**105民事法綜合研習題目**

1. **給付遲延與損害賠償**

甲為營業所需向乙公司訂購餐廳設備一組，約定價金為一百萬元，惟甲表示餐廳開張在即須於104.2.1交付該批設備，故甲與乙約定如乙未如期履約乙應給付甲違約金20萬元。乙乃向丙工廠訂購一組餐廳烹煮設備，雙方約定價金為80萬元，且丙應於104.1.10如期交付該批設備。惟丙於104.1.11日仍未交付上開設備，乙乃即洽丁欲另行購買該款餐廳烹煮設備，丁表示可於104年104.1.25如期交付，但價金為90萬元。試問：(25%)

(一)乙應如何向丙主張權利?

(二)乙如與丙解除契約並轉向丁購買，可請求何項金額之損害賠償?

(三)最高法院55年台上字第1188號判例意旨「民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，據此規定，債權人解除契約時，得併行請求損害賠償，惟其請求損害賠償，並非另因契約解除所生之新賠償請求權，乃使因債務不履行 (給付不能或給付遲延) 所生之舊賠償請求權，不因解除失其存在，仍得請求而已，故其賠償範圍，應依一般損害賠償之法則，即民法第二百六十條定之。其損害賠償請求權，自債務不履行時起即可行使，其消滅時效，亦自該請求權可行使時起算。」試分析上開見解是否妥當合理?

**二、共同訴訟人上訴效力、不真正連帶(100年司法官)**

A 公司僱用之司機甲及 B 公司僱用之司機乙，分別駕駛各該公司之大客車，於民國96 年 11 月間因過失侵權行為，致丙受傷，經法院認定甲乙各負有百分之五十之過失責任，判決甲乙應連帶給付丙新臺幣四百萬元，A 公司應與甲負連帶責任，B 公司應與乙負連帶責任確定。A 公司於民國 98 年 10 月 10 日，依上開確定判決給付丙四百萬元。問：

(一)A公司依民法第二百八十條、第二百八十一條之規定，起訴請求B公司與司機乙連帶給付應負擔之二分之一部分金額二百萬元時，是否有理由？有無再追加其他法律關係之必要？（40分）

(二)B 公司及司機乙對前開起訴，於言詞辯論時若僅表示對 A 公司已全部清償丙四百萬元不爭執後，即未再為任何之抗辯，此時法院是否即可判准 A 公司之請求？（25分）

 (三)若第一審法院判決 A 公司之請求全部勝訴，B 公司不服，聲明上訴，其理由表示伊對丙無共同侵權行為，自不應負連帶賠償責任，A 公司全部清償後，即不得依連帶債務之法律關係向伊求償等語。司機乙則未聲明不服，此時，B 公司之上訴效力是否及於司機乙？該上訴效力之認定是否會因 B 公司上訴之有無理由而受影響？（25分）

**三、普通保證人與主債務人間之共同訴訟(87年律師)**

甲向乙銀行借款新台幣五百萬元，丙、丁、戊就上開借款共同與乙訂立保證契約，並拋棄先訴抗辯權。甲屆期無法清償，乙遂以甲及丙、丁為共同被告，請求給付新台幣五百萬元。戊為輔助全體被告而參加訴訟。請問：（25％）

（一）如第一審法院審理時，原告乙向法院表示捨棄對丙之請求，乙之行為對各該被告之效力如何？

（二）如第一審法院判決原告乙全部勝訴，僅甲提起上訴，丙、丁具狀表示捨棄上訴權，參加人戊則以其已清償保證債務為理由，提起上訴。甲、丙、丁及戊等人各該行為之效力如何？

**四、合夥團體之當事人能力**

下列案例，法院應如何處理？

（一）原告甲以乙獨資經營「青山無線電電器行」而占用其所有之房屋為由，以「青山無線電電器行」為被告，乙為被告法定代理人，起訴請求被告返還房屋。

（二）甲、乙共同合夥經營青山飯店，向丙訂購石斑魚共積欠貨款三十萬元，請以己見說明丙應以何人為被告起訴請求清償貨款？

附最高法院66年第9次民庭庭推總會議決議：

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（本院二九上一四○○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，故司法院院字第九一八號解釋「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。

**五、合夥團體之當事人能力**

下列案例，法院應如何處理？

（一）原告甲以乙獨資經營「青山無線電電器行」而占用其所有之房屋為由，以「青山無線電電器行」為被告，乙為被告法定代理人，起訴請求被告返還房屋。

（二）甲、乙共同合夥經營青山飯店，向丙訂購石斑魚共積欠貨款三十萬元，請以己見說明丙應以何人為被告起訴請求清償貨款？

附最高法院66年第9次民庭庭推總會議決議：

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（本院二九上一四○○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，故司法院院字第九一八號解釋「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。

**五、當事人適格與訴訟要件**

最高法院85年台上字第1316號民事判決意旨：「上訴人自認為祭祀公業王孝之管理人，以被上訴人為被告，訴請其塗銷原屬系爭祭祀公業業產之管理人及所有權登記，則上訴人就本件訴訟之進行具有實施之權能，其為原告之當事人適格並無欠缺。惟上訴人並非祭祀公業王孝之派下，推選其為公業管理人之人，既為原審合法確定之事實，是上訴人實體上據以請求被上訴人為塗銷登記之請求權並不存在，亦即為訴訟標的之要件，並不具備，其訴為無理由。…」請問：

（一）本件上訴人主張其為祭祀公業之管理人，以被上訴人為被告而起訴，依其主張之事實得否在本件訴訟為正確之當事人，其為原告之當事人適格是否無欠缺？

（二）本件上訴人經法院確定未被合法選任為公業之管理人，其所提之訴訟是否無理由？試以己見分析上訴實務見解是否可採？

**六、當事人適格) (100政大)**

(一)甲1至甲20為A大樓之買受人，主張因乙建商偷工減料致大樓結構不符安全而於九二一地震中倒塌，甲1至甲20乃將其對建商乙、建築師丙之損害賠償請求權依消保法第50條規定讓與消基會，由消基會以乙丙為被告，請求乙丙應連帶賠償損害共一億元，嗣後甲1慮其受償金額太低，乃又向法院基於上開原因事實，以乙丙為被告，請求依消保法第7條規定連帶賠償一千萬元。試問：法院應如何處理？甲1所提之後訴是否當事人適格？

(二)如消基會依消保法第50條規定起訴後，甲1復以乙為被告，亦本於上開原因事實，但基於民法第277條不完全給付之規定請求乙應賠償一千萬元，則法院應如何處理？

**七、共同訴訟-固有必要共同訴訟**

甲於民國96年1月1日死亡，問：
（一）如甲遺有土地一筆，經甲之繼承人乙、丙訴請法院判決分割確定後，丁主張其為甲婚外情所生子女，且提出甲生前按月撫育事實之證據資料，以乙、丙為被告，起訴請求法院判決分割該筆土地。受訴法院應如何處理？（13分）
（二）如甲遺有債務200萬元，債權人戊先以乙為被告，訴請乙清償，但經法院以該債務業經乙全數清償而消滅為由，判決戊敗訴確定。嗣後，戊復以丙為被告，訴請丙清償。於該訴訟中，戊隱匿前述乙、戊確定判決之事實，而丙則表明乙亦應繼承系爭債務。乙、戊之前訴訟確定判決對丙之效力為何？受訴法院就戊、丙之訴訟，應如何審理及判決？（12分）

**八、類似或固有必要共同訴訟**

甲、乙、丙共有之A地與丁之B地相鄰，因地界及所有權之爭執，甲、乙、丙乃共同對丁起訴，請求確認至某一特定界限之土地為其三人共有。一審法院認為丁曾就系爭土地訴請甲、乙兩人拆屋還地，且獲勝訴判決確定，乃就甲、乙之起訴部分，以重行起訴為由，裁定駁回；就丙之起訴部分，則以實體理由，判決駁回。甲、乙不服，提起抗告；丙則未提起上訴。嗣後，二審法院就甲、乙抗告部分，發回原法院更審。請問：（二十五分）

（一）甲、乙抗告之效力，是否及於丙？

（二）原第一審法院對於丙所為之判決，其效力如何？受發回法院應如何處理？

九、（普通共同訴訟之審理原則）

甲1~甲10為鄰居或好友，利用假日搭乘乙駕駛之丙公司遊覽車前往花蓮旅遊，於蘇花公路發生車禍，致甲1~甲10受有不同程度之輕重傷。甲2~甲8，選定甲1為原告，與甲9、甲10以乙丙為共同被告而提起訴訟，主張因乙飲酒駕車致甲1~甲10受傷，應對甲1?甲10全體所受損害負連帶賠償責任。

（一）起訴後，甲9與丙公司達成訴訟外和解，經乙丙同意，甲9向法院表示撤回起訴，其效力是否及於其他共同原告？如與甲2與丙公司為訴訟外和解，得否授權甲1撤回甲2部分之起訴？

（二）如甲10舉出路人丁為證人，證明乙駕車時打手機致大客車撞上山壁，法院對於大客車肇事原因可否對甲10與甲1，為不同之認定？其理由為何？

**九、 當事人適格 (99政大)**

甲所有之汽車於停放於停車塔內時因停車塔起火燃燒而焚燬。甲乃向A法院起訴請求停車塔之經營人乙賠償其汽車焚燬之損害100萬元。起訴後甲得知該停車塔內同遭燒毀之汽車車主擬依消保法第50條規定，將其損害賠償請求權讓與丙消保團體，甲亦將其對乙之損害賠償請求權讓與丙消保團體，丙受讓甲及其他車主對乙之請求權後，由丙向B法院對乙提起訴訟。試問：

(一)B法院對丙所提關於甲之損害100萬元之部分應如何處理？

(二)如甲原向A法院提起之訴訟係以民法第184條之規定為其請求之依據，而丙向B法院則主張係受讓甲對乙基於消保法第7條之請求權為其依據，則B法院應如何處理？

**十、法定訴訟擔當與同一事件**

（一）甲銀行主張乙債務人向其借款新台幣二百萬元尚未清償，向法院提起A訴，請求乙應返還借款二百萬元。起訴後乙債務人之連帶保證人丙經甲多次催告後同意履行保證責任並向甲清償二百萬元。嗣後丙乃向法院以乙為被告，提起B訴求償二百萬元。試問：法院就A、B二訴應如何處理？

（二）甲車商主張其出售進口汽車予乙，約定價金為100萬元，乙並開立面額100萬元之支票乙張以供清償價金。經甲提示後不獲兌現。甲乃向A法院主張票款之請求，請求乙應給付100萬元。嗣後甲復向B法院本於買賣契約之法律關係，請求乙應給付100萬元。試問：B法院應如何處理？請以不同理論基礎分析A、B二訴是否屬於同一之訴訟？

**十一、法定訴訟擔當與同一事件**

下列情形，法院應為如何之判決：

乙主張甲向其借款一百萬元，丙則擔任保證人，於借款屆清償其無法清償，乙乃以甲、丙為共同被告，起訴請求甲、丙償還借款

（1）如丙於第一審法院審理時，逕向乙清償一百萬元後，復以甲為被告，代位乙向甲請求清償借款一百萬元

（2）如乙之債權人丁以乙怠於行使對甲、丙之債權，於乙起訴前即以代位乙向甲、丙提起清償借款之訴訟，乙隨後又以甲、丙為被告，起訴請求清償借款一百萬元

**十二、當事人恆定與必要共同訴訟之訴訟要件**

（一）債權人甲以債務人乙積欠其消費借貸借款50萬元，乃以乙為被告，向A法院起訴請求乙清償借款50萬元。乙之保證人丙於訴訟審理中向甲履行保證債務而清償甲50萬元，嗣後丙又向A法院起訴請求乙清償50萬元，試問：A法院對前、後二訴應如何處理？

（二）甲以乙為被告，請求法院就甲、乙繼承之土地予以判決分割。經法院判決分割確定後，丙主張其亦為系爭土地之遺產繼承人，而以甲乙為被告，向法院起訴請求分割系爭土地。試問：法院應如何處理？

**十三、代位訴訟之性質**

乙向甲建商購買預售屋一戶（連同基地），嗣因房地產價格上漲，乙復將該戶預售屋連同基地轉賣予丙。嗣後甲完工，乙遲未向甲請求移轉登記，丙乃代位乙以甲為被告，訴請甲應將完工之房屋連同基地移轉所有權予乙。（25 分）

（一）前開代位訴訟於第一審法院審理中，乙復以甲為被告，起訴請求甲應將上開預售屋連同基地移轉所有權予乙。法院對乙所提之訴訟應如何處理？

（二）丙所提起之代位訴訟，如經法院判決甲建商敗訴確定。法院對於乙所提起之訴訟應如何處理？

【請針對上開（一）（二）小題，分別就實務與學說見解分析討論之。】

**十四、確認利益與共同訴訟**

乙以其所有之土地設定抵押權予丙，乙之債權人甲主張乙係為脫產而虛偽設定抵押權予丙，起訴請求確認乙丙間抵押權設定所擔保之消費借貸債權為通謀虛偽意思表示而不存在。請敘明理由解答下列問題：（25分）
（一） 甲提起之確認消費借貸債權不存在之訴，如丙就該債權不存在一事並無爭執，甲得否僅以乙為被告？
（二） 甲如以乙、丙為共同被告，所提起之確認消費借貸（債）權不存在之訴，經第一審法院判決乙、丙敗訴，僅乙提起第二審上訴，其效力是否及於丙？

**十五、確認利益之判斷**

（一）甲主張乙女與丙男婚姻關係存續中受胎而出生之丁乃甲與乙婚外情所生，與其有血緣關係，起訴請求確認甲丁之間父子關係存在。起訴後經法院闡明，甲仍堅持其欲提起者為確認之訴訟，且乙丙均否認甲之主張。試問：法院應如何判決？請說明實務見解並分析之。

（二）甲於其所有之公寓4樓頂樓搭建違章建築，將4樓房屋連同頂樓違章建築出售交付並移轉4樓所有權與乙。嗣後乙又將4樓及頂樓出售與丙，詎料甲竟遷回頂樓，占有使用該違章建築，並以丙為被告，請求確認甲為該違章建築實際興建之原始取得所有權人。試問：法院應如何判決？甲提起之訴訟是否有確認利益？請說明實務見解並分析之。

**十六、法院闡明之界限(90年司法官)**

下列案例，審判長於審理時，有無闡明之義務？若有，則應就何種事項為闡明？（二十五分）

（一）債權人甲主張債務人乙積欠借款屆期未清償，故以乙及普通保證人丙為被

告，起訴請求判決乙、丙連帶返還借款，丙於言詞辯論期日雖到場，但未主

張先訴抗辯權。

（二）甲主張乙將其所有之Ａ地出賣與甲後，拒不履行移轉所有權之義務，且又將該地出賣並移轉登記與丙。甲遂以乙為被告，起訴請求判決乙應將Ａ地之所

有權移轉登記與甲。

**十七、訴之合併**

甲以乙為被告，主張乙無權占有其所有之土地，起訴請求（Ａ）聲明：乙應將系爭 土地返還予甲；（Ｂ）聲明：乙應給付甲新台幣 100 萬元之租金；（Ｃ）聲明：乙 應給付甲新台幣 100 萬元之損害金。關於（Ａ）聲明，甲主張甲乙就該土地之租賃契 約已屆期，因此本於所有物返還請求權與租賃物返還請求權，請求乙返還土地。關於 （Ｂ）（Ｃ）聲明，甲主張之原因事實為乙應給付占有土地二年期間（民國 91 年至 92 年）之租金或損害金，每年 50 萬元，二年共 100 萬元。試問：（25 分）就甲所提關於（Ａ）聲明之二請求權依據，法院應如何審理判決？就甲所提之（Ｂ）（Ｃ）二聲明，法院應如何闡明與判決？

**十八、訴之合併**

丙以甲開卡銀行為被告，主張訴外人乙向甲申請信用卡使用，甲開卡銀行並同意核發附卡予丙使用，惟因乙積欠甲刷款消費金額共 50 萬元，故甲開卡銀行主張依信用卡定型化契約條款之約定主張丙應連帶就上開乙、丙刷卡金額負清償責任，甲乃對丙於甲銀行之活期存款帳戶中扣款 50 萬元。丙之聲明為「確認甲對丙之 50 萬元扣款債權不存在」，並主張丙並非信用卡使用契約之當事人，不負清償信用卡簽帳款之給付義務；另亦主張其未承擔乙對甲之信用卡簽帳款之債務。試問：

（一）丙所提之訴訟屬何種合併類型？法院應如何處理？

（二）就甲對丙之扣款債權存在一事，應由甲或丙負舉證責任？（25 分）

**十九、訴之客觀合併**

甲主張其向乙購買之土地，價金為一千萬元，並已支付價金。但乙遲未為土地所有權移轉登記，且與丙串謀將土地以一千五百萬元出售並移轉所有權予丙。甲乃以乙為被告，起訴請求(A)乙應賠償甲新台幣一千五百萬元，其請求權之依據則(a)為民法第226條第1項，(b)為民法第184條第1項後段。另外，則請求(B)確認甲乙間之買賣契約法律關係不存在，甲之理由為甲買受該土地係因乙之詐欺所致，甲已依法向乙表示撤銷土地買賣契約之法律關係。另請求(C)乙應將甲已交付之一千萬元價金返還予甲。試問：

（一）甲所為如此之訴之合併，是否合法？屬於何種合併之型態？

（二）甲可否同時就(A)請求之(a) (b)或(A)(B)之請求或(B) (C)之請求獲勝訴判決？

**二十、民法227條之2情事變更訴訟之性質**

甲主張其承攬乙機關之高速公路工程，施工期間因遇居民抗爭，且乙機關遲遲無法提供工地予甲施作，亦未如期遷移管線，致甲施工期間延長700天始完工。起訴請求乙機關應給付其因工期延長而增加之費用共1億元。請求權依據則援引民法227條之2所定情事變更原則、民法第227條不完全給付、民法第231條遲延損害之賠償、以及類推民法第509條定做人提供材料有瑕疵之規定為其請求權規範基礎。

（一）上開規定之構成要件或有以乙機關可歸責為要件者，或有以乙機關不可歸責為要件者，則甲主張之原因事實是否互有矛盾？此種情形甲應依何種訴之合併為請求？

（二）訴訟審理中，乙對甲可否提起確認甲對乙並無民法227條之2，因情事變更而發生之1億元費用補償債權存在？亦即依民法227條之2所提起之訴是否為形成之訴？如為形成之訴之性質可否另提確認之訴？

乙丙丁為共同被告，請求法院判決分割上開系爭土地，法院審理後發現戊確為甲之繼承人，法院應為如何之判決

**二十一、民事訴訟法255條第一項第二款「同一事實」之概念**

最高法院九十一年台抗字第七０八號民事裁定意指略謂：「查抗告人原訴關於損害賠償金部分之請求，係以其已支出前述費用一千四百三十二萬九千零五十九元，因相對人等違約致受有損害，為其原因事實。而追加新訴之原因事實，則為相對人等因抗告人支出各該費用，致相對人所有系爭土地之價格上揚而受有利益，並使其受有損害，二者雖有些許共通性及關聯性，但原訴就該損害賠償請求部分所主張之事實及證據資料，僅止於相對人等有無違約、抗告人有無支出該土地開發費用、及抗告人之支出與相對人等之違約間有無相當因果關係；而追加新訴所主張之事實及證據資料，乃涉及相對人等之土地有無增值、抗告人有無支出該土地開發費用；如有增值，相對人等是否係無法律上原因受利益與抗告人是否受有損害。顯見二者間尚有諸多不相關涉之處，於另為主張及舉證前，殊難於新訴中加以利用，且抗告人遲至原法院準備程序終結後之言詞辯論期日始提出該追加之訴，亦有害於相對人等之程序權保障。揆諸首揭說明，即難認抗告人追加之訴與原訴之基礎事實為同一…」請以己見評析上開實務關於「基礎事實同一」之見解。

**二十二、民事訴訟法第263條與固有必要共同訴訟之訴訟要件**

甲、乙原為系爭土地之共有人，甲死亡後，乙起訴請求甲之繼承人丙、丁辦理繼承登記及請求法院判決分割共有物。

（1）如第一審法院已為本案終局判決，乙提起第二審上訴，於第二審訴訟中撤回第一審之起訴後，乙、丙又以丁為被告，另行提起訴訟，請求法院就上開共有土地予以判決分割，其起訴是否合法？

（2）如法院已就分割共有物判決確定後，戊主張其亦為甲之繼承人，以乙丙丁為共同被告，請求法院判決分割上開系爭土地，法院審理後發現戊確為甲之繼承人，法院應為如何之判決？

**二十三、訴之追加( 99政大)**

、最高法院81年台上字第1091號民事判決意旨謂：「民事訴訟法第256條第4款(即現行第255條第1項第5款)所謂合一確定之必要，須於法律上存在，若僅因同一事實或法律上問題，於各共同訴訟人應受之判決俱有影響，於理論上應為一致之判決，而非為訴訟標的之法律關係，於法律上對於各共同訴訟人應由判決合一確定者，不得解為必要之共同訴訟，關於連帶之債，債權人除得於債務人全體為請求外，亦得對於債務人中之一人或數人請求，性質上，其法律關係並非對於全體債務人必須合一確定，故連帶之債之債權人追加連帶債務人為被告，並無民事訴訟法第256條第4款規定之適用。」

試問：如甲搭乘乙客運公司之大客車返家過春節，途中因丙司機之疏失而發生車禍致甲身體受傷。甲原以丙為被告向法院起訴請求丙應賠償甲新台幣100萬元。起訴後甲始追加乙為被告。此時法院應否准許？並試以己見評析前開最高法院之見解是否可採。

**二十四、舉證責任**

最高法院九十一年台上簡字第二十七號民事判決意旨認為：「惟按支票為無因證券，票據債務人不得以自己與發票人或執票人前手間所存在之抗辯事由，對抗執票人。然發票人非不得以自己與執票人間所存在之抗辯事由，對抗執票人，此關票據法第十三條上段之反面解釋自明。本件蔡○○（執票人）主張周○○（發票人）簽發系爭支票向伊借款，一齊主張，兩造為直接之前後手，周○○自得以其與蔡○○間所存之事由為抗辯；因周○○否認收受借款，抗辯消費借貸未成立，原二審判決認應由蔡○○就借款已交付之事實，負舉證責任，自不違背舉證責任分配原則…」請以己見評析上開實務對於舉證責任分配之見解。

**二十五、下列事實，應由何人負舉證責任(92年律師第二題）**

（一）甲主張其承攬施作乙之柏油路面鋪設工程，因連續豪雨而遲延十日完工，致乙主張按工程契約計罰違約金而扣留工程款五十萬元，起訴請求確認乙對甲之五十萬元違約金損害債權不存在。就甲遲延完工是否可歸責或不可歸責於甲之事實。

（二）甲以簽發A 本票予乙係清償賭債為由，提起確認本票債權不存在之訴，乙則否認為賭債，同時主張甲簽發本票係為返還積欠乙之消費借貸之款項。此時，究由甲就賭債之事實負舉證責任，抑由乙就已交付借款之事實負舉證責任？

**二十六、客觀舉證責任分配**

下列案例，甲、乙就其各自主張之事實，應否負舉證責任？

（一）甲主張其簽發本票予乙，係清償賭債，乃提起確認本票債權不存在之訴，乙則否認為賭債，並主張系爭本票之原因事實為借貸。

（二）甲主張乙向其借款五百萬元，訴請乙返還該筆借款，乙不否認有收受甲五百萬元之事實，但主張此係甲與伊合夥購買上市股票所提出之資金，而該五百萬

**二十七、既判力客觀範圍之擴張與爭點效**

甲以乙為被告，主張甲、乙之土地租賃契約已經甲合法終止，本於所有物返還請求權，起訴請求乙返還無權占有之系爭土地。經法院認定甲已合法終止租賃契約，乙為無權占有，故判決乙應返還土地予甲確定。嗣後乙復以甲為被告，起訴請求確認兩造系爭土地之租賃契約法律關係存在。試問：

（一）後訴法院應否受前訴法院關於系爭土地是否合法終止之認定事實所拘束？後訴法院可否依自由心證重新判斷事實之真偽？

（二）請分析後訴是否應受前訴確定判決既判力之拘束？

**二十八、訴訟上和解契約之客觀範圍與解除**

甲以乙無權占有其所有之A地為由，向法院起訴請求乙返還A地，第一審法院審理中，甲、乙經法官之勸諭成立訴訟上和解，和解之內容為：「甲同意乙自八十九年一月一日起至同年十二月三十一日止，得繼續使用A地；乙則應於該期間內之每月一日給付價金十萬元，並於九十年一月一日返還A地。」請問：

（一）該項和解之效力如何？

（二）如乙遲延給付價金十萬元，甲遂定相當期限催告乙給付，乙屆期仍不給付，甲乃解除上開和解契約。此時，甲得如何主張其權利？

**二十八、支付命令(92司法官第三題)**

甲向乙發卡銀行申請核發信用卡使用，嗣後乙寄發簽帳消費帳單予甲，總計二十萬元，甲拒不給付。經乙向法院依法聲請向甲發支付命令。試問：（25 分）（一）如甲未依法於不變期間內向法院提出異議，嗣後以簽帳帳單之簽名係他人（二）如甲收受支付命令後，向乙表示未簽帳消費，乙乃向甲表示毋庸再向法院提出異議，乙願意與甲自行協商和解，甲遂未為異議。嗣後甲主張乙以不法行為取得支付命令之執行名義，甲乃另行對乙提起侵權行為損害賠償之訴，該訴是否合法？

**二十九、保全程序與本案訴訟（91年律師第四題）**

甲訴請乙返還新台幣十萬元獲勝訴確定判決據以聲請強制執行後，乙將其僅有之汽車一輛出賣與知情之丙以損害甲之債權。甲遂聲請在十萬元範圍內對丙之財產為假扣押，經法院裁定准許，並查封丙買受之上開汽車。丙聲請法院裁定命甲於十日內起訴，甲於法院所定期間內，以乙丙為共同被告，先位聲明訴請確認乙丙之買賣契約法律關係為通謀虛偽意思表示無效而不存在;備位聲明依民法第244條第2項規定，訴請撤銷乙丙間之詐害行為。試問:於此情形，丙得否聲請法院撤銷假扣押裁定？

**三十、買賣權利瑕疵擔保(98政大)**

(一)甲向乙建商購買乙預售之華廈一戶，價金為1500萬元；雙方約定交屋前甲應按施工進度每期繳交價金25萬元，共20期，合計500萬元。乙開工後，某日甲前往工地現場，發現乙建商原規劃每層四大戶、共七層建築已變更設計為每層十小戶、共十二層之建築規劃。甲去函乙要求回復原設計，並主張如不回復原設計，將拒付當期之25萬元價金並解除契約；乙收到甲之信函後，回函甲催告甲給付價金25萬元價金，否則將解除雙方之買賣契約。試問：何人之主張有理由，其法律上之依據何在？

(二)如甲於乙將房屋興建完成後，始向乙購買一戶，約定價金為1500萬元。訂約後乙因資金周轉需求竟將該屋設定抵押權登記予丙，而向丙銀行借款1000萬元。甲於取得房屋所有權登記後，始發現房屋及基地上已有丙之抵押權登記。試問：甲可否向乙依民法第353條規定行使權利？

**三十一、租賃契約之物之瑕疵擔保**

甲向乙公司租賃汽車一部，與友人前往南投旅遊，合計五天，租金為一萬五千元。

(一)甲駕駛該車前往埔里，於進入餐廳用餐後欲駕車時發現汽車已被竊取，經向警局報案，並與乙公司聯絡，發現甲乙訂立之租車定型化契約條款載明：「汽車被竊時，應由承租人對出租人負損害賠償責任」，試問：甲應否對乙負賠償汽車遭竊之損害？

(二)如甲旅遊完畢欲返還汽車予乙時，發現甲乙所訂立之定型化契約條款載明：「汽車如有折舊耗損而須修復時由甲負責給付。」乙向甲表示甲應給付耗損而須維修之費用另計5000元，甲則表示其使用汽車並未有碰撞，車體外在亦無磨損，汽車內部零件之耗損與其無關。試問：乙之請求否有理由？

**近年國考題目**

**三十一、103律師**

甲以乙、丙為被告，起訴主張 A 地原係甲出資向訴外人丁所購買，基於節稅考量，乃借用乙名義而由丁逕將 A 地移轉登記在乙名下。詎乙未經其同意，擅自以買賣為由，將 A 地移轉登記予丙所有。甲乃以起訴狀繕本之送達，終止其與乙間就 A 地之借名登記契約，藉以準用委任關係規定以行使權利，並主張乙、丙之行為損害甲之權利，起訴法律依據為借名登記契約及民法第 244 條第 2 項規定，且聲明：乙、丙間就 A 地所為買賣行為，應予撤銷；丙應塗銷 A 地之所有權移轉登記，回復為乙所有。試問：對於甲之上述聲明及陳述，法院應如何闡明？

**三十二、 103司法官**

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。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？

**三十三、104律師**

原告甲列乙、丙為被告，向管轄法院起訴，主張：乙向甲借款新臺幣（下同）300

萬元，丙為連帶保證人，乙屆期未清償借款，經催告仍拒不履行等情，依消費借貸、連帶保證之法律關係，聲明求為命乙、丙連帶給付 300 萬元之判決。嗣乙於第一審訴訟程序中死亡，由其全體繼承人丁、戊聲明承受訴訟。第一審法院認定甲僅交付200 萬元借款予乙，乙全未清償，丁、戊為乙之繼承人，應繼承乙對甲之債務，丙對甲應負連帶保證責任，因而判命丙、丁、戊應連帶給付甲 200 萬元，並駁回甲其餘之訴。甲、丁分別就其敗訴部分提起上訴，甲之上訴理由略以：甲確已交付 300萬元借款予乙等語。丁之上訴理由略以：乙並未向甲借款；縱乙有向甲借款，乙已清償完畢等語。請附理由回答下列問題：法院應如何著手整理本件事實上爭點？在爭點整理階段，應如何分配舉證責任？（18 分）第二審法院進行第一次準備程序後，甲、丁分別具狀向受訴法院表示撤回各自之上訴，第二審法院應如何續行訴訟程序？（20 分）

三十四、104律師

甲男與乙女原為夫妻，嗣協議離婚，並已辦妥離婚登記。離婚協議書載明兩人於婚姻關係存續中之民國 94 年間取得，而登記為甲男所有之 A 房屋及其基地 B 土地之應有部分（下稱 AB 房地），歸乙所有，而由乙女承擔 AB 房地抵押之銀行貸款債務等語，並於離婚登記後數日辦妥所有權移轉登記。因登記機關之表格，關於所有權移轉登記，並無離婚協議之事由，且為節稅，故登記事由記載為贈與。離婚一年多之後，乙女將 AB 房地出售予丁，扣除銀行貸款後得款新臺幣 300 萬元，亦已辦妥由乙移轉於丁之所有權移轉登記。試問：

1. 如甲男之金錢債權人丙，向法院起訴主張甲、乙間之贈與為詐害行為，請求撤銷甲、乙間贈與之債權行為與移轉 AB 房地所有權之物權行為，則應以何人為告？
2. 如丙並聲請法院命丁回復原狀，則又應以何人為被告？（20 分）

如甲、乙確係為脫產而依離婚協議書為轉讓，但丁不知其情事，丙之上開請求有

無理由？如丙為向甲購買 AB 房地之買受人，則丙之上開請求有無理由？（40 分）

(三)在丙係甲之金錢債權人之情形，如乙不知甲有負債而受贈與，但丁知甲係為脫債而贈與時，丙之上開請求有無理由？若法院判決丙勝訴，僅丁對其敗訴部分提起上訴，上訴效力是否及於未聲明不服之共同被告？（30 分）