

司法官、行政執行官

《民法》

一、消滅時效與除斥期間有何區別？若時效完成後當事人未以之抗辯，試問法院得否援用？請分別說明之。（二十分）

命題意旨	測驗考生對「消滅時效」、「除斥期間」的基本認識。
答題關鍵	消滅時效與除斥期間宜先作定義說明(簡略說明即可)，兩者區別能答其中四點或五點即可獲得高分。
擬答鑑示	1.參考：90年7月份郝台大老師民法講義，第一冊，頁142、144，高點出版。 2.參考：邱律師，民法總則，頁1-73~1-86、1-108、1-109，高點出版。 3.參考：法學概念判解精選—民事法篇上(民總)，頁98、107，高點出版。

【擬答】

- (一)消滅時效與除斥期間之區別：我國民法上所謂消滅時效，係指由於權利人不行使請求權所形成之權利狀態，繼續達一定之期間，而發生義務人得行使抗辯權，拒絕履行義務(例如債務人拒絕給付)，致權利人之請求權減損(請求權雖仍存在，但請求力減損)之制度。而除斥期間，係指法律對於某種權利所預定的行使期間，又稱為預定期間。除斥期間係因法律行為有瑕疵或有其他不正常情形，以致影響法律行為之效力，當事人得為撤銷或為其他補救行為之期間。除斥期間為自始固定不變，期間一旦經過，權利即行消滅，以企求法律關係早日確定。有關消滅時效與除斥期間之區別如下：
- 1.意義不同：
 - (1)消滅時效：指請求權不行之事實狀態，繼續經過一定期間，其請求權之行使將產生障礙之制度。
 - (2)除斥期間：指某項權利所預定存續之期間，權利人若不於此期間內行使權利，則其權利消滅。
 - 2.客體不同：
 - (1)消滅時效之客體，以請求權為限，時效雖然完成，但其權利本身並不消滅，其他擔保性之物權亦不消滅。只是請求權之行使發生障礙而已。
 - (2)除斥期間以形成權(如承認權、選擇權、撤銷權、抵銷權、解除權、拋棄繼承權)或其他之訴權(如上訴、抗告、再審)，經過法定期間後，其權利本身即消滅不存在，權利人不得再行主張。
 - 3.利益得否拋棄不同：
 - (1)消滅時效之利益雖不得事先拋棄，但得於時效完成後拋棄(民一四七)。
 - (2)除斥期間經過後，權利本身即消滅，所以除斥期間利益不得拋棄。
 - 4.法院得否依職權為當事人主張不同：
 - (1)時效完成後，請求權並非當然消滅，只是義務人得行使抗辯權拒絕給付而已。法院不得依職權為當事人主張。
 - (2)除斥期間屆滿後，其權利當然消滅，法院不待當事人主張，得依職權裁判之。
 - 5.期間起算不同：
 - (1)消滅時效之期間，自請求權可以行使日起算，並得因一定事由之發生致時效中斷或未完成。
 - (2)除斥期間，自權利成立之日起算，不得因任何事由而延長中斷其期間。
 - 6.期間長短不同：
 - (1)消滅時效以請求權為客體，乃在貫徹原有法律秩序之安定，其期間較長。
 - (2)除斥期間以形成權或訴權為客體，足以變更既成之法律秩序，為求社會之安定，不宜長期存在，所以期間較短。
- (二)請求權之消滅時效完成後，民法第一百四十四條第一項僅認債務人有拒絕給付之抗辯權，非使請求權當然消滅。若債務人未以消滅時效之完成為拒絕給付之抗辯，法院自不得據此即認請求權已消滅(參司法院民國三十一年十一月五日院字第二四二四號解釋)。

- 二、甲公司經營三溫暖兼供客人住宿之業務。為招攬客戶上門，甲提供代客停車服務，且就此不特別收取費用。客戶自願給付小費予實際代為停車之甲公司員工者，則完全由該員工取得，甲未要求任何抽成。某日，甲之員工乙為甲之客戶A及B停車，並交付由甲公司製作之定型化停車證予A及B各乙紙收執，該停車證上載明「本公司僅代為停車，不負任何保管責任，汽車如有遺失或受損，本公司及代為停車之員工，概不負責」。乙將A交付之車停放於甲公司自有之停車場，該車非因甲或乙之過失而遭第三人竊取。乙將B交付之車停放於路邊之公共消防栓旁，該車遭交通員警舉發且拖吊。B繳納罰款與拖吊費用而取回該車時，發現車體因拖吊人員之過失，致嚴重受損。經查，A交付予乙之車係A自己所有，而B交付予乙之車則係B向其友人C無

償借用。請問：

(一)A 得否請求甲及乙連帶賠償汽車遭竊而生之損失？(十分)

(二)B 得否請求甲及乙連帶賠償違規罰款與拖吊費？(六分)

(三)C 得否請求甲、乙及 B 連帶賠償因車體受損而生之損失？(九分)

命題意旨	測驗考生對場所寄託人責任，借用人責任及債總有關定型化契約，侵權行為、債務不履行、賠償代位等問題之認識。
答題關鍵	本題較為複雜，釐清基本法律關係後，援引相關規定，並略作必要說明，簡要作答即可，否則，時間不敷使用。
擬答鑑示	1.參考：王澤鑑，債法原理(一)，頁 100~112。 2.參考：高點律師司法官民法債各講義，頁 308~309。

【擬答】

(一)A 得請求甲賠償汽車遭竊而生之損失，但不得向乙請求賠償：

- 1.民法第六 七條規定：「飲食店、浴室或其他相類場所之主人，對於客人所攜帶通常物品之毀損、喪失，負其責任。但有前條但書規定之情形時，不在此限。」又同法第六 八條規定：「客人之金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，非經報明其物之性質及數量交付保管者，主人不負責任(第一項)。主人無正當理由拒絕為客人保管前項物品者，對於其毀損、喪失，應負責任。其物品因主人或其使用人之故意或過失而致毀損、喪失者。亦同(第二項)。」
- 2.本題甲公司經營三溫暖兼供客人住宿之業務，為招攬顧客上門，甲提供代客停車服務，甲公司之員工乙將客戶 A 交付之汽車停放於甲公司自有之停車場，該車非因甲或乙之過失而遭第三人竊取。按前述民法第六 七條及第六 八條規定，除因物品主人或其使用人之故意或過失而致毀損、喪失者，甲公司可免責外，縱使因第三人之侵權行為，例如本題係第三人竊取汽車，為普通事變，甲公司仍應負責。故甲公司應賠償 A 車失竊而生之損失。
- 3.本題，甲之員工乙於為客戶停車，交付由甲公司製作之定型化停車證予 A 及 B 各乙紙收執，該停車證上載明「本公司僅代為停車，不負任何保管責任。汽車如有遺失或受損，本公司及代為停車之員工，概不負責」，但：
 - (1)為維護契約內容形成自由的最低限度，企業經營者應依明示或其他合理適當方式，告知相對人欲以定型化契約條款訂立契約，並使相對人得了解條款之內容。唯有具備此二項要件，定型化契約條款始能因相對人的同意而成為契約的內容。準此以言，本題，如係乙為客戶停車後，始交付前述載有免責約款之停車證給客戶，不能認為已成為客戶與甲公司之契約內容。
 - (2)縱使甲公司已先使客戶知悉前述停車證所載免責約款之內容，但民法債編修正條文第二四七條之一規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。」故甲公司預先以定型化停車證記載免責約款以排除前述民法第六 七條之事變責任，亦應認為無效。
- 4.甲公司及其員工乙對於 A 車之失竊既無過失，自不須依民法第一八八條規定對客戶 A 負連帶賠償責任，A 僅得依前述民法第六 七條規定請求甲公司賠償汽車失竊之損失，而不得向乙求償。

(二)B 得請求甲賠償因違規停車而繳納之違規罰款與拖吊費，但不得請求乙賠償：

- 1.前述民法第六 七條係就場所主人對於客人所攜帶物品之毀損、滅失負賠償責任，於本題 B 之情形並不適用，合先說明。
- 2.甲公司為客戶提供停車服務既為契約內容之一部分，自應依債之本旨而為給付，甲公司員工乙將 B 交付之車停放於路邊之公共消防栓旁，該車遭交通員警舉發且拖吊，係違反契約上義務，構成不完全給付。且民法第二二四條規定。債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任，故本題甲公司仍應依民法第二二七條規定，對於 B 繳納罰款與拖吊費應負損害賠償責任。
- 3.本題甲公司員工乙將客戶 B 之汽車違規停放致 B 繳納罰款及拖吊費之損失，係純粹經濟上損失，並非 B 的私權遭受不法侵害，故 B 不得依民法第一八八條規定請求甲及乙連帶負損害賠償責任。

(三)甲公司員工乙違規停放客戶 B 向 C 借用之汽車，如 B 對於乙之違規停放有過失，C 得向 B 請求車體受損而生之損失；但 B 對於汽車違規停放並無過失時，C 不得向 B 請求賠償，但不論 C 是否得向 B 請求賠償，C 均得請求 B 讓與對甲之損害賠償請求權，一旦 B 讓與 C 後，C 亦得請求甲賠償該車車體受損之損失。但 C 不得請求甲、乙及 B 連帶賠償。

- 1.借用人應以善良管理人之注意，保管借用物。借用人違反前項義務致借用物毀損、滅失者，負損害賠償責任。但依約定之方法或依物之性質而定之方法使用借用物，致有變更或毀損者，不負責任(民四六八)。故本題 B 向 C 借用之汽車，用 B 交付甲公司之員工乙靠邊於路邊公共消防栓旁致該車被拖吊而車體受損，如 B 有過失，例如 B 明知或可得而知乙違規停放，而 B 仍將該車交予乙停放，即可認定 B 有過失，C 自得依前述民法規定向 B 請求賠償。
- 2.反之，B 將該車交付甲公司之員工乙停靠，B 如無過失，例如 B 非因過失而不知車被停靠於路邊公用消防栓旁(B 誤以為汽車停放於甲公司自關之私人停車場)，則該車之受損，不可歸責於 B，亦非 B 違反約定方法使用該車所致，B 對 C 不負前述民法規定之損害賠償責任。
- 3.甲公司對於客戶 B 交乙停放之汽車，因違規被拖吊致車體受損，應依前述民法第六 七條規定對 B 負損害賠償責任。此際：
 - (1)如 B 因過失對 C 應依前述民法第四六八條規定負損害賠償責任時，C 亦得依民法第二一八條之一請求 B 讓與對甲公司之損害賠償請求權。
 - (2)如 B 無過失，對 C 不負損害賠償責任時，C 亦得本於民法第一七九條之不當得利請求權，請求 B 讓與對甲之損害賠

償請求權。

- 4.車輛因違規停放被拖吊而致車體受損，與B將汽車交予甲公司員工乙違規停放並無相當因果關係，故甲、乙及B對C不成立共同侵權行為。C不得依民法第一八五條規定請求甲、乙及B連帶負賠償責任。

三、甲、乙、丙、丁共有建地一筆，應有部分各為四分之一。甲、乙、丙未得丁之同意，亦未知會丁，即將該地全部出賣於戊。請附具理由說明下列問題。

- (一)設依買賣契約，甲、乙、丙已應辦理該土地之所有權移轉登記於戊，然其等仍遲不辦理，戊乃訴請甲、乙、丙依約辦理該土地之所有權全部移轉登記於戊。法院應否准許？(十二分)
- (二)丁就該土地之買賣有無優先購買權？(八分)
- (三)設丁請求甲、乙、丙協議分割該共有土地，甲等三人以公共地已出售於戊，彼等已無權分割而拒絕之。丁乃以甲、乙、丙為被告，訴請分割該共有土地，法院應否准許？(五分)

命題意旨	分別共有土地之出賣、移轉所有權之方法與效力
答題關鍵	1.題目之事實部分並不複雜，惟仍需把握命題意旨詳細作答。 2.三小題之配分並不相同，第一小題之配分幾乎占有半數，故在第一小題應花較長篇幅說明。 3.土地法第三十四條之一係民法第八百十九條之特別規定，國家考試屢屢針對此處出題，考生不可不慎！
擬答鑑示	1.參考：謝在全，民法物權論(上)，參考頁數，詳請參註。 2.參考：王澤鑑，民法物權(一)，2001年4月修訂版，參考頁數，請參註。 3.參考：高點律師司法官民法專用講義第一回，頁112~116，及郝台大老師上課補充之內容。

【擬答】

(一)戊訴請甲、乙、丙依約辦理該土地之所有權全部移轉登記於戊，法院應予准許：

- 民法第八一九條第二項規定：「共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意。」此項規定所謂處分，包括事實上處分及法律上處分，而法律上處分，依通說，不包括債權行為(負擔行為)在內。故共有人中之一人或數人未得全體共有人的同意出賣(或出租)共有物時，係屬債權行為，因債權行為不以對標的物有處分權為必要，其買賣契約(或租賃契約)當然有效，但契約對於未同意(出賣或出租)之他共有人無拘束力。
 - 依前述民法規定，共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意，有時極為困難，部分共有人如不同意時，他共有人又不得訴請法院命其同意，影響土地或建築物之利用至鉅。為免妨礙都市計畫之執行、發展社會經濟及增進共有物的有效利用，土地法第三四條之一設有例外規定，依該條第一項規定：「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。」有關此一規定：
 - (1)本條係以分別共有的土地或建築改良物為適用對象，並準用於公同共有(同條第五項)，但不適用於動產。
 - (2)土地法第三四條之一第一項所稱「處分」：
 - A.有認為僅指處分行為，不含負擔行為(註①)。
 - B.有認為除處分行為外，得兼指負擔行為(註②)
 - C.內政部頒訂之「土地法第三十四條之一執行要點」，明定法律上之處分，指買賣或互易而不包括無償之贈與(註③)
 - D.最高法院認為，部分共有人依土地法第三十四條之一第一項規定，將共有土地之全部出賣於人，就同意出賣之共有人言，係出賣其自有之應有部分，並有權一併出賣未同意出賣之共有人之應有部分，此種處分權乃係基於實體法規定而發生，同意出賣之共有人並非代理未同意出賣之共有人與買受人訂立買賣契約，未同意出賣之共有人與買受人間，自不發生何等法律關係(最高法院八八年台上字第一七三號判決；另外八七年台上字第八六六號判決亦持相同見解)。可知最高法院亦認為土地法三四條之一第一項所稱處分，包括負擔行為在內，但強調未同意出售之共有人不能因其應有部分一併出賣並移轉與買受人，且得領取價金，而謂與買受人間有買賣契約關係存在(參前述八七年台上字第八六六號判決)。
 - 共有人依土地法第三十四條之一，移轉共有物的所有權或設定物權時，得由同意處分之共有人協同其相對人(如買受人)，訂立書面契約與辦理物權變動登記，無須不同意處分之他共有人出面訂立契約和會同辦理。同意處分的共有人未完成處分行為，使相對人取得所有權或地上權等其他物權時，相對人在訴訟上如何行使其權利？例如本題甲乙丙丁共有之建地，甲、乙、丙之應有部分四分之三(超過三分之二)，同意出售該地給戊，而遲未給付時，戊在訴訟上應如何請求？實務上認為僅得對甲乙丙請求移轉該地所有權，其理由有二：
 - (1)僅甲、乙、丙與戊為買賣契約當事人，丁不在其列，不得作為請求的對象。
 - (2)依土地法第三四條之一第一項規定，甲乙丙對該建地有處分權，得有效移轉該地所有權。戊於勝訴判決確定後，得依土地登記規則第二十八條第四款、第八十四條與土地法第三十四條之一執行要點第八點規定，單獨申請所有權之移轉登記，即可取得該地所有權(註④)。
 - 綜上所述，本題戊訴請甲乙丙依約辦理該土地所有權全部移轉登記於戊，法院應予准許。
- (二)依土地法第三十四條之一第四項規定：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」本項乃共有人『優先承購權』之規定，其立法意旨在於儘速消滅共有關係，以促進共有土地之經濟上利用。惟本題甲乙丙係

民法-

出賣共有物之『全部』，而非出賣其應有部分，丁得否主張優先購買權乃生疑問，學說、實務上仍有不同見解，分述如下：

- 1.否定說：蓋共有人依土地法第三十四條之一第一項規定以多數決之方式取得共有物之全部處分權者，其移轉共有土地之所有權係屬有權處分而為有效，已有消滅共有關係之效力，既已得消滅共有關係，此時應無賦予他共有人優先購買權之必要。是故，丁就該土地之買賣，無優先購買權。
- 2.肯定說：最高法院七八年第十二次民事庭會議決議採肯定說(註⑤)，依決議之說明，本題之部分共有人甲、乙、丙依土地法三四條之一第一項出賣共有土地之全部，然就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，不過對於丁之應有部分，有權代為處分而已，並非以此剝奪丁優先承購之權利。此項決議的結論和理由構成，均值贊同(註⑥)。故本題之丁就該土地之買賣有優先承購權。

(三)丁請求甲、乙、丙協議分割該共有土地，甲、乙、丙等拒絕，丁乃以甲、乙、丙為被告，訴請分割該共有土地，法院應予准許：

- 1.民法第八二四條第一項規定，共有物之分割，依共有人協議之方法行之。分割之方法，不能協議決定者，法院得因任何共有人之聲請，命為「原物分配」或「變價分配」，亦得命為「原物分配兼金錢補償」(同條第二、三項參照)，由是可知，共有物分割之方法包含「協議分割」與「裁判分割」。
- 2.應注意的是，聲請法院裁判分割，須以共有人不能協議分割為要件，未經協議前，不得遽行起訴(十八年上字二一九九號判例及二九年上字四七二號判例)。所謂不能協議分割，包括共有人間根本不願分割在內(註⑦)。
- 3.為維護共有物分割自由原則，應認為共有人中之一人出賣其應有部分，尚未移轉登記，僅成立債之關係時，仍得本於共有權請求分割共有物(註⑧)。
- 4.共有之土地及建築改良物不能協議分割者，得依土地法第三十四條之一第六項聲請各該管縣、市之政府調處，亦得依前述民法規定聲請法院裁判分割。縱使部分共有人已依土地法第三十四條之一第一項與相對人訂立債權契約同意處分共有物予相對人在同意處分共有人於依民法第七五八條規定辦理所有權移轉於相對人(如買受人)前，未同意的他共有人仍得訴請分割共有物(註⑨)。共有人此項權利不應因土地法第三十四條之一第一項規定而被排除(註⑩)。
- 5.綜上可知，本題在甲、乙、丙尚未移轉該地所有權於買受人戊之前，丁請求甲、乙、丙協議分割該地被拒絕，丁仍得依民法第八二四條第二項訴請法院裁判分割。

註①：謝在全著「分別共有內部關係之理論與實務」，收錄於民法研討會實錄，民法研究(一)，第九五頁以下。有關土地法三四條之一第一項之處分，本文第一三一頁認為僅指處分行為，不含負擔行為。

註②：王澤鑑先生認為，關於土地法第三十四條之一第一項所稱「處分」尚須考慮負擔行為有償與否，及本條第三項、第四條規定，解為兼括負擔行為，亦值贊同。參氏著「民法物權(1)」，二〇一一年四月修訂版，第三四八頁。

註③：謝在全先生認為，基此推論，無償之地上權或地役權之設定，亦無土地法第三十四條之一第一項之適用。參氏著「民法物權論」，上冊，八一年六月修訂版，第三九七頁。

註④：此為實務上的通說，參照最高法院六九年台上字第九八九號，八一年台上字第一五一號，八七年台上字第八六六號判決。另參王著前揭書第三五一頁及謝著前揭書(物權法上冊)，第三九九頁。

註⑤：最高法院七十八年五月二十三日，七十八年度第十二次民事庭會議決議：共有人甲、乙二人依土地法第三十四條之一第一項，將共有土地之全部，出賣於丁，他共有人丙得依同條第四項規定，對之主張優先承購權。蓋共有人甲、乙二人依同條第一項出賣共有土地之全部，然就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，不過對於丙之應有部分，有權代為處分而已，並非以此剝奪丙優先承購之權利。

註⑥：王著前揭書，第三五二頁；謝著前揭書，第三九九頁。一併參閱內政部訂頒之土地法三四條之一執行要點第十點。

註⑦：謝著前揭書，第三六三頁。

註⑧：王著前揭書，第三六二頁。前司法行政部六四年四月三十日(64)函民 03726 號函一併參照。

註⑨：最高法院七一年台上字第一二七五號判決。

註⑩：王著前揭書第三四九頁註二謂：民法第八一九條第二項及土地法第三十四條之一第二項之處分，均不包括提起訴訟在內(參照民法第八二一條)。

四、甲有一子乙，乙未婚但曾認領一非婚生子女丙。乙死亡後，丙繼承乙之遺產。乙死亡之十年後，甲於血型血液檢驗中，發現乙、丙間並無血統關係之聯絡，乃否認丙為乙之子女，進而主張丙應返還所繼承之遺產。試問：甲之主張是否有理由？(二十五分)

命題意旨	反於真實認領之效力，「繼承回復請求權與民法 § 767 所有物返還請求權之關係」及「繼承回復請求權與民法 § 768 取得時效之關係」。
答題關鍵	命題焦點：本題屬重要傳統學說見解爭議之比較型態，考生就民法 § 1146 有關繼承回復請求權與物權編中 § 768、§ 767 等相關規定間之關連性應了解載東雄、林秀雄兩位教授學說見解不同之外所在，若無把握何人命題時，則應兩說並陳，相互對照以求過延。
擬答鑑示	1.參考：二人合著；「中國繼承法」；第一章第七節。 2.參考：林秀雄；「繼承回復請求權與物上返還請求權之關係」，月旦法學第四期。 3.參考：林秀雄；「繼承回復請求權與動產所有權取得時效」，月旦法學第 42 期。 4.參考：許律師；學說論著精要解讀「民法親屬繼承」；頁 8-51~8-55、4-24~4-29，高點出版。

【擬答】

本題所涉之主要爭點，乃在於「反於真實認領之效力」，「繼承回復請求權與民法 § 767 所有物返還請求權之關係」及「繼承回復請求權與民法 § 768 取得時效之關係」等，分述如下：

(一)乙、丙間是否成立法律上親子關係：(即反於真實認領之效力)

依我國學界併實務通說之見解，不論就任意認領之性質採「意思表示說」或「觀念通知說」者，均認為反於真實之認領為無效，以確保血統之真實性，準此而言，丙若客觀事實上非乙之真實血脈，則乙、丙間之認領不生效力，丙非乙之直系血親親屬；又身分行為之無效與財產行為之無效概念上相同，均為「自始、當然、確定」之無效，任何人均得主張之，故乙之生父甲自得依法主張乙、丙之認領無效，如有爭議時，可依「確認親子關係存否之訴」向法院請求確認。

(二)民法 § 1146 與 § 767 之關係：

依題所示，乙、丙間之認領若屬無效，則甲依民法 § 1138 第二款之規定可成為乙之繼承人，故自得依民法 § 1146 之規定向非繼承人而現仍占有遺產之丙行使權利，惟依民法 § 1146 之規定，須於繼承開始後十年內行使權利，否則繼承回復請求權將罹於時效，今乙之真正繼承人甲於乙死亡後十年始知乙、丙之認領為無效，對丙依法自不得更行主張繼承回復請求權；惟有疑義者，甲雖不得主張民法 § 1146 之權利，但可否於十五年內更行主張民法 § 767 之所有物返還請求權，學說上仍有爭議，分述如下：

肯定說：此說學者認為民法 § 767 與民法 § 1146 之規定，本質上乃屬性質相互獨立之請求權，既非特別規定優於普通規定之關係，亦無請求權相互影響說之適用，故繼承回復請求權罹於時效後，不影響真正繼承人甲本於遺產所有權人之身分向無權占有人丙行使所有物返還請求權。

否定說：主張否定說之學者以為民法 § 1146 性質上乃屬真正繼承人行使遺產上權利之特別規定，應優先加以適用；從不認其屬特別規定，依請求權相互影響說之法理，亦應解為兩請求權之時效相互影響，繼承回復請求權罹於時效後，繼承人甲則不得更行主張民法 § 767 之權利，否則丙得援引罹於時效之抗辯加以對抗之。

小結：以上二說各有見地，亦各有權威學者採納之，吾人之管見以為，基於保護真正繼承人之立場而言，結論上似應採肯定說為宜。

(三)民法 § 1146 與 § 768 之關係：

尚應更進一步探討者，乃繼承回復請求權之時效與民法 § 768 動產取得時效之關連，易言之，即民法 § 768 規定：「以所有之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，取得其所有權」；此項動產取得時效之進行，是否須以民法 § 1146 之時效完成後始得開始起算，學說上亦有爭議，分述如下：

肯定說：主此說者認為民法 § 768 時效之進行，必須以真正繼承人之繼承回復請求權已罹於時效後方可起算，故繼承人之丙於十年後尚不得立即主張已時效取得遺產中相關動產之所有權，其理由如下：

1. 繼承回復請求權之時效僅有 10 年或 2 年之短期消滅時效，已寓有制裁真正繼承人之意旨。

2. 表見繼承人通常為惡意占有人，惡意占有人不宜優先真正繼承人受保護。

3. 就時效進行而改變權利關係而言，繼承回復請求權之時效屬特別規定，應優先於民法 § 768 之規定適用。

否定說：此說學者以為物權篇中 § 768 時效取得之制度與繼承回復請求權乃本質相互獨立之不同規定，故繼承回復請求權之時效不影響 § 767 之時效，同理，亦不影響民法 § 768 時效之進行，故繼承回復請求權罹於十年時效後，真正繼承人甲雖仍可對丙主張民法 § 767 之權利，惟遺產中若有動產者，丙得依 § 768 主張已取得所有權而拒絕返還，理由如下：

1. 繼承回復請求權之目的在於保護真正之繼承人，使其得減輕舉證責任，而非制裁真正之繼承人。

2. 時效制度中，取得時效之規定較重謀求社會安定與物盡其用之效能，而消滅時效則著重於證據代替之作用，前者為所有權取得之原因，後者為抗辯權發生之原因，二者有其不同功能，無特殊規定與一般規定之關聯，亦即取得時效之援用不以消滅時效完成為前提。

3. 就利益衡量論觀之，社會公益應重於私人利益，故所有權取得時效不受民法 § 1146 之影響。

結論：以上兩說各有所據，惟依法理及見解之連貫性，管見以為應以後說為妥，以呼應前述(二)中之見解，故結論上應認：真正繼承人甲仍得對丙行使所有物返還請求權，惟遺產中若有動產時，表見繼承人丙得援引民法 § 768 以為抗辯拒絕返還。