

## 三民輔考－高考財稅行政 民法

108 年

- 一、甲因想創業需要資金，於是跟銀行借款新臺幣（下同）500 萬元，並將其名下的 A 屋提供給銀行設定普通抵押權。A 屋後來因地震而嚴重損害，急需進行整修，於是甲跟乙成立 A 屋修繕契約，並約定修繕報酬為 300 萬元。A 屋經乙整修後，A 屋市價約提高 200 萬元。惟甲因財務問題，不但無法給付修繕報酬，亦無法返還其向銀行之借款，對銀行之欠款尚有 300 萬元未還清。而且甲尚欠丙 150 萬元（未設抵押權），丁 100 萬元（未設抵押權）。上述借款皆已屆期，甲無力清還債務，故出賣 A 屋以還債，A 屋賣得不錯價錢 750 萬元。請問甲欲以賣 A 屋所得之 750 萬元清償其債務，其清償順位如何？如果乙為 A 屋修繕時，有預先登記法定抵押權，其清償順位是否有不同？

### 【題目分析】

本題涉及民法第 513 條承攬人抵押權之操作，概念上並不難懂，只是一旦涉及計算問題，往往都是同學心中的痛。因此，在鋪陳上，依然遵循三段論法，先說明承攬人抵押權之概念、性質，故第 1 項與第 4 項同學務必著墨；再者，於涵攝階段，同學應針對題目給的資訊，分別假設兩種不同情形，即乙有無針對承攬報酬請求權作抵押權登記，區分討論受償順位。

### 【擬答】本題字數約 1300 字

（一）關於承攬人之抵押權登記規定，說明如下：

- 1.按民法第 513 條第 1 項規定，賦予承攬人得對承攬工作所附定作人之不動產請求為抵押權之登記，以擔保承攬人之報酬請求權得以實現。
- 2.關於抵押權標的物範圍，必須為「工作所附之定作人之不動產」，即為建築物或其他土地上之工作物之「新建」或「重大修繕」者，理由在於此種承攬契約中，承攬人所投入之成本較多，自然有特別保護之必要。
- 3.且於本條第 4 項規定，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，更為強化保障承攬人。理由在於，該承攬工作物之價值增加，係因承攬人基於承攬契約而為重大修繕所致，如在工作物增加價值限度內，承攬人抵押權不能優先於其他成立在先之普通抵押權者，



於承攬人嗣後不獲清償時，無異以承攬人之資金清償定作人之債務，對於承攬人相當不公平<sup>1</sup>。

(二) 本題分析

1. 本題中，甲跟乙成立 A 屋修繕契約，並約定修繕報酬為 300 萬元，故甲乙間成立承攬契約（民法第 490 條），其係針對定作人甲名下之 A 屋，進行重大修繕。故承攬人乙就其承攬報酬 300 萬，依照民法第 513 條規定，得請求定作人甲為抵押權之登記，且須於完成登記後，該抵押權始為生效。以下針對乙是否登記抵押權，區分討論其清償順位之不同：
2. 若乙未為承攬人抵押權之登記，則甲賣 A 屋所得 750 萬，清償順位為：
  - (1) 由於乙未為抵押權之登記而無法取得承攬人之抵押權，故乙對甲之 300 萬承攬報酬請求權僅屬普通債權，而無優先受償順序。
  - (2) 因此，關於 750 萬之清償順序為：  
抵押權就該 A 屋賣得價金有優先受償之權，得優先獲償 300 萬元。而銀行剩餘之 450 萬（計算式：750 萬－300 萬）並無法完全分配於剩餘之債權人，應由普通債權人乙、丙、丁，依照債權金額比例平均分配之。
3. 若乙已預先為承攬人之抵押權登記，甲賣 A 屋所得 750 萬，清償順位則有不同，以下說明之：
  - (1) 乙已為民法第 513 條第 1 項之登記，而取得承攬人之抵押權，惟依照民法第 865 條規定，銀行似為第一順位之抵押權人，就 A 屋賣得之價金本得優先受償。
  - (2) 然而，依照民法第 513 條第 4 項規定，於 A 屋因修繕所增加之價值限度內，乙之抵押權優先於成立在先之銀行抵押權。
  - (3) 因此，關於 750 萬之清償順序為：
    - ① 於 A 屋因修繕所增加之 200 萬元價值限度內，乙得優先受償，然乙之承攬報酬額為 300 萬，優先受償 200 萬後尚不足 100 萬。
    - ② 針對剩餘之 550 萬（計算式：750 萬－200 萬），由銀行優先受償，而獲償甲尚未還清之 300 萬借款。
    - ③ 銀行於受償後，剩餘之 250 萬（計算式：550 萬－300 萬），再由第二順位之乙就尚未獲償之 100 萬報酬取償。至於，剩餘之 150 萬（計算式：250 萬－100 萬）已不足清償甲剩餘之債務，僅得由普通債權人丙、丁依照債權金額比例，平均分配。

<sup>1</sup> 謝在全，民法物權論（下），2010 年 9 月，頁 142-143。

## (三) 結論

- 1.倘若乙未為承攬人抵押權之登記，則甲賣 A 屋所得價金之清償範圍，係由普通抵押權人銀行為第一順位優先受償人，剩餘數額再由普通債權人乙、丙、丁依照債權金額比例平均分配。
- 2.倘若乙為承攬人抵押權之登記，則於 A 屋因重大修繕所增加之價值限度內由乙最優先受償，剩餘數額之受償順序，則係普通抵押權人之銀行為第一順位、乙為第二順位，餘額則由普通債權人丙、丁依照債權金額比例平均分配。

## 【重要概念補充】

## 一、定作人抵押權登記義務（從給付義務）

## 第 513 條

I 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。

II 前項請求，承攬人於開始工作前亦得為之。

III 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。

IV 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。

## (一) 概說

當承攬之工作為建築物或土地上之工作物時，承攬人通常可主張之報酬數額較為龐大；且在承攬契約中，基於報酬後付原則，承攬人通常先負有給付勞務之義務，於工作完成後，始能請求報酬。為了保障承攬人之報酬請求權得以實現，民法第 513 條賦予承攬人得對承攬工作所附定作人之不動產請求為抵押權之登記，以擔保承攬人之報酬請求權得以實現，且於本條第 4 項規定，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，更為強化保障承攬人。

## (二) 性質：強制性意定抵押權

## 1. 意義：

為確保承攬人之利益並兼顧交易安全，承攬人之抵押權須經登記始生效力，已非舊法時期之法定抵押權<sup>2</sup>。然而，其性質與一般意定抵押權仍有所不同，承攬人於符合民法第 513 條第 1 項要件時，即取得了

<sup>2</sup> 修正前民法第 513 條：「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。」



「抵押權登記請求權」，得請求定作人為抵押權之登記。再者，承攬人亦可預為抵押權之登記 (§513II)，或單獨申請登記 (§513III)，故學說<sup>3</sup>上亦有稱之為「強制性意定抵押權」。

2. 抵押權成立生效時點：

承攬人於該當民法第 513 條要件時，僅取得具有債權性質的「登記請求權」，必須等到完成登記後，該抵押權始為生效。

(三) 承攬人抵押權擔保債權範圍

民法第 513 條將擔保債權範圍限定為「承攬關係報酬額」。

(四) 承攬人抵押權之標的物範圍

1. 關於標的物範圍，首先應確定者係，必須為「工作所附之定作人之不動產」，不能包含第三人之不動產<sup>4</sup>，而該不動產範圍為何以下說明之：
2. 依照民法第 513 條第 1 項規定，不動產之範圍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。即須以該承攬契約內容係為「建築物」或其他土地上「工作物」之「新建」或「重大修繕」，理由在於此種承攬契約中，承攬人所投入之成本較多，自然有特別保護之必要。
3. 所謂「建築物」，係指定著於土地上或地面下具有頂蓋、牆垣。而足以遮蔽風雨，供人起居或出入之構造物；所謂其他「土地上之工作物」，包含如隧道、橋梁等。
4. 所謂「重大修繕」，學說<sup>5</sup>認為包含建築物或工作物，不包含其座落之土地。如定作人甲所有 A 屋與 B 地，而甲與承攬人乙簽訂承攬契約，由乙對 A 屋為重大修繕，此時乙得依照民法第 513 條規定請求甲為抵押權登記之抵押物為 A 屋，不包含 B 地。
5. 所謂「新建」，如 B 地為定作人甲所有，甲與承攬人乙訂立承攬契約，乙在 B 地上新建 A 屋，此時此時乙得依照民法第 513 條規定請求甲為抵押權登記為「A 屋」或「B 地」？實務見解認為，在「A 屋」為新建時，僅「A 屋」為抵押物，而「B 地」則不包含在內。

<sup>3</sup> 謝在全，民法物權論（下），2010 年 9 月，頁 137-139。

<sup>4</sup> 最高法院 61 年台上字第 1326 號判例：「民法第 513 條之法定抵押權，係指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，有就其賣得價金優先受償之權，倘無承攬人與定作人之關係，不能依雙方之約定而成立法定抵押權。」

<sup>5</sup> 楊芳賢著，黃立主編，民法債篇各論（上），2002 年 7 月，頁 662。

## 【最高法院 87 年第 2 次民事庭會議決議】

**院長提議：**民法第 513 條規定，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，承攬人就承攬關係所生之債權，對於其工人所附之定作人之不動產，有抵押權。此之所謂「定作人之不動產」，如承攬人承攬之工作為房屋建築，除房屋外，是否亦包括該房屋之基地在內？有左列二說：

**甲說：**承攬人承攬之工作既為房屋建築，其就承攬關係所生之債權，僅對「房屋」部分始有法定抵押權。至房屋之基地，因非屬承攬之工作物，自不包括在內。

**乙說：**承攬人承攬定作人之工作雖為房屋建築，但房屋係附著於土地，如房屋之基地為定作人所有時，承攬人因承攬關係所生之債權，對於該基地亦有法定抵押權。

以上二說，應以何說為當，提請公決

**決議：**採甲說

## (五) 抵押權之次序

1. 依照民法第 865 條規定，同一標的物上得同時存在數個抵押權，而數個抵押權之順序，即次序權，依照其成立先後順序定之。
2. 然而，依照民法第 513 條第 4 項規定，在建築物或其他土地上之「重大修繕」時，因該承攬工作物之價值增加，係因承攬人基於承攬契約而為重大修繕所致，如在工作物增加價值限度內，承攬人抵押權不能優先於其他成立在先之普通抵押權者，於承攬人嗣後不獲清償時，無異以承攬人之資金清償定作人之債務，對於承攬人相當不公平。因此，本項乃增訂承攬人抵押權之「後來居上原則」。

## (六) 抵押權之拋棄

## 1. 已辦理設定登記：

承攬人已取得抵押權，故須依照民法第 758 條辦理「拋棄登記」，始生拋棄效力。

## 2. 未辦理設定登記：

承攬人僅取得「抵押權登記請求權」，其性質為債權，而拋棄方式只須由「意思表示」為之。



【鑑往知來，一考再考】

- 一、承攬人甲與屋主乙約定，由甲完成修繕工作，為期一年，報酬新台幣 100 萬元。完工後乙藉故拖欠報酬。又乙向丙借款新台幣 500 萬元，借款期間一年，並將其房屋設定抵押權予丙，並完成抵押權登記，嗣後清償期屆至，乙表明無力清償。問甲、丙應如何主張其權益？（25 分）【99 年司特四等】
- 二、甲有房屋一幢，屋齡已達 50 年，因該屋有許多重大毀損之處，甲乃在去年 12 月 1 日拜託從事營造業之好友乙承攬修繕該屋，惟因乙承包工程過多，無法親自完成此工作，在未經甲同意之情形下，乙逕行將此工程全部轉包給丙，並於今年 4 月 30 日完工。試回答下列問題：（25 分）
- （一）丙修繕完甲之房屋後，在甲未給付報酬之情形下，得否向甲請求以該屋為抵押權之登記？
- （二）甲於 5 月中旬重新搬回該屋居住，一星期後發生嚴重漏水現象，經查屋頂漏水係因丙偷工減料所致，甲得否向乙主張瑕疵擔保之損害賠償？
- 【100 年關務特考三等】

二、甲（買方）、乙（賣方）就第三人之 A 不動產訂立買賣契約。甲為逃避強制執行，乃與丙通謀虛偽合意，指示乙將 A 移轉所有權登記予丙，再由丙與丁通謀虛偽合意將 A 移轉登記為丁所有。在此同時，甲告知戊上述情事，並與其訂立買賣 A 不動產之契約。如甲未依約將 A 移轉登記予戊時，戊得為如何之主張，請求甲將 A 移轉登記於自己？

【題目分析】

本題應該算 108 年最難之考題，只要涉及到三個人的法律關係，就是狠角色。思考上，可先定性甲、乙、丙三個人之法律關係為何，其中有測驗同學對於利益第三人契約、通謀虛偽意思表示、不當得利請求權之概念。另外，再測驗同學是否知悉債之保全章節中，代位權該如何行使之問題。橫跨民法總則與債邊總論，出的相當精彩！

【擬答】本題字數約 1300 字

（一）甲得對丙依照不當得利規定，將 A 不動產移轉給甲後，甲再將 A 不動產移轉給戊；倘若甲怠於行使對丙之權利，戊得代位甲向丙主張不當得利請求權

1.甲、乙、丙間為民法（下同）第 269 條所定利益第三人契約關係：

（1）按第 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。其目的在於，**簡化法律關係，避免輾轉給付，進而減少履約成本。**

(2) 經查，甲、乙就 A 不動產訂立買賣契約，且甲為逃避強制執行，乃與丙通謀虛偽合意，指示乙將 A 移轉所有權登記予丙，可知甲、乙間買賣契約性質上乃約定「利益第三人約款」，而甲、乙間又稱為「補償關係」，甲、丙則為「對價關係」。

2. 丙為 A 不動產之所有權人：

(1) 甲、丙間對價關係為無效：

① 按第 87 條第 1 項本文規定，表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。

② 經查，甲為逃避強制執行，乃與丙通謀虛偽合意為約定，故甲、丙間對價關係，依照前開規定，為無效。

(2) 乙、丙間物權行為有效，丙為 A 不動產所有權人：

① 經查，丙對乙基於利益第三人約款，而享有直接請求給付之權，故丙係直接將 A 不動產讓與所有權給乙，由於乙丙間並無通謀虛偽意思表示，該物權行為有效。

② 另查，由於丙、丁間亦出於通謀虛偽移轉 A 不動產所有權，故依照第 87 條規定，丙、丁間物權行為無效，丁無法取得 A 不動產所有權。

③ 因此，丙為 A 不動產所有權人。

3. 甲得對丙請求不當得利返還 A 不動產所有權：

(1) 按第 179 條規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。

(2) 經查，丙能取得 A 不動產之原因乃基於與甲間有效之對價關係，惟甲、丙間乃出於通謀虛偽合意，故對價關係為無效，而丙受有 A 不動產之利益則無法律上原因，致甲受有損害。

(3) 因此，甲得依照不當得利規定，請求丙返還 A 不動產。惟丁為 A 不動產登記之所有權人，甲得請求丙塗銷丙與丁間移轉登記後，再將 A 不動產所有權移轉登記給甲，併予說明之。

4. 倘若甲怠於行使對丙之權利，戊得代位甲向丙主張不當得利請求權：

(1) 按第 242 條所定代位權之行使，除債權人對債務人享有債權、債務人須已陷於給付遲延（第 243 條）、債務人怠於行使其對第三人之權利外，須債權人有保全其債權之必要為要件。

(2) 次按所謂債權有「保全之必要」，於「特定物債權」者，係指債務人怠於行使權利將使該特定物之給付請求權發生障礙，而不須以特定物



債權之債務人陷於無資力為必要。

- (3)經查，甲、戊間買賣 A 不動產之債權契約，不因甲非 A 不動產所有權人而受影響，蓋負擔行為不以有處分權為必要，故戊得基於有效買賣契約，依照第 348 條請求甲交付並移轉 A 不動產所有權於己。
- (4)然而，當甲已陷於給付遲延，且甲怠於行使對丙之不當得利請求權而致戊之第 348 條請求權發生障礙，而有保護之必要。
- (5)因此，戊為保全其債權之主張，得代位甲向丙依照不當得利請求權請求返還 A 不動產於甲，之後再依照第 348 條請求甲將 A 不動產移轉於己。

## 【重要概念補充】

### 一、涉他契約概念

#### (一) 背景

- 1.雙方當事人所訂立之債權契約，基於債之關係的「相對性」，契約通常僅在雙方當事人間發生效力，即契約關係之一方當事人得向他方當事人主張契約上之權利，換言之，非契約關係之第三人原則上不得對契約當事人主張契約上之權利。
- 2.然而，契約相對性並非不變之定律，仍有其例外，先前我們曾經提過的，如：債權物權化，即在滿足若干法定要件下，債權將會發生對世效力（第 425 條）；除此之外，民法另設有「涉他契約」，使非契約關係之第三人可以主張「契約上權利」或受「契約效力之拘束」。蓋基於契約自由原則下，若契約內容涉及第三人但未使第三人受有不利益，法律上自無否定其效力之必要。
- 3.因此，當契約關係涉及到「第三人」，此第三人之地位，可能同債務人，或是同債權人。若係前者，即契約中約定給付義務由第三人負擔，稱為「第三人負擔契約」（第 268 條）；若係後者，即契約中約定給付向第三人為之者，稱為「第三人利益契約」（第 269 條、第 270 條）。
- 4.以考試出題頻率來看，最重要的類型就是「第三人利益契約」。而在思考上，重點在於，該第三人之介入，是否會影響原契約中的債權人、債務人以及該第三人在契約關係中所扮演的腳色為何。



(二) 利益第三人契約

給付方式	
給付連鎖	<p>係指乙出售 A 車給甲，乙先本於履行甲乙間買賣契約，將 A 車交付給甲，甲在本於履行甲丙間買賣契約，將 A 車交付給丙。於給付連鎖關係中，A 車之所有權，係先由乙移轉給甲，再由甲移轉給丙。</p>
縮短給付	<p>(一) 意義</p> <p>係指乙出售 A 車給甲，甲再出賣交付給丙，但當事人為了追求簡便，甲乃與乙約定，直接將 A 車交付給丙，以「縮短給付過程」，因而形成三角關係。而丙對於乙並無「直接請求權」，當事人間法律關係依其內部關係處理。又稱「不真正利益第三人契約」。</p> <p>(二) 說明</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>縮短給付的特色在於甲指示乙直接將 A 車給丙，值得討論者係，三方的動產所有權變動情況。首先，動產所有權的變動必須具備讓與合意與交付 2 要件（第 761 條），故乙與丙間，是否具有 A 車所有權讓與之合意呢？一般來講難以認定乙丙間具有 A 車所有權讓與之合意，由此可知，A 車所有權之變動並非發生在乙丙間。</li> <li>在討論層次上，應認為「乙」依讓與合意將 A 車所有權移轉於「甲」（第 761 條），並依「甲」指示將標的物交付於「丙」（第 761 條），而「甲」又將 A 車所有權移轉給「丙」，亦即 A 車所有權因甲對丙之交付，由乙移轉給甲，甲移轉給丙，比較法上稱之為「法律上的瞬間」。</li> <li>簡言之，在一般交易外觀上，看不出來 A 車所有權之移動變化，但不可誤以為甲直接與丙發生動產所有權之變動。</li> <li>最後，在學說上，這種構造也被稱為「不真正」利益第三人契約。</li> <li>至於何謂「真正」利益第三人契約，係指甲乙約定，由乙將 A 車直接交付於丙（第三人），且「丙」對於「乙」有「直接請求給付」之權利。在「利益第三人契約」中，通說主張 A 車所有權乃係由乙丙讓與合意移轉交付者，即物權變動關係在乙丙間，與上開情形不同。以下則細部說明其內涵。</li> </ol>



利益第三人契約	
意義 <sup>6</sup>	<p>(一) 第 269 條第 1 項規定，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「直接給付請求權」。</p> <p>(二) 此項「第三人對於債務人有直接請求給付之權利」的約定，即為「利益第三人約款」，在考題中務必注意題目給的線索。</p> <p>(三) 由此可知，利益第三人契約並不是一個特殊的固有契約類型，而係就基本契約（如買賣、贈與）為第三人利益，特別額外作成的約定。</p> <p>(四) 其目的在於，簡化法律關係，避免輾轉給付，進而減少履約成本。</p> <p>(五) 最後，「真正」利益第三人契約與「不真正」利益第三人契約之區別實益在於，第三人對債務人是否具有「直接請求權」，若否定之，則屬「不真正」利益第三人契約；肯定者，則屬「真正」利益第三人契約。法條中有明文者為（真正）利益第三人契約（第 269 條）。</p>
三面關係	<p>(一) 補償關係 「要約人（債權人）」與「債務人」間之原因關係。</p> <p>(二) 對價關係 「要約人（債權人）」與「第三人（受益人）」間之原因關係。</p> <p>(三) 履行關係 「債務人」與「第三人（受益人）」間給付關係。</p>
效力	<p>(一) 對「債務人」之效力</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 利益第三人契約訂立後，債務人對第三人負有直接給付義務。</li> <li>2. 依照第 270 條規定，債務人得以由契約所生之一切抗辯，對抗第三人。蓋第三人之直接給付請求權，係來自債權人與債務人間約定（補償關係），對債務人行使之抗辯（如：</li> </ol>

<sup>6</sup> 最高法院 89 年度台上字 1788 號判決：「按第三人利益契約之成立，依民法第 269 條第一項規定，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。乃必須契約當事人有使第三人對於債務人取得直接請求給付之權，若契約當事人僅約定向第三人給付，而不使第三人對於債務人取得直接請求給付之權利者，即非屬第三人利益契約。當事人間有無使第三人對於債務人取得直接請求給付之意思，應就交易習慣及契約具體情況，探究當事人之真意。」

同時履行抗辯權)而言,自然不會因為給付對象為債權人或第三人而有不同。

3. 例如：

於債權人尚未支付買賣價金時，債務人亦得對第三人主張同時履行抗辯權（第 264 條），惟第三人並非契約當事人，不負有價金給付之義務，債務人自然不得請求第三人給付價金。

(二) 對「第三人」之效力

1. 意義：

(1) 第三人對債務人因利益第三人約款，而享有直接給付之權，即第三人對債務人有契約關係（補償關係）之履行請求權，請求債務人對「自己」為給付。而第三人對於權利之取得，自應以其「表示享有」利益為前提。

(2) 依照第 269 條第 2 項規定，第三人於未表示享受其利益之意思前，當事人得變更或撤銷契約，蓋此時權利尚未發生，契約亦無拘束力。而此處所稱之變更或撤銷之「契約」，係指「補償關係」之「利益第三人約款」，而非「補償關係」之「契約」本身。

(3) 依照第 269 條第 2 項規定，若第三人表示不欲享受該契約利益時，視為自始未取得權利，學說認為此係以自始給付不能為契約標的，第三人利益契約應屬無效。

2. 權利行使：

(1) 原則上，第三人享有債權人一切權利，如：**請求履行標的物、請求債務不履行損害賠償**等等。如：在可歸責於債務人致債務不履行時，因「債務不履行損害賠償請求權」即係「原履行請求權」之變形或延長，故第三人對債務人得請求因債務人未向「自己」給付而生之損害賠償（稱為直接損害），或是第三人得基於對價關係向債權人請求債務不履行損害賠償請求權。

(2) 應注意者係，利益第三人契約之「**撤銷權**」、「**解除權**」因涉及專屬性，若無「**契約當事人**」之資格即無從行使，故第三人不得行使之，僅得由債權人或債務人行使<sup>7</sup>。

<sup>7</sup> 非常重要的概念，務必記熟。參考王澤鑑，第三人利益買賣契約之解除及其法律效果，民法學說及判例研究（七），頁 168。



	<p>(三) 對「債權人」之效力</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 首先，債權人不得請求債務人向「自己」為給付，蓋利益第三人契約係以債務人向「第三人」給付為契約標的。</li> <li>2. 不過債權人得依照「補償關係」之「利益第三人約款」，對債務人請求向第三人為給付，此並不影響第三人透過利益第三人契約取得直接給付之權。</li> <li>3. 故當債務人發生債務不履行時，除第三人得向債務人請求債務不履行之損害賠償外，債權人就債務人不向第三人依債之本旨履行債務所生之損害（如：債務人未向第三人給付致債權人須對第三人負擔債務不履行之損害賠償，又稱間接損害），亦得向債務人請求債務不履行之損害賠償<sup>8</sup>。</li> <li>4. 另外，第三人對於當事人之一方表示不欲享受其契約之利益者，雖然視為自始未取得權利，但債權人與債務人間之原本契約並非無效，而仍應認為債權債務之主體應以締結契約之當事人為準，故得對於債務人行使契約上權利者，乃契約之債權人。</li> <li>5. 應注意者係，若在訂立利益第三人契約時，債權人受有詐欺或脅迫，或因錯誤而成立契約，債權人不因利益第三人契約而喪失應有之撤銷權。</li> </ol>
--	---

## 二、代位權之概念

構成要件	
債權人對債務人享有債權	<p>(一) 債權人對債務人須享有債權，乃屬當然，否則即無行使代位權之問題。</p> <p>(二) 至於，代位人對債權人之債權是否先於債務人對第三人之債權成立，均非所問<sup>9</sup>。</p>

<sup>8</sup> 最高法院 66 台上字第 1204 號民事判例：「利他契約之給付，係約定向第三人為之，第三人向債務人直接請求給付之權利，固有不履行給付之損害賠償請求權，惟債權人亦有請求債務人向第三人為給付之權利，苟債權人因債務人不履行向第三人為給付之義務，致其受有損害時（如債權人與第三人約定，債務人不履行給付時，應對第三人支付違約金是），自亦得請求債務人賠償。」

<sup>9</sup> 然而，§244 撤銷權之行使，必須債權人對於債務人之債權，先於債務人所為之法律行為存在，始能撤銷之，理由在於，若債務人已先將財產移轉給第三人後，債權人對債務人之債權才成立，債權人本即可評估是否要與債務人成立債之關係。參考最高法院 62 年台上字第 2609 號民事判例：「債權人得依民法第 244 條規定行使撤銷權，以其債權於債務人為詐害行為時，業已存在者為限，若債務人為詐害行為時，其債權尚未發生，自不許其時尚非債權人之人，於嗣後取得債權時，溯及的行使撤銷權。」

債務人須已陷於給付遲延	<p>(一) 依照第 243 條本文規定，債權人行使代位權須以債務人已陷於給付遲延為要件。</p> <p>(二) 倘若債務人尚未陷於「給付遲延」，亦即清償期尚未屆至或債權人未行使催告權，難認為債權人的權利有保護之必要。</p> <p>(三) 惟第 243 條但書規定，若債權人欲代位行使的權利，目的在於「保存債務人的權利」，則無須遵守此項要件。所謂保存行為，包含：消滅時效的中斷（如：債務人對第三人享有的請求權即將罹於時效消滅，並且債務人不為任何中斷時效的行為，債權人得代位行使之）。</p>
債務人怠於行使其對第三人之權利	<p>(一) 債務人必須對第三人享有權利，且債務人係怠於行使該權利。</p> <p>(二) 且，依照第 242 條但書反面解釋，只要不是「專屬於債務人之權利」，亦即該權利之行使不涉及一身專屬性，如債務人對第三人之扶養請求權，原則上債權人均得代位行使。</p> <p>(三) 另外，即使債權人代位行使債務人權利後，債務人自己又開始行使同一對第三人之權利，債權人原先之代位行使的行為，不因此遭受妨礙。</p>
債權人有保全其債權之必要	<p>代位權之行使係以債權人對債務人之債權有「保全之必要」，所謂「保全之必要」，應區分債權係「特定物債權」或「種類債權」（如：金錢債權）而有不同：</p> <p>(一) 特定物債權</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 只須該以給付「特定物」為內容之債權，發生「給付障礙」而使債權人的債權內容無法獲得滿足即可，不以債務人因怠於行使權利而陷於無資力為必要。蓋特定物債權之給付目的是特定物之給付，故有無保全債權之必要，與債務人整體財產狀態無關。</li> <li>2. 如：甲向乙購買其所有之 A 屋，惟因 A 屋現正出租於丙，故甲乙約定於乙丙租賃期滿屆至時方為點交，其後於租期屆滿時，乙卻怠於向丙請求返還 A 屋。此時，債權人甲為保全其買賣 A 屋之債權（第 348 條），得代位債務人乙向第三人丙行使第 455</li> </ol>



	<p>條租賃物返還請求權。</p> <p>3.應注意者係，就算乙有錢到直接賠甲給付不能之損害賠償，也不願意行使第 455 條。但甲心中真正想要的是取得 A 屋所有權，乙怠於行使第 455 條，已經足使甲的債權內容（第 348 條，屬於特定物之債）無法受到滿足，故甲的債權當然有「保全之必要」。</p> <p>(二) 種類債權（如：金錢債權）</p> <p>1.須以債務人「陷於無資力」為必要。蓋於種類債權，如：金錢之債，債務人之「總體財產」均為其債務之總擔保，而非僅以某特定權利提供擔保，故只要債務人得清償該金錢債權，即債務人尚未陷於無資力時，債權人之金錢債權均無保全之必要<sup>10</sup>。</p> <p>2.如：乙向甲購買其所有之 A 屋，惟於清償期屆至後，乙遲遲未給付價金，而甲發現，乙曾經借貸 100 萬給第三人丙，該 100 萬債權清償期已屆至，丙亦未主動歸還。甲是否得代位乙行使對丙價金返還請求權，應視甲的債權有無「保全之必要」，即乙是否陷於無資力，如果乙有錢，即使丙不返還 100 萬給乙，乙支付價金應無困難，此時很難評價甲的債權有「保全之必要」；相反地，若乙沒足夠資產來清償對甲的價金債務，甲的債權則有「保全之必要」。</p>
--	--

<sup>10</sup> 最高法院 103 年度台上字第 27 號民事判例：「按民法第 242 條所定代位權之行使，須債權人如不代位行使債務人之權利，其債權即有不能受完全滿足清償之虞時，始得為之。倘債之標的與債務人之資力有關，如金錢之債，代位權之行使應以債務人陷於無資力或資力不足為要件。」