

《民法》

一、甲為經商籌措資金，將其父 A 所有古董花瓶一只，趁 A 病危家人未察之際，以 50 萬元出售於知情之 B，甲並依讓與合意將花瓶交付與 B，B 亦將 50 萬元價金交付甲。數日後 A 死亡，A 之繼承人除甲之外，尚有乙、丙兩人，繼承人分割遺產之結果，該只花瓶歸乙繼承。則：

(一)甲與 B 所完成法律行為之效力為何？(15 分)

(二)乙可否請求 B 返還該只花瓶？(10 分)

命題意旨	本題乃是「無權處分」之傳統考題，而且乃係針對無權處分之人事後若取得處分權該如何處理，考生只要掌握好無權處分之基本架構與概念，本題即可輕鬆應答。雖涉及些許「繼承法」與「物權法」上公同共有關係之問題，但無礙於無權處分基本爭點之處理。
答題關鍵	掌握民法第一百一十八條無權處分第二項之規定，與繼承法上繼承人取得權利後，其權利變動過程與軌跡。並且以簡單的善意受讓概念加以處理本題即可。

【擬答】

(一)甲、B 間債權行為有效，物權行為不生效力

1.甲、B 間之債權行為有效成立

(1)按當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立，民法第一百五十三條第一項有明文規定。據此，通說與實務見解均認為，債權行為不以行為人具有處分權為必要，只須雙方意思表示相互合致無誤，債權契約即為成立。

(2)本題中，甲未得同意而擅將其父 A 之花瓶出售給 B，雖甲未具有處分權，惟其與 B 之債權契約仍不受此瑕疵之影響，依前開見解，甲與 B 之債權契約仍為有效成立，尚無疑義。

2.甲、B 間之物權行為不發生效力

(1)按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，民法第一百一十八條第一項有明文規定。本題中，甲未經其父 A 之同意擅將系爭古董花瓶出售給丙，自是無權處分 A 之物，其處分行為依本條規定，乃屬效力未定，須經 A 之承認始生效力，合先敘明。

(2)次按無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利者，其處分自始有效，民法第一百一十八條第二項本文復定有明文。亦即本題中，雖甲處分系爭花瓶時尚無處分權，惟若處分後取得權利者，該處分行為自始發生效力。

(3)本題中 A 於甲處分後數日即死亡，依民法第一千一百四十八條之規定，繼承人甲乃法定、概括當然繼承 A 之所有財產，而其繼承人另有乙、丙二人，故甲、乙、丙三人就 A 之遺產成立公同共有，民法第一千一百五十一條可資參照。

(4)惟全體繼承人就該遺產辦理遺產分割後，該花瓶由乙取得所有權，是甲自始至終均未取得該花瓶之所有權，自無民法第一百一十八條第二項之適用餘地。而依同條第一項之規定，甲之無權處分行為，無從獲得 A 與乙之承認，甲之處分(物權)行為不生效力。

(二)乙得依民法第七百六十七條之規定請求 B 返還該只花瓶

1.甲之處分(物權)行為，依民法第一百一十八條第一項規定，不生效力，已如前述，合先敘明。

2.按動產之受讓人占有動產而受關於占有規定之保護者，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍取得其所有權；次按以動產所有權或其他物權之移轉或設定為目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律上保護，民法第八百零一條、第九百四十八條分別定有明文。此乃民法就動產關於善意受讓之規定，其立法目的在於保護交易安全，不使善意第三人取得更不利益之地位。

3.惟本題中，受讓該花瓶之第三人 B 對於甲之無權處分有所知悉，顯非善意第三人，既係明知，自無保護必要，故尚無上開民法善意受讓規定之適用，B 不得據此主張取得該只花瓶之所有權。

4.乙於繼承事實發生後即成為該花瓶所有權人，民法第一千一百四十八條可資參照。經辦理繼承登記後，乙自得依民法第七百六十七條之規定，向 B 請求返還該只花瓶。

二、甲銀行為確保與其客戶乙間往來之債權，乃約定甲乙間因授信關係而生之債權，由第三人丙提供所有不動產一筆，設定以 1000 萬元為限度之本金最高限額抵押權擔保之。該最高限額抵押權於 2008 年 7 月 10 日確定，乙尚有三筆授信債務未清償，分別為 A 筆：本金 600 萬元，約定利息 30 萬元，遲延利息 20 萬元；B 筆：本金 500 萬元，約定利息 25 萬元；C 筆：本金 200 萬元，約定利息 25 萬元。該不動產經查封拍賣後，以 1500 萬元拍定，應如何分配之？抵押人丙如欲避免自己所有物面臨查封拍賣之命運，於清償多少債務後可以請求塗銷該抵押權？（25 分）

命題意旨	本題乃是標準的修法考題，由於書記官與司法事務官考試中未附法條，因此考出最高限額抵押權的最新修正條文並不令人意外。惟本題並未刁難考生，考出繁多的確定事由與細節，反而是測驗考生是否理解最高限額抵押權之第一大重點：「本金最高限額與債權最高限額之爭議問題與修法結果」。因此，考生務必掌握此項基本原則始能在本題中正確解答。
答題關鍵	本題一開始即涉及「本金最高限額說」與「債權最高限額說」之爭議，是本題之重點解題關鍵。惟此爭議已於民國九十六年物權新修法明採債權最高限額說時宣告落幕，因此考生答題時務必注意到當事人之約定是否違反法律規定，違反時其約定效力又如何，始能正確應答！此外，另需注意民法第八百八十一條之十六第三人承受權之規定。

【擬答】

(一)三筆債款依民法第八百八十一條之二，只能就一千萬元拍賣抵押物而為清償，剩餘四百萬轉為普通債權：

- 1.按最高限額抵押權人就已確定之原債權，僅得於其約定之最高限額範圍內，行使其權利；前項債權之利息、遲延利息、違約金，與前項債權合計不逾最高限額範圍者亦同，民國九十六年民法物權編新增訂之八百八十一條之二有明文規定。本條已明採「債權最高限額說」，徹底解決舊法關於最高限額抵押權性質之爭議，合先敘明。
- 2.次按本條既明文採「債權最高限額說」之立場，基於物權法定原則，自不允許當事人自行另為本金最高限額之約定。故本題中，甲乙約定本金最高限額之抵押權，其約定為無效，惟該無效尚非使抵押權設定全部無效，僅本金最高限額之約定部分無效，而仍須回歸本條規定，以債權最高限額加以計算。
- 3.按本條所訂之債權最高限額說之計算方式，係指於本金、利息、遲延利息、違約金合計全部不得逾越最高限額。逾越部分不受抵押權優先清償效力，性質上回歸普通債權，債權人應另尋執行名義請求返還，不得就抵押物所賣得之價金，扣除清償限額內之受擔保債權後剩餘部分，再行逕予清償超過額度外之部分。
- 4.是本題中，最高限額抵押權之債權確定時，仍有三筆債款未獲清償，分別為 A 筆共計 650 萬(本金與利息合計，下同)、B 筆共計 525 萬、C 筆共計 225 萬，則三筆合計為一千四百萬，依債權最高限額之計算方法，已超過雙方所約定之最高限額一千萬，故超過之四百萬元部份不受抵押權優先清償效力所及，應轉為普通債權，僅於一千萬元之限度內為優先清償上開債權。

(二)丙於清償一千萬元後，即可塗銷最高限額抵押權之登記

- 1.按最高限額抵押權所擔保之原債權確定後，為債務人設定抵押權之第三人於清償最高限額為度之金額後，得請求塗銷其抵押權，民國九十六年民法物權編新增訂之八百八十一條之十六有明文規定。
- 2.是本題中，丙乃係為債務人乙設定最高限額抵押權之第三人，如欲避免自己所有之不動產受查封拍賣，依上開法條之規定，僅需於清償甲乙約定最高限額一千萬元後，即可塗銷最高限額抵押權之登記。

三、甲行經乙所有大樓前時，被懸掛於二樓外牆之廣告招牌掉落擊傷，經查該廣告招牌屬一樓承租戶丙於 5 年前所懸掛，年久失修所致。乙有發現招牌搖搖欲墜，但認為事不關己而未做任何處置。甲請求乙負損害賠償責任，乙則以廣告招牌為丙所懸掛為理由，拒絕甲之請求，誰之主張有理由？（25 分）

命題意旨	本題主要是處理民法第一百九十一條之法條規定中，「舉證責任與因果關係」之問題。
答題關鍵	本題關鍵在於雖非因乙之行爲使甲受損害，惟甲得否主張乙之不作爲行爲乃違反作為義務之侵權行爲，而請求損害賠償。只要掌握這個答題要領，雖考生不見得知道細部的行政法規是否賦予乙相關作為義務，惟亦無礙於高分之取得。
高分閱讀	1.姜政大，民法講義第二回，P.50、51(不作爲之侵權行爲)。

【擬答】

甲之請求無理由，乙拒絕賠償為有理由

- (一)按土地之建築物或其他工作物所致他人權利之損害，由工作物之所有人負賠償責任，但其對於設置或保管並無欠缺，或損害非因設置或保管有欠缺或於防止損害已盡相當之注意者，不在此限，民法第一百九十一條第一項有明文規定，此乃係侵權行為類型之一。按侵權行為原依民法第一百八十四條規定採取「過失責任」，亦即應由被害人就自己所受之損害負舉證責任。惟本條之立法設計係採取「推定過失」之責任型態，亦即本條規定將舉證責任倒置，改由行為人主動積極證明造成他人損害之行為並無故意、過失，合先敘明。
- (二)本題中，被害人甲行經乙所有之大樓前，被該大樓承租人丙所懸掛之招牌掉落擊傷，就該招牌具有管理、維護責任之人為丙，丙具有管領保護之義務，是甲應依民法第一百八十四條、一百九十一條之規定，向丙主張侵權行為損害賠償請求權。
- (三)惟甲今向乙請求損害賠償，認為乙乃該大樓之所有人，亦應負起賠償責任，則乙是否對於甲之損害亦應負責，須視乙對甲有無構成任何侵權行為。本題中，砸傷甲之物乃丙所懸掛之招牌，非乙所有，乙似無任何可對甲構成之侵權「行為」。惟乙明知丙之招牌搖搖欲墜，卻認為事不關己，而不加以告知丙或主動修繕，則乙是否可能構成「義務違反之侵權行為」？乃本題關鍵所在。
- (四)按「義務違反之不作为」行為，雖非無構成侵權行為之可能，惟其成立前提仍須視行為人有無「作為義務」。若行為人根本無任何作為義務，則尚無成立義務違反之侵權行為之餘地。本題中，乙雖係出租該大樓給丙，惟系爭廣告招牌乃係由丙懸掛，並非乙之「工作物」或「建築物本體」。乙、丙間所成立者僅係就該大樓之租賃契約，乙之契約義務僅須提供合於使用收益之租賃物予丙即可，民法第四百二十三條可資參照。是民法關於租賃契約之規定中，並無任何要求出租人須就該房屋之使用，應對第三人負保管責任之規定，乙自無保管該招牌之作為義務。
- (五)是乙既無上開所述「保管招牌之作為義務」，則乙雖對於該招牌之毀損有認識而不加以主動修繕或防止危害發生，惟仍不構成義務違反之侵權行為，甲之主張洵無可採之處，乙自得拒絕甲損害賠償之請求。又若有相關建築法規或招牌設置管理辦法等規定建物所有人須就該招牌設置有保管、維護之義務，則應認此時甲得依民法第一百八十四條第二項之規定，主張乙因違反保護他人之法律之侵權行為，對甲應負損害賠償責任，併此指明。

- 四、A 男 B 女為夫妻，感情不洽膝下無子，雖未離婚但長年分居生活互不干涉。A 男父母已逝，生活由其唯一親妹妹照應，因自感來日無多，親自以電腦打字寫下遺囑，言明死後全部財產全歸其妹取得，並於遺囑記明年、月、日及親自簽名。一個月後 A 死亡留有 5000 萬元遺產，B 主張該遺囑無效，請求繼承遺產，B 之請求有無理由？（25 分）

命題意旨	本題在測驗同學對於自書遺囑之法定要件之理解，意即：遺囑須經由嚴格之要式規定，始能有效成立，且不容許當事人自行創設民法以外之遺囑方式；自書遺囑，須以親自手寫全文為要，倘若以電腦繕打全文內容，則不符合「自書」之要件而無效。
答題關鍵	嚴格而論，本題並不困難。就此問題，我國實務已有作成裁判可供參考（梁台大身分法講義第三回第九章第一節有收錄該判決全文）。同學們只要記住自書遺囑之法定要件，並層次分明地撰寫答案，應可獲得不錯的成績。
高分閱讀	1.梁台大，身分法講義，第三回第九章第一節，P.69~75（相似度 100%）。

【擬答】

B 主張該遺囑無效而請求繼承遺產，雖有理由，但仍應肯定親妹妹得繼承遺產之權利：

- (一)A 男死亡後，繼承權人為其配偶 B 女及其親妹妹：

A 男死亡後，其繼承人為何？參照民法第 1138 條：「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。」據此，B 女為 A 男之配偶，雖長年分居生活互不干涉，但因尚未離婚，A 男 B 女間之婚姻關係仍然有效存在，於 A 男死亡之時，B 女仍為 A 男之配偶，且無民法第 1145 條之喪失繼承權之事由（民法第 1145 條：「有左列各款情事之一者，喪失其繼承權：一、故意致被繼承人或應繼承人於死或雖未致死因而受刑之宣告者。二、以詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承

之遺囑，或使其撤回或變更之者。三、以詐欺或脅迫妨害被繼承人爲關於繼承之遺囑，或妨害其撤回或變更之者。四、偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者。五、對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。（第一項）前項第二款至第四款之規定，如經被繼承人有怨者，其繼承權不喪失。（第二項）」），故 B 女爲 A 男之繼承人，應屬無疑。

A 男 B 女夫妻因感情不睦而膝下無子，故 A 男未有直系血親卑親屬。又因 A 男父母已逝，故 A 死亡之時，僅有其唯一親妹妹尚生存，則親妹妹亦爲繼承權人，得繼承 A 男死後所遺留下之遺產。

(二)A 所作成之遺囑無效：

1.遺囑之意義：

遺囑，係遺囑人爲使其最後之意思表示於死後發生法律上之效力，而依法定方式所爲之無相對人之單獨行爲。

2.遺囑方式之種類：

遺囑作成之方式，參照民法第 1189 條規定，遺囑應依下列方式之一爲之：一、自書遺囑。二、公證遺囑。三、密封遺囑。四、代筆遺囑。五、口授遺囑。因爲求確保遺囑人之真意，避免事後糾紛之發生，故遺囑須經由嚴格之要式規定，始能有效成立，且不容許當事人自行創設民法以外之遺囑方式。

3.自書遺囑：

所謂自書遺囑，參照民法第 1190 條：「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年、月、日，並親自簽名；如有增減、塗改，應註明增減、塗改之處所及字數，另行簽名。」是以，遺囑人如自書遺囑全文，記明年、月、日，並有親自簽名，即可謂符合自書遺囑之要件。並參見最高法院 28 年上字第 2293 號判例：「遺囑應依法定方式爲之，自書遺囑，依民法第一千一百九十條之規定，應自書遺囑全文，記明年月日，並親自簽名。其非依此方式爲之者，不生效力。」

惟問題在於：如遺囑人非自己親自直接書寫，而以電腦打字之方式寫下遺囑，是否能謂具備自書遺囑之法定形式要件？就此問題，於我國實務上多有爭論。

依我國學者通說見解認爲，如系爭遺囑既非由遺囑人親自書寫全文，而係以電腦繕打者，該系爭所謂自書遺囑，即不符法定要件而無效。我國實務亦有同此見解，參見臺灣高等法院臺南分院九十七年度家上字第 26 號民事判決：「上訴人主張被繼承人余謝昭生前曾自書遺囑，指定其爲遺囑執行人一節，固據其提出遺囑一件爲證，但被上訴人否認該遺囑之真正及效力，是本件應先審酌者，乃系爭遺囑是否有效？系爭遺囑，除立遺囑人係由被繼承人余謝昭親自簽名，已經被上訴人於原審自認外，遺囑其餘內容及年月日，均係電腦打字，余謝昭並未直接以手寫方式爲之，此爲上訴人所不爭執，並有該遺囑在卷可按。系爭遺囑既非由余謝昭親自書寫全文及年月日，而係以電腦繕打全文及年月日，按諸上開說明，系爭所謂自書遺囑，即不符法定要件而無效。對兩造間之私法上地位自無影響，揆諸首開說明，上訴人提起本件訴訟，請求確認系爭遺囑真正，無欠缺法律上利益，應予駁回。」

4.A 所作成之遺囑無效：

本件，A 男因自感來日無多，乃親自以電腦打字寫下遺囑，言明死後全部財產全歸照應其生活之唯一親妹妹取得，並於遺囑記明年、月、日及親自簽名。參照民法第 1190 條：「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年、月、日，並親自簽名；如有增減、塗改，應註明增減、塗改之處所及字數，另行簽名。」A 男因自書遺囑全文，記明年、月、日，並有親自簽名，符合自書遺囑之要件。惟問題在於：A 男非自己親自直接書寫，而以電腦打字之方式寫下遺囑，是否能謂具備自書遺囑之法定形式要件？依上開我國實務見解及學者通說，如系爭遺囑既非由 A 男親自書寫全文及年月日，而係以電腦繕打全文及年月日，按諸上開說明，系爭所謂自書遺囑，即不符法定要件而無效。據此，B 主張該遺囑無效而請求繼承遺產之 B 請求，確有理由。

(三)雖 A 男所作成之遺囑無效而 B 女之請求有理由，但仍應肯定親妹妹得繼承遺產之權利：

惟尚應注意者，B 主張該遺囑無效而請求繼承遺產，雖有理由，但應僅認爲：A 男以遺囑言明死後全部財產全歸其妹之記載無效，但其妹依民法第 1138 條、第 1144 條之規定，仍爲合法繼承人，得與 B 女共同繼承，各得二分之一遺產。