

109 年公務人員特種考試司法官考試第二試及 109 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 評分要點及閱卷委員的話

科目：民法與民事訴訟法(一)

第一題

【總體說明】

本題係就所謂之違章建築於讓與後，受讓人為使其建物續存，有如何得主張之規範依據，並於其就建物所取得之「事實上處分權」受不當侵害時，得尋求如何救濟之爭議，測驗應考人是否正確理解爭議所在並妥當適用相關規範，進而說明學說及實務對相關規範之見解，具體檢討與試題內容的關係，得出解決爭議的妥當結論。

【評分要點】

子題一、

(一) 違章建築是否得為交易之客體、其權利如何移轉？

以買賣、贈與等為原因，受讓未辦理所有權第一次登記之違章建物，受讓人雖因不能為移轉登記而不能取得該建物所有權，但除非受讓人與讓與人間有其他約定，否則應認讓與人已將該建物之「事實上處分權」讓與受讓人（最高法院 67 年度第 2 次民事庭庭長會議決定）。

據此，B 屋雖屬違章建物，但屬融通物，得為交易客體或買賣標的物。而取得事實上處分權之受讓人得對建物為占有、使用、收益，亦得為事實上處分（建物之拆除）與法律上處分（繼承、移轉或拍賣）。

甲將 B 屋讓與丙，丙取得對 B 屋之事實上處分權。

(二) 取得 B 屋事實上處分權之丙與受讓 A 地之乙間，是否存在租賃關係？

B屋成為獨立之建物時發生的所有權，由自行出資興建B屋之甲取得所有權。甲先後將同屬其所有之A地讓與乙、B屋讓與丙時，依民法第425條之1第1項規定，土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而將土地及房屋先後讓與相異之人時，房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。

如土地與房屋均屬所有權之讓與，則不同受讓人間依上述規定應推定成立租賃關係，惟因丙所取得者係對B屋之事實上處分權，而非經移轉登記之所有權，即應檢討上述規定是否仍有適用。

針對此問題，實務見解認本條規定「雖以『所有權讓與』為明文，然未辦登記建物因無法辦理所有權移轉登記，而僅得以事實上處分權讓與，受讓人所取得之事實上處分權，較之所有權人之權能，實屬無異所謂『所有權讓與』，解釋上應包括就無法辦理所有權登記之土地或建物受讓事實上處分權之情形，始符合法意」(99年度台上字第1723號判決)。

於實務採直接適用民法第425條之1的見解下，B屋得以續存於A地係本於租賃關係，丙即非無權占有A地，亦無不法妨害A地之情形，乙不得請求丙拆除B屋、返還A地。

(三) 就乙請求丙支付占用A地期間內相當於租金之問題，在乙、丙間推定有租賃關係存在的前提下，乙得向丙請求支付由雙方協議之自丙受讓B屋時至租賃契約終了時的租金，如「租金數額當事人不能協議時，得請求法院定之」(民法第425條之1第2項)。該租金係基於租賃契約關係而生，其給付有法律上之原因；而乙向丙請求相當於租金之金額，乃以丙無法律上原因而受有利益之不當得利為

前提，與乙、丙間有一定法律關係的情形不符，故無理由。

子題二、

(一) 取得事實上處分權之人得如何請求返還遭無權占有之房屋？

丁無權占有B屋，應無疑義，為除去該狀態之救濟方法如下：

首先可檢討者為有無民法第767條之適用。對此實務見解雖認為，對於未登記之不動產肯認有事實上處分權，乃係便宜措施，然事實上處分權究非所有權，亦與物權性質不同，自無同法第767條第1項物上請求權規定之適用，亦無類推適用之餘地；但亦不否認事實上處分權人得以代位所有權人之法律關係行使其權利，或依民法第962條前段規定，主張占有人之占有物返還請求權的可能性。

更有甚者，近期實務見解亦認「民法第179條前段規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。是否該當上述不當得利之成立要件，應以『權益歸屬』為判斷標準，亦即倘欠缺法律上原因，而違反權益歸屬對象取得其利益者，即應對該對象成立不當得利。又未為所有權登記之建物之占有利益，應歸屬於享有事實上處分權之人，第三人未經事實上處分權人同意而占有該建物，受有占有之利益，致事實上處分權人受有損害，且無法律上原因時，該事實上處分權人自得依民法第179條規定，請求返還其占有」。

學說上則有主張事實上處分權係「習慣法物權」或「實質所有權」；或事實上處分權應等同於所有權或其他物權加以保護，而肯認事實上處分權人得適用或類推適用民法第767條第1項或第2項規定。其他尚有得依民法第184條

規定，主張侵權行為損害賠償請求權，並以回復原狀之賠償方法，請求丁返還B屋。

綜上，無論是採實務或學說的見解，丙得請求丁返還B屋。

- (二) 丙得否請求丁支付一筆占用B屋期間內相當於租金的金額，須檢討其是否符合民法第179條「無法律上原因而受利益，致他人受損害」的要件。

丁擅自占用B屋營業係無法律上原因，而依學說及實務均認同之「權益歸屬說」，丁是否受有利益，應以發生損益變動之特定個別具體的財產變動情形為判斷標準。如侵害他人權益歸屬範疇，取得在權益歸屬秩序上應歸屬於他人之權益本身，即為受有利益，並不問受益人個人實際是否獲益，或獲益多少；因而即使丁占用B屋營業卻業績不佳，虧損連連，毫無獲利可言，亦不影響其「受有利益」的認定。而依權益歸屬秩序應歸屬於受損人之權益，該權益為他人所享用或取得本身，即為受有損害，從而於物為他人所使用或收益之情形，該物被使用或收益本身，即為受損人所受之損害，不問受損人有無使用收益之意思或使用收益之計畫。丙對B屋之事實上處分權，包括使用、收益權能，即使丙實際未使用，任令B屋閒置，B屋使用利益仍應歸屬於丙，因丁占用B屋營業，致使用利益應歸屬於丙而未歸屬，自係致丙受有損害。而因使用利益在性質上不能返還，丁應依民法第181條但書規定，償還其價額，亦即相當於使用B屋期間內的租金數額。

子題三、

- (一) 丙得以如何之依據請求有過失之戊賠償B屋遭燒毀之損害？

戊之過失行為致B屋遭燒毀，乃一般侵權行為的問題。就

此，民法第 184 條第 1 項前段、後段與第 2 項分別規定有三種不同侵權責任類型，各有不同歸責原理或責任要件。因戊僅有過失，故無同法第 184 條第 1 項後段之適用，至於同條第 2 項是否有其適用或有爭議，並非本問題重點，可省略檢討。

針對第 184 條第 1 項前段之成立要件中，關於「權利」之範圍向為學說與實務爭議的重點，學說雖有認「利益」亦應屬「權利」概念所及的範圍，但並非已有定論。反觀實務對本子題之爭議，有肯認事實上處分權乃該規定所稱「權利」的見解，其指出「民法第 184 條第 1 項前段所稱『權利』，係指既存法律體系所明認之權利。所謂既存法律體系，應兼指法典（包括委任立法之規章）、習慣法、習慣、法理及裁判先例。受讓未辦理所有權第一次登記之建物，受讓人雖因該建物不能為所有權移轉登記，而僅能取得事實上處分權，但該事實上處分權，具占有、使用、收益、事實上處分及交易等支配權能，長久以來為司法實務所肯認，亦為社會交易之通念，自屬民法第 184 條第 1 項前段所稱『權利』」（最高法院 106 年度台上字第 187 號判決）。依上開見解，戊之過失行為侵害丙之權利，有民法第 184 條第 1 項前段規定的適用。

（二）B 屋燒毀對丙是否構成「損害」？

違章建物具融通性而得為交易的客體，事實上處分權則具有得為占有、使用、收益、處分等權能，為應受保護之正當合法的利益，燒燬 B 屋係侵害丙對 B 屋的事實上處分權，丙因而受有「損害」。另戊有過失，其釀成火災行為具有不法性，與丙的損害間亦具有因果關係。丙得依民法第 184 條第 1 項前段規定，請求戊損害賠償。

【閱卷委員的話】

一、整體部分

- (一) 在可參閱法條的考試方式下，部分應考人仍有未能正確引用法條的情形。
- (二) 部分應考人誤寫或誤認題目中當事人關係，影響結論的正確性。
- (三) 部分應考人未能具體說明或檢討重要要件或判斷標準，致有僅引用法條即得出答案的情形。

二、個別部分

子題一、部分應考人未能掌握實務見解內容，以「類推適用」解答，影響得分。另外未能仔細研讀題目，未區別「推定租賃關係之租金」及「無法律原因，相當於租金」，亦影響得分。

子題二、有關請求返還的依據，應考人大多能點出問題，但能有體系地進行說明者不多，特別是少見提及以民法第 179 條請求返還之實務見解的作答。本子題中請求返還相當於租金部分，如能將權益歸屬說之內容與題目中所示「丙未利用、丁未獲利」結合，會有較高的得分。就本子題之作答，有僅檢討前段問題，而漏未就後段作答的情形，應仔細注意題目內容。

子題三、應考人大多能注意到關於民法第 184 條第 1 項前段「權利」之意義的爭議，但少見有應考人提到完全是針對本子題問題之實務見解。除學說外，應注意掌握實務見解動向的重要性。

第二題

【總體說明】

本題分成三個子題，子題一測驗應考人對民法第 188 條僱用人之責任之理解，特別是應掌握受僱人執行職務之概念。子題二為檢驗應考人對於和解契約本質之理解，亦即應考人須能在個案中區辨與分析和解契約之內容，歸整出該和解契約究為創設效力，抑或為認定效力，並進而推導和解金本質性之法律關係，此部分端視於應考人之論證邏輯與說理。子題三測驗應考人判斷連帶債務人中一人與債權人成立和解時，該和解金額所生之效力為何。換言之，應考人應分析與闡述債務人中一人所為之和解，對其他連帶債務人究竟產生相對效力，抑或是絕對效力，其中所應斟酌者，為債務人中一人所為之和解，是否產生循環求償之現象。此部分之評分取捨，取決於應考人對於爭點問題之掌握程度、論述內容是否有法律與法理依據、作答時所為之論證是否扣合問題，以及在評價理路選取上是否呈現出一致性與周延性。

【評分要點】

子題一、A 公司和 B 公司應否負損害賠償部分之分析：

本子題主要在於檢驗民法第 188 條所定僱用人責任之前提要件在本事例中是否具備？對此，應分別針對 A 公司與 B 公司是否負僱用人之連帶賠償責任加以討論：

- (一) A 公司部分：甲於事故發生時，受僱於 A 公司，可認甲係為 A 公司服勞務而受該公司監督，A 公司應依民法第 188 條第 1 項負僱用人之責任。
- (二) B 公司部分：民法第 188 條第 1 項所稱之受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡事實上被他人使用為之服勞務而受其監督者，均係受僱人。又甲所駕駛貨櫃車係靠行登記在 B 公司名下，客觀上足以使人認駕駛該車之甲係為 B 公司服勞務，而應使 B 公司負民法第 188 條第 1 項僱

用人責任，方足以保護交易安全。

- (三) A公司及B公司均應依民法第188條第1項負僱用人之責任，且各自與甲負連帶賠償責任。

子題二、丁、戊、己與庚應依何種法律關係請求甲和乙支付和解金，其分析如下：

- (一) 甲和乙分別依據民法第184條第1項、第184條第2項或第191條之2之規定對丙負侵權行為之損害賠償責任。同時，甲和乙之行為是導致丙重傷死亡之共同原因，即甲和乙之行為具有客觀上之關連共同，故成立民法第185第1項前段所規定之共同侵權行為，而負連帶損害賠償責任。又因丙之死亡，丙之損害賠償請求權由繼承人丁、戊、己及庚共同繼承之，並也因此衍生出上開繼承人得依據民法第192條請求殯葬費、扶養費，以及依據民法第194條請求賠償慰撫金。由是可知，甲、乙和丙之繼承人丁、戊、己、庚間存有侵權行為損害賠償之債之關係。

- (二) 承上所言，甲、乙和丙之繼承人丁、戊、己、庚存在侵權行為損害賠償之債之關係，而丁、戊、己、庚對連帶債務人甲和乙，就丙之汽車價值減損150萬元、喪葬費30萬元與每個人各100萬元之慰撫金等損害之金額成立和解契約，甲同意支付120萬元，乙同意支付300萬元。雙方和解契約成立後，甲與乙若不履行和解契約時，丁、戊、己、庚所得主張權利為何，端視於應考人如何解釋與說明本事例所舉之和解契約內容，以資認定該和解契約究具創設效力，抑或具有認定效力：

1、創設效力之和解契約：

若當事人間和解契約內容，是以他種之法律關係或以單純無因性之債務約束等，替代原有之法律關係時，

即屬創設效力之和解契約。則債務人如不履行和解契約，債權人應依和解創設之新法律關係請求履行，不得再依原有法律關係請求給付。依此，在本事例中，倘應考人周延地闡釋雙方當事人之和解契約內容，係以和解契約消滅原有侵權行為損害賠償之債之關係，而為替代時，則在結論上丁、戊、己及庚應依和解契約請求甲和乙支付和解金。

2、認定效力之和解契約：

若當事人間和解之內容，以原來明確之法律關係為基礎而成立和解契約，則屬認定效力之和解契約。債務人不履行認定效力之和解契約時，債權人非不得依原來之法律關係請求給付，其僅不得為與和解結果相反之主張。依此，在本事例中，倘應考人詳細分析雙方當事人和解契約之內容，認為丁、戊、己及庚與甲和乙以原來明確之侵權行為法律關係為基礎，而就有爭議之損害賠償金額成立和解，於結論上，丁、戊、己及庚應依侵權行為損害賠償請求權請求甲及乙支付和解金，惟請求之數額經和解確定，當事人應受其拘束。

子題三、甲及乙均依約支付和解金後，丁、戊、己及庚得否向其他未參與和解契約之A公司與B公司請求損害賠償，其分析如下：

- (一) 依據民法第272條規定，數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限。甲和乙之間，甲與A、B之間，分別依據民法第185條第1項前段和民法第188條第1項之規定成立連帶債務。真正連帶債務人中

一人與債權人成立和解契約時，得於和解契約中約定，該連帶債務人中一人給付一定賠償金額，債權人則僅拋棄對該連帶債務人一人之其餘部分請求，但保留對其他連帶債務人之請求權。由此和解契約之約定可知，債權人僅向連帶債務人之一人為免除債務，而無消滅全部債務之意思。而依民法第 276 條第 1 項之規定，債權人向連帶債務人中之一人免除債務，而無消滅全部債務之意思表示者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。按此，在本事例中，依民法第 276 條第 1 項規定，就甲內部應分擔額之限度內，丁、戊、己、庚基於和解契約對甲免除債務，則該效力及於 A 和 B，除此之外，A 和 B 仍不免其責任。如上所言，受僱人甲因執行職務不法侵害他人，與僱用人 A 和 B 成立連帶債務，受僱人甲與僱用人 A 和 B 之連帶債務內部應分擔，係依民法第 188 條第 3 項之規定，然關於民法第 188 條第 3 項所規定之內部分擔額，司法實務與學說有不同意見：

- 1、實務認為，民法第 188 條第 3 項規定，受僱人內部之分擔額為全部，僱用人之分擔為零。故參酌本條旨趣，僱用人就該免分擔部分即因而免其責任；否則僱用人於清償後，仍得向有分擔部分之受僱人行使求償權，則債權人向該有分擔部分之受僱人免除部分債務，將毫無意義。依此，在本事例中，甲與 A、B 間所負之連帶債務，依民法第 188 條第 3 項之規定，並無內部分擔之問題，而丁、戊、己、庚既向有分擔部分之受僱人甲拋棄（免除）其餘請求，A 及 B 就該拋棄部分即因而免其責任，丁、戊、己、庚自不得就其餘部分再向 A 及 B 請求。

2、另學說認為，民法第 188 條之所以規定僱用人負連帶賠償責任，係涉僱用人對自己之責任，故受僱人依據民法第 188 條第 3 項規定之內部分擔額未必為全部，而有民法第 280 條關於連帶債務人相互間內部分擔規定之適用。據此，丁、戊、己、庚自得依民法第 276 條第 1 項規定，就其餘部分再向 A 及 B 請求。

(二) 乙與 A、B 雖成立不真正連帶債務，但甲、乙依據民法第 185 條為連帶債務人，甲和乙間所負之連帶債務依民法第 280 條規定固有內部分擔之問題。按此，若 A、B 向丁、戊、己、庚給付其餘之損害賠償金，則 A、B 得依民法第 188 條第 3 項規定之內部分擔額全部向甲請求，而甲又得依民法第 280 條之規定向乙請求償還內部分擔額之部分，如此將造成丁、戊、己、庚免除甲、乙部分債務之目的落空，使得債權人免除連帶債務人中一人之債務將毫無意義。故就剩餘部分之賠償金額，在不真正連帶債務之關係中，得依據或類推適用民法第 276 條第 1 項，並依實務對於民法第 188 條第 3 項所持之見解，丁、戊、己、庚既已向有分擔部分之甲與乙拋棄（免除）其餘請求，A 及 B 公司就該拋棄部分即因而免其責任，丁、戊、己、庚自不得就其餘部分再向 A 及 B 請求。

【閱卷委員的話】

原則上多數應考人能掌握本題答題方向，但仍有少數人無法掌握本題之爭點，而純粹羅列法條，未進行案例事實之涵攝與說明，甚為可惜。以下就各子題應考人之作答狀況說明：

子題一、絕大部分應考人都能掌握本子題所測驗之重點，並論述民法第 188 條僱用人侵權責任要件中「受僱人因執行職務」之內涵。

子題二、部分應考人未能確實瞭解本子題題意，以致僅列出侵權行為

之間接被害人得主張殯葬費、扶養費與慰撫金之條文與內容；且又未意識到本子題應探討和解契約內容在本質上之差異性，因此有為數不少應考人在此部分，僅直接羅列民法第 736 條以下有關和解契約規定以為解答，而未思考侵權行為損害賠償之債及和解契約內容間之關係。

子題三、部分應考人在本子題未能掌握債權人與債務人中一人就部分損害賠償金額所為之和解，而無消滅其他債務人連帶賠償債務之意思為何，以致在判斷和解對其他債務人所生之效力上產生混淆；另有部分應考人疏未思考甲與 A 和 B 間存有民法第 188 條之連帶債務關係，且適用該條第 3 項受僱人內部分擔額為全部之規定，以致未能全面評價民法第 276 條第 1 項與第 188 條第 3 項適用間之連動關係。