

《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。



《民法》

一、甲至優雅傢俱有限公司購買一套沙發，當日負責銷售之店員為乙（現年 19 歲），售價為新台幣（下同）10 萬元。甲當日付清價金，並約定隔日早上 10:00 送至甲之住所。甲走出傢俱公司時，遇見前來傢俱公司選購傢俱之妹妹丙。基於兄妹之情，甲便告知丙，將該套沙發送給她。翌日早上 09:00，甲打電話請傢俱公司將沙發改送至丙之住處。A 貨運公司運送該沙發至丙住處之途中，該沙發遭闖紅燈行駛之丁所駕駛之車輛撞毀。甲以乙未滿 20 歲為理由，主張契約無效。此外，甲並主張，沙發於運送途中被撞毀，其亦無理由要付錢。因而，甲請求傢俱公司還錢，其主張是否

命題意旨	本題算是傳統爭議題型的考題，同學若將關於行為能力及代理兩個章節有好好複習，第一小題將可迎刃而解。至於第二小題，則是小題大作的題目，同學在回答上，不宜直接適用民法第三百七十四條，而應該將因不可歸責於雙方當事人以致於債務人陷於嗣後不能的法律關係詳為論述。
答題關鍵	第一小題涉及限制行為能力人為代理人時，被代理之法律行為效力如何，其實關鍵即在於第一百零四條的學習，考點並不困難。第二小題則為價金危險之提前移轉之問題，解題關鍵當然是民法第三百七十四條之適用，但是同學若欲獲得高分，還是應該把給付危險及價金危險之相牽連的法律關係一併予以回答始為正途。
高分閱讀	1.王澤鑑，《民法總則》，2009 年 6 月，p.355、484。 2.林誠二，《民法債編各論（上）》，2003 年 7 月，p.163-166。

有理？（25 分）

【擬答】

（一）甲系爭契約有效，甲之主張為無理由

- 1.按本案中乙為傢俱公司之代理人，代理傢俱公司與甲訂立系爭沙發之買賣契約，惟依題意所示，代理人乙僅十九歲，依民法第十三條第二項之規定，乃係限制行為能力人，而限制行為能力人為代理人時，被代理之法律行為效力如何誠值檢討。
- 2.按雖然代理人乙為限制行為能力人，惟因被代理之法律行為之當事人乃係被代理人即傢俱公司與相對人甲，從而因系爭買賣契約之簽訂而享受權利負擔義務者應係傢俱公司與甲。
- 3.換言之，代理人乙不因系爭買賣契約而享受權利或負擔義務，因此系爭買賣契約就限制行為能力人之代理人乙而言，乃係無損益之中性行為，就此民法第一百零四條訂有明文，本條規定：「代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人而受影響。」從而縱然本案代理人乙係限制行為能力人，其代理傢俱公司與甲所訂立之買賣契約係屬有效。甲主張因乙未滿二十歲，故系爭買賣契約為無效並無理由。

（二）甲應支付價金，故甲請求傢俱公司返還價金為無理由

- 1.本案中，系爭沙發為第三人丁所不法毀損，係不可歸責於雙方當事人之事由以致於債務人陷於給付不能，故債務人即傢俱公司得依民法第二百二十五條第一項之規定而免給付義務，因此係由買受人甲承擔給付危險，而不能請求交付系爭標的物。
- 2.惟因債務人陷於給付不能亦不可歸責於甲，從而甲亦得依民法第二百六十六條第一項之規定免為對待給付，因此係由出賣人傢俱公司承擔價金危險而不能請求交付價金。
- 3.惟關於價金危險可能移轉而由買受人承受負擔。詳言之，民法第三百七十三條規定，因出賣人將買賣標的物交付於買受人，將造成價金危險轉由買受人承受負擔。本案中，因買賣標的物尚未及交付於買受人甲即告滅失，因此依本條規定，仍係由出賣人即傢俱公司承擔價金危險。
- 4.惟依民法第三百七十四條規定：「買受人請求將標的物送交清償地以外之處所者，自出賣人交付其標的物於為運送之人或承攬運送人時起，標的物之危險，由買受人負擔。」本案中，甲本與傢俱公司本約定清償地為甲之住所，但嗣後因甲將系爭沙發贈與於丙，因此通知傢俱公司將沙發改送至丙之處所，從而依



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)

本條規定，當出賣人即傢俱公司將買賣標的物交付予為運送之人即 A 貨運公司時，價金危險即由買受人甲承受負擔，因此甲應支付價金予出賣人。從而甲主張，因系爭沙發於運送中被撞毀，故傢俱公司應返還價金為無理由。

二、甲任職某航空公司，為資深座艙長，於民國(下同)98 年 1 月 5 日進入乙農會大樓搭乘丙公司廠牌電梯時，突因鋼纜斷裂導致電梯墜落至地下室機坑，致甲脊椎摔傷，經送醫急救仍半身癱瘓，無法再任原職務。經查系爭電梯於 90 年 1 月 1 日出廠安裝於該農會大樓，自啟用日起至事故發生日均由丁公司作全責定期保養維修。試問：甲向丙、丁依民法之規定請求連帶負損害賠償責任，有無依據？請詳述理由。又甲認為乙農會對其損害亦應與丙、丁連帶負賠償之責，依民法之規定，甲對乙農會之主張有無依據？請詳述理由。(25 分)

命題意旨	本題是侵權行為的考題，主要考點是關於一般侵權行為與特殊侵權行為的要件。除此之外，題目一開始頭有假設甲半身癱瘓的事實，因此關於賠償範圍的問題，亦應一併予以回答。
答題關鍵	因為本題是在考侵權行為，包括一般侵權行為及特殊侵權行為是否成立比較有疑義的要件詳加說明，始能獲得高分。並且，因為本條特別強調甲是否得向加害人請求連帶賠償，因此民法第二百七十二條，以及是否有法律規定的存在，應該特別予以點出。最後，關於賠償範圍的問題其實是基本功，穩紮穩打的回答，將可把這部分爭點的分數拿到。
高分閱讀	王澤鑑，《侵權行為》，2009 年 7 月，頁 113-115、440-445、608-617。

【擬答】

(一)甲向丙、丁請求連帶負損害賠償責任為有理由

1. 甲得依民法第一百九十一條之一之規定向丙請求損害賠償

查民法第一百九十一條之一第一項規定：「商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。」而丙為系爭電梯之製造人，故屬本條第二項所稱之商品製造人，被害人甲搭乘系爭電梯，係對於商品之通常使用或消費，從而若丙不能依本條第一項但書之規定舉反證，則甲即得依本條之規定向丙請求損害賠償。

2. 甲得依民法第一百八十四條第一項前段之規定向丁請求損害賠償

(1) 依題示，系爭電梯係由丁作全責定期保養維修，因此丁負有義務維持系爭電梯之安全，不料丁卻怠於維修致鋼纜斷裂，致使電梯墜落至地下室機坑，故丁係違背其作為義務而得認為其消極不作為乃係不作為之侵權行為。

(2) 並且丁之不作為侵權行為，侵害甲之身體健康權而致甲受有損害，系爭侵害事故之發生既然係因丁未盡維修義務所致，得認丁主觀上有抽象輕過失，並且丁又有責任能力，因此甲得依民法第一百八十四條第一項前段之規定向丁請求損害賠償。

3. 甲得請求丙、丁連帶負損害賠償責任

(1) 按依民法第二百七十二條規定，連帶責任之成立限於當事人明示或者法律有特別規定者。本案中丙、丁並未明示欲連帶負賠償責任，因此僅於法律有特別規定時，甲始得請求丙、丁連帶負損害賠償責任。

(2) 查民法第一百八十五條第一項前段規定：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。」惟何謂數人共同不法侵害他人權利，向來有主觀說及客觀說，茲分述如下：

A. 主觀說

最高法院五十五年台上字一七九八號判例表示：「本件車禍係計程車與卡車司機駕駛不慎肇事，依司法院第二三八三號解釋，無共同過失之侵權行為，法院僅得就各該司機應負過失責任程度之範圍內，令其與僱用人連帶賠償。」可見僅於數行為人有主觀意思聯絡時，始得成立共同侵權行為。而本案中，丙、丁二人並無意思聯絡，因此依主觀說，丙、丁不依民法第一百八十五條第一項前段成立共同侵權行為。

B. 客觀說

惟司法院例變字第一號表示：「民事上之共同侵權行為，(狹義的共同侵權行為，即共同加害行為，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)

同)與刑事上之共同正犯,其構成要件並不完全相同,共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要,數人因過失不法侵害他人之權利,苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因,即所謂行為關聯共同,亦足成立共同侵權行為。」可見僅須行為關聯共同,即足成立共同侵權行為。本案中,丙、丁二人之行為均為甲之損害發生的共同原因,因此依客觀說,丙、丁應依民法第一百八十五條第一項前段成立共同侵權行為。

C.因民法第一百八十五條第一項前段即為民法第二百七十二條第二項所稱之法律規定,從而丙、丁二人在客觀說下,應連帶對甲負損害賠償責任。

(二)甲向乙、丙、丁請求連帶負損害賠償責任為有理由

1.甲得依民法第一百九十一條之規定向乙請求損害賠償

臺灣高等法院九十三年度保險上字第二七號判決表示:「民法第一百九十一條第一項規定之土地上之工作物,指建築物及其他工作物而言,工作物為一種概括概念,凡土地上依人工作成之設施,於工作完成無意拆除之物為工作物,建築物不過為其例示,舉凡鐵路、橋樑、隧道、電桿、圍牆等均屬之;至於建築物內部之設備,如天花板、樓梯、電梯、門窗或廣告招牌,為建築物之從物或成分,屬建築物之一部分。」從而本案中之電梯既然屬於建築物之成分而屬建築物之一部分,則若乙不能依民法第一百九十一條但書之規定舉反證,甲即得依本條規定向乙請求損害賠償。

2.甲得依民法第一百八十八條之規定向乙請求損害賠償

按乙為系爭大樓所有權人,為維持系爭電梯之安全性,與丁訂立契約要求丁作全責定期保養維修,而丁應依民法第一百八十四條第一項前段之規定負侵權責任已如前述,並且又得認為乙對於丁有指揮監督權限,因此事實上僱傭關係亦存在,兼之本案乃係在執行職務中所致之侵害,從而甲尚得依民法第一百八十八條之規定向乙請求損害賠償。

3.復因民法第一百八十八條之規定乃係民法第二百七十二條第二項所稱之法律規定,從而受僱人丁與僱用人乙應連帶負損害賠償責任。

4.此外,因甲之損害係乙、丙、丁三人之行為共同所致,依前揭客觀說,既然乙、丙、丁之行為係造成甲之損害的共同原因,則乙、丙、丁三人亦應依民法第一百八十五條第一項前段連帶負損害賠償責任。

(三)關於賠償範圍

1.按甲係身體健康權受侵害,從而甲得依民法第一百九十三條第一項之規定,就其喪失或減少勞動能力,或增加生活上之需要,向乙、丙、丁三人請求財產上損害之賠償。因此甲得就其脊椎摔傷而半身癱瘓,無法再任原職務之財產上損害請求賠償。

2.依民法第十八條第二項之規定,甲之身體健康權受侵害,應以法律有特別規定者為限,始得請求慰撫金,而民法第一百九十五條第一項規定,被害人就其身體健康權受侵害時,雖非財產上損害,亦得請求賠償相當之金額。本條即係民法第十八條第二項所稱之法律特別規定,從而甲亦得向乙、丙、丁三人請求慰撫金。

三、甲、乙、丙三人共同出資購買一筆A建地,應有部分登記為每人各三分之一。試問:甲得否未經乙、丙之同意,逕將自己之應有部分設定地役權於丁?又若乙將其應有部分讓與戊,則甲、乙、丙未經登記之分管協議,對知情之戊是否有其效力?(25分)

命題意旨	第一小題的考點相當單純,算是傳統爭議型的考法,對於物權的傳統爭議踏實準備過的同學,這題回答起來應是得心應手。至於第二小題算是不失所望,考了今年甫公布施行之物權編修正條文,對於新法內容下過功夫的同學,這題回答起來也並不棘手。
答題關鍵	第一小題乃為傳統爭議,亦即共有人得否以其應有部分對他人設定用益物權之問題,因為考點非常單純,建議還是應該從共有人就其應有部分處分自由原則談起。第二小題向來是同學學習的大重點,也就是分管契約對於第三人是否具有效力之問題,這題要完整回答,應該從修法前的判例及大法官釋字第三四九號解釋談起,然後再適用新修正施行之民法第八百二十六條之一。因為本題修法前後適用的結論不同,因此同學應該分別予以論述之。
高分閱讀	謝在全,《民法物權論(上)》,2009年6月,頁512-513、548-549。

【擬答】

(一)甲得否未經乙、丙同意,逕將自己之應有部分設定地役權於丁?



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.按民法第八百十九條第一項規定：「各共有人，得自由處分其應有部分。」是為應有部分處分自由原則，蓋應有部分係共有人自己之權利，故可自為有效之處分。
- 2.惟縱然民法第八百十九條第一項明示應有部分處分自由原則，但共有人得否未經他共有人全體同意，而逕將應有部分為他人設定如地役權之用益物權，學說就此則有爭議，茲說明如下：

(1)否定說

學說上有認為，縱然各共有人得自由處分其應有部分，惟各共有人仍不得在未經他共有人全體同意前，逕將應有部分對他人設定地役權。概地役權乃係用益物權，亦即以支配標的物之利用價值為目的，故需占有標的物，惟應有部分乃觀念上存在，事實上無占有之可能，自無法成立地役權。又縱認為僅須使地役權人占有共有物即可，然因地役權乃係用益物權而具高度排他性，故若允許共有人就其應有部分設定地役權，勢必會危害其他共有人之權益。

(2)肯定說

惟亦有認為，雖然應有部分僅係觀念上存在，就應有部分事實上不可能為占有，但僅須使地役權人占有共有物即可。從而在民法第八百十九條第一項所示之應有部分處分自由原則下，各共有人得不經他共有人全體同意而向他人設定地役權。

- (3)管見以為，共有人就共有物可透過分管契約之約定，就共有物享有使用收益之權，則在不違反分管契約之條件下，將應有部分設定地役權，而將分管部分或管領期間之共有物，交由地役權人用益或占有，將不致於侵害他共有人之利益，而在此前提之下，似無採取否定說之必要。從而若採肯定說，甲得未經乙、丙同意，逕將自己之應有部分設定地役權於丁。

(二)甲、乙、丙未經登記之分管協議，對知情之戊是否有效力？

按共有人間所簽訂之分管契約，對於受讓原共有人之應有部分，而成為新共有人之第三人效力如何，向來爭議甚深。

- 1.共有人間所簽訂之分管契約性質上屬債權行為，基於債之相對性原對第三人不生效力，惟為保持分管契約之安定性，特賦予物權效力合先敘明。
- 2.惟應如何賦予系爭分管契約物權效力修法前後判斷標準不同，以下茲就新舊法之適用情形分別予以論斷：

(1)修法前

- A.最高法院四十八年台上字第一〇六五號判例表示：「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在。」因此無論該第三人是否知悉有分管契約之存在，應認為分管契約對該第三人具有效力。
- B.惟若不論該第三人是否知悉有分管契約之存在，一概認為其應受分管契約效力所及，對於該第三人之財產權之保障有所不足。故大法官釋字第三四九號解釋認為前開判例，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，上述判例在此範圍內，嗣後應不再援用。從而本案中既然表示戊知悉系爭分管契約存在，則依大法官釋字第三四九號解釋意旨，系爭分管契約對於戊具有效力。

(2)修法後

民法物權編修正條文第八百二十六條之一立法理由表示，參照大法官釋字第三四九號解釋，並仿外國立法例，於不動產分管契約經登記後，即對應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力。基此立法理由，分管契約對於第三人是否具有效力，應概以系爭分管契約是否經登記為斷。從而若應適用民法第八百二十六條之一，則因系爭分管契約未經登記，故無論戊對於系爭分管契約之存在知情與否，概不受分管契約效力所及。

- 四、甲育有三子乙、丙、丁(甲妻早歿)，乙娶戊女為妻，並生有一子己，戊女現又懷胎三個月；丙娶庚女為妻，生有一子辛、一女壬；丁剃度為僧。某日，甲偕乙搭機至外島旅遊，因飛機失事，甲、乙不幸同時死亡，甲遺有大筆積極財產，而乙遺有大筆消極財產，並無積極財產。試問：甲之繼承人為何人？應繼分各為若干？又乙之繼承人為何人？若乙之繼承人全部欲拋棄繼承，則戊女懷孕之胎兒是否亦須拋棄繼承？(25分)



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)

命題意旨	本題之案例事實單純，考點亦十分清楚，算是簡單之基本概念題型，同學只要基本概念清楚，答題層次分明，應不難獲取基本分數。然因本題考點實在太過基礎，同學如有餘力，尚得結合近年來新修正的繼承制度稍加論述，以求周延。
答題關鍵	同學作答時就「繼承人之認定」僅須把握住基本架構，區分「配偶繼承人」及「血親繼承人」兩方向下筆，就「同時存在原則」、「代位繼承之性質採取固有權說」、「代位繼承之應繼分計算則採應繼分承襲說」、「胎兒是否得為繼承人」等相關基本概念逐一分析即可。
高分閱讀	1.侯律師，《身分法（圖說）》，高點出版，p8-2~p8-5、p8-23~p8-25、p9-56~p9-57。 2.侯台大總複習講義，p22~p23、p38、p46。

【擬答】

一、甲之繼承人認定：

(一)甲男無配偶繼承人

依民法第 1144 條規定，配偶有相互繼承遺產之權，然而本題中甲之妻早歿，是以，甲男並無配偶繼承人。

(二)丙、丁二子以及代位繼承人「己子」以及「戊女懷孕之胎兒」均為甲男之血親繼承人

依民法第 1138 條第 1 款規定，除配偶外，直系血親卑親屬亦為遺產之繼承人，如題所示，甲育有乙、丙、丁三子，然而渠等是否均得為甲男之血親繼承人，爰分述於下：

1.乙子不符合同時存在原則，不得為甲之繼承人，惟「己子」以及「戊女懷孕之胎兒」得依民法第 1140 條規定主張代位繼承

(1)按依民法第 1147 條以及第 1148 條規定觀之，被繼承人財產上一切權利義務，於被繼承人死亡時當然移轉於繼承人，故繼承開始時「確實生存」之自然人始得為適格之繼承人，此即所謂「同時存在原則」。因此，如題所示，甲、乙不幸同時死亡，此時乙子自不得為甲之繼承人。

(2)然而，乙子雖不得為甲之繼承人，但乙子尚有直系血親卑親屬「己子」及「戊女懷孕之胎兒」，渠等亦屬甲之直系血親卑親屬，依民法第 1138 條第 1 款本屬於第一順序之繼承人，僅係因民法第 1139 條之特別限制，阻斷其繼承之順序，但並非剝奪其民法第 1138 條第 1 款得為繼承人之權利，此時依民法第 1140 條規定：「第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」是以，我國之代位繼承制度既採「固有權說」，被繼承人甲與被代位人乙「同時死亡」者，甲、乙相互間雖不生繼承問題，但「己子」及「戊女懷孕之胎兒」仍得依上開規定主張代位繼承。

(3)另就「戊女懷孕之胎兒」是否為權利主體而得為甲之代位繼承人，則尚須進一步析論，按民法第 6 條規定：「人之權利能力，始於出生終於死亡。」胎兒因尚未出生，不具有權利能力，本無從享受權利、負擔義務。然為保護胎兒利益，民法第 7 條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」又民法第 1166 條規定：「胎兒為繼承人時，非保留其應繼分，他繼承人不得分割遺產。胎兒關於遺產之分割，以其母為代理人。」而本題中甲遺有大筆積極財產，是以使「戊女懷孕之胎兒」成為甲之代位繼承人對該胎兒並無不利，因此該胎兒自有遺產繼承權，並以其母為法定代理人代為處理繼承事宜，以保障胎兒之權利，就此應視為前揭「同時存在原則」之例外，一併敘明之。

2.丙子為甲男之直系血親卑親屬，依民法第 1138 條第 1 款規定，自為甲男遺產之繼承人。

3.丁子雖剃度為僧，然出家並不能切斷法律上的親子關係，丁子身為甲男直系血親卑親屬之地位並不因受而影響，依民法第 1138 條第 1 款規定，自仍為甲男遺產之繼承人(最高法院 32 年永上字第 199 號判例參照)。

二、甲之繼承人其應繼份之比例：

承上所述，甲男無配偶繼承人、而丙、丁二子以及代位繼承人「己子」以及「戊女懷孕之胎兒」均屬民法第 1138 條第 1 款本屬於第一順序之繼承人，此時其應繼份之比例依民法第 1141 條規定：「同一順序之繼承



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)

人有數人時，按人數平均繼承。但法律另有規定者，不在此限。」然而，我國之代位繼承制度之性質雖係採「固有權說」，但在代位繼承人應繼分之計算上，為維持各子股間之公平性，則採「應繼分承襲說」，亦即，代位繼承人「己子」以及「戊女懷孕之胎兒」應平均乙之三分之一應繼份，即各六分之一；而丙、丁二子之應繼份則各為三分之一。

三、乙之繼承人認定：

(一)戊女為乙之配偶，依民法第 1144 條規定，自為乙之繼承人。

(二)乙男之血親繼承人應僅有「己子」

如題所示，「己子」及「戊女懷孕之胎兒」為乙之直系血親卑親屬，依民法第 1138 條第 1 款應均為乙之第一順序繼承人，然而，與上開甲之情形不同者在於，甲係遺有大筆積極財產，而乙則僅遺有大筆消極財產，並無積極財產，此時就「戊女懷孕之胎兒」是否仍得逕予視為乙之繼承人，學說暨實務上則有不同之見解，爰分述於下：

1.有認為依上開民法第 1166 條第 1 項規定之文義觀之，既已明定「胎兒為繼承人時」，即表示胎兒可為繼承人。

2.然而較為多數之見解則認胎兒之繼承係依民法第 7 條之規定，僅限於個人利益享有部分，而無負擔義務之能力，是故，若於繼承開始時，被繼承人所遺留之積極財產大於消極財產，胎兒固得繼承；若遺留之消極財產大於積極財產，因非基於胎兒之利益，胎兒自不繼承該債務，而不得為繼承人。(臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會民事類提案第 8 號研討意見參照)

3.吾意認為基於胎兒之利益衡量，亦應以後說較為可採，因此本題中乙既僅遺有大筆消極財產，則「戊女懷孕之胎兒」即不得視為乙之繼承人，乙男之血親繼承人應僅有「己子」。

四、戊女懷孕之胎兒是否須為拋棄繼承：

(一)承上所述，該胎兒是否須為拋棄繼承，須視前開見解採取之不同而有所差異：

1.如認胎兒不區分情形均可為繼承人時，則本題中因乙僅遺有大筆消極財產，此時「戊女懷孕之胎兒」自須依法為拋棄繼承，以避免承擔乙之債務。然而胎兒若欲主張拋棄繼承之時點，實務上仍存有不同意見，有認應於「知悉其得繼承之時起三個月內」為之；然亦有認為於「出生 3 個月內」為之即可。

2.反之，如認於被繼承人遺留之消極財產大於積極財產時，因非基於胎兒之利益，胎兒不得為繼承人，此時「戊女懷孕之胎兒」自不繼承該債務，而無待於拋棄繼承。

(二)此外，我國舊有之繼承制度係採取「當然繼承、概括繼承」為原則，亦即繼承人如未依第 1154 條以下規定主張「限定繼承」或依第 1174 條規定主張「拋棄繼承」時，則仍為概括繼承，即應概括承受被繼承人留下之鉅額債務，並承擔清償責任。而上開「胎兒是否須為拋棄繼承」之見解，實務見解即存有如此歧異，實已使繼承人增加許多難以預測之風險，對繼承人之保障實有不足！就此，我國之繼承制度近年已有重大變革，97 年 1 月修法時增訂第 1153 條第 2 項規定，明定「無行為能力或限制行為能力人之弱勢繼承人」對於被繼承人之債務，僅以所得遺產為限負清償責任。其後為進一步保護「所有繼承人」之權利，乃於 98 年 6 月修法時，於第 1148 條明文規定，全面改採為「概括繼承有限責任」制度，亦即對於被繼承人之債務，繼承人僅須以因繼承所得遺產為限，負清償責任。是以新法修正後，上開爭論之歧異或可獲得解決，本題中因乙僅遺有大筆消極財產，並無積極財產，依上開「概括繼承有限責任」制度，「戊女懷孕之胎兒」縱未為拋棄繼承之主張，該胎兒亦無清償債務責任，避免胎兒因未為拋棄繼承而使其利益遭受侵害。



《民法》

- 一、債權人甲與債務人乙成立和解契約，約定讓乙分期償債，但乙應於每月 1 日上午 10 時前將分期支票送至甲住處，如有違反即喪失分期利益。設乙於如期交付數次支票後，有一次因交通阻塞，於上午 10 時 30 分始送達支票，雖曾先以行動電話向甲說明原因，但甲仍拒絕受領，並訴請乙償還所餘全部債款。設法院調查發現，雙方約定上午 10 時前交付分期支票，目的在使甲能於上午 11 時前軋入銀行進行票據交換，另甲之往來銀行設在甲住處附近。問甲之請求有無理由？附理由說明之。(25 分)

命題意旨	本題係測驗權利行使不得違反誠實信用原則之問題及約定分期付款契約中，債務人之期限利益保護。
答題關鍵	本題答題之關鍵在於最高法院 26 年滬上字第 69 號判例之內容，如有餘力可一併說明分期付款契約之期限利益保護問題。事實上，近年民法總則之考題偶有測驗「權利行使」之概念，如九十二年律師第一題。惟各位縱然不知前開實務見解，亦可從筆者上課所論及民法第七十二條規定之操作聯想至此，仍有發揮之空間。
高分閱讀	1.王澤鑑，《民法總則》，頁 598，2001 年 2 月。 2.楊淑文，《融資貸款與消費者保護》，收錄於氏著，《民事實體法與程序法》爭議問題，頁 97-98，2006 年 6 月。 3.徐律師，《民法債各實例演習》，頁 2-38，5-8~13。

【擬答】

- (一) 甲拒絕受領乙之清償而訴請乙應支付餘下債款，其行使權利已屬違反誠實信用原則，不應許之。
- 按「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」為民法第 148 條第 2 項所明揭。是權利人於行使權利時，不得有違誠信原則。
 - 次按，「債權人甲與債務人乙成立和解契約，約明如乙依此次所定日期、數額如數付清，則全部債款作為清償，每期付款均應於午十二時前為之，嗣後乙已將第八期以前各期應付之款如數付清，其最後第九、第十兩期之款，應於上年十二月三十一日付清，是日乙因須以即期支票換取銀行本票始可付甲，而是日銀行業務紛忙致稽時間，送交甲處已十二時三十分，乙於是日上午十一時三十二分曾以電話致甲商緩數分鐘，甲雖未允緩三十分鐘，而乙之遲誤時間，按其情形非無可原，雙方之和解契約係因該地商業習慣，票據於下午二時送入銀行，須作為翌日所收之款，故特約明須於午十二時前付款，如甲於十二時三十分收款後即以之送入銀行，銀行仍可作為當日所收之款，於甲並無損失，乃甲以乙已遲延三十分鐘拒絕受領，主張乙應償還全部債款，其行使債權，實有背於誠實及信用方法，依民法第 219 條之規定，不能認為正當。」為最高法院 26 年滬上字第 69 號判例所揭櫫。是如債務人雖違反約定清償期間而遲延給付，如其遲誤時間，按其情形非無可原，且債務人亦已先行致電債權人，雖債權人未允許延緩期間，然雙方所訂和解契約清償期間，其目的不外係使債權人得將票據準時軋入銀行進行票據交換，故如債務人嗣後之給付仍能使債權人將票據軋入銀行，即難認為其有損失，是債權人拒絕受領而請求全部到期，其權利之行使應屬違反誠信原則。
 - 故於題示情形，揆諸上開最高法院判例意旨，應認為債權人甲拒絕給付並請求債務人乙支付餘下債款，乃屬違反誠信原則之權利行使，應無正當理由。
- (二) 退步言之，縱認為債權人甲仍得拒絕受領債務人乙之給付，惟雙方約定之「一期不到視為全部到期約款」之效力應屬無效，從而甲仍不得請求乙支付所餘全部債款。
- 按「分期付款之買賣，如約定買受人有遲延時，出賣人得即請求支付全部價金者，除買受人遲付之價額已達全部價金五分之一外，出賣人仍不得請求支付全部價金。」「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。」分別為民法第 389 條及第 347 條所明揭。是當事人如約定分期償還債務時，債務人應享有限期利益，是立法者乃規定必須於債務人遲付價額已達全部金額之五分之一時，即有生影響債權人之債權實現之危險時，債權人始得請求債務人為全部之給付。

2.題示情形，債權人甲與債務人乙雙方成立和解契約，約定讓債務人分期償還債務，惟乙如有一期遲延給付，即喪失分期利益，而須全部支付之約定，似有違反民法第 398 條規定之意旨，有論者認為該條規定在保護債務人之權益，應屬強行規定，而不得以特約排除為是。從而甲得依民法第 71 條規定而認為該約款無效，故債權人甲不得主張該條款之效力，而要求清償債務人乙清償全部債務。

二、甲於今年夏天大學畢業後，乃向其開設網咖之鄰居乙借款新台幣十萬元，作為暑期至英國劍橋大學遊學之費用。乙素來對甲照顧有加，除無息借貸予甲上開新台幣十萬元之金額，且未定返還期限外，又同意接受甲之引薦，聘僱甲之同學丙，至其網咖工作，然而丙不僅態度散漫，更於上班時間內上網大談戀愛，乙仍對其百般容忍。六個月後，乙因資金調度失當，只好將其對甲之新台幣十萬元借款債權以新台幣八萬元之代價出售予與乙素有往來之 A 電腦公司，雙方約定俟 A 電腦公司付清新台幣八萬元之價款後，乙始為借款債權之讓與。然而 A 電腦公司於買賣契約成立後之翌日即給付新台幣八萬元之價款予乙，乙立即囑託丙將有關借款債權讓與之情事告知甲，惟因丙之疏失竟向甲告知：「乙即刻將讓渡其借款債權予 B 電腦公司。」於丙通知甲後不久，乙即讓與該借款債權予 A 電腦公司。

不知情之甲信賴其同學丙之通知，俟甲自其雙親處取得一筆為數可觀等壓歲錢後，再加上甲幾個月來微薄之薪資，甲乃交付新台幣十萬元之金額予 B 電腦公司，以清償其先前向乙之借款，不知情之 B 電腦公司之職員丁，因此亦代 B 電腦公司受領此一款項。

基於上述之事實，試附理由回答下列問題：

- (一)若 A 電腦公司仍向甲請求返還上開新台幣十萬元之借款，甲是否有理由拒絕 A 電腦公司之請求？（10 分）
- (二)此外，A 電腦公司尚得向何人基於何種法律關係請求給付新台幣十萬元之金額？（15 分）

命題意旨	本題在測驗債權讓與及不當得利之相關問題，債務人在債權讓與之情形下，如何清償會發生債務消滅之效力。
答題關鍵	各位在本題的答題結構上，必須先從債務人清償是否發生清償效力出發，再逐一釐清當事人間法律關係即可。
高分閱讀	1.徐律師，民法債總實例演習，P.6-6~9、9-3~5、21-4~7（相似度 70%）。 2.徐台大，2008 年總複習講義（財產法），P.80~81（相似度 60%）。

【擬答】

(一)甲得主張其向 B 公司給付十萬元，其債務業已消滅，從而得拒絕 A 電腦公司之請求。

- 按「讓與人已將債權之讓與通知債務人者，縱未為讓與或讓與無效，債務人仍得以其對抗受讓人之事由，對抗讓與人。前項通知，非經受讓人之同意，不得撤銷。」「依債務本旨，向債權人或其他有受領權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。」分別為民法第二百九十八條及第三百零九條第一項所明揭。是債權人如通知債務人債權讓與一事，縱然事實上未為讓與，債務人亦得以其對抗受讓人之事由，對抗受讓人。則債務人如已向受讓人為清償，自得依民法第三百零九條第一項規定主張，系爭債權業已經清償而消滅。
- 次按「債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。但法律另有規定者，不在此限。」為民法第二百九十七條第一項所明文規定。是債權之讓與如未通知債務人，對債務人不生效力。蓋債務人對債權讓與一事並不知情，亦無法定公示外觀可得探知，故為保護債務人，而有本條規定所由設。
- 題示情形，乙將對甲之債權出售於 A 公司，且約定於 A 公司付款後即為讓與，則依民法第二百九十四條之規定，於 A 公司付清價款後，系爭債權即已發生移轉之效力。惟乙或 A 均未合法通知債務人系爭債權讓與一事，故此一債權讓與尚不得對抗債務人甲。則債務人甲如對於乙為清償，仍應生債權消滅之效力。復依第二百九十八條之規定，縱然債權讓與無效，然債務人受債權讓與之通知時，即可以對抗受讓人之事由向讓與人主張，故甲既然已經對於乙公司之職員丙告知之債權受讓人 B 公司為清償，依民法第三百零九條第一項規定，該債權即已因清償而消滅，故甲得主張其向 B 公司清償後，其債務即告消滅，而無清償之義務。

4.綜上所述，揆諸民法第二百九十七條、第二百九十八條及第三百零九條第一項規定，債務人甲得主張其向 B 公司清償，其債務即告消滅，而得拒絕 A 電腦公司之請求。

(二)A 公司得分別向 B 公司及乙主張其權利，分述如下：

1.A 公司得向 B 公司主張不當得利：

(1)按「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。」為民法第一百七十九條所明揭。是如受益人不當受領利益時，受損人得據本條規定向受益人請求返還不當得利。

(2)題示情形，系爭十萬元債權業已經乙讓與給 A 公司，則債權人即已變為 A 公司，惟 B 公司竟受領債務人甲之清償，從而即屬無法律上之原因受有利益，致 A 公司受有損害，A 公司得依民法第一百七十九條規定請求不當得利，請求 B 公司返還 10 萬元之利益。

2.A 公司得向乙主張不完全給付而請求損害賠償：

(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。」、「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」分別為民法第二百二十七條所明揭。是債務人如因可歸責於己之事由，致為不完全給付而使債權人受有損害者，債權人得向其主張損害賠償。且債務人如係透過其履行輔助人履行債務時，必須就其故意或過失負同一責任。

(2)題示情形，乙將其對於甲之債權讓與給 A 公司，乙並囑託其職員丙須向債務人甲表示其債權業已讓與給 A 公司，未料丙出於過失而向債務人甲表示乙係讓與系爭債權給 B 公司，致甲向 B 公司為清償後得以拒絕向 A 公司清償，故 A 公司即因此而受損害，從而應可向乙主張可歸責於己之事由造成之不完全給付責任，而向乙請求損害賠償。

三、甲、乙、丙三人共同出資購買 A 地，應有部分各登記為三分之一。三人就 A 地之管理，達成如下協議：「A 地由甲使用，在其上設置柵欄、崗哨、車道、停車格等工作物，以經營收費停車場，甲則按月支付乙、丙二人各五萬元，但為確保甲在 A 地之投資收益，A 地在十年內，任何人均不得請求分割」。五年後，乙、丙二人因資金周轉需要，將其應有部分共同出賣於丁，並辦妥登記。丁受讓應有部分後，認為 A 地由甲經營收費停車場，不符經濟效益，乃與甲協商，願意支付一筆對價，請求甲將 A 地交由其經營餐廳。由於甲在 A 地上經營收費停車場，收入頗豐，因而拒絕丁之請求。丁之請求遭甲拒絕後，隨即以甲為被告，起訴請求法院裁判分割 A 地。

針對丁之起訴，甲提出如下之抗辯：第一，乙、丙二人，未經甲之同意即將各自應有部分轉讓於丁，對甲不生效力；第二，依據甲、乙、丙三人間有關 A 地十年內不得請求分割之協議，丁應受此一協議之拘束，自不得請求分割 A 地。

針對甲之抗辯，丁提出如下之反駁：第一，乙、丙二人將各自應有部分轉讓於丁，已經超過共有人半數及其應有部分合計半數，當然發生效力；第二，甲、乙、丙三人間有關 A 地十年內不得請求分割之協議，未經登記，不生效力，而且丁自始不知此一協議存在及其內容為何，自不應受此一協議之拘束；第三，此一協議，自成立迄今已逾五年，其約定十年內不得請求分割，期限太長，顯不合理，應不生效力。請就本事例所涉及的法律爭點，附理由分析說明甲與丁上開主張，何者有理由，何者無理由。(25 分)

命題意旨	本題涉及共有關係中，共有人處分其應有部分之效力、共有物分管協議之效力及共有物禁止分割之效力等問題，凡此均為國家考試向來重點，亦為筆者上課再三強調者，故各位應可輕鬆作答。
答題關鍵	1.各位應針對上開三個問題點分別從法條、實務見解及修正草案之規定出發，自可迎刃而解。 2.另應補充參考者為最高法院 92 年台上字第 1124 號判決「分管契約係共有人就共有物之使用、收益或管理方法所訂定之契約，不過就共有物之管理定暫時使用之狀態，並無消滅共有關係之特約，即與分割有間，從而，共有物訂立分管契約後，除因物之使用目的不能分割或契約訂有不分割之期限者外，各共有人仍得隨時請求分割。又共有物如為不同地號之數筆土地，而其共有人並非完全相同者，共有關係既分別存在於該數筆土地之上，法院為裁判分割時，自不能予以合併分割。次按民法第八百二十三條第一項所謂因物之使用目的不能分割，係指共有物繼續供他物之用，而

	為其物之利用所不可缺，或為一權利之行使所不可缺者而言。例如界標、界牆、區分所有建築物之共同部分、共有之契據等。」此一判決雖與本例當事人主張內容無關，惟亦屬重要見解，可資參照。
高分閱讀	1.徐律師，民法物權實例演習，頁 3-46、3-52~53、3-61~63、3-68~75，2008 年 8 月初版（相似度 95 %）。 2.徐台大，2008 年總複習講義（財產法），頁 46~50、（相似度 60 %）。 3.謝在全，民法物權論（上），頁 544-630，2004 年 8 月修訂 3 版。

【擬答】

(一)依民法第八百十九條第一項規定，丁可自乙、丙處有效地受讓 A 地應有部分。

- 1.按「各共有人，得自由處分其應有部分。」，民法第八百十九條第一項定有明文，亦即共有人得自由處分其應有部分。蓋應有部分仍為共有物所有權之比例，此亦為釋字第五六二號解釋所明揭。且共有人處分其應有部分對於他共有人之權益尚無影響，故揆諸民法第七百六十五條之規定，立法者乃使共有人得自由處分其應有部分。
- 2.題示情形，甲、乙、丙三人共同出資購買 A 地，且應有部分各登記為三分之一，則三人就 A 地所有權應係共有之情形。準此，乙、丙自得依照民法第八百十九條第一項規定自由讓與其應有部分予第三人丁為是。
- 3.惟甲、乙、丙三人另有分管協議，而甲為求確保其對於 A 地之使用收益，乃一併與乙、丙達成協議而禁止各共有人在十年內主張分割共有物。則解釋當事人真意，是否包括共有人不得讓與應有部分，不無疑問。蓋共有人如讓與共有物之應有部分予第三人，則共有人原來所締結之禁止分割協議，未必可拘束受讓人，如此一來將使甲乙丙原本締結之禁止分割協議失其存在意義。故解釋上似可認為甲、乙、丙三人原本訂立之禁止分割協議亦應包括共有人禁止讓與應有部分之效力。然而，縱然解釋當事人真意而認為前開協議發生禁止共有人讓與其應有部分之效力，但該等協議僅生債權效力，而無從拘束契約以外之第三人，因此縱然乙、丙違反系爭協議而將其應有部分讓與給丁，甲亦僅向乙、丙主張契約債務不履行之損害賠償，而不影響丁取得 A 地之應有部分之效力。且乙、丙、丁業已辦妥移轉登記，則丁即已取得 A 地應有部分三分之二的所有權。
- 4.另應補充說明者係，雖丁提出之抗辯為「乙、丙各自將其應有部分轉讓於丁，已經超過共有人半數及其應有部分合計半數，當然發生效力」，其真意似係以土地法第三十四條之一第一項規定為據。惟系爭規定乃係處理共有人對於共有物之處分，尚與題示共有人讓與應有部分之情形無涉，從而此一抗辯並不具任何效力，惟此不影響丁可取得 A 地應有部分之效力，併予說明。
- 5.綜上所述，依照民法第八百十九條第一項規定，丁得有效受讓乙、丙對於 A 地之應有部分。

(二)如丁對於甲、乙、丙三人就 A 地之禁止分割協議並非明知或可得而知，揆諸釋字第三四九號解釋意旨，自不受系爭協議拘束，而得依民法第八百二十三條規定請求分割共有物。

- 1.按「最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為『共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在』，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。至建築物為區分所有，其法定空地應如何使用，是否共有共用或共有專用，以及該部分讓與之效力如何，應儘速立法加以規範，併此說明。」為釋字第三四九號解釋所明揭。蓋此等協議僅屬債權契約之一種，依照債權相對性原則，原不生拘束契約以外第三人之效力，惟因此等協議不易形成，且攸關共有物之使用收益，故乃例外讓其發生拘束應有部分受讓人之效力，而為兼顧第三人之交易安全，乃使應有部分受讓人於不知有禁止分割協議之情形下，得主張不受該協議之拘束。
- 2.修正草案為將此一原則予以明文，乃以第八百二十六條之一第一項規定「不動產共有人間關於共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定或依法所為之決定，於登記後，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力。其由法院裁定所定之管理，經登記後，亦同。」而使禁止分割之協議得以登記之方式拘束協議以外之第三人。
- 3.由於修正草案尚未施行，故題示情形仍應依照前開大法官解釋之意旨處理，亦即應視受讓人丁是否明知或可得而知甲、乙、丙三人間原有之禁止分割協議而定。如丁並非明知或可得而知系爭協議，則自不受系爭禁止分割協議之拘束，此與系爭協議是否業經登記無關。

4.綜上所述，如丁對於甲、乙、丙三人就 A 地之禁止分割協議並非明知或可得而知的情形，自不受系爭協議之拘束，從而得依民法第八百二十三條第一項規定「各共有人，得隨時請求分割共有物。但因物之使用目的不能分割或契約訂有不分割之期限者，不在此限。」主張分割共有 A 地。

(三)系爭禁止分割協議期間，如依現行民法第八百二十三條第二項規定，應已屆期而失其效力。

1.按民法第八百二十三條第二項規定「前項契約所定不分割之期限，不得逾五年。逾五年者，縮短為五年。」蓋共有狀態不利使用，且對於共有物之融通亦多有阻礙，故立法者乃明文規範使共有人得分割共有物，且縱然訂有禁止分割共有物之協議，禁止分割期間亦不宜過長，故設有本項規定。

2.準此，雖丁不受前開禁止分割協議拘束，已如前述，惟縱然丁受該協議拘束，此一約定期間亦已違反上開規定，從而應縮短為五年。是於題示情形中，該禁止分割之協議業已失其效力，從而丁仍得依照民法第八百二十三條第一項規定請求分割 A 地。

3.此外，立法者考慮到如共有人對於共有不動產已有管理約定之情形時，各共有人對於共有物之使用收益即可圓滑進行，其不分割之狀態自可延長為是，故修正草案第八百二十三條第二項乃增訂「但共有之不動產，於共有人間已有管理之約定時，約定不分割之期限，不得逾三十年；逾三十年者，縮短為三十年。」若依修正草案之規定，則於題示情形中，系爭期間則未逾規定期限，而仍屬有效。惟本項修正草案尚未生效，從而仍應依現行規定處理。

4.綜上所述，系爭禁止分割協議期間違反民法第八百二十三條第二項規定，應縮短為五年，則該協議業已屆期而失其效力，從而丁仍得主張分割 A 地。

(四)另應附帶說明者係，丁係向法院請求以裁判分割共有物，則依民法第八百二十四條第二項之規定：「分割之方法，不能協議決定者，法院得因任何共有人之聲請，命為左列之分配。」必須共有人不能以協議分割共有物之情形，始得尋求透過裁判分割之方式。

題示情形中，丁僅請求重新就共有物訂分管方式，而於受甲拒絕後即逕行向法院起訴請求分割 A 地，似有違民法第八百二十四條協議先行之規定，而須先經協議分割後，於協議不成之情形下，方能向法院起訴請求分割 A 地為是。

四、因戶政機關駁回甲男乙女結婚登記之申請，甲乃依法提起行政救濟，於行政救濟期間甲赴大陸認識丙女，並於大陸結婚，婚後甲丙返台，至戶政機關辦理結婚登記，戶籍人員告知甲先前之行政救濟為有理由，准許甲乙之結婚登記，因而不受理甲丙結婚登記之申請，此時丙已懷有胎兒 A，甲一時怒急攻心而死，留下鉅額債務。試問：甲之繼承人為何人，各繼承人對於遺產債務應負何責任？（25 分）

命題意旨	本題乍看之下，易有不知從何下手之疑慮，事實上本題只是單純測試同學對新法修正之熟悉度，應不算太難，至於另外涉及之特別法部分，並不影響答案之實質內容，同學無須過於緊張。
答題關鍵	同學作答時應特別考量答案之層次感以及流暢度，先從題目的問法將答題內容切割為「甲男繼承人之認定」以及「繼承人對遺產債務之責任」兩大部分；其次，把握住基本架構，區分「配偶繼承人」及「血親繼承人」兩方向下筆，另從「96 年 5 月親屬編結婚形式要件」以及「97 年 1 月繼承制度」之修正思考，配合簡單的父母子女關係概念，同學只要基本概念清楚，答題層次分明，應可輕易獲得高分！
高分閱讀	1.侯律師編著，《高點法學圖說系列》身分法，p2-17~p2-22、p3-33~p3-49、P9-99~p9-101。 2.侯台大總複習講義第一回---P1~P2、P35~P38

【擬答】

甲男繼承人之認定

(一)乙女應為甲男之配偶繼承人，依民法第 1144 條規定，配偶有相互繼承遺產之權，然而本題中之情形，甲男之合法配偶應為乙女亦或丙女，涉及婚姻形式要件之認定，爰分述如下：

1.就婚姻之形式要件而言，於 96 年 5 月修法以前係採「儀式婚主義」，依民法第 982 條規定：「結婚，應有公開儀式及二人以上之證人。經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚。」惟有鑒於「儀式婚主義」之公示效果薄弱，容易衍生重婚等問題，且公開儀式之認定常有爭執，進而影響婚姻法律效力，亦無法與離婚制度之「登記主義」相互配合，爰於 96 年 5 月修法時改採「登記主義」，而將第 982 條規定修正為「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」然而此制度之重大變革，為避免新法之適用產生混亂，並於親屬編施行法第 4-1 條第一項規定「中華民國九十

六年五月四日修正之民法第 982 條之規定，自公布後一年施行。」合先敘明之。

2.本題中之情形，無法辨別甲男與乙女及丙女之結婚時點為何，是以，應分別予以探究：

(1)如本案情形係發生於舊法之「儀式婚主義」：

依舊法「儀式婚主義」之規定觀之，「結婚登記」僅為推定要件，是以，甲乙之結婚登記申請雖遭戶政機關駁回，但甲乙如已踐行第 982 條第一項「公開儀式及二人以上之證人」等要件，縱令未辦法結婚登記亦發生婚姻效力，不影響其婚姻關係之成立。

而甲乙之婚姻既屬有效，則嗣後甲男與丙女於大陸地區結婚之效力為何，依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 52 條第 1 項規定：「結婚或兩願離婚之方式及其他要件，依行為地之規定。」復依中華人民共和國婚姻法第 10 條規定：「有下列情形之一的，婚姻無效：重婚。」如此，甲丙之婚姻即因違反上開「重婚禁止」之規定而無效。

是以，此時甲男之合法有效配偶即為乙女，依前開第 1144 條規定，乙女自係甲男之繼承人。

(2)如本案情形係發生於新法之「登記婚主義」：

如依新法「登記婚主義」之規定，當事人自須踐行法定方式，亦即經登記時，其婚姻始成立生效，而甲乙之結婚登記既遭戶政機關駁回，其婚姻尚未合法生效。

此時甲男與丙女於大陸地區結婚，依前開規定觀之，如其結婚已符合中華人民共和國婚姻法之相關形式暨實質要件，則甲男與丙女之婚姻應屬合法成立，然而復依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 53 條規定：「夫妻之一方為臺灣地區人民，一方為大陸地區人民者，其結婚或離婚之效力，依臺灣地區之法律。」是以，縱使甲男與丙女已於大陸結婚，如欲於我國承認其婚姻效力，仍須依法辦理結婚之戶籍登記，該婚姻始能合法生效。因此，戶政機關既然拒絕甲丙結婚登記之聲請，則甲丙之婚姻並無法於我國合法生效。（而丙女有無其他補償途徑則為另一問題，然而本題中甲男死亡時僅留下鉅額債務，此時對丙女應無繼承利益侵害之疑慮，一併敘明之。）

反之，戶籍人員告知甲男先前之行政救濟有理由，而准許甲乙之結婚登記，甲乙既已為結婚登記，甲男之合法有效配偶仍應為乙女，依前開第 1144 條規定，乙女自係甲男之繼承人。

(二)A 子應為甲男之血親繼承人

1.依民法第 1138 條第一款規定，除配偶外，直系血親卑親屬亦為遺產之繼承人，如題所示，甲丙聲請結婚登記時，丙女已懷有胎兒 A，A 子應與甲男具有事實上之血緣關係無疑，然而，如前所述甲丙之婚姻無效，則 A 子法律上僅為非婚生子女之地位。

2.此時，欲使「非婚生子女」取得婚生性之手段，於我國法上有「準正」及「認領」兩種制度，惟依同法第 1064 條準正之規定觀之：「非婚生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女。」其生父與生母之婚姻須合法有效始得發生準正之效力，而本題中甲丙之婚姻既屬無效，A 子自無法透過「準正」制度取得婚生子女之地位。

3.然而 A 子仍可能透過「認領」制度取得婚生子女之地位，依同法第 1065 條第一項規定「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。」依學說及實務見解認為，前段生父之任意認領係為不要式行為、單獨行為；而後段所指之撫育，則係指事實上之照顧行為。且認領之對象不限於已出生之子女，即對胎兒為認領之表示或事實上之撫育，亦生認領之效力。是以本題中，甲丙聲請結婚登記時，丙女既已懷有胎兒 A，為保障 A 子之利益，應認甲男與 A 子間已生認領之效力，A 子為甲男法律上之直系血親卑親屬，依前開第 1138 條之規定，A 子自係甲男之繼承人。

(三)繼承人對遺產債務之責任

1.依民法第 1147 條規定：「繼承，因被繼承人死亡而開始。」及第 1148 條第一項規定：「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。」由上開規定可知，我國民法係以「當然繼承制度」及「概括繼承制度」為原則，然而，如被繼承人之債務超過其積極財產，而仍強令繼承人負無限責任，使其以固有財產為清償，實違近代人格獨立之法律精神，亦無法貫徹保護繼承人權利之意旨，因而於第 1154 條設有「限定繼承制度」以及第 1174 條設有「拋棄繼承制度」，使繼承人有選擇權，以保障繼承人之權利。

2.而上開繼承制度，於 97 年 1 月間重新予以檢討，並於相關條文為重要修正，除增訂無行為能力人或限制行為能力人之繼承人對於被繼承人之債務，以所得遺產為限負清償責任；另一併修正延長主張限定繼承及拋棄繼承之期間及起算點，俾使繼承人有合理、充足之時間主張其權益。因此本題中甲男繼承人對遺產債務之責任為何，應分別認定之：

(1)就 A 子而言：

A 子雖為甲男之繼承人，然而甲男死亡時，A 子僅為胎兒，為避免無行為能力或限制行為能力人之繼承人因「當然繼承制度」，而受有直接因被繼承人死亡而負擔其債務之危險，進而影響無行為能力或限制行為能力人之人格及發展，爰於 97 年 1 月修法時增訂第 1153 條第二項規定，明定無行為能力或限制行為能力人對於被繼承人之債務，僅以所得遺產為限負清償責任，超過遺產部分，不負清償責任。又鑑於本法施行前之繼承事件中，無行為能力人或限制行為能力人之繼承人，未能於法定期間主張限定或拋棄繼承者，而至今仍承受繼承債務，以致影響其生存權及人格發展，顯有失公平，為保障此等繼承人之權益，允宜設一保護規定，爰於繼承編施行法增訂第 1-1 條規定：「繼承在民法繼承編中華民國九十六年十二月十四日修正施行前開始，繼承人於繼承開始時為無行為能力人或限制行為能力人，未能於修正施行前之法定期間為限定或拋棄繼承，由其繼續履行繼承債務顯失公平者，於修正施行後，得以所得遺產為限，負清償責任。」是以，A 子無須就甲男留下之鉅額債務負擔清償責任。

(2)就乙女而言：

承前所述，繼承人 A 子僅為胎兒，因此得以所得遺產為限，負清償責任即可，然而繼承人乙女並非無行為能力人或限制行為能力人，並無上開限定繼承效力之適用，是以，乙女如未依第 1154 條以下規定主張「限定繼承」或依第 1174 條規定主張「拋棄繼承」時，則仍為概括繼承，即應概括承受被繼承人甲男留下之鉅額債務。

《民法》

一、甲為 A 營造有限公司派駐他縣市之工地主任，為 A 公司營運之需要，甲自民國 90 年起在 B 銀行設立甲存帳戶，並將印章、存摺、支票簿長期交 A 公司總經理（亦為公司實際負責人）乙保管使用，支票付款所需資金全由乙負責籌措。民國 93 年間為供 A 公司營運之用，甲曾出面向 B 銀行貸款，並與 B 銀行簽訂授信約定書，留存印鑑，借期屆滿 B 銀行順利收回借款。民國 94 年 7 月間，乙為取得 A 公司營運所需資金，在甲不知情之情形下，使用甲之印章，以甲之名義向 B 銀行申請貸款 500 萬元，乙並使用 A 公司之印章，以 A 公司為貸款之連帶保證人。B 銀行職員以甲留存之印鑑核對後，即予核貸，貸款金額撥入甲在 B 銀行之甲存帳戶後，即由乙領取作為清償 A 公司債務之用。借款返還期限屆至，因公司週轉不靈，乙無法籌措資金支應。試問 B 銀行得對何人基於何種法律關係請求返還借款？（25 分）

命題意旨	<p>本題題目事實看似單純，但具體處理相關法律問題時，仍須具備一定的細膩度。具體而言，本題有關表見代理的出題，為判例曾表示之見解，只要能清楚掌握考題所給的線索，考生要正確應答並不困難；有關公司保證及連帶保證的相關問題，亦屬單純，只要考試時有注意到此細節，對於一般考生來說亦不困難；比較容易產生疑惑的將是最後有關不當得利責任的部分，必須透過一定的推論才可理出正確的利益受領者，同時在觀念上也必須有相當清晰的掌握，才不致於和其它責任如無權代理責任、侵權責任或票據錯誤付款責任等問題產生混淆。整體而言，對於一般考生來說，這題要拿基本分數並不困難，但是如果要是完美答題，還是必須有一定的火候！</p> <p>本題主要測驗考點如下：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.有關印章之出示是否可視為表見代理中之授權通知：實務就此累積有相當案例。 2.法人權利能力之法令限制：特別涉及公司擔任保證人之問題。 3.保證契約從屬性：涉及主債務無效時保證債務之效力。 4.不當得利關係之認定：涉及不當得利中受有利益者(即返還義務人)之認定。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> 1.有條不紊地依照請求權思維之順序解題。 2.掌握題目所提供的每項線索，作為認定表見代理是否該當的說理輔佐。 3.分析公司提供保證的相關問題。 4.透過說理建立不當得利關係的返還路線。
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> 1.雲台大，96 年律師司法官春季班民法補充講義第一回，第 49 頁，「權利外觀」之實例及課堂說明。 2.王澤鑑，民法總則。 3.王澤鑑，基本理論債之發生。 4.王澤鑑，不當得利。 5.經典試題系列-民法（含總則、債、物權篇）試題精選基礎篇（李淑明），P.3-39～3-44：交付印章等予他人，他人擅以之為保證行為（相似度 80%） 6.重點整理系列-民法總則（邱律師），P.12-29～12-41：無權代理、表見代理（相似度 50%） 7.實例演習系列-民法債編實例演習（徐律師），P.13-3：公司不得為保證人（相似度 60%） 8.重點整理系列-民法債權各論（鄭律師），P.26-4：公司不得為保證人（相似度 60%） 9.經典題型系列-公司法經典題型（周律師），P.1-29～1-34：公司不得為保證人（相似度 60%） 10.律師・司法官歷解題庫研習系列-民法，79 年司法官第一題：將印章、印鑑交付他人是否構成表見代理（相似度 70%）

【擬答】

(一)B 銀行不得向甲依消費借貸契約請求返還借款：

- 1.B 銀行向甲依消費借貸契約請求返還借款，須以甲、B 間存在有效之消費借貸契約為前提。按甲為 A 公司營運之需要，故交付乙相關物件，可認為係授權乙代理其辦理公司營運所需之支票付款事宜，惟解釋上開事實，應認甲對乙之授權僅以處理公司支票付款事宜為限，不及於本案之締結消費借貸契約一事。故乙未經甲之授權，以甲之名義與 B 締結消費借貸契約，應成立無權代理，依民法一七〇條該消費借貸契約為效力未定。
- 2.又 B 銀行不得依民法一六九條表見代理之規定，主張甲負授權人責任。蓋表見代理之發生，須以有一定之權利外觀事實，足使相對人信賴代理權存在為要件，最高法院六十年台上字第二一三〇號判例可茲參照。本案中，乙代理甲向 B 銀行借款時，依題僅出示印章，並未出示其它相關文件，B 銀行即憑其內部印鑑資料准許放貸，而未再向甲進行任何查證動作，而對於印章交付之事實是否可認定為民法一六九條所謂「由自己之行為表示以代理權授與他人」，有鑑於國人將自己印章交付他人以委託辦理特定事項之情形比比皆是，依最高法院七十年台上字第六五七號判例之見解，單純交付印章不致使相對人有值得保護之信賴，故本案之 B 銀行不得單憑甲之印章即主張甲應負表見代理責任，消費借貸契約仍為效力未定。

3.綜上所述，甲、B 間之消費借貸契約效力未定，故除非經甲承認其效力，否則 B 不得向甲請求返還借款。

(二)B 銀行不得向 A 公司依連帶保證契約請求返還借款：

B 銀行向 A 公司依連帶保證契約請求返還借款，須以 A、B 間之連帶保證契約有效為前提。惟 A 為公司型態之法人，依公司法十六條原則上不得為保證行為，此規定構成公司之權利能力法令上之限制，故司法院大法官會議釋字第五九號亦謂違反該條規定所為之保證，對公司不生效力。準此，A、B 間之連帶保證契約自因 A 欠缺權利能力而不成立。故 B 自無從依連帶保證契約向 A 請求返還。

(三)B 銀行不得向乙依連帶保證契約請求返還借款：

A、B 間之連帶保證契約不成立已如前述，依公司法第十六條第二項，應由公司負責人負連帶保證責任，故似應由乙此一實際負責人負連帶保證責任。惟保證契約屬於從契約，與主債務契約有發生上之從屬性。該連帶保證契約既係為擔保甲、B 間之消費借貸契約，而甲、B 間之消費借貸依前所述效力未定，依保證契約之從屬性，該連帶保證契約自應不生效力，故乙縱依公司法第十六條第二項應負保證責任，亦因保證契約無效而無返還責任可言。

(四)B 銀行得向 A 公司依不當得利請求返還借款：

1.B 銀行就其移轉之五百萬元金錢，應向何人返還，關鍵在於受領五百萬元金錢利益者之認定。本題當中，B 銀行雖先將五百萬元撥入甲之帳戶，惟此際金錢所有權仍歸 B 銀行，且上開消費借貸契約既屬效力未定，故甲亦未因此而對 B 取得債權，應認甲並未受領任何利益。

2.本題真正之五百萬元金錢利益受領者，應為 A 公司。蓋實際領取金錢者固為乙，惟依題乙領取該金錢後即作為清償 A 公司債務之用，應認為乙實係以 A 公司負責人之身分執行其職務而受領該五百萬元金錢，故受領利益者實為 A 公司。準此，B 銀行有五百萬元金錢之損害、A 公司受有五百萬元金錢之利益，且無任何法律上利益，B 應可對 A 依民法一七九條不當得利請求返還五百萬元借款。

【參考資料】

1.民法總則（李淑明），P.196～197：本人交付印章等證件予他人與表具代理之成立

二、甲將其 A 地設定抵押權於乙後，復將 A 地設定地上權於丙，供丙在其上興建 B 屋營業。嗣後丙向丁融資借款，遂將 B 屋設定抵押權於丁，以資擔保。在地上權及抵押權存續中，丙為擴大營業在 B 屋上增建一層 C 屋。試問：(25 分)

(一)乙實行抵押權時，得否將 B 屋併付拍賣優先受償？

(二)丁實行抵押權時，得否將 C 屋及 A 地之地上權併付拍賣優先受償？

命題意旨	本題題目相對單純，針對幾項本年度物權編修正的重要內容加以命題，命題重點主要圍繞在抵押物範圍的相關問題。此等問題，向來即是抵押權相關問題中的重點內容，即使在修法前，也在物權編修正草案中扮演重要角色，更遑論修法後的重要性。但是所涉及的問題並不複雜，考生只要針對修法前及修法後的規範內容及學說概要要有基本且清楚的掌握，即可輕易答題，相信對一般考生而言，本題並不複雜。 本題主要測驗考點如下： 1.抵押權中併付拍賣制度的要件：涉及新修正民法八六六條第二項及八七七條第二項修法前後的比較。 2.抵押權設定後增建部分是否在抵押物範圍內：涉及新修正民法八六二條第三項之具體操作。 3.抵押物對基地之使用權是否在抵押物範圍內：涉及新修正民法八七七條之一修法前實務及修法後見解之比較。
答題關鍵	1.熟悉 96 年物權編修正中有關抵押權部分的修正內容。 2.掌握抵押權規定中有關併付拍賣的相關規範。 3.掌握抵押物範圍各項認定問題。
高分閱讀	1.雲台大，96 年律師司法官春季班民法補充講義第四回，第 35 頁，「抵押權與從權利」之實例及課堂說明。 2.雲台大，96 年律師司法官春季班民法補充講義第四回，第 35 頁，「抵押權與建築物增建部分」之專題、實例及課堂說明。 3.雲台大，96 年律師司法官春季班民法補充講義第四回，第 42 頁，「併付拍賣」之實例及課堂說明。 4.謝在全，民法物權論(中)。 5.黃律師，民法物權編。 6.三等考場特刊：第 13 題：併付拍賣（相似度 70%） 7.重點整理系列-民法物權編（黃律師），P.6-27～6-28：抵押權標的物範圍-從權利（相似度 80%），P.6-28～6-30：抵押權標的物範圍-增建部分（相似度 80%），P.6-59～6-61：併付拍賣（相似度 60%） 8.經典試題系列-民法（含總則、債、物權篇）試題精選基礎篇（李淑明），P.10-40～10-47：抵押權標的物範圍-增建部分（相似度 70%），P.10-28～10-34：併付拍賣（相似度 70%） 9.經典試題系列-民法（含總則、債、物權篇）試題精選進階篇（李淑明），P.6-19～6-33：併付拍賣（相似度 70%） 10.法觀人第 117 期：P.23～24、29：併付拍賣

【擬答】

(一)乙於新修正物權編施行後，得併付拍賣 B 屋，惟就拍賣所得之價金不得優先受償：

- 1.依九十六年修正前我國民法併付拍賣之規定，僅於符合民法八七七條之要件時，土地之抵押權人始得併付拍賣土地之房屋。依該條之規定，須以土地所有人於設定抵押權後，復在抵押之土地上營造建築物，抵押權人始有可能併付拍賣，且依通說之見解，須以拍賣時土地所有人與建築物所有人同一為其要件，始可併付拍賣。本案中 A 地之所有人為甲、B 屋之興建人與所有人均為丙，土地抵押權人乙應不可併付拍賣，而僅能依民法八六六條除去丙之地上權後，以 A 地未附地上權之模式實行之。
- 2.惟民國九十六年修正後之民法物權編，增訂有民法第八六六條第二項及八七七條第二項之規定，除明訂抵押權人得除去抵押物上之用益物權外，更增訂抵押權人得於除去後準用併付拍賣之規定，於強制執行程序中聲請法院將用益物權人之建築物併付拍賣，避免舊法規定下於拍賣後可能面臨拍定人主張拆屋還地之問題，以兼顧社會經濟效用。
- 3.準此，乙之抵押權既先於丙之地上權設定，基於物權優先性，乙自得依修正民法第八六六條第二項除去丙之地上權，並依修正民法八七七條第二項併付拍賣丙於 A 地上所建之 B 屋，惟就 B 屋拍得之價金，乙無優先受清償之權，以兼顧用益物權人之利益。

(二)

- 1.丁得否將 C 屋併付拍賣並優先受償，須視 C 屋是否具備獨立性而定：
 - (1)抵押權人如於設定抵押權後，於抵押物上增建其它部分，該增建部分是否為抵押權效力所及，於九十六年民法物權編修正前並無明文規定，通說係依該增建部分是否具有獨立性以區別之。倘若該增建部分相對於抵押物不具有獨立性，則所謂之附屬物，應為抵押權範圍所及，抵押權人得實行該部分；倘若該增建部分具有獨立性，則除非該增建部分係屬抵押物之從物，否則不在抵押權範圍內，抵押權人無從實行之。
 - (2)九十六年修訂民法物權編增訂第八六二條第三項，除將上開見解明文化，並增加併付拍賣之準用規定。依其內容，倘增建部分不具獨立性，則為抵押權效力所及，抵押權人自得拍賣之並優先受償；倘增建部分為獨立之物，則抵押權人僅得準用民法八七七條之規定併付拍賣該增建部分，但就拍得之價金無優先受償權。
 - (3)準此，丁應如何實行 C 屋，於新修正物權編施行後，須依個案情形以定。倘若增建之 C 屋與 B 屋間無獨立性，例如並無獨立出入門戶而欠缺使用上獨立性，則丁得依修正民法第八六二條第三項拍賣 C 屋並優先受償拍得價金；倘若增建之 C 屋為獨立之物，但係 B 屋之從物，常助 B 屋之效用，則丁亦得依民法第八六二條第一項拍賣 C 屋並優先受償；惟倘若增建之 C 屋為獨立之物且非 B 屋之從物，則丁僅得依修正民法第八六二條第三項準用八七七條併付拍賣 C 屋，且就拍得之價金不得優先受償。
- 2.丁於新修正物權編施行後，得併付拍賣 A 地之地上權，惟就拍賣所得之價金不得優先受償：
 - (1)抵押物如為建築物且抵押人非基地所有人時，抵押物對基地之使用權是否可作為拍賣之標的，於九十六年民法物權編修正前並無明文規定，實務係透過擴張解釋民法八六二條第一項「從權利」一語，認為此等基地使用權為抵押物存在上所必須之權利，故肯認此使用權為抵押權範圍所及，抵押權人得拍賣並優先受償之。
 - (2)惟嚴格而言，基地使用權非屬須從屬於抵押物始能成立之權利，故並非嚴格意義之從權利。為求明確，九十六年修訂民法物權編增訂八七七條之一規定，明定抵押物存在所必要之權利應併付拍賣，但抵押權人就拍得價金無優先受償之權，一方面肯定併付拍賣以追求社會經濟效用，一方面亦宣示此等權利並非抵押物之從權利。
 - (3)準此，B 屋之抵押權人丁於實行抵押權時，為確保 B 屋對基地有使用權，得依修正民法八七七條之一之規定，併付拍賣 B 屋對 A 地之地上權，惟就拍得之價金無優先受償權。

【參考資料】

- 1.民法物權（李淑明），P273～275：抵押權標的物範圍-增建部分，P280～282：併付拍賣
- 2.月旦法學雜誌，第 145 期：P236～237：新普通抵押權法之評析(上)（陳榮隆）

三、甲男與前妻生下丙女與丁女後，因前妻死亡，而於民國 92 年元旦與乙女結為夫妻。乙女於結婚前一個月，繼承其兄一棟套房，值 480 萬元，其中有 20 萬元的遺產稅，因無現金，由甲男婚後薪資所得代為繳納。甲男結婚時，已有銀行存款 60 萬元。丙女長大後，與戊男依法結婚，甲男為丙女的出嫁送嫁妝 100 萬元現金。丙女與戊男於婚後生下 A 男與 B 女。丙女唯恐繼母乙女繼承相當多甲男的財產，偽造有利於戊男的遺囑，但於甲男死亡前，為乙女所識破。丁女對乙女懷恨在心，因而重大侮辱乙女，被甲男認為不孝，而表示不得繼承其財產。甲男於婚後第四年死亡，此時其銀行存款從婚前之 60 萬元累積到 960 萬元。乙女為家庭主婦，此時其財產為婚前所繼承之值 480 萬元之套房及由該屋婚後出租所得之租金 80 萬元。試問：（25 分）

(一)甲男死亡時，甲男與乙女各有多少財產？

(二)甲男所留下的財產，應如何被繼承？

命題意旨	此類混合夫妻財產制及繼承之考題，歷年來於研究所及國家考試均已出現多次，主要即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！只是也因為題目不難，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，適時衍生相關重點之論述，以求取高分！
答題關鍵	「第 1030-1 條剩餘財產分配請求權之計算」、「第 1145 條喪失繼承權事由之要件」、「第 1173 條歸扣制度下生前特種贈與之性質分析」等固有爭點，答題上多注意不同見解間之關連性、考量答案之層次感即可。

高分閱讀	<p>1.侯律師編著，高點法學圖說系列---身分法，p2-98~p2-99、p2-103~p2-107、p8-11~p8-17、p8-20~p8-23、p9-38~p9-39。</p> <p>2.侯台大，96 年律司身分總複習講義，p12~p14。</p> <p>3.三等考場特刊：第 14 題：歸扣權（相似度 50%），第 15 題：喪失繼承權事由（相似度 50%）</p> <p>4.四等考場特刊：第 15 題：歸扣權，喪失繼承權事由（相似度 60%）</p> <p>5.學說論著系列-民法（親屬・繼承）（許律師），P.3-62~3-63：夫妻財產制之選擇（相似度 100%），P.3-64~3-65：婚前財產與婚後財產（相似度 100%），P.3-122~3-123：婚前財產與婚後財產（相似度 100%），P.3-124~3-141：剩餘財產分配請求權之計算（相似度 70%），P.8-14~8-23：喪失繼承權之事由（相似度 60%），P.9-31~9-37：歸扣（相似度 70%）</p> <p>7.重點整理系列-身份法（黃律師），P.2-10~2-12：喪失繼承權之事由（相似度 60%），P.2-68~2-70：歸扣（相似度 70%）</p> <p>8.圖說系列-身份法（圖說）（侯律師），P.2-72~2-73：婚前財產與婚後財產（相似度 70%），P.2-110~2-111：剩餘財產分配請求權之計算（相似度 70%），P.8-11~8-17：喪失繼承權之事由（相似度 60%），P.9-33~9-37：歸扣（相似度 60%）</p>
------	---

【擬答】

(一)甲男死亡時，甲男與乙女之財產各有多少，應分別論述如下：

1.依案例事實所示，甲男因前妻死亡，而於民國 92 年元旦與乙女結為夫妻，又 **92 年元旦係於 91 年 6 月修法後，而甲乙結婚時未另有夫妻財產制之約定，依民法第 1005 條規定，則以『法定財產制』為其夫妻財產制，合先敘明。**而甲男於婚後第四年死亡，此時，**配偶一方死亡是否使法定財產制關係消滅，而有民法第 1030-1 條剩餘財產分配請求權之適用**，學說上或有不同之見解，惟最終仍傾向有「剩餘財產分配請求權」適用之結論。蓋「配偶繼承權之承認」與「剩餘財產分配之規定」，兩者雖均屬「對於他方財產協力之評價」，其立法目的相同，如生存配偶均可主張，雖有雙重評價而過度保障生存配偶權利之嫌。然而於現行民法第 1144 條尚未給予生存配偶適度評價前，學說暨實務俱認民法第 1030-1 條扮演保護生存配偶之角色，於配偶一方死亡之情形，仍有所適用。**是以，此時生存配偶即可先行使「剩餘財產分配請求權」，將夫妻各自財產分離；其後再依繼承法之規定，與血親繼承人共同繼承被繼承人之遺產，一併敘明之。**

2.甲男死亡時，甲男之財產計有 660 萬元

(1)婚前財產部分：

甲男結婚時有銀行存款 60 萬元，依民法第 1017 條第 1 項前段規定：「夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。」即屬甲男之婚前財產。

(2)婚後財產部分：

甲男死亡時，銀行存款累積到 960 萬元，此時扣除其婚前財產 60 萬元，可知其婚後累積之財產計有 900 萬元。惟甲男又以其「婚後薪資所得」代為清償乙女 20 萬元之「婚前債務」，是以，甲男之婚後有償取得財產，除 900 萬元外，尚應加計 20 萬元之薪資所得部分，即總額應為「920 萬元」。

(3)甲乙間剩餘財產分配之計算：

依民法第 1030-1 條規定觀之，夫妻於婚姻關係存續中，彼此有償取得財產之差額，應予平均分配。**是以，甲男現存之婚後有償取得財產為「920 萬元」，乙女則為「80 萬元」，兩者差額之半數即為「420 萬元」，亦即乙女得向甲男請求「420 萬元」之剩餘財產分配。**

(4)生前特種贈與之歸扣部分：

甲男為丙女出嫁所贈送之嫁妝 100 萬元部份，依民法第 1173 條規定觀之，其性質係屬「生前之特種贈與」，應為歸扣之標的。惟依案例事實所示，丙女唯恐乙女繼承過多遺產，乃偽造有利於其夫戊男之遺囑，並為乙女識破，此時即已構成**民法第 1145 條第 1 項第 4 款**「偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑。」丙女應喪失繼承權，然因 A 男與 B 女為丙女之直系血親卑親屬，此時依**民法第 1140 條之規定**：「第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」A 男與 B 女即得主張代位繼承，合先敘明。

惟此時被代位人丙女受有之 100 萬元生前特種贈與部份，於丙女喪失繼承權後，是否應仍負歸扣義務？學說上有不同之見解，**有認為**倘若該喪失繼承權之繼承人，有直系血親卑親屬得主張代位繼承時，此時基於「共同繼承人間之公平考量」及「應繼分承襲之觀點」，若解為不須歸扣，則有違被繼承人應繼分前付之意思，是以，代位繼承人即應負有歸扣之義務；然而**亦有學者認為**，代位繼承人並非直接受有生前特種贈與之人，不應由其負有歸扣義務，而生前特種贈與本質上為應繼分之前付，喪失繼承權之繼承人，既已無繼承權，實無權利接受應繼分之前付，而其失權以前所受有之生前特種贈與，因其法律上原因已喪失，即應依「不當得利」之規定，負返還之義務。就此**吾意以為**，基於「生前特種贈與之本質為應繼分前付」之考量，**喪失繼承權之繼承人，實無權利接受應繼分之前付，此時自應由喪失繼承權之繼承人自負「不當得利」之返還義務**，是以，上開學說之不同見解，吾意以為應以後說為宜。**因此於本題中，喪失繼承權之丙女，即應依「不當得利」之規定，就其受有之 100 萬元生前特種贈與，負返還之義務。**

(5)綜上所述，甲男死亡時，甲男之財產總計，應為「960 萬元」，加計對乙女之「20 萬元」補償請求權，扣除乙女得請求之「420 萬元」剩餘財產分配後，再依「不當得利」之規定，加計對丙女「100 萬元」之返還請求，**甲男之財產總計應為「660 萬元」。**

3.甲男死亡時，乙女之財產計有 960 萬元

(1)婚前財產部分：

乙女於結婚前繼承其兄一棟套房 480 萬元，依民法第 1017 條第 1 項前段規定：「夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。」而該房屋之取得既係在結婚前，即屬乙女之婚前財產。

(2)婚前債務部分：

承上所述，乙女繼承其兄之房屋，其性質係屬乙女之婚前財產，而於繼承時 20 萬元之遺產稅部分，其性質即屬乙女之婚前債務。惟乙女因無現金，而由甲男之婚後薪資所得代為繳納，此時依民法第 1023 條第 2 項規定：「夫妻之一方以自己財產清償他方之債務時，雖於婚姻關係存續中，亦得請求償還。」是以，於甲乙雙方之財產關係消滅後，甲男對乙女得有 20 萬元之補償請求權。

(3)婚後財產部分：

該房屋於婚後出租所得之租金 80 萬元，係屬婚姻關係存續中所生，依民法第 1017 條第 2 項規定：「夫或妻婚前財產，於婚姻關係存續中所生之孳息，視為婚後財產。」且依其立法目的觀之，婚前財產的孳息，因為他方配偶多半有貢獻，故視為婚後財產。是以，該筆 80 萬元即為婚後財產中的有償取得財產(勞力所得)。

(4)綜上所述，甲男死亡時，乙女之財產總計，應為該房屋「480 萬元」，加計該房屋於婚後出租所得之租金「80 萬元」，扣除應償還甲男代為繳納之 20 萬元遺產稅部分後，再加計得向甲男請求之「420 萬元」剩餘財產分配，乙女之財產總計應為「960 萬元」。

(二)就甲男所留下之財產，應如何繼承，試分述如下：

1.甲男之繼承人：

(1)乙女得為甲男之繼承人

乙女既為甲男之合法配偶，依民法第 1144 條之規定，對其配偶甲男自有繼承權。

(2)丙女非甲男之繼承人，而係由其直系血親卑親屬 A 男與 B 女代位繼承之

丙女依民法第 1138 條之規定，雖為甲男之直系血親卑親屬，原應為甲男之繼承人，惟依案例事實所示，丙女唯恐乙女繼承過多遺產，乃偽造有利於其夫戊男之遺囑，並為乙女識破，此時即已構成民法第 1145 條第 1 項第 4 款「偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑。」丙女應喪失繼承權，然因 A 男與 B 女為丙女之直系血親卑親屬，此時依民法第 1140 條之規定：「第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」是以，A 男與 B 女即得主張代位繼承。

(3)甲男對丁女之失權意思表示不符規定，丁女仍得為甲男之繼承人

丁女依民法第 1138 條之規定，為甲男之直系血親卑親屬，原即為甲男之繼承人，惟依案例事實所示，丁女對乙女懷恨在心，因而重大侮辱乙女，被甲男視為不孝，而表示不得繼承其財產，此時甲男雖表示丁女不得繼承，然因民法第 1145 條第 1 項第 5 款之規定觀之，對於「被繼承人」有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者，始有喪失繼承權之問題。而本題中之情形，丁女係對「乙女」為重大侮辱，並非對被繼承人甲男為之，此時甲男對丁女之失權意思表示是否仍合法有效，丁女是否因此喪失繼承權，仍有再加以探究之餘地。

或有可能認為，繼承遺產之分配乃是被繼承人決定自身遺產之歸屬，自應對被繼承人之意思為相當之尊重，本題中被繼承人甲男既已明確對丁女作出失權之意思表示，丁女之繼承權即應喪失，而不得再繼承甲男之財產。此時，即會衍生「被繼承人甲男親等近之直系血親卑親屬丙女及丁女二人，全數於繼承開始前喪失繼承權，此時配偶乙女與代位繼承人 A 男與 B 女，應如何繼承」之問題，就此學說暨實務上仍有不同之認定，有認為此時應依「本位繼承」計算其應繼份，亦即依民法第 1144 條第 1 款之規定，配偶與第一順序之直系血親卑親屬同為繼承時，其應繼份與他繼承人平均。因此本題中，配偶乙女與代位繼承人 A 男與 B 女即依人數比例，各得三分之一應繼份；然而較為多數之見解認為，基於「生存配偶之保護」以及「代位繼承之立法意旨」等因素，此時仍應依「代位繼承」計算其應繼份，亦即配偶乙女可得二分之一應繼份，而代位繼承人 A 男與 B 女再就丙女所得二分之一應繼份，予以平均分配，一併敘明之。

然而吾意以為，民法第 1145 條第 1 項第 5 款表示失權之規定，既有一定之要件限制，實不宜無限制擴大「尊重被繼承人意思」之空間，以免侵害繼承人之合法繼承權利。是以，本題中丁女既係對「乙女」為重大侮辱，並非對被繼承人甲男為之，甲男對丁女之失權意思表示即不符合上開條文之文義，因此，丁女不因此喪失繼承權，仍得為甲男之繼承人。

2.遺產之分配情形

承上題所述，甲男所留下之財產總計為「660 萬元」，依民法第 1144 條第 1 款之規定，配偶與第一順序之直系血親卑親屬同為繼承時，其應繼份與他繼承人平均。是以甲男之遺產應均分為三，由「配偶乙女」及「直系血親卑親屬丁女」各得 220 萬元；而本屬於「直系血親卑親屬丙女」之 220 萬元應繼份，則由代位繼承人 A 男與 B 女予以平均分配，即各得 110 萬元。

四、無法接受女友移情別戀之甲，一時想不開，便自五樓頂跳樓自殺。位於一樓開業之醫師乙聽到撞擊聲而出外查看後，緊急將甲送回其診所救治。急救過程中，甲求死心意堅決，一直要求乙不要救他。經乙之急救與治療，甲之身體逐漸恢復健康。基於上述之事實，試就下列不同之情狀，附理由回答下列問題：

(一)若乙要求甲支付相關之醫療費用，是否有理？若甲主動前往乙之診所，向乙表示要送其一座純金打造之

盾牌以表謝意，三日後送到。乙見甲十分誠意，慨然允受。不料，甲當晚回家後，後悔先前之表示，其是否有權拒絕交付純金盾牌？（12分）

（二）若甲住院期間，乙診所內之護士丙，幫甲換藥時，趁機竊走甲之手錶（市價8萬元），並將之以10萬元之價格賣給不知情的丁，丁隨即不知去向。試問：甲對丙可否主張10萬元之賠償或返還？（13分）

命題意旨	<p>本題題目相對單純，雖然三個子題所涉及的問題各自位於不同領域，但個別來說，只要考生熟悉相關的條文，即可完整應答。具體而言，第一小題部分，不論是適法無因管理的認定其效果，或是贈與人悔約權的原則例外，都有明確的條文以茲依循，有背基本上就有分；第二小題部分，雖然稍微逸脫了條文的規範內容，但是基本上是在測試考生對於無因管理、不當得利以及侵權行為三套制度的相互關聯是否能有所掌握，只要考生在學習無因管理制度時能夠了解其制度創設的目的，特別是掌握民法一七七條第二項針對不法管理的立法理由，相信應答本題亦無窒礙。故本題主要還是在測試考生的基本功！</p> <p>本題主要測驗考點如下：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.適法無因管理之要件及效力：特別針對管理事務違反本人明示意思之情形。 2.贈與契約之悔約權：特別針對履行道德上義務之贈與。 3.出賣他人之物時所有人對出賣人之權利：比較無因管理、不當得利及侵權行為。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> 1.熟悉各相關民法債編條文規範。 2.對無因管理、不當得利返還及侵權行為損害賠償之效力內容及其區別有基礎掌握。
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> 1.雲台大，96年律師司法官春季班民法補充講義第二回，第12頁，「適法無因管理」之實例及課堂說明。 2.雲台大，96年律師司法官春季班民法補充講義第二回，第13頁，「綜合演練」之實例及課堂說明。 3.王澤鑑，基本理論債之發生。 4.王澤鑑，不當得利。 5.三等考場特刊：第4題：無因管理之適法與否問題（相似度60%） 6.實例演習系列-民法債編實例演習（徐律師），第一編P.11-8~11-15：適法無因管理與不適法無因管理（相似度60%），第一編P.16-14~16-18：「受僱人是否在執行取務」之判斷（相似度70%），第二編P.3-4：贈與之撤銷（相似度100%） 7.圖說系列-民法債編(I)（圖說）（張律師），P.4-11~4-24：適法與不適法無因管理（相似度60%），P.6-75~6-78：「受僱人是否在執行取務」之判斷（相似度70%） 8.經典試題系列-民法（含總則、債、物權篇）試題精選進階篇（李淑明），P.1-16~1-20：適法無因管理與不適法無因管理（相似度70%）

【擬答】

（一）

1.乙得請求甲支付相關之醫療費用：

(1)乙為甲施以急救與治療，並未受甲之委任，亦無法律上之義務，故屬於無因管理行為。依民法一七六條，適法無因管理人為本人支出必要或有益之費用，得請求本人償還之。所謂適法無因管理，包括管理人之管理事務利於本人且不違反本人意思，或管理事務利於本人且符合民法一七四條第二項之情形。

(2)本案當中，甲死意堅決且已向乙明示，故乙之急救與治療行為客觀上雖於甲有利，但卻違反本人明示之意思，惟甲尋死之意思，衡諸人性尊嚴及生命神聖之常理，應認有違一般公序良俗，故依民法一七六條第二項，乙之急救與治療仍屬適法無因管理，乙得準用同條第一項向甲請求支付相關之醫療費用。

2.甲不得拒絕交付純金盾牌：

(1)按贈與契約係屬無償契約，對於贈與人並無利益，故應予贈與人一定之悔約權，以平衡兼顧贈與人之利益。為此我國民法第四〇八條第一項明定贈與人於贈與物權利移轉前有撤銷權，得不附理由撤銷贈與契約，進而消滅其給付義務。故贈與人原則上得撤銷贈與契約。

(2)惟於贈與人締結贈與契約係為履行道德上義務時，民法第四〇八條第二項明白限制贈與人之撤銷權，以維我國良風美俗。本案之乙為甲之救命恩人，甲亦因此感念乙之恩德而提議贈與，依我國社會通念以觀，應認甲之贈與係為履行其道德上之義務，故依民法四〇八條第二項，甲不得撤銷其贈與，從而乙自得依贈與契約請求甲交付純金盾牌，甲無權拒絕之。

（二）甲得對丙依民法一七七條第二項準用一七七條第一項請求丙返還十萬元價金：

1.甲依不法管理得請求丙返還十萬元價金：

(1)按無因管理制度之設計，係類比委任之相關規範，而設有管理人利得返還之規定。於管理人明知為他人事務，而為自己利益管理者，為懲罰管理人，避免管理人因此得利，故民國八十九年新增之民法第一七七條第二項明文規定不法管理時，本人得準用不適法無因管理之規定，享有因管理所得之利益，進而有效沒收管理人因管理他人事務所得之利益。

(2)本案當中，丙竊取甲之手錶並無權處分於丁，進而獲得買賣價金十萬元之利益。依題丙明知該錶為甲所有人，仍為自己之利益而出賣於第三人丁，應已構成不法管理，甲自得依民法第一七七條第二項準用第一項之規定，請求丙返還管理利益即十萬元價金。

2.甲依不當得利僅得請求丙返還八萬元價金：

(1)按不當得利之制度設計，係使無法律原因發生之財產變動回復至原有之狀態，通說並認為於受利人係就所受利益及所生損害中取其小者負返還義務。是故於管理他人事務者自己所得之利益大於造成本人之損害時，本人透過不當得利僅得獲得損害之填補，而無從剝奪管理人額外取得之利益。

(2)本案當中，甲雖依民法九四九條就被盜竊之手錶仍有回復權，惟依通說見解，丙之無權處分仍使甲失去手錶所有權，故甲失去手錶所有權、丙受有價金利益，而無法律上原因，甲得依民法一七九條對丙主張不當得利，惟手錶之返還已因丁之不知去向而顯有困難，故依民法一八一條應以價額返還之。又甲失去手錶所有權所受之損害，客觀價額為市價八萬元，丙獲得之價金利益為十萬元，依上說明，甲僅能依民法一七九條、一八一條請求手錶之客觀價額八萬元。

(二)甲依侵權行為僅得請求丙賠償八萬元：

- 1.按侵權行為之制度設計，係在填補受侵害人之損害，而非剝奪加害人因侵害行為所得之利益，故於認定賠償內容及範圍時，亦僅以受侵害人之損害為觀察對象。是故於管理他人事務者自己所得之利益大於造成本人之損害時，本人透過侵權行為亦僅得獲得較小額度之損害填補。
- 2.本案當中，甲之手錶所有權因丙之無權處分而喪失，故丙有侵害甲手錶所有權之行為，甲得依民法一八四條第一項前段請求丙負損害賠償責任，又因丁之不知去向，丙回復原狀顯有困難，故依民法二一五條甲得請求價額賠償，至於賠償金額之計算，原則上亦僅限於該手錶之客觀市價八萬元，而不及於丙無權處分所賣得之額外價金。

《民法》

一、請依我國民法規定，說明在何種情形下得撤銷「意思表示」或撤銷「法律行為」？（12 分）請就兩者撤銷後之法律效果有何不同，分別各舉一例釋明之。（13 分）

命題意旨	本題以民法總則相當基本的觀念為中心，測驗考生平時研讀法律的細心程度。只要同學在平時讀書時，注意到這些看似枝微末節，但實際上卻是基礎功夫的問題，應該可以輕鬆拿到本題的分數。
答題關鍵	這個題目已經清楚的告訴我們：「撤銷權」有其不同的標的，有的是撤銷「意思表示」，有的則是撤銷「法律行為」。若同學平時有注意到這個問題，要指出其法律效果的不同點，想必不是什麼困難的問題才是。
高分閱讀	1.重點整理系列－《民法總則》，邱律師著。頁 10-44～10-46：撤銷（相似度 70%）；頁 10-2～10-25：撤銷（相似度 80%） 2.實例演習系列－《民法（總則、債篇）》，徐律師著。頁 1-84～1-110：撤銷（相似度 80%） 3.《2006 律師司法官歷屆試題詳解－民法》，頁 93-14～93-16：93 年律師第一題（相似度 70%） 4.法觀人第 100 期，頁 21～36：法律行為概論及意思表示(一)；頁 16～24：法律行為概論及意思表示(二)。

【擬答】

一、得撤銷之意思表示：

- 1.按民法總則編在「意思表示」一節，設有多項關於不健全意思表示之規範，為尊重表意自由或為維護交易安全，當意思表示發生不一致或不自由之情事時，往往使其效力受到影響，有時民法規定該意思表示因而無效（例如：通謀虛偽意思表示），但有時酌量當事人之利害關係，僅規定該意思表示係屬「得撤銷」之意思表示，亦即在該意思表示作成時，先讓它發生效力，惟其效力是在不確定的狀態，表意人得在符合一定法律要件下，撤銷該意思表示，使該意思表示溯及既往地不生效力。
- 2.民法所規範之得撤銷之意思表示，包括錯誤、受詐欺、受脅迫之意思表示等。以錯誤的意思表示為例，該意思表示雖然內容或表示行為有錯誤之情事，但在表意人作成該意思表示時，該意思表示仍可發生效力，只是若表意人就該錯誤的發生沒有過失時，表意人得在除斥期間未經過前，撤銷該意思表示，撤銷之後，意思表示將溯及既往地不生效力。

二、得撤銷之法律行為：

- 1.不同於上述之有瑕疵的「意思表示」，當瑕疵係存在於「法律行為」時，民法則在設定若干要件後，允許當事人得撤銷之。與上述得撤銷之意思表示相同者，雖屬得撤銷之法律行為，但在該法律行為作成時，仍可發生效力，只是該法律行為具有法律上瑕疵而允許當事人撤銷之，經撤銷之後，依民法第一一四條規定，該法律行為溯及既往地不生效力，視為自始無效。
- 2.得撤銷之法律行為，種類繁多，例如：民法第七十四條之暴利行為，法院得因利害關係人之聲請而撤銷該暴利行為；又如民法第二四四條之詐害債權行為，當債務人所為之行為有害及債權者，債權人得向法院聲請撤銷之。

三、二者之差異點

- 1.「得撤銷之意思表示」與「得撤銷之法律行為」之根本的不同點，在於該法律上的瑕疵所存在的標的不同：前者是存在於有瑕疵的「意思表示」，而後者則是存在於該「法律行為」。舉例來說，當甲所為之要約（意思表示）受到脅迫，而屬得撤銷之意思表示，但相對人乙並不知情仍對之為承諾，甲、乙之間的買賣契約（法律行為）仍可有效成立，只是甲得依民法第九十二條規定撤銷該受脅迫之要約，經撤銷之後，該買賣契約（法律行為）因欠缺有效的要約而不成立。應注意者，甲得行使撤銷權之標的，僅限於該受脅迫之要約（意思表示）而已，而非甲、乙間之買賣契約（法律行為）。與此不同者，民法第二四四條之詐害債權行為，債務人乙與第三人丙間就乙唯一的財產成立贈與契約，儘管乙、丙的意思表示均無瑕疵，但當乙、丙之行為符合該條第一項之要件時，該贈與契約（法律行為）即存有法律上的瑕疵，債權人甲得向法院聲請撤銷之。此時甲並非僅就乙或丙之意思表示加以撤銷，而是就乙、丙所訂立之贈與契約，聲請法院撤銷之。
- 2.「得撤銷之意思表示」，表意人所享有的撤銷權，其行使之方式多以意思表示為之，此亦為民法第一一六條所規範的一般情形。但「得撤銷之法律行為」，則民法多要求當事人必須以「訴」為之，正如民法第七十四、二四四條所規範者，當事人均須向法院聲請撤銷該法律行為，以昭慎重。

二、甲男有非婚生子 A，甲收養之。乙女未結婚但生有一子 B，B 之生父為丙男。甲與乙同居因而欲收養 B，但因甲、B 年齡相差 19 歲，無法獲法院認可，乃認領 B，並辦妥認領登記。其後，甲與乙結婚。A 被甲扶養成年後，時與甲發生爭執，雙方乃協議終止收養關係。甲乙婚後，感情不睦，某日，乙教唆丙傷害甲，丙竟失手致甲死亡。試問：

- (一)A 得否繼承甲之遺產？（9 分）
- (二)B 得否繼承甲之遺產？（8 分）
- (三)乙得否繼承甲之遺產？（8 分）

命題意旨	親屬編中「父母子女章」之部分近年來已屢次成為重要考點所在，本題考點明確，只要基本概念清楚，同學答對應非難事，只是此處之爭點，均為學說實務上論述深入的地方，同學在作答上，應妥善衡量時間及篇幅，斟酌答案之深度，以求取高分！
答題關鍵	非婚生子女如何取得婚生子女之地位」、「認領與收養間之關係」、「反於真實認領之效力」以及繼承編中「繼承權喪失事由之解釋」，答題上就不同之見解，宜注意彼此之關連性、考量答案之層次感。
高分閱讀	1.侯台大上課講義第一回：頁 45~47、頁 49~50、第二回：頁 1~3、補充資料 B1：頁 39~40。 2.第 107 期法觀人考場特刊，民法第 17 題：認領、繼承權喪失事由（相似度 70%） 3.重點整理系列－《身分法》，黃律師著。頁 2-46~2-49：認領、非婚生子女（相似度 70%） 4.法學圖說系列－《身分法》，侯律師著。頁 3-20~3-33：認領、收養（相似度 80%）；頁 8-5~8-17：繼承權喪失事由（相似度 80%） 5.學說論著系列－《民法（親屬・繼承）》，許律師著。頁 4-62~4-65：收養非婚生子女（相似度 85%）；頁 4-25~4-34：認領（相似度 85%）

【擬答】

一、A 子得繼承甲之遺產

- 1.A 子為甲之非婚生子女，而經甲男收養，惟事實上之子女能否為生父所收養，學說上有不同之見解，試分述如下：
- (1)有認為應採狹義之見解，亦即自事實面判斷，而以「有無真實血緣」為標準，倘『該欲收養之子女』與自己具有真實血統之聯繫，此時即非屬民法第 1072 條「他人之子女」而不可收養。
 - (2)亦有認為應採廣義之見解，即自法律面判斷，而以「有無法律上親子關係」為標準，『該欲收養之子女』只要非自己法律上之婚生子女，即屬民法第 1072 條「他人之子女」，而可收養。
 - (3)然吾意以為，基於保障該非婚生子女之立場，事實上之子女能否為生父所收養，應區分其地位而作認定，不得一概而論：
 - A.若該子女法律上確定成為『他人之婚生子女』，此時宜採廣義之見解。
蓋此時事實上血緣之生父已無法透過認領、準正之方式，使該子女成為自己之婚生子女，自保障該子女之立場出發，應承認生父可收養自己事實上血統之子女。
 - B.若該子女法律上尚未確定成為他人之婚生子女，此時宜採狹義之見解。
蓋此時事實上之生父仍有機會待該子女婚生地位受否認後，再透過認領、準正方式使其成為自己之婚生子女，此時法律上即無允許其迂迴地以收養之方式達其目的之必要，因此，應解為不得收養。
 - C.若該子女確定為「非婚生子女」之地位時，此時廣義說與狹義說已無區分之實益，無論採何見解均曾導出「禁止收養，但仍發生法律上婚生子女效果」之結論。
 - (A)如採狹義說：此時，收養與自己具有真實血統之子女，其收養應為無效。惟解釋生父收養之意思，係在使該非婚生子女成為自己之婚生子女，因此依同法第 112 條之規定「無效之法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲為他法律行為者，其他法律行為，仍為有效。」是以，該無效之收養行為即得轉換成有效之認領，而生法律上之親子關係。
 - (B)如採廣義說：收養後，該非婚生子女經生父撫育，此時依民法第 1065 條第 1 項後段，依法即視為認領，又依民法第 1069 條規定，認領之效力溯及子女出生時，因此生父與其子女於子女出生時即已生直系血親關係，其收養行為即違反民法第 1073-1、1079-1 之規定，而為無效，法院應不予認可。惟收養雖無效，該子女仍因撫育視為生父之婚生子女。

2.本題中，A 子既為甲之非婚生子女，而經甲男收養，承上所述，此時廣義說與狹義說已無區分之實益，無論採何見解均曾導出「禁止收養，但仍發生法律上婚生子女效果」之結論。然 A 子『婚生子女』之地位係依『認領』之規定而來，是以，A 被甲扶養成年後時與甲發生爭執，雙方乃協議收養關係，不生任何效力，A 子仍為甲之婚生子女，自得依同法第 1138 條『直系血親卑親屬』之地位而繼承甲之遺產。

二、B 子不得繼承甲之遺產

- 1.B 子為乙女與丙男之非婚生子女，甲男與 B 子年齡相差 19 歲，其收養行為因違反民法第 1073、1079-1 之規定，收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上，法院不予認可。惟『收養者與被收養者之年齡合理差距』依釋字 502 號解釋觀之，固屬立法裁量事項，然基於家庭和諧並兼顧養子女權利之考量，上開規定於「夫妻共同收養」或「夫妻之一方收養他方子女」時，宜有彈性之設，以符合社會生活之實際需要。然本題中，甲係於與乙女同居狀態中即對 B 子為收養之行為，其後甲、乙始結婚，因此，仍應回歸現行法之規定，其收養行為無效，合先敘明。
- 2.其次，甲男認領 B 子並辦妥認領登記之行為，是否使 B 子取得婚生子女之地位。本題中，B 子為乙女與丙男之非婚生子女，甲男認領 B 子即係『反於真實之認領』，其效力為何，學說上有不同之見解，分述如下：
- (1)有認其認領應先推定有效：此說係基於非婚生子女利益保護之考量，使得本無真實血統之子女可先推定為婚生子女，其後，再藉由『認領之否認』使其回復為與認領人無關係之非婚生子女地位。
 - (2)亦有認為其認領應為無效：此說係基於真實血統之考量，認為只有於客觀上有真實血統關係時，才能為有效之認領，且其意思表示縱有瑕疵，亦不影響其效力。反之，如無真實父子關係時，則不因認領而成為父子，縱認領行為無瑕疵，該認領仍為無效。又身分行為之無效與財產行為之無效概念上相同，均為「自始、當然、確定」之無效，此為我國學界併實務通說之見解。

(3)管見認為，為確保血統之真實性，應以後說較妥，亦即『反於真實之認領』應為無效。是以本題中，B 子客觀事實上既非甲男之真實血脈，則甲男、B 子間之認領不生效力，B 子自無法取得甲男婚生子女之地位，故其無法依同法第 1138 條『直系血親卑親屬』之地位而繼承甲之遺產。

三、依條文之文義解釋，乙妻仍得繼承甲之遺產，惟似有不妥之處。

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，乙女自係甲男之繼承人。

2.惟乙教唆丙傷害甲，丙竟失手致甲死亡，乙之繼承人地位是否因此喪失，應為如下之分析：

(1)按同法第 1145 條第一項第一款之規定觀之，故意致被繼承人或應繼承人於死或雖未致死因而受刑之宣告者，喪失其繼承權。依學界通說暨實務之見解，均認本款僅限於『致死故意』，如為傷害故意，並非本款立法意旨所涵蓋，充其量，不過構成表示失權之事由而已。

(2)是以本題中，丙係構成刑法第 277 條之傷害致人於死，而乙依刑法第 29 條成立「傷害致人於死」之教唆犯，依其所教唆之罪處罰之。因此乙、丙之主觀僅為「傷害故意」，承上所述，即非第 1145 條第一項第一款之立法意旨所涵蓋，而無「當然、絕對喪失繼承權」之情事，而本題中，甲對乙亦無剝奪其繼承權之表示，因此，乙仍為適格之繼承人。

(3)惟上開論述之結論並非完全妥適，而應有加以修正之必要，蓋倘謂「傷害致死」之情形無法構成「當然、絕對喪失繼承權」之情事而僅得依「被繼承人有無表示失權之意思表示」作為判斷，則此時被繼承人已死亡，如何為表示失權之意思表示？再者，依比較之觀點而言，此解釋亦有輕重失衡之虞，於致死之情形，其惡行較嚴重，然不符第一款之範圍，且被繼承人已死亡，亦無從為表示失權之意思表示，此時將使加害人仍為適格之繼承人；反之，如其傷害行為未致被繼承人死亡，此時，其惡行較輕微，而被繼承人尚生存，事後即可為失權之意思表示，加害人即不得繼承。如此即產生解釋上之漏洞，而有加以修正之必要，因現行條文之解釋，本題中乙妻之情形，仍得繼承甲之遺產。

【參考資料】

《月旦法學教室》第 38 期：頁 118～119：認領之法律性質及其前提要件（實務見解選輯）。

三、甲在乙某風景區之土地一宗設定地上權，於該土地上建築別墅一棟（市價約值 800 萬元）。甲因向丙借款 600 萬元，為擔保其清償，甲、丙同意以該別墅設定抵押權，且依該約定之抵押權內容，甲並應將抵押物即別墅交由丙占有。甲、丙均依約履行。嗣擔保債權屆期，甲未能依約償還，經洽商後，雙方同意甲得延期 6 個月清償，然若屆期不能履行時，別墅即歸丙取得。請附具理由解析下列問題：

(一)本件可否僅以別墅設定抵押權？（8 分）

(二)本件抵押權之設定，除(一)之情形外，是否有其他無效事由？（9 分）

(三)若甲屆期仍未能清償債務，丙乃請求甲將別墅所有權移轉登記於其所有。法院可否准許？（8 分）

命題意旨	本題的問題焦點環繞在不動產抵押權的數項基本問題，包括抵押權的標的、抵押權之內容、以及流押契約禁止的範圍等。
答題關鍵	本題在不動產抵押權的數項基本問題上，稍稍加以變化，雖然談不上是難題，但仍應注意到以下數個重點： 1.抵押權的標的，不僅僅止於抵押物本體而已，尚可包括抵押物之從物與從權利等。 2.抵押權的內容，民法第八六〇條規定應屬強行規定，但並非任何違反該條規定者，立即導致該抵押權之設定完全無效。 3.流押契約，僅限制當事人不得在清償期未屆至前即約定將來抵押物將移轉予抵押權人以抵償債務，但並未限制當事人在清償屆至後，另行約定抵押物之處分方式與償償方式。
高分閱讀	1.《民法物權》，李淑明著。頁 5~6；頁 157~158；頁 206。 2.重點整理系列—《民法物權編》，黃律師著。頁 6-58~6-74：抵押權之實行（相似度 80%）；頁 6-4~6-41：抵押權（相似度 75%） 3.實例演習系列—《民法(物權、身分法)》，許律師、陳律師著。頁 1-171~1-209：抵押權（相似度 75%）

【擬答】

- 1.按甲在乙所有土地上設定地上權，之後並建築別墅一棟，該別墅因屬由甲自行出資興建完成，由甲原始取得所有權。
- 2.按建築物乃是獨立於土地之外，另一獨立的不動產。故雖然甲並非土地所有權人，且甲僅就該建築物（別墅）設定抵押權予債權人，自無不當之處。同時，因為甲就該土地享有地上權，該地上權乃是支持該別墅合法座落於乙之土地上的權源，乃屬別墅之從權利，依民法第八六二條第一項規定，抵押權之效力及於抵押物之從權利，因而於甲將該別墅設定抵押權予第三人時，抵押權之效力自然及於該地上權，不待當事人另行約定，亦不待登記。
- 1.按抵押權者，乃是支持抵押物經濟價值之權利的一種，故而依民法第八六〇條之定義性規定，抵押權乃是債務人或第三人（物上保證人）在不移轉標的物占有的前提下，提供標的物之經濟價值支配權予債權人（抵押權人），以擔保債權實現之權利。又，物權具有對世性，對於當事人之權義影響至鉅，因而民法物權編乃有「物權法定主義」之設，任何人不得自由創設物權之種類，亦不得任意變更物權之權利內容，否則當屬違反物權編之強行規定而屬當然無效。
- 2.於本題中，甲將自己所有別墅設定抵押權予債權人丙，甲就自己所有標的物加以處分，本得自由為之；然而依甲、丙所約定「抵押權」之內容，甲應將抵押物（即別墅）交由丙占有，惟觀諸民法第八六〇條之規定，此項約定之內容已

然違反民法物權編就抵押權所設之定義性規定，依「物權法定主義」，該規定應屬無效。

3.惟應探討者，甲、丙間關於「移轉抵押物占有」之約定，雖然違反民法第八六〇條之規定，應屬無效；然而若甲、丙間關於抵押權內容之其他約定，並無任何牴觸民法規範之處，再加上如雙方當事人已依民法第七五八、七六〇條等規定完成書面契約與登記等要件，是否得認為：除去該「移轉抵押物占有」約定之部分，其餘部分仍可生抵押權設定之效力？按依民法第一一一條規定，法律行為之一部分無效者，原則上全部無效。但若除去部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。個人以為，甲、丙間雖然關於「移轉抵押物占有」部分違反法律規定，但其程度尚不及違反公序良俗等，同時其餘部分若再無任何違反法律之處，不妨認為甲、丙間之抵押權設定仍可有效成立，以適度顧及債權人丙之利益。

三、1.按抵押權者，本為擔保抵押權人債權之實現而設定。但為了避免抵押人為了取得融資而被迫接受對其極為不利的約定，民法就「流押契約」設有禁制規定，此即民法第八七三條第二項之規定。然應注意者，本條項規定僅禁止當事人在債權尚未屆清償期之前，即約定將來於債權已屆清償期而抵押權人未及時受清償者，即可取得抵押物所有權以抵償之；但本條項規定所禁止的範圍，並不及於當事人於債權已屆清償期後，再透過約定的方式，將抵押物之所有權移轉予抵押權人以抵充其債權額。因此民法第八七八條始規定，於債權清償期屆至後，雙方當事人得以訂立契約的方式，使抵押權人取得抵押物之所有權。

2.而今甲、丙就甲所有之別墅設定抵押權，以擔保丙之債權，承上所述，除去該「移轉占有」之約定外，該抵押權仍可有效成立。甲於被擔保債權已屆清償期，未能按時清償，惟經甲、丙雙方同意將清償期延後六個月，此種約定之性質乃屬「債之更改」，當事人可透過雙方合意的方式，有效為之，同時在甲、丙雙方意思表示一致時，新的清償期即已取代原來清償期之約定。

3.惟甲、丙除了更改清償期外，又約定如甲未能於新更改之清償期按時清償者，即應將別墅所有權移轉予丙。此項約定即相當於在「清償期」未屆至前，即已為「流押契約」之約定，而此種約定正是民法第八七三條第二項所禁止者。是以甲、丙間關於丙取得別墅所有權之約定，應屬無效，丙訴請甲應將別墅所有權移轉登記於己，法院自不應准許之。

四、甲公司與乙地主訂立合建契約，由甲在乙之土地上興建大廈，並由甲、乙平分出售房地所得。甲另與丙營造公司訂約，由丙負責大廈之興建。大廈完工後，甲及乙在同一份定型化契約書上，分別以自己名義出賣大廈之其中一戶房屋及其基地之應有部分給 A，業已完成交付及所有權移轉登記手續，房屋價金及土地價金亦均已付清。本件定型化買賣契約書約定：「房屋有任何瑕疵，均由甲負責處理，與地主乙無涉」。房屋交付 6 年後，該屋因丙於興建過程未依照建築法規要求且偷工減料，以致發生傾斜情形，影響正常居住。請問：

(一)A 得否請求甲及乙分別返還房屋及土地之價金？(10 分)

(二)如 A 立即僱工修繕，支出 200 萬元。該屋於修繕後，雖得正常居住，但因曾發生傾斜，其價值仍減少 100 萬元。A 得否請求甲、乙、丙及丙公司負責人丁連帶賠償合計 300 萬元？(15 分)

命題意旨	本題是個相當好的以「債」為主旨的題目，其中除了牽涉到合建契約的性質，更將「物之瑕疵擔保責任」與「不完全給付」的關連性，作了很好的連結。惟因本題中除了上述主題外，還涉及許多小議題，像是：法人與代表人間的連帶責任、不完全給付的法律效果等等，所以若想有條理且完整的作答，並不容易。
答題關鍵	本題首應釐清甲、乙間合建契約的法律性質，並由此往下推衍甲、乙與丙之間的法律關係，以及甲、乙、A 之間的法律關係。將這個大方向掌握住之後，再繼續就 A 所得主張的「物之瑕疵擔保請求權」與「不完全給付損害賠償請求權」發揮，應該就算是個挺完整的答案了！
高分閱讀	1.《債法總論》，李淑明著，頁 288~298。 2.《債法各論》，李淑明著，頁 19~46。 3.第 107 期法觀人考場特刊，民法第一、八題：買賣契約之瑕疵擔保責任（相似度 80%） 4.實例演習系列—《民法（總則、債篇）》，徐律師著。頁 3-8~3-40：買賣契約（相似度 70%） 5.經典試題系列—《民法（含總則、債、物權篇）》試題精選進階篇，李淑明著。頁 4-1~4-79：買賣契約之瑕疵擔保責任（相似度 80%） 6.《2006 律師司法官歷屆試題詳解—民法》，頁 92-3~92-7：92 年司法官第二題（相似度 80%）

【擬答】

一、1.關於合建契約之性質：

甲、乙訂立合建契約，由甲在乙之土地上興建大廈。「合建契約」並非民法債各所規範之有名契約，故應先究明其法律性質，才能判斷當事人間之權義關係。又，合建契約之型態相當複雜，因當事人之不同而有不同的安排，故關於其法律性質，不可一概而論。依題意，乙乃地主，只負責提供土地予甲，由甲負責興建事宜（因而之後甲才又與丙營造公司訂約，由丙負責實際興建工程），而在大廈興建完成後，甲、乙乃平分出售房地之所得，故甲、乙間之約定型態較類似於雙方共同出資，由乙提供土地，甲提供資金等，以經營興建大廈之事業，亦即較類似於民法第六六七條所定之合夥契約，故甲、乙雙方之權義關係，應類推適用合夥契約之規範。

2.關於甲、乙、A 之間之法律關係：

在大廈興建完成後，由甲、乙共同為出賣人，將其中一戶房屋及其基地之應有部分出售並移轉予 A，甲、乙與 A 之間所成立者乃屬買賣契約，應屬無疑。又，甲、乙因經營合夥事務而對外負擔債務者，甲、乙就該債務負有連帶責任，

縱使甲、乙事先在同一份定型化契約書上載明：「房屋有任何瑕疵，均由甲負責處理，與地主乙無涉。」然而此種定型化契約條款，明顯使得買受人求償機會受到限制，同時亦與民法第六六七條以下所定合夥本質不符，因此依民法第二四七條之一規定，該定型化契約約款應屬無效。

3.A 之物之瑕疵擔保請求權：

- (1)而今在房屋交付予 A 之後，因丙偷工減料致該房屋發生傾斜，影響正常居住，則該房屋顯然具有足以減損其通常效用的瑕疵，且該瑕疵是於交屋之前即已存在（只是在交屋之後才顯現出來），依民法第三五四條規定，該房屋之出賣人甲、乙應對 A 負起物之瑕疵擔保責任。又，買受人 A 之物之瑕疵擔保請求權中，共有三種法律效果可茲主張，分別是：契約解除權、價金減少請求權，以及債務不履行損害賠償請求權。其中關於「債務不履行損害賠償請求權」部分，依民法第三六〇條規定，僅限於出賣人曾有保證品質，或出賣人有故意不告知瑕疵等情形，始有適用，而在本題中，甲、乙之行爲似乎並不該當本條規定，故 A 只能主張契約解除權或價金減少請求權。
- (2)惟 A 是在房屋交付六年之後，始出現房屋傾斜的瑕疵，依民法第三六五條規定，買受人如因物之瑕疵而得解除契約或請求減少價金者，應於物交付時起五年內主張，否則即不再得主張，是以 A 已不再得主張契約解除權與價金減少請求權。

4.A 之不完全給付損害賠償請求權：

- (1)又，除了物之瑕疵擔保請求權外，買受人 A 是否尚有不完全給付之債務不履行損害賠償請求權可茲行使？值得討論。按出賣人甲與丙簽訂契約，由丙負責實際興建工作，丙乃屬甲之履行輔助人，甲應爲丙之行爲負責，合先說明。而在興建過程中，因丙違反建築法規、偷工減料而致日後房屋發生傾斜，甲應爲丙之行爲負責，是以本題情形相當於因甲之不當行爲而致房屋發生瑕疵，甲之行爲顯屬未依債之本旨而爲給付，甲應依民法第二二七條不完全給付之規定對買受人 A 負債務不履行損害賠償責任才是。又，本項債務不履行損害賠償請求權之時效，應依民法第一二五條定之，故 A 在交屋後六年，仍得行使。
- (2)是故 A 得依民法第二二七條規定，向甲、乙主張不完全給付之債務不履行損害賠償請求權，而其法律效果則視該「不完全」情形可否除去，而分別準用給付不能或給付遲延的規範。依題意，若房屋傾斜情形相當嚴重，無法修復，或縱使修復，其市場價值仍受相當影響者，則 A 得主張該「不完全」情形無法除去，而準用民法第二五六條規定，主張解除契約，進而向甲、乙請求返還房屋及土地之價金。反之，若傾斜情形未達無法修復之程度，且甲、乙願意修復，則 A 只能準用給付遲延之規定請求損害賠償，而不得主張解除契約。

二、1.A 得請求損害賠償的範圍：

承上所述，在房屋交付予 A 六年之後，A 只能向出賣人甲、乙請求不完全給付之損害賠償。而依民法第二二七條規定，A 所得請求之範圍，除了因債務人不完全給付行爲所導致之履行利益損害（瑕疵損害）之外，更可包括 A 之固有利益因而所受損害（瑕疵結果損害）。又，不論是「瑕疵損害」或「瑕疵結果損害」，依民法第二一六條規定，均可包括「所受損害」（直接損害）與「所失利益」（間接損害）。

2.損害賠償之方法：

在討論 A 所得請求賠償之數額前，應先究明：A 自行僱工修繕，而逕請求以金錢賠償之，是否於法有據？依民法第二一三條以下規定，民法所定損害賠償方法，雖以回復原狀爲原則，但依同條新增訂之第三項規定，債權人得請求支付回復原狀所必要之費用，以代回復原狀。故而 A 得請求賠償回復原狀所必要之費用，以代回復原狀。

3.債務人爲何人？

- (1)又，關於債務人部分，甲、乙應對 A 負起不完全給付之損害賠償責任，前已說明；惟 A 得否對丙及丙公司之負責人丁請求賠償？誠有疑問。按在本題中，A 與丙之間並無直接契約關係，故 A 至多只能從侵權行爲法找尋請求權基礎。按建築法規之制定，在於保護建築物之結構安全，並藉以保護不特定大眾之生命與財產安全，是以建築法規應可認屬民法第一八四條第二項所稱之「保護他人之法律」，違反本條項規定者自應負起侵權行爲損害賠償責任。又，丙公司在興建過程中未依顯建築法規要求且偷工減料，丙公司之負責人丁自然難辭其咎，依民法第二十八條規定，代表人在執行職務範圍內所爲之侵權行爲，亦屬法人之侵權行爲，法人應爲此負起侵權行爲責任，並與代表人共同對被害人負起連帶損害賠償責任。是以，A 得依民法第一八四條第二項及民法第二十八條規定，向丙公司及代表人丁請求侵權行爲損害賠償，同時丙、丁之間應負連帶責任。
- (2)甲、乙因經營合夥事務對外負有債務者，應負連帶債務責任，前已敘及。惟甲、乙、丙、丁之間是否又應負共同連帶責任？則有疑問。按 A 對甲、乙之請求權基礎乃債務不履行損害賠償請求權，而 A 對丙、丁則是侵權行爲損害賠償請求權，二者間本不生連帶之關係；惟如甲、乙對於丙公司之違反建築法規且偷工減料行爲有明知或可得而知之情形，而同時該當侵權行爲之要件者，A 自得依民法第一八五條規定主張甲、乙、丙、丁應負共同侵權行爲損害賠償責任，自不待言。

4.小結：

今 A 自己僱工修繕，支出費用 200 萬元，此乃爲了使 A 之履行利益（房屋）所受損害得以回復所支出之費用，性質上乃 A 之履行利益所受直接損害，A 當得向甲、乙請求損害賠償。又，除此之外，該房屋價值在修復之後仍有 100 萬元減損，此乃市場價值爲反應瑕疵而產生的調整，性質上屬於 A 之履行利益部分所受間接損害，且其性質上無法回復原狀，依民法第二一五條規定，A 得請求以金錢賠償之。故 A 得向甲、乙請求連帶賠償 300 萬元，或向丙、丁請求連帶賠償 300 萬元。

【參考資料】

《月旦法學雜誌》第 129 期，頁 5～32：承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，詹森林著。

《民法》

一、請附具理由解答下列問題：

- (一)甲執有乙所簽發到期日為民國八十九年一月一日、面額新台幣一百萬元之本票，屆期提示不獲付款，聲請法院為准予強制執行之裁定，並於八十九年七月一日聲請法院強制執行，因執行無效果，執行法院於九十年一月一日發給債權憑證。嗣甲於九十四年七月一日以該債權憑證為執行名義，再度聲請強制執行，查封乙之財產，乙為時效抗辯，並提起債務人異議之訴，請求撤銷對其所為之強制執执行程序，其訴有無理由？(13 分)
- (二)甲於民國九十四年三月一日始滿二十歲，因其法定代理人乙旅居美國，甲乃於同年一月一日未經乙允許以自己名義向建商丙訂購價格為新台幣(下同)三百萬元之預售套房一間，當場交付定金五萬元，並按月繳交分期款二萬元至同年五月。丙於訂約後，於同年二月間催告乙應於九十四年六月一日前答覆是否承認甲之購屋行為，乙置之不理。丙乃主張乙於上開期限內不為確答，視為拒絕承認，其與甲所訂立之購屋契約不生效力，其主張有無理由？(12 分)

命題意旨	第一小題乃在測驗考生對於時效中斷與起算之基本觀念，而第二小題則要求考生思考 81 條所存在固有的問題，為近年來頗熱門的民法總則考題。
答題關鍵	1.有關於時效中斷與重行起算的法條，應詳細陳述，輔以實務見解及立法意旨，即可完整作答。 2.民法 81 條所發生承認權轉換的效果，應加以提及闡述。
高分閱讀	1.法觀人第 98 期考場特刊：題目一（相似度 98%） 2.重點整理系列-民法總則（邱律師）（L236） P.4-22~23：限制行為能力人法律行為之效力（相似度 85%） P.9-5~7：限制行為能力人之法律行為之效力（相似度 80%） 3.實例演習系列-民法（總則、債篇）實例演習（徐律師）（L713） P.1-77~80：限制行為能力人自為法律行為之效果（相似度 90%） P.1-167~172：消滅時效（相似度 80%）

【擬答】

一、乙得否主張時效抗辯，擬分述於如下：

甲對乙之本票票款給付請求權，依票據法 22 條第 1 項，自到期日起算 3 年為其時效期間，合先敘明。

甲於到期日請求提示付款不遂後，便聲請本票裁定及強制裁定，即依民法 129 條第 2 項第 5 款，消滅時效因而中斷。又依民法 137 條第 1 項之規定，時效自中斷之事由終止時起，重行起算。而執行法院於民法 90 年 1 月 1 日發給甲債權憑證，執执行程序便告終結，時效重行起算。惟有疑義者，乃該請求權之時效期間不滿五年，有無民法 137 條第 3 項之適用，即重行起算後之時效期間為五年。按民法 137 條第 3 項：「經確定判決或其他與確定判決有同一效力之執行名義所確定之請求權，其原有消滅時效期間不滿五年者，因中斷而重行起算之時效期間為五年。」本條之設計，乃立法者有鑑於短期時效之制度目的，乃使特定之權利義務關係及早確定，蓋時間拖延過久因舉證困難權利狀態難期明確，從而，已經過法院判決確定實體權利義務關係者，即無再適用短期時效之必要，最高法院 93 年台上字 1509 號判決可資參照。

準此，本件中，甲雖已聲請本票裁定，惟實體權利義務關係並未因此明確，無民法 137 條第 3 項之適用，即自 90 年 1 月 1 日起算 3 年後時效完成。

甲於 94 年 7 月 1 日再度聲請強制執行，其請求權已罹於時效，乙自得為時效抗辯，並提起債務人異議之訴，請求撤銷已為之處分。

二、限制行為能力人甲未經法定代理人同意，而與丙所為之契約行為效力未定，即非經承認權人承認後不生效力，民法 79 條參照，合先敘明。丙於訂約後定一個月以上之期間催告法定代理人乙，行使承認權，惟一個月經過後甲已成年，依民法 81 條之規定，甲成為承認權人，則乙未於催告期間內行使承認權，是否仍發生民法 80 條第 2 項之效力，即視為拒絕承認，該契約確定不生效力？

甲於 94 年 3 月 1 日即取得承認權，則法定代理人乙於是日起非承認權人，又如何能於催告期間內行使承認權，從而，定期間催告之意義無法發揮，自不應發生法律擬制的效果，故丙主張乙不為確答，視為拒絕承認，契約確定不生效力，應無理由。

二、某甲自己出資購買一輛遊覽車，靠行登記在 A 交通運輸公司（以下簡稱 A 公司）名下，車身並漆有 A 公司名



稱等字樣。惟事實上，該遊覽車完全由甲自行占有、管理、處分。甲利用該遊覽車在某鄉鎮招攬旅遊團出遊，自己出資僱用某乙擔任駕駛，自己向遊客收取旅遊費用，並自負旅遊營運盈虧。某日，乙駕駛該輛遊覽車帶團出遊時，因車速過快，擦撞路旁機車騎士丙女，造成丙女飛出摔倒在數十公尺外，全身多處嚴重骨折。經查，丙女為職業模特兒，原本與某家廠商簽有食品廣告代言合約，如今因身體受傷之故，短期內無法配合代言廣告拍攝工作，乃遭廠商依合約約定解除契約，致損失原可獲得的代言報酬 30 萬元。請針對本事例所涉及的「法律爭點」，附理由回答下列問題：

- (一)丙女就其受傷所支出的醫療及復健費用，以 A 公司及乙駕駛為被告，起訴請求損害賠償，有無理由？(13 分)
- (二)假設丙女可以請求損害賠償，其所得請求賠償的損害，是否包括原可獲得的代言報酬 30 萬元？(12 分)

命題意旨	本題乃近年來熱門之損害賠償議題，考生只要對於責任成立要件上之爭點，如僱用人責任之問題加以釐清，復將責任發生後之效力，即損害賠償之基本觀念點出即可輕鬆作答。
答題關鍵	1.僱用人責任之認定上，對於實務涉及車輛靠行之爭議應加以詮釋分析。 2.損害賠償範圍之基本概念。
高分閱讀	1.實例演習系列—民法（總則、債篇）實例演習（徐律師）（L713） P.2-205~205：僱用人侵權責任之成立條件：需具有僱用人與受僱人的關係（相似度 98%） P.2-256~258：損害賠償之範圍（相似度 90%） 2.錦囊系列—民法債編總論（魏律師）（L247） P.3-15：損害的分類（所受損害、所失利益）（相似度 80%） P.2-140：僱用人與受僱人之侵權責任（相似度 80%） 3.于台大，補充講義第一回，P6；補充講義第四回，P32 至 37。

【擬答】

- 一、1.丙女得依民法 184 條第 1 項前段、191 條之 2 向駕駛人乙請求損害賠償，理由概如下述：
乙駕車過快致丙重傷，乃過失不法侵害丙之身體權，構成民法 184 條第 1 項前段之一般侵權行為；又依 88 年債編增定之民法 191 條之 2，動力車輛駕駛人應負推定過失責任。
- 2.丙女得依民法 188 條之規定，向 A 公司請求損害賠償，擬分述於如下：
A 公司要否依民法 188 條之規定負損害賠償責任，端視其與乙之間是否有選任監督關係存在，又乙之行爲是否屬執行職務並對他人應負侵權責任。A 與乙之間應無事實上之監督關係存在，惟我國實務判解向以被靠行之交通公司應負僱用人責任，蓋駕駛人客觀上尚可認係爲交通公司服勞務，應使交通公司連帶負責，以保護交易安全。又最高法院亦著有判決肯定借名營業之出名入雖無涉入營業之盈虧，仍無解於僱用人責任，否則即屬於脫法行為，最高法院 86 年台上字 332 號判決參照。
- 準此以言，本件中，該遊覽車靠行於 A 公司，車身漆有 A 公司名稱，惟外觀上是否足使一般人信賴 A 公司與乙司機之間有勞動關係，應無法作為認定 A 公司須負僱用人侵權責任之理由，然 A 公司接受遊覽車靠行，尚可認為係間接利用他人擴大自己活動範圍並因此獲利(收取靠行費用)，且車行通常具有辦理保險分散危險的能力，由其承擔損害應有理由。職是之故，A 公司應依民法 188 條之規定與乙連帶賠償丙之損害，蓋符合我國實務通說及合理經濟之損害分配原則。
- 二、丙女所得請求之賠償範圍，依民法 216 條之規定，包括所受損害及所失利益，即依據完全賠償之立法意旨，與權利受損害間具有因果關係之各項損害，皆為義務人之責任範圍，試臚列於次：
- 1.所受損害：
丙女因身體權受侵害所支出之醫療費、復健費用即屬之，此乃丙之積極損害。
- 2.所失利益：
丙女依預定之計畫，可得之預期利益，即代言費用 30 萬元，因其身體權受侵害而喪失之利益，乃消極損害，雖其本質上屬於純粹經濟上損失，惟非直接受侵害之客體，而係與權利受損有因果關係之損害，為加害人損害賠償之責任範圍。

【參考資料】

- 1.王澤鑑〈侵權行為法〉，P248 以下。(2000 年三月初版)
- 2.王澤鑑〈特殊侵權行為(四)〉—僱用人責任(上)、(下)

- 三、甲、乙、丙共有三百坪之建地一筆，應有部分甲為三分之二，乙、丙各為六分之一，乙同意將其中特定部分一百坪土地設定有償之地上權於甲，期限為六十年。甲於依約支付租金於乙後，乙遂將該部分土地交甲使用。甲向地政機關申請為地上權之設定登記，地政機關以甲不得在自己共有之土地設定地上權而駁回其申請。甲以建屋完成，有屋可住，不以為意。二十年後，乙死亡，其繼承人丁辦理繼承登記時，發現共有地上甲並無



地上權之登記，乃以甲係無權占有共有土地為由，請求其拆屋，並將占用之共有地交還共有人全體。甲主張其非無權占有，且再請求丁協同辦理地上權之設定登記，丁以該請求權已經時效消滅，而予以拒絕。甲另主張其亦已完成地上權取得時效，具有地上權登記請求權存在。請附具理由回答下列問題：

(一)甲可否在自己共有之土地上設定地上權？(7分)

(二)丁如訴請甲拆除房屋，將占有之共有地交還共有人全體，法院應否准許？(8分)

(三)甲主張就占有之共有地已完成地上權取得時效，具有地上權登記請求權，是否合理？(10分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於共有物管理等內部關係之理解，並輔以地上權取得時效之實務爭議問題，是近年來常見之題型。
答題關鍵	1.釐清應有部分設定地上權與共有物設定地上權之相關問題。 2.民法 767 條在實務上之操作。 3.共有物得否作為地上權取得時效客體之爭議。
高分閱讀	1.重點整理系列-民法物權編（黃律師）(L232) P1-24 例題（相似度 85%） P2-11~12：地上權之時效取得（相似度 80%） 2.實例演習系列-民法（物權、身份法）實例演習（許律師、陳律師）(L701) P.1-59~66：時效取得地上權（相似度 95%） 3.于台大，補充講義第七回，頁 14 至 15、19 至 20；補充講義第八回，頁 3 以下。

【擬答】

一、甲得否在自己共有土地上設定地上權，非無疑義，擬分述於如下。

甲若欲於自共有土地上建屋，勢必透過與其他共有人間設定地上權或約定其他土地利用關係之方式，以保其建物之存續。本件中，共有人乙同意將特定部份一百坪土地設定地上權於甲，似可作如下二解：

1.將其對於土地六分之一之應有部分設定地上權於甲，惟學說上多否定以應有部分設定排他性之受益物權，而實務見解紛紜。惟有力學說以共有人在不自違背分管契約及其與他共有人間用益協議之前提下，可將其應有部分設定物權於他人占有用益。

2.共有人甲乙以多數決方式為共有物之管理，惟按現行民法 820 條之規定共有物之管理應共同為之，非如修正草案採多數決之方式，從而，縱甲乙應有部分合計逾三分之二，亦不得將共有物特定部份為用益管理，即設定地上權於甲。

本件中，乙同意將特定部份一百坪設定地上權，不但超出其應有部分使用收益之範圍，且於未締結分管契約之前提下，將其應有部分設定地上權於他人，即有疑問，故此行為應作上述第二解，將之視為係共有物之一部設定地上權與甲，在未得全體共有人同意之前，應為法所不許。

二、丁繼承乙對於土地之應有部分後，得否依民法 821、767 條之規定，對於未得全體同意而占有特定部份之甲請求拆屋還地，端視甲屋座落於該土地上是否為無權占有？

1.甲得否以地上權設定契約作為占有本權？

甲乙間設定地上權之債權契約，於民法 166 條之 1 施行前，無須經公證即為有效成立，甲自得依民法 199 條第 1 項請求乙或其繼承人丁辦理地上權登記，而該請求權法無特別規定，依民法 125 條定其權利行使期間，權於時效後，債務人自得依民法 144 條第 1 項作時效抗辯，拒絕給付。

惟按最高法院 69 年第 4 次民事庭會議決議之意旨，乙本於該地上權設定契約交付土地占有，時效完成後僅得拒絕給付，不得請求返還土地，蓋實則該債權契約可作為甲占有土地之權源並可用以拘束契約當事人乙及其繼承人丁。

2.甲得否以時效取得地上權之要件已具備，作為占有本權？

實務見解早期以占有人未為地上權登記前，仍屬無權占有。惟最高法院 80 年第 2 次民事庭會議決議，肯定學者通說之見解，認為法院於占有人向地政機關申請登記後，應為實體之裁判，即若具備時效取得地上權之要件，便可以之作為占有本權對抗所有權人。

三、按實務上之時效取得地上權登記審查要點第 5 款規定，共有人本不得就共有土地申請時效取得地上權登記，惟大法官釋字 451 號解釋肯定共有人得以地上權人之意思占有共有土地，而依民法 772 條準用 769、770 條之規定，請求登記為地上權人，蓋時效取得制度係為公益而設，而時效取得之財產權應為憲法所保障。從而，甲得主張時效取得地上權，而享有地上權登記請求權。

【參考資料】

1.謝在全，《民法物權論》，P549 以下，修定二版。

2.王澤鑑，《民法物權(一)》通則、所有權，頁 208，2002 年 9 月修定版。



四、請分別回答下列問題：

- (一)甲男乙女為夫妻，育有丙、丁二子，甲、乙協議離婚，約定對於未成年之子丁權利義務之行使及負擔由乙任之，丙則已成年，現就讀大學。試問：
1. 丙、丁可否請求甲扶養？(8分)
 2. 甲可否請求丙扶養？(5分)
- (二)甲於民國九十四年一月一日死亡，其子乙、丙、丁為其法定繼承人，乙於九十四年二月一日就甲所遺不動產單獨為全體繼承人之利益申請辦理繼承登記；丙於九十四年三月一日向法院聲報限定繼承，惟於開具之遺產清冊內虛報不實之債權；丁則於九十四年四月一日以書面向法院聲報拋棄繼承並通知乙、丙。試問乙、丙、丁所為各發生如何之法律效果？(12分)

命題意旨	扶養之要件及實體法上依據、繼承之種類及要件
答題關鍵	父母對未成年子女之扶養已連續出現多次，各種繼承的要件及效力為重要考題！
高分閱讀	1.學說論著系列—民法（親屬・繼承）（許律師）（L237） P.6-13~18：父母對於未成年子女之撫養義務（相似度 95%） P.6-3~5：撫養之發生要件（相似度 90%） P.9-61~68：限定繼承（相似度 90%） P.9-78：拋棄繼承之要件（相似度 90%） 2.重點整理系列—身份法（黃律師）（L204） P.1-195~196（相似度 90%） P.2-73~74：法定單純承認、P.2-79：拋棄繼承之要件（相似度 86%）

【擬答】

一、1.丙、丁可否請求甲扶養分述如下：

- (1)丁可依民法一一一四條第一款及民法一一一六條之二請求甲扶養。

甲對丁之扶養義務不因其與乙協議離婚且約定對丁之權利義務之行使及負擔由乙任之而消滅。此為民國 87 年增訂民法一一一六條之二之理由，即「親權」與「扶養義務」乃係二相互獨立、無所關聯之概念。簡述理由如下：

- A.親權與扶養之本質不同：親權乃事實上行爲之保護教養；扶養乃經濟之給付，性質不同，無必然結合關係。
- B.親權與扶養義務發生原因不同：親權乃基於親權人之身分而來；扶養乃基於父母子女之身分而生。
- C.二者義務內容不同：親權之義務為父母保護教養未成年子女之單方義務；扶養之義務為父母子女相互間之雙方義務。
- D.二者消滅原因不同：親權原則上因子女之成年而消滅；扶養只要子女有受扶養之必要時，不論子女成年與否，仍得受父母之扶養。

縱上所述，甲對丁之扶養義務不因其與乙協議離婚且約定對丁之權利義務之行使及負擔由乙任之而消滅，未成年子女丁仍得請求甲扶養。

甲對丁扶養義務之發生之實體法上依據為民法第一一一四條第一款。此項爭議在於新法一一一六條之二之增訂，僅消極規定離婚後父母對未成年子女扶養義務不消滅，惟學者對於此項扶養義務之發生實體法上依據為何產生爭議，簡述如下：

- A.依據民法一〇八九條：此說認為民法一〇八九條父母對未成年子女之義務包括保護教育費用之負擔；至於民法一一一四條之扶養義務則為父母與成年子女間之義務。
- B.依據民法一〇八四條：此說認為民法一〇八四條之「保護、教養」應包括扶養費用之負擔與事實上之養育行為二者。
- C.依據民法一一一四條第一款：
 - a.此說認為民法一〇八九條係規定「婚姻關係存續中」親權之行使或負擔之方法，無法導出「離婚後」父母對未成年子女之扶養義務。
 - b.民法一〇八四條之保護教養義務乃親權之本質，然親權與扶養性質不同。

以上三說，以第三說較為可採，蓋如上述，民國 87 年增訂民法一一一六條之二之理由即在於「親權」與「扶養義務」乃係二相互獨立、無所關聯之概念，父母對未成年子女之扶養義務應回歸民法一一一四條第一款為宜。

- (2)丙請求甲扶養之實體法依據為民法第一一一四條第一款，惟須符合扶養之發生要件。

- 1.丙已為成年子女，無上述丁適用民法一一一六條之二之問題。
- 2.丙為成年子女，無上述父母對未成年子女扶養實體法上依據爭執之問題。
- 3.惟丙仍為甲之直系血親，不因甲乙之離婚而改變，依照民法第一一一四條第一款規定，直系血親相互間互負扶養



義務。

4.茲將扶養之發生要件，簡述如下：

A.扶養權利人以不能維持生活而無謀生能力者為限（民法一一一七條第一項）

B.扶養義務人需有扶養能力（民法一一一八條）

本題中，題示丙為成年子女且就讀於大學，雖可謂其可能不能維持生活，但尚難謂其無謀生能力，故丙不得請求甲扶養。

2.甲請求丙扶養之實體法依據為民法一一一四條第一款，惟需符合扶養之發生要件。

(1)甲仍為丙之直系血親，不因甲乙離婚而改變，依照民法一一一四條第一款規定，直系血親相互間互負扶養義務。

(2)茲對直系血親尊親屬扶養發生之要件，簡述如下：

◎受扶養權利人不能維持生活但不以無謀生能力為限！（民法一一一七條第二項）

◎扶養義務人須有扶養能力（民法一一一八條）

縱上所述，甲仍得依據民法一一一四條第一款向丙請求扶養，惟須甲不能維持生活，且丙有扶養能力。

二、1.乙之於九十四年二月一日就甲所遺不動產單獨為全體繼承人之利益申請辦理繼承登記行為產生乙繼承單純承認之效果，惟不影響其他繼承人限定繼承或拋棄繼承之權利。分析如下

(1)土地法七十三條規定：「其係繼承登記者，得由任何繼承人為全體繼承人聲請之。但其聲請，不影響他繼承人拋棄繼承或限定繼承之權利。」

(2)乙之就甲所遺不動產單獨為全體繼承人之利益申請辦理繼承登記行為為合法有效。

(3)我國民法採當然繼承主義，故繼承開始後，繼承人消極的不為限定繼承或拋棄繼承之意思表示，或積極地為單純繼承之承認，學者認為均屬一般單純承認。本題中，乙就甲之遺產為繼承登記，應認已積極地為繼承之承認，故產生繼承單純承認之效果，亦即，不得再為限定繼承或拋棄繼承之表示（52年台上字451號判例）

(4)惟依據土地法七十三條，此項乙為單純承認之行爲，並不影響其他繼承人拋棄繼承或限定繼承之權利。

2.丙之於九十四年三月一日向法院聲報限定繼承，惟於開具之遺產清冊內虛報不實之債權行為產生乙、丙、丁限定繼承之效果，惟丙不得主張限定繼承之利益，分析如下：

(1)民法一一五六條第一項規定：「為限定之繼承者，應於繼承開始時起，三個月內，開具遺產清冊呈報法院」。題示中丙於三個月內向法院聲報限定繼承，符合程序要件。

(2)限定繼承之效果在繼承人得以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務（民法一一五四條），且被繼承人有數人，其中一人主張為限定繼承時，其他繼承人視為同為限定之繼承（民法一一五四條第二項）。

1.對丙本身產生限定繼承之效果

2.對乙產生限定繼承之效果（民法一一五四條第二項）

3.對此時尚未為拋棄繼承之丁產生限定繼承之效果（民法一一五四條第二項）

(3)惟丙於遺產清冊上虛報不實之債權，故依民法一一六三條，其不得主張一一五四條所定限定繼承之利益。惟此並不影響乙、丁可主張限定繼承之利益，蓋民法一一六三條僅規定為該行為者不得主張限定繼承之利益，其發生限定繼承效力仍無疑義，其他繼承人仍受民法一一五四條第二項規定同為限定之繼承，而得主張限定繼承之利益。

3.丁之於九十四年四月一日以書面向法院聲報拋棄繼承並通知乙、丙之行爲視其知悉繼承開始之時點而有不同效力，分析如下：

(1)為繼承拋棄時點已逾知悉其得繼承之時起二個月

民法一一七四條第二項規定繼承之拋棄應於知悉其得繼承之時起二個月為之。本題中若丁為繼承拋棄時點已逾知悉其得繼承之時起二個月，則拋棄繼承行為無效，丁仍如上所述為限定繼承。

(2)為繼承拋棄時點未逾知悉其得繼承之時起二個月

1.若丁之拋棄行為時點未逾知悉其得繼承之時起二個月，則其以書面向法院聲報拋棄繼承並通知乙、丙之行爲符合民法一一七四條第二項拋棄繼承之程序要件。

2.民法一一七五條規定，繼承之拋棄，溯及繼承開始時發生效力。故雖如上述丙之聲報限定繼承行為對丁產生限定繼承之效果，惟丁之拋棄繼承行為使丁溯及既往非為繼承人，無限定繼承之問題。

【參考資料】

1.林秀雄，〈離婚後父母對未成年子女之扶養義務〉，家族法論文集(三)，第六章

2.林秀雄，〈未成年子女扶養費之請求〉，萬國法律第26期

3.許樹林，〈論對未成年子女之保護及教養費用與扶養〉

4.郭振恭，〈論單純承認之效力〉

5.郭振恭，〈限定繼承問題之研究〉，民法親屬繼承爭議問題研究，五南書局

6.林秀雄，〈繼承之效力〉，《月旦法學雜誌》第11期



《民法》

一、「脫法行為」的意義、要件及效力為何，請舉例說明之，並請評析「脫法行為」的理論在民法第一條的規定中，應居於何種法源的地位。(二十五分)

命題意旨	本題係測驗同學對於「脫法行為」概念及其效力是否確實掌握。
答題關鍵	本題雖不困難，但仍屬冷門，尤其是題目問及「脫法行為」理論在民法第一條係居於何種法源地位時，更讓人感到冷風颼颼。回答此類題目，雖不易切中出題者所預想之答案，惟只需以通說見解平鋪直敘作答，縱使不容易得超高分，但亦可力保不失。
參考資料	1.王澤鑑，民法總則，第 305 頁以下對於「脫法行為」之說明。
高分閱讀	1.重點整理系列《民法總則》，邱律師 (L236)，P.7-26：脫法行為的意義與要件（相似度 30%） 2.張台大，民法講義（一）總則，關於「脫法行為」部分之說明。

【擬答】

(一)所謂「脫法行為」，係指不直接違反法律之規定，而以迂迴手段，規避法律之強行規定，企圖達成與該強行規定所禁止者相同效果之行為。羅馬法諺謂：「從事法律所禁止者，係違反法律；雖不違反法律之文字，但迂迴法律趣旨者，乃脫法行為。」乃明示其旨。易言之，脫法行為乃以形式上合法手段，達成實質上非法目的之行為，為貫徹強行規定之立法旨趣，學說與實務有主張脫法行為係屬無效，惟亦有學者主張應揚棄脫法行為之概念，而直接以該行為所違反之禁止規定認定其效力即可。

(二)關於脫法行為之效力，依學說見解，可分為兩類：

- 1.第一，脫法行為，如其迴避之強行法規，係禁止當事人企圖實現一定事實之效果者，因該脫法行為係間接達成不法目的，故對任何人皆為無效，此即學說所謂「目的脫法」。例如民法第二〇六條規定：「債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法，巧取利息。」若債權人以收取手續費或利息先扣等方法，巧取利益者，該行為即係迂迴規避法律強行規定之脫法行為，應屬無效。
- 2.第二，脫法行為，如其迴避之強行法規僅係禁止以特定手段發生一定效果者，因該法規並不禁止以他種手段達成與其同一之效果，故該行為仍屬有效，此即學說所謂「手段脫法」。例如民法第八九三條第二項規定：「約定於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權宜屬於質權人者，其約定為無效。」本條僅係禁止當事人約定「流質契約」以保護出質人而已，倘若當事人改以約定成立「動產讓與擔保」者，該行為並非無效。

(三)民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」依學者見解，前者為成文法；後二者為不成文法，三者均為成文法源。除此之外，尚有判例及學說等不成文法源。「脫法行為」理論，係源自羅馬法傳統，我國學者雖有批評其概念者，惟我國審判實務仍接受脫法行為之概念，並廣泛運用於通謀虛偽意思表示以及巧取利益等案件類型上。因我國法律並未明文規範脫法行為之要件及其法律效果，且亦無習慣法之適用，故「脫法行為」理論於民法第一條之規定中，除可居於「法理」之成文法源地位外，亦同時居於「學說」與「判例」之不成文法源地位，而為我國學說與實務廣泛運用。

二、甲攜其三歲之兒子乙，乘坐由丁駕駛之丙客運公司汽車前往台中，乙於汽車行駛中離開座位，在座椅中間走道玩耍，因丁緊急煞車致乙跌傷而需住院；甲於到達目的地台中下車時，誤拿了戊之蘋果（一盒內有十個），甲將其中六個蘋果贈送給友人己，另四個由自己食用。試分別說明下列問題：(二十五分)

(一)丙客運公司對乙之受傷應否負損害賠償責任？丙客運公司得否主張乙及甲均與有過失，而不負損害賠償責任？

(二)若丙客運公司應負損害賠償責任，乙得否就其因住院需人看護，請求丙客運公司賠償看護費？丙客運公司得否以乙住院係由其母親所看護，並未另僱請他人看護，因而拒絕賠償看護



費？

(三)關於甲之誤拿戊之蘋果，若甲並無可歸責事由，戊得對甲及己為如何之主張？甲及己得否以蘋果已不存在為由，拒絕返還？

命題意旨	本題主要測驗同學對於「與有過失」制度、「看護費」之賠償以及「善意占有人」之責任等概念是否掌握得宜。
答題關鍵	本題當事人數雖多，惟三個子題彼此互相獨立，同學可分別徐徐圖之，切忌打散作答。又各個子題所牽涉之爭點均頗有水準，答題時須將該爭點明顯點出，至於所持見解有異，並不足為奇。
參考資料	1.王澤鑑，間接受害人損害賠償請求權及與有過失之適用，民法學說與判例研究（一） 2.王澤鑑，為履行輔助人而負責，民法學說與判例研究（六） 3.詹森林，機車騎士與其搭載者間之與有過失承擔，民事法理與判決研究（一）
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，P.1-9~10：題目 7（相似度 10%） 2.民法試題精選基礎篇，李淑明（L501），P.5-31~34 僱傭人責任與執行職務（相似度 30%） 3.張台大，民法上課講義（二）債編總論。

【擬答】

(一)以下即分就乙對丙之請求權基礎，以及與有過失之問題論述之：

1.乙得否對丙請求損害賠償部分：

- (1)依題意所示，三歲之乙係隨其父親甲乘坐由丁駕駛之丙客運公司汽車，乙本身並未購票，與丙間似未訂立旅客運送契約。惟甲依其與丙間訂立之旅客運送契約，得以攜三歲之兒子乙同乘汽車，應認甲丙間之旅客運送契約，亦含有為乙之利益而訂定之性質，換言之，乙為甲與丙訂立旅客運送契約中之利益第三人，依民法（下同）第二六九條第一項規定，乙對丙亦有直接請求給付之權。
- (2)乙得丙請求依甲丙間旅客運送契約履行給付義務之權，已如前述。今乙於旅客運送途中受傷，依第六五四條第一項本文規定：「旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送之遲到應負責任。」故旅客乙得對旅客運送人丙依第六五四條第一項本文規定，請求損害賠償。
- (3)其次，乙之損害係因丙所僱用之司機丁，於汽車行進中緊急煞車所致，丁對乙之受傷似有過失。倘若丁確有過失，則丙依第二二四條規定，應與自己之故意或過失，負同一責任。從而乙亦得以其為利益第三人之法律地位，依第二二七條第二項及第二二四條規定，請求丙賠償其損害。
- (4)除上開契約上之請求權外，倘若丁緊急煞車係有過失，則乙亦得依第一八八條第一項規定，請求丁之僱用人丙連帶賠償乙之損害，自不待言。
- (5)綜上所述，乙得對丙依第六五四條第一項本文規定，請求損害賠償。倘若丁緊急煞車係有過失，則乙尚得依第二二七條第二項及第二二四條、以及第一八八條第一項規定，請求丙賠償其損害。

2.丙得否主張乙及甲均與有過失，而不負擔損害賠償責任部分：

- (1)首先，丙得否主張乙就其自己之損害係有過失為由，而主張依第二一七條第一項而過失相抵？涉及「無識別能力人」之與有過失問題：
 - A.就此，我國學說與實務雖有見解係採「否定說」，以「過失」之認定係以行為人具有「識別能力」為前提，故如本題中乙年僅三歲，應係無識別能力，而無過失可言，故丙不得主張乙係與有過失而減免其賠償責任。
 - B.惟本人以為應採「肯定說」為宜，蓋第二一七條第一項與有過失之概念，係「對己義務」之違反，並非嚴格意義下之過失概念，復以與有過失之制度目的應在於公平分配責任，無識別能力人原則上雖不必就其所加於他人之損害負責，然自公平之觀點而論，實難謂其無須承擔因自己行為對自己法益所造成之損害。從而本人以為，丙得依第二一七條第一項規定，主張乙係於汽車行駛中離開座位，在座椅中間走道玩耍，對其自身之損害係與有過失為由，減免賠償責任。
- (2)其次，丙得否以甲亦與有過失為由，主張減免其減免責任？涉及第二一七條第三項之解釋上須否排除法定代理人之問題：
 - A.最高法院第六十八年第三次民事庭庭推總會決議（三），係採否定見解，亦即於第二一七條第三項之解釋上，無須區分意定代理人、法定代理人或使用人而異其法律效果。



B.惟學者有主張第二一七條第三項之適用上，須以被害人與加害人間有「債之關係」存在為前提，倘若未成年子女與加害人間無債之關係時，未成年子女即無承擔其法定代理人與有過失之於餘地。故本題中，除非乙與丙間存有債之關係，否則丙不得主張乙須承擔甲之與有過失而減免賠償責任。

C.對此，因乙為甲丙間旅客運送契約之利益第三人，故乙丙間係有債之關係已如前述。故無論採肯定或否定說之見解，在本題中，因甲係乙之法定代理人，其於汽車行駛中任由乙離開座位，係有過失，故丙得主張依第二一七條第三項規定，乙須承擔甲之與有過失。

(3)綜上論述，丙得主張乙及甲均與有過失，而得減免其賠償責任。

(二)以下即分就乙得否請求丙賠償看護費，以及丙得否以乙住院係由其母親看護為由，拒絕賠償看護費論述之：

1.首先，第一九三條第一項規定：「不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。」其中所謂「增加生活上之需要」，係指被害以前並無此需要，因為受損害，始有支付費用之需要而言（最高法院八十八年台上字第一七七號判決參照）。從而乙之身體或健康受有損害，住院需人看護照顧，所需支出之看護費自屬增加生活上需要之費用，乙自得對丙請求賠償支出看護費之損害。

2.其次，親屬看護所付出之勞力，並非不能評價為金錢，只因兩者身分關係密切而免除支付義務，此種親屬基於身分關係之恩惠，自不能加惠於加害人。故由親屬看護時，雖無現實看護費之支出，但仍應衡量及比照僱用職業護士看護情形，認被害人受有相當於看護費之損害，使符合公平正義原則（最高法院八十八年台上字第一八二七號判決參照）。因此，乙住院雖係由其母親所看護，並未另僱請他人看護，但丙仍不得以乙為支付看護費為由，拒絕賠償看護費。

(三)甲因係「誤拿」戊之蘋果，故甲就其占有戊之蘋果，係屬「善意占有人」，以下乃分就甲自行食用之四個蘋果，以及贈送予己之六個蘋果說明之：

1.首先，甲係「不可歸責」而自行食用四個蘋果，第九五三條雖僅規定「可歸責」之善意占有人賠償責任，惟物權編修正草案規定不可歸責於善意占有人所致占有物之毀損滅失者，善意占有人僅以「現存利益」為限，負返還之責。今該四個蘋果既因不可歸責於善意占有人甲之事由而遭食用，自無現存利益，故甲自得該利益已不存在為由，拒絕對戊返還或賠償。

2.其次，就甲贈送予己之六個蘋果部分，甲係無權處分他人之物，而已係善意受讓該六個蘋果之所有權。通說主張因善意占有人無權處分占有物，致第三人善意取得其所有權之情形，亦屬第九五三條所稱之「占有物滅失或毀損」。從而甲不可歸責將六個蘋果贈送予己，亦無現存利益，故甲亦得拒絕對戊返還或賠償。

3.再者，己善意受讓甲贈送之六個蘋果，已如前述。惟就此「無償之無權處分」，學說有主張戊得類推適用第一八三條規定，請求無償善意受讓之己返還該六個蘋果，惟此仍須以該六個蘋果未因己食用等事由而毀損滅失為限，自不待言。

4.綜上論述，甲得以蘋果已不存在為由，拒絕返還該利益予戊；惟戊於該六個蘋果未毀損滅失前，得類推適用第一八三條規定，請求己返還該六個蘋果。

三、甲向丙借款九百萬元，為擔保該債務，由甲提供自有之A建地二百坪為丙設定抵押權；另甲將其對丁之債權五十萬元，設定質權於丙。然甲執有該五十萬元之借據，則疏未交付於丙。又甲之子乙（三十歲）向戊借款二百萬元，約定由甲提供自有之B建地八十坪設定抵押權於戊，以擔保乙之債務。丙、戊已將借款分別交付甲與乙運用。請附具理由回答下列問題：（二十五分）

(一)辦理B建地之抵押權登記時，代辦抵押權設定登記申請之代書，竟列甲為債務人，故土地登記簿所載是抵押人兼債務人為甲。甲乃主張對戊並無債務，認戊之抵押權不存在，而訴請戊塗銷抵押權登記，是否有理由？

(二)甲其後將A建地二百坪中之一百坪讓與庚，已辦畢所有權移轉登記（地號為C地）。庚於清償丙四百五十萬元後，主張C地抵押權擔保之債務已消滅，故請求丙塗銷C地之抵押權登記，或將C地之抵押權擔保債權額變更登記為四百五十萬元，此兩項請求是均均有理由？

(三)債權五十萬元之質權設定，是否有效？



命題意旨	本題主要測驗同學對於抵押權之從屬性及不可分性，乙及債權質權設定之要物性等概念是否熟悉。
答題關鍵	本題題目並不困難，惟仍須對於擔保物權之性質有充分瞭解的同學方能迎刃而解。此外物權考題常涉及最高法院見解，惟因研讀實務見解不易速成，可見平日養成閱讀實務見解習慣之重要性。
參考資料	1.謝在全，民法物權論中冊，第 380 頁以下。 2.謝在全，民法物權論下冊，第 316 頁以下。
高分閱讀	1.重點整理系列《民法物權編》，黃律師 (L232) P.6-15：(一) 小題 (相似度 30%) P.6-18~19：(二) 小題，抵押權之不可分性 (相似度 30%) P.7-19：(三) 小題：質權之設定、證書之交付性質 (相似度 30%) 2.實例演習系列《民法(物權、身份法)實例演習》<許律師、陳律師> (L701)，P.1-158~160：抵押權之不可分性 3.高點律師司法官歷屆試題詳解 (LA005)，72 年司法官第二題：抵押權之不可分性 (相似度 30%) 4.張台大，民法講義 (四) 物權編，抵押權章之說明。

【擬答】

(一)本子題所涉及之問題為抵押權設定登記之債務人係抵押物之所有人甲，惟實際之債務人為乙，則甲得否以其對抵押權人戊並無債務，主張戊之抵押權不存在而訴請戊塗銷抵押權登記？關於此問題，最高法院七十年第十次民事庭會議決議 (三)，有甲乙兩說：

- 1.甲說係主張抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權利。故本件抵押權既登記為甲本人債務之擔保，而不及其他，自應審究甲對戊是否負有債務，而為應否准許塗銷登記之判斷。
- 2.乙說係主張所謂「抵押權僅能依設定內容行使權利」，係指設定屬於物權之抵押權本身內容而言，所擔保之債權，其債務人究為本人，抑為第三人，在所不問。
- 3.本決議最終係採甲說，通說見解亦同。對此，管見以為，抵押權係一擔保物權，自不得違反擔保物權「成立上之從屬性」，抵押權人既僅得依登記內容行使權利，則其權利之內容，自應以登記之內容為據。本件抵押權登記之債務人為甲而非乙，則若甲對抵押權人戊確未負有任何債務時，其所設定之抵押權即違反成立上之從屬性而無效，甲訴請戊塗銷抵押權登記，為有理由。

(二)本子題所涉及之問題為抵押物經讓與其一部後，抵押權有無受影響之問題，茲分述如下：

- 1.民法第八六八條規定：「抵押物之不動產如經分割，或讓與其一部，或擔保一債權之數不動產而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。」本條係學說所稱抵押權之「不可分性」，換言之，抵押物經分割或讓與一部後，仍須以抵押物之各部，擔保債權之全部，抵押權人之權利，不應因抵押物之分割或讓與其一部而受影響。
- 2.本子題中庚受讓 A 建地二百坪中之一百坪土地 C，依前開規定，甲所有之一百坪土地，以及庚所有之一百坪土地 C，均須擔保丙對甲債權之全部。庚於清償丙四百五十萬元後，丙對甲仍有剩餘之四百五十萬債權尚未清償，而此筆債權，仍受前開抵押權之擔保，故庚於清償丙四百五十萬元後，主張 C 地抵押權擔保之債務已消滅，故請求丙塗銷 C 地之抵押權登記，為無理由。
- 3.庚雖不得請求丙塗銷 C 地之抵押權登記，惟 C 地所擔保之債權，已因其清償丙四百五十萬元，而僅剩下四百五十萬元，依抵押權「消滅上之從屬性」，庚此時請求丙將 C 地之抵押權擔保債權額變更登記為四百五十萬元，為有理由。

(三)民法第九〇四條規定：「以債權為標之物之質權，其設定應以書面為之。如債權有證書者，並應交付其證書於債權人。」本條除前段規定設定債權質權為「要式行為」外，後段規定「如債權有證書者，並應交付其證書於債權人。」是否代表若債權有證書時，設定債權質權係以「交付」證書為其「生效要件」？有正反兩說，茲分述如下：

- 1.肯定說主張，當債權有證書時，設定債權質權須以交付該證書為其要件，於設質時有證書而不交付，即不生質權設定之效力。
- 2.物權編修正草案係採否定說，其理由係以債權證書僅係債權存在之證明方法，且證書之有無，質權人常難以知悉，若有證書而出質人予以隱瞞時，質權人常屬被欺瞞之人，若竟因而使質權設定歸於無效，殊



非合理，故應以出質人負有交付證書之義務為宜。依草案見解，設質時有證書而不交付，該債權質權之設定仍屬有效成立，僅質權人得要求出質人交付證書而已。

- 3.本人以為，債權證書僅係債權存在之證明方法，且為保護質權人之權利，應認設質時雖未交付債權證書，質權之設定仍為有效，僅出質人負有交付證書之義務而已。故本子題中甲執有之該五十萬元借據雖未交付予丙，丙仍取得該債權之權利質權，債權五十萬元之質權設定，仍為有效。

四、甲男乙女於民國八十年結婚，未約定夫妻財產制，婚前甲有價值五百萬元之房屋一棟，乙則由其父母贈與價值一百萬元之股票為嫁妝。乙於八十一年生子丙，甲於同年將該房屋贈與乙。嗣甲另結識有夫之婦丁，與其同居生子戊，戊之生活費用均由甲供應。甲於九十二年死亡，遺有價值二千萬元之財產及四百萬元之債務，乙所有股票多年來獲配價值二百萬元之股息，別無其他財產。試問：(二十五分)

(一)乙得否請求分配剩餘財產？如何分配？

(二)乙、丙、戊對於甲之遺產（包括債務）有何權利義務？

命題意旨	1.九十一年修正後法定財產制，其財產之種類、內容及消滅清算關係。 2.遺產繼承人及非繼承人之權利義務內容。
答題關鍵	1.就第一小題，應分別就修正前及修正後之法定財產制說明二者之銜接、財產種類及內容之不同及消滅清算關係之剩餘財產分配請求權，亦須認定究為有償或無償取得之財產（例如夫妻間之贈與、股息等），並可述及修正後一身專屬性之規定，最末計算請求分配之數額。 2.第二小題應注意生存配偶有二先後順序可以請求；受婚生推定之子女不得為認領之對象，雖非繼承人，但符合法定條件下則得請求遺產酌給。
參考資料	1.學說：林秀雄，剩餘財產分配請求權之再造，月旦法學雜誌第 89 期；林秀雄，夫妻間之贈與，本土法學第 32 期；夫妻財產制修正相關問題探討研討會，本土法學第 38 期。 2.實務見解：最高法院 92 台上 568 號判決、93 台上 1162 號判決。 3.月旦法學教室，第 11 期：繼承之效力（林秀雄）；第 15 期：共同繼承（林秀雄）
高分閱讀	1.《身份法》，黃律師（L204），P1-75：夫妻間相互贈與之性質（相似度 30%）；P.1-68：婚前財產婚後之慈息（相似度 10%） 2.《民法(物權、身分法)實例演習》，許律師、陳律師（L701），P.2-83~84：夫妻間相互贈與之性質（相似度 20%） 3.《民法(親屬·繼承)》，許律師(L237)，P.4-30~31：生父對非婚生子女撫育之認定（相似度 20%） 4.高點律師司法官歷屆試題詳解(LA005)， 90 年律師第 4 題：生父對非婚生子女撫育之認定（相似度 20%）； 91 年律師第 4 題：婚前財產婚後之慈息（相似度 10%） 5.尤台大補充講義第一回頁 11-15、衝刺班第一回頁 13-14。

【擬答】

(一)乙得向甲之繼承人請求分配剩餘財產七百萬元

- 1.甲乙為夫妻，未約定夫妻財產制，依民法第一千零五條規定，則以法定財產制為其夫妻財產制。又其為民國（以下同）八十年結婚，故適用七十四年以後之法定財產制，即聯合財產制，且有民法第一千零三十條之一剩餘財產分配請求權之適用，合先敘明。
- 2.嗣後甲於九十二年死亡，此時涉及九十一年民法親屬編夫妻財產制修正後之新舊制銜接之疑義。修正後之法定財產制，不再稱聯合財產制，而稱法定財產制。其中關於民法第一千零三十條之一雖有修正，然僅財產種類名稱變更，剩餘財產分配請求權之本質並未改變。蓋修正後第一千零十七條將夫妻財產種類改以結婚時為區分基準，分為婚前財產及婚後財產。就此，民法親屬編施行法第六條之二亦補充規定，謂修正前適用聯合財產制之夫妻，其特有財產或結婚時之原有財產修正施行後視為婚前財產，婚姻關係存續中取得之原有財產修正施行後視為婚後財產。惟該條立法理由特別敘明，該條並非真正溯及既往之規定，乃係使現存之法律關係得以順利過渡至法律修正施行後。因此，甲乙婚姻既成立於七十四年後，且適用聯合財產制，又婚姻關係消滅於九十二年，依民法親屬編施行法第六條之二規定銜接至修正後之法定財產制，仍有



第一千零三十條之一適用（最高法院 92 年台上 568 號判決、93 年台上 1162 號判決參照）。

3. 甲乙婚姻關係，因甲死亡而消滅，此時固有剩餘財產分配請求權發生，惟應先計算夫妻此時之剩餘財產。分述如下：

- (1) 甲有婚前財產五百萬元之房屋，乙有嫁妝股票一百萬元，此均屬於結婚前之財產，不應納入剩餘財產之計算。而甲死亡時有二千萬元之財產，依題意未明示屬無償取得或慰撫金，此部分應納入婚後有償財產之範圍。因此甲現存之婚後有償取得財產為二千萬元，扣除婚姻關係存續中所負債務四百萬元，餘一千六百萬元。
- (2) 又甲將其婚前財產五百萬元之房屋贈與乙，此時涉及夫妻間之贈與是否為第一千零三十條之一規定之「無償取得之財產」爭議。學說上有認為基於目的解釋而認為應視為有償取得說，惟基於法律並未特別規定夫妻間之贈與不包含於該條所稱之「無償取得」，故依文義解釋，即認為屬無償取得說。基於第一千零三十條之一未明示夫妻間之贈與不屬於無償取得範圍，應以後說為當，以符合文義範圍。因此，甲贈與乙之五百萬元房屋屬無以無償取得之範圍，不納入剩餘財產之計算。
- (3) 另乙之嫁妝股票一百萬元，於婚姻關係存續中取得股息二百萬元，就此部分係屬於婚前財產於婚後所產生之孳息，依民法第一千零十七條第二項，視為婚後財產。然股息究為有償取得或無償取得，尚影響剩餘財產計算之結果。基於股息係股東因繳納股款而取得股票，並因股東權而享有股息之分配，因此應認為屬有償取得之部分。故乙婚後有償取得之財產為股息二百萬元。
- (4) 因此，甲現存之婚後有償取得財產為一千六百萬元，乙為二百萬元，雙方差額應平均分配，故乙得向甲請求七百萬元之剩餘財產分配。雖民法第一千零三十條之一第三項規定，第一項之請求權，不得讓與或繼承。惟此時係甲死亡，且其剩餘財產較多，因此乙基於配偶身分行使自己之權利，與該條規定核無不合。故得向甲之繼承人請求剩餘財產分配七百萬元。

(二) 1. 遺產繼承人：

- (1) 乙為甲之配偶，且以法定財產制為其夫妻財產制。故甲死亡時，甲乙婚姻關係消滅，通說認為此時生存配偶有二權利行使，首先為親屬法之剩餘財產分配請求權，其次為繼承法之遺產繼承權。因此乙除得先依民法第一千零三十條之一向甲之繼承人行使剩餘財產分配請求權，如上所述，主張七百萬元之外，並得依民法第一千一百三十八條、第一千一百四十四條規定主張享有繼承權。
- (2) 丙為乙於其與甲之婚姻關係存續中所生之子女，依民法第一千零六十一條規定，由婚姻關係受胎而生之子女為婚生子女，因此丙為甲之一親等直系血親卑親屬。依民法第一千一百三十八條、第一千一百三十九條及第一千一百四十四條規定為第一順序繼承人，享有繼承權。
- (3) 戊為甲與丁所生之子女，此時雖甲戊之間存在真實血統聯絡，惟丁係有夫之婦，依民法第一千零六十三條第一項規定，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。因此戊仍應受丁之夫之婚生推定，而非甲之婚生子女，亦不屬於非婚生子女。例外若丁之夫於知悉戊出生後一年後提起婚生否認之訴，始得推翻戊之婚生子女身分。惟依題意，丁之夫並未提起婚生否認之訴，故此推定效力仍應維持，戊為丁之夫之婚生子女。
基於戊為丁之夫之婚生子女，其亦無法因甲供應生活費而認為有撫育之事實，進而依民法第一千零六十五條第一項規定視為認領。蓋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為之。因戊推定為丁之夫之婚生子女，於此推定效力否認前，甲均無法認領，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。故戊雖與甲有真實血統聯絡，惟不具備法律上親子關係，因此非甲之繼承人，不得享有繼承權。但因其受甲生前繼續扶養，故得依民法第一千一百四十九條規定，向親屬會議請求遺產酌給。

2. 應繼遺產：

甲死亡時遺有二千萬元財產及四百萬元債務，又乙基於民法第一千零三十條之一夫妻財產制消滅而得請求剩餘財產分配七百萬元，因此甲之應繼遺產為二千萬元扣除四百萬元債務及乙得請求之七百萬元分配數額，共餘九百萬元。

3. 分配遺產：

甲死亡後，僅乙丙為繼承人，其應繼分應平均分配，故各為二分之一。依題意，其未選擇特殊繼承類型，因此為單純繼承。故依民法第一千一百四十八條，乙丙應承受甲財產上一切權利義務。因此，乙丙固得繼承甲之積極財產二千萬元，惟應先就甲所負四百萬元債務負清償責任。又乙雖為繼承人，惟亦得先基於生



存配偶身分向甲之另一繼承人丙請求分配甲之剩餘財產共七百萬元。另丙雖非繼承人，惟得請求遺產酌給，此為以遺產為限度之遺產債務，故乙丙亦應就親屬會議同意之數額，負給付之責任。最後，乙丙就剩餘之遺產，各得二分之一。



《民法》

- 一、何謂通謀虛偽意思表示？(5分)何謂債權詐害行為？(5分)設債務人甲為避免其債權人乙將來強制執行其唯一所有房屋壹間，遂要求知情之丙幫忙脫產，購買該房屋並辦妥所有權移轉登記，詎丙嗣後將該房屋轉賣並完成所有權移轉登記予知情甲、丙間買賣關係之丁。請問丁是否取得該房屋之所有權？(15分)

答題關鍵	答題上需先分就通謀虛偽意思表示與債權詐害行為作定義性之說明，此部分簡短為之即可，其後需就兩者之區別作概略性之介紹，並以之為基礎將題目所設之案例作精要之說明，本題並不困難，於答題上忌諱流連過久，需保留時間作答其他題目。
試題評析	本題並不複雜，主要在測驗考生是否確實瞭解通謀虛偽意思表示與債權詐害行為之區別，並將之運用於實際案例之中。
參考資料	1.王澤鑑《民法總則》，頁387。 2.最高法院50年台上字第547號判例。
高分閱讀	1.《92高點司法三等特考考場寶典》，P.1-1，第1題。 2.邱律師，《高點重點總整理系列--民法總則》P.10-6。 3.《高點專用講義(厚本)--民法總則》，P.176 177例題。

【擬答】

- (一)所謂通謀虛偽意思表示，依民法第八七條第一項規定，係指表意人與相對人通謀而為虛偽之意思表示者。通謀虛偽意思表示係表意人之表示行為與內心之真意不符，且其非真意之表示係與相對人通謀者而言。此際表意人既無欲為該表示行為，且相對人又係通謀而知情，民法第八七條第一項本文遂規定該通謀虛偽之意思表示無效。惟考慮交易安全之需要，同條項但書並規定不得以其無效，對抗善意第三人。
- (二)所謂債權詐害行為，依民法第二四四條規定，係指於債務人所為之無償行為，有害及債權人之債權時，債權人得聲請法院撤銷該行為；或債務人所為之有償行為，於行為時明知有損及債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。第二四四條詐害債權之撤銷權與第二四二條債權之代位權同屬保全債權之方法，惟兩者仍有不同，代位權係以債務人現有之權利為基礎，而得由債權人代位行使而已，反之，撤銷權之行使就債權人之意思與社會既成秩序而言，係積極加以變更，規範上需有較多之限制，第二四四條規定該撤銷權之行使不得單以意思表示為之，需由法院做成撤銷判決方發生撤銷之效力，學理上稱之為「撤銷訴權」。
- (三)「通謀虛偽意思表示」與「債權詐害行為」之區別，依最高法院50年台上字第547號判例：「『通謀虛偽意思表示』與『債權詐害行為』係截然不同的概念。前者其意思表示係自始當然無效，惟後者之法律行為本為有效，於經法院做成撤銷判決後，方溯及於行為之始無效。職是，若當事人間之意思表示係通謀為之，則本非有效之法律行為，債權人自無以該行為害及債權為由，聲請法院撤銷該行為之必要虛偽買賣乃雙方通謀而為虛偽意思表示，依民法第八十七條第一項規定，其買賣當然無效，與得撤銷之法律行為經撤銷始視為自始無效者有別，故虛偽買賣雖屬意圖避免強制執行，但非民法第二百四十四條所謂債權人得聲請法院撤銷之債務人行為。」
- (四)本題中債務人甲為避免其債權人乙將來強制執行其唯一所有房屋壹間，遂要求知情之丙幫忙脫產，購買該房屋並辦妥所有權移轉登記，首先需審究者為甲丙間之債權行為與物權行為效力如何？由題意觀之，甲係要求知情之丙「幫忙脫產」，當事人間似無買賣並移轉該房屋所有權之真意，應為通謀虛偽意思表示，依民法第八七條第一項本文規定，甲丙間之債權與物權行為均為無效，丙自始未取得房屋所有權。
- (五)丙嗣後將該房屋轉賣並完成所有權移轉登記予知情甲、丙間買賣關係之丁，此時因丙自始未取得該房屋之所有權已如前述，則丙係無權出賣他人房屋，丙丁間之買賣契約雖為有效，惟丙丁間之物權行為係無權處分行為，依民法第一一八條第一項規定，效力未定。此時丙雖有登記為所有權人之公示外觀，惟因丁係惡意知情，無法善意受讓該房屋所有權。綜上所述，丁無法取得該房屋之所有權。
- (六)本題中設若認為甲丙間非通謀虛偽意思表示，則丙自始取得房屋所有權，惟債權人乙可能得聲請法院撤銷甲丙間之法律行為，於法院未為撤銷判決前，丙出賣房屋與丁，為出賣自己所有之物，物權行為係有權處分行為，當然有效，此時縱使丁係惡意知情，亦無礙其取得房屋之所有權，併與說明。

- 二、甲建設公司於民國八十九年六月分別出售 A、B 兩間預售屋給乙、丙。

- (一)A 屋尚未屆約定交屋期前，已出現明顯瑕疵並有危害安全之虞，乙乃催告甲儘速修補，並表示於修補完成前，暫停繼續支付價金。甲拒絕修補，且請求乙支付其已暫停支付之價金。乙不但拒絕支付且對甲表示解除契約並請求返還已支付之全部價金。請問：甲、乙之請求，各有無理由？(10分)
- (二)B 屋交付且完成所有權移轉登記後，丙花費鉅資裝潢而作 K T V 營業用。交屋後一年半，該屋因當初與甲有承攬關係之營造廠商之施工不當而嚴重漏水，導致丙之裝潢毀損而損失一千萬元，且停業一個月而減少收入一百萬元。丙請求甲賠償前述合計一千一百萬元之損害時，甲依兩造之預售屋定型化買賣契約條款約定：「出賣人僅就交屋後一年內發生之瑕疵負修繕責任，逾期概不負責」，而拒絕賠償。法官應

如何判決？(15分)

答題關鍵	第一小題主要涉及買賣商品瑕疵之修補請求權、同時履行抗辯權與危險負擔移轉前得否逕行主張瑕疵擔保請求權等。第二小題主要涉及定型化契約條款之內容控制，買賣房屋瑕疵造成損害於契約責任與侵權責任上之規範基礎以及純粹經濟上損失之賠償問題。
試題評析	本題題目甚大，切記要長話短說，「擬答」係盡量將可能爭點完整說明，惟實際答題上僅需個別點到為止，否則勢必壓縮其他題目之答題時間，得不償失。因題目爭點甚多，故於答題時需先點出每一個題目所涉及的爭點，再專就爭點說明，可避免答題時開花連連，無法收拾。總而言之，在題目牽涉範圍很廣的時候，書讀得多的人未必答得好，能得高分者是在短時間內將主要爭點一一羅列，且時間分配得宜之人，由此可看出，考前多做試題練習的重要性。
參考資料	定型化契約條款部分 1.王澤鑑《債法原理》第一冊，頁99至112。 2.詹森林《消費者保護法與預售屋買賣定型化契約，民事法理與判決研究(三)》 物之瑕疵擔保與不完全給付部分 王澤鑑，〈物之瑕疵擔保責任、不完全給付與同時履行抗辯〉，《民法學說與判例研究》(六)。 商品製造人與純粹經濟上損失部分 王澤鑑，〈商品製造人責任與純粹經濟上損失〉，《民法學說與判例研究》(八)
高分閱讀	1.鄭律師《高點重點總整理系列--民法債編各論》，P.1-11 1-22。 2.魏律師《高點法學錦囊系列--民法債編各論》，P1-11 1-16。 3.《高點專用講義民法債各》(厚本)，P.10 20。 4.張台大《民法補充講義》二(債總)、《總複習講義》，有關定型化契約條款部分之說明。 5.張台大《民法補充講義》二(債總)、三(債各)，有關不完全給付、物之瑕疵擔保與其競合關係之說明。 6.張台大《民法補充講義》二(債總)、《總複習講義》有關純粹經濟上損失與商品製造人責任部分之說明。

【擬答】

本題甲係於民國89年6月出售A、B兩間預售屋給乙、丙，應適用89年5月5日施行之債編修正條文，合先敘明。

(一)本子題主要涉及爭點有三：第一、於買賣標的物危險負擔移轉前，若該物欠缺當事人約定之品質或效用時，買受人得否請求出賣人修補？第二、若得請求修補，則於出賣人未修補前，得否拒絕支付價金？第三、除拒絕支付價金外，買受人得否逕行主張買賣物之瑕疵擔保責任之權利，解除契約並請求返還已支付之價金？以下即就此分述之：

1.於買賣標的物危險負擔移轉前，若該物欠缺當事人約定之品質或效用時，買受人得否請求出賣人修補？

買賣標的物欠缺當事人約定之品質或效用時，亦即具有「瑕疵」時，買受人除依民法第三五九條以下主張解除契約、減少價金或損害賠償外，得否請求出賣人修補該瑕疵，涉及瑕疵擔保責任性質之爭議。學說上通說以出賣人多非物之製造人，不具備修補標的物瑕疵之能力，故買受人僅得主張瑕疵擔保責任之權利，不得要求出賣人修補瑕疵；惟近來學說多有主張，最少於出賣人係以出賣該類商品為業時，縱使出賣人非物之製造人，亦應課其修補義務，使其建立後續修補之管道，此種見解，較符合買賣當事人之真意，且藉由修補之方式補正該瑕疵，亦較接近當事人期待之利益狀態，關於此，最高法院亦主張出賣人有給付無瑕疵標的物之義務，就標的物之瑕疵，其負有修補之責任。本人以為，在本題中起碼該房屋仍為甲所興建，甲必定有修補之能力，故應課甲修補之義務，賦予買受人乙修補請求權。

因此，本題中A屋尚未屆約定交屋期前，已出現明顯瑕疵並有危害安全之虞，買受人乙得催告出賣人甲儘速修補。

2.若得請求修補，則於出賣人未修補前，得否拒絕支付價金？

買受人得請求出賣人修補該瑕疵已如前述，惟本題係在特定物買賣危險負擔移轉前即已發生瑕疵，買受人請求修補而出賣人拒絕之，買受人得否拒絕支付價金？涉及買受人得否以出賣人給付之標的物有瑕疵為由，主張民法第二六四條同時履行抗辯權，拒絕為價金之對待給付。關於此，最高法院八十九年台上字第一〇八五號判決：「民法第三百五十四條有關物之瑕疵擔保規定，原則上固於危險移轉後始有適用，但出賣人既有給付無瑕疵物之義務，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，則在特定物之買賣，依法律規範之目的，物之瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，應認為在危險移轉前買受人即得行使擔保請求權，並得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益。」本判決表示該瑕疵經買受人催告補正而出賣人仍未補正時，買受人得於危險負擔移轉前拒絕支付相當之價金，以免往後法律關係趨於複雜。

因此，本題中買受人乙已催告出賣人修補該瑕疵，而出賣人拒絕修補，買受人即得於危險負擔移轉前，拒絕支付價金，故甲請求乙支付其暫停支付之價金，為無理由。

3.除拒絕支付價金外，買受人得否逕行主張買賣物之瑕疵擔保責任之權利，解除契約並請求返還已支付之價金？

此點，涉及買受人瑕疵擔保請求權之行使，除於買賣標的物危險負擔移轉後之外，於危險負擔移轉前，得否行使？關於此，前引最高法院八十九年台上字第一〇八五號判決，除肯定買受人之同時履行抗辯權外，更肯定於該瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，買受人於危險負擔移轉前即得行使擔保請求權。

因此，買受人乙不但拒絕支付，且對甲表示解除契約並請求返還已支付之全部價金，其規範基礎在於民法第三五九條契約解除權，以及第二五九條第二款解約後之金錢返還請求權，乙之請求，為有理由。

(二)本子題中，買受人丙之損害，係於交屋後一年半方發生，且出賣人與買受人之預售屋定型化買賣契約條款約定：「出賣人僅就交屋後一年內發生之瑕疵負修繕責任，逾期概不負責。」故本題於討論買受人對出賣人之請求權規範基礎之前，

需先討論兩造之定型化契約條款效力，蓋若該條款係屬有效，則出賣人即可據此拒絕賠償。因此，以下即先討論該條款之效力，再討論買受人之請求權基礎，合先敘明。

1. 甲丙間之定型化契約條款，其目的在於限制出賣人之瑕疵擔保責任或債務不履行責任之責任期間。惟本題中買賣標的物為不動產，期待買受人於一年期間內發現不動產之瑕疵並主張損害賠償，對債務人無疑過於苛酷。故依消保法第十二條第一項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。」同條第二項第三款規定：「契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者，推定為顯失公平。」因此，本人以為，甲丙間約定之定型化契約條款，因不當限制出賣人之責任期間，違反誠信原則且對消費者顯失公平，應屬無效。
2. 丙現因甲出賣之B屋漏水，導致裝潢毀損而損失一千萬元，且停業一個月而減少收入一百萬元，其對甲請求賠償之規範基礎，可分為契約責任與侵權責任兩方面探討：

(1) 契約責任部分：

首先，丙是否得依民法第三六〇條規定，以甲所出賣之房屋有瑕疵為由，請求不履行之損害賠償？因本子題中丙之損害均屬「固有利益」之損害，故涉及第三六〇條之賠償範圍，究係僅限於「瑕疵損害」之履行利益賠償，抑或及於「瑕疵結果損害」之固有利益賠償？通說主張，於出賣人故意不告知瑕疵時，及於兩者，於缺少保證品質時，則視其保證範圍而定。惟第三六〇條並非典型之無過失責任，其仍須具備特定之主觀要件，本題中甲是否有故意不告知瑕疵或保證品質不得而知，故先認為丙不得依本條主張損害賠償。

其次，丙是否得依民法第二二七條第二項規定，以甲之給付為依債之本旨為之，請求損害賠償？第二二七條第二項係不完全給付中之「加害給付」類型，其賠償範圍即指超過履行利益以外之固有利益損害賠償。惟不完全給付仍為債務不履行責任之一種，適用上自需以債務人主觀上有可歸責事由為前提。本子題中，B屋漏水係因當初與甲有承攬關係之營造廠商之施工不當所導致，依民法第二二四條規定，甲需承受該廠商施工不當之過失，故甲為可歸責。

最後，丙之損害中，因不能營業導致收入短少之一百萬元部分，係屬「純粹經濟上之損失」，惟若丙係依第二二七條第二項加害給付之契約責任請求賠償，其賠償範圍包含純粹經濟上之損失，故就因漏水所導致之一千一百萬元損害，丙均得依民法第二二七條第二項規定，向甲請求損害賠償。

(2) 侵權責任部分：

就侵權責任部分，因甲就該房屋之漏水並無過失，故主要檢討者，為丙得否依消保法第七條第一項請求甲負商品製造人之無過失賠償責任。本題中該房屋具有安全性欠缺並無疑義，故主要涉及甲是否為商品製造人，以及純粹經濟上損失得否據此請求賠償之問題。

就第一點而言，甲雖非直接為該房屋之裝修工程，惟建商於外觀上表示其為房屋之製造人，縱使實際上係透過轉包方式由他人代工，該建商仍應負商品製造人責任，如此方能達到保護消費者之目的。

就第二點而言，丙就裝潢損害所受之一千萬元損害固得據此向甲請求賠償，惟就其喪失營業利益之一百萬元損害部分，係純粹經濟上損失，應排除於商品之侵權責任範疇，故丙依消保法第七條第一項，僅得請求甲賠償一千萬元之損害。

- 三、甲、乙共有三百坪土地一宗、鑽石一顆，應有部分均各為二分之一。甲因對丙借款，為擔保該債務之清償，甲、丙約定：「甲將上述鑽石之應有部分二分之一設定質權於丙，甲另將上述土地靠路邊之一百五十坪設定抵押權於丙。」請附理由說明此項設定質權之約定及設定抵押權之約定是否有效？丙如何始能取得職權？丙就設定抵押權之約定，有何權利可得主張？(25分)

答題關鍵	本題主要測驗考生之點有二：第一、共有動產之應有部分得否設定質權？設定質權時應如何「交付」？第二、共有不動產而將特定部分設定抵押權與第三人，為民法第八一九條第二項共有物之處分，而非同條第一項應有部分之處分，惟實務與通說均肯定若出賣人無法履行時，買受人得請求將該特定部分換算成應有部分並請求移轉之。
試題評析	本題需針對動產與不動產共有物，分別就設定質權與設定抵押權兩方面作答，故答題上宜概分為兩大部分，其中就動產質權部分，應分兩個層次，首先肯定應有部分亦得設定質權，此處可引用釋字一四一號解釋意旨，其次在就動產質權需以使質權人取得質物之「占有」為其生效要件，並說明此處之占有係指使質權人與他共有人共同取得該動產之占有。就不動產抵押權部分，宜先說明此處為共有物之處分而非應有部分之處分，故其效力未定，再提示通說與實務見解均認為於出賣人無法履行時，買受人得請求換算成應有部分移轉之。
參考資料	1.謝在全〈別共有內部關係之理論與實務〉，收錄於《民法研究一》頁109、126。 2.王澤鑑《民法物權第一冊(通則、所有權)》，頁334、345。
高分閱讀	1.黃律師《高點重點總整理系列--民法物權編》，P.2-69 2-85；P.7-7 7-14。 2.《高點法研所歷屆試題詳解》(台大)，P1-58題。 3.《高點專用講義(厚本)--民法物權》第一回，P115 131；第二回，P.182 194。 4.張台大《民法補充講義第四冊(物權)》，於「共有物之處分」所提示之爭點與所做之說明。

【擬答】

民法第八一九條第一項規定：「各共有人，得自由處分其應有部分。」本條項所謂之處分，係指債權與物權行為而言，且該物權行為，除移轉應有部分之所有權外，通說與實務(參見釋字第一四一號解釋)皆肯定各共有人亦得自由就其應有

部分設定負擔，此之所謂負擔，自然包含設定不動產抵押權與動產質權，合先敘明。

本題主要涉及鑽石應有部分二分之一設定質權與土地特定部分設定抵押權兩部分，以下分述之：

一、鑽石應有部分二分之一設定質權方面

- (一)民法第八八四條規定：「稱動產質權者，謂因擔保債權，占有由債務人獲第三人移交之動產，得就其賣得價金，受清償之權。」，另民法第八八五條第一項規定：「質權之設定，因移轉占有而生效力。」由此可知，質權之設定，需出質人使質權人取得質物之占有為其生效要件。
- (二)本題中甲、丙約定，甲將上述鑽石之應有部分二分之一設定質權於丙。就應有部分得否設定質權，應此肯定見解已如前述，惟本題中甲似未將該質物(即應有部分)「交付」於丙，此處涉及應有部分應如何「交付」？其與共有物之交付有何關係之問題。
- (三)就此，學說上通說主張應有部分設定動產質權應此肯定見解，惟需使質權人與其他共有人共同占有其物方發生取得質權之效力。故本題中甲丙單純就設定質權之約定並不發生效力，丙需取得與其他共有人(即乙)共同占有該鑽石之時，方取得該鑽石之動產質權。

二、土地特定部分設定抵押權分面

- (一)甲、丙約定，甲另將上述土地靠路邊之一百五十坪設定抵押權於丙。該設定抵押權之約定是否有效？首先需確定者為：甲係將其與乙共有土地之「特定部分」設定抵押權與丙，非共有土地之應有部分二分之一，故此非民法第八一九條第一項，而為同條第二項共有物處分需得全體同意之問題(參見最高法院四十年台上字第一四七九號判例)。
- (二)民法第八一九條第二項規定，「共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意。」本項所謂之處分，係指事實上處分行為以及狹義之處分行為而言，不包括負擔行為。本題中甲丙設定抵押權之行為，自屬狹義之處分行為，此外，又未達土地法第三四條之一第一項共有不動產處分行為得依多數決為之之標準(當然，土地法第三四條之一第一項多數決原則，是否適用於擔保物權之設定，係另一問題)，故甲設定抵押權與丙之行為，因未得他共有人乙之同意，為民法第一一八條第一項之無權處分，其效力未定，丙不能取得抵押權。
- (三)丙就設定抵押權之約定，有何權利可得主張？最高法院五十五年台上字第三二六七號判例：「共有人將共有物特定之一部讓與他人，固為共有物之處分，其讓與非得共有人全體之同意，對於其他共有人不生效力。然受讓人得對於締約之共有人，依據債權法則而請求使其就該一部取得單獨所有權，對於不履行之締約人除要求追償定金或損害賠償外，亦得請求使其取得按該一部計算之應有部分，與他共有人繼續共有之關係。」依此判例，於出賣共有物特定部分，出賣之共有人未能使他共有人同意而未得移轉該特定部分共有物之所有權與買受人時，買受人除得依買賣契約請求給付不能之損害賠償外，並得請求出賣人將該特定部分比例換算成應有部分並移轉之。通說對此判例，多認係本於誠信原則或當事人真意之解釋而來，表示贊同。就本題而言，甲若無法取得乙之同意，將該特定一百五十坪土地設定抵押權與丙，丙得依系爭判例之意旨，請求甲將該特定一百五十坪土地，換算成應有部分二分之一，依民法第八一九條第一項規定，移轉與己，惟若乙依土地法第三四條之一第四項主張優先承購權時，丙得對甲請求損害賠償，自不待言。

- 四、甲中年喪偶，有一獨生子乙。甲生前與丙訂立契約，約定將其價值三百萬元之古董贈與丙，但並未交付。甲又與丁訂立契約。約定：「甲死亡時丁尚生存者，丁無償取得甲遺留之價值三百萬元之藝術畫」。甲死亡後，乙將該古董及藝術畫分別交付於丙、丁。其後，乙發現甲雖留下五百萬元現金，但對戊負有四百萬元債務。試問：乙得否向丙或丁主張何種權利？(25分)

答題關鍵	本題命題意旨係在測試考生「生前贈與」及「死後贈與」之不同，究竟應否納入應繼遺產之計算範圍及是否為扣減權行使之標的，應注意二者之區別及學說上之不同見解。
試題評析	應掌握之基本重點有： 1. 「生前贈與」非應繼遺產之計算範圍，亦非扣減權之標的。 2. 「死後贈與」為應繼遺產之計算範圍，得為扣減權之標的。 除上述重點之外，宜將不同學說及實務見解歸納整理，條理分明道出當事人間不同之法律關係更佳。
高分閱讀	1. 許律師《高點學說精要系列--民法(親屬繼承)》，P.10-60 10-65；P.10-65 10-78。 2. 《高點法研所歷屆試題詳解》(政大)，P.1-120 1-122。 3. 《高點專用講義(厚本)--民法(親屬繼承)》，P.399 409。

【擬答】

(一)乙不得對丙主張任何權利

1. 本題甲中年喪偶，僅有一獨生子乙，嗣甲死亡後，乙為甲之唯一繼承人，合先敘明。
2. 甲生前曾與丙訂立契約，約定將其價值三百萬元之古董贈與丙，此係甲丙間之贈與契約，未交付標的物，而甲死亡，此時就該贈與之三百萬元古董，係甲生前所負之一般債務，屬於甲之「生前債務」。又關於遺產總金額之計算，我國繼承法規定(民法第一一五條)，繼承之遺產於支付完相關繼承費用後，例如遺產稅、遺產管理費等，如有剩餘，應先清償被繼承人之生前債務，清償後所剩之餘額使得為各繼承人之應繼遺產，再分配予各繼承人。而所謂應先清償之生前債務，包含：
 - (1)具有優先受償性質之擔保物權債務
 - (2)僅具一般債權性質之債務

本題甲與丙約定之贈與契約，係生前約定之一般債務，因此應由應繼遺產中將之扣除，故該三百萬元古董應不納入應繼遺產總金額之計算。且就該生前贈與之三百萬元古董，依院字第一五七八號解釋「生前贈與，並無特留分之規定，自不受此限制。」亦非扣減權行使之標的。因此乙將該古董交付與丙之後，即不得再對丙主張任何權利。

(二)乙得對丁行使民法第一二二五條之扣減權

1.又甲與丁訂立契約，約定甲死亡時丁尚生存者，由丁無償取得甲遺留之價值三百萬元之藝術畫。此稱為死因贈與。學說上就其性質有不同見解，有認為附條件之贈與說，即以受贈與人於贈與人死亡時仍生存為停止條件之贈與。亦有採附不確定期限之贈與說。學說上多數見解採附條件贈與說，且本題甲丁既以約定以甲死亡時丁尚生存為贈與之條件，故採附條件之贈與說並無不當。

惟死因贈與性質上屬「遺產債務」，我國就其效力雖無明文規定，惟既為死後處分，則學說多數認為應準用遺贈之規定。因此死因贈與之數額應加入應繼遺產總額計算，並於清償其他遺產債務例如遺產酌給請求權後始受分配。

2.因此甲死亡時有現金五百萬元及藝術畫三百萬元，對戊負有四百萬元債務。其應繼遺產總金額應為五百萬元加三百萬元扣除四百萬元，總共為四百萬元。

3.然甲丁間約定有一死因贈與契約，甲死亡時丁無償取得價值三百萬元之藝術畫，此為遺產債務，繼承人乙應先給付該畫予丁。而乙給付丁三百萬元之藝術畫後，所於之遺產僅剩一百萬元，惟依民法第一二二三條第一款規定，直系血親卑親屬之特留分為其應繼分二分之一，本題乙為甲之唯一繼承人，得就全部遺產單獨繼承，而其特留分二分之一即四百萬元之二分之一為二百萬元。因此乙之特留分受侵害一百萬元。此時特留分受侵害時得否行使扣減權，學說有不同見解。否定說認為死因贈與雖係於贈與人死亡時發生效力，然其究不失為生前行為而與一般贈與相同，一般贈與既無扣減之明文規定，自不得扣減。然依民法第一二二五條規定「應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產中扣減之。受遺贈人有數人時，應按其所受遺贈價額比例扣減。」此係所謂遺贈侵害特留分時之扣減權。依此規定，似認為扣減權之對象僅限於被繼承人之遺贈，惟民法第一一八七條規定「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。」而以遺囑自由處分遺產之情形並不限於遺贈，故通說認為特留分之扣減對象不以遺贈為限，凡屬死後處分行為均有其適用。

基於民法第一一八七條規定，扣減權行使對象僅限於以遺囑為之者，而死因贈與非以遺囑為之，故非扣減對象。然實質上死因贈與亦屬無償給與財產之行為，且於被繼承人死亡時發生效力。基於特留分之目的在於保障繼承人於繼承開始時之財產就其特定部分得受保留，因此宜將其解釋為扣減之對象，以符合民法第一二二五條之立法意旨。故應類推適用民法第一一八七條規定，肯定死因贈與為扣減權行使之對象。乙交付三百萬元藝術畫予丁侵害其特留分，乙得行使民法第一二二五條之扣減權，就其特留分受侵害之部分，即一百萬元，請求扣減之。惟此扣減權係乙之權利而非義務，若乙不行使或拋棄亦無妨。

《民法》

一、中古車商甲，展售車輛 A，該車頂上僅標有「售」字樣。乙對該車甚感興趣，在買賣交易過程中，乙未曾就該車是否為事故車之點加以詢問，甲亦未對此點為任何表示。在乙購得該車一星期後，方偶然得知 A 車曾經發生過嚴重車禍。(二十五分)

試問：(一)若甲對該事故知情，乙得否主張撤銷？

(二)除(一)情形外，乙還可主張何種權利？

(三)若該買賣交易過程，全係由甲之雇員丙來進行，則乙得否主張撤銷？

命題意旨	重大動機錯誤、詐欺與物之瑕疵擔保責任、侵權行為間之競合關係。
答題關鍵	本題事實並不複雜，但均涉及意思表示瑕疵理論之核心，答題者需對意思表示瑕疵理論融會貫通，始能完整作答。此外，本題因事實敘述稍嫌簡略，影響答題時對事實之認定，進而於價值判斷上恐有不同，惟只要前後理論一貫，邏輯正確，縱結果不同，亦無不可。
參考文獻	1.王澤鑑，民法總則，2001 年 2 月出版，頁 403~424。 2.黃立，民法債編總論，頁 438~446，元照出版。 3.邱聰智，新訂債法各論上冊，頁 109~132，元照出版。 4.謝銘洋等人合著，民法債編各論上冊，頁 52~140，元照出版。
參考資料	1.邱律師，民法總則，頁 3-88、3-93~3-95、10-18~10-19，高點出版。 2.魏律師，民法債編總論，頁 4-43~4-51，高點出版。 3.魏律師，民法債編各論，頁 1-11~1-16，高點出版。 4.高點民法總則上課講義，頁 180~194。

【擬答】

乙向中古車商甲購買中古車 A，雙方係就該特定物締結買賣契約，並已依讓與合意交付完畢，惟因 A 車為事故車，滋生爭議，以下試就三個子題分述之：

(一)於交易過程中，乙未詢問 A 車是否為事故車，甲亦未說明，若甲當時實係知情，乙得主張撤銷權之規範基礎如下：

- 1.乙可能得依民法第八八條第二項規定，以重大動機錯誤為由，撤銷其買賣契約之意思表示。本題中甲乙就該特定物之買賣並無同一性之錯誤，僅就 A 車是否為事故車之事由認知不同，故乙之錯誤乃動機錯誤，原則上不得撤銷，惟民法第八八條第二項規定，若該動機之錯誤於交易上若為重要者，視為意思表示內容之錯誤。中古車之買賣中，該車是否曾經發生事故，為量定中古車價值之重大因素，在交易上應認為重要，至於表意人乙就該錯誤是否有過失？應認乙雖未詢問該車是否曾經發生事故，但因實務上就表意人有無過失採「具體輕過失」之標準，故乙得主張其錯誤非因自己之過失所致，得撤銷與甲締結之買賣契約。
- 2.乙可能得依民法第九二條第一項規定，以受詐欺為由，撤銷其買賣契約之意思表示。本題中出賣人甲僅對該事故知情，並未積極表示 A 車未發生事故，對於此種消極的隱藏事實(不作為)，學說與實務(最高法院三三年上字第八八四號判例參照)均主張，除在法律上、契約上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務者外，消極的沈默並不構成詐欺。故本題中，中古車商甲是否有告知顧客該中古車是否為事故車之義務，應依交易習慣而定，本人以為應採「肯定說」，蓋出賣人告知義務之範圍涉及交易風險分配之問題，評價上應課出賣人負擔此說明義務較符合誠實信用原則。故乙得依民法第九二條第一項規定，以受詐欺為由撤銷其意思表示。

(二)除於(一)中討論之撤銷權事由外，乙尚可主張下述權利：

- 1.乙可能得依民法第三五九條之規定，以出賣人所出賣之買賣標的物不具備通常效用而有物之瑕疵為由，主張解除契約或請求減少價金。關於物之瑕疵擔保責任與物之性質錯誤的法律適用關係，究為排除或並存競合之關係，學說上容有爭議，本人以為應採「競合說」較為合理，因物之瑕疵擔保責任旨在維持買賣契約對待給付間之等價性，與錯誤意思表示之撤銷係在確認表意人內心意思與外部表示之一致性，兩者規範目的不同，因此得併行主張之。故本題中，乙尚可以買賣標的物具有物之瑕疵為由，依民法第三五九條之規定，解除買賣契約或請求減少價金。
- 2.乙可能得依民法第一八四條第一項前段之規定，以意思自由受侵害為由，請求甲廢止該買賣契約。本題牽涉者為受詐欺而為意思表示時，表意人得否以意思表示自由受侵害為由，主張侵權行為之損害賠償請求權，依最高法院六十七年第十三次民庭庭推總會決議，詐欺與依侵權行為所生之權利，當事人得併主張之。故因甲負有誠實告知該車是否為事故車之義務已如前述，甲消極不作為之行為亦應該當於民法第一八四條第一項前段之要件，乙得據此請求甲損害賠償，賠償方法依民法第二依一三條第一項規定，應回復原狀，即廢止該買賣契約並返還價金。

(三)若該買賣交易過程，全係由甲之雇員丙來進行，則乙得否主張撤銷？此牽涉到民法第九二條第一項但書規定：「但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。」該項但書規定，於第三人詐欺之類型，需相對人明知或可得該情事，表意人方得撤銷其受詐欺之意思表示，蓋善意無過失之相對人既未參與詐欺之行為，不應使其蒙受不利。惟本題中丙乃出賣人甲之雇員，乃甲使用於締約行為之代理人或使用人，為合理分配當事人承擔之危險，民



法第九二條第一項但書之第三人應作限縮解釋，不包括相對人使用於締約行為之代理人或輔助人。故即便該買賣交易過程全係由甲之雇員丙來進行，乙之撤銷權亦不受影響。

二、甲旅行社籌辦大雪山賞雪團，膳宿交通均由甲旅行社負責提供；A聞悉後欣然參加為團員，並依約交付旅遊費用於甲。所有交通行程，甲則委託乙遊覽公司運送旅客。某日，賞雪完畢下山，乙公司遊覽車於行駛途中，煞車突然失靈(煞車何以失靈，經查原因不明)，遊覽車翻覆於路旁田野(遊覽車司機於維護車輛及採取應變措施，均無過失)，A顏面因而受傷，雙腳亦為之骨折，經送醫住院治療數月，始告痊癒。請就上例，依民法規定解答下列問題：(二十五分)

(一) A訴請甲、乙連帶賠償其所受損害，有無理由？

(二) A得請求賠償之項目及數額各為如何？

(三) 該車禍之發生對系爭旅遊契約之效力有何影響？

命題意旨	旅客運送人之事變責任、契約對第三人保護之效力。
答題關鍵	民法第六五四條規定旅客運送人之無過失事變責任，乃債各契約中少數無過失責任之規定，其重要性於律師司法官之總複習班和提示班中，已屢屢強調，本題亦屬之。惟本題尚須透過契約對第三人保護效力之規定，方能使受害人主張該項權利，是其難處。本題中若同學於認定契約當事人中有不同看法的話，或許會影響答題之理由構成，惟只要言之成理亦可。

【擬答】

A參加由甲旅行社籌辦之賞雪團，膳宿交通均由甲旅行社提供，A只需交付旅遊團費與甲即可，雙方依民法第五一四條之一規定，締結旅遊契約，此外，甲委託乙遊覽公司運送旅客，乙遊覽公司與甲旅行社間應成立民法第六五四條旅客運送契約，合先敘明。

(一)A訴請甲、乙連帶賠償所受之損害，茲分就A對甲、乙於「民法」上之請求權討論之：

1.A對乙之請求部分

(1)A對乙有無契約法上之請求權，為本題之關鍵。依題目所述，乙遊覽公司與甲旅行社間應成立民法第六五四條旅客運送契約，旅客A與乙間雖無直接契約關係，惟因民法第六五四條第一項規定，旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害負無過失之「事變責任」，盱衡該條之立法意旨，目的在於使旅客得就運送途中所受之傷害，課旅遊營業人較高之注意義務，以分散傷害之風險，因此，本題中即便旅客A與乙遊覽公司兼併無直接運送契約關係，亦應使A得主張本於「契約對第三人保護之效力」，使A得對乙主張民法第六五四條第一項旅客運送人之無過失事變責任，方為合理。

(2)就侵權行為法上之請求而言，A可能得依民法第一八四條第一項前段之規定，請求乙負過失侵權責任。惟依題意，遊覽車司機於維護車輛及採取應變措施方面均無過失，乙自不負過失侵權之責任。

2.A對甲之請求部分

(1)A與甲間成立旅遊契約，A可能得對甲主張民法第五一四條之七第二項旅遊營業人之損害賠償責任，惟該項賠償責任以旅遊營業人主觀上可歸責為要件，本題中，乙係甲之履行輔助人，乙及其司機就損害之發生並無過失，依民法第二二四條規定，甲亦無過失，故A不得依民法第五一四條之七第二項規定，請求甲賠償其損害。

(2)A亦可能得依民法第二二七條第二項加害給付之規定，請求甲就其瑕疵結果損害負賠償責任，惟不完全給付責任之成立亦以債務人主觀上可歸責為要件，本題中債務人甲並無過失已如前述，故甲亦不負不完全給付之賠償責任。

3.結：A只得依民法第六五四條第一項規定，請求乙遊覽公司賠償其損害，甲旅行社則不需負擔任何責任，故甲乙間自無連帶責任之成立。

(二)A得請求乙賠償其損害已如前述，賠償之項目和數額，茲討論如下：

1.A顏面因車禍而受傷，雙腳亦為之骨折，經送醫住院治療數月，始告痊癒，就其財產上之損害得依民法第二一三條規定，請求乙回復原狀，其數額應計算其醫藥費之支出、喪失或減少勞動能力、增加生活上之費用等等計算之。

2.A之健康權受侵害，亦屬人格權保護之範疇，就人格權之侵害，得否依債務不履行之規定請求慰撫金，實務向來採否定之見解。惟於民法第二二七條之一增定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第一九二條至第一九五條及第依九七條之規定，負損害賠償責任。」是故，A得就其人格權受侵害，依民法第二二七條之一準用第一九五條之規定，請求乙遊覽公司支付若干慰撫金，其數額由法院酌定之。

(三)該車禍之發生，使得旅遊契約已無法依雙方之約定繼續進行，依民法第五一四條之七第一項後段規定：「其有難於達預期目的之情形者，並得終止契約。」因此，旅客A得以該旅遊契約因不具備通常之價值與約定之品質，已難以達契約預期之目的為由，終止該旅遊契約。

三、甲、乙共有二層樓房一棟，應有部分各二分之一，雙方約定一樓部分由甲管理使用，二樓部分由乙管理使用，未定分管期限。嗣甲將一樓部分出租予丙開設商店，乙見甲可獲得高額租金，求改定分管範圍，為甲所拒。請附具理由說明下列問題：(二十五分)

(一)乙得否隨時終止分管契約？



- (二) 於分管契約存續中，乙提起分割共有物之訴，請求將一樓部分分歸其取得，法院應為如何之判決？
- (三) 甲、乙如合意終止分管契約，乙得否主張丙為無權占有，請求其返還房屋及依不當得利之法律關係，請求其返還占有使用房屋之利益於己？

命題意旨	分別共有之內部關係中，有關共有物分管之問題
答題關鍵	分別共有之相關問題，一向為國家考試出題之核心，此於律師司法官之總複習班及提示班中，已再三敘及，如去(90)年司法官考試第三題涉及分別共有內部關係中之處分之問題；今(91)年甫結束之律師考試第三題涉及共有物分割後，其有無溯及效力之問題；本題乃涉及分別共有內部關係中分管契約之問題，本題需熟稔實務見解，並熟讀王澤鑑與謝在全老師有關分別共有相關問題之論述，始得切中要領。
參考文獻	1.謝在全，分別共有內部關係之理論與實務，民法研究會第二次研討會報告論文，載於民法研究(一)，頁149~158。 2.王澤鑑，民法物權第一冊(通則、所有權)，2001年4月版，頁355~357。

【擬答】

甲乙分別共有二層樓房一棟，約定甲管理一樓部分，乙管理二樓部分，此乃共有人以訂立「分管契約」之方式約定共有物之管理方法，按所謂分管契約者，係共有人間約定各自分別就共有物之特定部分而為使用、收益等管理行為之契約而言，性質上應屬債權契約，合先敘明。

- (一) 分管契約於何時失其效力，應視當事人之約定而定，若分管契約訂有期限，則於期限屆滿時失其效力屆滿前，仍得經共有人全體協議終止分管契約；反之，若該分管契約未定期限，因終止分管契約乃共有物管理方法之變更，需經共有人全體之同意始得為之，故難認各共有人得隨時終止分管契約，此時無類推適用民法第四五條第二項規定之餘地(最高法院八十九年台上字第五八五號民事判決參照)。因此，乙不得隨時終止分管契約，僅得以請求分割共有物以消滅共有關係之方式，使分管契約失其效力。
- (二) 分管契約存續中，共有人得否提起分割共有物之訴？應採肯定說。蓋分管契約，係共有人就共有物之使用、收益或管理方法所訂定之契約，而共有人請求分割共有物，應解為有終止分管契約之意思(最高法院八十五年台上字第五三號民事判決參照)。共有人間雖訂立分管契約，此不過是約定使用收益管理之方法而已，其共有關係仍係存續，從而共有物雖經分管，於未分割前，自不應影響共有人對共有物原有之分割請求權，因此乙於分管契約存續中，得提起分割共有物之訴。乙於分割協議不成請求裁判分割共有物時，法院自不受共有人主張之分割方法拘束，法院得自由裁量適當之分割方法而為判決，蓋分管契約與協議分割契約不同，前者以共有關係繼續存在為前提，後者以消滅共有關係為目的，故裁判上分割共有土地時，並非必須完全依分管契約以為分割，而應斟酌土地之經濟上價值，並求各共有人分得土地之價值相當，利於使用(最高法院八十五年台上字第五三號民事判決參照)。故本題中乙請求法院將一樓部分分歸其取得，法院自不受乙主張之拘束，而需斟酌各共有人之利害關係、使用情形、共有物之性質及價值，符合公平經濟原則，其分割方法始得謂為適當(最高法院八十八年台上字第一七六八號民事判決參照)。
- (三) 分管人就其分管部分有依分管契約使用收益之權利，此項權利自然包括「出租」在內，因此分管部分之出租，無庸得其共有人之同意，乃當然之理。此時他共有人亦應受此租賃契約之拘束，惟因共有人出租之管理權原係來自於分管契約，故承租人亦唯有於分管契約所允許之範圍內，始得對抗他共有人。是故，若甲乙已合意終止該分管契約，則承租人丙對他共有人乙主張有權占有承租部分之權原已告消滅，乙自得主張丙係無權占有，依民法第八二一條及第七六七條前段之規定，請求丙返還房屋。至於乙得否依民法不當得利之規定，請求丙返還自請求時起占有使用房屋之利益，涉及到民法第八二一條所謂「本於所有權之請求」是否包含債權請求權？就此點，學說與實務均採否定見解，故債權請求權如損害賠償請求權、不當得利請求權等，各共有人僅得按其應有部分請求之。因此，本題中乙所得請求之數額，僅限於終止分管契約時起，按其應有部分二分之一所得請求相當於租金之不當得利，至於終止分管契約前，丙係有權使用該房屋，自無不當得利規定之適用，自不待言。

四、甲女雖未婚，但已生下一子A與一女B。甲女與乙男結婚後，乙男依法收A為養子。C為乙男之堂兄所生之女兒，而D為乙男之表弟。A男與C女、B女與D男各讀同一大學，由相識而戀愛。大學一畢業，A男即與C女、D男即與B女，依民法第九百八十二條第一項之規定分別結婚。婚後一年，A男為答謝其恩師之教導，以遺贈給恩師之子E六十萬元。六個月後，E男與乙男發生嚴重衝突，致E男殺害乙男未遂而被法院判徒刑三年確定，有一日，A男與D男結伴赴國外考察，中途飛機失事，同遭罹難。D男死亡時，B女已有身孕二個月大之F。(二十五分)

試問：(一) A男死亡而留下財產二百四十萬元時，應由何人繼承？其應繼分各為多少？

(二) D男死亡而留下財產一百二十萬元時，應由何人繼承？其應繼分各為多少？

命題意旨	此題為傳統的親屬編及繼承編結合的考題，目的在測驗考生對於法條的熟悉度。
答題關鍵	1.處理繼承編的步驟。 2.民法第一千零六十五條第二項。 3.民法第九百八十三條。 4.民法第九百六十九條。



	5.民法第一千一百八十八條。 6.民法第一千一百六十六條。
參考資料	1.許律師，民法親屬繼承，頁 3-21~3-27、8-5~8-19、9-25、9-27、10-70~10-74，高點出版。 2.高點曹政大上課講義第一回，頁 3、16；第二回，頁 4、26、28、56。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典第十五題，頁 1-14，命中！

【擬答】

(一)A 男的部分

1.A 男的繼承人為何人？

- (1)甲女：甲女未婚生下 A 男，A 男應為甲女的非婚生子女，然而因為「卵與子宮一體」的理由，依民法第一千零六十五條第二項規定，「非婚生子女與其生母之關係視為婚生子女，無須認領。」換言之，A 男為甲女的準婚生子女，甲女為 A 男的母親。另外，A 男並無任何直系血親卑親屬，所以依民法第一千一百三十八條第二款的規定，甲女為 A 男的繼承人。
- (2)乙男：甲女和乙男結婚後，依民法第九百六十九條規定，乙男和 A 男屬血親之配偶，故為姻親。又依民法第九百七十條第一款的規定，其親系及親等，從其配偶之親系及親等，換言之，乙男和 A 男為一親等直系姻親。然而，後來乙男依法收養 A 男，依民法第一千零七十四條但書規定，夫妻之一方，收養他方之子女者，無須與配偶共同為之，所以乙男可單獨收養 A 男。又依民法第一千零七十七條的規定，「養子女與養父母之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。」此即完全收養制。因此，乙男為 A 男之父親，而 A 男並無任何直系血親卑親屬，所以依民法第一千一百三十八條第二款的規定，乙男為 A 男的繼承人。
- (3)B 女：B 女依民法第一千零六十五條第二項的規定，亦為甲女之準婚生子女，換言之，其與 A 男為兄妹，但是，依民法第一千一百三十八條第三款規定，兄弟姊妹僅為第三順位繼承人，其次序後於父母。綜上所述，B 女非 A 男之繼承人。
- (4)C 女：C 女與 A 男依民法第九百八十二條第一項規定結婚，已符合結婚的形式要件。然而須進一步討論的是，依民法第九百六十七條第二項及民法第九百六十八條的規定，C 女與 A 男為六親等旁系血親，其婚姻是否有違反民法第九百八十三條第一項第二款近親結婚的禁止規定。雖然 C 女與 A 男是六親等以內的旁系血親，但是其為因收養而成立之六親等旁系血親，且輩分相同，所以依民法第九百八十三條第一項第二款但書的規定，其婚姻並不違反近親結婚的禁止規定。綜上所述，C 女為 A 男的配偶，依民法第一千一百三十八條及民法第一千一百四十四條的規定，其為繼承人。
- (5)D 男：D 男與 A 男的關係不符合民法第一千一百三十八條的規定，所以 D 男非繼承人。
- (6)E 男：其並非 A 男的血親或配偶，不符合民法第一千一百三十八條的規定，所以非繼承人。另外，A 男有遺贈其六十萬元，但是依民法第一千一百八十八條的規定，民法第一千一百四十五條的規定，於受遺贈人準用之。而 E 男曾故意致乙男該應繼承人雖未致死而受刑之宣告，準用民法第一千一百四十五條第一項第一款的規定，E 男已喪失受遺贈權。
- (7)F：F 與 A 男的關係不符合民法第一千一百三十八條的規定，所以 F 非繼承人。
- 綜上所述，A 男的繼承人有甲女、乙男及 C 女。

2.應繼分為多少？

依民法第一千一百四十四條第二款規定，配偶與第一千一百三十八條所定第二順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產二分之一。又依民法第一千一百四十一條主文的規定，同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承。綜上所述，甲女的應繼分為四分之一，乙男的應繼分亦為四分之一，而 C 女的應繼分為二分之一。

3.遺產是多少？A 男的遺產為二百四十萬元。

4.各繼承人實得的遺產？甲女實得六十萬元，乙男實得六十萬元，而 C 女實得一百二十萬元。

(二)D 男的部分

1.繼承人是誰？

- (1)女：甲女和 D 男的關係不符合民法第一千一百三十八條的規定，其非繼承人。
- (2)乙男：乙男和 D 男的關係不符合民法第一千一百三十八條的規定，其非繼承人。
- (3)A 男：A 男和 D 男的關係不符合民法第一千一百三十八條的規定，其非繼承人。
- (4)B 女：B 女與 D 男依民法第九百八十二條第一項規定結婚，已符合結婚的形式要件。然而須進一步討論的是，其婚姻是否有違反民法第九百八十三條近親結婚的禁止規定。B 女與 D 男屬血親之配偶之血親，依民法第九百六十九條的規定，無任何親屬關係，所以並不違反民法第九百八十三條近親結婚的禁止規定。B 女為 D 男之配偶，依民法第一千一百三十八條及民法第一千一百四十四條的規定，其為繼承人。
- (5)C 女：其和 D 男的關係不符合民法第一千一百三十八條的規定，非繼承人。
- (6)E 男：其與 D 男無任何關係，非繼承人。
- (7)F：其為 D 男的直系血親卑親屬，依民法第一千一百三十八條第一款的規定，為繼承人。F 雖然為胎兒，但是由民法第一千一百六十六條的規定「胎兒為繼承人時，非保留其應繼分，他繼承人不得分割遺產。胎兒關於遺產之分割，以其母為代理人。」可知，胎兒亦得為繼承人。



綜上所述，D 男的繼承人有 B 女及 F。

2.應繼分為多少？

依民法第一千一百四十四條第一款的規定，配偶與第一千一百三十八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。所以 B 女的應繼分為二分之一，F 的應繼分亦為二分之一。

3.D 男的遺產？D 男的遺產為一百二十萬。

4.各繼承人實得的遺產？B 女實得六十萬元，F 實得亦為六十萬元。



司法官、行政執行官

《民法》

一、消滅時效與除斥期間有何區別？若時效完成後當事人未以之抗辯，試問法院得否援用？請分別說明之。（二十分）

命題意旨	測驗考生對「消滅時效」、「除斥期間」的基本認識。
答題關鍵	消滅時效與除斥期間宜先作定義說明(簡略說明即可)，兩者區別能答其中四點或五點即可獲得高分。
擬答鑑示	1.參考：90年7月份郝台大老師民法講義，第一冊，頁142、144，高點出版。 2.參考：邱律師，民法總則，頁1-73~1-86、1-108、1-109，高點出版。 3.參考：法學概念判解精選—民事法篇上(民總)，頁98、107，高點出版。

【擬答】

- (一)消滅時效與除斥期間之區別：我國民法上所謂消滅時效，係指由於權利人不行使請求權所形成之權利狀態，繼續達一定之期間，而發生義務人得行使抗辯權，拒絕履行義務(例如債務人拒絕給付)，致權利人之請求權減損(請求權雖仍存在，但請求力減損)之制度。而除斥期間，係指法律對於某種權利所預定的行使期間，又稱為預定期間。除斥期間係因法律行為有瑕疵或有其他不正常情形，以致影響法律行為之效力，當事人得為撤銷或為其他補救行為之期間。除斥期間為自始固定不變，期間一旦經過，權利即行消滅，以企求法律關係早日確定。有關消滅時效與除斥期間之區別如下：
- 1.意義不同：
 - (1)消滅時效：指請求權不行之事實狀態，繼續經過一定期間，其請求權之行使將產生障礙之制度。
 - (2)除斥期間：指某項權利所預定存續之期間，權利人若不於此期間內行使權利，則其權利消滅。
 - 2.客體不同：
 - (1)消滅時效之客體，以請求權為限，時效雖然完成，但其權利本身並不消滅，其他擔保性之物權亦不消滅。只是請求權之行使發生障礙而已。
 - (2)除斥期間以形成權(如承認權、選擇權、撤銷權、抵銷權、解除權、拋棄繼承權)或其他之訴權(如上訴、抗告、再審)，經過法定期間後，其權利本身即消滅不存在，權利人不得再行主張。
 - 3.利益得否拋棄不同：
 - (1)消滅時效之利益雖不得事先拋棄，但得於時效完成後拋棄(民一四七)。
 - (2)除斥期間經過後，權利本身即消滅，所以除斥期間利益不得拋棄。
 - 4.法院得否依職權為當事人主張不同：
 - (1)時效完成後，請求權並非當然消滅，只是義務人得行使抗辯權拒絕給付而已。法院不得依職權為當事人主張。
 - (2)除斥期間屆滿後，其權利當然消滅，法院不待當事人主張，得依職權裁判之。
 - 5.期間起算不同：
 - (1)消滅時效之期間，自請求權可以行使日起算，並得因一定事由之發生致時效中斷或未完成。
 - (2)除斥期間，自權利成立之日起算，不得因任何事由而延長中斷其期間。
 - 6.期間長短不同：
 - (1)消滅時效以請求權為客體，乃在貫徹原有法律秩序之安定，其期間較長。
 - (2)除斥期間以形成權或訴權為客體，足以變更既成之法律秩序，為求社會之安定，不宜長期存在，所以期間較短。
- (二)請求權之消滅時效完成後，民法第一百四十四條第一項僅認債務人有拒絕給付之抗辯權，非使請求權當然消滅。若債務人未以消滅時效之完成為拒絕給付之抗辯，法院自不得據此即認請求權已消滅(參司法院民國三十一年十一月五日元字第二四二四號解釋)。

- 二、甲公司經營三溫暖兼供客人住宿之業務。為招攬客戶上門，甲提供代客停車服務，且就此不特別收取費用。客戶自願給付小費予實際代為停車之甲公司員工者，則完全由該員工取得，甲未要求任何抽成。某日，甲之員工乙為甲之客戶A及B停車，並交付由甲公司製作之定型化停車證予A及B各乙紙收執，該停車證上載明「本公司僅代為停車，不負任何保管責任，汽車如有遺失或受損，本公司及代為停車之員工，概不負責」。乙將A交付之車停放於甲公司自有之停車場，該車非因甲或乙之過失而遭第三人竊取。乙將B交付之車停放於路邊之公共消防栓旁，該車遭交通員警舉發且拖吊。B繳納罰款與拖吊費用而取回該車時，發現車體因拖吊人員之過失，致嚴重受損。經查，A交付予乙之車係A自己所有，而B交付予乙之車則係B向其友人C無

償借用。請問：

(一)A 得否請求甲及乙連帶賠償汽車遭竊而生之損失？(十分)

(二)B 得否請求甲及乙連帶賠償違規罰款與拖吊費？(六分)

(三)C 得否請求甲、乙及 B 連帶賠償因車體受損而生之損失？(九分)

命題意旨	測驗考生對場所寄託人責任，借用人責任及債總有關定型化契約，侵權行為、債務不履行、賠償代位等問題之認識。
答題關鍵	本題較為複雜，釐清基本法律關係後，援引相關規定，並略作必要說明，簡要作答即可，否則，時間不敷使用。
擬答鑑示	1.參考：王澤鑑，債法原理(一)，頁 100~112。 2.參考：高點律師司法官民法債各講義，頁 308~309。

【擬答】

(一)A 得請求甲賠償汽車遭竊而生之損失，但不得向乙請求賠償：

- 1.民法第六 七條規定：「飲食店、浴室或其他相類場所之主人，對於客人所攜帶通常物品之毀損、喪失，負其責任。但有前條但書規定之情形時，不在此限。」又同法第六 八條規定：「客人之金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，非經報明其物之性質及數量交付保管者，主人不負責任(第一項)。主人無正當理由拒絕為客人保管前項物品者，對於其毀損、喪失，應負責任。其物品因主人或其使用人之故意或過失而致毀損、喪失者。亦同(第二項)。」
- 2.本題甲公司經營三溫暖兼供客人住宿之業務，為招攬顧客上門，甲提供代客停車服務，甲公司之員工乙將客戶 A 交付之汽車停放於甲公司自有之停車場，該車非因甲或乙之過失而遭第三人竊取。按前述民法第六 七條及第六 八條規定，除因物品主人或其使用人之故意或過失而致毀損、喪失者，甲公司可免責外，縱使因第三人之侵權行為，例如本題係第三人竊取汽車，為普通事變，甲公司仍應負責。故甲公司應賠償 A 車失竊而生之損失。
- 3.本題，甲之員工乙於為客戶停車，交付由甲公司製作之定型化停車證予 A 及 B 各乙紙收執，該停車證上載明「本公司僅代為停車，不負任何保管責任。汽車如有遺失或受損，本公司及代為停車之員工，概不負責」，但：
 - (1)為維護契約內容形成自由的最低限度，企業經營者應依明示或其他合理適當方式，告知相對人欲以定型化契約條款訂立契約，並使相對人得了解條款之內容。唯有具備此二項要件，定型化契約條款始能因相對人的同意而成為契約的內容。準此以言，本題，如係乙為客戶停車後，始交付前述載有免責約款之停車證給客戶，不能認為已成為客戶與甲公司之契約內容。
 - (2)縱使甲公司已先使客戶知悉前述停車證所載免責約款之內容，但民法債編修正條文第二四七條之一規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。」故甲公司預先以定型化停車證記載免責約款以排除前述民法第六 七條之事變責任，亦應認為無效。
- 4.甲公司及其員工乙對於 A 車之失竊既無過失，自不須依民法第一八八條規定對客戶 A 負連帶賠償責任，A 僅得依前述民法第六 七條規定請求甲公司賠償汽車失竊之損失，而不得向乙求償。

(二)B 得請求甲賠償因違規停車而繳納之違規罰款與拖吊費，但不得請求乙賠償：

- 1.前述民法第六 七條係就場所主人對於客人所攜帶物品之毀損、滅失負賠償責任，於本題 B 之情形並不適用，合先說明。
- 2.甲公司為客戶提供停車服務既為契約內容之一部分，自應依債之本旨而為給付，甲公司員工乙將 B 交付之車停放於路邊之公共消防栓旁，該車遭交通員警舉發且拖吊，係違反契約上義務，構成不完全給付。且民法第二二四條規定。債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任，故本題甲公司仍應依民法第二二七條規定，對於 B 繳納罰款與拖吊費應負損害賠償責任。
- 3.本題甲公司員工乙將客戶 B 之汽車違規停放致 B 繳納罰款及拖吊費之損失，係純粹經濟上損失，並非 B 的私權遭受不法侵害，故 B 不得依民法第一八八條規定請求甲及乙連帶負損害賠償責任。

(三)甲公司員工乙違規停放客戶 B 向 C 借用之汽車，如 B 對於乙之違規停放有過失，C 得向 B 請求車體受損而生之損失；但 B 對於汽車違規停放並無過失時，C 不得向 B 請求賠償，但不論 C 是否得向 B 請求賠償，C 均得請求 B 讓與對甲之損害賠償請求權，一旦 B 讓與 C 後，C 亦得請求甲賠償該車車體受損之損失。但 C 不得請求甲、乙及 B 連帶賠償。

- 1.借用人應以善良管理人之注意，保管借用物。借用人違反前項義務致借用物毀損、滅失者，負損害賠償責任。但依約定之方法或依物之性質而定之方法使用借用物，致有變更或毀損者，不負責任(民四六八)。故本題 B 向 C 借用之汽車，用 B 交付甲公司之員工乙靠邊於路邊公共消防栓旁致該車被拖吊而車體受損，如 B 有過失，例如 B 明知或可得而知乙違規停放，而 B 仍將該車交予乙停放，即可認定 B 有過失，C 自得依前述民法規定向 B 請求賠償。
- 2.反之，B 將該車交付甲公司之員工乙停靠，B 如無過失，例如 B 非因過失而不知車被停靠於路邊公用消防栓旁(B 誤以為汽車停放於甲公司自關之私人停車場)，則該車之受損，不可歸責於 B，亦非 B 違反約定方法使用該車所致，B 對 C 不負前述民法規定之損害賠償責任。
- 3.甲公司對於客戶 B 交乙停放之汽車，因違規被拖吊致車體受損，應依前述民法第六 七條規定對 B 負損害賠償責任。此際：
 - (1)如 B 因過失對 C 應依前述民法第四六八條規定負損害賠償責任時，C 亦得依民法第二一八條之一請求 B 讓與對甲公司之損害賠償請求權。
 - (2)如 B 無過失，對 C 不負損害賠償責任時，C 亦得本於民法第一七九條之不當得利請求權，請求 B 讓與對甲之損害賠

償請求權。

- 4.車輛因違規停放被拖吊而致車體受損，與B將汽車交予甲公司員工乙違規停放並無相當因果關係，故甲、乙及B對C不成立共同侵權行為。C不得依民法第一八五條規定請求甲、乙及B連帶負賠償責任。

三、甲、乙、丙、丁共有建地一筆，應有部分各為四分之一。甲、乙、丙未得丁之同意，亦未知會丁，即將該地全部出賣於戊。請附具理由說明下列問題。

- (一)設依買賣契約，甲、乙、丙已應辦理該土地之所有權移轉登記於戊，然其等仍遲不辦理，戊乃訴請甲、乙、丙依約辦理該土地之所有權全部移轉登記於戊。法院應否准許？(十二分)
- (二)丁就該土地之買賣有無優先購買權？(八分)
- (三)設丁請求甲、乙、丙協議分割該共有土地，甲等三人以公共地已出售於戊，彼等已無權分割而拒絕之。丁乃以甲、乙、丙為被告，訴請分割該共有土地，法院應否准許？(五分)

命題意旨	分別共有土地之出賣、移轉所有權之方法與效力
答題關鍵	1.題目之事實部分並不複雜，惟仍需把握命題意旨詳細作答。 2.三小題之配分並不相同，第一小題之配分幾乎占有半數，故在第一小題應花較長篇幅說明。 3.土地法第三十四條之一係民法第八百十九條之特別規定，國家考試屢屢針對此處出題，考生不可不慎！
擬答鑑示	1.參考：謝在全，民法物權論(上)，參考頁數，詳請參註。 2.參考：王澤鑑，民法物權(一)，2001年4月修訂版，參考頁數，請參註。 3.參考：高點律師司法官民法專用講義第一回，頁112~116，及郝台大老師上課補充之內容。

【擬答】

(一)戊訴請甲、乙、丙依約辦理該土地之所有權全部移轉登記於戊，法院應予准許：

- 民法第八一九條第二項規定：「共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意。」此項規定所謂處分，包括事實上處分及法律上處分，而法律上處分，依通說，不包括債權行為(負擔行為)在內。故共有人中之一人或數人未得全體共有人的同意出賣(或出租)共有物時，係屬債權行為，因債權行為不以對標的物有處分權為必要，其買賣契約(或租賃契約)當然有效，但契約對於未同意(出賣或出租)之他共有人無拘束力。
- 依前述民法規定，共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意，有時極為困難，部分共有人如不同意時，他共有人又不得訴請法院命其同意，影響土地或建築物之利用至鉅。為免妨礙都市計畫之執行、發展社會經濟及增進共有物的有效利用，土地法第三四條之一設有例外規定，依該條第一項規定：「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、永佃權、地役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。」有關此一規定：
 - (1)本條係以分別共有的土地或建築改良物為適用對象，並準用於公同共有(同條第五項)，但不適用於動產。
 - (2)土地法第三四條之一第一項所稱「處分」：
 - A.有認為僅指處分行為，不含負擔行為(註①)。
 - B.有認為除處分行為外，得兼指負擔行為(註②)
 - C.內政部頒訂之「土地法第三十四條之一執行要點」，明定法律上之處分，指買賣或互易而不包括無償之贈與(註③)
 - D.最高法院認為，部分共有人依土地法第三十四條之一第一項規定，將共有土地之全部出賣於人，就同意出賣之共有人言，係出賣其自有之應有部分，並有權一併出賣未同意出賣之共有人之應有部分，此種處分權乃係基於實體法規定而發生，同意出賣之共有人並非代理未同意出賣之共有人與買受人訂立買賣契約，未同意出賣之共有人與買受人間，自不發生何等法律關係(最高法院八八年台上字第一七三號判決；另外八七年台上字第八六六號判決亦持相同見解)。可知最高法院亦認為土地法三四條之一第一項所稱處分，包括負擔行為在內，但強調未同意出售之共有人不能因其應有部分一併出賣並移轉與買受人，且得領取價金，而謂與買受人間有買賣契約關係存在(參前述八七年台上字第八六六號判決)。
- 共有人依土地法第三十四條之一，移轉共有物的所有權或設定物權時，得由同意處分之共有人協同其相對人(如買受人)，訂立書面契約與辦理物權變動登記，無須不同意處分之他共有人出面訂立契約和會同辦理。同意處分的共有人未完成處分行為，使相對人取得所有權或地上權等其他物權時，相對人在訴訟上如何行使其權利？例如本題甲乙丙丁共有之建地，甲、乙、丙之應有部分四分之三(超過三分之二)，同意出售該地給戊，而遲未給付時，戊在訴訟上應如何請求？實務上認為僅得對甲乙丙請求移轉該地所有權，其理由有二：
 - (1)僅甲、乙、丙與戊為買賣契約當事人，丁不在其列，不得作為請求的對象。
 - (2)依土地法第三四條之一第一項規定，甲乙丙對該建地有處分權，得有效移轉該地所有權。戊於勝訴判決確定後，得依土地登記規則第二十八條第四款、第八十四條與土地法第三十四條之一執行要點第八點規定，單獨申請所有權之移轉登記，即可取得該地所有權(註④)。
- 綜上所述，本題戊訴請甲乙丙依約辦理該土地所有權全部移轉登記於戊，法院應予准許。

(二)依土地法第三十四條之一第四項規定：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」本項乃共有人『優先承購權』之規定，其立法意旨在於儘速消滅共有關係，以促進共有土地之經濟上利用。惟本題甲乙丙係

民法-

出賣共有物之『全部』，而非出賣其應有部分，丁得否主張優先購買權乃生疑問，學說、實務上仍有不同見解，分述如下：

- 1.否定說：蓋共有人依土地法第三十四條之一第一項規定以多數決之方式取得共有物之全部處分權者，其移轉共有土地之所有權係屬有權處分而為有效，已有消滅共有關係之效力，既已得消滅共有關係，此時應無賦予他共有人優先購買權之必要。是故，丁就該土地之買賣，無優先購買權。
- 2.肯定說：最高法院七八年第十二次民事庭會議決議採肯定說(註⑤)，依決議之說明，本題之部分共有人甲、乙、丙依土地法三四條之一第一項出賣共有土地之全部，然就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，不過對於丁之應有部分，有權代為處分而已，並非以此剝奪丁優先承購之權利。此項決議的結論和理由構成，均值贊同(註⑥)。故本題之丁就該土地之買賣有優先承購權。

(三)丁請求甲、乙、丙協議分割該共有土地，甲、乙、丙等拒絕，丁乃以甲、乙、丙為被告，訴請分割該共有土地，法院應予准許：

- 1.民法第八二四條第一項規定，共有物之分割，依共有人協議之方法行之。分割之方法，不能協議決定者，法院得因任何共有人之聲請，命為「原物分配」或「變價分配」，亦得命為「原物分配兼金錢補償」(同條第二、三項參照)，由是可知，共有物分割之方法包含「協議分割」與「裁判分割」。
- 2.應注意的是，聲請法院裁判分割，須以共有人不能協議分割為要件，未經協議前，不得遽行起訴(十八年上字二一九九號判例及二九年上字四七二號判例)。所謂不能協議分割，包括共有人間根本不願分割在內(註⑦)。
- 3.為維護共有物分割自由原則，應認為共有人中之一人出賣其應有部分，尚未移轉登記，僅成立債之關係時，仍得本於共有權請求分割共有物(註⑧)。
- 4.共有之土地及建築改良物不能協議分割者，得依土地法第三十四條之一第六項聲請各該管縣、市之政府調處，亦得依前述民法規定聲請法院裁判分割。縱使部分共有人已依土地法第三十四條之一第一項與相對人訂立債權契約同意處分共有物予相對人在同意處分共有人於依民法第七五八條規定辦理所有權移轉於相對人(如買受人)前，未同意的他共有人仍得訴請分割共有物(註⑨)。共有人此項權利不應因土地法第三十四條之一第一項規定而被排除(註⑩)。
- 5.綜上可知，本題在甲、乙、丙尚未移轉該地所有權於買受人戊之前，丁請求甲、乙、丙協議分割該地被拒絕，丁仍得依民法第八二四條第二項訴請法院裁判分割。

註①：謝在全著「分別共有內部關係之理論與實務」，收錄於民法研討會實錄，民法研究(一)，第九五頁以下。有關土地法三四條之一第一項之處分，本文第一三一頁認為僅指處分行為，不含負擔行為。

註②：王澤鑑先生認為，關於土地法第三十四條之一第一項所稱「處分」尚須考慮負擔行為有償與否，及本條第三項、第四條規定，解為兼括負擔行為，亦值贊同。參氏著「民法物權(1)」，二〇一一年四月修訂版，第三四八頁。

註③：謝在全先生認為，基此推論，無償之地上權或地役權之設定，亦無土地法第三十四條之一第一項之適用。參氏著「民法物權論」，上冊，八一年六月修訂版，第三九七頁。

註④：此為實務上的通說，參照最高法院六九年台上字第九八九號，八一年台上字第一五一號，八七年台上字第八六六號判決。另參王著前揭書第三五一頁及謝著前揭書(物權法上冊)，第三九九頁。

註⑤：最高法院七十八年五月二十三日，七十八年度第十二次民事庭會議決議：共有人甲、乙二人依土地法第三十四條之一第一項，將共有土地之全部，出賣於丁，他共有人丙得依同條第四項規定，對之主張優先承購權。蓋共有人甲、乙二人依同條第一項出賣共有土地之全部，然就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，不過對於丙之應有部分，有權代為處分而已，並非以此剝奪丙優先承購之權利。

註⑥：王著前揭書，第三五二頁；謝著前揭書，第三九九頁。一併參閱內政部訂頒之土地法三四條之一執行要點第十點。

註⑦：謝著前揭書，第三六三頁。

註⑧：王著前揭書，第三六二頁。前司法行政部六四年四月三十日(64)函民 03726 號函一併參照。

註⑨：最高法院七一年台上字第一二七五號判決。

註⑩：王著前揭書第三四九頁註二謂：民法第八一九條第二項及土地法第三十四條之一第二項之處分，均不包括提起訴訟在內(參照民法第八二一條)。

四、甲有一子乙，乙未婚但曾認領一非婚生子女丙。乙死亡後，丙繼承乙之遺產。乙死亡之十年後，甲於血型血液檢驗中，發現乙、丙間並無血統關係之聯絡，乃否認丙為乙之子女，進而主張丙應返還所繼承之遺產。試問：甲之主張是否有理由？(二十五分)

命題意旨	反於真實認領之效力，「繼承回復請求權與民法§ 767 所有物返還請求權之關係」及「繼承回復請求權與民法§ 768 取得時效之關係」。
答題關鍵	命題焦點：本題屬重要傳統學說見解爭議之比較型態，考生就民法§ 1146 有關繼承回復請求權與物權編中§ 768、§ 767 等相關規定間之關連性應了解載東雄、林秀雄兩位教授學說見解不同之外所在，若無把握何人命題時，則應兩說並陳，相互對照以求過延。
擬答鑑示	1.參考：二人合著；「中國繼承法」；第一章第七節。 2.參考：林秀雄；「繼承回復請求權與物上返還請求權之關係」，月旦法學第四期。 3.參考：林秀雄；「繼承回復請求權與動產所有權取得時效」，月旦法學第 42 期。 4.參考：許律師；學說論著精要解讀「民法親屬繼承」；頁 8-51~8-55、4-24~4-29，高點出版。

【擬答】

本題所涉之主要爭點，乃在於「反於真實認領之效力」，「繼承回復請求權與民法 § 767 所有物返還請求權之關係」及「繼承回復請求權與民法 § 768 取得時效之關係」等，分述如下：

(一)乙、丙間是否成立法律上親子關係：(即反於真實認領之效力)

依我國學界併實務通說之見解，不論就任意認領之性質採「意思表示說」或「觀念通知說」者，均認為反於真實之認領為無效，以確保血統之真實性，準此而言，丙若客觀事實上非乙之真實血脈，則乙、丙間之認領不生效力，丙非乙之直系血親親屬；又身分行為之無效與財產行為之無效概念上相同，均為「自始、當然、確定」之無效，任何人均得主張之，故乙之生父甲自得依法主張乙、丙之認領無效，如有爭議時，可依「確認親子關係存否之訴」向法院請求確認。

(二)民法 § 1146 與 § 767 之關係：

依題所示，乙、丙間之認領若屬無效，則甲依民法 § 1138 第二款之規定可成為乙之繼承人，故自得依民法 § 1146 之規定向非繼承人而現仍占有遺產之丙行使權利，惟依民法 § 1146 之規定，須於繼承開始後十年內行使權利，否則繼承回復請求權將罹於時效，今乙之真正繼承人甲於乙死亡後十年始知乙、丙之認領為無效，對丙依法自不得更行主張繼承回復請求權；惟有疑義者，甲雖不得主張民法 § 1146 之權利，但可否於十五年內更行主張民法 § 767 之所有物返還請求權，學說上仍有爭議，分述如下：

肯定說：此說學者認為民法 § 767 與民法 § 1146 之規定，本質上乃屬性質相互獨立之請求權，既非特別規定優於普通規定之關係，亦無請求權相互影響說之適用，故繼承回復請求權罹於時效後，不影響真正繼承人甲本於遺產所有權人之身分向無權占有人丙行使所有物返還請求權。

否定說：主張否定說之學者以為民法 § 1146 性質上乃屬真正繼承人行使遺產上權利之特別規定，應優先加以適用；從不認其屬特別規定，依請求權相互影響說之法理，亦應解為兩請求權之時效相互影響，繼承回復請求權罹於時效後，繼承人甲則不得更行主張民法 § 767 之權利，否則丙得援引罹於時效之抗辯加以對抗之。

小結：以上二說各有見地，亦各有權威學者採納之，吾人之管見以為，基於保護真正繼承人之立場而言，結論上似應採肯定說為宜。

(三)民法 § 1146 與 § 768 之關係：

尚應更進一步探討者，乃繼承回復請求權之時效與民法 § 768 動產取得時效之關連，易言之，即民法 § 768 規定：「以所有之意思，五年間和平公然占有他人之動產者，取得其所有權」；此項動產取得時效之進行，是否須以民法 § 1146 之時效完成後始得開始起算，學說上亦有爭議，分述如下：

肯定說：主此說者認為民法 § 768 時效之進行，必須以真正繼承人之繼承回復請求權已罹於時效後方可起算，故繼承人之丙於十年後尚不得立即主張已時效取得遺產中相關動產之所有權，其理由如下：

1.繼承回復請求權之時效僅有 10 年或 2 年之短期消滅時效，已寓有制裁真正繼承人之意旨。

2.表見繼承人通常為惡意占有人，惡意占有人不宜優先真正繼承人受保護。

3.就時效進行而改變權利關係而言，繼承回復請求權之時效屬特別規定，應優先於民法 § 768 之規定適用。

否定說：此說學者以為物權篇中 § 768 時效取得之制度與繼承回復請求權乃本質相互獨立之不同規定，故繼承回復請求權之時效不影響 § 767 之時效，同理，亦不影響民法 § 768 時效之進行，故繼承回復請求權罹於十年時效後，真正繼承人甲雖仍可對丙主張民法 § 767 之權利，惟遺產中若有動產者，丙得依 § 768 主張已取得所有權而拒絕返還，理由如下：

1.繼承回復請求權之目的在於保護真正之繼承人，使其得減輕舉證責任，而非制裁真正之繼承人。

2.時效制度中，取得時效之規定較重謀求社會安定與物盡其用之效能，而消滅時效則著重於證據代替之作用，前者為所有權取得之原因，後者為抗辯權發生之原因，二者有其不同功能，無特殊規定與一般規定之關聯，亦即取得時效之援用不以消滅時效完成為前提。

3.就利益衡量論觀之，社會公益應重於私人利益，故所有權取得時效不受民法 § 1146 之影響。

結論：以上兩說各有所據，惟依法理及見解之連貫性，管見以為應以後說為妥，以呼應前述(二)中之見解，故結論上應認：真正繼承人甲仍得對丙行使所有物返還請求權，惟遺產中若有動產時，表見繼承人丙得援引民法 § 768 以為抗辯拒絕返還。