

**103\_2 財 2A 債總期中考試題 1040519 (林信和) ※考試時間 10:00-12:00、試題不回收**

註一：字體適中端正清晰 (不怕字醜)、附法條、判決判例及理由。沒有法條、論述就沒有分數。

註二：閱卷係依題序給分，請按考題所示題序(依樣畫葫蘆)逐一作答，亂序或自編序號不利得分。

註三：以上答題規則，校內外考試皆然適用之！

**一、試答下列各題：(共 10 小題，每一小題 5%)**

**(一)問債之保全相關問題：**

1. 甲將 A 預售屋出售於乙，卻於完工後遲遲不申請使用執照並辦理保存登記(建築物所有權第一次登記)，乙乃以甲之名義代為申辦之。

擬答：

乙不得以甲之名義代為申辦請領使用執照及辦理保存登記。理由如下：

1. 法律上所謂「以甲之名義代為申辦之」，係指「代理甲申辦之」之意，乙未經甲之授權，當屬無權代理，其所代辦申請使用執照及保存登記，均屬對於機關之公法上請求權，機關自不得受理無權代理之申請行為，如未經補正即應予駁回之行政處分，如竟誤予核准，即屬違法之行政行為，其核准之處分或為無效，或為得撤銷之行政行為，悉依行政程序法之規定斷之，究非私法上法律行為之無權代理純屬效力未定(民 170 I)，所得相提並論。
2. 民法上債之保全，其代位權依民法第 242 條規定：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。」故乙行使代位權，必須以乙自己之名義為之，此題代辦公法上之申請行為，即應在申請人欄填載乙之姓名，不容填載甲之姓名，亦不容填載甲之代理人乙之姓名，事理至明！
3. 再依民法第 243 條規定：「前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使。但專為保存債務人權利之行為，不在此限。」補充說明如次：
  - (1) 代位權，除依法律規定(民 684 前段、但保險法 53、103 非為民 242 之代位權 - 最高法院 86 年台上字第 985 號判決參考!)或依權利之性質不許代位(例如慰撫金之請求 - 民 195 II、[最高法院民事判例 84 年台上字第 2934 號](#)參照)者外，範圍至廣，包括私法上之權利及公法上之權力，且不限於請求權。最高法院 69 年台抗字第 240 號民事判例可供參考：

「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，為民法第二百四十二條前段所明定。此項代位權行使之範圍，就同法第二百四十三條但書規定旨趣推之，並不以保存行為為限，凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行為，諸如假扣押、假處分、聲請強制執行、實行擔保權、催告、提起訴訟等，債權人皆得代位行使。」

- (2) 代位權係實體法上之權利，除依法必須以訴行使之權利外(例如民法 74、244)，當然無須以訴為之。行政規則「建物所有權第一次登記法令補充規定」第 1 條所示：「債務人怠於申請辦理建物所有權第一次登記時，債權人得依法院確定判決代位申請。」係以民事確定判決作為債務人怠於行使權利之證據而代位行使公法上之申請權，並非謂代位權之行使需以訴訟為之，不容誤解！
- (3) 本題甲負有交付該屋予乙並使乙取得該屋所有權之給付義務（民法 348 條 I），起造人甲自應請領使用執照及申辦保存登記以取得該屋所有權（建築法 28 III、土地登記規則 27 II），以為給付，卻遲不辦理致使上揭過戶義務無法履行，乙自得依法代位申辦之。

2. 甲雖家財萬貫卻不守信，甫於 1 月 1 日簽約將 A 屋以 1000 萬元售於乙，竟於 2 月 2 日同意以 2000 萬元出售該屋並即於次日辦理所有權移轉登記於丙，乙不能甘服，乃起訴請求一併撤銷甲丙間兩契約。

擬答：

乙之起訴無理由。論述如下：

1. 按債之保全所許債權人對付債務人「詐害行為」之撤銷(訴)權，民法第 244 條第 1、2 項固規定：「債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之(第 1 項)。債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之(第 2 項)。」但其第 3 項復規定：「債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定。」
2. 本題開題指出甲家財萬貫，則甲無論無償或有償行為致侵害乙之特定債權，均不存在債權人乙就甲侵害特定債權之詐害行為之撤銷訴權。88 年修正理由第二項指出：「撤銷權之規定，係以保障全體債權人之利益為目的，非為確保特定債權而設」，可見一斑。
3. 題旨甲一屋二賣，將所有權移轉於丙，形成對乙給付不能，確實造成乙特定債權之侵害，但因甲家財萬貫賠得起，所以縱令丙明知而承購，或甚至無償讓與丙，乙對甲丙間之債權行為及物權行為均無得行使民 244 之撤銷權，事理至明。
4. 至若 88 年修法後屹立之最高法院 48 年台上字第 1750 號民事判例：「債務人所有之財產除對於特定債權人設有擔保物權外，應為一切債務之總擔保，故債務人明知其財產不足清償一切債務，而竟將財產出賣於人，及受益人於受益時亦知其情事者，債權人即得依民法第二百四十四條第二項之規定，聲請法院撤銷。此項撤銷權之效力，不特及於債權行為，即物權行為亦無例外。」，以及最高法院 42 年

台上字第 323 號民事判例：「債權人依民法第二百四十四條規定，撤銷債務人所為之有償或無償行為者，祇須具備下列之條件，（一）為債務人所為之法律行為（二）其法律行為有害於債權人（三）其法律行為係以財產權為目的（四）如為有償之法律行為，債務人於行為時，明知其行為有害於債權人，受益人於受益時，亦明知其事情。至於債務人之法律行為除有特別規定外，無論為債權行為抑為物權行為，均非所問。」於 88 年修法後，僅於債務人無支付能力時之侵害債權（包括侵害特定債權），始有適用！

查甲對乙因買賣契約而負有移轉 A 屋所有權及其占有之義務（民法第 348 條第 1 項規定參照），卻因差價之故而一屋二賣，先賣乙 1000 萬元，再賣丙 2000 萬元。甲此不守信的行為固使甲因而無法履行對乙之義務，惟甲該所為有償行為，既不影響自己以總財產對於該債務履行總擔保之債信，無損於乙，且題旨丙更非屬明知此一屋二賣之情。則乙對甲、丙訴請撤銷題旨有償行為，即屬無據。

## （二）試舉例說明：

1. 信賴損害(信賴利益)之賠償範圍如何？(提示：費用、違約金；履行利益、締約機會之喪失)

擬答：

1. 所謂信賴損害(信賴利益)，係指締約當事人之一方，因信賴契約能成立或能生效，但契約實際上不成立或不生效，因而所受之損害。
2. 契約既然確定不成立或不生效，則信賴之一方當然不可能請求有責任之他方依契約給付(廣義的履行利益)，或請求契約不履行之損害賠償(狹義的履行利益，例如受領給付後可以使用、收益、處分之利益，民 765 參考)，所以信賴之一方依法得請求信賴損害的範圍，當然不包括給付本身，以及(狹義的)履行利益，僅管這些本來都是「可得預期之利益，視為所失利益」(民 216 II)，這道理很淺顯。
3. 所以，信賴之一方依法得請求信賴損害的範圍，能夠想像的就是「所受損害」例如締約費用、準備履約之支出、所生對於第三人違約之賠償金(違約金)等，以及「所失利益」即為「締約機會之喪失」，由此可見信賴損害的賠償範圍仍然適用民 216 I 的「所受損害」及「所失利益」，只是其賠償範圍與(債務)不履行(給付障礙：給付不能、不完全給付、給付遲延)的損害賠償範圍不一致而已。
4. 就「所受損害」而言，在(債務)不履行的損害賠償當然不包括締約費用之支出，因為契約已經有效成立，所以只限於(債務)不履行所造成之損害；就「所失利益」而言，在(債務)不履行的損害賠償當然不包括「締約機會之喪失」，因為契約已經有效成立，所以只限於(債務)不履行所失之利益，即為給付本身及履行利益之損失。
5. 信賴損害所謂「締約機會之喪失」，於實際情形並不必然發生。1 月

1 日以 10 萬元價格購牛，嗣於 2 月 2 日履約日因契約無效而以市價 20 萬元購牛，固然生 10 萬元差價之締約機會喪失之損害，但如屆時牛隻市價仍為 10 萬元，或甚至僅為 5 萬元，則實際不存締約機會喪失之損害矣。

6. 臺灣士林地方法院 94 年度重勞訴字第 5 號民事判決關於信賴損害之闡述，可供參考：「況依民法第 245 條之 1 第 1 項第 1 款、第 3 款規定：『契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。．．三其他顯然違反誠實及信用方法者。』當事人應負之締約過失責任，乃係因於締結契約之過程中，課以從事締結契約之當事人施以適當之注意義務，如因可歸責於一造當事人之事由，致契約無效、不成立時，對他造當事人所負之損害賠償責任，故此項損害賠償自應以信賴契約有效所受之損害為限，至履行利益之損害賠償則不包括在內。而所謂信賴利益之損害，係指信賴『無效』之法律行為，誤以為有效所受之損害，例如訂約費用、準備履行所需費用或另失訂約機會之損害等是。此與法律行為原屬有效，於債務人履行該法律行為後，債權人可得受之利益，而因債務不履行致受之損害，債務人應賠償債權人所受該『履行利益』之損害，顯屬有間，尚不在締約過失責任所得請求賠償之列。」

## 2. 試列述所知民法關於信賴損害之規定。

擬答：

1. 民法第 91 條規定：「依第八十八條及第八十九條之規定撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任。但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限。」有關意思表示不自由下，嗣後撤銷意思表示的損害賠償責任。
- (1) 民法第 110 條規定：「無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。」

說明如下：

A. 本條未指明無權代理人的賠償責任範圍，信賴損害的損害賠償？抑或(債務)不履行的損害賠償？

(A) 經參考外國立法利德國民法第 179 條及瑞士債務法 39 條的規定，解為：

- a. 無權代理人就其無代理權係屬善意者，負信賴損害的損害賠償責任。(德民：金額不得逾履行利益之金額)
- b. 無權代理人就其無代理權係屬惡意者，負(債務)不履行的損害

### 賠償責任。

(B) 王澤鑑老師即採此說，但似未說明來由。

B. 本條文義只規定相對人善意即享此法定損害賠償請求權，就其有無過失恣置不顧，殊有立法上之缺漏。德民 179 III、瑞債 39 I、日民 117 II 均規定惡意及善意但有過失之相對人無此請求權，我民有如何之正當理由而為放任之規定？

(2) 民法第 113 條規定：「無效法律行為之當事人，於行為當時知其無效，或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。」似應解為信賴損害之賠償責任，此觀諸民 245-1 及 247 之規定自明。

(3) 民法第 165 條第 1 項規定：「預定報酬之廣告，如於行為完成前撤回時，除廣告人證明行為人不能完成其行為外，對於行為人因該廣告善意所受之損害，應負賠償之責。但以不超過預定報酬額為限。」本項但書之限額規定即在彰顯信賴損害額不逾履行利益之金額。

(4) 民法第 245 條之 1 規定：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」締約上過失人違反誠信所負之賠償責任。

(5) 民法第 247 條規定：「契約因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。給付一部不能，而契約就其他部分仍為有效者，或依選擇而定之數宗給付中有一宗給付不能者，準用前項之規定。前二項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」基於不能給付而契約無效之惡意無效法律行為一方的賠償責任。

2. 課堂上常提及的是 91、165、245-1、247 等條文。

### (三) 試舉例說明下列法律事實：(提示：舉例含法條、判決例依據及學說)

(課堂上並未研讀判例，只是督促同學看判決判例，測驗同學有無做到)

#### 1. 解除條件之成就與解除權之行使。

##### 擬答

(1) 解除條件之成就：

A. 案例：甲因就讀文大法律系，向乙租賃 A 屋兩年，約定兩年內如文大法律系遷至城區部，租約就不算了。即係約定以文大法律系遷至城區部為租約之解除條件。嗣後果真遷系，租約因解除條件之成就當然失效(民 99 II)。

解除條件成就：

B. 法條：民法第 99 條第 2 項規定：「附解除條件之法律行為，於條件成就時，失其效力。」

C. 判例：

- a. 「民法第二百五十八條第一項，係就契約有法定之解除原因，而行使其解除權之情形所為規定，如契約附有解除條件，則條件成就時，契約當然失其效力，無待於當事人解除權之行使。」  
[最高法院民事判例 60 年台上字第 4001 號](#)
- b. 「附有解除條件之法律行為，於條件成就時當然失其效力，無待於撤銷之意思表示，此觀於民法第九十九條第二項之規定極為明顯」([最高法院民事判例 31 年上字第 3433 號](#))
- c. 「買賣貨物之契約，訂定買受人應將定金以外之貨款儘本月底交付，到期不交，契約即告失效者，係以到期不交貨款為其契約之解除條件，此項解除條件成就時，買賣契約失其效力，出賣人即免其交付貨物之義務」([最高法院民事判例 29 年上字第 1249 號](#))
- d. 「租賃契約訂明承租人須於一定期日支付租金，屆期不為支付，租賃契約當然失其效力者，係以屆期不支付租金為解除條件，屆期如不支付租金，則其租賃契約當然因解除條件之成就失其效力。」([最高法院民事判例 29 年上字第 2018 號](#))

(2)解除權之行使：

A. 案例：甲因就讀文大法律系，向乙購買 A 屋，約定兩年內如文大法律系遷至城區部，甲就有權解約退款。即係約定以文大法律系遷至城區部為約定解除權之發生。嗣後果真遷系，甲即得但並無義務行使解除權([最高法院民事判例 33 年上字第 4403 號](#))，向乙表示解約(民 258 I)，要求退款(民 259)。

B. 法條：

- a. 「解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之。契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體為之。解除契約之意思表示，不得撤銷。」(民 258)
- b. 「契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，依左列之規定：一、由他方所受領之給付物，應返還之。二、受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。三、受領之給付為勞務或為物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之。四、受領之給付物生有孳息者，應返還之。五、就返還之物，已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得利益之限度內，請求其返還。六、應返還之物有毀損、滅失或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額。」(民 259)
- c. 「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」(民 260)
- d. 「當事人因契約解除而生之相互義務，準用第二百六十四條至第

二百六十七條之規定。」(民 261)

C. 判例：

- a. 合意解除契約非解除權之行使：「契約之合意解除與法定解除權之行使性質不同，效果亦異。前者契約行為，即以第二次契約解除第一次契約，其契約已全部或一部履行者，除有特別約定外，並不當然適用民法第二百五十九條關於回復原狀之規定。後者為單獨行為，其發生效力與否，端視有無法定解除原因之存在，既無待他方當事人之承諾，更不因他方當事人之不反對而成為合意解除。」([最高法院民事判例 63 年台上字第 1989 號](#))、「契約之解除，出於雙方當事人之合意時，無論有無可歸責於一方之事由，除經約定應依民法關於契約解除之規定外，並不當然適用民法第二百五十九條之規定，倘契約已為全部或一部之履行者，僅得依不當得利之規定請求返還其利益。」([最高法院民事判例 59 年台上字第 4297 號](#))、「契約除當事人約定保留之解除權外，固以有民法第二百五十四條至第二百五十六條或其他法定之情形為限，有解除權人始得向他方當事人為解除之意思表示。但契約既因當事人雙方意思表示一致而成立，自亦可因互相表示意思一致而解除，所謂意思表示一致，無論其為明示或默示，均包含在內。」([最高法院民事判例 57 年台上字第 3211 號](#))
- b. 「契約解除權之行使，依民法第二百五十八條第一項之規定，應由當事人向他方當事人以意思表示為之，不得請求法院為宣告解除之形成判決。此項意思表示本不限於訴訟外為之，亦無一定方式，苟於訴訟上以書狀或言詞，由有解除權人向他方當事人表示其解除契約之意思，即應認為有解除之效力。」([最高法院民事判例 37 年上字第 7691 號](#))、「解除權之行使，祇須向他方當事人以意思表示為之，不必請求法院為宣告解除之形成判決。當事人間於解除之意思表示有效與否有爭執時，雖須訴請法院裁判，但法院認為此項意思表示有效者，解除之效力，仍於此項意思表示達到他方時即已發生，非自判決確定時始行發生。」([最高法院民事判例 23 年上字第 2454 號](#))
- c. 「買賣契約雖訂有保留解除權之特約，但有解除權之一方，若不為解除權之行使，則他方仍非不能請求履行契約。」([最高法院民事判例 33 年上字第 4403 號](#))
- d. 「契約無效，乃法律上當然且確定的不生效力，其當事人於行為當時，知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。至契約之解除，乃就現已存在之契約關係而以溯及的除去契約為目的，於契約解除時，當事人雙方均有回復原狀之義務，故契約無效與契約解除，性質上並不相同。」([最高法院民事判例 49 年台上字第 1597 號](#))
- e. 解除契約之效力，最高法院向採「直接效力說」：「（一）解除契約，除當事人間有保留解除權之特別約定外，非有法律所認之解除權

不得為之。(二) 契約經解除者，溯及訂約時失其效力，與自始未訂契約同。此與契約之終止，僅使契約嗣後失其效力者迥異。」(最高法院民事判例 23 年上字第 3968 號)同學們必須有能力作答，但本課程採德國新說「清算效力說」，認為契約一經解除當事人當即不受契約之拘束，此一向後失效之部分與契約之終止並無不同，但就已依契約履行之部分，並不生「溯及訂約時失其效力，與自始未訂契約同」之效力，而是當事人雙方間新生互負回復原狀之義務，即為民 259 所稱「當事人雙方回復原狀之義務」！

## 2. 解約金之約定。(提示：**任意解約金、條件解約金**之區別)

擬答：

(1) 案例：(略)

(2) 解約金之意義：

解約金係當事人於契約締結之際或其後，約定一方或任何一方得向他方支付一定之金額，以解除契約。此時解約金之支付(要物行為)係取得解除權之代價(任意解約金)，且除解約金外尚可加上其他之解約要件(條件解約金)，所取得之解除權均屬約定解除權，故與民 254、255、256 等之法定解除權發生原因不同。

(3) 判例：

「違約金係當事人約定契約不履行時，債務人應支付之懲罰金或損害賠償額之預定，以確保債務之履行為目的。至若當事人約定一方解除契約時，應支付他方相當之金額，則以消滅契約為目的，屬於保留解除權之代價，兩者性質迥異。」(68 年台上字第 3887 號判例)

## 3. 解約定金之交付。

擬答：

(1) 案例：(略)

(2) 我國民法第 248 條及第 249 條關於定金之成立及效力，並無解約定金之規定，因此當事人之任一方不得以拋棄定金或加倍返還定金之代價，向他方表示解約，事理至明。

(3) 惟依契約自由之法則，當事人自得約定解約定金之交付，亦即當事人之一方於締約時交付他方一定金額之定金，並約定任一方得以拋棄定金或加倍返還定金之代價，向他方表示解約，此及解約定金之約定。

(4) 解約定金仍為定金之一種，故仍適用民法第 248 條及第 249 條關於定金之成立及效力之規定。

(5) 裁判：

a. 「原審以：…系爭定金收據第三條約定：『買方(指上訴人)逾時不依約付款，此定金任由賣方(指被上訴人)沒收；如係賣



方不依約定履行，則應加倍退還定金。惟買方亦得拋棄定金不買，賣方亦得加倍退還定金不賣』…系爭定金收據第三條之約定，具有違約定金及解約定金之性質…」(最高法院 103 年度第 2623 號民事判決)

- b. 「解約定金，係以定金為保留解除權之代價，定金付與人固得拋棄定金，以解除契約；定金收受人亦得加倍返還定金，以解除契約。惟此項解除須於相對人著手履行前為之，相對人已著手履行時，則不得再為此項解除權之行使。」([最高法院民事判例 72 年台上字第 85 號](#))

#### 4. 定金交付後，發生違約之情事(提示：給付不能、不完全給付、給付遲延)

(1)案例：(略)

(2)我國民法第 249 條關於定金效力之規定，僅就給付不能之違約有所規定：「定金，除當事人另有訂定外，適用左列之規定：…二、契約因可歸責於付定金當事人之事由，致不能履行時，定金不得請求返還。三、契約因可歸責於受定金當事人之事由，致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金。…」。

(3)[最高法院民事判例 28 年滬上字第 239 號](#)補充稱：「民法第二百四十九條第三款雖僅就履行不能而為規定，於給付遲延或受領遲延不適用之。但因給付遲延或受領遲延致履行不能時，仍在適用之列。」

(4)惟基於契約自由，以及民法第 250 條關於違約金之規定：「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。」(I)、「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。」(II)當事人自得就不完全給付時定金之處理有所約定，此時所交付之定金，當即有所約定債務不履行之違約定金之性質，而不限於民法第 249 條第 2、3 款法定之違約定金之性質。

(5)判例：

- a. 「契約當事人之一方，為確保其契約之履行，而交付他方之定金，依民法第二百四十九條第三款規定，除當事人另有約定外，祇於契約因可歸責於受定金當事人之事由，致不能履行時，該當事人始負加倍返還其所受定金之義務，若給付可能，而僅為遲延給付，即難謂有該條款之適用。」([最高法院民事判例 71 年台上字第 2992 號](#))
- b. 「主債務人對於上訴人之債務，僅係不為給付，而非不能履行，上訴人不得依民法第二百四十九條第三款請求如應為加倍返還定金。惟上訴人如與主債務人確已解除契約，則上訴人請求加倍返還定金雖屬不當，但法院可不受當事人法律上主張之拘束，應適用民法第二百五十

九條之規定，認主債務人負有返還原付定金，回復原狀之義務。」(最高法院民事判例 43 年台上字第 607 號)

- c. 「…按定金為當事人之一方，以確保契約之履行或擔保契約之成立為目的，交付他方之金錢或其代替物，依其作用不同，可分為違約定金、解約定金、立約定金等項。所謂違約定金，為契約不履行之損害賠償擔保，與履約保證金屬契約履行後損害賠償之擔保，尚有不同，是民法第 249 條第 2 款關於定金效力之規定，於履約保證金並無適用，為最高法院 80 年度台上字第 834 號判決所同認。」(臺灣高等法院 102 年度上字第 137 號民事判決)

#### (四)問丁的請求有無理由？

1. 甲乙丙三人共同向丁借得 9000 元，屆期丁向甲請求返還 9000 元。
  - (1) 丁之請求一部有理由、一部無理由：
    - A. 按民法第 271 條規定：「數人負同一債務或有同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之；其給付本不可分而變為可分者亦同。」
    - B. 查題旨既共同向丁借款，則在未明確約定為連帶債務下，丁僅能向其等各自請求返還 3000 元，而不得逕向其中一人請求全數借款(民法第 272 條規定參照)，此屬可分之債，非係連帶之債。
    - C. 丁之請求，於 3000 元之範圍內有理由，其餘部分之請求無理由。
  - (2) 甲乙丙三人共同賣丁 A 牛一頭，詎料甲操死之，丁乃向甲請求賠償給付不能所受損害 90000 元。
    - (1) 丁之請求一部有理由、一部無理由：
      - A. 民法第 292 條固規定：「數人負同一債務，而其給付不可分者，準用關於連帶債務之規定。」但第 271 條已有規定：「數人負同一債務或有同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之；其給付本不可分而變為可分者亦同。」
      - B. 牛隻之給付本不可分，甲乙丙三人共同賣丁 A 牛一頭，依民 292 本來準用連帶債務之規定，所以任一人對丁各負給付 A 牛之義務(準用 272)，丁亦得對任一人請求給付 A 牛(準用 273)，任一人對丁之給付 A 牛均使其他債務人同免給付義務(準用 274)…，但因甲使 A 牛給付不能，三人瞬即對丁共負金錢的賠償責任(民 226、215)，金錢給付為可分之債，是依民 271 後半段可分之債之規定，三人平均分擔 90000 元之債務，每人各對丁負債 30000 元。至若甲於牛隻給付之前一人操死牛隻，對於乙丙負如何之責任，究與三人對於買受人之給付義務無涉，丁對甲也只得請求平分之債務 30000 元。

- C. 是丁乃向甲請求賠償給付不能所受損害 90000 元，於 30000 元之範圍內有理由，其餘部分之請求無理由。
- D. 本題如係甲乙丙三人共同向丁借得 A 牛一頭，詎料甲操死之，丁乃向甲請求賠償給付不能所受損害 90000 元。那麼三人共同使用借貸，依民 471 之規定：「數人共借一物者，對於貸與人，連帶負責。」，準此，任何一人對丁均負法定連帶之債之責任(民 272 II)，自不因給付變為可分而適用民 271 可分之債之規定矣！
- E. 題旨三人就同一給付皆共同對丁負履行義務，是依上揭民法規定準用同法第 272 條第 1 項規定：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。」三人對丁就此給付不能，當負連帶賠償之責。

二、甲見乙垂涎丙之 B 表，乃 1 月 1 日與乙簽約以 1000 萬元價格將 B 表出售乙，甲嗣於 2 月 2 日與丙簽約以 800 萬元價格買下 B 表並約定丙於 3 月 3 日前將 B 表交付於乙。問： 20 分

(提示：像這樣的問題，不能只答是或不是，要論述才有分數！)

(一)甲乙間 1 月 1 日之買賣契約是否成立？是否生效？

1. 甲乙間之買賣契約已成立、生效：

(1) 按民法第 345 條規定：「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約(第 1 項)。當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立(第 2 項)。」則買賣契約不以出賣人訂約時對標的物已有所有權為前提。(這樣的論述是對的！)

(2) 則甲簽約時雖非標的物所有權人，但甲乙就 B 表已合意為 1000 萬元買賣價金，契約當有效成立。(這樣的論述變不正確矣！)

(二)甲丙間 2 月 2 日之買賣契約是否成立？是否生效？

1. 甲丙間之買賣契約已成立、生效：

(1) 按民法第 269 條規定：「以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。…第三人對於當事人之一方表示不欲享受其契約之利益者，視為自始未取得其權利。」此即為第三人利益契約，簡稱利他契約。

(2) 則雖甲丙間就 B 表的價金遠低上揭甲乙間賣價高達 200 萬元，但此為甲與丙斡旋議價的結果，要難直接推論丙之意思表示不自由而商定此價。又(此部分的論述並不切題)

(3) 前述甲丙約定由丙逕向乙交付 B 表，此屬民 269 之第三人利益契約，因第三人乙如題旨未表示拒絕享受此(給付)利益，故此買賣契約之成立及生效均無問題，且所生之效力為甲對丙、乙對丙均存在請求權，即所謂「真正的利他契約」。

(4) 部分學者以德國民法 328 I 之規定，認需締約當事人約定第三人有直接請求權，第三人始取得直接請求權，否則僅甲得請求丙為給付，乙不得向秉直接請求給付，而為「不真正的利他契約」，本課程不採之。(與我民 269 I 文義牴觸，亦與該項立法理由不合！)

### 三、甲向乙借得 100 萬元，試答下列問題：30 分

(一)約定第一年年利一分，第二年年利二分，第三年年利三分，以下類推之。問甲乙間約定之性質及效力如何？

(性質例如：法定利息？遲延利息？實為違約金？等之辯證！)

1. 其性質屬一般利息之約定：

(1)按民法第 203 條規定：「應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五。」第 233 條第 1 項規定：「遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率。」及第 250 條規定：「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金（第 1 項）。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額（第 2 項）。」

(2)查題旨的利率約定方式為累進式利率，且是未定清償期之消費借貸契約（民法第 474 條第 1 項規定參照），顯與法定利率固定 5% 有別，而既未有清償期限之約定，就本金之支付時點，即無逾期違約與否之問題，毋寧是何時還款本金，何時不再須於下年度支付利息。則題旨利息約定性質上即屬一般利息之約定。

2. 此約定在效力上受有限制：

承上 1.，既屬一般利息之約定，則仍受民法第 205 條規定：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」及民法第 206 條規定：「債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法，巧取利益。」之限制，就累計超過 20% 的年度開始，所逾 20% 之利息部分，乙對甲即無該部分之利息請求權。

3. 實務及學者通說向採超過法定最高利率部分之利息債權約定有效，僅無請求權而為自然債務之性質而已！此一通說見解不符社會正義，且與立法理由「其超過部分之利息無效」正相牴觸，為本課程所不採，但同學參加各項考試，自應通曉通說以為作答。

4. 「約定利率超過週年百分之二十者，民法第二百零五條僅規定債權人對於超過部分之利息無請求權，並未規定其約定為無效，則債權人對於未超過部分，即依週年百分之二十計算之利息，仍非無請求權。上訴人謂約定利率超過週年百分之二十時，與利率未經約定無異，應依週年百分之五之法定利率計算利息，殊非有據。」(最高法院民事判例 27 年上字第 3267 號)

此號判例無疑是地下錢莊的護身符，政府及法律人(由其最高法院)對於受迫害之經濟弱者負有責任！

5. 「民法第二百零五條既已立法限制最高利率，明定債權人對於超過週年百分之二十部分之利息無請求權，則當事人將包含超過週年百分之二十部分之延欠利息滾入原本，約定期限清償，其滾入之利息數額，仍應受法定最高利率之限制。故債權人對於滾入原本之超過限額利息部分，應認仍無請求權，以貫徹「防止重利盤剝，保護經濟弱者」之立法目的。又債之更改，固在消滅舊債務，以成立新債務，惟超過限額部分之利息，法律既特別規定債權人對之無請求權，債權人自不能以債之更改方式，使之成為有請求權，否則無異助長脫法行為，難以保護經濟上之弱者。」(最高法院民事判例 91 年台簡抗字第 49 號)最高法院的些微反省，依舊藕斷絲連！

(二)約定年利二分，借期一年，如有逾期改為年利三分計息，且每逾一年加重年利一分，直到還清為止。問甲乙間約定之性質及效力如何？

1. 其性質在實質上屬違約金：

- (1) 按民法第 203 條規定：「應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五。」第 233 條第 1 項規定：「遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率。」及第 250 條規定：「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金（第 1 項）。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額（第 2 項）。」
- (2) 首先，年利 2 分指的是 20% 的年息。本題借期一年，逾期應支付三分(30%)年息之約定既為違約金之約定，當非為利息之約定(民 98)，從而，該部分高額之約定，自應適用民 252 違約金過高之機制，而非適用法定最高利率之限制！
- (3) 「金錢債務之遲延利息，如其約定利率較法定利率為高者，依民法第二百三十三條第一項但書之規定，固應仍從其約定，但此項遲延利息，除當事人係約定債務人不履行債務時支付違約金，應依同法第二百五十條、第二百三十三條第三項請求賠償外，其約定利率，仍應受法定最高額之限制。」(最高法院民事判例 41 年台上字第 1547 號)這號判例誤違約金之約定為民 233 之遲延利息，此為一般習法者之誤解，最高法院亦然！
- (4) 「遲延之債務以支付金錢為標的者，不問其債務是否原應支付利息，債權人均得請求依法定利率計算之遲延利息，不過應付利息之債務，有較高之約定利率時，從其約定利率計算遲延利息，並不以債務之有約定利率，為遲延利息請求權之發生要件。」(最高法院民事判例 22 年上字第 3536 號)

民國 22 年就又這麼有學問的最高法院法官，正確認知民 233 後段「但約定利率較高者，仍從其約定利率。」之規定實為在援用當事人間先前較高之約定利率移充為遲延利息之法定利率，是為我民除 203 條(通案規定)法定利率之外，第二個規定法定利率(個案規定)的條文！

(5) 「稻穀借據內既載明逾期不還，其逾期利息穀按每百台斤二台斤計付，則其所稱逾期息穀，當係限期屆滿後依約應納之違約金，相當於民法第二百五十條之規定。法院如認其約定之違約金額過高，亦僅得依同法第二百五十二條之規定減至相當之數，不能置其有關違約金之約定於不顧。」(最高法院民事判例 52 年台上字第 3602 號)這號判例險是最高法院法官不乏有期待水準者，其能判斷「其所稱逾期息穀，當係限期屆滿後依約應納之違約金」誠屬難得，令人佩服之至！

(6) 再者，法定年息固定 5%，所以題旨利率性質上不會是法定利息，至於是否屬約定之遲延利息，從性質上來看，雖然上開法文未要求利率須固定始稱遲延利息，但核遲延之意義在於未準時清償，法文上非是累進加重債務人的負擔，應與複利有別（民法第 207 條規定參照）。

(7) 題旨利率採累進方式隔年加重利率一分，已逾遲延本身的意義，毋寧在規制債務人之逾期違約，而屬預定總額式違約金。

2. 此約定在效力上成立、生效：

此年息累進方式，個案上性質上既是損害賠償預定總額式違約金，即不涉民法第 205 條規定：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」之問題，且基於私法自由，則更不受此限制，而成立、生效。

但約定利率較高者，仍從其約定利率。

。

(三)設如前題，乙於甲逾期滿一年後起訴請求甲給付 120 萬元及自逾期之日起至清償日之按年利三分計算之利息。問乙之請求有無理由？

1. 乙請求 120 萬元本息部分有理由：

年利既為 20%，第一年本金加利息共 120 萬元，甲之請求給付本息 120 萬元為有理由。

2. 民 233 II：「對於利息，無須支付遲延利息。」、民 205：「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」故形式上此部分利息之請求，僅於 100 萬元計息年利 20%之範圍內有理由，其就 20 萬元利息部分之遲延利息之請求，以及就超過年利 20%部分之利息之請求，均無理由。

3. 「對於利息既無須支付遲延利息，則對於遲延利息，自無須支付遲延利息，民法第二百三十三條第二項所謂利息包含遲延利息在內，故對於遲延利息，亦無須支付遲延利息。」(最高法院民事判例 22 年上字第 1484 號)

4. 惟如前題所述，所約定於其清償之 30%以上遲延利息，實係違約金之約定，故應適用民 252 之規定，由法院依聲請或依職權酌減之，以為控制！
5. 「民法第二百五十二條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減。」([最高法院民事判例 79 年台上字第 1612 號](#))