

# 《民法與民事訴訟法》

一、甲購買一筆土地，並將房屋營建工程發包給乙承作，完成 A 與 B 等兩棟別墅建築。乙完工交屋後，甲立即住進 A 棟別墅。1 年後，甲將 B 棟別墅出售給丙，而丙立即遷入 B 棟別墅居住。然乙於部分工程施作中，偷工減料，採用不合格建材。甲遷入 A 棟別墅 3 年後，因乙施工之弊端，造成 A 棟別墅房間之隔間牆壁崩裂，甲被掉落之土石擊傷。數日後，該施工之弊端並導致 B 棟別墅之地基崩壞及一樓天花板崩落，丙則被掉落水泥塊打傷，B 棟別墅之室內裝潢及家具因而損壞達 200 萬元。經相關單位鑑定之結果，A 棟別墅崩裂之房間隔間牆壁係可以修復，但 B 棟別墅已成危樓，無法再居住，須予以拆除。

試問：上述 A 棟別墅事故發生屆滿 1 年 2 個月時，甲對乙得否主張契約上之權利？

B 棟別墅事故發生屆滿 3 個月時，丙對甲得否主張契約上之權利？（45 分）

命題意旨	瑕疵擔保責任與不完全給付責任之競合。 <b>第一小題</b> (1)承攬契約瑕疵擔保責任與不完全給付責任之競合 (2)最高法院 96 年第 8 次民庭決議 <b>第二小題</b> 買賣契約瑕疵擔保責任與不完全給付責任之競合
考點命中	<b>第一小題</b> (1)《高點民法專用講義第三回》，劉台大編撰，頁 102-107。 (2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 186-191。 (3)《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，主題 3、實戰演練 11。 <b>第二小題</b> (1)《高點民法專用講義第三回》，劉台大編撰，頁 42-49。 (2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 149-154。 (3)《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，主題 3、實戰演練 10。

## 【擬答】

(一)1.甲不得對乙主張承攬契約瑕疵擔保責任，論證如下：

- (1)按承攬人完成工作，應使其具備約定之品質及無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，民法第 492 條參照。本件乙所完成之建築物具瑕疵之存在，甲似得對乙主張承攬契約之瑕疵擔保責任，擬先敘明。
- (2)惟依民法第 514 條第 1 項規定，定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅。本件甲發現瑕疵後已屬 1 年 2 個月，依上開規定，自不得對乙主張瑕疵擔保責任。

2.甲不得對乙就瑕疵損害主張不完全給付責任；惟得就瑕疵結果損害部分請求損害賠償，論證如下：

- (1)本件乙於承攬契約中未依債之本旨為給付，甲似亦得對乙主張不完全給付責任，惟應予釐清者為，關於房屋隔間牆壁崩落之損害，係屬瑕疵損害，適用民法第 227 條第 1 項之規定；而甲遭土石擊傷之損害，係屬瑕疵結果損害，適用民法第 227 條第 2 項之規定。
- (2)關於工作物瑕疵損害，實務上基於承攬之性質及法律安定性，認為應準用第 514 條第 1 項之短期時效規定，最高法院 96 年第 8 次民庭決議參照。是以，本件甲不得對乙就瑕疵損害主張不完全給付責任；惟

<sup>1</sup> 最高法院 96 年第 8 次民庭決議：

院長交議：定作人對於因可歸責於承攬人事由，致工作發生瑕疵之損害，得否於民法第五百十四條第一項所定一年期間經過後，另依同法第二百二十七條不完全給付損害賠償請求權，請求承攬人賠償損害？

決議：

一、民法第四百九十五條所規定之損害賠償不包括加害給付之損害。

二、承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基

關於瑕疵結果損害部分，依上開決議意旨，並未限縮其權利行使期間，仍應適用民法第 125 條之一般時效，故本件甲得對乙就瑕疵結果損害部分請求損害賠償。

(二)1.丙得向甲就瑕疵損害部分主張物之瑕疵擔保責任，說明如下：

- (1)按物之出賣人對於買受人，應擔保其物於危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵，民法第 354 條第 1 項參照，此係我國「物之瑕疵擔保」規範，本件房屋發生地基崩壞、天花板崩落等減損房屋價值、效用之情事，論其實質，係屬房屋之自始瑕疵問題，依通說「擔保說」之立場，就房屋瑕疵損害部分，丙似僅得對甲主張瑕疵擔保責任，而不得主張不完全給付責任，先予說明。
- (2)綜上，就 B 屋瑕疵損害部分，丙得依民法第 359 條規定，向甲主張解除契約或減少價金，惟依民法第 360 條規定，如甲於買賣契約訂立時，如未保證房屋之品質或故意不告知瑕疵，則丙不得向甲請求損害賠償。
- (3)另須敘明者為，本件如丙已盡民法第 356 條之從速檢查通知義務，則丙之契約解除權或減少價金權尚無民法第 365 條除斥期間適用之問題，併予說明。

2.丙得向甲就瑕疵結果損害部分主張不完全給付責任，說明如下：

- (1)另按因不完全給付而生固有利益損害者，債權人並得請求賠償，民法第 227 條第 2 項參照。本件 B 屋因瑕疵侵及丙履行利益外之固有利益，丙自得依加害給付之規範向甲主張損害賠償。其損害賠償之範圍，依民法第 216 條第 1 項規定，包含裝潢損失 200 萬元及身體健康權侵害之賠償。
- (2)惟應釐清者為，買賣契約標之物之瑕疵結果損害，依通說見解，非物之瑕疵擔保無過失責任之擔保範疇，故丙不得向甲就瑕疵結果損害主張物之瑕疵擔保責任，併予說明。

二、甲公司為購買廠房擴大營業，向乙銀行借款 2,000 萬元，甲洽請丙提供其個人名下、市值 3,000 萬元之 A 地，設定普通抵押權予乙，擔保甲對乙之借款債務及其利息、遲延利息、違約金，均經登記，並由丙、丁、戊、己共四人擔任連帶保證人。設有下列情形，請附理由回答下列問題：

- (一)甲因未如期清償本息，丙為避免其所有之 A 地遭拍賣，乃以連帶保證人身分，代償本息及違約金共 1,500 萬元。問丙對丁、戊、己，各得為如何之請求？（25 分）
- (二)借款清償期屆至 15 年後，因為戊、己均已病歿且皆無繼承人，乙遂訴請丁負連帶保證之償還責任，丁對此提出時效消滅之抗辯，乙因此受敗訴確定。倘法院於乙對甲之借款返還請求權時效消滅完成後 1 年內准予乙拍賣 A 地，就其賣得價金，乙受償借款本息、遲延利息、及違約金合計 2,100 萬元，則丙向丁請求償還其應為分擔部分，有無理由？（20 分）

命題意旨	<p>多數人保、物保競合問題。</p> <p><u>第一小題</u></p> <p>(1)多數人保、物保「應分擔比例」與「內部求償權」問題。</p> <p>(2)最高法院 99 年度台再字第 59 號判決。</p> <p><u>第二小題</u></p> <p>(1)主債務時效消滅後，多數人保、物保「應分擔比例」與「內部求償權」問題。</p> <p>(2)最高法院 101 年度台上字第 1110 號判決。</p>
考點命中	<p><u>第一小題</u></p> <p>(1)《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，頁 135-137。</p> <p>(2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 278-280。</p> <p><u>第二小題</u></p> <p>(1)《高點民法專用講義第三回》，劉台大編撰，頁 135-138。</p> <p>(2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 56、278-280。</p>

版權所有，重製必究

## 【擬答】

## (一)丙得對丁、戊、己求償 300 萬元、300 萬元、300 萬元，論證如下：

- 1.按同一債務上，如有保證人與抵押人為擔保競合，保證人與抵押人應分擔之部分，各以其履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。惟抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應以該債權額為準，民法第 879 條第 2 項規定參照，此係立基於物上保證人與保證人平等說與公平法理而設。
- 2.惟本件丙兼具抵押人與連帶保證人之雙重地位，丙之擔保比例，計算上是否應併計其人保與物保之擔保比例，實務（最高法院 99 年度台再字第 59 號判決<sup>2</sup>）上以民法第 879 條第 2 項規定並未明定於同一人兼為保證人與物上保證人時，應負擔保證人與物上保證人雙重責任而採否定見解，惟管見以為立基於公平法理，當事人既同意負擔雙重保證責任，即應以雙重身分，分別負物保、人保之分擔義務，故本件丙、丁、戊、己對於債務應分擔之比例，應各為五分之二、五分之一、五分之一、五分之一。
- 3.題示丙以連帶保證人身分向債權人乙清償 1500 萬元，丙、丁、戊、己就該 1500 萬元債務之應分擔之比例，即應為 600 萬元、300 萬元、300 萬元、300 萬元。丙清償債務後，應得依民法第 281 條第 1 項之規定，向丁、戊、己內部求償 300 萬元、300 萬元、300 萬元。

## (二)丙不得對丁請求償還其應分擔部分，論證如下：

- 1.按為債務人設定抵押權之第三人，因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，該第三人於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權；同一債務上如有保證人者，抵押人就超過其分擔額之範圍，得請求保證人償還其應分擔部分，民法第 879 條規定參照。
- 2.本件借款債務之抵押人丙因債權人乙實行抵押權，致失抵押物之所有權，應得就 2100 萬元之限度內，承受乙對甲之債權，並得就超過其分擔額之範圍，向連帶保證人丁求償。依題示，由於他連帶保證人戊、己已歿，丙亦具物上保證人與保證人之雙重地位，丙、丁間之應分擔之部分，各為 1400 萬元、700 萬元。
- 3.惟本件乙對甲之債權已罹於時效消滅，丙是否仍得依民法第 879 條第 3 項之規定，向丁主張內部分擔，管見擬採否定見解，其論理有二：首先，民法第 879 條第 3 項之請求權基礎，係抵押人對於債權人對於主債務人之債權承受下，對於保證人就其應分擔額之求償權與承受權，丁依民法第 742 條第 1 項規定既得對乙主張時效抗辯，自亦得對求償權人丙主張之（民法第 879 條立法理由參照）；其次，實務見解指出，抵押權為擔保物權之效力與主債務人應負清償責任，本非同一，債權人對主債務人之本金或利息請求權縱罹於時效而消滅，仍得依民法第 146 條、第 880 條於消滅時效完成後 5 年間行使抵押權而受償，乃來自於抵押權之效力，而非主債務人應負清償責任，故丁既得援甲之時效抗辯主張不負保證責任，丙自不得對丁復依民法第 879 條第 3 項規定內部求償。（最高法院 101 年度台上字第 1110 號判決<sup>3</sup>參照）
- 4.綜上，丙不得對丁請求償還其應分擔部分。

三、甲男係家中獨子，月入約 20 萬元，於 100 年 7 月認識乙女，展開熱烈追求，並於 100 年 10 月間，贈與乙價值 1,000 萬元之房屋 1 棟；於同年 11 月間，甲為感謝父親丙、母親丁之養育，各贈與丙、丁 100 萬元。於 100 年 12 月 3 日，甲與乙在雙方家長主持下，在著名大飯店內舉行盛大結婚典禮，翌日即前往南部旅遊多日，於返家途中不幸發生車禍，甲當場死亡。經清查後，甲於 A 銀行尚有存款 300 萬元，惟尚欠於 100 年 9 月 1 日向 B 銀行貸款之 500 萬元未清償；丁於 101 年 1 月 3 日完成拋棄繼承程序。試問：

(一)甲之遺產由何人繼承？比例為何？（15 分）

(二)B 銀行主張乙、丙、丁自甲所受之贈與，均屬甲之遺產範圍，是否有理？乙、丙、丁就 B 銀

<sup>2</sup> 最高法院 99 年度台再字第 59 號判決：「按民法第八百七十九條第二項前段規定：債務人如有保證人時，保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。雖係採保證人、物上保證人共同、比例分擔法，然該項並未明定於同一人兼為保證人與物上保證人時，應負擔保證人與物上保證人雙重責任，且該項於九十六年三月間增訂時，係以不同之人為保證人、物上保證人而舉例說明。原確定判決認再審被告兼具為保證人與物上保證人，僅須負擔單一之分擔責任，始為公平，而為再審原告敗訴部分之判決，經核並無適用法規顯有錯誤之情事。」

<sup>3</sup> 最高法院 101 年度台上字第 1110 號判決：「又以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人於消滅時效完成後，五年間不行使其抵押權者，其抵押權消滅，民法第八百八十條亦定有明文。依上開規定，抵押權為擔保物權之效力與主債務人應負清償責任，本非同一，債權人對主債務人之本金或利息請求權縱罹於時效而消滅，仍得於消滅時效完成後五年間行使抵押權而受償。」

行之主張，得為如何之抗辯？（30 分）

命題意旨	本題難度並不高，均僅為基本概念，稍稍涉及修法規定，答對應非難事。 <u>只是也因為題目不難，為強化識別度，同學在作答時除要注意答題架構、層次外，尚可妥善衡量時間及篇幅，斟酌答案之深度，適時衍生相關重點之論述，以求取高分。</u> 兩小題中涉及之法條均有立法論之問題（第二小題與 101 年台大 B 組的出題意旨十分雷同），除了法條的基本適用外，重點在於法條規定之瑕疵，造成適用結果有所不妥，此部分之論述分析才是真正的命題核心。
答題關鍵	涉及「第 982 條婚姻之形式要件」、「第 1175 條、第 1176 條拋棄繼承之效力」、「第 1148-1 條對外債務清償之責任財產認定之分析」等爭點，答題上多注意見解間之關連性、考量答案之層次感即可。
考點命中	《高點法學圖說系列—身分法》，侯律師編著，10 版，頁 2-17~2-20、頁 9-86~9-89、頁 9-98~9-99、頁 9-114~9-115、頁 9-167~9-173。 《高點身分法精要》，侯台大編著，2 版，頁 1-2~1-3、頁 1-40~1-41、頁 2-40~2-42 《高點 101 年律司身分總複習講義》，侯台大編撰，頁 4、頁 39~40、頁 84~86。

【擬答】

一、甲之遺產由何人繼承？比例為何？

（一）就血親繼承人部分

- 1.如題所示，甲並未有「直系血親卑親屬」存在，是以依民法（下稱本法）第 1138 條第 2 款規定，其父親丙、母親丁即為適格之血親繼承人。
- 2.然而，因甲死亡時，留下之債務大於遺產，母親丁於 101 年 1 月 3 日完成拋棄繼承程序，依本法第 1175 條規定：「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」因此僅有父親丙仍為甲之血親繼承人。

（二）就配偶繼承人部分

依題示甲、乙於 100 年 12 月 3 日在雙方家長主持下，在著名飯店舉行結婚典禮，此時，乙是否即已取得甲合法有效配偶之身分，而得依本法第 1144 條規定與血親繼承人同為繼承，仍有進一步探究之必要：

- 1.按就婚姻之形式要件而言，於 96 年 5 月修法以前係採「儀式婚主義」，依民法第 982 條規定：「結婚，應有公開儀式及二人以上之證人。經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚。」惟有鑒於「儀式婚主義」之公示效果薄弱，容易衍生重婚等問題，且公開儀式之認定常有爭執，進而影響婚姻法律效力，亦無法與離婚制度之「登記主義」相互配合，爰於 96 年 5 月修法時改採「登記主義」，而將第 982 條規定修正為「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」然而此制度之重大變革，為避免新法之適用產生混亂，並於親屬編施行法第 4 條之 1 第 1 項規定：「中華民國九十六年五月四日修正之民法第九百八十二條之規定，自公布後一年施行。」合先敘明之。
- 2.本題中，甲、乙係在雙方家長主持下，在著名飯店舉行結婚典禮，此些事實如於舊法時代應認已符合「公開、儀式及二人以上證人」之形式要件，然而，甲、乙係於 100 年 12 月 3 日結婚，當時已改採「登記婚主義」，亦即當事人除須踐行法定方式外，經登記時，其婚姻始成立生效，發生配偶關係，至舉行儀式與否，與婚姻之效力無涉。而本題中甲、乙於舉行結婚典禮翌日即前往南部旅遊多日，並於返家途中發生車禍，是以甲車禍死亡當下，甲、乙應尚未完成結婚登記，依新法之「登記婚主義」觀之，乙即非合法之配偶繼承人。

（三）繼承之比例

- 1.承上分析，於新法「登記婚主義」限制下，乙並非合法之配偶繼承人，如此甲之遺產即全部歸屬「血親繼承人」所有，而丁母已完成拋棄繼承程序，此時依本法第 1176 條第 2 項規定：「第二順序至第四順序之繼承人中，有拋棄繼承權者，其應繼分歸屬於其他同一順序之繼承人。」亦即，甲之遺產應僅由丙父單獨繼承。
- 2.此外就乙女部分，因其與甲尚未完成結婚登記，無法符合「登記婚主義」之要件，但當事人間已舉行結婚儀式，並已為夫妻共同生活，除欠缺婚姻形式要件外，在實質上實與法律上夫妻無異，如其中一方突遭變故而他方於法律上完全無法獲得保障，實不合人情亦不甚公允，是以學者多認對此類「事實上夫妻」應予以一定限度之保護，爰一併敘明之。

二、B 銀行主張乙、丙、丁自甲所受之贈與均屬遺產範圍，是否有理？乙、丙、丁得為如何抗辯？

（一）甲對外債務清償之「責任財產」認定：

1. 依本法於 98 年 6 月修法時增訂第 1148-1 條規定：「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。」又本條文並無溯及適用之特殊規定，必須「該行為發生於新制修正後」始有其適用；此外，依本條之立法理由觀之，學者俱認「本條項之規定既在避免影響被繼承人債權人之權益而設，則於被繼承人實際留下之財產『不足以清償』其所負之債務時，該贈與之數額方視為所得遺產，而作為清償被繼承人債務之標的。」反之，倘若被繼承人所留下之「積極財產已多過其債務」者，或「未有債務」的情形，此時則無保護債權人之必要，無須將繼承人於被繼承人生前兩年內所受之贈與再加入所得遺產，否則有明顯違背被繼承人處分財產之自由意志，甚至剝奪其在死亡前兩年對他人為單純贈與之意願，害及其處分財產之自由。

2. 本題中，甲男係於 100 年 12 月間死亡，依本法第 1147 條規定：「繼承，因被繼承人死亡而開始。」而甲死亡時於 A 銀行之存款為 300 萬元，惟於 B 銀行之貸款債務尚有 500 萬元未清償，其實際留下之財產『已不足以清償』其所負債務，而乙女所受之 1000 萬元贈與係於 100 年 10 月、丙父與丁母分別所受之 100 萬元贈與係於 100 年 11 月，亦均符合上開「98 年 6 月修法後，繼承開始前二年內」等要件，概念上似應即有第 1148-1 條規定之適用。

(二)然而，依本條之文義「受贈與人須為繼承人」，是以本題中乙、丙、丁自甲所受之贈與是否均有第 1148-1 條規定之適用，則仍有探究餘地：

1. B 銀行就乙女部分之主張為無理由

乙女雖受有 1000 萬元之高額贈與，但其受贈之時點係於 100 年 10 月，當時甲、乙二人僅在追求交往階段，甚至甲、乙縱於 100 年 12 月 3 日結婚，惟因尚未完成結婚登記，於新法「登記婚主義」限制下，乙亦非合法之配偶繼承人，因此 B 銀行依第 1148-1 條規定主張乙自甲所受之贈與亦屬遺產範圍為無理由，蓋因乙得抗辯其於受贈之時並非「繼承人」而僅為「第三人」。

2. B 銀行就丙父部分之主張為有理由

依本法第 1138 條第 2 款規定，丙父為適格之血親繼承人，其於 100 年 11 月所受之 100 萬元贈與亦均符合上開「98 年 6 月修法後，繼承開始前二年內」等要件，B 銀行主張丙自甲所受之贈與屬遺產範圍即為有理由。又因第 1148-1 條規定係為保障被繼承人債權人之權益而設，是以僅須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，該財產即視為其所得遺產。並不區分贈與之種類以及原因，是以丙父亦不得以該筆贈與係甲為感謝養育而為做為抗辯，一併敘明之。

(三)B 銀行就丁母部分之主張為無理由

依本法第 1138 條第 2 款規定，丁母雖亦為適格之血親繼承人，然而其已於 101 年 1 月 3 日完成拋棄繼承程序，依本法第 1175 條規定：「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」因此 B 銀行依第 1148-1 條規定主張丁自甲所受之贈與亦屬遺產範圍為無理由，蓋因丁得抗辯其因拋棄繼承而「溯及」自始「非為繼承人」。

三、未接，上開結論實更加凸顯第 1148-1 條規定本身設計不妥之處，本條之立法理由既係為保障被繼承人債權人之權益而設，然而本題中 B 銀行之債權確實已不足受償，而被繼承人甲亦確實於繼承開始前二年內為多筆贈與行為，但卻因「受贈與人乙女僅為第三人」、「受贈與之繼承人丁母拋棄繼承」，致使 B 銀行對乙、丁之主張為無理由，如此一來，恐怕難以實現本條之立法目的！再者，依題所示，甲係於 100 年 9 月 1 日向 B 銀行貸款 500 萬元，卻隨即於同年 10 月對乙女贈與價值高達 1000 萬元之房屋，於同年 11 月對丙父與丁母分別為 100 萬元贈與，此部分是否構成「詐害債權」而有本法第 244 條規定之適用，即有進一步探討實益！亦即 B 銀行若直接對乙、丙、丁主張本法第 244 條之撤銷權，即毋須受第 1148-1 條過於狹隘之文義所限制，對其未獲清償之債權之保障更為足夠，是以，學者就此亦有提出立法論之建議，是否將本條規定予以刪除，回歸民法債編之相關規定處理即可，實頗值參考。

四、原告甲列乙為被告，向管轄法院起訴，聲明求為判決命乙塗銷於 99 年 9 月 1 日就 A 地所為以甲為義務人、乙為債權人、丙為債務人之普通抵押權（下稱系爭抵押權）設定登記。甲之主張略以：甲、乙於 99 年 9 月 1 日就甲所有之 A 地為系爭抵押權設定登記，以擔保乙對丙之新臺幣 200 萬元借款債權（下稱系爭債權）。茲系爭債權已因丙之清償而消滅，爰依民法第 767 條第 1 項規定，求為判決如訴之聲明等語（下稱本訴訟）。乙聲明求為判決駁回原告之訴，辯稱：系爭抵押權及系爭債權均仍存在等語。試附理由回答下列問題：（37 分）

(一)本件應如何著手整理事實上爭點？在爭點整理階段，應如何分配舉證責任？

(二)法院就本訴訟所為甲敗訴之確定判決，其效力是否可能及於丙？

命題意旨	本題旨在測驗同學對於爭點整理方法之認識，以及參加效力與判決效力內容之理解。
答題關鍵	本題涉及諸多新世紀民事訴訟法修正後之學說發展，同學在答題上，不宜僅就舊法時代之舊理論見解加以說明，而應就新法修正後之最新學說發展加以敘述，特別在第一小題的舉證責任係意指「主觀舉證責任」，以及第二小題已將參加效力重新理解為「判決效力」，不可不慎。
考點命中	<p>《高點民事訴訟法講義第二回》，梁台大編撰，第三章第一節、第六章第一節，頁 4-6、124-125。</p> <p>《高點民事訴訟法講義第三回》，梁台大編撰，第七章第一節，頁 6-8。</p> <p>《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）》，邱聯恭編著，台大法學叢書 130，2001 年 11 月初版，頁 24。</p> <p>〈民事訴訟法研究會第 99 次研討記錄〉，邱聯恭發言、會後補註，民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研究(十六)，2009 年 4 月初版，頁 82、93-94。</p> <p>《口述民事訴訟法講義(二)》，邱聯恭編著，2009 年筆記版，頁 373-374；《口述民事訴訟法講義(三)》，邱聯恭編著，2010 年筆記版，頁 345-346。</p> <p>許士宦，〈集中審理之爭點整理—依一貫性審查及可證性審查之法律思維〉，月旦法學教室第 117 期，2012 年 7 月，頁 42-43、54。</p> <p>許士宦，〈行為責任之舉證責任(上)〉，月旦法學教室第 111 期，2012 年 1 月，頁 97；許士宦，〈行為責任之舉證責任(下)〉，月旦法學教室第 112 期，2012 年 2 月，頁 95-100。</p> <p>許士宦，〈第三人訴訟參與與判決效主觀範圍(下)—以民事訴訟上第三人之程序權保障為中心〉，月旦法學雜誌第 179 期，2010 年 4 月，頁 175-180。</p> <p>《集中審理制度之新審理原則、集中審理與審理原則、新民事訴訟法之理論與實務(四)》，許士宦編著，台大法學叢書 186，2009 年 4 月初版，頁 126-131。</p>

#### 【擬答】

(一)法院應先命原告甲針對丙如何清償系爭債權乙節為具體陳述，嗣命被告乙就甲係 A 地所有人、系爭債權業經清償各節表示是否爭執與爭執之答辯理由；如被告乙針對「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」之事實乙節有所爭執者，法院應闡明曉諭原告甲對該事實之存否負有（主觀）舉證責任：

1.法院應先命原告甲針對丙如何清償系爭債權乙節為具體陳述，嗣命被告乙就甲係 A 地所有人、系爭債權業經清償各節表示是否爭執與爭執之答辯理由：

(1)為落實集中審理之旨趣，法院對於訴訟事件之審理，可劃分為「爭點整理階段」與「集中證據調查階段」。其中，前者可在分為「主張階段」與「證據階段」。

(2)法院於「主張階段」進行原告請求一貫性、被告答辯重要性之審查以前，須令當事人針對所主張之事實與證據加以提出。所謂事實（及證據）上之爭點整理，係指法院於準備程序中首應確定與釐清當事人之主張內容，亦即：法院應先檢視當事人是否就其所主張該當實體法權利要件之主要事實、間接事實是否業已提出？何者係兩造所不爭執而無庸舉證？何者尚有爭執，須待負舉證責任之一方提出證據？就相關之待證事實，決定其調查之先後順序，依序要求當事人提出證據。當事人針對所提之證據聲明，請求法院為證據調查前，就當事人所提出聲明調查之證據，判斷是否與待證事實相關，而有調查之必要。

(3)經查，原告甲爰依民法第 767 條第 1 項規定，請求被告乙塗銷 A 地於 99 年 9 月 1 日系爭抵押權之設定登記，其所主張之訴訟標的與訴之聲明可謂業已明確特定。惟原告甲於原因事實中僅謂：系爭債權已因丙之清償而消滅等語，卻遑未就丙係於何時、以何種方式清償何等債務各節提出具體事實之陳述與證據。是以，法院應先闡明曉諭原告甲就上開事實為具體陳述。此後，法院尚須闡明曉諭被告乙，針對甲主張其係 A 地所有人、系爭債權業經清償各節是否爭執？如有爭執，其答辯之具體事實為何？法院透過兩造所陳述之事實，藉此整理兩造所爭執與不爭執事項，以利法院審理之進行。

2.如被告乙針對「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」之事實乙節有所爭執者，法院應闡明曉諭原告甲對該事實之存否負有（主觀）舉證責任：

(1)按法院於進行「集中證據調查階段」以前，須將爭點曉諭當事人（民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項）。在此之前，法院須先為事實上爭點整理以釐清事實為何（即需要調查證據之爭點事實），次依舉證責任分配之規定（民事訴訟法第 277 條）判斷與曉諭各該爭點事實應由何造當事人負證據提出責任（主觀舉證責任），以防止突襲性裁判之發生、貫徹程序權保障之要求。

- (2)第按，「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。」民事訴訟法第 277 條定有明文。上開規定所稱「舉證之責任」，係要求當事人負提出證據行為責任之行為規範，而非指示法院於證據調查結果、待證事實真偽不明時應如何處理之裁判規範；至於舉證責任分配之原則，兼具實體法與訴訟法之性質，法院除著眼於實體法觀點、以規範理論進行分配者外，尚須著眼於程序法觀點，考量是否有證據偏在、證明困難等情，基於維持兩造間公平之理由，平衡一造當事人之程序利益，視情形減輕或免除一造之舉證責任，降低要件事實之證明度或轉換舉證責任至他造，甚至要求他造負一定程度之事案解明義務。
- (3)再按，依據規範理論，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。是以，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。
- (4)經查，承前所述，法院於「主張階段」透過事實上爭點整理以釐清事實為何之後，自應就爭點事實應由何造當事人負證據提出責任進行判斷與闡明曉諭予當事人。是以，法院應先向被告乙闡明：針對甲主張其係 A 地所有人、系爭債權業經清償各節是否爭執。針對甲是否為 A 地所有人乙節，如經甲提出土地登記謄本予以證明者，衡諸常情，被告乙對此通常均不予爭執；惟被告乙通常會就系爭債權業經清償乙節加以否認，是本訴訟之爭點將為「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」。基此，有鑑於原告甲請求被告乙塗銷 A 地之系爭抵押權設定登記，係受民法第 767 條第 1 項規定而主張權利存在；且爭點之待證事實既屬物上請求權之權利發生要件即「被告乙是否無權占有」之要件事實，則「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」之事實存在乙節，應由原告甲負（主觀）舉證責任，當屬無疑。
- (二)本訴訟所為甲敗訴之確定判決，其效力是否可能及於丙，須視丙是否參與本訴訟而定：

1. 判決效力應擴張及於訴訟參加人：

- (1)按「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。」民事訴訟法第 401 條第 1 項定有明文。除例外情形者外，判決效力原則上僅及於形式當事人。
- (2)第按，訴訟參加人經訴訟參加後，其參加之效力，民事訴訟法第 67 條定有明文。惟學者認為，自新世紀民事訴訟法施行後，應對參加效力為重新之詮釋。亦即，於新法之架構下，自應理解為：本訴訟之判決效力（包含既判力），不僅及於形式當事人，更應擴張及於訴訟參加人、受訴訟告知者以及受職權通知者。理由在於：新法界定既判力之客觀範圍，以及判決效力之正當化基礎，係以程序權保障作為判斷依據；又賦予程序保障之方式，有訴訟參加、訴訟告知、以及職權通知等；同時第三人能否排除判決效力之拘束、而提起第三人撤銷訴訟，亦以第三人是否受有不可歸責於己之事由而未參與訴訟程序作為標準。洵此，新法下之參加效力，自應重新加以詮釋，應可理解為「判決效力」。是以，新法架構下之參加效力，除向來舊法所理解之參加人與被參加人敗訴後而應受該判決效力所拘束者外，更包含被參加人勝訴時之爭點效發生於參加人與被參加人間；參加人與他造當事人間之既判力或爭點效；以及被參加人與他造當事人間之既判力或爭點效。

2. 如丙已參加本訴訟者，本訴訟之判決效力應及於丙：

- (1)本訴訟所為甲敗訴之確定判決，其效力是否可能及於丙，須視丙是否參與本訴訟而定。
- (2)經查，丙並非本訴訟之形式當事人，亦非民事訴訟法第 401 條第 1 項之「繼受人」或「占有請求之標的物者」，原則上不受判決效力所及。
- (3)惟查，本訴訟中，原告甲主張系爭債權經丙於某年某月某日所清償，惟被告乙否認之。於此情形，對於被告乙對丙之系爭債權是否存在乙節，丙對於該事實認定之結果當有法律上之利害關係，丙自得於本訴訟為訴訟參加。
- (4)循此，如丙已為本訴訟之參加人者，其對於本訴訟之主要爭點即「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」乙節既有陳述意見之機會，自應使參加人丙受本訴訟判決效力之拘束，而不得於嗣後再為相歧異之主張。基此，在新法之下，應可將向來之參加效力重新理解為「判決效力」。

五、甲列乙為被告，起訴請求乙給付新臺幣（下同）50 萬元，主張甲持有丙簽發，票面金額 50 萬元，付款人為華南銀行，並由乙背書之支票一紙，於票載日期經提示而未獲兌現，乙應負背書人責任。第一審法院判決甲勝訴，乙不服該判決而上訴於第二審。問第二審法院就下列訴訟應如何處理？（38 分）



- (一)甲追加丙為被告，請求丙與乙連帶給付 50 萬元，主張發票人丙應與背書人乙負連帶責任。
- (二)乙主張其對甲有一筆價金債權 200 萬元，用以抵銷甲之系爭票據債權，並就抵銷餘額提起反訴，請求甲給付 150 萬元。

命題意旨	本題旨在測驗訴之變更追加、反訴於第二審程序之適用，係相當基本之題型。
答題關鍵	本題難度不高，同學僅需特別注意第一小題中涉及第二審之當事人追加，特別強調如何兼顧新被告之審級利益；第二小題中涉及第二審追加，應特別強調是否具有反訴之利益。
考點命中	1.梁台大，《民事訴訟法講義第一回》，第二章第四節，第 14、16 頁。 2.沈冠伶，「當事人之追加——最高法院九十一年度臺抗字第八號裁定之評釋」，月旦法學雜誌第 126 期，2005 年 11 月，第 199-201 頁。 3.許士宦發言，「民事訴訟法研究會第 80 次研討記錄」—民事訴訟法之研究(十一)，民事訴訟法研究基金會編，2003 年 12 月初版，第 154-159 頁。 4.許士宦，《反訴之擴張、程序保障與闡明義務、新民事訴訟法之理論與實務(一)》，台大法學叢書 143，2003 年 12 月初版，第 193-196 頁。

### 【擬答】

(一)非經丙之同意，否則第二審法院不應准許甲之追加聲請：

1.訴之追加予當事人追加：

- (1)「訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，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：五、該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者。」民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 255 條第 1 項定有明文。
- (2)按所謂訴之變更或追加，係指訴之三要素（當事人、訴訟標的、訴之聲明）三者有其一發生變更或追加者，即屬民事訴訟法之訴之變更或追加。是以，當事人得否追加一事，自有民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 255 條訴之追加之適用無訛。
- (3)再按，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款所稱「訴訟標的對於數人必須合一確定」一語應如何理解？解釋上非無爭論。學說上，有謂此合一確定之概念，僅限於固有必要共同訴訟之情形者；亦有謂除固有必要共同訴訟之情形以外，仍包含類似必要共同訴訟之情形。筆者以為後說可採：觀諸本條關於「合一確定」之解釋，應從其立法目的即擴大訴訟制度解決紛爭之機能、保護當事人之程序利益、促使紛爭更能有效解決之旨趣加以出發。是以，倘若允許追加其他具有類似必要共同訴訟關係之當事人為被告者，不僅無礙舊被告之防禦權、更可賦予新被告有參與訴訟程序之程序保障機會；更遑論文義解釋上，已難將同有合一確定之類似必要共同訴訟關係之人排除在外，更屬無疑。惟尚應注意者，倘若原告至第二審始追加新被告當事人，此時因新被告之追加尚涉其審級利益之維護，故解釋上仍須經新當事人之同意，始能追加。

2.如丙並未表示同意者，第二審法院自不應准許甲之追加聲請：

- (1)緣發票人丙簽發系爭支票、經被告乙背書後，由原告甲執有該支票。是以，實體法上原告甲本得爰依支票給付請求權，請求發票人丙與背書人即被告乙負連帶責任。惟原告甲於第二審時始追加丙為被告，第二審法院應如何處理？非無疑問。
- (2)查甲擬於對乙之訴訟中追加丙為被告者，實體法上得基於乙、丙間屬於連帶債務之關係，而請求丙共負給付責任。惟連帶債務人間是否具有合一確定之關係？學說上雖有爭論，惟我國實務見解與近來多數學者均認為連帶債務人間應解為具有合一確定之關係，始能避免裁判矛盾之發生。由是可見，因乙、丙間既為連帶債務人，則訴訟標的對於乙、丙當然有必須合一確定之關係，當屬無疑。
- (3)然而，有鑑於甲並未於第一審聲請追加、而係於第二審始追加丙為被告。為兼顧丙所固有審級利益之維護，除非經新被告丙之同意者外，否則第二審法院不應准許追加丙為被告之聲請，洵屬的論。

(二)法院應准予乙之反訴：

1.反訴提起之意義與合法要件：

- (1)「提起反訴，非經他造同意，不得為之。但有下列各款情形之一者，不在此限：三、就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者。」民事訴訟法第 446 條第 2 項定有明文。
- (2)按所謂反訴，係指被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定



之人提起反訴。原則上，如反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法相牽連者，當可提起反訴。惟為兼顧反訴被告之審級利益與紛爭一次解決之旨趣，民事訴訟法第 446 條第 2 項則新增規定，除經他造同意者外，如反訴原告就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者，亦可於第二審程序提起反訴。

(3)又所謂「就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者」，因第二審程序以准予被告提出以主動債權為抵銷抗辯之主張，法院既已針對主動債權之存否進行實質審理而投入勞力、時間與費用，則容許被告針對主動債權之餘額部分提起反訴，對於原告之防禦權應不造成特別之妨礙，並能減輕全國法官之負擔而符合訴訟經濟原則，避免另行起訴而使第一審法院須重新反覆調查該債權之存否。惟抵銷抗辯於第二審始提出，而具有民事訴訟法第 447 條但書不得提起之情形者，則不具備反訴之利益；至於被告是否因民事訴訟法第 447 條但書之規定而不得提起抵銷抗辯，尚須考量法院是否已善盡其闡明義務等因素。

2.如被告乙於第二審以價金債權提起抵銷抗辯並無民事訴訟法第 447 條但書不得提起之情形者，其針對餘額部分所提起之反訴，應屬合法：

(1)經查，原告甲依系爭票據債權請求被告乙給付 50 萬元。如乙對甲另有價金債權 200 萬元者，乙不僅得以該價金債權主張抵銷抗辯，更可針對餘額部分請求給付。

(2)第查，依照題示，如乙於第二審始提起該抵銷抗辯者，法院首應探究該抵銷抗辯之防禦方法是否逾時提出而有民事訴訟法第 447 條但書失權之情形。如價金債權於第一審程序終結後始屆至清償期、或法院為履行闡明義務以致乙未能及時提出該抗辯者，自因容許乙於第二審主張抵銷抗辯。循此，有鑑於價金債權之存否將受第二審法院進行實質審理而投入勞力、時間與費用，自應容許被告乙針對價金債權之餘額計 150 萬元部分提起反訴，始能符合訴訟經濟原則。是以，被告乙針對價金債權之餘額計 150 萬元部分提起反訴，應屬合法無疑。

六、甲、乙二人共同出資購買坐落新北市土城區之 A、B 兩塊土地，並共同出資在 A 土地上興建二層樓房 1 棟，A、B 兩塊土地及 A 土地上之一、二層樓房均登記為甲、乙兩人共有，應有部分各二分之一。關於 A 土地上之二層樓房，約定由甲管理使用一樓，乙管理使用二樓；二人並將 B 土地以一契約出租於戊（住所在臺南市某址）、己（住所在臺中市某址）兩人，約定租金每 1 個月新臺幣（下同）10 萬元，給付租金之履行地為臺北市中正區某地址。另甲向丙借款 500 萬元，乃以甲所有之 A 土地及 A 土地上一、二層樓房之應有部分為標的，為丙設定普通抵押權供擔保。嗣乙就 A 土地及其上一、二層樓房請求甲辦理分割，未能達成協議。關於下列爭議事項，請附理由回答之：

(一)乙以甲為被告，起訴請求法院就 A 土地及其上一、二層樓房為裁判分割，問：1. 乙請求分割共有物之權利，其性質為何？此一訴訟為何種訴訟性質？若法院對於兩造所提出之分割方案，均不同意，可否據此而駁回原告之訴？2. 若一審法院判決：「該屋一樓分配於甲，二樓分配於乙，A 土地仍維持原共有關係，另由甲補償乙 50 萬元。」確定，若丙之抵押權存在於乙所分得之土地、房屋上，乙得對甲主張何種權利？（30 分）

(二)甲未能依約清償其對丙所負 500 萬元借款債務，丙乃依法實行抵押權，聲請法院拍賣甲之應有部分（抵押物），1. 若在前開分割共有物之訴中，丙曾被訴訟告知，但未參加訴訟，則其抵押權效力是否及於已分配由乙取得單獨所有權之二樓房屋？2. 若法院為准予拍賣抵押物之裁定，丙如另提給付該借款之訴訟，甲可否抗辯該訴欠缺訴之利益？3. 若法院以債務清償日期尚未屆至為理由，駁回丙所為准予拍賣抵押物之聲請，則丙於其後可否復就此提起准予拍賣抵押物之聲請？（30 分）

(三)關於 B 土地之出租，若戊、己未能依約支付租金，計積欠 100 萬元，1. 甲、乙得否於一訴狀起訴請求戊、己二人應給付積欠租金？就此，甲、乙得向何法院提起之？2. 若甲、乙要求戊、己二人對該租金之給付負連帶責任，其主張是否有理？3. 若因戊、己積欠租金甚多，甲、乙欲終止租賃契約，乃作成催告支付積欠租金之書面通知，惟戊行蹤不明，不知其現在之居住所在何處，甲、乙得如何完成此項支付積欠租金之催告程序？（30 分）

命題意旨	1.第一小題：1.裁判分割共有物之性質；2.裁判分割共有物之效力(民法第 875 條)。 2.第二小題：1.民法第 824-1 條；2.最高法院 67 年台上字 4046 號判例；3.最高法院 90 年台抗字第 666 號裁定。 3.第三小題：1.共同訴訟之要件(民事訴訟法第 53 條)；2.連帶債務之發生(民法第 272 條)；3.意思表示傳達障礙問題(民法第 97 條)。
考點命中	第一小題： (1)《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，頁 68-69； (2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 251； (3)《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，主題 12、實戰演練 5。 第二小題： (1)《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，頁 72-73； (2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 252。 第三小題： (1)《高點民法專用講義第一回》，劉台大編撰，頁 128； (2)《高點民法專用講義第二回》，劉台大編撰，頁 59； (3)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 82； (4)《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，主題 3、實戰演練 7。

## 【擬答】

## (一)1.關於系爭裁判分割共有物之訴問題，分論述如下：

- (1)按分割之方法不能協議決定，法院得因任何共有人之請求裁判分割之，民法第 824 條第 2 項參照。依通說<sup>4</sup>見解，請求法院分割共有物之實體法上權利，係屬民法上明文之形成訴權，當事人依民法第 824 條第 2 項所提起之訴訟，其性質上則屬形成之訴，擬先說明之。
- (2)惟應注意者為，裁判分割為「形式之形成之訴」，裁判上定共有物分割之方法時，法院本得自由裁量為展望性之裁判，不受任何共有人主張之拘束（最高法院 29 年上字 1792 號判例<sup>5</sup>參照），是以，本件法院如不同意當事人所提出之分割方案，仍應依其職權定分割方法，不得據以駁回訴訟。

## 2.乙得對甲主張之權利，分說明如下：

- (1)按各共有人，對於他共有人因分割而得之物，按其應有部分，負與出賣人同一之擔保責任，民法第 825 條參照。此係為各共有人分割上之公平原則所設，擬先敘明。
- (2)本件系爭共有物經分割後，依題示，丙之抵押權仍存續於乙所得房屋之應有部分上。依上開規定，應向乙負權利瑕疵擔保責任，依通說<sup>6</sup>見解，乙得依民法第 825 條、第 353 條、第 227 條第 1 項準用第 226 條第 1 項之規定，向甲請求損害賠償。
- (3)另按不動產裁判分割中，應受補償之共有人，就其補償金額，對於補償義務人所分得之不動產，有抵押權，民法第 824-1 條第 3 項參照。依前開規定，本件乙對甲所得之樓房，就其補償請求權之實現，亦得主張法定抵押權存在，併予說明。

## (二)1.抵押權效力不及於乙單獨取得之二樓房屋上，說明如下：

- (1)按應有部分有抵押權者，其權利不因共有物之分割而受影響。但裁判分割中，抵押權人經共有人告知訴訟而未參加者，其權利移存於抵押人所分得之部分，民法第 824-1 條第 1 項第 3 款參照。
- (2)本件裁判分割共有物訴訟中，丙曾受訴訟之告知而未參與訴訟，依上開規定，於共有物裁判分割後，丙之抵押權移存於應有部分抵押人甲所得之部分，故其抵押權效力不及於乙單獨取得之二樓房屋上。

## 2.甲不得抗辯該訴欠缺訴之利益，論證如下：

- (1)按抵押權人，於債權已屆清償期，而未受清償者，得聲請法院，拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償；其經法院為許可強制執行之裁定者，得為執行名義，民法第 873 條，強制執行法第 4 條第 1 項第 5 款參照，擬先予說明。

<sup>4</sup> 謝在全(2010)，《民法物權（上）》，修訂五版，頁 557-558。

<sup>5</sup> 最高法院 29 年上字 1792 號判例：「裁判上定共有物分割之方法時，分配原物與變賣之而分配價金，孰為適當，法院本有自由裁量之權，不受任何共有人主張之拘束。」

<sup>6</sup> 謝在全(2010)，《民法物權（上）》，修訂五版，頁 579-580。

(2)惟應注意者為，法院所為許可拍賣抵押物之裁定，僅有執行力而無既判力，故本件法院為准予拍賣抵押物之裁定後，丙復就系爭借款債權提起給付之訴，應認具有權利保護之必要，甲不得抗辯該訴欠缺訴之利益。（最高法院 67 年台上字 4046 號判例<sup>7</sup>參照）

### 3.丙得復提起准予拍賣抵押物之聲請，論證如下：

- (1)按法院所為許可拍賣抵押物之裁定，本質上係屬非訟事件，非訟事件法並無類似民事訴訟法第 253 條及第 400 條第 1 項之規定，亦無得準用之規定，是非訟事件，尚不發生所謂一事不再理之問題。倘非訟事件經裁定確定後，其裁定內容不能實現，當事人自仍得聲請更行裁定。（最高法院 90 年台抗字第 666 號裁定<sup>8</sup>參照）
- (2)本件丙所為之准予拍賣抵押物之聲請既遭駁回，依上開見解，丙仍得復提起准予拍賣抵押物之聲請，無一事不再理之問題。

### (三)1.甲、乙得向台北地方法院以一訴請求戊、己應給付租金，論證如下：

- (1)按二人以上於為訴訟標的之權利或義務，為其所共同者，得為共同訴訟人，一同起訴或一同被訴，民事訴訟法第 53 條第 1 款參照。此係我國共同訴訟要件之規範，擬先說明。
- (2)本件 B 土地之租賃關係，依題示說明，以甲、乙為共同出租人、戊、己為共同承租人，是以該租金債權、債務之法律關係，為甲乙、戊己所共同者，甲、乙自得以一訴請求戊、己應給付租金。
- (3)再按共同訴訟之被告數人，其住所不在一法院管轄區域內者，各該住所地之法院俱有管轄權。但依第四條至前條規定有共同管轄法院者，由該法院管轄，民事訴訟法第 20 條參照。本件戊、己之住所不在一法院管轄區域內，惟依民事訴訟法第 12 條規定，關於戊、己之訴訟，有共同管轄法院即債務履行地之台北地方法院，故依上開規定，本件訴訟，應由台北地方法院管轄，甲、乙應向台北地方法院提起訴訟。

### 2.甲、乙不得請求戊、己對該租金之給付負連帶責任，論證如下：

- (1)按連帶債務之發生，須以當事人明示或法律有明文規定者為限，民法第 272 條參照。
- (2)題示租金債務，戊、己並未明示負連帶給付責任，法律上亦復未規範戊、己應負連帶責任，僅屬可分債務，故本件甲、乙不得請求戊、己對該租金之給付負連帶責任。

### 3.甲、乙得聲請法院對戊為催告之公示送達，論證如下：

- (1)按表意人非因自己之過失，不知相對人之姓名、居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達為意思表示之通知，民法第 97 條參照。此項規定，依通說見解，於準法律行為準用之，擬先說明。
- (2)本件租金債務人戊之行蹤不明，不知其居所於何處，甲、乙應得依上開規定，聲請法院對戊為催告之公示送達，俾完成系爭支付租金之催告程序。

<sup>7</sup> 最高法院 67 年台上字 4046 號判例：「法院所為許可拍賣抵押物之裁定，並無既判力，被上訴人於聲請法院拍賣抵押物，經法院裁定准許後，仍就原債權更行提起本件給付之訴，不能謂欠缺權利保護要件。」

<sup>8</sup> 最高法院 90 年台抗字第 666 號裁定：「非訟事件法並無類似民事訴訟法第二百五十三條及第四百條第一項之規定，亦無得準用之規定，是非訟事件，尚不發生所謂一事不再理之問題。倘非訟事件經裁定確定後，其裁定內容不能實現，當事人自仍得聲請更行裁定。反之，非訟事件經裁定確定後，苟無內容不能實現情事，當無聲請更行裁定之必要；若當事人再行聲請裁定，自屬欠缺權利保護之要件，而應予以駁回。」