

〔97 年律師高考〕

一、甲經商致富，財產估計價值新臺幣（下同）2 億元，膝下無子，經甲建議妻乙共同收養甲之友人丙（未婚）所生之子丁，甲將其公司之上市股票，約價值 1 千萬元贈與丙，以資感謝。收養丁後，乙旋即懷孕，生下一女戊。不久，甲以工作為藉口，經常徹夜不歸，對於乙、丁及戊不聞不問，亦不給予乙家庭生活費。乙只好出外謀生，因必須照顧丁及戊，工作時有時無，薪資約每月 2 萬元。後乙得知，丙竟然為甲外遇對象，丁為甲親生，甲亦每月給予丙生活費 10 萬元，至今達二年之久。試問：

（一）如乙向甲請求家庭生活費用每月 10 萬元及每月 1 萬元之自由處分金，甲抗辯事業經營困難，乙所居住之房屋為甲所購買，登記於乙名下，價值 2 千萬元，且乙有收入，拒絕給付予乙任何費用，有理由否？

（二）如乙忿而與甲離婚，且拒絕承認乙與丁之收養關係，並向丙追討甲贈與丙之股票及生活費，有理由否？

（97 律師）

〔擬答〕

（一）拒絕給付乙家庭生活費用並無理由；拒絕給付自由處分金則有理由！

1. 夫妻內部間家庭生活費用之分擔（§1003 之一 I）

(1) 不因夫妻財產制之種類而有不同

家庭生活費用乃維持圓滿婚姻共同生活基本需求之一，不因夫妻婚後採行何種夫妻財產制而有不同。

(2) 夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之

夫妻基於獨立、平等之人格，對於婚姻共同生活體之維持，均有責任。為貫徹憲法保障之男女平等原則，家庭生活費用，由夫妻各依其經濟能力、家庭勞動或其他情事分擔之，期經濟能力強而從事家務勞動少者，得支付較多之生活費用；反之亦然，以兼顧夫妻權益，並肯定家事勞動之價值。

(3) 乙向甲請求家庭生活費用每月 10 萬元應有理由

甲為富商經濟能力遠高於從事勞動工作之乙（薪資約每月 2 萬元），而家事勞動部分，甲完全置若罔聞，不聞不問，乙則是全心操持，甚至為照顧丁及戊，工作時有時無。觀諸雙方資產部分，乙雖有甲購置登記於名義下之房屋 2000 萬，唯此部分無法轉換成可用現金而用於家庭生活費部分，況且甲亦有將近 2 億元之資產，將近為乙 9 倍或 10 倍之多。最後考量丙已未撫育丁子（丁由乙照顧中），甲尚能每月給付 10 萬元之生活費用，相對於扶持整個家務之乙，甲負擔每月 10 萬元之家庭生活費用應非顯失均衡。綜合上述，甲拒絕給付乙家庭生活費用每月 10 萬元並無理由。

2. 自由處分金得否請求給與？

(1) 自由處分金之給與（§1018 之一）

夫妻於家庭生活費用外，得協議一定數額之金錢，供夫或妻自由處分。

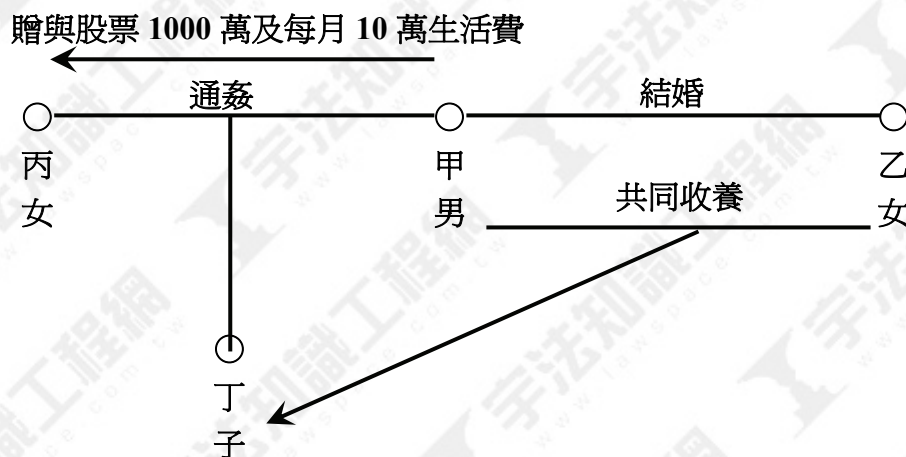
(2)性質：剩餘財產之提前給付（林秀雄，魏大曉）

自由處分金之性質並非夫妻間之贈與，亦非剩餘較少之一方之婚後收入，而為剩餘財產之提前給付，亦即為保障家庭主婦經濟之獨立及人格之尊嚴，使其在平日有可供自由處分之金錢，乃於法定財產制關係消滅前，提前預付剩餘財產之分配，因此於法定財產制關係消滅時應將該自由處分金之數額加入他方之婚後財產，以計算雙方剩餘之差額，並自剩餘財產分配之數額中將該自由處分金扣除，始為其體的剩餘財產分配數額。由於自由處分金之協議須以書面為之（§1018之一），因此證明上並無困難。又此自由處分金數額之多寡須由夫妻協議定之，協議不成時，雖依立法院審查會之立法說明認為可由法院視實際情況酌定，惟就條文規定之內容觀之，並未賦予配偶有向法院請求酌定之權利，審查會之立法說明已逾越條文之內容，實屬不當。要之，若有協議則預付部分剩餘財產之分配供其自由處分，若無法達成協議，僅得依§1018之一之規定於法定財產制關係消滅時，就他方現存之婚後財產予以分配（月旦法學 89期）。

(3)夫拒絕給付自由處分金應有理由

自由處分金之數額及給付依法條文義，應由夫妻協議為之，協議不成，並未賦予配偶有向法院請求酌定之權利，故乙向甲請求每月 1 萬元之自由處分金，於甲拒絕給付時，應無法透過法院請求給付，僅得依§1018 之一之規定於法定財產制關係消滅時，就他方現存之婚後財產予以分配。

(二) 乙拒絕承認乙丁收養關係及向丙追討甲贈與丙之股票及生活費，均無理由！



1.乙丁之收養關係應屬有效存在

(1)生父收養非婚生子女

依§1073 之 1 規定，我民法應不得收養有血統連繫之非婚生子女。然學說通說均認生父有忌避非婚生之惡名，欲以收養掩蔽社會耳目，而保有父子關係之實際，而子女亦可獲父母妥善之照顧，故不妨許其收養。故生父甲收養非婚生子女丁，應採肯定見解。

(2)收養已經法院認可

縱使對上述論點採否定看法，而認生父僅能以認領而非收養之方式建立親子關係，故此收養欠缺實質要件而有無效之原因，然在法院已為認可裁定之下，學說上認為基於下述二點理由，應認收養有效，較為妥適：

- ①從立法意旨而言，法院之認可係從公益觀點，尤其為養子女之利益，在監督收養行為，從而法院有形式與實質之審查權。既經公權力之法院審查所裁定之認可，較個人之主張無效更具權威性與信賴性。
- ②故在公權力之法院為撤銷或變更裁定前，應推定該認可之正當性。如法院認可收養後，仍認因第三人主張契約有無效原因而否認收養之效力時，不但法院認可之監督意義盡失，並且可能出現不同之第三人主張不同之收養效力。影響所及，身分關係陷於不安定，第三人之利益亦無從保障。此時是否尚須提起收養無效之訴或確認收養關係不成立之訴以解決其爭議？有鑑於此，採有效說較妥。

(3) 案例事實：乙拒絕承認乙與丁之收養關係應無理由

甲乙為夫妻，共同收養丁，縱使有「生父甲收養非婚生子女丁」之無效原因，然在公權力之法院為撤銷或變更裁定前，應推定該認可之正當性，故乙與丁之收養關係仍屬存在，乙拒絕承認乙與丁之收養關係應無理由。

2. 向丙追討甲贈與丙之股票及生活費應無理由

(1) 甲贈與丙之股票及生活費之處理方式：追加計算成為婚後財產

① 得為剩餘財產分配之標的

法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配 (§1030 之一 I 本文)。而夫或妻為減少他方對於剩餘財產之分配，而於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產者，應將該財產追加計算，視為現存之婚後財產 (§1030 之三 I)。而得為剩餘財產分配之標的。

② 案例事實

甲之財產約 2 億元，贈與丙股票 1000 萬及 240 萬元 (每月 10 萬，時間 2 年) 後，直接導致其財產將低於 1 億 9000 萬以下，此等處分行為將直接影響妻乙之剩餘財產分配之權利，且該等贈與行為皆在欺騙與隱瞞之狀況下為之，故 §1030 之三 I 所述之狀況，贈與丙股票 1000 萬及 240 萬元 (每月 10 萬，時間 2 年) 皆應追加計算成為婚後財產，而得為剩餘財產分配之標的。

(2) 分配權利人乙對第三人丙之權利

① 不足之額，對受領之第三人請求返還

為確保夫妻之剩餘財產分配請求權得圓滿實現，如夫或妻於法定財產制消滅前五年內處分其婚後財產於第三人 (§1030 之三 I)，分配權利人得就其不足之額，對受領之第三人請求返還 (§1030 之三 II)。

② 案例事實

甲贈與丙股票 1000 萬及 240 萬元 (每月 10 萬，時間 2 年)，確實有影響乙之剩餘財產分配，然上述數額可依 §1030 之三 I 追加計算於夫之婚後財產，

而得為剩餘財產分配之標的。而甲至少尚有 1 億 8760 萬之財產，足可保障妻乙剩餘財產之分配，故乙向丙追討甲贈與丙之股票及生活費應無理由。

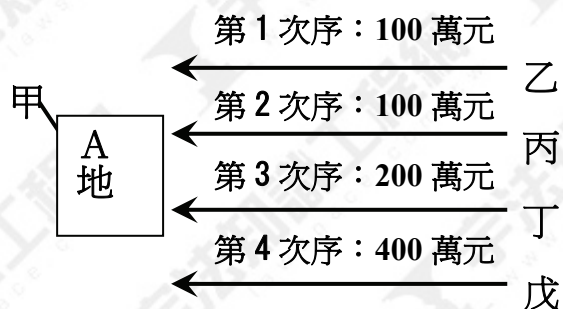
二、甲將其 A 地先後設定第一、二、三、四次序之抵押權於乙、丙、丁、戊四人，擔保債權額依序為新臺幣（下同）100 萬元、100 萬元、200 萬元、400 萬元。各抵押權存續中，乙將其第一次序讓與丁，其後丙於經乙、丁同意後將其第二次序與戊之第四次序變更。試問：

- (一) A 地拍賣所得價金 600 萬元，應如何分配各抵押權人？
- (二) 若乙、丙、丁、戊為次序讓與及變更後，戊復為丙之利益拋棄其抵押權之次序，則 A 地拍賣所得之 600 萬元價金，應如何分配各抵押權人？

(97 律師)

〔擬答〕

【次序權讓與及變更前】



【次序權讓與及變更後】



(一) 次序讓與、變更後 A 地拍賣所得價金 600 萬元之分配

1. 次序之讓與生相對效力而次序之變更生絕對效力

(1) 次序之讓與 (§870-1 I ①)

① 意義

次序之讓與係指同一抵押人之先次序抵押權人，為後次序抵押權人之利益，將其抵押權先次序讓與該後次序抵押權人之謂。

② 效力：相對效力！

A. 其他抵押權人不受影響

其他抵押權人之抵押權歸屬與次序均無變動，拍賣所得價金，亦不受影響。

B. 讓與當事人間生讓與之效力

次序讓與僅於當事人間生相對之效力，亦即當事人間於讓與次序後，各抵押權人之抵押權歸屬與次序均無變動，僅係就抵押物拍賣所得價金，其分配次序在當事人間發生變動，由受讓人取得較讓與人優先之分配次序。

(2) 次序之變更

① 意義

次序之變更係指同一抵押人之數抵押權人，將其抵押權之次序互為交換

之謂。

②效力：絕對效力！

抵押權次序之變更足生絕對之效力，此與抵押次序之拋棄與讓與僅生相對之效力者不同。亦即次序之變更不僅對合意之各抵押權當事人以及同意之各利害關係人發生效力，對於其他有關之人亦發生效力。

2. A地拍賣所得價金 600 萬元之分配

(1)次序之讓與及變更前 600 萬元之分配

第一次序之乙可得 100 萬元，第二次序之丙可得 100 萬元，第三次序之丁可得 200 萬元，而第四次序之戊可得剩餘之 200 萬元。

(2)次序之讓與及變更後 600 萬元之分配

①次序讓與之當事人乙丁

二人合計可自 600 萬價金中獲償 200 萬元（乙：100 萬元，戊：400 萬元，丁：100 萬元），乙將其第一次序讓與丁，故丁可得 200 萬元，而乙未獲分配。

②第二次序之戊可得 400 萬元之分配

③第四次序之丙未能受償

(二) 次序讓與、變更及相對拋棄後 A 地拍賣所得價金 600 萬元之分配

1. 次序之相對拋棄（§870-1 I ②）生相對效力

(1)意義

次序之相對拋棄係指同一抵押人之先次序抵押權人，為特定後次序抵押權人之利益，拋棄其優先受償利益之謂。

(2)效力：相對效力！

①其他抵押權人不受影響：與次序讓與同。

②拋棄當事人間生平等受償之效力

抵押權次序之相對拋棄，與次序之讓與同，僅具相對之效力，亦即當事人間於拋棄次序後，各抵押權人之歸屬（抵押權歸屬於所享有之主體）與次序並無變動，僅係拋棄抵押權次序之人（簡稱：次序拋棄人），因拋棄次序之結果，與受拋棄利益之抵押權人（簡稱：受利益人），成為同一次序，至第三人之權義則不受影響。

2. A地拍賣所得價金 600 萬元之分配

(1)次序之讓與、變更及相對拋棄前 600 萬元之分配

第一次序之乙可得 100 萬元，第二次序之丙可得 100 萬元，第三次序之丁可得 200 萬元，而第四次序之戊可得剩餘之 200 萬元。

(2)次序之讓與、變更及相對拋棄後 600 萬元之分配

①次序讓與之當事人乙丁

二人合計可自 600 萬價金中獲償 200 萬元（乙：100 萬元，戊：400 萬

元，丁：100 萬元)，乙將其第一次序讓與丁，故丁可得 200 萬元，而乙未獲分配。

②次序相對拋棄之當事人丙戊

二人合計可自 600 萬價金中獲償 400 萬元（乙：100 萬元，戊：400 萬元，丁：100 萬元，丙未能獲分配），戊復為丙之利益拋棄其抵押權之次序，二人處於平等受償之地位，故依二人擔保債權額比例受償（戊 400 萬，丙 100 萬），故戊可得 320 萬元之清償（400 萬的 4/5），而丙可得 80 萬元之清償（400 萬的 1/5）。

三、甲客運公司之司機乙駕駛公司之公車行經十字路口時，因不明原因致使車輛失控而撞上路燈，車內之乘客丙（職業：建築工人）多處受傷及兩腿骨折，另一位由父親付費之乘客丁（九歲）則右手扭傷。丙住院治療 6 個月後方痊癒出院，而住院期間，丙之母親（職業：家管）在醫院看護丙。系爭車輛之保養維修一切正常，事後亦證明乙無過失。此外，乙趁丙受傷時竊走丙皮包內之現金 1 萬元及一只手錶（市值 5 千元）。乙當晚即前往酒店將該 1 萬元花光，並將手錶贈與不知情之酒店小姐戊。試問：

- （一）丙及丁就其二人之受傷，對甲、乙是否有權利得主張？
 （二）丙就其現金 1 萬元及該只手錶，對甲、戊是否有權利得主張？（97 律師）

〔擬答〕

（一）丙丁二人就其受傷對甲得主張損害賠償請求權

1. 丙丁得基於運送契約向甲主張債務不履行之損害賠償

民法§654 I 規定：「旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害及運送之遲到應負責任。但因旅客之過失，或其傷害係因不可抗力所致者，不在此限。」本案例丙丁（由法定代理人代為締結旅客運送契約）兩位乘客因運送而受到之身體健康之傷害，而此傷害非因旅客本身之過失，亦非因不可抗力所致（車輛因不明原因發生失控，系爭車輛之保養維修雖一切正常，旅客運送人仍有通常事變【亦即，債務人雖無過失，然如再加以嚴密之注意，仍得避免債務不履行事實之發生】之責任），故丙丁得基於運送契約主張債務不履行之損害賠償。

2. 丙丁亦得基於消費者保護法§7 向甲主張損害賠償

消費者保護法§7 I 規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者於提供商品流通進入市場或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」§7 III 規定：「企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」甲客運公司之旅客運送服務未能符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，就此造成消費者丙丁之身體健康權損害應負賠償責任。

3. 丙丁就其受傷對甲得主張損害賠償之範圍

(1)財產上損害 (§193 I)

①喪失或減少勞動能力之損害

抽象上固指職業上工作能力全部或一部之喪失，惟實際上則指減少能力後，通常情形原來可得收入之逸失。

②增加生活上需要之損害

意指因被害始有支付必要之費用，例如醫療費用，整形手術費用或裝置義肢之費用、醫療期間必要之看護費用、照顧家庭或幼兒費用等均是，意義上殆等於第二一六條第一項所稱之所受損害，且為其具體規定。

③看護費：住院期間母親看護？亦應肯定

蓋因親屬或配偶受傷，而由親屬或配偶代為照顧被害人之起居，固係出於親情，但親屬看護所付出之勞力，並非不能評價為金錢，只因兩者身分關係密切而免除支付義務，此種親屬基於身份關係之恩惠，自不能加惠於加害人，故應衡量及比照僱用職業護士看護情形，認被害人受有相當親屬看護費之損害，得向加害人請求賠償。

(2)非財產上損害 (§195 I)

身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操或其他人格法益遭不法侵害，而情節重大者，得請求慰撫金。故丙丁得請求相當之慰撫金。

4.丙丁就其受傷不得向乙主損害賠償

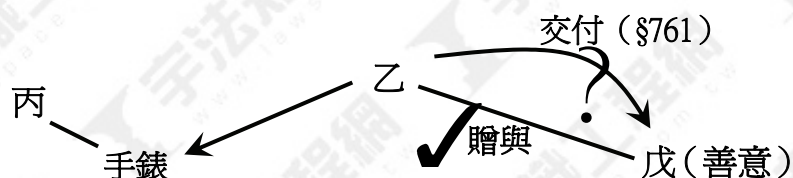
丙丁與司機乙之間並無契約關係存在（契約關係存在於旅客及甲客運公司之），故無從主張債務不履行之損害賠償，事後亦證明乙無過失，故亦無從主張侵權行為之損害賠償。

(二) 丙就其被竊財物對甲戊得主張如下權利

1.丙就其被竊財物對甲得主張僱用人之侵權責任 (§188)

民法§188 I 規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但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者，僱用人不負賠償責任。」發生車禍，司機乙本於旅客運送人之受僱人地位，本有協助受傷旅客送醫救助之義務，然竟趁此執行職務之過程竊取丙之現金 1 萬元及手錶，對僱用人甲得主張侵權行為之損害賠償責任。

2.丙就其被竊手錶對戊得主張盜賊遺失物之返還請求權 (§949、§179)



丙之手錶乃係乙趁丙受傷時竊走，係屬盜賊物，乙將此盜賊物贈與並交付酒店小姐戊，就該無權處分之手錶 (§118)，無償受讓人戊仍得主張善意受讓而取得該手錶所有權 (§801、§948)，唯該盜賊物脫離原所有人丙之占有並非出於自由意思，故§949 特設一短期期間：2 年，使原所有人可請求盜賊物

之返還。二年內亦得認定受領手錶無法律上原因而受利益，而依不當得利請求返還 (§179)。

四、甲與乙訂立承攬契約，乙為甲興建房屋一棟，報酬總額為新臺幣（下同）500萬元。乙就系爭承攬契約之部分工程，與下包商丙另訂次承攬契約，報酬為300萬元。此外，乙對丁尚積欠200萬元債務。乙因而就系爭承攬報酬總額中之300萬元讓與於丙，甲、乙並合意，甲應依照丙之指示，直接給付款項給丙。至於其餘之200萬元承攬報酬款，乙則指示甲匯款至丁之帳戶，作為乙清償前述債務之用。系爭房屋業經乙興建完成並交付甲使用，甲亦已依前述約定給付300萬元予丙，並匯款200萬元予丁。6年後，系爭房屋出現影響結構安全情事，且無法修補，但甲、乙均無法證明乙及丙就此情事是否有可歸責之事由。請問：

如果您是甲之律師，您會提供甲如何之法律意見？ (97律師)

〔擬答〕

(一) 承攬人應就其工作物負瑕疵擔保責任

1. 擔保內容

承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少，或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵 (§492)。

2. 法律效果

(1) 瑕疵修補請求權 (§493)

工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之 (§493 I)。

(2) 契約解除權

承攬人不於定作人所定相當期限內 (§493 I) 修補瑕疵，或依§493 III之規定，拒絕修補或其瑕疵不能修補者，而其瑕疵顯屬重要者，定作人得解除契約 (§494)。

(3) 減少報酬請求權

承攬人不於定作人所定相當期限內 (§493 I) 修補瑕疵，或依§493 III之規定；拒絕修補或其瑕疵不能修補者，而其瑕疵非屬重要或雖屬重要然仍能使用者，定作人得請求減少報酬 (§494)

(4) 損害賠償請求權

因可歸責承攬人之事由，致工作生有瑕疵者，定作人除得請求修補瑕疵、減少報酬、解除契約外，尚得請求損害賠償 (§495)

3. 瑕疵發見期間 (除斥期間)

(1) 一般瑕疵之期限：

第四九三條至第四九五條規定定作人瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，如其瑕疵自工作交付後，經過一年始發現者，不得主張。工作依其性質無須交付者，自工作完成時起算 (§498)。

(2) 特別瑕疵之期限：

工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，前條所定之期限延為五年 (§499)。



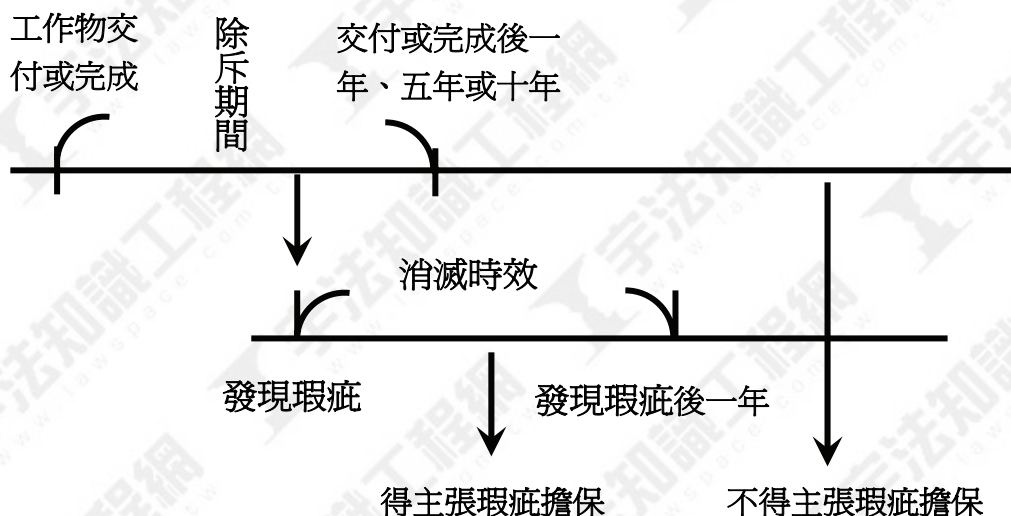
(3)因承攬人惡意而延長期限：

承攬人明知工作有瑕疵而故意不告知其工作之瑕疵者，第四九八條所定之期限（一年）延為五年，第四九九條所定之期限（五年）延為十年 (§506)。



4.行使權利期間（消滅時效）

定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅 (§514 I)。



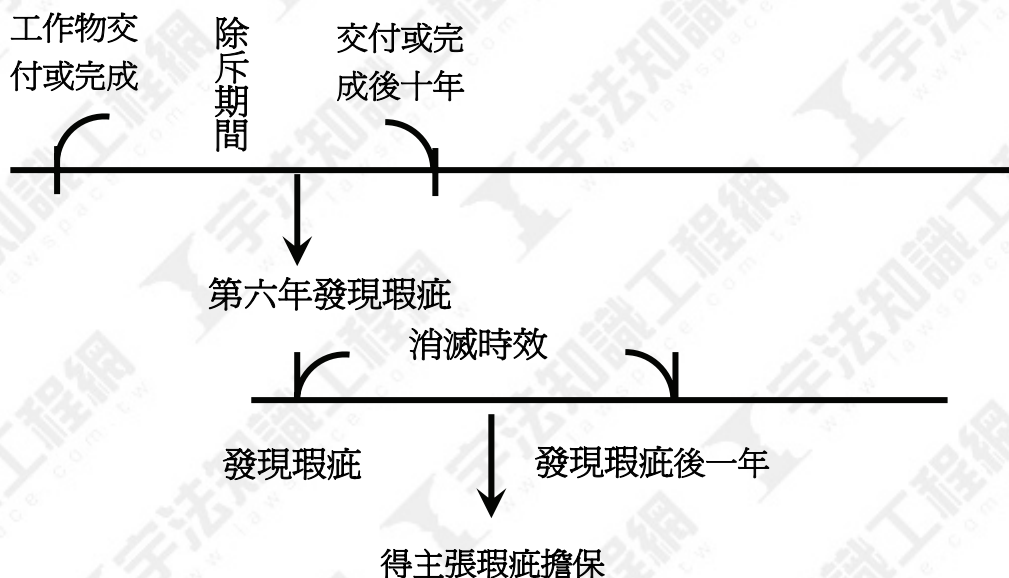
(二) 案例事實解答

本人如為甲之律師將建議採取如下法律行動：

1.主張承攬人惡意而行使契約解除權

承攬人所承攬之工作為建築物，而其瑕疵重大致不能達使用之目的者（房屋出現影響結構安全且無法修補），定作人得解除契約，已如前述。惟系爭房屋乙交付於甲使用已逾五年，依一般不動產瑕疵發見期間 (§499)，恐無法主張權利，故本人如為甲之律師將建議主張承攬人惡意（故意不告知其工作之瑕疵）隱瞞或重大過失不知（重大過失等同惡意）（承攬人乙為建築專業，竟然無從發現在完工後第六年，就足以影響一般堪用數十年以上之房屋結構安全情事之瑕疵，可見該建築必定違反建築常規），而使瑕疵發見期間延長

為十年，以解除甲乙間之承攬契約，請求返還 500 萬之承攬報酬。



2. 主張債務不履行損害賠償請求權

不論主張債務不履行之損害賠償（§227），亦或瑕疵擔保責任中之損害賠償請求權（§495），均要求「因可歸責承攬人之事由」，雖甲無法證明乙及丙就此情事是否有可歸責之事由，然於舉證責任之分配中，現行實務均要求債務人應就其主觀上無可歸責事由負舉證之責（21 上字 1956 號判例，82 台上 267 號判決參照），故甲得於訴訟上主張「乙或丙必定違反建築常規。否則於經驗法則下，未受天然災害之狀況下，甫建造完成之不動產怎可能發生影響結構安全之瑕疵」以影響法院之心證，於被告乙無從證明「自己無可歸責之事由」下而獲得勝訴判決。

◎二十一年上字第一九五六號判例

給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起當然負遲延責任，其因不可歸責於債務人之事由致未為給付者，債務人雖不負遲延責任，但不可歸責於債務人之事由，應由債務人負舉證之責。

◎八十二年臺上字第二六七號裁判

民法第一百八十四條第一項前項規定侵權行為以故意或過失不法侵害他人之權利成立要件，故主張對造應負侵權行為責任者，應就對造之有故意或過失負舉證責任（參照本院五十八年台上字第一四二一號判例）。又在債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。故債權人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責（參照本院二十九年上字第一一三九號判例意旨）。二者關於舉證責任分配之原則有間。