

《民法》

一、甲開車撞倒某乙，乙須住院治癒，被迫將其業務旅行之機票延後五天，結果乙所乘之飛機不幸墜毀。乙之遺孀丙認為，若乙未因受傷延期就不會墜機死亡，因此請求甲支付扶養費，試析其法律關係。(二十五分)

命題意旨	測驗同學對於侵權行為之『因果關係』之理解，以對於因果關係認定之學說之熟悉度。
答題關鍵	本題為標準之『假實例，真申論』之題型，同學應將答題重心放在因果關係。

【擬答】

丙可否依民法一百八十四條一項前段、一百九十二條二項向甲請求扶養費？

1. 在不法侵害他人致死之場合，被害人法定扶養權利人得依民法一百九十二條二項向加害人請求扶養費。是故，本題丙可否向甲請求扶養費，關鍵在於甲是否因故意過失而不法侵害丙之扶養義務人乙致死，合先敘明。
2. 而甲是否因過失不法侵害乙致死，關鍵在於甲之侵害行為與乙之死亡間有無因果關係，茲分析如下：
 - (1) 條件因果關係說：認為只要侵害行為乃乙死亡之不可想像其不存在之原因，則兩者間具有因果關係。若採此說，則本案中，乙之所以遲延五日搭上失事之班機，乃因甲撞傷乙而造成，故甲之撞傷乙乃乙死亡之不可想像其不存在之原因，故依條件說，兩者具因果關係。
 - (2) 相當因果關係說：認為除侵害行為與乙之死亡結果除須有條件因果關係外，尚應具備相當性。依通常情形，撞傷乙並不會導致乙之死亡結果，故兩者間並無相當性，自無因果關係。
 - (3) 法規目的說：認為侵害行為與乙之死亡間有無因果關係應依禁止甲之侵害行為之法規之規範目的而定。今侵權行為法禁止甲撞乙，其規範目的在於保護乙之人身安全，然而並未保護乙可免去乘坐飛機之失事風險，故依法規目的說，甲之撞傷行為與乙之失事死亡並無因果關係。
 - (4) 小結：學生認為應採法規目的說，故乙之死亡與甲之侵害行為並無因果關係，故甲並未不法致乙死亡，則丙自亦不得依民法一百九十二條二項請求甲賠償其扶養費。

二、乙向甲購買噴墨印表機，甲誤取雷射印表機交付，問甲在法律上應如何主張始能取回交付錯誤之雷射印表機？設乙已將雷射印表機轉賣於丙，則如何？試分別說明之。(二十五分)

命題意旨	本題主要在測驗同學對於錯誤之法律效果與當事人法律關係。
答題關鍵	本題為基本題型，並無其特殊實務或學說見解，同學應以基本概念鋪陳之。
參考資料	1. 魏律師《民法債編總論》，頁 2-61~63，高點出版。 2. 邱律師《民法總則》，頁 3-83~87，高點出版。
命中事實	《高點律師考場寶典》，頁 1-7，命中！

【擬答】

一、乙尚未將雷射印表機轉賣與丙之場合

(一) 甲可否依民法七百六十七條向乙請求返還雷射印表機之「占有」？

甲是否為雷射印表機之所有權人？

甲原為雷射印表機之所有權人，然甲誤將雷射印表機當作噴墨印表機而交付與乙，此時甲乙間之物權移轉之效力如何，以下分析之：

1. 甲雖有移轉該印表機之意思表示，然甲乃誤以為該印表機為雷射印表機而為物權讓與，故甲自己之物權讓與之意思表示有錯誤。且甲將雷射印表機誤為噴墨印表機，由於雷射印表機亦屬印表機之一種，故甲之錯誤並非標的物同一性之錯誤，而應屬於「標的物性質之錯誤」，「標的物性質之錯誤」本為動機錯誤之一種，並非意思表示內容之錯誤，然我國民法特別規定「標的物之性質之錯誤」且交易上認為重要者，「視為」意思表示內容之錯誤，先予說明。(民法八十八條二項參照)
2. 又甲之移轉印表機之意思表示既有錯誤，則依民法八十八條二項準用民法八十八條一項，甲倘若就該錯誤並無過失，得於除斥期間內(民法九十條參照)撤銷其錯誤之意思表示。經撤銷之意思表示視為自始無效(民法一百一十四條一項)，而可使甲乙之物權移轉溯及淪為不生效力。
3. 然該錯誤之意思表示僅係「得撤銷」而非「無效」，故在甲未依法行使撤銷權前，其意思表示仍為有效。(民法八十八條一項參照)
4. 小結：甲乙之關於該印表機之物權移轉仍為有效。故於甲未依法行使撤銷權前，甲既非該印表機之所有權人，自不得依民法七百六十七條請求返還印表機之占有。

(二) 甲可否依不當得利請求乙返還該印表機之「所有權」？

1. 乙受有利益：乙取得該印表機之所有權，故受有具體利益。



2.乙受有利益致甲受損害：甲之受損事實(喪失所有權)因乙之得利事實(取得所有權)乃基於同一原因事實(甲乙間之物權移轉)，故乙受利益致甲受損害。。

3.乙受有該利益無法律上之原因？

乙取得該印表機之所有權是否無法律上原因，其判斷關鍵在於甲乙間之買賣契約能否作為乙取得印表機所有權之原因。學生認為應採否定說，因為依題意，甲乙間之買賣契約乃種類之債(甲乙僅約定買賣噴墨印表機，而未特定某一部印表機)，而非特定物之債，故甲僅負有移轉「噴墨印表機」之機型之義務，而不負移轉「雷射印表機」或其他機型之義務。故該買賣契約並非使乙取得雷射印表機之法律上原因。

4.小結：甲可依民法一百七十九條向乙請求該雷射印表機之所有權之返還。

二、乙將該雷射印表機轉賣與丙之場合

(一)乙丙僅為買賣契約而未為物權移轉者之場合

若乙丙僅為買賣契約，則由於買賣契約僅發生乙丙間之債權債務關係，而與甲無關，故甲乙間之法律關係與未轉賣之場合相同。

(二)乙丙為買賣契約並為物權移轉之場合

1.若甲並未依法撤銷甲之意思表示

(1)甲可否依民法七百六十七條向丙請求該印表機之占有？

甲若未撤銷其意思表示，則其意思表示僅係得撤銷，而仍有效。故乙取得該印表機之所有權。而由於乙為該印表機之所有權人，故乙丙之物權移轉乃有權處分而有效，故丙繼受取得該印表機之所有權，甲既非所有權人，不得依民法七百六十七條請求丙返還該物之占有。

(2)甲可否依民法一百七十九條向丙請求返還該印表所有權？

丙之取得該物所有權，乃基於乙丙間之有權處分，故丙之得利事實與甲之受損事實並非同一原因事實，故丙之受利並未致甲受損害，故甲自不得依民法一百七十九條請求丙返還所有權。

(3)甲可依民法一百七十九條，向乙請求返還乙出賣印表機之價金

甲本可依民法一百七十九條向乙請求該印表機所有權之返還。然今印表機之所有權已移轉於他人，則此時原物返還不能，應返還其價額(民法一百七十九條)，故乙應返還該印表機之價額。

2.甲依法撤銷甲之意思表示

甲可否依民法七百六十七條向丙請求返還印表機之占有？

(1)若丙為惡意

甲撤銷其意思表示後，其意思表示依民法一百一十四條一項，視為自始無效，故甲乙之物權移轉亦溯及不生效力。是故，乙溯及喪失其所有權，而乙丙之物權移轉亦溯及淪為無權處分，而效力未定(民法一百一十八條一項)。

因此，甲仍為該物之所有權人，而可依民法七百六十七條請求丙返還該物之占有。

(2)若丙為善意

若丙為善意，則乙丙間之物權移轉雖為無權處分，然善意之丙可主張信賴乙之占有印表機之外觀，而主張善意取得該印表機之所有權(民法九百四十八條參照)。則此時，甲既非所有權人，自不得依民法七百六十七條請求丙返還該物之占有。

三、甲、乙共有價值一千五百萬元之建地一處，應有部分各為二分之一。共有期間，甲以其應有部分，及第三人A所有價值一千萬元之房屋，為丙設定抵押權，向丙借款一千萬元。設定抵押權時，丙要求A應以自己為受益人以該抵押房屋為標的，向保險公司投保火險。不過，抵押權設定後不久，甲經丙同意，將半數之債務由丁加以承擔，豈知丁承擔債務後，甲、乙即進行分割，雙方協議；乙分得土地之全部，甲則由乙對之給付八百萬元。但不幸的是，A之房屋亦在甲、乙分割土地後不久遭火焚，但A卻自保險公司獲一千萬元之理賠。
問：(二十五分)

(一)本案甲之債務由丁承擔後，A是否可主張免除對甲所負之擔保責任？

(二)甲、乙在本案中所為之協議分割是否對丙生拘束力？丙可否主張對甲所取得之八百萬元抵押權優先受償之效力？

(三)丙可否亦得逕對A所領得之一千萬元保險金主張優先受償權？

命題意旨	(一)第一題主要測驗同學對於民法三百零四條二項之理解。 (二)第二題主要測驗同學對於分割是否有溯及效力之理解。 (三)第三題主要測驗同學對於抵押權之物上代位性是否及於抵押物之保險金之理解。
答題關鍵	本題實為考古題型，同學應針對考點，鋪陳回答。
參考資料	黃律師《民法物權編》，頁2-124~126、6-30~34、6-48~49，高點出版。

【擬答】

(一)本案甲之債務由丁承擔後，A是否可主張免除對甲所負之擔保責任？

1.甲為債務人，故甲丁所為之將半數債務由丁承擔之債務承擔，乃由債務人與第三人所為之債務承擔，故該債務承擔非經債權人同意，不生效力。(民法三百零一條參照)今債權人丙既已同意，則該甲丁間之債務承擔即確定發生效力，而



使丁就一半債務成為新債務人，合先敘明。

- 2.又丁成為半數債務之新債務人後，丙之債權之原有權利原則上並不受影響而繼續存在。(民法三百零四條一項參照)然而該債務若有擔保，且其擔保乃第三人所提供者，則除非該第三人已承認該債務承擔，否則該第三人之擔保即因債務承擔而消滅。(民法三百零四條二項參照)其立法意旨在於：由第三人提供之擔保之場合，第三人乃信賴債務人之資力與清償意願而為擔保，又債務承擔乃變更債務人，而第三人對於新債務人之資力與清償能力無從預見，故除非第三人承認，否則自不宜使其承擔新債務人不為履行之風險。今A並非債務人，故其乃第三人提供之擔保，且A未同意該債務承擔，故依民法三百零四條二項，A就由丁承擔之半數債務之擔保責任消滅。

(二)1.甲乙於本案所為之協議分割之效力是否得拘束丙？

- (1)甲乙分別共有A地，各有應有部分二分之一。今甲將其應有部分設定抵押權與丙，就應有部分得設定該抵押權，乃實務與通說所採認，故丙之抵押權設定行為有效，合先敘明。(參照釋字一四一號、物權修正草案第八百六十條之一)
- (2)在丙就應有部分設定抵押權之後，若甲乙進行共有物之協議分割，其分割之效力是否影響丙對於甲之應有部分之抵押權，應分別說明之：
 - ①若丙並未同意該協議分割：我國民法就共有物分割之效力採『移轉主義』，而非宣示主義(民法八百二十五條參照)，故分割之效力乃『向將來生效』，非溯及生效。是故，即便共有物分割，亦對於丙之抵押權無影響。故丙仍可實行其對於應有部分之抵押權，而將該應有部分予以拍賣。
 - ②若丙同意該協議分割：土地登記規則九十四條明定，若抵押權人同意時，得將其抵押權設定於原抵押人所分得之部分。(物權修正草案第八百二十四條第二項)其立法理由為：在民法採移轉主義之下，而允許丙之抵押權不受影響而繼續存在，則一方面使當事人法律關係過於複雜，且一方面丙拍賣應有部分時，使甲乙之已因分割而消滅之共有關係復活，甚為不妥，故若得抵押權人之同意，應將抵押權移於抵押人之分得部分。
 - ③小結：依題意，丙並未同意甲乙之協議分割，故在我國分割採移轉主義之下，分割既無溯及效力，應認為丙並不受甲乙協議分割之拘束。

2.丙可否主張就甲所分得之八百萬元有抵押權優先受償之效力？

- (1)若丙並未同意該協議分割：丙未同意甲乙之協議分割者，則基於移轉主義，丙之抵押權不受影響，而繼續存在於甲之應有部分，而非甲之分得部分。故丙自不得就甲分得之八百萬元主張抵押權之優先受償。
- (2)若丙同意該協議分割：丙同意協議分割者，則依土地登記規則第九十四條之規定，可將抵押權移於抵押人分得之土地，今抵押人甲並未分得土地，而係分得價金，故無法適用土地登記規則第九十四條，然價金與原物皆為抵押人之分得部分，故可類推適用土地法九十四條(參照物權修正草案第八百二十四條二項之規範意旨)而允許將抵押權移於抵押人所分得之價金，而就該價金有優先受償權。

(三)丙是否可主張對於A領得之保險金優先受償？

民法八百八十一條：『抵押權，因抵押物之滅失而消滅，但因滅失得受之賠償金，應各按各抵押權之次序分配之。』此即為所謂抵押權之物上代位性。按抵押權為價值權，重視標之物之價值，而不重視其個別性，故有此設。然其物上代位性之範圍，除賠償金外，是否包含保險金，則有爭論：

- 1.肯定說：保險金既為標之物之延伸替代物，故基於抵押權為價值權之本質，自應認為抵押權之效力應即為保險金。
- 2.否定說：理由如下：
 - (1)保險金債權乃基於保險契約而生，而非標之物之必然替代物，自不宜使其為抵押權效力所及。
 - (2)保險金之給付於性質上並非損害賠償，而乃保險人之保險契約上之給付義務。
 - (3)德國民法雖允許建築物之抵押權之效力及於保險金，然其乃因德國採建築物強制保險，故在德國其保險金可認為乃建物之替代物，我國則不宜為相同之解釋。
- 3.小結：應採肯定說。故丙可對A之保險金主張優先受償權。

四、甲男乙女約定，婚後第一個出生小孩從母(乙)姓，其他子女則從父(甲)姓，有關於夫妻財產制，則未約定。則未約定。婚後甲、乙育有一女(丙，從母乙姓)及一子(丁，從父甲姓)。乙父婚前贈予乙房屋一棟(價值四百萬元)及現金一百萬元，作為嫁妝；乙將該屋出租，房租每月二萬元，現金存入銀行，利息每月二千元。甲、乙結婚後，甲繼續外出工作，乙則在家撫育小孩，多年後，另購房屋一棟(價值六百萬元)，亦登記於乙之下。

- (一)今甲死亡，甲、乙之財產除該二棟房屋及乙嫁妝現金一百萬元外，另有乙嫁妝之租金與利息收入，計一百萬元。丁向乙主張剩餘財產分配，由丁與乙共同繼承該二屋及二百萬元現金，丁是否有理？又乙、丙、丁各繼承多少？(十五分)
- (二)又乙傷心之餘，乃將所有遺產轉登記於丁之名下，丁旋即死亡，由丁之子戊繼承，後乙陷於無以維生，問如乙向丙請履行撫養義務，丙可否拒絕？(十分)

命題意旨	本題主要目的在測驗夫妻財產制新法的修正問題，另外輔以學說及實務向有的爭論。
答題關鍵	1.現行法第一千零十七條第二項的規定及其立法目的。 2.夫妻間贈與的性質。 3.現行法第一千零三十條之一第三項專屬性的規定。



參考資料	1.曹政大，身分法上課補充講義(一)，頁 45、48、49，高點出版。 2.曹政大，身分法上課補充講義(二)，頁 18，高點出版。 3.曹政大，專題講座上課講義，頁 4、7、8，高點出版。 4.許律師《民法(親屬、繼承)》，頁 3-82~83、6-4~6、6-18~20，高點出版。 5.高點法律電子報 No.98，專題講座—夫妻財產制新修法。 6.高點法觀人月刊第 29 期，林秀雄老師學說精要，頁 29~33。 7.高點法觀人月刊第 36 期，戴東雄老師學說精要(二)，頁 12~18。
命中事實	《高點律師考場錦囊》，夫妻剩餘財產分配之探討 - 永豐餘集團前董事長「遺產爭奪戰」【高點法律電子報 No.18】，命中！

【擬答】

首先須就兩前提問題加以討論，現說明如下：

第一，甲男乙女結婚，約定第一個子女從乙性，其他子女從甲性。關於子女姓氏問題，民法第一千零五十九條第一項規定，子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。該但書的立法目的是在為母方傳承香火，所以指的是同姓的二親等旁系兄弟。如果父母的約定違反該條文「母無兄弟」此要件時，其法律效果如何，目前通說認為，此為強行規定，所以約定違反時，依民法第七十一條的規定，效果應為無效。本題中，甲乙的約定(丙從乙性)是否違反民法第一千零五十九條第一項但書的規定，並不可知，然而不管甲乙的子女是從父姓或母性，只要符合民法第一千零六十三條第一項婚生子女推定的要件(其要件有三，父母須有婚姻關係。該子女須為父之妻分娩所生。受胎須在婚姻關係存續中)，即為甲乙的婚生子女，換言之，不管丙從乙姓是否有效，只要符合婚生子女推定的要件，其即為甲乙的婚生子女，所以對本題題幹的討論並不影響。

第二，甲乙二人未約定夫妻財產制，依民法第一千零五條規定，以法定財產制，為其夫妻財產制。該法定財產制係指通常法定財產制，在現行法中(民國九十一年六月四日通過，六月二十六日公布，六月二十八日施行)，係指以分別財產制為架構，另外再加上剩餘財產分配請求權的制度。然而其名稱不一致，有修正的分別財產制，限制的分別財產制，所得分配制，婚後所得分配制，改良式分別財產制，或中國式法定財產制，本文為求統一，以下的討論將以法條用語「通常法定財產制」稱之。

現就本題題幹討論如下：

(一)乙父於結婚前贈與乙一棟房屋四百萬元。依民法第一千零十七條第一項前段規定，夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。乙取得該房屋係在結婚前，所以屬於乙的婚前財產。

同理，乙父於結婚前贈與乙一百萬元現金，亦屬乙的婚前財產。

乙將上述房屋出租，並將上述現金存入銀行，於甲死亡時，該租金及利息累計有一百萬元，另依題意，此一百萬元應為甲乙結婚後，亦即婚姻關係存續中所生。依民法第一千零十七條第二項規定，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。換言之，該筆一百萬元為婚後財產，而且依「婚前財產的孳息，因為他方配偶多半有貢獻，故視為婚後財產」此立法目的，其為婚後財產中的有償取得財產(勞力所得)。

甲乙於結婚後購買房屋一棟，價值六百萬元，因為結婚後，甲外出工作，乙撫育小孩，由此可知，該屋為甲出資，但登記於乙名下。民國七十四年六月四日以前，婚姻關係存續中登記為妻之財產，仍推定其屬於夫所有，除非妻能證明係自己的特有財產或原有財產，最高法院六十二年台上字第五二二號判例參照，然而現行法已刪除該規定，所以應回歸不動產登記制度，登記名義人即為所有權人。綜上所述，該六百萬元房屋為乙所有。

由上可知，該六百萬元房屋為乙的婚後財產，但是應為乙的有償取得財產，或是乙的無償取得財產，學說素有爭議。

1.甲說：無效說

為避免夫以贈與方式逃避強制執行，故贈與為無效。

2.乙說：視為有償取得財產說

夫妻間之贈與係為感謝他方操持勞務。

3.丙說：有效說

夫妻間的贈與有效，且不應視為有償取得。

本文以為，應採第三說為當。理由如下：

(1)無效說僅保護夫之債權人，有違男女平等，且該說以 74 年修正前之舊法為依據，其立論於修法後恐有不妥。

(2)「視為」應由立法者立法，非學者可任意解釋，第二說恐有越權之嫌。

(3)夫妻間的贈與動機有種種，如為結婚週年等，第二說過於武斷。

(4)第二說對於處於弱勢之妻，不如第三說保護得妥當。

(5)若有詐害債權人情事，得以民法第八十七條及第二百四十四條來保護債權人。

(6)第三人，情夫情婦皆可受贈，夫妻更待何言。

綜上所述，該六百萬元房屋為乙的婚後財產，且為乙的無償取得財產(非勞力所得)。

依民法第一千零三十條之一第一項規定，法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續中所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但左列財產，不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。

由該規範，可計算出，甲的勞力所得為零，乙的勞力所得為一百萬元(租金及利息)，兩者相減除以二，可知甲對於乙取得五十萬元的剩餘財產分配請求權。現在甲死亡，甲乙的法定財產制關係消滅，因此理論上，甲的剩餘財產分配請求權已經發生，但是依民法第一千零三十條之一第三項規定，第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，



不在此限。由此可知，因為甲死亡，且其繼承人無從繼承，所以不發生剩餘財產分配請求權。綜上所述，丁向乙主張第一千零三十條之一剩餘財產分配請求權，應為無理由。

乙為甲的配偶，依民法第一千一百三十八條及第一千一百四十四條，得為繼承人。丙及丁為甲的直系血親卑親屬，依民法第一千一百三十八條第一款規定，亦為繼承人，且不因姓氏而有所不同。

依民法第一千一百四十四條第一款規定，配偶與直系血親卑親屬同為繼承時，其應繼分為平均，換言之，乙丙丁應繼分各為三分之一。

然而，由上述可知，甲並無遺留任何遺產，所以實際上乙丙丁三人實得遺產為零。

其實由此題可看出，民法第一千零三十條之一將剩餘財產分配請求權規定為專屬性，立法論上似有其缺失：

第一，未參酌德瑞立法例。

第二，剩餘財產分配請求權的債權人無法代位，有違交易安全。

第三，對於剩餘財產分配權利人的繼承人不公平。

第四，基於身分所發生的權利未必是一身專屬權，如第一千零五十六第一項。

第五，使第一千零九條及第一千零十一條失其存在意義。

結論 第一，剩餘財產計算的對象僅乙的租金及孳息一百萬元，而非全部財產，況且因為專屬性之故，丁不得向乙主張剩餘財產分配請求權，所以丁之主張無理由。第二，乙丙丁三人應繼分各為三分之一，但是實得遺產為零。

(二)依民法第一千一百一十四條第一款規定，直系血親相互間互負扶養義務。又依第一千一百一十五條第一項第一款規定，直系血親卑親屬為第一順序的扶養義務人，且依第二項規定，以親等近者為先。由此可知，丙為乙的直系血親卑親屬，且其親等比戊近，所以應由其負扶養義務。

又依第一千一百十七第二項規定，直系血親尊親屬為受扶養權利者，不受無謀生能力此要件之限制。現在本題中，乙不能維持生活，雖然可能有謀生能力，但是法律在所不問，因此乙符合受扶養之要件。

綜上所述，丙不得拒絕乙扶養的請求，即使丙因扶養而不能維持生活時，依第一千一百十八條但書規定，亦僅能主張減輕扶養義務。

