

《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。