

《民法概要》

一、何謂無權代理？何謂無權處分？甲擅自與丙約定將乙之電腦出賣與丙，乙知悉後拒絕承認，若為無權代理，甲丙間法律效果如何？若為無權處分，法律效果又如何？（二十五分）

命題意旨	本題係傳統考古題，測驗考生對於無權代理及無權處分之區別。考生若平常有用功，必能拿到高分。
答題關鍵	1.無權代理人所為之行爲，係以本人名義為之，無權處分人所為之行爲，係以自己名義為之。 2.無權代理之法律行為包括處分行爲及負擔行為，無權處分之法律行為係指處分行爲。 3.民法第一百十條及第三百四十九條、第三百五十三條。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《民法概要》，許律師 (L119)，P.1-116~118：無權處分、無權代理之意義及法律效果（相似度 100%） 2.高點重點總整理系列《民法總則》，邱律師 (L236)，P.12-48~49：無權代理之意義及法效；P.13-12~15：無權處分及無權代理處分之法效（相似度 100%） 3.《高點律師司法官歷屆試題詳解》(LA005)，84 年律師第一題：無權處分、無權代理之異同（相似度 40%）

【擬答】

(一)何謂無權代理？

無權代理者，指無代理權人以本人名義所為之法律行為。第一百七十條第一項規定：「無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人不生效力。」由該規定可知，無權代理之效果係效力未定。又第一百十條規定：「無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。」由該規定可知，無權代理人對於善意相對人，應負無過失損害賠償責任。

(二)何謂無權處分？

無權處分者，指無權利人，以自己名義，就權利標的物所為的處分行為。第一百十八條第一項規定：「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力。」由該規定可知，無權處分之效果係效力未定。應注意的是，該「處分」係指處分行為，包括物權行為及準物權行為，但不包括負擔行為，例如出賣他人之物，非屬本條所稱之處分，應屬有效。

由上可知，無權代理及無權處分之相異點如下：

- 1.無權代理人所為之行爲，係以本人名義為之，無權處分人所為之行爲，係以自己名義為之。
- 2.無權代理之法律行為包括處分行為及負擔行為，無權處分之法律行為係指處分行為。
- 3.無權代理設計有表見代理制度之例外（民法第一百零七條及第一百六十九條參照），無權處分設計有善意取得制度之例外（土地法第四十三條，民法第八百零一條、第八百八十六條、第九百四十八條至第九百五十一條等規定參照）。
- 4.無權代理人應負無過失損害賠償責任，無權處分人原則上僅就故意或過失負損害賠償責任。

(三)若為無權代理，甲丙間法律效果如何？

若甲無權代理乙與丙約定電腦之買賣契約，亦即以乙之名義為該法律行為，則依第一百七十條第一項規定：「無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人不生效力。」乙有承認與否之權利。現乙既拒絕承認，則該買賣契約確定對乙不生效力。

因買賣契約對乙不生效力，丙受有損害，依第一百十條規定：「無代理權人，以他人之代理人名義所為之法律行為，對於善意之相對人，負損害賠償之責。」職故，丙若為善意之人，得向甲請求損害賠償，甲須負無過失損害賠償責任，反之，丙若為惡意之人，則不得向甲請求損害賠償。

(四)若為無權處分，甲丙間法律效果又如何？

若甲擅自出賣乙之電腦與丙，亦即以甲之名義為該法律行為，則物權行為雖屬效力未定，乙得拒絕承認（第一百十八條第一項參照），然而買賣契約屬負擔行為，不以處分權為必要，所以仍然有效。

誠如前述，甲丙間之買賣契約有效，然而電腦為乙所有，又乙當然不願轉讓電腦，是以甲不能給付，從而該法律行為屬自始主觀給付不能。關於自始主觀不能，學者見解不一，有自始客觀不能、嗣後不能及權利瑕疵擔保說，本文以為，應採權利瑕疵擔保說，蓋第三百四十九條規定：「出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。」解釋上應包括所有權。又第三百五十三條規定：「出賣人不履行第三百四十八條至第三百五十一條所定之義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。」職故，甲對於丙應負債務不履行責任，丙得請求損害賠償或解除契約（第二百二十六條及第二百五十六條參照）。

二、甲因懷胎在乙醫院進行產檢，主治醫師丙因疏忽致未發覺胎兒染色體異常，故雖經甲一再詢問，丙醫師仍建議可以生產。嗣後，甲產下之嬰兒患有無法治癒之先天性疾病。請問：甲向乙醫院及丙醫師為如何之主張？（二十五分）

命題意旨	本題具有相當之深度，屬於 WRONGFUL BIRTH 的典型案列，考生須閱讀過相關文獻，尤其是王澤鑑教授的書，始得獲取高分。
答題關鍵	1.民法第一百八十四條第一項前段以權利受侵害為要件。 2.「墮胎自由權」或「生育決定權」承認與否之肯定及否定二看法。
參考資料	1.林欣柔、楊秀儀，告別馬偕肩難產事件，月旦法學雜誌第 112 期，P.24~34
高分閱讀	1.高點法學錦囊系列《民法債編總論》，魏律師（L247），P.2-170~174：醫療過失之請求權基礎（相似度 30%）

【擬答】

本案屬於 WRONGFUL BIRTH 的典型案列（台灣士林地方法院八十四年重訴字第一四七號民事判決參照），現分析如下：

（一）甲對於丙醫師之主張

甲丙間不存在契約之法律關係，所以甲無從主張債務不履行等相關權利，合先敘明。

至於丙是否會成立侵權行為，按侵權行為之被害客體應為權利或利益，所謂權利係指既存法律體系所明認之權利，利益則指規律社會生活之公序良俗及保護個人法益之法規所包括之一切法益。自由權不惟為憲法所保障，同時亦屬私權，而自由權之保障係指自己之身體及健康上自由活動不受他人之干涉而言，是否包括「墮胎自由權」或「生育決定權」則容有爭議，邇來女權意識高漲，或有謂婦女享有「子宮權」，而有關此之立法例，各國亦有不同，確係具爭議性之問題，「子宮權」是否包括在自由權之內，除應探討現行之相關法律之外，並應考慮吾國之歷史文化背景及倫理價值觀念，以期符合人民之法律感情。

再者，刑法第二百八十八條雖規定墮胎罪，然其所保護之客體係母體內成長之胎兒，而非婦女之權利。胎兒係生命體，為一具有人格之重要法益，懷胎婦女對於是否讓胎兒留存體內而生存之問題，涉及生命價值，人性尊嚴，有無所謂「自我決定權」，從宗教、道德、倫理、優生學之觀點而言，應無「墮胎自由權」或「生育決定權」，換言之，刑法墮胎罪所保護之客體係母體內成長之胎兒，而非懷胎婦女之身體及健康。至於優生保健法第九條規定要件符合之人工流產，屬依法令之行為，而可阻卻違法，非據此而謂該規定賦予婦女有「墮胎自由權」或「生育決定權」。

綜上所述，甲並無權利受侵害，丙亦無故意背於善良風俗或違反保護他人法律之行為，所以侵權行為無從成立。

（二）甲對於乙醫院之主張

甲乙間成立醫療契約，係屬委任契約。民法（下同）第五百三十五條規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」又第二百二十四條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」今丙醫師有過失，則乙醫院應與自己之過失負同一責任，換言之，甲得主張損害賠償，範圍包括醫療費用、人力照顧費用、特殊教育費用等。

三、抵押權應如何設定？何謂抵押權從屬性？甲欠乙三百萬元，以土地一筆為乙設定抵押權以為擔保，若甲於清償三百萬元債務後，乙拒絕出具清償證明及塗銷抵押權同意書，試附理由說明抵押權是否消滅？（二十五分）

命題意旨	本題係傳統考古題，重點在抵押權消滅之從屬性及抵押權登記之關連，用功之考生應可獲取高分。
答題關鍵	1.抵押權消滅之從屬性及第三百零七條。 2.抵押權消滅之從屬性及塗銷登記之關連。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《民法概要》，許律師（L119），P.3-93：抵押權之設定；P.3-95~97：抵押權之從屬性（相似度 100%） 2.高點重點整理系列《民法物權編》，黃律師（L232），P.6-14~16：抵押權之從屬性；P.6-22：抵押權之設定（相似度 100%）

【擬答】

（一）抵押權之設定

稱抵押權者，謂對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，得就其賣得價金受清償之權（民法第八百六十條參照）。

除法定抵押權（第五百十三條參照）之外，抵押權之設定方法如下：1.第七百六十條規定：「不動產物權之移轉或設定，應以書面為之。」2.第七百五十八條規定：「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。」換言之，設定抵押權應有書面及登記二要件。

（二）抵押權從屬性

1.成立之從屬性：

抵押權之成立，以債權存在為前提，債權若不存在，抵押權亦不成立，此為成立之從屬性。

又抵押權之成立違反成立之從屬性者，應屬無效，縱有抵押權之登記，該抵押權亦屬無效。

2.移轉或處分之從屬性：

抵押權須附隨於擔保債權，始得為讓與，此即移轉或處分之從屬性。第八百七十條規定：「抵押權不得由債權分離而為讓與，或為其他債權之擔保。」可供參照。

3.消滅之從屬性：

抵押權擔保之債權，如因清償、提存、免除、抵銷、混同等原因而全部消滅時，抵押權亦隨而消滅，此為消滅之從屬性。第三百零七條規定：「債之關係消滅者，其債權之擔保及其他從屬之權利亦同時消滅。」可供參照。

(三)抵押權消滅與否？

甲現既已清償積欠乙之三百萬元債務，則債務當然消滅，又依第三百零七條規定，抵押權亦隨同消滅，此即消滅之從屬性。至於該抵押權登記因乙未配合而無從塗銷，並不會影響抵押權之消滅，抑有進者，甲得訴請塗銷該抵押權登記。

四、甲夫乙妻於民國（下同）71 年結婚，並於 93 年 9 月依法兩願離婚。當時，甲、乙婚後所生之子丙為 15 歲。

問：（二十五分）

（一）甲、乙離婚後，對於丙之權利義務之行使或負擔，應如何決定？

（二）甲於 73 年 5 月向他人購買土地一筆，並直接登記於乙之下，迄二人離婚時，亦未改變，該地之所有權屬於甲或乙？

命題意旨	本題第一小題為法條題，目的在測驗考生對民法第一千零五十五條之熟忍度，獲取高分並不困難，至於第二小題，則有相當深度，考生須熟悉施行法第六條之一的背景。
答題關鍵	1.民法第一千零五十五條的內容。 2.民法第一千零十七條修法過程。 3.施行法第六條之一的內容。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《民法概要》，許律師（L119），P.4-69~70：夫妻離婚，對未成年子女之親權行使之方式（相似度 50%） 2.高點重點總整理系列《身分法》，黃律師（L204），P.1-74：親屬篇施行法，妻取得不動產之時點（相似度 50%） 3.高點學說論著系列《民法（親屬・繼承）》，許律師（L237），P.3-176~179：夫妻離婚，對未成年子女親權行使之方式（相似度 50%） 4.《高點律師司法官歷屆試題詳解》（LA005），89 年律師第四題：親屬篇施行法§6-1

【擬答】

（一）甲乙離婚時，丙僅為十五歲，未滿二十歲（民法第十二條），係未成年人，合先敘明。

關於夫妻離婚時，對於未成年子女權利義務之行使及負擔，規定於第一千零五十五條，其內容為：「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（第一項）。前項協議不利於子女者，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（第二項）。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（第三項）。前三項情形，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法（第四項）。法院得依請求或依職權，為未行使或負擔權利義務之一方酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。但其會面交往有妨害子女之利益者，法院得依請求或依職權變更之（第五項）。」換言之，親權原則上由父母協議，若無從協議，則由法院決定。又第一千零五十五條之一規定：「法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告，尤應注意下列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。」第一千零五十五條之二規定：「父母均不適台行使權利時，法院應依子女之最佳利益並審酌前條各款事項，選定適當之人為子女之監護人，並指定監護之方法、命其父母負擔扶養費用及其方式。」

（二）甲於民國七十三年五月購買而登記於乙名下之土地，其所有權歸屬如何？

民國七十四年六月四日前的第一千零十七條規定：「除了能證明該財產為妻的原有財產或特有財產外，應推定為夫所有。」又最高法院六十二年台上字第五二二號判例：「婚姻關係存續中登記為妻之財產，仍推定其屬於夫所有，除非妻能證明係自己的特有財產或原有財產。」由此可知，除非乙證明該土地為其所出資，否則應推定為甲所有。

然而，依上述結論，則有若干缺失，1.男女不平等，2.保護夫之債權人，忽略妻之債權人，3.使大眾對土地登記制度失去信心。

為解決上開缺失，民國七十四年六月五日後的第一千零十七條刪除該不平等規定，回歸土地登記制度，以妻名義登記之不動產屬於妻所有。

該規定經刪除後，雖解決民國七十四年六月五日後之紛爭，惟對於民國七十四年六月四日前之紛爭並無助益，故大法官會議解釋釋字第四百一十號解釋謂：「民法親屬編施行法第一條規定『關於親屬之事件，在民法親屬編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定。其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定』，旨在尊重民法親屬編施行前或修正前原已存在之法律秩序，以維護法安定之要求，同時對於原已發生之法律秩序認不應仍繼續維持或須變更者，則於該施行法設特別規定，以資調和，與憲法並無抵觸。惟查關於夫妻聯合財產制之規定，民國七十四年六月三日修正前民法第一千零十七條第一項規定：『聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，保有其所有權』，同條第二項規定：『聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產部分，為夫所有』，第三項規定：『由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫』，及最高法院五十五年度台抗字第一六一號判例謂『妻於婚姻關係存續中始行取得之財產，如不能證明其為特有或原有財

產，依民法第一千零十六條及第一千零十七條第二項之規定，即屬聯合財產，其所有權應屬於夫』，基於憲法第七條男女平等原則之考量，民法第一千零十七條已於七十四年六月三日予以修正，上開最高法院判例亦因適用修正後之民法，而不再援用。由於民法親屬編施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬之修正，未設特別規定，致使在修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定，由夫繼續享有權利，未能貫徹憲法保障男女平等之意旨。對於民法親屬編修正前已發生現尚存在之聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分，應如何處理，俾符男女平等原則，有關機關應儘速於民法親屬編施行法之相關規定檢討修正。至遺產及贈與稅法第十六條第十一款被繼承人配偶及子女之原有財產或特有財產，經辦理登記或確有證明者，不計入遺產總額之規定，所稱『被繼承人之配偶』並不分夫或妻，均有其適用，與憲法第七條所保障男女平等之原則，亦無抵觸。」

為回應大法官上開解釋，施行法第六條之一規定：「中華民國七十四年六月四日以前結婚，並適用聯合財產制之夫妻，於婚姻關係存續中以妻之名義在同日以前取得不動產，而有左列情形之一者，於本施行法中華民國九月六日修正生效一年後，適用中華民國七十四年民法親屬編修正後之第一千零十七條規定：一、婚姻關係尚存續中且該不動產仍以妻之名義登記者。二、夫妻已離婚而該不動產仍以妻之名義登記者。」職故，甲始終未為更名登記，所以自民國八十六年九月二十七日（施行法第六條之一生效一年後）後，乙即得取得該土地之所有權，甲喪失所有權。