

《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、甲起訴主張其於民國（下同）100 年間出資新臺幣 1,000 萬元購買 A 屋，因入獄在即及貸款方便之故，故商借以其前女友乙之名義登記之。詎出獄後，乙拒絕將 A 屋返還甲，甲乃於 103 年 5 月 10 日發函終止借名契約，隨後並向法院起訴乙，請求其應依所有物返還請求權及不當得利返還請求權返還該屋，及移轉登記所有權予甲。若某高等法院第二審判決甲敗訴，甲乃請教 X 律師如何救濟，X 律師擬以下列理由為甲提起上訴：（一）原審判決就第一審法院所傳訊在場證人丙、丁二人之證詞，以其二人與甲均有事業上合夥關係，其證詞之證據價值較低為理由，而認不足採信，故原審判決於法有違；且原審認定事實之證明度未採優越蓋然性，於法有違。（二）第一審法院傳訊甲所聲請之證人丙及丁時，丙證人既已證稱當時另有戊女在場，經記明筆錄，原審法院雖詢問兩造是否尚須傳訊戊女，兩造均稱不用，原審法院竟未依職權傳訊戊女作證，亦於法有違。（三）就甲、乙間由甲出資購買 A 屋而以乙名義登記之合意，原審法院認定其性質為贈與，而非借名登記，此一就合意之解釋認定應不正確，亦屬違法。試問：上開理由是否適於作為甲之上訴事由？其法（理）依據何在？（38 分）

命題意旨	本題之命題意旨係針對上訴三審為主旨，在於測驗考生對於自由心證、證據法則、契約定性等爭點得否上訴三審，本題比較好的答題模式應參考姜世明老師之見解，然而實務見解有表示意見。
答題關鍵	最高法院 79 年第 1 次民庭決議、最高法院 71 年台上字第 2808 號民事判例、
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，2016 年版，頁 28 以下。 2.《高點民事訴訟法講義》第一回，甄台大編撰，2016 年版，頁 19、20 以下。

【擬答】

按民事訴訟法第 467 條規定：「按上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。」提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由。上訴三審時，如以民事訴訟法第 469 條所定事由提起第三審上訴者，應於上訴狀內表明，原判決所違背之法令及其具體內容、暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。本件，律師以下列理由上訴三審，得否容許之，於下分述之。

（一）X 律師理由（一）部分，非上訴三審事由。

- 如認二審判決不適用法規或適用不當為理由，得上訴三審，此由第 468 條規定自明，**此處之違背法令，包含判決違背成文法以外之法則，如論理法則、經驗法則、證據法則**，仍應認第二審判決確定之事實違背法令（最高法院 79 年第 1 次民庭決議參照）。
- 本件，丙、丁證詞僅具有較低證據力部分，應不得據此上訴三審。
蓋第二審為事實審，有調查證據、認定事實之職權；第三審為法律審，原則上雖不得自行調查證據、認定事實。本件，證據價值又稱證明力，認為丙、丁之證詞證明力，應由審理事實之法院依自由心證認定之，並於判決理由項下記載得心證之理由，**如二審法院並未違法調查證據亦無違背證據法則**，證據價值之高低應為**事實審法院自由心證認定之範疇**，故不得據此上訴三審（最高法院 79 年第 1 次民庭決議同此意旨）。
- 本件，二審法院未審優越蓋然性部分，亦無理由。
證明度係指法院認定某事實之存否真偽時，其心證達於可確定該事實為真實之程度。而民事訴訟法上，證明度標準為何，容有爭執。**目前實務見解有以優越蓋然性為標準（51%以上之心證程度）^{註1}，然學說上亦有認為須達非常高度之蓋然性為標準（90%以上之心證程度）^{註2}**，僅例外在特殊情形提升或降低證明度。

^{註1} 臺灣高等法院 98 年醫上字第 2 號民事判決：「民事訴訟程序負有舉證責任之一造，就有利於己之事實主張所須負擔之舉證責任，以達於足可轉換舉證責任之優勢證據程度為已足，而於他造否認其事實主張者，始改由他造負證明優勢證據瑕疵之責任。而所謂**優勢證據**，係指證據之證明力，足以使法院對於爭執之事實認定其存在，更勝於不存在，亦即可基於事實之蓋然性，認為符合真實之經驗，而肯定待證事實之存在，而達到蓋然之心證。」臺灣高等法院 99 年上易字第 31 號民事判決同此意旨。

^{註2} 臺灣高等法院 98 年醫上字第 2 號民事判決：「民事訴訟程序負有舉證責任之一造，就有利於己之事實主張所

然而第三審屬於法律審，是否得以對於事實審之證明度之高低加以審查，一般採取否認見解，認為屬於自由心證中二審法院認定事實之範疇，然而學說上有認為對於證明力應形成一定之客觀標準，以民事訴訟法第 222 條第 4 項規定：「得心證之理由，應記明於判決」與同法第 469 條第 6 款中判決理由不備之運用，使第三審對於事實審心證形成中得以審查^{註3}。民事訴訟法中並未確指本國須採何種標準為證明度標準，本文以為，本國民事訴訟法中第 284 條具有釋明之規定，如採優越之蓋然性理論，難以說明釋明之心證程度為何，故本文認為，雖不致要求至非常高度之蓋然性，然至少要求高度蓋然性（75% 以上之心證程度）以與釋明之心證程度為區辨，是以不得以二審法院未採優越蓋然性理論而為上訴三審事由。

(二)X 律師理由(二)部分，非上訴三審事由。

民事訴訟法採辯論主義，則當事人未聲明之證據法院不得加以調查。當事人甲、乙皆未聲明證據，按民事訴訟法第 288 條規定：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認有必要時，得依職權調查證據。」然得否以法院有不能得心證或有必要情形，認法院應依職權調查證據而上訴第三審法院，實務見解^{註4}認為：「法院有無不能得心證或有無其他必要情形，非依職權調查證據不可，乃一種事實，法院未為職權調查證據，究不生違背法令問題，非得據為第三審上訴理由。」故本件不得以此為上訴三審事由。

(三)X 律師理由(三)部分，非上訴三審事由。

本件就契約定性部分，法院認為借名契約而係贈與契約，就契約定性部分，非依實際契約名稱，而應依契約實質內容為認定。又適用法律屬於法院之職責，不受當事人所主張法律見解之拘束。故當事人所訂立之契約定性（性質）為何，法院應根據當事人所主張之原因事實認定後依職權適用法律，不受當事人法律陳述之拘束。又取捨證據、認定事實屬於事實審法院之職權，若其取捨、認定並不違背法令，即不許任意指摘其採證或認定不當，以為上訴理由^{註5}。是以，實務見解不許單純以契約定性不同，作為上訴三審之理由。

二、甲將乙列為被告，於民國（下同）105 年 5 月 1 日起訴，向該管法院請求判決命乙將甲所分得部分辦理所有權移轉登記，其並陳稱：甲、乙、丙三人就 A 地各有應有部分三分之一，因擬不再維持共有關係，已於 104 年 9 月 1 日協議分割，惟僅乙迄今一再推託，不依照分割協議履行，以致於遲遲未辦妥分割登記；丙願意協同甲辦理分割登記，但無意進行訴訟，為此，本於分割協議履行請求權提起本件訴訟云云。乙則辯稱：甲已將其應有部分所有權移轉給訴外人丁，應無權請求分割，且分割協議係在甲脅迫下所締結，應為無效，而請求法院駁回原告之訴云云。問：

(一)本件訴訟之當事人適格及訴之聲明是否無誤，有無應修正之處？如有，應如何修正？（18 分）

(二)受訴法院應如何擬定本案審理之方向，始符合民事訴訟法之規定及要求？如甲已具當事人適格，而受訴法院經審理後認為分割協議不存在時，應否逕以無理由駁回原告之訴？（19 分）

命題意旨	本題之命題意旨，主要考驗考生得否區辨裁判分割共有物之訴請求履行協議分割共有物之訴。
答題關鍵	最高法院 90 年第 12 次民庭決議。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第三回，甄台大編撰，2016 年版，頁 16 以下。

【擬答】

(一)本件不具當事人適格，且甲不得僅聲明登記自己之應有部分。

1.當事人適格係指具體個案中，當事人得為權利義務主體之資格。倘當事人之適格有欠缺者，法院則應認原告之訴為無理由，以判決駁回之。如本件，甲欲行使者為請求乙履行甲、乙、丙間成立之分割共有物協議，

須負擔之舉證責任，以達於足可轉換舉證責任之優勢證據程度為已足，而於他造否認其事實主張者，始改由他造負證明優勢證據瑕疵之責任。而所謂優勢證據，係指證據之證明力，足以使法院對於爭執之事實認定其存在，更勝於不存在，亦即可基於事實之蓋然性，認為符合真實之經驗，而肯定待證事實之存在，而達到蓋然之心證。」臺灣高等法院 99 年上易字第 31 號民事判決同此意旨。

^{註3} 姜世明，證明度之研究，《政大法學評論》，頁 394 以下。

^{註4} 最高法院 71 年台上字第 2808 號民事判例參照，本則要旨前半段因增訂民事訴訟法第 199-1 條第 1 項、第 2 項及第 247 條公布施行，理論基礎發生動搖，依最高法院 90 年第 3 次民庭決議不再援用。然此處為後段，仍應有適用之餘地。

^{註5} 最高法院 98 年度台上字第 292 號參照。

然丙無意一同進行訴訟，甲得否單獨起訴，亦或須由丙一同起訴，此為當事人適格之問題。

- 2.按最高法院 90 年第 12 次民庭決議認為：「共有物之協議分割與裁判分割，皆以消滅各共有人就共有物之共有關係為目的。而協議分割契約應由全體共有人參與協議訂立，方能有效成立，並須全體共有人均依協議分割契約履行，始能消滅共有人間之共有關係，該契約所訂分割方法，性質上為不可分，故共有人中之一人或數人提起請求履行協議分割契約之訴，其訴訟標的對於共有人全體必須合一確定，應以其他共有人全體為被告，於當事人之適格始無欠缺。且其應受判決事項之聲明，應為命兩造依協議分割契約所訂分割方法協同辦理分割登記，不得僅命被告就原告自己分得部分協同辦理分割登記。」援此，履行分割共有物協議此等給付之訴，為固有必要共同訴訟，分割協議之當事人皆須一同為原告或被告，本件如丙不願一同為原告，甲應以乙、丙為共同被告，方具有當事人適格。此外，甲不得僅聲明請求命乙登記甲所分得部分，甲應聲明：「依系爭協議之法律關係，求為命乙、丙協同就 A 地，依分割協議分割後所有權人分配位置及面積表所示之分割方案，辦理分割登記之判決。」

(二)

1.法院審理方向部分

- (1)按民事訴訟法第 296 條之 1 規定：「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。」本件是事實上為「甲是否其應有部分移轉他人」涉及甲之當事人適格之爭議與「協議是否無效」。
- (2)按民事訴訟法第 254 條第 1 項規定：「按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。但第三人如經兩造同意，得聲請代當事人承當訴訟。」是以本件應先確定者係「甲之應有部分是否已移轉」、「移轉時間點是否於訴訟繫屬中」。
- (3)此外，乙抗辯該協議係於脅迫下所締結，按民法第 92 條：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」如有該被脅迫之情事，乙得撤銷該意思表示，「甲是否有脅迫之情形」亦為本件事實上爭點。
- (4)因程序事項應優先於實體事項之法理基礎，本件法院應先調查當事人適格之問題，嗣後加以調查實體事項，故法院之調查審理方向依序為「甲之應有部分是否已移轉」、「移轉時間點是否於訴訟繫屬中」、「甲是否有脅迫之情形」，而就前開示事實調查證據。

2.如協議分割共有物之訴無理由，法院得逕為駁回。

本件，法院如認為分割協議不存在，得為駁回。蓋共有人中之一人或數人依其所訂立的共有物之協議分割契約，提起請求履行協議分割契約之訴，性質上仍屬給付之訴，非如共有物裁判分割之屬形成訴訟^{註6}，如為裁判分割共有物之訴，法院得參酌物之經濟效用，無須受當事人分割聲明之拘束，然如為履行協議分割之訴，依民事訴訟法第 388 條規定，法院尚不得就當事人所未聲明之事項逕為裁判，否則即為訴外裁判。故如法院認為分割協議不存在，法院應當駁回甲之訴訟。

三、甲基於投資理財目的，在乙證券公司（以下簡稱乙公司）開設帳戶，從事股票、基金及期貨交易等投資。乙公司營業專員丙，利用為甲處理投資事宜之便，向甲佯稱公司代銷某種基金產品，獲利預期相當看好。甲在丙的積極推銷下，同意匯款購買基金。嗣後，甲欲贖回基金時，始發現上當受騙，公司事實上並未代銷該基金，甲當初購買基金所匯款項，已全數遭丙提領一空後，潛逃出境。甲不甘受損，乃以乙公司為被告，依侵權行為之法律關係，起訴請求乙公司賠償其因此所受損害。

針對甲之請求，乙公司提出如下抗辯：第一、丙為該公司新進人員，到任未久，當初聘僱時，公司曾與丙約定，必須辦妥公證手續後，聘約始正式生效，惟雙方就聘僱事宜迄未辦理公證，故丙尚非公司員工；第二，丙謊稱代銷基金行為，純屬個人犯罪行為，與公司交辦職務完全無關，公司不須負責；第三，退一步言，甲購買該基金之款項，未依公司代銷基金標準作業流程，直接匯入基金申購帳戶，而係匯入丙所指定之私人帳戶，以致公司內部根本無從發現資金流動異常，進而啟動警示查核機制，可見公司就丙所作所為，已盡相當注意之監督，或縱加以相當之注意仍不免發生損害，公司自不須負責。

(一)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明甲對乙公司之侵權行為損害賠償請求有無理由？(30

^{註6} 最高法院 100 年台上字第 2048 號民事判決參照。

分)

(二)甲於訴狀送達後，又基於相同原因事實，主張追加依債務不履行之法律關係請求損害賠償，而乙公司表示反對時，法院是否應予准許？(30 分)

(三)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明甲對乙公司之債務不履行損害賠償請求有無理由？(30 分)

命題意旨	本混合題之命題意旨：三子題為純粹實體法的爭議，即僱用人責任與涉及履行輔助人之債務不履行等問題。第二子題部分為程序法上訴之變更追加之特別要件，考生中規中矩作答即可。需要說明者為乙公司之三個抗辯，需要考生花點篇幅個個擊破。考生得以參考最高法院 99 年台上字第 2024 號民事判決，與本題之事實類似。
答題關鍵	第一子題：最高法院 57 年台上第 1663 號判例、最高法院 42 年台上字第 1224 號判例。 第二子題：民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定。 第三子題：民法第 224 條與第 226 條規定之適用。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第三回，甄台大編撰，頁 65-67 以下

【擬答】

(一)本件侵權行為損害賠償請求權：

1.按民法第 188 條第 1 項規定，受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。是以，原則上受僱人所為之職務上侵權行為，除僱用人已盡其選任監督義務以外，僱用人須為受僱人之侵權行為，負連帶賠償責任。

2.然本件乙公司是否須為丙專員之行為負責，視乙公司之抗辯有無理由，於下分述之。

(1)乙公司抗辯丙非公司員工，無理由。

該抗辯為無理由，蓋按民法第 188 條之所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，**凡客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者均係受僱人**（最高法院 57 年台上第 1663 號判例參照）。此外兩者間係以事實之僱用關係為標準，僱用人與受僱人間已否成立書面契約，在所不問（最高法院 45 年台上字第 1599 號判例參照）。從而，不論乙公司與專員丙之間，是否具有公證僱傭契約之約定，皆不影響受害人之侵權行為之請求權^{註7}。本件僅須丙客觀上為乙服勞務且受乙公司監督即該當上開規定之受僱人要件，是以，乙公司之抗辯為無理由。

(2)乙公司抗辯專員丙之行為非執行職務，無理由。

該抗辯為無理由，蓋民法第 188 條第 1 項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，**不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利者而言，即受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關**（最高法院 42 年台上字第 1224 號判例參照），即濫用職務或利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，而不法侵害他人之權利者，就令其係為自己利益所為，自應包括在內（最高法院 87 年臺上字第 1848 號、最高法院 89 年臺上字第 2 號判例參照）。是以，證券公司之專員丙，如於營業時間內，在其僱用人乙公司之營業場所，利用職務之便，**係證券商所辦理有價證券承銷、買賣相關業務者，客觀上即難謂該業務人員係為證券商執行職務之行為**^{註8}。依前揭最高法院判決要旨，即應認與其執行職務有關。是以，乙公司之抗辯無理由。

(3)乙公司抗辯已盡其注意義務，無理由。

按民法第 188 條第 1 項但書規定：「但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」對此本法為推定過失責任。本件，**公司管理上本應對其專員具有一定之內部控制與查核機制，自難空謂無法發現金流異常**，專員丙擔任之職務既係為客戶理財，須經手錢財，證券公司於選任時，除應注意其是否具備專業之能力外，自須注意其品德是否誠

^{註7} 最高法院 56 年台上 1612 號判例表示：「僱傭契約於當事人間，固以約定一方於一定或不定之期限內為他方服務勞務，他方給付報酬為其成立之要件，然其與第三人間之關係，受僱人既係以聽從僱用人之指示而作為，倘受僱人確係因服勞務而生侵害第三人權利之情事時，僱用人即不能藉口曾與受僱人有何約定，而諉卸其對第三人之責任。」

^{註8} 臺灣高等法院 104 年重上更（一）字第 53 號民事判決：「證券商之業務人員對外從事有價證券承銷、買賣之招攬、推介、接洽、執行等行為，倘無任何可引人信賴此所謂有價證券，係證券商所辦理有價證券承銷、買賣相關業務者，客觀上即難謂該業務人員係為證券商執行職務之行為。」

實廉潔，並於任用後，除監督其工作情形外，尙應觀察其生活動態^{註9}，即認其已具注意義務。是以，本件爲無理由。

(二)法院應容許本件爲訴之追加。

- 1.按民事訴訟法第 255 條第 1 項本文規定：「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。」本條之立法理由係在防免突襲被告，是以，本件被告不同意追加之情狀下，原則上不得於訴狀送達被告後，爲訴之變更追加。
- 2.然同法第 1 項但書第 2 款規定：「但有請求之基礎事實同一者，不在此限。」如未一同解決紛爭之情狀下，例外容許爲訴例外容許爲訴之追加，然而請求之基礎事實同一，其判斷標準爲何，容有爭議。
 - (1)採社會事實同一說者^{註10}，認爲「請求之基礎事實同一」應爲紛爭本身的「事實關係」同一或與原因事實同一社會事實之意義。
 - (2)判決基礎事實同一說者^{註11}，認爲增訂本款之立法目的係爲了避免該他訴訟遭同一受訴法院逕行駁回，以致當事人須另開訴訟程序始獲解決紛爭，而蒙受勞費重複付出等程序上不利利益，要求法院儘可能寬認合併審判之需求。故此款所謂「基礎事實同一」係指據以審判舊請求之基礎資料（事實），與據以審判新請求之基礎資料（事實）爲同一。
 - (3)紛爭關聯說者^{註12}，爲我國多數實務見解，「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^{註13}。
- 3.本文從多數實務見解，認爲與訴訟審理進行具有相當程度之關聯性者，應容許訴之變更追加，本件同一原因事實得衍生侵權行爲與債務不履行之不同請求權基礎，爲一同解決紛爭，應容許追加債務不履行。

(三)本件債務不履行損害賠償請求權，有理由。

- 1.自始不能，指債之關係成立之前或成立當時，即存有不能給付之情形。又分爲自始客觀不能與自始主觀不能，客觀不能係指債之履行對任何人而言，均無可能實現。主觀不能則指債之履行對債務人雖無法實現，但對第三人而言，卻有實現之可能。就法律效果而言，自始客觀不能因債之關係發生前或同時，已有不能之事由，故債之關係不發生，自始無效（民法第 246 條規定），自始主觀不能仍有發生之可能，故債務人負債務不履行之損害賠償責任。
- 2.本件投資人甲與證券公司乙之間成立標的爲基金之買賣契約^{註14}（民法第 345 條以下），然而實際上證券公司並未代銷該筆基金，雙方契約仍有效成立，然該給付之無法實現存於契約成立之前，且他人有給付之可能，應該當爲自始主觀不能，而有債務不履行責任之適用。
- 3.又本件專員丙謊稱乙公司有代銷該基金，按民法第 224 條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」丙屬於乙公司之履行輔助人，乙公司應就專員丙之故意，與自己之故意負同一責任。故本件屬於可歸責於乙公司之情形，按民法第 226 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。」是以，甲得向乙公司請求可歸責於債務人之損害賠償。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

^{註9} 最高法院 99 年台上字第 2024 號民事判決參照。

^{註10} 呂太郎，原因事實與基礎事實，《台灣本土法學》第 11 期，頁 148、149。

^{註11} 邱聯恭，《口述民事訴訟法講義(二)》，頁 250 至 252，2012 年筆記版。

^{註12} 許士宦，《請求之基礎事實同一與訴之變更、追加。集中審理與審理原則》，頁 214。

^{註13} 王甲乙、楊建華、鄭建才，《民事訴訟法新論》，306 頁，2000 年版。

^{註14} 最高法院 100 年台抗字第 956 號裁定、最高法院 90 年台抗字第 2 號裁定參照。

^{註15} 筆者簡易地將本契約定性爲買賣投資型商品，考生亦得附理由將此定性爲居間亦或無名契約。

《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、原告甲列乙、丙為被告，向管轄法院起訴，主張：乙向甲借款新臺幣（下同）300萬元，丙為連帶保證人，乙屆期未清償借款，經催告仍拒不履行等情，依消費借貸、連帶保證之法律關係，聲明求為命乙、丙連帶給付300萬元之判決。嗣乙於第一審訴訟程序中死亡，由其全體繼承人丁、戊聲明承受訴訟。第一審法院認定甲僅交付200萬元借款予乙，乙全未清償，丁、戊為乙之繼承人，應繼承乙對甲之債務，丙對甲應負連帶保證責任，因而判命丙、丁、戊應連帶給付甲200萬元，並駁回甲其餘之訴。甲、丁分別就其敗訴部分提起上訴，甲之上訴理由略以：甲確已交付300萬元借款予乙等語。丁之上訴理由略以：乙並未向甲借款；縱乙有向甲借款，乙已清償完畢等語。請附理由回答下列問題：

- (一)法院應如何著手整理本件事實上爭點？在爭點整理階段，應如何分配舉證責任？（18分）
- (二)第二審法院進行第一次準備程序後，甲、丁分別具狀向受訴法院表示撤回各自之上訴，第二審法院應如何續行訴訟程序？（20分）

命題意旨	考事實上爭點整理之操作、舉證責任分配、共同訴訟類型之判斷與其效果之操作。
答題關鍵	事實上爭點整理之子題，如果要完整論述，應按甲對乙與甲對丙之訴訟標的拆開，分別為論述，較為完整，然題目可以得知重點在於消費借貸之要件事實部分，從而筆者建議考生判斷分配與時間，合一敘明即可。又舉證責任分配為每年國家考試必出之題目，本題屬於舉證責任之基本題，較無特殊之處。 撤回上訴之部分涉及共同訴訟類型，然而在此前，更須先確定連帶保證與連帶債務間之關係，即先確定其為連帶債務，抑或不真正連帶，雖筆者認為出題者，並無發現實體法上之疑義，然為確實對法律關係為分析，遂花大量篇幅釐清關係，然而， <u>考生逕寫連帶訴訟之共同訴訟類型</u> ，筆者亦認為不礙評分。又筆者雖認連帶債務與不真正連帶債務之共同訴訟類型，為普通共同訴訟，但因為撤回上訴有民訴法第459條第2項關於合一確定之適用，故筆者往類似必要共同訴訟著墨。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第二回，甄台大編撰，第35頁。 2.《高點民事訴訟法講義》第四回，甄台大編撰，第47頁。 3.《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，第13頁、第27頁。

【擬答】

(一)

1.事實上爭點整理如下：

- (1)按民事訴訟法第296條之1規定，調查證據前，法院應對當事人曉諭爭點。復按同法第244條第1項第2、3款規定，起訴狀應表明訴訟標的、原因事實及訴之聲明，即訴訟之最上位爭點。訴之聲明應清楚、明確，訴訟標的須具體、特定。又本件甲主張依消費借貸、連帶保證之法律關係，此乃以權利單位為訴訟標的而起訴，應行論理上爭點整理。論理型之事實上爭點整理須就裁判之最上位爭點有無理由之要件事實、間接事實、對造所爭執不爭執之事實為整理。
- (2)事實上爭點整理
本件甲向乙請求返還借款，係基於其借款返還請求權，借款返還請求之前提為甲乙間訂有民法第474條消費借貸契約與貸與人甲交付借款，此兩項前提為要件事實，故甲主張其交付借款於乙，對此，乙之繼承人先否認借款事實，嗣後主張縱有借款，亦為清償。從而，本件應調查之事實為「借款債權之存否事實」與「乙是否有清償該借款之事實」。
- (3)又甲向丙請求返還連帶保證借款，按民法第272條約定乙丙各負全部給付之責任，然丙須負責任之前提係該借款債權並未受乙清償，是以，該部分所應所調查之證據與前開借款返還請求權同，即「乙是否有清償該借款之事實」。

2.待證事實分配如下：

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，提供法院就該項真偽不明之待證事實，應如何為認定之裁判準則。按民事訴訟法第 277 條之規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，然此規定有不明確之評，故通說乃採規範說為舉證責任分配。規範說係指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。以下分別就各待證事實操作規範說。

(1) 甲交付借款之待證事實，由甲負舉證責任。

本件，待證事實為甲有無交付借款之事實，消費借貸契約為要物契約，因借用物之交付而生效力。按前開規範說，交付借款為構成要件事實，係主張權利存在之甲，須負舉證責任。(最高法院 69 年第 27 次民庭決議同此意旨)

(2) 乙已清償該借款債權之待證事實，由丁戊負舉證責任。

按民法第 309 條規定，依債務本旨向債權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。是以，清償屬於前開規範說之權利消滅要件事實，應以否認權利存在之人負舉證責任。本件，丁主張乙已清償借款，而為權利消滅事實，故應由主張甲權利不存在之丁負舉證責任。

(二) 二審訴訟上訴繫屬皆消滅，二審無須續行訴訟，訴訟終結，而一審判決確定。

1. 丁具狀向受訴法院表示撤回上訴之部分

丁向受訴法院表示撤回上訴之效果，其涉及為丙丁與戊間之共同訴訟類型。蓋共同訴訟類型如為普通共同訴訟，係適用本法第 55 條獨立原則，然如屬於須合一確定之類似必要共同訴訟與固有必要共同訴訟，係適用本法第 56 條之規定，故丁撤回上訴之效力不可一概而論。

(1) 丁戊間之關係為連帶債務，又丁戊與乙間之關係為不真正連帶債務。

① 本件，乙死亡後，由繼承人丁戊按民事訴訟法第 168 條規定承受訴訟，即承受乙之法律上地位，於實體法上，丁戊間之關係，按民法第 1153 條第 1 項規定，繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負連帶責任，是以，丁戊對於乙之債務，對外關係為連帶債務。

② 又因原本借款債務人乙與連帶保證人丙間之關係為何，非無討論之餘地。蓋按最高法院 45 年台上字第 1426 號判例表示，保證債務之所謂連帶，係指保證人與主債務人負同一債務，對於債權人各負全部給付之責任者而言，此就民法第二百七十二條第一項規定連帶債務之文義參照觀之甚明；即實務見解認為連帶保證人與主債務人間為民法第 272 條規定之連帶責任。

③ 然而，連帶保證人係保證之一種，與一般保證之差異僅係無先訴抗辯權，保證債務與主債務間仍不失從屬性，雖債權人得各自向連帶保證人與主債務人為全部請求，然連帶保證人為清償後，得按民法第 749 條規定，向主債務人全部請求，並無依民法第 280 條內部分擔之問題，是以，連帶保證並非連帶債務，然連帶保證又具備如同連帶債務之外觀，故僅係不真正連帶(最高法院 76 年度台上字 963 號判決參照)。

④ 本件，甲對於丁戊丙三人得各自獨立請求清償該借款債權，然而丁戊為繼承主債務人乙之法律上地位，須負最終之清償責任，是以，本件丁戊與丙之關係為不真正連帶債務，又前開丁戊間之關係為真正連帶債務關係。

(2) 丁戊間為普通共同訴訟類型

① 有認為係類似必要共同訴訟說者，認為連帶債務人間須合一確定，援民法第二百七十五條之「連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力」之規定，認為判決被告各人不得為相異之判斷，即屬合一確定，應適用民事訴訟法第五十六條第一項之規定(最高法院 33 年上字 4810 號判例意旨參照)。

② 亦有採普通共同訴訟說者，認為依第 273 條規定，債權人對於個連帶債務人之訴訟標的係各自獨立，且第 275 條之明文規定，僅在「其判決非基於該債務各人關係者，為他債務人之利益」之條件下，判決效力方擴張，故性質上非合一確定，屬於普通共同訴訟。

③ 管見以為，基於連帶債務本身具有從屬關係，具有理論上不得相互矛盾之特性，是以，本文認丁戊間之連帶債務共同訴訟類型為類似必要共同訴訟。

(3) 丁戊與丙間為普通共同訴訟類型

債權人對於不真正連帶債務之數債務人原有個別之請求權存在，自得分別提起民事訴訟請求給付，非固有必要共同訴訟。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(最高法院 89 年度台上字第 2240 號判決意旨參照)，由於不真正連帶債務僅是偶然

構成，是以無理論上合一確定之必要，是以，丁戊與丙間之不真正連帶債務亦屬普通共同訴訟。

- (4) 丁戊間之關係為有合一確定之類似必要共同訴訟，此時，按民訴法第 56 條第 1 款規定，共同訴訟人中一人之行爲有利益於共同訴訟人者，其效力即於全體，不利益者，對於全體不生效力。從而，丁上訴係有利，故上訴效力即於全體，然按民訴法第 459 條撤回上訴之效果，為喪失上訴權，故對於全體不利益，原則應係不生效力，然而，民訴法第 459 條第 2 項規定，訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，其中一人或數人於提起上訴後撤回上訴時，法院應即通知視為已提起上訴之共同訴訟人，命其於十日內表示是否撤回，逾期未為表示者，視為亦撤回上訴，故如丁撤回上訴後，對於須合一確定之戊，二審法院須命戊十日內表示是否撤回，如逾期未表示，則視為撤回上訴。

- (5) 丁戊與丙間之關係為普通共同訴訟，此時，按民訴法第 55 條獨立原則，丁之上訴與撤回上訴皆不及於丙。

2. 甲具狀撤回上訴之部分：

- (1) 甲設具狀撤回對「全部被告」之上訴，因甲丁係分別具狀向受訴法表示撤回上訴，此乃指甲丁之上訴並無附帶之主從關係，為各自獨立之上訴，故本件撤回上訴無須得被上訴人同意。回上訴者，係上訴人對於法院表示撤回上訴之訴訟行爲，其撤回上訴之法律效果，按同法第 459 條第 3 項規定，扯回上訴者，喪失上訴權，係使上訴審之訴訟繫屬溯及於上訴時歸於消滅而已，並不影響下級審之訴訟繫屬及其判決之效力。從而甲上訴撤回，使甲喪失上訴權。

綜前開所述，雖丁撤回部分僅及於戊，不及於丙，故原來甲對丙之訴訟仍繫屬於二審，然甲亦撤回訴訟，故該訴訟上訴繫屬皆消滅，二審無須續行訴訟，訴訟終結，而一審判決確定。

二、甲育有三名婚生子女甲 1、甲 2、甲 3，均居住於臺中市。甲死亡後，甲 1 清查甲之遺產時，發現甲於死亡前二年曾出資新臺幣 500 萬元購買位於宜蘭之 A 地，但將該地所有權登記於乙名下，乙亦住在宜蘭。甲 1 即向乙主張 A 地係甲之遺產，而於生前借名登記於乙之名下，故請求乙應將 A 地返還於甲之繼承人全體。詎料乙不僅拒絕返還，更自稱其為甲之婚外情所生子女，自幼由甲提供生活費撫育成年，甲晚年又因心感愧疚，遂購買 A 地贈與且登記給乙。問：甲 1 如為一勞永逸，避免乙將來主張其為甲之子女而分其他遺產，可否利用一道程序解決上述紛爭，且應以何人作為原告，向何有權限之法院起訴，並應如何撰擬訴之聲明？（37 分）

命題意旨	考別訴禁止之準用與確認親關係不存在之操作。
答題關鍵	關鍵在於題目明示為一勞永逸，一道程序解決紛爭，故答題關鍵為別訴禁止。又因題目甲此被繼承人已死亡，故須留心家事事件法有規定得以尚生存者為被告。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第 1 回，甄台大編撰，頁 18、19。 2. 《高點民事訴訟法講義》第 2 回，甄台大編撰，頁 25。

(一) 甲 1 應以乙為被告。而確認親子關係不存在之聲明為，確認原告甲○○與被告乙○○之親子關係不存在。訴訟費用由被告負擔。

1. 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。其經生父撫育者，視為認領。本件，乙主張經甲撫育成年，係視為認領為婚生子女。又按民法第 1066 條規定，非婚生子女或其生母，對於生父之認領，得否認之。此認領經否認後，得由認領人提起確認親子關係存否之訴。

2. 本件，甲 1 為甲之婚生子女，依民法第 1146 條規定，為甲之繼承人，而向乙提起返還 A 地於甲之繼承人全體，係基於民法第 1146 條之繼承回復請求權，雖有學說上認為繼承回復請求權非獨立之請求權，僅係將個別債權及物權返還請求之集合，然通說認為民法第 1146 條規定係獨立請求權，本文從之，故本件真正繼承人甲 1 得向以真正繼承人自居之非真正繼承人乙提請繼承回復該地。

- (1) 然如題示，欲利用一道程序解決乙將來主張其為子女而分其他遺產，繼承人甲 1 得按家事事件法第 67 條規定，就法律所定親子或收養關係有爭執，而有即受確認判決之法律上利益者，得提起確認親子或收養關係存在或不存在之訴。而此確認之訴同於民訴法第 247 條規定須具備確認利益。本件，甲 1 為繼承人，就乙與甲之親子關係有所爭執，而生法律關係不明確之危險，為除去該法律上之爭執，且該危險係足確認判決除去，可認為甲 1 具有確認利益，而得提起確認甲乙間親子關係不存在之訴。

- (2) 甲 1 提起確認親子關係不存在之訴得一次紛爭解決，在於家事事件法第 69 條規定，親子關係事件程序得

準用同法第 57 條之別訴禁止規定，故有關親子關係事件程序，經判決確定後，當事人即不得援以前依請求之合併、變更、追加或反請求所得主張事實，就同一親子關係提起獨立之訴。此別訴禁止得使甲 1 一勞永逸，避免乙嗣後主張分遺產。(3)又該親子關係不存在之訴，按家事事件法第 3 條第 1 項第 3 款規定，屬於甲類事件，復按同法第 39 條規定，第三條所定甲類或乙類家事訴訟事件，由第三人提起者，除別有規定外，以訟爭身分關係當事人雙方為共同被告；其中一方已死亡者，以生存之他方為被告。本件，繼承人甲 1 原則上應甲乙為共同被告提起確認親子關係不存在之訴，然甲已死亡，甲 1 得以生存之乙為被告即可。而確認親子關係不存在之聲明為，確認原告甲○○與被告乙○○之親子關係不存在。訴訟費用由被告負擔。

(二)本件得向台中地院或宜蘭地院起訴。

- 1.如前開所述，甲 1 以訴對乙提起繼承回復請求權與確認親子關係不存在之訴，繼承回復請求權，按家事事件法第 3 條第 3 項第 6 款規定為丙類事件，又確認親子關係不存在之事件，如前開所述為甲類事件，甲類與丙類皆屬具有訟爭性之訴訟事件，從而，兩者之合併，按家事事件法第 41 條第 1 項規定，數家事訴訟事件，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。
- 2.按家事事件法 61 條規定，親子關係事件，專屬下列法院管轄：一、子女或養子女住所地之法院。二、父、母、養父或養母住所地之法院。又按同法第 70 條規定，因繼承回復所生請求事件，得由下列法院管轄：一、繼承開始時被繼承人住所地之法院；被繼承人於國內無住所者，其在國內居所地之法院。二、主要遺產所在地之法院。本件，甲 1 住台中，乙住宜蘭，該爭執之 A 地亦位於宜蘭，親子關係不存在之訴之部分，台中、宜蘭地方法院皆為具管轄權，而繼承回復部分遺產所在地宜蘭地方法院具有管轄權，但依前開第 41 條規定，甲 1 得有管轄權之台中地院、宜蘭地院其中之一合併請求。

三、甲男與乙女原為夫妻，嗣協議離婚，並已辦妥離婚登記。離婚協議書載明兩人於婚姻關係存續中之民國 94 年間取得，而登記為甲男所有之 A 房屋及其基地 B 土地之應有部分（下稱 AB 房地），歸乙所有，而由乙女承擔 AB 房地抵押之銀行貸款債務等語，並於離婚登記後數日辦妥所有權移轉登記。因登記機關之表格，關於所有權移轉登記，並無離婚協議之事由，且為節稅，故登記事由記載為贈與。離婚一年多之後，乙女將 AB 房地出售予丁，扣除銀行貸款後得款新臺幣 300 萬元，亦已辦妥由乙移轉於丁之所有權移轉登記。試問：

- (一)如甲男之金錢債權人丙，向法院起訴主張甲、乙間之贈與為詐害行為，請求撤銷甲、乙間贈與之債權行為與移轉 AB 房地所有權之物權行為，則應以何人為被告？如丙並聲請法院命丁回復原狀，則又應以何人為被告？（20 分）
- (二)如甲、乙確係為脫產而依離婚協議書為轉讓，但丁不知其情事，丙之上開請求有無理由？如丙為向甲購買 AB 房地之買受人，則丙之上開請求有無理由？（40 分）
- (三)在丙係甲之金錢債權人之情形，如乙不知甲有負債而受贈與，但丁知甲係為脫債而贈與時，丙之上開請求有無理由？若法院判決丙勝訴，僅丁對其敗訴部分提起上訴，上訴效力是否及於未聲明不服之共同被告？（30 分）

命題意旨	民法與民訴之混合題，主要考民法第 244 條撤銷詐害債權之實體法與訴訟法操作。
答題關鍵	切確區非受益人與轉得人之善意與共同訴訟類型。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第 2 回，甄台大編撰，頁 31。

(一)

1.丙請求撤銷甲乙間贈與之債權行為與物權行為，應以甲乙雙方為共同被告。

- (1)固有必要共同訴訟係指訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定，且依法律或依法理規定，必須數人一同起訴或一同被訴，當事人始為適格。如欠缺其一當事人，亦欠缺當事人適格，應依民訴法第 249 條第 2 項規定，非本案判決駁回。
- (2)按民法第 244 條第 1 項規定，債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。從而，本件之爭點為撤銷詐害債權之應以何人為被告。債權人依民法第二百四十四條行使其撤銷權，如僅請求撤銷債務人之行為，則應以行為當事人為被告，行為為雙方行為時，應以債務人及其相對人為被告，故其行為當事人有數人時，必須一同被訴，否則應認其當事人之適格有欠缺(最高法院 28 上字第 978 號判例意旨參照)。本件，丙請求撤銷甲乙間贈與之債權行為與物權行為，應以行為人甲乙為被告，屬固有必

要共同訴訟。

2.如丙並聲請法院命丁回復原狀，亦應以丁為被告。

按民法第 244 條第 4 項規定，債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。申言之，債權人撤銷之詐害行為之態樣，債務人與受益人間僅完成債權行為，該撤銷權僅發生形成效力；然如詐害行為之態樣，債務人與受益人間完成債權行為與物權行為，該撤銷詐害債權之行使，即同時發生形成效力與請求效力，此項撤銷權，為避免爭議，故於民法第 244 條規定利益返還請求權¹。又該向利益返還請求權之原形仍為所有物返還請求權或不當得利請求權，從而本件，丙聲請法院命丁回復原狀，以轉得人丁為被告即可。

(二)

1.如丁為善意不知情，丙之上開請求無理由

(1)按民法第 244 條第 4 項規定，債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。

(2)本件，如甲乙係為脫產而為轉讓，但轉得人丁為不知有撤銷原因者，此種情形為受益人為惡意、轉得人為善意之情形。然按民法第 244 條第 1 項規定，並不以受益人之善惡意為撤銷要件，然轉得人既為善意，按上開第 4 項但書之規定，其轉得行為非撤銷權效力所及，故債權人丙不得聲請命轉得人丁回復原狀，蓋轉得人已依民法第 759 條之 1 之規定善意受讓²。故丁如為善意不知情，丙之上開請求為無理由。

2.如丙為 AB 房地買受人，丙之上開請求無理由。

按民法第 244 條第 3 項規定，債務人之行為僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定。此為排除特定物債權之規定，參民法第 244 條規定之修正理由，撤銷權之規定，係以保障全體債權之利益為目的，非為確保特定債權而設。推其理由因如容許其撤銷，無異於始成立在先的買賣契約債權人取得優先權，此則破壞債權平等原則。本件，丙如為 AB 房地之買受人，即為特定物為標的之債權，故丙上開請求為無理由。

(三)如受益人乙為善意，然轉得人丁為惡意，丙之上開請求仍有理由。

按民法第 244 條第 1 項規定，債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。本件，受益人乙不知甲有負債而受贈與，乙為善意，但轉得人丁知甲係為脫債而贈與，丁為惡意，此時民法第 244 條第 1 項之規定，並不以受益人之善惡意為撤銷權行使之要件，轉得人為惡意，依同條第 4 項規定，其轉得行為撤銷權效力所及。債權人丙得依該條第 1 項規定聲請法院撤銷債務人之無償詐害債權行為，與請求轉得人丁回復原狀。

1.本件丁上訴效力，即於未聲明不服之共同被告。

(1)共同訴訟係指原告或被告一方或雙方為複數主體之訴訟類型。又如須合一確定者，係適用民訴法第 56 條之規定，無須合一確定者，係適用民訴法第 55 條知獨立原則。合一確定者，係指所受之本案判決對於他人亦有效力者，如該他人為共同訴訟人，即屬類似必要共同訴訟(最高法院 28 年上字第 2199 號判例意旨參照)。

(2)本件，丙一訴對甲乙提起撤銷詐害債權之訴，甲乙間之關係為固有必要共同訴訟乙如前開，然甲乙與丁間之關係為何，容有疑義。如受益人為善意，轉得人為惡意之情形，前開之撤銷詐害債權之訴，係認為及於轉得行為者，然此係指撤銷權之效力而言，非判決效力，故採普通共同訴訟者，認為丙對甲乙與對丁行使之權利不同，亦無判決效力及於轉得人之規定，屬於普通共同訴訟。然而，相對於此有認為該回復原狀請求權之前提為撤銷權，從而，兩者有避免裁判矛盾之理論上合一確定之必要，屬類似必要共同訴訟，本文從之。

(3)是以，本件共同訴訟類型屬於類似必要共同訴訟，按民訴法第 56 條第 1 項第 1 款規定，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。是以，僅丁對於其敗訴部分提起上訴，形式上為有利(最高法院 52 年度台上字第 1930 號意旨參照)，故效力及於共同被告全體(即甲乙)。

¹ 邱聰智，新訂民法債編通則(下)，頁 100、101，新訂一版。

² 林誠二，債權人行使撤銷權時受益人或轉得人之回復原狀，台灣本土法學雜誌第 42 期，頁 139。

《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、甲以乙、丙為被告，起訴主張 A 地原係甲出資向訴外人丁所購買，基於節稅考量，乃借用乙名義而由丁逕將 A 地移轉登記在乙名下。詎乙未經其同意，擅自以買賣為由，將 A 地移轉登記予丙所有。甲乃以起訴狀繕本之送達，終止其與乙間就 A 地之借名登記契約，藉以準用委任關係規定以行使權利，並主張乙、丙之行為損害甲之權利，起訴法律依據為借名登記契約及民法第 244 條第 2 項規定，且聲明：(一)乙、丙間就 A 地所為買賣行為，應予撤銷；(二)丙應塗銷 A 地之所有權移轉登記，回復為乙所有。試問：對於甲之上述聲明及陳述，法院應如何闡明？(38 分)

【擬答】

本件涉及階段訴訟之相關問題，分述如下：

(一)甲之主張之整理與定性

1. 本件甲之主張為依民法第 244 條撤銷乙、丙間就 A 地之買賣行為，並請求命丙塗銷 A 地之所有權移轉登記二者，其訴之聲明及訴訟標的皆有二，為訴之客觀合併。
2. 不過，若依本件事實，為終局達成甲之目的，應係取回 A 地之所有權。首先，若甲僅聲請撤銷乙、丙間之買賣契約，則丙仍為 A 地之合法所有人，甲之第二聲明將無理由。因此，甲應係撤銷乙、丙間關於 A 地之所有權移轉登記，再依民法第 242 條代位乙向丙行使民法第 767 條之權利，請求丙塗銷登記。再者，民法第 244 條撤銷權之行使，多數見解認為不得就特定之債為之，因此，甲主張撤銷乙、丙間就 A 地之買賣行為，似不符合實體法之要件，欠缺主張之一貫性。最後，甲係欲取回 A 地，但就其原先之請求，其對乙並無任何之請求，惟甲若成功代位乙向丙取為 A 地，即得向乙請求返還 A 地。

(二)向來之訴之客觀合併類型

1. 在訴訟客體有複數之情形，向來有單純合併、預備合併、選擇合併及競合合併。其中，單純合併係聲明與標的有二之情形；預備合併係聲明與標的有二，且不能並存，依原告排列之順位請求法院為裁判；選擇合併係聲明單一但標的為複數，請求法院擇一有理由者為勝訴判決；競合合併亦聲明單一但標的複數，不過請求法院皆為裁判。
2. 依向來之訴之客觀合併類型，就本件甲之請求，其聲明及標的皆為複數，無從依選擇或競合合併為之；且其請求並非互斥，亦不得依預備合併方式提起，僅得依單純合併之方式起訴。

(三)階段訴訟

1. 實務上向來認為，訴之客觀合併僅能依上述四種類型為之。不過，學說上有認為，基於當事人處分權之尊重，應寬認得合併提起的類型，除有危害公益層面訴訟經濟，或妨礙對造之攻擊、防禦者，應認原告得自由為客觀合併。
2. 本件，依向來見解，甲僅能以單純合併之方式為之。不過，若甲之撤銷請求無理由，則會必然導致其代位乙請求丙塗銷 A 地登記之請求一併無理由。換言之，須甲之撤銷請求有理由，始有審理代位請求之必要。此種前位請求有理由始就後位請求為審理之情況，學說尚有稱為重疊合併或階段訴訟。於本件若允許甲得為如此聲明，即其撤銷請求有理由時始審理代位請求，不僅尊重甲之處分權，亦有益公益層面之訴訟經濟，似可為之。

(四)總結

綜上，法院應依民事訴訟法第 199 條，使甲完全陳述其起訴所欲達成之目的。其欲取回 A 地，若欲行使撤銷權，並再行使代位權，宜闡明其階段訴訟之合併方式，並一併依契約關係請求乙返還 A 地，不過就撤銷權之行使，有主張一貫欠缺之可能。若慮及甲有因主張一貫欠缺而遭駁回之可能，法院宜與甲討論、闡明，使其

依侵權行為等其他實體法上請求權基礎，再為完全之聲明。

二、甲以乙公司向其借款，依據消費借貸之法律關係，起訴請求乙公司給付款項。乙公司則抗辯：本件借貸契約係由非其公司之董事長 A 所簽立，對其公司不生效力，自無庸負擔清償責任。法院審理結果，認 A 雖非為乙公司之董事長，但仍擔任總經理一職，故其有權簽立消費借貸契約，依據消費借貸之法律關係，判決乙公司敗訴確定（下稱前案訴訟），乙公司並已給付甲款項。乙公司嗣以甲明知 A 非為乙公司之董事長，竟與其簽訂消費借貸契約，該契約自始無效，依契約無效回復原狀、侵權行為損害賠償及不當得利返還請求規定，另行起訴請求甲給付乙公司該借款（下稱本案訴訟）。甲抗辯：本件已有前案訴訟，故乙公司提起本案訴訟違反既判力，退步言之，前案訴訟中已就 A 有無權限代表乙公司簽立借貸契約為認定，於本案訴訟應有爭點效之適用。試問：甲之抗辯有無理由，本案訴訟法院應如何處理？（37 分）

【擬答】

乙公司之本案訴訟並未違反既判力；且於本案訴訟無爭點效之適用。

(一)乙公司之本案訴訟並未違反既判力。

- 1.按確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力，民事訴訟法(下同)第 400 條第 1 項定有明文。所謂既判力，係指一事不再理及禁止反覆之效力。亦即，法院之認定而經由判決所表示之紛爭狀態，禁止當事人再行爭執，亦禁止法院再為與前相反之認定。至於既判力之客觀範圍係訴訟標的、主觀範圍係形式、實質當事人，時之範圍係事實審言詞辯論終結前得提出之攻擊、防禦方法。
- 2.因此，欲判定既判力之客觀範圍或有無一事不再理之效力，須認定訴訟標的。雖訴訟標的之認定，在學理上尚有論爭，不過在本件當中，前案訴訟係甲對乙之借款返還請求權或借款返還地位，在本案訴訟當中，係乙對甲之回復原狀、侵權行為或不當得利請求權或其已返還之借款之請求返還地位。前、後兩訴之訴訟標的實不相同，不過，有無一事不再理，即第 249 條第 1 項第 7 款之情事，係法院應依職權調查之事項，無待甲之抗辯。惟本案訴訟既未違反第 249 條第 1 項第 7 款之規定，自然合法，法院須進行本案審理。

(二)本案訴訟無爭點效之適用。

- 1.本案判決之效力，有既判力、執行力、確認力或形成力等。既判力，及法院就訴訟標的所為之認定，表現於判決主文，依第 400 條第 1 項及第 249 條第 1 項第 7 款，具有禁止反覆及一事不再理之效力。然而，除訴訟標的以外，當事人之攻擊、防禦方法，經法院認定後，是否爭類似或等同於既判力之效力，民事訴訟法僅於第 400 條第 2 項就抵銷抗辯有明文規定。至於其他攻擊、防禦方法，司法實務及學說較多數見解認為，若符合「前、後兩訴同一爭點」、「當事人就該爭點為充分攻防而受程序保障」、「法院對該爭點為實質審理、判斷」、「前、後兩訴利益大致相同」、「無適用法規顯有錯誤」、「當事人未提出新訴訟資料」等要件，可生「爭點效」之效力，拘束後訴法院之認定。
- 2.不過，與既判力不同之處在於，爭點效僅為責問事項，須當事人有所聲明，法院使得加以調查。本件因甲有所抗辯，故法院得就本案訴訟有無爭點效加以調查。本件的爭點在於，「甲是否明知 A 非乙之董事長」。因前訴之請求數額與本案訴訟應差距不大，故可認定前、後兩訴利益大致相同；且法院似無適用法規錯誤之情事。不過，前案訴訟法院判決甲勝訴之理由在於 A 係乙之總經理，有權簽立消費借貸契約。至於甲是否明知 A 非乙之董事長，似非前訴當中，甲勝訴之關鍵，似亦非當事人所主張，並經法院為實質審理。是以，就該爭點而言，於本案訴訟似無爭點效之適用。

三、甲與乙係兄弟，二人生前曾簽訂「分產協議書」，約定由乙將其名下之 A 公司 50% 股份讓與甲。甲、乙先後死亡，甲並留下 B 屋一棟。試問：

- (一)甲之繼承人丙、丁，在尚未辦理繼承登記之前，二人即就繼承之 B 屋先行約定成立「分割協議書」，該分割協議是否有效？（30 分）
- (二)乙之繼承人戊就 A 公司 50% 股份遲不辦理讓與，甲之繼承人丙、丁如欲請求戊移轉該股份，應否共同行使權利？（30 分）
- (三)設甲之繼承人丁就上題(二)之訴訟，以維持家族和諧為由，拒絕同為原告，應如何處理？（30 分）

【擬答】

本件涉及繼承之公同共有關係所生的相關問題，分述如下：

(一)丙、丁之分割協議有效。

- 1.按繼承人自繼承開始時，承受被繼承人一切財產上之權利，民法第 1148 條第 1 項本文定有明文。是以，繼承人自被繼承人死亡時，除喪失繼承權或拋棄繼承外，繼受而取得被繼承人之所有權、債權等權利。此外，因繼承人自被繼承人取得權利，是為繼受取得，然此權利移轉並非因法律行為而生，而係因繼承此一法定事由，而使權利發生移轉。
- 2.非因法律行為而移轉之權利，若為不動產物權，無須有登記此一要式及公示行為，即可取得。然而，若欲處分該已取得之不動產所有權，仍需先辦理移轉登記後始得為之，民法第 759 條定有明文。而共有物之分割，即為處分行為之性質。因繼承而公同共有之遺產，立法者雖允許繼承人得隨時請求分割(民法第 1164 條)，有別於民法第 828 條第 3 項之規定，不過遺產若為不動產所有權，仍應先辦理繼承登記，始得為遺產分割，內政部之函示亦同此見解。
- 3.本件丙、丁欲就繼承所得之 B 屋為遺產分割之協議，依照民法第 759 條，B 屋既為不動產物權，丙、丁取得 B 屋所有權雖無須為登記行為。然共有物之分割行為係處分行為，依內政部函釋之意旨，丙、丁仍須先為繼承登記，始得為遺產分割。不過，丙、丁間之遺產分割協議，僅具有債權性質，尚未立即發生不動產物權變動之效力，因此，不妨認丙、丁之遺產分割協議有效，僅其欲為分割登記時，須先辦妥繼承登記，如此似較為妥適。

(二)丙、丁應共同行使權利。

- 1.按繼承人有數人者，在分割遺產前，各繼承人對於遺產為公同共有，民法第 1151 條定有明文。因此，若繼承人有數人，各繼承人對遺產既為公同共有，其間之效力應依民法第 828 條以下之規定為之。並且，依民法第 831 條，共有一節之規定，於所有權以外之財產權，由數人共有或公同共有者，準用之。是以，不論是對所有權之共有或公同共有，亦或是對所有權以外之財產權為準共有或準公同共有，除法律另有規定外，皆適用或準用共有一節之規定。
- 2.對於乙之股份移轉請求權，原係因甲、乙簽定之分產協議書而生。此為甲對乙之債權，於甲死亡後由甲之繼承人丙、丁依民法第 1148 條第 1 項本文、同法第 1151 條而為準公同共有。此外，乙所負對於甲之股份移轉之債務，則由其繼承人戊依民法第 1148 條第 1 項本文所繼承。是以，甲之繼承人既有多數，即丙、丁二人，則對於乙之債權，則由丙、丁依民法第 831 條所準公同共有。而關於債權之行使，即本件之股份移轉請求權，並非此財產權之管理、使用、收益，並無適用民法第 828 條第 2 項之規定，而應適用民法第 828 條第 3 項之規定，須由丙、丁一同向乙之繼承人戊請求始可。

(三)法院得依民事訴訟法第 56 條之 1 追加丁為共同原告。

- 1.訴訟主體為複數之情形，學說上稱為共同訴訟，而共同訴訟有普通共同訴訟或必要共同訴訟，係以訴訟標的對於當事人是否須合一確定而區分。亦即，在必要共同訴訟，當事人間有同勝同敗不得受其亦裁判之必要，而普通共同訴訟則無此要件，只要符合民事訴訟法第 53 條之規定，即得一同起訴或被訴。而必要共同訴訟又可分為固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟，前者須當事人全體起訴或被訴，當事人始為適格，後者則不需全體當事人起訴或被訴。
- 2.本件之訴訟標的原為甲對乙之股份移轉登記之請求，惟因甲已死亡，甲生前所對乙享有之債權，由其繼承人丙、丁所準公同共有。而公同共有關係，在實體法上依民法第 828 條第 3 項，須全體共同為之，在訴訟法上，為固有必要共同訴訟，須全體一同起訴或被訴。故本件丙、丁皆須為共同原告，否則法院得依民事訴訟法第 249 條第 1 項第 6 款或同法第 249 條第 2 項，駁回其起訴。
- 3.不過，為保障固有必要共同訴訟有行使權利必要之共有人之權益，在他共有人拒絕同為原告之情形，將因此使當事人不適格而無法起訴。因此，民事訴訟法第 56 條之 1 第 1 項規定，訴訟標的對於數人必須合一確定而應共同起訴，如其中一人或數人拒絕同為原告而無正當理由者，法院得依原告聲請，以裁定命該未起訴之人於一定期間內追加為原告。若逾期未追加者，則視為已一同起訴。不過，為尊重該他共有人之程序及實體處分權，法院應先使其有陳述意見之機會。
- 4.綜上，丙、丁須一同起訴，當事人始為適格，否則法院得駁回丙之訴訟。不過，丙得依民事訴訟法第 56 條之 1 第 1 項聲請法院追加丁為共同原告，惟法院於追加丁前，應使其有陳述意見之機會。