

# 《民法》

一、我國民法上有許多關於「撤銷」之規定，請就「撤銷之客體」及「撤銷權行使之方式」，各舉一適例釋明之。並請附理由解釋下列問題：(25分)

(一)甲受乙之脅迫而承諾為乙走私洋煙，請問甲得否撤銷其承諾？

(二)甲捐助新台幣一千萬元，在主管機關許可設立某文教基金會後而尚未依法設立財團法人登記前死亡。請問甲之繼承人得否撤銷甲生前之捐助行為？

命題意旨	本題為基本概念題型，只要掌握相關概念之內涵，並適當舉例說明，即可獲得相當的分數，第一小題王鑑澤老師曾為文討論，可以其見解作答，第二小題雖較冷門，但八九年第一次法官即出現過，可見考古題的重要性不容小覷。
答題關鍵	1.概念的闡述應簡潔、扼要，應注意題目要求舉例說明。 2.第一小題為王老師文章考題，參考其見解應可輕鬆過關。 3.第二小題關於捐助行為的撤回及撤銷，雖於八九年第一次法官出現過，惟兩者案例事實仍有微小變化，解題時應予注意。
參考資料	1.王澤鑑，學說與判例（四），無效法律行為之撤銷；民總 p531 至 p535 2.王澤鑑，民法總則，p215~p216 3.元照實例研析系列-民法總則〈1P02〉，P.78~92 脅迫意思表示性質與撤銷
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民法總則（邱律師）〈L236〉 (1)P.10-19~25：脅迫意思表示之撤銷（相似度 80%） (2)P.5-30、31：捐助行為性質與撤銷（相似度 70%） 2.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L300〉，P.89-9：捐助行為性質與撤銷（相似度 70%）

## 【擬答】

(一)民法上的撤銷權有多種意義。狹義的撤銷權指對有瑕疵的意思表示的撤銷，如因錯誤、詐欺而為意思表示的撤銷。廣義的撤銷權，除狹義的撤銷權外，包括其他法律行為的撤銷權。如贈與的撤銷權（民法第四一六條）。撤銷權的客體原則上為撤銷權之所以發生的法律行為為行使對象。就狹義的撤銷權，即指「有瑕疵的意思表示」而言，此參照民法第八八條、第九二條自明。惟依民法第一一四條，其用語則為「法律行為」，為調和其用語不一致，有學者以為在具有瑕疵的意思表示已成為某法律行為而不具獨立性的部分時，其撤銷及於整個法律行為。例如甲因錯誤而為要約時，得依民法第八八條撤銷其意思表示，其撤銷權的客體則為該意思表示。若該要約經承諾而成立契約時，其撤銷權的客體則為契約。

(二)又撤銷權的行使方法，通常係以權利人的意思表示為之。於相對人了解或到達相對人時發生效力，如民法第九二條有關詐欺、脅迫所為意思表示的撤銷。須注意的是，若干撤銷權的行使，須提起訴訟（形成之訴），而由法院作成形成判決，學說上稱為形成訴權。此等撤銷權的行使所以須經由訴訟為之，係因其影響相對人利益甚鉅，或為創設明確的法律狀態，有由法院審究認定撤銷權的要件是否具備的必要。例如民法第二四四條詐害行為的撤銷，須提起訴訟加以主張，始能發生撤銷之效。

(三)題示兩小題分析如下：

1.甲受乙脅迫而為承諾為乙走私洋煙，甲乙之間可能成立運送或委任等勞務型契約，惟該勞務契約的給付標的為走私洋煙，性質上違反禁止走私的相關規定（懲治走私條例第三條及第八條參照），依民法第七一條，該勞務契約應屬無效。按無效，乃指法律關係自始、當然、確定無效。依「法律上因果關係」理論，一個法律效果，不可能發生二次，或消滅二次。所以一個自始無效的法律關係，不可能再由當事人加以撤銷之。實務亦採相同看法，最高法院五二台上字第七二二號判例謂：「虛偽設定抵押權，乃雙方通謀而為虛偽意思表示，依民法第八十七條第一項規定，其設定抵押權當然無效，與得撤銷後始視為無效者有別。故虛偽設定抵押權雖屬意圖避免強制執行，但非民法第二百四十四條所謂債權人得聲請法院撤銷之債務人行為。」，但亦有學者主張，法律行為的「無效」或「得撤銷」，解釋上都是適用法律所發生的「效果」之一，只要在同一法律事實具備二個構成要件，而同時發生「無效」及「得撤銷」二個法律效果，最多亦僅能認為其撤銷在實際上無必要，而不能認其撤銷在概念上不可能，尤其若干情形，當事人若能主張撤銷亦具法律上實益。例如在法律關係涉及第三人時，在第三人僅就得撤銷事由為惡意，但就無效事由為善意時，則當事人的撤銷權即具有法律上的實益（撤銷後即得對抗該第三人）。本文以為，後說較能兼顧當事人法律利益狀態，應屬可採，故本題甲受乙脅迫而為承諾之意思表示，並依該承諾成立一「走私洋煙」的勞務契約。雖該勞務契約內容因違反禁止規定而無效，但甲仍得依民法第九二條加以撤銷之，蓋依題旨撤銷或對甲無實益，但「撤銷一無效法律行為」非屬不可能存在之概念。

2.甲捐出財產，設立章程，以設立財團法人為目的之行為，學說上稱為「捐助行為」，性質上屬於單方且無相對人之捐助



行為。故捐助行為無論採取何種方式，原則上均因捐助人一方的意思表示而生效力，財團之設立固須得主管機關之許可，但許可係屬公法上行為，不得因此而認為主管機關係捐助意思表示的相對人。依題示，甲於完成捐助行為後死亡，其捐助行為不因此而受影響（民法第九五條第二項參照），捐助行為於主管機關許可之前，尚未生效（民法第五九條），捐助人得撤回其捐助行為，原捐助人於主管機關許可之後，即不得撤回其捐助行為，蓋捐助行為已生效力，只能在有撤銷事由時行使撤銷權。在本題中，甲之生前捐助行為已被許可僅尚未登記，此時甲繼承人是否得撤銷之？按捐助行為因許可而生效，已如上述，甲繼承人非得再行主張撤回之效果，至於是否得主張撤銷，原則上應視有無得撤銷之事由而定（如甲意思表示錯誤或受詐欺）。

二、甲因籌設一間攝影禮服公司，而到處尋找合適之店面。乙得知此事後，便向甲表示其有店面可出租，而雙方於電話中同意該店面之租約，租期三年及每月租金五萬元，租金按月並於每月一日繳納之。試就不同之情狀，分別回答下列問題：(25分)

- (一)若於交屋前，丙向乙表示，願以每月十萬元之租金承租上述之店面。為了能收取更高之租金，乙便主張與甲不存在任何租賃關係，因為其二人間未簽訂書面之租賃契約。請問：乙之主張是否有理？
- (二)若乙依約交付出租之房屋於甲，於交屋後之隔日，因一場大雨，房屋漏水嚴重，屋內近三分之一無法使用。甲透過電話要求乙一個月內修繕之，但經一個月過後，乙仍置之不理。請問：甲得主張何權利？
- (三)若乙依約交付出租之房屋，甲之妻子(丁)於屋內烤肉，因看電視而未注意爐火，不慎引起火災，房屋全毀。請問：乙對甲或丁得主張何權利？

命題意旨	本題為標準租賃契約之題型，測驗考生對相關規定及學說實務爭議之熟忍度，包括第四百二十二條，修繕義務與債務不履行責任、瑕疵擔保責任之關係，承租人失火責任所適用之主體。
答題關鍵	1.民法第四百二十二條規定之法律效果。 2.民法第四百二十九條及第四百三十條之規定。 3.民法第四百三十五條第一項於修繕義務之類推適用。 4.修繕義務與債務不履行之關係。 5.修繕義務與瑕疵擔保責任之關係。 6.民法第四百三十四條與侵權行為之關係。 7.承租人之家屬等同居人得否適用民法第四百三十四條之規定。
參考資料	元照實例研析系列-債法各論〈1P04〉, P.67~96：租賃
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民法債編各論（鄭律師）〈L221〉 (1)P.5-5：租賃之要是特別規定（相似度 90%） (2)P.5-6~8：出租人之義務（相似度 90%） (3)P.5-13、14：承租人允許使用租賃物之第三人輕過失至租賃物失火責任（相似度 90%） 2.高點重點整理系列-民法債編各論（魏律師）〈L249〉 (1)P.1-74、75 租賃契約效力（相似度 80%） (2)P.1-79~81：承租人義務（相似度 80%） 3.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L300〉, P.82-14：82 年律師第二題（相似度 40%）

**【擬答】**

現就本題說明如下：

- (一)租賃契約原則上為不要式契約，只要當事人對於租賃物之使用收益與所支付之租金意思表示一致時，契約即為成立（民法第一百五十三條第一項）。惟第四百二十二條規定：「不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃。」亦即租期超過一年之不動產租賃契約須以字據訂立，而違反時，並非無效，而係視為「不定期租賃」（第七十三條但書）。其主要效果，第四百五十條第二項規定：「未定期限者，各當事人得隨時終止契約。但有利於承租人之習慣者，從其習慣。」各當事人得隨時終止契約。然而，另應注意的是，土地法第一百條規定：「出租人非因左列情形之一，不得收回房屋：一、出租人收回自住或重新建築時。二、承租人違反民法第四百四十三條第一項之規定轉租於他人時。三、承租人積欠租金額，除以擔保金抵償外，達二個月以上時。四、承租人以房屋供違反法令之使用時。五、承租人違反租賃契約時。六、承租人損壞出租人之房屋或附著財物，而不為相當之賠償時。」綜上所述，甲乙間之租賃契約為不動產三年，應以字據訂立，現其僅以電話連絡，違反第四百二十二條規定，惟法律效果並非無效，而係視為不定期租賃，是以乙之主張無理由。
- (二)第四百二十三條規定：「出租人應以合於所約定使用收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用、收益之狀態。」第四百二十九條第一項規定：「租賃物之修繕，除契約另有訂定或另有習慣外，由出租人負擔。」第四百三十條規定：「租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，承租人得定相當期限，催告出租人修繕，如出租人於其期限內不為修繕者，承租人得終止契約或自行修繕而請求出租人償還其費用或於租金中扣除之。」由上開規定可知，出租人原則上應負擔租賃物修善義務（用益狀態之維持義務），承租人得催告之，若出租人違反時，承



租人得得終止契約，或自行修繕而請求出租人償還其費用或於租金中扣除之。再者，租賃物因未修繕而無法使用收益時，承租人亦得行使同時履行抗辯權（第二百六十四條），拒絕支付租金之一部或全部。又有學者主張，承租人因出租人不履行修繕義務而受有使用收益不完全之損害時，得類推適用第四百三十五條第一項「請求比例減少租金」之規定，本文贊同。

至於催告期間內，最高法院三十年渝上字第三四五號判例：「租賃物因不可歸責於雙方當事人之事由而毀損，致全部不能為約定之使用收益者，當事人間之法律關係，因其租賃物是否尚能修繕而異。其租賃物已不能修繕者，依民法第二百五條第一項、第二百六十六條第一項之規定，出租人免其以該物租與承租人使用收益之義務，承租人亦免其支付租金之義務，租賃關係即當然從此消滅。其租賃物尚能修繕者，依民法第二百五條第一項、第二百六十六條第一項之規定，在修繕完畢以前，出租人免其以該物租與承租人使用收益之義務，承租人亦免其支付租金之義務，惟其租賃關係，依民法第四百三十條之規定不當然消滅，必承租人定相當期限催告負擔修繕義務之出租人修繕，而出租人於其期限內不為修繕者，承租人始得終止契約，更須承租人為終止契約之意思表示，其租賃關係始歸消滅。」然而，有學者主張，租賃契約為有償契約，依第三百四十七條，得準用買賣契約之規定，換言之，租賃物有瑕疵時（無論瑕疵發生於交付前或交付後），準用第三百五十九條，承租人得主張減少租金或終止契約，本文贊同。

現本題之房屋因大雨而漏水，三分之一無法使用，甲催告乙一個月內修繕，在該一個月內，乙雖因無可歸責事由，免負損害賠償責任，惟甲得減少租金支付或終止契約，至於乙逾期未修繕一節，甲得終止契約，或自行修繕而請求乙償還其費用或於租金中扣除之，另外，因未修繕而無法使用收益部分，甲得拒絕支付租金之一部或全部，或類推適用第四百三十五條第一項「請求比例減少租金」。

(三)第四百三十四條規定：「租賃物因承租人之重大過失，致失火而毀損、滅失者，承租人對於出租人負損害賠償責任。」法律為保護承租人，規定失火責任以重大過失為限。又最高法院二十二年上一第一三一號判例謂：「租賃物因承租人失火而毀損滅失者，以承租人有重大過失為限，始對出租人負損害賠償責任，民法第四百三十四條已有特別規定，承租人之失火僅為輕過失時，出租人自不得以侵權行為為理由，依民法第一百八十四條第一項之規定，請求損害賠償。」

至於失火係承租人之家屬等同居人引起時，就承租人之責任言，通說認為承租人亦僅於此等同居人有故意或重大過失時，始負賠償責任，以貫徹承租人之保護，然而該等同居人與出租人並無租賃關係，故應適用一般侵權行為法則，有抽象輕過失時，即應負賠償責任。最高法院五十六年第三次民刑庭總會決議：「甲說：租賃物因承租人失火而毀損滅失者，以承租人有重大過失為限，始對出租人負損害賠償責任，民法第四百三十四條已有特別規定，茲承租人既係輕過失，而燒燬承租房屋，自不負侵權行為之損害賠償責任。（參看本院二十二年上字第一三一號判例）乙說：因失火燒燬他人之房屋，除民法第四百三十四條所定情形外，縱為輕過失，仍應依民法第一百八十四條負侵權行為之損害賠償責任。失火有重大過失時，始負侵權行為之立法例，為我民法所不採。（參看本院二十六年鄂上字第三號判例）決議：甲說係指承租人失火毀損租賃物之情形而言，乙說則指承租人以外之人失火毀損他人房屋之情形而言，兩說並無抵觸，可以並存。」

綜上所述，丁有故意或重大過失時，乙始得向甲主張損害賠償責任，惟丁有抽象輕過失時，乙即得對丁主張損害賠償責任。

### 三、某甲擁有下列財產：

- (一)出租給某乙之房屋一棟及其基地；
- (二)古文物二件，其中一件借給博物館展出，另一件放在古董店寄賣；
- (三)在保養廠保養的名貴跑車一部；
- (四)寄放在倉庫營業人之進口高級音響一批，該倉庫營業人應某甲之請求已簽發倉庫乙紙交付某甲。

某甲現決定移民出國要變賣這些財產：

- (一)某乙決定購買某甲之上述房屋及其基地。
- (二)古董店老板某丙要買下某甲之二件古物。
- (三)保養廠老板某丁要買這部跑車，但某甲想繼續使用到出國前不想現在就賣，某丁唯恐被他人以高價搶走，說服某甲馬上就到監理所辦理過戶，願意讓某甲免費使用到出國時，某甲同意依某丁之建議出售。
- (四)至於存放在倉庫之進口高級音響，某戊公司同意購買。

請問某乙、某丙、某丁、某戊如何取得各該財產之所有權？(25分)

命題意旨	題目乍看為複雜的實例題，其實為單純案例事實包裝的基礎概念考題。難度不高，依順序將各題平實且完整作答即可。
答題關鍵	1.關於所有權移轉要件如何被滿足而發生效力，是解答的核心所在。 2.第四小題冷門的倉庫倉單效力，其實涉及熱門的海商法第一〇四條爭議。同學們可聯想其關連性並嘗試作答，應有一定的分數可拿，不該輕易放棄。
參考資料	1.謝在全，民法物權論上冊，p108至p119，p149至p154 2.高點民法講義債各 p350至p351 3.元照實例研析系列-債法總論〈1P03〉，P.8~17：契約成立



	4.元照實例研析系列-民法物權〈1P05〉, P.23~29: 物權變動要件
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民法物權編(黃律師)〈L232〉, P.1-30~36: 物權變動要件(相似度 40%) 2.民法(債總)厚本講義, P.39~54: 契約成立與方式(相似度 40%) 3.民法(物權)厚本講義第一回, P.20~23、P.29: 物權變動特別方式(相似度 40%)

## 【擬答】

- (一)民法第七五八條：「不動產物權，依法律行為而取得設定、喪失、及變更者，非經登記，不生效力。」民法第七六〇條：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之。」故關於不動產移轉要件如下：一、須有處分權人所為。二、須有物權變動之意思表示。三、須訂立書面。四、須經登記。本題乙欲購買甲所有之房屋及基地，除與甲締結買賣契約外，另須經甲依上述不動產變動要件，將房屋及基地的所有權移轉予乙，乙始得房屋及基地的所有權。尤其是登記該要件。至於交付，則非不動產物權變更之要件，僅為移轉占有之要件（第九百四十六條準用第七百六十一條）。應注意者，關於不動產變動的債權契約，民法第一六六條之一規定：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書（第一項）。未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效（第二項）。」另民法債編施行細則第三六條第二項規定：「民法債編修正條文及本施行法修正條文自中華民國八十九年五月五日施行。但民法第一百六十六條之一施行日期，由行政院會同司法院另定之。」故若本條施行後，本題甲乙關於房地買賣契約則須由公證人作成公證書始成立，自不待言。
- (二)依民法第七六一條第一項前段規定可知，動產物權依法律行為而變動者，須當事人間有動產物權變動之意思表示，以及交付之行為，始能發生效力。其中，關於當事人的讓與合意，通常多未明白表示，故學說及實務上通常多推定物權變動之意思表示，與交付並存。至於交付，可分成兩種情形，一為現實交付，一為觀念交付，前者指動產占有（直接管領力）之現實移轉。後者則非真正之交付，乃動產占有在觀念上之移轉，此為法律顧及特殊情形下，交易便捷需要而採取的變通方法，依民法第七六一條第一項但書與第二、三項之規定，又可分為三種情形：簡易交付、占有改定、指示交付。本題甲所有古文物，其一借予博物館，此時甲為該文物間接占有人，博物館為直接占有人，若甲欲移轉該古文物所有權予丙，而滿足「交付」要件，不必由甲先依借貸契約向博物館取回（民法第四七〇條），再交付予丙，而可依民法第七六一條第三項，讓與對博物館的返還請求權予丙以代交付，此時縱該古文物為博物館現實占有中，丙仍取得所有權，此即「指示交付」。同理，就另一寄賣的古文物，若丙即為寄賣的古董店，因已於丙的現實占有中，依民法第七六一條第一項但書，於甲丙讓與合意時，即生所有權移轉效力，此即「簡易交付」。若寄賣的古董店與丙非屬同一人，則甲亦得依民法第七六一條第三項，將對寄賣的古董店的返還請求權讓與丙以代交付，而由丙取得所有權。
- (三)按汽車為動產，故有關監理所的汽車登記行為，僅具行政管理的公法效力，至於私法上的財產權變動效力，仍應回歸民法有關「動產物權」的規定，故本題甲丁縱已為汽車過戶登記，非當然發生所有權變動效果，合先敘明。本題，甲就其所有汽車欲移轉所有權予丁，雖甲仍占有該車，但甲丁既就該車另成立使用借貸契約（民法第四六四條），使受讓人丁取得間接占有，依民法第七六一條第二項規定，亦可滿足「交付」要件，故丁於訂立該借貸契約取得該車所有權，此即「占有交付」。
- (四)戊如何取得該批音響所有權，討論如下：
- 1.甲與倉庫營業人之間成立倉庫契約，當屬無疑，依民法第六一四條，可準用寄託相關規定。又民法第五九七條規定：「寄託物返還之期限，雖經約定，寄託人仍得隨時請求返還。」故甲此時似得依民法第七六一條第三項以指示交付讓與對倉庫營業人的返還請求權，而將該批音響所有權移轉於戊。惟甲已依民法六一五條請求簽發倉單，此時依民法六一八條：「倉單所載之貨物，非由寄託人或倉單持有人於倉單背書，並經倉庫營業人簽名，不生所有權移轉之效力。」可知，關於倉庫貨物的所有權變動，在簽發倉單後，須以倉單之背書及簽名始得為之，學者通說認為此時已無指示交付之適用。至於依民法六一八條交付倉單，效力為何，容有疑議。
  - 2.首先，關於運送契約的提單，依民法第六二九條規定：「交付提單於有受領物品權利之人時，其交付就物品所有權移轉之關係，與物品之交付有同一之效力。」實務見解及學者多數見解認依本條運送提單具有物權效力，至於該物權效力，又有絕對效力（認依提單可直接取代動產物權行為「讓與合意」及「交付」兩要件而生效力）及相對效力（提單僅取代動產物權行為「交付」要件）之歧見，最高法院原則上採單純相對效力說，認於運送人占有中（包括直接、間接占有），該提單可代「交付」要件而發生動產所有權變動效力（最高法院第七六年第七七一號判例）。
  - 3.而在倉庫章節並無類似上述提單物權效力規定，多數學者見解以為，在倉庫的倉單應可類推適用之。故戊可類推適用民法第六二九條，並參照最高法院第七六年第七七一號判例見解，在倉庫營業人占有該批音響時，受讓甲之倉單以代交付，而取得該批音響的所有權。

四、甲男乙女為夫妻，育有四歲兒子丙，因個性不合協議離婚，雙方約定就對丙之權利行使義務負擔由乙妻任之，並特別約定對丙之保護教養費用（扶養費），悉由乙負擔。之後，乙失業無力支付丙之各項費用，要求甲分擔，甲竟藉此擅自將就讀幼稚園之丙帶走藏匿，乙因過於思念丙，精神受到嚴重打擊，痛苦萬分。試問：(25分)

(一)乙得否向甲請求交還丙，法律依據為何？

(二)乙得否向甲請求精神上損害賠償，法律依據為何？



## (三)甲應否負擔丙之保護教養費用(扶養費)?

命題意旨	本題目的在測驗考生有關親權和扶養的觀念，重點在親權的內容、親權與扶養的關係及夫妻對於未成年子女扶養費用協議之效力。
答題關鍵	1.親權的內容與交還子女請求權之關係。 2.民法第一百九十五條第三項規定之解釋。 3.扶養與親權有何相異處。 4.未成年子女扶養請求權之法律依據為何。 5.夫妻對於未成年人扶養費用協議之效力。
參考資料	1.身分法補充講義(一)第六十八頁至第六十九頁。 2.身分法補充講義(二)第二十頁、第三十三頁至第三十四頁。 3.月旦法學教室，第7期：P.95~112：親權..(魏大曉) 4.月旦法學雜誌 (1)第97期：P.157~158：親權事項之假處分(魏大曉) (2)第100期：P.42~53：我國親權法之現狀與課題(林秀雄) (3)第101期：P.178~183：未成年子女撫養事件法院處理實務(許澍林)
高分閱讀	1.身分法總複習講義第十二頁至第十三頁，第九題。 2.高點重點整理系列-身份法(黃律師)<L204>，P.1-169：子女交還請求權(相似度50%) 3.高點重點整理系列-民法(親屬、繼承)(許律師)<L237> (1)P.4-88：子女交還請求權(相似度50%) (2)P.6-13：父母對於未成年子女之撫養義務(相似度90%) 4.高點重點整理系列-民法債編總論(魏律師)<L247>，P.3-18~19：基於身份法益之精神上損害賠償(相似度40%) 5.法觀人雜誌 (1)第70期：P.61~73：親權與家事事件審理程序(相似度60%) (2)第77期：P.31~40：我國親權法之現狀與課題(相似度40%)

## 【擬答】

現就本題說明如下：

## (一)乙得否向甲請求交還丙？法律依據為何？

親權是指父母對於未成年子女權利的行使及義務的負擔，內容主要有身心照護、財產照護及法定代理權等，其中亦包括對於非行使親權人請求返還子女，亦即對於非行使親權人得提起返還子女之訴(最高法院五十九年台上字第三三二二號判決參照)。強制執行法第一百二十八條第三項規定：「執行名義，係命債務人交出子女或被誘人者，除適用第一項規定外，得用直接強制方法，將該子女或被誘人取交債權人。」可資參照。

甲男乙女原為夫妻，現已協議離婚，對於未成年四歲兒子丙之權利行使及義務負擔(親權)，約定由乙任之。民法第一百零五十五條第一項規定：「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。」依該規定，對於丙之權利行使及義務負擔(親權)，得由甲乙協議定之，是以甲乙上開協議應為有效，乙為親權人，甲則非親權人。

甲既非親權人，又無會面交往權(民法第一千零五十五條第五項參照)，卻擅自將丙帶走藏匿，是以乙該親權人得請求返還丙，提起返還子女之訴，並得聲請強制執行。

## (二)乙得否向甲請求精神上損害賠償？法律依據為何？

民法第一百九十五條規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分(第一項)。前項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限(第二項)。前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之(第三項)。」依該規定第三項，父母之身分法益若受他人不法侵害而情節重大者，得請求精神上損害賠償，抑有進者，所謂父母之身分法益，當然包括親權。

誠如前述，乙有親權，甲無親權，亦無會面交往權，是以甲擅自將丙帶走藏匿，顯然係故意侵害乙對於丙之親權，進而造成精神上損害(民法第一百八十四條第一項前段參照)，從而乙得請求損害賠償。

## (三)甲應否負擔丙之保護教養費用(扶養費用)？

所謂扶養，係指一定親屬間，有經濟能力者對於不能維持生活者，予以必要之經濟上供給。

首先，應注意的是，親權與扶養係屬二事，理由如下：

- 1.民法第一千一百十六條之二規定：「父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。」換言之，夫妻婚姻經撤銷或離婚時，雖然可能喪失親權，然而仍須負擔扶養義務(最高法院八十七年第一二八號判例參照)。
- 2.前者係因行使親權而發生，後者係因父母子女關係而發生。



3.前者係父母對於子女的單方義務，後者係父母子女間的雙方義務。

4.前者原則上會因為子女成年而消滅，後者並不會。

5.前者可能因為婚姻關係消滅而消滅，後者則否。

職故，甲雖無親權，然其仍須對丙負擔扶養義務。

再者，未成年子女丙對於甲扶養費之請求權基礎為何，實有進一步討論之必要。對此，學說素有爭議。

甲說：民法第一千零八十九條包括父母對於未成年子女扶養義務的負擔，至於民法第一千一百十四條僅為父母與成年子女間的扶養。

乙說：父母對於子女有親權，包括住所指定權，所以父母與子女屬於共同生活之家屬團體，所以其扶養義務應為生活保持義務，換言之，其扶養義務應適用民法第一千零八十四條第二項。

丙說：民法第一千零八十四條第二項、民法第一千零八十九條與民法第一千一百十四條第一款所定，直系血親相互間之扶養義務者不同，後者凡不能維持生活而無謀生能力時，皆有受扶養之權利，並不以未成年或成年為限。

本文以為，應採丙說為是，理由如下：

1.親權與扶養係屬二事，已如前述。

2.就國際私法言，若採甲乙二說，將使父母對未成年子女之扶養案件依親子關係的準據法，而非扶養義務之準據法，此將與國際條約脫軌。

最後，應釐清的是，甲乙於離婚時已協議扶養費用由乙負擔，則該協議是否會影響甲對於丙之扶養義務。對此，本文認應採否定之看法，因為扶養權利不得拋棄，所以父母亦不得代子女為拋棄，況且父母僅為債務人，所以該協議應認為僅是其內部分擔，對於子女此債權人，未經其承認，並不會發生效力。

綜上所述，甲仍應負擔丙之扶養費用，此與親權之行使無關，而法律依據為民法第一千一百十四條第一款規定，且不受甲乙間協議之影響。

