

# 《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、甲、乙為原告，列丙、丁為被告，訴之聲明求為判決：1. 命丁拆除 B 屋、交還 A 地予甲、乙及丙；2. 丙、丁給付甲、乙及丙新臺幣（下同）100 萬元。陳述之事實及理由略為：A 地原為戊所有，甲、乙、丙為戊之子女，戊死亡後 A 地由甲、乙、丙三人繼承而公同共有。丙之配偶丁擅自在 A 地上興建 B 屋，與丙共同居住。因丁無權占用 A 地而建造 B 屋，故請求其返還所有物並排除該妨害；因丙、丁未經全體繼承人同意而使用 A 地，無法律上原因獲有相當租金額 100 萬元之利益，故請求其等返還不當得利。

（一）本件訴訟關於返還不當得利之請求，當事人適格有無欠缺？如一審法院判決原告敗訴，原告僅對丁上訴，當事人適格有無欠缺？二審法院應如何處理？（20 分）

（二）本件訴訟關於拆屋還地之請求，當事人適格有無欠缺？如一審法院判決原告敗訴，僅甲對該判決提起上訴，當事人適格有無欠缺？二審法院應如何處理？（20 分）

命題意旨	本題係測驗考生，對於公同共有債權與物權的熟悉程度。值得說明者係本題看似容易，然而隱藏大量近年之實務見解，筆者認為考生對於 104 年第 3 次公同共有債權之共同訴訟類型想必甚為熟悉，然而筆者於解答中，選擇引 103 年的實務見解，係因為 104 年第 3 次民庭決議的前提事實係：「民國九十八年一月二十三日民法物權編修正（同年七月二十三日施行）後，數繼承人繼承被繼承人對第三人債權而公同共有該債權。該公同共有債權人中之一人或數人，得否為全體公同共有債權人之利益，請求債務人對全體公同共有債權人為給付？」然而本題並非繼承不當得利請求權，而係先繼承土地，後因受無權占有而公同共有人生不當得利請求權，是以，本文並未逕引 104 年第 3 次。並且對於後面此種「先繼承土地，後因受無權占有而公同共有人生不當得利請求權」類型，最高法院 104 年度台上字第 531 號判決似有不同想法，但多數實務見解，並未如此區分，而都認為係公同共有債權，而認為屬於固有之必要共同訴訟，筆者於註腳部分有詳論，有興趣之考生得以參考。
答題關鍵	第一小題：104 年第 3 次民庭決議、最高法院 103 年台上字第 139 號判決、最高法院 104 年台上字第 1549 號判決之題組操作。 第二小題：104 年第 3 次民庭決議。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第二回，甄台大編撰，2016 年，頁 87 以下。 2. 《高點民事訴訟法總複習講義》上回，甄台大編撰，2016 年，頁 36-38。

### 【擬答】

（一）

1. 不當得利之請求，具有當事人適格。

(1) 當事人適格係指按所謂「當事人適格」，係指具體訴訟可為當事人之資格，得受本案之判決而言。判斷當事人是否適格，應就該具體之訴訟，依當事人與特定訴訟標的之法律關係定之。以給付之訴為例，若原告主張其為訴訟標的法律關係之權利主體，他造為訴訟標的法律關係之義務主體，其當事人即為適格<sup>註1</sup>。

(2) 本件，甲、乙、丙為戊之子女，因繼承而公同共有系爭 A 地，對於系爭 A 地遭他人無權占有，所生之不當得利請求權，是否須由全體繼承人共同起訴請求，亦或得由部分繼承人為全體起訴請求，涉及本件之共同訴訟類型。按最高法院 103 年台上字第 139 號判決認為：「公同共有人本於公同共有權利為共有人全體之利益對第三人為請求，應限於回復共有物時始得為之。準此，公同共有人中之一人或數人除經其他公同共有人全體之同意，或為公同共有人全體之利益對第三人為回復公同共有物之請求，得單獨或共同起訴外，倘係基於公同共有法律關係為請求者，仍屬固有之必要共同訴訟，

<sup>註1</sup> 最高法院 93 年台上字第 382 號民事判決參照。

應由公司共有人全體起訴，當事人之適格始無欠缺。」<sup>註2</sup> 即認為此種情形屬於固有必要共同訴訟。

- (3)如公司共有人中一人或數人未得全體公司共有人同意而就公司共有債權起訴請求債務人履行債務，如他公司共有人拒絕同為原告無正當理由者，已起訴之原告得聲請法院以裁定命該未起訴之人於一定期間內追加為原告，逾期未追加者，視為已一同起訴，按民事訴訟法第 56 條之自有明文規定。從而，本件原應以甲、乙、丙三人為共同原告提起，然而因丙無權占有系爭 A 地，屬於利害關係相反，自有正當理由拒絕同為原告而列為被告，綜上，本件甲、乙為共同原告已具有當事人適格<sup>註3</sup>。

2.二審程序中之當事人適格有欠缺，二審法院應闡明命追加丙為二審原告。

- (1)如本件原告僅對於丁上訴，是否具有當事人適格之爭議，同樣涉及本件之共同訴訟類型之問題。本件之公司共有之不當得利債權之行使，非回復公司共有債權之請求，無民法第 821 條之準用，屬於固有必要共同訴訟已於前開所述。
- (2)本件，係公司共有人中一人或數人，就公司共有債權，以他公司共有人丙及非公同共有人之第三人丁為共同被告，請求履行債務，該為被告之公司共有人丙於第一審程序，固有拒絕同為原告之正當理由，無須同列原告，仍具有當事人適格。惟最高法院 104 年台上字第 1549 號判決表示：「倘第一審法院就原告請求該公司共有人之被告給付部分為原告敗訴之判決，原告對該敗訴部分未提起第二審上訴而告確定者，該為被告之公司共有人於原告與他被告間訴訟之第二審程序，並不當然有拒絕同為原告之正當理由；於此情形，第二審法院審判長為避免原來當事人適格之訴訟，因未追加原為被告之公司共有人為原告而成為當事人不適格狀態，本於法官知法及促進訴訟之民事訴訟目的，自應闡明使原告聲請追加該第一審被告之公司共有人為原告，俾使訴訟當事人適格。」

從而，本件甲、乙並未對於公司共有人被告丙的部分上訴，使該部分是先告已確定，而依前開實務見解，第二審程序中，丙已非被告而無拒絕同為原告之正當理由，如未一同成為二審原告，即屬當事人不適格之情形。二審法院應闡明命追加丙為二審原告。

<sup>註2</sup> 最高法院 103 年台上字第 139 號判決之事實為：「查翁祿壽之繼承人除兩造外，尚有訴外人翁添，且系爭房地屬翁祿壽之遺產，為全體繼承人公同共有，為原審認定之事實。則被上訴人以系爭房地遭上訴人無權占用或出售致全體繼承人受有損害，主張得向上訴人請求不當得利或損害賠償之權利，亦屬全體繼承人公同共有。被上訴人基於該公司共有債權起訴請求上訴人為給付，既非對上訴人為回復公司共有物之請求，自屬固有之必要共同訴訟，應由公司共有人全體起訴，當事人始為適格。原審未詳加審究，遽以被上訴人係系爭房地之公司共有人，即得準用民法第 821 條規定，為全體繼承人提起本件訴訟，不無違誤。」

<sup>註3</sup> 筆者必須於此指出，最高法院對於公司共有之情形，如事實先繼承而公司共有土地，後生不當得利之情形，依最高法院 104 年度台上字第 531 號判決認為並非固有必要共同訴訟，而得以潛在之應有部分主張不當得利而各自起訴。該判決認為：「按繼承人有數人時，在分割遺產前，依民法第 1151 條規定，各繼承人對於遺產全部為公同共有關係，固無應有部分。然共有人（繼承人）就繼承財產權義之享有（行使）、分擔，仍應以應繼分（潛在的應有部分）比例為計算基準，若逾越其應繼分比例享有（行使）權利，就超過部分，應對其他共有人負不當得利返還義務，他共有人自得依其應繼分比例計算其所失利益而為不當得利返還之請求，此項請求權非因繼承所生，自非屬公同共有。查系爭土地為兩造由被繼承人吳長益繼承取得，為公同共有，被上訴人未經上訴人同意，於八十五年十二月八日至一〇〇年五月十八日，擅自在系爭土地經營停車場，出租車位，獲有相當於租金之不當得利，上訴人受有損害，為原審確定之事實。果爾，上訴人是否不能依其繼承之應繼分比例計算，分別請求被上訴人返還不當得利，即非無推求之餘地。原審見未及此，遽以上開理由為上訴人敗訴之判決，尚有可議。」此判決係於 104 年度後所生之判決。然而，多數實務見解對於上開事實皆採固有必要共同訴訟，如最高法院 105 年台再字第 7 號民事判決：「兩造之被繼承人賴○金（民國八十二年六月十六日死亡）之遺產，由兩造繼承而公同共有。賴聰明未經全體公同共有人同意，自八十七年間起無權占用系爭○○○地號土地其中面積五八二・一一平方公尺部分，迄該土地經兩造調解分割並於九十八年十一月二十日登記為分別共有，前後占用時間（以八十八年一月一日起算）共計十年又十一月十九日。…按繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為公同共有，為民法第 1151 條所明定。而公同共有財產權之處分及其他之權利行使，依同法第 831 條準用同法第 828 條第 3 項規定，固應得公同共有人全體之同意，始能調當事人適格無欠缺。」實務見解似乎漸趨於一致，故筆者逕以此作結。

## (二)

1. 本件原被告皆具有當事人適格。

## (1) 返還系爭 A 土地部分

甲、乙、丙為戊之子女，因繼承而共同共有系爭 A 地，甲、乙對於系爭 A 地遭丙、丁無權占有而主張回復共有物之部分，是否具有當事人適格之問題，按民法第 831 條共同共有債權得準用民法第 828 條第 2 項規定：「第 821 條規定，於共同共有準用之。」又同法第 821 條規定：「各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求。但回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之。」屬於類似必要共同訴訟<sup>註4</sup>，亦即甲、乙自得單獨對無權占有係爭 A 地之丙丁，提起共有物之全部返還之訴訟，仍具有當事人適格。且聲明返還於共有人全體，始為合法<sup>註5</sup>。

## (2) 拆除 B 土地部分

甲、乙以丁為被告提起拆除 B 屋之部分，具有當事人適格，蓋依給付之訴之當事人適格概念，原告主張其為訴訟標的法律關係之權利主體，他造為訴訟標的法律關係之義務主體，其當事人即為適格，此外房屋之拆除為一種事實上之處分行為，須有事實上之處分權者，始有拆除之權限。是以僅共同共有人甲、乙對丁提起拆屋之訴訟，具有原被告適格。

2. 僅甲對於該判決提起上訴，亦未欠缺當事人適格。二審法院應為實體判決。

(1) 本件部分共同共有人甲、乙提起訴訟，因民法第 831 條規定準用同法第 828 條第 2 項，再準用同法第 821 條之規定，雖無須共同共有人全體一同起訴，非固有必要共同訴訟，然如部份共同共有人甲、乙一同起訴，**共同共有人甲、乙仍應受一致性判決，須合一確定**，是以屬於類似必要共同訴訟。

(2) 按民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款規定：「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，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。」本件甲單獨上訴，如其上訴行為為合法上訴，則屬於有利於共同訴訟人乙<sup>註6</sup>，故效力應及於乙。其當事人適格並無欠缺，二審法院應就實體法律關係部分為實體判決。

二、甲主張向乙購買 A 屋，已付清價金新臺幣（下同）2000 萬元，詎乙遲未履約，乃訴請乙應將 A 屋所有權移轉登記予甲；乙於審理中抗辯，甲僅給付 500 萬元，自得拒絕履約。第一審法院判決乙應於甲給付 1500 萬元之同時，將 A 屋所有權移轉登記予甲；甲就命其給付 1500 萬元部分，聲明不服而提起上訴。如第二審法院認為，原判決命甲給付 1500 萬元部分無可維持，關於 A 屋所有權移轉登記部分，得否併予廢棄？又如乙對於第二審判決提起上訴，未委任律師為訴訟代理人，第二審法院以乙未於提起上訴後 20 日內提出理由書為由，裁定駁回上訴，是否合法？請詳述理由說明之。（35 分）

命題意旨	本題較容易，對待給付判決的性質與上訴三審的上訴理由，考生如掌握過去重要實務見解，即可迎刃而解。
答題關鍵	第一小題：最高法院 83 年台上字第 3039 號民事判例。 第二小題：最高法院 90 年台抗字第 162 號判例。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第四回，甄台大編撰，2016 年，頁 151-152。 2. 《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，2016 年，頁 5。 3. 《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，2016 年，頁 28。

## 【高點法律專班】

<sup>註4</sup> 最高法院 104 年第 3 次民庭決議：「共同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係共同共有債權之權利行使，非屬回復共同共有債權之請求，尚無民法第 821 條規定之準用；而應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，除法律另有規定外，須得其他共同共有人全體之同意，或由共同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。」

<sup>註5</sup> 司法院院解字第 1950 號解釋：「按民法第 821 條但書之規定，回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之，援此，聲明應請求法院命被告向共有人全體返還共有物，不得僅請求向自己返還。」

<sup>註6</sup> 最高法院 63 年第 4 次民庭決議必要共同訴訟人中一人提起不合法之上訴時，其駁回上訴之裁定，應否列其他共同訴訟人為上訴人？甲說：參照本院二十三年抗字第 3247 號，三十二年抗字第 470 號及三十三年上字第 1814 號各判例，可認為必要共同訴訟之共同訴訟人中一人提起上訴時，須其上訴係合法，始有其效力及於全體之可言。其上訴不合法時，駁回上訴之裁定，無庸將其他共同訴訟人併列為上訴人。

## (一)二審法院得併與廢棄所有權移轉登記之部分。

- 1.按強制執行法第4條第3項規定：「執行名義有對待給付者，以債權人已為給付或已提出給付後，始得開始強制執行。」此為對待給付判決之明文規定。蓋被告在裁判上援用民法第264條之同時履行抗辯權時，原告如不能證明自己已為給付或已提出給付，法院應為原告提出對待給付時，被告即向原告為給付之判決，而不能遽將原告之訴駁回<sup>註7</sup>。
- 2.本件，被告乙於訴訟中為同時履行抗辯，而一審法院為對待給付判決，縱使該判決屬於原告甲全部勝訴判決，原告甲仍得對該判決提起上訴，蓋此時採取實體不服說，認為當事人上訴第二審能獲得較第一審於實體法上更有利之判決，應認為有上訴利益，是以，甲得對該一審判決上訴。
- 3.此外，第一審判決命對待給付新台幣1500萬之部分，並非本件之訴訟標的，僅係本案給付所附加之停止條件，按最高法院83年台上字第3039號民事判例意旨參照：「上訴人雖僅就命其對待給付部分，提起上訴，惟命為對待給付之判決，係將本案給付附加對待給付之條件，對待給付並非訴訟標的，本案給付始為訴訟標的，故本案給付與對待給付具有不可分之關係，對待給付部分如無可維持，本案給付部分應併予廢棄。」是以，本件二審法院得併與廢棄所有權移轉登記之部分。

## (二)二審法院尚不得裁定駁回，該駁回不合法。

- 1.按民事訴訟法第470條第1項規定：「提起上訴，應以上訴狀提出於原判決法院為之。」按同法第471條規定：「上訴狀內未表明上訴理由者，上訴人應於提起上訴後二十日內，提出理由書於原第二審法院；未提出者，毋庸命其補正，由原第二審法院以裁定駁回之。」從而得知原則上上訴三審時，應表明上訴理由，未提出者，原第二審法院無須命補正，得逕裁定駁回。
- 2.然而，本件訴訟中乙欲上訴三審，並未委任訴訟代理人，按最高法院90年台抗字第162號判例表示：「第三審上訴係採律師強制代理制度，除有民事訴訟法第466條之1第1項但書及第2項之情形外，對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，如未委任律師為訴訟代理人，第二審法院應定期先命補正；於上訴人自行委任或經法院為其選任律師為訴訟代理人之前，上訴人尚不具表明上訴理由之能力，自不得以其未於同法第471條第1項所定期間內提出上訴理由書，即認其上訴為不合法，以裁定予以駁回。」是以，因乙並未委任訴訟代理人，不具有表明上訴理由之能力，不得逕依本法第471條第1項裁定駁回，須先命補正，令乙委任訴訟代理人。

三、我國人民甲於民國（下同）80年間至A國經商，在該國成立B公司，甲與其配偶、子女長年居住於該國首都，並在該國置產，但甲於我國新竹市仍設有戶籍，戶籍址之房地為甲所有，每年回國二至四次，每次停留一週至一月不等。甲在A國經商期間，因B公司資金困窘，甲遂向與B公司有商業往來之A國C公司借款A國幣（下同）500萬元，並約定B公司願負連帶清償責任，惟未約定還款期限。嗣C公司發現甲債信不良，B公司負債大於資產，且甲及B公司在A國已無資產，但甲在我國仍為上開新竹市房地之所有人，C公司遂向臺灣新竹地方法院對甲提起返還借款之訴。試問：

- (一)如甲與C公司系爭借款契約訂定於101年10月16日，未約定準據法，臺灣新竹地方法院應以何國法律為其準據法？又如A國之國際私法規定，本件應適用借款人（甲）之本國法，本件是否即應適用我國法？（30分）
- (二)如系爭借款契約已明定準據法為我國法，甲在訴訟中抗辯C公司曾積欠B公司貨款500萬元未付，C公司就此並不爭執，甲得以B公司上開債權抵銷C公司之請求，提出抵銷抗辯，嗣甲發現C公司之借款返還請求權已罹於消滅時效，應提出時效抗辯較為有利，乃具狀撤回上開抵銷抗辯。試從抵銷抗辯之性質論述該撤回在訴訟程序上、實體法上發生何效力？如甲係向法院抗辯在C公司起訴前已以上開債權主張抵銷，且該意思表示已到達C公司，甲在訴訟中撤回此項抗辯，有無不同？（35分）
- (三)如系爭借款契約已明定準據法為我國法，甲於訴訟中抗辯系爭借款發生於88年6月1日，而C公司於104年7月1日起訴請求返還借款，已罹消滅時效，甲得拒絕給付。C公司則主張其曾於89年6月1日發函催告甲及B公司應於二個月內返還借款，其請求權尚未罹

<sup>註7</sup> 最高法院29年上字第895號判例意旨參照。

於消滅時效。何者為有理由？（25 分）

參考法條：

涉外民事法律適用法【民國99年5月26日修正】

#### 第1條

涉外民事，本法未規定者，適用其他法律之規定；其他法律無規定者，依法理。

#### 第2條

依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法。

#### 第3條

依本法應適用當事人本國法，而當事人無國籍時，適用其住所地法。

#### 第4條

依本法應適用當事人之住所地法，而當事人有多數住所時，適用其關係最切之住所地法。

當事人住所不明時，適用其居所地法。

當事人有多數居所時，適用其關係最切之居所地法；居所不明者，適用現在地法。

#### 第5條

依本法適用當事人本國法時，如其國內法律因地域或其他因素有不同者，依該國關於法律適用之規定，定其應適用之法律；該國關於法律適用之規定不明者，適用該國與當事人關係最切之法律。

#### 第6條

依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。

但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。

#### 第7條

涉外民事之當事人規避中華民國法律之強制或禁止規定者，仍適用該強制或禁止規定。

#### 第8條

依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。

#### 第9條

人之權利能力，依其本國法。

#### 第10條

人之行為能力，依其本國法。

有行為能力人之行為能力，不因其國籍變更而喪失或受限制。

外國人依其本國法無行為能力或僅有限制行為能力，而依中華民國法律有行為能力者，就其在中華民國之法律行為，視為有行為能力。

關於親屬法或繼承法之法律行為，或就在外國不動產所為之法律行為，不適用前項規定。

#### 第11條

凡在中華民國有住所或居所之外國人失蹤時，就其在中華民國之財產或應依中華民國法律而定之法律關係，得依中華民國法律為死亡之宣告。

前項失蹤之外國人，其配偶或直系血親為中華民國國民，而現在中華民國有住所或居所者，得因其聲請依中華民國法律為死亡之宣告，不受前項之限制。

前二項死亡之宣告，其效力依中華民國法律。

#### 第12條

凡在中華民國有住所或居所之外國人，依其本國及中華民國法律同有受監護、輔助宣告之原因者，得為監護、輔助宣告。

前項監護、輔助宣告，其效力依中華民國法律。

#### 第13條

法人，以其據以設立之法律為其本國法。

#### 第14條

外國法人之下列內部事項，依其本國法：

- 一、法人之設立、性質、權利能力及行為能力。
- 二、社團法人社員之入社及退社。
- 三、社團法人社員之權利義務。
- 四、法人之機關及其組織。
- 五、法人之代表人及代表權之限制。
- 六、法人及其機關對第三人責任之內部分擔。
- 七、章程之變更。
- 八、法人之解散及清算。

九、法人之其他內部事項。

#### 第15條

依中華民國法律設立之外國法人分支機構，其內部事項依中華民國法律。

#### 第16條

法律行為之方式，依該行為所應適用之法律。但依行為地法所定之方式者，亦為有效；行為地不同時，依任一行為地法所定之方式者，皆為有效。

#### 第17條

代理權係以法律行為授與者，其代理權之成立及在本人與代理人間之效力，依本人及代理人所明示合意應適用之法律；無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。

#### 第18條

代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在本人與相對人間，關於代理權之有無、限制及行使代理權所生之法律效果，依本人與相對人所明示合意應適用之法律；無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。

#### 第19條

代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在相對人與代理人間，關於代理人依其代理權限、逾越代理權限或無代理權而為法律行為所生之法律效果，依前條所定應適用之法律。

#### 第20條

法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。

法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。

#### 第21條

法律行為發生票據上權利者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依行為地法；行為地不明者，依付款地法。

行使或保全票據上權利之法律行為，其方式依行為地法。

#### 第22條

法律行為發生指示證券或無記名證券之債者，其成立及效力，依行為地法；行為地不明者，依付款地法。

#### 第23條

關於由無因管理而生之債，依其事務管理地法。

#### 第24條

關於由不當得利而生之債，依其利益之受領地法。但不當得利係因給付而發生者，依該給付所由發生之法律關係所應適用之法律。

#### 第25條

關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但另有關係最切之法律者，依該法律。

#### 第26條

因商品之通常使用或消費致生損害者，被害人與商品製造人間之法律關係，依商品製造人之本國法。但如商品製造人事前同意或可預見該商品於下列任一法律施行之地域內銷售，並經被害人選定該法律為應適用之法律者，依該法律：

- 一、損害發生地法。
- 二、被害人買受該商品地之法。
- 三、被害人之本國法。

#### 第27條

市場競爭秩序因不公平競爭或限制競爭之行為而受妨害者，其因此所生之債，依該市場之所在地法。但不公平競爭或限制競爭係因法律行為造成，而該法律行為所應適用之法律較有利於被害人者，依該法律行為所應適用之法律。

#### 第28條

侵權行為係經由出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為之者，其所生之債，依下列各款中與其關係最切之法律：

- 一、行為地法；行為地不明者，行為人之住所地法。
- 二、行為人得預見損害發生地者，其損害發生地法。
- 三、被害人之人格權被侵害者，其本國法。



前項侵權行為之行為人，係以出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為營業者，依其營業地法。

#### 第29條

侵權行為之被害人對賠償義務人之保險人之直接請求權，依保險契約所應適用之法律。但依該侵權行為所生之債應適用之法律得直接請求者，亦得直接請求。

#### 第30條

關於由第二十條至前條以外之法律事實而生之債，依事實發生地法。

#### 第31條

非因法律行為而生之債，其當事人於中華民國法院起訴後合意適用中華民國法律者，適用中華民國法律。

#### 第32條

債權之讓與，對於債務人之效力，依原債權之成立及效力所應適用之法律。

債權附有第三人提供之擔保權者，該債權之讓與對該第三人之效力，依其擔保權之成立及效力所應適用之法律。

#### 第33條

承擔人與債務人訂立契約承擔其債務時，該債務之承擔對於債權人之效力，依原債權之成立及效力所應適用之法律。

債務之履行有債權人對第三人之擔保權之擔保者，該債務之承擔對於該第三人之效力，依該擔保權之成立及效力所應適用之法律。

#### 第34條

第三人因特定法律關係而為債務人清償債務者，該第三人對債務人求償之權利，依該特定法律關係所應適用之法律。

#### 第35條

數人負同一債務，而由部分債務人清償全部債務者，為清償之債務人對其他債務人求償之權利，依債務人間之法律關係所應適用之法律。

#### 第36條

請求權之消滅時效，依該請求權所由發生之法律關係所應適用之法律。

#### 第37條

債之消滅，依原債權之成立及效力所應適用之法律。

#### 第62條

涉外民事，在本法修正施行前發生者，不適用本法修正施行後之規定。但其法律效果於本法修正施行後始發生者，就該部分之法律效果，適用本法修正施行後之規定。

#### 第63條

本法自公布日後一年施行。

命題意旨	依考選部 104 年 1 月 1 日開始適用之司法官命題大綱表示，涉外民事法律適用法亦可涵蓋，是以，考題也並無超出大綱，但筆者如同所有考生，看到考題的剎那也是萬般驚訝，今年沒有家事事件，反而多了突襲考生的國際私法，甚至占 30 分，然而仍屬命題大綱範圍，這樣的題目對於民訴程度較優的考生，反而萬分不利。第二小題純粹抵銷權之性質釐清，第三小題為民法消滅時效之問題，尚非難題。
答題關鍵	第一小題：涉民法第 20 條與第 6 條之規定。 第二小題：訴訟上抵銷與訴訟外抵銷之性質釐清。 第三小題：未定期限之借款債權之消滅時效起算時點。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第四回，甄台大編撰，2016 年，頁 159-160。 2.《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，2016 年，頁 5。

#### (一)準據

1.台灣新竹地方法院應以 A 國法為其準據法。

(1)甲與 A 國之 C 公司為借款行為，依我國通說採法庭地法說，以受訴法院地國法律作為定性標準，是以本件受訴法院為本國新竹地方法院，應以我國法律定性該法律關係，借款依我國法律係成立消費借貸契約。

(2)涉外民事法律適用法第 20 條第 1 項規定：「法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。」然同法第 2 項規定：「當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。」本件並當事人沒有明示適用何國之準據法，故依第 2 項規定適

用關係最切之法律。

- (3)又同法第3項規定：「法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。」依第3項之特徵性履行原則，應以負擔該債務之當事人行為之住所地推定為關係最切，以本件消費借貸為單務契約為例，以附給付義務方為該契約之特徵，故應以債務人之住所地法為準據法。援此，認為甲長期於A國經商，雖仍以新竹設為戶籍地，然而A國方為長年居住，具有久住之意思及久住之事實，故應以A國認為其住所地，故本件A國法為其準據法。

2.如A國法規定應適用本國法，亦不當然即適用本國法。

- (1)某一涉外法律關係，依法停地的國際私法選法，應適用某外國法，但如依該國國際私法選法，則選法準據法結果會是依法庭地實體法或第三國實體法，此會造成在不同地方起訴，適用之不同之準據法，判決結果自異。故按涉外民事法律適用法第6條：「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」規定反致理論處理前開問題。
- (2)然本件仍不適用我國法，蓋反致規定之目的，係為解決採屬人法國家之準據法不同之問題，故只有在以當事人國籍為連繫因素時才有反致之適用，援此，本件適用之第20條「依當事人意思定其所使用之法律」，故係以當事人意思為連繫因素，並非「依當事人本國法」，不符涉外民事法律適用法第6條規定，而無反致之適用。

## (二)

1.本件訴訟上、實體法上皆不生任何抵銷之效力。

- (1)本件，題示以我國為準據法，故應適用我民事訴訟法。C公司向被告甲提起返還借款之訴，甲得否以B公司對C公司之債權主張抵銷，按民法第334條規定，二人互負債務係行使抵銷權之前提，主張訴訟上抵銷，仍須符合民法上抵銷之要件，然本件B公司與甲同為C公司之連帶債務人，復依民法第277條規定：「連帶債務人中之一人，對於債權人有債權者，他債務人以該債務人應分擔之部分為限，得主張抵銷。」<sup>註8</sup>故甲得以B公司對C公司之債權，於B公司應分擔部分額度內主張抵銷。
- (2)然而，甲嗣後撤回該抵銷，此涉及訴訟上抵銷之性質<sup>註9</sup>，於下分述之。
- A.有採私法行為說者，認為訴訟上抵銷行為在性質上亦屬於民法上抵銷之法律行為，不因其在訴訟程序上行使，而變其性質為訴訟行為。訴訟上抵銷係由實體法上之法律行為與訴訟法之訴訟行為雙重構成要件合併而成。當事人在訴訟主張抵銷時，一方面以意思表示行使抵銷，二方面為以訴訟上之陳述方法，主張雙方債權關係發生消滅之法律效果。
- B.亦有採訴訟行為說者，認為訴訟上抵銷係訴訟法上之固有制度，是為被告於訴訟上向法院表示抵銷之訴訟行為，此種抵銷需俟法院為判決後方能發生消滅債權之效果。從而原告之訴未經法院判決確定而終結，僅因原告之撤回而終結訴訟，被告所為之抵銷行為亦無生效力。
- (3)惟目前通說採取折衷說，本文從之，認為訴訟上抵銷權係私法行為與訴訟行為以外之第三種行為，其同時具有私法與訴訟法之雙重性質。故必須兼具訴訟法與私法雙重要件，欠缺其一，全部失效，不生訴訟上抵銷，亦不生實體法上之抵銷效果。折衷說和私法行為說之區別，在於私法行為說允許實體上之抵銷效果與訴訟行為之抵銷效果分別發生，而各自獨立存在，兩者無依存關係，但折衷說強調不可分性。
- (4)本件，甲以B公司對C公司之債權主張抵銷，嗣後撤回，致使本件尚未生任何實體法上或訴訟法上之效力，蓋本件法院尚未對此抵銷權為判決，不具備訴訟上之要件；採折衷說之見解，不具備訴訟上要件，即不生訴訟上與實體法上之抵銷效果。綜上，本件訴訟上、實體法上皆不生任何抵銷之效力。

版權所有，重製必究！

<sup>註8</sup> 民國18年11月22日第277條立法理由：「謹按抵銷者，二人互負債務因而互相抵充之行為也。抵銷為一種簡便清償之方法，如連帶債務人中之一人，對於債權人享有債權者，得以其自己之債權，向債權人主張抵銷，以消滅連帶債務。然則其他連帶債務人，亦得以該債務人之債權，主張抵銷乎，各國立法例不一。有不許其他債務人援用該債務人之債權主張抵銷者，本法規定，則以該債務人應行分擔之部分為限，許其他債務人亦得主張抵銷，所以保護該債務人之利益也。故設本條以明示其旨。」

<sup>註9</sup> 陳榮宗、林慶苗，《民事訴訟法(中)》，頁88、89，修訂八版。



2. 本件實體法上仍生抵銷之效力。

(1) 按民法第 334 條第 1 項規定：「二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限。」抵銷權依同法第 335 條第 1 項規定，須以意思表示為之，如非訴訟上提起者，屬於訴訟外抵銷，而訴訟外抵銷之性質為形成權之一種，為抵銷時既不須相對人之協助，亦無經法院裁判之必要<sup>註 10</sup>。

(2) 本件，被告甲於 C 公司起訴前，已主張抵銷權，且意思表示已到達 C 公司，如該抵銷之行使已符合被告之對待給付與原告之請求給付種類相同，並均屆清償期且性質上適於抵銷時，即發生實體法上債權債務因抵銷而消滅之結果<sup>註 11</sup>。從而，縱使被告甲於 C 公司起訴後撤回該抵銷抗辯，該訴訟外抵銷亦已生實體法上之效果，即債權債務關係消滅。

(三) 本件 C 公司之主張有理由。

1. 按民法第 125 條規定：「請求權，因十五年間不行使而消滅。」借款返還請求權之消滅時效，因無特別規定，故適用原則性規定，時效為 15 年。如本件借款債權已於民國 88 年 6 月 1 號成立，至 104 年 7 月 1 日，似已逾 15 年而罹於時效。

2. 然而，如借款返還請求權，並未約定還款期限，按民法第 478 條後段規定：「消費借貸未定返還期限者，貸與人得定一個月以上之相當期限，催告返還。」亦即貸與人經向借用人催告（或起訴）請求返還，其消費借貸關係即行終止，而法律為使借用人便於準備起見，因設「一個月以上相當期限」之準備猶豫期間，故貸與人須俟該期間屆滿，始得請求返還（最高法院 99 年度第 7 次民事庭會議意旨參照）。準此，貸與人為終止契約之通知或請求後，於其一個月以上之相當期間屆滿時，其消滅時效始開始進行。

3. 本件，甲與 C 公司未約定還款期限，而 C 公司於 89 年 6 月 1 日發信催告，請甲於兩個月內返還借款，援前開實務見解，該借款返還請求權應於 89 年 8 月 1 日起算 15 年之消滅時效，於 104 年 8 月 1 日以後起訴，該借款返還請求權方罹於時效。是以，縱使 C 公司於至 104 年 7 月 1 日提起訴訟，尚未罹於時效，故 C 公司抗辯有理由。

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>註 10</sup> 最高法院 47 年台上字第 355 號民事判例參照。

<sup>註 11</sup> 最高法院 101 年台上字第 907 號民事判決表示：「惟按抵銷契約與法定抵銷不同，前者為雙方當事人以消滅互負之債務為目的而訂定之契約，屬於諾成、不要式、雙務、有償及要因契約，須經當事人合意始得成立；後者於具備抵銷適狀時，依一方之意思表示而發生效力，此項抵銷權為形成權，其行使行為屬單獨行為，此觀民法第 334 條第 1 項前段規定：二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷，及同法第 335 條第 1 項規定：抵銷，應以意思表示，向他方為之，其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按照抵銷數額而消滅自明。」

# 《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、甲列乙為被告，起訴請求法院判令乙將 A 地交還甲，主張 A 地為甲所有，被乙無權占用，因而請求乙返還所有物。乙抗辯：甲已將 A 地出賣而交付丙，丙並將該地出賣而交付乙，故乙有權占有。
- (一)如甲於訴訟繫屬中將 A 地所有權移轉登記於丁，乙抗辯：甲已非 A 地之所有權人，無權請求乙返還該地。問：乙之抗辯有無理由，法院應如何裁判？(20 分)
- (二)如法院認定乙所抗辯之有權占有屬實，判決甲敗訴，甲於該判決確定後將 A 地所有權移轉登記於戊。戊以乙無權占用其所有 A 地為由，起訴請求乙交還該地。乙抗辯：戊應受甲敗訴確定判決之既判力所拘束，不得就同一事件更行起訴。問：乙之抗辯有無理由，法院應如何裁判？(20 分)

命題意旨	傳統上民事訴訟法第 254 條與第 401 條之繼受人問題。然而，我對此許士宦老師有相當著名之既判力擴張之見解，建議考生如時間上允許，應加入許師之見解。
答題關鍵	本題之第二子題，同於於許士宦老師 99 年下學期之期末考題，是以筆者此處之解題係以許士宦老師之見解為主軸。
考點命中	《高點民事訴訟法講義(二)》甄台大編著，頁 74 至 76。

### 【擬答】

(一)乙之抗辯無理由，法院續就實體為裁判。

- 當事人恆定原則，係訴訟標的之法律關係，雖於訴訟繫屬中移轉給第三人，不影響當事人地位，原告仍具有當事人適格。此按民事訴訟法第 254 條自有明文，訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。
- 有爭議者為訴訟標的之法律關係，應如何解釋之疑義，訴訟繫屬中受移轉登記之人，稱繼受人，該繼受人包含權利義務之繼受，尚無疑問，然本件係甲於訴訟繫屬中將 A 地所有權移轉予丙，屬於訴訟標的物之繼受，繼受人丙是否為此處之繼受人，存有疑義。
  - 按最高法院 61 年台再第 186 號判例，採債權、物權請求權區分說，認訴訟標的如係基於物權之請求時，因物權具有對世效與直接支配物之效力，是以，繼受人如僅繼受訴訟標的物時，第 254 條第 1 項解釋上包含此特定繼受人。復若以對人之債權關係為其訴訟標的，而如僅為受讓權利標的物之人，並未繼受該債權關係中之權利或義務，因債權僅具有相對效，第 254 條第 1 項之繼受人不包含之。
  - 然對此亦有採交付、返還區分說者，以所謂「返還請求」與「交付請求」作為區分之基礎，認為在訴訟標的法律關係為「返還請求」時，基於其背後物權力量之作用，「標的物」之繼受人應為特定繼受人；而在訴訟標的法律關係為「交付請求」時，背後則無物權力量，故此時標的物之繼受人則非特定繼受人，而為既判力所不及。
  - 亦有採既判力全面擴張之見解者，認為不論本訴訟標的之實體上權利屬性為何(物權或債權)、受讓系爭物之第三人是否善意、當事人之讓與係在基準前或後為之，法院所為確定判決之既判力均擴張及於該第三人。
- 本件，甲列乙為被告，請求乙返還所有物，係以民法第 767 條所有物返還請求權作為訴訟標的，然甲於訴訟繫屬中將訴訟標的物讓與丙，按前開最高法院 61 年台再字第 186 號判例之見解，所有物返還請求權為物權，是以，本案之繼受人丙係第 254 條第 1 項之繼受人。縱使採交付、返還區分說或既判力全面擴張說之見解，繼受人丙皆屬第 254 條第 1 項之繼受人。
- 綜上，甲移轉訴訟標的物予丙，又丙係第 254 條第 1 項之繼受人，按前開當事人恆定之原則，不影響當事人甲之原告當事人適格，故乙抗辯甲無權利為無理由，法院應敘就實體為裁判。

(二)乙之抗辯無理由，法院應為實體判決。

- 既判力係指確定判決之具有禁止反覆與禁止矛盾之作用。又既判力之主觀範圍者，按民事訴訟法第 401 條

規定第 1 項明文，確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力。

2. 本件，訴訟標的物係判決確定後，亦即既判力基準時後(言詞辯論終結時)讓與予戊，戊係否受判決效力所及為本件爭點。如採傳統學說立場，戊係既判力基準時點後受讓該訴訟標的物，自不受判決效力所及，亦得提起後訴。

3. 然對此有學者認為基準時後當事人始讓與系爭物情形，為維持法的安定性，受讓系爭物之第三人固受本訴訟之確定判決效力所及，惟其因受讓所取得之固有權益本不受該判決效力所遮斷，仍得在後訴訟為請求或主張，而享有程序權保障。

(三) 綜上，本文採取後說，基於戊已受程序保障之立場，戊應受甲敗訴判決之既判力拘束，但是由於戊受讓後取得之固有權限不受遮斷，戊仍得再訴，故乙之抗辯僅部份有理由，法院應容許戊再訴且為實體判決。

二、甲女以自己名義對乙男起訴，主張甲所生幼子丙(2 歲)係自己(已婚 10 年，配偶丁，有婚生女戊 7 歲)受胎所生子，但乙於民國 101 年 3 月 10 日與伊發生性關係後即失聯，未曾撫育過丙，今知其所在，為使丙獲得適當照顧，爰請求法院判決確認丙與乙間親子關係存在。問：

(一) 甲所提之訴訟是否合法有據、是否有適於其主張權利之其他訴訟類型存在？若甲提起適法之訴訟，則在此訴訟審理中，如甲對其請求為捨棄之表示，發生何等效力？如乙承認與甲曾有發生性關係一次，但否認因此使甲受孕生子，如法院依甲之請求命乙前往醫院檢驗血緣關係，而乙置之不理，則依證據法則及家事事件法，法院應如何處理？(13 分)

(二) 承(一)之訴訟程序中，若甲合併提起請求返還其扶養丙 2 年已支出扶養費新臺幣(下同)80 萬元之不當得利，法院審理此項請求，應適用何種程序法理？另甲合併請求乙給付丙扶養費自請求起至成年止按月給付 25,000 元，若法院審酌乙之資力及丙之實際需求，認為每月給付 40,000 元較為妥適，法院得否在未經甲擴張聲明下逕為命乙按月給付 40,000 元之裁判？(12 分)

(三) 若丁因甲之訴訟而知悉甲與乙間有通姦行為，於質問乙時，被乙毆打成傷，丁乃對乙起訴請求法院判決准予兩造離婚，並將對戊之權利義務行使負擔由丁任之。問：法院若認為丁之請求有理由，可否未經丁請求，即一併判令乙應將現住於乙家中之戊交付丁？如丁與乙就請求雙方成立協議，是否發生程序上和解之效力？(10 分)

命題意旨	確認親子關係之訴提起之限制，家事事件審理之法理、家事事件何者為得處分之事項。
答題關鍵	考家事事件法與家事事件施行細則之條文熟悉程度。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編著，頁 28。

#### 【擬答】

(一) 1. 甲應提強制認領之訴，而非確認親子關係不存在之訴。

(1) 按民法第 1065 條第 1 項規定，非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。又經生父撫育者，視為認領。本件，如題示乙未曾撫育過丙，是以，無前開視為認領之適用。

(2) 復按民法第 1067 條第 1 項但書規定，有事實足認為其為非婚生子女之生父者，非婚生子女或其生母得向生父提起強制認領之訴。援此，丙非屬甲乙婚姻受胎所生之子女(第 1061 條)，為非婚生子女，又按前開第 1067 條之規定，丙之生母甲得對生父提起認領之訴。又此種認領之訴屬家事事件法第 3 條第 2 項第 3 款規定之認領子女事件，屬乙類事件，合先敘明。

(3) 然本件，甲並未提起前開認領之訴，反而提起確認丙乙間親子關係存在之訴，是否可行，容有疑義。確認親子關係存在之訴前開同法第 3 條第 1 項規定為甲類事件，按其立法理由以認領或否認認領之意思表示有效或無效，方為此處之確認親子關係不存在之訴訟類型。是以，強制認領之訴應屬於乙類事件，及適用第 66 條之規定，故甲提起確認親子關係不存在不合法。

2. 甲如為捨棄，應視為撤回其請求。

按家事事件法第 46 條第 3 項規定，當事人本人於言詞辯論期日就不得處分之事項為捨棄者，視為撤回其請求。但當事人合併為其他請求，而以捨棄之請求是否成立為前提者，不在此限。本件，甲如提起認領之訴，為乙類事件，乙類事件係具有訟爭性且具有某種程度之處分權限，為家事事件法第 3 條之立法理由所明文。然又按家事事件審理細則第 66 條規定，認領子女之素非屬當事人得處分之事項，不能和解，亦當不能捨

棄而獲敗訴判決(民事訴訟法第 384 條)。是以，甲如為捨棄應按前開家事事件法第 46 條第 3 項規定視為撤回其請求。

3. 法院應以被告拒絕之理由、態度作為全辯論意旨之一部，加以斟酌。

按家事事件法第 68 條規定，未成年子女為當事人之親子關係事件，就血緣關係存否有爭執，法院認有必要時，得依聲請或依職權命當事人或關係人限期接受血型、去氧核糖核酸或其他醫學上之檢驗。但為聲請之當事人應釋明有事實足以懷疑血緣關係存否者，始得為之。

然如拒絕為前開血緣鑑定，有認得按民事訴訟法第 367 條第準用第 345 條或證明妨礙之規定，法院得審酌情形認他造關於該鑑定之主張或依該應鑑定之事實為真實。然如有其他事證可資作證者，本文認為以被告拒絕之理由、態度作為全辯論意旨之一部，加以斟酌。

- (二)1. 甲合併之已支出之扶養費用請求原則上適用非訟法理，然其本質上具有訟爭性，故應交錯適用訴訟法理。扶養費用須區分已支出之扶養費用與將來請求之扶養費用，已支出之扶養費用之請求依據係民法第 179 條之不當得利，然將來之扶養費用係民法第 1116 條以下。從而，本件甲合併提起已支出之扶養費用，家事法將之列為家事事件法第 3 條第 8 款之戊類事件，使其原則上須依家事非訟程序審理及裁判，然此本質上具有訟爭性之家事訴訟事件，蓋學者認為可該當於家事事件法第 37 條之其他家事訴訟事件，此為非訟事件適用訴訟法理之明文規定，須於該程序上交錯部分之訴訟法理。如此涉及過去事實之認定，為當事人得處分之事項，故得為自認或成立爭點簡化協議或訴訟上和解，並準用民事訴訟之規定(家事事件第 51 條)。

2. 法院得再未經甲擴張聲明下，逕命乙按月給付 40000 元之裁判。

另甲合併請求給付將來(未給付)之扶養費用事件，按家事事件法第 104 條第 1 項之立法理由與同法第 107 條規定，未成年子女之扶養費給付事件為親子非訟事件，復按同法第 107 條第 2 項規定，給付扶養費之方法準用同法第 100 條規定，法院命給付家庭生活費、扶養費或贍養費之負擔或分擔，得審酌一切情況，定其給付之方法，不受聲請人聲明之拘束。蓋親子非訟事件應適用非訟法理，緩和處分權主義而有聲明之非拘束性之適用，是以，本件僅請求 25000 元之扶養費，法院得審酌一切情況，命乙按月給付 40000 元。

(三)1. 法院得判命戊交付子女丁。

按家事事件法第 107 條規定，法院酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，得命交付子女。從而，本件法院得於酌定權利義務之負擔後，一併判命乙交付子女予丁。

2. 丁與乙之協議發生程序上和解之效力。

- (1) 按家事事件法第 45 條規定，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。又民法第 1052 條之 1 規定，離婚經法院和解成立者，婚姻關係消滅，是以，丁乙得就離婚部分，依前開第 45 條與民法第 1052 之 1 規定，得於法院成立和解。

- (2) 按民法第 1055 條第 1 項規定，父母得協議親權，如不得協議方請法院酌定。又按家事事件法第 110 條規定，第 107 條所定事件及其他親子非訟事件程序進行中，父母就該事件得協議之事項達成合意，而其合意符合子女最佳利益時，法院應將合意內容記載於和解筆錄。本件，親權之酌定為家事事件法第 107 條第 1 項所規定之法院酌定父母對未成年子女權利義務之行使，父母以符合未成年子女最佳利益為親權之和解。

三、甲與乙共有一棟於民國(下同)78 年間建造完成並已辦理所有權登記之二層樓房，其應有部分各二分之一，未訂有分管契約。因甲與乙久未居住，丙乃於 81 年間擅自住入該房屋之二樓，同時並自己出資在屋頂陽台興建健身房一間(性質上屬於獨立之不動產)，嗣丙又於 93 年間擅將該房屋之一樓出租於丁，約定租期 10 年，租金為每月新臺幣 8,000 元，且已依約交由丁占有使用之。問：在下列訴訟中，相關問題發生爭執時，法院應如何裁判？理由何在？

- (一) 於 99 年 2 月間，甲擬起訴請求丙訴除健身房並返還占用之房屋，1. 乙不同意對丙起訴，問：甲得否單獨起訴請求丙拆除該健身房並返還占用之房屋？若甲起訴之聲明為：「被告丙應拆除坐落在屋頂陽台之系爭健身房，並返還系爭房屋予原告甲」，法院應如何處理？2. 若甲已取得乙之同意而共同對丙起訴請求拆除健身房並返還占用之房屋，丙在此訴訟中得否主張消滅時效已完成而拒絕之？3. 若丙在訴訟繫屬前，已將該健身房出賣予戊，並交由戊占有使用中，甲或乙得否請求丙、戊拆除健身房？(30 分)

- (二) 若丁自 98 年 3 月起即未付房租，問：1. 丙若欲起訴丁給付該等積欠之房租，在此程序中，丁得否以丙並非房屋所有人而拒絕支付租金？2. 甲及乙得否主張丙、丁、戊構成不當得利，應返還之？(20 分)
- (三) 甲及乙若主張丙、丁無權占有，乃請求丙、丁返還因無權占有所獲得之不當得利，則在此訴訟中，1. 關於不當得利請求權要件中之「無法律上原因」之要件事實，應由何造當事人負舉證責任？2. 若在一審程序中，原告甲及乙向法院表示欲追加侵權行為請求權，對此，被告表示不同意，法院應如何處理？(20 分)
- (四) 本件二層樓房年久失修，某日因丙搬動傢俱不小心碰破牆壁，致該二層樓房倒塌，正在該二樓內之丙、丁、戊被壓到而受重傷。1. 丙、丁、戊得否起訴請求甲及乙對乙對於醫藥費支出應負連帶損害賠償責任？甲及乙得為如何之抗辯？2. 若丙、丁、戊為此提起損害賠償之訴訟，在訴訟中，乙到庭表示丙、丁、戊擅自進入乙之房屋，無權向其請求賠償等語，並提起返訴，請求丙應賠償其房屋損害。問：此一反訴之提出是否合法？若訴訟中丙、丁、戊均未提到精神損害及其賠償一事，法院亦未闡明丙、丁、戊得請求精神上損害賠償，而僅對於醫藥費請求加以裁判，此判決是否可評價為違法？(20 分)

命題意旨	混合題考點明確，需要熟知實務見解。
答題關鍵	本題配分為 90 分，本題混合題考點十分明確，但子題多而繁雜，囿於時間因素，建議考生僅能破題、簡答，然為解題上完整，筆者仍完整論述之。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編著，頁 25。 《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編著，頁 63。

#### 【擬答】

- (一) 1. (1) 甲得單獨起訴請求丙拆除健身房並請求返還房屋。

本件爭點係甲得否單獨起訴請求丙拆除健身房並返還房屋。甲乙間關係為分別共有系爭樓房，原則上共有人行使其共同之權利，應一同行使，亦即須數人共同起訴，原告之適格始無欠缺。惟民法第 821 條規定，各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求，基於此規定，甲依民法第 767 條主張拆除健身房與返還系爭房屋，無由共有人全體共同提起之必要，故得單獨提起。

- (2) 法院應闡明命甲更改訴之聲明。

然甲之聲明表示，丙應拆除系爭健身房且返還系爭房屋予甲，然按民法第 821 條但書之規定，回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之，援此，聲明應請求法院命被告向共有人全體返還共有物，不得僅請求向自己返還。(院字第 1950 號同此意旨)是以，甲之聲明命丙返還共有物予自己，為不當之聲明，法院應依第 199 條第 2 項規定闡明除去該不當之聲明。

2. 丙不得主張消滅時效已完成。

本件之爭點為丙得否主張甲、乙之所有物返還請求權是否罹逾時效。自丙於民國 81 年占有系爭房屋，至嗣後 99 年甲方提起所有物返還之訴之期間，顯超過 15 年，按民法第 125 條規定，法無特別規定之請求權時效為 15 年，依此似乎丙得主張消滅時效之抗辯，然而按大法官釋字第 107 號解釋闡述，已登記之不動產所有人之回復請求權，無民法第 125 條之消滅時效之適用，又如題幹系爭房屋為已辦理所有權登記之樓房，援前開釋字第 107 號解釋，甲之已登記之不動產之所有物返還請求權無消滅時效之適用，是以，丙不得主張之。

3. 甲乙得請求戊拆除之。

- (1) 甲乙主張拆除健身房之依據，係依民法第 767 條第 1 項中段之除去妨害請求權，該權利得行使之前提，須具備請求權人為系爭標的物之所有權人，相對人須不法妨害系爭標的物之所有權人。
- (2) 又丙占有系爭房屋並興建健身房，屬於違章建築，其於訴訟繫屬前將之移轉給予戊，係移轉其事實上處分權(最高法院 67 年第 2 次民庭決議)，又須具有事實上處分權方具有拆除權限(最高法院 86 年台上字第 2272 號判決意旨參照)，故戊具有事實上處分權限，丙無事實上處分權限，又戊現為妨害系爭房屋者，故應以戊為被告請求拆除健身房，而不得向丙主張之。

- (二) 1. 丁不得以丙非房屋所有人而拒絕給付租金。

按民法第 421 條規定，丁與丙成立租賃契約，然債之關係不以有處分權為必要(最高法院三十七年上字第 7645 號判例同此意旨)，故丙將甲乙分別共有之系爭房屋一樓出租與丁，尚不影響丙丁之租賃契約，是以

丙既為契約相對人，丁自須給付房租與丙，不得以丙非房屋所有權人為抗辯。

2.(1)甲乙得對丙主張相當於租金之不當得利。

①按民法第 179 條規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。本件，丙無權占用系爭房屋之一樓且出租與丁，丁所給付之租金，係丙所得之利益，該租金利益非經由甲所給付，故本件屬於非給付型之權益侵害型不當得利，此時丙所得之利益，按權益歸屬說，係侵害甲乙之權益範疇，是以，甲乙得對丙請求丁給付租金之不當得利。

②又該健身房如題示係具有獨立性且非常助主物(系爭建物)之使用(民法第 68 條)，且由興建之丙具有所有權，故甲乙不得請求移轉健身房之價金。

③然丙無權占有系爭建物之屋頂，由丙開始無權占用至丙移轉前此項期間之使用利益，按前開權益歸屬說，亦係歸屬於甲乙，故甲乙得請求此段占用期間之不當得利，而此利益應以相當於租金計算之。(最高法院 61 年台上字第 1695 號判例意旨參照)茲有附言者，甲於 99 年始主張之，其不當得利請求權有消滅時效之問題。

(2)甲不得對丁主張不當得利。

按民法第 179 條之規定，丁使用系爭建物一樓，然依權益歸屬說該使用權限應歸屬於甲乙，故甲乙受有損害，然而因甲受有損害和丁獲得利益之不具直接因果關係，故甲不得對丁主張不當得利。

(3)甲得對戊之健身房持續占用系爭屋頂，得主張相當租金之不當得利。

戊自無權占有系爭建物之屋頂之丙受讓該健身房，健身房坐落於甲乙建物之屋頂，戊仍為無權占有，受移轉後之使用利益按前開之權益歸屬說，應歸屬於甲乙，故甲乙得請求戊繼續無權占有該屋之相當於租金之不當得利。

(三)1.本件不當得利之無法律上原因之要件事實應由丙、丁負舉證責任。

(1)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，提供法院就該項待證事實應如何為認定之裁判準則。舉證責任之分配，依通說採取規範說，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。

(2)本件，由規範說視之，不當得利之無法律上原因為其權利發生要件，似應由甲乙負舉證責任；然而依履行實務見解，對不當得利為較細緻之區分，認為不當得利區分為「給付型之不當得利」與「非給付型不當得利」，前者係基於受損人之給付而發生之不當得利，後者乃由於給付以外之行為(受損人、受益人、第三人之行為)或法律規定或事件所成立之不當得利。在「給付型之不當得利」固應由主張不當得利返還請求權人(受損人)，就不當得利成立要件中之「無法律上之原因」負舉證責任；惟在「非給付型之不當得利」中之「權益侵害之不當得利」，由於受益人之受益非由於受損人之給付行為而來，而係因受益人之侵害事實而受有利益，因此祇要受益人有侵害事實存在，該侵害行為即為「無法律上之原因」，受損人自不必再就不當得利之「無法律上之原因」負舉證責任，如受益人主張其有受益之「法律上之原因」，即應由其就此有利之事實負舉證責任。(最高法院 100 年台上字第 899 號判決意旨參照)

(3)綜上，本件為非給付型之不當得利，蓋丙丁取得之利益並非基於甲乙有意識有目的之給付，是以，認為丙丁應就無法律上原因之要件，證明其受有利益係具有法律上原因。

2.法院應裁定允許甲乙為訴之追加。

(1)按民事訴訟法(下稱本法)第 255 條第 1 項第 2 款規定，訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。即使被告不同意，但如請求之基礎事實同一者，不在此限。基礎事實同一之意涵，有採社會事實同一說、判決基礎事實同一說者。

(2)然本國實務見解採紛爭關聯說，認為民訴第 255 條第 1 項第 2 款所稱之「請求之基礎事實同一」者，係指變更、追加之訴與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性及關聯性，而就原請求所主張之事實及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得於變更、追加之訴加以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，統一解決紛爭，以符訴訟經濟。

(3)本件，原因事實相同之情況下，甲乙欲追加侵權行為，實體上所得之利益可認為相同，且證據資料得以繼續援用，是以，依本法應容許甲乙為訴之追加。故法院應依本法第 258 條第 1 項規定，為許訴之追加之裁定。

(四)1.(1)丙、丁、戊得向甲、乙請求損害賠償。

按民法第 191 條規定，土地上之建築物或其他工作物所致他人權利之損害，由工作物之所有人負賠償責任。該工作物損害賠償之特殊規定具有三種推定，其推定建築物所有權人之過失、建築物有瑕疵與被害



人權利受侵害與工作物有瑕疵之因果關係。援此，甲乙為系爭建物之所有權人，且依題示，房屋年久失修，屬於建築物之保管有所欠缺，該房屋傾倒壓傷丙丁戊，故該三人得依前開規定求償。又該建物為甲乙共有，應依民法第 191 條對被害人負連帶損害賠償責任。

(2) 甲乙得為以下抗辯。

- ① 按民法第 217 條規定，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。工作物損害賠償責任，亦有與有過失規定之適用，又丙丁戊係屬自甘冒險進入該年久失修之建築，對於損害之發生，丙丁戊與有過失，是以，甲乙得以此抗辯主張全部排除損害賠償責任。
- ② 按民法第 191 條第 2 項規定，前項損害之發生，如別有應負責任之人時，賠償損害之所有人，對於該應負責者，有求償權。損害賠償之發生，如別有應負責任之人，工作物所有人甲乙雖不得主張免除其工作物之損害賠償責任，然係因無權占有人丙碰壞牆壁，甲乙得另向丙主張民法第 184 條規定請求損害賠償。

2.(1) 此反訴之提出為不合法。

- ① 按民事訴訟法第 259 條規定，被告於言詞辯論終結前，得對原告提起反訴。反訴之性質上為獨立之訴，僅係藉由同一訴訟程序提起而已，其前提之一須為與本訴之標的與攻防方法相牽連，第 260 條第 1 項自有明文規定。
- ② 本件，被告之一乙為獨立向提起其一原告丙提起損害賠償之訴，然本件爭點為甲乙為共有系爭房屋，乙得否單獨為原告行使丙侵害房屋之損害賠償之訴。蓋系爭建物之所有權為甲乙共有，丙係侵害甲乙共有之權利而生損害賠償，此損害賠償請求權應由甲乙共同行使，且無單獨行使之規定。從而，乙不得單獨對丙行使損害賠償，應由甲乙共同行使之，其當事人適格有所欠缺。從而雖該損害賠償之訴與本訴具有相關聯性，但反訴之當事人適格欠缺，是以，該反訴自難謂合法。

(2) 依實務見解，該判決尚難謂違法。

- ① 原則上，財產上損害賠償請求權與非財產上之損害賠償請求權，為不同之訴訟標的，此時，如原告僅主張財產上損害賠償請求權時，依其聲明及事實上陳述，得主張數項法律關係時，且原告之主張不足時，審判長應曉諭，此為民訴第 199 條之 1 之明文規定。
- ② 復按最高法院 93 年度台上字第 18 號判決表示，民事訴訟法為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，就審判長闡明權之行使，固於八十九年二月間增訂第 199 條之 1 之規定，然仍以原告「已」陳述之事實及其聲明，於實體法上得主張數項法律關係而原告不知主張時，審判長始須曉諭原告於該訴訟程序中併予主張，以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭。倘原告於事實審未為該陳述及聲明，縱各該事實與其已主張之訴訟標的法律關係有關，本於當事人處分權主義及辯論主義，審判長仍無闡明之義務。從而，本件丙丁戊未提及精神上損害賠償，依前開實務見解，法院無須闡明，故該判決尚難謂之違法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《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、甲起訴主張乙於民國（下同）100 年 4 月 1 日向甲借款新臺幣（下同）300 萬元，約定借用期間自當日起至隔年 3 月 31 日止，利息為年利率 5%，乙並開立借據一紙（內容僅記載：乙向甲於 100 年 4 月 1 日借款 300 萬元。文末並簽名），及同面額本票一張供作擔保。因乙到期未清償，甲爰依借款返還請求權及票款請求權，請求乙應給付 300 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年利率 5% 計算之利息。乙則抗辯甲未給付該筆金額。
- (一)對於甲有無實際交付 300 萬元之事實，在此程序中應由何人負舉證責任？若甲提出前開借據及本票各一紙，並提出乙有每月匯款 12500 元之銀行帳戶明細紀錄為證。經審理後，乙未對於該匯款用途加以說明，若一審法院於判決理由中僅說明：本件雖經原告提出借據、本票及銀行帳戶明細紀錄等為證，但因欠缺直接證據足以認定兩造間有借款合意及交付款項之事實，自應駁回原告之請求。則此一判決中事實認定之論證是否存在瑕疵？（20 分）
- (二)若在此事件中，原告甲起訴時，已附丙律師為其第一審訴訟代理人之委任書一紙，原審於預留就審期間後僅送達開庭期日通知書予原告甲、被告乙，並未通知丙律師，第一次言詞辯論期日時，原告與被告及丙均未到場，問：法院可否視為兩造合意停止訴訟程序？承此，若法院於此時依職權續行訴訟，另定第二次言詞辯論期日，並僅通知乙及丙，但未再通知甲，惟甲、乙、丙均無正當理由遲誤第二次言詞辯論期日，問：此時可否視為甲撤回起訴？（20 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於舉證責任分配、自由心證與間接證據，以及送達制度等相關問題。
答題關鍵	本題難度不高，均屬基本概念，相關考點歷來考古題均曾出現過。同學只要能妥善排版、有條理的回答，應可取得高分。
考點命中	1. 姜世明，舉證責任分配之一般原則，新民事證據法論，學林，2004 年 1 月修訂二版，第 184-185 頁。 2. 《民事訴訟法講義》第三回，梁台大編著，第四章第一節，第 32-34 頁。 3. 《民事訴訟法講義》第六回，梁台大編著，第七章第一節，第 7-13 頁。 4. 《民事訴訟法講義》第六回，梁台大編著，第八章第三節，第 133-134 頁。

## 【擬答】

(一)

1. 對於甲有無實際交付 300 萬元之事實，在此程序中應由原告甲負舉證責任：

(1) 所謂舉證責任之意義，可分為主觀與客觀舉證責任。主觀舉證責任係指當事人如不提出事證可能遭受敗訴之虞。又「客觀之舉證責任」，意即如事實真偽陷於不明時，該事實不明之不利利益應由何造承擔。而應由何造承擔不利利益之決定，則依據客觀舉證責任分配之法則。針對舉證責任如何分配乙節，我國學界通說見解採取 Rosenberg 之規範理論：意即將實體法法律規範區分為權利發生（根據）規範、權利妨害（障礙）規範、權利消滅規範、權利受制（排除）規範。主張權利存在之人，應就權利發生要件之事實為舉證；主張權利不存在之人，應就權利妨害、消滅、排除要件之事實為舉證。

2. 經查，甲爰依借款返還請求權及票款請求權，起訴請求乙應給付 300 萬元及其利息，經乙抗辯甲未給付借款：

- (1) 借款返還請求權之部分：有鑑於消費借貸契約為要物契約，因借用物（借款）之交付而生效力。是以，借用物是否業已交付一節（即甲有無實際交付 300 萬元）即屬權利發生規範之事實，自應由主張權利存在之人即原告甲負舉證責任（最高法院 69 年度第 27 次民事庭會議決議意旨參照）。
- (2) 票款請求權之部分：依我國向來之實務見解（最高法院 73 年度第 1 次民事庭會議決議（二）意旨參照）：票據為無因證券，票據債權人就其取得支票之原因，固不負證明之責任，惟執票人既主張票據係發票人向伊借款而簽發交付，以為清償方法者，發票人復抗辯其未收受借款，消費借貸並未成立者，則就借款之已交付事實，即應由執票人負舉證責任。是以，原告甲既為執票人，自應就借款之已交付事實（即甲有無實際交付 300 萬元）負舉證責任甚明。

(二) 法院如未審酌間接證據者，該判決自有判決不備理由之瑕疵存在：

1. 「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。」「得心證之理由，應記明於判決。」「有下列各款情形之一者，其判決當然為違背法令：六、判決不備理由或理由矛盾者。」民事訴訟法第 222 條第 1 項、第 4 項、第 469 條第 6 款定有明文。按「得心證之理由，應記明於判決，為民事訴訟法第 222 條第 2 項所明定，故法院依自由心證判斷事實之真偽時，所斟酌調查證據之結果，其內容如何，與應證事實之關聯如何，以及取捨之原因如何，如未記明於判決，即屬同法第 466 條第 6 款所謂判決不備理由。」（最高法院 43 年台上字第 47 號判例意旨參照）、「又當事人在他案之陳述，其證據力為何，應由法院本其證據評價之職權行使，依自由心證判斷之。另當事人固應就其主張之事實負舉證責任，惟苟能證明間接事實，且該間接事實與要件事實間，依經驗法則及論理法則足以推論其因果關係存在者，亦無不可，非以直接證明要件事實為必要。」（最高法院 99 年度台上字第 1114 號民事判決意旨參照）由是可知，就其主張事實應負舉證責任之當事人苟能證明間接事實，且該間接事實與要件事實間，依經驗法則及論理法則足以推論其因果關係存在者，亦無不可；法院如依自由心證判斷該間接事實之真偽時，所斟酌調查間接證據之結果，其內容如何，與應證事實之關聯如何，以及取捨之原因如何，如未記明於判決者，自屬判決不備理由甚明。
2. 經查，原告甲自應就其有無實際交付 300 萬元之事實負舉證責任，已如前述。甲雖未能提出直接證據證明兩造間有借款合意及交付款項之事實，惟觀諸題旨，甲既已提出借據、本票及銀行帳戶明細紀錄等間接證據為證，則上開間接證據所顯現之間接事實與要件事實間，依經驗法則及論理法，是否足以推論其因果關係存在？調查該間接證據之結果，其內容如何？與應證事實之關聯如何？以及取捨之原因如何？其各該理由顯未記明於判決者，俱見該判決實有不備理由之瑕疵存在，自不待言。

(三) 第一次言詞辯論期日時，原告與被告及丙均未到場，法院可視為兩造合意停止訴訟程序：

1. 「訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之。但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人。」「當事人兩造無正當理由遲誤言詞辯論期日者，除別有規定外，視為合意停止訴訟程序。如於四個月內不續行訴訟者，視為撤回其訴或上訴。」「民事訴訟法第 132 條、第 191 條第 1 項定有明文。按「當事人兩造遲誤言詞辯論期日者，除別有規定外，視為合意停止訴訟程序。但法院於認為必要時，得依職權續行訴訟，如無正當理由，兩造仍遲誤不到者，視為撤回其訴或上訴，民事訴訟法第一百九十一條定有明文。所謂兩造遲誤言詞辯論期日，係指當事人兩造受合法通知，均無正當理由，未於言詞辯論期日到場，或到場不為辯論之情形而言，其視為合意停止訴訟程序者，祇須兩造遲誤言詞辯論期日，當然生停止之效力，與筆錄有無記載視為停止訴訟程序在所不問。」（最高法院 70 年台上字第 3904 號判例意旨參照）再按，最高法院 84 年度第 4 次民事庭會議（民國 84 年 4 月 25 日）決議：「（院長提議：應送達之文書，不送達於當事人委任之訴訟代理人，而送達於當事人本人，是否合法？）採乙說：當事人之訴訟能力不因委任訴訟代理人而喪失，仍得自為訴訟行為而收受訴訟文書之送達，且向當事人本人為送達，於該當事人既無不利，應認送達已生效力。」（惟該則決議經最高法院 90 年 6 月 20 日民國 90 年度第 7 次民事庭會議決議不再供參考）。由是可知，當事人如有委任訴訟代理人者，當事人本人之受送達之權限不因此而受影響，是審判長認為必要時，自得命送達於當事人本人；如經當事人兩造受合法通知，均無正當理由，未於言詞辯論期日到場者，自應視為合意停止訴訟程序。
2. 經查，法院既已合法將通知書送達予甲、乙者，當事人兩造既受合法通知而無正當理由，遲誤言詞辯論期日者，自視為兩造合意停止訴訟程序。至於依我國向來實務見解，如審判長認為必要時（如命當事人本人到場者），命法院將開庭期日通知書予原告甲、被告乙，縱未通知丙律師，亦不影響對原告甲送達之效力。

(四)第二次言詞辯論期日時，甲、乙、丙均無正當理由而未到場，法院可視為甲撤回起訴：

1. 「前項訴訟程序停止間，法院於認為必要時，得依職權續行訴訟，如無正當理由兩造仍遲誤不到者，視為撤回其訴或上訴。」民事訴訟法第 191 條第 2 項定有明文。按「訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權，為民事訴訟法第七十條第一項之所明定，所謂一切訴訟行為，凡不屬該條項但書所定應受特別委任之事項均包含在內，代受送達亦為一切訴訟行為之一種，訴訟代理人當然有此權限，其基此所為之代受送達，即與委任之當事人自受送達生同一之效力。」最高法院 44 年台抗字第 192 號判例意旨參照。
2. 經查，法院如依職權續行訴訟另定第二次言詞辯論期日，並僅通知乙及丙（但未再通知甲）者，有鑑於原告甲起訴時，已附丙律師為其第一審訴訟代理人之委任書一紙，且未限制丙代收送達之權限，是法院將通知書送達予丙，即與委任之當事人（甲）自受送達生同一之效力。是以，甲、乙、丙如均無正當理由遲誤第二次言詞辯論期日而不到者，當可視為甲撤回起訴。

二、甲起訴請求乙拆屋還地，第一審法院以請求無理由判決駁回其訴，甲不服上訴第二審，第二審法院仍以同一理由判決駁回其上訴，甲再向最高法院提起第三審上訴，最高法院亦認原判決認事用法並無違誤，判決駁回甲之第三審上訴。全案確定後，甲認為第一審、第二審及第三審法院之確定判決，均有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款之適用法規顯有錯誤，以及同項第 10 款之為判決基礎之證言係虛偽陳述之再審事由，向第二審法院提起再審之訴，請求將第一、二、三審之確定判決廢棄，並就本案請求為有理由之判決。問：

(一)原第一審、第二審及第三審之確定判決，是否均為再審之訴之適格對象，得對之提起再審之訴？（20 分）

(二)受理再審事件之第二審法院，有無管轄權？程序上應如何處理？（15 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於再審制度的認識，特別係針對再審之訴所審理之客體與管轄等問題。
答題關鍵	國家考試中，涉及再審制度相關考點出現的機率頻繁。其中關於管轄之考點，難度比較不高。但涉及再審客體的部份，則可能是同學們較容易忽略或不熟悉的地方。原則上，只要能注意到民事訴訟法第 496 條第 3 項的修正意旨，應該可以掌握到答題方向。
考點命中	1. 《民事訴訟法（下）》自版，吳明軒編著，2013 年 7 月修訂十版，第 1546 頁。 2. 《民事訴訟法講義》第六回，梁台大編著，第八章第四節，第 143 頁。

【擬答】

(一)原則上，原第二審及第三審之確定判決，均為再審之訴之適格對象：

1. 「有下列各款情形之一者，得以再審之訴對於確定終局判決聲明不服。但當事人已依上訴主張其事由或知其事由而不為主張者，不在此限：一、適用法規顯有錯誤者。一〇、證人、鑑定人、通譯、當事人或法定代理人經具結後，就為判決基礎之證言、鑑定、通譯或有關事項為虛偽陳述者。」、「第二審法院就該事件已為本案判決者，對於第一審法院之判決不得提起再審之訴。」民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款、第 10 款、第 3 項定有明文。按民事訴訟法第 496 條第 3 項修正理由（民國 92 年 2 月 7 日）：「七、本法就第二審程序之進行採續審制，第二審法院就上訴事件為本案判決時，對於當事人在第一審所為關於事實上或法律上之陳述及提出之各項攻擊或防禦方法，均已重為審查，故對於第一審判決應無許當事人提起再審之訴之必要，爰增訂第三項。」再按，「第三審法院應以第二審判決確定之事實為判決基礎（參照民事訴訟法第 476 條第 1 項），第三審法院以第二審法院之判決認事用法均無不當而維持第二審法院之判決者，當事人如以適用法規顯有錯誤為由提起再審之訴，僅得對第三審法院之判決為之。」最高法院 65 年台上字第 1276 號判例意旨參照。由是可知，再審之適格對象應僅限於確定之終局判決，則中間判決既僅係終局判決之準備，並非終局判決之本體，自不得作為再審之客體。至於終局判決係第二審或第三審判決，在所不問。惟於第三審法院以第二審法院之判決認事用法均無不當而維持第二審法院之判決者，當事人如以適用法規顯有錯誤為由提起再審之訴，僅得對第三審法院之判決為之。
2. 經查，原告甲向被告乙提起訴訟，經第一審法院以請求無理由判決駁回其訴。甲不服上訴第二審，第二審法院仍以同一理由判決駁回其上訴。甲再向最高法院提起第三審上訴時，復經最高法院認原判決認事用法並無違誤，判決駁回甲之第三審上訴：

- (1)甲以民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款之適用法規顯有錯誤之再審事由，向第二審法院提起再審之訴者：有鑑於第三審法院以第二審法院之判決認事用法均無不當而維持第二審法院之判決者，參諸最高法院 65 年台上字第 1276 號判例意旨，甲僅能對第三審法院之判決提起再審之訴。
- (2)甲以民事訴訟法第 496 條第 1 項第 10 款之為判決基礎之證言係虛偽陳述之再審事由，向第二審法院提起再審之訴者：依民事訴訟法第 496 條第 3 項之規定，第一審法院之判決不得提起再審之訴。是以，甲應僅能對第二審、第三審法院之判決提起再審之訴。
- (二)針對甲以民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款之再審事由提起再審之訴之部分，第二審法院並無管轄權，應依職權裁定移送至第三審法院：
- 1.「訴訟之全部或一部，法院認為無管轄權者，依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院。」、「再審之訴，專屬為判決之原法院管轄。」、「對於審級不同之法院就同一事件所為之判決，提起再審之訴者，專屬上級法院合併管轄。但對於第三審法院之判決，係本於第 496 條第 1 項第 9 款至第 13 款事由，聲明不服者，專屬原第二審法院管轄。」民事訴訟法第 28 條第 1 項、第 499 條第 1 項、第 2 項定有明文。按民事訴訟法第 499 條修正理由（民國 92 年 2 月 7 日）：「再審之訴得同時對於審級不同之法院就同一事件所為之確定終局判決提起，惟既係同一事件，不宜由各級法院分別審判。原條文後段第一款僅就同時對第一、二審判決不服之情形規定管轄法院，對於同一事件之第一、二、三審判決同時聲明不服者，卻未規定，為求周延，爰修正原條文後段規定，並移列為第二項。」再按，「當事人以一訴狀提起再審之訴，以有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1、2 兩款及同條項第 13 款為理由者，前者專屬本院管轄，後者專屬原第二審法院管轄，為兩個再審之訴，其經原第二審法院就後者予以裁判，而將前者依同法第 28 條第 1 項規定移送本院者，仍應依民事訴訟費用法第 19 條預繳裁判費。」最高法院 66 年台聲字第 73 號判例意旨參照。由是可知，再審之訴，專屬為判決之原法院管轄；如對於審級不同之法院就同一事件所為之判決提起再審之訴，且係本於第 496 條第 1 項第 10 款事由聲明不服者，專屬原第二審法院管轄。如有管轄錯誤之情形者，法院應依職權裁定移送至有管轄權法院。
  - 2.甲以民事訴訟法第 496 條第 1 項第 10 款之再審事由，針對第二審、第三審法院之判決提起再審之訴者：依民事訴訟法第 499 條第 2 項之規定，第二審、第三審法院之判決，均應專屬原第二審法院管轄，顯見受理再審事件之第二審法院有管轄權，得自行審理之。
  - 3.甲以民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款之再審事由，針對第三審法院之判決提起再審之訴者：有鑑於此部份應專屬於第三審法院有管轄權，受理再審事件之第二審法院並無管轄權，是第二審法院就此部分應依職權裁定移送至第三審法院。

三、系爭房地原登記為甲所有並由其占有居住使用迄今，甲前因負欠乙新臺幣（下同）100 萬元借款無法及時清償，又恐其因向丙借款 200 萬元簽發交付與丙發票日民國（下同）100 年 1 月 20 日之同額支票遭提示退票，而於同月 15 日與丙訂定書面買賣契約，將系爭房地以 320 萬元出售與丙，約定丙除返還支票外，應代償其對乙之債款及墊付土地增值稅 50 萬元，契約附款另載明甲於 100 年 7 月 15 日前得將系爭房地另售他人，逾此期限丙得依行情市價出賣他人，所得款項由丙取得 350 萬元及自 100 年 2 月 1 日起按法定利率計算之利息，有餘或不足，均計算找補，甲並於 100 年 1 月 31 日以買賣為原因辦理系爭房地之所有權移轉登記與丙完竣。迨至 100 年 9 月 15 日，丙認為伊代償乙債款、返還支票及代繳土地增值稅，已付清買賣價款，亦超過約定買賣價金及行情市價，甲不於約定期限將系爭房地另售他人，卻拒絕將系爭房地交付伊使用。因此，對甲提起訴訟，除甲非所有權人，無權占有系爭房地為原因事實，本於所有權，聲明：「甲應交付系爭房地與丙。」外；同時以甲、丙訂定買賣契約為原因事實，本於買賣法律關係，聲明：「甲應交付系爭房地與丙。」請求法院依其聲明判決。

訴訟中，甲之另一債權人丁在法庭旁聽，於退庭後向甲、丙指摘：除系爭房地外別無財產，甲、丙間關於系爭房地所為之買賣及以買賣為原因之所有權移轉登記，均係通謀虛偽表示，侵害其權益，依法無效，系爭房地仍屬甲所有云云。丙否認之，甲則沉默以對。

丁乃決定以其指摘內容為原因事實，訴請確認甲、丙間系爭房地買賣法律關係不存在，並訴請將系爭房地登記為甲所有，回復原狀，以維護其債權。試問：

(一)法院在訴訟程序上，對丙同時所為同一聲明內容之二請求，應如何進行審理？(20分)

(二)丙此二聲明所為之請求，是否有理由？請依題旨分別論述之。(40分)

(三)丁決定提起之訴訟，應以何人為被告其當事人適格始無欠缺？又應如何聲明方為適當？關於丁主張之系爭房地買賣關係不存在，應由何人負舉證責任？(30分)

命題意旨	本題旨在測驗同學對於訴之聲明與訴訟標的之爭點整理、干預訴訟、通謀虛偽意思表示之訴之聲明撰寫與舉證責任等問題。
答題關鍵	<p>第一小題：主要測驗關於訴之聲明與訴訟標的之爭點整理，只要能注意原告所主張之二請求權應屬何種合併型態？是否有其他權利可追加？法院應如何闡明與整理爭點？等問題，應可輕鬆回答。</p> <p>第二小題：則涉及二請求之實體法上有無理由之認定。特別注意原告針對買賣契約法律關係為請求之部分，原告所主張之事實與理由是否足以肯認其權利？</p> <p>第三小題：份量稍多。比較需要注意者，這裡似乎隱含著「確認他人法律關係」與「確認利益」的考點在內。這裡應如何回答，則和切入點有關。如從「干預訴訟」的角度切入，則甲、丙均列為共同被告，應無疑問（筆者從此觀點處理）。若不從干預訴訟的角度，而僅係丁單純的另行獨立提起確認之訴者，則應注意「甲則沉默以對」，丁對甲有無確認利益之爭議。至於通謀虛偽意思表示之訴之聲明撰寫之問題，曾經出現在我們所出版的「101年律司第二試全真模擬試卷」中有關「民法與民事訴訟法全真模擬試卷」，相信練習過的同學應該對此非常熟悉。</p>
考點命中	<p>1.邱聯恭，主參加訴訟即干預訴訟之程序構造，《月旦法學教室第47期》，2006年9月，第63-64頁。</p> <p>2.《民事訴訟法講義》第二回，梁台大編著，第二章第三節，第69-81頁。</p> <p>3.《民事訴訟法講義》第四回，梁台大編著，第五章第三節，第46-50頁。</p> <p>4.《民事訴訟法講義》第六回，梁台大編著，第八章第三節，第133-134頁。</p>

### 【擬答】

(一)法院在訴訟程序上，對丙同時所為同一聲明內容之二請求，應進行審理方式如下：

- 按「審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不足者，應令其敘明或補充之。」「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。」民事訴訟法第199條第2項、第199條之1第1項定有明文。
- 經查，原告丙對被告甲提起訴訟（下稱本訴訟），提出聲明內容同一之兩項聲明與請求。其一，聲明：「甲應交付系爭房地與丙」，並以甲非所有權人、無權占有系爭房地為原因事實，本於所有權行使權利；其二，聲明：「甲應交付系爭房地與丙」，並以甲、丙訂定買賣契約為原因事實，本於買賣法律關係行使權利。
- 觀諸上開聲明與請求，法院應進行審理方式如下：
  - (1)首先，原告丙僅須於訴之聲明之表明上，僅須列一項聲明即可，無庸重複列兩項內容相同之聲明；至於該聲明請求之理由有二者，僅須於請求之原因事實及理由之部分詳加說明即可。是以，法院應向丙闡明使之更正。
  - (2)其次，原告丙同時基於所有權、買賣法律關係等二項權利為請求，顯見其（權利單位型）訴訟標的有此二者。惟原告丙聲明或陳述有不明瞭或不足而存有疑問者係：對於此二訴訟標的，原告有無就二請求排列審理順序之意思？有無希望附條件？簡言之，原告所欲主張何種合併型態（預備合併、選擇合併或競合合併等）？尚無法知悉。是以，法院應向原告發問或曉諭，應令其敘明或補充之。
  - (3)末就原告丙可能尚得追加請求之部分（如被告是否無權占有系爭房地而應負不當得利之責任？抑或被告因違反買賣契約而遲延交付系爭房地而生給付遲延之責任？），法院亦得先就當事人陳述所不明瞭或不足之部分命其敘明或補充，並闡明曉諭有無追加其他請求之意思。

(二)丙此二聲明所為之請求，本於所有權之請求部分有理由，惟本於買賣法律關係之請求部分似無理由：

- 1.原告丙本於所有權、主張以甲非所有權人、無權占有系爭房地為原因事實之請求部分：



經查，原告丙主張其基於買賣關係而成爲系爭房地之所有人，有 100 年 1 月 15 日丙、甲間訂定書面買賣契約、並於 100 年 1 月 31 日以買賣爲原因辦理系爭房地之所有權移轉登記與丙完竣各節可稽。第查，甲既非系爭房地之所有人，亦未能證明其有何占有權源，顯見原告丙之請求應有理由。

2. 原告丙本於買賣法律關係、主張以甲、丙訂定買賣契約爲原因事實之請求部分：

經查，原告丙雖主張甲間於 100 年 1 月 15 日訂定書面買賣契約，可證明兩造間有契約關係存在。惟細繹前述題旨事實，並未具體敘明被告甲於何時起負有將系爭房地移轉占有予原告丙之義務。依該契約，丙對甲之移轉占有請求權係定期或不定期之債權？均不得而知。循此，於原告丙針對此部份爲具體續明與補充理由以前，自難認爲丙於此部分之請求有理由。

(三) 丁得提起「干預訴訟（主參加訴訟）」，應以丙、甲爲共同被告：

1. 「就他人間之訴訟，有下列情形之一者，得於第一審或第二審本訴訟繫屬中，以其當事人兩造爲共同被告，向本訴訟繫屬之法院起訴：一、對其訴訟標的全部或一部，爲自己有所請求者。二、主張因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害者。」民事訴訟法第 54 條第 1 項定有明文。按「干預訴訟（主參加訴訟）」之制度目的，旨在賦予第三人更優渥之程序權保障機會爲主要目的、以避免裁判矛盾與統一解決三面紛爭僅爲次要功能，並透過新法增設職權通知與第三人撤銷訴訟制度更加貫徹三面紛爭充分避免裁判矛盾之目的。是以，就他人間之訴訟，如有：對其訴訟標的全部或一部，爲自己有所請求者，抑或主張因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害者，自得該當事人兩造爲共同被告，向本訴訟繫屬之法院提起干預。
2. 經查，於本訴訟中，原告丙向被告甲主張兩造間有買賣契約、丙爲系爭房地所有人，請求甲應交付系爭房地與丙等云云。惟甲之債權人丁則主張：甲除系爭房地外別無財產，甲、丙間買賣契約及系爭房地之所有權移轉登記均係通謀虛偽表示，系爭房地仍屬甲所有云云。由是顯見，如本訴訟認爲丙之請求有理由者，甲將喪失其對系爭房地之權利、至其責任財產減少，因而侵害債權人丁之權利。有鑑於此，丁自得以甲、丙爲共同被告，對其等提起干預訴訟，不僅保障丁參與甲丙間本訴訟之權利，同時更可貫徹三面紛爭充分、避免裁判矛盾。

(四) 丁應爲如下之聲明方爲適當：

1. 經查，債權人丁認爲：甲、丙間關於系爭房地所爲之買賣及以買賣爲原因之所有權移轉登記，均係通謀虛偽表示而無效，系爭房地仍屬甲所有云云。是以，丁自得針對甲、丙間買賣契約、甲移轉系爭房地所有權登記予丙等行爲因通謀虛偽意思表示而無效之部分，甲自得以自己爲原告，將甲、丙列爲共同被告而提起確認之訴；同時並針對系爭房地所有權業經移轉登記予丙之情節，甲得以自己爲原告而代位所有人甲向丙請求塗銷該登記。
2. 循此，丁得主張之訴之聲明應撰寫如下：「一、確認被告甲、丙間於民國 100 年 1 月 15 日之買賣行爲，以及被告甲、丙間於民國 100 年 1 月 31 日之所有權移轉行爲無效。二、被告丙應將座落於某市某區某段某小段某地號土地、某建號建物於民國 100 年 1 月 31 日以買賣爲原因向某地政事務所以某收件字號所辦理之所有權移轉登記予以塗銷，並回復登記予被告甲所有。三、訴訟費用由被告甲、丙負擔。」

(五) 關於丁主張之系爭房地買賣關係不存在，應由干預訴訟之原告丁負舉證責任：

1. 所謂舉證責任之意義，可分爲主觀與客觀舉證責任。主觀舉證責任係指當事人如不提出事證可能遭受敗訴之虞。又「客觀之舉證責任」，意即如事實真偽陷於不明時，該事實不明之不利利益應由何造承擔。而應由何造承擔不利利益之決定，則依據客觀舉證責任分配之法則。針對舉證責任如何分配乙節，我國學界通說見解採取 Rosenberg 之規範理論：意即將實體法法律規範區分爲權利發生（根據）規範、權利妨害（障礙）規範、權利消滅規範、權利受制（排除）規範。主張權利存在之人，應就權利發生要件之事實爲舉證；主張權利不存在之人，應就權利妨害、消滅、排除要件之事實爲舉證。
2. 按「表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效對抗善意第三人。」再按，「上訴人主張系爭房屋所有權之讓與於被上訴人，係與上訴人通謀而爲之虛偽行爲，應由該上訴人負舉證責任。」（最高法院 27 年上字第 2622 號判例意旨參照）、「第三人主張表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者，該第三人應負舉證之責。」（最高法院 48 年台上字第 29 號判例意旨參照）由是可知，主張（甲丙間）權利不存在之人即丁，對於權利障礙要件事實即系爭房地買賣關係因通謀虛偽意思表示而不存在一節，應由丁負舉證責任，當屬無疑。