

《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。

1. 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）。
2. 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）。
3. 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上之僱用關係為標準，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，尚應觀察其生活動態^{註9}，即認其已具注意義務。是以，本件為無理由。

(二)法院應容許本件為訴之追加。

- 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，為訴之變更追加。
- 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，例外容許為訴例外容許為訴之追加，然而請求之基礎事實同一，其判斷標準為何，容有爭議。
 - (1)採社會事實同一說者^{註10}，認為「請求之基礎事實同一」應為紛爭本身的「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}，認為增訂本款之立法目的係為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）為同一。
 - (3)紛爭關聯說者^{註12}，為我國多數實務見解，「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，認為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為與債務不履行之不同請求權基礎，為一同解決紛爭，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。又分為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為基金之買賣契約^{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，應該當為自始主觀不能，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為買賣投資型商品，考生亦得附理由將此定性為居間亦或無名契約。