

《民法(包括總則、物權、親屬與繼承)》

試題評析

- 第一題：本題所涉及到的考點為法定代理下，意思表示之錯誤與被詐欺究應以代理人或本人判斷之。本爭點為代理之重點且民法第105條設有明文規定，是故對考生來說應不困難。不過，本例較特別之處為發生錯誤之意思表示欲成立之契約為「和解契約」，而因錯誤而成立和解之撤銷民法第738條設有特別規定，且因此而生之撤銷權除斥期間涉及特定的實務見解。由於和解契約常為同學所忽略，故此部分可能會造成同學作答之困擾。
- 第二題：抵押權向來為考試之熱門重點，本題為法條題並不困難。惟所涉及者係抵押權較為冷門之部分，只念重點的同學可能會被這題突襲到。藉由這個機會，筆者要提醒同學的是，考試內容雖可有冷熱門之分，惟考試千萬不能只念熱門而放棄冷門，因為你永遠不能確定冷門的地方不會考。所以正確的態度是所有部分都要念，而熱門的部份多花一點時間，冷門的地方就花少一點時間。
- 第三題：本題為繼承基本考題，同學只要注意到同時死亡原則（民法第11條）後，再依序判斷應繼財產、繼承人（要小心婚生子女不可能被其生父認領）與應繼分即可輕鬆回答。

- 一、A與C發生車禍致C受傷，A因有出國行程，乃授權其友人B為其處理與C之調解事宜。於調解委員會調解時，B因受到C之欺騙，誤以為A應負全部肇事責任，乃與C達成和解，由A負全部賠償責任。經一年度A回國始發現上情，主張該和解無效。試問：A之主張有無理由？（30分）

答：

- (一)成立和解契約之意思表示有無瑕疵應就代理人B決定之：

依題示，A授權B代為處理和解事宜，就和解事務而言B係有權代理人，是以B所作成之意思表示依民法第103條規定直接對A發生效力。又B代理A處理和解事務時，其受C之欺騙而為同意和解之意思表示，惟由於實際作成意思表示之人（代理人）與意思表示歸屬之人（即本人）不同，故此等意思表示瑕疵之有無因就代理人或本人決定，不無疑問。民法第105條就此設有規定，即原則上意思表示狹疵之有無應就代理人判斷，例外於代理人之代理權係以法律行為授與者，其意思表示，如依照本人所指示之意思時，意思表示之瑕疵始就本人判斷外，其他情形意思表示瑕疵之有無應就代理人判斷之。是以，本例之情形，同意和解之意思表示是否存有瑕疵，應就代理人B判斷。

- (二)A得主張民法第92條撤銷其和解之意思表示，從而主張和解契約不成立

依題示，代理人B係因意思表示相對人詐欺而作成同意和解之意思表示，故該意思表示存有被詐欺或錯誤之瑕疵。是以，意思表示人A或得依民法第738條撤銷錯誤之和解契約或依第92條撤銷被詐欺而作成之意思表示，分述如下：

- 1.意思表示人A不得依民法第738條撤銷錯誤之和解契約：

按民法第738條第3款規定：「和解不得以錯誤為理由撤銷之。但有左列事項之一者，不在此限：三、當事人之一方，對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤，而為和解者。」查本例意思表示人A發生錯誤的部分為事故應由何人負責，此部份就和解契約欲解決之紛爭而言極為重要，是故應屬『重要之爭點』。是以，意思表示人A似得主張民法第738條撤銷和解契約。

惟按83年台上2383號判例謂：「和解不得以錯誤為理由撤銷之，但當事人之一方，對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤而為和解者，不在此限，此觀民法第七百三十八條第三款之規定自明。此種撤銷權之行使，既係以錯誤為原因，則民法第九十條關於以錯誤為原因，行使撤銷權除斥期間之規定，於此當有其適用。」故意思表示人A之撤銷權須於自意思表示後一年內行使。查本例中意思表示人A經過一年使發現此情事，其主張撤銷權顯已超過一年。是以，意思表示人A不得依民法第738條撤銷錯誤之和解契約。

- 2.A得主張民法第92條撤銷其和解之意思表示，從而主張和解契約不成立：

按民法第92條第1項本文，因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。查意思表示人A之意思表示係因C詐欺所作成，故其以取得撤銷權。再按銷權之除斥期間依民法第93條為應於發見詐欺

脅迫終止後一年內為之，或意思表示後經過十年。查A係一年後使發現被詐欺，且意思表示作成並未超過十年。是以除斥期間尚未經過，A得主張民法第92條撤銷其和解之意思表示，從而主張和解契約不成立。

(三)結論

A得主張民法第92條撤銷其和解之意思表示，惟所撤銷者為意思表示，故和解契約係不成立而非無效。

【高分閱讀】

徐律師，《民法總則》，第11-2~11-11頁、第13-32頁以下，2010年3月6版，高點出版。

二、甲提供其所有1000坪A地，及坐落在A地上之百年B屋，為抵押權人乙設定抵押權。抵押權人乙針對以下情形，各得對何人主張何種權利？（40分）

(一)其後甲受骨董收藏家丙之慫恿，將B屋價值不菲、雕刻精緻之檜木門板及窗花拆下準備出售給丙。

(二)B屋被拆除公司丁誤拆為平地，僅餘拆下來之10根檜木梁柱。

(三)甲將A地分割為各500坪之A1及A2兩筆土地，並將A1土地出售於丙，且完成所有權移轉登記於丙。

答：

(一)乙得主張之權利依請求之對象分述如下：

1.對甲之部分：

按民法第 872 條第 1 項與第 3 項規定，抵押物之價值因可歸責於抵押人之事由致減少時，抵押權人得定相當期限，請求抵押人回復抵押物之原狀，或提出與減少價額相當之擔保。又抵押人為債務人時，抵押權人得不再為第二項請求，逕行請求清償其債權。

查乙將價值不菲之門窗拆除將導致抵押物價值減少，且其為自願拆除應可認為係應可歸責抵押人之事由。是以，乙得依民法第 872 條第 1 項定相當期限，請求抵押人甲回復抵押物之原狀，或提出與減少價額相當之擔保。若未於期限為之，乙得依同條第 3 項逕行請求清償其債權。

2.對丙之部分

甲拆除門窗雖為丙所慫恿，惟實際拆除門窗者係甲，且其亦得拒絕丙之慫恿，故縱乙受有無法以第 872 條填補之損害，由於此損害與丙之行爲間欠缺因果關係，故不成立侵權行爲。

(二)乙得主張之權利依請求之對象分述如下：

1.對甲之部分

(1)民法第 872 條第 4 項：

按民法第 872 條第 4 項規定，抵押物之價值因不可歸責於抵押人之事由致減少者，抵押權人僅於抵押人因此所受利益之限度內，請求提出擔保。查 B 屋被丁拆除只剩下十根樑柱，此情形顯然會造成抵押物之價值之減損。惟此一減損係因第三人丁之行爲所致，故自屬非可歸責抵押人之事由致抵押物之價值減損。是以乙僅得於甲因此所受利益之限度內，請求提出擔保。

(2)民法第 881 條第 4 項：

按民法第 881 條第 4 項規定，抵押物因毀損而得受之賠償或其他利益準用同條第 1、2、3 項之規定。故抵押權人對於抵押人因毀損而得受之賠償或其他利益有權利質權，且其次序與原抵押權同。查本例之情形，甲之房屋應丁之過失拆除受有損害，甲自得依民法第 184 條第 1 項前段對丁請求損害賠償。而乙就甲對丁之損害賠償請求權依民法第 881 條第 4 項享有權利質權，且其次序與原抵押權同。茲有附言者，第 881 條之修正理由中說明，第 881 條第 4 項與第 872 條可同時併存，抵押權人依本項所生之物上代位與該條所生之提出擔保請求權，發生權利競合問題，由抵押權人擇一行使之。

(3)民法第 862 條之 1：

按民法第 862 條之 1 規定，抵押物滅失之殘餘物，仍為抵押權效力所及。抵押物之成分非依物之通常用法而分離成為獨立之動產者，亦同。前項情形，抵押權人得請求占有該殘餘物或動產，並依質權之規定，行使其權利。查本例中，抵押物 B 屋雖遭拆為平地，惟仍殘留十根樑柱。而此十根樑柱顯屬抵押物之成分非依物之通常用法而分離成為獨立之動產者。是以，乙得依該條就該十根樑柱依動產質權之規定行使權利。

2.對丁之部分

乙得否以該B屋受丁過失不法侵害係侵害其抵押權為由，依第184條第1項前段之規定向丁請求損害賠償，不無疑問。惟管見認為應採否定說，蓋否定說可避免法律關係複雜或發生加害人雙重給付之危險，故應認為乙僅得主張物上代位權，不能主張其抵押權受有侵害而依侵權行為之規定行使權利。

(三)乙對A1、A2地仍有抵押權且不受A1地所有權移轉給丙之影響：

1.抵押物分割之部分

按民法第868條規定，抵押之不動產如經分割，或讓與其一部，或擔保一債權之數不動產而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。是以本例中抵押物A地雖經分割，惟乙之抵押權不受分割之影響，即乙對A1、A2地仍有抵押權。

2.A1地所有權移轉給丙之部分

按民法第867條規定，不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。故甲縱將A1地所有權移轉給丙，乙對A1地之抵押權仍存續不受影響。

【高分閱讀】許律師，民法概要，P.3-83、P.3-83~3-90，2009年11月十版，高點

三、A男與其配偶B之間，育有C、D、E三名子女皆已成年，C與F已結婚但無子女。A另與人妻G之間生有一子H，現年5歲，A憫其無法認祖歸宗，每月給付3萬元費用供G養育H之用。A與其子C赴國外洽公時遭遇海嘯，一星期後找到兩人屍體。A有財產4000萬元，債務1000萬元；C有財產400萬元，並無債務。試問：A、C之遺產應如何繼承？（30分）

答：

(一)A之部分

1.應繼財產^{註1}：

依題示，A死亡時有遺產4000萬與債務1000萬，是以其應繼承之財產為清償債務後剩餘之財產為3000萬。

2.繼承人：

(1)B得為繼承人：

B為A之合法配偶，依民法第1144條得為繼承人。

(2)D、E之部分得為繼承人：

D、E為A之親等較近之直系血親卑親屬，依民法第1138條、第1139條規定得為繼承人。

(3)C不得為繼承人：

學說通說認為權利主體於繼承開始時生存方得為繼承人，本例C和A不能證明死亡之先後，依民法第11條推定其為同時死亡，即A死亡時C亦死亡，故C不得為繼承人。

(4)F不得為繼承人：

F為非A之配偶且非A之血親，故不得為繼承人。

(5)G不得為繼承人

G其非A之合法配偶故其不得為繼承人。附帶而言，G雖不得繼承，惟其得依民法第1149條請求酌給遺產。

(6)H不得為繼承人：

依題示，H受胎時其母為他人之人妻，即其受胎係於其母與他人婚姻關係存續中，故H依民法第1163條推定為其母與該他人之婚生子女。又學說通說認為生父認領之前提為被認領人非其他男性之婚生子女。是以，H既推定為其母與該他人之婚生子女，縱A對其有撫育之事實，仍無從依民法第1165條第1項規定生認領之效力。故H不得為繼承人。

(7)小結：

A之繼承人有BDE。

3.應繼分：

^{註1}配偶一方死亡時，本應先為民法第1030-1條之剩餘財產分配，分配完死亡一方之財產方為應繼財產。惟本例題目並未提及可供剩餘財產分配之標的（婚後有償取得之財產），故本解答省略此一過程。

按民法第1144條第1款規定，配偶與第1138條所定第一順序之繼承人同為繼承時，其應繼分與他繼承人平均。故BDE之應繼分均為三分之一。是以各得繼承1000萬。

(二)C之部分

1.應繼財產：

C無債務，故其應繼財產等同遺產數額為400萬。

2.繼承人

(1)F得為繼承人：

F為C之合法配偶，依民法第1140條其得為繼承人。

(2)A不得為繼承人：

學說通說認為權利主體於繼承開始時生存方得為繼承人，本例C和A不能證明死亡之先後，依民法第11條推定其為同時死亡，即C死亡時A亦死亡，故A不得為繼承人。

(3)B得為繼承人而DE不得繼承：

依民法第1138條規定，父母之繼承順位優先於兄弟姊妹，故C之母B得繼承而C之兄弟姊妹DE不得繼承。

(4)小結：C之繼承人有F與B。

3.應繼分：

按民法第1144條第2款規定，配偶與第1138條所定第二順序或第三順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產二分之一。故F與B之應繼分各為二分之一，即其各得繼承200萬。

【高分閱讀】

侯律師，《身分法》，P8-3P. 3-48，2009年4月6版，高點出版。