

《民事訴訟法》

- 一、(一) 甲主張乙欠甲借款新台幣(下同)九萬元，而向第一審管轄法院起訴請求乙應返還甲九萬元，訴訟進行中，甲向法院表示乙除了應返還九萬元之外，並應支付甲利息三萬元。問：法院應如何處理甲關於利息之主張？
- (二) 若甲係向第一審管轄法院起訴請求乙應返還借款三十萬元，訴訟進行中甲又向法院表示乙除了應返還三十萬元之外，更應返還另一筆借款八十萬元，乙當場表示其並未向甲借任何款項，並立即向法院表示請求確認甲、乙之間並無任何消費借貸之法律關係存。問：法院又應如何處理甲、乙之案件？若甲係向第一審管轄法院起訴請求乙返還借款三十萬元，訴訟進行中甲又向法院表示丙係該筆債務之連帶保證人，請求丙應和乙連帶返還三十萬元，法院又應如何處理甲之案件？(25分)

命題意旨	本題主要在測驗特殊程序中為訴之追加之規定，同時測驗新加入民事訴訟法的民事訴訟費用制度。第一小題為小額程序中追加利息請求時，應適用之程序。第二小題則為簡易程序第一審訴之客觀追加及主觀追加的問題。
答題關鍵	本題為較難的題型，除了要了解小額程序及簡易程序訴訟標的價額、程序適用及轉換的規定外，尚須瞭解訴訟標的價額核定的問題。
高分閱讀	1.邱宇，民事訴訟法圖說I，主題27特殊程序中為訴之合併、變更、追加及提起反訴；主題28重複起訴禁止原則；主題29訴訟標的價額之核定。 2.邱宇，民事訴訟法圖說II，主題72-73簡易程序及主題74小額程序。 3.學說精要系列-民事訴訟法(中)(學說論著)(許律師)，P.3-34~3-43：訴之追加(相似度90%)，P.4-1~4-19：反訴(相似度90%) 4.重點整理系列-民事訴訟法I(喬律師)，P.8-1~8-30：訴之變更追加與反訴(相似度85%) 5.實例演習系列-民事訴訟法實例演習(陳律師)，P.3-221~3-246：訴之合併、變更追加與反訴(相似度80%) 6.錦囊系列-民事訴訟法(I)(法學錦囊)(林俐、邱宇)，P.5-37~5-73：訴之合併、變更追加與反訴(相似度80%) 7.圖說系列-民事訴訟法(I)(圖說)(邱宇)，P.25-1~26-13：訴之追加與反訴(相似度85%) 8.法觀人第108期，P.22~24：典型例題(相似度70%) 9.法觀人第110期，P.62~67：94年北大民事法組試題精解(相似度70%)

【擬答】

(一)法院仍應准許甲之訴之追加，並應繼續適用小額程序審理

- 民事訴訟法第四百三十六條之八第一項規定，關於請求給付金錢或其他代替物或有價證券之訴訟，其標的金額或價額在新台幣十萬元以下者，適用小額程序。甲主張乙欠甲借款新台幣九萬元，而向第一審法院起訴請求返還甲九萬元，應適用小額程序。
- 於小額程序中，當事人為訴之追加時，依民事訴訟法第四百三十六條之十五規定，除當事人合意繼續適用小額程序並經法院認為適當者，僅得於第四百三十六條之八第一項之範圍內為之。甲於訴訟進行中，向法院表示乙除了應返還九萬元之外，並應支付甲利息三萬元，係為訴之追加，其追加利息之訴是否合法，端視甲於追加三萬元之利息請求後，是否仍使甲對乙請求之訴訟標的價額在新台幣十萬元之範圍內。

關於訴訟標的之價額之核定，民事訴訟法於第七十七條之一以下訂有明文。第七十七條之二第二項規定，以一訴附帶請求孳息、損害賠償、違約金或費用者，不併算其價額。小額訴訟第四百三十六條之八第一項之十萬元之價額計算，自應與民事訴訟法第七十七條之一以下訴訟標的價額之規定相一致。民法第六十九條第二項規定，稱法定孳息者，謂利息、租金、及其他因法律關係所得之收益。本題中，甲對乙之三萬元利息債權其法律上之性質既屬甲對乙九萬元本金債權之孳息，其與本金債權附帶請求時，不論係於起訴時一併合併請求，或於訴訟進行中以追加之方式為之，均不計入訴訟標的之價額，其訴訟標的之價額仍為九萬元，訴之追加符合第四百三十六條之十五條之規定，法院應適用小額程序繼續審理。

(二)法院應適用簡易程序審理甲、乙、丙之案件

1.法院應適用簡易程序審理甲乙間之二筆借款訴訟

民事訴訟法第四百二十七條第一項規定，關於財產權之訴訟，其標的金額或價額在新台幣五十萬元以下者，適用簡易程序。簡易程序為追加簡速裁判，並基於促進訴訟之目的，對於第一審訴之追加之範圍加以限制。民事訴訟法第四百三十五條第一項規定，因訴之追加，致其訴之全部或一部，不屬於第四百二十七條第一項及第二項範圍者，除當事人合意繼續適用簡易程序外，法院應以裁定改用通常程序，並由原法官繼續審理。同條第二項規定，被告不抗辯而為本案言詞辯論者，視為已有適用簡易程序之合意。

本題中，甲向第一審管轄法院起訴求乙應返還借款三十萬元，應適用簡易程序。其於訴訟進行中，追加另一筆借款八

十萬元，訴訟標的價額總和已達一百一十萬元，超過第四百二十七條第一項範圍，法院原應依第四百三十五條規定裁定改用通常程序審理。惟因乙並未就程序進行抗辯，而係當場表示並未向甲借任何款項，屬本案言詞辯論，符合第四百三十五條第二項之規定，應視為已有適用簡易程序之合意，法院應准許甲對乙八十萬元借款請求之訴之追加，並繼續適用簡易程序審理。

2.法院應以裁定駁回乙之確認甲乙間無任何消費借貸法律關係之請求

民事訴訟法第二百五十三條規定，當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。此一原則稱為重複起訴禁止原則，其目的在避免使法院重複審理相同的案件，符合訴訟經濟之原則，並可防止裁判矛盾。前後二起訴之案件，是否屬同一事件，應判斷訴之三要素是否相同，換言之，即當事人是否相同、訴訟標的是否相同及訴之聲明是否相同、相反或可以代用。本題中，前訴訟為甲對乙之二個借款返還請求之訴，為給付之訴；後訴訟為乙對甲之確認甲對乙之二個借貸法律關係不存在，為確認之訴。因甲對乙之借款返還請求，係以甲對乙之三十萬元借款及八十萬元借貸法律關係存在為前提，敗訴時將發生確認甲對乙借貸法律關係不存在的效果，是為當事人相同、訴訟標的相同、訴之聲明可代用，故為同一事件，乙之後訴不合法，法院應以第二百四十九條第一項第七款，裁定駁回乙之後訴。

3.法院應依簡易程序審理甲追加丙應連帶返還三十萬元之訴訟

甲於對乙請求三十萬元之簡易程序第一審進行中，向法院表示丙係該筆債務之連帶保證人，請求丙應和乙連返還三十萬元，係屬訴之追加，是否符合第四百三十五條之規定，容有爭議。否定說認為，因甲本於借款法律關係對乙之三十萬元請求，故屬應適用簡易訴訟程序之事件，惟對丙係基於保證債務之法律關係請求，非屬民事訴訟法第四百二十七條第二項第十款之保證事件，甲既對乙、丙為併案請求，則其訴訟標的價額應依民事訴訟法第七十七條之二第一項合併計算為六十萬元，超過第四百二十七條第一項五十萬元，不符合第四百三十五條第一項簡易程序訴之追加之限制，法院以裁定改依通常訴訟程序審理。肯定說認為，其對於連帶保證人丙併案請求，基於保證債務之從屬性而言，如同一訴訟程序起訴，符合訴訟經濟與防止裁判牴觸之目的，是應併予適用簡易程序。

吾人以為，應採肯定說為當，其理由有三。第一，甲如單獨對丙起訴，其訴訟標的之價額即為三十萬元，原應適用簡易程序審理。第二，依民事訴訟法第七十七條之一第二項規定，訴訟標的之價額應以起訴時之交易價額為準，如無交易價額者，以原告就訴訟標的所有之利益為準。換言之，即應以原告勝訴時所得受之利益來計算其訴訟標的價額。在連帶債務的情形，雖然甲追加丙為被告請求其連帶給付三十萬元，但甲之債權於實體法上僅得於三十萬元之範圍內加以滿足，其勝訴時所得受之利益僅為三十萬元。第三，民事訴訟法第七十七條之二所規定者，均為訴之客觀合併或追加之情形，甲追加丙為被告，僅涉及訴之主觀追加的問題，而不涉及訴之客觀追加的問題，民事訴訟法第七十七條之二並無適用之餘地。

綜上所述，甲於對乙之簡易訴訟中，請求丙與乙連帶返還三十萬元之訴之追加合法，第一審法院應適用簡易程序繼續審理。

【參考資料】

- 1.民事法律專題研究(九)第 500-501 頁。
- 2.林俐、邱宇，高點法學錦囊系列，民事訴訟法 I，第 4-5 至 4-13 頁；民事訴訟法 II，第 7-24 至 7-29 頁。

二、甲為原告，列乙為被告，起訴聲明求為判決命乙應給付甲新台幣（下同）五十萬元，主張之事實略為：甲持有乙所簽發票面金額同額、票載日期九十六年五月三十日之支票一紙，經提示而未獲兌現，因此依票款給付請求權提起本件訴訟。問：（25 分）

（一）如乙抗辯系爭支票係乙為向甲借貸五十萬元而簽發，但甲迄未交付該款項。甲可否追加借款返還請求權為訴訟標的？

（二）如甲於本件訴訟敗訴確定後，又依借款返還請求權對乙起訴請求給付五十萬元，乙及後訴法院應如何處理？

命題意旨	本題主要在測驗同學對於訴之客觀要件等相關規定的熟悉度。第一小題為訴訟標的理論及簡易程序訴之追加的特別規定。第二小題則為傳統的既判力客觀範圍的問題。
答題關鍵	本題為中等難度的考題。第一小題較難，同學在論述上除要注意第四百三十五條簡易程序訴之追加的規定外，更要注意新舊訴訟標的下對於訴之追加及補充法律上陳述的不同。第二小題在論述上要注意，應區分新、舊訴訟標的理論、訴訟標的相對論及新法第一九九之一條的規定對既判力客觀範圍的影響。

高分閱讀	1.邱宇，民事訴訟法圖說 I，主題 21 訴訟標的理論；主題 25 訴之變更追加；民事訴訟法圖說 II，主題 51，既判力之客觀範圍；主題 73 及 74 簡易訴訟程序。 2.三等考場特刊，第 15 題：既判力客觀範圍（相似度 80%） 3.學說精要系列-民事訴訟法(中)(學說論著)(許律師)，P.3-9~3-43：訴之追加（相似度 85%），P.8-94~8-130：既判力客觀範圍（相似度 80%） 4.重點整理系列-民事訴訟法 II（喬律師），P.11-68~11-92：訴訟標的理論與既判力客觀範圍（相似度 90%） 5.實例演習系列-民事訴訟法實例演習（陳律師），P.3-36~3-44：訴訟標的理論與既判力客觀範圍（相似度 80%） 6.圖說系列-民事訴訟法(I)（圖說）（邱宇），P.22-3~22-10：訴訟標的理論與既判力客觀範圍（相似度 85%） 7.法觀人第 108 期，P.22~24：典型例題（相似度 80%） 8.法觀人第 110 期，P.62~67：94 年北大大民事法組試題精解（相似度 80%）
------	--

【擬答】

(一)如採新訴訟標的理論，甲之主張為補充法律上陳述，不屬訴之追加；惟如採舊訴訟標的理論，因其性質上為訴之追加，除須符合民事訴訟法第二百五十五條之規定外，尚須符合第四百三十五條簡易程序訴之追加限制。

- 當事人、訴訟標的及訴之聲明為訴之三要素。原告於起訴後，如增加訴之三要素中任一要素者，即屬訴之追加。當事人雖於訴訟進行中增加其法律上之主張，惟如未增加訴之三要素任一要素者，則屬補充法律上之陳述，非屬訴之追加。原告於訴訟進行中，增加其實體法上之請求權，究屬補充法律上之陳述，抑或屬於追加訴訟標的，視新、舊訴訟標的的理論而有不同。依舊訴訟標的的理論，在給付之訴時，不同的實體法上請求權即為不同之訴訟標的，是原告於起訴時主張某一實體法上請求權，而於訴訟進行中增加另一實體法上請求權者，即為訴之追加；惟依新訴訟標的的理論，給付之訴的訴訟標的為原告給付受領之地位，實體法上的請求權，均為攻擊防禦方法，故如原告於起訴時主張某一實體法上請求權，而於訴訟進行中增加另一實體法上請求權，則屬於補充法律上之陳述，非屬追加訴訟標的。

2.本題中，甲可否追加借款返還請求權為訴訟標的，視新、舊標的的理論而有不同，茲分述如下：

(1)新訴訟標的的理論

甲對乙之起訴聲請為判決命乙應給付甲五十萬元，其訴訟標的為「甲給付受領五十萬元之法律上地位」，票款請求權及借款返還請求權均屬攻擊防禦方法，甲於起訴時主張票款請求權，並於訴訟進行中再主張借款返還請求權，係屬民事訴訟法第二百五十六條之補充甲法律上之陳述，非為訴之追加。

(2)舊訴訟標的的理論

甲對乙之起訴請求五十萬元的訴訟標的為甲對乙的票款請求權，甲於訴訟進行中如欲另行主張借款返還請求權，因訴訟標的的有所增加，故屬訴之追加。惟因甲乙之訴訟，係屬民事訴訟法第四百二十七條第一項之簡易訴訟程序，是甲於第一審程序中對乙之訴之追加是否合法，除應視其是否符合民事訴訟法第二百五十五條訴之追加之要件外，尚須符合民事訴訟法第四百三十五條之規定。

依民事訴訟法第二百五十五條第一項但書第二款規定，如有請求之基礎事實同一之情形時，原告得於訴狀送達被告後，為訴之追加。今甲所為之訴之追加，係因就甲之票款請求權主張票據原因關係抗辯，辯稱系爭支票係乙為向甲借貸五十萬元而簽發而甲迄未交付該款項，其請求之基礎事實均為票據相關事項，屬同一基礎事實。同時因甲所為之主張並未改變其訴之聲明，甲對乙之請求返還之金額仍為五十萬元，並未使其訴之全部或一部份超過民事訴訟法第四百二十七條第一項簡易程序之範圍，故其訴之追加合法，法院應繼續依簡易程序加以審理。

(二)如採新訴訟標的的理論，法院應以甲之後訴違反既判力駁回甲之後訴；如採舊訴訟標的的理論，因後訴非受前訴既判力效力所及，如於前訴審理時，已就借款請求權部分有無理由加以審理時，法院應於乙抗辯後，採用前訴訟中對借款請求部分之裁判見解，以避免裁判矛盾；如對既判力採取程序保障說，如法院於前訴中已依民事訴訟法第一九九條之一闡明甲應追加借款返還請求之訴而甲未為時，則法院應以甲之後訴違反既判力駁回甲之後訴。

- 民事訴訟法第四百條規定，除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。既判力之客觀範圍，既與訴訟標的的有密不可分的關聯，即因訴訟標的的理論而有不同。舊訴訟標的的理論，依實體法上之權利基礎來認定既判力之範圍，如前後訴中主張不同的實體法上權利基礎，則後訴即非為前訴之既判力效力所及；新訴訟標的的則以請求之法律上地位為既判力之認定標準，如前後訴中雖主張不同的實體法上的權利，但若前後訴之請求係基於同一之法律上地位時，後訴即受前訴既判力之拘束而不得提起。另有主張程序保障之訴訟標的的相對論，以當事人在前程序中已受完整之程序保障為判斷既判力之依據，如當事人有無實質攻防，法院有無闡明、或職權告知等，倘若後訴原告已於前訴程序中有程序保障時，則不許其更行提起後訴。

- 本題中，如依新訴訟標的的理論，因甲對乙只有一個五十萬元給付受領的法律上地位，票款請求權及借款請求權為不同的攻擊防禦方法而已，是當甲於前訴審理取決敗訴確定後，實體法上的攻擊方法均因既判力而遮斷，甲不得於敗訴後，再依借款返還請求權對乙起訴請求給付五十萬元。因既判力係屬職權調查事項，法院不待乙之責問，即得依職權以第二百四十九條第一項第七款規定，裁定駁回甲之後訴。

如依舊訴訟標的的理論，因前訴甲所主張者為票款請求權，既判力不及於借款請求權部分，受訴法院不能逕依第二百四十九條第一項第七款駁回，惟若借款請求權曾於前訴中經當事人認真攻防、法院於理由中為實質審理判斷者，基於訴訟法上之誠信原則及避免裁判矛盾，法院應於乙責問後，為與前訴判決相一致之判斷，而以甲之後訴無理由判決駁回甲之後訴。

如依程序保障說，後訴是否受前訴既判力之拘束，應視當事人之借款請求權是否曾於前訴中受有程序保障。依民事訴

訟法第一百九十九條之一，依原告之聲請及事實上陳述，得主張數項法律關係，而其主張不瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。如前訴法院已依闡明甲應提起借款返還請求權而甲卻不為者，應認為甲在程序上已賦予機會揭示提出對其有利之主張，在甲已受程序保障之前提下使其受既判力效力之拘束，而認甲之後訴不合法，法院不待乙抗辯即得依第二百四十九條第一項第七款駁回甲之後訴。惟如法院未為該闡明，或雖闡明且甲已提出但未經任何實質審理，則因未受程序保障之故，將不受既判力之拘束。

【參考資料】

林俐、邱宇，高點法學錦囊系列，民事訴訟法 I，第 5-54 至 5-63 頁；民事訴訟法 II，第 5-69 至 5-71 頁；第 7-16 至第 7-17 頁。

三、試附理由回答下列問題：

- (一)甲起訴請求乙返還借款新台幣(下同)九百萬元，經審理後，第一審法院判命乙應給付甲五百萬元，其餘四百萬部分則駁回甲之請求。乙對其敗訴部分中之三百萬元提起第二審上訴，甲對其敗訴部分則未聲明不服。第二審法院經審理後，駁回乙之上訴，乙復提起第三審上訴，經第三審法院廢棄第二審判決，發回第二審法院更審。在第二審更審中，甲對其原於第一審敗訴之四百萬元部分提起附帶上訴，乙則就其於第一審敗訴而未上訴之二百萬元部分一併聲明不服，試問：第二審法院更審中，甲、乙上舉行為，是否合法？此時，甲之請求是否有確定部分？(15 分)
- (二)丙對台灣高等法院之第二審判決不服，於民國九十六年六月五日(星期二)聲明上訴，但無委任律師為訴訟代理人，亦無表明上訴理由，台灣高等法院旋於民國九十六年六月二十七日(星期三)以丙之第三審上訴不合法，裁定駁回丙第三審之上訴。試問：台灣高等法院上開裁定是否合法？(10 分)

命題意旨	本題命題核心為上訴審之規定及實務決議內容。第一小題主要在測驗同學對於附帶上訴修正規定、擴張上訴聲明之實務決議及判決確定等觀念。第二小題在測驗同學對於第三審強制律師代理制度及未委任律師為訴訟代理人且未表明上訴理由第三審法院得否依第四百七十一條不命補正逕予駁回之問題加以思考分析。
答題關鍵	本題為基本題型，只要熟悉修法動態、實務決議及法條規定，應可輕鬆應答。
高分閱讀	1.邱宇，民事訴訟法圖說 II，主題 62 附帶上訴與擴張上訴聲明(相似度 100%)；主題 64 上訴第三審程序(相似度 90%)；主題 66 判決之確定(相似度 100%)。 2.司法三等考場特刊，第 13 題：上訴範圍(相似度 60%) 3.司法四等考場特刊，第 6 題：第三審上訴程序(相似度 85%) 4.學說精要系列-民事訴訟法(下)(學說論著)(許律師)，P.2-26~2-54：第二審之程序(相似度 85%)，P.3-20~3-23：第三審程序(相似度 80%) 5.重點整理系列-民事訴訟法 II(喬律師)，P.13-14~13-35：上訴之效力(相似度 90%)，P.13-91~13-99：附帶上訴(相似度 80%)，P.13-102~13-115：第三審之上訴要件(相似度 85%) 6.實例演習系列-民事訴訟法實例演習(陳律師)，P.4-17~4-31：第二審程序(相似度 80%)，P.4-46~4-49：第三審程序(相似度 85%)

【擬答】

(一)乙得於第二審更審中擴張未上訴之二百萬元部分，惟甲則不得於第二審更審中就未上訴之四百萬元部分附帶上訴。甲第一審敗訴之四百萬元部分判決確定。

- 民事訴訟法第三百九十八條雖然規定：「判決，於上訴期間屆時確定。但於上訴期間內有合法之上訴者，阻其確定。」當事人雖未為上訴，惟當事人如得主張附帶上訴或擴張上訴聲明時，為使當事人得於上訴審中提起附帶上訴或擴張上訴聲明，未上訴之部分，將因當事人上訴而一併移審，使未上訴部分之判決不確定，此即上訴不可分原則，先予敘明。第三審上訴時，依民事訴訟法第四百七十三條規定，上訴之聲明不得擴張之，而被上訴人亦不得為附帶上訴，未上訴之部分本因不得為附帶上訴或擴張上訴而告確定，惟因實務五十年台上字第四九七號判例認為第三審發回更審時，因更審之性質為原審級程序之再開及續行，是在更審中仍可擴張上訴聲明和附帶上訴，致使未上訴第三審之部分仍不確定。2003 年修法時，為避免裁判懸而未決久不確定之情形，乃增訂第四百六十條第一項但書規定，使附帶上訴經第三審法院發回或發交後，不得為之。惟就擴張上訴聲明部分，因新法未為規定，是否得於更審中為之，容有疑義。採否定說者認為，附帶上訴屬被上訴人之權利，擴張上訴聲明為上訴人的權利，就當事人公平之觀點而言，被上訴人既於更審中不得附帶上訴，則上訴人亦不得擴張上訴聲明。肯定說認為，新法並不禁止上訴人擴張上訴聲明之規定，故上訴人在第三審法院為發回或發交後之第二審程序，仍得擴張上訴聲明。實務上最高法院九十三年第三次民庭會議決議採肯定說。因此，於第三審發回或發交後之更審程序中，因上訴人仍得擴張上訴聲明，其未上訴之部分仍不確定；而被上訴人不得附帶上訴，其未上訴之部分之判決應已確定。

學者認為上開實務見解非但破壞當事人間之公平，更因上訴人得於更審程序中擴張上訴，將使上訴人未上訴部分長久不能確定，有違民事訴訟法第四百六十條第一項但書之立法精神。實際上，民事訴訟法之所以未明文更審程序中擴張上訴聲明規定，乃係立法者根本未就擴張上訴聲明於民事訴訟法中為任何之規範，第二審中可擴張上訴聲明係透過學理及實務上三十年抗字第百六十六號判例之解釋而獲致之結論，立法者根本無從著力修改。因此，基於當事人間之公平

及避免判決久懸未定，應採否定說為當。

2. 本題中，甲乙間之訴訟業經第三審上訴，並經第三審廢棄第二審判決發回第二審更審，甲為被上訴人，對其原於第一審敗訴之四百萬元部分，因民事訴訟法第四百六十條第一項但書規定，已不得提起附帶上訴，甲之行為不合法，就其第一審敗訴四百萬元部分，應予確定。乙為上訴人，其於更審中就第一審敗訴而未上訴之二百萬元部分亦一併聲明不服，係屬擴張上訴聲明，如採實務見解，乙之行為合法，二百萬元部分不確定；惟如採學者見解，乙不得於更審中為擴張上訴聲明，乙之行為不合法，就二百萬元部分亦應確定。

(二)第二審法院未命丙補正逕予駁回丙之上訴，其裁定不合法。

1. 第二審法院未命丙補正委任律師為訴訟代理人，其裁定不合法。

民事訴訟法第四百六十六條之一第一項前段規定，對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，此為第三審律師強制代理制度，其目的係因第三審係法律審，上訴理由必須具體指摘第二審判決有如何違反法令之情形，一般當事人因不明瞭第三審程序之情質，常常沒有辦法妥適指摘不利於己之判決，而任依己意提起上訴，導致因為沒有依法表明上訴理由，而常常被第三審法院駁回，故為貫徹第三審法律審之功能，並保障當事人權益，乃採第三審律師強制代理制度。上訴人未依第一項規定委任訴訟代理人者，依民事訴訟法第四百六十六條之一第四項規定，第二審法院應定期先命補正，當事人如逾期未補正亦未依第四百六十六條之二聲請訴訟救助者，第二審法院應以上訴不合法裁定駁回之。

本題中，丙對台灣高等法院之第二審判決不服，聲明上訴，但無委任律師為訴訟代理人，台灣高等法院未依第四百六十六條之一第四項規定先命補正，即逕予駁回，其裁定不合法。

2. 第二審法院未命丙於委任律師為訴訟代理人後，表明上訴理由，其裁定不合法。

上訴第三審依民事訴訟法第四百六十七條，非以原判決違背法令為理由，不得為之，如上訴狀內未表明上訴理由者，依民事訴訟法第四百七十一條第一項規定，上訴人應於提起上訴後二十日內，提出理由書於原第二審法院；未提出者，毋庸命其補正，由原第二審法院以裁定駁回之。此項規定於上訴人已委任律師為其代理人者，固無疑義。惟若上訴人未委任律師為其代理人，致未能於上訴第三審時提出上訴理由者，第二審法院得否適用第四百七十一條第一項規定逕予駁回，抑或應優先適用民事訴訟法第四百六十六條之一第四項規定，定期先命上訴人委任律師為訴訟代理人或依第四百六十六條之二聲請訴訟救助補正，則有爭議。

有認為當事人提起第三審上訴，應同時於上訴狀內表明上訴理由，為其上訴必須具備法定程式之一；若未於提起上訴同時在上訴狀表明上訴理由，且未於上訴提起後二十日內補提上訴理由於原第二審法院，原第二審法院即得毋庸命其補正，逕認其上訴為不合法，以裁定駁回之，不須先定期命補正律師為訴訟代理人。惟亦有認為第三審上訴係採律師強制代理制度，對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，如未委任律師為訴訟代理人，第二審法院應定期先命補正；於上訴人自行委任或經法院為其選任律師為訴訟代理人之前，上訴人尚不具表明上訴理由之能力，自不得以其未於同法第四百七十一條第一項所定期間內提出上訴理由書，即認其上訴為不合法，以裁定予以駁回。吾人以為，為貫徹第三審法律審之功能，及避免當事人因不明瞭第三審程序之性質，任依己意提起上訴，而未依法表明上訴理由，致被駁回之律師強制代理之立法意旨，在上訴人自行委任或經法院為其選任律師為訴訟代理人之前，上訴人並不具表明第二審裁判判決違背法令之上訴理由能力，在定期命補正律師為訴訟代理人前，第二審法院不得逕予駁回上訴。實務上，臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會民事類提案第 43 號亦採就類似案件表達相同之見解。

本題中，丙雖於民國九十六年六月五日提起上訴，且於六月二十七日仍未提出上訴理由，超過第四百七十一條所定之二十日之期間，惟因丙未委任律師為其訴訟代理人，基於第三審為法律審及律師強制代理之立法精神，第二審法院應先依民事訴訟法第四百六十六條之一第四項命補正。今第二審法院並未命補正，即逕予駁回丙之第三審上訴，其裁定不合法。

【參考資料】

1. 黃國昌，廢棄發回後附帶上訴及擴張上訴聲明，月旦法學教室第 36 期，第 22 及第 23 頁。
2. 吳明軒，中國民事訴訟法 93 年 9 月修訂六版第 1233 頁。
3. 林俐、邱宇，高點法學錦囊系列，民事訴訟法 II，第 9-29 至 9-40 頁、第 10-12 及第 10-30 頁。

四、妻甲以夫乙為被告提起離婚之訴，並請求兩造所生未成年之子丙權利義務之行使與負擔由甲任之，及乙應自本判決確定之翌日起至丙成年之日止，每月給付應分擔丙之扶養費新台幣（以下同）六萬元；另請求給付家庭生活費五百萬元。第一審法院判准甲與乙離婚，並酌定對於丙權利義務之行使與負擔由甲任之，乙應按月給付分擔丙之扶養費二萬元；駁回甲其餘之訴，即其餘扶養分擔額每月四萬元及家庭生活費五百萬元部分之請求。請附理由解答下列問題：（25 分）

- (一) 甲就其受敗訴判決中關於被駁回其請求乙應分擔其餘扶養費每月四萬元部分提起上訴時，乙於逾上訴期間後，僅就其受不利判決中，關於酌定對於丙權利義務之行使與負擔由甲任之，及命乙給付分擔扶養費每月二萬元部分提起附帶上訴，請求廢棄該部分判決，改酌定對於丙權利義務之行使與負擔由乙任之，並駁回甲在第一審分擔扶養費之請求；另反訴請求確認乙與甲之婚姻不成立。第二審法院對於乙所提附帶上訴及反訴應如何處理？
- (二) 甲若係就其受敗訴判決中關於被駁回其請求家庭生活費五百萬元部分提起上訴，乙在第二審法院審理中，反訴請求確認乙與甲之婚姻不成立。第二審法院對乙之反訴應如何處理？

命題意旨	
答題關鍵	
高分閱讀	<p>1.學說精要系列-民事訴訟法(下)(學說論著)(許律師), P.16-60~16-64:擬制上訴(相似度 80%), P.16-76~16-81:離婚之本訴與反訴(相似度 90%)</p> <p>2.重點整理系列-民事訴訟法 II (喬律師), P.16-9~16-41:婚姻事件程序(相似度 90%)</p> <p>3.例演習系列-民事訴訟法實例演習(陳律師), P.5-55~5-61:婚姻事件程序(相似度 80%)</p> <p>4.錦囊系列-民事訴訟法(II)(法學錦囊)(林俐、邱宇), P.16-6~16-24:婚姻事件程序(相似度 80%)</p> <p>5.圖說系列-民事訴訟法(II)(圖說)(邱宇), P.77-1~77-20:婚姻事件程序(相似度 85%)</p>

【擬答】

- (一)1.附帶請求事件本屬非訟事件，惟依民事訴訟法第 572 條之一將之規定得利用婚姻事件附帶請求，旨在求附帶請求事件與婚姻事件得於同一程序通盤考量、一併解決。本題甲就其受敗訴判決中，僅就關於被駁回其請求乙應分擔丙扶養費每月新台幣四萬元部份上訴，乙亦僅就關於酌定對丙權利義務行使負擔由甲任之、命乙給付分擔扶養費每月二萬元，乃僅就原審判決附帶請求之部分聲明不服，依同法第 582 之一第三項規定，當事人僅就附帶請求部分之裁判聲明不服者，適用關於抗告程序之規定。蓋以，當事人如僅就附帶請求部分之裁判聲明不服，而未就前提訴訟一併聲明不服，應使之回歸非訟事件之程序，適用關於抗告程序之規定即可。
- 2.依實務見解，當事人僅就附帶請求部分之裁判聲明不服者，雖適用關於抗告程序之規定，其所應遵守之不變期間，仍為同法第 440 條所定之二十日（最高法院 89 年度第 2 次民庭決議）。故本題乙於逾上訴期間後，僅就其受不利判決之附帶請求部分提起附帶上訴，參酌上開規定與實務見解，其抗告自屬逾期之不合法，第二審法院應以裁定駁回之。
- 3.乙除為附帶請求外，亦反訴請求確認乙與甲之婚姻不成立，惟如前所述，當事人僅就附帶請求部分之裁判聲明不服，適用關於抗告程序之規定，準此，抗告程序並不適用反訴之規定，則乙之反訴不合法，第二審法院亦應以裁定駁回之。
- (二)甲就家庭生活費用部分之判決上訴時，乙所提請求確認乙與甲之婚姻不成立之反訴是否合法：
- 1.甲說：甲就給付家庭生活費用部分之判決提起上訴，此部分既非婚姻事件而適用通常訴訟程序，而乙所提反訴請求確認乙與甲之婚姻不成立屬婚姻事件，適用人事訴訟程序。按依同法第 260 條第二項規定，本反訴須得行同種訴訟程序始得為之，而本題乙之反訴與本訴非同種訴訟程序，乙之反訴即屬不合法。
- 2.乙說：甲雖僅就給付家庭生活費用部分之判決提起上訴，惟乙仍得於第二審言詞辯論終結前就離婚之訴之判決附帶上訴，應不宜認僅就給付家庭生活費用事件聲明不服，即不得就確認乙與甲之婚姻不成立提起反訴。基於身分關係安定性之要求，婚姻事件亦須儘可能使紛爭以一次訴訟全面獲得解決，故管見以為此說較為可採。