

民事訴訟法 學霸筆記書

2022
新書
上市

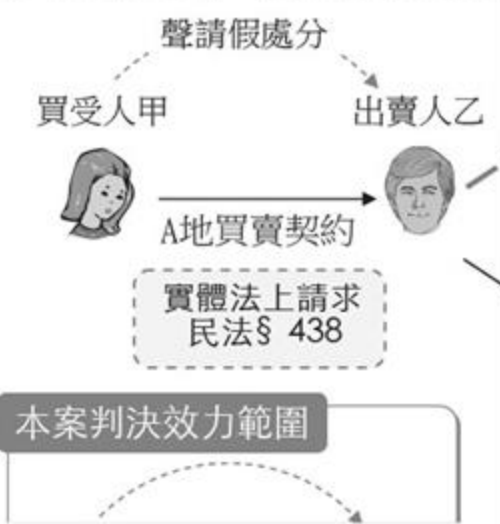
運用試題印證考點、歸納學理爭議並分析

章節考點 · 精準掃描

考點2 「假處分當事人恆定效」對於本案判決效力之影響

在說明完何謂假處分之當事人恆定效之後，接下來所要探討的，乃係在原告於執行假處分程序後，若其已取得本案之確定勝訴判決，則該判決之既判力主觀、客觀範圍，是否會因原告先前所做的假處分而有不同？又原告得否執該確定勝訴判決對第三人進行強制執行？

就讓我們學下圖作為例子：【甲基於其標的物所有權移轉請求權，訴請乙將A地前或後聲請禁止乙處分A地之假處分，而後在訴訟繫屬中，乙將該地移轉登記予丙。於此觀、客觀範圍為何，甲得否執該確定判決對丙進行強制執行？】



民訴特派員

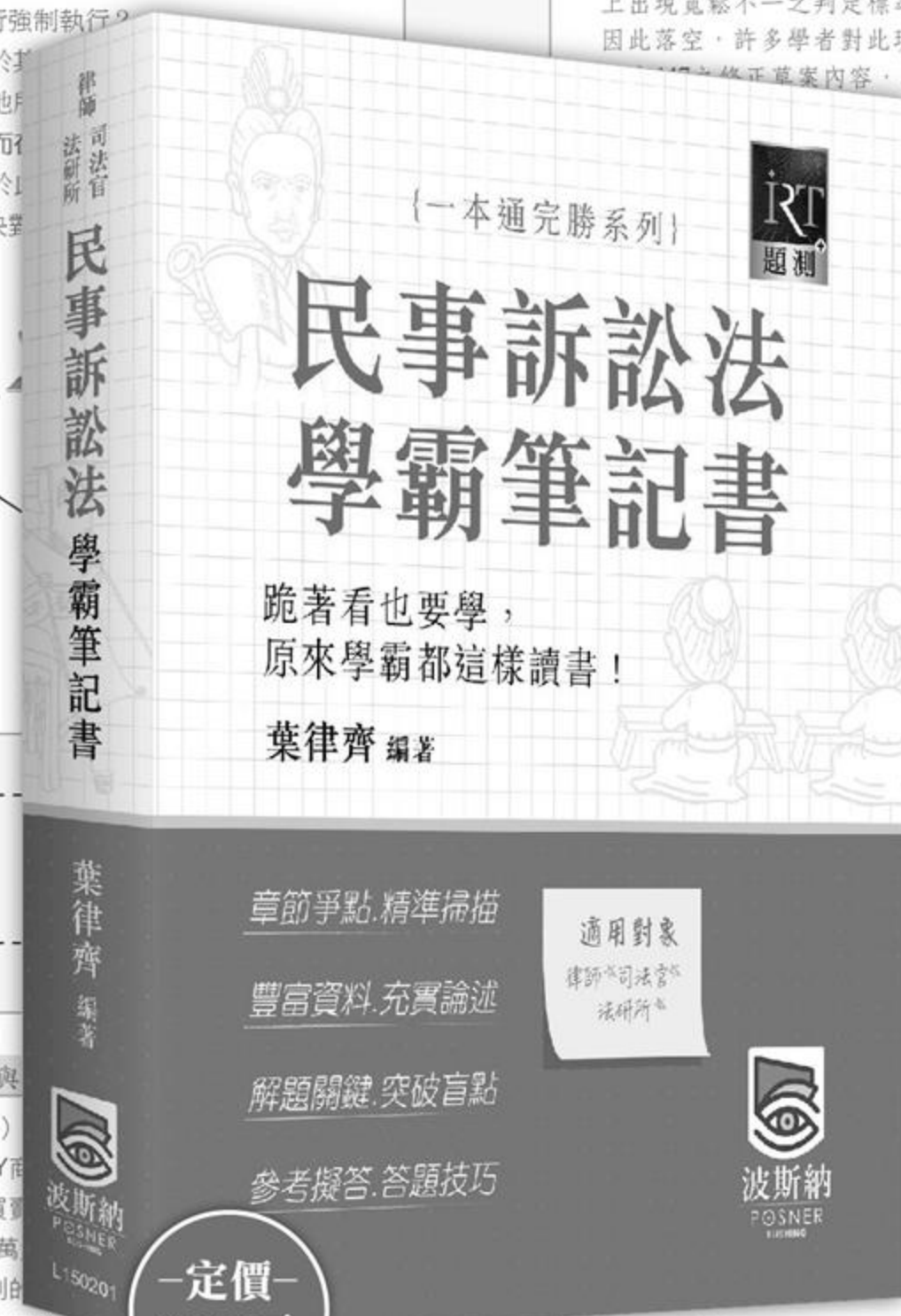
民事訴訟法第447條修正草案內容

因應司法院於2020年通過之民訴修正草案，即包括民訴§ 447之條文內容，其中在第6款所謂「如不許其提出顯失公平者」，往往在實務上出現寬鬆不一之判定標準，亦容易導致第二審之嚴格續審制之目的因此落空，許多學者對此現象皆曾先後為文進行批判與建議。此次針對修正草案內容，其中一項重點即是刪除以「如不許其提出顯失公平」為攻擊方法之可能。

已提出之攻擊或防禦方法為補充者，亦致不能於第一審提出者為限，因此也在鑑於此部分雖條文雖未正式經三讀通過，未來考試的重點問題，因此本書也簡要地，以利讀者們進行觀察與學習。

現行條文	說明
第447條 當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有左列情形之一者，不在此限： 一、因第一審法院違背法令致未能提出者。 二、事實發生於第一	一、當事人於第二審程序就第一審已主張之爭點補充新攻擊或防禦方法者，亦應以有不可歸責於己之事由，致不能於第一審提出者為限，始得為之，以免造成程序延宕。

草案說明 · 爭點預測



葉律齊

· 政大法研所民法組
· 律師高考及格

考題直擊 · 答題技巧

考題直擊站 給付型不當得利與

X訴請Y商行給付新臺幣（以下同）
年8月1日委由訴外人Z交付120萬元予Y商行，某土地買賣契約的預付款，嗣後因該買賣契約被認定為不當得利，其得請求被告返還該120萬元。
(一)對於收受Z交付120萬元及不當得利的Y商行，X得請求Y商行返還該120萬元及其並無法律上原因等二事，Y商行應如何負責？
(二)A本為Y商行之合夥人，於X起訴後判決確定前A已自Y商行退夥，若上開訴訟X獲得勝訴判決確定，該確定判決之既判力與執行力是否及於A？
【111年北大法研】

解題TIPS

(一)不當得利之舉證責任分配：

- 1.本題中提到原告欲對被告Y主張返還120萬，其依據乃係「不當得利」，而題目又直接問到關於舉證責任分配的問題。這幾乎已經是經典「不當得利舉證責任分配」的起手式了，實務與多數學者皆認為應依照「給付型」與「非給付型」而有不同的分配準則。因此，在審題之初應先判明本題應屬「給付型」不當得利之類型。
- 2.至此，既然都知道是「給付型」不當得利了，則就不當得利「受有利益」、「無法律上原因」甚或因果關係等要件，均屬權利發生要件，依規範說應由本題原告甲負舉證責任。

考點4 將分公司改為本公司是否發生訴之變更？

(一)實務見解：

【最高法院40年度台上字第105號判決】

「分公司係總公司分設之獨立機構，就其業務範圍內之事項涉訟時，自有當事人能力。又原告對分公司起訴後於訴訟進行中，將被告更正為總公司應認為訴之變更」。對此，實務見解在承認分公司具有當事人能力之同時，並認為若於訴訟進行中，將分公司變更為總公司，屬訴之變更。

(二)學說見解：

1.楊建華老師：（從實體法角度認為不構成當事人變更）

雖肯認分公司具有當事人能力，然而分公司與總公司在實體法上之權利主體與訴訟法上在實質上之訴訟程序主體，仍應認為係單一而不可分割，不得因承認其具有當事人能力，即解為係不同之主體，故原告於起訴後將原為分公司之當事人更正為總公司

收錄代表性學說、實務



波斯納書系 歡迎洽詢最新資訊 02-23756688

合夥與已退夥人所受判決效力範圍

葉律齊編著《民事訴訟法學霸筆記書》波斯納出版

考點 4

合夥有無當事人能力？合夥財產不足清償合夥債務時，得否執行合夥人之財產？

關於「合夥」之相關爭議，首先應討論者，乃係「合夥」是否具有訴訟法上之當事人能力？關於「合夥」之相關爭議，首先應討論者，乃係「合夥」是否具有訴訟法上之當事人能力？因若否認合夥之當事人能力，則合夥即不得作為訴訟上之當事人，更無以下討論合夥訴訟擔當之必要。對此，多數學說與實務見解乃均肯認合夥團體具當事人能力，故得以合夥團體作為訴訟法上之當事人。

則此時須進一步討論者即為：(一)合夥之當事人適格；(二)倘若該合夥財產不足以清償合夥債務時，則既判力與執行力是否及於各合夥人？在學說與實務上存有不同見解：

(一)合夥執行力擴張理論：（許士宦老師¹）

1. 合夥團體本於「任意訴訟擔當」，具當事人適格：

(1)許老師認為，合夥團體雖於實體法上並非法人，而無權利能力，其財產應為全體合夥人之共同共有（民法§681）。惟在訴訟法上，承認合夥團體之當事人能力，乃係為便利訴訟之故。若因其無權利能力而逕認其非權利義務歸屬主體，即認其無當事人適格，則恐使承認其當事人能力之意義喪失。

(2)因此，應認為：「該合夥團體之代表人係經合夥人全體約定或決議選出，代表其他合夥人」，而將其評價為事前之「任意訴訟擔當」。藉此，始得以合夥團體名義為當事人之訴訟，其所受本案判決之既判力擴張及於合夥人全體，而執行力之主觀範圍亦擴張（民訴§401 II）。然而，須注意在以合夥團體名義為當事人之訴訟標的客觀範圍係「合夥債權債務關係」，故原則上判決效力擴張之範圍亦僅及於該訴訟標的之法律關係，並不因此擴張至各合夥人之個人財產。

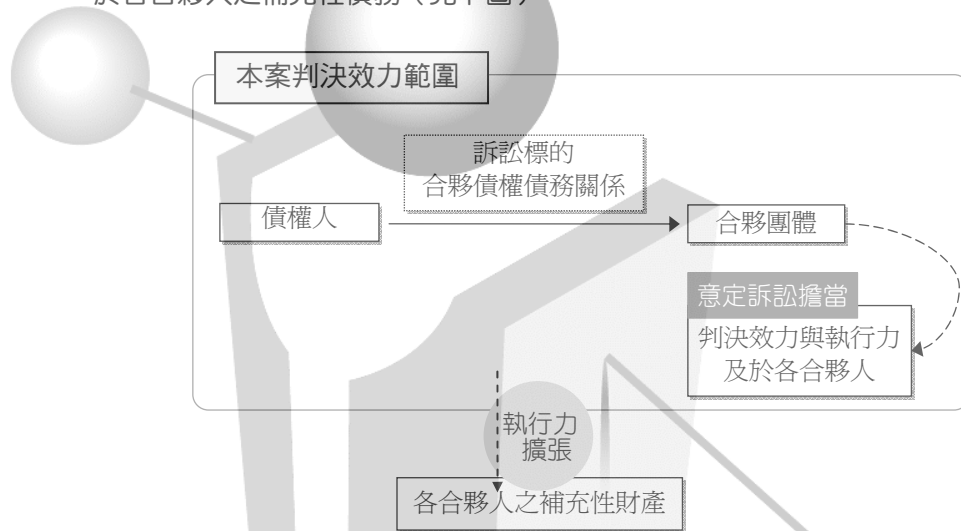
2. 既判力之客觀範圍僅及於「合夥債權債務關係」，但執行力客觀範圍應擴張至「合夥人個人補充性債務」：

(1)接續上述，許老師雖認為判決效力之客觀範圍僅及於「合夥債權債務關係」，但為使債權人對於合夥團體所取得之確定給付判決或其他執行名義能發揮實效，故應擴張其「執行力」而使其及於「合夥人之補充性債務」，以便能執行各合夥人之固有財產。

版權所有，重製必究！

¹ 許士宦，合夥所受裁判之效力如何擴張及於合夥人（上）、（下），月旦法學教室，2010年6月～7月。

(2)對此，執行力擴張之正當性依據在於，補充性債務之產生僅須證明「合夥財產不足以清償合夥債務」即可。因此，對原執行名義而言，債權人僅須再舉證不足受償，則補充性債務產生之蓋然性即甚高，而具有「實體上正當性」。此外，原執行名義之形成乃係經由合夥團體為擔當人所參與，實則各合夥人亦受「一定程度」之程序保障，亦可評價其具有「程序上正當性」。因此，得擴張其執行力客觀範圍使其及於各合夥人之補充性債務（見下圖）。



(二)合夥執行力擴張否定說：（沈冠伶老師²）

1. 認為若訴訟標的僅限於「合夥財產」，則執行力亦應限於此範圍內，並不得擴張執行合夥人之個人財產。因此，應辨明「合夥債權債務」與「個人補充性債務」係屬二訴訟標的，並無執行力擴張之結果。
2. 於此，在沈老師見解下，其認為若欲達成有效解決紛爭之目的，則可選擇將合夥人之連帶債務作為訴訟標的，而將各合夥人之一人或數人列為共同被告，以附條件請求之方式，於合夥財產不足以清償合夥債務時作為請求之條件。若條件於言詞辯論終結前即已成就，則為現在給付之訴，若於言詞辯論終結後始成就，則為將來給付之訴。³ 如此方式，亦得以達成紛爭一次解決之結果，並不以執行力擴張之方式處理。

筆者悄悄話

債權人得否於訴訟中，列合夥團體與各合夥人為共同被告？

- (一) 依民法第681條，各合夥人對於合夥債務，如不足清償，應以其私人財產負連帶責任。然有疑問者係，合夥債權人得否於訴訟中，同時列合夥團體與各合夥人為共同被告，並於

【高點法律尋班】
版權所有，重製必究！

² 沈冠伶，涉及非法人團體之當事人適格及訴訟擔當，台灣法學雜誌，第141期，2009年12月。

³ 沈冠伶，涉及非法人團體之當事人適格及訴訟擔當，台灣法學雜誌，第141期，2009年12月，頁34-35。

訴之聲明中表明請求以合夥財產負清償責任並以合夥人私人財產負連帶責任之意旨？

(二) 對此，於我國實務與學說上具爭議：

1. 在實務上，最具代表性之否定意見者，即為最高法院66年第9次民庭決議：「合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人求命合夥人之一對於不足之額連帶清償，應就此存在要件負舉證之責（本院29年上字第1400號判例）。此與保證債務於保證契約成立時即已發生債務之情形有間，故在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權，尚未發生，即不得將合夥人併列為被告，而命其為補充性之給付。況對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義，故司法院院字第918號解釋「原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行」。是實務上尤無於合夥（全體合夥人）之外，再列某一合夥人為共同被告之理與司法院院字第918號解釋。
2. 然而，學說上則有對此爭議採肯定見解者，並指出最高法院66年第9次民庭決議與民訴法之法理相牴觸之處。因「合夥債務」與「補充性責任」乃屬不同之訴訟標的，若不能列合夥人為被告，卻使既判力與執行力及於此，則將侵害個別合夥人之聽審請求權與既判力客觀範圍僅及於訴訟標的限制之規定（民訴§400）⁴。據此，如沈冠伶老師即認為考量有效解決紛爭，得由原告視紛爭狀況及利益決定，是否併列合夥人全體或僅列合夥人中之一人或數人為共同被告。⁵

考題直擊站 合夥執行力擴張肯否說

甲、乙、丙三人合夥出資經營A商店，以A商店的名義向丁購買B貨物，然而積欠新台幣（下同）200萬貨款並未支付。丁以A商店為被告，向法院訴請支付前開積欠之貨款200萬。丁獲得200萬元勝訴確定判決之既判力與執行力是否擴張及於甲、乙、丙合夥財產不足清償之連帶責任部分？甲、乙主張丁尚未交付B貨物，試問甲、乙可否反訴請丁交付B貨物？（25%）

【110年政大法研】

解題TIPS

- (一) 本題可能係劉明生老師所出題，其結構可分為兩部分，一係在測驗「以合夥為被告」之當事人適格及既判力之主客觀範圍，此處實務與學說各有不同之見解，應將各說並陳後並加以分析，而採其一作為本文結論加以涵攝。
- (二) 此外，在本題反訴當事人之認定上，因合夥財產乃係由全體合夥人共同共有，故原則上應由全體合夥人對丁起訴，方具當事人適格。此外，「合夥團體」亦得作為訴訟上當事人而

4 劉明生，既判力、執行力主觀與客觀範圍之研究——以合夥團體為當事人之確定判決為中心，收錄於：姜世明主編，民事程序法焦點論壇第9卷——確定判決及裁定之效力，2010年10月，頁98-99。

5 沈冠伶，涉及非法人團體之當事人適格及訴訟擔當，台灣法學雜誌，第141期，2009年12月，頁34-35。

為全體合夥人起訴。然而，本題單由甲、乙部分合夥人之方式訴請丁交付B貨物，則欠缺當事人適格。

擬答

【共1,306字】

(一)丁取得之勝訴判決之僅於「合夥財產」部分發生既判力，且執行力並無擴張及於甲、乙、丙之連帶責任部分，分析如下：

1. 依題示，丁以A合夥團體之名義為被告，請求給付貨款而受勝訴判決確定，其既判力與執行力是否擴張於甲、乙、丙各合夥人之連帶責任部分，即涉及合夥既判力與執行力範圍應如何劃分：

(1) 按實務上乃以院字918號解釋及最高法院66年度第9次民事庭庭推總會決議，認為確定判決雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，則得對合夥人執行，而無須另列合夥人為共同被告。易言之，其係認為在以「合夥團體」為被告，而於合夥財產不足清償合夥債務時，則該確定判決之既判力與執行力主、客觀範圍均及於各合夥人，各合夥人須以其財產為補充性債務清償。

(2) 而在學說上，則認為在以「合夥」為被告之訴訟，其既判力之客觀範圍應僅及於「合夥財產」，而不及於各合夥人之責任財產，其二者屬於不同之訴訟標的，惟在此前提下，又分別有「合夥執行力擴張說」與「合夥執行力擴張否定說」之觀點：

① 有見解認為，雖「合夥財產」與「合夥人之補充性債務」乃屬不同之訴訟標的，惟既判力與執行力二者機能有所不同，不必為同一認定。因此，倘若在對合夥取得勝訴確定判決後，且具有執行力擴張之實質上、程序上之正當性基礎，則應肯認合夥之執行力範圍得擴張及於各合夥人之補充性債務。

② 對此，多數學說乃認為「既判力之客觀範圍」應與「執行力之客觀範圍」一致，從而若合夥所受判決之客觀範圍僅限於「合夥財產」，則即不得逕對各合夥人之補充性債務強制執行。

2. 本文認為，按強執法第4條之2關於執行力主觀範圍擴張之規定，其與民事訴訟法第401條具有一致性，何以未滿足既判力主觀範圍擴張之要件，卻仍有必要透過類推適用而使執行力獨自擴張，有所疑義。且因個別合夥人可能仍有個人之抗辯事由存在（民法第279條），縱認合夥債務存在，亦難謂合夥人之個人補充性責任成立之蓋然性即高，於此應採合夥執行力擴張否定說為宜。

3. 據此，於丁所取得之確定判決中，其既判力之主觀範圍雖及於全體合夥人甲、乙、丙，惟其客觀範圍應僅限於「合夥財產」，而不及於甲、乙、丙之連帶責任部分。且於執行

力部分，丁之確定判決並無擴張及於甲、乙、丙之連帶責任部分，而無執行力擴張。

(二)不得僅以「甲、乙」名義反訴請丁交付B貨物，析述如下：

- 1.依題示，雖甲、乙、丙以「A商店」之名義向丁購買之B貨物，惟A合夥本身並不具有權利能力，該買賣之法律關係應係發生於甲、乙、丙全體合夥人與丁之間，故應以「全體合夥人」為當事人始具當事人適格。此外，若合夥團體設有執行事務之人，且亦屬獨立經濟交易主體，依民事訴訟法第40條第3項，合夥團體具「非法人團體」之性質而有當事人能力，且實務上亦肯認其當事人適格。
- 2.準此，於本題中，就B貨物之買賣關係涉訟，應以「全體合夥人甲、乙、丙」或「A商店」之名義為原告，始具當事人適格。並且，按民事訴訟法第259條，被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。因此，若欲於同一訴訟程序中提起反訴，原則上須以「本诉被告」之名義作為「反訴原告」。從而，既本訴之被告為A商店，若欲提起反訴，則應以A商店之名義提起反訴，始屬合法。

考題直擊站

吃壞肚子找誰負責

甲1、甲2於2009年2月10日結婚，自甲1向「美味餐廳」訂席100桌，一桌價格為新台幣（以下同）一萬元，宴請親友丙1……丙1,000等1,000人。詎料宴席結束後，賓客陸續發生上吐下瀉之食物中毒症狀，送醫急救。請附理由分析下列各題：（25%）

- (一)如「美味餐廳」係由乙1、乙2、乙3合夥開設時，甲1希望其喜宴之食物中毒之紛爭能一次解決，並獲得其應得之賠償，應以何人為被告，並如何為訴之聲明，較能達到上開目的？
- (二)如甲1起訴僅以「美味餐廳」為被告？此訴訟之形式上當事人及實質上當事人為何人？
- (三)承(二)，甲1於獲得勝訴判決確定後，得否執此判決，對乙1個人之財產為強制執行？
- (四)承(二)，甲1於獲得勝訴判決確定後，丙1又以「美味餐廳」為被告提起損害賠償訴訟，甲1與「美味餐廳」間前訴訟之判決效力，是否及於丙1？

【98年台大法研】

解題TIPS

(一)本題與110年政大相同，皆係涉及「合夥團體之當事人適格」與「既判力之主、客觀範圍」之問題。

- 1.從第(一)小題切入，其關鍵在於題目問「甲1希望紛爭一次解決，並得其應得之賠償」，則應列何人為被告，並如何為訴之聲明，較能達到上開目的。據此，筆者會傾向以「合夥執行力擴張否定說」之結論作答，如此可以回應題目「應以何人為被告較能使紛爭一次解決」的問題上。
- 2.而在第三小題，延續著「合夥執行力擴張否定說」之見解，倘單以「合夥團體」為被告，其

既判力之客觀範圍應僅限於「合夥財產」。則結論上應認為不得僅執對「合夥團體」之勝訴確定判決對乙1之個人財產加以執行。不過大家也不要忘記於實務上是肯定以對「合夥」確定判決逕對各合夥人強制執行的，並且許士宦老師亦有提出「修正之合夥執行力擴張肯定說」，記得在本題中也要帶到。

擬答

【共1,423字】

(一)甲1應併列「美味餐廳」及「乙1、乙2、乙3」為共同被告，並於聲明中以附條件請求之方式，於合夥財產不足清償合夥債務時，作為請求乙1、乙2、乙3履行其連帶責任之條件，較能使紛爭獲得一次解決：

1.按實務上雖依最高法院66年第9次民庭決議與院字918號解釋，認為於合夥財產不足清償，於合夥財產不足清償時，得執對合夥團體之確定判決對合夥人為強制執行。惟學說上認為，按民事訴訟法第400條，既判力之客觀範圍應以訴訟標的劃定，於債權人對合夥團體所提起之訴訟中，各合夥人之個人補充性責任並非訴訟標的，故其確定判決之既判力與執行力，應不及於該合夥人之補充性責任與固有財產。

2.從而，本題中為使甲1之紛爭得以一次解決，並確保其損害能確實取得賠償，甲1應併列「美味餐廳」與「全體合夥人乙1~乙3」為共同被告，並於訴之聲明中將乙1~乙3之個人補充性責任，以附條件請求之方式，於合夥財產不足清償合夥債務時，請求乙1、乙2、乙3履行其連帶責任之條件。

(二)若甲1僅以美味餐廳為被告，其形式當事人應為合夥團體「美味餐廳」，而實質當事人則為「乙1、乙2、乙3」：

1.按民事訴訟法第40條第3項，合夥團體雖係非法人團體，惟合夥若設有執行業務之合夥人為代表人，且具有獨立之財產，則得認其於訴訟法上具當事人能力，然在以合夥團體為訴訟上當事人時，其實體法上之法律關係仍係歸屬於全體合夥人，其乃係因合夥人授予訴訟實施權而取得當事人適格。

2.據此，若甲1以美味餐廳之合夥團體作為被告，其形式當事人固為「美味餐廳」合夥團體，惟其訴訟標的之法律關係乃係歸屬於乙1~乙3全體合夥人，美味餐廳係由全體合夥人基於意定訴訟擔當之方式取得訴訟實施權，因而乙1~乙3三人乃係該訴訟之實質當事人，依民事訴訟法401條第2項規定，既判力應及於全體合夥人。

(三)甲1於對美味餐廳取得勝訴確定判決後，不得對乙1之個人財產強制執行，析述如下：

1.按實務上雖依院字918號解釋，認為於合夥財產不足清償時，得逕以對合夥之確定判決對各合夥人為強制執行。惟本書認為對合夥團體之訴訟，其訴訟標的應為「合夥債權債務」，

而不及於「各合夥人之補充性責任」，兩者應予辨明。是以，在對合夥所為之確定判決，仍不對合夥人之補充性責任產生既判力及執行力。

2. 惟學說上有提出「修正之合夥執行力擴張肯定說」，其認為對合夥之既判力客觀範圍固不及於合夥人之補充性責任，然而既判力與執行力之機能有所不同，不必為一致之認定。據此，倘若在具有執行力擴張之實體上與程序上正當性時，則應肯認合夥執行力之客觀範圍應擴張及於各合夥人之補充性義務。

3. 對此，本文認為在考量不同合夥人可能具個人之抗辯事由存在，縱認合夥債務存在，亦難謂合夥人之個人補充性責任成立之蓋然性即高，若逕對合夥人強制執行，則恐使其合法聽審權受到侵害。於此，應認在僅對合夥團體美味餐廳取得確定勝訴判決時，不得逕執此判決對乙1之個人財產為強制執行，始為妥當。

(四) 甲1與美味餐廳之前訴訟，其確定判決之判決效力不及於丙1：

1. 按民事訴訟法第400條，既判力之範圍應以「訴訟標的法律關係」據以劃定。易言之，倘未為訴訟中之所主張之訴訟標的者，自不受既判力拘束。

2. 本題中，甲1與丙1對美味餐廳主張之損害賠償之訴，其損害賠償請求權各自獨立而有所不同。是以，甲1於前訴訟中，既僅以「甲1對美味餐廳」之損害賠償請求權為主張，則除丙1另有依民事訴訟法第41條選定當事人之方式，以意定訴訟擔當將訴訟實施權交由甲1外，前訴訟確定判決之既判力並不及於丙1。

考題直擊站

給付型不當得利與退夥當事人

X訴請Y商行給付新臺幣（以下同）120萬元，並主張其於民國109年8月1日委由訴外人Z交付120萬元予Y商行之執行事務合夥人，擬作為某土地買賣契約的預付款，嗣後因該買賣契約不成立，被告受領該款項為不當得利，其得請求被告返還該120萬元。試問：（40分）

(一) 對於收受Z交付120萬元及不當得利的主張，被告一概否認。對於收受Z交付120萬元及其並無法律上原因等二事實，應由何人負舉證責任？

(二) A本為Y商行之合夥人，於X起訴後判決確定前A已自Y商行退夥，若上開訴訟X獲得勝訴判決確定，該確定判決之既判力與執行力是否及於A？

【111年北大法研】

解題TIPS

【高點法律專班】

(一) 不當得利之舉證責任分配：

1. 本題中提到原告欲對被告Y主張返還120萬，其依據乃係「不當得利」，而題目又直接問到關於舉證責任分配的問題。這幾乎已經是經典「不當得利舉證責任分配」的起手式了，實務與多數學者皆認為應依照「給付型」與「非給付型」而有不同的分配準則。因此，

在審題之初應先判明本題應屬「給付型」不當得利之類型。

2.至此，既然都知道是「給付型」不當得利了，則就不當得利「受有利益」、「無法律上原因」甚或因果關係等要件，均屬權利發生要件，依規範說應由本題原告甲負舉證責任。

(二)合夥所受判決效力是否及於已退夥之合夥人：

1.在談到合夥判決效力是否及於已退夥之合夥人之前，須先重申對合夥團體之「判決效力」及於「各合夥人」之依據為何？實務與學說有從「訴訟擔當」的法理切入，認為在以合夥團體為原告或被告，提出與合夥事務有關之訴訟，而由部分合夥人代表合夥團體者，可認為此部分合夥人係經其他合夥人授予訴訟實施權，基於任意訴訟擔當之法理，為其他合夥人為原告或被告，依民訴§401Ⅱ、強執法§4-2 I ②規定，應認此確定判決之既判力、執行力擴張及於其他合夥人（最高法院101年度台上字第328號民事判決）。

2.據此，可推知合夥人之所以受判決效力所及，是來自於「訴訟擔當」使然。再來，已退夥之合夥人是否仍具有這層「意定訴訟擔當」關係呢？關於此點，依民法§690，合夥人退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，仍應負責。然而，必需注意者為，法條上雖規定已退夥人「仍應負責」，但非必然是指其應受本件既判力與執行力所及，仍應回歸「民訴法第401條」，判斷已退夥人是否為被擔當人而定。

擬答

【共1,659字】

(一)對於「收受Z交付120萬元」與「無法律上原因」等二事實，均應由原告X負舉證責任，析述如下：

1.舉證責任分配法則：

按民事訴訟法第277條，當事人主張有利於己之事實，應就該事實負舉證責任。而所謂舉證責任分配，即當事人若無法適用某一法律規範，即應將該敗訴責任分配予負擔舉證責任之一造：

(1)惟因本條規定過於簡略，故我國通說與實務見解乃以「規範說」進行補充，即依法律規範之性質將其區分為權利發生、障礙、消滅、排除要件。

(2)然而，於考量依規範說作為一般舉證責任分配法則，而有顯失公平之情形時，法院亦應考量兩造間是否存有事證偏在、專業知識不對等、有違誠信原則等類型化因素，適當調整雙方當事人之舉證責任。

2.本件乃為「給付型」不當得利，應由X就「收受Z交付120萬元」與「無法律上原因」等二事實，負舉證責任。

(1)按民法第179條，無法律上原因而受有利益者，應負不當得利返還責任。對於不當得利之舉證責任分配，我國實務與多數說乃將不當得利區分為「給付型」與「權益侵害型」不當得利，而對「無法律上原因」要件為不同分配準則。蓋因在權益侵害型之不

當得利，財產主體之變動倘係因不當得利行為人所致，自應由其舉證證明其受領給付係有法律上之原因。惟若在「給付型」不當得利，因受損人自己之行為致其掌控之財產發生變動，自應承擔消極事實舉證困難之不利益，自應由主張權利之原告就「受有利益」、「無法律上原因」等權利發生要件，負舉證責任。

- (2) X主張其委由訴外人Z交付120萬予Y，嗣後因買賣契約不成立，爰依不當得利請求返還。此乃受損人有意識、有目的之行為所造成之財產變動，應屬「給付型不當得利」。據此，對於「收受Z交付120萬」、「無法律上原因」等權利發生要件，應由主張該要件之原告X負擔舉證責任。

(二)本件之確定判決既判力與執行力，應及於已退夥之A，分析如下：

1. 合夥團體與合夥人全體之關係為「意定訴訟擔當」：

- (1) 按具有合夥性質之非法人團體，在程序法上，依民事訴訟法第40條第3項規定，固可認其有形式上之當事人能力，而得於民事訴訟程序為當事人之資格。惟合夥團體究非民法所承認之權利主體，既不得享有權利、亦無法負擔義務，民事訴訟法承認合夥團體具當事人能力，其目的僅係在簡化訴訟關係，使當事人得選擇以「合夥團體」為形式上當事人，而非全體合夥人為訴訟上當事人。準此，多數說與實務見解乃認為，民事訴訟法係以「訴訟擔當」之法理，由全體合夥人將訴訟實施權授予合夥團體之方式，使其具有當事人適格。

- (2) 本題中Y商行雖非實體法上之權利義務主體，而就合夥事務所生之權利義務，應歸屬於全體合夥人，應得認合夥團體A係經全體合夥人授予訴訟實施權，而Y商行為訴訟擔當人，而其合夥人全體則為被擔當人。

2. 於「起訴後判決確定前」已退夥之A，仍應受系爭確定判決之既判力與執行力所及：

- (1) 按民法第690條規定，合夥人於退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，仍應負責。惟此等規定僅係要求已退夥之合夥人仍應就合夥債務負責，與該合夥人是否應受合夥團體所獲確定判決之既判力與執行力，係屬二事。該合夥人是否受確定判決之主觀範圍所及，應依民事訴訟法與強制執行法上關於主觀效力範圍之規定而定。亦即，如該合夥人並非授權予代表合夥團體進行訴訟者，即無依民事訴訟法第401條第2項、強制執行法第4條之2第1項第2款規定，將合夥團體所受確定判決之效力（既判力、執行力）擴張之餘地。

- (2) 而於本題中，A已選定執行事務之合夥人代表，以Y合夥團體為訴訟上當事人，為其進行與其退夥前合夥事務相關之訴訟。又，A於訴訟繫屬中退夥，固已不具合夥人身分，然其所授予之訴訟實施權，於訴訟繫屬後雖因A退夥而有所撤銷，惟為保護他造

當事人及訴訟程序之安定，依民事訴訟法第41條第3項及第42條規定，應認倘A未以文書通知X，難認發生撤銷或更換原授予訴訟實施權之效力。

3. 準此，A雖於訴訟繫屬中退夥，惟倘其未將其撤銷訴訟繫屬或退夥之事時通知原告X，則為保障X之訴訟權及程序安定，應認該撤銷仍不生效力，故於判決確定後，依民事訴訟法第401條第2項、強執執行法第4條之2第1項第2款規定，A應受本件判決之既判力與執行力所及。

筆者悄悄話

「退夥人」退夥的時間點對判決效力造成的影響？

【111年北大法研】

- (一) 承上述111北大考題，關於退夥人是否應受合夥團體訴訟既判力所及的爭議，主要又可以依「債權人對合夥團體起訴之時點」分為兩種情形：1.於合夥債務成立後，債權人對合夥團體起訴，而後合夥人退夥；2.合夥債務成立後，合夥人退夥，而其後債權人方對合夥團體起訴。一般而言，討論上較常出現的是第2種情形，也是許士宦老師文章中提到的情況。
- (二) 而第1種狀況，則是台北大111年考題的情況，以「合夥人是在債權人起訴後判決確定前退夥」進行命題，討論也相對少見。此解題的關鍵點就在：「合夥人當初在起訴時授予合夥代表人的訴訟實施權（意定訴訟擔當），在其退夥時應不應將『退夥』評價為撤回訴訟實施權」。若是，則不受判決效力所及；反之，則不應退夥受到影響，而仍受判決效力所及。對此問題，筆者也是燒破小腦袋，可考量到的風險如：「因民事合夥人欠缺公示性，故在法律上無法確認何人於何時點仍具備合夥團體成員地位時，若在任何情況均否認合夥團體之確定判決對退夥人發生既判力，則該債權人將面臨風險」。簡單來說，債權人明明已經起訴了，但若背後的合夥人一一退夥，從而使其能規避受合夥團體判決效力所及，債權人只能摸摸鼻子重新對已退夥的合夥人另訴，且可能出現裁判矛盾的風險，恐怕太無情啦～～～
- (三) 因而，在考量到上述問題下，筆者傾向在考量程序安定性與保障債權人立場，於合夥人欠缺公示性下，債權人並無從得知who在訴訟繫屬中退夥，所以此時搭配民訴 § 41 III、§ 42，應認為除非通知債權人，否則訴訟繫屬並不因退夥而被撤回或更換

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！