

《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。

《民法與民事訴訟法（二）》

一、甲以乙為被告，主張乙積欠工程款項新臺幣（下同）100 萬元，乃訴請給付 100 萬元。乙於第一審法院審理時，抗辯已清償上述債務；並稱縱尚未清償，因甲另積欠乙貨款 70 萬元及違約金 100 萬元，其亦得以此與甲之債權抵銷。第一審法院審理結果，認為甲對乙確有工程款債權 100 萬元，而就乙抗辯部分，乙之貨款債權亦屬存在，但違約金部分則有過高情事，乃依民法規定予以酌減為 30 萬元，並以雙方債權互為抵銷為由，判決駁回原告之訴。試問：

（一）乙對第一審法院判決得否提起上訴？（30 分）

（二）如本件未經上訴而確定，乙就甲所積欠 70 萬元貨款及 100 萬元違約金債務部分，得否另行起訴請求？（45 分）

命題意旨	本題係測驗考生，抵銷抗辯之意義及其相關之特殊問題，乍看之下屬於傳統且單純之考點；但仔細看過題目即可發現，題目尚加入「違約金酌減」此一特別之爭點，請同學務必解題時提高警覺心，緊扣於此。本題實出自於臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會民事類提案第 40 號此一實務見解，其案例事實與結論幾乎與本題完全一樣，倘若不清楚本實務見解，亦應可透過基礎法理之推敲得出答案。惟實務見解之結論似有可討論之處，故筆者尚針對於此作出個人見解之批判供參考，至於同學作答時最後結論要採何者，皆無不可。
答題關鍵	第一小題：臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會民事類提案第 40 號，抵銷抗辯之上訴利益判斷。 第二小題：臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會民事類提案第 40 號，抵銷抗辯之既判力範圍。
考點命中	1.《民事訴訟法（下）》，高點文化出版，許律師編著，2016 年，頁 15-91~15-109。 2.《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編著，頁 64~65。

【擬答】

本題涉及抵銷抗辯之上訴利益判斷及其例外產生既判力之範圍如何認定等相關爭議，以下分別說明之：

（一）乙得對第一審法院判決提起上訴：

1. 抵銷抗辯之意義及審理順序：

民事訴訟法（下同）第 400 條第 2 項規定，主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力。本項規定將使判決理由中抵銷抗辯之攻防方法，例外發生既判力。

又，因此種訴訟上抵銷抗辯可能於判決確定後發生既判力，相較於他種不生既判力之攻擊防禦方法而言，對當事人影響較鉅。故倘若被告於訴訟中一併提出「訴訟上抵銷」及其他攻防方法時，其判斷順位上，法院須先審酌他種攻防方法，待其他攻防方法均不成立時，方得審酌訴訟上抵銷之抗辯。此乃因法院就抵銷之抗辯不為判斷而駁回原告之請求與就抵銷之抗辯為判斷後始駁回原告之請求，二者具有重大之差異，前者之情形，被告可於不減損自己之債權情形下獲得勝訴判決；後者，被告即便獲得勝訴判決，卻亦因而犧牲其本身對原告之債權，難謂絕對有利，先予說明。

2. 依實體不服說，乙得對第一審法院判決提起上訴：

依題示，本題第一審法院認定乙之抵銷債權（主動債權）確實存在且適於抵銷，縱令其中違約金債權部分經法院依民法第 252 條予以酌減為 30 萬元，亦不生影響。即應進一步將抵銷債權與被動債權（訴訟標的法律關係之債權），互為抵銷。亦即，於本題中將乙合計之 100 萬元抵銷債權與甲起訴主張之 100 萬元債權抵銷，而判決原告敗訴。

又，本題法院雖採取乙之訴訟上抵銷抗辯而判決駁回原告之訴，然因該抵銷債權亦將產生不復存在之既判力，難謂對乙完全有利，已如上述。是以，就訴訟上抵銷之抗辯，其被告之上訴利益之判斷採取「實體不服說」，蓋即便抵銷之抗辯為法院所採，而判決被告勝訴，被告亦同時喪失對於原告之債權，故乙仍得對其勝訴判決提起上訴。

3. 小結：

綜上，本題乙仍得對第一審法院判決提起上訴。

（二）乙仍得另訴對甲請求其餘無既判力效力之 70 萬元債權部分：

1. 抵銷抗辯發生既判力之要件：

承上所述，抵銷抗辯雖非訴訟標的卻仍可能產生既判力（故稱為既判力客觀範圍之例外），其可例外產生既判力之要件如下：

(1) 該抵銷抗辯債權之存否須經法院實體判斷：

準此，倘若被告提出若干反對債權供作抵銷，而法院僅就其中之一部分為判斷時，其未經判斷之部分，仍無由發生既判力。

(2) 以「主張之額」為限，始生既判力：

亦即僅以原告主張之債權額與被告之抵銷抗辯重疊部分發生既判力，超過之抵銷債權額部分（倘若反對債權多於本案債權），即無既判力。

(3) 須以原告本案請求成立為前提。

2. 本題發生既判力之數額為 100 萬元：

依前揭說明可知，訴訟上之抵銷抗辯並非一律將生既判力，其發生既判力之範圍仍以：該抵銷抗辯其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限之部分始發生既判力。

準此，本題依實務見解（參照臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會民事類提案第 40 號），甲請求乙返還借款 100 萬元，乙以其對甲有貸款 70 萬元、違約金 100 萬元，合計 170 萬元之債權，主張與甲請求之 100 萬元抵銷，則經法院就此審理確定後，有既判力之數額僅為 100 萬元（因違約金債權部分遭酌減）。是以，第一審法院審理後既認乙主張抵銷之 100 萬元數額之債權全部存在，如判決確定後，其抵銷抗辯亦僅就此部分發生既判力，乙仍得另對甲請求其餘 70 萬元。

惟吾意以為，違約金酌減乃法院依職權所為之斟酌、判斷（包含有、無之判斷），其酌減將產生形成力，亦即不僅酌減後所餘之 30 萬元有之，整筆違約金債權亦應皆產生之，則是否真如實務見解所言僅酌減後之 30 萬元違約金部分產生既判力，而非整筆違約金債權皆生既判力，即有疑問；更有甚者，若依此見解，前訴法院既已將違約金由 100 萬元減至 30 萬元，卻因該 70 萬元部分未經過抵銷而認不生既判力，進而允許被告就此 70 萬元部分提起後訴，即可能產生裁判矛盾之風險。準此，吾意認為實務見解實有不妥之處，應認該 30 萬元抵銷債權發生既判力即指整筆違約金皆產生既判力，故乙不得就該 70 萬元另提後訴，方為妥適。

3. 小結：

綜上所述，本題若依實務見解，乙仍得另訴對甲請求其餘無既判力效力之 70 萬元債權部分。

二、甲起訴將乙銀行及其理財專員丙列為共同被告，起訴請求法院判決命乙、丙連帶賠償甲新臺幣（下同）1 千萬元。其主張之事實及理由為：甲為退休公務員，無投資經驗，丙向甲推銷乙銀行之 A 項投資商品時，未告知及說明該商品風險，且誇大產品之投資報酬率，以致於甲相信為百分之百保本商品，而決定提供資金投資該商品，結果損失 1 千萬元，丙應依民法第 184 條第 1 項前段規定，對甲負損害賠償責任；乙則應依民法第 188 條第 1 項前段規定，與丙連帶負賠償責任。乙、丙則抗辯：甲、乙曾簽訂指定用途信託資金契約，乙係依甲之指示，運用信託資金投資 A 項投資商品，乙已注意商品對甲之適合度，並揭示產品說明書及風險預告書，且由丙對甲充分說明相關交易條件及產品相關風險後，經甲於產品說明書及風險預告書（證物一）上親自簽名蓋章，而難認丙有何未盡之義務或故意、過失；乙亦已盡善良管理人之說明及風險告知義務，且對丙已盡選任及監督管理之責，甲請求乙連帶賠償損害，亦非有據等語，請求法院駁回原告之訴。甲雖不爭執其曾於證物一之上開書面簽名，但主張該書面字體甚小，內容複雜而難以瞭解，丙並未對其予以解說。試問：

（一）甲得對乙、丙主張何種法律關係？（25 分）

（二）法院應如何特定訴訟標的、分配舉證責任而為裁判？（25 分）

（三）受訴法院如以乙違反金融消費者保護法第 9 條、第 10 條規定，依據民法第 184 條第 2 項及金融消費者保護法第 11 條規定，判決甲勝訴，是否構成訴外裁判或突襲性裁判？（25 分）

參考法條金融消費者保護法【民國 105 年 12 月 28 日修正】

第 9 條：「（第 1 項）金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應充分瞭

解金融消費者之相關資料，以確保該商品或服務對金融消費者之適合度。(第2項)前項應充分瞭解之金融消費者相關資料、適合度應考量之事項及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

第10條：「(第1項)金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應向金融消費者充分說明該金融商品、服務及契約之重要內容，並充分揭露其風險。(第2項)前項涉及個人資料之蒐集、處理及利用者，應向金融消費者充分說明個人資料保護之相關權利，以及拒絕同意可能之不利益；金融服務業辦理授信業務，應同時審酌借款戶、資金用途、還款來源、債權保障及授信展望等授信原則，不得僅因金融消費者拒絕授權向經營金融機構間信用資料之服務事業查詢信用資料，作為不同意授信之唯一理由。(第3項)第一項金融服務業對金融消費者進行之說明及揭露，應以金融消費者能充分瞭解之文字或其他方式為之，其內容應包括但不限交易成本、可能之收益及風險等有關金融消費者權益之重要內容；其相關應遵循事項之辦法，由主管機關定之。」

(第4項)金融服務業提供之金融商品屬第十一條之二第二項所定之複雜性高風險商品者，前項之說明及揭露，除以非臨櫃之自動化通路交易或金融消費者不予同意之情形外，應錄音或錄影。」

第11條：「金融服務業違反前二條規定，致金融消費者受有損害者，應負損害賠償責任。但金融服務業能證明損害之發生非因其未充分瞭解金融消費者之商品或服務適合度或非因其未說明、說明不實、錯誤或未充分揭露風險之事項所致者，不在此限。」

命題意旨	本題之三個小題，分開看的話，一時之間恐難以掌握爭點。故同學應作一全面且完整之思考，仔細觀察前後子題間之關聯性，方可獲得邏輯、結論一貫之答案。其中較有變化之處為金融消費者保護法第11條之規定，其對於舉證責任分配有不同於一般之標準，應為答題之關鍵，請務必點出。
答題關鍵	第一小題：分別討論甲得對乙、丙主張何等權利，並區分契約及侵權責任。另外，倘若時間、允許篇幅，或可進而討論是否構成詐欺。 第二小題：重點在分析金融消費者保護法第11條對於舉證責任分配之特殊性。 第三小題：重點在承接第二小題之闡明。
考點命中	1.《民法債編(I)》，高點文化出版，張志朋律師編著，2017年，頁2-12~2-22。 2.《民事訴訟法(上)》，高點文化出版，許律師編著，2015年，頁13-34~13-44。 3.《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編著，頁15~23。

【擬答】

(一)甲得對乙主張契約責任及侵權責任，對丙僅得主張侵權責任：

1.甲得對丙主張民法第184條第1項後段之侵權責任：

民法第184條規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」

依題示，丙專員向甲推銷乙銀行之A項投資商品時，既未告知及說明該商品風險，且誇大產品之投資報酬率，以致於甲相信為百分之百保本商品，而決定提供資金投資該商品，最終損失1千萬元。應可認為丙以故意背於善良風俗之方法，致甲受有一千萬元之金錢債權損失（純粹經濟上損失），故甲即得對丙主張民法第184條第1項後段之侵權責任。又，因甲與丙間不存在契約關係，故甲對丙並無契約請求權，併此指明。

2.甲得對乙主張契約責任及侵權責任：

(1)甲得依消費者保護法第14條及消費者保護法施行細則第12條主張系爭書面不構成契約之內容：

依題示，甲與乙所簽訂之「信託資金契約」，應屬於所謂企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之定型化契約。

查本題之產品說明書與風險預告書，其目的在說明信託之用途等相關事項，性質上屬於定型化契約條款，甲雖不爭執其曾於該等文件上為書面簽名，但其主張該書面字體甚小，內容複雜而難以瞭解，而乙之受僱人丙亦未對其予以解說，則依消費者保護法第14條：「定型化契約條款未經記載於定型

化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」、消費者保護法施行細則第 12 條：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」等規定，甲即可主張該等書面不構成定型化契約內容之一部。

(2) 甲得向乙主張民法第 227 條之不完全給付：

金融消費者保護法第 10 條第 1 項規定：「金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應向金融消費者充分說明該金融商品、服務及契約之重要內容，並充分揭露其風險。」，同條第 3 項復規定：「第一項金融服務業對金融消費者進行之說明及揭露，應以金融消費者能充分瞭解之文字或其他方式為之，其內容應包括但不限於交易成本、可能之收益及風險等有關金融消費者權益之重要內容；其相關應遵循事項之辦法，由主管機關定之。」

可知金融服務業者與消費者訂立相關金融契約時，負有揭露及說明之義務，且應以消費者能充分瞭解之文字或其他方式為之。查，本題乙雖有提供產品說明書與風險預告書，然其書面字體甚小，內容複雜而難以瞭解，而乙之受僱人丙亦未對其予以詳細解說，應認乙違反上開條文課予金融服務業者之義務。準此，乙違反契約義務並具有可歸責性，甲即得依民法第 227 條向其主張不完全給付。

(3) 甲得對乙主張金融消費者保護法第 11 條及民法第 188 條第 1 項之侵權責任：

金融消費者保護法第 11 條規定：「金融服務業違反前二條規定，致金融消費者受有損害者，應負損害賠償責任。但金融服務業能證明損害之發生非因其未充分瞭解金融消費者之商品或服務適合度或非因其未說明、說明不實、錯誤或未充分揭露風險之事項所致者，不在此限。」，乙違反同法第 10 條規定致甲受有損害已如上述，則甲自得依據本條規定向乙請求損害賠償。

又，本題受僱人丙本身既已構成侵權行為，則僱用人乙自應依民法第 188 條第 1 項前段僱用人責任之規定，與丙連帶負損害賠償責任，甲亦得主張之。

(二) 法院應透過闡明協助當事人特定訴訟標的並分配其舉證責任如下：

1. 法院應透過闡明協助當事人特定訴訟標的：

(1) 闡明義務之意義：

按法官之闡明權或稱闡明義務，乃係法院訴訟指揮權之重要一環。新修正民事訴訟法第 199 條第 1、2 項分別規定：「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。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。」，此即法官對系爭案件法律見解之表明義務。另外，同法第 199 條之 1 更增定：「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完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。」，即法官對當事人法律關係之曉諭義務。簡言之，新法之方向立基於審理集中化，以發現真實及促進訴訟，原則上加重並擴大法官之闡明義務。

(2) 法院應為除去不適當之闡明及法律關係主張不完足之闡明：

依題示，本題甲係依民法第 184 條第 1 項前段規定向丙主張侵權行為損害賠償責任，然此「過失侵權行為」之請求權基礎，通說認為其保護客體為「絕對權」。是以，甲之損害既屬於純粹經濟上損失，其所須正確主張者應係民法第 184 條第 1 項後段之請求權基礎。此際，受訴法院不得逕以原告之請求權基礎錯誤為由駁回其訴，而應闡明令其改為正確或適當之請求權基礎。

此外，本題甲僅主張侵權責任，然依上述說明可知，甲尚有契約等請求權基礎可茲主張，則依前開條文規定，倘若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完足者，法院亦應曉諭其敘明或補充之，故本題受訴法院應闡明甲補充其不完足之處。

(3) 小結：

綜上，法院應透過闡明權之行使，協助當事人特定訴訟標的。

2. 本題之舉證責任分配如下：

(1) 舉證責任分配之一般原則：

民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」，此即民事訴訟法有關舉證責任分配之原則性規定。

通說實務所採之舉證責任分配標準為所謂之「規範說」（規範理論），其內涵為：主張權利存在之人，應就權利發生之法律要件存在之事實為舉證；否認權利存在之人，則應就權利排除法律要件、權利

消滅法律要件或權利障礙法律要件負舉證責任。

(2) 本題之舉證責任分配：

本題之各項待證事實，該如何分配其舉證責任，應區分侵權請求權與契約請求權而有所不同。就甲所主張之民法第 184 條侵權行為請求權而言，包括行為、違法性、故意過失、損害及因果關係等要件，皆屬於侵權行為請求權之權利發生要件，依上述規範說，即應由主張權利之人（即甲）就該等事實負舉證責任；反之，契約債務不履行中之可歸責性要件，民法規定應由債務人舉證自己不可歸責，換言之，甲所主張之契約請求權部分，應由債務人乙負舉證責任。

惟須特別注意者為，本題甲尚可主張金融消費者保護法第 11 條之特殊侵權行為請求權，而該條文本文之文字並無任何主觀要件之限制，而僅於但書規定倘若金融服務業者可舉證證明其對於損害無因果關係時可例外免責而已。由此可知，本條文性質上屬於「無過失推定因果關係責任」，關於其舉證責任之分配，就無過失責任的部分，此際因「過失」已非要證事實，故無舉證之必要，自不發生舉證責任轉換之問題；反之，推定因果關係責任之部分，則屬於法定之舉證責任轉換，轉由乙證明行為與結果無因果關係。

(三) 倘若本題受訴法院已為闡明，則其改依民法第 184 條第 2 項及金融消費者保護法第 11 條規定，判決甲勝訴，並不構成訴外裁判或突襲性裁判：

1. 訴外裁判與突襲性裁判之意義：

按我國民事訴訟法採處分權主義，其第 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。」，亦即法院判決的範圍，原則上應受當事人聲明之限制，而不得就其未聲明之事項為判決，若法院之判決超出當事人聲明之事項或其範圍，即屬違法之「訴外裁判」。是故，本條規定為處分權主義的重要具體展現之一。

而所謂「防止發生突襲性裁判」，係因當事人為程序之主體，訴訟程序之過程及結果除應保障當事人之利益外，更應使當事人得充分掌握其發展過程及進展，不應使當事人對判決結果之作成遭受突襲，故對於所謂突襲性裁判，應竭力防止之。

2. 倘若受訴法院已闡明甲，則其改依民法第 184 條第 2 項及金融消費者保護法第 11 條規定，判決甲勝訴，並不構成訴外裁判或突襲性裁判：

承上，倘若本題受訴法院逕以乙違反金融消費者保護法第 9 條、第 10 條規定，而依據民法第 184 條第 2 項及金融消費者保護法第 11 條規定，判決甲勝訴，即形同擅自變更當事人起訴之訴訟標的，自構成訴外裁判且對甲造成突襲；惟若受訴法院已為上述之闡明，且甲亦為更正及補充其聲明、請求，則其最終改依民法第 184 條第 2 項及金融消費者保護法第 11 條規定，判決甲勝訴，當不構成訴外裁判或突襲性裁判。

3. 小結：

綜上所結，倘若本題受訴法院已為闡明，則其改依民法第 184 條第 2 項及金融消費者保護法第 11 條規定，判決甲勝訴，並不構成訴外裁判或突襲性裁判。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！