

# 《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、乙為原告，列丙、丁為被告，訴之聲明求為判決：1. 命丁拆除 B 屋、交還 A 地予甲、乙及丙；2. 丙、丁給付甲、乙及丙新臺幣（下同）100 萬元。陳述之事實及理由略為：A 地原為戊所有，甲、乙、丙為戊之子女，戊死亡後 A 地由甲、乙、丙三人繼承而公同共有。丙之配偶丁擅自在 A 地上興建 B 屋，與丙共同居住。因丁無權占用 A 地而建造 B 屋，故請求其返還所有物並排除該妨害；因丙、丁未經全體繼承人同意而使用 A 地，無法律上原因獲有相當租金額 100 萬元之利益，故請求其等返還不當得利。

（一）本件訴訟關於返還不當得利之請求，當事人適格有無欠缺？如一審法院判決原告敗訴，原告僅對丁上訴，當事人適格有無欠缺？二審法院應如何處理？（20 分）

（二）本件訴訟關於拆屋還地之請求，當事人適格有無欠缺？如一審法院判決原告敗訴，僅甲對該判決提起上訴，當事人適格有無欠缺？二審法院應如何處理？（20 分）

命題意旨	本題係測驗考生，對於公同共有債權與物權的熟悉程度。值得說明者係本題看似容易，然而隱藏大量近年之實務見解，筆者認為考生對於 104 年第 3 次公同共有債權之共同訴訟類型想必甚為熟悉，然而筆者於解答中，選擇引 103 年的實務見解，係因為 104 年第 3 次民庭決議的前提事實係：「民國九十八年一月二十三日民法物權編修正（同年七月二十三日施行）後，數繼承人繼承被繼承人對第三人債權而公同共有該債權。該公同共有債權人中之一人或數人，得否為全體公同共有債權人之利益，請求債務人對全體公同共有債權人為給付？」然而本題並非繼承不當得利請求權，而係先繼承土地，後因受無權占有而公同共有人生不當得利請求權，是以，本文並未逕引 104 年第 3 次。並且對於後面此種「先繼承土地，後因受無權占有而公同共有人生不當得利請求權」類型，最高法院 104 年度台上字第 531 號判決似有不同想法，但多數實務見解，並未如此區分，而都認為係公同共有債權，而認為屬於固有之必要共同訴訟，筆者於註腳部分有詳論，有興趣之考生得以參考。
答題關鍵	第一小題：104 年第 3 次民庭決議、最高法院 103 年台上字第 139 號判決、最高法院 104 年台上字第 1549 號判決之題組操作。 第二小題：104 年第 3 次民庭決議。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第二回，甄台大編撰，2016 年，頁 87 以下。 2. 《高點民事訴訟法總複習講義》上回，甄台大編撰，2016 年，頁 36-38。

### 【擬答】

（一）

1. 不當得利之請求，具有當事人適格。

(1) 當事人適格係指按所謂「當事人適格」，係指具體訴訟可為當事人之資格，得受本案之判決而言。判斷當事人是否適格，應就該具體之訴訟，依當事人與特定訴訟標的之法律關係定之。以給付之訴為例，若原告主張其為訴訟標的法律關係之權利主體，他造為訴訟標的法律關係之義務主體，其當事人即為適格<sup>註1</sup>。

(2) 本件，甲、乙、丙為戊之子女，因繼承而公同共有系爭 A 地，對於系爭 A 地遭他人無權占有，所生之不當得利請求權，是否須由全體繼承人共同起訴請求，亦或得由部分繼承人為全體起訴請求，涉及本件之共同訴訟類型。按最高法院 103 年台上字第 139 號判決認為：「公同共有人本於公同共有權利為共有人全體之利益對第三人為請求，應限於回復共有物時始得為之。準此，公同共有人中之一人或數人除經其他公同共有人全體之同意，或為公同共有人全體之利益對第三人為回復公同共有物之請求，得單獨或共同起訴外，倘係基於公同共有法律關係為請求者，仍屬固有之必要共同訴訟，

<sup>註1</sup> 最高法院 93 年台上字第 382 號民事判決參照。

應由公司共有人全體起訴，當事人之適格始無欠缺。」<sup>註2</sup> 即認為此種情形屬於固有必要共同訴訟。

- (3)如公司共有人中一人或數人未得全體公司共有人同意而就公司共有債權起訴請求債務人履行債務，如他公司共有人拒絕同為原告無正當理由者，已起訴之原告得聲請法院以裁定命該未起訴之人於一定期間內追加為原告，逾期未追加者，視為已一同起訴，按民事訴訟法第 56 條之自有明文規定。從而，本件原應以甲、乙、丙三人為共同原告提起，然而因丙無權占有系爭 A 地，屬於利害關係相反，自有正當理由拒絕同為原告而列為被告，綜上，本件甲、乙為共同原告已具有當事人適格<sup>註3</sup>。

2.二審程序中之當事人適格有欠缺，二審法院應闡明命追加丙為二審原告。

- (1)如本件原告僅對於丁上訴，是否具有當事人適格之爭議，同樣涉及本件之共同訴訟類型之問題。本件之公司共有之不當得利債權之行使，非回復公司共有債權之請求，無民法第 821 條之準用，屬於固有必要共同訴訟已於前開所述。
- (2)本件，係公司共有人中一人或數人，就公司共有債權，以他公司共有人丙及非公同共有人之第三人丁為共同被告，請求履行債務，該為被告之公司共有人丙於第一審程序，固有拒絕同為原告之正當理由，無須同列原告，仍具有當事人適格。惟最高法院 104 年台上字第 1549 號判決表示：「倘第一審法院就原告請求該公司共有人之被告給付部分為原告敗訴之判決，原告對該敗訴部分未提起第二審上訴而告確定者，該為被告之公司共有人於原告與他被告間訴訟之第二審程序，並不當然有拒絕同為原告之正當理由；於此情形，第二審法院審判長為避免原來當事人適格之訴訟，因未追加原為被告之公司共有人為原告而成為當事人不適格狀態，本於法官知法及促進訴訟之民事訴訟目的，自應闡明使原告聲請追加該第一審被告之公司共有人為原告，俾使訴訟當事人適格。」

從而，本件甲、乙並未對於公司共有人被告丙的部分上訴，使該部分是先告已確定，而依前開實務見解，第二審程序中，丙已非被告而無拒絕同為原告之正當理由，如未一同成為二審原告，即屬當事人不適格之情形。二審法院應闡明命追加丙為二審原告。

<sup>註2</sup> 最高法院 103 年台上字第 139 號判決之事實為：「查翁祿壽之繼承人除兩造外，尚有訴外人翁添，且系爭房地屬翁祿壽之遺產，為全體繼承人公同共有，為原審認定之事實。則被上訴人以系爭房地遭上訴人無權占用或出售致全體繼承人受有損害，主張得向上訴人請求不當得利或損害賠償之權利，亦屬全體繼承人公同共有。被上訴人基於該公司共有債權起訴請求上訴人為給付，既非對上訴人為回復公司共有物之請求，自屬固有之必要共同訴訟，應由公司共有人全體起訴，當事人始為適格。原審未詳加審究，遽以被上訴人係系爭房地之公司共有人，即得準用民法第 821 條規定，為全體繼承人提起本件訴訟，不無違誤。」

<sup>註3</sup> 筆者必須於此指出，最高法院對於公司共有之情形，如事實先繼承而公司共有土地，後生不當得利之情形，依最高法院 104 年度台上字第 531 號判決認為並非固有必要共同訴訟，而得以潛在之應有部分主張不當得利而各自起訴。該判決認為：「按繼承人有數人時，在分割遺產前，依民法第 1151 條規定，各繼承人對於遺產全部為公同共有關係，固無應有部分。然共有人（繼承人）就繼承財產權義之享有（行使）、分擔，仍應以應繼分（潛在的應有部分）比例為計算基準，若逾越其應繼分比例享有（行使）權利，就超過部分，應對其他共有人負不當得利返還義務，他共有人自得依其應繼分比例計算其所失利益而為不當得利返還之請求，此項請求權非因繼承所生，自非屬公同共有。查系爭土地為兩造由被繼承人吳長益繼承取得，為公同共有，被上訴人未經上訴人同意，於八十五年十二月八日至一〇〇年五月十八日，擅自在系爭土地經營停車場，出租車位，獲有相當於租金之不當得利，上訴人受有損害，為原審確定之事實。果爾，上訴人是否不能依其繼承之應繼分比例計算，分別請求被上訴人返還不當得利，即非無推求之餘地。原審見未及此，遽以上開理由為上訴人敗訴之判決，尚有可議。」此判決係於 104 年度後所生之判決。然而，多數實務見解對於上開事實皆採固有必要共同訴訟，如最高法院 105 年台再字第 7 號民事判決：「兩造之被繼承人賴○金（民國八十二年六月十六日死亡）之遺產，由兩造繼承而公同共有。賴聰明未經全體公同共有人同意，自八十七年間起無權占用系爭○○○地號土地其中面積五八二・一一平方公尺部分，迄該土地經兩造調解分割並於九十八年十一月二十日登記為分別共有，前後占用時間（以八十八年一月一日起算）共計十年又十一月十九日。…按繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為公同共有，為民法第 1151 條所明定。而公同共有財產權之處分及其他之權利行使，依同法第 831 條準用同法第 828 條第 3 項規定，固應得公同共有人全體之同意，始能調當事人適格無欠缺。」實務見解似乎漸趨於一致，故筆者逕以此作結。

## (二)

1. 本件原被告皆具有當事人適格。

## (1) 返還系爭 A 土地部分

甲、乙、丙為戊之子女，因繼承而共同共有系爭 A 地，甲、乙對於系爭 A 地遭丙、丁無權占有而主張回復共有物之部分，是否具有當事人適格之問題，按民法第 831 條共同共有債權得準用民法第 828 條第 2 項規定：「第 821 條規定，於共同共有準用之。」又同法第 821 條規定：「各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求。但回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之。」屬於類似必要共同訴訟<sup>註4</sup>，亦即甲、乙自得單獨對無權占有係爭 A 地之丙丁，提起共有物之全部返還之訴訟，仍具有當事人適格。且聲明返還於共有人全體，始為合法<sup>註5</sup>。

## (2) 拆除 B 土地部分

甲、乙以丁為被告提起拆除 B 屋之部分，具有當事人適格，蓋依給付之訴之當事人適格概念，原告主張其為訴訟標的法律關係之權利主體，他造為訴訟標的法律關係之義務主體，其當事人即為適格，此外房屋之拆除為一種事實上之處分行為，須有事實上之處分權者，始有拆除之權限。是以僅共同共有人甲、乙對丁提起拆屋之訴訟，具有原被告適格。

2. 僅甲對於該判決提起上訴，亦未欠缺當事人適格。二審法院應為實體判決。

(1) 本件部分共同共有人甲、乙提起訴訟，因民法第 831 條規定準用同法第 828 條第 2 項，再準用同法第 821 條之規定，雖無須共同共有人全體一同起訴，非固有必要共同訴訟，然如部份共同共有人甲、乙一同起訴，**共同共有人甲、乙仍應受一致性判決，須合一確定**，是以屬於類似必要共同訴訟。

(2) 按民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款規定：「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，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。」本件甲單獨上訴，如其上訴行為為合法上訴，則屬於有利於共同訴訟人乙<sup>註6</sup>，故效力應及於乙。其當事人適格並無欠缺，二審法院應就實體法律關係部分為實體判決。

二、甲主張向乙購買 A 屋，已付清價金新臺幣（下同）2000 萬元，詎乙遲未履約，乃訴請乙應將 A 屋所有權移轉登記予甲；乙於審理中抗辯，甲僅給付 500 萬元，自得拒絕履約。第一審法院判決乙應於甲給付 1500 萬元之同時，將 A 屋所有權移轉登記予甲；甲就命其給付 1500 萬元部分，聲明不服而提起上訴。如第二審法院認為，原判決命甲給付 1500 萬元部分無可維持，關於 A 屋所有權移轉登記部分，得否併予廢棄？又如乙對於第二審判決提起上訴，未委任律師為訴訟代理人，第二審法院以乙未於提起上訴後 20 日內提出理由書為由，裁定駁回上訴，是否合法？請詳述理由說明之。（35 分）

命題意旨	本題較容易，對待給付判決的性質與上訴三審的上訴理由，考生如掌握過去重要實務見解，即可迎刃而解。
答題關鍵	第一小題：最高法院 83 年台上字第 3039 號民事判例。 第二小題：最高法院 90 年台抗字第 162 號判例。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第四回，甄台大編撰，2016 年，頁 151-152。 2. 《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，2016 年，頁 5。 3. 《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，2016 年，頁 28。

## 【高點法律專班】

<sup>註4</sup> 最高法院 104 年第 3 次民庭決議：「共同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係共同共有債權之權利行使，非屬回復共同共有債權之請求，尚無民法第 821 條規定之準用；而應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，除法律另有規定外，須得其他共同共有人全體之同意，或由共同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。」

<sup>註5</sup> 司法院院解字第 1950 號解釋：「按民法第 821 條但書之規定，回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之，援此，聲明應請求法院命被告向共有人全體返還共有物，不得僅請求向自己返還。」

<sup>註6</sup> 最高法院 63 年第 4 次民庭決議必要共同訴訟人中一人提起不合法之上訴時，其駁回上訴之裁定，應否列其他共同訴訟人為上訴人？甲說：參照本院二十三年抗字第 3247 號，三十二年抗字第 470 號及三十三年上字第 1814 號各判例，可認為必要共同訴訟之共同訴訟人中一人提起上訴時，須其上訴係合法，始有其效力及於全體之可言。其上訴不合法時，駁回上訴之裁定，無庸將其他共同訴訟人併列為上訴人。

## (一)二審法院得併與廢棄所有權移轉登記之部分。

- 1.按強制執行法第4條第3項規定：「執行名義有對待給付者，以債權人已為給付或已提出給付後，始得開始強制執行。」此為對待給付判決之明文規定。蓋被告在裁判上援用民法第264條之同時履行抗辯權時，原告如不能證明自己已為給付或已提出給付，法院應為原告提出對待給付時，被告即向原告為給付之判決，而不能遽將原告之訴駁回<sup>註7</sup>。
- 2.本件，被告乙於訴訟中為同時履行抗辯，而一審法院為對待給付判決，縱使該判決屬於原告甲全部勝訴判決，原告甲仍得對該判決提起上訴，蓋此時採取實體不服說，認為當事人上訴第二審能獲得較第一審於實體法上更有利之判決，應認為有上訴利益，是以，甲得對該一審判決上訴。
- 3.此外，第一審判決命對待給付新台幣1500萬之部分，並非本件之訴訟標的，僅係本案給付所附加之停止條件，按最高法院83年台上字第3039號民事判例意旨參照：「上訴人雖僅就命其對待給付部分，提起上訴，惟命為對待給付之判決，係將本案給付附加對待給付之條件，對待給付並非訴訟標的，本案給付始為訴訟標的，故本案給付與對待給付具有不可分之關係，對待給付部分如無可維持，本案給付部分應併予廢棄。」是以，本件二審法院得併與廢棄所有權移轉登記之部分。

## (二)二審法院尚不得裁定駁回，該駁回不合法。

- 1.按民事訴訟法第470條第1項規定：「提起上訴，應以上訴狀提出於原判決法院為之。」按同法第471條規定：「上訴狀內未表明上訴理由者，上訴人應於提起上訴後二十日內，提出理由書於原第二審法院；未提出者，毋庸命其補正，由原第二審法院以裁定駁回之。」從而得知原則上上訴三審時，應表明上訴理由，未提出者，原第二審法院無須命補正，得逕裁定駁回。
- 2.然而，本件訴訟中乙欲上訴三審，並未委任訴訟代理人，按最高法院90年台抗字第162號判例表示：「第三審上訴係採律師強制代理制度，除有民事訴訟法第466條之1第1項但書及第2項之情形外，對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，如未委任律師為訴訟代理人，第二審法院應定期先命補正；於上訴人自行委任或經法院為其選任律師為訴訟代理人之前，上訴人尚不具表明上訴理由之能力，自不得以其未於同法第471條第1項所定期間內提出上訴理由書，即認其上訴為不合法，以裁定予以駁回。」是以，因乙並未委任訴訟代理人，不具有表明上訴理由之能力，不得逕依本法第471條第1項裁定駁回，須先命補正，令乙委任訴訟代理人。

三、我國人民甲於民國（下同）80年間至A國經商，在該國成立B公司，甲與其配偶、子女長年居住於該國首都，並在該國置產，但甲於我國新竹市仍設有戶籍，戶籍址之房地為甲所有，每年回國二至四次，每次停留一週至一月不等。甲在A國經商期間，因B公司資金困窘，甲遂向與B公司有商業往來之A國C公司借款A國幣（下同）500萬元，並約定B公司願負連帶清償責任，惟未約定還款期限。嗣C公司發現甲債信不良，B公司負債大於資產，且甲及B公司在A國已無資產，但甲在我國仍為上開新竹市房地之所有人，C公司遂向臺灣新竹地方法院對甲提起返還借款之訴。試問：

- (一)如甲與C公司系爭借款契約訂定於101年10月16日，未約定準據法，臺灣新竹地方法院應以何國法律為其準據法？又如A國之國際私法規定，本件應適用借款人（甲）之本國法，本件是否即應適用我國法？（30分）
- (二)如系爭借款契約已明定準據法為我國法，甲在訴訟中抗辯C公司曾積欠B公司貨款500萬元未付，C公司就此並不爭執，甲得以B公司上開債權抵銷C公司之請求，提出抵銷抗辯，嗣甲發現C公司之借款返還請求權已罹於消滅時效，應提出時效抗辯較為有利，乃具狀撤回上開抵銷抗辯。試從抵銷抗辯之性質論述該撤回在訴訟程序上、實體法上發生何效力？如甲係向法院抗辯在C公司起訴前已以上開債權主張抵銷，且該意思表示已到達C公司，甲在訴訟中撤回此項抗辯，有無不同？（35分）
- (三)如系爭借款契約已明定準據法為我國法，甲於訴訟中抗辯系爭借款發生於88年6月1日，而C公司於104年7月1日起訴請求返還借款，已罹消滅時效，甲得拒絕給付。C公司則主張其曾於89年6月1日發函催告甲及B公司應於二個月內返還借款，其請求權尚未罹

<sup>註7</sup> 最高法院29年上字第895號判例意旨參照。

於消滅時效。何者為有理由？（25 分）

參考法條：

涉外民事法律適用法【民國99年5月26日修正】

#### 第1條

涉外民事，本法未規定者，適用其他法律之規定；其他法律無規定者，依法理。

#### 第2條

依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法。

#### 第3條

依本法應適用當事人本國法，而當事人無國籍時，適用其住所地法。

#### 第4條

依本法應適用當事人之住所地法，而當事人有多數住所時，適用其關係最切之住所地法。

當事人住所不明時，適用其居所地法。

當事人有多數居所時，適用其關係最切之居所地法；居所不明者，適用現在地法。

#### 第5條

依本法適用當事人本國法時，如其國內法律因地域或其他因素有不同者，依該國關於法律適用之規定，定其應適用之法律；該國關於法律適用之規定不明者，適用該國與當事人關係最切之法律。

#### 第6條

依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。

但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。

#### 第7條

涉外民事之當事人規避中華民國法律之強制或禁止規定者，仍適用該強制或禁止規定。

#### 第8條

依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。

#### 第9條

人之權利能力，依其本國法。

#### 第10條

人之行為能力，依其本國法。

有行為能力人之行為能力，不因其國籍變更而喪失或受限制。

外國人依其本國法無行為能力或僅有限制行為能力，而依中華民國法律有行為能力者，就其在中華民國之法律行為，視為有行為能力。

關於親屬法或繼承法之法律行為，或就在外國不動產所為之法律行為，不適用前項規定。

#### 第11條

凡在中華民國有住所或居所之外國人失蹤時，就其在中華民國之財產或應依中華民國法律而定之法律關係，得依中華民國法律為死亡之宣告。

前項失蹤之外國人，其配偶或直系血親為中華民國國民，而現在中華民國有住所或居所者，得因其聲請依中華民國法律為死亡之宣告，不受前項之限制。

前二項死亡之宣告，其效力依中華民國法律。

#### 第12條

凡在中華民國有住所或居所之外國人，依其本國及中華民國法律同有受監護、輔助宣告之原因者，得為監護、輔助宣告。

前項監護、輔助宣告，其效力依中華民國法律。

#### 第13條

法人，以其據以設立之法律為其本國法。

#### 第14條

外國法人之下列內部事項，依其本國法：

- 一、法人之設立、性質、權利能力及行為能力。
- 二、社團法人社員之入社及退社。
- 三、社團法人社員之權利義務。
- 四、法人之機關及其組織。
- 五、法人之代表人及代表權之限制。
- 六、法人及其機關對第三人責任之內部分擔。
- 七、章程之變更。
- 八、法人之解散及清算。

九、法人之其他內部事項。

#### 第15條

依中華民國法律設立之外國法人分支機構，其內部事項依中華民國法律。

#### 第16條

法律行為之方式，依該行為所應適用之法律。但依行為地法所定之方式者，亦為有效；行為地不同時，依任一行為地法所定之方式者，皆為有效。

#### 第17條

代理權係以法律行為授與者，其代理權之成立及在本人與代理人間之效力，依本人及代理人所明示合意應適用之法律；無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。

#### 第18條

代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在本人與相對人間，關於代理權之有無、限制及行使代理權所生之法律效果，依本人與相對人所明示合意應適用之法律；無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。

#### 第19條

代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在相對人與代理人間，關於代理人依其代理權限、逾越代理權限或無代理權而為法律行為所生之法律效果，依前條所定應適用之法律。

#### 第20條

法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。

法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。

#### 第21條

法律行為發生票據上權利者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。

當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依行為地法；行為地不明者，依付款地法。

行使或保全票據上權利之法律行為，其方式依行為地法。

#### 第22條

法律行為發生指示證券或無記名證券之債者，其成立及效力，依行為地法；行為地不明者，依付款地法。

#### 第23條

關於由無因管理而生之債，依其事務管理地法。

#### 第24條

關於由不當得利而生之債，依其利益之受領地法。但不當得利係因給付而發生者，依該給付所由發生之法律關係所應適用之法律。

#### 第25條

關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但另有關係最切之法律者，依該法律。

#### 第26條

因商品之通常使用或消費致生損害者，被害人與商品製造人間之法律關係，依商品製造人之本國法。但如商品製造人事前同意或可預見該商品於下列任一法律施行之地域內銷售，並經被害人選定該法律為應適用之法律者，依該法律：

- 一、損害發生地法。
- 二、被害人買受該商品地之法。
- 三、被害人之本國法。

#### 第27條

市場競爭秩序因不公平競爭或限制競爭之行為而受妨害者，其因此所生之債，依該市場之所在地法。但不公平競爭或限制競爭係因法律行為造成，而該法律行為所應適用之法律較有利於被害人者，依該法律行為所應適用之法律。

#### 第28條

侵權行為係經由出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為之者，其所生之債，依下列各款中與其關係最切之法律：

- 一、行為地法；行為地不明者，行為人之住所地法。
- 二、行為人得預見損害發生地者，其損害發生地法。
- 三、被害人之人格權被侵害者，其本國法。



前項侵權行為之行為人，係以出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為營業者，依其營業地法。

#### 第29條

侵權行為之被害人對賠償義務人之保險人之直接請求權，依保險契約所應適用之法律。但依該侵權行為所生之債應適用之法律得直接請求者，亦得直接請求。

#### 第30條

關於由第二十條至前條以外之法律事實而生之債，依事實發生地法。

#### 第31條

非因法律行為而生之債，其當事人於中華民國法院起訴後合意適用中華民國法律者，適用中華民國法律。

#### 第32條

債權之讓與，對於債務人之效力，依原債權之成立及效力所應適用之法律。

債權附有第三人提供之擔保權者，該債權之讓與對該第三人之效力，依其擔保權之成立及效力所應適用之法律。

#### 第33條

承擔人與債務人訂立契約承擔其債務時，該債務之承擔對於債權人之效力，依原債權之成立及效力所應適用之法律。

債務之履行有債權人對第三人之擔保權之擔保者，該債務之承擔對於該第三人之效力，依該擔保權之成立及效力所應適用之法律。

#### 第34條

第三人因特定法律關係而為債務人清償債務者，該第三人對債務人求償之權利，依該特定法律關係所應適用之法律。

#### 第35條

數人負同一債務，而由部分債務人清償全部債務者，為清償之債務人對其他債務人求償之權利，依債務人間之法律關係所應適用之法律。

#### 第36條

請求權之消滅時效，依該請求權所由發生之法律關係所應適用之法律。

#### 第37條

債之消滅，依原債權之成立及效力所應適用之法律。

#### 第62條

涉外民事，在本法修正施行前發生者，不適用本法修正施行後之規定。但其法律效果於本法修正施行後始發生者，就該部分之法律效果，適用本法修正施行後之規定。

#### 第63條

本法自公布日後一年施行。

命題意旨	依考選部 104 年 1 月 1 日開始適用之司法官命題大綱表示，涉外民事法律適用法亦可涵蓋，是以，考題也並無超出大綱，但筆者如同所有考生，看到考題的剎那也是萬般驚訝，今年沒有家事事件，反而多了突襲考生的國際私法，甚至占 30 分，然而仍屬命題大綱範圍，這樣的題目對於民訴程度較優的考生，反而萬分不利。第二小題純粹抵銷權之性質釐清，第三小題為民法消滅時效之問題，尚非難題。
答題關鍵	第一小題：涉民法第 20 條與第 6 條之規定。 第二小題：訴訟上抵銷與訴訟外抵銷之性質釐清。 第三小題：未定期限之借款債權之消滅時效起算時點。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第四回，甄台大編撰，2016 年，頁 159-160。 2.《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，2016 年，頁 5。

#### (一)準據

1.台灣新竹地方法院應以 A 國法為其準據法。

(1)甲與 A 國之 C 公司為借款行為，依我國通說採法庭地法說，以受訴法院地國法律作為定性標準，是以本件受訴法院為本國新竹地方法院，應以我國法律定性該法律關係，借款依我國法律係成立消費借貸契約。

(2)涉外民事法律適用法第 20 條第 1 項規定：「法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。」然同法第 2 項規定：「當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。」本件並當事人沒有明示適用何國之準據法，故依第 2 項規定適

用關係最切之法律。

- (3)又同法第3項規定：「法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。」依第3項之特徵性履行原則，應以負擔該債務之當事人行為之住所地推定為關係最切，以本件消費借貸為單務契約為例，以附給付義務方為該契約之特徵，故應以債務人之住所地法為準據法。援此，認為甲長期於A國經商，雖仍以新竹設為戶籍地，然而A國方為長年居住，具有久住之意思及久住之事實，故應以A國認為其住所地，故本件A國法為其準據法。

2.如A國法規定應適用本國法，亦不當然即適用本國法。

- (1)某一涉外法律關係，依法定地的國際私法選法，應適用某外國法，但如依該國國際私法選法，則選法準據法結果會是依法庭地實體法或第三國實體法，此會造成在不同地方起訴，適用之不同之準據法，判決結果自異。故按涉外民事法律適用法第6條：「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」規定反致理論處理前開問題。
- (2)然本件仍不適用我國法，蓋反致規定之目的，係為解決採屬人法國家之準據法不同之問題，故只有在以當事人國籍為連繫因素時才有反致之適用，援此，本件適用之第20條「依當事人意思定其所使用之法律」，故係以當事人意思為連繫因素，並非「依當事人本國法」，不符涉外民事法律適用法第6條規定，而無反致之適用。

## (二)

1.本件訴訟上、實體法上皆不生任何抵銷之效力。

- (1)本件，題示以我國為準據法，故應適用我民事訴訟法。C公司向被告甲提起返還借款之訴，甲得否以B公司對C公司之債權主張抵銷，按民法第334條規定，二人互負債務係行使抵銷權之前提，主張訴訟上抵銷，仍須符合民法上抵銷之要件，然本件B公司與甲同為C公司之連帶債務人，復依民法第277條規定：「連帶債務人中之一人，對於債權人有債權者，他債務人以該債務人應分擔之部分為限，得主張抵銷。」<sup>註8</sup>故甲得以B公司對C公司之債權，於B公司應分擔部分額度內主張抵銷。
- (2)然而，甲嗣後撤回該抵銷，此涉及訴訟上抵銷之性質<sup>註9</sup>，於下分述之。
- A.有採私法行為說者，認為訴訟上抵銷行為在性質上亦屬於民法上抵銷之法律行為，不因其在訴訟程序上行使，而變其性質為訴訟行為。訴訟上抵銷係由實體法上之法律行為與訴訟法之訴訟行為雙重構成要件合併而成。當事人在訴訟主張抵銷時，一方面以意思表示行使抵銷，二方面為以訴訟上之陳述方法，主張雙方債權關係發生消滅之法律效果。
- B.亦有採訴訟行為說者，認為訴訟上抵銷係訴訟法上之固有制度，是為被告於訴訟上向法院表示抵銷之訴訟行為，此種抵銷需俟法院為判決後方能發生消滅債權之效果。從而原告之訴未經法院判決確定而終結，僅因原告之撤回而終結訴訟，被告所為之抵銷行為亦無生效力。
- (3)惟目前通說採取折衷說，本文從之，認為訴訟上抵銷權係私法行為與訴訟行為以外之第三種行為，其同時具有私法與訴訟法之雙重性質。故必須兼具訴訟法與私法雙重要件，欠缺其一，全部失效，不生訴訟上抵銷，亦不生實體法上之抵銷效果。折衷說和私法行為說之區別，在於私法行為說允許實體上之抵銷效果與訴訟行為之抵銷效果分別發生，而各自獨立存在，兩者無依存關係，但折衷說強調不可分性。
- (4)本件，甲以B公司對C公司之債權主張抵銷，嗣後撤回，致使本件尚未生任何實體法上或訴訟法上之效力，蓋本件法院尚未對此抵銷權為判決，不具備訴訟上之要件；採折衷說之見解，不具備訴訟上要件，即不生訴訟上與實體法上之抵銷效果。綜上，本件訴訟上、實體法上皆不生任何抵銷之效力。

版權所有，重製必究！

<sup>註8</sup> 民國18年11月22日第277條立法理由：「謹按抵銷者，二人互負債務因而互相抵充之行為也。抵銷為一種簡便清償之方法，如連帶債務人中之一人，對於債權人享有債權者，得以其自己之債權，向債權人主張抵銷，以消滅連帶債務。然則其他連帶債務人，亦得以該債務人之債權，主張抵銷乎，各國立法例不一。有不許其他債務人援用該債務人之債權主張抵銷者，本法規定，則以該債務人應行分擔之部分為限，許其他債務人亦得主張抵銷，所以保護該債務人之利益也。故設本條以明示其旨。」

<sup>註9</sup> 陳榮宗、林慶苗，《民事訴訟法(中)》，頁88、89，修訂八版。



2. 本件實體法上仍生抵銷之效力。

(1) 按民法第 334 條第 1 項規定：「二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限。」抵銷權依同法第 335 條第 1 項規定，須以意思表示為之，如非訴訟上提起者，**屬於訴訟外抵銷**，而訴訟外抵銷之性質為形成權之一種，為抵銷時既不須相對人之協助，亦無經法院裁判之必要<sup>註 10</sup>。

(2) 本件，被告甲於 C 公司起訴前，已主張抵銷權，且意思表示已到達 C 公司，如該抵銷之行使已符合被告之對待給付與原告之請求給付種類相同，並均屆清償期且性質上適於抵銷時，即發生實體法上債權債務因抵銷而消滅之結果<sup>註 11</sup>。從而，縱使被告甲於 C 公司起訴後撤回該抵銷抗辯，該訴訟外抵銷亦已生實體法上之效果，即債權債務關係消滅。

(三) 本件 C 公司之主張有理由。

1. 按民法第 125 條規定：「請求權，因十五年間不行使而消滅。」借款返還請求權之消滅時效，因無特別規定，故適用原則性規定，時效為 15 年。如本件借款債權已於民國 88 年 6 月 1 號成立，至 104 年 7 月 1 日，似已逾 15 年而罹於時效。

2. 然而，**如借款返還請求權，並未約定還款期限**，按民法第 478 條後段規定：「消費借貸未定返還期限者，貸與人得定一個月以上之相當期限，催告返還。」亦即貸與人經向借用人催告（或起訴）請求返還，其消費借貸關係即行終止，而法律為使借用人便於準備起見，因設「一個月以上相當期限」之準備猶豫期間，**故貸與人須俟該期間屆滿，始得請求返還（最高法院 99 年度第 7 次民事庭會議意旨參照）**。準此，貸與人為終止契約之通知或請求後，於其一個月以上之相當期間屆滿時，其消滅時效始開始進行。

3. 本件，甲與 C 公司未約定還款期限，而 C 公司於 89 年 6 月 1 日發信催告，請甲於兩個月內返還借款，援前開實務見解，該借款返還請求權應於 89 年 8 月 1 日起算 15 年之消滅時效，於 104 年 8 月 1 日以後起訴，該借款返還請求權方罹於時效。是以，縱使 C 公司於至 104 年 7 月 1 日提起訴訟，尚未罹於時效，故 C 公司抗辯有理由。

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>註 10</sup> 最高法院 47 年台上字第 355 號民事判例參照。

<sup>註 11</sup> 最高法院 101 年台上字第 907 號民事判決表示：「惟按抵銷契約與法定抵銷不同，前者為雙方當事人以消滅互負之債務為目的而訂定之契約，屬於諾成、不要式、雙務、有償及要因契約，須經當事人合意始得成立；後者於具備抵銷適狀時，依一方之意思表示而發生效力，此項抵銷權為形成權，其行使行為屬單獨行為，此觀民法第 334 條第 1 項前段規定：二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷，及同法第 335 條第 1 項規定：抵銷，應以意思表示，向他方為之，其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按照抵銷數額而消滅自明。」