

《民法概要》

- 一、民法第 95 條第 1 項規定：「非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。但撤回之通知，同時或先時到達者，不在此限。」此種撤回，在意思表示透過網路進行者，一旦表示，撤回之意思表示根本不可能同時或先時到達。請問要如何補救？(25 分)

命題意旨	本題算是比較冷門的題目，主要測試考生是否瞭解意思表示之「撤回」與「撤銷」的不同。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.意思表示撤回的時點；2.撤回跟撤銷意思表示的不同；3.現行法下何時可以撤銷意思表示。
高分閱讀	1.法研所歷屆試題詳解（M505） P.1-2-44：94 年政大智財所第 16 題：透過網路所為之意思表示問題（相似度 100%）

【擬答】

- 一、意思表示一經生效，即產生拘束表意人的效果，亦即，表意人若欲撤回其所為的意思表示，應在該意思表示尚未生效前為之，在非對話的意思表示，其生效與否是採「到達主義」作為判斷，是以，民法第九十五條第一項但書規定，意思表示撤回的通知應該同時或先於該意思表示到達。
- 二、非對話的意思表示若經由網路郵件的方式寄送，實際上，撤回的意思表示不太可能同時或先時到達，其事後應如何補救，分析如下：
- (一)撤銷與撤回的不同
- 以買賣 A 物的要約之意思表示為例，要約意思表示生效前始有撤回的可能；反之，若要約的意思表示已經生效，即產生要約約束力表意人不得任意撤回，亦稱為要約的不可撤回性。相對於此，「撤銷」則是針對「已經生效」的意思表示為之，使其溯及既往的失其效力。
- (二)以網路郵件寄送的意思表示，若來不及撤回時，意思表示已經生效，故，表意人只能以「撤銷」意思表示的方式為之。而現行民法提供意思表示可以撤銷的情形，主要有兩種類型。
- 1.意思表示錯誤的撤銷
- 按民法八十八條、八十九條規定，表意人於意思表示發生錯誤時，在一定要件下可以主張撤銷其錯誤的意思表示，以尊重表意人的意思自主。具體化的類型，計有：表示行為發生錯誤、意思表示內容的錯誤、當事人同一性及物之性質發生錯誤、傳達錯誤等情形。惟在交易安全的考量下，表意人要主張撤銷意思表示必須是錯誤，在交易上認為是重要者、表意人無過失且在意思表示後一年內為之。
- 2.意思表示不自由的撤銷
- 意思表示不自由，危害表意人意思自主甚大，故，民法於第九十二條，亦針對意思表示不自由的情形，以詐欺和脅迫類型分別予以規範，但為避免法律關係懸而不決，必須於法定的除斥期間內為之。（民法第九十三條參照）
- (三)綜上所述，若欲使已經生效不能撤回的意思表示失其效力，僅能在有上述的情形下，撤銷已經生效的意思表示，以為補救。

- 二、乙是玻璃娃娃，於 89 年 9 月 13 日下午 1 時 40 分許，因該班體育課遇雨改往景文高中謙敬樓地下室上課，而於該班同學甲抱乙下樓梯時，因天雨樓梯濕滑，甲不慎滑倒，和乙一起摔落樓梯，甲及乙皆因跌倒碰撞樓梯而受傷，乙並因高處跌落，頭部鈍創，造成顱骨骨折，顱內出血不幸死亡。臺灣高院 93 年上字第 433 號認為，甲事發當天臨時自願照顧乙，因欠缺一般人之注意義務，不慎跌倒，應負過失責任。請分析其法律關係。(25 分)

命題意旨	本題是結合最新時事的考題，有關玻璃娃娃事件，在高院判決出爐後，曾經引起軒然大波，其意旨在測試考生當事人間的法律關係的釐清，是否有好意施惠關係、契約責任或是侵權責任的存在。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.好意施惠關係的概念及與契約的比較；2.在好意施惠關係下，侵權行為責任的調整。本題因為玻璃娃娃並非當場死亡，故建議考生可以就死亡前的身體健康權受侵害及侵害生命權的死亡兩部分分開予以論述，較易釐清當事人間的法律關係。
高分閱讀	1.重點整理－民法概要（許律師）（L119） P2-33～34：一般侵權行為之要件（相似度 80%） 2.實例演習系列－民法（總則、債篇）實例演習（徐律師）（L713）



【擬答】

一、甲乙之間

(一)若乙未死甲乙間的法律關係

1.好意施惠關係

依題示，甲抱乙前往上體育課，解釋當事人的意思，應認為甲欠缺法律行為上的效果意思而僅是一種「好意施惠關係」。好意施惠關係並非契約，甲並不因為好意施惠關係而對乙負有契約上的給付義務，是以，縱使甲有過失，對乙仍不負契約上的損害賠償責任。

2.侵權行為責任

基於好意施惠關係卻侵害相對人的權利時，侵權行為責任因好意施惠關係應作如何的調整，學界尚有爭議，茲分述如下：

A.仍負過失責任說：好意施惠關係卻侵害他人權利時，好意施惠之人原則上仍就其行為有「過失」負侵權行為損害賠償之責，特別是在侵害他人生命身體健康時。

B.故意或重大過失責任說：好意施惠關係既是無償，不宜課好意施惠人過重的責任，應使其僅就行為有故意或重大過失時，才負侵權行為損害賠償責任。

管見以為，學界多數見解在侵權行為的過失認定上，是以善良管理人的注意義務行為（抽象輕過失）判斷標準，在此嚴格標準下，甲沒有注意到雨天路滑而將乙摔傷，即可能負過失的侵權行為責任。惟，考量於好意施惠關係與一般的侵權行為究有不同，若對好意施惠關係課以過重的責任，將導致無人願意為好意施惠的行為，兩相權衡下，似以後說較妥。依此見解，本案，甲並無故意或重大過失，從而不對乙的身體健康受侵害，負侵權行為的損害賠償責任。

3.小結：甲並不對乙的身體健康權受侵害負契約或侵權行為的損害賠償責任。

(二)乙死亡

依題示，乙摔傷後因顱內出血最後導致死亡，乙權利主體的地位已經失去，從而就生命權的受侵害，對甲無法成立侵權行為損害賠償請求權。

二、間接被害人與甲之間

直接被害人的生命受侵害而消滅後，因已無權利能力，故無法對加害人成立損害賠償請求權，故，民法特設一百九十二條及一百九十四條規定，賦予間接被害人有向加害人請求損害賠償的機會。惟，該兩條的適用前提是行為人有不法侵害他人致死時，間接被害人方得主張。本件，甲對乙的侵害行為並無故意或重大過失，依前述，似難認為甲有不法侵害乙的生命權，是以，間接被害人不能依照民法第一百九十二條及第一百九十四條，主張財產上、非財產上的損害賠償。

【參考資料】

- 1.王澤鑑，《民法總則》（2002 再版）。
- 2.王澤鑑，《基本理論債之發生》（2001 年增定版）。
- 3.王澤鑑，《基本理論侵權行為》（2003 年初版）

三、甲將其所有土地，設定抵押權予銀行乙供借款擔保用，其後再出租予丙；丙因使用需要獲甲同意，在土地上興建違章廠房一棟，嗣因甲無力清償借款，乙聲請拍賣抵押物，乙於實行抵押權時，甲已自丙受讓該廠房之事實上處分權，問：乙得否請求將該廠房連同土地併付拍賣？試附理由說明之。（25 分）

命題意旨	本題是測試考生對抵押權章節中的「併付拍賣」瞭解的程度，考生必須就併付拍賣的要件予以掌握。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.併付拍賣的要件；2.若土地上的建物は違章建築物時，對併付拍賣的影響；3.土地上的建築物並非土地所有人所建時，對併付拍賣的影響；4.除了掌握條文的要件外，如能將學說上對併付拍賣的解釋一併陳述，相信會有不錯的分數。
高分閱讀	1.書記官達人考場特刊 題目 17 第 1 小題：併付拍賣之要件（相似度 85%） 2.重點整理-民法概要（許律師）（L119） P.3-102~104：併付拍賣之要件（相似度 98%） 3.重點整理系列-民法物權編（黃律師）（L232） P.6-59~61：標的物之擴張（相似度 90%） 4.經典題型系列-民法試題精選基礎（李淑明）（L501） P.8-34~36：併付拍賣之要件（相似度 80%） 5.實例演習系列-民法（物權、身份法）實例演習（許律師、陳律師）（L701）



【擬答】

一、按民法第八百七十七條規定，併付拍賣的要件如下：

- (一)建築物須為土地設定抵押權後始存在
- (二)建築物須為土地所有人所建
- (三)須建築物與土地有併付拍賣的必要

本件，建築物的建成是在甲設定抵押權之後，且若非將房子併付拍賣將使抵押物的出價過低或無人應買，對抵押權人而言即有併付拍賣的必要。茲有疑問的是，「違章建築可否併付拍賣」及「建築物非土地所有人所建，是否有民法八百七十七條的適用」，分析檢討如下：

(一)違章建築可否併付拍賣部分

- 1.拍賣的性質，通說及實務見解認為是「私法上的買賣關係」，是以，解釋上，能成為買賣契約標的物者，皆可以以之為拍賣的對象。
- 2.違章建築的最大特色在於違章建築不能辦理所有權第一次登記，以致無法辦理所有權的移轉登記，惟，此時，依照實務見解仍可以將「事實上的處分權」讓與受讓人。故，違章建築物仍可以為買賣契約的標的物，而成為拍賣的對象。

(二)建築物非土地所有人所建部分

從民法第八十七條規定的文字觀之，併付拍賣的要件為建築物是「土地所有人」所建，是以若建築物非土地所有人所建的情形，是否有併付拍賣的適用，解釋上可能容有疑義。

- 1.否定說：基於物權法定主義，物權的內容不得創設，民法第八百七十七條既明文須土地所有人所建，若非土地所有人所建，則不能主張併付拍賣。
- 2.折衷說：民法之所以要求建築物須土地所有人所建，其實質上的理由，乃考量於建築物若非土地所有人所建，土地所有人往往不能享有建築物所有權，此時如允許抵押權人可以就建物併付拍賣對建物所有人未免不公。但如抵押權於實行前，土地與建築物的所有權同歸於一人所有，則應允許抵押人可以就建物主張併付拍賣。

管見以為，基於抵押權人的保障及充分發揮物之經濟效用的考量，似以後說為當，依此見解，縱使建築物並非土地所有人甲所建，惟，甲於抵押權實行前，取得該建物的事實上處分權，抵押權人可以主張併付拍賣。

二、綜上所述，抵押權人乙可以就建物主張併付拍賣。

四、甲女與乙男結婚不滿五個月生下一子丙，經乙男追問後，始知丙之生父為丁男，問乙男可否提起否認婚生子女之訴？試附理由說明之。(25 分)

命題意旨	本題屬於基本概念的考題，旨在測試考生對於「否認婚生子女之訴」的基本認知，以及婚生子女和非婚生子女間地位的轉換。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.否認婚生子女之訴的意義（將受婚生推定之子女變為非婚生子女）。2.如何判斷是否受婚生推定？本題主要的陷阱在於丙子是甲、乙結婚後不久即已出生，並不受婚生推定，從而並沒有必要動用到「否認婚生子女之訴」的制度。考生千萬不要僅以題面字義解讀，實際上並非自夫所生，就立刻適用否認婚生子女之訴，否則就掉入出題老師所設下的陷阱了。
高分閱讀	1.重點整理－民法概要（許律師）(L119) P.4-86～88：婚生子女及婚生否認之訴（相似度 90%） 2.學說論著系列－民法（親屬・繼承）（許律師）(L237) P.4-12～17：婚生子女及婚生否認之訴（相似度 90%） 3.實例演習系列－民法（物權、身份法）實例演習（許律師、陳律師）(L701) P.2-72～75：婚生子女及婚生否認之訴（相似度 90%） 4.重點整理系列－身份法（黃律師）(L204) P.1-134～138：婚生子女及婚生否認之訴（相似度 90%）

【擬答】

一、受婚生推定的子女，若事實上非自夫受胎，民法於第一千零六十三條第二項賦予夫或妻可以提起「否認婚生子女之訴」以否認婚生推定。

二、本件，乙男是否可以提起否認婚生子女之訴，端視丙是否受婚生推定為乙之子，分析檢討如下：

- (一)按民法第一千零六十三條第一項規定：「妻之受胎，是在婚姻關係存續中者，推定其所生之子女為婚生子女。」是以，決定丙是否具有婚生子女身份，並不是以子女「出生」時，而是以「受胎期間」父母是否有婚姻關係而為判定。
- (二)按民法第一千零六十二條第一項規定，受胎期間是出生前三百零二日到出生前一百八十一日，在受胎期間有婚姻關係存在，才會受到婚生推定，反之則否。依題示，乙與甲是在丙出生前約五個月才有婚姻關係，丙受胎期間甲與乙



並無婚姻關係，丙不會受到婚生推定。

(三)依學界通說，「準正」、「撫育視為認領」等制度，須以「有真實血統聯絡」為前提。本件，丙子並不受婚生推定已如前述，另一方面，縱使乙男與甲女結婚或乙男對丙子有撫育的事實，因丙子實際上與乙男並無實際上血緣關係，是以，丙子不會因為乙男與甲女的結婚或撫育而成為乙男的婚生子女，併與敘明。

(四)綜上所述，丙子並不受婚生推定為乙男之子，乙男自無提起否認婚生子女之訴的必要。

