

《民事訴訟法》

一、甲向乙的住所之 C 地方法院起訴，請求命被告乙返還 M 機器及返還因使用 M 機器的不當得利計新台幣（以下同）120 萬元。甲主張自己於前年由訴外人丙售讓而取得 M 機器的所有權，乙無權占有並使用該 M 機器生產商品長達二年，該 M 機器在同業間年租金行情至少 60 萬元；乙則抗辯 M 機器是其向原出租人丁買受取得，自己才是 M 機器的所有權人，請求法院駁回原告的起訴。在第一次的言詞辯論期日，甲以言詞追加請求 C 法院確認甲對 M 機器的所有權存在；乙隨即在當庭以言詞提起反訴，請求法院確認反訴原告乙對 M 機器的所有權存在。試問：乙所提的反訴是否合法？（25 分）

命題意旨	本題主要在測驗同學對於「反訴提起之合法要件」、「重複起訴禁止原則」是否熟悉，及實際遇到案例時有無分析具體個案之能力。
答題關鍵	只要熟讀有關於反訴的合法要件，重複起訴禁止原則在舊同一事件底下之基本意義，當無解答上的困難。
高分閱讀	1.楊建華原著，鄭傑夫增訂，《民事訴訟法要論》，自版，2003 年 12 月，P.217-219。 2.駱永家，重複起訴禁止，月旦法學雜誌第 57 期，2000 年 2 月，P.6-7。 3.梁台大，民事訴訟法講義第一回第二章第三節，P.87~91（相似度 70%）。 4.梁台大，民事訴訟法講義第一回第二章第四節，P.97~98（相似度 90%）。

【擬答】

乙所提的反訴合法：

(一)反訴提起之意義與合法要件：

參照民事訴訟法第 259 條，所謂反訴，係指被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。其目的在於：藉由同一訴訟程序，貫徹紛爭解決之一次性、避免分別審理所生之裁判矛盾、以及保障兩造當事人程序上地位之平等。則乙所提的反訴是否合法，首應先處理反訴提起之合法要件。

反訴提起之合法要件，須於本訴訴訟繫屬中，而於言詞辯論終結前，由本訴之被告（即反訴原告），對本訴之原告及就訴訟標的必須合一確定之人，針對與本訴之標的及其防禦方法相牽連之反訴之標的，向本訴繫屬之法院提起反訴。除此之外，反訴之提起亦尚須具備一般起訴之合法要件，如關於重複起訴禁止原則之規定，參見民事訴訟法第 253 條：「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。」

本件，乙得於言詞辯論時當庭以言詞提起反訴，並應記載於言詞辯論筆錄，參照民事訴訟法第 261 條，符合法定程式。同時，乙為本訴被告，於第一次的言詞辯論期日（本訴訴訟繫屬中，言詞辯論終結前），對本訴之原告甲，向本訴繫屬之 C 地方法院提起反訴，符合法定要件。惟問題在於：當甲以言詞追加請求 C 法院確認甲對 M 機器的所有權存在後，乙隨即以請求確認反訴原告乙對 M 機器的所有權存在為訴訟標的而提起反訴，該訴訟標的提起，是否有違民事訴訟法第 253 條關於重複起訴禁止原則之規定，及該反訴之訴訟標的是否與本訴之標的及其防禦方法相牽連？此值得討論。

(二)乙所提起之反訴並不違反重複起訴禁止原則之規定：

1.重複起訴禁止原則之意義：

重複起訴禁止原則，規定在民事訴訟法第 253 條：「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。」其目的在避免因同一事件之重複審理，造成法院就同一事件反覆審理造成公益層面之訴訟不經濟、發生判決矛盾之危險，及增加被告應訴之麻煩。

就何謂同一事件？依照我國傳統實務之判斷標準（舊同一事件說），大致以前後兩訴之當事人、訴訟標的相同，訴之聲明相同、相反或可代用為基礎，須三者綜合觀察。

所謂前後兩訴之訴訟標的相同，乃為兩訴訟之訴訟標的是否同一為斷。以權利單位訴訟標的為例，即以「實體法上請求權是否同一」為標準。例如：前訴主張租賃物返還請求權，後訴主張所有物返還請求權，二者訴訟標的不同一，後訴合法；惟甲對乙起訴請求法院確認甲對 A 車具有所有權存在之訴，其後乙對甲起訴

請求法院確認乙對 A 車具有所有權存在之訴，因二訴之訴訟標的仍有不同。

再者，所謂前後兩訴之訴之聲明相同、相反或可代用，例如，前訴甲對乙請求乙返還 A 車，後訴甲亦對乙請求乙返還 A 車（聲明相同）；前訴甲對乙請求確認甲對 A 車具有所有權存在，後訴乙對甲請求確認甲對 A 車之所有權不存在（聲明相反）。

惟應注意者，倘若前訴甲對乙本於其所有物返還請求權，請求乙應返還 A 車；後訴甲對乙請求確認 A 車之所有權存在。於此案例，學者認為二訴之訴之聲明不同，其訴訟標的亦不相同（前者為 A 車之所有物返還請求權，後訴為 A 車之所有權），故此情形，並不違反重複起訴禁止之規定（以舊同一事件說為前提）。

2. 甲所追加請求 C 法院確認甲對 M 機器的所有權存在部分合法：

本訴原告甲向乙起訴，請求命被告乙返還 M 機器及返還因使用 M 機器的不當得利計新台幣 120 萬元。本訴之訴訟標的係以 M 機器之所有物請求權（民法第 767 條），及因被告無權使用而生之不當得利返還請求權。其後甲於第一次的言詞辯論期日，甲以言詞追加請求 C 法院確認甲對 M 機器的所有權存在。因後請求與前請求有共通之爭點（M 機器所有權之歸屬），參照民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定，符合「請求之基礎事實同一者」，得合法追加；且前訴之訴訟標的為前者為 M 機器之所有物返還請求權，後訴為 M 機器之所有權，二者訴訟標的亦不相同，並無違反重複起訴禁止原則之規定，甲所追加請求 C 法院確認甲對 M 機器的所有權存在部份合法，應無疑問。

3. 乙所提起之反訴並不違反重複起訴禁止原則之規定：

乙於原告追加後訴後，隨即在當庭以言詞提起反訴，請求法院確認反訴原告乙對 M 機器的所有權存在。因甲對乙本訴起訴請求法院確認甲對 M 機器具有所有權存在之訴，與乙對甲反訴請求法院確認乙對 M 機器具有所有權存在之訴，其二訴之訴訟標的仍有不同。意即，甲之所有權與乙之所有權，縱然前訴認定非甲之所有權，亦不當於認定為乙之所有權，故二訴之訴訟標的不同。據此，乙所提起反訴之部分，並不違反重複起訴禁止原則之規定。

(三) 乙所提起反訴之訴訟標的與本訴之標的及其防禦方法相牽連，乙所提的反訴合法：

1. 反訴之訴訟標的與本訴之標的及其防禦方法相牽連之意義：

反訴之提起，尚須反訴之訴訟標的與本訴之標的及其防禦方法具有相牽連之關係。意即，如該訴訟標的相同，而非同一事件；或訴訟標的由同一法律行為所生；或訴訟標的由同一事件所發生；或訴訟標的形成同一法律關係；或訴訟標的互不相容或其中之一為先決問題者，均認為反訴之標的與本訴之標的相牽連者。

2. 乙所提起反訴之訴訟標的與本訴之標的及其防禦方法相牽連：

本件乙對甲反訴請求法院確認乙對 M 機器具有所有權存在之反訴，與甲對乙本訴起訴請求法院確認甲對 M 機器具有所有權存在之本訴，因其二訴訟標的並不相同，但其關係互不相容，故具有相牽連之關係，並無疑問。據此，乙所提起的反訴合法。

二、甲以乙為被告，主張乙無權占有其所有之土地，起訴請求 (A) 聲明：乙應將系爭土地返還予甲；(B) 聲明：乙應給付甲新台幣 100 萬元之租金；(C) 聲明：乙應給付甲新台幣 100 萬元之損害金。關於 (A) 聲明，甲主張甲乙就該土地之租賃契約已屆期，因此本於所有物返還請求權與租賃物返還請求權，請求乙返還土地。關於 (B) (C) 聲明，甲主張之原因事實為乙應給付占有土地二年期間（民國 91 年至 92 年）之租金或損害金，每年 50 萬元，二年共 100 萬元。試問：(25 分)

(一) 就甲所提關於 (A) 聲明之二請求權依據，法院應如何審理判決？

(二) 就甲所提之 (B) (C) 二聲明，法院應如何闡明與判決？

命題意旨	測驗考生就訴之客觀合併之判斷、態樣與法院審理之理解。
答題關鍵	針對訴訟標的理論、重疊合併與預備合併加以分別論述。
高分閱讀	1. 沈台大，民事訴訟法講義，第二回，P.52 以下。

【擬答】

題示情形，原告甲所為之 (A) 聲明，乃依所有物返還請求權與租賃物返還請求權，訴請被告乙返還土地。(B) 聲明乃依租金給付請求權訴請被告乙給付新台幣（下同）100 萬元。(C) 聲明則主張租期屆滿後，繼續無權占有該土地所生之相當於租金之不當得利給付請求權。上述為原告甲所主張之訴訟標的，就審判之對象、範圍先

予敘明。

(一)法院就 (A) 聲明之審判

- 1.原告甲之 (A) 聲明，乃依民法第 767 條所有物返還請求權與第 455 條租賃物返還請求權，訴請被告乙返還土地，此二權利究否為同一訴訟標的，當須就訴訟標的理論分予論述：
 - (1)傳統訴訟標的理論：如依此說，於給付之訴之訴訟標的為具體實體法上請求權，是則原告甲之 (A) 聲明主張二種實體法上請求權，為二個訴訟標的，應屬訴之客觀合併。
 - (2)新訴訟標的理論：如循此說，於給付之訴之訴訟標的為原告之受領給付地位，則原告甲之 (A) 聲明主張返還系爭土地，其受領給付地位即訴訟標的僅為單一，非屬客觀合併。
- 2.管見循通說及實務見解採傳統訴訟標的理論，認原告甲之 (A) 聲明係客觀合併。按其合併態樣為請求權競合下，依二個訴訟標的訴請被告乙返還土地之單一聲明，故屬「重疊合併」之型態。職是，法院應就此二個訴訟標的均予審理、調查而為有無理由之認定。如認二標的均為有理由，僅須下一個原告之訴有理由之判決主文；如認二標的僅其一有理由，則依有理由之標的予原告勝訴判決；倘二標的均無理由，則予原告本案敗訴之判決。

(二)法院就 (B)、(C) 聲明之審判

- 1.原告甲之 (B) 聲明乃依租金給付請求權訴請被告乙給付 100 萬元。(C) 聲明則主張租期屆滿後，繼續無權占有該土地所生之相當於租金額之 100 萬元不當得利給付請求權。不論依前述之傳統訴訟標的理論或新訴訟標的理論，均屬不同之訴訟標的而為訴之客觀合併。
- 2.按「租賃契約存續期間所生之租金給付請求權」與「租期屆滿後繼續無權占有所生之相當於租金額之不當得利給付請求權」實為互相排斥而不得並存之二主張，是則原告甲此種合併應屬「預備合併」。惟原告甲起訴伊始並未言明其合併態樣，故法院應依民事訴訟法第 199 條行使闡明權，曉諭其為預備合併之訴訟類型後，令原告甲主張何者為先位聲明、何者為後位聲明，法院應就先位聲明先予審理，如認先位聲明有理由則毋庸審理後位之訴；反之，法院如認先位聲明無理由即應就後位之訴予以審理、判決。

三、試附理由回答下列問題：

- (一)原告 X 以 Y 為被告，起訴請求 Y 給付新台幣 200 萬元之貨款。於第一審言詞辯論期日，經審判長許可，Y 委任其子 Z 為訴訟代理人，並授予特別代理權，到場參與辯論。是日，X、Z 經審判長斡旋後，成立訴訟上和解。嗣發現 Z 斯時僅為十八歲之未成年人，則上開和解效力如何？(10 分)
- (二)原告 X 以 Y 為被告，本於買賣之法律關係，起訴請求 (即訴之聲明) Y 給付價款新台幣 250 萬元。於第一審言詞辯論期日，Y 因無能力給付，為確保解決紛爭，經審判長斡旋，Y 之父 Z 同意參加和解，改由 Z 給付 X 新台幣 200 萬元 (X 其餘之請求拋棄)，而於 X、Z 間成立訴訟上和解。嗣於和解後，Z 以其同意參加和解係因錯誤所致，現已合法撤銷其意思表示，故否認上開和解之效力，拒不履行和解內容，則 X 可否對上開和解請求繼續審判，或 Z 可否另行對 X 起訴，請求確認上開和解債權不存在？(15 分)

命題意旨	本題旨在測驗同學就訴訟上和解之成立，與新法修正重點關於和解效力之部分。
答題關鍵	第一小題，關鍵在於訴訟代理人是否具有訴訟能力為必要？就此部分，我國實務著有判例。 第二小題，問題在於民事訴訟法第 380 條之 1 意義之理解，其答案就在立法理由之說明中。
高分閱讀	1.王甲乙、楊建華、鄭建才，《民事訴訟法新論》，自版，2004 年 9 月，P.80。 2.楊建華原著，鄭傑夫增訂，《民事訴訟法要論》，自版，2003 年 12 月，P.343。 3.梁台大，民事訴訟法講義第三回第五章第一節，P.29 (相似度 60%)。 4.梁台大，民事訴訟法講義第五回第七章第二節，P.7~13 (相似度 80%)。

【擬答】

(一)上開由 Y 委任其為未成年人子 Z 為訴訟代理人，而由 X、Z 所成立之訴訟上和解，無效：

1.訴訟上和解之意義與要件：

所謂訴訟上和解，係指當事人於訴訟繫屬中，於受訴法院前，藉相互讓步而達成合意，以終止紛爭，並同時終結訴訟程序之一部或全部為目的之行為。當事人本於程序主體之地位，享有業經司法院大法官釋字第

591 號解釋所肯認之程序處分權、程序選擇權，當事人得自主選擇解決紛爭之方式。據此，當事人自得合意選擇裁判外之方式加以解決紛爭，訴訟上和解即為一適例。

訴訟上和解之要件：須當事人有合法起訴或上訴，當事人具有適格，於訴訟繫屬中，於受訴法院、受命或受託法官前為之，就當事人得自由處分之法律關係、藉相互讓步以終止紛爭為目的，而為和解。並且，當事人為該和解行為，尚須其具有和解之權限而未受限制為前提。

2. 訴訟代理人之資格

訴訟代理人，係指由本人所委任，代本人為訴訟行為之人。參照民事訴訟法第 68 條：「訴訟代理人應委任律師為之。但經審判長許可者，亦得委任非律師為訴訟代理人。（第一項）前項之許可，審判長得隨時以裁定撤銷之，並應送達於為訴訟委任之人。（第二項）非律師為訴訟代理人之許可準則，由司法院定之。（第三項）」則訴訟代理人不以律師為限。是以，未具有律師資格者，亦得為訴訟代理人。至於訴訟代理人是否以其有無訴訟能力為要件，尚有爭論：

(1) 否定說：

學者認為，訴訟代理人不以其有無訴訟能力為要件。因民事訴訟法既無明文規定，且在實體法上，經本人授與代理權者，不以有行為能力為要（參照民法第 104 條：「代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人而受影響。」）。同理，亦可解釋於訴訟代理上。並且，我國實務見解亦同此說，參見，最高法院 29 年上字第 646 號判例：「訴訟能力係當事人自為訴訟行為所應有之能力，若為他人之訴訟代理人而為訴訟行為，則在現行民事訴訟法並未限定其須有訴訟能力，雖係無訴訟能力人亦屬無妨，惟法院認為不適當或欠缺陳述能力時，得依民事訴訟法第六十八條或第二百零八條第三項規定，禁止其代理或陳述而已。」（惟本則判例於九十二年三月十八日經最高法院九十二年度第五次民事庭會議決議不再援用）

(2) 肯定說：

學者認為，訴訟代理人應以其有訴訟能力為要件，如無訴訟能力，則不得為訴訟代理人。因訴訟代理人係事實上代理本人代為或代受訴訟行為之人，基於公益上之理由，應肯認以有訴訟能力為必要。

吾人以為後說可採。因實體法上關於民法上代理與訴訟法上之訴訟代理各自有不同之意義與目的，不宜以民法作為解釋基礎。且訴訟代理之目的，在於使不諳法律之人得藉由訴訟代理以實現其法律上主張與權利，如訴訟代理人竟不以訴訟能力為必要，並無道理。

3. 因上開由 Y 委任其為未成年人子之 Z 為訴訟代理人，而由 X、Z 所成立之訴訟上和解，無效：

Y 委任其為未成年人子之 Z 為訴訟代理人，而由 Z 與 X 所成立之訴訟上和解，其效力為何？應先探求 Z 得否為訴訟代理人而具有為訴訟上和解行為之權限？

按，Y 委任其子 Z 為訴訟代理人，惟 Z 為未成年人，得否為訴訟代理人？雖訴訟代理人於第一審程序，未如第三審程序採取強制律師代理制度（參照民事訴訟法第 466 條之 1），故 Z 縱非具有律師資格，亦得為訴訟代理人，已如前所述。然因 Z 為未成年人，參照最高法院 29 年上字第 280 號判例：「滿七歲以上之未成年人，除法律別有規定外，僅有限制行為能力，依民法第七十七條、第七十八條、第七十九條之規定，不能獨立以法律行為負義務，自無訴訟能力。」並無訴訟能力。依學者見解，因 Z 無訴訟能力，故不得為訴訟代理人，自無代為訴訟行為之權限。是以，因上開由 Y 委任其為未成年人子之 Z 為訴訟代理人，而由 X、Z 所成立之訴訟上和解，無效。

(二) X 不可對上開和解請求繼續審判，但 Z 可另行對 X 起訴，請求確認上開和解債權不存在：

關於 X 可否對上開和解請求繼續審判，或 Z 可否另行對 X 起訴，請求確認上開和解債權不存在？此問題涉及上開 X、Z 間之和解效力為何，並當事人得加以救濟之問題。

1. 和解之效力與繼續審判

和解之效力，參照民事訴訟法第 380 條：「和解成立者，與確定判決有同一之效力。（第一項）和解有無效或得撤銷之原因者，當事人得請求繼續審判。（第二項）第五百條至第五百零二條及第五百零六條之規定，於前項情形準用之。（第三項）」由是可知，訴訟上和解，具有與確定判決同一之效力，故通說皆肯定訴訟上和解具有既判力之效力。倘若該和解具有無效或得撤銷之原因者，當事人自得請求繼續審判，以資救濟。民事訴訟法修正後，明確肯認當事人得就未聲明之事項或對第三人參加之部分，成立和解。惟其所成立之和解效力為何？參照民事訴訟法第 380 條之 1：「當事人就未聲明之事項或第三人參加和解成立者，得為執行名義。」據此，就當事人未聲明之事項或對第三人參加之部分，並無與確定判決同一之效力之既判力，而僅賦予執行力。是以，就當事人就未聲明之事項，或與參加和解之第三人間所成立之和解，如嗣後發生爭執時，因其非原訴訟範圍，故當事人不得請求繼續審判，惟得另依適當之訴訟方式處理。

2.X 不可對上開和解請求繼續審判，但 Z 可另行對 X 起訴，請求確認上開和解債權不存在：

(1)X、Z 間之和解效力：

X、Z 間成立訴訟上和解，合意將原 X 對 Y 之請求給付價款新台幣 250 萬元之權利，改由 Z 給付 X 新台幣 200 萬元，且 X 其餘之請求拋棄。

因原告 X 以 Y 為被告，其訴訟標的係 X 本於買賣之法律關係，起訴請求（即訴之聲明）Y 給付價款新台幣 250 萬元。由是可知，本件所成立之和解，就和解內容合意改由 Z 給付 X 新台幣 200 萬元之部分，係針對參加和解之第三人 Z、及當事人未聲明事項即 X 對 Z 債權請求權。其所成立和解之效力，屬於民事訴訟法第 380 條之 1 之規定，並無與確定判決同一之效力之既判力，而僅賦予執行力。

(2)X 不可對上開和解請求繼續審判，但 Z 可另行對 X 起訴，請求確認上開和解債權不存在：

X、Z 於成立訴訟上和解後，因 Z 以其同意參加和解係因錯誤所致，現已合法撤銷其意思表示，故否認上開和解之效力，拒不履行和解內容。雖和解因意思表示錯誤而得加以撤銷，此部分屬於民事訴訟法第 380 條所謂和解有得撤銷之原因者，當事人得請求繼續審判。惟 X、Z 所成立之訴訟上和解，係針對參加和解之第三人 Z、及當事人未聲明事項即 X 對 Z 債權請求權。其所成立和解之效力，屬於民事訴訟法第 380 條之 1 之規定，並無與確定判決同一之效力之既判力，而僅賦予執行力。據此，當事人就未聲明之事項或第三人參加和解成立者，因非原訴訟範圍內，故當事人不得請求繼續審判，惟尚可另訴方式處理。是以，X 不可對上開和解請求繼續審判，但 Z 可另行對 X 起訴，請求確認上開和解債權不存在。

四、甲依買賣契約關係，以出賣人乙為被告，起訴求乙交付買賣標的物汽車一輛，第一審法院判決乙應將該買賣標的物汽車交付甲，判決後第二天，該買賣標的物之汽車因遭法院拍賣而陷於給付不能，試就下列問題分別說明第二審法院應如何審理裁判：(25 分)

(一)如乙未上訴，甲提起上訴，改依債務不履行之法則，請求乙賠償損害。

(二)如乙提起上訴，甲於第二審程序中為訴之變更，改依債務不履行之法則，請求乙賠償損害。

命題意旨	測驗考生就「上訴利益與訴之變更是否合法」。
答題關鍵	須就上訴利益之判斷與第二審訴之變更加以分別論述即可。
高分閱讀	1.沈台大，民事訴訟法講義，第二回，P.63 以下。

【擬答】

題示原告甲依民法第 348 條訴請被告乙交付買賣標的物汽車一輛，已獲第一審勝訴判決，惟判決後卻陷於給付不能之境況，此屬起訴後情事變更之情形，合先敘明。

(一)如乙未上訴而甲上訴：

按第一審判決為被告乙應將買賣標的物汽車交付原告甲之原告勝訴判決，依「形式不服說」，須就原判決受有敗訴之不利益者始具上訴利益，故原告甲就其勝訴之第一審判決並未具有上訴利益，如乙未上訴而甲上訴者，甲之上訴自屬不合法上訴，法院應以裁定駁回其上訴，更遑論其得否改依債務不履行訴請乙賠償損害。

(二)如乙上訴後甲為訴之變更：

1.如乙提起上訴後，甲於第二審程序中改依債務不履行之法則訴請被告乙賠償損害，按此際訴訟標的已由原先「甲對乙之交付買賣標的物請求權」更改為「甲對乙代償給付之損害賠償請求權」，訴之聲明亦由原先「被告應交付汽車予原告」更改為「被告應給付原告新台幣 xx 元」，自屬訴之變更無疑。

2.復按原告甲第二審之訴之變更是否合法，依民事訴訟法第 446 條第一項、第 255 條第一項第四款規定，情事變更以他項聲明代最初聲明者，屬合法之訴之變更。故題示情形，於第一審判決後，該買賣標的物之汽車因遭法院拍賣而陷於給付不能，屬情事變更之情形，依上開條文即為合法之訴之變更。

3.原告甲於第二審為訴之變更合法者，因舊訴生視為撤回之效果而訴訟繫屬消滅，第二審法院僅須就代償請求之新訴部份予以審理、判決即可，如此可促成紛爭解決一回性而達訴訟經濟、節省司法資源之目的。