

國考偵測站 ①

## 民法篇

主筆人：余律師

### 壹、前言

雖說學者並非國家考試唯一的命題者，但各校老師所關注的議題不少出自於對實務的關懷，所以研究所考試作為全國法律系應屆畢業生的第一個試金石，或多或少也提供了相當的情報，不論是否有志於攻讀碩士班，準備國家考試時不妨稍加關注，或可收奇效。

### 貳、總則

民法總則的問題固然較為抽象而難以在實例題中以單一爭點出現，但近年來爭點漸漸浮上檯面，或隱藏在複雜的案例中，或因無具體規定而須回歸民總適用，不宜輕忽。

#### 一、行為能力與意思表示瑕疵：台大 A、政大、北大、成大

此部分雖屬老生常談，但仍舊活躍於研究所考試、國家考試的舞台。今年仍出現在多所學校的考題之中，宜多加注意。

值得一提的是此部分並未成為單且關鍵的考點，大多均要考生回答「當事人法律關係如何」、「某某人得主張何種權利」，除了必須嫻熟基本規定之外，還需論及因意思表示無效、確定不生效力、得撤銷而經撤銷「之後」的法律關係。舉例而言，政大民法第一題：未成年人未經法定代理人同意以自己之黃金鼠與他人之射水魚互易，事後法定代理人拒絕承認所有法律關係，問當事人關係如何？此時需分成兩個層次思考：一是「意思表示本身的效力」，即此時是否為無須經法定代理人同意之例外；二是「後續引發之法律效果」，而後者往往才是關鍵所在。

而關於所引發的法律效果，又有兩條可以思考的路徑：

- (一)意思表示瑕疵制度本身的信賴利益損害賠償。例如：民法第 91 條。
- (二)回復原狀。例如：給付原因嗣後消滅的不當得利，或者本於所有權之請求等等。

說穿了並沒有學問，但這種細緻化、體系化的思考對解題架構、找尋爭點的能力有莫大幫助，也是在傳統爭點下脫穎而出的方式之一。

版權所有，重製必究！

## 二、強制禁止規定（民法第71條）：政大、北大

民法第71條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」條文簡單，但一個法律規範究係本條之強制規定，亦或是得以約定排除之任意規定，有賴個別條文立法目的之探詢。即便認定屬於強制規定，其究係取締規定或效力規定，更是近年來困擾實務的問題。最高法院103年度台上1620號判決謂：「行政法規，其規範內容倘在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而屬於民法第七十一條前段所稱之「禁止規定」者，經權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力時，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。」提供了審酌基準。今年北大民法第一題的核心即圍繞著此一區辨。關於勞動基準法第84條之一另行約定的核備規定是否僅為取締規定爭議已久，大法官釋字第726號解釋認為此一規定雖為強制規定，但勞雇雙方之間可能存在有利勞工之約定，故不宜逕認該約定一概無效，而應適用民法第71條但書，由法院具體個案依勞基法第30條等規定調整契約內容。

無獨有偶，政大民法第一題涉及律師法第34條<sup>註1</sup>及律師倫理規範第36條<sup>註2</sup>，若律師與當事人約定以訴訟標的之一部為酬勞而後起訴請求履行，法院應否允許？探詢上開規定的目的在於避免利益掛勾而影響律師專業性以及最大化當事人利益的要求<sup>註3</sup>，似應認為係效力規定，故雙方之約定因違反民法第71條而無效。

<sup>註1</sup>律師法第34條：「律師不得受讓當事人間系爭之權利。」

<sup>註2</sup>律師倫理規範第36條：「律師不得就其所經辦案件之標的中獲取金錢利益，亦不得就尚未終結之訴訟案件直接或間接受讓系爭標的物。」

<sup>註3</sup>參考法務部法檢字第10504512770號函。

## 參、侵權行為—旅行社與車輛靠行：東吳財經法組

今年轟動一時的賞櫻團車禍案也出現於今年的法研所考題，除了古老的靠行爭議（司機與交通公司之責任）之外，還牽涉到旅行社與司機間的責任連結，此固然增加了思考的複雜度，但沿著基本概念的思路或可提供有說服力的解答。司機作為車輛駕駛，自己的責任依民法第 184 條判斷當無疑問，至於其所靠行的交通公司，依向來最高法院的見解，一般人從外觀上無從分辨該車係靠行或交通公司自行經營，且交通公司得預見司機駕駛載客，即可認該駕駛客觀上為他人服勞務而為交通公司之受雇人（事實上僱傭關係說），且駕駛車輛載客不論採取「客觀說」、「內在關聯性說」或「信賴說」，顯為司機之職務行為，交通公司需負民法第 188 條之賠償責任。於檢討旅行社責任時也是相同的思路，只要詳加論述「事實上僱傭關係」以及「職務行為」，雇用人責任的問題即可迎刃而解。

## 肆、契約法

### 一、借名登記契約：成大、政大財經法

從實務上正面肯定借名登記契約效力後，相關爭議不斷，茲整理概要如下：

#### (一)出名人處分標的物？

此爭議向來有基於登記公信力與交易安全而採有權處分說、基於真正所有權人之保護而採無權處分說、基於善意第三人的保護而採惡意無權處分說等三說，最高法院終於在今年 106 年度第 3 次民事庭會議決定作出了關鍵性的選擇，其謂借名登記契約「僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分」，採取了有權處分說之見解。因此無須以滿足第三人善意受讓為要件，借名人即終局喪失所有權。

至於出名人與借名人之間的法律問題如何解決？實務上借名人均類推適用<sup>註4</sup>民法第 549 條向出名人終止借名登記契約，並類推適用同法第 541 條請求返還借名財產、第 549 條請求損害賠償。

#### (二)借名登記契約存續期間的所有權歸屬？

99 年度台上 2448 號判決認為在「內部關係」上仍應該以借名人為所有

<sup>註4</sup>蓋借名登記為類似委任之無名契約，此為實務一致之見解，最近可參照 104 台上 64 號判決。

人，故出名人之債權人向出名人就系爭借名財產主張代位權時（此時為外部關係），基於上開理由而認為該財產並非出名人之責任財產，否定代位權之行使。姑不論其理論基礎為何，102年度台上19號判決更明白肯定了原審關於借名人方為真正所有人的認定。在106年有權處分的決議出爐以後，實務見解是否有所變更仍有待觀察，不過大方向應該是在有權處分說下盡可能的保護借名人。例如：在106年台上978號判決中，出名人拋棄借名財產之物權，法院認為此時借名人已有命出名人返還財產的勝訴確定判決，於該財產有法律上利益，該當民法第764條第2項之要件，故出名人拋棄物權的意思表示對借名人不生效力。此時借名人的返還請求權得以充分獲得滿足。

## 二、契約的三角關係：政大財經法

債之相對性原則下，若契約牽涉與第三人的關係往往會使問題難上一個層次，今年政大財經法組民法考科即涉及保險人於解除契約後向受益人請求返還保險金之問題。雖然外觀上與傳統利益第三人契約不同，但實務上均認為保險契約如以要保人以外之第三人為受益人，該保險契約即為第三人利益契約<sup>註5</sup>，因而實際上仍然是傳統爭點。

關於補償關係解除後的給付返還問題，學說通說認為基於契約相對性，契約解除後之回復原狀也應向要約人主張；此外，此時請求權基礎縱然為不當得利，給付關係亦僅存在於債務人與要約人之間，債務人不得向第三人請求返還標的物。

值得注意的是：最高法院將類似的法律關係依第三人是否有直接請求權區分成「利益第三人型」以及「單純指示型」兩種類型，後者如同上述學說般處理<sup>註6</sup>，但前者卻認為受益第三人受領給付之原因係補償關係中的第三人利益約款，該約款既經解除，其受領給付則無法律上原因，原債務人得向其請求返還不當得利<sup>註7</sup>。此項區分是否有正當理由，學說上多有批評<sup>註8</sup>，值得注意。

<sup>註5</sup>最高法院87年度台上字第1647號判決。

<sup>註6</sup>例如：最高法院102年度台上字第482號判決。

<sup>註7</sup>例如：最高法院97年度台上字第1614號判決。

<sup>註8</sup>權威性見解參考王澤鑑（2009），《不當得利》，頁24-34。

### 三、新型態契約

交易型態不斷推陳出新，在契約法或物權法的架構下時常會出現以往傳統理論難以充分滿足交易需求之情形，另一方面，經濟上弱勢也時常因此處於不公平的法律地位，如何解決此類問題也成為關注焦點。

#### (一)債權之擔保：成大、東吳財經法組

債權人為了確保將來債權的滿足，往往在締約之初即會盡量要求確實且足夠的擔保，而傳統法律體系僅提供保證契約以及擔保物權（抵押權、質權、留置權等）兩種，漸漸的也不敷交易使用，成大民法第二題即涉及讓與擔保物之處分問題，東吳財經法組民法第三題更直白的問除了人保之外的擔保途徑，顯見此問題的重要性。以下簡介數個爭議的擔保種類：

##### 1.金錢讓與及其延伸型<sup>註9</sup>

交付一定金錢作為債權擔保其實並非新鮮事，押租金、民法第 249 條擔保契約履行之定金均屬之。金錢給付並無鑑價、變現問題，對債權人之保障更上層樓，然而同時有礙於債務人的資金運用，甚為不便，實務上便由銀行出具履約保證來替代金錢給付。如此一來，履約保證與保證有何不同？擔保人得否援用債務人之抗辯對抗債權人？是否仍須嚴格貫徹擔保契約從屬性？等等的問題逐漸受到重視。

實務上多認為履約保證為「無條件給付之約定」<sup>註10</sup>，因而並不具從屬性的效果，除了不得援引債務人的抗辯之外，更不以所擔保債權有效成立為必要。學者林誠二教授則認為從替代金錢給付的目的出發，仍應具有一定從屬性為當。就成立上從屬性言，所擔保者雖可為未來債權，但仍須依其法律關係可得特定種類；就範圍上以及消滅上從屬性言，自然不得超過所擔保之債權，且債權消滅時擔保目的消滅，履約保證也告失效；惟就移轉上從屬性言，若原債權人保留履約保證之權利，應認為擔保目的消滅，擔保人的責任無從發生，履約保證也將失效，僅有部分從屬性。

<sup>註9</sup>本節係參考林誠二（2016），〈論債務擔保制度之從屬性〉，收錄於《法學的實踐與創新—陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上）》。礙於篇幅不再逐一引註。

<sup>註10</sup>例如：最高法院 102 年度台上字第 584 號判決。

2. 所有權讓與型<sup>註11</sup>

以所有權讓與的形式達到擔保債權之效果，稱為讓與擔保，此於我國亦行之有年，雖然係以超過經濟目的（擔保）的方式移轉所有權，但通說、實務均承認其效力。

於內部關係，受讓人僅得在擔保範圍內行使權利，故若雙方約定由讓與人繼續占有擔保物，受讓人即不得主張其無權占有。此外，如同流抵契約所發生的爭議，於所擔保債權屆期未清償時，債權人得否不經變價程序當然以擔保物抵償？實務上有基於私法自治原則而採肯定見解者，亦有從擔保目的出發，認為須經變價或鑑價程序方為合法者。

於外部關係，因第三人僅得透過登記得知所有權歸屬狀態，故在登記實務上允許以「擔保」為所有權移轉原因之前，或者承認此為習慣法物權之前，擔保權人之處分應可滿足善意取得之要件。此外，在外部關係上所有權已移轉於擔保權人，王志誠教授認為如第三人侵害擔保物，擔保權人得請求侵權行為之損害賠償。

3. 保留所有權型<sup>註12</sup>

出賣人為確保價金債權之受償，與買受人約定所有權之讓與（物權行為）附有停止條件，此一條件或為買受人給付全部價金，或為再行加工並出售完畢等等，不一而足。如此一來，出賣人得以在雙方約定的條件成就之前先保留對買賣標的物的權利，而買受人得以依約定先行占有或加工，對買賣雙方均有方便。

然而契約雙方也因此額外負擔義務。在停止條件尚未成就時，所有權仍屬於出賣人，則買受人未經出賣人同意之處分均屬無權，構成侵權責任；此外，買受人也因而負有避免標的物毀損滅失之義務。另一方面，出賣人有先為移轉占有之義務，亦即喪失同時履行抗辯之權利<sup>註13</sup>。

<sup>註11</sup>本節係參考王志誠（2013），〈讓與擔保法制之建構及解釋爭議〉，收錄於《法學的實踐與創新－陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上冊）》，頁 277-290。礙於篇幅不再逐一引註。

<sup>註12</sup>本節係參考游進發（2016），〈附條件買賣之結構〉，收錄於《法學的實踐與創新－陳猷龍教授六秩華誕祝壽論文集（上）》。礙於篇幅不再逐一引註。

<sup>註13</sup>關於同時履行抗辯，可參考動產擔保交易法第 26 條：「稱附條件買賣者，謂買受人先占有動產之標的物，約定至支付一部或全部價金，或完成特定條件時，始取得標的物所有權之交易。」

(二)先消費後付款<sup>註14</sup>：東吳財經法組、105年台大B

商品或服務的提供者為了擺脫其與消費者間因契約而生的諸多抗辯，與銀行合作提供小額借貸，由消費者向銀行貸款（但銀行未必出面締約），貸得款項直接給付商品或服務的提供者，此時消費者看似已經全額付款而得以高枕無憂享受商品或服務，但同時也脫離了原本的法律關係而獨自承擔對銀行之債務。此時倘若堅持債之相對性原則，所有關於原先法律關係的抗辯均不得向銀行主張，消費者一方面承擔商品或服務提供者債務不履行的風險，另一方面手無寸鐵的面對殘酷的銀行，對消費者甚為不利。

關於此一問題，我國實務上貫徹債之相對性者所在多有，但值得一提的是仍有部分判決持反對見解且提出具體的論證，例如：台北地院 97 年度北小字第 3583 號判決認為此時兩契約互有履行及效力之牽連關係，消費者應得以原有抗辯對抗銀行方符誠信原則。此外，板橋地院 95 年度小上字第 58 號判決更明白表示：抗辯中斷之承認乃在維護交易安全，而此種情況因銀行及商品或服務提供者雙方均知之甚詳，並無侵害交易安全疑慮，不應因此而犧牲消費者保護，並參考德、日、美等國的立法例而允許消費者之抗辯。

## 伍、物權

相較於契約法以前的內容，物權法的考題顯得中規中矩。傳統考點例如：受抵押權效力所及的「物」以及所擔保「債權」的範圍、實行抵押權時除去侵害、併付拍賣相關問題、越界建築等等問題重複出現，且考點並無新意。值得注意的部分有二：

## 一、善意取得：北大、高大

首應注意者係物權善意取得制度可分為動產及不動產兩種，前者以民法第 801 條、第 941 條為依據，其中善意受讓占有為最核心的要件，亦即動產的公示外觀來自於「占有」；與此相對，後者以民法第 759 條之 1 為依據，第三人的信賴基礎為「登記」。兩者的審查對象全然不同。

此外，善意取得的目的在於保護交易安全，故以基於法律行為而生的物權變動方有善意取得之問題，如為繼承等非因法律行為所導致的物權變動，

<sup>註14</sup>本節內容參考蔡心苑（2012），〈消費者金錢借貸之研究—以延伸抗辯權為中心〉，收錄於《消費者保護研究第 17 輯》，行政院消費者保護委員會，頁 227-252。礙於篇幅不再逐一引註。

根本上並非善意取得制度的適用範圍。此一爭點重複出現於兩所考題中，尤應更加注意。

## 二、占有連鎖<sup>註15</sup>：政大財經法組、成大

我國民法並未明文「占有連鎖」，但學說、實務承認此一概念已久，若占有人係有權自中間人取得占有（第二要件），而該中間人對於所有權人而言係有權占有（第一要件），且有權再轉讓其占有（第三要件，例如合法轉租），則直接占有人對於該所有人而言即屬有權占有。此三要件換言之，即有權占有之鎖鏈能使現占有人對非直接前手主張有權占有。在占有權源是債權時，可謂突破了債之相對性原則！此一鎖鏈雖得無限綿延，惟若中間的某個環節「斷裂」，其後的占有也將因不該當占有連鎖要件而陷於無權占有。

理論上固然如此，然而，在原占有人以民法第962條向現占有人請求返還占有的案例中，雖然原占有人主張其已終止直接後手之占有權源（在本案例中為委託管理經營契約），故現占有人已屬無權占有，但最高法院105年度台上字773號判決認為現占有人係輾轉受讓占有，並非「違反占有人的意思，以積極之不法行為，將占有物之全部或一部移入自己之管領」而不合乎民法第962條「占有被侵奪」之要件，故駁回原占有人的請求，似乎輾轉認可了現占有人的占有，值得注意。

## 陸、身分法

### 一、親屬：剩餘財產差額分配（北大、台大B）

為彰顯夫妻之一方對他方婚姻關係存續中財產增加之貢獻，於法定財產制消滅後，雙方「婚後財產」之差額應平均分配，因而所謂「婚後財產」之認定與計算至關重要。除了以夫妻財產制成立的時間點劃分之外，夫妻之一方為減少他方剩餘財產之分配，於法定財產制關係消滅前五年內處分婚後財產，該財產亦應追加計算為現存之婚後財產。尤應注意並非所有五年內的婚後財產處分均應追加計算，須處分時有「為減少他方剩餘財產分配」之主觀惡意，且此要件應由主張追加計算之一方負舉證責任<sup>註16</sup>。

此外，此項分配請求權之繼承也一再成為考點。我國規定剩餘財產差額分

<sup>註15</sup>本節參考蔡明誠（2014），〈占有連鎖原理於物權與債權交錯領域之民法適用問題—以相對占有權與其對所有物返還請求權之抗辯權為探討中心〉，《月旦法學雜誌》，第233期，頁5-20。礙於篇幅不再逐一引註。

<sup>註16</sup>最高法院97年度台上字第1713號判決。

配請求權不得讓與或繼承，但此種限制僅存在於剩餘財產較少之一方死亡之情形，若剩餘財產較多之一方死亡，他方配偶之分配請求權並無繼承問題，故於處理遺產問題之前須先經剩餘財產差額分配。

## 二、繼承：特留分扣減方法（台大A）

我國通說認為特留分扣減係物權的形成權，一經行使，侵害特留分範圍內的遺產即回復公同共有，然而學者黃詩淳教授指出，在遺產實際為分割之前，無法確定特留分侵害額，從而也無從確定扣減權之範圍，根本不發生扣減權。因此，主張遺囑侵害特留分之人，應先提起遺產分割訴訟，於訴訟中主張依特留分規定為遺產分割，惟有在遺產分割且移轉所有權之後，方有特留分扣減權行使之可能<sup>註17</sup>。

## 柒、結語

綜觀 106 年台大、政大、北大、東吳、成大、高大法研所考題，爭點廣泛而少有交集，範圍從民總到親屬繼承；主題從誠信原則到單一條文都有，看似亂槍打鳥，但和民法的博大精深相比，考點範圍仍非漫無邊際。

<sup>註17</sup>黃詩淳（2014），〈以遺囑處分遺產之方法與區別實益〉，《月旦法學雜誌》，第 225 期，頁 245-257。