

# 《民法總則、親屬與繼承編》

一、甲男與乙女在婚姻關係存續中懷孕，於丙胎兒三個月時，甲男因病死亡，留下婚前財產A、B二塊土地分別各一百坪，A地坐落於臺北市信義區建地，每坪價值新臺幣（以下同）一百萬元，總價值一億元，B地坐落於新北市五股區山坡地，每坪價值一萬元，總價值一百萬元，乙女具有私心，竟將坐落於臺北市信義區建地A地遺產分割給自己，並以法定代理人身分，將坐落於新北市五股區山坡地分割給丙胎兒，試申論下列問題：

- (一)乙女以代理人身分，將甲男遺產A、B二塊土地分割A地給自己，B地給丙胎兒是否有效？（20分）
- (二)丙年滿20歲時，始知乙之上述分割甲遺產之行為違法，丙可否依據民法請求救濟之？（15分）

<p><b>試題評析</b></p>	<p>本題涉及未保留胎兒應繼分之分割效力，以及後續之救濟方法：</p> <p>(一)第一小題</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.引述民法第1063條、第7條、第1138條1款，說明胎兒丙若非死產，有繼承權。</li> <li>2.引述民法第1166條第1項、第2項，母為胎兒之分割代理人，違反保留應繼分之分割效力。</li> <li>3.可補充說明第1086條第2項，應選任特別代理人。</li> </ol> <p>(二)第二小題</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.分割無效後得主張分割請求權，此為形成權，無時效限制。</li> <li>2.胎兒繼承權被侵害得主張繼承回復請求權，此為請求權，有第1146條2項時效限制。</li> <li>3.依釋字第771號解釋，丙雖就遺產有物上請求權，惟亦有15年時效之限制。</li> </ol>
<p><b>考點命中</b></p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.《高點·高上民法正課講義》第一回，蘇律編撰，2020年版，頁180-181。</li> <li>2.《高點·高上民法正課講義》第五回，蘇律編撰，2020年版，頁59-61、67。</li> <li>3.《高點·高上民法總複習講義》第一回，蘇律編撰，2020年版，頁6、96-97。</li> <li>4.《高點·高上民法申論寫作班講義》第四回，蘇律編撰，2020年版，頁73。</li> </ol>

**答：**

(一)胎兒倘若非死產，則該分割違反民法第1166條之禁止規定，應屬無效：

1.胎兒丙有繼承權：

胎兒丙為甲乙間婚姻關係存續中受胎，依民法第1163條第1項應推定為婚生子女；另依民法第7條之規定，胎兒以非死產為限，關於利益保護視為既已出生。本案，胎兒就繼承權之利益應視為既已出生，從而依民法第1138條第1款，為被繼承人甲之繼承權人，先予敘明。

2.乙未保留丙之應繼分所為之分割無效：

按民法第1166條第1項規定，非保留胎兒之應繼分不得分割遺產，此依實務及通說見解，為禁止規定，違反者之分割行為無效（民法第71條本文）。本案，遺產價值共計1億1百萬元，乙雖依民法第1166條第2項之規定，就遺產之分割，為胎兒之代理人，惟其僅將價值1百萬之土地分割予胎兒，顯未保留法定應繼分（按民法第1144條為二分之一）甚至未保留特留分之比例（按民法第1223條為四分之一），且違反民法第1088條第2項但書，對特有財產之處分應符合為子女利益之意旨，該分割應屬無效。

3.另外，母親乙與胎兒丙間因就遺產分割有利害衝突之情形，應依民法第1086條第2項，為胎兒選任特別代理人為分割行為，較為妥適，併予敘明。

(二)丙得否救濟，應就其救濟途徑及時效論斷：

1.丙得主張分割請求權，無時效限制：

未保留胎兒應繼分之分割無效，此時等同無分割，丙自得行使分割請求權，請求重新分割，自不待言。另此一分割請求權，乃形成權性質，並無消滅時效或除斥期間，是故分割無效過20年，丙仍得主張之。

2.丙不得主張繼承回復請求權或物上請求權，因已罹於時效：

(1)乙未保留胎兒應繼分係侵害丙之繼承權，丙得主張民法第1146條第1項之繼承回復請求權，惟因分割已過20年，該請求權已罹於民法第1146條第2項之時效，乙就丙之主張得為時效抗辯。

(2) 另按釋字第771號解釋，縱使繼承回復請求權罹於時效，因繼承權並不消滅，故仍得本於遺產之所有權，行使物上請求權，不過為維持法律安定性，此時行使之民法第767條，有15年之消滅時效適用。

(3) 準此，縱使丙就A地有所有權，惟其A地之物上請求權亦罹於15年時效而不得主張之。

3. 小結：丙得主張分割請求權，此無時效之限制。

二、甲、乙婚姻關係存續中，乙妻自第三人丙受胎生子A，依法推定為甲、乙之子，甲知悉其情，惟並未於知悉後二年內提起婚生否認之訴。其後甲、乙協議離婚，乙即攜A子與丙同住，A子成年後，得知其非甲之親生子，惟亦未於知悉後二年內提起否認生父之訴。丙晚年臥病，A因感念丙多年來對其母乙及自己之照顧，希望建立法律上之父子關係，俾能對丙盡人子之孝道，經甲、乙同意，由丙與A簽訂收養契約，並聲請法院認可，法院可否予以認可？(30分)

試題評析	本題測驗「已推定為他人婚生子女者，生父得否收養」之爭點，與「臺灣高等法院暨所屬法院103年法律座談會民事類提案第10號」所提出的法律問題，一字不差。 實務見解（該座談會，以及司法院81、2、27（八一）廳民一字02696號函）認為，倘若否認權人均未依法提起否認之訴，則法律上生父並非直系血親，法院應認可收養。
考點命中	1. 《高點·高上民法正課講義》第五回，2020年版，蘇律編撰，頁29。 3. 《高點·高上民法總複習講義》第一回，2020年版，蘇律編撰，頁62。

**答：**

法院應認可收養，分述如下：

(一) 本案，A係甲乙婚姻關係存續中受胎而生，依民法第1063條第1項推定為甲乙間之婚生子女，又甲、乙、A皆未於民法第1063條第3項之法定期間提起否認之訴，此時生父丙欲收養A，是否違反民法第1073-1條第1款直系血親不得收養之近親收養規定？此為本題爭點。對此，就肯否兩說見解分述如下：

### 1. 否定說

否定說認為，收養係將本無血統聯絡之他人子女，擬制其為親生子女關係之制度，且為維持我國傳統倫理觀念，不得收養直系血親為養子女，此觀於民法第1072條、第1073條之1第1款之規定自明，故對於自己親生之子女，殊無成立收養契約之餘地（最高法院75年度台聲字第342號裁定參照）。受婚生推定之子女，於否認婚生子女或推定生父之訴除斥期間經過之後，雖與有真實血緣關係之生父間，無法再成立親子關係，但仍有自然血緣關係存在，基於傳統倫常觀念及避免親屬關係混亂，仍應禁止其成立收養關係。

### 2. 肯定說

肯定說認為，受婚生推定之子女，如夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，固得提起否認子女之訴或否認推定生父之訴予以推翻，然若已逾民法第1063條第3項之除斥期間，縱使子女與推定生父間無真實血緣，基於身分關係排他性與法律秩序安定性原則，其法律上擬制之親子關係即已確定。此時，子女與有真實血緣之生父間，在法律上已無任何親子關係存在，自無禁止其成立收養關係之必要，亦不違反民法第1072條及第1073條之1第1款之規定。否則，丙與A既已不可能回復親生父子之親子關係，又不能成立養父子之擬制血親關係，對人民身分權益之保護顯有未周，殊非法律規定之目的。

### 3. 小結

倘若否認權人皆未依法提起婚生否認之訴，則因已無從推翻該推定，該推定已轉換為視為之效果，亦即A即為甲乙間之婚生子女，此時丙收養之，即無違反近親收養之規定，法院應許可之<sup>1</sup>，應採肯定說較能保障其身分權益，實務見解亦採此說。

(二) 綜上所述，依實務見解，丙收養A應無違反民法第1073-1條之規定，法院應許可之。

<sup>1</sup> 林秀雄，〈非婚生子女之收養〉，《月旦法學雜誌》第73期，2001年6月，頁13。

三、甲脅迫乙出賣汽車一輛，乙於事後乃以受脅迫為理由提起訴訟，請求法院判決撤銷兩造間之買賣契約，試申論下列問題：

- (一)乙於事後乃以受脅迫為理由提起訴訟，請求法院判決撤銷兩造間之買賣契約，是否有理由？（20分）
- (二)如法院判決駁回乙之訴訟，甲仍不返還前開汽車，乙在法律上得對甲主張那些權利？（15分）

<b>試題評析</b>	本題測驗撤銷權及撤銷訴權之不同，民法第92條第1項之規定乃「撤銷權」，僅須以意思表示向相對人行使即發生效力，為形成權，無庸「向法院請求撤銷」；本題亦測驗撤銷意思表示後之法律關係，其中涉及債總之請求權基礎（侵權行為、不當得利），同學在準備上亦應注意債總重要之請求權，答題上才完整全面。
<b>考點命中</b>	1.《高點·高上民法正課講義》第一回，2020年版，蘇律編撰，頁129、132。 2.《高點·高上民法申論寫作班講義》第一回，2020年版，蘇律編撰，頁109。

**答：**

(一)脅迫之意思表示撤銷不應以訴為之，乙應以意思表示向甲表示撤銷買賣之意思表示即可：

- 1.撤銷有撤銷權與撤銷訴權之分，前者係以「意思表示」向「相對人」為之之形成權，一經表意人表示，即發生意思表示消滅之效果，撤銷權之主張不應以訴為之；後者之撤銷訴權，則應以「訴訟」向「法院」為之，此為形成訴權，應透過形成之訴，訴請法院撤銷。是以，民法第116條即規定，撤銷應以意思表示為之，相對人確定者，應向相對人為之。
- 2.本案，乙欲主張民法第92條第1項本文之規定，向甲撤銷買賣契約之意思表示，此為撤銷權之行使，依民法第116條之規定，乙應以意思表示向甲為之即可，而不應請求法院以判決撤銷，蓋此非撤銷訴權。
- 3.另，依民法第93條之規定，乙向甲行使撤銷權，應於脅迫終止後一年內為之，方符合除斥期間之規定，併予敘明。

(二)乙撤銷意思表示後，得對甲主張之權利分述如下：

- 1.甲脅迫乙出售汽車，乙所為之買賣契約意思表示，以及物權契約之意思表示，皆係受脅迫所為之，故乙得依民法第92條第1項規定，同時撤銷買賣契約及物權移轉行為之意思表示，先予敘明。
- 2.乙僅撤銷買賣之意思表示：  
倘若乙僅撤銷買賣之意思表示，未撤銷物權行為者，本於物權無因性，物權行為不因乙撤銷買賣契約而無效，故汽車所有權人仍為甲。然而，因契約無效，甲無保有汽車所有權之法律上原因，故乙得依民法第179條之不當得利規定，請求返還之。
- 3.乙同時撤銷買賣及物權行為之意思表示：  
此時汽車所有權人即為乙，乙得依民法第767條第1項前段之物上請求權，請求甲返還汽車；亦得依民法第179條及民法第184條第1項之規定，分別請求占用汽車之相當於租金之不當得利及侵權行為損害賠償。

【版權所有，重製必究！】