

民法篇

主筆人：蘇律師

一、概說

研究所考試與國家考試時有以相同重點命題之現象，蓋國家考試之命題者亦以學校教授為主，了解當年度研究所考試之考試重點及命題趨勢，對準備考試上有相當助益。例如：101 年之律師及台大法研所之民法物權皆以「物保人保之分擔責任」為命題。再此亦須強調不論係研究所考試或國家考試，最新實務見解之重要性。今年 103 年台大、政大、北大之民法考題有數題皆係改編實務見解，於 102 年司法官考試之民法亦同。故本文章之爭點除論述研究所考試之重點外，亦整理部分最新實務見解，以供參照。

二、重要爭點

(一)權利失效理論

1.相關考題：

103 年台灣大學法律研究所民法第一題（公法、刑法、財經法組）

103 年台北大學法律研究所民法第一題（民法組）

2.爭點說明：

誠信原則於民法規定於第 148 條，乃行使權利、履行義務之一般法律原則，此係斟酌事件之特別情事，衡量雙方當事人利益，使其法律關係臻於公平妥當，有權利行使之社會化與倫理之內涵。因該原則之操作涉及雙方當事人利益之衡量及審酌個案事實之價值判斷，命題上頗受老師青睞，其子原則「權利濫用禁止原則」即為 102 年台灣大學法律研究所民法第二題（民法、商法組）之重要爭點，今年則係以另一子原則「權利失效理論」出現，以下就要件及適用範圍作分析：

(1)意義及要件

權利失效理論係指，權利人於相當期間不行使其權利，並因其行為造成特殊情況，足以使義務人正當信任權利人已不欲行使權利，或不欲義務人履行義務時，經斟酌應斟酌權利之性質、法律行為之種類、當事人間之關係、社會經濟狀況及其他一切情事，依一般社會通念，可

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

認其權利之再為行使有違「誠信原則者」，自得因義務人就該有利於己之事實為舉證，使權利人之權利受到一定限制而不得行使。又實務見解認為，權利失效係基於誠信原則，與消滅時效制度無涉，要不因權利人之請求權尚未罹於時效而受影響。(最高法院 102 年度台上字第 176 號判決、最高法院 102 年度台上字 1932 號判決)

(2)適用之範圍

多數見解認為，權利失效既以誠信原則為基礎，而此一重要基本原則存在於整個法領域，故無論係公法、私法之一切權利，如請求權、形成權、抗辯權，均有適用餘地。實務見解亦認為權利失效理論，於任何權利之行使及義務之履行，均有其適用。(最高法院 102 年度台上字 1932 號判決)

而吳從周教授認為，最高法院對於物上請求權，有過度寬認權利失效之適用，造成所有權人的所有權實質被掏空的現象，為避免適用過度導致「權利軟化」之不合理現象，要件適用上應採嚴格解釋。再者，大法官解釋第 107 號、第 164 號認為已登記之不動產之物上返還請求權，無消滅時效之適用，從法效力階層的觀點而言，為免司法者之法官造法結果抵觸憲法層次之價值判斷，違背合憲性解釋之原則，似應認所有物返還請求權無權利失效之適用餘地。

3.參考資料：

- (1)吳從周，〈民法上「權利失效理論」之繼受與發展：以拆屋還地之類型為中心〉，《台大法學論叢》，第 42 卷第 4 期，2013 年 12 月。
- (2)王澤鑑，〈權利失效〉，《民法學說與判例研究(一)》，1983 年。

(二)法人侵權責任

1.相關考題：

- 103 政治大學法律研究所第一題（財經法組）
- 103 年成功大學法律研究所第一題（民事法組）
- 102 年司法官民法第一題（第二試）

2.爭點說明：

- (1)得否以第 184 條為請求權基礎

A.實務見解

實務見解上，多認為不得以民法第 184 條為法人負侵權責任之基礎，而應以第 28 條及第 188 條為請求權基礎。認為民法第 184 條僅適用

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

於自然人(最高法院 95 年度台上字第 338 號判決),蓋法人本身為組織體,無意思能力,理論上必以負責人或受僱人行使職權或執行職務時為侵權行為,方負損害賠償責任。對此,可參照最高法院 102 年度台上字第 1280 號判決:「惟被上訴人係法人,法人雖得為權利義務之主體,但因其本身不能自行活動,必須藉由機關之設置,作為其活動之基礎,亦即法人透過其所設置之機關,即得表達意思及實施行為。法人之機關,如董事、清算人、重整人,乃居於法人代表人之地位,則代表人所為之行為,不論為法律行為、事實行為或不法行為,均屬法人之行為,其法律效果直接對法人發生。故法人於其董事或其他有代表權之人,因執行職務所加於他人之損害,始負侵權行為損害賠償責任。」

B.學說見解

惟學說上,陳聰富老師認為得以第 184 條為向法人請求之依據,蓋若以第 28 條、第 188 條為依據,須有「特定」的董事、受僱人為前提,惟法人亦可能因其本身行為負責(例如:消費者保護法第 7 條)。甚且,現今企業之活動多元,有建構法人自己責任之必要。應使法人站到第一線賠償責任,強化法人本身責任,較為妥適。再者,繼續適用第 28 條、第 188 條,將有過度苛責代表人、受僱人之問題。蓋多數認為他們須負最終責任,惟僱用人得完全免責?現今企業之經營,任何事物皆歸諸於資力較淺薄之代表人,應有不妥。企業組織之過失行為,超越特定受僱人之控制能力,應由龐大組織而受利益之企業本身承擔,價值判斷上始為公平。

(2)公司法實質董事修正後之影響

101 年增訂公司法第 8 條三項實質董事之概念,將實質董事納入責任主體,為求權責相符。此項修正,於民法上之法人侵權責任是否有判斷上影響?對此,實務見解認為實質董事亦為第 28 條之責任主體。參照最高法院 101 年度台抗第 861 號判決:「按民法第二十八條規定法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害,與該行為人連帶負賠償之責任。此係就法人侵權行為責任所作之特別規定。所稱法人董事或其他有代表權之人,包括雖未經登記為董事,但實際為該法人之負責人即有權代表法人之實質董事在內。」

(3)合夥得類推適用第 28 條

實務見解認為,合夥之共同事業雖不具法人資格,惟亦表現團體之性

質，語法人本質並無軒輊，故對於於執行事務所成立之侵權行為，被害人應得類推適用第 28 條之規定，對合夥及合夥人請求連帶賠償責任。參照最高法院 101 年台上字 1695 號判決：「合夥人因經營共同事業，須有合夥代表、一定之組織、財產及活動管理機制，故於契約之外，亦同時表現團體之性質，與法人之本質並無軒輊。是以，合夥人若因執行合夥事務，侵害他人權利而成立侵權行為者，與法人之有代表權人，因執行職務加損害於他人之情形相類，其所生之法效應等量齊觀，被害人自可類推適用民法第二十八條之規定，請求合夥與該合夥人連帶負賠償責任。」

(4)內部求償權

僱用人侵權責任依民法第 188 條第 3 項之規定，於僱用人賠償損害後，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。惟第 28 條並未有求償權之規定。基此，法人得否向有代表權之人行使內部求償權，即有爭議：

A.實務見解

實務多認為並無求償權，蓋在法人實在說下，董事所為行為即為法人行為，法人應負全部責任，且第 28 條無同 188 條之求償權規定，自屬甚明。（最高法院 93 年度台上字第 1154 號判決、最高法院 95 年度台上字第 1953 號判決）

B.學說見解

有學者認為，此時既無明文規定，則依第 280 條之規定，由法人與有代表權之人平均分擔；亦有學者認為，第 28 條與第 188 條之規範上相似，解釋上皆應由原因力較重之實際行為人負最終責任，故得類推適用第 188 條第 3 項之求償權；亦有學者認為，法人賠償後，依與代表人間委任契約之相關規定，向代表人求償即可。

3.參考資料：

- (1)陳聰富，〈最高法院九十九年度民事學術暨債法施行八十週年研討會（I）〉，《台灣法學雜誌》，第 175 期，2011 年 5 月 1 日。
- (2)陳聰富，〈法人團體的侵權責任〉，《台灣大學法學論叢》，第 40 卷第 4 期，2011 年 12 月。
- (3)呂麗慧，〈論法人侵權行為之內部求償權—評最高法院九十三年度台上字第一一五四號民事判決〉，《裁判時報》，第 13 期，2012 年 2 月。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(三)債權之雙重讓與效力

1.相關考題：

103 年政治大學法律研究所第二題（民事法組）

2.爭點說明：

債權讓與，係指不變更債之同一性，以移轉「債權」為標的之準物權契約。依民法第 294 條第 1 項，只要原債權人與受讓人有讓與債權之合意，其讓與契約即成立生效。基此，「雙重買賣」之第二次債權讓與之效力為何？實務、學說見解分述如下：

(1)無效說

次按債權讓與係準物權行為，於債權讓與契約發生效力時，債權即行移轉於受讓人，讓與人因而喪失其收取權與處分權，對該債權已不具處分之權限，故債權人為雙重讓與時，第二受讓人係受讓不存在之債權，原屬標的不能，依民法第246條第1項規定之類推適用，第二次債權讓與契約應為無效，換言之，第二次債權讓與契約之受讓人並未因讓與而取得該債權。（最高法院102年度台上字第1825號判決）

(2)無權處分說

此時應認為第二次之債權讓與，係以他人之債權為處分，為無權處分之行為，該契約效力未定（第118條第1項），又此準物權行為並無占有或登記之公示外觀，縱相對人為善意，亦無善意取得制度之適用。

(3)評析

民法第246條之適用通說及實務見解認為係限於自始客觀給付不能之情形，而出賣他人債權應非自始客觀之不能類型，此時應先適用民法第350條之權利存在之瑕疵擔保，該條係有鑑於債權是否存在難以查證有特別保護債權人之必要而設，為第246條之特別規定。基此，債權契約仍為有效，惟準物權行為為效力未定，似較妥適。

3.參考資料：

(1)楊芳賢，〈從比較法觀點論債權讓與之若干基本問題〉，《台灣大學法學論叢》，第 38 卷第 3 期，2009 年 9 月。

(2)〈債權讓與之通知與其效力問題〉，民法研討會第六十二次研討會會議紀錄，鄭冠宇報告，《法學叢刊》，第 58 卷第 1 期，2013 年 1 月。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(四)公用地役關係

1.相關考題：

103 年台灣大學法律研究所第一題（民法組、商法組）

102 年台灣大學法律研究所第二題（民法組、商法組）

102 年律師公法第四題（第二試）

2.爭點說明：

(1)意義

公用地役關係係指，若一私有土地為不特定公眾使用之必要，而通行之初所有人無阻止，且年代久遠未間斷，則形成既成道路之公用地役關係，其所有權人對土地已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償。（大法官釋字400號解釋）此係所有權絕對原則，基於公益之社會化，雖仍保有所有權，為該私有土地之使用收益權益受到公大眾通行之限制。公用地役關係之爭點橫跨公法及民法物權，故於今年台大民法及律師公法皆以此命題。

(2)得否行使物上返還請求權

按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。民法第148條第1項定有明文。公用地役關係為公法關係，倘私有土地已具有公用地役關係存在時，土地所有人之權利行使，固不得違反供公眾使用之目的，而排除他人之使用，但非不能對於無權占有其土地者，行使民法第767條第1項之請求權。具公用地役關係土地所有人排除無權占有該土地者，並無違反公共利益，而該無權占有土地，本即排除土地所有人之占有，且違反公眾使用土地目的，是土地所有人對之請求，非以損害無權占有人為主要目的，自非屬權利濫用。（最高法院101年度台上字第728號判決）基此，既成道路之所有權人仍保有所有權能，仍得對無權占有之人行使物上請求權。

(3)得否請求不當得利

A.對無權占用之他人

既成道路之所有權人，得否對無權占用土地之人請求相當於租金之不當得利？對此實務採肯定說，蓋所有權人仍得於供通行之目的限制以外為使用收益。對此，最高法院 102 年度台上字第 701 號判決、最高法院 101 年度台上字第 728 號判決可供參照：「又不當得利乃對於違反公平原則之財產變動，剝奪受益人所受利益，以調整其財產

狀態為目的，並以無法律上之原因而受利益致他人受損害為基礎，依法律之規定而發生債的關係。黃種進所有系爭土地雖為既成巷道，具公用地役關係，但僅受供公眾通行之限制而已。系爭土地未被徵收，仍為黃種進所有，黃種進自保有所有權能，於不違反前揭限制範圍內，應得就系爭土地使用收益。黃種進主張陳萬子無權占用H土地擺攤，違反該部分土地供公眾通行之公用地役目的，屬無法律上原因占用H土地，在其所有系爭房屋牆壁上設置固定及延伸之伸縮遮雨棚，擺設攤架使用，自受有本屬黃種進所得享有之利益，黃種進依不當得利請求陳萬子返還該利益，無損公益，亦無權利濫用情事。」

B.對政府之主張

既成道路之所有權人得否對政府主張相當於租金之不當得利？對此實務採否定說，此係基於公益而非無法律上原因，惟公用地役關係依特別犧牲理論，應給予其所有權能限制之補償。最高法院 101 年度台上字第 2043 號判決參照：「又既成道路成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償其損失，固經司法院作成釋字第 400 號解釋，惟既成道路之使用係公法上之公用地役關係，僅生公法上補償之權利義務關係，殊無私法上不當得利之問題。」

3.參考資料：

- 〈現代公用關係與財產權之再釐清－以公用地役權為例〉，戴秀雄、李惠宗、溫豐文、鄭冠宇，謝在全主持，《臺灣法學雜誌》，第 228 期，2013 年 07 月。

(五)債權物權化及租賃規定之類推適用

1.相關考題：

- 103 年台灣大學法律研究所民法第一題（公法、刑法、財稅組）
- 102 年台灣大學法律研究所民法第二題（民法組、商法組）
- 103 年政治大學法律研究所民法第三題（民法組）

2.爭點說明：

為調和土地利用關係，避免具高經濟價值之建物任意拆除危害社會經濟

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

價值，民法多設有處理土地利用權限之規定。最具爭議者，在於使用借貸之契約，得否類推租賃契約之土地利用關係之規定？例如：類推適用第 425 條之所有權移轉不破租賃之規定，而達「債權物權化」之效果，分述如下：

- (1)陳聰富教授認為，契約自由原則為民法之基本原則，不容輕易破壞。債權相對性係屬契約自由原則、私法自治原則的表現，而債權物權化則屬法律的例外規定，在解釋上應從嚴解釋。基此，若以單純交付占有得以成為債權物權化之正當依據，應屬可議，似應透過立法形成之方式為之。
- (2)亦有學者認為，租賃契約為有償，且多涉及居住問題，承租人多為經濟上弱勢，具有社會性；而使用借貸契約係無償，在當事人保護之價值判斷上，應有所區別，借用人無特別保護必要而不宜逕為類推適用。
- (3)有學者認為債權物權化之重要基礎為「交付占有之事實」，若具備此等基礎，則有類推適用之依據。且依第 425 條之立法意旨係為調和土地利用關係、促進物之利用，使用借貸契約亦應受到保護，為貫徹立法意旨，應得類推適用之。再者，依第 425 條之立法意旨，係為維護正當信賴及達到風險合理分配及效率之要求，基此，有無支付對價應無關緊要。
- (4)使用借貸得否類推適用租賃之規定達債權物權化之效果，最高法院九十五年第十六次民事庭會議之決議認為，應視具體個案情形決定之。「按使用借貸契約係債之關係，僅於當事人間有其效力。丙買受系爭房屋，並不當然繼受其前手與系爭土地所有人間之使用借貸關係，原則上不得執該關係主張其有使用系爭土地之權利。惟於具體個案，尚應斟酌當事人間之意思、交易情形及房屋使用土地之狀態等一切情狀，如認土地所有人行使所有權，違反誠信原則或公共利益或以損害他人為主要目的，仍應駁回其請求。」

3.參考資料：

- (1)謝哲勝，〈民法第 425 條之 1 的類推適用－最高法院 98 年度臺上字第 294 號判決評釋〉，《法令月刊》，第 64 卷第 2 期，2013 年 2 月。
- (2)謝哲勝，〈再論民法第 425 條之 1 的類推適用〉，《臺灣法學雜誌》，第 241 期，2014 年 2 月。
- (3)陳聰富，〈使用借貸契約之債權物權化〉，《裁判時報》，第 2 期，2010 年。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

- (4)吳從周，〈使用借貸契約之債權物權化〉，《台灣法學雜誌》，第 152 期，2010 年。
- (5)陳聰富，〈債權物權化之適用基礎〉，《法令月刊》，第 61 卷第 10 期，2010 年。
- (6)吳從周，〈租賃關係存續中押租金之返還與租金之預付〉，《台灣法學雜誌》，第 195 期，2012 年 3 月。

(六)工作供給契約

1.相關考題：

- 103 年政治大學法律研究所民法第一題（民法組）
103 年中正大學法律研究所民法第一題（財經法組）

2.爭點說明：

工作物供給契約（又稱製造物供給契約）係指由承攬人自行提供材料並製作完成工作物之契約，此項契約之爭議在於，完成供作物之所有權歸屬為誰？對此爭議整理如下：

(1)當事人意思說

通說及實務見解係採「當事人意思說」，判斷當事人之意思係重在「工作物財產權之移轉」抑或是重在「工作之完成」分別適用買賣或承攬之規定。

對此可參照最新之實務見解，最高法院 102 年台上字第 1468 號判決：「此種契約之性質，究係買賣抑或承攬，仍應探求當事人之真意釋之。如當事人之意思，重在工作之完成，應定性為承攬契約；如當事人之意思，重在財產權之移轉，即應解釋為買賣契約；兩者無所偏重或輕重不分時，則為承攬與買賣之混合契約，**並非凡工作物供給契約即屬承攬與買賣之混合契約**。是承攬關係重在勞務之給付及工作之完成，與著重在財產權之移轉之買賣關係不同，至承攬關係中，材料究應由何方當事人供給，通常係依契約之約定或參酌交易慣例定之，其材料可能由定作人提供，亦可能由承攬人自備。是工程合約究為「承攬契約」抑或「製造物供給契約」，關鍵應在於「是否移轉工作物所有權」而定，至材料由何人提供，並非承攬定性之必然要件。」

(2)供給材料有無另行計價

而邱聰智教授認為應以供給材料是否於報酬之外另行計價而定，若無另外計價，則為單純承攬；若有另行計價者，則為買賣與承攬之混合

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

契約，亦即關於材料之供給為買賣，關於工作物之完成，為承攬契約。

(七)反於真實血統之認領

1.相關考題：

- 103 年台灣大學法律研究所民法第三題（公法、刑法、財稅法組）
- 102 年台灣大學法律研究所民法第三題（民法組、商法組）
- 103 年台北大學法律研究所民法第三題（民法組）
- 103 年輔仁大學法律研究所民法第二題（民法組）

2.爭點說明：

多數學說以及實務見解認為，認領需以客觀真實血統為前提，始為有效，此係為貫徹血統真實、避免架空收養制度、身分安定性之考量。對此可參照最高法院 86 年台上字第 1908 號判例：「因認領而發生婚生子女之效力，須被認領人與認領人間具有真實之血緣關係，否則其認領為無效，此時利害關係人均得提起認領無效之訴。又由第三人提起認領無效之訴者，如認領當事人之一方死亡時，僅以其他一方為被告即為已足。」惟亦有學說見解認為，應採主觀真實主義，較為保護非婚生子女之保護教養利益，先推定認領成立，惟得透過民法第 1066 條、1070 條以資救濟。

3.參考資料：

- (1)戴瑀如，〈反於血統真實認領的救濟管道—評最高法院 100 年台上字第 1034 號及相關裁判兼論 86 年台上字第 1906 號判例〉，《月旦裁判時報》，第 16 期，2012 年 8 月，頁 29-39。
- (2)林秀雄，〈婚生否認與認領無效—評最高法院 100 年度台上字第 994 號民事判決〉，《月旦財判時報》，第 18 期，2012 年 12 月。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！