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會民事類提案第 13 號：「法律問題：甲向乙買受 A 地（已辦理移轉登記）及土地上之未保存登記之建物 B 屋（無法辦理移轉登記），交屋後遭丙無權占用，甲得否依民法第 767 條第 1 項前段請求丙返還 B 屋？

審查意見：採乙說。

乙說：否定說。

(一)甲買受 B 屋，依民法第 758 條所定，尚需登記始能取得所有權，因不動產物權藉由「登記」明確公示，第三人經由登記得知，故應受規範，所有權人自得受到物權法之保護，而主張民法第 767 條之權利。然違章建築，因無法登記公示，所以不應亦得主張與已登記之所有權人相同之權利。是甲因未能辦理 B 屋所有權之移轉登記，無法取得對 B 屋之所有權，則甲既非 B 屋之所有權人，即無民法第 767 條之適用。蓋甲明知 B 屋為違章建築，無法辦理移轉登記，仍願買受，如此時仍給予與合法登記之所有權人相同之保護，疑有鼓勵非法之嫌。況違建之標的與合法之建物，在市場價格上，應有落差，購買者如已享受價格之優惠，因而需承擔比購買合法建物者較高之風險，當屬合理範圍，而得為當事人所能預見，亦難謂因此對當事人造成突襲。

(二)又對未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係實務上之便宜措施，然事實上處分權究非所有權，能否類推適用所有權之物上請求權之規定，亦非無疑（最高法院 95 年度台上字第 94 號、100 年度台上字第 1275 號判決參照）。

(三)衡以類推適用係在法無明文，法有缺漏時，相似情況予以類推適用，然我國民法就不動產物權之取得、喪失、變更，法律已明白規定以登記為要件，並非法無明文之情況。且此時如果認定就違章建築得類推適用所有權之規定，其結果亦與所有權相同，受到同樣之物權法之保護，疑有鼓勵違建，鼓勵非法之嫌，況違建之標的與合法之建物，在市場價格上，應有落差，購買者如已享受價格之優惠，因而需承擔比購買合法建物者較高之風險，當屬合理範圍，而得為當事人所能預見，亦難謂因此對當事人造成突襲。所以亦不應類推適用民法第 767 條之規定。」

^{註 6} 最高法院 99 年台上字第 1941 號民事判決：「民法第 962 條規定，占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物；占有被妨害者，得請求除去其妨害；占有有被妨害之虞者，得請求防止其妨害。又所謂占有人，固不以實際占有人為限，即間接占有人亦屬之，但在間接占有情形，判斷有無侵害占有事實，仍應以直接占有人定之。」

依民法第 179 條規定向戊主張無權占有之不當得利，至於丙則不得主張之。

4. 丙、丁得依民法第 184 條第 1 項規定，向戊主張侵權行為損害賠償責任：

- (1) 按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同，民法第 184 條第 1 項定有明文。
- (2) 本題，戊無權占有 B 屋，係侵害丙之事實上處分權，故有學說見解認為倘承認事實上處分權係屬事實上物權之概念者，則丙得依民法第 184 條第 1 項前段規定向戊主張侵權行為之損害賠償請求權；倘不承認者，則於戊對 B 屋之無權占有係屬故意背於善良風俗而加損害於丙者，亦得主張民法第 184 條第 1 項後段規定向戊請求侵權行為之損害賠償責任。
- (3) 又戊無權占有 B 屋，亦侵害承租人丁之使用收益權利，惟該使用收益權利僅具債權之相對性，故丁僅得依民法第 184 條第 1 項後段規定，於戊對 B 屋之無權占有係屬故意背於善良風俗時，得向戊主張侵權行為之損害賠償責任。

5. 丁得依民法第 177 條第 2 項規定，向戊主張不法管理之利益，至於丙則不得主張之：

- (1) 按管理事務不合於前條之規定時，本人仍得享有因管理所得之利益，而本人所負前條第 1 項對於管理人之義務，以其所得之利益為限。前項規定，於管理人明知為他人之事務，而為自己之利益管理之者，準用之，民法第 176 條第 1 項及第 2 項分別定有明文。
- (2) 又學說見解認為，本人解釋上可能有數人時，應合理解釋本人之範圍，以限於有直接利益者始成立無因管理。
- (3) 本題戊無權占有 B 屋，係屬違反本人丙或丁之明示或可得推知之意思，且戊係為自己之利益為管理，故屬「不法管理」之情形。是以，本人得依民法第 177 條第 2 項規定主張享有不法管理之利益。惟丙已將 B 屋出租於丁而使其取得使用收益之權利，故依前開學說見解認為，應以受有直接利益之承租人丁得主張享有不法管理之利益。

(4) 準此，本題丁得依民法第 177 條第 2 項規定，向戊主張不法管理之利益，至於丙則不得主張之。

(二) 乙依實務見解，不得向甲主張抗辯；惟依學說見解，乙得類推適用民法第 451 條規定，主張地上權發生不定期限之延長效力，得拒絕返還 A 地：

1. 本題甲將其所有之 A 地設定普通地上權予乙，存續期間十年，惟地上權期限屆至，乙仍繼續使用 B 屋，此時於地上權是否有如同租賃契約依民法第 451 條規定得主張不定期限之法律效果，係有爭議。
2. 實務見解係採否定說，認為法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，除法律另有規定外，並不當然發生更新之效果。民法物權編所稱地上權並無如債編第 451 條之規定，定有存續期間之地上權於其期限屆滿後，不生當然變更為不定期限之效果，自應解為該地上權於期限屆滿時消滅^{註7}。
3. 惟有學者採肯定之見解，認為地上權係屬具有對世效力之物權，而租賃權僅為相對效力之債權，故基於「舉輕以明重」之法理，對於地上權之保障應較租賃權保障更為慎重。又地上權人如繼續對土地為使用收益，土地所有人不即表示反對之意思者，亦可推知所有權人同意繼續維持地上權而生延長地上權之效力。故民法修正草案第 840 條之 1^{註8}雖於 98 年物權編修正時已遭刪除，惟地上權人仍得類推適用民法第 451 條規定，使地上權發生不定期限之延長效力。
4. 綜上所述，本題倘採否定說見解，甲訴請乙返還 A 地時，乙有不得主張類推適用民法第 451 條規定，主張

^{註7} 最高法院 69 年第 7 次民事庭會議決議：「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（本院六十年度台上字第 4395 號判決）。」

最高法院 70 年台上字第 3678 號判例：「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限之效果，因而應解為定有存續期間之地上權於期限屆滿時，地上權當然消滅。」

最高法院 104 年度台簡上字第 28 號判決：「又法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，除法律另有規定外，並不當然發生更新之效果。民法物權編所稱地上權並無如債編第 451 條之規定，定有存續期間之地上權於其期限屆滿後，不生當然變更為不定期限之效果，自應解為該地上權於期限屆滿時消滅。至土地所有人於地上權關係消滅後，如同意原地上權人繼續使用土地，尚無不可，但難謂該地上權仍為有效。」

^{註8} 民法修正草案第 840 條之 1 規定：「地上權人之工作物為建築物者，地上權期間屆滿，地上權人繼續使用而所地所有人未立即反對，視為延長地上權之期限。」

地上權發生延長之效力而屬有權占有，拒絕返還 A 地。惟若採肯定說之見解，則乙得類推適用民法第 451 條規定，主張地上權發生不定期限之延長效力，故得拒絕返還 A 地。

三、甲女未婚與乙男同居，生下一子 A。嗣後乙男即離家不知去向。甲女因無力扶養 A，將甫出生之 A 子，依法出養給表姊丙女與其夫丁男。丙女與丁男已有兩歲之 B 女。未料，三年後，丙女因車禍去世。甲女前來幫忙照顧孩子，而與丁男發生感情，並依法為結婚之登記。

請問：

- (一)甲女與丁男之婚姻關係存續中，若未成年子女 A、B 有特有財產時，應由何人管理？(20 分)
- (二)承前事實關係，甲女與丁男結婚時，未約定夫妻財產制。結婚時甲女無任何財產，丁男已有一棟房屋價值 600 萬元。婚姻關係存續中，丁男有 5000 萬元之薪資，但向銀行貸款 200 萬元，並以該棟房屋向銀行設定普通抵押權。因屆期未能清償，該屋被銀行拍賣得款 600 萬元，以其中之 200 萬元清償貸款後，剩餘 400 萬元。另外丁男又向戊男借款 1200 萬元，尚未清償。甲女婚後為家庭主婦，並無收入。此時，丁男因病死亡，其所留下之財產應如何分配及繼承？(25 分)

命題意旨	本題主要測驗收養之要件與效力，以及剩餘財產分配請求權之計算。第一小題應檢討收養應得本生父母同意之規定，該條父母是否係指法律上父母而不包括非婚生子女之生父？對此應注意高等法院 103 年家上 43 號判決之見解，切勿逕依第 1076-1 條但書認為乙事實上無法同意；第二小題測驗之條文並不複雜，僅須小心計算金額即可。
答題關鍵	第一小題：B 的部分，說明 B 與甲為直系姻親關係。A 之部分，說明 A 之出養無須乙之同意，再說明養父與生母結婚之效力。 第二小題：說明第 1030-1 條之剩餘財產分配請求權，以及第 1030-2 條補償義務之操作。
考點命中	1.《高點民法講義》第五回，蘇律編撰，2016 年版，親屬編，頁 6~7，11~13，34~36。 2.《高點民法講義》第五回，蘇律編撰，2016 年版，繼承編，頁 53~55。

【擬答】

(一)按第 1088 條 1 項之規定，未成年子女之特有財產，由父母共同管理。故本題爭點係，A、B 之父母為誰，分述如下：

1.B 之特有財產應由丁管理：

(1)甲、丁間之結婚無違反近婚親之規定：

- ①按第 983 條第 1 項 3 款之規定，旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者，不得結婚。次按第 988 條 2 款，違反第 983 條之規定，結婚無效。
- ②本案，甲與丁為旁系姻親四親等，其姻親關係並不因丙之死亡而消滅。而甲、丁為平輩，其結婚並未違反近婚親之規定，故結婚有效。

(2)B 與甲為直系姻親一親等之關係：

按第 970 條之規定，配偶之血親為姻親。本案，甲未收養 B，故甲與 B 之關係為直系姻親一親等，並非直系血親，故僅丁得管理 B 之特有財產。

(3)小結

甲、丁間之婚姻有效，而甲與 B 為直系姻親之關係，故僅丁得管理 B 之特有財產。

2.A 之特有財產應由甲、丁管理：

(1)A 之出養無須生父乙之同意：

- ①按第 1065 條第 2 項之規定，非婚生子女與其生母之關係視為婚生子女。次按第 1076-1 條第 1 項，子女被收養時，應得其父母之同意。未按第 1079-4 條之規定，違反第 1076-1 條之規定，收養無效。
- ②本案爭點係，第 1076-1 條規定被收養應得其父母同意，該「父母」是否包括非婚生子女之生父，抑或僅限於法律上之父母？參高等法院 103 年家上 43 號判決之見解，該法條所謂父母，或得為法定代理人之父母，應係具法律上父子關係者，而非僅具血緣關係之父母。準此，甲與乙未婚生 A，依 1065 條 2 項，A 視為甲之婚生子女，甲將其出養於丙、丁，無須經過非婚生子女之生父乙同意，亦為有效。

(2)A 之出養無違反近親收養之要件：

- ①按第 1073-1 條第 3 款之規定，旁系血親在六親等以內及旁系姻親在五親等以內，輩分不相當者，不得

收養為養子女。次按第 1079-4 條，違反第 1073-1 條之規定，收養無效。

- ② 本案，甲之表姊丙與其夫丁共同收養 A，並未違反近親收養之規定，蓋 A 與丙為旁系血親五親等，且並無越輩收養或同輩收養等輩分不相當之情形。準此，丙、丁共同收養 A 為有效。

(3) 甲、丁結婚後，為 A 之父母：

- ① 按第 1077 條第 1 項，養子女與養父母及其親屬間之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。次按同條第 2 項，養子女與本生父母及其親屬間之權利義務，於收養關係存續中停止之。末按同條第 3 項，收養者收養子女後，與養子女之本生父或母結婚時，養子女回復與本生父或母及其親屬間之權利義務。但第三人已取得之權利，不受影響。

- ② 本案，丙與丁收養 A 後，依第 1077 條 1 項、2 項之規定，丙、丁與 A 之關係與婚生子女同，且收養關係存續中 B 與甲之關係停止。然而甲與丁結婚後，依第 1077 條第 3 項之規定，B 與甲回復親屬關係，故甲、丁為 A 之父母。綜上所述，由甲、丁管理 A 之特有財產。

3. 小結：

丙、丁收養 A 為有效，而甲、丁結婚後，甲與丁為 A 之父母，得管理 A 之特有財產。

(二) 丁之財產如何分配與繼承，分述如下：

1. 甲得主張 1800 萬之剩餘財產分配：

- (1) 按第 1005 條之規定，夫妻未約定財產制者，採法定財產制。次按第 1030-1 條第 1 項之規定，法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配，但無償取得者及慰撫金不在此限。末按第 1030-2 條第 1 項之規定，夫或妻之一方以其婚後財產清償其婚前所負債務，或以其婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務，除已補償者外，於法定財產制關係消滅時，應分別納入現存之婚後財產或婚姻關係存續中所負債務計算。

- (2) 本案，甲、丁結婚未約定財產制，故依第 1005 條採法定財產制。又丁以房屋之婚前財產清償婚後之債務，依第 1030-2 條第 1 項補償義務之規定，銀行貸款 200 萬應納入婚後債務計算。故丁之婚後財產（5000 萬元）扣除婚後債務（納入之銀行貸款 200 萬、戊之借款 1200 萬元），剩餘 3600 萬，而甲無婚後財產。準此，配偶甲得依第 1030-1 條第 1 項之剩餘財產分配請求權，主張 1800 萬之剩餘財產分配。

2. 丁之遺產由甲、A、B 各得 800 萬元：

- (1) 按第 1138 條 1 款之規定，除配偶外，直系血親卑親屬為第一順位之血親繼承權人。次按第 1077 條 1 項之規定，養子女與養父母之關係與婚生子女同。末按第 1144 條 1 款之規定，直系血親卑親屬與配偶之應繼分為平均。

- (2) 本案，甲為丁之配偶、B 為丁之直系血親卑親屬，A 為丁之養子，故有繼承權。丁之應繼總財產為 2400 萬元（5000 萬現金加上 400 萬現金，扣除 1800 萬之剩餘財產分配、扣除 1200 萬之借款債務），由繼承權人甲、A、B 均分，各得 800 萬元。

(3) 小結：

丁之遺產由甲、A、B 繼承，按法定應繼分，各得 800 萬元。

3. 結論：

丁之財產清償戊之 1200 萬債務及甲之 1800 萬債務後，再由甲、A、B 按法定應繼分各得 800 萬元。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

《民法與民事訴訟法(民法部分)》

一、甲為 A 公司負責人，A 公司從事代理汽車買賣；甲之好友乙則獨資開設園藝景觀工程行。民國 100 年 1 月甲將其個人一部市價新臺幣（下同）100 萬元之休旅車，以 80 萬元出賣給乙，約定一個月後付清價金。一個月後，乙誤以其與甲當初約定之買賣價金為 100 萬元，乃支付 100 萬元予甲，甲亦因遺忘約定之金額而收受。嗣甲於 101 年 1 月 1 日委託乙為其設計建造住宅前之庭園，雙方簽訂契約（內容一部分為委任、一部分為承攬之約定，而甲、乙間之真意究係重在何者無法探求），約定工程款為 300 萬元（包含委託設計費 100 萬元及工作承攬報酬 200 萬元），乙於 101 年 8 月 1 日完工交付甲使用。其後乙於 104 年 1 月委託甲所經營之 A 公司出售其裝置有防盜系統之名牌汽車一部，甲於 A 公司代售期間將該車停放在 A 公司門前（戶外），並在車窗上張貼出售廣告，以招來買主，但忘記交代設定防盜密碼，致該車於夜間遭竊。事後甲雖對乙表示道歉，但拒絕賠償，二個因此交惡，試問：

（一）乙於 104 年 2 月主張甲向其溢收休旅車價款 20 萬元，應依不當得利之規定返還；甲抗辯乙並未依法撤銷錯誤之意思表示，且行使撤銷權之除斥期間已過，其基於有效之契約受領價金，非無法律上原因，何者有理？（15 分）

（二）乙於同上時間，另外對甲起訴請求工程款 300 萬元，甲抗辯乙之報酬請求權已罹於消滅時效，甲之抗辯有無理由？（15 分）

（三）乙主張甲與 A 公司成立民法第 185 條規定之共同侵權行為，請求甲應與 A 公司連帶賠償汽車被竊之損害，有無理由？（15 分）

命題意旨	本題分別在測驗不當得利之構成要件、短期消滅時效之適用以及共同侵權行為之成立要件。
答題關鍵	1. 第一小題：乃不當得利構成要件之基礎性考題，依題目所示似無涉債權行為與物權行為意思表示錯誤之問題。 2. 第二小題：涉及民法第 127 條第 7 款之適用，雖題旨將甲、乙間之契約區隔成委任與承攬之混合，惟解釋論上，甲、乙間之契約是否得將委任/承攬如此明確之區分，容有討論之餘地。 3. 第三小題：涉及共同侵權行為之構成要件，實務兼採主客觀混合理論，惟仍以甲之行為與損害結果間具為相當因果關係為必要，另因題目中有提及第三人之介入，故應一併提及因果關係中斷之理論。
考點命中	1. 《高點民法講義》，第一回，顏台大編撰，頁 118 以下。 2. 《高點民法講義》，第二回，顏台大編撰，頁 63、68。

【擬答】

本題爭點涉及不當得利之構成要件、民法第 127 條第 7 款以及相關因果關係等問題，分述如下：

（一）乙得依民法第 179 條不當得利之規定，請求甲返還溢收之 20 萬元

1. 依題目所示，甲乙間係約以 80 萬元為休旅車之買賣價金，甲乙間之買賣契約雙方意思表示合致，並約定價金履行期為一個月後，甲乙間之買賣契約並無任何意思表示錯誤之問題，自亦無意思表示錯誤撤銷與撤銷逾越除斥期間之可能。

2. 一個月後，乙誤以為當初約定之價金為 100 萬元而支付 100 萬元予甲，甲亦因遺忘金額而收受，乙甲間合意移轉 100 萬元之部分亦經雙方合意，甲乙間之物權行為亦無意思表示錯誤之問題。

3. 由前述可知，本題並無意思表示錯誤撤銷之問題，自亦無撤銷除斥期間之問題。惟甲乙間之買賣契約僅約定價金 80 萬元，故甲溢收之 20 萬元部分，甲受領並無法律上之原因，甲受領受有利益並因此造成乙受有損害，乙自得依民法第 179 條規定請求甲返還溢收之 20 萬元，且此等不當得利返還請求權之消滅時效為民法 125 條所定之 15 年。

（二）1. 依題目所示，甲乙間就設計建造庭園之契約，其內容為一部委任，一部承攬，其中委任費用 100 萬元、承攬報酬 200 萬元，乙於 101 年 8 月 1 日完工交付甲使用，101 年 8 月 1 日之翌日，乙之報酬請求權即可行使，消滅時效開始起算（民法第 128 條參照）。

2. 是故就本題題意所指，委任報酬 100 萬元之部分，其消滅時效依民法第 125 條規定係 15 年，乙於 104 年

2 月起訴請求甲給付委任報酬 100 萬元，其請求權並未罹於時效。惟就承攬報酬 200 萬元部分，民法第 127 條第 7 款規定「技師、承攬人之報酬及其墊款」，適用二年之短期消滅時效，故乙之承攬報酬請求權，自己罹於 2 年之短期時效。

3. 然甲乙間之契約，顯然同時包含 2 種有名契約（即委任、承攬）之主給付義務，學說上有主張此種混合契約究竟應以何有名契約之規定為其準據，應視當事人之真意以何有名契約為契約之主要部分為據，惟本題依題目所示，甲乙之真意重在何者無法探求，故依此尚無法決定應以何者為準據。管見以為，委任為勞務性契約之基礎類型（民法第 528 條參照），而承攬契約依民法第 490 條之規定，亦帶有委託他方處理事務之內涵；換言之，承攬契約應屬委任之特殊型態，且依本題所示，甲乙間之契約所著重者，係乙為甲完成庭園之建造並交付，甲乙所著重者依常情判斷顯然以承攬契約之給付義務較為核心，是故本題中若僅以甲乙間之約定部分帶有委任性質，即割裂適用其消滅時效，恐有背於民法第 127 條第 7 款針對承攬特別規定其短期時效之立法意旨。故就本題而言，乙之 300 萬工程款應均罹於時效。

- (三) 1. 按「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務加於他人之損害，與該行為人連帶負損害賠償之責任。」，民法第 28 條定有明文。而甲為 A 公司之負責人，屬 A 公司之代表權人，是故若甲造成乙之損害為屬執行職務之範疇，則 A 公司對乙應負損害賠償責任。
2. 查乙將汽車委託 A 公司代為出售，而甲於該車託售期間停放於 A 公司門口，依多數見解將第 28 條「執行職務」與民法第 188 條「執行職務」作同一解釋，則甲將該車於託售期間停放於 A 公司門口，與乙之託售行為顯然具有正常合理之關聯性，屬執行職務之行為。
3. 惟甲本身之行為是否構成一般侵權行為，則有討論之空間。蓋民法第 184 條第 1 項前段以行為與損害間具有相當因果關係為成立要件之一，而所謂之相當因果關係，依 82 年台上字第 2161 號判決所示，係以行為人之行為所造成之客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者。而依題旨所示，甲忘記交代將該車設定防盜密碼，此行為通常均會造成車失竊之結果，因題目並未明確描述竊賊係因該車未設定防盜密碼始得手，故究竟有無相當因果關係，不易判斷。惟車輛未設定防盜密碼，依常情判斷會使車輛遭竊之風險增高應屬常態，故本題中甲之行為與乙之損害具有相當因果關係，自得以肯定。
4. 學說上雖有提出所謂「第三人介入之因果關係中斷」，惟學說亦認為，若第三人之介入危險本屬行為人應予排除之風險範疇時，行為人仍不得主張第三人之介入而切斷與損害間之因果關係。本題中，A 公司受乙所託出售該車，A 公司本即有義務於託售過程中，妥適保管該車，並避免該車遭受第三人竊取，故 A 公司自不得主張損害與其行為無因果關係。
5. 又甲係「忘記」交代設定防盜密碼，甲具有過失，且甲之行為與乙之所有權損害間具有相當因果關係已如前述，甲過失不法侵害乙之所有權，對乙負民法第 184 條第 1 項前段之損害賠償責任；而此又屬甲執行職務之範圍，是 A 公司對乙負損害賠償。
6. 依司法院例變字第 1 號判例之意旨，民法第 185 條共同侵權行為兼採主觀與客觀說，而 A 公司對乙負損害賠償責任已如前述，甲對乙亦負損害賠償責任，甲、A 公司均係造成乙損害之共同原因，故甲、A 公司依民法第 185 條之規定，對乙負連帶損害賠償責任。

二、甲在其租用之 A 地上建造 B 建物作為加油站使用。甲向乙銀行貸款 350 萬元（以下稱 X 債權），並提供 B 建物供乙銀行設定第一次序抵押權，以為擔保。甲又在 A 地設置儲油槽、加油機、洗車設備（該等設備以下稱「本件設備」）。「本件設備」均設置在 A 地之地下及地上，並有牽連至 B 建物之管線，其購入及設置費用之總金額大於 B 建物之價值。甲另向丙銀行借款 400 萬元（以下稱 Y 債權），並購入原租用之 A 地。為擔保 Y 債權，甲為丙銀行就 A 地設定第一次序抵押權，並就 B 建物設定第二次序抵押權。

嗣後，X 債權，Y 債權均屆清償期而未獲清償，且甲為丁就 B 建物已另設定第三次序抵押權（擔保債權額 100 萬元）、甲為戊就 A 地已另設定第二次序抵押權（擔保債權額 100 萬元）。試問：

(一) 乙聲請強制執行實行其對 B 建物之抵押權時，聲請拍賣對象除 B 建物外，並包含「本件設備」在內。對於乙之聲請，丙主張「本件設備」並非從屬於 B 建物而得成為拍賣之對象，反而應是 A 地抵押權效力所及範圍。丙之主張是否有理？（15 分）

(二) 如僅 B 建物遭乙拍賣時，拍定人庚有無得主張利用 A 地之權利？（15 分）

(三)如甲先清償乙 250 萬元後，B 建物及 A 土地始經拍賣，且 B 建物拍賣金額為 400 萬元（包含「本件設備」及利用 A 地之權利。利用 A 地權利之金額為 100 萬元）、A 地拍賣金額為 300 萬元（附土地利用權之負擔）。若乙、丙、丁、戊均參與分配，則其各得受償金額為何？（15 分）

命題意旨	本題分別在測驗抵押權效力所及之範圍、法定地上權之要件等。
答題關鍵	<p>1.第一小題：看似在測驗抵押權之效力範圍，實則是在操作定著物之判斷標準，以及主物／從物之判斷標準，應予說明者，即實際生活例子上，主物與從物之關係並不常見，故認定係從物時，應特別謹慎。</p> <p>2.第二小題：即物權編很重要之題型，建物與土地所有權人不同一時，建物所有權人如何取得使用基地之正當權源；本題係典型之建物設定抵押後，建物所有權人始取得土地所有權，有無民法第 876 條法定地上權之適用，最高法院有特殊見解存在，應即為本小題最主要之考點。另應特別注意者，即建物所有權人使用基地之正當權源，通常不會只有一種可能，故本小題除民法第 876 條之討論外，尚應一併注意有無其他可能性。</p> <p>3.第三小題：因涉及二個不動產抵押標的之拍賣，且丙就兩個不動產均有抵押權，故應留意共同抵押權行使與分配受償之問題。</p>
考點命中	<p>1.《高點民法講義》，第一回，顏台大編撰，頁 66 以下、頁 82 以下。</p> <p>2.《高點民法講義》，第四回，顏台大編撰，頁 87、頁 101 以下、頁 107~108。</p>

【擬答】

- (一)1.乙之抵押權標的為 B 建物，至於題旨所示之「本件設備」是否受乙之抵押權效力所及，須視「本件設備」之性質而定。查「本件設備」所指之儲油槽、加油機、洗車設備等均係設置於 A 地之地上與地下，長期繼續附著於 A 地，然渠等本身均有使用上之獨立性，可單獨供人使用，且其等構造均足以明顯與 A 地相區隔，是故「本件設備」應非屬 A 土地之成分，而係屬獨立之不動產（63 年第 6 次民庭決議參照）。
- 2.本於物權標的物特定原則，乙之抵押權客體依題示既係 B 建物，則「本件設備」並非乙抵押權之客體。惟民法第 68 條第 2 項規定，主物之處分及於從物，是故若「本件設備」係屬 B 建物之從物，則「本件設備」亦有受抵押權效力所及之可能性。查依題示，「本件設備」均有牽連至 B 建物之管線、渠等之使用與功能上的確與 B 建物有所牽連，然主物從物關係之認定，著重之重點在於，從物必需與主物共同利用，始能使主物價值產生加乘效果，若從物單獨利用，則其獨立之經濟價值有限。由此觀點視之，「本件設備」依題目所示，其購入及設置買用之總金額均已大於 B 建物之價值，且儲油槽、加油機、洗車設備等本身均具備獨立之利用價值；反之，B 建物並不會因儲油槽、加油機、洗車設備等而生明顯之價值增益，可見「本件設備」已具備其獨立之經濟價值，縱未依附於 B 建物共同利用，亦不至於使其功能無法發揮、其價值並不會因加油站主體建物而有額外之加乘，是故由此觀之，「本件設備」與 B 建物間並無主物、從物之關係，乙之抵押權效力自不及於「本件設備」。
- 3.惟如前所述，「本件設備」雖設置於 A 地上下，惟其並非 A 地之成分，且以同樣之標準判斷，「本件設備」與 A 地間亦無主物從物之關係，故丙主張「本件設備」為 A 地抵押權效力所及範圍，亦無理由。
- (二)1.民法第 876 條第 1 項法定地上權規定，以「設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有」為其要件，本題甲於 B 建物設定抵押權時，A 地並非屬甲所有，文意上與第 876 條第 1 項不合，本應無民法第 876 條法定地上權之適用。惟最高法院 97 年台上字第 1273 號判決指出，民法第 876 條第 1 項法定地上權，若在抵押權設定當時，土地及地上建築物非屬同一人所有，但在抵押權實行時，該建物與抵押之土地已歸相同之人所有，或雖非完全相同，但建物所有人與土地其他所有人間均具有密切之親屬關係者，為貫徹立法目的，似宜解為仍有該條之適用。是故依前揭最高法院判決意旨，本題中 B 建物設定抵押權時為甲所有，其後甲取得 A 地之所有權，後經乙拍賣 B 建物，實行抵押權時土地與建物之所有權人歸於同一，拍定人庚自亦有民法第 876 條第 1 項法定地上權之適用，庚自得有權利用 A 地。惟前述最高法院見解，實質上無異擴張民法第 876 條之適用範圍，恐有違反物權法定原則之疑慮，故遭學說批評。
- 2.又民法第 344 條規定，債權與債務同歸一人時，債之關係消滅。但其債權為他人權利之標的或法律另有規定者，不在此限。查甲租用 A 地建築 B 建物，後甲取得 A 地之所有權，甲就 A 地之租賃本應依民法第 344 條本文消滅；惟甲已將 B 建物設定抵押予乙，依民法第 877-1 條之規定，若乙實行抵押權時，得將甲就 A 地之租賃契約併付拍賣，是故依民法第 344 條但書之規定，甲就 A 地之租賃契約為乙實行抵押權時所得併付拍賣之標的，故甲就 A 地之租賃契約例外不因債權、債務混同而消滅。既 A 地之租賃契約並未消滅，

則依民法第 426-1 條規定，庚拍定 B 建物時，自得主張法定契約承擔 A 地之租賃契約，庚得依租賃而有權利利用 A 地。

3. 退步言之，縱認本題中庚無法定契約承擔之適用，惟依多數見解，強制執行法上之拍賣程序具有民法買賣契約之性質，拍定人如同本於買賣契約而取得拍定物所有權。本題中，甲為 B 建物和 A 地之所有權人，而僅將 B 建物移轉予庚所有，依民法第 425-1 條之規定，推定庚在 B 建物得使用期限內，就 A 地有租賃關係存在，故庚亦取得占有 A 地之正當權源。

- (三) 1. 依民法第 875-3 條規定，為同一債權之擔保，於數不動產上設定抵押權，在抵押物全部或部分同時拍賣，而其賣得價金超過所擔保之債權額時，經拍賣之各抵押物對債權分擔金額之計算，準用前條之規定。查本題中，B 建物與 A 地均已拍定，而 B 建物乙為第一順位之抵押權人，其擔保債權額經甲為一部清償後，尚餘 100 萬元；而 B 建物拍得價金 400 萬元中，利用 A 地權利部分並非抵押權效力所及，而僅係依民法第 877-1 條併付拍賣，故就利用 A 地權利之金額 100 萬元，乙不得主張優先受償（至於「本件設備」，依前述亦非 B 建物或 A 地之抵押權效力所及，惟題旨並未明示其拍賣之金額，故此處不予區分，併予敘明。）B 建物拍賣價金 300 萬元為乙抵押權效力所及，乙受償其中 100 萬元（即乙剩餘債權額）。
2. A 地拍賣價金 300 萬元，而丙就 A 地與 B 建物均為抵押權人，扣除乙本於 B 建物第一順位抵押權人所受償之 100 萬元，B 建物拍賣價金中尚有 200 萬元為丙之第二順位抵押權效力所及，加上 A 地拍賣價金 300 萬元，丙為第一順位抵押權人，丙之債權（400 萬）已得受足額清償，故依民法第 875-3 條之規定，丙就 AB 之價值比例受償，而 AB 之價值為 1 比 1（因 AB 拍賣價金均為 300 萬元），故 B 建物拍賣價金剩餘之 200 萬元均由丙取償，A 地拍賣價金 300 萬元中之 200 萬元由丙取償。
3. B 建物之優先受償之價金，其中 100 萬元由乙分配、200 萬元由丙分配，故第三順位之抵押權人丁無法分配先受償。A 地拍賣價金，其中 200 萬元由丙優先分配，剩餘 100 萬元則由 A 地之第二順位抵押權人戊受償；乙丙戊均完整受償。至於丁雖無法主張優先受償，惟「利用 A 地權利之金額」拍賣價金為 100 萬元，此 100 萬元非受抵押權效力所及，而成為甲之一般責任財產，應由甲之一般債權人比例受償，依題示甲並無其他債權人存在，且乙丙戊均已足額受償，故該 100 萬元由債權人丁受償。

三、甲男已喪偶，有子女丙、丁二人，丁年僅 2 歲。其後，甲與乙女結婚，未約定夫妻財產制。婚前，乙有價值新臺幣（下同）1,000 萬元之 A 屋與 200 萬元之債務。婚後，甲、乙各自拿出自己之婚後營利所得 100 萬元償還乙之前開 200 萬元債務。其後，甲因經商失敗，對戊負債 1,000 萬元。甲與乙因此感情不睦。某日，甲與乙吵架，乙打丁出氣，致丁遍體鱗傷。甲知情後，乃對乙提起離婚訴訟，合併請求剩餘財產之分配。起訴時，乙除有 A 屋外，尚有婚後營利所得 900 萬元之存款，甲除負有 1,000 萬元之債務外，並無其他動產或不動產。試問：

(一) 就甲之請求，法院應如何判決？（25 分）

(二) 若離婚判決確定後隔日，甲死亡，戊向丙請求返還 1,000 萬元，有無理由？丙對戊之請求，可否拒絕？（20 分）

命題意旨	本題在測驗考生關於裁判離婚之事由操作、法定財產制中剩餘財產分配之計算，以及概括繼承有限責任下之債務的外部關係。
答題關鍵	第一小題：解題層次應先交待裁判離婚有無理由，再就剩餘財產分配作計算。另外，裁判離婚之事由操作上，民法第 1052 條第 1 項上應將題目丁僅 2 歲予以涵攝；若以第 2 項為主軸詳加討論者，應注意第 2 項但書有責主義之限制，需涵攝雙方過失之輕重（95 年第 5 次民事庭決議），若有時間亦可立於破綻主義之學說見解批評此但書限制之不當。
考點命中	1. 《高點民法講義》，第六回，蘇律編撰，剩餘財產分配請求之計算部分，頁 6-9。 2. 《高點民法講義》，第六回，蘇律編撰，遺產之繼承部分，頁 33-35。

【擬答】

(一) 就甲之請求，法院應如何判決分述如下：

請求剩餘財產分配係以離婚訴訟有理由為前提，故茲先就離婚訴訟有無理由先予論述：

1. 裁判離婚應有理由：

(1) 按民法第 1052 條第 1 項第 4 款之規定，夫妻之一方對他方之直系親屬為虐待，或夫妻一方之直系親屬對他方為虐待，致不堪為共同生活，得向得向法院請求離婚。又判例見解認為不堪共同生活之虐待，係指予以身體上或精神上不可忍受之痛苦，致不堪繼續共同生活者而言（31 上字 1949）。次按同條第 2

項之規定，有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。又實務見解認為，本項之目的在使裁判離婚事由較具彈性，如認為同條第 1 項之事由不得成立時，亦無不准許依第 2 項裁判離婚（86 年第 2 次民事庭會議）。

- (2) 本案，乙毆打甲之直系血親卑親屬丁致遍體鱗傷，係虐待行為應無疑問，又本文認為，丁僅為 2 歲之幼童，毆打致遍體鱗傷之行為無疑對其身體上及精神上構成不可忍受之痛苦，得認為其與乙日後之共同生活應難繼續維持，得依民法第 1052 條第 1 項第 4 款，准許裁判離婚。退萬步言，縱認為尚不足構成本款事由，甲乙因債務關係相處不睦、吵架且虐待未成年子女等行為，應可認為其夫妻關係已生重大破綻無回復可能，依破綻主義之意旨，亦得依同條第 2 項准許裁判離婚。

(3) 小結：裁判離婚應有理由。

2. 剩餘財產分配請求權之計算

本案未約定夫妻財產制，按民法第 1005 條採法定財產制。又因裁判離婚有理由致法定財產制消滅，故計算剩餘財產分配請求權如下：

- (1) 按民法第 1030 之 1 條第 1 項本文之規定，法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。此為剩餘財產分配請求權，本條目的係就夫妻共同對婚姻貢獻之評價，故計算上排除婚前財產及無償取得之財產。本案就甲乙之婚後財產計算如下：

(2) 乙之婚後財產

A. 按民法第 1030 之 2 條第 1 項，夫或妻之一方以其婚後財產清償其婚前所負債務，或以其婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務，除已補償者外，於法定財產制關係消滅時，應分別納入現存之婚後財產或婚姻關係存續中所負債務計算。**此為清償債務之補償義務之規定，係為貫徹婚前財產與婚後財產之獨立原則。**次按民法第 1030 之 4 條，夫妻婚後財產價值之計算，因判決而離婚者，以起訴時為準。

B. 本案，以除婚後營利所得 900 萬之婚後財產外，其以婚後營利所得 100 萬清償婚前債務，依民法第 1030 之 2 條第 1 項之規定，因尚未補償，故應追加納入婚後財產之計算。故乙之婚後有償財產為 1000 萬。

(1) 甲之婚後財產

A. 按民法第 1023 條之規定，夫妻各自對其債務負清償之責。夫妻之一方以自己財產清償他方之債務時，雖於婚姻關係存續中，亦得請求償還。**本條係貫徹夫妻別體主義，各自對其債務負責，若清償他方債務，則有補償請求權。**

B. 本案，甲以其婚後營利所得 100 萬清償乙之婚前債務，依民法第 1023 條之規定，甲對乙有 100 萬補償請求權之債權，扣掉其 1000 萬之債務後，餘 900 萬債務。

(2) 甲得向乙請求 500 萬之剩餘財產分配：

綜上所述，乙有婚後有償財產 1000 萬，甲無剩餘財產，故甲得向乙依民法第 1030 之 1 條第 1 項請求 500 萬之剩餘財產分配。

3. 結論：

法院依民法第 1052 條第 1 項第 4 款應准許裁判離婚，甲得向乙依民法第 1030 之 1 條第 1 項請求 500 萬之剩餘財產分配。

(二) 戊向丙之主張有無理由，丙得否拒絕，說明如下：

1. 概括繼承有限責任

按民法第 1148 條，繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任。依此條規定，**繼承人雖繼承被繼承人之全部債務，但其對於債務之清償，原則上負以遺產為限度之物的有限責任。此即為概括繼承之有限責任。**

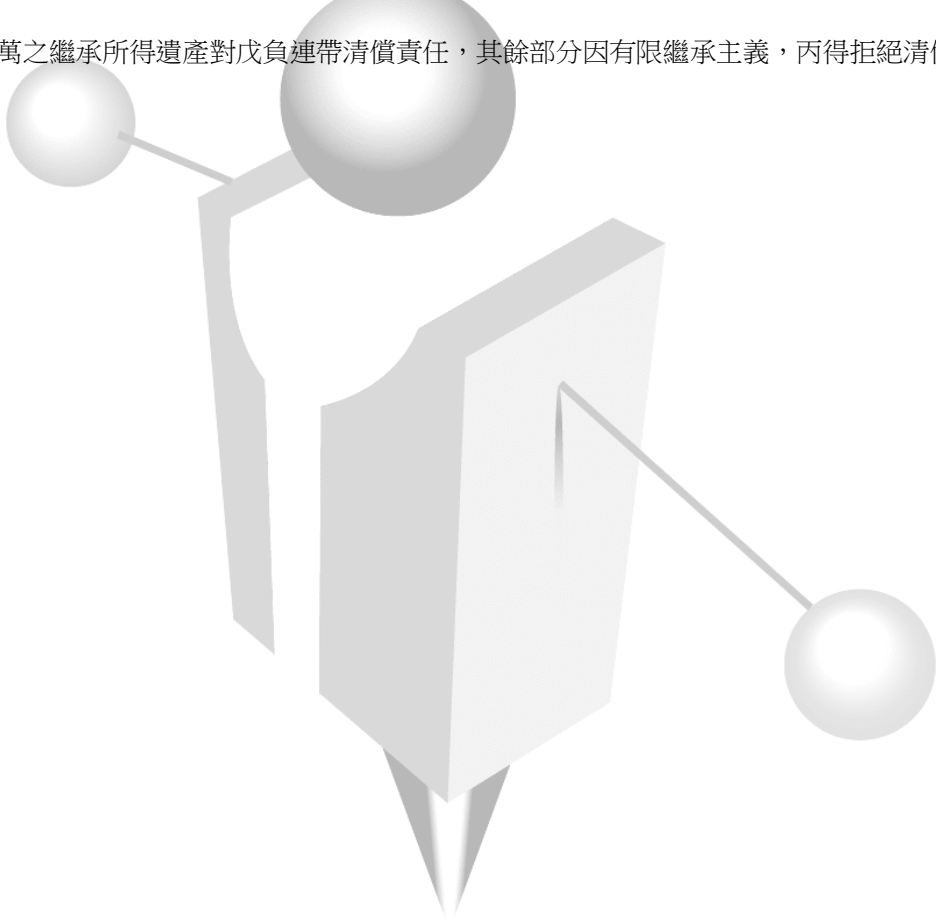
2. 繼承債務之外部關係

(1) 按民法第 1153 條，繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負連帶責任。繼承人相互間對於被繼承人之債務，除法律另有規定或另有約定外，按其應繼分比例負擔之。**依本條規定，繼承人僅就繼承所得遺產為限，對外負連帶責任，超過遺產外之債務，為可分之債，各繼承人按比例分擔。**次按民法第 1030 之 1 第 3 項，第 1 項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。

(2) 本案，甲對乙之 500 萬剩餘財產分配請求權性質上屬專屬權，惟因已起訴，例外得繼承。加上甲對乙 100 萬之債務補償權，由法定繼承人丙、丁（民法第 1138 條第 1 款參照）繼承 600 萬之債權。準此，丙丁繼承甲對戊之 1000 萬債務，戊得向繼承人丙主張清償，惟按民法第 1148 條第 2 項、第 1153 條第 1 項之規定，丙僅就繼承所得之 600 萬之範圍，負連帶責任。400 萬部分，按丙、丁之應繼分比例，各負擔 200 萬債務。就 600 萬範圍外，丙有拒絕以固有財產償還被繼承人債務之抗辯權。

3. 結論：

丙就 600 萬之繼承所得遺產對戊負連帶清償責任，其餘部分因有限繼承主義，丙得拒絕清償。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

《民法與民事訴訟法（民法部份）》

一、試申論下列法律關係：

- (一) 甲未滿 18 歲但已接掌父親乙經營之超商，近日訂婚，乙乃購贈 A 跑車以為獎賞，詎料甲年輕氣盛，駕 A 車高速衝入對向車道，致丙駕 B 車緊急躲避而擦撞丁駕駛之 C 車，導致丙、丁人車俱傷；甲駕 A 車衝入路旁稻田卻毫髮無傷。試問乙贈車於甲之法律效力如何？甲肇事後各當事人間法律關係如何？（20 分）
- (二) 承前(一)小題，甲將 A 車送戊之修車廠，戊預估修理費新臺幣（下同）20 萬元，甲乃同意交修。豈料 A 車難修，修理費累計達 100 萬元。戊修妥 A 車後，囑甫滿 18 歲、未經母親己同意前來建教實習的庚駕 A 車送交甲；庚一路狂飆，遇紅燈煞車不及撞上辛駕駛之 D 車，致兩車頓成廢鐵，庚亡辛傷。試問甲、戊間修車契約之法律關係如何？庚肇事後各當事人間法律關係如何？（25 分）

命題意旨	本題爭點在於限制行為能力人之行為能力有無、法定代理人之連帶損害賠償責任以及僱用人連帶損害賠償責任等傳統爭議。
答題關鍵	1. 就第一小題之部分，雖題目僅提及甲未滿 18 歲而未明確表示甲實際年齡為何，故解題上有可能以甲是無行為能力人(甲未滿七歲)或是甲為限制行為能力人(甲七歲以上未滿二十歲)分別論述。惟依題目所提供之線索(甲已接掌超商，且已訂婚)，常理判斷上甲較無可能未滿七歲，故建議解題上應直接以甲為限制行為能力人為出發。 2. 就第二小題部分，涉及契約成立與否之爭議，故就請求權基礎之部分，應分別就契約上請求權與非契約上請求權加以論述。
考點命中	1. 《高點民法講義》第一回，顏台大編撰，59 頁以下，70 頁以下。 2. 《高點民法講義》第二回，顏台大編撰，69 頁、71 頁以下。

【擬答】

(一) 本子題之爭點涉及限制行為能力人行為能力之限制與例外以及法定代理人連帶損害賠償責任等問題，分述如下：

1. 乙贈與 A 車於甲之贈與契約及移轉該車所有權予甲之物權行為均為有效

- (1) 依題示甲未滿 18 歲，惟甲之實際年齡為何，不得而知。然依題示，甲已接掌父親乙經營之超商，實難以想像甲未滿 7 歲；又題示亦指出甲已訂婚，民法§973 規定男未滿 17 歲不得訂定婚約，是故縱無法得知甲之實際年齡，甲亦應已超過 7 歲而未滿 18 歲，屬限制行為能力人(民法§13II)。
- (2) 甲為限制行為能力人，並已接掌父親乙所經營之超商，依民法§85I 就其營業有行為能力，然甲乙間之贈與與甲之營業無關，甲不因經營超商而取得獲贈 A 車之行為能力。又依題示，甲僅係已訂婚，尚未結婚，故甲亦不因此而取得行為能力(民法§13III)。
- (3) 甲乙間就 A 車之贈與行為與移轉 A 車所有權均屬契約行為，然此二行為對甲而言，均屬純獲法律上之利益，依民法§77 但書之規定，甲得獨立為之。是故，甲乙間之贈與契約與移轉所有權之物權行為均為有效，甲取得 A 車所有權。再者，乙為甲之法定代理人，其本得代理甲為法律行為，且乙贈與 A 車與甲，對甲而言並無任何不利，故乙亦得代理甲與乙自身成立贈與契約並移轉所有權，此為民法§106 條自己代理禁止之目的性限縮解釋。

2. 丙丁就其車損與人傷之部分，均得向甲請求損害賠償，並請求乙負連帶損害賠償責任

- (1) 甲駕 A 車高速衝入對向車道，致丙駕 B 車躲避而擦撞丁駕駛之 C 車，丙丁均人車俱傷，甲係過失不法侵害丙、丁之身體權與財產權。又甲既已有能力經營超商，且已訂婚，足見甲已有一定之成熟度，得以認識其駕車衝入對向車道之行為可能造成他人受傷，且需因此而負擔法律上之責任，甲自有識別能力。是故，丙丁自得就車損與身體權受損之部分，向甲依民法§184I 前段請求損害賠償；另就身體權受損之

部分，並得依民法§195I 請求慰撫金。

(2)「無行為能力人或限制行為能力人，不法侵害他人之權利者，以行為時有識別能力為限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任」，民法§187I 定有明文。查甲有識別能力已如前述，而乙為甲之代理人，故丙丁就車損與身體權受損之部分，自得請求乙與甲負連帶損害賠償責任。又民法§187 法定代理人責任係屬中間責任，法定代理人得以舉證免責，然依題示甲既未滿 18 歲，依道路交通法規本不得駕汽車，乙卻仍贈與 A 車與甲駕駛，就此部分乙顯然未盡其相關之監督義務，是故乙亦無舉證免責之空間。

(3)另外丙擦丁之部分，因丙係為躲避甲而擦撞丁，丙本身並無注意義務違反而無過失，是故丙對丁不負損害賠償責任，併此敘明。

(二)本子題爭點涉及意思表示合致與否、固有利益與履行利益之區別以及僱用人連帶責任之問題，分述如下：

1. 甲戊間之修車契約應屬有效

(1)甲獲乙贈與 A 車已如前述，解釋上乙既贈與 A 車與甲，甲就該車自有處分之權限，是故就將 A 車送修一事，甲應有行為能力(民法§84)。

(2)甲將 A 車送往戊之修車廠修理，並經戊預估修理費為 20 萬元，甲乃同意交修；戊之修理費預估係屬要約，甲同意交修屬承諾，甲戊間之意思表示合致，契約成立。雖其後戊實際修車之費用累計達 100 萬元，然衡諸常情，戊本身具有修車之專業，且前揭 20 萬元之價格亦為其所預估，戊自應承擔預估錯誤之風險。此雖戊雖可主張其預估錯誤而屬意思表示錯誤(民法§88I)，然此等錯誤係可歸責任於戊而與甲無涉，戊就該錯誤有過失，是故戊不得撤銷該錯誤之意思表示(民法§88I 但書)，甲戊之契約應以 20 萬元為對價。至於戊額外支出之部分，僅得透過不當得利或無因管理制度加以調整。

2. 辛得向戊請求 D 車毀損與身體受傷之損害賠償、甲得向戊請求損害賠償、己得向戊請求民法§192 與§194 之損害賠償

(1)庚駕車狂飆致辛車不及撞上辛之 D 車，辛車毀人傷，庚係過失侵害辛之財產權與身體權，且依題示庚既前往戊車廠建教實習，庚應已有識別能力，故庚對辛構成過失侵權責任(民法§184I 前段)。又庚係於戊車廠建教實習，雖未得母親己之同意，戊庚間之僱傭契約效力未定(民法§79)，然庚實際上仍係為戊服勞務，為戊使用並受戊之監督，戊庚間自有「事實上僱傭關係」；且庚係將修車廠內之車交還客戶時發生事故，本屬執行職務之範圍。是故，辛就其車損與人傷，自得依民法§188I 向戊請求連帶損害賠償(民法§184I 前段、§195I)。至於己母之部分，管見以為因己並不知悉庚前往實習，再者該實習為建教實習，應係由庚之學校選取實習處所，己對此並無決定之空間，故己對庚之實習並無任何監督之疏懈，己自不負§187 法定代理人連帶責任。

(2)依題示庚僅甫滿 18 歲，且係前往戊修車廠建教實習之學生，其實習之範圍本應僅限於戊之廠區之內，然戊卻指示庚將修復之車輛駛往歸還客戶，致庚車禍致死，戊自係過失不法侵害庚致死，庚之法定代理人己自得依民法§192、§194 之規定向戊請求損害賠償與慰撫金。又庚係因狂飆致辛車不及始生車禍，庚本身就事故之發生與有過失；而己係僅間接被害人，本應承擔直接被害人之與有過失，是故戊得對己主張與有過失而減輕自身之損賠責任。

(3)甲戊間之修車契約係有效成立已如前述，客觀上該車並未修復後歸還予甲，戊未依債之本旨而為給付；又庚將該車駛往歸還甲，庚係戊之債務履行輔助人，庚就事故發生有過失已如前述，故庚之過失戊應負同一責任，主觀上戊自屬可歸責(民法§224)，甲自得依民法§227I 之規定，請求戊損害賠償。另學說上雖有主張本於平等保障所有權完整性之侵害，本例中甲自得主張所有權受損而向戊主張民法§184I 前段之損害賠償，雖多數學說仍主張為維持契約責任與侵權責任之分際與契約之特殊信賴功能，故本案中之甲自不得依消保法§7 之服務責任以及民法§184I 前段，就 A 車毀損之部分向戊請求損害賠償。

二、甲、乙、丙、丁共有一筆位於高雄市夜市之土地，應有部分各為四分之一。於 2014 年 7 月間，戊未經共有人之同意，擅自將該地供戊自己設置夜市攤位，販賣鹽酥雞，並於其餘土地設置停車收費管理室及 50 個停車位，停車費以次計算，每輛車每次收取新臺幣 200 元。

試問：

(一)甲得否單獨請求戊拆除攤位及停車收費管理室及 50 個停車位等設施，並交還該地於甲自己？(20 分)

(二)戊無權占有甲、乙、丙、丁共有土地設置停車場，因收取停車費而獲得利益，致土地共有人受有損害情形，甲得否按其應有部分，本於所有權之請求，請求戊返還所受利益之停車費？

(25 分)

命題意旨	本題爭點涉及分別共有人所有物返還請求權之行使、不法管理、不當得利返還之客體等問題。
答題關鍵	本題所涉之考點均為傳統爭議問題，故在答題上應注意分點分項，以突顯考生答題之層次感，並適度援引法條即可。
考點命中	1.《高點民法講義》第二回，顏台大編撰，40 頁以下。 2.《高點民法講義》第四回，顏台大編撰，17 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及分別共有人所有物返還請求權如何行使、不法管理以及不得當利返還之客體等相關問題，分述如下：

- (一)甲得單獨請求戊拆除攤位、管理室及停車位等設施，但甲應請求戊返還該地占有予甲乙丙丁等全體共有人
- 1.甲乙丙丁為系爭土地之分別共有人，而戊未經共有人等之同意，即於該地上設置攤位與管理室等，戊對甲乙丙丁而言自屬無權占有，甲乙丙丁自得向戊主張所有物返還請求權，以排除戊之占有(§767)。
 - 2.「各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求。但回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之。」，民法§821 定有明文。依前開規定，分別共有物之各共有人，均得單獨就共有物而向無權占有人主張民法§767 而排除占有，是故，甲自得單獨請求戊拆除攤位、管理室與停車位等設施。惟若甲欲同時請求戊返還占有，依前開§821 但書之規定，甲必須請求戊返還占有予甲乙丙丁等全體共有人，而不得僅請求返還於共有人甲自己。
- (二)甲得按其應有部分之比例，請求戊返還所受利益之停車費
- 1.戊無權占有甲等之共有物已如前述，甲等共有人除前開§767 所有物返還請求權外，尚得向戊主張不當得利返還。蓋戊係無法律上之原因而占有使用該地，因而取得本應歸屬於甲等共有人之占有利益，致甲等共有人受有損害，甲等共有人自得向戊請求不當得利返還(民法§179)。又依民法§181 但書，若不當得利所侵之利益依其性質不能返還者，應償還其價額。查本題中戊所受之利益係屬占有，依其性質無法返還，故戊返還之客體應為占有之價額，此時占有之價額，應以相當於租金之數額核算。又戊於占有之始即知其無占有之權利，戊屬惡意不當得利受領人，故戊返還之範圍，應加計利算(民法§182II)。
 - 2.此外，戊占有甲等共有土地，係故意不法侵害甲等之所有權，致甲等受有損害，甲等自亦得依民法§§184I 前段規定，請求戊損害賠償。
 - 3.前開不當得利應返還之價額以及侵權損賠數額，均係以該占有客觀應有之價額計算，然此等客觀價額，並不必然等於不當得利受領人戊所實際獲得之利益數額，蓋依題示戊係將系爭土地出租予他人停車，他人停車之對價高低涉及戊締約能力之強弱，與客觀價額不必然相等。是故，若戊就每車每次收取 200 元，實際係高於該地出租之客觀價額時，僅以不當得利或侵權行為向戊請求，並無法阻卻戊經濟上之誘因，戊仍有動機無權去占有甲等之土地。是故，為免除戊之經濟上誘因，民法§177II 規定「前項規定，於管理人明知為他人之事務，而為自己之利益管理之者，準用之」，明訂不法管理之明文；戊明知該土為他人所有，仍為戊自己之利益而管理使用，甲等共有人自得依民法§177II 準用§177I 之規定，向戊請求管理所得之利益即戊所受領之停車費。
 - 4.又甲不論係依不當得利、侵權行為亦或不法管理向戊請求，渠等請求均為債權之請求權而非物權之請求權；而共有人本於共有物而為之債權請求，須受其應有部分比例之限制，故甲向戊請求返還所受利益之停車費時，僅得就其全部金額按應有部分之比例請求返還。

三、甲女與乙女為同性戀伴侶，甲女在接受性別重置手術，並至戶政事務所申請性別變更登記而成為甲男後，再與乙女結婚並完成結婚登記。婚後在甲男的同意下，乙女接受人工生殖手術而懷孕生下丙男，並登記丙男為甲、乙二人之子女，甲男亦將丙男視若己出，疼愛有加，但甲男之父丁男卻始終不承認乙女為甲男之配偶，亦以丙男無血緣聯絡而拒絕承認其為孫子女。數年後，甲男突然去世，而由乙女及丙男繼承其死後遺留之龐大遺產。丁男遂向法院以甲男與乙女實屬同性結婚而為無效，及丙男與甲男無血緣聯絡而非婚生子女為由，請求回復其對於甲男遺產之繼承權。試從民法及相關法律之觀點分析：

(一)甲男與乙女結婚之效力如何？甲男與丙男之親屬法上法律關係如何？(30 分)

(二)甲男死後，其遺產應由何人繼承？應繼分比例又應如何分配？(15 分)

命題意旨	本案為時事考題，102 年 8 月 7 日內政部針對一對女女變性成男女而結婚，其後又變性成男男之案例，召開跨部會「研商性別與結婚登記問題」，研討是否應撤銷當事人之婚姻效力，其後作出結婚時符合民法結婚要件即可之結論。本題問題意識新穎，建議考生分析完基本條文後，可試抒己見，此應為出題者所樂見。針對此議題，近來學者亦發表眾多文章，此題亦提醒考生勿忽略文章時事之重要性。
答題關鍵	1.結婚效力及甲丙間之身分論述 (1)以民法結婚要件及社會變遷論述結婚之效力 (2)人工生殖法之規定 2.繼承權人及應繼分 引出法條，並敘述丁無繼承回復請求權。
考點命中	1.《民法（親屬、繼承）》，許律師編著，高點出版，2014 年 5 月 17 版。 2.林秀雄，人工生殖子女與受術夫妻之關係，台灣法學雜誌 210 期，2012 年 10 月 15 日。 3.顧立雄；姜世明；吳煜宗；戴瑀如；官曉薇，「多元成家法制相關議題座談會」會議綜述，《月旦法學雜誌》228 期，2014 年 5 月。 4.本月企劃－同性人權與法治，《月旦法學雜誌》224 期，2104 年 1 月。

【擬答】

(一)甲乙間結婚應為有效；甲丙間之關係為婚生子女：

1.甲乙間之婚姻效力應為有效，理由如下：

(1)以結婚要件觀點

a.按民法 982 條之條文用語為「男女」，似若以文義解釋出發，可認為我國所謂之婚姻係以一男一女為基礎。次按民法第 988 條，僅限欠缺結婚形式要件（第 982 條）、違反近婚親之規定（第 983 條）以及重婚（第 985 條）三者為結婚無效事由，此為列舉規定而非例示規定。若結婚之雙方當事人具有結婚意思之實質要件，且未有第 988 條之結婚無效情事，婚姻應為有效。

b.本案，甲女既有男性性別認同，經性別重置手術後且已向戶政事務所申請性別變更成男性，縱單純以文義解釋，本案當事人雙方具結婚意思之實質要件，且亦無違反任何結婚要件，故結婚應為有效。

(2)以社會變遷觀點

a.我國民法之條文用語為「男女」，以歷史解釋觀察，係以傳統文化角度出發，認為婚姻之目的係為繁衍後代，應由男女為結婚主體。惟當家庭的功能不再純然為生產單位，或傳宗接代之功能不再絕對，在現代新型態之家庭價值觀，應重新定義結婚及家庭之定義。筆者以為，法律應隨社會之變遷而有所修正，因此社會變遷造成的家庭型態轉變，規範家庭成員權利義務之身分法，當然有修正必要。再者，最重要者，人民締結婚姻為憲法保障之基本權，理當無因性別而有所差異，傳統文化下之民法，應隨社會價值觀變遷而有所修正。

b.本案，甲女係先變更性別後，再與乙女結婚，是否為脫法行為，以迂迴手段規避現行之規定，而認為婚姻應為無效？筆者以為，傳統文化下所制定之身分法規定，應隨社會價值觀變遷而有所修正，已不得在以歷史解釋出發，立法者有回應社會變遷，保障人民此等基本權之義務。基此，甲乙之行爲並非違反公序良俗之脫法行為，相反且諷刺的，而係在民法性別架構下不得不如此迂迴的實現自身的基本權。故甲乙之婚姻顯無無效之理。

(3)小結：

縱從傳統民法之架構出發，甲乙之婚姻無違反現行結婚無效之規定，且非脫法行為，結婚為有效。

(二)甲丙間之關係為婚生子女

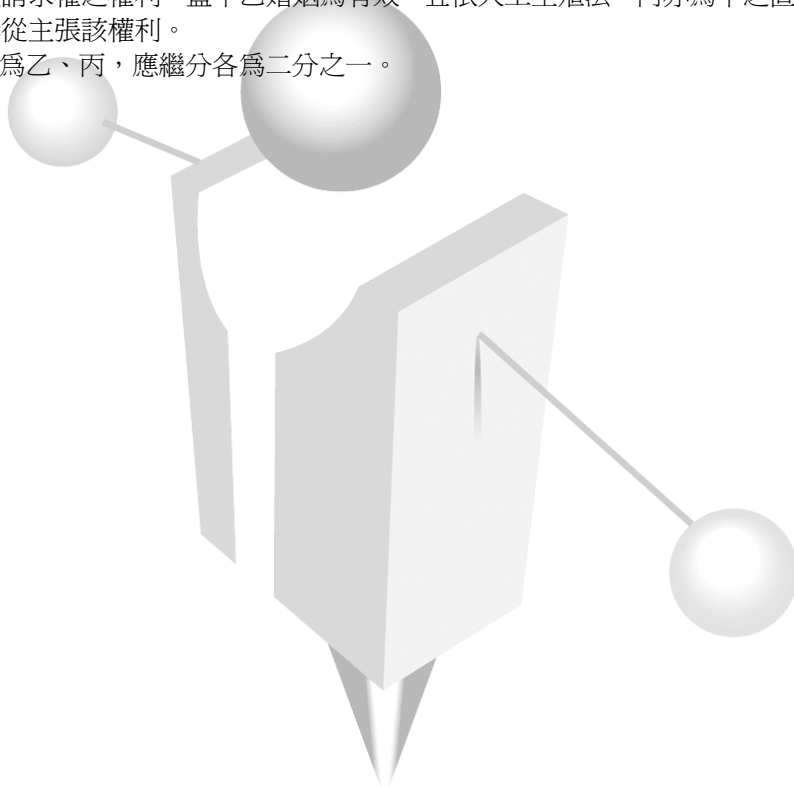
1.按人工生殖法第 23 條規定：「妻於婚姻關係存續中，經夫同意後，與他人捐贈之精子受孕所生子女，視為婚生子女。前項情形，未能證明其同意係受詐欺或脅迫者，得於發見被詐欺或被脅迫終止後六個月內提起否認之訴。但受詐欺者，自子女出生之日起滿三年，不得為之。民法第 1067 條規定，於本條情形不適用之。」本條係為兼顧人工生殖子女之權益，維護婚姻安定與和諧，對於精子捐贈之人工生殖子女之身分認定，以實施該人工生殖是否經受術夫之同意，為婚生子女判斷依據。又夫若能證明其同意係受詐欺者，得提否認之訴否認之。

2.本案，乙女係經甲男之同意下，而為人工生殖，依人工生殖法第 23 條第 1 條之規定，丙即視為婚生子女。

3.小結：甲丙間之關係為婚生子女。

(三)甲之遺產繼承分述如下：

- 1.按民法第 1138 條之規定：「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。」次按民法第 1144 條第 1 款之規定：「配偶有相互繼承遺產之權，其應繼分，依左列各款定之：一、與第 1138 條所定第一順序之繼承人同為繼承時，其應繼分與他繼承人平均。」。未按第 1146 條之規定：「繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之。前項回復請求權，自知悉被侵害之時起，二年間不行使而消滅；自繼承開始時起逾十年者亦同。」此為繼承回復請求權，係正當繼承權人請求確認其繼承資格及回復繼承標的之權利。
- 2.本案，乙為甲之配偶，且丙視為甲之婚生子女，故由乙及丙繼承甲之財產，應繼分各為二分之一。而丁應無主張繼承回復請求權之權利，蓋甲乙婚姻為有效，且依人工生殖法，丙亦為甲之直系血親卑親屬，是以丁之繼承順位無從主張該權利。
- 3.結論：繼承權人為乙、丙，應繼分各為二分之一。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！