

《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《民法債編總論》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 民法債編總論第十七頁）

(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 民法債編總論第一冊 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(民法第八百八十一條)。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之權利。
- (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



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。

