

113年公務人員特種考試司法官考試第二試 113年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：民法與民事訴訟法(二)

第一題

【總題說明】

本題分為三個子題，(一)在測試考生對於訴訟繫屬中特定物之移轉與訴訟標的法律關係移轉之理解，以及民事訴訟法第255條第1項規定應如何適用於被告追加之情形，且對於新被告得為何項請求；(二)在測試確認訴訟之被告適格；(三)在測試訴訟繫屬中特定物移轉之繼受人，是否為民事訴訟法第401條第1項所稱之「繼受人」。各子題於學說或實務上均有不同見解，考生須就不同見解予以分析，並提出個人觀點。

【評分要點】

第(一)子題

於本訴訟，甲係依已終止之借名登記契約，請求乙將A地所有權移轉登記予甲。對於被告丙之追加，應根據民事訴訟法第255條第1項但書之各款事由規定判斷其合法性，甲對乙之借名登記物返還請求是否有理由，繫於乙、丙間之買賣關係及移轉行為是否有效。因此，甲對乙之請求與對丙之請求具基礎事實同一（民訴法第255條但書第1項第2款）、先決法律關係之確認（第6款）或不甚礙被告之防禦或訴訟之終結（第7款）。但甲對乙之本訴訟請求，與丙非不具必要共同訴訟關係，無第5款之適用。

於訴訟繫屬中，乙將A地出賣給丙並已辦妥所有權移轉登記，由於甲主張乙、丙間為「假買賣」，即該債權行為及物權行為均為通謀虛偽意思表示而無效，甲得請求法院確認乙、丙間買賣關係不存在，且為能澈底解決紛爭，後訴訟中，甲得依民法第242條代位乙請求丙辦理A地所有權移轉登記之塗銷，以回復至乙名義之所有權登記，並得對乙請求辦理所有權移轉登記予甲。

第(二)子題

甲是否須列乙、丙為共同被告，涉及確認他人法律關係之當事人適格是否為固有必要共同訴訟。最高法院 82 年度第 2 次民事庭會議決議認為「依具體個案之類型，按其性質定之」；實務上不同見解如下：

- 1、最高法院 93 年度台上字第 117 號判決：「起訴請求確認他人之某法律關係存在或不存在，須以該法律關係之雙方當事人為共同被告一同起訴，始為當事人適格。」如採此說，應列乙、丙為共同被告。
- 2、最高法院 93 年度台上字第 1987 號判決：「確認法律關係成立或不成立之訴，如有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，不論為積極或消極確認之訴，固均非不得提起，且第三人（原告）否認當事人間之法律關係存在而提起消極確認之訴，如當事人中有一方同時否認該法律關係存在者，亦祇須以主張法律關係存在之他方為被告為已足，無以該法律關係之雙方當事人為共同被告之必要。」如採此說，倘丙不爭執甲之主張，則無須列丙為共同被告。不過，為避免日後丙又再為爭執，由於其為利害關係第三人，甲或乙對丙得為訴訟告知（民訴法第 65 條）；法院亦得依職權對丙為訴訟之通知（民訴法第 67 條之 1），使其受到程序保障，並得發生參加之效力。

第(三)子題

關於 A 地所有權移轉登記之請求，依實務見解，丙不受甲、乙間確定判決之效力所及。丙如非形式上當事人，依判決相對性原則，本不受判決效力所及。但由於丙為訴訟繫屬後之 A 地（特定物）繼受人，涉及其是否該當於民訴法第 401 條第 1 項所稱之「繼受人」，而對其是否為判決主觀效力之擴張。

- 1、就此，實務向來以訴訟標的係債權或物上請求權之法律關係移轉以判斷特定繼受人，最高法院 61 年台再字第 186 號裁判先例：「民事訴訟法第 401 條第 1 項所謂繼受人，依本院 33 年上字第 1567 號裁判先例意旨，包括因法律行為而受讓訴訟標的之特定繼承人在內。而所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。至法律關係，乃法律所定為權利主體之人，對於人或物所生之權利義務關係。惟所謂對人之關係與所謂對物之關係，則異其性質，前者，係指依實體法規定為權利主體之人，得請求特定人為特定行為之權利義務關係，此種權利義務關係僅存在於

特定之債權人與債務人之間，倘以此項對人之關係為訴訟標的，必繼受該法律關係中之權利或義務人始足當之。」然學說上有不同見解，不論本訴訟之訴訟標的之實體法上權利屬性為何，法院所為確定判決之既判力均擴張及於繼受人。

- 2、本件訴訟之訴訟標的為借名登記契約終止後之請求權，此為債權請求權，並非所有物返還請求權（物上請求權）。如依實務見解，甲、乙間之確定判決效力不及於丙。但依學說見解，丙應受判決之效力所及。為賦予丙程序保障，法院宜依民事訴訟法第 67 條之 1 規定通知丙參與程序。

【閱卷委員的話】

第(一)子題

- 1、既然問追加當事人合法與否，當檢視訴之追加要件。如能一一檢視各追加要件，最為完備；否則，如肯定合法，至少須說明符合其中一要件（如請求之基礎事實同一）。
- 2、依甲所主張乙、丙間虛偽買賣之事實，甲對丙之請求係代位乙請求丙塗銷 A 地移轉登記及交還該地。甲至少要聲明該登記塗銷，方能與其對乙請求移轉登記配合，使該紛爭獲一次訴訟解決。

第(二)子題

確認他人間法律關係不存在之訴，是否為被告方面之固有必要共同訴訟，有不同見解存在。如採否定說，須表明其中之一不爭執，否則雖非當事人不適格，亦因判決效力不及之，致欠缺權利保護必要，此際法院宜視情形為職權通知。如採肯定說，於被告有所遺漏時，法院亦應闡明，使原告得為補正，追加被告俾當事人適格。

第(三)子題

向來審判實務區分訴訟標的之權利為物權或債權，以決定確定判決之效力是否擴及於系爭物之特定繼受人。此係從該權利有無對世效之實體法觀點為解釋。惟民訴法就判決效力所及之繼受人並未為如此區分，且其修正已對受移轉人賦予事前及事後的程序保障，則上述見解難為現行法之解釋論。

第二題

【總題說明】

本題主要在測驗應考人對不當得利請求得以返還範圍及選擇合併所生相關實體法及訴訟法問題，暨民法第 272 條規定於不當得利請求部分有無適用。此外，測驗應考人關於抵銷之要件，參照民法第 339 條規定，故意侵權行為而負擔之債，其債務人不得以其他債權主張抵銷，則該債務人於本件判決確定後，另案起訴請求，是否違反確定判決之既判力。

【評分要點】

第(一)子題

- 1、是否有論述到民法第 197 條第 2 項規定，本件被害人之侵權行為損害賠償請求權雖罹於時效，仍得依不當得利規定請求返還利益。
- 2、是否有論述到民法第 272 條規定，就不當得利請求部分，多數得利之人，民法並未規定應連帶返還責任，且本件乙、丙二人復未明示願負全部給付責任，故僅就其各自所受利益部分負返還責任，不負連帶給付責任。
- 3、是否有論述選擇合併係指原告在同一訴訟程序上以單一聲明，主張兩個以上之訴訟上請求，但委諸法院審理；只要法院審判其中一個請求有理由，即不請求法院判另外一個請求。至於判決何項請求有理由，交由法院選擇。
- 4、是否有論述到法院審理結果，若認本件侵權行為損害賠償請求，因罹於消滅時效為無理由，但不當得利請求有理由，僅須就本件乙、丙二人各自得利範圍為甲勝訴之判決，駁回甲之其餘請求。

第(二)子題

- 1、是否有論述抵銷之要件，參照民法第 334 條規定有五：A. 二人互負債務；B. 主動債權及被動債權均須有效存在；C. 雙方債務給付種類相同；D. 雙方債務均屆清償期；E. 須為適於抵銷之債務（即無依債務性質、當事人特約或依法律規定不得抵銷情事）。又依民法第 339 條規定：因故意侵權行為而負擔之債，其債務人不得主張抵銷。
- 2、是否有論述加害人盜賣被害人財物，被害人得基於損害賠償之法律關係，請求損害賠償，同時得基於不當得利之法律關係，請求返還其所受之利益，即構成請求權之競合。該兩項法律上性質不同之請求權所據之原因事實應同屬

「因侵權行為而負擔之債」之範疇，則加害人如因故意侵權行為而受利益，致被害人受損害，被害人於侵權行為損害賠償請求權時效完成後，再依不當得利請求權為主張，仍有民法第 339 條規定之適用。

- 3、是否有論述民事訴訟法第 400 條第 2 項規定，本件損害賠償債務人主張借款債權之抵銷部分因違反民法第 339 條規定，不生抵銷效力，法院既未就該抵銷之借款債權是否成立為裁判，依民事訴訟法第 400 條第 2 項規定，不生既判力。該債務人以另案起訴請求，不違反確定判決之既判力。

【閱卷委員的話】

壹、整體部分

- 一、本題第(一)、(二)子題均各有 2 個小子題，宜依序分點回答，以免漏萬。
- 二、題旨已明確設定之事實及程序事項，不須贅論。例如：題幹載明「乙、丙於訴訟中抗辯時效消滅」，不須贅論法院可否闡明時效。題幹載明「甲追加不當得利返還請求權」，不須贅論法院應否闡明追加。題幹載明「甲請求法院擇一判命乙、丙…」(選擇合併)，不須另論預備合併。第(一)子題設定「甲主張事實屬實」，不須贅論舉證責任分配或反其認定；又設定「侵權行為損害賠償請求權已罹時效」，毋須贅論時效起算。第(二)子題設定「乙對甲借款債權確屬存在」，不須贅論舉證責任分配或反其認定。
- 三、部分應考人僅寫結論，無推論過程，即屬理由不備。
- 四、法條條號、條文內容、題旨所設日期及金額，應避免誤植、誤載。

貳、第(一)子題部分

- 一、關於「甲請求乙、丙連帶給付 250 萬元，有無理由？」部分：
 - (一) 甲追加不當得利返還請求權之程序部分：

題設「乙、丙同意甲所為追加」，且甲追加之新訴與原訴之基礎事實並無不同，合於民事訴訟法第 255 條第 1 項第 1、2 款之規定，程序上自應准其追加。部分應考人認其追加不合法，應有誤會。
 - (二) 甲追加不當得利返還請求權之實體部分：
 - 1、依民法第 197 條第 2 項規定之立法理由：「損害賠償之義務人，因侵權行為而受利益，致被害人蒙損害時，於因侵權行為之請求權外，更使發生不當得利之請求權，且此請求權，與因侵權行為之請求權時效無

涉，依然使其獨立存續」，可知賠償義務人因侵權行為受有利益時，得發生損害賠償請求權與不當得利返還請求權之競合，二者時效各異。又「依關於不當得利之規定」請求加害人返還所受利益，通說認為須具備不當得利之構成要件。另不當得利制度係對於違反公平原則之財產變動，使受益人返還不應歸屬於其之利益，故依不當得利法則請求返還之範圍，應以受益人所受之利益為度，不以受損人所受損害為準。

- 2、本件屬「非給付型不當得利」，部分應考人依「給付型不當得利」論斷乙、丙受益非基於甲之給付，不構成不當得利，即有誤會。又題旨已設「甲乙丙3人販售各自所有之中古車，自負盈虧責任」，部分應考人誤認甲乙丙3人屬經營共同事業之合夥契約關係，並認甲於契約解除或終止前不得請求乙、丙返還A車價金，或認乙、丙依合夥關係僅須各給付A車價金之1/3，均非正確。另甲與乙、丙間就A車售出得款之損益變動無法律上原因，部分應考人誤認乙、丙基於與第三人（買受人）之買賣契約，有法律上原因受有利益，不構成不當得利，亦有誤會。
- 3、依民法第197條第2項規範目的可知，不當得利返還請求權與侵權行為損害賠償請求權，獨立併存互相競合，前者依民法第125條定其時效，二者規範目的、構成要件及請求範圍均不同，並無依請求權規範競合理論，令前者時效縮短與後者相同之道理。部分應考人認為乙、丙因侵權行為損害賠償請求權時效消滅而可取得賣車價款之利益應予保障，並依請求權規範競合理論認為甲之不當得利請求權應適用民法第197條第1項短期時效，於法不合，並誤解不當得利規範目的。又甲請求乙、丙賠償或返還盜賣A車所得價金，為正當權利行使，非以損害乙、丙為主要目的，甲亦無不行使請求權之外觀，部分應考人認為甲起訴為權利濫用及違反誠信，應有誤會。

(三)乙、丙僅就各自所受利益負不當得利返還之責，不負連帶給付責任部分：依民法第272條規定，連帶債務以債務人明示對債權人各負全部給付之責任或以法律有規定者為限。關於不當得利請求，法無連帶責任之規定，乙、丙亦未明示願付全責，故乙、丙僅須返還各自所受利益，不負連帶責任。部分應考人誤認乙、丙應負連帶責任、或共同給付、或平均分擔，或將乙、丙同意甲追加不當得利請求權誤認乙、丙明示願負連帶責任，均非正確。又部分應考人先論民法第272條規定，但結論又認乙、丙須

連帶返還不當得利，前後矛盾。

二、關於「法院應如何裁判？」部分：

- (一) 題設甲請求法院就侵權行為、不當得利擇一為其勝訴判決（選擇合併），且前者已罹時效，則甲依侵權行為所為請求無理由，法院應就不當得利請求為判斷。又甲訴之聲明係請求乙、丙連帶給付甲 250 萬元，其範圍已涵蓋請求乙、丙各給付 150 萬元、100 萬元在內，法院無須闡明甲變更或減縮其聲明，法院應為甲一部勝訴（即判令乙、丙各給付甲 150 萬元、100 萬元）、一部敗訴（即就甲請求乙、丙給付各逾 150 萬元、100 萬元部分暨請求乙、丙連帶給付部分諭知「甲其餘之訴駁回」）之判決。部分應考人認法院應命乙、丙連帶給付 250 萬元；或認甲未變更或減縮訴之聲明即應受全部敗訴之判決；或認乙、丙為不真正連帶應各給付甲 250 萬元；或認乙、丙應共同給付甲 250 萬元，均非正確。
- (二) 甲之侵權行為損害賠償請求權雖罹時效，但仍可請求不當得利返還，甲起訴主張之事實及法律關係，客觀上有合理依據，主觀上非基於惡意、不當目的或重大過失，且甲主張清償期屆至之給付請求權存在即有訴之利益。有應考人認應逕依民事訴訟法第 249 條第 1 項第 8 款（濫訴）、第 2 項第 1 款（無權利保護必要）駁回甲之請求，容有誤會。
- (三) 部分應考人認為倘 A 車市價不及 250 萬元，乙、丙可保有超逾市價之得款部分，不須返還。此涉不當得利受益人償還價額時，應依客觀說（客觀交易價值）或主觀說（受益人所獲利益）計算之問題。誠然學者有謂：「利益所以超過損害，乃因受領人具有特殊技能或設備有以致之，則此項利益當不在返還範圍之內」。然不當得利制度既在使違反財產法上權益歸屬秩序而不當取得利益之受益人返還所受利益，若認其仍得保有因不法行為所得之利益，有違公平正義之法價值體系，允宜再為斟酌。

叁、第(二)子題部分

一、關於「乙、丙所為抵銷意思表示，是否生抵銷之效果？」部分：

- (一) 按訴訟上行使抵銷權，該抵銷主張兼具實體法（抵銷意思表示）及程序法（抵銷抗辯）之雙重性質。又抵銷為消滅債務之單獨行為，一經向他方為此意思表示即生消滅債務之效果，不待對方同意。部分應考人以訴訟上抵銷不生實體法上效力、須待提起反訴始生抵銷效力、乙之借款債

權應先經另案判決認定存在方可抵銷、甲之不當得利債權未經本案判決確定、乙未獲甲同意抵銷等等為由，認為不生抵銷效力，均非正確。

- (二) 依題旨所示，甲對乙之不當得利債權（被動債權）與乙對甲之借款債權（主動債權），給付種類相同（金錢給付之債），均屆清償期，部分應考人以給付種類不同、未屆清償期為由，認不生抵銷效力，亦非正確。
- (三) 民法第 339 條規定因故意侵權行為而負擔之債（指被動債權），其債務人不得主張抵銷，乃基於對被害人之保護。又依民法第 197 條第 2 項規定請求返還不當得利，與依侵權行為請求損害賠償，法律性質雖有不同，但所據原因事實同為「因侵權行為負擔之債」，故甲對乙之不當得利債權仍有同法第 339 條之適用。部分應考人完全未論及民法第 339 條規定；或誤認民法第 339 條係指主動債權為侵權行為之債；或誤認甲對乙之侵權行為債權依民法第 337 條規定雖因時效消滅仍可抵銷，並依上開理由認乙得以借款債權為全部或一部之抵銷，均非正確。
- (四) 部分應考人認甲對乙無債權存在或甲已不能請求，既無被動債權存在，法院毋須審究抵銷之預備抗辯，其後卻又稱乙之借款債權可為抵銷，前後矛盾。部分應考人先謂本件適用民法第 339 條，又謂乙得主張抵銷，亦有矛盾。又乙、丙各對甲負不當得利返還之責，非連帶債務，部分應考人認乙主張抵銷應依民法第 274 條及於連帶債務人丙，亦非正確。

二、關於「乙另案起訴請求該 250 萬元借款債權有無違反既判力？」部分：

民事訴訟法第 400 條第 2 項規定，主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力。受訴法院依民法第 339 條規定應認乙之抵銷抗辯為無理由，予以駁回，亦即未就乙主張抵銷之借款債權是否成立為裁判，自不生既判力，是乙於本件判決確定後另訴請求，並無違反判決既判力。部分應考人認為乙之抵銷抗辯有理由但無既判力、或認乙之抵銷抗辯無理由但有既判力、或認只要在訴訟中提出抵銷抗辯縱未經裁判亦不得提起後訴請求、或認抵銷抗辯未見諸判決主文即無既判力，均非正確。