

109 年公務人員特種考試司法官考試第二試及 109 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 評 分 要 點 及 閱 卷 委 員 的 話

科目：民法與民事訴訟法(二)

第一題

【總體說明】

本題子題一與子題二均是舉證責任分配之問題，基本規定為民事訴訟法第 277 條，實務向以規範理論補充之，學者通說亦贊成之；於個別案件類型是否另立標準加以調整，則有不同之見解。子題三是訴訟上抵銷抗辯之審理，我國民事訴訟法承認訴訟上之抵銷，學者亦有論著補充。總體而言，本題旨在測驗應考人是否知悉相關之基本規定、實務先例與學說見解，進而依據之或評論之，以合理妥適解決實體權利之紛爭。題目之解答，固有應論述之基本法律知識概念，然而因觀點或價值取捨可能不同，論述過程無既定不變之唯一標準答案。應考人得分端賴清晰呈現問題或爭點並正確運用法律概念，合理建構論述層次與邏輯。更盼應考人能於有限之應考時間中，進一步展現法律思維與論述能力，例如：說明如何達成所欲追求之規範目的，或闡述以學說補充法規範之必要性，或評論不同學說見解之得失等。

【評分要點】

子題一、依民事訴訟法第 277 條本文規定，當事人對其主張有利於己之事實，應負舉證責任。然而如何判斷其主張有利於己，我國實務與學者通說原則上以規範理論補充之，亦即主張權利成立生效者，就相關法條之要件事實先負舉證責任，若其無法舉證，則應受敗訴之判決，此時他造是否能證明所述之事實，已不重要；若主張權利成立生效者，已經先初步盡其舉證責任，此時主張權利不成立或不生效之他造，則應就權利

之障礙、消滅或抑制規範負舉證責任。不當得利返還請求權中無法律上原因要件事實，乃權利發生要件事實，係有利於主張該權利存在之債權人之要件事實，自應由債權人負舉證責任。依實務見解，就無法律上原因之要件事實應由債權人負舉證責任。其理由為：主張不當得利返還請求權之原告，如係因自己之行為致原由其掌控之財產發生主體變動，則因該財產權變動本於無法律上原因之消極事實舉證困難所生危險自應歸諸債權人，始得其平（最高法院 100 年度台上字第 1605 號、94 年度台上字第 2065 號民事判決）。基於以上說明，本子題應由甲對於乙收受 100 萬元係無法律上原因之要件事實負舉證責任。

然無法律上原因之要件事實係消極事實，舉證較為困難，且為避免債務人任意主張受領給付之原因，造成應負舉證責任之債權人無法有效進行舉證活動，因而在不當得利之訴訟，基於真實、完全及具體化義務之要求，應課以債務人負具體陳明其所得利益係基於何等原因之義務，待其具體指明受利益之原因後，由債權人就該特定原因進行舉證反駁，證明該受領原因事實不存在。此種反駁證明，因債務人應先具體說明其受領原因，對於債權人而言，自有舉證責任減輕之效果。實務即有認為：倘主張權利者對於他方受利益，致其受有損害已為證明，他造就其所抗辯之原因事實，除有正當理由外，應為真實、完全及具體之陳述，以供主張權利者得據以反駁，俾法院憑以判斷他造受利益是否為無法律上原因（最高法院 101 年度台上字第 2078 號民事判決）。基於以上說明，本題乙僅抽象稱其收受該 100 萬元有法律上原因，卻未具體、完全說明其原因為何，自未盡其主張責任。

子題二、依民事訴訟法第 277 條本文規定，當事人對其主張有利於己

之事實，應負舉證責任。清償事實係權利消滅要件事實，係有利於主張權利不存在者，自應由主張權利不存在者負舉證責任。基於以上說明，本題應由甲就其已清償貨款事實負舉證責任。

不完全給付損害賠償請求權之不可歸責要件，係債務人之免責事由，為權利障礙之要件事實，係有利於主張該權利障礙之債務人之要件事實，故應由債務人負舉證責任。為此，實務上認為：債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，其因不可歸責於債務人之事由所致者，債務人不負債務不履行責任，故不可歸責於債務人之事由，應由債務人負舉證之責（最高法院 107 年度台上字第 1678 號民事判決）。基於以上說明，本題應由乙就其所交付儀器存在瑕疵無可歸責之事實負舉證責任。

子題三、就乙所主張其對甲有貨款債權，甲所為抗辯係在攻擊防禦方法上排列順位，以清償為先位抗辯，以不完全給付損害賠償債權反對抵銷為備位抗辯。對於此種反對抵銷抗辯，法院不得直接以甲之不完全給付損害賠償債權與乙之貨款債權抵銷，而應先審理甲所主張對於該貨款債務已為清償之事實存否，如該清償事實經甲舉證成功，則乙之貨款債權消滅，其所為抵銷之主張即無理由。如經法院審理結果，認定甲未能證明清償事實，始應斟酌甲以其不完全給付損害賠償債權與乙之貨款債權抵銷有無理由。基於以上說明，本題法院不可逕行認定甲之不完全給付損害賠償債權與乙之貨款債權經抵銷而消滅，甲對乙仍有不當得利返還請求權，而判決甲勝訴。

【閱卷委員的話】

子題一與子題二，大部分應考人均能將法條與規範理論基本概念闡述

清楚。子題一之請求權基礎為不當得利，因此大部分應考人均依學說區分給付型與非給付型不當得利之舉證責任分配。給付型不當得利是基於法律關係之一定目的而為給付，依當事人意思而增益他人財產，只是該法律關係自始不存在或嗣後消滅；而非給付型不當得利可能因行為而產生。本子題係因甲誤寫帳號而錯誤匯款給乙，甲乙間是否基於法律關係之一定目的而為給付，是此處類型區分之關鍵概念，可加以思量。子題二應考人寫出甲主張清償是消滅規範，並據以論述其舉證責任，寫出乙應就不完全給付之免責舉證以及相關條文，方足以展現對學說之細緻掌握度，多數應考人有此表現，固然值得稱許。然而絕大多數應考人展現的僅是熟讀法學資料的記憶力與理解力，或能釐清爭點，或能闡述相關規範或學說，或能簡單寫幾句規範或學說的優劣，卻很少能夠展現思考力。有應考人提出學者主張之見解，認為應綜合評價「評價根據事實」及「評價障礙事實」，然而未能闡述應如何綜合評價，亦未能闡述此見解之優缺點。關於乙應負之免責舉證責任，應考人或類推適用民法第 230 條或第 231 條第 2 項但書，或引用民事訴訟法第 277 條但書，或以上條文皆有介紹，此等表現均值得給予肯定；然而應考人寫下其所熟讀詳記之前述條文後，絕大多數未能完整說明民法立法者如此規範之理由或精神何在，或運用民事訴訟法第 277 條但書之必要性或合理性為何。

子題三由應考人之作答，可以感受到應考人是否閱讀過相關論文。而無論是否閱讀過相關論文，應考人只要處理好題目案例中當事人主張之權利抗辯間邏輯順序，清楚論述，就會有中上程度之表現。部分讀過相關論文之應考人會說明：若甲不能證明已經清償，法院僅能審理甲對乙不當得利債權（此債權以下簡稱 1）與乙對甲買賣貨款債權（此債權以下簡稱 2）之抵銷，不能審理 2 與不完全給付損害賠償債權（此債權以下簡稱 3）之抵銷，避免訴訟不當擴大延伸。部分應考人會說明：若甲不能證明已經清償，法院能審理 2 與 3 之抵銷。以上二種不

同的敘述，似乎又呈現應考人深入思考與論述能力不足之缺憾。蓋若 1 與 2 皆存在時一律允許其抵銷，是否有時候會破壞由同一買賣關係中產生之 2 與 3 相互制衡的效果？蓋甲不給付貨款，或許正是因為乙不賠償損害。然而若於審理 1 訴訟標的時，法院先審理 2 與 3 之抵銷，確實也會產生不當擴大訴訟標的之疑慮。如何處理方能面面俱到？沒有標準答案，正是可以測驗應考人思考力與論述力之處。非題目所問之爭點，不宜長篇大論，若能以極簡短之文句清楚論述，有時候能收極佳強化效果。作答之分寸拿捏，有賴平時磨練，或有賴考場當下剎那間之靈感。

第二題

【總體說明】

本題以自然血親關係成立與解消及其效力為中心，測驗應考人對於相關實體法與程序法規定之理解程度與如何運用，包括婚生否認之訴、認領子女之訴與確認親子關係存否之訴等。

【評分要點】

子題一、受婚生推定之 B 女可否提起否認子女之訴，以及進而可否提起認領子女之訴的問題，先問有關否認之訴與認領之訴的被告適格，再問 B 女之請求有無理由。第一個問題應就實體法與程序法之相關規定為說明，特別就否認子女之訴與認領子女之訴，在應為被告之人死亡時（即法律推定之生父），否認子女之訴應改以檢察官，認領子女之訴應改以繼承人為被告。第二個問題為就兩訴是否有理由，應就其要件進行分析，並附理由說明因婚生否認之訴之除斥期間經過，故 B 女無法推翻婚生子女之身分，亦不得再提起認領子女之訴。

子題二、第三人可否提起訴訟解消法律上已成立之親子關係，並說明丙之請求有無理由。由於 A 男未受婚生推定，應提起確認該

親子關係不存在之訴，加以救濟，並應就確認親子關係不存在之訴的原被告適格，及有無訴之利益進行說明。B女受有婚生推定，故應就第三人是否得提起否認子女之訴的相關規定進行說明，包括原被告適格等。

子題三、婚生否認訴訟之確定判決效力問題，應先說明否認子女之訴之判決是否具備溯及效力，可就法理與實務見解進行分析，再就是否構成不當得利之要件進行說明。

【閱卷委員的話】

本題係鑑別應考人綜合適用民法親屬編及家事事件法有關確定婚生與非婚生子女身分程序規定之法律能力，題旨所涉條文不多，均在所附民法及家事事件法有限範圍內且集中，依題目內容查找容易，條文內容明確，如看清題旨及法條，可有相當高鑑別度。惟多數應考人顯未看清題目及法條內容，錯誤適用條文，答題未針對題意，以致答題內容錯誤及雜亂。以下就各題分述之：

子題一、首先多數應考人題目沒看清楚，忽略婚生否認之訴法定除斥期間之規定。其次對於否認推定生父之訴與否認子女之訴的被告不同未能區別，而將生母納入。再者對於認領之訴以生父繼承人作為被告，就生父繼承人之認定有所缺漏。最後對於已受婚生推定子女可否再提認領之訴的論證錯誤。

子題二、對於有關虛偽出生登記之A子因未受婚生推定，不應以否認子女之訴為之，而應以確認親子關係訴訟處理，始合乎確認之訴具補充性之性質，多數應考人未掌握並論述錯誤，將之與否認子女之訴混淆。此外，在確認利益之說明，對於丙是否具有確認利益產生錯誤認知，包括丙是否為繼承人，有無繼承利益之判斷，以及對於補充性質的錯誤解讀。另有應考人提及甲男、乙女抱養年幼之A並登記為婚生子女，該當「自幼撫養為子女者」而可能成立收養關係，從而認為丙對A提

起確認甲、A親子關係不存在之訴為無理由。但本題A出生係在民國74年民法第1079條修法之後，收養應經法院認可；本題欠缺法院認可，A與甲無從成立收養關係，故無庸檢討此點。最後就丙可否對血緣不符但受婚生推定之B提起訴訟而言，應提之訴訟即為否認子女之訴，但其基於家事事件法第64條之規定而來，應論述丙為繼承權受侵害之人，而非直接引用該法第63條。

子題三、多數應考人未提婚生否認之訴一旦確定之後，是否有溯及效力之問題，而直接論述不當得利，縱有提及溯及效力者亦未說明原因。對於為何構成不當得利的要件未為檢驗。亦有應考人作答邏輯不一貫之情形，例如：已認為否認之訴有溯及力，故B有不當得利；接著逕以B當初未成年為由，認為應保護B，故B無庸返還過去受甲扶養之費用，欠缺論證。應以不當得利的相關規定，作為B無庸返還的理由，例如：甲對B之扶養該當履行道德上之義務；或不當得利之受領人B，不知無法律上之原因，而其所受之利益已不存在，故免負返還或償還價額之責任；或不當得利人並非B，而係B之扶養義務人乙等等。另亦有因錯誤答題方向，而討論家事事件法有關扶養事件應適用何種程序之情形。