

《民法》

一、受輔助宣告之某甲，徵得輔助人乙之同意，在銀行活期存款 100 萬元。試問：甲每月欲提款 1 萬元作為日常生活所必需之費用，此提款是否仍須徵得輔助人乙之同意？又乙為保障甲之利益，基於輔助人之地位，得否主動代理甲提款？（25 分）

命題意旨	本題爭點涉及受輔助宣告人行為能力之限制與其例外，以及輔助人之權限之問題。
答題關鍵	本題前半部屬較單純之法條記憶題，故除了法條之操作外，尚應提及學說上對於現行條文立法論上建議，始能獲得高分。至於輔助人之權限部分，因係較為冷門之條文，又涉及監護規定之準用，故難度較高。
考點命中	《高點民法講義第一回》，顏台大編撰，第 55 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及受輔助宣告人行為能力之限制與例外，以及輔助人權限之相關問題，分述如下：

(一)甲每月提款 1 萬元作為日常生活所必需之費用，無須徵得輔助人乙之同意

- 1.依題示甲為受輔助宣告之人，民法第 15-2 條第 1 項第 2 款規定：「受輔助宣告之人為下列行為時，應經輔助人同意。但純獲法律上利益，或依其年齡及身分、日常生活所必需者，不在此限：二、為消費借貸、消費寄託、保證、贈與或信託」。甲於銀行活期存款，此一行為之定性，核屬民法第 602 條所稱之消費寄託（民法第 602、603 條參照），依題示甲既已得輔助人乙之事前同意，甲和銀行間之消費寄託契約自屬合法。
- 2.依民法第 15-2 條第 1 項但書之規定，受輔助宣告之人純獲法律上利益、或依其年齡及身分、日常生活所必需者，受輔助宣告人之行為能力例外不受限制。查民法 15-2 條第 1 項但書之規定，結構上係立於民法第 15-2 條第 1 項本文之後，故其適用之對象，僅限於本應經輔助人同意之行為態樣。本題中受輔助宣告人甲得輔助人乙同意後與銀行締結消費寄託契約已如前述，然何謂消費寄託契約關係中對於受輔助宣告人甲係屬「純獲法律上利益或依其年齡及身分、日常生活所必需者」，則仍有探究之必要。依民法第 602 條第 1 項，寄託物為代替物時，如約定寄託物之所有權移轉於受寄人，並由受寄人以種類、品質、數量相同之物返還時，為消費寄託；甲和銀行間既係消費寄託關係，則甲存於銀行之 100 萬元，在甲存入銀行之時，所有權即由甲移轉予銀行。惟本於甲和銀行間之消費寄託關係，甲得隨時提領存款，甲此一提領之動作，法律上所代表之意義，應屬甲依契約向銀行請求履行契約上之義務而移轉一定數額之金錢予甲，其應係準法律行為中之意思通知。依多數見解，準法律行為準用法律行為之規定，又甲提款之動作屬準法律行為，且甲一提款銀行即有付款之義務，對甲而言自屬「純獲法律上之利益」，甲自得單獨為之而無庸得到輔助人乙之同意。
- 3.至於甲受領銀行所付款之 1 萬元部分，係屬所有權移轉行為，對甲而言，其係單純取得 1 萬元之所有權，並未因此負擔其他法律上之義務，故屬「純獲法律上利益」之行為，甲亦無須經輔助人乙之同意。又若依甲之年齡、身分，一個月以 1 萬元作為生活所必需之費用係屬合理之範圍，則不論甲提款此一準法律行為或是甲受領 1 萬元之物權行為，均屬「依其年齡、身分日常生活所必需」，則甲亦無須經輔助人乙之同意，併予敘明。
- 4.另學說上有主張，現行輔助宣告之法律效果過於複雜，從該條之精神出發，受輔助宣告人之地位類似於限制行為能力人，故似可簡化本條規定為「受輔助宣告之人，有限制行為能力」，可供參考。

(二)輔助人乙為保障甲之利益，得基於輔助人之地位主動代理甲提款

- 1.民法第 1113-1 條第 2 項規定，輔助人及有關輔助之職務，準用第 1098 條第 2 項之規定。又民法第 1098 條第 2 項規定，監護人之行為與受監護人之利益相反或依法不得代理時，法院得因監護人、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之聲請或依職權，為受監護人選任特別代理人。
- 2.依民法第 1098 條第 2 項之反面解釋，若監護人並未與受監護人利益相反或無依法不得代理之情事，則無選任特別代理人之必要，監護人仍得擔任受監護人之法定代理人。今依題示，輔助人乙係為保障甲之利益，則依民法第 1113-1 條第 2 項準用民法第 1098 條第 2 項之反面解釋，乙自得主動代理甲提款。

二、A 為甲地所有權人，B 為 A 之女，A 出資在甲地上興建乙屋，並以 B 名義為建築執照之起造人。乙

屋建築完成後，尚未辦理建物所有權第一次登記（俗稱「保存登記」，以下簡稱）前，A 以自己之名義將乙屋出售予 C，並將起造人名義變更為 C，C 即以自己名義辦理保存登記。嗣因 A 經商失敗，甲地遭查封拍賣，由 D 拍定並取得所有權，D 乃以 C 無權占有為由，訴請拆屋還地，是否有理由？（25 分）

命題意旨	本題爭點涉及不動產原始取得與繼受取得之要件及相關實務見解，以及無權占有是否構成之問題。
答題關鍵	本題實屬熱門之民法考題，其內容涉及有名之最高法院 63 年第 6 次民庭決議。傳統上對於 63 年第 6 次民庭決議之理解，多認為 63 年第 6 次決議僅在於處理民法上定著物之定義與要件，然而實際上，63 年第 6 次民庭決議真正重要或是該決議所欲處理之實際問題，始為該決議之核心部分，此並見於決議之後半部，不可不慎。
考點命中	《高點民法講義第一回》，顏台大編撰，第 32 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及不動產物權取得之要件、最高法院 63 年第 6 次決議之見解、及無權占有要件之討論等問題，分述如下：

(一)乙屋之所有權人為 C

- 1.A 出資於甲地上興建乙屋，倘乙屋已具備使用上與構造上之獨立性時，乙屋即為一獨立之定著物而得為所有權之標的(63 年第 6 次民庭決議參照)，由 A 原始取得。A 雖以 B 之名義為建築執照之起造人，然起造人僅係建築法上之行政管制措施，不因 A 以 B 之名義為起造人而影響乙屋原始取得所有權之人之認定，故乙屋之所有權人仍屬甲，先予敘明。
- 2.依民法第 758 條之規定，不動產物權之移轉，應經登記，始生效力。A 欲將乙屋出售並移轉所有權予 C，就 AC 間之買賣契約而言，因其係債權契約，本不以出賣人有處分權為要件，故 AC 間之買賣契約有效，惟就 AC 間欲使 C 取得乙屋所有權部分，因乙屋已由 A 原始取得，故 C 本應透過繼受取得之方式，於完成民法第 758 條之移轉登記後，取得乙屋之所有權。
- 3.然最高法院 63 年第 6 次民庭決議主張：『凡屋頂尚未完全完工之房屋，其已足避風雨，可達經濟上使用之目的者，即屬土地之定著物，買受此種房屋之人，乃係基於法律，自須辦理移轉登記，始能取得所有權。如買受人係基於變更建築執照起造人名義之方法，而完成保存登記時，在未有正當權利人表示異議，訴經塗銷登記前，買受人登記為該房屋之所有權人，應受法律之保護，但僅變更起造人名義，而未辦理保存或移轉登記時，當不能因此項行政上之權宜措施，而變更原起造人建築之事實，遽認該買受人為原始所有權人。』，依題示若 A 係將起造人名義變更為 C，而由 C 據以完成乙屋之保存登記時，雖不因此使得 C 立於原始取得乙屋之地位，然若無權利人加以爭執，則 C 所為之保存登記仍應受法律所保護。是故，C 取得乙屋之所有權。

(二)D 不得以訴請 C 拆屋還地

- 1.C 取得乙屋之所有權，已如前述。又乙屋所坐落之基地甲地為甲所有，衡諸常理，AC 間必定就 C 所有之乙屋坐落於 A 所有之甲地之使用權源已加以安排，否則 C 一取得乙屋之同時，即構成無權占有 A 之甲地，而有遭訴請拆屋還地之風險，並不合理。
- 2.AC 間就甲地使用權源之安排，可能係透過債權之方式(如租賃契約或使用借貸契約)，亦有可能係透過物權契約之模式，如設定地上權。若 AC 係就甲地設定地上權，因地上權係不動產物權，一經登記生效後，即具有追及效力，故於地上權有效存續期間內，縱使地上權標之物之土地所有權經過移轉，地上權仍然存續。是故，若 AC 就甲地係設定地上權，則 C 占有使用甲地自始有權占有，D 不得訴請拆屋還地。
- 3.若 AC 間就甲地係成立租賃契約，則依民法第 425 條之規定，則 AC 間之租賃契約對於租賃標之物之繼受人繼續存在；又 D 依甲地之拍定人，依實務見解強制執行法上之拍賣仍屬民法上之買賣，故 D 自應法定之契約承擔 AC 間之租賃契約而成為出租人，自不得主張 C 無權占有甲地。若 AC 間就甲地係成立使用借貸契約，雖依多數見解使用借貸不得類推適用民法第 425 條買賣不破租賃規定之適用，然在 D 買受甲地之前，甲地上有一 C 所有之乙屋此一狀態即以存在，D 自可預見 AC 間就甲地應存有債之關係存在，AC 間就甲地之債之關係已透過 C 占有甲地而處於公開之狀態，故 AC 間之債之關係自應生物權化之效果(釋字 349 號解釋參照)，故 D 亦不得訴請 C 拆屋還地。且 D 既已明知 C 之乙屋坐落於 A 所有之甲地上仍願予以拍定，則 D 訴請 C 拆屋還地，亦有構成權利濫用之可能(民法第 148 條)，併予敘明。

三、A、B 係甲地共有人，兩人於民國 70 年間訂立分管契約，約定甲地東側部分由 A 使用，西側部分

由 B 使用。A 乃於其分管土地上種植竹木，並於分管後隨即向 B 借用西側部分使用，期限 5 年，A 復於 72 年間擅自在西側部分興建乙屋。75 年底借期屆滿後，A 仍繼續使用西側部分。嗣 B 於 85 年間死亡，繼承人 C、D 均未發現上情。迨 92 年間，C、D 發現上情，乃於 94 年初起訴主張 A 無權占有，訴請拆屋還地，A 於被訴後，遂主張已因時效而取得地上權，是否有理由？（25 分）

命題意旨	本題爭點涉及共有物之分管契約以及共有人得否主張時效取得之相關釋字。
答題關鍵	本題以共有物之分管契約為核心，而分別涉及分管後共有物之管理使用、分管契約之繼承以及共有人得否就共有物主張時效取得地上權；就時效取得地上權之部分，務必要提及相關釋字，始能獲得不錯之分數。
考點命中	《高點民法講義第五回》，顏台大編撰，第 9 頁~第 12 頁、第 19 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及共有物之分管契約、分管後共有物之管理使用收益、分管契約之繼承以及共有人時效取得地上權之問題，分述如下：

(一)CD 繼受 B 之分管契約

- 1.AB 係甲地之共有人，AB 並於民國 70 年訂立分管契約。按分別共有人就共有物本有應有部分，惟其應有部分僅係概念上存在而抽象坐落於共有物之各質點之上，故共有人未通過多數決議下，均不得就共有物加以使用益。惟若共有人間就共有物已有分管之協議，則自得就分管協議之內容就分管之部分各自為使用收益。今依題示 AB 既已為分管協議，由 B 使用甲地之西側部分，B 就甲地西側部分自有使用收益之權限，B 自得將此一部份借予甲使用而訂立使用借貸契約，先予敘明。
- 2.B 於 85 年死亡，AB 間之分管契約自由 B 之繼承人 CD 當然繼受(釋字 349 號解釋參照)，故就甲地之西側部分本應由 CD 繼續使用收益。

(二)A 未於時效前取得地上權

- 1.B 將甲地西側之部分借予 A 使用，期限 5 年，期限屆滿後 A 本應將西側予以返還。
- 2.後 CD 於 94 年起訴請求 A 拆屋還地，A 得否主張時效取得地上權，實有討論之必要。依釋字 451 號解釋，共有人之一人或數人以在他人土地之土地上行使地上權之意思而占有共有之土地者，自得依民法第 772 條準用第 769 條及第 770 條取得時效之規定，請求登記為地上權人。是故縱使 A 為共有人，亦有時效取得地上權之可能。
- 3.又依題示 A 依「擅自」在西側興建乙屋，換言之 A 建乙屋未得共有人全體同意，故乙屋必為違建而未辦理保存登記。未辦理保存登記之建物，依釋字 291 解釋之意旨，仍得主張時效取得地上權，故縱 A 所建之乙屋為違建，亦無礙於時效取得地上權之適用。
- 4.A 係甲地之共有人且 AB 間已有分管契約，故 A 於 75 年借用期限屆滿後仍繼續占用西側部，其占有自非善意無過失，是故 A 依第 772 條應準用第 769 條主張時效取得地上權。依第 769 條，時效取得之期間係 20 年，A 於 75 年底負返還責任，CD 於 94 年初起訴主張返還，A 之占有未達 20 之法定期間，A 自不得主張時效取得。故 A 構成無權占有，CD 自得訴請 A 拆屋還地。

四、甲夫乙妻因感情不睦，乃訴請離婚，經法院判決離婚，由於乙妻體弱多病且無工作，法院考量子女最佳利益，乃酌定未成年人丙子權利義務之行使負擔由甲任之，其後乙恢復健康，並覓得待遇較甲優渥之工作，乙乃聲請改定親權人，試問：法院應否准許乙之聲請？（25 分）

命題意旨	本題在測驗同學關於法院應如何酌定對未成年子女權利義務之行使負擔之問題。
答題關鍵	本題難度不高，同學除就民法第 1055 條之規定作內容說明與事實涵攝者外，宜就家事事件法之相關程序上規範一併作說明，必能取得高分。
考點命中	《高點身分法講義第一回》，梁台大編撰，第 79-81 頁。

【擬答】

(一)定對於未成年子女權利義務之行使負擔事件性質：

按民法第 1055 條關於定對於未成年子女權利義務之行使負擔（下稱酌定親權）事件，係家事事件法第 3 條所規定之戊類事件，性質上屬於家事非訟事件。父、母之一方得向法院聲請酌定親權。法院審理該事件時，應依未成年子女之最佳利益，審酌一切情狀，參考社會福利機構之訪視或調查報告而為裁判；未成年滿七歲以上者，原則上法院應使其有表達意願或陳述意見之機會；又法院酌定親權時，得命交付子女、容忍自

行帶回子女、未行使親權之一方與未成年子女會面交往之方式及期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物，或命為相當之處分（家事事件法第 3 條第 5 項第 8 款、第 106 條第 1 項、第 107 條第 1 項、第 108 條第 1 項、家事事件審理細則第 101 條第 1 款、第 107 條第 1 項、第 2 項意旨參照）。

(二)僅依乙之陳述內容，法院尚難憑此准許乙主張改定親權人之聲請：

- 1.按由是可知，對於未成年子女之親權雖業經法院酌定，惟行使親權之一方如未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方得為子女之利益，請求法院改定之；又法院為裁判時，應依未成年子女之最佳利益，酌定親權行使負擔之內容及方法（民法第 1055 條第 1 項、第 3 項、第 4 項、第 1055 條之 1 意旨參照）。
- 2.查法院先於甲乙離婚訴訟事件中判決甲乙離婚，並酌定未成年子女丙之親權由甲任之，乙並得與丙會面交往。嗣乙再度向法院聲請改定親權，法院首應審酌：甲是否有未盡保護教養之義務？或對丙有不利之情事？由甲行使親權，是否符合丙之最佳利益？同時審酌丙子之年齡與性別，丙子之意願，甲乙之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況，丙與其他共同生活之人間之感情狀況等情。第查，乙雖聲請改定親權人而主張：乙已回復健康、並覓得待遇較甲優渥之工作等云云，惟依乙之陳述，尚難遽認甲有任何未盡保護教養義務之情節。尤其，依丙子之年齡與性別，是否適宜由甲行使親權？丙子之意願為何？甲之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況，是否並無不宜行使親權之情節？乙於工作期間，如何對丙保護教養？丙是否與其共同生活之人（如甲之父母）間之感情狀況良好？上開各節均有詳加審酌之必要。有鑑於此，僅依乙之陳述內容，法院尚難憑此准許乙之聲請。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！