

106_1 法 2B 債總期末考試題 (林信和)，考題不回收。

註一：字體端正適中、附法條、判決判例及理由。沒有法條、沒有論述，就沒有分數。

註二：閱卷依題序給分，請按考題所示題序號碼逐一作答。亂序不利得分，校內外考試皆然！

一、 關於無因管理：20% (每小題 10 分)

(一) 無因管理分別就管理人之注意義務，以及管理人之請求權而有不同之分類，問其類型化之結果如何？

首先，回憶本學期期中考的最後一題，先行貼附題目及擬答於此供參：

八、 民法第 174 條第 1 項以及第 176 條第 1 項所稱管理事務「違反或不違反本人意思」是「開始管理」時用以區別無因管理的類型的標準，前者用以判斷管理人之注意義務，後者用以判斷管理人之求償權範圍；其與民法第 172 條後半段所稱其管理應「依本人意思」是指管理事務的方法，為所有類型的無因管理的共同主給付義務，兩者涇渭分明卻常見混淆。請依條文列舉並說明無因管理的兩次類型化。(提示：這題測試學生預習與否)(30%)

擬答

(一) 就管理人之注意義務而為類型化

1. 不適法的因管理：§174 I (- II)
2. 適法的管理：§174 I (- II) 的反面推論

此時要有過失才須負責，回歸債法通則(§220)，**通說認為管理人應負善良管理人之注意義務，本課堂(異端學說)認無因管理為無償行為，適法管理比無償委任更值保護，故應依§220 II 後半段「如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定」**(另參 535、590)，認此時管理人僅就具體輕過失負其責任！

3. 急迫管理：§175

此時是否違反本人之意思(人家要不要你管)遭排除為規定之標準，與§174 II 同其法理。**(請注意急迫管理與 150 緊急避難之分際！)**

4. 無論為不適法的管理、適法的管理，或為急迫管理，都必須具備 172

前半段的無因管理的要件，否則沒有討論無因管理的餘地，此與 177 II 準無因管理之規定相異。

(二) 就管理人之求償權而為類型化

1. 適當的管理：§176 I (+ II)

為(狹義的)適法的無因管理，為與前述適法的管理有所區別，可稱為「適當的管理」。

2. 不適當的管理：§177 I

為(廣義的)不適法的無因管理，為與前述不適法的管理有所區別，可稱為「不適當的管理」。

3. 無論為適當的管理，或為不適當的管理，都必須具備 172 前半段的無因管理的要件，此與 177 II 準無因管理不同。

(三) 值得注意的是，§176 I 所稱「管理事務，利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思」，無論係「利於本人」或係「不違反本人明示或可得推知之意思」，均指「開始管理」即「他人事務之接管」(Übernahme des fremden Geschäfts)之際之觀察。例如：開始修理屋頂或天窗或許不違反本人之意思，但於颱風侵襲時風雨交加中打開屋頂天窗加以修理，一般當認係「不違反本人明示或可得推知之意思」但「不利於本人」之開始管理，而應適用§177 I 有限之求償權規定，此與§172 後半段之「利於本人」係指維修之過程即管理他人事務之實施行為(Ausführung des fremden Geschäfts)，不可同日而語，即使教科書中，亦多誤解者！

(四) 以上觀察各種類型之無因管理，只有第 176 條規定的適當管理，完全適法而不被本人所左右，只要一不符其(利於本人、不違反本人意思之開始管理)之雙要件，本人就可表示不享受其利益(第 176 條規定「本人仍得享有因管理所得之利益」，表示本人可以表示不享受！)，使當事人間不再適用無因管理(儘管具備 172 前半段無因管理的要件！)，而改依不當得利與侵權行為之規定！

擬答

1. 無因管理之分類，著作上並不一致，甚至有不無誤會之嫌疑。
2. 其實，無因管理之分類，因就管理人之注意義務，以及管理人之請求權而有不同之分類：

(1) 依管理人之注意義務而為分類，可分為：

a.(廣義的)適法的管理：174 I 反面推論，以及 174 II

- (a) 不違反本人(明示或可得知)之意思，或雖違反本人意思但係為本人盡公益上之義務、履行法定扶養義務，或本人之意思違反公序良俗者(174 II)，而為本人管理事務。
- (b) 所謂違反或不違反本人(明示或可得知)之意思，係指本人要不要別人介入接管其事務(開始管理)而言，此與 172 後半段所稱「依本人(明示或可得推知)之意思」在指管理事務的事項細節(管理的實施)係兩碼子事，但混淆者恐怕不少。
- (c) 依 174 I 反面推論，此處適法的管理便回歸過失責任主義(220 I)，至若管理人應負之過失責任，我民並未如瑞士債務法§420 I 規定管理人擔負「任何過失」責任，自應回歸我民債法過失責任通則的規定，亦即「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」(220 II)所以，自應認管理人於適法的管理負與處理自己事務同一的注意義務。坊間有認適法的管理人應負抽象輕過失責任者，法理不容。
- (d) 所稱「廣義的」適法的管理，係與第 176 條所稱的(狹義的)適法的管理比較其要件之結果；第 176 條所稱的適法的管理，尚需開始管理之際，其為有利於本人之管理，因其要件較苛，範圍較窄，故可稱之為「狹義的」適法的管理。

b. (狹義的)不適法的管理：174 I 扣除 174 II、176 II

- (a) 指的是違反本人(明示或可得知)之意思(本人不要別人管理其事務)，而

為本人管理事務(開始管理)，但不包括雖違反本人意思但係為本人盡公益上之義務、履行法定扶養義務，或本人之意思違反公序良俗者(176 II、174 II)。

- (b) 管理人於此不適法的管理之債務不履行責任，瑞債 470 III 採普通事變 (Zufall) 的無過失責任，不及於不可抗力(force majeure)之無過失責任；德民 678 採無過失責任，並未排除不可抗力之無過失責任，殊屬苛刻，我民 174 I 從之，可謂選擇性的盲從！
- (c) 此處所稱「狹義的」不適法的管理，必其管理之開始違反本人之意思；而 177 I 所指的不適法的管理，除違反本人意思之管理外，兼及於不違反本人意思但非屬利於本人之開始管理，故其範圍較廣，故相對稱之為「廣義的」不適法的管理。

c. 急迫管理：175

瑞債 420 II 規定急迫管理之過失責任應予從輕酌定，德民 680 具體指明管理人僅就故意及重大過失負責，後者明確合理，我國民法第 175 條從之，可謂睿智之選擇。

d. 緊急避難：150 I、II

急迫管理如達致 150 I 前段之緊急避難，則因全然欠缺違法性而無責；如有超乎 150 I 但書「避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者」，或 150 II 所稱之「其危險之發生，如行為人有責任者，應負損害賠償之責」，則回歸 175 急迫管理之適用。

(2) 依管理人之請求權而為分類，可分為：

a. (狹義的)適法的管理，可稱之為適當的管理：176 I、II

- (a) 開始管理須不違反本人意思，且利於本人，要件較 174 I 嚴格，故為狹義之適法的管理。
- (b) 所謂利於本人係指接管事務之際觀察，為有利於本人之接管，即為已足；此與 172 後半段所稱「...其管理應依...以有利於本人之方法為之。」在指管理事務的細節(管理的實施方法)係兩碼子事，但混淆者恐怕不少。

- (c) 此處(狹義的)適法的管理，條件嚴苛，故管理人可以全額求償，即便成果不如預期(雨季之前為鄰居修漏，還漏)，亦然！(瑞債 422 II)
- (d) 習法者無須過度為本人叫屈，因適法的管理紀為違反本人之意思且其接管事務之客觀觀察係利於本人，條件嚴苛之至。且管理人雖有求償權利，另方面也有債務不履行之損害賠償責任，權利義務公平合理。

b. (廣義的)不適法的無因管理，可稱之為不適當的管理：177 I

- (a) (廣義的)不適法的無因管理，包括違反本人意思之接管事務，以及不違反本人意思但接管之際觀察係非為有利於本人之接管(雖為不違反本人意思之管理，但管理人竟於無急迫情事下，雨中開始修繕鄰房，其可致家具名畫受損，故為不適法之管理)。
- (b) 不適法的無因管理，本即有侵權行為與不當得利之適用，但 177 I 使本人「仍得」(主張)享有因管理所得之利益，而本人所負前條第一項對於管理人之義務，以其所得之利益為限。亦即：
 - i. 本人依 177 I 享有「債權人之任意之債」，可依 177 I 主張「享有因管理所得之利益」，管理人即依 177 I 享有有限之求償權，本人便無不當得利之問題，但管理人仍然可有侵權行為責任問題(55 台上 228 判例)。
 - ii. 但本人可以表示(明示或默示)不依 177 I 主張「享有因管理所得之利益」，管理人方面雖合乎 172 前半段無因管理之成立要件，但卻因本人不享受管理利益，便無得依 177 I 主張有限之求償權。此時當事人間只能適用侵權行為與不當得利法則。
 - iii. 除此之外，管理人尚有債務不履行之(不真正)無過失賠償責任(174 I)。

c. 準無因管理(侵權行為)：177 II

- (a) 177 II 的準無因管理為典型的侵權行為，當事人間當然適用侵權行為與不當得利(如有的話)法則。
- (b) 此時被害人有著 177 II 所賦與的「債權人之任意之債」，可依 177 II 準用

177 I，即行使其「代替權」，主張「享有因管理所得之利益」，使準無因管理除取代可有之不當得利之債(181 利益及更有所取得之部分)，更及於超越不當得利以外之利益(例如中彩)。但侵權行為責任不當然被取代(侵權責任之免除必須另行審查是否合乎第 343 條債務免除之規定)。

(二) 我民關於無因管理的規定，只有一個條文本非為無因管理；我民關於不當得利的規定，只有一個條文本非為不當得利。試舉例說明之。

擬答

1. 民法第 177 條第 2 項不法管理之規定，本非為無因管理：

- (1) 所謂「不法管理」，係指「明知」為他人事務，仍作為自己事務而為管理。
- (2) 此時客觀上亦係管理人無法律上原因為他人管理事務，主觀上管理人雖明知係他人事務，惟係為自己之利益而為管理，亦欠缺「管理意思」，而為「不真正之管理」(unechte Geschäftsführung 德民 687 條第 1 項規定誤信的管理、第 2 項規定不法的管理，均為不真正之管理)，此時之法律關係，本應以「不當得利」及「侵權行為」處理，惟因不當得利及侵權行為之規定於「不法管理」之類型中有其不足之處，故為「除去經濟上誘因」而減少不法管理之發生，立法者在民法第 177 條第 2 項增訂：「前項規定，於管理人明知為他人之事務，而為自己之利益管理之者，準用之。」將「不法管理」之法律效果準用「不適法無因管理」，而得由本人選擇主張享有不法管理之利益。
- (3) 舉例說明：甲偷得乙 100 萬元現鈔，包牌中樂透彩 1000 萬元。此時乙依侵權行為得請求 100 萬元及利息(213 II)及經證明之其他損害(216)，但不及於彩金 1000 萬元之部分；依不當得利得請求 100 萬元及利息(182 II)，也不及於彩金 1000 萬元之部分，因為中彩或投資得利均係其他之機會或得利人自己之所得，不屬民法第 181 條所稱之「本於該利益更有所取得者」(如占有後之使用收益、孳息之收益)，故民法 177 II 使被害人得主張加害人係為本人之利益而買彩、投資，使彩金及投資所得利益均歸本人享有(民

法 173 II 準用 541 參照)。

2. 民法第 183 條第三人之返還義務規定，本非為不當得利：

- (1) 民法第 183 條規定：「不當得利之受領人，以其所受者，無償讓與第三人，而受領人因此免返還義務者，第三人於其所免返還義務之限度內，負返還責任。」蓋善意受領人甲如將不當得利之標的物無償讓與(例如贈與)第三人丙者，第三人取得權利後，善意受領人即無現存利益可言，故善意受領人因民法第 182 條第 1 項而不負返還之責，此時受領人乙將無任何救濟管道，基於法益平衡，特規定(基於贈與契約而非不當得利之)第三人須於受領人免返還義務之限度內，對於受領人返還所受利益。
- (2) 此於原受領人所為之無償讓與(占有或所有)若不涉無權處分時，適用民法第 183 條之規定，自當無疑，例如甲不知其為無權占有乙之菜鴿，已將占有讓與於丙。但如甲不知其為無權占有乙之菜鴿，已將菜鴿之所有(權連同占有 761)讓與於丙，此時便涉及無權處分；惟如丙知甲為無權處分，丙僅取得鴿之占有(所有權讓與之無權處分效力未定 118)，則適用 182 I 甲免返還鴿之占有予乙，丙依 183 於甲免返還之範圍(占有)負返還責任，也沒有問題。
- (3) 前述，如丙不知甲為無權處分，則丙依動產善意受讓制度取得鴿之所有(801+948)，此時甲依 182 I 免返還鴿之占有予乙，丙依 183 於甲免返還之範圍(占有)負返還責任，則僅需返還鴿之占有予乙，尚可保留鴿之所有，真是豈有此理！而有問題。
- (4) 以上無償無權處分之情形，即無處分權之原受領人將標的物無償讓與受讓人，如受讓人為善意時，可依善意受讓之規定(民法第 801 條、第 948 條、第 759 條之 1 第 2 項)取得標的物之所有權。此時如讓與人同時符合不當得利善意受領人之要件者，亦可能發生原所有權人無法對讓與人或善意受讓人主張權利之情形，例如讓與人善意無過失誤以為他人之物為繼承財產，進而將其無償處分予不知情之第三人者，應認為雖受讓人係基於善意受讓規定取得標的物所有權，此與民法第 183 條之情形有間，惟基於利益

衝突時，無償受益人應向原權利人適當讓步之法理，仍應類推適用民法第 183 條規定，使原權利人向善意受讓人請求返還標的物。

二、 關於不當得利：30% (每小題 10 分)

(一) 民法第 179 條前段為自始之不當得利，後段為嗣後之不當得利，分別為不同之請求權基礎。甲因遭乙詐欺贈與手機，一個月後向乙表示撤銷贈與之意思表示；丙將手表賣丁一千元並當場交付，一個月後丙因丁拒絕付款乃通知解除契約。問兩者之不當得利係自始不當得利？嗣後不當得利？(請臧否立法理由的舉例與通說)

擬答

1. 甲因遭乙詐欺贈與手機，一個月後向乙表示撤銷贈與之意思表示：
 - (1) 按民法第 92 條第 1 項本文規定：「因被詐欺或被脅迫，而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」第 116 條規定：「撤銷及承認，應以意思表示為之。如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人為之。」不可誤引第 419 條第 1 項。第 114 條第 1 項本文規定：「法律行為經撤銷者，視為自始無效。」
 - (2) 法律上既然規定視為「自始無效」，則得利人自係依民法第 179 條前段屬於自始不當得利，非為嗣後之不當得利，坊間著作頗有誤解，民法第 179 立法理由舉撤銷契約為第 179 條後段嗣後不當得利之事例，應有誤會。
2. 丙將手表賣丁一千元並當場交付，一個月後丙因丁拒絕付款乃通知解除契約：
 - (1) 丙將手表賣丁一千元並當場交付，故丁乃係基於丙丁間買賣契約(債權行為)而取得手表所有權(物權行為)，惟解除契約係指債權契約成立後，當事人之一方本於契約約定或法律規定，行使解除權，即為解除契約之意思表示(民法第 258 條)，使契約當事人解除於契約之拘束力(效力)，使當事人間發生民法第 259 條規定之回復原狀、第 260 條所示無礙損害賠償效力，以及第 261 條所規定之回復原狀準用雙務契約效力。

(2) 契約之解除，究竟是否使債權契約發生溯及失效或嗣後失效之效果，向有舊說(溯及失效)與新說(嗣後失效)之爭議：

a. 舊說(溯及失效)：

即所謂的「直接效力說」(Theorie der direkten Wirkung)，§179 立法理由舉解除契約為第 179 條後段嗣後不當得利之事例，自係此見，我國學者及最高法院向採此說。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)。

b. 新說(嗣後失效)：

即所謂的「清算說」(Abwicklungstheorie)。主張解約依其目的在使當事人解脫於契約之拘束，一方面未給付者當然不存在給付義務，另一方面已給付者並未視為自始無效而喪失給付目的(原因)，故不生不當得利之問題，而專屬打造(與不當得利效力尚有差異的)§259，使受給付者負回復原狀之法定的「清算關係」(Abwicklungsverhältnis)。

(3) 民法第 179 條立法理由舉解除契約為第 179 條後段嗣後不當得利之事例，不合法理，已如前所述，且未正視解約之獨立地位與價值，與實務見解同採舊說(直接效力說)。準此，如依我國實務見解，丙丁間之手表買賣契約已因嗣後解除契約而溯及於訂約時消滅，而有自始不當得利之情形，惟因§259 自有解約後回復原狀之效力規定，而不適用一般不當得利之法律效果。如依新說(法定清算關係說)，則解除契約一方面使當事人丙丁間之買賣契約嗣後失其效力(未給付者因失其請求權基礎而不得再請求給付、已給付者如有不完全給付或給付遲延生有損害者依法仍負賠償責任 260)，另一方面使丙丁間就已給付之部分發生§259 之回復原狀效力(新生之效力)，必至解約前之損害賠償完畢，以及解約後之回復原狀完成，當事人間始回歸陌路，此時始達成最高法院民事判例 23 年上字第 3968 號判例所述「與自始未訂契約同」之境界。

(二)民法第 408 條第 2 項規定「為履行道德上義務而為贈與」，以及第 1020-1 條

第 1 項、第 1030-3 條第 1 項但書規定「為履行道德上義務所為之相當贈與」，是否即為民法第 180 條第 1 款所稱「給付係履行道德上之義務」之特殊不當得利。試就所知論述之。

擬答

1. 給付既係履行道德上之義務，係指在無法律上原因之情形下而為給付，所以構成不當得利，受益人應依不當得利之法則返還其利益，並無疑義。惟受損人為履行道德上之義務而為給付者，係為道義之舉，法律自宜樂觀其成，倘竟許給付者反悔而主動請求返還利益，無異以法律阻礙道德上之善行。因此，為維護社會道德，受損人之給付，若係履行道德上之義務者，即不得再行請求返還，以免法律和道德間發生齟齬；至若受益人主動返還者，則不在禁止之列，此時受損人予以受領者，並無不當得利之問題。亦即，受益人(債務人)有給付義務，但受損人(債權人)無請求權，為典型之自然債務！(狹義之自然債務)
2. 民法第 180 條第 1 款所稱「給付係履行道德上之義務」，與第 408 條第 2 項所稱「為履行道德上義務而為贈與」，以及第 1020-1 條第 1 項、第 1030-3 條第 1 項但書所稱「為履行道德上義務所為之相當贈與」，常相混淆。
3. 稱贈與者，乃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(民法第 406 條)，為單務契約，是贈與人因贈與而有法律上之給付義務，受贈人為債權人，其受領贈與之給付使債之關係消滅(309 I)，故雙方之損益皆有法律上之原因而無不當得利之問題，故即便贈與契約(之目的)係為履行道德上義務而締結，受領給付之受贈人絕不生不當得利，此與未有贈與契約、無法律上之給付義務，而為「履行道德上之義務之給付」之構成不當得利，不可相提並論。
4. 如上所述，對於無扶養請求權之第三人，因其無生存能力而為給於扶養之要約，經其允受者，固屬履行道德上義務之贈與，但因已成立贈與契約，故依約之給付，即為約定之扶養義務(192 II 僅限法定扶養義務，418 兼及法定及約定扶養義務，均屬法律義務，即 179 所稱法律上之原因)，並非不當得利。

倘侄子女基於孝心(道德上之給付義務)而在未成立贈與契約之情形下對於叔伯父有所給付，則純為本於道德上之義務而為給付，初非履行契約義務而為給付，故使叔伯父構成不當得利，前後二者情形，迥不相同。於不存在贈與契約之情形下，單純因履行道德上義務而為給付者，即屬民法第 180 條第 1 款之不當得利，並非贈與。反之，受損人係基於贈與契約而為給付，僅管其契約之締結係為履行道德上之義務，但既已成立契約，其依「履行道德上義務之贈與」契約所為之給付，自此不構成民法第 180 條第 1 款之特殊不當得利。

5. 第 1030-1 條法定財產制雖賦予夫或妻於法定財產制關係消滅時，對雙方婚後剩餘財產之差額，有請求平均分配之權，惟如第 1020-1 條所示，夫或妻之一方於婚姻關係存續中，就其所有之婚後財產為無償、或惡意有償(此時以受益人受益時亦知其情事者為限)之贈與行為，致有害及法定財產制消滅後他方之剩餘財產分配請求權時，或如 1030-3 所示，夫或妻為減少他方對於剩餘財產之分配，而於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產者，如無防範之道，婚後剩餘財產差額分配容易落空。故該兩條第 1 項均列有但書規定，「為履行道德上義務所為之相當贈與，不在此限。」此係為履行道德上之義務而為無償之「相當」的贈與(當然包括給付行為)，因其為合乎社會道德之舉，故第 1020-1 條第 1 項但書例外規定不得聲請法院撤銷(逾越相當部分之贈與，則得撤銷，此為法律行為之部分撤銷，其結果使法律行為一部有效、一部無效，為 111 但書之具體案例)，故只要贈與契約未經撤銷，則過度受贈之第三人，既無不當得利也無回復原狀之問題，亦當然不構成民法第 180 條第 1 款之(特殊)不當得利。
6. 至若 1030-3 因係於夫妻分配剩餘財產時，將一方於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產，除為履行道德上義務所為之相當贈與者外，「視為現存之婚後財產」而計入分配剩餘財產予以分配，故除適用第 1020-1 條而有撤銷之問題外，1030-3 並無撤銷不相當不分贈與之問題，故受不相當贈與之人，亦不生不當得利之問題。(此與 1173(請詳閱法條)繼承之歸扣相仿，

繼承人儘管受歸扣之贈與價值超過其應繼分，其所受贈與並未被撤銷，故不對其他繼承人構成不當得利，法律上也沒有回補的規定！例如被繼承人甲曾於死亡前五年內因乙子結婚、分居或營業贈與 1 億元，死亡時遺產僅餘 2000 萬元，遺產分配時自乙應繼分 1000 萬元中扣除一億元，使乙應繼分蕩然無存，所以丙獨得 2000 萬元，但卻無得請乙回補 4000 萬元。更甚者，甲於贈與時已有不予歸扣之表示者，乙丙各分 1000 萬元！所以「父母偏心，後代交惡」，時有所聞，戒之！)

(三)甲養賽鴿，竟有三隻不堪集訓潛入乙之鴿舍鬼混，乙不知情吃掉 A 鴿、送 B 鴿於丙，俟甲來尋鴿時僅剩 C 鴿，問當事人間法律關係如何？

擬答

1. 乙吃 A 鴿，可能成立侵權行為，但一定構成不當得利
 - (1) 乙將 A 鴿烹調煮食，如有過失則成立侵權行為，但無論如何均構成不當得利：本件 A 鴿如可簡易辨識為賽鴿，例如戴有賽鴿腳環，乙為養鴿人，縱令不知 A 鴿並非自己所養之賽鴿，將其煮食，依一般生活經驗法則應認有過失，而已侵害甲的財產權，依民法第 184 條第 1 項前段規定，構成侵權行為而對甲負損害賠償責任。
 - (2) 甲之 A 鴿混入乙之鴿舍，乙已經構成「占有賽鴿」之不當得利，因乙已將 A 鴿吃下肚，應視乙是否為善意，區分為：
 - a. 如係善意(包括可得而知即善意而有過失)，則類推適用民法第 182 條第 1 項無須返還其已經不存在之利益；
 - b. 如係惡意(不包括可得而知)，則依民法第 181 條但書償還其價額(賽鴿之市價)，並依第 182 條第 2 項之規定賠償甲所受之損害！
2. 乙送 B 鴿給丙
 - (1) 甲乙之間之法律關係
 - a. 就侵權行為而言
 - (a) 如有故意或過失而為無權處分，對於所有權人甲構成請求返還之不能或

困難，而成立侵權行為；

- (b) 如無故意或過失而為無權處分，對於所有權人甲構成請求返還之不能或困難，並不成立侵權行為。

b. 就不當得利而言

- (a) 如乙為善意(包括可得而知即善意而有過失)而送出「占有」，使所有權人甲因丙善意受讓動產依法取得該動產所有權(801+948)而喪失 B 鴿之「所有權」，則乙對甲雖構成「占有」之不當得利，卻毋須返還該已不存在之「占有」之不當得利(民法第 182 條第 1 項)；就甲喪失「所有權」而言，乙因未曾得此利益，故對甲不構成「所有權」之不當得利。(至若甲可否對第三人丙有所請求，乃係另一回事情，如下述)

- (b) 如為惡意(不包括可得而知)而送出「占有」，使所有權人甲喪失「所有權」，則乙對甲除應負侵權(所有權)責任外，亦應依民法第 181 條但書償還其價額(賽鴿之市價)，並依第 182 條第 2 項之規定賠償甲所受之損害！(至若甲可否對第三人丙有所請求，乃係另一回事情)

(2) 甲丙之間之法律關係

- a. 按民法第 118 條第 1 項：「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力。」第 801 條：「動產之受讓人占有動產，而受關於占有規定之保護者，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍取得其所有權。」及第 948 條：「以動產所有權，或其他物權之移轉或設定為目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護。但受讓人明知或因重大過失而不知讓與人無讓與之權利者，不在此限。」故民法第 801 條加上第 948 條之法律效果使無權處分發生所有權變動之規定，係為民法第 118 條(原則法)之例外規定(例外法)。(請注意原則法與例外法，為同一位階之不同法律規定之分別適用，非如普通法與特別法，係為不同位階間法律規定之適用問題！)
- b. 丙為善意不知乙非所有權人(無權處分)：
本件倘丙在受讓 B 鴿占有時為善意(包括可得而知即善意而有過失)，則

乙雖無權處分該 B 鴿，丙仍善意取得 B 鴿的所有權。此時：

- (a) 如乙亦為善意，則乙依民法第 182 條第 1 項對甲無需返還利益或償還價額，甲對(非不當得利之)丙類推適用第 183 條之規定請求返回 B 鴿之所有權。但如丙因善意而利益不存在(吃掉或捐出)，則亦應類推適用第 182 條第 1 項對甲無需返還利益或償還價額。
- (b) 如乙為惡意轉送 B 鴿於丙，則乙對甲並不因此免負返還義務(因無第 182 條第 1 項之適用)，故甲對(非不當得利之)丙尚不得類推適用第 183 條之規定請求返回 B 鴿之所有權。但有學者主張如乙並無資力可為價額之償還，亦應類推適用第 183 條之規定，使甲得向丙請求返回 B 鴿之所有權，始符第 183 條保障受損人優先於無償受讓人之規範意旨。
- c. 丙明知(亦即非善意不知)乙非所有權人(無權處分)：
 - (a) 丙無以依 801/948 條取得 C 鴿之所有權，乙丙間之物權行為效力未定(118 條)，甲仍為 C 鴿之所有權人：
 - i. 甲自得依民法第 767 條第 1 項前段之規定，請求丙返還 C 鴿的占有(所有物返還請求權)。
 - ii. 甲另得依民法第 179 條前段之規定，請求丙返還 C 鴿的占有(不當得利返還請求權)。
 - iii. 甲另得依民法第 184 條第 1 項前段及第 213 條第 1 項之規定，請求丙返還 C 鴿的占有(侵權行為損害賠償的回復原狀請求權)。
 - iv. 甲當然也可以承認乙丙間之物權行為，使丙溯及取得 C 鴿之所有權(民法第 118 條、115 條)，而喪失前述對丙之三個請求權基礎。
 - (b) 前述甲承認乙丙間之物權行為使溯及生物權行為之效力，但並不等於免除甲對乙無權處分所構成侵權行為之賠償請求權，併請注意之。(最高法院 23 上 2510 號判例參照)

三、 關於侵權行為、不當得利與債務不履行：50% (每小題 10 分)

(一)甲身無分文，竟偽造財力文件出示乙詐購 1000 萬元超跑得逞，問：乙對甲

可為如何的法律救濟？

擬答

1. 乙得撤銷因受詐欺而為買賣之意思表示，對甲主張不當得利
 - (1) 按「因被詐欺或被脅迫，而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。」民法第 92 條第 1 項定有明文。故乙當可以受甲詐欺而訂立契約為由，撤銷其意思表示。但應注意第 93 條撤銷權之除斥期間規定。
 - (2) 乙既撤銷其超跑買賣契約之意思表示，使其意思表示視為自始無效(114 I)，同使造成甲乙間之超跑買賣契約視為自始無效(要約與承諾均有效為契約之生效要件)，如此甲當初受領乙給付 1000 萬元超跑即係自始無法律上之原因而受利益，致乙受損害之情形，依民法第 179 條第 1 項前段，自應返還予乙。
2. 乙無論是否撤銷買賣之意思表示，均得直接依侵權行為(受詐欺)請求損害賠償(184 I 前段)，而請求返還該超跑(184 I 前段+213 I)

民法第 197 條第 2 項明文規定：「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。」此即所謂的「干涉得利」(Eingriffskondiktion)。

 - (1) 得利人既係以侵權行為之方式得之，被害人即得「依關於不當得利之規定」(法律效果的準用)請求返還利益(197 II+199 I)，而無須具備「無法律上之原因」之構成要件。
 - (2) 本題甲偽造並出示財力文件之詐騙行為是典型之侵權行為，所以被害人乙可以不必撤銷意思表示使法律行為溯及無效，即可直接依民法 197 條第二項侵權行為之規定請求丙返還利益；民法第 197 第 2 項為「『仍』應依…」即表示於同條第 1 項所規定之短期時效之前、之後都是可以行使此一直接請求權的！
 - (3) 關乎此，最高法院 63 年度第 2 次民庭庭推總會議決議（二）是不正確的，67 年度第 13 次民事庭庭推總會議決定才改正過來。但是很少法律

人知此一改正行為，也不知 197 II 正解，法源法律網§179 收錄前一決議，§184 收錄後一決議，應早日改善，使兩決議前後相隨，並予註明，免得學子只知其一不知其二，誤會大矣！

最高法院 63 年度第 2 次民庭庭推總會會議決議（二）

因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言。即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償或依不當得利之法則而對之請求返還所受之利益。

最高法院 67 年度第 13 次民事庭庭推總會會議決定

六十三年四月九日本院六十三年度第二次民庭庭推總會會議議案（二）之決議所謂「因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言，即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償……」。旨在闡明侵權行為以實際受有損害為其成立要件。非謂類此事件，在經依法撤銷前，當事人縱已受有實際損害，亦不得依侵權行為法則請求損害賠償。

(二)如前題，乙向甲主張侵權行為損害賠償，甲以乙因該買賣取得對甲 1000 萬元債權，實際上並無財產損害而拒絕賠償，有無理由？

擬答

1. 不當得利之制度目的在於返還無法律上原因之利益流動，與侵權行為之制度目的在於賠償因不法行為所生之損害不同，故不當得利返還請求權與侵權行為損害賠償請求權間得以併存，互不排斥。民法第 197 條第 2 項就是「請求權競合而併存」之示範條文。
2. 如同前述，乙當可以係受甲詐欺而訂立契約為由，撤銷其意思表示。俟撤銷意思表示後，乙除得以不當得利法則向甲為主張外，亦得以甲詐欺構成民法第 184 條第 1 項前段「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償

責任。」、民法第 184 條第 1 項後段「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」及民法第 184 條第 2 項本文「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。」等侵權行為，向甲請求賠償 1000 萬元(民法第 213 條第 1 項回復原狀之債)及利息(民法第 213 條第 2 項法定的利息之債)，如有其他損害(民法第 216 條損害賠償的範圍)，當然還得為請求。

3. 此外，侵權行為本即生損害賠償之法律效果，所以無論受害人乙縱令不撤銷出賣超跑之意思表示，亦當然可以直接依侵權行為法則請求損害賠償，前述最高法院決議已經痛改前非了！

最高法院 67 年度第 13 次民事庭推總會決議決定

六十三年四月九日本院六十三年度第二次民事庭推總會決議案(二)之決議所謂「因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言，即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償……」。旨在闡明侵權行為以實際受有損害為其成立要件。非謂類此事件，在經依法撤銷前，當事人縱已受有實際損害，亦不得依侵權行為法則請求損害賠償。

- (三) 續前題，乙直到第 13 年才發現甲騙購超跑的侵權事實，問乙仍得向甲請求損害賠償或返還利益嗎？

(原考題誤載為：「問乙仍得向甲請求...?」經同學當場發現後監考更正。倘遇此情形而未經更正者，考生應自行更正並為交代後答題！)

擬答

1. 首先必須瞭解者，厥為侵權行為損害賠償請求權的消滅時效期間，有第 197 I 的 2/10 年期間，以及 197 II 的 15 年期間！前者適用於「損人不利己」(砍除鄰人芭樂樹)的侵權行為，後者適用於「損人利己」(偷摘鄰人芭樂、詐欺取財)的侵權行為。換句話說，法律並未賦予「侵權得利」短期(197 II)的消滅時效期間！準此，甲破壞乙之圍籬、折斷乙之芭樂樹枝(乙受損 1000 元)部分之損賠請求權時效 2/10 年，甲偷摘乙之芭樂(乙受損 500 元)之損賠請

求權時效 15 年！197 Ⅱ「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應『依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人』。」性質上是損害賠償義務(只是準用不當得利的法律效果!)，不是不當得利的返還義務!(體系的解釋法律!)至於侵權行為人另依不當得利之規定對於被害人構成不當得利而有力一返還義務，始被害人有兩請求權競合，乃係另一回事情!

2. 按「消滅時效，自請求權可行使時起算。以不行為為目的之請求權，自為行為時起算。」民法第 128 條定有明文。所謂消滅時效指的是請求權因一定期間不行使而消滅或效力減損的時效制度。

3. 有關不當得利及侵權行為之時效起算點，茲說明如下：

(1) 不當得利之時效起算

a. 「依不當得利之法則請求返還不當得利，以無法律上之原因而受利益，致他人受有損害為其要件，倘利益授受之雙方當事人，均不知其利益授受之法律上原因不存在，甚或誤認其法律上之原因存在，則須權利人知悉其得行使權利之狀態，時效期間始能起算。蓋權利之行使可被期待甚或要求而不行使，乃權利依時效消滅之理由，若權利人不知已可行使權利，如仍責令其蒙受時效之不利益，自非時效制度之本旨」，最高法院 91 年度台上字第 1312 號民事判決著有明文。

b. 然而，上述最高法院之判決並不正確。蓋不當得利是「事件」，不是行為，所以法律上未有如民法第 197 第 1 項知情(主觀)作為時效期間之浮動起算點，侵權責任要件構成(客觀)作為時效期間之固定起算點，所以不當得利之返還請求權於構成不當得利之際就是已經「請求權可行使時」，時效當然開始起算，所以才有第 179 條前段、後段之區別，也才有民法第 182 第 1 項不知情、第 2 項知情之區別，但均無礙於時效期間之進行！最高法院 91 年度台上字第 1312 號民事判決所謂「蓋權利之行使可被期待甚或要求而不行使，乃權

利依時效消滅之理由」，固屬的論，但述及「若權利人不知已可行使權利，如仍責令其蒙受時效之不利益，自非時效制度之本旨」，則張冠李戴。倘採此見，不當得利恐因當事人不知情而永久存在，則「必非時效制度之本旨」，判決誤會大矣！

(2) 侵權行為之時效起算

「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，民法第一百九十七條第一項上段定有明文。又關於侵權行為損害賠償請求權之消滅時效，應以請求權人實際知悉損害及賠償義務人時起算，非以知悉賠償義務人因侵權行為所構成之犯罪行為經檢察官起訴或法院判決有罪為準；所謂知有損害，係指知悉受有何項損害而言。至對於損害額則無認識之必要。即以後損害額之變更於請求權時效之進行無礙。鑑定機關之鑑定結果，僅供法院辦案之參考，非為請求權人知悉時間之基準」，最高法院 90 年度台上字第 839 號民事判決可稽。

4. 本題解答

- (1) 依題示，乙直到第 13 年才發現甲出示偽造財務文件騙購超跑之侵權事實，侵權行為因「自有侵權行為時起」，已逾 10 年而罹於消滅時效，乙仍得請求(抗辯權發生說)，但甲有拒絕給付之抗辯權(民法第 144 條)。凡答案稱乙因消滅時效完成所以不得再為請求者，當屬錯誤之解答！
- (2) 又甲持偽造財務文件向丁購得超跑得逞之初，乙即得依民法第 197 條第 2 項請求不當得利之返還，時效應自當時開始起算，所以乙直到第 13 年才發現甲出示偽造財務文件之侵權事實，侵權行為時效雖已完成，但不當得利時效 15 年尚未完成，故乙有不當得利之請求權，甲沒有抗辯權！

(四)侵權行為之責任，必須行為與損害間具有因果關係始為成立，問其因果關係與不當得利損益間之因果關係有無區別？

擬答

1. 不當得利損益間之因果關係判斷，係「直接」或「間接」因果關係之辨，以採直接因果關係說為宜。

(1) 不當得利因果關係之判斷，學說及實務上有「直接因果關係說」、「非直接因果關係說(目的說)等爭議，通說係採「直接因果關係說」，亦即所謂致他人受損害，係指受利益與損害之間須有因果關係，其因果關係須為直接的，至於其間的因果關係是否直接存在，應以「受益的原因事實與受損的原因事實是否同一」為斷。

(2) 因不當得利，既然利益之流動是來自於「給付行為」，則「利益」及「損害」間自然具有因果關係，亦即「給付關係」之判斷，已取代因果關係之認定，而由給付者向受領給付者請求返還其無法律上原因所受領之利益。

(3) 對此，學者王澤鑑教授提出三點主要理由，即「維護當事人間的信賴關係」、「危險合理的分配，保持當事人間的抗辯及僅承擔給付相對人破產的風險」及「為誰得向誰主張不當得利請求權提供一個較為明確的判斷標準，尤其是在三人間的給付關係」。

2. 侵權行為因果關係判斷，係「原因說」與「條件說」之辨，通說兼採之而為「相當因果關係說」

(1) 我國通說及最高法院見解對侵權行為之因果關係理論，係採「相當因果關係說」，至於其內容，可參考最高法院 90 年台上字第 401 號民事判決：「所謂相當因果關係，謂無此行為，雖必不生此種損害，有此行為，通常即足生此種損害者，為有相當因果關係；如無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即為無相當因果關係。」因果關係之判斷，尤其是在「相當性」概念之操作上，事實上隱含著社會政策、價值選擇之判斷，畢竟「因果關係」本身就是在劃定何種損害應由加害人負擔賠償責任的問題。

(2) 學說見解認為，「相當因果關係說」，係為條件說與原因說之結合理論：a) 無此行為，雖必不生此種損害，此為條件說也！b) 因有此行為，通常即足生此種損害者，此為原因說也！（「通常」二字即在主張「相當」因果關

係)c)如僅就行為人觀察得致相當因果關係，為主觀的相當因果關係；如就一般情形客觀的觀察而得致相當因果關係，則為客觀的相當因果關係矣！

- (3) 最高法院民事判例 48 年台上字第 481 號「損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在。」最高法院民事判例 19 年上字第 3041 號「實際上有無妨害他人之利益，當以客觀的一般之見解為斷。」
- (4) 另相當因果關係說雖源自於德國，然現今德國操作侵權行為因關係之理論，係以「法規目的說」為通說。所謂「法規目的說」，係指侵權行為所生損害賠償責任應探究侵權行為法規之目的而為決定。其理論依據有二，其一乃行為人就其侵害行為所生的損害應否負責係法律問題，屬法之判斷，應依法規目的認定之。其二乃相當因果關係說的內容抽象不確定，難以合理界限損害賠償的範圍。
- (5) 依德國通說見解，判斷損害應否賠償，首先須認定其有無相當因果關係，其次再探究其是否符合法規目的。易言之，即損害之發生雖具有相當因果關係，但在法規目的之外者，仍不得請求損害賠償。「法規目的說」主張應探究法規目的之保護範圍以判斷法律上之因果關係，係起源於適用民法第 184 條第 2 項違反保護他人法律之侵權行為時，應確認該「保護他人之法律」所保護之主體及法益範圍以作為判斷標準，在民法第 184 條第 1 項過失侵權行為認定因果關係時，其困難點在於如何判斷法規之目的為何，此與「相當因果關係」理論中判斷「相當性」之困難類似，由此可以看出，因果關係之判斷確實不僅是事實上認定而已，更涉及法律政策及價值判斷的問題。

(五)侵權行為其與債務不履行均以過失為責任之基礎（過失責任主義），問兩者之過失是否應為相同之判斷？(民法第 184 條、220 條過失之標準有無不同？)

擬答

1. 民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為須以行為人具有「故意或過失」為其要件，債務不履行亦須以債務人具有「可歸責事由」為其要件，例如給付不能民法第 226 條第 1 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。」給付遲延民法第 230 條規定：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」不完全給付民法第 227 條第 1 項規定：「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。」
2. 因侵權行為係行為人對社會一般人之「一般保護義務」，而債務不履行係債務人對特定債權人之「特殊保護義務」，侵權行為既然是「一般保護義務」則原則上行為人一般保護義務之注意義務標準，應係相同，即所謂「善良管理人注意義務」，參最高法院 19 年上字第 2746 號判例：「因過失不法侵害他人之權利者，固應負損害賠償責任。但過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷者，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失。」形諸於法律條文者，一概稱為「相當之注意」(188 I、191 I、191-1 I、191-2 I、191-3 後段) 或稱「相當注意之管束」(190 I) 或稱「相當之監督」(187 II)。
3. 惟債務不履行係「特殊保護義務」自然會因債務人與債權人於債之關係（尤其是契約關係）之約定內容，或法律因各個有名契約之利益狀況，而調整債務人對債權人應負注意義務之標準。例如委任契約得因當事人之約定，而有「有償委任」與「無償委任」二種可能性，在「有償委任」中，因受任人享有報酬請求權，其對委任人本於信賴關係所負的過失注意義務責任，自然較重；反之，在「無償委任」中，受任人既未享有報酬請求權，其對委任人本於信賴關係所生之過失注意義務程度，必然較輕，此觀民法第 535 條規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」自明。
4. 在債務不履行，除過失注意義務程度會因信賴關係之輕重而有所調整外，法律甚至規定若干債務人須對第三人之侵害行為負責之「通常事變責任」，此時，縱使債務人對債權人之損害並無過失，其仍須對債權人負擔損害賠償責

任，係一種「無過失責任」。例如第 606 條規定：「旅店或其他供客人住宿為目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損、喪失，應負責任。但因不可抗力或因物之性質或因客人自己或其伴侶、隨從或來賓之故意或過失所致者，不在此限。」即為法律基於特定政策考量而規定特定場所主人須對客人所攜帶之通常物品負擔通常事變之保管責任。簡言之，契約關係之「歸責事由」，可能因當事人約定之契約內容，或法律強行規定之不同，而有所調整，此與侵權行為係一般保護義務，其注意義務之標準原則上一致有所不同。因此，債務不履行法上，係要求債務人真有「可歸責事由」而非具有「故意或過失」，就是為了保持歸責事由的彈性。

5. 另於舉證責任分配上，侵權行為之被害人原則上須負擔舉證加害人有故意或過失之責任；惟於債務不履行之舉證責任分配上，債務人之可歸責事由原則上是被推定的，亦即債權人無須舉證債務人具有可歸責事由，而是債務人須舉證自身無可歸則事由方得以免責。
6. 侵權行為之過失，為「行為人從事該行為時應盡之『相當注意』義務之違反(欠缺)」，屬抽象與具體上綜合判斷之結果，故不存在抽象輕過失或具體輕過失之區別，但如行為人竟然欠缺一般人之注意義務，則仍為重大過失。故侵權行為理論上只有輕過失及重大過失之區別！
7. 債務不履行則因當事人間已經存在一定之債務關係(事件)，所以民法第 220 條第 2 項因此規定「過失之責任，依『事件』之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」，債務人在履行債務之際，除有因欠缺一般人之注意義務而為重大過失外，其輕過失之部分尚有輕重之細分，故有抽象之「善良管理人」及具體之「債務人」之注意義務之分，欠缺前者乃為抽象之輕過失，欠缺後者乃為具體之輕過失。一般習法者，未能為以上觀察，故於侵權行為常見債務不履行之抽象之輕過失、具體之輕過失之論述，混淆不清也！
8. 縱上觀察所得結論，侵權行為所稱之過失，概為依其行為論斷之「相當之注意義務」（該當「善良管理人之注意義務」）之欠缺，別無分號！但債務不履

行之過失，則係依其(債務)事件之特性而為區分三等：欠缺「善良管理人注意義務」者為抽象輕過失，責任最重；欠缺「與處理自己事務同一之注意義務」者為具體輕過失，責任次之；欠缺「一般人之注意義務」者為重大過失，責任最輕！