

# 《民法與民事訴訟法(二)》

一、甲主張其所有某地段 001 地號土地，法定用途為「建築用地」，與公路無適宜之聯絡，致不能為通常之使用，屬袋地。周圍地分別有乙、丙所有同段 002、003 地號土地圍繞。伊有在 001 地號土地興建集合住宅必要，但乙及丙均否認伊有袋地通行權存在。爰依民法第 787 條第 1 項規定，以乙及丙為共同被告，請求確認 001 地號土地對 002 及 003 地號土地通行權存在；並主張 001 地號土地為建地，依相關建築法規定，申辦建造執照，建築基地聯絡公路之路寬須至少 5 公尺，請求法院判准開設之通行道路寬度應符合建築法規定。乙及丙則辯稱：001 地號土地現狀仍可徒步與公路聯絡，不符合袋地要件；乙、丙又分別辯稱，如法院認袋地通行權存在，開設 5 公尺路寬對自己損害過大，且損害最小之處所及方法，在相對方所有之 003、002 地號土地上。請問：

- (一)若法院認為甲之土地對乙之土地或丙之土地袋地通行權存在，則於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何？法院准開設之通行道路寬度，是否必須符合相關建築法規定，使甲得以申辦建築執照？(25 分)
- (二)民法第 787 條第 1 項之袋地通行權，法規範目的為何？袋地所有人提起之訴訟，屬何種類型訴訟（確認、形成、給付訴訟）？(25 分)
- (三)共同被告乙、丙間，屬何種共同訴訟？若第一審法院判決認為甲之土地在乙之土地有袋地通行權，且指定 5 公尺寬度之通行道路，並駁回甲對丙之請求。乙不服提出第二審上訴，甲就敗訴部分（對丙之訴）未聲明不服。第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，可否改判甲之土地在丙之土地上通行權存在？請就乙上訴之移審效主觀範圍，附具理由說明之。(25 分)

命題意旨	本題橫跨實體法與程序法，主要在測驗考生對於「確認（袋地）通行權存在之訴」相關重要實務見解的熟悉程度，例如最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定、110 年度台上字第 2771 號民事判決、111 年度台上字第 1201 號民事判決、111 年度台上字第 1331 號民事判決等。雖然「袋地通行權」在考試上屬於相對冷門之議題，但就程序法部分而言，最為重要的「最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定、110 年度台上字第 2771 號民事判決」二者，考前的「二試判解文章班」講義均有納入並為分析，授課時亦有詳細說明，相信有參與課程或熟讀講義的同學都能夠確實掌握考點。
答題關鍵	<p>第一小題：考生可援引相關實務見解（如最高法院 110 年度台上字第 2771 號民事判決）說明法院於審酌通行處所及方法時，應列入考量之因素；至於法院准開設之通行道路寬度，是否必須符合相關建築法規定，使袋地所有人得以申辦建照，則涉及近期最高法院 111 年度台上字第 1201 號民事判決之見解。</p> <p>第二小題：關於「袋地通行權」之法規範目的，援引相關實務見解（如最高法院 111 年度台上字第 1331 號民事判決）或教科書上之說明回答即可；至於「確認（袋地）通行權存在之訴」之訴訟類型，「最高法院 110 年度台上字第 2771 號民事判決」此項重要見解有詳盡之說明，考生須援用其意旨作答。</p> <p>第三小題：本題考點與近期「最高法院 111 年度台上字第 1331 號民事判決」之意旨高度相關，惟考生縱使不知此項近期之判決，亦得透過最高法院另一具參考價值裁判一即「最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定」所稱「類推適用民事訴訟法第 56 條規定」之意旨，推得「共同訴訟人中一人（乙）上訴效力，及於未上訴之他人（丙）」之結論。</p>
考點命中	<p>1.《高點民事訴訟法二試判解文章班講義》第一回，武政大編撰，頁 46~48。</p> <p>2.《高點民事訴訟法二試判解文章班講義》第一回，武政大編撰，頁 58~61。</p>

## 【擬答】

(一)若法院認為甲之土地對乙之土地或丙之土地袋地通行權存在，則於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何？法院准開設之通行道路寬度，是否必須符合相關建築法規定，使甲得以申辦建築執照？

1.若法院認為甲之土地對乙之土地或丙之土地袋地通行權存在，則於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何？

(1)按民法第 787 條規定：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。(第 1 項)前項情形，有通行權人應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之；對於通行地因此所受之損害，並應支付償金。(第 2 項)第七百七十九條第四項規定，於前項情形準用之。(第 3 項)」。

(2)次按，實務見解認為，通行權紛爭事件，待確認通行權存在後，次就在如何範圍及方法，屬通行必要之範圍，由法院依社會通常觀念，斟酌袋地之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷是否為損害周圍地最少之處所及方法，不受當事人聲明之拘束，由法院在具體個案中依全辯論意旨加以審酌後，依職權認定適當之通行方案，具有形成訴訟性質（最高法院 110 年度台上字第 2771 號民事判決參照）。

(3)故於本件，甲依上開民法第 787 條第 1 項規定，以乙及丙為共同被告，請求確認 001 地號土地對 002 及 003 地號土地通行權存在，若法院認為甲之土地對乙之土地或丙之土地袋地通行權存在，揆諸上開實務見解，於審酌通行處所及方法時，法院應依社會通常觀念，斟酌袋地（001 地號土地）之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地（002 及 003 地號土地）之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人（乙、丙）之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷是否為損害周圍地最少之處所及方法。

(4)結論：法院於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素如下：依社會通常觀念，斟酌袋地（001 地號土地）之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地（002 及 003 地號土地）之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人（乙、丙）之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷之。

2.法院准開設之通行道路寬度，是否必須符合相關建築法規定，使甲得以申辦建築執照？

(1)按實務見解認為，於請求確認通行權存在之訴，若需通行土地地目為「建」，且依民法第 788 條第 1 項規定有開設道路必要時，法院須審酌之要素為道路之寬度、道路材質、應否附設排水溝等，並應就袋地與周圍地環境狀況、社會現況、一般交通運輸工具、袋地通常使用所必要程度、周圍地所受損害程度、相關建築法規等因素酌定之。惟前開建築法規或法規命令，雖為法官於個案酌定開設道路通行方案時之重要參考，然僅為規範辦理該行政事項之當事人及受理之行政機關，周圍地所有人並非辦理該行政事項之當事人，尚不受拘束。且周圍地所有人並無犧牲自己重大財產權利益，以實現袋地所有人最大經濟利益之義務。是法官仍應依個案之具體情況，為雙方利益與損害之權衡加以審酌，方屬適法（最高法院 111 年度台上字第 1201 號民事判決參照）。

(2)故於本件請求確認通行權存在之訴，原告甲固主張 001 地號土地為建地，依相關建築法規定，申辦建造執照，建築基地聯絡公路之路寬須至少 5 公尺，請求法院判准開設之通行道路寬度應符合建築法規定。惟揆諸上開實務見解，該等建築法規雖為法官於個案酌定開設道路通行方案時之重要參考，然僅為規範辦理該行政事項之當事人及受理之行政機關，周圍地所有人（乙、丙）並非辦理該行政事項之當事人，尚不受拘束。且周圍地所有人並無犧牲自己重大財產權利益，以實現袋地所有人（甲）最大經濟利益之義務。是法官仍應依個案之具體情況，為雙方利益與損害之權衡加以審酌，方屬適法。

(3)結論：依實務見解，相關建築法規定僅為法官酌定開設道路通行方案時之參考，法院准開設之通行道路寬度，並非一定要符合該等建築法規定，使甲得以申辦建築執照。

(二)民法第 787 條第 1 項之袋地通行權，法規範目的為何？袋地所有人提起之訴訟，屬何種類型訴訟（確認、形成、給付訴訟）？

1.民法第 787 條第 1 項之袋地通行權，法規範目的為何？

按實務見解認為，民法第 787 條規定之袋地通行權，規範目的在使袋地發揮經濟效用，以達物盡其用之社會整體利益，擴張通行權人之土地所有權，令周圍地所有人負容忍之義務，二者間須符合比例原則，是通行權人須在通行之必要範圍，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之（最高法院 111 年度台

上字第 1331 號民事判決參照)。

2. 袋地所有人提起之訴訟，屬何種類型訴訟(確認、形成、給付訴訟)？

本件原告甲所提起之確認袋地通行權存在之訴，揆諸相關實務見解(如最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定、110 年度台上字第 2771 號民事判決等)，可能屬下開類型之訴訟：

- (1) 當事人就通行權是否存在及其通行方法，互有爭議，法院即須先確認袋地對周圍地有無通行權，具有「確認訴訟」性質。
- (2) 待確認通行權存在後，次就在如何範圍及方法，屬通行必要之範圍，由法院依社會通常觀念，斟酌袋地之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷是否為損害周圍地最少之處所及方法，不受當事人聲明之拘束，由法院在具體個案中依全辯論意旨加以審酌後，依職權認定適當之通行方案，具有「(形式)形成訴訟」性質。
- (3) 承上，惟倘通行權人係訴請法院對特定之處所及方法確認其有無通行權限時，因係就特定處所及方法有無通行權爭議之事件，此類型之訴訟事件乃「確認訴訟」性質，法院審理之訴訟標的及範圍應受其聲明拘束。
- (4) 此外，經法院判決後，周圍地所有人就法院判決之通行範圍內，負有容忍之義務，不能對通行權人主張無權占有或請求除去；倘周圍地所有人有阻止或是妨害通行之行為，通行權人得一併或於其後訴請禁止或排除侵害，具有「給付訴訟」性質。

(三) 共同被告乙、丙間，屬何種共同訴訟？若第一審法院判決認為甲之土地在乙之土地有袋地通行權，且指定 5 公尺寬度之通行道路，並駁回甲對丙之請求。乙不服提起第二審上訴，甲就敗訴部分(對丙之訴)未聲明不服。第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，可否改判甲之土地在丙之土地上通行權存在？

1. 共同被告乙、丙間，屬何種共同訴訟？

- (1) 按於請求確認(袋地)通行權存在之訴，原告以數周圍地所有人為共同被告之情形，訴訟標的(即對於各周圍地之通行權)對於各周圍地所有人並非同一，且法律亦未規定對於其中一周圍地所有人之裁判效力及於他人(即無「判決效力擴張」之情形)，故訴訟標的對於各周圍地所有人並無「法律上」合一確定之必要，本質上非屬「必要共同訴訟」，而係「普通共同訴訟」(最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定意旨參照)。
- (2) 惟應注意者係，實務見解認為，就「袋地通行權」，各周圍地所有人在實體法上有應為一致判斷之共通事項(即「通行權人須在通行之必要範圍，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之」之要件，民法第 787 條第 2 項規定參照)，為確保裁判解決紛爭之實際效用，追求裁判結果之一致性及達到統一解決紛爭之目的，此時得類推適用民事訴訟法第 56 條規定(最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定意旨參照)。
- (3) 承上，就此，近期最高法院 111 年度台上字第 1331 號民事判決亦已明揭：法院就各被告應如何提供通行之方法等共通事項，法律雖未規定通行權存在之共同訴訟，對於各被告中一人之裁判效力及於他人，此情形，法院裁量權之行使，不宜割裂，自不得任由判決之一部先行確定，使符此類事件之本質，自有類推適用民事訴訟法第 56 條規定之必要，認在通行之必要範圍內，共同訴訟人中一人上訴效力，及於未上訴之他人，以達訴訟目的。
- (4) 結論：於本件，揆諸上開實務見解，本件確認(袋地)通行權存在之訴，共同被告乙、丙間，應屬「普通共同訴訟」，但得類推適用民事訴訟法第 56 條規定。

2. 第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，可否改判甲之土地在丙之土地上通行權存在？

- (1) 按民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款，所謂共同訴訟人中一人之行為，有利益於共同訴訟人或不利於共同訴訟人，係指於行為當時就形式上觀之，有利或不利於共同訴訟人而言。非指經法院審理結果有利者其效力及於共同訴訟人，不利者其效力不及於共同訴訟人而言，故共同訴訟人中之一人，對於下級法院之判決聲明不服提起上訴，在上訴審法院未就其內容為審判之前，難謂其提起上訴之行為對於他共同訴訟人不利，其效力應及於共同訴訟人全體，即應視其上訴為共同訴訟人全體所為(最高法院 52 年台上字第 1930 號民事判例參照)。
- (2) 次按，於原告以數周圍地所有人為共同被告之情形，固屬「普通共同訴訟」，惟仍得類推適用民事訴訟法第 56 條規定，認在通行之必要範圍內，共同訴訟人中一人上訴效力，及於未上訴之他周圍地所有人(上揭最高法院 111 年度台上字第 1331 號民事判決參照)，業如前述。
- (3) 故於本件確認(袋地)通行權存在之訴，若第一審法院判決認為甲之土地在乙之土地有袋地通行權，

且指定 5 公尺寬度之通行道路，並駁回甲對丙之請求。乙不服提起第二審上訴，甲就敗訴部分（對丙之訴）未聲明不服，揆諸上開說明，共同被告乙、丙間固屬「普通共同訴訟」，但仍得類推適用民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款規定，認在通行之必要範圍內，共同訴訟人中一人（乙）上訴效力，及於未上訴之他周圍地所有人（丙），第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，自得改判甲之土地在丙之土地上通行權存在。

- (4) 又就在如何範圍及方法，屬通行必要之範圍，由法院依社會通常觀念，斟酌前開相關因素，比較衡量兩造之利益及損害，綜合判斷之，不受當事人聲明之拘束（即排除處分權主義第二層面內涵之適用，而具有「聲明之非拘束性」），由法院在具體個案中依全辯論意旨加以審酌後，依職權認定適當之通行方案，具有「（形式）形成訴訟」性質，業如前述，故縱使第二審法院為上開改判，亦不生違背「處分權主義」之問題，併此證明。
- (5) 結論：依實務見解，共同訴訟人中一人（乙）上訴效力，及於未上訴之他人（丙），第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，自得改判甲之土地在丙之土地上通行權存在，且此項改判不生違背「處分權主義」之問題。

二、甲列乙為被告，請求法院判決命乙應將 A 屋所有權辦理移轉登記予甲，其主張之事實及理由略為：「甲出資向丙購買 A 屋一棟，登記於乙之名下，供其住居，並擬作為將來婚後住所。其後甲、乙交惡，已無結婚之意，甲曾多次向乙催告返還，乙均置之不理，甲得本於所有物返還請求權，隨時向乙請求返還，並聲請傳喚丙為證人」；乙則抗辯：「A 屋雖係甲向丙購買，但已經贈與乙，並提出甲曾向乙說：『A 屋送給你，作為我倆愛的小屋』之對話錄音作為證據」；甲再抗辯：「該錄音係在甲不知情下偷錄；且該屋係借名登記於乙名下，並非贈與；退萬步言，縱為贈與，但係以結婚為條件，甲、乙既然沒結婚，乙當然要返還 A 屋給甲」。請問：

(一) 本件之訴訟標的為何？受訴法院應如何整理爭點？（40 分）

(二) 受訴法院應如何進行證據調查？應否傳喚丙？乙之錄音能否作為證據？（35 分）

命題意旨	本題同樣橫跨實體法與程序法，實體法部分主要在測驗考生是否了解「借名登記返還」之請求權基礎；程序法部分，則在測驗考生能否掌握「爭點整理方法論」，進而熟練地操作爭點整理程序，另外，在整點過程中，尚涉及「訴訟標的相對論」、「一貫性審查」、「舉證責任分配」、「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」、「證據聲明應表明應證事實」、「自認」、「違法取得證據之可利用性」等相關考點。
答題關鍵	第一小題：從「最上位爭點之整理」開始，帶入「訴訟標的相對論」及「一貫性審查」之說明與操作。過程中並應論述「借名登記返還」之請求權基礎。 第二小題：於原告甲已補正其主張而通過「一貫性審查」之前提下，進行後續之「證據上爭點整理」，再於過程中討論「舉證責任分配」、「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」、「證據聲明應表明應證事實」、「自認」、「違法取得證據之可利用性」等相關考點。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法二試判解文章班講義》第一回，武政大編撰，頁 66~70。 2. 《高點民事訴訟法二試判解文章班講義》第一回，武政大編撰，頁 93~98。 3. 《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武政大編撰，頁 72~81。 4. 《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武政大編撰，頁 148。 5. 《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武政大編撰，頁 160~164。 6. 《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武政大編撰，頁 5。 7. 《高點民事訴訟法正規班講義》第九回，武政大編撰，頁 16~18。 8. 《高點民事訴訟法正規班講義》第九回，武政大編撰，頁 26~27。

### 【擬答】

(一) 本件之訴訟標的為何？受訴法院應如何整理爭點？

- 按法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人，民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項定有明文。基此，法院於行證據調查前，須先進行「爭點整理」，合先敘明。
- 次按，關於爭點整理之方法，主要包括「最上位爭點之整理」、「事實上爭點之整理」、「證據上爭點之整理」及「法律上爭點之整理」等階段，茲說明如下：

(1)最上位爭點之整理：指就「訴之聲明」與「訴訟標的」為爭點整理，茲分別說明如下：

①於本件給付之訴，原告訴之聲明為「請求法院判決命乙應將 A 屋所有權辦理移轉登記予甲」，具可執行性，應已符合「明確性原則」而屬特定。

②「訴訟標的」之特定：

A.為尊重當事人之程序主體地位，關於「訴訟標的理論」，應採「訴訟標的相對論」，而承認原告得依其程序處分權、程序選擇權，衡量實體利益與程序利益之大小，選擇「權利單位型」（「舊訴訟標的理論」下，以某「實體權利」為訴訟標的）或「紛爭單位型」（「新訴訟標的理論」下，以某「紛爭事實」為訴訟標的）之訴訟標的。

B.於本件，依題意，原告甲於起訴時有自行表明某具體之實體法上權利—「所有物返還請求權」，基此，可認為原告係選擇「權利單位型」之訴訟標的。此時，法院應行「論理型（主張整理型）之爭點整理」，亦即以該實體法上權利（「所有物返還請求權」）之「構成要件」—「請求人（原告甲）為標的物（A 屋）所有人」與「被請求人（被告乙）就標的物（A 屋）為無權占有」（民法第 767 條第 1 項前段規定參照）為中心，論理地分析其所應具備之「要件事實」為何，並要求兩造當事人就該「要件事實」陳述事實及提出證據。

(2)事實上爭點之整理：此階段主要在確認、篩選兩造有爭執，且有調查必要之事實，其具體步驟，首先應就原告主張為「一貫性審查」，茲說明如下：

①按實務見解認為，法院在特定原告起訴所表明之應受判決事項之聲明（訴之聲明），及訴訟標的法律關係後，應以其依民事訴訟法第 266 條第 1 項第 1 款規定所主張之「請求所依據之事實及理由」為據，審查其訴訟上之請求是否具備一貫性。即法院於行證據調查前，先暫認原告主張之事實係真實，輔以其主張之訴訟標的法律關係，依實體法予以法律要件評價，倘其所主張之事實足以導出其權利主張，始具備事實主張之一貫性；繼而再依實體法予以法律效果評價，倘足以導出其訴之聲明，始具備權利主張之一貫性（最高法院 108 年度台上字第 2246 號民事判決參照）。又倘若原告之事實主張欠缺一貫性，經法院闡明後仍未能補正，法院得依新修正之民事訴訟法第 249 條第 2 項第 2 款規定，不經言詞辯論而逕以「法律上顯無理由」判決駁回原告之訴（民國 110 年 1 月 20 日公布之新修正民事訴訟法第 249 條第 2 項第 2 款規定修正理由參照）。

②承上，法院為一貫性審查所審理之對象事實，不限於原告起訴狀所載之事實，因起訴應表明之原因事實，僅為特定訴訟標的所必要者（民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款規定參照），故尚應包括其嗣後在言詞辯論之準備（爭點整理階段），自行陳述或經法院闡明後主張之請求所依據之事實（民事訴訟法第 266 條第 1 項第 1 款規定參照）。就此，民國 110 年 1 月 20 日公布之新修正民事訴訟法第 249 條第 2 項規定修正理由亦謂，判斷原告之訴在法律上是否顯無理由，應「以原告最後主張之事實為判斷依據」。

③次按，目前多數實務見解認為，不動產之借名登記關係，於借名人終止借名關係後，對出名人有不動產所有權返還請求權，此類請求權性質上屬債之關係，於實質上返還借名人前，出名人仍為該不動產之所有權人（最高法院 109 年度台上字第 81 號民事判決參照，最高法院 106 年第 3 次民事庭會議決議亦同此旨）。又民法第 767 條第 1 項所規定之所有物返還請求權，係所有人或依法律規定得行使所有權之人，對於無權占有或侵奪其所有物者，行使返還所有物請求權之規定，故行使此請求權人之主體，須為所有人或依法律規定得行使所有權之人，而借名登記不動產之所有人既為「出名人」，而非「借名人」，「借名人」自無從主張該「所有物返還請求權」。

④末按，「借名登記」者，實務上認為係謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用或適用民法委任之相關規定（最高法院 98 年台上字第 76 號民事判決、99 年度台上字第 1662 號民事判決參照）。基此，借名人得類推適用民法第 549 條第 1 項規定隨時終止借名契約，並於終止後，依民法第 179 條之「不當得利返還請求權」或類推適用民法第 541 條第 2 項規定，請求出名人返還借名登記之財產。

⑤於本件，原告甲起訴時主張其先前出資向丙購買 A 屋一棟，並借名登記於乙之名下，今本於所有物返還請求權，向乙請求返還 A 屋云云，惟揆諸上開實務見解，縱使先暫認上開甲主張之事實係真實，借名人甲亦非系爭 A 屋之所有人，則其所主張之事實不足以導出其權利主張（即民法第 767 條第 1 項前段之「所有物返還請求權」），難認具備事實主張之一貫性，未通過「一貫性審查」，其

訴在法律上顯無理由。

- ⑥又判斷原告之訴在法律上是否顯無理由（即是否通過「一貫性審查」），應不限於其訴狀所載之事實而已，尚須包括在準備書狀或爭點整理程序所陳述之事實，業如前述。故就原告甲再抗辯：「退萬步言，縱為贈與，但係以結婚為條件，甲、乙既然沒結婚，乙當然要返還 A 屋給甲」云云，亦應納入「一貫性審查」。惟按，不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記，不生效力，民法第 758 條第 1 項定有明文。又物權行為有獨立性及無因性，不因為其原因之債權行為，或為其原因之債權行為係無效、得撤銷或不存在而失效，則縱使假設原告甲之該抗辯屬實，而認為該「贈與契約」（債權行為）附有所謂「結婚」之條件而不生效力或失其效力，亦不影響其物權行為之效力，被告乙仍取得系爭 A 屋之所有權，原告甲仍非所有權人，自仍不得主張上開「所有物返還請求權」。基此，自仍應認為原告甲之起訴，欠缺事實主張之一貫性，在法律上顯無理由。

- ⑦綜上所述，縱使先暫認上開原告甲主張之事實係真實，輔以其主張之訴訟標的法律關係（即民法第 767 條第 1 項前段之「所有物返還請求權」），亦不足以導出其權利主張，難認通過「一貫性審查」，其訴在法律上顯無理由。就此，法院應先依民事訴訟法第 249 條第 2 項、第 199 條第 2 項、第 199 條之 1 等規定闡明原告甲補正之，即請原告甲說明其是否業已類推適用民法第 549 條第 1 項規定終止系爭借名契約，並闡明甲為訴之變更，將訴訟標的變更為「民法第 179 條之不當得利返還請求權」或「類推適用民法第 541 條第 2 項規定」，如仍未能補正，法院得依新修正之民事訴訟法第 249 條第 2 項第 2 款規定，不經言詞辯論而逕以「法律上顯無理由」判決駁回其訴。

- (3)承前所述，原告甲之起訴並未通過「一貫性審查」，果若其又未依法院闡明為補正，法院即應駁回其訴，而毋庸再就被告乙之答辯為「重要性審查」，以及後續之「證據上爭點整理」（至於「法律上爭點整理」，則係指於整個爭點整理程序中，法院均應適時公開心證、表明法律見解，以避免發生「法律適用之突襲」，且應協同當事人整理法律上之爭點，以促使整個爭點整理程序之完備，併此說明）。

### 3. 結論：

- (1)依「訴訟標的相對論」，原告甲於起訴時有自行表明某具體之實體法上權利—民法第 767 條第 1 項前段規定之「所有物返還請求權」，可認為原告係選擇「權利單位型」之訴訟標的，而擇定該「所有物返還請求權」為訴訟標的。此時，法院應行前揭「論理型（主張整理型）之爭點整理」。
- (2)承上，又於為「事實上之爭點整理」時，可發現原告甲之訴並未通過「一貫性審查」，法院應先闡明甲補正之，如未補正，法院即應駁回其訴，而毋庸再就被告乙之答辯為「重要性審查」，以及後續之「證據上爭點整理」。

### (二)受訴法院應如何進行證據調查？應否傳喚丙？乙之錄音能否作為證據？

#### 1. 受訴法院應如何進行證據調查？

- (1)承前所述，原告甲之起訴並未通過「一貫性審查」，不過，若其有依法院闡明為補正，即補充主張其業已類推適用民法第 549 條第 1 項規定終止系爭借名契約，並為訴之變更，將訴訟標的變更為民法第 179 條之「不當得利返還請求權」或「類推適用民法第 541 條第 2 項規定」，則可進一步為後續之「證據上爭點整理」，合先敘明。
- (2)承上，於確定「事實上爭點」後，即應該該等事實進行「證據上爭點之整理」，即篩選得用以證明該等「事實上爭點」之必要證據，並排列其調查順序，其具體步驟如下：

- ①就待證事實分配舉證責任：茲依舉證責任分配之相關規定（如民事訴訟法第 277 條），就本件「事實上爭點」之相關事實分配舉證責任（即決定應由何造當事人負擔「證據提出責任」、「行為責任」）如下：

A.就「類推適用民法第 541 條第 2 項規定」部分而言，實務見解認為，主張借名登記者，自應就該借名登記之事實負舉證責任（最高法院 101 年度台上字第 1775 號民事判決參照）。故於本件，原告甲既主張兩造間存在系爭借名登記契約關係，揆諸上開實務見解，自應由甲就該借名登記之事實負舉證責任。

B.另就民法第 179 條之「不當得利返還請求權」部分而言，實務見解認為，於「給付型不當得利」，主張不當得利請求權之原告，係因自己之行為致造成原由其掌控之財產發生主體變動，則因該財產變動本於無法律上原因之消極事實舉證困難所生之危險自應歸諸原告，始得謂平。是以原告對不當得利請求權之成立要件應負舉證責任，亦即原告必須證明被告之受益為無法律上之原因，始能獲得勝訴之判決（最高法院 91 年度台上字第 1673 號民事判決參照）。故於本件，系爭 A 屋登記於被告乙名下，無論係基於原告甲所謂「借名登記」或「贈與」契約，均係肇因於甲



之「給付」行為而來，應屬「給付型不當得利」，揆諸上開說明，自應由原告甲就該「無法律上原因」之要件事實（於通說所採之「規範理論」下，屬「權利發生要件事實」），負擔舉證責任。

C.綜上所述，本件應由原告甲就前開「借名登記」與「無法律上原因」之事實負擔舉證責任，且為防止突襲性裁判，法官應適時表明此項舉證責任分配之判斷內容，而促使負行為責任之原告甲為充分之舉證活動，併此說明。

②就證據為「可證性審查」：

A.即依上開舉證責任分配之結果，審查各當事人就其應負「本證」責任之待證事實所提出之「證據」或「間接事實」，是否足以證明或推認該待證事實。

B.本證懈怠之不必要證據調查排除原則：

(A)應注意者係，基於「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」，若原告怠於為本證聲明時，原則上被告縱使為反證聲明，法院亦無庸就全部證據為調查，若原告經闡明後仍怠於提出本證，得逕以原告請求無理由而駁回之，以避免不必要之證據調查，進而促進訴訟。就此，實務上亦有類似見解：「民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。」（最高法院 17 年上字第 917 號民事判例參照）。

(B)基此，如前所述，本件應由原告甲就前開「借名登記」與「無法律上原因」之事實負擔舉證責任（即提出「本證」之責任）。惟查，原告甲固然有聲請傳喚丙為證人，然並未表明應證事實，縱使有表明，其應證事實似亦僅及於「A 屋係甲向丙購買」，仍不足以推得上開「借名登記」與「無法律上原因」之構成要件事實（蓋 A 屋移轉予乙之原因多端，可能為買賣、贈與或互易等，不一而足，未必即所謂「借名」；又此項應證事實亦不足以推得所謂「該贈與附有『結婚』之條件」之主要事實）。若原告甲於法院闡明後仍未能再提出其他「本證」，則基於上開「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」，被告乙縱使為反證聲明（即提出系爭對話錄音），法院亦無庸就全部證據為調查，得逕以原告甲請求無理由而駁回之，以避免不必要之證據調查，進而促進訴訟。

(3)結論：

①法院應先依舉證責任分配之相關規定（如民事訴訟法第 277 條），就本件「事實上爭點」（包括系爭「借名登記」與「無法律上原因」要件等）之相關事實分配舉證責任。而本件應由原告甲就前開「借名登記」與「無法律上原因」之事實負擔舉證責任，且為防止突襲性裁判，法官應適時表明此項舉證責任分配之判斷內容，而促使負行為責任之原告甲為充分之舉證活動。

②又依題意，原告甲於本件僅聲請傳喚丙為證人，因其應證事實似僅及於「A 屋係甲向丙購買」，仍不足以推得上開「借名登記」與「無法律上原因」之構成要件事實。法院應闡明原告甲提出其他本證，如經闡明後仍未能提出，基於「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」，被告乙縱使為反證聲明（即提出系爭對話錄音），法院亦無庸就全部證據為調查，得逕以原告甲請求無理由而駁回之，以避免不必要之證據調查，進而促進訴訟。

2.受訴法院應否傳喚丙？

(1)按民事訴訟法第 285 條第 1 項規定：「聲明證據，應表明應證事實。」

(2)次按，民事訴訟法第 279 條第 1 項規定：「當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。」其法理基礎為辯論主義第二命題—當事人間未爭執之事實，法院應將之作為裁判基礎。

(3)於本件，原告甲固聲請傳喚丙為證人，惟並未明確表明其「應（待）證事實」為何，違反上開民事訴訟法第 285 條第 1 項規定，並非合法，故法院應先依民事訴訟法第 199 條規定闡明原告甲表明其「應（待）證事實」為何，如未補正，法院即應駁回其此項證據聲明。惟應注意者係，如若原告甲補正表明該「應（待）證事實」僅為「A 屋係甲向丙購買」，則因就該事實，被告乙於抗辯時已為自認，揆諸上開民事訴訟法第 279 條第 1 項規定，無庸舉證，非屬事實上爭點而無調查之必要，法院仍不應傳喚丙。

(4)結論：法院應先闡明原告甲表明其「應（待）證事實」為何，如未補正，法院即應駁回其此項證據聲明；又如若原告甲補正表明該「應（待）證事實」僅為「A 屋係甲向丙購買」，法院仍不應傳喚丙。

3.乙之錄音能否作為證據？

(1)設若原告甲於法院闡明後能夠提出其他「本證」，以證明前開「借名登記」與「無法律上原因」之構

成要件事實。則就被告乙所提出之反證（系爭對話錄音），即有討論是否應為調查之必要，合先敘明。

- (2)按關於違法取得之證據是否有證據能力，目前實務見解認為應依「利益權衡（衡量）」之方式判斷之，即從發現真實與促進訴訟之必要性、違法取得證據所侵害法益之輕重、防止誘發違法收集證據之利益（即預防理論）等加以衡量，非可一概否認其證據能力。基此，苟欲否定其證據能力，自須以該違法收集之證據，係以限制他人精神或身體自由等侵害人格權之方法、顯著違反社會道德之手段、嚴重侵害社會法益或所違背之法規旨在保護重大法益或該違背行為之態樣違反公序良俗者，始足當之。舉例而言，倘為財產權訴訟勝訴之目的，長時間、廣泛地不法竊錄相對人或第三者之談話，非但違反誠信原則，而且嚴重侵害憲法保障之隱私權，權衡法益輕重，該為個人私益所取得之違法證據，自不具證據能力（最高法院 104 年度台上字第 1455 號民事判決、106 年度台上字第 246 號民事判決參照）。
- (3)於本件，甲再抗辯：「該錄音係在甲不知情下偷錄……」等語，如若屬實，則被告乙之該行為可能涉犯刑法之妨害秘密罪（刑法第 315 條之 1 規定參照），該對話錄音即屬違法取得之證據。又本件屬財產權訴訟，果若該對話錄音係被告乙為求訴訟勝訴之目的，長時間、廣泛地不法竊錄原告甲之談話所得，揆諸上開實務見解，似可認為違反誠信原則，而且嚴重侵害憲法保障之隱私權，權衡法益輕重，即不應承認其證據能力，而不能作為證據。
- (4)結論：依實務見解，該對話錄音如若係被告乙為求訴訟勝訴之目的，長時間、廣泛地不法竊錄原告甲之談話所得，揆諸上開實務見解，似可認為違反誠信原則，而且嚴重侵害憲法保障之隱私權，權衡法益輕重，即不應承認其證據能力，而不能作為證據。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！