

《民事訴訟法》

一、甲執有乙所簽發高雄銀行台北分行面額新台幣(下同)一千萬元之支票一紙，本於票據關係，向乙住所地之台灣高雄地方法院起訴，請求判令乙如數付。試問：(二十五分)

(一) 本件訴訟得由何法院管轄？

(二) 訴訟應適用何種訴訟程序？

(三) 法院僅依甲之聲明，判令乙應向甲給付票款一千萬元，其判決有無裁判脫漏之情形？如有脫漏，當事人應如何謀求補救？

命題意旨	本題係在測驗下列記憶性之問題： 1.有關票據事項之管轄。 2.有關簡易訴訟程序之範圍。 3.得聲請補充判決之情形。
答題關鍵	本題偏重記憶，僅需詳細闡明法條規定即可迎刃而解。
參考文獻	王甲乙、楊建華、鄭健才三人合著，民事訴訟法新論，頁 13~28、522~525。
參考資料	陳碧盈，民事訴訟法，頁 2-9、5-12~16、6-24、12-5，高點出版。

【擬答】

(一) 本件訴訟得由被告住所地之法院或由票據付款地之法院管轄之。

管轄，係指如何將一國之審判權分配於國內多數民事法院而為審判，即某特定法院就何等民事訴訟事件得行使審判權者，若一特定法院依法令規定，就某特定民事訴訟事件，得掌管裁判之權限，稱之為具有管轄權。

而衡量某特定訴訟事件應如何分配於各不同區域間之法院所管，則需視之與該法院之管轄區域間有何人或物之關係而定：

1. 普通審判籍：民事訴訟法對普通審判籍採「以原就被」原則，以方便被告應訴及防止原告濫行起訴；故民事訴訟法第一條規定：「訴訟，由被告住所地之法院管轄，被告住所地之法院，不能行使職權者，由其居所地之法院管轄」，因此，本題中，乙之住所地高雄地方法院具有管轄權。

2. 特別審判籍：有時法院對被告僅就法律規定之特定案件有管轄權，如民事訴訟法第十三條規定：「本於票據有所請求而涉訟者，得由票據付款地之法院管轄」，因此，本題中乙簽發支票上載明之票據付款地地方法院亦具有管轄權。

本題並非專屬管轄，故特別管轄權並不排除普通管轄權，原告向被告住所地法院或票據付款地之法院提起訴訟，均可為之。

(二) 此題應適用簡易訴訟程序。

我國民事訴訟法第四百二十七條第二項第六款規定，本於票據有所請求而涉訟者，不問其標的金額或價額一律適用簡易程序，所謂本於票據有所請求而涉訟者，如行使追索權請求給付票款等訴訟，因此本題中，即使訴訟標的金額高達一千萬元，仍應適用簡易訴訟程序以進行訴訟。

民事訴訟法第四百二十七條第二項第六款之設計，乃是以為票款請求事件之當事人，提出原因關係抗辯之機率並不高，其特徵是案情較為輕微、單純，如仍依通常訴訟程序之法理進行審理，將相當不經濟，且有違其特別強烈需求為簡速裁判的性質，所以規定不論金額大小，凡本於票據有所請求而涉訟者，皆適用簡易訴訟程序。如此，不但在程序上與通常訴訟程序存在許多之不同規定，在法理上亦偏向迅速、職權介入之精神。

(三) 本題中，法院未依職權宣告假執行，是屬判決脫漏，當事人可聲請補充判決已補救之。

1. 何謂判決有所脫漏？

判決之脫漏，若為法院有意為之者，稱為一部判決，是屬法院以終結該一部份訴訟在該審級之繫屬為目的所下之判決；但若出於法院無意下，而漏未裁判者，則屬於漏判，當事人應適用補充判決之規定以救濟之。得聲請補充判決之情形如下：

(1) 訴訟標之一部與他部在法律上明顯可分者，法院僅就其中一部下判決(民事訴訟法第二百三十三條第一項)；

(2) 一訴主張數項訴訟標的時，法院僅就其中之一下判決(民事訴訟法第二百三十三條第一項)；

(3) 訴訟費用裁判有所脫漏者(民事訴訟法第二百三十三條第一項)；

(4) 法院應依職權宣告假執行而未為宣告或忽視假執行之聲請者(民事訴訟法第三百九十四條)；

2. 本題中，法院應依職權宣告假執行卻未為宣告之。

依我國民事訴訟法第三百八十九條第一項第四款，命清償票據上債務之判決，法院應依職權宣告假執行，此時不需原告釋明假執行之原因並聲請，法院應於判決主文中記載使原告可為假執行，因為票據為流通證券，若票據不獲付款，直接有影響執票人個人之利益，間接影響社會金融，所以使法院應依職權宣告假執行，是出於強化票據信用之目的。

本題中，法院僅於主文中命被告給付原告一千萬元，而未為假執行之宣告，乃有違民事訴訟法第三百八十九條第一項第四款之規定，原告可依民事訴訟法第三百九十四條準用第二百三十三條，聲請法院對此補充判決。

3. 聲請補充判決之程序



當事人應於判決送達後二十日內向為判決之法院聲請補充判決。

二、甲主張其所有之房屋遭乙無權占有為由，向管轄之第一審法院起訴，請求乙返還該房屋，乙則以其並未占有該房屋，該房屋實係丙所占有云云置辯。甲乃主張追加或變更丙為被告，乙表示不同意。試附理由，解答下列問題：(二十五分)

(一) 甲所為訴之變更或追加，程序上應否准許？

(二) 法院審理結果，認乙之抗辯屬實，該房屋確由丙無權占有，實體上應為如何之裁判？

命題意旨	本題係在測驗「任意當事人變更追加」以及訴訟上訴之階段性審查之相關問題。
答題關鍵	本題較非屬傳統題型，應注意各學者之期刊文章與論著發表，方能言之有物。
參考文獻	1.民事訴訟法第 66 次研討會，陳榮宗報告，〈任意之當事人變更〉，民事訴訟法之研討(八)，頁 175~239。 2.王甲乙、楊建華、鄭健才三人合著，民事訴訟法新論，頁 48~51、246。
參考資料	陳碧盈，民事訴訟法，頁 3-67~3-68，高點出版。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典第七題，頁 3-4~3-5，命中！

【擬答】

(一)本題中，甲本以乙為被告，向第一審法院請求訴請乙返還甲所有之房屋，之後則以為丙方為無權占有人，因此主張追加、變更丙為被告；此處當事人追加變更並非出於法律所規定，而係因當事人原告個人認為必要所為之，故應屬「任意當事人追加變更」之問題，合先敘明。

1.任意之當事人變更追加在民事訴訟法上之性質

(1)訴之變更說：按依此說，當事人既屬訴之要素之一，因此當事人之變更應亦為訴之變更之一種，故有關之要件、法律效果均仍依訴之變更規定處理之，亦即在被告同意、不為異議，或法院認為不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，原告可為當事人之變更。並且新當事人應受原來舊當事人已為訴訟行為之拘束。

(2)訴之撤回兼新起訴說：此說以為，當事人變更係屬訴之主觀變更，與以訴之客觀變更為主之訴之變更不同，兩者必須加以區別，因此所謂任意當事人變更，實係原告將舊訴訟撤回及對新被告提起新訴訟兩者同時併合之現象，是故其應具備之要件應分別就訴之撤回與訴之提起的規定分開視之。

(3)特殊行為說：此說以為，任意當事人變更乃法律闕漏之現象而生之問題，應該以學理另外針對其特殊性做出解釋以解決之，並且應分別就原告與被告之變更做不同之處理。於新舊被告變更之情形，原告應對新被告送達訴狀，惟除非在上訴審，否則第一審中不需得到新被告之同意，但是另一方面，若被告已就本案為辯論，則原告必須經舊被告之同意方可為任意之當事人變更，因為此時被告更有要求為本案判決之利益也。

管見以為，我國民事訴訟法第 255 條對於訴之變更並未限於客觀的訴之變更，並且在實務上亦多以為「訴之同一與否，必當事人、訴訟標的及訴之聲明三者是否同一為斷，如在訴訟進行中三者有一變更，即應認原訴已有變更」(參 26 年渝上字第 386 號判例)，因此似應採訴之變更說為宜。

2.甲所提之變更，不符民事訴訟法第 255 條之要件，因此在程序上不應准許

既然任意當事人變更追加亦屬於訴之變更追加之一種，在原告提起訴狀後，欲為變更追加，自必須符合民事訴訟法第 255 條之要件；本題中，乙丙非為應合一確定之當事人，因此甲之變更追加不符民事訴訟法第 255 條第一項第五款之要件，且乙亦未同意之，是故，第一審法院不應准許甲所提之變更追加。

(二)1.本題中，乙非為無權占有人，甲卻以之為被告，提起訴訟，有無違反當事人適格之規定？

所謂當事人適格，乃指當事人就特定訴訟，得以自己之名為原告或被告之資格；在給付之訴中，只需主張自己有給付請求權者，對於其主張為義務者提起，即為當事人適格。因此本題中，雖法院之後發現無權占有人為丙，亦不得謂甲當初以乙為被告提起訴訟，即欠缺當事人適格。

2.本題中，是否屬民事訴訟法第二百四十九條第二項之情形，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之？

我國民事訴訟法第二百四十九條第二項規定，依原告所訴之事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。惟所謂「依原告所訴之事實，在法律上顯無理由者」，係指依訴狀所載，其無理由從形式上觀察，毋庸調查，已可認定者而言；本題中，在法院尚未調查證據之前，從原告訴狀中不能自形式上以為其所訴之事實，在法律上顯無理由，因此，似非屬民事訴訟法第二百四十九條第二項之情形。

3.法院應以欠缺實體法上權利保護要件為由，以本案判決駁回甲之訴訟

法院依審理結果，認為無權占有人為丙，而乙非為現在無權占有人，是故應以甲之訴訟在實體法上無理由，敗訴駁回之；惟此敗訴判決所發生之既判力，應僅及於甲與乙之間。

三、甲對乙、丙起訴請求分割共有之 A 地，第一審為原物分割之判決，甲、乙對第一審判決所示分割方案有所不滿。請具理由答下列設問：(二十五分)

(一) 設甲於民國九十一年十月一日收受第一審判決，於民國九十一年十月二日即向第一審法院遞狀提起第二



審上訴，於民國九十一年十月七日遞狀表示撤回上訴，復於民國九十一年十月十一日遞狀表示撤回原先撤回上訴之意思表示，重新表示聲明上訴意旨，並向第一審法院聲請取回「撤回上訴狀」，第一審法院應如何處理？

(二) 設乙合法上訴第二審(甲未聲明上訴)，經通知，僅甲、乙於言詞辯論期日到場，乙以言詞表示撤回上訴，甲當場表示同意，第二審法院應如何處理？

命題意旨	本題乃有關「撤回上訴」之相關問題，包括其訴訟上性質及實務上對之所生之爭議。
答題關鍵	此題與實務見解頗有關係，應答者宜適時表明實務意見，以獲高分。
參考文獻	駱永家，民事法研究(三)，頁 133~136、147~150、226~230。
參考資料	陳碧盈，民事訴訟法，頁 2-70~2-76、3-84~3-85，高點出版。

【擬答】

(一) 1. 何謂撤回上訴？

上訴之撤回者，乃第二審上訴人撤回一度提起之第二審上訴，亦即撤回就對原判決之不服聲明為審判之請求，為第二審上訴人向法院所為之一方的意思表示行為，也是一種單方的訴訟行為。至於撤回上訴之方式，依民事訴訟法第四百五十九條第三項準用第二百六十二條第二項之規定，乃準用有關訴之撤回方式，一及可以書狀或言詞方式向法院表示之。

本題中，甲於民國九十一年十月二日即向第一審法院遞狀提起第二審上訴，旋即又於民國九十一年十月七日遞狀表示撤回上訴，是已形成撤回上訴之效力。

2. 可否撤回「撤回上訴」之意思表示？

實務上，最高法院 47 年台聲字第 109 號判例曾主張：「撤回上訴係當事人提起上訴後以終結訴訟為目的之訴訟上一方法律行為，只需對法院表示撤回之意思，即生效力，故此項撤回上訴之意思表示，性質上不許撤回，本件聲請人既經向本法院表示撤回上訴，自無許其取回撤回上訴狀之餘地」，是故，在有效地撤回上訴後，上訴之效力及歸於消滅，縱經他造同意，亦不得撤回上訴之撤回。

本題中，甲既已在民國九十一年十月七日遞狀表示撤回上訴，且此撤回上訴並無不合法之情形，則甲上訴之效力即已消滅，日後不得再表示撤回「撤回上訴」之意思表示，法院亦毋庸返回其撤回上訴狀。

3. 撤回上訴後，可否重行提起上訴？

此乃涉及受不利益判決之當事人，提起上訴又撤回後，上訴權是否喪失之問題，關於此，學理上存有不同爭議：

(1) 依民事訴訟法第四百五十九條第二項，上訴經撤回後，該當事人即喪失上訴權，不得在對原判決聲明不服，上級法院亦毋庸就撤回部分為辯論、審理。

(2) 撤回上訴，僅為上訴人向法院表示不求判決之意思，並非捨棄上訴權，因此，其法定效果，應僅為原來提起上訴之意思表示失其效力，與未提起上訴同，是故只要仍在於上訴期間內，當事人均可重行提起上訴。

管見以為前說較為符合撤回上訴性質之概念，且最高法院 29 年抗字第 275 號判例亦以為，撤回上訴當然發生喪失上訴權之效果，因此甲不得再就同訴提起上訴，如提起，一審法院應以喪失上訴權為由，依民事訴訟法第四百四十二條第一項裁定駁回之。

(二) 本案之被告本為乙丙，但僅乙為上訴，嗣後又表示撤回上訴，則其效力將與甲乙丙共同訴訟之性質有關：

1. 甲所提起之訴訟乃「固有必要共同訴訟」

本題係屬民法第八百二十四條第二項之分割共有物之訴，所謂分割共有物之訴，乃利用訴訟程序請求法院定分割方法，使共有關係消滅，而各共有人將因之取得單獨所有權之訴訟類型也。因分割請求權僅有一個，且在共有人間之應有部分總合必須為一，是故需由主張分割之共有人為原告，以反對分割之其它共有人全體為被告，方屬適格，因此屬於共同訴訟類型中之固有必要共同訴訟。

2. 乙提起上訴及撤回上訴之效力為何？

裁判分割共有物之訴既屬固有必要共同訴訟，則其訴訟進行將適用民事訴訟法第五十六條之規定，亦即若共同訴訟人中之一人有利於其他共同人者，其行為效力及於全體；反之，若不利於全體者，則其訴訟行為將不生效力。而所謂有效與否之界定，乃自訴訟行為當時之形式上觀之，而非依法院日後審理結果所為斷(參 52 年台上第 1930 號判例)。

(1) 乙提起上訴—乙一人提起上訴，乃使得有對共同被告全體生較一審更為有利判決之可能，因此其一人上訴效力及於丙。(參 42 年台上字第 318 號判例)

(2) 乙撤回上訴—撤回上訴，在形式上將阻斷固有必要共同被告有藉由上訴以生較一審更為有利判決之可能，因此必須全體撤回上訴方生撤回上訴之效力，本題中乙一人於二審審理中，向法院為撤回上訴之表示，縱經甲同意，亦不生效力，二審法院應續行上級審之審理。

四、甲女婚前有乙男、丙男二男友，分別與其有性關性，嗣甲女與乙男結婚，於結婚後第二百二十日生丁子。乙男認為丁子與其無血緣關係，乃以甲女、丁子為共同被告，提起否認子女之訴，試問：(二十五分)

(一) 在該訴訟有無出現乙男對甲女敗訴，對丁子勝訴之可能？



(二)如乙男獲得勝訴判決確定，確定判決將發生何等效力？其效力之人的範圍如何？是否因而使丙男與丁子發生法律上之父子關係？

命題意旨	此題乃有關固有必要共同之訴之合一確定問題，另外加上身分判決對世效之議論。
答題關鍵	應答者應該詳述有關之論點，並加以評論之。
參考文獻	駱永家，民事法研究(二)，頁 123~134。
參考資料	1.陳碧盈，民事訴訟法，頁 7-33、7-34、7-38、7-40，高點出版。 2.高點民事訴訟法講義第三回，頁 255~257。

【擬答】

- (一)有數人或對多數人提起之訴訟類型稱為共同訴訟，其中若訴訟標的之法律關係，對於共同訴訟之各人，必須合一確定者，稱為必要共同訴訟，而在必要共同訴訟中，若依法律之規定，必須數人一同起訴或被訴，當事人始為適格者，則稱為固有必要共同訴訟，於此合先敘明。
- 否認子女之訴為固有必要共同之訴：
我國民事訴訟法第五百八十九條之依規定，「否認子女之訴，由夫起訴者，以妻及子女為共同被告；由妻起訴者，以夫及子女為共同被告」，因此是屬法律規定之固有必要共同訴訟，即使被告數人間厲害關係不一定一致，仍必須以之共同被訴，否認子女之訴的當事人才為適格。
 - 法院就固有必要共同訴訟所為之判決，對於該數人法律上不許有歧異，因此不可能出現乙男對甲女敗訴，對丁子勝訴：必要共同訴訟者，為訴訟標的之法律關係，對於共同訴訟之各人，必須合一確定，亦即把共同訴訟之各人視為一體，與他造間共同存有一個訴訟，因此，法院就之所為之判決，對於該數人法律上不許有所歧異；故本題中，既然屬於法定之固有必要共同訴訟，自當不可能出現乙男對甲女敗訴，但卻對丁子勝訴之情形。
- (二)1.否認子女之訴為形成之訴，勝訴確定判決將產生形成力，學理上，對於否認子女之訴之性質饒有爭議：
- 確認之訴說：此說以為子女與父有否認親子關係，僅屬事實上不明確，亦即其所爭執者，乃「妻非自夫受胎」之事實，訴訟不能使之改變關係，而僅能將不明瞭的關係化作明瞭，因此非形成之訴，不生形成力。
 - 形成之訴說：此說以為否認子女之訴的標的為婚生否認權，為形成權，係指原本已受婚生推定之子女，將因其後否認子女之訴之判決，使該婚生推定溯及消滅，所以有形成力，為形成之訴。
管見以為，後說應較能符合否認子女之訴之性質，且法律已規定有否認權，自宜以為屬形成之訴。因此若原告勝訴，則一旦確定，因其形成力之結果，將使得婚生之推定溯及消滅，該子女自出生當初即喪失婚生子女之地位。
- 2.否認子女之訴有對世效力
民事訴訟法第五百九十六條第一項，將第五百八十九條之否認子女之訴亦涵蓋在第五百八十二條之範圍內，使得否認子女之訴確定判決對第三人亦發生對世效力，若乙男勝訴且確定，則此發生的形成力自然有對世效果，對其他第三人而言，丁子非乙男之婚生子女。惟因身分判決之對世效而受影響之第三人，似乎應根據其受判決影響之態樣及程度，賦予之某種形式的程序保障，並使之有選擇機會，方符憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨。
- 3.否認子女之訴之勝訴確定判決不能使丙男與丁子發生法律上之父子關係
如前所述，否認子女之訴之勝訴確定判決所產生之形成力，僅在於推翻丁子與乙男間的婚生推定關係，自此丁子成為非婚生子女，而丙男如欲與之發生法律上父子關係，應以認領方式為之；若為甲女欲求丙男與丁子間發生法律上父子關係，則應提起請求認領之訴，如丁子在事實上已受丙男之撫育者，則應提起確認親子關係存在之訴以達成目的。

