

《民法概要》

甲、申論題部分：(50分)

一、甲將其A地先後設定一、二、三次序普通抵押權於乙、丙、丁，分別擔保自己之新臺幣(下同)100萬元、300萬元、200萬元債務。試問：下列各項之效力如何？

(一)乙拋棄其抵押權。(15分)

(二)乙拋棄其債權。(10分)

試題評析	本題考點為抵押權非因實行而消滅時，對後次序抵押權有何影響。本題考點並不困難，然因題目未明示乙是相對拋棄或絕對拋棄其抵押權之次序，故兩種情形，同學均應回答。
考點命中	《高點民法講義》第三回，李律師編撰，頁27~30。

答：

(一)乙拋棄抵押權之效果實繫於其所為係次序之相對拋棄或絕對拋棄。

為使抵押權人對此交換價值之利用更具彈性，民法第870條之1明定抵押權人得以讓與抵押權之次序，或拋棄抵押權之次序之方法，調整其可優先受償之分配額。依該條規定調整次序權之方式有三，分別為次序之讓與(民法第870條之1第1項第1款)、次序之相對拋棄(同條項第2款)與次序之絕對拋棄(同條項第3款)。查本題未言明乙為次序之相對拋棄或次序之絕對拋棄其抵押權，以下即就此二類情形分數之。

1.乙係相對拋棄抵押權之次序時：

所謂次序之相對拋棄係指抵押權人為特定後次序抵押權人之利益，拋棄其抵押權之次序之謂，亦即指同一抵押物之先次序抵押權人，為特定後次序抵押權人之利益，拋棄其優先受償利益之謂。此時各抵押權人之抵押權歸屬與次序並無變動，僅係拋棄抵押權次序之人，因拋棄次序之結果，與受拋棄利益之抵押權人成為同一次序，將其所得受分配之金額共同合計後，按各人債權額之比例分配之。準此，乙相對拋棄其抵押權次序時，乙與受拋棄利益之抵押權人之受分配金額應合併計算，復按債權額之比例分配之。

2.乙係絕對拋棄抵押權之次序時：

絕對拋棄係指抵押權人為全體後次序抵押權人之利益，拋棄其抵押權之次序之謂，亦即指先次序抵押權人並非專為某一特定後次序抵押權人之利益，拋棄優先受償利益之謂。此時後次序抵押權人之次序各依次序昇進，而拋棄人退處於最後之地位，但於拋棄後新設定之抵押權，其次序仍列於拋棄者之後。準此，乙絕對拋棄其抵押權次序時，丙丁之抵押權之次序依序升進為第1、2順位，乙之抵押權之次序則成為第3順位。

(二)丙、丁之普通抵押權之次序不變，原第一順位抵押權為得優先受償之100萬元應由一般債權人依債權比例清償。

1.按民法第307條「債之關係消滅者，其債權之擔保及其他從屬之權利亦同時消滅」規定，乙拋棄其對甲之債權，使甲乙間債之關係消滅之同時，該債權擔保之乙之100萬抵押權，依前開規定，自亦同時依前開法律規定而消滅。又本例屬非因法律行為致物權得喪變更之情形，依民法第759條規定，不以登記為生效要件，故不論乙是否辦理抵押權之塗銷登記，其抵押權業已消滅。

2.惟此際後次序抵押權是否依序甚升進，學說上有升進主義與固定主義不同之見解。為保障一般債權人，我國通說採固定主義，即係後順位抵押權順序皆不變動，而原先第一順序抵押權人所可獲得之分配額，應由其他一般債權人按照債權比例分別受償。準此，丙、丁之普通抵押權之次序不變。法院於拍賣抵押物後，原第一順位抵押權為得優先受償之100萬元應由一般債權人依債權比例清償，其餘部分方由丙、丁依抵押權次序分配。

二、甲生前作成遺囑，遺贈友人乙200萬元及財團法人丙基金會400萬元。然乙不幸先於甲病死。甲死亡時，其繼承人僅有母丁，遺產為600萬元。試問：上述遺贈之效力如何？丁得繼承若干遺產？丁如何行使特留分扣減權？(25分)

試題評析	本題考點為遺贈之失效事由與扣減權之行使，並不困難。
考點命中	《高點民法講義》第四回，李律師編撰，頁41~43。

答：

丁可取得繼承之遺產因甲生前所做各該遺贈之效果不同而有影響，分別說明如下：

- (一)按民法第 1201 條「受遺贈人於遺囑發生效力前死亡者，其遺贈不生效力」規定，乙先於甲死亡時，受遺贈人乙之遺贈不生效力。故本例僅丙受遺贈 400 萬元有效。
- (二)按民法第 1223 條第 2 款規定，被繼承人父母之特留分，為其應繼分二分之一。查甲死亡時，母親丁為甲之唯一繼承人，故甲之遺產應全數由丁繼承，依前揭民法第 1223 條第 2 款規定，而丁之特留分，則依前開 1223 條第 2 款之規定為遺產 600 萬元之二分之一，即 300 萬元。
- (三)應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之。受遺贈人有數人時，應按其所得遺贈價額比例扣減，民法第 1225 條訂有明文。查甲遺贈丙基金會之 400 萬元，將導致乙之特留分短缺 100 萬無法自遺產中取得，故丙之遺贈已侵害乙之特留分。乙得依第 1225 條，就不足之 100 萬部分主張扣減權。

【版權所有，重製必究！】