

《民法與民事訴訟法》

(民事訴訟法及民法與民事訴訟法綜合題部分)

一、原告甲列乙、丙為被告，向管轄法院起訴，主張：乙向甲借款新臺幣（下同）300萬元，丙為連帶保證人，乙屆期未清償借款，經催告仍拒不履行等情，依消費借貸、連帶保證之法律關係，聲明求為命乙、丙連帶給付300萬元之判決。嗣乙於第一審訴訟程序中死亡，由其全體繼承人丁、戊聲明承受訴訟。第一審法院認定甲僅交付200萬元借款予乙，乙全未清償，丁、戊為乙之繼承人，應繼承乙對甲之債務，丙對甲應負連帶保證責任，因而判命丙、丁、戊應連帶給付甲200萬元，並駁回甲其餘之訴。甲、丁分別就其敗訴部分提起上訴，甲之上訴理由略以：甲確已交付300萬元借款予乙等語。丁之上訴理由略以：乙並未向甲借款；縱乙有向甲借款，乙已清償完畢等語。請附理由回答下列問題：

- (一)法院應如何著手整理本件事實上爭點？在爭點整理階段，應如何分配舉證責任？（18分）
- (二)第二審法院進行第一次準備程序後，甲、丁分別具狀向受訴法院表示撤回各自之上訴，第二審法院應如何續行訴訟程序？（20分）

命題意旨	考事實上爭點整理之操作、舉證責任分配、共同訴訟類型之判斷與其效果之操作。
答題關鍵	事實上爭點整理之子題，如果要完整論述，應按甲對乙與甲對丙之訴訟標的拆開，分別為論述，較為完整，然題目可以得知重點在於消費借貸之要件事實部分，從而筆者建議考生判斷分配與時間，合一敘明即可。又舉證責任分配為每年國家考試必出之題目，本題屬於舉證責任之基本題，較無特殊之處。 撤回上訴之部分涉及共同訴訟類型，然而在此前，更須先確定連帶保證與連帶債務間之關係，即先確定其為連帶債務，抑或不真正連帶，雖筆者認為出題者，並無發現實體法上之疑義，然為確實對法律關係為分析，遂花大量篇幅釐清關係，然而， <u>考生逕寫連帶訴訟之共同訴訟類型</u> ，筆者亦認為不礙評分。又筆者雖認連帶債務與不真正連帶債務之共同訴訟類型，為普通共同訴訟，但因為撤回上訴有民訴法第459條第2項關於合一確定之適用，故筆者往類似必要共同訴訟著墨。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第二回，甄台大編撰，第35頁。 2.《高點民事訴訟法講義》第四回，甄台大編撰，第47頁。 3.《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，第13頁、第27頁。

【擬答】

(一)

1.事實上爭點整理如下：

- (1)按民事訴訟法第296條之1規定，調查證據前，法院應對當事人曉諭爭點。復按同法第244條第1項第2、3款規定，起訴狀應表明訴訟標的、原因事實及訴之聲明，即訴訟之最上位爭點。訴之聲明應清楚、明確，訴訟標的須具體、特定。又本件甲主張依消費借貸、連帶保證之法律關係，此乃以權利單位為訴訟標的而起訴，應行論理上爭點整理。論理型之事實上爭點整理須就裁判之最上位爭點有無理由之要件事實、間接事實、對造所爭執不爭執之事實為整理。
- (2)事實上爭點整理
本件甲向乙請求返還借款，係基於其借款返還請求權，借款返還請求之前提為甲乙間訂有民法第474條消費借貸契約與貸與人甲交付借款，此兩項前提為要件事實，故甲主張其交付借款於乙，對此，乙之繼承人先否認借款事實，嗣後主張縱有借款，亦為清償。從而，本件應調查之事實為「借款債權之存否事實」與「乙是否有清償該借款之事實」。
- (3)又甲向丙請求返還連帶保證借款，按民法第272條約定乙丙各負全部給付之責任，然丙須負責任之前提係該借款債權並未受乙清償，是以，該部分所應所調查之證據與前開借款返還請求權同，即「乙是否有清償該借款之事實」。

2.待證事實分配如下：

客觀舉證責任，係於法院及雙方當事人皆無法就待證事實為證明而事實存否成為不明之情況時，提供法院就該項真偽不明之待證事實，應如何為認定之裁判準則。按民事訴訟法第 277 條之規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，然此規定有不明確之評，故通說乃採規範說為舉證責任分配。規範說係指認為主張權利存在之人，應就權利發生之要件存在之事實為舉證；否認權利存在之人，應就權利妨害要件、權利消滅要件、權利受制要件之存在事實為舉證。以下分別就各待證事實操作規範說。

(1) 甲交付借款之待證事實，由甲負舉證責任。

本件，待證事實為甲有無交付借款之事實，消費借貸契約為要物契約，因借用物之交付而生效力。按前開規範說，交付借款為構成要件事實，係主張權利存在之甲，須負舉證責任。(最高法院 69 年第 27 次民庭決議同此意旨)

(2) 乙已清償該借款債權之待證事實，由丁戊負舉證責任。

按民法第 309 條規定，依債務本旨向債權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。是以，清償屬於前開規範說之權利消滅要件事實，應以否認權利存在之人負舉證責任。本件，丁主張乙已清償借款，而為權利消滅事實，故應由主張甲權利不存在之丁負舉證責任。

(二) 二審訴訟上訴繫屬皆消滅，二審無須續行訴訟，訴訟終結，而一審判決確定。

1. 丁具狀向受訴法院表示撤回上訴之部分

丁向受訴法院表示撤回上訴之效果，其涉及為丙丁與戊間之共同訴訟類型。蓋共同訴訟類型如為普通共同訴訟，係適用本法第 55 條獨立原則，然如屬於須合一確定之類似必要共同訴訟與固有必要共同訴訟，係適用本法第 56 條之規定，故丁撤回上訴之效力不可一概而論。

(1) 丁戊間之關係為連帶債務，又丁戊與乙間之關係為不真正連帶債務。

① 本件，乙死亡後，由繼承人丁戊按民事訴訟法第 168 條規定承受訴訟，即承受乙之法律上地位，於實體法上，丁戊間之關係，按民法第 1153 條第 1 項規定，繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負連帶責任，是以，丁戊對於乙之債務，對外關係為連帶債務。

② 又因原本借款債務人乙與連帶保證人丙間之關係為何，非無討論之餘地。蓋按最高法院 45 年台上字第 1426 號判例表示，保證債務之所謂連帶，係指保證人與主債務人負同一債務，對於債權人各負全部給付之責任者而言，此就民法第二百七十二條第一項規定連帶債務之文義參照觀之甚明；即實務見解認為連帶保證人與主債務人間為民法第 272 條規定之連帶責任。

③ 然而，連帶保證人係保證之一種，與一般保證之差異僅係無先訴抗辯權，保證債務與主債務間仍不失從屬性，雖債權人得各自向連帶保證人與主債務人為全部請求，然連帶保證人為清償後，得按民法第 749 條規定，向主債務人全部請求，並無依民法第 280 條內部分擔之問題，是以，連帶保證並非連帶債務，然連帶保證又具備如同連帶債務之外觀，故僅係不真正連帶(最高法院 76 年度台上字 963 號判決參照)。

④ 本件，甲對於丁戊丙三人得各自獨立請求清償該借款債權，然而丁戊為繼承主債務人乙之法律上地位，須負最終之清償責任，是以，本件丁戊與丙之關係為不真正連帶債務，又前開丁戊間之關係為真正連帶債務關係。

(2) 丁戊間為普通共同訴訟類型

① 有認為係類似必要共同訴訟說者，認為連帶債務人間須合一確定，援民法第二百七十五條之「連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力」之規定，認為判決被告各人不得為相異之判斷，即屬合一確定，應適用民事訴訟法第五十六條第一項之規定(最高法院 33 年上字 4810 號判例意旨參照)。

② 亦有採普通共同訴訟說者，認為依第 273 條規定，債權人對於個連帶債務人之訴訟標的係各自獨立，且第 275 條之明文規定，僅在「其判決非基於該債務各人關係者，為他債務人之利益」之條件下，判決效力方擴張，故性質上非合一確定，屬於普通共同訴訟。

③ 管見以為，基於連帶債務本身具有從屬關係，具有理論上不得相互矛盾之特性，是以，本文認丁戊間之連帶債務共同訴訟類型為類似必要共同訴訟。

(3) 丁戊與丙間為普通共同訴訟類型

債權人對於不真正連帶債務之數債務人原有個別之請求權存在，自得分別提起民事訴訟請求給付，非固有必要共同訴訟。又不真正連帶債務與連帶債務在性質上並不相同，民法有關連帶債務之規定，多不適用於不真正連帶債務(最高法院 89 年度台上字第 2240 號判決意旨參照)，由於不真正連帶債務僅是偶然

構成，是以無理論上合一確定之必要，是以，丁戊與丙間之不真正連帶債務亦屬普通共同訴訟。

- (4) 丁戊間之關係為有合一確定之類似必要共同訴訟，此時，按民訴法第 56 條第 1 款規定，共同訴訟人中一人之行爲有利益於共同訴訟人者，其效力即於全體，不利益者，對於全體不生效力。從而，丁上訴係有利，故上訴效力即於全體，然按民訴法第 459 條撤回上訴之效果，為喪失上訴權，故對於全體不利益，原則應係不生效力，然而，民訴法第 459 條第 2 項規定，訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，其中一人或數人於提起上訴後撤回上訴時，法院應即通知視為已提起上訴之共同訴訟人，命其於十日內表示是否撤回，逾期未為表示者，視為亦撤回上訴，故如丁撤回上訴後，對於須合一確定之戊，二審法院須命戊十日內表示是否撤回，如逾期未表示，則視為撤回上訴。

- (5) 丁戊與丙間之關係為普通共同訴訟，此時，按民訴法第 55 條獨立原則，丁之上訴與撤回上訴皆不及於丙。

2. 甲具狀撤回上訴之部分：

- (1) 甲設具狀撤回對「全部被告」之上訴，因甲丁係分別具狀向受訴法表示撤回上訴，此乃指甲丁之上訴並無附帶之主從關係，為各自獨立之上訴，故本件撤回上訴無須得被上訴人同意。回上訴者，係上訴人對於法院表示撤回上訴之訴訟行爲，其撤回上訴之法律效果，按同法第 459 條第 3 項規定，扯回上訴者，喪失上訴權，係使上訴審之訴訟繫屬溯及於上訴時歸於消滅而已，並不影響下級審之訴訟繫屬及其判決之效力。從而甲上訴撤回，使甲喪失上訴權。

綜前開所述，雖丁撤回部分僅及於戊，不及於丙，故原來甲對丙之訴訟仍繫屬於二審，然甲亦撤回訴訟，故該訴訟上訴繫屬皆消滅，二審無須續行訴訟，訴訟終結，而一審判決確定。

二、甲育有三名婚生子女甲 1、甲 2、甲 3，均居住於臺中市。甲死亡後，甲 1 清查甲之遺產時，發現甲於死亡前二年曾出資新臺幣 500 萬元購買位於宜蘭之 A 地，但將該地所有權登記於乙名下，乙亦住在宜蘭。甲 1 即向乙主張 A 地係甲之遺產，而於生前借名登記於乙之名下，故請求乙應將 A 地返還於甲之繼承人全體。詎料乙不僅拒絕返還，更自稱其為甲之婚外情所生子女，自幼由甲提供生活費撫育成年，甲晚年又因心感愧疚，遂購買 A 地贈與且登記給乙。問：甲 1 如為一勞永逸，避免乙將來主張其為甲之子女而分其他遺產，可否利用一道程序解決上述紛爭，且應以何人作為原告，向何有權限之法院起訴，並應如何撰擬訴之聲明？（37 分）

命題意旨	考別訴禁止之準用與確認親關係不存在之操作。
答題關鍵	關鍵在於題目明示為一勞永逸，一道程序解決紛爭，故答題關鍵為別訴禁止。又因題目甲此被繼承人已死亡，故須留心家事事件法有規定得以尚生存者為被告。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第 1 回，甄台大編撰，頁 18、19。 2. 《高點民事訴訟法講義》第 2 回，甄台大編撰，頁 25。

(一) 甲 1 應以乙為被告。而確認親子關係不存在之聲明為，確認原告甲○○與被告乙○○之親子關係不存在。訴訟費用由被告負擔。

1. 民法第 1065 條第 1 項規定，非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。本件，乙主張經甲撫育成年，係視為認領為婚生子女。又按民法第 1066 條規定，非婚生子女或其生母，對於生父之認領，得否認之。此認領經否認後，得由認領人提起確認親子關係存否之訴。

2. 本件，甲 1 為甲之婚生子女，依民法第 1146 條規定，為甲之繼承人，而向乙提起返還 A 地於甲之繼承人全體，係基於民法第 1146 條之繼承回復請求權，雖有學說上認為繼承回復請求權非獨立之請求權，僅係將個別債權及物權返還請求之集合，然通說認為民法第 1146 條規定係獨立請求權，本文從之，故本件真正繼承人甲 1 得向以真正繼承人自居之非真正繼承人乙提請繼承回復該地。

- (1) 然如題示，欲利用一道程序解決乙將來主張其為子女而分其他遺產，繼承人甲 1 得按家事事件法第 67 條規定，就法律所定親子或收養關係有爭執，而有即受確認判決之法律上利益者，得提起確認親子或收養關係存在或不存在之訴。而此確認之訴同於民訴法第 247 條規定須具備確認利益。本件，甲 1 為繼承人，就乙與甲之親子關係有所爭執，而生法律關係不明確之危險，為除去該法律上之爭執，且該危險係足確認判決除去，可認為甲 1 具有確認利益，而得提起確認甲乙間親子關係不存在之訴。

- (2) 甲 1 提起確認親子關係不存在之訴得一次紛爭解決，在於家事事件法第 69 條規定，親子關係事件程序得

準用同法第 57 條之別訴禁止規定，故有關親子關係事件程序，經判決確定後，當事人即不得援以前依請求之合併、變更、追加或反請求所得主張事實，就同一親子關係提起獨立之訴。此別訴禁止得使甲 1 一勞永逸，避免乙嗣後主張分遺產。(3)又該親子關係不存在之訴，按家事事件法第 3 條第 1 項第 3 款規定，屬於甲類事件，復按同法第 39 條規定，第三條所定甲類或乙類家事訴訟事件，由第三人提起者，除別有規定外，以訟爭身分關係當事人雙方為共同被告；其中一方已死亡者，以生存之他方為被告。本件，繼承人甲 1 原則上應甲乙為共同被告提起確認親子關係不存在之訴，然甲已死亡，甲 1 得以生存之乙為被告即可。而確認親子關係不存在之聲明為，確認原告甲○○與被告乙○○之親子關係不存在。訴訟費用由被告負擔。

(二)本件得向台中地院或宜蘭地院起訴。

- 1.如前開所述，甲 1 以訴對乙提起繼承回復請求權與確認親子關係不存在之訴，繼承回復請求權，按家事事件法第 3 條第 3 項第 6 款規定為丙類事件，又確認親子關係不存在之事件，如前開所述為甲類事件，甲類與丙類皆屬具有訟爭性之訴訟事件，從而，兩者之合併，按家事事件法第 41 條第 1 項規定，數家事訴訟事件，得向就其中一家事訴訟事件有管轄權之少年及家事法院合併請求。
- 2.按家事事件法 61 條規定，親子關係事件，專屬下列法院管轄：一、子女或養子女住所地之法院。二、父、母、養父或養母住所地之法院。又按同法第 70 條規定，因繼承回復所生請求事件，得由下列法院管轄：一、繼承開始時被繼承人住所地之法院；被繼承人於國內無住所者，其在國內居所地之法院。二、主要遺產所在地之法院。本件，甲 1 住台中，乙住宜蘭，該爭執之 A 地亦位於宜蘭，親子關係不存在之訴之部分，台中、宜蘭地方法院皆為具管轄權，而繼承回復部分遺產所在地宜蘭地方法院具有管轄權，但依前開第 41 條規定，甲 1 得有管轄權之台中地院、宜蘭地院其中之一合併請求。

三、甲男與乙女原為夫妻，嗣協議離婚，並已辦妥離婚登記。離婚協議書載明兩人於婚姻關係存續中之民國 94 年間取得，而登記為甲男所有之 A 房屋及其基地 B 土地之應有部分（下稱 AB 房地），歸乙所有，而由乙女承擔 AB 房地抵押之銀行貸款債務等語，並於離婚登記後數日辦妥所有權移轉登記。因登記機關之表格，關於所有權移轉登記，並無離婚協議之事由，且為節稅，故登記事由記載為贈與。離婚一年多之後，乙女將 AB 房地出售予丁，扣除銀行貸款後得款新臺幣 300 萬元，亦已辦妥由乙移轉於丁之所有權移轉登記。試問：

- (一)如甲男之金錢債權人丙，向法院起訴主張甲、乙間之贈與為詐害行為，請求撤銷甲、乙間贈與之債權行為與移轉 AB 房地所有權之物權行為，則應以何人為被告？如丙並聲請法院命丁回復原狀，則又應以何人為被告？（20 分）
- (二)如甲、乙確係為脫產而依離婚協議書為轉讓，但丁不知其情事，丙之上開請求有無理由？如丙為向甲購買 AB 房地之買受人，則丙之上開請求有無理由？（40 分）
- (三)在丙係甲之金錢債權人之情形，如乙不知甲有負債而受贈與，但丁知甲係為脫債而贈與時，丙之上開請求有無理由？若法院判決丙勝訴，僅丁對其敗訴部分提起上訴，上訴效力是否及於未聲明不服之共同被告？（30 分）

命題意旨	民法與民訴之混合題，主要考民法第 244 條撤銷詐害債權之實體法與訴訟法操作。
答題關鍵	切確區非受益人與轉得人之善意與共同訴訟類型。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第 2 回，甄台大編撰，頁 31。

(一)

1.丙請求撤銷甲乙間贈與之債權行為與物權行為，應以甲乙雙方為共同被告。

- (1)固有必要共同訴訟係指訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定，且依法律或依法理規定，必須數人一同起訴或一同被訴，當事人始為適格。如欠缺其一當事人，亦欠缺當事人適格，應依民訴法第 249 條第 2 項規定，非本案判決駁回。
- (2)按民法第 244 條第 1 項規定，債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。從而，本件之爭點為撤銷詐害債權之應以何人為被告。債權人依民法第二百四十四條行使其撤銷權，如僅請求撤銷債務人之行為，則應以行為當事人為被告，行為為雙方行為時，應以債務人及其相對人為被告，故其行為當事人有數人時，必須一同被訴，否則應認其當事人之適格有欠缺(最高法院 28 上字第 978 號判例意旨參照)。本件，丙請求撤銷甲乙間贈與之債權行為與物權行為，應以行為人甲乙為被告，屬固有必

要共同訴訟。

2.如丙並聲請法院命丁回復原狀，亦應以丁為被告。

按民法第 244 條第 4 項規定，債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。申言之，債權人撤銷之詐害行為之態樣，債務人與受益人間僅完成債權行為，該撤銷權僅發生形成效力；然如詐害行為之態樣，債務人與受益人間完成債權行為與物權行為，該撤銷詐害債權之行使，即同時發生形成效力與請求效力，此項撤銷權，為避免爭議，故於民法第 244 條規定利益返還請求權¹。又該向利益返還請求權之原形仍為所有物返還請求權或不當得利請求權，從而本件，丙聲請法院命丁回復原狀，以轉得人丁為被告即可。

(二)

1.如丁為善意不知情，丙之上開請求無理由

- (1)按民法第 244 條第 4 項規定，債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。
- (2)本件，如甲乙係為脫產而為轉讓，但轉得人丁為不知有撤銷原因者，此種情形為受益人為惡意、轉得人為善意之情形。然按民法第 244 條第 1 項規定，並不以受益人之善惡意為撤銷要件，然轉得人既為善意，按上開第 4 項但書之規定，其轉得行為非撤銷權效力所及，故債權人丙不得聲請命轉得人丁回復原狀，蓋轉得人已依民法第 759 條之 1 之規定善意受讓²。故丁如為善意不知情，丙之上開請求為無理由。

2.如丙為 AB 房地買受人，丙之上開請求無理由。

按民法第 244 條第 3 項規定，債務人之行為僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定。此為排除特定物債權之規定，參民法第 244 條規定之修正理由，撤銷權之規定，係以保障全體債權之利益為目的，非為確保特定債權而設。推其理由因如容許其撤銷，無異於始成立在先的買賣契約債權人取得優先權，此則破壞債權平等原則。本件，丙如為 AB 房地之買受人，即為特定物為標的之債權，故丙上開請求為無理由。

(三)如受益人乙為善意，然轉得人丁為惡意，丙之上開請求仍有理由。

按民法第 244 條第 1 項規定，債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。本件，受益人乙不知甲有負債而受贈與，乙為善意，但轉得人丁知甲係為脫債而贈與，丁為惡意，此時民法第 244 條第 1 項之規定，並不以受益人之善惡意為撤銷權行使之要件，轉得人為惡意，依同條第 4 項規定，其轉得行為撤銷權效力所及。債權人丙得依該條第 1 項規定聲請法院撤銷債務人之無償詐害債權行為，與請求轉得人丁回復原狀。

1.本件丁上訴效力，即於未聲明不服之共同被告。

- (1)共同訴訟係指原告或被告一方或雙方為複數主體之訴訟類型。又如須合一確定者，係適用民訴法第 56 條之規定，無須合一確定者，係適用民訴法第 55 條知獨立原則。合一確定者，係指所受之本案判決對於他人亦有效力者，如該他人為共同訴訟人，即屬類似必要共同訴訟(最高法院 28 年上字第 2199 號判例意旨參照)。
- (2)本件，丙一訴對甲乙提起撤銷詐害債權之訴，甲乙間之關係為固有有必要共同訴訟乙如前開，然甲乙與丁間之關係為何，容有疑義。如受益人為善意，轉得人為惡意之情形，前開之撤銷詐害債權之訴，係認為及於轉得行為者，然此係指撤銷權之效力而言，非判決效力，故採普通共同訴訟者，認為丙對甲乙與對丁行使之權利不同，亦無判決效力及於轉得人之規定，屬於普通共同訴訟。然而，相對於此有認為該回復原狀請求權之前提為撤銷權，從而，兩者有避免裁判矛盾之理論上合一確定之必要，屬類似必要共同訴訟，本文從之。
- (3)是以，本件共同訴訟類型屬於類似必要共同訴訟，按民訴法第 56 條第 1 項第 1 款規定，共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力。是以，僅丁對於其敗訴部分提起上訴，形式上為有利(最高法院 52 年度台上字第 1930 號意旨參照)，故效力及於共同被告全體(即甲乙)。

¹ 邱聰智，新訂民法債編通則(下)，頁 100、101，新訂一版。

² 林誠二，債權人行使撤銷權時受益人或轉得人之回復原狀，台灣本土法學雜誌第 42 期，頁 139。