

100年公務人員特種考試司法人員考試試題

40120  
代號：40320 全一頁  
40420

等 別：四等考試  
類 科：法院書記官、執達員、執行員  
科 目：民法概要  
考試時間：1 小時 30 分

座號：\_\_\_\_\_

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

- 一、甲公司與乙地方政府訂立期間為 48 個月之清運垃圾合約書，載明如「甲之服務品質未獲民意肯定」或「乙經費無著」，則委託期限減縮為 24 個月。試問：何種法律行為不得附條件？附條件法律行為之當事人，法律如何規範其行為？(25 分)
- 二、甲中年喪偶，有乙、丙、丁等 3 子女，4 年前將其所有之 A 地，分別贈與乙、丙所有權應有部分各 2 分之 1，並辦理過戶登記。今年初，甲同意再贈與 B 地給乙、丙，約定於 8 月 1 日辦理應有部分各 2 分之 1 之過戶登記。甲於 7 月 1 日資助丁醫療費用 20 萬元，乙、丙得知後，帶著黑衣人到家裡與師問罪砸東西，甲聞訊後趕到，乙、丙更當場辱罵甲「短命鬼、怎麼不去死了算了」。甲憤而向警方報案，控告乙、丙公然侮辱，不願辦理 B 地過戶登記，並擬向乙、丙討回 A 地。試問：贈與人何時得撤銷其贈與？附負擔之贈與的效力如何？(25 分)
- 三、甲向乙貸款 1800 萬元，由丙提供 A 地設定最高限額 1960 萬之抵押權，另由丙、丁及戊與乙訂定保證契約，對甲之債務均負連帶保證之責。後來甲無力清償，擬拍賣 A 地，丙乃以連帶保證人身分，清償甲積欠之本息及違約金共 1500 萬元。試問：丙得向甲、丁及戊如何求償？(25 分)
- 四、甲有乙、丙、丁等 3 子女，死亡時甲的名下有一棟房屋及若干存款、股票及動產，價值共 2000 萬元，甲對戊負有 600 萬元債務，對庚有 400 萬債權。乙成家自立門戶時，甲以 500 萬元資助其購買房屋，丙向甲借款 200 萬元購買連動債，因金融危機已血本無歸，丁與甲居住，每月給甲生活費，總共已給甲 300 萬元。試問：乙、丙請求丁分割遺產時，丁得如何主張扣還及扣除？遺產分割後，對於乙所分得之遺產、債權，丙、丁是否應負何種責任？(25 分)

## 第一題

### 解題關鍵：

這題本身沒甚麼，就單純的記憶題。不過很奇怪，世界上這麼多私法契約的例子不舉，偏偏舉了一個行政契約與私法灰色地帶，所以很多人可能會寫偏寫到公私法的區分。但筆者認為，這不會是題目的重點，如果要考這個，題目自然會問，既然不問，那這本來就是行政法的考點（行政法對於是行政契約或私法契約，自有一套判斷的流程），所以不要浪費太多篇幅寫在民法的考試裡，考量時間，適度用前言假設去帶過就好（比較技巧性的四兩撥千斤去帶掉寫了也沒分的點），尤其這張考卷，乍看之下，最花腦力的就是第四題，第一題千萬不要超過二十分鐘，更糟糕的是行政法寫一堆還寫錯（畢竟行政法這個點也是爭議不斷），得不償失。

### 解答：

前言：本件屬公法契約或私法契約，涉及行政法之爭議，本文設以私法契約，試述如下：

#### （一）不得附條件之法律行為如下：

1. 私法自治衍生之契約自由原則，包涵負擔行為與處分行為。惟基於公益之考量，下列兩行為不得附條件。

（1）單獨行為：單獨行為附條件，將使法之安定性受破壞。如形成權之行使，否則將使法律關係繫於不安定之狀態，於公益有所妨害。（惟需注意，學說上有認若於意思以明確時，應可允許，避免過度干涉私法自治。）

（2）身份行為：身份行為安定性之考量，因身份行為涉及第三人，而強調其安定性，附條件則生不安定之情勢影響公益。

#### 2. 本案函攝：

（1）本件涉及單方對於契約內容之調整，屬形成權之行使<sup>1</sup>，固屬單方行為。

（2）因單方行為不得附條件，避免影響公益，故此條件之約定無效。

（3）退萬步言，縱依學說，查本件，亦未達雙方意思明確之情勢，故應認約定無效

#### （二）附條件之法律行為相關規定：

1. 按民法第一百零一條第一項，因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就。第二項，乃指因條件成就而受有利益之當事人，如以不正當行為促其條件之成就者，視為條件不成就。

2. 次按 67 台上 770 判決：此法文之「阻其」與「促其」，僅限於故意

3. 未按民法 99 條，條件成就之效力：

（1）附停止條件之法律行為，於條件成就時，發生效力。

（2）附解除條件之法律行為，於條件成就時，失其效力。

（3）依當事人之特約，使條件成就之效果，不於條件成就之時發生者，依其特約。

4. 條件不成就之效力，法無明文，然解釋上應認：

（1）附停止條件之法律行為，於條件未成就時，不生效力。

（2）附解除條件之法律行為，於條件未成就時，繼續其效力。

<sup>1</sup> 如果很難想像，可以去想 359 條的減少價金，也是形成權之行使。這邊只是把付錢改成付勞務，也是一樣，去改變就是形成權之行使。

## 第二題

### 解題關鍵

這題事實很長，但是其實並沒有很難的爭點。此外，贈與難免涉及新舊法不同，在寫得時候，還是考量時間為主，這題本身題目就夠長了，如果寫太多舊法，不太可能在 20 分鐘中寫完，因此要有所節制。（本文答的篇幅，即差不多是 20 分鐘內可寫完的份量）

解答：

前言：按民法債篇施行法第一條規定：民法債篇施行前發生之債，除本施行法有特別規定外，不適用民法債篇之規定。其在修正施行前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用施行後之規定。依題示，無從確定本件債之發生之時點於債篇施行前或後，故本文以新法為主要論述。

（一）贈與人於物之權利移轉前，得撤銷其贈與：

1. 按民法第 406 條 稱贈與者，謂當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約。
2. 次按第 408 條 贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與。其一部已移轉者，得就其未移轉之部分撤銷之。前項規定，於經公證之贈與，或為履行道德上義務而為贈與者，不適用之。
3. 末按 98 台上字 1954 號判決：查贈與係契約之一種，一經合法成立，即生效力，當事人均應受其拘束，除贈與人依法撤銷贈與外，贈與契約並不因贈與人事後反悔而當然無效。
4. 本件函攝：
  - （1）查甲於 4 年前贈與之 A 地，因以已有物權契約與法定要式：書面與登記，（民法 758 第一項、第二項參照）已生權利已移轉於乙、丙，自無從撤銷，故甲主張討回 A 地無理由。
  - （2）復查甲於今年初同意贈與 B 地，與乙、丙意思表示合致（民法 153 條參照），贈與契約已生效力。
  - （3）惟查甲尚未依照民法 758 條辦理移轉登記，故 B 地之權利尚未移轉，故甲仍得依法行使 408 條之法定任意撤銷權，撤銷此贈與 B 地之契約。
  - （4）末查甲之控告乙丙之行為，與不願辦理 B 地過戶登記，僅係單純之反悔，均非法定撤銷之行使（民法 88 條參照），故贈與契約仍有其效力，甲需另行行使法定撤銷之單方意思表示，始可撤銷其贈與。

（二）附負擔之贈與之效力：

1. 按民法 412 條：贈與附有負擔者，如贈與人已為給付而受贈人不履行其負擔時，贈與人得請求受贈人履行其負擔，或撤銷贈與。  
負擔以公益為目的者，於贈與人死亡後，主管機關或檢察官得請求受贈人履行其負擔。
2. 次按民法 413 條：附有負擔之贈與，其贈與不足償其負擔者，受贈人僅於贈與之價值限度內，有履行其負擔之責任。
3. 末按民法 414 條：附有負擔之贈與，其贈與之物或權利如有瑕疵，贈與人於受贈人負擔之限度內，負與出賣人同一之擔保責任。
4. 本件是實無涉附負擔之贈與，故未就此部份之函攝。

### 第三題

解題關鍵：這種同時涉及人保與物保類型的題目，其實很常見，也是社會上的常態，基本上把三個層次寫清楚；1.人保物保何者優先 2 人保與物保之分擔額各為何 3.超出分擔額的部份求償。不要一開始就亂跳到第三層次寫求償，否則肯定是亂成一團，這樣分數也才會比較漂亮。此外這題本身的事實相當不清楚，增加解答的困難度。

解答：

(一) 本文不採物保責任優先說：

1. 按早期實務 80 台上 2508 判決認：「依最高法院十九年上字第三三〇號判例意旨謂：「債務關係如於設定擔保物權而外並有保證人者，該主管債務人不清償其債務時，依原則固應先儘擔保物拍賣充債，惟當事人間如有特別約定，仍從其特約」云云，係採物之擔保責任優先說。蓋以物之擔保，擔保物之提供人僅以擔保物為限，負物之有限責任；而人之保證，保證人係以其全部財產，負無限責任，其所負責任較重，基於公平起見，使物之擔保責任優先，以保證保證人，並無不當。是依民法第七百五十一條規定，債權人拋棄為其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。反之，債權人拋棄其對保證人之權利者，於債權擔保之物權則無影響。二者之責任基礎及責任範圍並不相同，自難類推適用民法第七百四十八條有關共同保證、第二百八十條有關連帶債務人相互間分擔義務之規定，使物之擔保與人之保證，平均分擔其義務。」
2. 惟按 96 年物權修法 879 之修法理由已明文採取物保人保平等說：「債務人如有保證人時，物上保證人與保證人實質上均係以自己之財產擔保他人之債務，晚近各立法例對普通保證自由主義色彩之干涉漸增，此亦包括保證人範圍之干預及管制，使物上保證與普通保證不應有不同責任範圍。因之，物上保證人於代為清償債務，或因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，自得就超過其應分擔額之範圍內對保證人具有求償權與承受權，即採物上保證人與保證人平等說」
3. 末按民法 881-17：最高限額抵押準用民法 879 條，故於最高限額抵押時亦有適用。
4. 本文不採物保優先說，而採物保人保平等說，而應進入第二層次進行分擔額之計算

(二) 物保人保個別分擔額

1. 按民法 879 第二項：「債務人如有保證人時，保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應以該債權額為準。」
2. 最高限額抵押適用 879 條第二項之計算：
  - (2) 按民法 881-12 第五款，拍賣為最高限額抵押之確定事由。
  - (3) 查本件，既然已確定，則債權額應以 1500 萬為準。
  - (4) 復查本件，債權額 (1500 萬) 低於抵押物價值 (1960 萬)，故以債權額為準，而為 1500 萬。
3. 分擔之比例：
  - (1) 丙為：

①人保部分（連帶保證為無限責任）：

$$1500/1500 \text{ (丙之連保)} + 1500 \text{ (丙之物保)} + 1500 \text{ (丁之連保)} + 1500 \text{ (戊之連保)} = 1/4$$

②物保部分（最高限額抵押為有限責任）

$$1500/1500 \text{ (丙之連保)} + 1500 \text{ (丙之物保)} + 1500 \text{ (丁之連保)} + 1500 \text{ (戊之連保)} = 1/4$$

③小結：分擔比例為 1/2

(2) 丁、戊為：連帶保證人為無限責任

$$\text{各為 } 1500/1500 \text{ (丙之連保)} + 1500 \text{ (丙之物保)} + 1500 \text{ (丁之連保)} + 1500 \text{ (戊之連保)} = 1/4$$

4. 分擔額：

$$(1) \text{ 丙：} 1500 * 1/2 = 750 \text{ 萬}$$

$$(2) \text{ 丁、戊各為：} 375 \text{ 萬}$$

(三) 求償：

1. 按民法 749 條：「保證人向債權人為清償後，於其清償之限度內，承受債權人對於主債務人之債權。但不得有害於債權人之利益。」查本案，就此保證之部分，丙承受 1500 萬求償權

2. 惟查丙仍須扣除其分擔額始可向丁戊求償超過分擔額之部分，故各可向丁戊求償  $(1500 - 750) * 1/2 = 375$  萬

且因丁戊為連帶債務人，故丁戊不得行使先訴抗辯權，而丙可逕向渠等求償。

4. 另甲為主債務人，故丙可依其所承受之求償權向其求償全額 1500 萬而無須扣除分擔額，而自不待言。

(四) 結論：

向甲求償 1500 萬，向丁及戊求償 375 萬

## 第四題

### 解題關鍵

本題其實跟新法修正的關連性不大，算是傳統的考點，基本上，就依照傳統的方式去解決即可。比較棘手的是，題目中出現了「生活費」的性質，依照社會通念，我們很難去說子女給予父母生活費是父母的一個債務，這是題意不明的地方。

#### (一) 主張如下：

##### 1. 遺產總額確定：

###### (1) 債務：

① 對戊 600 萬

② 對丁應無負債：因丁給予甲之生活費，應定性為單純之贈與，並非甲與丁之借貸契約。且歸扣與繼承人所受贈與無涉，故無須加計。

###### (2) 債權：

① 對庚 400 萬

② 對乙：按 1173 條，因營業而給予之贈與屬繼承開始前之特種贈與，而為歸扣之標的，故應抽象加計此 500 萬

③ 對丙：一般生前債務，需加計 200 萬

(3) 剩餘財產：依題示為 2000 萬

(4) 小結：剩餘財產+債權-債務=2500 萬

##### 2. 各繼承人之分配額：

按民法 1138 乙丙丁為第一順位繼承人，平均分配。

(1) 乙：按 1173 條 2500/3 萬-500 萬

(2) 丙：按 1172 條：「繼承人中如對於被繼承人負有債務者，於遺產分割時，應按其債務數額，由該繼承人之應繼分內扣還。」而為 2500/3 萬-200 萬

(3) 丁：2500/3 萬

3. 小結：丁可對乙主張歸扣 500 萬、對丙主張扣還 200 萬

#### (二) 應負何種責任：

##### 1. 對外之債務負連帶債務責任

對戊之 600 萬，乙丙丁負連帶債務責任。此即便修法為全面限定繼承制，亦無改變，而負 273 條以下連帶債務。

##### 2. 對外之債權為連帶債權：乙丙丁對庚有連帶債權

3. 按 1168 負出賣人同一責任：「遺產分割後，各繼承人按其所得部分，對於他繼承人因分割而得之遺產，負與出賣人同一之擔保責任。」

4. 次按 1169：「遺產分割後，各繼承人按其所得部分，對於他繼承人因分割而得之債權，就遺產分割時債務人之支付能力，負擔保之責。」

5. 末按 1171：「遺產分割後，其未清償之被繼承人之債務，移歸一定之人承受，或劃歸各繼承人分擔，如經債權人同意者，各繼承人免除連帶責任。繼承人之連帶責任，自遺產分割時起，如債權清償期在遺產分割後者，自清償期屆滿時起，經過五年而免除。」