

## 105 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、乙為原告，列丙、丁為被告，訴之聲明求為判決：1.命丁拆除 B 屋、交還 A 地予甲、乙及丙；2.丙、丁給付甲、乙及丙新臺幣（下同）100 萬元。陳述之事實及理由略為：A 地原為戊所有，甲、乙、丙為戊之子女，戊死亡後 A 地由甲、乙、丙三人繼承而共同共有。丙之配偶丁擅自在 A 地上興建 B 屋，與丙共同居住。因丁無權占用 A 地而建造 B 屋，故請求其返還所有物並排除該妨害；因丙、丁未經全體繼承人同意而使用 A 地，無法律上原因獲有相當租金額 100 萬元之利益，故請求其等返還不當得利。

(一)本件訴訟關於返還不當得利之請求，當事人適格有無欠缺？如一審法院判決原告敗訴，原告僅對丁上訴，當事人適格有無欠缺？二審法院應如何處理？（20 分）

(二)本件訴訟關於拆屋還地之請求，當事人適格有無欠缺？如一審法院判決原告敗訴，僅甲對該判決提起上訴，當事人適格有無欠缺？二審法院應如何處理？（20 分）

【擬答】：

(一)本件返還不當得利請求，無合一確定之必要，原告當事人適格無所欠缺。

1. 自本件訴訟標的以觀，原告無不適格。

查最高法院 93 年台上字第 382 號判決謂「按當事人適格，係指當事人就具體特定之訴訟，得以自己之名義為原告或被告，而受為訴訟標的法律關係之本案判決之資格而言。故在給付之訴，若原告主張其為訴訟標的法律關係之權利主體，他造為訴訟標的法律關係之義務主體，其當事人即為適格。」，判斷當事人適格與否一事，應自原告主張之訴訟標的以觀，惟此非指應要求原告自為法律上之定性，而係從其所主張之原因事實為斷。題示情形丙、丁未經全體繼承人同意而使用 A 地，無法律上原因獲有相當租金額 100 萬元之利益，為此請求其等返還不當得利如數，乃為不當得利請求，屬金錢給付請求，為可分之債，各繼承人得就自己之部分為請求，是訴之聲明第 2 項雖記為：丙、丁應給付甲、乙及丙新臺幣（下同）100 萬元，惟因各繼承人得就自己之部分為請求，無須將丙列為共同原告，即已具原告適格。至於在聲明中將丙同時列為原告及被告，有違民事訴訟對審之特性，應認此部分有違訴訟要件，不具訴之利益，然與當事人適格與否一事，應屬無涉。

2. 因不當得利返還請求無合一確定之要求，原告得僅對丁提起上訴，當事人適格並無欠缺。

本件不當得利返還請求為金錢請求，為可分之債，並無合一確定之必要，是縱使第一審法院判決原告敗訴，原告亦得僅擇定丁為被上訴人，行上訴救濟，並不影響當事人適格問題。

(二)本件拆屋還地請求，就拆屋部分無合一確定必要，惟就還地部分則應列全體共有人為原告來受領，當事人適格有所欠缺，一審法院應命補正；雖甲上訴之效力及於其他原告，惟二審法院應斟酌丙有無受適當程序保障，視情形廢棄原判決發回原法院。

1. 拆屋請求部分當事人適格未有欠缺，惟還地部分應由共有人全體為原告，此部分原告適格有不足。

按民法第 828 條第 2 項準用第 821 條規定，拆屋部分得由共有人之一為之，乃法定訴訟擔當，當事人適格並無欠缺。惟還地部分應列共有人全體為原告來受領，是此部分原告適格有所不足。法院宜闡明使原告依民訴法第 56 條之 1 規定聲請命法院裁定追加丙為原告，以補正適格。

2. 還地請求部分對共有人全體有合一確定必要，甲提起上訴，上訴效力及於全體，惟因一審

## 公職王歷屆試題 (105 司法官二試)

未列共有人全體作為原告，故上訴人仍有不資格。

遷地請求部分因對共有人全體有合一確定之必要，依民訴法第 56 條第 1 項第 1 款規定，並按最高法院 33 年上字第 1814 號判例意旨，上訴效力及於原告全體，惟因一審未列共有人全體作為原告，是縱效力及於原告全體，亦因欠缺丙致上訴人不資格。

3. 二審法院不宜逕自駁回請求，應視丙之程序權保障程度，擇廢棄發回，以保護當事人程序利益。

依題示，丙雖為共有人之一，惟經列為原審被告之一，成為形式上當事人，應均有受原審合法庭期通知並參與審判，受有相當程度之程序權保障，故二審法院不應逕自駁回上訴，宜自保護當事人程序利益及維護公益層面訴訟經濟角度評價，依民訴法第 451 條第 1 項規定，將原判決廢棄發回重審即可。

二、甲主張向乙購買 A 屋，已付清價金新臺幣（下同）2000 萬元，詎乙遲未履約，乃訴請乙應將 A 屋所有權移轉登記予甲；乙於審理中抗辯，甲僅給付 500 萬元，自得拒絕履約。第一審法院判決乙應於甲給付 1500 萬元之同時，將 A 屋所有權移轉登記予甲；甲就命其給付 1500 萬元部分，聲明不服而提起上訴。如第二審法院認為，原判決命甲給付 1500 萬元部分無可維持，關於 A 屋所有權移轉登記部分，得否併予廢棄？又如乙對於第二審判決提起上訴，未委任律師為訴訟代理人，第二審法院以乙未於提起上訴後 20 日內提出理由書為由，裁定駁回上訴，是否合法？請詳述理由說明之。（35 分）

【擬答】：

(一)對待給付與本案給付縱認有條件關係，亦不應命併予廢棄。

通說實務均認為原告對於一審法院所為之對待給付判決，雖屬勝訴判決之類型，惟因附有對待給付條件，對於對待給付仍有上訴利益，而允得就對待給付為不服上訴，然而題示情形，上級法院得否於認對待給付無可維持時，併將本案請求為廢棄？

1. 肯定說（實務見解）：

認為本案給付與對待給付間，有不可分之關係，本案給付部分既無可維持，對待給付部分自應併予廢棄（如最高法院 103 年台上字第 1155 號判決、103 年台上字第 1719 號判決、103 年台上字第 1729 號判決、104 年台上字第 878 號判決等）。

2. 管見：實務通說從實體法立論，固有道理，惟忽視本案給付並未經被上訴人聲明不服，亦未經上訴人聲明不服，均不在上訴聲明範圍內。實務見解有違當事人處分權主義，矧違反不利益變更禁止原則，使上訴人受有聲明範圍外之不利益，復使被上訴人無端享有預期外之利益，又造成突襲性裁判，未能充分保護當事人之程序利益，僅追求實體利益，有違民事訴訟制度之目的。

結論：實務見解有所不妥，宜予揚棄，題示情形，上級法院於認對待給付無可維持時，應不得併將本案請求為廢棄。

(二)第二審法院不得以未提出上訴理由書即駁回上訴。

按民訴法第 444 條之 1 第 5 項規定「(略)」，已明示第二審法院僅得準用第 447 條更新權之規定或於判決時依全辯論意旨斟酌之，故題示情形，第二審法院不得以未提出上訴理由書即駁回上訴。

三、我國人民甲於民國（下同）80 年間至 A 國經商，在該國成立 B 公司，甲與其配偶、子女長年居住於該國首都，並在該國置產，但甲於我國新竹市仍設有戶籍，戶籍址之房地為甲所有，每年回國二至四次，每次停留一週至一月不等。甲在 A 國經商期間，因 B 公司資金困窘，甲遂向與 B 公司有商業往來之 A 國 C 公司借款 A 國幣（下同）500 萬元，並約定 B 公司願負連帶清償責任，惟未約定還款期限。嗣 C 公司發現甲債信不良，B 公司負債大於資產，且甲及 B 公司在 A 國已無資產，但甲在我國仍為上開新竹市房地之所有人，C 公司遂

## 公職王歷屆試題 (105 司法官二試)

向臺灣新竹地方法院對甲提起返還借款之訴。

試問：

- (一)如甲與 C 公司系爭借款契約訂定於 101 年 10 月 16 日，未約定準據法，臺灣新竹地方法院應以何國法律為其準據法？又如 A 國之國際私法規定，本件應適用借款人（甲）之本國法，本件是否即應適用我國法？（30 分）
- (二)如系爭借款契約已明定準據法為我國法，甲在訴訟中抗辯 C 公司曾積欠 B 公司貨款 500 萬元未付，C 公司就此並不爭執，甲得以 B 公司上開債權抵銷 C 公司之請求，提出抵銷抗辯，嗣甲發現 C 公司之借款返還請求權已罹於消滅時效，應提出時效抗辯較為有利，乃具狀撤回上開抵銷抗辯。試從抵銷抗辯之性質論述該撤回在訴訟程序上、實體法上發生何效力？如甲係向法院抗辯在 C 公司起訴前已以上開債權主張抵銷，且該意思表示已到達 C 公司，甲在訴訟中撤回此項抗辯，有無不同？（35 分）
- (三)如系爭借款契約已明定準據法為我國法，甲於訴訟中抗辯系爭借款發生於 88 年 6 月 1 日，而 C 公司於 104 年 7 月 1 日起訴請求返還借款，已罹消滅時效，甲得拒絕給付。C 公司則主張其曾於 89 年 6 月 1 日發函催告甲及 B 公司應於二個月內返還借款，其請求權尚未罹於消滅時效。何者為有理由？（25 分）

參考法條：涉外民事法律適用法【民國 99 年 5 月 26 日修正】

### 第 1 條

涉外民事，本法未規定者，適用其他法律之規定；其他法律無規定者，依法理。

### 第 2 條

依本法應適用當事人本國法，而當事人有多數國籍時，依其關係最切之國籍定其本國法。

### 第 3 條

依本法應適用當事人本國法，而當事人無國籍時，適用其住所地法。

### 第 4 條

依本法應適用當事人之住所地法，而當事人有多數住所時，適用其關係最切之住所地法。當事人住所不明時，適用其居所地法。當事人有多數居所時，適用其關係最切之居所地法；居所不明者，適用現在地法。

### 第 5 條

依本法適用當事人本國法時，如其國內法律因地域或其他因素有不同者，依該國關於法律適用之規定，定其應適用之法律；該國關於法律適用之規定不明者，適用該國與當事人關係最切之法律。

### 第 6 條

依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。

### 第 7 條

涉外民事之當事人規避中華民國法律之強制或禁止規定者，仍適用該強制或禁止規定。

### 第 8 條

依本法適用外國法時，如其適用之結果有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。

### 第 9 條

人之權利能力，依其本國法。

### 第 10 條

人之行為能力，依其本國法。有行為能力人之行為能力，不因其國籍變更而喪失或受限制。外國人依其本國法無行為能力或僅有限制行為能力，而依中華民國法律有行為能力者，就其

## 公職王歷屆試題 (105 司法官二試)

在中華民國之法律行為，視為有行為能力。關於親屬法或繼承法之法律行為，或就在外國不動產所為之法律行為，不適用前項規定。

### 第 11 條

凡在中華民國有住所或居所之外國人失蹤時，就其在中華民國之財產或應依中華民國法律而定之法律關係，得依中華民國法律為死亡之宣告。前項失蹤之外國人，其配偶或直系血親為中華民國國民，而現在中華民國有住所或居所者，得因其聲請依中華民國法律為死亡之宣告，不受前項之限制。前二項死亡之宣告，其效力依中華民國法律。

### 第 12 條

凡在中華民國有住所或居所之外國人，依其本國及中華民國法律同有受監護、輔助宣告之原因者，得為監護、輔助宣告。前項監護、輔助宣告，其效力依中華民國法律。

### 第 13 條

法人，以其據以設立之法律為其本國法。

### 第 14 條

外國法人之下列內部事項，依其本國法：

- 一、法人之設立、性質、權利能力及行為能力。
- 二、社團法人社員之入社及退社。
- 三、社團法人社員之權利義務。
- 四、法人之機關及其組織。
- 五、法人之代表人及代表權之限制。
- 六、法人及其機關對第三人責任之內部分擔。
- 七、章程之變更。
- 八、法人之解散及清算。
- 九、法人之其他內部事項。

### 第 15 條

依中華民國法律設立之外國法人分支機構，其內部事項依中華民國法律。

### 第 16 條

法律行為之方式，依該行為所應適用之法律。但依行為地法所定之方式者，亦為有效；行為地不同時，依任一行為地法所定之方式者，皆為有效。

### 第 17 條

代理權係以法律行為授與者，其代理權之成立及在本人與代理人間之效力，依本人及代理人所明示合意應適用之法律；無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。

### 第 18 條

代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在本人與相對人間，關於代理權之有無、限制及行使代理權所生之法律效果，依本人與相對人所明示合意應適用之法律；無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。

### 第 19 條

代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在相對人與代理人間，關於代理人依其代理權限、逾越代理權限或無代理權而為法律行為所生之法律效果，依前條所定應適用之法律。

### 第 20 條

法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切

## 公職王歷屆試題 (105 司法官二試)

之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。

### 第 21 條

法律行為發生票據上權利者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依行為地法；行為地不明者，依付款地法。行使或保全票據上權利之法律行為，其方式依行為地法。

### 第 22 條

法律行為發生指示證券或無記名證券之債者，其成立及效力，依行為地法；行為地不明者，依付款地法。

### 第 23 條

關於由無因管理而生之債，依其事務管理地法。

### 第 24 條

關於由不當得利而生之債，依其利益之受領地法。但不當得利係因給付而發生者，依該給付所由發生之法律關係所應適用之法律。

### 第 25 條

關於由侵權行為而生之債，依侵權行為地法。但另有關係最切之法律者，依該法律。

### 第 26 條

因商品之通常使用或消費致生損害者，被害人與商品製造人間之法律關係，依商品製造人之本國法。但如商品製造人事前同意或可預見該商品於下列任一法律施行之地域內銷售，並經被害人選定該法律為應適用之法律者，依該法律：

- 一、損害發生地法。
- 二、被害人買受該商品地之法。
- 三、被害人之本國法。

### 第 27 條

市場競爭秩序因不公平競爭或限制競爭之行為而受妨害者，其因此所生之債，依該市場之所在地法。但不公平競爭或限制競爭係因法律行為造成，而該法律行為所應適用之法律較有利於被害人者，依該法律行為所應適用之法律。

### 第 28 條

侵權行為係經由出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為之者，其所生之債，依下列各款中與其關係最切之法律：

- 一、行為地法；行為地不明者，行為人之住所地法。
- 二、行為人得預見損害發生地者，其損害發生地法。
- 三、被害人之人格權被侵害者，其本國法。前項侵權行為之行為人，係以出版、廣播、電視、電腦網路或其他傳播方法為營業者，依其營業地法。

### 第 29 條

侵權行為之被害人對賠償義務人之保險人之直接請求權，依保險契約所應適用之法律。但依該侵權行為所生之債應適用之法律得直接請求者，亦得直接請求。

### 第 30 條

關於由第二十條至前條以外之法律事實而生之債，依事實發生地法。

### 第 31 條

非因法律行為而生之債，其當事人於中華民國法院起訴後合意適用中華民國法律者，適用中華民國法律。

第 32 條

債權之讓與，對於債務人之效力，依原債權之成立及效力所應適用之法律。債權附有第三人提供之擔保權者，該債權之讓與對該第三人之效力，依其擔保權之成立及效力所應適用之法律。

第 33 條

承擔人與債務人訂立契約承擔其債務時，該債務之承擔對於債權人之效力，依原債權之成立及效力所應適用之法律。債務之履行有債權人對第三人之擔保權之擔保者，該債務之承擔對於該第三人之效力，依該擔保權之成立及效力所應適用之法律。

第 34 條

第三人因特定法律關係而為債務人清償債務者，該第三人對債務人求償之權利，依該特定法律關係所應適用之法律。

第 35 條

數人負同一債務，而由部分債務人清償全部債務者，為清償之債務人對其他債務人求償之權利，依債務人間之法律關係所應適用之法律。

第 36 條

請求權之消滅時效，依該請求權所由發生之法律關係所應適用之法律。

第 37 條

債之消滅，依原債權之成立及效力所應適用之法律。

第 62 條

涉外民事，在本法修正施行前發生者，不適用本法修正施行後之規定。但其法律效果於本法修正施行後始發生者，就該部分之法律效果，適用本法修正施行後之規定。

第 63 條

本法自公布日後一年施行。

【擬答】：

(一)如甲與 C 公司系爭借款契約訂定於 101 年 10 月 16 日，未約定準據法，臺灣新竹地方法院應 A 國法律為其準據法；又如 A 國之國際私法規定，本件應適用借款人（甲）之本國法，本件並非即應適用我國法。理由如下：

1. 依據涉外民事法律適用法第二十條第二項「當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律」之規定，本件借款人甲之住所應在 A 國，而貸與人 C 公司為 A 國公司，借款契約訂立地為 A 國，借款金額為 A 國貨幣，故應認為 A 國法為關係最切之法律。
2. 依涉外民事法律適用法第 6 條「依本法適用當事人本國法時，如依其本國法就該法律關係須依其他法律而定者，應適用該其他法律。但依其本國法或該其他法律應適用中華民國法律者，適用中華民國法律。」之規定，就某涉外法律關係適用當事人本國法時，始可反致，亦即僅於適用以「國籍」為連結因素所成立之準據法時，始可適用反致。反之，若係適用以其他連結因素為基礎所成立之準據法，如「侵權行為地法」、「物之所在地法」或「當事人合意所選定之法律」等，縱其與當事人本國法偶然一致時，亦無反致之適用。是故本件之所以適用 A 國法並非以「國籍」為連結因素所成立之準據法，而係因 A 國法為本借貸契約關係最切之法律，所以並無反致之適用。

(二) 1. 該抵銷抗辯之撤回，視抵銷抗辯是否已送達於對造，在訴訟上生自認之撤銷，在實體法上則生撤回抵銷權意思表示之效力。

(1) 連帶債務人得行使他債務人之抵銷權。

題示情形，甲與 C 公司間有消費借貸關係，並約定 B 公司願負連帶清償責任，因此甲、B 為連帶債務人。而依涉外民事法律適用法第 20 條及當事人間約定，應以我國法為準據法。次按我國民法第 277 條規定，因甲、B 未約定比例，應平均分擔，甲僅得於 250

萬元限度內行使 B 公司之抵銷權。

(2) 甲提出抵銷抗辯，性質上屬附限制自認。

題示情形，甲提出抵銷抗辯，即自認對於被告主張借款之事實，僅於 250 萬元內為抵銷之抗辯，性質上屬附限制自認，法院就自認部分受自認之事證調查排除效拘束，並不得再調查。

(3) 甲撤回上開抵銷抗辯之行為，應視抵銷抗辯是否已送達於對造，分別在訴訟上屬自認之撤回，在實體法上生撤回抵銷權意思表示之效力。

甲為上開抵銷抗辯之行為，如已合法送達於對造，即已生訴訟法上自認之效力，若甲欲撤銷抵銷抗辯，依民訴法第 279 條第 3 項規定，僅於其能證明與事實不符或經他造同意，始得撤銷抵銷抗辯。至於實體法上抵銷意思表示若已送達於對造，因抵銷權為形成權，無從撤銷，但對造若同意甲撤銷抵銷權行使，得認屬當事人財產處分權之行使，應無由禁止。惟若尚未合法送達於對造，因尚不生訴訟法上自認之效力，甲得以撤回其自認；至於實體法上之效力，亦因尚未發生抵銷效力，自得撤回之。

2. 如甲係向法院提出曾為抵銷權行使之事實，甲在訴訟中得撤回此項抗辯，惟此事實已為法院依職務上所已知者，得依全辯論意旨為判決。

(1) 甲就擬制自認之事實得為得為追復爭執。

如甲係向法院提出起訴前即曾為抵銷權行使之事實，因甲對於他造主張之消費借貸成立之事實，未為自認，亦未為爭執，依民訴法第 280 條第 1 項規定，視同自認。惟甲得於言詞辯論終結時點之前，另行提出追復爭執，使不生自認效力。

(2) 擬制自認之事實為法院職務上已知之事實，得依全辯論意旨作為判決基礎，惟應使甲有陳述意見之機會。

甲上開提出曾為抵銷權行使之事實，為法院審理過程中所知，屬依職務上已知之事實，如嗣後依其他證據資料，認該事實為真，得依全辯論意旨作為判決基礎，惟應使甲有陳述意見之機會，避免突襲性裁判。

(三) 系爭借款債權是否已經罹於時效？

民法第 478 條：「借用人應於約定期限內，返還與借用物種類、品質、數量相同之物，未定返還期限者，借用人得隨時返還，貸與人亦得定一個月以上之相當期限，催告返還。」而關於未定期限消費借貸返還請求權之消滅時效應自何時起算，容有疑義。

實務見解認為，依民法第 478 條規定，貸與人於催告借用人後，借用人始有返還義務，貸與人之請求權自此時方得行使，故系爭請求權之消滅時效應自催告期間屆滿時起算；然學者認為，依實務見解，若貸與人不為催告，則消滅時效將無從起算，將使系爭債權無從告確定，與消滅時效之制度本旨即法安定性有違，故應認為未定期限之請求權，既得隨時請求（民法第 315 條），則民法第 478 條規定，係法定恩惠期間，亦即於貸與人催告期間屆滿前，借用人無需負遲延責任，始符時效制度之本旨。

據此，倘依最高法院見解，則系爭債權之消滅時效應自催告期間屆滿後（89 年 8 月 1 日）起算，故 C 公司於 104 年 7 月 1 日起訴請求返還借款，該債權自尚未罹於時效；然依學說見解，系爭請求權之消滅時效應自債權成立時（88 年 6 月 1 日）起算，故 C 公司於 104 年 7 月 1 日起訴請求返還借款，該債權已經罹於時效而消滅。

參考資料：

最高法院 99 年度第 7 次民事庭決議（採甲說）：「按民法第 478 條後段規定，消費借貸未定返還期限者，貸與人得定一個月以上之相當期限，催告返還。所謂返還，係指「終止契約之意思表示」而言，即貸與人一經向借用人催告（或起訴），其消費借貸關係即行終止，惟法律為使借用人便於準備起見，特設『一個月以上相當期限』之恩惠期間，借用人須

## 公職王歷屆試題 (105 司法官二試)

俟該期限屆滿，始負遲延責任，貸與人方有請求之權利。若貸與人未定一個月以上之期限向借用人催告，其請求權尚不能行使，消滅時效自無從進行。故須貸與人定一個月以上之相當期限，催告返還，於該催告所定期間屆滿後，其消滅時效始開始進行。」

# 公 職 王