

國考偵測站 ①

民法篇

主筆人：蘇台大（許景翔）

壹、前言

研究所考試與國家考試時有以相同爭點命題之現象，可能係因國家考試之命題者亦多以各學校教授為主，了解當年度研究所考試之考試重點及命題趨勢，對準備考試上有相當助益。並且，筆者須強調不論研究所考試或國家考試，最新實務見解之重要性。以下即整理 109 年《台大》、《政大》、《北大》、《東吳》、《成大》之法研所民法考題，彙整出重要爭點，以觀今年國考命題趨勢。

貳、各校法研命題趨勢

一、代償請求權之相關爭議^{註1}：109 台大（B）卷第一題、109 東吳民法組第二題

（一）爭點：可歸責於債務人之情形得否適用？

民法第 225 條第 2 項規定：「債務人因前項給付不能之事由，對第三人有害賠償請求權者，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。」本條項乃代償請求權之規定，適用此權利之情形，依法條文義為「因前項給付不能之事由」，亦即以「不可歸責債務人」之給付不能為適用前提。然而，「可歸責於債務人」之給付不能時，是否有本條項權利之適用？學說通說及實務見解皆採「肯定說」。

1. 學說見解^{註2}

有論者（史尚寬老師）認為，立法意旨係對保障債權人，不妨與損害賠償請求權同時存在；亦有論者（邱聰智老師）認為，不可歸責之債務人既需讓與，則可歸責之債務人更無拒絕讓與之理，此為當然之解釋無庸法條另為規定。

【尚點法律專班】
版權所有，重製必究！

^{註1}代償請求權之相關爭議，亦於 108 年律師司法官民法（一）第一題之命題爭點。

^{註2}引用自：陳聰富，〈2017 年民事法年度回顧〉，《台大法學論叢第 47 卷特刊》，2018 年 11 月，頁 1171。

2.實務見解

最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決（具價值參考裁判）：「依民法第二百二十五條第一項、第二項規定之文義，固須不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債權人始得主張代償請求權。惟因可歸責於債務人之事由致給付不能者，參酌民法第二百二十五條第二項規定之立法理由謂『其不能給付，『不問其債務人應否負責』，須以債務人所受之損害賠償或其所有之損害賠償請求權，代債務之標的，以保護債權人之利益』，應認債權人得選擇行使損害賠償請求權（民法第二百二十六條第一項）或代償請求權以保護其利益。」

(二)爭點：代償請求權之客體是否包括「交易上對價」？

1.肯定說

(1)王澤鑑老師認為，「交易對價」數額高於債權人得請求之「損害賠償」時，方使代償請求權於可歸責於債務人之情形更具實益^{註3}。

陳聰富老師認為，產生對價之交易行為，與給付不能應屬同一原因，基於保護債權人之目的，應得適用^{註4}。

(2)最高法院亦採「類推適用」之肯定說見解：

最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決（具價值參考裁判）：「按民法第二百二十五條第二項所定之代償請求權之立法目的，係基於衡平思想，旨在調整失當之財產價值分配，保護債權人之利益，使債權人有主張以債務人對於第三人之損害賠償請求權或受領自第三人之賠償物代替原給付標的之權利，其因不可歸責於債務人之事由直接轉換之利益（如：交易之對價）與損害賠償，發生之原因雖有不同，但性質上同為給付不能之代替利益，應類推適用上開規定，得為代償請求權之標的。」

2.否定說

(1)有論者認為，代償請求權之客體應限於直接替代利益，而不包含交易對價等間接替代利益，蓋交易對價之產生，有締約當事人額

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

^{註3}林誠二，〈交易所得對價與代償請求權〉，《台灣法學雜誌》第 382 期，2019 年 12 月，頁 139。

^{註4}陳聰富，〈2017 年民事法年度回顧〉，《台大法學論叢》第 47 卷特刊，2018 年 11 月，頁 153-154。

外耗費之勞力、時間、費用等評價在內^{註5}。

(2)林誠二老師

老師認為，可歸責於債務人之情形，債權人選擇主張代償請求權之權利，可認為係交易對價高於損害時才具實益，否則債權人只要主張民法第226條之損害賠償請求權即可。換言之，主張代償請求權真正之目的，在於剝奪債務人因債務不履行所獲得之利益，背後凸顯之價值取捨在於「契約嚴守原則」與「有效率違約理論^{註6}」間之衝突^{註7}。

再者，給付不能因而取得交易對價之情形，無高度不法性，無加以嚴格禁止之必要，故應採否定說。亦即，替代利益應由原給付之客觀價值直接發生計算者為限，觀之民法第181條，亦認為不包括法律行為所取得之對價^{註8}。

(三)爭點：代償請求權之消滅時效起算點

1.新發生之債權說——時效重新起算

(1)多數學者（孫森焱老師、邱聰智老師、黃立老師）認為，代償請求權非損害賠償請求權本身，係新發生之債權，以請求讓與債務人對第三人之損害賠償請求權或賠償物，代替原有給付，時效自應從新權利發生時起起算。

(2)向明恩老師^{註9}更強調，本條項之立法目的，在於「調整因債之相對性所衍生之不當財貨分配」，本條係基於不當得利法則而建構，透過代償請求權介入，調整債務人自第三人取得替代利益時，發生財產權益歸屬與期待上之落差，從而時效應以給付不能時（即財產發生不當變動時）起算。

2.原債權繼續說——時效不重新起算

^{註5}謝哲勝，〈民法第二二五條第二項的類推適用〉，《月旦法學教室》32期，2005年6月，頁14-15。

^{註6}法律經濟分析之概念，倘若當事人衡量違約所得之利益大於損害賠償，法律應允許選擇違約，但當然要承擔違約之賠償責任，此種結論將使社會資源更有效率之分配。林誠二，〈交易所得對價與代償請求權〉，《台灣法學雜誌》第382期，2019年12月，頁140。

^{註7}林誠二，〈交易所得對價與代償請求權〉，《台灣法學雜誌》第382期，2019年12月，頁140。

^{註8}林誠二，〈交易所得對價與代償請求權〉，《台灣法學雜誌》第382期，2019年12月，頁141。

^{註9}向明恩，〈剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算——以最高法院100年度台上字第1833號判決為楔子〉，《月旦民商法雜誌》第48期，2015年6月，頁150-151。

(1)此說學者認為（史尚寬老師、王澤鑑老師），此為原來債權之繼續，僅係「給付標的」有所變更，本於債之同一性，第一次給付義務已罹於時效者，第二次給付義務應適用原本消滅時效，始為合理。

(2)陳聰富老師^{註10}強調，若原給付義務罹於時效，債務人得以時效抗辯拒絕給付，惟仍應負擔代償請求權之給付義務，則時效制度形同虛設；且使債權人於時效完成後，可無限期地「期待」債務人取得代償物（尤其實務見解肯定交易之對價亦為代償物），顯不合理，故應採原債權繼續說。

3.實務見解——原債權罹於時效者，代償請求權不發生說

(1)最高法院 105 年度台上字第 2111 號判決（具價值參考裁判）：「代償請求權之目的，係於債務人給付不能時，使債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權或交付受領之賠償物或交付其所取得交易之對價，代替原來債務之標的為給付，以保障債權人之利益。準此，即應以債務人就原來債務之標的仍應為給付為前提，始可因其給付不能而發生代償請求權。倘原來之債權已罹於消滅時效期間，債務人本得行使時效抗辯，拒絕為給付，自不可能再有給付不能，而發生代償請求權及其時效期間重新起算之情事，否則即與時效制度原期確保交易安全，維護社會秩序之目的有違。」

(2)陳聰富老師^{註11}認為，此最高法院之見解雖非以「原債權繼續」之觀點否認代償請求權之請求，但實則結論並無二致。

二、借名登記之內部及外部效力：109 政大財經法組第四題、109 北大民法第三題

借名登記一向是法研所的常客^{註12}，而在最高法院 106 年第三次民事庭決議作成後，重要性更不言而喻，且近年有相當多之學者對此有為文評析，例如：吳從周老師、王千維老師、林誠二老師，筆者將相關爭點整理如下：

^{註10}陳聰富，〈2017 年民事法年度回顧〉，《台大法學論叢》第 47 卷特刊，頁 1173，2018 年 11 月。

^{註11}陳聰富，〈2017 年民事法年度回顧〉，《台大法學論叢》第 47 卷特刊，頁 1173，2018 年 11 月。

^{註12}借名登記已經考過無數次！諸如 107 台大（A）卷第一題、107 年政大財經法組第一題、106 政大財法（一）、105 政大民法（四）、105 台大 A 卷（二）、105 成大（一）、104 台大 B 卷（二）、104 成大民法組（二）、103 中正財法（一）。

(一)爭點：當事人一方死亡時，借名契約是否直接消滅？

民法第 550 條規定：「委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者，不在此限。」則類似委任之借名契約，於當事人一方死亡時是否有本條之適用而使借名契約直接消滅？實務上似有不同見解，分述如下：

1.肯定說

如最高法院 103 年度台上字第 2405 號民事判決謂：「次按借名登記者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，性質與委任關係類似，應類推適用民法第五百五十條規定，因當事人一方死亡而消滅。」

2.否定說

有判決認為當事人死亡時，由繼承人繼承借名契約之法律關係，故借名契約非直接消滅，惟判決似未詳盡理由。最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決謂：「李連修所有系爭土地持分二分之一係以謝明欽名義登記，雙方並約定分管之位置使用，而由李連修及被上訴人使用土地迄今，足認其等間成立借名登記契約。謝明欽與李連修均已死亡，而由兩造各自繼承該借名登記契約之權利義務，被上訴人於起訴時並已終止系爭借名登記契約……。」

3.小結—應視「契約是否另有訂定」

邱玟惠學者認為^{註13}，既然已經肯認借名契約性質上應視同委任契約，則此時應直接對民法 550 條加以操作，準此，借名契約是否因當事人死亡而消滅，審酌重點即在一第 550 條但書：「但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者，不在此限。」易言之，借名契約原則因當事人死亡而消滅，惟符合但書之情事者，當不消滅。

(二)爭點：借名物之所有權人？

借名契約僅為債權契約，目的之達成仍須物權行為之配合，故在借名契約下，借名物之所有權人究為借名人抑或出名人？以下以實務及學說見解分述之：

1.實務見解：物權所有，重製必究！

^{註13} 邱玟惠(2016)〈借名登記契約當事人死亡之實務爭議－最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》第 51 期，頁 35。

實務見解認為，在「內部關係上」仍應以借名人為真正所有權人。最高法院 104 年度台上字第 1787 號民事判決調：「按當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之借名登記契約，於其內部間仍應承認借名人為真正所有權人。借名人於借名登記關係消滅後，自得類推適用委任之規定，請求出名人返還借名登記財產。」

2. 學說見解

應如何判斷借名物之所有權歸屬，王千維教授認為可分為兩種類型觀察：

(1) 借名人以出名人之名義自第三人處取得標之物之所有權者^{註14}：

此時物權行為係存在於出名人與第三人間，由出名人單獨取得標之物完全之所有權，借名人僅得以債權性質之借名契約，對抗出名人。

(2) 借名人將其既有之標之物所有權移轉登記在出名人者^{註15}：

此時本於借名登記契約，得證明借名人與出名人並無所有權移轉之「讓與合意」，故所有權人仍為借名人。從而，出名人僅取得登記名義，標之物所有權仍歸借名人所有。

(三) 爭點：出名人未經借名人同意，處分借名物之效力為何？

《案例》借名人甲與出名人乙就特定不動產成立借名登記關係，乙未經甲同意，將該不動產所有權移轉登記予第三人丙，其處分行為效力如何？

1. 無權處分說

舊穩定實務見解認為，出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產為物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分，除相對人為善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第 118 條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益（最高法院 98 年台上字第 76 號判決）。

2. 有權處分說

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

^{註14}王千維，〈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〉，《月旦法學雜誌》第 271 期。頁 31-34。

^{註15}王千維，〈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〉，《月旦法學雜誌》第 271 期。頁 34-35。

吳從周教授採之，且此見解亦受最高法院決議接受。最新實務決議一改以往之無權處分見解，改採有權處分說^{註16}：

(1)【最高法院 106 年 2 月 14 日第 3 次民事庭會議決議】

不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此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。

(2)吳從周教授見解

吳從周教授認為，應貫徹有權處分說以抑制不動產借名登記契約，理由簡述如下^{註17}：

A.貫徹信託制度的立法者價值判斷

借名登記本質上係一種信託的型態，僅係屬於現行信託法以外的消極信託。而依信託法第 4 條^{註18}，信託財產具有登記制度之公示要求；且依信託法第 18 條^{註19}，受託人違反信託本旨處分信託財產時，僅賦予受益人有聲請法院撤銷之權利。準此，借名契約既為未如信託契約有相當之公示要求，則避免立法者之價值判斷失衡，此時更應貫徹土地登記簿上登記名義人之公示外觀與效力。

B.損益同歸之法理

^{註16}在 106 年之民事決議作成前，已有零星最高法院之判決採有權處分說。例如：最高法院 103 年台上字第 1518 號判決：「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，無無權處分可言。」最高法院 103 年台上字 2142 號判決：「是借名人有將該財產所有權移轉予出名人之意思表示，出名人亦有同意該財產所有權移轉於己之意思表示，並依法完成所有權移轉登記手續者，出名人即取得該財產之所有權，僅出名人基於其與借名人間之內部關係（即借名登記契約），對於借名人負契約約定之義務，及於借名登記契約終止時，負將借名登記之物返還予借名人之給付義務。」

^{註17}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》第 61 卷第 4 期，2015 年 8 月，頁 66-67。

^{註18}信託法第 4 條第 1 項：「以應登記或註冊之財產權為信託者，非經信託登記，不得對抗第三人。」

^{註19}信託法第 18 條第 1 項：「受託人違反信託本旨處分信託財產時，受益人得聲請法院撤銷其處分。受益人有數人者，得由其中一人為之。」

借名人在透過借名契約獲益之同時，即應自行考量與承擔出名人違約處分財產之風險。至於借名人因此所受之損害，則由其依內部關係之債務不履行或不當得利規定，返還其所受利益。

C.抑制借名契約之濫用

借名登記制度常被以「進行投機、逃稅、規避法律等違反社會秩序之行為」而進行濫用。此時，透過借名登記契約之外部關係在效力上風險承擔的轉嫁，應是法律政策上能夠抑制借名人不當的不動產借名契約被濫用的最後手段。

三、工作物所有人侵權責任：109 北大民法組第三題

109 年台北大學民法組第三題，係改編最高法院 107 年度台上字第 1611 號判決，近年民法之法研所及司律考試，多改編自最新實務見解，考生應對此保持敏銳度。

(一)本題事實

本題事實略為：「甲為多角經營自己的事業，將其所有的 A 屋出租予乙、丙二人以共同經營 B 火鍋店。某日 B 火鍋店發生火災，延燒至鄰居丁所經營之 C 咖啡店，造成 C 咖啡店內之生財與硬體設備全毀。經查，本件火災係為乙、丙二人所購買且放置於 A 屋內之二手 D 冷凍櫃本體電源線短路所引起。」

是以，甲、乙、丙是否須為此負民法第 191-1 條工作物所有人之侵權責任？

(二)最高法院見解

本題爭點即係：「A 屋內之 D 冷凍櫃乃危險源，是否屬於工作物所有人責任之範疇？」對此最高法院 107 年度台上字第 1611 號判決謂：「按民法第 191 條第 1 項規定，所稱土地上之工作物，係指以人工作成之設施，建築物係其例示。而建築物內部之設備如：天花板、樓梯、門窗、水電配置管線設備等，固屬建築物之成份者，為建築物之一部，應包括在內。但機器或設備未安裝於土地而易於移動者，即非土地之上之工作物。」此見解認為，工作物內之「動產」為危險源時，本條無適用之餘地。

對此，陳忠五老師認為，最高法院以損害之原因事實出發，以物的成份或獨立性作為本條之適用判斷標準，而非以物的控制或管領作為判

斷標準，見解是否妥適值得研究^{註20}。

四、共有物之分管契約等約定對特定繼受人之拘束力：109 東吳民法組第三題此為物權法上之重要問題，亦涉及學理上所謂之「債權物權化」。對此，考生需要了解實務見解之變遷：

(一)實務見解變遷

於民法第 826-1 條增訂前，實務曾有判例見解認為分管契約無條件對繼受人繼續存在，惟因分管契約乃債權契約，此見解已突破債之相對性，惟分管契約之繼受性就維持法律秩序之安定性而言，有其必要，故釋字 349 號解釋宣告該判例見解部分不再援用，因以「繼受人是否知悉」作為區分。而後 98 年增訂民法第 826-1 條之繼受規定。

變遷過程：48 台上 1065 判例→釋字 349 號→民法第 826-1 條

(二)早期實務見解

48 台上 1065 判例：「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在。（本則判例，依據司法院大法官民國 83 年 6 月 3 日釋字第 349 號解釋，部分不再援用。）」

(三)釋字 349 號解釋

解釋文

最高法院四十八年度台上字第 1065 號判例，認為「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在」，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。至建築物為區分所有，其法定空地應如何使用，是否共有共用或共有專用，以及該部分讓與之效力如何，應儘速立法加以規範，併此說明。

解釋理由書

民法上之法律行為，有債權行為與物權行為，除法律有特別規定外，前者於特定人間發生法律上之效力，後者於以公示方法使第三人得知悉之狀態下，對任何第三人均發生法律上之效力。故動產以交付為公

^{註20}陳忠五，〈民事類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》第 377 期，2019 年 10 月，頁 211。

示方法，不動產以登記為公示方法，而以之作為權利取得、喪失、變更之要件，以保護善意第三人。如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。最高法院 48 年度台上字第 1065 號判例，認為「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在」，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，上述判例在此範圍內，嗣後應不再援用。

(四)現行規定——民法第 826-1

此釋字作成後，民法即本於此釋字意旨增訂第 826-1 條。將共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定，賦予債權物權化之效果。惟區分不動產與動產不同之物權化之基礎，**就不動產之約定須「登記」始得拘束、動產之約定以「知悉」為拘束要件。**

【民法第 826-1 條增訂理由（摘錄）】

二、共有物之管理或協議分割契約，實務上認為對於應有部分之受讓人仍繼續存在（最高法院 48 年台上字第 1065 號判例參照）。使用、禁止分割之約定或依本法修正條文第 820 條第 1 項所為之決定，亦應做相同之解釋。又上述契約、約定或決定之性質屬債權行為，基於債之相對性原對第三人不生效力，惟為保持原約定或決定之安定性，特賦予物權效力，爰參照司法院釋字第 349 號解釋，並仿外國立法例，於不動產為上述約定或決定經登記後，即對應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力（德國民法第 746 條、第 1010 條第 1 項，瑞士民法第 649 條之 1 參照）。又經由法院依第 820 條第 2 項、第 3 項裁定所定之管理，屬非訟事件，其裁定效力是否及於受讓人，尚有爭議（最高法院 67 年台上字第 4046 號判例參照），且該非訟事件裁定之公示性與判決及登記不同，故宜明定該裁定所定之管理亦經登記後，對於應有部分之受讓人或取得物權之人始具有效力，爰增訂第 1 項，以杜爭議，並期周延。

三、共有人間就共有物因為關於第 1 項使用、管理等行為之約定、決定或法院之裁定，在不動產可以登記之公示方法，使受讓人等有

知悉之機會，而動產無登記制度，法律上又保護善意受讓人，故以受讓人等於受讓或取得時知悉或可得而知其情事者為限，始對之發生法律上之效力，方為持平，爰增訂第2項。

(五)不動產之分管契約倘若未經登記，惟係繼受人所明知或可得而知者，得否拘束而繼續存在？

釋字349號並未區分動產及不動產，而其後增訂之826-1條則有區分債權物權化基礎，則現行規定下，釋字349號意旨是否仍得適用？似有實務見解顧及公平性及法律安定性，認為縱使為不動產之情形，繼受人若明知或可得而知，仍應拘束。

【最高法院105年度台上字第1443號民事判決】

按公寓大廈管理條例施行之前，公寓大廈之建商與各承購戶，就屬地下室作為防空避難室兼停車場之管理範圍，訂有分管之約定，應解為該公寓大廈之共有人已默示同意成立分管契約，為維持共有物管理秩序之安定性，若受讓人知悉有該分管契約，或有可得知之情形，仍應受分管契約之約束。次按大樓停車位中，雖非全部由建商依建築法規劃所設置，而有建築法第73條第2項規定之變更使用建築物之情形，然僅係主管建築機關就違規設置停車位部分，得依同法第91條第1項第1款規定，對於建築物所有權人、使用人為科處罰鍰、限期改善等行政處分而已，不得調社區大樓之區分所有權人間就地下一樓防空避難室兼停車場之約定專用，係違背強制或禁止規定及背於公共秩序，而有民法第71條、第72條規定之無效情事。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！