

# 《民法與民事訴訟法》

一、甲公司出售迷彩短袖 T 恤 10 萬件給乙公司，約定甲應先製作樣品送乙確認後方得生產，甲為產製該批袖 T 恤，立即向丙訂購所需之胚布一批，並依約將 T 恤的樣品寄送給乙請求確認，惟乙表示樣品不符約定，甲多次催告乙告知修改之方式，但遭乙拒絕，且對於甲之催告置之不理，致甲不能製作乙訂購之貨品。嗣乙表示解除該 T 恤買賣之訂單，甲不同意取消訂單，甲因乙拒絕履約，而受有所失利益及訂製胚布之損失，乃向乙請求損害賠償。

隔日，丙將甲訂購之胚布交由丁貨運行運送至甲公司時，甲公司之負責人 A 表示，乙已經取消訂單，請丁送回該批胚布於丙。丁於回程途中，因抽象輕過失，汽車翻覆失火，該批胚布全毀。丙向甲公司請求賠償損失時，甲公司之負責人 A 抗辯丙應承擔丁發生車禍的過失，因而解除雙方關於胚布買賣之契約，甲公司不應負賠償責任。

丙與 A 因此發生激烈爭執而大打出手，丙以鐵棍毆擊 A 後，揚長而去。A 經他人送往醫院急救，並為頭部 X 光攝影，由急診處戊醫師看診，判斷 A 之病情並無大礙，囑其回家休息即可。然 A 於回家後，第二天即死亡。A 之家屬事後查知，A 之頭部 X 光攝影顯示，左部頭骨具有裂痕 5-7 公分，乃請求丙及戊連帶負賠償責任。丙抗辯，是 A 先出手毆打丙，不應全部苛責於丙。戊醫師則抗辯，其僅為家醫科醫師，A 之 X 光攝影頭骨裂痕，必須神經外科醫師始得發現，其已盡注意義務而無過失，無須負責。

試問：甲就其損失，如何向乙主張權利？又丙就胚布之滅失，如何向甲主張權利？甲之抗辯是否有理由？再者，A 之家屬請求損害賠償時，丙及戊之抗辯有無理由？（45 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.就債權人不履行其對契約之協力時，債務人應如何主張其權利；2.關於種類之債，債權人受領遲延時，就其標的物毀損滅失之危險應由何人負擔之問題；3.關於互為侵權行為之加害人得否主張與有過失，以及醫生就其病患是否盡其診療之注意義務。
答題關鍵	<p><u>第一小題</u>：應先判斷系爭行為之性質，且甲乙約定甲應先製作樣品後送乙確認後方得生產之定性，再討論乙違反此行為時，應負何種責任。</p> <p><u>第二小題</u>：其爭點與 85 年台大、86 年政大法研所的題目如出一轍。應先定性本題胚布買賣契約係屬「種類之債」，而於債務人依債之本旨提出給付時，即屬特定，而有給付不能問題。嗣後，於債權人受領遲延時，債務人僅就故意或重大過失負責，而於不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能時，此時價金之風險，基於公平正義原則，應由債權人負擔。</p> <p><u>第三小題</u>：第一部分丙之抗辯，在被害人與加害人間之互毆行為，於法律上得主張加害人丙不負責或減輕責任之理由，可能為「正當防衛」或「過失相抵」。而正當防衛須注意是否為「現時」，然互毆可否主張過失相抵，實務見解採否定說，惟學者有採肯定之看法。</p>
高分閱讀	高台大，民法上課講義，第四回，可歸責債務人之事由、受領遲延及過失相抵之部分參照。

## 【擬答】

(一)甲就其損失，得依民法第 267 條及第 367 條規定，向乙主張原約定之價金而獲填補：

- 1.本題，甲出售 10 萬件 T 恤予乙，依民法第 345 條規定，甲乙間成立一買賣契約，而其約定甲應先製作樣品後送乙確認後方得生產，故甲如欲履行給付 10 萬件 T 恤債務，須以乙確認樣品為前提。
- 2.按給付兼需債權人之行為，經債務人以準備給付之事情，通知債權人者，依第 235 條但書規定，以該通知代給付之提出。然依題示，甲依約將樣品寄送予乙確認，惟乙表示其樣式不符約定，而甲多次催告乙告知修改方式，乙仍置之不理之行為，即屬違反本條其對契約履行之協力行為。惟通說及實務見解認為，債權人違反第 235 條之協力行為，僅係對己義務之違反，故除當事人另有約定者外，債務人對債權人並無損害賠償責任。
- 3.是以，本題甲欲填補其損失，應非主張損害賠償，而實際上所應主張者，係因乙違反其確認樣品之協力行為，以致甲無法依約履行 10 萬件 T 恤之給付義務，而屬可歸責債權人之事由以致給付不能之情形。職此，本題債務人甲即得依第 267 條規定，請求債權人乙依第 367 條規定負有支付原約定價金之對待給付義務，



以填補甲向丙訂購胚布之損害及其所失利益。惟依該條但書規定，仍應扣除其因免給付義務所得之利益或應得之利益<sup>註1</sup>。

(二)丙就胚布之滅失，仍得依民法第 367 條規定向甲請求給付價金而獲填補，甲抗辯丙應承擔丁之過失而主張解除契約，不負賠償責任，應無理由：

- 1.本題甲為製作乙之 T 恤，因而向丙訂購胚布一批，而胚布其性質上為種類物，故甲丙間依民法第 345 條規定，成立種類物之買賣契約。
- 2.又丙將甲訂購之胚布交由丁貨運運送至甲公司，係屬依債之本旨提出給付之行爲，且該種類物依第 200 條第 2 項規定，亦因丙完結交付之必要行爲而特定。
- 3.而甲公司之負責人 A 向丁表示，因乙已取消訂單，請丁送回該批胚布於丙之行爲，除非當事人另有約定以乙之訂單為該買賣契約效力發生之條件者外，否則應認為甲係無正當理由而拒絕受領，故依民法第 234 條規定，甲應負受領遲延之責任。
- 4.丁於回途中，因其抽象輕過失，導致該胚布全毀，因該胚布已屬特定，故有給付不能之問題。而丁係丙之履行輔助人，依第 224 條規定，丙亦有抽象輕過失。惟於甲受領遲延下，出賣人丙對於胚布之毀損滅失，依第 237 條規定，僅就故意或重大過失負給付不能之責任。然丙僅具有抽象輕過失，故對該胚布之給付不能，丙係屬不可歸責。是以，甲主張丙應承擔丁之過失而解除契約，不負賠償責任之抗辯，應無理由。
- 5.又該滅失非可歸責於出賣人丙，故依第 225 條第 1 項規定，其免給付胚布之義務。且該滅失，亦非可歸責於甲所致，故依第 266 條第 1 項規定，甲免為價金之對待給付義務。惟若認甲免為價金給付，則實際上係由債務人丙負擔胚布滅失之損害，於債權人受領遲延下，不盡合理。故學者認為<sup>註2</sup>，於受領遲延狀態下，發生不可歸責雙方當事人之事由致給付不能時，應視為可歸責於受領遲延之債權人，由其負擔受領遲延下之價金給付風險，以符合公平正義原則。準此，本題胚布出賣人丙，得依第 267 條及第 367 條規定，請求買受人甲給付原約定之價金。

(三)A 之家屬請求賠償時，丙及戊之抗辯有無理由，茲分述如下：

- 1.丙主張 A 先出手毆打丙，不應全部苛責於丙之抗辯，依實務見解應無理由，惟依學者之看法，仍有主張過失相抵之可能性：
  - (1)本題，丙與 A 發生激烈爭執而大打出手，丙以鐵棍毆擊 A，致 A 受傷，係故意或過失侵害 A 之身體權及健康權。然丙主張 A 先出手毆打丙，依其情形應屬雙方互毆之侵權行爲。此時，丙認為不可全部苛責於丙之抗辯理由，可能為「正當防衛」或「過失相抵」之規定。
  - (2)按正當防衛，係對於「現時」不法之侵害，為防衛自己或他人權利所為之行爲而言，民法第 149 條前段定有明文。而本題如 A 之毆打行爲已經完結，則侵害業已過去，丙做出之反擊行爲，並非正當防衛行爲，故丙欲主張正當防衛而不負損害賠償責任，應無理由。
  - (3)次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，民法第 217 條第 1 項定有明文。然本題 A 與丙係雙方互毆行爲，而依實務見解，雙方互毆乃雙方互為侵權行爲，與雙方行爲為損害之共同原因者有別，無民法第 217 條過失相抵原則之適用（最高法院 68 年台上字第 967 號判例參照）。準此，本題丙欲主張民法第 217 條過失相抵而減輕損害賠償之抗辯，依上開實務見解，亦無理由。

<sup>註1</sup>本題除上開解法外，解釋上另有其他解法以供各位同學思考：

- (1)第二種方式，將本題「乙確認樣品之義務」，解為並非僅係協力行爲之對己義務，而認為係為圓滿達成契約履行目的之「從給付義務」。且從給付義務不限於約定於債務人負擔，約定於債權人負擔，亦無不可。因此債權人乙因違反其從給付義務，故甲得依不完全給付規定，即依第 227 條第 1 項準用給付遲延之規定，請求損害賠償。
- (2)第三種方式，可將甲乙間之約定，看作是「承攬」及「買賣」之混合契約，亦即前階段約定確認樣式者看作承攬，而其後階段出賣經乙同意樣式之 10 萬件 T 恤之行爲看作買賣。因其爭執點係於前階段承攬之部分，故其解決之方式，將乙拒絕確認行爲，得依民法第 509 條規定，認為係定作人乙受領工作前，因其指示不適當，致工作不能完成者，承攬人甲如即時通知定作人乙時，得請求其已服勞務之報酬，及墊款之償還，定作人乙有過失者，並得請求損害賠償。

<sup>註2</sup>王澤鑑，《法學入門民法概要》，頁 268。

(4)惟有學者主張<sup>註3</sup>，通說認為過失相抵中之過失，雖屬非固有意義之過失（對己義務之違反），然不得認為構成固有意義之過失（對他義務之違反）時，即無過失相抵原則之適用。因此於互毆之侵權行為情形，雙方均係違反「不得侵害他人權益」之注意義務，而仍應適用過失相抵原則，以減免加害人之賠償責任。準此，本題丙依上開學者之見解，仍有主張過失相抵之可能性。

2.戊主張其已盡注意義務而無過失，無須負責之抗辯，亦無理由：

(1)本題醫療契約成立於 A 與醫院之間，戊僅為 A 之診療醫師，並非契約之當事人，故如戊有過失致 A 死亡者，其應成立民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為損害賠償責任，而非契約之債務不履行責任，合先敘明。

(2)依題所示，A 之頭骨裂痕長達 5-7 公分，縱非受過醫療專業訓練之一般人，多半皆可以肉眼辨識該裂痕之存在，更遑論受過醫療專業訓練之醫師。故戊雖僅為家醫科之醫師，亦應有判斷之能力，然其認為 A 並無大礙之判斷，難謂其無過失。故戊主張僅為家醫科之醫師，A 之 X 光攝影頭骨裂痕，必須神經外科醫師始得發現之抗辯，應無理由。

(3)退萬步言，縱使非其專業能力所能判斷，但戊為急診室醫生，本身就應有處理急症之能力，如限於專長能力而無法確定病因或提供完整治療時，應有建議病人轉診<sup>註4</sup>或請求提供專業支援之義務。然其並無建議 A 轉診或請求提供專業支援，亦難謂其無過失。

(4)綜上所述，戊主張其已盡注意義務而無過失，無須負責之抗辯，應無理由。

二、甲於民國（下同）90 年 9 月向乙借款新臺幣（下同）2000 萬元，以其所有 A 地設定存續期間自 90 年 9 月 22 日起至 105 年 9 月 21 日止、最高限額 2500 萬元之抵押權予以擔保，擔保債權範圍雖未於土地登記簿一一記載，但以抵押權設定契約書為該最高限額抵押權登記之附件，契約書條款記載：「擔保物提供人甲為擔保債務人甲對抵押權人乙，在抵押權設定契約書所定之最高限額以內，現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務（如應返還之押租金等），並包括其利息、遲延利息、違約金、實行抵押權費用、損害賠償及其他有關費用之清償，特提供前列擔保物設定抵押權與抵押權人。」如甲將上述 2000 萬元借款及其利息於 97 年 12 月 21 日清償完畢後，又於 98 年 3 月 1 日擔任丁之連帶保證人，擔保丁向乙借款 1000 萬元債務之清償。丁後來不知去向，乙請求甲代丁清償 800 萬元之債務，甲對丁之不負責任忿忿不平，於 100 年 7 月 1 日抑鬱死亡，由丙繼承 A 地所有權。乙於 100 年 9 月 1 日向丙主張其就 A 地有最高限額抵押權，丙則主張：該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效；如非無效亦已於 97 年 12 月 21 日消滅；如未消滅，其所擔保之債權範圍亦未包含上述連帶保證之債權。試問：丙之主張有無理由？（45 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.修法前概括最高限額抵押權之效力；2.最高限額抵押權擔保債權之公示效力有無；3.概括最高限額抵押權之存續期間意義；4.於修法後始生之系爭保證債務是否為最高限額抵押權之擔保範圍
答題關鍵	第一部分，先說明於修法前，大部分實務見解均承認概括最高限額抵押權之存在，且§881-1 II 並無溯及適用，故實務見解認為於修正前約定概括最高限額抵押權者，應為有效。 第二部分，擔保債權未於登記簿上載明，僅以附件表示者，84 台上 1967 判例認為亦為抵押權效力所及。惟學者認為於土地登記規則§115-1 I 增訂後，上開判例應不適用。惟本題登記係於該條增訂前，該條並無溯及之明文，故本題仍有上開判例之適用。 第三部分，可先說明本題當事人間約定之「存續期間」於概括最高限額抵押權之意義，與修正後§881-4 的「確定期日」之差異。接著於概括最高限額抵押權下，依 66 台上 1907 判例，於存續期間屆滿前，抵押人不得無故主張終止，故縱使約定擔保債權有消滅者，最高限額抵押權亦不因此消滅。 第四部分，依實務見解，因其承認概括最高限額抵押權，且本題當事人之約定方式，除「其他債務」

<sup>註3</sup>陳聰富，〈過失相抵之法理基礎及其適用範圍〉，《台灣本土法學》，第 98 期，頁 71、72。

<sup>註4</sup>醫療法第 73 條第 1 項規定：「醫院、診所因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定，先予適當之急救，始可轉診。」



	之約定可能認為較概括外，其他「票據」、「借款」、「墊款」、「保證」等，皆認為不違反「一定之法律關係」之要件。惟學者認為，上開約定仍不具實質確定及客觀明確，而屬概括。又本題保證債務之發生係於§881-1 II 修正施行後，且擔保債權之性質亦非不可分，故為貫徹禁止概括最高限額抵押權之立法目的，應認為系爭保證債務適用依§881-1 II 規定，不在抵押權效力範圍內，以保護抵押人之權利。
高分閱讀	高台大，民法上課講義，第六回，最高限額抵押權之部分參照。

## 【擬答】

## (一)系爭最高限額抵押權效力之說明：

- 1.本題甲乙於民國 90 年 9 月約定，以其所有 A 地設定存續期間自民國 90 年 9 月 22 日至 105 年 9 月 21 日，最高限額為 2500 萬之最高限額抵押權。而就其擔保之債權，其約定應擔保現在及將來所負之票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務之內容觀之，因其不具實質限定性及客觀明確性，故應屬「概括限額抵押權」。而修正前實務見解多半承認概括最高限額抵押權之存在<sup>註5</sup>。
- 2.然依 96 年增訂之民法第 881 條之 1 第 2 項規定，修正後明文雖否認概括最高限額抵押權之效力，惟物權編施行法第 17 條規定，該條並無溯及適用之效力，故本題甲乙於民國 90 年 9 月約定之概括限額抵押權，仍屬有效，合先敘明。

## (二)丙主張該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效，應無理由：

- 1.本題，甲乙間之最高限額抵押權之擔保範圍，雖未一一登載於土地登記簿上，惟其以作為抵押登記之附件，是否為抵押權效力所及，學說及實務見解有不同看法。
- 2.按最高法院 84 年台上 1967 號判例之見解，抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，但如因內容過於冗長，登記簿所列各欄篇幅不能容納記載，可以附件記載，作為登記簿之一部分。因此關於最高限額抵押權所擔保之債權，雖未記載於土地登記簿，然於聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，此契約書既作為登記簿之附件，自為抵押權效力所及。
- 3.惟學者認為，土地登記規則第 115 條之 1 第 1 項已明文規定，登記機關應於登記簿記明契約書所載之擔保債權範圍，故上開判例見解已無援用之餘地<sup>註6</sup>。惟本條係 96 年所增訂，並無溯及之適用，故本題甲乙於 90 年 9 月設定時，仍有上開實務見解之適用。
- 4.準此，本題如甲乙間之最高限額抵押權之擔保範圍，如依上開實務見解，該附件所載之內容，亦為抵押權之效力所及。故丙主張該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效，應無理由。

## (三)丙主張該抵押權已於 97 年 12 月 21 日消滅之主張，應無理由：

- 1.本題，甲乙於 90 年 9 月約定設有存續期間從 90 年 9 月 22 日至 105 年 9 月 21 日之最高限額抵押權。惟學說見解認為，因抵押權係為擔保債權之存在而設，於擔保債權未消滅前，縱有存續期間，抵押權亦不因此而消滅，故約定存續期間並無義務。是以，96 年增訂之民法 881 條之 4 第 1 項規定，最高限額抵押權得約定其所擔保原債權應確定之期日，並得於確定之期日前，約定變更之。故修正後即明白表示最高限額抵押權僅有「確定期間」而無「存續期間」。
- 2.惟修正前，因實務見解承認概括最高限額抵押權，故存續期間具有限定擔保債權範圍之意義。而依最高法院 66 年台上第 1097 號判例認為，此種抵押契約定有存續期間者，訂立契約之目的，顯在擔保存續期間內所發生之債權，凡在存續期間所發生之債權，皆為抵押權效力所及，於存續期間屆滿前所發生之債權，債權人在約限定額範圍內，對於抵押物均享有抵押權，除債權人拋棄為其擔保之權利外，自無許抵押人於抵押權存續期間屆滿前，任意終止此種契約。縱令嗣後所擔保之債權並未發生，僅債權人不得就未發生之債權實行抵押權而已，非謂抵押人得於存續期間屆滿前終止契約而享有請求塗銷抵押權設定登記之權利。
- 3.準此，本題甲乙之概括最高限額抵押權既有效存在，且有約定存續期間，故於 105 年 9 月 21 日前，如符合約定之擔保債權，仍有發生之可能。故丙主張該抵押權，已於 97 年 12 月 21 日因清償借款債權及利息而消滅之主張，應無理由。

<sup>註5</sup>參見最高法院 66 台上 1097 號判例、83 年台上 1055 號判例。謝在全，謝在全，《民法物權論（下）》，99 年 9 月修訂 5 版，頁 16。陳重見，〈新抵押權法之適用問題研析〉，《法學叢刊》，NO.219，頁 110 以下。

<sup>註6</sup>謝在全，《民法物權論（下）》，99 年 9 月修訂 5 版，頁 16。

(四)丙主張其所擔保之債權範圍亦未包含上述連帶保證之債權，應有理由：

- 1.按保證債務是否為最高限額抵押權之擔保範圍，實務上就概括限額抵押權係採肯定之見解（最高法院 82 年台上 2832 號判決、97 年台上 974 號判決參照），然縱認非屬概括限額抵押權者，如當事人約定之擔保債權有包括「保證」時，亦為該抵押權效力所及。
- 2.惟學說認為<sup>7</sup>，保證債務是否為最高限額抵押權之擔保範圍，將因所約定擔保債權範圍標準之不同而有異，如保證債務與當事人所約定擔保債權範圍之一定法律關係，非有相當關連者，不得逕解為係擔保債權。
- 3.學生以為，本題甲乙約定之擔保債權，僅約定「保證」而屬概括最高限額抵押權，於新法施行前固屬有效，惟系爭最高限額抵押權係屬一種繼續性法律關係，其效力將橫跨至修正後之範圍，故為貫徹修法後禁止概括最高限額抵押權之立法意旨，以保障後次序抵押權人及普通債務人之權利，如該約定事由係發生於修正後之情形時，仍應認為須符合「一定之法律關係」所生之債權的要件，始為最高限額抵押權之擔保範圍。
- 4.準此以言，本題甲乙間於就丁之保證債務，係成立於 98 年 3 月 1 日，故應有修正後之第 881 條之 1 第 2 項之適用，而其僅約定「保證」，並無從得知係依何人或依何種法律關係為保證，而不符合實質限定及客觀明確之標準，故該「保證」之約定，並非基於一定之法律關係，其違反物權法定主義，依民法第 71 條規定應屬無效。是以，丙若主張其所擔保之債權範圍，亦未包含上述連帶保證之債權，應有理由。

三、甲男與乙女於 80 年 5 月 20 日結婚，婚姻關係中先後生下丙、丁。94 年 6 月 6 日甲病故，遺有現金及土地等遺產，同年 9 月 30 日乙、丙、丁將繼承關係處理完畢。98 年 12 月 25 日乙整理甲遺留之書信文件時，赫然發現甲生前以電腦打字列印並親手簽名之遺囑一件，製作日期為 94 年 4 月 4 日，內容除有「請愛妻成全本人婚外所生之子戊（90 年 10 月 10 日生）認祖歸宗」等語外，並有請求乙原諒之文字表示。乙於傷心之餘，雖依遺囑指示於 12 月 26 日以電話知會戊及戊之生母，卻對彼等表示：乙、丙、丁均認甲之遺囑未具法定方式，因此無法完成甲認領戊之遺願，戊仍係甲婚外所生子女，自無繼承人之資格；況且甲之遺產早經分割處分，已無贖餘可供戊繼承。請問戊可為如何主張？（45 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：婚生子女與非婚生子女之認定、認領之意義與效力、自書遺囑之要件等爭議。
答題關鍵	本題基本之考題，難度不高。同學僅須將本件涉及之考點，分層次清楚表明，應可輕易獲取高分。
高分閱讀	梁台大，身分法講義第二回，第四章第三節，P.25。 梁台大，身分法講義第三回，第九章第二節，P.79～P.80。

#### 【擬答】

(一)戊可主張自己為甲男之婚生子女：

- 1.針對戊身分上之主張，涉及戊是否為甲男之婚生子女乙節，爭點在於戊是否為非婚生子女、甲於生前是否已對戊有為認領或準正之意思，以及自書遺囑是否生效？合先敘明。
- 2.戊為非婚生子女：
  - (1)「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。」、「從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間。」、「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。」、「非婚生子女認領之效力，溯及於出生時。但第三人已得之權利，不因此而受影響。」民法第 1061 條、第 1062 條第 1 項、第 1065 條第 1 項、第 1069 條定有明文。按認領係不要式行為，具有單獨行為（無庸被認領人之同意）之形成權之性質。又生父如對非婚生子女有撫育事實者，視為認領。從保障非婚生子女利益之立場，解釋上僅從客觀上認定撫育者是否為非婚生子女之生父、有無撫育事實即可，至於生父主觀上是否以該子女為自己子女之意思為撫育者，則非要論。
  - (2)查戊如為甲與生母為親生而具有血緣關係，且生母與他人並無婚姻者，是從戊出生日回溯第 181 日起至第 302 日止之受胎期間，甲與生母並無婚姻關係存續，顯見戊屬非婚生子女甚明。
  - (3)甲於生前已對戊有認領之行為，戊為甲男之婚生子女：
  - (4)因甲生前早已知悉戊為其非婚生子女，衡諸常情，假若甲生前對戊有撫育事實者，依民法第 1065 條第 1 項後段之規定，甲因撫育而視為認領，使戊溯及至出生之時即為甲之婚生子女甚明。
  - (5)退步言，縱認甲無撫育事實者，則爭點在於：甲生前即 94 年 4 月 4 日於遺囑上表明「請愛妻成全本人

<sup>7</sup> 謝在全，《民法物權論（下）》，99 年 9 月修訂 5 版，頁 36。

婚外所生之子戊認祖歸宗」等語，是否發生認領之效力？

- (6)「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年、月、日，並親自簽名；如有增減、塗改，應註明增減、塗改之處所及字數，另行簽名。」民法第 1190 條定有明文。按遺囑人非自己親自直接書寫，而以電腦打字之方式寫下遺囑者，實務上目前認為因欠缺「自書」之自書遺囑法定形式要件，該遺囑不符法定要件而無效（臺灣高等法院臺南分院 97 年度家上字第 26 號民事判決意旨參照）。再按，認領之意思表示表達於遺囑中時，仍為有效之認領；該認領之意思表示既係遺囑人於死亡前所為，自應於認領時即溯及自子女出生時發生認領之效力。又有鑑認領行為係不要式行為，縱然該自書遺囑不符法定要件而無效，解釋上應僅限於遺產處分部分之行為無效，而不妨礙認領意思表示之效力，合先敘明。
- (7)查甲雖於 94 年 4 月 4 日以電腦打字列印並親筆簽名之方式作成遺囑，惟該遺囑並非甲「親筆書寫」，核與自書遺囑之要件不符，該遺囑不生效力。惟有鑑認領行為係不要式之單方行為，則該遺囑上既已表明「請愛妻成全本人婚外所生之子戊認祖歸宗」等語，益徵甲確有認領戊之意思與單獨行為，自應認為甲於生前既已認領戊，戊自屬甲之婚生子女，已臻明確。循此，如有必要，戊得以乙丙丁為被告，提起確認甲戊親子關係存在之訴。

(二)戊可主張繼承回復請求權，向乙丙丁請求就遺產應繼分之給付：

- 1.「非婚生子女認領之效力，溯及於出生時。但第三人已得之權利，不因此而受影響。」、「繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之。」、「前項回復請求權，自知悉被侵害之時起，二年間不行使而消滅；自繼承開始時起逾十年者亦同」民法第 1069 條、第 1146 條第 1 項、第 2 項定有明文。按生父於生前已為認領或撫育者，其非婚生子女已視為婚生子女，則自繼承開始時，該子女已屬生父之繼承人，當無但書限制溯及既往效力之問題。是以，縱然遺產業經其他繼承人分割處分，仍不妨礙該子女向其他繼承人主張繼承回復請求權之權利，益徵明確。
- 2.查甲於 94 年 6 月 6 日病故，其繼承人除乙丙丁三人者外，因甲生前已有認領戊之意思表示或撫育之事實，戊既為甲之婚生子女，是繼承人尚包含戊。乙丙丁三人未保留戊對遺產應繼分之權利，自屬侵害戊遺產權利之行為，戊自得依民法第 1146 條第 1 項之規定，向乙丙丁三人主張財產上之權利。至於乙丙丁三人抗辯遺產早已分割處分，已無賸餘可供戊繼承等云云，應乙丙丁三人侵害戊之應繼分在先，且本件應無民法第 1069 條但書規定之適用，自無可採，併予敘明。

四、X1 起訴將 Y 列為被告，請求法院判決命 Y 返還 A 地予 X1，其主張之事實及理由略為：「A 地為 X1 之父親 X 於生前出租給 Y，租期至 99 年 12 月 31 日止。惟租期屆滿後，經 X 多次催告返還，Y 均置之不理。X 於 100 年 5 月 1 日死亡，A 地由 X1、X2 及 X3 三人共同繼承所有權，X1 應有權利請求 Y 返還土地。」Y 則抗辯其仍有租賃權，曾在 X 生前續訂租約，非無權占有等語。問：(38 分)

(一)就本件訴訟，法院應如何進行爭點整理程序？有無應予以闡明之事項？

(二)就本件訴訟，X1 如受敗訴判決確定，該判決之既判力是否及於其他共有人 X2 及 X3？X3 於該判決確定後就教於律師，有無可能再向 Y 起訴請求返還 A 地，如果您是 X3 之律師，可給予何適當建議？

命題意旨	測驗考生對於「爭點整理程序」之熟稔度與實際個案之操作，以及對於「訴訟標的」、「既判力」等概念之理解程度問題。
答題關鍵	<p><u>第一小題</u>：本題在於測驗「爭點整理程序」之個案操作，答題上可由爭點整理程序之法源依據—民事訴訟法第 296 條之 1 加以破題，在判斷題意為當事人以紛爭單位型起訴後，開始進行事實型爭點整理程序。並分就最上位爭點整理、事實上爭點整理與證據上爭點整理加以論述。實際作答時，須謹記「具體針對個案作答」與「假設個案狀態」之技巧，作答內容或有不同亦無妨，但切勿空泛、抽象描述，以致言之無物。</p> <p><u>第二小題</u>：本題在測驗訴訟標的與既判力客觀、主觀範圍之連動性問題。答題上應立基於前訴訟當事人對於訴訟標的不同擇定之前提，為不同之敘述與說明。如第一小題，作答內容或有不同亦無妨，但切勿論以一般化之抽象描述，為較佳之解答方法。</p>
高分閱讀	喬律師，《民事訴訟法 II》，A59-A70。

#### 【擬答】

(一)受訴法院應行事實型爭點整理程序，說明如下：

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)



- 1.依民事訴訟法（下稱本法）第 296 條之 1 之規範，法院調查證據前，應踐行爭點整理程序，藉爭點之明確、具體化，達審理集中化之目標、指向當事人程序利益之保護及回應訴訟經濟之要求。本件 X1 起訴雖未具體表明實體法上請求權基礎，惟仍得評價以「紛爭單位」特定訴訟上請求，受訴法院應行事實型爭點整理程序，評價該所表明之廣義原因事實該當之實體法請求權基礎。並藉闡明義務之行使，促使當事人間對訴訟標的加以擇定、排列客觀合併態樣、成立爭點簡化協議等，應先予敘明。
  - 2.本件廣義原因事實可具體評價為「所有物返還請求權」與「租賃物返還請求權」二者。法院應就此公開心證、表明法律見解，促使當事人就訴訟標的加以擇定、排列、成立簡化協議。如當事人欲對於「所有物返還請求權」加以主張，應闡明當事人變更其聲明，請求返還 A 地於 X1.X2.X3 等三人；如主張「租賃物返還請求權」，則應闡明其變更返還請求之聲明（同上）與補正其當事人適格之欠缺（民法 831 條準用第 828 條第 3 項參照）、職權通知 X2.X3 參加訴訟，或於 X2.X3 拒絕同為原告或參加訴訟時，闡明甲得聲請強制裁定追加等。
  - 3.就訴訟上請求之最上位爭點整理後，法院應為「事實上」、「證據上」之爭點整理，分析系爭實體法上請求權之要件，就主要、間接與輔助事實與證據等爭執、不爭執事項為整理。本件成立「所有物返還請求權」實體法上要件事實為「X1.X2.X3 為 A 地所有權人」、「Y 為無權占有」；「租賃物返還請求權」之要件則為「X1.X2.X3 為 A 地所有權人」、「租賃契約期限屆滿」。其中「X1.X2.X3 為 A 地所有權人」、「前租賃契約已期限屆滿」為不爭執之事項，蓋 Y 之抗辯得視為附限制之自認。惟「新租賃契約之存在」則為雙方爭執之要件事實，法院應就相關間接事實、輔助事實、相關證據公開心證、表明法律見解行爭點整理，確認具有關連性、重要性之事證為何，協同擬定適當之審理計畫，已達審理集中化、防止突襲性裁判之目標。
- (二)前訴訟既判力之範圍，應以 X1 關於訴訟標的之擇定而論，論證如下：
- 1.本件前訴訟之既判力範圍，應視 X1 對訴訟標的之擇定分以定之。亦即如 X1 所擇定者為「所有物返還請求權」，則依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條之規範，係成立「法定訴訟擔當」，則依本法第 401 條第 2 項之規範，既判力擴張於實質當事人 X2.X3。惟如 X1 所主張者為「租賃物返還請求權」，如 X2.X3 未追加為原告或為訴訟參加，則係當事人不適格，法院所為之判決自為無效判決，亦無所謂既判力擴張於 X2.X3 之問題。
  - 2.因此，如前訴訟 X1 僅主張所有物返還請求權，X3 之律師可建議其主張租賃物返還請求權，或以未獲程序保障為由，依本法第 507 條之 1 以兩造為共同被告提起第三人撤銷訴訟，撤銷前訴訟判決對其不利部分，併同向 Y 依所有物返還請求權主張返還 A 地；惟如前訴訟 X1 所主張者為租賃物返還請求權，前訴訟係屬無效判決，實務見解認為無效判決在仍具有判決之形式下，X3 仍須循法定程序解消判決之形式者（司法院釋字 135 號解釋參照）。惟文獻上有主張無效判決不生判決之效力者，管見擬採之，此時 X3 之律師可建議逕行提起後訴訟即可。此外，前訴訟如 X1 併同主張二請求權者，則 X3 之律師可建議併為上開二主張，併予敘明。

五、甲主張某 A 畫係其向乙之被繼承人丙所購買，價金 100 萬元已經支付，請求乙履約，乙稱無買賣契約予以拒絕，甲乃於 95 年 1 月 2 日起訴，請求乙移轉 A 畫所有權並交付 A 畫，且提出蓋有丙印文之讓渡書一紙為證。乙則否認該讓渡書上丙之印文為真正。第一審法院以甲不能證明該讓渡書上丙之印文為真正，甲之主張不可採，駁回甲之訴。甲上訴後，第二審法院仍以同一理由，駁回甲之上訴，該第二審判決書並於 95 年 10 月 20 日送達予甲、乙（以不必加計在途期間為前提作答）。請問：

(一)若甲主張第二審判決違背法令，於 95 年 11 月 15 日提起第三審上訴，第二審以甲之上訴已逾上訴不變期間。且上訴利益亦未逾 150 萬元，裁定駁回甲之第三審上訴，甲復對於該裁定提起抗告，經最高法院以同一理由，裁定駁回甲之抗告，並於 96 年 2 月 2 日送達裁定書予甲。甲隨即於 96 年 2 月 3 日，以第二審判決適用法規顯有錯誤為理由，對第二審判決向第二審法院提起再審之訴。甲提起再審之訴，是否已逾不變期間？（19 分）

(二)若甲未對於第二審判決提起上訴，而於 95 年 11 月 15 日對於第二審判決提起再審之訴，主張其於昨日見到丁，丁稱在家中發現丙所贈送之倚天屠龍記一書內蓋有丙之印文，該印文與讓渡書上丙之印文相同，法院可令丁攜帶該書到庭，證明讓渡書上丙之印文為真正，丁亦同意到場作證，原確定判決有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 13 款之再審事由等語，並提出丁

所出具之到場同意書為證。問法院應如何處理？（18 分）

命題意旨	測驗學生對於再審程序之理解與相關實務見解之熟稔度。
答題關鍵	第一小題：審程序之命題，向來均以實務見解為重心。本題命題自最高法院 78 年台抗 149 判例，惟不知有此判例之考生，仍得由「判決確定之時點」與「再審之不變期間」二者加以推論，為靈活運用之命題。 第二小題：本題係對於以「發現未經斟酌之證物」提起再審之訴之測驗題型，在其餘程序事項皆為合法下，其最大之爭議焦點在於當事人所提出之新證據，究屬「人證」或「物證」？測驗學生之綜合思考能力與定性能力，應屬較難之題型。
高分閱讀	喬律師，《民事訴訟法 II》，P13-11-P13-20。

### 【擬答】

(一)甲之再審之訴已逾不變期間，非為合法，論證如下：

- 1.按再審之訴，應自判決確定時起算三十日之不變期間內提起之，民事訴訟法（下稱本法）第 500 條第 1 項、第 2 項參照。
- 2.本件第二審法院以甲已逾第三審之上訴期間，裁定駁回甲之第三審上訴，其判決之確定時點，應認為係上訴期間屆滿時者，蓋上訴期間內未有合法之上訴阻其確定者（本法第 398 條第 1 項參照）。故甲之上訴期間屆滿於 95 年 11 月 9 日，判決自於 95 年 11 月 10 日始即為確定。甲於 96 年 2 月 3 日提起再審之訴，自顯逾再審之訴之三十日不變期間，非為合法。（最高法院 78 年台抗 149 判例參照）
- 3.附帶說明者為，當事人以有本法第 496 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤為由提起再審之訴，應認此項理由於判決送達時當事人即可知悉，故計算三十日之不變期間，應自判決確定時起算，無本法第 500 條第 2 項但書再審理由知悉在後之適用，併予敘明。（最高法院 70 年台再 212 判例參照）

(二)法院應以甲之再審之訴不合法，裁定駁回之，論證如下：

- 1.按當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物者。但以如經斟酌可受較有利益之裁判者為限，得提起再審之訴，本法第 496 條第 1 項第 13 款參照。所謂發現未經斟酌之證物，實務認為應以證物在前訴訟程序中即已存在，而當事人不知其存在或不能予以使用，判決確定後始發現或得使用者而言。（司法院院字 1291 號解釋參照）惟本款之證物僅包括書證及與書證有相同效力之物件或勘驗物等項，但並不包括證人，是以發見人證不能據而提起再審之訴，合先敘明。
- 2.本件係屬不得上訴第三審之案件，甲於 95 年 11 月 15 日提起再審之訴，自未逾不變期間與再審補充性原則之限制（本法第 496 條第 1 項、第 500 條參照），先予說明。惟其所提出之「倚天屠龍記」之印文，單獨就該證據加以觀之，並非能證明丙讓渡書印文之真正，即非屬如經斟酌可受較有利益之裁判者。其須與丁之證詞相結合，始能動搖原審裁判對該印文真正性之認定基礎，又按甲提起再審之訴，僅提出丁之到場同意書為證，故核甲所發現者應總體評價為人證，非符合本法第 496 條第 1 項第 13 款之再審事由之要件，本件法院應以甲之再審之訴不合法裁定駁回之。

六、甲有一棟違章建築房屋，出租給乙，約定作為營業店面之用，租期五年。甲將房屋交付予乙之後，乙請求甲配合提供房屋相關文件資料，以便向主管機關申請營利事業登記，卻遭甲以各種理由推辭，以致乙遲遲未能辦妥營利事業登記手續，店面無法開張。乙乃就其無法如期營業所生損失，起訴請求甲賠償損害。

針對乙之請求，甲提出如下抗辯：第一，違章建築依法不得交易，雙方租賃期約自始標的不能，並且違反法律禁止規定，應屬無效；第二，甲已交付房屋予乙，房屋本身並無任何不能使用之瑕疵，雙方亦未約定甲有配合辦理營利事業登記之義務，乙應自行設法解決，與甲無關；第三，退一步言，房屋既能使用，乙即便未能辦妥營利事業登記手續，依然可以如期開張營業，毫無損失可言。

另，甲、乙損害賠償訴訟進行中，乙一直任令該房屋處於棄置狀態，沒有任何利用規劃。乙之友人丙於是趁機占用該房屋，出資裝潢後，經營餐飲業務，惟生意慘澹，顧客稀少。乙明知丙占用房屋之事，一開始仍不聞不問，執意靜待其與甲間損害賠償訴訟結果。二年後，乙才決定以丙為被告，起訴請求丙返還一筆相當於房屋租金之不當得利。





針對乙之請求，丙提出如下抗辯：第一，其占用房屋，營業業績不佳，虧損連連，又為房屋支出裝潢費用，不但未受有利益，反而尚有損失；第二，乙任意棄置房屋，全無利用規劃，並未因其占用行為受有損害；第三，乙明知其占用房屋之事，二年期間內均不聞不問，不得再行事使權利；第四，退一步言，房屋屬甲所有，丙縱有不當得利，亦應由甲出面請求返還利益，與房屋承租人乙無關。

(一)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明乙對甲之損害賠償請求有無理由？(30 分)

(二)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明乙對丙之不當得利請求有無理由？(30 分)

(三)乙、丙二人不當得利訴訟中，何人應就丙是否無權占用房屋之事實，負舉證責任？(30 分)

命題意旨	測驗考生關於「契約法」債務不履行責任、「不當得利法」以及延伸之「舉證責任」問題。
答題關鍵	<p><u>第一小題：民法〈契約法〉試題</u></p> <p>測驗考生關於契約法中「附隨義務」之了解，以及其債務不履行之處理。此外，亦將「違章建築問題」、「租賃物瑕疵之認定」以及「損害賠償之範圍」等問題加以命出，為極具鑑別度之測驗題型。考生須對契約法與損害賠償法有貫徹之了解，始能清楚答題。</p> <p><u>第二小題：民法〈不當得利法〉試題</u></p> <p>「不當得利法」之立法意旨，向與侵權行為法、債務不履行法等責任法制不同，本題就「權益侵害型不當得利」加以命出，就「利益」、「損害」、「請求權主體」與「權利失效」為綜合測驗，亦為極富技巧性之測驗題型，未對於「不當得利法」有清楚之概念，將難以作答本題。</p> <p><u>第三小題：民事訴訟法試題</u></p> <p>舉證責任之學說，多數文獻以法律要件分類說之特別要件說為判斷標準，惟實務上似非單獨採取法律要件分類說而排斥其他學說之參互適用者。本題對於不當得利「無法律上原因」之消極要件事實之舉證責任測驗，僅在測驗學生對於舉證責任之理解與論證能力，為單一考點題型，故答題上應將法律要件分類說、待證事實分類說分而述之並加以擇採，為邏輯連貫之論述，評分之重心，亦在於論述過程之嚴謹而非結論。</p>
高分閱讀	<p>第一小題：劉台大，民法上課講義第三回，P32.P56、P222-P223。</p> <p>第二小題：劉台大，民法上課講義第三回，P149-P152。</p> <p>第三小題：喬律師，《民事訴訟法 II》，P13-11-P13-20。</p>

### 【擬答】

(一)乙對甲之損害賠償請求有理由，論證如下：

- 1.按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，民法第 423 條參照。所謂合於約定之使用、收益之狀態，應以當事人間於訂立租賃契約時所預設之共同主觀之認知，為其認定之標準。(最高法院 89 年台上 422 判決參照)如出租人交付之租賃物，不合於約定之使用目的，自與債之本旨不符，出租人得依債務不履行之規範請求損害賠償，合先敘明。(最高法院 98 年台上 222 判決參照)
- 2.本件甲出租店面予乙、約定做為營業店面之用，依社會通念、交易慣例與雙方共同主觀上之認知，自負有提供相關文件協同辦理營利事業登記之附隨義務，使房屋合於約定使用、收益之狀態，故甲抗辯房屋無不能使用之瑕疵、雙方無協同為營利事業登記之約定均無理由。甲不履行其附隨義務，乙自得依民法第 227 條第 1 項不完全給付之規定，向甲請求損害賠償。
- 3.再按損害賠償之範圍，應包含所受損害與所失利益二者，民法第 216 條參照。本件乙不能營業之損失，屬所失利益，自得加以請求之。惟甲抗辯房屋既能使用，自得開業，乙無任何損失者，亦非合理。蓋甲不得對乙無營利事業登記之營業有違法之期待，依社會通念，亦不能強使乙須為違法之營業，故甲之抗辯，均係屬無理由。
- 4.另關於違章建築，雖於建築法規上係屬違法建築，惟在民法之判斷上，違章建築興建完成，興建人仍亦取得不動產所有權。甲既為所有權人，自得將該不動產之使用、收益權加以處分、交易慣例上違章建築之租賃亦屬常有，依社會通念，自不能託言契約自始客觀不能或法律行為違反強制或禁止規定而無效。
- 5.綜上，乙對甲之損害賠償請求有理由。

(二)乙對丙主張不當得利請求係有理由，論證如下：

- 1.按無法律上之原因受有利益，致他人受有損害者，負利益返還之義務。民法第 179 條參照。本件丙無法律

上之原因，占用乙所承租之房屋，自屬欠缺法律上原因而違反權益歸屬對象取得其利益，成立權益侵害型之不當得利，合先敘明。

- 2.關於權益侵害型不當得利之要件認定，其「利益」應以客觀性加以認定，亦即當事人不得以其主觀上無利益加以抗辯。本件丙無權占用乙承租之房屋，自屬客觀上受有相當於租金之利益。（最高法院 61 年台上 1695 判例參照）丙之抗辯其主觀上無利益，非有理由。
- 3.另按權益侵害型不當得利「損害」之認定，須以「是否違反法律秩序上對於權益歸屬之規定」加以判斷，文獻上有稱為「權益歸屬說」者。此種損害，亦僅需違反法律秩序上權益歸屬應然狀態者即足，不以當事人主觀上有使用計畫、受有主觀上損害為限，故丙之抗辯乙主觀上無使用計畫無損害，亦非有理由。
- 4.權益侵害型不當得利之請求權主體，應以權益歸屬對象加以認定（最高法院 98 年台上 1156 判決參照）。本件房屋使用收益權應歸屬於承租人乙，故丙之抗辯甲非所有權人無理由。
- 5.此外，丙主張乙不得再行使權利，亦即主張「權利失效」，亦非可採。文獻上對於主張「權利失效」者，必以當事人之行為，引起不行使權利之正當信賴為要件。丙無權占有於前，乙係因等待訴訟結果不行使權利在後，應難認可評價係對於權利之不行使正當信賴之引發，故丙之抗辯亦無理由。
- 6.綜上，乙對丙主張不當得利請求係有理由。

(三)丙應就其有權占用房屋之事實，負舉證責任，論證如下

- 1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，本法第 277 條前段參照。多數文獻對於舉證責任分配之法則，係採法律要件分類說之特別要件說，「凡主張權利發生事實之當事人，負舉證責任」、惟在權利發生之基礎下，「主張權利障礙、消滅或排除」事實者，亦須負舉證責任。如依上開文獻之見解，本件乙向丙主張不當得利之請求，應由乙就要件事實負舉證責任。
- 2.惟我國部分實務於舉證責任之運用上，亦非單獨採取法律要件分類說而排斥其他學說之參互適用者。如採「待證事實分類說」，主張積極事實者應負舉證責任，故如採待證事實分類說，本件丙應就其有權占用房屋之積極事實，負舉證責任。（最高法院 78 年台再 63 判決參照）
- 3.新近實務亦有認為，對於不當得利消極事實之舉證責任，應加以類型化觀察。主張不當得利之原告，如因自己行為致原由其掌控之財產發生主體變動，自應承擔無法律上原因而生財產變動消極事實舉證困難之危險，（最高法院 99 台上 2418 判決參照）反之，如財產變動係因被告之行為所為，則亦可將其危險歸於被告。管見擬加以採之，蓋舉證責任之危險，本不應由「法規要件」或「待證事實」僵化區分，而應係由類型化加以區分較為細緻。
- 4.故本件財產變動之事實係由占有人丙引起，依上開見解，應就其有權占用房屋之事實，負舉證責任。

