

學術論文集

2010 年最新版

民事實體法與 程序法爭議問題

楊淑文 著



元照

民事實體法與 程序法爭議問題



楊淑文 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

民事實體法與程序法爭議問題／楊淑文著． --
二版． -- 臺北市：楊淑文出版：元照總經
銷， 2010.06
面；公分

ISBN 978-957-41-6823-1（精裝）

1. 民事訴訟法

586.1

98022994

民事實體法與 程序法爭議問題

5D070GB

2010年6月 二版第1刷

作 者 楊淑文
出 版 者 楊淑文
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 450 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2370-3286
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-6823-1

序

本書收錄作者近年來發表過的一些文章，其中有民事契約法領域中的連帶債務、連帶保證、人事保證、分期付款買賣與消費借貸、渡假村會員權等問題之探討，亦有多年來講授民事訴訟法課程的一些心得，如訴訟標的理論與舉證責任分配等核心爭議問題之分析。藉此機會集結成冊，希望對於我國民事法的解釋與適用，能盡到些許棉薄之力。

本書之出刊首先要感謝作者曾經受教的諸位恩師，他們啓迪了作者對於法學的興趣，並帶領我進入這美妙的殿堂。他們不僅言教，更以終身不斷地研究，不斷地貢獻所學予社會，永遠是我們學習的最佳典範。

其次，作者任教的政治大學法律系，同仁們相處融洽，感情和樂，不論在校內研究教學乃至校外公共事務之參與，他們均是我最佳的夥伴。不同的論點與熱烈的討論更激發了許多美麗的火花。

而本書的校對工作，則要歸功於作者的弟子及學生們，如家暄、佳原、創洲、歐陽、智暉、玗竹、彥彬、麒婷、大倫、碩遠、家慶、政憲等，他們認真負責，仔細校對，讓我的文章減少了許多謬誤，在此也要感謝他們。

此外，當然要感謝的還有外子森林與一雙兒女小翰與小茵，沒有外子的督促與望妻成鳳，我不知我的潛能如此充沛，為人妻與為人母，使我的人生具有多樣的面貌與更深更廣的體會。人生的道路與你們同行，充滿了挑戰與歡樂。

最後，僅以本書獻給我的先父與先母，他們的養育之恩，永懷在心，在教養兒女的過程，方知父母恩情之重。

楊淑文

簡 目

序

民事實體法

- ◆ 論連帶保證與連帶債務
—最高法院八十八年度台上字第一八一五號
民事判決評釋— 3
- ◆ 分時享有契約（渡假村或會員權）之法律性質
與相關爭議問題 45
- ◆ 融資貸款與消費者保護 83
- ◆ 論人事保證之從屬性與債權人之附隨注意義務
—兼評民法債編關於「人事保證」之增訂條文— 115

民事程序法

- ◆ 訴訟標的理論在實務上之適用與評析 155
- ◆ 從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之
判斷標準 241
- ◆ 信用卡之冒用風險與舉證責任
—台灣士林地方法院八十八年度簡上字第一〇九號
判決評釋— 293

詳 目

序

民事實體法

◇ 論連帶保證與連帶債務

—最高法院八十八年度台上字第一八一五號民事判決評釋—

摘要	4
壹、法律問題	5
一、問題之說明	5
二、案例事實	5
三、原審法院見解	5
四、最高法院見解	6
五、爭議問題	7
貳、保證契約之性質	8
一、保證契約之擔保功能	8
二、被擔保之主債權——已成立或將來可確定之債權	9
三、保證契約之從屬性	11
(一) 從屬性之意義與功能	11
(二) 從屬性之規定	12
1. 成立上之從屬	12
2. 無效債務之保證	13
3. 範圍上之從屬性	15
4. 變更或消滅上之從屬性	17
5. 移轉上之從屬性	18
6. 權利行使上之從屬性	18
7. 保證人本身之抗辯	20
四、保證契約之補充性	21

參、連帶保證之性質	22
一、學說及實務之爭議	22
(一) 學說理論	22
(二) 實務見解	22
1. 肯定說	22
2. 否定說	25
二、本文見解	27
(一) 連帶債務之性質及效力	27
1. 連帶債務之意義	27
2. 連帶債務成立之原因	28
3. 小結	32
(二) 連帶債務之同一性	33
1. 同一法律上原因	33
2. 共同目的說 (Zweckgemeinschaft)	34
3. 履行共同說 (Erfüllungsgemeinschaft)	35
4. 同一階層理論 (Stufentheorie)	35
(三) 連帶保證非連帶債務	37
1. 非同一之給付	37
2. 免除債務之效力	38
3. 求償之依據	39
(四) 連帶保證與併存之債務承擔	39
1. 併存之債務承擔之性質	40
2. 保證與併存債務承擔之區別——債務人本身固有 之利益	41
肆、結論	42

◆ 分時享有契約（渡假村或會員權）之法律性質與 相關爭議問題

壹、分時享有契約之發展	46
一、概說	46
二、渡假村契約之利益與風險	47
貳、各國分時享有契約之型態	49
一、美國	49
二、英國	50
三、西班牙	51
四、法國	52
五、義大利	53
六、瑞士	53
七、奧地利	54
八、希臘	55
九、葡萄牙	55
十、土耳其	56
十一、百慕達	57
十二、緬因島	58
參、德國分時享有契約之相關規定	58
一、分時享有契約之型態	58
（一）山區旅社模式（Obersdorter-Modell）	58
（二）先買後租方式（Hotel-Buy-Out-Modell）	58
（三）傳銷方式（Handelsvertreter-Modell）	59
（四）居住專有權模式	59
（五）信託模式	59
（六）國外渡假村仲介模式	60
（七）會員制模式	60
（八）股東權模式	60

二、分時享有居住權法之規定	61
三、二〇〇二年債法	62
(一) 居住權之類型	63
(二) 說明書提出義務 (Prospektpflicht)	64
(三) 解約權 (Widerrufsrecht)	65
(四) 預付禁止條款 (Anzahlungsverbot)	66
肆、我國相關判決之分析檢討	66
一、消費者保護法之規定	66
二、分時享有居住權契約與消保法第十九條之適用	67
(一) 訪問買賣?	67
(二) 解約權之起算時點	70
1. 訂立契約時起算	70
2. 核發正式會員卡起算	70
3. 收到試用會籍證開始起算	72
4. 自接受服務時起算	72
三、分析檢討	76
(一) 分時享有契約之特徵	76
(二) 消保法第十九條之訪問「買賣」	78
(三) 訪問、郵購交易以外之類型	79
(四) 解約權之起算時點與除斥期間	79
(五) 解約權之起算與解約權之告知	81
伍、結論	82

◆ 融資貸款與消費者保護

摘要	84
壹、個人購車之交易型態與資金融通	85
一、附條件買賣	85

二、消費借貸	86
三、融資租賃	86
貳、附條件買賣之相關問題	87
一、意義與成立要件	87
二、買受人所取得之權利——期待權	88
三、出賣人對於汽車之取回權	88
(一) 概說	88
(二) 取回權之法律性質	90
1. 解除權效力說	90
2. 就物求償說	91
3. 分析檢討	91
(三) 取回權行使之方法	93
四、附條件買賣與分期付款	95
(一) 期限利益喪失之約款	95
1. 買受人回贖之情形	98
2. 出賣人再出賣標的物之情形	98
(二) 解約扣價約款	101
(三) 消費者保護法第二十一條	101
參、消費借貸契約與動產擔保抵押	102
一、融資性分期付款買賣	102
二、消費借貸契約之要物性之性質	103
(一) 借用人之償還款項義務	103
(二) 利息之給付義務	104
三、個人購屋或購車貸款定型化契約應記載事項	104
四、借款人之給付遲延	106
(一) 類推適用民法第二百五十四條	106
(二) 期限利益喪失條款	106

(三) 消費借貸債務之利息、遲延利息與違約金	109
1. 約定利率與民法第七十四條之暴利行為	109
2. 遲延利息與違約金	110
肆、結論	111

◆論人事保證之從屬性與債權人之附隨注意義務 —兼評民法債編關於「人事保證」之增訂條文—

摘要	116
壹、問題之說明	116
貳、人事保證之獨立性與從屬性	118
一、人事保證之意義與性質	118
(一) 人事保證之經濟上功能	118
(二) 人事保證之性質	119
二、擔保契約	121
(一) 擔保契約之獨立性	121
(二) 類推適用保證契約規定之可能性	122
1. 法定債之移轉	122
2. 從屬性規定	123
3. 保證契約補充性之規定	124
4. 保證人之代位求償權	124
5. 債權人拋棄擔保物權之情形	125
三、實務及學說之見解	126
四、評析	126
(一) 法律規定與修正理由	127
(二) 主債務之類型與範圍	129
1. 須有受僱人與債權人間之僱傭契約	129
2. 須為受僱人職務上行為	130
3. 受僱人對僱用人之損害賠償責任	131

(三) 人事保證責任之從屬性	133
(四) 人事保證之保證人負給付義務非賠償義務	134
(五) 人事保證責任之補充性	135
(六) 人事保證責任之期間	136
1. 法律規定與修正理由	136
2. 溯及既往條款	138
參、債權人之注意義務與債權人與有過失	139
一、實務見解	139
二、外國法之觀察	140
(一) 瑞士債務法	140
(二) 德國法	141
1. 契約典型之從屬義務	141
2. 基於誠信原則而生之附隨義務	142
3. 就將來債務為保證	142
三、分析與檢討	143
(一) 通知與監督義務之性質	143
(二) 債務人之其他附隨義務	145
肆、一般保證之準用	145
一、關於從屬性之規定	145
(一) 民法第七百三十九條之規定	146
(二) 民法第七百四十條、第七百四十一條之規定	146
(三) 民法第七百四十二條之規定	147
(四) 民法第七百四十四條之規定	147
二、保證人代位求償權之規定	147
三、共同保證人之連帶責任	148
四、債權人拋棄擔保物權之規定	148
五、保證人之先訴抗辯權	148
伍、結論	149

民事程序法

◆ 訴訟標的理論在實務上之適用與評析

摘要	156
壹、問題之說明	156
一、訴訟標的之定義	156
二、訴訟標的之概念與實體法上權利之關係	158
三、請求權競合之案例	158
(一) 法定之債所生之請求權與物上請求權之競合	158
(二) 侵權責任、契約責任甚或特別法上之損害賠償 責任之競合	159
(三) 契約責任中不完全給付與物之瑕疵擔保責任之 競合	159
(四) 契約責任與物上請求權之競合	159
(五) 基於票據關係而生之請求權與基於原因關係而 生之請求權之競合	159
四、訴訟標的區分之實益	160
貳、實務上關於訴訟標的之認定標準	162
一、更行起訴之禁止	162
(一) 請求履行契約與確認契約無效	162
(二) 消極與積極確認之訴	162
(三) 所有物返還請求與借用物返還之訴	163
(四) 債務人對第三債務人之權利與債權人之代位權 ...	164
(五) 所有物返還請求權與確認所有權不存在	166
二、訴之合併	167
(一) 重疊或競合之合併、選擇之合併	168
(二) 訴之變更與追加	174
1. 非訴之變更	174

2. 訴之變更	181
3. 非訴之追加	182
4. 訴之追加	185
三、訴之撤回	191
四、既判力之客觀範圍	192
參、訴訟標的理論	205
一、實體法說	205
(一) 理論	205
(二) 分析	206
二、二分肢說 (der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff)	208
三、一分肢說	209
(一) 學說理論	209
(二) 德國實務見解	210
四、新實體法說 (neue materiellrechtliche Lehren)	212
五、統一概念 (das Einheitsbegriff) 否定說	213
肆、分析檢討	215
一、國內之學說發展	215
(一) 傳統訴訟標的理論	215
(二) 傳統訴訟標的理論之省思	216
(三) 新訴訟標的理論	217
二、實務見解之分析	220
(一) 關於更行起訴之限制	220
(二) 訴之合併	221
(三) 訴之變更與追加	222
1. 訴之變更	222
2. 訴之追加	223
(四) 本法第二百六十三條第二項	224
(五) 既判力之客觀範圍	225

三、本文見解	228
(一) 訴訟標的與處分權主義及辯論主義	228
(二) 本法第二百四十四條	230
(三) 訴訟標的與實體法上請求權	231
(四) 訴訟標的理論與訴訟經濟原則	232
(五) 傳統訴訟標的理論與訴之合併	233
(六) 既判力與法安定性	235
(七) 結論	237
1. 訴訟標的應依程序法之功能定之	237
2. 相對之訴訟標的概念之採行	239

◆ 從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配 之判斷標準

摘要	242
壹、緒論	243
一、問題之提出與說明	243
二、舉證責任與事實之認定	244
三、主觀之舉證責任與客觀之舉證責任	246
貳、舉證責任分配之理論	248
一、客觀舉證責任之作用	248
二、民事訴訟法第二百七十七條之規定	249
(一) 客觀或主觀之舉證責任？	249
(二) 待證事實分類說？	250
(三) 利己事實與權利主張之關聯性	251
三、舉證責任分配之基本原則——特別要件分類說 (或規範說)	252
(一) 特別成立要件	252
(二) 規範說	253

(三) 實務見解	255
(四) 修正之規範說理論	258
四、其他學說	258
(一) 蓋然性理論 (Wahrscheinlichkeitstheorien)	259
(二) 危險領域理論 (Gefahrenkreistheorien)	259
(三) 分析檢討	261
(四) 舉證責任分配之調整原則——顯失公平	263
參、 <u>票據債權之舉證責任</u> ——法律要件說與待證事實說之擺盪	264
一、執票人之票款請求權	265
二、確認本票債權不存在之訴	265
(一) 發票人提起消極確認之訴	265
(二) 發票人援引原因關係抗辯而起訴	268
三、票據債權人基於票據關係而請求，並就原因關係為補充陳述，而票據債務人否認原因關係存在	270
(一) 實務見解	270
(二) 分析檢討	273
肆、 <u>不當得利請求之舉證責任</u> ——消極事實與心證之形成	276
一、消極事實之舉證	276
二、實務見解	278
(一) 案例一：已交付之款項本於消費借貸或不當得利為預備之請求	278
(二) 案例二：就交付之款項，一造主張為借貸關係，另一造主張為贈與之法律關係	280
(三) 案例三：原告對其所為之給付，先位依不當得利，備位依合夥法律關係請求返還	282
(四) 案例四：匯款並非借款，主張匯款無法律上原因	284
三、分析檢討	286
(一) 爭議在心證之形成，非舉證責任之分配	287