

112年公務人員特種考試司法官考試第二試
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話
科目：民法與民事訴訟法(一)

第一題

【總題說明】

本題主要在評量應考人對公用地役關係之適用對象及其要件的理解程度，並以此為基礎，延伸至關於妨害排除請求權之要件、侵權行為之責任成立要件、無因管理之費用償還請求權等問題。題目範圍包含民法物權編及債編之規定，旨在測驗應考人對相關規定之適用的熟稔度，以判斷是否具備擔任司法實務工作之基本能力。

【評分要點】

第(一)子題

本子題涉及乙是否有正當理由設置排水溝排放無害工業廢水至A地的問題。

依司法院釋字第400號解釋理由書：「公用地役關係乃私有土地而具有公用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間...。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要」。該號解釋雖係以通行為適用對象，但因A地供周遭不特定多數農地排水使用，又從無異議情事，且年代久遠未曾中斷，故可認A地上存在「以農田排水為目的之公用地役關係」。

而甲得否請求乙停止排放工業廢水，須視乙在利用此公用地役關係上，甲對A地之所有權有無受到妨害，其規範依據係民法第767條第1項中段規定的妨害除去請求權，於適用上應滿足以下要件：

1、請求權人為所有人

A地雖存在公用地役關係，但A地的所有權僅在特定公用目的之「必要限度」範圍內受到限制，其他基於所有權享有的積極與消極權能，與一般所

有權並無不同。基於買賣契約輾轉取得 A 地之甲當然係民法第 767 條第 1 項規定的所有人。

2、妨害之意義

民法第 767 條第 1 項中段規定所稱「妨害」，須為「不法」的妨害，始足當之。對所有權的「合法」妨害，所有人不得行使妨害除去請求權。

實務見解認「私有土地因公共利益目的提供公用，形成公用地役關係，土地所有人之財產權，係因負擔特定公共利益目的之社會義務而受限制，自應僅在該特定公共利益目的之正當行使狀態下，方得限制其權利之行使，倘逾越特定公用目的或為不當之行使，不法侵害所有權人之權利，所有權人非不得請求排除或賠償損害（最高法院 106 年度台上字第 1009 號判決要旨。類似意旨另可參照最高法院 101 年度台上字第 728 號判決）

據此，A 地存在以農田排水為目的之公用地役關係，A 地所有權行使，固然因公共利益目的而受到一定限制，但僅在特定公用目的之「必要限度」範圍內，始受限制，逾此必要限度範圍，其所有權仍應受一般所有權之保護，如有妨害，仍具有不法性，所有人並無容忍義務，妨害之人亦非正當行使權利，所有人仍得行使其妨害除去請求權。

乙係排放工業廢水進入 A 地，已逾越一般情形下農田排水灌溉的必要限度範圍，即使無害，未影響甲在 A 地經營養殖漁業，甲亦無容忍義務，乙亦非正當行使權利，其妨害行為具有「不法性」。

3、請求之相對人

乙對於排放工業廢水進入 A 地的不法妨害行為或妨害狀態，具有加以除去之支配力，係民法第 767 條第 1 項中段規定有除去妨害義務之人。

綜上所述，甲得依民法第 767 條第 1 項中段規定，請求乙停止排放工業廢水。

第(二)子題

甲得否請求丙賠償無法繼續利用地經營事業之營利損失，須視其是否滿足侵權行為之成立要件。

1、民法第 184 條第 1 項前段規定，有無適用餘地？

依通說與最高法院近年見解，民法第 184 條第 1 項前段規定的適用，須

「權利」被侵害。A地雖存在公用地役關係，但其所有權保護與一般所有權並無不同。丙排放有毒農田污水，導致甲無法於A地養殖漁業，係侵害「A地所有權」，並非「純粹經濟上損失」，應有民法第184條第1項前段規定的適用。

2、民法第184條第1項前段規定之要件的檢討

(1) 損害

甲無法於A地養殖漁業，不能圓滿行使所有權使用收益權能，係侵害A地所有權，構成一種（責任成立上的）「損害」。丙不得以A地所有權行使受到特定公用目的限制，主張其未侵害A地所有權。

(2) 因果關係

甲的損害，來自於丙排放有毒農田污水，丙排放有毒農田污水行為，與甲的損害間具有「因果關係」。

(3) 不法性

依「結果不法」說，侵害「權利」，構成要件該當，推定行為不法，在無阻卻違法事由時，行為即具「不法性」。依此說，A地所有權既被侵害，即推定不法，經查本件並無違法阻卻事由存在，故可認定行為不法。

依「行為不法」說，丙的行為已逾越一般情形下農田排水灌溉的必要限度範圍，甲無容忍義務，丙非正當行使權利，丙違反「不得任意侵害他人權益」的一般社會生活義務，其行為具有「不法性」。

A地存在以農田排水為目的之公用地役關係，其所有權之行使固然因公共利益目的而受到一定限制，但如前所述，A地之所有權僅在特定公用目的之「必要限度」範圍內，始受限制，逾此必要限度範圍，其仍應受一般所有權之保護，如有侵害，仍具有不法性，A地所有人並無容忍義務，侵害之人亦非正當行使權利。丙排放有毒農田污水行為，應認定為具有不法性。

(4) 過失

丙設置並管理維護自己所有農地上的農田排水溝，對於排放有毒農田污水進入A地，對甲可能造成損害一事，衡諸一般情形，應有預見及防免可能性，竟疏忽未及注意，不斷排放有毒農田污水進入A地，以善良管理人注意程度而言，其未能預見並採取防免措施，應認定為具有過失。

綜上所述，甲得依據民法第 184 條第 1 項前段規定請求丙賠償所受營業利益損失。

第(三)子題

乙得否請求甲償還費用的規範依據，應檢討者係民法第 176 條第 1 項規定的無因管理費用償還請求權，

無因管理人依民法第 176 條第 1 項規定，請求本人償還其因管理事務所支出的費用，必須其與本人間「成立無因管理」，且該無因管理屬「適法或正當的無因管理」。

以本小題而言，乙雖係主動改善工廠排水設施，避免廢水繼續排放流入 A 地，乙主觀上即使兼有為甲管理事務之意思，但承第(一)小題之結論，乙並無排放工業廢水進入 A 地的權利，甲亦無容忍乙排放工業廢水的義務，乙之所作所為，係在履行自己所負除去妨害狀態的義務，並非「無法律上之義務」而為他人管理事務（民法第 172 條前段規定參照），與無因管理之成立要件不合，自不得主張民法第 176 條第 1 項規定的費用償還請求權。

【閱卷委員的話】

第(一)子題

可確實掌握到本小題係以公用地役關係為檢討基礎者，基本上均能得較高之得分。而未意識到公用地役關係之應考人，則多數以相鄰關係中有關流水之相關規定為檢討對象，特別是以第 779 條第 1 項為論述重點者居多。應考人如能更仔細注意到題目之 A 地係「呈池塘狀態、供周遭農地排水使用」，其不同於第 779 條第 1 項係為排水至河渠或溝道，得使其水「通過鄰地」之情形，則在思考方向及後續論述應會有不同的結果。另亦有以第 775 條為論述根據者，惟本條規定係以「自然流至之水」為規範內容，與題示「供周遭農地『排水』」之情況亦顯有不同。

於甲無須對乙負容忍義務之前提下，乙之行為已構成「妨害」狀態，故甲對乙係依第 767 條第 1 項中段行使妨害排除請求權，部分應考人未注意及此，而援用同條項後段之妨害預防請求權為依據，難謂妥當。

第（二）子題

應考人普遍能掌握本小題屬侵權行為的問題，惟在論述上，即使係以甲之所有權的用益權能（權利）受侵害展開論述的應考人，亦鮮見詳細檢討其他成立要件致未竟全功，實屬可惜。

另較多見之答案則係將甲所請求之損害定位為所謂之「純粹經濟上損失」，而從所謂之「差別保護說」、「平等保護說」為出發點進行檢討。採取差別保護說者復有以保護受害人為由，認為應將第 184 條第 1 項後段之「故意背於善良風俗」擴張為「重大過失」，以適用至本小題中「疏忽未及注意」之丙；亦有以丙非「故意」，故應適用第 184 條第 2 項者。但採取後者之見解者基本上均未詳論丙究係違反何具體之「保護他人之法律」、或僅舉出某規定即係「保護他人之法律」，而未詳論所舉規定之旨趣與「保護他人之法律」之關係。依此架構解答之應考人就一般侵權行為之三類型的射程範圍均有普遍的理解，值得肯定，但因未掌握實務及學說見解的變化，實屬可惜。

第（三）子題

本子題係延續第（一）子題之結論的設問，故應考人在第（一）子題的結論必然影響到本小題之思考方向，也正因如此，本子題的作答普遍未能點到重點。大多數作答雖均援引第 776 條為判斷依據，但比對題目內容（乙並未造成甲受有損害）及該條規定內容（「致損害及於他人之土地，或有致損害之虞」），可知二者並不相同，因此即使結論正確，仍難謂妥當。

附言：

1. 綜觀本次考試之作答，發現應考人應有判斷作答時所援用之規定，在文字、內容上即有與題目內容不同之可能，但卻未進一步思考其意義，以作出更合理的說明。釐清題目之爭議點及確認有適用可能之規定後，有必要仔細確認該規定之適用要件及適用範圍等是否確實與題目有關，以免誤導思考方向。
2. 雖然字跡潦草至須一字一字研讀（甚至是推敲）的答案卷僅是少數，但仍提醒應考人作答書寫之文字務必力求工整。
3. 因錯用或混雜使用當事人的代號（甲、乙、丙、、、）致內容及結論有互相矛

盾情形者，有影響得分之可能。

4. 提醒應考人注意力求依循題目所示之子題號，清楚標示於答案卷上作答。
5. 提醒應考人注意應依題號（一）作答於標示有該題號（第一題）之答案卷。

第二題

【總題說明】

本題測驗重點涉及憲法法庭 112 年度憲判字第 4 號判決關於民法第 1052 條第 2 項但書規定是否違憲之審查結論、民法繼承編關於繼承順序之規定、結婚之形式要件、繼承遺產後就共同共有物為本於所有權之請求及行使共同共有債權方式上之區別等相關問題，均屬民事身分關係上常見及衍生之重要課題。旨在測驗應考人對於民法親屬編及繼承編之基本觀念是否清楚，及是否對於憲法法庭近期之判決內容有所認識，藉以瞭解應考人是否具備位擔任司法官或律師之基本法律能力。

【評分要點】

第(一)子題

本子題之重點，在於甲係以民法第 1052 條第 2 項所定婚姻有前項以外難以維持之重大事由為據，向法院訴請與乙離婚，然依題旨，甲為唯一有責之一方，按現行民法第 1052 條第 2 項但書之規定，唯一有責之配偶應不得依該條項規定訴請離婚。然因該條但書規定有違憲疑慮，經憲法法庭審查後，已於 112 年 3 月 14 日作成 112 年度憲判字第 4 號判決，認民法第 1052 條第 2 項但書之規定，原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違，但該規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。故第一審法院在上開憲法法庭判決宣示後，於判斷甲之離婚請求有無理由時，即應分析思考題示情形是否符合該判決所指顯然過苛之情形，並說明倘已屬顯然過苛之情形，是否應准許甲離婚之請求，或參照憲法訴訟法第 54 條第 1 項之規定，審酌有無必要依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法修正後，依新法續為審理。

第(二)子題

本子題之重點，關於甲之遺產由何人取得部分，包括甲死亡時，其與乙之離婚訴訟尚未經判決確定，依家事事件法第 59 條前段規定，該離婚訴訟因甲之死亡視為終結，故乙仍為甲之配偶，依民法第 1144 條規定，為甲之繼承人；甲與乙所生之丙，依民法第 1063 條 1 項規定，推定為甲之婚生子女，另甲與丁所生之戊，業經生父甲認領，依民法第 1065 條第 1 項規定，亦視為婚生子女，故依民法第 1138 條第 1 款規定，丙、戊均為甲之第一順序繼承人。又關於戊之遺產由何人取得部分，因民法第 982 條所定結婚之形式要件中，「證人」須為親自見聞結婚雙方均有結婚真意之人，而依題示情形，證人癸、丑既未曾與在咖啡廳等待之戊見面，顯然未能親自見聞戊有無與壬結婚之真意，而非適格之證人，依民法第 988 條第 1 款規定，戊與壬之結婚應為無效，故壬並非戊之繼承人；另戊與其生母丁之關係，依民法第 1065 條第 2 項規定，視為婚生子女，無須認領，故依民法第 1138 條第 2 款規定，因戊無子女、配偶，其繼承人為生母丁。

第(三)子題

本子題之重點，在於先說明甲之遺產在尚未分割前，依民法第 1151 條規定，應由各繼承人共同共有；並進一步區分請求拆屋還地部分，係依民法第 767 條第 1 項前段、中段規定，本於所有權而為請求，故依民法第 828 條第 2 項準用同法第 821 條規定，得由丙單獨起訴請求，但關於請求返還 A 地部分，僅得為全體共有人利益為之，故應請求返還予共有人全體；至請求給付欠租部分，則屬共同共有債權之行使，非屬回復共同共有債權之請求，故無民法第 821 條規定之準用，應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，經共同共有人全體同意，或由共同共有人全體為原告，當事人之適格始無欠缺（最高法院 104 年度第 3 次民庭會議決議參照）。

【閱卷委員的話】

第(一)子題

本子題答題之關鍵，在於是否知悉憲法法庭 112 年度憲判字第 4 號判決已就民法第 1052 條第 2 項但書規定有無違憲作成審查結論，並清楚瞭解該判決之正確內容。在閱卷過程中，發現部分應考人完全未提及上開憲法法庭判決內容，顯然對於此一重要判決之存在毫無所悉；亦有部分應考人雖提及此一判決，但從

其論述過程中，可見其對於該判決內容有所誤解，未能完整掌握正確之審查結論（例如稱上開判決已宣告民法第 1052 條第 2 項但書全部違憲，故唯一有責之配偶日後均得訴請離婚等），殊為可惜。建議應考人對於近期宣示之重要憲法法庭判決，能多加留意關注，並確實理解其內容重點，始能在答題時切中問題核心，提出正確完整之法律見解。

第(二)子題

本子題涉及之問題，雖然均為民法親屬編或繼承編之基本規定及觀念，但因為題目設定之相關人員較多且關係複雜，不少應考人發生張冠李戴之錯誤，或混淆彼此間之親屬關係，以致未能正確作答。建議應考人遇此情形，除務必詳讀題目外，亦可製作簡易關係圖、標明稱謂及重要事項，較有利於問題之思考及答題之正確性。另因本子題需就甲、戊之繼承人各為何人，分別論述判斷，建議應考人宜分別就甲、戊之繼承人可能為何人，分項、分點逐一擇要分析認定，並將結論清楚表明，避免全部混雜交錯論述，如此不僅有助於結論之完整性、正確性，亦使閱卷委員較易迅速掌握應考人之答題內容，而獲得肯定。

第(三)子題

本子題多數應考人均能正確作答，不致離題。但部分應考人未先說明甲之遺產，在分割遺產前，為各繼承人共同共有，即直接引用共同共有之相關規定作答，在論述之邏輯及層次上，略欠周詳。又有關共同共有之債權如何行使部分，在實務及學說上較有爭議，惟在答題時，仍宜以目前實務上最高法院民事庭會議所採之法律見解為優先，如不贊同該見解，但能具體說明何以不採之適當理由及學說論據，亦值肯定。另在引用法條時，應力求精確，例如民法第 828 條共有 3 項規定，究係引用何項之規定，應清楚表明，始屬完整無誤。