

《民法》

一、何謂通謀虛偽意思表示？(5分)何謂債權詐害行為？(5分)設債務人甲為避免其債權人乙將來強制執行其唯一所有房屋壹間，遂要求知情之丙幫忙脫產，購買該房屋並辦妥所有權移轉登記，詎丙嗣後將該房屋轉賣並完成所有權移轉登記予知情甲、丙間買賣關係之丁。請問丁是否取得該房屋之所有權？(15分)

答題關鍵	答題上需先分就通謀虛偽意思表示與債權詐害行為作定義性之說明，此部分簡短為之即可，其後需就兩者之區別作概略性之介紹，並以之為基礎將題目所設之案例作精要之說明，本題並不困難，於答題上忌諱流連過久，需保留時間作答其他題目。
試題評析	本題並不複雜，主要在測驗考生是否確實瞭解通謀虛偽意思表示與債權詐害行為之區別，並將之運用於實際案例之中。
參考資料	1.王澤鑑《民法總則》，頁387。 2.最高法院50年台上字第547號判例。
高分閱讀	1.《92高點司法三等特考考場寶典》，P.1-1，第1題。 2.邱律師，《高點重點總整理系列--民法總則》P.10-6。 3.《高點專用講義(厚本)--民法總則》，P.176 177例題。

【擬答】

- (一)所謂通謀虛偽意思表示，依民法第八七條第一項規定，係指表意人與相對人通謀而為虛偽之意思表示者。通謀虛偽意思表示係表意人之表示行為與內心之真意不符，且其非真意之表示係與相對人通謀者而言。此際表意人既無欲為該表示行為，且相對人又係通謀而知情，民法第八七條第一項本文遂規定該通謀虛偽之意思表示無效。惟考慮交易安全之需要，同條項但書並規定不得以其無效，對抗善意第三人。
- (二)所謂債權詐害行為，依民法第二四四條規定，係指於債務人所為之無償行為，有害及債權人之債權時，債權人得聲請法院撤銷該行為；或債務人所為之有償行為，於行為時明知有損及債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。第二四四條詐害債權之撤銷權與第二四二條債權之代位權同屬保全債權之方法，惟兩者仍有不同，代位權係以債務人現有之權利為基礎，而得由債權人代位行使而已，反之，撤銷權之行使就債權人之意思與社會既成秩序而言，係積極加以變更，規範上需有較多之限制，第二四四條規定該撤銷權之行使不得單以意思表示為之，需由法院做成撤銷判決方發生撤銷之效力，學理上稱之為「撤銷訴權」。
- (三)「通謀虛偽意思表示」與「債權詐害行為」之區別，依最高法院50年台上字第547號判例：「『通謀虛偽意思表示』與『債權詐害行為』係截然不同的概念。前者其意思表示係自始當然無效，惟後者之法律行為本為有效，於經法院做成撤銷判決後，方溯及於行為之始無效。職是，若當事人間之意思表示係通謀為之，則本非有效之法律行為，債權人自無以該行為害及債權為由，聲請法院撤銷該行為之必要虛偽買賣乃雙方通謀而為虛偽意思表示，依民法第八十七條第一項規定，其買賣當然無效，與得撤銷之法律行為經撤銷始視為自始無效者有別，故虛偽買賣雖屬意圖避免強制執行，但非民法第二百四十四條所謂債權人得聲請法院撤銷之債務人行為。」
- (四)本題中債務人甲為避免其債權人乙將來強制執行其唯一所有房屋壹間，遂要求知情之丙幫忙脫產，購買該房屋並辦妥所有權移轉登記，首先需審究者為甲丙間之債權行為與物權行為效力如何？由題意觀之，甲係要求知情之丙「幫忙脫產」，當事人間似無買賣並移轉該房屋所有權之真意，應為通謀虛偽意思表示，依民法第八七條第一項本文規定，甲丙間之債權與物權行為均為無效，丙自始未取得房屋所有權。
- (五)丙嗣後將該房屋轉賣並完成所有權移轉登記予知情甲、丙間買賣關係之丁，此時因丙自始未取得該房屋之所有權已如前述，則丙係無權出賣他人房屋，丙丁間之買賣契約雖為有效，惟丙丁間之物權行為係無權處分行為，依民法第一一八條第一項規定，效力未定。此時丙雖有登記為所有權人之公示外觀，惟因丁係惡意知情，無法善意受讓該房屋所有權。綜上所述，丁無法取得該房屋之所有權。
- (六)本題中設若認為甲丙間非通謀虛偽意思表示，則丙自始取得房屋所有權，惟債權人乙可能得聲請法院撤銷甲丙間之法律行為，於法院未為撤銷判決前，丙出賣房屋與丁，為出賣自己所有之物，物權行為係有權處分行為，當然有效，此時縱使丁係惡意知情，亦無礙其取得房屋之所有權，併與說明。

二、甲建設公司於民國八十九年六月分別出售 A、B 兩間預售屋給乙、丙。

- (一)A 屋尚未屆約定交屋期前，已出現明顯瑕疵並有危害安全之虞，乙乃催告甲儘速修補，並表示於修補完成前，暫停繼續支付價金。甲拒絕修補，且請求乙支付其已暫停支付之價金。乙不但拒絕支付且對甲表示解除契約並請求返還已支付之全部價金。請問：甲、乙之請求，各有無理由？(10分)
- (二)B 屋交付且完成所有權移轉登記後，丙花費鉅資裝潢而作 K T V 營業用。交屋後一年半，該屋因當初與甲有承攬關係之營造廠商之施工不當而嚴重漏水，導致丙之裝潢毀損而損失一千萬元，且停業一個月而減少收入一百萬元。丙請求甲賠償前述合計一千一百萬元之損害時，甲依兩造之預售屋定型化買賣契約條款約定：「出賣人僅就交屋後一年內發生之瑕疵負修繕責任，逾期概不負責」，而拒絕賠償。法官應

如何判決？(15分)

答題關鍵	第一小題主要涉及買賣商品瑕疵之修補請求權、同時履行抗辯權與危險負擔移轉前得否逕行主張瑕疵擔保請求權等。第二小題主要涉及定型化契約條款之內容控制，買賣房屋瑕疵造成損害於契約責任與侵權責任上之規範基礎以及純粹經濟上損失之賠償問題。
試題評析	本題題目甚大，切記要長話短說，「擬答」係盡量將可能爭點完整說明，惟實際答題上僅需個別點到為止，否則勢必壓縮其他題目之答題時間，得不償失。因題目爭點甚多，故於答題時需先點出每一個題目所涉及的爭點，再專就爭點說明，可避免答題時開花連連，無法收拾。總而言之，在題目牽涉範圍很廣的時候，書讀得多的人未必答得好，能得高分者是在短時間內將主要爭點一一羅列，且時間分配得宜之人，由此可看出，考前多做試題練習的重要性。
參考資料	定型化契約條款部分 1.王澤鑑《債法原理》第一冊，頁99至112。 2.詹森林《消費者保護法與預售屋買賣定型化契約，民事法理與判決研究(三)》 物之瑕疵擔保與不完全給付部分 王澤鑑，〈物之瑕疵擔保責任、不完全給付與同時履行抗辯〉，《民法學說與判例研究》(六)。 商品製造人與純粹經濟上損失部分 王澤鑑，〈商品製造人責任與純粹經濟上損失〉，《民法學說與判例研究》(八)
高分閱讀	1.鄭律師《高點重點總整理系列--民法債編各論》，P.1-11 1-22。 2.魏律師《高點法學錦囊系列--民法債編各論》，P1-11 1-16。 3.《高點專用講義民法債各》(厚本)，P.10 20。 4.張台大《民法補充講義》二(債總)、《總複習講義》，有關定型化契約條款部分之說明。 5.張台大《民法補充講義》二(債總)、三(債各)，有關不完全給付、物之瑕疵擔保與其競合關係之說明。 6.張台大《民法補充講義》二(債總)、《總複習講義》有關純粹經濟上損失與商品製造人責任部分之說明。

【擬答】

本題甲係於民國89年6月出售A、B兩間預售屋給乙、丙，應適用89年5月5日施行之債編修正條文，合先敘明。

(一)本子題主要涉及爭點有三：第一、於買賣標的物危險負擔移轉前，若該物欠缺當事人約定之品質或效用時，買受人得否請求出賣人修補？第二、若得請求修補，則於出賣人未修補前，得否拒絕支付價金？第三、除拒絕支付價金外，買受人得否逕行主張買賣物之瑕疵擔保責任之權利，解除契約並請求返還已支付之價金？以下即就此分述之：

1.於買賣標的物危險負擔移轉前，若該物欠缺當事人約定之品質或效用時，買受人得否請求出賣人修補？

買賣標的物欠缺當事人約定之品質或效用時，亦即具有「瑕疵」時，買受人除依民法第三五九條以下主張解除契約、減少價金或損害賠償外，得否請求出賣人修補該瑕疵，涉及瑕疵擔保責任性質之爭議。學說上通說以出賣人多非物之製造人，不具備修補標的物瑕疵之能力，故買受人僅得主張瑕疵擔保責任之權利，不得要求出賣人修補瑕疵；惟近來學說多有主張，最少於出賣人係以出賣該類商品為業時，縱使出賣人非物之製造人，亦應課其修補義務，使其建立後續修補之管道，此種見解，較符合買賣當事人之真意，且藉由修補之方式補正該瑕疵，亦較接近當事人期待之利益狀態，關於此，最高法院亦主張出賣人有給付無瑕疵標的物之義務，就標的物之瑕疵，其負有修補之責任。本人以為，在本題中起碼該房屋仍為甲所興建，甲必定有修補之能力，故應課甲修補之義務，賦予買受人乙修補請求權。

因此，本題中A屋尚未屆約定交屋期前，已出現明顯瑕疵並有危害安全之虞，買受人乙得催告出賣人甲儘速修補。

2.若得請求修補，則於出賣人未修補前，得否拒絕支付價金？

買受人得請求出賣人修補該瑕疵已如前述，惟本題係在特定物買賣危險負擔移轉前即已發生瑕疵，買受人請求修補而出賣人拒絕之，買受人得否拒絕支付價金？涉及買受人得否以出賣人給付之標的物有瑕疵為由，主張民法第二六四條同時履行抗辯權，拒絕為價金之對待給付。關於此，最高法院八十九年台上字第一〇八五號判決：「民法第三百五十四條有關物之瑕疵擔保規定，原則上固於危險移轉後始有適用，但出賣人既有給付無瑕疵物之義務，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，則在特定物之買賣，依法律規範之目的，物之瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，應認為在危險移轉前買受人即得行使擔保請求權，並得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益。」本判決表示該瑕疵經買受人催告補正而出賣人仍未補正時，買受人得於危險負擔移轉前拒絕支付相當之價金，以免往後法律關係趨於複雜。

因此，本題中買受人乙已催告出賣人修補該瑕疵，而出賣人拒絕修補，買受人即得於危險負擔移轉前，拒絕支付價金，故甲請求乙支付其暫停支付之價金，為無理由。

3.除拒絕支付價金外，買受人得否逕行主張買賣物之瑕疵擔保責任之權利，解除契約並請求返還已支付之價金？

此點，涉及買受人瑕疵擔保請求權之行使，除於買賣標的物危險負擔移轉後之外，於危險負擔移轉前，得否行使？關於此，前引最高法院八十九年台上字第一〇八五號判決，除肯定買受人之同時履行抗辯權外，更肯定於該瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，買受人於危險負擔移轉前即得行使擔保請求權。

因此，買受人乙不但拒絕支付，且對甲表示解除契約並請求返還已支付之全部價金，其規範基礎在於民法第三五九條契約解除權，以及第二五九條第二款解約後之金錢返還請求權，乙之請求，為有理由。

(二)本子題中，買受人丙之損害，係於交屋後一年半方發生，且出賣人與買受人之預售屋定型化買賣契約條款約定：「出賣人僅就交屋後一年內發生之瑕疵負修繕責任，逾期概不負責。」故本題於討論買受人對出賣人之請求權規範基礎之前，

需先討論兩造之定型化契約條款效力，蓋若該條款係屬有效，則出賣人即可據此拒絕賠償。因此，以下即先討論該條款之效力，再討論買受人之請求權基礎，合先敘明。

1. 甲丙間之定型化契約條款，其目的在於限制出賣人之瑕疵擔保責任或債務不履行責任之責任期間。惟本題中買賣標的物為不動產，期待買受人於一年期間內發現不動產之瑕疵並主張損害賠償，對債務人無疑過於苛酷。故依消保法第十二條第一項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。」同條第二項第三款規定：「契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者，推定為顯失公平。」因此，本人以為，甲丙間約定之定型化契約條款，因不當限制出賣人之責任期間，違反誠信原則且對消費者顯失公平，應屬無效。
2. 丙現因甲出賣之B屋漏水，導致裝潢毀損而損失一千萬元，且停業一個月而減少收入一百萬元，其對甲請求賠償之規範基礎，可分為契約責任與侵權責任兩方面探討：

(1) 契約責任部分：

首先，丙是否得依民法第三六〇條規定，以甲所出賣之房屋有瑕疵為由，請求不履行之損害賠償？因本子題中丙之損害均屬「固有利益」之損害，故涉及第三六〇條之賠償範圍，究係僅限於「瑕疵損害」之履行利益賠償，抑或及於「瑕疵結果損害」之固有利益賠償？通說主張，於出賣人故意不告知瑕疵時，及於兩者，於缺少保證品質時，則視其保證範圍而定。惟第三六〇條並非典型之無過失責任，其仍須具備特定之主觀要件，本題中甲是否有故意不告知瑕疵或保證品質不得而知，故先認為丙不得依本條主張損害賠償。

其次，丙是否得依民法第二二七條第二項規定，以甲之給付為依債之本旨為之，請求損害賠償？第二二七條第二項係不完全給付中之「加害給付」類型，其賠償範圍即指超過履行利益以外之固有利益損害賠償。惟不完全給付仍為債務不履行責任之一種，適用上自需以債務人主觀上有可歸責事由為前提。本子題中，B屋漏水係因當初與甲有承攬關係之營造廠商之施工不當所導致，依民法第二二四條規定，甲需承受該廠商施工不當之過失，故甲為可歸責。

最後，丙之損害中，因不能營業導致收入短少之一百萬元部分，係屬「純粹經濟上之損失」，惟若丙係依第二二七條第二項加害給付之契約責任請求賠償，其賠償範圍包含純粹經濟上之損失，故就因漏水所導致之一千一百萬元損害，丙均得依民法第二二七條第二項規定，向甲請求損害賠償。

(2) 侵權責任部分：

就侵權責任部分，因甲就該房屋之漏水並無過失，故主要檢討者，為丙得否依消保法第七條第一項請求甲負商品製造人之無過失賠償責任。本題中該房屋具有安全性欠缺並無疑義，故主要涉及甲是否為商品製造人，以及純粹經濟上損失得否據此請求賠償之問題。

就第一點而言，甲雖非直接為該房屋之裝修工程，惟建商於外觀上表示其為房屋之製造人，縱使實際上係透過轉包方式由他人代工，該建商仍應負商品製造人責任，如此方能達到保護消費者之目的。

就第二點而言，丙就裝潢損害所受之一千萬元損害固得據此向甲請求賠償，惟就其喪失營業利益之一百萬元損害部分，係純粹經濟上損失，應排除於商品之侵權責任範疇，故丙依消保法第七條第一項，僅得請求甲賠償一千萬元之損害。

- 三、甲、乙共有三百坪土地一宗、鑽石一顆，應有部分均各為二分之一。甲因對丙借款，為擔保該債務之清償，甲、丙約定：「甲將上述鑽石之應有部分二分之一設定質權於丙，甲另將上述土地靠路邊之一百五十坪設定抵押權於丙。」請附理由說明此項設定質權之約定及設定抵押權之約定是否有效？丙如何始能取得職權？丙就設定抵押權之約定，有何權利可得主張？(25分)

答題關鍵	本題主要測驗考生之點有二：第一、共有動產之應有部分得否設定質權？設定質權時應如何「交付」？第二、共有不動產而將特定部分設定抵押權與第三人，為民法第八一九條第二項共有物之處分，而非同條第一項應有部分之處分，惟實務與通說均肯定若出賣人無法履行時，買受人得請求將該特定部分換算成應有部分並請求移轉之。
試題評析	本題需針對動產與不動產共有物，分別就設定質權與設定抵押權兩方面作答，故答題上宜概分為兩大部分，其中就動產質權部分，應分兩個層次，首先先肯定應有部分亦得設定質權，此處可引用釋字一四一號解釋意旨，其次在就動產質權需以使質權人取得質物之「占有」為其生效要件，並說明此處之占有係指使質權人與他共有人共同取得該動產之占有。就不動產抵押權部分，宜先說明此處為共有物之處分而非應有部分之處分，故其效力未定，再提示通說與實務見解均認為於出賣人無法履行時，買受人得請求換算成應有部分移轉之。
參考資料	1.謝在全〈別共有內部關係之理論與實務〉，收錄於《民法研究一》頁109、126。 2.王澤鑑《民法物權第一冊(通則、所有權)》，頁334、345。
高分閱讀	1.黃律師《高點重點總整理系列--民法物權編》，P.2-69 2-85；P.7-7 7-14。 2.《高點法研所歷屆試題詳解》(台大)，P1-58題。 3.《高點專用講義(厚本)--民法物權》第一回，P115 131；第二回，P.182 194。 4.張台大《民法補充講義第四冊(物權)》，於「共有物之處分」所提示之爭點與所做之說明。

【擬答】

民法第八一九條第一項規定：「各共有人，得自由處分其應有部分。」本條項所謂之處分，係指債權與物權行為而言，且該物權行為，除移轉應有部分之所有權外，通說與實務(參見釋字第一四一號解釋)皆肯定各共有人亦得自由就其應有

部分設定負擔，此之所謂負擔，自然包含設定不動產抵押權與動產質權，合先敘明。

本題主要涉及鑽石應有部分二分之一設定質權與土地特定部分設定抵押權兩部分，以下分述之：

一、鑽石應有部分二分之一設定質權方面

- (一)民法第八八四條規定：「稱動產質權者，謂因擔保債權，占有由債務人獲第三人移交之動產，得就其賣得價金，受清償之權。」，另民法第八八五條第一項規定：「質權之設定，因移轉占有而生效力。」由此可知，質權之設定，需出質人使質權人取得質物之占有為其生效要件。
- (二)本題中甲、丙約定，甲將上述鑽石之應有部分二分之一設定質權於丙。就應有部分得否設定質權，應此肯定見解已如前述，惟本題中甲似未將該質物(即應有部分)「交付」於丙，此處涉及應有部分應如何「交付」？其與共有物之交付有何關係之問題。
- (三)就此，學說上通說主張應有部分設定動產質權應此肯定見解，惟需使質權人與其他共有人共同占有其物方發生取得質權之效力。故本題中甲丙單純就設定質權之約定並不發生效力，丙需取得與其他共有人(即乙)共同占有該鑽石之時，方取得該鑽石之動產質權。

二、土地特定部分設定抵押權分面

- (一)甲、丙約定，甲另將上述土地靠路邊之一百五十坪設定抵押權於丙。該設定抵押權之約定是否有效？首先需確定者為：甲係將其與乙共有土地之「特定部分」設定抵押權與丙，非共有土地之應有部分二分之一，故此非民法第八一九條第一項，而為同條第二項共有物處分需得全體同意之問題(參見最高法院四十年台上字第一四七九號判例)。
- (二)民法第八一九條第二項規定，「共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意。」本項所謂之處分，係指事實上處分行為以及狹義之處分行為而言，不包括負擔行為。本題中甲丙設定抵押權之行為，自屬狹義之處分行為，此外，又未達土地法第三四條之一第一項共有不動產處分行為得依多數決為之之標準(當然，土地法第三四條之一第一項多數決原則，是否適用於擔保物權之設定，係另一問題)，故甲設定抵押權與丙之行為，因未得他共有人乙之同意，為民法第一一八條第一項之無權處分，其效力未定，丙不能取得抵押權。
- (三)丙就設定抵押權之約定，有何權利可得主張？最高法院五十五年台上字第三二六七號判例：「共有人將共有物特定之一部讓與他人，固為共有物之處分，其讓與非得共有人全體之同意，對於其他共有人不生效力。然受讓人得對於締約之共有人，依據債權法則而請求使其就該一部取得單獨所有權，對於不履行之締約人除要求追償定金或損害賠償外，亦得請求使其取得按該一部計算之應有部分，與他共有人繼續共有之關係。」依此判例，於出賣共有物特定部分，出賣之共有人未能使他共有人同意而未得移轉該特定部分共有物之所有權與買受人時，買受人除得依買賣契約請求給付不能之損害賠償外，並得請求出賣人將該特定部分比例換算成應有部分並移轉之。通說對此判例，多認係本於誠信原則或當事人真意之解釋而來，表示贊同。就本題而言，甲若無法取得乙之同意，將該特定一百五十坪土地設定抵押權與丙，丙得依系爭判例之意旨，請求甲將該特定一百五十坪土地，換算成應有部分二分之一，依民法第八一九條第一項規定，移轉與己，惟若乙依土地法第三四條之一第四項主張優先承購權時，丙得對甲請求損害賠償，自不待言。

- 四、甲中年喪偶，有一獨生子乙。甲生前與丙訂立契約，約定將其價值三百萬元之古董贈與丙，但並未交付。甲又與丁訂立契約。約定：「甲死亡時丁尚生存者，丁無償取得甲遺留之價值三百萬元之藝術畫」。甲死亡後，乙將該古董及藝術畫分別交付於丙、丁。其後，乙發現甲雖留下五百萬元現金，但對戊負有四百萬元債務。試問：乙得否向丙或丁主張何種權利？(25分)

答題關鍵	本題命題意旨係在測試考生「生前贈與」及「死後贈與」之不同，究竟應否納入應繼遺產之計算範圍及是否為扣減權行使之標的，應注意二者之區別及學說上之不同見解。
試題評析	應掌握之基本重點有： 1. 「生前贈與」非應繼遺產之計算範圍，亦非扣減權之標的。 2. 「死後贈與」為應繼遺產之計算範圍，得為扣減權之標的。 除上述重點之外，宜將不同學說及實務見解歸納整理，條理分明道出當事人間不同之法律關係更佳。
高分閱讀	1. 許律師《高點學說精要系列--民法(親屬繼承)》，P.10-60 10-65；P.10-65 10-78。 2. 《高點法研所歷屆試題詳解》(政大)，P.1-120 1-122。 3. 《高點專用講義(厚本)--民法(親屬繼承)》，P.399 409。

【擬答】

(一)乙不得對丙主張任何權利

1. 本題甲中年喪偶，僅有一獨生子乙，嗣甲死亡後，乙為甲之唯一繼承人，合先敘明。
2. 甲生前曾與丙訂立契約，約定將其價值三百萬元之古董贈與丙，此係甲丙間之贈與契約，未交付標的物，而甲死亡，此時就該贈與之三百萬元古董，係甲生前所負之一般債務，屬於甲之「生前債務」。又關於遺產總金額之計算，我國繼承法規定(民法第一一五條)，繼承之遺產於支付完相關繼承費用後，例如遺產稅、遺產管理費等，如有剩餘，應先清償被繼承人之生前債務，清償後所剩之餘額使得為各繼承人之應繼遺產，再分配予各繼承人。而所謂應先清償之生前債務，包含：
 - (1)具有優先受償性質之擔保物權債務
 - (2)僅具一般債權性質之債務

本題甲與丙約定之贈與契約，係生前約定之一般債務，因此應由應繼遺產中將之扣除，故該三百萬元古董應不納入應繼遺產總金額之計算。且就該生前贈與之三百萬元古董，依院字第一五七八號解釋「生前贈與，並無特留分之規定，自不受此限制。」亦非扣減權行使之標的。因此乙將該古董交付與丙之後，即不得再對丙主張任何權利。

(二)乙得對丁行使民法第一二二五條之扣減權

1.又甲與丁訂立契約，約定甲死亡時丁尚生存者，由丁無償取得甲遺留之價值三百萬元之藝術畫。此稱為死因贈與。學說上就其性質有不同見解，有認為附條件之贈與說，即以受贈與人於贈與人死亡時仍生存為停止條件之贈與。亦有採附不確定期限之贈與說。學說上多數見解採附條件贈與說，且本題甲丁既以約定以甲死亡時丁尚生存為贈與之條件，故採附條件之贈與說並無不當。

惟死因贈與性質上屬「遺產債務」，我國就其效力雖無明文規定，惟既為死後處分，則學說多數認為應準用遺贈之規定。因此死因贈與之數額應加入應繼遺產總額計算，並於清償其他遺產債務例如遺產酌給請求權後始受分配。

2.因此甲死亡時有現金五百萬元及藝術畫三百萬元，對戊負有四百萬元債務。其應繼遺產總金額應為五百萬元加三百萬元扣除四百萬元，總共為四百萬元。

3.然甲丁間約定有一死因贈與契約，甲死亡時丁無償取得價值三百萬元之藝術畫，此為遺產債務，繼承人乙應先給付該畫予丁。而乙給付丁三百萬元之藝術畫後，所於之遺產僅剩一百萬元，惟依民法第一二二三條第一款規定，直系血親卑親屬之特留分為其應繼分二分之一，本題乙為甲之唯一繼承人，得就全部遺產單獨繼承，而其特留分二分之一即四百萬元之二分之一為二百萬元。因此乙之特留分受侵害一百萬元。此時特留分受侵害時得否行使扣減權，學說有不同見解。否定說認為死因贈與雖係於贈與人死亡時發生效力，然其究不失為生前行為而與一般贈與相同，一般贈與既無扣減之明文規定，自不得扣減。然依民法第一二二五條規定「應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產中扣減之。受遺贈人有數人時，應按其所得遺贈價額比例扣減。」此係所謂遺贈侵害特留分時之扣減權。依此規定，似認為扣減權之對象僅限於被繼承人之遺贈，惟民法第一一八七條規定「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。」而以遺囑自由處分遺產之情形並不限於遺贈，故通說認為特留分之扣減對象不以遺贈為限，凡屬死後處分行為均有其適用。

基於民法第一一八七條規定，扣減權行使對象僅限於以遺囑為之者，而死因贈與非以遺囑為之，故非扣減對象。然實質上死因贈與亦屬無償給與財產之行為，且於被繼承人死亡時發生效力。基於特留分之目的在於保障繼承人於繼承開始時之財產就其特定部分得受保留，因此宜將其解釋為扣減之對象，以符合民法第一二二五條之立法意旨。故應類推適用民法第一一八七條規定，肯定死因贈與為扣減權行使之對象。乙交付三百萬元藝術畫予丁侵害其特留分，乙得行使民法第一二二五條之扣減權，就其特留分受侵害之部分，即一百萬元，請求扣減之。惟此扣減權係乙之權利而非義務，若乙不行使或拋棄亦無妨。