

第一章 绪 说

第一节 法律人的能力

最近数年来，学习法律的人，常自称为“法律人”（Lawyer, Jurist）带有几分自傲！几分期许！然则，法律人与所谓的外行人（非法律人），究竟有何不同？在一个法治社会，法律人常自负地认为，大者能经国济世，小者能保障人权，将正义带给平民。法律人为什么会有此理想，有此自信？

这个问题，不难答复：因为一个人经由学习法律，通常可以获得以下能力：

1. 法律知识：明了现行法制的体系、基本法律的内容、各种权利义务关系，及救济程序。
2. 法律思维：依循法律逻辑，以价值取向的思考、合理的论证，解释适用法律。
3. 解决争议：依法律规定，作合乎事理规划，预防争议发生于先，处理已发生的争议于后，协助建立、维护一个公平和谐的社会秩序。此之所谓“争议”，系从广义，除个案的争讼外，尚包括契约、章程的订定，法令规章的制定等。

上述三种能力使一个法律人能够依法律实现正义（Justice According to Law），担负起作为立法者（如立法委员、县市议员、乡镇代表）、行政者（如部会首长、公园管理员、税局科员）、司法者（如法官、检察官、“诉愿审议委员会”委员）、或公私企业法律事

务工作者等的任务。一个社会所贵于法律人者，即在于其具备此等能力！〔1〕

第二节 法学教育及官方考试

法学教育的基本目的，在使法律人能够认识法律，具有法律思维、解决争议的能力。考试之目的，乃在于测验一个法律人是否具备此等能力。传统的法学教育及考试方法，是否能够达成此项任务，殊值研究，兹分别说明如下：

第一款 法学教育

一、传统法学教育

台湾地区传统法学教育具有四项特色：

1. 课堂讲义：教授在课堂上讲授各种法律的社会功能、体系、基本概念、构成要件及法律效果。学生听课，甚少发问，通常亦无课外作业。

2. 教科书：为配合课堂讲义式教学的需要，教科书乃成为法学著作的主流。胡长清先生于 1935 年在其所著“中国民法总论”一书的弁言中曾谓：“关于民法著作，大陆诸国及日本多已由教科书的民法书时代，进于特殊问题研究之时代，我国因民法法典颁行未久，即教科书的民法书，求其内容充实能适合于法典精神者，亦不多见……。”〔2〕民法学的研究，因胡长清大著“中国民法总论”、“中国民法债篇总论”的刊行，而升进到一个新的境界，其后随着梅

〔1〕 Roscoe Pound, *Justice According to Law*, 1928. 美国法学家庞德氏在此书中阐释依法实现正义的理念，至为详尽，可供参考。

〔2〕 胡长清：中国民法总论，弁言第 1 页；中国民法债篇总论，弁言第 1 页。

仲协、史尚宽、王伯琦、戴炎辉、洪逊欣、郑玉波、孙森焱诸氏教科书的陆续问世，而奠定根基。近数年来，特殊问题的研究和判例评释，渐受重视，业已更向前迈进一大步。^{〔1〕}

3. 考试题目偏重议论题：笔者前在台大法律学系肄业期间，民法考试题目多属议论题，例如：社团与财团有何不同；何谓消灭时效，其存在依据何在，期间长短如何；债务人给付迟延的构成要件及法律效果等。

4. 考卷评阅：任课教师于考试后甚少解说试题的内容，综合分析考生在法律思考的“形式”和“实质”^{〔2〕}上常犯的错误或缺点。教授评阅试卷后，发给学生，指明应予改正之处的，更属罕见。学生“意外”得高分而惊喜者有之，因分数不如预期而“错愕”者，亦甚常见。

二、改进途径

传统法学教育实有改进的余地，除课堂讲义外，须增设研讨会（Seminar），并给学生课外作业。教授应讲解试题的内容，分析学生易犯的错误。教科书的体裁应予多元化，有为初学者入门的教材，有供综合复习的参考用书，有为理论体系的著作等。专题研究或判决评释应更受重视，期能结合理论和实务。须有论文和判决研究作为基础，教科书始能推陈出新！法学著作（教科书、论文或判决研究）须更重视法学方法，使法学得以植根、生长、茁壮！

法学教育改革的一项关键重点，在于积极推展“实例研习”

〔1〕 作者在台大法律学系担任行政工作期间（1970年—1976年），曾筹办：台大法学论丛和台大学丛书，前者已发行28期（每期2卷，近改为4卷），后者已出版115册，具体展现法学研究的成果。最近一册重要著作，詹森林：民事法理与判决研究（台大学丛书第113册）。

〔2〕 一个社会的法律文化或风格是由法律制度和法律思考的“形式”（Form）和内容（Substance）所构成，而法律教育具有关键的重要机能，参阅 P. S. Atiyah and R. S. Summers, Form and Substance in Angl. - American Law (pp. 384-407, Oxford, 1991)

(德文称为 *Übung*, 在日本称为演习)的教学方法。易言之,即学生除上课听讲外,就每一门基本法律科目,尚须研习若干的实例,考试亦应以实例为原则,期能加强增进学生处理问题的能力。

第二款“官方”考试

“官方”考试,主要指司法官考试及律师考试而言。此二种考试旨在选择适当的法律人,从事“本行”的工作,具有特定目的,同时由于考试领导教学,因此“官方”考试的出题方式及内容,应受重视,自有分析检讨的必要。

一、民法试题

为便于分析讨论“官方”考试的民法试题,先摘录1961年律师、司法官及1997年司法官试题如下:

1. 1961年律师、司法官民法试题。

1) 何项权利得为消灭时效之客体?何项权利不得为消灭时效之客体?试列举之,并附理由。

2) 试述留置权之性质及其与同时履行抗辩之异同。

3) 甲售与乙货物一批,托丙运交与乙收受。迨货物运到乙之处所,乙已他迁,丙复将货物继续运往乙之新迁处所,该货物于途中因丙车与丁车相撞而毁灭。肇事原因双方均有过失。问:(1)乙方可否请求丙赔偿其货物灭失之损失?(2)乙可否请求甲赔偿其给付不能所致之损失?(3)乙可否请求丁赔偿其货物灭失之损失?(4)甲可否请求丙赔偿其所受之损失?(5)甲与丙可否请求丁赔偿其各受之损失?

2. 1997年司法官试题。

1) 简述民法上除斥期间与消灭时效之法理,并附理

• 此称谓系编者对原书称谓的改动。

由说明下列权利之行使之限制究为除斥期间或为消灭时效期间？

(1) 以抵押权担保之债权于消灭时效完成后 5 年间应实行其抵押权，其期间行使之限制。

(2) 买受人因物有瑕疵得向出卖人请求减少价金之请求权，应于物之交付后 6 个月期间内行使之限制。

(3) 承揽人对定作人之损害赔偿请求权，因其原因发生后 1 年间应行使之期间限制。

(4) 不动产共有人协议分割共有物之共有物分割登记请求权。

2) 某日，甲在乙百货公司选购了 A 牌洗碗机 1 台，价金新台币 3 万元，货款付清后，店员丙告以可代客送货，甲乃于包装好之所购洗碗机箱上书明姓名、地址，请求丙代为送达。丙于当天下午交由与乙公司有送货特约之丁货运行送货，不意运送途中，丁货运行之司机戊，驾车不慎，与己所驾之自用车相撞，戊、己均有过失，洗碗机因撞车而损坏。则：

(1) 该洗碗机之所有权究谁属？

(2) 甲可依何种法律关系向乙主张权利？

(3) 甲可否向丁、戊、己请求损害赔偿？

(4) 乙可否向丁、戊请求损害赔偿？

3) 甲以其所有之房屋设定抵押权予银行，向银行借款，并以该房屋为标的物投保火灾保险，指定甲为被保险人。某日，因邻居乙之过失，该甲所有之房屋化为灰烬。请问：

(1) 银行之债权是否还有担保物权？

(2) 保险人、乙应如何清偿？

4) 何谓遗赠？何谓死因赠与？二者有何不同，试说

明之。

二、分析讨论

司法官或律师考试的题目甚值研究，惜未受到应有的重视，兹参照上揭两则试题，分五点加以说明：

1. 试题内容应在测验考生能否掌握案例事实，适用相关规范，把握法律概念，解释法律、及补充法律漏洞（尤其是类推适用）的能力，故应以此作为设计试题的准则，并据此判断试题内容的适当性。

2. 民法试题早期多为 3 题，近年来增为 4 题，通常其中 1 题为民法总则，1 题为债编，1 题为物权，1 题为亲属、继承，分由不同之人命题，而命题者间并不互相讨论题目内容。此种命题方式的优点在于其内容遍及民法全部，其缺点则在于难以贯穿民法各编，不易测试考生是否确实了解民法五编制“由一般到特殊，由抽象到具体”的体系构成，及其解释适用关系。

3. 法律考试题目的比较研究，可供探究不同国家及地区的法律教育和法律文化。^{〔1〕}台湾地区继受德国民法，但教学方法及考题设计不同于德国。就教学方法言，德国重视实例研习及研讨会；在台则偏重课堂讲义，前已论及。就试题设计言，在德国的司法考试，民法通常只有“1 个”实例题，答题时间为“5 个小时”，可以参考法典，考题内容含盖民法各编（尤其是民法总则、债编及物权编），无突袭性的特殊问题，而是将基本概念和法律的解释适用纳入案例之中，题目人人皆懂，能否正确或适当解题，厥赖长期有系统的学习和训练。

4. 就 1961 年与 1997 年度试题，加以对照，可见前者的第一题与后者的第一题，均涉及消灭时效与除斥期间；前者的第三题与

〔1〕 期盼有学者从事此项研究，比较分析德国、日本考试的题目。

后者的第二题，涉及给付不能债务不履行。综观历年试题，^{〔1〕}题目内容重复雷同或相近的所占比例甚高，如何推陈出新，使试题内容反映民法学说与判例的发展，实值关切。

5. 民法试题，分为二类。第一类试题是议论题，例如：留置权与同时履行抗辩之异同；何谓遗赠，何谓死因赠与，二者有何不同，试说明之。法律概念或制度异同的比较是“官方”考试（包括民法以外其他科目）的特色。第二类试题则为实例，如 1961 年律师及司法官考试第三题，1997 年司法官试题第二题及第三题。此两类试题的功能，值得作较深入的说明。

第三节 议论题 法律概念的掌握

第一款 议论题的类型

如前所述，台湾地区法学教育和“官方”考试重视议论题，其理由有二：（1）此为传统科举的考试方法。（2）此类题目有助于训练或测试考生对法律理论的了解，以及区辨法律概念的能力。兹举若干典型试题如下：

1. 民法规定权利之行使有何限制，试述之（1984 年司）
2. 何谓代理权之授予行为的无因性，其与代理权之消灭依其所由授予之法律关系定之（第 108 条第 1 项）之规定间有无矛盾（1995 年司）
3. 买卖不动产之契约，是否应以书面为之（1981 年

〔1〕 本书附录（第 383 页）。

律)

在议论题中最为常见的则是“法律概念异同的比较”，例如：

1. 捐助行为，赠与行为与遗嘱（1969年）
2. 负担行为与处分行为（1995年司）
3. 无权代理与无权处分（1995年律）
4. 除斥期间与消灭时效（1997年司）
5. 解除权与撤销权（1966年律司）
6. 解除契约与终止契约（1978年司）
7. 结果责任、过失责任、无过失责任各有何不同？

又民法有关特殊侵权行为之规定中，更有所谓中间责任与衡平责任之规定，其间又有何差异，试分别说明之（1997年律）

8. 分别共有与公同共有（1967年司）
9. 动产质权与动产抵押权（1991年司）

第二款 掌握法律概念的重要

议论题有助于测试考生的“法律智识”，但较难培养“法律思维”及“解决争议”的能力。早期官方考试题目偏重此类问题，今日仍然有之，例如：何谓权利能力？自然人之权利能力的始终如何？胎儿有无权利能力？失踪人有无权利能力？经死亡宣告之自然人实际尚生存者有无权利能力（1996年司）。遗嘱可否撤回？如何撤回？（1995年司），可见此类题目的功能，仍受重视。就“遗嘱可否撤回，如何撤回”题目言，由“如何撤回”，可以推知遗嘱“可以撤回”。关于遗嘱撤回，第 1219^{*} 条至第 1222 条设有明文。

本题占民法一科“25分”，考生若不知“遗嘱如何撤回”将有落榜之虞，从而“遗嘱的撤回性”将决定一个法律人的生涯规划。

关于法律概念，王伯琦先生于其1957年所著的“民法总则”一书中曾谓：“在清末以前，以现代目光观之，几无法学之可言。清末开始变法，即致力于采纳欧西之法典，故法制之建立，曾未求助于学说，1929年至1931年间，新民法陆续公布施行，法学著述，始见端绪。迄今二十余年，民法中许多基本概念之阐释，仍有待于努力也。”^{〔1〕}足见阐释法律概念的重要。

“民法”第1条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。”然则何谓民事？何谓法律？何谓习惯？何谓法理？皆属基本概念，均有待阐释。如果将学习法律譬如“练功”，则法律概念，犹如练功的基本动作，必须按部就班，稳扎稳打，确实掌握。一个练功者未有踏实的基本动作，临阵之际，破绽百出，暴露死角，必遭败绩。一个学习法律的人，如果不能区辨“债权行为”与“物权行为”、“无权处分”与“无权代理”、“消灭时效”与“除斥期间”，则难正确地适用法律。在某次考试中，有考生将“简易交付”解释为：“以简单之方式交付其物，不必订立书面或登记。”（参阅第761条第1项但书）；将“从物”解释为：“非主物之成分，常助主物之效用，而同属一人者，例如耳朵。”又“最高法院”曾数著判决认为，第118条所称之无权处分，除物权行为外，尚包括债权行为在内，从而“出卖他人之物”的买卖合同，例如乙擅行出卖甲所有的房屋给丙，系属无权处分，非经权利人甲的承认，不生效力，而权利人甲的承认，又可发生使买受人丙得径向其请求办理移转所有权登记的效力。此项见解，显有疑问，其主要原因在于未

〔1〕 王伯琦：民法总则，第9页。

能明辨债权债务行为与处分行为。^{〔1〕}王伯琦先生在其深具哲理性的“论概念法学”论文中谓：“我可不题的说，我们现阶段的执法者，无论其为司法官或行政官，不患其不能自由，惟恐其不知科学，不患其拘泥逻辑，惟恐其没有概念。”^{〔2〕}由此可知，对于一个法律人，确实掌握法律基本概念，是如何的重要！如何的不易！准此以言，司法官及律师考试重视法律概念，深具意义，自不待言。

第三款 掌握法律概念的方法

掌握法律概念是学习法律的入门功课，提出四点学习方法以供参考：

一、学说见解的整理

教科书的主要功能在于阐释法律基本概念，因此整理教科书的见解，甚有助益，兹举“物”的概念为例加以说明。何谓“物”，民法未设明文，学者所下定义如下：

黄右昌：物者，除人体外，谓有体物及物质上能受法律支配之天然力。^{〔3〕}

胡长清：在吾人可能支配之范围内，除去人类之身体，而能独立为一体之有体物。^{〔4〕}

李宜琛：物者，存于吾人身体外部，能满足吾人社会生活之需要，且有支配之可能者。^{〔5〕}

〔1〕参阅拙著：“出卖他人之物与无权处分——1950年台上字第105号判例、1980年台上字第558号及第3037号判决之检讨”，民法学说与判例研究（4），第129页。

〔2〕王伯琦：“论概念法学”，社会科学论丛（台湾大学印行），1960年7月，第1页（尤其是第20页以下）。

〔3〕黄右昌：民法总则论，第187页。

〔4〕胡长清：中国民法总论，第171页。

〔5〕李宜琛：民法总则，第173页。

王伯琦：人力所能支配而独立成为一体之有体物。〔1〕

洪逊欣：除人之身体外，凡能为人类排他的支配之对象，且独立能使人类满足其社会生活上之需要者，不论其系有体物与无体物，皆为法律上之物。〔2〕

史尚宽：物者，谓有体物及物质上法律上俱能支配之自然力。〔3〕

就各家对物所下的定义加以比较，除其用语繁简有别外，范围亦有不同，有强调不包括身体，有未提及者；有认为应包括有体物及无体物；有认为仅限于有体物，有特别提出自然力，有未提及者。初视之下，似颇有差异，实则此仅为用语或强调的不同，关于其实质内容，殆属一致，可分四点言之：〔4〕

1. 物不包括人的身体，盖人身为人格所附，不能为物。
2. 物须为吾人所能支配（支配可能性），其不能由吾人为支配而由此取得某种利益的，例如日、月、星辰，不足作为权利客体。
3. 物必须独立为一体，能满足吾人社会生活的需要，如一滴油、一粒米，在交易上不能认为系能独立为人类的生活资料，非法律上之物（独立性）。
4. 有疑问的，是有体物或无体物及自然力的问题。胡长清、王伯琦、史尚宽诸氏所以特别强调有体物，乃认为权利系属无体物，应不包括于物的概念之内。至于固体、液体及气体，他如电气及其他的自然力，能为吾人所控制，而足为吾人生活资料的，则可称之为物。洪逊欣先生所谓无体物，并非指“权利”而言，而系指电、光、热等，凡人类能予支配之自然力，虽无一定形体，亦与有

〔1〕 王伯琦：民法总则，第 104 页。

〔2〕 洪逊欣，中国民法总则，第 202 页。

〔3〕 史尚宽：民法总论，第 221 页。

〔4〕 拙著：民法总则，第 145 页。

体物同，皆属法律上之物。〔1〕

在分析学者对法律基本概念所下的定义之后，应自己整理，确实了解，而“记忆”之（！）。法律诚非背诵之学，但经由理解而“记忆”，确实把握基本概念则属必要，任何学科皆属如此，殆无例外。

概念是“抽象”的，须具体化于个别事物之上，因此“举例”阐释法律基本概念至为重要，故考试题目常有：“试举例说明之”，盖可由所举之例判断其理解的程度。因此“概念的理解”与“举例说明”，应同时学习之，始不致发生“人之耳朵为从物”的误会！

二、法律概念的分解

要确实把握法律概念，须善加运用分解方法，解析其构成因素。〔2〕第 92 条规定：“因被诈欺或被胁迫，而为意思表示者，表意人得撤销其意思表示。但诈欺系由第三人所为者，以相对人明知其事实或可得而知者为限，始得撤销之。被诈欺而为之意思表示，其撤销不得以之对抗善意第三人。”在此规定出现三个重要概念，即意思表示、诈欺及胁迫：

1. 意思表示是法律行为的核心概念，指将企图发生一定私法上效果的意思，表示于外部的法律事实。意思表示可“分解”为客观要件及主观要件。〔3〕客观要件指外部表示行为，包括明示或默示。主观要件须具行为意思、表示意识及效果意思。举例言之，如甲致函于乙表示愿购买乙所有的某车，其中甲致函于乙为外部表示行为。此项行为系出于甲的意思，甲认识其具有某种法律上意义，

〔1〕 请读者自行研究说明“尸体”是否为物？甲因过失误认遭车祸脑死之乙为其子，而将其器官捐赠他人，并将尸体火化，存放其骨灰于某灵骨塔。试问乙之继承人丙得对甲主张何种权利？

〔2〕 参阅 Diederichen, Die Zwischenprüfung im Bürgerlichen Recht, 1895, RI, 称之为 Zer-gliederung。

〔3〕 拙著：民法总则，第 247 页以下。

并欲依此表示发生特定法律效果意思，构成甲欲与乙订立买卖的要约。

2. 诈欺，系故意欺罔他人，使其陷于错误而为意思表示的行为。“分解”之，其要素有五：（1）须有诈欺人的故意。（2）须有欺罔行为。（3）须相对人因欺罔行为而陷于错误。（4）须相对人因错误而为意思表示。（5）须其诈欺为违法。^{〔1〕}举例言之，如甲伪造鉴定书，对乙诈称其某瓶系家传古董，致乙陷于错误而以高价购买之。

3. 胁迫，系故意表示加害，使他人发生恐怖而为意思表示的行为。^{〔2〕}“分解”之，其要素有五：（1）须有胁迫人的故意。（2）须有胁迫行为。（3）须相对人因胁迫而发生恐怖。（4）须相对人因恐怖而为意思表示。（5）须其胁迫为违法。举例言之，如甲对乙表示若不赠与某古瓶，将揭露其隐私，乙发生恐怖而赠与之。

分解法律概念，而明确其构成因素，是法律人必须培养的一种能力！

三、异同的比较

比较相关的法律概念，不但可更进一步了解其内容，使思考更为敏锐，而且有助于法律体系的构成。如正当防卫、紧急避难及自助行为同为违法阻却事由，其法律性质、构成要件（受保护的权利、侵害方式及救济方法）及法律效果的异同显示立法上的权益衡量，^{〔3〕}比较分析之，有助于培养审思明辨的思考能力。郑玉波先

〔1〕 洪逊欣：中国民法总则（修订版），第404页；拙著：民法总则，第301页，第328页。

〔2〕 洪逊欣：中国民法总则（修订版），第409页。

〔3〕 参阅拙著：侵权行为法（1），第238页。

生是著名民法学者，最善于教导学生学习此种方法。^{〔1〕}留置权、动产质权，同时履行抗辩权及抵销权功能上颇为类似，易令人混淆，为区别其异同起见，郑玉波教授曾综合整理列表如下，特为摘录，以供观摩。^{〔2〕}

权利别 比较	留置权	动产质权	同时履行 抗辩权	抵销权
性质	物权	物权	债权	债权
标的物	以动产为限	以动产为限	不以动产 为限	不以动产 为限
成立	基于法定	基于设定	基于双务契约 之当然结果	基于双方债务 之抵消适状
目的	债权担保	债权担保	促使双方 交换履行	避免交换给 付之劳费
效力	他方如不清偿得 就标的物受偿	他方如不清偿得 就标的物受偿	暂时拒绝他方 之请求	使双方债务依 抵消额而消灭
消灭	因他方另提 担保而消灭	不因他方另提 担保而消灭	不因他方另提 担保而消灭	不因他方另提 担保而消灭
备注	瑞士民法称 为法定质权		参照 第 264 条	参照 第 334 条

四、藉着实例去理解法律概念

概念是法律的构成部分，处理问题的思考工具，因此必须藉着

〔1〕 郑玉波善用列表方式比较基本概念，请参照氏著：民法总则，第 166 页（法人）、第 128 页（法人之能力）、第 207 页（法律事实）、第 212 页（法律行为）、第 314 页及第 315 页（无效与撤销）、第 377 页（时效中断及时效不完成）。并请参阅拙著：民法总则。

〔2〕 郑玉波：民法物权，第 344 页。

实例的演练去理解应用。负担行为及处分行为，无权处分及无权代理是民法重要的概念，前已再三提及，官方考试中常见如下的题目：（1）何谓负担行为？何谓处分行为？二者之主要不同点何在（1992年司）？（2）无权处分与无权代理之区别何在？试就其性质或要件与效力言之（1966年律司）。实则藉着一则简单的实例题，更能深刻地测试考生的理解程度及应用能力：〔1〕

甲寄存 A、B 两画于乙处，乙擅以之作为己有出售于善意之丙，并交付之。试问：

（1）甲与乙间，乙与丙间共有多少法律行为，何种法律行为？（2）甲、乙、丙间的法律关系？（3）设乙系径以甲的名义让售 A、B 两画于丙时，其法律关系有何不同？

第四节 实例研究的功用

第一款 法律人能力的培养

实例最能训练、测试法律人的思考方法及能力，兹以某次考试所出两个简单实例为例加以说明：

第一个试题是：“18 岁已婚之某甲，赠与给 8 岁之乙 1 个名贵电动玩具，乙即将之转赠给 7 岁之丙，并即依让与合意交付之。试问乙父丁要乙向丙请求返还该玩具时，当事人间之法律关系如何？”

在 200 余份的试卷中，有如下的发现：

1. 大多数考生在结论上均能肯定甲有行为能力，但其理由构成，甚不一致：有认为未成年人已结婚者，视为成年，故有行为能

〔1〕 参阅拙著：民法总则，第 344 页、第 353 页。

力；有认为未成年人已结婚者，依结婚成年制度，为成年人，故有行为能力。此两种说明均有误会，第 13 条第 3 项规定：“未成年人已结婚者，有行为能力。”，故未成年人虽因结婚而有行为能力，但不因结婚而成年或视为成年（参阅第 1006 条、第 1049 条）。

2. 考生多能认为，18 岁已婚的甲有行为能力，8 岁的乙为限制行为能力人，甲赠与乙玩具，乙系纯获法律上之利益（参阅第 77 条但书），故甲与乙间的赠与契约有效。惟有部分考生认为 8 岁之乙将该玩具转赠给 7 岁之丙，系属单独行为，未得法定代理人之允许，应属无效（参阅第 78 条），对于“单独行为”与“单务契约”两个概念，显欠了解，有所混淆。

3. 多数的考生未能认识“债权行为”与“物权行为”的区别，认为甲与乙间的赠与契约有效成立，乙因而取得该玩具的所有权。实则，乙之取得玩具的所有权，乃基于甲与乙间的让与合意与交付（物权行为，第 761 条），赠与契约系其取得该电动玩具所有权的法律上原因。

4. 大多数考生于处理乙与丙间的法律关系时，常不知“从何说起”，不知所谓历史方法、请求权基础方法，何谓鉴定仲裁或判决仲裁。^{〔1〕}

第二个试题为：“甲受乙之胁迫，将其画赠送给善意之丙，并即依让与合意交付之。乙遭扫黑送绿岛管训后，甲即说明事由，并向丙请求返还该画，有无理由？”^{〔2〕}

大部分考生均能肯定甲得依侵权行为规定对乙请求损害赔偿，但未能叙明究应第 184 条第 1 项前段或后段。于论及甲撤销因受乙胁迫而为的意思表示时，大部分的考生虽均能提到第 92 条规定，但关于本条规定在此具体案例的适用，意见分歧，有如下述：

〔1〕 参阅本书，第三章，第 40 页，第 289 页。

〔2〕 拙著：民法总则，第 304 页。

1. 有认为甲得向乙及丙撤销其意思表示；有认为甲得向乙或向丙撤销其意思表示。仅有少数认为系甲得对丙撤销其意思表示。

2. 有相当多的考生认为甲得向法院声请撤销其受胁迫而为的意思表示，显然未能区别须声请法院（第 74 条）及不须声请法院（以意思表示为之即可）的撤销。

3. 有认为受胁迫而为的意思表示，无效；有认为受胁迫而为的意思表示，视为无效；有认为受胁迫而为的意思表示得撤销，故属无效。仅有约半数考生明确认为受胁迫而为之意思表示，表意人得撤销之，其法律行为经撤销者，视为自始无效（第 114 条第 1 项）。

4. 大部分考生未能说明其所撤销的，究为债权行为（赠与契约），抑或物权行为，从而无从判断甲得向丙主张的，究为所有物返还请求权（第 767 条），或不当得利请求权（第 179 条）。

5. 多数考生不能在此具体案例中，依序论述撤销的构成要件、撤销权的主体及相对人、撤销的客体、除斥期间、撤销权的行使及撤销的法律效果。

综据上开两个简单实例的解答，可见一般学生普遍欠缺理解条文的能力，未能彻底掌握法律概念，不能逻辑的思考问题、处理问题。倘若将上开两个实例题，改为议论题，即：（1）何谓行为能力？限制行为能力人所为法律行为的效力如何？（2）何谓因胁迫而为意思表示，其效力如何？则“用功”的学生可以背诵条文、教科书而得高分，但是在其洋洋大观的抽象理论论述中，隐藏着多少法律思维上的瑕疵，没有彻底了解的条文，不正确的法律概念！这些缺点，只有在实例的测验中，才能显露出来，也因此才能被改正，被根除！

学习法律的最佳方法是，先读一本简明的教科书，期能通盘初步了解该法律（如《民法总则》）的体系结构及基本概念。其后再以实例作为出发点，研读各家教科书、专题研究、论文及判例评释