

經濟部所屬事業機構 105 年新進職員甄試試題

類別：法務

科目：1.民法 2.民事訴訟法

一、甲乙雙方簽訂買賣 A 車契約，並於契約中約定，如出賣人甲遲延交付 A 車予買受人乙，則每遲延 1 天甲應給付乙逾期違約金新臺幣 1 萬元，試附理由回答下列問題：

(一)該逾期違約金於民法上為何種性質違約金？(3 分)

(二)倘甲因遲延交付 A 車致遭乙依約向其計罰違約金，雙方對約定之違約金是否過高發生爭議，試問司法實務上法院對酌減違約金之衡量標準為何？(10 分)

(三)又如依契約規定，甲應於 105 年 7 月 31 日交付 A 車，惟甲仍持續使用 A 車而未如期交付，同年 8 月 10 日颱風來襲，甲仍在使用中之 A 車因而泡水毀損，甲主張：「A 車毀損係因颱風造成，不可歸責於甲，甲已不須交付 A 車並仍得請求乙給付價款。」試問甲之主張是否有理由？(7 分)

【擬答】：

(一)逾期違約金之性質

1. 按違約金之種類可分為賠償性違約金及懲罰性違約金。所謂賠償性違約金，係指以違約金作為債務不履行所生損害之賠償總額，經當事人於損害發生前預先約定者，又稱為損害賠償額預定性違約金。另當事人得約定，債務人如有債務不履行時，除須支付違約金外，尚應負損害賠償責任者，其違約金是為懲罰性違約金。亦即約定懲罰性違約金者，於債務不履行時，債務人除須支付違約金外，關於其因債之關係所應負之一切責任均不因此受影響，故債權人除得請求支付違約金外，並得請求原給付之履行，及不履行債務所生之損害賠償。

2. 本題甲、乙約定：每遲延一天，甲應給付逾期違約金一萬元，其性質應屬於懲罰性違約金。

(二)實務對於酌減違約金之衡量標準

民法第 252 條規定，約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。實務認為，約定之違約金是否過高，應就債務人若能如期履行債務時，債權人可得享受之一切利益為衡量之標準，而非以僅約定一日之違約金額若干為衡量之標準(51 年台上字第 19 號判例)。如約定之違約金苟有過高情事，法院即得依本條規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減(79 年台上字第 1612 號判例)。

(三)甲之主張為無理由

1. 民法第 231 條第 2 項規定，因可歸責於債務人之事由致給付遲延，而在遲延中，債務人對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。按債務人原則上僅負過失責任，故如損害之發生係因不可抗力所致者，債務人並不負債務不履行責任。惟債務人既在遲延中，則縱因不可抗力所生之給付不能，仍屬可歸責於債務人之事由。因此，債務人應依民法第 226 條第 1 項規定，負給付不能之責任。

2. 本題甲應於 105 年 7 月 31 日交付 A 車於乙，嗣因可歸責於債務人甲之事由致其給付遲延，因此，該車雖於同年 8 月 10 日甲使用中遭遇颱風(不可抗力)而泡水毀損致生給付不能，惟依上開說明可知，仍屬可歸責於甲之事由，從而甲應依民法第 226 條第 1 項規定，對乙負給付不能之責任。甲之主張為無理由。

二、甲所有之「A 土地」坐落於乙所有之「B 土地」當中，但「A 土地」並無任何道路可聯絡通行至公路，試附理由回答下列問題：

公職王歷屆試題(105 經濟部)

(一)甲對乙依法有何權利可主張？(7分)

(二)承(一)，如甲是「A 土地」之承租人，其結論有無不同(4分)？又如甲是「A 土地」之典權人，其結論有無不同(4分)？

【擬答】：

(一)甲得對乙主張鄰地通行權。茲說明理由如下：

1.按民法第 787 條第 1 項規定，土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。學說上稱為鄰地通行權(袋地通行權)。本題甲所有之 A 地坐落於乙所有之 B 地中，且 A 地並無任何道路可聯絡通行至公路。由於 A 地四周圍皆不通公路(學說上稱為袋地)，致不能為通常使用，故甲得通行 B 地以至公路，惟應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之(第 787 條第 2 項前段)，而 B 地所有人乙則有容忍其通行之義務。

2.甲通行 B 地時，原則不得開設道路，惟於必要時，仍得開設道路(第 788 條第 1 項)。且甲如因適法通行行為或於必要時開設道路，則對於 B 地因此所受之損害，應支付償金(第 787 條第 2 項後段、第 788 條第 1 項但書)。

(二)如甲是 A 地之承租人或典權人，其結論並無不同

按相鄰關係之規定雖適用於所有人間，惟法律規定不動產相鄰關係之目的，在於調和不動產利用上之利益衝突，故應重在不動產利用權人間之關係，而非所有權之歸屬。民法第 800 條之 1 規定，第 774 條至前條規定，於地上權人、農育權人、不動產役權人、典權人、承租人、其他土地、建築物或其他工作物利用人準用之。因此，如甲是 A 地之承租人或典權人，依上開規定可知，其結論並無不同。

三、甲男與乙女為夫妻，於婚姻關係存續中，乙女生下兒子丙，惟之後丁男跳出來聲稱丙為其與乙女外遇所生，丁男才是丙之生父，試附理由回答下列問題：

(一)丁男是否得認領丙？(7分)

(二)有效之認領是否需以「認領人」與「被認領人」間具有真實血統關係為前提，司法實務與學說上見解為何？請析述之。(8分)

【擬答】：

(一)丁不得認領丙。茲說明理由如下：

1.按所謂婚生子女，係指由婚姻關係受胎而生之子女(第 1061 條)。第 1063 條第 1 項規定，妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生之子女為婚生子女。題示甲、乙為夫妻，且於婚姻關係存續中乙受胎生子丙，故丙推定為甲、乙之婚生子女。

2.題示丁為丙之生父，丙則為丁之非婚生子女。按非婚生子女與其生父間，縱令有真實之血統連絡關係，亦非當然發生法律上之直系血親關係，依現行民法規定，非婚生子女須經生父認領(第 1065 條第 1 項、第 1067 條)，或與其生母結婚(第 1064 條)，法律上始視為婚生子女。惟撫育及準正之對象，須以非婚生子女為限，對於已被推定為他人之婚生子女者，除經婚生否認之訴判決確定而成為非婚生子女外，縱經生父認領或撫育，或生母與生父合法結婚，該子女仍無法與生父發生法律上之父子關係。準此而言，本題丁縱為丙之生父，亦不得認領丙。

(二)認領人與被認領人間必須具有真實血統關係

實務及學者通說均認為，認領人與被認領人間必須具有真實血統連絡關係，血統上無父子關係者，不得因認領而成為法律上之父子關係，其認領應為無效。惟非生父已為反於真實之認領後，非經判決認領無效或確認父子關係不存在確定，生父不得再為認領。又被推定為他人婚生子女之非婚生子女，非經提起婚生否認之訴予以否定前，真實之生父亦不得為認領，其認領亦屬無效(33 年院字第 273 號、23 年上字第 3473 號判例)。

四、何謂當事人恆定(5分)?下列兩例中有無當事人恆定情形,試附理由析述之:

(一)甲所有之A地被乙無權占有,甲起訴請求乙返還A地,乙在訴訟繫屬中將其對該地之占有移轉予丙。(5分)

(二)甲於訴訟繫屬中受破產之宣告,法院選任乙律師為破產管理人。(5分)

【擬答】:

(一)當事人恆定意義

在訴訟繫屬中,縱然發生系爭物轉讓於第三人之情事,亦不影響既存訴訟(前訴、本訴)之當事人適格。易言之,當事人適格不受起訴後系爭物之移轉所影響,而承認原來之當事人仍可繼續遂行訴訟,不會欠缺當事人適格。

(二)移轉占有不影響原訴乙之被告適格

按民訴法§254 I 規定「訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係,雖移轉於第三人,於訴訟無影響。但第三人如經兩造同意,得聲請代當事人承當訴訟。」,題示情形所移轉者為標的物之占有,是否有本條之適用?容有二說:

1. 否定說:

依民訴法§254 I 規定文義解釋,「訴訟標的之法律關係」,於本案中屬所有物返還請求權,此項請求權並無法單獨為移轉,矧本案中係乙移轉系爭物之占有,訴訟標的之法律關係並無轉移,無本條規定之適用,因此無涉當事人恆定問題,不影響原訴乙之被告適格。

2. 肯定說:

站在擴大訴訟制度解決紛爭功能及紛爭解決一次性之要求,應綜合民訴法§401(既判力主觀範圍)與§254為觀察,應認知為擴大訴訟制度解決紛爭之功能,於訴訟繫屬中如有從當事人受特定繼受(如標的物占有)之事實,為擴張判決之效力,題示情形標的物占有之移轉,亦屬§254規定之移轉,俾使判決效力擴張及於丙,並因當事人恆定效力,不影響原訴乙之被告適格。

不論採何說,題示情形,均無影響被告之適格,當事人均恆定。

(三)受破產宣告不影響原訴甲之原告適格

1. 查最高法院27年上字第2740號判例固謂「破產人因破產之宣告,對於應屬破產財團之財產喪失其管理及處分權,關於破產財團之訴訟即無訴訟實施權,其喪失之管理及處分權既由破產管理人行之,此項訴訟自應以破產管理人為原告或被告,當事人始為適格。」,破產宣告後,破產人對於應屬破產財產之財產,喪失其管理及處分權(同破產法§75),此後之訴訟即應以破產管理人為原告或被告,當事人適格始不致欠缺。

2. 然同院54年台上字第3231號判例亦謂「破產管理人承受中斷之訴訟程序後,或破產管理人自始起訴或應訴之訴訟程序後,破產程序終結者,當然由破產人於當時訴訟之程度續行其訴訟,此際毋庸破產人別為承受訴訟之行為。」,破產程序中選任破產管理人後,破產管理人應承受訴訟,惟此際並不影響原中斷之程序當事人適格,即如於破產程序終結,亦當然由破產人直接續行訴訟,無須破產另為承受訴訟之行為,表示破產管理人僅處於法定訴訟擔當之地位而遂行訴訟,不影響甲之原告適格。

五、試附理由回答下列民事訴訟法上有關訴訟代理之問題:

(一)依司法實務見解,如僅於委任狀上敘明「全權代理」或「依法委任」時,訴訟代理人是否有特別代理權?(5分)

(二)甲乙於民事事件審判中成立訴訟上和解,惟法官嗣後發現甲之訴訟代理人並無特別代理權,經法官通知補正,甲竟置之不理,試問該訴訟上和解效力如何(3分)?法院應如何處理(3分)?

(三)甲委任A、B兩位律師為訴訟代理人對乙起訴,A、B兩律師均有特別代理權,乙為本案言

公職王歷屆試題(105 經濟部)

詞辯論後，A 律師於法院判決前逕自撤回起訴，試問該撤回起訴是否有效？(9 分)

【擬答】：

(一)特別委任不得概括為之

查最高法院 17 年上字第 778 號判例謂「訴訟代理人之受特別委任，須當事人表明其特別委任之事項，故委任書狀如僅概言依法委任，或泛稱全權代理（即為一切行為）等字樣，即應解為未受特別委任。」，題示情形，僅敘明「全權代理」或「依法委任」時，應解為未受特別委任。

(二)未經合法代理之訴訟上和解效力

1. 訴訟上和解有與確定判決同一之效力。

按民訴法§380 I 規定「和解成立者，與確定判決有同一之效力。」，合先敘明。

2. 未經合法代理之訴訟上和解有無效事由，應聲請繼續審判。

按民訴法§380 II 固規定「和解有無效或得撤銷之原因者，當事人得請求繼續審判。」，惟因訴訟上和解行為之屬性為何，實務上雖認為訴訟上之和解，為私法上之法律行為，同時亦為訴訟法上之訴訟行為（最高法院 43 年台上字第 1075 號判例），即採兩行為併存說，然是否僅得依上開條項為救濟，容有二說：

(1)當然無效說（最高法院 55 年台上字第 2745 號判例）

認「訴訟之和解成立者，依民事訴訟法§380 I 規定，固與確定判決有同一之效力，惟此項和解亦屬法律行為之一種，如其內容違反強制或禁止之規定者，依民法§71 前段之規定仍屬無效。」。

(2)繼續審判說（最高法院 46 年台上字第 1439 號判例）

認「訴訟上之和解，一經成立，即與確定判決有同一之效力，故此項和解有無效之原因者，當事人僅得於 30 日之不變期間內，聲請繼續審判，並非當然無效，此觀民事訴訟法§380 II 規定自明。」。

管見以為，依現行民訴法之規定，既已明示救濟管道，復明白規定聲請繼續審判之期間（民訴§380IV），自不應再承認有當然無效之訴訟上和解存在，否則有違程序安定之要求。

(三)A 律師有單獨為撤回起訴行為之權限，惟仍須得被告乙之同意，撤回始生效力。

1. 按民訴法§71 I 規定「訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人。」，題示情形，A、B 兩律師均有特別代理權，即得由 A 律師單獨為撤回起訴行為。

2. 惟撤回起訴之效力如何，按民訴法§262 I 規定「原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。」，題示情形，乙已為本案言詞辯論，故縱 A 律師單獨為撤回起訴行為，亦應得乙之同意後，始生撤回起訴效力。

六、甲起訴請求乙給付買賣價金新臺幣(下同)500 萬元，第一審判決命乙應給付甲價金 200 萬元，並駁回甲其餘之訴，試附理由回答下列問題：

(一)倘甲就其敗訴部分提起上訴，乙逾上訴期間未就其敗訴 200 萬元部分提起上訴時，乙於第二審審理中，是否能再就其敗訴 200 萬元部分爭執（5 分）？又倘乙捨棄第二審上訴權後，乙於第二審審理中，是否能再就其敗訴 200 萬元部分爭執（5 分）？

(二)倘甲乙雙方均不服並各自提起上訴第二審，第二審判決命乙應給付甲價金 300 萬元，甲就其第二審判決敗訴部分提起上訴，乙逾上訴期間未就其敗訴 300 萬元部分提起上訴，乙於第三審審理中，是否能再就其敗訴 300 萬元部分爭執？（5 分）

【擬答】：

(一)乙得提起附帶上訴就一審敗訴 200 萬元部分爭執

1. 按民訴法§460 I 本文規定「被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。但經第三審法

公職王歷屆試題(105 經濟部)

院發回或發交後，不得為之。」，於言辯終結前，被上訴人均得為附帶上訴，此觀最高法院 17 年聲字第 111 號判例「附帶上訴在言詞辯論終結前隨時可以提起，不受上訴期間拘束，無聲請追復之必要。」自明。題示情形，縱乙逾上訴期間，亦得於二審言詞辯論終結前為附帶上訴，再就其敗訴 200 萬元部分爭執。

2. 次按民訴法§460 II 規定「附帶上訴，雖在被上訴人之上訴期間已滿，或曾捨棄上訴權或撤回上訴後，亦得為之。」，題示情形，乙縱捨棄第二審上訴權，仍得於言辯終結前為附帶上訴，再就其敗訴 200 萬元部分爭執。

(二) 乙於第三審程序中不得為附帶上訴

按民訴法§473 II 規定「被上訴人，不得為附帶上訴。」，題示情形，乙逾上訴期間未提起上訴，依法不得為附帶上訴。

公
職
王