

《民法》

一、甲女於高中畢業後，以 18 歲年紀考上公務人員普考，立即被分發任職並經其父母乙、丙同意任職。於領取第 1 個月薪水後，甲另行覓屋並與丁簽訂租賃契約，立即遷入該屋；然乙、丙自始反對甲上述行為，試析其民事法律關係？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學關於限制行為能力人未得法定代理人允許所為契約之效力問題
答題關鍵	<p>本題涉及限制行為能力人未得法定代理人允許所為之契約效力問題，題目雖屬簡短，但依法律邏輯鋪陳並非容易，答題分析如下：</p> <p>(一)首先，應先說明限制行為能力人未得法定代理人允許之原則效力</p> <p>(二)再者，討論未得法定代理人允許所為契約例外有效之情況：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.民法第 85 條，允許營業行為，有行為能力。 2.民法第 84 條，允許處分財產，有處分能力。 3.民法第 77 條但書，依其年齡及身分日常生活所必需，例外契約有效。 <p>另外尚有第 77 條但書純獲法律上利益及第 83 條施詐術使人信其有行為能力之例外，因與本題無涉，故不予討論。</p> <p>(三)最後，若假設甲丁間之契約不生效力，甲因題意有遷入該屋之行為，故仍須討論不當得利之關係。</p>
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> 1.高台大，民法講義第二回，頁 3～9。 2.王澤鑑，民法總則，頁 348～355。 3.黃立，民法總則，頁 213～215。

【擬答】

本題民事法律關係之分析，涉及限制行為能力人未得法定代理人允許所訂立之契約是否有效之問題，試分述如下：

(一)甲丁間之租賃契約，因甲為限制行為能力人，故原則上係效力未定：

- 1.甲 18 歲，依民法（以下同）第 13 條第 2 項規定，係一限制行為能力人。而限制行為能力人所為意思表示，依第 77 條本文規定，應得法定代理人之允許，否則單獨行為無效（第 78 條），契約行為效力未定（第 79 條）。
- 2.本題，限制行為能力人甲與丁訂定租賃契約，為其法定代理人乙及丙反對，係未得法定代理人之允許，依第 79 條規定，該租賃契約應屬效力未定。

(二)惟甲丁間之租賃契約，如屬民法第 85 條允許營業行為之範圍內，應屬有效；反之，仍屬效力未定：

- 1.然立法者為促使未成年人參與法律行為，仍設有若干例外有效之規定。按民法第 85 條第 1 項規定，法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業，有行為能力。而所謂「營業行為」，通說認為在客觀上與其營業具有關聯之必要行為均屬之。對此與營業具有關聯之必要行為，限制行為能力人即有完全行為能力，不必得法定代理人之事前允許或事後同意。
- 2.本題，甲之父母乙、丙同意甲擔任公職，學說上有認為基於「舉重以明輕」之法理，對於風險較高之獨立營業尚承認其取得行為能力，對於風險較低之受僱或任公職行為，更應承認取得行為能力，故甲得類推適用第 85 條第 1 項規定，就其任公職有關聯之必要行為，取得完全行為能力。
- 3.是以，本題甲向丁承租房屋，如其目的係因被分派到外地而有通勤之便者，似應認為其與任職行為具有必要關聯，而不必得法定代理人之允許。反之，若認系爭租賃契約與任職無必要關聯，則非本條項所允許之範圍，仍應另外取得法定代理人之同意。
- 4.又縱屬本條有效之情況，惟甲之法定代理人乙、丙自始反對，依民法第 85 條第 2 項規定，其得將其允許撤銷或限制之，但不得對抗善意第三人。是以，如乙丙有撤銷或限制甲之租賃行為，則系爭租賃行為仍不發生效力；然為保護交易安全，倘出租人丁為善意者，則依該條項但書規定，系爭租賃契約仍為有效。

(三)如甲係運用其第一個月薪水租屋，是否係屬民法第 84 條法定代理人允許處分之財產：



- 1.按民法第 84 條規定，法定代理人允許限制行為能力人處分之財產，限制行為能力人就該財產有處分之能力。而該條所謂「處分」，依通說見解係指「法律上之處分」，包括「負擔行為」及「處分行為」在內。
- 2.本題，甲既係父母乙丙之同意而任職公務員，其因此而取得之勞務所得，學生以為，解釋上似得認為該所得應屬父母允許處分之財產，故如甲以其所領取之第一個月薪水，向丁租屋居住，似可認為其屬法定代理人所允許處分之財產範圍內，故依第 84 條規定，有處分之能力。準此，系爭租賃契約應屬有效。
- 3.惟有見解認為，本條之適用與第 85 條不同，法定代理人並不因此喪失其法定代理權，如於法定代理人認為該法律行為對限制行為能力人不利者，基於保護限制行為能力人之立場，仍得撤銷其允許。故本題甲之父母乙、丙反對系爭租賃契約者，得撤銷其允許，使該行為處於未得法定代理人允許之狀態，而屬效力未定。

(四)甲丁間之租賃契約，如屬民法第 77 條但書依其年齡及身分日常生活所必需者，仍例外有效：

- 1.按民法第 77 條規定，限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。但純獲法律上之利益，或依其年齡及身分，日常生活所必需者，不在此限。
- 2.本題，甲 18 歲，考上公務員普考，學生以為其具有獨立之經濟基礎，且其年齡已接近成年，思慮應已臻周全，故其在外租屋生活，依一般社會通念，似得認為係屬依其年齡及身分日常生活所必需，故縱使未經法定代理人之允許，依第 77 條但書規定，應屬有效。

(五)惟如甲丁之租賃契約不生效力，甲遷入丁之房屋居住，丁得依民法第 179 條規定向甲請求不當得利：

承上所述，如甲丁間之租賃契約不生效力，則甲立即遷入丁之房屋之行為，係無法律上之原因受有使用收益利益，使丁受有喪失占有使用收益之損害，故成立不當得利。而不當得利制度，係在處理不當利益流動及歸屬問題，與行為能力制度無關，是以，本題若於甲丁間之租賃契約不生效力之情形下，丁得依民法第 179 條規定，向甲主張不當得利，不因甲為限制行為能力人而有不同。

二、A 汽車公司銷售部經理甲於偶然機會發現，其公司生產之 X 型汽車煞車系統有瑕疵，甲立刻向公司總經理乙報告該事實。不過，乙卻要求甲隱匿之。甲憤而向公司辭職，然而甲剛於前幾日與公司簽下合約書，於契約載明甲於 3 年內不得以任何理由辭職，否則應賠償公司違約金 1 千萬元。又丙向 A 汽車公司之經銷商 B 公司購買該 X 型汽車，而在購買過程中，不知 X 型汽車有瑕疵之 B 公司銷售人員對丙，一再擔保該車品質無慮。嗣後，丙開車外出時，因煞車失靈而車禍受傷且車輛受損。

試問：若甲堅持辭職，A 汽車公司得否請求甲賠償違約金 1 千萬元？又丙就其因車禍受傷及車輛之毀損，有何權利得主張？試就民法規定分析之。(25 分)

命題意旨	<p>本題旨在測驗同學：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.離職條款違反公序良俗及違約金過高之酌減。 2.買賣之商品瑕疵所發生之契約責任與侵權責任之問題。
答題關鍵	<p>(一)離職條款違反公序良俗及違約金過高之酌減：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.注意民法第 72 條公序良俗之對於契約自由原則之限制 2.注意實務上民法第 252 條違約金過高之酌減問題。 <p>(二)買賣之商品瑕疵所發生之契約責任與侵權責任：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.須注意本題老師指明「就民法規定分析之」，故在此不討論消保法上之商品製造人或經銷商責任。 2.依序檢討丙對 B 公司、丙對 A 公司之因商品瑕疵所導致之民法上契約責任及侵權責任的損害賠償請求權問題。 3.另須注意者，題目亦指出丙之損害有「身體受傷」(固有利益)及「車輛毀損」(商品自傷、履行利益)二者，故須檢討在契約責任，尤其是侵權責任對於此二者是否皆得主張之爭議。
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> 1.高台大，民法講義第一回，頁 78、79。 2.高台大，民法講義第三回，頁 64、65。 3.高台大，民法講義第四回，頁 53。 4.高台大，民法講義第五回，頁 10、11。



【擬答】

(一)A 公司應不得請求甲賠償違約金 1 千萬元：

1. 甲與 A 之契約內容，違反民法第 72 條公共秩序善良風俗，應屬無效：

- (1) 按當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。又法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效，民法(以下同)第 250 條第 1 項及第 72 條定有明文。
- (2) 本題，甲與 A 約定 3 年內不得以任何理由離職，否則應賠償違約金 1 千萬，依第 250 條第 1 項規定，原應屬契約自由原則之範圍。惟該 3 年內不得以任何理由離職之約定，顯然侵害甲依憲法第 15 條所保障之工作權及職業自由權之基本精神，而違反國家社會一般利益及道德觀念，故該約定依第 72 條規定，違反公共秩序善良風俗，應屬無效。準此，甲得主張該約款違反第 72 條規定無效，而拒絕支付 1 千萬之違約金。

2. 退萬步言之，縱使該約定有效，甲亦得依民法第 252 條規定請求酌減違約金：

- (1) 按民法第 252 條規定，約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。而違約金是否過高，依實務見解，應審酌一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害等情形為之。
- (2) 本題，甲係因 A 公司要求其隱匿瑕疵而離職，依題意觀之似無對 A 公司造成重大損害，審酌雙方當事人之情形，如認甲須支付 1 千萬之違約金，對甲而言似屬過苛。故甲得依第 252 條規定，請求法院酌減過高之違約金。

(二)丙就其車禍受傷及車輛之毀損，依「民法規定」所得主張之權利如下：

1. 丙對 B 公司之主張：

(1) 契約責任：

A. 丙得依民法第 354 條、第 359 條及第 360 條之規定，向 B 公司請求減少價金、解除契約或請求損害賠償：

(A) 丙向 B 公司購買 X 型汽車一部，依民法第 345 條規定，丙與 B 公司成立買賣契約。又 B 公司所給付之 X 型汽車有煞車失靈之瑕疵，顯然欠缺買賣契約所具有之通常或約定之價值、品質或效用，依第 354 條規定，B 公司須負物之瑕疵擔保責任。

(B) 準此，買受人丙得依第 359 條規定，請求減少價金，又因該煞車失靈之瑕疵將影響丙之人身安全，解除契約並非顯失公平，故丙亦得解除契約。

(C) 另 B 公司之銷售人員對丙擔保該車無瑕疵，故依第 360 條規定，丙得不請求減少價金或解除契約，而直接請求不履行之損害賠償，且該條立法理由謂出賣人就標的物之品質，特約擔保者，視為因此所生之一切結果，皆有擔保之意，故不因 B 公司不知其有瑕疵而不同。又該損害賠償範圍，通說及實務見解認為包括「履行利益」及「固有利益」之損害。是以，丙得向 B 公司主張車輛毀損(履行利益)及車禍受傷(固有利益)之損害賠償責任。

B. 丙得依民法第 227 條第 1 項及第 2 項之規定，向 B 公司請求損害賠償：

(A) B 公司所給付之汽車雖有煞車失靈之瑕疵存在，係屬非依債之本旨提出給付之情形，雖 B 公司不知該瑕疵之存在，惟是否屬可歸責 B 公司之事由，依通說及實務見解，應由債務人 B 公司之負舉證責任。

(B) 準此，除非 B 公司能證明該未告知丙瑕疵之存在或對瑕疵之發生係屬不可歸責於 B 公司之事由，否則 B 公司仍須負不完全給付之損害賠償責任。此時，丙得依第 227 條第 1 項及第 2 項規定，請求車輛毀損(履行利益)及車禍受傷(固有利益)之損害賠償責任。

(2) 侵權責任：

A. 丙因煞車失靈之受傷，不得依民法第 184 條第 1 項前段規定向 B 公司主張侵權行為損害賠償責任：丙因 B 公司所給付煞車失靈之汽車，導致其身體權及健康權受到侵害，係屬侵害丙之權利，惟依前述，B 公司不知其給付具有瑕疵，對其侵害行為並無故意或過失之存在，故丙不得依第 184 條第 1 項前段請求 B 公司對其受傷負侵權行為損害賠償責任。

B. 對於車輛毀損，丙不得依民法第 184 條第 1 項後段規定向 B 公司主張侵權行為損害賠償責任：

(A) B 公司給付有煞車失靈之汽車，導致丙受有汽車毀損之損害，係屬「商品自傷」之情形。通說認為，商品自傷係屬「履行利益」之損害，性質上為「純粹經濟上損失」，非屬第 184 條第 1 項前段之「權利」，故應由第 1 項後段來主張。

(B) 惟本題，B 公司對該瑕疵之給付並無故意及背於善良風俗之方法加損害於丙之情事，故丙不得依



民法第 184 條第 1 項後段規定向 B 公司主張侵權行為損害賠償責任。

2. 丙對 A 公司之主張：

(1) 契約責任：

因丙與 A 公司間並無契約關係存在，故丙無法向 A 公司主張契約責任。

(2) 侵權責任：

A. 丙得依民法第 191 條之 1 第 1 項規定，向 A 公司主張商品製造人之侵權責任：

(A) 按民法第 191 條之 1 第 1 項規定，商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。

(B) 本題，A 公司所製造之 X 型汽車具有煞車失靈之瑕疵存在，丙駕駛該車受傷，係屬該商品之通常使用所致之損害。又依題意，A 公司知悉該瑕疵之存在，並無通知買受人注意該瑕疵或無召回車輛檢修之行爲，應認爲其並未盡其防止損害發生之注意義務，故丙得依民法第 191 條之 1 第 1 項規定，請求 A 公司負商品製造人之侵權責任損害賠償責任。

(C) 對於損害賠償之範圍，丙除有「身體受傷」之「權利」受到侵害，依通說及實務見解得依該條規定主張並無爭議外，惟於「車輛毀損」之「商品自傷」（純粹經濟上損失），是否亦得依該條規定主張，學說上有所爭議：

肯定說認爲，該條規定只要「致他人之損害」即可，並不區分是「權利」或「利益」之損害；惟否定說認爲，本條已減輕被害人之舉證責任，實不宜再讓商品製造人之責任更沈重，故不應包括利益在內。準此，依肯定說，丙得依主張該車輛毀損之責任，若採否定說，則不得主張之。

B. 丙得依民法第 184 條第 1 項前段及後段之規定，向 A 公司主張侵權行為之損害賠償責任：

(A) A 公司明知該車有煞車失靈之瑕疵，仍出賣予丙，導致丙之身體權受到損害，係屬因故意或過失不法侵害丙之權利，故依第 184 條第 1 項前段規定，應負侵權行為損害賠償責任。

(B) 對於丙因車輛毀損所致之損失，承前所述，係屬「純粹經濟上之損失」，故須以第 184 條第 1 項後段之故意侵權責任來主張。本題 A 公司明知該車有瑕疵而未盡通知丙之義務，應認 A 公司具有故意，且依一般社會通念及誠信原則，A 公司不告知丙有瑕疵，應認爲屬於「背於善良風俗之方法加損害於他人」之情形，故丙得就車輛毀損之損失向 A 公司主張第 184 條第 1 項後段之侵權行為損害賠償責任。

三、甲、乙二人共有一宗 A 建地，應有部分登記為各二分之一，甲未經乙之同意，亦未申請建造執照，逕自在 A 地之東半部興建一幢 C 屋居住逾 20 年；甲在興建 C 屋時，不慎部分房屋逾越地界，建築在鄰人丙之 B 耕地上，致丙不能將 B 地交付永佃權人丁使用，丙因而憂憤死亡，且無人知其繼承人為何人。

試問：乙、丁得否行使物上請求權，請求甲拆屋還地？又甲得否主張時效取得 A、B 二地之地上權？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學「共有人未經他共有人同意使用收益共有物特定部分之效力」，及「越界建築之要件」，此外亦涉及「共有人時效取得地上權」及「耕地是否得時效取得地上權」之問題。
答題關鍵	<p>本題一共分成四個部分，皆有相關之實務見解，此爲解題之關鍵，必須特別注意：</p> <p>(一) 乙對甲得否主張拆屋還地：</p> <p>涉及「共有人未經他共有人同意使用收益共有物特定部分之效力」，須注意民法第 821 條及第 767 條第 1 項之適用，及實務上最高法院 74 年第 2 次民庭決議之見解。此題與 98 律師考題爭點相同，難度不高。</p> <p>(二) 丁對甲得否主張拆屋還地：</p> <p>1. 丁屬用益權人，依 98 年新法增訂第 767 條第 2 項之規定，得主張物上返還請求權。</p> <p>2. 惟其是否得主張，另涉及第 796 條越界建築要件之適用，用益權人依第 800 之 1 規定亦須負有容忍義務，此外另需注意最高法院 86 年台上 2103 號判決之見解。</p> <p>(三) 甲對共有之 A 地得否主張時效地上權：</p> <p>本題涉及大法官釋字第 451 號解釋，與 94 年司法官考題爭點相同，難度不高。</p> <p>(四) 甲對屬耕地之 B 地得否主張時效取得地上權：</p>



	本題涉及大法官釋字第 408 號解釋之問題。
高分閱讀	1.高台大，民法講義第六回，頁 35～40、41、47～50、51、52、84。 2.高台大，實例演習班第二回，頁 70、71、94～98。

【擬答】

(一)乙得依民法第 767 條第 1 項中段、前段及第 821 條規定，請求甲拆屋還地：

- 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。對於妨害其所有權者，得請求除去之；各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本來所有權之請求。但回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之，民法第 767 條第 1 項前段、中段、第 821 條定有明文。次按共有人，按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權，同法第 818 條固有明定。惟未經共有人協議分管之共有物，共有人對共有物之特定部分占用收益，須徵得他共有人全體之同意，如未經他共有人同意而就共有物之全部或一部任意占用收益，他共有人得本於所有權請求除去其妨害或請求向全體共有人返還占用部分（最高法院 74 年度第 2 次民事庭會議決定(三)參照）。
- 2.準此，本題甲未經他共有人乙之同意，於其共有 A 地之東半部興建 C 屋一棟，他共有人乙得依民法第 767 條第 1 項中段、前段及第 821 條規定，得就共有物 A 地之全部本於所有權之請求，請求甲拆除 C 屋於 A 地之部分，並將之返還予共有人之全體。

(二)永佃權人丁得依民法第 767 條第 2 項準用第 1 項中段及前段規定，請求甲拆除 C 屋越界建築之部分：

- 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。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。前項規定，於所有權以外之物權，準用之，民法第 767 條第 1 項及第 2 項定有明文。
- 2.本題，甲在興建 C 屋時，不慎部分房屋越界建築於鄰地之 B 地上，就該越界部分，係屬對 B 地之無權占有，所有權人丙本得依第 767 條第 1 項中段及前段規定請求甲拆屋還地，惟丙死亡且無人知其繼承人，故事實上無法行使。惟 98 年新法第 767 條增訂第 2 項，使所有權外之物權人得準用第 1 項規定，向無權占有人主張之。準此，B 地之永佃權人丁，既對該地有使用收益之權限存在，故其得向甲主張拆屋還地。
- 3.然為保護建築物之經濟價值，民法第 796 條第 1 項規定，土地所有人建築房屋非因故意或重大過失逾越地界者，鄰地所有人如知其越界而不即提出異議，不得請求移去或變更其房屋。但土地所有人對於鄰地因此所受之損害，應支付償金。另按 99 年修正第 800 條之 1 規定，第 774 條至前條規定，於地上權人、農育權人、不動產役權人、典權人、承租人、其他土地、建築物或其他工作物利用人準用之。準此，倘甲之 C 屋如符合上開規定，所有權人丙及用益權人丁即負有容忍義務，不得向甲主張拆屋還地。
- 4.惟實務見解認為，民法第 796 條所定之「土地所有人」，越界建築房屋，必以建築房屋者，為「土地所有人」或其他有利用土地權利之人（例如：地上權人、永佃權人或典權人、承租人、使用借貸人等等），始足當之，倘建築房屋之初，尚非「土地所有人」或其他有利用土地權利之人，應屬單純之「無權占有」，不生該條所定「鄰地所有人」是否即時提出異議之問題（最高法院 86 年台上 2103 號判決參照）。
- 5.職此，甲在興建 C 屋時，不慎部分房屋越界建築於鄰地之 B 地上，其雖無故意或重大過失，惟本題甲使用其 A 地興建 C 屋時，係未經他共有人同意而就共有物之全部或一部任意占用收益，而屬無權占有之情形，依上開實務見解，不生鄰地所有人是否即時提出異議之問題。是以，越界建築人甲既不符合第 796 條之規定，永佃權人丁即無容忍義務，故丁得依第 767 條第 2 項準用第 1 項中段及前段規定，請求甲拆除 C 屋越界建築之部分並返還該部分之土地。

(三)甲得依民法第 772 條準用第 769 條規定及大法官釋字第 451 號及第 291 號解釋，主張時效取得 A 地之地上權：

- 1.按民法第 769 條規定，以所有之意思，二十年間和平、公然、繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人。次按第 772 條規定，前五條之規定，於所有權以外財產權之取得，準用之。於已登記之不動產，亦同。
- 2.另共有人是否得於自己之土地上時效取得地上權，大法官釋字第 451 號解釋認為，共有物亦得因共有人全體之同意而設定負擔，自得為共有人之一人或數人設定地上權。於公同共有之土地上為公同共有人之一人或數人設定地上權者亦同。是共有人或公同共有人之一人或數人以在他人之土地上行使地上權之意思而占有共有或公同共有之土地者，自得依民法第 772 條準用同法第 769 條及第 770 條取得時效之規定，請求登記為地上權人。
- 3.準此以言，本題共有人甲就其共有 A 地之東半部興建 C 屋，係公然、和平、繼續占有達 20 年，應得以地



上權人之意思，依民法第 772 條準用第 769 條規定，時效取得地上權，且依新法第 772 條後段之增訂，縱屬已登記之土地，亦不受影響。

4. 又 C 屋未申請建照執照，是否會影響甲時效取得 A 地之地上權，早期實務見解有所爭議。後大法官作成釋字 291 號解釋，認為取得時效制度，係為公益而設，依此制度取得之財產權應為憲法所保障。內政部於中華民國七十七年八月十七日函頒時效取得地上權登審查要點第五點第一項規定：「以建物為目的使用土地者，應依土地登記規則第 70 條提出該建物係合法建物之證明文件」，使長期占有他人私有土地，本得依法因時效取得地上權之人，因無從提出該項合法建物之證明文件，致無法完成其地上權之登記，與憲法保障人民財產權之意旨不符，此部分應停止適用。是以，依上開解釋意旨，本題 C 屋未申請建照執照，應不影響甲時效取得地上權之效力。

(四)甲不得依民法第 772 條準用第 769 條規定，就 B 地主張時效取得地上權：

1. 甲興建 C 屋越界占有 B 地，係以地上權之意思，公然、和平、繼續占有達 20 年，故原則上得依民法第 772 條準用第 769 條規定，時效取得地上權。
2. 惟依大法官釋字第 408 號解釋，民法第 832 條規定，稱地上權者，謂以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地之權。故設定地上權之土地，以適於建築房屋或設置其他工作物或種植竹林者為限。其因時效取得地上權而請求登記者亦同。土地法第 82 條前段規定，凡編為某種使用地之土地，不得供其他用途之使用。占有土地屬農業發展條例第 3 條第 11 款所稱之耕地者，性質上既不適於設定地上權，內政部於中華民國七十七年八月十七日以台內地字第 621464 號函訂頒時效取得地上權登記審查要點第三點第二款規定占有人占有上開耕地者，不得申請時效取得地上權登記，與憲法保障人民財產權之意旨，尚無抵觸。
3. 準此以言，本題甲建築房屋所占有之 B 地，其性質為「耕地」，依上開解釋之見解，性質上不適於設定地上權，故甲應不得依民法第 772 條準用第 769 條規定，就 B 地主張時效取得地上權。

四、甲夫乙妻育有 A 子，婚後甲以其名義購買房屋乙棟，甲退休後領月退俸 6 萬元，此外再無其他財產及收入。原本相安無事之家庭，因成年後之 A 不顧其母反對與 B 結婚而產生嫌隙，甲愛子心切乃私自將僅有之房屋贈與 A 作為完成結婚登記之賀禮，豈料 A 於蜜月旅行竟發生意外死亡，乙因痛失愛子乃憤而要求與甲離婚。二人依法離婚後，乙始發現房屋已非屬甲所有，若乙與 B 均未有任何財產。

試問：乙與 B 得主張何種權利？(25 分)

命題意旨	本題之題目設計，許多地方俱未明確指明，因此同學於答題時，應在時間以及版面可能之範圍內，多方面假設並予探討，多方面的探討更能展現同學審題的謹慎以及思考邏輯的完整，力求於平凡的題目中創造出「鑑別度」，以求取高分！
答題關鍵	本題旨在測驗婚姻關係係因「離婚」或「一方死亡」而解消時，其法律適用有何差異？此涉及「夫妻財產制」、「婚姻解消之效力」以及「配偶應繼份」等基礎概念之相關規定，以『請求權基礎』之作答方式，一一就法條依據、要件加以敘明，再與事實涵攝相結合即可。
考題評析	本題考點並不太困難，與 96 年、97 年律師有若干共通之處，也因過於基礎，同學平時準備時容易有所忽略，且因題目許多地方俱未明確指明，於區分情形探討下，涉及的概念較多且繁瑣，同學答題時宜更注意架構之完整性，避免有所疑漏或答題內容過於混亂。
高分閱讀	1. 侯台大，99 年律司身分總複習講義，第一回：p25、p45、p46 2. 侯台大編著，《重點摘要速讀系列—身分法精要》p2-2~ p2-3、p2-9~ p2-10、p2-18~ p2-19 3. 侯律師編著，《高點法學圖說系列—身分法》p2-122~ p2-126、p2-142~ p2-145、p2-151~ p2-154、p2-177~ p2-178、p2-200~ p2-212

【擬答】

本題中乙與 B 得主張何種權利，涉及「夫妻財產制」以及「婚姻解消之效力」等相關規定，鑑於上開規定於 91 年 6 月修法時有重大變動，然本題中並未提及「甲、乙」及「A、B」結婚之時點係於何時，為利於相關規定之適用，爰設「甲、乙」及「A、B」結婚之時點均係於 91 年 6 月之後而依修正後之新法規定檢驗之，合先敘明。

(一)甲、乙因「離婚」而解消婚姻關係時，乙得主張何種權利，爰析述於下：



1.就「夫妻財產制」之部份：

(1)按本題中甲、乙結婚時有無另有夫妻財產制之約定，無法知悉，倘若當事人間並無約定，則參照民法第1005條規定，應以「法定財產制」為其夫妻財產制。而乙因A子死亡憤而要求與甲離婚：

①此時，依第1030-1條第1項規定：「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。但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。」又依題示，主張離婚時乙未有任何財產，是以，乙即得本於「剩餘財產分配請求權」向甲請求剩餘財產之給付。

②其次，依題示，甲於婚後購買「房屋一棟」並領有「月退俸6萬元」，此俱為婚後財產，依上開規定，於法定財產制關係消滅時，該婚後財產如現存，而扣除婚姻關係存續所負債務、無償取得以及慰撫金等部分後，如有剩餘，即為「剩餘財產分配請求權」之計算範圍。

③然而，甲於婚姻關係中私自將該房屋贈與予A子，乙於請求離婚時始發現該房屋已非甲所有，此時，甲贈與之無償行為，以致使乙之剩餘財產分配請求權受有損害，乙應如何加以救濟？據此，本法設有「撤銷權」與「追加計算」等制度。

A.按依本法第1020-1條第1項規定：「或妻於婚姻關係存續中就其婚後財產所為之無償行為，有害及法定財產制關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權者，他方得聲請法院撤銷之。但為履行道德上義務所為之相當贈與，不在此限。」第1020-2條規定：「前條撤銷權，自夫或妻之一方知有撤銷原因時起，六個月間不行使，或自行為時起經過一年而消滅。」是以，本題中甲贈與之無償行為除但書規定外，只要有害，即可撤銷。而該房屋係甲之婚後財產，原應為「剩餘財產分配請求權」之計算範圍，則該無償贈與之行爲，當然有害及法定財產制關係消滅後乙之剩餘財產分配請求權。且A子已成年，甲僅因A子結婚即將自己唯一之不動產贈與予A子，亦非屬「履行道德上義務所為之相當贈與」。如該無償贈與之行爲尚未超過一年，或自乙知有撤銷原因時起，尚未超過六個月者，乙自得聲請法院撤銷之。本題中乙係於離婚後始發現房屋已非甲所有，因此應有本條撤銷權之適用。

B.次依本法第1030-3條規定：「夫或妻為減少他方對於剩餘財產之分配，而於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產者，應將該財產追加計算，視為現存之婚後財產。但為履行道德上義務所為之相當贈與，不在此限。前項情形，分配權利人於義務人不足清償其應得之分配額時，得就其不足額，對受領之第三人於其所受。利益內請求返還。但受領為有償者，以顯不相當對價取得者為限。前項對第三人之請求權，於知悉其分配權利受侵害時起二年間不行使而消滅。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同。」依本條規定觀之，係為避免夫妻一方以減少他方剩餘財產之分配為目的，而任意處分其婚後財產，致生不公平之情形，是以除客觀上須有「消滅前五年內處分之行爲」，其主觀上「尚須具有侵害他方之故意」，始有本條之適用。本題中甲將該房屋贈與予A子係因A子結婚，為避免過度擴張本條規定，應認此時甲主觀上欠缺「為減少他方對剩餘財產分配之目的」，因此乙不得依本條規定主張追加。

(2)倘若甲、乙間另有夫妻財產制之約定，則依視其約定之不同，而異其分配方式：

①若甲、乙約定以「共同財產制」為其夫妻財產制：

依本法第1040條規定：「共同財產制關係消滅時，除法律另有規定外，夫妻各取回其訂立共同財產制契約時之財產。共同財產制關係存續中取得之共同財產，由夫妻各得其半數。但另有約定者，從其約定。」本題中，除甲於婚後購買「房屋一棟」並領有「月退俸6萬元」之外，並無其他財產與收入，且主張離婚時乙未有任何財產，因此乙無本條第1項取回財產之部份；而就「存續中取得之共同財產，各得其半數」部份，因甲已將自己唯一之不動產贈與予A子，而「共同財產制」亦未如「法定財產制」設有「撤銷權」與「追加計算」等救濟制度，因此就該房屋，乙應無法請求半數，而僅得就「月退俸6萬元」之部份予以主張。

②若甲、乙約定以「分別財產制」為其夫妻財產制：

依本法第1044條規定：「分別財產，夫妻各保有其財產之所有權，各自管理、使用、收益及處分。」因財產關係自始即為各自保有，因此乙無法依財產制規定向甲請求分配財產。

2.就「婚姻解消效力」之部份：

(1)本題中，因A子已成年，因此甲乙離婚彼此間不生本法第1116-2條之「對未成年子女之扶養費用請求權」、亦無本法第1055條「子女親權酌定」之問題。

(2)其次，除甲於婚後購買「房屋一棟」並領有「月退俸6萬元」之外，並無其他財產與收入，且主張離婚



時乙未有任何財產，因此乙亦無本法第 1058 條取回財產之請求權。

- (3)又，本題僅謂「甲乙依法離婚」，並未提及渠等係依「兩願離婚」抑或「裁判離婚」之方式為之，倘若係依「兩願離婚」方式，則甲乙協議離婚時若未另有約定，則乙即無其他權利得以主張。倘若係依「裁判離婚」方式，然乙係因 A 子死亡憤而要求與甲離婚，亦難認為甲對離婚之結果有過失，因此乙不得據以主張本法「第 1056 條」之損害賠償請求權；惟因離婚時乙未有任何財產，依本法「第 1057 條」規定：「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。」是以倘若乙因離婚而陷於生活困難，而甲尚有月退俸 6 萬元之收入，亦有相當之支付能力，此時乙尚得向甲行使贍養費給付請求權，宜一併注意之。

(二)A、B 因「配偶一方死亡」而解婚姻關係時，B 得主張何種權利，爰析述於下：

- 1.依題所示，A 子已成年，因此縱使 A 之母反對 A、B 結婚，A、B 既已依法完成結婚登記，依 96 年 5 月修法後之登記婚主義觀之，B 仍為 A 之合法配偶，而 A 於蜜月因意外死亡，是以，B 除「夫妻財產分配」外，尚有「第 1144 條配偶應繼份」之請求權，而配偶一方死亡，學者雖有謂「夫妻間形式之契約關係」仍未消滅，然而「夫妻實體間之權利義務關係」應隨配偶一方死亡而消滅，應無疑慮，**惟因死亡者其人格及權利能力消滅，因此配偶一方死亡時並無「婚姻解消效力」中身份暨財產上請求權之問題**，合先敘明。

2.就「夫妻財產制」之部份：

- (1)A、B 結婚時有無另有夫妻財產制之約定，無法知悉，承前所述，倘若當事人間並無約定，參照民法第 1005 條規定，應以「法定財產制」為其夫妻財產制，然而 A 係因意外死亡，此時 B 得否主張民法第 1030-1 條之剩餘財產分配請求權，學說上或有不同之見解：

①按依通說暨實務向來之見解，係認剩餘財產分配請求權之目的，乃在貫徹男女平等之原則，故於婚姻關係存續中所增加之財產，除無償取得之情形外，妻自應有平均分配之權利。從而，並不因係夫妻一方死亡或離異而有不同。否則若夫妻離婚即可為剩餘財產分配之請求，婚姻關係正常之夫妻因配偶一方死亡即不得為剩餘財產分配，豈不生法律鼓勵離婚之情形，殊不妥當。又由文義解釋言：法文既言『法定財產制關係消滅時』則死亡亦為法定財產制關係消滅原因之一，自無排除該條項適用之餘地。**是以，此時生存配偶 B 可行使二種權利：即先行使「第 1030-1 條之剩餘財產分配請求權」，將夫妻各自財產分離；其後再依「第 1144 條繼承之規定」，與血親繼承人共同繼承被繼承人之遺產。**

②亦有學者認為，「配偶繼承權之承認」與「剩餘財產分配之規定」，兩者雖均屬「對於他方財產協力之評價」，其立法目的相同，如生存配偶均可主張，實有雙重評價而過度保障生存配偶權利之嫌。然而於現行民法第 1144 條尚未給予生存配偶適度評價前，民法第 1030 條之 1 條扮演保護生存配偶之角色，於剩餘多之配偶一方死亡之情形，仍有所適用。而依題所示，**A 死亡時 B 未有任何財產，因此生存配偶 B 仍可行使二種權利：即先行使「第 1030-1 條之剩餘財產分配請求權」，將夫妻各自財產分離；其後再依「第 1144 條繼承之規定」，與血親繼承人共同繼承被繼承人之遺產，一併敘明之。**

- (2)倘若 A、B 間另有夫妻財產制之約定，則依視其約定之不同，而異其分配方式：

①若 A、B 約定以「共同財產制」為其夫妻財產制：

依本法第 1039 條規定：「夫妻之一方死亡時，共同財產之半數，歸屬於死亡者之繼承人，其他半數，歸屬於生存之他方。前項財產之分割，其數額另有約定者，從其約定。第一項情形，如該生存之他方，依法不得為繼承人時，其對於共同財產得請求之數額，不得超過於離婚時所應得之數額。」此時生存配偶 B 可行使二種權利：即先依第 1039 條第 1 項規定請求「共同財產之半數」；其後再依「第 1144 條繼承之規定」，與血親繼承人共同繼承被繼承人之遺產。

②若 A、B 約定以「分別財產制」為其夫妻財產制：

依本法第 1044 條規定：「分別財產，夫妻各保有其財產之所有權，各自管理、使用、收益及處分。」因財產關係自始即為各自保有，因此 B 無法依財產制規定請求分配財產，而僅得依「第 1144 條繼承之規定」，請求與血親繼承人共同繼承被繼承人之遺產。



《民法》

- 一、甲中年喪偶，有已成年之子女丙丁二人。甲因友人戊向乙借款 1000 萬元而為戊作保，與債權人乙訂立保證契約，惟因戊無法清償債務，於民國 97 年 12 月發生代負履行責任之保證契約債務。甲於民國 98 年 6 月 20 日將其價值 600 萬元之房屋贈與丙，並辦理所有權移轉登記。甲於民國 98 年 7 月 20 日因病死亡，死亡時僅留下現金 200 萬元。試問：(25 分)
- (一)乙向丁請求清償 1000 萬元，是否可行？
- (二)若丁以自己之固有財產 800 萬元加上 200 萬元之遺產償還對乙之債務後，可否向丙求償？金額多少？
- (三)丁償還乙 1000 萬元後，得否以不當得利為由，向乙請求返還 200 萬元？

命題意旨	本題在測驗同學對於繼承編 98 年 6 月修法有之內容是否熟悉。
答題關鍵	<p>1.對於第一小題：</p> <p>(1)須先對於 98 年修法之意旨作個大略介紹，說明現行制度係採「概括繼承有限責任」之制度。</p> <p>(2)其次再說明民法第 1148 條、1153 條對於被繼承人之債務，繼承人所應負責的範圍為何。</p> <p>(3)本題所得遺產之計算涉及 98 年 6 月修法新增第 1148 條之 1 規定，應一併說明之。</p> <p>(4)如時間允許，則可將學說上對於民法 1148 條之 1 規定之不妥適之處，予以批評。</p> <p>2.對於第二小題，說明第 1153 條繼承連帶債務內部分擔之範圍，並就非屬遺產之可分債務部分，亦應說明。</p> <p>3.第三小題係考 1148 條立法理由中之說明，此次修法僅使繼承人取得一有限責任之抗辯權，並非免除其債務，故繼承人如仍以其固有財產清償繼承債務時，該債權人於其債權範圍內受清償，並非無法律上之原因，故無不當得利可言。</p>
高分閱讀	<p>1.林秀雄，評析 2009 年繼承法之修正，《月旦法學雜誌》第 171 期，2009 年 8 月，頁 69 以下。</p> <p>2.許政大，民法繼承修法講座。</p> <p>3.高台大，身分法講義第六回，頁 29 以下。</p>

【擬答】

- (一)得向丁請求清償 1000 萬元，惟丁僅須就所得遺產 800 萬元部分為清償，剩餘 200 萬元部分丁得行使有限責任之抗辯權：
- 1.98年6月修法前，係採以概括繼承原則，限定繼承及拋棄繼承為例外之繼承制度。而97年1月2日修正公布之民法第1153條第2項復增訂法定限定責任之規定，惟僅適用於繼承人為無行為能力人或限制行為能力人之情形。然鑑於社會上時有繼承人因不知法律而未於法定期間內辦理限定繼承或拋棄繼承，以致背負繼承債務，影響其生計，為解決此種不合理之現象，故於民國98年6月10日修正公布民法第1148條第2項之規定，明定繼承人原則上依第1148條第1項之規定承受被繼承人財產上之一切權利及義務，惟對於被繼承人之債務，僅須以因繼承所得遺產為限，負清償責任，係採「概括繼承有限責任」之繼承制度，對於超過所得遺產之範圍，繼承人得行使有限清償責任之抗辯權。
- 2.又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，民法第1153條第1項訂有明文。準此，乙向丁得主張之所得遺產範圍為何，應加以討論。按98年6月所增訂之民法第1148條之1規定：「繼承人在繼承開始前二年內，從被繼承人受有財產之贈與者，該財產視為前條第二項之所得遺產（第1項）。前項財產如已移轉或滅失，其價額，依贈與時之價值計算（第2項）。」其立法目的在於避免被繼承人於生前將遺產贈與繼承人，以減少繼承開始時之繼承人所得遺產。準此，本題因甲於民國98年6月20日將其價值600萬元之房屋贈與給其繼承人丙，並辦理所有權之移轉登記，此贈與行為係在新法公布施行後（98年6月10日公布，



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

同月12日施行)且係在甲死亡前二年內所贈與,故該600萬元之房屋即有民法第1148條之1規定之適用,應計入所得遺產之範圍。是以,依民法第1153條第1項規定,乙雖得向丁主張1000萬之清償責任,惟其有限責任,即所得遺產之範圍為800萬元(現金200萬元加房屋600萬元),故剩餘200萬非所得遺產之部分,丁得主張有限責任之抗辯權。

3.另有學者認為,現行制度對於非受贈與之繼承人不公平,如本題之丁原本只要以200萬元之遺產為限負連帶清償責任,今因甲將其財產贈與丙,而依第1148條之1之規定將多負擔600萬之連帶責任,雖丁依民法第281條第1項可向丙要求內部分擔300萬元之部分,惟此已加重未受贈與之繼承人丁之負擔,與採「概括繼承有限責任」之立法意旨相悖。是以,在立法建議上應將第1148條之1規定刪除,使之回歸債編有關詐害債權之規定處理即可。

(二)丁得對於丙就所得遺產連帶責任範圍之內部分擔 300 萬元予以請求;另非所得遺產之 200 萬元部分,丙就其可分債務之 100 萬責任部分行使有限責任之抗辯權:

1.依題意所示,今丁以自己固有財產800萬元加上200萬元之遺產償還對乙之債務後,得否向丙求償,此涉及繼承人內部間責任分擔之問題。按民法第1153條規定:「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(第1項)。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(第2項)。」是以,對於依上開所得遺產之有限責任800萬元之範圍,應按甲乙之應繼分比例負擔之,各負擔400萬元,惟甲留有遺產現金200萬元,故丙丁各自實際內部應分擔之部分為300萬元,此時丁即得依民法第281條第1項規定,向丙請求300萬元之應分擔部分。

2.又民法第1153條第1項既謂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,故剩下200萬元非屬所得遺產之部分則屬「可分之債」,丙、丁各負100萬元之清償責任。本題,該200萬係屬「非所得遺產」之部分,繼承人丁本得對債權人乙行使有限責任之抗辯權,此時雖丙亦將丁之100萬元部分為清償,但為貫徹繼承人僅就所得遺產負責之「概括繼承有限責任」立法意旨,丙可就其可分債務之100萬責任部分行使有限責任之抗辯權。

(三)丁不得以不當得利為理由,向乙請求返還 200 萬元:

1.按繼承人依民法第 1148 條第 1 項規定仍為概括繼承,僅係繼承人對於繼承債務以所得遺產為限,負清償責任,故繼承債務仍然存在且為繼承之標的,其並非法定債務之免除,而僅係取得一有限責任之抗辯權而已。是以,繼承人如仍以其固有財產清償繼承債務時,該債權人於其債權範圍內受清償,並非無法律上之原因,故非不當得利;且其為債務之清償,而非第三人清償。是繼承人不得依民法第 312 條代位清償之規定代位繼承債權人對於遺產行使其權利,亦不得向債權人依民法第 179 條規定請求不當得利之返還責任。

2.準此以言,本題丁對於非遺產所得之 200 萬元部分,如無對乙行使有限責任之抗辯權,而用其固有財產為清償者,對乙而言仍有法律上之原因,並非非債清償,故丁對乙不得依民法第 179 條不當得利之規定,請求返還 200 萬元。

二、甲、乙、丙共有一筆土地,應有部分分別為甲五分之一,乙、丙各五分之二。請附理由回答下列問題:(25 分)

(一)甲擅自占有該地三分之一面積使用收益,乙、丙對甲得主張何種權利?

(二)甲向丁貸款,以其應有部分為丁設定抵押權,嗣乙、丙訴請分割該地,經法院判決,乙及丙分得土地,甲則未受土地分配,而受金錢補償,丁之抵押權應如何處理?

命題意旨	本題旨在測驗同學對於共有人無權使用共有物之處理,以及共有物分割對於應有部分抵押權人之效力。本題相對來說難度不高,此考點在課堂上均已說明再三,要獲得高分應非難事。
答題關鍵	1.對於無權占用共有物之共有人可得主張之權利包括物上請求權、不當得利及侵權行為,行有餘力應進一步援引上課講義中所提及之最高法院決議及判例,以增加答案之完整性。要提醒各位的是,當題目相對而言較簡單時,用語上應該更加精確,切勿出現「返還共有物『全部』」予共有人此等說明(甲僅占用三分之一)!\n又如不當得利與侵權行為之主張,亦不得援引民法第 821 條作為請求權基礎,蓋實務上一再強調:民法第 821 條規定並不包括債權請求權在內!



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

	2.就共有物應有部分設定抵押權之效力，宜先簡要說明之，再就分割共有物對於抵押權人之影響為完整說明，答案始屬完整而有條理。
高分閱讀	1.高點實例演習-民法物權(徐律師)(L7014)(相似度 100%)，P.3-68~70、3-80：共有人未經約定對共有物之全部或一部為使用收益時，他共有人得為之主張。 2.高點實例演習-民法物權(徐律師)(L7014)(相似度 100%)，P. 3-59~60、3-95：共有人未經約定對共有物之全部或一部為使用收益時，他共有人得為之主張。 3.徐律師，98 年度財產法實例演習補充講義，第一回(相似度 100%)，頁 105~107。

【擬答】

本題所涉及之爭議為共有人未經約定擅自使用收益共有物時，他共有人得以何種方式保障其權利；以及共有人以應有部分設定抵押權時，嗣後分割共有物對於抵押權人之效力等。爰依題示情形分析如下：

(一)其他共有人乙、丙得依民法第 821 條規定，向甲主張返還共有物予全體共有人，並依民法第 179 條及民法第 184 條第 1 項前段向甲主張不當得利之返還或侵權行為之損害賠償：

1.乙、丙得依民法第 821 條請求甲除去其侵害並返還共有物受其占用部分予全體共有人。

(1)按「共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及其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。」「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。」「未經共有人協議分管之共有物，共有人對共有物之特定部分占用收益，須徵得他共有人全體之同意。如未經他共有人同意而就共有物之全部或一部任意占用收益，他共有人得本於所有權請求除去其妨害或請求向全體共有人返還占用部分。但不得將各共有人之應有部分固定於共有物之特定部分，並進而主張他共有人超過其應有部分之占用部分為無權占有而請求返還於己。本院七十年度台上字第 3549 號、七十一年度台上字第 1661 號判決與七十年度台上字第 2603 號判決所持見解，並無歧異。」分別為民法第 820 條第 1 項、民法第 821 條及最高法院 74 年第 2 次民事庭會議決定所明揭。

揆諸上開說明，共有人就共有物之使用收益，須以共有人達成分管協議，或依民法第 820 條第 1 項為多數決議之決定後，始得為之。倘共有人於未有上開協議或決定而擅自占用他共有物時，他共有人得請求該無權占用之共有人將占用部分返還予全體共有人。而自上開最高法院決定之用語提及「他共有人得本於所有權請求除去其妨害或請求向全體共有人返還占用部分。」觀之，其請求權基礎應為民法第 821 條。

(2)依題示，甲擅自占有渠與乙、丙共有之土地三分之一部分，則依上開說明，乙、丙得依民法第 821 條規定，請求甲除去侵害，並將其無權占用之三分之一返還予共有人全體。

2.乙、丙得依民法第 179 條規定，按其應有部分向甲請求不當得利之返還。

(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。」「民法第八百十八條所定各共有人按其應有部分，對於共有物之全部有使用收益之權。係指各共有人得就共有物全部，於無害他共有人之權利限度內，可按其應有部分行使使用收益權而言。故共有人如逾越其應有部分之範圍使用收益時，即係超越其權利範圍而為使用收益，其所受超過利益，要難謂非不當得利。」分別為民法第 179 條及最高法院 55 年台上字第 1949 號判例所明揭。

揆諸上開說明，共有人擅自占用共有物時，即屬無法律上原因受有利益，並因此致他共有人受有損害，故他共有人亦得依民法第 179 條規定請求不當得利。

如吾人細繹上開最高法院之見解，其似係認為須以共有人占用部分逾其應有部分，他共有人始得主張不當得利。惟此與應有部分為抽象概念，而只須占用特定部分即已造成他共有人權益受損之概念有違，故學者認為此一不當得利請求權，不以其實際占用部分逾其應有部分為必要。

其次，共有人所得主張之不當得利，係因其應有部分被侵害所生，故僅得按其應有部分為主張，此亦為最高法院所認同(最高法院 88 年度台上字第 1341 號判決參照)。

(2)依題示，甲無權占用達系爭土地之應有部分三分之一，則揆諸上開說明，乙、丙得分別按其應有部分向甲請求不當得利之返還。

(3)另應補充說明者係，本件因無法返還利益原形，僅得以價額返還之，其計算上係以相當於該地之租金計算之。



3.乙、丙得依民法第 184 條第 1 項前段規定，按其應有部分向甲請求侵權行為所生之損害賠償。

(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。」「共有，乃數人共同享受一所有權，故各共有人本其所有權之作用，對於共有物之全部均有使用收益權。惟其使用收益權應按其應有部分而行使，不得損及其他共有人之利益，若有侵害，則與侵害他人之所有權同。被侵害之他共有人，自得依侵權行為之規定，而行使其損害賠償請求權。」分別為民法第 184 條第 1 項前段及最高法院 51 年台上字第 3495 號判例所明揭。

揆諸上開說明，共有人擅自占用共有物特定部分時，已屬故意或過失不法侵害他共有人之應有部分，而應有部分之本質即為所有權(司法院大法官解釋第 562 號參照)，成立民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為責任，故他共有人亦得依民法第 184 條第 1 項前段規定請求不當得利。

共有人所得主張之侵權行為損害賠償，係因其應有部分被侵害所生，故僅得按其應有部分為主張，此亦為最高法院所認同(最高法院 85 年度台上字第 2391 號判決參照)。

(2)依題示，甲無權占用達系爭土地之應有部分三分之一，則揆諸上開說明，乙、丙得分別依民法第 184 條第 1 項前段，按其應有部分向甲請求侵權行為損害賠償。

4.結論：乙、丙得依民法第 821 條向甲行使物上請求權，並得按其應有部分而依民法第 179 條或民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲請求返還不當得利或侵權行為所生之損害賠償。

(二)抵押權人之抵押權效力，須視有無給予其程序保障而有不同，分別情形說明如下：

1.首按「各共有人，得自由處分其應有部分。」「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。」分別為民法第 819 條第 1 項及司法院大法官解釋第 141 號所明揭。故共有人甲得以其應有部分為丁之債權設定抵押權，合先敘明。

2.次按，「共有人自共有物分割之效力發生時起，取得分得部分之所有權。應有部分有抵押權或質權者，其權利不因共有物之分割而受影響。但有下列情形之一者，其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分：一、權利人同意分割。二、權利人已參加共有物分割訴訟。三、權利人經共有人告知訴訟而未參加。前項但書情形，於以價金分配或以金錢補償者，準用第 881 條第 1 項、第 2 項或第 899 條第 1 項規定。前條第三項之情形，如為不動產分割者，應受補償之共有人，就其補償金額，對於補償義務人所分得之不動產，有抵押權。前項抵押權應於辦理共有物分割登記時，一併登記，其次序優先於第二項但書之抵押權。」為九十八年修正後民法第 824 條之 1 所明揭。蓋為保障抵押權人之權利，不應使抵押人事後之行為使抵押權人之權益受影響，且我國法就共有物之分割係採取「移轉主義」，從而共有物縱經分割，其抵押權仍應存續於分割之後各部分上。此觀諸最高法院 97 年度台上字第 875 號判決稱：「次按我民法上共有物之分割，依第八百二十五條規定意旨，解釋上係採取移轉主義，即共有人間各就其應有部分相互移轉，故因分割而取得單獨所有權之效力並不溯及既往，而應自分割完畢後發生。因之，原以應有部分為標的所設定之抵押權，於共有物分割後，仍以應有部分存於各共有人分得部分土地上，亦即不獨原設定抵押之共有人其分得部分上有抵押權之存在，其他共有人分得部分亦有抵押權之存在。」可資參考。

惟如此一來，於抵押權人行使其抵押權時，將可能造成當事人間法律關係趨於複雜，是立法者鑑於「保護其他共有人之權益，另增訂但書三款規定，明定於有但書情形時，其抵押權或質權僅移存於抵押人或出質人所分得之部分。」而增訂本條第 2 項但書，而於一定情形下使抵押權效力僅及於抵押人分得部分，藉以在兼顧抵押權人之權利之前提下，簡化當事人之法律關係。

3.準此，本件丁之抵押權效力如何，應區分情形說明之：

(1)倘本件具備民法第 824 條之 1 第 2 項但書之三款情形，則此時丁之抵押權應存在於甲所分得之金錢上，惟此時標的既非不動產，故依同條第 3 項規定準用民法第 881 條規定，其權利轉為法定權利質權而存續。

(2)倘本件不具民法第 824 條之 1 第 2 項但書之三款情形，此時丁之抵押權不受影響，揆諸前開最高法院判決，丁之抵押權應存在於乙、丙所分得之部分土地，並各以其三分之一之應有部分為其抵押權之標的。



- 三、甲汽車商出賣 A 中古車於乙，甲、乙並約定丙得直接請求甲交付該車，以作為乙贈與丙之生日禮物。甲業已交付該車於丙，並向監理處辦理登記丙為車主，而丙於受領 A 車時，曾在甲所使用之「定型化交車證明書」簽名。該證明書上有「本車為中古車，以現狀交付，受領本車之客戶承認於交車之時，本車外觀無任何瑕疵，日後發生任何車況問題，均與甲車商無涉」之條款。請問：
- (一)如乙嗣後支付價金遲延，則甲得否請求乙或丙返還 A 車，並請求乙、丙依侵權行為規定，賠償自交車之日起，至返還該車之日止，相當於租金之損害金？(10 分)
- (二)如 A 車在交付於丙之前，煞車已經失靈，而丙於交車後次日駕駛 A 車時，因該車煞車失靈而發生車禍，致丙及乘坐於車上之乙均受傷，則乙及丙得否請求甲賠償損害並給付懲罰性賠償金？(15 分)

命題意旨	本題旨在測驗最高法院 43 年台上字第 639 號判例有關債務人侵害債權之問題、真正第三人利益契約有關解除契約及損害賠償之效力、定型化契約之效力，以及消費者保護法上商品責任、懲罰性賠償金等規定之適用。
答題關鍵	第一小題在測驗的是侵害債權之問題，即便不知道最高法院之見解，亦應可從侵權責任與契約責任之分野推出答案，而相關爭議亦在最近最高法院判決中出現，足見閱讀實務見解之重要性。第二小題則在測驗定型化契約之效力及契約損害賠償責任與侵權責任之要件，以及消費者保護法上懲罰性賠償金之規定，依上課時所提及之檢驗順序，即可獲得不錯的分數。 惟應特別注意的是，相關爭點過多，於考場不可能完整作答，故應將擬答中相關爭點點出，並簡要作答，妥善分配時間。
高分閱讀	1.高點文化《民法債編總論實例演習》(徐律師)(L7012)(相似度 95%)，P.4-14~20：定型化契約之審查步驟與強行規定之關係。 2.高點文化《民法債編總論實例演習》(徐律師)(L7012)(相似度 100%)，P.9-30~31：真正第三人利益契約解除後回復原狀之責任主體及損害賠償之問題。 3.高點文化《民法債編總論實例演習》(徐律師)(L7012)(相似度 100%)，P.13-14~16：債務人侵害債權與第三人侵害債權之問題。 4.高點文化《民法債編總論實例演習》(徐律師)(L7012)(相似度 80%)，P.17-15、27、30：經銷商之商品責任、商品責任不得預先排除、懲罰性賠償金之問題。 5.徐台大，98 年度財產法總複習講義第一回，頁 73(相似度 100%)：最高法院 97 年度台上字第 2088 號判決：「按給付遲延與侵權行為，性質上雖屬相同，但因債務人之遲延行為侵害債權，在民法上既有特別規定，自無關於侵權行為規定之適用(本院四十四年台上字第六三九號(一)判例參照)。本件原審既認被上訴人於八十六年三月二十六日合法解除系爭買賣契約，上訴人自契約解除日起，即負有回復原狀之義務，且經被上訴人於解除契約函中請求上訴人應即日返還系爭房地，故自斯時起，上訴人即負有遲延給付責任等情，依上開說明，關於被上訴人之債權被侵害，被上訴人所得請求之賠償，僅得依給付遲延(債務不履行)之法律關係為之，不得依侵權行為之法律關係為之，乃原審竟又認上訴人於契約解除後，占用系爭房地為無權占用，上訴人拒絕返還該房地，為故意不法侵害被上訴人之權利，被上訴人得依民法第一百八十四條第一項規定，請求上訴人賠償損害，此無異將給付遲延(債務不履行)之損害賠償與侵權行為之損害賠償混為一談，原審據為上訴人敗訴之判決，於法有違。」 6.詹森林，買賣契約解除後，買受人回復原狀之遲延責任與侵權責任之競合關係？《台灣法學雜誌》第 134 期，2009 年 8 月 15 日。

【擬答】

本題涉及之爭議為侵害債權之問題，以及附有定型化契約與第三人利益約款之買賣契約之損害賠償責任之效力，爰依題示情形分析如下：

(一)甲得否向乙、丙請求返還 A 車，並依照侵權行為之規定請求損害賠償：

1.甲不得對乙或丙請求返還 A 車：

(1)按「以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

直接請求給付之權。」、「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。」、「契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，依左列之規定：六、應返還之物有毀損、滅失或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額。」、「按附第三人利益約款之契約，涉及債務人與要約人、要約人與第三人及債務人與第三人間之三面關係，第三人雖得直接向債務人請求給付，但並不因而成為契約當事人。故債務人於給付前，固得依民法第二百七十條之規定以契約所由生之一切抗辯，對抗受益之第三人，包括債權未發生或消滅及同時履行抗辯等拒絕給付之抗辯，即於第三人為給付請求時，設債務人已解除契約，得以債務已消滅，拒絕給付而已。倘債務人已為給付後，債務人始解除契約，應負回復原狀之義務者，依民法第二百五十九條規定，則為要約人，而非第三人。…」分別為民法第 269 條第 1 項、第 254 條、第 259 條第 6 款及最高法院 89 年度台上字第 1769 號判決所明揭。

揆諸上開說明，倘若契約當事人約定第三人對債務人有直接請求給付之權時，為真正第三人利益契約，而債務人如主張解除契約，應由要約人負回復原狀之責任，於不能返還原物時，自應返還價額。

- (2)依題示，買受人乙依民法第 367 條負有支付價金之義務，但遲未支付之情形下，如已構成民法第 229 條之給付遲延，出賣人甲非不得依民法第 254 條規定主張解除契約，並依民法第 259 條請求回復原狀。又因甲乙間雖另訂有真正第三人利益契約，然應負回復原狀義務之人僅限於契約當事人，而非第三人，故應由契約當事人即乙負回復原狀之責。

惟 A 中古車既已交付予第三人丙，乙即無法返還原物予甲，故依民法第 259 條第 6 款規定，甲僅得請求返還 A 車之價額，而不得請求返還 A 車。

2.甲對乙不得依照侵權行為規定請求損害賠償：

- (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。」、「給付遲延與侵權行為，性質上雖屬相同，但因債務人之遲延行為侵害債權，在民法上既有特別規定，自無關於侵權行為規定之適用。」分別為民法第 184 條第 1 項及最高法院 43 年台上字第 639 號判例所明揭。

債權雖屬權利之一種，惟債務人因不履行債務時，債權人除得請求履行，或依照債務不履行規定請求外，得否依照侵權行為請求損害賠償，不無爭議。然解釋上，為維持當事人本於契約約定所形成之特殊考量，解釋上應以債務不履行規定優先適用。惟學者則有指出，給付遲延是否即構成侵權行為，不應一概而論，倘屬金錢債務，則債務人實際支付該項金錢前，並無直接支配該金錢之權利，故債務人之給付遲延，不另構成侵權責任。

- (2)依題示，買受人乙依民法第 367 條負有支付價金之義務，但遲未支付之情形下，揆諸上開說明，甲僅得依民法第 231 條請求損害賠償，而不得依民法第 184 條向乙請求損害賠償。

3.甲對丙不得依照侵權行為之規定請求損害賠償：

- (1)承前所述，如被害人之權利因行為人因故意或過失不法侵害時，被害人得請求損害賠償。惟債權是否屬於民法第 184 條第 1 項前段所規定之權利，容有爭議。通說就此乃採取否定見解，故除非行為人出於故意背於善良風俗，或違反保護他人之法律為侵害外，對被害人之債權受損不負賠償責任。

- (2)依題示，甲之債權無從實現係因乙未依約履行，丙並未出於故意或過失，亦無任何不法存在，自無侵權行為責任可言。從而甲不得向丙請求侵權行為之損害賠償。

4.結論：甲不得向乙或丙請求返還 A 車，亦不得依民法侵權行為之規定向乙、丙請求損害賠償。

(二)乙、丙得否請求甲賠償損害並給付懲罰性賠償金：

- 1.承前所述，甲、乙間係成立一真正第三人利益契約，而該契約之利益乃係由第三人享有，故如因出賣人甲所給付之 A 車有瑕疵致生損害時，原則上應由第三人丙請求損害賠償，合先敘明。

2.丙得否向甲請求損害賠償：

(1)契約責任：

A.丙於甲交付 A 車於自己時，曾在甲所使用之定型化交車證明書上簽名，則就該證明書上所載條款，實係甲、丙另行訂立之契約。而丙依契約所得請求損害賠償之依據，不外民法第 360 條或民法第 227 條第 2 項規定，皆非強行規定，且丙既已在該證明書上簽名，可認該條款已訂入契約，故應檢驗甲丙間定型化契約條款有無顯失公平之問題。

B.依消費者保護法第 12 條第 1 項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」

查本件屬買賣契約，而為有償，自不宜任意減輕甲之責任，且依民法第 356 條規定，就不能立即發現之瑕疵，亦應給予買受人相當期間檢查系爭車輛之狀況，從而系爭約定排除買受人嗣後於檢查出瑕疵主張擔保責任之可能，似有顯失公平之情形，而屬無效。故甲、丙間之法律關係應回歸民法規定處理。

C. 惟觀諸民法第 360 條，須以出賣人甲有故意不告知或保證品質之前提，民法第 227 條則須以出賣人甲有可歸責事由，丙始得請求損害賠償。倘甲並無上開情形存在，丙仍不得向甲請求損害賠償；惟如甲之行爲具備上開要件時，丙得依照民法第 360 條及第 227 條分別就 A 車毀損及丙受傷部分請求損害賠償。

(2) 侵權責任：按「從事經銷之企業經營者，就商品或服務所生之損害，與設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者連帶負賠償責任。但其對於損害之防免已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，不在此限。」「本節所定企業經營者對消費者或第三人之損害賠償責任，不得預先約定限制或免除。」分別為消費者保護法第 8 條第 1 項及第 10 條之 1 所明揭。

雖甲丙間曾依定型化契約條款排除甲之責任，惟依消費者保護法第 10 條之 1 規定，其預先排除經銷商之商品責任，亦屬無效，故丙就 A 車欠缺安全性致其身體健康權受有侵害，非不得依消費者保護法第 8 條第 1 項，請求甲負損害賠償責任。

3. 乙得否向甲請求損害賠償：

(1) 承前所述，乙雖為契約當事人，惟於真正第三人利益契約中，原則上無依契約請求損害賠償之可能。

(2) 惟如甲所出售之中古車 A 欠缺安全性，致使乙之身體健康權受有侵害時：

(3) 雖甲丙間曾依定型化契約條款排除甲之責任，惟乙並非該約定之契約當事人，自不受該約定之拘束；縱受該約定之拘束，惟依消費者保護法第 10 條之 1 規定，其預先排除經銷商之商品責任，亦屬無效，故乙非不得依消費者保護法第 8 條第 1 項，請求甲負損害賠償責任。

4. 乙、丙得否請求懲罰性賠償金：

(1) 按「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」為消費者保護法第 51 條所明揭。本條規定乃在保障消費者，而使消費者除其所受之損害得請求賠償外，尚得依本條規定額外請求賠償金。惟此等懲罰性賠償金，應以企業經營者亦具有可歸責事由為前提，始屬允洽。

(2) 依題示，似難認為甲汽車商對於系爭車輛之煞車失靈有故意或過失，則乙、丙尚難依本條規定請求懲罰性賠償金為是。惟如甲對於 A 車之煞車失靈因故意或過失而未檢查出或未告知乙、丙時，則因乙丙均得依消費者保護法第 8 條規定向甲請求損害賠償，故乙、丙非不得依本條規定請求懲罰性賠償金。

四、某甲無駕駛執照，開車途中，與女友聊天，並於限速 40 公里的道路，以 50 公里行駛。突然間，某乙騎乘的機車自對向車道駛來，甲閃避不及，撞倒乙，乘坐該機車之某丙同時倒地。乙倒地後，由 A 救護車送醫急救，途中，救護車司機心臟病發作，致救護車撞上路邊樹木，乙因而死亡。經查，若乙及時送醫治療，並無生命危險。再者，丙由 B 救護車送醫治療，發現僅受到皮肉傷，並無大礙，在醫院休息半小時後，即回家休養。不料，數日後，丙精神分裂症發作，經醫師查明，丙之精神分裂症誘發原因甚多，車禍外傷可為誘發原因之一，但非必要原因。丙精神病發作住院期間，支出醫藥費 20 萬元，但健保僅給付其中的 15 萬元。

試問：關於乙之死亡及丙之精神病發作，甲應否負賠償責任？甲得為如何之抗辯？假設丙可以請求賠償時，就醫藥費部分，得請求賠償之數額為何？(25 分)

命題意旨

本題旨在測驗同學對於侵權責任之因果關係認定、使用人之與有過失，以及損益相抵等規定，凡此均為上課時一再強調演練過的概念，對各位來說問題不大。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

答題關鍵	對於相當因果關係之認定，必須要詳細論述，行有餘力亦可就學說上有關因果關係之討論加以說明。另外，亦可就舉證責任之歸屬簡要說明。其次，有關損益相抵(民法第 216 條之 1)及與有過失(民法第 217)等概念說明。
高分閱讀	<p>1.高點文化《民法債編總論實例演習》(徐律師)(L7012)(相似度 100%)，P.13-21～24：相當因果關係之判斷。</p> <p>2.高點文化《民法債編總論實例演習》(徐律師)(L7012)(相似度 100%)，P.18-16～24：損益相抵及與有過失之判斷。</p> <p>3.徐台大，98 年度財產法總複習講義第一回，頁 73(相似度 95%)：無照駕駛人造成車禍之損害賠償責任要件認定。</p> <p>4.徐台大，98 年度財產法總複習講義第一回，頁 6-7(相似度 90%)：使用人與有過失之問題。</p> <p>5.陳聰富，保險給付、損益相抵與賠償代位，收錄於氏著，《侵權歸責原則與損害賠償》，元照出版，頁 367～397，2004 年 9 月。</p> <p>6.陳聰富，全民健康保險代位求償之法律問題，收錄於氏著，《侵權歸責原則與損害賠償》，元照出版，頁 309～389，2008 年 12 月。</p> <p>7.參考法條：全民健康保險法第 82 條：「保險對象因發生保險事故，而對第三人損害賠償請求權者，本保險之保險人於提供保險給付後，得依下列規定，代位行使損害賠償請求權：一、汽車交通事故：向強制汽車責任保險保險人請求。二、公共安全事故：向第三人依法規應強制投保之責任保險保險人請求。三、其他重大之交通事故、公害或食品中毒事件：第三人已投保責任保險者，向其保險人請求；未投保者，向第三人請求。前項第三款所定重大交通事故、公害及食品中毒事件之求償範圍、方式及程序等事項之辦法，由主管機關定之。」</p>

【擬答】

(一)甲就其無照駕駛行為與乙之死亡結果間，因欠缺相當因果關係，而不負侵權行為損害賠償責任：

- 按「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」為民法第 184 條第 1 項前段所明揭。是侵權責任之成立，須以行為人出於故意或過失，不法侵害他人權利，致第三人受有損害時，行為人始須負損害賠償責任，倘行為人之行為與被害人權利受侵害間並無因果關係，自無負損害賠償責任之必要。又所謂因果關係之認定，多數見解係採取相當因果關係之認定，在判斷有無相當因果關係時，應分為兩個階段，即先判斷其有無條件上的因果關係；如果肯定其有條件上的因果關係，再審查其條件的相當性。所謂相當因果關係，依照最高法院看法係指：「係以行為人之行為所造成之客觀存在事實，依經驗法則，可認通常均可能發生同樣損害之結果而言；如有此同一條件存在，通常不必皆發生此損害之結果，則該條件與結果並不相當，即無相當因果關係。(最高法院 90 年度台上字第 772 號判決)」
- 次按，「不法侵害他人致死者，對於支出醫療及增加生活上需要之費用或殯葬費之人，亦應負損害賠償責任。被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。第一百九十三條第二項之規定，於前項損害賠償適用之。」、「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」分別為民法第 192 條及第 194 條所明揭。如行為人致他人死亡時，間接被害人依上開規定請求損害賠償。
- 依題示，某乙死亡與甲無照駕駛行為間雖有條件關係存在，惟其死亡結果係因救護車司機心臟病發作而造成，應難認為與甲無照駕駛行為間具有相當因果關係，故甲無須為乙死亡結果負損害賠償責任。
- 另應補充說明者係，學者就相當因果關係有所批評，而提出所謂法規目的說或新相當因果關係理論。前者係認為「行為人就其侵害行為所生的損害應否負責，係法律問題，屬法之判斷，應依法規目的認定之；相當因果關係說的內容抽象不確定，難以合理界定損害賠償的範圍。」後者則指出「應著重於依法條規定之目的，將不尋常之必要條件加以剔除，而非以數學上之或然率之計算，剔除不尋常之必要條件。亦即：除了從事自然科學的因果關係審查外，進一步對於如何導致損害發生，從事法律評價之審查。」惟本件縱依學者提出之修正理論，在判斷上亦無不同，即甲無須為乙死亡結果負損害賠償責任。

(二)甲就其無照駕駛行為對丙之精神病發作須否負侵權行為損害賠償責任：

- 承前所述，行為人就被害人損害須否負責，須以其行為與損害間具有條件性及相當性，始為已足。而依最高法院 97 年度台上字第 2095 號判決指出：「查原審雖謂被害人游繼鈞無駕駛執照騎乘機車，與其對系爭交



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

通事故之發生有無過失並無相當因果關係云云，惟按未領有駕駛執照而駕駛機車者，係違反道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款之規定，自屬違反保護他人之法律，依民法第一百八十四條第二項規定，應推定其有過失(本院 67 年台上字第 2111 號判例參照)。…」甲無照駕駛造成丙受傷，應推定有過失，且其超速、與女友聊天等行為，足見其行為確有過失，合先敘明。

2. 依題示，丙之精神分裂症與車禍外傷之間有無因果關係，容有爭議。蓋車禍外傷可為誘發原因之一，而非必要原因，似係表示車禍外傷仍為精神分裂症發生原因之一，但非唯一原因，從而條件性仍應具備(筆者按：倘本題命題者之意思係為車禍外傷並非造成精神分裂症之原因，則本件根本不具條件性)。
3. 至於是否具備相當性，如依經驗法則，足以證明車禍外傷確實為精神分裂症發生原因之一，縱然其並非必要原因，亦可認為具有相當因果關係，而可許丙向甲請求損害賠償；惟如依照經驗法則，車禍外傷通常不會引發精神分裂症，即不具相當因果關係。
4. 甲得抗辯本件應由被害人丙就因果關係之具備負舉證責任，而自醫師所為說明，實難證明具備因果關係；又本件損害之發生係因乙逆向造成，應由乙負全部責任或絕大部分責任。

(1) 因果關係之抗辯：

- A. 按「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」民事訴訟法第 277 條所明揭。於被害人主張侵權行為損害賠償時，須舉證證明行為人出於故意或過失、受有損害及因果關係存在，始為允洽。
- B. 依題示，本件丙之精神分裂症之發生與甲之無照駕駛行為間有無相當因果關係，須由被害人丙負舉證責任。故甲得抗辯丙未能就因果關係舉證，故其主張即無理由。

(2) 與有過失之抗辯：

- A. 按「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」為民法第 217 條所明揭。故被害人之使用人對於損害之發生亦有過失時，被害人須承擔其過失。
- B. 依題示，丙乘坐乙所騎乘之機車，而因乙逆向造成系爭車禍之發生，則依民法第 217 條第 3 項準用第 1 項之規定，應由被害人丙承擔乙之過失。此觀諸最高法院 74 年台上字第 1170 號判例：「駕駛機車有過失致坐於後座之人被他人駕駛之車撞死者，後座之人係因藉駕駛人載送而擴大其活動範圍，駕駛人為之駕駛機車，應認係後座之人之使用人，原審類推適用民法第二百二十四條規定依同法第二百十七條第一項規定，減輕被上訴人之賠償金額，並無不合。」亦採相同見解可證。
- C. 準此，丙向甲請求損害賠償時，甲得抗辯係因乙之與有過失而造成損害，丙應承擔此一責任，從而甲得免除或減輕其給付。

(三) 丙得請求之損害賠償數額：

1. 按「基於同一原因事實受有損害並受有利益者，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益。」為民法第 216 條之 1 所明揭。故被害人縱得向加害人請求損害賠償，亦應扣除因損害而獲得之利益，如被害人自己對損害之發生亦與有原因力時，亦應承擔部分責任，而減輕或免除加害人之責任。
2. 依題示，倘丙得向甲請求損害賠償，而其醫藥費用支出二十萬元中，有十五萬元係由健保給付，則丙請求賠償之數額須否扣除健保給付，即應視健保給付與損害發生間是否具有同一原因事實。在全民健康保險法制定前，最高法院原指出：「按保險制度，旨在保護被保險人，非為減輕損害事故加害人之責任。保險給付請求權之發生，係以定有支付保險費之保險契約為基礎，與因侵權行為所生之損害賠償請求權，並非出於同一原因。後者之損害賠償請求權，殊不因受領前者之保險給付而喪失，兩者除有保險法第五十三條關於代位行使之關係外，並不生損益相抵問題(最高法院 68 年台上字第 42 號判例)。」惟在全民健康保險法制定後，針對全民健康保險則有不同見解而指出：「一、保險制度旨在保護被保險人，非為減輕損害事故加害人之責任。保險給付請求權之發生，係以定有支付保險費之保險契約為基礎，與因侵權行為所生之損害賠償請求權並非出於同一原因。後者之損害賠償請求權，殊不因受領前者之保險給付而喪失，兩者除有保險法第五十三條關於代位行使之關係外，不生損益相抵問題，固經本院著有六十八年台上字四二號判例。惟該判例係針對保險法而為，旨在闡述保險人得代位行使被保險人對於加害人之損害賠償請求權時，被保險人即不得再向加害人請求損害賠償。尚難依該判例而謂除保險法第五十三條規定之情形外，縱保險法以外之法律有保險人得代位行使被保險人之權利之規定，被保險人於受領保險給付後，仍得向加害人請



求損害賠償。二、依保險法第一百三十五條準用第一百零三條規定，傷害保險之保險人固不得代位行使被保險人對於加害人之損害賠償請求權，惟全民健康保險法第八十二條規定：『保險對象因汽車交通事故，經本保險提供醫療給付者，本保險之保險人得向強制汽車責任保險之保險人代位請求該項給付。』全民健康保險法為保險法之特別法，依特別法優於普通法之原則，全民健康保險法第八十二條應優先於保險法第一百三十五條、第一百零三條之規定而為適用。從而全民健康保險之被保險人因汽車交通事故，經全民健康保險提供醫療給付者，全民健康保險之保險人自得向強制汽車責任保險之保險人代位請求該項給付。而依強制汽車責任保險法第三十條規定，於該範圍內，加害人或強制汽車責任保險之被保險人之損害賠償責任即因而解免，全民健康保險被保險人對於加害人之損害賠償請求權亦因而喪失。」(最高法院 88 年度台上字第 353 號判決要旨參照)對此判決學者則有指出：「系爭判決僅係就全民健康保險法第 82 條法定代位求償權所為之解釋，與損益相抵之理論無關，其『射程範圍』亦未否定保險給付與損害賠償不適用損益相抵之原則。故而在全民健康保險法第 82 條以外之其他保險給付，若無法定代位求償權之規定，即無本件判決之適用。」換言之，就保險給付與被害人之損害間仍非基於同一原因事實，而無損益相抵之問題；惟本於避免被保險人獲有雙重給付，而以特別規定剝奪其雙重請求權。

3.是本題在處理上應區分情形說明之：

- (1)倘本件並無全民健康保險法第 82 條之適用，則因丙所受損害與保險給付間並非基於同一原因事實，故丙仍得就 20 萬元全額向甲求償，惟應按乙與甲之過失比例扣除之。
- (2)倘本件有全民健康保險法第 82 條之適用，則丙就健保已為給付部分之損害賠償請求權即告消滅，而僅得就剩餘之 5 萬元向甲求償，惟應按乙與甲之過失比例扣除之。



《民法》

一、甲經商致富，財產估計價值新台幣（下同）2 億元，膝下無子，經甲建議妻乙共同收養甲之友人丙（未婚）所生之子丁，甲將其公司之上市股票，約價值 1 千萬元贈與丙，以資感謝。收養丁後，乙旋即懷胎，生下一女戊。不久，甲以工作為藉口，經常徹夜不歸，對於乙、丁及戊不聞不問，亦不給予乙家庭生活費。乙只好出外謀生，因必須照顧丁及戊，工作時有時無，薪資約每月 2 萬元。後乙得知，丙竟然為甲外遇對象，丁為甲親生，甲亦每月給予丙生活費 10 萬元，至今達二年之久。試問：（25 分）

（一）如乙向甲請求家庭生活費用每月 10 萬元以及每月 1 萬元之自由處分金，甲抗辯事業經營困難，乙所居住之房屋為甲所購買，登記於乙名下，價值 2 千萬元，且乙有收入，拒絕給付予乙任何費用，有理由否？

（二）如乙忿而與甲離婚，且拒絕承認乙與丁之收養關係，並向丙追討甲贈與丙之股票及生活費，有理由否？

答題關鍵	本題旨在測驗同學就「夫妻財產制」之內容，尤其是關於家庭生活費用、自由處分金與剩餘財產分配請求權受侵害之救濟方式。 第一小題，先從家庭生活費用、自由處分金之定義說明下手，再與事實涵攝相結合，當可輕鬆面對。 第二小題，著重在剩餘財產分配請求權受侵害時，在具體個案上如何適用該救濟方式上即可。
高分閱讀	1.梁台大，身分法講義第一回第三章第二節，第 68~69 頁。 2.梁台大，身分法講義第一回第三章第三節，第 89~95 頁。

【擬答】

（一）甲抗辯事業經營困難，乙所居住之房屋為甲所購買，登記於乙名下，價值 2 千萬元，且乙有收入，拒絕給付予乙任何費用，無理由。

1.甲乙婚姻之夫妻財產制為法定財產制：

本件，甲乙婚姻有效成立，惟甲乙間就夫妻財產制之約定為何，無法知悉。倘若當事人間並無約定，則參照民法第 1005 條規定，應以法定財產制為其夫妻財產制。

2.乙向甲請求家庭生活費用每月 10 萬元，甲以事業經營困難事由抗辯，拒絕給付予乙任何費用，無理由：

（1）家庭生活費之意義與分擔：

由民法第 1003 條之 1 可知，就夫妻共組家庭所必須支出之一切相關費用（諸如生活所需日常用品、子女扶養所之支出等費用），由夫妻共同分擔，對外負連帶責任。惟夫妻間就該數額如何加以分擔？應依夫妻間各自其經濟能力、家事勞動或其他情事予以分擔之，而非當然平均分擔。

（2）乙得向甲請求家庭生活費用每月 10 萬元：

本件，甲就其妻乙、子丁及戊不聞不問，亦不給予乙家庭生活費。由是可知，對於家中之生活所需費用、子女之保護教養費用等完全未加以分擔，皆由乙所獨自支出。本於家庭生活費用應由夫妻共同分擔之原則，乙自得向甲請求家庭生活費用每月 10 萬元。

（3）甲以事業經營困難等事由抗辯，拒絕給付予乙任何費用，無理由：

甲對於家庭生活費完全未支出，亦無家事勞動之分擔，完全由妻承擔。雖甲抗辯事業經營困難，但由甲長達二年之久，仍可每月給予丙生活費 10 萬元一事可知，其尚有充分資力支付生活費予非法定扶養義務之人，可證其抗辯並非屬實。再由題意可知，甲經商致富，財產估計價值新台幣 2 億元，雖乙有薪資所得約每月 2 萬元，但其與甲屬絕對經濟上優勢地位者相比，縱然乙有收入，亦不得成為甲拒絕給付予乙任何費用之理由。據此，甲之抗辯無理由。

3.乙向甲請求每月 1 萬元之自由處分金，甲以乙所居住之房屋為甲所購買，登記於乙名下，價值 2 千萬元，且乙有收入等事由抗辯，拒絕給付予乙任何費用，無理由：

（1）自由處分金之意義：

參照民法第 1018 條之 1：「夫妻於家庭生活費用外，得協議一定數額之金錢，供夫或妻自由處分。」然

自由處分金之性質為何？就此問題，學者間眾說紛紜，在我國法上頗具爭議。惟筆者以為剩餘財產分配請求權預付說可採。按，剩餘財產分配請求權之目的，旨在肯定從事家事勞動之一方，對家庭婚姻之貢獻與付出。惟剩餘財產分配請求權，非在婚姻關係消滅後，該請求權因尚未發生而無法請求。據此，擬藉由具有剩餘財產分配請求權預付性質之自由處分金制度，以保障婚後財產較少一方之經濟地位，而具有一定財產得加以處分。

(2)乙向甲請求每月 1 萬元之自由處分金：

由題示可知，妻乙之婚後財產僅為每月約 2 萬元之薪資；夫甲之婚後財產數額不明，但參照題意「甲經商致富，財產估計價值新台幣 2 億元」，茲可推測：甲之婚後收入應大於乙，否則無可能有資力為上開行為。因乙之婚姻存續中之婚後財產小於甲所有之婚後財產，如將來婚姻關係消滅時，乙應可本於民法第 1030 條之 1，向甲請求剩餘財產之分配。是以，乙可向甲請求該剩餘財產之預付，而請求每月 1 萬元之自由處分金。

(3)甲以乙所居住之房屋為甲所購買，登記於乙名下，價值 2 千萬元，且乙有收入等事由抗辯，拒絕給付予乙任何費用，無理由：

由題示可知，甲之婚後收入大於乙，已如上所述。是以，雖妻乙尚有每月約 2 萬元之薪資，亦不足以認為甲以乙有收入為由而拒絕給付予乙任何費用之抗辯有理由。

甲以乙所居住價值 2 千萬元之房屋為甲所購買、登記於乙名下之事由抗辯，因而拒絕給付予乙任何費用，有無理由？因夫妻間之無償贈與，不屬於婚後財產。縱然甲對乙妻有價值 2 千萬元房屋之贈與，亦不影響乙之剩餘財產分配請求權與自由處分金之請求權，甲之抗辯無理由。

(二)乙忿而與甲離婚，有理由；乙拒絕承認乙與丁之收養關係，無理由；乙向丙追討甲贈與丙之股票部分有理由、惟生活費部分無理由。

1.乙忿而與甲離婚，有理由：

(1)本件，因丙竟然為甲之外遇對象，且丙所生之丁為甲親生，可見甲丙間有通姦行為之事實。倘若該通姦行為亦發生於甲乙婚姻關係存續中，乙當可本於民法第 1052 條第 1 項第 2 款：「與配偶以外之人合意性交」之規定而請求裁判離婚。是以，乙忿而與甲離婚，有理由。

(2)附帶言之，如甲乙離婚後，因婚姻關係消滅，如乙之婚後財產較少，則可本於剩餘財產分配請求權向甲請求財產之給付。

2.乙拒絕承認乙與丁之收養關係，無理由：

(1)甲對丁之收養無效，惟尚可解為甲對丁有認領行為，故丁仍為甲之子女：

本件，因甲與丁具有真實血緣關係，一般認為其收養無效，故甲對丁之收養行為不發生效力。惟甲確為丁血緣關係上之生父，鑑於認領行為係不要式行為，故甲對丁所為收養之表示，亦當可解為係認領之意思表示，而發生認領之效力。是以，丁為甲之子女，合先敘明。

(2)乙對丁之收養行為有效，故乙拒絕承認乙與丁之收養關係，無理由：

乙丁間之收養行為因未具有得撤銷或無效之事由，故乙無從否認與丁之收養關係。

3.乙向丙追討甲贈與丙之股票部分，有理由；但生活費之部分，則無理由：

(1)侵害剩餘財產分配請求權行為之救濟

因配偶之一方之有償或無償行為而處分財產，致他方之剩餘財產分配請求權受有損害者，他方應如何加以救濟？據此，本法設有撤銷權與追加計算等制度。

(2)乙向丙追討甲贈與丙之股票部分，有理由：

如該股票係甲之婚後財產，則該無償贈與之行為，當然有害及法定財產制關係消滅後乙之剩餘財產分配請求權。且此贈與之價值高達 1 千萬元，應非屬履行道德上義務所為之相當贈與。如該無償贈與之行為至今尚未超過一年，或自妻乙知有撤銷原因時起，尚未超過六個月者，乙自得聲請法院撤銷之。據此，乙向丙追討甲贈與丙之股票部分，有理由。

(3)乙向丙追討甲贈與丙之生活費之部分，無理由：

如該費用之支出係由甲之婚後財產所給付，則該無償贈與之行為，當然有危害法定財產制關係消滅後，乙之剩餘財產分配請求權。惟該每月 10 萬元之贈與，係供丙作生活費之用，難謂無扶養其生活之義務。是以，此每月 10 萬元之生活費，則當屬履行道德上義務所為之相當贈與。據此，乙無從聲請法院撤銷之。又該無償贈與之行為長達兩年，故超過一年之部分亦無撤銷之可能。再者，又因上開生活費之贈與屬於履行道德上義務所為之相當贈與，亦無民法第 1030 條之 3 追加計算之適用。綜上所述，乙向丙追討甲贈與丙之生活費之部分，無理由。

二、甲將其 A 地先後設定第一、二、三、四次序之抵押權於乙、丙、丁、戊四人，擔保債權額依序為新臺幣（下同）100 萬元、100 萬元、200 萬元、400 萬元。各抵押權存續中，乙將其第一次序讓與丁，其後丙於經乙、丁同意後將其第二次序與戊之第四次序變更。試問：

（一）A 地拍賣所得價金 600 萬元，應如何分配各抵押權人？（13 分）

（二）若乙、丙、丁、戊為次序讓與及變更後，戊復為丙之利益拋棄其抵押權之次序，則 A 地拍賣所得之 600 萬元價金，應如何分配各抵押權人？（12 分）

答題關鍵	<p>本題乃係考出 96 年新修法中抵押權之次序權之考題，測驗考生對於新法的熟悉度。次序權在歷年考題中均未成為重點題目，今年之所以出現這種考題，恐怕與附法條考試之變革有關。蓋因新修法中關於次序權之規定只有 870-1 與 870-2 兩個條文，對於次序權之讓與、拋棄等複雜的法律關係，若單從法條來看是無法完整處理的，必須搭配修法理由的計算方式與說明才可以完整應答，因此成為今年考點並不令人意外。</p> <p><u>姜政大老師在 97 年司法官解題講座時已提醒過同學，由於今年第一次附法條考試，出題老師也正</u> <u>在摸索該如何設計深度考題時，類似次序權的題目可能會出現!!!</u>果不其然，考前猜題正中目標!!!蓋次序權的題目既是新修法，亦屬無法單憑法條就能處理之題目。故各位考生於處理次序權考題時，須熟悉掌握次序權之讓與、拋棄等概念與相關計算方法。姜政大老師於第五回民法講義中，將修法理由所有之計算方式與例題，以白話文的解釋方法為同學進行講解，目的就是防止此類考題出現。是本題關鍵在於對次序權讓與、拋棄的概念是否能清楚掌握，同時，此次考試亦出現有關於次序權互換(變更)之問題。基本上，次序權變更算是一種突襲性考題，因新修法未明定關於次序權變更之問題，只能從土地登記規則裡尋找相關規定。但同學無須恐懼，蓋以法理理解次序權之互換所須具備之要件並不困難，只要平心靜氣的應對，仍可迎刃而解。</p>
高分閱讀	姜政大，民法第五回講義，第 58-62 頁，抵押權次序權之讓與拋棄專題分析。

【擬答】

（一）A 地拍賣所得應分配給戊 400 萬、丁 200 萬、乙與丙不得受清償

1. 本題丙、戊將第二與第四次序互換，此乃抵押權次序之變更，按民法此次新修法僅規定抵押權次序之讓與、拋棄，對於次序變更(互換)並無明文規定。惟按同一標的之抵押權因次序變更申請權利變更登記，應符合下列各款規定：一、因次序變更致先次序抵押權擔保債權金額增加時，其有中間次序之他項權利存在者，應經中間次序之他項權利人同意。二、次序變更之先次序抵押權已有民法第八百七十條之一規定之次序讓與或拋棄登記者，應經該次序受讓或受次序拋棄利益之抵押權人同意，土地登記規則第一百一十六條第一項有明文規定，合先敘明。
2. 本題中，丙、戊互換次序後，戊成為第二次序抵押權人，原第二次序抵押所擔保者乃丙之債權 100 萬，因而變更為戊之債權 400 萬，影響乙、丁受償額度(丁從 200 萬變成只能受償 100 萬，乙讓與丁之受償額亦受影響，容後詳述)，故該變更依上開規定應經乙、丁同意始得為之。今該互換次序既經乙、丁同意，對乙、丁發生效力。是受償額度應重新調整為乙 100 萬、戊 400 萬、丁 100 萬，而無剩餘額度可讓丙受償。
3. 次按同一抵押物有多數抵押權者，抵押權人得以下列方法調整其可優先受償之分配額。但他抵押權人之利益不受影響：一、為特定抵押權人之利益，讓與其抵押權之次序，民法物權編九十六年新增訂第八百七十條之一第一項第一款有明文規定。此乃抵押權次序權之讓與，惟其讓與僅有相對效力，不因讓與次序權而使其他抵押權人之權益受影響。
4. 本題中 A 地拍賣所得 600 萬元，依變更後之次序分配，乙、戊、丁、丙應各分別可受償 100 萬、400 萬、100 萬、0 萬，惟乙讓與次序權給丁，依上開法條之規定，乙、丁仍保有原抵押權之次序，而依其原次序受分配後合計所得金額，由受讓人丁優先受償，如有剩餘再由讓與人乙受償。是乙、丁所得金額合計為 200 萬元(100+100)，則先由丁受償 200 萬，而無剩餘額度可讓乙受償。又依前開說明，次序權之讓與不影響其他抵押權人，則戊、丙分別可受償之 400 萬與 0 萬均無影響。

（二）戊拋棄次序權後，應分配給乙 0 萬、丙 80 萬、丁 200 萬、戊 320 萬

1. 經次序權之讓與及變更後，乙、戊、丁、丙共分別取得 0 萬、400 萬、200 萬、0 萬之受償額度已如前述，合先敘明。
2. 按同一抵押物有多數抵押權者，抵押權人得以下列方法調整其可優先受償之分配額。但他抵押權人之利益不受影響：二、為特定後次序抵押權人之利益，拋棄其抵押權之次序，民法物權編九十六年新增訂第八百

七十條之一第一項第二款有明文規定。此乃抵押權次序權之「相對拋棄」，其拋棄亦僅具相對效力，不因拋棄次序權而使抵押權人權益受影響。

3. 本題中，A 地拍賣所得 600 萬元，經次序讓與變更後分配，乙、戊、丁、丙原應各可得 0 萬、400 萬、200 萬、0 萬。惟於戊乃為丙之利益拋棄次序權，亦即相對拋棄次序權給丙後，戊因拋棄抵押權次序之結果，使得丙與戊處於同一次序之上。依其原次序受分配後合計所得金額，由戊、丙依其債權額比例分配受償，是戊、丙所得金額合計為 400 萬，而兩人債權額比例為 4 比 1，則戊受償 320 萬($4/5 \times 400$ 萬)，丙受償 80 萬($1/5 \times 400$ 萬)。

4. 惟依前開說明，次序權之讓與不影響他抵押權人，是於戊相對拋棄次序權後，乙、丁原先之分配額並無影響，而丙可受償 80 萬元、戊可受償 320 萬元。

三、甲客運公司之司機乙駕駛公司之公車行經十字路口時，因不明原因致使車輛失控而撞上路燈，車內之乘客丙（職業：建築工人）多處受傷及兩腿骨折，另一位由父親付費之乘客丁（九歲）則右手扭傷。丙住院治療 6 個月後方痊癒出院，而住院期間，丙之母親（職業：家管）在醫院看護丙。系爭車輛之保養維修一切正常，事後亦證明乙無過失。此外，乙趁丙受傷時竊走丙皮包內之現金 1 萬元及一只手錶（市值 5 千元）。乙當晚即前往酒店將該 1 萬元花光，並將手錶贈與不知情之酒店小姐戊。試問：（25 分）

（一）丙及丁就其二人之受傷，對甲、乙是否有權利得主張？

（二）丙就其現金 1 萬元及該只手錶，對甲、戊是否有權利得主張？

答題關鍵	本題測驗同學對於傳統考點的掌握與熟悉程度，也可說是考古題的大集合。若考生考前熟讀考古題，則本題應可被定位為「送分題型」。類如此種考題，是最傳統、最基本的題型，特徵是「題目看起來很複雜，但爭點卻很明顯」。考生對付這種考題最好的方式是：「一道道的慢慢解開，分點分項的處理」。
------	---

【擬答】

（一）丙、丁對甲乙主張之權利如下

1. 丙得向甲主張民法第六百五十四條旅客運送責任及消保法企業經營者之責任，請求損害賠償：

(1) 按旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送人之遲到應負責任，但因旅客之過失或其傷害係因不可抗力所致者，不在此限，民法第六百五十四條第一項有明文規定。本條乃係通常事變責任之規定，其立法目的在於確保乘客之權益，由較有資力之客運公司承擔損害風險，合先敘明。

(2) 本題中，丙搭乘由甲客運公司所營運的公車，由乙駕駛，依上開法條之規定，丙與甲成立旅客運送契約。而於途中發生損害，雖甲公司與乙司機對於該損害均無可歸責事由，惟依上開通常事變責任與不完全給付之規定，甲仍應對於丙之損害負賠償責任，民法第二百二十四條可資參照。

(3) 是丙依旅客運送責任之規定向甲請求損害賠償時，得依民法第二百二十七條之一準用第一百九十二條至一百九十五條之規定，請求醫療費、看護費與精神慰撫金。

(4) 次按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，民法第一百八十四條第一項前段有明文規定。乙之行為構成丙之損害，自應依本條對丙負賠償責任，又甲乃乙之僱用人，另依民法第一百八十八條之規定負連帶責任。惟侵權行為之成立前提，尚須以行為有人故意、過失為必要，今參本題題旨，甲、乙對於車輛失控均無故意過失，是丙似無從向甲、乙訴請侵權行為之損害賠償。

(5) 惟按從事提供服務之企業經營者，於提供服務時，應確保該服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任，消費者保護法第七條有明文規定。本題丙雖然無法證明甲乙對其損害有過失，惟消保法上開規定乃屬無過失責任之規定，是丙仍得依上開規定請求甲、乙負連帶損害賠償責任。

(6) 又依民法第一百九十三條規定，丙得請求因受傷而增加生活上之需要費用，今丙因受傷而必須僱用人員所花費之看護費用，自得允其向甲、乙請求看護費。雖看護工作由丙之母親擔任，惟通說與實務見解均認為不得以此謂甲、乙即可免責，丙仍得向甲、乙請求賠償。

2. 丁得向甲請求賠償因右手扭傷之醫藥費與精神慰撫金

(1) 按以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權，民法第二百六十九條有明文規定，此乃利益第三人契約之規定。本題中，九歲丁之車

票乃由其父購買，則其父與甲公司就丁之車票購買，成立附利益第三人契約條款之旅客運送契約，合先敘明。

(2) 丁身為旅客，對甲、乙得依民法第六百五十四條要求其負通常事變責任，而請求損害賠償，與丙並無二致。惟由於甲丁構成利益第三人契約條款之類型，則究竟由誰對債務人甲請求損害賠償，尚非無疑。通說認為，由於損害賠償之性質乃屬契約履行之利益，理應由受利益之第三人(亦即丁)對甲請求，故丁得向甲請求賠償因右手扭傷之醫藥費與精神慰撫金，民法第二百二十七條之一準用第一百九十二條至一百九十五條之規定可資參照。

(3) 又甲乙對於侵害丁之身體，應依消保法第七條負連帶損害賠償責任，此與丙之部分相同，恕不贅述。

(二) 丙對甲、戊主張之權利如下

1. 就現金一萬元之部分，丙不論有無對第三人請求返還，均不得對甲請求負僱用人連帶責任：

(1) 按動產與他人之動產附合，非毀損不能分離，或分離需費過鉅者，各動產所有人，按其動產附合時之價值，共有合成物。前項附合之動產，有可視為主物者，該主物所有人，取得合成物之所有權；動產與他人之動產混合，不能識別，或識別需費過鉅者，準用前條之規定，民法第八百一十二條、第八百一十三條分別定有明文。

(2) 本題中，乙竊走丙現金一萬元之際，依通常情形，丙之現金若已與乙原有金錢為混合，依上開規定由乙取得該金錢之所有權。次按因添附之規定，喪失權利而受損害者，得依關於不當得利之規定請求償金，民法第八百一十六條定有明文。民法添附制度僅係便宜規定，非具有使人終局取得權利之意，是丙得依上開法條向乙主張返還該一萬元之不當得利。

(3) 又若丙未向乙請求返還該現金，則因乙之竊盜行為造成丙對該金錢所有權之喪失，侵害其金錢所有權，丙自得向乙依民法第一百八十四條請求侵權行為之損害賠償。

(4) 再按受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任，民法第一百八十八條第一項本文有明文規定。惟本條所謂「因執行職務不法侵害他人之權利」所指為何？通說認為亦包括因職務執行而給予機會。惟本題中，乙之行爲雖係利用丙受傷之際竊取財物，但其與駕車職務無涉，尚難認係因執行職務而給予機會，是甲亦無須依本條規定與乙負連帶責任。

2. 就手錶部分，若丙得對戊請求返還：

(1) 按無權利人就權利標的物所爲之處分，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，乙未經同意擅將丙之手錶竊走而後轉贈給戊，乃係無權處分他人之物。而戊為善意，依民法第八百零一條、九百四十八條之規定善意受讓該錶，丙隨即喪失該錶之所有權，無法請求戊返還。

(2) 次按占有物係盜贓物者，其被害人自被盜之時起二年以內，得向占有人請求回復其物，民法第九百四十九條定有明文。是丙自得於被盜之時起兩年內向戊請求返還。

(3) 惟若丙未於兩年內向戊請求返還，可否另依民法第一百八十三條規定請求戊返還？尚非無疑。按不當得利之受領人，以其所受領者，無償讓與第三人，而受領人因此免返還義務者，第三人於其所免返還義務之限度內，負返還責任，民法第一百八十三條定有明文。通說認為本條規定僅適用於無償之有權處分，惟若如本題中乃無償無權處分之情事，則應類推適用之。

(4) 惟本題中亦無類推適用本條規定之餘地。蓋本條明定須是「受領人因此免返還義務者」，亦即不當得利之受領人須為善意始有適用。今本題乙竊取丙之手錶乃屬惡意，自無本條適用之餘地，故丙仍不得依本條規定，向戊請求返還。

(5) 是若丙已向戊請求返還(不論係依據民法第九四九條或是一八三條之規定)，則丙之所有權未受侵害，丙無從向甲主張應負民法第一百八十八條僱用人連帶賠償責任。惟亦有認為於被竊盜期間，仍有所有權侵害之損害，丙仍得請求甲、乙負侵權行為損害賠償責任，併此指明。

四、甲與乙訂立承攬契約，乙為甲興建房屋一棟，報酬總額為新臺幣（下同）500 萬元。乙就系爭承攬契約之部分工程，與下包商丙另訂次承攬契約，報酬為 300 萬元。此外，乙對丁尚積欠 200 萬元債務。乙因而就系爭承攬報酬總額中之 300 萬元讓與於丙，甲、乙並合意，甲應依照丙之指示，直接給付款項給丙。至於其餘之 200 萬元承攬報酬款，乙則指示甲匯款至丁之帳戶，作為乙清償前述債務之用。系爭房屋業經乙興建完成並交付甲使用，甲亦已依前述約定給付 300 萬元予丙，並匯款 200 萬元予丁。6 年後，系爭房屋出現影響結構安全情事，且無法修補，但甲、乙均無法證明乙及丙就此情事是否有可歸責之事由。請問：如果您是甲之律師，您會提供甲如何之法律意見？（25 分）

答題關鍵	<p>本題可說是 97 年度律師、司法官民法考試中最出色的考題了，除了測驗考生對於承攬契約瑕疵擔保、瑕疵發現期間等相關規定之熟悉度外，同時測驗考生對於相關實務見解是否有所涉獵。包括承攬契約之瑕疵擔保責任與債務不履行之不完全給付競合問題的最新實務見解、最高法院對於舉證責任配置之見解等。除此之外，題目後半段更測試考生有無能力處理第三人利益契約、縮短給付型不當得利等問題，是相當具有鑑別度與深度之考題。</p> <p>姜政大老師在考前發給同學(正班上課時必發)的「最高法院最新實務見解」的小手冊中，即收錄承攬契約之最新見解：「最高法院第九十六年第八次決議」，完全命中此次考題！如果同學有仔細閱讀，在本題中將可輕鬆應答。本題再度驗證姜政大老師上課時不厭其煩叮嚀同學實務見解的重要性。解答關鍵除了上開關於承攬契約的瑕疵擔保責任與不完全給付的競合問題之決議外，另一項重點在於民法第四百九十五條之可歸責要件應由誰舉證之問題，最高法院判決做了有別於法條一般解釋方法的認定，認為應由承攬人舉證自己無可歸責。此外，提醒同學，類似此種考題的問法，要求同學以身為甲律師的角度進行解題，同學應盡力為甲尋求可用之法律基礎方向作答，不宜完全否定甲的請求權基礎。因此，若有模稜兩可之處，同學在下筆時，應以對甲有利的面向作答為妥。</p>
------	---

【擬答】

甲得對乙主張不完全給付之損害賠償與解除契約，如下分析：

(一)甲無法對乙請求負承攬契約之瑕疵擔保責任

- 1.按承攬人完成工作，應使其具備約定之品質及無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，民法第四百九十二條有明文規定，此乃承攬人對於承攬工作物之瑕疵擔保責任。次按工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之；承攬人不於前條第一項所定期限內修補瑕疵或不能修補，定作人得解除契約或請求減少報酬。但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約，民法第四百九十三條、第四百九十四條分別定有明文。
- 2.本題甲乙就興建房屋一棟成立承攬契約，於交屋六年後發現該承攬工作物(房屋)有瑕疵，雖甲無法證明乙丙對於該瑕疵有可歸責事由，惟上開對於承攬工作物之瑕疵擔保規定乃屬無過失責任，亦即不論承攬人有無過失均應負責。是承攬人乙本應依上開法條之規定，負修補責任，若不能修補，則甲得主張減少報酬，但不得主張解除契約(蓋本題承攬工作物乃建築物)。
- 3.惟按第四百九十三條至第四百九十五條所規定定作人之權利，如其瑕疵自工作交付後經過一年始發見者，不得主張；工作為建築物或其他土地上之工作物或為此等工作物之重大之修繕者，前條所定之期限，延為五年，民法第四百九十八條、四百九十九條分別定有明文。本題乃於交屋後六年始出現結構安全之瑕疵，已逾越上開五年之瑕疵發現期間，是甲無主張民法第四百九十四條之瑕疵擔保責任之餘地。
- 4.又按因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。前項情形，所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，而其瑕疵重大致不能達使用之目的者，定作人得解除契約，民法第四百九十五條有明文規定。甲得否依本條對乙主張解除契約，須視乙有無可歸責事由。按定作人依民法第四百九十五條規定請求損害賠償，以瑕疵因可歸責於承攬人之事由而生者為限，此係承攬人對定作人之瑕疵擔保責任內容之一。而瑕疵擔保責任乃法定責任，不以承攬人有故意或過失為必要，亦即承攬人應負無過失責任。又債務人原有給付之責任，僅於有特別情事，始得免責，乃債法之大原則。我民法係以不可歸責於債務人之事由為免給付之原因，此觀民法第二百三十條、第二百二十五條第一項之規定自明，故債務人欲免為給付者，應就歸責事由之不存在即無故意或過失負舉證責任，最高法院八十七年台上一二八九號判決意旨可資參照。
- 5.依上開判決意旨，應由乙舉證自己不具有可歸責事由。惟縱乙無法舉證，本條瑕疵發現期間仍為五年，逾越五年後始發現瑕疵者依然無本條之適用，民法第四百九十八條、第四百九十九條可資參照，已如前

述，是甲仍無從依據本條規定向乙主張解除契約與請求損害賠償。

(二)甲得對乙請求負不完全給付之損害賠償與解除契約之責任

- 1.按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償，民法第二百二十七條有明文規定，此乃債務不履行之不完全給付之規定。
- 2.本題中乙承攬建築甲之房屋有瑕疵，應為不完全給付，應依上開法條之規定負損害賠償責任，惟本題因逾越瑕疵發現期間而不適用債編各論之承攬契約瑕疵擔保之規定，是否仍有債編總論中關於不完全給付規定之適用？尚非無疑。
- 3.參酌最高法院九十六年第八次決議意旨謂「承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用」。最高法院認為承攬契約既已對定作人之各項請求權有短期時效之規定，則不應再容許定作人另依具有十五年時效之不完全給付請求損害賠償與解除契約。
- 4.對此，管見以為，最高法院上開見解雖非無據，惟該決議無適用於本題之餘地。蓋本題甲係逾越瑕疵發現期間，並非逾越權利行使期間，且瑕疵擔保責任與債務不履行之不完全給付規定，不論就權利屬性、內容均有所異，尚難認可為相提並論。是雖甲無從依債編各論之規定主張權利，仍應允其依不完全給付之規定，主張解除契約與請求損害賠償。

(三)甲無法對丙請求負承攬契約之瑕疵擔保責任與不完全給付責任

- 1.按稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約，民法第四百九十條定有明文。依本條規定與通說見解，均認為承攬契約首重一定工作物之完成，至於完成之人為何非承攬契約之重點，是通說見解認為承攬契約有別於委任、僱傭契約，原則上允許承攬人將其所承攬的工作再度轉由第三人為次承攬，實務上常見之「工程轉包行為」即屬之，合先敘明。
- 2.惟次承攬之承攬契約乃存在於原承攬人與次承攬人之間，並非原定作人與次承攬人成立一新承攬契約。依債之相對性原則，原定作人甲與次承攬人丙似無構成任何契約關係。甲不得依據承攬契約之規定向丙主張瑕疵擔保責任或不完全給付之責任。
- 3.惟丙與乙簽定承攬契約，其目的乃為建造甲所有之建築物。是丙雖與甲無任何契約關係，卻乃係為輔助乙完成對甲之承攬債務，應可視為係乙之履行輔助人，依民法第二百二十四條之規定，甲仍得就丙之行為對乙主張應負債務不履行之責任，惟甲無從對丙主張之。

(四)甲無法對丙、丁主張解除契約或請求不當得利

1.丙的部分

- (1)按以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權，民法第二百六十九條有明文規定，此乃利益第三人契約之規定。
- (2)本題中，甲乙約定由甲直接付款給丙，而丙對於甲亦有直接給付請求之權利，乃構成利益第三人契約條款之類型。依前所述，一旦甲與乙解除契約，則甲應對於乙依民法第二百五十九條請求返還工程款項抑或對丙請求？尚非無疑。通說見解認為，丙領取之款項乃係基於乙丙間之對價關係，與甲之損害並無因果關係。是甲乙間補償關係被解除後，甲僅得對乙主張不當得利，不得對丙請求返還，是甲不得對丙主張返還該筆 300 萬元之款項。

2.丁的部分

- (1)甲乃依乙之指示，將款項匯入丁之帳戶以清償乙對丁之債務。甲與丁並無任何契約關係之存在，甲受乙指示匯款於丁，係屬縮短給付型之不當得利，與甲丙間所成立之利益第三人約款有間，合先敘明。
- (2)惟縮短給付型不當得利，其給付關係仍分別存於甲乙、乙丁之間，甲仍應向乙主張解除契約並請求返還該筆款項，尚無從允許甲向丁請求返還 200 萬元之不當得利。

《民法》

一、甲擬向乙進貨新臺幣 1,000 萬元之貨物，應乙之要求商同丙為保證人；乙同意丙為保證人後依約交貨。雙方並約定：於交貨後一個月付款，甲如遲延給付，每日應按貨款百分之一計付違約金。嗣甲因經營不善遲延付款，乙解除該筆貨物之買賣，並請求甲、丙連帶給付違約金。問：

(一)乙之請求有無理由？其依據為何？(13 分)

(二)本件涉訟後，如法院認為該項違約金額過高而擬酌減違約金時，是否須經甲之請求？又如甲已為違約金之部分或全部給付者，法院是否仍有酌減違約金之權？(12 分)

命題意旨	本題主要考點為第二百六十條之解釋、保證債務之範圍與違約金之酌減。
答題關鍵	一、第一小題係傳統考題，涉及者為第兩百六十條應如何解釋之傳統爭議，同學們應較容易把握；至於對丙之請求部分，係談論保證債務之範圍，屬於法條式考題，對平日有按部就班背法條的同學而言，應不算是難題。 二、第二小題主要考違約金酌減之問題，係屬較冷門的問題，不過問題不算艱澀，如果基本功有打穩的同學，這題應可輕鬆應答。
高分閱讀	1.實例演習系列-民法債編實例演習（徐律師） P.13-4~8：保證人債務範圍；P.13-9：保證人之權利（相似度 80%） P.9-7~8：違約金之酌減（相似度 80%） 2.重點整理系列-民法債權各論（鄭律師），P.26-5~9：保證效力（相似度 80%） 3.圖說系列-民法債編(I)（圖說）（張律師），P.7-106：違約金之核減（相似度 70%） 4.圖說系列-民法債編(II)（圖說）（張律師），P.21-10：保證債務之範圍（相似度 70%）

【擬答】

(一)

1.乙對甲請求給付違約金有無理由？

乙得否對甲請求給付違約金之關鍵，在於乙已解除系爭買賣契約，則其是否得於解除契約後，仍請求違約金之給付，試述於下：

(1)違約金者，係指當事人為確保債務之履行，約定債務人不履行債務時，應支付之金錢或其他給付。而依第二百五十條第二項之規定，違約金視為賠償總額預定性違約金，亦即以違約金為債務不履行所生之賠償總額。從而於本案情形，應認為每日貨款百分之一所計付之違約金，係乙因甲遲延給付所生之遲延損害總額。

(2)按第兩百六十條規定：「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」惟何謂不妨礙損害賠償之請求，學說與實務上見解不同，試說明如下：

A.甲說：

通說與實務認為我國關於契約解除後，損害賠償之立法例應係採取履行利益賠償主義，亦即債權人得解除契約並就因契約消滅後所生之損害，一併請求賠償。從而最高法院五十五年台上字第一一八八號判例表示：「民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，據此規定，債權人解除契約時，得併行請求損害賠償，惟其請求損害賠償，並非另因契約解除所生之新賠償請求權，乃使因債務不履行（給付不能或給付遲延）所生之舊賠償請求權，不因解除失其存在，仍得請求。」

B.乙說：

惟自理論上而言，債務不履行之損害賠償請求權如係原債權之變形，則因契約已經解除而溯及消滅，原債權已不存在，從而少數說認為此時已無債務不履行之損害賠償得以行使，從而本條應解為契約解除後，不妨礙信賴利益損害賠償之請求。

C.從而於甲說下，縱乙已解除契約，其仍得依第二百六十條之規定請求甲給付系爭違約金，惟若欲貫

徹民法理論，則似以採乙說而否定乙之請求為當。

2. 乙對丙請求給付違約金有無理由？

(1) 按依第七百四十條規定，保證債務除契約另有訂定外，包括違約金。最高法院二十年上字第一一九七號判例亦表示：「保證債務契約，係保證人與債權人約明於主債務人有不履行或不能履行時，代負償還責任之契約。」從而雖本案乙丙所訂之保證契約係保證甲之貨款債務，然而保證債務之範圍及於系爭違約金債務。

(2) 因通說與實務採前述甲說立場，從而契約解除後之損害賠償請求權係基於債務不履行所發生，屬於原債權之變形，因此為債權設定之擔保無論係人保或物保，對於損害賠償債權仍然繼續其擔保效力，亦即，乙請求保證人給付違約金為有理由。

3. 乙請求甲、丙連帶給付有無理由？

按依第二百七十二條規定，連帶債務之成立以明示或法律規定者為限。今雖丙為保證人而保證包括系爭違約金債務已如前述，惟未有當事人之明示或法律規定，從而乙請求甲、丙連帶給付違約金為無理由。甚且，保證人依第七百四十五條享有先訴抗辯權，於債權人乙未就主債務人甲之財產強制執行而無效果前，保證人丙本即得據本條規定拒絕清償。

(二)

1. 法院得不經甲之請求即酌減違約金

違約金之約定原屬當事人間之合意，債之關係既已成立，債務人即應依約履行。惟於訂約之初，立於經濟上之弱者，常不得不忍受過高之違約金而訂立契約，倘貫徹上述原則而無任何救濟之道，殊非公允，從而第二百五十二條賦予法院就違約金有核減之權，且無須待債務人之聲請即得為之。最高法院七十九年台上字第一六一二號判例即表示：「違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後使得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減。」

2. 如甲已為違約金之部分或全部給付者，法院是否仍有酌減違約金之權？

若債務人甲已支付違約金，法院是否仍可認為約定之金額過高而核減之，學說上有所爭議：

(1) 甲說：此說認為與第七十四條第一項對照以觀，應認為於債務人支付違約金以後，仍得由法院核減違約金額。

(2) 乙說：此說認為債務人如已支付違約金，法院核減之職權即已消滅。

(3) 管見以為第七十四條規定係以乘他人之急迫、輕率或無經驗為要件，惟第二百五二條並無此限制，倘債務人係出於自由意願履行契約，則債權人仍係屬本於債權而受領給付，未避免法律關係趨於複雜，法院即無核減違約金額之必要(最高法院七十九年台上字第一九一五號判例可資參照)。

二、甲、乙共有一筆土地，應有部分均等，利用該二分之一土地建築二層樓房，以供居住。倘若二樓結構業已完成，僅門窗尚未裝設及內部裝潢尚未完成，如丙有意取得該樓房所有權，此項尚未完全竣工之樓房，是否可成為獨立之不動產，以辦理所有權移轉登記？設若甲對於尚餘之二分之一空地，欲經營停車場，以增加收入，乙不同意時，甲得否訴請法院裁判？又為裝潢樓房內部，需要資金，甲、乙共同向A銀行借款新臺幣1,000萬元，以前述土地及樓房設定抵押並登記在案。嗣後在樓房之外，利用樓房之原有牆壁，加建一間廚房。該廚房是否為前述抵押權效力所及？(25分)

命題意旨	本題之考點均屬傳統爭議，算是測驗同學基本功的考題，對於同學們應不至於造成突襲。惟考題中牽涉物權修正草案及物權修正條文之部分，同學們應在答題中予以援引，以免錯失得分關鍵！
答題關鍵	<p>本題可分為三個小題，分別有其考點：</p> <p>(一)第一小題之考點為不動產定著物之判斷標準，同學們對於繼續附著於土地上，而達一定經濟上目的，此類關鍵字千萬不可遺漏。</p> <p>(二)第二小題係傳統上分別共有人得否訴請法院以裁定共有物之管理方法之問題，現行通說與實務見解為何當然為答題重點，但千萬不要忘記提出物權修正草案第八百二十條第二項之規定。</p> <p>(三)第三題之考點，係爭論很久之抵押權標的物範圍與新建建物之關係，然而本題考的並非傳統最受爭議之從物是否受抵押權效力所及之問題，而是較簡單之不具獨立性之物是否受抵押權效力所及之問題，同學們可別一時大意而解錯了方向。</p>

高分閱讀	1.重點整理系列-民法物權編（黃律師），P.2-83～87：共有物之管理（相似度 100%） P.6-28～6-29：抵押權效力：增建部分（相似度 100%） 2.經典試題系列-民法（含總則、債、物權篇）試題精選基礎篇（李淑明） P.10-40～47：抵押權效力：增建部分（相似度 80%） 3.重點整理系列-民法總則（邱律師），P.6-5：不動產之概念（相似度 80%）
------	--

【擬答】

(一)該未完全竣工之樓房，可成為獨立之不動產，以辦理所有權移轉登記

第六十六條第一項規定：「稱不動產者，謂土地及其定著物。」本條所稱之定著物，係指固「定」，且附「著」於土地之物。

關於何謂定著物，學說與實務上認為，係指非土地之構成部分，繼續附著於土地，而達一定經濟上目的，不易移動其所在之物而言(最高法院六十三年度第六次民庭庭推總會議決參照)。從而最高法院七十年台上字第二二二一號判例表示：「系爭房屋原計畫蓋建二樓，而建築之程度，二樓結構業已完成，僅門窗尚未裝設及內部裝潢尚未完成，此項尚未完全竣工之房屋，已足避風雨，可達經濟上之使用目的，即成為獨立之不動產。」據上所述，系爭樓房已屬第六十六條第一項所稱之不動產，得辦理所有權移轉登記。

(二)甲得否訴請法院裁判？

按雖第八百十八條規定：「故共有人，按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權。」惟應有部分並非存在共有物之特定部份，其乃抽象地存在於共有物之任何一點，從而甲雖就系爭土地有其應有部分，惟其不得主張自己就該特定之二分之一之土地有使用收益之權利。

實則，就該特定二分之一之空地，應否用以經營停車場，係就該共有物應為如何管理之問題，就此一問題，第八百二十條第一項規定：「共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。」

然而本案中，他共有人乙並不同意將系爭土地用以經營停車場，甲得否訴請法院以裁定定該土地之使用方法？通說與實務均認為，共有物之管理、使用、收益方法為何不宜由法院介入，況且共有人若對管理、使用、收益方法不滿意，其可選擇退出共有關係，從而於現行第八百二十條第一項之規範下，甲不得訴請法院裁判。惟關於共有物管理之現行民法規定，不僅不能與土地法第三十四條之一關於共有不動產處分之特別規定平衡，且共有物之使用、收益及其他利用之管理，若原則上均須經共有人全體之同意，將因此同意不易達成致妨礙共有物之利用，實與物應盡其用之經濟目的不符，是以物權修正草案第八百二十條第二項規定：「共有人不能依前項規定定其管理者，法院得因任何共有人之聲請，以裁定定之。」。

(三)該廚房為抵押權效力所及

建築物之附加部分不具獨立性時即已成為附合之物，原抵押物所有權擴張，抵押權之支配自亦隨同擴張，是抵押權之效力應及於該附加之部分，且其附合之時點，係在抵押權設定之前或設定之後，均在所不問，並不以登記為必要。

系爭加建之廚房並不符合前述關於定著物之要件，從而不具獨立之所有權而僅係該物之附合部分，亦即成為原物之成分，依前述，縱然該廚房係於抵押權設定後興建，該廚房亦為抵押權效力所及。

茲有附言者，實務上有認為所謂獨立之物，係指具備構造上及使用上獨立性之物(最高法院八十八年台上字第四八五號判決參照)，本案系爭廚房係利用樓房原有牆壁興建，又無獨立出入之門戶，從而不具構造上及使用上之獨立性，非屬獨立之物而不具所有權，故受抵押權效力所及並無疑問。

就此，物權修正條文增訂第八百六十二條第三項前段，規定：「以建築物為抵押者，其附加於該建築物而不具獨立性之部分，亦為抵押權效力所及。」可評價為相同見解。

三、甲高職畢業，以駕駛為業，為乙貨運公司的靠行司機，於民國 96 年 6 月 3 日（星期日）上午九時許駕駛營業小客車載貨，行駛途中甲疏未注意，駛入對向車道，撞及沿對向車道騎乘重機車之丙、丁，造成丙、丁人車倒地（經查丙、丁並無任何過失）。丙經送醫急救不治，機車全損報廢（原車價新臺幣（下同）56,112 元，已使用一年）。丙十分孝順，白天上大學（現就讀大三下學期），晚上上班，上有父戊（民國 41 年 1 月 10 日生；靠推銷油漆賺取微薄收入，負債度日）與母己（民國 45 年 7 月 21 日生；家管，需服侍老病公婆，無法外出謀職），另有弟妹三人。戊為丙支出；醫療費 11,543 元、殯葬費 80 萬元（含靈骨塔、骨灰罈）。此外，戊、己共同領取汽車

強制保險金 150 萬元。丁就醫後雖無大礙，卻因此喪失嗅覺，丁原為塑膠工廠的技術員，平日需用嗅覺辨識塑膠原料，受傷後無法繼續從事工作，亦無法從事家事烹飪，還得搭火車到具有治療嗅覺專科的台中榮民總醫院就醫。試問：

(一)丙之繼承人及丁欲向甲及乙請求連帶負損害賠償責任，其主要之爭點為何？(10 分)

(二)在肯定丙之繼承人及丁之請求權成立之前提下，其損害賠償之範圍應如何認定（請具體計算）？(15 分)

命題意旨	本題係就財產權、生命權、身分權、人格權受侵害時，應如何救濟之問題，還有傳統考題的第一百八十八條今年再度出現，本條的重要性考生實在不可小覷。
答題關鍵	(一)第一小題主要是在談權利受侵害時如何請求賠償之問題，並不能算是難題，尤其是第一百八十八條本即是國家考試的常客，平常有寫考古題習慣的同學對這個題目的考法應不會太陌生。 (二)第二小題主要在考第一百九十二條以下至第一百九十五條賠償範圍的問題，兼及第兩百一十五條之賠償方法的決定，只要相關法條有記熟，應能從容回答。
高分閱讀	1.法觀人 119 期三等考場特刊第 6 題（相似度 90%） 2.圖說系列-民法債編（I）（圖說）（張律師） P.6-72~75：僱傭關係之認定（相似度 90%） P.6-135~141、P.6-149~170：損害賠償範圍（相似度 90%） 3.實例演習系列-民法債編實例演習（徐律師） P.16-11~13：僱傭關係之認定（相似度 90%） P.18-11~15：損害賠償範圍（相似度 80%）

【擬答】

(一)

1.丙之繼承人得否向甲請求損害賠償？

(1)關於機車所有權之侵害

甲過失駛入對向車道之侵害行為，致系爭機車全毀，侵害丙之機車所有權而致其受有損害，故丙得依第一百八十四條第一項前段之規定向甲請求損害賠償，且系爭損害賠償請求權因丙死亡而為丙之繼承人所繼承，從而丙之繼承人就機車所有權之侵害向甲請求損害賠償為有理由。

(2)關於丙生命權之侵害

依題意，丙之生命權係因甲之過失侵權行為致受侵害並無疑義，惟通說及實務均認為被害人之生命權受侵害之時，因已死亡，依第六條之規定，其權利能力已然喪失，不得享受權利與負擔義務，從而不能因生命權受侵害而對加害人享有損害賠償請求權。本題中，丙之生命權雖為甲所侵害，然既丙對甲未享有損害賠償請求權已如前述，則丙之繼承人對甲就丙之生命權受侵害一事請求損害賠償為無理由。

(3)關於丙之繼承人之身份權之侵害

A.戊、己之親權受侵害

戊、己兩人為丙之父母，其親權因甲之過失侵權行為致丙死亡而受侵害，從而戊、己得依第一百八十四條第一項前段向甲請求損害賠償。

B.丙之弟妹三人之身份權之侵害

丙之弟妹三人因與丙存在一定之身分關係而享有身分權，而其身分權亦因丙之過失侵權行為而受侵害，從而其得依第一百八十四條第一項前段之規定請求損害賠償。

2.丙之繼承人得否向乙請求損害賠償？

甲應依第一百八十四條第一項前段之規定負損害賠償責任已如前述，又雖系爭侵害行為係發生於星期假日，惟既甲係駕駛營業小客車載貨，則其係屬執行職務之行為並無疑義。

茲有爭論者係，甲僅係靠行乙貨運公司之司機，得否認為甲乙間有事實上之僱傭關係，從而認為乙應依第一百八十八條之規定負損害賠償責任？按所謂事實上僱傭關係之判斷標準乃是否僱用人對受僱人有選任監督權限，於司機靠行之問題，學說與實務均認為第一百八十八條僱用人責任之規定，係為保護被害人而設，故所稱之受僱人，應從寬解釋，不以事實上有僱傭契約者為限，凡客觀上被他人使用，為之服務勞務而受監督者，均係受僱人。又將營業名稱借與他人使用，其內部縱僅對於未具有信用或營業資格者，借與

信用或資格，或係為達逃避僱用人責任之目的所為之脫法行為，但就外觀而言，其是否借與營業名義，仍具有選任之關係，且借與名義，並可中止其借用關係，無形中對該借用名義者之營業使用其名義，仍有監督關係，是兩者之間仍存有選任、服勞務及監督關係，與僱傭無殊。因之對於該借用名義者，對第三人所致之損害，借與名義者仍應負僱用人之責任(最高法院八十六年台上字第三三二號判決參照)。

綜上所述，丙之繼承人得向乙依第一百八十八條之規定請求損害賠償。

3. 丁得否向甲請求損害賠償？

甲過失駛入對向車道之行為，侵害丁之身體健康權而致其受有損害，從而丁得依第一百八十四條第一項前段之規定向甲請求損害賠償。

4. 丁得否向乙請求損害賠償？

既甲應依第一百八十四條第一項前段負損害賠償責任，且同前述，甲之行為可認為係執行職務，又可認為乙對甲有選任監督權限，從而丁得依第一百八十八條之規定向乙請求損害賠償。

5. 甲乙是否須負連帶責任？

按依第二百七十二條規定，連帶債務之成立以明示或法律規定者為限，第一百八十八條規定僱用人須與行為人連帶負損害賠償責任，從而丙之繼承人與丁主張甲乙應負連帶責任為有理由。

(二) 損害賠償範圍應如何認定？

1. 關於機車所有權之侵害

依題意，系爭機車已全損報廢，故丙之繼承人得依第二百五條之規定，主張因已不能回復原狀而請求以金錢賠償之。惟雖該車係以 56,112 元購入，然須考慮已使用一年之折舊，始係丙之繼承人得請求賠償之數額。

2. 關於丙之繼承人之身份權之侵害

(1) 戊、己之親權受侵害

A. 財產上損害

(A) 戊所支出之醫療費用 11,543 元與殯葬費用 80 萬元，係戊之財產上損害，依第一百九十二條第一項之規定，戊得請求應予賠償。

(B) 依第一千一百十四條第一款規定，丙對戊己負有扶養義務，從而依第一百九十二條第二項之規定，加害人應就此對戊己負損害賠償責任。

B. 非財產上損害

丙之生命權受不法侵害，其父母戊己得依第一百九十四條之規定，就其非財產上損害請求賠償。

C. 戊己已共同領取汽車強制保險金 150 萬元，依強制汽車責任保險法第三十二條規定，被保險人得扣除此部分後給付其賠償金額。

(2) 丙之弟妹三人之身分權之侵害

A. 財產上損害

依第一千一百十四條第三款規定，丙對弟妹三人負扶養義務，若其弟妹三人又符合第一千一百十七條所定之不能維持生活而無謀生能力之要件，則丙之弟妹三人得依第一百九十二條第二項之規定請求加害人負損害賠償責任。

B. 非財產上損害

雖丙之死亡亦將造成其弟妹之非財產上損害，惟第一百九十四條已劃定得請求賠償之主體而不包括旁系血親，從而其弟妹不得就其非財產上損害請求賠償。

3. 關於丁之身體健康權受侵害

(1) 財產上損害

丁之身體健康權受侵害，致其因嗅覺喪失而無法繼續從事工作，依第一百九十三條第一項規定，其得就所喪失或減少之勞動能力請求賠償；又其因嗅覺喪失而無法從事家事烹飪，且須至台中就醫，就此所增加之生活上需要，亦得據同條項之規定請求賠償。

(2) 非財產上損害

丁之身體健康權受侵害，故其得依第一百九十五條第一項之規定，就其非財產上損害請求賠償。

四、甲男與乙女結婚後生有兩個小孩 A、B。甲、乙離婚後一年，甲認識喪夫二年的丙女，丙與其死亡的丈夫共同育有兩個小孩 C、D。甲、丙結婚，婚後甲外出工作賺錢養家，丙辭去工作，在家照顧尚未成年的 A、B、C、D。丙擔心如果有一天兩人的婚姻關係生變，自己的經濟狀況可能沒有保障。試問：

- (一) 甲、丙結婚後，依現行民法規定，甲、丙間的財產關係可能有哪些變化？丙婚後辭職在家照顧四個未成年的小孩，甲、丙依據現行民法親屬編規定可以做那些財產有關的協議，以保障丙的權利？(15 分)
- (二) 甲、丙婚後的十年甲死亡，留下遺產新臺幣 1,000 萬元，請問甲的遺產將如何被繼承？C、D 對於甲的遺產是否有任何的請求權？(10 分)

命題意旨	第一小題部分：涉及到婚姻的財產上效力：夫妻財產制、自由處分金及家庭生活費用分擔 第二小題部分：涉及到繼承人之認定及遺產酌給請求權
答題關鍵	測試考生對婚姻的財產效力、自由處分金、遺產酌給請求權要件之認識
高分閱讀	1. 許律師，高點學說論著精要解讀系列 民法（親屬、繼承），第 10-92 頁，相似度 85% 2. 圖說系列-身份法（圖說）（侯律師） P. 2-66~2-76、P.2-134~2-136：婚姻之財產上效力（相似度 70%） P.8-24~8-34：繼承人與應繼分（相似度 70%） P.9-2、P. 10-30：酌給、遺贈（相似度 60%） 3. 重點整理系列-身份法（黃律師） P.1-59~1-66：婚姻之財產上效力（相似度 70%） P.2-12~2-15、P.2-21：繼承人與應繼分（相似度 70%） P.2-61、P.2-101：酌給、遺贈（相似度 60%） 4. 學說論著系列-民法（親屬、繼承）（許律師） P.3-57~3-64、P.3-100：婚姻之財產上效力（相似度 70%） P.8-28、P.8-36：繼承人與應繼分（相似度 70%） P.9-3、P.10-52：酌給、遺贈（相似度 60%）
參考資料	許律師，高點學說論著精要解讀系列，民法（親屬、繼承），第 3-57 頁以下、第 9-2 頁以下。

【擬答】

第一小題

一、甲、丙結婚後財產關係的變化，涉及到婚姻的財產上效力

(一) 日常家務代理權

依據民法第一千零三條規定，甲、丙就日常家務互為代理人，但若一方濫用代理權，他方得限制之，惟不得對抗善意第三人。又，本條所指之代理有下列特殊之處：

1. 本條之代理行為不以顯名代理為必要，隱名代理亦可。
2. 得代理之行為亦不限於法律行為，事實行為、準法律行為皆可。

(二) 家庭生活費用之分擔及連帶責任

依據民法第一千零三條之一，甲、丙於結婚後，除法律另有規定或契約另有約定，家庭生活費用由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。而就家庭生活費用之債務，對外則由夫妻負連帶責任。

(三) 夫妻財產制

依據民法第一千零五條規定，因依題意甲、丙結婚後並未以契約訂立夫妻財產制，是以甲、丙以法定財產制為其夫妻財產制。而現行法的法定財產制乃是夫妻各自保有其財產、各自管理、使用、收益；惟就婚後財產，於法定財產制關係消滅時，扣除無償取得部分後，須納入剩餘財產分配請求權計算範圍中，加以分配。

二、關於甲、丙得協議之部分涉及到家庭生活費用分擔協議、自由處分金之協議、變更夫妻財產制契約之協議。

(一) 家庭生活費用之分擔協議

就家庭生活費用之分擔，依據第一千零三條之一本即得由當事人協議之，是以甲、丙自得協議由甲負擔全部或多數以保障丙之權益。

(二)自由處分金之協議

依據民法第一千零八十八條，甲、丙得協議由甲給付一定數額之金錢，供丙自由處分使用。惟此協議依據民法第一千零八條之一準用第一千零七條、第一千零八條，須以書面訂立，且非經登記不得對抗善意第三人。

(三)變更夫妻財產制之協議

依題意，丙於婚後便辭去工作，則若丙認採取共同財產制對其較有利，亦可依第一千零四條與甲協議更改夫妻財產制，且此協議依據第一千零七條、第一千零八條，須以書面為之，又，非經登記不得對抗第三人。

第二小題

一、本題涉及繼承人之認定

(一)甲的繼承人依據民法第一千一百三十八條乃是配偶丙、直系血親卑親屬 A、B。至於 C、D 因甲並未收養之，故其並非甲之繼承人。

(二)關於甲的遺產之如何繼承

1. 依題意僅謂留下遺產一千萬，並未指明是否扣除剩餘財產分配請求權債務。
2. 若該一千萬已扣除剩餘財產分配請求權債務，則依據民法第一千一百四十四條，應由丙、A、B 各繼承三分之一。故丙得 1000/3 萬、A 得 1000/3 萬、B 得 1000/3 萬。
3. 若該一千萬是尚未扣除剩餘財產分配請求權債務，則應先扣除剩餘財產分配請求權債務後，餘額再由 A、B、丙均分繼承。

二、C、D 對遺產之請求權

(一)承前述，C、D 並非甲之繼承人。惟依題意，甲生前應有扶養 C、D。則依據民法第一千一百四十九條，C、D 若符合下列要件，得請求親屬會議依其受扶養之程度及其他關係酌給遺產。

1. 須為被繼承人甲生前繼續扶養之人
2. 須被繼承人未為相當之遺贈
3. 須權利人不能生活而無謀生能力

(二)本題中，C、D 乃甲生前繼續扶養，甲亦未對之為相當遺贈，是以若甲死亡後，C、D 乃不能生活而無謀生能力，自得請求親屬會議酌給遺產。

《民法》

- 一、設甲為避免其所有之房子被債權人查封，與乙通謀虛偽意思表示，將該房子以買賣方式過戶在乙之名義下，約一年後乙將該房子出售予不知情之丙，並已完成登記。試說明理由回答下列問題：
- (一)丙非明知甲乙間之通謀虛偽意思表示，但有輕過失而不知時，甲可否向丙請求該房子之返還？(10分)
- 若丙非明知甲乙間之通謀虛偽意思表示，但為重大過失而不知時，甲可否向丙請求該房子之返還？(5分)
- (二)若丙又將該房子出售予知悉甲乙間通謀情事之丁，並已完成登記時，甲可否向丁請求該房子之返還？(10分)

命題意旨	本題最主要之考點為通謀虛偽買賣之基本觀念，考生如平常基本功打得紮實，拿到本題的基本分並無問題。至於第一小題之部分，係較偏向立法論之問題，亦在測驗考生面臨學說上較少討論之問題時，有無解決之能力。考生們只要沉著應對，將肯否兩說並列並給予其適當理由構成，應可在本題拿到不錯的分數！
答題關鍵	本題應掌握之關鍵： (1)通謀虛偽買賣之法律關係 (2)善意第三人之保護 (3)應受保護之第三人之範圍 (4)再受移轉之人是否取得所有權及其取得方式為何 欲得高分，第一小題的部分建議分點一一闡釋本案之法律問題，依序說明所有物占有返還請求權之要件、通謀虛偽意思表示之效力、無權處分與不動產信託登記制度、善意之定義及其學說相關討論，即可條理分明；第二小題的部分則將重點置於信託登記取得不動產所有權後再為處分行為之效力即可。
參考資料	1.王澤鑑，《民法總則》，頁 387 以下。 2.施啟揚，《民法總則》，頁 247 以下。 3.黃立，《民法總則》，頁 282。 4.王澤鑑，《民法物權（一）》，通則所有權。 5.謝在全，民法物權論(上冊)
高分閱讀	1.《重點整理系列-民法總則》(邱律師)(51ML1014) P.10-3~10-5：通謀虛偽意思表示與善意第三人(相似度 70%) 2.《實例演習系列-民法(總則、債篇)實例演習(徐律師)(L713) P.1-87~1-88：通謀虛偽意思表示與善意第三人(相似度 70%) 3.《經典試題系列-民法(含總則、債、物權篇)試題精選基礎篇》(李淑明)(51ML5001) P.2-1~2-6：通謀虛偽意思表示與善意第三人(相似度 80%) 4.《2006 律師司法官歷屆試題詳解-民法》(51ML3001) P.92-1~92-3：92 年司法官第 1 題(相似度 85%) P.88-1~88-3：88 年司法官第 1 題(相似度 80%) P.87-1~87-3：87 年司法官第 1 題(相似度 85%)

【擬答】

- (一)1.丙因輕過失而不知甲乙為通謀虛偽意思表示：甲得否依民法第七百六十七條前段請求丙返還系爭房屋，涉及甲是否為該房屋之所有權人而丙是否為無權占有？
- (1)甲是否得向丙主張民法第七百六十七條前段占有返還請求權，係以甲為房屋所有權人及丙無權占有為其前提。本案中甲為避免其屋被債權人查封，故將其房屋所有權通謀虛偽移轉於乙，依民法第八七條第一項規定，該移轉行為係屬無效，故甲仍為房屋所有權人，乙既非房屋所有權人，亦就房屋無處分權，其移轉該屋所有權於丙之行為構成無權處分，依民法第一百八條係屬效力未定。
- (2)惟土地法四十三條規定依土地法所為之登記，有絕對效力。通說認為此係不動產信託登記之規定，於第三人善意信託土地登記外觀時，優先保障其動的安全。此之善意，係指第三人是否知悉相對人之行為是否無權處分而言，而不問第三人主觀上有無過失。依題意所示，丙就甲乙係通謀虛偽移轉所有權一事並不知情，故丙得因其善意信賴乙為該屋所有權人之登記外觀，而依土地法第四十三條信託登記取得該屋所有權。
- (3)附言者為，善意之丙亦得依民法第八十七條第一項但書，主張甲不得以其無效之通謀虛偽意思表示以對抗丙，然通說認為土地法第四十三條之規定乃民法第八十七條第一項但書之特別規定，應優先適用之。
- (4)不論適用土地法第四十三條或民法第八十七條第一項但書，均僅規定該第三人須出於善意，至其主觀上是否有過失均

所不問。故於本案中，丙雖係出於輕過失而不知，然無礙其依土地法第四十三條取得房屋所有權，因此甲非房屋所有權人，其主張為無理由。

2.丙因重大過失而不知甲乙為通謀虛偽意思表示：甲不得依民法第七百六十七條前段向丙請求返還系爭房屋：之前提為，甲為房屋所有權人而丙無權占有。

(1)如前述，甲依民法第七百六十七條前段主張房屋占有返還請求權之前提為甲有所有權及丙無權占有。於本案中，丙仍屬善意之人而對甲乙通謀虛偽移轉房屋所有權一事無所知悉，故其仍得因善意信賴乙登記外觀而依土地法第四十三條善意取得房屋所有權，亦或依民法第八十七條第一項但書主張甲不得以該無效對抗之。

(2)然有爭議者係，丙乃係因重大過失而不知甲乙為通謀虛偽移轉房屋所有權，其是否仍得主張上述規定而受保護，學說上有所爭議，試述如下：

甲說：有重大過失者其主觀狀態近乎惡意，而惡意之人不受保護乃民法之基本原則，因此雖土地法第四十三條與民法第八十七條第一項但書均未排除善意然有重大過失者，但學說上有主張因目的性限縮此二規定，亦即雖善意然卻有重大過失者，不得主張之。

乙說：丙既因善意信賴乙之登記外觀而受讓房屋，即有受保護之必要，否則無法貫徹土地登記制度之公信力；再者，民法第八十七條第一項但書既未排除有重大過失者應受保護，即不應隨意目的性限縮本項但書之適用。

管見以為土地法第四十三條與民法第八十七條第一項但書既未排除善意然有重大過失者之適用，立法者顯已預為價值判斷；復比較民法物權編修正草案第七百五十九條之一第二項與第九百四十八條第二項，於動產善意受讓採善意且無重大過失為其要件之際，不動產信賴登記仍維持善意此一單一要件，亦可得知善意但有重大過失而不知之人，仍得主張不動產信賴登記，而取得不動產所有權，故應採乙說為當。

(3)小結：本案丙雖係出於重大過失而不知，然既其係善意信賴乙之登記外觀，即得依土地法第四十三條善意取得房屋所有權，因此甲已非房屋所有人，其主張為無理由。

(二)甲欲主張依民法第七百六十七條向丁請求返還系爭房屋，須甲為房屋所有權人而丁為無權占有。

1.如前所述，甲上述主張須以甲為房屋所有權人而丁為無權占有為其前提。丙既係善意信賴乙之登記外觀，其即得依土地法第四十三條善意取得房屋所有權，丙主觀上是否有過失在所不問。從而，丙即取得該屋所有權。

2.丙既為房屋所有權人，其將系爭房屋所有權移轉於丁自係有權處分，丁得繼受取得系爭房屋所有權，縱丁知悉甲乙係出於通謀虛偽而移轉房屋所有權亦無所礙。

3.丁繼受取得丙之房屋所有權，甲於丙善意取得時已非所有權人，故甲依民法第七百六十七條請求丁應返還房屋為無理由。

二、甲經營商店，某日需於約定時間送貨至客戶處，但因工作繁忙無法分身，適逢其友乙來訪，乙乃自告奮勇駕駛甲商店之貨車替甲送貨，乙送貨完畢回甲商店途中繞道至乙小孩就讀之小學接小孩放學，不料離開學校時，因未注意發生車禍，撞傷路人丙，試問：

(一)丙可否向甲請求損害賠償？(15分)

(二)由於乙經濟情況不佳，丙一直未向乙請求賠償，假設丙於車禍1年後始知乙係為甲送貨之事實，而於車禍2年後才向甲請求損害賠償，甲可否拒絕？(10分)

命題意旨	本題係以侵權行為中之僱用人責任為出題對象，而針對僱用人責任中有關僱用關係之認定、執行職務之意義及消滅時效之起算，輔以連帶債務與僱用人求償權等議題加以命題。大體來說命題內容均與實務及多數學說之關心議題有關，因此考生只須活用各與僱用人責任相關之實務見解與學說討論，靈活答題，即可應付。
答題關鍵	<p>本題應掌握之重點包括：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.民法第一百八十八條第一項受僱人之意義。 2.民法第一百八十八條第一項執行職務之意義。 3.民法第一百九十七條第一項消滅時效之規定。 4.民法第二百七十六條第二項連帶債務與消滅時效之規定。 5.民法第一百八十八條第三項求償權之規定及其相關學說討論。 <p>欲得高分，建議第一題部分依照相關之要件一一檢驗，點出實務判準及論證依據，關鍵不在結論對錯而在說理過程；第二題部分依照相關之條文分層說明，最後點出依條文文義解釋之盲點及改善之學說建議。</p>
參考資料	<ol style="list-style-type: none"> 1.王澤鑑，【特殊侵權行為(四)——僱用人侵權責任(上)(下)】，《台灣本土法學雜誌》第64、65期。 2.詹森林，【僱用人行使求償權時與有過失原則之類推適用】，收錄於氏著：《民事法理與判決研究》。 3.《月旦法學教室》 第40期：P.99～102：受僱人執行職務之範圍是否以合法為限（94年台上字第1855號） 第36期：P.101～103：侵權行為損賠請求權時效之起算點：（94年台上字第100號）
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> 1.《律師考場特刊》 P.11～12：僱用人之連帶賠償責任（相似度50%） 2.《實例演習系列-民法（總則、債篇）實例演習》（徐律師）（L713） P.2-201～2-217：僱用人侵權責任（相似度95%） 3.《圖說系列-民法債權(I)（圖說）》（張律師）（51ML6008）

P.6-70~6-80：僱用人侵權責任（相似度 90%）
P.6-171~6-175：侵權行為之消滅時效（相似度 90%）

【擬答】

(一)丙可依民法第一百八十八條第一項向甲請求損害賠償：

- 1.丙得否依民法第一百八十八條第一項向甲主張僱用人責任請求損害賠償，須以乙與甲之間具有僱用關係、乙之行爲構成侵權行爲，乙之行爲係執行職務之行爲及甲無監督指示之疏懈爲其前提。
- 2.乙與甲之間是否具有僱用關係，亦即乙是否爲甲之受僱人，於本案例中容有爭執。民法第一百八十八條所謂之受僱人，依最高法院五十七年台上字第一六六三號判例所示，係指客觀上被他人使用爲之服勞務而受其監督之人。依本項之規範意旨，受僱人之特徵在於受僱用人之監督，而納入其組織，服從其指示，而不問是否具有法律上之僱傭契約，亦不問服勞務之時間長短。觀諸本案例之情形，乙雖非甲之員工，與甲之間並無締結僱傭契約，惟乙自告奮勇爲甲送貨，其送貨之地點及載送貨品之內容均係經甲之指示，故符合此一監督指示之情狀；且依實務之看法，外觀上乙係駕駛甲之貨車送貨，其客觀上亦足表彰其係受甲之使用而爲甲提供勞務。故乙雖僅係短暫爲甲代班服勞務，而未締有僱傭契約，仍應認爲乙係甲之受僱人。
- 3.復依題旨，乙於行車時因未注意而發生車禍撞傷路人丙，已屬因過失而不法侵害丙之身體權致其受有損害，故已構成民法第一百八十四條第一項前段之侵權行爲，而符合受僱人爲侵權行爲之要件。
- 4.其次，乙之行爲是否係執行職務之行爲，亦有爭議。民法第一百八十八條第一項所謂執行職務之行爲，最高法院四十二年台上字第一二二四號判例認爲係指受僱人之行爲，在客觀上足認爲與其執行職務有關之行爲。最高法院九十年台上字第一九九一號判決更明示：苟受僱人之行爲外觀具有執行職務之形式，在客觀上足以認定其爲執行職務者，就其利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行爲，亦應涵攝在內。是以，凡與僱用人委辦職務有通常合理關聯之行爲，均屬所謂「執行職務」。本案中乙係送貨完畢回商店途中繞道接送孩童下學時發生車禍，其貨品雖已送達，惟本案中之乙由於僅係一次性協助甲送貨，故乙須將載貨用之甲之商店貨車返還甲，其該次勞務始屬執行完畢，故其於駕車回到甲住處之前駕駛該車之行爲，尙屬執行職務必要之行爲，與僱用人委辦之職務有通常合理關聯，應屬乙執行職務之行爲。
- 5.又依民法第一百八十八條第一項規定，甲就其僱用人責任係負推定過失及因果關係之責任，依目前實務甲殊難舉反證推翻，且本案中甲選任一駕車不慎之乙，亦未能監督乙在行車過程中採取足夠之注意義務，致生損害於丙，應不得舉反證推翻其責任。
- 6.綜上所述，丙得依民法第一百八十八條第一項對甲主張損害賠償。

(二)甲不得依民法第一百九十七條第一項、二百七十六條第二項及一百八十八條第三項拒絕丙之全部請求：

- 1.依民法第一百九十七條第一項前段規定，因侵權行爲所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。就甲之僱用人責任而言，丙請求權之消滅時效係自丙知甲有義務時起算，二年間不行使而消滅。依題丙自車禍一年後始知乙係爲甲送貨，自斯時起丙始知甲有僱用人責任，故於車禍二年後觀之，其期間僅經過一年，丙對甲之損害賠償請求權尙未罹於時效。
- 2.惟甲與乙依民法第一百八十八條第一項係負連帶債務，依民法第二百七十六條第二項規定，於連帶債務人乙之債務罹於消滅時效時，乙應爲內部分擔之部分，甲亦免其責任；又依民法第一百八十八條第三項規定，僱用人對受僱人尙有求償權。由此綜合觀之，受僱人乙應內部分擔之比例實爲百分之一百，是以甲就受僱人乙之行爲所生之損害賠償之責任，依前揭規定已因乙之債務罹於消滅時效而同免其責，丙似不得再對甲主張責任。
- 3.惟如此解釋將使被害人丙之保障有所不足，學者嘗有主張民法第一百八十八條第三項之規定僅係確認僱用人對受僱人有求償之權，至於求償之數額亦即其間分擔比例，應可類推適用民法第二百七十七條與有過失之規定加以定之。依此觀之，僱用人甲既推定有過失，其與受僱人乙就連帶債務之分擔比例，自應就雙方過失之比例定之。於定僱用人甲之分擔比例後，縱乙之債務罹於時效，丙仍得就甲所分擔之比例向甲請求損害賠償。

三、甲將其所有價值 50 萬元古董 A 提供予乙設定質權，以擔保其對乙所負 30 萬元債務。嗣乙因需款甚急而向丙借款，乃提供 A 予丙設定質權，以擔保乙對丙所負 40 萬元債務。

(一)乙以 A 供丙設定質權之行爲是否有效？（10 分）

(二)丙實行其對 A 之質權時，得否主張優先受償 40 萬元？（15 分）

命題意旨	本題係以質權中之責任轉質，配合無權處分及善意取得質權爲題。由於主要係以責任轉質爲題，在法條上亦乏相關規範條文，而必須有賴學說建構，因此考題偏於冷門，考生在解答上須掌握責任轉質之基本限制及違反該限制之法律效果，配合正確的無權處分及善意取得之觀念，方能完整解答。
答題關鍵	本題答題重點如下： 1.責任轉質之基本限制。 2.違反上述基本限制之效力及相關學說討論。 3.責任轉質中轉質權人之優先受償權。 欲得高分，建議第一題依序說明責任轉質之意義、基本限制及違反基本限制之效力，最後輔以學說此爭執之所在；第二小題則闡釋轉質之特性，以點出轉質權人優先受償權之理論基礎，有條理地依照層次解答。
參考資料	1.謝在全，《民法物權論(下冊)》，修訂三版

	2.黃律師,《民法物權編》
高分閱讀	1.《重點整理系列-民法物權編》(黃律師)(51ML1011) P.7-6~7-7:轉質權之要件、性質及效力(相似度 90%) 2.《實例演習系列-民法(物權、身份法)實例演習》(許律師、陳律師)(L701) P.1-240:1-241:轉質權(相似度 80%)

【擬答】

(一)乙設質之行爲,於三十萬元之額度內有效,於超出之十萬元部分爲效力未定:

- 1.依民法第八百九十一條本文規定,質權人於質權存續中得以自己之責任將質物轉質於第三人。學說上稱此爲責任轉質。是以質權人於質權存續中,就質物轉質於第三人,係屬有權處分之行爲。惟依通說之見解,責任轉質實質上係質權人將自己所能支配之質物交換價值讓與轉質權人,故其轉質權所擔保之債權額,不得超過原質權擔保之債權額。
- 2.本案當中,甲設定質權於乙時,係擔保三十萬元之債務額;乙設定轉質權於丙時,係擔保四十萬元之債務額,可知轉質權擔保之債權額已超過原質權擔保之債權額,於此情形,通說認爲超出之額度所爲之轉質行爲應屬無權處分,對於出質人不具效力。是故於本案之情形,乙轉質三十萬元之部分爲有權處分,自屬有效;惟就超出之十萬元部分,應屬無權處分,其行爲效力未定,依民法第一百十八條第一項,須經原出質人甲之承認始生效力。
- 3.惟丙是否可主張就超出之十萬元部分依民法第八百八十六條善意取得質權,學說上尚有爭議。惟學者有主張如轉質人乙係對丙表示 A 乃自己所有,即非轉質行爲,而屬單純之無權設質行爲,尙有民法第八百八十六條之適用;惟若乙係設定轉質權於第三人丙,則自應受上述責任轉質之限制,不宜適用善意取得之規定。本案之情形,題意既未明示乙係對丙表示 A 乃自己所有,自應認爲乙係設定轉質於第三人丙,故無民法第八百八十六條之適用,丙不得因此取得超出之十萬元部分之質權。

(二)丙僅得主張優先受償三十萬元:

- 1.轉質權人就質物所得主張之權利,民法雖未明文,惟通說認爲轉質並非再次設質之行爲,故非依設定之先後順序定其清償順序,基於轉質權人所取得之轉質權實係由於原質權人轉讓其所支配之質物擔保價值,故應由轉質權人於原質權擔保債權額之內取得優先於質權人之優先受償權。
- 2.本案當中,丙爲轉質權人,就實行質權所賣得之價金,應有優先於質權人乙之優先受償權。惟原質權擔保之債權額爲三十萬元,轉質權擔保之債權額四十萬元已超出原質權擔保之債權額,依上述說明該超出部分之轉質效力未定,依題出質人甲既未爲承認之意思表示,故轉質權人丙尙不得就超出之部分主張其轉質權,自無優先受償權可言。
- 3.綜上所述,丙就拍賣所得之價金,得主張優先受償相當於原擔保債權額之三十萬元,至於超出原擔保債權額之轉質權擔保債權額十萬元部分,丙尙不得主張優先受償。

四、有個三代同堂的家庭,阿公是名義上的家長,阿嬤則總理家務,祖傳的中藥舖由獨子阿展經營,診脈抓藥的媳婦阿娟是鎮上唯一合格中醫。龍鳳雙胞胎大頭與小娃由阿公及阿嬤負責保護教養。阿嬤與阿娟常因金錢問題產生摩擦,阿展於是與阿娟依法約定夫妻分別財產制,對於中藥舖收益的分帳與家庭生活費用的分擔也都附帶寫明。今年端午阿公與阿展到大陸旅遊,不幸在返台之前座車翻覆山崖,後經法醫研判二人同時死亡。在台辦完公公與丈夫喪事後不久,阿娟便宣布要再婚。阿嬤說:「你嫁人我管不著,但是孩子留下,而且你一毛錢也別想帶出我們家」。阿娟回以:「要孫子拿錢來談」。隨即帶著大頭與小娃離開。之後才知道阿展已在律師處存放公證遺囑,表明要給阿嬤 600 萬元作為養老之用,並以阿娟與人通姦的徵信資料為證,指其喪失為人妻母的資格,且不得繼承。試解析下列問題:

(一)阿公名下有祖厝一棟價值 1200 萬元。中藥舖在阿展名下,價值 1800 萬元。二人的財產應如何處理?

(15 分)

(二)就大頭與小娃的保護教養而言,如何處理其權利義務之行使負擔方能維護子女最佳利益?(10 分)

命題意旨	本題乃係以社會案例之形式,測驗考生就未成年子女親權之行使之規定,及一般繼承之基本法則之熟稔度,只需熟悉條文內容,應可掌握基本分數。
答題關鍵	1.同時存在原則之內涵 2.代位繼承之要件(民法 1140 條) 3.表示失權之解釋(民法 1145 條第一項第一款) 4.未成年子女親權之行使規範(民法 1089 條及 1090 條)
參考資料	1.戴東雄,《繼承法實例解說》,第 50 頁以下 2.許律師,《民法親屬繼承》,第 3-177 至 3-181 頁。第 4-92 頁至 4-104 頁。第 8-3 頁至 8-25 頁。 3.《月旦法學教室》 第 43 期:P.12~13:繼承資格的喪失(吳煜宗)

高分閱讀	<p>1.《實例演習系列-民法（物權、身份法）實例演習》（許律師、陳律師）（L701） P.3-6～3-7：表示失權事由與繼承權喪失之效力（相似度 80%） P.2-110～2-114：對未成年子女保護教養之權利與義務之行使原則（相似度 80%）</p> <p>2.《重點整理系列-身份法》（黃律師）（51ML1001） P.1-85～1-86：夫妻約定分別財產制（相似度 80%） P.1-171～1-175：親權之行使（相似度 90%） P.2-7～2-15：遺產繼承人及其資格（相似度 85%）</p> <p>3.《圖說系列-身份法（圖說）》（侯律師）（51ML6007） P.3-65～3-67：親權之行使（相似度 85%） P.8-1～8-25：繼承權之發生與主體（相似度 85%） P.2-121～2-122：分別財產制（相似度 80%）</p> <p>4.《2006 律師司法官歷屆試題詳解-民法》（51ML3001） P.74-7～74-8：74 年司法官第 4 題（相似度 85%）</p>
------	--

【擬答】

(一)阿公及阿展財產之處理

1.阿公部分

(1)遺產之繼承人

A.阿嬤

為其合法之配偶，依法自然享有繼承權。

B.阿展

父子同時死亡者，不符合繼承法上「同時存在原則」之繼承權發生要件，故父子彼此間均不發生繼承之關係，阿展自非阿公之合法繼承人。

C.阿娟

與阿公間僅為直系姻親關係，依法並非繼承人。

D.大頭與小娃

大頭與小娃與阿公間為直系血親卑親屬二親等之祖孫關係，依民法 1140 條之規定，被代位人（即阿展）「先於」被繼承人（即阿公）死亡者，孫輩（即大頭與小娃）可成為代位繼承人，而題示情形中被代位人（即阿展）雖係與被繼承人（即阿公）同時死亡，惟基於代位繼承性質上係固有權說之立場，我國學界通說咸認為被代位人（即阿展）與被繼承人（即阿公）同時死亡之情形，亦有民法 1140 條之適用，故大頭與小娃亦得以代位繼承人之身分，共同代位原屬於阿展之應繼分而繼承阿公之遺產。

(2)結論（遺產之分配處理）

A.阿公之 1200 萬祖厝，由阿嬤與大頭及小娃共同繼承，於遺產未分割前屬於公同共有之關係，阿嬤之應繼分比例為二分之一（價值 600 萬），大頭與小娃之應繼分比例各為四分之一（價值各 300 萬）。

B.大頭及小娃若係未成年者，依民法 1087 條及 1088 條之規定，其所繼承之財產屬未成年子女之特有財產，依法其母阿娟有使用、收益、管理及處分之權，並予敘明。

2.阿展部分

(1)遺產之繼承人

A.阿娟

依民法 1145 條第一項第五款之規定，繼承人對被繼承人有重大之侮辱，而經繼承人表示其喪失繼承權者，繼承人即喪失繼承之權利，此項表示失權之行爲，民法上並無規定其方式，故為不要式之行爲，不論以言詞、書面或遺囑之方式均可，因此題示情形中，阿娟與阿展間雖仍為配偶關係，惟阿展既已依法對阿娟為失權之表示，則阿娟依法已非繼承人。此外，阿娟與阿展既係約定分別財產制，則阿展死亡時，與阿娟間亦不生夫妻財產之清算分配問題，並予敘明之。

B.大頭與小娃

大頭與小娃與阿展間為直系血親卑親屬之父子關係，依民法 1138 條之規定，自為第一順位之合法繼承人。

C.阿公及阿嬤

依民法 1138 條之規定，父母雖為第二順序之血親繼承人，惟因阿展之遺產繼承關係上尚有第一順序血親繼承人大頭與小娃存在，故兩人並非合法繼承人。

(2)結論（遺產之分配處理）

A.阿展之 1800 萬中藥舖，只能由大頭及小娃共同繼承，於遺產未分割前屬於公同共有之關係，其應繼分比例各為二分之一（價值各 900 萬）。惟因阿展尚有公證遺囑載明遺贈給阿嬤 600 萬元，此項遺贈之額度並未侵害繼承人之特留份（大頭及小娃之特留份依民法 1123 條之規定，為應繼份之半數，各 450 萬元），因此，若該遺囑均符合法定要件者，阿嬤自得以免受遺贈人之身分向繼承人大頭及小娃請求交付 600 萬元之遺贈，於遺贈物交付後，大頭及小娃實際上各自可取得之遺產價值僅剩餘 600 萬元。

B.又大頭及小娃若係未成年者，依民法 1087 條及 1088 條之規定，其所繼承之財產屬未成年子女之特有財產，依法其母阿娟仍有使用，收益，管理及處分之權，並予敘明。

(二)大頭與小娃之保護教養應如何處理，方能維護其最佳之利益

1.原則

- (1)依民法 1089 條第一項之規定，未成年子女之父母未離婚者，由父母親共同行使親權，一方不能行使者，由他方單獨行使，故題示情形中，阿展與阿娟既未離婚，則阿展死亡後，應由阿娟單獨擔任大頭及小娃之親權人。
- (2)附帶說明者，阿展雖於公證遺囑中曾有「阿娟喪失為人妻母資格」之記載，惟依現行法規及學說之一致見解，均認為父母對子女之親權乃係依法定之親子關係當然存在及享有之權利義務，除經法院以公權力之裁判得加以剝奪外，尚不得因配偶一方之單獨表示而使他方配偶發生喪失親權之效果，故阿展於遺囑中為此項記載，依法不生剝奪阿娟親權人之效力。

2.題示情形之可能處理方式

如前所述，若具體個案中，由生母單獨行使對未成年子女之權利義務有不適當之情形時，依現行法之規定，有如下可能之補救措施：

- (1)若生母有濫用對未成年子女之親權而其情節嚴重者，依民法 1090 條之規定，可由其最近之尊親屬（依釋字 171 號解釋，乃指父母一方，即阿展方面之最近尊親屬），即阿嬤加以糾正，糾正無效時，阿嬤可請求法院停止阿娟之親權，改由阿嬤或其他適宜之人擔任大頭與小娃之親權人。
- (2)若生母未有濫用對未成年子女親權之情事者，現行親屬法中雖無明文就該未成年子女之其他親屬有無請求探視教養該未成年子女之權利一節有任何具體規範，惟學說上有認為基於未成年子女人格健全發展之目的，及其成長過程中情感之需求，可參酌民法 1055 條以下及非訟事件法 122 條以下規範之立法意旨，使該未成年人之其他親屬（即阿嬤）可享有請求法院酌定其與未成年子女會面交往之相關權利。

《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點出，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。



《民法》

一、我國民法上有許多關於「撤銷」之規定，請就「撤銷之客體」及「撤銷權行使之方式」，各舉一適例釋明之。並請附理由解釋下列問題：(25 分)

(一)甲受乙之脅迫而承諾為乙走私洋煙，請問甲得否撤銷其承諾？

(二)甲捐助新台幣一千萬元，在主管機關許可設立某文教基金會後而尚未依法設立財團法人登記前死亡。請問甲之繼承人得否撤銷甲生前之捐助行為？

命題意旨	本題為基本概念題型，只要掌握相關概念之內涵，並適當舉例說明，即可獲得相當的分數，第一小題王鑑澤老師曾為文討論，可以其見解作答，第二小題雖較冷門，但八九年第一次司法官即出現過，可見考古題的重要性不容小覷。
答題關鍵	1.概念的闡述應簡潔、扼要，應注意題目要求舉例說明。 2.第一小題為王老師文章考題，參考其見解應可輕鬆過關。 3.第二小題關於捐助行為的撤回及撤銷，雖於八九年第一次司法官出現過，惟兩者案例事實仍有微小變化，解題時應予注意。
參考資料	1.王澤鑑，學說與判例（四），無效法律行為之撤銷；民總 p531 至 p535 2.王澤鑑，民法總則，p215～p216 3.元照實例研析系列-民法總則〈1P02〉，P.78～92 脅迫意思表示性質與撤銷
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民法總則（邱律師）〈L236〉 (1)P.10-19～25：脅迫意思表示之撤銷（相似度 80%） (2)P.5-30、31：捐助行為性質與撤銷（相似度 70%） 2.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L300〉，P.89-9：捐助行為性質與撤銷（相似度 70%）

【擬答】

- (一)民法上的撤銷權有多種意義。狹義的撤銷權指對有瑕疵的意思表示的撤銷，如因錯誤、詐欺而為意思表示的撤銷。廣義的撤銷權，除狹義的撤銷權外，包括其他法律行為的撤銷權。如贈與的撤銷權（民法第四一六條）。撤銷權的客體原則上為撤銷權之所以發生的法律行為為行使對象。就狹義的撤銷權，即指「有瑕疵的意思表示」而言，此參照民法第八八條、第九二條自明。惟依民法第一一四條，其用語則為「法律行為」，為調和其用語不一致，有學者以為在具有瑕疵的意思表示已成為某法律行為而不具獨立性的部分時，其撤銷及於整個法律行為。例如甲因錯誤而為要約時，得依民法第八八條撤銷其意思表示，其撤銷權的客體則為該意思表示。若該要約經承諾而成立契約時，其撤銷權的客體則為契約。
- (二)又撤銷權的行使方法，通常係以權利人的意思表示為之。於相對人了解或到達相對人時發生效力，如民法第九二條有關詐欺、脅迫所為意思表示的撤銷。須注意的是，若干撤銷權的行使，須提起訴訟（形成之訴），而由法院作成形成判決，學說上稱為形成訴權。此等撤銷權的行使所以須經由訴訟為之，係因其影響相對人利益甚鉅，或為創設明確的法律狀態，有由法院審究認定撤銷權的要件是否具備的必要。例如民法第二四四條詐害行為的撤銷，須提起訴訟加以主張，始能發生撤銷之效。

(三)題示兩小題分析如下：

- 1.甲受乙脅迫而為承諾為乙走私洋煙，甲乙之間可能成立運送或委任等勞務型契約，惟該勞務契約的給付標的為走私洋煙，性質上違反禁止走私的相關規定（懲治走私條例第三條及第八條參照），依民法第七一條，該勞務契約應屬無效。按無效，乃指法律關係自始、當然、確定無效。依「法律上因果關係」理論，一個法律效果，不可能發生二次，或消滅二次。所以一個自始無效的法律關係，不可能再由當事人加以撤銷之。實務亦採相同看法，最高法院五二台上字第七二二號判例謂：「虛偽設定抵押權，乃雙方通謀而為虛偽意思表示，依民法第八十七條第一項規定，其設定抵押權當然無效，與得撤銷後始視為無效者有別。故虛偽設定抵押權雖屬意圖避免強制執行，但非民法第二百四十四條所謂債權人得聲請法院撤銷之債務人行為。」，但亦有學者主張，法律行為的「無效」或「得撤銷」，解釋上都是適用法律所發生的「效果」之一，只要在同一法律事實具備二個構成要件，而同時發生「無效」及「得撤銷」二個法律效果，最多亦僅能認為其撤銷在實際上無必要，而不能認其撤銷在概念上不可能，尤其若干情形，當事人若能主張撤銷亦具法律上實益。例如在法律關係涉及第三人時，在第三人僅就得撤銷事由為惡意，但就無效事由為善意時，則當事人的撤銷權即具有法律上的實益（撤銷後即得對抗該第三人）。本文以為，後說較能兼顧當事人法律利益狀態，應屬可採，故本題甲受乙脅迫而為承諾之意思表示，並依該承諾成立一「走私洋煙」的勞務契約。雖該勞務契約內容因違反禁止規定而無效，但甲仍得依民法第九二條加以撤銷之，蓋依題旨撤銷或對甲無實益，但「撤銷一無效法律行為」非屬不可能存在之概念。
- 2.甲捐出財產，設立章程，以設立財團法人為目的之行為，學說上稱為「捐助行為」，性質上屬於單方且無相對人之捐助



行為。故捐助行為無論採取何種方式，原則上均因捐助人一方的意思表示而生效力，財團之設立固須得主管機關之許可，但許可係屬公法上行為，不得因此而認為主管機關係捐助意思表示的相對人。依題示，甲於完成捐助行為後死亡，其捐助行為不因此而受影響（民法第九五條第二項參照），捐助行為於主管機關許可之前，尚未生效（民法第五九條），捐助人得撤回其捐助行為，原捐助人於主管機關許可之後，即不得撤回其捐助行為，蓋捐助行為已生效力，只能在有撤銷事由時行使撤銷權。在本題中，甲之生前捐助行為已被許可僅尚未登記，此時甲繼承人是否得撤銷之？按捐助行為因許可而生效，已如上述，甲繼承人非得再行主張撤回之效果，至於是否得主張撤銷，原則上應視有無得撤銷之事由而定（如甲意思表示錯誤或受詐欺）。

二、甲因籌設一間攝影禮服公司，而到處尋找合適之店面。乙得知此事後，便向甲表示其有店面可出租，而雙方於電話中同意該店面之租約，租期三年及每月租金五萬元，租金按月並於每月一日繳納之。試就不同之情狀，分別回答下列問題：（25 分）

- （一）若於交屋前，丙向乙表示，願以每月十萬元之租金承租上述之店面。為了能收取更高之租金，乙便主張與甲不存在任何租賃關係，因為其二人間未簽訂書面之租賃契約。請問：乙之主張是否有理？
- （二）若乙依約交付出租之房屋於甲，於交屋後之隔日，因一場大雨，房屋漏水嚴重，屋內近三分之一無法使用。甲透過電話要求乙一個月內修繕之，但經一個月過後，乙仍置之不理。請問：甲得主張何權利？
- （三）若乙依約交付出租之房屋，甲之妻子（丁）於屋內烤肉，因看電視而未注意爐火，不慎引起火災，房屋全毀。請問：乙對甲或丁得主張何權利？

命題意旨	本題為標準租賃契約之題型，測驗考生對相關規定及學說實務爭議之熟忍度，包括第四百二十二條，修繕義務與債務不履行責任、瑕疵擔保責任之關係，承租人失火責任所適用之主體。
答題關鍵	1.民法第四百二十二條規定之法律效果。 2.民法第四百二十九條及第四百三十條之規定。 3.民法第四百三十五條第一項於修繕義務之類推適用。 4.修繕義務與債務不履行之關係。 5.修繕義務與瑕疵擔保責任之關係。 6.民法第四百三十四條與侵權行為之關係。 7.承租人之家屬等同居人得否適用民法第四百三十四條之規定。
參考資料	元照實例研析系列-債法各論〈1P04〉，P.67~96：租賃
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民法債編各論（鄭律師）〈L221〉 (1)P.5-5：租賃之要是特別規定（相似度 90%） (2)P.5-6~8：出租人之義務（相似度 90%） (3)P.5-13、14：承租人允許使用租賃物之第三人輕過失至租賃物失火責任（相似度 90%） 2.高點重點整理系列-民法債編各論（魏律師）〈L249〉 (1)P.1-74、75 租賃契約效力（相似度 80%） (2)P.1-79~81：承租人義務（相似度 80%） 3.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L300〉，P.82-14：82 年律師第二題（相似度 40%）

【擬答】

現就本題說明如下：

- （一）租賃契約原則上為不要式契約，只要當事人對於租賃物之使用收益與所支付之租金意思表示一致時，契約即為成立（民法第一百五十三條第一項）。惟第四百二十二條規定：「不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃。」亦即租期超過一年之不動產租賃契約須以字據訂立，而違反時，並非無效，而係視為「不定期租賃」（第七十三條但書）。其主要效果，第四百五十條第二項規定：「未定期限者，各當事人得隨時終止契約。但有利於承租人之習慣者，從其習慣。」各當事人得隨時終止契約。然而，另應注意的是，土地法第一百條規定：「出租人非因左列情形之一，不得收回房屋：一、出租人收回自住或重新建築時。二、承租人違反民法第四百四十三條第一項之規定轉租於他人時。三、承租人積欠租金額，除以擔保金抵償外，達二個月以上時。四、承租人以房屋供違反法令之使用時。五、承租人違反租賃契約時。六、承租人損壞出租人之房屋或附著財物，而不為相當之賠償時。」綜上所述，甲乙間之租賃契約為不動產三年，應以字據訂立，現其僅以電話連絡，違反第四百二十二條規定，惟法律效果並非無效，而係視為不定期租賃，是以乙之主張無理由。
- （二）第四百二十三條規定：「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。」第四百二十九條第一項規定：「租賃物之修繕，除契約另有訂定或另有習慣外，由出租人負擔。」第四百三十條規定：「租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，承租人得定相當期限，催告出租人修繕，如出租人於其期限內不為修繕者，承租人得終止契約或自行修繕而請求出租人償還其費用或於租金中扣除之。」由上開規定可知，出租人原則上應負擔租賃物修善義務（用益狀態之維持義務），承租人得催告之，若出租人違反時，承



租人得終止契約，或自行修繕而請求出租人償還其費用或於租金中扣除之。再者，租賃物因未修繕而無法使用收益時，承租人亦得行使同時履行抗辯權（第二百六十四條），拒絕支付租金之一部或全部。又有學者主張，承租人因出租人不履行修善義務而受有使用收益不完全之損害時，得類推適用第四百三十五條第一項「請求比例減少租金」之規定，本文贊同。

至於催告期間內，最高法院三十年渝上字第三四五號判例：「租賃物因不可歸責於雙方當事人之事由而毀損，致全部不能為約定之使用收益者，當事人間之法律關係，因其租賃物是否尚能修繕而異。其租賃物已不能修繕者，依民法第二百五條第一項、第二百六十六條第一項之規定，出租人免其以該物租與承租人使用收益之義務，承租人亦免其支付租金之義務，租賃關係即當然從此消滅。其租賃物尚能修繕者，依民法第二百五條第一項、第二百六十六條第一項之規定，在修繕完畢以前，出租人免其以該物租與承租人使用收益之義務，承租人亦免其支付租金之義務，惟其租賃關係，依民法第四百三十條之規定不當然消滅，必承租人定相當期限催告負擔修繕義務之出租人修繕，而出租人於其期限內不為修繕者，承租人始得終止契約，更須承租人為終止契約之意思表示，其租賃關係始歸消滅。」然而，有學者主張，租賃契約為有償契約，依第三百四十七條，得準用買賣契約之規定，換言之，租賃物有瑕疵時（無論瑕疵發生於交付前或交付後），準用第三百五十九條，承租人得主張減少租金或終止契約，本文贊同。

現本題之房屋因大雨而漏水，三分之一無法使用，甲催告乙一個月內修繕，在該一個月內，乙雖因無可歸責事由，免負損害賠償責任，惟甲得減少租金支付或終止契約，至於乙逾期未修繕一節，甲得終止契約，或自行修繕而請求乙償還其費用或於租金中扣除之，另外，因未修繕而無法使用收益部分，甲得拒絕支付租金之一部或全部，或類推適用第四百三十五條第一項「請求比例減少租金」。

(三)第四百三十四條規定：「租賃物因承租人之重大過失，致失火而毀損、滅失者，承租人對於出租人負損害賠償責任。」法律為保護承租人，規定失火責任以重大過失為限。又最高法院二十二年上一第一三一號判例謂：「租賃物因承租人失火而毀損滅失者，以承租人有重大過失為限，始對出租人負損害賠償責任，民法第四百三十四條已有特別規定，承租人之失火僅為輕過失時，出租人自不得以侵權行為為理由，依民法第一百八十四條第一項之規定，請求損害賠償。」

至於失火係承租人之家屬等同居人引起時，就承租人之責任言，通說認為承租人亦僅於此等同居人有故意或重大過失時，始負賠償責任，以貫徹承租人之保護，然而該等同居人與出租人並無租賃關係，故應適用一般侵權行為法則，有抽象輕過失時，即應負賠償責任。最高法院五十六年第三次民刑庭總會決議：「甲說：租賃物因承租人失火而毀損滅失者，以承租人有重大過失為限，始對出租人負損害賠償責任，民法第四百三十四條已有特別規定，茲承租人既係輕過失，而燒燬承租房屋，自不負侵權行為之損害賠償責任。（參看本院二十二年上字第一三一號判例）乙說：因失火燒燬他人之房屋，除民法第四百三十四條所定情形外，縱為輕過失，仍應依民法第一百八十四條負侵權行為之損害賠償責任。失火有重大過失時，始負侵權行為之立法例，為我民法所不採。（參看本院二十六年鄂上字第三號判例）決議：甲說係指承租人失火毀損租賃物之情形而言，乙說則指承租人以外之人失火毀損他人房屋之情形而言，兩說並無抵觸，可以並存。」

綜上所述，丁有故意或重大過失時，乙始得向甲主張損害賠償責任，惟丁有抽象輕過失時，乙即得對丁主張損害賠償責任。

三、某甲擁有下列財產：

- (一)出租給某乙之房屋一棟及其基地；
- (二)古文物二件，其中一件借給博物館展出，另一件放在古董店寄賣；
- (三)在保養廠保養的名貴跑車一部；
- (四)寄放在倉庫營業人之進口高級音響一批，該倉庫營業人應某甲之請求已簽發倉庫乙紙交付某甲。

某甲現決定移民出國要變賣這些財產：

- (一)某乙決定購買某甲之上述房屋及其基地。
- (二)古董店老板某丙要買下某甲之二件古物。
- (三)保養廠老板某丁要買這部跑車，但某甲想繼續使用到出國前不想現在就賣，某丁唯恐被他人以高價搶走，說服某甲馬上就到監理所辦理過戶，願意讓某甲免費使用到出國時，某甲同意依某丁之建議出售。
- (四)至於存放在倉庫之進口高級音響，某戊公司同意購買。

請問某乙、某丙、某丁、某戊如何取得各該財產之所有權？(25分)

命題意旨	題目乍看為複雜的實例題，其實為單純案例事實包裝的基礎概念考題。難度不高，依順序將各題平實且完整作答即可。
答題關鍵	1.關於所有權移轉要件如何被滿足而發生效力，是解答的核心所在。 2.第四小題冷門的倉庫倉單效力，其實涉及熱門的海商法第一〇四條爭議。同學們可聯想其關連性並嘗試作答，應有一定的分數可拿，不該輕易放棄。
參考資料	1.謝在全，民法物權論上冊，p108至p119，p149至p154 2.高點民法講義債各 p350至p351 3.元照實例研析系列-債法總論〈1P03〉，P.8~17：契約成立



	4.元照實例研析系列-民法物權〈1P05〉，P.23~29：物權變動要件
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民法物權編（黃律師）〈L232〉，P.1-30~36：物權變動要件（相似度 40%） 2.民法（債總）厚本講義，P.39~54：契約成立與方式（相似度 40%） 3.民法（物權）厚本講義第一回，P.20~23、P.29：物權變動特別方式（相似度 40%）

【擬答】

- (一)民法第七五八條：「不動產物權，依法律行為而取得設定、喪失、及變更者，非經登記，不生效力。」民法第七六〇條：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之。」故關於不動產移轉要件如下：一、須有處分權人所為。二、須有物權變動之意思表示。三、須訂立書面。四、須經登記。本題乙欲購買甲所有之房屋及基地，除與甲締結買賣契約外，另須經甲依上述不動產變動要件，將房屋及基地的所有權移轉予乙，乙始得房屋及基地的所有權。尤其是登記該要件。至於交付，則非不動產物權變更之要件，僅為移轉占有之要件（第九百四十六條準用第七百六十一條）。應注意者，關於不動產變動的債權契約，民法第一六六條之一規定：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書（第一項）。未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效（第二項）。」另民法債編施行細則第三六條第二項規定：「民法債編修正條文及本施行法修正條文自中華民國八十九年五月五日施行。但民法第一百六十六條之一施行日期，由行政院會同司法院另定之。」故若本條施行後，本題甲乙關於房地買賣契約則須由公證人作成公證書始成立，自不待言。
- (二)依民法第七六一條第一項前段規定可知，動產物權依法律行為而變動者，須當事人間有動產物權變動之意思表示，以及交付之行為，始能發生效力。其中，關於當事人的讓與合意，通常多未明白表示，故學說及實務上通常多推定物權變動之意思表示，與交付並存。至於交付，可分成兩種情形，一為現實交付，一為觀念交付，前者指動產占有（直接管領力）之現實移轉。後者則非真正之交付，乃動產占有在觀念上之移轉，此為法律顧及特殊情形下，交易便捷需要而採取的變通方法，依民法第七六一條第一項但書與第二、三項之規定，又可分為三種情形：簡易交付、占有改定、指示交付。本題甲所有古文物，其一借予博物館，此時甲為該文物間接占有人，博物館為直接占有人，若甲欲移轉該古文物所有權予丙，而滿足「交付」要件，不必由甲先依借貸契約向博物館取回（民法第四七〇條），再交付予丙，而可依民法第七六一條第三項，讓與對博物館的返還請求權予丙以代交付，此時縱該古文物為博物館現實占有中，丙仍取得所有權，此即「指示交付」。同理，就另一寄賣的古文物，若丙即為寄賣的古董店，因已於丙的現實占有中，依民法第七六一條第一項但書，於甲丙讓與合意時，即生所有權移轉效力，此即「簡易交付」。若寄賣的古董店與丙非屬同一人，則甲亦得依民法第七六一條第三項，將對寄賣的古董店的返還請求權讓與丙以代交付，而由丙取得所有權。
- (三)按汽車為動產，故有關監理所的汽車登記行為，僅具行政管理的公法效力，至於私法上的財產權變動效力，仍應回歸民法有關「動產物權」的規定，故本題甲丁縱已為汽車過戶登記，非當然發生所有權變動效果，合先敘明。本題，甲就其所有汽車欲移轉所有權予丁，雖甲仍占有該車，但甲丁既就該車另成立使用借貸契約（民法第四六四條），使受讓人丁取得間接占有，依民法第七六一條第二項規定，亦可滿足「交付」要件，故丁於訂立該借貸契約取得該車所有權，此即「占有交付」。
- (四)戊如何取得該批音響所有權，討論如下：
- 1.甲與倉庫營業人之間成立倉庫契約，當屬無疑，依民法第六一四條，可準用寄託相關規定。又民法第五九七條規定：「寄託物返還之期限，雖經約定，寄託人仍得隨時請求返還。」故甲此時似得依民法第七六一條第三項以指示交付讓與對倉庫營業人的返還請求權，而將該批音響所有權移轉於戊。惟甲已依民法第六一五條請求簽發倉單，此時依民法第六一八條：「倉單所載之貨物，非由寄託人或倉單持有人於倉單背書，並經倉庫營業人簽名，不生所有權移轉之效力。」可知，關於倉庫貨物的所有權變動，在簽發倉單後，須以倉單之背書及簽名始得為之，學者通說認為此時已無指示交付之適用。至於依民法第六一八條交付倉單，效力為何，容有疑議。
 - 2.首先，關於運送契約的提單，依民法第六二九條規定：「交付提單於有受領物品權利之人時，其交付就物品所有權移轉之關係，與物品之交付有同一之效力。」實務見解及學者多數見解認依本條運送提單具有物權效力，至於該物權效力，又有絕對效力（認依提單可直接取代動產物權行為「讓與合意」及「交付」兩要件而生效力）及相對效力（提單僅取代動產物權行為「交付」要件）之歧見，最高法院原則上採單純相對效力說，認於運送人占有中（包括直接、間接占有），該提單可代「交付」要件而發生動產所有權變動效力（最高法院第七六年第七七一號判例）。
 - 3.而在倉庫章節並無類似上述提單物權效力規定，多數學者見解以為，在倉庫的倉單應可類推適用之。故戊可類推適用民法第六二九條，並參照最高法院第七六年第七七一號判例見解，在倉庫營業人占有該批音響時，受讓甲之倉單以代交付，而取得該批音響的所有權。

四、甲男乙女為夫妻，育有四歲兒子丙，因個性不合協議離婚，雙方約定就對丙之權利行使義務負擔由乙妻任之，並特別約定對丙之保護教養費用（扶養費），悉由乙負擔。之後，乙失業無力支付丙之各項費用，要求甲分擔，甲竟藉此擅自將就讀幼稚園之丙帶走藏匿，乙因過於思念丙，精神受到嚴重打擊，痛苦萬分。試問：(25分)

(一)乙得否向甲請求交還丙，法律依據為何？

(二)乙得否向甲請求精神上損害賠償，法律依據為何？



(三)甲應否負擔丙之保護教養費用(扶養費)?

命題意旨	本題目的在測驗考生有關親權和扶養的觀念，重點在親權的內容、親權與扶養的關係及夫妻對於未成年子女扶養費用協議之效力。
答題關鍵	1.親權的內容與交還子女請求權之關係。 2.民法第一百九十五條第三項規定之解釋。 3.扶養與親權有何相異處。 4.未成年子女扶養請求權之法律依據為何。 5.夫妻對於未成年人扶養費用協議之效力。
參考資料	1.身分法補充講義(一)第六十八頁至第六十九頁。 2.身分法補充講義(二)第二十頁、第三十三頁至第三十四頁。 3.月旦法學教室，第7期：P.95~112：親權..(魏大曉) 4.月旦法學雜誌 (1)第97期：P.157~158：親權事項之假處分(魏大曉) (2)第100期：P.42~53：我國親權法之現狀與課題(林秀雄) (3)第101期：P.178~183：未成年子女撫養事件法院處理實務(許樹林)
高分閱讀	1.身分法總複習講義第十二頁至第十三頁，第九題。 2.高點重點整理系列-身份法(黃律師)<L204>，P.1-169：子女交還請求權(相似度50%) 3.高點重點整理系列-民法(親屬、繼承)(許律師)<L237> (1)P.4-88：子女交還請求權(相似度50%) (2)P.6-13：父母對於未成年子女之撫養義務(相似度90%) 4.高點重點整理系列-民法債編總論(魏律師)<L247>，P.3-18~19：基於身份法益之精神上損害賠償(相似度40%) 5.法觀人雜誌 (1)第70期：P.61~73：親權與家事事件審理程序(相似度60%) (2)第77期：P.31~40：我國親權法之現狀與課題(相似度40%)

【擬答】

現就本題說明如下：

(一)乙得否向甲請求交還丙？法律依據為何？

親權是指父母對於未成年子女權利的行使及義務的負擔，內容主要有身心照護、財產照護及法定代理權等，其中亦包括對於非行使親權人請求返還子女，亦即對於非行使親權人得提起返還子女之訴（最高法院五十九年台上字第三三二二號判決參照）。強制執行法第一百二十八條第三項規定：「執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方法，將該子女或被誘人取交債權人。」可資參照。

甲男乙女原為夫妻，現已協議離婚，對於未成年四歲兒子丙之權利行使及義務負擔（親權），約定由乙任之。民法第一百零五十五條第一項規定：「夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。」依該規定，對於丙之權利行使及義務負擔（親權），得由甲乙協議定之，是以甲乙上開協議應為有效，乙為親權人，甲則非親權人。

甲既非親權人，又無會面交往權（民法第一千零五十五條第五項參照），卻擅自將丙帶走藏匿，是以乙該親權人得請求返還丙，提起返還子女之訴，並得聲請強制執行。

(二)乙得否向甲請求精神上損害賠償？法律依據為何？

民法第一百九十五條規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分（第一項）。前項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限（第二項）。前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之（第三項）。」依該規定第三項，父母之身分法益若受他人不法侵害而情節重大者，得請求精神上損害賠償，抑有進者，所謂父母之身分法益，當然包括親權。

誠如前述，乙有親權，甲無親權，亦無會面交往權，是以甲擅自將丙帶走藏匿，顯然係故意侵害乙對於丙之親權，進而造成精神上損害（民法第一百八十四條第一項前段參照），從而乙得請求損害賠償。

(三)甲應否負擔丙之保護教養費用(扶養費用)？

所謂扶養，係指一定親屬間，有經濟能力者對於不能維持生活者，予以必要之經濟上供給。

首先，應注意的是，親權與扶養係屬二事，理由如下：

- 1.民法第一千一百十六條之二規定：「父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。」換言之，夫妻婚姻經撤銷或離婚時，雖然可能喪失親權，然而仍須負擔扶養義務（最高法院八十七年第一二八號判例參照）。
- 2.前者係因行使親權而發生，後者係因父母子女關係而發生。



3.前者係父母對於子女的單方義務，後者係父母子女間的雙方義務。

4.前者原則上會因為子女成年而消滅，後者並不會。

5.前者可能因為婚姻關係消滅而消滅，後者則否。

職故，甲雖無親權，然其仍須對丙負擔扶養義務。

再者，未成年子女丙對於甲扶養費之請求權基礎為何，實有進一步討論之必要。對此，學說素有爭議。

甲說：民法第一千零八十九條包括父母對於未成年子女扶養義務的負擔，至於民法第一千一百十四條僅為父母與成年子女間的扶養。

乙說：父母對於子女有親權，包括住所指定權，所以父母與子女屬於共同生活之家屬團體，所以其扶養義務應為生活保持義務，換言之，其扶養義務應適用民法第一千零八十四條第二項。

丙說：民法第一千零八十四條第二項、民法第一千零八十九條與民法第一千一百十四條第一款所定，直系血親相互間之扶養義務者不同，後者凡不能維持生活而無謀生能力時，皆有受扶養之權利，並不以未成年或成年為限。

本文以為，應採丙說為是，理由如下：

1.親權與扶養係屬二事，已如前述。

2.就國際私法言，若採甲乙二說，將使父母對未成年子女之扶養案件依親子關係的準據法，而非扶養義務之準據法，此將與國際條約脫軌。

最後，應釐清的是，甲乙於離婚時已協議扶養費用由乙負擔，則該協議是否會影響甲對於丙之扶養義務。對此，本文認應採否定之看法，因為扶養權利不得拋棄，所以父母亦不得代子女為拋棄，況且父母僅為債務人，所以該協議應認為僅是其內部分擔，對於子女此債權人，未經其承認，並不會發生效力。

綜上所述，甲仍應負擔丙之扶養費用，此與親權之行使無關，而法律依據為民法第一千一百十四條第一款規定，且不受甲乙間協議之影響。



《民法》

一、乙患有精神疾病，看見紅色有如看見流血，並因之驚恐不已。同事甲明知其情，竟每日穿著紅色衣服上班，乙無法忍受，訴請法院禁止甲穿紅色衣服上班，有無理由？試依民法之規定說明之。（25 分）

命題意旨	本題之命題意圖有兩點：第一，測驗同學對於『預防性不作為之訴』之請求權之認識。第二，測驗同學對於『因被害人個人體質因素所導致之不尋常侵害』之認識。
答題關鍵	本題之答題關鍵，應先強調預防性不作為之訴之請求權基礎，而取得基本分數。其次，再提出『被害人特殊體質之問題』來處理，而在處理被害人特別體質之問題時，由於沒有明確的學說或實務見解，因此同學應將問題意識(被害人權益保護與行為人之自由間之衝突)說清楚，然後在依據不同之立場，分兩說予以兼顧說明。
參考資料	王澤鑑老師，侵權行為，第二三七頁。
高分閱讀	1.高點專用講義（厚本）--民法總則 P.346-348；P.51（第 2 項：侵害防止請求權）。 2.高點重點總整理—民法總則（邱律師）P.4-33（侵害防止請求權）。

【擬答】

一、乙可否請求甲不得穿紅衣上班？

乙訴請法院禁止甲穿紅色衣服上班，有無理由，其關鍵在於：乙可否依民法十八條一項請求甲不得穿紅衣上班。今分析如下：

(一)民法十八條一項規定：『人格權遭侵害時，得請求法院除去其侵害；有侵害之虞時，得請求防止之。』其中，人格權有侵害之虞時，被害人即可依民法十八條一項為預防性之不作為請求，而在加害人為實際之侵害行為前，即先行禁止加害人為任何可能之侵害行為，合先敘明。

(二)在本案中，甲穿紅衣而造成乙驚恐不已，故甲有侵害行為；而乙有身體權受侵害，問題在於：甲之侵害行為與乙之身體權受侵害間乙有無因果關係，今分析如下：

1.條件因果關係說：其認為，當行為為結果所不可想像其不存在之原因時，則行為與結果間有因果關係。若採此說，則若非甲之穿紅衣行為，乙不致於受驚恐，甲之穿衣行為乃乙之身體權受侵害之不可想像其不存在之原因，故兩者有因果關係。

2.相當因果關係說：其認為，依社會通念，有如此之行為，通常有如此之結果時，則行為與結果間有因果關係。若採此說，本案中，乙之所以身體權遭侵害，不是因為甲穿著紅衣在客觀上有任何侵害，而是因為乙個人之特殊體質所造成；亦即，依社會通念，有穿紅衣之行為，不必然導致身體權受侵害之結果，故兩者無因果關係。

3.小結：

通說認為，在『侵權行為』之場合，被害人之特殊體質，不得作為加害人主張免責之依據，亦即雖然損害之發生，乃因被害人之特殊體質之參與，仍應認為具因果關係。然管見認為，通說理論只適用於『侵權行為』，而不適於『預防性不作為之訴』，其理由在於：侵權行為之成立，除因果關係外，尚應具備『故意、過失』，因此行為人可主張其無『故意、過失』而免責，因此對加害人之行為自由並未過度侵害。而在『不作為預防之訴』之場合，其不以行為人有故意過失為要件，因此若認為被害人之特殊體質，無妨於因果關係之成立者，此時行為人又無法主張無『故意、過失』以免責，則恐將大幅限制行為人之行為自由。是故，管見認為，在『預防不作為之訴』，應採相當因果關係理論，而認為甲之行為與乙之身體權受侵害間，無因果關係，故乙自不得提起預防性不作為之訴。

二、請附具理由解答下列問題：(25 分)

(一)成年之甲，與甫滿十七歲之在學少女乙，情投意合，雙雙相約離家同居。乙之父丙以甲妨害其家庭，請求甲賠償精神損害新台幣（下同）五百萬元。

(二)A 公司聘任 B 為該公司總經理，雙方約定：「聘期三年，期滿前不得為辭任或解任；違反者應給付他方懲罰性違約金五百萬元。」越半年，B 與 A 公司間因理念差距過大，難以發揮所長，堅決辭去總經理職務，A 公司請求 B 支付懲罰性違約金五百萬元。

(三)C 進入 D 銀行（股份有限公司）為工友，C 之舅父 E 出面擔任人事保證人，與 D 銀行簽訂書面保證契約，約內載明：「如 C 因職務上行為對 D 銀行負賠償責任時，E 願負全責」。任職後不久之某夜，C 夥同友人 F 潛入 D 銀行辦公室內，於破壞金庫後竊走五百萬元朋分花用。D 銀行訴請 C、E 連帶賠償五百萬元。

命題意旨	1.第一小題之命題意圖主要在於『侵害監督權（親權）能否請求慰撫金』之問題。 2.第二小題之命題意圖主要在於『離職禁止契約是否違反公序良俗之認定』之問題。 3.第三小題之命題意圖主要在於『人事保證契約之職務上行為之範圍之認定』
答題關鍵	1.第一小題應先強調我國對於慰撫金之限制，再以民法一百九十五條三項之增訂為分水嶺，然後分別說明修法前與修法後之處理方式。 2.第二小題應先強調懲罰性違約金之請求權基礎，然後論述該契約合意之有效性，其後再討論『離職禁止條款之合憲性』與『契約條款違憲後之處理方式』。

	3.第三小題應先處理受僱人個人之責任，然後在討論人事保證人之責任，最後再討論人事保證責任時，再提出『人事保證之擔保範圍之問題』。
參考資料	1.王澤鑑老師「侵權行為法」，第一六七頁。 2.王澤鑑老師「民法總則」，第五十二頁。
高分閱讀	1.高點專用講義（厚本）-民法債總 P.207。 2.高點專用講義（厚本）-民法債總 P.297 的（2），違約金的部分。 3.(1)高點專用講義（厚本）-民法債各 P.489（1.保證人責任；2.補充性..）；P.495 例題，相似度 90%！ (2)高點法學錦囊系列—民法債編各論（魏律師），P.3-70，相似度 90%！

【擬答】

一、丙可否向甲請求依民法一百八十四條一項前段、民法一百九十五條三項請求五百萬慰撫金？

(一)甲要求未成年之乙離家同居，而使乙脫離其父丙之家庭，故甲乃故意不法侵害丙對於乙之監督權（親權），故構成民法一百八十四條一項前段。

(二)甲雖然構成民法一百八十四條一項前段之侵權行為，今丙乃請求五百萬之慰撫金，而侵害『監督權』，能否為慰撫金之請求，由於我國對於慰撫金有特別之限制（民法十八條二項參照），故尚應進一步說明：

1.修法前：民法一百九十五條三項之增設前

在民法一百九十五條三項增訂前，侵害監督權能否請求慰撫金，實務見解向有爭論：

(1)否定說：（五十年台上——一四號判例）認為依民法十八條二項，慰撫金之請求，以法律有特別規定者為限，而侵害監督權既無法律特別允許其請求慰撫金，自不得請求之。

(2)肯定說：（八十五年台上二九五七號判決）認為雖然法無明文，然侵害身分權（監督權）與侵害人格權具有法律上相同點，故自應類推適用民法一百九十五條一項請求慰撫金。

2.修法後：民法一百九十五條三項之增設後

本次民法修正，為解決實務上之爭論，增設民法一百九十五條三項：『前兩項之規定，於不法侵害他人基於父、母、子女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之』即肯定侵害監督權（親權），亦可請求慰撫金。

(三)小結：本案中，甲要求未成年之乙離家，構成民法一百八十四條一項之侵權行為；且構成民法一百九十五條三項符合請求慰撫金之特別要件，故丙自得依民法一百八十四條一項前段、民法一百九十五條三項向甲請求慰撫金。

二、A 可否基於『懲罰性違約金之約定』而向 B 請求支付懲罰性違約金五百萬元？

(一)懲罰性違約金之請求權基礎，為雙方當事人合意之懲罰性違約金之『契約』，按基於私法自治原則，只要當事人間有效之懲罰性違約金契約條款，A 自得對 B 為懲罰性違約金之請求。因此 A 可否請求『懲罰性違約金』，關鍵在於：AB 間懲罰性違約金合意之是否有效，合先敘明。

(二)該懲罰性違約金之合意，其內容為：『聘期三年，期滿前不得為辭任或解任；違反者應給付他方懲罰性違約金五百萬元。』，屬於典型之『離職禁止條款』，其乃高度侵害職員之職業自由，亦即侵害職員之『工作權』。是故，該條款違反『保障工作權』之憲法價值（憲法第十五條參照），而有違憲之虞。按私人間訂定之契約條款違憲時，基於所謂之『憲法第三人效力』，亦應認為該契約條款違反憲法價值而無效。其然具體法條適用，則有爭論：

1.直接適用說：認為直接引用憲法法條（憲法第十五條）而將該契約條款論為無效。

2.間接適用說：認為不直接引用憲法法條，而是引用民法七十二條，認為違反憲法價值即為違反公序良俗，而引用民法七十二條論為無效。本說為通說，應採取本說較為明確。

(三)小結：該懲罰性違約金之契約條款，因違反憲法價值而違反公序良俗，進而依民法七十二條論為無效，故 A 自不得向 B 請求懲罰性損害賠償五百萬元。

三、D 銀行訴請 C、E 連帶賠償五百萬元。

(一)D 對 C 請求損害賠償？

1.民法一百八十四條一項前段。C 破壞金庫，而盜走金錢，乃故意不法侵害 D 之財產權，故構成侵權行為，而應負損害賠償責任。

2.民法二百二十七條二項（加害給付）？加害給付，乃指債務人於『履行債務時』不法侵害債權人之固有利益。而本案中，C 為工友，則其對 D 之債務僅限於打掃環境，而不含夜間保全，故 C 潛入銀行時，並非處於『履行債務時』，故自無加害給付之問題。

(二)D 對 E 請求損害賠償？

1.D 對 E 請求損害賠償之請求權基礎為 DE 間之『人事保證契約』，而依民法七百五十六條之一第二項，人事保證契約應以書面為之，在本案中，DE 已完成書面，故該人事保證契約有效，合先敘明

2.然而，人事保證契約，乃保證受僱人將來因『職務上之行為』而應對雇用人負損害賠償責任時，由人事保證人代為負責之契約。（民法七百五十六條之一第一項參照）。因此，人事保證人僅就『受僱人因職務上行為而生之損害負責，而不為受僱人非職務上之其他行為負責』，在本案中，受僱人 C 為工友，則其職務乃打掃，而完全不涉及金庫之操作，也不涉及夜間之保全，則受僱人夜間行竊之行為，既非職務上行為，亦非利用職務之便之行為，因此自不在人事保證之擔保範圍之內。

(三)小結：由於 C 之夜間行竊非職務上或利用職務之行為，故不在人事保證之範圍，因此 D 不得向 E 請求賠償，而只能向 C 個人依侵權行為請求賠償。

三、甲各有 A 屋及其基地 B 地、C 屋及其基地 D 地、磚造之平房及其基地 F 地。甲將 A 屋出售於乙，並辦畢所有

權移轉登記，另將 C 屋設定典權於丙。又甲向丁借款，為擔保該債務之清償，乃將 F 地設定抵押權於丁。其後，甲將 F 地上之磚造平房拆除，改建為兩層鋼筋混凝土造之 E 屋。嗣因借款屆期未能清償，經丁實行抵押權，聲請法院拍賣 F 地，由戊拍定，繳清價款後，已領得權利移轉證書。請附具理由說明乙就 A 屋對甲之 B 地、丙就 C 屋對甲之 D 地、甲就 E 屋對戊之 F 地，其法律關係為何？（25 分）

命題意旨	1.第一小題乃測驗『民法四百二十五條之一基地租賃權之推定』之具體適用。 2.第二小題乃測驗實務見解。 3.第三小題乃測驗民法八百七十六條之一法定地上權之進階題。
答題關鍵	1.第一小題乃法條之基本運用，應先將法條內容大致說明，然後鋪陳將案例事實之涵攝過程。 2.第二小題為實務見解題，首重實務見解之闡述。 3.第三小題先說明甲本已取得民法八百七十六條之法定地上權，然後再說明其法定地上權是否因房屋之拆除而消滅。
參考資料	謝在全老師，民法物權論下冊，第一一三頁。
高分閱讀	1.《92 高點律師考場寶典》第 8 題第 2 小題。 2.《92 高點律師考場寶典》第 12 題第 3 小題。 3.高點專用講義（厚本）--民法物權 P.39（典權人之權利）；P.66 問題，相似度 50 %！ 4.高點重點總整理系列—民法物權（黃律師）P.8-14（典權人之權利）；P.6-51（處分權）；P.6-74（標的物之擴張）。

【擬答】

一、乙就 A 屋對甲之 B 地--民法四百二十五條之一：推定租賃權存在

- (一)依民法四百二十五條之一規定，房屋與基地同屬於一人所有，而只將房屋讓與他人者，造成房屋屬所有權人與基地所有權人互異時，則推定房屋所有權人與基地所有權人間於房屋可使用之期間內，存在租賃關係。按該條之立法目的在於：儘量使房屋之使用人取得地基地之占有權源，而避免房屋所有權人因無基地之占有權源，而遭拆屋還地，造成物之使用不經濟，合先敘明。
- (二)在本案中，房屋與基地本屬於甲所有，然甲僅將其房屋讓與乙，而造成基地所有權人（甲）與房屋所有權人（乙）互異，則依民法四百二十五條之一之規定，推定甲乙間存在租賃關係。
- (三)小結：乙得依民法四百二十五條之一向甲主張對甲之基地有租賃權存在。

二、丙就 C 屋對甲之 D 地

- (一)民法四百二十五條之一，僅適用於基地所有權人與房屋所有權人為同一人，而將該基地或房屋轉『讓與』他人，並而造成基地所有權人與房屋所有權人互異之場合；然本案中，甲乃將 C 屋設定典權與丙，而非將 C 屋讓與丙，則其基地所有權人與建物所有權人仍為甲，故自無民法四百二十條之一之適用，合先敘明。
- (二)然而，實務見解（八十年台上第二九九號）認為：『房屋與基地同屬一人所有，其所有人設定典權之書面，雖無基地字樣，但使用房屋必須使用該房屋之基地，除有特別情事可解釋當事人之真意僅以房屋為典權標的外，應解為基地亦在出典之列。』由此可知，依該實務見解，甲丙雖僅對房屋設定典權，然基地亦在出典之列，因此丙得對甲就 D 地主張典權。

三、甲就 E 屋對戊之 F 地

- (一)依民法八百七十六條之規定，房屋與基地同為一人所有，而僅以基地為抵押時，則該基地拍賣後而使基地所有權人與房屋所有權互異時，房屋所有權人與基地所有權人間，存在法定地上權。其立法目的，有二：一為使房屋使用人得取得基地之使用權源；且該法定地上權之存在，當事人於設定時即有預期，而不生不測之損害，合先敘明。
- (二)在本案中，甲為 F 地與磚造平房之所有權人，而僅對 F 設定抵押權，假設該磚造房屋未拆除，甲就該磚造房屋，即可依民法八百七十六條向 F 地之拍定人戊主張對 F 地有法定地上權，自不待言。
- (三)然而，本案之特殊點在於：甲於基地設定抵押權後，基地拍定前，竟將該磚造房屋拆除，並另興建 E 屋。則甲可否繼續主張該法定地上權之存在？
 - 1.否定說：

其認為法定地上權無民法八百四十一條之適用，故建物消滅時，其法定地上權隨即消滅。按法定地上權乃為保護該磚造平房而創設，而非為保護磚造平房之所有權人，故若該磚造平房已不存在，法定地上權自無存在之必要。而由於甲磚造平房之法定地上權已消滅，且其後興建之 E 屋亦不符合民法八百六十七條之要件，故甲就 E 屋對 F 地不得為法定地上權之主張。
 - 2.肯定說（通說）：

通說認為，只要於抵押權設定時，符合法定地上權之要件，即確定取得法定地上權，即便其房屋重建亦同。（謝在全老師民法物權論下冊第一百一十三頁。）
 - 3.小結：採通說，故甲仍可對戊主張法定地上權，然其權利之狀態不得大於磚造平房時之狀態。

四、甲男與乙女為夫妻，甲男之血親祇有祖父丙、祖母丁及外祖父戊三人。甲男生前為丙、丁、戊之營業，分別贈送丙六十萬元、丁九十萬元、戊一百八十萬元。乙女因事業在美國，經常赴國外居住。甲男利用乙女出國機會，向法院詐稱乙女不知去向，並以惡意遺棄為由，訴請裁判離婚，且獲勝訴確定。己為乙女之姪女，在甲之公司服務多年，但不悉甲男與乙女之離婚判決有瑕疵。己女應甲男之求婚，依民法第九八二條第一項舉行婚禮。乙女回國後獲悉被判決離婚，故訴請法院判決其離婚無效之再審而勝訴。不久甲男遇車禍死亡，而留下財產三百六十萬元。祖母丁則依法表示拋棄繼承。(25)分

試問：(一)甲男死亡時，何人為繼承人？

(二)甲男之繼承人應如何繼承？

命題意旨	本題為時事題及傳統考古題之結合，須掌握大法官會議解釋及民法第一千一百七十三條之立法目的，始可獲取高分。
答題關鍵	1.大法官會議解釋釋字第五五二號。 2.繼承人拋棄繼承時，特種贈與之歸扣應如何計算。 3.繼承人之特種贈與大於應繼分時，有無償還責任。
高分閱讀	1.《92 高點律師考場寶典》第 13 題，相似度 100%！ 2.高點專用講義（厚本）-民法親屬繼承 P.61（三、夫妻財產制的部分）；P.277（4.祖父母） 3.高點重點總整理系列—身份法（黃律師）P.2-77。 4.曹政大身份法總複習講義，第二題，相似度 100%！ 5.曹政大身分法上課講義第一本，第二十二頁至第二十五頁。 6.曹政大身分法上課講義第二本，第五十四頁至第五十五頁，第五十七頁至第五十八頁。

【擬答】

(一)甲男之繼承人為何人？

1.乙女

按「配偶有相互繼承遺產之權」民法第一千一百四十四條定有明文。經查乙女為甲男之配偶，雖然甲男曾根據民法第一千零五十二條第一項第五款規定，主張乙女惡意遺棄在繼續狀態中，並獲得離婚勝訴判決確定，惟該離婚確定判決後來經乙女提起再審之訴，已被法院判決無效。職是，乙女仍然是甲男之配偶，依民法第一千一百四十四條規定，乙女係甲男之繼承人。

2.祖父丙

按「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。」民法第一千一百三十八條定有明文。經查甲男並無直系血親卑親屬、父母及兄弟姊妹，是以祖父丙依民法第一千一百三十八條第四款規定，係甲男之繼承人。

3.祖母丁

同祖父丙之理由，祖母丁亦為甲男之繼承人。然而應注意的是，民法第一千一百七十五條規定：「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」，是可知祖母丁既已依法表示拋棄繼承，從而自繼承開始時已非繼承人。

4.外祖父戊

民法第一千一百三十八條第四款規定之祖父母包括外祖父母，是以外祖父戊亦為甲男之繼承人。

5.己女

己女是否係甲男之繼承人，重點在於甲男與己女之婚姻是否有效，亦即己女是否為甲男之配偶。現分析如下：

(1)甲男與己女有公開儀式及二人以上之證人，揆諸民法第九百八十二條第一項之規定，符合結婚形式要件。

(2)按「與左列親屬，不得結婚：三 旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者。」民法第九百八十三條第一項第三款定有明文。經查己女係乙女之姪女，與乙女間係屬三親等旁系血親，是以依民法第九百六十九條及民法第九百七十條之規定，己女與甲男係屬三親等旁系姻親，而且輩分並不相同。甲男與己女既屬三親等旁系姻親，而且輩分並不相同，依民法第九百八十三條第一項第三款規定，二人不得結婚，且違反該規定，依民法第九百八十八條第二款之規定，婚姻無效。然而，應注意的是，己女與甲男結婚時，並不知甲男與乙女間離婚確定判決之瑕疵，換言之，其信賴甲男與乙女間之離婚確定判決，故認知依民法第九百七十一條規定其與甲男間之旁系姻親關係已消滅，兩人可以結婚。如此是否會影響法律效果，於後述(4)討論。

(3)按「有配偶者，不得重婚。」民法第九百八十五條第一項定有明文。經查甲男有配偶乙女，前已述及，是以己女與甲男結婚，顯已構成重婚，且違反該規定，依民法第九百八十八條第二款之規定，婚姻無效。然而，應注意的是，己女與甲男結婚時，其不知甲男與乙女間離婚確定判決之瑕疵，換言之，其信賴甲男與乙女間之離婚確定判決，故認知甲男無配偶，其與甲男可以結婚。如此是否會影響法律效果，於後述(4)討論。

(4)己女不知甲男與乙女間離婚確定判決之瑕疵，是否可使原來無效之婚姻成為有效。大法官會議解釋釋字第三六二號認為：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障。如當事人之前婚姻關係已因法院之確定判決（如離婚判決）而消滅，自得再行結婚，後婚姻之當事人，基於結婚自由而締結婚姻後，該確定判決，又經法定程序（如再審）而變更，致後婚姻成為重婚，既係因法院前後之判決相反所致，究與一般重婚之情形有異。而前判決之潛在瑕疵，原非必為後婚姻之當事人所明知或可

得而知，第三人與前婚姻之一方相婚時（即後婚姻成立時），就此瑕疵倘非明知或可得而知，則為善意且無過失之其因信賴確定判決而結婚，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持，以免憲法所保障之人民（尤其是婦女）結婚自由遭受不測之損害。而是否善意且無過失，則屬事實認定問題，有待法院本於調查證據之結果而為判斷，故此種因前後判決相反構成之重婚，應另經法院之判決程序始能認其無效，未經判決無效者仍為有效。上開重婚無效之規定，未兼顧類此之特殊情況（除因信賴確定判決所導致之重婚外，尚有其他類似原因所導致之重婚），又未就相關事項，如後婚姻所生之婚生子女身分等，為合理之規定（民法在修正前重婚係得撤銷，而撤銷之效力不溯及既往，故無婚生子女之身分問題。現行民法第九百九十九條之一，則僅解決子女之監護問題，尚有不足），與憲法保障人民權利之意旨，未盡相符，應予檢討修正。在修正前，上開民法規定對於前述善意且無過失之第三人，因信賴確定判決而締結之婚姻部分，應停止適用。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚者之他方，依民法第一千零五十二條第一項第一款或第二項規定，自得向法院請求離婚，併予指明。」職是，依大法官會議解釋釋字第三六二號，只要後婚之相對人善意且無過失，後婚仍然有效。

然而該號解釋自民國九十一年十二月十三日起已被變更，大法官會議解釋釋字第五五二號著有明文：「本院釋字第三六二號解釋謂：『民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。』其所稱類此之特殊情況，並包括協議離婚所導致之重婚在內。惟婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，後婚姻之當事人就前婚姻關係消滅之信賴應有較為嚴格之要求，僅重婚相對人之善意且無過失，尚不足以維持後婚姻之效力，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持，就此本院釋字第三六二號解釋相關部分，應予補充。如因而致前後婚姻關係同時存在時，為維護一夫一妻之婚姻制度，究應消除前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護，屬立法政策考量之問題，應由立法機關衡酌信賴保護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素，就民法第九百八十八條第二款等相關規定儘速檢討修正。在修正前，對於符合前開解釋意旨而締結之後婚姻效力仍予維持，民法第九百八十八條第二款之規定關此部分應停止適用。在本件解釋公布之日前，僅重婚相對人善意且無過失，而重婚人非同屬善意且無過失者，此種重婚在本件解釋後仍為有效。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚之他方，自得依法向法院請求離婚，併此指明。」是以，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持。

(5)綜前所述，緣甲明知其與乙女間離婚確定判決之瑕疵，係惡意之人，是以依大法官會議解釋釋字第五五二號，甲男與己女間之後婚應為無效，己女非甲男之配偶，從而亦非甲男之繼承人。

6.甲男之繼承人分別為乙女、祖父丙及外祖父戊。

(二)甲男之繼承人應如何繼承？

1.應繼分

按「配偶有相互繼承遺產之權，其應繼分，依左列各款定之：三 與第一千一百三十八條所定第四順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產三分之二。」民法第一千一百四十四條第三款定有明文。是以乙女之應繼分為三分之二，祖父丙及外祖父戊之應繼分則分別為六分之一。

2.甲男之遺產

(1)按「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（第一項）。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（第二項）。」民法第一千一百七十三條定有明文。是以基於應繼分前付之立法目的，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，會發生特種贈與歸扣之問題。

(2)祖父丙及外祖父戊均為甲男之繼承人，且因營業之故分別由甲男獲贈六十萬元及一百八十萬元，是以依民法第一千一百七十三條第一項規定，應計入甲男之遺產。甲男之遺產為三百六十萬元加上六十萬元，再加上一百八十萬元，共六百萬元。

(3)然而現在有問題的是，拋棄繼承之祖母丁因營業而由甲男獲贈之九十萬元，應如何處理，是否仍須歸扣，學說素有爭議。

甲說：肯定說

特種贈與性質上應解為應繼分之前付，既受應繼分之預付，即不得藉口於繼承之拋棄而免除返還的責任。

乙說：否定說 最高法院三十一年十一月十九日民刑庭總會決議

拋棄繼承者已非繼承人，故不須負歸扣義務。

丙說：折衷說

如有侵害特留分，不僅須歸扣，亦須扣減，如此方能維持繼承人間的公平，貫徹特留分的立法意旨。

丁說：依不當得利償還說。

第一，拋棄繼承者已非繼承人，故不須負歸扣義務，甲說似不可採。

第二，特留分之扣減應僅限於死後處分，故丙說似不可採。

第三，特種贈與既為應繼分之前付，所以於繼承人拋棄繼承後，不可再保有此特種贈與，應依不當得利規定負償還責任，故乙說亦不可採。

本文以為，祖母丁既已非繼承人，則不得再保有應繼分前付性質之特種贈與，應依民法第一百七十九條規定，負償

還責任。是以甲之遺產須再加上九十萬元，一共是六百九十萬元。

3.繼承人實得之遺產

(1)綜前所述，乙女之應繼分為三分之二，可獲得四百六十萬元。祖父丙及外祖父戊之應繼分分別為六分之一，可各獲得一百一十五萬元。

(2)然而，祖父丙已獲得特種贈與六十萬元，是以依民法第一千一百七十三條第二項規定，只可再取得五十五萬元。

(3)外祖父戊已獲得特種贈與一百八十萬，多於其可獲得之應繼分一百十五萬元，此時應如何處理，是否應負償還責任，學說素有爭議。

甲說：否定（通說，最高法院九十年台上字第二四六零號判決）

第一，民法第一千一百七十三條係採充當計算主義，而非原物返還主義。

第二，避免法律關係複雜。

乙說：肯定。

第一，充當計算主義僅在避免返還原物，而非無須償還。

第二，特種贈與既為應繼分之前付，則超過應繼分部分即屬不當得利，當然應負償還的責任。

本文以為，基於特種贈與具應繼分前付之性質，是以應採乙說。職是，外祖父戊應負償還六十五萬元之責任。

(4)結論：乙女可獲得四百六十萬元，祖父丙可獲得五十五萬元，外祖父戊須償還六十五萬元。

《民法》

一、甲開車撞倒某乙，乙須住院治癒，被迫將其業務旅行之機票延後五天，結果乙所乘之飛機不幸墜毀。乙之遺孀丙認為，若乙未因受傷延期就不會墜機死亡，因此請求甲支付扶養費，試析其法律關係。(二十五分)

命題意旨	測驗同學對於侵權行為之『因果關係』之理解，以對於因果關係認定之學說之熟悉度。
答題關鍵	本題為標準之『假實例，真申論』之題型，同學應將答題重心放在因果關係。

【擬答】

丙可否依民法一百八十四條一項前段、一百九十二條二項向甲請求扶養費？

1. 在不法侵害他人致死之場合，被害人法定扶養權利人得依民法一百九十二條二項向加害人請求扶養費。是故，本題丙可否向甲請求扶養費，關鍵在於甲是否因故意過失而不法侵害丙之扶養義務人乙致死，合先敘明。
2. 而甲是否因過失不法侵害乙致死，關鍵在於甲之侵害行為與乙之死亡間有無因果關係，茲分析如下：
 - (1) 條件因果關係說：認為只要侵害行為乃乙死亡之不可想像其不存在之原因，則兩者間具有因果關係。若採此說，則本案中，乙之所以遲延五日搭上失事之班機，乃因甲撞傷乙而造成，故甲之撞傷乙乃乙死亡之不可想像其不存在之原因，故依條件說，兩者具因果關係。
 - (2) 相當因果關係說：認為除侵害行為與乙之死亡結果除須有條件因果關係外，尚應具備相當性。依通常情形，撞傷乙並不會導致乙之死亡結果，故兩者間並無相當性，自無因果關係。
 - (3) 法規目的說：認為侵害行為與乙之死亡間有無因果關係應依禁止甲之侵害行為之法規之規範目的而定。今侵權行為法禁止甲撞乙，其規範目的在於保護乙之人身安全，然而並未保護乙可免去乘坐飛機之失事風險，故依法規目的說，甲之撞傷行為與乙之失事死亡並無因果關係。
 - (4) 小結：學生認為應採法規目的說，故乙之死亡與甲之侵害行為並無因果關係，故甲並未不法致乙死亡，則丙自亦不得依民法一百九十二條二項請求甲賠償其扶養費。

二、乙向甲購買噴墨印表機，甲誤取雷射印表機交付，問甲在法律上應如何主張始能取回交付錯誤之雷射印表機？設乙已將雷射印表機轉賣於丙，則如何？試分別說明之。(二十五分)

命題意旨	本題主要在測驗同學對於錯誤之法律效果與當事人法律關係。
答題關鍵	本題為基本題型，並無其特殊實務或學說見解，同學應以基本概念鋪陳之。
參考資料	1. 魏律師《民法債編總論》，頁 2-61~63，高點出版。 2. 邱律師《民法總則》，頁 3-83~87，高點出版。
命中事實	《高點律師考場寶典》，頁 1-7，命中！

【擬答】

一、乙尚未將雷射印表機轉賣與丙之場合

(一) 甲可否依民法七百六十七條向乙請求返還雷射印表機之「占有」？

甲是否為雷射印表機之所有權人？

甲原為雷射印表機之所有權人，然甲誤將雷射印表機當作噴墨印表機而交付與乙，此時甲乙間之物權移轉之效力如何，以下分析之：

1. 甲雖有移轉該印表機之意思表示，然甲乃誤以為該印表機為雷射印表機而為物權讓與，故甲自己之物權讓與之意思表示有錯誤。且甲將雷射印表機誤為噴墨印表機，由於雷射印表機亦屬印表機之一種，故甲之錯誤並非標的物同一性之錯誤，而應屬於「標的物性質之錯誤」，「標的物性質之錯誤」本為動機錯誤之一種，並非意思表示內容之錯誤，然我國民法特別規定「標的物之性質之錯誤」且交易上認為重要者，「視為」意思表示內容之錯誤，先予說明。(民法八十八條二項參照)
2. 又甲之移轉印表機之意思表示既有錯誤，則依民法八十八條二項準用民法八十八條一項，甲倘若就該錯誤並無過失，得於除斥期間內(民法九十條參照)撤銷其錯誤之意思表示。經撤銷之意思表示視為自始無效(民法一百一十四條一項)，而可使甲乙之物權移轉溯及淪為不生效力。
3. 然該錯誤之意思表示僅係「得撤銷」而非「無效」，故在甲未依法行使撤銷權前，其意思表示仍為有效。(民法八十八條一項參照)
4. 小結：甲乙之關於該印表機之物權移轉仍為有效。故於甲未依法行使撤銷權前，甲既非該印表機之所有權人，自不得依民法七百六十七條請求返還印表機之占有。

(二) 甲可否依不當得利請求乙返還該印表機之「所有權」？

1. 乙受有利益：乙取得該印表機之所有權，故受有具體利益。



2.乙受有利益致甲受損害：甲之受損事實(喪失所有權)因乙之得利事實(取得所有權)乃基於同一原因事實(甲乙間之物權移轉)，故乙受利益致甲受損害。。

3.乙受有該利益無法律上之原因？

乙取得該印表機之所有權是否無法律上原因，其判斷關鍵在於甲乙間之買賣契約能否作為乙取得印表機所有權之原因。學生認為應採否定說，因為依題意，甲乙間之買賣契約乃種類之債(甲乙僅約定買賣噴墨印表機，而未特定某一部印表機)，而非特定物之債，故甲僅負有移轉「噴墨印表機」之機型之義務，而不負移轉「雷射印表機」或其他機型之義務。故該買賣契約並非使乙取得雷射印表機之法律上原因。

4.小結：甲可依民法一百七十九條向乙請求該雷射印表機之所有權之返還。

二、乙將該雷射印表機轉賣與丙之場合

(一)乙丙僅為買賣契約而未為物權移轉者之場合

若乙丙僅為買賣契約，則由於買賣契約僅發生乙丙間之債權債務關係，而與甲無關，故甲乙間之法律關係與未轉賣之場合相同。

(二)乙丙為買賣契約並為物權移轉之場合

1.若甲並未依法撤銷甲之意思表示

(1)甲可否依民法七百六十七條向丙請求該印表機之占有？

甲若未撤銷其意思表示，則其意思表示僅係得撤銷，而仍有效。故乙取得該印表機之所有權。而由於乙為該印表機之所有權人，故乙丙之物權移轉乃有權處分而有效，故丙繼受取得該印表機之所有權，甲既非所有權人，不得依民法七百六十七條請求丙返還該物之占有。

(2)甲可否依民法一百七十九條向丙請求返還該印表所有權？

丙之取得該物所有權，乃基於乙丙間之有權處分，故丙之得利事實與甲之受損事實並非同一原因事實，故丙之受利並未致甲受損害，故甲自不得依民法一百七十九條請求丙返還所有權。

(3)甲可依民法一百七十九條，向乙請求返還乙出賣印表機之價金

甲本可依民法一百七十九條向乙請求該印表機所有權之返還。然今印表機之所有權已移轉於他人，則此時原物返還不能，應返還其價額(民法一百七十九條)，故乙應返還該印表機之價額。

2.甲依法撤銷甲之意思表示

甲可否依民法七百六十七條向丙請求返還印表機之占有？

(1)若丙為惡意

甲撤銷其意思表示後，其意思表示依民法一百一十四條一項，視為自始無效，故甲乙之物權移轉亦溯及不生效力。是故，乙溯及喪失其所有權，而乙丙之物權移轉亦溯及淪為無權處分，而效力未定(民法一百一十八條一項)。因此，甲仍為該物之所有權人，而可依民法七百六十七條請求丙返還該物之占有。

(2)若丙為善意

若丙為善意，則乙丙間之物權移轉雖為無權處分，然善意之丙可主張信賴乙之占有印表機之外觀，而主張善意取得該印表機之所有權(民法九百四十八條參照)。則此時，甲既非所有權人，自不得依民法七百六十七條請求丙返還該物之占有。

三、甲、乙共有價值一千五百萬元之建地一處，應有部分各為二分之一。共有期間，甲以其應有部分，及第三人A所有價值一千萬元之房屋，為丙設定抵押權，向丙借款一千萬元。設定抵押權時，丙要求A應以自己為受益人以該抵押房屋為標的，向保險公司投保火險。不過，抵押權設定後不久，甲經丙同意，將半數之債務由丁加以承擔，豈知丁承擔債務後，甲、乙即進行分割，雙方協議；乙分得土地之全部，甲則由乙對之給付八百萬元。但不幸的是，A之房屋亦在甲、乙分割土地後不久遭火焚，但A卻自保險公司獲一千萬元之理賠。問：(二十五分)

(一)本案甲之債務由丁承擔後，A是否可主張免除對甲所負之擔保責任？

(二)甲、乙在本案中所為之協議分割是否對丙生拘束力？丙可否主張對甲所取得之八百萬元抵押權優先受償之效力？

(三)丙可否亦得逕對A所領得之一千萬元保險金主張優先受償權？

命題意旨	(一)第一題主要測驗同學對於民法三百零四條二項之理解。 (二)第二題主要測驗同學對於分割是否有溯及效力之理解。 (三)第三題主要測驗同學對於抵押權之物上代位性是否及於抵押物之保險金之理解。
答題關鍵	本題實為考古題型，同學應針對考點，鋪陳回答。
參考資料	黃律師《民法物權編》，頁2-124~126、6-30~34、6-48~49，高點出版。

【擬答】

(一)本案甲之債務由丁承擔後，A是否可主張免除對甲所負之擔保責任？

1.甲為債務人，故甲丁所為之將半數債務由丁承擔之債務承擔，乃由債務人與第三人所為之債務承擔，故該債務承擔非經債權人同意，不生效力。(民法三百零一條參照)今債權人丙既已同意，則該甲丁間之債務承擔即確定發生效力，而



使丁就一半債務成為新債務人，合先敘明。

- 2.又丁成為半數債務之新債務人後，丙之債權之原有權利原則上並不受影響而繼續存在。(民法三百零四條一項參照)然而該債務若有擔保，且其擔保乃第三人所提供者，則除非該第三人已承認該債務承擔，否則該第三人之擔保即因債務承擔而消滅。(民法三百零四條二項參照)其立法意旨在於：由第三人提供之擔保之場合，第三人乃信賴債務人之資力與清償意願而為擔保，又債務承擔乃變更債務人，而第三人對於新債務人之資力與清償能力無從預見，故除非第三人承認，否則自不宜使其承擔新債務人不為履行之風險。今A並非債務人，故其乃第三人提供之擔保，且A未同意該債務承擔，故依民法三百零四條二項，A就由丁承擔之半數債務之擔保責任消滅。

(二)1.甲乙於本案所為之協議分割之效力是否得拘束丙？

- (1)甲乙分別共有A地，各有應有部分二分之一。今甲將其應有部分設定抵押權與丙，就應有部分得設定該抵押權，乃實務與通說所採認，故丙之抵押權設定行為有效，合先敘明。(參照釋字一四一號、物權修正草案第八百六十條之一)
- (2)在丙就應有部分設定抵押權之後，若甲乙進行共有物之協議分割，其分割之效力是否影響丙對於甲之應有部分之抵押權，應分別說明之：
 - ①若丙並未同意該協議分割：我國民法就共有物分割之效力採『移轉主義』，而非宣示主義(民法八百二十五條參照)，故分割之效力乃『向將來生效』，非溯及生效。是故，即便共有物分割，亦對於丙之抵押權無影響。故丙仍可實行其對於應有部分之抵押權，而將該應有部分予以拍賣。
 - ②若丙同意該協議分割：土地登記規則九十四條明定，若抵押權人同意時，得將其抵押權設定於原抵押人所分得之部分。(物權修正草案第八百二十四條第二項)其立法理由為：在民法採移轉主義之下，而允許丙之抵押權不受影響而繼續存在，則一方面使當事人法律關係過於複雜，且一方面丙拍賣應有部分時，使甲乙之已因分割而消滅之共有關係復活，甚為不妥，故若得抵押權人之同意，應將抵押權移於抵押人之分得部分。
 - ③小結：依題意，丙並未同意甲乙之協議分割，故在我國分割採移轉主義之下，分割既無溯及效力，應認為丙並不受甲乙協議分割之拘束。

2.丙可否主張就甲所分得之八百萬元有抵押權優先受償之效力？

- (1)若丙並未同意該協議分割：丙未同意甲乙之協議分割者，則基於移轉主義，丙之抵押權不受影響，而繼續存在於甲之應有部分，而非甲之分得部分。故丙自不得就甲分得之八百萬元主張抵押權之優先受償。
- (2)若丙同意該協議分割：丙同意協議分割者，則依土地登記規則第九十四條之規定，可將抵押權移於抵押人分得之土地，今抵押人甲並未分得土地，而係分得價金，故無法適用土地登記規則第九十四條，然價金與原物皆為抵押人之分得部分，故可類推適用土地法九十四條(參照物權修正草案第八百二十四條二項之規範意旨)而允許將抵押權移於抵押人所分得之價金，而就該價金有優先受償權。

(三)丙是否可主張對於A領得之保險金優先受償？

民法八百八十一條：『抵押權，因抵押物之滅失而消滅，但因滅失得受之賠償金，應各按各抵押權之次序分配之。』此即為所謂抵押權之物上代位性。按抵押權為價值權，重視標之物之價值，而不重視其個別性，故有此設。然其物上代位性之範圍，除賠償金外，是否包含保險金，則有爭論：

- 1.肯定說：保險金既為標之物之延伸替代物，故基於抵押權為價值權之本質，自應認為抵押權之效力應即為保險金。
- 2.否定說：理由如下：
 - (1)保險金債權乃基於保險契約而生，而非標之物之必然替代物，自不宜使其為抵押權效力所及。
 - (2)保險金之給付於性質上並非損害賠償，而乃保險人之保險契約上之給付義務。
 - (3)德國民法雖允許建築物之抵押權之效力及於保險金，然其乃因德國採建築物強制保險，故在德國其保險金可認為乃建物之替代物，我國則不宜為相同之解釋。
- 3.小結：應採肯定說。故丙可對A之保險金主張優先受償權。

四、甲男乙女約定，婚後第一個出生小孩從母(乙)姓，其他子女則從父(甲)姓，有關於夫妻財產制，則未約定。則未約定。婚後甲、乙育有一女(丙，從母乙姓)及一子(丁，從父甲姓)。乙父婚前贈予乙房屋一棟(價值四百萬元)及現金一百萬元，作為嫁妝；乙將該屋出租，房租每月二萬元，現金存入銀行，利息每月二千元。甲、乙結婚後，甲繼續外出工作，乙則在家撫育小孩，多年後，另購房屋一棟(價值六百萬元)，亦登記於乙之下。

- (一)今甲死亡，甲、乙之財產除該二棟房屋及乙嫁妝現金一百萬元外，另有乙嫁妝之租金與利息收入，計一百萬元。丁向乙主張剩餘財產分配，由丁與乙共同繼承該二屋及二百萬元現金，丁是否有理？又乙、丙、丁各繼承多少？(十五分)
- (二)又乙傷心之餘，乃將所有遺產轉登記於丁之名下，丁旋即死亡，由丁之子戊繼承，後乙陷於無以維生，問如乙向丙請履行撫養義務，丙可否拒絕？(十分)

命題意旨	本題主要目的在測驗夫妻財產制新法的修正問題，另外輔以學說及實務向有的爭論。
答題關鍵	1.現行法第一千零十七條第二項的規定及其立法目的。 2.夫妻間贈與的性質。 3.現行法第一千零三十條之一第三項專屬性的規定。



參考資料	1.曹政大，身分法上課補充講義(一)，頁 45、48、49，高點出版。 2.曹政大，身分法上課補充講義(二)，頁 18，高點出版。 3.曹政大，專題講座上課講義，頁 4、7、8，高點出版。 4.許律師《民法(親屬、繼承)》，頁 3-82~83、6-4~6、6-18~20，高點出版。 5.高點法律電子報 No.98，專題講座—夫妻財產制新修法。 6.高點法觀人月刊第 29 期，林秀雄老師學說精要，頁 29~33。 7.高點法觀人月刊第 36 期，戴東雄老師學說精要(二)，頁 12~18。
命中事實	《高點律師考場錦囊》，夫妻剩餘財產分配之探討 - 永豐餘集團前董事長「遺產爭奪戰」【高點法律電子報 No.18】，命中！

【擬答】

首先須就兩前提問題加以討論，現說明如下：

第一，甲男乙女結婚，約定第一個子女從乙性，其他子女從甲性。關於子女姓氏問題，民法第一千零五十九條第一項規定，子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。該但書的立法目的是在為母方傳承香火，所以指的是同姓的二親等旁系兄弟。如果父母的約定違反該條文「母無兄弟」此要件時，其法律效果如何，目前通說認為，此為強行規定，所以約定違反時，依民法第七十一條的規定，效果應為無效。本題中，甲乙的約定(丙從乙性)是否違反民法第一千零五十九條第一項但書的規定，並不可知，然而不管甲乙的子女是從父姓或母性，只要符合民法第一千零六十三條第一項婚生子女推定的要件(其要件有三，父母須有婚姻關係。該子女須為父之妻分娩所生。受胎須在婚姻關係存續中)，即為甲乙的婚生子女，換言之，不管丙從乙姓是否有效，只要符合婚生子女推定的要件，其即為甲乙的婚生子女，所以對本題題幹的討論並不影響。

第二，甲乙二人未約定夫妻財產制，依民法第一千零五條規定，以法定財產制，為其夫妻財產制。該法定財產制係指通常法定財產制，在現行法中(民國九十一年六月四日通過，六月二十六日公布，六月二十八日施行)，係指以分別財產制為架構，另外再加上剩餘財產分配請求權的制度。然而其名稱不一致，有修正的分別財產制，限制的分別財產制，所得分配制，婚後所得分配制，改良式分別財產制，或中國式法定財產制，本文為求統一，以下的討論將以法條用語「通常法定財產制」稱之。

現就本題題幹討論如下：

(一)乙父於結婚前贈與乙一棟房屋四百萬元。依民法第一千零十七條第一項前段規定，夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。乙取得該房屋係在結婚前，所以屬於乙的婚前財產。

同理，乙父於結婚前贈與乙一百萬元現金，亦屬乙的婚前財產。

乙將上述房屋出租，並將上述現金存入銀行，於甲死亡時，該租金及利息累計有一百萬元，另依題意，此一百萬於應為甲乙結婚後，亦即婚姻關係存續中所生。依民法第一千零十七條第二項規定，夫或妻婚前財產，於婚姻關係存續中所生之孳息，視為婚後財產。換言之，該筆一百萬元為婚後財產，而且依「婚前財產的孳息，因為他方配偶多半有貢獻，故視為婚後財產」此立法目的，其為婚後財產中的有償取得財產(勞力所得)。

甲乙於結婚後購買房屋一棟，價值六百萬元，因為結婚後，甲外出工作，乙撫育小孩，由此可知，該屋為甲出資，但登記於乙名下。民國七十四年六月四日以前，婚姻關係存續中登記為妻之財產，仍推定其屬於夫所有，除非妻能證明係自己的特有財產或原有財產，最高法院六十二年台上字第五二二號判例參照，然而現行法已刪除該規定，所以應回歸不動產登記制度，登記名義人即為所有權人。綜上所述，該六百萬元房屋為乙所有。

由上可知，該六百萬元房屋為乙的婚後財產，但是應為乙的有償取得財產，或是乙的無償取得財產，學說素有爭議。

1.甲說：無效說

為避免夫以贈與方式逃避強制執行，故贈與為無效。

2.乙說：視為有償取得財產說

夫妻間之贈與係為感謝他方操持勞務。

3.丙說：有效說

夫妻間的贈與有效，且不應視為有償取得。

本文以為，應採第三說為當。理由如下：

(1)無效說僅保護夫之債權人，有違男女平等，且該說以 74 年修正前之舊法為依據，其立論於修法後恐有不妥。

(2)「視為」應由立法者立法，非學者可任意解釋，第二說恐有越權之嫌。

(3)夫妻間的贈與動機有種種，如為結婚週年等，第二說過於武斷。

(4)第二說對於處於弱勢之妻，不如第三說保護得妥當。

(5)若有詐害債權人情事，得以民法第八十七條及第二百四十四條來保護債權人。

(6)第三人，情夫情婦皆可受贈，夫妻更待何言。

綜上所述，該六百萬元房屋為乙的婚後財產，且為乙的無償取得財產(非勞力所得)。

依民法第一千零三十條之一第一項規定，法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但左列財產，不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。

由該規範，可計算出，甲的勞力所得為零，乙的勞力所得為一百萬元(租金及利息)，兩者相減除以二，可知甲對於乙取得五十萬元的剩餘財產分配請求權。現在甲死亡，甲乙的法定財產制關係消滅，因此理論上，甲的剩餘財產分配請求權已經發生，但是依民法第一千零三十條之一第三項規定，第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，



不在此限。由此可知，因為甲死亡，且其繼承人無從繼承，所以不發生剩餘財產分配請求權。綜上所述，丁向乙主張第一千零三十條之一剩餘財產分配請求權，應為無理由。

乙為甲的配偶，依民法第一千一百三十八條及第一千一百四十四條，得為繼承人。丙及丁為甲的直系血親卑親屬，依民法第一千一百三十八條第一款規定，亦為繼承人，且不因姓氏而有所不同。

依民法第一千一百四十四條第一款規定，配偶與直系血親卑親屬同為繼承時，其應繼分為平均，換言之，乙丙丁應繼分各為三分之一。

然而，由上述可知，甲並無遺留任何遺產，所以實際上乙丙丁三人實得遺產為零。

其實由此題可看出，民法第一千零三十條之一將剩餘財產分配請求權規定為專屬性，立法論上似有其缺失：

第一，未參酌德瑞立法例。

第二，剩餘財產分配請求權的債權人無法代位，有違交易安全。

第三，對於剩餘財產分配權利人的繼承人不公平。

第四，基於身分所發生的權利未必是一身專屬權，如第一千零五十六第一項。

第五，使第一千零九條及第一千零十一條失其存在意義。

結論 第一，剩餘財產計算的對象僅乙的租金及孳息一百萬元，而非全部財產，況且因為專屬性之故，丁不得向乙主張剩餘財產分配請求權，所以丁之主張無理由。第二，乙丙丁三人應繼分各為三分之一，但是實得遺產為零。

(二)依民法第一千一百一十四條第一款規定，直系血親相互間互負扶養義務。又依第一千一百一十五條第一項第一款規定，直系血親卑親屬為第一順序的扶養義務人，且依第二項規定，以親等近者為先。由此可知，丙為乙的直系血親卑親屬，且其親等比戊近，所以應由其負扶養義務。

又依第一千一百十七第二項規定，直系血親尊親屬為受扶養權利者，不受無謀生能力此要件之限制。現在本題中，乙不能維持生活，雖然可能有謀生能力，但是法律在所不問，因此乙符合受扶養之要件。

綜上所述，丙不得拒絕乙扶養的請求，即使丙因扶養而不能維持生活時，依第一千一百十八條但書規定，亦僅能主張減輕扶養義務。




 律師

《民法》

一、試闡述民法上所謂之『處分』，其意義有幾種？(10 分)又下列條文所謂之『處分』，其意義有何異同？(15 分)

- (一)民法第六十八條第二項規定：『主物之處分，及於從物。』
 (二)民法第一百十八條第一項規定：『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。』
 (三)民法第八百十九條第二項規定：『共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意。』

命題意旨	民法上『處分』概念之區別。
答題關鍵	本題並不困難，三個小題均為民法上討論『處分』概念時會論及之爭點，惟若對基礎法律行為之分類與定義概念不清，則答題上不易切中要旨。
擬答鑑示	1.參考：邱律師，民法總則，頁 1-60~1-61、2-52~2-54、3-16，高點出版。 2.參考：黃律師，民法物權編，頁 2-85~2-93，高點出版。 3.參考：王澤鑑，出賣他人之物與無權處分，民法學說與判例研究第四冊，1996 年 10 月版，頁 129~140。 4.參考：王澤鑑，民法總則，2001 年 2 月版，頁 244。 5.參考：王澤鑑，民法物權第一冊（通則、所有權），2001 年 4 月版，頁 344~344。

【擬答】

(一)民法上之『處分』，其意義依廣狹之別，可分為三種，茲分述如下：

- 1.最廣義之處分：包含『事實上處分』及『法律上處分』。所謂『事實上處分』乃就原物體加以物質的變形、改造或毀損之行為而言，例如拆屋重建等；所謂『法律上處分』，除負擔行為（即債權行為）外，尚包含處分行為（即物權行為和準物權行為）。
- 2.廣義之處分：僅指法律上處分而言，不包含事實上處分。
- 3.狹義之處分：係指法律上處分中之『處分行為』而言，其包含物權行為與準物權行為，前者例如所有權之移轉、抵押權之設定、所有權之拋棄等；後者例如債權讓與及債務免除等。

(二)茲就題示條文所指之『處分』意義分述如下：

- 1.民法第六十八條第二項規定：『主物之處分，及於從物。』本項之立法目的在於維護物之經濟上利用價值，蓋某物既常助他物之利用，以之分屬二人，勢必減少其利用，對社會經濟實屬不利。至於本項所稱『處分』，應採廣義之見解，除『物權行為』外，尚兼包括『債權行為』。
- 2.民法第一百十八條第一項規定：『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。』本項係無權處分效力未定之規定，惟本項之『處分』應採狹義之見解，僅指『處分行為』而已，並不包含負擔行為『債權行為』在內，蓋無權出賣他人之物，其買賣契約仍屬有效，僅其處分行為因欠缺處分權而效力未定而已。
- 3.民法第八百十九條第二項規定：『共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意。』本項係分別共有內部關係中就共有物之處分應得全體共有人同意之規定，其規範目的在保護全體共有人之利益。本項所謂『處分』，應採最廣義見解，包含事實上與法律上處分，惟其中『法律處分』應僅限於『處分行為』而不及於『負擔行為』，蓋共有人之一人或數人未得全體共有人之同意出賣（或出租）共有物時，係屬債權行為，不以有處分權為必要，其買賣契約（或租賃契約）當然有效。

二、A 於民國八十七年七月，提供其土地向甲銀行申請抵押借款，甲因而與乙徵信公司訂立鑑定該土地價值之契約，乙交由其員工丙負責鑑價。丙完成鑑價後，由乙出具鑑價報告書交付予甲之放款科職員丁。丁因已收受 A 之賄賂，故雖明知丙之鑑價顯屬高估，仍向甲建議准許 A 之申請，甲遂於同年九月貸款與 A。九十年清償期屆滿時，甲拍賣該土地後，因丙之鑑價與市價相差甚鉅，致甲仍有一千萬元未經清償，A 亦無其他資產可供執行。另查：(一)丙高估土地價值，係有過失，但無故意。(二)八十六年時，戊就丁之職務，與甲訂立人事保證契約，以丁任職甲之期間，為戊之保證期間。請問：甲就該一千萬元之損失，得否請求乙、丙、丁、戊四人連帶賠償？(25 分)



命題意旨	純粹經濟上之損失、人事保證契約
答題關鍵	本題之事實部分稍微複雜，於解題上最好能以請求權基礎之思考方式，一一分就契約責任與侵權責任作答，方能綱舉目張，一目了然。此外，純粹經濟上損失非民法第一百八十四條第一項前段所保護之客體、人事保證契約係債各新增修之契約類型，亦應注意。
擬答鑑示	1.參考：高點律師司法官班「民法債總」講義，頁 241~250、137~138。 2.參考：鄭律師，民法債編各論，頁 7-1~7-8、8-1~8-12、27-1~27-9，高點出版。 3.參考：王澤鑑，銀行徵信科員評估信用不實致銀行因超額貸款受有損害之民事責任，民法學說與判例研究第八冊，1996 年 10 月版，頁 275 至 301。

【擬答】

(一)甲對丙之請求權部分

- 1.丙與甲之間無契約關係，故甲對丙並無契約上之請求權。
- 2.丙因過失高估 A 之土地價值，至甲銀行超額貸與借款，所侵害者並非甲銀行之貨幣（金錢）所有權或其他權利，與民法第一百八十四條第一項前段所定之侵權行為之要件不符。蓋其所侵害者，為使甲銀行受有財產上損失，係屬『純粹經濟上之損失』，乃第一百八十四條第一項後段所保護之「利益」，為丙僅係過失高估 A 土地之價值，並非以故意違背善良風俗之方法加損害於他人，故甲對丙無損害賠償請求權。

(二)甲對乙之請求權部分

- 1.就契約責任而言，甲與乙徵信公司訂立鑑定土地價值之契約，性質上應屬承攬契約，今因乙之員工丙過失高估該土地之價值，至甲超額貸與 A 鉅款，該當債務不履行中之『不完全給付』，甲得依民法第四百九十五條第一項與第二百二十四條規定，請求乙就其損害負債務不履行之損害賠償責任。
- 2.就侵權責任而言，因丙對甲不負侵權責任已如前述，甲不得依民法第一百八十八條第一項規定，請求乙負僱用人之連帶賠償責任。

(三)甲對丁之請求權部分

- 1.就契約責任而言，甲丁間為僱傭契約，丁因已收受 A 之賄賂，故雖明知丙之鑑價顯屬高估，仍向甲建議准許 A 之申請，該當不完全給付之債務不履行責任，甲就其損害，得依民法第二百二十七條第二項規定，向丁請求加害給付之債務不履行損害賠償。
- 2.就侵權責任而言，最高法院七十七年度第十九次民事庭決議認為，甲對丁得依民法第一百八十四條第一項前段之規定，請求損害賠償。惟甲之損害並非權利遭受侵害，而係『純粹經濟上之損失』已如前述，故甲不得依民法第一百八十四條第一項前段請求賠償，但甲仍得依民法第一百八十四條第一項後段以丁故意以違背善良風俗之方法加損害於甲，向丁請求損害賠償。

(四)甲對戊之請求權部分

- 1.甲戊間成立民法第七百五十六條之一之人事保證契約，依民法債編施行法第三十五條規定，人事保證契約有溯及效力，故甲戊間之人事保證契約應適用民法第七百五十六條之一以下之規定。
- 2.甲丙之人事保證契約係於民國八十六年間訂立，依民法第七百五十六條之三第一項規定：『人事保證約定之期間，不得逾三年。逾三年者，縮短為三年。』甲雖於民國九十年間方因拍賣土地價額不足無法完全受償而受損害，惟受僱人丁係於民國八十七年即發生因職務上之行為而應對甲負損害賠償，應認戊就該損害賠償，需依民法第七百五十六條之一第一項規定，對甲代負賠償責任。

(五)連帶賠償部分

- 1.綜上所述，甲得依民法第四百九十五條第一項規定，向乙請求賠償；亦得依民法第二百二十七條第二項與第一百八十四條第一項後段，請求丁賠償；最後，甲得依民法第七百五十六條之一第一項規定，請求戊代負賠償責任。
- 2.然而，就契約責任部分而言，依民法第二百七十二條規定，連帶債務之成立以明示或法律明文規定為限，乙、丁、戊間既無明示負連帶賠償責任，亦無法律規定其需連帶賠償，故甲不得請求乙、丙、丁、戊連帶賠償。
- 3.就侵權責任部分而言，甲對丙無損害賠償請求權，故乙無從負僱用人之連帶賠償責任，因此甲亦不得請求乙、丙、丁、戊連帶賠償。

三、甲將自有時值一千萬元之土地一宗設定最高限額抵押權於乙，以擔保甲日後向乙陸續借款之債務，約定本金最高限額為五百萬元，擔保範圍為借款及其利息（約定利率未逾週年百分之二十）違約金，並均經登記完畢。嗣甲先後向乙借款四百八十萬元、二十萬元，其清償期均為九十年九月三十日。繼乙將該後筆二十萬元債權讓與丙，是時四百八十萬元之借款已有利息十萬元未清償。其後甲因欠丁債務三十萬元未還，經丁取得執行名義，遂聲請對甲之上述土地強制執行，執行法院乃於九十年十月二日將該地予以查封。然甲仍於同月五日向乙借得十五萬元，其清償期為九十一年四月四日。請附具理由說明該最高限額抵押權所擔保之債權為何及其擔保總金額為若干？（25 分）



命題意旨	最高限額抵押權所擔保之債權及其金額之確定。
答題關鍵	1.最高限額抵押權之觀念係物權法上學說與實務長期累積所得之成果，於物權法修正時亦增列修正條文達十條以上，可見其重要性不容置疑。 2.本題之事實部分並不困難，答題上應先就最高限額抵押權之定義稍作說明，再分就最高限額抵押權之擔保債權及其金額上限分別說明，方不致於凌亂。 3.若能援引最高法院決議之見解及修正草案之意見更佳。
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『專題五：最高限額保證與最高限額抵押』。 2.參考：高點律師司法官班「民法物權」講義第二回，頁 137~164。 3.參考：謝在全，民法物權論下冊，頁 150~172。 4.參考：高點律師考場寶典，頁 1-19(第 17 題)。 5.參考：黃律師，民法物權編，頁 6-93~6-99，高點出版。

【擬答】

- (一)所謂最高限額抵押權，係對於債權人一定範圍內之不特定債權，預定一最高限額，由債務人或第三人提供抵押物予以擔保之特殊抵押權。最高限額抵押權所擔保之債權並非特定，而係債權人對債務人基於一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限為生之不特定債權，並以約定一定之金額為其擔保之上限，學說上雖有少數學者認為最高限額抵押權有違物權法定主義，惟最高法院六十二年台上字第七七六號判例已明文肯認最高限額抵押權之效力。
- (二)最高限額抵押權所擔保之債權：
- 1.甲以其土地一宗設定最高限額抵押權與乙，係擔保甲乙間基於消費借貸契約關係所生之不特定債權，其所擔保之債權範圍，自應依民法第八六一條之規定定之，今甲乙約定所擔保之債權範圍包含借款、利息與違約金並均經『登記』，故借款、利息與違約金債權均為最高限額抵押權所擔保之債權。
 - 2.最高限額抵押權係就基於一定法律關係所生之不特定債權為擔保，普通抵押權之『從屬性』於此受到限制，最高限額抵押權所擔保之一定範圍內之不特定債權，因一定事由之發生而歸於具體確定，稱為『最高限額抵押權之確定』。於確定前，已發生之個個擔保債權，得依債權讓與之方法為讓與，但該讓與後之債權，即脫離該抵押關係，抵押權並不隨同移轉於受讓人；相對的，確定後之最高限額抵押權已變為普通抵押權，其從屬性回復，其所擔保之債權即為確定時存在且不逾最高限額之擔保範圍內之特定債權。
 - 3.本例中甲先後向乙借款四百八十萬元與二十萬元兩筆，乙於最高限額抵押權確定前將後筆二十萬元之債權讓與丙，該筆債權即脫離最高限額抵押權所擔保之範圍，而非最高限額抵押權所擔保之債權。
 - 4.後甲因欠丁債務三十萬元未還，經丁取得執行名義，遂聲請對甲之上述土地強制執行，執行法院乃於九十年十月二日將該地予以查封，依最高法院七十八年度第十七次民事庭會議決議：『最高限額抵押權之標的物，經第三人聲請強制執行而查封者，自最高限額抵押權人知悉該事實後，最高限額抵押權所擔保之債權即告確定。』本題中最高限額抵押權所擔保之債權於九〇年十月二日時即告確定，並自此時轉變為普通抵押權，故甲於最高限額抵押權確定後再向乙借得之十五萬元債務並不為確定後之抵押權所擔保。
 - 5.小結：綜上說明，最高限額抵押權所擔保之債權為乙對甲之第一筆四百八十萬元借款債權及其所生之利息債權。
- (三)最高限額抵押權之擔保總金額：
- 1.最高限額之約定額度，有『債權最高限額』與『本金最高限額』二說，目前實務上採『債權最高限額說』（最高法院七十五年度第十次民事庭會議決議參照），即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，此部分於物權編修正草案中亦獲得肯認。依上開決議，縱使登記為『本金最高限額若干元』，而本金連同利息等項雖超過最高限額，超過部分即非抵押權所擔保之範圍。
 - 2.本例中甲乙雖係約定『本金最高限額五百萬元』，依最高法院七十五年第十二次決議，該五百萬元係指債權額之上限，故若借款債權之利息或違約金與本金合計超過五百萬元者，就超過部分即非抵押權之擔保範圍。如前所述，最高限額抵押權所擔保之債權僅及於乙對甲之四百八十萬元債權及其利息債權十萬元，合計四百九十萬元並未超過五百萬元之上限，故最高限額抵押權之擔保總金額即確定為四百九十萬元。
- 四、甲男乙女於八十年結婚，未約定夫妻財產制，兩人婚後住在台灣南部某城市，婚後兩年，兩人情感不和但並未離婚，乙女離家到台北工作，一年後與丙男同居並生下一子己，由乙丙共同照顧，甲在南部則與丁女同居並生下一女庚，由甲供給丁、庚生活費用。八十六年甲死亡，留下其婚後所賺取的積極財產一千萬元，及婚後的負債三百萬元，甲死時，乙擁有其離家後，工作所得三百萬元：
- (一)請問甲死亡後其與乙女間的財產關係如何？（10 分）
- (二)甲死亡後誰對其遺產可以主張那些權利？誰可以繼承其財產？（15 分）



命題意旨	配偶一方死亡時，夫妻財產清算與繼承之關係；並就遺產上權利行使之主體做一綜合測驗，考生除須明白繼承關係外，尚應注意民法上其餘之相關規定。
答題關鍵	1.聯合財產制中因夫妻一方死亡而消滅財產關係時，夫妻間財產關係應如何清算之問題。 2.非婚生子女因生父之撫育視為認領之要件及效力。 3.民法 § 1063 有關婚生推定之意義。 4.民法 § 1149 遺產酌給請求權之探討。
擬答鑑示	1.參考：二人合著，中國親屬法，頁 204~228、365-373、375-379，民國 89 年 5 月最新版。 2.參考：二人合著，中國繼承法，頁 38~53、116~125，民國 83 年 14 版。 3.參考：許律師著，民法親屬繼承，頁 3~84、4~32、4~51、4~11~4-15、9~4~9-11，高點出版。

【擬答】

- (一)甲死亡後與乙女之財產關係：甲乙結婚時未約定夫妻財產制，依民法 § 1005 之規定，以聯合財產制為其法定財產制，合先敘明。甲死亡時，甲、乙之婚姻關係仍存續中，乙為甲之合法配偶；甲、乙之聯合財產關係，因甲之死亡而消滅，依民法 § 1030-1 第一項規定：「聯合財產關係消滅時，夫或妻於婚姻關係存續中所取得而現存之原有財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其它無償取得之財產，不在此限。」故甲、乙間發生剩餘財產分配請求之問題，說明如下：
- 1.甲夫結婚時之原有財產：依題所示並無任何財產。
 - 2.甲夫婚姻關係存續中有償取得之原有財產：為積極所得 1000 萬元減去負債 300 萬元，共餘 700 萬元，此部分依民法 § 1030-1 規定，構成剩餘財產分配請求權之計算標的。
 - 3.乙妻結婚時之原有財產：依題所示並無任何財產。
 - 4.乙妻婚姻關係存續中有償取得之原有財產：為離家後工作所得 300 萬元，構成民法 § 1030-1 計算之標的。
 - 5.剩餘財產分配之結果：由剩餘財產較少之一方（乙妻）得向甲夫請求差額之半，即 $(700 - 300) \times 1/2 = 200$ 萬元。
 - 6.小結：甲死亡後，乙妻除可依民法 § 1029 取回其原有財產 300 萬元外，尚可就甲夫所剩餘之財產依民法 § 1030-1 請求 200 萬元。
- (二)甲死亡後遺產之分配繼承關係：
- 1.甲之遺產繼承人：
 - (1)乙妻：為其合法配偶，依民法 § 1138，自享有繼承權。
 - (2)己子：雖為乙妻在外與丙男通姦所生，惟己子出生時，甲、乙婚姻關係仍存續，依民法 § 1063 第一項之規定，己子仍推定為甲、乙婚姻關係存續中所生之子女，為甲之婚生子女，未依法否定其婚生地位前，依民法 § 1138①之規定，仍為甲之直系血親卑親屬，依法享有繼承權。
 - (3)庚女：為甲與丁女同居所生，為甲之非婚生子女，惟甲對之供給生活費用，有撫育之事實存在，依民法 § 1065 第一項後段之規定，亦視為甲已認領之，故庚女為甲之婚生子女，依民法 § 1138 之規定，亦享有繼承權。
 - (4)丁女：為同居關係非合法配偶，依法自不得享有繼承之權利。
 - 2.除繼續權人外之其他可對遺產行使權利之人：
 依我國民法之規定，繼承之遺產，除繼承人可參與分配繼承外，若有下列情形者，第三人仍得就遺產主張權利：
 - (1)被繼承人生前之債權人。
 - (2)受遺產酌給請求權人。
 - (3)受遺贈人。
 - (4)其它繼承費用之債權人。
 本題情形中，丁女雖非甲之配偶而不享有繼承權，惟其若係被繼承人甲生前繼續扶養之人，且符合：
 - (1)被繼承人未為相當之遺贈（26 年諭上 59 號判例）
 - (2)不能維持生活而無謀生能力：則仍可向親屬會議或法院請求酌給遺產（民 § 1149）；故丁女若符合前開要件者，自得主張其有受酌給遺產之權利，惟其受酌給之額度，應解為不得超過任何繼承人實際所得為宜。
 - 3.結論：甲之遺產 700 萬元，扣除乙妻得依民法 § 1030-1 請求之 200 萬元後，就剩餘之 500 萬元，扣除丁女受酌給之額度後，由乙、己、庚三人平均分配。



《民法》

一、甲向經營中古車行之乙購買 A 車。翌日甲告知乙其已將該車贈與於丙作為生日禮物，並約定丙有直接對乙請求給付之權利。丙自乙受領 A 車後某日駕車前往陽明山賞櫻，於馬槽附近發生車禍，丙受傷，車半毀。經查車禍之發生係因 A 車曾經泡水，機件故障所致，代理乙出售 A 車之店員丁明知該車泡水之事，而對乙保證未曾有泡水之情事。試說明：(二十五分)

(一) 甲得對乙主張何種權利，其消滅時效或除斥期間，及競合關係。

(二) 丙得對乙主張何種權利，其消滅時效或除斥期間，及競合關係。

命題意旨	本題在考有關於物之瑕疵擔保及不完全給付之間之關係，同時，涉及到贈與契約之給付不能，及民法三六五條之性質。
------	--

【擬答】

(一) 甲得對乙主張之權利：

1. 甲之損害：有車之瑕疵（瑕疵損害）及甲因此對丙所負之損害賠償責任（瑕疵結果損害）

2. 車之瑕疵部分：涉及物之瑕疵擔保責任及不完全給付間

(1) 物之瑕疵擔保責任：

① 標的物 A 車依題意，曾泡過水，故其具有效用之瑕疵，為民法三五四條所稱之物之瑕疵。本例中，要約人某甲得依民法第 359 條請求減少價金。唯民法第三五九條之性質，學說上素有爭議：述之如下：

a. 請求權說：一、條文文義解釋。二、若採形成權說，則由買受人片面決定價金，與契約自由原則不符。

b. 形成權說：一、條文「請求權」實為形成權。二、形成權說非價金由買受人決定，而係指雙方法律關係變成「應減少價金」，而價金仍由雙方協議，與契約原則並無不符。

② 吾人以為，民法三五九條應採形成權說較合理。故依三六五條之期間應認為係除斥期間為宜。

(2) 不完全給付：在真正利益第三人契約中，甲所受之損害為：因乙之不完全給付致甲應賠償丙之損害，故在此，應視甲應否向丙負責而定。

① 甲丙間為贈與契約，故依民法第四一一條，原則上甲並不對丙負物之瑕疵擔保責任。

② 故在本例中，甲對丙並無損害賠償義務，故甲無損害。

③ 且依題意，乙不可歸責，故乙不負不完全給付責任。故就物之瑕疵而言，並無競合之情形。

3. 瑕疵結果損害部分：

(1) 首先應視甲與否對丙負責。本例，甲丙間為贈與契約，故依民法第四一 條，甲僅就故意或重大過失，負給付不能之責任；而本例，甲為不完全給付，依民法第二二七條第一項，準用有關給付不能及給付遲延之責任，本例，係屬不能補正，所以準用有關給付不能之規定，故甲亦僅就故意或重大過失負責。

(2) 本例，甲並無故意或重大過失，故不負不完全給付責任。

(二) 丙得對乙主張何種權利？

丙之損害：車之損害（瑕疵損害）身體之損害（瑕疵結果損害），就瑕疵損害部份，為物之瑕疵擔保與不完全給付之關係，就瑕疵結果損害，為不完全給付與侵權行為之關係。下分述之：

1. 車之損害：

(1) 瑕疵擔保責任：

① 如上述，標的物具有瑕疵，且物之瑕疵擔保為無過失責任，故雖乙無過失，仍應負責。

② 且乙之代理人之保證，可認為係乙於債之履行中，代理人有故意之情事，故依民法第二二四條，乙應就此負同一責任。

③ 故丙得對乙依民法第三六 條請求損害賠償。

④ 就此部分，其性質為請求權，故其時效性質為消滅時效。

(2) 不完全給付：

① 乙依題意，未依債之本質為給付，致丙受有損害，屬不完全給付。

② 依題意，乙之代理人之保證，乙亦應負同一之責任，具可歸責性。

③ 依民法第二二七條第一項準用給付之不能項定，乙應負給付不能之規定，(民法二二七準用二二六) 負損害賠償責任。

④ 其性質為請求權，故亦為消滅時效：

(3) 競合：關於不完全給付與物之瑕疵擔保間，有採履行說，有採擔保說，通說採擔保說，故兩者得競合，由買受人選擇行使之。

2. 身體之損害（瑕疵結果損害）

(1) 不完全給付：

① 如上所述、乙未依債本指為給付。

② 乙應就代理人負同一責任（民二二四）

③ 故乙應依民法第二二七條第二項不完全給之責任（民二二七第二項準用民二二六）

(2)侵權責任：

乙因過失丙身體權受侵害致受有損害，丙得依民法第一八四條第一項前段請求乙負損害賠償責任，並就其痛苦，可請慰撫金（民一九五）

(3)上述兩者性質皆為損害賠償請求權，故皆為消滅時效。

(4)競合：就契約責任與侵權責任之競合，有採法條競合說者，認為契約責任為特殊之侵權責任，故適用契約責任。有採請求權競合說者，其下又分為請求權相互影響說，及請求權自由競合說。亦有採請求權規範競合說。其中，學說及實務大多採請求權相互影響說或請求權規範競合說。

二、甲有名貴天山雪狐一隻，突然遍尋不著。甲爰於某報登載廣告如下：「本人所有右耳註記卅暗號之雪狐走失，凡尋獲而送還本人者，致送勞力士滿天星鑽名錶一只。」數週後，ABC 於其共有之山上農園採收柑橘時，發現該雪狐四腿遭人打斷，並已奄奄一息，遂一起將雪狐送往寵物醫院治療，B 為之支付醫治費九萬元。嗣 B 查悉其為甲所有，乃通知甲前往醫院領回。試問：

(一) B 請求甲支付九萬元，其根據為何？又 B 得否請求甲支付利息？（九分）

(二) 如 ABC 事後知悉甲有登報送錶情事，聯袂請求甲交付名錶，其結果如何？甲得否以 ABC 未送還雪狐而拒絕給付？（十分）

(三) 如 B 以自己名義訴請甲交付名錶，結果如何？（六分）

命題意旨	本例涉及到懸賞廣告之問題，同時，採契約說之下，若完成廣告行為之人尚未通知者，則尚不發生債之關係，就此而言，亦應討論無因管理之部分，唯兩者在行使上，應擇一為之。本例與邱聰智老師民法實例演習課堂上所發題目類似，可能為其所命題。
------	---

【擬答】

(一)、B 請求甲支付九萬元，其根據為何？下述之：

1、是否構成無因管理？

(1)真正無因管理：本例，B 未受委任，並無義務，而治療寵物係屬「管理」「他人事務」，同時，主觀上，B 亦有將該利益歸屬於他人之意思，故有「為他人管理事務」之意思，故成立無因管理。

(2)是否為適法無因管理？本例，B 為甲管理事務，其管理事務之實施係以利於本人，且並不違反本人明示或可得而知之意思，而本例，治療費用為治療寵物之必要費用。故為適法無因管理。故，在適法無因管理下，B 自得依民法一七六條請求償還其必要費用及支出時之利息。

2、結論：B 得請求甲支付九萬元，其根據為民法一七六條，並得請求支付利息。

(二)、本題涉及懸賞廣告之問題：

1.依民法懸賞廣告（民法一六四）

(1) 本例，甲係以廣告方式聲明完成尋獲行為並送還本人者，致送名錶一只，係以廣告之方式聲明對完成一定行為之人給與報酬，故為懸賞廣告。

(2) 懸賞廣告之性質為何？修法前，有爭議：

單獨行為說：①認為一六四 後段「對於不知有廣告而完成該行為之人，亦同」之規定，表示其採單獨行為說。

②對於未成年人及未知廣告而完成者，採單獨行為說保護較周到。

契約說：①若採單獨行為說，則一六四 後段「對於不知有廣告而完成該行為之人，亦同」之規定，即無必要另行規定，故另行規定，代表採契約說。②體系解釋：自立法體系而言，係屬契約說。

修法後，似採契約說。

故 ABC 三人雖不知廣告而完成該行為，依一六四 規定，準用前三項之規定，故得請求。

2、請求權人，是否由 ABC 共同取得？

依民法一六四，數人共同完成行為時，由行為人共同取得報酬請求權。本例，ABC 共同將寵物送醫，但是僅 B 為通知，則是否 ABC 屬『共同完成』行為之人？應解釋廣告人真意：若廣告重在一定行為本身，如尋找遺失物，則 ABC 應屬之。若廣告重在結果，則僅有 B 有為通知，始合其意。在本例，由題意『遍尋不著』、『凡尋獲而送還本人者』可知，廣告主重在於『尋獲』而非送還本身，故在本例，應認為 ABC 三人均屬『共同完成行為之人』。

3、結論：ABC 三人雖不知廣告，然依民法一六四條 及 之規定，ABC 仍屬請求權人，甲不得以 ABC 未送還而拒絕給付。

(三)、如 B 以自己名義訴請甲交付名錶，而其結果如下：

1、ABC 共同取得報酬請求權，已如上述，而其給付，由題意可知，其給付不可分，故屬不可分之債。

2、故原則上，各債權人僅得請求向債權人全體為給付，債務人亦僅得向債權人全體為給付。（民法二九三第一項）

3、故若 B 以自己名義為之，則甲得抗辯，然若甲係善意，依民一六四條第三項，其給付義務消滅，AC 僅得依民法一七九條向 B 請求不當得利。

三、甲、乙、丙、丁共有建地一宗，面積六百坪，市價每坪三萬元，另外又共有五層樓房屋之第三層全部及該層房屋之基地應有部分五分之一，各共有人就上述共有物之應有部分均為四分之一。因丁其後過世，有無繼承人不明，由法院依法指定戊為遺產管理人。嗣甲訴請法院分割共有之六百坪建地及第三層房屋。法院為甲勝訴之判決，其分割之方法如下：建地分為四部分，甲分得一百六十坪，乙分得一百五十五坪，丙分得一百四十五坪，一百四十坪分歸為丁之遺產，另命甲補償戊（即丁之遺產管理人）三十萬元，乙補償丙十五萬元。第三層房屋部分則予以變賣，價金平均分配各共有人。丁之遺產（分得之土地、價金及所獲之補償），均由戊管理。請就法院判決兩共有物准予分割及建地之分割方法是否合法，附具理由說明之。（二十五分）

命題意旨	本例在考共有物之分割方法，其中，現行法如何分割？及區分所有權在分割方面，有何應注意之點：此為基本概念之題型。
參考資料	高點講義物權編(一)，頁七八及葉老師有關區分所有權筆記。

【擬答】

一、就建地部分：不合法，理由如下：

- 1、就分割方法，以原物分割為原則，變價分割為例外，同時，若以原物分配時，如共有人中，有不能按其應有部分受其分配時，得以金錢補償之。民法八二三條定有明文。
- 2、本例，係採原物分割，而認為甲乙丙再對丁為補償。係不合法。蓋依現行法規定，須共有人中，不能按其應有部分受分配時，始得以金錢補償之。
- 3、而在本題，共有人間應有部分四分之一，建地六百坪。依題意，尚非屬「不能按其應有部分分配」，故仍應以原物分配為宜。
- 4、唯現行法對於分割方式規定過小，草案八二四條之一已改採擴張分配方法。

二、就共有物分割部分，不合法：理由如下：

- 1、區分所有係指數人區分一建築物而各有其一部之謂，而區分所有權客體分為專有部分及共有部分，其中，共有部分與專有部分，形成「互有」之狀態，亦即，專有部分與其所屬共有部分之應有部分及其基地之權利，有不可分離之關係，在移轉上必須「三位一體」，始得為之。
- 2、因此，本例共有物為第三層區分所有之專有部份及基地，自應一併為之，故本例法院僅將房屋部份予以變賣，並不合法。
- 3、故草案針對此，已修訂七九九條第七項，明文規範，區分所有建築物之專有部分與其所屬之共有部分及其基地之權利，不得分離而為移轉或設定其他權利。

四、甲男乙女於民國七十年結婚，未約定夫妻財產制。民國七十四年一月，甲購買價值三百萬元之A屋，登記乙之名義。乙為小說家，民國七十五年起，參加數次小說創作比賽，共獲得獎金二百萬元。乙以該二百萬元為頭期款購買價值四百萬元之B屋，以自己之名義為登記，另以B屋向銀行抵押貸款二百萬元，甲每月以其薪水之一部分繳納貸款，於民國八十七年還清。民國八十八年甲乙離婚時，甲自民國七十四年六月五日以後之工作所得尚存有二百萬元現金。乙除其名下A、B二屋外，別無其他財產。試問：

（一）乙自何時取得A屋之所有權？（十分）

（二）甲乙離婚時，其財產關係應如何處理？（十五分）

命題意旨	本題為林秀雄教授命題，屬於法條基本概念與期刊論文型考題，考生僅須留意近期月旦法學及台灣本土法學雜誌林老師之相關文獻並熟悉法條內容即可，第(一)小題乃測驗考生就民法 1017 條修正前後與民法親屬法施行法第六條之一溯及效之解釋問題，有關妻取得登記不動產所有權之時點，學說上區分三說，考生除應分別列出外，對其理由也應略加著墨，方可獲致高分；第(二)小題則在測驗考生有關聯合財產關係消滅後夫妻間財產之歸屬問題，即民法 1017；1027；1030 條之一等條文間之相互搭配，於計算民法 1030 條之一剩餘財產分配請求權時，應特別注意民法 1027 條之規定（此為林教授上課所強調之內容），否則計算結果必失之毫釐，差之千里。
參考資料	1. 林秀雄；民法第 1017 條溯及通用之意義；台灣本土法學雜誌 13 期。 2. 林秀雄；民法親屬編施行法第六條之一溯及效之意義；月旦法學 40 期。 3. 林秀雄：民國 74 年民法條止前夫妻勞力所得之報酬與剩餘財產之分配；台灣本土法學雜誌第 16 期。

【擬答】

（一）乙自何時取得A屋所有權：

有關乙自何時取得A屋所有權，所涉及者乃有關民國 74 年親屬法修正前後 1017 條之規定與民法親屬編施行法第六條之一溯及效規定之搭配解釋問題；依 74 年修正前舊法 1017 條之規定，聯合財產制關係存續中，妻保有所有權之原有財產範圍，僅限於「結婚時」之原有財產以及婚姻關係存續中因「繼承」或其他「無償取得」之原有財產故依此規定，最高法院判例即認為：為避免夫藉此規定迴避債務，故妻於婚姻關係中所購置之財產，既非無償取得，亦不屬於因勞力所取得者，則其所有權歸屬於夫（55 年台抗字 161 號判例參照），且不因夫妻離婚而異其處理（59 年台上字 2227 號判）；此

等見解因違反男女平等原則而飽受非難，故民國 74 年修正後新法，已將此等規定刪除，亦即凡婚姻關係存續中所取得之原有財產，不論係有償或無償取得，一律由夫妻各自保有所有權，即純登記名義人為斷定所有權歸屬之惟一依據。

惟新法修正於民國 74 年六月，就 74 年六月之前適用法定夫妻財產制（即聯合財產制）者，應如何定其所有權之歸屬即產生問題，對此，民國八十五年親屬編修正時修定施行法第六條之一，規定：「中華民國 74 年六月四日以前結婚並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻之名義在同日以前取得不動產而有下列情形之一者，於本施行法中華民國八十五年九月六日修正生效一年後，適用中華民國七十四年民法親屬編修正後之一千零十七條規定：

一、婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻之名義登記者。

二、夫妻已離婚而該不動產仍以妻之名義登記者」；準此而言，甲男乙女於民國七十年結婚，未改定夫妻財產制，其夫妻財產制應適用聯合財產制，且為修正前之舊法規範，惟依施行法六條之一之規定，該 A 屋雖係由甲於七十四年六月前出資所購而登記於乙名下，但甲乙未於 85 年九月二十七日修正生效後一年內為更名之登記，故於 86 年九月二十六日後，該 A 屋確定為其妻某乙（登記名義人）所取得，至於其取得所有權之時點，學說上仍有爭議，分述如下：

1.溯及民國七十四年六月五日新法 1017 條生效時取得所有權說：民國七十四年時，民法第一一七條修正為夫或妻取得不動產所有權之依據為物權之設權登記，但民國七十四年修正第一一七條時，該內容尚無溯及效力，故以妻名義登記不動產之所有權，在七十四年六月五日以前者，依舊法之解釋，該所有權屬於夫；於該期日以後者，依新法之規定，該所有權屬於妻。民國八十五年九月二十七日新增親屬編施行法第六條之一，而使民法第一一七條之新法，於一年緩衝期間屆滿後有溯及效力。該溯及效力係指民法第一一七條修正後之內容，固適用於民國七十四年六月五日後登記於妻名義之不動產，但也溯及至該日期以前登記之不動產。惟因該條至民國七十四年六月五日開始生效，故以妻名義登記之不動產亦只能溯及自該期日由妻取得該不動產之所有權。故依此說，乙妻取得 A 屋所有權之時點應為 74 年 6 月 5 日。

2.回溯至原物權登記之時點：其理由為物權法第七五八條不動產物權之得喪變更，以登記為其表徵，期以貫徹不動產物權之公示原則及公信原則，而此說就親屬法上之該解釋與物權法之規定相符合，故依此說，乙妻取得 A 屋所有權之時點為 74 年一月登記時。

3.自民國八十六年九月二十七日始取得所有權說：

此說以為若認為妻能溯及於民國七十四年六月五日時或不動產登記時取得該不動產所有權，將使第三人受不測之損害，因此，應解為妻於緩衝期間屆滿後，即民國八十六年九月二十七日以後始取得該不動產之所有權。

按法律不溯及既往乃法律適用之基本原則，立法者雖可賦予法律有溯及之效力。但溯及畢竟為例外，若因溯及而影響到第三人所已取得之權利者，亦屬不當，蓋新法修正時，立法者並無意忽略或有意變更既有之法律秩序，若認為妻係溯及民國七十四年六月五日新法修正生效時或不動產登記時取得該不動產之所有權，則夫之債權人於一年期間屆滿前聲請法院實施查封者，非夫之財產，而為妻之財產。妻既非債務人自可提異議之訴以排除強制執行，債權人本依法聲請強制執行，卻因親屬編施行法第六條之一之增訂而使其權益受到影響，如此解釋，對債權人而言，實有不公平。再者，夫於八十六年九月二十六日以前對妻之名義之不動產享有所有權，則自得對妻之名義之不動產有使用收益之權利，若解為溯及於民國七十四年六月五日或不動產登記時妻取得其名義不動產之所有權時，則夫自七十四年六月五日以後至八十六年九月二十六日以前，由妻名義不動產所生之孳息扣除家庭生活費用及聯合財產管理費用後尚有剩餘，仍應返還於妻，惟此種結果，恐非立法者當初增訂親屬編施行法第六條之一之原意。

我國實務上最高法院八十八年台上字 2816 號判決即採此見解，就立法原意及第三人之保護而言，應以此說為要，故乙妻得 A 屋所有權之時點，應為民國八十六年九月二十七日。

(二)甲乙離婚後，其財產關係應如何處理：

有關甲、乙離婚後財產之歸屬關係，扼要說明如下：

1.A 屋所有權之歸屬：

A 屋雖係甲夫於民國七十四年新法修正前以自己之所得 300 萬元購置予乙妻，惟依前述(一)小題之說明，因其未於施行法所定一年之緩衝期內為更名登記，故所有權仍自緩衝期滿之八十六年九月二十六日歸屬於乙妻，屬於乙妻於婚姻關係存續中所取得之原有財產，惟此財產係由夫甲所出資購得所贈與乙妻，故屬「無償取得」之原有財產，不構成民法 1030 條之一，剩餘財產分配請求權之計算標的。

2.B 屋所有權之歸屬：

B 屋價值 400 萬，雖其中尾款 200 萬元部份，由甲夫支付，惟仍登記於乙妻名下，且為民國七十四年新法修正後所購置，依修正後 1017 條之規定，所有權屬登記名義人乙妻所有，亦屬乙妻於婚姻關係存續中取得之原有財產，但此 B 屋中有 200 萬元尾款係由夫甲所代乙妻為清償，依民法 1027 條之規定，屬於妻之原有財產（即 B 屋）所負債務而以夫之財產清償者，在聯合財產關係消滅後，夫對妻有補償請求權；故 B 屋所有權雖屬乙妻所有，惟乙妻於離婚後，因聯合財產關係已消滅，故對夫甲負有 200 萬元債務。

3.甲、乙離婚後，有關剩餘財產分配之問題：

依民法 1030 條之一規定，原則上夫妻於婚姻關係「存續中」所取得之「原有財產」差額之半，構成剩餘財產分配之額度，惟須注意者，乃依同條但書之規定，若其取得之原有財產為因繼承或其它原因而無償取得者，不在此限；故民法 1030 條之一計算剩餘財產分配請求之標的，僅限於婚姻關係「存續中」「有償取得」之「原有財產」；且依通說之見解限於民國七十四年六月後，於婚姻關係存續中所有償取得之原有財產方為剩餘財產分配之計算標的（此部份學說上仍有爭議，惟本題幸未涉及此部份，故考生毋庸深論，僅須一筆帶過即可）；依題意，甲夫於七十四年六月五日後婚姻關係存續中有償所取得而現餘之原有財產為 200 萬元現金，除此之外，尚應加入其為乙妻 B 屋清償貸款之 200 萬元債權額，蓋 B 屋雖因登記於乙妻名下而為其所有，但因離婚而致聯合財產關係消滅者，依民法 1027 條之規定，甲夫仍享有對乙妻因 B 屋所生之 200 萬元補償請求權債權，故甲夫於婚姻關係存續中實際所有償取得之原有財產為 400 萬元。

至於乙妻，於婚姻關係存續中雖然 A、B 二屋，惟 A 屋係無償取得，不構成民法 1030 條之一計算標的，已如前 1.所述，故僅 B 屋屬婚姻關係存續中有償取得之原有財產，但其總價值並非 400 萬元，因為 B 屋現值 400 萬元中，尚包含因民法 1027 條所負之對夫甲補償債務 200 萬元，此項債務為因婚姻關係存續中原有財產所負債務，應以妻之原有財產清償，故 B 屋之現值扣除所負債務後，僅餘 200 萬元。

綜上所述，甲夫於婚姻關係存續中有償取得之原有財產為 400 萬元，扣除乙妻於婚姻關係存續中有償取得之現存原有財產 200 萬元，其差額之半數為 100 萬元，此 100 萬元為乙妻可向甲夫再行請求之剩餘財產分配額度。

4.小結：

甲乙離婚後，甲夫前後所得之財產為其因工作所得尚存之現金 200 萬元，及可對乙妻行使之 200 萬元補償請求債權（民法 1027 條參照），但須給予乙妻 100 萬元之剩餘財產分配債務；至於乙妻，則保有 A、B 二屋所有權，但對甲夫負有 200 萬元補償請求債務，此外，尚享有對甲夫之 100 萬元剩餘財產分配請求債權。