

《民法》

一、甲意圖賴債，為避免其房屋及該房屋座落基地（以下稱本件房地）被債權人聲請強制執行拍賣，乃與乙約定，就本件房地作成出賣予乙之假買賣，將本件房地移轉登記為乙所有。嗣乙擅自將本件房地出租予丙，每月租金 1 萬元，丙並交付押租金 5 萬元予乙，由於乙尚欠丁 12 萬元未清償，乃與丁約定，將其對丙之一年份租金債權讓與丁，以充償其欠丁之 12 萬元債務。其後，乙又擅自將本件房地出賣予戊，並移轉登記為戊所有，惟本件房地買賣及所有權移轉手續，戊係委託己並授與己代理權，由己依戊的指示完成之。試附理由分別說明下列問題：（25 分）

（一）乙與丙間之租賃契約是否有效成立？丙得否對乙主張以押租金充償租金？

（二）丁請求丙給付租金，惟丙無清償能力，丁得否請求乙償還該 12 萬元債務？

（三）若本案戊知悉甲與乙間就本件房地所成立之買賣及移轉所有權係通謀虛偽意思表示，惟己並不知其情事，乙與戊間之買賣契約是否有效成立？戊能否取得本件房地之所有權？

命題意旨	本題題目事實較為冗長，且考點數量偏多，遍佈民法總則、債總及債各，放在第一題容易使考生慌了手腳。然而，只要同學能夠按照老師上課強調的處理步驟：畫圖、找聲明、找請求權基礎，寫結論，本題其實沒有那麼困難。
答題關鍵	第一小題：測驗的是通謀虛偽意思表示無效引發的租賃契約效力問題，以及承租人得否於租賃契約存續中主張以押租金抵充應給付之租金。 第二小題：測驗各位對於代物清償契約係一要物契約、有償契約之特質有無認識。雖說債之消滅一章屬於較為冷門的考點，但有關於清償部分，老師上課仍然花了不少時間在說明，對各位而言不成問題。此外，債權之讓與人對於債務人之支付能力並不負擔保責任，更是許多考試的常客。 第三小題：係測驗民法第 105 條規定關於代理行為中善意之判斷，算是很好拿分的小題。
高分閱讀	1.徐律師，《民法總則實例演習》，2010 年 3 月 6 版，頁 13-32~33，命中率 100%。 2.徐律師，《民法債編總論實例演習》，2009 年 3 月 3 版，頁 22-15~16，命中率 80%。 3.徐律師，《民法債編各論實例演習》，2009 年 2 月 2 版，頁 3-14~15，命中率 90%；頁 4-17~18，命中率 100%。 4.徐台大，民法（財產法）總複習講義第一回，2010 版。

【擬答】

本題涉及法律爭點較多，爰就各小題所詢問題分析如下：

（一）乙丙間租賃契約有效成立，惟丙不得請求乙以押租金充償租金。

1.按民法第 87 條第 1 項規定：「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效對抗善意第三人。」民法第 118 條第 1 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。」題示情形，甲意圖賴債，遂將其房地以假買賣之方式移轉登記給乙，其讓與合意為通謀虛偽意思表示無效，故系爭房地仍為甲所有，乙對之並無處分權，合先敘明。

惟因乙丙間之租賃契約屬債權契約，不以當事人對租賃標的物有處分權為必要，故乙丙間租賃契約應屬有效。至於該租賃契約得否對抗所有人甲，則屬民法第 87 條第 1 項但書規定所謂「善意第三人」是否及於承租人之爭議，與本題所詢問題無涉。

2.次按土地法第 100 條第 3 款規定：「出租人非因左列情形之一，不得收回房屋：三、承租人積欠租金額，除以擔保金抵償外，達二個月以上時。」於承租人積欠租金時，須以其積欠租金額扣除擔保金而累計達二個月以上時，出租人始能收回房屋。惟是否即可謂承租人得逕行主張自押租金內扣除租金，不無疑問。本文認為，押租金固然得作為抵充欠繳租金之用，惟如在租約存續中發生抵充之效力，承租人並無補充押租金之義務。一旦出租人為抵充後，將造成擔保額度的下降，將不利於出租人。因此，解釋上應認為，於租約存續中押租金是否抵充，為出租人之權利，承租人不得主張，國內通說亦採相同見解。

3.準此，本件乙丙間租賃契約有效，惟丙不得請求乙以押租金充償租金。

（二）本件丁得否請求乙償還該 12 萬元債務，容有爭議，分析如下：



1.按民法第 319 條規定：「債權人受領他種給付以代原定之給付者，其債之關係消滅。」最高法院 65 年台上字第 1300 號判例：「代物清償為要物契約，其成立僅當事人之合意尚有未足，必須現實為他種給付，他種給付為不動產物權之設定或轉移時，非經登記不得成立代物清償。如僅約定將來應為其他種給付以代原定給付時，則屬債之標的之變更，而非代物清償。」故代物清償契約係一要物契約，須以債權人受領他種給付時，始生清償之效力。

題示情形，乙因積欠丁 12 萬元債務，遂將其對丙之 12 萬元債權讓與給丁。乙以對第三人丙之債權代替原本所負金錢債務，係屬代物清償，須以丁受領給付後，始生效力。惟債務人以其對第三人之債權代替原定給付時，究應以債權人取得該債權即為已足，抑或須以債權人依照該債權而取得現實之給付，始能合於本條所定「受領他種給付」，不無疑問。解釋上，債權之讓與僅須以當事人合意即可生效，故丁取得乙對丙之債權後，應可合於受領之意義，故其對乙之債權即已獲得清償而消滅。惟實務上則有見解謂：「代物清償為要物契約，其成立僅當事人之合意尚有未足，必須現實為他種給付。又所謂代物清償乃債權人受領他種給付以代原定之給付者，其債之關係消滅之契約。是代物清償契約為要物契約，不僅為給付之約定，亦必須為現實給付清償。他種給付之種類如何，則非所問，不僅為物之交付，債權移轉自得為代物清償之標的。兩造既然同意於一百三十萬元之範圍內，移轉被告對營建署南工處之保固金返還債權與原告，論其法律性質為代物清償，揆諸前揭判例意旨，代物清償為要物契約，必須營建署南工處已將一百三十萬元之保固金現實交付與原告，原告對被告之承攬報酬請求權，其等債之關係始告消滅（臺灣臺中地方法院 92 建字第 14 號判決）。」而認為應以債權人現實受該第三人清償時，始合於本條規定之受領。

2.次按民法第 347 條規定：「本節規定，於買賣契約以外之有償契約準用之。但為其契約性質所不許者，不在此限。」第 352 條規定：「債權之出賣人，對於債務人之支付能力，除契約另有訂定外，不負擔保責任，出賣人就債務人之支付能力，負擔保責任者，推定其擔保債權移轉時債務人之支付能力。」最高法院 50 年度台上字第 1460 號判決：「債權人受領他種給付以代原定之給付者，即所謂代物清償，而債務人得債權人之允許，以對於他人之債權讓與債權人，以代清償者，亦屬代物清償之一種，於法應認為有消滅債之關係之效力。惟因代物清償而讓與之債權有瑕疵時，由於代物清償乃有償契約，依民法第 347 條自應準用關於出賣人責任之規定，以資救濟。」揆諸上開說明，代物清償契約為有償契約，故依民法第 347 條規定，債務人就其所讓與之債權應負瑕疵擔保責任，惟此一擔保責任不包括對於該第三人之支付能力。

3.準此，如認代物清償須以債權人取得第三人之現實給付始生效力，則因丙無清償能力，該代物清償契約尚未成立生效，乙丁間原有債務尚未消滅，故丁得向乙請求返還該 12 萬元債務；惟如認為本件僅須以丁受領該債權即已合於民法第 319 條規定之要件，則乙對丁之債務已因代物清償而消滅，且丁不得對乙主張瑕疵擔保責任。

(三)本件乙戊間買賣契約有效，惟戊無法取得系爭房地所有權。

1.依題示，乙戊間買賣契約效力如何，不以乙對系爭房地有處分權為必要，已如前述。故乙戊間之買賣契約，應屬有效，合先敘明。

2.按民法第 759 條之 1 第 2 項規定：「因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響。」故乙將系爭房地讓與給戊，係屬無權處分，倘若戊善意不知乙無處分權，即能依本條項規定取得系爭房地所有權。另依民法第 87 條第 1 項但書，如戊善意不知甲乙間通謀虛偽意思表示，亦得主張其無效不得對抗自己，進而主張乙具有處分權，故其可取得系爭房地所有權。

3.次按民法第 105 條規定：「代理人之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫，或明知其事情或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之。但代理人之代理權係以法律行為授與者，其意思表示，如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。」本題戊並非親自與乙進行交易，而係委任並授與代理權給己辦理，此時相對人是否善意應如何判斷，揆諸前開民法第 105 條規定，此時是否明知或可得而知，應就本人即戊決之。現題示戊為惡意，故其不得依民法第 759 條之 1 或第 87 條第 1 項但書主張取得系爭房地所有權。

二、甲為 A 公司之業務經理，負責快遞業務招攬工作，某日因貨車司機乙臨時生病，甲乃代班運送戊之貨物，詎料於「順便」載送小孩上學途中不慎撞傷路人丙；於運送途中復與丁駕駛之小客車發生碰撞，致車損，甲、丁二人雙雙送醫急救，戊之貨物全毀，嗣經鑑定確認碰撞純屬丁之過失所致。試問：(25 分)



(一)甲、丙、戊各得如何主張權利？

(二)A 公司辯稱伊與甲業務經理間係存在委任關係，並非甲之僱用人，故無須連帶負損害賠償責任，是否有理？

(三)丙因甲誠懇認錯，乃向甲表示免除賠償責任，但保留對於 A 公司之全部請求權，問丙得否向

命題意旨	本題考出「僱用人侵權責任」，從正班課程、總複習講義，到考前猜題，老師一再地強調此一爭點的重要性，上課也演練過許多次考古題，對同學來說應該不是什麼難題才對。
答題關鍵	第一小題：測驗僱用人侵權責任，以及一般侵權責任之要件都是國家考試的常見考題。運送人負通常事變責任，更是老師在上課時再三提醒各位的重點，對於同學來說，本題應可輕易拿分！ 第二小題：將則僱用人侵權責任之「僱用關係」要件特別提出來討論，問題並不困難。老師認為，出題者相當地好心，才特別把這一個小題從第一小題獨立出來。假如只有第一小題，可能會有非常多的考生把「業務經理」四個字自動忽視，反而影響了分數。 第三小題：是考古題中常見的爭點，即民法第 276 條規定。以往考試（如 95 律師、88 年台大法研所）多測驗本條第 2 項規定，惟本題則係測驗第 1 項規定之效力。對認真考生來說，應該不會有什麼問題。
高分閱讀	1.徐律師，《民法債編總論實例演習》，2009 年 3 月 3 版，頁 6-6~7，命中率 100%；13-7~30，命中率 90%；頁 16-10~24，命中率 100%；頁 20-5~6，命中率 100%。 2.徐律師，《民法債編各論實例演習》，2009 年 2 月 2 版，頁 10-10~11，命中率 100%。 3.徐台大，民法（財產法）總複習講義第一回，2010 版。 4.徐台大，民法（財產法）司法特考考前猜題，重要爭點四，命中率 100%。

A 公司請求損害賠償？

【擬答】

本題涉及僱用人侵權責任之「僱用關係」、「執行職務」、「侵權行為」等要件，以及僱用人連帶責任與民法第 276 條規定之適用問題，爰依題示情形分析如下：

(一)甲、丙、戊得主張如下權利：

1.丙得向甲請求損害賠償，惟其得否向 A 公司請求連帶負賠償責任，則有爭議：

(1)按民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」題示情形，甲開車不慎撞傷丙，過失不法侵害其身體健康權，故丙得向甲請求損害賠償。

(2)次按民法第 188 條第 1 項規定：「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。但選任受僱人及監督其職務之執行，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，僱用人不負賠償責任。」故受僱人於執行職務侵害他人權利時，除受僱人本身應負損害賠償責任外，僱用人應與其連帶負賠償責任。所謂執行職務，學說與實務所採取之標準不一：實務上係採取客觀說，故民法第一百八十八條第一項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利者而言，即受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，就令其為自己利益所為亦應包括在內（42 台上 1224 例）；惟學說通說則採取內在關聯性理論，而須與僱用人所委辦之職務具有通常合理關聯之行為，對此僱用人可為預見，事先防範，並計算其可能之損害，內化於經營成本，予以分散者，始屬於執行職務。故受僱人執行職務中變更其行程之情形，並非執行職務行為。

準此，如依實務見解，A 公司之業務經理甲為司機乙代班運送貨物，其路上順便載送小孩之行為，仍屬於執行職務行為，故被害人丙得請求 A 公司連帶負損害賠償責任。

2.戊得請求 A 公司及丁就其貨物滅失負賠償責任：

(1)對 A 公司：

按民法第 634 條規定：「運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到，應負責任。但運送人能證明其喪失、毀損或遲到，係因不可抗力或因運送物之性質或因託運人或受貨人之過失而致者，不在此限。」

依題示，客戶戊之貨物因甲丁開車禍而滅失，雖該事故係因丁之過失，惟運送人 A 公司係負通常事變責任，不以其有故意或過失為必要，故戊仍得就其貨物滅失向 A 公司請求損害賠償。

(2)對丁：



題示情形，戊之貨物係因丁之過失而滅失，故丁之過失不法行為已侵害戊之貨物所有權，致其受有損害。戊自得依民法第 184 條第 1 項前段規定向丁請求損害賠償。

3. 甲得民法第 184 條第 1 項前段規定向丁請求損害賠償：

題示情形，丁之過失不法行為侵害甲之身體健康權，致其受有損害。甲自得依民法第 184 條第 1 項前段規定向丁請求損害賠償。

(二) 甲係 A 公司之業務經理，雙方成立委任契約，惟只要 A 公司對於甲之執行職務有選任監督之權限，兩者間即有事實上監督關係，A 公司即應就甲之行為負損害賠償責任。

1. 按最高法院 83 年度台上字第 1018 號判決：「所謂委任，係指委任人委託受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理。故受任人給付勞務，僅為手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。而所謂僱傭，則指受僱人為僱用人服勞務之契約而言。僱傭之目的，僅在受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地。兩者之內容及當事人間之權利義務均不相同。上訴人受被上人訴人自五十八年五月十二日僱用為其管理部辦事員，其後擔任股長、科長、課長，其職務之性質，均為單純給付勞務為目的之工作，其與被上訴人間之關係，為單純僱傭性質。惟其後升任被上訴人之襄理、副理、副總經理，因其職務屬經理人之性質，其與被上訴人間已變更為委任關係。」經理人與公司間係成立委任關係，而非僱傭關係，合先敘明。

2. 次按最高法院 45 年台上字第 1599 號判例謂：「民法第一百八十八條所稱之受僱人，係以事實上之僱用關係為標準，僱用人與受僱人間已否成立書面契約，在所不問。」57 年台上字第 1663 號判例謂：「民法第一百八十八條第一項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者均係受僱人。」故民法第 188 條第 1 項所謂僱用關係，並非以僱傭契約之受僱人為限，而應視僱用人對其得否為監督而定。

3. 準此，甲雖係 A 公司之業務經理，雙方成立委任契約，惟只要甲在客觀上被 A 公司使用為之服務勞務，並受 A 公司之監督時，即有僱用人侵權責任之適用，A 公司尚不得以其與甲間為委任契約而抗辯免責。

4. 惟誠如前述，題示情形是否合於「執行職務」之要件，仍有爭議，故 A 公司得主張甲順便載送小孩上學之行為並非執行職務，其無須負賠償責任。

(三) 丙得否向 A 公司請求損害賠償：

1. 按民法第 276 條第 1 項規定：「債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。」題示情形，甲與 A 公司應依民法第 188 條第 1 項規定向丙連帶負損害賠償責任。現丙表示免除甲之賠償責任，為免發生借花獻佛之弊，A 公司得依民法第 276 條第 1 項規定主張就甲應負擔之部分免其責任。

2. 惟按民法第 188 條第 3 項規定：「僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。」受僱人與僱用人所負連帶損害賠償債務，僱用人依民法第 188 條第 3 項規定，於賠償損害時，對於侵權行為之受僱人，有求償權，無應分擔部分可言。亦即，受僱人於內部應分擔部分為 100%。故 A 公司得依民法第 276 條第 1 項規定主張免除全部責任，而拒絕向丙賠償。

3. 或謂丙係表示免除甲之賠償責任，而保留對於 A 公司全部請求權，上開解釋對丙顯有不公平之處。惟如允許丙得向 A 公司請求損害賠償，A 公司勢必仍將依民法第 188 條第 3 項規定向甲行使求償權，則丙對甲之免除亦將失其意義。故上開見解應屬允當。

三、甲為了購買 A 屋及其基地，向乙銀行貸款 4 千萬元，於辦理所有權移轉登記完畢，同時由甲將 A 屋及其基地設定普通抵押權給乙，清償期為民國 99 年 1 月 10 日，甲乙約定於債權已屆清償期而未為清償時，A 屋及其基地所有權移轉於乙，辦理抵押權登記時並登記此一約定條款，甲因投資失利，於債權屆清償無力清償；丙為甲的普通債權人，對甲有 5 百萬元債權，甲逾期不清償，丙起訴並取得勝訴判決確定，丙於民國 99 年 7 月 10 日聲請法院查封拍賣 A 屋及其基地，乙銀行隨即提起異議之訴，問法院應如何判決？（25 分）



命題意旨	本題看起來像在考流抵契約之效力，但實際上也涉及了強制執行法的爭點。雖然這樣的考法並不是第一次（94 年司法官就曾出先現），但總是讓人感到困惑。不過本題涉及的爭點其實很明確，即強制執行法第 15 條有關第三人異議之訴，所謂「足以排除強制執行之權利」是否包括流抵抵押權？此一問題較為冷門，一般教科書裡也較少提及，而係實務上操作可能產生之爭議。在各位沒有肯定的答案時，宜正反兩說併陳，最後再以自己的見解作答。
答題關鍵	
高分閱讀	1.徐律師，《民法物權實例演習》，2010 年 4 月 4 版，頁 9-48～51，命中率 65%。 2.徐台大，法觀人司特考場特刊，民法（財產法）重要爭點 10，命中率 65%。 3.《97 年法律座談會彙編》，臺灣高等法院編印，2008 年 12 月。 4.張登科，《強制執行法》，2006 年 9 月修訂版，頁 166-167。

【擬答】

本題所涉爭點為「流抵抵押權人得否提起第三人異議之訴，以排除他人就抵押物之強制執行」之爭議。爰依題示情形分析如下：

(一)普通抵押權人原則上不得提起第三人異議之訴：

- 1.按強制執行法第 15 條前段規定：「第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。」
- 2.次按最高法院 68 年台上字第 3190 號判例：「強制執行法第 15 條所謂足以排除強制執行之權利，係指對於執行標的物有所有權、典權、留置權、質權存在情形之一者而言。」最高法院 93 年度台上字第 2293 號判決：「強制執行法第十五條規定『第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利』者得提起異議之訴，係指第三人就執行標的物具有一定權利，並因強制執行而受侵害，致其在法律上有無可忍受之理由而言。至該第三人具有何種權利始得提起異議之訴，則端視其權利內容及執行態樣而定，並非就執行標的物具有所有權即當然認其有足以排除強制執行之權利。又抵押權係就抵押物所賣得之價金有優先受償之擔保物權，具有物權之優先效力與追及效力，初不問其不動產所有人之誰屬而有不同。是抵押權人就供擔保之抵押不動產聲請強制執行者，本於抵押權之追及效力，縱第三人就執行標的不動產回復為所有人，自難謂其有足以排除強制執行之權利而得提起異議之訴。」學說上亦多持否定見解，而認為抵押權人不得提起第三人異議之訴。
- 3.準此，普通抵押權人無從以其抵押權為依據，就抵押物之強制執行提起第三人異議之訴，合先敘明。

(二)流抵抵押權人得否提起第三人異議之訴，容有爭議：

- 1.按民法第 873 條之 1 規定：「約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移轉屬於抵押權人者，非經登記，不得對抗第三人。抵押權人請求抵押人為抵押物所有權之移轉時，抵押物價值超過擔保債權部分，應返還抵押人；不足清償擔保債權者，仍得請求債務人清償。抵押人在抵押物所有權移轉於抵押權人前，得清償抵押權擔保之債權，以消滅該抵押權。」依本條第 1 項規定，流抵契約之本質雖為債權契約，惟當事人非不得經登記而使該約定取得對抗第三人之效力（即物權效力）。惟是否即可據此謂流抵抵押權人得提起第三人異議之訴，容有爭議。
- 2.或謂：因流抵約款乃抵押權私實程序之一種，如妥適運用自足以促進抵押物價值之極大化，然抵押物變價之多寡與抵押人、債務人、債權人之利益攸關密切，其利益之維護應宜以兼顧。衡諸流抵約定係以將來標的物權利之移轉作為擔保債權之手段，其特徵在於手段（移轉權利）可能大於目的（擔保債權），為調和此種手段與目的之不平衡，而有特別課以清算義務之必要，以平衡債權人和債務人之利益狀態。而探求流抵約定當事人間之真意，應係以抵押標的物之所有權價值擔保債務之清償（即以支配標的物之擔保價值為目的），而非以取得擔保標的物之所有權為目的，故性質上為擔保權。在確認流抵約定之「擔保性質」之後，為避免流抵抵押權人取得超過被擔保債權額之利益，即有強制課予流抵抵押權人清算義務之必要。因此，若為流抵之約定，抵押權人負有清算抵押物價值之義務，俾能兼顧各方利益之平衡。且此項契約仍係以法律行為移轉抵押物之所有權，故仍需辦理所有權移轉登記後，始生所有權移轉之效力。故抵押權人之流抵約定業經登記，雖得對抗第三人，然流抵約定非當然使其取得流抵標的物之所有權，仍有待清算義務之踐行並完成所有權移轉登記後，始能由抵押權人取得標的物所有權，故抵押權人所擁有者，僅係「擔保性質之權利」。而於後順位債權人已聲請對流抵標的物為強制執行之情形，流抵抵押權人既仍得主張就拍賣價金優先受償，則其權益已獲相當保障，況若流抵抵押權人欲取得標的物所有權，亦得參與拍賣投標，對其利益亦無損害。準此，流抵抵押權人並無足以排除強制執行之權利（臺灣士林地方法院 99 年度訴字第 258 號判決意旨參照）。



3. 惟依民法第 873 條之 1 規定之反面解釋，流抵押契約一經登記即得對抗第三人。此第三人係指契約當事人以外之人，解釋上包括抵押人之他債權人。至所謂「得對抗」，乃指如有妨礙抵押權人行使流抵押契約權利者，抵押權人得主張該行為對其不生效力之謂。故於抵押權人行使流抵押契約權利前，抵押人之他債權人並非不得對抵押物聲請為強制執行。惟於流抵押抵押權人之抵押權債權清償期屆至而未獲清償時，其得依法行使流抵押契約權利，請求抵押人移轉登記抵押物所有權。如此時抵押物遭他債權人為查封登記，地政機關即無從辦理所有權移轉登記，對抵押權人行使流抵押契約權利造成妨害，故應認抵押權人得主張該強制執行程序對其不生效力，請求法院駁回該他債權人強制執行之聲請。換言之，流抵押抵押權人得對抗後順位抵押權人、普通債權人及聲請保全執行之債權人。

3. 筆者認為，固然抵押權之本質在於擔保債權之實現，惟揆諸民法第 873 條之 1 規定乃在放寬流抵押契約之限制，抵押權除可讓抵押權人獲得擔保外，亦有使流抵押抵押權人可預期其得於「清償期屆至而債務人無法清償時取得該抵押物所有權」。如認流抵押抵押權人不得提出異議，而僅能於強制執行程序中請求分配，將無法取得所有權，與其訂立流抵押契約之本意有所違背。如許抵押權人得主張異議，並於執行程序終結後取得標的物所有權，經抵押權人乙銀行為清算後，如有剩餘，再由一般債權人丙依強制執行程序分配，可同時兼顧抵押權人乙銀行及一般債權人丙之權益，故以肯定說為宜。

(三) 綜上所述，雖實務上有不同見解，惟筆者認為，本件乙銀行得提起第三人異議之訴，較合於民法第 873 條之 1 修正意旨，並得兼顧抵押權人及一般債權人之權益。

四、甲男與乙女為夫妻，生下雙胞胎之丙女與丁女。甲男為傳香火，認識戊女。戊女之夫赴大陸經商多年，久未返回台灣。戊女對甲男詐稱仍為單身。二人同居一年後，生下 A 男。甲男乃提供 A 男之生活日用品。甲男為丙女之營業，贈與 60 萬元。甲男贈與一年後，因車禍死亡。甲男死亡時對債權人己與債權人庚分別負債 120 萬元與 240 萬。試問：甲男死亡而留下 720 萬元時，應如何繼承？（25 分）

命題意旨	此類綜合性之考題，歷年來於研究所及國家考試均已出現多次，主要在測驗學生能否將各章節之重點融會貫通、加以應用，只要基本概念清楚，答對應非難事！只是因為題目不難，為了強化識別度，同學在作答時除要注意答題架構、層次外，尚可妥善衡量時間及篇幅，斟酌答案之深度，仔細從題目設計中尋求蛛絲馬跡，適時衍生相關重點之論述，以求取高分！
答題關鍵	於繼承人認定部份，除「婚生推定、認領」等基本概念外，尚可進一步探討「顯非自夫受胎子女」之概念；而遺產數額認定之部份，除「第 1173 條歸扣制度下生前特種贈與之性質分析」等固有爭點外，更應就「98 年 6 月修法時增訂之第 1148-1 條規定」深入分析其適用範圍以及性質。答題上多注意不同見解間之關連性、考量答案之層次感。 本題考點並不困難，除傳統考點外，就繼承新修法的部份明顯是借鑒今年台大的研究所考題，老師在考前總複習不斷強調今年台大考題重要性，並且詳細分析對照，猜題爭點命中程度 100% 的情形下，相信同學對本題應答應是如魚得水、得心應手！
高分閱讀	【命中率 100%！】 1. 侯台大，99 年律司身分總複習講義，第一回：P.7、P.9、P.32、P.48；第二回：P.11~P.14。 2. 侯台大編著，重點摘要速讀系列《身分法精要》P.1-13、P.1-14、P.1-18、P.2-25、P.2-13、P.2-40~P.2-42、P.2-53~P.2-59。 3. 侯律師編著，高點法學圖說系列《身分法》P.3-31~P.3-33、P.3-51~P.3-53、P.9-32~P.9-33、P.9-86~P.9-87、P.9-99~P.9-104。

【擬答】

(一) 甲男之繼承人：為乙妻以及丙、丁二女。

1. 乙女為甲男之合法配偶，依民法第 1144 條規定，配偶有相互繼承遺產之權，乙女係自甲男之繼承人。
2. 丙女與丁女為甲乙之婚姻關係存續中所生之子女，依民法第 1061 條規定，由婚姻關係受胎而生之子女為婚生子女，因此丙女與丁女為甲之一親等直系血親卑親屬。依民法第 1138 條規定為第一順序繼承人，享有繼承權。
3. A 男是否為甲男之血親繼承人，容有不同意見，分析如下：
 - (1) 如題所示，A 男之生母戊女係有夫之婦，此時依民法第 1063 條第 1 項規定，妻之受胎係在婚姻關係存續中，則其所生之子女推定為「夫之婚生子女」。因此，A 男事實上雖為甲男與戊女所生之子女，甲男



與 A 男之間存在真實血統聯絡，而甲男亦有提供 A 男生活日用品之行爲，然而，生父對於具有真實血統聯絡之子女得以認領，限於「非婚生子女」始得爲之，而 A 男既已「推定爲戊女之夫之婚生子女」，於此推定效力否認前，甲男均無法認領，此乃基於家庭生活之和諧及未成年子女最佳利益之保護優先於血統真實原則之立法意旨。

- (2)然而，「戊女之夫赴大路經商多年」，於此種「夫妻在婚姻關係存續中並未有同居共同生活事實」之情形，妻所生之子女是否仍有受本條婚生推定之實益，學說上實有不同意見：

A.或有認爲，婚生推定之制度係源於「夫妻過正常生活時」始有實益，倘在客觀上，妻顯然不可能由夫受胎者，如仍適用婚生之推定，即無意義可言，反之，如不適用婚生之推定，不但可以除去因否認之訴之要件過於嚴格所引起之弊害，更可減少法律學上父子關係與生物學上父子關係不一致之現象。如以此見解，倘認 A 男無須「推定爲戊女之夫之婚生子女」，則生父甲提供 A 男生活日用品之行爲，即得認爲有撫育之事實，進而依民法第 1065 條第 1 項規定視爲認領。此時 A 男仍得據以主張其爲甲男之繼承人。

B.然而，吾意以爲上開見解似有合理之處，惟於我國法制下，爲避免使「婚生否認訴訟」之規定空洞化，並不宜採認。況按依最高法院 75 年臺上字第 2071 號判例見解暨釋字第 587 號解釋理由書所示，夫縱在受胎期間內未與其妻同居，夫妻間未有同居共同生活之事實，該子女仍應先受婚生推定，再藉由提起婚生否認之訴加以救濟，應較爲妥適！

C.因此，本題中 A 男既已「推定爲戊女之夫之婚生子女」，依題意又未有提起婚生否認訴訟之情事，故此推定效力仍應維持，如此即無法因甲男提供 A 男生活日用品之行爲而認爲有撫育之事實，進而依民法第 1065 條第 1 項規定視爲認領。因此，A 男雖與甲男有真實血統聯絡，惟不具備法律上親子關係，因此仍非甲男之繼承人，不得享有繼承權。

(二)甲男之遺產數額認定：

1.對外債務清償之「責任財產」認定：

依第 1148-1 條規定：「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，該財產視爲其所得遺產。」依題所示甲男贈與丙女 60 萬之一年後死亡，依文義觀之即屬「被繼承人死亡時 2 年內之贈與」，然而本題中是否有前開規定之適用，仍有探究餘地。

(1)題中並未提及甲男死亡之確切時間，然而第 1148-1 條規定係於 98 年 6 月修法時始增訂，參酌施行法之規定，本條文並無溯及適用之特殊規定，再者本條係著重於繼承之對外效力，與 91 年修法增訂之「剩餘財產分配請求權之保全措施」之性質雷同，爲兼顧交易安全，本條仍應回歸施行法第 1 條不溯及既往之規定，必須「該行爲發生於新制修正後」始有其適用，合先敘明。

(2)然而，縱使本題中「甲男之死亡時間係於 98 年 6 月後」，惟依第 1148-1 條之立法理由觀之，學者俱認「本條項之規定既在避免影響被繼承人債權人之權益而設，則於被繼承人實際留下之財產『不足以清償』其所負之債務時，該贈與之數額方視爲所得遺產，而作爲清償被繼承人債務之標的。」反之，倘若被繼承人所留下之「積極財產已多過其債務」者，或「未有債務」的情形，此時則無保護債權人之必要，無須將繼承人於被繼承人生前兩年內所受之贈與再加入所得遺產，否則有明顯違背被繼承人處分財產之自由意志，甚至剝奪其在死亡前兩年對他人爲單純贈與之意願，害及其處分財產之自由。

(3)是以，以本題情形觀之，甲男死亡時留下之財產爲 720 萬元，而債務關係僅有對己之 120 萬債務以及對庚之 240 萬債務，此時並無不足以清償之情事，因此，贈與予丙女之 60 萬元部份，毋須依第 1148-1 條規定予以加計至責任財產之中。

2.對內之「應繼遺產」認定：

(1)然而，贈與予丙女之 60 萬元部份，雖毋須依第 1148-1 條規定予以加計，惟依第 1173 條第 1 項之規定：「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，爲應繼遺產。但被繼承人於贈與時有反對之意思表示者，不在此限。」

(2)是以，如題所示甲既係爲丙女之「營業」而爲之贈與，自有上開「歸扣」規定之適用，亦即甲之應繼遺產應爲死亡時留下之 720 萬元，再加入贈與予丙女之 60 萬元，計爲 780 萬元。

(3)另因甲男死亡時，尚有對己之 120 萬債務以及對庚之 240 萬債務，就 780 萬元扣除上開債務後，可供分配之遺產，計爲 420 萬元。



(三)甲男之財產應如何分配：

- 1.甲死亡後，僅乙妻以及丙、丁二女為繼承人，其應繼分依民法第 1144 條第 1 款規定，配偶與第 1138 條所定第一順序之繼承人同為繼承時，其應繼分與他繼承人平均。故乙妻以及丙、丁二女之應繼分各為三分之一。
- 2.惟丙女已因營業受有 60 萬元之生前特種贈與，而「生前特種贈與本質上既為應繼分之前付」，則先前接受之繼承人如未返還，而可再基於繼承人之地位再就剩下之遺產分配，如此即會嚴重影響其他繼承人之利益。因此，依第 1173 條第 2 項之規定：「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。」亦即扣除之後，乙妻及丁女各得 140 萬元，而丙女則僅得主張 80 萬元。
- 3.末按，就 A 男之部份而言，吾意以為 A 男雖與甲男有真實血統聯絡，甲男亦有提供 A 男生活日用品之行為，惟因 A 男遭推定為戊女之夫之婚生子女，而無法受生父甲男認領，從而不得享有繼承權。但因 A 男受甲男生前繼續扶養，為避免 A 男因甲男死亡而生活陷於困頓，故應認 A 男得依民法第 1149 條規定，向親屬會議請求遺產酌給，宜一併敘明之。

