

《民法與民事訴訟法(民法部分)》

一、甲有房屋一棟，委由乙仲介公司出售。經由乙公司之媒介，丙向甲購買系爭房屋，丙就購買系爭房屋另與乙訂立購屋仲介契約而支付仲介報酬。甲交付該屋予丙之後，丙出租該屋於丁。丁承租期間內，經鄰居告知，始知悉甲出賣該屋於丙之前，甲之配偶曾於該屋與甲爭吵，且以利刃自殺而於屋內當場死亡。丁並發現，丙與甲訂立買賣契約時，雖不知系爭死亡事故，但丙取得該屋所有權後、出租該屋於丁之前，業已知悉。此外，乙與丙間之購屋仲介契約有一定型化契約條款約定：「乙公司就其仲介之房屋，不負瑕疵擔保責任，購屋者所購房屋如有權利瑕疵或物之瑕疵，與乙公司無涉；購屋者僅得向房屋所有人主張權利，不得對乙公司解除仲介契約或請求賠償。」試問：

(一)丁得否對丙主張終止租賃契約？丁如主張其得知系爭死亡事故之後，天天感覺該屋鬼影幢幢，導致精神崩潰，請求丙及甲賠償，有無理由？(25 分)

(二)丙對甲、乙各得主張何種權利？(20 分)

命題意旨	本題主要係搭配近年學說及實務對於「凶宅」見解之熱門議題，測驗考生有關買賣契約及租賃契約之「債務不履行」、「瑕疵擔保」及「侵權行為」等相關請求權基礎，以及相關學說、實務爭議之問題。
答題關鍵	第一小題：主要在認定「凶宅」是否為物之瑕疵之爭議，以及租賃契約之相關請求權基礎與固有利益受損害時主張債務不履行及侵權行為相關規定之問題。 第二小題：主要在測驗買賣契約、居間契約之瑕疵擔保、不完全給付等債務不履行請求權基礎之主張等問題。
考點命中	1.《高點民法講義》第二回，高台大編撰，有關「意思表示瑕疵-詐欺」部分。 2.《高點民法講義》第四回，高台大編撰，有關「不完全給付」部分。 3.《高點民法講義》第五回，高台大編撰，有關「買賣」、「租賃」部分。

【擬答】

(一)本題丁得主張之權利，茲分述如下：

1.丁得依民法第 424 條規定，向丙主張終止租約：

(1)按民法第 424 條規定，租賃物為房屋或其他供居住之處所者，如有瑕疵，危及承租人或同居人之安全或健康時，承租人雖於訂約時已知其瑕疵，或已拋棄其終止契約之權利，仍得終止契約。

(2)本題，丁向丙承租房屋，因該屋曾發生甲之配偶以利刃自殺之非自然死亡，即實務上所稱之「凶宅」。而「凶宅」是否屬於「瑕疵」一事，學理上有正反兩面見解：

A.否定說認為，是否成為凶宅，僅屬於個人主觀面及心理面之範疇，因人、因時、因宗教信仰等不同而有異，亦可藉由時間經過、記憶淡忘或宗教儀式去除該不安之心理，在一般交易觀念上，顯難認將導致物之價值、效用或品質不具備，自非謂物之瑕疵^{註1}。

B.肯定說認為，物之價值瑕疵(即交換價值)與效用瑕疵(即使用價值)之認定，應不限於存在於或出於物之本身而言，物是否存有瑕疵，應先依當事人主觀之瑕疵概念，凡可影響物之價值或效用之一

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

^{註1} 臺灣高等法院 99 年上易字 229 號判決：「查上訴人主張系爭房屋之同棟 8 樓於 91 年間曾發生自殺事件，雖為被上訴人所不爭執，惟建築物是否因為曾有人於此自殺而成為「凶宅」，僅屬於個人主觀面及心理面之範疇，因人、因時、因宗教信仰等不同而有異，亦可藉由時間經過、記憶淡忘或宗教儀式去除該不安之心理，在一般交易觀念上，顯難認將導致物之價值、效用或品質不具備，自非謂物之瑕疵。是以，系爭房屋所在同棟不同樓層曾發生自殺事件，在一般交易觀念上，尚難指稱系爭房屋為「凶宅」，而導致系爭房屋價值、效用、品質之減損；況前揭自殺事件並非發生在系爭房屋中，更無所謂影響居住品質或減少價值可言。從而，系爭房屋既無效用或品質等物之瑕疵，則上訴人以有人自其他樓層跳樓自殺即屬系爭房地有物之瑕疵，而主張解除系爭買賣契約，並請求被上訴人加倍返還價款，亦屬無據。」

切關係者，都足夠成物有瑕疵，至於宗教信仰因素、時間經過等因素，僅屬價值減損程度之考量^{註2}。

C.以上二說，均屬有據，惟考量物之瑕疵擔保責任係以「對價衡平」為立論基礎上，自應將標的物主、客觀因素均予考量，且依我國不動產交易實務之運作，「凶宅」亦屬影響標的價值之重要考量因素，故應採「肯定說」為妥。

(3)準此以言，如丙認為此「凶宅」之瑕疵，已足以影響自己或其同居人之心理健康時，且依題意丙於出租前即已得知該房屋係屬凶宅而未為告知丁，基於民法第 148 條第 1 項之誠信原則及貫徹租賃契約立法者保障經濟上弱勢承租人之立法意旨，應認為丁得依民法第 424 條規定，向丙主張終止租約^{註3}。

2.丁得否向丙及甲主張損害賠償，茲分述如下：

(1)本題，丁如主張其得知系爭死亡事故之後，天天感覺該屋鬼影幢幢，導致精神崩潰一事，係屬侵害丁之身體權及健康權之「固有利益」（即瑕疵結果損害），故僅能主張固有利益之損害賠償，而無法主張契約債務不履行之履行利益損害賠償。

(2)丁得依民法第 227 條第 2 項規定，向丙主張損害賠償：

A.按民法第 423 條規定，出租人應以合於所約定使用收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用、收益之狀態。

B.又依實務見解，租賃物在租賃關係存續中，受有妨害，致無法為圓滿之使用收益者，不問其妨害係因可歸責於出租人之事由或由於第三人之行為而生，出租人均負有除去之義務，以保持租賃物合於約定使用收益之狀態。倘出租人怠於履行此項義務，致承租人受有損害，自應負債務不履行之損害賠償責任^{註4}。

C.準此以言，本題系爭房屋係屬凶宅之瑕疵，雖非可歸責於出租人丙之事由所致，惟依前揭實務見解，丁仍得依民法第 227 條第 2 項規定，向丙主張損害賠償。

(3)丁得依民法第 347 條規定準用第 360 條規定，向丙主張損害賠償：

A.本題，丙、丁間之租賃契約係屬有償契約，故依民法第 347 條規定，得準用買賣契約之瑕疵擔保責任規定。

B.是以，本題丙於租賃契約成立前即明知系爭房屋係屬凶宅，且是否為凶宅於一般社會通念應屬重要之瑕疵，故丙係符合故意不告知瑕疵之要件，倘肯認民法第 360 條規定亦包括「固有利益」之損害賠償者，則丁得依民法第 347 條規定準用第 360 條規定，向丙主張損害賠償。

(4)丁不得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲主張損害賠償：

A.本題，丁因知悉系爭房屋為凶宅而導致精神崩潰一事，甲是否須為此負固有利益之損害賠償責任，涉及甲故意隱匿系爭房屋為凶宅而出售予丙一事，與丁之身體權、健康權之損害是否有因果關係。

B.又因果關係之判斷標準，通說及實務採「相當因果關係理論」，亦即謂無此行為，雖必不生此種損害（條件關係），有此行為，通常即足生此種損害者（相當性），為有相當因果關係；如無此

^{註2} 臺灣高等法院 96 年上字第 40 號判決：「按就房屋交易市場之通常交易觀念而言，屋內是否曾發生有人『非自然身故』之情事，乃屬房屋交易之重要資訊，若購買者知有上情，多因心生畏怖而無購買意願，並影響系爭房地之交易價值甚鉅，應認係屬交易上之重大瑕疵。」

^{註3} 此外，依最高法院 103 年台上字第 2122 號民事裁定之意旨：「按民法第 423 條所稱合於約定使用、收益之狀態，係以當事人於訂立租賃契約時所預設之共同主觀之認知，為其認定之標準；倘租賃物不具該主觀認知約定使用、收益之狀態，而不能達契約之目的者，承租人自得類推適用同法第 256 條規定終止租約。」是以，本題承租人丙如認為該屋係屬「凶宅」已無法達成締結租賃契約使其得安心居住之契約目的，且該「凶宅」之瑕疵亦無法透過補正而除去者，依前開最高法院裁定之意旨，本題丁亦得類推適用民法第 256 條規定向丙終止租約。

^{註4} 最高法院 77 年台上字第 2369 號判決：「出租人以合於所約定使用收益之租賃物交付承租人後，不僅須消極的不妨礙承租人使用收益，且須積極的在租賃關係存續中，保持其合於約定使用收益之狀態，此觀民法第 423 條之規定自明。故租賃物在租賃關係存續中，受有妨害，致無法為圓滿之使用收益者，不問其妨害係因可歸責於出租人之事由或由於第三人之行為而生，出租人均負有除去之義務，以保持租賃物合於約定使用收益之狀態。倘出租人怠於履行此項義務，致承租人受有損害，自應負債務不履行之損害賠償責任。」

行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即為無相當因果關係^{註5}。

C.準此以言，本題甲縱無隱匿凶宅之情事而出售予丙，亦不必然不發生丙有故意隱匿凶宅情事而出租於丙之侵害行為；又縱使甲有故意隱匿凶宅之情事，通常亦不當然會發生丙會故意隱匿凶宅情事而出租於丙之侵害行為。是以，本題甲故意隱匿系爭房屋為凶宅而出售予丙一事，與丁之身體權、健康權之損害間欠相當因果關係，故丁不得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲主張損害賠償。

(二)丙對甲、乙各得主張何種權利：

1.丙對甲得主張之權利，茲分述如下：

(1)丙得依民法第 354 條、第 359 條及第 360 條規定，向甲主張減少價金、解除契約或損害賠償：

A.本題，甲丙間成立買賣契約，如肯定凶宅係屬物之瑕疵者，則甲依民法第 354 條規定，應負物之瑕疵擔保責任。

B.是以，丙得依民法第 359 條規定減少買賣契約價金，且若此凶宅之瑕疵亦無法達成買賣契約之目的而認為解除契約非顯失公平者，丙亦得解除契約^{註6}。

C.又甲於出賣前即已知悉該屋為凶宅，卻故意不告知丙者，丙亦得依民法第 360 條規定，請求損害賠償。

(2)丙得依民法第 227 條第 1 項規定準用第 226 條第 1 項及第 256 條規定，主張損害賠償及解除契約：

A.本題，甲之配偶曾於該屋與甲爭吵，並以利刃自殺而於屋內當場死亡，致使該屋成為凶宅一事，應可認為係屬可歸責於出賣人甲之事由之不完全給付，故甲應負民法第 227 條第 1 項之不完全給付責任。

B.準此，本題丙得依民法第 227 條第 1 項規定準用第 226 條第 1 項及第 256 條規定，主張損害賠償及解除契約。

(3)丙得依民法第 92 條第 1 項及第 88 條第 2 項準用第 1 項規定，撤銷該屋買賣契約之意思表示：

A.本題，甲於出賣該屋前，即已知悉該屋係屬凶宅，依一般交易觀念及誠信原則，應認為甲對此有告知或說明之義務，倘未予告知或說明者，應可構成不作為詐欺，致使丙陷於錯誤而締結該屋之買賣契約，故依民法第 92 條第 1 項規定，丙得向甲主張撤銷買賣契約之意思表示。

B.又本題丙買受此凶宅之房屋，係因詐欺而陷於動機錯誤，惟因凶宅係屬該屋之性質，且一般房屋交易實務上認為此亦屬重要之瑕疵，倘丙對此錯誤並無過失者，則丙亦得依民法第 88 條第 2 項準用第 1 項規定，撤銷該屋買賣契約之意思表示^{註7}。

(4)丙得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲請求侵害表意自由權之損害賠償：

A.本題，甲於出賣該屋前，即已知悉該屋係屬凶宅一事，係構成不作為詐欺，已如前述。

B.而依學說見解，不作為詐欺係屬侵害表意自由權之侵權行為，故本題丙得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲請求侵害表意自由權之損害賠償。

(5)丙得否向甲主張民法第 245 條之 1 締約上過失之損害賠償責任，學理上有所爭議，茲分述如下：

A.本題，甲於出賣該屋前，即已知悉該屋係屬凶宅一事，係屬於買賣契約成立前，就訂約之重要關係事項有惡意隱匿之情事，故符合民法第 245 條之 1 第 1 款之事由。

^{註5} 最高法院 90 年台上字第 401 號判決：「又按損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。所謂相當因果關係，謂無此行為，雖必不生此種損害（條件關係），有此行為，通常即足生此種損害者（相當性），為有相當因果關係；如無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即為無相當因果關係。」

^{註6} 實務上臺灣桃園地方法院 100 年訴字第 1160 號民事判決：「系爭房屋既曾於 87 年 7 月 28 日發生非屬自然身故之跳樓自殺事件，而就房屋交易市場之通常交易觀念而言，屋內是否曾發生有人「非自然身故」之情事，乃屬房屋交易之重要資訊，若購買者知有上情，多因心生畏怖而無購買意願，並影響系爭房地之交易價值甚鉅，應認係屬交易上之重大瑕疵。從而，原告依民法第 359 條規定主張解除契約，應屬有據。」

^{註7} 惟實務上臺灣高等法院 99 年度消上字第 10 號判決認為：「上訴人主張如知悉系爭房屋係凶宅時，即不為買受一節，並未契約約定（詳如後述，事實及理由欄六之(三)之 2.之(4)），則是否凶宅一事，乃當事人為法律行為之動機，並非意思表示之內容或表示行為，況上訴人與施益群訂約時，除上訴人不知系爭房屋曾發生非自然死亡事故外，施益群亦不知，已如前述，益證上訴人訂約時，並無錯誤認知之情形，是上訴人主張伊之意思表示有錯誤云云，並非可採。」故買受人買受凶宅係屬不得撤銷之動機錯誤。

B.惟甲、丙之買賣契約嗣後已成立，故有學者及實務見解認為，此時不符合「契約未成立時」之要件，故丙僅得對甲主張民法第 227 條之不完全給付，而不得主張民法第 245 條之 1 之締約上過失責任。惟有學者認為，「契約未成立時」僅為認定締約上過失事由之時點，並非其要件，故丙仍得向甲主張民法第 245 條之 1 締約上過失之損害賠償責任，以完整保障其權利。

2.丙得依民法第 227 條第 1 項準用第 226 條第 1 項規定請求損害賠償，另得依第 256 條及第 259 條第 2 款規定，解除契約並請求返還居間報酬：

- (1)本題，乙為仲介公司，丙經由乙之媒介向甲購買系爭房屋，並約定丙應給付乙仲介報酬，故乙、丙間係成立民法第 565 條之居間契約。是以，乙依民法第 567 條第 2 項規定及實務見解，丙關於訂約之事項應盡善良管理人之調查義務^{註8}。
- (2)惟本題乙居間甲、丙成立之買賣契約，系爭房屋有凶宅之瑕疵，倘乙未盡善良管理人之注意而疏於調查，致丙受有損害者，則乙應負不完全給付之債務不履行責任。
- (3)又乙與丙間之購屋仲介契約之定型化契約條款約定，購屋者僅得向房屋所有人主張權利，不得對乙公司解除仲介契約或請求賠償一事，係使他方當事人丙拋棄契約解除權及損害賠償請求權，依本題情形應認為此定型化契約條款規定對於丙係屬顯失公平，故依民法第 247 條之 1 規定為無效。
- (4)綜上所述，本題丙得依民法第 227 條第 1 項準用第 226 條第 1 項規定請求損害賠償，另得依第 256 條及第 259 條第 2 款規定，解除契約並請求返還居間報酬。

二、甲向乙借款新臺幣 300 萬元，為供擔保，甲將其 A 名畫設定質權於乙並完成交付，復將其 B 精密機器為擔保之目的而移轉所有權於乙，但約定擔保期間 B 仍由甲占有，繼續生產商品銷售。詎料擔保存續中，A 為丙所竊、B 為丁所盜，逾三年後 A、B 始為警方破案尋獲。試問：

(一)甲、乙得否分別依物上請求權，請求丙、丁將 A、B 返還於自己？(25 分)

(二)丙、丁抗辯甲、乙之請求權對盜贓物 A、B 均已罹於時效消滅，是否有理？(20 分)

命題意旨	本題主要測驗考生對於質權設定及通說與實務見解均承認「讓與擔保」之相關理論，以及動產質權與讓與擔保遭侵害時得主張之救濟手段與時效完成抗辯權之相關規定。
答題關鍵	第一小題：涉及「讓與擔保」之性質，以及動產質權與讓與擔保遭侵害時得主張之物上請求權基礎為何。 第二小題：就侵害動產質權及讓與擔保之相關請求權，其消滅時效是否以完成而罹於時效。
考點命中	1.《高點民法講義》第二回，高台大編撰，有關「消滅時效」部分。 2.《高點民法講義》第六回，高台大編撰，有關「所有權」部分。 3.《高點民法講義》第七回，高台大編撰，有關「質權」部分。

【擬答】

(一)甲、乙得否分別依物上請求權，請求丙、丁將 A 名畫（以下稱 A）、B 精密機器（以下稱 B）返還於自己，茲分述如下：

1.本題僅甲得依民法第 767 條第 1 項前段規定，請求丙返還 A 於自己，乙則不得向丙主張之：

(1)按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。前項規定，於所有權以外之物權，準用之，民法第 767 條第 1 項前段及第 2 項分別定有明文。另按民法第 898 條規定，質權人喪失其質物

^{註8} 臺灣臺北地方法院 95 年度訴字第 5767 號民事判決：「所謂善良管理人之注意，係指社會一般誠實、勤勉而有相當經驗之人，處理事務時，所應具備之注意。本件被告信義房屋履行兩造間「買賣斡旋金契約」時，未盡善良管理人之注意義務，查明系爭房地曾發生「非自然死亡」之事實，並詳告原告，核屬可歸責之事由，應對原告依民法第 227 條第 2 項負債務不履行之損害賠償責任。再查，房地等不動產因有非自然死亡之事故發生，與其附近不動產價格及發生非自死亡事故之前之價當相較，自會有減價之情事，此為吾人日常生活中共同之經驗法則，亦為吾人決定是否要購買不動產時，重要判斷之資訊；是不動產仲介公司仲介房地買賣，自應本於善良管理人之注意義務，就買賣標的物有無依通常交易觀念上需要注意之重要瑕疵（即曾發生過非自然死亡之事故），加以進行了解並向委託其仲介之當事人解說，故不動產仲介公司未盡其應盡之善良管理人義務，未對委託仲介人進行解說告知其欲購買之系爭房地有「非自然死亡」之事故（即前述定義之凶宅）等重要「瑕疵」，委託人於不知上開情事下，自以一般房屋市場價格購買該「凶宅」，從而因此造成之損害，自與不動產房屋仲介公司之未告知行為有因關係。」

之占有，於二年內未請求返還者，其動產質權消滅。

(2)本題，甲雖將其所有之 A 設定質權於乙並完成交付，惟甲仍為 A 之所有人，而丙係竊取 A 而屬無權占有，故甲得依民法第 767 條第 1 項前段規定向丙請求返還 A。

(3)又甲雖將 A 設定質權於乙，惟 A 為丙所竊逾三年後始為警方破案尋獲，故乙喪失 A 之占有已超過 2 年，故依民法第 898 條規定，乙已喪失質權，是以乙不得主張民法第 767 條第 2 項準用第 1 項前段規定向丙請求返還 A。

(4)綜上，本題僅甲得依民法第 767 條第 1 項前段規定，請求丙返還 A 於自己，乙則不得向丙主張之。

2.甲、乙得否分別依物上請求權，請求丁將 B 返還於自己，涉及讓與擔保性質見解之差異，茲分述如下：

(1)本題，甲就 B 為擔保之目的而移轉所有權於乙，此屬實務上所稱之「讓與擔保」，依 98 年民法第 757 條修正之意旨，此種「讓與擔保」並不違反物權法定主義，合先敘明。

(2)又關於讓與擔保之法律上構造，學理上有「所有權構造說」及「擔保物權構造說」兩種見解。前者認為，讓與擔保係以信託行為及財產權移轉契約之方式為之，故本題乙已取得 B 之所有權；後者認為，讓與擔保設定後，就當事人間之目的而言，其並非真正地移轉標的物之完全所有權，僅為一種擔保物權之類型。

(3)準此以言，依上開兩說見解之差異，本題甲、乙對丁主張物上請求權之情形如下：

A.倘採「所有權構造說」者，於讓與擔保設定後乙即為 B 之所有人，故乙得依民法第 767 條第 1 項前段向無權占有人丁請求返還 B 之占有，甲亦得依直接占有人之地位，依民法第 962 條規定請求丁返還 B 之占有。惟本題甲乙間約定於擔保期間 B 仍由甲占有，故雙方仍須受此項約定之拘束，從而乙僅得請求返還於甲，而不得主張逕自返還予自己。

B.倘採「擔保物權構造說」者，此時乙僅為 B 之擔保物權人，故乙得依民法第 767 條第 2 項準用同條第 1 項前段請求丁返還該機器之占有於甲。另甲仍為 B 之所有人及直接占有人，故甲得依民法第 767 條第 1 項前段及第 962 條規定請求丁返還 B 於自己。

(二)丙、丁得否對甲、乙抗辯其請求權對盜贓物 A、B 均已罹於時效消滅，茲分述如下：

1.本題，丙、丁均非善意受讓人，並無民法第 949 條第 1 項規定之適用，故丙、丁均不得對甲、乙主張已罹於該條 2 年時效完成之抗辯權。

2.丙僅得對乙主張而不得對甲主張時效完成之抗辯權：

(1)按民法第 125 條規定，請求權，因十五年間不行使而消滅。但法律所定期間較短者，依其規定。

(2)承前所述，本題甲對丙就盜贓物 A 之請求權基礎為民法第 767 條規定，其請求權之消滅時效並無特別規定，故依民法第 125 條規定，其請求權消滅時效為 15 年。準此，甲對於 A 於喪失占有雖已逾三年，惟其請求權並未罹於民法第 125 條規定 15 年之消滅時效，故丙對甲不得主張時效完成之抗辯權。

(3)又丙盜取 A 之行為，係無法律上原因而受有利益致甲受有損害，故甲得依民法第 179 條規定請求丙返還，是甲對於 A 於喪失占有雖已逾三年，其請求權亦未罹於民法第 125 條規定 15 年之消滅時效，從而丙對甲亦不得主張時效完成之抗辯權。

(4)又丙盜取 A 之行為，係侵害甲就 A 之所有權，故甲得向主張民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為損害賠償請求權，並得依民法第 213 條規定起請求返還 A 以回復原狀。又依第 197 條第 1 項規定，如甲係於警方破案尋獲 A 時始知悉丙為賠償義務人者，則請求權消滅時效係於斯時始為起算，故甲對於丙就盜贓物 A 之侵權行為得主張回復原狀之請求權，亦未罹於消滅時效。

(5)另乙已非 A 之質權人，故乙不得對丙主張物上請求權，已如前述。惟丙對 A 之盜贓行為仍得成立民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為及民法第 179 條規定之不當得利請求權。然有學者認為^{註9}，為貫徹民法第 898 條 2 年短期時效之立法意旨，故此時甲於不當得利或侵權行為之規定，請求回復其物之請求權消滅時效期間亦同，故對於乙主張不當得利及侵權行為之請求權，丙得主張已罹於時效之抗辯。

3.丁對甲、乙得否主張時效抗辯，依讓與擔保性質見解之不同，茲分述如下：

(1)如採「所有權構造說」之見解：

A.乙為 B 之所有人，故乙得依民法第 767 條第 1 項前段之物上請求權、第 179 條之不當得利請求權

^{註9} 謝在全老師認為，依民法第 898 條可知，質權人之質物返還請求權即應受兩年短期消滅時效之限制。此在質權人喪失質物之占有，而本於不當得利或侵權行為之規定，請求回復占有物時，其請求權之消滅時效期間，亦同。

及第 184 條第 1 項前段侵權行為之規定，向丁請求返還 B。而前述請求權尚未罹於民法第 125 條及第 197 條第 1 項之時效期間，故丁不得對乙主張時效完成之抗辯權。

B.甲為 B 之直接占有人，雖甲得依民法第 962 條規定向丁請求返還 B，惟依第 963 條規定其返還請求權之消滅時效僅為 1 年，故丁得對乙主張時效完成之抗辯權。

(2)如採「擔保物權構造說」之見解：

A.因甲、乙分別得依民法第 767 條第 1 項前段及第 767 條第 2 項準用第 1 項前段規定向丁請求返還 B，其消滅時效依民法第 125 條規定為 15 年，故丁不得對甲、乙主張時效完成之抗辯權。

B.此外，甲、乙亦得基於所有人及擔保物權人之地位，對丁主張民法第 179 條之不當得利請求權及第 184 條第 1 項前段侵權行為之規定，其請求權亦未罹於民法第 125 條及第 197 條第 1 項之時效期間，故丁不得對甲、乙主張時效完成之抗辯權。

三、甲男、乙女結婚多年，育有一女丙。其後甲乙因故分居，丙女則由乙女照拂。分居期間，乙女與其婚前男友 A 生下一子丁。甲男得悉此情，氣急攻心，即因心肌梗塞而死亡。甲身後遺有銀行存款新臺幣 2400 萬元，此外別無其他財產，亦無負債。試問：

(一)乙、丙、丁對於甲之財產，可為如何之主張？(30 分)

(二)設若乙女否認丁男為甲之婚生子，則乙、丙、丁可為如何之主張？(15 分)

命題意旨	本題爭點不多且過於單純，題目資訊量少到連剩餘財產分配請求權也無從計算，筆者認為命題上稍嫌可惜。主要測驗第 1030-1 條、第 1063 條之規定。
答題關鍵	本題僅需論述可能之剩餘財產分配請求權、婚生推定及否認之規定、繼承權人及法定應繼分之依據即可。 若需小題大做，亦可說明本案無遺產酌給請求權及繼承回復請求權之適用，甚至可提及丙可能依家事事件法第 64 條主張之婚生否認之訴。
考點命中	《高點民法講義》第五回－親屬編、繼承編，蘇律編撰，頁 12、27。

【擬答】

(一)乙、丙、丁就甲之財產主張，論述如下：

1.乙可能得主張剩餘財產分配請求權：

(1)依民法第 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。但因繼承或其他無償取得之財產或慰撫金不在此限。此為剩餘財產分配請求權之規定，其立法目的在肯定家事勞務者對於婚姻之共同貢獻。

(2)本案，若甲乙未約定夫妻財產制者，則依第 1005 條之規定為法定財產制。而配偶一方死亡為法定財產制關係消滅之事由，準此，乙可能得依第 1030-1 條第 1 項，對甲之財產主張剩餘財產分配請求權。

2.乙、丙、丁得主張遺產之繼承：

(1)乙有繼承權

依民法第 1138 條本文，配偶為當然繼承權人。本案，甲乙雖分居，然並未解消婚姻關係，配偶乙亦無喪失繼承權事由，故有繼承權。

(2)丙有繼承權

依民法第 1138 條第 1 款之規定，直系血親卑親屬為第一順位之血親繼承權人。本案，丙為甲之直系血親卑親屬，故有繼承權。

(3)丁有繼承權

依民法第 1063 條第 1 項之規定，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。次依民法第 1062 條第 1 項之規定，從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間。

本案，丁雖事實上非甲乙所生，然依題示甲乙結婚多年，丁當然係甲乙婚姻關係存續中受胎而生，依第 1063 條推定為甲之婚生子女，故丁依第 1138 條第 1 款，有繼承權。

(4)乙、丙、丁按法定應繼分各得 800 萬元

依第 1144 條 1 款，配偶與直系血親卑親屬之法定應繼分均分。

故本案，乙、丙、丁之法定應繼分為各三分之一，若不考慮乙可能之剩餘財產分配之情況，就甲 2400 萬之遺產，乙、丙、丁得各得 800 萬元。

3. 結論

配偶乙可能得主張剩餘財產分配請求權，而丁受婚生推定，故乙、丙、丁各得依法定一繼分繼承 800 萬元。

(二)若乙否認之情形，乙、丙、丁之主張如下：

1. 乙得提起婚生否認之訴

- (1)依民法第 1063 條第 2 項之規定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴。次按同條第 3 項之規定，妻之一方自知悉該子女非為婚生子女，或子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。
- (2)本案，乙於知悉丁為非婚生子女時起 2 年內，得主張婚生否認之訴。

2. 乙、丙依法定應繼分各得 1200 萬元

若推翻丁婚生子女之身分，則僅乙、丙為繼承權人，依第 1138 條 1 款及第 1144 條 1 款之規定，乙、丙各得遺產 1200 萬元。

- 3.應補充說明者係，依題示，甲生前無繼續扶養丁之事實，故丁無依第 1149 條主張遺產酌給請求權之可能；又第 1146 條繼承回復請求權係以真正繼承權人被否認繼承資格為要件，故本案丙亦不得主張之，併予敘明。

【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、甲欲購入電腦一台，適逢經營 3C 商品之乙打算結束營業，降價出清庫存之 10 台 A 牌桌上型電腦，甲即向乙表示欲購買其中一台，乙同意之，兩人約定 10 月 15 日於甲之住所處提出給付，並約定若有給付遲延或其他債務不履行事由，須支付懲罰性違約金 5,000 元。之後，乙從倉庫裡挑選一台 A 牌桌上型電腦加以裝箱，並於清償期屆至時，將電腦交由受僱人丙送至甲之住處。由於丙僅將電腦隨意捆綁於機車上，於轉彎時電腦掉落地面而滅失，乙知情後通知甲，並表示庫存之其他電腦已全數售完，無法提出給付。問：甲對乙得主張何等權利？（45 分）

命題意旨	本題爭點涉及不同類型之債務不履行與債務履行輔助人等問題。
答題關鍵	本題涉及給付不能與給付遲延之區別與區別實益何在，至於債務履行輔助人之部分，§224 本屬傳統考點，對考生而言應不難掌握。另建議本題可适度提及立法論之問題，即世界契約法修正之趨勢，不再區別不同種類之債務不履行，並就債務人是否仍需具備歸責事由一事簡單論述，如此即可掌握一定分數。
考點命中	1.《高點民法講義》第三回，顏台大編著，第 3 頁以下。 2.《高點民法講義》第三回，顏台大編著，第 6 頁。

【擬答】

本題爭點涉及給付不能與給付遲延之區別、債務履行輔助人之過失以及意思表示解釋之問題，分述如下：

(一) 甲乙間成立赴償債務之買賣契約，且係因可歸責於乙之事由構成給付不能

1. 甲向乙表示購買 A 牌桌上型電腦一台，並約定 10 月 15 日於甲之住所提出給付，經乙同意，雙方意思表示合致，買賣契約成立生效（§345 參照）。此外，甲乙約定若有給付遲延或「其他債務不履行事由，須支付懲罰性違約金 5000 元，此違約金之約定亦成為甲乙契約內容之一。
2. 依題示，乙將電腦交由乙之受僱人丙送至甲之住處，丙即屬乙之債務履行輔助人，而丙僅將電腦隨意捆綁於機車上，故致轉彎時電腦掉落地面，丙就債務之履行顯有過失，依民法§224 之規定，債務人乙應與自己之過失負同一責任；是故就電腦滅失而無法履行一事，乙主觀上有可歸責事由存在。
3. 再者，依題示可知，乙並無其他同型之電腦庫存，已無法提出給付，故客觀上係屬嗣後主觀給付不能，而乙有歸責事由存在已如前述，故甲得依民法§226 之規定，向乙請求債務不履行之損害賠償，或依§256 解除契約。

(二) 甲得向乙請求 5000 元之違約金

1. 甲乙約定有給付遲延或其他債務不履行事由時，須支付 5000 元之懲罰性違約金。然乙所構成之債務不履行類型係屬嗣後主觀給付不能而非給付遲延已如前述，是故甲得否請求違約金，或有疑問。
2. 惟「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」民法§98 定有明文，查甲乙間除約定以給付遲延作為違約金給付之要件外，尚有約定「其他債務不履行事由」為違約金給付之要件，而「其他債務不履行事由」文意上本不排除嗣後主觀不能之債務不履行類型，故甲得以此為由請求乙給付違約金。且依甲乙間之約定可知，甲乙約定違約金條款之目的在於確保契約之完整履行，而嗣後主觀不能就甲而言自屬未完整履行契約內容，給付遲延既可請求違約金，本於舉輕以明重之法理，自無由認為甲就給付不能一事，不得請求違約金；是故甲亦得以此為由向乙請求 5000 元之違約金。
3. 又甲乙已就違約金之類型明示其為懲罰性違約金，是故縱使甲已依§256 條解除契約，甲仍得向乙請求 5000 元之違約金，且若甲得舉證其因乙債務不履行情事而受有其他損害，甲仍得請求，懲罰性違約金與其他損害甲得併存請求。

- (三) 未按，就本例而言，區分不同類型之債務不履行態樣，有時可能會造成不公平之結果，例如：本題中甲乙僅約定給付遲延而未約定給付不能、不完全給付作為給付違約金之要件，致生給付不能、不完全給付時甲得否請求違約金之爭議。比較法上，現今國際立法之趨勢就債務不履行客觀上已傾向不再區別債務不履行之個別態樣（即不再區分給付不能、給付遲延、不完全給付之類型），而係僅允許債務人於契約發生締約時所無法預期之額外風險時，始得例外免責。是故若以此標準檢驗本題，乙之履行輔助人丙就履行上之過失致標的滅失且乙嗣後無法繼續履行，顯非契約締結時所不可預期之風險，乙自然應負債務不履行之損害賠償責任，至於客觀上，乙係給付不能或給付遲延，在所不問；此等立法趨勢可供參考。

二、甲、乙二人簽立地上權設定協議書，有如下約定事項：第 1 條：甲同意將其所有 A 地設定地上權於乙，由乙在 A 地上興建倉庫使用，期限 20 年，地租每年 20 萬元。第 2 條：地租以 5 年為 1 期，一次支付 100 萬元，於每期 5 年屆滿時支付。第 3 條：乙承諾地上權存續期間內，不將 A 地出租、出借或以任何名義交付他人使用。嗣後，甲、乙雙方會同赴地政機關辦妥地上權設定登記，但僅登記約定事項第 1 條之內容。問：

(一) 1 年後，乙將 A 地出租並交付於丙使用，甲請求丙返還 A 地，有無理由？(25 分)

(二) 2 年後，甲將 A 地贈與並移轉所有權於其長女丁，丁雖知悉甲、乙以 5 年為 1 期支付地租之協議內容，仍請求乙依當地習慣，每年按期支付地租。丁之請求。有無理由？(20 分)

命題意旨	本題爭點涉及地上權人使用土地方法之約定之對抗效力與債權物權化之問題。
答題關鍵	本題涉及地上權約定土地使用方法之登記對抗效力以及土地所有人與地上權人間特約有無拘束第三人之效力，現行法雖有條文依據，但本質上係屬債權物權化概念之運用，屬於傳統爭點，亦是近年來實務案件熱門類型，只要掌握好債權物權化概念之操作，即可獲取不錯分數。
考點命中	1.《高點民法講義》第二回，顏台大編撰，第 5 頁以下。 2.《高點民法講義》第四回，顏台大編撰，第 34 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及地上權約定土地使用方法之登記對抗效力及債權物權化之相關爭議，分述如下：

(一) 甲不得請求丙返還 A 地

1. 甲乙簽立地上權設定協議書，並有如題示之約定事項，甲乙此協議書乃一債權契約，係地上權設定此一物權行為之法律上原因，本於債之相對性，甲乙此一協議書之內容，僅於甲乙間發生效力，而不得對當事人甲乙以外之第三人發生效力。
2. 按「如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。」有大法官釋字第 349 號解釋理由書意旨可參，由此可知債權與物權之區別非在於其本質，而是在於兩者之公示效力強弱有所不同；是故若甲乙間之債權約定且有一定之公示效力而得使第三人知悉或可得而知其內容，即可能發生所謂「債權物權化」之效力，使甲乙約定之內容例外得以拘束當事人甲乙以外之第三人。
3. 然債權究竟應以何等方式加以公示始生物權效力，易生爭論，是故現行法於特定情形下，直接就特定債權之公示方法加以規定。民法§836-2 規定「地上權人應依設定之目的及約定之使用方法，為土地之使用收益……前項約定之使用方法，非經登記，不得對抗第三人。」而依題示，甲乙間就乙承諾地上權存續期間內不將 A 地出租一事，並未於地上權設定登記時一併為登記，是故甲乙間此一債權約定，依民法第 836 條第 2 項規定，自不生物權效力，不得對抗第三人丙。今乙既係地上權人，乙自得將 A 地出租予丙，甲之所有權已因地上權之設定受到限縮，甲自不得行使其所有物返還請求權；甲請求丙返還 A 地，自無理由。

(二) 丁之請求無理由

1. 甲乙約定 5 年為 1 期支付地租之協議內容，同樣係為甲乙間之債權約定，且甲乙未將此約定於設定地上權時加以登記，此約定自不生物權效力。
2. 甲將 A 地贈與並移轉所有權予丁，甲乙間就 5 年為 1 期支付地租之債權約定本於債之相對性，對丁而言自不生效力，惟甲乙間就地租數額業已登記，此部分已成為物權內容之一，故縱使丁取得 A 地所有權，本於物權追及效，地租之數額（即每年 20 萬）自對丁發生拘束力。
3. 丁雖主張乙應依當地習慣每年支付地租，然民法§1 得以作為法源之習慣，係指「習慣法」，須該習慣確為一長久實施之慣行與多數人對於該慣行已生法之確信為要件。惟本題中依題示，尚無法證明丁所稱之每年支付地租確為習慣法，故丁依此為由主張乙按年支付地租，自屬無據。
4. 再者，依題示可知，丁於受贈時已明知甲乙間 5 年為期支付地租之約定，依前述債權物權化之說明，甲乙間之債權約定既已為丁所知悉丁始受讓 A 地所有權，丁自應同受該債權契約之拘束，是故丁自不得反於該債權契約而要求乙按年支付地租。
5. 未按，「贈與之物或權利如有瑕疵，贈與人不負擔擔保責任。」，民法§411 定有明文，顯見受贈人理論上應承受贈與標的物上之瑕疵，而不得就贈與物上之瑕疵有所主張。本題中甲乙就 A 地上付租期限之約定，實際上就 A 地受贈人丁而言自屬贈與標的物之負擔（或瑕疵），丁自應予以承受，始合事理之平，故丁無視其負擔而另向乙有所請求，自不應准允。

三、甲男與乙女為夫妻，婚後生下一女丙。丙女 10 歲時，乙女因病死亡，而由與甲同住之寡母丁女繼續照料丙女。丙女成年後與戊男結婚，生下 A、B 二女後因產後併發症死亡。於民國 102 年甲男又與己女依法再婚。再婚時，己女已有一未被生父認領之 3 歲非婚生之庚。甲男乃與己女簽訂書面收養契約，以收養庚為其養子，並向法院聲請收養之認可。未料甲男因突發車禍事故死亡，甲男於死亡後第二日，法院未知甲男死亡而為收養認可之裁定。甲男在生前曾為丙女之結婚贈與 120 萬元，為丁女之分居贈與 60 萬元。

請問：甲男死亡而留下 840 萬元財產時，應如何繼承？（45 分）

命題意旨	本題測驗收養之溯及效力、代位繼承以及歸扣之計算。收養效力及代位繼承依條文操作應無太大疑義；又被代位人受有特種贈與後死亡，是否應由代位繼承人負歸扣義務？此為法無明文之爭點，惟從歸扣之立法目的及「應繼分前付」之性質出發即可順利作答。
答題關鍵	考生應注意者，本案並無對外之債務，故無需操作民法第 1148-1 條（有限責任範圍之擴大），蓋此條之目的係為保護債權人而設，規範繼承人對外之債務財產範圍。再者，丁因繼承順序次後而非歸扣義務人，此時亦不討論扣減，蓋顯無特留分之侵害。
考點命中	1.《高點民法講義》第六回，蘇律編撰，收養部分，頁 35。 2.《高點民法講義》第六回，蘇律編撰，代位繼承部分，頁 53-54。 3.《高點民法講義》第六回，蘇律編撰，歸扣部分，頁 68-69。

【擬答】

甲之財產應如何繼承，茲就繼承權人及遺產分配，分述如下：

(一)繼承權人：

1.已有繼承權

- (1)按民法第 1138 條之規定，配偶為當然繼承權人。
- (2)本案，甲男己女於民國 102 年合法再婚，己於甲死亡時為其配偶，故有繼承權。

2.庚有繼承權

- (1)按民法第 1138 條第 1 款，直系血親卑親屬為第一順位之血親繼承權人。次按民法第 1077 條第 1 項之規定，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。**未按民法第 1079-3 之規定，收養自法院認可裁定確定時，溯及於收養契約成立時發生效力。**但第三人已取得之權利，不受影響。此為收養之生效時點之規定。
- (2)本案，甲雖係於收養契約成立後、法院認可裁定前死亡，惟依民法第 1079-3 條之規定，收養之生效效力採溯及觀點，亦即溯及至收養契約成立時發生效力。基此，養子庚與甲之關係與婚生子女同，且符合同時存在原則，依民法第 1138 條第 1 款，有繼承權。

3.A、B 有代位繼承權：

- (1)按民法第 1140 條規定，第 1138 條所定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。**此為代位繼承之規定，其立法目的係基於平等原則，以維持各房分之公平以及保護繼承期待權而設。**次按民法第 1139 條之規定，第一順位之繼承權人以親等近者為先。
- (2)本案，A、B 為甲直系血親二親等之卑親屬，依民法第 1139 條之規定，因庚之親等較近，而無法本位繼承。惟依民法第 1140 條之規定，丙係於繼承開始前死亡，故 A、B 得代位繼承丙之應繼分，有代位繼承權。

4.小結：

綜上所述，己、庚、A、B 有繼承權。

(二)遺產之分配：

1.應繼財產及遺產分割之計算－歸扣

- (1)按民法第 1173 條之規定，繼承人中有在繼承開始前因結婚、分居或營業，已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，為應繼遺產。但被繼承人於贈與時有反對之意思表示者，不在此限。前項贈與價額，應於遺產分割時，由該繼承人之應繼分中扣除。贈與價額，依贈與時之價值計算。**此為特種贈與歸扣之規定，其立法目的係為謀求各繼承人之公平，蓋此等特種贈與本質上具有「應繼分前付」之意義。**
- (2)本案中，甲對丙及丁之贈與是否應歸扣，分述如下：

A. 丁非歸扣義務人：

分居之贈與雖為歸扣之特種贈與原因，惟依民法第 1138 條之法定繼承人順序，丁非繼承人，故非歸扣義務人。

B. A、B 應負歸扣義務：

被代位人受有特種贈與後死亡，則是否應由代位繼承人負歸扣義務？對此法無明文，惟通說認為應繼分前付之性質不因被代位人死亡有所不同，基於共同繼承人間之公平，此項義務自應由代位繼承人承擔。

(3) 小結：丙所受之特種贈與 120 萬應加入應繼財產之計算，故總應繼財產為 960 萬。又代位繼承人 A、B 負歸扣之義務。

2. 分配之計算：

(1) 按民法第 1144 條第 1 款之規定，配偶與直系血親卑親屬之應繼分為平均。次按民法第 1141 條之規定，同一順位繼承人有數人時，按人數平均繼承。

(2) 本案，依上開規定，己及庚各分得 320 萬元。又 A、B 係代位丙之應繼分，故各有 160 萬元應繼分，而 A、B 為歸扣義務人，其贈與價額應由應繼分中扣除，故 A、B 各得 100 萬元。

(三) 結論

己、庚各得 320 萬元；A、B 各得 100 萬元。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

《民法》

一、甲繼承父親在臺北大安路上的一層公寓，打算利用該層公寓經營咖啡廳，找來好友乙商議此事，乙贊成甲之決定，並表示贈與兩台全新咖啡機給甲作為開業賀禮，甲欣然同意，並指定品牌與型號，乙即向代理商丙訂購兩台甲所指定之 M 牌營業用 S-600 型半自動咖啡機，總價新臺幣（以下同）60 萬元，丙表示乙訂購之型號剛好沒貨，已向國外製造商訂購，運至臺北約須一個月時間，乙與丙兩人因此合意訂定清償期為兩個月後的 12 月 1 日，並約定由丙直接將機器交付給甲，甲對丙亦有直接請求權，甲表示同意，乙與丙同時又約定，若發生給付遲延，遲延之一方即須支付 5 萬元之懲罰性違約金，且遲延時間若超過一個月，雙方皆可任意解除契約。

問：

- (一) 12 月 1 日丙依約向甲提出給付，乙卻未向丙支付 60 萬元貨款，丙是否得向乙請求 5 萬元之懲罰性違約金以及遲延利息？（15 分）
- (二) 若乙因財務困難，無法依約給付，惟對第三人丁有一筆已屆清償期之 100 萬元借貸債權，因乙顧及與丁之情誼，一直未向丁請求償還，丙是否得代位乙行使乙對丁之借款返還請求權，要求丁返還 100 萬元給丙？（15 分）
- (三) 若丙提出給付後一個月，乙仍未支付價金時，丙是否即可行使約定解除權解除買賣契約？丙之後應如何向乙或甲主張權利？（15 分）

命題意旨	本題爭點分別在於測驗考生對於懲罰性違約金之定性、代位權行使之要件以及利益第三人契約解除與不當得利競合等問題。
答題關鍵	本題前二題均係傳統之考題，應不難掌握分數；第三小題部分則為近一兩年來非常熱門之議題，且在最高法院間亦有不同見解。考生若可適度援引最高法院見解並輔以王澤鑑老師之見解，即可獲得不錯分數。
考點命中	1. 《高點民法講義》第三回，顏台大編撰，第 19 頁以下。 2. 《高點民法講義》第三回，顏台大編撰，第 13 頁以下。 3. 《高點民法講義》第二回，顏台大編撰，第 45 頁以下。《高點民法講義第三回》，第 26 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及懲罰性違約金之定性、代位權行使之要件以及利益第三人契約解除與不當得利競合之問題，分述如下：

(一) 丙應得向乙請求 5 萬元之懲罰性違約金，並得請求遲延利息

1. 乙丙訂立買賣契約，且乙丙之買賣契約約定由丙向甲為給付，甲對丙並有直接給付請求權，故乙丙之買賣契約係屬民法§269 所規定之真正利益第三人契約，合先敘明。
2. 依題示乙丙約定 12 月 1 日為清償期，並同時約定若發生給付遲延時，遲延之一方須支付 5 萬元之懲罰性違約金。按所謂違約金，包括損害賠償額預定違約金和懲罰性違約金，前者係指契約當事人約定於債務不履行時，債務人應負擔之債務不履行損害賠償責任之數額之預定；後者係指債務人債務不履行時，外加應負擔之部分，除違約金外，債務人之履行責任或不履行之損害賠償責任仍然存在。
3. 查乙丙間依題示就違約金之部分既已明示為「懲罰性違約金」，且丙已依約向甲提出給付，就乙價金給付之遲延僅係可歸責於乙而非屬可歸責於丙之事由，則丙自得向乙請求 5 萬元懲罰性違約金，並得請求給付遲延之遲延利息(民§233)。又乙丙雖成立真正利益第三人契約，然契約當事人之地位並不因此改變，乙仍為契約義務人，是故縱使丙係向甲為給付，仍無礙於丙向乙請求違約金與遲延利息。

(二) 丙不得代位行使乙對丁之借款返還請求權

1. 丙得否代位乙行使乙對丁之借款返還請求權，涉及到民法§242 代位權要件中，是否需以債務人陷於「無資力」為必要。依最高法院 88 年台上字第 650 號判決意旨：「民法§242…其所保全者，除在特定債權或其他與債務人之資力無關之債權，不問債務人之資力如何，均得行使代位權外，如為不特定債權或金錢債權，應以債務人怠於行使其權利，致陷於無資力，始得認為保全之必要，否則，即無代位行使之餘地。」，換言之，於金錢之債權人若欲行使代位權，必須債務人陷於無資力為必要，學說亦同此見解。

2.本題中，丙對乙有價金債權，且乙對丁有 100 萬元之借款債權，然依前開學說與最高法院之見解，因丙乙間之債權係金錢債權，故丙若欲行使代位權，須乙對丁 100 萬債權不行使而使乙陷於無資力。然依題示，僅指明「乙財務困難」，惟此是否即指乙已陷於無資力，尚未臻明確，若所謂財務困難係指乙已無支付能力，則丙自得依民法§242 代位乙向丁請求返還借款，惟代位受領之範圍亦僅以丙對乙之債權範圍為限。

(三)丙得行使解除權，並向乙主張權利

- 1.乙丙約定若給付遲延時間超過一個月，雙方皆可任意解除契約，今丙提出給付後一個月乙仍未支付價金，丙自因此取得解除權並得行使解除權，此時之解除權行使仍屬單方行為，與合意解除之契約行為不同。又依前述，乙丙間係成立真正利益第三人契約，甲雖有直接給付請求權，惟此並不因此改變乙丙間契約當事人之地位，乙仍為契約價金給付義務之債務人，今乙既已遲延給付價金逾一個月，丙自得依約定行使解除權，不因系爭契約係真正利益第三人契約而受影響。
- 2.丙行使解除權後，得依民法§259 請求回復原狀，惟民法§259 條屬原給付義務之變形，與原給付義務之債之同一性不變，自受債之相對性之限制，丙之契約相對人既為乙，則解除契約後回復原狀，亦僅得向乙請求，而不得向原契約當事人以外之甲請求。今丙既已將標的給付予甲，甲取得標的物之所有權，乙已無法將標的物之所有權移轉予丙，故丙僅得向乙依民法§259 條第 6 款請求乙償還系爭標的之價額。
- 3.依多數見解，解除權之行使具有溯及效力，是故當乙無法履行其§259 回復原狀之義務時，丙得否主張甲受領給付之原因即真正利益第三人契約已不存在，而向甲主張不當得利之返還，學說與實務間有不同見解。依最高法院 95 年台上 1925 號判決之見解：「第三人基於對價關係之債權係相對權，不得本此對價關係之債權對抗債務人，即無從本於對價關係對於債務人主張其取得之利益為有法律上原因，是故債務人於契約解除後，以第三人約款業已失其存在為由，向第三人請求返還不當得利，自非法所不許」；據此，丙主張解除契約後，自得向甲依不當得利請求返還甲所受領之標的。然學說主張，真正利益第三人契約僅係法律技術上之運用，當事人間之基本法律關係並未改變，且前開最高法院之見解弱化真正利益第三人契約之利益第三人之保護，使得利益第三人本於一個受領行為而有受二個不同主體(即要約人與債務人)請求不當得利之機會，並不妥適。
- 4.再者，給付型不當得利之要件中，需給付行為與得利間具有因果關係為必要，而所謂「給付」，係指有意識且有目的之增益他人財產，是故學說主張，給付型不當得利因果關係之有無，應以「債之關係」之有無為判斷標準。本題中，丙之契約相對人既為乙，則與丙之給付具有因果關係者亦為乙；丙甲間既無債之關係，則甲之受益與丙之給付行為即無因果關係，丙自不得向甲請求不當得利返還。最高法院 92 年台上第 2581 號判決亦指明：「苟被指示人與指示人間之關係不存在，被指示人應僅得向指示人請求返還其無法律上原因所受之利益，至領取人所受之利益，原僅係本於指示人而非被指示人之給付，即被指示人與領取人間尚無給付關係存在，自無從成立不當得利之法律關係。」，即與學說以債之關係判斷因果關係之見解相同。
- 5.管見以為，前開爭議應以學說見解可採，蓋以債之關係判斷因果關係，使得給付型不當得利請求權人與相對人之判斷有一明確之標準，並可使各當事人合理承擔其相對人無支付能力風險，且亦可避免不真正利益第三人契約第三人保障優於真正利益第三人契約之第三人而生輕重失衡之情事。是故，依前開學說見解，丙不得向甲請求不當得利返還。

二、甲、乙、丙、丁、戊、己、庚、辛共有 A 地，各有應有部分 1/8，未約定管理方法，經甲、乙、丙、丁、戊、己六人同意，可否將 A 地為出租或設定抵押權或出賣並移轉所有權給壬？庚、辛如不同意，可主張何種權利？(45 分)

命題意旨	本題爭點涉及分別共有物管理、處分之多數決原則、土地法§34-1 以及優先承買權等。
答題關鍵	本題所涉者均為傳統考點，解題上應分別敘及分別共有物管理之多數決與其立法目的、多數決之限制、代理權說或處分權說，以及不同意多數決之共有人之優先承買權等。
考點命中	《高點民法講義第四回》，顏台大編撰，第 18 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及分別共有物管理、處分之多數決原則、土地法§34-1 代理權說與處分權說之爭議等問題，分述如下：

(一)甲等六人得將 A 地為出租

- 1.甲等八人共有 A 地，應有部分各為 1/8，甲至己等六人得否將 A 地出租予他人，涉及共有物之管理等問題。按共有物之應有部分係抽象存在共有物之任一質點之上，是故在未有分管之協議時，各共有人均不得就共

有物之任一範圍為實際之使用收益，否則其他共有人即得行使共有物返還請求權(民法§767 參照)，而請求將共有物回復共有人全體占有之狀態。惟如此將使得共有關係僵化而無任何共有人得使用收益共有物，無法發揮共有物之經濟效益，自屬不當。

- 2.舊法時代，因民法§820 規定共有物之管理須全體共有人同意，使得共有物之分管協議不易達成，不利於共有物之利用。然相較於土地法§34-1I 之規定，高度之處分行為得透過土地法§34-1I 多數決行使，低度之管理行為卻受限於民法§820 而須以全體決行之，亦顯輕重失衡。是故，98 年民法§820 即參考土地法§34-1 之規定，修訂共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及應有部分合計過半數之同意行之，但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算(民法§820I 參照)。
- 3.是故，依題示甲至己等六人已同意將 A 地出租，出租本屬管理行為之一，且甲至己等六人之應有部分合計已達 6/8，故依民法§820I，甲至己等六人自得將 A 地出租。惟若不同意之庚辛如認甲等出租行為不當，得依民法§820II 之規定，主張管理顯失公平而聲請法院以裁定變更管理方法，亦或請求分割共有物(民法§824 參照)。

(二)甲等六人不得將 A 地設定抵押權

- 1.共有物之多數決原則之立法目的在於促進共有物之利用，以避免共有物之僵化已如前述，而民法§819I 亦規定：「各共有人，得自由處分其應有部分。」，且此處所指之處分，係指法律上之處分，包括設定抵押權。是故，各共有人本即得將其應有部分設定抵押權，司法院大法官第 141 號解釋亦明示「共有之房地，如非基於公同關係而共有，則各共有人自得就其應有部分設定抵押權」。
- 2.此外，土地法§34-1I 係規定「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之」，換言之，共有物處分之多數決原則僅適用於用益物權之設定，而不及於擔保物權之設定。是故，甲等六人自不得將 A 地設定抵押權，否則此等抵押權設定即屬無權處分，而屬效力未定；若庚辛不承認甲等六人之無權處分，庚辛自得向抵押權人主張所有物返還請求權，請求抵押權人塗銷抵押權登記(民法§767、§821 參照)。

(三)甲等六人得將 A 地出賣並移轉所有權予買受人

- 1.土地法§34-1I 規定「共有土地或建築改良物，其處分、變更及…」已如前述，為貫徹避免共有物利用僵化之立法目的，學說與實務均主張土地法§34-1I 之處分包括出賣共有物。今甲等六人同意出賣共有物 A 地，其已符合土地法§34-1I 多數決之門檻，故甲等得將 A 地出賣並移轉所有權。又此時雖係出賣 A 地，然概念上等同於出賣並移轉各共有人之應有部分，而甲等六人何以得處分不同意之庚辛之應有部分，學說上有所謂「代理權授與說」與「處分權授與說」之爭議。多數見解本於保護不同意出賣之共有人，避免不同意之共有人需受其他同意出賣共有人所約定之買賣契約之內容所拘束，採「處分權授與說」，即土地法§34-1I 係授與多數決之共有人有權處分(移轉)不同意出賣共有人之應有部分，最高法院 88 年台上字第 1703 判決亦主張：「部分共有人依土地法§34-1I 將共有土地全部出賣於人，就同意出賣之共有人言，係出賣其自有之應有部分，並有權一併出賣未同意出賣之共有人之應有部分，此種處分權乃係基於實體法規定而發生，同意出賣之共有人並非代理未同意出賣之共有人與買受人訂立買賣契約，未同意出賣之共有人與買受人間，自不發生何等法律關係。」，即採處分權授與說。
- 2.又甲等六人雖得依土地法§34-1I 以多數決出賣共有物 A 地，惟本質上仍係屬各共有人出賣其應有部分已如前述。土地法§34-1IV 規定：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」，故庚辛仍得向甲等六人主張優先承買 A 地；最高法院 78 年第 12 次民庭決議亦主張：「共有人甲乙二人土地法§34-1I 將共有土地之全部，出賣於丁，他共有人丙得依同條第 4 項規定，對之主張優先承購權。蓋共有人甲、乙二人依同條第 1 項出賣共有土地之全部，然就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，不過對於丙之應有部分，有權代為處分而已，並非以此剝奪丙優先承購之權利。」，最高法院 102 年台上字第 141 號判決亦同此意旨。

三、甲男與乙女同居多年，雖已育有丙男、丁女兩個子女，然仍無意結婚。丙、丁自小深受甲之疼愛，二人現在均已成年。今年初甲、乙突然打算完婚，鑑於今年元宵節巧遇西洋情人節，意義非凡，遂決定於該日晚間在某飯店舉行婚宴；當晚席開六桌，親人摯友出席雖非踴躍，卻也賓主盡歡。三日後上午，甲、乙步行前往戶政機關辦理結婚登記，途中遭公車撞及，甲當場身亡，乙則於送醫急救後倖免於難。甲身後留有銀行存款新臺幣 2000 萬元，並無負債。今年六月甲之遺產由乙、丙、丁繼承分配完畢後，八月間突有 A 男出面主張，其與甲男曾有親密關係，並於甲生前長期

接受甲之生活照拂，因此要求酌給遺產。A 並同時表示，丁女係其與乙女所生。請問乙、丙、丁和 A 對於甲之遺產關係如何？（45 分）

命題意旨	本題在測驗考生關於結婚之形式要件、認領是否以客觀真實血統為前提、以及遺產酌給請求權之要件分析。考生應注意 A 之主張並無婚否認之訴之適用，蓋本案並非非婚生子女之推定情事。若考生能一併敘明結婚要件之修法理由，詳述認領之學說爭議，應能獲得不錯分數。
答題關鍵	本題解題層次為： 1.乙是否符合結婚之形式要件？若無，是否有可能主張遺產酌給請求權。 2.丙、丁認領是否以客觀真實血統為前提之爭議論述。 3.A 遺產酌給請求權是否有身分之限制？其要件為何。
考點命中	高點民法（親屬、繼承），許律師，2014 年 5 月 17 版。

【擬答】

就乙丙丁 A 對甲之遺產關係，分述如下：

（一）乙

1.乙非甲之配偶，無繼承權：

- (1)按民法第 982 條之規定，結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。民國 96 年 5 月將舊法之「儀式婚主義」改採為「登記婚主義」，以向戶政事務所為登記為形式要件，係強化婚姻之公示性，蓋儀式婚之公示效果較薄弱，且易有認定上之困難，修正以避免婚生效力之爭執。
- (2)本案，甲乙有結婚之意思，雖有舉辦結婚之儀式，惟現今已改採登記婚主義，甲於辦理登記前死亡，不符合結婚形式要件之強制規定，無婚姻關係，故乙非甲之配偶。
- (3)小結：乙非甲之配偶，非民法第 1138 條之繼承權人，故乙無繼承權。

2.乙得主張遺產酌給請求權：

- (1)按民法第 1149 條之規定，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。此為遺產酌給請求權，立法意旨係避免被繼承人生前繼續扶養之人，於被繼承人死亡後其生活頓失依靠，性質上屬遺產債務，具有扶養義務延長之色彩。既係撫養義務之延長，即應符合乙不能維持其生活而無謀生能力者為請求扶養之要件（民法第 1117 條）。
- (2)本案，乙雖非甲之配偶，惟甲乙同居多年，應可認乙為甲生前繼續扶養之人，故若乙符合不能維持生活而無謀生能力之扶養要件，該當生活扶助義務之要求，應得依該條請求酌給遺產。
- (3)小結：乙若符合扶養要件，得請求遺產酌給請求權。

總結：乙非甲之配偶，無繼承權，惟若符合扶養要件，得主張遺產酌給請求權。

（二）丙、丁

1.丙丁是否為繼承權人，分述如下：

按民法第 1065 條第 1 項之規定，非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。本案之爭點係，認領是否以客觀真實血統為前提，分述如下：

（1）客觀真實主義

依多數學說及實務判例見解（86 台上 1908）認為，認領以具備真實血統聯絡為前提，此係貫徹血統真實、避免架空收養制度、避免不當剝奪生父認領權、身分安定性之考量。

（2）主觀真實主義

亦有學者認為認領若不具備客觀血統事實，不妨先推定其身分關係成立，以保障非婚生子女之教養利益，而得再依民法第 1066 條及第 1070 條但書救濟之。

（3）小結：

①本文認為，依民法第 1070 條之意旨觀之，非真實血統聯絡之認領似非無效，僅得撤銷，惟此解釋下將有身分不安定、架空收養制度之疑慮，故從實務判例見解，採客觀真實主義。

本案，丙丁自小即受甲之疼愛，縱甲無認領之表示，依民法第 1065 條第 1 項後段，其撫育亦視為認領。惟如上述所述，認領應以客觀真實血統為要件，故若丁係 A 及乙所生者，則甲丁間即無親屬關係，丁即非繼承人。

②若丙丁與甲具備客觀真實血統之聯絡，依民法第 1065 條之認領規定，丙、丁有繼承權（民法第 1138 條第 1 款），惟丁若為 A 之子女，即無繼承權，至多主張遺產酌給請求權，一併敘明。

（三）A

1.遺產酌給請求權：

按民法第 1149 條之遺產酌給請求權，其**意旨係扶養義務之延長，故不以性別、身分為限制**，僅須具有被繼承人生前所扶養之事實，而無受相當之遺贈，且符合生活扶助義務之扶養要件者，即得主張之。

2.本文中，A 曾與甲有親密關係，且受甲之長期照拂，若甲死亡後，A 有不能維持生活而無謀生能力之情事，應得依第 1149 條之規定請求酌給遺產，不因 A 為男性而其權利有所不同。

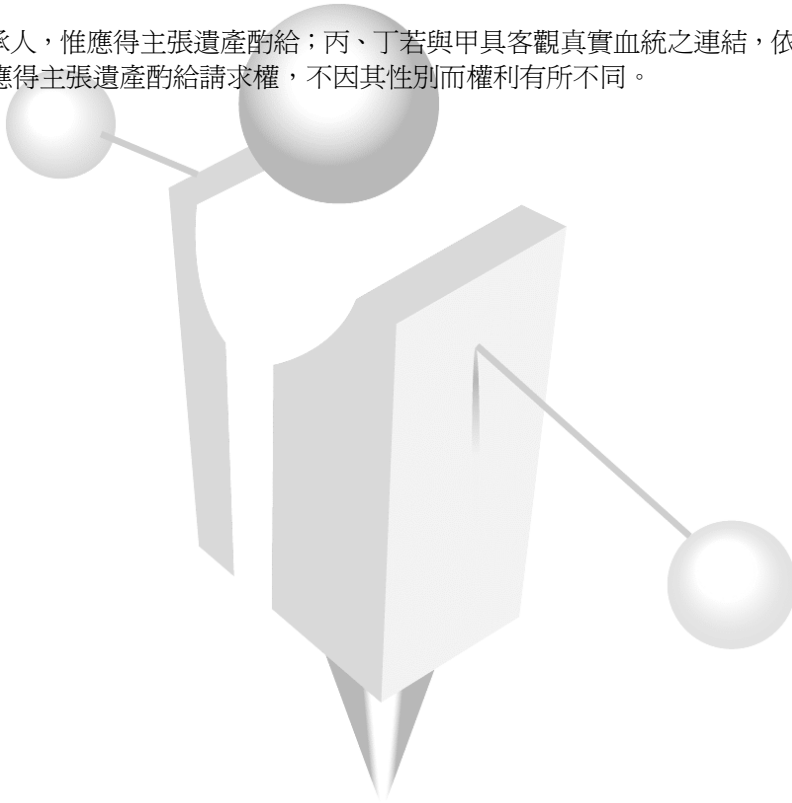
3.小結：

A 受甲生前之長期照拂，若其有不能維持生活而無謀生能力之情事，應有遺產酌給請求權。

結論：

乙非甲之配偶，非繼承人，惟應得主張遺產酌給；丙、丁若與甲具客觀真實血統之連結，依認領規定為繼承人；

A 若符合扶養要件，應得主張遺產酌給請求權，不因其性別而權利有所不同。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！