

# 《民法與民事訴訟法(二)》

一、甲於民國 108 年 4 月 20 日對乙、丙及丁起訴，聲明求為判令乙、丙及丁三人連帶給付甲新臺幣（下同）45 萬元，陳述之事實及理由略為：丙、丁及戊三人於 90 年 2 月 5 日連帶向甲借貸 45 萬元，乙同意為連帶保證人，約定借期一年，迄今均未清償，為此請求乙、丙及丁分別履行保證債務及借款返還債務。對此，乙否認其曾為保證人，丙抗辯甲未交付該借款，丁則主張甲之請求權已罹於時效期間而拒絕給付。試問：

(一)若法院經本案審理結果，認定甲及丁之主張均屬實，應如何裁判？（25 分）

(二)若一審判決原告勝訴，丙對該判決提起上訴，其上訴之效力是否及於丁？（25 分）

(三)若戊輔助被告而參加訴訟後，法院判決甲勝訴並告確定。甲嗣後對戊起訴，請求償還系爭借款，戊得否主張甲並未交付該借款？（25 分）

命題意旨	本題之重點主要環繞於「共同訴訟」相關爭點及「參加效」，且所考出者乃共同訴訟中之經典爭議，即「連帶債務」之共同訴訟型態，相信對於同學而言，尚屬親切而不甚刁鑽。
答題關鍵	今年度之民法與民訴(二)此卷的題目，純民事訴訟法之考題似乎比重較少，尤其是第二題之綜合題，更是明顯，相當強調實體法與程序法之連動，反倒是幾個熱門之民事訴訟法考點並未出現。 (一)第一、二小題，基本上皆是環繞於「連帶債務屬於何種共同訴訟類型」之傳統爭點，同學於作答時仍應點出此爭議之兩說，並擇其一作答，切記答案應前後一貫。 (二)第三小題應可看出是在測驗「參加效」之意義與效力，本身並不困難；然需特別注意題目所問之對象乃係「甲」向「戊」提起後訴訟，與傳統之參加效發生範圍並不相同，算是一大陷阱，同學務必注意。
考點命中	1.《民事訴訟法(上)（學說論著）》，高點文化出版，許恒輔律師編著，頁 3-34~3-55、3-153~3-160 2.《高點民事訴訟法講義》第三回，呂台大編撰，頁 12-15、頁 24~27。

## 【擬答】

本題涉及「連帶債務」之共同訴訟型態及參加效等爭點，茲分述如下：

(一)倘本件法院審理結果，認定丁之主張屬實，即得採為共同之證據資料，作為全體共同訴訟人之裁判基礎，判決甲之訴無理由：

1.乙、丙、丁共同被告為連帶債務人之關係，屬於普通共同訴訟：

依題示，本題之丙、丁連帶向甲借款，乙則為其等之連帶保證人，則三人間之法律關係為「連帶債務」關係，應無疑問。又連帶債務人為共同被告時，屬於何種共同訴訟類型，我國實務學說向有爭議如下：

(1)類似必要共同訴訟說：

我國實務多採此說，認民法第 275 條規定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，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法(下稱本法)第 56 條第 1 項之規定。(最高法院 33 年上字第 4810 號判例參照)

(2)普通共同訴訟說：

然學說多數見解認為，民法第 275 條規定並非訴訟法上既判力擴張及於他人之規範，且參照民法第 279 條、280 條但書等規定可知，連帶債務人中一人之行為，非必影響其他共同被告，其亦無同勝同敗之需求，故應解為普通共同訴訟，而非必要共同訴訟。

(3)上述二說，應以後說為當，蓋前者以民法第 275 條作為連帶債務人間有無「合一確定」之判斷標準，邏輯上實有本末倒置之嫌。準此，本題共同被告乙、丙、丁為連帶債務人之關係，其訴訟性質上應屬於「普通共同訴訟」。

2.本題應可適用主張共通原則，故本件法院審理結果，倘認定丁之主張屬實，即得採為共同之證據資料，作為全體共同訴訟人之裁判基礎：

按本法第 55 條規定：「共同訴訟中，一人之行為或他造對於共同訴訟人中一人之行為及關於其所生之事項，除別有規定外，其利害不及於他共同訴訟人。」蓋於普通共同訴訟中，對共同訴訟人間之裁判結果因不須同勝同敗，自無必要使其彼此間產生牽制或影響。故各別共同訴訟人原則上仍保有其

完整之主體性，稱為「共同訴訟人獨立原則」。然此獨立原則，恐產生裁判矛盾、割裂訴訟資料評價等缺點，故通說實務透過所謂之「主張共通原則」加以修正。

所謂之「主張共通原則」，係指共同訴訟人中一人為某項主張，而他共同訴訟人未積極地為與該主張相牴觸之行為時，則以有利於他共同訴訟人為限，該主張之效力及於他共同訴訟人。本件法院經審理後，倘認定甲之主張屬實，則乙、丙及丁對甲有借款返還義務自無疑問；又本件法院審理結果，倘認定丁之主張屬實，因該主張對全體連帶債務人均有利，乙、丙對該主張亦未積極為牴觸之行為。依前揭「主張共通原則」，縱令乙、丙未為甲之請求權已罹於時效期間而拒絕給付之主張，本件法院仍得將其採為共同之證據資料，作為全體共同訴訟人之裁判基礎，判決甲之訴無理由。

### 3.小結：

綜上所述，倘本件法院審理結果，認定丁之主張屬實，即得採為共同之證據資料，作為全體共同訴訟人之裁判基礎，判決甲之訴無理由。

### (二)若一審判決原告勝訴，僅丙對該判決提起上訴，該上訴之效力不及於丁：

承前所述，本題共同被告乙、丙、丁為連帶債務人之關係，其訴訟性質上應屬於「普通共同訴訟」，適用前揭之「普通共同訴訟獨立原則」，各共同訴訟人得各自獨立為訴訟行為，效力均不及於其他共同訴訟人。是故，本題若一審判決原告勝訴，僅共同訴訟被告一人丙對該判決提起上訴，亦僅就丙之訴訟發生移審效力，該上訴之效力不及於未上訴之其他共同訴訟人丁。縱令上訴行為屬於有利全體共同訴訟人之行為，結論亦無不同。

### (三)倘戊輔助被告而參加訴訟後，法院判決甲勝訴並告確定。甲嗣後對戊起訴，請求償還系爭借款，戊不得主張甲並未交付該借款：

#### 1.本題戊得為輔助參加：

依本法第 58 條第 1 項規定：「就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加。」此即所謂之「輔助參加」或「從參加訴訟」。從參加人本身並非訴訟當事人，亦非訴訟代理人，從參加人係以自己之名義，以從參加人之地位輔助一造當人為各種訴訟行為。從參加訴訟為訴訟行為，從參加人亦須有當事人能力及訴訟能力。

本題之戊為連帶債務人之一，就本件訴訟自屬有「法律上利害關係之第三人」，而得為本件訴訟參加。茲有附言者，本題就連帶債務之共同訴訟類型採「普通共同訴訟說」，故乙、丙、丁、戊間並無合一確定之必要，戊之輔助參加並非所謂之「共同訴訟輔助參加」或「共同訴訟參加」。

#### 2.本題戊應受參加效所拘束，而不得主張甲並未交付該借款：

依本法第 63 條規定：「參加人對於其所輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當。但參加人因參加時訴訟之程度或因該當事人之行為，不能用攻擊或防禦方法，或當事人因故意或重大過失不用參加人所不知之攻擊或防禦方法者，不在此限。參加人所輔助之當事人對於參加人，準用前項之規定。」此即所謂之「參加效」，重點在於參加人與被參加人間之責任分擔。

準此，本題戊為輔助被告等人而參加本訴訟後，除非其有前開條文第 1 項但書例外不生參加效力之情形外，即應受「參加效力」所拘束。亦即於本件法院判決甲勝訴並告確定後，通說見解認為本訴敗訴時將發生參加效，故於參加人與被參加人之後訴訟中，戊不得再主張本訴訟之裁判不當。然需特別注意者為，本題之情形乃係原告甲嗣後對參加人戊起訴，請求償還系爭借款，戊得否主張甲並未交付該借款。換言之，於對造當事人與參加人間是否亦可發生參加效？學說見解有認本訴訟之判決效，含既判力、判決理由中判斷所具拘束力，其應不僅及於本訴訟之當事人，亦可能及於該當事人兩造與參加人、受訴訟告知與職權通知者相互間。因參加人所受程序保障無異於當事人於本訴訟中所被賦予者，故該等程序保障足以作為使其受既判力拘束之正當化依據。因而本訴訟之確定判決既判力及參加效，不僅及於兩造當事人，亦及於該兩造與參加人相互間。

是以，倘依前述之參加效擴張說，本題甲嗣後對戊起訴，請求償還系爭借款，戊仍應受參加效所拘束，而不得主張甲並未交付該借款。

### 3.小結：

綜上，倘戊輔助被告而參加訴訟後，法院判決甲勝訴並告確定。甲嗣後對戊起訴，請求償還系爭借款，戊不得主張甲並未交付該借款。

二、甲因車禍受傷送往 A 醫院治療，由主治醫師乙進行腦部手術後轉至加護病房觀察室，嗣 A 醫院丙、丁二位醫師亦先後加入組成醫療小組，並分工合作，共同負責照護甲，惟在照護之過程中，均未安排甲作電腦斷層檢查，亦未置入顱內監視器，致甲逐漸陷入昏迷。甲之家屬見狀急將甲轉至 B 醫院，經電腦斷層檢查結果為顱內出血，雖立即施以血塊清除手術，仍因腦部二度創傷，其內細胞壞死導致雙目失明及身體癱瘓。甲出院後乃向法院起訴，依民法第 227 條第 2 項不完全給付之加害給付規定請求 A 負損害賠償責任，並依民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條第 1 項、第 188 條第 1 項之侵權行為規定請求乙、丙、丁與 A 連帶負損害賠償責任。乙、丙、丁、A 則抗辯其在甲於加護病房觀察中，依醫療常規並無須為甲作電腦斷層檢查及置入顱內監視器，其均無過失，不須負損害賠償責任。試問：

(一)法院就甲所主張之不完全給付及侵權行為之法律關係，對於「過失」之認定標準有無不同？(20 分)

(二)假設乙、丙、丁組成醫療小組後，未為甲作電腦斷層檢查及置入顱內監視器有過失，而在醫療小組之分工上，該項工作係分配給乙之任務，甲依共同侵權行為規定請求乙、丙、丁連帶負損害賠償責任，有無理由？(20 分)

(三)甲依不完全給付之加害給付及侵權行為之法律關係請求，關於醫療過失之舉證責任分配，二者有無不同？(35 分)

命題意旨	今年度的綜合題，幾乎完全是以民法為主軸，而以民事訴訟法的觀念為輔，考試之重心似乎與以往有些不同。基本上，本題案例事實與臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 11 號極為雷同，屬於醫事法上著名案例之一，同學若有興趣可參閱該實務見解，惟即便不清楚該判決，相信本題各爭點對於同學應不陌生。
答題關鍵	(一)第一小題之部分，需特別注意將重點聚焦於回答「過失」之認定標準，若欲進一步說明，尚應就題幹之「乙、丙、丁、A 則抗辯其在甲於加護病房觀察中，依醫療常規並無須為甲作電腦斷層檢查及置入顱內監視器，其均無過失，不須負損害賠償責任」部分，詳加論述，方屬完整。 (二)第二小題則測驗同學對於共同侵權行為之認識，結論應無太大問題，並可加上學說不同意見做討論。 (三)第三小題之結論，相信同學亦應無太大疑問，為舉證責任之經典案例。同樣的，針對本題特殊之醫療糾紛案型，尚可補充學說不同意見，以擴充答題之深度。
考點命中	1.《高點狂做題班》，明台大編撰，民事法模考(七)，民法與民訴(一)第一題。 2.《高點民事訴訟法講義》第六回，呂台大編撰，頁 16-21。 3.《月旦醫事法報告》201708 第 10 期，醫療行為之過失認定一簡評最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決之「醫療常規」與「醫療水準」，吳振吉。 4.《月旦醫事法報告》201708 第 10 期，重大醫療瑕疵與因果關係之舉證責任一最高法院 106 年度台上字第 227 號判決簡評，沈冠伶。

### 【擬答】

本題涉及醫療訴訟中舉證責任分配及共同侵權行為等爭議，茲分論如下：

(一)實務就不完全給付及侵權行為法律關係中之「過失」認定標準有如下不同：

於本題之醫療糾紛中，被害人甲得向加害人乙等人主張民法不完全給付及侵權行為等請求權，並無疑問。惟法院就甲所主張之不完全給付及侵權行為請求權中關於「過失」之認定標準，有無不同之處，值得探究。

實務見解認為，侵權行為損害賠償責任與債務不履行損害賠償責任，雖具有共通之成立要件，即包括事實要件（行為或給付、權益侵害或債務不履行、損害及因果關係）、違法性及歸責性（可歸責事由）。惟在侵權行為方面，其過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意義務為斷，亦即以一般具有相當知識經驗且勤勉負責之人，在相同情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準繩，乃可以抽象輕過失作為兼顧被害人權益保護與加害人行為自由之平衡點。而在不完全給付，債務人是否具有可歸責性，應視其有無盡到契約約定或法律規定之注意義務而定，如其注意義務未經約定或法律未規定者，原則上以故意或過失為其主觀歸責事由，至於過失之標準，則由法院依事件之特性酌定之。（最高法院 106 年度

台上字第 1048 號判決參照)可見，原則上法院實務就不完全給付及侵權行為法律關係中之「過失」，有不同之認定標準。前者之重點在於債務人可否歸責，原則上以故意或過失為其主觀歸責事由，至於過失之標準，則由法院依事件之特性酌定之；至於後者，一般而言以抽象輕過失作為過失之認定標準。

茲有附言者，本題之乙、丙、丁、A 復抗辯其在甲於加護病房觀察中，依醫療常規並無須為甲作電腦斷層檢查及置入顱內監視器，其均無過失，故不須負損害賠償責任云云。惟查，醫院及醫事人員未違反「醫療常規」，是否即必然無過失，非無疑問。實務見解認醫師為具專門職業技能之人，其執行醫療之際，應盡善良管理人之注意義務，就醫療個案，本於診療當時之醫學知識，審酌病人之病情、醫療行為之價值與風險及避免損害發生之成本暨醫院層級等因素，綜合判斷而為適當之醫療，始得謂符合醫療水準而無過失；至於醫療常規，為醫療處置之一般最低標準，醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務。(最高法院 106 年度台上字第 227 號判決參照)

準此以言，乙等人不得僅以其行為符合醫療常規，即逕而主張無過失而無須負損害賠償責任。反之，乙等人仍須證明其行為符合醫療常規，且所實施之醫療處置具備醫療水準及符合病患之最佳利益，方得認屬已盡醫療上之必要注意而無過失。

(二)甲依共同侵權行為規定請求乙、丙、丁連帶負損害賠償責任，應為有理由：

按數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任；不能知其中孰為加害人者，亦同。次按連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。民法第 185 條第 1 項、第 273 條分別定有明文。再按數人因共同過失不法侵害他人之權利者，依法應負連帶賠償責任，苟各行為人之過失均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為（最高法院 66 年台上字第 2115 號判例要旨參照）。

依題示，本題甲之主治醫師由乙擔任，惟就甲手術後之照護，係由被告乙、丙、丁共同負責照護。於照護過程中，乙三人均未安排甲作電腦斷層檢查，亦未置入顱內監視器，致甲逐漸陷入昏迷。準此，乙、丙、丁未為甲作電腦斷層檢查及置入顱內監視器既有過失，則其等消極之不行為即屬造成甲嚴重腦部損傷及後續細胞壞死導致雙目失明及身體癱瘓之共同原因，揆諸前揭規定及判例意旨之說明，對於甲所受損害，自應負共同侵權行為之連帶損害賠償責任，甲之請求有理由。此殊不因乙、丙、丁三人於醫療小組分工上，負責為甲作電腦斷層檢查及置入顱內監視器之工作係屬分配給乙之任務，而有所不同，蓋其餘二人仍為醫生，應具有判讀病患狀態之專業能力及注意義務，故無法以此屬內部工作分配為由脫免責任。

至於負責為甲作電腦斷層檢查及置入顱內監視器之工作係屬分配給乙之任務此點，恐影響者應屬連帶債務人間責任分配之問題。按共同加害人內部責任分配，其內部求償範圍，固可依民法第 280 條規定處理：「連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用，由該債務人負擔。」然此一規定恐有違任何人不得將自己過失所生損害賠償責任轉嫁予他人之公平原則，故學說有認此際應可類推民法第 217 條與有過失責任法理，亦即共同負損害賠償之共同行為人最終損害賠償責任，仍將依各自對於損害發生之過失責任（原因力）之輕重、強弱決定其應分擔責任範圍。是故，本題尚可能符合前揭條文之但書規定，由乙一人單獨負損害賠償責任，或依學說見解，依各自過失比例分擔損害賠償責任。

(三)本件甲依不完全給付之加害給付及侵權行為之法律關係請求損害賠償，關於「醫療過失」之舉證責任分配，於侵權責任之部分，原告應對被告具有「醫療過失」之事實，負舉證責任；而當甲向 A 醫院主張債務不履行責任時，原則上則應由債務人就自己不可歸責之事由負舉證責任：

1. 舉證責任分配之原則：

民事訴訟中，關於舉證責任分配之依據，主要為民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」，此即本法有關舉證責任分配之一般性規定。其具體之操作，依通說所採之「規範說」（法律要件分類說之特別要件說），主張權利存在之人，應就權利發生之法律要件存在之事實負舉證責任；否認權利存在之人，則應就權利排除要件事實、權利消滅要件事實或權利障礙要件事實負舉證責任。

2. 本件甲依不完全給付之加害給付及侵權行為之法律關係請求損害賠償，關於醫療過失之舉證責任分配如下：

依前揭條文及規範說之見解，原則上侵權責任及債務不履行責任之舉證責任分配，前者以故意或過失不法侵害他人之權利為成立要件，故主張對造應負侵權行為責任者，原告應就行為人有故意或過失、加害人有加害行為存在、該行為具有不法性、被害人有損害發生及加害行為和損害間具有因果關係等

侵權行為之構成要件負舉證責任(最高法院 58 年台上字第 1421 號判例參照)；後者，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。故債權人苟證明債之關係存在，並因債務人不履行債務(給付不能、給付遲延或不完全給付)而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其就「不可歸責」一事負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責(最高法院 29 年上字第 1139 號判例意旨參照)。由上說明可見，二者關於舉證責任分配之原則顯屬有間。

承上說明，本件甲依不完全給付之加害給付及侵權行為之法律關係請求損害賠償，關於「醫療過失」之舉證責任分配，於侵權責任之部分，原告應對被告具有「醫療過失」之事實，負舉證責任；而當甲向 A 醫院主張債務不履行責任時，原則上則應由債務人就自己不可歸責之事由負舉證責任。然論者有認醫療糾紛中之不完全給付，因醫院所為者為違反保護義務之行為，係加害給付，故此時仍應由原告對被告是否可歸責，負舉證責任，蓋其與一般侵權行為係違反避免侵害他人之義務相似；且醫療契約性質上屬於「手段債務」，不能僅以不良結果之發生即認為構成債務不履行，而使其形成「結果債務」，亦即於醫療行為之不確定性下，不能因失敗之醫療結果逕行推論醫師有行為義務之違反，故仍應由病患就債務人「可歸責」負舉證責任，實務亦有部分採此見解(臺灣臺北地方法院 95 年度醫字第 14 號判決參照)。

惟於醫療訴訟中，(被害人)病患通常欠缺醫療專業知識，與醫師、醫院所掌握之資訊不對等；且記錄醫療過程之相關證據，如病歷、檢查報告等相關文書，亦通常掌握於被告手中，有「證據偏在」之問題；更有甚者，醫療行為因具高度不確定性且現今醫學仍無法完全掌控所有疾病狀態，故為落實個案正義與武器平等原則，於具體個案中，仍應適度為舉證責任轉換或減輕，以合理分配醫病雙方之舉證責任。不論係依民事訴訟法第 277 條但書「依其情形顯失公平者」之「危險領域理論」，或係比較法上之「表見證明」、「證明度降低」、「重大醫療瑕疵原則」、「事實說明自己原則」等理論作依據，皆可供法院於不同案件類型中適度調整原先之舉證責任分配，以平衡兼顧法安定性與個案正義，附此指明。

### 3. 小結：

綜上所述，本件甲依不完全給付之加害給付及侵權行為之法律關係請求損害賠償，關於「醫療過失」之舉證責任分配，於侵權責任之部分，原告應對被告具有「醫療過失」之事實，負舉證責任；而當甲向 A 醫院主張債務不履行責任時，原則上則應由債務人就自己不可歸責之事由負舉證責任。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！