

# 《民法與民事訴訟法(一)》

- 一、甲男與乙女結婚後生有丙男、丁女與戊女三人。乙早逝，由甲扶養三子女成年。丙與一年前喪夫之同事己女相戀想要結婚，卻受甲之反對，因此兩人未辦婚禮，於民國（下同）102 年 10 月 15 日持具兩證人簽名之結婚書面契約，雙方親自向戶政機關登記結婚。婚後三年未有子嗣，而共同收養 2 歲的 A 男，並成立書面之收養契約，經法院為收養之認可。一年之後，丙與己在一場家族聚會中，赫然發現己之過世前夫的祖父，竟與丙之外曾祖父為同一人。丁自大學畢業時發現自己的同性戀傾向，與庚女同居，想要有穩定的家庭與共同子女，而於 105 年 2 月 5 日至戶政事務所註記為同性伴侶，其後庚至外國以人工生殖方式生下 B 女，庚與 B 返國後，丁於 106 年 12 月 1 日向法院依民法第 1074 條但書第 1 款之規定，聲請對 B 收養之認可，以使自己與庚共同成為 B 之法定雙親。甲則自丙結婚時已發現有失智症狀，長期在醫院接受治療。三年之後，甲已無法為意思表示與受意思表示，也無辨識意思表示效果的能力，但因有戊之照顧，並未向法院聲請監護宣告。惟甲曾於 106 年 5 月 5 日作成一親筆書寫全文並簽名且記明年、月、日之自書遺囑，其內容為將所有財產贈予戊。甲於 107 年 6 月因心肺功能衰竭而去世，留下財產新臺幣 3,000 萬元。試問：

(一)丙與己共同收養 A，是否有效？(25 分)

(二)法院就丁收養 B，是否應予認可？(25 分)

(三)甲之遺產，應由何人繼承？其所繼承之數額為何？(25 分)

命題意旨	<p>本題共分三大部分，各小題命題意旨分述如下：</p> <p>一、第一小題係以「同時被收養禁止原則」包裝，實為測驗「近親結婚禁止原則」及「姻親關係消滅事由」<sup>註1</sup>。除主要爭點外，亦需將題目所提到的資訊加以涵攝（例如：未舉辦婚禮、年齡、法院認可等），答題上方為完整。</p> <p>二、第二小題測驗「同性伴侶能否收養對方之子女」。此為熱門時事題<sup>註2</sup>，亦有案例事實幾乎相同之數個最高法院判決可資參照<sup>註3</sup>（最高法院 107 年度台簡抗字第 97 號裁定、最高法院 106 年度台簡抗字第 129 號裁定、最高法院 106 年度台簡抗字第 95 號裁定）。</p> <p>三、第三小題測驗「無意思能力所為之法律行為效力」及相關繼承觀念。因配分不少，建議仍分述說明「若無法舉證甲為遺囑實無意思能力<sup>註4</sup>」時之「特留分」等遺產計算。</p>
答題關鍵	<p>一、第一小題：</p> <p>(一)夫妻共同收養為第 1075 條「同時被收養禁止原則」之例外。點出爭點：若丙與己之結婚</p>

<sup>註1</sup> 本小題關於「近親結婚禁止原則」及「姻親關係消滅事由」之部分，可參考最近期文章：戴東雄（2016），民法第 983 條禁止結婚之親屬範圍，月旦法學教室第 163 期。

<sup>註2</sup> 例如聯合報之網路新聞：「釋憲未提及 同性伴侶收養判不准」。網址：  
<https://udn.com/news/story/11322/3125902>（最後瀏覽日期 2018/10/16）

<sup>註3</sup> 最新之實務見解及案例事實，常改編成考題，考生對此應加以準備。例如【106 年司法官第二題】改編自最高法院 106 年度台上字第 187 號民事判決；【105 年律師第一題】涉及最高法院 102 年台上字第 1825 號判決；【105 年律師第三題】涉及最高法院 103 年台上字第 43 號判決；【104 年律師第一題】涉及最高法院 103 年台上字第 560 號判決；【104 年律師第二題】涉及台中高等法院 100 年台上字第 100 號判決；【104 年司法官第二題】涉及最高法院 104 年台上字第 2019 號判決；【104 年司法官第三題】涉及最高法院 103 年台上字第 618 號判決；【103 年司法官第二題】涉及最高法院 102 年台上字第 141 號判決；【103 年律師第二題】涉及最高法院 103 年台上字第 104 號判決；【102 年司法官第一題】涉及最高法院 101 年台上字第 1695 號判決；【102 司法官第二題】涉及最高法院 102 年台上字第 232 號判決；【102 律師第一題】涉及最高法院 101 年台上字第 443 號判決。

<sup>註4</sup> 本小題關於欠缺意思能力之部分，可參考最近期文章：黃詩淳（2015），無意識或精神錯亂中所為之意思表示，月旦法學教室第 153 期。

	<p>違反近親結婚之規定而無效者，則丙與己共同收養之行為即違反第 1075 條而無效。</p> <p>(二)論述第 971 條之姻親關係消滅之事由，按本條於 74 年修法後之解釋，自不包括「配偶一方死亡」。</p> <p>(三)判斷丙與己之為「旁系姻親五親等，且輩分不相同」之親屬關係，違反第 983 條近親結婚禁止之規定。</p> <p>(四)另可對題示有的資訊，以第 982 條、第 1073、第 1079-4 條分別涵攝簡述。</p> <p>二、第二小題：</p> <p>(一)點出爭點：同性伴侶能否適用或類推適用第 1074 條但書第 1 款之規定。</p> <p>(二)論述得否「適用」：非現行法上之「夫妻」。</p> <p>(三)論述得否「類推適用」：依實務見解，事實上夫妻亦不得類推適用，此為立法者有意排除，非立法漏洞。</p> <p>(四)補充個人見解。</p> <p>三、第三小題：</p> <p>(一)得舉證甲為遺囑時無意思能力：遺囑無效、依第 1138 條第 1 款、第 1141 條繼承遺產。</p> <p>(二)無法舉證甲為遺囑時無意思能力：遺囑侵害特留分之部分論述。</p>
考點命中	<p>1.《高點民法講義》第一回，蘇律編撰，2018 年，頁 103。</p> <p>2.《高點民法講義》第五回，蘇律編撰，2018 年，頁 3、5、29、72-75。</p> <p>3.《高點法研所民法題庫班講義》第一回，蘇律編撰，2017 年，頁 297-298。</p>

## 【擬答】

## (一)丙與己共同收養 A 之行為無效，理由如下：

- 1.本案之收養契約業經法院認可，雖有學者認為「法院認可」係具有權威性及公示性之公權力作用，故法院誤認無效之收養契約而為有效之認可時，救濟前仍不影響效力，避免影響身分安定性；惟通說見解認為，無效法律行為係屬自始、確定、當然無效，當不因法院認可而轉為有效，且依民法（下同）第 1079-4 條列舉之收養無效事由以觀，自仍應檢討其他收養之要件，以判斷收養契約效力。是以，本案之收養契約不得謂業經法院認可，即逕認有效，先予敘明。
- 2.依第 1075 條之規定，除夫妻共同收養外，一人不得同時為二人之養子女。次按第 1079-4 條。違反第 1075 條之收養無效。是以，本案之爭點實係「丙與己之結婚是否有效」，蓋若其婚姻無效者，其二人共同收養之行為即違反第 1075 條「同時被收養禁止原則」之規定，而為無效。
- 3.按第 983 條第 1 項第 3 款之規定，五親等內之旁系姻親，輩分不相同者不得結婚。」又違反本條「近親結婚禁止」規定者，結婚無效（第 988 條第 2 款參照）；再按第 971 條之規定，姻親關係，因離婚而消滅；結婚撤銷者亦同。本條於民國（下同）74 年修正時，鑒於當時條文後段「夫死妻再婚或妻死贅夫再婚時」之姻親消滅事由過於複雜，且留有傳統社會家族主義之嫌，故刪除之<sup>註 5</sup>。是以，依歷史解釋及反面解釋，「夫妻一方死亡」非姻親之消滅事由，生存者對死亡者之其他親屬之姻親關係，仍繼續存在。
- 4.本案，己之過世前夫的祖父，與丙之外曾祖父為同一人，且夫妻一方死亡非現行法第 971 條之姻親消滅事由已如前述，故丙與己係「旁系姻親五親等，且輩分不相同」之親屬關係。是以，丙與己之結婚實已違反第 983 條第 1 項第 3 款近親結婚禁止之規定，依第 988 條第 2 款規定而無效。
- 5.綜上所述，丙與己之結婚因違反近親結婚禁止而無效，其二人同時收養 A 之行為，亦違反第 1075 條之規定，而依第 1079-4 條之規定，收養無效。
- 6.應加以補充者係，丙與己之結婚雖未舉辦婚禮，惟 96 年修正後之第 982 條已改採「登記婚主義」，以增強婚姻公信力、避免儀式婚認定之爭議。是以丙與己於 102 年間所為之登記結婚，自符合第 982 條之形式要件；又依題示甲已扶養丙至成年，丙與己於登記後 3 年收養 2 歲 A 之時，丙至少 23 歲、又已 4 年前喪夫，依現行法之法定年齡要件（第 973 條參照）推算至少已 20 歲，亦未違反第 1073 條「收養年齡要件」之規定，併予敘明。
- 7.小結：  
丙與己之共同收養無效。

<sup>註 5</sup> 戴東雄，民法第 983 條禁止結婚之親屬範圍，月旦法學教室第 163 期，第 48 頁。

## (二)依目前最高法院之見解，法院不應認可丁之收養：

- 1.按第 1079 條第 2 項之規定，收養有無效、得撤銷，違反規定者，法院應不予認可；次按第 1074 條但書第 1 款規定，夫妻之一方收養他方之子女，得單獨收養。是以本案爭點係，與庚同居並已註記為同性伴侶之丁，得否適用或類推適用第 1074 條但書第 1 款規定，茲論述如下。
- 2.按現行法及實務見解，丁與庚並非法律上夫妻，不得「適用」第 1074 條但書第 1 款之規定：
  - (1)按第 1074 條所稱「夫妻」者，係指（一男一女）雙方當事人有發生夫妻關係之實質意思，並滿足民法親屬編第二章第二節以下各項結婚形式及實質要件者，始足當之，此有最高法院 105 年度台簡抗字第 11 號裁定可資參照。申言之，我國民法第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」，即明定婚約必須基於男女當事人雙方有於將來成立婚姻關係之自主性合意；同法第 980、982 條復規定男女結婚須具備結婚登記等要件，始成為法律上之夫妻，此亦有最高法院 107 年度台簡抗字第 97 號裁定可稽。
  - (2)本案之丁與庚同屬女性，且未有結婚登記，雖有同居事實，且有向戶政事務所註記為同性伴侶，為該註記僅為戶政之參考，而非身分登記，自不符上揭民法「夫妻」之要件，依現行法及實務見解，無從「適用」第 1074 條但書第 1 款之規定。
- 3.按現行法及實務見解，丁與庚縱使為「事實上夫妻」亦不得「類推適用」第 1074 條但書第 1 款之規定：
  - (1)按類推適用，係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似之規定，加以適用，為基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞的方法，倘無法律漏洞，自不生類推適用而補充之問題。雖司法院大法官會議釋字第 748 號解釋，略謂：民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違云云。惟亦指明：有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定等語。準此，在有關機關完成相關法律之修正或制定前，就有同性伴侶關係者能否收養對方之子女，顯然尚欠缺類推適用之基礎，此有最高法院 106 年度台簡抗字第 129 號裁定見解可參。
  - (2)再按最高法院 105 年度台簡抗字第 11 號裁定見解，縱採較開放之見解，肯認同性伴侶間因主觀上具共同生活意思、客觀上有長久共同家計生活之事實，可成立再抗告人所稱「事實上夫妻」關係，但究不具民法婚姻之形式要件。況身分關係之發生、消滅或變更，本具公益性，非單純之私法（財產關係）性質，自應尊重現行法定婚姻秩序規範，亦即「事實上夫妻」，不論其屬同性或異性，與「法律上夫妻」，就身分關係之發生、消滅或變更，仍具一定程度之差異，無性質相類似而得類推適用相關規定之餘地，此與憲法所彰平等原則，並無違背。
  - (3)是以，依上開最高法院見解認為，現行法下未就「事實上夫妻」之權益加以規範，並非法律漏洞，而屬立法者之「有意排除」，尚無類推適用之餘地。故本案之丁尚無從類推適用第 1074 條但書第 1 款之規定。
  - (4)對此，本文認為，「同性婚姻」係屬應予立法保障之制度，已殆無疑義，惟大法官第 748 號解釋既已賦予有權機關於「2 年內」修正或制定，此種「違憲定期失效」即係考量法律遽然失效，法律關係必將陷於一種不安定的狀態，恐有違法的安定性。若在此定期間之「2 年內」准許類推適用，就法安定性而言，似可能破壞立法形成自由，並造成「新法」與「類推適用舊法」產生不一致之情形。準此，本文認為雖屬遺憾，惟似仍以否定說為宜。

## (三)甲之遺產，應由何人繼承？其所繼承之數額為何？

本案甲之遺產如何繼承，關鍵在於「甲為自書遺囑時有無意思能力」，惟因其自書遺囑符合第 1190 條之形式要件，且行為能力為意思能力之客觀化標準，甲在未受監護宣告之情況下，倘若繼承人爭執「甲為遺囑時無意思能力」者，自應負舉證責任<sup>註6</sup>。茲就得舉證甲於行為時無意思能力，及無法舉證無意思能力之情形論述如下：

## 1.得舉證甲為遺囑時無意思能力者

- (1)依第 75 條後段之規定，意思表示係在無意識或精神錯亂中所為者無效。又所謂無意識，係指全然欠缺意思能力而不能為有效的意思表示而言（最高法院 103 年度台上字第 815 號判決意旨參照）。次依第 1138 條第 1 款、第 1141 條之規定，直系血親卑親屬為第一順位之繼承人，平均繼承。
- (2)本案，依題所示甲已完全無法為意思表示或受意思表示，且無法辨識意思表示效果的能力，顯係全

<sup>註6</sup> 黃詩淳，無意識或精神錯亂中所為之意思表示，月旦法學教室第 153 期，第 16 頁。

然欠缺意思能力而不能為有效意思表示；惟自書遺囑乃係一「法律行為」，自應以有效之意思表示為必要，是以該遺囑行為依第 75 條後段之規定，屬無意思能力所作成，當屬無效。

(3)又配偶乙早逝，不符合同時存在原則，故依第 1138 條第 1 款、第 1141 條之規定，由甲之直系血親卑親屬丙、丁、戊三人平均繼承財產 3000 萬元，得各繼承 1000 萬元。

## 2.無法舉證甲為遺囑時無意思能力者

- (1)依第 1187 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。次按第 1225 條，特留分被侵害之繼承人得主張扣減權。末按第 1223 條，直系血親卑親屬之特留分為應繼分之 1/2。
- (2)本案，若無法舉證甲為遺囑時無意思能力，甲之遺囑亦違反第 1187 條之規定，違反特留分之範圍應屬無效。是以丙、丁應可依第 1223 條特留分之規定，各繼承 500 萬；戊可繼承 2000 萬元。

二、甲與日本乙株式會社（下稱乙公司）於民國 102 年 3 月 1 日在東京訂立工程承攬契約，由乙公司承攬興建甲所有坐落臺北市某筆土地上之 A 大樓。三年後，甲在大阪與德國商人丙買賣中國清代名畫，由甲出賣圖畫一幅給丙，甲竟以贗品冒充為真蹟，向丙騙得價金新臺幣（下同）5,000 萬元。而 A 大樓恰於此時完工，甲之會計人員已與乙公司結算付清全部之工程款，惟甲誤以其仍欠乙公司工程款 5,000 萬元，即在臺北市以其向丙騙得之 5,000 萬元交付予乙公司派駐在臺北之代表。嗣甲將 A 大樓之內部裝潢交由丁承攬，迨裝潢工程進行至一半時，甲因財務拮据，認無再繼續裝潢之必要，乃向丁終止該裝潢承攬契約。試問：

- (一)丙向我國法院起訴，主張依不當得利之規定，請求乙公司給付其自甲所受領之 5,000 萬元，準據法為何？（15 分）
- (二)前述(一)之情形，丙之請求有無理由？（30 分）
- (三)丁依民法第 511 條規定，請求甲賠償損害，包括 1. 契約終止後將未用畢之材料運回之損害及 2. 契約終止前所積欠之承攬報酬，有無理由？（30 分）

參考法條：

## 涉外民事法律適用法

### 第 20 條

法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。

法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。

### 第 24 條

關於由不當得利而生之債，依其利益之受領地法。但不當得利係因給付而發生者，依該給付所由發生之法律關係所應適用之法律。

### 第 25 條

關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但另有關係最切之法律者，依該法律。

命題意旨	<p>本題共分三大部分，各小題命題意旨分述如下：</p> <p>一、第一小題係以「涉外民事法律適用法」包裝，實際上係測驗本案應定性為「給付型」抑或「非給付型」不當得利，以適用準據法。</p> <p>二、第二小題屬教科書常舉之案例，測驗「直接因果關係」之學說見解及非給付型不當得利之判斷。林大洋法官今年與前年共有兩篇文章對此有為文評論，值得參考<sup>註7</sup>。</p>
------	---

<sup>註7</sup> 參林大洋（2018），不當得利之發展與演進－以實證研究為中心並兼論與沒收新制的衝突，法令月刊第 69 卷第 3 期，。林大洋，（2016），侵害型不當得利因果關係之判斷，中律會訊第 19 卷第 1 期。



	三、第三小題測驗民法第 511 條損害賠償範圍判斷。 <u>傳統實務見解認為「終止前之報酬」亦包含在內，惟最新實務見解（最高法院 106 年度台上字第 721 號民事判決）改採否定說，與學界通說相同。</u> 建議考生對此得以「終止權之法理」作答。
答題關鍵	第一小題：本案於我國起訴，依法庭地法說以我國法予以「定性」；又本案乙丙間無給付關係，故屬「非給付型不當得利」之法律關係，依民法第 24 條本文，以我國法為準據法（乙公司派駐在臺北之代表為受領地）。 第二小題：分述學說對於「直接因果關係說」之見解，以及不同見解下本案適用之情況。 第三小題：論述實務及學說對於「終止契約前之報酬」是否為第 511 條範圍之見解；又終止後運回之損害，無疑是終止後所生之積極損害，當可請求。
考點命中	1.《高點民法講義》第二回，蘇律編撰，2018 年，頁 56。 2.《高點民法講義》第三回，蘇律編撰，2018 年，頁 41。

## 【擬答】

(一)依涉外民事法律適用法（下稱涉民法）第 24 條本文之規定，本案應以中華民國法律（利益受領地）為準據法：

1.依法庭地法說，應以我國法之法律加以「定性」：

(1)定性係指決定法律關係之性質，以決定該涉外法律關係究應屬於何類適用法則之範疇，此為國際私法法律衝突、法律適用選擇之先決條件。又定性之標準向有法庭地法說、本案準據法說、分析比較法說等，通說採法庭地法說，以受領案件之法院國內法，判斷法律性質。

(2)本案，丙係向我國法院起訴，依法庭地法說，應以我國法加以定性本件之法律關係為何，先予敘明。

2.本案係「非給付型不當得利」，應依涉民法第 24 條本文之規定，以我國法為「準據法」：

(1)按涉民法第 24 條規定：「關於由不當得利而生之債，依其利益之受領地法。但不當得利係因給付而發生者，依該給付所由發生之法律關係所應適用之法律。」由本條之本文及但書之規定即知，「給付型不當得利」與「非給付型不當得利」之準據法有所不同。是以本案爭點係，丙向乙所主張之不當得利法律關係，應定性為「給付型」抑或「非給付型」？對此論述如下。

(2)本案，丙係對甲為給付 5000 萬價金，甲則對乙非債清償 5000 萬工程款，是故丙對乙並無給付關係，乙丙間當屬非給付型不當得利<sup>註8</sup>。申言之，乙之受益係因甲之給付，而非丙之給付行為，此屬於「非給付型中之侵害型不當得利<sup>註9</sup>」之法律關係。準此，本案應依涉民法第 24 條本文，依其利益之受領地法。

(3)依題示，甲係於臺北市交付予乙公司派駐在臺北之代表。準此，丙起訴主張之「利益受領地」為中華民國，依涉民法第 24 條本文，應以中華民國之法律為準據法。

## 3.小結

依涉民法第 24 條本文，本案應以我國法（利益受領地）為準據法。

(二)丙之主張應無理由，論述如下：

1.甲以贗品向丙騙得買賣價款 5000 萬元，丙應得依民法第 88 條第 2 項、第 92 條之規定撤銷買賣契約及物權移轉行為之意思表示應無疑義，先予敘明。

2.丙向乙之主張為非給付型之不當得利，已如上述。惟丙之主張有無理由，涉及學說上是否採取「直接因果關係」而有所不同，就學說見解分述如下：

## (1)否定說

否定說論者認為，民法第 179 條並未以「直接」因果關係為要件，是以若有第三人之行為介入，該財產價值之移動，依社會觀念認為不當者，即有不當得利適用。本案，甲係向丙騙取金錢，再對乙為非債清償，若依直接因果關係說，丙僅得向甲主張不當得利，則甲逃亡時，將產生丙受損失、乙坐享其成之荒謬結果，故不應採直接因果關係說，應使乙對丙負返還義務，方為合理<sup>註10</sup>。

<sup>註8</sup> 參林大洋（2018），不當得利之發展與演進－以實證研究為中心並兼論與沒收新制的衝突，法令月刊第 69 卷第 3 期，第 23 頁。

<sup>註9</sup> 參林大洋（2018），不當得利之發展與演進－以實證研究為中心並兼論與沒收新制的衝突，法令月刊第 69 卷第 3 期，第 23 頁。

<sup>註10</sup> 鄭玉波著，陳榮隆修訂（2004），民法債編總論，第 105 頁；史尚寬（1972），債法總論，第 72 頁；孫森

## (2)肯定說

肯定說論者認為，直接因果關係說主要目的在保持各當事人間之抗辯。本案，甲騙丙錢而對乙為非債清償，依直接因果關係說，乙丙間不成立不當得利，主要目的在於維持「乙與甲間之抗辯權」，此對乙具有重大實益，否不足保護交易安全<sup>註11</sup>。

## (3)小結

本文認為肯定說較為可採，蓋現行法下丙亦得依法行使代位權，或對「甲對乙之不當得利請求權」為強制執行，似無特別創設「丙對乙不當得利請求權」之必要。另乙之受益是否致丙受有損害，關鍵應在於乙所獲得之利益，依法規範所定之分配法則，是否係歸屬於丙之權利內容？按受詐欺所為之意思表示僅係得撤銷，而非無效，且甲交付金錢予乙已發生貨幣所有權移轉之效力，依法秩序預定之財貨分配法則或法規範權益歸屬之價值判斷，該金錢係屬於甲所有，故乙並未因侵害應歸屬丙之權益內容而受利益，應不成立不當得利<sup>註12</sup>。

3. 本案，依「直接因果關係說」，此時丙撤銷被詐欺之意思表示後，與甲對乙之非債清償，形成「雙重不當得利」情形，惟丙與乙間因無直接因果關係，依上開說明，應不成立不當得利。丙應對甲主張不當得利，抑或依民法第 242 條代位權之規定，行使甲對乙之不當得利請求權。

## 4. 結論

依直接因果關係說，丙向乙主張不當得利無理由。

## (三)丁得請求將未用畢材料運回之損害賠償，惟不得以民法第 511 條但書作為請求權基礎請求報酬：

本案爭點係，民法第 511 條但書之損害賠償意義為何？就本案丁之請求，分述如下：

## 1. 契約終止前所積欠之報酬部分

契約終止前之報酬是否為民法第 511 條但書之損害賠償，學說及實務見解分歧：

## (1)肯定說

舊實務見解認為契約終止前之報酬應屬本條之損害賠償範圍。最高法院 78 年台上字第 779 號民事判決即謂：「定作人依法終止承攬契約後，承攬人就已完成工作部分之報酬，應包括在民法第 511 條但書所定損害賠償範圍內。」最高法院 92 年台上字第 738 號民事判決亦謂：「包括報酬在內，但應扣除承攬人因契約消滅所節省之費用及其勞力使用於其他工作所可取得或惡意怠於取得之利益。」

## (2)否定說

惟較新實務見解及學界通說採否定說。最高法院 106 年度台上字第 721 號民事判決即謂：「其次，民法第 511 條規定，工作未完成前，定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。其但書所規定承攬人得向定作人請求賠償者，乃因契約終止而生之『損害賠償』。而損害賠償之債，基於『有損害斯有賠償』之原理，以債權人實際受有損害始得請求賠償；至承攬契約之任意終止，僅使承攬契約自終止時起，向將來失其效力，而非溯及的歸於消滅，承攬人於契約終止前已完成工作之報酬請求權（債權），仍然有效存在，並不受契約終止之影響，承攬人仍可依原契約請求給付，自不具有損害賠償之性質（本院 62 年台上字第 1536 號判例參照）。因此民法第 511 條但書所稱賠償因契約終止而生之損害，係針對承攬人因契約終止而未完成工作部分所生之損害，並不包括工作已完成部分之報酬在內。」；學界通說認為，本條但書之損害賠償係指未完成部分之可得利益，至報酬請求權，惟另一層次之問題，非在損害賠償之概念之內<sup>註13</sup>。

## (3)小結

本文認為，按終止權之行使，係使契約向後失其效力，承攬人就契約終止前已完工之部分，自當有報酬請求權存在，得依契約請求之，又報酬請求權與損害賠償之概念實屬不同，應以否定說較為可採。故本案丁雖得請求「契約終止前所積欠之承攬報酬」，惟應不得以民法第 511 條但書作為請求權基礎。

## 2. 契約終止後將未用畢之材料運回之損害部分：

焱（1999），民法債編總論上，第 104 頁。

註11 王澤鑑（1990），民法債編總論，第 40 頁。

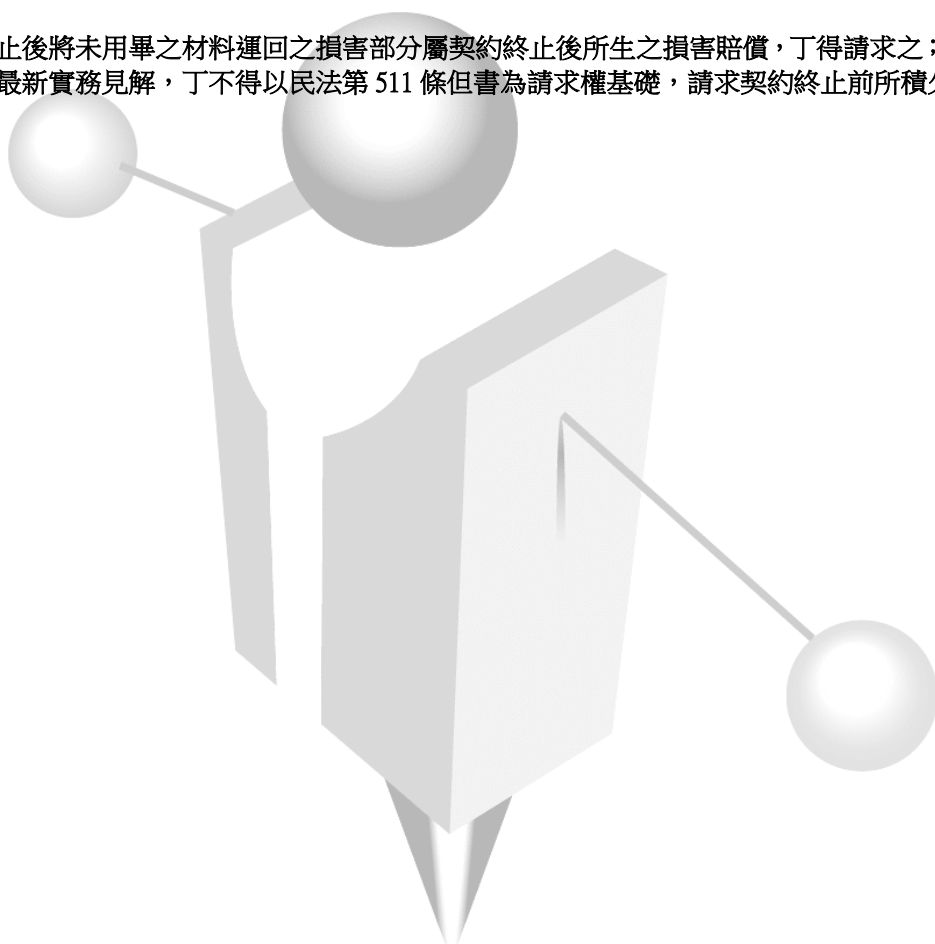
註12 此為林大洋法官之見解。參林大洋（2018 年，不當得利之發展與演進—以實證研究為中心並兼論與沒收新制的衝突，法令月刊第 69 卷第 3 期，第 24 頁。林大洋，（2016），侵害型不當得利因果關係之判斷，中律會訊第 19 卷第 1 期，第 119 頁。

註13 劉春堂，債編各論（中），第 127 頁。

- (1)按承攬人依民法第 511 條規定，得請求定作人賠償之損害，係包括因定作人隨時終止契約而生之積極損害及消極損害而言（最高法院 72 年度台上字第 247 號判決意旨參照）。
- (2)本案，契約終止後將未用畢之材料運回之損害乃屬契約終止後所生之積極損害，自屬民法第 511 條但書之損害賠償範圍。故丁就此部分之請求，當有理由。

### 3.小結

契約終止後將未用畢之材料運回之損害部分屬契約終止後所生之損害賠償，丁得請求之；惟依終止之法理，及最新實務見解，丁不得以民法第 511 條但書為請求權基礎，請求契約終止前所積欠之報酬。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《民法與民事訴訟法(一)》

一、甲男任職某地方法院檢察署擔任法警，成年之乙男因案受緩起訴處分，須至該檢察署從事義務勞動。某日，乙在該檢察署從事義務勞動時，甲竟不顧乙之反對及推阻，於違反乙之意願下，強行以其性器官進入乙之口腔，對乙強制性交得逞。乙因本件事故而常有做惡夢、哭泣等創傷反應；乙之配偶丙及母親丁，亦因甲對乙的侵害行為而受有情感上之傷害。乙、丙、丁三人因此分別向甲請求非財產上損害賠償。甲對乙、丙、丁之請求，抗辯其並未侵害乙、丙、丁之任何權益，乙、丙、丁不得對其請求損害賠償。

試問：雙方之主張，何者有理由？（75 分）

命題意旨	本題係測驗考生有關於侵權行為之非財產上損害賠償的相關概念。
答題關鍵	1.對於被害人之人格權遭受侵害，得主張侵權行為之損害賠償，並得主張非財產上之損害賠償。 2.對於被害人配偶及父母，是否亦得主張身分法益受侵害而屬情節重大，得請求非財產上之損害賠償一事，學說與實務見解有不同看法，如能列出正反兩面見解，應可獲致不錯的分數。
考點命中	1.《高點民法講義》第四回，高台大編撰，頁 92-96。 2.《民法債編(I) (圖說)》，高點文化出版，張志朋律師編著，2016 年，頁 5-182~5-184。

## 【擬答】

(一)本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定向甲主張侵權行為損害賠償責任，並得依第 195 條第 1 項規定向甲請求非財產上損害賠償：

1.本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定向甲主張侵權行為損害賠償責任：

- (1)按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限，民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項分別定有明文。
- (2)本題，甲不顧乙之反對及推阻，於違反乙之意願下，強行以其性器官進入乙之口腔，對乙強制性交得逞，係侵害乙之身體權及貞操權，並造成乙之身體權及貞操權受到損害，而甲之行為與乙之身體權及貞操權之損害間應認為有因果關係，且甲亦認識其行為會造成乙之身體權及健康權受到損害，又甲之行為並無任何阻卻違法事由具有不法性，是以，本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲主張侵權行為損害賠償責任。
- (3)此外，甲於違反乙之意願下，強行以其性器官進入乙之口腔，對乙強制性交得逞，係屬故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，故本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向甲主張侵權行為損害賠償責任。
- (4)再者，甲對乙強制性交得逞一事，係可能構成刑法第 221 條第 1 項之強制性交罪，且該規定係屬保障個人之身體性自主權之法益，故係屬「保護他人之法律」，且乙之身體性自主權亦屬該保護他人法律所欲保障之對象及法益，故本題乙亦得依民法第 184 條第 2 項規定，向甲主張違反保護他人法律之侵權行為損害賠償責任。
- (5)綜上，本題乙得依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定向甲主張侵權行為損害賠償責任。

2.本題乙並得依民法第 195 條第 1 項規定向甲請求非財產上損害賠償：

- (1)按人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，民法第 18 條第 1 項、第 2 項及第 195 條第 1 項分別定有明文。
- (2)準此，本題甲不顧乙之反對及推阻，於違反乙之意願下，強行以其性器官進入乙之口腔，對乙強制性交得逞，係侵害乙之身體權及貞操權，是乙得依民法第 184 條第 1 項前段、後段及第 2 項規定向甲主張侵權行為損害賠償責任，故乙自得依民法第 195 條第 1 項規定向甲請求非財產上損害賠償。是以，乙向甲主張非財產上之損害賠償責任者，於法應屬有據。

(二)丙得否向甲依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上損害賠償，學說及實務見解上有爭議，茲分述如下：

- 1.按民法第 195 條第 3 項規定，前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法



益而情節重大者，準用之。

2. 本題，丙為乙之配偶，而甲之行為侵害乙之身體權及貞操權，是否亦屬侵害丙之身分法益而得依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上之損害賠償，有正反兩面之見解：

(1) 肯定說：

採肯定說認為，依債篇修正民法第 195 條第 3 項規定，其立法理由謂：鑑於父母或配偶與本人之關係最為親密，基於此種親密關係所生之身分法益被侵害時，其所受精神上之痛苦最深，且條文並未限定侵害身分法益之類型，又如一方配偶被強姦，他方身分法益被侵害所致精神上之痛苦等是，故他方配偶得依此主張侵害身分法益而情節重大之事由，請求非財產上之損害賠償。

(2) 否定說：

採否定說認為，基於個人人格自主之精神，不宜認為對他人配偶為強制性交時，亦同時構成對被害人配偶之身分法益侵害，而僅構成對該強制性交者之人格權侵害，故他方配偶即不得依此主張侵害身分法益而情節重大之事由，請求非財產上之損害賠償<sup>註1</sup>。

3. 準此以言，本題，倘採「肯定說」之見解，則可認為甲係侵害丙之配偶身分法益而屬情節重大，故丙自得依民法第 195 條第 3 項規定，向甲請求非財產上損害賠償；惟採「否定說」之見解者，則丙不得依民法第 195 條第 3 項規定，向甲請求非財產上損害賠償。

(三) 丁得否向甲依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上損害賠償，學說及實務見解上有爭議，茲分述如下：

1. 本題，乙為成年人，此時甲對乙為強制性交之行為，是否侵害乙之母親丁之身分法益而屬情節重大，故丁得請求非財產上損害賠償一事，實務及學說上履有爭議：

(1) 肯定說：

肯定說認為，民法第 195 條第 3 項規定並未排除被害人父母，以其基於父或母之關係之身分法益被侵害時而得請求損害賠償之權利，又子女為他人不法性侵，身為父母者，當會因痛心、不捨、自責而有精神上之痛苦，故被害人父母基於父或母之關係之身分法益被侵害且情節重大者，自有請求非財產上損害之權利。<sup>註2</sup>

(2) 否定說：

否定說認為，被害人於遭受不法侵害時已成年，其心智已經成熟，有相當之自主性，毋庸由其父母為監護行為，按其情節應認為非屬重大；況父母對於已成年之子女並無保護教養之權利與義務，故被害人已成年遭受強制性交一事係侵害父母何種身分法益亦不明確，除非該已成年之被害人受監護宣告或輔助宣告而與侵害未成年人之情形相當，否則被害人之父母自不得依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上之損害賠償<sup>註3</sup>。

2. 綜上所述，倘本件採「肯定說」之見解者，丁得向甲依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上損害賠償；惟採「否定說」者，除非乙受有監護宣告或輔助宣告，否則丁自不得依民法第 195 條第 3 項規定請求非財產上之損害賠償。

- 二、未辦保存登記之 A 屋為甲所有，自民國（下同）95 年 9 月起甲將 A 屋出租與乙，約定之租期為不定期，該租賃契約未辦公證。甲在 100 年 3 月將 A 屋賣給丙，甲與丙之間則約定使丙間接占有以代屋之交付，丙則隨即辦妥 A 屋之稅籍變更登記。嗣後，丙在 100 年 10 月向乙請求返還 A 屋，乙則主張買賣不破租賃，以及 A 屋為未辦保存登記建物丙無從取得所有權為由，拒絕返還 A 屋。

試問：丙依民法第 767 條、第 962 條、第 184 條、第 179 條等規定，請求乙返還 A 屋，有無理由？（75 分）

版權所有，重製必究！

註<sup>1</sup> 葉啟洲，性侵害與被害近親的身分法益，月旦法學教室，第 180 期，2017 年 10 月，頁 10-11。

註<sup>2</sup> 參見臺灣新竹地方法院 98 年訴字第 58 號民事判決、臺灣士林地方法院 101 年訴字第 459 號民事判決。

註<sup>3</sup> 參見臺灣高等法院 臺南分院 101 年訴字第 2 號民事判決；葉啟洲，性侵害與被害近親的身分法益，月旦法學教室，第 180 期，2017 年 10 月，頁 11-12。

命題意旨	<p>本題命題意旨說明有三：</p> <p>(一)本題係改編最高法院 106 年度台上字第 187 號民事判決。依筆者之整理，近年民事法出題趨勢皆係改編最高法院判決<sup>註4</sup>，考生應對最新之重要性判決有所掌握。</p> <p>(二)我國法並未強制建物必須辦理登記，未登記僅不得處分（第 759 條）。故考生應了解，<b>並不是未辦理保存登記之建物即屬「違章建物」</b>。不過，目前實務皆已肯認，未辦理保存登記之建物，得移轉事實上處分權。故本題建議圍繞在事實上處分權之用語作答，而非違章建物。</p> <p>(三)本題所測驗之請求權基礎，皆係以「事實上處分權之性質」為核心爭點。究應定性為債權、物權，抑或為特殊地位之權利實屬本題最困難之點，蓋對於事實上處分權之性質，不僅學說上見解分歧，甚至連最高法院亦存有矛盾見解<sup>註5</sup>。準此，本文認為，回答是否返還並非重點，重點在於理由構成，只需前後脈絡一貫、無矛盾，相信即有不錯分述。</p>
答題關鍵	<p>(一)說明事實上處分權之移轉 爭點：間接占有之方式是否移轉事實上處分權？</p> <p>(二)說明買賣不破租賃之適用 爭點：事實上處分權是否符合第 425 條 1 項「移轉所有權」之要件？ 爭點：第 425 條第 2 項之要件</p> <p>(三)說明第 767 條 1 項、2 項之請求權 爭點：事實上處分權得否類推適用第 767 條第 1 項？ 爭點：事實上處分權得否依第 757 條創設為習慣法物權，主張第 767 條第 2 項？</p> <p>(四)說明第 962 條 爭點：本條之占有人是否包含間接占有人？</p> <p>(五)說明第 184 條第 1 項前段之請求權 爭點：事實上處分權是否為第 184 條第 1 項保護之客體？</p> <p>(六)說明第 179 條 爭點：債之相對性、權益歸屬說之判斷</p>
考點命中	<p>1.《高點民法講義》第一回，蘇律編撰，頁 82-83。</p> <p>2.《高點民法講義》第二回，蘇律編撰，頁 65。</p> <p>3.《高點民法講義》第三回，蘇律編撰，頁 23。</p> <p>4.《高點法研所民法題庫班講義》第一回，蘇律編撰，頁 96-99。</p>

## 【擬答】

茲將當事人法律關係及丙之請求權基礎，分析如下：

## (一)丙取得 A 屋之事實上處分權

1.按民法第 758 條，不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。次按就未辦理保存登記之建築物為讓與時，雖因未辦理保存登記致不能辦理所有權移轉登記，但受讓人與讓與人間非不得約定將該建築物之事實上處分權讓與於受讓人（最高法院 74 年度台上字第 1317 號判決意旨參照）。再按事實上處分權之讓與，係以受領交付為要件（最高法院 102 年台上 1472 號判決參照）。而依民法第 946 條第 2 項準用同法第 761 條之規定，移轉占有並不以現實交付為限，簡易交付、占有改定或指示交付，均生移轉占有之效力。而關於事實上處分權之讓與，實務上多以稅籍登記或稅籍變更登記，作為事實上處分權歸屬、移轉之佐證（臺灣臺中地方法院臺中簡易庭民事判決 105 年度

## 高點法律專班

註<sup>4</sup> 例如【105 年律師第一題】涉及最高法院 102 年台上字第 1825 號判決；【105 年律師第三題】涉及高等法院 103 年台上字第 43 號判決；【104 年律師第一題】涉及最高法院 103 年台上字第 560 號判決；【104 年律師第二題】涉及台中高等法院 100 年上字第 100 號判決；【104 年司法官第二題】涉及最高法院 104 年台上字第 2019 號判決；【104 年司法官第三題】涉及最高法院 103 年台上字第 618 號判決；【103 年司法官第二題】涉及最高法院 102 年台上字第 141 號判決；【103 年律師第二題】涉及最高法院 103 年台上字第 104 號判決；【102 年司法官第一題】涉及最高法院 101 年台上字第 1695 號判決；【102 司法官第二題】涉及最高法院 102 年台上字第 232 號判決；【102 律師第一題】涉及最高法院 101 年台上字第 443 號判決。

註<sup>5</sup> 本文作答主要以最高法院之見解為主。就學說見解之部分，強烈建議參閱以下文章：吳從周，《再訪違章建築—以法學方法論上「法秩序一致性」原則出發觀察其法律性質與地位》，法令月刊第 68 卷第 6 期，2017 年 6 月，72-106 頁；《「最高法院關於違章建築判例之研究」座談會會議綜述》，月旦裁判時報第 29 期，2014 年 10 月，171-196 頁。

中簡字第 3063 號意旨參照)。

2. 本案，甲所有之 A 屋未辦理保存登記，自無從依民法第 758 條辦理所有權移轉登記，丙無取得 A 屋所有權並無疑義。然而有疑義者係，甲丙間以占有改定之方式交付 A 屋，是否已移轉事實上處分權？依實務見解，因占有改定亦生移轉占有之效力，且甲丙間並辦妥稅籍移轉登記，應已足認丙取得 A 屋之事實上處分權以及占有人之地位（臺灣高等法院 106 年度上易字第 589 號判決參照）。

## (二) 乙主張買賣移轉不破租賃，應無理由

1. 按民法第 425 條第 1 項，出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。次按同條第 2 項之規定，前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。
2. 本案有疑義者，甲並非讓與所有權，而係事實上處分權，此時是否有買賣不破租賃之適用？對此，縱然部分實務見解認為，受讓人所取得之事實上處分權，較之所有權人之權能，實屬無異，故依民法第 425 條之立法意旨，所謂「所有權讓與」，解釋上應包括就無法辦理所有權登記之建物受讓事實上處分權之情形（最高法院 106 年度台上字第 187 號判決意旨參照、最高法院 99 年度台上字第 1723 號判決意旨、臺灣高等法院 103 年度上易字第 1177 號判決意旨參照），然而，因甲乙間之租賃契約係未定期限且未經公證，亦不符合民法第 425 條第 2 項之要件，故無從主張買賣不破租賃之規定。

## (三) 丙主張民法第 767 條應無理由，分述如下：

### 1. 丙應不得主張適用民法第 767 條第 1 項前段

按民法第 767 條第 1 項前段，所有權人對無權占有人得請求返還之。然本件丙並無所有權，已如上述，自不得主張適用本條項之規定。

### 2. 丙應不得主張類推適用民法第 767 條第 1 項前段

有疑義者係，事實上處分權是否得類推適用本條項之規定？雖有部分學者及下級審見解認為，事實上處分權與所有權在靜態性權利保護應採相同觀點，應肯定有類推適用之空間；然而，依最高法院之穩定見解，事實上處分權究與物權性質不同，自無民法第 767 條第 1 項物上請求權規定適用，亦無類推適用餘地（最高法院 103 年台上字第 2241 號判決、最高法院 95 年台上字第 94 號判決意旨參照）。準此，本案丙應不得以事實上處分權，主張類推適用民法第 767 條第 1 項前段，請求返還 A 屋。

### 3. 丙應不得主張民法第 767 條第 2 項準用同條第 1 項前段

(1) 按民法第 767 條第 2 項規定，前項規定，於所有權以外之物權，準用之。次按民法第 757 條之規定，物權得依習慣法創設之。準此，事實上處分權是否有以習慣法創設為物權，進而主張第 767 條 2 項之可能？我國多數學說見解認為，實務長久以來，對於讓與事實上處分權之新型態交易關係予以承認，實已具備長久慣行及法之確信，得以習慣法創設其為物權，其公示外觀不必拘泥於登記，亦可以房屋稅籍登記之方法取代。

(2) 對此，本文認為，事實上處分權多發生在違章建物買賣之情形，而違章建築不論於行政法上抑或民事法上，皆具有違法性，實與民法第 2 條，要求習慣不得違反公序良俗之要件相違，更遑論將事實上處分權近一步提升為完全合法地位的權利<sup>註 6</sup>。肯定說亦可能架空登記制度，破壞市場秩序之交易安全。準此，本文採否定之見解，本案之丙應不得以民法第 767 條第 2 項之規定，主張返還。

## (四) 丙主張民法第 962 條前段請求返還，應無理由

1. 按民法第 962 條，占有人其占有被侵奪者，得請求返還其占有物。次按最高法院 64 年台上第 2026 號判例見解，占有被侵奪者，依民法第 962 條上段規定，其占有人固得請求返還其占有物，但所謂占有人，必就其占有物有事實上之管領力，否則，即使對於占有物有合法之權源，亦不能本於占有請求返還。
2. 本案，丙雖為占有人，然其係間接占有之地位，對 A 屋並無事實上管領力，故依判例見解，應不得主張民法第 962 條前段之占有回復請求權。

## (五) 丙主張民法第 184 條第 1 項前段請求返還，應有理由

1. 按民法第 184 條第 1 項前段，因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。本條項所保護之客體，依實務及多數學說見解係限於權利不包括利益，從而本案之爭點係，事實上處分權是否為本條項之保護客體？對此，有論者認為事實上處分權係無所有權之名，然有所有權之實之權能，具有

註<sup>6</sup> 吳從周教授更以「法秩序一致性」之觀點有更深入之論述，建議參閱：吳從周，《再訪違章建築—以法學方法論上「法秩序一致性」原則出發觀察其法律性質與地位》，法令月刊第 68 卷第 6 期，2017 年 6 月，72-106 頁。

使用收益等利益歸屬狀態之法定地位，應屬本條項保護之客體<sup>7</sup>。最高法院見解亦認為，事實上處分權，具占有、使用、收益、事實上處分及交易等支配權能，長久以來為司法實務所肯認，亦為社會交易之通念，自屬民法第 184 條第 1 項前段所稱之權利（最高法院 106 年度台上字第 187 號判決意旨參照）。次按民法第 213 條第 1 項，負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。

2. 本案，丙之事實上處分權，依學說及最高法院見解，乃民法第 184 條第 1 項前段所保護之客體，故此侵害應得向乙主張侵權責任，又依民法第 213 條 1 項之規定，應以返還作為回復原狀之方法。另本案並非以違背公序良俗之方法，且無保護他人之法規存在，同條第 1 項後段及第 2 項之請求權自無從成立，併予敘明。

#### (六) 丙主張民法第 179 條之不當得利請求返還，應有理由

1. 按民法第 179 條前段規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。是否該當上述不當得利之成立要件，應以「權益歸屬」為判斷標準，亦即倘欠缺法律上原因，而違反權益歸屬對象取得其利益者，即應對該對象成立不當得利。又未為所有權登記之建物之占有利益，應歸屬於享有事實上處分權之人，第三人未經事實上處分權人同意而占有該建物，受有占有之利益，致事實上處分權人受有損害，且無法律上原因時，該事實上處分權人自得依民法第 179 條規定，請求返還其占有（最高法院 106 年度台上字第 187 號判決意旨參照）。
2. 本案，丙為 A 屋之事實上處分權人，則該建物之占有利益，自應歸屬於丙，乙既不得對之主張租賃契約存在（債之相對性），其占有系爭建物即欠缺法律上原因，而為無權占有，是其受該占有之利益，致丙受損害，則丙依民法第 179 條前段規定，請求乙返還其占有，為有理由，應予准許。

#### (七) 結論

綜上所述，丙具 A 屋之事實上處分權，應得依民法第 184 條第 1 項前段、第 179 條之規定，請求返還。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>7</sup> 林誠二，〈論違章建築事實上處分權之移轉〉，收錄於《物權與民事法新思維：司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 5、7。