

《民法總則、親屬與繼承編》

- 一、甲委任未具我國律師資格之外國律師乙，代為辦理美國地區有關專利商標案件之申請註冊，並約定於乙處理該案件完畢後，甲即支付費用。乙於處理事務完成後，向甲請求代墊申辦費用20萬元與報酬8萬元，甲藉故拖延不為給付。其後經過2年，乙乃向法院提起訴訟，請求甲給付墊款與報酬，甲以該請求權時效已消滅為由，而拒絕付款。請問：甲之主張是否有理由？（25分）

試題評析	本題爭點很明確，即民法第127條第6款之律師是否包含不具我國律師資格之外國律師？對此，最高法院已明白採肯定之見解。
考點命中	《高點·高上民法講義》第二回，辛律編撰，頁75-76。

答：

甲之主張有理由：

- (一)我國民法就請求權設有消滅時效制度，即為避免權利人長久不行使權利，民法規定請求權於經過一定時間不行使，債務人即取得拒絕給付之抗辯權。而該時效依第128條自請求權可行使時開始起算，期間長短依第125條規定原則上為15年，惟第126條及第127條分別設有5年、2年之短期時效。
- (二)其中，第127條共規定8款請求權，該等商品或勞務多發生於日常頻繁之交易，宜速履行，故賦予較短之時效期間以促從速確定。而第127條第6款即規定「律師之報酬及其墊款」，是律師之報酬及墊款請求權，適用2年之短期時效。
- (三)惟有疑問者，本題乙並非我國律師而係外國律師，則乙對甲之報酬及墊款請求權，是否仍有第127條第6款之適用？對此，最高法院已明白表示見解：「律師之報酬及其墊款請求權，因2年不行使而消滅，為民法第127條第5款所明定，法律之所以對此請求權特別規定短期消滅時效，乃係此請求權為律師因日常生活為他人提供專門智識之對價，有從速履行、儘快解決之性質。我國律師之報酬及墊款請求權有此規定之適用，固無問題，即未依我國法律取得我國律師資格之外國律師，其在該外國本於律師之身分執行職務而取得之報酬及墊款請求權，亦係提供其專門智識之對價，同具從速履行，儘快解決之性質，仍應認有此規定之適用」(87台上字第2309號判決)。是外國律師乙對甲之律師報酬及墊款，時效仍為2年。
- (四)甲乙約定費用於乙處理案件完畢後支付，是乙對甲之請求權自事務處理完成起算，乙於事務處理完成經過2年始向法院提起訴訟，已罹於時效，甲為時效抗辯有理由。

- 二、甲在其所有之A地種植日本黑松，允乙以3百萬元購買，但並未將之與A地分離。嗣後，甲又將A地日本黑松出賣給丙，丙乃立即砍取之。乙向丙主張日本黑松為其所有，請求丙返還之。試問：乙之主張是否有理由？（25分）

試題評析	本題涉及土地之出產物於分離前非獨立之物，故向土地所有人購買未分離之土地出產物者僅取得債權請求權，並無取得出產物之所有權。
考點命中	《高點·高上民法講義》第一回，辛律編撰，頁42。

答：

乙之主張無理由：

- (一)按民法第66條第2項規定：「不動產之出產物，尚未分離者，為該不動產之部分。」乙向甲購買其所有A地上種植之日本黑松，因日本黑松尚未與A地分離而非獨立之物，僅為不動產之部分，是乙並不因此取得該日本黑松之所有權，最高法院認此時買受人僅對於出賣人有砍伐樹木之權利：「物之構成部分除法律有特別規定外，不得單獨為物權之標的物，未與土地分離之樹木，依民法第66條第2項之規定，為土地之構成部分，與同條第一項所稱之定著物為獨立之不動產者不同，故向土地所有人購買未與土地分離之樹木，僅對於出賣人有砍伐樹木之權利」(最高法院32年上字第6232號判例)。
- (二)甲於將A地上之日本黑松出賣乙後，復又將之出賣給丙，丙並立即砍取之，對此，僅具砍取權之乙因非日

本黑松之所有人而無從對丙請求返還，最高法院上揭判例已明白揭示：「向土地所有人購買未與土地分離之樹木，僅對於出賣人有砍伐樹木之權利，在未砍伐以前未取得該樹木所有權，即不得對於更自出賣人或其繼承人購買該樹木而砍取之第三人，主張該樹木為其所有。」從而，乙向丙主張日本黑松為其所有，請求丙返還為無理由。

- 三、甲男為家庭煮夫，因有外遇而與其在外工作負擔家計之妻丙離婚，二人協議其16歲之女乙由丙行使親權。甲離婚後因需謀個人生計，無力支付乙之生活費用，乙亦因父親外遇致家庭破裂而心懷怨恨。30年後，甲因酒精中毒，又無積蓄，遂向乙要求生活費用，但遭乙拒絕。乙告知甲因丙已死亡，其欲為長期照顧自己之丁所收養，但遭甲大力反對。試問：甲要求生活費用與反對乙被收養是否有理由？（25分）

試題評析	第一小題：涉及民法第1118條之1扶養義務之減輕或免除。 第二小題：此為第1076條之1之考題，須注意者為，雖子女出養原則上應得父母同意，惟若有該條第1項第1及2款所稱情事者，得例外不經父母同意而出養。
考點命中	《高點·高上民法講義》第三回，辛律編撰，頁32-33、46-47。

答：

(一)甲要求生活費用恐無理由：

- 1.按民法第1114條第1款規定，直系血親相互間互負扶養義務，且直系血親尊親屬乃第一優先之受扶養權利者，是乙女對其父甲，有法定扶養義務。然徵諸社會實例，受扶養權利者對於負扶養義務者本人、配偶或直系血親曾故意為虐待、重大侮辱或其他身體、精神上之不法侵害行為，或對於負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務之情形，例如：對於負扶養義務者施加毆打，或無正當理由惡意不予扶養者，此際仍由渠等負完全扶養義務，有違事理之衡平，故民法第1118條之1乃規定，受扶養權利者對負扶養義務者、其配偶或直系血親故意為虐待、重大侮辱或其他身體、精神上之不法侵害行為，或對負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務，由負扶養義務者負擔扶養義務顯失公平，負扶養義務者得請求法院減輕其扶養義務，其情節重大者，法院得免除其扶養義務。
- 2.本件甲與妻丙離婚後，即未對其未成年子女乙盡扶養義務，直至30年後始向乙要求生活費用，若甲無法舉證其有何正當理由不於乙未成年時予以扶養，乙即得依第1118條之1第1項第2款請求法院減輕甚或依第2項免除其扶養義務。實務曾有判決即以該款免除子女之扶養義務：「原告於被告出生後即未曾撫育被告，於72年9月間與被告生母離婚時被告年僅7歲餘，甚為幼小，距離成年之日尚且甚為漫長，原告仍對被告生活所需不曾聞問，亦未給予任何關懷，又原告亦未舉證證明其有何正當理由，可不予扶養被告。綜合上情，堪認原告對被告未盡扶養義務且情節重大。被告抗辯其依民法新增訂第1118條之1規定，得免除對原告之扶養義務，於法並無不符，應予准許」（花蓮地方法院99年家訴字第22號判決）。而本件甲似無任何不予扶養之正當理由，故乙應得請求法院減輕或免除其扶養義務。

(二)甲反對乙被收養應無理由：

- 1.第1076條之1規定，子女被收養時，應得其父母之同意。又本條所定父母同意係基於父母子女身分關係之本質使然，與第1076條之2規定有關法定代理人所為代為、代受意思表示或同意，係對於未成年人能力之補充，有所不同，縱為成年子女出養，亦應經其父母之同意。是乙縱於成年後欲為丁所收養，原則上仍應得其父甲之同意。
- 2.惟第1076條之1第1項但書設有例外，即父母之一方對子女未盡保護教養義務或有其他顯然不利子女之情事而拒絕同意，或父母之一方事實上不能為意思表示時，得不經父或母同意而出養。本題甲似於離婚後，即未對未成年之乙盡保護教養義務，依第1076條之1第1項第1款，乙出養可不經甲同意，退步言之，縱認本案不符第1款前段之未盡保護教養義務，則因乙係欲為長期照顧自己之丁所收養，該收養對乙而言應屬有利，甲無任何理由即為反對，應屬該條後段所稱其他顯然不利子女之情事而拒絕同意，故乙仍得主張其得不經甲同意而為丁收養。
- 3.綜上，本案因有第1076條之1第1款之情事，故甲反對乙被收養應無理由。

【版權所有，重製必究！】

四、65歲之甲有成年已婚子女丙、丁二人，甲因原配偶死亡多年，於去年年底與乙結婚。今年夏天，甲車禍死亡，死亡後乙發現懷孕3個月。丙、丁在分財產時，認為乙僅結婚不到1年，不應繼承甲之財產，遂直接將遺產分為2份，分屬丙、丁二人。試問：乙和胎兒對丙、丁得為如何之主張？（25分）

試題評析	本題純為繼承權被侵害之救濟，即第1146條，及專為保護胎兒而設之第1166條。
考點命中	《高點·高上民法講義》第四回，辛律編撰，頁1、8-9。

答：

(一)乙對丙、丁主張第1146條：

依民法第1144條規定，配偶為法定繼承人，只要甲乙之婚姻合法有效，乙即為甲合法之繼承人，不因甲乙結婚不到1年而異。從而，甲之直系血親卑親屬丙及丁逕行將甲之遺產分為2份，顯已侵害乙之繼承權，乙得主張第1146條規定之繼承回復請求權。即乙得對丙、丁提起第1146條之訴，一次請求、概括回復被侵害之遺產。

(二)胎兒對丙、丁之主張：

- 第7條規定，胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。即人之權利能力，原則上始於出生，惟胎兒若符合第7條所定二要件者，縱尚未出生，亦提前賦予權利能力，是胎兒原則上有繼承能力，也因此第1166條第1項乃規定，胎兒為繼承人時，非保留其應繼分，他繼承人不得分割遺產，換言之，繼承人應保留胎兒之應繼分，始得為遺產之分割。
- 本題甲死亡時，乙已懷孕3個月，若該胎兒將來非死產，則其為合法之繼承人，丙丁未保留胎兒之應繼分逕行分割遺產，該分割違反第1166條，依第71條應屬無效之分割行為。至於胎兒應如何救濟？學者多主張，依第1166條第2項，由胎兒之母請求重新分割。

【版權所有，重製必究！】