

105 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題

類別：各類科

科目：民法與民事訴訟法(民法部份)

一、甲是零件供應商，乙是汽車製造商，雙方約定由甲提供零件給乙，乙於交貨後 60 日付款。嗣後，甲因提供零件給乙，對乙取得新臺幣 200 萬元之債權（以下簡稱為 A 債權）。甲因經商負債累累，為避免債權人強制執行，故與友人丙通謀虛偽意思表示，將 A 債權出賣並讓與給丙。詎料，丙竟將該 A 債權出賣並讓與給惡意之丁；嗣後，丙又將該 A 債權出賣並讓與給善意 17 歲之戊。甲不承認丙所為之任何法律行為，戊之法定代理人亦不承認戊所為之任何法律行為。請附理由回答下列問題：

(一)何人可以取得 A 債權？並請分別說明丙、丁之債權買賣契約及債權讓與契約，與丙、戊之債權買賣契約及債權讓與契約之效力。(25 分)

(二)丁與戊先後通知乙有關債權讓與之事情，但乙堅持向甲清償，並經甲受領，乙之債務是否消滅？(20 分)

【擬答】：

(一)戊可取得 A 債權。丙、丁之債權買賣契約及債權讓與契約，與丙、戊之債權買賣契約及債權讓與契約之效力，分析如下：

1. 甲因經商負債累累，為避免債權人強制執行，故與友人丙通謀虛偽意思表示，將 A 債權出賣並讓與給丙，依據民法第 87 條第 1 項本文「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效」之規定，甲丙間之債權買賣契約及債權讓與契約，皆屬無效，換言之，甲仍為 A 債權人。

2. 丙竟將該 A 債權出賣並讓與給惡意之丁，係屬無權處分，惟債權買賣契約仍屬有效(蓋債權行為不以有處分權為必要)，至於債權讓與契約則屬效力未定(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力」參照)，而且丁為惡意，無法主張民法第 87 條第 1 項但書「但不得以其無效對抗善意第三人」，依題意甲拒絕承認，即確定無效。

3. 丙又將該 A 債權出賣並讓與給善意 17 歲之戊，仍屬無權處分，雖然債權行為不以有處分權為必要，但債權買賣契約仍因戊為限制行為能力人而效力未定(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」及第 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)，因戊之法定代理人拒絕承認，即確定無效。至於債權讓與契約則屬效力未定(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力」參照)，但無「行為能力欠缺」之瑕疵(民法第 77 條但書「但純獲法律上利益，或依其年齡及身份、日常生活所必需者，不在此限」參照)，但因為戊為善意，可以主張民法第 87 條第 1 項但書「但不得以其無效對抗善意第三人」之規定而取得 A 債權，甲雖拒絕承認，並不影響戊可取得 A 債權。

(二)丁與戊先後通知乙有關債權讓與之事情，但乙堅持向甲清償，並經甲受領，乙之債務是否消滅？分析如下：

1. 承上所述，戊既取得 A 債權，且已通知乙，自己對於乙發生效力(民法第 297 條第 1 項「債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。但法律另有規定者，不在此限」參照)，則乙仍對甲清償，自屬向第三人清償。

2. 依據民法第 310 條「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。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。三、除前二款情形外，於債權人因而受利益之限度內，有清償之效力」之規定，本例因甲為原債權人，雖可認為其係 A 債權之準占有人，惟因丁與戊已先後通知乙有關債權讓與之事情，故乙無法諉為不知甲非債權人(最高

公職王歷屆試題 (105 律師二試)

法院 42 年度台上字第 288 號民事判例「財產權不因物之占有而成立者，行使其財產權之人為準占有人，債權乃不因物之占有而成立之財產權之一種，故行使債權人之權利者，即為債權之準占有人，此項準占有人如非真正之債權人而為債務人所不知者，債務人對於其所為之清償，仍有清償之效力，此通觀民法第三百十條第二款及第九百六十六條第一項之規定，極為明顯」參照)，且依題意尚難認戊有因乙之清償而受有任何利益，所以乙無法主張依民法第 310 條第 2 款及第 3 款之規定而清償有效。

3. 因丙、戊之債權買賣契約無效，丙對戊得主張不當得利返還請求權請求返還(讓與)A 債權，而因丙屬無權處分，甲亦得丙主張不當得利返還請求權請求返還(讓與)其對於戊之不當得利返還請求權(此即「雙重不當得利請求權說」)，故如戊將 A 債權返還(讓與)給甲或經戊承認者，乙即可主張依民法第 310 條第 1 款之規定而清償有效，此時乙之債務即可消滅。

二、甲將其所有之 A 地設定普通地上權予乙，存續期間十年，乙在其上興建未辦保存登記之違章建築(以下簡稱 B 屋)。一年後，乙將 B 屋出賣並讓與丙，丙又將之出租並交付於丁，戊乘丁出國旅遊時逕自占用該屋。請附理由回答下列問題：

(一)丙、丁得分別向戊主張何種權利？(30 分)

(二)假設地上權期限屆至，乙仍繼續使用 B 屋。兩年後，甲訴請乙返還 A 地，乙有無抗辯可得主張？(15 分)

【擬答】：

(一)丙、丁得分別向戊主張之權利，分析如下：

1. 丙、丁得向戊主張民法第 962 條前段「占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物」之占有物返還請求權，解釋上無論係直接占有人(丁)或間接占有人(丙，民法第 941 條「地上權人、農育權人、典權人、質權人、承租人、受寄人，或基於其他類似之法律關係，對於他人之物為占有者，該他人為間接占有人」參照)均得主張占有物返還請求權。

2. 丙、丁不得向戊主張民法第 767 條之物權請求權(實務多數見解)。理由如下：

(1) 實務見解認為「違章建築」仍可為交易之標的，但因不能辦理民法第 758 條第 1 項：「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。」之「移轉登記」，故違章建築之買受人所取得者，並非所有權，而係事實上處分權，最高法院 62 年台上字第 2414 號判例：「不動產物權依法律行為而取得者，非經登記不生效力，為民法第七百五十八條所明定。此項規定，並不因不動產為違章建築而有例外。」與最高法院 67 年第 2 次民事庭庭長會議決定：「違章建築之讓與，雖因不能為移轉登記而不能為不動產所有權之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人。」可資參照。

(2) 違章建築之買受人(丙)能否行使民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權？此涉及事實上處分權之定位。實務見解似非一致。有認為「未辦登記建物因無法辦理所有權移轉登記，而僅得以事實上處分權讓與，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。」(最高法院 99 台上 1723 判決參照)；惟亦有認為「對未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係實務上之便宜措施，然事實上處分權究非所有權，能否類推適用所有權之物上請求權之規定，亦非無疑。」(最高法院 95 台上 94 判決、同院 103 年度台上字第 2241 號民事判決「按不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，民法第七百五十八條第一項定有明文。又未辦理保存登記房屋之買受人，固取得該違章建築之事實上處分權，惟依前開規定，該事實上處分權究與物權性質不同，自無同法第七百六十七條第一項物上請求權規定適用，亦無類推適用餘地」參照)。

(3) 承租人丁能否依據民法第 767 條第 2 項「前項規定，於所有權以外之物權，準用之」

準用同條第 767 條第 1 項前段？應持否定見解，蓋租賃權雖有物權化之規定(民法第 425 條及第 426 條參照)，然其本質仍為債權，而非物權。

(二)乙並無抗辯可得主張(實務見解)。理由如下：

1. 地上權是否亦有所謂的默示更新？學者通說認為可以類推適用民法第 451 條「租賃期限屆滿後，承租人仍為租賃物之使用收益，而出租人不即表示反對之意思者，視為以不定期限繼續契約」之規定，主要理由在於若地上權人仍為土地之使用收益，而土地所有人不即表示反對之意思者，似亦可推其意欲繼續地上權關係者為多，況地上權為真正的用益物權，租賃權僅為類似的用益物權，對於地上權人的保護不宜劣於承租人。
2. 惟實務見解則採否定說，最高法院 70 年度台上字第 3678 號民事判例「法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，期滿後，除法律有更新規定外，並不當然發生更新之效果，地上權並無如民法第四百五十一條之規定，其期限屆滿後自不生當然變更為不定期限之效果，因而應解為定有存續期間之地上權於期限屆滿時，地上權當然消滅」、同院 69 年第 7 次民事庭會議決議「法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，期滿後，除法律有更新規定，得發生不定期限外，並不當然發生更新之效果。地上權並無如民法第四百五十一條之規定，其期限屆滿後，自不生當然變更為不定期之效果，因而應解為定有存續期間之地上權，於限期屆滿時，地上權當然消滅（本院六十年度台上字第四三九五號判決）（同乙說）」參照。

三、甲女未婚與乙男同居，生下一子 A。嗣後乙男即離家不知去向。甲女因無力扶養 A，將甫出生之 A 子，依法出養給表姊丙女與其夫丁男。丙女與丁男已有兩歲之 B 女。未料，三年後，丙女因車禍去世。甲女前來幫忙照顧孩子，而與丁男發生感情，並依法為結婚之登記。請問：

- (一)甲女與丁男之婚姻關係存續中，若未成年子女 A、B 有特有財產時，應由何人管理？(20 分)
- (二)承前事實關係，甲女與丁男結婚時，未約定夫妻財產制。結婚時甲女無任何財產，丁男已有一棟房屋價值 600 萬元。婚姻關係存續中，丁男有 5000 萬元之薪資，但向銀行貸款 200 萬元，並以該棟房屋向銀行設定普通抵押權。因屆期未能清償，該屋被銀行拍賣得款 600 萬元，以其中之 200 萬元清償貸款後，剩餘 400 萬元。另外丁男又向戊男借款 1200 萬元，尚未清償。甲女婚後為家庭主婦，並無收入。此時，丁男因病死亡，其所留下之財產應如何分配及繼承？(25 分)

【擬答】：

(一)1. 未成年子女 A 之特有財產由甲、丁共同管理

(1)按旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者，不得結婚，民法第 983 條第 1 項第 3 款定有明文。次按養子女與本生父母及其親屬間之權利義務，於收養關係存續中停止之，收養者收養子女後，與養子女之本生父或母結婚時，養子女回復與本生父或母及其親屬間之權利義務。但第三人已取得之權利，不受影響，民法第 1077 條第 2、3 項定有明文。復按未成年子女之特有財產，由父母共同管理，民法第 1088 條第 1 項定有明文。

(2)本件甲雖將 A 出養給表姊丙與其夫丁，惟嗣因丙死亡，丙丁間之婚姻關係消滅，丁即得與第三人結婚。甲丁間雖為四親等姻親，惟其輩分相同，故非民法第 983 條禁止結婚者，是甲丁間婚姻有效。從而依民法第 1077 條第 3 項規定，A 回復與本生母親甲之權利義務，則依民法第 1088 條第 1 項規定，由甲、丁共同管理 A 之特有財產。

2. 未成年子女 B 之特有財產由丁單獨管理

本件甲丁結婚後，除非甲收養其配偶丁之未成年子女 B，否則甲、B 間為一親等直系姻親，甲並非 B 之母。從而，甲並無行使未成年子女 B 之權利義務。職是，本件由於 B 之母丙已死亡，依民法第 1088 條第 1 項規定，B 之特有財產應由其父親丁單獨管理。

(二)丁所遺之財產分配與繼承

1. 夫妻財產

(1)按夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，以法定財產制為其夫妻財產制；法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配，但因繼承或其他無償取得之財產及慰撫金不在此限，民法第 1005 條、第 1030 條之 1 第 1 項分別定有明文。而除離婚外，夫妻之一方死亡亦屬法定財產制關係消滅之原因之一（臺灣高等法院暨所屬法院 89 年度法律座談會決議參照）。從而本件甲、丁為夫妻，未約定夫妻財產制，以法定財產制為其夫妻財產制，丁因病死亡，自應就夫妻雙方剩餘財產之差額平均分配。

(2)剩餘財產分配

①甲之財產：甲結婚時無任何財產，婚後亦無收入，故其剩餘財產為零。

②丁之財產

①婚前財產：房屋一棟價值600萬元。

按夫或妻之一方以其婚後財產清償其婚前所負債務，或以其婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務，除已補償者外，於法定財產制關係消滅時，應分別納入現存之婚後財產或婚姻關係存續中所負債務計算，民法第1030條之2定有明文。本件丁於結婚時雖有房屋一棟價值600萬元，嗣後遭拍賣以清償其婚後貸款200萬元，拍得價金僅剩下400萬元。惟依上開規定，應於計算婚後財產時，將該已清償之貸款200萬元，納入婚姻關係存續中所負債務計算。

②婚後財產：

(A)薪資5000萬元：因薪資為丁婚後之有償收入，為剩餘財產分配之範圍。

(B)銀行貸款200萬元

按夫或妻之一方以其婚後財產清償其婚前所負債務，或以其婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務，除已補償者外，於法定財產制關係消滅時，應分別納入現存之婚後財產或婚姻關係存續中所負債務計算，民法第1030條之2定有明文。如前所述，丁於結婚時雖有房屋一棟價值600萬元，雖嗣遭拍賣以清償其婚後貸款200萬元，惟應依上開規定，將該已清償之貸款200萬元，納入婚姻關係存續中所負債務計算。

(C)向戊男借款1200萬元：此為婚姻關係存續中所負債務，應於婚後財產扣除之。

(D)小結：丁之婚後剩餘財產為3600萬元（計算式：5000-200-200=3600(萬元)）。

③分配

甲、丁間剩餘財產之差額平均分配，則生存配偶甲得依民法第1030條之1規定，請求1800萬元（計算式：(3600-0)/2=1800(萬元)）

2.遺產之繼承

(1)繼承人：甲、A、B

A 雖為養子女，惟依民法第 1077 條第 1 項規定，養子女與養父母及其親屬間之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。是依民法第 1138 條第 1 款規定，A、B 均為丁之直系血親卑親屬，為第一順位繼承人。配偶甲則依第 1144 條規定，為法定繼承人。

(2)遺產數額：2400 萬元

丁逝世後留下之財產總額為 4200 萬元（計算式：600+3600=4200(萬元)），扣除甲得請求之剩餘財產分配 1800 萬元，則丁遺產為 2400 萬元（計算式：4200-1800=2400(萬元)）。

(3)遺產分配：

按同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承；配偶應繼分，與第 1138 條所定第一

公職王歷屆試題 (105 律師二試)

順序之繼承人同為繼承時，其應繼分與他繼承人平均，民法第 1141 條、第 1144 條第 1 款定有明文。從而繼承人甲、A、B 之應繼分各為三分之一，即各得繼承 800 萬元 ($2400/3=800$ (萬元))。

3. 結論

配偶甲得依民法第 1030 條之 1 第 1 項規定，請求剩餘財產分配 1800 萬元，並得繼承遺產 800 萬元。直系血親卑親屬 A、B 則各得繼承 800 萬元。

公
職
王