

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112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】

本題主要在測驗應考人對違約金酌減規定適用上所生相關訴訟法問題之掌握程度，包含：對待給付判決、反訴之闡明義務及宣告假執行適格。此外，酌減後違約金返還義務與出賣人返還買賣標的物義務之同時履行關係及違約金酌減訴訟之性質，亦在測驗範圍之內。

【評分要點】

第(一)子題

- 一、是否有論述到法院酌減違約金之法律及法理根據？
- 二、是否有論述到乙得就甲之酌減後違約金返還義務，與自己之回復原狀義務為同時履行抗辯之法律及法理根據（最高法院民事大法庭 110 年度台上大字第 1353 號裁定）？
- 三、是否有論述到法院為對待（或交換）給付判決之法律、法理根據及其具體內容？

第(二)子題

- 一、是否有論述到反訴闡明義務之法律及法理根據？
- 二、是否有論述到乙之同時履行抗辯係屬「主張消滅或妨礙原告請求之事由」，而有「究為防禦方法或提起反訴有疑義」之情事？
- 三、是否有論述到同時履行抗辯與提起反訴對於乙之實體、程序利益及公益（訴訟經濟、裁判一致性）上之差異？

第(三)子題

- 一、是否有論述到依聲請宣告假執行之法律及法理根據？向來認為具有宣告假執行適格之「關於財產權之訴訟」，是否包括形成訴訟？
- 二、是否有論述到乙所提返還酌減後違約金之（反）訴係兼具形成及確認性質之給付訴訟？
- 三、是否有論述到法院酌減違約金具有溯及效力，其實體法上效果非待判決確定始行發生？
- 四、是否有論述到乙既已願供擔保代替必要性之釋明，法院即應定相當之擔保，宣告供擔保後得為假執行？

### 【閱卷委員的話】

#### 第(一)子題

本子題著重於民事實體法面向的分析，惟也有必要一併就民事程序法面向的觀點進行說明。

首先，本件乙未依約給付尾款，甲已解除買賣契約，並依違約金約定將乙已給付之價金 2500 萬元予以沒收抵充違約金；此部分該買賣價金已變更為違約金之性質，經法院酌減至相當數額後，就出賣人應返還之金額，可認為屬不當得利性質。對此，考生多能掌握。

其次，就價金已變更為違約金性質而酌減後甲應返還者係屬不當得利而言，是否有民法第 264 條同時履行抗辯規定之適用或類推適用，容有不同見解。最高法院大法庭 110 年台上大字 1353 號裁定認為，此出賣人應返還餘額之義務，與買受人因買賣契約解除後所負回復原狀之給付義務，係源自同一契約關係所生，基於誠信及公平原則，仍應認為具有履行實質牽連之交換給付性質，因而可類推適用民法第 264 條之規定；而自程序法面向考量，若肯認同時履行抗辯之主張並為對待給付判決，亦有利於當事人間紛爭之終局解決與訴訟經濟。

依上所述，就法院應如何為本案判決的問題，若採同時履行抗辯之主張有理由之見解，考生宜將對待給付判決的內容寫出，即判決命乙應於甲給付 1000 萬元之同時，將 A 地所有權移轉登記予甲。如上之答題，較為完整。

即使考生就是否有民法第 264 條規定之適用或類推適用採取不同見解(否定說)，若可寫出論證上的合理理由或依據，亦能獲得一定的分數。部分考生著重於一貫性審查之分析，而有偏離問題作答之情形，較為可惜，此部分將視考生於

答題內容中如何說明與本件相關的實體法正當性內容，而酌予給分。

## 第(二)子題

本子題關於審判長闡明義務之依據，係民事訴訟法第 199 條之 1 第 2 項之規定(被告主張妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之)；考生宜進一步具體說明，本題中審判長之闡明可實現何種目的或理念。具體而言，因前述之對待給付判決，就違約金過高應返還部分並無執行力，為使訴訟制度發揮紛爭解決功能，促進訴訟經濟，並保護程序利益，而依上開規定認為審判長於符合要件下負有闡明義務。

再者，考生宜進一步針對本件的題示事實是否符合第 199 條之 1 第 2 項之規定進行涵攝，具體而言，乙主張「違約金過高部分為不當得利而應返還予乙，在甲退還前不得請求移轉 A 地所有權」等語究僅為同時履行之抗辯，抑或有提起反訴請求酌減後返還之意，若有不明瞭之疑義，法院應予闡明。

部分考生著重於說明本題之情形具有「闡明的端緒」而應闡明，宜留意的是，是否有闡明端緒一事主要是針對「是否逾越闡明之界線而有不當闡明」之問題而言，法官中立性之維護亦甚為重要，亦有其理。然而，於本題之情形，考生仍宜著重於當事人之主張是否有「究為提起反訴或防禦方法有疑義」或有「不明瞭」之情事，並直接引用民事訴訟法關於闡明義務之明文規定作為依據，較為妥當；相對於此，考生宜留意避免於答題論述上過於簡略地以「有闡明之端緒，故審判長應闡明」等內容作答，而忽略法條就「主張之不明瞭或有疑義」等情事已有明文之闡明義務規定，如此則較為可惜。

## 第(三)子題

本子題的答題重點，主要在於違約金酌減裁判之實體法效力發生時點，及本件請求係具宣告假執行適格之財產權訴訟。

詳言之，買受人依不當得利規定訴請出賣人返還酌減後之違約金，此不當得利返還訴訟具給付訴訟之性質，而法院所為之酌減則具有形成與確認性質，該酌減之效果究係具有溯及效力，或是自法院判決確定時始發生，此為酌減之實體法效力問題，應考量實體法所欲實現之目的與價值進一步分析。就此而言，違約金過高部分所為之約定可解為因違反誠信原則而不生效力，法院所為之此項酌減可解為具有溯及效力，而非待法院所為之判決確定時始發生。依此，就本題的事

實而言，本件酌減違約金後之不當得利返還請求訴訟，係具有宣告假執行適格之財產權訴訟。多數考生對於上述酌減違約金之性質與效力為何之論述，較不完整，惟評閱時仍會就考生對於違約金酌減的性質、本件返還訴訟之性質及考生對假執行程序之理解與掌握度等，綜合評價予以合理分數。

## 第二題

### 【總題說明】

本題主要在測驗應考人能否區辨連帶債務、不真正連帶債務之異同，及是否可於具體個案中，掌握該共同訴訟之型態、為正確之應受判決事項聲明，暨應考人於該共同訴訟中如何具體適用民法第 217 條規定、有無運用共同訴訟中主張共通原則、民事訴訟法第 278 條規定。最後則測試應考人可否就不同共同訴訟類型，正確判斷部分當事人上訴效力是否及於同造其他共同訴訟人。

### 【評分要點】

#### 第(一)子題

- 一、 是否論及甲對丙丁、丙戊、丁己之請求權依據。
- 二、 可否正確區辨上開被告間為連帶債務或不真正連帶債務關係，進而為正確之應受判決事項聲明。

#### 第(二)子題

- 一、 可否正確適用民法第 217 條第 3 項規定，論及甲應就乙之過失負同一責任。
- 二、 有無解析「與有過失」抗辯，是否為職權調查事項？
- 三、 能否就丙所為甲與有過失之抗辯，因應丙與其餘被告間共同訴訟之類型，妥適運用主張共通原則、民事訴訟法第 278 條規定，就法院職務上已知之事實，賦予當事人充分攻防機會後，加以斟酌。

#### 第(三)子題

- 一、 能否正確判斷，不合法之上訴，效力無從及於其他共同訴訟人，不論其共同訴訟類型為何，亦與是否非基於個人關係所為抗辯無涉。故丙之不合法

上訴，效力不及其他共同訴訟人，第二審法院應依民事訴訟法第 444 條第 1 項規定裁定駁回丙之上訴。

- 二、是否正確論述戊與丁為不真正連帶債務關係，其等間為普通共同訴訟，戊自非丁上訴效力所及。
- 三、有無解析丁乃基於個人事由上訴，依民法第 275 條規定，其上訴效力不及於丙；惟對其僱用人己而言，應屬非丁個人關係之抗辯，如該抗辯有理由，本應及於己，然於第二審法院未就此為有無理由判斷前，丁已撤回其上訴，自不能逕認丁之上訴效力及於己。

### 【閱卷委員的話】

#### 整體部分

多數應考人對於實體法上連帶債務關係及程序法上共同訴訟關係具基本觀念，但就子題（一）如何記載應受判決事項之聲明，及子題（三）連帶債務人個人提起上訴之效力，掌握程度較弱。部分應考人僅寫結論，無推論過程，理由不備。又本題涉及複數當事人，應避免誤置當事人代稱、抗辯內容及角色關係。

#### 第(一)子題

##### 一、關於甲應如何主張權利部分：

- （一）應明確點出甲得分別依民法第 185 條第 1 項、第 187 條第 1 項前段、第 188 條第 1 項規定，請求丙丁間、丙戊間、丁己間，各連帶負損害賠償責任；且需指明丙與己、丁與戊、戊與己間為「不真正連帶債務關係」。
- （二）民事上之共同侵權行為與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，若行為關連共同，亦足成立民法第 185 條第 1 項之共同侵權行為。部分考生誤判丙、丁非共同侵權行為人，或誤判戊、己亦為共同侵權行為人，允宜辨明。
- （三）部分應考人僅論法院闡明義務及如何特定訴訟標的，或僅答各該人應負連帶債務之旨，但未敘明實體法上各別連帶債務關係種類及其法律依據；或僅論丙戊、丁己，漏論丙丁；或未論不真正連帶；或誤認丙丁間為不真正連帶；或誤繕為不真正連帶「保證人」責任，允宜辨明。

##### 二、關於甲應如何記載應受判決事項之聲明（訴之聲明）部分：

- (一) 完整訴之聲明為：(1)丙、丁應連帶給付甲新臺幣（下同）100 萬元。(2)丙、戊應連帶給付甲 100 萬元。(3)丁、己應連帶給付甲 100 萬元。(4)前三項給付，丙、丁、戊、己中如任一人為給付，其他人於其給付範圍內免給付義務。
- (二) 本題僅問「聲明」如何記載，部分應考人贅述「事實及理由」及「證據」之記載，或僅論法院闡明義務及如何特定訴訟標的，未回答聲明如何記載。又部分應考人未就不同連帶債務人間分別聲明，僅答以：「丙、丁、戊、己應連帶給付甲 100 萬元」；或第 4 項不真正連帶部分之聲明不正確；或漏載其中一組或數組連帶債務人之聲明；或將「連帶給付」誤為「共同給付」、「共同連帶給付」，或未載「連帶」；或擴張甲請求金額為「1000 萬元」；或超逾甲起訴請求範圍，併列「乙」為被告；或僅聲明被告應賠償原告，但未記載金額；或僅記載單一被告應連帶給付原告，卻未寫該人與何人連帶給付；本件不涉預備合併，卻列先、備位聲明；或誤認甲向不同組連帶債務人請求構成不當得利，僅能選擇合併、擇一請求；或認丙戊、丁己應平均負擔，故聲明各組連帶債務人各連帶給付 50 萬元，均非正確。

## 第(二)子題

一、題旨已表明法院審理結果認定乙、丙、丁均為肇事原因，本題僅需就丙抗辯乙酒駕部分論述，不需贅論丙所為個人無過失抗辯之是否效力及於他人。

二、關於丙與有過失抗辯之實體法部分：

- (一) 答題上應先指明如何認定乙係甲之使用人，甲依民法第 224 條規定應就乙之過失負同一責任，並依民法第 217 條第 3 項準用同條第 1 項規定，法院得據以減輕或免除加害人之賠償金額。
- (二) 部分應考人未敘明此抗辯該當民法第 217 條與有過失之規定；或超逾題意自行設定乙為甲之法定代理人或受僱人、乙為職業駕駛等情境，進而依民法第 187 條或第 188 條論其責任；或將「與有過失」抗辯，誤答為「時效抗辯」、「抵銷抗辯」；或忽略甲應就乙之過失負同一責任。

三、關於丙與有過失抗辯程序法上是否及於其他共同被告部分：

- (一) 實務認為民法第 217 條第 1 項過失相抵之責任減輕或免除，為法院職權事項，又基於共同訴訟人之主張共通原則，及民事訴訟法第 278 條第 1 項規定，若其他共同被告無反對意見，法院並已賦予當事人辯論機會（民事

訴訟法第 278 條第 2 項)，即可併對丁、戊、己依過失相抵為裁判。多數應考人能從職權事項或抗辯事項切入作答，部分應考人兼及辯論主義及程序保障，論以主張共通原則及民事訴訟法第 278 條之適用，要屬完整。

- (二)多數應考人亦從普通共同訴訟或固有必要共同訴訟之角度切入。惟部分應考人忽略民法第 275 條對於連帶債務人之特殊效力規定，逕依民事訴訟法第 55 條普通共同訴訟之規定，認為丙之抗辯不及於其他共同被告；部分應考人則認連帶債務人間為固有必要共同訴訟，逕依民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款規定，認為丙之抗辯及於其他共同被告，均非周延。部分應考人則能清楚指明連帶債務人之共同訴訟型態，非典型普通共同訴訟（獨立原則）或固有必要共同訴訟（合一確定原則），實乃介於二者之間，符合民法第 275 條所規定特殊效力（或稱既判力片面擴張）者，可依類似必要共同訴訟或準必要共同訴訟理論，（類推）適用民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款規定，認為丙所為非基於個人關係之有利抗辯應可及於其他債務人，亦屬有據。

### 第(三)子題

- 一、多數應考人能從民法第 275 條之效力、普通共同訴訟及類似必要共同訴訟等觀點切入本題。部分應考人能明確指出，實務認為，一審判命連帶債務人連帶給付後，其中一人提起上訴，須其上訴理由非基於個人關係之抗辯，且經法院認為有理由者，其上訴效力始及於其他連帶債務人（最高法院 41 年台抗字第 10 號）。則關於丙、丁上訴之效力，應先判斷其上訴理由是否非基於其個人關係。關於丁上訴部分，因丁、戊間為不真正連帶債務關係，不必合一確定，依民事訴訟法第 55 條規定，不及於戊；又丁之上訴理由為其個人關係之抗辯，不及於丙；至己因僱傭關係與丁負連帶之責，應與丁同為認定，惟法院尚未認定丁抗辯為有理由，丁上訴效力尚未及於己，丁嗣撤回上訴，不須甲、己同意即生撤回效力，訴訟繫屬消滅，法院就丁上訴部分毋庸裁判。關於丙上訴部分，固非基於個人關係之抗辯，惟已逾上訴不變期間，上訴不合法，二審法院應裁定駁回其上訴；少數應考人並細心指出本於道路交通事故有所請求之事件應適用簡易訴訟程序（110 年 1 月 20 日修正公布民事訴訟法第 427 條第 2 項），故應依第 436 條之 1 第 3 項準用第 444 條第 1 項規定駁回丙之上訴。

二、部分應考人則引用實務關於固有必要共同訴訟之觀點，以上訴行為當時之形式上觀之，若有利於共同訴訟人，不待法院審理結果有利與否，其上訴效力即及於其他共同訴訟人（最高法院 52 年台上字第 1930 號），惟依此論理逕認丙、丁之上訴，形式上必然有利於其他共同訴訟人，全體均生上訴效力，將忽略民法第 275 條僅在非基於個人關係且有利益於他債務人時，既判力始及於他債務人之特殊性規定，進而錯認丙受丁上訴效力所及，丙上訴逾期不合法之瑕疵，因丁之上訴而受治癒，及誤認法院需就丁撤回上訴命其他共同訴訟人 10 日內表示是否撤回（民事訴訟法第 459 條第 2 項），丙、戊、己若不同意撤回，丁撤回上訴不生效力，二審法院仍須為本案實體審理及判決，均非正確。

三、此外，部分應考人未究明丙、丁上訴之程序上效力，逕就丙、丁上訴理由是否為二審提出新攻擊防禦方法，二審法院得否就新攻擊防禦方法實體審理而為論述，並未對題；或自行假設丙延續第二子題所為攻防，以甲與有過失為上訴理由而為論述；或誤認丙之上訴為附帶上訴，錯認丁撤回上訴應依民事訴訟法第 459 條第 1 項但書規定徵得丙之同意；或既認定丙上訴不合法應駁回，卻又認丙基於非個人關係之上訴理由及於丁、戊、己，二審法院應就丁、戊、己部分為實體審理，即有矛盾；或雖認丙非合法上訴，卻誤認丙應以參加人身分參與二審訴訟程序；或雖認丙上訴不合法、丁撤回上訴，但誤認二審法院仍應就戊、己部分為實體審理；或誤認二審法院應「判決」駁回丙、丁之上訴等等，均非正確，允宜辨明。