

《民法》

一、甲乙夫妻已育有子女 A、B，但兩年前乙又告懷孕，不過懷孕期間卻生病就醫，經醫院對乙輸血以為治療。豈知醫院在為乙輸血時，因欠缺注意未能將血液含有梅毒予以篩檢出來而排除使用，致乙輸血後感染梅毒，乙之胎兒出生後亦因而罹患先天性梅毒。更不幸的是，在胎兒出生前的一個月，乙之夫甲，竟因車禍為肇事之丙所撞死。試問：(25 分)

(一)本案胎兒因身染先天性梅毒，究否能對醫院請求損害賠償。

(二)對甲之死亡，順產之胎兒，究否能對丙請求財產上及精神上之損害賠償。

命題意旨	本題在測驗同學對於胎兒在未出生前之相關權利主張，以及就其生父因他人之過失行為致死時之相關權利主張。
答題關鍵	對於民法第 6 條、第 184 條、第 192 條及第 194 條之相關問題。另就第 188 條僱用人責任之規定，雖非本題之主軸，然亦應簡要說明為妥。
參考資料	1.徐律師《高點實例演習系列-民法總則》。 2.王澤鑑，「對於未出生者之保護」，民法學說與判例研究（四），1998 年 9 月。

【擬答】

(一)本案胎兒應得就其於其母懷孕期間因醫院之欠缺注意，將含有梅毒之血液輸血與其母造成感染一事向醫院主張損害賠償：

1.胎兒於懷胎期間，其身體健康權受侵害者，應得主張侵權行為損害賠償。

(1)按民法（下同）第 7 條，「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。」蓋胎兒於出生前雖不符合第 6 條就權利能力「始於出生，終於死亡」之原則，惟就胎兒雖尚未出生，然其權利仍有保護之必要，是立法者特設本條規定，而就其利益之保護部分視為胎兒已具權利能力，進而得主張一定之權利。

(2)次按第 184 條第 1 項前段及第 188 條第 1 項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」、「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。」如被害人因身體健康權遭他人之過失行為侵害而受有損害時，得就其損害主張損害賠償。且如他人係於執行職務侵害他人權利時，其僱用人亦必須連帶與受僱人負損害賠償責任。

(3)綜上所述，胎兒於其母懷胎期間因受僱人之過失行為造成身體健康權受有侵害者，自得就其損害向受僱人及其僱用人主張連帶損害賠償。

2.查本件胎兒係於其母乙懷胎期間因醫院疏失將含有梅毒之血液輸血予乙，導致該胎兒經由血液感染先天性梅毒，似應屬因醫院之醫師、護士或檢驗員過失未檢驗出該血液含有梅毒病毒，致該胎兒之身體健康權因而受有侵害，該等人員應依第 184 條第 1 項前段負損害賠償。而醫院既為該等人員之僱用人，自應依第 188 條第 1 項與該等人員連帶負損害賠償責任。

3.附帶一提者，係胎兒之母乙於懷孕期間前往醫院就醫，雙方間應訂有醫療契約。而醫院基於該等契約，亦應預見必須就該胎兒予以保護。此即學說上所謂「附保護第三人作用之契約效力」概念，從而該胎兒亦得本於其母與醫院間之契約，向醫院主張第 227 條第 2 項之不完全給付責任，請求損害賠償。

4.綜上所述，胎兒因醫院人員有過失造成其感染先天性梅毒，其身體健康權受有影響，自得依第 188 條第 1 項之規定，向其僱用人即該醫院主張損害賠償。

(二)該胎兒得向丙主張財產上及非財產上之損害賠償：

1.胎兒之父因他人過失行為致死之情形，胎兒得就此等損害主張財產上或非財產上之損害賠償：

(1)按胎兒就其利益之保護，如其非死產之情形，於出生前，得視為其已出生，而具有權利能力，前已述及。雖就「非死產」此項要件，學說上有解除條件說與停止條件說，然依題示情形該胎兒已屬順產，則不論

何者見解，均不影響本件認定，合先敘明。

- (2)次按第 192 條及第 194 條分別規定：「不法侵害他人致死者，對於支出醫療及增加生活上需要之費用或殯葬費之人，亦應負損害賠償責任。被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。第一百九十三條第二項之規定，於前項損害賠償適用之。」「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」、蓋此等生命權之侵害，被害人應得依第 184 條第 1 項前段向加害人請求損害賠償。惟人之權利能力始於出生，終於死亡，故就此等生命權被侵害之情形，被害人已無權利能力，而無從就其損害主張損害賠償，是立法者特就此種情形設有特別規定，允許因死者之生命權被侵害而亦受損害之間接被害人得主張損害賠償。
- (3)準此，胎兒之父如因他人之過失行為致死之情形，應得就其損害向該他人主張損害賠償。
- 2.查本件胎兒於出生前其父即因第三人丙過失肇事撞死，即屬侵害其生命權而造成死亡之損害結果，而其父依第 1114 條第 1 款之規定，對胎兒負法定扶養義務，是該胎兒即得依第 192 條第 2 項向丙請求賠償。此外，依第 194 條之規定，因該胎兒慘遭喪父之痛，自得就其精神上之痛苦向丙請求慰撫金之賠償為是。
- 3.綜上所述，胎兒因其父甲遭第三人丙過失侵害生命權，致發生死亡之結果，該胎兒自得就其財產上之損害及非財產上之損害向丙請求損害賠償及慰撫金。

二、甲騎機車被撞受重傷，肇事者逃逸，不知肇事者為何人，甲忍痛以行動電話發簡訊給乙，請乙協助破案，並表示願將賠償權利全部讓與給乙，甲隨即告死亡，不久乙查得肇事者為丙。試問：(25 分)

- (一)本件賠償權利讓與之契約是否有效成立？此一契約之性質為何？
 (二)丙得否以甲乙間之讓與行為未對伊為通知，故對伊不生效力為抗辯？
 (三)甲所得讓與之損害賠償請求權之範圍如何？

命題意旨	本題在測驗同學對於侵害身體健康權損害賠償之要件及債權讓與之相關問題。
答題關鍵	對於債權讓與之相關要件及其限制，應釐清題示所詢問者為債權讓與行為或原因行為之效力。此外，侵害身體健康權之損害賠償相關問題亦屬應解決之問題。

【擬答】

(一)本件賠償權利讓與之契約有效成立：

- 1.按民法(下同)第 294 條規定：「債權人得將債權讓與於第三人。但左列債權，不在此限：一、依債權之性質，不得讓與者。二、依當事人之特約，不得讓與者。三、債權禁止扣押者。」按債權亦屬財產權，債權人自得任意處分讓與該等債權。惟若該等債權具有專屬性，即屬於不得依債權之性質不得讓與者，從而債權人自不得讓與債權予他人。
- 債權人讓與債權予他人，雙方間所作成之法律行為包括債權讓與行為及原因行為。前者係生債權移轉之效力，而屬所謂「準物權行為」；後者則使雙方當事人負有一定之權利義務，而屬債權行為之性質。債權讓與行為之部分，如該債權不得讓與，其讓與行為則屬無效；至於原因行為之部分，不論該等債權得否讓與，均屬有效，此觀諸最高法院 88 年度台上字第 1447 號判決亦採相同看法。
- 2.次按第 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。」如加害人過失侵害他人身體健康權時，被害人自得就其損害結果向加害人請求賠償。又被害人因此所受之損害應包括財產上之損害賠償及非財產上之損害賠償。前者並無不得讓與之限制。惟後者之情形，依第 195 條第 2 項之規定，「前項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」蓋此等填補精神上損害者，具有一身專屬性，而不得讓與他人。從而非財產上損害賠償之部分即屬依性質或依法律規定不得讓與之債權。
- 3.題示情形，甲因騎乘機車被撞受重傷，於其死亡前，係屬身體健康權受侵害，對肇事者丙自得依第 184 條第 1 項前段規定主張損害賠償。甲忍痛以行動電話發簡訊給乙，請乙協助破案，並表示願意將賠償權利全部讓與給乙後死亡。則斯時甲所讓與之權利，自屬侵害其身體健康權之侵害行為損害賠償債權，就財產上損害賠償請求權之部分，此等債權應無不得讓與之限制，故其讓與行為應屬有效。惟就非財產上之損害賠

償請求權之部分，既具有一身專屬性，而屬依性質及依法律規定不得讓與之權利為是。

4.準此以言，甲乙間就損害賠償債權之讓與，其原因行為及讓與行為均屬有效。前者屬於債權行為，後者則屬於準物權行為。

(二)如乙已向丙行使該等債權，則系爭債權讓與對丙仍生效力，從而丙應向乙為清償為是。

1.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。受讓人將讓與人所立之讓與字據提示於債務人者，與通知有同一之效力。」為第 297 條所明定。

次按「債權之讓與，依民法第二百九十七條第一項之規定，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人固不生效力，惟法律設此規定之本旨，無非使債務人知有債權讓與之事實，受讓人對於債務人主張受讓事實行使債權時，既足使債務人知有債權讓與之事實，即應認為兼有通知之效力。」為最高法院 22 年度上字第 1162 號判例所明揭。

是依第 297 條之規定，債權讓與於未通知債務人前，對債務人不生效力，惟若受讓人對於債務人主張受讓事實行使債權時，既足使債務人知有債權讓與之事實，即應認為兼有通知之效力。從而債務人自應向受讓人為清償為是。

2.查本件債務人丙抗辯甲乙間所為債權讓與未向其通知，是依第 297 條之規定，其讓與對丙不生效力。惟查，如乙已向丙主張該等債權，衡諸上最高法院之見解，應認為仍發生通知之效力，從而即得以該債權之讓與對抗債務人。

3.職是以故，債權人甲之債權已讓與予乙，於未通知債務人丙前，不得以讓與債權之事實對抗丙。惟若乙已向丙主張系爭債權，應可認為已生通知之效力，從而系爭債權之讓與即得對抗債務人，故債務人自應向其為清償為是。

(三)甲所得讓與之損害賠償請求權僅限於財產上損害賠償之部分。

蓋承前所述，債權人甲所得讓與者，僅限於財產上之損害賠償請求權。至於非財產上損害賠償請求權部分，因其具有一身專屬性，故依第 195 條第 2 項之規定，此等債權應不得為讓與，從而受讓人乙所得主張者，僅限於財產上損害賠償請求權，而不及於非財產上損害賠償請求權。

三、甲以行使地上權之意思，占有乙已登記之土地，建築房屋，開始占有 5 年後，甲因故死亡，其子丙在該地繼續居住占有 15 年。試問：(25 分)

(一)在丙向地政機關申請時效取得地上權登記前，乙依民法第 767 條規定向法院訴請丙拆屋還地，有無理由？

(二)若乙在丙向地政機關申請時效取得地上權登記後，辦妥登記前，始提起拆屋還地之訴，應如何處理？

命題意旨	本題在測驗同學對於因「時效取得地上權」以前，真正所有人得否向主張時效取得之他人，主張所有物返還請求權。
答題關鍵	對於民法第 767 條及第 772 條規定之相關問題。另應援用最高法院 60 年台上字第 4195 號判例、69 年第 5 次民事庭會議決議及 80 年第 2 次民事庭會議決議。此等題型本即屬實務上重要爭議問題，同學們不應疏漏。
參考資料	1 謝在全，《民法物權論（上）》（修訂 2 版），p.270~273。 2 詹森林，「所有物返還請求權-系列問題（四）無權占有之人之三」，月旦法學教室-民法學篇，p.62-64，2004 年 9 月版。

【擬答】

(一)於丙向地政機關申請時效取得地上權登記前，乙得向丙請求拆屋還地，應屬有理。

1.就他人已登記之土地，仍得主張時效取得地上權。主張時效取得地上權之人，於向地政機關申請為地上權登記，並經地政機關受理後，即得以其具備時效取得地上權之要件，而得主張有權占有系爭土地。

(1)按民法（下同）第 767 條規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」

是物上請求權之行使，要件不外有二：其一，請求人為所有權人或得行使所有權之人；其二，相對人為無權占有人。

(2)次按，「前四條之規定，於所有權以外財產權之取得，準用之。」、「以所有之意思，二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人。」，分別為第 772 條及第 770 條所明定。

另「未登記之土地無法聲請為取得地上權之登記，故依民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條及第七百七十條主張依時效而取得地上權時，顯然不以占有他人未登記之土地為必要。苟以行使地上權之意思，二十年間和平繼續公然在他人地上有建築物或其他工作物或竹木者，無論該他人土地已否登記，均得請求登記為地上權人。」為最高法院 60 年台上字第 4195 號判例著有明文。

是就時效取得地上權，以占有人 20 年間和平、公然、繼續出於行使地上權之意思，而占有土地後，即得向地政機關申請登記為地上權人。惟就時效取得地上權是否須限於他人未登記之不動產，學說上雖有不同看法。惟筆者認為，不限於未登記之不動產，不至於使土地所有人喪失其所有權，又可達成物盡其用之目的，故以此為妥。

(3)再按，「因時效而取得地上權登記請求權者，不過有此請求權而已，在未依法登記為地上權人以前，仍不得據以對抗土地所有人而認其並非無權占有。」、「有人因時效而取得地上權登記請求權者，以已具備時效取得地上權之要件，向該管地政機關請求為地上權登記，如經地政機關受理，則受訴法院即應就占有人是否具備時效取得地上權之要件，為實體上裁判。本院六十九年度第五次民事庭會議決議應予補充。」為最高法院 69 年第 5 次民事庭會議決議及 80 年第 2 次民事庭會議決議所明揭。

蓋因時效而取得地上權登記請求權者，不過有此請求權而已，在未依法登記為地上權人以前，仍不得據以對抗土地所有人而認其並非無權占有。惟於占有人主張因時效取得地上權登記請求權，向該管地政機關申請為地上權登記，並經地政機關受理後，土地所有人始起訴請求占有人返還土地之情形時，為調和物權登記主義與時效取得地上權間之矛盾，受訴法院始應就占有人是否具備時效取得之要件，為實體上之裁判。從而占有人如確可主張時效取得地上權，即屬有權占有系爭土地，從而所有人向其主張拆屋還地，均屬無理由。

惟學者亦有認為，因時效取得權利，其基礎在於一段期間占有他人之物之事實，而非基於占有人與該當人間之法律行為，則其性質與第 758 條規定有所出入，而與第 759 條之情形較為相似，故所有人行駛物上請求權，而占有人欲主張第 772 條之取得時效時，不問占有人先前是否已向地政機關為申請，受訴法院即應以有無具備實體要件加以判斷為是。

(4)未按「占有之繼承人或受讓人，得就自己之占有或將自己之占有與其前占有人之占有合併，而為主張。合併前占有人之占有而為主張者，並應承繼其瑕疵。」為第 947 條所明文。故占有期間之計算，得合併占有之繼承人與被繼承人間之占有計算。

(5)綜上所述，土地所有人如向時效取得地上權之第三人主張拆屋還地，如該第三人確已具備時效取得之要件，且已向地政機關申請，而經地政機關受理時，自得向該所有人主張有權占有，而拒絕拆屋還地為是。且就占有期間之計算，得合計被繼承人與繼承人之期間。

2.查本件甲以行使地上權之意思，占有乙已登記之土地興建房屋，5 年後死亡由其子丙繼承，設其復出於相同之意思公然、繼續、和平占有系爭土地達 15 年，則合計占有之期間共 20 年以上，即符合第 772 條、第 770 條之要件，丙得向地政機關申請登記地上權。

惟查，丙於申請地上權登記前，乙即基於土地所有人之身分，向法院訴請丙拆屋還地。則依前開最高法院 80 年第 2 次民事庭會議決議見解，丙尚不得主張其為有權占有。從而乙得依第 767 條中段規定請求丙拆除房屋，再依第 767 條前段請求丙返還系爭土地。

(二)於丙向地政機關申請時效取得地上權登記後，辦妥登記前，乙得向丙請求拆屋還地，應屬無理由。

承前所述，如主張時效取得地上權之占有人已向地政機關申請登記為地上權人，而尚未登記前，真正所有權人主張物上請求權時，受訴法院即應就實體要件加以審查。而丙之占有既已符合第 772 條、第 770 條及上開最高法院之見解，則丙即可主張有權占有，從而乙不得向丙請求拆屋還地為是。

四、甲收養乙為養子後，乙結婚生一子丙。其後甲與乙合意終止收養關係，並約定丙繼續留在甲家。試問甲死亡後，丙可否繼承甲之遺產？（25 分）

命題意旨	收養之要件、效力及「養孫」制度是否應予承認之爭議。
答題關鍵	(一)收養之效力，是否及於被收養人之直系血親卑親屬？對於此問題，96 年 5 月修正後親屬法§1077 IV 有特別之規範，考生須特別留意。

	(二)「養孫」之意義與利弊，對此，實務上 34 年院字第 3010 號解釋與林秀雄老師之見解不同，應予並列討論。
參考資料	許律師，《民法（親屬、繼承）》。
命中事實	(一)許律師，《民法（親屬、繼承）》，2007 年 7 月 9 版，p4-80、4-81。 (二)許律師，《民法（親屬、繼承）》，2007 年 7 月 9 版，p4-61、4-64。

【擬答】

(一)甲丙間之法律關係

- (1)按收養關係成立生效後，收養人與被收養人之間，發生擬制之直系血親關係，收養人與被收養人之直系血親卑親屬之間，原則上亦同時發生擬制之直系血親關係（即祖孫關係），此即「完全收養原則」之基本意義。
- (2)惟依 96 年 5 月修正後親屬編 1077 條第 4 項規定：「養子女於收養認可時已有直系血親卑親屬者，收養之效力僅及於其未成年且未結婚之直系血親卑親屬，但收養認可前，已成年或已結婚之直系血親卑親屬表示同意者，不在此限」，其立法意旨在於成年收養已逐漸走向不完全收養之制度，故而收養之效力，原則上僅及於被收養人未成年且未婚之卑親屬。
- (3)小結：
準此而言，甲收養乙時，丙既尚未出生，則並無民法 1077 第 4 項須得其同意之情形，故而甲乙收養行為有效時，收養之效力當然及於丙，甲丙發生擬制之直系血親關係（即祖孫之法律關係）。

(二)甲乙終止收養後，約定丙續留養家者，此時甲、丙之收養效力是否仍然存在？

- (1)肯定說：
司法院 34 年院字第 3010 號解釋曰：「收養關係終止時，養子女之子女如經收養者及養子女之同意，不隨同養子女離去收養者之家，則其與收養者之祖孫關係不因終止收養而消滅。」依此號實務解釋，只須收養人及被收養人之同意，則養祖與養孫間收養關係即可不因養父與養子之終止收養而消滅，故甲丙間法律上仍為直系血親二親等之關係。
- (2)否定說：
其理由如下：
1.站在養子女利益之觀點，不宜承認之，蓋祖父母與養孫間之年齡差距甚大，保護教養責任必遭遇困難。
2.祖父母如老死，未成年子女亦失去保護。
3.舊律之成立養孫目的在於傳宗接代，此與現今收養之理念不符。
4.由民§1072 之文義觀之，收養者必稱為養父養母，被收養者必稱養子女；由是觀之，我國民法上並無存在養孫制度之法律上依據。

(三)甲死亡後，丙有無繼承權？

- (1)肯定說：
若依上開司法院 34 年院字第 3010 號解釋之見解，則在甲死亡而無其他子女存在時（即無任何一親等之直系血親卑親屬存在時），丙孫可依民法 1138 條第 1 款之規定，以二親等之直系血親卑親屬地位單獨繼承甲之遺產；反之，若甲尚有其餘一親等之直系血親卑親屬存在（例如甲另有 A 子、B 子），則丙依民法 1139 條之規定，即不得以「本位繼承人」之身份繼承遺產，亦不得依 1140 條之規定，以「代位繼承人」之身份繼承遺產矣！蓋我國民法上代位繼承之發生，須以被代位人（即乙子）先於被繼承人（即甲）死亡或依民法 1145 條喪失繼承權時始發生代位繼承之效果，今甲乙間係終止收養，乙並非先於甲死亡，亦無因民法 1145 條之規定喪失繼承權，依法丙自不享有代位繼承權。
- (2)否定說：
甲、乙間係終止收養而消滅養父子關係時，被收養人（即乙）之直系血親卑親屬亦應同時斷絕與收養人（即甲）一方親屬之關係，而回復與本生親屬之關係，因此，甲丙間已不存在任何親屬關係，依法自不得繼承甲之遺產。
- (3)結論：
以上兩說各有所據，管見以為，從保障養孫之受保護教養地位，以及保障養孫對於本生父母一方固有之繼承權益起見，應以否定說較為妥適。