

## 司法官、行政執行官

# 《民事訴訟法》

一、甲遺失支票，聲請法院為公示催告，在申報權利期間內，乙執該支票向付款人提示，經付款人通知甲及公示催告之法院，惟乙在申報權利期間並未申報權利，公示催告期間屆滿後三個月內，甲仍聲請公示催告法院為除權判決，試回答下列問題：

(一)如於法院行除權判決之言詞辯論期日，僅甲到場，法院如何為調查及辯論判決？（十五分）

(二)如乙於言詞辯論期日前申報權利，並於言詞辯論期日到場，而甲未到場時，法院應如何審理？（十分）

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 公示催告、除權判決之相關程序   |
| 答題關鍵 | 1.就公示催告部分，近年來於司法官考試 83 年、84 年以及律師 89 年相繼出現，其出題機率不容小覷。<br>2.就保全、督促及公示催告程序等題目而言，可推定其為實務派老師所出，故同學於解答時僅需注意條文之熟悉度與實務見解即可，無須就法理做長篇大論之論述，因此類程序之技術性較強，老師通常僅注重同學的條文實務熟悉度。<br>3.第一小題予 83、84 年相同，老師欲測驗者均為特定之實務見解，同學務必將主菜全盤端出，而就配菜無須堆砌，使改題老師就重點能一目了然 |
| 擬答鑑示 | 1.參考：陳碧盈，法學錦囊—民事訴訟法，第 11-3 頁，第二小題，高點出版。<br>2.參考：高點律師司法官民事訴訟法專用講義 第二回，頁 559~560、558。  |

### 【擬答】

- (一)1.所謂公示催告程序，係指法院依當事人之聲請，以公告方法催告不明之利害關係人申報權利，如不申報時，經法院除權判決，始生失權效果之特別訴訟程序。
- 2.本題中，甲就其所遺失之支票聲請法院為公示催告，係依據票據法十九條第一項之規定，自有民事訴訟法五百三十九條以下程序適用之餘地，應屬合法，合先敘明。又本題中，某乙雖曾執支票提示付款人，而經付款人通知聲請人甲及法院，惟其並未向法院申報權利，法院是否能依民事訴訟法 546 條為職權調查及職權探知，而生民事訴訟法 548 條之效力？就此問題，實務見解認為：公示催告程序，僅為形式上之程序，並不審查實體權利之誰屬。又依據民事訴訟法第五百四十六條之規定，法院就除權判決之聲請為裁判前，得依職權為必要之調查，惟此項調查無非就除權判決之聲請是否合法及就利害關係人之申報加以調查，以定應否駁回除權判決之聲請或裁定停止公示催告程序或於除權判決保留其權利。(76.5.13 (76)廳民一字第二一九三號函覆臺高院)
- 3.由上述實務見解可見，乙於申報期間內未踐行申報程序法院不得為職權調查，是法院不得依職權調查及探知利害關係人乙存在之事實，仍應准許為除權判決。又於言詞辯論期日中，由於除權判決亦為判決之一種，依照民事訴訟法 221 條之規定，應經言詞辯論為之；同時已申報權利之人，經合法通知未到場者，法院應依民事訴訟法 385 條之規定為一造辯論判決。但本題中，乙既未為經申報之利害關係人，參前實務見解法院毋庸對之為合法通知，是乙未於言詞辯論期日中到場，法院仍得為除權判決，而無一造辯論判決之問題。惟法院就甲除權判決之聲請是否合法，仍應為職權調查，以符民事訴訟法 546 條之規定，自不待言。
- (二)1.本題中乙於言詞辯論終結前已為權利申報，依據民事訴訟法 544 條之規定，申報權利在其間已滿後，而在未為除權判決前者，與在期間內申報者，有同一之效力，是無論其申報之其間是否於公示催告期間之內，均生合法聲請之效力，合先述明。
- 2.本題中，乙既已為合法之申報，於除權判決期日必甲乙均到場方為合法之兩造辯論，自無疑義。是甲乙雙方若有一造於其日未到場辯論，原則上自應屬一造辯論，適用民事訴訟法 385 條之規定；惟民事訴訟法 549 條第一項特設特別規定，使公示催告聲請人，不於言詞辯論到場者，法院應依其聲請，另定新期日。是公示催告聲請人若遲誤期日，法院不得依職權另定期日，亦不得依申報人乙之聲請為民事訴訟法 385 條之一造辯論判決，須待聲請人於兩個月內聲請更定新期日再行辯論。

二、甲對乙提起請求給付 A 物之買賣價金一千萬元之訴，於第一審訴訟繫屬中，乙對甲提起請求給付該買賣標的物 A 物之反訴。試問：(二十五分)

(一) 於第一審法院就該本訴與反訴為本案終局判決後，甲欲撤回其訴，是否須得乙之同意？於甲撤回訴前，乙欲撤回其反訴，是否須得甲之同意？於甲撤回訴後，乙欲撤回其反訴，是否須得甲之同意？

(二) 於第一審法院就該本訴與反訴為本案終局判決後，甲、乙分別撤回其本訴與反訴，該第一審本案終局判決，是否因而確定？甲、乙各可否復提起同一之訴？

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 訴之撤回之要件及效果之規定   |
| 答題關鍵 | 1.本題雖為實例題，題目事實卻甚為單純，答案亦無疑義。此類題目即屬「短話長說行」，考生宜就法理多做闡述，已獲取高分。<br>2.就第一小題而言必須讓改題老師能看出考生了解民訴 262 條被告同意權與 263 條禁止再訴之立法意旨不同，因而適用上應分別以觀，才算切中要領。<br>3.第二小題同學應就訴外裁判與無效判決之關係論述，並配合民訴 262 條之規定推論答案，切忌跳躍思考，以求答題完整。 |
| 擬答鑑示 | 參考：高點律師司法官民事訴訟法專用講義，第二回，頁 118、125。  |

### 【擬答】

- (一) 1. 本案中甲對乙提起給付價金之訴，乙就同一買賣關係提起給付標的物之反訴，該反訴之訴訟標的與本訴訴訟標的有法律上之牽連關係，依據民事訴訟法二百六十條之規定應得提起，合先敘明。
2. 本題中第一審言詞辯論就本訴與反訴為本案終局判決後，甲撤回其訴，是否須得乙之同意，依據民事訴訟法第 262 條第一項之規定，須視被告乙是否已為本案辯論而定。按，民事訴訟法本條之立法意旨，乃在被告為言詞辯論後，有得受勝訴之本訴判決以獲得有利既判力之利益，若許原告任意撤回，即非保護被告之利益，且原告尚有機會再行起訴，顯失公平。因此，本題中第一審法院雖已為終局判決，惟第一審終局判決時被告未必已為本案辯論(如法院係以民事訴訟法 249 條第二項以形式判決駁回原告之訴)若被告未為本案辯論，尚無獲得一具有既判力之本訴判決之利益，此時並無保障其同意權之必要，因此本題仍應以被告已否為本案判決為是否須經被告同意之依據。
3. 甲未撤回其本訴之時，若乙撤回其反訴，是否須經原告同意？其判斷標準應類推適用 262 條第一項之規定，視原告就反訴之訴訟標的是否已為本案之言詞辯論而定。其理由為：
- (1) 就法條文義而言：民事訴訟法 264 條規定，本訴撤回後，反訴之撤回，不須得原告之同意。依此反面解釋，若本訴尚未撤回，原告自有同意與否之餘地。
- (2) 就法理而言：反訴雖因本訴而起，但反訴一經提起，即為一獨立於本訴外之訴訟標的。原告若已為本案辯論，自亦有得受勝訴之本訴判決以獲得有利既判力之利益，若許本訴被告任意撤回，即非保本訴原告之利益。因此應類推適用民事訴訟法 262 條之規定，為相同之處理。
4. 於甲撤回訴後，乙欲撤回其反訴，依據民事訴訟法 264 條之規定，不須得原告之同意。按，因本訴始有反訴，若本訴因撤回而不存在，則反訴之撤回，自無須原告同意；且若原告撤回本訴，顯見並無就該訴訟標的獲一有利本案判決之意願，此時就相牽連之反訴，本訴原告若不同意本訴被告撤回，亦有失公平，是法律明文規定此時無反訴之撤回毋庸原告同意。
- (二) 1. 所謂訴之撤回，係指原告起訴後，向法院表示撤回其訴之全部或一部，而不求為判決之意思。民事訴訟法 263 條第一項前段規定：訴經撤回者，視同未起訴。是訴之撤回乃處分權主義終結訴訟之訴訟行為之一，因而訴一經合法撤回，就該訴訟程序即視為原告自始未起訴，而喪失訴訟繫屬，法院自亦不得為任何裁判。同時，根據處分權主義，法院不得就原告未求法院下判決之事項為裁判，以尊重原告就訴訟標的之私法自治權，亦有學者從憲法保障人民係爭上與係爭外財產權之角度解釋之。無論其解釋方法為合，均可推向處分權主義中「不告不理」之法理，以避免法院為訴外裁判(民訴 388)，侵害人民就訴訟標的之處分利益。因此，就欠缺訴訟繫屬之訴訟標的，依據民事訴訟法 388 條之規定，除少數強度公益性之事件外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決。法院縱下判決，亦因為法院完全無審判之權利，學說實務均認為其應屬無效判決，大法官釋字第 135 號解釋亦闡明其判決不生實體確定力之意旨。
2. 綜上所述，當事人於法院第一審終局判決後合法撤回其訴者，就該訴訟標的即視為自始未起訴而喪失訴訟繫屬，則雖第一審法院為終局判決時有訴訟繫屬存在，該判決亦因撤回之溯及消滅係屬之效力成為訴外裁判，參前法理，自屬無效判決，不生判決確定之問題，以符合並保障當事人行使處分權主義訴訟行為嗣後要求法院就係爭標的不為裁判之權利。因而本題中甲乙撤回之本反訴第一審判決並不會確定。
3. 就甲乙得否就本反訴訴訟標的再行提起同一訴訟之問題，民事訴訟法兩百六十三條第二項規定本案經終局判決後將訴撤回者，不得提起同一之訴。該條之立法意旨在於避免已進行之訴訟程序浪費，禁止就同一訴訟標的過度浪費私法資源，以維護公益並兼顧訴訟之集團性。因此，本題中甲乙得否再行起訴，端視第一審之終局判決是否為本案判決。若是，則甲乙不得再行起訴，若僅為非本案判決，則甲乙仍有就同一訴訟標的起訴之餘地。



## 三、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。

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 就闡明權之新法與學說實務爭議為測驗  |
| 答題關鍵 | 1. 兩題分別就辯論主義之闡明與處分權主義之闡明為測驗，顯欲測驗同學就兩者之異同是否了解，是同學應就其不同之立法意旨與學說爭議性達題重點<br>2. 有關闡明權之學說實務見解特多，在不能確定出題老師之前提下應朱說並陳以求保險 |
| 擬答鑑示 | 參照高點律師司法官專用講義—民事訴訟法第一回第 366 頁-372 頁  |

## 【擬答】

- (一) 1. 所謂闡明權，係指民事訴訟法第 199 條第二項及第 199 條之一規定，亦即審判長應向當事人發問或曉諭，令其為法律上或事實上之陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。以及依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之；被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。前條之規定係有關辯論主義之闡明樣態，後條之規定則係有關處分權主義之闡明樣態。又通說認為，闡明權之行使為法院之權利，亦為義務，是法院違反闡明義務時，亦有造成程序違法之虞。通說認為，闡明權之行使為法院之權利，亦為義務，是法院違反闡明義務時，亦有造成程序違法之虞，合先敘明。
2. 本題中被告丙基於保證人地位被訴，其若未拋棄先訴抗辯權，自得主張先訴抗辯權之防禦方法，該防禦方法係屬權利消滅事實，自為辯論主義之範疇。其於言詞辯論期日到場而未主張先訴抗辯權，法院是否負有闡明義務，則與辯論主義事項闡明之範圍與界線為何有關。在本題中，若自丙之陳述中法院能探得其主張先訴抗辯權之蛛絲馬跡，例如丙主張：「我只是保證人呀，你又還沒向乙要要看怎麼知道要不到」，則法院自應就此不明瞭之陳述加以闡明，以探求丙是否有主張先訴抗辯權之真意，以符合民事訴訟法 199 條第二項之規定，此時法院固負有闡明義務。惟若自丙之陳述中看不出主張之蛛絲馬跡，法院得否就此為闡明使丙知其得主張，學說及實務上有不同之見解，試述如下：
- (1) 否定說：通說及實務認為，辯論主義闡明權行使之原則，應該是從當事人之聲明、陳述中有線索可循者，才可以行使闡明權；若當事人的聲明、陳述中根本沒有主張之意思，審判長闡明權之行使還是受到處分權主義與辯論主義之限制。實務上見解多認為：審判長之闡明義務或闡明權之行使，亦應限於辯論主義之範疇，不得任加逾越，否則即屬違背法令。故審判長尚無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務，即持此旨。若依此說，是否主張先訴抗辯權乃當事人辯論主義之範疇，當事人未行使此形成權之意思，法院不得加以闡明，以維持法院之公平性，避免法官陷於裁判兼教練之角色衝突。法院既不得為闡明，更無違背闡明義務之問題。
- (2) 肯定說：國內亦有學者認為，辯論主義闡明權之目的既在於救濟辯論主義之苛酷性，宜採取較開放之標準。此說認為法院是否得行使闡明權與法院違反闡明義務時判決是否違法應分別以觀，而認為：法院可為積極與消極之闡明而無所限制，蓋法院行使闡明權並非代當事人為事實之提出，當事人仍有是否主張之自由，並不違反辯論主義；但法院未為闡明時是否違反闡明義務而為違背法令，則不可一概而論。此派學者就是否違背闡明義務提出一般規則與特別規則，其中一般規則即包含「因闡明之行使將改變當事人之勝敗或使原判決發生重要變更蓋然性」時，法院及違反闡明義務。若採此說，則就本案當事人未主張先訴抗辯權之情形，法院自得為積極闡明，其若未為闡明導致丙敗訴時，則可能依照上述規則認為其未闡明影響勝敗而違反闡明義務，得認其判決違法。
- (二) 1. 本題事實中依據甲所主張之事實，乙就標的物以陷於給付不能，是甲不能主張對乙之標的物給付請求權，僅能主張民法 226 條之代償請求權，是甲之聲明為不適當之聲明，其是否將之變更為適當之聲明係屬訴之變更即處分權主義之範疇，是法院若為變更與否之闡明即屬處分權主義闡明之範圍。
2. 關於處分權主義闡明，即新訴訟資料提出之闡明，主要可分為除去不適當聲明及新訴訟資料提出兩個樣態，前者係有關訴之變更之闡明，後者係有關訴之追加及提起反訴之闡明，其目的均在於謀求紛爭解決一次性，而非緩和辯論主義之窮。按法院若不為處分權主義之闡明，使當事人明瞭應變更聲明，則雖原告本案將導致敗訴，但就應變更之聲明仍得於後訴提起，將有礙於紛爭解決一次性，是民事訴訟法修正時特就處分權主義之闡明增列 199 條之一，使審判長就訴之追加及反訴之提起有闡明之義務。唯新法就除去不適當聲明，即本題樣態之處分權主義闡明未為規定，但仍應認為法院應負闡明義務，其理由如下：
- (1) 民事訴訟法修正修正前實務上對處分權主義之闡明義務雖多持否定見解，如 64 年台再字第 156 號判例，但就除去不適當聲明之樣態，最高法院 43 年台上字 433 號判決認為係屬法院之闡明義務，足見不待修法實務即已承認此種樣態之闡明義務。
- (2) 兩種樣態之處分權主義之闡明之目的均在紛爭解決一次性與訴訟經濟之達成，是依據新法修正之同一立法理由，實宜承認各種樣態之處分權主義闡明。
3. 因此，本題中法院有闡明義務，其闡明之方式應為告知原告甲，縱其所主張之事實為真，其聲明亦無理由，蓋其僅能主張代償請求權。此時原告即有機會與法院就法律見解為討論或變更其聲明，而其變更聲明係就同一事實關係為之，依據民事訴訟法二五五條第一項第二款之規定毋庸被告之同意，並此說明。

四、試附理由解答下列問題：

- (一)原告起訴請求被告返還借款新台幣(下同)二百萬元，第一審法院判命被告給付原告一百五十萬元，駁回原告其餘之訴。原告於上訴期間內僅就其敗訴判決中之二十萬元提起第二審上訴，被告則未於上訴期間內就其敗訴部分提起第二審上訴。試問未經原告及被告於上訴期間內提起第二審上訴部分(原告部分為三十萬元，被告部分為一百五十萬元)，是否均因上訴期間之經過而告確定?(十三分)
- (二)甲不服第一審判決，委任律師為訴訟代理人，提起第二審上訴，未依民事訴訟費用法第十八條規定繳納第二審裁判費。原第一審法院未定期間命其補正，而於經過相當期間後，以甲之上訴為不合法，裁定予以駁回，甲不服提起抗告，試問其抗告有無理由?(十二分)

|      |                                   |
|------|-----------------------------------|
| 命題意旨 | 上訴不可分、上訴不合法之補正                    |
| 答題關鍵 | 本題題目相當平實，並無明顯爭議，同學依照條文及通說回答即可     |
| 擬答鑑示 | 參考：高點律師司法官民事訴訟法專用講義，第二回，頁380、391。 |

【擬答】

- (一)1.所謂上訴不可分，係指當事人就法院所下之一個全部判決之部分提起上訴時，就全部皆生移審及阻斷確定之效果。所謂一個全部判決，係指以一個判決終結同一訴訟程序中所有訴訟關係之判決而言。上訴不可分之立法意旨，在於同一終局判決中未經聲明不服之部分，於上級審言詞辯論終結前，上訴人得擴張上訴聲明，使之成為審判之對象(民事訴訟法473條之反面解釋)，被上訴人亦得就其有上訴利益之部分提起附帶上訴，是就此部分若先行確定，無異使上述規定成為具文，是有上訴不可分阻斷確定與移審之效力。
- 2.因此，本案中未經原告及被告於上訴期間內提起第二審上訴部分(原告部分為三十萬元，被告部分為一百五十萬元)，由於再第二審中分別有擴張上訴聲明與附帶上訴之餘地，因而有上訴不可分阻斷確定及移審之效力，自不會先行確定。
- (二)民事訴訟法第四百四十二條第二項規定，上訴不合程式或有其他不合法之情形而可以補正者，原第一審法院應定期間命其補正，如不於期間內補正，應以裁定駁回之。依此規定，原告未繳納裁判費固屬有其他不合法之情形而可以補正者，原則上應適用上述規定，法院應命其補正。惟甲既委任訴訟律師為代理人，依據民事訴訟法施行法第九條之規定，法院得不行民事訴訟法第四百四十二條第二項補正之程序，是本題中法院未命其補正逕予裁定駁回係屬合法，原告甲所提起之抗告應無理由。

高點

同利