

104 年公務人員特種考試司法人員考試試題

考試別：司法人員

等 別：三等考試

類 科：公證人、法院書記官

科 目：民法

一、18 歲的甲與乙訂立買賣契約，將其所有之一幅名畫賣給乙，並以移轉所有權之意思交付給乙。乙將該畫賣給丙，並以移轉所有權之意思交付給丙。甲之法定代理人，對甲所為之法律行為，均拒絕承認。假設甲將畫賣給乙，並移轉所有權給乙，係受乙詐欺。丙雖然明知甲被乙詐欺之事實，但不知甲為限制行為能力人。請附理由說明甲應如何主張權利，始能向丙請求返還該幅名畫？

【擬答】

甲應主張其仍可依據民法第 92 條之規定撤銷被詐欺所為之意思表示，始能向丙請求返還該幅名畫。分析如下：

- (一)甲為限制行為能力人，且甲之法定代理人，對甲所為之法律行為，均拒絕承認，故甲乙間之買賣契約與移轉該畫所有權之物權行為均屬無效，民法第 77 條本文「限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許」與第 79 條「限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力」參照。
 - (二)乙既未取得該畫之所有權，則乙又將該畫賣給丙，自屬「無權處分」，乙丙間之買賣契約仍屬有效（最高法院 37 年度上字第 7645 號判例「買賣契約與移轉所有權之契約不同，出賣人對於出賣之標的物，不以有處分權為必要」參照），惟乙以移轉所有權之意思交付給丙之物權行為則屬「效力未定」（民法第 118 條第 1 項「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效」參照）。丙不知甲為限制行為能力人，就此而言，應屬「善意」，應可主張民法第 948 條第 1 項「以動產所有權，或其他物權之移轉或設定為目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護。但受讓人明知或因重大過失而不知讓與人無讓與之權利者，不在此限」與第 801 條「動產之受讓人占有動產，而受關於占有規定之保護者，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍取得其所有權」之「動產所有權之善意取得」。
 - (三)惟丙明知甲被乙詐欺之事實，故就此而言，丙非屬「善意」，則甲是否可以阻止丙主張善意取得？關鍵即在於「無效法律行為可否撤銷」？實務見解固然採取否定說（最高法院 50 年度台上字第 547 號判例「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」與同院 52 年度台上字第 722 號判例「虛偽設定抵押權，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，其設定抵押權當然無效，與得撤銷後始視為無效者有別。故虛偽設定抵押權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」參照）；惟學理上有力見解則認為撤銷法律行為的目的就是要讓法律行為無效（民法第 114 條第 1 項「法律行為經撤銷者，視為自始無效」參照），所以本來就無效的法律行為原則上自無撤銷的實益，但例外若有撤銷的實益時，無效的法律行為仍可撤銷，本例即屬適例，故甲應主張其仍可依據民法第 92 條之規定撤銷被詐欺所為之意思表示，阻止丙主張善意取得，始能向丙請求返還該幅名畫。
- 二、甲於民國 104 年 5 月 1 日與乙訂立買賣契約，將其所有之一間房屋賣給乙，買賣價金新臺幣二千萬元。雙方約定，於同年 6 月 1 日交屋時，乙應支付買賣價金八百萬元；於同年 9 月 1 日完成所有權移轉登記時，乙應支付買賣價金一千二百萬元。假設該屋於同年 7 月 1 日，因

公職王歷屆試題 (104 司法特考)

不可歸責於甲乙雙方當事人之事由而滅失。甲主張房屋已經交付，故請求乙交付餘款一千二百萬元。乙主張甲尚未將房屋所有權移轉登記給乙，甲仍是房屋之所有權人，應由甲承擔房屋滅失之損失，故請求甲返還已經交付之八百萬元。請附理由說明何人之主張為有理由？

【擬答】：

甲之主張為有理由。分析如下：

- (一)按本例為房屋買賣契約，出賣人甲負有民法第 348 條第 1 項「物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務」之義務，而買受人乙則負有民法第 367 條「買受人對於出賣人，有交付約定價金及受領標之物之義務」的義務，合先敘明。
 - (二)次按「危險負擔」係指因不可歸責於雙方當事人之事由導致標之物滅失時，其所生之不利利益，應由何人來承擔。而「危險負擔」的種類有二：其一為給付危險 (Leistungsgefahr)，即民法第 225 條第 1 項「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務」，換言之，其不利益由買受人承擔；其二為對待給付危險/價金危險 (Gegenleistungsgefahr; Preisgefahr)，即民法第 266 條「I、因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務；如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。II、前項情形，已為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還」，換言之，其不利益由出賣人承擔。
 - (三)惟「對待給付的危險」會有移轉之情形。而「危險負擔」移轉的一般時點為「交付」(民法第 373 條「買賣標之物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限」參照)，以交付作一般時點的理由有二：其一為「利益與危險同時存在原則」，蓋買賣標之物既已交付給買受人，買受人自可對之使用收益而受有利益，自應承擔其所帶來的不利益而須承擔危險；其二為「危險防範可能性」，蓋買賣標之物既已交付給買受人，處於買受人管領支配之下，買受人自可防範危險的發生，使買受人承擔危險，並不為過。此與買受人是否已取得買賣標之物之所有權無涉，最高法院 47 年度台上字第 1655 號判例「民法第三百七十三條所稱之危險負擔，除契約另有訂定外，概自標之物交付時起，移轉於買受人，至買受人已否取得物之所有權，在所不問」參照。
 - (四)綜上所述，既然房屋已經交付，對待給付危險/價金危險已移轉給買受人，則甲請求乙交付餘款一千二百萬元，為有理由。反之，乙主張甲尚未將房屋所有權移轉登記給乙，甲仍是房屋之所有權人，應由甲承擔房屋滅失之損失，故請求甲返還已經交付之八百萬元，自屬無理由。
- 三、甲在乙銀行開設乙種活期存款戶，將新臺幣一百萬元存放於乙銀行。甲之存摺遺失，為丙所拾得。丙持真正存摺，而蓋用偽造之印章於取款條上，向乙銀行提取新臺幣二十萬元，乙銀行之職員以肉眼無法辨識印章之真偽，不知其係冒領而如數給付。請問乙銀行是否對甲發生清償新臺幣二十萬元之效果？

【擬答】：

乙銀行對甲不發生清償新臺幣二十萬元之效果。分析如下：

- (一)本例「真存摺與假印章(文)」(即第三人持真正存摺而蓋用偽造之印章於取款條上提取存款)，則不能認係債權人之準占有人(最高法院 68 年第 6 次民事庭決議「民法第三百十條第二款之適用，須受領人為債權之準占有人，並以債務人不知其非債權人為要件。某甲持銀行存摺及蓋有偽刻之名章之取款條，以存戶自居，向銀行提取存款後，經科學機器鑑定結果，發現取款條所蓋存戶印文與所存印鑑不符，但其不符非肉眼所能辨識。似此情形，某甲所持之銀行存摺雖屬真正，但取款條上所蓋印文既屬偽造，依本院五十七年台上字第二九六五號判例所示旨趣，某甲不能認為消費寄託關係中債權之準占有人，銀行既設印鑑，即不容藉口非肉眼所能分辨而主張不知其非債權人，謂有該款之適用」參照)，無民法第 310 條第 2 款「向第三人為清償，經其受領者，其效力依左列各款之規定：二 受領人係債權之準占有人

者，以債務人不知其非債權人者為限，有清償之效力」之適用。

(二)縱令金融機關以定型化契約與存款戶訂有特約，約明存款戶「事前承認」¹，「如金融機關已盡善良管理人之注意義務，以肉眼辨認²，不能發現蓋於取款條上之印章係屬偽造而照數付款時（亦即銀行無過失時），對存款戶即發生清償之效力」，亦因此項定型化契約之特約，有違「公共秩序」³，應解為無效，不能認為合於同條第一款「向第三人為清償，經其受領者，其效力依左列各款之規定：一經債權人承認或受領人於受領後取得其債權者，有清償之效力」而生清償之效力（最高法院 73 年第 11 次民事庭會議決議「乙種活期存款戶與金融機關之間為消費寄託關係。第三人持真正存摺並在取款條上盜蓋存款戶真正印章向金融機關提取存款，金融機關不知其係冒領而如數給付時，為善意的向債權之準占有人清償，依民法第三百十條第二款規定，對存款戶有清償之效力。至第三人持真正存摺而蓋用偽造之印章於取款條上提取存款，則不能認係債權之準占有人。縱令金融機關以定式契約與存款戶訂有特約，約明存款戶事前承認，如金融機關已盡善良管理人之注意義務，以肉眼辨認，不能發見蓋於取款條上之印章係屬偽造而照數付款時，對存款戶即發生清償之效力，亦因此項定式契約之特約，有違公共秩序，應解為無效，不能認為合於同條第一款規定，謂金融機關向第三人清償係經債權人即存款戶之承認而生清償之效力」參照）。

(三)承上，易言之，此時銀行須負無過失責任（最高法院 57 年度台上字第 2965 號民事判例「縱令金融機關之職員，以肉眼判別印章之真偽，並無過失，然存款為第三人偽刻印章所冒領，上訴人僅得對該冒領人為損害賠償之請求⁴，要不得以第三人冒領之事由，主張對於被上訴人已生清償之效力」參照），理由在於民國 88 年債編修正前之第 603 條第 2 項「受寄人依前項規定僅須返還同一數額者，寄託物之利益及危險，於該物交付時，移轉於受寄人」（最高法院 55 年度台上字第 3018 號民事判例「銀行接受無償存款，其與存戶間，乃屬金錢寄託關係，按寄託為金錢時，推定受寄人無返還原物之義務，僅須返還同一數額。又受寄人僅須返還同一數額者，寄託物之利益及危險，於該物交付時移轉於受寄人，為民法第六百零三條第一項及第二項所明定，本件存款倘確係被第三人所冒領，則受損害者乃上訴人銀行，被上訴人對於銀行仍非不得行使寄託物返還請求權，不能謂其權利已受侵害，而認銀行及其職員應對被上訴人負損害賠償責任」參照），民國 88 年債編修正後雖將之刪除，但刪除理由是「理所當然、無待明文」（蓋金錢所有權已移轉於受寄人，天災歸所有人承擔），故危險分配並未改變。

四、甲男與乙女結婚後，甲男長期在外國工作，乙女在婚姻關係存續中，與丙男發生婚外情，乙女產下一個兒子丁。丙男非常喜歡丁，請問丙男是否可以提起否認之訴，否認丁為甲與乙之婚生子女？丙男認領丁，是否發生認領之效力？

【擬答】：

(一)丙男不可以提起否認之訴，否認丁為甲與乙之婚生子女。理由如下：

1. 丁仍受甲乙間之婚生推定（民法第 1063 條第 1 項「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」參照）。

¹ 筆者淺見，並無「事前承認」，僅「同意」有事先事後之分，「事前同意」為「允許」，「事後同意」為「承認」，此可參民法第七十七條本文與第七十九條。

² 不能說銀行用肉眼辨別印章的真偽即有過失，蓋用機器或用肉眼本屬銀行內部處理業務的方法，最高法院五十七年台上字第二九六五號判例「金融機關與客戶間之乙種活期存款契約，具有消費寄託之性質，客戶得隨時請求返還寄託物。上訴人係金融機關，就客戶具領存款，究以何種方法判別印章之真偽，為其內部處理業務之問題」參照。

³ 消保法定後，應認為係依據消保法施行細則第十四條第二款「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：二 消費者應負擔非其所能控制之危險者」、消保法第十二條第二項第一款「定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一 違反平等互惠原則者」與第十二條第一項「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」而無效。

⁴ 一般而言，銀行對於冒領者的請求權基礎為民法第一百七十九條與第一百八十四條第一項後段。

公職王歷屆試題 (104 司法特考)

2. 而依據民法 1063 條第 2 項「前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴」之規定，第三人丙男不可以提起否認之訴，否認丁為甲與乙之婚生子女。

(二) 丙男認領丁，不發生認領之效力。理由在於依據民法第 1065 條第 1 項「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」之規定，前提須「非婚生子女」始有認領之問題，而丁仍受甲乙間之婚生推定（民法第 1063 條第 1 項「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」參照），在未提起婚生否認之訴得有勝訴判決確定前（民法 1063 條第 2 項「前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴」與第 3 項「前項否認之訴，夫妻之一方自知悉該子女非為婚生子女，或子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。但子女於未成年時知悉者，仍得於成年後二年內為之」參照），丁於法律上仍為甲之子，並非「非婚生子女」，故其真正的生父丙男仍無法認領。

公
職
王