

《民法》

甲、申論題部分：（50分）

- 一、甲因想創業需要資金，於是跟銀行借新台幣（下同）500萬元，並將其名下的A屋提供給銀行設定普通抵押權。A屋後來因地震而嚴重損害，急需進行整修，於是甲跟乙成立A屋修繕契約，並約定修繕報酬為300萬。A屋經乙整修後，A屋市價約提高200萬元。惟甲因財務問題，不但無法給付修繕報酬，亦無法返還其向銀行之借款，對銀行之欠款尚有300萬元未還清。而且甲尚欠丙150萬元（未設抵押權），丁100萬元（未設抵押權）。上述借款皆已屆期，甲無力清還債務，故出賣A屋以還債，A屋賣得不錯價錢750萬元。請問甲欲以賣A屋所得之750萬元清償其債務，其清償順位如何？如果乙為A屋修繕時，有預先登記法定抵押權，其清償順位是否有不同？（25分）

試題評析	本題在測驗考生對民法第513條（承攬人之抵押權）之瞭解程度，尤其該條第1項與第4項之規定內容。
考點命中	1.《高點·高上民法講義》第三回，周律編撰，頁60-62。 2.《高點·高上民法總複習講義》第二回，周律編撰，頁81。

答：

乙是否有為承攬人之抵押權登記，將導致清償順位之不同。分析如下：

（一）首先，關於承攬人之抵押權，說明如下：

- 1.民法第513條第1項規定，承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人得就承攬關係報酬額，對於其工作所附之定作人之不動產，請求定作為抵押權之登記；或對於將來完成之定作人之不動產，請求預為抵押權之登記。按承攬契約採「報酬後付」的原則（參見民法§490），當承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物（或為此等工作物之重大修繕）時，通常承攬人之報酬數額較為龐大，為保障承攬人之報酬請求權得以實現，故明文規定承攬人之抵押權，其要件包括：
 - (1)須承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物之新建或重大修繕。
 - (2)須為承攬人因承攬關係所生之報酬額。
 - (3)須以承攬工作所附之定作人的不動產為標的。
 - (4)須為抵押權之登記。依民法第513條第1項規定，承攬人於具備(1)、(2)、(3)之要件時，得請求為抵押權之登記；故須為登記以後承攬人才能取得該抵押權，未登記前，承攬人尚不得取得。
- 2.另外，民法第513條第4項規定，第1項就修繕報酬所登記之抵押權，於工作物因修繕所增加之價值限度內，優先於成立在先之抵押權。按承攬人為工作物之重大修繕後使該工作物之價值增加，如承攬人之抵押權不能優先於其他成立在先之抵押權，則無異是以承攬人之資金使定作人之其他債務獲得清償，顯不公平。為公平起見，本項規定，使承攬人之報酬額於工作物價值增加之限度內得優先於其他抵押權而受償。

（二）據上述說明，茲答覆本題如下：

- 1.本題甲與乙就A屋成立修繕契約且約定修繕報酬為新台幣300萬元，故甲、乙間成立承攬契約，工作內容為建築物（A屋）之重大修繕，依上述民法第513條之規定，承攬人乙就其報酬新台幣（下同）300萬元得請求定作人甲為抵押權之登記，且須於登記後乙才能取得該抵押權；未登記前，乙尚無抵押權。
- 2.倘乙未為抵押權之登記，則甲賣A屋所得之750萬元其清償順位如何？說明如下：
 - (1)乙未為抵押權之登記即無法取得承攬人之抵押權，故乙對甲之300萬元承攬報酬請求權僅為普通債權，無優先受償之權。
 - (2)甲賣A屋所得之750萬元之清償順序如下：
 - ①有抵押權之銀行得最優先受償，先獲償甲尚未還清之300萬元借款。
 - ②銀行受償後，剩餘之450萬元（750萬元－300萬元）已不足清償甲剩於債務，應由普通債權人乙、丙、丁按債權金額比例（300萬元：150萬元：100萬元）平均分配。
- 3.如乙為A屋修繕時，有預先為承攬人之抵押權登記，其清償順位則有不同。說明如下：

(1)依民法第513條第1項規定，乙為抵押權之登記即可取得承攬人之抵押權。惟乙之抵押權登記在銀行抵押權登記之後，故銀行為第一順序之抵押權人，就A屋賣得之價金原本得最優先受償；惟依同條第4項規定，於A屋因修繕所增加之價值限度內，乙之抵押權優先於成立在先之銀行抵押權。

(2)此時，甲賣A屋所得之750萬元之清償順序如下：

- ①於A屋因修繕所增加之價值限度內（即200萬元），乙得最優先受償。惟乙之承攬報酬額為300萬元，優先受償200萬元後尚不足100萬元。
- ②乙受償200萬元後，剩餘之550萬元（750萬元－200萬元），由有抵押權之銀行（第一順序抵押權人）優先受償，並獲償甲尚未還清之300萬元借款。
- ③銀行受償後，剩餘之250萬元（550萬元－300萬元），再由乙（第二順序之抵押人）就尚未獲償之100萬元報酬取償。
- ④最後，剩餘之150萬元（250萬元－100萬元）已不足清償甲剩餘債務，僅得由普通債權人丙、丁按債權金額比例（150萬元：100萬元）平均分配。

(三)結論：倘乙未為承攬人之抵押權登記，則甲賣A屋所得價金之清償順位，係有抵押權之銀行最優先受償，餘額由普通債權人乙、丙、丁三人按債權金額比例平均分配。倘乙有為承攬人之抵押權登記，則甲賣A屋所得之價金，於A屋因修繕所增加之價值限度內由乙最優先受償；其餘金額之受償順序，係有抵押權之銀行第一優先，乙為第二優先，餘額則由普通債權人丙、丁二人按債權金額比例平均分配。

二、甲（買方）、乙（賣方）就第三人之A不動產訂立買賣契約。甲為逃避強制執行，乃與丙通謀虛偽合意，指示乙將A移轉所有權登記予丙，再由丙與丁通謀虛偽合意將A移轉登記為丁所有。在此同時，甲告知戊上述情事，並與其訂立買賣A不動產之契約。如甲未依約將A移轉登記予戊時，戊得為如何之主張，請求甲將A移轉登記於自己？（25分）

試題評析	本題在測驗第三人利益契約下，三方當事人之法律關係，並涉及通謀虛偽之意思表示、代位權等。本題較為複雜，需逐一釐清當事人之關係，始能順利作答。
考點命中	1.《高點·高上民法講義》第一回，周律編撰，頁68-69。 2.《高點·高上民法講義》第二回，周律編撰，頁88-89、頁106-107。 3.《高點·高上民法講義》第三回，周律編撰，頁6。

答：

戊得請求甲對丙依不當得利主張將A不動產所有權移轉予甲後，再將A不動產交付並移轉所有權給自己；惟倘甲怠於向丙行使權利，戊得代位甲向丙請求。說明如下：

(一)本題應先釐清A不動產與甲、乙、丙三方之關係，如下：

- 1.甲、乙就A不動產訂立買賣契約，且甲依其與丙通謀虛偽之合意，指示乙將A移轉所有權登記予丙；故甲與乙之買賣契約性質上為「第三人利益契約」，使第三人丙對乙取得直接請求給付之權（民法§269）。一般情況下，甲之所以與乙為此種第三人利益之約定，甲與第三人丙應另有其原因關係（例如，買賣、贈與等），學者稱此為「對價關係」；惟依題目所示，甲係為逃避強制執行，而與丙通謀虛偽合意始為該約定，由此可知，甲、丙間之對價關係不存在。此合先說明。
- 2.乙依其與甲之約定，將A不動產移轉登記予丙，此物權行為之當事人為乙、丙。丙雖與甲有通謀虛偽之合意，但乙、丙間並無通謀虛偽之情形，故乙、丙之物權行為仍有效（民法§86），丙取得A不動產所有權。
- 3.嗣後，丙與丁通謀虛偽合意將A移轉登記為丁所有，丙、丁二人通謀虛偽所為之物權行為無效（民法§87I），丁無法取得A不動產所有權，故A不動產所有權人仍為丙（但登記之所有人為丁）。
- 4.如前所述，甲與乙訂立第三人利益之買賣契約使丙取得A不動產所有權，係基於甲與丙之對價關係；惟甲、丙間為通謀虛偽之合意，故對價關係不存在，因此，甲得依不當得利之規定，請求丙返還A不動產之所有權（民法§179）。惟現在A不動產登記之所有權人為丁，甲得請求丙塗銷丙與丁之移轉登記後，再將A不動產所有權移轉登記予甲。

(二)戊得為如何之主張？茲說明如下：

- 1.甲與戊訂立A不動產買賣契約時，如上(一)所述，A不動產所有權人為丙。惟買賣契約屬債權行為（負擔行為），債權行為本不以行為人有處分權為必要，故甲縱使出賣他人之物，甲、戊買賣契約仍有效。此

合先說明。

2. 依民法第348條第1項規定，戊得依其與甲之買賣契約，請求出賣人甲交付並移轉A不動產所有權予戊。惟現在A不動產所有人為丙，且登記所有人為丁，故戊得請求甲對丙主張塗銷丙與丁之移轉登記，並將A不動產所有權移轉登記予甲後，再將A不動產交付並移轉所有權給戊，以履行其買賣契約之義務。
3. 惟倘甲怠於行使其對丙之權利，戊又得為如何之主張？按民法第242條本文規定，債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。又民法第243條本文規定，前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使。因此，當甲對戊之債務已屆清償期，戊為保全其買賣契約之債權，得代位甲向丙依不當得利請求塗銷丙與丁之移轉登記並將A不動產所有權移轉登記予甲；其後，再請求甲將A不動產所有權移轉給自己。

乙、測驗題部分：（50分）

- (A) 1 下列何者為營利法人？
 (A)某中小企業銀行 (B)某縣商業同業公會 (C)臺北市某區扶輪社 (D)財團法人金融研訓院
- (B) 2 甲有一幅名畫，借給乙展覽，並未授權乙出賣該畫。詎料，乙竟以甲之代理人名義，與丙訂立買賣契約，將該畫賣給丙，並以移轉所有權之意思交付給丙。下列敘述，何者正確？
 (A)丙若是善意，丙可以善意取得該畫之所有權 (B)甲拒絕承認時，善意之丙得請求乙損害賠償
 (C)乙、丙所訂立之買賣契約係出賣他人之物為有效 (D)乙無權處分他人之物，甲得撤銷該買賣契約
- (B) 3 民國80年某報報導：「前黑貓中隊飛行員張○義因執行職務在中國大陸失蹤，而張○義的太太張○淇帶著三個子女苦守九年後，嫁給了一位上校副處長何○俊，20年後飛行員張○義離開中國大陸，突然出現臺灣，三人之間的『身分糾葛』…。」前任丈夫失蹤達一定時間經由法院宣告死亡後，不知原任丈夫生死的張太太另嫁善意無過失的何上校，20年後前任丈夫張○義回至原住居地，三人相會。此時張○淇與何○俊上校的婚姻關係，下列敘述，何者正確？
 (A)無效 (B)有效 (C)有效，但得撤銷 (D)效力未定，張太太必須向法院明示選擇何段婚姻
- (D) 4 下列事項，何者得以事後拋棄？
 (A)自由 (B)權利能力 (C)行為能力 (D)消滅時效之利益
- (D) 5 關於利息之債，下列敘述，何者錯誤？
 (A)當事人約定利息，卻未約定利率，亦無法律規定者，其週年利率為5%
 (B)約定利率超過週年12%者，債務人經1年後，以1個月前預告債權人者為限，得隨時清償原本
 (C)約定利率，超過週年20%者，債權人對於超過部分之利息，無請求權
 (D)當事人約定滾入原本再生利息者，絕對無效
- (D) 6 甲駕駛大貨車，靠行於乙貨運公司，甲於民國（下同）100年1月送貨時不慎撞傷行人丙，丙被送醫救治時，獲悉其係被甲撞倒及甲的貨車上漆有乙公司字樣等情。丙嗣於102年3月向法院訴請甲乙連帶負損害賠償責任，甲未為時效抗辯，乙則援用甲之時效利益，拒絕全部給付。下列關於法律效果之敘述，何者正確？
 (A)因甲非乙之受僱人，故丙不得請求乙負僱用人之侵權責任
 (B)乙援用甲之時效利益，拒絕全部給付，須以甲已為時效抗辯為必要，方屬有理
 (C)因丙之侵權行為損害賠償請求權，自有侵權行為時起，逾10年不行使而消滅，故丙之請求權尚未罹於消滅時效
 (D)丙訴請乙連帶負損害賠償責任，並無理由
- (C) 7 下列關於損害賠償之敘述，何者錯誤？
 (A)應先回復原狀 (B)賠償範圍包括所失利益 (C)賠償限於財產損害 (D)金錢賠償採客觀計算標準
- (A) 8 債務之履行有確定期限者，自何時起，具可歸責事由之債務人開始負遲延責任？
 (A)自期限屆滿時起 (B)自債務人受催告時起 (C)自催告期限屆滿時起 (D)自債權人起訴時起
- (D) 9 債務人為免其財產被強制執行，與第三人通謀虛偽意思表示，將其所有不動產為第三人設定普通抵押權者，債權人不得主張下列何種權利？
 (A)依侵權行為之法則，請求第三人塗銷抵押權登記
 (B)依侵權行為之法則，請求第三人賠償其債權不能及時受償所生之損害
 (C)行使代位權，請求第三人塗銷抵押權登記
 (D)行使撤銷權，聲請法院撤銷抵押權設定行為

- (A) 10 甲所有之A土地，將其設定普通抵押權予乙前，由甲在其上建有B屋一棟，嗣甲將B屋出售予丙並辦理移轉登記。下列敘述，何者正確？
 (A)丙現所有之B屋於乙扣押A土地前，推定甲與丙間對該B屋有租賃關係
 (B)乙扣押拍賣A土地之抵押權效力及於現為丙所有之B屋
 (C)承審法院認為前述甲與丙間對該B屋有租賃關係影響乙抵押權益之實現時，得終止或解消該使用關係
 (D)乙得就B屋主張併付拍賣
- (B) 11 甲、乙間成立委任契約，約定由甲為乙處理事務。但甲又找丙代為處理乙的部分事務。下列敘述，何者正確？
 (A)若甲、乙間並未約定可以複委任，但若乙有不得已事由，仍得使第三人代為處理
 (B)甲若是先透過乙同意再委任丙代為處理事務，甲對丙的行為原則上不負責任
 (C)乙對於丙關於委任事務之履行，並無直接請求權，須透過甲對丙為請求
 (D)甲對於丙如何履行委任事務，無須對乙為報告
- (D) 12 下列關於保證債務之敘述，何者錯誤？
 (A)保證債務具有補充性 (B)保證人就保證債務負無限責任
 (C)保證債務從屬於主債務 (D)保證人不得以主債務人對於債權人之債權，主張抵銷
- (D) 13 下列關於占有種類之敘述，何者錯誤？
 (A)甲偷竊乙之古董花瓶後，將其藏匿於家中之情形，為自主占有
 (B)乙承租甲之住屋且居住中之情形，為他主占有
 (C)乙與丙繼承甲生前所占有之住屋之情形，為共同占有
 (D)乙無權占有甲之土地，且乙對有無占有權限有所懷疑之情形，為準占有
- (C) 14 下列關於所有權之敘述，何者錯誤？
 (A)所有人於法令限制範圍內，得自由選擇對物的使用方式
 (B)所有人原則上得透過對物進行利用或經營而獲取孳息或其他收益
 (C)已登記之不動產所有物返還請求權，因時效而消滅
 (D)所有人得讓與其標的物，亦得將之為事實上處分
- (A) 15 甲有A地，設定普通抵押權於乙。下列敘述，何者錯誤？
 (A)甲非經乙之同意，不得移轉A地所有權於他人 (B)甲得於A地上設定普通地上權於他人
 (C)甲得於A地上設定第二次序抵押權於他人 (D)甲得於A地上建築房屋
- (D) 16 下列何種情形，不得設定不動產役權？
 (A)甲以自己所有之A地，為甲所有之B地設定，供通行之用
 (B)甲以自己所有之A地，為乙所有之C地設定，供汲水之用
 (C)甲以自己所有之A地，為丙租用之D屋設定，供採光之用
 (D)甲以自己所有之A地，為丁租用之馬匹設定，供跑馬之用
- (C) 17 甲、乙兩人共同向丙承租一間二房二廳公寓，甲、乙各占有使用一間房間，約定共同使用廚房及客廳。下列敘述，何者正確？
 (A)當丙未經甲之同意而進入甲所占有使用之該房間，甲不得單獨請求丙離開
 (B)當甲未經乙之同意而進入乙所占有使用之該房間，乙得請求甲離開
 (C)當丙未經甲、乙之同意而進入該公寓之客廳，甲或乙得單獨請求丙離開
 (D)當丙未經甲、乙之同意而進入該公寓之客廳，甲、乙兩人須共同請求丙離開
- (D) 18 因訂定婚約而為之贈與，關於「得請求返還贈與物」之規定，不包括下列何種情形？
 (A)婚約無效 (B)婚約解除 (C)婚約撤銷 (D)當事人一方死亡
- (B) 19 甲男、乙女於民國（下同）96年3月結婚，甲、乙未約定夫妻財產制。甲男於95年5月向丙借新臺幣（下同）100萬元；乙於96年5月向銀行貸款50萬元以購置汽車一輛，登記為乙所有。下列敘述，何者正確？
 (A)甲、乙之財產制為聯合財產制 (B)甲對丙之債務應由甲清償
 (C)乙向銀行貸款之債務，由甲與乙共同清償 (D)甲對乙之汽車有管理、使用、收益及處分權
- (C) 20 甲男、乙女為夫妻，有一子為A，A年30歲，A已婚，A妻為B。甲弟為丙，丙年52歲，丙未婚。設於民國103年7月間，丙欲收養A。下列敘述，何者正確？

- (A)丙收養A為無效，因丙與A為禁止成立收養關係之親屬
 (B)丙收養A，應以書面，不須向法院聲請認可
 (C)A被收養時，應得B之同意。但B如不能為意思表示，則不須得B之同意
 (D)丙收養A為無效，因丙與A未符合收養者應長於被收養者一定年齡之要件
- (D) 21 甲男年10歲，無祖父母、父母及兄姊。乙男自民國101年7月起任甲之監護人，今乙死亡。下列敘述，何者錯誤？
 (A)法院依職權另行選定適當之人為甲的監護人
 (B)乙死亡時，甲之財產的移交與結算，由乙之繼承人為之
 (C)法院依職權另行選定適當之人為甲的監護人確定前，由當地社會福利主管機關為甲的監護人
 (D)法院另行選定適當之人為甲的監護人時，應依職權囑託當地社會福利主管機關登記
- (D) 22 被繼承人甲由寡母乙拉拔長大，其後與丙女結婚，生有一子丁，有先天性心智缺陷，而依法受監護宣告，此時丙女又懷胎戊女，未料，甲於出差時，因事故死亡。甲男留有財產新臺幣（下同）240萬元，應如何繼承？
 (A)乙女、丙女各得120萬元 (B)丙女、丁男各得120萬元
 (C)丙女、戊女各得120萬元 (D)丙女、丁男、戊女各得80萬元
- (D) 23 設甲於民國103年7月間死亡，甲有三位繼承人，分別為A、B、C。下列敘述，何者正確？
 (A)關於遺產分割之費用，均由遺產中支付之，且包括因繼承人之過失而為之支付
 (B)遺產之分割，溯及繼承開始時，發生A、B、C單獨所有之效力
 (C)甲如有以遺囑禁止遺產之分割，其禁止之效力以20年為限
 (D)A、B、C為遺產分割之協議時，應共同為之
- (A) 24 設甲於民國103年7月間死亡，甲生前立有遺囑。下列關於遺囑之敘述，何者正確？
 (A)甲生前所立如為有封緘之遺囑，非在親屬會議當場或法院公證處，不得開視
 (B)甲生前所立如為代筆遺囑，須由公證人指定三人以上之見證人，始符合代筆遺囑之法定要件
 (C)甲生前所立如為筆記口授遺囑，應由遺囑人與其他見證人同行簽名，始符合筆記口授遺囑之法定要件
 (D)甲生前所立如為密封遺囑，該遺囑全文應由甲自寫，不得由他人繕寫
- (D) 25 甲為救治罹患罕見疾病的女兒出售目前唯一的自住公寓，市價新臺幣（下同）500萬元，鄰居乙知悉後，趁甲危急以200萬元向甲出價。甲因事出緊急遂以200萬元出賣給乙，但3天後衛生福利部中央健康保險署公告該罕見疾病為健保給付範圍。甲此時非常後悔以低賤價格將公寓賣給乙，向乙表示退還200萬元。問：該公寓買賣契約效力如何？
 (A)無效 (B)終局有效 (C)效力未定 (D)有效，但甲得向法院聲請撤銷之

【版權所有，重製必究！】