民法篇

主筆人：蘇律師

壹、概說

研究所考試與國家考試時有以相同爭點命題之現象，蓋國家考試之命題者亦以各學校教授為主，了解當年度研究所考試之考試重點及命題趨勢，對準備考試上有相當助益。並且，亦需強調不論係研究所考試或國家考試，最新實務見解之重要性。今年 104 年台大（A 卷及 B 卷試題）、北大之民法考題皆有改編實務見解之出題，再者，近年來亦有以教授之文章見解及研討會見解出題之趨勢，故本文擬就最新的實務見解及相關文章觀察，整理今年法研所題目之重要爭點。

貳、重要爭點

爭點一：承租人自殺致凶宅之侵權責任與契約責任

就凶宅之爭議，多數為文在瑕疵擔保的部分，相信考生應不陌生，故就此不再贅述；**惟近來多聚焦於凶宅所成立之契約責任與侵權責任，例如：承租人於出租人之房屋內自殺，是否有違反租賃契約之義務以及承租人之繼承人是否負擔侵權責任？**就此爭議，建議考生應閱讀參考資料所附之陳忠五教授文章及最新實務見解，104 年台大及北大法研所考試皆以此命題，分述如下：

(一)相關考題

104 年台灣大學法律研究所民法第一題（公法、刑法、財經法組）；104 年台灣大學法律研究所民法第二題（民法組、商法組）；104 年台北大學法律研究所民法第四題（民法組）；103 年中正大學法律研究所民法第一題（民法組）。

(二)爭點說明

1.侵權責任－故意以背於善良風俗之方法？

承租人於出租人之房屋內自殺，是否該當於民法第 184 條第 1 項之前段：「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人」之侵權責任？分析如下：

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

(1)純粹財產上損失？

A.差別保護說

學者多數說及實務見解（例如：最高法院 103 年度台上字第 178 號判決、最高法院 102 年台上字第 1485 號判決、102 年度台上字第 1189 號判決）對於侵權行為的保護客體採取「差別保護說」的態度，認為民法第 184 條第 1 項前段不保護「利益」。就此須以同條第 1 項後段或 2 項予以請求。

就此，成為「凶宅」是否有侵害「純粹財產上損失」之利益？**最高法院 103 年度台上字第 583 號判決以及其歷審判決見解一致，皆認為此並非侵害「所有權」，而係侵害「利益」。**

B.陳忠五教授－侵害權能，即係對所有權之侵害[註1]

陳忠五教授認為，**純粹財產上損失具有補充性**，僅在限於未侵害權利時始能將利益認定為純粹財產上損失，再者，老師認為，「**侵害所有權的權能，即是對所有權的侵害，不已法律上喪失所有權或物理上對於所有權造成『毀損滅失』、『實體破壞』為必要。單純對使用目的或利用功能的妨礙或剝奪等，亦足夠成所有權之侵害。**[註2]」

(2)背於善良風俗？

A.否定見解

最高法院 103 年度台上字第 583 號判決廢棄發回二審法院之肯定見解，而認為：「**林〇自殺屬於極端終結生命之方式，雖為社會所不贊同，但是否即為有背於善良風俗，不無疑義。**」似採否定見解。

B.肯定見解

台灣高等法院 101 年度上字第 502 號判決認為，「而所謂背於善良風俗並不限於一般風情民俗，只要是社會道德通念上不能接受之行為均包括在內。**查自殺屬於極端終結生命之方式，經社會各界多方宣導勸阻，故自殺行為為社會所不贊同，更被視為不孝行為，顯然有背於善良風俗。**」

陳忠五教授採肯定說，其認為**評價重點在於「以自殺作為侵害手段」是否背於善良風俗，而非評價「自殺」本身。**又善良風俗應以利益

[註1]陳忠五，〈承租人允許使用房屋之第三人自殺致房屋成為凶宅之損害賠償責任－最高法院 103 年度台上字第 583 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，第 269 期，2015 年 4 月，頁 23-43。

[註2]同前註一，頁 31。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

衡量爲價值判斷，應考量凶宅對於他人房價及用益功能之影響，且自殺係與道德觀念不相符之欠缺社會效益行爲，政策上應認爲與供序良俗有違[註3]。

(3)故意？

最高法院 103 年度台上字第 583 號判決採否定見解：「林〇燒炭自殺，**雖主觀上係出於殘害自己生命之意思而爲，但何以有侵害系爭房屋財產上利益之故意，原判決未說明其理由**，遽謂林〇有侵害被上訴人系爭房屋財產利益之故意，進而推認林〇之法定代理人上訴人林業振，應依民法第一百八十四條第一項後段、第一百八十七條之規定負賠償責任，**已有可議。**」廢棄發回高等法院之肯定見解。

陳忠五教授認爲，自殺者對於其行爲將使房屋成爲凶宅一事應可預見，**縱使無「直接故意」，亦有容任其發生之「間接故意」，蓋其發生並不違背本意。**從而認定該當故意之主觀要件[註4]。

2.承租人的契約責任－凶宅是否致租賃物「毀損滅失」？

承租人於出租人房屋內自殺，繼承人是否繼承承租人之契約責任？端視請求權基礎**民法第 432 條**：「承租人應以善良管理人之注意，保管租賃物，租賃物有生產力者，並應保持其生產力。**承租人違反前項義務，致租賃物毀損、滅失者，負損害賠償責任。**」是否成立。

對此，陳忠五教授認爲，應以本條「保管義務」之目的出發，亦即該**目的在維護「租賃物用益價值與交換價值」，此一義務之違反不已物理上毀損滅失爲必要。**再者，縱認爲應嚴格解釋「毀損滅失」之文義，此時亦得類推適用，始符合規範目的[註5]。

(三)參考資料

1.陳忠五，〈承租人允許使用房屋之第三人自殺致房屋成爲凶宅之損害賠償責任－最高法院 103 年度台上字第 583 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，第 269 期 ，2015 年 4 月，頁 23-43。

2.向明恩，〈物之瑕疵擔保責任之再探－以凶宅案爲例：評臺灣臺北地方法院九十九年度訴字第二一八號民事判決〉，《月旦裁判時報》，第 12 期，2011 年 12 月。

3.吳從周，〈凶宅、物之瑕疵與侵權行爲—以兩種法院判決案行之探討爲中

[註3]同註一，頁 34。

[註4]同註一，頁 35。

[註5]同註一，頁 40-41。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

心〉，《月旦裁判時報》，第 12 期，2011 年 12 月。

4.邱琦，〈凶宅與純粹經濟上損失〉，《月旦裁判時報》，第 7 期，2011 年 2 月。

爭點二：事實上處分權之性質

(一)相關考題

104 年台灣大學法律研究所民法第二題（公法、刑法、財經法組）、104 年輔仁大學法律研究所民法第二題（刑法組）。

(二)爭點說明

違章建物之爭議一直係實務與學說對話之重要爭點，實務對此以累積大量裁判見解、學者相關文獻亦不少，值得注意者，為 2014 年「最高法院關於違章建築判例之研究」座談會會議中對於事實上處分權概念之定位，亦有最新判決表明實務向來之見解（最高法院 103 年台上字第 2241 號判決），故就此爭點說明如下：

1.違章建物－融通物？不融通物？

所謂違章建物，係指未經主管建築機關審查許可並發給建築、及使用執照，而擅自建造即使用之建物，又此無法依法補辦執照並繳交相關稅款，成為合法的建物之「實質違建」（參照內政部之定義）。對於違章建物，如何所有權？通說[註6]認為，違章建物若符合定著物之要件（最高法院 63 年第 6 次民事決議），**由「出資興建者」，原始取得所有權。**

再者，違章建物是否為融通物？亦即是否為法律上容許交易之物，實務採肯定說，按最高法院 48 年台上 1812 判例見解，**違章建築物雖為地政機關所不許登記，但非不得以之為交易之標的**，故屬於融通物。

2.實務對於事實上處分權之創設

違章建物按實務見解係屬融通物，惟因無法辦理第一次所有權登記（保存登記），而無法移轉所有權移轉登記（民法第 758 條第 1 項）於買受人，基此，買受人取得何種權利？按最高法院 67 年度第 2 次民事庭庭長會議之見解，**違章建築之讓與，雖因不能為移轉登記而不能為不動產所有權之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人**。亦即，違章建築之買受人雖不得取得「所有權」，惟得取得「事實上處分權」。

[註6]參見王澤鑑，《民法物權》，頁 103-105，2010 年 2 版；謝在全，《民法物權論(上)》，頁 97-98、108，2010 年 5 版；朱柏松，《民事法問題研究—物權法論》，2010 年，頁 125。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

3.事實上處分權之性質－所有權？其他物權？

(1)事實上處分權類推適用民法第 767 條第 1 項？

實務雖創設事實上處分權之概念，惟並無明確定義該權利之性質。雖有學者[註7]認爲事實上處分權實際係所有權之概念，惟最高法院對此明確採否定說，按實務見解（最高法院 103 年台上 2241 號判決、最高法院 100 年台上字第 1275 號判決、最高法院 95 年台上 94 號判決參照）：「又未辦理保存登記房屋之買受人，固取得該違章建築之事實上處分權，惟依前開規定，該事實上處分權究與物權性質不同，自無同法第七百六十七條第一項物上請求權規定適用，亦無類推適用餘地。」

(2)事實上處分權適用民法第 767 條第 2 項？

按民法第 757 條之規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」亦即，2009 年增訂容許以習慣法創造物權後，有論者（學者蔡明誠、學者張永健）認爲得以習慣法創設事實上處分權爲其他物權。蓋判例得認爲係民法第 1 條之所指之習慣法，且民間上大量違章建物之交易慣行，是否可認爲具備客觀上有長期慣行之事實，主觀上具備人民法之確信，可創設事實上處分權爲物權之種類，不無討論空間。若採肯定者，則得依民法第 767 條第 2 項：「前項規定，於所有權以外之物權，準用之。」準用第 1 項之物上請求權。

惟應注意者，習慣法以不違反公序良俗爲要件（第 2 條），違章建物是否違反公序良俗，而無透過習慣法創設之空間，仍待法院判決予以判斷。

4.小結

綜上所述，實務見解認爲事實上處分權並非物權性質，不得類推適用物上返還請求權，惟學說上有主張得以習慣法創設物權種類，有民法第 767 條第 2 項之適用。應加以說明者，按實務見解之脈絡，雖不得主張物上請求權，惟事實上處分權人亦受占有相關規定之保護（民法第 962 條），再者，實務見解肯認，事實上處分權人得代位建物所有人提起債務人異議之訴（最高法院 100 年台上字第 1183 號判決），亦即應注意事實上處分權人有無民法第 242 條代位之權利。

[註7]謝哲勝，違章建築的事實上處分權—最高法院四十三年臺上字第八五六號判例、六十七年度第二次民事庭決議(1)、六十九年度臺上字第三七二六號判決、八十六年度臺上字第二二七二號判決評釋，《財產法專題研究（五）》，2006 年，頁 175-176；吳光明，《物權法新論》，2006 年，頁 101。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

(三)參考資料

1.蔡明誠、張永健、魏大喨、黃虹霞、詹森林，謝在全主持，「最高法院關於違章建築判例之研究」座談會會議綜述，《月旦裁判時報》，第 29 期，2014 年 10 月，頁 171-196。

2.許政賢，〈淺析違章建築事實上處分權之定位〉，《月旦裁判時報》，第 30 期，頁 63-73。

爭點三：違章建物之優先承買權

(一)相關考題

104 年台灣大學法律研究所民法第二題（公法、刑法、財稅組）

(二)爭點說明

民法第 426 之 2 條第 1 項之規定:「租用基地建築房屋，出租人出賣基地時，承租人有依同樣條件優先承買之權。承租人出賣房屋時，基地所有人有依同樣條件優先承買之權。」**此時有疑義者，若承租人所建築者爲違章建物，是否仍符合租地建「屋」的要件而有優先承買權？**對此，實務見解有分歧，亦有學者爲文評析，故就此爭點說明如下：

1.肯定說

實務之多數見解認爲（最高法院 85 年台上字第 1051 號判決、最高法院 86 年台上字第 1758 號判決、最高法院 91 年台上字第 2154 號判決），基地承租人行使優先承買權，其所建築之房屋不以合法建物爲必要，**蓋此優先承買權爲成立買賣契約之形成權，至於房屋之所有權能否移轉登記，在所不問。**

又以**民法第 426 條之 2 之立法意旨**觀之，此係旨在達成「使用與所有合一」之目的，以發揮土地之利用價值，盡經濟上之效用。以避免建物嗣後無使用權限遭拆屋還地，以此觀點，若所建築者爲違章建築，應無不同。

再者，依最高法院 67 年第 2 次民庭庭推總會決議見解，違章建物得移轉**事實上處分權，仍爲融通物**，非不得爲交易標的，自無礙租地建屋本質，應不排除民法第 426 條之 2 之適用。

2.否定說

亦有少數判決採否定說（最高法院 80 年台上字第 2105 號判決），認爲違章建物得爲拆除，與優先承買權立法意旨是否相符，不無疑問。**學說通**

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

說亦採否定說[註8]，認為民法第 426 條之 2 之優先承買權既為**物權效**，因行使上之效力較強，**應兼顧第三人及交易安全、社會利益，從而適用範圍有從嚴之必要**。

再者，違章建物**無法辦理保存登記，並無公示外觀**，若得主張優先承買權，將有害於交易安全，易導致權利之糾紛。

3.小結

對此爭議，最新之實務見解（最高法院 103 年台上字第 2188 號判決）**採肯定說：**「此項優先購買權，於基地或房屋出賣時始行發生（司法院釋字第一二四號解釋意旨參照）。因此，苟基地之承租人於基地出賣時，在該土地上蓋有房屋，即得按上開規定，有依買賣契約同樣條件優先購買（承買）之權。**縱該房屋為違章建築，且於原告提起確認之訴後，因未能補正手續而遭受主管機關拆除亦然。**蓋違章建築之房屋，僅因欠缺行政管理之規定，不許向地政機關辦理第一次所有權登記，但尚非不得以之為交易之標的（本院 50 年台上字第 1236 號判例參照）而讓與其事實上之處分權。**倘於基地出賣時蓋有之該房屋具有一定之經濟價值，且承租人與基地所有人訂立租約時，係約定以在土地上有房屋（建築物）為目的，即不因該房屋嗣後被拆除而影響其原本已取得之優先購買權，以貫徹法律就優先購買權重在使基地及其上之房屋合歸一人所有之旨意及實務上對違章建築賦與事實上處分權之內涵。**」

4.其他爭點

本文就最新關於優先承買權之實務見解附論如下：

A.【最高法院 103 年台上字 1787 號判決】－「相同條件」之解釋

土地法第一百零四條第一項所謂承租人有依同樣條件優先購買之權，係指租用基地建築房屋之承租人於出租人出賣其基地或應有部分時，對於該出租人有請求以「同樣條件」訂立買賣契約之權利而言。故基地承租人行使優先購買權時，應接受出租人與他人所訂**原買賣契約之包含標的、價金等一切條件，不得部分不接受或予以變更。**

民法第 426-2 條之優先承買權，係本於土地法第 104 條所制定，在條文之操作解釋上應為相同。

[註8]鄭玉波，〈論先買權〉，收錄於：《民商法問題研究（一）》；溫豐文，〈基地承租人之優先承買權〉，《月旦法學雜誌》，第 78 期；陳立夫，〈土地法第 104 條之基地優先購買權〉，《台灣本土法學雜誌》，第 18 期。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

B.【最高法院 103 年台上字 1481 號判決】－僅承租基地一部分之優先承買權範圍

按基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。其順序以登記之先後定之，土地法第 104 條第 1 項定有明文。此項規定之目的，在保護現有基地或房屋所有權人、典權人、地上權人、承租人或其他合法使用人之權益，使土地所有權之歸屬及利用於公平合理之原則下，歸併同一人。而基地承租人係指承租基地在其上興建建築物之承租人，故如所承租之範圍僅為土地之一部，就其餘部分並無承租權，則於土地出賣時，除該土地有不能分割之情形外，承租人之優先承買權，應限於承租範圍內之基地。

(三)參考資料

1.吳從周，〈違章建築與基地承租人之優先承買權〉，《月旦法學教室》，第 121 期，2012 年 10 月，頁 15-17。

2.溫豐文，〈基地承租人之優先承買權〉，《月旦法學雜誌》，第 78 期。

3.陳立夫，〈土地法第 104 條之基地優先購買權〉，《台灣本土法學雜誌》，第 18 期。

爭點四：借名登記之出名人處分效力

(一)相關考題

104 年台灣大學法律研究所第二題（民法組、商法組）、104 年成功大學法律研究所第二題（乙組、丙組）、104 年中正大學法律研究所第一題（財經法組）。

(二)爭點說明

本爭點雖非新穎考點，惟 103 年最高法院有兩個判決（最高法院 103 年度台上字第 1518 號判決、最高法院 103 年度台上字第 2142 號判決）改採出名人之處分為「有權出分」，一改以往「無權處分」之穩定見解（最高法院 98 年度台上字第 76 號判決），考生應予注意，故就此討論如下

1.借名契約之定性

借名契約係指當事人約定，一方借名人將自己之財產登記於他方出名人名義下，仍由自己管理使用收益處分，他方允就該財產為出名登記之契約。亦即，借名登記係借名人以出名人名義登記自己所有物，其目的並不得而知。有可能是為了節稅，也有可能為了避免保全處分而為。實務

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

上屢見不鮮，故有討論之重要性。

借名契約爲無名契約，實務見解（最高法院 100 年台上字第 1972 號判決）認爲，因借名契約**側重信賴關係**，係類似委任之無名契約，而非信託契約。**故依民法第 529 條之規定，借名契約依委任契約之相關規定處理。**

2.出名人之處分效力

借名人仍爲所有權人，故出名人未經借名人之同意，處分借名物之處分效力如何？討論如下：

(1)無權處分說

※最高法院 98 年度台上字第 76 號判決

按稱「借名登記」者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名 義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產爲出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。**惟出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產爲物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分**，除相對人爲善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第 118 條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益。

(2)有權處分說

※最高法院 103 年度台上字第 1518 號判決

「查不動產借名登記契約爲借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，**然此僅爲出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。**出名人既登記爲該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，**自屬有權處分**，無無權處分可言。」此最新見解認爲，借名契約爲債權契約，基於債之相對性，不得對抗第三人，故處分自屬有權處分。惟此判決之論理似過於跳躍，何以本於債之相對性，出名人之處分即爲有權處分？蓋此時所有權人仍爲借名人。

※最高法院 103 年度台上字第 2142 號判決

「是借名人有將該財產所有權移轉予出名人之意思表示，出名人亦有同意該財產所有權移轉於己之意思表示，並依法完成所有權移轉登記手續者，**出名人即取得該**財產**之所有權**，僅出名人基於其與借

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

名人間之內部關係（即借名登記契約），對於借名人負契約約定之義務，及於借名登記契約終止時，負將借名登記之物返還予借名人之給付義務。」

本判決認爲出名人與借名人間有物權行爲，亦即「出名人已取得所有權」，故爲有權處分，僅係依出名人與借名人之債權契約，出名人有不得使用收益處分之義務而已。

對此，吳從周老師亦採肯定說，老師認爲不論善惡意皆應屬有權處分，蓋**借名人透過借名契約獲利時，自應考量其風險，故借名人僅得依內部關係求償，保護交易安全。**

(三)參考資料

1.吳從周、卓心雅，〈借名契約與無權處分〉，《台灣法學雜誌》，第 137 期。

2.詹森林，〈借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任〉，《台灣法學雜誌》，第 186 期。

3.詹森林，〈借名登記契約之法律關係〉，《台灣本土法學雜誌》，第 43 期。

4.陳聰富，〈脫法行爲、消極信託及借名登記契約〉，《月旦法學雜誌》，第 123 期。

爭點五：抵押權之擔保範圍

(一)相關考題

104 年台北大學法律研究所民法第二題（民法組）。

(二)爭點說明

1.抵押權擔保之債權是否已登記爲必要？

約定利息、違約金，以登記爲必要，方成爲抵押權擔保之範圍，此爭論未隨修法而停止，惟近來實務判決及學說見解皆以肯定說爲方向，且於**102 年第 13 次民事庭會議決議作成後，依此決議認爲法定遲延利息始不需登記之見解作反面解釋**，可認爲係**採肯定說**，分述如下：

(1)肯定說

※最高法院 99 年度台上字第 1470 號判決

按抵押權乃爲擔保特定債權而存在，且係就特定物設定之，抵押物與擔保債權應均屬構成抵押權內容之重要部分，是以抵押權需以登記方法加以公示者，不啻著重於標的物之特定（何一不動產有抵押權），尚包括所擔保債權之特定，**必該債權「種類及金額」均特定，於確定抵押權人對抵押物所得支配交換價值之限度後，後次序抵押**

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

權之設定始不致陷於不安狀態，或阻礙抵押物交換價值之有效利用。因之，已構成抵押權重要內容一部之特定標的物及特定擔保債權「種類暨金額」（標的物及擔保債權均特定），俱應爲抵押權登記事項之範圍，各該特定事項非經依法逐一登記後，不生物權之效力，此即爲抵押權所揭櫫表裏有密切關係之「公示原則」與「特定原則」。

※最高法院 101 年度台上字第 570 號判決

按抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，如未於土地登記簿一一記載，應以抵押權人聲請登記時提出之抵押權設定契約書，視爲登記簿之附件，在該契約書上記載之該抵押權所擔保之債權，始爲抵押權效力之所及，若於登記簿及抵押權設定契約書均未記載者，即非抵押權所擔保之債權，應非抵押權效力所及。

謝哲勝老師爲文評論此判決[註9]，認同此判決之作法，認爲登記附件足以保護交易安全如內容過冗長，登記簿所列個欄不能容納，不仿以附件記載，作爲登記簿之一部。且本於意思自治所形成的權利自由，應可爲之，附件亦得查閱，對第三人無不測可言。

謝在全老師亦認爲[註10]，基於保護後順位之抵押權人及貫徹不動產物權公示原則及公信原則，應不能將未經登記之約定利息歸入抵押權之擔保範圍。

鄭冠宇老師認爲[註11]，透明化不僅保障交易安全，且有助擔保物價值之極大化，故於土地登記規則第 111 條之 1 規定：「申請普通抵押權設定登記時，登記機關應於登記簿記明擔保債權之金額、種類及範圍；契約書訂有利息、遲延利息之利率、違約金或其他擔保範圍之約定者，登記機關亦應於登記簿記明之。」

(2)否定說

若以歷史解釋觀察，行政院於 2006 年提出之草案原欲增訂:「約定之利息、違約金或前向但書契約之約定，以經登記者爲限。利率未約定，依法定利率計算之。」惟此草案最終爲立法者所刪除。

[註9]謝哲勝，〈抵押權設定契約書所記載的債權爲抵押權效力所及〉，《月旦裁判時報》，第 20 期，2013 年 4 月。

[註10]謝在全，《民法物權論（中）》，修訂四版，頁 417。

[註11]鄭冠宇，〈抵押權擔保債權之效力範圍〉，《台灣法學雜誌》，第 145 期，2010 年 2 月。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

謝哲勝老師認為[註12]登記僅係用來保護交易安全，交易安全係指避免善意第三人受到不測損害，**一般交易債權都以有約定利息和違約金為原則，後次序抵押權人應得合理預期，無不測可言。**

2.法定遲延利息不已登記為必要

※102 年第 13 次民事庭會議決議

此決議針對最高法院 **73 年台抗第 239 號判例：**「抵押權所擔保債權之範圍，應包括遲延利息在內，且不以登記為必要。」加註：「所謂遲延利息，依民國十八年民法第八百六十一條立法意旨之說明及判例之案例事實，**係指法定遲延利息。**」

本文認為，**102 年第 13 次民事庭會議決議作成後，依此決議認為法定遲延利息始不需登記之見解作反面解釋，可認為係採肯定說**。故此決議對於判例之加註，考生應予注意。

(三)參考資料

1.謝哲勝，〈抵押權設定契約書所記載的債權為抵押權效力所及－最高法院 101 年度台上字第 570 號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，第 20 期，2013 年 4 月。

2.陳榮傳，〈抵押權利息欄登記「空白」或「無」的效力〉，《台灣法學雜誌》，第 230 期，2013 年 8 月。

3.鄭冠宇，〈抵押權擔保債權之效力範圍〉，《台灣法學雜誌》，第 145 期，2010 年 2 月。

4.謝哲勝，〈民法物權編（擔保物權）修正簡介與評析〉，《台灣本土法學》，第 93 期。

爭點六：扣減權之行使

(一)相關考題

104 年台灣大學法律研究所民法第三題（公法、刑法、財稅組）。

(二)爭點說明

民法第 1225 條：「應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之。」本條之扣減權為繼承法重要考點，考生應不陌生，此權利之性質，考生應無問題，惟重點是該權利之「行使方法」及「消滅時效」，就此說明如下：

[註12]謝哲勝，〈民法物權編（擔保物權）修正簡介與評析〉，《台灣本土法學》，第 93 期。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

1.扣減權之性質－通說實務採「物權形成權說」

學說上見解分歧，有永久抗辯權說、債權說、債權之形成權說、形成權兼抗辯權說，建議考生無需就眾多學說性質分別論述，逕就實務見解及多數學說所採之「物權形成權說」為敘述即可。

參最高法院 91 年度台上字第 556 號判決:「是扣減權在性質上屬於物權之形成權，一經扣減權利人對扣減義務人行使扣減權，於侵害特留分部分即失其效力。且特留分係概括存在於被繼承人之全部遺產，並非具體存在於各個特定標的物，故扣減權利人苟對扣減義務人行使扣減權，扣減之效果即已發生其因而回復之特留分乃概括存在於全部遺產，並非具體存在於各個標的物。」

2.扣減權之行使方法

考生應注意扣減權並非僅係計算有無侵害特留分之數學問題，而應了解於何時行使，且以何種方法行使，分述如下：

(1)遺囑之標的物尚未移轉前

標的物之物權尚未移轉時，性質屬於物權形成權之扣減權無從發生。

(2)遺囑之標的物已移轉

應區分為「遺產分割前」與「遺產分割後」:

A.遺產分割前

此時尚未確定每個繼承人實際所獲知遺產，故理論上無從確知特留分之侵害多寡，基此，再遺產分割前，無法主張扣減權。扣減權之行使，應於遺產分割程序中主張之。

B.遺產分割後

此時特留分受侵害者，得主張扣減權，再基於所有物返還請求權請求返還標的物。

3.扣減權之消滅時效

(1)學說見解

特留分之扣減權之行使期間並無規定，就此，學說上之見解分歧：有論者認為，此時應無特別規定，即依民法第 125 條，適用一般性之規定 15 年；亦有論者[註13]認為扣減權為形成權，惟未規定除斥期間，應類推適用民法第 93 條之規定；亦有論者[註14]認為，特留分被侵害行使扣減

[註13]林秀雄，《繼承法講義》，2009 年 10 月，頁 346-347。

[註14]陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，《民法繼承新論》，2010 年 3 月，頁 415-416。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

權，與繼承權被侵害主張繼承回復請求權之情況相似，故**應類推適用民法第 1146 條第 2 項之規定**。

(2)實務見解

對此爭議，**最高法院 103 年台上字第 880 號判決**之見解認為，**應類推適用民法第 1146 條第 2 項之規定：**

「此項特留分扣減權性質上為物權之形成權，民法就此雖未設消滅期間，惟特留分權利人行使扣減權，與**正當繼承人行使繼承回復請求權之法律效果**相類似**，涉及親屬關係暨繼承權義，為早日確定有關扣減之法律關係，以保護交易安全，應類推適用民法第一千一百四十六條第二項規定**，即自扣減權人知其特留分被侵害之時起二年間不行使而消滅，自繼承開始起逾十年者亦同。」

(三)參考資料

1.黃詩淳，〈以遺囑處分遺產之方法與區別實益—最高院 99 年度台上 918 號民事判決及其他相關實務見解評析〉，《月旦法學雜誌》，第 225 期。

2.黃詩淳，〈共同繼承人間的特留分扣減與繼承回復請求權－最高法院 103 台上 880 判決〉，《台灣法學雜誌》，第 262 期。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

民訴篇

主筆人：王律師

觀察近年來之律師、司法官考試，民事訴訟法一科當中，依實務見解改編之案例不少，因此，爰綜合整理近一年來重要之實務判決、最高法院決議。閱讀時，建議詳加了解案例事實或決議當中之提案，方能了解爭點所在。決議中之甲說、乙說，可供考試當中解題之思考方向，建議閱讀全文，而非僅及於最後之決議內容。民事訴訟法之重要概念、爭點不少，並非本整理所能完全含括，本整理之目的，在於介紹這一年來，實務上之重要案例。向來重要之爭點、見解，仍有反覆熟練之必要。

一、審判權

(一)最高法院 103 年度台上字第 1474 號判決

查訴訟事件是否屬於普通法院之權限，應以原告起訴主張爲訴訟標的之法律關係是否私法上之爭執爲準，而非以法院調查之結果爲斷。上訴人係主張其向基隆港務局承租系爭碼頭，基隆港務局違約額外向其收取系爭管理費，爲無法律上之原因受利益，致其受損害，其得依不當得利之法律關係請求基隆港務局返還。所主張爲訴訟標的之法律關係自屬私法上之爭執，普通法院對之有審判權。原審見未及此，遽以前揭理由謂本件屬公法上爭訟，普通法院無審判權，移送於台北高等行政法院，自有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

(二)解析

訴訟事件是否屬於普通法院之權限，應以原告起訴主張爲訴訟標的之法律關係是否私法上之爭執爲準，而非以法院調查之結果爲斷。

二、公同共有事件之當事人適格

(一)最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議（一）

民國 98 年 1 月 23 日民法物權編修正（同年 7 月 23 日施行）後，數繼承人繼承被繼承人對第三人債權而公同共有該債權。該公同共有債權人中之一人或數人，得否爲全體公同共有債權人之利益，請求債務人對全體公同共有債權人爲給付？

甲說：民法物權編修正後，民法第 821 條之規定，依同法第 828 條第 2 項規

【商點法律專班】
版權所有，重製必究！

定，於公同共有準用之，其適用順序在該條第 3 項應得公同共有人全體同意規定之前。數繼承人繼承被繼承人對第三人之債權而公同共有該債權，依 831 條準用同法第 828 條第 2 項再準用第 821 條但書規定，應得由公同共有人中之一人或數人爲全體公同共有人之利益，請求債務人向全體公同共有人爲給付，以保存公同共有之財產。

乙說：公同共有人中之一人或數人，除經其他公同共有人全體之同意，或爲公同共有人全體之利益爲回復公同共有物之請求，得單獨或共同起訴外，倘係基於公同共有法律關係爲請求者，仍屬固有之必要共同訴訟，應由公同共有人全體起訴。

決議：採乙說，文字修正如下：公同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係公同共有債權之權利行使，非屬回復公同共有債權之請求，尚無民法第 821 條規定之準用；而應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，除法律另有規定外，須得其他公同共有人全體之同意，或由公同共有人全體爲原告，其當事人之適格始無欠缺。

(二)解析

1.回復公同共有債權之請求，有民法第 821 條之準用。

2.公同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係公同共有債權之權利行使，無民法第 821 條之準用，爲固有必要共同訴訟。

三、訴訟標的價額之核定

(一)最高法院 104 年度第 8 次民事庭會議決議（一）

債權人於強制執行程序聲明參與分配，經執行法院作成分配表，債務人或他債權人訴請確認其債權不存在，合併提起分配表異議之訴，其訴訟標的價額應如何計算？

甲說：按以一訴主張數項標的者，其價額合併計算之。但所主張之數項標的互相競合或應爲選擇者，其訴訟標的價額，應依其中價額最高者定之。民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項定有明文。當事人以一訴請求確認債權不存在及分配表異議權之訴，二者訴訟標的雖不相同，但其訴訟目的同一，互有競合關係。依首揭規定，訴訟標的價額應以其中價額最高者定之。

乙說：以一訴主張數項標的者，其價額合併計算之。但所主張之數項標的互相競合或應爲選擇者，其訴訟標的價額，應依其中價額最高者定之，民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項定有明文。又分配表異議之訴，其訴訟標的爲對分配表之異議權，係請求判決變更原分配表之金額，或撤銷原分配表重

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

新製作分配表，故與請求確認債權不存在之訴之訴訟標的，並不相同。確認之訴部分爲請求確認債權不存在；分配表異議之訴部分則爲對分配表之異議權，自係以一訴主張數項標的，並爲數項請求，依民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項規定，應合併計算其價額。

決議：採甲說，文字修正如下：按以一訴主張數項標的者，其訴訟標的之價額合併計算之；但所主張之數項標的互相競合或應爲選擇者，其訴訟標的價額，應依其中價額最高者定之，民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項定有明文。原告訴請確認債權不存在，合併提起分配表異議之訴，二者訴訟標的雖不相同，惟自經濟上觀之，其訴訟目的一致，不超出終局標的範圍，依首揭規定，訴訟標的價額應以其中價額最高者定之。

(二)解析

1.確認債權不存在、合併提起分配表異議之訴，二者訴訟標的並不相同。

2.惟自經濟上觀之，其訴訟目的一致，不超出終局標的範圍，依民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項，訴訟標的價額應以其中價額最高者定之。

四、送達

(一)最高法院 103 年度第 3 次民事庭會議

書記官在法院閱卷室會晤應受送達人，將應送達文書交付應受送達人，其拒絕收領而無法律上理由，得否將文書置於該閱卷室，以爲送達？

甲說：法院書記官，得於法院內，將文書付與應受送達人，以爲送達，民事訴訟法第 126 條定有明文。依同法第 123 三條規定，送達由法院書記官依職權爲之，故書記官於法院閱卷室會晤應受送達人時，得將應送達文書付與之。於此場合，法院閱卷室即爲同法第 139 條第 1 項規定之送達處所，倘應受送達人拒絕收領而無法律上理由，書記官得將文書置於該閱卷室，以爲送達。

乙說：依民事訴訟法第 139 條第 1 項規定之「置於送達處所」，專指同法第 136 條第 1 項本文規定之住居所、事務所或營業所，應不包括同條但書之會晤處所，故法院閱卷室尚非可留置文書之處所。

決議：採甲說。

(二)解析

法院閱卷室即爲民事訴訟法第 139 條第 1 項規定之送達處所，倘應受送達人拒絕收領而無法律上理由，書記官得將文書置於該閱卷室，以爲送達。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

五、訴之利益

(一)確認之訴

1.最高法院 103 年度台上字第 1923 號判決

按確認法律關係成立或不成立之訴，以確認現在之法律關係爲限，如已過去或將來應發生之法律關係，則不得爲此訴之標的。確認爲法律關係基礎事實存否之訴，亦同。本件被上訴人工會理、監事依上開 99 年 12 月 9 日第五屆會員代表大會第三次會議作成延任決議延長一年之任期，係自 101 年 3 月 2 日起至 102 年 3 月 1 日屆滿，相關工會幹部職務業已重新改選，並於一〇二年三月十一日第六屆理事會第一次會議時完成交接，此經被上訴人具狀陳明，復有卷附另案台灣高等法院 102 年度上字第 12 號確定判決所載可稽。上訴人請求確認被上訴人前開延任案自第五屆開始適用之系爭決議無效，自係請求確認過去之事實，非法所許。

2.解析

已過去或將來應發生之法律關係、確認爲法律關係基礎事實存否之訴，皆不得爲確認之訴之訴之標的。

(二)形成之訴

1.最高法院 103 年度台上字第 1725 號判決

按形成之訴，乃基於法律政策之原因，由在法律上具有形成權之人，利用法院之判決，使生法律關係發生變動效果之訴。形成之訴之制度旨在使法律狀態變動之效果，原則上得以在當事人間及對社會一般人產生明確劃一之標準（對世效），以維持社會生活之安定性，故必須原告有法律（實體法或程序法）上所明定之審判上之形成權（如撤銷債務人之詐害行爲、撤銷股東會決議、撤銷婚姻等）存在，始得據以提起形成之訴，否則即屬無權利保護之利益。本件被上訴人請求撤銷第 32 號公告對其「記大過乙次」與「免除副理」乙職、第 50 號公告對其「記小過乙次」、第五三號公告對其「記大過乙次」之處分之部分，核屬形成之訴，惟此項請求並非法律上所明定被上訴人得在審判上行使之形成權，依上說明，即屬欠缺訴之利益，自非法之所許。原審見未及此，遽就此部分爲上訴人不利之判決，自有可議。上訴論旨，指摘決此部分爲不當，求予廢棄，非無理由。

2.解析

形成訴權，以法律有明文規定者爲限。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

六、舉證責任

(一)消費借貸

1.最高法院 104 年度台上字第 914 號判決

查消費借貸契約屬要物契約，因借用物之交付而生效力。借用人出具之借據（借用證），倘未表明已收到借款，尚不足證明有交付借款之事實，如借用人對之有爭執，貸與人就交付借款之事實，自應負舉證責任。至借據是否表明交付借款之事實，固不排斥依其文義所作「推知」之認定，惟該「足以推知」，須符合經驗法則。系爭借用證記載：「．．．款項確實向貴台借用實正無訛」等內容，似未表明游錦秀已收到系爭借款，被上訴人復稱：伊交付借款予游錦秀及游錦秀交付本票予伊時，均無證人在場；伊無存摺或提款資料可供參考；伊從事皮鞋修理工作，一天實賺四千元等語。乃原審於上訴人始終否認被上訴人曾交付借款之情形下，未命被上訴人舉證證明其資金來源及交付借款之事實，遽謂該借用證之文義，已足推知系爭借款業經交付，爰為上訴人不利之判決，即屬可議。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

2.解析

(1)借用物之交付，由貸與人負舉證責任。

(2)借據之提出，非當然可證明借用物之交付。

(二)違約金核減

1.最高法院 104 年度台上字第 530 號判決

被上訴人如依民法第 252 條規定請求核減違約金者，自應就該違約金之約定過高之事實負舉證責任。乃原審就系爭違約金之約定是否過高之事實，未令被上訴人舉證證明，即以上訴人主張所受損害一部分不足採為由，認系爭違約金之約定過高，將之酌減為五百萬元，已屬可議。次查上訴人於原審主張系爭不動產經瑞普國際不動產估價師事務所估價結果，目前之價值僅存四千九百三十九萬元，跌價損失達二千二百六十一萬元，足證系爭不動產自兩造訂約以來價值已下滑甚多等語（見原審卷第二宗第二三頁），原審亦認被上訴人既於解約前願以打九折之價格買受系爭不動產，或願給付一百萬元充作解約金，足徵系爭不動產於斯時已有未達七千二百萬元房價之勢，系爭不動產於解約前已有下跌之傾向，乃未查明系爭不動產於上訴人解約時之價值多少，資為酌減違約金之依據，逕以上開理由為上訴人不利之認定，亦嫌率斷。上訴論旨，指摘原判決關於其敗訴部分不當，求予廢棄，非無理由。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

2.最高法院 103 年度台上字第 2232 號判決

約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，固為民法第 252 條所明定，惟約定之違約金是否過高，乃事實問題，自應由主張過高之債務人就此負舉證之責，並由兩造據以辯論及攻防後，經法院就兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷後始為酌減。

(三)借名登記

1.臺灣高等法院 103 年度上易字第 548 號判決

按稱「借名登記」者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應承認其法律效力，惟如為他造所否認，則主張借名登記關係存在者，自應就借名契約存在之利己事實，負舉證責任。查上訴人辯稱系爭房地為伊與前妻許雅婷於 98 年間各出資一半所購得，推由許雅婷出名登記為所有權人云云，為被上訴人所否認，上訴人迄未就此有利於己之事實舉證以實其說，自難憑採。

2.解析

主張存在借名登記關係者，應就借名契約存在之事實，負舉證責任。

(四)通謀虛偽意思表示

1.臺灣高等法院高雄分院 103 年度重上更(二)字第 6 號判決

按所謂通謀為虛偽意思表示，乃指表意人與相對人互相故意為非真意之表示而言。第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，依民事訴訟法第 277 條前段規定，該第三人應就其所主張有利於己之積極事實負舉證證明之責，亦即其須就該利己之通謀虛偽事實，提出可使法官之心證達到確信為真實程序之本證，始得謂已盡證明之責。查被上訴人對運利公司有系爭本票債權，並經高雄地院以系爭本票裁定准許強制執行在案，被上訴人執此行使票據上權利，於系爭執行事件獲分配執行案款，基於票據無因性，被上訴人尚無須就其取得系爭本票之原因關係，負舉證責任。惟上訴人主張系爭本票之票據行為乃被上訴人與運利公司通謀虛偽意思表示所為，被上訴人否認之，依前引說明，自應由上訴人就其主張利己之通謀虛偽事實，負證明之責。如上訴人不能舉證其主張之事實為真實，則被上訴人就其抗辯之事實縱令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回上訴人之請求。

2.解析

(1)基於票據無因性，票據權利人尚無須就其取得系爭本票之原因關係，負

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

舉證責任。

(2)應由票據債務人就其主張利已之通謀虛偽事實，負證明之責。

(五)租賃物返還

1.臺灣高等法院高雄分院 101 年度重上字第 121 號判決

租約終止後，出租人除得本於租賃物返還請求權，請求返還租賃物外，倘出租人為租賃物之所有人時，並得本於所有權之作用，依無權占有之法律關係，請求返還租賃物（最高法院 75 年台上字第 801 號判例意旨可資參照）。又按當事人主張有利於己之事實者，就事實應負舉證之責任，民事訴訟法第 277 條前段定有明文。原告對於自己主張之事實已盡證明之責後，被告對其主張，如抗辯其不實並提出反對之主張者，則被告對其反對之主張，亦應負證明之責，此為舉證責任分擔之原則；被告於抗辯事實並無確實證明方法，僅以空言爭執者，當然認定其抗辯事實之非真正，而應為被告不利益之裁判（最高法院 18 年上字第 2855 號、18 年上字第 1679 號民事判例意旨參照）。被上訴人主張：被上訴人為系爭房地所有權人，就該房地與上訴人訂有系爭租賃契約，於 100 年 3 月 31 日租期屆滿後，已催告上訴人應騰空返還該房地而未經置理等語，業經提出土地暨建物謄本、存證信函、租賃契約書等為憑。上訴人就各該書證之形式上真正及被上訴人為系爭房地所有權人已表明不爭執，堪認被上訴人就其主張之事實已為舉證。是上訴人另辯稱：兩造間為方便被上訴人申報租賃所得始簽訂 1 年 1 期之書面契約，真意實為不定期租賃關係等語，及於本院復爭執系爭房地為被上訴人所有，並辯稱：系爭房屋係借名登記在被上訴人名下，系爭土地僅以被上訴人名義登記，屬於訴外人吳耀庭之遺產，尚未分割云云，自應舉證關於被上訴人為系爭房地所有權人之自認與事實不符，及兩造間有成立不定期租賃契約真意之事實。

2.解析

租期屆滿後，承租人主張有存在不定期租賃契約，為有權占有者，應就兩造間有成立不定期租賃契約真意之事實，負舉證責任。

七、論理法則與經驗法則

※最高法院 103 年度台上字第 1927 號判決

按法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則，為民事訴訟法第 222 條第 3 項所明定。所謂論理法則，係指依立法意旨或法規之社會機能就法律事實所為價值判斷之法則而言。所謂經驗法則，係指由社會生活累

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

積的經驗歸納所得之法則而言，凡日常生活所得之通常經驗及基於專門知識所得之特別經驗均屬之。查薛理治於第一審證稱：伊曾帶被上訴人去看房子，上訴人親口跟伊說他跟屋主之間有糾紛，而且如果有人要買房子的話，上訴人會死在裡面給人看，上訴人跟伊講這些話的時候，客戶都有在場，所以應該都有聽到。只說有糾紛，但是沒有提到具體的糾紛內容，後來伊知道有糾紛就沒有繼續再賣這個房子等語。倘屬實在，衡諸經驗法則，房屋買受人在聽聞買賣標的尚有糾紛，買之恐將招他人在屋內殘害自身性命之危險，是否可能全不加以瞭解，即在毫無知悉糾紛內容前，即付出千萬元率然購屋，實非無疑問，原審就此未命被上訴人再予敘明，即以上述證言並未提及糾紛內容為何，逕認被上訴人無從知悉呂承哲詐欺上訴人之情事，被上訴人為善意之買受人，不無速斷。次查呂承哲係於九十八年二月二十六日以三千二百二十三萬二千五百元向上訴人買受系爭房地，而被上訴人於九十九年六月二十八日向呂承哲買受系爭房地之價格僅為一千零十萬元。兩者價差甚鉅，被上訴人買受之價格是否合理，攸關其是否為善意之買受人，原審就此亦未予調查審酌，遽以被上訴人因信賴登記而取得系爭房地所有權，而為上訴人敗訴之判決，是否無違論理法則，亦非無再斟酌之餘地。」

八、判決中理由之拘束力

(一)最高法院 103 年度台上字第 760 號判決：

按確定判決之既判力，依民事訴訟法第 400 條第 1 項規定，僅於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。至訴訟標的以外之事項，與為訴訟標的之法律關係有關連，而於判決理由中對之有所判斷者，基於訴訟上誠信原則及程序權保護之原則，須當事人在後訴未提出新訴訟資料足以推翻原判斷及該重要爭點在前訴訟程序已列為主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷者，始能賦予拘束後訴當事人及法院之效力（即學說所稱爭點效），以平衡紛爭解決之必要性與程序保障之正當性。查原審雖認定第 112 號等確決，已就「御康公司股權有按三分之二比例放大轉換為維新醫院股權；及被上訴人有六十四萬股份借名登記在上訴人名下」為判斷，對於本件具有爭點效，惟上訴人就此爭執甚烈。況維新法人之社員林樹生、陳志光，於前事件審理中，分別證稱沒有御康的股權放大為維新法人股權；或沒印象股東會提到股數會按比例放大之情形，且依維新法人變更登記表所示之各社員出資額，仍有少數社員非其於御康公司股款之二分之三等各節，復為第 112 號判決所記

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

載。職此，上訴人前以：被上訴人爲求獲前事件之有利判決，與訴外人林振廷、陳碧真（下稱林振廷等人）共同基於僞造文書及行使變造文書之犯意，於不詳時間、地點，變造御康公司內容爲「依法規定醫院之每床資本額需六十萬，以此推估本院需一億二千萬元，故已找資產鑑價公司重估資本，屆時各位股東之投資價值將同此放大」之系爭會議紀錄，並將該會議紀錄附於前事件民事答辯書，因認被上訴人涉犯行使變造私文書罪嫌，對被上訴人及林振廷等人提起刑事告訴，有第 22897 號等不起訴處分書可稽。乃上訴人於事實審復一再抗辯：伊就檢察官之不起訴處分，業已聲請再議，且經台灣高等法院台中分院檢察署發回續行偵查。從而，系爭會議紀錄是否真正？是否爲被上訴人僞造？等情，仍有疑義。換言之，前事件判斷之事實基礎仍生疑義，伊既提出此新訴訟資料足以推翻系爭事件判斷，自無爭點效之適用等語，是否不可採？經核與兩造於前事件審理中，有無就上述「御康公司股權有按三分之二比例放大轉換爲維新醫院股權；及被上訴人有六十四萬股份借名登記在上訴人名下」之爭執事項，各爲充分之舉證及辯論？以及上訴人於本件提出再議發回續行偵查之訴訟資料，是否不足以推翻系爭事件判斷？等攸關爭點效拘束力等項之判斷，所關頗切，亟待原審進一步釐清。原審未遑詳予調查審認，泛以聲請再議後發回續行偵查，對原審或前事件確定判決所認定之事實，不生拘束力云云，遽爲上訴人不利之判決，殊嫌速斷，而難以昭折服。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

(二)解析

1.判決中理由拘束力發生之要件：當事人在後訴未提出新訴訟資料足以推翻原判斷、該重要爭點在前訴訟程序已列爲主要爭點、經兩造各爲充分之舉證及攻防、使當事人爲適當完全之辯論、由法院爲實質之審理判斷者。

2.本件之爭執：新訴訟資料是否足以推翻原判斷、當事人是否爲充分之舉證與攻防。

九、外國判決

※最高法院 103 年度台上字第 2213 號判決：

按外國法院經合法訴訟程序所爲之民事判決，原則上應予尊重，除有民事訴訟法第 402 條規定情形，始例外不承認其效力。是我國是否不認美國加州法院系爭離婚判決之效力，應以該判決有無民事訴訟法第 402 條所列各款情形，爲其認定之標準，並非就同一事件重爲審判，對該外國法院判決適用法

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

規是否無瑕，不得再行審認。上訴人以美國加州之法制與我國法律規定不同，非難系爭離婚判決違背公序良俗，尚有未洽。原審本此見解，為上訴人敗訴之判決，無何違背法令。

十、調解

(一)最高法院 104 年度台上第 222 號判決：「當事人於鄉鎮市調解委員會成立調解並經法院核定後，如認該調解有無效之原因，唯有依同條例第二十九條第一項規定，向原核定法院提起宣告調解無效之訴，始得救濟。於得有勝訴之確定判決前，難謂該調解無與確定判決同一之效力，當事人自仍應受其拘束。……原審以該調解係兩造基於通謀虛僞意思表示所成立，依民法第八十七條第一項規定自始、當然無效，不以經當事人提起宣告調解無效之訴並得勝訴確定判決為必要，亦無與確定判決同一之效力，因認被上訴人提起本件訴訟，並無違反一事不再理之規定云云，依上說明，已有違誤。

(二)解析

1.調解筆錄有與確定判決同一之效力。

2.調解縱有通謀虛僞情事，在提起宣告調解無效之訴並獲勝訴判決確定前，仍不得爭執調解之效力。

十一、再審

※最高法院 104 年度第 5 次民事庭會議加註 1 則：59 年台抗字第 387 號判例要旨聲請拍賣抵押物係屬非訟事件，依非訟事件法，並無再審及準用民事訴訟法關於再審之規定。本件抗告人對於法院就聲請拍賣抵押物所為之裁定，依民事訴訟法第 507 條、第 496 條第 1 項第 12 款聲請再審，於法難謂有據。

相關法條：民事訴訟法第 496 條、第 507 條。非訟事件法第 72 條。

決　　議：本則判例加註：非訟事件法第 46 條之 1 已就非訟事件之確定裁定規定得準用民事訴訟法之相關規定而聲請再審。

十二、支付命令

※最高法院 103 年度台上字第 2245 號判決：

按債務人對於支付命令未於法定期間提出異議者，支付命令與確定判決有同一之效力，為民事訴訟法第 521 條第 1 項所明定。是債務人於支付命令確定後，除依法對之提起再審之訴外，不得再為與該確定支付命令意旨相反之主張，亦不容以違約金過高為由請求核減。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

十三、保全程序

※最高法院 103 年度第 12 次民事庭會議：債權人聲請法院對債務人爲假扣押裁定，第一審法院駁回債權人之聲請，債權人提起抗告，抗告法院於裁定前，是否應通知債務人陳述意見？

甲說：肯定說。民事訴訟法第 528 條第 2 項規定：抗告法院爲裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會。係爲保障債權人及債務人之程序權，並使法院能正確判斷原裁定之當否，應賦予債權人及債務人於抗告法院裁定前有陳述意見之機會而設。抗告法院如未使債權人及債務人有陳述意見之機會，其踐行之程序，於法即有未合。此項規定既未限制僅於債務人提起抗告，始應通知債權人陳述意見，即應對債權人提起抗告亦有適用，故抗告法院仍應通知債務人陳述意見。

乙說：否定說。假扣押係屬保全程序，爲防止債務人隱匿或處分其財產而達脫產目的，強制執行法第 132 條第 1 項規定：假扣押之執行應於裁定送達同時或送達前爲之，以保障債權人權益。是債權人對於駁回其假扣押聲請之裁定，提起抗告，抗告法院若依民事訴訟法第 528 條第 2 項規定，通知債務人陳述意見，無異使債務人事先知悉債權人對其聲請假扣押情事，此與上開強制執行法保護債權人之立法意旨有違。準此，債權人不服第一審法院所爲駁回假扣押聲請之裁定，提起抗告，抗告法院自無庸通知債務人陳述意見。

丙說：折衷說。民事訴訟法第 528 條第 2 項規定：抗告法院爲裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會。旨在保障債權人及債務人之程序權，並使抗告法院能正確判斷原裁定之當否。惟假扣押係保全程序，假扣押裁定具隱密性，爲防止債務人隱匿或處分財產，以保全債權人之強制執行，其執行應依強制執行法第 132 條第 1 項規定，於裁定送達債務人之同時或送達前爲之。考量此項立法趣旨，債權人對駁回其假扣押聲請之裁定提起抗告，倘假扣押隱密性仍應予維持，即無須使債務人有陳述意見之機會。

決議：採丙說。

十四、家事事件

(一)程序誤用

※最高法院 103 年度第 7 次民事庭會議（二）

家事事件法施行前，原屬民事訴訟法人事訴訟程序之事件，第二審法院審理中，因家事事件法之施行，將之改列爲家事非訟事件，第二審法院未依家事事件法第 197 條第 2 項規定，改依家事事件法所定家事非訟程

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

序審理，仍適用民事訴訟法人事訴訟程序以民事判決審結，當事人不服向本院提出上訴：（二）第二審法院誤用民事訴訟人事訴訟程序審理判決，本院如認其判決結果，並無不當，究應維持原判決，或以原判決誤用程序法規定，屬適用法規顯有錯誤，將原判決廢棄，發回第二審更為審理？

甲說：第二審法院就家事非訟事件誤用民事訴訟法之人事訴訟程序審理者，如不影響裁判之結果，本院不得僅因其未適用家事事件法家事非訟程序之規定，即將原判決廢棄，仍應予以維持。理由：按保障當事人之程序利益及訴訟經濟，為民事訴訟之大原則。家事事件法所定家事非訟程序與民事訴訟法之人事訴訟程序固有不同，但後者亦規定法院應為職權調查，並排除當事人認諾、捨棄、自認等規定，且依訴訟程序審理，通常較為嚴格，對當事人非必不利。況家事事件法將某類事件列為非訟事件，其目的即在使法官得依職權裁量而為妥適、迅速之判斷，第二審法院未適用家事非訟程序之規定，對於當事人程序利益之保障如未有欠缺，基於訴訟經濟，自不得僅因其未適用該程序規定，即將原判決廢棄，否則，反悖於該類事件列為非訟事件之立法本旨。

乙說：廢棄原判決。理由：原應依家事非訟程序處理之事件，誤用民事訴訟法人事訴訟程序處理者，係訴訟程序之違背，因第二審未踐行家事事件法非訟程序之特別規定以為處理，無異於剝奪當事人有依特別程序規定實施程序之訴訟權，如不將原判決廢棄發回第二審，逕以不影響判決結果為由，維持原判決，等同於審級限縮。又觀諸民事訴訟法第 477 條第 2 項規定：

因違背訴訟程序之規定廢棄原判決者，其違背之訴訟程序部分，視為亦經廢棄」，足認第二審訴訟程序之違背，亦為構成第三審廢棄第二審裁判之理由。

決議：採甲說。

(二)程序誤用所發回或發交之法院

※最高法院 103 年度第 7 次民事庭會議（三）

家事事件法施行前，原屬民事訴訟法人事訴訟程序之事件，第二審法院審理中，因家事事件法之施行，將之改列為家事非訟事件，第二審法院未依家事事件法第 197 條第 2 項規定，改依家事事件法所定家事非訟程序審理，仍適用民事訴訟法人事訴訟程序以民事判決審結，當事人不服向本院提出上訴：（三）如有發回必要，應發回第二審法院或發交少年及

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

家事法院（未設少年及家事法院地區之地方法院）？

甲說：發回第二審法院。理由：該事件既經第二審法院裁判，於確定前，其抗告均應由該第二審法院受理，故有發回必要時，應發回該法院。

乙說：發交少年及家事法院（未設少年及家事法院地區之地方法院）。理由：家事事件法公布施行後，概適用該法之規定。而同法第 94 條第 1 項規定：對於第一審就家事非訟事件所為裁定之抗告，由少年及家事法院以合議裁定之；依同法第 2 條規定，未設少年及家事法院地區，由地方法院家事法庭處理之。本件上訴本院後，既應依再抗告程序處理，自應適用上開家事事件法規定，發交少年及家事法院（或地方法院）以合議裁定之，俾符法律規定。

決議：採乙說。

(三)親子關係事件之確認利益

1.最高法院 104 年度台上字第 138 號判決

第三人就子女及其法律上受推定生父間之親子關係如有所爭執，而生法律關係之不明確，為除去該法律上爭執，以維持法之和平及法之安定性，且此項危險適足以確認判決除去時，可認為具有確認利益，得提起確認訴訟，然此確認利益之有無與實體權利義務關係之存否，應區別予以判斷。如為繼承權因婚生推定而受影響之第三人，同法第 64 條第 1 項、第 2 項（刪除前民事訴訟法第 590 條第 1 項、第 2 項）已另設規定，允許繼承權被侵害之人得於夫妻之一方或子女於法定期間內或期間開始前死亡之情形，提起否認子女之訴，且應自被繼承人死亡之時起，六個月（一年）內起訴。如逾該期間，即不得再提起否認子女之訴以推翻子女之婚生性。繼承權人如仍有爭執而提起確認法律上父與子女間之親子關係不存在之訴，雖可認有確認訴訟之確認利益，但由於其已逾法定之除斥期間而不得再推翻法律上之婚生性，故仍應為其敗訴之實體判決。

2.解析

(1)第三人就子女及其法律上受推定生父間之親子關係如有所爭執，有確認利益。

(2)如為繼承權因婚生推定而受影響之第三人，逾提起否認子女之訴期間，雖可認有確認訴訟之確認利益，但由於其已逾法定之除斥期間而不得再推翻法律上之婚生性，故仍應為其敗訴之實體判決。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！