

104_2 法 3B 債各期中考試題 1050414 (林信和) ※考試時間 08:10-10:00

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，校內外考試皆適用之！(準時發考卷，試題不回收)

一、問以下當事人間法律關係：(每小題 10 分)

(一)甲經營手搖飲料店碎冰機噪音使人耳聾，受僱人乙請求甲提供隔音耳機，受僱人丙請求聽力受損之損害賠償，有無法律依據？

答：

1. 受僱人乙請甲提供隔音耳機部分：

按民法第 483 條之 1：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。」，故乙得請求甲為必要之預防。依題示，店內碎冰機噪音過大有減損聽力之虞，則乙得請求甲為防止乙聽力減損之必要預防，包含提供隔音耳機。

***本課堂非常贊同此一從給付義務的見解，但一般說法傾向此為附隨義務性質之協力義務，僅適用 507 處理，非常保守且不負責任，本課堂不從之！**

2. 受僱人丙請求聽力受損部分：

按民法第 487 條之 1 第 1 項：「受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償。」，依題示，受僱人丙之聽力受損，係因店內碎冰機噪音所致，此乃不可歸責於丙之事由，故丙得向僱用人甲請求聽力受損之損害賠償。

***第 487 條之 1 源自 546III，增訂後符合勞基法第 8 條之公法意旨(公共秩序)，使僱用人就受僱人之「職業災害」負無過失賠償責任，故又賦予求償權(487 II、546IV)**

(二)甲受僱於乙檳榔攤，約定時薪 120 元，豈料第一天上工白等了 12 小時不得其門而入；第二天上工竟遭色狼丙半夜性侵強盜得逞，人財兩失。

答：

1. 甲第一天上工白等了 12 小時不得其門而入部分：

民法第 487 條前段規定：「僱用人受領勞務遲延時，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。」亦即當僱用人受領勞務遲延時，直接免除受僱人之給付義務，並且僱用人仍須支付受僱人報酬。依題示，乙無故受領甲之勞務給付遲延，此時乙仍應支付甲 12 小時之報酬。

***考試時論述此處受領遲延之特別規定，不能省略論述 487 但書，否則當屬「不完全給付」！**

***487 但書：「但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。」一般稱之為損益相抵之個別性規定(通則性規定在 216-1)，但是：**

(1)所謂損益相抵係指基於同一原因事實直接導致之損失及利益(最高法院民

[事判例 68 年台上字第 42 號](#)參照)，故只有「因不服勞務所減省之費用」才屬於損益相抵之概念範疇(狹義之損益相抵)；「轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益」係來自受僱人與第三人間另件勞務關係所得之利益，充其量僅為間接得利(機會利益)，僅適合稱之為「廣義之損益相抵」。

[最高法院民事判例 68 年台上字第 42 號](#)

按保險制度，旨在保護被保險人，非為減輕損害事故加害人之責任。保險給付請求權之發生，係以定有支付保險費之保險契約為基礎，與因侵權行為所生之損害賠償請求權，並非出於同一原因。後者之損害賠償請求權，殊不因受領前者之保險給付而喪失，兩者除有保險法第五十三條關於代位行使之關係外，並不生損益相抵問題。

(2)通則性之損益相抵係損害賠償之法定範圍，固非僅為抗辯權而已，而直接使賠償請求權減免之(最高法院民事判例 54 年台上字第 2433 號參照)。487 但書之損益相抵則非當然相抵，法律上只許以雇用人「扣除權」，非經扣除，原報酬給付義務並未減免，此一立法意旨用意良善，惜常被習法者忽視不察！

[最高法院民事判例 54 年台上字第 2433 號](#)

民法第二百十七條第一項規定，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。此項規定之適用，原不以侵權行為之法定損害賠償請求權為限，即契約所定之損害賠償，除有反對之特約外，於計算賠償金額時亦難謂無其適用，且此項基於過失相抵之責任減輕或免除，非僅視為抗辯之一種，亦可使請求權全部或一部為之消滅，故債務人就此得為提起確認之訴之標的，法院對於賠償金額減至何程度，抑為完全免除，雖有裁量之自由，但應斟酌雙方原因力之強弱與過失之輕重以定之。

2. 甲第二天上工竟遭色狼丙半夜性侵強盜得逞，人財兩失之部分：

按民法第 487 條之 1 第 1 項：「受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償。」，甲因服勞務所受之財產上損害，非出於可歸責於己之事由，故甲得依前開規定向乙請求賠償。

另按民法第 483 條之 1：「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。」，即僱用人依前開規定有保障受僱人安全之**附隨義務從給付義務**，若乙未提供必要之保護致甲受性侵，甲人格權受侵害之非財產上損害賠償亦得請求之(民 227-1 參照)。

***本課堂向主 483-1 係主給付義務，不採消極之附隨義務，如前所述。**

***答這個題目，當然不能忽略 487-1 II 所規定之僱用人對第三人求償權(546 也增列第 4 項求償權了!)，否則即有「給付不完全」之缺憾，如前所述。**

(三)甲旅行社舉辦尼泊爾文化之旅，適逢尼泊爾震災，不得不改走印度行程，旅客乙不滿退團，而改變行程省了一些餐費，卻增加了不少交通費。

答：

1. 變更行程部分：

按民法第 514 條之 5 第 1 項：「旅遊營業人非有不得已之事由，不得變更旅遊內容。」，故甲旅行社，因適逢尼泊爾震災，不得不改走印度行程，應屬不得已之事由，應允許變更。

2. 旅客乙退團部分：

按民法第 514 條之 5 第 3 項：「旅遊營業人依第一項規定變更旅程時，旅客不同意者，得終止契約。」，故乙因旅程變更而終止旅遊契約並退團，應屬有據。旅遊契約終止後，甲應退還乙其後之團費，乙同時得要求甲墊付費用將乙送回原出發地。(民法第 514 條之 5 第 4 項)

3. 關於改變行程省了一些餐費，卻增加了不少交通費部分：

按民法第 514 條之 5 第 2 項：「旅遊營業人依前項規定變更旅遊內容時，其因此所減少之費用，應退還於旅客；所增加之費用，不得向旅客收取。」，故節省之餐費應退還於旅客，所增加之交通費，不得向旅客收取。

***這個條文告訴我們，旅行社不好經營，所以要體恤旅行社，不必斤斤計較，雖然實際上顧客都很得理不饒人(有時候沒道理也不饒人!)同時告訴我們，如果要經營旅行社，妥善參加保險為要！**

(四)甲作家辭世，乙未獲其他共同繼承人之同意，竟然擅將甲「2016 年台灣變天兩岸關係分析」著作授權出版商丙出版發行，丙出版後銷路不佳損失慘重，才發覺該書早經甲公開發表，乙卻未告知。

答：

1. 乙未獲其他共同繼承人之同意，擅自授權部分：

按民法第 516 條第 2 項：「出版權授與人，應擔保其於契約成立時，有出版授與之權利，如著作受法律上之保護者，並應擔保該著作有著作權。」，是丙出版商就乙未獲其他共同繼承人之同意，擅自授權部分，倘若乙丙間之出版契約係屬有償契約，則按民法第 347 條準用同法第 353 條之規定，因乙違反權利瑕疵擔保責任，丙依照債務不履行之規定，行使其權利。

2. 乙未告知書已經公開發表之部分：

按民法第 516 條第 3 項：「出版權授與人，已將著作之全部或一部，交付第三人出版，或經第三人公開發表，為其所明知者，應於契約成立前將其情事告知出版人。」，今乙未告知書已經公開發表之事予丙，乙即應負債務不履行之損害賠償責任。另因乙故意不告知書籍早已公開發表，按民法第 347 條準用同法第 360 條，丙亦得依此請求不履行之損害賠償。

***這個條文是罕見的「先契約義務」的具體化條文(…應於契約成立前…)，且因未告知致出版契約已經締結，所以此一先契約義務不同於 245-1 之契約未締結所擔負之信賴損害賠償責任，而應負債務不履行之損害賠償責任！**

***不過，前述擬答逕以「今乙未告知書已經公開發表之事予丙，乙即應負債務不履行之損害賠償責任」，似嫌躁進，請看題目：「丙出版後銷路不佳損失慘**

重，才發覺該書早經甲公開發表，乙卻未告知」，是丙在責怪乙未告知，並未指明乙明知而未告知！習法者聽取案例事實後，理應客觀周延答題，依不同情境給予不同答案，否則即無異乎「非法人士」矣！

(五)著作交付出版人後滅失與重製之出版物之滅失，當事人間法律關係如何？(提示：各因是否不可抗力而生不同效力)

答：

(1)按「著作交付出版人後，因不可抗力致滅失者，出版人仍負給付報酬之義務。滅失之著作，如出版權授與人另存有稿本者，有將該稿本交付於出版人之義務。無稿本時，如出版權授與人係著作人，且不多費勞力，即可重作者，應重作之。前項情形，出版權授與人得請求相當之賠償。」此民法第 525 條第 1、2、3 項分別定有明文。

依民法第 525 條第 1 項規定，當因不可抗力之因素導致著作交付予出版人後滅失，出版人仍對交付著作之出版權授與者負給付報酬之義務。

另依民法第 525 條第 2、3 項規定，然若著作授與者仍另有稿本時，著作授與者應將存留之稿本交付予出版人。如出版權授與人即為著作人，且重作不致多花費勞力時，出版權授與人即應重作之。但前述情形出版權授與人得向出版人請求相當之賠償。

***如果答題時間充裕，應該進一步析述：**

a. 因不可抗力致滅失者，出版人仍負給付報酬之義務，舉輕明重，如非不可抗力(普通事變或故意過失)，更當然仍負給付報酬之義務。

b. 題目泛問當事人間法律關係如何？不只在問 525 所示之報酬給付意義及後續之處理，所以應該討論出版人債務不履行責任，著作佚失何等嚴重，尤其無法作者更形損失無法彌補之損失！所以：出版人就著作之保管，負的是甚麼責任？

c. 或以為出版契約並未明文規定，出版人就出版權授予人所交付之著作，自應依民法通則之規定(220)，或類推適用委任契約之規定(535)，負善良管理人之注意義務，但是，出版契約為承攬契約之性質(特種承攬)，故應類推適用承攬契約危險契約之規定(508 II：「定作人所供給之材料，因不可抗力而毀損、滅失者，承攬人不負其責。」)，認出版人就著作之毀損滅失，負普通事變責任！

(2) 次按「重製完畢之出版物，於發行前，因不可抗力，致全部或一部滅失者，出版人得以自己費用，就滅失之出版物，補行出版，對於出版權授與人，無須補給報酬。」此民法第 526 條亦定有明文。

意即，當出版人重製出版物完畢後，因不可抗力之因素發生重製物全部或一部滅失之情形，出版人得以自己之費用補行出版且對於出版權授與人毋庸補給報酬。

*反面推論，如係普通事變或故意過失之事由所致之重製物滅失，則雖仍可補行出版(依誠信原則解釋法條)，但需補給報酬！

*且所稱滅失，條文固不及毀損，但若重製物之毀損程度，已致不能發行而必須毀棄之情形，自應認係滅失，始符契約之誠信！(上課不見得如此細膩觀察，但習法者當如是觀察！)

(六)舉例說明特別委任與特別授權之區別。

答：

1. 委任得區分為特別委任(*der Umfang des Auftrages ausdrücklich bezeichnet*)或概括委任(*der Umfang des Auftrages nicht ausdrücklich bezeichnet*)。委任人就特定之一項或數項事務而為委任者，是為特別委任，例如委任出售或出租房屋，或委任他人排隊購買最新哀鳳手機。若就所委任事務表明受任人得為一切行為，或稱所謂的全權委任，即為概括委任，例如委任某人全權處理一定或全部之財產或事務，即屬之。
2. 特別委任，按民法第 533 條規定：「受任人受特別委任者，就委任事務之處理，得為委任人為一切必要之行為。」所謂必要行為，不限於法律行為，亦不限於事實行為，只要性質上為該事務處理所必要，全部均在處理權的範圍，無需另為授權。例如，出售房屋包括代書委任、買賣契約之公證、代理物權行為及登記等全部事項。
3. 而特別授權(*besondere Ermächtigung*)，係指在概括委任之情形下，依民法第 534 條但書規定，就委任人權益影響特別重大之事項，包括不動產之出賣或設定負擔、不動產之租賃其期限逾二年者、贈與、和解、起訴、提付仲裁，受任人應受委任人之特別授權，始取得對於前開事務之處理權。

(七)甲於 1 月 1 日委任乙掌管工地事務，詎料不幸於 6 月 6 日同遭車禍，甲亡乙成植物人；乙之父丙強忍悲痛只顧照護乙，竟遭甲之子丁年底回國檢據請求賠償工地疏於照料所致損害 100 萬元。

答：

1. 按民法第 528 條：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」，依題示，甲委託乙掌管工地事務，甲允諾之，雙方間成立民法上之委任契約。
2. 次按民法第 550 條：「委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，不在此限。」，依題示，甲乙間就委任契約之消滅並無特別約定，掌管工地此委任事務之性質亦非不能消滅，故當委任契約之一方甲死亡、或乙成植物人而喪失行為能力時，依民法第 550 條本文，甲乙間之委任契約消滅。
3. 再按民法第 551 條：「前條情形，如委任關係之消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人或其繼承人或其法定代理人，於委任人或其繼承人或其法定代理

人能接受委任事務前，應繼續處理其事務。」，甲乙間之委任關係於甲死亡、或乙成植物人而喪失行為能力時消滅已如前述，然在受任人乙已無行為能力且委任人甲已死亡下，暫無人的看管甲之工地事務，亦即甲乙間委任關係消滅時，有害於委任人甲利益之虞。此時依民法第 551 條規定，於甲之繼承人丁能回國接受委任事務前，受任人乙之法定代理人(乙已喪失行為能力無法自己續行處理委任事務，又乙尚未死亡，尚無繼承人)應繼續處理管理工地之委任事務。另乙喪失行為能力後，得依聲請為監護之宣告(民法第 14 條參照)，乙之父丙得為乙之監護人，監護人為受監護人之法定代理人(民法第 1113 條、民法第 1098 條參照)，此時丙依民法第 551 條有繼續處理甲委任事務之義務(請注意丙並不是契約當事人，卻因為本條之規定類似「公親變事主」，而生自己之法定給付義務，此與一般債之履行之法定代理人並無給付義務，且故意過失嬉遊債務人以自己責任承擔者，迥異！故 551 實係對第三人生效之契約條款！但與利他契約之效力規定 269 I，大異其趣！)，故依本題案例事實所示丙債務不履行，丁得向丙請求工地疏於照料所致之損害 100 萬元。(基此規定，第三人丙依法有獨立之給付義務，故其處理事務，當非無因管理 172，委任人甲依 531 之規定必受有利益，故於法有據而非不當得利，此時自應類推適用 546 之求償規定，以得其平！)

二、民國 80 年甲將新屋興建工程交由乙承包，約定承攬報酬 1 億元，但未辦抵押權之登記，甲俟房屋建妥 85 年向丙銀行抵押貸款 4000 萬元，90 年因地震屋損交丁重大修繕費用 3000 萬元亦未經辦理抵押權登記，95 年又向戊銀行抵押貸款 4000 萬元，直到 100 年因房屋老舊市值僅 1 億元，乃以 5000 萬元交庚重大修繕，經庚要求辦理抵押權登記。嗣甲經商失敗遭丙聲請拍賣抵押物，煥然一新的老屋竟然拍得高價 2 億元。問各債權人如何獲得分配？(30 分)

答：

1. 房屋拍賣所得價金之受償順序：

(1) 依題示，甲所負之各筆債務中，其中乙承攬報酬 1 億元依 80 年民法第 513 條(89 年 5 月 5 日修正條文才生效)有法定地押權存在，依通說無須登記即生優先於其後登記及未登記之債權、對丙之消費借貸債務 4000 萬元、對戊之消費借貸債務 4000 萬元、對庚之承攬報酬債務 5000 萬元，均有以房屋設定抵押權以供擔保，故房屋拍賣後所得價金，前開四三筆債務應優先受償(民法第 860 條參照)，意即受償順序先於無房屋抵押權設定擔保之乙承攬報酬 1 億元→丁修繕承攬報酬 3000 萬元兩筆普通債權。

*前述擬答忽略 513 修正條文遲至 89 年 5 月 5 日修正條文才生效，要命的失誤！本課堂於上課時提到新法的變更為「法定的抵押權登記請求權」，即在對照修正前的「法定抵押權」不以登記為必要！學生能答出的，才算有一點應考能力，請

檢討啊!

最高法院民事判例 55 年台抗字第 616 號

承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工作所附之定作人之不動產有抵押權，承攬人果有因承攬關係取得對定作人之債權，在未受償前，自得聲請法院拍賣定作人之不動產。惟承攬人有無因承攬關係取得對定作人之債權，非如設有抵押權登記之被擔保債權，得逕依國家機關作成之登記文件證明確有債權，則定作人有無債務自無從遽行斷定，從而如定作人就債權之發生或存在有爭執時，仍應由承攬人提起確認之訴，以保護定作人之利益，此與實行經登記之抵押權時，債務人就抵押關係有爭執者，應由債務人提起確認之訴，不能作同一解釋。

備註：本則判例於 91 年 8 月 20 日經最高法院 91 年度第 9 次民事庭會議決議不再援用，並於 91 年 9 月 20 日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第 9 點規定以 (91) 台資字第 00603 號公告之。

不再援用理由：本則判例與現行民法第 513 條規定之意旨不符。

(信和註：但無礙於新法生效前已經發生存在之無須登記之「法定抵押權」！)

最高法院民事判例 63 年台上字第 1240 號

參照民法第八百六十五條規定，就同一不動產設定數抵押權者，其次序依登記（即抵押權生效）之先後定之之法意，被上訴人之法定抵押權，雖無須登記，但既成立生效在先，其受償順序自應優先於上訴人嗣後成立生效之設定抵押權。

備註：本則判例於民國 91 年 8 月 20 日經最高法院 91 年度第 9 次民事庭會議決議不再援用，並於 91 年 9 月 20 日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第 9 點規定以 (91) 台資字第 00603 號公告之。

不再援用理由：本則判例與現行民法第 513 條規定之意旨不符。

(信和註：但無礙於新法生效前已經發生存在之無須登記之「法定抵押權」！)

(2)就前開四筆有抵押權擔保之優先債權，其受償順序應按發生(法定抵押權)及登記(意定抵押權)之先後次序定之(民法第 865 條參照)，即 80 年發生之乙法定抵押權第一順位，85 年登記抵押權之丙債權順位第二，95 年登記抵押權之戊債權順位第三，100 年登記抵押權之庚順位第四。

(3)然按現行民法第 513 條第 4 項規定：「承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，承攬人得就承攬關係報酬額，對於其工作所附之定作人之不動產，請求定作人為抵押權之登記；或對於將來完成之定作人之不動產，請求預為抵押權之登記。前項請求，承攬人於開始工作前亦得為之。前二項之抵押權登記，如承攬契約已經公證者，承攬人得單獨申請之。第一項及第二項就修繕報酬所登記之抵押權，於工作物因修繕所增加之價值限度內，優先於成立在先之抵押權。」此民法第 513 條定有明文。按該條第 4 項，故承攬人庚就修繕報酬 5000 萬元所登記之抵押權，就房屋因修繕所增加之價值 1 億元內，受償順序優先於前述成立在先之四個抵押權。此時，庚之債權於 1 億元內之受償順位變為第一，其次為乙債權、丙債權，再來為戊債權。

(4) ~~乙丁各自~~之普通債權，應待前開房屋抵押權擔保之優先債權均滿足後，始得就餘額受償，~~若餘額不足同時滿足乙丁之債權，則應按比例受償之。~~

(5) 綜前所述，房屋所拍得價金 2 億元中的 1 億元(僅限於增值的部分，另 1 億元也只能按順未受償，不過本題案例這最優先的 1 億元已足夠全額清償庚的債權了!)，庚之債權 5000 萬應**第一順位**(它不是第一順位! 只是依法最優先! 不要搞錯了!)最優先受償，剩下 1 億五千萬元清償乙之**第一順位**法定抵押權 1 億元，剩下 5000 萬元接著清償第二順位抵押權擔保的丙之債權 4000 萬應**第二順位**受償，剩下 1000 萬元再優先清償第三順位抵押權擔保的戊之債權 4000 萬應**第三順位**受償。此時已無餘額足以清償丁未經登記抵押權之修繕報酬了! 剩餘房屋拍賣價金僅剩 7000 萬元(2 億-5000 萬-4000 萬-4000 萬=7000 萬)不足以同時滿足乙丁之債權，此時乙丁之債權應按比例分之，乙受償金額為：~~1 億 x 10/13~~；丁受償金額為 ~~3000 萬 x 7/13~~。

*以上的解題，完全未計及利息也在優先受清償的範圍(861)，乃為單純化解題之故也，同學應有認知!

*以上擬答，並未論述「90 年因地震屋損交丁重大修繕費用 3000 萬元亦未經辦理抵押權登記」的效力爭議，直接就採用現今之通說(實務見解)，其實也是不夠周延的。所以如果時間許可，適合就學說爭議予以論述，再採行通說見解：

1. 法定的抵押權登記請求權說：認現行 513 條規定建築物之興建及重大修繕之報酬，僅生「法定的抵押權登記請求權」，未經登記，不生任何優先受償之效力，僅得以普通債權同受比例清償，如果還有餘額的話!

2. 法定抵押權說：認現行 513 仍為法定的抵押權，僅不得對抗善意登記之抵押權人，也不生第四項的最優先受償權而已!

(我請教物權權威張登科教授，他說當然採第一說，這正是 513 修法的目的!)

*原先擬答，誤 513IV 的最優先受償權為第一順位，實在非常危險，應該完全糾正過來，它沒更動已登記抵押權的修繕報酬債權的原抵押權順序啊!