

國考偵測站 ①

民法篇

主筆人：龍律師（陳義龍）

一、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。以下分為總則、債法、物權法及身分法，說明這次法研所考試中值得注意的考點。

二、總則

(一)公序良俗

民法第 72 條所謂背於「公共秩序」或「善良風俗」，涉及不確定法律概念的操作，學理及實務盡可能提出各種可供判斷的因素（法律行為內容、動機、目的、附隨情況等^{註1}），但對於考生而言看起來還是很抽象，該怎麼辦呢？其實在此種公序良俗的題目，通常並不是出題老師憑空設計出來的，而是將實務上實際出現過的案例轉為我們現在所看到的題目。在考試上，本文建議除嘗試操作上開各種抽象因素外，看實務判決案例也是個非常有效的準備方式，觀察一些國家考試（包含非司律考試^{註2}）的考題即可映證。此也就是學者所稱的公序良俗案例「類型化」，大致可分為：憲法基本權保障、家庭倫理、婚姻制度、性關係或經濟上公共秩序等案例類型^{註3}。這次的法研所考試出現了兩題，在國家考試上不可不防。

1.把扶養費用還來！（政大財經法組）

天下父母心，父母養小孩看似天經地義，當父母花了許多時間及金錢培

^{註1}最高法院 83 年台上字第 1530 號判例、107 年度台上字第 2166 號民事判決。

^{註2}例如：105 年地方政府特考三等一般行政民法總則第 1 題（涉及 65 台上 2436 判例之同居贈與案）、103 年高考三級一般行政民法總則第 1 題（競業禁止條款）、94 地方政府特考三等一般行政民法總則第 1 題（涉及 50 台上 2596 判例之離婚預約案）等是。

^{註3}詳細整理可參照陳聰富，《民法總則》，2016 年 2 月，二版，頁 246 以下。

養小孩後，希望成年後的小孩有所「回報」，於是與小孩訂立分潤協議，要求成為醫師的小孩必須按月及一定比例將診所執業所得支付給父母，以「償還」父母栽培小孩的扶養費用。這種協議是否合理？父母養小孩到底是不是應該的？與社會一般觀念價值是否有所違背？題目寫明：「抗辯該協議違反公序良俗」，要求各位考生具體論述此種涉及家庭倫理型的案例。

最高法院 103 年度台上字第 2036 號民事判決：「被上訴人簽立系爭協議書時，為年滿二十歲以上就讀醫學院牙醫系之學生，而系爭協議書記載『……鑑於時下女性多無倫理觀念，唯恐（上訴人）老來仰人鼻息，故乙（朱○德）、丙方（被上訴人）在自力更生後，把收入純利的百分之六十按月逐次攤還……五千零十二萬元整……日後如婚姻對象與甲方（上訴人）商討或孝心感人，將斟酌催討金額。……甲方存款、○○路○○○號房子由丙方、乙方兩兄弟平分……』所約定之給付，有金額上限，復係按收入純利百分之六十計付，並記載將來減少催討金額及遺產分配之原則，則綜合系爭協議書之標的內容、當事人之動機、目的等因素，系爭協議書是否悖離一般秩序、社會道德及立身處世道理、法則而反社會之妥當性？可否謂被上訴人於簽立系爭協議書時，相對於上訴人，其經濟、學識、經驗等項係處於結構性之劣勢？是否會肇致被上訴人將來難以生存？此與系爭協議書是否有背於「公序良俗」之認定，所關頗切，已非無進一步推求之餘地。原審未遑逐一詳予探求研析，遽認系爭協議書違反「公序良俗」而為上訴人不利之判決，亦嫌速斷。」從上揭判決文字可見，本題即是改編自本件判決。

2. 一切包在我身上！（北大）

當你涉及遺產訴訟的時候，有人突然跑出來說要幫忙處理你的案件，要你不用擔心，幫你找律師、找證人，一切包在他身上，但是天下沒有白吃的午餐，勝訴後必須把一部分遺產移轉給他當作報酬。果真勝訴後有沒有反悔的餘地？涉及到這種包攬訴訟的行為是否與公序良俗有違，題目即直問：「抗辯系爭契約書無效是否有理由？」，此即屬憲法基本權（訴訟權）保障型的案例。實務上多以憲法訴訟權（司法受益權）的角度出發來否認此種訴訟報酬契約的效力，不許有心人士趁火打劫！

最高法院 103 年度台上字第 41 號民事判決：「按訴訟權係人民在司法上之受益權，旨在確保人民有依法提起訴訟及受公平審判之權益，不容他人從中牟利。故未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事件，對可能涉訟

之人，允諾提供服務負擔全部費用，而與之約定應於勝訴後給予訟爭標的物之一部分或其價額之若干比例為報酬，即與公序良俗有違，依民法第七十二條規定，應屬無效。查系爭契約……。則倘被上訴人並非律師，其以允諾負擔訴訟、律師等費用為上訴人處理收回系爭土地之一切訴訟相關事宜（包括申請、訴願、行政訴訟），約定事成後取得標的物二分之一作為報酬，獲取利益，似此情形能否謂上訴人所為被上訴人是項行為違反公序良俗應屬無效之抗辯，毫無足取，非無研求之餘地。」^{註4}

(二)代理（台大）

台大陳自強教授對我國事務處理法的研究貢獻頗深，在代理的議題中，其於2018年間在月旦系列雜誌連發好幾篇與代理法律關係有關的文章^{註5}，代理相關考題隨後在2019年出現於此次台大法研所考試。另一方面，司律考試中已經好一陣子沒有出現代理相關考題。或許國家考試不太會出現陳自強教授文章所提的不公開代理等英美法內容，但在之後考試中還是可能會出現其他常見的代理相關考題，值得關注。是務必留意：隱名代理、間接代理、自己代理與雙方代理之禁止（但書規定、目的性限縮）、無權代理人之損害賠償責任（責任主體為未成年人、損害賠償範圍）、代理權授與之無因性、代理權之限制、表見代理等相關重要爭點。

三、債法

(一)債權讓與（北大）

最高法院105年度第15次民事庭會議決議：「在債權雙重讓與之場合，先訂立讓與契約之第一受讓人依『債權讓與優先性』原則雖取得讓與之債權，但第二受讓人之讓與契約，並非受讓不存在之債權，而係經債權人處分現仍存在之他人（第一受讓人）債權，性質上乃無權處分，依民法第一百十八條規定，應屬效力未定。」因為這個最高法院決議，目前債權讓與一節中最夯的問題就是：債權雙重讓與的效力。考生務必掌握債權讓與之準物權行為性質、得否善意取得等重要概念，以完整了解此一爭點背景。

(二)承攬契約

^{註4}另參照最高法院95年度台上字第2928號民事判決。

^{註5}氏著，〈間接代理〉，《月旦民商法雜誌》，第61期，2018年9月，頁62-89；〈代理公開原則之再展開〉，《月旦法學雜誌》，第279期，2018年8月，頁96-117；〈代理公開原則之比較〉，《月旦法學雜誌》，第277期，2018年6月，頁109-131；〈英美法本人不公開代理〉，《月旦民商法雜誌》，第60期，2018年6月，頁48-74。

1. 瑕疵修補與費用償還請求權（政大財經法組）

民法第 493 條第 1 項及第 2 項之瑕疵修補與費用償還規定中，定作人須先定期催告而承攬人仍不為修補時，定作人始得自行修補而向承攬人請求修補必要費用。題示「未通知乙前來修繕」、「反而立即召請另一木匠丙修補此一瑕疵」即係涉及：若定作人未定期催告而逕自修補時，得否請求修補瑕疵之必要費用？最高法院 86 年度台上字第 2298 民事號判決：「按民法第四百九十三條規定：『工作有瑕疵者，定作人得定相當之期限，請求承攬人修補之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。如修補所需費用過鉅者承攬人得拒絕修補。前項規定，不適用之。』所謂定作人得自行修補，係以承攬人不於定作人所定之期間內修補，或拒絕修補為其要件。良以定作人既願訂定承攬契約而將其工作委由承攬人承製，顯見對於工作瑕疵之補完，亦以承攬人有較強之修繕能力，能夠以較低廉之成本完成修補，**定作人倘未先行定期催告承攬人是否修補瑕疵，自不容其逕自決定僱工修補**；此不獨就契約係締約雙方以最低成本獲取最大收益之經濟目的，所必然獲致之結論，且就避免使承攬人負擔不必要之高額費用之公平原則而言，亦乃不可違背之法則。……依前開說明，上訴人自無從更依該條項請求被上訴人賀來公司償還上訴人自行鳩工修補之費用。」

2. 瑕疵修補與報酬支付請求權（北大）

在本題中，除同樣涉及定期催告修補後請求償還修補必要費用之問題外，本件定作人說你不修補就不支付最後一期款項，承攬人則說我一定會修補但你先付錢，雙方都很強硬誰也不讓誰，最後承攬人就乾脆退出工地不為修補。此涉及一經典問題：於工作有瑕疵時，定作人得依民法第 493 條第 1 項請求承攬人修補瑕疵，**在承攬人修補瑕疵前，定作人得否拒絕支付報酬**？實務上有採否定說認為工作之完成與工作有無瑕疵是兩回事^{註6}。學說則多採肯定見解，認為承攬人有完成無瑕疵工作之主給付義務，於其修補瑕疵前，定作人得主張同時履行抗辯權拒絕支付報酬。^註

^{註6}最高法院 73 年度台上字第 2814 號民事判決：「工作之完成與工作有無瑕疵，係屬兩事，此就民法第四百九十條及第四百九十四條參照觀之，不難索解。是定作人於承攬人完成工作時，雖其工作有瑕疵，仍無解於應給付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬修補，如承攬人不於所定期限內修補瑕疵，或拒絕修補，或其瑕疵不能修補者，定作人得依民法第四百九十四條之規定請求減少報酬而已。」另參照最高法院 73 年度台上字第 4790 號、76 年度台上字第 1079 號民事判決。惟實務上仍有不同見解。

3.分析：以請求修補瑕疵為中心的考題趨勢

從上揭法研所考題來看，定作人定期催告修補瑕疵乃費用償還請求權之前提，理由除現行條文解釋外，強調承攬人專業能力、經濟效益等。類似問題也出現在民法第495條第1項損害賠償請求權，最高法院106年度第5次民事庭會議亦以同樣理由認為定作人請求損害賠償前應先定期催告修補瑕疵。從實務見解的思維來看，可以歸納出：**以請求修補瑕疵為首要救濟**。所以在考試上以修補瑕疵為中心擴散出若干問題：定作人可否逕自修補？可否逕行請求損害賠償？修補瑕疵前可否拒絕支付價金？考生應多加注意並釐清此等重要爭點。

四、物權法

(一)共有（政大、台大、東吳、成大）

物權法中的國家考試常客就是共有章節，各位考生必須熟悉共有各種內部與外部法律關係的條文及爭點。在這次法研所的題目中，一樣出現不少共有考題，例如：政大考出可否單獨為繼承登記、共有物整建（涉及民法第820條運用）、共有人對無權占有人的不當得利返還請求權；東吳部分考出一共有人無權出租、土地法第34條之1適用等；台大則考出民法第826條之1問題。整體來說，考題並不刁鑽，幾乎都是經典爭點。

值得一提的，在成大的共有題目中，土地之共有人間原有分管契約存在而各自建有房屋，其後經法院判決變價分割，由其中一共有人拍定買受後，請求其他共有人拆屋還地。請求權基礎為民法第767條之物上請求權，其他共有人是否為無權占有，即涉及：**分管契約是否因共有物分割而當然消滅**？若是，其他共有人即為無權占有。近期最高法院107年度台上字第879號民事判決謂：「按分管契約，係共有人就共有物之使用、收益或管理方法所訂定之契約，**共有人請求分割共有物，應解為有終止分管契約之意思**。是經法院判決分割共有物確定者，**無論所採行分割方法為何，均有使原分管契約發生終止之效力**。僅分割方法採行變價分割時，因於該判決確定時，不當然發生共有物變賣之效果，共有物之所有權主體尚未發生變動，共有人間之共有關係應延至變賣完成時消滅而已。而分管契約既經判決分

^{註7}王澤鑑，《同時履行抗辯權：民法第二六四條規定之適用、準用及類推適用，民法學說與判例研究》，第六冊，1991年，五版，頁163；陳自強，《契約違反與履行請求》，2015年9月，初版，頁274。

割共有物確定而消滅，共有物之用益及管理回復原來之關係，除非經共有人協議或依民法第 820 條第 1 項規定為決定，共有人不得任意占有使用共有物之特定部分。」

聰明的考生看過這次法研所的共有考題，就可以發現這些共有題目大多是以繼承關係為背景，所以考生須特別注意公同共有之爭點部分。必須提醒的是，講到公同共有關係，還有一個特別重要的爭點：最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議(一)涉及「公同共有債權」(準共有)的權利行使，到底是一個共有人請求債務人履行債務即可？還是必須全部共有人一起請求^{註8}？到底如何準用？關於這個決議的爭點，不論是實體法學者或程序法學者都有不少文獻討論^{註9}，可能考在民法，也可能考在民訴。雖然此一爭點不是非常新鮮，考生對此仍不可忽略。

(二)區分所有(中正、高大)

在民法第 799 條以下之區分所有一節中，中正部分除了考出較為複雜的共有比例外，尚同時出現不同類型之停車位，其性質為何，即為考點所在^{註10}。在高大部分則出現「地上權住宅」案例，居民「有房沒地」，即：對房屋有所有權，對土地則僅有地上權。本題雖主要在考貸款設定擔保之問題，但考生仍應留意這種地上權住宅案例之其他問題，例如：該物權關係為何？此與典型區分所有關係有何不同？此與「使用權住宅」又有何不同？釐清此等問題，有助於對付突如其來的時事題。

(三)權利質權(東吳)

^{註8}最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議(一)：「公同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係公同共有債權之權利行使，非屬回復公同共有債權之請求，尚無民法第八百二十一條規定之準用；而應依同法第八百三十一條準用第八百二十八條第三項規定，除法律另有規定外，須得其他公同共有人全體之同意，或由公同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。」

^{註9}王千維，〈公同共有債權之行使〉，《月旦法學教室》，第 160 期，2016 年 2 月，頁 64-69；林誠二，〈準公同共有債權之請求—最高法院一〇四年度台上字第二一八四號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，第 45 期，2016 年 3 月，頁 9-16；呂太郎，〈公同共有債權人起訴請求給付之當事人適格—評最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議決議〉，《月旦裁判時報》，第 49 期，2016 年 7 月，頁 13-21；陳瑋佑，〈論繼承債權之訴訟上請求—評最高法院一〇四年第三次民事庭會議(一)之固有必要共同訴訟肯定說〉，《月旦法學雜誌》，第 254 期，2016 年 7 月，頁 38-61。

^{註10}清楚整理可參考張台大(張志朋律師)，〈民法物權〉，2015 年 3 月，十一版，頁 2-70 以下。

存款人就銀行存款債權設定質權予他人，依民法第 902 條準用第 299 條第 1 項、第 2 項規定時，銀行受設質通知後應依誠信原則適時行使抵銷權。臺灣高等法院 107 年度上字第 576 號民事判決：「又銀行業者之存款客戶以其定期存款設定質權，非經通知銀行業者，對銀行業者不生效力，而銀行業者本其龐大之資訊來源，對出質之客戶有無債權，應知之甚稔，如其受通知時，對出質之客戶已有可抵銷之債權或將來可行使抵銷之債權，自宜於合理期間內行使抵銷權或告知其將來可能行使抵銷權，俾使質權人決定是否授與出質人信用或選擇其他確保債權之行為，似較符誠信，否則質權人因恐受不測損害而不願接受以銀行業者之存款債權設定質權，將使以權利質權獲取投資性融資之立法目的無法達成（最高法院 95 年度台上字第 2308 號民事判決參照）。」此一問題融合權利質權、抵銷權、債權讓與相關規定及誠信原則之運用，考生應注意此種參雜權利質權之混合式考題。

五、身分法

(一)結婚限制（台大、北大）

台大部分考出直系姻親結婚禁止之考題，並分為夫妻一方死亡及離婚之情形；北大部分則考出與輔助人結婚，涉及民法第 984 條適用疑義。在去年的司法官考題不但出現同婚問題，也出現近親結婚考點。在 2019 年同婚法制化後，關於結婚限制條文運用及爭點考題可能繼續出現，考試上不可不慎。

(二)親子關係

1.同婚關係之認領與收養（成大）

在同婚議題中，可能伴隨的問題是：人工生殖。在成大的題目裡，不但同性伴侶當事人對子女認領，提供精子及卵子的當事人也對子女認領，這四個人的認領是否有效？涉及誰是親屬法上的「生母」？誰是「生父」？在收養關係中亦會產生若干問題，是關於此等同婚之親子關係爭議，建議讀者閱讀相關文獻。^{註11}

2.遺囑認領（東吳）

^{註11}鄧學仁，〈同性婚與非婚生子女之親子關係〉，《月旦法學教室》，第 184 期，2018 年 1 月，頁 13-15；鄧學仁，〈同性婚姻法制化後之親子關係〉，《月旦法學雜誌》，第 283 期，2018 年 12 月，頁 40-52；戴瑀如，〈同性婚姻立法之相關問題—由德國民法納入同性婚所帶來的疑義檢視我國之立法方向〉，《月旦法學雜誌》，第 283 期，2018 年 12 月，頁 53-69。

遺囑認領是親屬法與繼承法混合之考題，涉及不合法定程式的遺囑上記載認領之表示，該認領是否仍為有效？原本不要式的認領行為是否因遺囑方式而變為要式行為？學理尚無定論^{註12}。此一考題除須熟記民法第1189條以下各種遺囑的法定程式外，亦須從非婚生子女保護及認領性質等層面思考並論述。

(三)繼承回復請求權（台大、北大、高大）

民法已經很久沒有出現釋憲實務見解了，繼釋字第437號解釋後，近期釋字第771號解釋宣告判例見解^{註13}違憲，並再次重申繼承回復請求權與物上請求權為各自獨立且併存之權利（自由競合說）^{註14}，更進一步闡釋：「然為兼顧法安定性，真正繼承人依民法第767條規定行使物上請求權時，仍應有民法第125條等有關時效規定之適用。於此範圍內，本院釋字第107號及第164號解釋，應予補充。」亦即，原按釋字第107號及第164號解釋意旨，已登記不動產的物上請求權無消滅時效規定之適用，但釋字第771號解釋認為，**若係涉及繼承回復請求之案例時，真正繼承人之物上請求權仍有消滅時效規定之適用。此項見解不但涉及繼承法問題，亦與物權法有關，在考試上具有關鍵影響力。**

此次高大考題單刀直入問繼承回復請求權罹於時效後，表見繼承人是否取得繼承權，顯然是考釋字第771號解釋內容；北大及台大考題部分亦出現繼承回復請求權罹於時效問題，特別是台大考題融合繼承回復請求權與共有關係爭點，本文推薦讀者練習之，以掌握往後與釋字第771號解釋相關之考題。

六、結語

觀察這次法研所考題後，考生應注意以上所提及的考題，除基本條文運用及經典爭點外，特別是近期實務見解趨勢（承攬契約、繼承回復請求權）及立法（同婚關係），考生對此應多加準備。

^{註12}林秀雄，《親屬法講義》，2013年2月，三版，頁243。

^{註13}最高法院40年度台上字第730號判例：「又按繼承回復請求權，原係包括請求確認繼承人資格及回復繼承標的之一切權利，此項請求權如因時效完成而消滅，其原有繼承權即已全部喪失，自應由表現繼承人取得繼承權。」

^{註14}相關學說整理，參照林秀雄，《繼承法講義》，2014年10月，六版，頁58-61。