

105年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試試題 代號： 30670 全一張
30970 (正面)

類 科：各類科

科 目：民法與民事訴訟法（民事訴訟法及民法與民事訴訟法綜合題部分）

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)請以黑色鋼筆或原子筆在申論試卷上作答。

一、甲起訴主張其於民國（下同）100 年間出資新臺幣 1,000 萬元購買 A 屋，因入獄在即及貸款方便之故，故商借以其前女友乙之名義登記之。詎出獄後，乙拒絕將 A 屋返還甲，甲乃於 103 年 5 月 10 日發函終止借名契約，隨後並向法院起訴乙，請求其應依所有物返還請求權及不當得利返還請求權返還該屋，及移轉登記所有權予甲。若某高等法院第二審判決甲敗訴，甲乃請教 X 律師如何救濟，X 律師擬以下列理由為甲提起上訴：(一)原審判決就第一審法院所傳訊在場證人丙、丁二人之證詞，以其二人與甲均有事業上合夥關係，其證詞之證據價值較低為理由，而認不足採信，故原審判決於法有違；且原審認定事實之證明度未採優越蓋然性，於法有違。(二)第一審法院傳訊甲所聲請之證人丙及丁時，丙證人既已證稱當時另有戊女在場，經記明筆錄，原審法院雖詢問兩造是否尚須傳訊戊女，兩造均稱不用，原審法院竟未依職權傳訊戊女作證，亦於法有違。(三)就甲、乙間由甲出資購買 A 屋而以乙名義登記之合意，原審法院認定其性質為贈與，而非借名登記，此一就合意之解釋認定應不正確，亦屬違法。試問：上開理由是否適於作為甲之上訴事由？其法（理）依據何在？（38 分）

二、甲將乙列為被告，於民國（下同）105 年 5 月 1 日起訴，向該管法院請求判決命乙將甲所分得部分辦理所有權移轉登記，其並陳稱：甲、乙、丙三人就 A 地各有應有部分三分之一，因擬不再維持共有關係，已於 104 年 9 月 1 日協議分割，惟僅乙迄今一再推託，不依照分割協議履行，以致於遲遲未辦妥分割登記；丙願意協同甲辦理分割登記，但無意進行訴訟，為此，本於分割協議履行請求權提起本件訴訟云云。乙則辯稱：甲已將其應有部分所有權移轉給訴外人丁，應無權請求分割，且分割協議係在甲脅迫下所締結，應為無效，而請求法院駁回原告之訴云云。問：

(一)本件訴訟之當事人適格及訴之聲明是否無誤，有無應修正之處？如有，應如何修正？（18 分）

(二)受訴法院應如何擬定本案審理之方向，始符合民事訴訟法之規定及要求？如甲已具當事人適格，而受訴法院經審理後認為分割協議不存在時，應否逕以無理由駁回原告之訴？（19 分）

（請接背面）

類 科：各類科

科 目：民法與民事訴訟法（民事訴訟法及民法與民事訴訟法綜合題部分）

三、甲基於投資理財目的，在乙證券公司（以下簡稱乙公司）開設帳戶，從事股票、基金及期貨交易等投資。乙公司營業專員丙，利用為甲處理投資事宜之便，向甲佯稱公司代銷某種基金產品，獲利預期相當看好。甲在丙的積極推銷下，同意匯款購買基金。嗣後，甲欲贖回基金時，始發現上當受騙，公司事實上並未代銷該基金，甲當初購買基金所匯款項，已全數遭丙提領一空後，潛逃出境。甲不甘受損，乃以乙公司為被告，依侵權行為之法律關係，起訴請求乙公司賠償其因此所受損害。

針對甲之請求，乙公司提出如下抗辯：第一，丙為該公司新進人員，到任未久，當初聘僱時，公司曾與丙約定，必須辦妥公證手續後，聘約始正式生效，惟雙方就聘僱事宜迄未辦理公證，故丙尚非公司員工；第二，丙謊稱代銷基金行為，純屬個人犯罪行為，與公司交辦職務完全無關，公司不須負責；第三，退一步言，甲購買該基金之款項，未依公司代銷基金標準作業流程，直接匯入基金申購帳戶，而係匯入丙所指定之私人帳戶，以致公司內部根本無從發現資金流動異常，進而啟動警示查核機制，可見公司就丙所作所為，已盡相當注意之監督，或縱加以相當之注意仍不免發生損害，公司自不須負責。

(一)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明甲對乙公司之侵權行為損害賠償請求有無理由？（30分）

(二)甲於訴狀送達後，又基於相同原因事實，主張追加依債務不履行之法律關係請求損害賠償，而乙公司表示反對時，法院是否應予准許？（30分）

(三)請就上開事實所涉及之法律爭點，說明甲對乙公司之債務不履行損害賠償請求有無理由？（30分）