

以法研所考題看 112 年國考趨勢—民法篇

編目 | 民法

主筆人 | 冰杰

壹、前言

民法這科範圍極大，並且包羅萬象，除了民總、債法、物權法、身份法外，還可能涉及消費者保護法、土地法等特別法，準備上毋寧是國考最重要的戰場。惟從研究所考題關心的出題方向，以及歷年來國考考題即可知道若干重點或準備方向，首先最重要的肯定是「債法」，其中又以契約法和侵權行為法這兩大責任法為主軸，絕大部分的題目都是圍繞著是否成立損害賠償責任打轉，不當得利和無因管理僅是配角，不常出現，民法總則更是僅融入在上開民事責任是否成立之討論，鮮少單獨出題，因此把握好損害賠償責任民法就掌握了一半，另一個重點則是相對於物權法，身分法的考題更常出現在我們的視野裡，畢竟大多都是親屬加繼承的混合題目，準備上的 CP 值遠大於物權法，不論是研究所和國考值得大家投資和注意，更何況身份法還會搭配著家事事件法一起出題，非常重要，反而物權法的題目比較少出現，特別是「純物權」的題目更少出現，縱使出現也大多是法條題，有背有分，物權法的準備上需要特別注意的就是與債法相連接的部分才會是考試熱點，諸如「債權物權化」、「違章建築」、「共同共有債權」，這些在準備債法的時候就會一併準備到了，相對來說不用花太多時間，最後就是特別法的部分，其實主要也是圍繞著損害賠償責任這個主題出現，例如消費者保護法第 7 條這類重要的請求權基礎，或是土地法第 34 條之 1 侵害優先購買權的損害賠償責任等等，基本上還是不脫契約責任和侵權責任之範疇。

除此之外，民事大法庭裁定出成題目的機率相當相當的高，其討論的議題有些都非常重要，基本上可以說是考生的基礎知識，研究所考題常常出現，司法特考也常出現，如果出在司律考試也不意外，其他高等法院座談會見解、最具參考價值裁判可能數量龐大難以準備，但至少民事大法庭裁定是一定要讀的！

貳、契約解除和給付返還¹ (112 台大民法 B 卷第 1 題)

契約乃以圓滿履行作為其使命，若當事人訂立契約並且圓滿履行，則天下太平不需要法律介入，因此契約法所處理的主要問題乃出了問題契約，亦即契約之違反，或所謂債務不履行，當契約不如當事人當初締結之想像進行時，就需要法律救濟之介入，而契約違反最重要的救濟手段有三：履行請求、損害賠償及契約解消。如同前言所述，損害賠償一直以來是學校教學、教科書和考試所關注的對象，但隨著研究之發展，之前受到較少關注的

¹ 陳自強，契約解除原物返還嗣後不能，政大法學評論，第 165 期，77-138，2021 年 6 月。

契約解除漸漸浮上檯面，若尚未有給付單純解除契約相安無事倒還好辦，複雜的問題在於若已為給付解除之後該如何處理，涉及契約解除後的給付返還問題，其與不當得利、危險負擔等制度有犬牙交錯之關係，乃越來越重要之問題，該領域為台大陳自強教授重點研究之領域之一，也出現在 112 年台大法研之考題，有朝一日可能成為國考考題，各位考生敬請注意。

一、契約解除

從我國法之規定來說，取得契約解除再到給付返還總共有三關：1.取得法定解除權 2.無不得解除之事由 3.回復原狀法律效果。這邊先論述契約解除的部分，亦即契約之一方想要成功解除契約，需要符合法條構成要件，取得解除權，並且若原物返還不能須不能歸責於自己始得解除契約。

本題雖然該車是被落石砸毀，但是由於車子內部零件早有損壞具有瑕疵，因此本題法定解除權之取得來自於§359，因此乙跟丁可以據此取得解除權。再來就是要去檢驗§262 該車之滅失到底可不可歸責於乙、丁。§262 可歸責的概念，需要去探討§262 的目的以及和整體法體系的關聯具體去認定歸責事由和危險分配，可歸責本來就不等於故意或過失，§262 的可歸責也不需要和債務不履行的可歸責為相同之解釋，依§262，給付返還危險固然也是取決於解除權人是否可歸責，但在分配危險時，不能無視§373 危險移轉揭櫫的價值判斷，亦即標的物一旦處於買受人支配範圍，不僅標的物之利益由買受人承受，危險亦由其負擔，買賣標的物毀損滅失之不利利益，無論基於所有人負擔原則或買賣危險移轉規定之價值判斷，此危險分配原則不應該因契約解除而有所改變。因此§262 可歸責之認定，應該融入危險負擔之價值判斷，本件雖然該車具有瑕疵，但有瑕疵之物之交付不影響危險負擔之移轉，瑕疵得由瑕疵擔保法則處理之，依照§374 危險早已移轉給乙；依照§373 危險亦已移轉給丁，乙、丁似乎都承擔該危險，雖落石砸毀該車不可歸責於雙方，但其應仍屬「可歸責」而喪失解除權。

惟§374 提早將危險移轉給買受人之目的，在於出賣人無義務將標的物送往清償地以外之地方，故應由買受人承擔危險，危險提早移轉，但本件甲因自己之行為，將該車再送往丁處，由丁管領之，若此時再由乙承擔危險，似有未公，故應認為此時因甲自身之行為使該車在丁之管領下，應認為此時危險回歸於甲承擔，縱使該車係遭落石擊毀，亦應由甲承擔危險，不可歸責於乙；至於丁的部分由於依照§373 該車已在其管領之下，其遭落石擊毀不可歸責於雙方，丁應承擔此危險，雖該車有瑕疵，但非導致車子毀損滅失之關鍵，不具因果關係，不得因該瑕疵即認為危險回歸由甲承擔，故丁因§262 喪失解除權。

二、給付返還

由於丁不能解除契約，即無需討論其給付返還之部分，乙的部分，除了其可以選擇依照第 226 條或第 225 條第 2 項請求損害賠償之外，重點在於解除契約後回復原狀之法律效果，亦為乙可以選擇的救濟。本題涉及「契約解除權之原物返還嗣後不能」，乙得以順利解除契約如前所述，惟按第 259 條第 6 款規定，其雖得以請求返還已給付之價金，卻須無條件返還以滅失之標的物之價額，等於乙已過五關斬六將終於解除契約後，卻因為第 259 條第 6 款的嚴格性，毫無例外之餘地，一律需要價額償還，無論如何都需承擔原物返還不能之危險，似有未公，解釋上有認為求諸誠信原則；亦有認為損害與契約訂立無因果關係，即使當事人未曾訂約，給付人亦無法避免該損害，應類推適用第 231 條第 2 項但書，由給付人承擔該毀損滅失之不利益；還有認為價額償還義務以返還義務人返還不能可歸責或有故意過失為要件，目的亦在緩和第 259 條第 6 款之嚴格性。

參、違章建築和債權物權化（112 台大民法 B 卷第 2 題）

這一題如前所述，不太會考純物權的題目，反而是這種物權和債法結合的題目特別喜歡看，這題就是融合了違章建築和債權物權化這兩個債權物權法的大考點，國考考出來的機率相當高。

一、違章建築

第一小題可以先論述違章建築之性質，惟一般來說爭點在於事實上處分權人能不能主張§767 或§184，但本題乙是原始起造人乃所有權人，原則上應該可以行使§767 或§184 並無疑義，不要搞混了。

二、債權物權化

該小題乃甲無償借用 A 地予乙使用，其 B 屋遭強制拍賣給丁拍定買受，甲向丁主張拆屋還地，乃典型之債權物權化的題目。

針對債權物權化可以先從實務發展來做探討，早期實務多堅守債之相對性，私法自治原則乃大法官解釋中明確承認受憲法保障之權利，而債權物權化拘束債之關係以外之第三人，乃對於他人基本權之限制，故原則上以法律明確規定者為限，如民法第 425 條，早期實務見解同此立場。惟在若干情形則以「誠信原則」做個案之修正，但以誠信原則所做之修正乃採「消極限縮權利」之方式，而非「積極擴大權利範圍」。陳聰富教授亦評析實務判決認為最高法院「並無破壞債之相對性之意圖，僅在於違反誠信原則之特殊情事存在時，限制受讓人行使權利，並未擴大債權物權化之範圍，而維護債權相對性之原則」。惟在大法官解釋第 349 號，就分管契約若是第三人「明知或可得而知」，對於受讓人即有效力，承認最高法院在法無明文之舊法時期，就分管契約逕自擴充拘束第三人的新債權類型，擺脫「類型法定原則」之限制，創設此「知悉公式」。隨後實務漸次發展出所謂物權化公式。

	判決字號	公式內容
物權化公式 1.0	97 台上 1729 決	1. 第三人明知 2. 契約對於受讓第三人繼續存在
物權化公式 2.0	108 台上 757 決	1. 第三人明知或可得而知 2. 契約對於受讓第三人繼續存在
物權化公式 3.0	108 台上 787 決	1. 配合社區發展 2. 促進社會經濟及公共利益 3. 公平正義與誠信原則 4. 受讓人受占有法效之拘束
物權化公式 4.0	109 台上 1821 決	1. 配合社區發展 2. 促進社會經濟及公共利益 3. 公平正義與誠信原則 4. 受讓人受占有法效之拘束 5. 返還相當於租金之不當得利

上述發展脈絡可以整理出，早期實務採取嚴格之知悉公式，而後漸漸放寬，並且法律效果上皆採取「契約對於受讓第三人繼續存在」；在 3.0 公式開始有所變化，將物權化案型限於社區土地使用契約，並且不採知悉公式，而係改取利益衡量之綜合判斷，在法律效果上更是創設出所謂「占有法效之拘束」，獨樹一幟；4.0 公式則承繼 3.0 公式之脈絡，仍限於「社區土地使用契約」，要件和效果上並無太大差別，惟補充了「房屋所有人應向基地所有人返還相當於租金之不當得利」。

惟本題並無給予太多資訊，或買受人有無知悉等線索，因此往物權化公式寫可能不太貼切，根據題目給予的資訊，還是應該主攻是否類推§425 或§426-1 比較符合題旨。至於本題是否得類推§425 或§426-1 可以整理成肯否兩說：

1. 否定說

(1) 王澤鑑教授

租賃為有償，使用借貸乃無償；且租賃涉及居住問題，有保護經濟上弱勢之承租人之意旨，使用借貸則無此等考量，故其有根本上之不同，不得類推適用²。

² 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第 425 條規定之適用、準用及類推適用，民法學說與判例研究（六），自版，頁 223，1993 年 9 月七版。

(2) 林誠二教授

買賣不破租賃乃債之相對性之例外，不得任意擴張其適用範圍，若任意擴張之，將造成對於契約自由原則之限制，使得貸與人有所顧忌，吝於出借物品予他人使用，反而降低物之使用效率³。

(3) 陳聰富教授

債權物權化乃債之相對性之例外，例外應從嚴解釋，單純交付物之占有不得作為債權物權化之理由，況且實務見解亦無意擴大債權物權化之範圍，知悉與否至多作為法院判斷其主張物上請求權是否違反誠信原則的一項因素⁴。

2. 肯定說

(1) 詹森林教授

民法第 425 條立法目的上具有保護善意第三人、維持物之價值、保障正當信賴及促進經濟活動，使已合法取得標的物占有之人，得持續依原先之信賴，繼續合法占有至時間結束，並無區分有償或無償之意思，故使用借貸契約應得類推適用民法第 425 條⁵。

(2) 吳從周教授

其認為債權物權化之基礎在於「公示性」，只要權利狀態對外公示，即得賦予其對抗第三人之保護，抽繹我國土地法第 79 條之 1 要求「登記」、民法第 425 條要求「占有」、民法第 826 條之 1 要求「登記」，可知立法者明文之債權物權化規定皆以「公示」為最重要之共通要件，基此，使用借貸契約將物交付借貸人「占有」，應有類推適用民法第 425 條之基礎⁶。

三、土地使用對價之請求

若上開爭議肯定丁有權占有土地，但不論是類推法律規定或是運用物權化公式或誠信原則，將會使原權利人需要忍受被告使用其土地，但他卻得不到相對應之補償，似有未公。因此需探究針對原告因債權物權化不能向被告請求返還土地，那針對土地使用對價應有何請求權基礎。

【高點法律專班】

³ 林誠二，買賣不破租賃規定之目的性限縮與類推適用，台灣本土法學雜誌第 97 期，2007 年 8 月。

⁴ 陳聰富，使用借貸契約之債權物權化，月旦裁判時報第 2 期，頁 53-57，2010 年 4 月；陳聰富，債權物權化之適用基礎—最高法院九十六年度台上字第三三四號民事判決評釋，法令月刊第 61 卷第 10 期，頁 36，2010 年 10 月。

⁵ 詹森林，最高法院關於 2002 年契約法裁判之研究，台灣本土法學雜誌第 52 期，頁 103-105，2003 年 11 月。

⁶ 吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則—最高法院九五年度第十六次民事庭會議決議評釋，台灣法學雜誌第 111 期，頁 6-25，2008 年 9 月；吳從周，使用借貸契約之債權物權化，台灣法學雜誌第 152 期，頁 167-173，2010 年 5 月；吳從周，互易契約之債權物權化—簡評最高法院九七年台上字第一七二九號判決，台灣法學雜誌第 123 期，頁 197-198，2009 年 3 月。

1. 最高法院見解

最高法院 109 年度台上字第 2804 號判決，一方面維持原審關於民法第 767 條第 1 項拆屋還地部分之請求，認其違反誠信原則不得行使之，惟其廢棄原審駁回原告請求不當得利之部分，認為現占有人與土地受讓人未有任何法律關係，現占有人獲有使用土地之利益致受讓人受有損害，應得請求不當得利。

2. 土地使用對價請求權基礎之三種見解

在適用誠信原則令受讓人不得請求拆屋還地時，就土地使用對價之請求權基礎，吳從周教授整理實務判決得出三種見解：

(1) 類推適用關於推定租賃之「法律效果」

最高法院 99 年度台上字第 1705 號判決採此見解。但老師認為最高法院已經就使用借貸契約否定其類推適用推定租賃關係「構成要件」而建構「使用借貸契約債權物權化」之可能了，現在又回過頭承認其得類推適用「法律效果」，而請求支付價金，不僅邏輯上紊亂，也創設出一種「給付租金」的「使用借貸」類型，因此並不可採。

(2) 依不當得利法律關係

最高法院 109 年度台上字第 2084 號判決採此見解。惟既然法院否定原告第 767 條第 1 項拆屋還地之請求，一方面間接承認被告並非無權占有人，得透過誠信原則具占有正當權源，另一方面卻說其二人間並無任何法律關係，無占有土地之正當權源，而成立不當得利，前後有評價上之矛盾！

(3) 適用民法第 277 條之 2 主張情事變更原則

最高法院 100 年度台再字第 22 號判決採此見解。其依「民法第 227 條之 2 第 1 項」依情事變更原則將兩造原訂契約效果變更為房屋所有人使用系爭土地，應定期給付原告使用土地之對價。

3. 吳從周教授見解

吳師認為此種案例下，原告因法院運用誠信原則，造成土地所有人無法請求房屋所有人拆屋還地，**確實為原告無法預見**，若因此房屋所有人得不支付租金無限期使用土地，對於土地所有人而言顯失公平，**惟此時應係以「民法第 227 條之 2 第 2 項」規定作為請求權基礎。**

而如果本件是類推第 425 條或第 426 條之 1 的話適用第 227 條之 2 第 1 項調整即可。

肆、因故意侵權行為而負擔之債之抵銷禁止⁷ (112 年北大民法第 3 題)

民法第 339 條規定，因故意侵權行為而負擔之債，其債務人不得主張抵銷。至於故意侵權行為之被害人(債權人)以加害人(債務人)侵權行為而取得之債權為主動債權而主張抵銷，於此無損於債權人之利益，非抵銷禁止之列，抵銷為有效。

另依第 339 條之文義，抵銷禁止僅侷限於因故意侵權行為而負擔之債務，而故意不履行契約所生之債務，應是無適用餘地。惟有疑義的是，當故意侵權行為之原因事實，除具備故意侵權行為損害賠償請求權之要件外，亦構成其他請求權之成立，而生法律上之請求權競合時，諸如債務不履行之損害賠償請求權、不當得利之利益返還請求權、不法管理之利益返還請求權等，則債務人(加害人)得否以侵權行為損害賠償以外之其他競合債權為受動債權，而對主動債權為抵銷？另在故意侵權行為損害賠償請求權已罹於時效之情形下，債務人(加害人)得否以其他未罹於時效之債權為受動債權，而對主動債權之為抵銷？對於此二疑義當採否定立場，以避免民法第 339 條保護故意侵權行為被害人(債權人)利益之意旨被剝奪，並防止民法第 339 條有關抵銷禁止之規定被架空。

早期有實務見解認為，嚴格區分契約責任和侵權責任，最高法院 46 年台上字第 1780 號民事判例：「上訴人於租期屆滿後，仍未依約履行還屋之義務，致被上訴人因而受相當於租金額之損害，固屬違背民法第四百五十五條之規定，難免於賠償之責，顧此種因遲延返還租賃物所生之損害賠償之債，揆與因故意侵權行為而負擔之債並非相同，故上訴人以所支出之修理費互相抵銷，即不在同法第三百三十九條規定不得抵銷之列。」但之後的實務見解則有認為避免架空§339 的意旨，基於其立法目的，應認為在基於同一原因事實而有複數請求權競合之情形，亦有§339 的適用，最高法院在 97 年度台上字第 72 號民事判決：「另依被上訴人所為上訴人違約不交貨，將酒袋出售與比利時公司，『故意』以背於善良風俗之方法，侵害被上訴人權利之主張，果為可採，衡諸民法第 339 條規定，上訴人就其應負之損害賠償債務，是否得主張以其對被上訴人之貨款債權為抵銷？案經發回，宜併注意及之。」另有最高法院在 97 年度台上字第 2101 號民事判決：「按民法第 197 條第 2 項規定『不當得利之返還』，尋繹其立法原委，固係考量損害賠償義務人，如因侵權行為而受利益，致被害人蒙受損害時，除使其有侵權行為之請求權外，更應有不當得利之請求權，俾發生不當得利返還請求權與損害賠償請求權之競合，以保護被害人之利益，但該二項法律上性質不同之請求權，訴訟上所據之原因事實應同屬『因侵權行為而負擔之債』之範疇。是該損害賠償義務人如因故意侵權行為而受利益，致被害人受損害時，被害人於侵權行為損害賠償請求權時效完成後，再依上開條項規定以不當得利之請求權而為主張者，自仍有同法第 339 條『因故意侵權行為而負擔之債，其債務人不得主張抵銷』規定之適用，此觀該條文以『負擔之債』之用語而規範自明。」

⁷ 向明恩，因故意侵權行為而負擔之債之抵銷禁止，月旦法學教室，第 264 期，頁 6-10，2023 年 4 月。

伍、歸扣和特留分 (112 年東吳民法第 4 題)

第一題的部分，按土地登記規則第 120 條第 1 項：「繼承人為二人以上，部分繼承人因故不能會同其他繼承人共同申請繼承登記時，得由其中一人或數人為全體繼承人之利益，就被繼承人之土地，申請為公同共有之登記。其經繼承人全體同意者，得申請為分別共有之登記。」似乎繼承人僅能單獨申請為公同共有登記，但依照實務函釋內政部 93 年 11 月 19 日內授中辦地字第 0930016064 號函：「案經函准法務部 93 年 11 月 15 日法律決字第 0930040074 號函略以：『按『被繼承人之遺囑，定有分割遺產之方法，或託他人代定者，從其所定。』、『遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。』民法第 1165 條第 1 項、第 1187 條分別定有明文。因在私有財產制度之下，個人對於私有財產，在生前既有自由處分權，則該人於其生前，以遺囑處分財產而使其於死後發生效力，亦應加以承認（參照戴炎輝、戴東雄合著，繼承法，第 246 頁）。本件依來函資料所示，被繼承人代筆遺囑分割遺產之內容，均係繼承人單獨取得某一不動產之全部所有權而無共有之情形，屬遺產分割方法之指定，依民法第 1165 條規定，自應從其所定。準此，本件被繼承人死亡時遺囑生效，依其所定遺產分割方法即生遺產分割之效力，由繼承人取得單獨之不動產所有權，無民法第 1151 條有關遺產未分割前為公同共有及土地登記規則第 120 條規定之適用，故各繼承人得本其全部所有權人之地位單獨申請辦理繼承登記。...」本案遺囑分割遺產，如符合一物一權之原則（即繼承人單獨取得被繼承人某一不動產之全部所有權而無共有之情形），得由部分繼承人持憑被繼承人之遺囑，單獨就其取得之遺產部分申請繼承登記，而無須全體繼承人會同申請。」針對遺囑分割遺產，如符合一物一權之原則，得由部分繼承人持憑被繼承人之遺囑，單獨就其取得之遺產部分申請繼承登記。雖然本件遺囑似乎有違反特留分之情事，但依照繼承登記法令補充規定第 78 點：「遺囑違反民法有關特留分之規定時，繼承人是否已行使扣減權，非地政機關所得干預。」因此就算遺囑違反特留分，不使遺囑無效，只是特留分被侵害之繼承人得以行使扣減權，因此乙應得單獨辦理繼承登記為 A 屋之所有權人。

第二題的部分繼承人為乙丙丁，要算遺產總數需要將甲因丙營業而贈與的 600 萬歸扣回來，故甲之遺產應該係 1500 萬元。按照民法第 1144 條、第 1223 條，丁的應繼分應該是三分之一的二分之一，也就是六分之一，而其特留分乃六分之一的三分之一，也就是十八分之一，但由於丁完全沒有分到遺產，因此丁之特留分受到侵害，其應得向乙請求扣減 1500 萬元的十八分之一。至於丙從甲受贈之 600 萬元，於歸扣之後該 600 萬元已超過其應繼分，因此其不得再繼承遺產，也不得再向乙行使扣減權，惟其多受贈超過的部分，有認為無需返還，亦有認為須依不當得利返還之。