

經濟部所屬事業機構 104 年新進職員甄試試題

等 別：職員級

類 科：法務

科 目：民法、民事訴訟法

一、地主甲於民國 100 年 3 月 31 日與乙公司訂立新建大樓工程契約，工程進行中，甲於 100 年 6 月 1 日發現系爭大樓之樑柱、牆壁均有多處裂縫；時隔未久颱風過境，已完工部分之牆柱更出現大量泥土流失及石料外漏等瑕疵，嚴重影響建物安全。試問：

(一)甲於 101 年 12 月 1 日請求乙公司修補瑕疵，遭乙以修補費用過鉅而拒絕之。乙拒絕有無理由？此時甲可主張何種權利、依據為何？

(二)最高法院就承攬物瑕疵擔保所生之損害賠償請求權時效有何見解？

【擬答】

(一)乙拒絕為有理由；甲得主張減少報酬、解除契約及損害賠償

1. 依民法第 493 條第 1 項規定，工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。同條第 3 項規定，如修補所需費用過鉅者，承攬人得拒絕修補。本題中，該建物有諸多瑕疵，故甲得請求乙修補，然因修補費用過鉅，依民法第 493 條第 3 項規定，乙得拒絕之。

2. 甲得主張之權利如次：

(1) 甲得請求減少報酬

民法第 494 條規定，承攬人依前條第 3 項規定拒絕修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬。故甲得請求減少報酬。

(2) 甲得請求損害賠償

民法第 495 條規定，於瑕疵可歸責於承攬人之情形，定作人得請求損害賠償。倘該瑕疵係可歸責於乙，甲亦得請求損害賠償。

(3) 甲得否解除契約？

依民法第 495 條第 2 項規定，於瑕疵可歸責於承攬人之情形，工作為建築物，倘瑕疵重大致不能達使用之目的者，定作人得解除契約。故若該瑕疵可歸責於乙，則甲亦得解除契約。

(二)最高法院對承攬瑕疵擔保所生的損害賠償請求權之見解：

依最高法院 96 年第 8 次決議，其認為倘承攬瑕疵擔保損害賠償請求權已經罹於民法第 514 條之消滅時效，則定作人不得再依民法第 227 條第 1 項規定主張權利。

二、甲、乙、丙、丁、戊、己六人共有 A 地，應有部分各 1/6，且未定管理方法。今經甲丁戊己四人同意，可否為下列行為：

(一)將 A 地設定抵押權給庚？

(二)將 A 地出賣且移轉所有權給辛？

(三)乙丙若不同意上述(一)、(二)之行為，可主張何種權利？

【擬答】

(一)不得將 A 地設定抵押權給庚

土地法第 34 條之 1 第 1 項之處分，不包括設定負擔在內，故共有人若欲就共有物設定抵押權，仍應依民法第 819 條第 2 項規定，以共有人全體同意方式行之。本題中，倘僅得甲、丁、戊、己之同意，仍不得將 A 地設定抵押權給庚。

(二)將 A 地出賣且移轉所有權給辛

依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定，共有土地之處分，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。且依土地法第 34 條之 1 執行要點第 3 點規定，系爭處分指法律上及事實上之處分。據此，若已得甲、丁、戊、己之同意，其共有人數及應有部分均過半數，故得將 A 地出賣且移轉所有權給辛。

(三)乙、丙若不同意上述(一)、(二)之行為，可主張之權利如次：

公職王歷屆試題 (104 國營事業新進職員)

1. 倘乙、丙不同意(一)將土地設定抵押權給庚，則其可拒絕同意。蓋如前述，共有土地設定抵押權，應經全體共有人同意，若未得乙、丙同意，該抵押權之設定自不生效力。
2. 土地法第 34 條之 1 第 4 項規定，共有人出賣應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。且依最高法院 78 年第 12 次民事庭決議，共有人以多數決方式出賣共有物之全部者，亦有本項規定之適用。故倘乙、丙不同意(二)將土地出賣且移轉所有權給辛，則乙丙得依土地法第 34 條之 1 第 4 項主張優先承買權。

三、試說明拋棄繼承之要件與性質。

【擬答】

(一)拋棄繼承之要件

依民法第 1174 條規定：「繼承人得拋棄其繼承權。前項拋棄，應於知悉其得繼承之時起三個月內，以書面向法院為之。拋棄繼承後，應以書面通知因其拋棄而應為繼承之人。但不能通知者，不在此限。」故拋棄繼承之要件包括：1. 須為繼承人；2. 須於知悉得繼承時起三個月內以書面向法院為之。至於以書面通知應為繼承之人，因不妨害拋棄繼承之效力，故非拋棄繼承之要件。

(二)拋棄繼承之性質

拋棄繼承係繼承權之拋棄，發生喪失繼承地位之效果，屬於身分行為。又依民法第 1174 條規定，拋棄繼承應以書面向法院為之，故為要式行為，若未依法定方式為之，依民法第 73 條之規定，應屬無效，且雖規定應向法院為之，但並非以法院為相對人，性質上仍係無相對人之單獨行為。

四、甲夫、乙妻（住所設於新北市板橋區）有未成年之子女丙、丁（與父母同住）；丙、丁、戊共有建地一筆（位於花蓮縣），應有部分各 1/3，嗣因分割意見不一致無法形成共識，戊因此起訴請求分割共有物。試問：

(一)本案管轄法院為何？

(二)戊應列何者為被告，始為合法代理？

(三)訴訟中，甲、乙對分割方法意見不一致時，法院應如何處理？

【擬答】

(一)本案為花蓮地方法院專屬管轄：

1. 依民事訴訟法(以下同)第 10 條第 1 項，因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄。
2. 本題戊訴請分割共有土地，自屬不動產物權分割涉訟之情形，依第 10 條第 1 項，應由不動產所在地法院即花蓮地方法院專屬管轄。

(二)戊應將丙丁列為共同被告，並將甲乙列為法定代理人，始為合法代理：

1. 按請求分割共有物之訴，為固有必要共同訴訟，應由同意分割之共有人全體一同起訴，並以反對分割之其他共有人全體為共同被告，於當事人適格始無欠缺。是故，戊如訴請分割共有土地，而以自己為原告，自應以其他全體共有人即丙丁為共同被告，當事人適格始無欠缺。
2. 惟查，丙丁為未成年人，並無訴訟能力，應由其父母為法定代理人代為及代受訴訟行為。惟如何列法定代理始為合法，有不同見解如下：

(1)甲說：可列父或母中一人為訴訟代理人：

依第 71 條第 1 項：「訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人」。故僅列父親或母親一人為訴訟代理人即可。

(2)乙說：應列父母兩人為共同法定代理人：

依第 47 條：「關於訴訟之法定代理及為訴訟所必要之允許，依民法及其他法令之規定」。而民法第 1089 條第 1 項前段：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之」。所以，應列父親、母親二人共同法定代理人始合法。至於，同條項後段：「父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔

公職王歷屆試題 (104 國營事業新進職員)

義務時，由有能力者負擔之」，是例外情形，如果僅列父親或母親一人為法定代理人，應依第 244 條第 2 項，於訴狀內載明之。

3. 管見以為依 81 台上 613 判決，未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之，民法第一千零八十九條定有明文。法定代理權亦係父母之權利之一種，除父有不能行使之情形外，殊無由母單獨行使之餘地。應採乙說為妥。

4. 揆諸上述，戊自應將甲乙共同列為丙丁之法定代理人，其代理權始無欠缺。

(三) 甲乙就分割方法之意見不一致時，應於本案訴訟進行中，由法院為最利於未成年子女之裁定：

1. 依第 47 條，父母應依民法第 1086、1089 條共同代理。若父母意見不一致，則依民法第 1089 條第 2 項聲請非訟法院酌定子女最佳利益。惟訴訟中，甲乙意見不一致（對於分割方法）時，法院是否得在訴訟事件中為最有利子女之認定，則有不同見解如下：

(1) 甲說：可以在本案訴訟進行中，為最有利子女之認定。

依民法第 1089 條第 2 項，父母就未成年子女重大事項意思不一致時，本案訴訟進行之法院，應依民法第 1089 條之規範意旨，來為最有利子女之認定。該認定之經過及理由應於判決書中明確記載，以利上訴審為相關之審酌。

(2) 乙說：應由少年及家事法院為家事非訟事件管轄法院，為最有利子女之認定。

如訴訟中法定代理人二人意見不一致，應當依該民法第 1089 條第 2 項之規定「請求法院依子女之最佳利益酌定之」，此部份會衍生訴訟程序中另起之非訟程序，例如本題情形，子女與他人共有之財產進入分割共有物之訴訟，父母親所主張之分割方法不一致，此為重要攻擊、防禦方法之一，應依家事事件法第 104 條第 1 項，由子女住所地法院專屬管轄，由該有管轄權之法院先依民法第 1089 條第 2 項之規定「酌定（該重要之攻擊防禦方法）」後，再進行該分割共有物之訴訟。

在進行「酌定」之非訟程序時，該分割共有物之訴訟，應得類推適用民事訴訟法第 182 條第 1 項裁定停止。

(3) 丙說：未成年人子女丙、丁，雖同為被告關係，但因共有物分割，仍有利益相反情形，如由父母同時成為丙、丁之法定代理人，將會產生雙方代理問題。民法第 1089 條第 2 項增訂，雖有父母對於未成年子女之重大事項權利之行使意思不一致時，得請求法院依子女之最佳利益酌定之。但此所謂「依子女之最佳利益酌定之」，並非由法院為親權之代行，亦非由法院取代父母之意思，就親權事項具體內容為酌定，應係指父母之一方得請求法院為子女之利益酌定由父母之一方行使之謂。因此本題，應由法院依子女之最佳利益指定由父或母之一方為親權之行使。不得逕由法院依職權認定何者對未成年子女為有利。

(4) 丁說：裁判分割共有物，性質為形式形成訴訟，具有非訟性質，亦即實體法上並無賦予各共有人得主張分割之權利，法院應從共有人公平、共有物之利用及社會利益等因素，本於職權綜合判斷而為適當裁判，不受共有人主張分割方法之拘束。故共有人若為未成年人者，亦無民法第 1089 條之適用，本題設例情形，法院得聽取甲、乙之意見後，本於職權定分割方法。

2. 以上見解各有其理，惟考量分割共有物之性質為形式形成之訴，應由法院依衡平法理酌定分割方法之本旨，管見以為丁說為妥，臺灣高等法院暨所屬法院 93 年法律座談會民事類提案第 7 號亦同。

五、甲主張乙無權占有其所有未辦理建物登記之房屋，本於民法物上請求權之法律關係訴請判令乙返還該屋。乙抗辯該屋為其所有，縱非其所有，其亦有占有之正當權源云云。試問：

(一) 本案應由何人就何等事實負舉證責任？

(二) 如法院審理認定該屋係甲所有，且乙亦無占有之正當權源，判決乙敗訴確定後，乙另行起訴請求確認該屋之所有權存在，有無違反一事不再理原則？

【擬答】

公職王歷屆試題 (104 國營事業新進職員)

本件甲乙兩造之爭點為房屋所有權之歸屬、及乙是否有占有本權。就上開二項爭點，應由何人負舉證責任，分述如下：

(一)甲應就其房屋所有權之存在負舉證責任：

- 1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限，民事訴訟法(以下同)第 277 條定有明文。通說及實務見解均採規範說，由權利人就其權利之存在負舉證責任，而由義務人就權利之消滅、障礙及排除抗辯負舉證責任。
- 2.依題意，甲應係以民法第 767 條所有物返還請求權為其訴訟標的，自應就其權利之存在負舉證責任。雖乙亦主張其具房屋之所有權，惟其主張之性質，不啻為間接否認，要不影響舉證責任之分配，甲仍應就其房屋所有權之存在為舉證。

(二)依實務見解多數說，乙應就其占有本權之存在負舉證責任：

- 1.於規範說下，就乙是否為無權占有，或有合法之占有權源，究應由何人負舉證責任，有不同見解如下：

(1)甲說—權利人舉證：如依規範說，由於權利人主張其物上請求權存在，自應就物上請求權之各項構成要件負舉證責任。無權占有係屬物上請求權之構成要件，應由權利人負舉證責任，證明他造為無權占有。本於規範說之角度，義務人並非主張物上請求權權利存在者，為何致令其負物上請求權構成要件之舉證責任？義務人主張自己有占有權源，其性質應非「權利存在規範」，而應係對權利人主張無權占有為間接否認，應不影響舉證責任之分配才是，有 98 年台上字第 1279 號判決：「而民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。是以原告本於所有物返還請求權，請求無權占有人返還所有物，係以占有人無正當權源占有其所有物為成立要件之一，即須就其為系爭物之所有權人，其請求權成立之事實負舉證責任，必俟其為此證明後，占有人始應證明其占有權源。」可資參照。

(2)乙說—義務人舉證：實務見解多數說，認被告應就其取得占有係有正當權源之事實負舉證責任。如 72 年台上字第 1552 號判決：「以無權占有為原因，請求返還所有物之訴，被告對原告就其物有所有權存在之事實無爭執，而僅以非無權占有為抗辯者，原告於被告無權占有之事實，無舉證責任。被告應就其取得占有，係有正當權源之事實證明之。如不能證明，則應認原告之請求為有理由。」

- 2.以上二說各有其理，惟管見以為依實務見解多數說，乙既主張其占有權源存在，即應就其權利之存在負舉證責任，應採乙說為妥。

乙並未違反一事不再理原則，法院應予審理，惟前案具爭點效：

(一)按除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力，第 400 條第 1 項定有明文。甲乙之前案訴訟標的為甲對乙之所有物返還請求權，雖法院就房屋所有權之歸屬業經審理調查，惟仍係於判決理由中記載，判決既判力之客觀範圍僅及於訴訟標的，判決理由要不受既判力之拘束。

(二)惟查，房屋所有權之歸屬係為前案之重要爭點，復經法院審理調查並記載於判決理由在案，是否生爭點效，有不同見解如下：

1.肯定說：

確定判決之既判力，固以訴訟標的經表現於主文判斷之事項為限，判決理由並無既判力。但法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果，已為判斷時，其對此重要爭點所為之判斷，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，應解為在同一當事人就該重要爭點所提起之訴訟中，法院及當事人就該已經法院判斷之重要爭點法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張，始符民事訴訟上之誠信原則。73 台上 4062 判決等採之。

2.否定說：

若承認判決理由之判斷亦有既判力者，無異架空中間確認之訴制度，且當事人所意識之紛爭而要求法院判決者，僅訴訟標的而已，如就先決事項之判斷亦承認有既判力，無異強迫

公職王歷屆試題 (104 國營事業新進職員)

當事人接受未預期之結果，實有不妥。87 台上 1029 判決採之。

3. 管見以為本於訴訟法上之誠信原則、防止重複審理勞費、及保障當事人聽審請求權等綜合考量，爭點效於法院於判決理由中所作之判斷所生之拘束力，應就訴訟標的以外當事人主張之重要爭點，由雙方當事人為充分之攻擊防禦，並本於當事人辯論之結果作成判斷，且無顯然違背法令，或當事人未提出新訴訟資料，推翻原判斷之情形者，始對法院及當事人有拘束力。101 台上 1692 判決等實務見解亦同。

(三) 揆諸上述，本件乙之後訴其訴訟標的並未受前訴既判力所及，並無一事不再理之問題，法院應予審理，尚不得裁定駁回。惟於後訴，如當事人以前案判決理由為主張，於前案雙方當事人為充分之攻擊防禦，並本於當事人辯論之結果作成判斷，且無顯然違背法令，或當事人未提出新訴訟資料，推翻原判斷之情形之前提下，後訴法院自應受爭點效之拘束，而不得就房屋所有權之歸屬為不同之判斷。

六、甲向乙銀行申請核發信用卡使用，嗣後乙寄發簽帳消費帳單予甲，總計新台幣 25 萬元。甲拒不給付，故乙向法院聲請向甲發支付命令。若甲未依法於不變期間內向法院提出異議後，乙聲請強制執行，甲此時發現有約定書可證明已為一部清償，甲應如何救濟？（請依新舊法之規定分別論述）

【擬答】

(一) 按民事訴訟法於 104 年 7 月 1 日修正施行，就督促程序部份之修正，略以：

1. 增列第 511 條第 2 項，強化債權人之釋明義務。若債權人未為釋明，或釋明不足，法院得依本法第 513 條第 1 項規定，駁回債權人之聲請。

2. 修正第 521 條，債務人對於支付命令未於法定期間合法提出異議者，支付命令得為執行名義，而無既判力；於 104 年修法前，支付命令經確定，即生與確定判決相同之效力，惟修法後僅具執行力，尚不具既判力。第 514 條第 1 項第 3 款亦修正訂定支付命令應記載債務人未於不變期間內提出異議時，債權人得依法院核發之支付命令及確定證明書聲請強制執行，以盡教示義務。

3. 支付命令確定有瑕疵時之救濟：

(1) 債務人得依第 521 條第 3 項提起確認債權不存在之訴：依第 521 條第 3 項，債務人主張支付命令上所载債權不存在而提起確認之訴者，法院依債務人聲請，得許其提供相當並確實之擔保，停止強制執行。

(2) 於 104 年 7 月 1 日前確定之支付命令，債務人仍得提起再審之訴救濟：依民事訴訟法施行法第 4 條之 4，支付命令於民事訴訟法督促程序修正部份公告施行前確定者，債務人仍得依修正前民事訴訟法第 521 條第 2 項規定提起再審之訴。於此種情形，債務人有債權人於督促程序所提出之證物係偽造或變造之情形，或債務人提出可受較有利益裁判之證物者，仍得向支付命令管轄法院提起再審之訴，並以原支付命令之聲請，視為起訴。且關於期間部份，於新法公告施行後二年內為之，不受第 500 條之限制。惟債務人就已經清償之債務範圍，不適用之。

(二) 於本題，甲就乙之支付命令未於不變期間內提出異議，於新舊法下之救濟途徑迥異：

1. 甲於舊法下之救濟：

(1) 依舊法第 521 條第 1 項，確定之支付命令與確定判決具相同效力，甲受既判力所及，縱發現有約定書可證明已為一部清償，此攻防方法亦為既判力所遮斷。

(2) 惟如乙就該支付命令之聲請，係以不法行為侵害甲之權利者，甲仍得本於侵權行為法律關係提出訴訟請求損害賠償，有 84 台上 196 判決「上訴人請求被上訴人給付系爭票款固經發給支付命令確定在案，惟其以不法行為取得該執行名義，侵害被上訴人權利，應准被上訴人以侵權行為法律關係尋求救濟，以臻衡平。本件訴訟標的為侵權行為損害賠償請求權，確定支付命令之請求為票款請求權，二者既不相同，即無是否違背一事不再理則之問題。」可稽。

(3) 依題意，甲並無再審事由可資救濟，併與敘明。

2. 甲於新法下之救濟：

公職王歷屆試題 (104 國營事業新進職員)

於新法下，督促程序並無既判力，僅生執行力而已。依第 521 條第 3 項，債務人主張支付命令上所载債權不存在而提起確認之訴者，法院依債務人聲請，得許其提供相當並確實之擔保，停止強制執行。甲得依第 521 條第 3 項提起確認債權不存在之訴，以資救濟，並得向法院聲請提供相當擔保停止強制執行。

公
職
王