

# 《民法與民事訴訟法》

一、甲駕車不慎撞倒乙，致乙身受重傷，送醫住院治療，乙支出新臺幣（下同）10 萬元醫藥費，喪失勞動能力，致收入減少。乙住院期間，家中價值 50 萬元鑽石珠寶被盜。出院返家後，乙因腳傷尚未痊癒，爬樓梯時，自樓梯上跌落，身體受傷。此外，乙因車禍住院，始發現其腦瘤之宿疾，致不堪勝任職務，向所屬機關自動辦理退休。甲撞傷乙後，駕車逃逸時，於慌亂中，追撞前行車輛，導致前車車身起火，前車乘客丙下車後因火勢兇猛，為快速逃離現場，將橋縫誤為安全島而跳落橋下受傷。

試問：乙對甲，丙對甲得主張何種權利？（45 分）

答題關鍵	侵權責任「責任成立因果關係」與「責任範圍因果關係」之認定
考點命中	《高點民法專用講義第二回》，劉台大編撰，主題 21 一般侵權行為，頁 103-105。 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 43 一般侵權行為，頁 98。 《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，102 年 9 月二版，主題 2 實戰 3，頁 2-10~2-11。

## 【擬答】

(一)乙向甲得否主張侵權責任，應分論述如下：

- 1.按汽車在使用中傷害他人者，駕駛人如未盡注意義務，應賠償因此所生之損害，民法第 191-2 條參照。其損害賠償之範圍，則應依民法第 193 條、第 195 條與第 216 條認定，擬先說明。
- 2.惟應注意者為，侵權責任之成立，需以加害行為與權利侵害、權利侵害與損害間具有「責任成立因果關係」與「責任範圍因果關係」者，始足當之。對於因果關係之認定，我國通說、實務採「相當因果關係」說。所謂「相當因果關係」，係指將因果關係區分為「條件因果關係」與「相當性」二者，條件因果關係指「無此行為必無此侵害、損害」之事實上因果性；而相當性則指行為與侵害、損害間必須有所謂通常、一般、普遍之法律上因果性，如事實上因果關係為反常的因果歷程，即不能謂具有因果關係之相當性，加害人亦不為此負責。（最高法院 98 年度台上字第 1729 號判決<sup>1</sup>參照）
- 3.本件甲駕車不慎撞倒乙，乙自得依民法第 191-2 條規定向甲主張侵權責任，惟其得以求償之項目與範圍，應分別判斷如下：

### (1)乙就醫療費支出與收入減少之損失，得主張侵權責任

按不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任，民法第 193 條第 1 項參照。題示乙之身體健康權受侵害，於醫療費支出與收入減少均與該身體健康權侵害具有「責任範圍因果關係」，亦即因果歷程上之通常、普遍性下，乙自得就系爭損失主張侵權責任。

### (2)乙就跌倒傷害所生之損失，得主張侵權責任

本件甲之加害行為與乙跌倒所生之身體健康權侵害是否具有「責任成立因果關係」，非無疑義。惟斟酌甲加害行為造成乙之腳傷，而腳傷所導致之行動不便將導致跌倒機率增高、甲對於該跌倒之後續權利侵害應有合理預見性（Reasonable Foreseeability）等因素，應認為甲之加害行為與乙跌倒所生之身體健康權侵害具相當因果關係，乙就跌倒傷害所生之損失，得向甲主張侵權責任。

### (3)乙就提早退休所生之損失，不得主張侵權責任

題示乙因車禍事故發生，始發現腦瘤存在，進而導致提早退休受有損失，判斷上應認為此與甲之加害行為所致之身體健康權侵害並無「責任範圍因果關係」，其論證有二：首先，縱無甲之侵害，乙仍可能亦將因腦瘤而提早退休，此時，即非無條件因果關係上之疑問；其次，縱認為條件因果關係存在，乙因車

<sup>1</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1729 號判決：「又所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形上，有此環境，有此行為之同一條件，均發生同一之結果者，則行為與結果始可謂有相當之因果關係。反之，若在一般情形上，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即難認相當因果關係。」

禍所發生之身體健康權侵害與提早退休之損失，依社會通念與一般人之智識，亦無因果歷程上之普遍、一般性，更非加害人可得合理預見，故應認為兩者間無相當因果關係，乙不得主張侵權責任。

(二)丙得對甲主張侵權責任，論證如下：

- 1.按汽車在使用中傷害他人者，駕駛人如未盡注意義務，應賠償因此所生之損害，民法第 191-2 條定有明文，前已敘明。本件丙是否得向甲主張侵權責任，其法律上爭點在於丙之加害行為與甲之權利侵害間是否具備責任成立因果關係，先予定性。
- 2.題示丙於車禍事故所導致之火燒車意外中，因緊急規避危險發生而跳落橋縫摔傷，致有身體健康權之侵害，應認為與甲之加害行為有因果關係，其論證有二：首先，依事故當時客觀存在之事實觀察，一般情形下，車身爆炸而乘車人員不及時走避者，其造成之傷亡將更為慘重，故在此緊急情況之下，丙無法保持冷靜之判斷，屬事理上之當然。而丙於慌亂中為救助自己誤認為橋縫為安全島而跳落摔傷，亦非對於丙之身體健康權侵害結果獨立、異常之介入原因，兩者間具相當因果關係；其次，就加害人之觀點而言，甲造成緊急危難後由丙採取自我防衛之行為，亦應係合理而可預見者，此時，由甲負擔侵權責任，即非過苛。實務上亦有相同之見解。（最高法院 76 年度台上字第 158 號判決<sup>2</sup>參照）
- 3.綜上論述，丙得對甲主張侵權責任。

二、甲、乙為多年好友，甲因資金需求向丙銀行借款新臺幣（下同）1000 萬元整。為擔保甲之借款，乙以其所有 A 地為丙設定抵押權。嗣後，丁承租乙之 A 地以建築房屋之用，半年後丁之 B 屋建造完成。豈料，甲於還款日屆至時無力清償該筆借貸。請附具理由回答以下問題：

- (一)若甲、丙與第三人戊達成協議，由戊進行免責債務承擔，即該 1000 萬元債務其中之 600 萬元部分日後交由戊來清償，則當事人之債務清償責任為何？（21 分）
- (二)若甲無法清償該借款，丙因此實行 A 地之抵押權。但因 A 地之鑑價結果指出，拍定價格將低於擔保債權金額，丙遂請求法院除去 A 地上之租賃關係。請問法院應如何處理？又丁的權利可能受如何之影響？（24 分）

答題關鍵	第一小題 民法第 869 條、第 304 條第 2 項 第二小題 抵押權設定後，第三人於抵押物上用益問題
考點命中	《高點民法專用講義第二回》，劉台大編撰，主題 19 債之移轉，頁 79-80。 《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，主題 45 一般抵押權，頁 103-104、112-114。 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 40 債之移轉，頁 91-92。 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 90 抵押權之性質，頁 217。 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 92 抵押權之實行，頁 220-221。 《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，102 年 9 月二版，主題 5 實戰 3、主題 5 實戰 12，頁 5-7~5-9、5-28~5-29。

【擬答】

(一)甲、戊應各負 400 萬元、600 萬元之清償責任，乙之擔保於戊債務承擔限度內消滅，論證如下：

- 1.按以抵押權擔保之債權，如經分割或讓與其一、或債務分割、承擔者，其抵押權不因此而受影響，民法第 869 條參照。本條規定，學理上稱為「抵押權之不可分性」，於擔保債務全數受清償前，抵押權之內容

<sup>2</sup> 最高法院 76 年度台上字第 158 號判決：「侵權行為之債，固須損害之發生與侵權行為間有相當因果關係始能成立，惟所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害之間，即有因果關係。原審既認定陳榮輝駕駛之七六一二一〇二號小客車，擦撞前車後，引起連環追撞，並因起火燃燒，相繼波及三二一二七八七號、一七一六二九號、七一八六五五號（中興號大客車）三車，中興號大客車旅客下車後，又見火勢猛烈，惟恐車身爆炸，遂將橋縫誤為安全島紛紛跳下而造成傷亡。則依此項客觀存在之事實觀察，如車身爆炸而不及時走避，其造成之傷亡將更為慘重，且當時又係夜晚，更易引起慌亂，在此緊急情況之下，欲求旅客保持冷靜，安然離開現場，殆無可能，故依吾人一般智識經驗，上述旅客在慌亂中跳落橋下傷亡，是是否陳榮輝駕車追撞而造成之上開車禍，無相當因果關係，非無研究餘地。」

均係以抵押物全部擔保債務之全部，擬先說明。

2. 惟應注意者為，依民法第 304 條第 2 項規定，由第三人就債權所為之擔保，除該第三人對於債務之承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅。本項規定，構成抵押權不可分性之例外。蓋於免責債務承擔之情形，債務人之信用基礎已有變更，為避免對於第三擔保人造成不測侵害，民法特規範第三人所提供之擔保將於債務承擔範圍消滅，以為衡平。
3. 題示乙以其 A 地為丙設定抵押權，係屬第三人對於他人之債務為擔保之案型。於戊經丙同意對於甲之債務為免責債務承擔後，依前開規定，丙對 A 地之抵押權，應於債務承擔限度內消滅。
4. 綜上論述，本件於債務承擔後，甲應負 400 萬元之清償責任，其上並有乙之抵押擔保；戊應負 600 萬元之清償責任，乙之擔保於其債務承擔限度內消滅。

**(二) 法院應處理之方法與丁權利所受影響，分論證如下：**

1. 按不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，得成立租賃關係，但其抵押權不因此而受影響。惟如抵押權人實行抵押權受有影響者，法院得終止該租賃關係後拍賣之。民法第 866 條第 1 項、第 2 項參照。所謂抵押權受有影響者，概念上係指抵押權人聲請拍賣抵押物時，因權利之存在發生無人應買或出價不足清償抵押債權之情形（司法院釋字第 304 號解釋<sup>3</sup>參照）。
2. 前開情形，如抵押不動產上有該權利人或經其同意使用之人之建築物者，抵押權人亦得依民法第 877 條第 2 項準用同條第 1 項規定，併付拍賣其上之建築物，併予論證。
3. 題示乙將其所有之 A 地設定抵押權於丙，後將 A 地租賃於丁，丁並於其上建造 B 屋，依民法第 866 條第 1 項規定，丙之抵押權不受影響。嗣後，於丙實行抵押權時，由於鑑價結果已明指擔保實行之拍定金額將低於擔保債權額，此時，即應認為抵押權之實行已受有影響，法院得依民法第 866 條第 2 項規定除去丁之租賃權為拍賣。於法院除去租賃權後，由於丁已失其租賃權，其對於 A 地亦失承租人之優先承購權。（最高法院 100 年度台上字第 802 號判決<sup>4</sup>參照）
4. 另須說明者為，本件丙於後續拍賣程序中，亦得依前述民法第 877 條第 2 項準用同條第 1 項規定，聲請法院將丁之建築物與土地併付拍賣。如丙未聲請法院為併付拍賣，此時，拍定人得依強制執行法第 99 條第 2 項對丁請求點交拍定之 A 地，並得請求拆除 B 屋（最高法院 44 年度台抗字第 6 號判例<sup>5</sup>參照）；如丙聲請法院將丁之建築物與土地併付拍賣，於參與分配程序上，丙僅得對於土地賣得價金部分主張優先受償，至於 B 屋拍得部分，則應返還於丁。

<sup>3</sup> **司法院釋字第 304 號解釋理由書：**「民法第八百六十六條規定：『不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上得設定地上權及其他權利。但其抵押權不因此而受影響』，如其抵押權因設定地上權或其他權利而受影響者，本院院字第一四四六號解釋認為對於抵押權人不生效力，抵押權人聲請拍賣抵押物時，執行法院自可依法逕予執行，乃因抵押權為物權，經登記而生公示之效力，在抵押權登記後就抵押物取得地上權或其他使用收益之權利者，自不得使登記在先之抵押權受其影響。故所有人於抵押權設定後，在抵押物上所設定之地上權或其他使用收益之權利於抵押權有影響者，在抵押權人聲請拍賣抵押物時，發生無人應買或出價不足清償抵押債權之情形，即須除去該項權利而為拍賣，並於拍定後解除被除去權利者之占有而點交於拍定人，乃為使抵押權人得依抵押權設定時之權利狀態而受清償所必要。反之，如該項地上權或其他使用收益之權利於抵押權無影響時，仍得繼續存在，已兼顧在後取得權利者之權益。民法第八百六十六條但書之規定及本院院字第一四四六號解釋，與憲法保障人民權利之意旨，並無牴觸。」

<sup>4</sup> **最高法院 100 年度台上字第 802 號判決：**「按抵押權為擔保物權，不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，固仍得為使用收益，但如影響於抵押權者，對於抵押權人不生效力，故土地所有人於設定抵押權後，在抵押之土地上設定地上權或其他以使用為目的之物權，或成立租賃關係，致影響於抵押權者，抵押權人自得聲請法院除去或終止，依無地上權或無租賃狀態拍賣，此乃民法第八百六十六條第一、二項規定之所由設。是以法院依該條項規定裁定除去地上權或終止租賃關係而拍賣時，因在該執行程序中，地上權或租賃關係被除去或終止者，依強制執行法第九十八條第二項但書規定，不隨同不動產之拍賣而移轉，執行法院發給權利移轉證書時，仍應依職權通知地政機關塗銷該地上權之登記（同法第十一條第一項），並應認該地上權或租賃關係已失其存在。於此情形，該被除去或終止之地上權人或租賃權人自不得對抵押權人或拍定人主張地上權或租賃權，進而對抵押不動產之拍賣享有優先承買權（土地法第一百零四條）。」

<sup>5</sup> **最高法院 44 年度台抗字第 6 號判例：**「執行名義命債務人返還土地，雖未明白命其拆卸土地上之房屋，而由強制執行法第一百二十五條所準用之第一百條法意推之，該執行名義當然含有使債務人拆卸房屋之效力。」

三、甲男、乙女結婚後，生有子女丙、丁。甲雖有將薪水拿回養家，但長年酗酒，酒醉時即重毆乙，乙不堪受虐曾至法院聲請保護令，遂未遭不測。4年前，甲生重病請求成年之丙、丁扶養照護，丙、丁年幼時均為家暴目睹兒，丙拒絕扶養甲，並到法院主張免除對甲之扶養義務，丁則每月寄給甲新臺幣（下同）5000元生活費。甲得知丙之舉動後大怒，在個人網頁上表示「他日若有錢，一毛錢也不分給丙。」丙也回應放棄繼承將來甲之任何財產。民國100年1月，甲繼承財產1000萬元，悔於當年之暴力行為，當月即將繼承財產中之300萬元贈與乙，且有感於身體日漸衰退，故同時贈與丁600萬元。甲今（102）年9月死亡，經查其銀行存款僅有20萬元，對戊則有債務100萬元未清償；乙結婚後所得加上甲贈與之300萬元，現有財產1200萬元。試問：

（一）丙不履行扶養義務是否有繼承權？（25分）

（二）戊可否對乙與丁之財產主張權利？（20分）

命題意旨	本題在測驗同學對於喪失繼承權即表示失權與扶養義務之關係，以及夫妻剩餘財產分配請求權之一身專屬性之理解。
答題關鍵	本題難度不高，在作答上僅需特別就相關爭點如：法定扶養義務於何種情形得免除、其因此未履行扶養義務之行為是否構成「重大之虐待情事」、債權人能否代位行使剩餘財產分配請求權各節為具體說明即可。
考點命中	1.《高點身分法講義第一回》，梁台大編撰，第三章第三節，頁123-131。 2.《高點身分法講義第二回》，梁台大編撰，第五章第一節，頁109-110。 3.《高點身分法講義第三回》，梁台大編撰，第七章第一節，頁5-6。

### 【擬答】

（一）丙經法院免除扶養義務後，縱不履行扶養義務，對甲仍有繼承權：

- 1.「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬」、「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1138條第1款、第1145條第1項第5款定有明文。按「左列親屬，互負扶養之義務：一、直系血親相互間」、「受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者為限」、「前項無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬，不適用之」、「因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。但受扶養權利者為直系血親尊親屬或配偶時，減輕其義務。」、「受扶養權利者有下列情形之一，由負扶養義務者負擔扶養義務顯失公平，負扶養義務者得請求法院減輕其扶養義務：一、對負扶養義務者、其配偶或直系血親故意為虐待、重大侮辱或其他身體、精神上之不法侵害行為。二、對負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務」、「受扶養權利者對負扶養義務者有前項各款行為之一，且情節重大者，法院得免除其扶養義務。」民法第1114條第1款、第1117條第1項、第2項、第1118條、第1118條之1第1項、第2項定有明文。
- 2.由是可知，子女為父母遺產之第一順位繼承人；如繼承人未善盡對被繼承人之扶養義務者，該行為可認為係民法第1145條第1項第5款所稱之「重大之虐待情事」，經被繼承人表示其不得繼承者，繼承人則喪失其繼承權。惟被繼承人（即受扶養權利者）如對繼承人（即負扶養義務者）之直系血親故意為虐待或其他身體上之不法侵害行為，由繼承人負擔扶養義務將顯失公平且情節重大者，法院得免除繼承人對被繼承人之扶養義務。經法院免除繼承人之扶養義務後，縱繼承人未履行其對被繼承人之扶養義務，亦不認為繼承人有重大之虐待情事，而仍保有繼承權甚明。
- 3.查甲男、乙女結婚後，生有子女丙、丁。如丙為甲、乙之婚生子女者，丙對直系血親尊親屬甲負有扶養義務。惟甲長年酗酒並重毆乙，丙年幼時均為家暴目睹兒，顯見甲對於丙之母（即直系血親）乙故意為虐待或其他身體上之不法侵害行為。於此情形，如認為責由丙持續負擔對甲之扶養義務將顯失公平且情節重大者，法院自得免除丙之扶養義務。於此情形，雖丙拒絕扶養甲，惟經法院免除丙對甲之扶養義務後，自難認為丙有不履行對甲之扶養義務，該行為自非民法第1145條第1項第5款所稱之「重大之虐待情事」。是以，縱然甲有表示丙不得繼承者，丙仍不因此喪失對甲之繼承權，已臻明確。

（二）戊不得對乙與丁之固有財產主張權利：

- 1.「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限」、「繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任」、「繼承人在繼承開始前二年內，從被繼承人受有財產之贈與者，該財產視為其所得遺產。」民法第1148條第1項、第2項、第1148條之1第1項定有明文。由是可知，繼承人對於被繼承人之債務，僅以其因繼承所得遺產之限度內，負有限責任；繼承所得遺產之範圍，除自繼承開始時被繼承人財產上之一切權利外，



尚包含繼承人於繼承開始前二年內所受被繼承人贈與之財產。

- 2.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」、「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。」民法第 1005 條、第 1030 條之 1 第 1 項定有明文。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。」立法理由略謂：「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」、「自 2007 年將剩餘財產分配請求權修法改為非一身專屬權後，配合民法第一千零一條及民法第二百四十二條之規定，實際上造成原本財產各自獨立之他方配偶，婚後努力工作累積財產，反因配偶之債權人代位行使剩餘財產分配請求權而導致事實上夫（妻）債妻（夫）還之結果。更有甚者，由於民法第一千零一條之「債權人」並未設有限制，造成實務上亦發生婚前債務之債權人向法院聲請宣告改用分別財產制並代位求償之事，造成債務人之配偶須以婚後財產償還他方婚前債務之現象，如此種種均已違背現行法定財產制下，夫妻於婚姻關係存續中各自保有所有權權能並各自獨立負擔自己債務之精神。」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，不得讓與或繼承，是債權人原則上並不得代位行使該權利甚明。

- 3.債權人戊不得對乙與丁之固有財產主張權利：

- (1)查被繼承人甲於民國（下同）102 年 9 月死亡，其銀行存款僅有 20 萬元，對戊則有債務 100 萬元未清償；乙、丁均為甲之繼承人無疑。第查，甲於 100 年 1 月間因繼承取得財產 1000 萬元，便於該月分別贈與乙 300 萬元、贈與丁 600 萬元。因該贈與並非於繼承開始前二年內（即 100 年 9 月至 102 年 9 月間）所為，是該財產自無庸視為其甲之遺產，顯見債權人戊不得對乙與丁之固有財產主張權利甚明。
- (2)再查，於民國 101 年 12 月 26 日修正公布民法第 1030 條之 1 以後，因被繼承人甲於 102 年 9 月死亡以致法定財產制關係消滅，是該剩餘財產分配請求權原則上具有一身專屬性。循此，甲死亡時，配偶乙之婚後財產（不包含無償取得部分）計 900 萬元（=1200 萬元-300 萬元）多餘甲之婚後財產，甲對乙雖原有剩餘財產分配請求權，惟該權利既未經乙依契約承諾、亦未經甲起訴，顯見債權人自無從代位甲對乙行使該權利甚明。

四、甲股份有限公司（下稱甲公司）全體董事經法院裁定於解任董事之訴終結前，暫時停止執行董事職務，法院並依民事訴訟法第 538 條之 4 準用同法第 535 條第 2 項規定，選任股東乙、丙為臨時管理人，且命乙、丙共同執行職務。乙嗣以甲公司曾向其借款新臺幣（下同）3000 萬元未依約償還，因有脫產情事，聲請管轄之地方法院裁定准供擔保後為假扣押，乙已依假扣押裁定供所命之擔保後查封甲公司之財產，甲公司對假扣押裁定提起抗告。乙於甲公司提起抗告期間，委任 A 律師起訴，其起訴狀主張：甲公司向伊借款 3000 萬元，並交付甲公司原來董事長 B 簽發、甲公司背書之同額本票一紙，約定以本票所載到期日即民國（下同）101 年 1 月 2 日為借款清償日，如未依約清償，應以年利率百分之二十計付遲延利息。爰依消費借貸關係求為命甲公司返還借款及自訴狀繕本送達翌日，即 101 年 12 月 31 日起按年息百分之五計算之利息。甲公司辯稱乙並未交付款項等語。第一審法院判決乙敗訴，乙提起上訴，現在第二審法院審理中，乙並自行向法院聲請撤銷假扣押裁定及撤回該假扣押執行。試問：

- (一)乙起訴，應如何列甲公司之法定代理人？（10 分）
- (二)A 律師所撰起訴狀內容，有何待改進之處？（10 分）
- (三)乙欲取回擔保金以供週轉，求教於 A 律師，A 律師告以因本案訴訟尚未終結，尚不得催告甲公司行使權利，故不能取回擔保金。請附理由說明 A 律師之法律意見是否符合民事訴訟法相關規定？（18 分）

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

命題意旨	本題在測驗同學對於法定代理人與特別代理人之意義、訴之聲明撰寫、訴訟標的特定，以及擔保金如何取回等相關問題之理解。
答題關鍵	本題難度頗高。首先，第一小題主要爭點在於經法院選任乙、丙須共同執行職務後，如其中一人無法執行職務者，另一人是否仍可單獨執行職務？如不可單獨執行者，又應如何解決該問題？其次，第二小題涉及訴之聲明與訴訟標的特定等基本觀念之問題。就此，應特別先從實體法觀點著眼，即可命中問題核心。最後，第三小題之部分，同學應注意「假扣押裁定之撤銷」與「應供擔保之原因消滅」二者間之關係，並從擔保金之制度目的加以著眼。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義第一回》，梁台大編撰，第二章第一節，頁 120-121。 2.《高點民事訴訟法講義第四回》，梁台大編撰，第十一章第一節，頁 13。 3.邱聯恭，爭點整理方法論序，爭點整理方法論，《民事程序法之理論與實務（三）》，台大法律叢書 130，2001 年 11 月初版，頁 11。 4.吳明軒，《民事訴訟法（下）》，自版，2013 年 7 月修訂十版，頁 1651。

## 【擬答】

(一)乙起訴，應列甲公司之乙與另行選任之特別代理人等二人為法定代理人：

- 1.「董事會不為或不能行使職權，致公司有受損害之虞時，法院因利害關係人或檢察官之聲請，得選任一人以上之臨時管理人，代行董事長及董事會之職權。但不得為不利於公司之行為」、「對於無訴訟能力人為訴訟行為，因其無法定代理人，或其法定代理人不能行代理權，恐致久延而受損害者，得聲請受訴法院之審判長，選任特別代理人」、「本法關於法定代理之規定，於法人之代表人、第四十條第三項之代表人或管理人、第四項機關之代表人及依法令得為訴訟上行為之代理人準用之。」第 208 條之 1 第 1 項、民事訴訟法第 51 條第 1 項、第 52 條定有明文。按「民事訴訟法第五十一條第二項所謂法定代理人不能行代理權，不僅指法律上不能（如經法院宣告停止其權利）而言，並包括事實上之不能（如心神喪失、利害衝突等）在內。」最高法院 50 年台抗字第 187 號判例意旨參照。由是可知，董事會不為或不能行使職權者，法院得選任一人以上之臨時管理人，代行董事長及董事會之職權，由臨時管理人為該公司之法定代理人；如法定代理人因利害衝突而不能行代理權者，當事人得聲請法院選任特別代理人。
- 2.查法院既依職權選任股東乙、丙為甲公司之臨時管理人，且命乙、丙共同執行職務而共同行使法定代理人。第查，甲公司臨時管理人之一者即乙既以自己身分為原告，向甲公司提起訴訟者，因乙於該訴訟中有利害衝突，顯見乙不能代理甲公司行使法定代理權；又法院既已命乙、丙二人應共同執行法定代理人之職務，如乙於本件訴訟中已無從行使法定代理權者，則丙亦無法單獨自行行使法定代理權。循此，甲公司之法定代理人乙、丙既均不能行代理權，自應向受訴法院聲請為甲公司另行選任一名特別代理人，由該特別代理人與丙共同代理甲公司，已臻明確。

(二)A 律師所撰起訴狀內容，尚有諸多改進之處：

- 1.A 律師並未將該借款返還請求權之訴訟標的具體特定，且利息部分之聲明有誤：
  - (1)按訴訟標的如為金權債權請求權時，縱使原告已為實體法上定性而表明某權利或法律關係作為訴訟標的，惟原告仍應以其原因事實具體特定其訴訟標的，該起訴始合法。
  - (2)經查，A 律師代理原告乙於起訴狀主張：甲公司向伊借貸 3000 萬元，約定於 101 年 1 月 2 日為借款清償日，以及年利率 20% 計付遲延利息。惟 A 律師並未具體敘明兩造當事人成立金錢借貸契約之時間為何？乙何時交付借貸款項？自難認為 A 律師已將其訴訟標的具體特定。
  - (3)次查，借貸契約所約定借款返還之到期日既為 101 年 1 月 2 日，以及年利率 20% 計付遲延利息，則關於利息部分之聲明，自應更正為「及自民國 101 年 1 月 3 日起至清償日止，按週年利率百分之二十計算之利息」等語，始為正鵠。
- 2.A 律師漏未將本票票款給付請求權合併請求，並應增列共同被告 B：
  - (1)另觀諸起訴狀之原因事實，可知乙對甲公司尚有本票票款給付請求權，且該本票之發票人為 B，顯見乙尚得爰依本票票款給付請求權，向甲公司與 B 主張權利。
  - (2)是以，A 律師既於起訴狀之原因事實中論及該本票者，為貫徹紛爭統一解決之旨趣，乙應可於該訴訟中將 B、甲公司列為共同被告，合併請求連帶給付票款無疑。

(三)A 律師之法律意見，符合民事訴訟法第 104 條第 1 項、第 106 條之規定：

- 1.取回擔保金之相關規定：
  - (1)「有下列各款情形之一者，法院應依供擔保人之聲請，以裁定命返還其提存物或保證書：一、應供擔保之原因消滅者。二、供擔保人證明受擔保利益人同意返還者。三、訴訟終結後，供擔保人證明已定二

十日以上之期間，催告受擔保利益人行使權利而未行使，或法院依供擔保人之聲請，通知受擔保利益人於一定期間內行使權利並向法院為行使權利之證明而未證明者」、「第一百零二條第一項、第二項及第一百零三條至前條之規定，於其他依法令供訴訟上之擔保者準用之；其應就起訴供擔保者，並準用第九十八條、第九十九條第一項、第一百條及第一百零一條之規定」、「假扣押之原因消滅、債權人受本案敗訴判決確定或其他命假扣押之情事變更者，債務人得聲請撤銷假扣押裁定」、「假扣押之裁定，債權人得聲請撤銷之。」民事訴訟法第 104 條第 1 項、第 106 條、第 530 條第 1 項、第 3 項定有明文。

- (2)由是可知，債權人如欲取回其因聲請假執行所提供之擔保金者，須以具有民事訴訟法第 104 條第 1 項各款事由之一者為限；又所謂「應供擔保之原因消滅」，與假扣押裁定之撤銷，誠屬二事。除非有供擔保原因消滅之情形者外，縱然債權人已向法院聲請撤銷假扣押裁定，債權人仍不得據此聲請返還其為假執行所供之擔保。

2. A 律師之法律意見尚屬可採：

- (1)查債權人乙經法院裁定准供擔保後為假扣押，便依該假扣押裁定供所命之擔保後查封假公司之財產。第查，乙雖自行向法院聲請撤銷假扣押及撤回該假扣押執行，惟乙既未證明受擔保利益人即甲公司同意返還，且該本案訴訟仍繫屬中而尚未終結，乙自無從爰依民事訴訟法第 104 條第 1 項第 2 款、第 3 款之規定向法院聲請取回擔保金。
- (2)再查，法院命債權人乙提供擔保之原因，旨在擔保債務人因假扣押所可能遭受之損害得獲得補償。循此，縱然乙向法院聲請撤銷假扣押裁定，惟尚難認為乙供擔保之原因業已消滅，是乙仍不得依民事訴訟法第 104 條第 1 項第 1 款之規定向法院聲請返還擔保金。由是可知，A 律師之法律意見認為乙尚不能取回擔保金，尚屬可採。

五、A 女、B 男於民國（下同）98 年 1 月 1 日結婚後，因個性不合，雙方多次爭吵。102 年 1 月間，A 女以 B 男為被告，向法院主張 B 男自 100 年 1 月間起，多次與 C 女有婚外性行為，致其無法忍受，難以共同生活，經調解不成，A 女遂訴請法院判決離婚。A 女同時主張其對離婚事由並無過失，B 男應賠償新臺幣（下同）200 萬元，另 B 男就與 C 女發生婚外性行為一事，應賠償 A 女 100 萬元。此外，A 女另委請甲律師為訴訟代理人，並以書面授與得捨棄、和解、上訴之權，B 男則未委任訴訟代理人。試附理由回答下列問題：

- (一) A 女之上述請求，屬於何類家事事件或一般民事訴訟事件？其合併請求是否合法？（20 分）
- (二) A 女之上述請求，於法院所適用程序法理有無不同？如法院於審理後，認為 B 男自 100 年 1 月以後，未曾與 C 女發生婚外性行為，但 B 男自婚後不久的 99 年 1 月間起至同年底止，曾與 C 女有婚外性行為共 2 次，法院就該事實應如何處理？（10 分）
- (四) 本件於審理中，經法官於 102 年 8 月 7 日庭期勸諭和解，甲律師與 B 男當場達成協議，同意 A 女與 B 男離婚，對於 A 女因離婚所受損害，B 男同意賠償 50 萬元，並當庭製作和解筆錄。因 A 女始終未到庭，法官乃請甲律師於下次庭期前確認 A 女是否有和解離婚真意。甲律師乃於下一庭期之 8 月 14 日，向法院陳明 A 女確實願意離婚及同意和解條件，並提出 A 女親自簽章的和解離婚確認書，甲律師遂與 B 男於該庭期再度製作和解筆錄（內容同前一庭期和解筆錄內容），試問本件兩次和解筆錄的效力為何？（7 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於家事事件法關於家事事件之範圍、職權探知主義、審理原則與和解效力各節基本知識之理解。
答題關鍵	本題有三小題，難度不高。第一小題僅需從家事事件法第 3 條之規定加以處理即可，尚無爭議。第二小題涉及不同事件類型之審理原則，重點在於：家事財產事件之程序上雖有家事事件法之適用，惟其審理原則仍依按其個別性質，適用民事訴訟法上之程序法理。又第三小題涉及家事事件法第 45 條內容之規定，較無疑問。
考點命中	1.《高點家事事件法講義第一回》，梁台大編撰，頁 3-6、20-22、37-38、40-44。 2.沈冠伶，〈家事事件之類型與統合處理（一）〉，《月旦法學教室》，第 118 期，2012 年 8 月，頁 63-64。 3.沈冠伶，〈家事事件之類型與統合處理（二）〉，《月旦法學教室》，第 119 期，2012 年 9 月，頁 59。

版權所有，重製必究！

## 【擬答】

(一) A 女之上訴請求，分別屬於家事事件之乙類、丙類事件；合併請求應屬合法：

1. A 女之上訴請求，分別屬於家事事件之乙類、丙類事件：

- (1) 「本法所定家事事件由少年及家事法院處理之；未設少年及家事法院地區，由地方法院家事法庭處理之」、「下列事件為乙類事件：二、離婚事件」、「下列事件為丙類事件：二、因婚姻無效、撤銷婚姻、離婚、婚姻消滅之損害賠償事件。」家事事件法第 2 條、第 3 條第 2 項第 2 款、第 3 項第 2 款定有明文。
- (2) 查 A 女對 B 男訴請法院裁判離婚，係離婚事件，屬家事事件法第 3 條第 2 項第 2 款所規定之乙類事件。
- (3) 次查，A 女主張其對離婚事由並無過失，向 B 男請求損害賠償，係依民法第 1056 條規定之離婚損害賠償事件，屬家事事件法第 3 條第 3 項第 2 款所規定之丙類事件（參見家事事件審理細則第 70 條第 2 款）。
- (4) 再查，A 女主張 B 男與 C 女發生婚外性行為而應向其賠償，係依民法第 184 條第 1 項後段規定所請求。有鑑於上開原因事實亦為離婚之原因、事實，是其所生之損害賠償事件，屬家事事件法第 3 條第 3 項第 2 款所規定之丙類事件（參見家事事件審理細則第 70 條第 3 款）。

2. A 女之上訴請求，合併請求應屬合法：

- (1) 「第三條所定甲類、乙類、丙類及其他家事訴訟事件，除別有規定外，適用本編之規定」、「數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事非訟事件請求之基礎事實相牽連者，得向就其中一家事訴訟事件有管轄權之少年及家事法院合併請求，不受民事訴訟法第五十三條及第二百四十八條規定之限制。」家事事件法第 37 條、第 41 條第 1 項定有明文。
- (2) 查 A 女之上訴請求，分別屬於家事事件法之乙類、丙類事件，此數家事訴訟事件當可合併請求，應屬合法無疑。

(二) A 女之上訴請求，針對乙類、丙類事件，法院應分別適用家事事件法、民事訴訟法所定之程序法理進行審理：

1. 針對離婚事件（乙類事件），法院應適用家事事件法所定之程序法理進行審理：

- (1) 「法院審理家事事件認有必要時，得斟酌當事人所未提出之事實，並依職權調查證據。但法律別有規定者，不在此限」、「第一項情形，法院應使當事人或關係人有辯論或陳述意見之機會。」家事事件法第 10 條第 1 項、第 3 項定有明文。由是可知，家事事件採職權探知主義，而不採取辯論主義。是以，法院審理家事事件認有必要時，得斟酌當事人所未提出之事實，並同時使當事人有辯論或陳述意見之機會。
- (2) 查原告起訴主張：B 男自 100 年 1 月間起，多次與 C 女有婚外性行為等云云。關於 B 男於 99 年間雖曾與 C 女有婚外性行為共 2 次之事實，雖非原告所提出之事實，惟該事實既與原告之離婚請求密切相關，基於家事事件法採職權探知主義之旨趣，法院仍應可斟酌該原告所未提出之事實，使當事人有陳述意見之機會後而為裁判。
- (3) 至於家事事件審理細則第 15 條雖規定：「離婚或撤銷婚姻之訴訟事件，就不利於維持婚姻之事實，法院不得斟酌當事人所未提出之事實。」惟該規定顯然悖於家事事件法第 10 條第 1 項之規定，該審理細則之妥適性，備受學者批評，併予敘明。

2. 針對因離婚之原因、事實所生之損害賠償事件（丙類事件），除家事事件法有特別規定者外，法院仍應適用民事訴訟法所定之程序法理進行審理：

- (1) 「法院就第一項至第三項所定得合併請求、變更、追加或反請求之數宗事件合併審理時，除本法別有規定外，適用合併審理前各該事件原應適用法律之規定為審理。」家事事件法第 41 條第 6 項定有明文。按民事財產訴訟事件採取辯論主義，其第一命題為：當事人所未主張之事實，法院不得逕為裁判之基礎，有最高法院 60 年台上字第 2085 號判例可參：「民事訴訟法除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果。原審就當事人未主張之事實依職權斟酌，顯有認作主張之違法情形」。
- (2) 查原告起訴主張：B 男自 100 年 1 月間起，多次與 C 女有婚外性行為等云云，爰依民法第 184 條第 1 項後段規定請求損害賠償，雖屬家事事件法之丙類事件，雖其性質上仍屬財產訴訟事件相仿，本應適用辯論主義。惟家事事件法第 10 條第 1 項既有採職權探知主義之特別規定，法院仍得審酌此未經原告提出關於 B 男於 99 年間雖曾與 C 女有婚外性行為共 2 次之事實甚明。
- (3) 附帶言之，學說上雖有認為應適用民事訴訟法之程序法理之見解，惟其結論並無差異。詳言之，縱然認為對於原告所未提出關於 B 男於 99 年間雖曾與 C 女有婚外性行為共 2 次之事實，法院不得逕予審酌。惟參諸民事訴訟法第 278 條之規定，法院於審理離婚事件時，既於其職務上已知該未經 B 男提出之事



實，法院於裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會，而仍可由法院為得斟酌之。

(三)第一次和解筆錄就離婚損害賠償事件之和解有效，惟離婚事件於第二次和解筆錄始發生和解效力：

1. 「第三條所定甲類、乙類、丙類及其他家事訴訟事件，除別有規定外，適用本編之規定」、「當事人就離婚、終止收養關係、分割遺產或其他得處分之事項得為訴訟上和解。但離婚或終止收養關係之和解，須經當事人本人表明合意，始得成立」、「前項和解成立者，於作成和解筆錄時，發生與確定判決同一之效力」、「因和解成立有關身分之事項，依法應辦理登記者，法院應依職權通知該管戶政機關。」家事事件法第 37 條、第 45 條第 1 項、第 2 項、第 3 項定有明文。由是可知，針對乙類、丙類等家事訴訟事件，當事人就處分之事項，無庸當事人本人表明合意，而得授權由程序代理人為訴訟上和解；但離婚之和解，須經當事人本人表明合意，始得成立。
2. 查兩造於 102 年 8 月 7 日庭期中，由 A 女之程序代理人甲律師與 B 男達成和解協議而當庭製作和解筆錄（下稱第一次和解筆錄）。其中，關於 A 女因離婚所受損害之部分，性質上屬於家事財產事件，其訴訟標的容許當事人處分，其和解應屬有效。
3. 惟查，有鑑於離婚事件之和解，須經當事人即 A 女本人表明合意，始得成立。是以，A 女之程序代理人甲律師與 B 男針對離婚事件所當庭製作之第一次和解筆錄，因 A 女本人既未表明合意，則第一次和解筆錄並不發生和解離婚之效力。至於甲律師於 102 年 8 月 14 日提出 A 女親自簽章之和解離婚確認書，經法院再度製作之和解筆錄（下稱第二次和解筆錄），始發生離婚之效力甚明。

六、甲有 A、B 土地二筆，委託代書乙出售 A 土地，並交付 B 土地之權狀、印章等資料，委託乙就 B 土地向銀行辦理抵押借款新臺幣（下同）1000 萬元。乙就 A 土地部分，擅以甲名義聲請補發權狀後，以買賣為原因，申請將該土地移轉登記為自己所有，並以自己及甲名義向不知情之丙借款 500 萬元，約定連帶清償，以 A 土地為抵押擔保。另以甲為借款人向丙借款 1000 萬元，以 B 土地為抵押擔保。上開二筆借款之借期均為 1 年，二抵押權之設定，均為普通抵押權，且皆記載抵押債務人為甲，債權人為丙，金額與借款債務同額。又乙未經甲同意，偽造甲名義之上開借款契約、A 土地之不動產所有權移轉登記契約書，A 及 B 土地之抵押權設定契約書，觸犯偽造文書罪，業經法院判處罪刑確定。丙因借款到期未獲清償，依借貸法律關係，請求（一）甲、乙共同給付 500 萬元；（二）甲給付 1000 萬元。甲抗辯其在借據上之簽章係被乙偽造，其不負返還借款責任；並提起反訴，依民法第 767 條規定，訴請乙塗銷 A 土地之所有權移轉登記及抵押權登記，及訴請丙塗銷 A 及 B 土地之抵押權登記。

請問：

- （一）甲住高雄市，乙住臺南市，丙主張基於借貸關係對甲、乙為上開借款返還之請求，如聲請法院核發支付命令，應向何法院聲請？（10 分）
- （二）倘法院依丙之聲請核發支付命令後，甲或乙之債權人得否代位甲或乙依民事訴訟法第 516 條第 1 項規定提出異議？（15 分）
- （三）丙如以起訴方式請求甲、乙返還上開二筆借款共計 1500 萬元，僅就其中 500 萬元部分繳納裁判費，經法院裁定限期命其就其餘部分之訴訟標的金額繳納裁判費，丙倘逾期未繳，法院應如何處理？（15 分）
- （四）丙請求甲、乙共同給付 500 萬元借款，及甲請求乙塗銷 A 土地之所有權與抵押權登記，請求丙塗銷 A 土地之抵押權登記，法院應如何裁判？（35 分）
- （五）丙就 1000 萬元借款及 B 土地設定抵押權部分，主張甲應負表見代理授權人之責任，甲則抗辯乙之不法行為不能成立表見代理。丙之主張或甲之抗辯，何者有理由？（15 分）

答題關鍵	<p><b>第一小題：</b>督促程序專屬管轄問題（民法第 510 條）。</p> <p><b>第二小題：</b>最高法院 99 年度第 6 次民事庭決議。</p> <p><b>第三小題：</b>最高法院 72 年度台抗字第 479 號判例。</p> <p><b>第四小題：</b>無權代理、表見代理、不動產物權善意取得、抵押權從屬性。</p> <p><b>第五小題：</b>無權代理、表見代理。</p>
考點命中	《高點民法專用講義第一回》，劉台大編撰，主題 12 代理制度，頁 164-179。

版權所有，重製必究！

《高點民法專用講義第二回》，劉台大編撰，主題 17 代位權，頁 55-56。  
 《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，主題 45 一般抵押權，頁 102。  
 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 23 無權代理體系，頁 58-60。  
 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 37 代理制度，頁 85。  
 《高點民法第二試總複習講義》，劉台大編撰，爭點 90 抵押權之性質，頁 215-217。  
 《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，102 年 9 月二版，主題 12 實戰 6、主題 1 實戰 16，頁 12-23~12-26、1-35~1-36。

### 【擬答】

#### (一)丙應向高雄地方法院或台南地方法院聲請發支付命令，論證如下：

- 1.按支付命令之聲請，專屬債務人為被告時，依第一條、第二條、第六條或第二十條規定有管轄權之法院管轄，民事訴訟法第 510 條參照。依本條規定，支付命令聲請之管轄，專屬於債務人的住所地法院，惟如債務人有多數時，而住所不在同一法院管轄區域內，即可依同法第 20 條之規定，認為各債務人住所地法院均有管轄權，先予說明。
- 2.題示債務人甲、乙之住所地為高雄市、台南市，依上開說明，丙如欲依借貸事件向甲、乙主張返還請求，應向高雄地方法院或台南地方法院聲請發支付命令，始屬合法。

#### (二)債權人不得代位甲、乙對於支付命令提出異議，論證如下：

- 1.按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利，民法第 242 條參照。其所得代位之權利，雖凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行爲均得爲之（最高法院 69 年度台抗字第 240 號判例<sup>6</sup>參照），惟並非毫無限制。最高法院 92 年度台上字第 1886 號判例<sup>7</sup>、99 年度第 6 次民事庭決議<sup>8</sup>指出，訴訟程序中之行爲，僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得爲之，是在訴訟程序上惟有債務人始得進行之行爲，非屬他債權人所得代位行使，先予敘明。
- 2.題示情形，債權人非屬督促程序中之聲請人或相對人，並無訴訟法上之當事人或關係人之地位，自不得依民事訴訟法第 516 條規定，代位甲、乙對於支付命令提出異議。

#### (三)法院應裁定駁回丙之全部訴訟，論證如下：

- 1.按提起民事訴訟，應依民事訴訟法第 77-13 條規定繳納裁判費，此爲起訴之必須程式。再按起訴不合程式或不備其他要件，其情形可補正者，審判長應定期間先命補正，逾期未爲補正，法院應以裁定駁回之。同法第 249 條第 1 項第 6 款亦定有明文。
- 2.題示丙起訴時僅繳納部分裁判費，經法院定期命爲補正仍逾期未繳，復未指明該部分繳納之裁判費，係預納何部分訴訟標的之裁判費，自難認為其起訴合於程式，法院應裁定駁回丙之全部訴訟。（最高法院 72 年度台抗字第 479 號判例<sup>9</sup>意旨參照）

<sup>6</sup> 最高法院 69 年度台抗字第 240 號判例：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己名義行使其權利，爲民法第二百四十二條前段所明定。此項代位權行使之範圍，就同法第二百四十三條但書規定旨趣推之，並不以保存行爲爲限，凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行爲，諸如假扣押、假處分、聲請強制執行、實行擔保權、催告、提起訴訟等，債權人皆得代位行使。」

<sup>7</sup> 最高法院 92 年度台上字第 1886 號判例：「按民法第二百四十二條所定代位權行使之範圍，固可包括提起訴訟之行爲在內，惟在訴訟程序進行之行爲，則僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得爲之，債務人如已提起訴訟或被訴，該已由債務人進行之訴訟程序，唯有債務人始得續行，是債權人對該債務人所受法院之不利判決自無代位提起上訴之權。」

<sup>8</sup> 最高法院 99 年度第 6 次民事庭決議：「按訴訟程序中之行爲，僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得爲之，是在訴訟程序上唯有債務人始得進行之行爲，尚非他債權人所得代位行使。依民事訴訟法第五百十九條第一項規定，債務人對於支付命令於法定期間提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴，即進入訴訟程序。且民法第二百四十二條規定之債權人代位權，係債權人以自己之名義，行使債務人之權利。若他債權人得代位債務人對支付命令提出異議，則異議人爲該他債權人，被告反爲債務人。故由他債權人以自己之名義代行被告之訴訟行爲，並不妥當。」

<sup>9</sup> 最高法院 72 年度台抗字第 479 號判例：「按當事人起訴或提起上訴，未依法繳納裁判費，經法院裁定限期命其補繳者，縱經該當事人聲請訴訟救助，如其聲請，經法院裁定駁回，即令聲請人對於駁回訴訟救助聲請之裁定提起抗告，亦無阻卻法院限期命補正裁定之效力。故當事人倘不依限補正，法院自得以其訴或上訴爲不合法裁定駁回之。此項裁定經確定後，即令嗣後該駁回訴訟救助聲請之裁定，爲抗告法院裁定廢棄，准予訴

**(四)法院應如何裁判，擬分述如下：****1.丙請求乙返還 500 萬借款有理由，請求甲連帶返還借款部分應予駁回：**

- (1)按無代理權人以代理人之名義所為之法律行為，非經本人承認，對於本人不生效力，民法第 170 條第 1 項參照。本件乙僅受甲出售 A 屋之委託，惟後乙無權以自己與甲之名義向丙借款 500 萬元，並約定連帶清償，評價上應認為乙以自己名義向丙借款 500 萬元部分係屬有效，惟乙以甲之名義向丙借款 500 萬部分，則屬無權代理效力未定，於甲否認後，確定不生效力。
- (2)另按由自己之行為表示以代理權授與他人，應對該第三人負授權責任，民法第 169 條定有明文，學說上稱為「表見代理」。其法理基礎在於，如行為人之行為足以創造一定之權利外觀，引起相對人之正當信賴，該正當信賴即應受保護。題示情形，評價上應認為並無存在充足之權利外觀，不足以構成丙之正當信賴，進而使丙得向甲主張授權人責任。蓋實務見解向來認為，僅持有他人印章，於我國社會狀況下比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛（最高法院 70 年度台上字第 657 號判例<sup>10</sup>參照），是以，丙不得向乙主張授權人責任。

**2.甲請求乙塗銷 A 地所有權登記係有理由，論述如下：**

依民法第 170 條規定，無權代理行為效力未定，已如前述。題示乙擅以甲之名義，將 A 屋移轉於自己，評價上除屬無權代理外，亦屬自己代理之行為。依民法第 170 條規定、第 106 條規定，無權代理與自己代理之行為均為效力未定，經甲嗣後否認，確定不生效力。甲依民法第 767 條第 1 項中段請求乙塗銷所有權登記係有理由。

**3.甲請求乙、丙塗銷 A 地抵押權登記有理由，論述如下：**

- (1)按因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響，民法第 759-1 條第 2 項參照。題示乙於未取得 A 地所有權下，將 A 地設定抵押權於丙，自屬無權處分效力未定，惟於丙係善意信賴 A 地登記外觀下，丙似得依前開規範善意取得 A 地抵押權，先予論證。
- (2)惟按抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權利。題示丙之抵押權登記內容為擔保丙對甲之債權，於丙對甲實際上並無該筆債權下，依抵押權之從屬性，縱丙得善意取得 A 地抵押權，亦應認為抵押權之設定無效（最高法院 70 年度第 18 次民事庭決議（三）<sup>11</sup>參照），故本件甲請求乙、丙塗銷 A 地所有權登記有理由。

**(五)丙之主張應屬有理由，甲之抗辯並無理由，論證如下：**

- 1.按代理權之限制或撤回，不得對抗善意第三人，民法第 107 條參照，本條規定，亦屬我國表見代理制度之明文，先予說明。
- 2.題示甲交付 B 地權狀、印章，由乙以 B 地向銀行設定抵押權與借款，惟乙竟踰越權限，向非銀行之丙借款 1000 萬元並將 B 地設定抵押權於丙，此時，無論係借貸契約或 B 地抵押權設定行為，評價上均屬無權

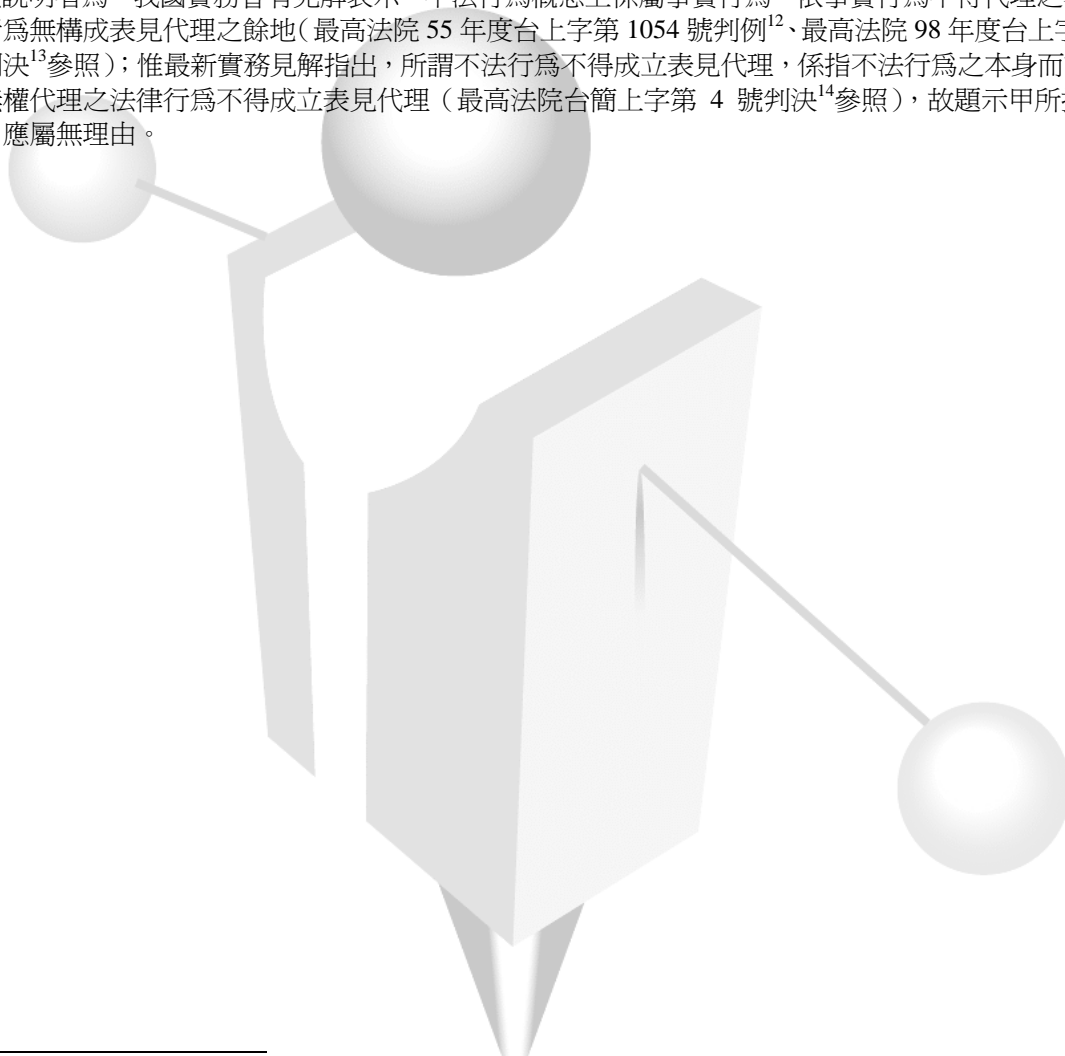
訟救助，亦僅生能否對於駁回其訴或上訴之確定裁定聲請再審而已。（參照司法院院字第一四一二號、同院院字第一八七四號解釋）。本件抗告人聲請訴訟救助，既經原法院裁定駁回，尚在抗告中，其未遵限補繳未經繳足之裁判費。原裁定以其上訴為不合，而予駁回，自無不合。又本件抗告人係對於第一審判決全部不服，提起上訴，自有繳納全部上訴裁判費之義務。抗告人僅繳納其中的一部分（即新台幣一千七百十八元），雖據其主張伊係對於新台幣十一萬三千七百八十七元之「上訴標的金額」上訴，但查抗告人既未減縮上訴聲明範圍，該訴訟亦無以新台幣十一萬三千七百八十七元之票據為其標的者。而抗告人復未指明該新台幣一千七百十八元，係預納何部分之訴之上訴裁判費，自難認已合法提起上訴。」

<sup>10</sup> 最高法院 70 年度台上字第 657 號判例：「由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之（參看本院六十年台上字第二一三〇號判例）。我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛。原審徒憑上訴人曾將印章交付與呂某之事實，即認被上訴人就保證契約之訂立應負表見代理之授權人責任，自屬率斷。」

<sup>11</sup> 最高法院 70 年度第 18 次民事庭決議（三）：「抵押權為不動產物權，非經登記，不生效力，抵押權人僅能依設定登記內容行使其權利。本件抵押權既登記為某甲本人債務之擔保，而不及其他，自應審究某甲對某丙是否負有債務，而為應否准許塗銷登記之判斷。」

代理行為，依民法第 170 條第 1 項效力未定，於甲否認後，確定不生效力。

3. 惟本件甲曾將 B 屋之權狀、印鑑交付於乙，並委由其辦理借款與設定抵押權事務，僅限制應向銀行為之，此時，甲所創造之信賴外觀，依社會通念，已足使一般與越權之乙交易之第三人信其有代理權存在，此與前開房屋權狀係屬偽造、且乙僅受委託辦理買賣契約訂立事項之情形不同。故本件丙就 1000 萬元借款契約與 B 屋抵押權設定行為，應得向甲主張授權人責任，丙請求甲返還借款 1000 萬元係有理由；甲請求塗銷 B 屋抵押權登記，即屬無理由。
4. 另須說明者為，我國實務曾有見解表示，不法行為概念上係屬事實行為，依事實行為不得代理之法則，不法行為無構成表見代理之餘地（最高法院 55 年度台上字第 1054 號判例<sup>12</sup>、最高法院 98 年度台上字第 1959 號判決<sup>13</sup>參照）；惟最新實務見解指出，所謂不法行為不得成立表見代理，係指不法行為之本身而言，非謂所無權代理之法律行為不得成立表見代理（最高法院台簡上字第 4 號判決<sup>14</sup>參照），故題示甲所提出之抗辯，應屬無理由。



<sup>12</sup> 最高法院 55 年度台上字第 1054 號判例：「表見代理云者，即代理人雖無代理權而因有可信其有代理權之正當理由，遂由法律課以授權人責任之謂，而代理僅限於意思表示範圍以內，不得為意思表示以外之行為，故不法行為及事實行為不僅不得成立代理，且亦不得成立表見代理。」

<sup>13</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1959 號判決：「再按表見代理云者，即代理人雖無代理權而因有可信其有代理權之正當理由，遂由法律課以授權人責任之謂，而代理僅限於意思表示範圍以內，不得為意思表示以外之行為，故不法行為及事實行為不僅不得成立代理，且亦得成立表見代理（參看本院五十五年台上字第一〇五四號判例）。」

<sup>14</sup> 最高法院 100 年度台簡上字第 4 號判決：「按民法第一百六十九條之表見代理，代理人本係無代理權，因本人有表見授權之行為，足使交易相對人正當信賴表見代理人之行為，為保護交易之安全，始令本人應負授權人之責任。準此，所謂不法行為不得成立表見代理，係指不法行為之本身而言，非謂所無權代理之法律行為不得成立表見代理。」

# 《民法與民事訴訟法》

一、甲購買一筆土地，並將房屋營建工程發包給乙承作，完成 A 與 B 等兩棟別墅建築。乙完工交屋後，甲立即住進 A 棟別墅。1 年後，甲將 B 棟別墅出售給丙，而丙立即遷入 B 棟別墅居住。然乙於部分工程施作中，偷工減料，採用不合格建材。甲遷入 A 棟別墅 3 年後，因乙施工之弊端，造成 A 棟別墅房間之隔間牆壁崩裂，甲被掉落之土石擊傷。數日後，該施工之弊端並導致 B 棟別墅之地基崩壞及一樓天花板崩落，丙則被掉落水泥塊打傷，B 棟別墅之室內裝潢及家具因而損壞達 200 萬元。經相關單位鑑定之結果，A 棟別墅崩裂之房間隔間牆壁係可以修復，但 B 棟別墅已成危樓，無法再居住，須予以拆除。

試問：上述 A 棟別墅事故發生屆滿 1 年 2 個月時，甲對乙得否主張契約上之權利？

B 棟別墅事故發生屆滿 3 個月時，丙對甲得否主張契約上之權利？（45 分）

命題意旨	瑕疵擔保責任與不完全給付責任之競合。 <b>第一小題</b> (1)承攬契約瑕疵擔保責任與不完全給付責任之競合 (2)最高法院 96 年第 8 次民庭決議 <b>第二小題</b> 買賣契約瑕疵擔保責任與不完全給付責任之競合
考點命中	<b>第一小題</b> (1)《高點民法專用講義第三回》，劉台大編撰，頁 102-107。 (2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 186-191。 (3)《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，主題 3、實戰演練 11。 <b>第二小題</b> (1)《高點民法專用講義第三回》，劉台大編撰，頁 42-49。 (2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 149-154。 (3)《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，主題 3、實戰演練 10。

## 【擬答】

(一)1.甲不得對乙主張承攬契約瑕疵擔保責任，論證如下：

- (1)按承攬人完成工作，應使其具備約定之品質及無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，民法第 492 條參照。本件乙所完成之建築物具瑕疵之存在，甲似得對乙主張承攬契約之瑕疵擔保責任，擬先敘明。
- (2)惟依民法第 514 條第 1 項規定，定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅。本件甲發現瑕疵後已屬 1 年 2 個月，依上開規定，自不得對乙主張瑕疵擔保責任。

2.甲不得對乙就瑕疵損害主張不完全給付責任；惟得就瑕疵結果損害部分請求損害賠償，論證如下：

- (1)本件乙於承攬契約中未依債之本旨為給付，甲似亦得對乙主張不完全給付責任，惟應予釐清者為，關於房屋隔間牆壁崩落之損害，係屬瑕疵損害，適用民法第 227 條第 1 項之規定；而甲遭土石擊傷之損害，係屬瑕疵結果損害，適用民法第 227 條第 2 項之規定。
- (2)關於工作物瑕疵損害，實務上基於承攬之性質及法律安定性，認為應準用第 514 條第 1 項之短期時效規定，最高法院 96 年第 8 次民庭決議參照。是以，本件甲不得對乙就瑕疵損害主張不完全給付責任；惟

<sup>1</sup> 最高法院 96 年第 8 次民庭決議：

院長交議：定作人對於因可歸責於承攬人事由，致工作發生瑕疵之損害，得否於民法第五百十四條第一項所定一年期間經過後，另依同法第二百二十七條不完全給付損害賠償請求權，請求承攬人賠償損害？

決議：

一、民法第四百九十五條所規定之損害賠償不包括加害給付之損害。

二、承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基



關於瑕疵結果損害部分，依上開決議意旨，並未限縮其權利行使期間，仍應適用民法第 125 條之一般時效，故本件甲得對乙就瑕疵結果損害部分請求損害賠償。

(二)1.丙得向甲就瑕疵損害部分主張物之瑕疵擔保責任，說明如下：

- (1)按物之出賣人對於買受人，應擔保其物於危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵，民法第 354 條第 1 項參照，此係我國「物之瑕疵擔保」規範，本件房屋發生地基崩壞、天花板崩落等減損房屋價值、效用之情事，論其實質，係屬房屋之自始瑕疵問題，依通說「擔保說」之立場，就房屋瑕疵損害部分，丙似僅得對甲主張瑕疵擔保責任，而不得主張不完全給付責任，先予說明。
- (2)綜上，就 B 屋瑕疵損害部分，丙得依民法第 359 條規定，向甲主張解除契約或減少價金，惟依民法第 360 條規定，如甲於買賣契約訂立時，如未保證房屋之品質或故意不告知瑕疵，則丙不得向甲請求損害賠償。
- (3)另須敘明者為，本件如丙已盡民法第 356 條之從速檢查通知義務，則丙之契約解除權或減少價金權尚無民法第 365 條除斥期間適用之問題，併予說明。

2.丙得向甲就瑕疵結果損害部分主張不完全給付責任，說明如下：

- (1)另按因不完全給付而生固有利益損害者，債權人並得請求賠償，民法第 227 條第 2 項參照。本件 B 屋因瑕疵侵及丙履行利益外之固有利益，丙自得依加害給付之規範向甲主張損害賠償。其損害賠償之範圍，依民法第 216 條第 1 項規定，包含裝潢損失 200 萬元及身體健康權侵害之賠償。
- (2)惟應釐清者為，買賣契約標之物之瑕疵結果損害，依通說見解，非物之瑕疵擔保無過失責任之擔保範疇，故丙不得向甲就瑕疵結果損害主張物之瑕疵擔保責任，併予說明。

二、甲公司為購買廠房擴大營業，向乙銀行借款 2,000 萬元，甲洽請丙提供其個人名下、市值 3,000 萬元之 A 地，設定普通抵押權予乙，擔保甲對乙之借款債務及其利息、遲延利息、違約金，均經登記，並由丙、丁、戊、己共四人擔任連帶保證人。設有下列情形，請附理由回答下列問題：

- (一)甲因未如期清償本息，丙為避免其所有之 A 地遭拍賣，乃以連帶保證人身分，代償本息及違約金共 1,500 萬元。問丙對丁、戊、己，各得為如何之請求？（25 分）
- (二)借款清償期屆至 15 年後，因為戊、己均已病歿且皆無繼承人，乙遂訴請丁負連帶保證之償還責任，丁對此提出時效消滅之抗辯，乙因此受敗訴確定。倘法院於乙對甲之借款返還請求權時效消滅完成後 1 年內准予乙拍賣 A 地，就其賣得價金，乙受償借款本息、遲延利息、及違約金合計 2,100 萬元，則丙向丁請求償還其應為分擔部分，有無理由？（20 分）

命題意旨	<p>多數人保、物保競合問題。</p> <p><u>第一小題</u></p> <p>(1)多數人保、物保「應分擔比例」與「內部求償權」問題。</p> <p>(2)最高法院 99 年度台再字第 59 號判決。</p> <p><u>第二小題</u></p> <p>(1)主債務時效消滅後，多數人保、物保「應分擔比例」與「內部求償權」問題。</p> <p>(2)最高法院 101 年度台上字第 1110 號判決。</p>
考點命中	<p><u>第一小題</u></p> <p>(1)《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，頁 135-137。</p> <p>(2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 278-280。</p> <p><u>第二小題</u></p> <p>(1)《高點民法專用講義第三回》，劉台大編撰，頁 135-138。</p> <p>(2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 56、278-280。</p>

版權所有，重製必究

## 【擬答】

## (一)丙得對丁、戊、己求償 300 萬元、300 萬元、300 萬元，論證如下：

- 1.按同一債務上，如有保證人與抵押人為擔保競合，保證人與抵押人應分擔之部分，各以其履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。惟抵押物之擔保債權額少於抵押物之價值者，應以該債權額為準，民法第 879 條第 2 項規定參照，此係立基於物上保證人與保證人平等說與公平法理而設。
- 2.惟本件丙兼具抵押人與連帶保證人之雙重地位，丙之擔保比例，計算上是否應併計其人保與物保之擔保比例，實務（最高法院 99 年度台再字第 59 號判決<sup>2</sup>）上以民法第 879 條第 2 項規定並未明定於同一人兼為保證人與物上保證人時，應負擔保證人與物上保證人雙重責任而採否定見解，惟管見以為立基於公平法理，當事人既同意負擔雙重保證責任，即應以雙重身分，分別負物保、人保之分擔義務，故本件丙、丁、戊、己對於債務應分擔之比例，應各為五分之二、五分之一、五分之一、五分之一。
- 3.題示丙以連帶保證人身分向債權人乙清償 1500 萬元，丙、丁、戊、己就該 1500 萬元債務之應分擔之比例，即應為 600 萬元、300 萬元、300 萬元、300 萬元。丙清償債務後，應得依民法第 281 條第 1 項之規定，向丁、戊、己內部求償 300 萬元、300 萬元、300 萬元。

## (二)丙不得對丁請求償還其應分擔部分，論證如下：

- 1.按為債務人設定抵押權之第三人，因抵押權人實行抵押權致失抵押物之所有權時，該第三人於其清償之限度內，承受債權人對於債務人之債權；同一債務上如有保證人者，抵押人就超過其分擔額之範圍，得請求保證人償還其應分擔部分，民法第 879 條規定參照。
- 2.本件借款債務之抵押人丙因債權人乙實行抵押權，致失抵押物之所有權，應得就 2100 萬元之限度內，承受乙對甲之債權，並得就超過其分擔額之範圍，向連帶保證人丁求償。依題示，由於他連帶保證人戊、己已歿，丙亦具物上保證人與保證人之雙重地位，丙、丁間之應分擔之部分，各為 1400 萬元、700 萬元。
- 3.惟本件乙對甲之債權已罹於時效消滅，丙是否仍得依民法第 879 條第 3 項之規定，向丁主張內部分擔，管見擬採否定見解，其論理有二：首先，民法第 879 條第 3 項之請求權基礎，係抵押人對於債權人對於主債務人之債權承受下，對於保證人就其應分擔額之求償權與承受權，丁依民法第 742 條第 1 項規定既得對乙主張時效抗辯，自亦得對求償權人丙主張之（民法第 879 條立法理由參照）；其次，實務見解指出，抵押權為擔保物權之效力與主債務人應負清償責任，本非同一，債權人對主債務人之本金或利息請求權縱罹於時效而消滅，仍得依民法第 146 條、第 880 條於消滅時效完成後 5 年間行使抵押權而受償，乃來自於抵押權之效力，而非主債務人應負清償責任，故丁既得援甲之時效抗辯主張不負保證責任，丙自不得對丁復依民法第 879 條第 3 項規定內部求償。（最高法院 101 年度台上字第 1110 號判決<sup>3</sup>參照）
- 4.綜上，丙不得對丁請求償還其應分擔部分。

三、甲男係家中獨子，月入約 20 萬元，於 100 年 7 月認識乙女，展開熱烈追求，並於 100 年 10 月間，贈與乙價值 1,000 萬元之房屋 1 棟；於同年 11 月間，甲為感謝父親丙、母親丁之養育，各贈與丙、丁 100 萬元。於 100 年 12 月 3 日，甲與乙在雙方家長主持下，在著名大飯店內舉行盛大結婚典禮，翌日即前往南部旅遊多日，於返家途中不幸發生車禍，甲當場死亡。經清查後，甲於 A 銀行尚有存款 300 萬元，惟尚欠於 100 年 9 月 1 日向 B 銀行貸款之 500 萬元未清償；丁於 101 年 1 月 3 日完成拋棄繼承程序。試問：

(一)甲之遺產由何人繼承？比例為何？（15 分）

(二)B 銀行主張乙、丙、丁自甲所受之贈與，均屬甲之遺產範圍，是否有理？乙、丙、丁就 B 銀

<sup>2</sup> 最高法院 99 年度台再字第 59 號判決：「按民法第八百七十九條第二項前段規定：債務人如有保證人時，保證人應分擔之部分，依保證人應負之履行責任與抵押物之價值或限定之金額比例定之。雖係採保證人、物上保證人共同、比例分擔法，然該項並未明定於同一人兼為保證人與物上保證人時，應負擔保證人與物上保證人雙重責任，且該項於九十六年三月間增訂時，係以不同之人為保證人、物上保證人而舉例說明。原確定判決認再審被告兼具為保證人與物上保證人，僅須負擔單一之分擔責任，始為公平，而為再審原告敗訴部分之判決，經核並無適用法規顯有錯誤之情事。」

<sup>3</sup> 最高法院 101 年度台上字第 1110 號判決：「又以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人於消滅時效完成後，五年間不行使其抵押權者，其抵押權消滅，民法第八百八十條亦定有明文。依上開規定，抵押權為擔保物權之效力與主債務人應負清償責任，本非同一，債權人對主債務人之本金或利息請求權縱罹於時效而消滅，仍得於消滅時效完成後五年間行使抵押權而受償。」

行之主張，得為如何之抗辯？（30 分）

命題意旨	本題難度並不高，均僅為基本概念，稍稍涉及修法規定，答對應非難事。 <u>只是也因為題目不難，為強化識別度，同學在作答時除要注意答題架構、層次外，尚可妥善衡量時間及篇幅，斟酌答案之深度，適時衍生相關重點之論述，以求取高分。</u> 兩小題中涉及之法條均有立法論之問題（第二小題與 101 年台大 B 組的出題意旨十分雷同），除了法條的基本適用外，重點在於法條規定之瑕疵，造成適用結果有所不妥，此部分之論述分析才是真正的命題核心。
答題關鍵	涉及「第 982 條婚姻之形式要件」、「第 1175 條、第 1176 條拋棄繼承之效力」、「第 1148-1 條對外債務清償之責任財產認定之分析」等爭點，答題上多注意見解間之關連性、考量答案之層次感即可。
考點命中	《高點法學圖說系列—身分法》，侯律師編著，10 版，頁 2-17~2-20、頁 9-86~9-89、頁 9-98~9-99、頁 9-114~9-115、頁 9-167~9-173。 《高點身分法精要》，侯台大編著，2 版，頁 1-2~1-3、頁 1-40~1-41、頁 2-40~2-42 《高點 101 年律司身分總複習講義》，侯台大編撰，頁 4、頁 39~40、頁 84~86。

【擬答】

一、甲之遺產由何人繼承？比例為何？

（一）就血親繼承人部分

- 1.如題所示，甲並未有「直系血親卑親屬」存在，是以依民法（下稱本法）第 1138 條第 2 款規定，其父親丙、母親丁即為適格之血親繼承人。
- 2.然而，因甲死亡時，留下之債務大於遺產，母親丁於 101 年 1 月 3 日完成拋棄繼承程序，依本法第 1175 條規定：「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」因此僅有父親丙仍為甲之血親繼承人。

（二）就配偶繼承人部分

依題示甲、乙於 100 年 12 月 3 日在雙方家長主持下，在著名飯店舉行結婚典禮，此時，乙是否即已取得甲合法有效配偶之身分，而得依本法第 1144 條規定與血親繼承人同為繼承，仍有進一步探究之必要：

- 1.按就婚姻之形式要件而言，於 96 年 5 月修法以前係採「儀式婚主義」，依民法第 982 條規定：「結婚，應有公開儀式及二人以上之證人。經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚。」惟有鑒於「儀式婚主義」之公示效果薄弱，容易衍生重婚等問題，且公開儀式之認定常有爭執，進而影響婚姻法律效力，亦無法與離婚制度之「登記主義」相互配合，爰於 96 年 5 月修法時改採「登記主義」，而將第 982 條規定修正為「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」然而此制度之重大變革，為避免新法之適用產生混亂，並於親屬編施行法第 4 條之 1 第 1 項規定：「中華民國九十六年五月四日修正之民法第九百八十二條之規定，自公布後一年施行。」合先敘明之。
- 2.本題中，甲、乙係在雙方家長主持下，在著名飯店舉行結婚典禮，此些事實如於舊法時代應認已符合「公開、儀式及二人以上證人」之形式要件，然而，甲、乙係於 100 年 12 月 3 日結婚，當時已改採「登記婚主義」，亦即當事人除須踐行法定方式外，經登記時，其婚姻始成立生效，發生配偶關係，至舉行儀式與否，與婚姻之效力無涉。而本題中甲、乙於舉行結婚典禮翌日即前往南部旅遊多日，並於返家途中發生車禍，是以甲車禍死亡當下，甲、乙應尚未完成結婚登記，依新法之「登記婚主義」觀之，乙即非合法之配偶繼承人。

（三）繼承之比例

- 1.承上分析，於新法「登記婚主義」限制下，乙並非合法之配偶繼承人，如此甲之遺產即全部歸屬「血親繼承人」所有，而丁母已完成拋棄繼承程序，此時依本法第 1176 條第 2 項規定：「第二順序至第四順序之繼承人中，有拋棄繼承權者，其應繼分歸屬於其他同一順序之繼承人。」亦即，甲之遺產應僅由丙父單獨繼承。
- 2.此外就乙女部分，因其與甲尚未完成結婚登記，無法符合「登記婚主義」之要件，但當事人間已舉行結婚儀式，並已為夫妻共同生活，除欠缺婚姻形式要件外，在實質上實與法律上夫妻無異，如其中一方突遭變故而他方於法律上完全無法獲得保障，實不合人情亦不甚公允，是以學者多認對此類「事實上夫妻」應予以一定限度之保護，爰一併敘明之。

二、B 銀行主張乙、丙、丁自甲所受之贈與均屬遺產範圍，是否有理？乙、丙、丁得為如何抗辯？

（一）甲對外債務清償之「責任財產」認定：

1. 依本法於 98 年 6 月修法時增訂第 1148-1 條規定：「繼承人在繼承開始前二年內，從被繼承人受有財產之贈與者，該財產視為其所得遺產。」又本條文並無溯及適用之特殊規定，必須「該行為發生於新制修正後」始有其適用；此外，依本條之立法理由觀之，學者俱認「本條項之規定既在避免影響被繼承人債權人之權益而設，則於被繼承人實際留下之財產『不足以清償』其所負之債務時，該贈與之數額方視為所得遺產，而作為清償被繼承人債務之標的。」反之，倘若被繼承人所留下之「積極財產已多過其債務」者，或「未有債務」的情形，此時則無保護債權人之必要，無須將繼承人於被繼承人生前兩年內所受之贈與再加入所得遺產，否則有明顯違背被繼承人處分財產之自由意志，甚至剝奪其在死亡前兩年對他人為單純贈與之意願，害及其處分財產之自由。

2. 本題中，甲男係於 100 年 12 月間死亡，依本法第 1147 條規定：「繼承，因被繼承人死亡而開始。」而甲死亡時於 A 銀行之存款為 300 萬元，惟於 B 銀行之貸款債務尚有 500 萬元未清償，其實際留下之財產『已不足以清償』其所負債務，而乙女所受之 1000 萬元贈與係於 100 年 10 月、丙父與丁母分別所受之 100 萬元贈與係於 100 年 11 月，亦均符合上開「98 年 6 月修法後，繼承開始前二年內」等要件，概念上似應即有第 1148-1 條規定之適用。

(二)然而，依本條之文義「受贈與人須為繼承人」，是以本題中乙、丙、丁自甲所受之贈與是否均有第 1148-1 條規定之適用，則仍有探究餘地：

1. B 銀行就乙女部分之主張為無理由

乙女雖受有 1000 萬元之高額贈與，但其受贈之時點係於 100 年 10 月，當時甲、乙二人僅在追求交往階段，甚至甲、乙縱於 100 年 12 月 3 日結婚，惟因尚未完成結婚登記，於新法「登記婚主義」限制下，乙亦非合法之配偶繼承人，因此 B 銀行依第 1148-1 條規定主張乙自甲所受之贈與亦屬遺產範圍為無理由，蓋因乙得抗辯其於受贈之時並非「繼承人」而僅為「第三人」。

2. B 銀行就丙父部分之主張為有理由

依本法第 1138 條第 2 款規定，丙父為適格之血親繼承人，其於 100 年 11 月所受之 100 萬元贈與亦均符合上開「98 年 6 月修法後，繼承開始前二年內」等要件，B 銀行主張丙自甲所受之贈與屬遺產範圍即為有理由。又因第 1148-1 條規定係為保障被繼承人債權人之權益而設，是以僅須繼承人在繼承開始前二年內，從被繼承人受有財產之贈與者，該財產即視為其所得遺產。並不區分贈與之種類以及原因，是以丙父亦不得以該筆贈與係甲為感謝養育而為做為抗辯，一併敘明之。

(三)B 銀行就丁母部分之主張為無理由

依本法第 1138 條第 2 款規定，丁母雖亦為適格之血親繼承人，然而其已於 101 年 1 月 3 日完成拋棄繼承程序，依本法第 1175 條規定：「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」因此 B 銀行依第 1148-1 條規定主張丁自甲所受之贈與亦屬遺產範圍為無理由，蓋因丁得抗辯其因拋棄繼承而「溯及」自始「非為繼承人」。

三、未接，上開結論實更加凸顯第 1148-1 條規定本身設計不妥之處，本條之立法理由既係為保障被繼承人債權人之權益而設，然而本題中 B 銀行之債權確實已不足受償，而被繼承人甲亦確實於繼承開始前二年內為多筆贈與行為，但卻因「受贈與人乙女僅為第三人」、「受贈與之繼承人丁母拋棄繼承」，致使 B 銀行對乙、丁之主張為無理由，如此一來，恐怕難以實現本條之立法目的！再者，依題所示，甲係於 100 年 9 月 1 日向 B 銀行貸款 500 萬元，卻隨即於同年 10 月對乙女贈與價值高達 1000 萬元之房屋，於同年 11 月對丙父與丁母分別為 100 萬元贈與，此部分是否構成「詐害債權」而有本法第 244 條規定之適用，即有進一步探討實益！亦即 B 銀行若直接對乙、丙、丁主張本法第 244 條之撤銷權，即毋須受第 1148-1 條過於狹隘之文義所限制，對其未獲清償之債權之保障更為足夠，是以，學者就此亦有提出立法論之建議，是否將本條規定予以刪除，回歸民法債編之相關規定處理即可，實頗值參考。

四、原告甲列乙為被告，向管轄法院起訴，聲明求為判決命乙塗銷於 99 年 9 月 1 日就 A 地所為以甲為義務人、乙為債權人、丙為債務人之普通抵押權（下稱系爭抵押權）設定登記。甲之主張略以：甲、乙於 99 年 9 月 1 日就甲所有之 A 地為系爭抵押權設定登記，以擔保乙對丙之新臺幣 200 萬元借款債權（下稱系爭債權）。茲系爭債權已因丙之清償而消滅，爰依民法第 767 條第 1 項規定，求為判決如訴之聲明等語（下稱本訴訟）。乙聲明求為判決駁回原告之訴，辯稱：系爭抵押權及系爭債權均仍存在等語。試附理由回答下列問題：（37 分）

(一)本件應如何著手整理事實上爭點？在爭點整理階段，應如何分配舉證責任？

(二)法院就本訴訟所為甲敗訴之確定判決，其效力是否可能及於丙？

命題意旨	本題旨在測驗同學對於爭點整理方法之認識，以及參加效力與判決效力內容之理解。
答題關鍵	本題涉及諸多新世紀民事訴訟法修正後之學說發展，同學在答題上，不宜僅就舊法時代之舊理論見解加以說明，而應就新法修正後之最新學說發展加以敘述，特別在第一小題的舉證責任係意指「主觀舉證責任」，以及第二小題已將參加效力重新理解為「判決效力」，不可不慎。
考點命中	<p>《高點民事訴訟法講義第二回》，梁台大編撰，第三章第一節、第六章第一節，頁 4-6、124-125。</p> <p>《高點民事訴訟法講義第三回》，梁台大編撰，第七章第一節，頁 6-8。</p> <p>《爭點整理方法論序、爭點整理方法論、民事程序法之理論與實務（三）》，邱聯恭編著，台大法學叢書 130，2001 年 11 月初版，頁 24。</p> <p>〈民事訴訟法研究會第 99 次研討記錄〉，邱聯恭發言、會後補註，民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研究(十六)，2009 年 4 月初版，頁 82、93-94。</p> <p>《口述民事訴訟法講義(二)》，邱聯恭編著，2009 年筆記版，頁 373-374；《口述民事訴訟法講義(三)》，邱聯恭編著，2010 年筆記版，頁 345-346。</p> <p>許士宦，〈集中審理之爭點整理—依一貫性審查及可證性審查之法律思維〉，月旦法學教室第 117 期，2012 年 7 月，頁 42-43、54。</p> <p>許士宦，〈行為責任之舉證責任(上)〉，月旦法學教室第 111 期，2012 年 1 月，頁 97；許士宦，〈行為責任之舉證責任(下)〉，月旦法學教室第 112 期，2012 年 2 月，頁 95-100。</p> <p>許士宦，〈第三人訴訟參與與判決效主觀範圍(下)—以民事訴訟上第三人之程序權保障為中心〉，月旦法學雜誌第 179 期，2010 年 4 月，頁 175-180。</p> <p>《集中審理制度之新審理原則、集中審理與審理原則、新民事訴訟法之理論與實務(四)》，許士宦編著，台大法學叢書 186，2009 年 4 月初版，頁 126-131。</p>

#### 【擬答】

(一)法院應先命原告甲針對丙如何清償系爭債權乙節為具體陳述，嗣命被告乙就甲係 A 地所有人、系爭債權業經清償各節表示是否爭執與爭執之答辯理由；如被告乙針對「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」之事實乙節有所爭執者，法院應闡明曉諭原告甲對該事實之存否負有（主觀）舉證責任：

1.法院應先命原告甲針對丙如何清償系爭債權乙節為具體陳述，嗣命被告乙就甲係 A 地所有人、系爭債權業經清償各節表示是否爭執與爭執之答辯理由：

(1)為落實集中審理之旨趣，法院對於訴訟事件之審理，可劃分為「爭點整理階段」與「集中證據調查階段」。其中，前者可在分為「主張階段」與「證據階段」。

(2)法院於「主張階段」進行原告請求一貫性、被告答辯重要性之審查以前，須令當事人針對所主張之事實與證據加以提出。所謂事實（及證據）上之爭點整理，係指法院於準備程序中首應確定與釐清當事人之主張內容，亦即：法院應先檢視當事人是否就其所主張該當實體法權利要件之主要事實、間接事實是否業已提出？何者係兩造所不爭執而無庸舉證？何者尚有爭執，須待負舉證責任之一方提出證據？就相關之待證事實，決定其調查之先後順序，依序要求當事人提出證據。當事人針對所提之證據聲明，請求法院為證據調查前，就當事人所提出聲明調查之證據，判斷是否與待證事實相關，而有調查之必要。

(3)經查，原告甲爰依民法第 767 條第 1 項規定，請求被告乙塗銷 A 地於 99 年 9 月 1 日系爭抵押權之設定登記，其所主張之訴訟標的與訴之聲明可謂業已明確特定。惟原告甲於原因事實中僅謂：系爭債權已因丙之清償而消滅等語，卻遑未就丙係於何時、以何種方式清償何等債務各節提出具體事實之陳述與證據。是以，法院應先闡明曉諭原告甲就上開事實為具體陳述。此後，法院尚須闡明曉諭被告乙，針對甲主張其係 A 地所有人、系爭債權業經清償各節是否爭執？如有爭執，其答辯之具體事實為何？法院透過兩造所陳述之事實，藉此整理兩造所爭執與不爭執事項，以利法院審理之進行。

2.如被告乙針對「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」之事實乙節有所爭執者，法院應闡明曉諭原告甲對該事實之存否負有（主觀）舉證責任：

(1)按法院於進行「集中證據調查階段」以前，須將爭點曉諭當事人（民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項）。在此之前，法院須先為事實上爭點整理以釐清事實為何（即需要調查證據之爭點事實），次依舉證責任分配之規定（民事訴訟法第 277 條）判斷與曉諭各該爭點事實應由何造當事人負證據提出責任（主觀舉證責任），以防止突襲性裁判之發生、貫徹程序權保障之要求。



- (2)第按，「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。」民事訴訟法第 277 條定有明文。上開規定所稱「舉證之責任」，係要求當事人負提出證據行為責任之行為規範，而非指示法院於證據調查結果、待證事實真偽不明時應如何處理之裁判規範；至於舉證責任分配之原則，兼具實體法與訴訟法之性質，法院除著眼於實體法觀點、以規範理論進行分配者外，尚須著眼於程序法觀點，考量是否有證據偏在、證明困難等情，基於維持兩造間公平之理由，平衡一造當事人之程序利益，視情形減輕或免除一造之舉證責任，降低要件事實之證明度或轉換舉證責任至他造，甚至要求他造負一定程度之事案解明義務。
- (3)再按，依據規範理論，將實體法法律規範區分為權利發生（根據）規範、權利妨害（障礙）規範、權利消滅規範、權利受制（排除）規範。是以，主張權利存在之人，應就權利發生要件之事實為舉證；主張權利不存在之人，應就權利妨害、消滅、排除要件之事實為舉證。
- (4)經查，承前所述，法院於「主張階段」透過事實上爭點整理以釐清事實為何之後，自應就爭點事實應由何造當事人負證據提出責任進行判斷與闡明曉諭予當事人。是以，法院應先向被告乙闡明：針對甲主張其係 A 地所有人、系爭債權業經清償各節是否爭執。針對甲是否為 A 地所有人乙節，如經甲提出土地登記謄本予以證明者，衡諸常情，被告乙對此通常均不予爭執；惟被告乙通常會就系爭債權業經清償乙節加以否認，是本訴訟之爭點將為「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」。基此，有鑑於原告甲請求被告乙塗銷 A 地之系爭抵押權設定登記，係受民法第 767 條第 1 項規定而主張權利存在；且爭點之待證事實既屬物上請求權之權利發生要件即「被告乙是否無權占有」之要件事實，則「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」之事實存在乙節，應由原告甲負（主觀）舉證責任，當屬無疑。
- (二)本訴訟所為甲敗訴之確定判決，其效力是否可能及於丙，須視丙是否參與本訴訟而定：

1. 判決效力應擴張及於訴訟參加人：

- (1)按「確定判決，除當事人外，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，亦有效力。」民事訴訟法第 401 條第 1 項定有明文。除例外情形者外，判決效力原則上僅及於形式當事人。
- (2)第按，訴訟參加人經訴訟參加後，其參加之效力，民事訴訟法第 67 條定有明文。惟學者認為，自新世紀民事訴訟法施行後，應對參加效力為重新之詮釋。亦即，於新法之架構下，自應理解為：本訴訟之判決效力（包含既判力），不僅及於形式當事人，更應擴張及於訴訟參加人、受訴訟告知者以及受職權通知者。理由在於：新法界定既判力之客觀範圍，以及判決效力之正當化基礎，係以程序權保障作為判斷依據；又賦予程序保障之方式，有訴訟參加、訴訟告知、以及職權通知等；同時第三人能否排除判決效力之拘束、而提起第三人撤銷訴訟，亦以第三人是否受有不可歸責於己之事由而未參與訴訟程序作為標準。洵此，新法下之參加效力，自應重新加以詮釋，應可理解為「判決效力」。是以，新法架構下之參加效力，除向來舊法所理解之參加人與被參加人敗訴後而應受該判決效力所拘束者外，更包含被參加人勝訴時之爭點效發生於參加人與被參加人間；參加人與他造當事人間之既判力或爭點效；以及被參加人與他造當事人間之既判力或爭點效。

2. 如丙已參加本訴訟者，本訴訟之判決效力應及於丙：

- (1)本訴訟所為甲敗訴之確定判決，其效力是否可能及於丙，須視丙是否參與本訴訟而定。
- (2)經查，丙並非本訴訟之形式當事人，亦非民事訴訟法第 401 條第 1 項之「繼受人」或「占有請求之標的物者」，原則上不受判決效力所及。
- (3)惟查，本訴訟中，原告甲主張系爭債權經丙於某年某月某日所清償，惟被告乙否認之。於此情形，對於被告乙對丙之系爭債權是否存在乙節，丙對於該事實認定之結果當有法律上之利害關係，丙自得於本訴訟為訴訟參加。
- (4)循此，如丙已為本訴訟之參加人者，其對於本訴訟之主要爭點即「系爭債權是否經丙於某年某月某日所清償」乙節既有陳述意見之機會，自應使參加人丙受本訴訟判決效力之拘束，而不得於嗣後再為相歧異之主張。基此，在新法之下，應可將向來之參加效力重新理解為「判決效力」。

五、甲列乙為被告，起訴請求乙給付新臺幣（下同）50 萬元，主張甲持有丙簽發，票面金額 50 萬元，付款人為華南銀行，並由乙背書之支票一紙，於票載日期經提示而未獲兌現，乙應負背書人責任。第一審法院判決甲勝訴，乙不服該判決而上訴於第二審。問第二審法院就下列訴訟應如何處理？（38 分）

- (一)甲追加丙為被告，請求丙與乙連帶給付 50 萬元，主張發票人丙應與背書人乙負連帶責任。
- (二)乙主張其對甲有一筆價金債權 200 萬元，用以抵銷甲之系爭票據債權，並就抵銷餘額提起反訴，請求甲給付 150 萬元。

命題意旨	本題旨在測驗訴之變更追加、反訴於第二審程序之適用，係相當基本之題型。
答題關鍵	本題難度不高，同學僅需特別注意第一小題中涉及第二審之當事人追加，特別強調如何兼顧新被告之審級利益；第二小題中涉及第二審追加，應特別強調是否具有反訴之利益。
考點命中	1.梁台大，《民事訴訟法講義第一回》，第二章第四節，第 14、16 頁。 2.沈冠伶，「當事人之追加——最高法院九十一年度臺抗字第八號裁定之評釋」，月旦法學雜誌第 126 期，2005 年 11 月，第 199-201 頁。 3.許士宦發言，「民事訴訟法研究會第 80 次研討記錄」—民事訴訟法之研究(十一)，民事訴訟法研究基金會編，2003 年 12 月初版，第 154-159 頁。 4.許士宦，《反訴之擴張、程序保障與闡明義務、新民事訴訟法之理論與實務(一)》，台大法學叢書 143，2003 年 12 月初版，第 193-196 頁。

### 【擬答】

(一)非經丙之同意，否則第二審法院不應准許甲之追加聲請：

1.訴之追加予當事人追加：

- (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。」「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：五、該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者。」民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 255 條第 1 項定有明文。
- (2)按所謂訴之變更或追加，係指訴之三要素（當事人、訴訟標的、訴之聲明）三者有其一發生變更或追加者，即屬民事訴訟法之訴之變更或追加。是以，當事人得否追加一事，自有民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 255 條訴之追加之適用無訛。
- (3)再按，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 5 款所稱「訴訟標的對於數人必須合一確定」一語應如何理解？解釋上非無爭論。學說上，有謂此合一確定之概念，僅限於固有必要共同訴訟之情形者；亦有謂除固有必要共同訴訟之情形以外，仍包含類似必要共同訴訟之情形。筆者以為後說可採：觀諸本條關於「合一確定」之解釋，應從其立法目的即擴大訴訟制度解決紛爭之機能、保護當事人之程序利益、促使紛爭更能有效解決之旨趣加以出發。是以，倘若允許追加其他具有類似必要共同訴訟關係之當事人為被告者，不僅無礙舊被告之防禦權、更可賦予新被告有參與訴訟程序之程序保障機會；更遑論文義解釋上，已難將同有合一確定之類似必要共同訴訟關係之人排除在外，更屬無疑。惟尚應注意者，倘若原告至第二審始追加新被告當事人，此時因新被告之追加尚涉其審級利益之維護，故解釋上仍須經新當事人之同意，始能追加。

2.如丙並未表示同意者，第二審法院自不應准許甲之追加聲請：

- (1)緣發票人丙簽發系爭支票、經被告乙背書後，由原告甲執有該支票。是以，實體法上原告甲本得爰依支票給付請求權，請求發票人丙與背書人即被告乙負連帶責任。惟原告甲於第二審時始追加丙為被告，第二審法院應如何處理？非無疑問。
- (2)查甲擬於對乙之訴訟中追加丙為被告者，實體法上得基於乙、丙間屬於連帶債務之關係，而請求丙共負給付責任。惟連帶債務人間是否具有合一確定之關係？學說上雖有爭論，惟我國實務見解與近來多數學者均認為連帶債務人間應解為具有合一確定之關係，始能避免裁判矛盾之發生。由是可見，因乙、丙間既為連帶債務人，則訴訟標的對於乙、丙當然有必須合一確定之關係，當屬無疑。
- (3)然而，有鑑於甲並未於第一審聲請追加、而係於第二審始追加丙為被告。為兼顧丙所固有審級利益之維護，除非經新被告丙之同意者外，否則第二審法院不應准許追加丙為被告之聲請，洵屬的論。

(二)法院應准予乙之反訴：

1.反訴提起之意義與合法要件：

- (1)「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：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)按所謂反訴，係指被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定

之人提起反訴。原則上，如反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法相牽連者，當可提起反訴。惟為兼顧反訴被告之審級利益與紛爭一次解決之旨趣，民事訴訟法第 446 條第 2 項則新增規定，除經他造同意者外，如反訴原告就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者，亦可於第二審程序提起反訴。

(3)又所謂「就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者」，因第二審程序以准予被告提出以主動債權為抵銷抗辯之主張，法院既已針對主動債權之存否進行實質審理而投入勞力、時間與費用，則容許被告針對主動債權之餘額部分提起反訴，對於原告之防禦權應不造成特別之妨礙，並能減輕全國法官之負擔而符合訴訟經濟原則，避免另行起訴而使第一審法院須重新反覆調查該債權之存否。惟抵銷抗辯於第二審始提出，而具有民事訴訟法第 447 條但書不得提起之情形者，則不具備反訴之利益；至於被告是否因民事訴訟法第 447 條但書之規定而不得提起抵銷抗辯，尚須考量法院是否已善盡其闡明義務等因素。

2.如被告乙於第二審以價金債權提起抵銷抗辯並無民事訴訟法第 447 條但書不得提起之情形者，其針對餘額部分所提起之反訴，應屬合法：

(1)經查，原告甲依系爭票據債權請求被告乙給付 50 萬元。如乙對甲另有價金債權 200 萬元者，乙不僅得以該價金債權主張抵銷抗辯，更可針對餘額部分請求給付。

(2)第查，依照題示，如乙於第二審始提起該抵銷抗辯者，法院首應探究該抵銷抗辯之防禦方法是否逾時提出而有民事訴訟法第 447 條但書失權之情形。如價金債權於第一審程序終結後始屆至清償期、或法院為履行闡明義務以致乙未能及時提出該抗辯者，自因容許乙於第二審主張抵銷抗辯。循此，有鑑於價金債權之存否將受第二審法院進行實質審理而投入勞力、時間與費用，自應容許被告乙針對價金債權之餘額計 150 萬元部分提起反訴，始能符合訴訟經濟原則。是以，被告乙針對價金債權之餘額計 150 萬元部分提起反訴，應屬合法無疑。

六、甲、乙二人共同出資購買坐落新北市土城區之 A、B 兩塊土地，並共同出資在 A 土地上興建二層樓房 1 棟，A、B 兩塊土地及 A 土地上之一、二層樓房均登記為甲、乙兩人共有，應有部分各二分之一。關於 A 土地上之二層樓房，約定由甲管理使用一樓，乙管理使用二樓；二人並將 B 土地以一契約出租於戊（住所在臺南市某址）、己（住所在臺中市某址）兩人，約定租金每 1 個月新臺幣（下同）10 萬元，給付租金之履行地為臺北市中正區某地址。另甲向丙借款 500 萬元，乃以甲所有之 A 土地及 A 土地上一、二層樓房之應有部分為標的，為丙設定普通抵押權供擔保。嗣乙就 A 土地及其上一、二層樓房請求甲辦理分割，未能達成協議。關於下列爭議事項，請附理由回答之：

(一)乙以甲為被告，起訴請求法院就 A 土地及其上一、二層樓房為裁判分割，問：1. 乙請求分割共有物之權利，其性質為何？此一訴訟為何種訴訟性質？若法院對於兩造所提出之分割方案，均不同意，可否據此而駁回原告之訴？2. 若一審法院判決：「該屋一樓分配於甲，二樓分配於乙，A 土地仍維持原共有關係，另由甲補償乙 50 萬元。」確定，若丙之抵押權存在於乙所分得之土地、房屋上，乙得對甲主張何種權利？（30 分）

(二)甲未能依約清償其對丙所負 500 萬元借款債務，丙乃依法實行抵押權，聲請法院拍賣甲之應有部分（抵押物），1. 若在前開分割共有物之訴中，丙曾被訴訟告知，但未參加訴訟，則其抵押權效力是否及於已分配由乙取得單獨所有權之二樓房屋？2. 若法院為准予拍賣抵押物之裁定，丙如另提給付該借款之訴訟，甲可否抗辯該訴欠缺訴之利益？3. 若法院以債務清償日期尚未屆至為理由，駁回丙所為准予拍賣抵押物之聲請，則丙於其後可否復就此提起准予拍賣抵押物之聲請？（30 分）

(三)關於 B 土地之出租，若戊、己未能依約支付租金，計積欠 100 萬元，1. 甲、乙得否於一訴狀起訴請求戊、己二人應給付積欠租金？就此，甲、乙得向何法院提起之？2. 若甲、乙要求戊、己二人對該租金之給付負連帶責任，其主張是否有理？3. 若因戊、己積欠租金甚多，甲、乙欲終止租賃契約，乃作成催告支付積欠租金之書面通知，惟戊行蹤不明，不知其現在之居住所在何處，甲、乙得如何完成此項支付積欠租金之催告程序？（30 分）

命題意旨	1.第一小題：1.裁判分割共有物之性質；2.裁判分割共有物之效力(民法第 875 條)。 2.第二小題：1.民法第 824-1 條；2.最高法院 67 年台上字 4046 號判例；3.最高法院 90 年台抗字第 666 號裁定。 3.第三小題：1.共同訴訟之要件(民事訴訟法第 53 條)；2.連帶債務之發生(民法第 272 條)；3.意思表示傳達障礙問題(民法第 97 條)。
考點命中	第一小題： (1)《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，頁 68-69； (2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 251； (3)《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，主題 12、實戰演練 5。 第二小題： (1)《高點民法專用講義第四回》，劉台大編撰，頁 72-73； (2)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 252。 第三小題： (1)《高點民法專用講義第一回》，劉台大編撰，頁 128； (2)《高點民法專用講義第二回》，劉台大編撰，頁 59； (3)《高點民法總複習講義》，劉台大編撰，頁 82； (4)《高點民法&民訴實例題實戰解析》，劉律師編著，主題 3、實戰演練 7。

## 【擬答】

## (一)1.關於系爭裁判分割共有物之訴問題，分論述如下：

- (1)按分割之方法不能協議決定，法院得因任何共有人之請求裁判分割之，民法第 824 條第 2 項參照。依通說<sup>4</sup>見解，請求法院分割共有物之實體法上權利，係屬民法上明文之形成訴權，當事人依民法第 824 條第 2 項所提起之訴訟，其性質上則屬形成之訴，擬先說明之。
- (2)惟應注意者為，裁判分割為「形式之形成之訴」，裁判上定共有物分割之方法時，法院本得自由裁量為展望性之裁判，不受任何共有人主張之拘束（最高法院 29 年上字 1792 號判例<sup>5</sup>參照），是以，本件法院如不同意當事人所提出之分割方案，仍應依其職權定分割方法，不得據以駁回訴訟。

## 2.乙得對甲主張之權利，分說明如下：

- (1)按各共有人，對於他共有人因分割而得之物，按其應有部分，負與出賣人同一之擔保責任，民法第 825 條參照。此係為各共有人分割上之公平原則所設，擬先敘明。
- (2)本件系爭共有物經分割後，依題示，丙之抵押權仍存續於乙所得房屋之應有部分上。依上開規定，應向乙負權利瑕疵擔保責任，依通說<sup>6</sup>見解，乙得依民法第 825 條、第 353 條、第 227 條第 1 項準用第 226 條第 1 項之規定，向甲請求損害賠償。
- (3)另按不動產裁判分割中，應受補償之共有人，就其補償金額，對於補償義務人所分得之不動產，有抵押權，民法第 824-1 條第 3 項參照。依前開規定，本件乙對甲所得之樓房，就其補償請求權之實現，亦得主張法定抵押權存在，併予說明。

## (二)1.抵押權效力不及於乙單獨取得之二樓房屋上，說明如下：

- (1)按應有部分有抵押權者，其權利不因共有物之分割而受影響。但裁判分割中，抵押權人經共有人告知訴訟而未參加者，其權利移存於抵押人所分得之部分，民法第 824-1 條第 1 項第 3 款參照。
- (2)本件裁判分割共有物訴訟中，丙曾受訴訟之告知而未參與訴訟，依上開規定，於共有物裁判分割後，丙之抵押權移存於應有部分抵押人甲所得之部分，故其抵押權效力不及於乙單獨取得之二樓房屋上。

## 2.甲不得抗辯該訴欠缺訴之利益，論證如下：

- (1)按抵押權人，於債權已屆清償期，而未受清償者，得聲請法院，拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償；其經法院為許可強制執行之裁定者，得為執行名義，民法第 873 條，強制執行法第 4 條第 1 項第 5 款參照，擬先予說明。

<sup>4</sup> 謝在全(2010)，《民法物權（上）》，修訂五版，頁 557-558。

<sup>5</sup> 最高法院 29 年上字 1792 號判例：「裁判上定共有物分割之方法時，分配原物與變賣之而分配價金，孰為適當，法院本有自由裁量之權，不受任何共有人主張之拘束。」

<sup>6</sup> 謝在全(2010)，《民法物權（上）》，修訂五版，頁 579-580。

(2)惟應注意者為，法院所為許可拍賣抵押物之裁定，僅有執行力而無既判力，故本件法院為准予拍賣抵押物之裁定後，丙復就系爭借款債權提起給付之訴，應認具有權利保護之必要，甲不得抗辯該訴欠缺訴之利益。(最高法院 67 年台上字 4046 號判例<sup>7</sup>參照)

**3.丙得復提起准予拍賣抵押物之聲請，論證如下：**

(1)按法院所為許可拍賣抵押物之裁定，本質上係屬非訟事件，非訟事件法並無類似民事訴訟法第 253 條及第 400 條第 1 項之規定，亦無得準用之規定，是非訟事件，尚不發生所謂一事不再理之問題。倘非訟事件經裁定確定後，其裁定內容不能實現，當事人自仍得聲請更行裁定。(最高法院 90 年台抗字第 666 號裁定<sup>8</sup>參照)

(2)本件丙所為之准予拍賣抵押物之聲請既遭駁回，依上開見解，丙仍得復提起准予拍賣抵押物之聲請，無一事不再理之問題。

**(三)1.甲、乙得向台北地方法院以一訴請求戊、己應給付租金，論證如下：**

(1)按二人以上於為訴訟標的之權利或義務，為其所共同者，得為共同訴訟人，一同起訴或一同被訴，民事訴訟法第 53 條第 1 款參照。此係我國共同訴訟要件之規範，擬先說明。

(2)本件 B 土地之租賃關係，依題示說明，以甲、乙為共同出租人、戊、己為共同承租人，是以該租金債權、債務之法律關係，為甲乙、戊己所共同者，甲、乙自得以一訴請求戊、己應給付租金。

(3)再按共同訴訟之被告數人，其住所不在一法院管轄區域內者，各該住所地之法院俱有管轄權。但依第四條至前條規定有共同管轄法院者，由該法院管轄，民事訴訟法第 20 條參照。本件戊、己之住所不在一法院管轄區域內，惟依民事訴訟法第 12 條規定，關於戊、己之訴訟，有共同管轄法院即債務履行地之台北地方法院，故依上開規定，本件訴訟，應由台北地方法院管轄，甲、乙應向台北地方法院提起訴訟。

**2.甲、乙不得請求戊、己對該租金之給付負連帶責任，論證如下：**

(1)按連帶債務之發生，須以當事人明示或法律有明文規定者為限，民法第 272 條參照。

(2)題示租金債務，戊、己並未明示負連帶給付責任，法律上亦復未規範戊、己應負連帶責任，僅屬可分債務，故本件甲、乙不得請求戊、己對該租金之給付負連帶責任。

**3.甲、乙得聲請法院對戊為催告之公示送達，論證如下：**

(1)按表意人非因自己之過失，不知相對人之姓名、居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達為意思表示之通知，民法第 97 條參照。此項規定，依通說見解，於準法律行為準用之，擬先說明。

(2)本件租金債務人戊之行蹤不明，不知其居所於何處，甲、乙應得依上開規定，聲請法院對戊為催告之公示送達，俾完成系爭支付租金之催告程序。

點

<sup>7</sup> 最高法院 67 年台上字 4046 號判例：「法院所為許可拍賣抵押物之裁定，並無既判力，被上訴人於聲請法院拍賣抵押物，經法院裁定准許後，仍就原債權更行提起本件給付之訴，不能謂欠缺權利保護要件。」

<sup>8</sup> 最高法院 90 年台抗字第 666 號裁定：「非訟事件法並無類似民事訴訟法第二百五十三條及第四百條第一項之規定，亦無得準用之規定，是非訟事件，尚不發生所謂一事不再理之問題。倘非訟事件經裁定確定後，其裁定內容不能實現，當事人自仍得聲請更行裁定。反之，非訟事件經裁定確定後，苟無內容不能實現情事，當無聲請更行裁定之必要；若當事人再行聲請裁定，自屬欠缺權利保護之要件，而應予以駁回。」



# 《民法與民事訴訟法》

一、甲公司出售迷彩短袖 T 恤 10 萬件給乙公司，約定甲應先製作樣品送乙確認後方得生產，甲為產製該批袖 T 恤，立即向丙訂購所需之胚布一批，並依約將 T 恤的樣品寄送給乙請求確認，惟乙表示樣品不符約定，甲多次催告乙告知修改之方式，但遭乙拒絕，且對於甲之催告置之不理，致甲不能製作乙訂購之貨品。嗣乙表示解除該 T 恤買賣之訂單，甲不同意取消訂單，甲因乙拒絕履約，而受有所失利益及訂製胚布之損失，乃向乙請求損害賠償。

隔日，丙將甲訂購之胚布交由丁貨運行運送至甲公司時，甲公司之負責人 A 表示，乙已經取消訂單，請丁送回該批胚布於丙。丁於回程途中，因抽象輕過失，汽車翻覆失火，該批胚布全毀。丙向甲公司請求賠償損失時，甲公司之負責人 A 抗辯丙應承擔丁發生車禍的過失，因而解除雙方關於胚布買賣之契約，甲公司不應負賠償責任。

丙與 A 因此發生激烈爭執而大打出手，丙以鐵棍毆擊 A 後，揚長而去。A 經他人送往醫院急救，並為頭部 X 光攝影，由急診處戊醫師看診，判斷 A 之病情並無大礙，囑其回家休息即可。然 A 於回家後，第二天即死亡。A 之家屬事後查知，A 之頭部 X 光攝影顯示，左部頭骨具有裂痕 5-7 公分，乃請求丙及戊連帶負賠償責任。丙抗辯，是 A 先出手毆打丙，不應全部苛責於丙。戊醫師則抗辯，其僅為家醫科醫師，A 之 X 光攝影頭骨裂痕，必須神經外科醫師始得發現，其已盡注意義務而無過失，無須負責。

試問：甲就其損失，如何向乙主張權利？又丙就胚布之滅失，如何向甲主張權利？甲之抗辯是否有理由？再者，A 之家屬請求損害賠償時，丙及戊之抗辯有無理由？（45 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.就債權人不履行其對契約之協力時，債務人應如何主張其權利；2.關於種類之債，債權人受領遲延時，就其標的物毀損滅失之危險應由何人負擔之問題；3.關於互為侵權行為之加害人得否主張與有過失，以及醫生就其病患是否盡其診療之注意義務。
答題關鍵	<p><u>第一小題</u>：應先判斷系爭行為之性質，且甲乙約定甲應先製作樣品後送乙確認後方得生產之定性，再討論乙違反此行為時，應負何種責任。</p> <p><u>第二小題</u>：其爭點與 85 年台大、86 年政大法研所的題目如出一轍。應先定性本題胚布買賣契約係屬「種類之債」，而於債務人依債之本旨提出給付時，即屬特定，而有給付不能問題。嗣後，於債權人受領遲延時，債務人僅就故意或重大過失負責，而於不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能時，此時價金之風險，基於公平正義原則，應由債權人負擔。</p> <p><u>第三小題</u>：第一部分丙之抗辯，在被害人與加害人間之互毆行為，於法律上得主張加害人丙不負責或減輕責任之理由，可能為「正當防衛」或「過失相抵」。而正當防衛須注意是否為「現時」，然互毆可否主張過失相抵，實務見解採否定說，惟學者有採肯定之看法。</p>
高分閱讀	高台大，民法上課講義，第四回，可歸責債務人之事由、受領遲延及過失相抵之部分參照。

## 【擬答】

(一)甲就其損失，得依民法第 267 條及第 367 條規定，向乙主張原約定之價金而獲填補：

- 1.本題，甲出售 10 萬件 T 恤予乙，依民法第 345 條規定，甲乙間成立一買賣契約，而其約定甲應先製作樣品後送乙確認後方得生產，故甲如欲履行給付 10 萬件 T 恤債務，須以乙確認樣品為前提。
- 2.按給付兼需債權人之行為，經債務人以準備給付之事情，通知債權人者，依第 235 條但書規定，以該通知代給付之提出。然依題示，甲依約將樣品寄送予乙確認，惟乙表示其樣式不符約定，而甲多次催告乙告知修改方式，乙仍置之不理之行為，即屬違反本條其對契約履行之協力行為。惟通說及實務見解認為，債權人違反第 235 條之協力行為，僅係對己義務之違反，故除當事人另有約定者外，債務人對債權人並無損害賠償責任。
- 3.是以，本題甲欲填補其損失，應非主張損害賠償，而實際上所應主張者，係因乙違反其確認樣品之協力行為，以致甲無法依約履行 10 萬件 T 恤之給付義務，而屬可歸責債權人之事由以致給付不能之情形。職此，本題債務人甲即得依第 267 條規定，請求債權人乙依第 367 條規定負有支付原約定價金之對待給付義務，



以填補甲向丙訂購胚布之損害及其所失利益。惟依該條但書規定，仍應扣除其因免給付義務所得之利益或應得之利益<sup>註1</sup>。

(二)丙就胚布之滅失，仍得依民法第 367 條規定向甲請求給付價金而獲填補，甲抗辯丙應承擔丁之過失而主張解除契約，不負賠償責任，應無理由：

- 1.本題甲為製作乙之 T 恤，因而向丙訂購胚布一批，而胚布其性質上為種類物，故甲丙間依民法第 345 條規定，成立種類物之買賣契約。
- 2.又丙將甲訂購之胚布交由丁貨運行運送至甲公司，係屬依債之本旨提出給付之行爲，且該種類物依第 200 條第 2 項規定，亦因丙完結交付之必要行爲而特定。
- 3.而甲公司之負責人 A 向丁表示，因乙已取消訂單，請丁送回該批胚布於丙之行爲，除非當事人另有約定以乙之訂單為該買賣契約效力發生之條件者外，否則應認為甲係無正當理由而拒絕受領，故依民法第 234 條規定，甲應負受領遲延之責任。
- 4.丁於回途中，因其抽象輕過失，導致該胚布全毀，因該胚布已屬特定，故有給付不能之問題。而丁係丙之履行輔助人，依第 224 條規定，丙亦有抽象輕過失。惟於甲受領遲延下，出賣人丙對於胚布之毀損滅失，依第 237 條規定，僅就故意或重大過失負給付不能之責任。然丙僅具有抽象輕過失，故對該胚布之給付不能，丙係屬不可歸責。是以，甲主張丙應承擔丁之過失而解除契約，不負賠償責任之抗辯，應無理由。
- 5.又該滅失非可歸責於出賣人丙，故依第 225 條第 1 項規定，其免給付胚布之義務。且該滅失，亦非可歸責於甲所致，故依第 266 條第 1 項規定，甲免為價金之對待給付義務。惟若認甲免為價金給付，則實際上係由債務人丙負擔胚布滅失之損害，於債權人受領遲延下，不盡合理。故學者認為<sup>註2</sup>，於受領遲延狀態下，發生不可歸責雙方當事人之事由致給付不能時，應視為可歸責於受領遲延之債權人，由其負擔受領遲延下之價金給付風險，以符合公平正義原則。準此，本題胚布出賣人丙，得依第 267 條及第 367 條規定，請求買受人甲給付原約定之價金。

(三)A 之家屬請求賠償時，丙及戊之抗辯有無理由，茲分述如下：

- 1.丙主張 A 先出手毆打丙，不應全部苛責於丙之抗辯，依實務見解應無理由，惟依學者之看法，仍有主張過失相抵之可能性：
  - (1)本題，丙與 A 發生激烈爭執而大打出手，丙以鐵棍毆擊 A，致 A 受傷，係故意或過失侵害 A 之身體權及健康權。然丙主張 A 先出手毆打丙，依其情形應屬雙方互毆之侵權行爲。此時，丙認為不可全部苛責於丙之抗辯理由，可能為「正當防衛」或「過失相抵」之規定。
  - (2)按正當防衛，係對於「現時」不法之侵害，為防衛自己或他人權利所為之行爲而言，民法第 149 條前段定有明文。而本題如 A 之毆打行爲已經完結，則侵害業已過去，丙做出之反擊行爲，並非正當防衛行爲，故丙欲主張正當防衛而不負損害賠償責任，應無理由。
  - (3)次按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之，民法第 217 條第 1 項定有明文。然本題 A 與丙係雙方互毆行爲，而依實務見解，雙方互毆乃雙方互為侵權行爲，與雙方行爲為損害之共同原因者有別，無民法第 217 條過失相抵原則之適用（最高法院 68 年台上字第 967 號判例參照）。準此，本題丙欲主張民法第 217 條過失相抵而減輕損害賠償之抗辯，依上開實務見解，亦無理由。

<sup>註1</sup> 本題除上開解法外，解釋上另有其他解法以供各位同學思考：

- (1)第二種方式，將本題「乙確認樣品之義務」，解為並非僅係協力行爲之對己義務，而認為係為圓滿達成契約履行目的之「從給付義務」。且從給付義務不限於約定於債務人負擔，約定於債權人負擔，亦無不可。因此債權人乙因違反其從給付義務，故甲得依不完全給付規定，即依第 227 條第 1 項準用給付遲延之規定，請求損害賠償。
- (2)第三種方式，可將甲乙間之約定，看作是「承攬」及「買賣」之混合契約，亦即前階段約定確認樣式者看作承攬，而其後階段出賣經乙同意樣式之 10 萬件 T 恤之行爲看作買賣。因其爭執點係於前階段承攬之部分，故其解決之方式，將乙拒絕確認行爲，得依民法第 509 條規定，認為係定作人乙受領工作前，因其指示不適當，致工作不能完成者，承攬人甲如即時通知定作人乙時，得請求其已服勞務之報酬，及墊款之償還，定作人乙有過失者，並得請求損害賠償。

<sup>註2</sup> 王澤鑑，《法學入門民法概要》，頁 268。

(4)惟有學者主張<sup>註3</sup>，通說認為過失相抵中之過失，雖屬非固有意義之過失（對己義務之違反），然不得認為構成固有意義之過失（對他義務之違反）時，即無過失相抵原則之適用。因此於互毆之侵權行為情形，雙方均係違反「不得侵害他人權益」之注意義務，而仍應適用過失相抵原則，以減免加害人之賠償責任。準此，本題丙依上開學者之見解，仍有主張過失相抵之可能性。

2.戊主張其已盡注意義務而無過失，無須負責之抗辯，亦無理由：

(1)本題醫療契約成立於 A 與醫院之間，戊僅為 A 之診療醫師，並非契約之當事人，故如戊有過失致 A 死亡者，其應成立民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為損害賠償責任，而非契約之債務不履行責任，合先敘明。

(2)依題所示，A 之頭骨裂痕長達 5-7 公分，縱非受過醫療專業訓練之一般人，多半皆可以肉眼辨識該裂痕之存在，更遑論受過醫療專業訓練之醫師。故戊雖僅為家醫科之醫師，亦應有判斷之能力，然其認為 A 並無大礙之判斷，難謂其無過失。故戊主張僅為家醫科之醫師，A 之 X 光攝影頭骨裂痕，必須神經外科醫師始得發現之抗辯，應無理由。

(3)退萬步言，縱使非其專業能力所能判斷，但戊為急診室醫生，本身就應有處理急症之能力，如限於專長能力而無法確定病因或提供完整治療時，應有建議病人轉診<sup>註4</sup>或請求提供專業支援之義務。然其並無建議 A 轉診或請求提供專業支援，亦難謂其無過失。

(4)綜上所述，戊主張其已盡注意義務而無過失，無須負責之抗辯，應無理由。

二、甲於民國（下同）90 年 9 月向乙借款新臺幣（下同）2000 萬元，以其所有 A 地設定存續期間自 90 年 9 月 22 日起至 105 年 9 月 21 日止、最高限額 2500 萬元之抵押權予以擔保，擔保債權範圍雖未於土地登記簿一一記載，但以抵押權設定契約書為該最高限額抵押權登記之附件，契約書條款記載：「擔保物提供人甲為擔保債務人甲對抵押權人乙，在抵押權設定契約書所定之最高限額以內，現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務（如應返還之押租金等），並包括其利息、遲延利息、違約金、實行抵押權費用、損害賠償及其他有關費用之清償，特提供前列擔保物設定抵押權與抵押權人。」如甲將上述 2000 萬元借款及其利息於 97 年 12 月 21 日清償完畢後，又於 98 年 3 月 1 日擔任丁之連帶保證人，擔保丁向乙借款 1000 萬元債務之清償。丁後來不知去向，乙請求甲代丁清償 800 萬元之債務，甲對丁之不負責任忿忿不平，於 100 年 7 月 1 日抑鬱死亡，由丙繼承 A 地所有權。乙於 100 年 9 月 1 日向丙主張其就 A 地有最高限額抵押權，丙則主張：該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效；如非無效亦已於 97 年 12 月 21 日消滅；如未消滅，其所擔保之債權範圍亦未包含上述連帶保證之債權。試問：丙之主張有無理由？（45 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：1.修法前概括最高限額抵押權之效力；2.最高限額抵押權擔保債權之公示效力有無；3.概括最高限額抵押權之存續期間意義；4.於修法後始生之系爭保證債務是否為最高限額抵押權之擔保範圍
答題關鍵	第一部分，先說明於修法前，大部分實務見解均承認概括最高限額抵押權之存在，且§881-1 II 並無溯及適用，故實務見解認為於修正前約定概括最高限額抵押權者，應為有效。 第二部分，擔保債權未於登記簿上載明，僅以附件表示者，84 台上 1967 判例認為亦為抵押權效力所及。惟學者認為於土地登記規則§115-1 I 增訂後，上開判例應不適用。惟本題登記係於該條增訂前，該條並無溯及之明文，故本題仍有上開判例之適用。 第三部分，可先說明本題當事人間約定之「存續期間」於概括最高限額抵押權之意義，與修正後§881-4 的「確定期日」之差異。接著於概括最高限額抵押權下，依 66 台上 1907 判例，於存續期間屆滿前，抵押人不得無故主張終止，故縱使約定擔保債權有消滅者，最高限額抵押權亦不因此消滅。 第四部分，依實務見解，因其承認概括最高限額抵押權，且本題當事人之約定方式，除「其他債務」

<sup>註3</sup>陳聰富，〈過失相抵之法理基礎及其適用範圍〉，《台灣本土法學》，第 98 期，頁 71、72。

<sup>註4</sup>醫療法第 73 條第 1 項規定：「醫院、診所因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定，先予適當之急救，始可轉診。」



	之約定可能認為較概括外，其他「票據」、「借款」、「墊款」、「保證」等，皆認為不違反「一定之法律關係」之要件。惟學者認為，上開約定仍不具實質確定及客觀明確，而屬概括。又本題保證債務之發生係於§881-1 II 修正施行後，且擔保債權之性質亦非不可分，故為貫徹禁止概括最高限額抵押權之立法目的，應認為系爭保證債務適用依§881-1 II 規定，不在抵押權效力範圍內，以保護抵押人之權利。
高分閱讀	高台大，民法上課講義，第六回，最高限額抵押權之部分參照。

## 【擬答】

## (一)系爭最高限額抵押權效力之說明：

- 1.本題甲乙於民國 90 年 9 月約定，以其所有 A 地設定存續期間自民國 90 年 9 月 22 日至 105 年 9 月 21 日，最高限額為 2500 萬之最高限額抵押權。而就其擔保之債權，其約定應擔保現在及將來所負之票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務之內容觀之，因其不具實質限定性及客觀明確性，故應屬「概括限額抵押權」。而修正前實務見解多半承認概括最高限額抵押權之存在<sup>註5</sup>。
- 2.然依 96 年增訂之民法第 881 條之 1 第 2 項規定，修正後明文雖否認概括最高限額抵押權之效力，惟物權編施行法第 17 條規定，該條並無溯及適用之效力，故本題甲乙於民國 90 年 9 月約定之概括限額抵押權，仍屬有效，合先敘明。

## (二)丙主張該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效，應無理由：

- 1.本題，甲乙間之最高限額抵押權之擔保範圍，雖未一一登載於土地登記簿上，惟其以作為抵押登記之附件，是否為抵押權效力所及，學說及實務見解有不同看法。
- 2.按最高法院 84 年台上 1967 號判例之見解，抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，但如因內容過於冗長，登記簿所列各欄篇幅不能容納記載，可以附件記載，作為登記簿之一部分。因此關於最高限額抵押權所擔保之債權，雖未記載於土地登記簿，然於聲請登記時提出之最高限額抵押權設定契約書，有該項債權之記載者，此契約書既作為登記簿之附件，自為抵押權效力所及。
- 3.惟學者認為，土地登記規則第 115 條之 1 第 1 項已明文規定，登記機關應於登記簿記明契約書所載之擔保債權範圍，故上開判例見解已無援用之餘地<sup>註6</sup>。惟本條係 96 年所增訂，並無溯及之適用，故本題甲乙於 90 年 9 月設定時，仍有上開實務見解之適用。
- 4.準此，本題如甲乙間之最高限額抵押權之擔保範圍，如依上開實務見解，該附件所載之內容，亦為抵押權之效力所及。故丙主張該抵押權在土地登記簿上未為充分之登記而無效，應無理由。

## (三)丙主張該抵押權已於 97 年 12 月 21 日消滅之主張，應無理由：

- 1.本題，甲乙於 90 年 9 月約定設有存續期間從 90 年 9 月 22 日至 105 年 9 月 21 日之最高限額抵押權。惟學說見解認為，因抵押權係為擔保債權之存在而設，於擔保債權未消滅前，縱有存續期間，抵押權亦不因此而消滅，故約定存續期間並無義務。是以，96 年增訂之民法 881 條之 4 第 1 項規定，最高限額抵押權得約定其所擔保原債權應確定之期日，並得於確定之期日前，約定變更之。故修正後即明白表示最高限額抵押權僅有「確定期間」而無「存續期間」。
- 2.惟修正前，因實務見解承認概括最高限額抵押權，故存續期間具有限定擔保債權範圍之意義。而依最高法院 66 年台上第 1097 號判例認為，此種抵押契約定有存續期間者，訂立契約之目的，顯在擔保存續期間內所發生之債權，凡在存續期間所發生之債權，皆為抵押權效力所及，於存續期間屆滿前所發生之債權，債權人在約限定額範圍內，對於抵押物均享有抵押權，除債權人拋棄為其擔保之權利外，自無許抵押人於抵押權存續期間屆滿前，任意終止此種契約。縱令嗣後所擔保之債權並未發生，僅債權人不得就未發生之債權實行抵押權而已，非謂抵押人得於存續期間屆滿前終止契約而享有請求塗銷抵押權設定登記之權利。
- 3.準此，本題甲乙之概括最高限額抵押權既有效存在，且有約定存續期間，故於 105 年 9 月 21 日前，如符合約定之擔保債權，仍有發生之可能。故丙主張該抵押權，已於 97 年 12 月 21 日因清償借款債權及利息而消滅之主張，應無理由。

<sup>註5</sup>參見最高法院 66 台上 1097 號判例、83 年台上 1055 號判例。謝在全，謝在全，《民法物權論（下）》，99 年 9 月修訂 5 版，頁 16。陳重見，〈新抵押權法之適用問題研析〉，《法學叢刊》，NO.219，頁 110 以下。

<sup>註6</sup>謝在全，《民法物權論（下）》，99 年 9 月修訂 5 版，頁 16。

(四)丙主張其所擔保之債權範圍亦未包含上述連帶保證之債權，應有理由：

- 1.按保證債務是否為最高限額抵押權之擔保範圍，實務上就概括限額抵押權係採肯定之見解（最高法院 82 年台上 2832 號判決、97 年台上 974 號判決參照），然縱認非屬概括限額抵押權者，如當事人約定之擔保債權有包括「保證」時，亦為該抵押權效力所及。
- 2.惟學說認為<sup>7</sup>，保證債務是否為最高限額抵押權之擔保範圍，將因所約定擔保債權範圍標準之不同而有異，如保證債務與當事人所約定擔保債權範圍之一定法律關係，非有相當關連者，不得逕解為係擔保債權。
- 3.學生以為，本題甲乙約定之擔保債權，僅約定「保證」而屬概括最高限額抵押權，於新法施行前固屬有效，惟系爭最高限額抵押權係屬一種繼續性法律關係，其效力將橫跨至修正後之範圍，故為貫徹修法後禁止概括最高限額抵押權之立法意旨，以保障後次序抵押權人及普通債務人之權利，如該約定事由係發生於修正後之情形時，仍應認為須符合「一定之法律關係」所生之債權的要件，始為最高限額抵押權之擔保範圍。
- 4.準此以言，本題甲乙間於就丁之保證債務，係成立於 98 年 3 月 1 日，故應有修正後之第 881 條之 1 第 2 項之適用，而其僅約定「保證」，並無從得知係依何人或依何種法律關係為保證，而不符合實質限定及客觀明確之標準，故該「保證」之約定，並非基於一定之法律關係，其違反物權法定主義，依民法第 71 條規定應屬無效。是以，丙若主張其所擔保之債權範圍，亦未包含上述連帶保證之債權，應有理由。

三、甲男與乙女於 80 年 5 月 20 日結婚，婚姻關係中先後生下丙、丁。94 年 6 月 6 日甲病故，遺有現金及土地等遺產，同年 9 月 30 日乙、丙、丁將繼承關係處理完畢。98 年 12 月 25 日乙整理甲遺留之書信文件時，赫然發現甲生前以電腦打字列印並親手簽名之遺囑一件，製作日期為 94 年 4 月 4 日，內容除有「請愛妻成全本人婚外所生之子戊（90 年 10 月 10 日生）認祖歸宗」等語外，並有請求乙原諒之文字表示。乙於傷心之餘，雖依遺囑指示於 12 月 26 日以電話知會戊及戊之生母，卻對彼等表示：乙、丙、丁均認甲之遺囑未具法定方式，因此無法完成甲認領戊之遺願，戊仍係甲婚外所生子女，自無繼承人之資格；況且甲之遺產早經分割處分，已無贖餘可供戊繼承。請問戊可為如何主張？（45 分）

命題意旨	本題測驗重點在於：婚生子女與非婚生子女之認定、認領之意義與效力、自書遺囑之要件等爭議。
答題關鍵	本題基本之考題，難度不高。同學僅須將本件涉及之考點，分層次清楚表明，應可輕易獲取高分。
高分閱讀	梁台大，身分法講義第二回，第四章第三節，P.25。 梁台大，身分法講義第三回，第九章第二節，P.79～P.80。

#### 【擬答】

(一)戊可主張自己為甲男之婚生子女：

- 1.針對戊身分上之主張，涉及戊是否為甲男之婚生子女乙節，爭點在於戊是否為非婚生子女、甲於生前是否已對戊有為認領或準正之意思，以及自書遺囑是否生效？合先敘明。
- 2.戊為非婚生子女：
  - (1)「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。」、「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。」、「非婚生子女認領之效力，溯及於出生時。但第三人已得之權利，不因此而受影響。」民法第 1061 條、第 1062 條第 1 項、第 1065 條第 1 項、第 1069 條定有明文。按認領係不要式行為，具有單獨行為（無庸被認領人之同意）之形成權之性質。又生父如對非婚生子女有撫育事實者，視為認領。從保障非婚生子女利益之立場，解釋上僅從客觀上認定撫育者是否為非婚生子女之生父、有無撫育事實即可，至於生父主觀上是否以該子女為自己子女之意思為撫育者，則非要論。
  - (2)查戊如為甲與生母為親生而具有血緣關係，且生母與他人並無婚姻者，是從戊出生日回溯第 181 日起至第 302 日止之受胎期間，甲與生母並無婚姻關係存續，顯見戊屬非婚生子女甚明。
  - (3)甲於生前已對戊有認領之行為，戊為甲男之婚生子女：
  - (4)因甲生前早已知悉戊為其非婚生子女，衡諸常情，假若甲生前對戊有撫育事實者，依民法第 1065 條第 1 項後段之規定，甲因撫育而視為認領，使戊溯及至出生之時即為甲之婚生子女甚明。
  - (5)退步言，縱認甲無撫育事實者，則爭點在於：甲生前即 94 年 4 月 4 日於遺囑上表明「請愛妻成全本人

<sup>7</sup> 謝在全，《民法物權論（下）》，99 年 9 月修訂 5 版，頁 36。



婚外所生之子戊認祖歸宗」等語，是否發生認領之效力？

- (6)「自書遺囑者，應自書遺囑全文，記明年、月、日，並親自簽名；如有增減、塗改，應註明增減、塗改之處所及字數，另行簽名。」民法第 1190 條定有明文。按遺囑人非自己親自直接書寫，而以電腦打字之方式寫下遺囑者，實務上目前認為因欠缺「自書」之自書遺囑法定形式要件，該遺囑不符法定要件而無效（臺灣高等法院臺南分院 97 年度家上字第 26 號民事判決意旨參照）。再按，認領之意思表示表達於遺囑中時，仍為有效之認領；該認領之意思表示既係遺囑人於死亡前所為，自應於認領時即溯及自子女出生時發生認領之效力。又有鑑認領行為係不要式行為，縱然該自書遺囑不符法定要件而無效，解釋上應僅限於遺產處分部分之行為無效，而不妨礙認領意思表示之效力，合先敘明。
- (7)查甲雖於 94 年 4 月 4 日以電腦打字列印並親筆簽名之方式作成遺囑，惟該遺囑並非甲「親筆書寫」，核與自書遺囑之要件不符，該遺囑不生效力。惟有鑑認領行為係不要式之單方行為，則該遺囑上既已表明「請愛妻成全本人婚外所生之子戊認祖歸宗」等語，益徵甲確有認領戊之意思與單獨行為，自應認為甲於生前既已認領戊，戊自屬甲之婚生子女，已臻明確。循此，如有必要，戊得以乙丙丁為被告，提起確認甲戊親子關係存在之訴。

(二)戊可主張繼承回復請求權，向乙丙丁請求就遺產應繼分之給付：

- 1.「非婚生子女認領之效力，溯及於出生時。但第三人已得之權利，不因此而受影響。」、「繼承權被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之。」、「前項回復請求權，自知悉被侵害之時起，二年間不行使而消滅；自繼承開始時起逾十年者亦同」民法第 1069 條、第 1146 條第 1 項、第 2 項定有明文。按生父於生前已為認領或撫育者，其非婚生子女已視為婚生子女，則自繼承開始時，該子女已屬生父之繼承人，當無但書限制溯及既往效力之問題。是以，縱然遺產業經其他繼承人分割處分，仍不妨礙該子女向其他繼承人主張繼承回復請求權之權利，益徵明確。
- 2.查甲於 94 年 6 月 6 日病故，其繼承人除乙丙丁三人者外，因甲生前已有認領戊之意思表示或撫育之事實，戊既為甲之婚生子女，是繼承人尚包含戊。乙丙丁三人未保留戊對遺產應繼分之權利，自屬侵害戊遺產權利之行為，戊自得爰依民法第 1146 條第 1 項之規定，向乙丙丁三人主張財產上之權利。至於乙丙丁三人抗辯遺產早已分割處分，已無賸餘可供戊繼承等云云，應乙丙丁三人侵害戊之應繼分在先，且本件應無民法第 1069 條但書規定之適用，自無可採，併予敘明。

四、X1 起訴將 Y 列為被告，請求法院判決命 Y 返還 A 地予 X1，其主張之事實及理由略為：「A 地為 X1 之父親 X 於生前出租給 Y，租期至 99 年 12 月 31 日止。惟租期屆滿後，經 X 多次催告返還，Y 均置之不理。X 於 100 年 5 月 1 日死亡，A 地由 X1、X2 及 X3 三人共同繼承所有權，X1 應有權利請求 Y 返還土地。」Y 則抗辯其仍有租賃權，曾在 X 生前續訂租約，非無權占有等語。問：(38 分)

(一)就本件訴訟，法院應如何進行爭點整理程序？有無應予以闡明之事項？

(二)就本件訴訟，X1 如受敗訴判決確定，該判決之既判力是否及於其他共有人 X2 及 X3？X3 於該判決確定後就教於律師，有無可能再向 Y 起訴請求返還 A 地，如果您是 X3 之律師，可給予何適當建議？

命題意旨	測驗考生對於「爭點整理程序」之熟稔度與實際個案之操作，以及對於「訴訟標的」、「既判力」等概念之理解程度問題。
答題關鍵	<p><u>第一小題</u>：本題在於測驗「爭點整理程序」之個案操作，答題上可由爭點整理程序之法源依據—民事訴訟法第 296 條之 1 加以破題，在判斷題意為當事人以紛爭單位型起訴後，開始進行事實型爭點整理程序。並分就最上位爭點整理、事實上爭點整理與證據上爭點整理加以論述。實際作答時，須謹記「具體針對個案作答」與「假設個案狀態」之技巧，作答內容或有不同亦無妨，但切勿空泛、抽象描述，以致言之無物。</p> <p><u>第二小題</u>：本題在測驗訴訟標的與既判力客觀、主觀範圍之連動性問題。答題上應立基於前訴訟當事人對於訴訟標的不同擇定之前提，為不同之敘述與說明。如第一小題，作答內容或有不同亦無妨，但切勿論以一般化之抽象描述，為較佳之解答方法。</p>
高分閱讀	喬律師，《民事訴訟法 II》，A59-A70。

#### 【擬答】

(一)受訴法院應行事實型爭點整理程序，說明如下：

高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

- 1.依民事訴訟法（下稱本法）第 296 條之 1 之規範，法院調查證據前，應踐行爭點整理程序，藉爭點之明確、具體化，達審理集中化之目標、指向當事人程序利益之保護及回應訴訟經濟之要求。本件 X1 起訴雖未具體表明實體法上請求權基礎，惟仍得評價以「紛爭單位」特定訴訟上請求，受訴法院應行事實型爭點整理程序，評價該所表明之廣義原因事實該當之實體法請求權基礎。並藉闡明義務之行使，促使當事人間對訴訟標的加以擇定、排列客觀合併態樣、成立爭點簡化協議等，應先予敘明。
  - 2.本件廣義原因事實可具體評價為「所有物返還請求權」與「租賃物返還請求權」二者。法院應就此公開心證、表明法律見解，促使當事人就訴訟標的加以擇定、排列、成立簡化協議。如當事人欲對於「所有物返還請求權」加以主張，應闡明當事人變更其聲明，請求返還 A 地於 X1.X2.X3 等三人；如主張「租賃物返還請求權」，則應闡明其變更返還請求之聲明（同上）與補正其當事人適格之欠缺（民法 831 條準用第 828 條第 3 項參照）、職權通知 X2.X3 參加訴訟，或於 X2.X3 拒絕同為原告或參加訴訟時，闡明甲得聲請強制裁定追加等。
  - 3.就訴訟上請求之最上位爭點整理後，法院應為「事實上」、「證據上」之爭點整理，分析系爭實體法上請求權之要件，就主要、間接與輔助事實與證據等爭執、不爭執事項為整理。本件成立「所有物返還請求權」實體法上要件事實為「X1.X2.X3 為 A 地所有權人」、「Y 為無權占有」；「租賃物返還請求權」之要件則為「X1.X2.X3 為 A 地所有權人」、「租賃契約期限屆滿」。其中「X1.X2.X3 為 A 地所有權人」、「前租賃契約已期限屆滿」為不爭執之事項，蓋 Y 之抗辯得視為附限制之自認。惟「新租賃契約之存在」則為雙方爭執之要件事實，法院應就相關間接事實、輔助事實、相關證據公開心證、表明法律見解行爭點整理，確認具有關連性、重要性之事證為何，協同擬定適當之審理計畫，已達審理集中化、防止突襲性裁判之目標。
- (二)前訴訟既判力之範圍，應以 X1 關於訴訟標的之擇定而論，論證如下：

- 1.本件前訴訟之既判力範圍，應視 X1 對訴訟標的之擇定分以定之。亦即如 X1 所擇定者為「所有物返還請求權」，則依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條之規範，係成立「法定訴訟擔當」，則依本法第 401 條第 2 項之規範，既判力擴張於實質當事人 X2.X3。惟如 X1 所主張者為「租賃物返還請求權」，如 X2.X3 未追加為原告或為訴訟參加，則係當事人不適格，法院所為之判決自為無效判決，亦無所謂既判力擴張於 X2.X3 之問題。
- 2.因此，如前訴訟 X1 僅主張所有物返還請求權，X3 之律師可建議其主張租賃物返還請求權，或以未獲程序保障為由，依本法第 507 條之 1 以兩造為共同被告提起第三人撤銷訴訟，撤銷前訴訟判決對其不利部分，併同向 Y 依所有物返還請求權主張返還 A 地；惟如前訴訟 X1 所主張者為租賃物返還請求權，前訴訟係屬無效判決，實務見解認為無效判決在仍具有判決之形式下，X3 仍須循法定程序解消判決之形式者（司法院釋字 135 號解釋參照）。惟文獻上有主張無效判決不生判決之效力者，管見擬採之，此時 X3 之律師可建議逕行提起後訴訟即可。此外，前訴訟如 X1 併同主張二請求權者，則 X3 之律師可建議併為上開二主張，併予敘明。

五、甲主張某 A 畫係其向乙之被繼承人丙所購買，價金 100 萬元已經支付，請求乙履約，乙稱無買賣契約予以拒絕，甲乃於 95 年 1 月 2 日起訴，請求乙移轉 A 畫所有權並交付 A 畫，且提出蓋有丙印文之讓渡書一紙為證。乙則否認該讓渡書上丙之印文為真正。第一審法院以甲不能證明該讓渡書上丙之印文為真正，甲之主張不可採，駁回甲之訴。甲上訴後，第二審法院仍以同一理由，駁回甲之上訴，該第二審判決書並於 95 年 10 月 20 日送達予甲、乙（以不必加計在途期間為前提作答）。請問：

- (一)若甲主張第二審判決違背法令，於 95 年 11 月 15 日提起第三審上訴，第二審以甲之上訴已逾上訴不變期間。且上訴利益亦未逾 150 萬元，裁定駁回甲之第三審上訴，甲復對於該裁定提起抗告，經最高法院以同一理由，裁定駁回甲之抗告，並於 96 年 2 月 2 日送達裁定書予甲。甲隨即於 96 年 2 月 3 日，以第二審判決適用法規顯有錯誤為理由，對第二審判決向第二審法院提起再審之訴。甲提起再審之訴，是否已逾不變期間？（19 分）
- (二)若甲未對於第二審判決提起上訴，而於 95 年 11 月 15 日對於第二審判決提起再審之訴，主張其於昨日見到丁，丁稱在家中發現丙所贈送之倚天屠龍記一書內蓋有丙之印文，該印文與讓渡書上丙之印文相同，法院可令丁攜帶該書到庭，證明讓渡書上丙之印文為真正，丁亦同意到場作證，原確定判決有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 13 款之再審事由等語，並提出丁

所出具之到場同意書為證。問法院應如何處理？（18 分）

命題意旨	測驗學生對於再審程序之理解與相關實務見解之熟稔度。
答題關鍵	第一小題：審程序之命題，向來均以實務見解為重心。本題命題自最高法院 78 年台抗 149 判例，惟不知有此判例之考生，仍得由「判決確定之時點」與「再審之不變期間」二者加以推論，為靈活運用之命題。 第二小題：本題係對於以「發現未經斟酌之證物」提起再審之訴之測驗題型，在其餘程序事項皆為合法下，其最大之爭議焦點在於當事人所提出之新證據，究屬「人證」或「物證」？測驗學生之綜合思考能力與定性能力，應屬較難之題型。
高分閱讀	喬律師，《民事訴訟法 II》，P13-11-P13-20。

### 【擬答】

(一)甲之再審之訴已逾不變期間，非為合法，論證如下：

- 1.按再審之訴，應自判決確定時起算三十日之不變期間內提起之，民事訴訟法（下稱本法）第 500 條第 1 項、第 2 項參照。
- 2.本件第二審法院以甲已逾第三審之上訴期間，裁定駁回甲之第三審上訴，其判決之確定時點，應認為係上訴期間屆滿時者，蓋上訴期間內未有合法之上訴阻其確定者（本法第 398 條第 1 項參照）。故甲之上訴期間屆滿於 95 年 11 月 9 日，判決自於 95 年 11 月 10 日始即為確定。甲於 96 年 2 月 3 日提起再審之訴，自顯逾再審之訴之三十日不變期間，非為合法。（最高法院 78 年台抗 149 判例參照）
- 3.附帶說明者為，當事人以有本法第 496 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤為由提起再審之訴，應認此項理由於判決送達時當事人即可知悉，故計算三十日之不變期間，應自判決確定時起算，無本法第 500 條第 2 項但書再審理由知悉在後之適用，併予敘明。（最高法院 70 年台再 212 判例參照）

(二)法院應以甲之再審之訴不合法，裁定駁回之，論證如下：

- 1.按當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物者。但以如經斟酌可受較有利益之裁判者為限，得提起再審之訴，本法第 496 條第 1 項第 13 款參照。所謂發現未經斟酌之證物，實務認為應以證物在前訴訟程序中即已存在，而當事人不知其存在或不能予以使用，判決確定後始發現或得使用者而言。（司法院院字 1291 號解釋參照）惟本款之證物僅包括書證及與書證有相同效力之物件或勘驗物等項，但並不包括證人，是以發見人證不能據而提起再審之訴，合先敘明。
- 2.本件係屬不得上訴第三審之案件，甲於 95 年 11 月 15 日提起再審之訴，自未逾不變期間與再審補充性原則之限制（本法第 496 條第 1 項、第 500 條參照），先予說明。惟其所提出之「倚天屠龍記」之印文，單獨就該證據加以觀之，並非能證明丙讓渡書印文之真正，即非屬如經斟酌可受較有利益之裁判者。其須與丁之證詞相結合，始能動搖原審裁判對該印文真正性之認定基礎，又按甲提起再審之訴，僅提出丁之到場同意書為證，故核甲所發現者應總體評價為人證，非符合本法第 496 條第 1 項第 13 款之再審事由之要件，本件法院應以甲之再審之訴不合法裁定駁回之。

六、甲有一棟違章建築房屋，出租給乙，約定作為營業店面之用，租期五年。甲將房屋交付予乙之後，乙請求甲配合提供房屋相關文件資料，以便向主管機關申請營利事業登記，卻遭甲以各種理由推辭，以致乙遲遲未能辦妥營利事業登記手續，店面無法開張。乙乃就其無法如期營業所生損失，起訴請求甲賠償損害。

針對乙之請求，甲提出如下抗辯：第一，違章建築依法不得交易，雙方租賃期約自始標的不能，並且違反法律禁止規定，應屬無效；第二，甲已交付房屋予乙，房屋本身並無任何不能使用之瑕疵，雙方亦未約定甲有配合辦理營利事業登記之義務，乙應自行設法解決，與甲無關；第三，退一步言，房屋既能使用，乙即便未能辦妥營利事業登記手續，依然可以如期開張營業，毫無損失可言。

另，甲、乙損害賠償訴訟進行中，乙一直任令該房屋處於棄置狀態，沒有任何利用規劃。乙之友人丙於是趁機占用該房屋，出資裝潢後，經營餐飲業務，惟生意慘澹，顧客稀少。乙明知丙占用房屋之事，一開始仍不聞不問，執意靜待其與甲間損害賠償訴訟結果。二年後，乙才決定以丙為被告，起訴請求丙返還一筆相當於房屋租金之不當得利。





針對乙之請求，丙提出如下抗辯：第一，其占用房屋，營業業績不佳，虧損連連，又為房屋支出裝潢費用，不但未受有利益，反而尚有損失；第二，乙任意棄置房屋，全無利用規劃，並未因其占用行為受有損害；第三，乙明知其占用房屋之事，二年期間內均不聞不問，不得再行事使權利；第四，退一步言，房屋屬甲所有，丙縱有不當得利，亦應由甲出面請求返還利益，與房屋承租人乙無關。

(一)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明乙對甲之損害賠償請求有無理由？(30 分)

(二)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明乙對丙之不當得利請求有無理由？(30 分)

(三)乙、丙二人不當得利訴訟中，何人應就丙是否無權占用房屋之事實，負舉證責任？(30 分)

命題意旨	測驗考生關於「契約法」債務不履行責任、「不當得利法」以及延伸之「舉證責任」問題。
答題關鍵	<p><u>第一小題：民法〈契約法〉試題</u></p> <p>測驗考生關於契約法中「附隨義務」之了解，以及其債務不履行之處理。此外，亦將「違章建築問題」、「租賃物瑕疵之認定」以及「損害賠償之範圍」等問題加以命出，為極具鑑別度之測驗題型。考生須對契約法與損害賠償法有貫徹之了解，始能清楚答題。</p> <p><u>第二小題：民法〈不當得利法〉試題</u></p> <p>「不當得利法」之立法意旨，向與侵權行為法、債務不履行法等責任法制不同，本題就「權益侵害型不當得利」加以命出，就「利益」、「損害」、「請求權主體」與「權利失效」為綜合測驗，亦為極富技巧性之測驗題型，未對於「不當得利法」有清楚之概念，將難以作答本題。</p> <p><u>第三小題：民事訴訟法試題</u></p> <p>舉證責任之學說，多數文獻以法律要件分類說之特別要件說為判斷標準，惟實務上似非單獨採取法律要件分類說而排斥其他學說之參互適用者。本題對於不當得利「無法律上原因」之消極要件事實之舉證責任測驗，僅在測驗學生對於舉證責任之理解與論證能力，為單一考點題型，故答題上應將法律要件分類說、待證事實分類說分而述之並加以擇採，為邏輯連貫之論述，評分之重心，亦在於論述過程之嚴謹而非結論。</p>
高分閱讀	<p>第一小題：劉台大，民法上課講義第三回，P32.P56、P222-P223。</p> <p>第二小題：劉台大，民法上課講義第三回，P149-P152。</p> <p>第三小題：喬律師，《民事訴訟法 II》，P13-11-P13-20。</p>

### 【擬答】

(一)乙對甲之損害賠償請求有理由，論證如下：

- 1.按出租人應以合於所約定使用收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用、收益之狀態，民法第 423 條參照。所謂合於約定之使用、收益之狀態，應以當事人間於訂立租賃契約時所預設之共同主觀之認知，為其認定之標準。(最高法院 89 年台上 422 判決參照)如出租人交付之租賃物，不合於約定之使用目的，自與債之本旨不符，出租人得依債務不履行之規範請求損害賠償，合先敘明。(最高法院 98 年台上 222 判決參照)
- 2.本件甲出租店面予乙、約定做為營業店面之用，依社會通念、交易慣例與雙方共同主觀上之認知，自負有提供相關文件協同辦理營利事業登記之附隨義務，使房屋合於約定使用、收益之狀態，故甲抗辯房屋無不能使用之瑕疵、雙方無協同為營利事業登記之約定均無理由。甲不履行其附隨義務，乙自得依民法第 227 條第 1 項不完全給付之規定，向甲請求損害賠償。
- 3.再按損害賠償之範圍，應包含所受損害與所失利益二者，民法第 216 條參照。本件乙不能營業之損失，屬所失利益，自得加以請求之。惟甲抗辯房屋既能使用，自得開業，乙無任何損失者，亦非合理。蓋甲不得對乙無營利事業登記之營業有違法之期待，依社會通念，亦不能強使乙須為違法之營業，故甲之抗辯，均係屬無理由。
- 4.另關於違章建築，雖於建築法規上係屬違法建築，惟在民法之判斷上，違章建築興建完成，興建人仍亦取得不動產所有權。甲既為所有權人，自得將該不動產之使用、收益權加以處分、交易慣例上違章建築之租賃亦屬常有，依社會通念，自不能託言契約自始客觀不能或法律行為違反強制或禁止規定而無效。
- 5.綜上，乙對甲之損害賠償請求有理由。

(二)乙對丙主張不當得利請求係有理由，論證如下：

- 1.按無法律上之原因受有利益，致他人受有損害者，負利益返還之義務。民法第 179 條參照。本件丙無法律

上之原因，占用乙所承租之房屋，自屬欠缺法律上原因而違反權益歸屬對象取得其利益，成立權益侵害型之不當得利，合先敘明。

- 2.關於權益侵害型不當得利之要件認定，其「利益」應以客觀性加以認定，亦即當事人不得以其主觀上無利益加以抗辯。本件丙無權占用乙承租之房屋，自屬客觀上受有相當於租金之利益。（最高法院 61 年台上 1695 判例參照）丙之抗辯其主觀上無利益，非有理由。
- 3.另按權益侵害型不當得利「損害」之認定，須以「是否違反法律秩序上對於權益歸屬之規定」加以判斷，文獻上有稱為「權益歸屬說」者。此種損害，亦僅需違反法律秩序上權益歸屬應然狀態者即足，不以當事人主觀上有使用計畫、受有主觀上損害為限，故丙之抗辯乙主觀上無使用計畫無損害，亦非有理由。
- 4.權益侵害型不當得利之請求權主體，應以權益歸屬對象加以認定（最高法院 98 年台上 1156 判決參照）。本件房屋使用收益權應歸屬於承租人乙，故丙之抗辯甲非所有權人無理由。
- 5.此外，丙主張乙不得再行使權利，亦即主張「權利失效」，亦非可採。文獻上對於主張「權利失效」者，必以當事人之行為，引起不行使權利之正當信賴為要件。丙無權占有於前，乙係因等待訴訟結果不行使權利在後，應難認可評價係對於權利之不行使正當信賴之引發，故丙之抗辯亦無理由。
- 6.綜上，乙對丙主張不當得利請求係有理由。

(三)丙應就其有權占用房屋之事實，負舉證責任，論證如下

- 1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，本法第 277 條前段參照。多數文獻對於舉證責任分配之法則，係採法律要件分類說之特別要件說，「凡主張權利發生事實之當事人，負舉證責任」、惟在權利發生之基礎下，「主張權利障礙、消滅或排除」事實者，亦須負舉證責任。如依上開文獻之見解，本件乙向丙主張不當得利之請求，應由乙就要件事實負舉證責任。
- 2.惟我國部分實務於舉證責任之運用上，亦非單獨採取法律要件分類說而排斥其他學說之參互適用者。如採「待證事實分類說」，主張積極事實者應負舉證責任，故如採待證事實分類說，本件丙應就其有權占用房屋之積極事實，負舉證責任。（最高法院 78 年台再 63 判決參照）
- 3.新近實務亦有認為，對於不當得利消極事實之舉證責任，應加以類型化觀察。主張不當得利之原告，如因自己行為致原由其掌控之財產發生主體變動，自應承擔無法律上原因而生財產變動消極事實舉證困難之危險，（最高法院 99 台上 2418 判決參照）反之，如財產變動係因被告之行為所為，則亦可將其危險歸於被告。管見擬加以採之，蓋舉證責任之危險，本不應由「法規要件」或「待證事實」僵化區分，而應係由類型化加以區分較為細緻。
- 4.故本件財產變動之事實係由占有人丙引起，依上開見解，應就其有權占用房屋之事實，負舉證責任。

