

## 107年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

類 科：司法官

作者：汪任宥

科 目：民法與民事訴訟法(二)

考試時間：2小時

座號：\_\_\_\_\_

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、原告甲起訴主張：其向被告乙購買A車，已支付全部價金新臺幣（下同）200萬元。詎乙拒不交付A車，屢經催討，仍無結果。為此本於買賣契約，請求判令乙交付A車等情。乙於審理中，不否認曾將A車出售予甲，僅稱願還錢給甲等語，未曾提及A車已交付訴外人丙之事實。第一審法院判令乙交付A車予甲。乙不服，提起上訴，稱：該車早以250萬元之價格賣予丙，並交付及完成相關名義變更手續，乙已給付不能，故甲之請求於法無據等語。甲於聽聞此情後，於第二審法院提起變更及追加之訴，主張情事變更，依債務不履行及共同侵權行為法律關係，求為判決：「原判決廢棄（第1項）。乙應賠償甲250萬元（第2項）。乙與丙應連帶賠償甲250萬元（第3項）。」試問：

(一)第二審法院應如何協助甲妥適為訴之聲明及表明訴訟標的之法律關係，並明確甲所提訴之合併型態？（30分）

(二)甲於第二審所為訴之變更及追加是否合法？（30分）

(三)倘第二審法院通知丙到場參與程序，丙到場主張甲對其所為訴之追加不合法，請求法院駁回，並稱將不再到場。第二審法院乃以中間裁定，准甲追加丙為被告，送達於丙。丙對該裁定提起抗告，第三審法院應如何處理？（15分）

二、甲列乙為被告，向該管法院起訴，主張：乙於民國104年6月1日將A地及其上B屋（下稱系爭房地）出賣予甲，約定買賣價金為新臺幣2,000萬元，甲已給付全部價金，乙亦將系爭房地所有權移轉登記予甲，惟乙目前仍居住於內，遲未將系爭房地交付予甲，無權占有並侵害甲之所有權等語。為此，甲基於所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權，請求法院判決乙將系爭房地返還予甲及賠償因遲延交付房地所生之損害。試問：

- (一)若甲前開主張之事實確屬真實，其主張對乙有所有物返還請求權及侵權行為損害賠償請求權，是否有理由？甲欲請求乙交付系爭房地及損害賠償，有無其他請求權？（40分）
- (二)受訴法院就甲之返還系爭房地請求，整理爭點時，應如何行一貫性審查，及行使闡明權？甲就前開權利主張，陳明不為任何變動，請求法院依所有物返還請求權為裁判，受訴法院就本案請求應如何裁判？（35分）

## 擬答

## 【第一題】

## 爭點析

- (一) 本題解題邏輯應先點出甲訴之聲明之違誤，再以法院之角度，闡明甲應為如何正確之訴之聲明。其中甲第一項聲明之錯誤，見解。而闡明權具體上如何行使，以及法條之依據，均應寫清楚，才能切中題要。
- (二) 本題應注意者為甲在二審始追加丙，涉及二審當事人之追加，此部分實務見解一定要寫出來。並佐以相關學說論述，才能充分回答本題之爭議。另訴之變更追加是否包含當事人之追加，雖現已無爭議，然仍可簡單點出此問題，展現自己的爭點意識，有加分之效果，但此部分並非重點，故無須多費筆墨。
- (三) 本題單純為法條操作題。正確地適用法條即可，如有餘裕，可論述法條背後之立法目的。

## 擬答

## (一) 1. 甲第一項聲明有誤：

甲係依民事訴訟法第446條第1項但書準用第255條第1項第4款為訴之變更，又訴之變更概念上，實為舊訴之撤回與新訴之追加，是以當甲於二審為訴之變更時，其於一審之訴應視為撤回。而訴經撤回者，依民事訴訟法第263條規定，視同未起訴，故一審判決因訴之撤回而當然失其效力，是以甲之第一項聲明並無必要。實務見解亦同（71台上3746例）。

## 2. 甲之第二項、第三項聲明不得同時並存：

另甲第二項、第三項聲明，將會形成乙先給付250萬元後，乙仍須再與丙連帶給付250萬元之不當情形發生。蓋乙僅有未依約交付A車一個事實，法律上雖構成債務不履行與侵權行為，但此為請求權競合，甲最終能請求的只有其所受損害額，並不因此得請求乙給付兩次，故甲應將第二項與第三項聲明為預備合併，排定先位聲明與備位聲明，如此方符合實體法律關係。

3. 法院應行使闡明權，曉諭甲為正確之聲明：

甲因不諳法律而為錯誤之聲明，法院應依民事訴訟法第199條第2項規定，曉諭甲上述概念，命甲修正訴之聲明，並為適當之合併型態。惟依處分權主義第二命題，甲仍有最終決定是否更改訴之聲明或選擇其他訴之合併之型態，如甲仍未變更，法院即應駁回其訴。

(二)1. 本件甲之訴之變更，係依民事訴訟法第446條第1項但書準用第255條第1項第4款規定，應為合法。

2. 惟甲於二審始追加丙為被告，並不合法：

(1) 按當事人、訴訟標的與訴之聲明為訴之三要素，故稱「訴」之變更追加應包含當事人之追加，應無疑問。

(2) 惟二審始追加被告，則涉及追加被告之審級利益。就此，實務（106年第13次民庭決議）認為，如訴訟資料可以流用，且不礙被告審級利益時，始可追加。所稱不妨礙被告審級利益，應以新被告是否同意追加或於一審受程序保障為斷，蓋審級利益得依當事人之意思放棄，又如新被告已有機會在一審參加訴訟，則其不參加，其應負自己責任，有學說見解亦同。

(3) 本件中，丙並未同意追加，於原審時亦未受通知而無參與訴訟程

序之機會，並未受程序保障，故妨礙丙之審級利益，因此甲二審追加丙為被告，應不合法。

(三)本件法院所為中間裁定，係對訴訟程序所為之爭點所為之裁定，為求程序安定，訴訟程序上之裁定，原則上不許單獨救濟，須連同於終局判決，以上訴方式一同救濟。故民事訴訟法第258條第1項規定，法院准許訴之變更追加之裁定，不得聲明不服。是以三審法院應依民事訴訟法第481條準用第463條準用第258條第1項，以抗告不合法為由，裁定駁回之。

## 【第二題】

### 爭點析

- (一)本題為實體法題目，爭點應屬明確，如果知悉實務見解，解題上並不困難，依序依照甲之主張分別討論即可。
- (二)此題係依照(一)所出題，故如(一)答錯，本題亦會答錯。題幹直接點出一貫性審查，故先須說明何謂一貫性審查，並正確引用闡明權之條文，闡明甲修正主張，以及甲漏未主張之部分。最後再點出原告無法通過一貫性審查時，法院應如何裁判之法律依據。

### 擬答

(一)1. 甲不得主張所有物返還請求權，蓋乙非無權占有：

本件乙雖將系爭房地所有權移轉登記予甲，依民法第758條1項規定，由甲取得所有權。然依民法第373條反面解釋，在未交付之前，買賣標之物之利益，仍由出賣人享有，甲仍未取得系爭房地之收益權，因此甲對乙僅得依買賣契約關係請求乙交付系爭房地，而

不得謂乙無權占有。實務見解亦同（72台上253）。

2. 甲不得主張侵權行為損害賠償，蓋甲非權利受到損害：

(1) 依民法第184條第1項前段規定，需以侵害甲之「權利」為必要，純粹經濟上損失並不在本段規定之賠償範圍內。乙未依約交付系爭房地，僅係單純債務不履行，並未侵害甲之權利，甲所生之損害，僅有未能利用系爭房地所獲得之利益，然而此僅屬純粹經濟上損失，乙並未侵害甲對於系爭房地之所有權。

(2) 又依題意，乙僅有單純債務不履行之行為，並未有事實證明乙有以故意以背於善良風俗之方法與違反保護他人之法律之情形，故甲亦不得依民法第184條第1項後段、第2項規定請求。

3. 甲得依買賣契約請求乙交付系爭房地，並請求遲延損害：

(1) 依買賣契約，乙有交付系爭房地之義務。另依民法第348條第2項，乙亦有交付義務。故甲雖不得主張物上請求權，仍得依買賣契約，請求乙交付系爭房地。

(2) 甲已履行買方義務，雖本件未約定交付A屋之期限，惟甲已起訴請求，視為催告，依民法第229條第2項規定，乙陷於給付遲延，故甲得依民法第231條規定，請求遲延損害賠償。

(二) 1. 甲之陳述未通過一貫性審查，法院應闡明甲變更其請求權基礎：

(1) 所謂一貫性審查，係先假設原告陳述之事實如果為真，則其事實是否可以支持其法律上主張。如有，則通過一貫性審查。

(2) 依甲所陳述之事實，縱使為真，惟甲仍不因此對乙有物上請求權與侵權行為損害賠償請求權，已如上(一)所述，故甲之請求無法通過一貫性審查，惟甲可能係因不諳法律而為錯誤之法律主張，為維護甲之程序利益，法院應依民事訴訟法第199條第2項規

定，行使闡明權，闡明甲是否變更其法律上主張。

(3) 又依甲之陳述事實以觀，甲漏未主張遲延賠償，法院應依同法第199條之1第1項規定，闡明甲是否一併主張。

2. 如甲經闡明仍未變更其主張，法院應判決駁回甲之請求：

依處分權主義第二命題，起訴範圍由原告決定，故法院雖依法負有闡明義務，但最終決定權仍係在當事人。甲經闡明後仍陳明不為任何變動，則甲之主張未能通過一貫性審查，原告之訴顯無理由，法院應依民事訴訟法第249條第2項規定，不待言詞辯論，逕予判決駁回甲之請求。

## 補給站

(一) 71年台上字第3764號判例：

當事人因情事變更，而以他項聲明代最初之聲明，法律基於便宜之理由，在民事訴訟法第256條第3款固規定於訴訟無礙，不受同法第255條之拘束，但其在實質上仍屬訴之變更。而在第二審為訴之變更合法者，原訴可認為已因而視為撤回時，第一審就原訴所為判決，自當然失其效力。第二審法院應專就新訴為裁判，無須更就該判決之上訴為裁判。原審見未及此，就被上訴人變更之新訴准許，並命上訴人如數給付後，又將第一審判決予以部分廢棄，於法自屬有違。

(二) 72年台上字第253號判例：

不動產之出賣人固負有交付其不動產於買受人之義務，但在未交付前，出賣人繼續占有該買賣標的物，究難指為無權占有，亦不因已辦理所有權移轉登記而異。因土地所有權移轉登記，為移轉所有權生效要件，行使土地之收益權，依民法第373條規定，以先經交付為前提。故所有權雖已移轉，而標的物未交付者，買受人仍無收益權，自難謂原出賣人為無權占有。