

從 114 年法研所試題看國考趨勢—民法篇

編目 | 民法

主筆人 | 丁浩哲

一、前言

民法是所有法科當中範圍最廣大的一科，學理上也累積了數量非常可觀的文獻，這也造成學說實務間討論的兩大趨勢：第一是常見的傳統爭點已經被討論的非常深入，且呈現出眾多令人眼花撩亂的不同見解；第二是比較冷門的爭點或獨門理論散見於各處，而考試時也有一定的出題機率。因此本文擇定議題的標準，除了在各校考題中重複出現的次數高以外，再來就是幫考生補足那些法研所考試中出現的冷門或新興爭點，儘可能擴大各位的守備範圍。

雖然民法涵蓋的範圍甚大，但向來考試多以債法為主要出題範圍，其中又以債總考題最為常見，也因此過去多數考生準備上也多以這部分為重心，甚至也不乏有棄守物權者。不過，近年考試似乎有物權復興之傾向，以台大 B 卷為例，113 年考了人保與物保的責任分擔，114 年則考了讓與擔保，讓物權法的考題又再度活躍於考場中。不僅如此，考試上也開始出現冷門物權的相關考題，像是 113 國考中考了權利質權，114 政大財法第 4 題考了不動產役權等，由此可見考生對物權也需重新掌握。不過考生也無須過於憂心，觀察上述這些物權考題，其實並非過於深入的難題，換句話說，在準備上不須追求深度，而是應擴充廣度，對物權法全篇內容有個大致的印象即可。

二、土地登記不實之損害賠償責任 (台大 A 卷第 2 題)

按土地法第 68 條規定：「因登記錯誤遺漏或虛偽致受損害者，由該地政機關負損害賠償責任。但該地政機關證明其原因應歸責於受害人時，不在此限。(第 1 項)前項損害賠償，不得超過受損害時之價值。(第 2 項)」隨著最高法院作成 110 年度台上大字第 3017 號裁定，本條之解釋適用亦受到學說上的高度關注：

(一) 歸責原則：

1. 實務：

針對土地法第 68 條第 1 項之損害賠償責任究竟係過失責任抑或無過失責任，過去實務上有爭議。就此，最高法院 110 年度台上大字第 3017 號裁定採無過失責任說(結論同下述學說之(2)說)，其理由如下：①土地法第 68 條第 1 項文義上並未以公務員之故意、過失為要件，為貫徹土地登記之公示性及公信力，宜採無過失責任。②同條第 2 項規定將損害賠償範圍限於所受損害，且同法第 70 條採登記儲金制，以登記費之一部作為賠償之用，可適度調節責任負擔。

2. 學說：

(1) 推定過失責任說

觀察土地法第 68 條之規範結構和民法第 190 條、第 191 條類似，又考量登記審查人員對於不同登記案件之審查密度不同，其有無過失之判斷標準不一，宜採推定過失之機制保障受害人之權益¹。若虛偽登記係可歸責於地政機關以外之機關，由於地政機關終究係作成土地登記處分者，其依民法第 185 條第 1 項仍負連帶賠償責任²。

(2) 無過失責任說(以公務員之故意或過失為準)

學理上有贊同應貫徹土地登記之公示性及公信力者³，亦有認為①土地法第 68 條第 2 項已限縮賠償範圍，若又要求以地政人員之故意或過失為要件，反而較國賠法第 2 條第 2 項更不利於權利人，有違該條之規範意旨。②土地法第 68 條非單純之國賠責任，從登記儲金制可見其略具保險之性質，而保險給付不以保險人之故意過失為要件。③若登記人員無過失時不予賠償，將使人民對既有登記事項之查證義務提高，加重交易成本⁴。

值得注意的是另有見解指出，本號裁定之結論雖可贊同，但其論證有瑕疵，蓋國賠責任是否以公務員之故意或過失為要件，屬立法形成自由之範疇，無法從規範目的直接推導出，且賠償責任範圍和登記儲金制之設計，亦與主觀責任要件欠缺邏輯關聯性⁵。

(3) 無過失責任說(以地政機關之故意或過失為準)

前揭實務或學說見解皆將焦點置於承辦登記之公務員有無故意或過失，然而國家與公務員分別為不同之權利主體，實應以地政機關自身作為歸責原則之判斷主體為是⁶。又登記儲金係從登記費中創設之保證基金，具有風險擔保之意涵，地政機關因此具分散風險之能力，再考量土地法第 68 條第 2 項已限縮賠償範圍，使地政機關不致負擔過高之責任，實有課予地政機關無過失責任之正當性⁷。

(二) 免責事由：土地法第 68 條第 1 項但書所稱「應歸責於被害人」應如何解釋？

有部分實務認為只要被害人具可歸責事由，縱然地政機關有故意或過失，其亦無須負損害賠償責任。學說則認為需「全可歸責於被害人」時，地政機關始得依該條但書免責⁸：

¹ 陳明燦，我國土地虛偽登記及其損害賠償法律問題之分析，台灣法學雜誌，第 401 期，2020 年 11 月，頁 8-10。

² 陳明燦，前揭註 1，頁 15。

³ 陳立夫，土地法裁判精選—土地登記損害賠償，月旦實務選評，第 1 卷第 5 期，2021 年 11 月，頁 83。

⁴ 黃健彰，土地法第 68 條登記損害賠償之研究—以賠償要件與適用範圍的爭議問題為主，輔仁法學，第 66 期，2023 年 12 月，頁 174-188。

⁵ 李建良，土地「虛偽登記」的國家賠償責任—最高法院 110 年度台上大字第 3017 號民事大法庭裁定釋疑，台灣法律人，第 24 期，2023 年 6 月，頁 142-144。

⁶ 顏佑紘，論土地法第 68 條第 1 項損害賠償責任之歸責原則，國立臺灣大學法學論叢，第 53 卷特刊，2024 年 12 月，頁 985-986。

⁷ 顏佑紘，前揭註 6，頁 996-1003。

⁸ 顏佑紘，前揭註 6，頁 1004-1008。

1. 可歸責於被害人及第三人之情形：

此時仍有保護被害人利益之必要，基於分散風險及分配正義之理念，不宜將第三人無資力之風險全由被害人獨自承擔，故地政機關仍不得免責。

2. 可歸責於被害人及地政機關之情形：

基於自己責任原則，地政機關本須就自身故意或過失行為負責，惟此時得依國賠法第 5 條準用民法第 217 條減輕或免除地政機關之損害賠償責任。

(三) 賠償範圍：是否包含所失利益？

多數說認為土地法第 68 條第 2 項將賠償範圍限於「所受損害」而不及於「所失利益」⁹，而本號大法庭裁定亦同此旨。然亦有論者採肯定見解，其指出①該條項文義並未排除所失利益，若欲貫徹保障權利人之規範目的，自應包含之，又②所失利益之請求可藉由「客觀確定性」之要件加以限制，不致過度擴張責任，且③觀察實務上登記儲金有閒置之現象，故可考慮從寬解釋賠償範圍¹⁰。

(四) 消滅時效：

實務上有三種見解，分別為①甲說：適用民法第 125 條。②乙說：適用民法第 197 條第 1 項。③丙說：適用國賠法第 8 條第 1 項。

對此，學說指出土地法第 68 條第 1 項既屬國賠責任之一環，其適用之消滅時效依據自應區分情形而定：若請求權於國賠法施行後(民國 70 年 7 月 1 日後)發生，應適用國賠法第 8 條第 1 項；若發生於國賠法施行前，則考量該條性質上亦屬侵權責任，應適用民法第 197 條第 1 項規定¹¹。

(五) 責任補充性？

部分實務認為，若權益受影響者另有得向第三人主張之權利，則未向該第三人追償前，尚無實際損害，故不得依土地法第 68 條第 1 項規定向地政機關求償。

學理上對此見解則採質疑態度，因①土地法中並未有如民法第 186 條但書責任補充性之規定，且②登記錯誤、遺漏、虛偽在客觀上本具違法性，又③實務或許係考量政府預算有限，然而地政機關既係以登記儲金賠償，自無特別保護必要。故土地法第 68 條並非補充責任¹²。

版權所有，重製必究！

⁹ 陳立夫，前揭註 3，頁 83；顏佑紘，前揭註 6，頁 1002。

¹⁰ 黃健彰，土地法第 68 條登記損害賠償的賠償範圍，國立中正大學法學集刊，第 82 期，2024 年 1 月，頁 111-115。

¹¹ 顏佑紘，客觀判斷基準與雙重判斷基準得以重疊適用？—評最高法院 106 年度台上字第 2452 號民事判決，台灣法律人，第 35 期，2024 年 5 月，頁 127-129。

¹² 黃健彰，地政機關登記賠償責任補充性相關問題的檢討—評最高法院 103 年度台上字第 1976 號民事判決，月旦民商法雜誌，第 65 期，2019 年 9 月，頁 140-147。

三、廣告是否成為契約之一部 (政大民法第1題、政大財法第1題、北大民法第1題)

(一) 廣告之性質

處理此問題時，首先應釐清廣告為要約或要約之引誘？若廣告屬於要約，則其構成契約之一部，自不待言，惟多數說認為①廣告係對不特定多數人為之，且商品存貨必然有限，②企業經營者多有意保留進一步商議細節之空間，故其性質應屬要約之引誘¹³。

(二) 消保法第 22 條之適用

進一步的問題是，在消保法第 22 條之規定下，廣告何時成為契約之一部？目前學說多以「是否引起消費者正當信賴」作為判斷標準：客觀上，廣告內容應具體明確；主觀上，消費者需已盡交易上合理注意義務¹⁴。考量到廣告係擴大經濟活動範圍之方法，屬企業經營者之掌控範圍，原則上應推定消費者具備正當信賴¹⁵。

(三) 排除廣告效力約款之效力

對此學說持肯定見解，蓋①消保法第 22 條之正當性基礎在於「禁止矛盾不一」，然而若當事人已另有約定，即無矛盾之問題。且②此不涉及公共利益，消費者若願放棄法律之保護，應無禁止之必要。然而應限於消費者以個別磋商約款方式同意始足當之，以免企業經營者利用資訊落差使消費者陷於不利之境地，若此係依定型化約款為之，則應依消保法第 12 條第 1 項解為違反誠信原則而無效¹⁶。

四、讓與擔保 (台大 B 卷第 1 題、成大第 1 題)

參照最高法院 103 年度台上字第 1304 號判決，關於讓與擔保之定義，係指債務人以擔保債務之清償為目的，將擔保物所有權移轉予債權人。

(一) 讓與擔保是否可認係習慣法物權？

多數說採肯定見解¹⁷，然而有不同意見認為，就動產而言，動產擔保交易法已制定動產抵押權之規定，一般人應傾向運用動產抵押權而非動產讓與擔保，故不具備習慣法長期

¹³ 陳聰富，論契約上之要約，月旦法學雜誌，第 312 期，2021 年 5 月，頁 72-76；劉姿汝，預售屋廣告與契約之爭議—最高法院 110 年度台上字第 109 號民事判決，月旦裁判時報，第 127 期，2023 年 1 月，頁 49；陳忠五，建物外觀顏色與預售屋廣告的契約效力—最高法院 108 年度台上字第 1201 號判決評釋，月旦法學雜誌，第 309 期，頁 42。

¹⁴ 劉姿汝，前揭註 13，頁 52-53。陳忠五，前揭註 13，頁 39；楊宏暉，對預售屋廣告之契約期待與保護，財產法暨經濟法，第 25 期，2011 年 3 月，頁 64-68。

¹⁵ 陳忠五，前揭註 13，頁 46-47；楊宏暉，前揭註 14，頁 68-69。學說強調廣告具有契約效力並非出於當事人約定，而係基於法律規定。

¹⁶ 陳忠五，前揭註 13，頁 52-53。

¹⁷ 王澤鑑，不動產讓與擔保—第一個習慣物權的創設，台灣法律人，第 11 期，2022 年 5 月，頁 96；謝在全，判例法之進程—以讓與擔保為例，月旦法學雜誌，第 310 期，2021 年 3 月，頁 179-183；曾品傑，我國習慣法上之讓與擔保，月旦法學雜誌，第 311 期，2021 年 4 月，頁 156-160。

反覆實施之要件；至於不動產讓與擔保則有與登記制度敵對之疑慮(詳參後述)，更不宜認定為習慣法，否則無異以違法驅逐合法¹⁸。

對此，另有學說指出，所謂習慣法上「法之確信」之認定，已逐漸從「確信說」轉向「法官法說」，習慣法的成立已取決於法院判決承認與否，以我國實務的發展而言，已可認為讓與擔保具習慣法之位階¹⁹。

(二) 讓與擔保之標的

多數說認為無論不動產、動產、債權或其他無體財產權皆得作為讓與擔保之標的，然而有學者認為不動產應不得作為讓與擔保之對象，蓋①讓與擔保本質上係以債務人清償全部債務作為讓與行為之解除條件(詳參後述)，又不動產物權行為具有「條件敵對性」而不得附條件，否則恐有違不動產登記之公示性及安定性。且②承認不動產讓與擔保將提供有心人士掩蓋不動產借名登記之手段，將助長借名登記之浮濫並提高法院審理之困難²⁰。

(三) 構造之爭²¹

讓與擔保的基本法律關係由兩者組成：讓與擔保契約(債權關係)及讓與行為(物權關係)，而此二者之交互關係為何，又有以下見解：

1. 所有權構造說(又稱權利移轉理論)：

此說認為讓與擔保結構上類似信託，擔保權人取得標之物之所有權，然而其應受讓與擔保契約約定之拘束。論者認為在物權行為形式主義下，不動產物權行為非經登記不生效力，既然實務上無法為讓與擔保之物權登記，且在物權法定主義之要求下，現行法亦未承認以擔保債務為目的之定限所有權，故自不能直接發生讓與擔保之效力，僅能承認讓與擔保契約之債權效力，及移轉「一般所有權」之物權效力²²。

2. 擔保權構造說：

考量移轉財產權之經濟實質係出於擔保目的，應認擔保權人僅取得於債務未清償時得就標之物為變價或估價受償之擔保權。有學者贊同此說正視當事人之擔保意

¹⁸ 游進發，讓與擔保之基本結構—對最高法院 109 年度台上字第 2634 號民事判決之反思，月旦裁判時報，第 125 期，2022 年 11 月，頁 26。同持否定態度者，參照陳榮傳，讓與擔保與擔保物權的距離，月旦法學教室，第 219 期，2021 年 1 月，頁 7。

¹⁹ 吳從周，讓與擔保制度在臺灣之發展現況—兼評中國大陸最高人民法院(2011)民提字第 344 號民事判決，法官協會雜誌，第 17 卷，2015 年 12 月，頁 178-179。

²⁰ 游進發，前揭註 18，頁 24-25。

²¹ 整理自王澤鑑，前揭註 17，頁 98-99；謝在全，前揭註 17，頁 185-186；曾品傑，前揭註 17，頁 161；游進發，前揭註 18，頁 19-26。

²² 陳榮傳，前揭註 18，頁 7；陳榮傳，讓與擔保與信託受託人的「定限所有權」，月旦法學教室，第 243 期，2023 年 1 月，頁 35。不同見解認為，最高法院承認讓與擔保之擔保權人得就標之物優先受償，自是賦予其一定之物權效力，然而其透過移轉所有權之方式為之，係依循既有物權體系，並未違反物權法定主義，參照曾品傑，前揭註 17，頁 160-161。

思²³。

(四) 法律關係(以所有權構造說之立場為主)²⁴

1. 內部關係

(1) 設定人之權利義務：

A. 擔保標的之利用關係：

讓與擔保實務上，擔保權人多無使用收益擔保標的之需求，故多由設定人繼續占有利用之，而設定人從中獲利也提高擔保債務獲清償之可能²⁵。因此依據讓與擔保契約，設定人就擔保標的有占有、利用權限，擔保權人不得對其主張所有物返還請求權。

B. 損害賠償關係：

設定人就擔保標的負保管義務，因此標的物毀損滅失時，擔保權人得對其主張所有權受侵害之侵權責任，亦得對其主張讓與擔保契約債務不履行之契約責任，兩者間具有競合關係。

C. 擔保標的返還請求權：

設定人若於擔保債務清償期屆至時及時清償，即得對擔保權人請求返還擔保標的。其理由構成，有認為係因經由當事人意思表示解釋，可認為讓與行為係以債務人清償全部債務作為解除條件²⁶；另有認為係基於擔保物權之消滅上從屬性，讓與擔保亦失所附麗而消滅²⁷。

至於已逾清償期後，學說亦肯定於一定期間內仍得清償債務而請求返還擔保標的，蓋讓與擔保之目的係著眼於擔保標的之金錢價值，而非取得擔保標的之所有權，參照民法第 873 條之 1 第 3 項之精神得為如此解釋²⁸。

(2) 擔保權人之權利義務：

A. 物上代位性：

由於擔保標的物之所有權已移轉予擔保權人，該標的物滅失後所衍生之物或權利應歸屬於擔保權人，此可參照民法第 881 條。

B. 擔保權人之實行權：

原則上擔保權人就實行方法得自由選擇採處分型(變賣受償)或歸屬型(估

²³ 游進發，前揭註 18，頁 22-23。

²⁴ 整理自王澤鑑，前揭註 17，頁 99-102；謝在全，前揭註 17，頁 186-200；曾品傑，前揭註 17，頁 166-174。學說認為於事物本質之範圍內，設定人占有擔保物時可類推抵押權之規定，而擔保權人例外占有擔保物時則可類推動產質權之規定，參照王澤鑑，前揭註 17，頁 89；曾品傑，前揭註 17，頁 168。

²⁵ 游進發，前揭註 18，頁 25。

²⁶ 王澤鑑，前揭註 17，頁 99；游進發，前揭註 18，頁 22-23。

²⁷ 曾品傑，前揭註 17，頁 168。

²⁸ 謝在全，前揭註 17，頁 194。

價受償)，惟依讓與擔保契約之附隨義務，其應以最良好之換價價格為之。擔保權人為實行擔保，得請求設定人交付標的物。

此外參照民法第 873 條之 1 第 2 項規定，擔保權人負有清算義務，其實行擔保權後，就超過債權額之部分應返還設定人。有疑問者係，擔保權人之標的物交付請求權和設定人之餘額給付請求權是否立於同時履行抗辯之關係？在歸屬型下宜採肯定說，而處分型下因設定人就交付標的物負有先為給付之義務，故其不得對擔保權人主張同時履行抗辯，僅得對買受標的物之第三人主張動產留置權²⁹。

C. 讓與擔保契約之終止權：

學說認為設定人於未清償債務前，不得片面終止讓與擔保契約，然而擔保權人則可為之，蓋擔保權人本得自由拋棄其權利，惟此際應依個案情事判斷其是否有免供擔保或拋棄擔保物權之意思³⁰。

2. 外部關係

(1) 標的物處分權：

僅擔保權人對擔保標的物具處分權，蓋於清償期前，擔保權人為標的物所有人；而於清償期後，擔保權人已得實行擔保權，此更不待言。此外有見解認為若第三人為惡意時，該有權處分構成權利濫用，不生移轉登記之效力³¹。

(2) 物上請求權 L：

擔保權人為所有人，自得主張民法第 767 條第 1 項之物上請求權，惟於返還請求中，僅得請求無權占有人向設定人返還。而設定人得主張民法第 962 條占有人之物上請求權³²。

(3) 第三人侵害標的物所生之損害賠償請求權：

擔保權人既為所有人，自有權主張救濟。而學說認為設定人亦得主張救濟，蓋其就擔保標的仍具有占有、用益權³³。

(4) 得否提起第三人異議之訴？

A. 設定人之債權人聲請強制執行，擔保權人得否救濟？

應採肯定說，否則①擔保權人就實程序之主導權將喪失，其依私實程序(歸屬型)取得擔保標的之機會亦將被剝奪，且②由具有經濟一體性之多數擔保標的所組成之集合財產將分崩離析，喪失價值。

²⁹ 謝在全，前揭註 17，頁 189-194。

³⁰ 曾品傑，前揭註 17，頁 170-171。

³¹ 曾品傑，前揭註 17，頁 175-178。

³² 王澤鑑，前揭註 17，頁 100。

³³ 謝在全，前揭註 17，頁 195-196。

B. 擔保權人之債權人聲請強制執行，設定人得否救濟？

(A) 否定說(日本)

債權人之查封若係在擔保債權清償期後，擔保權人已取得處分權，設定人自應容忍擔保標的之換價處分；若查封在清償期前，則擔保權人為所有人，設定人更無救濟之餘地。

(B) 肯定說(德國)

在擔保債權未屆期清償前，經濟面上所有權係歸屬於設定人，應例外認為讓與擔保契約之信託拘束力外具有準物權效力。

(五) 公示方法

1. 不動產：

目前實務上係綜合所有權移轉登記及設定人占有標的物，作為讓與擔保之公示方法，惟學說多建議應創設讓與擔保之登記，蓋此有登記名實不符之虞，且仍存在設定人不占有擔保物之非常態性事例³⁴。

2. 動產：

實務上多以占有改定之方式以滿足交付之要求，然而此有公示內容不完全之疑慮，學說認為可類推動產擔保交易法中之登記方法³⁵。

3. 債權或其他無體財產權：

有認為可創設「登記」或「控制」之公式方法，前者可類推動產擔保交易法之規定³⁶；另有認為應以權利人對該債權之事實上管領為公示方法，蓋交付即占有之移轉，又占有係對標的之事時上管領狀態³⁷。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

³⁴ 謝在全·前揭註 17·頁 209；曾品傑·前揭註 17·頁 164。

³⁵ 謝在全·前揭註 17·頁 210。

³⁶ 謝在全·前揭註 17·頁 210。

³⁷ 曾品傑·前揭註 17·頁 165-166。