

《民法》

一、甲繼承父親在臺北大安路上的一層公寓，打算利用該層公寓經營咖啡廳，找來好友乙商議此事，乙贊成甲之決定，並表示贈與兩台全新咖啡機給甲作為開業賀禮，甲欣然同意，並指定品牌與型號，乙即向代理商丙訂購兩台甲所指定之 M 牌營業用 S-600 型半自動咖啡機，總價新臺幣（以下同）60 萬元，丙表示乙訂購之型號剛好沒貨，已向國外製造商訂購，運至臺北約須一個月時間，乙與丙兩人因此合意訂定清償期為兩個月後的 12 月 1 日，並約定由丙直接將機器交付給甲，甲對丙亦有直接請求權，甲表示同意，乙與丙同時又約定，若發生給付遲延，遲延之一方即須支付 5 萬元之懲罰性違約金，且遲延時間若超過一個月，雙方皆可任意解除契約。

問：

- (一) 12 月 1 日丙依約向甲提出給付，乙卻未向丙支付 60 萬元貨款，丙是否得向乙請求 5 萬元之懲罰性違約金以及遲延利息？（15 分）
- (二) 若乙因財務困難，無法依約給付，惟對第三人丁有一筆已屆清償期之 100 萬元借貸債權，因乙顧及與丁之情誼，一直未向丁請求償還，丙是否得代位乙行使乙對丁之借款返還請求權，要求丁返還 100 萬元給丙？（15 分）
- (三) 若丙提出給付後一個月，乙仍未支付價金時，丙是否即可行使約定解除權解除買賣契約？丙之後應如何向乙或甲主張權利？（15 分）

命題意旨	本題爭點分別在於測驗考生對於懲罰性違約金之定性、代位權行使之要件以及利益第三人契約解除與不當得利競合等問題。
答題關鍵	本題前二題均係傳統之考題，應不難掌握分數；第三小題部分則為近一兩年來非常熱門之議題，且在最高法院間亦有不同見解。考生若可適度援引最高法院見解並輔以王澤鑑老師之見解，即可獲得不錯分數。
考點命中	1. 《高點民法講義》第三回，顏台大編撰，第 19 頁以下。 2. 《高點民法講義》第三回，顏台大編撰，第 13 頁以下。 3. 《高點民法講義》第二回，顏台大編撰，第 45 頁以下。《高點民法講義第三回》，第 26 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及懲罰性違約金之定性、代位權行使之要件以及利益第三人契約解除與不當得利競合之問題，分述如下：

(一) 丙應得向乙請求 5 萬元之懲罰性違約金，並得請求遲延利息

1. 乙丙訂立買賣契約，且乙丙之買賣契約約定由丙向甲為給付，甲對丙並有直接給付請求權，故乙丙之買賣契約係屬民法§269 所規定之真正利益第三人契約，合先敘明。
2. 依題示乙丙約定 12 月 1 日為清償期，並同時約定若發生給付遲延時，遲延之一方須支付 5 萬元之懲罰性違約金。按所謂違約金，包括損害賠償額預定違約金和懲罰性違約金，前者係指契約當事人約定於債務不履行時，債務人應負擔之債務不履行損害賠償責任之數額之預定；後者係指債務人債務不履行時，外加應負擔之部分，除違約金外，債務人之履行責任或不履行之損害賠償責任仍然存在。
3. 查乙丙間依題示就違約金之部分既已明示為「懲罰性違約金」，且丙已依約向甲提出給付，就乙價金給付之遲延僅係可歸責於乙而非屬可歸責於丙之事由，則丙自得向乙請求 5 萬元懲罰性違約金，並得請求給付遲延之遲延利息(民§233)。又乙丙雖成立真正利益第三人契約，然契約當事人之地位並不因此改變，乙仍為契約義務人，是故縱使丙係向甲為給付，仍無礙於丙向乙請求違約金與遲延利息。

(二) 丙不得代位行使乙對丁之借款返還請求權

1. 丙得否代位乙行使乙對丁之借款返還請求權，涉及到民法§242 代位權要件中，是否需以債務人陷於「無資力」為必要。依最高法院 88 年台上字第 650 號判決意旨：「民法§242…其所保全者，除在特定債權或其他與債務人之資力無關之債權，不問債務人之資力如何，均得行使代位權外，如為不特定債權或金錢債權，應以債務人怠於行使其權利，致陷於無資力，始得認為保全之必要，否則，即無代位行使之餘地。」，換言之，於金錢之債權人若欲行使代位權，必須債務人陷於無資力為必要，學說亦同此見解。

2.本題中，丙對乙有價金債權，且乙對丁有 100 萬元之借款債權，然依前開學說與最高法院之見解，因丙乙間之債權係金錢債權，故丙若欲行使代位權，須乙對丁 100 萬債權不行使而使乙陷於無資力。然依題示，僅指明「乙財務困難」，惟此是否即指乙已陷於無資力，尚未臻明確，若所謂財務困難係指乙已無支付能力，則丙自得依民法§242 代位乙向丁請求返還借款，惟代位受領之範圍亦僅以丙對乙之債權範圍為限。

(三)丙得行使解除權，並向乙主張權利

- 1.乙丙約定若給付遲延時間超過一個月，雙方皆可任意解除契約，今丙提出給付後一個月乙仍未支付價金，丙自因此取得解除權並得行使解除權，此時之解除權行使仍屬單方行為，與合意解除之契約行為不同。又依前述，乙丙間係成立真正利益第三人契約，甲雖有直接給付請求權，惟此並不因此改變乙丙間契約當事人之地位，乙仍為契約價金給付義務之債務人，今乙既已遲延給付價金逾一個月，丙自得依約定行使解除權，不因系爭契約係真正利益第三人契約而受影響。
- 2.丙行使解除權後，得依民法§259 請求回復原狀，惟民法§259 條屬原給付義務之變形，與原給付義務之債之同一性不變，自受債之相對性之限制，丙之契約相對人既為乙，則解除契約後回復原狀，亦僅得向乙請求，而不得向原契約當事人以外之甲請求。今丙既已將標的給付予甲，甲取得標的物之所有權，乙已無法將標的物之所有權移轉予丙，故丙僅得向乙依民法§259 條第 6 款請求乙償還系爭標的之價額。
- 3.依多數見解，解除權之行使具有溯及效力，是故當乙無法履行其§259 回復原狀之義務時，丙得否主張甲受領給付之原因即真正利益第三人契約已不存在，而向甲主張不當得利之返還，學說與實務間有不同見解。依最高法院 95 年台上 1925 號判決之見解：「第三人基於對價關係之債權係相對權，不得本此對價關係之債權對抗債務人，即無從本於對價關係對於債務人主張其取得之利益為有法律上原因，是故債務人於契約解除後，以第三人約款業已失其存在為由，向第三人請求返還不當得利，自非法所不許」；據此，丙主張解除契約後，自得向甲依不當得利請求返還甲所受領之標的。然學說主張，真正利益第三人契約僅係法律技術上之運用，當事人間之基本法律關係並未改變，且前開最高法院之見解弱化真正利益第三人契約之利益第三人之保護，使得利益第三人本於一個受領行為而有受二個不同主體(即要約人與債務人)請求不當得利之機會，並不妥適。
- 4.再者，給付型不當得利之要件中，需給付行為與得利間具有因果關係為必要，而所謂「給付」，係指有意識且有目的之增益他人財產，是故學說主張，給付型不當得利因果關係之有無，應以「債之關係」之有無為判斷標準。本題中，丙之契約相對人既為乙，則與丙之給付具有因果關係者亦為乙；丙甲間既無債之關係，則甲之受益與丙之給付行為即無因果關係，丙自不得向甲請求不當得利返還。最高法院 92 年台上第 2581 號判決亦指明：「苟被指示人與指示人間之關係不存在，被指示人應僅得向指示人請求返還其無法律上原因所受之利益，至領取人所受之利益，原僅係本於指示人而非被指示人之給付，即被指示人與領取人間尚無給付關係存在，自無從成立不當得利之法律關係。」，即與學說以債之關係判斷因果關係之見解相同。
- 5.管見以為，前開爭議應以學說見解可採，蓋以債之關係判斷因果關係，使得給付型不當得利請求權人與相對人之判斷有一明確之標準，並可使各當事人合理承擔其相對人無支付能力風險，且亦可避免不真正利益第三人契約第三人保障優於真正利益第三人契約之第三人而生輕重失衡之情事。是故，依前開學說見解，丙不得向甲請求不當得利返還。

二、甲、乙、丙、丁、戊、己、庚、辛共有 A 地，各有應有部分 1/8，未約定管理方法，經甲、乙、丙、丁、戊、己六人同意，可否將 A 地為出租或設定抵押權或出賣並移轉所有權給壬？庚、辛如不同意，可主張何種權利？(45 分)

命題意旨	本題爭點涉及分別共有物管理、處分之多數決原則、土地法§34-1 以及優先承買權等。
答題關鍵	本題所涉者均為傳統考點，解題上應分別敘及分別共有物管理之多數決與其立法目的、多數決之限制、代理權說或處分權說，以及不同意多數決之共有人之優先承買權等。
考點命中	《高點民法講義第四回》，顏台大編撰，第 18 頁以下。

【擬答】

本題爭點涉及分別共有物管理、處分之多數決原則、土地法§34-1 代理權說與處分權說之爭議等問題，分述如下：

(一)甲等六人得將 A 地為出租

- 1.甲等八人共有 A 地，應有部分各為 1/8，甲至己等六人得否將 A 地出租予他人，涉及共有物之管理等問題。按共有物之應有部分係抽象存在共有物之任一質點之上，是故在未有分管之協議時，各共有人均不得就共

有物之任一範圍為實際之使用收益，否則其他共有人即得行使共有物返還請求權(民法§767 參照)，而請求將共有物回復共有人全體占有之狀態。惟如此將使得共有關係僵化而無任何共有人得使用收益共有物，無法發揮共有物之經濟效益，自屬不當。

- 2.舊法時代，因民法§820 規定共有物之管理須全體共有人同意，使得共有物之分管協議不易達成，不利於共有物之利用。然相較於土地法§34-1I 之規定，高度之處分行為得透過土地法§34-1I 多數決行使，低度之管理行為卻受限於民法§820 而須以全體決行之，亦顯輕重失衡。是故，98 年民法§820 即參考土地法§34-1 之規定，修訂共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及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(民法§820I 參照)。
- 3.是故，依題示甲至己等六人已同意將 A 地出租，出租本屬管理行為之一，且甲至己等六人之應有部分合計已達 6/8，故依民法§820I，甲至己等六人自得將 A 地出租。惟若不同意之庚辛如認甲等出租行為不當，得依民法§820II 之規定，主張管理顯失公平而聲請法院以裁定變更管理方法，亦或請求分割共有物(民法§824 參照)。

(二)甲等六人不得將 A 地設定抵押權

- 1.共有物之多數決原則之立法目的在於促進共有物之利用，以避免共有物之僵化已如前述，而民法§819I 亦規定：「各共有人，得自由處分其應有部分。」，且此處所指之處分，係指法律上之處分，包括設定抵押權。是故，各共有人本即得將其應有部分設定抵押權，司法院大法官第 141 號解釋亦明示「共有之房地，如非基於公同關係而共有，則各共有人自得就其應有部分設定抵押權」。
- 2.此外，土地法§34-1I 係規定「共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之」，換言之，共有物處分之多數決原則僅適用於用益物權之設定，而不及於擔保物權之設定。是故，甲等六人自不得將 A 地設定抵押權，否則此等抵押權設定即屬無權處分，而屬效力未定；若庚辛不承認甲等六人之無權處分，庚辛自得向抵押權人主張所有物返還請求權，請求抵押權人塗銷抵押權登記(民法§767、§821 參照)。

(三)甲等六人得將 A 地出賣並移轉所有權予買受人

- 1.土地法§34-1I 規定「共有土地或建築改良物，其處分、變更及…」已如前述，為貫徹避免共有物利用僵化之立法目的，學說與實務均主張土地法§34-1I 之處分包括出賣共有物。今甲等六人同意出賣共有物 A 地，其已符合土地法§34-1I 多數決之門檻，故甲等得將 A 地出賣並移轉所有權。又此時雖係出賣 A 地，然概念上等同於出賣並移轉各共有人之應有部分，而甲等六人何以得處分不同意之庚辛之應有部分，學說上有所謂「代理權授與說」與「處分權授與說」之爭議。多數見解本於保護不同意出賣之共有人，避免不同意之共有人需受其他同意出賣共有人所約定之買賣契約之內容所拘束，採「處分權授與說」，即土地法§34-1I 係授與多數決之共有人有權處分(移轉)不同意出賣共有人之應有部分，最高法院 88 年台上字第 1703 判決亦主張：「部分共有人依土地法§34-1I 將共有土地全部出賣於人，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。」，即採處分權授與說。
- 2.又甲等六人雖得依土地法§34-1I 以多數決出賣共有物 A 地，惟本質上仍係屬各共有人出賣其應有部分已如前述。土地法§34-1IV 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。」，故庚辛仍得向甲等六人主張優先承買 A 地；最高法院 78 年第 12 次民庭決議亦主張：「共有人甲乙二人土地法§34-1I 將共有土地之全部，出賣於丁，他共有人丙得依同條第 4 項規定，對之主張優先承購權。蓋共有人甲、乙二人依同條第 1 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。」，最高法院 102 年台上字第 141 號判決亦同此意旨。

三、甲男與乙女同居多年，雖已育有丙男、丁女兩個子女，然仍無意結婚。丙、丁自小深受甲之疼愛，二人現在均已成年。今年初甲、乙突然打算完婚，鑑於今年元宵節巧遇西洋情人節，意義非凡，遂決定於該日晚間在某飯店舉行婚宴；當晚席開六桌，親人摯友出席雖非踴躍，卻也賓主盡歡。三日後上午，甲、乙步行前往戶政機關辦理結婚登記，途中遭公車撞及，甲當場身亡，乙則於送醫急救後倖免於難。甲身後留有銀行存款新臺幣 2000 萬元，並無負債。今年六月甲之遺產由乙、丙、丁繼承分配完畢後，八月間突有 A 男出面主張，其與甲男曾有親密關係，並於甲生前長期

接受甲之生活照拂，因此要求酌給遺產。A 並同時表示，丁女係其與乙女所生。請問乙、丙、丁和 A 對於甲之遺產關係如何？（45 分）

命題意旨	本題在測驗考生關於結婚之形式要件、認領是否以客觀真實血統為前提、以及遺產酌給請求權之要件分析。考生應注意 A 之主張並無婚否認之訴之適用，蓋本案並非非婚生子女之推定情事。若考生能一併敘明結婚要件之修法理由，詳述認領之學說爭議，應能獲得不錯分數。
答題關鍵	本題解題層次為： 1.乙是否符合結婚之形式要件？若無，是否有可能主張遺產酌給請求權。 2.丙、丁認領是否以客觀真實血統為前提之爭議論述。 3.A 遺產酌給請求權是否有身分之限制？其要件為何。
考點命中	高點民法（親屬、繼承），許律師，2014 年 5 月 17 版。

【擬答】

就乙丙丁 A 對甲之遺產關係，分述如下：

（一）乙

1.乙非甲之配偶，無繼承權：

- (1)按民法第 982 條之規定，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。民國 96 年 5 月將舊法之「儀式婚主義」改採為「登記婚主義」，以向戶政事務所為登記為形式要件，係強化婚姻之公示性，蓋儀式婚之公示效果較薄弱，且易有認定上之困難，修正以避免婚生效力之爭執。
- (2)本案，甲乙有結婚之意思，雖有舉辦結婚之儀式，惟現今已改採登記婚主義，甲於辦理登記前死亡，不符合結婚形式要件之強制規定，無婚姻關係，故乙非甲之配偶。
- (3)小結：乙非甲之配偶，非民法第 1138 條之繼承權人，故乙無繼承權。

2.乙得主張遺產酌給請求權：

- (1)按民法第 1149 條之規定，被繼承人生前繼續扶養之人，應由親屬會議依其所受扶養之程度及其他關係，酌給遺產。此為遺產酌給請求權，立法意旨係避免被繼承人生前繼續扶養之人，於被繼承人死亡後其生活頓失依靠，性質上屬遺產債務，具有扶養義務延長之色彩。既係撫養義務之延長，即應符合乙不能維持其生活而無謀生能力者為請求扶養之要件（民法第 1117 條）。
- (2)本案，乙雖非甲之配偶，惟甲乙同居多年，應可認乙為甲生前繼續扶養之人，故若乙符合不能維持生活而無謀生能力之扶養要件，該當生活扶助義務之要求，應得依該條請求酌給遺產。
- (3)小結：乙若符合扶養要件，得請求遺產酌給請求權。

總結：乙非甲之配偶，無繼承權，惟若符合扶養要件，得主張遺產酌給請求權。

（二）丙、丁

1.丙丁是否為繼承權人，分述如下：

按民法第 1065 條第 1 項之規定，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。本案之爭點係，認領是否以客觀真實血統為前提，分述如下：

（1）客觀真實主義

依多數學說及實務判例見解（86 台上 1908）認為，認領以具備真實血統聯絡為前提，此係貫徹血統真實、避免架空收養制度、避免不當剝奪生父認領權、身分安定性之考量。

（2）主觀真實主義

亦有學者認為認領若不具備客觀血統事實，不妨先推定其身分關係成立，以保障非婚生子女之教養利益，而得再依民法第 1066 條及第 1070 條但書救濟之。

（3）小結：

①本文認為，依民法第 1070 條之意旨觀之，非真實血統聯絡之認領似非無效，僅得撤銷，惟此解釋下將有身分不安定、架空收養制度之疑慮，故從實務判例見解，採客觀真實主義。

本案，丙丁自小即受甲之疼愛，縱甲無認領之表示，依民法第 1065 條第 1 項後段，其撫育亦視為認領。惟如上述所述，認領應以客觀真實血統為要件，故若丁係 A 及乙所生者，則甲丁間即無親屬關係，丁即非繼承人。

②若丙丁與甲具備客觀真實血統之聯絡，依民法第 1065 條之認領規定，丙、丁有繼承權（民法第 1138 條第 1 款），惟丁若為 A 之子女，即無繼承權，至多主張遺產酌給請求權，一併敘明。

（三）A

1.遺產酌給請求權：

按民法第 1149 條之遺產酌給請求權，其**意旨係扶養義務之延長，故不以性別、身分為限制**，僅須具有被繼承人生前所扶養之事實，而無受相當之遺贈，且符合生活扶助義務之扶養要件者，即得主張之。

2.本文中，A 曾與甲有親密關係，且受甲之長期照拂，若甲死亡後，A 有不能維持生活而無謀生能力之情事，應得依第 1149 條之規定請求酌給遺產，不因 A 為男性而其權利有所不同。

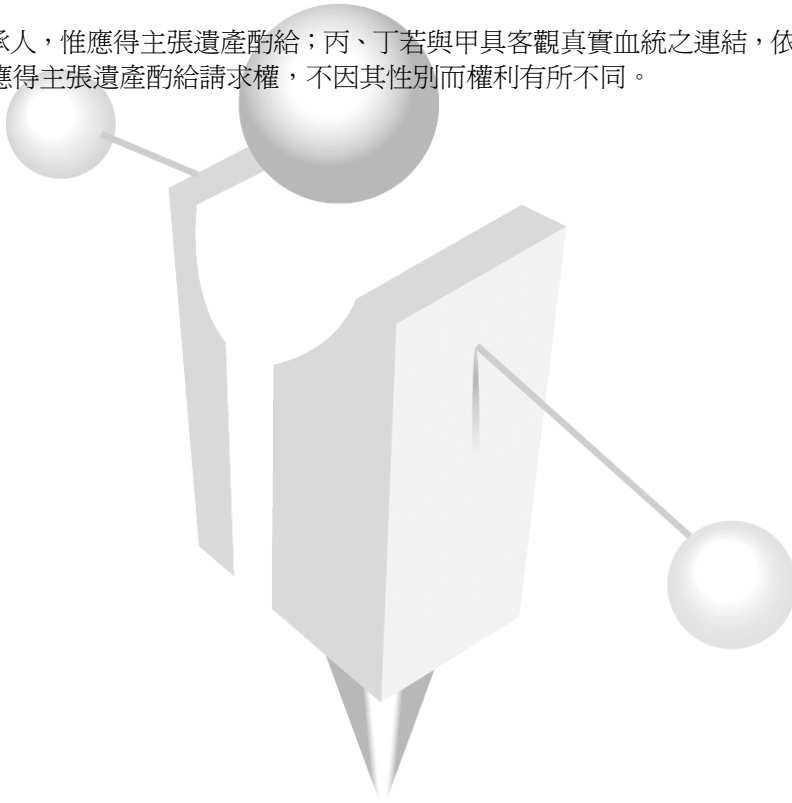
3.小結：

A 受甲生前之長期照拂，若其有不能維持生活而無謀生能力之情事，應有遺產酌給請求權。

結論：

乙非甲之配偶，非繼承人，惟應得主張遺產酌給；丙、丁若與甲具客觀真實血統之連結，依認領規定為繼承人；

A 若符合扶養要件，應得主張遺產酌給請求權，不因其性別而權利有所不同。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！