# 《民法》

一、請說明民國八十八年新修訂民法債編中關於公證之規定,並說明其對各該契約效力之影響。(20分)

	本題雖屬觀念題,但仍具有一定難度。出題委員除了要考生列舉出公證制度在民法債編中之相關規定外,尚要求其釐清契約要式性於我國學說實務上之爭論,尤其涉及 88 年債編修正,其爲此爭議劃下休止符,有時代性之意義,應明確整理歸納出來,始有獲致高分之可能。
合規關鍵	答題上應歸納出: 1.公證制度在民法債編中的規定——166-1,408條2項,425條2項。 2.公證制度在該等規範上之意義——最好能將債編修正理由之意旨指出。 3.對於各該契約效力之影響
參考資料	1.王澤鑑,債法原理第一冊,第 129 以下(1999 年 10 月增訂版)。 2.黃立主編,民法債編各論上,第 258 頁以下(2002 年 7 月版) 3.陳自強,法律行為、法律性質與民法債編修正,民法研究會第 16 次學術研討會,1999 年 10 月 10 日。 4.王澤鑑,不動產贈與契約特別生效要件之補正義務,民法學說判例研究第一冊。 5.黃立,民法債編總論,第 38 頁以下之說明。 6.黃立,民法第 166 條之 1 的法律行為形式問題,月旦法學雜誌 54 期。

## 【擬答】

民國八十八年債編修正,修訂 408 條 2 項及增訂 166 條之 1 與 425 條 2 項、513 條第 3 項,將公證制度納入該規範中,以期藉由公證制度辨明權益關係,擬就各該規定及其對契約效力之影響分述如下:

## (一)民法 166 條之 1 的部分:

民法 166 條之 1 增訂前,實務判解(最高法院 57 年 1436 號判例、70 年 453 號判例參照),皆以不動產債權契約爲不要式契約,又修正前之舊法 407 條之規定,使不動產贈與之債權契約是否具要物性產生不小爭議。 爲澄清體例、使以不動產爲標的之債權契約,於簽定時係基於雙方當事人審慎思考下所爲,並避免事後發生 爭議而再燃訟爭,故刪除民法 407 條、增訂民法 166 條之 1,明定:「契約以負擔不動產之移轉、設定或變更之義務爲標的者,應由公證人作成公證書」。

又,若未踐行公證,該不動產債權契約效力如何,即生疑義,端視法律行爲作成之特別方式究屬「特別生效 要件」或「特別成立要件」,擬學說實務見解概述如下:

- 1.特別成立要件說:此乃學說之通說,蓋方式之踐行爲法律行爲之構成部分。故,未爲公證之不動產債權契約不成立。
- 2.特別生效要件說:實務見解應傾向此說,蓋於舊法時代,實務依民法 407 條之規定創設出「契約一般效力理論」,並以不動產贈與債權契約之要物性定位為特別生效要件。惟已遭多數學者批評推翻,但與本題無涉,不另贅述。

依民法 73 條之規定:「法律行為,不依法定方式者無效。」,又按民法 166 條之 1 之修正理由,似採特別生效要件說,故應解為未經公證之不動產債權契約除依同條 2 項完成物權登記以補正瑕疵外,不生效力。惟,民法 166 條之 1,按債編施行法 36 條第 2 項,施行日期由行政院會同司法院另定之,仍非現行法,併予敘明。

#### (二)民法 408 條第 2 項之部分:

立訂有字據之贈與,期間有因一時情感之因素而欠於考慮時,如不許贈與人任意撤銷,有失事理之平。惟經過公證之贈與,因應已經由當事人審慎考慮,故無賦予贈與人撤銷權之必要,故以 408 條 2 項規定明定此意旨,並揭示公證制度保護私權、避免訴訟之功能。

準此,未經公證之贈與契約仍屬有效,惟贈與人得於贈與物移轉前,撤銷該贈與契約。

#### (三)民法 425 條 2 項之部分:

民法 425 條 1 項之買賣不破租賃原則,具有債權物權化之效力,在長期或爲定期限之租賃契約,其於當事人之權益關係影響甚鉅,宜付公證,以求權利義務關係合法明確,俾杜絕爭議而減訟源。

從而,未經公證之不動產租賃契約,其期限逾五年或未定期限者,雖不影響租賃契約之效力,然無買賣不破租賃原則之適用。即若租賃之不動產所有權轉他人時,承租人無法援引民法 425 條 1 項之適用來避免受讓人行使物上請求權。

## (四)民法 513 條 3 項之部分:

因公證制度具有促使當事人審慎行事與預防司法之功能,從而 88 年債編修正時,增訂 513 條 3 項,肯認承 攬契約內容業已公證者,承攬人得單獨申辦登記抵押權。蓋,承攬契約經公證即可認雙方當事人之權益關係 已明確,且足認定作人已有會同前往申辦抵押權登記之意,承攬毋庸更向定作人請求。

二、某日乙至甲所經營之室內溫水游泳池游泳及使用其他設施,乙將所攜帶市值五十萬元之名貴鑲鑽 戒指一個,存放於甲所提供之投幣式置物櫃,乙游泳完後返家時方發現該鑽戒不翼而飛,隨即通 知甲。乙主張因甲正在實施裝修工程,將該置物櫃放置於泳客目不及處,且甲並未設有任何錄影 監視設施,甲保管維護有疏失,應負損害賠償責任。甲則主張該置物櫃上標有:本置物櫃僅提供 置物之用,本店概不負保管之責。請問:乙向甲請求五十萬元損害賠償,有無理由?(20分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於法定寄託契約中,即民法 606 條、607 條之相
	關爭議瞭解之程度。除應先區辨個案中應適用之法條外,應知悉其規範上之
	差異。又,揭示免責條款之有效性,應爲另一重要考點。
答題關鍵	1.需先釐清當事人間有無意定或法定契約存在,又應適用 606 或 607 條之規定。
	2.探討契約責任上,應仔細論述定型化契約條款之效力。
	3.侵權責任亦並陳爲妥,然非重點,無須花太多篇幅討論。
參考資料	1.邱聰智,新訂債法各論中,頁 435 以下。
	2.黄立主編,民法債編各論下,頁 241 以下。

## 【擬答】

乙得否向甲請求五十萬元之損害賠償,分述如下:

## (一) 契約請求權

#### 1.意定寄託契約:

乙將其鑽戒存放於甲所提供之投幣式置物櫃,有無與甲成立一寄託或租賃契約,非無疑義。按一般社會 交易情形,該投幣式置物櫃之設置應可視爲甲對其客人所發出訂立契約之要約,若客人乙將其物至於該 置物櫃中並投入標示之金額,可認此該當於民法 161 條之意思實現,而使契約成立於甲乙間。

惟該契約之屬性爲何,尙應視契約當事人之真意而定,甲於置物櫃上標明之「僅供置物之用,不負保管責任」,究爲甲欲訂立租賃契約之表明或僅係屬寄託契約中之定型化免責約款,似有探究之必要。

然依照一般交易習慣及實務判解(最高法院 89 年台上字 1460 號判決參照),應將此類契約解釋爲寄託契約,而其上之揭示免責條款爲一定型化契約條款。該條款訂入契約已無疑義,則應進一步討論條款之效力。

## 93 年高點民間公證人•高分詳解

該定型化契約條款,因免除寄託人一方之義務,該當消保法施行細則 14 條第 2、4 款之情形,即構成本法 12 條第 1 款「違反平等互惠原則」而被推定爲顯失公平者,或依民法 247 條之 1 第 1 款,而屬無效。

準此,本件中,甲將置物櫃放置於泳客目不及處,且未裝有任何監視設施,保管維護上確有過失,未盡 寄託人之保管責任,乙自得依向甲請求寄託物滅失之損害賠償。

#### 2.法定寄託契約:

乙至甲所經營之溫水游泳池游泳,游泳池已被學界通說肯認爲民法 607 條之「其他相類場所」,故甲就乙所攜帶之通常物品,應負通常事變責任。

惟本件中,乙所遺失者係市價五十萬元之鑽戒一只,而場所主人甲對於貴重物品依民法 608 條 1 項之規定, 僅就乙報明物之性質並交付保管後,始需負保管之責。

本件中,乙雖未將鑽戒之性質報明,然該貴重物品之滅失係因主人之過失所致,依民法 608 條第 2 項後段之規定,甲仍需負保管責任,而對乙賠償其鑽戒滅失所生之損害。

#### (二)侵權請求權

乙亦得依民法 184 條 1 項前段,向甲請求五十萬元之損害賠償。

甲將置物櫃放置於乙目不及處等行爲有過失,且與乙之鑽戒滅失所生之損害間具備相當因果關係,乙自得援 依本條向甲請求損害賠償。

## 三、請回答下列問題:(20分)

- (一)甲被乙駕車撞傷,隨即昏迷,因腦神經毀敗,成為植物人,其損害賠償請求權之時效,應自何時 起算?
- (二)甲因受乙之要脅對其家人不利,而將房屋興建工程交由乙承攬。甲不欲履行契約,有無依據?

	第一小題在測驗考生對民法 197 條消滅時效起算點之瞭解。而第二小題 在測驗脅迫訂約之表意人如何救濟之問題。此二小題皆爲簡單觀念題,若仔細 鋪陳,應有獲致高分之機會。
答題關鍵	1.民法 197 條採時效雙軌制度,應就主觀與客觀之時效起算期間分別 討論。 2.關於脅迫締約之情形,應提及民法 92 條之撤銷權與 198 條之債權廢止請求權。
	1.王澤鑑,民法總則,2002 元月版,第 568 頁以下。 2.王澤鑑,民法總則在實務上之最新發展(四)。

#### 【擬答】

(一)甲被乙駕車撞傷,則甲對乙得依民法 184 條一項前段請求損害賠償,合先敘明。

侵權行爲所生之損害賠償請求權之消滅時效,規定於民法 197 條。民法 197 條採雙軌時效體系,即有兩年之時效期間與十年之最長期間(絕對期間),惟其時效之起算起點不同,概述如下:

#### 1.兩年之時效期間:

其起算點,係採主觀之判斷標準,即自請求權人之有損害及損害賠償義務人起算。

本件中,請求權人甲已成植物人,無法知悉賠償義務人爲何,而未達於可行使侵權行爲損害賠償請求權,故兩年時效應於其清醒後知悉上述情形時起算。

## 2.十年之時效期間:

此乃本條之最長時效期間,起算點採客觀主義,自侵權行爲時起,逾十年爲行使者,其請求權消滅。從而,若甲於侵權行爲發生時起十年內,未行使該請求權,則該請求權即會罹於時效。

- (二)甲因受乙脅迫與乙締結承攬契約,甲若不欲履行契約,可依下途救濟之:
  - 1.甲得依民法 92 條 1 項,向乙撤銷承攬契約。

蓋表意人甲係因相對人乙之脅迫而爲締約之意思表示,甲得於民法 93 條之除斥期間內,向乙撤銷該締約之 意思表示,即該意思表示(法律行爲)依民法 114 條 1 項之規定,視爲自始無效。

從而,甲若僅撤銷債權契約,則其已爲之給付,可依民法 179 條請求返還;若其依共同瑕疵理論,將債權 與物權行爲一同撤銷,則其應依民法 767 條請求返還。

2.甲得依民法 184 條第 1 項前段、後段或第 2 項之規定,請求損害賠償。

乙對甲脅迫,即屬故意不法侵害他人之意思自由權,或以備於善良風俗之方法加損害於他人、違背民法 92 條之保護他人之法律,分別該當民法 184 第 1 項前段、後段,及第二項之規定。

而損害賠償之方法,依民法 213 條第 1 項之規定,以回復原狀爲原則,於本件中,即爲廢止該因侵害甲之 自由意思所生之債權。

3.甲得依民法 198 條,拒絕履行契約。

若甲之侵權行爲損害賠償請求權已罹於消滅時效,或撤銷權已經過除斥期間,其仍可援依民法 198 條之債權廢止請求權,拒絕履行對甲之契約義務。

四、甲、乙共有土地一筆。甲死亡時,繼承人有無不明,而由親屬會議選定丙為遺產管理人,試問乙 得否對丙訴請分割該共有之土地? (20分)

命題意旨 本題在考共有物之分割方法,此為物權編向來熱門考點之一。

參考資料 高點厚本講義物權編第七十八頁

#### 【擬答】

- (一)按分割共有物係對於物之權利有所變動,性質上屬處分行爲之一種,依民法第七百五十九條規定,自非先經繼承登記,不得爲之。因此不動產之共有人中有人死亡時於其繼承人尚未爲繼承登記前,尚不得分割共有物。惟爲求訴訟經濟起見,實務上允許原告就請求『繼承登記』及『分割共有物』之訴合併提起,即以一訴請求該死亡之共有人之繼承人辦理繼承登記並請求該繼承人於辦理繼承登記後,與原告及其餘共有人分割共有之不動產。
- (二)然而於本例中,甲死亡時其繼承人有無不明,而由親屬會議選定丙爲遺產管理人,遺產管理人之職務依民法第一千一百七十九條規定觀之,主要係編製遺產清冊、爲保存遺產必要之處置、對繼承債權人及受遺贈人爲公告通知、其後清償債權或交付遺贈物、如嗣後有繼承人承認繼承,遺產管理人即應爲遺產之移交;如公告期限屆滿,尙無繼承人承認繼承時,其遺產於清償債權並交付遺贈物後,如有賸餘,遺產管理人應將剩餘之財產移交於國庫。然共有人乙得否對丙訴請分割該共有之土地,理論上分割共有物之訴,應以其他公同共有人全體爲被告,其訴訟之性質爲固有必要共同訴訟、且爲形成之訴。此時,遺產管理人是否具有分割共有物之訴之當事人適格?法條並無明文規定,然依目前之實務見解認爲,在共有人死亡而其繼承人有無不明,依法選定遺產管理人之情形下,遺產管理人亦得成爲分割共有物之當事人,以利其他共有人分割該共有物。因此本例中,乙即得以遺產管理人丙爲被告提起分割共有物之訴。相關實務見解:

1.最高法院 68 年度第 13 次民事庭庭推總會議決議

2.最高法院 70 年度第 2 次民事庭會議決定 69 年台上字第 1012 號判例

五、甲男乙女為夫妻,甲因犯殺人未遂罪逃亡在外。五年後,甲返家時,發現乙於甲逃亡期間生有一子丁,已滿三歲。試問甲或乙可否訴請法院判決離婚?又如甲乙兩願離婚,甲乙離婚後,乙與丁之生父丙結婚,則丙、丁間有何親屬關係?(20分)

本題之案例事實並不複雜,考生只要能釐清爭點,獲取高分應非難事。

命題意旨

1.判決離婚之要件及限制

2.客觀上顯非自夫受胎者,是否仍應適用婚生推定之規定?

參考資料 |高點學說精要民法(親屬、繼承) p4-12~p4-13

## 【擬答】

(一)甲或乙可否訴請法院判決離婚?此時應視甲或乙是否具有民法第一千零五十二條第一項各款之法定原因而 定:

對乙而言:依民法第一千零五十二條第一項之規定觀之,夫妻之一方,有左列情形之一者,他方得向法院請求離婚:第十款:「被處三年以上徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者。」依實務相關見解認為,所謂不名譽之罪,係指依社會上一般觀念,皆認為不名譽之罪而言。至所謂「社會上一般觀念皆認為不名譽」,非以犯罪種類為唯一論據,尚應斟酌當事人之身分、地位、教育程度等主觀情事及其犯罪環境實況,依社會上一般觀念而為體察。夫妻之一方有此犯罪行為,須足致他方不能忍受續為婚姻上之共同生活者為限。申言之,即配偶之一方,因其犯罪行為,應負破壞婚姻之嚴重責任,致不能期待回復與婚姻本質相容之共同生活者,他方始得據以請求離婚。現案例中,甲夫因犯殺人未遂罪逃亡在外,應足認已構成該款判決離婚之請求事由。然而同法第一千零五十四條規定,對於第一千零五十二條第六款及第十款之情事,有請求權之一方,自知悉後已逾一年,或自其情事發生後已逾五年者,不得請求離婚。因此乙於甲逃亡五年後始請求法院判決離婚,其請求權已因第一千零五十四條之規定而受限制,故乙已不得請求法院判決離婚。

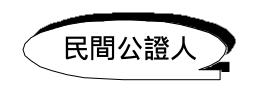
對甲而言:依民法第一千零五十二條第一項第二款之規定觀之:「與人通姦者。」由此可知通姦亦爲判決離婚之請求事由之一,本案中,甲夫因犯殺人未遂罪逃亡在外,五年後始返家,此時發現乙生有一子丁已滿三歲,然甲於逃亡之五年間與乙並未有同居之事實,以此觀之認定乙有通姦之情事應無疑義,是以甲可據以訴請法院判決離婚。

- (二)如甲乙兩願離婚後,乙與丁之生父丙結婚,此時丙丁間之親屬關係為何,應以丁子是否依民法第一千零六十三條第一項之規定,推定為甲男與乙女之婚生子女而有所不同。本例中,丁子係於甲於逃亡在外之期間內所生,在此期間甲乙並無同居之事實,此時,客觀上妻顯非自夫受胎者,妻所生之子女是否仍受婚生子女之推定,學說上尚有爭議,試分述如下:
  - 1.以通說及實務之見解認為:丁子既為甲男與乙女婚姻關係存續中受胎所生,且甲男與乙女均未提起否認子女之訴,是縱甲男在乙女受胎期間,並無與乙女同居之事實,依民法第一千零六十三條及本院七十五年台上字第二〇七一號判例旨趣,丁子仍應受推定為甲男與乙女之婚生子女,在夫妻之一方依同條第二項規定提起否認之訴,得有勝訴之確定判決前,無論何人皆不得為反對之主張。此時丁子既被推定為甲之婚生子女,丙丁之間即無法成立法律上之親子關係,丙丁間因乙丙之婚姻僅為一親等之直系姻親。
  - 2.然亦有學者認為:妻由夫以外之人受胎之情形,雖屬罕有,但並非全無。故於妻可能由夫以外之人受胎之情形,婚生推定與否認之訴之規定,始有意義。倘在客觀上,妻顯然不可能由夫受胎者,如仍適用婚生之推定,即無意義可言,反之,如不適用婚生之推定,不但可以除去因否認之訴之要件過於嚴格所引起之弊害,更可減少法律學上父子關係與生物學上父子關係不一致之現象。次按出生之子女,如登記為夫之婚生

子女,而夫否認之者,即應以否認之訴予以除去。反之,倘係登記爲他人之婚生子女,無提起否認之訴之必要。於此情形,如仍推定爲夫之子女,即係強以他人之子女爲夫之子女,實足以破壞夫家庭之圓滿和諧。就子女及其親生父親而言,即係強使骨肉分離,應非法律規範推定爲婚生子女之本意。如依此見解,則丁子既不被推定爲甲之婚生子女,此時乙女與丁之生父丙結婚,依民法第一千零六十四條之規定觀之,「非婚生子女,其生父與生母結婚者,視爲婚生子女。」此時丁子即因準正之規定而視爲丙之婚生子女。

相關實務見解: (1)80 台上 1824 判決

最高法院 83 年度第 6 次民事庭會議



## 《民法》

一、甲僱用乙駕駛遊覽車,因乙超速撞傷行人丙,乘客丁、戊亦受傷。問丙、丁、戊得向何人為何種請求?(25分)

命題意旨	主要在測驗考生對於契約請求權及侵權行為損害賠償請求權的理解。
答題關鍵	1.民法第一百八十八條的連帶責任。 2.民法第六百五十四條及第二百二十四條的結合。
參考資料	1.魏律師《民法債編總論》, 頁 2-128~134、2-152~153, 高點出版。 2.魏律師《民法債編各論》, 頁 2-146~156, 高點出版。

## 【擬答】

#### (一)丙向乙可能主張的請求權基礎?

乙因超速撞傷行人丙,係因過失行為不法侵害他人之身體權或健康權,致他人受損害,依民法第一百八十四條第一項前段規定,應負損害賠償責任。

另外,乙超速係違反道路交通管理處罰條例,而該條例係為保護他人之法律,因此依民法第一百八十四條第二項規定, 乙應負損害賠償責任。

又依民法第一百九十一條之二主文的規定,汽車機車或其他非依軌道行駛之動力車輛,在使用中加損害於他人者,駕駛 人應賠償因此所生之損害。如今,乙超速行駛,顯然應依該規定負損害賠償責任。

損害賠償的範圍,依民法第一百九十三條第一項,包括喪失或減少勞動能力,增加生活上需要之損害賠償,另外依民法 第一百九十五條第一項規定,包括精神上損害賠償(慰撫金)。

#### (二)丙向甲可能主張的請求權基礎?

依民法第一百八十八條第一項規定,甲為僱用人,且受僱人乙係在執行職務時,不法侵害他人之權利,因此除非甲能舉 證證明其於選任受僱人及監督其職務之執行,已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害時,否則甲應與乙 連帶負損害賠償責任。

## (三)丁戊向乙可能主張的請求權基礎?

乙因超速使乘客受傷,係因過失行為不法侵害他人之身體權或健康權,致他人受損害,依民法第一百八十四條第一項前段規定,應負損害賠償責任。

另外,乙超速係違反道路交通管理處罰條例,而該條例係為保護他人之法律,因此依民法第一百八十四條第二項規定, 乙應負損害賠償責任。

又依民法第一百九十一條之二主文的規定,汽車機車或其他非依軌道行駛之動力車輛,在使用中加損害於他人者,駕駛人應賠償因此所生之損害。如今,乙超速行駛,顯然應依該規定負損害賠償責任。

損害賠償的範圍,依民法第一百九十三條第一項,包括喪失或減少勞動能力,增加生活上需要之損害賠償,另外依民法 第一百九十五條第一項規定,包括精神上損害賠償(慰撫金)。

#### (四)丁戊向甲可能主張的請求權基礎

甲和丁戊之間有旅客運送契約,而旅客運送契約在不完全給付部分有特別規定,不應適用民法第二百二十七條。依民法第六百五十四條第一項前段規定,旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害應負責任。但因旅客之過失,或其傷害係因不可抗力所致者,不在此限。由此可知,甲該運送人應負通常事變責任。如今乙有過失,依民法第二百二十四條規定,乙為甲的使用人,所以甲亦有過失,當然應依第六百五十四條第一項規定,負起損害賠償責任。

又其損害賠償的範圍,依民法第二百二十七條之一規定,與第一百九十三條及第一百九十五條同。

另外,依民法第一百八十八條第一項規定,甲為僱用人,且受僱人乙係在執行職務時,不法侵害他人之權利,因此除非 甲能舉證證明其於選任受僱人及監督其職務之執行,已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害時,否則甲 應與乙連帶負損害賠償責任。

目前通說對於請求權競合採請求權自由競合說,換言之,丁戊得擇一行使。

二、某餐廳位於盛產名貴水蜜桃之風景區,該餐廳店主甲,在每一餐桌上置一籃水蜜桃,並立有標牌「特價二百



元」。旅客乙點 A 餐一份(包括湯、主菜、甜點、飲料)計三百八十元,乙用畢後並食用水蜜桃,付帳時拒另付水蜜桃二百元,因其主張係 A 餐甜點之一。問甲對乙得為何種請求?(25分)

命題意旨	1.測驗同學對於意思實現之理解
	2.測驗同學對於不當得利與侵權行為之理解
答題關鍵	1.同學於答題時,應注意清楚說明契約合致之過程與意思實現於契約合致過程中之定位
	2.同學於答題時,應注意意思實現是否以當事人有法效意思為要件
參考資料	1.魏律師《民法債編總論》, 頁 4-7~11 , 高點出版。
	2.魏律師《民法債編各論》, 頁 1-5~8, 高點出版。
參考文獻	王澤鑑老師《民法債篇總論》第一冊,頁 141。

## 【擬答】

- 一、甲可否依民法三百六十七條向乙主張給付水蜜桃之價金二百元?
  - (一)甲乙間有無就水蜜桃成立買賣契約?
    - 1.甲之出賣要約:甲將水蜜桃標價且陳列,則依民法一百五十四條二項,視為要約。
    - 2.乙之買受承諾:
      - (1)乙並無買受之承諾
      - (2)乙誤以為水蜜桃為甜點而食用之,其食用行為是否構成意思實現(民法一百六十一條)?
        - A.意思實現乃特殊類型之承諾,蓋一般承諾乃需到達相對人之意思表示,故需內心之法效意思與外部之表示行為,且其表示尚須到達相對人方生效。而意思實現無須外部之表示行為,其只要依習慣或事件之性質,其承諾無須通知,而可認為有承諾之事實者,即可成立契約,合先敘明。(民法一百六十一條參照)
        - B.意思實現雖不以表示行為為必要,然是否以當事人法效意思存在為要件,則有爭論:
    - (A)否定說:意思實現只須有客觀之可認為承諾之事實存在即可,而無須當事人之法效意思。(孫森焱老師 民法債篇總論第十七頁)
    - (B)肯定說:意思實現乃無表示行為之承諾,然仍應具法效意思,蓋當事人若無法效意思而強使其契約成立,有違私 法自治原則。(王澤鑑老師 民法債篇總論第一冊 第一百四十六頁)
    - (C)小結:學生認為應採肯定說,今乙並無另行購買水蜜桃之法效意思,故乙之食用行為不構成意思實現。 故甲乙間無意思表示合致,不成立買賣契約。
- 二、甲可否向乙主張不當得利請求返還食用水蜜桃之利益?
  - (一)乙無法律上原因而受有利益,致甲受損害。故甲本可對主張不當得利請求返還所受之利益。
  - (二)然該水蜜桃既已食用而消滅,且乙誤以為水蜜桃為甜點,則乙可否主張其為善意不當得利受領人,且所受利益已不存在,而依民法一百八十二條一項免責?通說認為,判斷是否所受利益不存在應採整體觀點,即由受領人之全體財產認定之,且在消費他人之物之場合,認為除非該物消費乃日常食用之習慣,否則為避免善意不當得利受領人之受過度影響,應認為既已食用,則應認為利益已不存在而免責。今水蜜桃之食用應屬一般人可能之餐點,故不得主張其所受利益不存在而免責。
  - (三)甲可否向乙主張民法一百八十四條一項前段請求損害賠償?
    - 1.客觀要件:乙因食用甲之水蜜桃,乃構成對於甲之水蜜桃之所有權之不法侵害。
    - 2.主觀要件:然乙已乃誤以為水蜜桃為甜點而食用之,則乙乃誤以為水蜜桃乃乙買得之物,故乙並無侵害他人所有權之故意。然乙未注意其餐點之內容,則應認為其有過失,故主要要件具備。
  - (四)結論:甲可依不當得利請求乙返還水蜜桃之價額,亦可依侵權行為向乙請求賠償相當於水蜜桃市價之損害。兩請求權稅 權構成請求權競合。
- 三、甲以其所有之 A 屋設定抵押權予 B 銀行,以向 B 借款。甲又以 A 屋為標的物向 C 保險公司投保火災保險,指定甲為被保險人。今因鄰人乙之過失,致 A 屋失火滅失。如甲之借款屆期未清償,問 B 得向何人為何種請求?(25 分)

命題意旨	主要在考保險金是否為抵押權物上代位之標的問題。
答題關鍵	1.民法第八百八十一條是否包括賠償金,學說有哪些看法。 2.抵押權人是否還可以主張侵權行為損害賠償請求權。
參考資料	1. 黃律師《民法物權編》, 頁 34、6-48~49, 高點出版。



#### 【擬答】

- (一)抵押權因標的物事實上滅失而消滅,民法第八百八十一條前段定有明文,抵押權,因抵押物滅失而消滅。惟抵押物滅失所得受之賠償金,則為抵押之代位物,蓋抵押權係以支付抵押物之交換價值物作為債權受擔保之物權,故抵押物滅失,如有交換價值存在,則應仍屬抵押權所支配之客體,而仍具有同一性。故有抵押權代位性之規定(民法八百八十一條)。惟應注意者,代位物應為賠償金之性質,本題甲以其房屋投保,並以自己為被保險人,則保險事故發生後保險人給付之保險金是否為賠償金之性質則有爭議。然通說乃認為保險金既為抵押物滅失時,所有人得取得之一種給付,且在價值上復為抵押物之替代,又本條於賠償金亦未設有限制,則所有人依契約所得請求之賠償金,應得認為均屬本條賠償金之範圍。綜上所述,甲得向保險人請求之保險金仍為抵押權之效力支配所及,B得對之行使民法第八百八十一條的權利。
- (二)乙因過失行為侵害甲之所有權,致造成甲的損害,為侵權行為,甲得向乙主張民法第一百八十四條第一項前段侵權行為 損害賠償的規定。該筆損害賠償當然為民法第八百八十一條但書所指的賠償金,所以 B 得對之主張優先受償。
- (三)B 的抵押權因為乙的過失行為而滅失,B 可否主張民法第一百八十四條第一項前段規定的損害賠償。關於此點,有學說以為,既然符合請求權基礎的要件,當然應採肯定見解;然另有學者以為,因為已有民法第八百八十一條規定救濟 B 的權利,所以應採否定看法。本文以為,為避免法律關係過於複雜,應採否定說為是,換言之,B 不可再向乙主張侵權行為損害賠償請求權。
- 四、A 為甲男乙女之非婚生子女。嗣甲與丙女結婚,並認領 A,問 A之親權行使及義務,由何人行之?親權如有 濫用,由何人糾正之?(25分)

命題意旨	對於準婚生子女,應由何人行使親權?親權濫用時,應由何人糾正。
答題關鍵	1.民法第一千零六十五條及第一千零六十九條之一的規定及解釋。 2.民法第一千零九十條的「其」字,學說見解有哪些。
參考資料	1.許律師《民法(親屬、繼承)》, 頁 4-27~31、4-115~118,高點出版。

#### 【擬答】

#### (一)行使親權之人

1.A 和甲的關係

A 原為甲的非婚生子女,兩者之間無法律上親子關係,但是現在甲已認領 A, 依民法第一千零六十五條第一項前段規定, 非婚生子女經生父認領者, 視為婚生子女。換言之, 現在 A 為甲的準婚生子女, 兩者間有法律上親子關係。

2.A 和乙的關係

A 雖然為乙的非婚生子女,但是依民法第一千零六十五條第二項規定,非婚生子女與其生母之關係視為婚生子女,無須認領,其立法目的是因為卵與子宮為一體之故。換言之,A 為乙的準婚生子女,兩者間有法律上親子關係。

3.A 和丙的關係

A 和丙之間無血統上的聯絡,而民法第一千零六十四條之準正亦係指生母(有血統聯絡之母)與生父結婚,所以甲和丙結婚並不會使 A 和丙之間成為準婚生子女。依民法第九百六十九條及第九百七十條規定,A 和丙間為一親等直系姻親,兩者間並無法律上親子關係。

現在 A 為甲和乙之準婚生子女,此時應由何人行使親權,依民法第一千零六十九條之一的規定,非婚生子女經認領者,關於未成年子女權利義務之行使或負擔,準用第一千零五十五條、第一千零五十五條之一及第一千零五十五條之二之規定。

又民法第一千零五十五條第一項至第三項規定,夫妻離婚者,對於未成年子女權利義務之行使或負擔,依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者,法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。協議不利於子女者,法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者,他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人得為子女之利益,請求法院改定之。

綜上所述,對於A親權的行使,原則上應由甲和乙協議,例外時由法院裁判加以決定。

#### (二)親權濫用時,其糾正之人

民法第一千零九十條規定,父母濫用其對於子女之權利時,其最近尊親屬或親屬會議,得糾正之。糾正無效時,得請求 法院宣告停止其權利之全部或一部。

然而有問題的是,其最近尊親屬或親屬會議的「其」,究竟指誰?關於此,學說素有爭議。

1.甲說:父母。 2.乙說:子女。

3.丙說:父母的最近尊親屬,子女的親屬會議。

實務見解曾經對最近尊親屬部分做出解釋,釋字第一七一號解釋,民法第一千零九十條:「父母濫用其對於子女之權利時

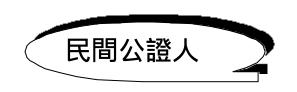


高點律師司法官班 http://www.license.com.tw 北市開封街一段 2 號 7 樓 02-23115586(代表號) 其最近尊親屬或親屬會議,得糾正之。糾正無效時,得請求法院宣告停止其權利之全部或一部」之規定,所稱其最近尊 親屬之「其」字,係指父母本身而言,本院院字第一三九八號解釋,應予維持。

本文以為,依文義解釋,該其字係指同一人,因此丙說逾越文義,不可採。另外,為了貫徹糾正行使親權人的立法目的,該「其」字應解釋為父母,如此才可以達到糾正的目的,畢竟父母的最近尊親屬及親屬會議對於父母有一定威嚴的存在。 綜上所述,應採甲說為是。

在本題中,糾正之人應為甲或乙的最近尊親屬或親屬會議。





## 《民法》

一、債務人甲為免其財產為債權人乙聲請法院強制執行,與第三人丙通謀,將其僅有房屋壹間設定抵押權,以為 擔保丙對丁之虛偽債務。請問債權人乙應如何主張權利?(25分)

命題意旨	通謀虛偽意思表示無效、債權人之代位權。
答題關鍵	債務人為免其不動產遭債權人聲請強制執行,而將之設定抵押權與通謀虛偽之相對人時,債權人得依民法第
	二四二條與第一八四條第一項後段規定,請求該相對人塗銷抵押權之登記。
擬峇蟲示	1.參考:鄭律師,民法總則,頁 3-77~3-81,高點出版。
	2.參考:法學概念判解精選,民法總則編,頁 53、54,高點出版。
	3.參考:高點律師司法官班「民法總則」講義,頁 176。
	4.參考:王澤鑑,民法總則,2001 年 2 月版,頁 390~391。

## 【擬答】

- (一)民法第八十七條第一項規定:『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。但不得以其無效,對抗善意 第三人。』本例中債務人甲為免其財產為債權人乙聲請法院強制執行,乃與第三人丙通謀,將其房屋壹間設定抵押權, 以為擔保丙對丁之虛偽債務,乃通謀虛偽為設定抵押權之行為,該抵押權之設定,無效。
- (二)甲丙間之設定抵押權行為既為無效,惟該房屋上仍有抵押權之登記外觀,甲本得依民法第七百六十七條中段規定,行使 所有權人之物上請求權,請求丙塗銷該抵押權之登記,亦得依民法第一百七十九條規定,以丙無法律上原因受有登記外 觀之利益,請求塗銷抵押權之登記。
- (三)惟甲若怠於行使其權利,債權人乙因保全債權,得以自己之名義,依民法第二百四十二條規定,代位行使甲對丙之權利。
- (四)此外,依最高法院七十三年台抗字第四七二號判例與六十七年度第五次民事庭庭推總會決議,乙亦得依侵權行為之法則 (即民法第一百八十四條第一項後段)之規定,請求通謀虛偽意思表示之相對人丙塗銷抵押權之登記,此項權利與前述之代 位權,乙得選擇行使之,惟依最高法院六十九年度第七次民事庭會議決議,債務人甲非共同侵權行為人,債權人乙本於 侵權行為訴請塗銷登記時,僅得對該第三人丙為之。
- 二、甲車被乙車超速撞毀,請問甲車依我國民法規定,得如何請求損害賠償?又「代回復原狀」與「替補賠償」 有何不同?請併同釋明之。(25 分)

命題意旨	侵權行為之請求權基礎、物之毀損之賠償方法
一个组网班	本題前半部係測驗侵權行為之請求權基礎,並不困難,後半部涉及物毀損時之賠償方法,宜分就第二一三條
	回復原狀與第一九六條金錢賠償之賠償內容有何不同與其間之關係為何作答。
擬答鑑示	1.參考:高點律師司法官班「民法債總」講義,頁 137~146、166~168、222~224。
	2.參考:王澤鑑,不法侵害他人之物之損害賠償方法,民法學說與判例研究第三冊,1996 年 10 月版,頁 235
	以下。

#### 【擬答】

- (一)甲車被乙車超速撞毀,甲就其車被撞毀之損害,得主張:
  - 1.民法第一百八十四條第一項前段,以乙因故意過失侵害甲之財產權為由,請求乙損害賠償。
  - 2.若乙係故意以違背善良風俗之方法超速撞毀甲車,甲亦得依民法第一百八十四條第一項後段請求乙損害賠償。
  - 3.民法第一百八十四條第二項規定,以乙違反道路交通管理條例之規定致生損害於甲,請求賠償。
  - 4.民法第一百九十一條之二規定:『汽車、機車或其他非依軌道型駛之動力車輛,在使用中加損害於他人者,駕駛人應賠 償因此所生之損害。但於防止損害之發生,已盡相當之注意者,不在此限。』本條係採『推定過失責任』之立法,可避 免受害人因無法舉證加害人就其侵權行為有故意過失時無法受償之不利益。
- (二)『代回復原狀』與『替補賠償』之區別,涉及損害賠償之方法,茲分述如下:
  - 1.所謂『代回復原狀』,係指民法第二百十三條第三項規定:『第一項情形,債權人得請求支付回復原狀所必要之費用,以 代回復原狀。』換言之,債權人甲就其車被乙撞毀所生之損害,得請求乙回復原狀,以保護『物之完整利益』,惟回復 原狀若必由債務人為之,對被害人有時可能緩不濟急,或不能符合被害人之意願,故債編修正時增列第二百十三條第三 項,允許債權人甲得直接請求債務人乙支付回復原狀之費用,以代回復原狀,因此,此之所謂『代回復原狀』,係指回

復原狀時所需之費用。

- 2.所謂『替補賠償』,係指民法第一百九十六條規定:『不法毀損他人之物者,被害人得請求賠償其物因毀損所減少之價額。』 換言之,於物之毀損所造成之損害,債權人除得依請求回復原狀或回復原狀所需之費用外,亦得『選擇』直接請求債務 人賠償物因毀損所減少之價額,以保護「物之交換利益」。此處所謂『物因毀損所減少之價額』與『回復原狀之費用』 不一定相同蓋物之交換價值有時並非回復原狀之費用所能涵蓋,故學界通說係直接採『客觀市價之差額說』,以毀損前 後該物於客觀市價上之差額為賠償之價額。就此點而言,最高法院七十七年度第九次民事庭會議決議主張:『依民法第 一百九十六條請求賠償物被毀損所減少之價額,得以修復費用為估定之標準,但以必要者為限。被害人如能證明其物因 毀損所減少之價額,超過必要之修復費用時,就其差額,仍得請求賠償。』似有未洽。
- 3.綜上所述,甲就其車毀損所造成之損害,除得依民法第二百十三條第三項規定,請求乙支付回復原狀所必須之費用,以 代回復原狀外,亦得選擇依民法第一百九十六條規定,直接請求物因毀損所造成客觀市價滑落之差額,以為替補賠償。
- 三、某甲營造公司於民國八十四年承攬某乙建設公司房屋壹棟,乙公司為取得丙銀行之抵押借款,要求甲公司出 具法定抵押權抛棄書,民國八十六年甲公司完成全部建築,乙公司即以該房屋壹棟連同基地為抵押物向丙銀 行設定抵押權登記貸得二千萬元,乙公司尚欠甲公司承攬報酬一千萬元。試問:
  - (一)甲公司抛棄法定抵押權之效力?(10分)
  - (二)甲公司得否向乙公司行使法定抵押權?(15分)

命題意旨	法定抵押權之拋棄與行使。
答題關鍵	本題之爭點不多,主要有二:
	1.法定抵押權之拋棄是否需以登記方式為之?最高法院採肯定見解,故僅出具『法定抵押權拋棄書』而未為登
	記者,其抛棄不生效力;
	2.實施未經登記之法定抵押權是否需先登記方得為之,學說與實務均採否定說。
	1.參考:張台大老師 90 年律師考前總整理,補充講義『專題四:民法第五一三條 - 承攬人之強制性意定抵押
	權』(完全命中!!)
擬合蟲示   	2.參考:謝在全,承攬人抵押權之研究,月旦法學雜誌第 69 期,2001.2,頁 122~133。
	3.參考:謝在全,民法物權論下冊,頁 128 至 138。
	4.參考:黃律師,民法物權編,頁 6-87~6-89,高點出版。
	5.參考:鄭律師,民法債編各論,頁 8-20~8-26,高點出版。

## 【擬答】

- (一)某甲營造公司於民國(以下同)八十四年承攬乙建設公司房屋一棟,係於債編修正前成立之承攬契約,應依債編修正前之規 定論斷其效力,合先敘明。
  - 1.某甲營造公司承攬乙建設公司房屋一棟,依修正前民法第五百十三條規定,承攬人甲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。此處之抵押權學說上稱之為『法定抵押權』,蓋此費用性擔保物權不待當事人為抵押權之登記即依法律之規定而發生。
  - 2.今乙公司為取得丙銀行之抵押借款,要求甲公司出具『法定抵押權拋棄書』,此拋棄法定抵押權是否發生拋棄之效力, 容有疑問。蓋乙公司僅出具拋棄法定抵押權之書面聲明,並未為抵押權之塗消登記,最高法院八十六年台上字三四四三 號判決以為,法定抵押權係基於法律規定而發生,故不待登記即生效力,但法定抵押權之拋棄,乃屬處分,依民法第七 百五十九條規定,需經登記後,方得為之。
  - 3.最高法院此項見解對於金融機關受信於定作人之實務作業將有重大影響,蓋定作人向金融機構貸款,而以新建之建築物設定抵押權為擔保時,金融機構恆要求定作人使承攬人出具拋棄法定抵押權之聲明書或切結書,並以此為已足。是若因此怠於以登記方式為之,依上述實務見解將無從發生拋棄之效力。今乙建設公司僅要求甲營造公司出具『法定抵押權拋棄書』,並未為拋棄之登記,甲公司拋棄法定抵押權,不生效力。
- (二)1.甲公司抛棄法定抵押權既不生抛棄之效力,則甲就其依承攬關係所生之債權,對於承攬之工作所附之定作人之不動產,即有法定抵押權。然而甲之法定抵押權並未登記,其實行該未經登記之法定抵押權,是否需先為登記方得為之?學說與實務採否定說,該抵押權人實行抵押權,係『拍賣抵押物所有權』,而非『拍賣抵押權』,故非抵押權之處分,自無民法第七百五十九條規定之適用,不以先經登記為必要。
  - 2.因此,承攬人甲公司之法定抵押權於符合成立與實行要件後,無需先為登記即可聲請為許可抵押物之裁定,且據該裁定 聲請強制執行,拍賣抵押物。綜上所述,甲公司對乙公司有報酬債權一千萬元,若乙公司屆期拒不清償,甲公司得依民 法第五百十三條規定,行使其法定抵押權,就該建築物拍賣所得之價金優先受償,且實行抵押權並不需先為登記即可為 之。

## 四、何謂「公證遺囑」?何謂「代筆遺囑」?二者有何異同之處?(25分)

命題意旨	本題為單純之法條記憶、比較之題型,考生僅須就條文內容有了解即可。
1 次 铝 図 斑	1.公證遺囑之要件、方式;民法 1191 條之規定。 2.代筆遺囑之方式、要件;民法 1194 條之相關規定。
擬答鑑示	1.參考:二人合著;中國繼承法,頁 249~256,民國 83 年 14 版。 2.參考:許律師著,民法(親屬、繼承),頁 10-9~10-14,高點出版。 3 參考:法學概念判例精選,民法繼承編,頁 41~42,高點出版。

## 【擬答】

## (一)公證遺囑

稱公證遺囑者,乃遺囑人於公證人面前所作成之遺囑也;依民法§1191之規定,其須符合下述之法定方式:

- 1.必須指定二人以上之見證人。
- 2.須由遺囑人在公證人前口述遺囑要旨。
- 3.須由公證人筆記、宣讀、講解經遺囑人認可。
- 4.須記明年、月、日,由公證人、見證人及遺囑人同行簽名;遺囑人不能簽名者,由公證人將其事由記明,使遺囑人按指 印代之。

## (二)代筆遺囑

代筆遺囑者,乃指由見証人中之二人,為遺囑人代筆之遺囑之;依民法§1194之規定,須符合如下之法定方式:

- 1.須由遺囑人指定三人以上之見證人。
- 2.須由遺囑人口述遺囑之意旨,使見證人之一筆記、宣讀並講解,經遺囑人認可。
- 3.須由代筆人記明年、月、日及代筆人之簽名。
- 4.須由全體見證人及遺囑人一同簽名,不能簽名者應按指印代之。

## (三)兩者之異同點

#### 1.相同點:

- (1)皆屬法定普通遺囑之類型。
- (2)皆須由遺囑人,口述遺囑之要旨。
- (3)皆須遺囑人親自簽名或按指印代之。
- (4)皆須由見證人、遺囑人共同簽名。
- (5)遺囑內容皆須經筆記、宣讀、講解後由遺囑人認可之。

#### 2.相異點:

- (1)見證人之人數不同:前者見證人僅須二人以上即可,後者須三人以上。
- (2)遺囑上是否須公證人之簽名不同:前者必須由公證人簽名遺囑能生效;後者則毋庸由公證人簽名。
- (3)遺囑上是否須記明代筆人之姓名不同:前者非必須記明;後者則必須記明。