

# 法制人員、財稅行政

## 《民法》

### 試題評析

- 一、本題主要爭點係民法第一九五條第三項身份法益遭侵害而情節重大時，得主張慰撫金請求權之問題。第一小題應先論述身份法益於我國實務上是否允許慰撫金請求權之歷程，再說明民法第一九五條第三項之立法意旨；第二小題則涉及未成年子女有無「身份權」遭侵害，抑或僅需有「身份法益」遭侵害即可。  
參考資料：(一)王澤鑑，侵權行為法第一冊，關於「身份權」部分之說明。  
(二)張台大民法上課講義第一冊--民法總則--，第二章權利主體(人)有關「人格權與身份權保護」部分之說明。
- 二、本題為典型債權與請求權兩者如何區別，以及兩者於債權實現過程中具有何種效力之問題。題目雖分為三小題，實為同一觀念所貫穿，解答時只要把握債權之「請求力」與「保持力」兩觀念之區別，依各子題順序作答，可輕易獲得高分。
- 三、本題所涉及之爭點相當單純，依大法官釋字第四五一號解釋，認為共有人(包含公司共有人)亦得依民法第七七二條準用第七六九條，時效取得地上權，解答時只要確實引用此號解釋，並概述其意旨即可。  
參考資料：(一)釋字第四五一號解釋。  
(二)王澤鑑，民法物權第一冊，2001年4月修訂版，頁208至209。

- 一、民國八十三年三月一日，甲婦與乙婦同在丙醫院待產，同晚各產下一女，因值班護士之疏失而將雙方之嬰兒戴錯腳牌，致使甲婦與乙婦在不知情之狀況下，誤抱對方之女嬰返家扶養。事隔七年後，因甲婦為其女丁辦理證件之需而檢驗血型為A型，而甲夫婦均為O型，再進行DNA比對後確定丁並非其親生女兒。幾經查訪後，證實乙婦所扶養之戊女，為甲婦之親生女，而丁女為乙婦之親生女。  
請問：(25分)  
(一)甲或乙向丙醫院請求損害賠償，特別是得知真相後身心所遭受之痛苦，其法律依據何在及損害賠償之範圍如何認定？  
(二)丁或戊就其自身權利所受之損害，向丙請求損害賠償，有無法律依據？

### 答：

- (一)1. 甲或乙向丙醫院請求損害賠償，特別是得知真相後身心所遭受之痛苦，其法律依據應為民法第一九五條第三項，以其基於母親關係之身份法益遭受侵害而情節重大為由，準用民法第一九五條第一項規定，請求非財產上損害之慰撫金。  
2. 於民國八十九年債編修正前，實務上對於「親權」或「監護權」遭侵害時，得否請求慰撫金？最高法院五一年台上字第一一一四號判例採否定見解，惟至最高法院八十五年台上字第二九五七號判決，於醫院因過失導致新生嬰兒遭人抱走一案，認為父母基於與未成年子女間之親密身份關係，因受他人故意或過失不法之侵害，而導致骨肉分離者，即非不得依民法第一八四條第一項前段規定，並得類推適用同法第一九五條第一項之規定(註：因當時債編仍未修正)請求慰撫金，顯示實務見解有就身份權遭侵害允許慰撫金請求之趨勢。  
3. 依民國八十九年五月五日修正施行之第一九五條第三項規定，即明文承認因父母子女或配偶關係之身分法益遭侵害而情節重大者，得主張慰撫金之請求。本題中，甲乙兩婦因醫院之疏忽導致所生之嬰兒遭對方誤抱而扶養近七年，自為基於母親關係之身分法益(親權、監護權)遭侵害而情節重大之適例，甲乙自得依民法第一九五條第三項規定，就其精神痛苦所受之損害，請求慰撫金，至於慰撫金請求之數額，法院應依兩造之身分地位、教育程度、經濟能力及甲乙所受痛苦之程度定之。
- (二)與第一小題不同者，丁或戊就其自身權利所受之損害，向丙請求損害賠償，可能遭遇的困難有二：  
1. 丁戊係一出生即遭人誤抱而撫養，至七歲時方發現上開事實，就其出生至七歲時未得親生父母之撫養，有無精神上痛苦？換言之，第一小題中父母就其親生嬰兒遭人誤抱，導致無法親自撫養，受有精神上痛苦自不待言，惟未成年子女就此事實能否謂其精神亦有痛苦？本人以為，考慮到父母子女之親生關係係人倫關係中最為重要者，該七歲之未成年子女於瞭解上開事實後，應亦可向醫院請求身份法益遭侵害之慰撫金。  
2. 其次，父母向醫院請求慰撫金時，得主張其「親權」或「監護權」遭侵害，惟未成年子女向醫院請求時，其有無「權利」遭受侵害？此涉及第一九五條第三項需否以「權利」遭侵害為前提，抑或只要有值得保護之「法益」遭受侵害而情節重大，即可請求慰撫金。就此問題，考量到第一九五條第三項條文文義上僅表示「身份法益」而非「身份權」，且將身份法益之保護限制於「權利」遭侵害，不僅涉及「權利」定性之困難，且有過度限縮身份法益遭侵害之慰撫金請求權之疑慮，因此，應肯定丙得向丙醫院，依民法第一九五條第三項規定，以其基於子女之身分法益遭侵害為由，請求慰撫金。

二、現行民法第五百七十三條規定：「因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權。」

請問：(25分)

- (一) 本條文修正意旨為何？
- (二) 所謂「就其報酬無請求權」意義為何？
- (三) 若委託人已為報酬之給付，得否請求返還？

答：

- (一) 民法第五七三條原規定：「因婚姻居間而約定報酬者，其約定無效。」立法原意，係因婚姻居間而約定報酬，有害善良風俗，故不使其有效。惟民國八十九年五月五日修正施行之第五七三條，考量近代工業發達，社會上道德標準，亦有所轉變，民間已有專門居間報告結婚機會或介紹婚姻而酌收費用之行業，此項服務，已漸受肯定，故不再規定婚姻居間之報酬債權無效，而係規定該報酬債權無請求權。
- (二) 修正條文所謂因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬「無請求權」。涉及債權之請求力的問題。蓋債權若欲獲得實現，需透過其內含之「請求力」請求後，方得實現。然亦可能發生僅有債權而欠缺請求力之情形，新法第五七三條，即為適例。依本條規定，婚姻介紹人因婚姻居間所約定之報酬，雖有報酬債權，但卻因欠缺請求權，而無從請求債務人履行該債務，此時該債權為效力不完全之債權。
- (三) 然而，婚姻居間所約定之報酬債權，雖無請求權，但因債權本體仍然存在，債務人自動或受法律之強制而提出之給付時，債權人得保有此項給付，此時債權成為保持此項給付之法律上原因（保持力），故婚姻介紹人雖因委託人之清償而受有利益，致委託人受有損害，但因其報酬債權存在，就該給付享有保持力，此時自不構成不當得利。

三、甲、乙為兄弟，共同繼承土地一筆。乙長年居住國外，甲乃以行使地上權之意思，在該土地上建築房屋。二十年後，甲請求登記為地上權人，是否可行？(25分)

答：

甲乙為兄弟，共同繼承土地一筆，就該土地之所有權，甲乙為「共同共有」關係，今乙長年居住國外，甲乃以行使地上權之意思，在該土地上建築房屋，二十年後，甲得否依民法第七七二條準用第七六九條之規定，請求登記為地上權人，涉及共同共有人得否就共同共有土地申請時效取得地上權之問題，分述如下：

- (一) 內政部中華民國七十七年八月十七日台內地字第六二一四六四號函發布時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定：「共有人不得就共有土地申請時效取得地上權登記。」依該函意旨，共有人(包含共同共有人)占有該共有物(或共同共有物)，縱使已符合時效取得地上權之要件，亦不得申請為地上權之登記。
- (二) 上開函令，遭司法院大法官會議釋字第四五一號解釋宣告違憲，其理由係：「時效制度係為公益而設，依取得時效制度取得之財產權應為憲法所保障，業經本院釋字第二九一號解釋釋在案。地上權係以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地之權，故地上權為使用他人土地之權利，屬於用益物權之一種。土地之共有人按其應有部分，本於其所有權之作用，對於共有物之全部雖有使用收益之權，惟共有人對共有物之特定部分使用收益，仍須徵得他共有人全體之同意。共有物亦得因共有人全體之同意而設定負擔，自得為共有人之一人或數人設定地上權。於共同共有之土地上為共同共有人之一人或數人設定地上權者亦同。是共有人或共同共有人之一人或數人以在他人之土地上行使地上權之意思而占有共有或共同共有之土地者，自得依民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條及第七百七十條取得時效之規定，請求登記為地上權人。內政部中華民國七十七年八月十七日台內地字第六二一四六四號函發布時效取得地上權登記審查要點第三點第五款規定，共有人不得就共有土地申請時效取得地上權登記，與上開意旨不符，有違憲法保障人民財產權之本旨，應不予適用。」
- (三) 依釋字第四五一號解釋，共有人或共同共有人若占有共有物或共同共有物已符合時效取得地上權之要件者，自得申請登記為地上權人，因此，本題中甲雖為共同共有人，仍得於二十年後依民法第七七二條準用第七六九條規定，請求登記為地上權人。

四、甲男乙女為夫妻，有一子丙年僅五歲。甲死亡後，其遺產由乙、丙共同繼承。試問：(25分)

- (一) 乙代理丙所為遺產分割協議之效力如何？
- (二) 乙代理丙所為保證行為之效力如何？

答：

(一) 乙代理丙所為之遺產分割協議

1. 遺產分割，係被繼承人死亡時有多數繼承人，而將遺產依各繼承人之應繼分予以分配，以消滅共同共有關係為目的之法律行為，合先敘明。
2. 分割方法可依遺囑指定、協議分割或裁判分割。其中協議分割為不要式行為，且該協議須由全體繼承人共同參與始生效力。惟於胎兒或未成年人為繼承人時，若由其法定代理人代為分割協議，恐發生法定代理人與胎兒或無行為能力人之利益衝突，而陷於自己代理之矛盾。就此自己代理之法律效力，學說上有認為係無權代理而採效力未定說，然多數學者認為自己代理之禁止係強制規定，故違反此規定即無效。基於公平及自己代理禁止之立法意旨，應以無效說為當。
3. 然就此自己代理之情形應如何解決，學說實務有不同見解：
  - (1) 應選任民事訴訟法第五十一條之特別代理人。

(2)以次順序監護人為其法定代理人：蓋此時原法定代理人已無法善盡職責，顯屬不能為權利之行使，因此應依民法第一九一條及第一九四條規定，以次順序監護人為其法定代理人代理分割協議。

基於我國未如日本法設有利益相反時選任特別代理人之規定，故應以次順序之監護人為其法定代理人較妥，22年院字第960號解釋亦同此見解。

4.因此本件甲死亡，乙依民法第一八六條規定當然為未成年人丙之法定代理人。惟就遺產分割協議，乙代理丙協議分割將陷於自己代理而無效，此時應由次順序監護人代理丙協議分割較為妥適。

(二)乙代理丙所為之保證行為

1.依民法第一八六條規定，父母為未成年子女之法定代理人，原則上得行使財產上之代理權及同意權。

2.惟對於未成年人之特有財產，依民法第一八八條規定，父母固有管理、使用、收益之權利，然就其處分，非為子女利益不得為之。就該條第二項但書規定所稱之「處分」，學說上對於其內涵有不同意見，最廣義說包含法律上處分及事實上處分，廣義說僅指法律上處分，狹義說則限於物權行為。以上三說應以最廣義說為當，以符合該但書規定之立法意旨而充分保障未成年人之權利。

3.然父母以子女名義代為之保證行為，是否屬於民法第一八八條第二項但書之規範目的，且其效力如何，學說及實務有不同見解：

(1)有效說：此說認為父母以未成年子女名義所為之保證行為，係民法第一八八條之處分。惟就該保證行為之效力，基於交易安全之保障，對於第三人之關係宜認為有效。最高法院53年台上字第2611號判例謂：「父母為其未成年子女之法定代理人，有權代理其子女為法律許可之法律行為。保證行為，法律並未禁止法定代理人為之，則法定代理人代未成年之子女為保證行為，自難依民法第一千零八十八條第二項但書之規定，認為無效。」此判例係以民法第一八六條為依據，認為父母既為法定代理人，則其代理行為應為有效。

(2)無效說：此說認為保證行為對於未成年子女而言有損無益，為符合民法第一八八條第二項但書之規範目的，應目的性擴張該條適用範圍，禁止父母代為保證行為。若違反此規定，應認為無效，以保障未成年子女之利益。

(3)然亦有學者認為父母代為保證行為係民法第一四八條權利濫用，蓋父母明知保證行為對未成年子女不利益，卻仍以法定代理人身分為之，則其法定代理權行使係以損害子女為主要目的，構成權利濫用，而違反法定代理權係保護未成年子女利益之立法目的，應屬無權代理而效力未定。依此說見解，父母濫用代理權代為保證行為，性質上不同於第一八八條處分子女特有財產之規定，而應依第一七一條無權代理規定，非經本人承認不生效力。惟善意相對人自可依第一一一條規定向父母請求損害賠償。

4.因此乙代理丙所為之保證行為，依53年台上字第2611號判例見解，則為有效。若認為該代理行為構成權利濫用，則為無權代理而效力未定。