

民法篇

一、前言

100 年各校法研所考試，近期已畫下尾聲，緊接而來的，是八月份與十月份之司法官、律師考試。觀察近十年來「法研所考試」與「國家考試」之「連動性」而言，我們發現，每一年的法研所考試考題，在題目上或考試重點上，與當年度的國家考試有高度之關聯性。本文即立基於上述思考，爰在以下針對「台灣大學、政治大學與台北大學」三所學校之民事財產法法研所試題，不採逐題詳解之方式，而合目的性的改採爭點統整之方式，對於重要議題加以講解。我們注意到，在法研所命題上，每年考試中約略有七成以上之考試重點，都是傳統民法的教學與學習上一再重複的重要觀念，但新議題的出現與修法課題，有時也會占有一定比例。以下即係對於民事法中之 10 項重點，提出思考方法與脈絡。

二、重要爭點

(一)民法總則：意思表示錯誤與動機錯誤

1. 爭點說明

意思表示錯誤指內心之效果意思與客觀表示行為，有偶然不一致之狀況，其系統化之劃分，為「意思表示內容錯誤」、「表示行為錯誤」、以及比較法上所述之「欠缺表示意識」。其法律效果，表意人得在其非因過失之情況下，撤銷意思表示（民法第 88 條第 1 項參照）。惟在「動機錯誤」，原則上表意人內心之效果意思與客觀表示行為並未不一致，並非「意思表示錯誤」，僅係「何以形成效果意思之動機上錯誤」爾。動機存乎人心，原則上動機錯誤不得撤銷，惟我國法規定，動機錯誤中如涉「當事人之資格或物之性質」，若客觀交易慣例上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。作為得撤銷之例外。

2. 相關考題

100 年政大第 1 題



3.答題關鍵

本題有一主要爭點：對於 C 非政大學生一事，A 發生一定錯誤，其錯誤係屬「意思表示錯誤」或「動機錯誤」？原則上，C 為政大學生一點，僅係 A「何以形成出租房屋之動機上錯誤」爾，A 出租房屋本身之意思表示，並無效果意思與客觀表示行為偶然不一致之狀況。故本題之論述重心在於：C 非政大學生一事，是否為客觀交易慣例上認為重要，而許 A 撤銷其意思表示？原則上，即納入實質論證與價值判斷之問題，筆者並無一定答案，應以社會生活交易慣例與誠信原則，形成一定之脈絡與答案。

(二)民法總則：誠信原則與權利外觀理論

1.爭點說明

現代社會中，新種類之權利義務紛爭日形漸多，我們開始發現，既有的實證法或成文法似乎已不足以解決社會變遷下，所造成之各種案型之紛爭事實發生。因此，「不確定法律概念」與「裁量條款」大量的進入了實體法、甚至是訴訟法之規定，在具體紛爭案型中，訴諸於法官裁量權之行使，司法造法或展望性裁判者。民法第 148 條第 2 項之「誠信原則」，或其下位概念第 148 條第 1 項之「權利濫用」之禁止，即係一種在民法典中明文之「一般條款」，在實體法規範中有所欠缺，或適用結果有社會通念下不可忍受之結果者，我們將以「一般條款」補充、顛撲實證法之規定。此外，「信賴保護原則」，或有一類同詞彙「權利外觀理論」，凡行為人因自己可歸責之行為，惹起相對人正當、法律上應受保護之信賴，即應為相對人負起相關責任，亦為誠信原則之下位法理，展現於民法上，即係「表見代理制度」、「善意取得制度」、「債權表見讓與」之設立，以及具體個案中之權衡判斷。

2.相關考題

100 年台大(A)第 1 題

3.答題關鍵

本題在思考脈絡下，無論由何種方向切入，考生均可發現評價上可能皆無法尋找一民法條文之基礎，亦即本題係「法無明文」之情況。在定性上，乙丙之債權尚未發生，乙自無債權得加以移轉，甲亦無取得債權之情事。原則上，應依瑕疵擔保責任或依債務不履行責任，向乙有所主張。惟甲對於丙之主張，似乎得援引「誠信原則」、「丙抗辯權濫用」、「權利



外觀理論」，甚至比較法上所肯認之「契約對第三人保護效力」、「類推第 298 條表見讓與之規定」處理之，限制丙之抗辯權，使其須為乙負責。致於對丁之部分，則係過失侵害債權（相對權）是否成立侵權責任之問題。

(三)債法：過失侵權行為保護法益之範圍

1. 爭點說明

為避免加害人在無「可預見性」下，對於損害負無限蔓延之責任，各國立法例對於侵權責任之限制，有不同之立法模式或實務運作之方式。我國侵權行為法受影響於德國法，在「過失侵權行為」，為合理限制加害人責任，僅就加害人有「絕對權」侵害，始負責任（民法第 184 條第 1 項前段參照），如僅係加害於「相對權」或「權利以外之利益」（純粹經濟上過失），則被認為在「過失侵權行為」，不成立侵權行為，須探求其他請求權之基礎。此種見解，在學說上蔚為多數說，在實務上，亦得找尋其實證之基礎（例如：最高法院 55 年台上 2053 判例、最高法院 99 年台上 1704 判決等，但亦有部分實務不採擇此項見解）。惟此種在保護法益上對於「絕對權」與「相對權、純粹經濟上利益」加以嚴格界分之立法，常有僵化，需以大量例外破除原則之弊。近年來，亦開始有學者提倡，參照法國法、英美法之立法運作，我們可以考慮，在過失侵權行為保護法益之範圍不加以限縮，惟在「過失」、「因果關係」之認定上，以「可預見性」為標準，合理限縮加害人責任，俾取得適用上之彈性。

2. 相關考題

100 年台大(B)第 1 題第 3 小題

3. 答題關鍵

首先，須先釐清甲、丁之間是否有契約關係，如甲丁之間並無契約關係，除例外之情形得援引比較法上契約對第三人保護效力外，即須回歸侵權責任法加以規制。本例為過失侵權行為，「侵權行為之成立」上，須由過失侵權行為保護法益之範圍加以思考，而「侵權行為之範圍」，則係立基於侵權行為之成立前提下，對於所受損害、所失利益之認定。

(四)債法：損害賠償之範圍

1. 爭點說明

無論係「侵權責任」、「債務不履行責任」或其他「法定損害賠償之債」，皆會發生「損害賠償範圍」之問題。損害賠償之目的，在於填補被害人所生之損害，回復損害事故發生前之應有狀態（最高法院 99 年台上 1370



號判決參照)，其損害賠償之範圍，依民法第 216 條第 1 項之規定，以「所受損害」及「所失利益」為限。所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而告減少，屬於積極損害；所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極損害。此外，由於所失利益往往蔓延甚廣，因此，民法第 216 條第 2 項對於所得請求之所失利益有所限縮，須以「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益」亦即實務所稱之有「客觀確定者」為限。惟所受損害與所失利益，仍須注意與原因事實有相當因果關係者為限。

2. 相關考題

100 年北大第 4 題

3. 答題關鍵

本題即立基於上述「損害賠償範圍」之說明，對於甲法學院之損害，是否得依廣義債務不履行之規定，向乙求償之問題加以論述。惟必須注意者是，部分損害，似乎與原因事實已不具責任範圍之因果關係，為避免蔓延過廣，似得以「相當因果關係理論」之歸責原則加以限縮。

(五) 債法：交易利益之代償請求權

1. 爭點說明

債務不履行法，尤其是「給付不能」之問題，係規範在債之履行發生絕對性障礙時，其善後應如何處理之法制。原則上，給付不能延伸之法律效果，除債務轉為「損害賠償」之債或解除契約以脫身外，繼續給付，請求「標的物之經濟上代替物」之「代償請求權」，亦為我國民法第 225 條第 2 項適用或類推適用上，請求權人得代用之善後手段。民法第 225 條第 2 項規範：「債務人因前項給付不能之事由，對第三人有害損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。」即係此項原則之明文。實務之運用上，土地徵收補償費或對第三人之損害賠償請求權，係類推適用、或適用本條最常見之案例。亦有部分民法學者指出，保險金亦可寬認為經濟上代償物之一，惟反對見解亦以保險契約之目的論反對之。最重要的，對於所謂「一物二賣」或其他狀況下之「交易利益」通說認為不得主張為代償物，蓋交易利益多涉當事人締約能力與手段問題，已非純粹之代償物，近來亦有以「法律經濟分析」之觀點，由創造社會最大經濟價值之面向肯定上述見解。



2.相關考題

100 年台大(B)第 1 題第 3 小題

3.答題關鍵

本例涉及解除契約後，清算義務之不履行之交易利益代償問題，甲似得對丙主張交易利益之代償請求權，惟立基於上述概念論或法律經濟分析之觀點，應加以否認。

(六)債法：情事變更原則

1.爭點說明

「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」此係「情事變更原則」規範之明文，亦為「誠信原則」之具體展現。亦即在實體法上，我們肯認在情事變更顯失公平下，當事人取得一形成訴權，得訴請法院裁量、介入，重新調整契約之對價者。其法律效果，法條並無規範，須依靠法院依合目的性之裁量，衡平的進行調整。在訴諸於公平之下，修正「契約神聖原則」（契約必須遵守）之效力。惟情事變更原則之適用，究屬契約法之例外，應嚴格加以為之。實務上亦加以嚴認，除綜合社會經濟情況、一般觀念及其他客觀情事加以判斷，認為該「契約風險」非當時所能預料者外，必須達到社會通念下不能忍受之顯失公平情事，始得為之。（最高法院 99 年台上 1939 判決參照）

2.相關考題

100 年政大第 2 題

3.答題關鍵

「情事變更原則」，究非事實性、描述性之概念，常須藉由規範目的之判斷，為價值取舍、權衡下之實質論證，並為雙方當事人之利益權衡。本例之狀態，甲原居住之 B 屋之滅失，似非締約當時所得預料所及，惟 B 屋之滅失，亦非契約訂立時應考量之重要事實，且利益權衡下，允許甲得依情事變更原則解消契約，不利益由乙承擔，似較不允許甲解消契約，而甲須自負風險，承擔因 B 屋滅失而須支付之代替性給付，更為不公，對乙原先所期待之契約利益保護，亦有未平，本文擬採否定之見解。惟更重要者為，民事法本身係一生活風險之規範，此種 B 屋滅失之生活風險。似不應轉嫁由乙加以負擔，除極端情形下，甲較乙更有負擔此種風險之法律上理由。



(七)債法：危險負擔移轉問題

1.爭點說明

危險負擔，以一種可理解之話語加以描述者，係「不可歸責於雙方當事人，標的物滅失之不利益應由誰負擔」之問題。危險如由債務人加以負擔，則債權人免其對待給付；危險如由債權人加以負擔，則債權人應為對待給付。危險負擔之時點，依民法第 373 條之規定：「買賣標的物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限。」第 374 條之規定：「買受人請求將標的物送交清償地以外之處所者，自出賣人交付其標的物於為運送之人或承攬運送人時起，標的物之危險，由買受人負擔。」我們可以得知，除第 374 條之規定外，危險負擔移轉之時點係「交付」時點。其法理基礎在於交付後「利益之所在，危險之所歸」。

2.相關考題

100 年政大第 3 題

3.答題關鍵

本題即係典型之「危險負擔移轉」試題，其所測驗者，亦係本法第 374 條之規定。本例乙要求甲將標的物送交清償地以外之處所者，且評價上不能認為有變更清償地之合意，因此，危險負擔，於甲交付標的物於運送人時，即為移轉。因不可歸責於雙方當事人，標的物滅失之不利益應由乙負擔。

(八)物權法：遺失物之拾得體系

1.爭點說明

過往針對遺失物之拾得，咸被認為係次要考試重點，考生於考試準備上亦常加以忽略。惟在近期新聞媒體之炒作下，遺失物之拾得，尤其是報酬請求權之問題甚為熱門。以下將針對合目的性需求下，對於遺失物拾得章節中，部分修法後之重要部分予以列舉，使考生得透過精讀條文加以準備：

(1)遺失物拾得人之義務（第 803 條第 1 項）

拾得遺失物者應從速通知遺失人、所有人、其他有受領權之人或報告警察、自治機關。報告時，應將其物一併交存。

(2)遺失物拾得人之報酬請求權（第 805 條第 2 項）

有受領權之人認領遺失物時，拾得人得請求報酬。但不得超過其物財



產上價值十分之三；其不具有財產上價值者，拾得人亦得請求相當之報酬。前項報酬請求權，因六個月間不行使而消滅。

(3)認領報酬之例外（第 805-1 條）

有下列情形之一者，不得請求前條第二項之報酬：

一、在公眾得出入之場所或供公眾往來之交通設備內，由其管理人或受僱人拾得遺失物。

二、拾得人違反通知、報告或交存義務或經查詢仍隱匿其拾得之事實。

(4)五百元以下遺失物之特別規範（第 807-1 條第 1 項、第 2 項）

遺失物價值在新臺幣五百元以下者，拾得人應從速通知遺失人、所有人或其他有受領權之人。前項遺失物於下列期間未經有受領權之人認領者，由拾得人取得其所有權或變賣之價金：

一、自通知或招領之日起逾十五日。

二、不能依前項規定辦理，自拾得日起逾一個月。

2.相關考題

100 年北大第 2 題

3.答題關鍵

請參閱上述條文之規定，即可輕鬆破解本題中之四個子題。

(九)物權法：流抵契約

1.爭點說明

2007 年我國法「擔保物權」各章修正後，過往我們視為洪水猛獸的「流抵契約」，在一定的限制下，正式成為我國法之規範。本法第 873-1 條規定，當事人得對於抵押權之實行方法，「約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者」，惟須登記，始發生對抗第三人之「物權」效力，並附有一定之「清算義務」，以杜流弊。惟抵押權之實行，所有權之移轉並非當然發生，仍須由抵押權人基於該物權請求權，請求抵押人移轉登記為必要。值得注意者為，近三年來，律師、司法官與法研所考試，關於「流抵契約」之命題，為數甚多，此部分亦係考生於考試前，必須反覆熟習之重要爭點。

2.相關考題

100 年台大第 2 題

3.答題關鍵

首先，甲 B 之「流抵契約條款」約定，依本法第 873-1 條第 1 項之規定，



非經登記，不發生物權效力。故如本契約條款未經登記，不得拘束土地受讓人乙；惟縱經登記發生物權效力，拘束受讓人乙，基於物權之優先效力，亦不能妨害第一順位抵押權 A 之抵押權之實行，先予敘明。在此前提認知下，本題即可輕鬆破解：「流抵契約」抵押權之實行，所有權之移轉並非當然發生在抵押人未為移轉登記前，抵押人仍為所有權人，已如前述。抵押人與抵押權人間，互有第 873-1 條之「清算義務」，亦如前述。而甲、B 之流抵約定，縱經登記發生物權效力，基於物權之優先效力，亦不能妨害第一順位抵押權 A 之抵押權之實行，亦如前述。基本觀念之掌握，本題即可輕鬆破解。

(十)物權法：最高限額抵押權專題

1.爭點說明

在 2007 年之擔保物權各章修法後，由我國實務所承認之新型態物權「最高限額抵押權」，正式進入我國法之明文規範。並增訂第 881-1 條至第 881-17 條，以利法律關係之明確。「最高限額抵押權」，係指債務人或第三人提供其不動產為擔保，就債權人對債務人一定範圍內之不特定債權，在最高限額內設定之抵押權。亦即，放寬抵押權「成立上從屬性」、「消滅上從屬性」，並移除抵押權之「移轉上從屬性」(民法第 881-6 條參照)，為符合實務需求之規範。但必須注意者為：「最高限額抵押權」所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權為限，例如：因同一基礎繼續性法律關係所生之債權。不得成立「概括最高限額抵押權抵押權」，避免偶然之債權進入最高限額之擔保範圍，以及避免抵押權人蒐集債權之弊。

2.相關考題

100 年政大第 4 題第 1 小題

3.答題關鍵

本題係最高法院 90 年台上 1164 判決之改作，並涉及二考點：最高限額抵押權所擔保之債權，於原債權確定由第三人概括承受者，其最高限額抵押權是否隨同移轉？以及最高限額抵押權所擔保之債權範圍問題。

(1)最高限額抵押權是否隨同移轉？

民法第 881-6 條第 1 項規定：「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。」蓋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，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，避免抵押權主體、範圍認定之複雜化。惟在法人合併、繼承等「概括承受」之狀態，似非以法律行為加以移轉，不生抵押權主體、範圍認定之法律關係複雜化問題，應無本法第 881-6 條之適用。

(2)最高限額抵押權所擔保之債權範圍？

最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限。避免偶然之債權進入最高限額之擔保範圍，以及蒐集債權問題，前以述及。惟在本例，由法規目的解釋觀之，約定、登記「一切債務或其他債務」均在擔保之內，此部分概括之約定，因欠缺基礎之法律關係，屬概括最高限額抵押權約定之態樣，難認為有效。然除此部分之約定外，其餘擔保基礎之法律關係諸如「現在或將來所負之借款、票據、墊款」等約定，均甚為明確，且均係由銀行與客戶間之往來關係而生，具有一定基礎性、繼續性法律關係，難指該部分之約定亦一併歸於無效，故最高限額抵押權之範圍，應及於該保證部分，B 銀行之主張，係有理由。

三、結語

由上述分析可知，100 年台大、政大、北大法律研究所之考試，仍以傳統爭點（例如：爭點 1 至爭點 7）、修法議題（爭點 9、爭點 10）以及新議題之提出（爭點 8）為主，在法研所與國家考試典試委員大幅度的重疊下，由法研所考試之命題趨向，即得觀察國家考試之可能方向。學習民法，務必先求基礎功之建立（傳統爭點之熟習）、理解修法狀態之後，再對於新議題有所涉獵，答題上則綱舉目張，切中爭點，則為獲取高分之不二法門。

