

《民法與民事訴訟法（民法部分）》

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

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

【擬答】

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

(一) 甲乙間成立赴償債務之買賣契約，且係因可歸責於乙之事由構成給付不能

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

(二) 甲得向乙請求 5000 元之違約金

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

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

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

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

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

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

【擬答】

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

(一) 甲不得請求丙返還 A 地

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

(二) 丁之請求無理由

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

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

請問：甲男死亡而留下 840 萬元財產時，應如何繼承？（45 分）

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

【擬答】

甲之財產應如何繼承，茲就繼承權人及遺產分配，分述如下：

(一)繼承權人：

1.已有繼承權

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

2.庚有繼承權

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

3.A、B 有代位繼承權：

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

4.小結：

綜上所述，己、庚、A、B 有繼承權。

(二)遺產之分配：

1.應繼財產及遺產分割之計算－歸扣

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

A. 丁非歸扣義務人：

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

B. A、B 應負歸扣義務：

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

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

2. 分配之計算：

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

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

(三) 結論

己、庚各得 320 萬元；A、B 各得 100 萬元。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！