

《民法與民事訴訟法(一)》

- 一、甲男與乙女結婚後生有丙男、丁女與戊女三人。乙早逝，由甲扶養三子女成年。丙與一年前喪夫之同事己女相戀想要結婚，卻受甲之反對，因此兩人未辦婚禮，於民國（下同）102 年 10 月 15 日持具兩證人簽名之結婚書面契約，雙方親自向戶政機關登記結婚。婚後三年未有子嗣，而共同收養 2 歲的 A 男，並成立書面之收養契約，經法院為收養之認可。一年之後，丙與己在一場家族聚會中，赫然發現己之過世前夫的祖父，竟與丙之外曾祖父為同一人。丁自大學畢業時發現自己的同性戀傾向，與庚女同居，想要有穩定的家庭與共同子女，而於 105 年 2 月 5 日至戶政事務所註記為同性伴侶，其後庚至外國以人工生殖方式生下 B 女，庚與 B 返國後，丁於 106 年 12 月 1 日向法院依民法第 1074 條但書第 1 款之規定，聲請對 B 收養之認可，以使自己與庚共同成為 B 之法定雙親。甲則自丙結婚時已發現有失智症狀，長期在醫院接受治療。三年之後，甲已無法為意思表示與受意思表示，也無辨識意思表示效果的能力，但因有戊之照顧，並未向法院聲請監護宣告。惟甲曾於 106 年 5 月 5 日作成一親筆書寫全文並簽名且記明年、月、日之自書遺囑，其內容為將所有財產贈予戊。甲於 107 年 6 月因心肺功能衰竭而去世，留下財產新臺幣 3,000 萬元。試問：

(一)丙與己共同收養 A，是否有效？(25 分)

(二)法院就丁收養 B，是否應予認可？(25 分)

(三)甲之遺產，應由何人繼承？其所繼承之數額為何？(25 分)

命題意旨	<p>本題共分三大部分，各小題命題意旨分述如下：</p> <p>一、第一小題係以「同時被收養禁止原則」包裝，實為測驗「近親結婚禁止原則」及「姻親關係消滅事由」^{註1}。除主要爭點外，亦需將題目所提到的資訊加以涵攝（例如：未舉辦婚禮、年齡、法院認可等），答題上方為完整。</p> <p>二、第二小題測驗「同性伴侶能否收養對方之子女」。此為熱門時事題^{註2}，亦有案例事實幾乎相同之數個最高法院判決可資參照^{註3}（最高法院 107 年度台簡抗字第 97 號裁定、最高法院 106 年度台簡抗字第 129 號裁定、最高法院 106 年度台簡抗字第 95 號裁定）。</p> <p>三、第三小題測驗「無意思能力所為之法律行為效力」及相關繼承觀念。因配分不少，建議仍分述說明「若無法舉證甲為遺囑實無意思能力^{註4}」時之「特留分」等遺產計算。</p>
答題關鍵	<p>一、第一小題：</p> <p>(一)夫妻共同收養為第 1075 條「同時被收養禁止原則」之例外。點出爭點：若丙與己之結婚</p>

^{註1} 本小題關於「近親結婚禁止原則」及「姻親關係消滅事由」之部分，可參考最近期文章：戴東雄（2016），民法第 983 條禁止結婚之親屬範圍，月旦法學教室第 163 期。

^{註2} 例如聯合報之網路新聞：「釋憲未提及 同性伴侶收養判不准」。網址：
<https://udn.com/news/story/11322/3125902>（最後瀏覽日期 2018/10/16）

^{註3} 最新之實務見解及案例事實，常改編成考題，考生對此應加以準備。例如【106 年司法官第二題】改編自最高法院 106 年度台上字第 187 號民事判決；【105 年律師第一題】涉及最高法院 102 年台上字第 1825 號判決；【105 年律師第三題】涉及最高法院 103 年台上字第 43 號判決；【104 年律師第一題】涉及最高法院 103 年台上字第 560 號判決；【104 年律師第二題】涉及台中高等法院 100 年台上字第 100 號判決；【104 年司法官第二題】涉及最高法院 104 年台上字第 2019 號判決；【104 年司法官第三題】涉及最高法院 103 年台上字第 618 號判決；【103 年司法官第二題】涉及最高法院 102 年台上字第 141 號判決；【103 年律師第二題】涉及最高法院 103 年台上字第 104 號判決；【102 年司法官第一題】涉及最高法院 101 年台上字第 1695 號判決；【102 司法官第二題】涉及最高法院 102 年台上字第 232 號判決；【102 律師第一題】涉及最高法院 101 年台上字第 443 號判決。

^{註4} 本小題關於欠缺意思能力之部分，可參考最近期文章：黃詩淳（2015），無意識或精神錯亂中所為之意思表示，月旦法學教室第 153 期。

	<p>違反近親結婚之規定而無效者，則丙與己共同收養之行為即違反第 1075 條而無效。</p> <p>(二)論述第 971 條之姻親關係消滅之事由，按本條於 74 年修法後之解釋，自不包括「配偶一方死亡」。</p> <p>(三)判斷丙與己之為「旁系姻親五親等，且輩分不相同」之親屬關係，違反第 983 條近親結婚禁止之規定。</p> <p>(四)另可對題示有的資訊，以第 982 條、第 1073、第 1079-4 條分別涵攝簡述。</p> <p>二、第二小題：</p> <p>(一)點出爭點：同性伴侶能否適用或類推適用第 1074 條但書第 1 款之規定。</p> <p>(二)論述得否「適用」：非現行法上之「夫妻」。</p> <p>(三)論述得否「類推適用」：依實務見解，事實上夫妻亦不得類推適用，此為立法者有意排除，非立法漏洞。</p> <p>(四)補充個人見解。</p> <p>三、第三小題：</p> <p>(一)得舉證甲為遺囑時無意思能力：遺囑無效、依第 1138 條第 1 款、第 1141 條繼承遺產。</p> <p>(二)無法舉證甲為遺囑時無意思能力：遺囑侵害特留分之部分論述。</p>
考點命中	<p>1.《高點民法講義》第一回，蘇律編撰，2018 年，頁 103。</p> <p>2.《高點民法講義》第五回，蘇律編撰，2018 年，頁 3、5、29、72-75。</p> <p>3.《高點法研所民法題庫班講義》第一回，蘇律編撰，2017 年，頁 297-298。</p>

【擬答】

(一)丙與己共同收養 A 之行為無效，理由如下：

- 1.本案之收養契約業經法院認可，雖有學者認為「法院認可」係具有權威性及公示性之公權力作用，故法院誤認無效之收養契約而為有效之認可時，救濟前仍不影響效力，避免影響身分安定性；惟通說見解認為，無效法律行為係屬自始、確定、當然無效，當不因法院認可而轉為有效，且依民法（下同）第 1079-4 條列舉之收養無效事由以觀，自仍應檢討其他收養之要件，以判斷收養契約效力。是以，本案之收養契約不得謂業經法院認可，即逕認有效，先予敘明。
- 2.依第 1075 條之規定，除夫妻共同收養外，一人不得同時為二人之養子女。次按第 1079-4 條。違反第 1075 條之收養無效。是以，本案之爭點實係「丙與己之結婚是否有效」，蓋若其婚姻無效者，其二人共同收養之行為即違反第 1075 條「同時被收養禁止原則」之規定，而為無效。
- 3.按第 983 條第 1 項第 3 款之規定，五親等內之旁系姻親，輩分不相同者不得結婚。」又違反本條「近親結婚禁止」規定者，結婚無效（第 988 條第 2 款參照）；再按第 971 條之規定，姻親關係，因離婚而消滅；結婚撤銷者亦同。本條於民國（下同）74 年修正時，鑒於當時條文後段「夫死妻再婚或妻死贅夫再婚時」之姻親消滅事由過於複雜，且留有傳統社會家族主義之嫌，故刪除之^{註 5}。是以，依歷史解釋及反面解釋，「夫妻一方死亡」非姻親之消滅事由，生存者對死亡者之其他親屬之姻親關係，仍繼續存在。
- 4.本案，己之過世前夫的祖父，與丙之外曾祖父為同一人，且夫妻一方死亡非現行法第 971 條之姻親消滅事由已如前述，故丙與己係「旁系姻親五親等，且輩分不相同」之親屬關係。是以，丙與己之結婚實已違反第 983 條第 1 項第 3 款近親結婚禁止之規定，依第 988 條第 2 款規定而無效。
- 5.綜上所述，丙與己之結婚因違反近親結婚禁止而無效，其二人同時收養 A 之行為，亦違反第 1075 條之規定，而依第 1079-4 條之規定，收養無效。
- 6.應加以補充者係，丙與己之結婚雖未舉辦婚禮，惟 96 年修正後之第 982 條已改採「登記婚主義」，以增強婚姻公信力、避免儀式婚認定之爭議。是以丙與己於 102 年間所為之登記結婚，自符合第 982 條之形式要件；又依題示甲已扶養丙至成年，丙與己於登記後 3 年收養 2 歲 A 之時，丙至少 23 歲、又已 4 年前喪夫，依現行法之法定年齡要件（第 973 條參照）推算至少已 20 歲，亦未違反第 1073 條「收養年齡要件」之規定，併予敘明。
- 7.小結：
丙與己之共同收養無效。

^{註 5} 戴東雄，民法第 983 條禁止結婚之親屬範圍，月旦法學教室第 163 期，第 48 頁。

(二)依目前最高法院之見解，法院不應認可丁之收養：

- 1.按第 1079 條第 2 項之規定，收養有無效、得撤銷，違反規定者，法院應不予認可；次按第 1074 條但書第 1 款規定，夫妻之一方收養他方之子女，得單獨收養。是以本案爭點係，與庚同居並已註記為同性伴侶之丁，得否適用或類推適用第 1074 條但書第 1 款規定，茲論述如下。
- 2.按現行法及實務見解，丁與庚並非法律上夫妻，不得「適用」第 1074 條但書第 1 款之規定：
 - (1)按第 1074 條所稱「夫妻」者，係指（一男一女）雙方當事人有發生夫妻關係之實質意思，並滿足民法親屬編第二章第二節以下各項結婚形式及實質要件者，始足當之，此有最高法院 105 年度台簡抗字第 11 號裁定可資參照。申言之，我國民法第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」，即明定婚約必須基於男女當事人雙方有於將來成立婚姻關係之自主性合意；同法第 980、982 條復規定男女結婚須具備結婚登記等要件，始成為法律上之夫妻，此亦有最高法院 107 年度台簡抗字第 97 號裁定可稽。
 - (2)本案之丁與庚同屬女性，且未有結婚登記，雖有同居事實，且有向戶政事務所註記為同性伴侶，為該註記僅為戶政之參考，而非身分登記，自不符上揭民法「夫妻」之要件，依現行法及實務見解，無從「適用」第 1074 條但書第 1 款之規定。
- 3.按現行法及實務見解，丁與庚縱使為「事實上夫妻」亦不得「類推適用」第 1074 條但書第 1 款之規定：
 - (1)按類推適用，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，加以適用，為基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞的方法，倘無法律漏洞，自不生類推適用而補充之問題。雖司法院大法官會議釋字第 748 號解釋，略謂：民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違云云。惟亦指明：有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定等語。準此，在有關機關完成相關法律之修正或制定前，就有同性伴侶關係者能否收養對方之子女，顯然尚欠缺類推適用之基礎，此有最高法院 106 年度台簡抗字第 129 號裁定見解可參。
 - (2)再按最高法院 105 年度台簡抗字第 11 號裁定見解，縱採較開放之見解，肯認同性伴侶間因主觀上具共同生活意思、客觀上有長久共同家計生活之事實，可成立再抗告人所稱「事實上夫妻」關係，但究不具民法婚姻之形式要件。況身分關係之發生、消滅或變更，本具公益性，非單純之私法（財產關係）性質，自應尊重現行法定婚姻秩序規範，亦即「事實上夫妻」，不論其屬同性或異性，與「法律上夫妻」，就身分關係之發生、消滅或變更，仍具一定程度之差異，無性質相類似而得類推適用相關規定之餘地，此與憲法所彰平等原則，並無違背。
 - (3)是以，依上開最高法院見解認為，現行法下未就「事實上夫妻」之權益加以規範，並非法律漏洞，而屬立法者之「有意排除」，尚無類推適用之餘地。故本案之丁尚無從類推適用第 1074 條但書第 1 款之規定。
 - (4)對此，本文認為，「同性婚姻」係屬應予立法保障之制度，已殆無疑義，惟大法官第 748 號解釋既已賦予有權機關於「2 年內」修正或制定，此種「違憲定期失效」即係考量法律遽然失效，法律關係必將陷於一種不安定的狀態，恐有違法的安定性。若在此定期間之「2 年內」准許類推適用，就法安定性而言，似可能破壞立法形成自由，並造成「新法」與「類推適用舊法」產生不一致之情形。準此，本文認為雖屬遺憾，惟似仍以否定說為宜。

(三)甲之遺產，應由何人繼承？其所繼承之數額為何？

本案甲之遺產如何繼承，關鍵在於「甲為自書遺囑時有無意思能力」，惟因其自書遺囑符合第 1190 條之形式要件，且行為能力為意思能力之客觀化標準，甲在未受監護宣告之情況下，倘若繼承人爭執「甲為遺囑時無意思能力」者，自應負舉證責任^{註6}。茲就得舉證甲於行為時無意思能力，及無法舉證無意思能力之情形論述如下：

1.得舉證甲為遺囑時無意思能力者

- (1)依第 75 條後段之規定，意思表示係在無意識或精神錯亂中所為者無效。又所謂無意識，係指全然欠缺意思能力而不能為有效的意思表示而言（最高法院 103 年度台上字第 815 號判決意旨參照）。次依第 1138 條第 1 款、第 1141 條之規定，直系血親卑親屬為第一順位之繼承人，平均繼承。
- (2)本案，依題所示甲已完全無法為意思表示或受意思表示，且無法辨識意思表示效果的能力，顯係全

^{註6} 黃詩淳，無意識或精神錯亂中所為之意思表示，月旦法學教室第 153 期，第 16 頁。

然欠缺意思能力而不能為有效意思表示；惟自書遺囑乃係一「法律行為」，自應以有效之意思表示為必要，是以該遺囑行為依第 75 條後段之規定，屬無意思能力所作成，當屬無效。

(3)又配偶乙早逝，不符合同時存在原則，故依第 1138 條第 1 款、第 1141 條之規定，由甲之直系血親卑親屬丙、丁、戊三人平均繼承財產 3000 萬元，得各繼承 1000 萬元。

2.無法舉證甲為遺囑時無意思能力者

- (1)依第 1187 條規定，遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。次按第 1225 條，特留分被侵害之繼承人得主張扣減權。末按第 1223 條，直系血親卑親屬之特留分為應繼分之 1/2。
- (2)本案，若無法舉證甲為遺囑時無意思能力，甲之遺囑亦違反第 1187 條之規定，違反特留分之範圍應屬無效。是以丙、丁應可依第 1223 條特留分之規定，各繼承 500 萬；戊可繼承 2000 萬元。

二、甲與日本乙株式會社（下稱乙公司）於民國 102 年 3 月 1 日在東京訂立工程承攬契約，由乙公司承攬興建甲所有坐落臺北市某筆土地上之 A 大樓。三年後，甲在大阪與德國商人丙買賣中國清代名畫，由甲出賣圖畫一幅給丙，甲竟以贗品冒充為真蹟，向丙騙得價金新臺幣（下同）5,000 萬元。而 A 大樓恰於此時完工，甲之會計人員已與乙公司結算付清全部之工程款，惟甲誤以其仍欠乙公司工程款 5,000 萬元，即在臺北市以其向丙騙得之 5,000 萬元交付予乙公司派駐在臺北之代表。嗣甲將 A 大樓之內部裝潢交由丁承攬，迨裝潢工程進行至一半時，甲因財務拮据，認無再繼續裝潢之必要，乃向丁終止該裝潢承攬契約。試問：

- (一)丙向我國法院起訴，主張依不當得利之規定，請求乙公司給付其自甲所受領之 5,000 萬元，準據法為何？（15 分）
- (二)前述(一)之情形，丙之請求有無理由？（30 分）
- (三)丁依民法第 511 條規定，請求甲賠償損害，包括 1. 契約終止後將未用畢之材料運回之損害及 2. 契約終止前所積欠之承攬報酬，有無理由？（30 分）

參考法條：

涉外民事法律適用法

第 20 條

法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。

法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。

第 24 條

關於由不當得利而生之債，依其利益之受領地法。但不當得利係因給付而發生者，依該給付所由發生之法律關係所應適用之法律。

第 25 條

關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但另有關係最切之法律者，依該法律。

命題意旨	<p>本題共分三大部分，各小題命題意旨分述如下：</p> <p>一、第一小題係以「涉外民事法律適用法」包裝，實際上係測驗本案應定性為「給付型」抑或「非給付型」不當得利，以適用準據法。</p> <p>二、第二小題屬教科書常舉之案例，測驗「直接因果關係」之學說見解及非給付型不當得利之判斷。林大洋法官今年與前年共有兩篇文章對此有為文評論，值得參考^{註7}。</p>
------	---

^{註7} 參林大洋（2018），不當得利之發展與演進－以實證研究為中心並兼論與沒收新制的衝突，法令月刊第 69 卷第 3 期，。林大洋，（2016），侵害型不當得利因果關係之判斷，中律會訊第 19 卷第 1 期。

	三、第三小題測驗民法第 511 條損害賠償範圍判斷。 <u>傳統實務見解認為「終止前之報酬」亦包含在內，惟最新實務見解（最高法院 106 年度台上字第 721 號民事判決）改採否定說，與學界通說相同。</u> 建議考生對此得以「終止權之法理」作答。
答題關鍵	第一小題：本案於我國起訴，依法庭地法說以我國法予以「定性」；又本案乙丙間無給付關係，故屬「非給付型不當得利」之法律關係，依涉民法第 24 條本文，以我國法為準據法（乙公司派駐在臺北之代表為受領地）。 第二小題：分述學說對於「直接因果關係說」之見解，以及不同見解下本案適用之情況。 第三小題：論述實務及學說對於「終止契約前之報酬」是否為第 511 條範圍之見解；又終止後運回之損害，無疑是終止後所生之積極損害，當可請求。
考點命中	1.《高點民法講義》第二回，蘇律編撰，2018 年，頁 56。 2.《高點民法講義》第三回，蘇律編撰，2018 年，頁 41。

【擬答】

(一)依涉外民事法律適用法（下稱涉民法）第 24 條本文之規定，本案應以中華民國法律（利益受領地）為準據法：

1.依法庭地法說，應以我國法之法律加以「定性」：

(1)定性係指決定法律關係之性質，以決定該涉外法律關係究應屬於何類適用法則之範疇，此為國際私法法律衝突、法律適用選擇之先決條件。又定性之標準向有法庭地法說、本案準據法說、分析比較法說等，通說採法庭地法說，以受領案件之法院國內法，判斷法律性質。

(2)本案，丙係向我國法院起訴，依法庭地法說，應以我國法加以定性本件之法律關係為何，先予敘明。

2.本案係「非給付型不當得利」，應依涉民法第 24 條本文之規定，以我國法為「準據法」：

(1)按涉民法第 24 條規定：「關於由不當得利而生之債，依其利益之受領地法。但不當得利係因給付而發生者，依該給付所由發生之法律關係所應適用之法律。」由本條之本文及但書之規定即知，「給付型不當得利」與「非給付型不當得利」之準據法有所不同。是以本案爭點係，丙向乙所主張之不當得利法律關係，應定性為「給付型」抑或「非給付型」？對此論述如下。

(2)本案，丙係對甲為給付 5000 萬價金，甲則對乙非債清償 5000 萬工程款，是故丙對乙並無給付關係，乙丙間當屬非給付型不當得利^{註8}。申言之，乙之受益係因甲之給付，而非丙之給付行為，此屬於「非給付型中之侵害型不當得利^{註9}」之法律關係。準此，本案應依涉民法第 24 條本文，依其利益之受領地法。

(3)依題示，甲係於臺北市交付予乙公司派駐在臺北之代表。準此，丙起訴主張之「利益受領地」為中華民國，依涉民法第 24 條本文，應以中華民國之法律為準據法。

3.小結

依涉民法第 24 條本文，本案應以我國法（利益受領地）為準據法。

(二)丙之主張應無理由，論述如下：

1.甲以贗品向丙騙得買賣價款 5000 萬元，丙應得依民法第 88 條第 2 項、第 92 條之規定撤銷買賣契約及物權移轉行為之意思表示應無疑義，先予敘明。

2.丙向乙之主張為非給付型之不當得利，已如上述。惟丙之主張有無理由，涉及學說上是否採取「直接因果關係」而有所不同，就學說見解分述如下：

(1)否定說

否定說論者認為，民法第 179 條並未以「直接」因果關係為要件，是以若有第三人之行為介入，該財產價值之移動，依社會觀念認為不當者，即有不當得利適用。本案，甲係向丙騙取金錢，再對乙為非債清償，若依直接因果關係說，丙僅得向甲主張不當得利，則甲逃亡時，將產生丙受損失、乙坐享其成之荒謬結果，故不應採直接因果關係說，應使乙對丙負返還義務，方為合理^{註10}。

^{註8} 參林大洋（2018），不當得利之發展與演進－以實證研究為中心並兼論與沒收新制的衝突，法令月刊第 69 卷第 3 期，第 23 頁。

^{註9} 參林大洋（2018），不當得利之發展與演進－以實證研究為中心並兼論與沒收新制的衝突，法令月刊第 69 卷第 3 期，第 23 頁。

^{註10} 鄭玉波著，陳榮隆修訂（2004），民法債編總論，第 105 頁；史尚寬（1972），債法總論，第 72 頁；孫森

(2)肯定說

肯定說論者認為，直接因果關係說主要目的在保持各當事人間之抗辯。本案，甲騙丙錢而對乙為非債清償，依直接因果關係說，乙丙間不成立不當得利，主要目的在於維持「乙與甲間之抗辯權」，此對乙具有重大實益，否不足保護交易安全^{註11}。

(3)小結

本文認為肯定說較為可採，蓋現行法下丙亦得依法行使代位權，或對「甲對乙之不當得利請求權」為強制執行，似無特別創設「丙對乙不當得利請求權」之必要。另乙之受益是否致丙受有損害，關鍵應在於乙所獲得之利益，依法規範所定之分配法則，是否係歸屬於丙之權利內容？按受詐欺所為之意思表示僅係得撤銷，而非無效，且甲交付金錢予乙已發生貨幣所有權移轉之效力，依法秩序預定之財貨分配法則或法規範權益歸屬之價值判斷，該金錢係屬於甲所有，故乙並未因侵害應歸屬丙之權益內容而受利益，應不成立不當得利^{註12}。

3. 本案，依「直接因果關係說」，此時丙撤銷被詐欺之意思表示後，與甲對乙之非債清償，形成「雙重不當得利」情形，惟丙與乙間無直接因果關係，依上開說明，應不成立不當得利。丙應對甲主張不當得利，抑或依民法第 242 條代位權之規定，行使甲對乙之不當得利請求權。

4. 結論

依直接因果關係說，丙向乙主張不當得利無理由。

(三)丁得請求將未用畢材料運回之損害賠償，惟不得以民法第 511 條但書作為請求權基礎請求報酬：

本案爭點係，民法第 511 條但書之損害賠償意義為何？就本案丁之請求，分述如下：

1. 契約終止前所積欠之報酬部分

契約終止前之報酬是否為民法第 511 條但書之損害賠償，學說及實務見解分歧：

(1)肯定說

舊實務見解認為契約終止前之報酬應屬本條之損害賠償範圍。最高法院 78 年台上字第 779 號民事判決即謂：「定作人依法終止承攬契約後，承攬人就已完成工作部分之報酬，應包括在民法第 511 條但書所定損害賠償範圍內。」最高法院 92 年台上字第 738 號民事判決亦謂：「包括報酬在內，但應扣除承攬人因契約消滅所節省之費用及其勞力使用於其他工作所可取得或惡意怠於取得之利益。」

(2)否定說

惟較新實務見解及學界通說採否定說。最高法院 106 年度台上字第 721 號民事判決即謂：「其次，民法第 511 條規定，工作未完成前，定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。其但書所規定承攬人得向定作人請求賠償者，乃因契約終止而生之『損害賠償』。而損害賠償之債，基於『有損害斯有賠償』之原理，以債權人實際受有損害始得請求賠償；至承攬契約之任意終止，僅使承攬契約自終止時起，向將來失其效力，而非溯及的歸於消滅，承攬人於契約終止前已完成工作之報酬請求權（債權），仍然有效存在，並不受契約終止之影響，承攬人仍可依原契約請求給付，自不具有損害賠償之性質（本院 62 年台上字第 1536 號判例參照）。因此民法第 511 條但書所稱賠償因契約終止而生之損害，係針對承攬人因契約終止而未完成工作部分所生之損害，並不包括工作已完成部分之報酬在內。」；學界通說認為，本條但書之損害賠償係指未完成部分之可得利益，至報酬請求權，惟另一層次之問題，非在損害賠償之概念之內^{註13}。

(3)小結

本文認為，按終止權之行使，係使契約向後失其效力，承攬人就契約終止前已完工之部分，自當有報酬請求權存在，得依契約請求之，又報酬請求權與損害賠償之概念實屬不同，應以否定說較為可採。故本案丁雖得請求「契約終止前所積欠之承攬報酬」，惟應不得以民法第 511 條但書作為請求權基礎。

2. 契約終止後將未用畢之材料運回之損害部分：

焱（1999），民法債編總論上，第 104 頁。

註11 王澤鑑（1990），民法債編總論，第 40 頁。

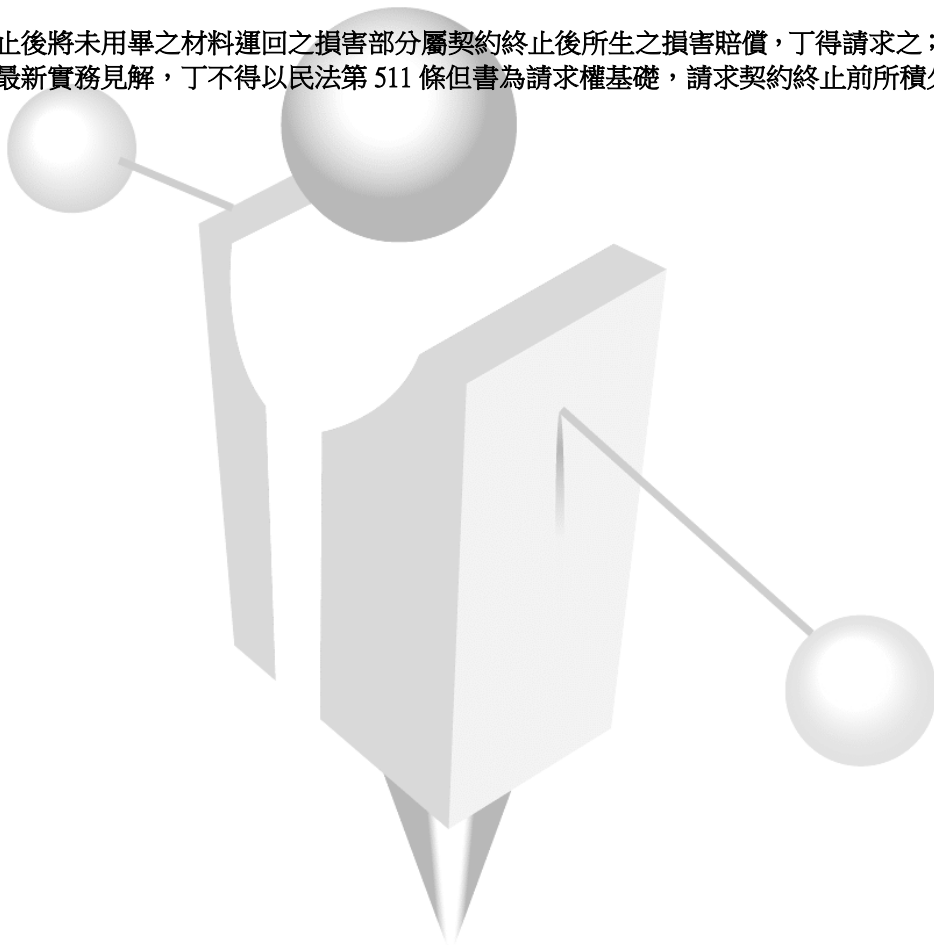
註12 此為林大洋法官之見解。參林大洋（2018 年，不當得利之發展與演進—以實證研究為中心並兼論與沒收新制的衝突，法令月刊第 69 卷第 3 期，第 24 頁。林大洋，（2016），侵害型不當得利因果關係之判斷，中律會訊第 19 卷第 1 期，第 119 頁。

註13 劉春堂，債編各論（中），第 127 頁。

- (1)按承攬人依民法第 511 條規定，得請求定作人賠償之損害，係包括因定作人隨時終止契約而生之積極損害及消極損害而言（最高法院 72 年度台上字第 247 號判決意旨參照）。
- (2)本案，契約終止後將未用畢之材料運回之損害乃屬契約終止後所生之積極損害，自屬民法第 511 條但書之損害賠償範圍。故丁就此部分之請求，當有理由。

3.小結

契約終止後將未用畢之材料運回之損害部分屬契約終止後所生之損害賠償，丁得請求之；惟依終止之法理，及最新實務見解，丁不得以民法第 511 條但書為請求權基礎，請求契約終止前所積欠之報酬。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！