

# 《民法與民事訴訟法》

一、甲駕車不慎撞倒乙，致乙身受重傷，送醫住院治療，乙支出新臺幣（下同）10 萬元醫藥費，喪失勞動能力，致收入減少。乙住院期間，家中價值 50 萬元鑽石珠寶被盜。出院返家後，乙因腳傷尚未痊癒，爬樓梯時，自樓梯上跌落，身體受傷。此外，乙因車禍住院，始發現其腦瘤之宿疾，致不堪勝任職務，向所屬機關自動辦理退休。甲撞傷乙後，駕車逃逸時，於慌亂中，追撞前行車輛，導致前車車身起火，前車乘客丙下車後因火勢兇猛，為快速逃離現場，將橋縫誤為安全島而跳落橋下受傷。

試問：乙對甲，丙對甲得主張何種權利？（45 分）

答題關鍵	侵權責任「責任成立因果關係」與「責任範圍因果關係」之認定
考點命中	《高點民法專用講義第二回》，劉台大編撰，主題 21 一般侵權行為，頁 103-105。 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 43 一般侵權行為，頁 98。 《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，102 年 9 月二版，主題 2 實戰 3，頁 2-10~2-11。

## 【擬答】

(一)乙向甲得否主張侵權責任，應分論述如下：

- 1.按汽車在使用中傷害他人者，駕駛人如未盡注意義務，應賠償因此所生之損害，民法第 191-2 條參照。其損害賠償之範圍，則應依民法第 193 條、第 195 條與第 216 條認定，擬先說明。
- 2.惟應注意者為，侵權責任之成立，需以加害行為與權利侵害、權利侵害與損害間具有「責任成立因果關係」與「責任範圍因果關係」者，始足當之。對於因果關係之認定，我國通說、實務採「相當因果關係」說。所謂「相當因果關係」，係指將因果關係區分為「條件因果關係」與「相當性」二者，條件因果關係指「無此行為必無此侵害、損害」之事實上因果性；而相當性則指行為與侵害、損害間必須有所謂通常、一般、普遍之法律上因果性，如事實上因果關係為反常的因果歷程，即不能謂具有因果關係之相當性，加害人亦不為此負責。（最高法院 98 年度台上字第 1729 號判決<sup>1</sup>參照）

- 3.本件甲駕車不慎撞倒乙，乙自得依民法第 191-2 條規定向甲主張侵權責任，惟其得以求償之項目與範圍，應分別判斷如下：

### (1)乙就醫療費支出與收入減少之損失，得主張侵權責任

按不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任，民法第 193 條第 1 項參照。題示乙之身體健康權受侵害，於醫療費支出與收入減少均與該身體健康權侵害具有「責任範圍因果關係」，亦即因果歷程上之通常、普遍性下，乙自得就系爭損失主張侵權責任。

### (2)乙就跌倒傷害所生之損失，得主張侵權責任

本件甲之加害行為與乙跌倒所生之身體健康權侵害是否具有「責任成立因果關係」，非無疑義。惟斟酌甲加害行為造成乙之腳傷，而腳傷所導致之行動不便將導致跌倒機率增高、甲對於該跌倒之後續權利侵害應有合理預見性（Reasonable Foreseeability）等因素，應認為甲之加害行為與乙跌倒所生之身體健康權侵害具相當因果關係，乙就跌倒傷害所生之損失，得向甲主張侵權責任。

### (3)乙就提早退休所生之損失，不得主張侵權責任

題示乙因車禍事故發生，始發現腦瘤存在，進而導致提早退休受有損失，判斷上應認為此與甲之加害行為所致之身體健康權侵害並無「責任範圍因果關係」，其論證有二：首先，縱無甲之侵害，乙仍可能亦將因腦瘤而提早退休，此時，即非無條件因果關係上之疑問；其次，縱認為條件因果關係存在，乙因車

<sup>1</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1729 號判決：「又所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形上，有此環境，有此行為之同一條件，均發生同一之結果者，則行為與結果始可謂有相當之因果關係。反之，若在一般情形上，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即難認相當因果關係。」

禍所發生之身體健康權侵害與提早退休之損失，依社會通念與一般人之智識，亦無因果歷程上之普遍、一般性，更非加害人可得合理預見，故應認為兩者間無相當因果關係，乙不得主張侵權責任。

(二)丙得對甲主張侵權責任，論證如下：

- 1.按汽車在使用中傷害他人者，駕駛人如未盡注意義務，應賠償因此所生之損害，民法第 191-2 條定有明文，前已敘明。本件丙是否得向甲主張侵權責任，其法律上爭點在於丙之加害行為與甲之權利侵害間是否具備責任成立因果關係，先予定性。
- 2.題示丙於車禍事故所導致之火燒車意外中，因緊急規避危險發生而跳落橋縫摔傷，致有身體健康權之侵害，應認為與甲之加害行為有因果關係，其論證有二：首先，依事故當時客觀存在之事實觀察，一般情形下，車身爆炸而乘車人員不及時走避者，其造成之傷亡將更為慘重，故在此緊急情況之下，丙無法保持冷靜之判斷，屬事理上之當然。而丙於慌亂中為救助自己誤認為橋縫為安全島而跳落摔傷，亦非對於丙之身體健康權侵害結果獨立、異常之介入原因，兩者間具相當因果關係；其次，就加害人之觀點而言，甲造成緊急危難後由丙採取自我防衛之行為，亦應係合理而可預見者，此時，由甲負擔侵權責任，即非過苛。實務上亦有相同之見解。（最高法院 76 年度台上字第 158 號判決<sup>2</sup>參照）
- 3.綜上論述，丙得對甲主張侵權責任。

二、甲、乙為多年好友，甲因資金需求向丙銀行借款新臺幣（下同）1000 萬元整。為擔保甲之借款，乙以其所有 A 地為丙設定抵押權。嗣後，丁承租乙之 A 地以建築房屋之用，半年後丁之 B 屋建造完成。豈料，甲於還款日屆至時無力清償該筆借貸。請附具理由回答以下問題：

- (一)若甲、丙與第三人戊達成協議，由戊進行免責債務承擔，即該 1000 萬元債務其中之 600 萬元部分日後交由戊來清償，則當事人之債務清償責任為何？（21 分）
- (二)若甲無法清償該借款，丙因此實行 A 地之抵押權。但因 A 地之鑑價結果指出，拍定價格將低於擔保債權金額，丙遂請求法院除去 A 地上之租賃關係。請問法院應如何處理？又丁的權利可能受如何之影響？（24 分）

答題關鍵	<b>第一小題</b> 民法第 869 條、第 304 條第 2 項 <b>第二小題</b> 抵押權設定後，第三人於抵押物上用益問題
考點命中	《高點民法專用講義第二回》，劉台大編撰，主題 19 債之移轉，頁 79-80。 《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，主題 45 一般抵押權，頁 103-104、112-114。 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 40 債之移轉，頁 91-92。 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 90 抵押權之性質，頁 217。 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 92 抵押權之實行，頁 220-221。 《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，102 年 9 月二版，主題 5 實戰 3、主題 5 實戰 12，頁 5-7～5-9、5-28～5-29。

【擬答】

(一)甲、戊應各負 400 萬元、600 萬元之清償責任，乙之擔保於戊債務承擔限度內消滅，論證如下：

- 1.按以抵押權擔保之債權，如經分割或讓與其一部、或債務分割、承擔者，其抵押權不因此而受影響，民法第 869 條參照。本條規定，學理上稱為「抵押權之不可分性」，於擔保債務全數受清償前，抵押權之內容

<sup>2</sup> 最高法院 76 年度台上字第 158 號判決：「侵權行為之債，固須損害之發生與侵權行為間有相當因果關係始能成立，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。原審既認定陳榮輝駕駛之七六一二一〇二號小客車，擦撞前車後，引起連環追撞，並因起火燃燒，相繼波及三二一二七八七號、一七一六二九號、七一八六五五號（中興號大客車）三車，中興號大客車旅客下車後，又見火勢猛烈，惟恐車身爆炸，遂將橋縫誤為安全島紛紛跳下而造成傷亡。則依此項客觀存在之事實觀察，如車身爆炸而不及時走避，其造成之傷亡將更為慘重，且當時又係夜晚，更易引起慌亂，在此緊急情況之下，欲求旅客保持冷靜，安然離開現場，殆無可能，故依吾人一般智識經驗，上述旅客在慌亂中跳落橋下傷亡，是是否陳榮輝駕車追撞而造成之上開車禍，無相當因果關係，非無研究餘地。」

均係以抵押物全部擔保債務之全部，擬先說明。

2. 惟應注意者為，依民法第 304 條第 2 項規定，由第三人就債權所為之擔保，除該第三人對於債務之承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅。本項規定，構成抵押權不可分性之例外。蓋於免責債務承擔之情形，債務人之信用基礎已有變更，為避免對於第三擔保人造成不測侵害，民法特規範第三人所提供之擔保將於債務承擔範圍消滅，以為衡平。
3. 題示乙以其 A 地為丙設定抵押權，係屬第三人對於他人之債務為擔保之案型。於戊經丙同意對於甲之債務為免責債務承擔後，依前開規定，丙對 A 地之抵押權，應於債務承擔限度內消滅。
4. 綜上論述，本件於債務承擔後，甲應負 400 萬元之清償責任，其上並有乙之抵押擔保；戊應負 600 萬元之清償責任，乙之擔保於其債務承擔限度內消滅。

**(二) 法院應處理之方法與丁權利所受影響，分論證如下：**

1. 按不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，得成立租賃關係，但其抵押權不因此而受影響。惟如抵押權人實行抵押權受有影響者，法院得終止該租賃關係後拍賣之。民法第 866 條第 1 項、第 2 項參照。所謂抵押權受有影響者，概念上係指抵押權人聲請拍賣抵押物時，因權利之存在發生無人應買或出價不足清償抵押債權之情形（司法院釋字第 304 號解釋<sup>3</sup>參照）。
2. 前開情形，如抵押不動產上有該權利人或經其同意使用之人之建築物者，抵押權人亦得依民法第 877 條第 2 項準用同條第 1 項規定，併付拍賣其上之建築物，併予論證。
3. 題示乙將其所有之 A 地設定抵押權於丙，後將 A 地租賃於丁，丁並於其上建造 B 屋，依民法第 866 條第 1 項規定，丙之抵押權不受影響。嗣後，於丙實行抵押權時，由於鑑價結果已明指擔保實行之拍定金額將低於擔保債權額，此時，即應認為抵押權之實行已受有影響，法院得依民法第 866 條第 2 項規定除去丁之租賃權為拍賣。於法院除去租賃權後，由於丁已失其租賃權，其對於 A 地亦失承租人之優先承購權。（最高法院 100 年度台上字第 802 號判決<sup>4</sup>參照）
4. 另須說明者為，本件丙於後續拍賣程序中，亦得依前述民法第 877 條第 2 項準用同條第 1 項規定，聲請法院將丁之建築物與土地併付拍賣。如丙未聲請法院為併付拍賣，此時，拍定人得依強制執行法第 99 條第 2 項對丁請求點交拍定之 A 地，並得請求拆除 B 屋（最高法院 44 年度台抗字第 6 號判例<sup>5</sup>參照）；如丙聲請法院將丁之建築物與土地併付拍賣，於參與分配程序上，丙僅得對於土地賣得價金部分主張優先受償，至於 B 屋拍得部分，則應返還於丁。

<sup>3</sup> **司法院釋字第 304 號解釋理由書**：「民法第八百六十六條規定：『不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上得設定地上權及其他權利。但其抵押權不因此而受影響』，如其抵押權因設定地上權或其他權利而受影響者，本院院字第一四四六號解釋認為對於抵押權人不生效力，抵押權人聲請拍賣抵押物時，執行法院自可依法逕予執行，乃因抵押權為物權，經登記而生公示之效力，在抵押權登記後就抵押物取得地上權或其他使用收益之權利者，自不得使登記在先之抵押權受其影響。故所有人於抵押權設定後，在抵押物上所設定之地上權或其他使用收益之權利於抵押權有影響者，在抵押權人聲請拍賣抵押物時，發生無人應買或出價不足清償抵押債權之情形，即須除去該項權利而為拍賣，並於拍定後解除被除去權利者之占有而點交於拍定人，乃為使抵押權人得依抵押權設定時之權利狀態而受清償所必要。反之，如該項地上權或其他使用收益之權利於抵押權無影響時，仍得繼續存在，已兼顧在後取得權利者之權益。民法第八百六十六條但書之規定及本院院字第一四四六號解釋，與憲法保障人民權利之意旨，並無牴觸。」

<sup>4</sup> **最高法院 100 年度台上字第 802 號判決**：「按抵押權為擔保物權，不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，固仍得為使用收益，但如影響於抵押權者，對於抵押權人不生效力，故土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上設定地上權或其他以使用為目的之物權，或成立租賃關係，致影響於抵押權者，抵押權人自得聲請法院除去或終止，依無地上權或無租賃狀態拍賣，此乃民法第八百六十六條第一、二項規定之所由設。是以法院依該條項規定裁定除去地上權或終止租賃關係而拍賣時，因在該執行程序中，地上權或租賃關係被除去或終止者，依強制執行法第九十八條第二項但書規定，不隨同不動產之拍賣而移轉，執行法院發給權利移轉證書時，仍應依職權通知地政機關塗銷該地上權之登記（同法第十一條第一項），並應認該地上權或租賃關係已失其存在。於此情形，該被除去或終止之地上權人或租賃權人自不得對抵押權人或拍定人主張地上權或租賃權，進而對抵押不動產之拍賣享有優先承買權（土地法第一百零四條）。」

<sup>5</sup> **最高法院 44 年度台抗字第 6 號判例**：「執行名義命債務人返還土地，雖未明白命其拆卸土地上之房屋，而由強制執行法第一百二十五條所準用之第一百條法意推之，該執行名義當然含有使債務人拆卸房屋之效力。」

三、甲男、乙女結婚後，生有子女丙、丁。甲雖有將薪水拿回養家，但長年酗酒，酒醉時即重毆乙，乙不堪受虐曾至法院聲請保護令，遂未遭不測。4年前，甲生重病請求成年之丙、丁扶養照護，丙、丁年幼時均為家暴目睹兒，丙拒絕扶養甲，並到法院主張免除對甲之扶養義務，丁則每月寄給甲新臺幣（下同）5000元生活費。甲得知丙之舉動後大怒，在個人網頁上表示「他日若有錢，一毛錢也不分給丙。」丙也回應放棄繼承將來甲之任何財產。民國100年1月，甲繼承財產1000萬元，悔於當年之暴力行為，當月即將繼承財產中之300萬元贈與乙，且有感於身體日漸衰退，故同時贈與丁600萬元。甲今（102）年9月死亡，經查其銀行存款僅有20萬元，對戊則有債務100萬元未清償；乙結婚後所得加上甲贈與之300萬元，現有財產1200萬元。試問：

（一）丙不履行扶養義務是否有繼承權？（25分）

（二）戊可否對乙與丁之財產主張權利？（20分）

命題意旨	本題在測驗同學對於喪失繼承權即表示失權與扶養義務之關係，以及夫妻剩餘財產分配請求權之一身專屬性之理解。
答題關鍵	本題難度不高，在作答上僅需特別就相關爭點如：法定扶養義務於何種情形得免除、其因此未履行扶養義務之行為是否構成「重大之虐待情事」、債權人能否代位行使剩餘財產分配請求權各節為具體說明即可。
考點命中	1.《高點身分法講義第一回》，梁台大編撰，第三章第三節，頁123-131。 2.《高點身分法講義第二回》，梁台大編撰，第五章第一節，頁109-110。 3.《高點身分法講義第三回》，梁台大編撰，第七章第一節，頁5-6。

### 【擬答】

（一）丙經法院免除扶養義務後，縱不履行扶養義務，對甲仍有繼承權：

- 1.「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬」、「有左列各款情事之一者，喪失其繼承權：五、對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。」民法第1138條第1款、第1145條第1項第5款定有明文。按「左列親屬，互負扶養之義務：一、直系血親相互間」、「受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者為限」、「前項無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬，不適用之」、「因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。但受扶養權利者為直系血親尊親屬或配偶時，減輕其義務。」、「受扶養權利者有下列情形之一，由負扶養義務者負擔扶養義務顯失公平，負扶養義務者得請求法院減輕其扶養義務：一、對負扶養義務者、其配偶或直系血親故意為虐待、重大侮辱或其他身體、精神上之不法侵害行為。二、對負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務」、「受扶養權利者對負扶養義務者有前項各款行為之一，且情節重大者，法院得免除其扶養義務。」民法第1114條第1款、第1117條第1項、第2項、第1118條、第1118條之1第1項、第2項定有明文。
- 2.由是可知，子女為父母遺產之第一順位繼承人；如繼承人未善盡對被繼承人之扶養義務者，該行為可認為係民法第1145條第1項第5款所稱之「重大之虐待情事」，經被繼承人表示其不得繼承者，繼承人則喪失其繼承權。惟被繼承人（即受扶養權利者）如對繼承人（即負扶養義務者）之直系血親故意為虐待或其他身體上之不法侵害行為，由繼承人負擔扶養義務將顯失公平且情節重大者，法院得免除繼承人對被繼承人之扶養義務。經法院免除繼承人之扶養義務後，縱繼承人未履行其對被繼承人之扶養義務，亦不認為繼承人有重大之虐待情事，而仍保有繼承權甚明。
- 3.查甲男、乙女結婚後，生有子女丙、丁。如丙為甲、乙之婚生子女者，丙對直系血親尊親屬甲負有扶養義務。惟甲長年酗酒並重毆乙，丙年幼時均為家暴目睹兒，顯見甲對於丙之母（即直系血親）乙故意為虐待或其他身體上之不法侵害行為。於此情形，如認為責由丙持續負擔對甲之扶養義務將顯失公平且情節重大者，法院自得免除丙之扶養義務。於此情形，雖丙拒絕扶養甲，惟經法院免除丙對甲之扶養義務後，自難認為丙有不履行對甲之扶養義務，該行為自非民法第1145條第1項第5款所稱之「重大之虐待情事」。是以，縱然甲有表示丙不得繼承者，丙仍不因此喪失對甲之繼承權，已臻明確。

（二）戊不得對乙與丁之固有財產主張權利：

- 1.「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限」、「繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任」、「繼承人在繼承開始前二年內，從被繼承人受有財產之贈與者，該財產視為其所得遺產。」民法第1148條第1項、第2項、第1148條之1第1項定有明文。由是可知，繼承人對於被繼承人之債務，僅以其因繼承所得遺產之限度內，負有限責任；繼承所得遺產之範圍，除自繼承開始時被繼承人財產上之一切權利外，



尚包含繼承人於繼承開始前二年內所受被繼承人贈與之財產。

- 2.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」、「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。」民法第 1005 條、第 1030 條之 1 第 1 項定有明文。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。」立法理由略謂：「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」、「自 2007 年將剩餘財產分配請求權修法改為非一身專屬權後，配合民法第一千零十一條及民法第二百四十二條之規定，實際上造成原本財產各自獨立之他方配偶，婚後努力工作累積財產，反因配偶之債權人代位行使剩餘財產分配請求權而導致事實上夫（妻）債妻（夫）還之結果。更有甚者，由於民法第一千零十一條之「債權人」並未設有限制，造成實務上亦發生婚前債務之債權人向法院聲請宣告改用分別財產制並代位求償之事，造成債務人之配偶須以婚後財產償還他方婚前債務之現象，如此種種均已違背現行法定財產制下，夫妻於婚姻關係存續中各自保有所有權權能並各自獨立負擔自己債務之精神。」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，不得讓與或繼承，是債權人原則上並不得代位行使該權利甚明。

- 3.債權人戊不得對乙與丁之固有財產主張權利：

- (1)查被繼承人甲於民國（下同）102 年 9 月死亡，其銀行存款僅有 20 萬元，對戊則有債務 100 萬元未清償；乙、丁均為甲之繼承人無疑。第查，甲於 100 年 1 月間因繼承取得財產 1000 萬元，便於該月分別贈與乙 300 萬元、贈與丁 600 萬元。因該贈與並非於繼承開始前二年內（即 100 年 9 月至 102 年 9 月間）所為，是該財產自無庸視為其甲之遺產，顯見債權人戊不得對乙與丁之固有財產主張權利甚明。
- (2)再查，於民國 101 年 12 月 26 日修正公布民法第 1030 條之 1 以後，因被繼承人甲於 102 年 9 月死亡以致法定財產制關係消滅，是該剩餘財產分配請求權原則上具有一身專屬性。循此，甲死亡時，配偶乙之婚後財產（不包含無償取得部分）計 900 萬元（=1200 萬元-300 萬元）多餘甲之婚後財產，甲對乙雖原有剩餘財產分配請求權，惟該權利既未經乙依契約承諾、亦未經甲起訴，顯見債權人自無從代位甲對乙行使該權利甚明。

四、甲股份有限公司（下稱甲公司）全體董事經法院裁定於解任董事之訴終結前，暫時停止執行董事職務，法院並依民事訴訟法第 538 條之 4 準用同法第 535 條第 2 項規定，選任股東乙、丙為臨時管理人，且命乙、丙共同執行職務。乙嗣以甲公司曾向其借款新臺幣（下同）3000 萬元未依約償還，因有脫產情事，聲請管轄之地方法院裁定准供擔保後為假扣押，乙已依假扣押裁定供所命之擔保後查封甲公司之財產，甲公司對假扣押裁定提起抗告。乙於甲公司提起抗告期間，委任 A 律師起訴，其起訴狀主張：甲公司向伊借款 3000 萬元，並交付甲公司原來董事長 B 簽發、甲公司背書之同額本票一紙，約定以本票所載到期日即民國（下同）101 年 1 月 2 日為借款清償日，如未依約清償，應以年利率百分之二十計付遲延利息。爰依消費借貸關係求為命甲公司返還借款及自訴狀繕本送達翌日，即 101 年 12 月 31 日起按年息百分之五計算之利息。甲公司辯稱乙並未交付款項等語。第一審法院判決乙敗訴，乙提起上訴，現在第二審法院審理中，乙並自行向法院聲請撤銷假扣押裁定及撤回該假扣押執行。試問：

- (一)乙起訴，應如何列甲公司之法定代理人？（10 分）
- (二)A 律師所撰起訴狀內容，有何待改進之處？（10 分）
- (三)乙欲取回擔保金以供週轉，求教於 A 律師，A 律師告以因本案訴訟尚未終結，尚不得催告甲公司行使權利，故不能取回擔保金。請附理由說明 A 律師之法律意見是否符合民事訴訟法相關規定？（18 分）

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

命題意旨	本題在測驗同學對於法定代理人與特別代理人之意義、訴之聲明撰寫、訴訟標的特定，以及擔保金如何取回等相關問題之理解。
答題關鍵	本題難度頗高。首先，第一小題主要爭點在於經法院選任乙、丙須共同執行職務後，如其中一人無法執行職務者，另一人是否仍可單獨執行職務？如不可單獨執行者，又應如何解決該問題？其次，第二小題涉及訴之聲明與訴訟標的特定等基本觀念之問題。就此，應特別先從實體法觀點著眼，即可命中問題核心。最後，第三小題之部分，同學應注意「假扣押裁定之撤銷」與「應供擔保之原因消滅」二者間之關係，並從擔保金之制度目的加以著眼。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義第一回》，梁台大編撰，第二章第一節，頁 120-121。 2.《高點民事訴訟法講義第四回》，梁台大編撰，第十一章第一節，頁 13。 3.邱聯恭，爭點整理方法論序，爭點整理方法論，《民事程序法之理論與實務（三）》，台大法律叢書 130，2001 年 11 月初版，頁 11。 4.吳明軒，《民事訴訟法（下）》，自版，2013 年 7 月修訂十版，頁 1651。

## 【擬答】

(一)乙起訴，應列甲公司之乙與另行選任之特別代理人等二人為法定代理人：

- 1.「董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞時，法院因利害關係人或檢察官之聲請，得選任一人以上之臨時管理人，代行董事長及董事會之職權。但不得為不利於公司之行為」、「對於無訴訟能力人為訴訟行為，因其無法定代理人，或其法定代理人不能行代理權，恐致久延而受損害者，得聲請受訴法院之審判長，選任特別代理人」、「本法關於法定代理之規定，於法人之代表人、第四十條第三項之代表人或管理人、第四項機關之代表人及依法令得為訴訟上行為之代理人準用之。」第 208 條之 1 第 1 項、民事訴訟法第 51 條第 1 項、第 52 條定有明文。按「民事訴訟法第五十一條第二項所謂法定代理人不能行代理權，不僅指法律上不能（如經法院宣告停止其權利）而言，並包括事實上之不能（如心神喪失、利害衝突等）在內。」最高法院 50 年台抗字第 187 號判例意旨參照。由是可知，董事會不為或不能行使職權者，法院得選任一人以上之臨時管理人，代行董事長及董事會之職權，由臨時管理人為該公司之法定代理人；如法定代理人因利害衝突而不能行代理權者，當事人得聲請法院選任特別代理人。
- 2.查法院既依職權選任股東乙、丙為甲公司之臨時管理人，且命乙、丙共同執行職務而共同行使法定代理人。第查，甲公司臨時管理人之一者即乙既以自己身分為原告，向甲公司提起訴訟者，因乙於該訴訟中有利害衝突，顯見乙不能代理甲公司行使法定代理權；又法院既已命乙、丙二人應共同執行法定代理人之職務，如乙於本件訴訟中已無從行使法定代理權者，則丙亦無法單獨自行行使法定代理權。循此，甲公司之法定代理人乙、丙既均不能行代理權，自應向受訴法院聲請為甲公司另行選任一名特別代理人，由該特別代理人與丙共同代理甲公司，已臻明確。

(二)A 律師所撰起訴狀內容，尚有諸多改進之處：

- 1.A 律師並未將該借款返還請求權之訴訟標的具體特定，且利息部分之聲明有誤：
  - (1)按訴訟標的如為金權債權請求權時，縱使原告已為實體法上定性而表明某權利或法律關係作為訴訟標的，惟原告仍應以其原因事實具體特定其訴訟標的，該起訴始合法。
  - (2)經查，A 律師代理原告乙於起訴狀主張：甲公司向伊借貸 3000 萬元，約定於 101 年 1 月 2 日為借款清償日，以及年利率 20% 計付遲延利息。惟 A 律師並未具體敘明兩造當事人成立金錢借貸契約之時間為何？乙何時交付借貸款項？自難認為 A 律師已將其訴訟標的具體特定。
  - (3)次查，借貸契約所約定借款返還之到期日既為 101 年 1 月 2 日，以及年利率 20% 計付遲延利息，則關於利息部分之聲明，自應更正為「及自民國 101 年 1 月 3 日起至清償日止，按週年利率百分之二十計算之利息」等語，始為正鵠。
- 2.A 律師漏未將本票票款給付請求權合併請求，並應增列共同被告 B：
  - (1)另觀諸起訴狀之原因事實，可知乙對甲公司尚有本票票款給付請求權，且該本票之發票人為 B，顯見乙尚得爰依本票票款給付請求權，向甲公司與 B 主張權利。
  - (2)是以，A 律師既於起訴狀之原因事實中論及該本票者，為貫徹紛爭統一解決之旨趣，乙應可於該訴訟中將 B、甲公司列為共同被告，合併請求連帶給付票款無疑。

(三)A 律師之法律意見，符合民事訴訟法第 104 條第 1 項、第 106 條之規定：

- 1.取回擔保金之相關規定：
  - (1)「有下列各款情形之一者，法院應依供擔保人之聲請，以裁定命返還其提存物或保證書：一、應供擔保之原因消滅者。二、供擔保人證明受擔保利益人同意返還者。三、訴訟終結後，供擔保人證明已定二

十日以上之期間，催告受擔保利益人行使權利而未行使，或法院依供擔保人之聲請，通知受擔保利益人於一定期間內行使權利並向法院為行使權利之證明而未證明者」、「第一百零二條第一項、第二項及第一百零三條至前條之規定，於其他依法令供訴訟上之擔保者準用之；其應就起訴供擔保者，並準用第九十八條、第九十九條第一項、第一百條及第一百零一條之規定」、「假扣押之原因消滅、債權人受本案敗訴判決確定或其他命假扣押之情事變更者，債務人得聲請撤銷假扣押裁定」、「假扣押之裁定，債權人得聲請撤銷之。」民事訴訟法第 104 條第 1 項、第 106 條、第 530 條第 1 項、第 3 項定有明文。

- (2)由是可知，債權人如欲取回其因聲請假執行所提供之擔保金者，須以具有民事訴訟法第 104 條第 1 項各款事由之一者為限；又所謂「應供擔保之原因消滅」，與假扣押裁定之撤銷，誠屬二事。除非有供擔保原因消滅之情形者外，縱然債權人已向法院聲請撤銷假扣押裁定，債權人仍不得據此聲請返還其為假執行所供之擔保。

2. A 律師之法律意見尚屬可採：

- (1)查債權人乙經法院裁定准供擔保後為假扣押，便依該假扣押裁定供所命之擔保後查封假公司之財產。第查，乙雖自行向法院聲請撤銷假扣押及撤回該假扣押執行，惟乙既未證明受擔保利益人即甲公司同意返還，且該本案訴訟仍繫屬中而尚未終結，乙自無從爰依民事訴訟法第 104 條第 1 項第 2 款、第 3 款之規定向法院聲請取回擔保金。
- (2)再查，法院命債權人乙提供擔保之原因，旨在擔保債務人因假扣押所可能遭受之損害得獲得補償。循此，縱然乙向法院聲請撤銷假扣押裁定，惟尚難認為乙供擔保之原因業已消滅，是乙仍不得依民事訴訟法第 104 條第 1 項第 1 款之規定向法院聲請返還擔保金。由是可知，A 律師之法律意見認為乙尚不能取回擔保金，尚屬可採。

五、A 女、B 男於民國（下同）98 年 1 月 1 日結婚後，因個性不合，雙方多次爭吵。102 年 1 月間，A 女以 B 男為被告，向法院主張 B 男自 100 年 1 月間起，多次與 C 女有婚外性行為，致其無法忍受，難以共同生活，經調解不成，A 女遂訴請法院判決離婚。A 女同時主張其對離婚事由並無過失，B 男應賠償新臺幣（下同）200 萬元，另 B 男就與 C 女發生婚外性行為一事，應賠償 A 女 100 萬元。此外，A 女另委請甲律師為訴訟代理人，並以書面授與得捨棄、和解、上訴之權，B 男則未委任訴訟代理人。試附理由回答下列問題：

- (一) A 女之上述請求，屬於何類家事事件或一般民事訴訟事件？其合併請求是否合法？（20 分）
- (二) A 女之上述請求，於法院所適用程序法理有無不同？如法院於審理後，認為 B 男自 100 年 1 月以後，未曾與 C 女發生婚外性行為，但 B 男自婚後不久的 99 年 1 月間起至同年底止，曾與 C 女有婚外性行為共 2 次，法院就該事實應如何處理？（10 分）
- (四) 本件於審理中，經法官於 102 年 8 月 7 日庭期勸諭和解，甲律師與 B 男當場達成協議，同意 A 女與 B 男離婚，對於 A 女因離婚所受損害，B 男同意賠償 50 萬元，並當庭製作和解筆錄。因 A 女始終未到庭，法官乃請甲律師於下次庭期前確認 A 女是否有和解離婚真意。甲律師乃於下一庭期之 8 月 14 日，向法院陳明 A 女確實願意離婚及同意和解條件，並提出 A 女親自簽章的和解離婚確認書，甲律師遂與 B 男於該庭期再度製作和解筆錄（內容同前一庭期和解筆錄內容），試問本件兩次和解筆錄的效力為何？（7 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於家事事件法關於家事事件之範圍、職權探知主義、審理原則與和解效力各節基本知識之理解。
答題關鍵	本題有三小題，難度不高。第一小題僅需從家事事件法第 3 條之規定加以處理即可，尚無爭議。第二小題涉及不同事件類型之審理原則，重點在於：家事財產事件之程序上雖有家事事件法之適用，惟其審理原則仍依按其個別性質，適用民事訴訟法上之程序法理。又第三小題涉及家事事件法第 45 條內容之規定，較無疑問。
考點命中	1.《高點家事事件法講義第一回》，梁台大編撰，頁 3-6、20-22、37-38、40-44。 2.沈冠伶，〈家事事件之類型與統合處理（一）〉，《月旦法學教室》，第 118 期，2012 年 8 月，頁 63-64。 3.沈冠伶，〈家事事件之類型與統合處理（二）〉，《月旦法學教室》，第 119 期，2012 年 9 月，頁 59。

版權所有，重製必究！

## 【擬答】

(一) A 女之上述請求，分別屬於家事事件之乙類、丙類事件；合併請求應屬合法：

1. A 女之上述請求，分別屬於家事事件之乙類、丙類事件：

- (1) 「本法所定家事事件由少年及家事法院處理之；未設少年及家事法院地區，由地方法院家事法庭處理之」、「下列事件為乙類事件：二、離婚事件」、「下列事件為丙類事件：二、因婚姻無效、撤銷婚姻、離婚、婚姻消滅之損害賠償事件。」家事事件法第 2 條、第 3 條第 2 項第 2 款、第 3 項第 2 款定有明文。
- (2) 查 A 女對 B 男訴請法院裁判離婚，係離婚事件，屬家事事件法第 3 條第 2 項第 2 款所規定之乙類事件。
- (3) 次查，A 女主張其對離婚事由並無過失，向 B 男請求損害賠償，係依民法第 1056 條規定之離婚損害賠償事件，屬家事事件法第 3 條第 3 項第 2 款所規定之丙類事件（參見家事事件審理細則第 70 條第 2 款）。
- (4) 再查，A 女主張 B 男與 C 女發生婚外性行為而應向其賠償，係依民法第 184 條第 1 項後段規定所請求。有鑑於上開原因事實亦為離婚之原因、事實，是其所生之損害賠償事件，屬家事事件法第 3 條第 3 項第 2 款所規定之丙類事件（參見家事事件審理細則第 70 條第 3 款）。

2. A 女之上述請求，合併請求應屬合法：

- (1) 「第三條所定甲類、乙類、丙類及其他家事訴訟事件，除別有規定外，適用本編之規定」、「數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事非訟事件請求之基礎事實相牽連者，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，不受民事訴訟法第五十三條及第二百四十八條規定之限制。」家事事件法第 37 條、第 41 條第 1 項定有明文。
- (2) 查 A 女之上述請求，分別屬於家事事件法之乙類、丙類事件，此數家事訴訟事件當可合併請求，應屬合法無疑。

(二) A 女之上述請求，針對乙類、丙類事件，法院應分別適用家事事件法、民事訴訟法所定之程序法理進行審理：

1. 針對離婚事件（乙類事件），法院應適用家事事件法所定之程序法理進行審理：

- (1) 「法院審理家事事件認有必要時，得斟酌當事人所未提出之事實，並依職權調查證據。但法律別有規定者，不在此限」、「第一項情形，法院應使當事人或關係人有辯論或陳述意見之機會。」家事事件法第 10 條第 1 項、第 3 項定有明文。由是可知，家事事件採職權探知主義，而不採取辯論主義。是以，法院審理家事事件認有必要時，得斟酌當事人所未提出之事實，並同時使當事人有辯論或陳述意見之機會。
- (2) 查原告起訴主張：B 男自 100 年 1 月間起，多次與 C 女有婚外性行為等云云。關於 B 男於 99 年間雖曾與 C 女有婚外性行為共 2 次之事實，雖非原告所提出之事實，惟該事實既與原告之離婚請求密切相關，基於家事事件法採職權探知主義之旨趣，法院仍應可斟酌該原告所未提出之事實，使當事人有陳述意見之機會後而為裁判。
- (3) 至於家事事件審理細則第 15 條雖規定：「離婚或撤銷婚姻之訴訟事件，就不利於維持婚姻之事實，法院不得斟酌當事人所未提出之事實。」惟該規定顯然悖於家事事件法第 10 條第 1 項之規定，該審理細則之妥適性，備受學者批評，併予敘明。

2. 針對因離婚之原因、事實所生之損害賠償事件（丙類事件），除家事事件法有特別規定者外，法院仍應適用民事訴訟法所定之程序法理進行審理：

- (1) 「法院就第一項至第三項所定得合併請求、變更、追加或反請求之數宗事件合併審理時，除本法別有規定外，適用合併審理前各該事件原應適用法律之規定為審理。」家事事件法第 41 條第 6 項定有明文。按民事財產訴訟事件採取辯論主義，其第一命題為：當事人所未主張之事實，法院不得逕為裁判之基礎，有最高法院 60 年台上字第 2085 號判例可參：「民事訴訟法除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果。原審就當事人未主張之事實依職權斟酌，顯有認作主張之違法情形」。
- (2) 查原告起訴主張：B 男自 100 年 1 月間起，多次與 C 女有婚外性行為等云云，爰依民法第 184 條第 1 項後段規定請求損害賠償，雖屬家事事件法之丙類事件，雖其性質上仍屬財產訴訟事件相仿，本應適用辯論主義。惟家事事件法第 10 條第 1 項既有採職權探知主義之特別規定，法院仍得審酌此未經原告提出關於 B 男於 99 年間雖曾與 C 女有婚外性行為共 2 次之事實甚明。
- (3) 附帶言之，學說上雖有認為應適用民事訴訟法之程序法理之見解，惟其結論並無差異。詳言之，縱然認為對於原告所未提出關於 B 男於 99 年間雖曾與 C 女有婚外性行為共 2 次之事實，法院不得逕予審酌。惟參諸民事訴訟法第 278 條之規定，法院於審理離婚事件時，既於其職務上已知該未經 B 男提出之事



實，法院於裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會，而仍可由法院為得斟酌之。

(三)第一次和解筆錄就離婚損害賠償事件之和解有效，惟離婚事件於第二次和解筆錄始發生和解效力：

1. 「第三條所定甲類、乙類、丙類及其他家事訴訟事件，除別有規定外，適用本編之規定」、「當事人就離婚、終止收養關係、分割遺產或其他得處分之事項得為訴訟上和解。但離婚或終止收養關係之和解，須經當事人本人表明合意，始得成立」、「前項和解成立者，於作成和解筆錄時，發生與確定判決同一之效力」、「因和解成立有關身分之事項，依法應辦理登記者，法院應依職權通知該管戶政機關。」家事事件法第 37 條、第 45 條第 1 項、第 2 項、第 3 項定有明文。由是可知，針對乙類、丙類等家事訴訟事件，當事人就得處分之事項，無庸當事人本人表明合意，而得授權由程序代理人為訴訟上和解；但離婚之和解，須經當事人本人表明合意，始得成立。
2. 查兩造於 102 年 8 月 7 日庭期中，由 A 女之程序代理人甲律師與 B 男達成和解協議而當庭製作和解筆錄（下稱第一次和解筆錄）。其中，關於 A 女因離婚所受損害之部分，性質上屬於家事財產事件，其訴訟標的容許當事人處分，其和解應屬有效。
3. 惟查，有鑑於離婚事件之和解，須經當事人即 A 女本人表明合意，始得成立。是以，A 女之程序代理人甲律師與 B 男針對離婚事件所當庭製作之第一次和解筆錄，因 A 女本人既未表明合意，則第一次和解筆錄並不發生和解離婚之效力。至於甲律師於 102 年 8 月 14 日提出 A 女親自簽章之和解離婚確認書，經法院再度製作之和解筆錄（下稱第二次和解筆錄），始發生離婚之效力甚明。

六、甲有 A、B 土地二筆，委託代書乙出售 A 土地，並交付 B 土地之權狀、印章等資料，委託乙就 B 土地向銀行辦理抵押借款新臺幣（下同）1000 萬元。乙就 A 土地部分，擅以甲名義聲請補發權狀後，以買賣為原因，申請將該土地移轉登記為自己所有，並以自己及甲名義向不知情之丙借款 500 萬元，約定連帶清償，以 A 土地為抵押擔保。另以甲為借款人向丙借款 1000 萬元，以 B 土地為抵押擔保。上開二筆借款之借期均為 1 年，二抵押權之設定，均為普通抵押權，且皆記載抵押債務人為甲，債權人為丙，金額與借款債務同額。又乙未經甲同意，偽造甲名義之上開借款契約、A 土地之不動產所有權移轉登記契約書，A 及 B 土地之抵押權設定契約書，觸犯偽造文書罪，業經法院判處罪刑確定。丙因借款到期未獲清償，依借貸法律關係，請求（一）甲、乙共同給付 500 萬元；（二）甲給付 1000 萬元。甲抗辯其在借據上之簽章係被乙偽造，其不負返還借款責任；並提起反訴，依民法第 767 條規定，訴請乙塗銷 A 土地之所有權移轉登記及抵押權登記，及訴請丙塗銷 A 及 B 土地之抵押權登記。

請問：

- （一）甲住高雄市，乙住臺南市，丙主張基於借貸關係對甲、乙為上開借款返還之請求，如聲請法院核發支付命令，應向何法院聲請？（10 分）
- （二）倘法院依丙之聲請核發支付命令後，甲或乙之債權人得否代位甲或乙依民事訴訟法第 516 條第 1 項規定提出異議？（15 分）
- （三）丙如以起訴方式請求甲、乙返還上開二筆借款共計 1500 萬元，僅就其中 500 萬元部分繳納裁判費，經法院裁定限期命其就其餘部分之訴訟標的金額繳納裁判費，丙倘逾期未繳，法院應如何處理？（15 分）
- （四）丙請求甲、乙共同給付 500 萬元借款，及甲請求乙塗銷 A 土地之所有權與抵押權登記，請求丙塗銷 A 土地之抵押權登記，法院應如何裁判？（35 分）
- （五）丙就 1000 萬元借款及 B 土地設定抵押權部分，主張甲應負表見代理授權人之責任，甲則抗辯乙之不法行為不能成立表見代理。丙之主張或甲之抗辯，何者有理由？（15 分）

答題關鍵	<p><b>第一小題：</b>督促程序專屬管轄問題（民法第 510 條）。</p> <p><b>第二小題：</b>最高法院 99 年度第 6 次民事庭決議。</p> <p><b>第三小題：</b>最高法院 72 年度台抗字第 479 號判例。</p> <p><b>第四小題：</b>無權代理、表見代理、不動產物權善意取得、抵押權從屬性。</p> <p><b>第五小題：</b>無權代理、表見代理。</p>
考點命中	《高點民法專用講義第一回》，劉台大編撰，主題 12 代理制度，頁 164-179。

版權所有，重製必究！

《高點民法專用講義第二回》，劉台大編撰，主題 17 代位權，頁 55-56。  
 《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，主題 45 一般抵押權，頁 102。  
 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 23 無權代理體系，頁 58-60。  
 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 37 代理制度，頁 85。  
 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 90 抵押權之性質，頁 215-217。  
 《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，102 年 9 月二版，主題 12 實戰 6、主題 1 實戰 16，頁 12-23~12-26、1-35~1-36。

### 【擬答】

#### (一)丙應向高雄地方法院或台南地方法院聲請發支付命令，論證如下：

- 1.按支付命令之聲請，專屬債務人為被告時，依第一條、第二條、第六條或第二十條規定有管轄權之法院管轄，民事訴訟法第 510 條參照。依本條規定，支付命令聲請之管轄，專屬於債務人的住所地法院，惟如債務人有多數時，而住所不在同一法院管轄區域內，即可依同法第 20 條之規定，認為各債務人住所地法院均有管轄權，先予說明。
- 2.題示債務人甲、乙之住所地為高雄市、台南市，依上開說明，丙如欲依借貸事件向甲、乙主張返還請求，應向高雄地方法院或台南地方法院聲請發支付命令，始屬合法。

#### (二)債權人不得代位甲、乙對於支付命令提出異議，論證如下：

- 1.按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利，民法第 242 條參照。其所得代位之權利，雖凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行爲均得爲之（最高法院 69 年度台抗字第 240 號判例<sup>6</sup>參照），惟並非毫無限制。最高法院 92 年度台上字第 1886 號判例<sup>7</sup>、99 年度第 6 次民事庭決議<sup>8</sup>指出，訴訟程序中之行爲，僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得爲之，是在訴訟程序上惟有債務人始得進行之行爲，非屬他債權人所得代位行使，先予敘明。
- 2.題示情形，債權人非屬督促程序中之聲請人或相對人，並無訴訟法上之當事人或關係人之地位，自不得依民事訴訟法第 516 條規定，代位甲、乙對於支付命令提出異議。

#### (三)法院應裁定駁回丙之全部訴訟，論證如下：

- 1.按提起民事訴訟，應依民事訴訟法第 77-13 條規定繳納裁判費，此爲起訴之必須程式。再按起訴不合程式或不備其他要件，其情形可補正者，審判長應定期間先命補正，逾期未爲補正，法院應以裁定駁回之。同法第 249 條第 1 項第 6 款亦定有明文。
- 2.題示丙起訴時僅繳納部分裁判費，經法院定期命爲補正仍逾期未繳，復未指明該部分繳納之裁判費，係預納何部分訴訟標的之裁判費，自難認為其起訴合於程式，法院應裁定駁回丙之全部訴訟。（最高法院 72 年度台抗字第 479 號判例<sup>9</sup>意旨參照）

<sup>6</sup> 最高法院 69 年度台抗字第 240 號判例：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，爲民法第二百四十二條前段所明定。此項代位權行使之範圍，就同法第二百四十三條但書規定旨趣推之，並不以保存行爲爲限，凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行爲，諸如假扣押、假處分、聲請強制執行、實行擔保權、催告、提起訴訟等，債權人皆得代位行使。」

<sup>7</sup> 最高法院 92 年度台上字第 1886 號判例：「按民法第二百四十二條所定代位權行使之範圍，固可包括提起訴訟之行爲在內，惟在訴訟程序進行之行爲，則僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得爲之，債務人如已提起訴訟或被訴，該已由債務人進行之訴訟程序，唯有債務人始得續行，是債權人對該債務人所受法院之不利判決自無代位提起上訴之權。」

<sup>8</sup> 最高法院 99 年度第 6 次民事庭決議：「按訴訟程序中之行爲，僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得爲之，是在訴訟程序上唯有債務人始得進行之行爲，尚非他債權人所得代位行使。依民事訴訟法第五百十九條第一項規定，債務人對於支付命令於法定期間提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴，即進入訴訟程序。且民法第二百四十二條規定之債權人代位權，係債權人以自己之名義，行使債務人之權利。若他債權人得代位債務人對支付命令提出異議，則異議人爲該他債權人，被告反爲債務人。故由他債權人以自己之名義代行被告之訴訟行爲，並不妥當。」

<sup>9</sup> 最高法院 72 年度台抗字第 479 號判例：「按當事人起訴或提起上訴，未依法繳納裁判費，經法院裁定限期命其補繳者，縱經該當事人聲請訴訟救助，如其聲請，經法院裁定駁回，即令聲請人對於駁回訴訟救助聲請之裁定提起抗告，亦無阻卻法院限期命補正裁定之效力。故當事人倘不依限補正，法院自得以其訴或上訴爲不合法裁定駁回之。此項裁定經確定後，即令嗣後該駁回訴訟救助聲請之裁定，爲抗告法院裁定廢棄，准予訴

**(四)法院應如何裁判，擬分述如下：****1.丙請求乙返還 500 萬借款有理由，請求甲連帶返還借款部分應予駁回：**

- (1)按無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人不生效力，民法第 170 條第 1 項參照。本件乙僅受甲出售 A 屋之委託，惟後乙無權以自己與甲之名義向丙借款 500 萬元，並約定連帶清償，評價上應認為乙以自己名義向丙借款 500 萬元部分係屬有效，惟乙以甲之名義向丙借款 500 萬部分，則屬無權代理效力未定，於甲否認後，確定不生效力。
- (2)另按由自己之行為表示以代理權授與他人，應對該第三人負授權責任，民法第 169 條定有明文，學說上稱為「表見代理」。其法理基礎在於，如行為人之行為足以創造一定之權利外觀，引起相對人之正當信賴，該正當信賴即應受保護。題示情形，評價上應認為並無存在充足之權利外觀，不足以構成丙之正當信賴，進而使丙得向甲主張授權人責任。蓋實務見解向來認為，僅持有他人印章，於我國社會狀況下比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛（最高法院 70 年度台上字第 657 號判例<sup>10</sup>參照），是以，丙不得向乙主張授權人責任。

**2.甲請求乙塗銷 A 地所有權登記係有理由，論述如下：**

依民法第 170 條規定，無權代理行為效力未定，已如前述。題示乙擅以甲之名義，將 A 屋移轉於自己，評價上除屬無權代理外，亦屬自己代理之行為。依民法第 170 條規定、第 106 條規定，無權代理與自己代理之行為均為效力未定，經甲嗣後否認，確定不生效力。甲依民法第 767 條第 1 項中段請求乙塗銷所有權登記係有理由。

**3.甲請求乙、丙塗銷 A 地抵押權登記有理由，論述如下：**

- (1)按因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響，民法第 759-1 條第 2 項參照。題示乙於未取得 A 地所有權下，將 A 地設定抵押權於丙，自屬無權處分效力未定，惟於丙係善意信賴 A 地登記外觀下，丙似得依前開規範善意取得 A 地抵押權，先予論證。
- (2)惟按抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權利。題示丙之抵押權登記內容為擔保丙對甲之債權，於丙對甲實際上並無該筆債權下，依抵押權之從屬性，縱丙得善意取得 A 地抵押權，亦應認為抵押權之設定無效（最高法院 70 年度第 18 次民事庭決議（三）<sup>11</sup>參照），故本件甲請求乙、丙塗銷 A 地所有權登記有理由。

**(五)丙之主張應屬有理由，甲之抗辯並無理由，論證如下：**

- 1.按代理權之限制或撤回，不得對抗善意第三人，民法第 107 條參照，本條規定，亦屬我國表見代理制度之明文，先予說明。
- 2.題示甲交付 B 地權狀、印章，由乙以 B 地向銀行設定抵押權與借款，惟乙竟踰越權限，向非銀行之丙借款 1000 萬元並將 B 地設定抵押權於丙，此時，無論係借貸契約或 B 地抵押權設定行為，評價上均屬無權

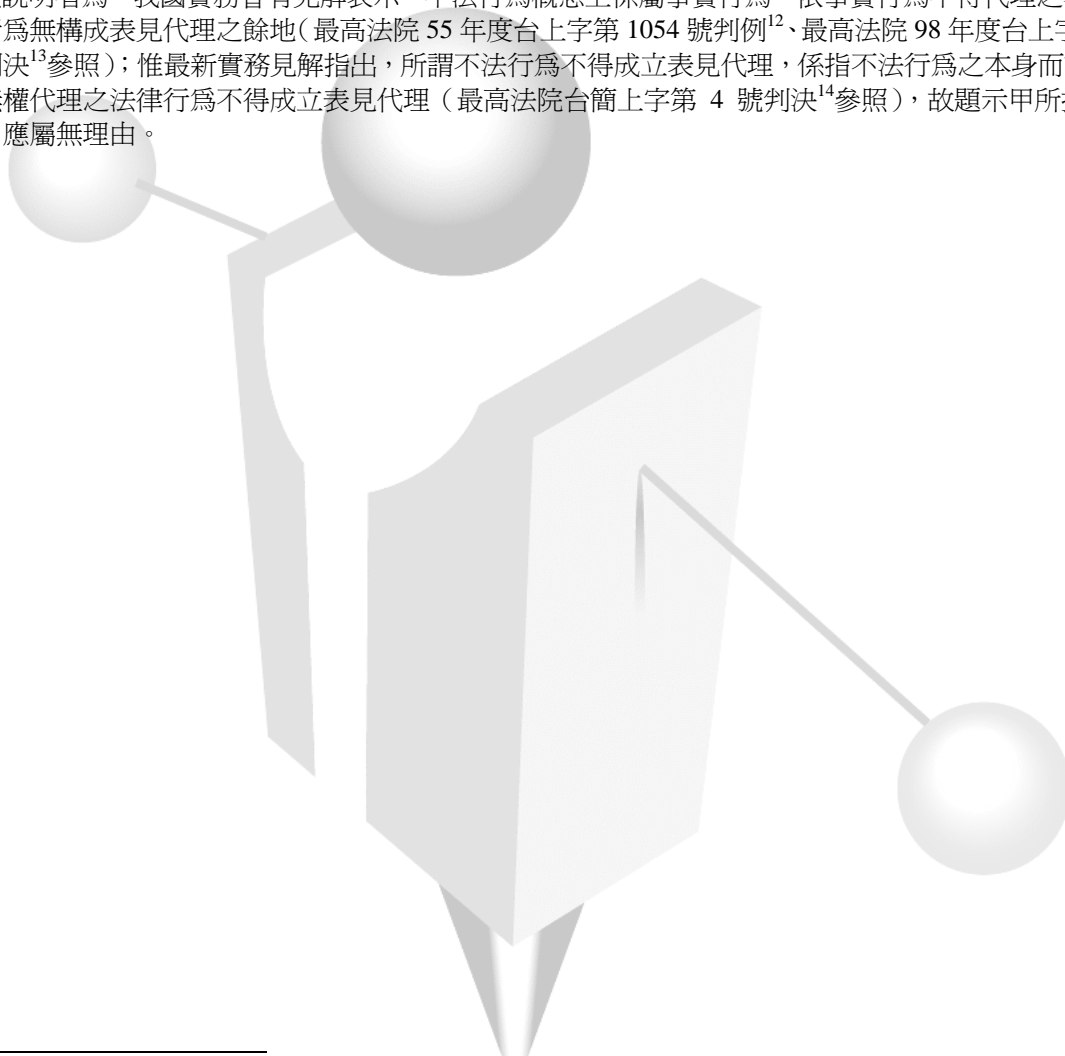
訟救助，亦僅生能否對於駁回其訴或上訴之確定裁定聲請再審而已。（參照司法院院字第一四一二號、同院院字第一八七四號解釋）。本件抗告人聲請訴訟救助，既經原法院裁定駁回，尚在抗告中，其未遵限補繳未經繳足之裁判費。原裁定以其上訴為不合，而予駁回，自無不合。又本件抗告人係對於第一審判決全部不服，提起上訴，自有繳納全部上訴裁判費之義務。抗告人僅繳納其中的一部分（即新台幣一千七百十八元），雖據其主張伊係對於新台幣十一萬三千七百八十七元之「上訴標的金額」上訴，但查抗告人既未減縮上訴聲明範圍，該訴訟亦無以新台幣十一萬三千七百八十七元之票據為其標的者。而抗告人復未指明該新台幣一千七百十八元，係預納何部分之訴之上訴裁判費，自難認已合法提起上訴。」

<sup>10</sup> 最高法院 70 年度台上字第 657 號判例：「由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之（參看本院六十年台上字第二一三〇號判例）。我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛。原審徒憑上訴人曾將印章交付與呂某之事實，即認被上訴人就保證契約之訂立應負表見代理之授權人責任，自屬率斷。」

<sup>11</sup> 最高法院 70 年度第 18 次民事庭決議（三）：「抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權利。本件抵押權既登記為某甲本人債務之擔保，而不及其他，自應審究某甲對某丙是否負有債務，而為應否准許塗銷登記之判斷。」

代理行為，依民法第 170 條第 1 項效力未定，於甲否認後，確定不生效力。

3. 惟本件甲曾將 B 屋之權狀、印鑑交付於乙，並委由其辦理借款與設定抵押權事務，僅限制應向銀行為之，此時，甲所創造之信賴外觀，依社會通念，已足使一般與越權之乙交易之第三人信其有代理權存在，此與前開房屋權狀係屬偽造、且乙僅受委託辦理買賣契約訂立事項之情形不同。故本件丙就 1000 萬元借款契約與 B 屋抵押權設定行為，應得向甲主張授權人責任，丙請求甲返還借款 1000 萬元係有理由；甲請求塗銷 B 屋抵押權登記，即屬無理由。
4. 另須說明者為，我國實務曾有見解表示，不法行為概念上係屬事實行為，依事實行為不得代理之法則，不法行為無構成表見代理之餘地（最高法院 55 年度台上字第 1054 號判例<sup>12</sup>、最高法院 98 年度台上字第 1959 號判決<sup>13</sup>參照）；惟最新實務見解指出，所謂不法行為不得成立表見代理，係指不法行為之本身而言，非謂所無權代理之法律行為不得成立表見代理（最高法院台簡上字第 4 號判決<sup>14</sup>參照），故題示甲所提出之抗辯，應屬無理由。



<sup>12</sup> 最高法院 55 年度台上字第 1054 號判例：「表見代理云者，即代理人雖無代理權而因有可信其有代理權之正當理由，遂由法律課以授權人責任之謂，而代理僅限於意思表示範圍以內，不得為意思表示以外之行為，故不法行為及事實行為不僅不得成立代理，且亦不得成立表見代理。」

<sup>13</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1959 號判決：「再按表見代理云者，即代理人雖無代理權而因有可信其有代理權之正當理由，遂由法律課以授權人責任之謂，而代理僅限於意思表示範圍以內，不得為意思表示以外之行為，故不法行為及事實行為不僅不得成立代理，且亦得成立表見代理（參看本院五十五年台上字第一〇五四號判例）。」

<sup>14</sup> 最高法院 100 年度台簡上字第 4 號判決：「按民法第一百六十九條之表見代理，代理人本係無代理權，因本人有表見授權之行為，足使交易相對人正當信賴表見代理人之行為，為保護交易之安全，始令本人應負授權人之責任。準此，所謂不法行為不得成立表見代理，係指不法行為之本身而言，非謂所無權代理之法律行為不得成立表見代理。」