

《民法概要》

試題評析	<p>第一題：單純的行為能力實例題目，只須對民法第七十七條、第七十八條及第七十九條加以理解即可輕鬆作答，此題向來即為考試重點！</p> <p>第二題：基本概念之解釋，相關概念均有法條依據，且均為考古題之常客，考生只須引用相關法條，並採取申論題回答的三步驟，即可輕易掌握！</p> <p>第三題：本題為身分法之考題，牽涉剩餘財產分配請求權、繼承之效力等概念，此等實例題向來即為各種考試之命題重點，掌握上應無任何困難之處！</p>
------	---

一、甲為限制行為能力人，未得法定代理人允許前，其與乙（有行為能力人）為下列行為，是否有效？（25分）

- (一) 甲與乙簽訂買賣房屋契約。
- (二) 甲贈乙房屋一棟。
- (三) 乙贈甲房屋一棟。
- (四) 甲免除乙之債務。
- (五) 乙免除甲之債務。

【擬答】

本題涉及限制行為能力人所為法律行為之效力，即民法第77條、第78條及第79條等規定之適用，茲依題示各該情形回答如下：

(一) 甲乙間訂立之房屋買賣契約係屬效力未定（民§79）：

1. 按「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。」為民法第79條所明揭。
揆諸上開規定，限制行為能力人未經其法定代理人允許前所訂立之契約行為，於未經其法定代理人承認前，係屬效力未定，藉以保障限制行為能力人。
2. 題示情形，甲為限制行為能力人，其未得法定代理人允許前所訂立之房屋買賣契約，依照民法第79條規定，即屬效力未定。
3. 另應附帶說明者係，如甲之法定代理人承認或拒絕承認，或甲於行為能力限制原因消滅後所為之承認或拒絕承認，或乙依法所為催告期滿或行使撤回權，均將使前開房屋買賣契約確定生效或不生效力。

(二) 甲贈與房屋一棟予甲之行為，均屬效力未定（民§79）：

題示情形中，甲贈與房屋一棟予乙，可能包括之法律行為為贈與契約及物權讓與合意，惟上開兩法律行為均屬契約，乙既為限制行為能力人，於未得法定代理人允許前，揆諸前開民法第79條規定，均屬效力未定。

(三) 乙贈與房屋一棟予甲之行為，均屬有效（民§77但）：

1. 按「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。但純獲法律上之利益，或依其年齡及身份、日常生活所必需者，不在此限。」為民法第77條所明揭。
按行為能力制度為保障思慮不週之限制行為能力人而設，如系爭法律行為（意思表示）對限制行為能力人並無不利之處，似無限制其為意思表示或受意思表示之必要，故民法第77條但書乃明揭如限制行為能力人係「純獲法律上之利益時」，得無須經過法定代理人之允許，即可有效為意思表示或受意思表示。
2. 題示情形，乙贈與房屋一棟予甲，就贈與契約內容觀之，僅贈與人乙負交付贈與物之義務，受贈人甲則無任何負擔，應可認為該等契約為純獲法律上利益，從而甲得有效為受乙贈與之意思表示，並表達同意贈與之意思表示，故該等契約應屬有效。
3. 如甲乙間已有房屋之讓與合意，則因該等合意中，僅有乙喪失房屋所有權，甲則可因此取得房屋所有權，亦屬一純獲法律上利益之行為，從而甲得有效為受乙讓與房屋所有權之意思表示，並表達同意受讓房屋所有權之意思表示，故該等契約應屬有效。

(四) 甲免除乙之債務，應屬無效（民§78）。

1. 按「限制行為能力人未得法定代理人之允許，所為之單獨行為，無效。」為民法第78條所明揭。
如限制行為能力人未經其法定代理人允許前所為之單獨行為，為兼顧法律秩序之安定性，宜認定其為無效

，而不生事後補正效力之空間。

2. 次按，民法第343條規定：「債權人向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅。」是債權人如向債務人表示免除債務，則其債權即因此而告消滅。
3. 題示情形，甲免除乙之債務，將使其喪失債權，自非純獲法律上利益，免除債務行為係一由債權人單方為意思表示即可成立之單獨行為，須經限制行為能力人之法定代理人事前允許始得為之。準此，依民法第78條規定，甲免除乙之債務應屬無效。

(五) 乙免除甲之債務，應屬有效 (民§77但)：

承前所述，免除債務係一單獨行為，對於債權人而言將使其債權消滅，而屬一不利之結果；惟對債務人而言，其債務因而消滅，應屬一純獲法律上利益之行為。則依民法第77條但書規定，債權人乙免除債務人甲之債務，係屬一純獲法律上利益之行為，甲縱未經法定代理人允許，亦得有效受意思表示，故該免除行為即屬有效。

二、請說明下列各詞之內容：(25 分)

- (一) 何謂「債務不履行」？
- (二) 何謂「債之保全」？
- (三) 何謂「法定抵押權」？
- (四) 何謂「合會」？

【擬答】

茲就本題所示之各項概念說明如下：

(一) 債務不履行

1. 所謂債務不履行者，係指債務人未依照債之本旨履行其債務。我國民法就此未設置有概括規定，而係針對債務人違反債之關係態樣不同而分別規範為「給付不能」、「給付遲延」及「不完全給付」三種類型。惟債務不履行既屬一民事責任，解釋上自須以債務人有可歸責事由為必要。爰就上開類型分別說明如後。
2. 給付不能：所謂給付不能，係指債務人窮盡一切之方法，仍無法依照債之本旨為給付者稱之，其又可分為事實上不能及法律上不能。前者如出賣人不慎摔破買賣標之花瓶；後者如買賣契約之標的因法律修正致標的物無法為交易者為是。
如債務人因可歸責於自己之事由致不能給付時，應就債權人因此所受之損害負賠償責任，故依民法第226條第1項規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」
3. 給付遲延：所謂給付遲延，係指債務人已屆清償期，而給付尚屬可能，但債務人卻未為給付之情形。如出賣人約定於三月一日應交付A車予買受人，卻未於約定時間交付屬之。
給付遲延並不影響債務人原應負擔之義務，故債權人仍得向債務人請求給付；且如給付遲延可歸責於債務人，則債務人尚得依民法第231條請求損害賠償，如債務人遲未履行，經債權人催告取得解除權後，債權人亦非不得主張解除契約；此外，債權人於符合要件之情形下，尚可能主張民法第232條之損害賠償或民法第255條之解除契約。
4. 不完全給付：債務人雖已為給付，但其給付內容並不符合債之本旨之情形，例如：出賣人給付之冷氣機只會吹出熱氣之情形屬之。
如不完全給付可歸責於債務人，則債權人得依照民法第227條第1項規定該不完全給付得否補正而分別準用給付不能或給付遲延之規定處理。此外，如債權人因此受有其他固有利益之損害時，債權人亦得依民法第227條第2項規定請求損害賠償為是。

(二) 債之保全

1. 定義：「債權」之內容為債權人得向債務人請求一定之給付，債務人必須以其全部身家財產（即所謂責任財產）作為該債權滿足之確保依據。若債務人之身家不足清償債權時，而債權人卻又恣意、不當地處分其財產，或是不積極行使、運用權利以充實、增加其財產時，法律例外允許債權人得以介入該債務人之權利義務關係，以確保債務人總體財產足以作為債權人債權的擔保，亦即保障債權的實質價值，此即債之保全制度。我國民法明文規範之方式包括代位權之行使及撤銷權之行使，分別說明如後。
2. 代位權：債權人為確保其債權之實現與滿足，用以防止債務人減少責任財產之權利。依民法第二百四十二條：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。」及第二百四十三條：「前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使。但專為保存債務人權利之行為，不在此限。」

3. 撤銷權：相較於代位權係處理債務人一般財產的消極不增加的問題，撤銷權則是在處理債務人積極減少其一般財產而造成有害及債權的問題，而讓債權人得向法院聲請撤銷該等詐害債權行為以確保其權利之實現。依民法第244條規定：「債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定。債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。」可資參照。

(三) 法定抵押權

1. 所謂法定抵押權，係指抵押權之成立非因當事人以法律行為設定，而係基於法律規定所發生之抵押權。
2. 修正前民法第513條原規定：「承攬之工作，為建築物或其他土地上之工作物或為此等工作物之重大修繕者，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產，有抵押權。」而屬法定抵押權之一種，惟於八十九年修法後，現行民法第513條規定則改為須經登記，故學者有認為本條規定已轉為「強制性意定抵押權」，而非法定抵押權。
3. 此外，於民國九十八年一月修正通過之民法第824條及第824條之1，如法院於裁判分割共有不動產以原物為分配時，如共有入中有未受分配，或不能按其應有部分受分配者，得以金錢補償之。此時應受補償之共有入，就其補償金額，對於補償義務人所分得之不動產，有抵押權。此為法律規定而發生之抵押權，而屬一法定抵押權。

(四) 合會

1. 所謂合會，係一種我國民間經濟互助之組織，藉由私人間資金流通之方式，使需要用資金之人取得資金的管道之一。
2. 八十九年修法前我國原無明文依據，而僅屬一民間習慣，惟八十九年修法時則予以明定。依民法第709條之1第1項規定：「稱合會者，謂由會首邀集二人以上為會員，互約交付會款及標取合會金之契約。其僅由會首與會員為約定者，亦成立合會。」故合會型態可分兩種，前者為團體性合會，而由會首與會員共同訂立一合會契約；後者為單線性合會，僅由會首與各該會員分別訂立合會契約。
3. 舉例而言，甲邀請其同事乙、丙、丁成立一合會契約，約定由甲擔任會首，每月月初標會，並由標得者取得該期之會款者屬之。

三、江水與白芸婚後育有江天、江地二子，夫妻兩人平素感情不睦，而江水因另結新歡意欲離婚，又想避免白芸行使剩餘財產分配請求權，在離婚前江水將自己婚後所賺的一仟萬元存款贈與給女友丁心，又將婚後以自己名義買下的房屋廉價賣給丁心之妹丁思。離婚後，江水因生意之故，為其合作廠商可口公司向銀行貸款一億元擔任連帶保證人，嗣後江水因經商失敗，無力償還債務而走避國外，一年後客死異鄉，白芸基於情誼偕同二子將其收葬。江水身後僅遺有先祖所留且登記於其名下的土地一筆。

(一) 問白芸應該如何保全自己的剩餘財產分配請求權？(20分)

(二) 江水死亡後，可口公司也因經營不善倒閉，銀行乃向其繼承人請求履行保契約債務，但繼承人並未向法院聲明拋棄繼承或限定繼承，問繼承人是否應負責償還銀行一億元的保證債務？(10分)

(三) 繼承人江天、江地於繼承該筆土地後，發現該土地被丁心無權占有，繼承人江天、江地欲取回該地，得如何行使其權利？(20分)

【擬答】

本題涉及當事人間剩餘財產分配請求權之保障及繼承效力等爭議問題，爰分就題示各問題回答如下：

(一) 白芸得分別依民法第1020條之1及第1030條之3等規定保障其剩餘財產分配請求權。

1. 按「夫或妻於婚姻關係存續中就其婚後財產所為之無償行為，有害及法定財產制關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權者，他方得聲請法院撤銷之。但為履行道德上義務所為之相當贈與，不在此限。夫或妻於婚姻關係存續中就其婚後財產所為之有償行為，於行為時明知有損於法定財產制關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權者，以受益人受益時亦知其情事者為限，他方得聲請法院撤銷之。」、「夫或妻為減少他方對於剩餘財產之分配，而於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產者，應將該財產追加計算，視為現存之婚後財產。但為履行道德上義務所為之相當贈與，不在此限。前項情形，分配權利人於義務人不足清償

其應得之分配額時，得就其不足額，對受領之第三人於其所受利益內請求返還。但受領為有償者，以顯不相當對價取得者為限。前項對第三人之請求權，於知悉其分配權利受侵害時起二年間不行使而消滅。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同。」分別為民法第1020條之1及同法第1030條之3所明揭。

按法定夫妻財產制於消滅後，當事人一方得享有剩餘財產分配請求權；惟其計算標的係以婚後財產剩餘數額之差額為計算，如夫妻一方於婚姻存續中有故意減少婚後財產者，將使他方之剩餘財產請求權有受影響之可能，故設有相關保全措施，以資救濟。

2. 題示情形，江水把其婚後所賺得一千萬元存款贈與給女友丁心，則其前妻白芸應可依民法第1020條之1規定聲請法院撤銷該贈與。惟此項請求權於白芸知有撤銷原因時起，六個月間不行使，或自行為時起經過一年而消滅。

此外，白芸亦得依照民法第1030條之3規定，就離婚（即法定財產制關係消滅）前五年間江水所為故意侵害剩餘財產請求權之無償處分視為婚後財產加以計算，並得於江水不足清償白芸應得之分配額時，得就其不足額，對丁心於其所受利益內請求返還。

3. 另就江水將其財產廉價售予丁思之行爲，白芸如欲請求撤銷其買賣契約及讓與合意，須以丁思亦明知該等行爲有害及白芸之剩餘財產分配請求權，始得爲之。

且白芸如欲主張民法第1030條之3規定，雖得將江水廉價售予丁思之房屋計入婚後財產，惟須以丁思明知該等行爲有害及白芸之剩餘財產分配請求權，並得於江水不足清償白芸應得之分配額時，得就其不足額，對丁心於其所受利益內請求返還。

(二) 繼承人不論是否向法院聲明拋棄繼承或限定繼承，均僅以因繼承所得遺產為限，就可口公司債務之連帶保證債務負清償之責。

1. 按「繼承，因被繼承人死亡而開始。」、「繼承人對於繼承開始後，始發生代負履行責任之保證契約債務，以因繼承所得之遺產為限，負清償責任。」分別為民法第1147條及同法第1148條第2項所明揭。

於被繼承人死亡後始發生代負履行之保證契約債務，雖亦為繼承之標的，惟因係於被繼承人死亡後始發生，繼承人於繼承時無法預知，以致不能確實主張權益，故不宜由繼承人負無限制的清償責任，故有本項規定之設。

2. 題示情形，於被繼承人江水死亡後，可口公司始因經營不善而倒閉，故江水之繼承人依民法第1148條第2項規定，僅就此等繼承開始後始發生之保證債務於繼承所得之遺產為限，負清償之責。

(三) 本題江天、江地僅得向丁心主張物上請求權而請求返還系爭土地。

1. 江天、江地得行使物上請求權請求丁心返還系爭土地。

(1) 按「繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有。」、「共同共有人之權利義務，依其共同關係所由規定之法律或契約定之。除前項之法律或契約另有規定外，共同共有物之處分，及其他之權利行使，應得共同共有人全體之同意。」分別為民法第1151條及同法第828條所明揭。是遺產繼承人於分割遺產前，就遺產為共同共有，如有他人無權占有時，須由共同共有人全體一同請求返還之。

(2) 題示情形，江天、江地繼承江水之土地後，於未分割遺產前，即屬共同共有，故應共同向丁心請求返還系爭土地為是。

另應附帶說明者係，九十八年修法前民法第828條業已修正，而使共同共有人得準用民法第821條規定，故江天或江地得各自單獨向丁心請求返還，惟須請求返還予共同共有人全體為是。

2. 江天、江地似不得依民法第1146條規定請求丁心返還系爭土地。

(1) 按「繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之。」為民法第1146條第1項所明揭。本條規定即所謂繼承回復請求權之依據，惟其前提須以侵害人現實占有遺產或行使遺產上之權利，且對於繼承地位有所爭執者，始足當之。

(2) 題示情形，丁心雖占有系爭土地，惟似未否認江天、江地之繼承人地位，且亦未主張自己有繼承地位，從而即與本條規定不合，故江天、江地不得依民法第1146條規定請求丁心返還系爭土地。

3. 此外，丁心無權占有系爭土地，江天、江地亦得依民法第179條主張不當得利而請求丁心返還系爭土地；如丁心係出於故意或過失時，江天、江地尚得依民法第184條第1項前段規定，以丁心侵害其所有權為理由，請求丁心返還系爭土地。

【參考書目】

1. 徐律師，民法概要上課講義（第一冊），頁78-81，2009年版。
2. 徐律師，民法總則實例演習，第八章「行為能力」，2009年1月4版。

- 3.徐律師，民法債總編實例演習，第六章「給付不能」、第七章「給付遲延」、第八章「不完全給付」、第十九章「債之保全」，2009年3月3版。
- 4.徐律師，民法債各編實例演習，第七章「承攬」、第十一章「合夥與合會」，2009年2月2版。
- 5.許律師，民法（親屬、繼承），頁3-82~3-88、8-48，2008年12月11版。
- 6.徐律師，民法物權實例演習，頁3-98、3-103~3-104，2009年3月2版。

