

# 《民法與民事訴訟法(二)》

一、原告甲起訴主張：其向被告乙購買 A 車，已支付全部價金新臺幣（下同）200 萬元。詎乙拒未交付 A 車，屢經催討，仍無結果。為此本於買賣契約，請求判令乙交付 A 車等情。乙於審理中，不否認曾將 A 車出售予甲，僅稱願還錢給甲等語，未曾提及 A 車已交付訴外人丙之事實。第一審法院判令乙交付 A 車予甲。乙不服，提起上訴，稱：該車早以 250 萬元之價格賣予丙，並交付及完成相關名義變更手續，乙已給付不能，故甲之請求於法無據等語。甲於聽聞此情後，於第二審法院提起變更及追加之訴，主張情事變更，依債務不履行及共同侵權行為法律關係，求為判決：「原判決廢棄（第 1 項）。乙應賠償甲 250 萬元（第 2 項）。乙與丙應連帶賠償甲 250 萬元（第 3 項）。」試問：

（一）第二審法院應如何協助甲妥適為訴之聲明及表明訴訟標的之法律關係，並明確甲所提訴合併型態？（30 分）

（二）甲於第二審所為訴之變更及追加是否合法？（30 分）

（三）倘第二審法院通知丙到場參與程序，丙到場主張甲對其所為訴之追加不合法，請求法院駁回，並稱將不再到場。第二審法院乃以中間裁定，准甲追加丙為被告，送達於丙。丙對該裁定提起抗告，第三審法院應如何處理？（15 分）

命題意旨	本題涉及「不真正連帶債務」、「訴之變更追加」、「當事人之變更追加」、「闡明」、「訴之客觀合併」等多項考點。
答題關鍵	第一小題：「不真正連帶債務」正確之聲明方式；「闡明」防止突襲性裁判；「訴之變更」時，原訴視為撤回；「競合合併」之意義。 第二小題：「民事訴訟法第 255 條第 1 項但書第 2、4 款規定」之意義；「當事人之變更追加」亦屬「訴之變更追加」；於第二審追加新被告應確保其「審級利益」及「程序保障」。 第三小題：「民事訴訟法第 258 條第 1 項規定」之適用。
考點命中	《高點民事訴訟法爭點班講義》第三回，武講師編撰，頁 6~13。

## 【擬答】

（一）第二審法院應如何協助甲妥適為訴之聲明及表明訴訟標的之法律關係，並明確甲所提訴之合併型態？

- 按「不真正連帶債務係謂數債務人具有同一目的，本於各別之發生原因，對債權人各負全部給付之義務，因債務人中一人為給付，他債務人即應同免其責任之債務」。又不真正連帶債務與連帶債務在性質上並不相同，民法有關連帶債務之規定，多不適用於不真正連帶債務，且其判決主文亦不得逕以「被告應連帶給付」之記載方式為之，否則即與不真正連帶債務本旨不符。」有最高法院 89 年度台上字第 2240 號民事判決可參。於本件，原告甲僅受有單一之損害（即不能取得 A 車），就此，被告乙可能依民法第 226 條第 1 項關於「給付不能（債務不履行）」之規定對甲負賠償責任；被告丙則可能另依民法第 185 條第 1 項關於「共同侵權行為」之規定與乙負連帶賠償責任，二者具有同一目的（填補債權人甲之單一損害），本於各別之發生原因（「給付不能（債務不履行）」及「共同侵權行為」），對債權人甲各負全部給付之義務，且因債務人中一人為給付，他債務人即應同免其責任，揆諸上開說明，二者（即「乙個人」及「乙、丙」）間應屬「不真正連帶債務」之關係，合先敘明。
- 次按，民事訴訟法第 199 條規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。（第 1 項）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。（第 2 項）陪席法官告明審判長後，得向當事人發問或曉諭。（第 3 項）」
- 末按，最高法院 66 年台上字第 3320 號民事判例已明揭：「原告將原訴變更時，法院以其訴之變更為合法，而原訴可認為已因撤回而終結者，應專就新訴裁判。原審既認上訴人在第一審所為給付票款之訴，於原審變更為給付租金及損害賠償之訴為合法，則在第一審原訴之訴訟繫屬應因訴之變更而消滅，亦即第一審就原訴所為之裁判，應因合法的訴之變更而當然失其效力，原審僅得就變更之新訴審判，不得就第一審之原訴更為裁判，原審見未及此，竟將第一審判決廢棄，並駁回可認為撤回之原訴，於法

自有違背。」

4.查原告甲於二審為訴之變更（即將「交付A車」請求變更為「損害賠償」請求），假設其變更為合法，揆諸上開最高法院66年台上字第3320號民事判例之意旨，原訴（即「交付A車」請求）即視為撤回而終結，第二審法院僅得就變更之新訴（即「損害賠償」請求）為審判，不得就第一審之原訴更為裁判（包括將該第一審判決廢棄）。據此，原告甲第1項聲明：「原判決廢棄。」即有不當，第二審法院應依上開民事訴訟法第199條規定為「除去不當之闡明」，曉諭原告甲撤回該項聲明。

5.次查，原告甲僅受有單一之損害（即不能取得A車），業如前述，換言之，原告甲於實體法上僅有單一之受領地位，卻於訴訟上為「乙應賠償甲250萬元。」及「乙與丙應連帶賠償甲250萬元。」二給付之聲明，顯有不當；又「乙個人」及「乙、丙」二者間應屬「不真正連帶債務」之關係，債務人中一人為給付，他債務人即應同免其責任，亦如前述，據此，第二審法院應依上開民事訴訟法第199條規定為「除去不當之闡明」，曉諭原告甲於上開二聲明後增加另一項聲明：「上開二項給付，如其中任一被告已履行給付義務，其餘被告就該被告履行給付範圍內免除給付義務」。以符合「不真正連帶債務」之意旨。

6.再查，依現今實務見解所採行之「傳統（舊）訴訟標的理論」，「給付不能（債務不履行）」（民法第226條第1項規定參照）及「共同侵權行為」（民法第184、185條第1項規定參照）等不同之實體法上請求權基礎，應屬不同之「訴訟標的」；此外，民法第184條第1項前段、後段、第2項規定亦分別構成不同之「請求權基礎」與「訴訟標的」。據此，第二審法院應先依上開民事訴訟法第199條規定為「不明瞭之闡明」，與甲確認其本件「請求權基礎」及「訴訟標的」是否為「民法第226條第1項」及「民法第184條（第1項前段、後段或第2項？）」規定，以明確審判範圍，防止突襲性裁判。

7.又原告甲於實體法上僅有單一之受領地位，但對被告乙同時主張上開複數之訴訟標的（請求權基礎），且按照甲前揭訴之聲明，其係分別依各該訴訟標的（「給付不能（債務不履行）」及「共同侵權行為」）請求「乙應賠償甲250萬元。」及「乙與丙應連帶賠償甲250萬元。」，顯係請求法院就該數項訴訟標的（「給付不能（債務不履行）」及「共同侵權行為」）均為審判，應屬「競合合併」之訴之客觀合併型態。惟第二審法院仍應依上開民事訴訟法第199條規定為「不明瞭之闡明」，令甲敘明其就該複數訴訟標的是否主張「競合合併」，以防止突襲性裁判之發生。

8.結論：

- (1)第二審法院應依上開民事訴訟法第199條規定為「除去不當之闡明」，曉諭原告甲撤回第1項聲明：「原判決廢棄。」。
- (2)第二審法院應依上開民事訴訟法第199條規定為「除去不當之闡明」，曉諭原告甲增加另一項聲明：「上開二項給付，如其中任一被告已履行給付義務，其餘被告就該被告履行給付範圍內免除給付義務。」以符合「不真正連帶債務」之意旨。
- (3)第二審法院應先依上開民事訴訟法第199條規定為「不明瞭之闡明」，與甲確認其本件「請求權基礎」及「訴訟標的」是否為「民法第226條第1項」及「民法第184條（第1項前段、後段或第2項？）」規定，以明確審判範圍，防止突襲性裁判。
- (4)第二審法院應依上開民事訴訟法第199條規定為「不明瞭之闡明」，令甲敘明其就「給付不能（債務不履行）」及「共同侵權行為」等複數訴訟標的，是否主張「競合合併」，以防止突襲性裁判之發生。

(二)甲於第二審所為訴之變更及追加是否合法？

1.「訴之變更」部分：即將「交付A車」聲明變更為「損害賠償」聲明；並將訴訟標的由「民法第348條第1項之買賣標的物交付請求權」變更為「民法第226條第1項之損害賠償請求權」。

(1)按「訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255條第1項第2款至第6款情形，不在此限。」、「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：……四、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者。」民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項但書第4款分別定有明文。又最高法院43年度台抗字第23號民事裁定亦已明揭：「民事訴訟法第256條第3款所謂因情事變更，而以他項聲明代最初之聲明，係為訴訟上之便宜而設之規定，祇須情事確屬變更，即有其適用。故其情事之變更，係發生於起訴前或起訴後，在非所問。」

(2)故於本件，固依題意，「A車已交付訴外人丙」此項「情事變更」之事實，可能發生於原告甲起訴之前，惟依上開實務見解，仍有民事訴訟法第255條第1項但書第4款規定之適用，原告甲得於第二審依民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項但書第4款等規定為上開訴之變更。

(3)小結：

甲於第二審所為訴之變更為合法。

2. 「訴之追加」部分：即追加「共同侵權行為損害賠償請求權」（民法第 184、185 條規定參照）為訴訟標的；並追加「丙」為共同被告。

(1) 按民事訴訟法第 255 條第 1 項但書第 2 款規定：「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：……二、請求之基礎事實同一。」於本件，乙於第二審抗辯：「該車早以 250 萬元之價格賣予丙，並交付及完成相關名義變更手續，乙已給付不能……」，則有關舊請求之訴訟資料或證據資料於新請求可援用，其二者間之判決基礎事實同一，乙得依上開規定及民事訴訟法第 446 條第 1 項規定追加「共同侵權行為損害賠償請求權」（民法第 184、185 條規定參照）為訴訟標的。

(2) 又於訴訟進行中為「當事人」之變更或追加者，亦屬「訴之變更追加」，有最高法院 41 年台上字第 184 號民事判例可參。惟因注意者係，學說多數見解認為，於「第二審」追加被告之情形，由於涉及新被告之「審級利益」，應取該新被告之同意，始為合法。就此，最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議決議亦表明：「民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款之規定，因可利用原訴訟資料，除有礙於對造防禦權之行使外，得適用於當事人之變更或追加。在第二審依第 446 條第 1 項適用第 255 條第 1 項第 2 款規定變更或追加當事人，須於對造之審級利益及防禦權之保障無重大影響，始得為之，以兼顧當事人訴訟權益之保障及訴訟經濟之要求。」

(3) 故於本件，依題意，甲於第二審追加丙為共同被告，似未取得新被告丙之同意，且丙依題意亦未曾有有機會參與第一審之訴訟程序，並未受程序保障，顯然侵害丙之「審級利益」，揆諸上開學說見解及最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議決議之意旨，其該部分訴之追加應非合法。

(4) 小結：

甲於第二審追加丙為共同被告之部分，應非合法。

3. 結論：

甲於第二審所為訴之變更為合法，但訴之追加（追加丙為共同被告部分）為不合法。

(三) 丙對該裁定提起抗告，第三審法院應如何處理？

1. 按民事訴訟法第 258 條第 1 項規定：「法院因第 255 條第 1 項但書規定，而許訴之變更或追加，或以訴為非變更或無追加之裁判，不得聲明不服。」就此，最高法院 103 年度台上字第 93 號民事判決亦已明揭：「按法院因民事訴訟法第 255 條第 1 項但書規定，而許訴之變更或追加者，不得聲明不服，同法第 258 條第 1 項定有明文。則原審准許被上訴人之追加，上訴人已無聲明不服之餘地。」

2. 故於本件，固然甲於第二審追加丙為共同被告，似未取得新被告丙之同意，應非合法，業如前述，惟揆諸上開民事訴訟法第 258 條第 1 項規定，就第二審法院准甲追加丙為被告之中間裁定，丙仍不得聲明不服，故第三審法院應以丙之抗告不合法，裁定駁回之。

3. 結論：

第三審法院應以丙之抗告不合法，裁定駁回之

二、甲列乙為被告，向該管法院起訴，主張：乙於民國 104 年 6 月 1 日將 A 地及其上 B 屋（下稱系爭房地）出賣予甲，約定買賣價金為新臺幣 2,000 萬元，甲已給付全部價金，乙亦將系爭房地所有權移轉登記予甲，惟乙目前仍居住於內，遲未將系爭房地交付予甲，無權占有並侵害甲之所有權等語。為此，甲基於所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權，請求法院判決乙將系爭房地返還予甲及賠償因遲延交付房地所生之損害。試問：

(一) 若甲前開主張之事實確屬真實，其主張對乙有所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權，是否有理由？甲欲請求乙交付系爭房地及損害賠償，有無其他請求權？（40 分）

(二) 受訴法院就甲之返還系爭房地請求，整理爭點時，應如何行一貫性審查，及行使闡明權？甲就前開權利主張，陳明不為任何變動，請求法院依所有物返還請求權為裁判，受訴法院就本案請求應如何裁判？（35 分）

命題意旨	本題涉及「民法第 373 條規定」、「一貫性審查」、「闡明」、「訴訟標的理論」、「處分權主義」、「訴外裁判禁止原則」等多項考點。
答題關鍵	第一小題：「民法第 373 條規定」之適用。 第二小題：「一貫性審查」之意義及操作方式；「闡明」防止突襲性裁判；「傳統（舊）訴訟標的

	理論」之適用；「處分權主義」與「訴外裁判禁止原則」之操作。
考點命中	《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武講師編撰，頁 4～6。

## 【擬答】

(一)若甲前開主張之事實確屬真實，甲主張對乙有所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權，是否有理由？甲欲請求乙交付系爭房地及損害賠償，有無其他請求權？

1.甲主張對乙有所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權，是否有理由？

(1)按民法第 373 條規定：「買賣標之物之利益及危險，自交付時起，均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限。」最高法院 72 年度台上字第 253 號民事判決並已明揭：「不動產之出賣人固負有交付其不動產於買受人之義務，但在未交付前，出賣人繼續占有該買賣標之物，究難指為無權占有，亦不因已辦理所有權移轉登記而異。因土地所有權移轉登記，為移轉所權生效要件，行使土地之收益權，依民法第 373 條規定，以先經交付為前提。故所有權雖已移轉，而標之物未交付者，買受人仍無收益權，自難謂原出賣人為無權占有。」

(2)故於本件，揆諸上開實務見解，系爭房地之出賣人乙，固依買賣契約負有交付系爭房地予買受人甲之義務，但在交付之前，甲就系爭房地仍無收益權，乙繼續占有系爭房地，並非無權占有，且此不因乙已將系爭房地辦理所有權移轉登記予甲而有異。

(3)結論：

承上，乙就系爭房地既屬有權占有，即不成立所謂「侵權行為」，且乙非「無權占有」，所有權人甲亦不得依民法第 767 條第 1 項前段之「所有物返還請求權」請求乙交付系爭房地。據此，若甲前開主張之事實確屬真實，甲主張對乙有所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權，仍均無理由。

2.甲欲請求乙交付系爭房地及損害賠償，有無其他請求權？

(1)「請求乙交付系爭房地」部分：

按民法第 348 條第 1 項規定：「物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。」故於本件，買受人甲自得依此項規定主張「買賣標之物交付請求權」，請求出賣人乙交付系爭房地。

(2)「請求乙為損害賠償」部分：

按民法第 231 條第 1 項規定：「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。」故於本件，依題意，出賣人乙遲未依約將系爭房地交付予買受人甲，已構成「給付遲延」，買受人甲自得依此項規定請求乙為損害賠償。

(3)結論：

甲主張對乙有所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權，均無理由，惟甲另得依民法第 348 條第 1 項規定請求乙交付系爭房地，並依民法第 231 條第 1 項規定請求乙為損害賠償。就此，並有最高法院 43 年台上字第 639 號民事判例可參：「給付遲延與侵權行為，性質上雖屬相同，但因債務人之遲延行為侵害債權，在民法上既有特別規定，自無關於侵權行為規定之適用。」

(二)受訴法院就甲之返還系爭房地請求，整理爭點時，應如何行一貫性審查，及行使闡明權？甲就前開權利主張，陳明不為任何變動，請求法院依所有物返還請求權為裁判，受訴法院就本案請求應如何裁判？

1.受訴法院就甲之返還系爭房地請求，整理爭點時，應如何行一貫性審查，及行使闡明權？

(1)按「一貫性審查」者，係指就原告主張之事實，判斷依其主張，是否足以認定原告之本案請求為有理由，申言之，即假設原告主張之事實全部為真，是否即可據此認定原告之請求為有理由，若是，原告之主張即具有「一慣性」，反之則否。而原告請求欠缺「一慣性」者，其所提出之事實即無調查證據之必要，自不構成事實爭點，合先敘明。

(2)次按，民事訴訟法第 199 條規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。(第 1 項)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完足者，應令其敘明或補充之。(第 2 項)陪席法官告明審判長後，得向當事人發問或曉諭。(第 3 項)」其立法理由謂：「適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果，為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。」

(3)故於本件，受訴法院就甲之返還系爭房地請求進行「一貫性審查」時，應先假設甲前開主張之事實均確屬真實，再判斷是否據此即可認定其請求乙返還系爭房地為有理由，亦即應就甲主張之聲明（即

「請求乙返還系爭房地」)、權利(即「民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權」)及事實判斷彼此間是否存在矛盾。惟如前所述,若甲前開主張之事實確屬真實,甲主張對乙有所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權,仍均無理由,揆諸上開說明,其本件返還系爭房地請求即欠缺「一貫性」。

- (4)承上,原告甲之返還系爭房地請求欠缺「一貫性」,應係其對於其所主張事實之法律評價有所錯誤所致,而依其所主張之事實,甲於本件應依「民法第 348 條第 1 項規定之買賣標的物交付請求權」請求被告乙交付系爭房地,業如前述,為避免發生法律適用之突襲,受訴法院應公開心證及法律見解,並依上開民事訴訟法第 199 條規定為「除去不當之闡明」,曉諭原告甲將請求權基礎(訴訟標的)由「民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權」變更為「民法第 348 條第 1 項規定之買賣標的物交付請求權」。

- (5)結論:

受訴法院就甲之返還系爭房地請求進行「一貫性審查」時,應先假設甲前開主張之事實均確屬真實,再判斷是否據此即可認定其請求乙返還系爭房地為有理由,亦即應就甲主張之聲明(即「請求乙返還系爭房地」)、權利(即「民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權」)及事實判斷彼此間是否存在矛盾;又甲本件返還系爭房地請求固然欠缺「一貫性」,為避免發生法律適用之突襲,受訴法院應依上開民事訴訟法第 199 條規定為「除去不當之闡明」,曉諭原告甲將請求權基礎(訴訟標的)由「民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權」變更為「民法第 348 條第 1 項規定之買賣標的物交付請求權」。

- 2.甲就前開權利主張,陳明不為任何變動,請求法院依所有物返還請求權為裁判,受訴法院就本案請求應如何裁判?

- (1)按依現今實務見解所採行之「傳統(舊)訴訟標的理論」,「民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權」及「民法第 348 條第 1 項規定之買賣標的物交付請求權」此等不同之實體法上請求權基礎,應構成不同之「訴訟標的」,合先敘明。

- (2)次按,依據「處分權主義」第二層面之意涵,法院「審判之對象與範圍」(即「訴之聲明」及「訴訟標的」)應由當事人主導決定。據此,民事訴訟法第 388 條規定:「除別有規定外,法院不得就當事人未聲明之事項為判決。」即「訴外裁判禁止原則」。

- (3)故於本件,原告甲既陳明其仍堅持主張「民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權」此項訴訟標的,基於「處分權主義」法理及上開民事訴訟法第 388 條規定,並尊重原告甲之程序主體權、程序處分權,受訴法院仍僅得就原告甲所堅持主張之「民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權」為裁判,如此方符民事訴訟法第 199 條之 1 立法理由:「原告究欲主張何項法律關係,及其是否為訴之變更或追加,應由原告斟酌其實體利益及程序利益而為之……」之意旨。惟應注意者係,在此之前,受訴法院應確實公開心證及法律見解,並依上開民事訴訟法第 199 條規定為「除去不當之闡明」,令原告甲有變更或追加訴訟標的為「民法第 348 條第 1 項規定之買賣標的物交付請求權」之機會,以避免法律適用之突襲,業如前述,併此敘明。

- (4)結論:

受訴法院仍僅得就原告甲所堅持主張之「民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權」為裁判,並以其請求無理由判決駁回之,惟在此之前,受訴法院應確實公開心證及法律見解,並依上開民事訴訟法第 199 條規定為「除去不當之闡明」,令原告甲有變更或追加訴訟標的為「民法第 348 條第 1 項規定之買賣標的物交付請求權」之機會,以避免法律適用之突襲。

【高點法律專班】

版權所有,重製必究!