

# 《民法與民事訴訟法》

## (民法部分)

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)

命題意旨	本題涉及意思表示瑕疵、債權雙重讓與及限制行為能力人未得法定代理人同意締結契約，以及清償效力等爭議問題，係屬橫跨民總、債總、物權範圍，爭點雖多，但大多為基本概念，如果有邏輯性的分層處理相關爭議問題，應可獲致不錯的分數。
答題關鍵	第一小題：意思表示瑕疵、債權雙重讓與及限制行為能力人未得法定代理人同意締結契約。 第二小題：債權讓與之通知及向第三人清償之效力。
考點命中	1.《高點民法講義》第二回，高台大編撰，法律行為效力、意思表示瑕疵「通謀虛偽」部分。 2.《高點民法講義》第四回，高台大編撰，債之移轉「債權讓與」、債之消滅「清償」部分。 3.《財產法(I)－契約法》，李淑明編著，高點文化出版，2016 年 6 月版，頁 3-88 以下、3-131 以下。 4.《原來～答案要這樣寫－財產法(含民事法綜合題)》，李淑明編著，高點文化出版，2015 年 8 月版，頁 3-1 之試題 1，相似度 90%。

### 【擬答】

(一) 本題應由戊取得 A 債權，其法律關係分述如下：

- 丙、丁之債權買賣契約係屬有效，債權讓與契約則因甲不承認而無效：
  - 按民法第 87 條第 1 項規定，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。但不得以其無效對抗善意第三人。次按民法第 118 條第 1 項規定，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。
  - 本題，甲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，依民法第 87 條第 1 項本文規定，甲、丙間債權買賣及債權讓與之行為均屬無效，此時甲仍為 A 債權之權利人，故本題丙將甲之 A 債權出賣予惡意之丁，係屬無權出賣他人債權之無權處分行為。
  - 又債權讓與契約，依學說通說及實務見解認為係屬「準物權行為」，於讓與合意時即生權利直接變動效力<sup>註1</sup>，且因其無如物權之外在表徵存在，故無公示原則與公信原則之適用，自無民法物權編之善意受讓制度之適用。是以，如有通謀虛偽之情事者，學說見解認為善意第三人僅得主張民法第 87 條第 1 項但書之規定以保障其交易安全。
  - 準此，本題依學說通說及實務見解認為負擔行為不以行為人對於標的物有處分權為必要<sup>註2</sup>，故丙、丁之

<sup>註1</sup> 最高法院 92 年台上字第 624 號判決：「按債權讓與係屬準物權行為具獨立性，於讓與契約發生效力時，債權即移轉於受讓人，其原因關係之存否，於既已成立生效之債權讓與契約並無影響。是以債權讓與為清償債務之方法，縱其債務不存在，亦僅生讓與人得否請求受讓人返還不當得利之問題，要難謂其不生債權移轉之效力。」本判決揭示「債權讓與契約」係屬「準物權行為」，且具有如同一般物權行為之「無因性」特徵。

<sup>註2</sup> 最高法院 89 年台上字第 961 號判決：「又物權行為有獨立性及無因性，不因無為其原因之債權行為，或為其原因之債權行為係無效或得撤銷而失效；而買賣契約與移轉所有權之契約不同，買賣契約不過一種以移轉物

債權買賣契約係屬有效。又丁為惡意第三人，依上開所述除不得主張民法善意受讓規定外，亦不得主張民法第 87 條第 1 項但書規定之適用，故本題丙、丁間之債權讓與契約依民法第 118 條第 1 項規定，於有權利人承認前，不生效力。

2. 丙、戊之債權買賣契約雖因法定代理人不承認而屬無效，惟其債權讓與契約依第 87 條第 1 項但書、民法第 77 條但書規定及準物權行為亦有無因性理論適用下，仍為有效：

(1) 本題戊為限制行為能力人，其所為意思表示依第 77 條本文規定，應得法定代理人之允許，除非有第 77 條但書或第 83 條規定之情形，否則單獨行為依民法第 78 條規定無效，契約行為依第 79 條規定於法定代理人承認前不生效力。

(2) 丙、戊之債權買賣契約雖因法定代理人不承認而屬無效：

① 依前所述，丙、丁間之債權讓與契約無效，甲此時仍為 A 債權之所有人，故丙將 A 債權於出賣予丙後，再行出賣予善意之限制行為能力人戊，此時丙、戊間之債權買賣契約雖係屬債權之雙重買賣且屬無權處分。

② 惟依通說及實務見解基於債權平等原則及保障交易安全之考量，且負擔行為不以行為人對於標的物有處分權為必要，故丙、戊間之債權買賣契約不因此而受影響。

③ 惟戊為限制行為能力人，依題意該債權買賣契約並無民法第 77 條但書規定及第 83 條之情形，又戊之法定代理人亦不承認戊所為之任何法律行為，故丙、戊間之債權買賣契約依民法第 77 條本文及第 79 條規定，應屬無效。

(3) 丙、戊之債權讓與契約仍為有效：

① 丙、戊間之債權讓與契約雖屬無權處分，依民法第 118 條第 1 項規定效力未定，惟戊係善意第三人，故戊得主張民法第 87 條第 1 項但書規定，其債權讓與行為不因通謀虛偽意思表示之無效而受影響。

② 又戊雖為限制行為能力人，其債權讓與之準物權契約依民法第 77 條本文規定，於法定代理人承認前不生效力，惟學說見解認為債權讓與對於戊而言係屬「純獲法律上利益」之行為，故依民法第 77 條但書規定，縱使戊之法定代理人不承認，戊亦可取得 A 債權。

③ 另本題丙、戊間之債權買賣契約雖因法定代理人之不承認而無效，惟學說及實務見解認為債權讓與之準物權行為亦有無因性理論之適用<sup>註 3</sup>，故丙、戊間之債權讓與行為亦不因債權買賣契約無效而受影響，仍為有效。

3. 綜上所述，本題丁為惡意第三人，故無法取得 A 債權，惟戊依第 87 條第 1 項但書、民法第 77 條但書規定及準物權行為亦有無因性理論適用下，主張取得 A 債權，應有理由。

(二) 本題乙得依民法第 310 條第 1 款規定，主張其債務因向甲清償而消滅，茲分述如下：

1. 按民法第 297 條第 1 項規定，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。準此，本題承上所述，係由戊取得 A 債權，且依題意戊亦通知乙其為債權人，故依民法第 297 條第 1 項規定，應由戊受領 A 債權之清償，惟乙堅持向甲清償，並經甲受領，則屬「向第三人清償」之情形，其是否發生清償效力，應視是否符合民法第 310 條之規定。

2. 次按民法第 310 條規定，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。

3. 準此，本題乙雖可主張甲為原債權人而係屬「債權之準占有人」，惟因丁與戊先後通知乙有關債權讓與之事情，故乙不得主張其不知甲非債權人，且乙向甲清償亦無法使戊受有清償之利益，是乙無法依民法第 310 條第 2 款及第 3 款規定主張發生清償之效力。

4. 惟承上題所述，丙、戊之債權買賣契約因法定代理人不承認而屬無效，故戊係無法律上原因取得 A 債權，是丙得依民法第 179 條不當得利規定請求返還 A 債權。又甲、丙間之債權買賣契約及債權讓與契約係屬通

權為目的之債權契約，難謂即為移轉物權之物權契約，且出賣人對於出賣之標的物，不以有處分權為必要（本院三十七年上字第 7645 號、三十八年台上字第 111 號判例意旨參看）。

<sup>註 3</sup> 最高法院 96 年台上字第 398 號判決：「按債權讓與係以不變更債權之同一性，由債權人將其移轉與相對人之準物權契約，債權讓與之原因，或為以債權之移轉為清償債務之方法，或為贈與契約之履行，或為其他原因，惟此項原因行為之有效與否，與有效成立之債權讓與契約無直接影響。」準此，縱使債權讓與之債權行為（原因行為）無效，債權讓與之準物權行為亦不因此而受影響，故債權讓與之準物權行為亦有「無因性理論」之適用。

謀虛偽意思表示，依民法第 87 條第 1 項規定均屬無效，故丙取得 A 債權係屬無法律上之原因，是甲亦得依民法第 179 條不當得利之規定請求丙返還 A 債權。準此，依學說見解認為，甲得依「雙重不當得利理論」直接向戊請求返還 A 債權，此時甲取得 A 債權即符合民法第 310 條第 1 款「受領人於受領後取得其債權」之情形，故乙得依該規定主張其債務因向甲清償而消滅。

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)

命題意旨	本題測驗考生有關最高法院對於違章建築之移轉，創設「事實上處分權」之相關概念，於事實上處分權人及承租人權利遭受侵害時，於民法上得主張哪些權利。此外，對於地上權是否可以參考租賃相關規定，得適用或類推適用默示更新之效力。
答題關鍵	第一小題：涉及侵害事實上處分權及租賃權時，權利人得向無權占有人主張之權利。 第二小題：地上權是否有默示更新效力之適用。
考點命中	1.《高點民法講義》第六回，高台大編撰，通則「違章建築」部分。 2.《高點民法講義》第三回，高台大編撰，無因管理、不當得利部分。 3.《高點民法講義》第七回，高台大編撰，地上權部分。 4.《財產法(II)－侵權行為法、物權法》，李淑明編著，高點文化出版，2016 年 6 月版，頁 9-22 以下。 5.《原來～答案要這樣寫－財產法(含民事法綜合題)》，李淑明編著，高點文化出版，2015 年 8 月版，頁 3-23 之試題 6。

### 【擬答】

(一)丙、丁得分別向戊主張何種權利，茲分述如下：

1.丙得否依民法第 767 條第 1 項前段規定，向戊主張請求返還 B 屋，學理上有爭議；惟承租人丁則不得依民法第 767 條第 2 項準用第 1 項前段規定主張之：

(1)本題，甲將其所有之 A 地設定普通地上權予乙，乙在其上興建未辦保存登記之違章建築 B 屋，並於一年後將 B 屋出賣並讓與丙，茲因 B 屋無法辦理保存登記，故亦無法依民法第 758 條第 1 項為移轉登記。是以，實務上為解決此種違章建築讓與之情形，故創設「事實上處分權」之概念，乙得將 B 屋之事實上處分權讓與給丙而使其取得使用收益違章建築物之權限<sup>註 4</sup>，合先敘明。

(2)按民法第 767 條第 1 項前段規定，所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。此外同條第 2 項規定，第 1 項規定，於所有權以外之物權，準用之。

(3)本題，違章建築之事實上處分權人丙是否得主張適用或類推適用民法第 767 條第 1 項規定，學理上係有爭議：

①肯定說認為，違章建築物為事實上物權，與依法定公示要移轉之物權，均屬財產權，法律均加以保護。而違章建築物於買賣後既已交付，第三人縱非明知，亦屬可得而知，故對第三人發生效力，並未使第三人遭受不測之損害，亦不影響交易安全，故應承認事實上物權之概念，是事實上處分權人亦得主張或類推適用民法第 767 條第 1 項前段所規定之所有物返還請求權。

②惟實務上最高法院多採否定說之見解，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<sup>註 5</sup>。

<sup>註 4</sup> 最高法院 67 年第 2 次民庭會議決議(一)：「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，應認為讓與人己將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人。」

<sup>註 5</sup> 最高法院 100 年台上字第 1275 號民事判決：「又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？或應以代位之法律關係行使其權利？仍待進一步推求。原審未詳予研求，即為上訴人敗訴之判決，亦嫌速斷。」最高法院 95 年台上字第 94 號民事判決：「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。」

③準此，本題倘採肯定說，茲因丙已將 B 屋出租予丁，故丙得主張或類推適用民法第 767 條第 1 項前段規定，向戊主張請求返還 B 屋予丁。倘採否定說之見解者，則丙不得依民法第 767 條第 1 項前段規定，向戊主張請求返還 B 屋。

(4)本題丁僅為 B 屋之承租人，而租賃契約僅為債權契約，僅具有債權之相對效力，故與民法第 767 條第 2 項係適用於對世效力之物權仍有本質上之不同，故無法直接適用或類推適用。準此，丁不得依民法第 767 條第 2 項準用第 1 項規定，向戊主張請求返還 B 屋。

2.丙、丁得依民法第 962 條前段規定向戊請求返還 B 屋予丁：

(1)按民法第 941 條規定，承租人對於他人之物為占有者，該他人为間接占有人，故承租人於租賃關係存續中對於租賃物係屬「直接占有人」，而出租人為「間接占有人」。

(2)次按民法第 962 條前段規定，占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物。又實務見解認為，所謂占有人，固不以實際占有人為限，即間接占有人亦屬之，但在間接占有情形，判斷有無侵害占有事實，仍應以直接占有人定之。<sup>註 6</sup>

(3)本題，丙對於 B 屋有事實上處分權，已如前述，故丙得將 B 屋出租予丁為使用收益。此時，依民法第 941 條規定承租人丁為 B 屋之「直接占有人」，出租人丙為「間接占有人」，故依前開實務見解可知，本題丙、丁得依民法第 962 條前段規定，向戊請求返還 B 屋予丁。

3.丁得依民法第 179 條規定向戊主張無權占有之不當得利，至於丙則不得主張之：

(1)按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同，民法第 179 條定有明文。

(2)又學說上認為，有關於不當得利請求權人判斷，應採「權益歸屬說」之概念，亦即依權利歸屬之內容，應歸屬於權利人之權利而未歸屬者，其即有權利歸屬之侵害，即為不當得利法上之請求權人。

(3)本題，戊係無權占有 B 屋，係無法律上之原因而受有利益，惟丙已將 B 屋出租於丁而使其取得使用收益之權利，故丁乃實際上因戊之無權占有而受損害之當事人，故依上開「權益歸屬說」之概念，僅丁得

臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會民事類提案第 13 號：「法律問題：甲向乙買受 A 地（已辦理移轉登記）及土地上之未保存登記之建物 B 屋（無法辦理移轉登記），交屋後遭丙無權占用，甲得否依民法第 767 條第 1 項前段請求丙返還 B 屋？

審查意見：採乙說。

乙說：否定說。

(一)甲買受 B 屋，依民法第 758 條所定，尚需登記始能取得所有權，因不動產物權藉由「登記」明確公示，第三人經由登記得知，故應受規範，所有權人自得受到物權法之保護，而主張民法第 767 條之權利。然違章建築，因無法登記公示，所以不應亦得主張與已登記之所有權人相同之權利。是甲因未能辦理 B 屋所有權之移轉登記，無法取得對 B 屋之所有權，則甲既非 B 屋之所有權人，即無民法第 767 條之適用。蓋甲明知 B 屋為違章建築，無法辦理移轉登記，仍願買受，如此時仍給予與合法登記之所有權人相同之保護，疑有鼓勵非法之嫌。況違建之標的與合法之建物，在市場價格上，應有落差，購買者如已享受價格之優惠，因而需承擔比購買合法建物者較高之風險，當屬合理範圍，而得為當事人所能預見，亦難謂因此對當事人造成突襲。

(二)又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 年度台上字第 94 號、100 年度台上字第 1275 號判決參照）。

(三)衡以類推適用係在法無明文，法有缺漏時，相似情況予以類推適用，然我國民法就不動產物權之取得、喪失、變更，法律已明白規定以登記為要件，並非法無明文之情況。且此時如果認定就違章建築得類推適用所有權之規定，其結果亦與所有權相同，受到同樣之物權法之保護，疑有鼓勵違建，鼓勵非法之嫌，況違建之標的與合法之建物，在市場價格上，應有落差，購買者如已享受價格之優惠，因而需承擔比購買合法建物者較高之風險，當屬合理範圍，而得為當事人所能預見，亦難謂因此對當事人造成突襲。所以亦不應類推適用民法第 767 條之規定。」

<sup>註 6</sup> 最高法院 99 年台上字第 1941 號民事判決：「民法第 962 條規定，占有人，其占有被侵奪者，得請求返還其占有物；占有被妨害者，得請求除去其妨害；占有有被妨害之虞者，得請求防止其妨害。又所謂占有人，固不以實際占有人為限，即間接占有人亦屬之，但在間接占有情形，判斷有無侵害占有事實，仍應以直接占有人定之。」

依民法第 179 條規定向戊主張無權占有之不當得利，至於丙則不得主張之。

4. 丙、丁得依民法第 184 條第 1 項規定，向戊主張侵權行為損害賠償責任：

- (1) 按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同，民法第 184 條第 1 項定有明文。
- (2) 本題，戊無權占有 B 屋，係侵害丙之事實上處分權，故有學說見解認為倘承認事實上處分權係屬事實上物權之概念者，則丙得依民法第 184 條第 1 項前段規定向戊主張侵權行為之損害賠償請求權；倘不承認者，則於戊對 B 屋之無權占有係屬故意背於善良風俗而加損害於丙者，亦得主張民法第 184 條第 1 項後段規定向戊請求侵權行為之損害賠償責任。
- (3) 又戊無權占有 B 屋，亦侵害承租人丁之使用收益權利，惟該使用收益權利僅具債權之相對性，故丁僅得依民法第 184 條第 1 項後段規定，於戊對 B 屋之無權占有係屬故意背於善良風俗時，得向戊主張侵權行為之損害賠償責任。

5. 丁得依民法第 177 條第 2 項規定，向戊主張不法管理之利益，至於丙則不得主張之：

- (1) 按管理事務不合於前條之規定時，本人仍得享有因管理所得之利益，而本人所負前條第 1 項對於管理人之義務，以其所得之利益為限。前項規定，於管理人明知為他人之事務，而為自己之利益管理之者，準用之，民法第 176 條第 1 項及第 2 項分別定有明文。
- (2) 又學說見解認為，本人解釋上可能有數人時，應合理解釋本人之範圍，以限於有直接利益者始成立無因管理。
- (3) 本題戊無權占有 B 屋，係屬違反本人丙或丁之明示或可得推知之意思，且戊係為自己之利益為管理，故屬「不法管理」之情形。是以，本人得依民法第 177 條第 2 項規定主張享有不法管理之利益。惟丙已將 B 屋出租於丁而使其取得使用收益之權利，故依前開學說見解認為，應以受有直接利益之承租人丁得主張享有不法管理之利益。

(4) 準此，本題丁得依民法第 177 條第 2 項規定，向戊主張不法管理之利益，至於丙則不得主張之。

(二) 乙依實務見解，不得向甲主張抗辯；惟依學說見解，乙得類推適用民法第 451 條規定，主張地上權發生不定期限之延長效力，得拒絕返還 A 地：

1. 本題甲將其所有之 A 地設定普通地上權予乙，存續期間十年，惟地上權期限屆至，乙仍繼續使用 B 屋，此時於地上權是否有如同租賃契約依民法第 451 條規定得主張不定期限之法律效果，係有爭議。
2. 實務見解係採否定說，認為法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，除法律另有規定外，並不當然發生更新之效果。民法物權編所稱地上權並無如債編第 451 條之規定，定有存續期間之地上權於其期限屆滿後，不生當然變更為不定期限之效果，自應解為該地上權於期限屆滿時消滅<sup>註 7</sup>。
3. 惟有學者採肯定之見解，認為地上權係屬具有對世效力之物權，而租賃權僅為相對效力之債權，故基於「舉輕以明重」之法理，對於地上權之保障應較租賃權保障更為慎重。又地上權人如繼續對土地為使用收益，土地所有人不即表示反對之意思者，亦可推知所有權人同意繼續維持地上權而生延長地上權之效力。故民法修正草案第 840 條之 1<sup>註 8</sup>雖於 98 年物權編修正時已遭刪除，惟地上權人仍得類推適用民法第 451 條規定，使地上權發生不定期限之延長效力。
4. 綜上所述，本題倘採否定說見解，甲訴請乙返還 A 地時，乙有不得主張類推適用民法第 451 條規定，主張

<sup>註 7</sup> 最高法院 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 451 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 4395 號判決）。」

最高法院 70 年台上字第 3678 號判例：「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 451 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。」

最高法院 104 年度台簡上字第 28 號判決：「又法律關係定有存續期間者，於期間屆滿時消滅，除法律另有規定外，並不當然發生更新之效果。民法物權編所稱地上權並無如債編第 451 條之規定，定有存續期間之地上權於其期限屆滿後，不生當然變更為不定期限之效果，自應解為該地上權於期限屆滿時消滅。至土地所有人於地上權關係消滅後，如同意原地上權人繼續使用土地，尚無不可，但難謂該地上權仍為有效。」

<sup>註 8</sup> 民法修正草案第 840 條之 1 規定：「地上權人之工作物為建築物者，地上權期間屆滿，地上權人繼續使用而所地所有人未立即反對，視為延長地上權之期限。」

地上權發生延長之效力而屬有權占有，拒絕返還 A 地。惟若採肯定說之見解，則乙得類推適用民法第 451 條規定，主張地上權發生不定期限之延長效力，故得拒絕返還 A 地。

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)

命題意旨	本題主要測驗收養之要件與效力，以及剩餘財產分配請求權之計算。第一小題應檢討收養應得本生父母同意之規定，該條父母是否係指法律上父母而不包括非婚生子女之生父？對此應注意高等法院 103 年家上 43 號判決之見解，切勿逕依第 1076-1 條但書認為乙事實上無法同意；第二小題測驗之條文並不複雜，僅須小心計算金額即可。
答題關鍵	第一小題：B 的部分，說明 B 與甲為直系姻親關係。A 之部分，說明 A 之出養無須乙之同意，再說明養父與生母結婚之效力。 第二小題：說明第 1030-1 條之剩餘財產分配請求權，以及第 1030-2 條補償義務之操作。
考點命中	1.《高點民法講義》第五回，蘇律編撰，2016 年版，親屬編，頁 6~7，11~13，34~36。 2.《高點民法講義》第五回，蘇律編撰，2016 年版，繼承編，頁 53~55。

### 【擬答】

(一)按第 1088 條 1 項之規定，未成年子女之特有財產，由父母共同管理。故本題爭點係，A、B 之父母為誰，分述如下：

1.B 之特有財產應由丁管理：

(1)甲、丁間之結婚無違反近婚親之規定：

- ①按第 983 條第 1 項 3 款之規定，旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者，不得結婚。次按第 988 條 2 款，違反第 983 條之規定，結婚無效。
- ②本案，甲與丁為旁系姻親四親等，其姻親關係並不因丙之死亡而消滅。而甲、丁為平輩，其結婚並未違反近婚親之規定，故結婚有效。

(2)B 與甲為直系姻親一親等之關係：

按第 970 條之規定，配偶之血親為姻親。本案，甲未收養 B，故甲與 B 之關係為直系姻親一親等，並非直系血親，故僅丁得管理 B 之特有財產。

(3)小結

甲、丁間之婚姻有效，而甲與 B 為直系姻親之關係，故僅丁得管理 B 之特有財產。

2.A 之特有財產應由甲、丁管理：

(1)A 之出養無須生父乙之同意：

- ①按第 1065 條第 2 項之規定，非婚生子女與其生母之關係視為婚生子女。次按第 1076-1 條第 1 項，子女被收養時，應得其父母之同意。末按第 1079-4 條之規定，違反第 1076-1 條之規定，收養無效。
- ②本案爭點係，第 1076-1 條規定被收養應得其父母同意，該「父母」是否包括非婚生子女之生父，抑或僅限於法律上之父母？參高等法院 103 年家上 43 號判決之見解，該法條所謂父母，或得為法定代理人之父母，應係具法律上父子關係者，而非僅具血緣關係之父母。準此，甲與乙未婚生 A，依 1065 條 2 項，A 視為甲之婚生子女，甲將其出養於丙、丁，無須經過非婚生子女之生父乙同意，亦為有效。

(2)A 之出養無違反近親收養之要件：

- ①按第 1073-1 條第 3 款之規定，旁系血親在六親等以內及旁系姻親在五親等以內，輩分不相當者，不得

收養為養子女。次按第 1079-4 條，違反第 1073-1 條之規定，收養無效。

② 本案，甲之表姊丙與其夫丁共同收養 A，並未違反近親收養之規定，蓋 A 與丙為旁系血親五親等，且並無越輩收養或同輩收養等輩分不相當之情形。準此，丙、丁共同收養 A 為有效。

(3) 甲、丁結婚後，為 A 之父母：

① 按第 1077 條第 1 項，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。次按同條第 2 項，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。末按同條第 3 項，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。

② 本案，丙與丁收養 A 後，依第 1077 條 1 項、2 項之規定，丙、丁與 A 之關係與婚生子女同，且收養關係存續中 B 與甲之關係停止。然而甲與丁結婚後，依第 1077 條第 3 項之規定，B 與甲回復親屬關係，故甲、丁為 A 之父母。綜上所述，由甲、丁管理 A 之特有財產。

3. 小結：

丙、丁收養 A 為有效，而甲、丁結婚後，甲與丁為 A 之父母，得管理 A 之特有財產。

(二) 丁之財產如何分配與繼承，分述如下：

1. 甲得主張 1800 萬之剩餘財產分配：

(1) 按第 1005 條之規定，夫妻未約定財產制者，採法定財產制。次按第 1030-1 條第 1 項之規定，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，但無償取得者及慰撫金不在此限。末按第 1030-2 條第 1 項之規定，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。

(2) 本案，甲、丁結婚未約定財產制，故依第 1005 條採法定財產制。又丁以房屋之婚前財產清償婚後之債務，依第 1030-2 條第 1 項補償義務之規定，銀行貸款 200 萬應納入婚後債務計算。故丁之婚後財產（5000 萬元）扣除婚後債務（納入之銀行貸款 200 萬、戊之借款 1200 萬元），剩餘 3600 萬，而甲無婚後財產。準此，配偶甲得依第 1030-1 條第 1 項之剩餘財產分配請求權，主張 1800 萬之剩餘財產分配。

2. 丁之遺產由甲、A、B 各得 800 萬元：

(1) 按第 1138 條 1 款之規定，除配偶外，直系血親卑親屬為第一順位之血親繼承權人。次按第 1077 條 1 項之規定，養子女與養父母之關係與婚生子女同。末按第 1144 條 1 款之規定，直系血親卑親屬與配偶之應繼分為平均。

(2) 本案，甲為丁之配偶、B 為丁之直系血親卑親屬，A 為丁之養子，故有繼承權。丁之應繼總財產為 2400 萬元（5000 萬現金加上 400 萬現金，扣除 1800 萬之剩餘財產分配、扣除 1200 萬之借款債務），由繼承權人甲、A、B 均分，各得 800 萬元。

(3) 小結：

丁之遺產由甲、A、B 繼承，按法定應繼分，各得 800 萬元。

3. 結論：

丁之財產清償戊之 1200 萬債務及甲之 1800 萬債務後，再由甲、A、B 按法定應繼分各得 800 萬元。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！