

## 百年新制改革之後的民事法考題

編目：民事法

### 壹、考情回顧

#### 一、概說

雷聲大雨點小的百年新制考試結束了，想必不少讀者心中國罵滿天飛，請和筆者一同回顧百年新制考題，並檢視這一切是否和力圖改革的雄心壯志相符？在此之前，請先讓簡單回想一下，到底四個小時的考試，考了些什麼。

#### 二、司法官考試

司法官考試的部分，前三題為民法考題，接著兩題民訴法考題，最後則是號稱實體法和程序法綜合的考題。在此僅先處理民法和民訴法分離的考題，至於對最後一題的評價，就留待後述。

民法的第一題以債編為中心，第二題以物權編為中心，第三題則是以身分法為中心。整體來看，範圍分配上相當理想，而且也和傳統考題沒有太大不同。

甲在民國（以下同）90 年某日對乙表示，如你能考上律師，則將自己所有之 A 房地贈與，以為獎勵及贊助。乙對甲之贈與除表示同意及感謝之外，乙並經甲之同意，將此一 A 房地之所有權移轉請求權為預告登記。不過其後，乙連考 3 年竟沒考上，甲以乙無考上之希望，於是將 A 房地出賣予丙，並為所有權移轉登記及房地之交付。豈知，94 年乙卻順利考上律師，乙乃持原有之贈與契約請求甲丙塗銷 A 房地之所有權移轉登記，甲應將之移轉登記予乙，並對乙為交付。問：

(一)本案甲乙間關於 A 房地之贈與契約，其發生效力之時間究竟為何？（15 分）

(二)本於上列事實，乙之請求權有無理由？（15 分）

(三)若乙之請求權有理由時，則丙可對甲主張者，究係屬債務不履行責任抑或為權利瑕疵擔保之責任？（15 分）

第一題的債編考題如同筆者先前所強調，債之關係在綜合型考試之下，可以劃分為「契約之債與相關議題」、「締約過失之債與相關議題」以及「侵



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

權之債與相關議題」等三大領域考題(註 1)，並以此為核心向外幅射至相關概念，而本題正是以契約之債為中心，從民法總則中契約附條件考到債編總論和特別法中對債權實現的保全措施，最後再到債編各論中的契約責任問題，以契約的基礎事實為核心而延伸到不同編章節中。

某大樓樓高 7 層，為民國 80 年建築完成之雙併大樓，門牌號碼為 A 號及 B 號，大樓之各部分均已辦理區分所有權登記。

(一)大樓建築完成時，建商將 A 號 1 樓規劃為十個攤位，每個攤位的所有人均領有記載 A 號 1 樓區分所有權之應有部分十分之一之所有權狀。甲購得三個攤位，所有權狀記載為 A 號 1 樓區分所有權之應有部分十分之三。丁擬購買 A 號 1 樓全部攤位，與其餘七個攤位之所有人簽訂買賣契約，但甲認為丁出價太低，拒絕出售。試問：攤位是否為區分所有建築物之專有部分？甲有無優先承購權？(20 分)

(二)乙為 A 號 7 樓之區分所有權人，其前手於 A 號之屋頂平台搭建鐵屋，經民國 82 年住戶大會決議准予拆除。丙後來購買取得 B 號 7 樓之區分所有權，認為乙之鐵屋影響屋頂平台之使用，乃請求乙予以拆除，試問：丙之請求有無理由？(25 分)

第二題的區分所有，第一小題的基礎事實，和筆者先前引介的實務案例事實相當雷同，第二小題則是涉及到共有分管相關問題，也是筆者一再強調的共有重點，在筆者先前介紹案例中，也曾經一併說明分管契約的問題(註 2)。由於共有人間權益比例可能延伸到繼承和強制執行，共有物的管理處分又容易和分管契約、土地法及公寓法等特別法結合，在筆者主張同一事實幅射貫穿民法各編的考試熱點觀察法下，此一考點本來就是考試重點，而司法官考試向來因為實務上總是發生剪不斷、理還亂的共有人權益爭奪戰，所以特別愛考共有和區分所有等特別共有問題，這也完全不意外。

甲已喪偶，有一子戊為知名畫家。甲擅自以自己名義將戊之畫作賣給知情之乙，並交付之。同時又向乙借款六百萬元。其後，甲為丁作保，與丁之債權人丙訂立以五百萬元為限之最高限額保證契約。丁先向丙借款三百萬元，於甲死亡後，再向丙借款二百萬元。甲死亡時，對乙所負之債務已屆清償期，惟甲僅留有遺產三百萬元。又丁因事業失敗，而無法償還對丙之債務。乙於甲死亡後，對戊求償六百萬元，戊將所繼承之三百萬元返還給乙。其後，丙向戊求償五百萬元，戊以已無遺產為由，拒絕償還。試問：

(一)丙、戊之主張各有無理由？(20 分)



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

- (二)丙、戊對乙有無權利得以主張？(10 分)  
(三)甲對戊之畫作所為之處分,是否有效?甲死亡後,有無變化?(15 分)

第三題的身分法問題。夫妻財產制和遺產分配,由於必需要確定各財產和遺產權利歸屬,才能確定是否能作為應請求之財產或應分配之遺產,可透過此一角度連結至民法各編的法律爭議問題,一定是考試常態,這和先前國考趨勢也沒有不同,也不讓人意外。

- 甲、乙、丙共有土地一筆,甲以乙、丙為被告,起訴請求分割該共有土地。試問:
- (一)甲應受判決事項之聲明:「1.系爭土地應按 A 案所示方法分割,2.被告應協同原告辦理分割登記並交付原告分得部分之土地。」法院審理結果,認系爭土地應依如 B 案所示方法分割,應為如何之判決?(10 分)
- (二)法院審理時,發現乙於訴訟繫屬前即已死亡,其繼承人為甲、丁二人,於訴訟有何影響?如乙係在訴訟進行中死亡,有何不同?(15 分)
- (三)丙在訴訟繫屬後,將其土地應有部分移轉予戊,辦妥移轉登記,甲乃撤回對丙之起訴,另追加戊為被告,於訴訟有何影響?(15 分)

接著看民訴法考題,第一大題綜合考了幾個考點,二、三小題和當事人有關,這樣的趨勢也不讓人意外,如同筆者先前所說,訴之三要素中,與訴訟標的有關的爭點極容易用來命實體法和程序法相關的考題(註 3),因此,訴之三要素中的其他要素,自然而然就只能留待民訴法本身固有考題命題。第一小題看起來好像是一種特殊的訴之類型,似乎是在考訴訟標的,不過非訟事件訴訟化的司法系統職能分配問題本來就是訴訟法總論中的爭議,倒也不是和訴訟標的習習相關。

- 原告本於買賣契約法律關係,起訴請求被告給付貨款新臺幣(下同)二百萬元,被告以買賣契約業經合法解除為由,拒絕給付,並預備抗辯,如解除契約不合法,原告亦應同時給付該貨物。第一審法院審理結果,認為兩造買賣關係存在,並認原告之訴及被告同時履行之抗辯均有理由,判命被告應如數給付,並於判決主文中,附以原告就對待給付應同時履行之條件。被告對該判決未聲明不服,原告不服向第二審提起上訴,惟限定僅就命其對待給付判決部分提起上訴,問:
- (一)原告得否僅就命其對待給付部分聲明不服?理由何在?(10 分)
- (二)如認原告之上訴合法,則移審效範圍是否及於判決全部?(10 分)
- (三)第二審法院審理結果,認為兩造之買賣契約業經被告合法解除,得否將原判決全部(含命被告給付二百萬元部分)廢棄,駁回原告之請



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

求？（15 分）

第二題在總論之外，則是會考各種程序的具體問題。本題考的是上訴審理的相關問題，也是向來考試熱點。其中，最爲特別的考點是將對待給付判決結合相關內容加以命題，是靈活的考法，而對待給付判決的本質問題，筆者也曾在爲百年新制所寫新書中強調(註 4)。

### 三、律師考試

律師考試一樣維持六題的規模，前三題爲民法考題，接著兩題民訴法考題，最後則是號稱實體法和程序法綜合的考題。同樣地，在此僅先處理民法和民訴法分離的考題，至於對最後一題的評價，就留待後述。

甲公司出售迷彩短袖 T 恤 10 萬件給乙公司，約定甲應先製作樣品送乙確認後方得生產，甲爲產製該批 T 恤，立即向丙訂購所需之胚布一批，並依約將 T 恤的樣品寄送給乙請求確認，惟乙表示樣品不符約定，甲多次催告乙告知修改之方式，但遭乙拒絕，且對於甲之催告置之不理，致甲不能製作乙訂購之貨品。嗣乙表示解除該 T 恤買賣之訂單，甲不同意取消訂單，甲因乙拒絕履約，而受有所失利益及訂製胚布之損失，乃向乙請求損害賠償。

隔日，丙將甲訂購之胚布交由丁貨運行運送至甲公司時，甲公司之負責人 A 表示，乙已經取消訂單，請丁送回該批胚布於丙。丁於回程途中，因抽象輕過失，汽車翻覆失火，該批胚布全毀。丙向甲公司請求賠償損失時，甲公司之負責人 A 抗辯丙應承擔丁發生車禍的過失，因而解除雙方關於胚布買賣之契約，甲公司不應負賠償責任。

丙與 A 因此發生激烈爭執而大打出手，丙以鐵棍毆擊 A 後，揚長而去。A 經他人送往醫院急救，並爲頭部 X 光攝影，由急診處戊醫師看診，判斷 A 之病情並無大礙，囑其回家休息即可。然 A 於回家後，第二天即死亡。A 之家屬事後查知，A 之頭部 X 光攝影顯示，左部頭骨具有裂痕 5-7 公分，乃請求丙及戊連帶負賠償責任。丙抗辯，是 A 先出手毆打丙，不應全部苛責於丙。戊醫師則抗辯，其僅爲家醫科醫師，A 之 X 光攝影頭骨裂痕，必須神經外科醫師始得發現，其已盡注意義務而無過失，無須負責。

試問：甲就其損失，如何向乙主張權利？又丙就胚布之滅失，如何向甲主張權利？甲之抗辯是否有理由？再者，A 之家屬請求損害賠償時，丙及戊之抗辯有無理由？（45 分）

民法第一題看起來和筆者先前說的三分法不同，而同時考了契約和侵權，實則，這段題目有先後兩個不同時間點的案例事實，說穿了，就是把本來應該要放在兩個題目的內容硬是拼貼到同一個題目中的結果。其中，涉及種類之債的問題是向來習慣 A 車、B 花瓶和 C 名畫的特定物交易的考生容



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

易忽略的，無巧不巧的是，筆者在自己的小書中也反覆提到種類物之債和債務不履行的考點(註 5)。

甲於民國（下同）90 年 9 月向乙借款新臺幣（下同）2000 萬元，以其所有 A 地設定存續期間自 90 年 9 月 22 日起至 105 年 9 月 21 日止、最高限額 2500 萬元之抵押權予以擔保，擔保債權範圍雖未於土地登記簿一一記載，但以抵押權設定契約書為該最高限額抵押權登記之附件，契約書條款記載：「擔保物提供人甲為擔保債務人甲對抵押權人乙，在抵押權設定契約書所定之最高限額以內，現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務（如應返還之押租金等），並包括其利息、遲延利息、違約金、實行抵押權費用、損害賠償及其他有關費用之清償，特提供前列擔保物設定抵押權與抵押權人。」如甲將上述 2000 萬元借款及其利息於 97 年 12 月 21 日清償完畢後，又於 98 年 3 月 1 日擔任丁之連帶保證人，擔保丁向乙借款 1000 萬元債務之清償。丁後來不知去向，乙請求甲代丁清償 800 萬元之債務，甲對丁之不負責任忿忿不平，於 100 年 7 月 1 日抑鬱死亡，由丙繼承 A 地所有權。乙於 100 年 9 月 1 日向丙主張其就 A 地有最高限額抵押權，丙則主張：該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效；如非無效亦已於 97 年 12 月 21 日消滅；如未消滅，其所擔保之債權範圍亦未包含上述連帶保證之債權。試問：丙之主張有無理由？（45 分）

甲男與乙女於 80 年 5 月 20 日結婚，婚姻關係中先後生下丙、丁。94 年 6 月 6 日甲病故，遺有現金及土地等遺產，同年 9 月 30 日乙、丙、丁將繼承關係處理完畢。98 年 12 月 25 日乙整理甲遺留之書信文件時，赫然發現甲生前以電腦打字列印並親手簽名之遺囑一件，製作日期為 94 年 4 月 4 日，內容除有「請愛妻成全本人婚外所生之子戊（90 年 10 月 10 日生）認祖歸宗」等語外，並有請求乙原諒之文字表示。乙於傷心之餘，雖依遺囑指示於 12 月 26 日以電話知會戊及戊之生母，卻對彼等表示：乙、丙、丁均認甲之遺囑未具法定方式，因此無法完成甲認領戊之遺願，戊仍係甲婚外所生子女，自無繼承人之資格；況且甲之遺產早經分割處分，已無贍餘可供戊繼承。請問戊可為如何主張？（45 分）

民法第二題一樣是考物權，考的則是傳統重要考點擔保物權中的抵押權，第三題一樣是身分法的考題，以遺產是否分配給身分待定的子女為核心，比較和善的幫考生定位出具體問題。先考子女身分，後考遺產回復，相當心軟而富有人性的出法。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

X1 起訴將 Y 列為被告，請求法院判決命 Y 返還 A 地予 X1，其主張之事實及理由略為：「A 地為 X1 之父親 X 於生前出租給 Y，租期至 99 年 12 月 31 日止。惟租期屆滿後，經 X 多次催告返還，Y 均置之不理。X 於 100 年 5 月 1 日死亡，A 地由 X1、X2 及 X3 三人共同繼承所有權，X1 應有權利請求 Y 返還土地。」Y 則抗辯其仍有租賃權，曾在 X 生前續訂租約，非無權占有等語。問：(38 分)

(一)就本件訴訟，法院應如何進行爭點整理程序？有無應予以闡明之事項？

(二)就本件訴訟，X1 如受敗訴判決確定，該判決之既判力是否及於其他共有人 X2 及 X3？X3 於該判決確定後就教於律師，有無可能再向 Y 起訴請求返還 A 地，如果您是 X3 之律師，可給予何適當建議？

民訴法第一題則是和預試考題不謀而合，同樣考了物上請求權和租賃物返還請求權競合時的處理，筆者先前也曾經詳盡地，結合實體法和程序法觀點對此一問題的解答做了說明(註 6)。該題的第二小題考了第三人撤銷之訴，讀者應該對於第三人撤銷之訴作為一種判決確定後的事後程序保障，適度地和事前的程序保障相為連結，才具有全覽程序保障高度的答題意識，並且才能回歸到訴訟法總論的角度底下回答問題。

甲主張某 A 畫係其向乙之被繼承人丙所購買，價金 100 萬元已經支付，請求乙履約，乙稱無買賣契約予以拒絕，甲乃於 95 年 1 月 2 日起訴，請求乙移轉 A 畫所有權並交付 A 畫，且提出蓋有丙印文之讓渡書一紙為證。乙則否認該讓渡書上丙之印文為真正。第一審法院以甲不能證明該讓渡書上丙之印文為真正，甲之主張不可採，駁回甲之訴。甲上訴後，第二審法院仍以同一理由，駁回甲之上訴，該第二審判決書並於 95 年 10 月 20 日送達予甲、乙（以不必加計在途期間為前提作答）。請問：

(一)若甲主張第二審判決違背法令，於 95 年 11 月 15 日提起第三審上訴，第二審以甲之上訴已逾上訴不變期間，且上訴利益亦未逾 150 萬元，裁定駁回甲之第三審上訴，甲復對於該裁定提起抗告，經最高法院以同一理由，裁定駁回甲之抗告，並於 96 年 2 月 2 日送達裁定書予甲。甲隨即於 96 年 2 月 3 日，以第二審判決適用法規顯有錯誤為理由，對第二審判決向第二審法院提起再審之訴。甲提起再審之訴，是否已逾不變期間？(19 分)

(二)若甲未對於第二審判決提起上訴，而於 95 年 11 月 15 日對於第二審判決提起再審之訴，主張其於昨日見到了，丁稱在家中發現丙所贈送之倚天屠龍記一書內蓋有丙之印文，該印文與讓渡書上丙之印



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

文相同，法院可令丁攜帶該書到庭，證明讓渡書上丙之印文為真正，丁亦同意到場作證，原確定判決有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 13 款之再審事由等語，並提出丁所出具之到場同意書為證。問法院應如何處理？（18 分）

民訴法第二題考了再審的相關問題，也算是特種程序的問題，大致與前述明題邏輯相符。

## 貳、新舊兩制比較

### 一、和舊制相同的是：

行文至此，在民法和民訴法分立的考題，除了案例事實有部分類型化傾向之外，大致都和舊制相同。

我們不禁要問的是，那新制和舊制的不同到底在哪裡？

### 二、和舊制不同的是？

依據先前沸沸揚揚的考試猜想，舊制和新制最大的不同是實體法和程序法結合的考題。讓我們一起來看看？首先看司法官第六題，題目如下：

A 公司僱用之司機甲及 B 公司僱用之司機乙，分別駕駛各該公司之大客車，於民國 96 年 11 月間因過失侵權行為，致丙受傷，經法院認定甲乙各負有百分之五十之過失責任，判決甲乙應連帶給付丙新臺幣四百萬元，A 公司應與甲負連帶責任，B 公司應與乙負連帶責任確定。A 公司於民國 98 年 10 月 10 日，依上開確定判決給付丙四百萬元。問：

(一)A 公司依民法第二百八十條、第二百八十一條之規定，起訴請求 B 公司與司機乙連帶給付應負擔之二分之一部分金額二百萬元時，是否有理由？有無再追加其他法律關係之必要？（40 分）

(二)B 公司及司機乙對前開起訴，於言詞辯論時若僅表示對 A 公司已全部清償丙四百萬元不爭執後，即未再為任何之抗辯，此時法院是否即可判准 A 公司之請求？（25 分）

(三)若第一審法院判決 A 公司之請求全部勝訴，B 公司不服，聲明上訴，其理由表示伊對丙無共同侵權行為，自不應負連帶賠償責任，A 公司全部清償後，即不得依連帶債務之法律關係向伊求償等語。司機乙則未聲明不服，此時，B 公司之上訴效力是否及於司機乙？該上訴效力之認定是否會因 B 公司上訴之有無理由而受影響？（25 分）

第一題在 PTT 上頭沸沸揚揚的被討論，涉及本質非常爭議的不真正連帶債務，不過這是一個單純的實體法考點，並沒有其他的證據取捨或者程序法觀點會影響到有無理由的問題。第二、三題則是傳統民事訴訟法考試中已經存在的考題，兩者均關切判決效力以及上訴效力的問題，雖然是個熱



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

點，但也是傳統常見考題。我們不禁要問，考試改變了什麼？

甲有一棟違章建築房屋，出租給乙，約定作為營業店面之用，租期五年。甲將房屋交付予乙之後，乙請求甲配合提供房屋相關文件資料，以便向主管機關申請營利事業登記，卻遭甲以各種理由推辭，以致乙遲遲未能辦妥營利事業登記手續，店面無法開張。乙乃就其無法如期營業所生損失，起訴請求甲賠償損害。

針對乙之請求，甲提出如下抗辯：第一，違章建築依法不得交易，雙方租賃契約自始標的不能，並且違反法律禁止規定，應屬無效；第二，甲已交付房屋予乙，房屋本身並無任何不能使用之瑕疵，雙方亦未約定甲有配合辦理營利事業登記之義務，乙應自行設法解決，與甲無關；第三，退一步言，房屋既能使用，乙即便未能辦妥營利事業登記手續，依然可以如期開張營業，毫無損失可言。另，甲、乙損害賠償訴訟進行中，乙一直任令該房屋處於棄置狀態，沒有任何利用規劃。乙之友人丙於是趁機占用該房屋，出資裝潢後，經營餐飲業務，惟生意慘澹，顧客稀少。乙明知丙占用房屋之事，一開始仍不聞不問，執意靜待其與甲間損害賠償訴訟結果。二年後，乙才決定以丙為被告，起訴請求丙返還一筆相當於房屋租金之不當得利。針對乙之請求，丙提出如下抗辯：第一，其占用房屋，營業業績不佳，虧損連連，又為房屋支出裝潢費用，不但未受有利益，反而尚有損失；第二，乙任意棄置房屋，全無利用規劃，並未因其占用行為受有損害；第三，乙明知其占用房屋之事，二年期間內均不聞不問，不得再行使權利；第四，退一步言，房屋屬甲所有，丙縱有不當得利，亦應由甲出面請求返還利益，與房屋承租人乙無關。

(一)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明乙對甲之損害賠償請求有無理由？(30分)

(二)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明乙對丙之不當得利請求有無理由？(30分)

(三)乙、丙二人不當得利訴訟中，何人應就丙是否無權占用房屋之事實，負舉證責任？(30分)

第一、二題都是參考前揭抗辯中的內容，回答實體法律關係主張，到底有無理由的問題；第三題則是考不當得利的舉證責任，沒有任何驚喜可言，對此，姜世明教授提倡的反駁證明，讀者應該要能夠有所掌握，無法說出理論名稱，至少要能夠說明相關內容。

另外，筆者已經預料舉證責任在新考試中的可考性，並花費單一專題說明舉證責任分配的基本觀念(註 7)。附帶一提，就配合提供房屋相關文件資料的附隨義務違反，和其法律效果，乃詹森林教授較新文章的熱點所在，



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

從 2010 年以降已有多篇文章對於附隨義務的發展有所說明，讀者應該有所準備。同時作者的小書中也曾用案例進行相當清楚的說明，對於房屋既能使用，乙即便未能辦妥營利事業登記手續，依然可以如期開張營業，毫無損失可言，也和筆者案例中國有財產局的抗辯如出一轍(註 8)。

綜上，新制國考關於民事法綜合考科已經成為把兩堂考試合成一堂考試的寫字大賽，要求考生成為連寫四小時的考試機器，浮沉於考海的考生只好自求多福。

參、一則新例題，勇敢往前走

### 一、一則新例題

唯一可慶幸的是，此次考試證明了筆者觀點，即實務見解會越來越重要，因為在命題老師想像力進化的歷程中，實務見解還是一個很好改編案例的來源，而如前所述，筆者以實務見解全面重新編撰的小書對於 100 年新制考試起了不少預測作用，或許能夠至少幫助考生以熟悉度爭取時間。行文至此，筆者再次挑選有趣案例命題，提供給讀者們進行演練，並限於篇幅僅附上最新實務見解的簡答說明，希望能夠有些微助益。

#### 【案例】1000943 富○山莊案

A 起訴主張：B 從事營造業，民國 88 年間 D 與訴外人 E 合建，約定 E 提供土地，由 C 公司為營造廠商興建「富○山莊」獨棟住宅十戶，而 B 亦參與上開建築工程之部分建造。旋 D 為完成「富○山莊」建案，乃透過 F 向 A 借款，為擔保上開借款債務，同意將前開 C 公司可分得建物其中編號 A1、B2 建物之起造人名義分別變更為 A，A 即將所有印章由 F 轉交 D，以供辦理變更起造人事宜。嗣 C 公司因財務困難宣告倒閉，E 亦積欠他人借款，致尚未建造完成之「富○山莊」建案住宅三戶遭法院拍賣，F 因無法自 C 公司受償借款及工程款，F 將前自 D 處取得伊之印章交予 B，以供辦理「富○山莊」建案之變更設計手續。詎於 93 年底 B 因籌措資金不足，要求 F 再行出資未果，竟未經 A 同意，擅於同年 12 月 3 日將伊印章交付不知情之 G 建築師，由該建築師事務所職員在變更起造人申請書上及變更起造人名冊上，將原起造人名義變更為「H」，持向 I 市政府申請變更起造人而予以行使，致「富○山莊」建案完成後，A 無法辦理保存登記以取得原應分得之房屋所有權而受有損害，B 自應負賠償責任。B 則以：編號 A1、B2 建物起造人名義登記為 A，係在擔保 A 對於 D 之債權，A 如受有損害，應向 D 請求損害賠償。且 A 最遲應於 95 年 5 月間已知悉伊有變更起造人名義之行爲，其至 98 年 2 月 17 日始提起本件訴訟，亦已罹於二年消滅時效，伊得拒絕賠償。又「富○山莊」建案雖



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

係訴外人 J 公司完工，但實際上為 B 向 J 公司借牌施作，由 B 出資繼續建築完工，伊得請求 A 返還因添附所得該部分之利益，並與 A 之損害賠償抵銷等語，資為抗辯。

(一)若您是 A 的律師，試為 A 說明其受有何種損害？此一損害類型應相應地引據何規定作為請求權基礎？試就近年實務以及學說的通說與不同意見分做說明。

(二)若您是承審法官，倘若 A 未委任訴訟代理人，就（一）中爭議僅僅擇單一之請求權基礎，惟 B 委任訴訟代理人則就此加以抗辯，認為原告起訴主張之請求權基礎錯誤，故訴訟為無理由，而您認為 A 主張錯誤之請求權基礎應採 B 之訴訟代理人之見解，實則僅須另為其他請求權基礎之請求即屬有理由，應如何處理此種情形？

(三)就本案中侵權行為之請求是否已經罹於消滅時效一事，應由何人負舉證責任？

## 二、勇敢往前走

### (一)第一小題最新實務見解

本題涉及傳統侵權行為法的 ABC 問題：**第 184 條第 1 項的保護客體是否僅限於權利？**在筆者小書中曾經提醒讀者最高法院在穩定見解中逐漸有所變更，這則判決要旨就可以看得出來最高法院在固守傳統見解之餘(註 9)，可能透過對於權利的放寬認識而擴大侵權責任的保護範疇：「又按民法第 184 條第 1 項前段所保護之客體為權利，後段所保護之客體為權利以外之利益。所謂權利乃得享受特定利益之法律上之力，利益係指私人享有並為法律（私法體系）所保護，尚未賦予法律之力者而言。權利本質上亦屬於利益之一種，二者之觀念隨時代變遷及社會需求而相互流通發展，原難有一絕對之劃清界線。權利與利益並均為法律上之概念，必須經由法律上之評價始能加以判斷，與單純之事實認定未盡相同。因此，被害之客體究為權利或利益？應就當事人主張之原因事實加以法律上之評價後定之，而非以當事人所主張之名稱為準。」一旦承認保護客體須要透過法律與時俱進的評價，則僵化的二分法遲早有所修正。在作答上建議讀者依據題幹兩說併陳，並且能夠比以往更熟加練習少數說的見解，畢竟隨著時代腳步演進，答案應該會逐漸有不同面貌。

### (二)第二小題最新實務見解

在本題所根據的原始判決(最高法院 100 年度台上字第 943 號判決)中，



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

其實這段文字最值得玩味：「另在辯論主義及處分權主義之原則下，原告於起訴時固須表明訴訟標的及其原因事實（民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款），但依「法官知法」、「法律屬於法院專門」之原則，關於法律之評價、判斷及適用，係法院之職責，法院就當事人之主張及提出之證據依調查證據程序確定事實後，即應依職權尋求、發現法之所在，不受當事人所表示或陳述法律意見之拘束。再當事人之聲明或陳述如有不明瞭或不完足者，審判長固應行使闡明權，惟審判長對當事人之聲明或陳述，倘斟酌一切情事誠實信用原則，依合理客觀的解釋，得以探求真意時，即不生闡明之問題。」這段見解先說法律適用問題是法官知法問題，應該不受拘束，此點在民訴法學說上較無爭議，有爭議的是，在此涉及請求權基礎不同（民法第 184 條第 1 項前段、與同條項後段之不同），是否能夠列為法律見解差異而以法官知法解決，可能會有問題；畢竟只有在新訴訟標的理論下，這才可能是法律適用問題。更驚人的是，這則最高法院判決先將訴訟標選擇問題列為法律選擇問題，不受當事人拘束，對於當事人所述內容只要法官認為可以自行探求真意時，甚至連闡明都省了，因此得出以下結論：「原審探求被上訴人之真意，就被上訴人主張其受侵害之客體評價為利益（即學說上所稱之純粹經濟上損失），並在被上訴人所陳述之原因事實及表明之訴訟標的範圍內，經由兩造為辯論後，適用民法第 184 條第 1 項後段作為判決之依據，而非逕行援用上訴人所不及知之法律與訴訟資料作為裁判基礎，致有喪失適當程序權保障之情形，核與上述「法官知法」、「法律屬於法院專門」之原則並無違背，自不生突襲性裁判或訴外裁判之問題。」

在處分權主義與辯論主義之下是否能夠做此等認識，頗值懷疑。因此答題上還是建議：依照對於訴訟標的理論基本的新舊說見解所衍伸之爭議，即對於請求權基礎擇定是處分權主義還是法官知法的，兩說併陳，較為妥適。

### (三)第三小題相關實務見解

本題是簡單的題目，依據實務見解，對於第 197 條侵權行為短期時效的舉證責任，應由賠償義務人舉證：「該項所謂知有損害及賠償義務人之知，係指明知而言，倘請求權人不知時，即不得適用 2 年之時效規定；如當事人間就知之時時間有所爭執，應由賠償義務人就請求權人



**知悉在前之事實，負舉證責任(本院 72 年台上字第 1428 號判例參照)。**

原審以上訴人未能證明被上訴人知悉在前，而認被上訴人之侵權行為損害賠償請求權尚未罹於消滅時效，亦未違背舉證責任分配之法則。上訴論旨，執此並以原審認定事實、取捨證據、適用法律之職權行使暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。」

**【注釋】**

- 註 1：請參閱拙著，李律師，《財產法實體程序爭議問題研究》，請見關於債編概說的部分，對於民法債編在新制考試下的架構問題，該書有清楚的說明。
- 註 2：請參閱拙著，李律師，《財產法實體程序爭議問題研究》，案例 0991150。先前如果已經閱讀筆者小書的讀者，應該會有意外的熟悉感，並因為熟悉感而降低考試之不確定感。
- 註 3：請參閱拙著，李律師，《財產法實體程序爭議問題研究》，請見本書第四編第二節的說明，筆者以 60 頁的篇幅試圖說明實體法與程序法的結合考察中，一個重要的切面與觀察點：從請求權出發論實體法與程序法的綜合運用。
- 註 4：請參閱拙著，李律師，《財產法實體程序爭議問題研究》，案例 0990870 在頁 5-8 以下對於對待給付判決的本質內容說明，如果曾經一讀小書的讀者，或許不必然就能完全推理，但應該不會太陌生而有被突襲之感覺。
- 註 5：請參閱拙著，李律師，《財產法實體程序爭議問題研究》，全面性的說明請參閱本書契約責任概說的部分，關於給付不能請看案例 0992287，不完全給付的說明更是貫穿的討論種類物與特定物的問題。
- 註 6：請參閱拙著，李律師，《財產法實體程序爭議問題研究》，主要在頁 7-44 以下。
- 註 7：請參閱拙著，李律師，《財產法實體程序爭議問題研究》，專題：證明度與舉證責任。
- 註 8：請參閱拙著，李律師，《財產法實體程序爭議問題研究》，案例 1000002 恆○開發訴財政部國有財產局案。
- 註 9：最高法院 100 年度台上字第 943 號判決認為：查民法第 184 條第 1 項規定：「因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」本件上訴人擅自以偽造文書之方式，辦理變更被上訴人起造人名義為謝○揮，改以謝尚揮為起造人申請新建造執照，藉以申請建物所有權第一次登記，致被上訴人嗣於該建造執照之建物完成後，無法辦理建物所有權第一次登記以取得該建物之所有權，為原審所合法確定之事實。上訴人係故意以背於善良風俗之方法，加損害於被上訴人，依民法第 184 條第 1 項後段自應負損害賠償責任。原審本此見解而為上訴人不利之判決，經核於法並無違誤。

