

民法篇

主筆人：盧台大

壹、概說

近年來，研究所考試與律師、司法官及其他國家考試出題趨勢之連動性有越來越高的趨勢，在研究所考試讓考生傷透腦筋的暗器或是新興議題、或者甚至就是判決改編的題目，從型態 A 轉換成型態 B，或者混入其他幾個傳統爭點，就又出現在考題之中。不論有無參與同年之研究所考試，若仍事先將考題中之爭點悉數掌握，國考時遇到類似題目時，僅須注意「他鄉遇故知」別太開心而笑出聲來影響隔壁考生，何愁分數不落袋！

為節省各位考生寶貴的衝刺時間，且囿於本文篇幅限制，下將針對本年度研究所考試中較為重要之數個爭點進行整理分析，分別為：實務案例幾乎天天都在發生的「服務欠缺安全性」之問題、任考不爛的「借名登記契約」及新面孔「抵押權之借名登記」、契約成立了沒之「無菜單料理貴鬆鬆」、「無權高價出賣他人之物」、「受領遲延」、「僱用人之侵權責任」…等，可以說是精銳盡出。這些重要爭點，在考試的準備上均值得特別注意，若您已掌握就當作加深印象，若尚不熟悉或曾經吃過虧的考生，就當成為了報仇雪恨所做的準備吧！

貳、重要爭點

爭點一：「服務欠缺安全性」之判定

1. 爭點說明

- (1)我國消保法第 7 條將服務責任與商品責任一併規定，且主觀要件均為「無過失責任」，固已有學者認為此一立法乃台灣所獨創且有過度保護消費者之虞，但在現行法已明文規定的情況下，如何透過解釋妥切適用本條即屬關鍵，蓋服務責任之範圍極廣，若無一相對明確之標準，恐將使企業經營者動輒得咎，合先敘明。值得一提者為，若案例中企業經營者所提供者為「商品與服務之混合服務」（常見於消費者至餐飲業消費），作答時應明確區分究係企業經營者所提供之餐飲消費環境、各類服務行為不具備安全性抑或係「商品」（餐飲、包裝…等）本身不具備安全性，分別論述

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

之，不可不慎。

(2)關於服務是否合於當時科技或專業水準之安全性之判斷，可參消保法施行細則第5條之規定(考量商品或服務之標示說明、商品或服務可期待之合理使用或接受、商品或服務流通進入市場或提供之時期等因素)，於作答上建議考生援引並針對各款進行涵攝，比如標示說明之方式可能透過布條、廣播、公告、警告標誌、個別口頭說明…等，在此須特別留意者為，善盡義務與否應個案判斷該資訊是否充分、可否使接受服務者認識危險性或有效嚇阻其接近危險源(如：餐廳提供熱紅茶，將飲料杯置於牛皮紙袋中交付顧客，關於「小心燙傷」之警告及說明，以口頭方式為之較標示於杯身更具警告效果)；以消費者有無拒絕配合或刻意杯葛作為是否為合理接受之判斷^{註1}(如：在手扶梯上跳 breaking、在警示線跳進跳出大喊「我又跳進來啦、我又跳出去啦」)，論述上會較為完整。此外，學者亦一再強調，法條文字雖為「科技專業水準」，具體操作時仍應本於保障消費者之意旨，採取「一般消費者、社會大眾」觀點下的「外行人水準」，不應採「企業經營者」之「專業者水準」^{註2}。

(3)至於爭點幻化成具體考題後的樣子，不論是以往學者在文章中曾提到的「麥當勞玉米濃湯滑倒案」、「KTV 穿牆子彈案」^{註3}(隔壁開槍子彈穿牆射死歡唱顧客)外，抑或是今年3月熱騰騰剛宣判且在北大研所考題出現的「屈臣氏老婦跌倒案」，其實案例本身都不複雜，重點仍在於考生得否善加利用題目有限之資訊(如：警告標示之有無、特定場所對於安全性之較高要求、建築物設計有無瑕疵、地板是否濕滑未清理、消費者接受服務之態度…等)。附帶一提者為，在請求權人部分，陳忠五老師進一步提出，「任何可能因不安全之服務而遭致人身或財物損害之人，均屬服務責任的保護主體」，值得注意。

2.相關考題

105 年台北大學法律研究所民法第4題(民事法學、財經法學組)。

^{註1}陳忠五，〈在餐廳滑倒受傷與服務欠缺安全性—最高法院100年度台上字第104號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，第183期。

^{註2}同前註。

^{註3}詹森林，〈消費者保護法服務責任之實務問題—最高法院96台上656決、99台上933裁及其原審判決之評析〉，《法令月刊》，63卷1期。

爭點二：借名登記

1. 爭點說明

(1)以「借名登記」作為關鍵字於法學資料檢索系統搜尋，光就 104 年即可蒐得 181 筆最高法院之民事判決；105 至 5 月底亦已有 73 筆，其相關爭議於實務上之重要性可見一斑，且此議題在 104 台大、105 政大均曾出現，為考生須特別注意之爭點，作答上首先應針對其特色及定義簡短論述。摘錄如下：「借名登記契約係指當事人約定一方將自己財產以他方名義登記，不移轉所有權且仍由自己管理、使用處分，他方僅就該財產為出名登記之無名契約。其側重雙方當事人之信任關係，性質上應認屬委任契約，而非通謀虛偽意思表示。倘其無違強制、禁止規定者，自為有效。」在思考下列爭點時，若記得隨時留意借名登記契約之定義，問題多可迎刃而解！

(2)關於借名登記契約之相關爭議，較重要者有以下幾點：

①借名登記契約之效力：實務以往在判決中會論述其與消極信託之差異、或認為借名登記契約已屬脫法行為而無效，然現今本於實務上之需要及契約自由普遍肯認其效力，且認為其性質屬於委任契約，得類推適用相關規定。值得各位考生留意的是，委任契約本身很少單獨出題，但可能包裝成像 104 律師的委任混合承攬考題、或是透過借名登記/醫療契約考出來，對於法條也應有基本的熟悉度(尤其是§§541、544、549、550)！作答時建議區分「內部關係」(可能涉及契約是否有效、嗣後委任契約之債務不履行等)與「外部關係」(涉及交易安全保障、登記之公示外觀、出名人處分行為之效力、第三人可否善意取得等)分別處理會較有層次。

②出名人擅自處分借名登記財產之效力，下就各說介紹之：

(A)無權處分說(98 台上 76 決)：出名者違反契約約定將登記財產處分，對借名者而言即屬無權處分，善意第三人之信賴保障則透過善意取得制度。

(B)有權處分說(103 台上 1518 決)：強調登記的公示外觀，「出名人既登記為不動產之所有人，其將不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分。」根據學者統計，有權處分說現已逐漸成為實務通說^{註4}，

^{註4}吳從周，〈我國不動產借名登記契約之發展現狀—特別著重觀察內部效力與外部效力演變之互動〉，《軍法專刊》61.4。老師提出的例子有 102.243 決、103.2142 決、103.1192 決...等。

大多係強調「不動產之所有權既登記為出名人所有，該不動產在外部關係上自屬於出名人所有」、「借名人主張借名登記，即令非虛，出名人仍取得房地所有權」^{註5}。以往認定借名登記契約為脫法行為而無效之學者或法官，為抑制借名登記契約，亦多採此說，將「被出名人處分掉財產」視為訂立此類契約所需承受之風險。

(C)晚近有學者認為：肯否、有權無權處分之爭，應屬法律概念之無謂爭議，此類題目應著眼於「交易風險之合理分配」。實際上，借名人就算與出名人間有契約存在，也不可能預防出名人無權處分(除非去睡在地政機關堵人)。借名人難以得知「事後、不特定」的第三人，但惡意之第三人卻知借名人與出名人之法律關係，應將此風險交由得以控制、風散之第三人較為公允。

③何人得主張§767 之權利

姑且不論上述爭議採取何一見解，若能先理解實務所言「只要登記為所有權人，就具備所有權/處分權」的見解，那接下來實務見解認為「XXX 未曾登記為土地所有人，則能否謂渠等得行使所有人之所有物返還請求權，非無研求之餘地」(102.243 決)，似乎也不令人驚訝。對於考生而言此判決的重要性在於，似乎唯有「登記名義人(形式所有權人)得主張所有物返還請求權」，然而此在第三人為惡意時，登記名義若已移轉，豈非產生「只有自己(惡意第三人)得向自己主張」之窘境，故此見解似乎也「非無研求之餘地」。具體個案中借名人可能之救濟方式為代位出名人行使§767、終止契約請求返還登記名義後自行主張等。

(3)延伸考點為「抵押權之借名登記」，在所有權的借名登記已經有點被考爛了的情況下，且此議題屬於橫跨債編及物權編之混合型考題，考相自然增加不少，作答時除就基礎法律關係詳加論述外，亦須留意近來實務對於借名登記抵押權效力之不同見解，並於評析利弊後選擇其一。通常此類題目的案型為「甲跟乙借錢，由丙提供 A 地設定抵押權但登記在丁名下，由丁擔任抵押權人(抵押權形式登記之債務人及義務人均為丙，債權人為丁)，乙則直接將款項交甲使用」。

(A)台灣高等法院高雄分院 102 年上字第 200 號判決認為，借名登記設定

^{註5}其實如果有做到在定義處筆者所提醒的「記清楚定義」，應該會很明顯可以發現借名登記契約「並不移轉所有權」，所以實務見解在此認為出名人會取得房地所有權，似乎變成，借名人依照此委任契約內容必須「給錢(若有償委任)又給房地」，比贈與更吃虧，本文以為殊難想像。

抵押權在社會交易及法律上均承認其效力，且設定義務人既無異議，即便系爭抵押權之抵押權利人與其所擔保債權之債權人非屬同一，亦不當然影響其效力，且抵押權設定契約書內容記載甲為義務人兼債務人並已獲其授權用印，可認其有承擔借貸債務之意，故抵押權有效存在，似乎係採取較為寬鬆之見解。

(B)最高法院 103 年度台上字第 1679 號判決則認，我國關於不動產得喪變更採取登記要件主義，抵押權所擔保債權之種類及範圍既為其內容，則應經登記始生物權效力。又抵押權為從物權，具有成立上之從屬性，則本件抵押權是否有效成立，端視設定抵押權時兩造間是否存在債權債務關係，若上例中丙、丁間並無債權債務關係，可否認抵押權有效成立不無疑問，蓋抵押權之要式性及公示性不容忽略。

2. 相關考題

- 105 年台灣大學法律研究所民法第 2 題(A 卷)
- 105 年政治大學法律研究所民法第 3.4 題(民事法學組)

爭點三：太貴就不想付之「無菜單料理」

1. 爭點說明

有關注時事新聞的考生應該對於此類個案並不陌生，去到一家無菜單料理豪邁地說「價錢沒關係，把好料的全部上一輪」，看到結帳金額數萬元或數十萬元時覺得太過誇張、驚呼受騙而不願意給付價金。看到此類問題時考生可以嘗試用以下幾個角度切入作答：

(1) 契約是否已經成立

①設例中較使考生困惑的點應在於，買賣之標的物於契約成立時尚未特定(店家可能訂約後實際處理食材方知菜色)、價金亦係約定由出賣人單方決定，那該怎麼解釋雙方就標的物及價金意思表示合致呢(§153)？債權契約成立時，給付的標的物雖然不需要確定，但依標的物特定主義，至少最遲在所有權移轉之際，標的物必須確定^{註6}，而在此類案例中亦滿足此一要求，較有爭議者係價金部分。

②就價金部分，民法§346：「價金雖未具體約定，而依情形可得而定者，視為定有價金。」事實上，不一定要到專門的無菜單料理店，很多小吃店、海產店的青菜、漁獲，在菜單上也僅標示「時價」，然而契約並不因此無法成立，亦即在操作上是具有彈性的。因此，本件關鍵點仍

^{註6}陳自強，《契約法講義 II—契約之內容與消滅》，頁 75，新學林出版，2013 年 9 月。

在於「價金是否依情形可得而定」，此時依照交易習慣或店家平日的行情，應屬「可得而定」。

③進一步需討論者為，在契約有效成立、可得而定價金的情況，若如本案雙方約定將價金「委由當事人一方」決定，則在哪一範圍之內的價格「具有法律拘束力」。有學者認為，法院應就具體個案審酌其所決定之價金是否公平，亦即針對確定權之行使容許有一定裁量空間，除非其所決定之價金顯然不合理，否則，公平與否的決定上，法院不得以自身主觀的評價排擠其決定權。而若店家主張的價格顯然不合理，則就超出合理範圍之部分並不拘束乙，此部分應由法院依其公平裁量確定價格^{註7}。

④但須提醒考生的是，通常此類個案，雙方當事人就買賣契約成立與否以及效力並未發生爭執，而僅就買賣價金意見不一，故解釋上較不宜直接認定買賣契約不成立以免違反當事人主觀之意思^{註8}。

(2)有無意思表示錯誤之情形、又買受人有無過失

①站在顧客立場，可能會向老闆主張「我向朋友打聽你們這邊沒這麼貴啊」、「要是知道這麼貴我才不會買勒」，而希望可以透過民法第 88 條 1 項來撤銷意思表示拒付價金。然而本件似乎並無當事人、標的物或法律行為同一性之錯誤(內容錯誤)；亦無表示行為錯誤之情形(誤寫、誤繕…等)，充其量僅能認定為「動機錯誤」。但根據同條 2 項之規定，動機錯誤原則上相對人無從得知，而係屬於「意思形成階段」之錯誤，故不得撤銷，僅有在(一)當事人資格、(二)物之性質的錯誤時方得撤銷，且必須符合「交易上認為重要」之要件，才可在表意人無過失的前提下，允許其撤銷之。

②本件，顧客係對「價金高低」於內心有所誤認，此與「當事人資格」或「物之性質」並無關聯，故縱使價金為買賣契約於交易上重要之點，

^{註7} 陳自強，同前註，頁 78。實際上的操作也許可以透過「誠信原則」來限制此一確定/決定權之濫用。

^{註8} 契約如果不成立的話，解決起來反而比較容易，「沒契約還吃了整桌的菜」，當然就是不當得利囉！尤其若律師考試中題目是問「若您為顧客之律師，將如何主張？」解讀成契約並未成立，當事人被依不當得利請求的數額通常會遠低於店家報價；退步言之，即便要讓契約成立，若前往該無菜單料理餐廳，點菜時為了要面子有「精雕玉琢、擺盤華麗」之類的特殊要求，或許可將契約解釋成「承攬契約」，此時既有民法第 491 條 2 項「無價目表者，按照習慣給付」之規定，透過交易習慣也許可盡量讓當事人少付點錢，避免店家獅子大開口。

亦非當然可以得出得撤銷意思表示之結論。

- ③退步言之，若個案事實中，顧客係誤認老闆所欲提供之菜色內容、食材品質等，由於「買賣標的物品質高低」屬於足以影響物之使用、效能或價值之事實，且在買賣契約之交易實務上可認重要，則或有可能主張。然而，不論採取學者通說之見解認為§88I 但書之「過失」應解為「抽象輕過失」、抑或採取實務見解認係「具體輕過失」(最高法院 99 年度台上字第 678 號判決)，顧客未詳加詢問卻誇下海口說「錢不是問題盡量上」^{註9}似乎均難認毫無過失。

(3)店家說明義務之廣狹

- ①關於當事人於締約之際是否應負說明義務及其界限為何，若依照傳統之契約法原則，原則是一般風險分配原則，當事人應自行調查，而對他方不具有一般性的說明義務，惟何時應例外認為當事人須負誠信原則所導出之說明義務，則首應判斷何謂「重要關係」。依誠信原則之要求，當事人於契約磋商準備階段，須就訂約有重要關係之事項，負有說明、告知之義務，亦唯有雙方均對可能締結之契約之重要事項均有相當程度的了解，始有可能促進契約締結、履行之圓滿進行^{註10}。
- ②就個案中較為具體的判斷標準而言，有學者認為可參酌有無法律特別規定、有無現存之交易習慣應遵循、是否涉及專業知識、從事相關行業之經驗豐富與否、雙方當事人間經濟強弱是否懸殊、資訊及知識之取得困難與否、系爭資訊對當事人之重要性…等因素為綜合判斷^{註11}。若價值取捨後認定本件中店家違反告知說明義務之違反且主觀上可歸責，顧客即得依民法§227I 主張損害賠償^{註12}。

^{註9}其實或許可以從「保護之必要性」切入，畢竟任何權利之行使均可能討論是否違反誠信原則，在顧客未明確表明預算之前，無菜單料理之店家通常不會刻意挑選店家最昂貴之食材，但在顧客闊氣地說「除了這兩樣之外其他全包」、「你盡量上我有的是錢」、「錢不是問題」，店家自然為求商譽好好表現精銳盡出，灑金箔、果雕樣樣來，殊不知拿到菜單才知「錢不是問題，問題是沒錢」的道理，價值判斷上似不應允許其撤銷意思表示。

^{註10}反之，若並非重要資訊，則應回歸前述之一般風險分配之理念，締約之際就磋商事項自行探詢相關資訊所需之金錢、時間及勞力，本即為締約當事人所需負擔之成本。

^{註11}向明恩，〈前契約說明義務之形塑與界線——評基隆地方法院九十二度第三四二號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 190 期，2011 年 3 月。

^{註12}事實上此類個案可能也會涉及民法§245 條之 1 第 1 項 3 款「顯然違反誠實及信用方法」之問題而負締約上過失責任，但我國最高法院慣常將法條所謂「契約未成立時」解讀為「嗣後契約並未成立方得主張」(最高法院 101.593 決、100.1906 決、100.390 決)，使得本條於實務上適用之比例極低，且本件嗣後契約根據上述討論亦有效成立，故僅附註說

2.相關考題

- 105 年台北大學法律研究所民法第一題(民事法學、財經法學組)

關注台北大今年的法研所考題，可以發現越來越多「時事入題」的出題方式，不論是屈臣氏滑倒案或無菜單料理，苦讀之餘也別忘了抽空閱讀報章雜誌啊。另外，礙於篇幅沒有介紹到的政大民法組第 2 題也考出了「名譽權侵害」，也讓筆者聯想到最近「亞洲舞(空幹)王」的案件，各位考生若有空也可關注一下。

爭點四：受領遲延

1.爭點說明

(1)關於受領遲延總則性之規定係民法第 234 條：「債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。」傳統考題出題方式通常為「買賣契約買受人受領遲延後，出賣人回程途中發生可歸責/不可歸責事由，導致貨物毀損滅失」，對於考古題比較熟悉的考生這個時候當然就膝跳反應聯想到「是否為種類之債，又其特定了沒」、「受領義務是對己義務所以違反通常僅生失權效(§237)」、「買賣契約的受領義務依照§367 為主給付義務所以可能同時構成給付遲延」、「受領遲延不以主觀可歸責為必要」…等，相關爭點切開來均不困難，故在此僅稍作提醒，但請務必掌握。

(2)較使考生一個頭兩個大的是，題目考出來常常是其他有名契約之受領遲延，如：租賃契約、僱傭/委任契約等，即便較不熟悉也建議掌握法條位置，在考場才不致亂了陣腳，尤其勞務契約部分更可能與勞動法掛勾，難度大大提升，下分別舉例說明之：

①**租賃契約之受領遲延**：假設題目為「甲幫兒子乙租山中別墅認真準備考試一個月，約定交屋日當天出租人丙準備交屋，但當天早上乙出車禍，甲愛子心切陪兒子住院一個月無法使用別墅，丙得否請求價金？」(似 105 年的政大考題)。此類考題即是將受領遲延與租賃契約之特別規定§441 結合，此時法律效果當然不會僅僅是回歸債總之§237，丙僅就故意或重大過失負責而已。

此外，§441 所謂「因自己之事由」是否與「可歸責」等價，在學說上容有爭議，兩者在文義解釋上並不相同，但實務見解(台灣高等法院高

明提醒各位考生注意此為可能之請求權基礎，時間允許時再補充學說與實務之歧異見解即可。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

雄分院 91 上更二 53 號判決)認為「本件系爭租賃關係因租賃物之滅失而消滅，惟係因可歸責於上訴人之事由，致系爭租賃標的物滅失，而不能繼續使用，依前開規定(§441)，上訴人仍不能免其支付租金之義務」，似乎是將兩者併同處理，值得注意。個案中的判斷關鍵在於，若本件出租人不知甲承租房屋係為供乙讀書之用，且乙之病情亦未嚴重致家人須形影不離隨伺在側，係甲愛子心切自願放棄房屋之使用收益甚至未為受領，似乎已可解釋為「因自己之事由」而仍須給付租金。

②**勞務契約之受領遲延**：假設題目為「找了家教結果上課第一天就不可歸責出車禍住院剛好住一個月(沒錯就是剛剛的乙)，家教老師得否主張該月本可取得之報酬？」

此時應注意之法條為§487：「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。」因為勞務給付無法提存或存儲，且債務人經過之時間無法回復，故設特別規定使其得請求報酬，實務上本條較常適用之情形為違法解僱或無預警停工，建議可一併留意。一般在對己義務之情形均不以「可歸責」為必要，觀諸本條文義似亦不以可歸責為必要，然而勞委會在台 83 勞動 2 字第 35290 號函釋認為：若停工原因可歸責於雇主則工資照給，雖本例非停工之情形但或可供參照。但問題來了，你也許會問「§487 是規定在僱傭底下欸？這題是委任吧！」最高法院 95 年度台上字第 390 號判決：「兩造間之法律關係固屬委任契約關係，被上訴人就該分行之業務雖有一定之裁量權，但仍須遵從上訴人之指示，提供一定之勞務給付，並領取固定之薪資報酬，乃重在勞務之給付，並非單純個案之委任事務之處理，且非按件計酬。則於可歸責於上訴人之事由，上訴人拒絕受領勞務給付時，被上訴人即免其勞務給付義務，自無補服勞務之問題，並得請求上訴人給付薪資報酬。」似乎是認為§487 在符合不可存儲性的勞務契約亦有類推適用之空間，作答時別見獵心喜忘了未必可以直接適用。

2. 相關考題

- 105 年政治大學法律研究所民法第 1 題(民法組)

爭點五：無權高價出賣他人之物

1. 爭點說明

- (1) 此類問題雖然簡單，但作答上仍有一些小地方須留意，既然出現在台大法研所的考題中，就藉此機會替各位複習一下。題目常出現的方式為「乙

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(偷/借)甲市價 X 的物品，以 Y 的價格出賣給(惡意/善意)+(有/無)過失之丙」，而題目中 Y 通常大於 X。

(2)甲可能得主張之權利包含民法§§184I 前、184I 後、184II、179、177II 等，但前三者均為「損害賠償」請求權，其目的在於「填補損害」，本件丙若依照民法第 801、948 條之規定善意取得，甲的損害係「該物品之所有權」，然其得請求之數額亦僅限於 X，蓋損害賠償請求權行使之結果不得使權利人除了損害受填補外更有所得。其次，就不當得利返還而言，乙無權出售甲之物品受有利益致甲受有損害，乙所受領之利益因已無法作原形返還，依照民法§181I 但書之規定僅得返還其客觀價額 X，惟兩者均僅得請求 X 之數額。

(3)立法者為了避免本題中之乙可能憑著其優越之締約實力賺取差價(Y-X)而存有經濟上之誘因，民法§177II 即設有關於不法管理之規定，於管理人明知為他人事務而為自己利益管理者，本人仍得主張享有因不法管理行為所得之利益。除了「無權處分他人之物」之外，實務上也常見「無權占用他人土地營業月入百萬、占地蓋廟狂收香油錢^{註13}」之情形，這些無法用不當得利請求、不包含在所謂「相當於租金之不當得利」之部分，就可透過 177II 來補充，以免產生「鼓勵不法」之結果。另外，須特別留意的是，個案中標的物若為動產，適用§801、948 時需考量第三人之主觀；若為不動產之善意取得循§759-1 處理時，考量對於「登記」信賴之保護應給予較高保障，第三人僅須善意信賴即可。

(4)除了基本題型之外，延伸的進階版也值得注意。去年的高考三等則考出了「善意取得交付方式之限制」與「雙重無權處分」之混合題，是個測試對於爭點敏銳度的好題目。

①案例略為：甲將動產 A 租乙，乙將 A 以 10 萬元賣惡意丙，雙方並約定由丙暫時借乙使用。嗣後，乙又以 11 萬元賣善意丁，亦約定丁暫時借乙繼續使用。乙又和甲成立買賣契約以 8 萬元將 A 買下，何人對 A 有所有權？

②丙惡意故無法善意取得(此時發生第一次無權處分)；丁依照 948II 之規

^{註13}最高法院 103 年度台上字第 104 號判決：「惟相當於租金之利益數額，須斟酌基地之位置、工商業繁榮之程度、占用人利用基地所獲致之經濟價值及所受利益，並與鄰地租金比較，始為適當。故無權占有人本於該不動產更有所得，僅得作為斟酌租金多寡之因素，尚非可將該利得逕作為相當租金之不當得利。則被上訴人所可請求上訴人給付之不當得利，究係相當於使用靈光塔之租金利益？抑或信眾捐獻靈光塔之油金？自滋疑義。」

定未受現實交付故尚無法善意取得(針對 A 做了第二次無權處分)，至此所有權依然屬於甲，甲既未有所損失自然亦不得向乙主張權利。嗣後乙向甲購買而取得所有權(簡易交付)後，即有§118II、118III 之適用，乙之處分自始有效，且於數處分牴觸時以最初者為有效，故最終 A 物之所有權人為丙。

2. 相關考題

- 105 年台灣大學法律研究所民法第 1 題(A 卷)
- 104 年公務人員高等考試三級考試民法
- 103 年台灣大學法律研究所民法第 2 題(B 卷)

爭點六：僱用人之連帶侵權責任

1. 爭點說明

民法第 184、188 或者 184、187 的解題套餐相信各位考生必定是已非常熟悉，但當此類較為基礎之議題仍頻繁出現於研究所、國家考試時，如何能作答的精準、完整則是最終能否脫穎而出之關鍵。此類議題較常出現之考點為「雇主抗辯個案中並無僱傭契約存在」、「如何判定是否為執行職務」、「善盡指揮監督之責與否」、「雇主依照 188III 求償時內部分擔額為何」、「被害人無法明確得知加害者為該公司之何員工時如何處理」…等，甚至時常出現單一考點成為一小題的情形，值得注意，下分述之。

(1)我國對於僱用人責任採取推定過失與推定具有因果關係，惟**實務上對於其舉證推翻的標準要求甚高**，幾乎不可能免責^{註14}，其成立要件如下：

①至少需具「事實上僱傭關係」

對此，最高法院 57 台上 1663 號判例：「所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者均係受僱人」。較為重要者為實務上之「靠行」、「計程車隊」、「連鎖加盟店」…最高法院為保護受害者而多採廣義之解釋。最常出在考題的情況是「受任人侵權」、「基於友情誼幫忙」、「代班」(105 年東吳考題)…等。

②須受僱人之行為該當於一般侵權行為

③受僱人係在執行職務中

關於執行職務之學說計有客觀說、限制客觀說、主觀信賴說、內在關

^{註14}從媽媽嘴案老闆須連帶賠償 631 萬就可以知道，實務對於 188 的成立非常寬鬆以保障被害人，有學者認為實際上已近乎無過失責任，惟此是否妥適仍有待商榷。

聯說…等，就此爭議，最高法院 103 年度台上字第 1114 號判決內容論述完整，將各說之精華融合在內綜合判斷，下援引供各位參考(斜體字為筆者補充)：「其立法旨趣，乃因日常生活中，僱用人恆運用受僱人為其執行職務而擴張其活動範圍及事業版圖，以獲取利益、增加營收；基於損益兼歸之原則，自應加重其責任，使其連帶承擔受僱人不法行為所造成之損害，俾符事理之平。且僱用人在經濟上恆比受僱人具有較充足之資力，令僱用人與受僱人連帶負損害賠償責任，亦可使被害人獲得較多賠償之機會，以免求償無著，有失公平(強調§188 所扮演之角色為分散求償之風險)。因此，該條項所謂受僱人執行職務，不僅包括受僱人執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，即受僱人濫用職務或利用職務上之機會，在外形客觀上足認與執行職務有關者，就令其為自己利益所為亦應包含在內(就是鼎鼎大名的 42 年台上字第 1124 號判例)。苟受僱人係利用僱用人職務上給予之機會所為之不法行為，依社會一般觀念，該不法行為乃僱用人事先所得預見，並可經由其內部監控制度加以防範；且被害人係正當信賴受僱人之行為為職務範圍內之行為，而與之交易(主觀信賴說之操作)，僱用人並因之獲有利益，而在外形客觀上足認與執行職務有所關聯者(內在關聯說之操作)，即可涵攝在上開規定之構成要件中，初與受僱人之行為是否成立犯罪行為無涉(針對限制客觀說予以批評)，以合理保護被害人之權益。」

④僱用人選任、監督具過失，且其過失與損害發生具有因果關係

本條之法律效果為僱用人與受僱人連帶對被害人負擔賠償責任，須注意者為，§188III 賦予僱用人對被害人賠償後，得對於受僱人主張全部的賠償責任^{註15}(分擔額 100%)，而這也可以解釋為何最高法院認為僱用人得援用受僱人之時效利益(最高法院 103 年度台上字第 2587 號判決)。

(2)法人得否為§184I 前之主體？(例題可參 104 年律師考題)

①關於此問題，實務見解多採否定見解(最高法院 95.2550 決、103.978 決)，

^{註15}原則上依照連帶債務§280 之規定，在法無明文之情況下應「平均分擔」，惟最高法院向來均來僱用人並無分擔部分可言，參最高法院 95 年度台上字第 1235 號判決：「按連帶債務中之一人消滅時效已完成者，依民法第 276II 規定，固僅該債務人應分擔之部分，他債務人同免其債務，惟民法第 188III 規定，僱用人賠償損害時，對於侵權行為之受僱人有求償權，則僱用人與受僱人間並無分擔部分可言」，較偏向將 188I 解釋為「代負責任」而非「自己責任」。但就此，可以額外思考的問題點為「若僱用人自己違反指揮監督之作為義務且與損害間具有因果關係，為何在責任分擔之比例上為 0%？」

其理由略為法人並無自然人所擁有之意思能力，無法形成故意或過失之心理狀態、民法 184 條所規定之各類型均適用於自然人，法人組織應無法直接適用…等。

②採取肯定說的學者則認為現法人亦可能因其本身行為負責，應使法人站在第一線以強化其責任；為避免被害人舉證困難，因有時根本不知「特定」侵權人為誰(如：只知道被某公司的貨車追撞但司機已逃逸)。且若兼採「法人實在說」與「企業組織過失理論」，操作上似亦無窒礙難行之處。之所以在此附帶向各位提醒此一爭點，一來是在研究所考試、國家考試中都會出現，二來係題目只須稍作變化，把「乙為甲之員工」改為「乙為甲公司之員工」或者用「公司是否可能與員工負§185之連帶責任」之方式即可偷渡這個考點，考生須特別注意別只醉心於涵攝§188。

2.相關考題

• 105 年政治大學法律研究所民法第 2 題(民事法學組)

參、結語

誠然如前所述，研究所考試與國家考試之考點多具備高度連動性，但相較起來國考比較不會考得太細，故若考生在準備上無暇補齊新文章，建議可透過「關鍵字搜尋文章」的方式，先透過閱讀判決及利用對爭點的熟悉度耙梳近來較常出現之考點，再以考點搜尋有無新文章或判決，準備起來可以事半功倍。此外，國家考試時常出現基礎概念題，在可以開法條的情況下，考生更應注意法律概念的熟悉，而不單只是法條死板的操作，亦唯有具備扎實的基礎，在題目進一步變形、複雜化時，才不致亂了陣腳。

最後還是援引前人常說的「學海無涯，唯勤是岸」來勉勵各位考生，就算陷入準備的撞牆期、擔心念不完、擔心寫不快、擔心考不好，這都是正常的情形且也是多數人必經的過程，只要記住「現在努力的每一刻都是在增加上榜的機率」，比如說念一個下午可以增加 0.5%，聽起來就很誘人吧！透過不斷的複習跟熟稔法律概念來培養法感，把手中的照妖鏡磨亮，再困難的題目也無所遁形(阿怎麼好像把題目妖魔化了 XD)！祝各位終能金榜題名！

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

公司法與證券交易法篇

主筆人：捷台大

壹、概說

自 104 年起，律師高考因為增加選試科目的緣故，將商事法一科的一百分挪作選試科目的分數，至於司法官考試則仍維持總分兩百分不變，因這樣的變革，使得律師高考的商事法在題目的選擇上將更慎重，力求在有限的分數中，羅織重要的考點。審慎的篩選爭點，將成為準備考試的一大前提，以往年的經驗來看，年初的研究所考試是國家考試的前哨站，熟知當年度研究所的考點，可說是掌握了進入國家考試的金鑰，針對這些爭點下去做苦工，在準備上肯定可以事半功倍。

但因研究所考試所涉及的爭點不勝枚舉，考量篇幅所限，在此謹以下列重要之爭點進行後述之探討：分別為近年新修訂之「閉鎖性公司專章」、傳統爭點之「公開收購」、「內線交易」，以及公司法上常存有爭議之董事會、股東會之瑕疵及後續之處理等問題，因律師高考在僅有的一百分裡頭，對於爭點必須精選再精選，因此前述的考點都很有可能再出現於國家考試中，考生不可不熟。

貳、重要爭點

爭點一：閉鎖性公司

1. 爭點說明

- (1)有鑒於我國公司法對於公司類型的規制設有太多強制性規定，缺乏彈性，不論有限公司、股份有限公司均如是，過度限縮投資人的發揮空間，因而在近年醞釀公司法之修正，於 104 年 6 月 15 日，立法院三讀通過了閉鎖性股份有限公司專節，為投資者經營公司開創了新的選擇，閉鎖性股份有限公司專節對於股東之出資選擇有一定程度的放寬，亦引進無面額股制度、複數表決權特別股、對特定事項得行使否決權之黃金股、私募公司債等制度，使得新創產業在運作上可以更有空間，滿足了現實經濟的需要。
- (2)所謂閉鎖性股份有限公司，按公司法第 356 條之 1，指股東人數不超過 50 人，並於章程訂有股份轉讓限制之非公開發行股票公司，而就閉鎖

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

性股份有限公司專節可扼要提出兩點疑義，提供考生在閱讀本章節時，額外進行思考：

A.閉鎖性股份有限公司專節限制人數不得超過 50 人，是否有其立論基礎？因閉鎖性股份有現公司對於人數之限制係參考香港、新加坡之立法，但對於為何增設人數限制並未有明確說明，再者外國亦有取消人數限制之前例可循，我國在制定此限制時，未能更進一步說明，實屬可惜，此點再碰到閉鎖性股份有限公司之考題時，或許可以於題末稍做說明，將使作答更加完整。

B.閉鎖性公司與非閉鎖性公司間型態之轉換，將產生些許疑慮，蓋閉鎖性公司專節如前所述，係為使得新創產業運作更加靈活而增訂許多迥異於原先公司法之規定，若閉鎖性公司轉換型態成為非閉鎖性公司，自不得適用該專節之規定，但於轉換後應如何處理無面額股票，就複數表決權、黃金股等股東須如何因應，端賴實例產生時，主管機關之反應，現行僅得將問題放在心中，有待他日加以印證。

2.相關考題

- 105 年臺灣大學法律研究所商法組第 1 題。
- 105 年臺北大學法律研究所財經法學組第 1 題。

爭點二：公開收購

1.爭點說明

- (1)欲收購某公開發行公司之股份，可以選擇自集中交易市場購入，但有鑒於在集中交易市場大量收購某公開發行公司之股份，可能導致股價劇烈波動而破壞市場秩序，且為使公司除大股東以外之散戶得一同分享控制權溢價，更有甚者，若遇有敵意併購之情事，可使得經營者預先防範，因此有將此收購行為導至場外之必要，此即公開收購之目的。
- (2)所謂公開收購，係指不經由有價證券集中交易市場或證券商營業處所，對非特定人以公告、廣告、廣播、電傳資訊、信函、電話、發表會、說明會或其他方式為公開要約而購買有價證券之行為，其目的在於以可得控制之成本向非特定人購得大量之股權，以取得、維持或強化對公司之控制權。於此概念下，又可因條件之不同，區分為一般公開收購、簡易公開收購與強制公開收購。此外，公開收購之規定，除證券交易法第 43 條之 1 以降之外，公開收購公開發行公司有價證券管理辦法之規定，亦應熟知。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(3)就上述公開收購之類型，分述如下：

A.一般公開收購：係指對某公開發行公司之股份為公開收購行為時，應先向金管會申報並公告後才可為之，證券交易法第 43 條之 1 第 2 項本文定有明文。

B.簡易公開收購：若有證券交易法第 43 條之 1 第 2 項第 1 至 3 款之規定適用，則收購人為公開收購時，得免向金管會申報，此則稱為簡易公開收購。

C.強制公開收購：按證券交易法第 43 條之 1 第 3 項、公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條，任何人單獨或與他人共同預訂於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上者，應採公開收購，此即強制公開收購。

(4)但現行法對於公開收購之規定，仍有些許待改進之地方，例如應考量增訂目標公司經營者防禦措施之相關立法、證券交易法第 43 條之 1 第 3 項以及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條以收購目標公司 20%股份為強制公開收購啟動門檻，應設有例外，不應過度侷限，最後則是違反公開收購相關規定之民刑事責任要件尚欠明確，上述所言，均有待他日立法加以精進。

2.相關考題

• 105 年臺北大學法律研究所財經法學組第 3 題。

爭點三：內線交易

1.爭點說明

(1)基於平等資訊取得理論，為使得所有參與集中交易市場買賣之人，得對於資訊的利用立於相同地位，證券交易法第 157 條之 1 規定內部人、大股東、基於職務取得資訊之人等不得於實際知悉公司重大影響其有價證券價格之消息時，在消息未公開前，或公開後 18 小時內，以自己或他人之名義買入或賣出公司之有價證券，此即內線交易禁止之規定。

(2)判斷重大消息是否成立，將影響是否構成內線交易，為此章節相當重要的一個考點，所謂重大影響其價格之消息，係指涉及公司之財務、業務或該證券之市場供求、公開收購，其具體內容對其股票價格有重大影響，或對正當投資人之投資決定有重要影響之消息，欲判斷是否構成重大消息，則以重大性、具體性、確實性來加以判定，再者，依事件發生之時空環境觀察，消息若已明確、具體，足致股票價格產生

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

影響，重大消息即已成立，不以消息確定為必要。例如 A、B 兩公司之大股東甲、乙已談妥合併事宜，彼此達成協議，則該消息已屬明確，自屬重大消息。

- (3)最後，當內線交易之犯罪所得達新台幣一億元以上時，證券交易法第 171 條第 2 項有加重處罰之規定，然若數人彼此間具共同犯意，共同為內線交易，數人之犯罪所得合計超過一億元，但各人分別計算時則各自未超過一億元，於此情形是否仍有加重處罰規定之適用，於學界、實務尚有爭議，但有力學說認為若允許數人各自計算犯罪數額未超過一億元，即可不受前開法條規範，形同鼓勵犯罪行為人事先分配犯罪所得，避免加重處罰，於法理上似有未洽，是以，應認只要數人犯罪數額合計超過一億元，即有證券交易法第 171 條第 2 項加重處罰規定之適用。

2.相關考題

- 105 年政治大學法律研究所財經法組第 1 題。

爭點四：董事會

1.爭點說明

- (1)董事會優位與股東會優位之爭議存在多年，然為追求公司經營的效率，增進公司之利益，公司內部由全體董事組成董事會，議決公司業務等事項，自 90 年修訂公司法第 202 條後，就公司業務之執行，除法令或章程規定由股東會決議者外，應由董事會決議之，可認我國立法例上目前較偏向董事會優位原則，自此而後，若股東會議決之事項非屬法令或章程規定由股東會決議者，其所為之決議效力並不會拘束董事會，換言之，當法律或章程要求董事會遵守者，董事會才須受股東會所為之決議所拘束。
- (2)董事會為公司內部決策之核心，負責統籌公司之經營方針，若董事會之決議存在瑕疵，將有很大可能影響公司之營運，因此於董事會之決議有瑕疵時，應該審慎處理。然而，公司法對於董事會決議有瑕疵卻未如同股東會決議有瑕疵時，區分程序、實體瑕疵而分別訂以得撤銷、無效之效果。是以，通說之見解認為既然法律未有明文規定，而董事會之決議影響又如此深遠，於董事會決議存有瑕疵時，不論係程序、實體瑕疵，應一概認為無效。
- (3)惟董事會之決議存有瑕疵時，若瑕疵非屬重大，則論理上有認為當全體董事均已出席，並作成決議時，該瑕疵即為治癒，為避免細微之瑕

版權所有，重製必究！

疵而致整個決議無效，徒增成本。再者，一人董事會亦為董事會決議之爭點上一重要問題，按公司法第 205 條第 1 項，若公司章程若允許董事得代理出席，設 A 公司有甲、乙、丙三董事，當開會時，甲請假，乙委託丙代理出席，丙親自出席，於召開董事會時，實際上僅丙一人出席，但其代理乙出席行使表決權，如此情形，實務上認為縱使乙委託丙代理，因實質上無從進行討論，不具備會議之基本形式要件，不足以成會，該次董事會決議因而無效。惟次依實務見解，若公司召開董事會時，多數董事均因所議決之事項涉及自身利害關係而須迴避不得行使表決權，僅餘一人可就決議事項進行表決，該一人就決議事項如同意者，則決議可得通過。前述兩情形雖均為一人董事會之情形，但結果有所不同，其間差異應多加留意。

2. 相關考題

- 105 年臺灣大學法律研究所經濟法組第 1 題。

爭點五：股東會

1. 爭點說明

- (1) 股東會之爭點散落在各條文中，除了熟知學說實務之爭議以外，法條的理解、記憶亦為重要的工作，因此在準備股東會章節時，需花費更多心力。就股東會之議案，多由董事會決定將何議案列入，但基於股東行動主義，使股東得積極參與公司運作，且為避免董事刻意排除特定議案，公司法第 172 條之 1 即賦予持有已發行股份總數百分之一以上之少數股東得於股東常會提出議案，但就議案數量、提案字數均有所限制，若少數股東違反限制而提出議案，是否應賦予少數股東修正之機會，則有爭議，肯定說認為既然為鼓勵少數股東參與公司事務，自應賦予修正之機會；但否定說則認為，該等瑕疵屬於明顯之錯誤，股東原可自行加以注意，毋須增加董事會之負擔、降低股東會召開之效率，是以不需再給予修正之機會。再者，少數股東提案之範圍，是否限於股東會得決議之事項方得提案，若單以公司法第 172 條之 1 第 4 項第 1 款觀之，應做如此解釋。然而，通說之見解認為現行法之立法模式過於保守，賦予董事會決定是否將少數股東所提議案列入股東會，可能使得「無拘束力之建議性議案」遭排除，因此認為縱使非屬股東會得決議之事項，股東亦得提案，僅於做出決議後，效力無法拘束董事會而已。

- (2) 次者，股東會決議若有瑕疵，與前開之董事會決議瑕疵並不相同，公

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

司法第 189 條、第 191 條區分程序、實體瑕疵而異其效力，分別賦予得撤銷、無效之結果。就此有兩點須特別加以說明：

- A. 其一為董事會與股東會間之連動，即董事會決議有瑕疵而召開股東會時，則該股東會是否因為董事會存有瑕疵，受影響而無效，多數見解認為，因股東會決議程序若有瑕疵，公司法第 189 條明文股東得訴請法院撤銷，惟第 189 條之 1 規定，若法院認為瑕疵非屬重大且於決議無影響者，得駁回撤銷股東會決議之聲請，通說於是認為既然公司法已有此兩條文之設置，則縱使董事會存有瑕疵，亦不應連動至股東會決議，應由股東訴請法院撤銷時，由法院作出裁決即可，是以，縱使董事會存有瑕疵而無效，其決議召開之股東會嗣後所為之決議，亦不因之而無效。
- B. 其二為股東會之決議若因程序有瑕疵，股東得依公司法第 189 條訴請法院撤銷該決議，提起撤銷股東會決議之訴時，應具備股東身分，然於股東會召開時是否須具備股東身分，容有疑義，折衷說認為，開會時具有股東身分固然為提起訴訟之要件，然若雖於股東會決議時並未具有股東身分，但其前手於股東會決議時具有股東資格，且依民法第 56 條於股東會議案當場提出異議而取得撤銷訴權時，其繼受人即得取得撤銷訴權，不因開會時非為股東而有所差異。惟若係股東會召開後原始取得股份之股東，自無撤銷訴權可言，茲不贅述。

2. 相關考題

- 105 年臺灣大學法律研究所經濟法組第 2 題。

參、結語

研究所考試與國家考試的連動，已經成為常態，考生不可不注意，再次強調上開提及的爭點是在有限篇幅中，將今年度研究所考試中較為重要的爭點臚列，雖難以涵蓋所有重點，但考生在進入考場前，至少應先熟悉上述爭點的內容，其餘未提及的爭點，考生亦應加強，才能在瞬息萬變的考場中，搶得先機。建議各位考生行有餘力，可以將上述提及的相關考題拿出來練習一遍，確保自己熟悉爭點，也確保自己可以準確地掌握爭點，如此在考場上自然可以立於優勢地位。

最後，先預祝今年參加考試的考生，能夠早日從茫茫考海中上岸，進入人生的下一個階段，不論是今年第一次加入國家考試，抑或奮鬥數年的老經驗們，都請你們別緊張，調適好心態，穩穩地將所學應用在考場上，放榜之日必定有各位的好消息，再次祝福大家，金榜題名。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！