

# 《民法》

- 一、請說明民國八十八年新修訂民法債編中關於公證之規定，並說明其對各該契約效力之影響。  
(20 分)

命題意旨	本題雖屬觀念題，但仍具有一定難度。出題委員除了要考生列舉出公證制度在民法債編中之相關規定外，尚要求其釐清契約要式性於我國學說實務上之爭論，尤其涉及 88 年債編修正，其為此爭議劃下休止符，有時代性之意義，應明確整理歸納出來，始有獲致高分之可能。
答題關鍵	答題上應歸納出： 1.公證制度在民法債編中的規定——166-1，408 條 2 項，425 條 2 項。 2.公證制度在該等規範上之意義——最好能將債編修正理由之意旨指出。 3.對於各該契約效力之影響
參考資料	1.王澤鑑，債法原理第一冊，第 129 以下(1999 年 10 月增訂版)。 2.黃立主編，民法債編各論上，第 258 頁以下(2002 年 7 月版) 3.陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正，民法研究會第 16 次學術研討會，1999 年 10 月 10 日。 4.王澤鑑，不動產贈與契約特別生效要件之補正義務，民法學說判例研究第一冊。 5.黃立，民法債編總論，第 38 頁以下之說明。 6.黃立，民法第 166 條之 1 的法律行為形式問題，月旦法學雜誌 54 期。

## 【擬答】

民國八十八年債編修正，修訂 408 條 2 項及增訂 166 條之 1 與 425 條 2 項、513 條第 3 項，將公證制度納入該規範中，以期藉由公證制度辨明權益關係，擬就各該規定及其對契約效力之影響分述如下：

### (一)民法 166 條之 1 的部分：

民法 166 條之 1 增訂前，實務判解(最高法院 57 年 1436 號判例、70 年 453 號判例參照)，皆以不動產債權契約為不要式契約，又修正前之舊法 407 條之規定，使不動產贈與之債權契約是否具有要物性產生不小爭議。為澄清體例、使以不動產為標的之債權契約，於簽定時係基於雙方當事人審慎思考下所為，並避免事後發生爭議而再燃訟爭，故刪除民法 407 條、增訂民法 166 條之 1，明定：「契約以負擔不動產之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書」。

又，若未踐行公證，該不動產債權契約效力如何，即生疑義，端視法律行為作成之特別方式究屬「特別生效要件」或「特別成立要件」，擬學說實務見解概述如下：

- 1.特別成立要件說：此乃學說之通說，蓋方式之踐行為法律行為之構成部分。故，未為公證之不動產債權契約不成立。
- 2.特別生效要件說：實務見解應傾向此說，蓋於舊法時代，實務依民法 407 條之規定創設出「契約一般效力理論」，並以不動產贈與債權契約之要物性定位為特別生效要件。惟已遭多數學者批評推翻，但與本題無涉，不另贅述。

依民法 73 條之規定：「法律行為，不依法定方式者無效。」，又按民法 166 條之 1 之修正理由，似採特別生效要件說，故應解為未經公證之不動產債權契約除依同條 2 項完成物權登記以補正瑕疵外，不生效力。

惟，民法 166 條之 1，按債編施行法 36 條第 2 項，施行日期由行政院會同司法院另定之，仍非現行法，併予敘明。

## (二)民法 408 條第 2 項之部分：

立訂有字據之贈與，期間有因一時情感之因素而欠於考慮時，如不許贈與人任意撤銷，有失事理之平。惟經過公證之贈與，因應已經由當事人審慎考慮，故無賦予贈與人撤銷權之必要，故以 408 條 2 項規定明定此意旨，並揭示公證制度保護私權、避免訴訟之功能。

準此，未經公證之贈與契約仍屬有效，惟贈與人得於贈與物移轉前，撤銷該贈與契約。

## (三)民法 425 條 2 項之部分：

民法 425 條 1 項之買賣不破租賃原則，具有債權物權化之效力，在長期或為定期限之租賃契約，其於當事人之權益關係影響甚鉅，宜付公證，以求權利義務關係合法明確，俾杜絕爭議而減訟源。

從而，未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，雖不影響租賃契約之效力，然無買賣不破租賃原則之適用。即若租賃之不動產所有權轉他人時，承租人無法援引民法 425 條 1 項之適用來避免受讓人行使物上請求權。

## (四)民法 513 條 3 項之部分：

因公證制度具有促使當事人審慎行事與預防司法之功能，從而 88 年債編修正時，增訂 513 條 3 項，肯認承攬契約內容業已公證者，承攬人得單獨申辦登記抵押權。蓋，承攬契約經公證即可認雙方當事人之權益關係已明確，且足認定作人已有會同前往申辦抵押權登記之意，承攬毋庸更向定作人請求。

二、某日乙至甲所經營之室內溫水游泳池游泳及使用其他設施，乙將所攜帶市值五十萬元之名貴鑲鑽戒指一個，存放於甲所提供之投幣式置物櫃，乙游泳完後返家時方發現該鑽戒不翼而飛，隨即通知甲。乙主張因甲正在實施裝修工程，將該置物櫃放置於泳客目不及處，且甲並未設置任何錄影監視設施，甲保管維護有疏失，應負損害賠償責任。甲則主張該置物櫃上標有：本置物櫃僅提供置物之用，本店概不負保管之責。請問：乙向甲請求五十萬元損害賠償，有無理由？（20 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於法定寄託契約中，即民法 606 條、607 條之相關爭議瞭解之程度。除應先區辨個案中應適用之法條外，應知悉其規範上之差異。又，揭示免責條款之有效性，應為另一重要考點。
答題關鍵	1.需先釐清當事人間有無意定或法定契約存在，又應適用 606 或 607 條之規定。 2.探討契約責任上，應仔細論述定型化契約條款之效力。 3.侵權責任亦並陳為妥，然非重點，無須花太多篇幅討論。
參考資料	1.邱聰智，新訂債法各論中，頁 435 以下。 2.黃立主編，民法債編各論下，頁 241 以下。

## 【擬答】

乙得否向甲請求五十萬元之損害賠償，分述如下：

## (一) 契約請求權

## 1.意定寄託契約：

乙將其鑽戒存放於甲所提供之投幣式置物櫃，有無與甲成立一寄託或租賃契約，非無疑義。按一般社會交易情形，該投幣式置物櫃之設置應可視為甲對其客人所發出訂立契約之要約，若客人乙將其物至於該置物櫃中並投入標示之金額，可認此該當於民法 161 條之意思實現，而使契約成立於甲乙間。

惟該契約之屬性為何，尚應視契約當事人之真意而定，甲於置物櫃上標明之「僅供置物之用，不負保管責任」，究為甲欲訂立租賃契約之表明或僅係屬寄託契約中之定型化免責約款，似有探究之必要。

然依照一般交易習慣及實務判解（最高法院 89 年台上字 1460 號判決參照），應將此類契約解釋為寄託契約，而其上之揭示免責條款為一定型化契約條款。該條款訂入契約已無疑義，則應進一步討論條款之效力。

該定型化契約條款，因免除寄託人一方之義務，該當消保法施行細則 14 條第 2、4 款之情形，即構成本法 12 條第 1 款「違反平等互惠原則」而被推定為顯失公平者，或依民法 247 條之 1 第 1 款，而屬無效。準此，本件中，甲將置物櫃放置於泳客目不及處，且未裝有任何監視設施，保管維護上確有過失，未盡寄託人之保管責任，乙自得依向甲請求寄託物滅失之損害賠償。

## 2.法定寄託契約：

乙至甲所經營之溫水游泳池游泳，游泳池已被學界通說肯認為民法 607 條之「其他相類場所」，故甲就乙所攜帶之通常物品，應負通常事變責任。

惟本件中，乙所遺失者係市價五十萬元之鑽戒一只，而場所主人甲對於貴重物品依民法 608 條 1 項之規定，僅就乙報明物之性質並交付保管後，始需負保管之責。

本件中，乙雖未將鑽戒之性質報明，然該貴重物品之滅失係因主人之過失所致，依民法 608 條第 2 項後段之規定，甲仍需負保管責任，而對乙賠償其鑽戒滅失所生之損害。

## (二)侵權請求權

乙亦得依民法 184 條 1 項前段，向甲請求五十萬元之損害賠償。

甲將置物櫃放置於乙目不及處等行為有過失，且與乙之鑽戒滅失所生之損害間具備相當因果關係，乙自得援依本條向甲請求損害賠償。

## 三、請回答下列問題：(20 分)

- (一)甲被乙駕車撞傷，隨即昏迷，因腦神經毀敗，成為植物人，其損害賠償請求權之時效，應自何時起算？
- (二)甲因受乙之要脅對其家人不利，而將房屋興建工程交由乙承攬。甲不欲履行契約，有無依據？

命題意旨	第一小題在測驗考生對民法 197 條消滅時效起算點之瞭解。而第二小題在測驗脅迫訂約之表意人如何救濟之問題。此二小題皆為簡單觀念題，若仔細鋪陳，應有獲致高分之機會。
答題關鍵	1.民法 197 條採時效雙軌制度，應就主觀與客觀之時效起算期間分別討論。 2.關於脅迫締約之情形，應提及民法 92 條之撤銷權與 198 條之債權廢止請求權。
參考資料	1.王澤鑑，民法總則，2002 元月版，第 568 頁以下。 2.王澤鑑，民法總則在實務上之最新發展(四)。

## 【擬答】

(一)甲被乙駕車撞傷，則甲對乙得依民法 184 條一項前段請求損害賠償，合先敘明。

侵權行為所生之損害賠償請求權之消滅時效，規定於民法 197 條。民法 197 條採雙軌時效體系，即有兩年之時效期間與十年之最長期間(絕對期間)，惟其時效之起算起點不同，概述如下：

### 1.兩年之時效期間：

其起算點，係採主觀之判斷標準，即自請求權人之有損害及損害賠償義務人起算。

本件中，請求權人甲已成植物人，無法知悉賠償義務人為何，而未達於可行使侵權行為損害賠償請求權，故兩年時效應於其清醒後知悉上述情形時起算。

## 2.十年之時效期間：

此乃本條之最長時效期間，起算點採客觀主義，自侵權行為時起，逾十年為行使者，其請求權消滅。從而，若甲於侵權行為發生時起十年內，未行使該請求權，則該請求權即會罹於時效。

## (二)甲因受乙脅迫與乙締結承攬契約，甲若不欲履行契約，可依下途救濟之：

## 1.甲得依民法 92 條 1 項，向乙撤銷承攬契約。

蓋表意人甲係因相對人乙之脅迫而為締約之意思表示，甲得於民法 93 條之除斥期間內，向乙撤銷該締約之意思表示，即該意思表示（法律行為）依民法 114 條 1 項之規定，視為自始無效。

從而，甲若僅撤銷債權契約，則其已為之給付，可依民法 179 條請求返還；若其依共同瑕疵理論，將債權與物權行為一同撤銷，則其應依民法 767 條請求返還。

## 2.甲得依民法 184 條第 1 項前段、後段或第 2 項之規定，請求損害賠償。

乙對甲脅迫，即屬故意不法侵害他人之意思自由權，或以備於善良風俗之方法加損害於他人、違背民法 92 條之保護他人之法律，分別該當民法 184 條第 1 項前段、後段，及第二項之規定。

而損害賠償之方法，依民法 213 條第 1 項之規定，以回復原狀為原則，於本件中，即為廢止該因侵害甲之自由意思所生之債權。

## 3.甲得依民法 198 條，拒絕履行契約。

若甲之侵權行為損害賠償請求權已罹於消滅時效，或撤銷權已經過除斥期間，其仍可援依民法 198 條之債權廢止請求權，拒絕履行對甲之契約義務。

## 四、甲、乙共有土地一筆。甲死亡時，繼承人有無不明，而由親屬會議選定丙為遺產管理人，試問乙得否對丙訴請分割該共有之土地？（20 分）

命題意旨	本題在考共有物之分割方法，此為物權編向來熱門考點之一。
參考資料	高點厚本講義物權編第七十八頁

## 【擬答】

(一)按分割共有物係對於物之權利有所變動，性質上屬處分行為之一種，依民法第七百五十九條規定，自非先經繼承登記，不得為之。因此不動產之共有人中有人死亡時於其繼承人尚未為繼承登記前，尚不得分割共有物。惟為求訴訟經濟起見，實務上允許原告就請求『繼承登記』及『分割共有物』之訴合併提起，即以一訴請求該死亡之共有人之繼承人辦理繼承登記並請求該繼承人於辦理繼承登記後，與原告及其餘共有人分割共有之不動產。

(二)然而於本例中，甲死亡時其繼承人有無不明，而由親屬會議選定丙為遺產管理人，遺產管理人之職務依民法第一千一百七十九條規定觀之，主要係編製遺產清冊、為保存遺產必要之處置、對繼承債權人及受遺贈人為公告通知、其後清償債權或交付遺贈物、如嗣後有繼承人承認繼承，遺產管理人即應為遺產之移交；如公告期限屆滿，尚無繼承人承認繼承時，其遺產於清償債權並交付遺贈物後，如有贖餘，遺產管理人應將剩餘之財產移交於國庫。然共有人乙得否對丙訴請分割該共有之土地，理論上分割共有物之訴，應以其他共同共有人全體為被告，其訴訟之性質為固有之必要共同訴訟、且為形成之訴。此時，遺產管理人是否具有分割共有物之訴之當事人適格？法條並無明文規定，然依目前之實務見解認為，在共有人死亡而其繼承人有無不明，依法選定遺產管理人之情形下，遺產管理人亦得成為分割共有物之當事人，以利其他共有人分割該共有物。因此本例中，乙即得以遺產管理人丙為被告提起分割共有物之訴。

相關實務見解：

## 1.最高法院 68 年度第 13 次民事庭推總會議決議

2.最高法院 70 年度第 2 次民事庭會議決定

69 年台上字第 1012 號判例

五、甲男乙女為夫妻，甲因犯殺人未遂罪逃亡在外。五年後，甲返家時，發現乙於甲逃亡期間生有一子丁，已滿三歲。試問甲或乙可否訴請法院判決離婚？又如甲乙兩願離婚，甲乙離婚後，乙與丁之生父丙結婚，則丙、丁間有何親屬關係？（20 分）

命題意旨	本題之案例事實並不複雜，考生只要能釐清爭點，獲取高分應非難事。 1.判決離婚之要件及限制 2.客觀上顯非自夫受胎者，是否仍應適用婚生推定之規定？
參考資料	高點學說精要民法（親屬、繼承）p4-12~p4-13

### 【擬答】

(一)甲或乙可否訴請法院判決離婚？此時應視甲或乙是否具有民法第一千零五十二條第一項各款之法定原因而定：

對乙而言：依民法第一千零五十二條第一項之規定觀之，夫妻之一方，有左列情形之一者，他方得向法院請求離婚：第十款：「被處三年以上徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者。」依實務相關見解認為，所謂不名譽之罪，係指依社會上一般觀念，皆認為不名譽之罪而言。至所謂「社會上一般觀念皆認為不名譽」，非以犯罪種類為唯一論據，尚應斟酌當事人之身分、地位、教育程度等主觀情事及其犯罪環境實況，依社會上一般觀念而為體察。夫妻之一方有此犯罪行為，須足致他方不能忍受續為婚姻上之共同生活者為限。申言之，即配偶之一方，因其犯罪行為，應負破壞婚姻之嚴重責任，致不能期待回復與婚姻本質相容之共同生活者，他方始得據以請求離婚。現案例中，甲夫因犯殺人未遂罪逃亡在外，應足認已構成該款判決離婚之請求事由。然而同法第一千零五十四條規定，對於第一千零五十二條第六款及第十款之情事，有請求權之一方，自知悉後已逾一年，或自其情事發生後已逾五年者，不得請求離婚。因此乙於甲逃亡五年後始請求法院判決離婚，其請求權已因第一千零五十四條之規定而受限制，故乙已不得請求法院判決離婚。

對甲而言：依民法第一千零五十二條第一項第二款之規定觀之：「與人通姦者。」由此可知通姦亦為判決離婚之請求事由之一，本案例中，甲夫因犯殺人未遂罪逃亡在外，五年後始返家，此時發現乙生有一子丁已滿三歲，然甲於逃亡之五年間與乙並未有同居之事實，以此觀之認定乙有通姦之情事應無疑義，是以甲可據以訴請法院判決離婚。

(二)如甲乙兩願離婚後，乙與丁之生父丙結婚，此時丙丁間之親屬關係為何，應以丁子是否依民法第一千零六十三條第一項之規定，推定為甲男與乙女之婚生子女而有所不同。本例中，丁子係於甲於逃亡在外之期間內所生，在此期間甲乙並無同居之事實，此時，客觀上妻顯非自夫受胎者，妻所生之子女是否仍受婚生子女之推定，學說上尚有爭議，試分述如下：

1.以通說及實務之見解認為：丁子既為甲男與乙女婚姻關係存續中受胎所生，且甲男與乙女均未提起否認子女之訴，是縱甲男在乙女受胎期間，並無與乙女同居之事實，依民法第一千零六十三條及本院七十五年台上字第 2071 號判例旨趣，丁子仍應受推定為甲男與乙女之婚生子女，在夫妻之一方依同條第二項規定提起否認之訴，得有勝訴之確定判決前，無論何人皆不得為反對之主張。此時丁子既被推定為甲之婚生子女，丙丁之間即無法成立法律上之親子關係，丙丁間因乙丙之婚姻僅為一親等之直系姻親。

2.然亦有學者認為：妻由夫以外之人受胎之情形，雖屬罕有，但並非全無。故於妻可能由夫以外之人受胎之情形，婚生推定與否認之訴之規定，始有意義。倘在客觀上，妻顯然不可能由夫受胎者，如仍適用婚生之推定，即無意義可言，反之，如不適用婚生之推定，不但可以除去因否認之訴之要件過於嚴格所引起之弊害，更可減少法律學上父子關係與生物學上父子關係不一致之現象。次按出生之子女，如登記為夫之婚生

子女，而夫否認之者，即應以否認之訴予以除去。反之，倘係登記為他人之婚生子女，無提起否認之訴之必要。於此情形，如仍推定為夫之子女，即係強以他人之子女為夫之子女，實足以破壞夫家庭之圓滿和諧。就子女及其親生父親而言，即係強使骨肉分離，應非法律規範推定為婚生子女之本意。如依此見解，則丁子既不被推定為甲之婚生子女，此時乙女與丁之生父丙結婚，依民法第一千零六十四條之規定觀之，「非婚生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女。」此時丁子即因準正之規定而視為丙之婚生子女。

相關實務見解：

(1)80 台上 1824 判決

最高法院 83 年度第 6 次民事庭會議