

法律學習思維講座系列（一）

莊錦秀*

壹、楔子

貳、論文寫作法學方法（一）

參、法律學習國考解題思維（一）

以 104 年律師第二試試題為例（民法部分）

*開南大學人文社會學院法律學系專任助理教授（201202-）

壹、楔子

法律學習態度，除了須有持之以恆決心外，有技巧入門更是有其必要。如何習得入門技巧，除了多閱讀外，多聽聽、多討論、多思考及多練習是不可或缺。在外語能力學習上，學術法律人亦是無法脫免，無論是學位論文寫作、學術論文寫作或外國法律及文獻研究更是無法欠缺，至少英文閱讀能力是須具備，再加上第二外語如日文、德語及法語等。

若是將生涯目標分為「近程、中程及遠程」，近程目標是鎖定司法特考在學法律人，每日碰觸英文及法學英文，有其必要的，這非但有利日後考上國家律司考試，對日後執行司法業務亦有相當助益。倘若日後有意再就讀研究所或做外國法制研究，語文能力具備是基礎。以下，本文則試從學術論文寫作及國考解題思維兩方面，分享個人小小心得給有興趣學生們參酌。

貳、論文寫作法學方法（一）

傳統論文寫作，無非從歷史方法、比較法方法、歸納分析方法、實證分析方法、法律經濟分析等方法，上述這些方法，均能從諸多法學學術論著或學位論文窺知一二，向來這些研究及寫作方法極具各自獨特重要性，視每個研究者所欲研究主題或解決問題不同，自行抉擇研究工具。而本文於此想分享近期個人一篇著作『長期照護制度全球化問題之研究』（近期將於開南法學「高齡化社會與法律論壇」特刊），該篇文章是採用「生態學觀點」，探索國際醫療人力短缺肇因何處，來達到如何調整國際醫療資源分配正義問題，以下是該篇文章摘要，有興趣查閱全文者可自行檢閱「2016年2月號開南法學特刊」。

「長期照護制度全球化問題之研究」 摘要

綜觀全球而論，歐盟各國最早進入人口結構老化，特別是法國(1865)，而 1970s 德國、日本、義大利則開始進入顯著的老年社會歷程。自 1990s 起亞洲、非洲國家，包括台灣在內也隨著進入人口結構高齡化階段，同時期則歐盟與日本等國則已進入高齡國家與超高齡國家(OECD, 1996)。家庭的組成與子女數、人口結構的高齡、及非正規支持系統的式微，使長期照護成為全球關注的議題。如何建置一套可行長期照護體系及政策，以因應全球人口快速老化所附隨增加長期照護的失能人口及其照護者，成為全球各個國家所面臨的挑戰。本文藉由生態學觀察，尋找有關國際醫療資源分配正義原則。有鑑於台灣高齡化較先進國家晚些，許多台灣目前長期照護政策及體系，參酌外國長期照護制度所設置，是以本文藉以觀察長期照護制度施行全球化多年後，所產生問題歸納分析，以作為日後台灣建構長期照護制度及政策參考。

參、法律學習國考解題思維（一）

*104 年律師考試第二試「民法與民事訴訟法（民法部分）」¹

第一題

一、甲為A 公司負責人，A 公司從事代理汽車買賣；甲之好友乙則獨資開設園藝景觀工程行。民國100 年1 月甲將其個人一部市價新臺幣（下同）100 萬元之休旅車，以80 萬元出賣給乙，約定一個月後付清價金。一個月後，乙誤以其與甲當初約定之買賣價金為100 萬元，乃支付100 萬元予甲，甲亦因遺忘約定之金額而收受。嗣甲於101 年1 月1 日委託乙為其設計建造住宅前之庭園，雙方簽訂契約（內容一部分為委任、一部分為承攬之約定，而甲乙間之真意究係重在何者無法探求），約定工程款為300 萬元（包含委託設計費100 萬元及工作承攬報酬200 萬元），乙於101 年8 月1 日完工交付甲使用。其後乙於104 年1 月委託甲所經營之A 公司出售其裝置有防盜系統之名牌汽車一部，甲於A 公司代售期間將該車停放在A 公司門前（戶外），並在車窗上張貼出售廣告，以招來買主，但忘記交代設定防盜密碼，致該車於夜間遭竊。事後甲雖對乙表示道歉，但拒絕賠償，二人因此交惡。試問：

（一）乙於104 年2 月主張甲向其溢收休旅車價款20 萬元，應依不當得利之規定返還；甲抗辯乙並未依法撤銷錯誤之意思表示，且行使撤銷權之除斥期間已過，其基於有效之契約受領價金，非無法律上原因，何者有理？（15 分）

（二）乙於同上時間，另外對甲起訴請求工程款300 萬元，甲抗辯乙之報酬請求權已罹於消滅時效，甲之抗辯有無理由？（15 分）

（三）乙主張甲與A公司成立民法第185 條規定之共同侵權行為，請求甲應與A公司連帶賠償汽車被竊之損害，有無理由？（15 分）

¹ 題目來源：http://wwwc.moex.gov.tw/ExamQuesFiles/Question/104/104112_30660.pdf, last visited 20160107.

* 法律思維：

先將法律關係圖畫好，並將可能爭點作註記於旁，非主要爭點二三語點過即可，注意答題時間把握，務必注意體系全面思考，將須作區分的觀念帶過即可。

以下答題觀念進一步資料，請參酌：

莊錦秀「民法總則課程資料（第三、六、八編）」

莊錦秀「民法債編（一）課程資料（第三、四編）」

莊錦秀「開南大學法律系東風讀書會（103年民法補充資料）」

* 法律關係圖

1. 第一個契約

(A 公司負責人)

甲 $\xrightarrow{\text{市價 100 萬賣 80 萬}}$ 乙 (獨資開設園藝景觀工程行)
(甲個人車子) 買賣 (100 年 1 月)

約定：一個月付清

乙誤價金為 100 萬而為給付 (錯誤？給付效力？)

甲亦遺忘當初約定價金而收受 (受領有無發生清償效力？不當得利？)

2. 第二個契約

甲 $\xleftarrow{\text{101 年 1 月 1 日簽約 (委託設計 100 萬; 承攬報酬 200 萬)}}$ 乙
住宅前庭園設計契約 (委任及承攬混合契約，何者為主契約當事人意思不明：工程款 300 萬)
乙於 101 年 8 月 1 日完工交付甲使用。甲未付錢？

3. 第三契約

甲 $\xleftarrow{\text{104 年 1 月委託 A 公司出售其裝置有防盜系統之名牌汽車一部}}$ 乙
甲代售期間將該車停放在 A 公司門前 (戶外) (有無契約歸責事由？有無侵權過失？)
忘記交代設定防盜密碼，致該車於夜間遭竊。 (有無契約歸責事由？有無侵權因果關係？)

(一) 試分析甲乙間就買賣休旅車系爭契約之法律關係如下

1、甲乙間就系爭買賣價金給付及受領並無債權行為及物權行為意思表示錯誤撤銷之問題。

(1) 契約當事人間倘若存有意思表示不一致情形，則有錯誤意思表示問題，此時當事人自得於民法第90條規定自意思表示後，一年內行使撤銷該錯誤意思表示。

(2) 如何判斷意思表示內容有錯誤？學者間容有爭議，有學者認為當表意人主觀上具有欲依其表示行為發生特定法律效果之意思發生錯誤即為錯誤，簡言之，效果意思發生錯誤時，此本文從之。

(3) 依題旨，甲乙約定休旅車及價金80萬買賣契約意思表示合致成立生效，此債權契約並無錯誤產生。

(4) 乙給付100萬車款及甲受領100萬時，雙方均基於主觀上認為該車款為100萬（物權行為），從而，契約當事人並無錯誤發生，甲之抗辯云云無理由。

2、乙於104年2月主張甲向其溢收休旅車價款20萬元，應依不當得利之規定返還，主張有理由。

蓋基於題旨，甲乙間就系爭休旅車買賣契約意思表示合致生效於100年1月，買賣價金約定為80萬，換言之，甲於80萬價金有受領的法律上原因，於此範圍之20萬受領即屬無法律上原因。基此，甲受有20萬價金利益致乙受有損害，二者間具因果關係，屬於給付類型不當得利，從而，乙得依民法第179條向甲請求返還20萬價金。

此不當得利返還請求權消滅時效，並不屬於民法短期時效情形，從而應依民法第125條15年請求權時效規定。

(二) 甲之時效抗辯有無理由？試分析如下：

按民法第120條第2項規定意旨，時效期間計算，始日不算入。依題旨，該工程於101年8月1日完工交付，8月2日起算時效期間，在此先敘明。

1、委任契約報酬請求權（100萬）為15年，依題旨，此部分尚未罹於時效。

委任契約並未設請求權時效特別規定，從而依請求權時效一般規定，民法第125條15年。

2、承攬契約報酬請求權（200萬）為2年，依題旨，此部分已罹於時效。

就承攬人之報酬及其墊款，於民法第127條第7款訂有二年特別短期時效規定。依題旨，乙於104年2月始請求，期間已逾二年，已罹於時效。

3、甲乙系爭契約包括委任及承攬二個契約，屬於混合契約態樣，依題旨並無法判斷當事人真意何者為契約主給付義務，究應如何選擇此系爭契約法律依據？針此學說向有爭議，有分別論斷說、特別契約類型優於一般契約類型說等，本文認為宜視個案情形選擇不同處理方式。依題旨，甲乙間就住宅前庭園設計契約（委任及承攬混合契約，何者為主契約當事人意思不明）觀之，庭園設計完工是一般社會通念首要，從而，應依承攬契約作為整個混合契約主給付義務群依據，果此，則即便委任契約請求權時效15年，也應調整為與承攬契約短時效2年一樣，方不至於架空民法第127條第7款短期時效特別立法目的。

4、承前所述，甲抗辯乙的300萬工程報酬請求權已罹於消滅時效，有理由。

5、退一步言，倘若採混合契約類型契約法律關係應分別論斷說時，則甲就乙100萬委任報酬請求權已罹於消滅時效之抗辯無理由；而甲就乙200萬承攬報酬請求權已罹於消滅時效之抗辯有理由，特併予說明。

(三) 乙主張甲與A公司成立民法第185條規定之共同侵權行為，請求甲應與A

公司連帶賠償汽車被竊之損害，有理由。分析理由如下：

1、按民法第 28 條「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。」規定，依題旨甲為 A 公司負責人，解釋上為 A 公司有代表權之人，倘若甲致乙受有損害係其執行職務範圍，則 A 公司須與甲負連帶損賠責任。

2、又民法第 28 條「執行職務」概念，依通說見解與民法第 188 條「執行職務」等視，均以「正當合理關聯性」判斷標準。

依題旨，甲為 A 公司負責人將乙委託 A 公司代售車放置門口並於車窗貼上廣告，甲之行為依正當合理關聯性判斷標準，應可視為甲該等行為屬甲之執行職務範圍之行為。

3、再按民法第 184 條第 1 項前段行為及損害間「因果關係」實務通說採相當因果關係，即最高法院 76 年度台上字第 158 號判決意旨「...惟所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害之間，即有因果關係。」。

依題旨，甲將乙委售設有防盜設備高級車放置門口，甲忘記交代設定防盜密碼，致該車於夜間遭竊。高級車因遭竊機率高所以設置防盜設備，依通常之理，倘若未設定防盜密碼，遭竊率將更高，從而，未設定防盜密碼與遭竊損害二者具有相當因果關係。

4、民法第 185 條所規定共同侵權行為之「共同」，依最高法院 25 年上字第 1960 號判例，認各行為人無意思聯絡，其行為亦無關連共同，不能認係該條所稱之「共同」。依同院 55 年台上字第 1789 號判例，則以各行為人有意思聯絡為必要，始能成立共同侵權行為。依司法院 66 年 6 月 1 日例變字第 1 號「則認共同侵權行為之成立，不以行為人有意思聯絡為必要，苟各行為人之過失行為均為所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足以成立共同侵權行為」。此為目前實務學說通說所採。

依題旨，A 公司受乙委託代售車，對該車應負善良管理人保管義務卻遭竊，A 公司保管欠允與遭竊損害具因果關係。而甲與 A 公司二者對乙共同侵權，依司法院例變第 1 號意旨，二者過失行為均為產生「該車遭竊」損害共同原因。從而，A 公司與甲負共同侵權行為損賠之責。

5、第三人介入危險本屬行為人應排除風險範圍，行為人不得主張第三人行為介入切斷因果關係。

依題旨，A 公司受託代售對該車負有契約保管義務排除保管物遭受不當侵害，A 公司自不得主張係因第三人竊盜行為致使該車遭竊損害發生，而認為該車發生遭竊行為係屬第三人行為介入，切斷其 A 公司保管不當行為與損害間因果關係，從而 A 公司自免負損賠之責，在此特予補充。