

112 專門職業及技術人員普通考試不動產經紀人考試試題

等 別：普通考試

類 科：不動產經紀人

科 目：民法概要

考試時間：1 小時 30 分

甲、申論題部分：(50 分)

一、甲與 A 公司簽訂靈骨塔買賣契約，約定甲享有其中四層樓之某塔位，A 公司並交付該樓層塔位之永久使用權狀予甲，A 公司所有之靈骨塔大樓嗣後因強制執行被 B 公司買得。試問甲對 B 公司主張其所購買之塔位有永久使用權存在，是否有理由？請附具理由說明。(25 分)

1. 【考題難易】：★★★★★

2. 【破題關鍵】：本題剛好考到近年實務上熱門的議題，亦即靈骨塔位使用的法律爭議。若考試上要仔細論述塔位使用買賣契約的法律性質，可以說本題很難。牽涉許多爭點，如塔位使用買賣契約之定性（有名或無名、買賣或租賃）？實際上應如何理解買賣標的物（塔位）或權利（使用權）之移轉行為？是否有債權物權化的可能（類推民§425I）？學說跟實務的論理上有很大的分歧，這也是筆者擬答時盡量寫詳細點，好讓同學能了解爭議所在。而在有限時間、沒讀過相關判決或文章時，至少要抓一個重點——是否有債權物權化的可能？試著論述，在何種條件下，是否有可能讓靈骨塔受讓人繼受塔位使用權之法律關係？

《使用法條、學說》：民法第 345 條、第 348 條、第 425 條、殯葬管理條例第 33 條至第 36 條、最高法院 112 年度台上字第 795 號民事判決。

【擬答】

(一)靈骨塔買賣契約之定性

1. 本件甲與 A 公司所簽訂之靈骨塔買賣契約，觀其標的內容（即該樓層塔位之永久使用權）並非典型之買賣標的物「所有權」，似不屬於民法上有名契約之一種（如買賣）。然此種契約應如何定性？關鍵在於「塔位使用權」應如何理解？實務、學說看法上有所不同，說明如下：

(1) 有實務認為，靈骨塔買賣契約並非典型之買賣契約，其標的為「塔位使用權」，兼有租賃、寄託、僱傭之性質。因此，此種無名契約除得（類推）適用買賣規定外，尚得（類推）適用其他有名契約之規定（如民§425I）。

(2) 然有學說認為，以風俗習慣、殯葬法規上均對於靈骨塔有特別認知與規範，故靈骨塔並非一般建物，不得同等視之。而靈骨塔買賣契約，其本質為「權利」的買賣契約，買受人得請求出賣人移轉為買賣契約標的的「權利」（民§348），該權利為「塔位永久使用權」，其性質上接近對於塔位空間的支配權（排他性用益權；殯葬管理條例§33 參照）。雖然靈骨塔所有人（即出賣人）仍享有所有權，但卻不得妨礙塔位使用權人（即買受人）對於塔位的永久使用，甚至有提供塔位永久使用的便利及相關服務之義務（殯葬管理條例§34-36 參照）。

2. 從上述可見，常見的靈骨塔買賣契約，雖然是以「塔位使用權」作為契約標的，但性質上仍屬買賣，是不論實務或學說均肯認得（類推）適用民法第 345 條以下之規定，但得否另外（類推）適用其他有名契約之規定？即屬本件之爭議，詳見後述。

(二)本件甲對 B 公司之主張，似無理由

1. 查本件甲與 A 公司間的「靈骨塔買賣契約」，其所約定甲享有某塔位之永久使用權，A

公司從而取得價金，應屬債權契約。基於債之相對性，其效力僅拘束於甲、A 公司間，對於契約以外第三人並不生效力，亦即靈骨塔之所有權因強制執行，由原所有人 A 公司移轉於 B 公司，此際 B 公司本於所有權人地位、不受上開二人間的「靈骨塔買賣契約」所拘束，得否主張排除甲使用某塔位而妨害其之所有權（民§767I 中段）？換言之，本件爭點在於「甲對於某塔位是否為無權占有？」亦即，甲對 B 公司主張其對於某塔位有永久使用權存在之抗辯，是否有理由？

2. 實務見解認為，有條件地肯認得類推適用所有權不破租賃規定（民§425I）

(1) 按「買賣契約僅有債之效力，基於債權相對性之原理，不得以之對抗契約以外之第三人。若基於保護國家社會整體經濟利益或其他公共利益，使債權具有對抗第三人之效力，至少須具備有使第三人知悉該債權關係存在之外觀公示方法，始具正當性。其外觀公示方法，例如顯而易徵之占有使用關係，或依一般慣行之公示方法為之，亦無不可。其判斷標準，應從具體案例所呈現之客觀事實表徵綜合判定之。……如被上訴人主張與喜願公司間系爭塔位使用權契約對上訴人繼續存在，至少須具備喜願公司已依約將該特定塔位交付被上訴人占有使用，或其他一般慣行之公示方法，使上訴人知悉該債權關係存在外觀公示作用之要件。……。究竟以塔位使用權為讓與標的者，一般慣行之外觀公示方法為何？是否須進塔使用（放置骨灰甕或神主牌位）或貼有「壽」字，抑或其他？系爭塔位各該貼上「壽」字者係何人所為？關涉喜願公司是否完成讓與交付，自應釐清。如喜願公司尚未完成讓與交付，被上訴人何以得憑系爭塔位權狀即可得主張系爭塔位使用權契約對上訴人繼續存在？……。」此乃最高法院 112 年度台上字第 795 號民事判決參照。

(2) 準此，本件甲與 A 公司間的「靈骨塔買賣契約」若要其效力及於 B 公司者，則至少須具備 A 公司已依約將該特定塔位交付甲占有使用，或其他一般慣行之公示方法，使 B 公司知悉該債權關係存在外觀公示作用之要件。依上開見解似認為，單純僅交付「塔位永久使用權狀」並無法滿足第三人 B 公司知悉之外觀公示要件，尚須有進塔使用（放置骨灰甕或神主牌位）或貼有「壽」字等行為。是本件甲不得類推適用民法第 425 條第 1 項之所有權不破租賃規定，主張其與 B 公司間仍受讓「塔位永久使用權」之買賣關係。

3. 然有學說則採否定見解

(1) 首先，靈骨塔買賣契約之標的為「塔位使用權」，故屬「權利買賣」之性質，本於買賣契約，出賣人依約應交付並移轉買賣標的物所有權（民§348），此際 A 公司應依約交付並移轉「某塔位永久使用權」，但因非「所有權」，權利移轉並非如不動產或動產有公示外觀（如登記、交付）之移轉行為。是 A 公司所為乃「準物權行為」，考量塔位法律性質特殊，依照塔位交易的一般習慣，通常是就該特定的塔位，於塔位管理簿冊上登記，或發給塔位使用權證書，或於該特定的塔位上黏貼「壽」字紅色貼紙，表示已被選定為預留塔位，可以排除他人之使用，而視為完成其移轉行為。據此，A 公司既已交付該樓層塔位之永久使用權狀予甲，則已完成買賣標的之「權利」的移轉，而非上開實務見解認定其尚未完成讓與交付。

(2) 其次，靈骨塔買賣契約既為買賣性質，甲是支付價金，與 A 公司是就「塔位使用權」進行以移轉塔位使用權為目的的「權利買賣」（民§345），而非就塔位使用權進行「權利租賃」（民§463-1）。在買賣與租賃應予以區別的情形下，塔位使用權的買賣契約，固不應類推適用所有權不破租賃規定（民§425I）。但基於殯葬管理條例的規範，當靈骨塔存放骨灰（骸）後，靈骨塔所有人即對於權利人及骨灰（骸）負擔義務，使用權人的債權因附隨於存放的骨灰（骸），依殯葬管理條例之規定意旨乃得對抗靈骨

公職王歷屆試題 (112 不動產經紀人)

塔所有人及其受讓人。據此，本件甲不得類推適用民法第 425 條第 1 項之所有權不破租賃規定，同樣因甲並未存放任何骨灰（骸）於該塔位，亦無法主張其與 B 公司間仍受讓「塔位永久使用權」之買賣關係。

4. 綜上所述，不論參照實務或學說見解，甲對 B 公司之主張，似無理由。

二、A 仲介公司受買方甲之委託媒介甲購買乙所有之土地，雙方簽訂居間契約，約定「於甲乙間土地買賣契約成立後，甲應依約給付 A 公司新臺幣一千萬的服務費」。後來甲與乙在 A 公司之媒合下簽訂土地買賣契約，甲於是給付 A 公司一千萬元。然嗣後甲乙間對於土地分區使用有所爭執，因而甲乙合意解除該買賣契約。甲因此對 A 公司主張，請求 A 公司返還所支付之一千萬服務費，是否有理？請附具理由說明之。(25 分)

1. 【考題難易】：★★

2. 【破題關鍵】：可能因為第一題太難了，第二題就相對簡單，甚至是只要記得法條或有法感，就可以點出本題關鍵，簡單來說就是居間人拿了服務費後，若遇上媒介訂約事後因故無效、解除或撤銷的話，那要不要還錢？民法第 568 條沒有明文規定，那請同學們思考居間本質上是種勞務給付契約，要付出勞力來媒合，那就該拿錢啊。但實務見解採取限縮解釋的方法，也就是說，如果訂約事後因故解除，而是居間人要負責的話，那就應該要返還服務費。

《使用法條、學說》：民法第 565 條、第 567 條、第 568 條、最高法院 49 年度台上字第 1646 號原判例、臺灣宜蘭地方法院 105 年度重訴字第 50 號民事判決。

【擬答】

(一)民法第 568 條有關居間人報酬請求權之解釋

1. 按民法第 565 條規定：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」；同法第 568 條規定：「(I) 居間人，以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬。(II) 契約附有停止條件者，於該條件成就前，居間人不得請求報酬。」此乃居間人報酬請求權之依據。
2. 觀其立法理由謂：「居間之報酬，俟居間人報告或媒介契約成立後支付，此當然之理，亦最協當事人之意思。故契約無效，或契約已成而撤銷者，居間人不得請求報酬。至契約雖已成立，而附有停止條件者，其停止條件成就前，亦不得請求報酬，蓋停止條件成就，契約即不成立也。附有解除條件者，亦可以此類推，無待明文規定也。」據此，通說、實務認為，居間人於契約因其媒介而成立時，即得請求報酬，其後契約因故解除，於其所得報酬並無影響（最高法院 49 年度台上字第 1646 號原判例參照）。所謂「其後契約因故解除」，解釋上係指因契約成立後發生之情事，如因債務不履行之解除或當事人合意解除等原因而消滅時，則不影響居間人有請求報酬之權利。
3. 然考量委託人與相對人所簽訂之契約成立後，若係「可歸責」於居間人之事由所致，而發生無效、撤銷或解除之情形，則應採取限縮解釋，此際居間人始負有返還報酬之義務（臺灣宜蘭地方法院 105 年度重訴字第 50 號民事判決參照）。

(二)本件甲對 A 公司之主張有無理由，應視 A 公司有無善盡據實報告與調查義務

1. 按民法第 567 條規定：「(I) 居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。對於顯無履行能力之人，或知其無訂立該約能力之人，不得為其媒介。(II) 以居間為營業者，關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力，有調查之義務。」據此，A 公司既以居間為營業者，應善盡調查及據實報告之義務。
2. 查本件委託人甲與相對人乙在 A 公司之媒合下簽訂土地買賣契約，卻嗣後對於土地分區使用有所爭執，因而甲乙合意解除該買賣契約。此際，應檢視該土地分區使用是否為「訂約事項」？或為一般土地買賣之重要交易事項？考量土地利用與分區使用規劃

公職王歷屆試題 (112 不動產經紀人)

息息相關，通常作為買方考慮動機，縱甲委託 A 公司居間時未為告知，但以居間為營業之 A 公司自應將此種土地交易之重要事項，善盡調查並據實報告之。

3. 因此，參酌上開立法理由與實務見解，若甲乙爭執「土地分區使用」之合意解除契約事由，係肇因於 A 公司未為訂約時善盡調查或未據實報告者，則屬可歸責於 A 公司之事由，不應享有居間媒介之利益，即依民法第 179 條不當得利之規定，負有返還一千萬服務費之義務，此際甲之主張應有理由；反之，若 A 公司於訂約時已善盡調查並據實報告者，惟甲仍執意與乙訂約者，則合意解除契約之情形，非可歸責於 A 公司，甲之主張自無理由。

乙、測驗題部分：

- (A) 1. 有關權利能力之敘述，下列何者錯誤？
(A) 人的權利能力始於出生終於死亡，因此胎兒尚未出生所以沒有權利能力
(B) 人的權利能力不得拋棄，更不得轉讓
(C) 法人除於法令或性質上之限制外，仍享有權利能力
(D) 植物人仍享有權利能力
- (C) 2. 有關權利客體之敘述，下列何者錯誤？
(A) 甲未經乙的同意在乙的土地上種植樹木，該樹木為乙土地上之部分
(B) 甲飼養一頭母牛，後來該母牛生下一頭小牛，小牛所有權仍屬於甲所有
(C) 為收容災民而臨時拼裝之貨櫃屋，仍為定著物，性質上為不動產
(D) 主物之處分效力及於從物，所以購買汽車之契約效力及於備胎
- (B) 3. 有關限制行為能力之敘述，下列何者正確？
(A) 滿 16 歲之未成年人寫遺囑時，仍須經法定代理人同意，否則效力未定
(B) 16 歲之甲偽造身分證，使相對人乙誤信甲已滿 18 歲，而與甲簽訂買賣契約，該買賣契約有效
(C) 限制行為能力人為代理人時，代理人受領代理權仍須經法定代理人之同意
(D) 法定代理人可以概括允許限制行為能力人為法律行為
- (D) 4. 下列情形，那一行為需向法院聲請撤銷，才會發生撤銷之效力？
(A) 通謀虛偽意思表示所為之法律行為
(B) 因錯誤或誤傳之意思表示而為法律行為
(C) 被詐欺而為意思表示之法律行為
(D) 因暴利行為所為之法律行為
- (C) 5. 甲向乙推銷一只古董錶，甲出價新臺幣（下同）10 萬元問乙要不要買，乙答覆說：「如果 8 萬元我就買」，請問乙的答覆性質上為何？
(A) 要約之引誘 (B) 承諾 (C) 要約 (D) 意思實現
- (C) 6. 甲向乙購買乙對於丙的債權，但丙已於買賣前清償系爭債權而使該債權消滅，請問該買賣契約之效力如何？
(A) 債權不得作為買賣之標的所以無效
(B) 該買賣標的權利自始不存在，屬於標的不能而無效
(C) 該買賣標的權利雖然不存在，但契約仍有效，甲可對乙主張權利瑕疵擔保
(D) 甲可依締約上過失向乙請求損害賠償
- (B) 7. 依民法之規定，約定利率超過週年百分之多少，則超過之部分會無效？
(A) 12 (B) 16 (C) 20 (D) 25
- (A) 8. 下列何種契約性質上屬於要物契約？

公職王歷屆試題 (112 不動產經紀人)

(A)消費借貸契約 (B)房屋租賃契約 (C)贈與契約 (D)合會契約

- (A) 9. 依民法之規定，有關租賃契約之效力，下列何者錯誤？
- (A)租賃物有修繕之必要時，原則上承租人可直接自行修繕後再請求出租人給付修繕費用
- (B)如租賃物是房屋時，倘出租人無反對之約定，承租人可以將房屋一部轉租
- (C)租賃物因承租人失火而造成損害，承租人僅就重大過失負賠償責任
- (D)租賃物應納之一切稅捐，由出租人負擔
- (C) 10. 為動產物權讓與之交付，倘受讓人已先占有動產，於讓與合意時即生動產所有權取得之效力，學理上稱之為何？
- (A)現實交付 (B)占有改定 (C)簡易交付 (D)指示交付
- (C) 11. 果實自落於鄰地者，果實之所有權為鄰地所有權人所有，倘鄰地係公有用地時，該自落之果實為何人所有？
- (A)國家所有 (B)該果實為無主物，誰先占即取得所有
- (C)為該果實之果樹所有權人所有 (D)由國家及果樹所有權人所共有
- (B) 12. 有關遺失物拾得之敘述，下列何者錯誤？
- (A)遺失物自通知或最後招領日起逾 6 個月，未有受領人認領者，由拾得人取得遺失物之所有權
- (B)受領權人認領遺失物時，拾得人原則上可以請求報酬，但不得超過遺失物價值之十分之三
- (C)拾得人之報酬請求權因 6 個月不行使而消滅
- (D)倘受領權人為低收入戶時，依法可以拒絕拾得人之報酬請求
- (D) 13. 抵押權人僅就土地設定抵押權，因債權已屆清償期而未清償而實行抵押權，下列何者錯誤？
- (A)於設定抵押權時，該土地上已存在房屋，實行抵押權之範圍僅限於土地本身，不得就房屋併付拍賣
- (B)於設定抵押權時，土地上並無房屋，於實行抵押權時土地所有人已營造房屋，抵押權人必要時得聲請併付拍賣
- (C)抵押權人聲請併付拍賣時，如房屋有存在他人之租賃權，抵押權人得聲請法院除去房屋之租賃權後再執行拍賣
- (D)抵押權人將土地與房屋併付拍賣後，對於土地及房屋賣得之價金，抵押權人均有優先受償之權利
- (B) 14. 民法關於死亡宣告的規定，下列何者正確？
- (A)失蹤人失蹤滿三年後，法院得因利害關係人之聲請，為死亡之宣告
- (B)受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其為死亡
- (C)遺產稅捐徵收機關得為失蹤人向法院聲請死亡宣告
- (D)死亡宣告會剝奪失蹤人之權利能力
- (D) 15. 甲於民國（下同）107 年 9 月間向乙租車公司租用自小客車環島，然卻積欠乙租金新臺幣 3 萬元，乙於 108 年 9 月催告後甲仍不為給付，乙便於 109 年 8 月訴請甲給付租金，於 110 年 9 月獲勝訴判決確定。下列何者正確？
- (A)乙租車公司的租金請求權時效本為 5 年
- (B)乙於 108 年 9 月催告後 6 個月內未起訴，仍生中斷時效之效力
- (C)乙於 109 年 8 月訴請甲給付租金時，時效不完成
- (D)判決確定後，時效重新起算 5 年

公職王歷屆試題 (112 不動產經紀人)

- (C) 16. 甲委託乙代為尋覓對象結婚，並承諾事成後給予乙報酬新臺幣 10 萬元。關於婚姻居間契約，下列何者正確？
- (A) 甲乙間的契約，無效 (B) 乙得對甲請求給付報酬
(C) 乙對甲無報酬請求權 (D) 婚姻居間契約不得約定報酬
- (D) 17. 土地所有人非因故意或重大過失逾越地界建築房屋，而鄰地所有人知其越界，卻不即時提出異議者，下列何者正確？
- (A) 鄰地所有人不為異議，即表示拋棄所有權利，不得再為主張
(B) 土地所有人有權得請求購買越界之土地
(C) 鄰地所有人得請求移去或變更越界建築之房屋，並請求支付償金
(D) 鄰地所有人不得請求移去或變更越界建築之房屋，但得請求所受損害之償金
- (A) 18. 關於民法區分所有建築物規定之敘述，下列何者錯誤？
- (A) 專有部分與其所屬之共有部分及其基地之權利，得分離而為移轉或設定負擔
(B) 就區分所有建築物共有部分及基地之應有部分，區分所有人得約定其比例
(C) 專有部分得經其所有人之同意，依規約之約定供區分所有建築物之所有人共同使用
(D) 共有部分除法律另有規定外，得經規約之約定供區分所有建築物之特定所有人使用
- (C) 19. 甲在其所有 A 地上興建 B 屋，但 B 屋為未辦理建物所有權第一次登記的違章建物，嗣後甲與乙訂立 A 地與 B 屋的買賣契約，下列何者錯誤？
- (A) B 屋雖為違章建築亦為融通物，得為交易之客體
(B) 甲應將 A 地所有權辦妥移轉登記給乙，乙始取得 A 地所有權
(C) 興建 B 屋時因未為建物所有權保存登記，故甲未取得 B 屋所有權
(D) 甲將 B 屋讓與乙，乙僅取得對 B 屋之事實上處分權
- (A) 20. 關於善意占有人之敘述，下列何者錯誤？
- (A) 善意占有人於本權訴訟敗訴時，自判決確定之日起，視為惡意占有人
(B) 善意占有人自確知其無占有本權時起，為惡意占有人
(C) 善意占有人因保存占有物所支出之必要費用，得向回復請求人請求償還
(D) 善意占有人，因改良占有物所支出之有益費用，於其占有物現存之增加價值限度內，得向回復請求人，請求償還
- (B) 21. 就法定夫妻財產制之敘述，下列何者錯誤？
- (A) 夫或妻婚前財產，於婚姻關係存續中所生之孳息，視為婚後財產
(B) 不能證明為夫或妻所有之財產，視為夫妻共有
(C) 夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有
(D) 夫妻各自對其債務負清償之責
- (D) 22. 關於民法第 1031 條之 1 夫妻財產制中之特有財產之敘述，下列何者錯誤？
- (A) 甲再婚前取得之受贈物 A 屋，若贈與人甲父以書面聲明甲日後結婚時，被 A 屋為特有財產，則該 A 屋亦屬特有財產
(B) 夫或妻在家中共同使用的茶杯、桌椅等動產，非特有財產
(C) 夫是音樂家，則其演奏時所需之樂器為特有財產
(D) 夫或妻雖以受贈之特有財產之金錢購買不動產一筆，惟該受贈物狀態已變更，則該不動產非特有財產
- (C) 23. 關於遺產繼承之敘述，下列何者錯誤？
- (A) 非婚生子女非經生父認領或準正，不得繼承其生父之遺產
(B) 遺產繼承人，除配偶外，其繼承順序為直系血親卑親屬、父母、兄弟姊妹、祖父母
(C) 配偶與被繼承人直系血親尊親屬同為繼承時，其應繼分為遺產之三分之一

公職王歷屆試題 (112 不動產經紀人)

(D)特留分之規定，係為保障法定繼承人之權利免受侵害

(A) 24. 關於回復喪失繼承權之敘述，下列何者錯誤？

(A)子女為了遺產而謀殺父親，即喪失對父親之繼承權，因被繼承人原諒繼承人之行為而回復繼承權

(B)偽造、變造、隱匿、湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者，喪失繼承權，得因被繼承人原諒繼承人之行為而回復其繼承權

(C)對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承時，喪失繼承權，但之後仍可因獲得被繼承人之原諒而回復繼承權

(D)以詐欺或脅迫妨害被繼承人為關於繼承之遺囑，或妨害其撤回或變更者，喪失繼承權，得因被繼承人原諒繼承人之行為而回復其繼承權

(B) 25. 關於拋棄繼承之敘述，下列何者錯誤？

(A)應於知悉其得繼承之時起三個月內，以書面向法院為之

(B)拋棄繼承後，應通知因其拋棄而應為繼承之人。未為通知者，不生拋棄繼承之效力

(C)配偶拋棄繼承權者，其應繼分歸屬於與其同為繼承之人

(D)繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力

公
職
王