

# 《民法與民事訴訟法》

一、甲、乙、丙各出資新臺幣（下同）500 萬元，成立「大新企業社」，經營車輛維護及保管業務，並推由甲擔任該企業社之事務執行人。丁因商務出國一年，將其市價 1000 萬元全新之「法拉利」名車一部，交由該企業社保管及維護，約定每月費用 3 萬元，並應於丁回國時交還汽車。三個月後，甲得知有某富商欲以高價購買該車，認有利可圖，擅自將該車以 1200 萬元出售並辦理汽車過戶及交付與該不知情而無過失之富商。甲得款後全數放置在設有保全系統之自宅保險策內，全部款項卻於深夜遭竊，惟甲已投保竊盜險 1000 萬元。其後，甲仍繼續出具該企業社之收據傳真給丁，通知丁按月將汽車維護保管費用匯至「大新企業社」帳戶，丁前後共匯入 27 萬元。一年後丁返國發現上情。試問：

(一) 丁對其車輛遭私自出售之損害，應如何請求救濟？（20 分）

(二) 丁對其匯款 27 萬元之損害，應如何請求救濟？（15 分）

(三) 甲可否以其出售之汽車所得款項遭竊為由，主張免為給付義務？丁可否請求甲讓與甲對保險公司之保險金請求權？（10 分）

命題意旨	請求權基礎之檢討順序與檢驗、代償請求權之適用。
答題關鍵	本題事實上僅為請求權基礎檢驗順序之基礎性考題，依請求權基礎接續討論，即可獲得基本分數。另就合夥之部分，縱使不熟悉條文，惟只要掌握合夥人相互間係連帶責任，則仍能作答。又題目特別點出標的之客觀市價與轉賣價格之價差，故邏輯上應將不法管理列於不當得利、侵權行為之後討論，始能表達§177II 增訂之緣由。
考點命中	1. 《高點民法講義第二回》，顏台大編撰，頁 40、50 以下。 2. 《高點民法講義第二回》，顏台大編撰，侵權行為部分。

## 【擬答】

本題爭點涉及合夥人之連帶責任、惡意不當得利返還範圍、侵權損害賠償方法、不法管理與代償請求權等問題，分述如下：

- (一) 1. 甲與富商以 1200 萬元訂立買賣契約，雖該買賣契約係屬出賣他人之物而有效，然因該車之所有權為丁，甲與富商間之移轉所有權之物權行為係屬無權處分而效力未定(§118)。然因甲具有占有動產之公示外觀，且富商無過失而不知甲無處分權，故該富商因善意取得(§801、§948)而取得該車所有權，故丁自不得對該富商有所請求。另就汽車行照上所有權人之登載，僅係行政上之管制措施，其不影響民事上汽車所有權人之認定，是故不論甲與富商間有無完成該車之過戶程序，均無礙於富商取得該車所有權。
2. 甲乙丙共同成立大新企業社，該企業社並非法人而僅係合夥之非法人團體，並非權利主體。甲乙丙推由甲擔任該企業社之事務執行人，則甲於執行事務範圍內，為他合夥人之代表(§679)。丁將其車交與該企業社保管維護，然甲卻將該車變賣，客觀上自係未依債之本旨而為履行，且甲係為圖利而變賣，主觀上亦具歸責事由；又甲就事務之執行為乙丙之代表已如前述，是故丁自得依民法§227I、II 向甲乙丙請求損害賠償，且甲乙丙係屬連帶債務人(§681)。
3. 甲將該車出售，自屬無法律上原因而取得本應歸屬於丁之利益，致丁受有損害，丁自得依民法§179 向甲主張不當得利。又因該車之所有權已由富商取得已如前述，故甲所受領之利益已無法作原形返還，而僅得返還其價額及客觀市價 1000 萬元(§181 但書)，且甲為惡意不當得利受領人，故應將受領時所得之利益附加利息，一併償還(§182II)；就此部分因同屬事務執行範圍，故甲乙丙仍負連帶責任。
4. 甲將該車出售並交付與富商，致丁喪失該車之所有權，係屬故意不法侵害丁之權利，丁自得依§184I 前段之規定向甲請求損害賠償。又因該車已由富商取得所有權，故丁自無法主張回復原狀，是故丁僅得請求甲以該車之客觀市價 1000 萬元為金錢賠償(§215)；就此部分因同屬事務執行範圍，故甲乙丙仍負連帶責任。
5. 為免如同本題中之甲存有經濟上之誘因，民法§177II 增訂不法管理之規定，於管理人明知為他人之事務而為自己之利益管理者，本人仍得主張享有因不法管理行為所得之利益。是故，甲因該出售行為而受領 1200 萬元之價金，該 1200 萬元均為因不法管理行為所得之利益，丁自得依§177II 準用§177I，請求甲交付之。又依題示，甲將該 1200 萬元置於保險箱中卻遭竊，然因此處丁係以不法管理之相關規定為請求權基礎，

而非以不當得利為請求權基礎，是故甲因管理所得之利益是否尚存，亦或甲有無投保或取得保險金，均無礙於丁之請求，併予敘明。又就此部分因同屬事務執行範圍，故甲乙丙仍負連帶責任。

- (二) 1. 甲客觀上係未依債之本旨而為給付主觀上亦有歸責事由已如前述，又該車已由富商善意取得所有權，故甲未依債之本旨給付此一瑕疵已無法補正，丁自得準用給付不能之規定 (§226I) 有所主張。
2. 然甲丁間之契約係屬繼續性契約關係，丁若欲解消甲丁間之契約關係，僅能適用契約終止之規定，又契約終止僅向後生效而無溯及效力 (§263 參照)，故縱使丁主張終止契約，甲所受領之 27 萬元，仍屬有法律上之原因而受利益，不構成不當得利。
3. 惟甲既已將該車出售並交付予富商，甲自知悉其已無法再行對丁履行該車之保管與維護，然甲仍出具收據傳真予丁，使丁誤信甲等仍就該車為保管維護進而持續為費用之支付，甲自係惡意欺瞞丁而屬故意以背於善良風俗之方法加損害於丁，丁自得依民法 §184I 後段之規定，請求甲賠償該 27 萬之損失。
- (三) 甲不得以款項遭竊為由主張免給付義務，惟丁應得請求甲讓與對保險公司之保險金請求權
1. 丁得對甲依侵權行為、不當得利、不法管理等規定有所請求已如前述。就侵權行為之部分，丁係請求甲以金錢賠償 (§215)，該數額並係以車輛之客觀市價計算，與甲有無因侵權行為而額外受領利益無關，甲自不得以款項遭竊為由主張免給付義務。
2. 依民法 §182II，惡意不當得利受領，若於受領時即知無法律上原因，應將受領時所得之利益予以返還，不問其後該利益是否尚存。本題中甲係惡意不當得利受領人甚明，故甲自應返還受領利益之客觀價額 1000 萬元，縱該款項事後遭竊亦同。
3. 若丁係依不法管理之規定請求管理利益，則甲自應將因管理所得之 1200 萬元價金給付予丁；至於事後該款項遭竊，僅係甲是否有給付能力之問題，甲之給付義務均不喪失。
4. 如前所述，丁得對甲為一定之請求，甲丁間成立債之關係，甲為債務人。依 §225II，債務人因前項給付不能之事由，對第三人有損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。保險金是否屬 §225II 代償請求權所稱之賠償物，學說上有所爭論，多數見解採肯定說；然因本題丁對甲之債權均係金錢之債，金錢之債並無給付不能之可能，自無法適用 §225II；惟本於公平性之考量，應類推適用 §225II 之規定，使丁得對甲請求讓與其對保險公司之保險金請求。縱認此處無類推 §225II 之可能，惟甲對保險公司請求之債權係甲之責任財產，若甲怠於行使，丁得以甲之債權人之身分，代位行使 (§242)，併予敘明。

- 二、甲、乙二人共有 A 地，應有部分各二分之一，且無分管之約定。乙未經甲同意，將 A 地全部出借於丙商業同業公會。其後，該公會理事長丁基於職務關係，指示以公會會款在 A 地上興建 B 屋，並將 B 屋出租且交付於戊使用，以所得租金充實公會會款。甲得知 A 地遭他人占用後，問：
- (一) 甲請求丁「拆除 B 屋」、並「返還 A 地」，於全體共有人，有無理由？(15 分)
- (二) 甲請求戊「拆除 B 屋」、「自 B 屋遷出」，並「返還 A 地」於全體共有人，有無理由？(15 分)
- (三) 甲請求戊給付「相當於租金之不當得利」，有無理由？(15 分)

命題意旨	本題係屬傳統爭點之考題，諸如定著作物之認定標準、民法 §758 與 §759 之區別等，並無特別之學說爭議，理論上應不難掌握。
答題關鍵	傳統爭點如共有物之管理、63 年第 6 次民庭決議、原始取得建物所有權與證權登記等外，更應對興建建物之申請流程有一定之熟悉度(例如：土地使用權同意書)。
考點命中	1. 《高點民法講義第一回》，顏台大編撰，頁 33、34。 2. 《高點民法講義第二回》，顏台大編撰，頁 2、51。 3. 《高點民法講義第七回》，顏台大編撰，頁 22 以下。

#### 【擬答】

本題爭點涉及分別共有物之管理權限、建物所有權之原始取得、債之相對性以及不當得利返還客體等，分述如下：

- (一) 丁並非 B 屋之所有權人，且丁未就 B 屋占有使用收益，故甲不得請求丁拆屋還地
1. 甲乙共有 A 地，應有部分各二分之一，且無分管約定，乙未經甲之同意，自不得將共有物出借與他人(民法 §820I 參照)，故甲不受乙出借行為之拘束。
2. 依建築法 §30，起造人興建建物應出具土地使用權同意書，今乙出借 A 地既未得甲之同意，理論上 B 屋之興建自無可能出具 A 地之土地使用權同意書並進而請領建造執照，B 屋應屬違章建築。惟依題示，B 屋既

已出租並交付於戊使用，B 屋自應已符合最高法院 63 年第 6 次民庭決議就定著物認定之使用上獨立性與構造上獨立性之要件，而屬獨立之定著物。又 B 屋縱屬違建而無法辦理保存登記，然建物之興建係屬不動產所有權之原始取得，縱未辦理保存登記，惟保存登記係屬民法§759 所謂之證權登記，該登記係處分權取得之要件，未經登記亦無礙於建物所有權之原始取得。

3. 原始取得建物所有權之歸屬，應視係由何人出資興建而定。今丁係丙同業公會之理事長，丙係屬法人(商業團體法§2 參照)，丁係本於職務關係並指示以丙之會款興建 B 屋，故 B 屋係由丙出資興建而原始取得 B 屋所有權當屬無疑。丁既非 B 屋所有權人，就 B 屋亦無事實上處分權限，且丁實際上亦未就 B 屋為使用收益，故甲請求丁拆屋還地，自無理由<sup>1</sup>。

(二) 甲僅得請求戊返還 A 地於全體共有人

1. B 屋為丙原始取得所有權已如前述，丙將 B 屋出租並交付於戊，戊因此而取得承租人之地位，然因租賃契約係屬債權契約，本於債之相對性，戊自不得以租賃契約對甲主張有權占有。
2. 然因戊僅係承租人，就 B 屋亦無事實上處分權限，故戊自無拆除 B 屋之權限，甲自不得請求戊拆除 B 屋(92 台上 1604 號判決參照)。
3. 就請求戊自 B 屋中遷出部分，因 B 屋係為丙所有已如前述，甲並非 B 屋之所有權人，而請求戊遷出 B 屋之請求權基礎係民法§767 條，其前提須甲為 B 屋之所有權人；故甲自不得請求戊自 B 屋遷出。
4. 惟戊因遷入 B 屋，自己就 A 地加以占有與使用，且戊就 A 地並無取得任何占有使用權源，所有權人甲自得請求戊返還 A 地。又甲請求返還 A 地，其請求權基礎為民法§767，為本於所有權之請求，依民法§821 但書，僅得為共有人全體之利益為之；今甲係請求戊將 A 地返還於全體共有人，合於民法§821 但書，自有理由。

(三) 甲得請求戊給付相得於租金之不當得利

1. 戊就 A 地對甲而言並無任何占有使用權源已如前述，是故，戊就 A 地之用益，自係無法律上之原因而受利益，致甲受有損害，構成不當得利(民法§179 參照)。
2. 就無權占有他人不動產之不當得利返還，實務見解向來主張該不當得利受領人係獲得相當於租金之不當得利<sup>2</sup>；然學說上主張，無權占有他人不動產，所得利益實為占有，然因占有此一利益係屬本於利益性質而不能返還，故應以利益之價額作為返還之客體(民法§181 但書參照)。至於如何核算占有此一利益之價額，始以占有標的若出租他人所可獲得之租金收益作為衡量利益價額之標準<sup>3</sup>。
3. 惟甲雖得請求戊給付不當得利，惟不當得利請求權係債權請求權，故其行使仍應受應有部分之限制，甲之應有部分為 1/2，是故甲僅得請求戊給付相當於租金之 1/2 之不當得利。

三、甲已喪妻，有一子丙。乙已喪夫，有一子丁。其後，甲與乙結婚，未約定夫妻財產制。甲於婚後，以其婚後職業所得購買 A、B 二屋。甲將價值新臺幣(下同)600 萬元之 A 屋贈與乙，將價值 1000 萬元之 B 屋贈與丙，並分別辦理所有權移轉登記。2 年後，甲有外遇，乙因而訴請法院判決離婚，並請求剩餘財產之分配。乙起訴前，甲以其婚後薪水中之 100 元購買彩券，中獎而得有獎金 100 萬元，另有婚後職業所得 100 萬元。乙有婚前財產 C 屋一棟，乙於與甲結婚後，提起本訴之前，為裝修 C 屋而負債 100 萬元。乙除 A 屋、C 屋外，尚有退休時領取之勞工保險給付 100 萬元。又甲於訴訟繫屬中，辦理退休，得有退休金 200 萬元。試問：

(一) 法院於判決離婚時，就甲、乙間剩餘財產之分配應如何判決？(35 分)

(二) 若判決確定後，乙旋即死亡，丁得否向甲或丙行使乙之剩餘財產分配請求權？(10 分)

<sup>1</sup> 92 台上 1604 判決：房屋之拆除，為事實上之處分行為，未經辦理所有權第一次登記之建物，僅所有人或有事實上處分權之人，方有拆除之權限。

<sup>2</sup> 61 台上 1695 號判例：依不當得利之法則請求返還不當得利，以無法律上之原因而受利益，致他人受有損害為其要件，故其得請求返還之範圍，應以對方所受之利益為度，非以請求人所受損害若干為準，無權占有他人土地，可能獲得相當於租金之利益為社會通常之觀念，是被上訴人抗辯其占有系爭土地所得之利益，僅相當於法定最高限額租金之數額，尚屬可採。

<sup>3</sup> 土地法§97I：城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息 10% 為限。

命題意旨	本題在測驗同學對於剩餘財產分配請求權之適用以及其一身專屬性之理解。
答題關鍵	本題難度不高，在作答上僅需特別就相關爭點如夫妻間贈與、退休金與勞工保險給付是否屬於婚後財產乙節為具體說明即可。
考點命中	《高點身分法講義第一回》，梁台大編撰，第三章第三節，頁 123-131。

## 【擬答】

(一)法院於判決離婚時，就甲、乙間剩餘財產之分配，應判決命被告甲給付原告乙 50 萬元：

- 按「夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，以法定財產制，為其夫妻財產制。」「夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。不能證明為婚前或婚後財產者，推定為婚後財產；不能證明為夫或妻所有之財產，推定為夫妻共有。」「夫妻各自對其債務負清償之責。」「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。」「夫妻現存之婚後財產，其價值計算以法定財產制關係消滅時為準。但夫妻因判決而離婚者，以起訴時為準。」「夫妻離婚時，除採用分別財產制者外，各自取回其結婚或變更夫妻財產制時之財產。如有剩餘，各依其夫妻財產制之規定分配之。」民法第 1005 條、第 1017 條第 1 項、第 1023 條第 1 項、第 1030 條之 1 第 1 項、第 1030 條之 4 第 1 項、第 1058 條定有明文。  
由是可知，於法定財產制為其夫妻財產制者，夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有，夫妻各自對其債務負清償之責；夫妻因判決而離婚以致法定財產制關係消滅時，以夫妻起訴離婚之時為準，如夫或妻現存之婚後財產（不含無償取得之部分），扣除婚後負債後，夫或妻之一方得請求平均分配雙方剩餘財產之差額。
- 查甲與乙結婚，未約定夫妻財產制者，原則上其夫妻財產制應為法定財產制。第查，結婚 2 年後，乙訴請法院判決離婚，並請求剩餘財產之分配者，甲乙夫妻之法定財產制關係將因判決離婚而消滅，是乙妻自得針對提起離婚訴訟之時現存婚後財產，向甲夫請求夫妻剩餘財產之分配無疑。
- 甲夫之婚後財產計 100 萬元：
  - (1)經查，甲於婚後，雖以其婚後職業所得購買之 A、B 二屋，均屬婚後財產，惟甲既分別將 A 屋、B 屋贈與乙、丙，顯見於乙女提起離婚訴訟之時，A、B 二屋已非甲所現存之婚後財產，二屋自無庸計入甲之婚後財產。
  - (2)甲以其婚後薪水中之 100 元購買彩券，中獎而得有獎金 100 萬元，因前者薪水中之 100 元已非現存，又後者獎金 100 萬元係無償取得，是二者均無庸計入甲之婚後財產。
  - (3)甲之婚後職業所得 100 萬元，屬婚後財產無疑。
  - (4)至於甲於訴訟繫屬中，因辦理退休而得有退休金 200 萬元之部分，退休金之性質應屬勞力所得，本屬婚後財產之一部；惟甲係於乙提起離婚訴訟後始領取該退休金，則該退休金自非甲於婚姻關係存續中現存之婚後財產，自難成為分配之對象甚明。
  - (5)由是可知，甲夫之婚後財產小計為 100 萬元。
- 乙妻之婚後財產計 0 元：
  - (1)甲將其婚後職業所得購買之 A 屋於婚姻關係存續中贈與乙，顯見 A 屋係乙女無償取得，依我國實務與多數學者見解，A 屋仍屬第 1030 條之 1 第 1 項第 1 款所謂無償取得之財產，A 屋自無庸計入乙之婚後財產。
  - (2)乙於提起離婚訴訟之前，有退休時領取之勞工保險給付 100 萬元，有鑑於勞工保險給付之性質亦屬勞力所得，當屬婚後財產之一部。
  - (3)至於乙有婚前財產 C 屋一棟，固屬婚前財產；惟乙於婚後為裝修 C 屋而負債 100 萬元，該 100 萬元則屬乙女之婚後負債甚明。
  - (4)由是可知，乙妻之婚後財產小計為 0 元（=婚後財產 100 萬元-婚後債務 100 萬元）。
- 循此，乙妻之婚後財產計 0 元，甲夫之婚後財產小計為 100 萬元，是原告乙自得向被告甲請求給付夫妻剩餘財產分配計 50 萬元無訛。

(二)若判決確定後，乙旋即死亡，丁得向甲行使乙之剩餘財產分配請求權：

- 按民國 91 年 6 月 26 日修正公布民法第 1030 條之 1 第 3 項規定：「第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」立法理由略謂：「茲因剩餘財產分配請求權係因夫妻之身分關係而產生，故於夫妻之一方死亡時，其繼承人不得繼承，或夫妻離婚時，任何一方之債權人不得代位行使，

且夫妻之任何一方不得將該期待權任意讓與。但若已取得他方之承諾或已經向法院提起訴訟請求者，則應允其得讓與及繼承，以示公允。爰增訂第三項。」次按，民國 96 年 5 月 23 日修正公布民法第 1030 條之 1 時，則將原第 3 項刪除，修正理由略謂：「剩餘財產分配請求權雖依夫妻身分而產生，但其本質仍屬財產權，並不具專屬性質，基於下列理由爰將第三項規定刪除：1.若剩餘財產分配請求權為專屬權，則第 1009 條、1011 條的規定將完全喪失意義，無法保障債權人之利益。2.對有請求權人之繼承人不利。」

- 2.再按，民國 101 年 12 月 26 日修正公布民法第 1030 條之 1，再度增訂第 3 項：「第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」立法理由：「剩餘財產分配請求權制度目的原在保護婚姻中經濟弱勢之一方，使其對婚姻之協力、貢獻，得以彰顯，並於財產制關係消滅時，使弱勢一方具有最低限度之保障。參酌司法院大法官釋字第 620 號解釋，夫妻剩餘財產分配請求權，乃立法者就夫或妻對家務、教養子女、婚姻共同生活貢獻之法律上評價，是以，剩餘財產分配請求權既係因夫妻身分關係而生，所彰顯者亦係「夫妻對於婚姻共同生活之貢獻」，故所考量者除夫妻對婚姻關係中經濟上之給予，更包含情感上之付出，且尚可因夫妻關係之協力程度予以調整或免除，顯見該等權利與夫妻「本身」密切相關而有屬人性，故其性質上具一身專屬性，要非一般得任意讓與他人之財產權。」
- 3.由是可知，針對民法第 1030 條之 1 第 1 項之夫妻剩餘財產分配請求權是否具有一身專屬性之性質乙節，立法上前後歷經多次修正，且歷次修正均未設有溯及既往之規定。依現行規範，剩餘財產分配請求權因具有一身專屬性之性質，是不得讓與或繼承，但當事人已依契約承諾或已起訴者，自得以繼承人繼承行使該權利。
- 4.查設若原告乙提起離婚訴訟與剩餘財產分配請求訴訟之時間，如係於民國 101 年 12 月 26 日修正公布民法第 1030 條之 1 以後者，原則上該權利有一身專屬性，乙之繼承人即其子丁應不得繼承該權利；惟乙既已起訴請求者，丁自得例外地繼承行使該權利甚明。

四、原告甲起訴主張被告乙於民國 102 年 4 月 5 日下午 2 時許駕駛某車號自用小客車，在臺北市某路口因違規左轉及闖紅燈，過失撞及當時騎乘腳踏車之原告甲，造成甲之腳踏車全毀及其右腿骨折與腦震盪等傷害，住院治療 20 日，目前支出醫藥費新臺幣（下同）25 萬元，後續尚須追蹤治療及復健。

- (一)若甲在起訴狀上訴之聲明第一項表明：「請求被告給付原告相當數額之損害賠償。」問：此一訴之聲明是否符合民事訴訟法之規定或程序法理？另若甲乃表明：「請求被告給付原告最低額度 125 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。」理由中表示受有目前已支出醫藥費 25 萬元、精神慰撫金 100 萬元、財物損害及其他後續治療金額之損害。如法官在審理中未告諭原告可請求腳踏車損害額及後續治療費用等，原告對之亦未追加請求或擴張聲明主張之，而於開庭二次後，法院即判決認定原告主張之醫藥費 25 萬元及精神慰撫金 65 萬元有理由，其餘精神慰撫金之請求駁回。判決確定後，甲乃另行起訴請求腳踏車損害 2000 元及後續治療費用 30 萬元。問：此一判決程序是否違法？甲之另訴是否合法？（20 分）
- (二)若系爭案件審理中，乙抗辯其未闖紅燈，因該行車紀錄器已遺失，乃請求傳訊當時曾看過該行車紀錄器內容的警員丙，若法官內心認為該警員可能之證述不足採信，故無傳訊必要，惟在審理中及判決中均未說明其為何不傳訊丙之理由，其審理程序及裁判是否有程序瑕疵？試說明之。若兩造對於乙是否有過失，向審判長共同表示兩造合意選任丁鑑定機構進行鑑定，若該鑑定機構鑑定結果認定乙僅占六成過失比例，問：法院可否基於其他事證而自行認定乙之過失比例為五成？甲、乙之上開合意是否與仲裁鑑定契約相同？試說明之。（20 分）

命題意旨	本題在測驗同學對於訴之聲明撰寫，以及合意選定鑑定人與仲裁鑑定契約等基本概念。
答題關鍵	本題第一小題涉及訴之聲明明確性原則與最低金額表明，應特別注意辦理民事訴訟事件應行注意事項一二之規定以及我國實務是否容許未補充餘額另訴提起之問題。第二小題則涉及證據調查與鑑定等問題，應特別注意：合意選定鑑定人與仲裁鑑定契約並不相同，概念上不宜混淆。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義第一回》，梁台大編撰，第一章第四節，頁 62-63。 2.姜世明，〈訴之聲明之明確性原則〉，《月旦法學教室》第 77 期，2009 年 3 月，頁 18-19。 3.姜世明，〈合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約—評最高法院九十七年度台上字第一一二〇號民事判

決》，《月旦法學雜誌》第 169 期，2009 年 6 月，頁 279-281。

4. 楊建華原著，鄭傑夫增訂，《民事訴訟法要論》，自版，2003 年 12 月，頁 235。

### 【擬答】

(一) 1. 請求被告給付原告「相當數額」之訴之聲明，不符民事訴訟法第 244 條第 1 項與聲明明確性原則之程序法理：

- (1) 「起訴，應以訴狀表明下列各款事項，提出於法院為之：一、當事人及法定代理人。二、訴訟標的及其原因事實。三、應受判決事項之聲明。」民事訴訟法第 244 條第 1 項定有明文。按原告提起訴訟時，起訴狀應記載應受判決事項之聲明（即訴之聲明），具體表明請求法院應為如何內容之判決。又原告起訴狀訴之聲明（或法院裁判書之主文）應明確化（即明確性原則），不可模糊不清或概括化。如訴之聲明欠缺明確性者，則起訴不合法。
- (2) 查原告甲在起訴狀上訴之聲明第一項表明：「請求被告給付原告相當數額之損害賠償。」惟請求被告給付原告「相當數額」，原告所欲請求之金額究竟為若干？甚不明確，該聲明顯然欠缺明確性，起訴顯不合法。對此，法院自應先透過闡明權之行使，令原告更正其聲明內容；如經法院闡明後，原告甲仍未補正該瑕疵者，法院當可以起訴不合法為由，裁定駁回該訴訟。

2. 依我國實務見解，前訴訟程序似有違民事訴訟法第 244 條第 4 項之規定；惟甲之另訴請求腳踏車損害 2000 元及後續治療費用 30 萬元則不合法：

- (1) 「第一項第三款之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明。其未補充者，審判長應告以得為補充。」民事訴訟法第 244 條第 4 項定有明文。按訴之聲明應明確化（明確性原則），固如前述，惟民事訴訟法第 244 條第 4 項有例外規定，於請求金錢賠償損害之訴中，容許原告得於原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明；審判長並應對未予補充之原告，闡明告以得為補充。
- (2) 再按，「法院於前項判決後，原告不得再主張其係一部請求，而就其餘請求另行起訴。如另行起訴，即違反一事不再理原則或為前訴訟之確定判決效力所及，其訴為不合法，應予裁定駁回。」辦理民事訴訟事件應行注意事項一二第 2 款定有明文。由是可知，如法院於前訴訟判決前，原告未能補充其聲明金額者，自不得再主張就其餘請求另行起訴；如另行起訴，即違反一事不再理原則或為前訴訟之確定判決效力所及，其訴為不合法，應予裁定駁回。
- (3) 經查，如甲於原因事實之範圍內（即受有目前已支出醫藥費 25 萬元、精神慰撫金 100 萬元、財物損害及其他後續治療金額之損害），於訴之聲明中表明：請求被告給付原告「最低額度 125 萬元」者，顯見甲係依民事訴訟法第 244 條第 4 項為最低金額之聲明。參諸民事訴訟法第 244 條第 4 項之規定，法院「應」於第一審言詞辯論終結前，令原告甲補充其聲明。惟查，法官在審理中既未告諭原告可請求腳踏車損害額及後續治療費用等，原告對之亦未追加請求或擴張聲明主張之，則該訴訟程序似有違民事訴訟法第 244 條第 4 項之規定。
- (4) 又前訴訟經法院即判決認定原告主張之醫藥費 25 萬元及精神慰撫金 65 萬元有理由，其餘精神慰撫金之請求駁回而確定在案。此後，甲如乃另行起訴請求腳踏車損害 2000 元及後續治療費用 30 萬元者，依辦理民事訴訟事件應行注意事項一二第 2 款及我國實務見解，後訴訟之提起應不合法，法院得裁定駁回該訴訟。
- (5) 惟原告未能於訴訟中補充其聲明，係因法院未踐行其闡明義務所生者，一概拒絕原告針對餘額提起後訴訟，是否有突襲性裁判之嫌？不無疑問，學者對此見解已提出質疑，並予敘明。

(二) 1. 其審理程序及裁判均有程序瑕疵：

- (1) 「當事人聲明之證據，法院應為調查。但就其聲明之證據中認為不必要者，不在此限。」民事訴訟法第 286 條定有明文。按所謂不必要者，係指當事人聲明之證據，與應證事實無關，或即令屬實，亦不足以影響法院心證裁判基礎而言。苟依當事人聲明之意旨，某證據方法與待證之事項有關聯性者，不得預斷為難得結果，認無必要而不予調查，更不得未予調查而不說明理由。由是可知，當事人聲明之證據，原則上法院應為調查；倘若法院依當事人聲明之意旨，縱認無必要而不予調查者，仍應就不予調查乙節說明其理由。
- (2) 查系爭案件審理中，被告乙抗辯其未闖紅燈，因該行車紀錄器已遺失，乃請求傳訊當時曾看過該行車紀錄器內容的警員丙。惟法官雖內心認為該警員可能之證述不足採信，故無傳訊必要，但卻未於審理中及判決中說明其為何不傳訊丙之理由，顯然違反民事訴訟法第 286 條之規定，該程序與裁判均有瑕疵。



2. 法院可基於其他事證而自行認定乙之過失比例為五成；甲、乙之上開合意是否與仲裁鑑定契約並不相同：
- (1) 按鑑定為一種調查證據方法，所得結果係供作法院依自由心證判斷事實真偽之證據資料；除非當事人間有仲裁鑑定契約等訴訟契約存在者外，否則法院即不受鑑定結果之拘束，仍應踐行調查證據之程序而後定其取舍，依自由心證判斷事實之真偽。
  - (2) 再按，當事人約定委由法院以外之第三人就法律關係存否之事實或構成要件要素作成判斷，並願受該判斷結果所拘束之仲裁鑑定契約，其性質具有訴訟契約中證據契約之性質，本於辯論主義之事實處分自由及自主選擇定紛爭解決程序之綜合評量，在辯論主義之範圍內，固得承認其效力。由是可知，仲裁鑑定契約係指當事人約定將事實之確定，委由法院以外之第三人予以確定之契約，其有拘束法院認定事實之效力。惟概念上，仲裁鑑定契約與合意選任仲裁人契約不同（參照民事訴訟法第 326 條第 2 項），合意選任仲裁人契約同屬訴訟契約、證據契約之一，其依法有效；惟當事人雖有選任仲裁人之合意，然未必有願意接受該仲裁鑑定結果拘束之意思，則非可遽謂發生仲裁鑑定契約之效力。同理，鑑定人之鑑定結果，不當然拘束法院或當事人，法院自應有依證據調查程序進行審理之義務。
  - (3) 查兩造對於乙是否有過失，向審判長共同表示兩造合意選任丁鑑定機構進行鑑定，其性質上仍非仲裁鑑定契約，尚不發生拘束法院認定事實之效力。是以，縱然該鑑定機構鑑定結果認定乙僅占六成過失比例，法院仍可基於其他事證，透過自由心證而自行認定乙之過失比例為五成。

五、原告甲起訴主張被告乙積欠其購買電腦器材之價金尾款新臺幣（下同）500 萬元，依買賣契約之法律關係，請求乙給付 500 萬元。乙除否認有價金尾款未付清外，並另抗辯縱認有欠價金尾款 500 萬元，但甲尚欠其運費代墊款 100 萬元，其得以該 100 萬元抵銷系爭價金尾款。甲則否認乙有代為墊付運費之事實。第一審法院認乙抵銷抗辯成立，判決乙應給付甲 400 萬元後，甲、乙就其敗訴部分各自提起上訴。乙於上訴理由中另抗辯甲之價金請求權已罹於民法第 127 條第 8 款規定之 2 年時效而消滅，其得拒絕給付；並主張第一審法院言詞辯論終結後，甲在法庭外辱罵其是詐騙集團、偽君子，其依民法第 195 條第 1 項規定對甲有慰撫金 500 萬元之債權，自得以之抵銷系爭買賣價金 500 萬元；甲上訴理由則補充主張其並無給付運費義務，兩造已在乙提貨時約定運費應由乙負擔，故其得拒絕給付，並否認有公然侮辱乙且表示不同意乙在第二審提出時效抗辯及慰撫金之抵銷抗辯，復陳稱法院如認其 500 萬元價金請求權罹於時效而消滅，則並依不當得利規定請求該 500 萬元。試附理由回答下列問題：

- (一) 本件甲、乙在第二審各自提出之主張及抗辯內容，究係提出新攻擊防禦方法？抑為訴之追加、變更，或為反訴？乙在第二審就運費代墊款及侵權行為損害賠償是否得另提起反訴請求甲給付之？（15 分）
- (二) 如果本件第一審法院依甲之聲請，於判決中諭知甲得於供擔保 135 萬元後假執行，但因乙未為免假執行之聲請，故未同時宣告乙得預供擔保免為假執行。則乙有何救濟方法以避免其財產在第二審審理終結前遭甲實施假執行程序？又如甲就第一審法院宣告之供擔保額不服，依法應如何救濟？（10 分）
- (三) 如本件僅有乙提起上訴，甲除主張乙上訴不合法外，並未提起上訴，則甲嗣於第二審審理期間，得否另提起附帶上訴？如甲提起附帶上訴後，乙撤回上訴，則甲在第二審之附帶上訴程序是否仍有效而存續？（10 分）

命題意旨	本題在測驗同學對於上訴程序相關規定之理解，特別係第二審訴之變更追加、反訴、逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁、假執行判決之救濟、附帶上訴與上訴撤回。
答題關鍵	本題有三小題。第二、三小題涉及法條內容之規定，難度不高。至於第一小題涉及基本概念之釐清，即攻擊防禦方法之意義為何。同學只要從處分權主義、辯論主義二者間之差異切入後，應可迎刃而解。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義第三回》，梁台大編撰，第七章第二節，頁 21-24。 2. 《高點民事訴訟法講義第三回》，梁台大編撰，第十章第一節，頁 101-102。 3. 《高點民事訴訟法講義第三回》，梁台大編撰，第十章第二節，頁 117-118、125-126、128-135。 4. 沈冠伶，〈民事訴訟法 2002 年判解回顧—從訴訟上之實質平等及當事人之訴訟促進協力義務以觀〉，《民事證據法與武器平等原則，民事程序法學與紛爭處理法則（二）》，台大法學叢書 162，

	2007 年 10 月初版，頁 294-297。
	5.姜世明，〈遲延提出攻擊防禦方法之失權〉，《民事程序法之發展與憲法原則》，元照，2003 年 11 月初版一刷，頁 257。
	6.吳從周，〈論遲誤準備程序之失權〉，《民事法學與法學方法（一）》，自版，2007 年 2 月初版，頁 371。
	7.吳明軒，《民事訴訟法（中）》，自版，2013 年 7 月修訂十版，頁 1403-1404。

## 【擬答】

(一)1.本件甲、乙在第二審各自提出之主張及抗辯內容：

- (1)「訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。」「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。」民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 447 條第 1 項定有明文。按民事訴訟法第 446 條第 1 項為訴之變更、追加之規定，涉及訴訟標的之提出，屬於處分權主義之層次；又民事訴訟法第 447 條第 1 項為逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁，其提出限制之客體僅限於攻擊防禦方法，即事實上或法律上陳述、事實與證據之提出（包含抵銷抗辯、時效抗辯等）。惟一般認為訴之變更、追加或反訴，並非失權制裁規定所謂之攻擊防禦方法，非為失權之客體。因訴之變更、追加或反訴，目的在於貫徹紛爭解決一次性之要求，且亦不造成訴訟遲延，宜解為特別規定，並無失權制裁之適用。
- (2)緣原告甲以買賣契約之價金尾款計 500 萬元之債權為訴訟標的，向乙請求給付。乙除否認有該債權外，並另提出以運費代墊款 100 萬元為抵銷抗辯。第一審法院認乙抵銷抗辯成立，判決乙應給付甲 400 萬元。
- (3)查本件甲在第二審提出：法院如認其 500 萬元價金請求權罹於時效而消滅，則並依不當得利規定請求該 500 萬元等語，既係額外請求以訴訟標的以外之其他權利之主張，應屬於訴之追加、變更。
- (4)第查，本件乙在第二審，為否認原告就訴訟標的之請求，分別提出：甲之價金請求權已罹於消滅時效（時效抗辯）、以其對甲之 500 萬元慰撫金債權為抵銷抗辯等主張，應係新攻擊防禦方法之提出。又本件甲在第二審，補充主張：其並無給付運費義務、伊並未公然侮辱乙而否認乙之抵銷抗辯，並不同意乙在第二審提出時效抗辯及慰撫金之抵銷抗辯各節，亦屬新攻擊防禦方法之提出。

2.乙在第二審就運費代墊款及侵權行為損害賠償，否得另提起反訴請求甲給付之：

- (1)按「提起反訴，非經他造同意，不得為之。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，並請求確定其關係者。二、就同一訴訟標的有提起反訴之利益者。三、就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者。」民事訴訟法第 446 條第 2 項定有明文。
- (2)查第一審法院肯認乙以運費代墊款 100 萬元之抵銷抗辯，因而判決乙應給付甲 400 萬元。又針對乙仍應給付之部分，乙於第二審已針對其對甲之 500 萬元慰撫金債權，以其中 400 萬元部分為抵銷抗辯。
- (3)第查，如第二審法院認為乙以慰撫金債權為抵銷抗辯，並非新攻擊防禦方法而容許提出者，設乙於第一審之抵銷抗辯仍有理由，則乙當有未經抵銷之餘額 100 萬元慰撫金債權可資請求。是以，乙自得爰依民事訴訟法第 446 條第 2 項第 3 款之規定，就此餘額債權提起反訴。

(二)1.乙得請求第二審法院先為辯論及裁判宣告被告得預供擔保而免為假執行

- (1)按「法院得依聲請或依職權，宣告被告預供擔保，或將請求標的物提存而免為假執行」、「第二審法院應依聲請，就關於假執行之上訴，先為辯論及裁判。」民事訴訟法第 392 條第 2 項、第 455 條定有明文。由是可知，如第一審法院判決諭知原告得供擔保後假執行，但未同時宣告被告得預供擔保免為假執行者，被告得對本案判決及其假執行之部分一併上訴，請求第二審法院先為辯論及裁判宣告被告得預供擔保而免為假執行。
- (2)查乙並未向第一審為免假執行之聲請，是本件第一審法院則於判決中諭知甲得於供擔保 135 萬元後假執行，而未同時宣告乙得預供擔保免為假執行，甲、乙就其敗訴部分各自提起上訴。是以，乙自得爰依民事訴訟法第 455 條之規定，請求第二審法院先為辯論及裁判宣告被告得預供擔保而免為假執行。

2.甲就第一審法院宣告之供擔保額不服，依法得提起上訴：

- (1)「原告陳明在執行前可供擔保而聲請宣告假執行者，雖無前項釋明，法院應定相當之擔保額，宣告供擔



保後，得為假執行。」民事訴訟法第 390 條第 2 項定有明文。按當事人僅得就判決之結果，對其有不利之部分而不服，向上級審法院提起上訴加以救濟。當事人上訴利益之有無，原則上以原判決結果之判決主文與訴之聲明兩相比較，如有較原訴之聲明不利情形，上訴人即有上訴利益（即形式不服說）。惟例外情形，則兼採實質不服說，即當事人上訴利益之有無，以當事人上訴後，於上級審法院中可在實體法上獲得較原判決更有利之情形者，上訴人即有上訴利益。是以，我國一般均承認，當事人得對假執行擔保金額之多寡提起上訴。

(2)由是可知，甲如就第一審法院宣告之供擔保額不服者，自得依法得提起上訴。

(三)甲得於第二審審理期間提起附帶上訴；乙撤回上訴後，甲之附帶上訴是否存續，應視假是否同意乙撤回上訴而定：

- 1.按「上訴人於終局判決前，得將上訴撤回。但被上訴人已為附帶上訴者，應得其同意」、「被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。但經第三審法院發回或發交後，不得為之」、「附帶上訴，雖在被上訴人之上訴期間已滿，或曾捨棄上訴權或撤回上訴後，亦得為之」、「上訴經撤回或因不合法而被駁回者，附帶上訴失其效力。但附帶上訴備上訴之要件者，視為獨立之上訴。」民事訴訟法第 459 條第 1 項、第 460 條第 1 項、第 2 項、第 461 條定有明文。由是可知，於上訴期間期滿後，被上訴人仍得為附帶上訴；此時，上訴人於終局判決前如欲將上訴撤回者，應先得已為附帶上訴之被上訴人同意；經上訴人撤回上訴後，因該附帶上訴無法視為獨立之上訴，是附帶上訴則失其效力。
- 2.查第一審法院肯認乙以運費代墊款 100 萬元之抵銷抗辯，因而判決被告乙應給付原告甲 400 萬元。設本件僅有乙提起上訴，甲除主張乙上訴不合法外，並未提起上訴，是第二審之上訴人為被告乙，被上訴人為原告甲。
- 3.第查，被上訴人甲對於第一審判決不利於己之部分（即法院肯認抵銷抗辯之部分），雖未於上訴期間屆滿前提起上訴，惟被上訴人甲仍得於第二審言詞辯論終結前，得為附帶上訴（民事訴訟法第 460 條第 1 項、第 2 項意旨參照）。
- 4.再查，經被上訴人甲提起附帶上訴後，如上訴人乙撤回上訴者，自應先取得被上訴人甲之同意。如甲不同意乙撤回上訴者，自不發生撤回上訴之效力。反之，如甲同意乙撤回上訴者，有鑑於被上訴人甲逾越上訴期間後始提起附帶上訴者，因該附帶上訴並不具備上訴要件而無法視為獨立之上訴，是上訴人乙撤回上訴後，附帶上訴即隨同失其效力（民事訴訟法第 461 條意旨參照）。

六、甲因好友介紹，購買乙所有之公寓及基地應有部分（以下簡稱系爭房屋）。甲付清價款並於民國（下同）100 年 5 月 15 日辦竣所有權移轉登記後，始知悉系爭房屋早在 2 年前即為丙占有使用中。甲乃向丙表示伊係現在系爭房屋所有人，丙占有系爭房屋並無正當權源，丙則否認之並拒絕搬遷。甲因居住需要，乃以丙無權占有系爭房屋為原因事實，本於民法第 767 條第 1 項規定提起訴訟，聲明：丙應遷讓交還系爭房屋與甲。丙於第一次準備期日，提出其與乙訂定並經公證之書面系爭房屋租賃契約為證據，其上記載：承租人丙向出租人乙承租系爭房屋，期間自 98 年 1 月 1 日起算 6 年，承租人應交付並已交付出租人押租金新臺幣（下同）50 萬元，以押租金按法定利率計算之利息逐月抵付租金，押租金於租賃契約消滅時無息退還等內容。丙並據以辯稱：伊對系爭房屋有租賃權，且已依約支付租金，並非無權占有云云。甲當即援引丙提出之證據及抗辯事實，追加聲明：丙應給付甲押租金 50 萬元。丙則聲明：不同意甲追加聲明，對甲所為全部之請求，請予以駁回。訴訟進行中，丙愈覺不安，乃請教其律師是否得對乙請求返還押租金 50 萬元。

(一)請就甲、丙之聲明及主張，闡明及整理其間之訴訟關係，擬定審理程序，並說明其依據。(40 分)

(二)承上題，請依所定之審理程序，論述甲對丙之訴有無理由。(30 分)

(三)丙請求乙返還押租金 50 萬元有無理由？請附理由說明之。(20 分)

答題關鍵	<p>第一小題：爭點整理題型。</p> <p>第二小題：(1)買賣不破租賃（民法第 425 條）；(2)押租金契約之性質與隨同移轉問題。</p> <p>第三小題：押租金返還問題。</p>
考點命中	<p>第一小題：</p> <p>《高點民法&amp;民訴實例題實戰解析》，劉律師編著(2013.09)，主題 11：爭點整理題型解題技巧，頁</p>

11-1~11-5。 第二小題： 《高點律師、司法官班民法專用講義第三回》，劉台大編撰，主題 31：租賃、借貸契約，頁 81-83 《高點律師、司法官班第二試民法總複習專用講義》，劉台大編撰，爭點 64：租賃契約之社會化，頁 153-155。 第三小題： 《高點律師、司法官班民法專用講義第三回》，劉台大編撰，主題 31：租賃、借貸契約，頁 82-83、88。 《高點律師、司法官班第二試民法總複習專用講義》，劉台大編撰，爭點 64：租賃契約之社會化，頁 154-155；爭點 65：租賃契約之消滅，頁 156。
--

## 【擬答】

## (一)甲、丙訴訟關係、審理與爭點整理程序之相關論述，分說明如下：

## 1.甲、丙兩造之聲明與陳述要旨：

題示甲、丙因所有物返還事件涉訟。原告甲主張：丙應依民法第 767 條之規定遷讓、交還系爭房屋於甲，並追加聲明請求給付 50 萬元之押租金；被告丙則主張：對於系爭房屋具有租賃權，且已依約給付租金，請求法院駁回甲全部之請求，先予整理。

## 2.審理程序：應先行爭點整理程序而後始為實質審理

- (1)按依民事訴訟法第 296-1 條之規範，法院於行調查證據前，應踐行爭點整理程序，蓋藉爭點之具體化與明確化，達成審理集中化之目標、防止促進訴訟、發現真實、法律適用之突襲，先予說明。
- (2)再按當事人起訴時，得依該程序主體權、程序處分權特定訴訟上請求，惟反面言之，立基於促進訴訟義務、誠信原則，當事人亦有特定訴訟上請求之義務。於最上位爭點之整理，本件甲所聲明之主張有二：「所有物返還請求」與「押租金給付請求」，兩者甲均以「權利單位」特定訴訟標的，且聲明已具可執行性，應認為訴訟標的與聲明均為特定。惟就事理而言，甲之二訴之聲明係屬不兩立之請求，因此，法院應藉由公開心證、表明法律見解等闡明義務之行使，促使當事人間擇定審理範圍、排列其客觀合併態樣（例如：預備合併）或成立爭點簡化協議（例如：僅就押租金給付請求為審理），俾利後續爭點整理程序之進行。
- (3)就「所有物返還請求」言，法院應進行「論理型爭點整理程序」，為當事人分析實體法上之各要件事實，進行論理型之討論，並對於事實上、證據上之爭執事項、不爭執事項進行整理。例如：關於「甲為所有人」要件，如雙方均不爭執，則可列入「不爭執事項」；關於「丙為無權占有」要件，如雙方對於丙之租賃權是否得依民法第 425 條第 1 項對抗甲有所齟齬，則可列為爭執事項，並進而依相關要件事實進行證據上之爭點整理。
- (4)就「押租金給付請求」言，法院亦應進行「論理型爭點整理程序」，為當事人分析實體法上之各要件事實，進行論理型之討論，為事實上、證據上之爭點整理。惟如認為當事人法律上有定性錯誤之情事，例如：法院認為「押租金給付請求」應主張之對象為乙而非甲，亦應公開心證、表明法律見解，與當事人進行法律上討論，遂行法律上之爭點整理，並依民事訴訟法第 199 條、第 199-1 條適正當事人之主張，或闡明其追加當事人。
- (5)爭點整理程序中，法院應善盡其闡明義務，自最上位爭點而降，為事實上、證據上、法律上之爭點整理，作成審理計畫，始進行言詞辯論程序與實質審理，以促進審理集中化，防止突襲性裁判，並協同當事人尋求信賴真實點之法。

## (二)甲對丙之主張全部無理由，應予全部駁回：

## 1.「所有物返還請求」係無理由，論述如下：

- (1)按出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。民法第 425 條第 1 項參照，本項規定，為我國租賃權絕對權化之「買賣不破租賃」明文，先予說明。
- (2)題示乙、丙租賃契約中，乙已將租賃物交付丙、且租賃物為丙所占有，而乙將租賃物所有權讓與甲，甲自須依民法第 425 條第 1 項規定，法定繼受該租賃契約。此外，乙、丙間之租賃契約雖已逾五年，惟於其曾辦理公證之情形下，買賣不破租賃之效力，亦不受民法第 425 條第 2 項之限制，須併予說明。
- (3)綜上論述，基於買賣不破租賃之效力，本件丙之租賃權應得對抗甲，甲對丙主張所有物返還請求權係無理由，應予駁回。

版權所有，重製必究！

## 2. 「押租金給付請求」亦無理由，論述如下：

- (1)題示乙、丙約定租賃契約押租金 50 萬元，並以押租金所生之利息抵付租金，其約定具有「押租金契約」與「預付租金」之性質，擬先定性。
- (2)依實務見解，本件原所有人乙於租賃契約移轉時，未將押租金隨同移轉於受讓人甲，於押租金係屬租賃契約以外之「從契約」、「要物契約」下，該押租金契約並未隨同移轉於甲，甲自不得對於押租金有所主張（最高法院 65 年度台上字第 156 號判例<sup>4</sup>參照）；退而言之，受讓人甲依民法第 425 條第 1 項繼受租賃契約時，亦應繼受租賃契約「租金已預付」之瑕疵（司法院院字 1909 號解釋<sup>5</sup>、台灣高等法院台中分院 99 年度重上更(二)字第 20 號判決<sup>6</sup>參照），故縱甲係以給付租金為由請求丙應給付押租金，亦屬無理由<sup>7</sup>。
- (3)惟應注意者為，通說<sup>8</sup>雖亦主張租賃契約之押租金係屬「從契約」，但認為其非屬「要物契約」。如依通說見解，本件押租金契約應與租賃契約隨同移轉於甲，惟甲於繼受押租金契約時，亦應繼受「押租金已付」之瑕疵，故縱採通說見解，甲之「押租金給付請求」亦無理由。
- (4)綜上論述，無論依實務見解或通說見解，甲之「押租金給付請求」均無理由，應予駁回。

## (三)丙不得請求乙返還押租金 50 萬元，論證如下：

- 1.依實務見解，押租金係屬「從契約」、「要物契約」，故於乙未實際交付押租金於甲之情況，押租金契約仍存在於乙、丙之間。此時，由於其所擔保之租賃債務尚屬存在，且押租金所生之利息亦有預付租金之性質，丙自不得向乙依押租金契約或不當得利之規定請求返還押租金 50 萬元。（最高法院 77 年度台上字第 2213 號判決<sup>9</sup>參照）
- 2.惟如採通說見解，本件押租金契約既屬從契約，無論有無實際交付，自應與租賃契約隨同移轉於甲，乙已非押租金契約之主體。故丙亦不得向乙請求返還押租金 50 萬元。此外，本件縱涉權益侵害之不當得利問題，於「權益歸屬說」之立場下，亦應由擔保利益受直接侵害之甲向乙依不當得利規定請求返還押租金 50 萬元，丙並非不當得利之請求權主體。（最高法院 98 年度台上字第 1156 號判決<sup>10</sup>參照）
- 3.綜上論述，無論依現行實務或學說見解，丙均不得向乙請求返還押租金 50 萬元。
- 4.應予補充者為，本件如租賃關係終了，租賃物交還而已無債務不履行情事，丙即應生押租金返還請求權。惟該押租金返還請求權行使之對象。於押租金實際上未轉交下，依實務見解應係向乙行使、依通說見解則

<sup>4</sup> 最高法院 65 年度台上字第 156 號判例：「民法第四百二十五條所謂對於受讓人繼續存在之租賃契約，係指民法第四百二十一條第一項所定意義之契約而言，若因擔保承租人之債務而接受押租金，則為別一契約，並不包括在內，此項押租金契約為要物契約，以金錢之交付為其成立要件，押租金債權之移轉，自亦須交付金錢，始生效力，出租人未將押租金交付受讓人時，受讓人既未受押租金債權之移轉，對於承租人自不負返還押租金之義務。」

<sup>5</sup> 司法院院字 1909 號解釋：「承租人依租賃契約所為租金之預付。得以之對抗受讓人。故租賃契約。如訂明承租人得於押金已敷抵充租金之時期內。不再支付租金。而將押金視為預付之租金者。雖受讓人未受押金之交付。亦得以之對抗受讓人。」

<sup>6</sup> 台灣高等法院台中分院 99 年度重上更(二)字第 20 號判決：「上訴人對系爭租約之出租人黃唐月英既仍有二千萬元借款債權（已充為系爭租約之押租金）存在，則其等間以二千萬元押租金之利息抵付租金之約定亦仍存在，且性質上為租金之預付，雖被上訴人未受讓此二千萬元押租金，然依司法院解釋及判例意旨，上訴人仍得以此租金之預付對抗受讓人，是以被上訴人以上訴人積欠租金為由主張終止系爭租約，即屬無據，應予駁回。」，本案經最高法院 99 年度台上字第 1978 號判決駁回上訴而確定。

<sup>7</sup> 補充說明：關於「以利息預付租金」下，受讓人不須繼受「租金已預付」瑕疵之不同見解，可參見：黃茂榮(2010)，〈租賃（下）〉，《植根雜誌》，第 26 卷第 4 期，頁 21-22。黃茂榮大法官認為，租賃契約約定以利息抵繳租金，評價上應屬「租賃與消費借貸之混合契約」，受讓人於依民法第 425 條第 1 項規定繼受租賃契約時，並不繼受消費借貸部分之契約，故無須繼受「租金已預付」之瑕疵。

<sup>8</sup> 通說來源：邱聰智(2002)，《新訂債法各論（上）》，初版，頁 407-409

<sup>9</sup> 最高法院 77 年度台上字第 2213 號判決：「押租金係以擔保承租人之租賃債務為目的。是押租金返還請求權，應於租賃關係終了，租賃物交還，承租人已無債務不履行情事，且押租金尚有餘額時，始能產生。」

<sup>10</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1156 號判決：「民法第一百七十九條前段規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。其判斷是否該當上揭不當得利之成立要件時，應以「權益歸屬說」為標準，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。」

係向甲行使，此須併予說明。

#### 【延伸說明】

- (1) 在押租金實際上未轉交下，承租人究應向何人主張押租金返還請求權，實屬法制上之重大議題。**實務見解**採「向原出租人請求返還」說，目的在於保護未受押租金實際交付之受讓人，惟論理上須面對何以押租金契約係要物契約、不隨同租賃契約移轉之難題；**通說見解**採「向受讓人請求返還」說，雖然在邏輯上符合從契約隨同主契約移轉之法則，但對於未受押租金實際交付之受讓人，保護上實有不周。
- (2) (舊)德國民法第 572 條於此種情形，採取折衷之立法例：「1 經讓與之土地，使用承租人如已向出租人提供擔保，受讓人應繼受該權利義務關係。2 受讓人僅有在其收受擔保時，或在其對於出租人承擔返還義務時，始負返還義務。」，並於房屋租賃準用之（第 580 條）。在此見解下，**買賣不破租賃發生而押租金實際上未轉交下，雖然受讓人仍需承擔押租金契約，惟例外限制其不須負返還義務**，恰可解決理論與實際之難題，作為折衷，可供解釋論參照。相關論述可參照：王澤鑑(2002)，〈買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用及類推適用〉，《民法學說與判例研究第六冊》，頁 216-219。
- (3) 惟 2002 年新德國民法第 566a 條改為規定：「房屋使用承租人為履行義務而向出租人提供擔保時，受讓人應繼受該權利義務關係；租賃關係終止時，如使用承租人無法由受讓人處取得該擔保時，出租人繼續負有返還義務」，並於土地租賃準用之（第 578 條）。在此見解下，**買賣不破租賃發生而押租金實際上未轉交下，受讓人除需承擔押租金契約外，更負押租金返還義務；惟如受讓人不履行押租金返還義務，由出租人負補充性之返還義務，更深化對於承租人之保護**，此種立法例，亦殊值未來立法上參照。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！