

# 《民法總則、親屬與繼承編概要》

- 一、乙委託律師甲於法院提起訴訟，請求丙返還A屋，雙方約定甲於收受地方法院判決書之翌日，乙應給付甲律師費5萬元。甲於民國104年1月1日收受地方法院之判決書，但因律師事務所業務繁忙，遲至106年5月1日始向乙請求給付律師費用。乙拒絕給付並試圖用木棍打傷甲，甲情急之下，持電擊棒回擊，造成乙輕傷。請問乙拒絕給付甲請求律師費用有無理由？乙得否向甲請求損害賠償？（40分）

|      |   |
|------|---|
| 試題評析 | 本題測驗消滅時效及正當防衛之規定。就消滅時效之部分，僅需熟稔請求權時效之期間、起算時之標準，以及時效完成之效力，即可輕鬆回答；就正當防衛之部分，亦無艱難考點，縱使無法背誦出條號，僅需寫出關鍵字：「正當防衛」，論述如何阻卻甲之違法性，即可輕鬆得分。 |
| 考點命中 | 《高點·高上民法講義》第一回總則編，蘇律編撰，頁177-178、183。  |

答：

(一)乙得向甲主張時效抗辯，拒絕給付費用，理由如下：

- 依民法第127條第5款之規定，律師之報酬請求權時效為2年。次依民法第128條之規定，時效自請求權可行使時起算。所謂自請求權「可行使時」，係指權利人於「法律上無障礙」，得行使請求權之狀態而言。至於義務人實際上能否給付、請求權人主觀上是否知悉、生病、出國等「事實上障礙」，在所不問。末依第144條第1項，時效完成後，債務人得拒絕給付。
- 本案，甲乙間成立者為律師之委任契約，甲對乙之報酬請求權，依第127條第5款之規定，時效為2年；又雙方約定收受地方法院判決書之翌日為給付，亦即104年1月1日時，依第128條即無法律上障礙，開始起算請求權時效。然而，甲遲至106年5月1日方為請求，已逾2年之短時效規定，故乙得依第144條第1項之規定，向甲主張時效抗辯，拒絕給付費用。
- 小結：乙拒絕給付有理由。

(二)甲之行為係正當防衛，乙不得向甲主張損害賠償，理由如下：

- 依民法第184條第1項之規定，故意侵害他人權利致損害者負損害賠償責任。次依民法第149條之規定，對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責。但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。此為正當防衛之規定，若出於防衛之主觀意思，針對現在不法侵害之行為，侵害他人權利者，得阻卻侵權行為之不法性。
- 本案，甲係基於傷害故意，以電擊棒侵害乙之身體權，雖該當侵權行為之構成要件，然而甲係因乙試圖用木棍攻擊，針對此現在不法侵害之行為，基於防衛意思所為之正當防衛，且係以電擊棒僅造成輕傷，並未防衛過當，依民法第149條之正當防衛規定，得阻卻違法性，對乙不負損害賠償責任。
- 小結：乙不得向甲請求損害賠償。

- 二、甲女未婚生子乙，乙在其生父丙去世後，方得知其身世，此時乙可否與丙建立法定親子關係？如何為之？乙可否變更為丙之姓氏？試以民法之規定說明之。（30分）

|      |   |
|------|---|
| 試題評析 | 本題測驗兩個爭點：死後認領之訴及非婚生子女之姓氏變更。就前者之部分，僅需掌握死後認領制度即可作答，建議可論述死後認領制度之增設目的，並注意應如何為之（以繼承人為被告，若無繼承人以社會福利主管機關為被告）；就後者之部分，姓氏之變更為戶政考題之常客，這次則是測驗非婚生子女之部分，一樣掌握子女利益之方向，縱使未背誦該條文，亦可有相當分數。 |
| 考點命中 | 《高點·高上民法講義》第五回親屬、繼承編，蘇律編撰，頁21、24。   |

答：

(一)乙得向丙之繼承人或社會福利主管機關，提起死後認領之訴：

- 依民法第1067條之規定：「有事實足認其為非婚生子女之生父者，非婚生子女或其生母或其他法定代理人，得向生父提起認領之訴。前項認領之訴，於生父死亡後，得向生父之繼承人為之。生父無繼承人者，得向社會福利主管機關為之。」本於客觀血統真實及子女權益之保護，我國96年新增死後認領制

度，亦即生父死亡後，亦得提起認領之形成之訴。然而因生父已死亡，故應以繼承人為被告；若無繼承人者，應以社會福利主管機關為被告。

2.本案，甲未婚生乙，故乙與生父丙間為非婚生子女關係，乙得依第1067條第2項之規定，提起死後認領之訴，然而甲非丙之配偶，若丙死亡時有繼承人者，乙應以丙之繼承人為被告為之；若丙死亡時無繼承人者，乙應以社會福利主管機關為被告為之。

3.小結：乙得主張死後認領之訴，若丙有繼承人則以繼承人為被告；若無繼承人則以社會福利主管機關為被告為之。

(二)若乙成年者，得自行變更姓氏；若符合子女利益，乙亦得向法院聲請變更：

1.依民法第1059條第3項之規定，子女已成年者，得變更為父姓或母姓。次依民法第1059-1條第1項之規定，前條項之規定，於非婚生子女準用之。末依同條第2項第2款之規定，父母之一方或雙方死亡者，法院得依父母之一方或子女之請求，為子女之利益，宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓。

2.本案，乙提起死後認領之訴後，若乙已成年，則得依第1059-1條準用第1059條第3項之規定，變更為父姓；若乙為未成年，則依第1059-1條第2項第2款之規定，因父已死亡，乙得向法院請求，依子女最佳利益變更為父姓。

3.小結：若乙成年者，得自行變更姓氏；若符合子女利益，乙亦得向法院聲請變更。

三、甲喪偶，有一子乙，一女丙，乙在甲生前曾借給甲30萬元，甲尚未歸還，丙則因結婚，於甲死亡前一年，受有甲之贈與20萬元。甲死亡後，留下財產10萬元，但積欠丁20萬元，試問乙、丙、丁對甲之遺產應如何主張？（30分）

|      |  |
|------|--|
| 試題評析 | 本題測驗主要測驗有三：繼承人對被繼承人之權利義務不消滅（第1154條）、繼承遺產之擬制（第1148-1條），以及歸扣（第1173條）之概念。縱使同學對連帶債務之計算方法較不熟悉，無法計算出正確數字亦無關係，僅需將上觀觀念予以說明，並適切引用條文，應有不錯分數。 |
| 考點命中 | 《高點·高上民法講義》第五回親屬、繼承編，蘇律編撰，頁58-59、64。   |

答：

乙、丙依民法第1138條第1款，為甲之繼承人，合先敘明。就乙、丙、丁對甲遺產之主張說明如下：

(一)應繼總財產清償債務後餘10萬元

1.依民法第1153條第1項之規定，繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負連帶責任。次依民法第1154條之規定，繼承人對於被繼承人之權利、義務，不因繼承而消滅。末依民法第1148-1條之規定，繼承人在繼承開始前二年內，從被繼承人受有財產之贈與者，該財產視為其所得遺產。

2.本案，丙受甲於繼承開始前1年內之贈與價額，應依第1148-1條視為所得遺產，故總遺產為30萬元（留下財產10萬元加上贈與額20萬元）；又繼承人乙對甲有30萬債權，依民法第1154條不因繼承而消滅，故甲留下之總債務為50萬元（丁之負債20萬元加上乙之負債30萬元）。準此，依第1153條第1項之規定，繼承人乙、丙，在繼承30萬遺產之限度內，對外負50萬之連帶債務，然而，因乙既為連帶債務人，又同時為債權人之身分，其債權30萬即因混同而消滅，故實際上之債務為20萬元，應繼總遺產30萬扣除債務20萬，遺產剩餘10萬元。

(二)乙、丙、丁對遺產之主張

1.丁：乙、丙對丁之20萬債務，依民法第1153條第1項之規定，於乙、丙所得遺產30萬元為限，負連帶清償責任。

2.丙

(1)依第1173條之規定，繼承人中有在繼承開始前因結婚、分居或營業，已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，為應繼遺產。但被繼承人於贈與時有反對之意思表示者，不在此限。前項贈與價額，應於遺產分割時，由該繼承人之應繼分中扣除。本條為歸扣之規定，將特種贈與擬制為應繼分之前付，維持他繼承人之公平。又依實務見解，倘扣除之結果，扣除義務人所受贈與價額超過其應繼分額時，固不得再受遺產之分配，但亦無庸返還其超過部分之價額（最高法院90台上2460判決意旨參照）。

(2)本案，丙受甲因結婚之特種贈與，應依第1173條之規定歸扣，然而丙所受贈與價額已超過其應繼分額，依實務見解，此時即不再受遺產分配，亦無庸返還超過部分。

(3)小結：丙對甲之遺產無法主張權利。

3.乙：乙對甲之債權，依第1154條不因混同而消滅，且甲之遺產扣除債務後剩餘10萬元，已如前述，故乙得繼承剩餘之10萬元。

# 高點 · 高上

【版權所有，重製必究！】