

〔100 年律師高考第二試〕

一、甲公司出售迷彩短袖 T 恤 10 萬件給乙公司，約定甲應先製作樣品送乙確認後方得生產，甲為產製該批 T 恤，立即向丙訂購所需之胚布一批，並依約將 T 恤的樣品寄送給乙請求確認，惟乙表示樣品不符約定，甲多次催告乙告知修改之方式，但遭乙拒絕，且對於甲之催告置之不理，致甲不能製作乙訂購之貨品。嗣乙表示解除該 T 恤買賣之訂單，甲不同意取消訂單，甲因乙拒絕履約，而受有所失利益及訂製胚布之損失，乃向乙請求損害賠償。隔日，丙將甲訂購之胚布交由丁貨運行運送至甲公司時，甲公司之負責人 A 表示，乙已經取消訂單，請丁送回該批胚布於丙。丁於回程途中，因抽象輕過失，汽車翻覆失火，該批胚布全毀。丙向甲公司請求賠償損失時，甲公司之負責人 A 抗辯丙應承擔丁發生車禍的過失，因而解除雙方關於胚布買賣之契約，甲公司不應負賠償責任。丙與 A 因此發生激烈爭執而大打出手，丙以鐵棍毆擊 A 後，揚長而去。A 經他人送往醫院急救，並為頭部 X 光攝影，由急診處戊醫師看診，判斷 A 之病情並無大礙，囑其回家休息即可。然 A 於回家後，第二天即死亡。A 之家屬事後查知，A 之頭部 X 光攝影顯示，左部頭骨具有裂痕 5-7 公分，乃請求丙及戊連帶負賠償責任。丙抗辯，是 A 先出手毆打丙，不應全部苛責於丙。戊醫師則抗辯，其僅為家醫科醫師，A 之 X 光攝影頭骨裂痕，必須神經外科醫師始得發現，其已盡注意義務而無過失，無須負責。試問：甲就其損失，如何向乙主張權利？又丙就胚布之滅失，如何向甲主張權利？甲之抗辯是否有理由？再者，A 之家屬請求損害賠償時，丙及戊之抗辯有無理由？（45 分）

（100 律師）

〔擬答〕

（一）債務人甲可主張債權人乙受領遲延而請求全部價金及損害賠償

1. 甲乙之契約應屬「製作物供給契約」

甲乙約定：「甲公司『出售』T 恤 10 萬件給乙公司，約定甲應先製作樣品送乙確認後方得『生產』，甲為產製該批 T 恤，立即向丙訂購所需之胚布一批....」，雙方約定雖有「出售（買賣）」字樣，然亦有「生產（承攬）」之約定，可認非單純之「買賣」或「承攬」，核其性質應屬「製作物供給契約」（雙方約定，由一方以自己材料，為他方製作物品並供給他方，他方支付報酬之契約，俗稱包工包料）。

2. 甲可主張其適用買賣（§345 以下）之規定

製作物供給契約為混合契約，其發生紛爭學說上認為其應適用「結合說」，亦即，分解契約之構成部分而適用各該部分之典型契約規定，並依當事人可推知之意思，調和歧異而統一適用。製作物供給契約，於材料提供部分，適用買賣（§345 以下）之規定；於工程施工部分，適用承攬（§490 以下）之規定。在此甲可主張雙方之紛爭發生於「T 恤所有權之移轉」而應適用買賣（§

345 以下)之規定。實務 59 台上 1590 號判例亦採相同看法。

◎59 台上 1590 號判例

買賣乃法律行為，基於買賣取得不動產之所有權，非經登記不生效力，與承攬之定作人原始取得工作物所有權之情形不同。至所謂工作物供給契約，即工作物全部材料由承攬人供給者，如當事人之意思重在工作物財產權之移轉時，仍不失為買賣之一種。

3.甲可主張乙受領遲延而請求全部價金及損害賠償

債權人受領遲延，係指對於履行上需要債權人受領之債務，債務人已合法提出給付，而債權人拒絕受領或不能受領之事實 (§234)。民法§235 規定：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。」案例事實中「甲應先製作樣品送乙確認後方得生產」，故甲之給付兼需債權人乙之確認樣品行為始得為之，「甲多次催告乙告知修改之方式，但遭乙拒絕，且對於甲之催告置之不理....」可認甲已依§235 但書規定合法提出給付，但債權人乙拒絕受領，而應負受領遲延之責任。復依民法§367 之規定，債權人有受領標之物之義務，故甲可主張乙受領遲延而請求全部價金及損害賠償。

◎最高法院 99 年台上字第 170 號判決 (99 年 01 月 28 日)

◎資料來源：司法院公報 53 卷第 2 期 2011 年 2 月

- (一) 按稱「製造物供給契約」(作成物供給契約或工作物供給契約或買賣承攬)者，乃當事人之一方專以或主要以自己之材料，製成物品供給他方，而由他方給付報酬之謂。此項契約之性質，究係買賣，抑屬承攬？自以依當事人之意思而為解釋，以資定之。如當事人之意思，重在工作之完成(勞務之給付)，適用承攬之規定；側重於財產權之移轉者，適用買賣之規定(參看本院五十九年台上字第一五九〇號判例意旨)；兩者無所偏重或輕重不分時，則認為承攬與買賣之混合契約，關於工作之完成，適用承攬之規定，關於財產權之移轉，即適用買賣之規定。
- (二) 按民法第四百九十四條所定之承攬人瑕疵擔保責任與同法第二百二十七條第一項所稱之債務人不完全給付責任，法律性質、構成要件、規範功能及所生法效未盡相同。前者係一種法定責任，定作人祇須就工作瑕疵之事實舉證，即為已足，無庸證明承攬人有可歸責之事由，並不以承攬人有故意或過失為必要，初與後者以債務人有可歸責之事由，始負不完全給付之債務不履行責任，迥然異趣。
- (三) 稱「貨樣買賣」者，必以當事人將按照貨樣而定標的物品質之內涵，約定為構成買賣契約內容之要素(必要之點)，並達意思合致，始得謂為貨樣買賣。此與於買賣契約成立前，僅提示貨樣作為要約之引誘，而未於買賣磋商及訂約之過程提示或交付貨樣，或將該貨樣列為買賣契約內容必要之點，尚不當然成為「貨樣買賣」之情形有別。

(二) 丙可向甲公司請求胚布之價金；甲公司之免責抗辯並不足採！

1.種類之債變為特定之債

甲訂購之胚布本為種類之債，本無給付不能之問題，然胚布交由丁貨運行運送至甲公司交由債權人時，即已特定（赴償債務：分離＋持往＋得受領狀態），而成為特定之債，而有給付不能之可能。

2.債權人受領遲延中，債務人僅就重大過失始負其責。

債權人受領遲延，係指對於履行上需要債權人受領之債務，債務人已合法提出給付，而債權人拒絕受領或不能受領之事實（§234）。本案中甲公司為出售迷彩短袖 T 恤 10 萬件給乙公司，而向丙訂購所需之胚布一批，然丙將甲訂購之胚布送至甲公司時，甲公司之負責人 A 卻無正當理由（原訂購者乙取消訂單，甲不可執為正當理由而對抗丙）而拒絕受領構成「債權人受領遲延」。而在債權人遲延中，債務人僅就故意或重大過失，負其責任（§237）。

3.雙務契約之危險負擔（§267）：

債權人受領遲延中發生給付不能者，如非可歸責債務人之故意或重大過失所致，應解為係可歸責於債權人之事由致給付不能。本案中甲訂購之胚布成為特定之債，已如上述，而該批胚布於回程途中，因丁抽象輕過失，致汽車翻覆失火而全毀。丁貨運行之過失雖依§224 可視為丙之過失，惟丙既無重大過失（僅屬輕過失），故本案例係不可歸責債務人丙，然可歸責債權人甲之給付不能（§267）。

4.故丙仍得向甲請求該批胚布之價金，而甲公司之免責抗辯並不足採！。

（三）加害人丙及醫師戊之卸責抗辯均不足採，惟不負連帶賠償責任。

1.加害人丙應對被害人 A 受傷之結果負賠償責任

丙與 A 發生激烈爭執而大打出手，丙以鐵棍毆擊 A 後，隨後揚長而去。雖其陳稱：「被害人 A 先出手毆打云云」，然其陳述縱屬為真，可能該當「正當防衛」，惟其持鐵棍毆擊 A，亦屬防衛過當，構成侵權行為並無疑義，故加害人丙應對被害人 A 受傷之結果負賠償責任。

2.醫師戊應就被害人 A 延誤治療致死之之結果負賠償責任

按醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延，醫師法第二十一條定有明文。準此，基於對病患之保護，而對醫師課以救治之義務，若醫師有違反此項義務，依民法第一百八十四條第二項規定，自得認定具有過失。且醫師未為診斷或追蹤、確認之檢驗結果，而未對病人施予必要之用藥救治，以致發生病人之死亡結果，僅以「不同科別」（家醫科醫師而非神經外科醫師）「欠缺專業能力」（神經外科醫師始得發現）而主張已盡注意義務並無過失，對其「未為追蹤、確認」使病人可獲得「必要之用藥救治」而發生被害人 A 之死亡結果，自應負賠償責任。

3.加害人丙應對被害人 A 死亡之結果不負賠償責任

侵權行為法採相當因果關係說，而損害賠償法應採法規目的說而非相當因果關係說，乃學說上通說。分析如下

（1）A 之死亡丙無須負賠償責任：應屬損害賠償法之因果關係應採法規目的說

①人格法益遭受侵害：✓

侵權行為加害 A 之人格權，法規保護之範圍乃是被害人之生命、身體及健康權，故加害人丙應對被害人 A 受傷之結果負賠償責任。

②醫師戊未為追蹤、確認延誤治療致 A 死亡之結果：✗

A 經他人送往醫院急救，並由急診處戊醫師看診，卻因戊未為追蹤、確認頭部 X 光攝影之檢驗結果，因延誤治療而死亡結果，則非屬法律所欲防止危險的實現，因為「醫師未為追蹤、確認檢驗結果」實乃任何人皆難以抗拒的宿命，乃一般生活上的風險，不在侵權行為法保護範圍之內。

◎最高法院 99 年台上字第 2014 號判決（99 年 10 月 28 日）

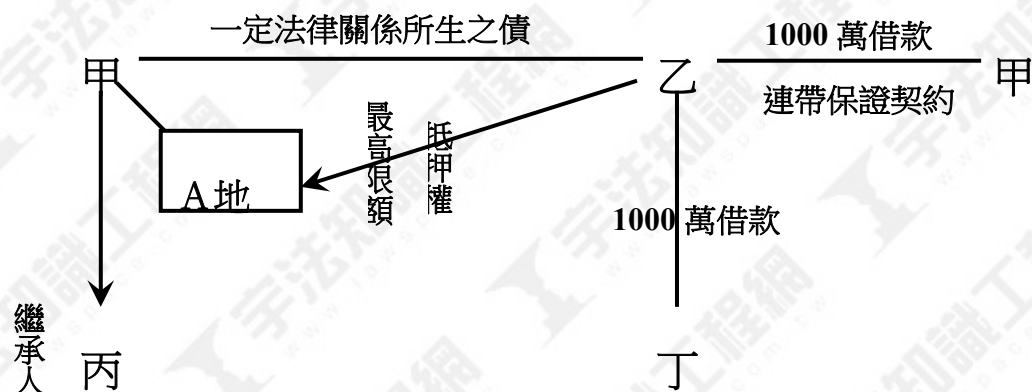
◎資料來源：司法院公報 53 卷第 5 期 2011 年 5 月

按醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延，醫師法第二十一條定有明文。準此，基於對病患之保護，而對醫師課以救治之義務，若醫師有違反此項義務，依民法第一百八十四條第二項規定，自得認定具有過失。且醫師未為診斷或追蹤、確認之檢驗結果，而未對病人施予必要之用藥救治，以致發生病人之死亡結果，有關責任成立因果關係，已難期待被害人有舉證之可能性，於此情形，如嚴守民事訴訟法第二百七十七條前段之規定，將使被害人無從獲得應有之賠償，有違正義原則，基於公平之衡量，依舉證責任轉換之原則，就此不具相當因果關係，即應由醫師負舉證責任。

(2)加害人丙應對被害人 A 受傷之結果負賠償責任，而醫師戊應就被害人 A 延誤治療致死之結果負賠償責任，二者賠償內容及範圍並不相同，故不負連帶賠償責任。

二、甲於民國（下同）90 年 9 月向乙借款新臺幣（下同）2000 萬元，以其所有 A 地設定存續期間自 90 年 9 月 22 日起至 105 年 9 月 21 日止、最高限額 2500 萬元之抵押權予以擔保，擔保債權範圍雖未於土地登記簿一一記載，但以抵押權設定契約書為該最高限額抵押權登記之附件，契約書條款記載：「擔保物提供人甲為擔保債務人甲對抵押權人乙，在抵押權設定契約書所定之最高限額以內，現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務（如應返還之押租金等），並包括其利息、遲延利息、違約金、實行抵押權費用、損害賠償及其他有關費用之清償，特提供前列擔保物設定抵押權與抵押權人。」如甲將上述 2000 萬元借款及其利息於 97 年 12 月 21 日清償完畢後，又於 98 年 3 月 1 日擔任丁之連帶保證人，擔保丁向乙借款 1000 萬元債務之清償。丁後來不知去向，乙請求甲代丁清償 800 萬元之債務，甲對丁之不負責任忿忿不平，於 100 年 7 月 1 日抑鬱死亡，由丙繼承 A 地所有權。乙於 100 年 9 月 1 日向丙主張其就 A 地有最高限額抵押權，丙則主張：該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效；如非無效亦已於 97 年 12 月 21 日消滅；如未消滅，其所擔保之債權範圍亦未包含上述連帶保證之債權。試問：丙之主張有無理由？（100 律師）

〔擬答〕



(一) 擔保債權以附件方式記載，亦生登記之效力！

甲之繼承人丙主張，「該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效」，此部分主張並無理由，蓋登記，除記載於登記簿所列各欄內，尚得以附件記載，作為登記簿之一部分。此觀最高法院 84 年台上字第 1967 號判例：「抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，但如因內容過於冗長，登記簿所列各欄篇幅不能容納記載，可以附件記載，作為登記簿之一部分。因此關於最高限額抵押權所擔保之債權，雖未記載於土地登記簿，然於聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，此契約書既作為登記簿之附件，自為抵押權效力所及。」亦可得知。

(二) 借款及利息雖於 97 年 12 月 21 日清償完畢然最高限額抵押權並未消滅

1. 普通抵押權從屬且擔保「特定債權」

民法§860 規定：「稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。」可知普通抵押權從屬且擔保「特定債權」故「特定債權」清償完畢，從權利之普通抵押權不待塗銷登記即歸消滅，民法§307 規定：「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。」即為擔保物權從屬性之明文規定。

2. 最高限額抵押權從屬於「一定法律關係」而擔保其所生之「不特定債權」

(1) 一定法律關係所生債權

於當事人依§881-1 II 規定限定一定法律關係後，凡由該法律關係所生債權，均為擔保債權之範圍。

(2) 擔保不特定債權

最高限額抵押權，以抵押人與債權人間約定債權人對於債務人就現有或將來可能發生最高限額內之不特定債權，就抵押物賣得價金優先受償為其特徵，與供特定債權擔保之普通抵押權不同。

(3) 案例事實解答

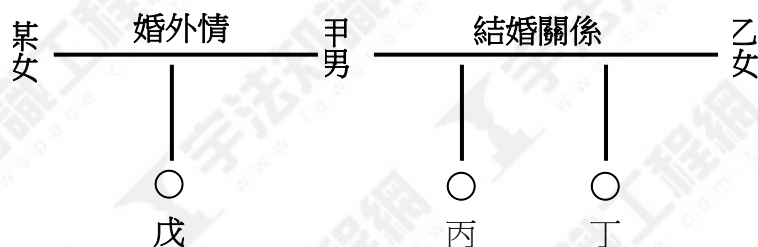
甲將 2000 萬元借款及其利息於 97 年 12 月 21 日清償完畢後，並無「終止」甲乙雙方之法律關係 (§881-12 I ③) 而確定債權之意思表示，故最高限額抵押權之性質仍未變更，其擔保之債權仍有繼續發生之可能，故無民法§307 規定之適用，丙之第二主張謂：「已於 97 年 12 月 21 日消滅」並不成立。

(三) 保證債務應包括連帶保證債務在內

最高限額抵押權之設定，其被擔保債權之資格有無限制？向有限制說與無限制說二說，鑑於無限制說（概括最高限額抵押權）有礙於交易之安全，通說及立法理由均採限制說，故於§881-1 II 明定以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利，始得為最高限額抵押權所擔保之債權。基此理念，甲乙間契約所載「票據、借款、墊款、保證及押租金」等五項特定法律關係所生之原債權始為最高限額抵押權擔保效力所及，其他法律關係並未明確其範圍有使抵押人負擔不可預期債務之危險，應不為擔保效力所及。而保證債務解釋上應包括連帶保證債務在內，故丙之第三主張謂：「未包含上述連帶保證之債權」亦不成立。

三、甲男與乙女於 80 年 5 月 20 日結婚，婚姻關係中先後生下丙、丁。94 年 6 月 6 日甲病故，遺有現金及土地等遺產，同年 9 月 30 日乙、丙、丁將繼承關係處理完畢。98 年 12 月 25 日乙整理甲遺留之書信文件時，赫然發現甲生前以電腦打字列印並親手簽名之遺囑一件，製作日期為 94 年 4 月 4 日，內容除有「請愛妻成全本人婚外所生之子戊（90 年 10 月 10 日生）認祖歸宗」等語外，並有請求乙原諒之文字表示。乙於傷心之餘，雖依遺囑指示於 12 月 26 日以電話知會戊及戊之生母，卻對彼等表示：乙、丙、丁均認甲之遺囑未具法定方式，因此無法完成甲認領戊之遺願，戊仍係甲婚外所生子女，自無繼承人之資格；況且甲之遺產早經分割處分，已無贖餘可供戊繼承。請問戊可為如何主張？（45 分）（100 律師）

〔擬答〕



繼承人戊之繼承地位遭到否認，以致完全無法取得遺產，可主張繼承回復請求權與物上返還請求權，以保障其權益說明如下：

一、繼承人戊可向其他繼承人主張繼承回復請求權

(一) 意義

繼承開始後，非真正繼承人或排除其他共同繼承人之真正繼承人現實占有遺產，以唯一合法繼承人之地位行使遺產上之權利者，繼承權被侵害之真正繼承人得對之請求回復遺產之制度。

(二) 要件

1. 請求權人為真正繼承人

遺產繼承制度，旨在使與被繼承人具有特定身分關係之人，於被繼承人死亡之後，因身分而取得被繼承人之財產，藉以保障繼承人之權利。我國民法為

使繼承人於繼承權受侵害時，只須證明其係真正繼承人即得請求回復其繼承權而不必逐一證明其對繼承財產之真實權利，以及繼承權之回復應有一定之時效限制，乃設繼承回復請求權之制度。主張此權利之人自須為真正繼承人，本案例中主要爭點在於「以遺囑認領但遺囑違反法定方式而無效，是否仍生認領之效力」，對此問題學說上主要有二說爭議：

(1)否定說：違反要式之遺囑無效，故認領亦屬無效。

(2)肯定說：基於「未成年子女最佳利益」之理念，應為有效！

認領性質上屬不要式行為，不必對生母或被認領人為之，生父將其認領之意思表示載於某文書上（包括遺囑書）即生認領之效力。今依解釋承認遺囑認領，再加以遺囑方式之限制，而認為遺囑無效，認領亦為無效，此不僅違反認領人之意思，亦未保護非婚生子女之利益，因此縱然遺囑違背法定方式而無效，但可由一定文書上證明生父生前已有認領之表示者，則該認領行為已生效，不因該文書為無效之遺囑而受影響（林秀雄）。

(3)管見：宜採肯定說

①客觀真實事實主義之抬頭

按未成年子女有獲知其血統來源之權利，此為聯合國兒童權利公約第七條第一項所揭櫫，基此理念 2007 年民法§1067 I 刪除有關強制認領原因之列舉規定，而改採「客觀事實主義（悉任法院發現事實，以判斷有無親子關係之存在）」，且刪除請求認領期間之限制（舊§1067 II：認領請求權，非婚生子女自成年後二年間或生母及其他法定代理人自子女出生後七年間不行使而消滅。），並承認「死後認領制度」以國家公權力判決創設子女與生父之親子關係（§1067 II）。

②應生認領之效果

從修法趨勢可知，認領效果之發生已由單純「生父認領意思表示」過渡至「親子血緣真實存在」（95 年第 14 次決議增列為判例：86 台上 1908 號判例：「因認領而發生婚生子女之效力，須被認領人與認領人間具有真實之血緣關係，否則其認領為無效」）。綜上所述，生父甲已為認領戊之意思表示僅其方式或有瑕疵，若甲戊具有「親子血緣真實存在」則應認發生認領之效果，無須糾結於方式之瑕疵而忽略非婚生子女之利益。

2.相對人排除真正繼承人之繼承地位且現實占有遺產

乙、丙、丁雖屬真正繼承人，然三人均否認甲之繼承人資格，並將甲之遺產分割處分，而現實甲占有遺產。故戊得向乙丙丁主張繼承回復請求權。

二、繼承人戊尚可向其他繼承人主張物上返還請求權

凡無繼承權而於繼承開始時或開始後僭稱為真正繼承人或真正繼承人否認其他共同繼承人之繼承權，並排除其占有、管理或處分等情形，均屬繼承權之侵害。蓋繼承回復請求權與個別物上返還請求權係屬真正繼承人分別獨立而併存之權利（釋字 437 號）。