

103 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等別：三等考試

類別：司法官

科目：民法與民事訴訟法（民事訴訟法及民法與民事訴訟法綜合題部分）

一、甲起訴主張乙於民國（下同）100 年 4 月 1 日向甲借款新臺幣（下同）300 萬元，約定借用期間自當日起至隔年 3 月 31 日止，利息為年利率 5%，乙並開立借據一紙（內容僅記載：乙向甲於 100 年 4 月 1 日借款 300 萬元。文末並簽名），及同面額本票一張供作擔保。因乙到期未清償，甲爰依借款返還請求權及票款請求權，請求乙應給付 300 萬元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年利率 5%計算之利息。乙則抗辯甲未給付該筆金額。

(一)對於甲有無實際交付 300 萬元之事實，在此程序中應由何人負舉證責任？若甲提出前開借據及本票各一紙，並提出乙有每月匯款 12500 元之銀行帳戶明細紀錄為證。經審理後，乙未對於該匯款用途加以說明，若一審法院於判決理由中僅說明：本件雖經原告提出借據、本票及銀行帳戶明細紀錄等為證，但因欠缺直接證據足以認定兩造間有借款合意及交付款項之事實，自應駁回原告之請求。則此一判決中事實認定之論證是否存在瑕疵？（20 分）

(二)若在此事件中，原告甲起訴時，已附丙律師為其第一審訴訟代理人之委任書一紙，原審於預留就審期間後僅送達開庭期日通知書予原告甲、被告乙，並未通知丙律師，第一次言詞辯論期日時，原告與被告及丙均未到場，問：法院可否視為兩造合意停止訴訟程序？承此，若法院於此時依職權續行訴訟，另定第二次言詞辯論期日，並僅通知乙及丙，但未再通知甲，惟甲、乙、丙均無正當理由遲誤第二次言詞辯論期日，問：此時可否視為甲撤回起訴？（20 分）

【擬答】：

(一)就「甲有無交付 300 萬元」應由何人負舉證責任，涉及「以一訴合併主張票據請求及原因(借款)請求時，原因關係存否(借款有無交付)之舉證責任應如何分配」之問題；至一審法院就「事實認定」之論證瑕疵，涉及「間接證明」、「不爭執」之討論：

1. 「甲有無實際交付 300 萬元」之舉證責任分配：

(1)今甲以一訴併依「借款返還請求權」及「票款請求權」請求乙給付 300 萬元及利息，主張乙向甲借款並開立本票一張供作擔保，而乙到期未清償；乙則抗辯甲未給付該筆金額。此際，就「甲有無交付 300 萬元借款」(原因關係存否)此一待證事實之舉證責任應如何分配，討論如下：

①學理上有採「規範說」者，其要義為：主張「權利存在」之人，就「權利發生」之要件事實負舉證責任；主張「權利不存在」之人，就「權利障礙、消滅、排除」之要件事實負舉證責任¹。在「借款請求」，有認為：「原因關係之存在」(例如：有借貸合意之事實、有交付借款之事實)，應屬「權利發生事實」，應由「主張此權利存在之人」(甲)負舉證責任²。至在「票款請求」，有認為：基於「票據行為之無因性」，原因關係不存在本身對於票據行為之效力並無影響，僅在當事人間得以人之抗辯拒絕票據權利之行使而已，則票據權利人無須就原因關係之存在負舉證責任，應由「票據債務人」(乙)就「原因關係

¹ 整理自：姜世明，『民事訴訟法(下冊)』，2014 年 2 月，二版一刷，頁 84。

² 整理自：駱永家，票據債權與原因債權競合時之訴訟標的與舉證責任，收錄於：『民事法研究 I』，1999 年 3 月八版，頁 39；姜世明，『民事訴訟法(下冊)』，2014 年 2 月，二版一刷，頁 85。

不存在」(例如：借款未交付之事實)負舉證責任³；另亦有認為：於票據請求訴訟中，應自「票據基本特性」出發，就「原因關係抗辯」，應由「票據債務人」(乙)負舉證責任⁴。

②我國實務見解：

①就「借款請求」，向來認為：應由「請求返還借款之人」(甲)就「借款(已)交付」一事負舉證責任(69 年度第 27 次民事庭會議決議參照)。

②至就「票款請求」，向來實務認為：若「執票人主張票據係債務人向其借款而簽發交付以為清償方法、債務人復抗辯其未收受借款而消費借貸並未成立」時，則就「借款已交付」之事實，應由「執票人」(甲)負舉證責任(73 年度第 1 次民事庭會議決議(二)參照)；晚近則有實務見解認為：「... 票據上權利之行使，不以其原因關係存在為前提，是以執票人行使票據上權利時，就其基礎原因關係確係有效存在，自不負舉證責任，票據債務人若以票據上原因關係自始無效或已消滅為抗辯，自應就該原因關係負主張與舉證責任。... 原審僅以被上訴人否認上訴人之主張並提出基礎關係不存在之抗辯，即認應由上訴人就已交付借款、消費借貸關係有效成立之積極事實負舉證責任，其關於舉證責任之分配，自有違誤。...」(101 年度台上字第 752 號判決參照)。⁵

③至「以一訴合併主張票據請求及原因(借款)請求時，原因關係存否(借款有無交付)之舉證責任分配」，是否因本件「訴訟標的認定」之不同而有差異？有學者認為，基於「經濟之同一性」，此際甲之借款與票據請求僅為二理由根據，若法院就「借貸事實之有無」於言詞辯論終結時仍未能形成心證，法院得根據其中任一理由判決甲勝訴。⁶

(2)綜上，考量本件應無「舉證責任應予減輕」之情事，則於「甲以一訴合併主張借款請求及票款請求」時，「實質上」等同係由「乙」就「甲未交付 300 萬元借款」一事負舉證責任。

2.一審法院就「事實認定」之論證瑕疵：

(1)今甲提出「借據」、「本票」，並提出「乙有每月匯款 12500 元」之「銀行帳戶明細紀錄」為證，而「乙未對該匯款用途加以說明」，然一審法院竟僅以：「本件... 因欠缺『直接證據』足以認定『兩造間有借款合意及交付款項』之事實」為由即駁回甲之請求，其事實認定似有以下違誤：

①就事實認定之方式，非僅以「直接證明」為限，尚包括「間接證明」在內⁷。實務見解亦有認為：「按應證之事實雖無直接證據足資證明，但可應用經驗法則，依已明瞭之間

³ 整理自：駱永家，票據債權與原因債權競合時之訴訟標的與舉證責任，收錄於：『民事法研究 I』，1999 年 3 月八版，頁 39。

⁴ 整理自：姜世明，票據請求權訴訟原因關係抗辯之舉證責任分配，『民事證據法實例研習(一)』，2008 年 6 月，修訂二版一刷，頁 249、250。

⁵ 至於在「票據債務人請求確認票據債權不存在」之情形，近期有實務亦認為：應由票據債務人就其主張之原因關係抗辯負舉證責任。參見 102 年度台上字第 466 號判決(節)：「... 由於票據具有無因性... 票據權利之行使不以其原因關係存在為前提，原因關係不存在或無效，並不影響票據行為之效力，執票人仍得依票據文義行使權利。因此，於票據債務人請求確認票據債權不存在時，執票人僅須就該票據之真實... 負證明之責，至於執票人對於該票據作成之原因為何，則無庸證明。如票據債務人依票據法第十三條規定主張其與執票人間有抗辯事由存在時，原則上仍應由票據債務人負舉證責任，以貫徹票據無因性之本質，與維護票據之流通性。...」

⁶ 整理自：駱永家，票據債權與原因債權競合時之訴訟標的與舉證責任，收錄於：『民事法研究 I』，1999 年 3 月八版，頁 44。

⁷ 詳細討論，參見：姜世明，間接證明之研究，『證據評價論』，2014 年 2 月，初版 1 刷，頁 215~291；其中，就「間接證明」與「表見證明」之概念區辯，參見文獻中頁 223~228 處。

接事實，推定其真偽。是以證明應證事實之證據資料，並不以可直接單獨證明之直接證據為限，凡先綜合其他情狀，證明某事實，再由某事實為推理的證明應證事實，而該間接事實與應證事實之間，依經驗法則及論理法則已足推認其有因果關係存在者，自非以直接證明應證事實為必要。...」(98 年度台上字第 2035 號判決參照)。⁸

②又，對於甲提出「銀行帳戶明細紀錄」以證「乙有每月匯款 12500 元」一事，「乙未對該匯款用途加以說明」，似「不爭執」，而有適用民事訴訟法(下同)280 條一項之可能。⁹

(2)綜上，依甲提出之「銀行帳戶明細紀錄」，應尚足認定「乙有每月匯款 12500 元」此一「間接事實」之存在；另綜合其他事證資料(「乙未對該匯款用途加以說明」；甲提出之「借據」、「本票」)，法院依「經驗法則及論理法則」，未必不能推論出「兩造間有借款合同合意及交付款項」此等「待證事實」之存在。故，一審法院之事實認定於論證上恐有瑕疵。

(二)基於「開庭期日通知書未合法送達於甲」，則第一次言詞辯論期日甲、乙、丙雖均未到場，仍不視為兩造合意停止訴訟程序；因而即便甲、乙、丙均無正當理由再遲誤第二次言詞辯論期日，亦不視為甲撤回起訴：

1. 今甲起訴時已附上丙律師為其第一審訴訟代理人之委任書一紙，應勘認丙即為甲之訴訟代理人；然原審於「預留就審期間」後「僅送達開庭期日通知書予甲而未通知丙」、第一、二次言詞辯論期日時甲、乙、丙均未到場，則此際即涉及「甲是否已受合法送達」、「有無 191 條適用」之討論：

(1)訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之(132 條本文)。實務見解有認為：「...故當事人委任有訴訟代理人，且訴訟代理人受送達之權限未受限制者，除審判長酌量情形，認有送達於本人之必要，得以裁定命送達於當事人本人外，送達即應向代理人為之。」(98 年度台上字第 188 號判決參照)¹⁰。本件，原審「僅送達開庭期日

⁸ 相同或相類意旨者，參見 92 年度台上字第 1971 號判決(節)：「...主張法律關係存在之當事人，固應就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，惟此特別要件之具備，苟能證明間接事實，且該間接事實與要件事實間，依經驗法則及論理法則已足推認其因果關係存在者，自無不可，非以直接證明要件事實為必要。...」

⁹ 詳細討論，參見：姜世明，自認及擬制自認之實務見解研析，月旦法學雜誌，205 期，2012 年 6 月，頁 27-43。

¹⁰ 98 年度台上字第 188 號判決(節)：「訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之。但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人，民事訴訟法第一百三十二條定有明文。故當事人委任有訴訟代理人，且訴訟代理人受送達之權限未受限制者，除審判長酌量情形，認有送達於本人之必要，得以裁定命送達於當事人本人外，送達即應向代理人為之。」另，參見臺灣高等法院 98 年度抗字第 1492 號民事裁定(節)：「一、按訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之，民事訴訟法第一百三十二條前段定有明文。又訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權，所謂一切訴訟行為，包含代受送達在內，即有代受送達之權限。又最高法院八十四年度第四次民事庭會議決議內容雖謂「當事人之訴訟能力不因委任訴訟代理人而喪失，仍得自為訴訟行為而收受訴訟文書之送達，且向當事人本人為送達，於該當事人既無不利，應認送達已生效力」。然該決議業經最高法院九十年六月二十日第七次民事庭會議決議不再供參考。故凡當事人有委任訴訟代理人，且其代理權未加限制者，對該當事人為送達時，即應向委任之訴訟代理人為之。二、本件抗告人與相對人間請求返還借款事件，抗告人原聲請核發支付命令，經相對人提出異議，視為起訴後，原法院裁定命抗告人於五日內補繳第一審裁判費新台幣(下同)一萬三千三百七十元，逾期即駁回其訴。該裁定於九十八年七月二十四日送達抗告人，有送達證書可憑。惟抗告人於聲請支付命令程序中，已委任林心婕為訴訟代理人，且未對其收受送達之權限加以限制，此有民事委任狀在卷可稽，是上開補費裁定應向抗告人之訴訟代理人即林心婕為送達。詎原法院僅將上開補費裁定送達抗告人，而未向抗告人之訴訟代理人林心婕為送達，尚不生合法送達之效力。原法院以抗告人未遵期繳納第一審裁判費，起訴不合程式，逕以裁定駁回抗告人之訴，依前說明，自屬違誤。從而抗告意旨指摘原裁定不當，求予廢棄，為有理由，應予准許。爰將原裁定廢棄，發回原法院更為適法之處理。」

通知書予甲而未通知丙」，其送達應不合法。

(2)又，191 條一項所謂「兩造遲誤言詞辯論期日」，係指「當事人兩造受合法通知，均無正當理由，未於言詞辯論期日到場，或到場不為辯論」之情形而言(70 年台上字第 3904 號判例參照)；若當事人(甲)未受合法通知，自不生 191 條規定之效力(84 年度台抗字第 358 號裁定、84 年度台抗字第 118 號裁定參照)¹¹。

2. 綜上，甲既未受合法通知，則第一次言詞辯論期日甲、乙、丙雖均未到場，仍不視為兩造合意停止訴訟程序；因而即便甲、乙、丙均無正當理由再遲誤第二次言詞辯論期日，亦無 191 條二項之適用，而不視為甲撤回起訴。

二、甲起訴請求乙拆屋還地，第一審法院以請求無理由判決駁回其訴，甲不服上訴第二審，第二審法院仍以同一理由判決駁回其上訴，甲再向最高法院提起第三審上訴，最高法院亦認原判決認事用法並無違誤，判決駁回甲之第三審上訴。全案確定後，甲認為第一審、第二審及第三審法院之確定判決，均有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款之適用法規顯有錯誤，以及同項第 10 款之為判決基礎之證言係虛偽陳述之再審事由，向第二審法院提起再審之訴，請求將第一、二、三審之確定判決廢棄，並就本案請求為有理由之判決。問：

(一)原第一審、第二審及第三審之確定判決，是否均為再審之訴之適格對象，得對之提起再審之訴？(20 分)

(二)受理再審事件之第二審法院，有無管轄權？程序上應如何處理？(15 分)

【擬答】：

(一)就「一審判決」甲應不得提起再審之訴；就甲以「二、三審之判決」均有「適用法規顯有錯誤」為由提起再審之訴，由於三審認「原判決認事用法並無違誤」，故甲僅得對「三審判決」為之；至甲對「二、三審之判決」應均得以「為判決基礎之證言係虛偽陳述」為由提起再審之訴：

1. 甲之起訴經一審以「請求無理由」判決駁回、二審仍以「同一理由」判決駁回、三審則認「原判決認事用法並無違誤」判決駁回；全案確定後，甲認一、二、三審之確定判決，均有民事訴訟法(下同)496 條一項 1 款之「適用法規顯有錯誤」及同項 10 款之「為判決基礎之證言係虛偽陳述」之再審事由，向二審法院提起再審之訴。此際，甲就一、二、三審之確定判決得否提起再審之訴：

(1)就「一審判決」，甲應不得提起再審之訴，蓋：二審法院就該事件已為「本案判決」，則二審對於甲在一審所為之陳述及提出之各攻防方法均已重為審查，故就「一審判決」應無許甲提起再審之訴之必要(496 條三項及 92 年修正理由參照)。

(2)而就甲以「二、三審之判決」均有「適用法規顯有錯誤」為由提起再審之訴，實務見解認為：「第三審法院應以第二審判決確定之事實為判決基礎...，第三審法院以『第二審法院之判決認事用法均無不當』而維持第二審法院之判決者，當事人如以『適用法規顯有錯誤』為由提起再審之訴，僅得對『第三審法院之判決』為之。」(65 年台上字第 1276 號判例參照)。今三審認「原判決認事用法並無違誤」，則甲若以「496 條一項 1 款」為由提起再審之訴，僅得對「三審之判決」為之。¹²

¹¹ 84 年度台抗字第 118 號裁定(節)：「民事訴訟法第一百九十一條所定「擬制撤回上訴」中之所謂兩造遲誤言詞辯論期日，係指當事人兩造受合法通知均無正當理由，未於言詞辯論期日到場或到場不為辯論之情形而言，苟當事人未受合法通知，自不生該條規定之效力。」

¹² 另，參見 98 年台再字第 46 號民事判決(節)：「惟按民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所謂適用法規顯有錯誤，係指確定判決所適用之法規顯然不合於法律規定，或與司法院現尚有效及大法官(會議)之解釋，或本院現尚有效之判例顯有違反，或消極的不適用法規顯然影響裁判者

(3)至甲以「二、三審之判決」均有「為判決基礎之證言係虛偽陳述」為由提起再審之訴，考量二、三審法院有可能均因本項事由而生判決錯誤之情形，應認甲均得對「二、三審之判決」(以「496 條一項 10 款」為由)提起再審之訴。

2.綜上：就「一審判決」甲應不得提起再審之訴；就甲以「二、三審之判決」均有「496 條一項 1 款」為由提起再審之訴，甲僅得對「三審判決」為之；至甲對「二、三審之判決」應均得以「496 條一項 10 款」為由提起再審之訴。

(二)二審法院有無管轄權、程序上應如何處理，討論如下：

1.甲就一、二、三審之確定判決向二審法院提起再審之訴，此際二審法院有無管轄權、程序上應如何處理：

(1)如前述，就「一審判決」，甲應不得提起再審之訴；又甲以「二、三審之判決」均有「適用法規顯有錯誤」為由提起再審之訴時，由於三審認「原判決認事用法並無違誤」，則甲僅得對「三審判決」提起再審之訴。

(2)至甲以「二、三審之判決」均有「為判決基礎之證言係虛偽陳述」為由提起再審之訴時：

①對於審級不同之法院就同一事件所為之判決均提起再審之訴者，專屬上級法院合併管轄。但對於三審法院之判決係本於 496 條一項 9 至 13 款之事由而聲明不服者，專屬原二審法院管轄(499 條二項)。惟實務見解另認為：「凡應由第三審自行調查事實而為裁判者，即使以 496 條一項 9 至 13 款規定之事由為理由，仍應專屬三審法院管轄，自行依法裁判，不生移送之問題...」(70 年第 20 次民事庭會議決定(一)(節)參照)；「對於本院認抗告或再抗告為無理由而駁回之裁定，以 496 條一項 9 至 13 款為再審原因聲請再審者，應專屬原第二審法院管轄；如當事人逕向本院聲請再審，本院應依 28 條以裁定移送於原法院...，至對於本院認抗告或再抗告為不合法而駁回之裁定，以 496 條一項 9 至 13 款為再審原因聲請再審時，仍依 70 年第 20 次民事庭會議決定(一)辦理。即由本院自行依法裁判。」(71 年度第 2 次民事庭會議決議(一)(節)參照)。

②今甲對「二、三審之判決」以「496 條一項 10 款」為由提起再審之訴，由於三審法院係認「原二審判決認事用法並無違誤」而以「上訴無理由」判決駁回甲之上訴，則依前述最高法院 71 年決議之意旨，似應認「專屬原第二審法院管轄」。

(3)又，甲對於「同一個三審判決」，併以「496 條一項 1 款」及「496 條一項 10 款」為由提起再審之訴，將造成「管轄分裂」的現象。實務有認為：「如當事人以一訴狀提起再審之訴，以有民事訴訟法第四百九十六條第一項第二款及同條項第十二款為理由者，前者專屬本院管轄，後者專屬原第二審法院管轄，如合併向原第二審法院提起再審之訴，原第二審法院應將其中同條項第二款所定再審理由部分，裁定移送於本院。...」(96 年度台抗字第 279 號裁定(節)參照)。¹³

2.綜上：就「一審判決」，甲應不得提起再審之訴，二審法院應予駁回(502 條一項)。就「二、三審之判決」，以「496 條一項 10 款」為由者，似應認「專屬二審法院管轄」；至就「三審判決」以「496 條一項 1 款」為由之部分，依前述實務見解，二審法院應「裁定移送」

而言。又第三審為法律審，其所為判決係以第二審判決所確定之事實為基礎。故上揭所謂「適用法規顯有錯誤」，對第三審判決言，應以該判決依據第二審判決所確定之事實而為之法律上判斷，有適用法規顯有錯誤之情形為限。從而第二審法院取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，是否妥當，與第三審判決適用法規是否顯有錯誤無關。...

¹³ 學說上則有認為：此際，若兩個再審法院「均認為有再審事由」存在時，將造成「原訴訟標的法律關係」分由兩個審級不同之法院同時進行審理之現象，造成審理重複並引發裁判矛盾之風險，至為不當；並進一步質疑 499 條二項但書之妥適性。參見：黃國昌，再審(下)，月旦法學教室，120 期，2012 年 10 月，頁 67、68。

三審法院管轄(28 條一項、499 條一項)。

三、系爭房地原登記為甲所有並由其占有居住使用迄今，甲前因負欠乙新臺幣(下同)100 萬元借款無法及時清償，又恐其因向丙借款 200 萬元簽發交付與丙發票日民國(下同)100 年 1 月 20 日之同額支票遭提示退票，而於同月 15 日與丙訂定書面買賣契約，將系爭房地以 320 萬元出售與丙，約定丙除返還支票外，應代償其對乙之債款及墊付土地增值稅 50 萬元，契約條款另載明甲於 100 年 7 月 15 日前得將系爭房地另售他人，逾此期限丙得依行情市價出賣他人，所得款項由丙取得 350 萬元及自 100 年 2 月 1 日起按法定利率計算之利息，有餘或不足，均計算找補，甲並於 100 年 1 月 31 日以買賣為原因辦理系爭房地之所有權移轉登記與丙完竣。迄至 100 年 9 月 15 日，丙認為伊代償乙債款、返還支票及代繳土地增值稅，已付清買賣價款，亦超過約定買賣價金及行情市價，甲不於約定期限將系爭房地另售他人，卻拒絕將系爭房地交付伊使用。因此，對甲提起訴訟，除以甲非所有權人，無權占有系爭房地為原因事實，本於所有權，聲明：「甲應交付系爭房地與丙。」外；同時以甲、丙訂定買賣契約為原因事實，本於買賣法律關係，聲明：「甲應交付系爭房地與丙。」請求法院依其聲明判決。訴訟中，甲之另一債權人丁在法庭旁聽，於退庭後向甲、丙指摘：除系爭房地外別無財產，甲、丙間關於系爭房地所為之買賣及以買賣為原因之所有權移轉登記，均係通謀虛偽表示，侵害其權益，依法無效，系爭房地仍屬甲所有云云。丙否認之，甲則沉默以對。丁乃決定以其指摘內容為原因事實，訴請確認甲、丙間系爭房地買賣法律關係不存在，並訴請將系爭房地登記為甲所有，回復原狀，以維護其債權。

試問：

- (一)法院在訴訟程序上，對丙同時所為同一聲明內容之二請求，應如何進行審理？(20 分)
- (二)丙此二聲明所為之請求，是否有理由？請依題旨分別論述之。(40 分)
- (三)丁決定提起之訴訟，應以何人為被告其當事人適格始無欠缺？又應如何聲明方為適當？關於丁主張之系爭房地買賣關係不存在，應由何人負舉證責任？(30 分)

【擬答】：

(一)法院於「程序」上就「丙同時所為同一聲明內容之二請求」應如何審理，分述如下：

1. 丙之起訴(訴訟標的、訴之聲明之表明)應尚符民事訴訟法(下同)244 條一項之要求：

- (1)起訴，應表明訴訟標的、訴之聲明(244 條一項)。所謂「訴訟標的」，實務向來認為係指「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」(61 年台再字第 186 號判例參照)。
- (2)本件，丙以「甲、丙訂定買賣契約」為原因事實，本於「買賣法律關係」，聲明「甲應交付系爭房地與丙」，勘認其欲以「丙對甲之民法 348 條買賣標的物(系爭房地)交付請求權利」作為訴訟標的之一；至其同時以「甲非所有權人，無權占有系爭房地」為原因事實，本於所有權，聲明「甲應交付系爭房地與丙」，基於「物權請求之排他性」，亦勘認其欲以「丙對甲之民法 767 條一項前段所有物(系爭房地)返還請求權利」作為訴訟標的之一。其表明應尚符 244 條一項之要求。

2. 就「丙同時所為同一聲明內容之二請求」，法院宜令丙敘明或補充「其欲請求法院裁判之意思」，以利本案之接續審理：

依前述，丙欲同時以「丙對甲之民法 348 條買賣標的物(系爭房地)交付請求權利」及「丙對甲之民法 767 條一項前段所有物(系爭房地)返還請求權利」作為本件之訴訟標的，則此際應構成「訴之客觀合併」。惟，「丙欲請求法院裁判之意思」為何？其欲請求法院「擇一」、「均為」、甚或「按序」裁判？似有不明瞭或不完足之處，基於此將影響其究欲為何

種「合併型態」(「選擇」、「競合」、甚或「預備」)及法院往後之審理裁判方式，法院宜令丙敘明或補充之(199 條二項)，以利本案之接續審理。¹⁴

(二)丙此二聲明所為之請求，均無理由。理由如下：

1. 本例涉及「讓與擔保/擔保信託」，最高法院 70 年度台上字第 104 號民事判例「債務人為擔保其債務，將擔保物所有權移轉與債權人，而使債權人在不超過擔保之目的範圍內，取得擔保物所有權者，為信託的讓與擔保，債務人如不依約清償債務，債權人得將擔保物變賣或估價，而就該價金受清償」可資參照。據此，讓與擔保之實行方法通常有二：其一是由擔保權人將標的物予以變賣，以賣得之價金供作債權之清償（此種變價受償方法，學理上稱為「處分清算型/變價清算型」）；其二是由擔保權人將標的物予以公正之估價，標的物估得之價額如超過擔保債權額時，超過部分之價額應交還設定人，標的物之所有權則確定的由擔保權人取得，以供作債權之清償（此種估價受償方法，學理上稱為「歸屬清算型」）。當事人究宜採取何種實行方法自應依當事人之讓與擔保設定契約定之（最高法院 85 年度台上字第 357 號民事判決「擔保信託乃信託行為之一種，又稱信託的擔保讓與，係指債務人為擔保其債務，將擔保物所有權移轉於債權人，而使債權人在不超過擔保目的範圍內，取得擔保物所有權，債權清償後，該擔保物即應返還於債務人；債務不履行時，債權人得將擔保物變賣或估價而就該價金受清償者而言。為免債權人逾越擔保之目的行使所有權，因此，當事人間通常均定有信託約款以限制彼此間權利義務關係」）。本題依題意，應屬「處分清算型/變價清算型」。
2. 因我國地政實務上拒絕受理信託關係為原因之所有權移轉登記，以致於實務上（本例亦復如此）以讓與擔保為原因之所有權移轉，均係以買賣為原因之方式出現。實則當事人間並無買賣之法效意思，可見自登記原因之「買賣」以觀，確有屬雙方通謀虛偽意思表示之嫌，惟其間隱藏有為擔保債務之清償，而信託的將財產權移轉於擔保權人之讓與擔保契約，因之買賣雖屬無效，然其讓與擔保契約之隱藏行為仍然有效（民法第 87 條「I、表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效對抗善意第三人。II、虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定」參照）。本例買賣契約既屬無效，丙對甲自無民法第 348 條第 1 項「物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務」之請求權，則丙以甲、丙訂定買賣契約為原因事實，本於買賣法律關係，聲明：「甲應交付系爭房地與丙。」應無理由。
3. 讓與擔保之標的物究係由設定人或擔保權人利用，由當事人自行約定之，於未約定時，應解為由設定人利用，蓋如此解釋自讓與擔保之社會作用與發展趨勢觀之，係符合讓與擔保之目的。本例亦復如此。故信託的讓與擔保，在對外關係，受讓人就供擔保之物雖已取得完全之所有權，但在內部關係，對於讓與人，仍僅得以擔保權人之資格，在擔保之目的範圍內行使其權利。以故，依擔保權之內容而言，讓與人之占有供擔保之物，在受讓人方面，尚不得主張其為無權占有（最高法院 74 年度台上字第 2307 號民事判決及同院 88 年度台上字第 1334 號民事判決參照）。因而丙以甲非所有權人，無權占有系爭房地為原因事實，本於所有權，聲明：「甲應交付系爭房地與丙。」亦無理由。

(三)丁應以何人為適格之被告，視「丁所提訴訟為何」而分別討論；就丁欲達「回復原狀」之目的，宜聲明「丙應將系爭房地之所有權移轉登記塗銷，回復登記為甲所有」，另就「確認之

¹⁴ 請讀者留意：就本件「訴之客觀合併」部分，尚可能有其他涉及或得延伸討論之問題點，諸如：「在單一聲明下是否仍得列預備合併」、「丙之二請求間係得併存或不兩立」、「丙之二請求有無民法 249 條二項之問題」...等(請試行思考)；惟：考量「題意似有不清」及「避免答題嚴重開花」，故筆者於擬答中就此等部分之討論全部略去。

訴」部分，宜聲明「確認系爭房地為甲所有」，或聲明「確認甲、丙間系爭房地之買賣契約及所有權移轉登記行為均無效」；至就系爭房地買賣關係存否之舉證責任，涉及「消極確認之訴」、「通謀虛偽意思表示」之舉證責任分配：

1. 丁應以何人為適格之被告，應視「丁所提訴訟為何」：

(1) 就丁訴請「確認甲、丙間系爭房地買賣法律關係不存在」之部分，涉及「確認他人間法律關係存否之訴之當事人適格」之問題：

① 實務上有認為，應將「該他人全體」列為共同被告，當事人始適格者(93 年度台上字第 117 號判決參照)；亦有認為，僅需以「爭執之人」為被告，當事人即適格者(82 年度第 2 次民事庭會議(二)之研究報告、93 年度台上字第 1987 號判決參照)。

② 基於「確認訴訟之當事人適格側重於確認利益之判斷」，若針對丁之主張(丙、甲間系爭房地買賣法律關係不存在)，丙否認之、甲沉默以對，則丁似僅以「爭執之丙」為被告，當事人即適格(76 年第 7 次民事庭會議決議、100 年度台上字第 1698 號判決參照)；惟若立於「統一解決紛爭」之考量，丁宜將「丙、甲」均列為共同被告。

(2) 至丁訴請「將系爭房地登記為甲所有」以回復原狀之部分：

若丁係欲依「民法 184 條一項後段」請求而提起一般「給付訴訟」，則此際之被告適格，視「原告丁主張對何人有給付請求權」¹⁵；至若丁係欲依「民法 242 條、767 條一項中段、民法 179 條」請求而提起「代位訴訟」，則基於「代位訴訟之本質」(係代位行使債務人甲之實體法權利)，此際「僅得將丙列為被告、而不得將被代位人(即債務人甲)列為共同被告」(64 年度第 5 次民事庭推總會議決定(一)參照)。

(3) 又，丁亦得於「丙對甲之本訴訟一、二審繫屬中」，以「丙、甲」為共同被告，視其主張為何，向本訴訟法院提起主參加訴訟(54 條一項 1 或 2 款)。

2. 就丁欲達「回復原狀」之目的，宜聲明「丙應將系爭房地之所有權移轉登記塗銷，回復登記為甲所有」；另就「確認之訴」部分，宜聲明「確認系爭房地為甲所有」，或聲明「確認甲、丙間系爭房地之買賣契約及所有權移轉登記行為均無效」：

(1) 就「丁欲達回復原狀以維其債權之目的」而言，不論其欲依「民法 184 條一項後段」請求而提起一般「給付訴訟」、或其係欲依「民法 242 條、767 條一項中段、民法 179 條」請求而提起「代位訴訟」，均宜聲明為「丙應將系爭房地之所有權移轉登記塗銷，回復登記為甲所有」，其聲明始較「明確、具體、適於執行」，而得於勝訴確定時「實現」其目的(98 年度台上字第 1840 號判決意旨參照)。¹⁶

(2) 至就「確認之訴」部分，考量：丁原欲確認者(甲、丙間系爭房地買賣法律關係因通謀而無效或不存在)，應僅為「甲仍為系爭房地所有權人」之基礎事實；而該基礎事實延伸之諸法律效果(民法 184 條一項後段；242 條、767 條一項中段、179 條)似亦為「其請求丙塗銷系爭房地所有權移轉登記」之訴中得為判斷者。則，若其聲明為「確認系爭

¹⁵ 請讀者留意：69 年度第 7 次民事庭會議決議(三)雖認為：「按債務人與第三人通謀移轉其財產，其目的雖在使債權無法實現，而應負債務不履行之責任，但將自己之財產予以處分，原可自由為之，究難謂係故意不法侵害債權人之權利，故與侵害債權之該第三人不能構成共同侵權行為(參看史尚寬先生著債法總論)，債權人如本於侵權行為訴請塗銷登記時，參照本院六十七年度第五次民事庭推總會決議，僅得向該第三人為之，債務人既非共同侵權行為人，自不得對其一併為此請求。」，惟此係針對「實體有無理由」之問題為處理。則，若本件之「債權人丁」欲對「債務人甲」依「民法 184 條一項後段」提起「給付之訴」，其可能「實體無理由」，但並非「被告不適格」，蓋：給付之訴之當事人適格，係以原告之「主張」為準。

¹⁶ 另，參見 67 年度第 5 次民事庭庭長推總會議決議(二)：「債務人欲免其財產被強制執行，與第三人通謀而為虛偽意思表示，將其所有不動產為第三人設定抵押權，債權人可依侵權行為之法則，請求第三人塗銷登記，亦可行使代位權，請求塗銷登記，兩者任其選擇行使之。(同丙說)」

房地為甲所有」，應較無「訴之利益有無」之問題(247 條一、二項參照)。若丁仍欲就「基礎事實存否或基礎法律行為有效與否」為確認，亦宜聲明為「確認甲、丙間系爭房地之買賣契約及所有權移轉登記行為均無效」，應較其原欲確認者更有助於「紛爭一次解決」(400 條一項)、避免裁判矛盾。

3. 就系爭房地買賣關係存否之舉證責任分配：

(1) 就丁主張系爭房地買賣關係不存在之舉證責任，涉及「消極確認之訴」、「通謀虛偽意思表示」之舉證責任分配：

① 學理上有採「規範說」或「法律要件分類說」者，其要義略為：主張「權利存在」之人，就「權利發生」之要件事實負舉證責任；主張「權利不存在」之人，就「權利障礙、消滅、排除」之要件事實負舉證責任¹⁷。依此，於「消極確認之訴」，「主張權利存在」之被告，應就「權利發生」之要件事實負舉證責任¹⁸；至於「通謀虛偽意思表示」，採此說之學者則多解為係「權利障礙規範」¹⁹。

② 實務見解部分，就「消極確認之訴」，多認為：「確認法律關係不存在之訴，如被告主張其法律關係存在時，應由被告負舉證責任。」(42 年台上字第 170 號判例參照)；就「通謀虛偽意思表示」，則認為：「第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應負舉證之責。」(48 年台上字第 29 號判例參照)。

(2) 綜上，若丁提起「確認甲、丙間系爭房地買賣法律關係不存在」之訴，則應由主張「買賣法律關係存在」之人，就該法律關係發生之要件事實負舉證責任；若丁進一步主張「甲、丙通謀而為虛偽意思表示」者，則應由丁負舉證之責。

¹⁷ 整理自：駱永家，『民事舉證責任論』，2009 年 9 月，初版 11 刷，頁 79 以下；同，票據債權與原因債權競合時之訴訟標的與舉證責任，收錄於：『民事法研究 I』，1999 年 3 月八版，頁 38、39；姜世明，『民事訴訟法(下冊)』，2014 年 2 月，二版一刷，頁 84。

¹⁸ 整理自：駱永家，票據債權與原因債權競合時之訴訟標的與舉證責任，收錄於：『民事法研究 I』，1999 年 3 月八版，頁 38。

¹⁹ 駱永家，『民事舉證責任論』，2009 年 9 月，初版 11 刷，頁 85；姜世明，『民事訴訟法(下冊)』，2014 年 2 月，二版一刷，頁 86。