

# 《民法與民事訴訟法》

一、甲、乙、丙各出資新臺幣（下同）500 萬元，成立「大新企業社」，經營車輛維護及保管業務，並推由甲擔任該企業社之事務執行人。丁因商務出國一年，將其市價 1000 萬元全新之「法拉利」名車一部，交由該企業社保管及維護，約定每月費用 3 萬元，並應於丁回國時交還汽車。三個月後，甲得知有某富商欲以高價購買該車，認有利可圖，擅自將該車以 1200 萬元出售並辦理汽車過戶及交付與該不知情而無過失之富商。甲得款後全數放置在設有保全系統之自宅保險策內，全部款項卻於深夜遭竊，惟甲已投保竊盜險 1000 萬元。其後，甲仍繼續出具該企業社之收據傳真給丁，通知丁按月將汽車維護保管費用匯至「大新企業社」帳戶，丁前後共匯入 27 萬元。一年後丁返國發現上情。試問：

(一) 丁對其車輛遭私自出售之損害，應如何請求救濟？（20 分）

(二) 丁對其匯款 27 萬元之損害，應如何請求救濟？（15 分）

(三) 甲可否以其出售之汽車所得款項遭竊為由，主張免為給付義務？丁可否請求甲讓與甲對保險公司之保險金請求權？（10 分）

命題意旨	請求權基礎之檢討順序與檢驗、代償請求權之適用。
答題關鍵	本題事實上僅為請求權基礎檢驗順序之基礎性考題，依請求權基礎接續討論，即可獲得基本分數。另就合夥之部分，縱使不熟悉條文，惟只要掌握合夥人相互間係連帶責任，則仍能作答。又題目特別點出標的之客觀市價與轉賣價格之價差，故邏輯上應將不法管理列於不當得利、侵權行為之後討論，始能表達§177II 增訂之緣由。
考點命中	1. 《高點民法講義第二回》，顏台大編撰，頁 40、50 以下。 2. 《高點民法講義第二回》，顏台大編撰，侵權行為部分。

## 【擬答】

本題爭點涉及合夥人之連帶責任、惡意不當得利返還範圍、侵權損害賠償方法、不法管理與代償請求權等問題，分述如下：

- (一) 1. 甲與富商以 1200 萬元訂立買賣契約，雖該買賣契約係屬出賣他人之物而有效，然因該車之所有權為丁，甲與富商間之移轉所有權之物權行為係屬無權處分而效力未定(§118)。然因甲具有占有動產之公示外觀，且富商無過失而不知甲無處分權，故該富商因善意取得(§801、§948)而取得該車所有權，故丁自不得對該富商有所請求。另就汽車行照上所有權人之登載，僅係行政上之管制措施，其不影響民事上汽車所有權人之認定，是故不論甲與富商間有無完成該車之過戶程序，均無礙於富商取得該車所有權。
2. 甲乙丙共同成立大新企業社，該企業社並非法人而僅係合夥之非法人團體，並非權利主體。甲乙丙推由甲擔任該企業社之事務執行人，則甲於執行事務範圍內，為他合夥人之代表(§679)。丁將其車交與該企業社保管維護，然甲卻將該車變賣，客觀上自係未依債之本旨而為履行，且甲係為圖利而變賣，主觀上亦具歸責事由；又甲就事務之執行為乙丙之代表已如前述，是故丁自得依民法§227I、II 向甲乙丙請求損害賠償，且甲乙丙係屬連帶債務人(§681)。
3. 甲將該車出售，自屬無法律上原因而取得本應歸屬於丁之利益，致丁受有損害，丁自得依民法§179 向甲主張不當得利。又因該車之所有權已由富商取得已如前述，故甲所受領之利益已無法作原形返還，而僅得返還其價額及客觀市價 1000 萬元(§181 但書)，且甲為惡意不當得利受領人，故應將受領時所得之利益附加利息，一併償還(§182II)；就此部分因同屬事務執行範圍，故甲乙丙仍負連帶責任。
4. 甲將該車出售並交付與富商，致丁喪失該車之所有權，係屬故意不法侵害丁之權利，丁自得依§184I 前段之規定向甲請求損害賠償。又因該車已由富商取得所有權，故丁自無法主張回復原狀，是故丁僅得請求甲以該車之客觀市價 1000 萬元為金錢賠償(§215)；就此部分因同屬事務執行範圍，故甲乙丙仍負連帶責任。
5. 為免如同本題中之甲存有經濟上之誘因，民法§177II 增訂不法管理之規定，於管理人明知為他人之事務而為自己之利益管理者，本人仍得主張享有因不法管理行為所得之利益。是故，甲因該出售行為而受領 1200 萬元之價金，該 1200 萬元均為因不法管理行為所得之利益，丁自得依§177II 準用§177I，請求甲交付之。又依題示，甲將該 1200 萬元置於保險箱中卻遭竊，然因此處丁係以不法管理之相關規定為請求權基礎，

而非以不當得利為請求權基礎，是故甲因管理所得之利益是否尚存，亦或甲有無投保或取得保險金，均無礙於丁之請求，併予敘明。又就此部分因同屬事務執行範圍，故甲乙丙仍負連帶責任。

- (二) 1. 甲客觀上係未依債之本旨而為給付主觀上亦有歸責事由已如前述，又該車已由富商善意取得所有權，故甲未依債之本旨給付此一瑕疵已無法補正，丁自得準用給付不能之規定 (§226I) 有所主張。
2. 然甲丁間之契約係屬繼續性契約關係，丁若欲解消甲丁間之契約關係，僅能適用契約終止之規定，又契約終止僅向後生效而無溯及效力 (§263 參照)，故縱使丁主張終止契約，甲所受領之 27 萬元，仍屬有法律上之原因而受利益，不構成不當得利。
3. 惟甲既已將該車出售並交付予富商，甲自知悉其已無法再行對丁履行該車之保管與維護，然甲仍出具收據傳真予丁，使丁誤信甲等仍就該車為保管維護進而持續為費用之支付，甲自係惡意欺瞞丁而屬故意以背於善良風俗之方法加損害於丁，丁自得依民法 §184I 後段之規定，請求甲賠償該 27 萬之損失。
- (三) 甲不得以款項遭竊為由主張免給付義務，惟丁應得請求甲讓與對保險公司之保險金請求權
1. 丁得對甲依侵權行為、不當得利、不法管理等規定有所請求已如前述。就侵權行為之部分，丁係請求甲以金錢賠償 (§215)，該數額並係以車輛之客觀市價計算，與甲有無因侵權行為而額外受領利益無關，甲自不得以款項遭竊為由主張免給付義務。
2. 依民法 §182II，惡意不當得利受領，若於受領時即知無法律上原因，應將受領時所得之利益予以返還，不問其後該利益是否尚存。本題中甲係惡意不當得利受領人甚明，故甲自應返還受領利益之客觀價額 1000 萬元，縱該款項事後遭竊亦同。
3. 若丁係依不法管理之規定請求管理利益，則甲自應將因管理所得之 1200 萬元價金給付予丁；至於事後該款項遭竊，僅係甲是否有給付能力之問題，甲之給付義務均不喪失。
4. 如前所述，丁得對甲為一定之請求，甲丁間成立債之關係，甲為債務人。依 §225II，債務人因前項給付不能之事由，對第三人有損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物。保險金是否屬 §225II 代償請求權所稱之賠償物，學說上有所爭論，多數見解採肯定說；然因本題丁對甲之債權均係金錢之債，金錢之債並無給付不能之可能，自無法適用 §225II；惟本於公平性之考量，應類推適用 §225II 之規定，使丁得對甲請求讓與其對保險公司之保險金請求。縱認此處無類推 §225II 之可能，惟甲對保險公司請求之債權係甲之責任財產，若甲怠於行使，丁得以甲之債權人之身分，代位行使 (§242)，併予敘明。

- 二、甲、乙二人共有 A 地，應有部分各二分之一，且無分管之約定。乙未經甲同意，將 A 地全部出借於丙商業同業公會。其後，該公會理事長丁基於職務關係，指示以公會會款在 A 地上興建 B 屋，並將 B 屋出租且交付於戊使用，以所得租金充實公會會款。甲得知 A 地遭他人占用後，問：
- (一) 甲請求丁「拆除 B 屋」、並「返還 A 地」，於全體共有人，有無理由？(15 分)
- (二) 甲請求戊「拆除 B 屋」、「自 B 屋遷出」，並「返還 A 地」於全體共有人，有無理由？(15 分)
- (三) 甲請求戊給付「相當於租金之不當得利」，有無理由？(15 分)

命題意旨	本題係屬傳統爭點之考題，諸如定著作物之認定標準、民法 §758 與 §759 之區別等，並無特別之學說爭議，理論上應不難掌握。
答題關鍵	傳統爭點如共有物之管理、63 年第 6 次民庭決議、原始取得建物所有權與證權登記等外，更應對興建建物之申請流程有一定之熟悉度(例如：土地使用權同意書)。
考點命中	1. 《高點民法講義第一回》，顏台大編撰，頁 33、34。 2. 《高點民法講義第二回》，顏台大編撰，頁 2、51。 3. 《高點民法講義第七回》，顏台大編撰，頁 22 以下。

#### 【擬答】

本題爭點涉及分別共有物之管理權限、建物所有權之原始取得、債之相對性以及不當得利返還客體等，分述如下：

- (一) 丁並非 B 屋之所有權人，且丁未就 B 屋占有使用收益，故甲不得請求丁拆屋還地
1. 甲乙共有 A 地，應有部分各二分之一，且無分管約定，乙未經甲之同意，自不得將共有物出借與他人(民法 §820I 參照)，故甲不受乙出借行為之拘束。
2. 依建築法 §30，起造人興建建物應出具土地使用權同意書，今乙出借 A 地既未得甲之同意，理論上 B 屋之興建自無可能出具 A 地之土地使用權同意書並進而請領建造執照，B 屋應屬違章建築。惟依題示，B 屋既

已出租並交付於戊使用，B 屋自應已符合最高法院 63 年第 6 次民庭決議就定著物認定之使用上獨立性與構造上獨立性之要件，而屬獨立之定著物。又 B 屋縱屬違建而無法辦理保存登記，然建物之興建係屬不動產所有權之原始取得，縱未辦理保存登記，惟保存登記係屬民法§759 所謂之證權登記，該登記係處分權取得之要件，未經登記亦無礙於建物所有權之原始取得。

3. 原始取得建物所有權之歸屬，應視係由何人出資興建而定。今丁係丙同業公會之理事長，丙係屬法人(商業團體法§2 參照)，丁係本於職務關係並指示以丙之會款興建 B 屋，故 B 屋係由丙出資興建而原始取得 B 屋所有權當屬無疑。丁既非 B 屋所有權人，就 B 屋亦無事實上處分權限，且丁實際上亦未就 B 屋為使用收益，故甲請求丁拆屋還地，自無理由<sup>1</sup>。

(二) 甲僅得請求戊返還 A 地於全體共有人

1. B 屋為丙原始取得所有權已如前述，丙將 B 屋出租並交付於戊，戊因此而取得承租人之地位，然因租賃契約係屬債權契約，本於債之相對性，戊自不得以租賃契約對甲主張有權占有。
2. 然因戊僅係承租人，就 B 屋亦無事實上處分權限，故戊自無拆除 B 屋之權限，甲自不得請求戊拆除 B 屋(92 台上 1604 號判決參照)。
3. 就請求戊自 B 屋中遷出部分，因 B 屋係為丙所有已如前述，甲並非 B 屋之所有權人，而請求戊遷出 B 屋之請求權基礎係民法§767 條，其前提須甲為 B 屋之所有權人；故甲自不得請求戊自 B 屋遷出。
4. 惟戊因遷入 B 屋，自己就 A 地加以占有與使用，且戊就 A 地並無取得任何占有使用權源，所有權人甲自得請求戊返還 A 地。又甲請求返還 A 地，其請求權基礎為民法§767，為本於所有權之請求，依民法§821 但書，僅得為共有人全體之利益為之；今甲係請求戊將 A 地返還於全體共有人，合於民法§821 但書，自有理由。

(三) 甲得請求戊給付相得於租金之不當得利

1. 戊就 A 地對甲而言並無任何占有使用權源已如前述，是故，戊就 A 地之用益，自係無法律上之原因而受利益，致甲受有損害，構成不當得利(民法§179 參照)。
2. 就無權占有他人不動產之不當得利返還，實務見解向來主張該不當得利受領人係獲得相當於租金之不當得利<sup>2</sup>；然學說上主張，無權占有他人不動產，所得利益實為占有，然因占有此一利益係屬本於利益性質而不能返還，故應以利益之價額作為返還之客體(民法§181 但書參照)。至於如何核算占有此一利益之價額，始以占有標的若出租他人所可獲得之租金收益作為衡量利益價額之標準<sup>3</sup>。
3. 惟甲雖得請求戊給付不當得利，惟不當得利請求權係債權請求權，故其行使仍應受應有部分之限制，甲之應有部分為 1/2，是故甲僅得請求戊給付相當於租金之 1/2 之不當得利。

三、甲已喪妻，有一子丙。乙已喪夫，有一子丁。其後，甲與乙結婚，未約定夫妻財產制。甲於婚後，以其婚後職業所得購買 A、B 二屋。甲將價值新臺幣(下同)600 萬元之 A 屋贈與乙，將價值 1000 萬元之 B 屋贈與丙，並分別辦理所有權移轉登記。2 年後，甲有外遇，乙因而訴請法院判決離婚，並請求剩餘財產之分配。乙起訴前，甲以其婚後薪水中之 100 元購買彩券，中獎而得有獎金 100 萬元，另有婚後職業所得 100 萬元。乙有婚前財產 C 屋一棟，乙於與甲結婚後，提起本訴之前，為裝修 C 屋而負債 100 萬元。乙除 A 屋、C 屋外，尚有退休時領取之勞工保險給付 100 萬元。又甲於訴訟繫屬中，辦理退休，得有退休金 200 萬元。試問：

(一) 法院於判決離婚時，就甲、乙間剩餘財產之分配應如何判決？(35 分)

(二) 若判決確定後，乙旋即死亡，丁得否向甲或丙行使乙之剩餘財產分配請求權？(10 分)

<sup>1</sup> 92 台上 1604 判決：房屋之拆除，為事實上之處分行為，未經辦理所有權第一次登記之建物，僅所有人或有事實上處分權之人，方有拆除之權限。

<sup>2</sup> 61 台上 1695 號判例：依不當得利之法則請求返還不當得利，以無法律上之原因而受利益，致他人受有損害為其要件，故其得請求返還之範圍，應以對方所受之利益為度，非以請求人所受損害若干為準，無權占有他人土地，可能獲得相當於租金之利益為社會通常之觀念，是被上訴人抗辯其占有系爭土地所得之利益，僅相當於法定最高限額租金之數額，尚屬可採。

<sup>3</sup> 土地法§97I：城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息 10% 為限。

命題意旨	本題在測驗同學對於剩餘財產分配請求權之適用以及其一身專屬性之理解。
答題關鍵	本題難度不高，在作答上僅需特別就相關爭點如夫妻間贈與、退休金與勞工保險給付是否屬於婚後財產乙節為具體說明即可。
考點命中	《高點身分法講義第一回》，梁台大編撰，第三章第三節，頁 123-131。

## 【擬答】

(一)法院於判決離婚時，就甲、乙間剩餘財產之分配，應判決命被告甲給付原告乙 50 萬元：

1.按「夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，以法定財產制，為其夫妻財產制。」「夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。不能證明為婚前或婚後財產者，推定為婚後財產；不能證明為夫或妻所有之財產，推定為夫妻共有。」「夫妻各自對其債務負清償之責。」「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。」「夫妻現存之婚後財產，其價值計算以法定財產制關係消滅時為準。但夫妻因判決而離婚者，以起訴時為準。」「夫妻離婚時，除採用分別財產制者外，各自取回其結婚或變更夫妻財產制時之財產。如有剩餘，各依其夫妻財產制之規定分配之。」民法第 1005 條、第 1017 條第 1 項、第 1023 條第 1 項、第 1030 條之 1 第 1 項、第 1030 條之 4 第 1 項、第 1058 條定有明文。

由是可知，於法定財產制為其夫妻財產制者，夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有，夫妻各自對其債務負清償之責；夫妻因判決而離婚以致法定財產制關係消滅時，以夫妻起訴離婚之時為準，如夫或妻現存之婚後財產（不含無償取得之部分），扣除婚後負債後，夫或妻之一方得請求平均分配雙方剩餘財產之差額。

2.查甲與乙結婚，未約定夫妻財產制者，原則上其夫妻財產制應為法定財產制。第查，結婚 2 年後，乙訴請法院判決離婚，並請求剩餘財產之分配者，甲乙夫妻之法定財產制關係將因判決離婚而消滅，是乙妻自得針對提起離婚訴訟之時現存婚後財產，向甲夫請求夫妻剩餘財產之分配無疑。

3.甲夫之婚後財產計 100 萬元：

(1)經查，甲於婚後，雖以其婚後職業所得購買之 A、B 二屋，均屬婚後財產，惟甲既分別將 A 屋、B 屋贈與乙、丙，顯見於乙女提起離婚訴訟之時，A、B 二屋已非甲所現存之婚後財產，二屋自無庸計入甲之婚後財產。

(2)甲以其婚後薪水中之 100 元購買彩券，中獎而得獎金 100 萬元，因前者薪水中之 100 元已非現存，又後者獎金 100 萬元係無償取得，是二者均無庸計入甲之婚後財產。

(3)甲之婚後職業所得 100 萬元，屬婚後財產無疑。

(4)至於甲於訴訟繫屬中，因辦理退休而得退休金 200 萬元之部分，退休金之性質應屬勞力所得，本屬婚後財產之一部；惟甲係於乙提起離婚訴訟後始領取該退休金，則該退休金自非甲於婚姻關係存續中現存之婚後財產，自難成為分配之對象甚明。

(5)由是可知，甲夫之婚後財產小計為 100 萬元。

4.乙妻之婚後財產計 0 元：

(1)甲將其婚後職業所得購買之 A 屋於婚姻關係存續中贈與乙，顯見 A 屋係乙女無償取得，依我國實務與多數學者見解，A 屋仍屬第 1030 條之 1 第 1 項第 1 款所謂無償取得之財產，A 屋自無庸計入乙之婚後財產。

(2)乙於提起離婚訴訟之前，有退休時領取之勞工保險給付 100 萬元，有鑑於勞工保險給付之性質亦屬勞力所得，當屬婚後財產之一部。

(3)至於乙有婚前財產 C 屋一棟，固屬婚前財產；惟乙於婚後為裝修 C 屋而負債 100 萬元，該 100 萬元則屬乙女之婚後負債甚明。

(4)由是可知，乙妻之婚後財產小計為 0 元（=婚後財產 100 萬元-婚後債務 100 萬元）。

5.循此，乙妻之婚後財產計 0 元，甲夫之婚後財產小計為 100 萬元，是原告乙自得向被告甲請求給付夫妻剩餘財產分配計 50 萬元無訛。

(二)若判決確定後，乙旋即死亡，丁得向甲行使乙之剩餘財產分配請求權：

1.按民國 91 年 6 月 26 日修正公布民法第 1030 條之 1 第 3 項規定：「第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」立法理由略謂：「茲因剩餘財產分配請求權係因夫妻之身分關係而產生，故於夫妻之一方死亡時，其繼承人不得繼承，或夫妻離婚時，任何一方之債權人不得代位行使，

版權所有，重製必究！

且夫妻之任何一方不得將該期待權任意讓與。但若已取得他方之承諾或已經向法院提起訴訟請求者，則應允其得讓與及繼承，以示公允。爰增訂第三項。」次按，民國 96 年 5 月 23 日修正公布民法第 1030 條之 1 時，則將原第 3 項刪除，修正理由略謂：「剩餘財產分配請求權雖依夫妻身分而產生，但其本質仍屬財產權，並不具專屬性質，基於下列理由爰將第三項規定刪除：1.若剩餘財產分配請求權為專屬權，則第 1009 條、1011 條的規定將完全喪失意義，無法保障債權人之利益。2.對有請求權人之繼承人不利。」

- 2.再按，民國 101 年 12 月 26 日修正公布民法第 1030 條之 1，再度增訂第 3 項：「第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。」立法理由：「剩餘財產分配請求權制度目的原在保護婚姻中經濟弱勢之一方，使其對婚姻之協力、貢獻，得以彰顯，並於財產制關係消滅時，使弱勢一方具有最低限度之保障。參酌司法院大法官釋字第 620 號解釋，夫妻剩餘財產分配請求權，乃立法者就夫或妻對家務、教養子女、婚姻共同生活貢獻之法律上評價，是以，剩餘財產分配請求權既係因夫妻身分關係而生，所彰顯者亦係「夫妻對於婚姻共同生活之貢獻」，故所考量者除夫妻對婚姻關係中經濟上之給予，更包含情感上之付出，且尚可因夫妻關係之協力程度予以調整或免除，顯見該等權利與夫妻「本身」密切相關而有屬人性，故其性質上具一身專屬性，要非一般得任意讓與他人之財產權。」
- 3.由是可知，針對民法第 1030 條之 1 第 1 項之夫妻剩餘財產分配請求權是否具有一身專屬性之性質乙節，立法上前後歷經多次修正，且歷次修正均未設有溯及既往之規定。依現行規範，剩餘財產分配請求權因具有一身專屬性之性質，是不得讓與或繼承，但當事人已依契約承諾或已起訴者，自得以繼承人繼承行使該權利。
- 4.查設若原告乙提起離婚訴訟與剩餘財產分配請求訴訟之時間，如係於民國 101 年 12 月 26 日修正公布民法第 1030 條之 1 以後者，原則上該權利有一身專屬性，乙之繼承人即其子丁應不得繼承該權利；惟乙既已起訴請求者，丁自得例外地繼承行使該權利甚明。

四、原告甲起訴主張被告乙於民國 102 年 4 月 5 日下午 2 時許駕駛某車號自用小客車，在臺北市某路口因違規左轉及闖紅燈，過失撞及當時騎乘腳踏車之原告甲，造成甲之腳踏車全毀及其右腿骨折與腦震盪等傷害，住院治療 20 日，目前支出醫藥費新臺幣（下同）25 萬元，後續尚須追蹤治療及復健。

- (一)若甲在起訴狀上訴之聲明第一項表明：「請求被告給付原告相當數額之損害賠償。」問：此一訴之聲明是否符合民事訴訟法之規定或程序法理？另若甲乃表明：「請求被告給付原告最低額度 125 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。」理由中表示受有目前已支出醫藥費 25 萬元、精神慰撫金 100 萬元、財物損害及其他後續治療金額之損害。如法官在審理中未告諭原告可請求腳踏車損害額及後續治療費用等，原告對之亦未追加請求或擴張聲明主張之，而於開庭二次後，法院即判決認定原告主張之醫藥費 25 萬元及精神慰撫金 65 萬元有理由，其餘精神慰撫金之請求駁回。判決確定後，甲乃另行起訴請求腳踏車損害 2000 元及後續治療費用 30 萬元。問：此一判決程序是否違法？甲之另訴是否合法？（20 分）
- (二)若系爭案件審理中，乙抗辯其未闖紅燈，因該行車紀錄器已遺失，乃請求傳訊當時曾看過該行車紀錄器內容的警員丙，若法官內心認為該警員可能之證述不足採信，故無傳訊必要，惟在審理中及判決中均未說明其為何不傳訊丙之理由，其審理程序及裁判是否有程序瑕疵？試說明之。若兩造對於乙是否有過失，向審判長共同表示兩造合意選任丁鑑定機構進行鑑定，若該鑑定機構鑑定結果認定乙僅占六成過失比例，問：法院可否基於其他事證而自行認定乙之過失比例為五成？甲、乙之上開合意是否與仲裁鑑定契約相同？試說明之。（20 分）

命題意旨	本題在測驗同學對於訴之聲明撰寫，以及合意選定鑑定人與仲裁鑑定契約等基本概念。
答題關鍵	本題第一小題涉及訴之聲明明確性原則與最低金額表明，應特別注意辦理民事訴訟事件應行注意事項一二之規定以及我國實務是否容許未補充餘額另訴提起之問題。第二小題則涉及證據調查與鑑定等問題，應特別注意：合意選定鑑定人與仲裁鑑定契約並不相同，概念上不宜混淆。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義第一回》，梁台大編撰，第一章第四節，頁 62-63。 2.姜世明，〈訴之聲明之明確性原則〉，《月旦法學教室》第 77 期，2009 年 3 月，頁 18-19。 3.姜世明，〈合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約—評最高法院九十七年度台上字第一一二〇號民事判

決》，《月旦法學雜誌》第 169 期，2009 年 6 月，頁 279-281。

4. 楊建華原著，鄭傑夫增訂，《民事訴訟法要論》，自版，2003 年 12 月，頁 235。

### 【擬答】

(一) 1. 請求被告給付原告「相當數額」之訴之聲明，不符民事訴訟法第 244 條第 1 項與聲明明確性原則之程序法理：

- (1) 「起訴，應以訴狀表明下列各款事項，提出於法院為之：一、當事人及法定代理人。二、訴訟標的及其原因事實。三、應受判決事項之聲明。」民事訴訟法第 244 條第 1 項定有明文。按原告提起訴訟時，起訴狀應記載應受判決事項之聲明（即訴之聲明），具體表明請求法院應為如何內容之判決。又原告起訴狀訴之聲明（或法院裁判書之主文）應明確化（即明確性原則），不可模糊不清或概括化。如訴之聲明欠缺明確性者，則起訴不合法。
- (2) 查原告甲在起訴狀上訴之聲明第一項表明：「請求被告給付原告相當數額之損害賠償。」惟請求被告給付原告「相當數額」，原告所欲請求之金額究竟為若干？甚不明確，該聲明顯然欠缺明確性，起訴顯不合法。對此，法院自應先透過闡明權之行使，令原告更正其聲明內容；如經法院闡明後，原告甲仍未補正該瑕疵者，法院當可以起訴不合法為由，裁定駁回該訴訟。

2. 依我國實務見解，前訴訟程序似有違民事訴訟法第 244 條第 4 項之規定；惟甲之另訴請求腳踏車損害 2000 元及後續治療費用 30 萬元則不合法：

- (1) 「第一項第三款之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明。其未補充者，審判長應告以得為補充。」民事訴訟法第 244 條第 4 項定有明文。按訴之聲明應明確化（明確性原則），固如前述，惟民事訴訟法第 244 條第 4 項有例外規定，於請求金錢賠償損害之訴中，容許原告得於原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明；審判長並應對未予補充之原告，闡明告以得為補充。
- (2) 再按，「法院於前項判決後，原告不得再主張其係一部請求，而就其餘請求另行起訴。如另行起訴，即違反一事不再理原則或為前訴訟之確定判決效力所及，其訴為不合法，應予裁定駁回。」辦理民事訴訟事件應行注意事項一二第 2 款定有明文。由是可知，如法院於前訴訟判決前，原告未能補充其聲明金額者，自不得再主張就其餘請求另行起訴；如另行起訴，即違反一事不再理原則或為前訴訟之確定判決效力所及，其訴為不合法，應予裁定駁回。
- (3) 經查，如甲於原因事實之範圍內（即受有目前已支出醫藥費 25 萬元、精神慰撫金 100 萬元、財物損害及其他後續治療金額之損害），於訴之聲明中表明：請求被告給付原告「最低額度 125 萬元」者，顯見甲係依民事訴訟法第 244 條第 4 項為最低金額之聲明。參諸民事訴訟法第 244 條第 4 項之規定，法院「應」於第一審言詞辯論終結前，令原告甲補充其聲明。惟查，法官在審理中既未告諭原告可請求腳踏車損害額及後續治療費用等，原告對之亦未追加請求或擴張聲明主張之，則該訴訟程序似有違民事訴訟法第 244 條第 4 項之規定。
- (4) 又前訴訟經法院即判決認定原告主張之醫藥費 25 萬元及精神慰撫金 65 萬元有理由，其餘精神慰撫金之請求駁回而確定在案。此後，甲如乃另行起訴請求腳踏車損害 2000 元及後續治療費用 30 萬元者，依辦理民事訴訟事件應行注意事項一二第 2 款及我國實務見解，後訴訟之提起應不合法，法院得裁定駁回該訴訟。
- (5) 惟原告未能於訴訟中補充其聲明，係因法院未踐行其闡明義務所生者，一概拒絕原告針對餘額提起後訴訟，是否有突襲性裁判之嫌？不無疑問，學者對此見解已提出質疑，並予敘明。

(二) 1. 其審理程序及裁判均有程序瑕疵：

- (1) 「當事人聲明之證據，法院應為調查。但就其聲明之證據中認為不必要者，不在此限。」民事訴訟法第 286 條定有明文。按所謂不必要者，係指當事人聲明之證據，與應證事實無關，或即令屬實，亦不足以影響法院心證裁判基礎而言。苟依當事人聲明之意旨，某證據方法與待證之事項有關聯性者，不得預斷為難得結果，認無必要而不予調查，更不得未予調查而不說明理由。由是可知，當事人聲明之證據，原則上法院應為調查；倘若法院依當事人聲明之意旨，縱認無必要而不予調查者，仍應就不予調查乙節說明其理由。
- (2) 查系爭案件審理中，被告乙抗辯其未闖紅燈，因該行車紀錄器已遺失，乃請求傳訊當時曾看過該行車紀錄器內容的警員丙。惟法官雖內心認為該警員可能之證述不足採信，故無傳訊必要，但卻未於審理中及判決中說明其為何不傳訊丙之理由，顯然違反民事訴訟法第 286 條之規定，該程序與裁判均有瑕疵。



2. 法院可基於其他事證而自行認定乙之過失比例為五成；甲、乙之上開合意是否與仲裁鑑定契約並不相同：

- (1) 按鑑定為一種調查證據方法，所得結果係供作法院依自由心證判斷事實真偽之證據資料；除非當事人間有仲裁鑑定契約等訴訟契約存在者外，否則法院即不受鑑定結果之拘束，仍應踐行調查證據之程序而後定其取舍，依自由心證判斷事實之真偽。
- (2) 再按，當事人約定委由法院以外之第三人就法律關係存否之事實或構成要件要素作成判斷，並願受該判斷結果所拘束之仲裁鑑定契約，其性質具有訴訟契約中證據契約之性質，本於辯論主義之事實處分自由及自主選擇定紛爭解決程序之綜合評量，在辯論主義之範圍內，固得承認其效力。由是可知，仲裁鑑定契約係指當事人約定將事實之確定，委由法院以外之第三人予以確定之契約，其有拘束法院認定事實之效力。惟概念上，仲裁鑑定契約與合意選任仲裁人契約不同（參照民事訴訟法第 326 條第 2 項），合意選任仲裁人契約同屬訴訟契約、證據契約之一，其依法有效；惟當事人雖有選任仲裁人之合意，然未必有願意接受該仲裁鑑定結果拘束之意思，則非可遽謂發生仲裁鑑定契約之效力。同理，鑑定人之鑑定結果，不當然拘束法院或當事人，法院自應有依證據調查程序進行審理之義務。
- (3) 查兩造對於乙是否有過失，向審判長共同表示兩造合意選任丁鑑定機構進行鑑定，其性質上仍非仲裁鑑定契約，尚不發生拘束法院認定事實之效力。是以，縱然該鑑定機構鑑定結果認定乙僅占六成過失比例，法院仍可基於其他事證，透過自由心證而自行認定乙之過失比例為五成。

五、原告甲起訴主張被告乙積欠其購買電腦器材之價金尾款新臺幣（下同）500 萬元，依買賣契約之法律關係，請求乙給付 500 萬元。乙除否認有價金尾款未付清外，並另抗辯縱認有欠價金尾款 500 萬元，但甲尚欠其運費代墊款 100 萬元，其得以該 100 萬元抵銷系爭價金尾款。甲則否認乙有代為墊付運費之事實。第一審法院認乙抵銷抗辯成立，判決乙應給付甲 400 萬元後，甲、乙就其敗訴部分各自提起上訴。乙於上訴理由中另抗辯甲之價金請求權已罹於民法第 127 條第 8 款規定之 2 年時效而消滅，其得拒絕給付；並主張第一審法院言詞辯論終結後，甲在法庭外辱罵其是詐騙集團、偽君子，其依民法第 195 條第 1 項規定對甲有慰撫金 500 萬元之債權，自得以之抵銷系爭買賣價金 500 萬元；甲上訴理由則補充主張其並無給付運費義務，兩造已在乙提貨時約定運費應由乙負擔，故其得拒絕給付，並否認有公然侮辱乙且表示不同意乙在第二審提出時效抗辯及慰撫金之抵銷抗辯，復陳稱法院如認其 500 萬元價金請求權罹於時效而消滅，則並依不當得利規定請求該 500 萬元。試附理由回答下列問題：

- (一) 本件甲、乙在第二審各自提出之主張及抗辯內容，究係提出新攻擊防禦方法？抑為訴之追加、變更，或為反訴？乙在第二審就運費代墊款及侵權行為損害賠償是否得另提起反訴請求甲給付之？（15 分）
- (二) 如果本件第一審法院依甲之聲請，於判決中諭知甲得於供擔保 135 萬元後假執行，但因乙未為免假執行之聲請，故未同時宣告乙得預供擔保免為假執行。則乙有何救濟方法以避免其財產在第二審審理終結前遭甲實施假執行程序？又如甲就第一審法院宣告之供擔保額不服，依法應如何救濟？（10 分）
- (三) 如本件僅有乙提起上訴，甲除主張乙上訴不合法外，並未提起上訴，則甲嗣於第二審審理期間，得否另提起附帶上訴？如甲提起附帶上訴後，乙撤回上訴，則甲在第二審之附帶上訴程序是否仍有效而存續？（10 分）

命題意旨	本題在測驗同學對於上訴程序相關規定之理解，特別係第二審訴之變更追加、反訴、逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁、假執行判決之救濟、附帶上訴與上訴撤回。
答題關鍵	本題有三小題。第二、三小題涉及法條內容之規定，難度不高。至於第一小題涉及基本概念之釐清，即攻擊防禦方法之意義為何。同學只要從處分權主義、辯論主義二者間之差異切入後，應可迎刃而解。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義第三回》，梁台大編撰，第七章第二節，頁 21-24。 2. 《高點民事訴訟法講義第三回》，梁台大編撰，第十章第一節，頁 101-102。 3. 《高點民事訴訟法講義第三回》，梁台大編撰，第十章第二節，頁 117-118、125-126、128-135。 4. 沈冠伶，〈民事訴訟法 2002 年判解回顧—從訴訟上之實質平等及當事人之訴訟促進協力義務以觀〉，《民事證據法與武器平等原則，民事程序法學與紛爭處理法則（二）》，台大法學叢書 162，

	2007 年 10 月初版，頁 294-297。
	5.姜世明，〈遲延提出攻擊防禦方法之失權〉，《民事程序法之發展與憲法原則》，元照，2003 年 11 月初版一刷，頁 257。
	6.吳從周，〈論遲誤準備程序之失權〉，《民事法學與法學方法（一）》，自版，2007 年 2 月初版，頁 371。
	7.吳明軒，《民事訴訟法（中）》，自版，2013 年 7 月修訂十版，頁 1403-1404。

## 【擬答】

(一)1.本件甲、乙在第二審各自提出之主張及抗辯內容：

- (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。」「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。」民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 447 條第 1 項定有明文。按民事訴訟法第 446 條第 1 項為訴之變更、追加之規定，涉及訴訟標的之提出，屬於處分權主義之層次；又民事訴訟法第 447 條第 1 項為逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁，其提出限制之客體僅限於攻擊防禦方法，即事實上或法律上陳述、事實與證據之提出（包含抵銷抗辯、時效抗辯等）。惟一般認為訴之變更、追加或反訴，並非失權制裁規定所謂之攻擊防禦方法，非為失權之客體。因訴之變更、追加或反訴，目的在於貫徹紛爭解決一次性之要求，且亦不造成訴訟遲延，宜解為特別規定，並無失權制裁之適用。
- (2)緣原告甲以買賣契約之價金尾款計 500 萬元之債權為訴訟標的，向乙請求給付。乙除否認有該債權外，並另提出以運費代墊款 100 萬元為抵銷抗辯。第一審法院認乙抵銷抗辯成立，判決乙應給付甲 400 萬元。
- (3)查本件甲在第二審提出：法院如認其 500 萬元價金請求權罹於時效而消滅，則並依不當得利規定請求該 500 萬元等語，既係額外請求以訴訟標的以外之其他權利之主張，應屬於訴之追加、變更。
- (4)第查，本件乙在第二審，為否認原告就訴訟標的之請求，分別提出：甲之價金請求權已罹於消滅時效（時效抗辯）、以其對甲之 500 萬元慰撫金債權為抵銷抗辯等主張，應係新攻擊防禦方法之提出。又本件甲在第二審，補充主張：其並無給付運費義務、伊並未公然侮辱乙而否認乙之抵銷抗辯，並不同意乙在第二審提出時效抗辯及慰撫金之抵銷抗辯各節，亦屬新攻擊防禦方法之提出。

2.乙在第二審就運費代墊款及侵權行為損害賠償，否得另提起反訴請求甲給付之：

- (1)按「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：一、於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，並請求確定其關係者。二、就同一訴訟標的有提起反訴之利益者。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)查第一審法院肯認乙以運費代墊款 100 萬元之抵銷抗辯，因而判決乙應給付甲 400 萬元。又針對乙仍應給付之部分，乙於第二審已針對其對甲之 500 萬元慰撫金債權，以其中 400 萬元部分為抵銷抗辯。
- (3)第查，如第二審法院認為乙以慰撫金債權為抵銷抗辯，並非新攻擊防禦方法而容許提出者，設乙於第一審之抵銷抗辯仍有理由，則乙當有未經抵銷之餘額 100 萬元慰撫金債權可資請求。是以，乙自得爰依民事訴訟法第 446 條第 2 項第 3 款之規定，就此餘額債權提起反訴。

(二)1.乙得請求第二審法院先為辯論及裁判宣告被告得預供擔保而免為假執行

- (1)按「法院得依聲請或依職權，宣告被告預供擔保，或將請求標的物提存而免為假執行」、「第二審法院應依聲請，就關於假執行之上訴，先為辯論及裁判。」民事訴訟法第 392 條第 2 項、第 455 條定有明文。由是可知，如第一審法院判決諭知原告得供擔保後假執行，但未同時宣告被告得預供擔保免為假執行者，被告得對本案判決及其假執行之部分一併上訴，請求第二審法院先為辯論及裁判宣告被告得預供擔保而免為假執行。
- (2)查乙並未向第一審為免假執行之聲請，是本件第一審法院則於判決中諭知甲得於供擔保 135 萬元後假執行，而未同時宣告乙得預供擔保免為假執行，甲、乙就其敗訴部分各自提起上訴。是以，乙自得爰依民事訴訟法第 455 條之規定，請求第二審法院先為辯論及裁判宣告被告得預供擔保而免為假執行。

2.甲就第一審法院宣告之供擔保額不服，依法得提起上訴：

- (1)「原告陳明在執行前可供擔保而聲請宣告假執行者，雖無前項釋明，法院應定相當之擔保額，宣告供擔



保後，得為假執行。」民事訴訟法第 390 條第 2 項定有明文。按當事人僅得就判決之結果，對其有不利之部分而不服，向上級審法院提起上訴加以救濟。當事人上訴利益之有無，原則上以原判決結果之判決主文與訴之聲明兩相比較，如有較原訴之聲明不利情形，上訴人即有上訴利益（即形式不服說）。惟例外情形，則兼採實質不服說，即當事人上訴利益之有無，以當事人上訴後，於上級審法院中可在實體法上獲得較原判決更有利之情形者，上訴人即有上訴利益。是以，我國一般均承認，當事人得對假執行擔保金額之多寡提起上訴。

(2)由是可知，甲如就第一審法院宣告之供擔保額不服者，自得依法得提起上訴。

(三)甲得於第二審審理期間提起附帶上訴；乙撤回上訴後，甲之附帶上訴是否存續，應視假是否同意乙撤回上訴而定：

- 1.按「上訴人於終局判決前，得將上訴撤回。但被上訴人已為附帶上訴者，應得其同意」、「被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。但經第三審法院發回或發交後，不得為之」、「附帶上訴，雖在被上訴人之上訴期間已滿，或曾捨棄上訴權或撤回上訴後，亦得為之」、「上訴經撤回或因不合法而被駁回者，附帶上訴失其效力。但附帶上訴備上訴之要件者，視為獨立之上訴。」民事訴訟法第 459 條第 1 項、第 460 條第 1 項、第 2 項、第 461 條定有明文。由是可知，於上訴期間期滿後，被上訴人仍得為附帶上訴；此時，上訴人於終局判決前如欲將上訴撤回者，應先得已為附帶上訴之被上訴人同意；經上訴人撤回上訴後，因該附帶上訴無法視為獨立之上訴，是附帶上訴則失其效力。
- 2.查第一審法院肯認乙以運費代墊款 100 萬元之抵銷抗辯，因而判決被告乙應給付原告甲 400 萬元。設本件僅有乙提起上訴，甲除主張乙上訴不合法外，並未提起上訴，是第二審之上訴人為被告乙，被上訴人為原告甲。
- 3.第查，被上訴人甲對於第一審判決不利於己之部分（即法院肯認抵銷抗辯之部分），雖未於上訴期間屆滿前提起上訴，惟被上訴人甲仍得於第二審言詞辯論終結前，得為附帶上訴（民事訴訟法第 460 條第 1 項、第 2 項意旨參照）。
- 4.再查，經被上訴人甲提起附帶上訴後，如上訴人乙撤回上訴者，自應先取得被上訴人甲之同意。如甲不同意乙撤回上訴者，自不發生撤回上訴之效力。反之，如甲同意乙撤回上訴者，有鑑於被上訴人甲逾越上訴期間後始提起附帶上訴者，因該附帶上訴並不具備上訴要件而無法視為獨立之上訴，是上訴人乙撤回上訴後，附帶上訴即隨同失其效力（民事訴訟法第 461 條意旨參照）。

六、甲因好友介紹，購買乙所有之公寓及基地應有部分（以下簡稱系爭房屋）。甲付清價款並於民國（下同）100 年 5 月 15 日辦竣所有權移轉登記後，始知悉系爭房屋早在 2 年前即為丙占有使用中。甲乃向丙表示伊係現在系爭房屋所有人，丙占有系爭房屋並無正當權源，丙則否認之並拒絕搬遷。甲因居住需要，乃以丙無權占有系爭房屋為原因事實，本於民法第 767 條第 1 項規定提起訴訟，聲明：丙應遷讓交還系爭房屋與甲。丙於第一次準備期日，提出其與乙訂定並經公證之書面系爭房屋租賃契約為證據，其上記載：承租人丙向出租人乙承租系爭房屋，期間自 98 年 1 月 1 日起算 6 年，承租人應交付並已交付出租人押租金新臺幣（下同）50 萬元，以押租金按法定利率計算之利息逐月抵付租金，押租金於租賃契約消滅時無息退還等內容。丙並據以辯稱：伊對系爭房屋有租賃權，且已依約支付租金，並非無權占有云云。甲當即援引丙提出之證據及抗辯事實，追加聲明：丙應給付甲押租金 50 萬元。丙則聲明：不同意甲追加聲明，對甲所為全部之請求，請予以駁回。訴訟進行中，丙愈覺不安，乃請教其律師是否得對乙請求返還押租金 50 萬元。

(一)請就甲、丙之聲明及主張，闡明及整理其間之訴訟關係，擬定審理程序，並說明其依據。(40 分)

(二)承上題，請依所定之審理程序，論述甲對丙之訴有無理由。(30 分)

(三)丙請求乙返還押租金 50 萬元有無理由？請附理由說明之。(20 分)

答題關鍵	<p>第一小題：爭點整理題型。</p> <p>第二小題：(1)買賣不破租賃（民法第 425 條）；(2)押租金契約之性質與隨同移轉問題。</p> <p>第三小題：押租金返還問題。</p>
考點命中	<p>第一小題：</p> <p>《高點民法&amp;民訴實例題實戰解析》，劉律師編著(2013.09)，主題 11：爭點整理題型解題技巧，頁</p>

	<p>11-1~11-5。</p> <p><u>第二小題：</u></p> <p>《高點律師、司法官班民法專用講義第三回》，劉台大編撰，<b>主題 31</b>：租賃、借貸契約，頁 81-83</p> <p>《高點律師、司法官班第二試民法總複習專用講義》，劉台大編撰，<b>爭點 64</b>：租賃契約之社會化，頁 153-155。</p> <p><u>第三小題：</u></p> <p>《高點律師、司法官班民法專用講義第三回》，劉台大編撰，<b>主題 31</b>：租賃、借貸契約，頁 82-83、88。</p> <p>《高點律師、司法官班第二試民法總複習專用講義》，劉台大編撰，<b>爭點 64</b>：租賃契約之社會化，頁 154-155；<b>爭點 65</b>：租賃契約之消滅，頁 156。</p>
--	--

## 【擬答】

## (一)甲、丙訴訟關係、審理與爭點整理程序之相關論述，分說明如下：

## 1.甲、丙兩造之聲明與陳述要旨：

題示甲、丙因所有物返還事件涉訟。原告甲主張：丙應依民法第 767 條之規定遷讓、交還系爭房屋於甲，並追加聲明請求給付 50 萬元之押租金；被告丙則主張：對於系爭房屋具有租賃權，且已依約給付租金，請求法院駁回甲全部之請求，先予整理。

## 2.審理程序：應先行爭點整理程序而後始為實質審理

- (1)按依民事訴訟法第 296-1 條之規範，法院於行調查證據前，應踐行爭點整理程序，蓋藉爭點之具體化與明確化，達成審理集中化之目標、防止促進訴訟、發現真實、法律適用之突襲，先予說明。
- (2)再按當事人起訴時，得依該程序主體權、程序處分權特定訴訟上請求，惟反面言之，立基於促進訴訟義務、誠信原則，當事人亦有特定訴訟上請求之義務。於最上位爭點之整理，本件甲所聲明之主張有二：「所有物返還請求」與「押租金給付請求」，兩者甲均以「權利單位」特定訴訟標的，且聲明已具可執行性，應認為訴訟標的與聲明均為特定。惟就事理而言，甲之二訴之聲明係屬不兩立之請求，因此，法院應藉由公開心證、表明法律見解等闡明義務之行使，促使當事人間擇定審理範圍、排列其客觀合併態樣（例如：預備合併）或成立爭點簡化協議（例如：僅就押租金給付請求為審理），俾利後續爭點整理程序之進行。
- (3)就「所有物返還請求」言，法院應進行「論理型爭點整理程序」，為當事人分析實體法上之各要件事實，進行論理型之討論，並對於事實上、證據上之爭執事項、不爭執事項進行整理。例如：關於「甲為所有人」要件，如雙方均不爭執，則可列入「不爭執事項」；關於「丙為無權占有」要件，如雙方對於丙之租賃權是否得依民法第 425 條第 1 項對抗甲有所齟齬，則可列為爭執事項，並進而依相關要件事實進行證據上之爭點整理。
- (4)就「押租金給付請求」言，法院亦應進行「論理型爭點整理程序」，為當事人分析實體法上之各要件事實，進行論理型之討論，為事實上、證據上之爭點整理。惟如認為當事人法律上有定性錯誤之情事，例如：法院認為「押租金給付請求」應主張之對象為乙而非甲，亦應公開心證、表明法律見解，與當事人進行法律上討論，遂行法律上之爭點整理，並依民事訴訟法第 199 條、第 199-1 條適正當事人之主張，或闡明其追加當事人。
- (5)爭點整理程序中，法院應善盡其闡明義務，自最上位爭點而降，為事實上、證據上、法律上之爭點整理，作成審理計畫，始進行言詞辯論程序與實質審理，以促進審理集中化，防止突襲性裁判，並協同當事人尋求信賴真實點之法。

## (二)甲對丙之主張全部無理由，應予全部駁回：

## 1.「所有物返還請求」係無理由，論述如下：

- (1)按出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。民法第 425 條第 1 項參照，本項規定，為我國租賃權絕對權化之「買賣不破租賃」明文，先予說明。
- (2)題示乙、丙租賃契約中，乙已將租賃物交付丙、且租賃物為丙所占有，而乙將租賃物所有權讓與甲，甲自須依民法第 425 條第 1 項規定，法定繼受該租賃契約。此外，乙、丙間之租賃契約雖已逾五年，惟於其曾辦理公證之情形下，買賣不破租賃之效力，亦不受民法第 425 條第 2 項之限制，須併予說明。
- (3)綜上論述，基於買賣不破租賃之效力，本件丙之租賃權應得對抗甲，甲對丙主張所有物返還請求權係無理由，應予駁回。

版權所有，重製必究！

## 2. 「押租金給付請求」亦無理由，論述如下：

- (1)題示乙、丙約定租賃契約押租金 50 萬元，並以押租金所生之利息抵付租金，其約定具有「押租金契約」與「預付租金」之性質，擬先定性。
- (2)依實務見解，本件原所有人乙於租賃契約移轉時，未將押租金隨同移轉於受讓人甲，於押租金係屬租賃契約以外之「從契約」、「要物契約」下，該押租金契約並未隨同移轉於甲，甲自不得對於押租金有所主張（最高法院 65 年度台上字第 156 號判例<sup>4</sup>參照）；退而言之，受讓人甲依民法第 425 條第 1 項繼受租賃契約時，亦應繼受租賃契約「租金已預付」之瑕疵（司法院院字 1909 號解釋<sup>5</sup>、台灣高等法院台中分院 99 年度重上更(二)字第 20 號判決<sup>6</sup>參照），故縱甲係以給付租金為由請求丙應給付押租金，亦屬無理由<sup>7</sup>。
- (3)惟應注意者為，通說<sup>8</sup>雖亦主張租賃契約之押租金係屬「從契約」，但認為其非屬「要物契約」。如依通說見解，本件押租金契約應與租賃契約隨同移轉於甲，惟甲於繼受押租金契約時，亦應繼受「押租金已付」之瑕疵，故縱採通說見解，甲之「押租金給付請求」亦無理由。
- (4)綜上論述，無論依實務見解或通說見解，甲之「押租金給付請求」均無理由，應予駁回。

## (三)丙不得請求乙返還押租金 50 萬元，論證如下：

- 1.依實務見解，押租金係屬「從契約」、「要物契約」，故於乙未實際交付押租金於甲之情況，押租金契約仍存在於乙、丙之間。此時，由於其所擔保之租賃債務尚屬存在，且押租金所生之利息亦有預付租金之性質，丙自不得向乙依押租金契約或不當得利之規定請求返還押租金 50 萬元。（最高法院 77 年度台上字第 2213 號判決<sup>9</sup>參照）
- 2.惟如採通說見解，本件押租金契約既屬從契約，無論有無實際交付，自應與租賃契約隨同移轉於甲，乙已非押租金契約之主體。故丙亦不得向乙請求返還押租金 50 萬元。此外，本件縱涉權益侵害之不當得利問題，於「權益歸屬說」之立場下，亦應由擔保利益受直接侵害之甲向乙依不當得利規定請求返還押租金 50 萬元，丙並非不當得利之請求權主體。（最高法院 98 年度台上字第 1156 號判決<sup>10</sup>參照）
- 3.綜上論述，無論依現行實務或學說見解，丙均不得向乙請求返還押租金 50 萬元。
- 4.應予補充者為，本件如租賃關係終了，租賃物交還而已無債務不履行情事，丙即應生押租金返還請求權。惟該押租金返還請求權行使之對象。於押租金實際上未轉交下，依實務見解應係向乙行使、依通說見解則

<sup>4</sup> 最高法院 65 年度台上字第 156 號判例：「民法第四百二十五條所謂對於受讓人繼續存在之租賃契約，係指民法第四百二十一條第一項所定意義之契約而言，若因擔保承租人之債務而接受押租金，則為別一契約，並不包括在內，此項押租金契約為要物契約，以金錢之交付為其成立要件，押租金債權之移轉，自亦須交付金錢，始生效力，出租人未將押租金交付受讓人時，受讓人既未受押租金債權之移轉，對於承租人自不負返還押租金之義務。」

<sup>5</sup> 司法院院字 1909 號解釋：「承租人依租賃契約所為租金之預付。得以之對抗受讓人。故租賃契約。如訂明承租人得於押金已敷抵充租金之時期內。不再支付租金。而將押金視為預付之租金者。雖受讓人未受押金之交付。亦得以之對抗受讓人。」

<sup>6</sup> 台灣高等法院台中分院 99 年度重上更(二)字第 20 號判決：「上訴人對系爭租約之出租人黃唐月英既仍有二千萬元借款債權（已充為系爭租約之押租金）存在，則其等間以二千萬元押租金之利息抵付租金之約定亦仍存在，且性質上為租金之預付，雖被上訴人未受讓此二千萬元押租金，然依司法院解釋及判例意旨，上訴人仍得以此租金之預付對抗受讓人，是以被上訴人以上訴人積欠租金為由主張終止系爭租約，即屬無據，應予駁回。」，本案經最高法院 99 年度台上字第 1978 號判決駁回上訴而確定。

<sup>7</sup> 補充說明：關於「以利息預付租金」下，受讓人不須繼受「租金已預付」瑕疵之不同見解，可參見：黃茂榮(2010)，〈租賃（下）〉，《植根雜誌》，第 26 卷第 4 期，頁 21-22。黃茂榮大法官認為，租賃契約約定以利息抵繳租金，評價上應屬「租賃與消費借貸之混合契約」，受讓人於依民法第 425 條第 1 項規定繼受租賃契約時，並不繼受消費借貸部分之契約，故無須繼受「租金已預付」之瑕疵。

<sup>8</sup> 通說來源：邱聰智(2002)，《新訂債法各論（上）》，初版，頁 407-409

<sup>9</sup> 最高法院 77 年度台上字第 2213 號判決：「押租金係以擔保承租人之租賃債務為目的。是押租金返還請求權，應於租賃關係終了，租賃物交還，承租人已無債務不履行情事，且押租金尚有餘額時，始能產生。」

<sup>10</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1156 號判決：「民法第一百七十九條前段規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。其判斷是否該當上揭不當得利之成立要件時，應以「權益歸屬說」為標準，亦即倘欠缺法律上原因而違反權益歸屬對象取得其利益者，即應對該對象成立不當得利。」

係向甲行使，此須併予說明。

### 【延伸說明】

- (1) 在押租金實際上未轉交下，承租人究應向何人主張押租金返還請求權，實屬法制上之重大議題。**實務見解**採「向原出租人請求返還」說，目的在於保護未受押租金實際交付之受讓人，惟論理上須面對何以押租金契約係要物契約、不隨同租賃契約移轉之難題；**通說見解**採「向受讓人請求返還」說，雖然在邏輯上符合從契約隨同主契約移轉之法則，但對於未受押租金實際交付之受讓人，保護上實有不周。
- (2) (舊)德國民法第 572 條於此種情形，採取折衷之立法例：「1 經讓與之土地，使用承租人如已向出租人提供擔保，受讓人應繼受該權利義務關係。2 受讓人僅有在其收受擔保時，或在其對於出租人承擔返還義務時，始負返還義務。」，並於房屋租賃準用之（第 580 條）。在此見解下，**買賣不破租賃發生而押租金實際上未轉交下，雖然受讓人仍需承擔押租金契約，惟例外限制其不須負返還義務**，恰可解決理論與實際之難題，作為折衷，可供解釋論參照。相關論述可參照：王澤鑑(2002)，〈買賣不破租賃：民法第四二五條規定之適用、準用及類推適用〉，《民法學說與判例研究第六冊》，頁 216-219。
- (3) 惟 2002 年新德國民法第 566a 條改為規定：「房屋使用承租人為履行義務而向出租人提供擔保時，受讓人應繼受該權利義務關係；租賃關係終止時，如使用承租人無法由受讓人處取得該擔保時，出租人繼續負有返還義務」，並於土地租賃準用之（第 578 條）。在此見解下，**買賣不破租賃發生而押租金實際上未轉交下，受讓人除需承擔押租金契約外，更負押租金返還義務；惟如受讓人不履行押租金返還義務，由出租人負補充性之返還義務，更深化對於承租人之保護**，此種立法例，亦殊值未來立法上參照。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《民法與民事訴訟法》

- 一、甲營造公司於民國（下同）90 年間自乙承包大樓興建工程，而將鷹架搭設工程交由丙工程公司承包。90 年 10 月 1 日因丙違背建築技術規則鷹架倒塌，致墜落物損害置放於鄰地丁所有之轎車。丁同時向甲、乙、丙請求賠償，乙主張自己為業主拒絕賠償，丙主張自己係在甲監督下施工並無違法情事，也拒絕丁賠償之請求。經查甲對損害事故之發生並無過失，但甲因擔心遭主管機關勒令停工，於 90 年 10 月 15 日與丁成立和解，同意賠償新臺幣 100 萬元。之後，丙重新搭設鷹架，91 年 12 月 1 日因甲使用鷹架之工程完成，丙拆除鷹架，工作結束。同日，丙向甲請求支付工程款 50 萬元，甲主張丙應償還其給付於丁之賠償金 100 萬元，遂拒絕支付工程款 50 萬元。試問：
- (一)何人應依何種法律關係對丁負損害賠償責任？（15 分）
- (二)甲賠償丁後，對乙、丙得否請求償還或返還其所支付之 100 萬元？其法律依據各為如何？（30 分）

命題意旨	本題之案例事實係改編自最高法院 91 年台上第 2544 號判決，當事人之關係並不複雜，側重於損害賠償之債及請求權基礎之掌握，屬於民法實例之基本題型。
答題關鍵	<p>本題答題重點在於：</p> <p>(一)本小題側重在損害賠償責任請求權基礎之檢討：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.先由契約責任及侵權責任出發，然因丁與甲乙丙間並無契約關係，故丁之損害賠償請求權基礎重點在於侵權責任範疇。</li> <li>2.逐項檢討丁對丙、丁對乙、丁對甲之侵權行為損害賠償之請求權基礎。</li> </ol> <p>(二)本小題側重甲賠償於丁後，甲是否得向乙、丙請求之問題，此部分涉及「第三人清償」、「無因管理」及「不當得利」等請求權基礎。</p>
考點命中	<p>《高點民法講義第四回》，高台大編撰，第五章侵權行為部分。</p> <p>《高點民法講義第四回》，高台大編撰，第十一章債之消滅部分。</p> <p>《高點民法講義第三回》，高台大編撰，第四章無因管理部分。</p>

## 【擬答】

(一)何人應依何種法律關係對丁負損害賠償責任，分析如下：

- 1.丁與甲、乙、丙間均無任何契約關係，故不涉及契約責任，先予敘明。
- 2.丁對丙得依民法第 184 條第 2 項及第 1 項前段規定，請求侵權行為之損害賠償責任：
  - (1)丁得依民法第 184 條第 2 項規定，向丙請求損害賠償：
    - A.按民法第 184 條第 2 項規定，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。
    - B.本題，丙因違背建築技術規則鷹架倒塌，致墜落物損害置放於鄰地丁所有之轎車，係符合違反保護他人之法令致生他人損害之情形，且丙亦有過失，故丁得依民法第 184 條第 2 項規定，向丙請求損害賠償。
  - (2)丁得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向丙請求損害賠償：
    - A.按民法第 184 條第 1 項前段規定，因故意過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。
    - B.本題，丙因違背建築技術規則鷹架倒塌，致墜落物損害置放於鄰地丁所有之轎車，亦符合因故意過失不法侵害丁之轎車所有權，故丁得依民法第 184 條第 1 項前段規定，向丙請求損害賠償。
- 3.丁對甲不得主張損害賠償責任：
  - (1)本題，甲雖為乙興建系爭大樓之承攬人，惟就系爭大樓之鷹架工程轉包予丙，故甲丙間成立「次承攬關係」，甲為定作人，丙為承攬人，合先敘明。
  - (2)按民法第 189 條規定，承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人之權利者，定作人不負損害賠償責任。但定作人於定作或指示有過失者，不在此限。
  - (3)本題，甲為鷹架工程之定作人，而依題意甲對於損害之發生並無過失，故依民法第 189 條規定，甲對於

丁並不負損害賠償責任。

4. 丁對乙不得主張損害賠償責任：

- (1) 本題，乙為承攬系爭興建大樓之定作人，於大樓完成後即為大樓所有人，故丁之損害如欲向乙為請求者，則請求權基礎可能為民法第 184 條第 1 項前段、第 189 條及第 191 條規定。
- (2) 惟按民法第 189 條與第 191 條規定之損害賠償要件不同，承攬人本其獨立自主之地位執行承攬事項，定作人對其並無監督其完成工作之權限，縱工作物為土地之建築物或其他工作物而其所有權屬於定作人，如係因承攬人執行承攬事項而不法侵害他人權利，應優先適用該法第 189 條規定，而不適用同法第 191 條，此有最高法院 100 年台上字第 468 號判決可資參照。
- (3) 準此，本題丙發生承攬人執行承攬事項而不法侵害他人之權利者，乙之侵權責任應優先適用第 189 條規定，而非第 191 條。是以，如定作人乙對於丙之定作或指示並無過失者，則丁不得對乙主張第 189 條定作人之侵權行為損害賠償責任，亦不得主張民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為損害賠償責任。

(二) 甲賠償後，得否向乙、丙請求償還或返還給付於丁之 100 萬賠償，分述如下：

1. 甲對乙：

承上所述，倘定作人乙對於丙之定作或指示並無過失者，則丁即不得對乙主張侵權行為之損害賠償責任，則本題甲即不得對乙主張返還或給付於丁之 100 萬賠償。

2. 甲對丙：

- (1) 本題甲對損害事故之發生並無過失，對丁本不負任何損害賠償責任，而應由違反建築技術規則之丙負侵權行為之損害賠償責任，已如前述。是甲為避免遭主管機關勒令停工，與丁達成和解並賠償 100 萬元，得否向乙、丙請求償還或返還給付於丁之 100 萬賠償，應視其當初賠償丁時係為清償自己或他人之債務而定。

(2) 甲如係為清償自己之債務者：

- A. 如甲係為自己而非為第三人為清償之意思，此情形係屬「誤償他人之債」，故並非屬民法第 310 條之第三人清償，丁對丙之債務並不消滅，丁仍得向丙主張損害賠償。
- B. 此時，受有此 100 萬之利益者為丁而非丙，故甲不得對丙依不完全給付、不當得利及無因管理等規定請求返還。

(3) 甲如係為清償丙之債務者：

- A. 甲得依民法第 312 條規定，向丙請求償還給付於丁之 100 萬賠償：

(A) 按就債之履行有利害關係之第三人為清償者，於其清償之限度內承受債權人之權利，但不得有害於債權人之利益，民法第 312 條定有明文。本條所謂利害關係之第三人，係指法律上之利害關係而不及於事實上之利害關係，且第三人於代為清償時，應表明債務人為何人，以資辨別其係就他人之債務為清償之意。惟實務見解對本條解釋係採從寬立場<sup>1</sup>，且法律並未明文規定，第三人須以一定之方式向債權人表明係清償他人之債務，即以言詞為之或其他足令債權人知悉之方式，均無不可。

(B) 由上，於實務見解對於法律上利害關係及表明方式係採從寬認定之立場下，本題甲為避免遭主管機關勒令停工，而依民法第 311 條第三人清償之方式，與丁達成和解並賠償 100 萬元，此應符合民法第 312 條所規定法律上利害關係之要件，故於甲代丙清償丁 100 萬元後，甲自得依民法第 312 條規定承受丁之權利，向丙請求償還 100 萬元之賠償。

<sup>1</sup> 最高法院 65 年第 1 次民庭會議決議（二）：「甲購買乙之房屋，價款已付清，房屋尚未移轉登記及交付，乙因負債，經債權人取得執行名義後聲請法院將該房屋查封，致該房屋不能移轉登記及交付與甲，惟甲如為清償該項債務，房屋啓封，甲可因房屋之移轉登記及交付，而取得房屋之所有權及占有，如不清償，房屋因被查封而不能移轉登記及交付，妨礙其取得房屋之所有權及占有（如進而拍賣，甲更將不能取得房屋所有權及占有）不能謂甲非就債之履行有法律上利害關係之第三人。其情形正與抵押物之第三取得人相同（抵押物之第三取得人為已取得之財產權積極的將被喪失之利害關係，本例則為可取得之財產權消極的將被妨礙取得或不能取得之利害關係）。實例上對於民法第三百十一條第二項但書及第三百十二條所謂利害關係，係從寬認定，例如本院二十九年上字第一三五四號判例，對於借款時在場之中人，約明該中人有催收借款之責任者，尚且認該中人就借款之返還非無利害關係。本例情形，自應認為甲之清償係民法第三百十一條第二項但書及第三百十二條所規定於債之履行有利害關係之第三人所為之清償。」



B.甲得依民法第 177 條或第 179 條規定，向丙請求償還給付於丁之 100 萬賠償：

- (A)按「未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之。」「管理事務不合於前條之規定時，本人仍得享有因管理所得之利益，而本人所負前條第一項對於管理人之義務，以其所得之利益為限」民法第 172 條及第 177 條第 1 項分別定有明文。
- (B)本件，甲並未受丙之委任，亦無義務，而為丙向丁支付 100 萬之損害賠償，惟丙認為其並無過失而不願賠償，故丙向丁為清償係屬違反本人之意思，且並無第 174 條第 2 項為本人盡公益上之義務，或為其履行法定扶養義務，或本人之意思違反公共秩序善良風俗之情形，是甲之清償係屬「不適法之無因管理」。
- (C)準此，本題本人丙如選擇享有因管理所得之利益，亦即享有甲對丁清償債務之利益者，此時甲得依民法第 177 條第 1 項準用第 176 條第 1 項規定規定，請求丙返還 100 萬元之利益，並得請求自支付時起之利息。
- (D)如丙選擇不享有因管理所得之利益者，則丙受有民法第 311 條第三人清償之利益，係屬無法律上之原因而受有利益，致甲受有 100 萬元之損害，故甲亦得依民法第 179 條不當得利之規定，向丙請求返還 100 萬元之利益。

二、甲、乙兩人共有一筆 A 建地，應有部分登記為甲四分之三，乙四分之一，乙未經甲之同意，將其應有部分設定抵押權於丙。試問：

(一)甲得否未經乙之同意，將 A 地先後分別設定典權、普通抵押權於丁、戊？（20 分）

(二)承上，若甲、乙未告知丙、丁、戊，逕將 A 地協議分割並完成登記；其後丙實行抵押權拍賣抵押標的物，由庚拍定，且無人主張優先承買。則 A 地上之物權關係如何？（25 分）

命題意旨	本題係在測驗同學對於共有及抵押權效力之基本概念，考題並不複雜，只要對於共有及抵押權之基本能夠掌握，相信應該可以拿到不錯的分數。
答題關鍵	本題答題重點在於： (一)關於民法 819 條第 1 項、土地法第 34-1 之適用問題。 (二)於甲乙分割共有物後，對於 A 地之物權人丙、丁、戊有何影響。
考點命中	1.高台大，民法講義第六回，第二章所有權之共有部分。 2.高台大，民法講義第六回，第三章抵押權之部分。

#### 【擬答】

(一)甲得否未經乙之同意，將 A 地先後分別設定典權、普通抵押權於丁、戊，分述如下：

1.甲得不經乙之同意，將 A 地設定典權於丁：

- (1)按民法第 819 條第 2 項規定，共有物之處分、變更、及設定負擔，應得共有人全體之同意。是本題如甲欲將 A 地設定典權於丁者，依前開條文規定，本應經他共有人乙之同意，始生效力。
- (2)惟共有土地若須經全體共有人之同意下始得處分、變更及設定負擔，將造成共有土地之使用效率低落，故為促進共有土地利用之效率，立法者特別於土地法第 34 條之 1 第 1 項規定，共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。亦即，係以多數決之方式，取代民法第 819 條第 2 項之全體同意方式，以促進共有土地利用之效率。
- (3)準此，本題甲乙共有者為土地，應有土地法第 34 條之 1 第 1 項規定之適用，且甲之應有部分為四分之三，已符合土地法第 34 條之 1 第 1 項但書應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算之標準。是以，本題甲得不經乙之同意，將 A 地設定典權於丁，於法應屬有據。

2.甲不得未經乙之同意，逕自將 A 地設定普通抵押權於戊：

- (1)按民法第 860 條規定，稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。是抵押權之性質，係屬優先支配物之交換價值之擔保物權，而與地上權、農育權、不動產役權或典權等係以支配物之利用價值之用益物權不同。
- (2)土地法第 34 條之 1 第 1 項多數決之立法意旨，係在促進共有土地利用之效率，已如前述，故本條項之多數決依通說見解認為，係適用於物之利用價值之用益物權上，而不適用於僅有支配交換價值而無利

用價值之抵押權上。

(3)準此，甲如欲將「A 地」而非僅將其應有部分設定普通抵押權於戊者，並無土地法第 34 條之 1 第 1 項多數決之適用，而須回歸民法第 819 條第 2 項規定，亦即須經全體共有人同意後，始得將 A 地設定普通抵押權於戊。是以，本題甲如未經乙之同意，不得逕自將 A 地設定普通抵押權於戊。

(4)此時，甲將 A 地設定普通抵押權於戊之行爲，係屬對 A 地之無權處分，依民法第 118 條第 1 項規定，須經乙之承認後，始生效力。

(二)本題 A 地上之物權關係，分述如下：

1.丙、戊之抵押權不因甲乙分割 A 地而受影響：

(1)本題，A 地之共有人乙未經甲之同意，將其應有部分設定抵押權予丙，依民法第 819 條第 1 項及大法官釋字第 141 號解釋之規定，應屬有效，丙取得乙就 A 地四分之一應有部分之抵押權。又甲將 A 地設定普通抵押權於戊之無權處分行爲，如嗣後係經乙之承認，則依民法第 118 條第 1 項規定，戊亦取得 A 地之抵押權，合先敘明。

(2)按「應有部分有抵押權或質權者，其權利不因共有物之分割而受影響。但有下列情形之一者，其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分：一、權利人同意分割。二、權利人已參加共有物分割訴訟。三、權利人經共有人告知訴訟而未參加。」「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」民法第 824 條之 1 第 2 項及第 867 條分別定有明文。

(3)本題，甲乙未告知抵押權人丙及戊（如乙有同意者）而逕自以協議分割 A 地，因不符民法第 824 條之 1 第 2 項但書第 1 至 3 款之情形，故依第 824 條之 1 第 2 項本文及第 867 條規定，丙、戊之抵押權仍依其權利範圍存在於 A 地上，不受 A 地分割之影響。

2.丙實行抵押權後其抵押權消滅，乙喪失 A 地四分之一應有部分之所有權，A 地由甲庚共有：

(1)按抵押權人實行抵押權者，該不動產上之抵押權，因抵押物之拍賣而消滅，民法第 873 條之 2 第 1 項定有明文。

(2)本題，丙行使其對於 A 地四分之一應有部分之抵押權後，依民法第 873 條之 2 第 1 項規定，丙之抵押權消滅。

(3)又丙實行抵押權而由庚拍定，庚依強制執行法第 98 條第 1 項規定，於領得執行法院所發給之權利移轉證明書時，取得 A 地四分之一應有部分之所有權，同時乙即喪失 A 地之四分之一所有權，而該 A 地由甲與拍定人庚共有<sup>2</sup>。

3.丁之典權仍存在於 A 地上不受影響，丁仍得就 A 地占有而爲使用收益：

(1)按民法第 918 條規定，出典人設定典權後，得將典物讓與他人。但典權不因此而受影響。

(2)次按司法院大法官釋字第 139 號解釋，不動產所有人於同一不動產設定典權後，在不妨害典權之範圍內，仍得爲他人設定抵押權，本院院字第一九二號解釋毋庸變更。

(3)本題，甲已依土地法第 34 條之 1 第 1 項規定將 A 地設定典權於丁，丁係屬 A 地之典權人。而嗣後 A 地經抵押權人丁行使抵押權後，由庚拍定取得 A 地所有權，觀其情形，亦同屬出典人設定典權後，得將典物讓與他人之情形，故丁之典權依上開民法第 918 條但書及釋字第 139 號解釋之規定，仍存在於 A 地上不受影響，丁仍得就 A 地占有而爲使用收益。

三、甲男、乙女於民國（下同）76 年 5 月 5 日結婚，約定採用分別財產制。77 年 4 月 4 日乙女生下丙男，77 年 6 月 6 日甲於東北角海域潛水失蹤。當年 8 月某日乙女赴廟宇許願，歸途偶遇其婚前戀人 A 男，舊情復燃，並於 78 年 7 月 15 日生下 B 女，戶籍登記為 A 男之女，並由其照護撫養。

<sup>2</sup> 大法官釋字第 671 號解釋：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，不得因他人之法律行爲而受侵害。分別共有不動產之應有部分，於設定抵押權後，共有物經分割者，其抵押權不因此而受影響（民法第八百二十五條及第八百六十八條規定參照）。於分割前未先徵得抵押權人同意者，於分割後，自係以原設定抵押權而經分別轉載於各宗土地之應有部分，爲抵押權之客體。是強制執行時，係以分割後各宗土地經轉載抵押權之應有部分爲其執行標的物。於拍定後，因拍定人取得抵押權客體之應有部分，由拍定人與其他共有人，就該不動產全部回復共有關係，其他共有人回復分割前之應有部分，經轉載之應有部分抵押權因已實行而消滅，從而得以維護其他共有人及抵押權人之權益。準此，中華民國九十年九月十四日修正發布之土地登記規則第一百零七條之規定，符合民法規定之意旨，亦與憲法第十五條保障人民財產權之規定，尚無抵觸。」

98 年 8 月 8 日甲安然返家，得悉乙女未能守志，氣憤異常，除與乙女分居外，並聲稱 B 女依法為其婚生子女，B 始知其尚有法律上之父。今年 4 月 5 日甲、A 狹路相逢，復為 B 女身分之事，由口角進而互毆，卻同遭醉漢駕車撞死。按甲生前曾將其名下之房屋一幢（當時價值新臺幣 1800 萬元）贈與丙男，以答謝其照拂乙女。甲身後僅有銀行存款 150 萬元，所幸並無負債。由於 A 未婚，除 B 女外，別無其他子女，故其遺產 500 萬元已由其寡母單獨繼承完畢。試問乙、丙、B 對於甲、A 之財產，可以為如何之主張？（45 分）

命題意旨	測驗同學對於身分法關於親子關係之基本概念之認識，諸如婚生推定、婚生否認之訴與婚生否認除斥期間等。
答題關鍵	本題之作答上，僅需注意事實與法律上之涵射說明，同時注意民法第 1163 條與民法親屬編施行法第 8 條第 3 項、第 8 條之 1 等規定即可。本題難度不高，同學應可輕鬆獲得高分。
考點命中	《高點身分法講義第二回》，梁台大編撰，頁 5-13。

### 【擬答】

(一)乙、丙、B 對於甲之財產，得分別主張 50 萬元之權利：

1.乙為甲之配偶，得繼承甲之遺產：

- (1)按「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。」民法第 1138 條定有明文。查甲男乙女於 76 年 5 月 5 日結婚，是乙女為甲男之配偶無疑。
- (2)第查，甲雖於 77 年 6 月 6 日失蹤，直至 98 年 8 月 8 日始返家，惟乙女既未曾向法院請求裁判離婚，顯見甲乙間婚姻關係仍然存續，益徵乙女為甲男配偶之身分仍不受影響。乙既為甲之配偶，當屬甲之遺產繼承人甚明。
- (3)惟按，「有左列各款情事之一者，喪失其繼承權：五、對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。」民法第 1145 條第 1 項第 5 款定有明文。查乙女於甲失蹤期間與婚前戀人 A 男舊情復燃而生下 B 女，未能守志而顯有通姦行為，可謂屬民法第 1145 條第 1 項第 5 款之重大侮辱情事；惟甲於生前除與乙女分居外，並聲稱 B 女依法為其婚生子女，卻似未表示乙女不得繼承其遺產等云云，是尚難謂乙有喪失繼承權之情事，併予敘明。

2.丙為甲之直系血親卑親屬，得繼承甲之遺產：

- (1)按「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女」、「從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間」、「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」民法第 1061 條、第 1062 條第 1 項、第 1063 條第 1 項定有明文。
- (2)查甲男乙女於 76 年 5 月 5 日結婚，乙女於 77 年 4 月 4 日生下丙男，顯見丙男出生日回溯第 181 日起（約 76 年 10 月間）至第 302 日止（約 76 年 6 月間）之受胎期間，已為甲乙婚姻關係存續期間，益徵丙男為甲乙之婚生子女，當屬無疑。
- (3)是以，丙既為甲之直系血親卑親屬，當屬甲之遺產繼承人甚明。

3.B 仍為甲之直系血親卑親屬，亦得繼承甲之遺產：

- (1)按「前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴」、「前項否認之訴，夫妻之一方自知悉該子女非為婚生子女，或子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。但子女於未成年時知悉者，仍得於成年後二年內為之」、「修正之民法第一千零六十三條第二項之規定，於民法親屬編修正前受胎或出生之子女亦適用之」、「夫妻已逾中華民國九十六年五月四日修正前之民法第一千零六十三條第二項規定所定期間，而不得提起否認之訴者，得於修正施行後二年內提起之」民法第 1063 條第 2 項、第 3 項、民法親屬編施行法第 8 條第 3 項、第 8 條之 1 定有明文。
- (2)經查，甲男乙女於 76 年 5 月 5 日結婚，雖甲曾於 77 年 6 月 6 日失蹤，惟甲乙間婚姻關係仍然存續。乙女於甲失蹤期間與婚前戀人 A 男舊情復燃而於 78 年 7 月 15 日生下 B 女。雖 B 女與甲男間並無事實上之血緣關係，惟 B 女出生日回溯第 181 日起（約 78 年 1 月間）至第 302 日止（約 77 年 9 月間）之受胎期間，尚為甲乙婚姻關係存續期間，益徵 B 女仍為甲乙之婚生子女，當屬無疑。
- (3)第查，甲男乙女於民法第 1063 條修正施行後（96 年 5 月 23 日公布、同年月 25 日施行）2 年內仍未提起婚生否認之訴；B 女於 98 年 8 月 8 日成年以後知悉已非為甲之婚生子女，亦未於 2 年內仍未提起婚生否認之訴。由是俱見，B 女與甲男間之婚生推定既尚未推翻，益徵 B 女仍為甲之婚生子女即直系血親卑親屬甚明。是以，B 女亦為甲之遺產繼承人無訛。

4. 甲之遺產計 150 萬元，應由乙、丙、B 三人共同繼承，每人可分得 50 萬元：

- (1) 查甲之遺產繼承人分別為乙、丙、B 三人，依民法第 1144 條之規定，其應繼分各為 1/3。
- (2) 次查，甲男乙女於 76 年 5 月 5 日結婚，已約定採分別財產制，是乙女對甲男並無民法第 1030 條之 1 之剩餘財產分配請求權，合先敘明。
- (3) 第查，甲男於 101 年 4 月 5 日死亡，僅有銀行存款計 150 萬元，別無其他負債。至於甲生前基於答謝丙照拂乙女之理由而贈與丙之價值 1800 萬元之房屋一幢，屬於生前處分，自己非屬甲之遺產；該贈與亦非基於結婚、分居或營業等事由所為，亦無涉於民法第 1173 條生前特種贈與之規定，併予敘明。
- (4) 由是可知，甲之遺產計 150 萬元，且甲之遺產繼承人分別為乙、丙、B 三人而應繼分各為 1/3，是每人可分得 50 萬元，已臻明確。

(二) 乙、丙、B 對於 A 之財產，均不得主張任何權利：

1. 乙、丙非為 A 之配偶與直系血親卑親屬，均不得繼承 A 之遺產：
  - (1) 查乙女與 A 男間並無婚姻關係，顯見乙女並非 A 男之配偶。
  - (2) 第查，丙男係甲乙之婚生子女，已如前述。是以，丙男亦非 A 男之直系血親卑親屬。
  - (3) 由是益徵，乙、丙既非 A 之配偶與直系血親卑親屬，自不得繼承 A 之遺產，當屬無疑。
2. B 尚非 A 之直系血親卑親屬，亦不得繼承 A 之遺產：
  - (1) 查 B 女雖與甲男間並無事實上之血緣關係，惟 B 女出生日回溯第 181 日起（約 78 年 1 月間）至第 302 日止（約 77 年 9 月間）之受胎期間，尚為甲乙婚姻關係存續期間，益徵 B 女仍為甲乙之婚生子女。
  - (2) 第查，甲男、乙女與 B 女均罹於除斥期間而未提起婚生否認之訴，俱見 B 女與甲男間之婚生推定既尚未推翻，B 女仍為甲之婚生子女。由是可知，B 女自非 A 男之婚生子女即直系血親卑親屬，自無從繼承 A 之遺產甚明。
3. 綜上所述，有鑑於乙、丙、B 均非為 A 之配偶與直系血親卑親屬，是三人均不得繼承 A 之遺產而主張任何權利，當屬無疑。

四、甲將乙列為被告，於民國（下同）101 年 7 月 15 日起訴請求該管法院判決命乙應給付甲新臺幣（下同）420 萬元，其陳述之事實及理由略為：甲將其所有之 A 屋出租給乙開設 B 診所，雙方約定：「一、租期自 98 年 1 月 1 日起至 102 年 12 月 31 日止；二、租金每月 10 萬元，乙應於每月一日給付；三、如因乙違約而經甲合法終止租約時，乙應立即返還 A 屋，如有遲延，乙應給付甲每月 30 萬元之違約金。詎料乙自 100 年 1 月間即開始未繳納租金，甲於 100 年 6 月 15 日發存證信函，促乙於同年 6 月 30 日以前繳清全部積欠租金，否則將自同年 6 月 30 日起終止租約。惟乙仍置之不理，故兩造間之租賃契約已於 100 年 6 月 30 日終止，至乙於 101 年 7 月 1 日返還房屋之日止，乙應給付甲租金 60 萬元及違約金 360 萬元，合計共 420 萬元云云等語。乙則請求法院駁回原告之訴，並辯稱：A 屋係承租為開設由乙、丙、丁三人合夥經營之 B 診所，而由乙出面代表全體締約，故租金非應由乙一人負擔；況且，甲終止租約不合法，兩造係合意於 101 年 7 月 1 日提前終止租約，故不應有違約金。至於租約終止前之租金 180 萬元，由於 A 屋漏水嚴重，經多次促甲修繕均無結果，故乙只好自行僱工整修，已支付費用 100 萬元，且因漏水造成診所醫療器材設備受損，估計已高達百萬元，經與租金抵銷後，甲應不得對乙再為請求云云等語。問：

- (一) 如受訴法院審理後認為甲終止租約為不合法，系爭租賃關係於 101 年 7 月 1 日經兩造合意終止，且乙之其餘抗辯均無理由時，得否判決命乙應給付甲 180 萬元之租金？（15 分）
- (二) 如受訴法院審理後認為甲終止租約為合法，但違約金可能過高時，應如何進行訴訟程序及裁判？（10 分）
- (三) 甲、乙間就 B 診所是為獨資或合夥經營如有爭執，而甲希望能利用此訴訟一次解決紛爭，遂於第一審訴訟繫屬中，追加 B 診所為預備被告（乙為 B 之法定代理人），是否合法？丙、丁之程序上地位為何？（15 分）

命題意旨

- (一) 訴外裁判禁止原則、聲明拘束性原則。
- (二) 違約金酌減問題。

	(三)1.訴之變更追加、主觀預備合併之容許性；2.合夥為訴訟當事人時合夥人之地位。
答題關鍵	(一)民事訴訟法第 388 條之具體適用 (二)民法第 252 條、最高法院 79 年台上 1612 號判例、邱聯恭教授見解 (三)民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款、事件類型審理必要論、合夥遂行訴訟之性質
考點命中	《高點民事訴訟法 I》，喬律師編著，頁 3-142~3-144、頁 8-7~8-11。

## 【擬答】

## (一)法院不得判決乙應給付甲 180 萬元之租金，論證如下：

- 1.除別有規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決，民事訴訟法第 388 條參照。本條規定，學說上稱為「訴外裁判禁止原則」或「聲明拘束性原則」，立基於處分權主義，法院不得逾越當事人之聲明而為裁判，擬先說明。
- 2.本件甲聲明對乙請求 60 萬元之租金與 360 萬元之違約金，依上開聲明拘束性原則，法院不得判決乙應給付甲 180 萬元之租金。惟受訴法院應依民事訴訟法第 199 條第 1 項規定，闡明、適正化甲之訴訟上請求，於甲變更其訴訟上請求後，方得於聲明之範圍內，判決乙應給付甲 180 萬元之租金，擬併予說明。

## (二)受訴法院得職權酌減違約金，惟文獻上有不同見解，分述如下：

- 1.按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第 252 條參照。實務見解認為，違約金有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額。此項酌減，係法院之職權事項，縱未經甲之請求，法院亦得為之。(最高法院 79 年台上 1612 號判例<sup>3</sup>參照)
- 2.惟應注意者為，文獻上有認為實體法之非訟化，非必導出訴訟法之非訟化之結論。為避免適用法律之突襲，違約金之酌減，仍應經法院闡明當事人，當事人加以主張後，法院始得行使其酌減權，而非當然之職權事項，此種見解，亦殊值傾聽，併予說明。

## (三)甲追加 B 診所為預備被告係屬合法；丙、丁係屬實質當事人，論證如下：

- 1.按請求之基礎事實同一者，原告得為訴之變更、追加，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款參照。本件甲對乙之請求與甲對 B 診所之請求原因事實同一，應認為甲追加 B 診所為被告，符合上開規範之要件，先予說明。
- 2.再按當事人主觀預備合併之合法性，學說上向有肯、否之不同見解，採肯定說者以紛爭解決一次性、維持裁判統一為據；採否定說者則以備位被告程序地位不安定為由。管見以為，依事件類型審理必要論之立場，系爭訴訟中應採肯定說之見解，蓋本件先、備位被告具有一定程度之同一性，當事人排列被告之順位，亦未使備位被告受有額外之不利利益，反得促進紛爭之一次解決，故甲追加 B 診所為預備被告之合法性，應予承認。
- 3.再按非法人團體作為當事人之訴訟，由於非法人團體並非實體法上之權利主體，有關訴訟標的之權利義務關係，實體法之主體仍為構成員全體，故以合夥為被告所進行之訴訟，應認為合夥係以訴訟擔當人身份進行訴訟，在判決效力及於全體構成員下，個別合夥人程序上為實質當事人。是以，本件甲如以 B 診所為共同被告，丙、丁應係屬實質當事人<sup>4</sup>。

五、甲為某公司職員，因受公司指派至大陸地區執行特定任務，乃將其平日居住之 A 房屋以每月新臺幣（下同）2 萬元出租予乙，並於租賃契約約定：「租期 5 年，若甲於大陸地區之任務提前完成而返國者，甲得隨時終止租賃契約。」等內容。詎租期甫經 3 個月，甲即遭公司以不適任大陸地區之任務為由，調回國內。甲於返國後，向乙表示自己無其他房屋可住，不得不提前終止租約，請求乙返還 A 房屋。乙則以其花費不少金錢、時間才剛完成裝修，幾乎未使用 A 房屋，甲超乎預期返國，即主張終止契約，顯不合理，何況甲並非提前完成任務而返國，不符合契約所約定之

<sup>3</sup> 最高法院 79 年台上 1612 號判例：「民法第二百五十二條規定：『約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。』故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減。」

<sup>4</sup> 相同見解可參照：沈冠伶(2011)，〈非法人團體之當事人能力、當事人適格及其判決效力範圍——交錯於實體法與程序法之問題〉，《政大法律評論》，第 120 期，頁 95-158。

終止條件，且其已著手裝修等理由，拒絕交還 A 房屋予甲。甲不得已暫住旅館，並向友人借支每日 2000 元之旅館費。請附理由，說明下列問題：

(一)若甲為保全對乙之 A 房屋返還請求權，得循何種保全程序？(15 分)

(二)承上，若地方法院裁定駁回甲之聲請，甲對該裁定合法抗告，抗告法院僅審酌地方法院移送之卷宗資料及甲提出之抗告理由，即將原裁定廢棄，變更為准許甲之聲請。該抗告法院之裁定是否合法？(20 分)

命題意旨	測驗同學對於假處分、定暫時狀態處分之基本定義，以及民事訴訟法第 528 條第 2 項賦予當事人陳述意見機會規定之爭議問題。
答題關鍵	第一小題難度不高，同學僅需就其定義說明後，逐一解釋甲得如何聲請保全即可。第二小題涉及民事訴訟法第 528 條第 2 項修正後之爭議問題，臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會民事類提案第 30 號對此問題有深入討論。
考點命中	《高點民事訴訟法講義第四回》，梁台大編撰，頁 14、16。

### 【擬答】

(一)甲得依假處分或定暫時狀態處分等程序之保全其請求權：

#### 1. 假處分與定暫時狀態處分

(1)按「債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分」、「假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之」、「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分」民事訴訟法第 532 條第 1 項、第 2 項、第 538 條第 1 項定有明文。

(2)由是可知，金錢請求以外之請求，該請求標的因現狀變更而有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，得聲請假處分；如該爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，亦得聲請為定暫時狀態之處分。詳言之，關於物之請求權，不論係基於物權關係、債之關係、租賃債權關係而生者，均可聲請假處分；所謂請求標的之現狀變更，係指從前存在之狀態已有變更或將來變更者，包含標的客體之變更（諸如：債務人對標的物有故意毀損、怠於保管而令其自然損壞、隱匿、或因第三債務人收取債權而至債權消滅等）、主體之變更等。學者更進一步指出：出租人主張因租賃期間屆滿而請求返還租賃物者，為保全將來租賃物返還請求權之強制執行，得聲請假處分，禁止承租人將租賃物移轉占有或處分；如出租人主張承租人未如期返還，將致其無屋可住而生命陷於危險而必須立即取回該屋者，得聲請定暫時狀態處分而命承租人返還該屋。

#### 2. 針對甲之 A 房屋返還請求權，甲得聲請假處分或定暫時狀態處分以保全該權利：

(1)查甲為出租人，經終止租賃契約後而請求乙返還 A 房屋。是以，甲之 A 房屋返還請求權係基於債之關係而生之租賃物返還請求權，顯屬金錢請求以外之請求。

(2)第查，如甲擬就將來勝訴後得確保對乙之強制執行者，得透過假處分程序加以保全。如甲有意於判決確定以前預先排除乙之占有而立即取回房屋者，當可透過定暫時狀態處分程序。至於甲之聲請有無理由，則應分別就其有無保全必要性加以審酌。

(二)抗告法院未給予債務人陳述意見之機會，逕廢棄原裁定而准許甲之聲請，該裁定合法：

#### 1. 假處分抗告與當事人陳述意見之機會：

(1)「關於假扣押之規定，於假處分準用之。但因第五百三十五條及第五百三十六條之規定而不同者，不在此限」、「關於假扣押聲請之裁定，得為抗告」、「抗告法院為裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會」民事訴訟法第 533 條、第 528 條第 1 項、第 2 項定有明文。

(2)按為保障債權人及債務人之程序權，並使法院能正確判斷原裁定之當否，應賦予債權人及債務人於抗告法院裁定前有陳述意見之機會（立法理由參照）。

#### 2. 民事訴訟法第 528 條第 2 項之爭議問題：

(1)債權人聲請假處分，經法院裁定准予假處分，債務人不服而提起抗告者，抗告法院為裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會，固無疑問。惟債權人聲請假處分，經法院裁定駁回假扣押之聲請，債務人不服而提起抗告。於此情形，抗告法院為裁定前，是否仍應使債務人有陳述意見之機會？如此一來，是否有違假處分程序之隱密性與迅速性之要求？是否可能造成債務人於法院裁定准予假處分以前而業已脫產、反有損債權人之權益？非無疑問。



## (2)肯定說：

民事訴訟法第 528 條第 2 項之規定係對於假處分聲請之裁定抗告者，為保障債權人及債務人之程序權，並使法院能正確判斷原裁定之當否，應賦予債權人及債務人於抗告法院裁定前有陳述意見之機會而設。是抗告法院除認抗告不合法或顯無理由應予駁回外，於裁定時，如未使債權人及債務人有陳述意見之機會，其踐行之程序，於法即有未合，故抗告法院應通知債務人陳述意見為是。

## (3)否定說：

依強制執行法第 132 條第 1 項規定：「假扣押或假處分之執行，應於假扣押或假處分之裁定送達同時或送達前為之。」因假處分與假扣押同屬保全程序，其裁定不待確定即得為執行名義，為防止債務人利用此機會隱匿或處分其財產而達脫產目的，該等裁定之執行，應於裁定送達同時或送達前為之，以保障債權人權益。是抗告法院若通知債務人，使其有陳述意見之機會，無異使債務人事先知悉債權人對其聲請假扣押情事，此與上開強制執行法保護債權人之立法意旨有違，顯失公平。故民事訴訟法第 528 條第 2 項應限於債務人對法院准許假處分（假扣押）之裁定為抗告時，始有適用，抗告法院自無庸通知債務人陳述意見。

## (4)小結：

基於假處分為保全程序，旨在防止債務人利用此機會隱匿或處分其財產而達脫產目的，該裁定之執行，應於裁定送達同時或送達前為之，以保障債權人權益。惟對於假處分聲請之裁定抗告者，除認抗告不合法應予駁回或與保全程序以保全強制執行之目的有違者外，抗告法院於裁定前，為保障債權人及債務人之程序權，並使法院形成正確心證，防止發生突襲，應就為債權人及債務人所忽略，且將作為裁判基礎之事實、證據及法律適用各項，明確賦予雙方充分陳述意見之機會。故為平衡及兼顧債權人之實體利益（防止債務人脫產）與債權人、債務人雙方之程序利益（陳述意見），假處分聲請經法院駁回後之抗告程序，基於保全程序之目的，仍有防止債務人事先知悉債權人對其聲請假處分而脫產之必要，自不須賦予債務人陳述意見之機會（臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會民事類提案第 30 號同旨趣）。

- 3.綜上所述，債權人甲向地方法院聲請假處分，經地方法院裁定駁回其聲請，甲不服而合法抗告。有鑑於此抗告程序仍有防止債務人乙事先知悉甲對其聲請假處分而脫產之必要，自不須賦予債務人乙陳述意見之機會。是以，抗告法院未給予債務人乙陳述意見之機會，逕廢棄原裁定而准許甲之聲請，該裁定合法。

六、甲、乙、丙三位醫師共同開設一聯合診所，三人因此成立一合夥契約。越三年，經全體同意解散合夥，結束該聯合診所，並選任甲為清算人。此時，該聯合診所之財產，包含所屬儀器及存款，據估計共新臺幣（下同）10 萬元，惟該聯合診所尚積欠出租人丁 12 萬元之租金。甲因此在未經乙、丙之同意下，以自己之名義出賣診所內所屬儀器並將其所有權讓與戊，因此即由戊取得該等儀器之占有，甲自戊處亦取得 8 萬元之價金。甲將其中 5 萬元用以清償合夥對丁所積欠之租金債務，另 3 萬元則用以支付其私人之水電費。此外，該聯合診所在銀行尚有 2 萬元之存款。嗣乙以甲擅自出賣診所內所屬儀器，未徵得其他合夥人同意為由，單獨起訴甲侵占合夥財產，依侵權行為之法律關係請求甲損害賠償，返還財產。

試附理由回答下列問題：

- (一)乙以甲擅自出賣診所內所屬儀器，依侵權行為之法律關係，事先徵得丙之同意單獨訴請甲賠償合夥之損害，當事人是否適格？乙應為如何之聲明？又若乙未徵得丙之同意，主張甲係無權處分，單獨起訴向系爭儀器之現占有人戊行使物上請求權，請求其返還該等儀器予合夥，當事人是否適格？（25 分）
- (二)甲以自己名義出賣及讓與診所內所屬儀器之行為是否有效？（20 分）
- (三)就此次出賣診所內所屬儀器之行為，其他合夥人得向甲請求者為何？其法律依據又為何？（25 分）
- (四)丁就其尚未獲滿足之 7 萬元之租金，得向何人為如何之請求？又其舉證責任如何分配？（20 分）

命題意旨	(一) 共同共有關係涉訟之當事人適格問題。 (二) 合夥財產處分之效力。 (三) 契約責任、侵權責任、不當得利問題。 (四) 合夥補充性債務問題。
答題關鍵	(一) 最高法院 74 年台上字第 2514 判決、最高法院 31 年第 2 次民、刑庭決議（七）、民法第 821 條、第 828 條。 (二) 1. 負擔行為不以處分權存在為效力前提； 2. 民法第 697 條第 4 項、第 680 條、最高法院 87 年台上第 654 號判決。 (三) 析述乙、丙得為合夥向甲之請求權基礎。 (四) 民法第 681 條、最高法院 72 年台上字第 3439 號判決、最高法院 28 年上字第 1864 號判例。
考點命中	《高點民事訴訟法 I》，喬律師編著，頁 3-73~74、3-84。 《高點民法債編 I》，張志朋律師編著，頁 5-27~30、6-61~66。 《高點民法物權》，張志朋律師編著，頁 2-159~2-161。

## 【擬答】

## (一) 乙之起訴均為當事人適格，論證如下：

1. 按合夥解散後，於清算完結前，於清算範圍內視為猶尚存續，最高法院 74 年台上字第 2514 判決<sup>5</sup>參照。題示聯合診所雖因合夥人全體同意而為解散，惟於清算範圍內，依上開實務見解意旨，仍應視為存續，先予說明<sup>6</sup>。
2. 再按共同共有物之處分及其他之權利行使，除法律另有規定外，應得共同共有人全體之同意，民法第 828 條第 3 項參照，故關於共同共有物之訴訟，除法律另有規定外，應得共同共有人全體之同意，否則即不具當事人適格。惟如因共同共有物被一部分共同共有人為移轉物權等處分行為涉訟時，實務見解指出，僅須得處分行為人（包含同意處分之人）以外之共同共有人全體同意即得起訴，併予說明。（最高法院 31 年第 2 次民、刑庭決議（七））<sup>7</sup>參照）
3. 本件乙取得丙之同意，單獨對丙為合夥之共同共有關係提起訴訟，已得處分行為人以外之共同共有人全體之同意，當事人應屬適格。其訴之聲明，應為「甲應給付新台幣 XXX 元之損害賠償於合夥（聯合診所）」，方為適當。
4. 另按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，民法第 821 條參照。此項規定，依同法第 828 條第 2 項規定，於共同共有準用之。本件乙向戊提起所有物返還之訴，請求返還該等儀器予合夥，雖未徵得其他共有人同意，依上開規定，當事人應屬適格。

## (二) 1. 甲、戊間關於系爭儀器之買賣契約有效，說明如下：

按負擔行為之作成，不以處分權之具備為效力前提，蓋單純負擔債務之負擔行為，對於真正權利人之權利並無加害能力。本件無論甲對於系爭儀器是否具備有以自己名義處分之權限，甲、戊間之買賣契約均屬有效。

## 2. 甲、戊間關於系爭儀器之處分行為係有權處分，說明如下：

- (1) 本件甲為合夥解散後之清算人，於清算之範圍內，應認為係合夥之代表人。此外，為清償債務及返還合夥人之出資，清算人應於必要限度內，將合夥財產變為金錢，民法第 697 條第 4 項、最高法院 87 年台上第 654 號判決<sup>8</sup>參照，此擬先予說明。

<sup>5</sup> 最高法院 74 年台上字第 2514 判決：「合夥解散後，在清算完結前，於清算範圍內視為猶尚存續，與人涉訟，除合夥執行人以合夥名義起訴或應訴外，其起訴或應訴，仍應以原合夥人全體為當事人。」

<sup>6</sup> 採相同見解者：林誠二(2012)，《民法債編各論（下）》，初版三刷，頁 63。

<sup>7</sup> 最高法院 31 年第 2 次民、刑庭決議（七）：「共同共有物之處分及其他之權利行使，應得共同共有人全體之同意時，關於共同共有物之訴訟，如何為當事人適格：(一) 共同共有物被一部分共同共有人為移轉物權等處分行為時：須得處分行為人（包含同意處分之人）以外之共同共有人全體之同意始得起訴，但以處分無效為原因，提起確認該物仍屬共同共有人全體所有之訴，祇須以主張因處分而得權利之人為被告，不必以處分行為人為其共同被告，若以之為共同被告而受勝訴判決時，僅由主張因處分而得權利之人提起上訴，不得謂為當事人適格。」

<sup>8</sup> 最高法院 87 年台上第 654 判決：「共同共有物之處分及其他權利行使，如依共同關係所由規定之法律或契約另有規定者，即須依該法律或契約之規定行之，無民法第 828 條第 2 項『應得共同共有人全體同意』規定之適用。此觀該法條規定自明。」

(2)依題示說明，甲雖非以合夥之清算人身分，而以自己名義處分合夥之財產，惟於甲具有清算之處分權，而系爭處分具有清償合夥租金債務之必要性下，仍非無權處分，僅依民法第 680 條準用第 541 條第 2 項規定，甲須將為合夥所取得之權利，移轉於合夥所有，併予說明。

(三)1.乙、丙得為合夥向甲主張契約責任，說明如下：

(1)按合夥人以自己之名義，為合夥取得之權利，應移轉於合夥所有，民法第 680 條準用第 541 條第 2 項規定參照。本件甲以自己名義處分合夥之財產，乙、丙得請求甲將所取得之金錢未用於清償合夥債務 3 萬元之部分，移轉於合夥所有。

(2)另依民法第 680 條準用第 542 條規定，合夥人為自己之利益，使用應交付於合夥之金錢者，應自使用之日起，支付利息，如有損害，並應賠償。本件甲為自己之利益，使用應交付於合夥之金錢 3 萬元，乙、丙自得請求甲支付利息於合夥，如有損害，並應賠償。

2.乙、丙得為合夥向甲主張利益返還，說明如下：

依上開說明，甲出賣系爭儀器所得價金 8 萬元，應移轉於合夥所有，惟甲仍以其中之 3 萬元清償自己之債務，此部分即係屬無法律上之原因，取得本應歸屬於合夥之利益，故乙、丙亦得為合夥，依不當得利之規定，向甲主張利益返還。

3.乙、丙得為合夥向甲主張侵權責任，說明如下：

本件甲以出賣合夥財產所得之 3 萬元清償自己之債務，係屬刑事上之侵占行為，並侵害本應歸屬於合夥之財產利益，故乙、丙得為合夥依民法第 184 條第 2 項規定，向甲主張侵權責任。

(四)丁之權利主張，分述如下：

1.丁得向清算中之合夥請求償還 7 萬元之租金

(1)按合夥於清算程序中，清算人應了結現務、收取債權、清償債務。本件聯合診所對於丁尚有 7 萬元租金債務尚未清償，丁自得向清算中之合夥請求償還 7 萬元之租金。其舉證責任，依我國通說、實務見解，應以主張權利發生事實之丁負擔之。

2.丁得就合夥財產不足清償之租金債務，請求甲、乙、丙連帶負責：

(1)按合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任，民法第 681 條參照。本件聯合診所之積極財產僅餘銀行存款 2 萬元及對於甲之債權 3 萬元，少於債務總額 7 萬元，丁自得就合夥財產不足清償之租金債務，請求甲、乙、丙連帶負責。

(2)惟實務見解指出，合夥人連帶責任之發生，須以合夥財產不足清償合夥債務為要件。是債權人主張合夥人就合夥債務負清償責任時，應就此項要件之存在，負舉證之責任，最高法院 72 年台上字第 3439 號判決<sup>9</sup>參照。故本件丁如欲向甲、乙、丙主張合夥之補充性責任，應就合夥財產不足清償合夥債務之要件，負舉證責任。

(3)須併予敘明者為，我國實務對於合夥財產不足清償合夥債務之認定，非須待債權人對於合夥財產強制執行無效果時始行構成，僅須計算上將合夥財產依時價估計，其總額少於債務總額，各合夥人即須對於不足之額連帶負責（最高法院 28 年上字第 1864 號判例<sup>10</sup>參照）。

次按合夥清算人，對內執行清算事務，對外於執行清算範圍內，代表合夥，其地位與合夥事務執行人無異，有為必要之一切行為之權。其為清償合夥債務及返還合夥人之出資，應於必要限度內，將合夥財產變為金錢，民法第 697 條第 3 項復有明文。此即民法第 828 條所謂依公同關係所由規定之法律另有規定者。是合夥清算人為清償合夥債務及返還合夥人之出資，於必要限度內，將合夥財產移轉予他人，以變為金錢者，自不得謂其未經公同共有人全體即合夥人全體之同意而為無效。

<sup>9</sup>最高法院 72 年台上字第 3439 號判決：「合夥人連帶責任之發生，須以合夥財產不足清償合夥債務為要件。是債權人主張合夥人就合夥債務負清償責任時，應就此項要件之存在，負舉證之責任。」

<sup>10</sup>最高法院 28 年上字第 1864 號判例：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額連帶負其責任，為民法第六百八十一條之所明定。所謂合夥財產，不僅指合夥債權人向合夥人請求連帶清償時屬於合夥之動產、不動產而言，即其時合夥對於第三人之債權及其他有交易價額之一切財產權，得為強制執行之標的者，亦包含之。如就此等財產按照時價估計，其總額並不少於債務總額，固非所謂不足清償，即使財產總額少於債務總額，各合夥人亦僅對於不足之額連帶負責，並非對於債務全額負有此種責任。」

# 《民法與民事訴訟法》

一、甲在民國（以下同）90 年某日對乙表示，如你能考上律師，則將自己所有之 A 房地贈與，以為獎勵及贊助。乙對甲之贈與除表示同意及感謝之外，乙並經甲之同意，將此一 A 房地之所有權移轉請求權為預告登記。不過其後，乙連考 3 年竟沒考上，甲以乙無考上之希望，於是將 A 房地出賣予丙，並為所有權移轉登記及房地之交付。豈知，94 年乙卻順利考上律師，乙乃持原有之贈與契約請求甲丙塗銷 A 房地之所有權移轉登記，甲應將之移轉登記予乙，並對乙為交付。問：

（一）本案甲乙間關於 A 房地之贈與契約，其發生效力之時間究竟為何？（15 分）

（二）本於上列事實，乙之請求權有無理由？（15 分）

（三）若乙之請求權有理由時，則丙可對甲主張者，究係屬債務不履行責任抑或為權力瑕疵擔保之責任？（15 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.附停止條件之法律行為生效時點；2.預告登記之法律關係；3.權利瑕疵擔保要件之掌握。
答題關鍵	本題應著重如何認定甲乙間贈與契約效力，以及乙為預告登記對於甲丙間處分有何影響。由於考試未附土地法法條，此種附條件法律行為得否預告登記以及預告登記的法律效果為何，甚為重要。
高分閱讀	甘台大，民法上課講義，第一回 P.4～P.5、第三回 P.5～P.6。

## 【擬答】

（一）甲乙間關於 A 房地贈與契約於民國 94 年乙考上律師時生效：

- 1.本題爭點乃法律行為附條件時，該法律行為生效時點應如何認定，依民法第 99 條第 1 項規定「附停止條件之法律行為，於條件成就時，發生效力。」可知法律行為附停止條件時，於條件成就前處於未確定之狀態，學者以為，此時法律行為效力發生於條件成就時，並不溯及既往，除非當事人以特約約定使條件成就效果溯及法律行為作成時發生。
- 2.題示中，甲對乙表示，若乙考上律師則將自己所有 A 房地贈與乙，此乃一附停止條件之贈與契約，於條件（乙考上律師）成就前，贈與契約處於未確定狀態，於條件成就時贈與契約始發生效力，此時乙始具有請求甲將 A 房地無償給與自己之權利。
- 3.縱乙連考三年沒上，甲以為乙無考上希望而將 A 房地出賣予丙，只要甲未依民法第 408 條第 1 項撤銷該贈與契約之作成，該附有停止條件之贈與契約仍然存在，於民國 94 年乙考上律師之際，條件成就，此時贈與契約發生效力。

（二）乙請求甲丙塗銷 A 房地所有權移轉登記，並請求甲應移轉登記並交付有無理由：

- 1.承前述，乙於停止條件成就時，所取得乃基於贈與契約所生之債權，無直接取得 A 房地所有權，故其無法逕依民法第 767 條第 1 項中段訴請丙塗銷登記。
- 2.惟乙經甲同意，依土地法第 79 條之 1 第 1 項第 3 款將附條件之請求權（本題為於贈與契約生效後，將 A 房地所有權移轉予乙之請求權）為預告登記，而同條第 2 項規定「前項預告登記未塗銷前，登記名義人就其土地所為之處分，對於所登記之請求權有妨礙者無效。」本條項目的在於限制土地登記名義人對其土地有妨害保全之請求權之處分，故預告登記未塗銷前，登記名義人所為之處分，有妨害該項請求權者，應為無效。由於預告登記保全之請求權係債權非屬物權，亦有學者稱預告登記具有債權物權化之效果，藉由公示登記，使相對性之債權得對抗任何第三人。
- 3.綜上所述，乙得主張甲丙之處分行為無效，丙未取得 A 房地所有權，甲仍為所有人，且為儘速解決紛爭，乙得依民法第 242 條代位甲向丙行使民法第 767 條第 1 項中段請求塗銷登記，而乙再依照已生效之贈與契約向甲請求移轉登記並交付 A 房地予乙。

（三）丙應向甲主張為債務不履行責任或是權利瑕疵擔保責任：

- 1.丙不得依民法第 349 條向甲主張權利瑕疵擔保責任：

本條成立要件有三，分述如下。

- （1）買賣契約成立時已存有瑕疵：本題第三人丙就 A 房地，得對於買受人丙主張權利，屬於權利上有他向債權負擔之情形，由於甲乙間債權具有類似物權化之效果，故丙仍無法取得完整所有權，自屬權利瑕



疵。

(2)權利瑕疵並未補正除去。

(3)買受人對權利瑕疵係善意不知情：依民法第 351 條規定，買受人需不知有瑕疵始得主張，本題丙與甲為移轉登記時，由於預告登記具有公示效果，丙應知悉有預告登記一事，故丙不得主張權利瑕疵擔保責任。

2.丙得依民法第 227 條、第 226 條向甲主張債務不履行責任：

(1)若乙主張為有理由，此時甲無法基於甲丙之買賣契約履行其第 348 條給付義務，丙無法取得所有權，且無法補正，屬於給付不能之情形。

(2)甲具可歸責事由而未為完全之給付，依給付不能規定對於丙負損害賠償責任。

二、某大樓樓高 7 層，為民國 80 年建築完成之雙併大樓，門牌號碼為 A 號及 B 號，大樓之各部分均已辦理區分所有權登記。

(一)大樓建築完成時，建商將 A 號 1 樓規劃為十個攤位，每個攤位的所有人均領有記載 A 號 1 樓區分所有權之應有部分十分之一之所有權狀。甲購得三個攤位，所有權狀記載為 A 號 1 樓區分所有權之應有部分十分之三。丁擬購買 A 號 1 樓全部攤位，與其餘七個攤位之所有人簽訂買賣契約，但甲認為丁出價太低，拒絕出售。試問：攤位是否為區分所有建築物之專有部分？甲有無優先承購權？（20 分）

(二)乙為 A 號 7 樓之區分所有權人，其前手於 A 號之屋頂平台搭建鐵屋，經民國 82 年住戶大會決議免予拆除。丙後來購買取得 B 號 7 樓之區分所有權，認為乙之鐵屋影響屋頂平台之使用，乃請求乙予以拆除。試問：丙之請求有無理由？（25 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.專有部分的定義；2.共有人間對於應有部分出賣之優先承購權；3.如何解釋雙併大樓之屋頂平台部分及分管契約效力。
答題關鍵	本題應對區分所有權及專有部分定義有相當理解始能完善作答；第二小題乃處理共有部分管理約定對後手是否拘束之問題，值得注意的是，本題設定為民國 80 年建築，不知道出題老師是否刻意避免讓同學討論未附條文之公寓大廈管理條例，僅須從民法角度思考。若題意設定有公寓大廈管理條例適用，就專用權約定方式係基於規約或住戶大會決議，則必須依照條例規定判斷是否拘束後手，可能更趨複雜。
高分閱讀	甘台大，民法上課講義，第四回 P.25~P.29、P.32~P.34、P.39~P.41。

#### 【擬答】

(一)1.攤位並非該區分所有建築物之專有部分：

(1)所謂專有部分係指建築物之特定空間具有使用上獨立性而成為獨立的權利客體。實務與學說認為須具備下列要件：

A.構造上獨立性：該特定部分須有明確外部範圍，並與建物其他部分予以隔離。

B.使用上獨立性：特定部分具有獨立出入門戶，得直接與外界相通，或可利用建築物共有部分與外界相通。

C.須以區分所有權客體的形態表現於外部，即在外表現為單獨所有權之標的。

(2)本題乃將 A 號 1 樓之專有部分規劃 10 個攤位，原則上，攤位應無牆壁、樓板等物理上構造物相區隔，故通常無明確外部範圍得與其他部分遮斷，難認具有構造上獨立性；此外，攤位應無具備獨立的專用設備，且並無獨立進出之門戶，不具使用上獨立性，也並非以區分所有權客體形態表現於外部，故不宜認定為該區分所有建築物之專有部分。

2.甲有優先承購權，茲述如下：

(1)依題意，每個攤位所有人均領有 A 號 1 樓區分所有權之應有部分十分之一所有權狀，故可知攤位所有人間就 A 號 1 樓建物該不動產成立分別共有關係，而藉由分管協議使各攤位得占據特定部分而為營業。

(2)現丁向其他七位共有人購買攤位，即屬於各攤位所有人出賣其應有部分十分之一予丁的情形，依土地法第 34 條之 1 第 4 項規定「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」且此時亦無排除優先承購權適用之情形，故甲得對其餘攤位所有人主張優先承購權，惟此僅具債權效





力，若他共有人仍移轉應有部分予丁，甲僅得主張債務不履行損害賠償責任，併予敘明。

(二)丙之請求有無理由：

1. 丙得否依民法第 821 條、第 767 條請求乙拆除鐵屋：

- (1) 系爭大樓係於民國 80 年建築完成，尚無公寓大廈管理條例及新民法第 799 條以下規定適用，且因法律無特別規定，並無法溯及適用，故以下就當時施行法探討本案例法律關係，先予敘明。
- (2) 本題乃 A 號 B 號之雙併大樓，頂樓之屋頂平台應為 A 號與 B 號全體住戶之共同使用部分，故就該共用(同)部分應推定為各區分所有人所共有，原則上，除共有人間有就共有部分約定管理方式外，共有人不得單獨使用屋頂平台特定部分，否則對於其他共有人仍屬無權占有。
- (3) 乙為 A 號 7 樓區分所有權人，其前手於 A 號屋頂平台搭建鐵屋，乙繼受之，經住戶大會決議免於拆除，此時可認為乃就 A 號屋頂平台約定得由乙單獨使用該特定部分，屬於分管契約之約定，該約定之決議得否拘束其他區分所有權繼受人丙(蓋丙取得 B 號 7 樓區分所有權，也同時取得大樓屋頂平台之應有部分)，容有爭議：
  - A. 最高法院 48 年台上字第 1065 號判例，認為共有關係之分管契約，具有絕對物權效力，一律拘束受讓人。
  - B. 然而，釋字第 349 號宣告該判例部分違憲，認為受讓人對於分管契約若非明知或可得而知，為保障善意第三人財產權意旨，不受分管契約之拘束。

2. 故若丙係於民國 83 年 6 月 3 日(釋字第 349 號作成日期)以後，向乙請求拆除鐵屋，且丙就該分管契約之決議非明知，亦非可得而知，丙得主張乙所有鐵屋座落於共有之屋頂平台特定部分上乃無占有權源，得依民法第 821 條、第 767 條請求拆除之。

三、甲已喪偶，有一子戊為知名畫家。甲擅自以自己名義將戊之畫作賣給知情之乙，並交付之。同時又向乙借款六百萬元。其後，甲為丁作保，與丁之債權人丙訂立以五百萬元為限之最高限額保證契約。丁先向丙借款三百萬元，於甲死亡後，再向丙借款二百萬元。甲死亡時，對乙所負之債務已屆清償期，惟甲僅留有遺產三百萬元。又丁因事業失敗，而無法償還對丙之債務。乙於甲死亡後，對戊求償六百萬元，戊將所繼承之三百萬元返還給乙。其後，丙向戊求償五百萬元，戊以已無遺產為由，拒絕償還。試問：

(一) 丙、戊之主張各有無理由？(20 分)

(二) 丙、戊對乙有無權利得以主張？(10 分)

(三) 甲對戊之畫作所為之處分，是否有效？甲死亡後，有無變化？(15 分)

命題意旨	本題測驗重點在於：繼承法新法之法定繼承有限責任制度，有關於債務清償之相關規範。
答題關鍵	本題應著重在民法第 1162 條之 1 第 1 項、第 1162 條之 2 等規定之理解。另外，應特別注意最高法院 29 年上字第 1405 號判例與繼承法新法修正間之關係。
高分閱讀	梁台大，身分法講義第三回，第八章第四節，P.50~P.52。 王澤鑑，民法總則，自版，2000 年 9 月增訂版，第 542-543 頁。

### 【擬答】

(一) 丙、戊之主張均無理由：

1. 本件丙向戊求償五百萬元，戊以已無遺產為由拒絕償還各節，涉及甲之保證責任與戊之繼承債務等範圍界定，合先敘明。
2. 丙之主張無理由；丙僅能向戊求償 300 萬元：

(1) 按「學說上所稱最高限額保證，既係保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契約，於保證有效期間內所發生之主債務，於不逾最高限額者，債權人均得請求保證人履行保證責任(本院 77 年台上字第 943 號判例參照)，是其保證額度，並不以保證時已發生之主債務額為限，亦與被保證人之營業資本額或其內部形成之決議或金融機構於實際個別放款時是否要求另提具體之足額保證無必然關聯。」(最高法院 97 年度台上字第 1032 號民事判決意旨參照)、「保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契約，學說上稱為最高限額保證。此種保證，除訂約時已發生之債權外，即將來發生之債權，在約定限額之範圍內，亦為保證契約效力所及。而保證人死亡後，已不得再為權利



義務之主體。保證人死亡前已發生之債務，在約定限度之範圍內，固應由其繼承人承受，負連帶償還責任；惟保證人死亡後始發生之債務，則不在其繼承人繼承之範圍。」（最高法院 81 年台上字第 1011 號民事判決意旨參照）

- (2)由是可知，本於私法自治原則，最高限額保證契約應屬合法，於保證有效期間內所發生之主債務，於不逾最高限額者，債權人均得請求保證人履行保證責任；惟該保證債務，限於保證人死亡前已發生之債務者為限。於保證人死亡後始發生之債務，則不在其繼承人繼承之範圍，已臻明確。
- (3)查甲與債權人丙所訂立之最高限額保證契約雖有效，惟甲與死亡前所應負擔之保證責任，僅限於丁於甲生前先向丙借款 300 萬元之部分；至於甲死亡後，丁始向丙借款 200 萬元之部分，已非保證責任所及，戊自無庸繼承該債務。是以，丙既僅能向戊求償 300 萬元，則丙向戊請求 500 萬元之主張應無理由甚明。
- 3.戊之主張應無理由：

- (1)按「繼承人未依第一千一百五十六條、第一千一百五十六條之一開具遺產清冊陳報法院者，對於被繼承人債權人之全部債權，仍應按其數額，比例計算，以遺產分別償還。但不得害及有優先權人之利益。」、「繼承人違反第一千一百六十二條之一規定者，被繼承人之債權人得就應受清償而未受償部分，對該繼承人行使權利。」、「繼承人對於前項債權人應受清償而未受償部分之清償責任，不以所得遺產為限。但繼承人為無行為能力人或限制行為能力人，不在此限。」民法第 1162 條之 1 第 1 項、第 1162 條之 2 第 1 項、第 2 項定有明文。
- (2)由是可知，繼承人對於被繼承人債權人之全部債權，仍應按其數額，比例計算，以遺產分別償還。如繼承人違反上開規定者，被繼承人之債權人得就應受清償而未受償部分，對該繼承人行使權利；繼承人對於債權人應受清償而未受償部分之清償責任，不以所得遺產為限。未受償之債權人，對於不當受領之債權人或受遺贈人，得請求返還其不當受領之數額；惟繼承人對於不當受領之債權人或受遺贈人，不得請求返還其不當受領之數額。
- (3)經查，本件債權人乙有債權 600 萬元、債權人丙有債權 300 萬元。甲僅留有遺產 300 萬元。是以，依民法第 1162 條之 1 第 1 項之規定，繼承人戊本應依比例將遺產中分別向乙、丙各別清償 200 萬元、100 萬元。豈料，戊將所繼承之 300 萬元全數返還給乙，顯見乙不當受領 100 萬元，丙本應受清償而未受償部分之金額為 100 萬元。循此，依民法第 1162 條之 2 第 1 項、第 2 項之規定，戊應以自己固有財產對丙負有清償責任。基此，戊以已無遺產為由拒絕償還等云云，應無理由。

(二)丙對乙主張返還 100 萬元權利；惟戊不得向乙主張權利：

1.丙、戊對乙有無權利得以主張乙節，涉及民法第 1162 條之 2 第 4 項、第 5 項等規定，合先敘明。

2.丙對乙主張返還 100 萬元權利；惟戊不得向乙主張權利：

- (1)按「前項受有損害之人，對於不當受領之債權人或受遺贈人，得請求返還其不當受領之數額。」民法第 1162 條之 2 第 4 項定有明文。查乙既為不當受領 100 萬元，且丙本應受清償而未受償部分之金額為 100 萬元而受有損害，則丙自得向乙請求返還 100 萬元。
- (2)再按，「繼承人對於不當受領之債權人或受遺贈人，不得請求返還其不當受領之數額。」民法第 1162 條之 2 第 5 項定有明文。查乙雖為不當受領 100 萬元，惟繼承人戊不得請求乙返還之。
- (3)至於丙向乙請求返還 100 萬元後，雖法無明文規定，惟解釋上應肯定乙得再向戊請求返還該 100 萬元，併予敘明。

(三)甲死亡前，甲對戊之畫作所為之處分，其效力未定；惟甲死亡後，則有爭論：

1.甲對戊之畫作所為之處分，是否有效乙節，涉及無權處分效力之認定，合先敘明。

2.無權處分與類推適用：

- (1)「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力」、「無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利者，其處分自始有效。但原權利人或第三人已取得之利益，不因此而受影響」、「前項情形，若數處分相抵觸時，以其最初之處分為有效。」民法第 118 條第 1 項、第 2 項、第 3 項定有明文。
- (2)按「無權利人就權利標的物為處分後，因繼承或其他原因取得其權利者，其處分為有效，民法第一百十八條第二項定有明文。無權利人就權利標的物為處分後，權利人繼承無權利人者，其處分是否有效，雖無明文規定，然在繼承人就被繼承人之債務負無限責任時，實具有同一之法律理由，自應由此類推解釋，認其處分為有效。」（最高法院 29 年上字第 1405 號判例意旨參照）亦即，參諸上開判例意旨，無權利人就權利標的物為處分後，權利人繼承無權利人者，因繼承人戊就被繼承人甲之債務負無限責任時，自應類推解釋民法第 118 條第 2 項之規定，認其處分為有效。



(3)然而，上開判例係於舊法時代即繼承人應負無限責任為前提。該判例雖尚未經最高法院表示不再援用，惟本文以為：於繼承法新修正之時代中，上開判例應不再援用為宜。是以，該無權處分仍應待權利人即繼承人承認始生效力。

3.甲死亡前，甲對戊之畫作所為之處分，其效力未定；惟甲死亡後，則有爭論：

- (1)查畫作為戊（設已成年）所有，其父甲並非所有權人。甲擅自以自己名義將戊之畫作賣給知情之乙，並交付之，顯屬無權處分；因乙為知情之惡意第三人，乙自無從善意取得。於甲死亡以前，依民法第 118 條第 1 項之規定，無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力。是以，甲之無權處分行為，其效力未定，尚有待權利人甲是否承認而定；如甲否認者，該處分行為自屬無效。
- (2)惟查，權利人即戊如因無權處分人即父甲死亡而繼承甲之權利義務後，參諸最高法院 29 年上字第 1405 號判例意旨，無權利人甲就權利標的物為處分後，權利人戊繼承無權利人甲者，因繼承人戊就被繼承人甲之債務負無限責任時，本應類推解釋民法第 118 條第 2 項之規定，認為該處分行為有效。然而，有鑑上開判例所適用之繼承法與現今有所不同，本文認為上開判例應不再援用，而認為該無權處分仍屬效力未定為宜。

四、甲、乙、丙共有土地一筆，甲以乙、丙為被告，起訴請求分割該共有土地。試問：

- (一)甲應受判決事項之聲明：「1. 系爭土地應按 A 案所示方法分割，2. 被告應協同原告辦理分割登記並交付原告分得部分之土地。」法院審理結果，認系爭土地應依如 B 案所示方法分割，應為如何之判決？（10 分）
- (二)法院審理時，發現乙於訴訟繫屬前即已死亡，其繼承人為甲、丁二人，於訴訟有何影響？如乙係在訴訟進行中死亡，有何不同？（15 分）
- (三)丙在訴訟繫屬後，將其土地應有部分移轉予戊，辦妥移轉登記，甲乃撤回對丙之起訴，另追加戊為被告，於訴訟有何影響？（15 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：裁判分割共有物訴訟事件之非訟事件性質、當事人適格，以及當事人恆定原則等基本概念。
答題關鍵	本題難度不高，均須著重在各概念之基本意義說明與事實間之涵攝，應可輕易獲取高分。
高分閱讀	梁台大，民事訴訟法講義第一回，第一章第四節，P.58、74。 梁台大，民事訴訟法講義第二回，第四章第三節，P.40-46。

### 【擬答】

(一)法院得依 B 案所示方法裁判分割，惟應給予當事人有陳述意見之機會：

- 1.本件原告甲訴之聲明主張依 A 案方法分割土地，法院審理結果認為應依 B 案方法分割者，法院應為如何判決，涉及當事人聲明是否具有拘束性之問題。
- 2.裁判分割共有物事件之聲明非具拘束性：
  - (1)按涉及訴之三要素（當事人、訴訟標的、訴之聲明）直接相關之事項，屬處分權主義之範疇。所謂處分權主義，主要涉及訴訟程序之發動、範圍與終結，均由當事人自行決定，當事人有處分之權限。其意義上可分為三層面：第一命題，訴訟程序是否開始之決定權，取決於當事人（法諺：無原告即無法官）；第二命題，本案審判對象範圍（訴訟標的）之表明與特定，係由當事人決定；第三命題，訴訟程序是否終結，係由當事人有主導權。由處分權主義第二命題可知，對於案件審判對象之範圍，應由原告加以特定；法院不得就當事人未聲明之事項為判決（民事訴訟法第 388 條）。
  - (2)然而，共有物裁判分割之訴，本質上屬於非訟事件，惟因其當事人利害關係尖銳之程度，不亞於就所有權本身之爭執，法律為求慎重，將其立法於民事訴訟法，可謂將該非訟事件訴訟化，但仍不因此失去其非訟事件之本質。換言之，該事件之審理程序，仍有酌採非訟法理之情形。基於共有物分割事件具有非訟事件之本質，當事人之聲明應不具拘束法院之效力（聲明非拘束性），而不受此處分權主義之第二命題之拘束，其目的在於避免加重原告反覆提出多種分割方式之負擔，及避免法院對所表明之多數分割方式逐一審理之負擔。
  - (3)惟鑑於當事人之程序主體權、聽審請求權之保障，法院之審理與裁判，不應發生突襲性裁判，造成當事人憲法上所保障之訴訟權受到侵害，故法院在審理之過程，宜適度將其心證公開，將所試擬之暫訂方案提示於當事人，賦予當事人攻擊防禦與辯論之機會，避免造成促進訴訟、發現真實、甚至是法律適用之

突襲性裁判。是以，法院在審理共有物分割案件，雖當事人之聲明非具有拘束性，法院認為原告提出之分割方式不妥，而有意採取法院所擬定之暫時方案者，則應事先公開其心證，賦予當事人程序保障之機會，避免突襲性裁判之發生，非謂因聲明之非拘束性，法院即可任意裁判，未顧慮當事人之主張，而違反程序利益保護原則。

3. 查甲以乙、丙為被告，起訴請求分割該共有土地，應屬裁判分割共有物事件。有鑑該事件本質為非訟事件，故其聲明不具拘束性。法院如認原告甲聲明所主張之 A 案不妥、而認為應依 B 案為妥適者，法院固可不受原告聲明之拘束，逕依 B 案之方式裁判分割；惟法院於判決之前，應公開心證，賦予兩造有陳述意見之機會，以避免發生突襲性裁判。

(二) 乙於訴訟繫屬前死亡者，因甲未將丁列為被告，被告當事人適格有所欠缺，如原告未加以補正者，法院得判決駁回原告之訴；惟乙於訴訟繫屬中死亡者，於丁承受訴訟以前，訴訟程序當然停止：

1. 本件如乙於訴訟繫屬前、後死亡者，對於訴訟有何影響乙節。涉及當事人適格與訴訟程序當然停止等問題，合先敘明。

2. 當事人適格與訴訟程序當然停止事由

(1) 按當事人適格，係指當事人就特定具體之訴訟事件，得以自己之名義為原告或被告之資格，主張該權利並進行攻擊防禦等訴訟上行為，因而得受訴訟標的法律關係之本案判決者。而具有此資格者，則具有針對特定訴訟標的法律關係之遂行訴訟權能，即為訴訟遂行權（訴訟實施權）。又裁判分割共有物事件，屬於固有必要共同訴訟，應以全體共有人為當事人一同應訴為必要；如原告起訴未以全體共有人作為當事人者，其當事人適格有所欠缺，法院自應判決駁回原告之訴。

(2) 再按，「當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人，承受其訴訟以前當然停止」、「第一百六十八條、第一百六十九條第一項及第一百七十條至前條之規定，於有訴訟代理人時不適用之。但法院得酌量情形，裁定停止其訴訟程序。」民事訴訟法第 170 條、第 173 條定有明文。由是可知，除當事人已有訴訟代理人者外，如當事人於訴訟程序中死亡者，訴訟程序當然停止，於繼承人承受訴訟以後始續行程序。

3. 乙於訴訟繫屬前、中死亡者，對於訴訟程序之影響有所不同：

(1) 查乙於訴訟繫屬前死亡者，因乙之繼承人為甲、丁二人，則系爭土地之共有人於起訴之時應為甲、丙、丁三人。是以，甲以乙、丙為被告起訴請求分割該共有土地，顯然未將丁列為共同被告，俱見被告當事人適格有所欠缺。因該瑕疵得加以補正，法院應闡明命原告甲補正；如原告未加以補正者，法院自得判決駁回原告之訴。

(2) 第查，乙於訴訟程序中死亡，如乙無訴訟代理人者，因乙之繼承人為甲、丁二人，依民事訴訟法第 170 條之規定，於繼承人丁承受訴訟以前，訴訟程序則當然停止，當屬無疑。

(三) 原則上，系爭土地應有部分移轉予戊，並不影響被告當事人適格；惟原告甲選擇撤回對丙之起訴，同時追加戊為被告者，使形式當事人與實質當事人同為一體，應無不可：

1. 丙在訴訟繫屬後將其土地應有部分移轉登記予戊，則甲乃撤回對丙之起訴、另追加戊為被告，於訴訟有何影響乙節，涉及當事人恆定原則之問題。

2. 當事人恆定原則：

(1) 「訴訟繫屬中為訴訟標之法律關係，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。」「前項但書情形，僅他造不同意者，移轉之當事人或第三人得聲請法院以裁定許第三人承當訴訟」、「法院知悉訴訟標之有移轉者，應即以書面將訴訟繫屬之事實通知第三人」。民事訴訟法第 254 條第 1 項、第 2 項、第 4 項定有明文。

(2) 按當事人如於訴訟繫屬中，將訴訟標之法律關係移轉於第三人者，於訴訟無影響。所謂「於訴訟無影響」，係指原當事人之當事人適格並不因此喪失；縱然原當事人已非實體法律關係之歸屬主體，其仍具有訴訟實施權，仍為形式當事人。第三人雖非形式當事人，惟尚屬實質當事人（民事訴訟法第 401 條第 1 項），而將受該判決效力所拘束。

(3) 承上，新法為賦予第三人有事前程序保障之機會，便要求法院知悉訴訟標之有移轉者，應即以書面將訴訟繫屬之事實通知第三人。同時，第三人如經兩造同意，得聲請代當事人承當訴訟；如僅他造不同意者，移轉之當事人或第三人得聲請法院以裁定許第三人承當訴訟。當事人經變更後，該第三人（承當人）即成為形式當事人，而原當事人已為之訴訟行為對該第三人仍然有效。原訴訟當事人即脫離訴訟程序。

3. 丙在訴訟繫屬後將其土地應有部分移轉予戊後，對訴訟影響：





- (1)查甲起訴請求分割該共有土地，以乙、丙為被告。丙於訴訟繫屬中，將其土地應有部分移轉登記予戊，顯見訴訟標的之法律關係（系爭土地之應有部分）已移轉於第三人戊，對原訴訟仍無影響。亦即，雖丙已非系爭土地之共有人，惟形式當事人即被告仍為丙；戊雖非被告，惟其屬實質當事人而將受該判決效力所及。
- (2)有鑑概念上戊為實質當事人，如原告甲有意使戊成為形式當事人、使丙脫離訴訟者，自應透過民事訴訟法第 254 條第 1 項、第 2 項等規定，令第三人代當事人承當訴訟即可，原則上無庸迂迴地撤回對丙之起訴、另追加戊為被告。惟原告如符合法律規定，而選擇撤回對丙之起訴，同時追加戊為被告者，使形式當事人與實質當事人同為一體，應無不可，併予敘明。

五、原告本於買賣契約法律關係，起訴請求被告給付貨款新臺幣（下同）二百萬元，被告以買賣契約業經合法解除為由，拒絕給付，並預備抗辯，如解除契約不合法，原告亦應同時給付該貨物。第一審法院審理結果，認為兩造買賣關係存在，並認原告之訴及被告同時履行之抗辯均有理由，判命被告應如數給付，並於判決主文中，附以原告就對待給付應同時履行之條件。被告對該判決未聲明不服，原告不服向第二審提起上訴，惟限定僅就命其對待給付判決部分提起上訴，問：

- (一)原告得否僅就命其對待給付部分聲明不服？理由何在？（10 分）
- (二)如認原告之上訴合法，則移審效範圍是否及於判決全部？（10 分）
- (三)第二審法院審理結果，認為兩造之買賣契約業經被告合法解除，得否將原判決全部（含命被告給付二百萬元部分）廢棄，駁回原告之請求？（15 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：上訴利益與對待給付判決之上訴等問題爭議。
答題關鍵	本題應著重在於上訴利益之說明與認定、對待給付判決如何加以上訴等基本理論之說明，以及不利益變更禁止原則之意義，應可輕易獲取高分。
高分閱讀	梁台大，民事訴訟法講義第三回，第十章第一節，P.102～P.103。

### 【擬答】

(一)原告如僅就命其對待給付部分聲明不服，仍視為就該判決之全部聲明不服：

1.本件勝訴之一造即原告得否僅針對對待給付判決部分提起上訴，涉及原告是否具有上訴利益之爭點，以及上訴聲明之範圍如何認定之問題，合先敘明。

2.原告得針對本件判決提起上訴：

(1)依我國實務與學者通說之見解，上訴利益之認定，原則上採取形式不服說（參見最高法院 22 年上字第 3579 號判例），判斷當事人是否具有上訴利益，以判決主文為據；雖判決之理由不利於當事人，亦不當然允許上訴。然而，例外情形則採實質不服說，仍容許當事人提起上訴，如針對假執行擔保金額之多寡（民事訴訟法第 390 條第 2 項）、抵銷抗辯之裁判，以及同時履行抗辯（民法第 264 條）之裁判。

(2)查原告本於買賣契約法律關係，起訴請求被告給付貨款 200 萬元，經第一審法院認為兩造買賣關係存在，並認原告之訴及被告同時履行之抗辯均有理由，判決原告勝訴，並附以原告就對待給付應同時履行之條件。原告為勝訴之人，依形式不服說，該判決主文與訴之聲明兩相比較，並無較原訴之聲明更為不利情形，上訴人（原告）並無上訴利益。原告之請求雖經法院准許，惟該判決主文卻另外附有對待給付之條件，導致原告之請求事實上仍受到一定程度之限制。是以，我國實務與學說均肯定此情形應採實質不服說，即原告上訴後，於上級審法院中可在實體法上獲得較原判決更有利之情形，即有上訴利益，因此容許原告提起上訴。

3.原告應對該判決之全部聲明不服：

(1)按最高法院判例研修小組曾提案：原告起訴請求被告給付某物，被告對之提起同時履行之抗辯，法院認原告之訴及被告同時履行之抗辯均有理由，為原告勝訴之判決，並在命被告給付之判決內，附以原告就對待給付同時履行之條件，被告對之未聲明不服，而原告僅就命其同時履行抗辯部分提起上訴，其上訴效力所及之範圍如何？對此，最高法院 91 年度第 1 次民事庭會議（民國 91 年 1 月 29 日）決議：「此種判決，原告既主張對其不利並屬不當而提起上訴，自係對該判決之全部聲明不服，非僅對命其同時履行部分提起上訴而已；該判決命被告為本案給付及命原告同時履行之間，在性質上有不可分割之關係；如謂命被告為本案給付之判決可單獨確定，即可單獨發生執行力，而以非訴訟標的之對待給付請求權之存否，作為上訴審程序之訴訟標的，自為法所不許。」

(2)由是可知，針對對待給付判決，原告固得主張對其不利並屬不當而提起上訴。惟原告提起上訴時，有鑑該判決命被告為本案給付及命原告同時履行之間，在性質上有不可分割之關係，是原告自應對該判決之全部聲明不服，而非僅對命其同時履行部分提起上訴。循此，本件原告雖僅就命其對待給付部分聲明不服，惟解釋上應可認為原告有對全部判決聲明不服而提起上訴之意思，故可仍視為原告就該判決之全部聲明不服而提起上訴。

(二)原告之上訴合法，則移審效範圍及於判決全部：

- 1.按「此種判決，原告既主張對其不利並屬不當而提起上訴，自係對該判決之全部聲明不服，非僅對命其同時履行部分提起上訴而已；該判決命被告為本案給付及命原告同時履行之間，在性質上有不可分割之關係；如謂命被告為本案給付之判決可單獨確定，即可單獨發生執行力，而以非訴訟標的之對待給付請求權之存否，作為上訴審程序之訴訟標的，自為法所不許。」（最高法院 91 年度第 1 次民事庭會議決議意旨參照）再參諸最高法院 97 年度台上字第 2478 號民事判決：「次按當事人之一方如果在裁判上援用同時履行抗辯權則法院應為他方提出對待給付時應對之為給付之判決。此種命被告為本案給付及命原告同時履行，兩者之間在性質上有不可分割之關係不得單獨確定。」
- 2.凡此俱見，因命被告為本案給付及命原告同時履行對待給付，兩者之間在性質上有不可分割之關係，是本件縱然原告僅就命其對待給付部分聲明不服，仍視為原告就該判決之全部聲明不服而提起上訴，全部均發生移審之效力。是以，不論係本案給付或對待給付之部分，均移審至第二審法院，均不單獨發生確定之效力甚明。

(三)第二審法院審理結果認為兩造之買賣契約業經被告合法解除者，仍不得將原判決全部廢棄而駁回原告之請求，僅能駁回原告之上訴：

- 1.本件經第二審法院審理結果，認為兩造之買賣契約業經被告合法解除。對此，第二審法院得否將原判決全部廢棄而駁回原告之請求乙節，涉及不利益變更禁止原則，合先敘明。
- 2.按上訴審法院不可超出上訴人上訴之範圍，變更原判決之內容而為更不利益於上訴人之判決（民事訴訟法第 450 條），學說上稱為不利益變更禁止原則。同時，上訴審法院亦不可超出上訴人未聲明之上訴之範圍，對上訴人為較更原判決有利之判決，稱為利益變更禁止原則。詳言之，本於處分權主義，上訴人應有決定其上訴範圍之權限，法院自不得超出上訴聲明之範圍而為裁判；惟不利益變更禁止原則僅限於被上訴人未為上訴或提起附帶上訴之情形，始有適用。是以，上訴人於上訴審所受之不利判決，不可大於上訴之全部被駁回。
- 3.第二審法院不得將原判決全部廢棄而駁回原告之請求，僅能駁回原告之上訴：
  - (1)經查，原告本於買賣契約法律關係，起訴請求被告給付貨款 200 萬元，經第一審法院認為兩造買賣關係存在，並認原告之訴及被告同時履行之抗辯均有理由，判決原告勝訴，並附以原告就對待給付應同時履行之條件。
  - (2)首先，被告對該判決未聲明不服，是原判決有利於原告之部分，自有不利益變更禁止原則之適用。
  - (3)又原告不服向第二審提起上訴，法院僅能就不利於原告之部分即對待給付判決部分加以審理；縱然認為本案給付實體上無理由，惟被告既未對原審判決加以爭執，第二審法院自不得加以廢棄而駁回原告於原審之請求，否則將違反民事訴訟法第 450 條、不利益變更禁止原則之規定；第二審法院僅能駁回原告之上訴甚明。

六、A 公司雇用之司機甲及 B 公司雇用之司機乙，分別駕駛各該公司之大客車，於民國 96 年 11 月間因過失侵權行為，致丙受傷，經法院認定甲乙各負有百分之五十之過失責任，判決甲乙應連帶給付丙新臺幣四百萬元，A 公司應與甲負連帶責任，B 公司應與乙負連帶責任確定。A 公司於民國 98 年 10 月 10 日，依上開確定判決給付丙四百萬元。問：

- (一)A 公司依民法第二百八十條、第二百八十一條之規定，起訴請求 B 公司與司機乙連帶給付應負擔之二分之一部分金額二百萬元時，是否有理由？有無再追加其他法律關係之必要？（40 分）
- (二)B 公司及司機乙對前開起訴，於言詞辯論時若僅表示對 A 公司已全部清償丙四百萬元不爭執後，即未再為任何之抗辯，此時法院是否即可判准 A 公司之請求？（25 分）
- (三)若第一審法院判決 A 公司之請求全部勝訴，B 公司不服，聲明上訴，其理由表示伊對丙無共



同侵權行為，自不應負連帶賠償責任，A 公司全部清償後，即不得依連帶債務之法律關係向伊求償等語。司機乙則未聲明不服，此時，B 公司之上訴效力是否及於司機乙？該上訴效力之認定是否會因 B 公司上訴之有無理由而受影響？（25 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：實體法上不真正連帶，以及程序法上關於既判力之效力與共同訴訟人上訴效力等問題。
答題關鍵	本題首先應從實體法律關係加以處理，特別應注意 A 公司與司機乙、B 公司間並無連帶債務關係。如此一來，如何探求 A 公司之請求權基礎，則屬重點。其次，前判決之認定對於後訴訟有何影響？則涉及既判力客觀範圍之認定。最後，連帶債務人應屬於何種共同訴訟型態？其中一人之上訴效力為何？對此，請特別注意我國實務之實際運作方式。
高分閱讀	梁台大，民事訴訟法講義第一回，第二章第六節，P.219～P.220。 梁台大，民事訴訟法講義第二回，第六章第二節，P.134～P.135，P.144～P.145。

### 【擬答】

(一)A 公司依民法第 280 條、第 281 條第 1 項之規定請求司機乙、B 公司連帶給付 200 萬元無理由；惟 A 公司有追加民法第 281 條第 2 項、民法第 188 條第 1 項之規定向司機乙、B 公司請求之必要：

1.本件 A 公司向司機乙、B 公司請求連帶給付 200 萬元有無理由乙節，涉及 A 公司於實體法上請求連帶給付 200 萬元之請求權基礎之認定，合先敘明。

2.A 公司無法逕依民法第 280 條、第 281 條第 1 項之規定向司機乙、B 公司請求：

(1)「連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用，由該債務人負擔」、「連帶債務人中之一人，因清償、代物清償、提存、抵銷或混同，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還各自分擔之部分，並自免責時起之利息」。民法第 280 條、第 281 條第 1 項定有明文。由是可知，連帶債務人相互間，原則上應平均分擔義務；連帶債務人中之一人如因清償對債權人之債務，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還各自分擔之部分。

(2)查 A 公司僱用之司機甲及 B 公司僱用之司機乙，分別駕駛各該公司之大客車，於民國 96 年 11 月間因過失侵權行為，致丙受傷。丙得起訴分別依民法第 185 條請求甲乙、民法第 188 條第 1 項請求 A 公司與甲、B 公司與乙各別負連帶責任，並經法院認定甲乙各負有 50%之過失責任，判決命甲乙、A 公司與甲、B 公司與乙應連帶給付丙 400 萬元確定（下稱前判決）。由是可知，侵權行為人甲、乙應各負擔 200 萬元之責任，且僅有甲乙間、A 公司與甲間、B 公司與乙間具有應連帶責任。是以，於 A 公司依前判決給付丙 400 萬元後，A 公司固得依民法第 280 條、第 281 條第 1 項之規定向司機甲請求，當屬無疑。然而，A 公司與 B 公司、乙之間並無連帶責任；如此一來，A 公司自無法逕依上開規定向司機乙、B 公司請求內部連帶責任之分擔甚明。

3.A 公司對司機乙、B 公司之請求權基礎：

(1)「前項情形，求償權人於求償範圍內，承受債權人之權利。但不得有害於債權人之利益。」民法第 281 條第 2 項定有明文。按連帶債務人清償連帶債務，非無因管理，亦未受他人委任；又該給付係基於法律上原因所為，亦非不當得利。又第 281 條第 1 項之求償權與第 281 條第 2 項之「代位權」有所不同，連帶債務人得擇一行使之；第 281 條第 2 項之「代位權」，性質上係法定債權讓與，即連帶債務人清償連帶債務後，得承受債權人之權利，該權利則當然讓與為連帶債務人所有。

(2)查債權人丙本得就乙所應負 50%過失責任計 200 萬元之部分，依民法第 188 條第 1 項請求 B 公司與司機乙負連帶責任。是以，A 公司已依前判決給付丙 200 萬元，顯見 A 公司應可主張民法第 281 條第 2 項法定債權讓與之規定承受該債權，以自己為債權人之地位，爰依民法第 188 條第 1 項之規定向 B 公司與司機乙行使權利甚明。

(3)由是可知，有鑑 A 公司與 B 公司、乙之間並無連帶責任，是 A 公司自無從逕依民法第 280 條、第 281 條第 1 項之規定請求司機乙、B 公司連帶給付 200 萬元。是以，A 公司為避免敗訴，自有追加請求權民法第 281 條第 2 項、民法第 188 條第 1 項等規定作為請求權基礎之必要，已臻明確。

(二)基於前判決之既判力，後訴法院應可判准 A 公司之請求：

1.本件 B 公司及司機乙對 A 公司已全部清償丙 400 萬元不爭執後，未再為任何之抗辯，此時法院是否即可判准 A 公司之請求，涉及前訴訟判決效力對後訴訟之拘束力之問題，合先敘明。





## 2. 既判力之意義：

- (1) 按既判力（判決之實質確定力）之意義，係指判決於具備形式確定力後（判決確定），對於已判斷之事項，當事人不得另行起訴，亦不得於他訴訟中為與判決相矛盾之主張。對法院而言，不得對已審判之對象另行審判，亦不得於他訴訟程序中為相抵觸之裁判。又既判力之客觀範圍，原則上以訴訟標的經裁判者為限（民事訴訟法第 400 條第 1 項），以判決主文之內容為準。至於既判力之主觀範圍，原則上包含當事人，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（民事訴訟法第 401 條第 1 項）。
- (2) 由是可知，前訴訟之當事人針對法院就訴訟標的所為之判斷，於判決確定後均有拘束當事人與法院之效力，不容許當事人與法院於後訴訟中有相反之主張或判斷，已臻明確。

## 3. 後訴法院應受前判決效力之拘束，判准 A 公司之請求：

- (1) 查前訴訟之訴訟標的為丙針對前揭原因事實，對甲乙請求民法第 185 條、對 A 公司與甲請求民法第 188 條第 1 項、對 B 公司與乙請求民法第 188 條第 1 項之權利，且經法院認定甲乙各負有 50% 之過失責任，命甲乙、A 公司與甲、B 公司與乙應連帶給付丙 400 萬元確定。由是可知，前訴訟經法院認定甲乙確實有共同侵權行為、B 公司與乙確實具有僱傭關係各節，此部分自發生既判力；又因前訴訟當事人包含 A 公司、B 公司與乙，是渠等自受既判力之拘束甚明。
- (2) 第查，後訴訟之當事人為 A 公司、B 公司與乙，A 公司並依民法第 281 條第 2 項之規定承受債權人丙於民法第 188 條第 1 項對 B 公司、乙之權利作為訴訟標的。由是可知，有鑑該訴訟標的既經前訴訟加以判斷，且 A 公司、B 公司與乙均為前訴訟既判力所及之人，是 B 公司與乙則不得爭執渠等之侵權行為事實，後訴法院亦應受前判決之既判力所拘束而不得有相矛盾之認定。
- (3) 循此，如 B 公司及司機乙對 A 公司已全部清償丙 400 萬元不爭執後，未再為任何之抗辯，益徵當事人對於 A 公司依民法第 281 條第 2 項之規定承受債權人丙權利之事實並不爭執，且 B 公司及司機乙復無其他抗辯者，法院自應受前判決效力之拘束，判准 A 公司之請求，至為明灼。
- (三) B 公司一人所為上訴行為之效力是否及於司機乙，依我國目前實務之運作，應以 B 公司之上訴是否有理由為斷，其上訴效力之認定會因 B 公司上訴之有無理由而受影響：

1. 本件第一審法院判決 A 公司全部勝訴，惟 B 公司不服而聲明上訴、司機乙未聲明不服。針對 B 公司之上訴效力是否及於司機乙、該上訴效力之認定是否因 B 公司上訴有無理由而不同乙節，涉及共同訴訟人之一人上訴效力是否及於他人之問題，以及連帶債務人之共同訴訟型態爭議等情，合先敘明。

## 2. 連帶債務人屬於類似必要共同訴訟：

- (1) 按共同訴訟可分為普通共同訴訟、類似必要共同訴訟以及固有必要共同訴訟。所謂普通共同訴訟，係指數原告或被告間，並無合一確定關係、亦無共同起訴應訴之必要者。如數當事人間具有合一確定關係者，即屬必要共同訴訟；復依應否一同起訴、應訴為必要乙節，可再區分類似必要共同訴訟（不須一同起訴、應訴）與固有必要共同訴訟（應一同起訴、應訴）。
- (2) 第按，連帶債務人間固無一同起訴、應訴始具當事人適格之必要，惟其究應屬於何種共同訴訟？尚有爭論。學說上雖有認為應屬普通共同訴訟者，惟我國實務見解（最高法院 33 年上字第 4810 號判例、最高法院 41 年台抗字第 10 號判例）認為連帶債務人間具有合一確定關係而應屬類似必要共同訴訟；多數學說亦基於避免裁判矛盾而採後說。凡此俱見，連帶債務人應屬類似必要共同訴訟型態，當屬無疑。

## 3. 共同訴訟人與上訴效力：

- (1) 「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用下列各款之規定：一、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。」民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款定有明文。
- (2) 按必要共同訴訟人中一人所為上訴行為之效力是否及於全體，尚有爭論。早期實務判例認為訴訟行為是否有利於共同訴訟人之判斷，應以形式上觀察，而非以法院審理之結果，是上訴行為既形式上有利於他人，上訴效力應及於全體（最高法院 52 年台上字第 1930 號判例），多數學者亦從之。惟晚近學者有不同之見解，認為：民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款前段所定之「利益」與「不利益」，應包含程序上之利益與不利益；有鑑上訴行為可能徒增當事人之時間、勞力與費用（尤其是上訴無理由後之訴訟費用承擔）之負擔而未必有利，是共同訴訟人一人之上訴行為，不必然對他人發生效力，尚有待他人表明是否一併成為上訴人為宜。我國實務目前仍以前說為原則，惟實務上已出現有類似後說兼顧當事人程序利益之見解。



- (3)晚近實務見解已更進一步區分「利益」與「不利益」，即訴訟前階段形式判斷是否有利，惟訴訟後階段即裁判作成時，則進行實質判斷。詳言之，如共同訴訟人僅一人甲提起上訴（且提出非基於其個人關係之抗辯），經第二審法院審理結果後，認甲之上訴為無理由，則判決書當事人欄內是否仍應將他共同訴訟人乙列為上訴人？對此，臺灣高等法院暨所屬法院 91 年法律座談會民事類提案第 20 號（民國 91 年 11 月 06 日）研討結果認為：「按連帶債務人一人提出非基於其個人關係之抗辯，須有理由者，對於其他各人方屬必須合一確定，因而始有民事訴訟法第五十六條第一項第一款「共同訴訟人中一人之行爲，有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體」之適用。本件某甲雖提出非基於其個人關係之抗辯，惟未經判決前無從預知其抗辯是否有理由而確屬有利益於共同訴訟人全體，因此第二審法院審理時，程序上固應先將乙列為視同上訴人之方式處理，惟日後判決結果若係上訴駁回，則甲之上訴顯非有利益於共同訴訟人乙，依法自無民事訴訟法第五十六條第一項第一款「效力及於全體」之適用，是判決書當事人欄自無庸將乙列為上訴人。」由是可知，依我國目前實務之運作方式，針對必要共同訴訟人之一人上訴效力是否及於他人乙節，如上訴有理由者，上訴效力及於他人；如上訴無理由，則上訴效力不及於他人甚明。如此解釋，可避免使未提起上訴之當事人蒙受上訴無理由之裁判費負擔，有兼顧當事人程序利益之旨趣。
- (4)經查，B 公司與司機乙為連帶債務人，屬類似必要共同訴訟。惟 B 公司一人所為上訴行為之效力是否及於司機乙，依我國目前實務之運作，應以 B 公司之上訴是否有理由為斷。亦即，於第二審審理階段中，仍先將 B 公司（上訴人）與司機乙（視同上訴人）共列為上訴人；惟 B 公司之上訴理由僅表示伊對丙無共同侵權行為，自不應負連帶賠償責任等語，實體上應無理由，如法院擬駁回 B 公司之上訴時，法院僅須將 B 公司列為上訴人即可，無庸將司機乙共列為上訴人，已臻明確。

