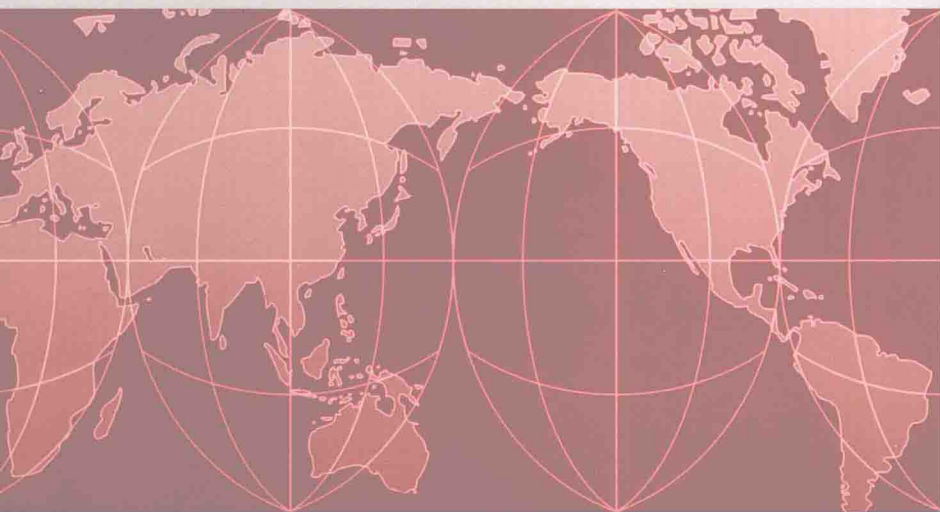
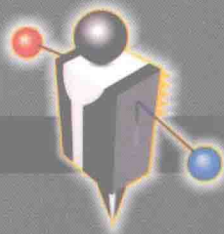


民法債編

實例演習系列



案例導引・剖析爭點
概念解析・深入淺出
國考擬答・精準扼要
效率學習・實力倍增



徐律師 編著

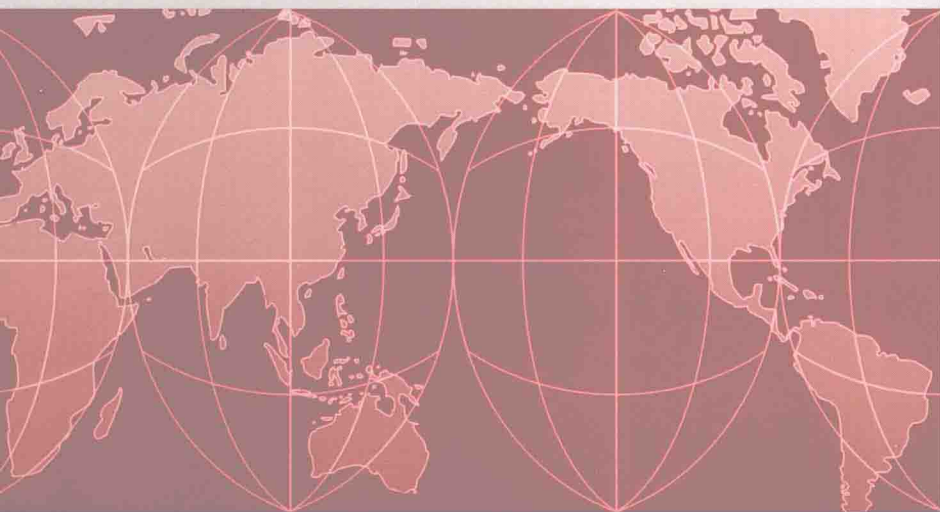
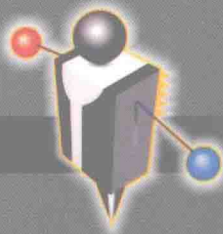


民法債編

實例演習系列



案例導引・剖析爭點
概念解析・深入淺出
國考擬答・精準扼要
效率學習・實力倍增



徐律師 編著



來勝 (License) 證照考試系列

民法債編實例演習

編著者：徐律師

出版者：高點文化事業有限公司

郵 撥：15834067高點文化事業有限公司

電 話：(02)2381-5766

傳 真：(02)2388-0876

網 址：www.get.com.tw

E-mail：publish@mail.get.com.tw

2007年7月初版

行政院新聞局出版事業登記證局版臺業字第4833號

建議售價480元

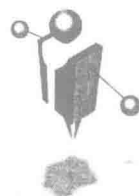
著作權所有・翻印必究

51MI 701201

ISBN 978-957-814-791-1

高點律師、司法官系列用書

法學界的品質圖騰



時序進入二十一世紀，在過去幾年中，法學界蓬勃發展，更精緻化的法律規範與學說見解，亦馬不停蹄地推陳出新。身為二十一世紀的法律人，勢必要採取更有效率的學習方式，方能避免被資訊洪流所淹沒、為時代巨輪所淘汰。

高點出版事業本著服務讀者、精益求精的精神，無時無刻不站在讀者的立場，考量如何能為讀者提供更有效率的學習方式，如何能使理論與應用並濟，不再感到法律的天馬行空、漫無邊際，而能輕鬆上手。

為此，我們動員高點的優勢資源，集結一時之選，在一次次地自我鞭策與淬礪下，推出這一套「實例演習系列叢書」，期望能以實例引導學習，使讀者能更迅速掌握爭點，提高學習效率。同時，更以詳實的內文說明，輔以綱要表解、重要學說、實務見解，貫穿全文，深入淺出，增進學習效果。此外，為符合讀者應試的需求，本系列叢書的實例問題，均附上完整的案例擬答，使讀者在學習理論概念後，能以更經濟、更精緻的表達方式呈現所學，不再望題興嘆。而文後所蒐集之歷屆經典試題，更使讀者能鑑往知來，全面掌握。

「高點與高點」賽跑，是我們一貫的理念；堅持用心，為讀者提供更高品質的閱讀感受，是我們一貫的目標。歡迎您進入實例演習的世界，領略我們的專業與用心，享受效率學習的樂趣！

再版序

距本書初版迄今一年有餘，由於工作上的忙碌，一直無法騰出時間進行改版的工作。隨著教學經驗的不斷累積，以及筆者對於民法這一門學問稍稍地又多了一些體會，因而決定進行改版的工作。

這一次的改版有幾個重要的主軸：首先是在這一年多的時間內所增加的新資料，包括學者的文章以及最高法院較新的實務見解。筆者挑出當中較具重要性者加以補充說明。而在教學上的一些心得，也透過此次修正，以文字及圖表的方式，提供給諸位參考。

其次，則是在教學的過程中，筆者認為有些概念實有必要加以詳細說明者，也利用此次改版的機會加以強調。例如，關於「人格權保護」此一概念的考題熱門性居高不下，且王澤鑑教授近來針對此一議題有著一系列的論文，故筆者將之獨立於權利主體以外，另成一章，並佐以例題供諸位練習。又如「合建契約與委建契約」，筆者在上課時均會介紹，但於初版書中並未放入。由於九十五年度司法官考試即以此命題，是以筆者認為應對相關概念加以補充，是以在承攬契約一章中增加了「合建契約與委建契約」一節來加以說明。

再者，隨著這一、二年間考題的不斷增加，在某些案例的選擇上也做出了調整，或是增加了案例的數量。主要的目的仍然是筆者一貫堅持的信念：「唯有多作題目，才算的上準備好上考場！」在各個主題章節中，筆者也會適時放入幾個例題以強化諸位對於相關概念的理解。每一章後面也增加了【鑑古知今】之項目，將較具代表性的國家考試、法研所考試及大學轉學考等相關考古題蒐集羅列，供各位自行練習。

最後，在初版當中，有些概念說明較簡單的，或是有筆誤的地方，也於二版加以補充與修正。然而，筆者的能力實在有限，如有疏漏或誤植之處，仍然希望諸位先進能夠不吝指教斧正，以供未來修改時之參考。

這本書作為考試用書來說，其功能在提供各位一套完整體系的建立。筆者雖然在書中已經談到了不少概念，限於篇幅的關係，以及在考

試的相對重要性而言，其實還有不少概念並未提及。但民法的學問博大精深，仍然要各位自己不斷的鑽研。重要的學術著作，筆者會附在每章最後之【進階閱讀】，請各位自行參閱。

由於此次的篇幅增加不少，爲了不讓各位讀者看到本書過厚而壓力太大，因此在這次改版的時候，也將民法總則獨立出來。事實上，民法要讀的東西本來就很多，常常會讓人有投資報酬率過低的感覺。然而，民法畢竟是民事法律關係的基礎，功力的高低會直接影響到各位的程度，因此還是不要輕易的放棄。不過考量到資料實在太多，因此筆者會在各章節標明相關概念在國考及研究所考試的重要性。

衷心地希望各位讀者都能夠早日金榜題名！

徐律師

2007.06

初版序

民法一科向來是讓準備考試的考生最爲頭痛的一科，主要的問題並非民法艱澀難懂，而是因爲民法一科的範圍實在太大，投資報酬率相形之下顯得較低，以致於考生往往會輕易的想放棄民法一科的準備。尤其財產法當中，更是讓許多學生感到灰心的科目：不知如何準備？念了這麼多東西夠嗎？

然而，民法爲萬法之母，如果民法一科的基礎沒有打好，其他科目的學習也會事倍功半。此外，在考試競爭如此激烈的情形下，任何一科的放棄其實影響甚巨。因此，如何幫助考生以最有效率的方式來增進自己的實力，就成了筆者編寫此書的最大目的。

本書主要包括兩大部分，其一是民法總則的部分，其二則是民法債編的問題。民法總則雖然是所有法律人最先接觸的科目，但是由於其抽象性，使得要真正學好民法總則，並不是那麼容易。至於債編的部分，更是民法五編當中的最難應付的一科，許多考生第一個舉白旗投降的科目就是民法債編，事實上債編一科可以說是整部民法最重要的一環。事實上，民法的實力也奠定在債編的基礎之上，一旦輕易的放棄這一部分，民法就不會有學好的一天，更會影響到其他科目的學習。所以，縱使覺得債編一科的投資報酬率過低，仍然不可輕言放棄。更何況，民法考試的命題教授，往往比較仁慈，只要有所準備，拿到一定分數絕不是問題。

就民法總則的部分，在國家考試有時會以申論題的方式來命題，往往會比較不容易準備。筆者建議，考生應該要把重點放在法人、行爲能力、意思表示、代理及無權處分與消滅時效等部分。如行有餘力時，再就其他比較理論性的概念做好準備。例如九十三年度的律師及司法官考試，分別考出「撤銷權」之相關問題及「脫法行爲」之概念，這些都是考生平常在準備民法總一科時會忽略的地方。

早期考試債編一題，比較重視債總的概念測驗，近年來，不論國家考試或研究所考試，都相當地重視契約與侵權行爲之結合。此外，消費

者保護法的相關問題如商品服務責任及定型化契約之概念也成為命題教授的最愛。此外，債務不履行（給付不能、給付遲延與不完全給付）之概念、損害賠償及連帶債務的問題，更是考生所不能忽略的重點。除此之外，真正利益第三人契約之相關概念，在近年研究所考試中也是兵家必爭之地，考生不可輕易偏廢。

而就債各的部分而言，近年也有越來越受到命題委員重視的情形，例如九十三年律師考試，就考出了租賃契約之相關問題。因此對於債各中比較重要的契約，考生仍須加以重視，且此一部份未來必將成為考試命題的重心之一。

債編雖於民國八十八年修正，但其修正之部分，仍然會是近年考試的大熱門。其修正除解決（或增加了）學說及實務之間的爭議外，更增加了三個有名契約的類型：旅遊、合會及人事保證，相信仍然是未來考點之一。

本書是採取實例演習的方式來寫作，在每一個單元透過實例題的解答，使讀者能夠對於每一個法學概念，有實際練習驗證的機會。在每一單元，筆者都會透過「法學概念」就該單元做一個體系式的介紹。「學習補充站」與「作者的話」兩部分則是筆者就學說或實務上有爭議的問題進一步做小專題式的說明，以及筆者就自己的學習經驗中所提出自己的看法。實務見解的部分，則是筆者從教科書及坊間學者編撰的分科六法中，選出與考試相關比較重要者。而進階閱讀的部分則是就每一單元中筆者列出比較重要的教科書及文獻，如果讀者想要進一步增進自己的實力的話，筆者衷心建議各位讀者可以進一步參考。除此之外，最新的期刊雜誌上的文章，往往都是教授最近所研究的重點，故考前一年左右的文章，讀者應該盡可能地加以閱讀。

在題目的採擇方面，限於篇幅關係，不能將所有的考題全部羅列，故僅能選擇較具代表性的題目，至於其他考題，只能忍痛割愛了。不過，題目的練習絕對不嫌多，筆者希望各位讀者不要省去做題目的功夫，因為唯有透過多演練題目的方式，才能知道自己對於每一個概念是否都已經相當清楚了。此外，多做題目也能訓練各位讀者在考試時面對題目，能夠盡快地找出爭點，並加以完整回答，對於考試可說是好處多

多。而在練習題目的時候，如果已經閱讀完本書的讀者，筆者建議讀者最好以模擬在考場的情形來作答，透過限制時間的方式，可以讓讀者揣摩應該怎麼樣最妥適地去處理每一道題目。

這本書的完成，要感謝許多人的幫忙，使本書能在短期之內付梓。然而，筆者畢竟才疏學淺，在法律的學習上仍有相當的路要走，如內容或有錯誤，請各位讀者不吝指教斧正。

本書完稿之際，正值律師高考前，炎炎夏日，在圖書館中看見許多考生埋頭苦讀，每天唸書超過十小時者大有人在。希望每位考生都能盡早「脫離苦海」，畢竟準備國家考試的辛苦，準備過的人都很清楚。在考場上，真正的贏家是堅持到最後一刻的人。祝福各位讀者早日一舉高上！

徐律師

2005.08

前言

在正式進入本書的說明以前，筆者想利用簡單的一段說明，來告訴各位為什麼要看本書，以及本書對您在民法學習上與準備考試的過程中的幫助為何。

首先，筆者想先問諸位的是：「進考場看到題目要怎麼作？」這句話其實是廢話，進考場當然是要「回答答案。」不過，是要回答命題者所欣賞的答案，而不是單純寫著自己福至心靈所出現的答案。那麼，要怎麼知道自己寫的答案會受到命題者的青睞呢？答案其實非常簡單。

一般來說，在考場裡面對一道完全陌生的考題時，所有的招數不外有二。其一是「破題」；其二是「答題」。這兩件事情每個人都知道，但是作得好的人才能拿到好成績。作得好的人，其實並不多。

在學校裡的學習，以民法一科來說，雖然學校授課時數很高。但是受限於民法要念的資料實在太多，使得絕大多數的課程光是教授授課的時間就已經不夠了，少有時間教導學生回答問題。在課業的壓力下，就算學生有時間閱讀教科書，多數的教科書也僅是把更多的資料給大家而已。於是到了考場裡，自己念的東西不是用不上，就是不會用。

以練習考題為目的讀書會或尋求補習班的協助，是一般大學生常使用的方式。然而，前者的問題是，大家討論了半天，答案未必正確。而後者之情形，同樣受限於時數關係，以筆者的經驗來說，在上課時說明考題之目的，主要仍然在於幫助同學了解相關概念。如果每一道題目都必須詳細的說明解題所使用的文字，恐怕時間也有所不足。因此，筆者試圖透過本書，提供給各位如何做好「破題」及「答題」兩項工作的方式。

首先是「破題」。要了解出題者想問什麼才能夠做出最好的回答。看到題目想都不想地寫，成績的慘烈程度可想而知。要說明破題的功用，套句漫畫【名偵探柯南】的電影對白：「考題就像是一束無色的線，線裡交纏着名為爭點的血紅色的線，而解開那條線的工作，不就是

考生的工作嗎？*」

破題一招要先苦練兩式。第一式是「累積資訊」。這個工作本來就是各位在學習民法，甚至學習法律時本來就要作的。唯有具備了相關重要的基礎知識以後，才可能看出出題者的意念。丟一篇以法文寫成的文章給看不懂法文的人，要求他寫出感想，無異緣木求魚。要上戰場總該帶武器吧！

筆者很喜歡舉以下的案例，來說明這個概念：

甲購買遊覽車一輛，靠行與乙公司，車身上漆有乙公司的名稱及圖樣。但從招攬客人到設計路線等工作，一切均自行經營，甲並聘用丙作為司機。一日因丙之過失釀成車禍，造成路人A受傷。請問A得否對乙主張權利？

這個問題其實是94年司法官考試的題目，筆者將案例事實簡化之後的結果。如果您能看出這個題目在測驗的是僱用人侵權責任，恭喜，這表示您平常念的書派上了用場。接著，馬上聯想到的是僱用人侵權責任，有什麼問題？如果平常對於此一問題沒有研究的話，頂多寫個法條之後，就得自己寫作文了。假設您準備的夠充分的話，那麼面對此一題目，應該具備的知識包括：侵權責任的要件有四：僱用關係、執行職務、受僱人侵權責任、因果關係之具備。其中又以前兩者為學說及實務上討論較多者。首先，僱用關係，實務上認為僅需有事實上僱用關係即可；執行職務，學說上還區分為受僱人主觀說、僱用人主觀說、客觀說、內在關連性說，乃至於信賴說等等的看法。

武器準備好了之後，總不能「看到黑影就開槍吧」，彈藥（時間）是有限的。唯有找出爭點，始能一擊必殺。是以，破題的第二式是「找出爭點」。現在知道命題者要考的是僱用人責任了，但是否所有的要件在本題都是爭點呢？請各位仔細地觀察本題所要問的是A對乙主張僱用人侵權責任，則真正的爭點將落在「僱用關係」，蓋僱用關係之有無，重點在於僱用人對於受僱人有無監督。在本案當中，事實上執行職務此

* 漫畫「名偵探柯南」2002年電影版「ベーカー街の亡霊」。

一要件就不太有爭議，從而就不是讀者在有限的時間內所應大量著墨的部分。因此，在回答上重點就要限縮在僱用關係之說明。此外，學說上所謂的「主觀說」、「客觀說」、內在關連性說等等，都是對於「執行職務」所提出的討論，而非「僱用關係」，如果在回答時指鹿為馬，將這些學說上的討論放到「僱用關係」概念之下，只有造成扣分的效果。因為各位所顯現給閱卷者所看到的，是模糊不清而有所誤解的概念。

因此，在「破題」這一招的訓練，筆者挑選了一些在考試上相當重要的概念，設計案例後，就會在本書之【概念說明】處將筆者認為各位在考試當中應該知道的資訊加以介紹。這些資訊，是筆者衡量到投資報酬率而做過篩選的，各位至少要對於相關概念均能了解，但切莫以此為限。

接著是第二招「答題」。這一招的重要性不下於「破題」。事實上很多同學經常會有相同的問題：「我該念的書也有念，考試的時候也有寫到，為何分數仍然不高？」筆者身邊也不乏一些實力相當好的同學，但迄今尚未金榜題名。會造成這種結果，除了考運這種不能靠平常努力而掌握的因素以外。關鍵就在於「各位是如何回答的？」去問「大家看過的書都一樣多，為什麼成績不一樣？」這種問題，就跟拿同樣的食材給不同的廚師一樣，就算是作同一道菜，還是會有不同一樣。而這樣的結果而往往造成考生們的放棄，因為自己的實力並無法展現在考試的成績上。因此本書的另一個重點即在於：如何寫出一個讓命題者滿意的好答案。這就是「答題」一招真正的含意所在，也是本書與其他一般的教科書較大不同之處。

同樣地，在這一招下也有兩式要練。首先，是「答其所問」。這一式是接續著第一招所演練的。譬如說，在瑕疵擔保責任確定成立的情形下，如果命題者詢問的是「得否主張損害賠償？」結果各位花了相當篇幅說明瑕疵擔保的其他法律效果，如解除契約、減少價金等，就沒有太大的意義了。在大部分的題目當中，命題者想問的通常會表示的相當清楚。然而，如果題目僅詢問「請問當事人間法律關係如何？」此種問題時，要如何找出重要的答案，才是這一式最重要之處。一般來說，筆者建議各位站在主張權利之人的地位來看此一問題。亦即：「如何主張對

自己是最有利的？」再舉個例子來看：

甲將A車借給乙使用，乙卻向丙表示A車為自己所有，而以40萬元出售給丙。雙方銀貨兩訖。請問：甲得為如何之主張？

「甲得為如何之主張？」此一問題，當然要讓自己站在甲的地位來看整件事情。如果您站在甲的地位，對自己最有利的，當然是把A車拿回來，如果拿不回來的話，退而求其次的情形下，還能夠主張什麼？有了這樣子的想法之後，就可以很有條理而正確地將答案的架構及回答的順序大致確定下來，而如同下述的順序：

(一)物上請求權：

甲對丙→會有善意受讓的問題。如丙為善意，則無法請求。

甲對乙→乙已非現在占有人，故無法對之主張之。

(二)無法取回A車，則主張損害賠償請求權：

甲對乙→契約責任與侵權責任

然後可以發現：對甲而言，其得主張之權利，環繞在丙可否主張善意受讓？因此，回答上就變成了：

(一)丙善意→有善意受讓，丙取得所有權。甲→乙：損害賠償請求權。

(二)丙惡意→無善意受讓，甲仍有所有權。丙→乙？

要說明的是，這裡的例子是筆者為了說明方便所刻意地簡化的問題。事實上，在許多時候這一式並不容易使用。這也是本書的另一項重要的功能——幫助各位鍛鍊此一能力。因此，在進入每個案例的回答以前，筆者都會簡單地提醒各位本題為何要採取此種回答的順序及格式。

其次，是「投其所好」。對於閱卷者來說，當考卷數量一多的時候，能夠看的舒服的，不需要另外思考的，自然分數就會較高；反之，如果還要讓閱卷者思考你寫的這一句話代表的意義為何時，分數多半都不太好看。以筆者自身閱卷的經驗來說，一般大學部初學民法的學生，寫的答案有時候很白話。白話並不是錯誤，重點是加進了一些字句之後，反而使得文句不再通順。此外，有些名詞已經是多數法律人習以為常的用法，如果再另行用自己的話來寫，有時候也造成了閱卷者的負擔。因此，使用「閱卷者」常用的語言，亦即「一般法律人」的正式用

語，在國家考試時仍然是有必要的。要培養如此的功夫，就必須經常閱讀重要教授的文獻及最高法院實務判決的用語。

上述讓各位建立其答題的順序與體系，其目的事實上也在於此。透過有體系的回答，而非團塊式的答案，可以讓閱卷者能夠清楚地找出各位答案的重點，也才顯得出在這麼多份考卷當中您答案的「特色」。特別是，當您先前已經透過「破題」的方式找出了爭點之後，更應當將答案環繞在該爭點，才能凸顯出您的功力。如上述靠行的案件中，在回答時可以明確點出本題所涉爭點在「僱用關係」，至於其他要件則可用一句話簡單帶過即可。本書所附的【案例擬答】中，也都是以「答題」一招下的二式來撰寫的，提供給諸位參考之用。

最後，還有一件事情是筆者認為重要，但本書卻一點都幫不上忙的。由於現在回答申論題及實例題時，仍須以書寫方式為之。是以請諸位在回答時，盡可能讓字跡整齊清楚、少塗改。字寫不漂亮沒關係，但至少讓人看的清楚。同樣是筆者自己的經驗，在閱卷時看到一些考卷字跡又小又潦草時，常常會讓人抗拒去閱讀。但是實際一看，確實發現答案寫的不錯。改一兩百份的考卷已經是如此情形的話，如果是國家考試或研究所考試，年紀又比筆者大許多的閱卷教授們，會像筆者一樣耐著性子去看您的答案嗎？

著作權／不容侵犯

下列文字為著作權法之部分條文，仁人君子敬請自重，凡侵犯著作權者，必依法追究。

《著作權法》第六章 權利侵害之救濟

■第八十七條

有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：

- 一 以侵害著作人名譽之方法利用其著作。
- 二 明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。
- 三 輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者。
- 四 未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。
- 五 以侵害電腦程式著作財產權之重製物作為營業之使用者。
- 六 明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。
- 七 未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。

前項第七款之行為人，採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖。

《著作權法》第七章 罰 則

■第九十一條

擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。

以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。

著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。

■第九十二條

擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

第一編
債編總論





寫在前頭

債編可說是整部民法中最生動有趣的一章了，因為債編經常可以與生活上的實際案例相結合，而更貼近我們的生活。然而，這也是民法五編中，最難以掌握的一編，尤其債編在國家考試及研究所考試中，往往只有一題，可是卻有六百多條條文，學說及實務見解更是不勝枚舉，這往往也造成的讀者在準備上的困擾，許多人更是早早放棄準備此一部分，然而在對於分數錙銖必較的考試中，此舉無疑是提早豎起了白旗。

近年來，債編考試的命題方式，不論在國家考試或研究所考試，都有朝向以契約與侵權行為結合命題的方式，亦即請求權基礎競合的模式，在未來的考試中仍然是相當熱門的考題。不過，這也是一個很籠統的說法，讀者仍須就侵權行為、債務不履行及損害賠償等相關規定，詳加閱讀。

此外，在研究所考試中，連帶債務及真正利益第三人契約也是相當重要的爭點，容易和其他問題相結合，讀者要特別注意。