

## 民法篇

主筆人 | 陳義龍

### 壹、前言

如果想要穿的好看，跟得上流行，有人會去看時裝雜誌，來瞭解現在流行什麼樣的穿著。在法律考試也是類似的道理，觀察近期的法研所考題及實務見解，以掌握將來考題趨勢，在準備國家考試上是具有相當程度的助益。以下說明這次法研所考試中值得注意的考點。

### 貳、各校考題分析

#### 一、法人侵權責任

在侵權行為法方面的經典考試爭點，多為民法第 184 條一般侵權行為之三個請求權基礎的要件分析、第 188 條雇用人侵權責任的要件爭議以及民法第 191 條之 1 與消費者保護法第 7 條商品責任的運用。近期則把焦點放在法人企業的侵權責任，關於此項涉及的條文，通常會聯想到民法第 28 條法人董事侵權之連帶損害賠償責任，以及民法第 188 條法人作為雇用人於其受雇人發生侵權之連帶損害賠償責任。但撇除法人的董事或受僱人侵權，法人本身得否為侵權責任主體，亦即，法人得否逕依民法第 184 條規定負侵權行為損害賠償責任，而無需與董事或受僱人「連帶」？此項爭點出現在 **110 年台大民法 (A) 第 2 題**。針對此項問題，實務原採否定見解，但自最高法院 108 年度台上字第 2035 號民事判決後轉採肯定見解，學說上則無定論<sup>1</sup>。此一爭點內容乍看之下簡單，但其背後所涉及之理論基礎及見解理由非常複雜，並非單一方面即可處理，考生就此部分應多加研讀。相關文獻例如陳聰富老師於《國立臺灣大學法學論叢》所刊《法人團體之侵權責任》(2011 年 12 月)與王澤鑑老師於《月旦裁判時報》所刊《法人侵權責任的發展》(2020 年 10 月)。

需特別建議各位考生，將來遇到法人侵權責任的題目時，如配分與時間足夠，不應僅論述民法第 28、188 條連帶賠償責任規定，更應進一步討論法人逕依民法第 184 條負責之可能性。

#### 二、物之使用利益喪失之損害賠償

在損害賠償法的準備方向，大多為因果關係、與有過失等經典單元。近期熱門討論主題則為「物之使用利益喪失」的損害賠償問題，例如：甲車被乙車撞毀，在甲車修復期間，

<sup>1</sup> 相關說明參照陳義龍，民法總則爭點解讀，2020 年 12 月，高點出版，頁 2-47 至 2-56。

如果甲另使用其他交通工具，甲得向乙請求相關車資交通費，但若甲未使用其他交通工具時，是否仍可請求此部分之損害賠償？即物（甲車）使用可能性之損害。德國實務上認為，此等損害本質為「非財產上損害」，但考量現代生活財貨皆需支付一定對價而獲得，而能隨時使用，具有金錢價值，該財貨之使用可能性已經「商業化」，不能說一概為「非財產上損害」，在符合客體與被害人可感性等要件下，允許被害人請求此等損害賠償。但在我國是否允許此項損害賠償，則有爭論。此項爭點即出現在 **110 年政大民法第 2 題**，且近期亦有學者提出論述與見解，顯示這項爭點逐漸熱門，考生應加注意。例如葉新民老師於《月旦裁判時報》所刊《因物之使用可能性喪失而生賠償責任的法律效果》（2021 年 3 月）與向明恩老師於《月旦法學雜誌》所刊《物使用利益喪失之賠償於最高法院 107 年度台上字第 402 號民事判決之肯認 - 以德國司法實務之發展為指引》（2021 年 4 月）等，值得考生閱讀，並需注意我國實務見解之後續發展。

### 三、借名登記之法律關係

關於借名登記之考點可分為內部關係與外部關係等二層面。首先，於內部關係之考題，包含借名登記之債權契約性質，及如何準用或類推適用委任契約之規定，於 108 年司法官及律師民法第 1 題、107 年台大民法（A）第 1 題即是考出借名登記當事人間之債務不履行問題，相關文獻例如邱玫惠老師於《月旦裁判時報》所刊《借名登記契約是否屬「因委任事務之性質不能消滅者」之實務爭議——最高法院 106 年度台上字第 410 號民事判決評析》（2018 年 5 月）。此外有爭議者在於借名登記契約本身是否有無效之可能？涉及借名登記是否因民法第 71、72 條而為無效，近期文獻可參考游進發老師於《月旦裁判時報》所刊《借名登記是信託且可能無效 - 以最高法院 107 年度台上字第 792 號民事判決為例》（2020 年 11 月）。

又於外部關係之題型，一為借名登記不動產之返還問題，亦即，當借名登記標的物為他人無權占有時，誰可以主張物上請求權返還？出名人？借名人？此可能涉及民法第 759 條之 1 登記推定力對第三人效力之問題，應予注意<sup>2</sup>。另一題型則是近期考過無數遍的出名人違約處分之效力問題，亦即，出名人利用其登記名義，未經借名人同意將借名登記標的物處分予第三人，其處分效力如何？是否屬於民法第 118 條第 1 項之無權處分？除了大名鼎鼎的最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議之有權處分說外，尚有許多最高法院判決見解陸續再次闡釋。在文獻上亦有許多學者討論<sup>3</sup>，例如王千維老師於《月旦法學雜誌》所刊《由最高法院一〇六年度第三次民事庭會議決議看不動產借名登記》（2017 年 12 月）。此項爭點即曾出現在 109 年政大民法（財經法組）第 4 題、105 年政大民法第 3 題等。

## 【高點法律專班】

<sup>2</sup> 相關說明參照陳義龍，民法物權爭點解讀，二版，2021 年 5 月，高點出版，頁 1-10 至 1-12。

<sup>3</sup> 相關說明參照陳義龍，民法物權爭點解讀，二版，2021 年 5 月，高點出版，頁 1-22 至 1-28。

當各位考生漸漸弄懂了借名登記不動產的違約處分效力問題後，近期考試則改考「動產」借名登記之違約處分問題，即出現在 **110 年政大民法第 1 題**，該題目所提示最高法院 108 年度台上字第 1744 號民事判決提到：「出名人既登記為該財產之所有人，則在借名關係存續中，其將該財產設定抵押權登記予第三人，自屬有權處分，初不因第三人為善意或惡意而有異。」也就是：將「動產」借名登記案例同樣依最高法院 106 年度第 3 次民事庭會議決議見解加以處理，但「不動產」借名登記與「動產」借名登記之法律關係與物權狀態真的相同嗎？此項問題可從不動產與動產之物權變動要件加以思考，考生務必注意此項爭點。此外，109 年北大民法第 3 題亦出現此項爭點。由此可知，考生準備不動產借名登記的爭點內容已經不夠了，尚應開始關注動產借名登記之問題。

#### 四、違章建築與事實上處分權

先前 106 年司法官民法第 2 題及第 109 年司法官及律師民法第 1 題均考出違章建築與事實上處分權的組合題型，題目主軸為違章建築之返還關係，題目中的某某人得否請求返還未經保存登記之建物，此類題目應考量請求之人的身分為何？與該建物間有何等法律關係（物權、債權）？所有人？承租人？如果是所有人請求返還建物，或許判斷及論述較為容易。但此等題目的請求人通常為「事實上處分權人」，其請求依據為何？其可能主張之請求權基礎為民法第 767 條或第 962 條（物權請求），或可能為民法第 179 條或第 184 條（債權請求）。每一個請求權基礎於「事實上處分權」均有爭議。而爭議最大及最核心的是民法第 767 條物上請求權，事實上處分權到底是不是物權？是不是該條所稱之「所有人」？文獻上見解莫衷一是<sup>4</sup>。而且請求相對人是否為「無權占有」？在具體題目情形下涉及不同的條文，尤其是租賃契約的相關條文，106 年考了民法第 425 條，109 年考了民法第 425 條之 1，於 **110 年台大民法 (A) 第 1 題** 則是考了民法第 425 條所有權讓與不破租賃，亦即，該條所稱「所有權讓與第三人」，是否包含讓與「事實上處分權」？就此，文獻及實務上爭論不大，多是採肯定見解。

在接下來的司法官及律師考題中，考生仍應多加關注事實上處分權之違章建築返還爭議，於債法部分，應注意民法第 179 條、第 184 條、第 425 條、第 425 條之 1、第 426 條之 1、第 426 條之 2；於物權法部分，應注意民法第 767 條、第 876 條、第 962 條。這些條文都可以跟事實上處分權扯上關係，且均有學理文獻及法院判決可供參考。除違章建築之返還題型外，考生另應關注違章建築之履約題型，於當事人以違章建築為買賣標的物時，後遭政府拆除，出賣人是否構成債務不履行？是否屬於買賣物之瑕疵擔保責任所稱「物之

<sup>4</sup> 相關說明參照相關說明參照陳義龍，民法物權爭點解讀，二版，2021 年 5 月，高點出版，頁 2-174 至 2-191。

瑕疵」？實務上亦有不少判決處理此等問題。於以違章建築為租賃標的物，亦同。

在 110 年台大民法 (A) 第 1 題考出事實上處分權的同時，同一題另涉及定型化契約之效力控制，是否有顯失公平、違反平等互惠原則？考生應注意當題目將契約內容條款一一列出，且其中內容顯然不利於其中一方，例如：可不經催告逕行終止契約，即是消費者保護法第 12 條或民法第 247 條之 1 規定派上用場。此外，同題尚出現押租金之返還問題，於發生民法第 425 條所有權讓與不破租賃者，於租約終了時，承租人應向舊出租人請求返還押租金？還是向新出租人請求返還？這是已是爭論不休的老爭點了，在先前 108 年政大民法第 3 題亦曾出現過。

#### 五、和解契約之效力與撤銷

債編各論規定許多有名契約，以考試投報率的角度，大部分的考生並不會將所有有名契約均學習過一遍。在債編各論的學習上，往往著重於買賣契約、租賃契約、承攬契約、保證契約等考試常客，而和解契約則是較容易被忽略的一部分。然而，和解契約於實務上之實際運用非常廣泛，因此衍伸出不少問題，而可能成為將來考試的考點。在文獻上亦有詳細討論。

和解契約最重要的爭議有兩個，一為和解契約之效力，一為和解契約之錯誤撤銷問題。於前者爭點出現在 109 年司法官及律師民法第 2 題，其爭點內容涉及和解契約之效力究竟為確認效力，抑或是創設效力？涉及和解契約之本質，以及當事人據以請求的請求權基礎問題，例如 109 年司法官及律師考題即問：「丁、戊、己及庚應依何種法律關係請求甲及乙支付和解金？」。於後者爭點則曾出現在 104 年台大民法 (B) 第 1 題，其後 **110 年台大民法 (B) 第 1 題** 即再出現。由於民法第 738 條特別規定和解契約除有特別情形外，不得以錯誤為理由撤銷之。此項特別規定之操作運用，以及該規定與民法第 88 條錯誤意思表示的撤銷規定間互動關係為何？均是掌握撤銷和解契約的關鍵。此部分文獻討論例如陳自強老師於《月旦法學雜誌》所刊《和解之錯誤》(2014 年 9 月) 有清楚明確的說明。此項問題在將來考試的準備上亦需注意。

#### 六、同性婚姻之法律關係

同性婚姻之議題在大法官做出釋字第 748 號解釋之後，其討論熱門程度再創新高，隨後立法院通過「司法院釋字第七四八號解釋施行法」，其內容主要即是規範同性婚姻之權利義務關係，不少準用民法婚姻規定。但這並不表示學完親屬法的婚姻規定，即可完全解決同婚問題，因為施行法並非概括地準用民法規定，而是明示準用個別規定，至於沒有明文規定準用的部分，得否與異性婚姻作同一解釋，則有討論的空間。此等準用之實際操作，

出現在 **110 年台大民法 (A) 第 3 題**，考出同性婚姻之同居義務及扶養義務等問題。而在先前 107 年司法官第 1 項亦考出同婚婚姻之收養他人子女與人工生殖爭議，亦即，同婚者得否收養他人子女（繼親收養）？得否藉由人工生殖法相關規定，與人工生殖子女發生親子關係？即出現在 **110 年政大民事身分法與訴訟法第 1 題**。這部分爭議有許多文獻討論，例如鄧學仁老師於《全國律師》所刊之《論司法院釋字第 748 號解釋施行法》(2019 年 6 月) 及《同性婚姻與親子關係之研究》(2020 年 7 月) 等文章有簡明解析，考生務必留意此一部份的學習。

此外，由於司法官及律師考試範圍包含國際私法在內，例如 107 年司法官民法第 2 題即考出履約爭議之準據法問題。而同性婚姻之國際私法問題，亦有不少爭論。例如：雖在我國承認同性間永久結合之合法性，對他國則未必，此時，其準據法之選用涉及是否違反公序良俗的問題，即涉外民事法律適用法第 8 條規定。此部分亦可能成為將來考題。此部分之文獻討論例如陳榮傳老師於《月旦法學教室》所刊《涉外同婚的公序良俗——兼評北高行判決》(2021 年 5 月)。

#### 七、遺囑要件與扣減權之行使

關於遺囑規定於民法第 1186 條以下，於近年來考出不少遺囑相關考題，例如 107 年司法官民法第 1 題、109 年北大民法第 4 題、107 年台大民法 (A) 第 2 題、107 年政大民事身分法與訴訟法第 1 題、106 年台大民法 (A) 第 3 題、106 年政大民事身分法與訴訟法第 1 題、105 年台大民法 (A) 第 3 題、105 年北大民法第 3 題、104 年台大民法 (A) 第 3 題。在實務方面，最高法院做出 108 年度第 5 次民事庭會議，就遺囑要件部分加以討論，又例如最高法院 109 年度台上字第 95、628、2426、3156 號民事判決、最高法院 108 年度台上字第 444 號判決、最高法院 107 年度台簡上字第 44 號判決等。在學理方面，近期亦有不少文獻討論，在將來考試上務必注意此部分之考點。

遺囑的重要考題可分為三個主題：遺囑方式（遺囑如何做成才合法）、遺囑效力及其撤回、特留分與扣減權行使。首先，就遺囑之方式，考生應記住自書遺囑、公證遺囑、代筆遺囑等類型所應具備之要件，並研析近期實務見解對於遺囑方式的闡釋，以及相關文獻，例如林秀雄老師《月旦法學教室》所刊《民法第 1194 條所定「使見證人中之一人筆記、宣讀、講解」之意義》(2020 年 12 月) 與鄧學仁老師於《月旦裁判時報》所刊《遺囑方式之瑕疵及其效力 - 評最高法院 108 年度第 5 次民事庭會議決議》(2020 年 1 月)。再者，就遺囑之效力及其撤回，則應注意其條文上之基本操作，尤其第 1219 條以下遺囑撤回規定，並應特別注意教科書上的條文操作說明，此類題型例如 109 年北大第 4 題。又於特留分與扣

減權行使之題型，則是台大黃詩淳老師的研究重點與考題常客，再次出現於 **110 年台大民法 (B) 第 3 題**。此部分在將來司法官及律師考試中亦值得關注是否出現。除扣減權之債權性質與物權性質效力爭論外，亦需注意扣減之方法可能因遺贈或繼承受益（指定分割方法、應繼分指定）而有不同，且遺產是否已經分割對此亦有影響。即使以司法官及律師考試為準備方式，此部分仍可參考黃詩淳老師的系列文章，作為此方面爭點的補強，且在該系列文章中亦詳列許多實務見解，能夠大幅提升考生對於此方面爭點的理解與對應能力。

### 參、結論

於現今司法官及律師的出題方向與趨勢，不再只是題幹長或單純的判決題，而是結合學理文獻與近期實務見解發展的出題方向，考生除需研讀近年相關的裁判內容外，尚須就近期熱門學理文獻所涉及之爭點內容，加以學習、理解，始能有效掌握高分上榜的關鍵。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！