

《民法概要》

試題評析

今年度的民法概要考題仍然維持傳統的模式，總則、債編、物權及身分各一題，而且申論及實例各半，所以只要能掌握考試趨勢及平時多下工夫，相信對於考生並不困難。關於第一題，是法條解釋的問題，只要能了解民法第八條第三項規定係指自然災害，即可迎刃而解；第二題是重點中的重點，對於用功的考生是一大福音，其重點是掌握給付不能三大類型及不完全給付兩大類型的定義及處理；至於第三題，似乎對於考生有些困難，此為部分學者(尤其是政治大學蘇永欽教授)一直在主張的理論，但是未曾在國家考試中出現，屬於突襲性相當高的題目，所以不會作答的同學大可不必難過；第四題屬於標準的比較題，是普考的特色，記憶成分較高，所以考生作答時應將重點放在法條上，尤其是第一千一百五十四條及第一千一百七十四條。

一、民法規定，失蹤人為遭遇特別災難者，得於特別災難終了滿一年後，為死亡之宣告。試說明何謂特別災難？又甲到海邊釣魚，不慎失足落海，是否屬於前述民法規定之特別災難？（二十五分）

答：

民法第六條規定，人之權利能力，始於出生，終於死亡。由上可知，死亡為權利能力的終期。

然而人若失蹤，離去其住所或居所，而生死不明，則關於其法律關係將會無法確定，此種狀態若任期長久繼續，對於利害關係人及社會均屬不利，因此我國民法設有死亡宣告制度。

死亡宣告，也就是自然人失蹤達一定期間，得由利害關係人或檢察官聲請法院為死亡宣告，使之發生與自然死亡相同的法律效果。民法第八條規定，失蹤人失蹤滿七年後，法院得因利害關係人或檢察官的聲請，為死亡之宣告(第一項)。失蹤人為八十歲以上者，得於失蹤滿三年後，為死亡之宣告(第二項)。失蹤人為遭遇特別災難者，得於特別災難終了滿一年後，為死亡之宣告(第三項)。

現就本題目分析之—

1. 死亡宣告的普通期間由民法第八條第一項規定可知，為七年，但是有兩個特別期間，分別為第二項的三年及第三項的一年。對於特別災難，其期間為第三項的一年，因為可預期的是該失蹤人死亡可能性較高，所以縮短期間。至於何謂特別災難，係指自然或外在的不可抗力，而對於失蹤人為無可避免的災難，如海難或地震。換句話說，特別災難指的是自然災害，並不包括個人意外。
2. 由上述分析可知，特別災難並不包括個人意外，而本題中甲係因失足落海，係屬個人意外，並不適用民法第八條第三項規定。若甲未滿八十歲，應適用民法第八條第一項規定，也就是以七年的期間當作死亡宣告的法定期間；若該甲為八十歲以上，應依民法第八條第二項規定，以三年為死亡宣告法定期間。
參考資料：曹律師，民法概要上課講義(一)，第6頁。

二、何謂給付不能？何謂不完全給付？並請各舉一例比較說明之。（二十五分）

答：

債務不履行，係指債務人因可歸責於自己的事由，未依債之本旨而為給付，致債權內容未能實現。其型態可分為三種，第一為給付不能，第二為給付遲延，第三為不完全給付。現就本題分析之。

1. 給付不能：給付不能，係指債務人不能依債之本旨為給付。其可分為三種類型，分別是自始客觀不能，自始主觀不能，以及嗣後不能。

(1) 自始客觀不能，係指在債之發生以前，債務人即不能依債之本旨為給付，而且該不能不僅是債務人不能，社會上任何人亦為不能。例如甲的房屋在1月1日因火災而滅失，卻於2月1日和乙訂立買賣契約，此時明顯的，甲不能履行債務該事係在訂立契約之前，而且社會上任何人均不能為給付。對於自始客觀不能的法律效果，民法第二百四十六條第一項主文規定，以不能之給付為契約標的者，其契約為無效。另外第二百四十七條第一項規定，契約以不能之給付為標的而無效者，當事人於訂約時知其不能或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效致受損害之他方當事人，負賠償責任。若以上例說明，甲乙間的買賣契約無效，若甲於2月1日知該屋已滅失或可得而知，而乙無過失，甲應對乙負損害賠償責任(如訂約費用)。

(2) 自始主觀不能，係指在債之發生以前，債務人即不能依債之本旨為給付，然而該給付在社會上有特定人有能力得為給付。例如甲將第三人的房屋出賣與乙，此時甲不能為給付，且該給付的事由發生在甲乙訂立契約前，但是社會上有一人得為給付，就是該第三人(屋主)。自始主觀不能的法律效果並無明文規定，通說認為應類推適用嗣後不能的規定，亦即民法第二百二

十六條及第二百五十六條。若以上例說明，甲乙間的買賣契約屬於債權行為，不以有處分權為必要，所以有效，但是甲因為有可歸責事由致給付不能，對於乙所受的損害應負賠償責任，乙甚至可以解除契約。

(3)嗣後不能，係指在債之發生以後，債務人才發生不能依債之本旨為給付的情況，而且應注意的事，嗣後不能無須區分主觀不能及客觀不能，換句話說，應同為處理。例如甲乙二人在1月1日訂立買賣契約，並約定在3月1日時辦理移轉登記和交付房屋，但是不料在2月1日時該屋卻因為火災而滅失，此時甲不能給付之事係發生在契約訂立之後，所以屬於嗣後不能。嗣後不能的法律效果規定在民法第二百二十五條，第二百二十六條，及第二百五十六條。民法第二百二十五條第一項規定，因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務；民法第二百二十六條第一項規定，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；民法第二百五十六條規定，債權人於有第二百二十六條之情形時，得解除契約。若以上例說明，如果該火災係可歸責於甲，甲應對乙負損害賠償責任，而且乙可以主張解除契約，但是如果甲沒有可歸責之事由時，依第二百二十五條第一項規定，甲則不須負起債務不履行責任。

2.不完全給付：不完全給付，係指債務人雖然為給付，但是該給付卻未符合債之本旨，也就是有瑕疵。不完全給付可以分為瑕疵給付及加害給付。

(1)瑕疵給付，係指該債務人有瑕疵部分的給付的債務不履行。例如乙向甲購買一百隻雞，不料該雞隻卻有雞瘟。瑕疵給付的法律效果規定於民法第二百二十七條第一項，因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。若以上例說明，甲若有可歸責事由，而該雞瘟尚可補正，此時乙可主張給付遲延的規定，依民法第二百三十一條或第二百三十二條，請求損害賠償，甚至是民法第二百五十四條或第二百五十五條，主張解除契約；若該雞瘟不可補正，此時乙可主張給付不能的規定，依民法第二百二十六條規定，請求損害賠償，甚至是第二百五十六條的規定，主張解除契約；然而若甲沒有可歸責的事由時，則不須負起債務不履行責任。

(2)加害給付，係指債務人瑕疵給付進一步造成債權人固有權益所受損害部分的債務不履行。例如甲所交付的一百隻雞把雞瘟傳染給自己的一百隻雞。加害給付的法律效果規定於民法第二百二十七條第二項，民法第二百二十七條第二項規定，因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求損害賠償。若以上例說明，甲若有可歸責事由，乙得就自己一百隻雞因為雞瘟所受的損害，向甲請求賠償。但是甲若無可歸責事由，甲不須負起債務不履行責任。

3.比較：由上可以得知，給付不能係指債務人不能依債之本旨為給付，不完全給付係指債務人能為給付，只是該給付不符合債之本旨，有瑕疵。而兩者的法律效果非常接近，都可以請求損害賠償及解除契約，甚至可以適用民法第二百二十七條之一的規定，請求慰撫金。

參考資料：曹律師，民法概要上課講義(二)，第34頁、第35頁、第44頁、第45頁。

命中事實：高上高普考「考前30分鐘重點題示」，第四題命中！

三、甲有一筆土地預定興建別墅，為避免前方他人土地上興建大樓妨害眺望。試問在民法上有何物權得以達成前述目的，而提供甲便宜利用他人之土地？並請詳述該物權之意義及成立要件。(二十五分)

答：

甲如果希望避免前方大樓遮蔽視線，應與前方土地所有人設定地役權，現分析如下。

1.意義：民法第八百五十一條規定，稱地役權者，謂以他人土地供自己土地便宜之用之權。地役權係土地與土地間的法律關係，提供便宜之用的為供役地，享受該便宜之用的為需役地。其社會作用在於借助他人土地，利益自己的土地，以增加社會利益。

地役權的本質是一種補充性的物權，也就是其他物權無法達成作用時，當事人可以利用地役權，達成其所希望的目的。雖然對於其他物權無法達成的作用，當事人可以訂立契約達到相同目的，但是契約畢竟只有債之效力，無法和地役權的物權效力相提並論，因此地役權絕對有其實益。在本題中，甲若想避免前地所有人搭建大樓遮蔽其視線，可透過和該地所有人設定地役權，內容為前地所有人不得搭建大樓遮蔽甲房屋的視線。

然而在本題中有一值得討論之處，也就是地役權在民法第八百五十一條是土地和土地的關係，可是本案嚴格的講，係屬建築物和建築物的關係，如此是否有違物權法定主義(民法第七百五十七條)。對於此點，有學者以為，地役權既是補充性的物權，就不應該限制其標的，否則其作用將會大減，所以它可以是土地和土地，土地和定著物，定著物和土地，定著物和定著物等關係，也就是只要是不動產和不動產的關係，皆應屬之。雖然實務目前不贊成此論，但是本文基於物盡其用，贊成此看法，而且物權編修正草案第八百五十一條亦已經擴張於土地對不動產的關係。

2.成立要件：地役權的設定，係屬不動產物權，依法律行為而設定，所以依民法七百五十八條規定，應向地政機關辦理登記，否則不生效力。

參考資料：曹律師，民法概要上課講義(四)，第26頁。

四、何謂限定繼承？其與拋棄繼承有何不同？請分別論述之。(二十五分)

答：

現在就本題分析之，

1. 限定繼承

民法原則上採概括繼承，也就是父債須子還，規定於第一千一百四十八條，繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利義務，但權利義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。然而如此的基本原則卻有違個人主義，所以民法第一千一百五十四條以下另外設立有限定繼承的制度，使父債不須子還。

民法第一千一百五十四條第一項規定，繼承人限定以因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務，亦即多退少不補。例如被繼承人留下財產一百萬元，債務五十萬元，此時限定繼承的繼承人仍得取得剩下的財產五十萬元，如果債務是一百五十萬元，限定繼承的繼承人對於無法受清償的五十萬元債務亦不須負起責任。

限定繼承因為影響被繼承人的債權人相當大，所以有法定的方式及程序。第一千一百五十六條第一項規定，繼承人應於繼承開始時起，三個月內開具遺產清冊呈報法院。而第一千一百五十七條以下有規定，法院在限定繼承人呈報後，應該進行的清算程序。

2. 拋棄繼承：拋棄繼承，係指繼承人拋棄繼承權的法律行為(民法第一千一百七十四條第一項規定)。拋棄繼承後，繼承人脫離繼承關係，不得繼承財產，亦不須對於被繼承人的債務負起責任。

拋棄繼承的方式規定於民法第一千一百七十四條第二項主文，繼承人應於知悉其得繼承之時起二個月內以書面向法院為之。至於但書規定僅為訓示規定，並不會影響拋棄繼承的效力。

3. 比較：現就限定繼承與拋棄繼承之比較，分析如下，

(1) 起算點不同

前者為繼承開始時(1156)或知悉得繼承之日(1176)。

後者為知悉得繼承之日(1174及1176)。

(2) 期間不同

前者為三月(1156)或二月(1176)。

後者為二月(1174及1176)。

(3) 可否延展

前者可。(1156)

後者不可。(1174)

(4) 開具遺產清冊

前者需要。(1156)

後者不需要。(1174)

(5) 對於其他繼承人之效力

前者會及於其他繼承人。(1156)

後者不會及於其他繼承人。

(6) 對於本人

前者的繼承人仍為繼承人。

後者的繼承人已非繼承人。

參考資料：曹律師，民法概要上課講義(五)，第45頁、第46頁、第47題、第50頁、第51頁。