

《民法》

一、乙患有精神疾病，看見紅色有如看見流血，並因之驚恐不已。同事甲明知其情，竟每日穿著紅色衣服上班，乙無法忍受，訴請法院禁止甲穿紅色衣服上班，有無理由？試依民法之規定說明之。（25 分）

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題之命題意圖有兩點：第一，測驗同學對於『預防性不作為之訴』之請求權之認識。第二，測驗同學對於『因被害人個人體質因素所導致之不尋常侵害』之認識。 |
| 答題關鍵 | 本題之答題關鍵，應先強調預防性不作為之訴之請求權基礎，而取得基本分數。其次，再提出『被害人特殊體質之問題』來處理，而在處理被害人特別體質之問題時，由於沒有明確的學說或實務見解，因此同學應將問題意識(被害人權益保護與行為人之自由間之衝突)說清楚，然後在依據不同之立場，分兩說予以兼顧說明。 |
| 參考資料 | 王澤鑑老師，侵權行為，第二三七頁。 |
| 高分閱讀 | 1.高點專用講義（厚本）--民法總則 P.346-348；P.51（第 2 項：侵害防止請求權）。 2.高點重點總整理—民法總則（邱律師）P.4-33（侵害防止請求權）。 |

【擬答】

一、乙可否請求甲不得穿紅衣上班？

乙訴請法院禁止甲穿紅色衣服上班，有無理由，其關鍵在於：乙可否依民法十八條一項請求甲不得穿紅衣上班。今分析如下：

(一)民法十八條一項規定：『人格權遭侵害時，得請求法院除去其侵害；有侵害之虞時，得請求防止之。』其中，人格權有侵害之虞時，被害人即可依民法十八條一項為預防性之不作為請求，而在加害人為實際之侵害行為前，即先行禁止加害人為任何可能之侵害行為，合先敘明。

(二)在本案中，甲穿紅衣而造成乙驚恐不已，故甲有侵害行為；而乙有身體權受侵害，問題在於：甲之侵害行為與乙之身體權受侵害間乙有無因果關係，今分析如下：

1.條件因果關係說：其認為，當行為為結果所不可想像其不存在之原因時，則行為與結果間有因果關係。若採此說，則若非甲之穿紅衣行為，乙不致於受驚恐，甲之穿衣行為乃乙之身體權受侵害之不可想像其不存在之原因，故兩者有因果關係。

2.相當因果關係說：其認為，依社會通念，有如此之行為，通常有如此之結果時，則行為與結果間有因果關係。若採此說，本案中，乙之所以身體權遭侵害，不是因為甲穿著紅衣在客觀上有任何侵害，而是因為乙個人之特殊體質所造成；亦即，依社會通念，有穿紅衣之行為，不必然導致身體權受侵害之結果，故兩者無因果關係。

3.小結：

通說認為，在『侵權行為』之場合，被害人之特殊體質，不得作為加害人主張免責之依據，亦即雖然損害之發生，乃因被害人之特殊體質之參與，仍應認為具因果關係。然管見認為，通說理論只適用於『侵權行為』，而不適於『預防性不作為之訴』，其理由在於：侵權行為之成立，除因果關係外，尚應具備『故意、過失』，因此行為人可主張其無『故意、過失』而免責，因此對加害人之行為自由並未過度侵害。而在『不作為預防之訴』之場合，其不以行為人有故意過失為要件，因此若認為被害人之特殊體質，無妨於因果關係之成立者，此時行為人又無法主張無『故意、過失』以免責，則恐將大幅限制行為人之行為自由。是故，管見認為，在『預防不作為之訴』，應採相當因果關係理論，而認為甲之行為與乙之身體權受侵害間，無因果關係，故乙自不得提起預防性不作為之訴。

二、請附具理由解答下列問題：(25 分)

(一)成年之甲，與甫滿十七歲之在學少女乙，情投意合，雙雙相約離家同居。乙之父丙以甲妨害其家庭，請求甲賠償精神損害新台幣（下同）五百萬元。

(二)A 公司聘任 B 為該公司總經理，雙方約定：「聘期三年，期滿前不得為辭任或解任；違反者應給付他方懲罰性違約金五百萬元。」越半年，B 與 A 公司間因理念差距過大，難以發揮所長，堅決辭去總經理職務，A 公司請求 B 支付懲罰性違約金五百萬元。

(三)C 進入 D 銀行（股份有限公司）為工友，C 之舅父 E 出面擔任人事保證人，與 D 銀行簽訂書面保證契約，約內載明：「如 C 因職務上行為對 D 銀行負賠償責任時，E 願負全責」。任職後不久之某夜，C 夥同友人 F 潛入 D 銀行辦公室內，於破壞金庫後竊走五百萬元朋分花用。D 銀行訴請 C、E 連帶賠償五百萬元。

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 1.第一小題之命題意圖主要在於『侵害監督權（親權）能否請求慰撫金』之問題。 2.第二小題之命題意圖主要在於『離職禁止契約是否違反公序良俗之認定』之問題。 3.第三小題之命題意圖主要在於『人事保證契約之職務上行為之範圍之認定』 |
| 答題關鍵 | 1.第一小題應先強調我國對於慰撫金之限制，再以民法一百九十五條三項之增訂為分水嶺，然後分別說明修法前與修法後之處理方式。 2.第二小題應先強調懲罰性違約金之請求權基礎，然後論述該契約合意之有效性，其後再討論『離職禁止條款之合憲性』與『契約條款違憲後之處理方式』。 |

| | |
|------|--|
| | 3.第三小題應先處理受僱人個人之責任，然後在討論人事保證人之責任，最後再討論人事保證責任時，再提出『人事保證之擔保範圍之問題』。 |
| 參考資料 | 1.王澤鑑老師「侵權行為法」，第一六七頁。 2.王澤鑑老師「民法總則」，第五十二頁。 |
| 高分閱讀 | 1.高點專用講義（厚本）-民法債總 P.207。 2.高點專用講義（厚本）-民法債總 P.297 的（2），違約金的部分。 3.(1)高點專用講義（厚本）-民法債各 P.489（1.保證人責任；2.補充性..）；P.495 例題，相似度 90%！ (2)高點法學錦囊系列—民法債編各論（魏律師），P.3-70，相似度 90%！ |

【擬答】

一、丙可否向甲請求依民法一百八十四條一項前段、民法一百九十五條三項請求五百萬慰撫金？

(一)甲要求未成年之乙離家同居，而使乙脫離其父丙之家庭，故甲乃故意不法侵害丙對於乙之監督權（親權），故構成民法一百八十四條一項前段。

(二)甲雖然構成民法一百八十四條一項前段之侵權行為，今丙乃請求五百萬之慰撫金，而侵害『監督權』，能否為慰撫金之請求，由於我國對於慰撫金有特別之限制（民法十八條二項參照），故尚應進一步說明：

1.修法前：民法一百九十五條三項之增設前

在民法一百九十五條三項增訂前，侵害監督權能否請求慰撫金，實務見解向有爭論：

(1)否定說：（五十年台上——一四號判例）認為依民法十八條二項，慰撫金之請求，以法律有特別規定者為限，而侵害監督權既無法律特別允許其請求慰撫金，自不得請求之。

(2)肯定說：（八十五年台上二九五七號判決）認為雖然法無明文，然侵害身分權（監督權）與侵害人格權具有法律上相同點，故自應類推適用民法一百九十五條一項請求慰撫金。

2.修法後：民法一百九十五條三項之增設後

本次民法修正，為解決實務上之爭論，增設民法一百九十五條三項：『前兩項之規定，於不法侵害他人基於父、母、子女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之』即肯定侵害監督權（親權），亦可請求慰撫金。

(三)小結：本案中，甲要求未成年之乙離家，構成民法一百八十四條一項之侵權行為；且構成民法一百九十五條三項符合請求慰撫金之特別要件，故丙自得依民法一百八十四條一項前段、民法一百九十五條三項向甲請求慰撫金。

二、A 可否基於『懲罰性違約金之約定』而向 B 請求支付懲罰性違約金五百萬元？

(一)懲罰性違約金之請求權基礎，為雙方當事人合意之懲罰性違約金之『契約』，按基於私法自治原則，只要當事人間有效之懲罰性違約金契約條款，A 自得對 B 為懲罰性違約金之請求。因此 A 可否請求『懲罰性違約金』，關鍵在於：AB 間懲罰性違約金合意之是否有效，合先敘明。

(二)該懲罰性違約金之合意，其內容為：『聘期三年，期滿前不得為辭任或解任；違反者應給付他方懲罰性違約金五百萬元。』，屬於典型之『離職禁止條款』，其乃高度侵害職員之職業自由，亦即侵害職員之『工作權』。是故，該條款違反『保障工作權』之憲法價值（憲法第十五條參照），而有違憲之虞。按私人間訂定之契約條款違憲時，基於所謂之『憲法第三人效力』，亦應認為該契約條款違反憲法價值而無效。其然具體法條適用，則有爭論：

1.直接適用說：認為直接引用憲法法條（憲法第十五條）而將該契約條款論為無效。

2.間接適用說：認為不直接引用憲法法條，而是引用民法七十二條，認為違反憲法價值即為違反公序良俗，而引用民法七十二條論為無效。本說為通說，應採取本說較為明確。

(三)小結：該懲罰性違約金之契約條款，因違反憲法價值而違反公序良俗，進而依民法七十二條論為無效，故 A 自不得向 B 請求懲罰性損害賠償五百萬元。

三、D 銀行訴請 C、E 連帶賠償五百萬元。

(一)D 對 C 請求損害賠償？

1.民法一百八十四條一項前段。C 破壞金庫，而盜走金錢，乃故意不法侵害 D 之財產權，故構成侵權行為，而應負損害賠償責任。

2.民法二百二十七條二項（加害給付）？加害給付，乃指債務人於『履行債務時』不法侵害債權人之固有利益。而本案中，C 為工友，則其對 D 之債務僅限於打掃環境，而不含夜間保全，故 C 潛入銀行時，並非處於『履行債務時』，故自無加害給付之問題。

(二)D 對 E 請求損害賠償？

1.D 對 E 請求損害賠償之請求權基礎為 DE 間之『人事保證契約』，而依民法七百五十六條之一第二項，人事保證契約應以書面為之，在本案中，DE 已完成書面，故該人事保證契約有效，合先敘明

2.然而，人事保證契約，乃保證受僱人將來因『職務上之行為』而應對雇用人負損害賠償責任時，由人事保證人代為負責之契約。（民法七百五十六條之一第一項參照）。因此，人事保證人僅就『受僱人因職務上行為而生之損害負責，而不為受僱人非職務上之其他行為負責』，在本案中，受僱人 C 為工友，則其職務乃打掃，而完全不涉及金庫之操作，也不涉及夜間之保全，則受僱人夜間行竊之行為，既非職務上行為，亦非利用職務之便之行為，因此自不在人事保證之擔保範圍之內。

(三)小結：由於 C 之夜間行竊非職務上或利用職務之行為，故不在人事保證之範圍，因此 D 不得向 E 請求賠償，而只能向 C 個人依侵權行為請求賠償。

三、甲各有 A 屋及其基地 B 地、C 屋及其基地 D 地、磚造之平房及其基地 F 地。甲將 A 屋出售於乙，並辦畢所有

權移轉登記，另將 C 屋設定典權於丙。又甲向丁借款，為擔保該債務之清償，乃將 F 地設定抵押權於丁。其後，甲將 F 地上之磚造平房拆除，改建為兩層鋼筋混凝土造之 E 屋。嗣因借款屆期未能清償，經丁實行抵押權，聲請法院拍賣 F 地，由戊拍定，繳清價款後，已領得權利移轉證書。請附具理由說明乙就 A 屋對甲之 B 地、丙就 C 屋對甲之 D 地、甲就 E 屋對戊之 F 地，其法律關係為何？（25 分）

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 1.第一小題乃測驗『民法四百二十五條之一基地租賃權之推定』之具體適用。 2.第二小題乃測驗實務見解。 3.第三小題乃測驗民法八百七十六條之一法定地上權之進階題。 |
| 答題關鍵 | 1.第一小題乃法條之基本運用，應先將法條內容大致說明，然後鋪陳將案例事實之涵攝過程。 2.第二小題為實務見解題，首重實務見解之闡述。 3.第三小題先說明甲本已取得民法八百七十六條之法定地上權，然後再說明其法定地上權是否因房屋之拆除而消滅。 |
| 參考資料 | 謝在全老師，民法物權論下冊，第一一三頁。 |
| 高分閱讀 | 1.《92 高點律師考場寶典》第 8 題第 2 小題。 2.《92 高點律師考場寶典》第 12 題第 3 小題。 3.高點專用講義（厚本）--民法物權 P.39（典權人之權利）；P.66 問題，相似度 50 %！ 4.高點重點總整理系列—民法物權（黃律師）P.8-14（典權人之權利）；P.6-51（處分權）；P.6-74（標的物之擴張）。 |

【擬答】

一、乙就 A 屋對甲之 B 地--民法四百二十五條之一：推定租賃權存在

- (一)依民法四百二十五條之一規定，房屋與基地同屬於一人所有，而只將房屋讓與他人者，造成房屋屬所有權人與基地所有權人互異時，則推定房屋所有權人與基地所有權人間於房屋可使用之期間內，存在租賃關係。按該條之立法目的在於：儘量使房屋之使用人取得地基地之占有權源，而避免房屋所有權人因無基地之占有權源，而遭拆屋還地，造成物之使用不經濟，合先敘明。
- (二)在本案中，房屋與基地本屬於甲所有，然甲僅將其房屋讓與乙，而造成基地所有權人（甲）與房屋所有權人（乙）互異，則依民法四百二十五條之一之規定，推定甲乙間存在租賃關係。
- (三)小結：乙得依民法四百二十五條之一向甲主張對甲之基地有租賃權存在。

二、丙就 C 屋對甲之 D 地

- (一)民法四百二十五條之一，僅適用於基地所有權人與房屋所有權人為同一人，而將該基地或房屋轉『讓與』他人，並而造成基地所有權人與房屋所有權人互異之場合；然本案中，甲乃將 C 屋設定典權與丙，而非將 C 屋讓與丙，則其基地所有權人與建物所有權人仍為甲，故自無民法四百二十條之一之適用，合先敘明。
- (二)然而，實務見解（八十年台上第二九九號）認為：『房屋與基地同屬一人所有，其所有人設定典權之書面，雖無基地字樣，但使用房屋必須使用該房屋之基地，除有特別情事可解釋當事人之真意僅以房屋為典權標的外，應解為基地亦在出典之列。』由此可知，依該實務見解，甲丙雖僅對房屋設定典權，然基地亦在出典之列，因此丙得對甲就 D 地主張典權。

三、甲就 E 屋對戊之 F 地

- (一)依民法八百七十六條之規定，房屋與基地同為一人所有，而僅以基地為抵押時，則該基地拍賣後而使基地所有權人與房屋所有權互異時，房屋所有權人與基地所有權人間，存在法定地上權。其立法目的，有二：一為使房屋使用人得取得基地之使用權源；且該法定地上權之存在，當事人於設定時即有預期，而不生不測之損害，合先敘明。
- (二)在本案中，甲為 F 地與磚造平房之所有權人，而僅對 F 設定抵押權，假設該磚造房屋未拆除，甲就該磚造房屋，即可依民法八百七十六條向 F 地之拍定人戊主張對 F 地有法定地上權，自不待言。
- (三)然而，本案之特殊點在於：甲於基地設定抵押權後，基地拍定前，竟將該磚造房屋拆除，並另興建 E 屋。則甲可否繼續主張該法定地上權之存在？
 - 1.否定說：

其認為法定地上權無民法八百四十一條之適用，故建物消滅時，其法定地上權隨即消滅。按法定地上權乃為保護該磚造平房而創設，而非為保護磚造平房之所有權人，故若該磚造平房已不存在，法定地上權自無存在之必要。而由於甲磚造平房之法定地上權已消滅，且其後興建之 E 屋亦不符合民法八百六十七條之要件，故甲就 E 屋對 F 地不得為法定地上權之主張。
 - 2.肯定說（通說）：

通說認為，只要於抵押權設定時，符合法定地上權之要件，即確定取得法定地上權，即便其房屋重建亦同。（謝在全老師民法物權論下冊第一百一十三頁。）
 - 3.小結：採通說，故甲仍可對戊主張法定地上權，然其權利之狀態不得大於磚造平房時之狀態。

四、甲男與乙女為夫妻，甲男之血親祇有祖父丙、祖母丁及外祖父戊三人。甲男生前為丙、丁、戊之營業，分別贈送丙六十萬元、丁九十萬元、戊一百八十萬元。乙女因事業在美國，經常赴國外居住。甲男利用乙女出國機會，向法院詐稱乙女不知去向，並以惡意遺棄為由，訴請裁判離婚，且獲勝訴確定。己為乙女之姪女，在甲之公司服務多年，但不悉甲男與乙女之離婚判決有瑕疵。己女應甲男之求婚，依民法第九八二條第一項舉行婚禮。乙女回國後獲悉被判決離婚，故訴請法院判決其離婚無效之再審而勝訴。不久甲男遇車禍死亡，而留下財產三百六十萬元。祖母丁則依法表示拋棄繼承。(25)分

試問：(一)甲男死亡時，何人為繼承人？

(二)甲男之繼承人應如何繼承？

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題為時事題及傳統考古題之結合，須掌握大法官會議解釋及民法第一千一百七十三條之立法目的，始可獲取高分。 |
| 答題關鍵 | 1.大法官會議解釋釋字第五五二號。 2.繼承人拋棄繼承時，特種贈與之歸扣應如何計算。 3.繼承人之特種贈與大於應繼分時，有無償還責任。 |
| 高分閱讀 | 1.《92 高點律師考場寶典》第 13 題，相似度 100%！ 2.高點專用講義（厚本）-民法親屬繼承 P.61（三、夫妻財產制的部分）；P.277（4.祖父母） 3.高點重點總整理系列—身份法（黃律師）P.2-77。 4.曹政大身份法總複習講義，第二題，相似度 100%！ 5.曹政大身分法上課講義第一本，第二十二頁至第二十五頁。 6.曹政大身分法上課講義第二本，第五十四頁至第五十五頁，第五十七頁至第五十八頁。 |

【擬答】

(一)甲男之繼承人為何人？

1.乙女

按「配偶有相互繼承遺產之權」民法第一千一百四十四條定有明文。經查乙女為甲男之配偶，雖然甲男曾根據民法第一千零五十二條第一項第五款規定，主張乙女惡意遺棄在繼續狀態中，並獲得離婚勝訴判決確定，惟該離婚確定判決後來經乙女提起再審之訴，已被法院判決無效。職是，乙女仍然是甲男之配偶，依民法第一千一百四十四條規定，乙女係甲男之繼承人。

2.祖父丙

按「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一 直系血親卑親屬。二 父母。三 兄弟姊妹。四 祖父母。」民法第一千一百三十八條定有明文。經查甲男並無直系血親卑親屬、父母及兄弟姊妹，是以祖父丙依民法第一千一百三十八條第四款規定，係甲男之繼承人。

3.祖母丁

同祖父丙之理由，祖母丁亦為甲男之繼承人。然而應注意的是，民法第一千一百七十五條規定：「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」，是可知祖母丁既已依法表示拋棄繼承，從而自繼承開始時已非繼承人。

4.外祖父戊

民法第一千一百三十八條第四款規定之祖父母包括外祖父母，是以外祖父戊亦為甲男之繼承人。

5.己女

己女是否係甲男之繼承人，重點在於甲男與己女之婚姻是否有效，亦即己女是否為甲男之配偶。現分析如下：

(1)甲男與己女有公開儀式及二人以上之證人，揆諸民法第九百八十二條第一項之規定，符合結婚形式要件。

(2)按「與左列親屬，不得結婚：三 旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者。」民法第九百八十三條第一項第三款定有明文。經查己女係乙女之姪女，與乙女間係屬三親等旁系血親，是以依民法第九百六十九條及民法第九百七十條之規定，己女與甲男係屬三親等旁系姻親，而且輩分並不相同。甲男與己女既屬三親等旁系姻親，而且輩分並不相同，依民法第九百八十三條第一項第三款規定，二人不得結婚，且違反該規定，依民法第九百八十八條第二款之規定，婚姻無效。然而，應注意的是，己女與甲男結婚時，並不知甲男與乙女間離婚確定判決之瑕疵，換言之，其信賴甲男與乙女間之離婚確定判決，故認知依民法第九百七十一條規定其與甲男間之旁系姻親關係已消滅，兩人可以結婚。如此是否會影響法律效果，於後述(4)討論。

(3)按「有配偶者，不得重婚。」民法第九百八十五條第一項定有明文。經查甲男有配偶乙女，前已述及，是以己女與甲男結婚，顯已構成重婚，且違反該規定，依民法第九百八十八條第二款之規定，婚姻無效。然而，應注意的是，己女與甲男結婚時，其不知甲男與乙女間離婚確定判決之瑕疵，換言之，其信賴甲男與乙女間之離婚確定判決，故認知甲男無配偶，其與甲男可以結婚。如此是否會影響法律效果，於後述(4)討論。

(4)己女不知甲男與乙女間離婚確定判決之瑕疵，是否可使原來無效之婚姻成為有效。大法官會議解釋釋字第三六二號認為：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障。如當事人之前婚姻關係已因法院之確定判決（如離婚判決）而消滅，自得再行結婚，後婚姻之當事人，基於結婚自由而締結婚姻後，該確定判決，又經法定程序（如再審）而變更，致後婚姻成為重婚，既係因法院前後之判決相反所致，究與一般重婚之情形有異。而前判決之潛在瑕疵，原非必為後婚姻之當事人所明知或可

得而知，第三人與前婚姻之一方相婚時（即後婚姻成立時），就此瑕疵倘非明知或可得而知，則為善意且無過失之其因信賴確定判決而結婚，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持，以免憲法所保障之人民（尤其是婦女）結婚自由遭受不測之損害。而是否善意且無過失，則屬事實認定問題，有待法院本於調查證據之結果而為判斷，故此種因前後判決相反構成之重婚，應另經法院之判決程序始能認其無效，未經判決無效者仍為有效。上開重婚無效之規定，未兼顧類此之特殊情況（除因信賴確定判決所導致之重婚外，尚有其他類似原因所導致之重婚），又未就相關事項，如後婚姻所生之婚生子女身分等，為合理之規定（民法在修正前重婚係得撤銷，而撤銷之效力不溯及既往，故無婚生子女之分身問題。現行民法第九百九十九條之一，則僅解決子女之監護問題，尚有不足），與憲法保障人民權利之意旨，未盡相符，應予檢討修正。在修正前，上開民法規定對於前述善意且無過失之第三人，因信賴確定判決而締結之婚姻部分，應停止適用。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚者之他方，依民法第一千零五十二條第一項第一款或第二項規定，自得向法院請求離婚，併予指明。」職是，依大法官會議解釋釋字第三六二號，只要後婚之相對人善意且無過失，後婚仍然有效。

然而該號解釋自民國九十一年十二月十三日起已被變更，大法官會議解釋釋字第五五二號著有明文：「本院釋字第三六二號解釋謂：『民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。』其所稱類此之特殊情況，並包括協議離婚所導致之重婚在內。惟婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，後婚姻之當事人就前婚姻關係消滅之信賴應有較為嚴格之要求，僅重婚相對人之善意且無過失，尚不足以維持後婚姻之效力，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持，就此本院釋字第三六二號解釋相關部分，應予補充。如因而致前後婚姻關係同時存在時，為維護一夫一妻之婚姻制度，究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護，屬立法政策考量之問題，應由立法機關衡酌信賴保護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素，就民法第九百八十八條第二款等相關規定儘速檢討修正。在修正前，對於符合前開解釋意旨而締結之後婚姻效力仍予維持，民法第九百八十八條第二款之規定關此部分應停止適用。在本件解釋公布之日前，僅重婚相對人善意且無過失，而重婚人非同屬善意且無過失者，此種重婚在本件解釋後仍為有效。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚之他方，自得依法向法院請求離婚，併此指明。」是以，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持。

(5)綜前所述，緣甲明知其與乙女間離婚確定判決之瑕疵，係惡意之人，是以依大法官會議解釋釋字第五五二號，甲男與己女間之後婚應為無效，己女非甲男之配偶，從而亦非甲男之繼承人。

6.甲男之繼承人分別為乙女、祖父丙及外祖父戊。

(二)甲男之繼承人應如何繼承？

1.應繼分

按「配偶有相互繼承遺產之權，其應繼分，依左列各款定之：三 與第一千一百三十八條所定第四順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產三分之二。」民法第一千一百四十四條第三款定有明文。是以乙女之應繼分為三分之二，祖父丙及外祖父戊之應繼分則分別為六分之一。

2.甲男之遺產

(1)按「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，為應繼遺產。但被繼承人於贈與時有反對之意思表示者，不在此限（第一項）。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（第二項）。」民法第一千一百七十三條定有明文。是以基於應繼分前付之立法目的，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，會發生特種贈與歸扣之問題。

(2)祖父丙及外祖父戊均為甲男之繼承人，且因營業之故分別由甲男獲贈六十萬元及一百八十萬元，是以依民法第一千一百七十三條第一項規定，應計入甲男之遺產。甲男之遺產為三百六十萬元加上六十萬元，再加上一百八十萬元，共六百萬元。

(3)然而現在有問題的是，拋棄繼承之祖母丁因營業而由甲男獲贈之九十萬元，應如何處理，是否仍須歸扣，學說素有爭議。

甲說：肯定說

特種贈與性質上應解為應繼分之前付，既受應繼分之預付，即不得藉口於繼承之拋棄而免除返還的責任。

乙說：否定說 最高法院三十一年十一月十九日民刑庭總會決議

拋棄繼承者已非繼承人，故不須負歸扣義務。

丙說：折衷說

如有侵害特留分，不僅須歸扣，亦須扣減，如此方能維持繼承人間的公平，貫徹特留分的立法意旨。

丁說：依不當得利償還說。

第一，拋棄繼承者已非繼承人，故不須負歸扣義務，甲說似不可採。

第二，特留分之扣減應僅限於死後處分，故丙說似不可採。

第三，特種贈與既為應繼分之前付，所以於繼承人拋棄繼承後，不可再保有此特種贈與，應依不當得利規定負償還責任，故乙說亦不可採。

本文以為，祖母丁既已非繼承人，則不得再保有應繼分前付性質之特種贈與，應依民法第一百七十九條規定，負償

還責任。是以甲之遺產須再加上九十萬元，一共是六百九十萬元。

3.繼承人實得之遺產

(1)綜前所述，乙女之應繼分為三分之二，可獲得四百六十萬元。祖父丙及外祖父戊之應繼分分別為六分之一，可各獲得一百一十五萬元。

(2)然而，祖父丙已獲得特種贈與六十萬元，是以依民法第一千一百七十三條第二項規定，只可再取得五十五萬元。

(3)外祖父戊已獲得特種贈與一百八十萬，多於其可獲得之應繼分一百十五萬元，此時應如何處理，是否應負償還責任，學說素有爭議。

甲說：否定（通說，最高法院九十年台上字第二四六零號判決）

第一，民法第一千一百七十三條係採充當計算主義，而非原物返還主義。

第二，避免法律關係複雜。

乙說：肯定。

第一，充當計算主義僅在避免返還原物，而非無須償還。

第二，特種贈與既為應繼分之前付，則超過應繼分部分即屬不當得利，當然應負償還的責任。

本文以為，基於特種贈與具應繼分前付之性質，是以應採乙說。職是，外祖父戊應負償還六十五萬元之責任。

(4)結論：乙女可獲得四百六十萬元，祖父丙可獲得五十五萬元，外祖父戊須償還六十五萬元。