〔90 年律師高考〕

一、試闡述民法上所謂之「處分」，其意義有幾種？又下列條文所謂之「處分」，其意義有何異同？
（一）民法第六十八條項規定：「主物之處分，及於從物。」
（二）民法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。」
（三）民法第八百十九條第二項規定：「共有物之處分，變更及設定負擔，應得共有人全體之同意。」（90 律）

【解析】

（一）處分之意義

民法條文中常有同一法律概念，往往隨法條意旨而有不同之規範意義，學說上謂為「法律概念相對性」，代表性之概念即為「三層次之處分」，分析如下：

- 最廣義之處分（§765）
  - 事實上處分
  - 法律上處分（廣義§84）
    - 負擔行為
    - 處分行為（狹義§758）

1.最廣義處分：包含如下概念

⑴法律上處分：

權利之移轉、變更、設定、拋棄等等，亦即下述廣義處分之概念。

⑵事實上處分：

物體之變更、毀損、滅失等。例如，將舊建物拆除，舊汽車報廢。

2.廣義處分（即法律上處分）：包含如下二概念

⑴負擔行為：

約定負擔一定給付義務為內容之法律行為，亦稱「債權行為」。例如，買賣、租賃、承攬、委任、保證等等。

⑵處分行為：

使既存之權利發生得喪變更效果之法律行為。亦即下述狹義處分之概念。

3.狹義處分（即處分行為）：亦包含如下二概念

⑴物權行為：

使物權發生得喪變更效果之法律行為。例如，所有權之移轉、地上權之設定、抵押權之塗銷等等。

⑵準物權行為：

使物權以外之財產權發生得喪變更效果之法律行為。例如，債權之讓與、債務承擔、權利質權之設定、權利抵押權之設定、商標權之讓與等等。

（二）下列之處分：

1.§68Ⅱ（法律上處分）（廣義）

為使主物與從物，同屬一人所有，以達最高經濟效用，第六八條之「處分」

包括債權行爲及物權行爲（廣義之處分）。惟此項使從物之命運從屬於主物之規定，乃任意規定，非強行規定。

2.§118Ⅰ（處分行爲）（狹義）

民法第一百十八條第一項規定：「無權處分」乃指**狹義處分（即處分行爲），亦即**使既存之權利發生得喪變更效果之法律行爲。債權行爲（即負擔行爲），不以有處分權爲必要，出賣他人之物其買賣契約（或租賃契約）當然有效。

3.§819Ⅱ（最廣義之處分，惟不包括負擔行爲）

⑴應得共有人全體同意（§819Ⅱ）

①共有人之所有權，係存在於共有物全部之上，故就具體共有物之處分、變更及設定負擔，會影響共有人之權益，無論對共有人是否有利，依§819Ⅱ規定，均應得分別共有人全體之同意。

②所謂處分，包括事實上處分及法律上處分（不包括負擔行爲）。

⑵未得共有人全體同意之處分

①債權行爲（負擔行爲）

共有人中之一人或數人未得全體共有人的同意出賣（或出租）共有物時，係屬債權行爲，不以有處分權爲必要，其買賣契約（或租賃契約）當然有效。

②處分行爲（物權行爲）

未得共有人全體同意而爲的物權行爲，並非無效，而係效力未定，須經其他共有人之承認，始生效力。

二、A於民國八十七年七月，提供其土地向甲銀行申請抵押借款，甲因而與乙徵信公司訂立鑑定該土地價值之契約，乙交由其員工丙負責鑑價。丙完成鑑價後，由乙出具鑑價報告書交付予甲之放款科職員丁。丁因已收受A之賄賂，故雖明知丙之鑑價顯屬高估，仍向甲建議准許A之申請，甲遂於同年九月貸款與A。九十年清償期屆滿時，甲拍賣該土地後，因丙之鑑價與市價相差甚鉅，致甲仍有一千萬元未經清償，A亦無其他資產可供執行。另查：

（一）丙高估土地之價值，係有過失，但無故意。

（二）八十六年時，戊就丁之職務，與甲訂立人事保證契約，以丁任職甲之期間，爲戊之保證期間。

請問：甲就一千萬元之損失，得否請求乙、丙、丁、戊四人連帶賠償？

（90律）

【解析】

（一）純粹經濟上損失之求償

1.意義

被害人受有財產上不利益，然該不利益之發生，並非基於「絕對權」遭受侵害而來，該財產上不利益，即係「純粹經濟上損失」。

2.考量問題

⑴利益衡量上，純粹經濟上損失無法與人身或所有權等量齊觀。

⑵純粹經濟上損失之範圍，具有高度不確定性。

⑶涉及契約規範機能與侵權行為法之功能之不同。

3.基本類型

⑴挖斷電纜案件

⑵商品自體傷害（繼續侵蝕性損害）

⑶過失不實陳述案件

銀行提供貸款人不實信用資料，致他人對貸款人貸款，因而未獲清償。

⑷遺囑無效案件

律師受委任書立遺囑，遺囑中有遺贈事項，然因律師疏失致遺囑違反法定要件而無效，受遺贈人無法取得遺贈物。

⑸責任損害

4.請求權基礎

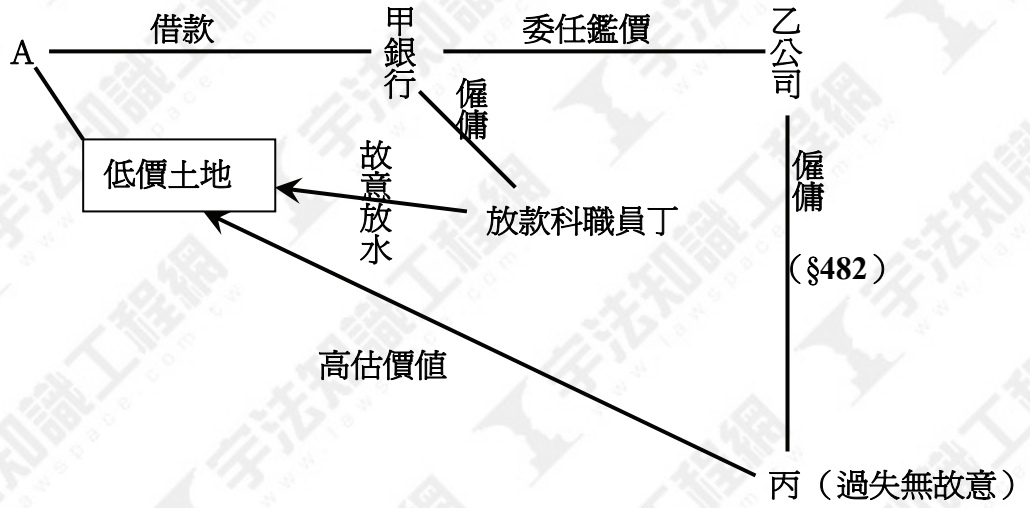
- 侵權行為
  - 侵害權利之侵權行為（§184Ⅰ前）✕
  - 侵害利益之侵權行為（§184Ⅰ後）✓
  - 違反保護他人法律之侵權行為（§184Ⅱ）✓
- 債務不履行✓

5.區別

- 財產上損害：「權利」遭受侵害所受之不利益。
- 純粹經濟上損失：非基於「絕對權」遭受侵害所受之不利益。

（二）案例事實解答

純粹經濟上損失（1000 萬未能受償）得為如下方式主張：



1.甲得依債務不履行（§227Ⅱ、§544）向乙公司主張之

甲銀行與乙公司之間存有委任鑑價之契約關係，乙公司之職員丙因有過失高估抵押品之價格，造成甲銀行有 1000 萬未能受償，乙公司應就其債務履行輔助人之過失（§224）對甲銀行負債務不履行（§227Ⅱ、§544）之賠償責任。

2.甲不得向丙主張之（§184Ⅰ後），因丙係過失而非故意

⑴債務不履行：✕

甲銀行與乙公司之職員丙並無契約關係，自無主張債務不履行之可能。

⑵侵權行爲：✕

如欲透過侵害利益之侵權行爲（§184Ⅰ後）主張純粹經濟上損失（1000萬未能受償），亦因丙係過失而非故意，而無法請求。

3.甲得向丁依§184Ⅰ後、§184Ⅱ及§227Ⅱ主張之

⑴債務不履行：✓

放款科職員丁爲甲公司之員工，違背職務明知丙之鑑價顯屬高估，仍向甲建議准許A之申請，造成甲銀行有1000萬未能受償，甲銀行自得向丁主張債務不履行（§227Ⅱ）之賠償責任。

⑵侵權行爲：✓

丁收受A之賄賂，違背職務而造成甲銀行有1000萬未能受償之財產上損失，其行爲顯屬以背於善良風俗之方法加損害於甲銀行，構成侵害利益之侵權行爲（§184Ⅰ後），而且丁之行爲亦構成刑法背信罪責，亦該當違反保護他人法律之侵權行爲（§184Ⅱ），甲銀行自得向丁主張。

4.甲得向戊主張賠償責任（§756之二）

⑴得請求人事保證人戊負賠償責任

人事保證者（或稱職務保證），謂當事人約定，一方於他方之受僱人將來因職務上之行爲而應對他方爲損害賠償時，由其代負賠償責任之契約（§756-1Ⅰ）。丁既因職務之行爲而對甲銀行應負損害賠償責任，甲自得向戊主張。

⑵責任範圍之限制

保證人依§756-2Ⅰ規定負賠償責任時，除法律另有規定，或契約另有訂定外，其賠償金額以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬之總額爲限（§756-2Ⅱ）。故如無特別約定戊之責任僅以丁當年可得報酬之總額爲賠償上限。

三、甲將自有時值一千萬元之土地一宗設定最高限額抵押權於乙，以擔保甲日後向乙陸續借款之債務，約定本金最高限額爲五百萬元，擔保範圍爲借款及其利息（約定利率未逾週年百分之二十）、違約金，並均經登記完畢。嗣甲先後向乙借款四百八十萬元、二十萬元，其清償期均爲九十年九月三十日。繼乙將該後筆二十萬元債權讓與丙，是時四百八十萬元之借款已有利息十萬元

未清償，其後甲因欠丁債務三十萬元未還，經丁取得執行名義，遂聲請對甲之上述土地強制執行，執行法院乃於九十年十月二日將該地予以查封。然甲仍於同月五日向乙借得十五萬元，其清償期爲九十一年四月四日。請附具理由說明該最高限額抵押權所擔保之債權爲何及其擔保總金額爲若干？

（90 律）

【解析】

（一）債權最高限額抵押權（500 萬）

關於最高限額之約定額度，有債權最高限額及本金最高限額二說：

1.債權最高限額（實務採之）

係指債權原本、利息、遲延利息與違約金等合併計算所得受償之債權最高限額，亦言之，利息、遲延利息及違約金超過最高限額時，超過部分即無優先受債權。

2.本金最高限額

係指債權原本所得受償之最高限額，至於原本以外之利息，遲延利息及約定爲擔保範圍之違約金等，係第八六一條規定當然爲抵押權效力所及，故不受該最高限額之限制，惟債權原本超過最高限額者，始無優先受償之權。

3.應採債權最高限額，故不得逾 500 萬而受償

目前實務上採債權最高限額說（最高法院七十五年十一月二十五日第二十二次民事庭會議決議參照），觀諸外國立法例日本民法第三百九十八條之三第一項、德國民法第一千一百九十條第二項、我國動產擔保交易法第十六條第二項亦作相同之規定，爲強化保護抵押人，避免遭受不測之風險，應採債權最高限額。故債權之利息、遲延利息或違約金，與債權合計須不逾最高限額範圍者，始得行使抵押權。

4.2007 年§881-2 業已明文化

增訂條文	第八百八十一條之二（最高限額係指債權最高限額） 最高限額抵押權人就已確定之原債權，僅得於其約定之最高限額範圍內，行使其權利。 前項債權之利息、遲延利息、違約金，與前項債權合計不逾最高限額範圍者，亦同。
說明	三、關於最高限額之約定額度，有債權最高限額及本金最高限額二說，目前實務上採債權最高限額說（最高法院七十五年十一月二十五日第二十二次民事庭會議決議參照），觀諸外國立法例日本民法第三百九十八條之三第一項、德國民法第一千一百九十條第二項、我國動產擔保交易法第十六條第二項亦作相同之規定，本條爰仿之。 於第二項規定前項債權之利息、遲延利息或違約金，與前項債權合計不逾最高限額範圍者，始得行使抵押權。又此項利息、遲延利息或違約金，不以前項債權已確定時所發生者爲限。其前項債權確定後始發生，但在最高限額範圍內者，亦包括在內，仍爲抵押權效力所及。詳言之，於當事人依第八百八

說明	十一條之一第二項規定限定一定法律關係後，凡由該法律關係所生債權，均為擔保債權之範圍。直接所生，或與約定之法律關係有相當關連之債權，或是該法律關係交易過程中，通常所生之債權，亦足當之。例如約定擔保範圍係買賣關係所生債權，買賣價金乃直接自買賣關係所生，固屬擔保債權，其他如買賣標的物之登記費用、因價金而收受債務人所簽發或背書之票據所生之票款債權、買受人不履行債務所生之損害賠償請求權亦屬擔保債權，亦包括在內。準此觀之，自約定法律關係所生債權之利息、遲延利息與違約金，自當然在擔保債權範圍之內，因此等債權均屬法律關係過程中，通常所生之債權。惟其均應受最高限額之限制，此即為本條規範意旨所在。 四、至於實行抵押權之費用，依第八百八十一條之十七準用第八百六十一條之規定，亦為抵押權效力所及。因此，不論債權人聲請法院拍賣抵押物（強制執行法第二十九條參照），或依第八百七十八條而用拍賣以外之方法處分抵押物受償，因此所生之費用均得就變價所得之價金優先受償，惟不計入抵押權所擔保債權之最高限額，併予敘明。

（二）擔保總金額為 490 萬元

1.基礎法律關係所生之債權 480 萬：✓

2.確定前脫離抵押權擔保之基礎法律關係之債權 20 萬：✕

於最高限額抵押權確定前，已發生之數個擔保債權，得依債權讓與之方法而為讓與，但該讓與後之債權，即脫離該抵押關係，抵押權並不隨同移轉於受讓人，此與普通抵押權所具有處分上之從屬性不同。

3.利息 10 萬：✓

利息、遲延利息或違約金，不以債權已確定時所發生者為限。其於債權確定後始發生，但在最高限額範圍內者，亦包括在內，仍為抵押權效力所及。利息 10 萬元於債權確定前已發生者，自為擔保效力所及。

4.確定後基礎法律關係所生之債權：15 萬 ✕

⑴最高限額抵押權一經確定，無論其原因為何，擔保債權之流動性隨之喪失，該抵押權所擔保者由不特定債權變為特定債權，且該抵押權與擔保債權之結合狀態隨之完全回復，亦即抵押權之從屬性與普通抵押權者完全相同。

⑵僅於確定時存在之債權原本為抵押權擔保之範圍，至嗣後所生之債權原本

縱係源於最高限額抵押權所擔保之基礎關係，亦非擔保效力所及。故執行法院於九十年十月二日將該地予以查封（**最高限額抵押權之確定事由，然須最高限額抵押權人所知悉**）。然甲仍於同月五日向乙借得十五萬元，其債權爲確定後基礎法律關係所生之債權，故不爲擔保效力所及。

增訂條文	第八百八十一條之六（確定前債權讓與債務承擔之效力） 最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定前讓與他人者，其最高限額抵押權不隨同移轉。第三人爲債務人清償債務者，亦同。 最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定前經第三人承擔其債務，而債務人免其責任者，抵押權人就該承擔之部分，不得行使最高限額抵押權。
說明	一、本條新增。 二、最高限額抵押權於原債權確定前，與普通抵押之從屬性尚屬有異，爲學說及實務上所承認（最高法院七十五年度台上字第一０一一號判決參照）。故如僅將擔保債權範圍所生之各個特定債權讓與他人，該債權即脫離擔保之範圍，其最高限額抵押權自不隨同移轉於受讓人。又第三人爲債務人清償債務之情形，例如保證人依第七百四十九條爲清償或第三人依第三百十二條爲清償後，承受債權人之債權時，其最高限額抵押權亦不隨同移轉。日本民法第三百九十八條之七第一項亦有相同之規定，爲維護最高限額抵押權之特性，及使其法律關係簡明計，爰於第一項後段明定之。 三、最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定前，如有第三人承擔債務而債務人免其責任者，基於免責之債務承擔之法理，該承擔部分即脫離擔保之範圍，其最高限額抵押權並不伴隨而往，抵押權人自不得行使最高限額抵押權。爰仿日本民法第三百九十八之七第二項，規定第二項如上。

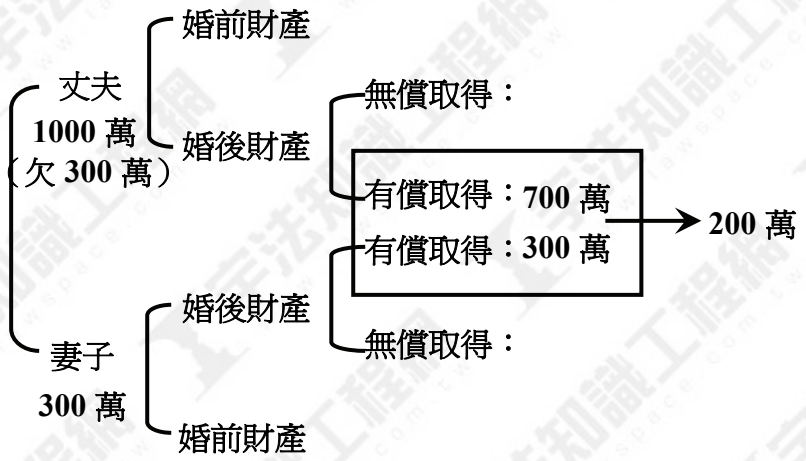
四、甲男乙女於八十年結婚，未約定夫妻財產制，兩人婚後住在台灣南部某城市，婚後兩年，兩人感情不和但並未離婚，乙女離家到台北工作，一年後與丙男同居並生下一子己，由乙丙共同照顧，甲在南部則與丁女同居並生下一女庚，由甲供給丁、庚生活費用。八十六年甲死亡，留下其婚後所賺取的積極財產一千萬元，及婚後的負債三百萬元，甲死時，乙擁有其離家後，工作所得三百萬元：

（一）請問甲死亡後其與乙女間的財產關係如何？

（二）甲死亡後誰對其遺產可以主張權利？誰可以繼承其財產？ （90 律）

【解析】

（一）乙女得向甲男主張剩餘財產之差額一半即 200 萬元



1.甲男之剩餘財產爲 700 萬

2.乙女之剩餘財產爲 300 萬

3.依§1030 之一請求差額之一半即 200 萬

（二）甲男之遺產繼產

1.遺產繼承人

⑴乙女✓

⑵己子（§1063I）✓

⑶庚女（§1065I 後）✓

2.遺產爲 500 萬元

3.遺產之繼承

乙、己、庚各繼承 500/3 萬