

民法篇

以法研所考題看 111 年國考趨勢 (民法)

主筆人 | 寧律師

壹、前言

在民國 107 年 12 月 7 日修正法院組織法、廢止判例選編及決議制度後，取而代之的大法庭裁定在考試上的重要性不言而喻，考生須對有關大法庭見解充分掌握以瞭解實務見解的發展動向。此外，最高法院所定期彙編的「具有參考價值之裁判」的可考性也隨之提升，以「民法民訴一」的民事實體法考科為例，如 106 年司法官、109 年司律所涉之 106 台上 187 決，110 年司法官所涉之 109 台上 2627 決即為適例。

同時，一向具有「國考風向標」地位的法研所考題，觀察近年最有代表性的台政北題目，也在以該校學者文章為主的「文章題」之外，逐漸展現類似於司律重視新進實務見解的出題趨勢，比如 107 年台大與 108 年司律的考題均牽涉 106 年第 3 次民庭決議與 105 台上 2111 決此一具參考價值裁判，由此觀之，關注法研所命題藉以預測國考可能出題方向的重要性可見一斑。而觀察今年的研究所考題，其中最引人矚目者，莫過於三校皆考了 108 台上大 1636 裁之原住民保留地相關爭議。

因此，以下國考命題趨勢分析、重要爭點解析會聚焦於法研所與學者所關注之近期重要實務見解，概略闡述相關法律爭議所在。

貳、法研所考點整理、命題分析

台大 A 第一題 凶宅、租賃/使用借貸區別、共同保證

第二題 抵押權標的物效力範圍、併付拍賣、

人格權侵害不作為請求權

第三題 概括離婚事由、贍養費、剩餘財產分配請求權

台大 B 第一題 遺囑無效之侵權責任

第二題 原住民保留地之借名登記問題 (108 台上大 1636 裁)

第三題 成年監護、監護人法定代理權

政大民法 第一題 僱用人責任內部分擔額、

連帶債務人中一人與債權人成立和解契約之效力

第二題 原住民保留地之借名登記問題 (108 台上大 1636 裁)

第三題 連帶保證

第四題 被繼承人之遺體的用益處分限制、拋棄繼承

政大財法 第一題 原住民保留地之借名登記問題 (108 台上大 1636 裁)

第二題 代償請求權、不法管理

第三題 承攬契約、特別侵權責任

第四題 最高限額抵押權之確定

北大民法 第一題 脫法行為

第二題 原住民保留地之借名登記問題 (108 台上大 1636 裁)

第三題 凶宅與承租人責任、買賣物之瑕疵擔保、
人格權侵害之損害賠償

第四題 遺產之清算、繼承人違反清算程序之責任

參、國考考情分析

觀察歷年司律二試及各大法研所題型，國考通常較不會出現法研所青睞的特定文章題（如 110 年台大法研民法（B）第三題所涉、黃詩淳教授關於遺囑信託的文章，類似考點出現於司律的機率相對低）。反之，側重近期實務見解、熱門爭議的相關議題則較有可能出現於國考（如今年台政北法研皆不約而同考了涉及 108 台上大 1636 裁的原住民保留地借名登記問題、以及未出現於法研的 109 台上大 2169 裁共有人之優先購買權等重要實務見解），考生在準備國考的最後衝刺階段應時時注意新進實務見解，舉凡大法庭裁定、最高法院具參考價值裁判等相關見解皆須密切關注。

由今年最具指標性的台政北法研所考題以觀：

財產法方面，「凶宅」相關爭議同時出現於台大與北大法研，且已有相當時間未在司律二試中出題（最近一次已是 105 年的司法官二試民法第一題），而此爭點可同時與債務不履行責任、瑕疵擔保責任、侵權責任綜合出題，有一定重要性，因此在即將到來的 111 年司律中可能重出江湖。政大民法第一題則類似於 109 年司律民法民訴一第二題、涉及其一連帶債務人與債權人和解之效力；第三題連帶保證與連帶債務的區分涉及德國上的「同一階層」問題，可謂楊淑文老師在每年政大法研裡，與「信用卡契約」並列的必出考點，單就「同一階層/不同階層理論」而言固然在國考上出現機率偏低，但考生仍須掌握「連帶保證人是否與主債務人對債權人負連帶給付之責」的民法爭點，了解實務上有肯定及否定之不同見解及學理見解，此傳統考點亦曾在 108 年司律的民法民訴二子題一中與訴訟法一同考出來。

身分法方面，台大法研所涉成年監護議題，有鑒於近年民法第 1113 條之 2 規定增訂「意定監護」制度、應注意此部分的相關規範；而政大民法第四題則牽涉 109 台上 2627 決（最高法院具參考價值裁判）關於「被繼承人遺體之用益、處分限制」此一晚近實務見解，顯見考生應充分掌握近期重要實務見解，如在 110 年司律民法民訴一第二題中、也曾出現 109 台上 95 決此一最高法院具參考價值裁判關於「本生父母在收養關係存續中不受遺囑見證人資格限制」的考點。此外，在剩餘財產分配請求權部分，由於去年曾增訂 1030-1 第 2 項、將法院得裁量減免分配額的標準具體明文化，而 110 年三等書記官民法第三題也出了此修法內容，故亦可能再度出現於司律上。

此外，儘管未的法研考題中未被特別強調，但自近年司律的考題趨勢而言，侵權責任幾乎每年必出，尤其近年最高法院以 108 台上 2035 決經由徵詢程序統一實務見解、肯定法人得依民法第 184 條成立自己侵權責任，加諸參考王澤鑑老師的文章¹，此部分得與 106 台上 1148 決所涉之「交易安全義務」一起出題，相當具有可考性、且尚未於司律中考出來，須予注意。

肆、重要爭點解析

一、法人侵權責任

此一議題的主要爭點在於，實際上無法自行從事任何行為、需經由代表人等機關始能進行交易活動之「法人」²，應如何成立侵權責任、進而對被害人負損害賠償之責？

本爭點涉及實務見解之重大轉變，學者也針對此議題有所著述，且已於 110 年檢事官「民法總則與債權、物權編」考科的第一題中考出來，在司律二試上極具可考性，值得考生多加關注。

(一) 傳統方式：法人為其「受僱人」或「代表人」因執行職務所成立之侵權行為，分別依民法第 188 條（代負責任）、第 28 條（自己責任）規定與加害人負連帶賠償責任。

(二) 爭：法人得否適用民法第 184 條規定，為自己行為成立侵權責任？

1. 早期實務見解：否定說

早期實務認為，法人不能適用§184 之一般侵權責任規定，蓋法人本身不能自行活動，必須透過其代表人或受僱人行使職權或執行職務始得分別依§28、§188 成立侵權責任（103 台上 978 決）。

2. 晚近實務、學說：肯定說

惟**最高法院 108 年度 2035 號民事判決**已透過大法庭「歧異提案」之「徵詢程序」統一

¹ 王澤鑑，法人侵權責任的發展——民法第 184 條法人自己侵權行為責任的創設，月旦裁判時報，100 期，頁 13-14，2020 年 10 月

² 王澤鑑，民法總則，頁 178-179，2014 年 2 月，增訂新版

實務見解、同學說見解改採「肯定說」，主張應使法人負擔因其組織活動所生損害賠償責任，適用§184 負「自己之侵權行為責任」。

整理本判決理由，略可分為以下幾點：

- (1) §184 之文義及立法說明，均有限於「自然人」始能適用（文義解釋）
- (2) 否定說使法人之代表人或受僱人等構成員承擔甚重對外責任³
- (3) 若使被害人向法人求償時須特定、指明並證明該法人企業組織內部之加害人及其行為內容、並承擔特殊事故無法確知加害人及其歸責事由⁴之風險，令法人可輕易脫免賠償責任、於被害人之保護實屬不周 ★（保障被害人）

3. 學說補充

- (1) 法人適用§184 的歸責基礎：為其違反「組織義務」或「交易往來安全義務」之行為負責其中就「交易往來安全義務」而言，此部分可與 106 台上 1148 決之「萊爾富案」所涉考點綜合出題，針對後者已出現於 109 年高考法制民法第一題中。

最高法院 106 年度台上字第 1148 號民事判決：

「按侵權行為之成立，須有加害行為，所謂加害行為包括作為與不作為，其以不作為侵害他人之權益而成立侵權行為者，以作為義務之存在為前提。此在毫無關係之當事人（陌生人）間，原則上固無防範損害發生之作為義務，惟如基於法令之規定，或依當事人契約之約定、服務關係（從事一定營業或專門職業之人）、自己危險之前行為、公序良俗而有該作為義務者，亦可成立不作為之侵權行為。經營商店者，既開啟往來交易，引起正當信賴，基於侵權行為法旨在防範危險之原則，對於其管領能力範圍內之營業場所及周遭場地之相關設施，自負有維護、管理，避免危險發生之社會活動安全注意義務。於設施損壞時，可預期發生危險，除應儘速（通知）修復，於修復前，並應採取適當措施（或固定、或隔離，至少應設置警告標示），以降低或避免危險發生之可能性，其未為此應盡之義務，即有過失。」

- (2) 法人及其構成員因各自的侵權行為對被害人造成同一損害時，被害人除得依§188、§28 請求法人與其構成員（加害人）負連帶賠償責任外；亦可依§184 請求法人為「自己行為」單獨負侵權責任，若與其構成員之行為存在「行為關連共同」，更可與其成立§185 之共同侵權行為連帶損害賠償責任⁵。

³ 惟王澤鑑老師對此一理由不以為然，其認為一碼歸一碼，代表人和受僱人之行為本身若構成侵權責任、本應就自己之侵權行為負責，與法人應否負自己侵權行為責任無關。王澤鑑，同註 1，頁 9-10

⁴ 王澤鑑教授對本判決使用「歸責事由」的用語不甚贊成，認為這個用詞只有在「債務不履行」始有適用，「侵權行為」的主觀要件應為「故意/過失」。王澤鑑，同註 1，頁 10

⁵ 林誠二，法人自己侵權行為之認定—簡評最高法院 102 年度台上字第 1556 號民事判決，臺灣本土法學雜誌，400 期，2020 年 9 月，頁 220。林誠二教授在文中係以身為客運公司「受僱人」的司機進行舉例並為上開說

二、共有人優先購買權

按土地法第 34 條之 1 第 4 項規定，以及揆諸最高法院 78 年度第 12 次民庭決議意旨，共有人以「多數決」有償處分共有不動產時，少數共有人享有優先承購權。然而在多數共有人未通知少數共有人行使此一優先購買權，逕以買賣為原因移轉登記共有物予第三人時，此時少數共有人得否再行使優先購買權、使其與多數共有人間之買賣契約成立，進而主張 \$226 給付不能之債務不履行損害賠償？

就此一爭議，大法庭於 110 年 5 月 28 日做成最高法院 109 年度台上大字第 2169 號民事裁定、藉此統一實務見解，不少學者特此為文持反對見解，面對實務與學說上之高度爭議，亦相當富有考試價值。

(一) 實務見解：否定說

最高法院 109 年度台上大字第 2169 號民事裁定認為，依法條文義，系爭「優先購買權」之行使主體及對象以「共有人」為限，則在共有物經移轉登記後，出賣人和少數共有人既已喪失「共有人」身分，則自無「共有人之優先購買權」可再為行使，因此無從在多數共有人與少數共有人間成立買賣契約、而無「給付不能」可言，少數共有人僅能就其所受損害依「侵權行為法則」請求賠償。

(二) 學說見解、提案庭不同意見：肯定說

惟學說與提案庭法官所提之不同意見認為，「優先購買權」性質上為「形成權」，一經行使即發生與出賣人成立相同條件的買賣契約之效力、不問多數共有人締約意願為何，且其在多數共有人出賣共有不動產時即已發生而得行使、不問權利人嗣後是否仍具有「共有人」之身分⁶；況若採否定見解，非但使系爭優先購買權的消滅與否繫諸於相對人的任意行為、可因相對人以一己之意片面架空少數共有人的形成權⁷，更將致此一優先購買權可輕易被規避、從而使系爭規定旨在簡化共有關係與保護少數共有人等規範目的落空⁸；甚至產生在出賣人履行通知義務時可能須負契約責任、違反通知義務反而只需承擔在時效期間與舉證責任上對其較有利之侵權責任此一規範評價上輕重失衡之結果⁹。因此應肯定縱在出賣人（多數共有人）已辦妥移轉登記後，少數共有人仍得行使優先購買權，僅出賣人之移轉標

【高點法律專班】

明，至於法人之「代表人」部分則未作具體舉例，在此似乎可推論本於同一意旨，董事等代表權人部分應可為相同解釋

⁶ 陳忠五，多數共有人未通知少數共有人行使優先承買權而處分共有物的契約責任——最高法院 109 年度台上大字第 2169 號民事裁定簡析，台灣法律人，第 4 期，2021 年 10 月，頁 163

⁷ 顏佑紘，論優先承買人對移轉應有部分與原買受人之共有人得否依契約責任之規定請求損害賠償——評最高法院 109 年度台上大字第 2169 號民事裁定，台灣法律人，第 3 期，2021 年 9 月，頁 134-135

⁸ 顏佑紘，同前註，頁 133-134

⁹ 顏佑紘，同註 7，頁 133-134

的物義務陷於「(自始)主觀不能」而已，此時少數共有人得適用或類推適用§226 I¹⁰、或依§353 準用§226 I¹¹對其他共有人主張給付不能之損害賠償請求權。

三、原住民保留地相關問題

按山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項、同法第 38 條所授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，原則上限制「原住民保留地」(下稱「原保地」)僅能在具有「原住民」身分的主體之間移轉。因此，實務上常見非原住民向原住民借名買賣原保地、透過原住民取得原保地所有權後再為其設定地上權或抵押權等以迂迴方式使非原住民者可利用支配原保地的案型。

針對此等法律行為之效力，大法庭以最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定統一實務見解，惟其論證為學理所質疑。本爭議已同時出現於今年台政北三家法研所的考題內，顯示學者們對此一議題的高度關注、極有可能亦在 111 年司律中出題，考生務必掌握實務見解與學說對其之評析。

(一) 實務見解：規避禁止規定，依民法第 71 條本文，各行為均歸於無效

最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定認為，衡酌系爭規定乃為落實憲法增修條文第 10 條第 12 項關於保障原住民族集體文化、經濟土地發展的憲法委託規範所制定，自應否定該等私法行為效力、始能達成其規範目的。因此，非原住民與原住民成立借名契約，以該原住民名義買賣原保地、將所有權移轉予該原住民並設定地上權等行為，均係以迂迴方法達成上揭強行規定所欲禁止之效果、規避法律之脫法行為，應認違反此等禁止規定意旨，依§71 本俱屬無效。

(二) 學說見解

然學者認為，此一裁定見解有待商榷，可再細緻化分別討論：

1. 買賣契約

本件情形實與舊土地法第 30 條限制私有農地所有權僅能在「具有自耕能力之人」間移轉類似，而針對後者，傳統實務向來寬鬆以待，不會逕認承買人為「不具自耕能力者」之買賣契約為「自始客觀不能」、依§246 I 前為無效，而是放寬認定「若訂約時已約定由承買人指定登記與任何有自耕能力之第三人，或具體約定登記於有自耕能力之特定第三人，或約定待承買人自己有自耕能力時為移轉登記，或其他預期於不能之情形除去後為給付」，其契約即為有效。系爭大法庭裁定在無具體理由論述下，即逕行否定援引過去最高法院對私有農地買賣契約案型所形成之穩定見解、改採嚴格立場直接認非原住民與原住民間就原保地成立之買賣契約為無效¹²，有待斟酌。

¹⁰ 顏佑絨，同註 7，頁 137-138

¹¹ 顏佑絨，同註 7，頁 138

¹² 吳從周，「原住民保留地買賣予非原住民案」—評最高法院 108 年度台上大字第 1636 號裁定，月旦裁判時

1. 借名登記契約

學者認為¹³，最高法院已就「借名契約」效力之認定建立「原則有效，例外於無正當原因或悖於強制規定、公序良俗時無效」的穩定標準，因此針對本件「非原住民與原住民締結借名契約，以取得原保地」的情形，大法庭實則無庸另闢蹊徑、求諸有別於過往借名登記契約脈絡之「規避強制規定、屬脫法行為因而無效」的解釋途徑，直接認定其目的違反禁止規定、原因非正當而無效即可。

2. 所有權移轉

就「移轉所有權」因無異實現使非原住民取得原保地之法律效果、實而係規避前揭公法規定，為貫徹該等禁止規定之規範意旨、應否定移轉該原保地所有權之物權行為效力部分，學者認有關禁止原保地由非原住民承受之規定屬「效力規定」，故該裁定之結論可資贊成¹⁴。

3. 用益物權、擔保物權設定

針對「在原保地設定地上權或抵押權」之物權行為部分，學者質疑不問係山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項或相關管理辦法規定，依法條文義所禁止之射程範圍皆僅及於「所有權移轉」之物權行為，未禁止原住民為非原住民在原保地上設定定限物權、使非原住民可享受其利用價值或交換價值；大法庭如此擴張解釋、將其他用益物權及擔保物權之設定行為一併認為「無效」，已逾越法律解釋以「文義」為界限之最大可能射程所及¹⁵，抵觸法律保留原則、甚至亦間接限制了「原住民」本身對其所有之原保地的「實際利用方式」¹⁶。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

報，第 113 期，2021 年 11 月，頁 19-22

¹³ 吳從周，同前註，頁 22-23

¹⁴ 吳從周，同註 13，頁 24-25

¹⁵ 吳從周，同註 13，頁 18-19

¹⁶ 李建良，原住民保留地「借名登記契約」的效力——公法規定的私法效力或私法自治的工法限制？·台灣法律人，第 6 期，2021 年 12 月，頁 155-156