

《民訴》

一、試回答下列問題：

(一) 甲訴請乙拆屋還地，經第一審法院為其敗訴判決，甲上訴第二審法院，亦經第二審法院判決駁回其上訴。甲再據以向第三審法院提起上訴，第三審法院以甲上訴未以違背法令為由，其上訴不合法，而以裁定駁回其上訴而告確定。嗣甲對第三審法院之裁定，以發現未經斟酌之證物，足證上訴合法為理由而聲請再審，此時應由何審法院管轄，試附理由說明之。(13分)

(二) 丙於民國八十八年間，訴請丁返還借款新台幣九十五萬元，經第一、二、三審法院均判決丙敗訴確定。嗣丙於不變期間之民國八十八年十二月七日對前開判決以發現為判決基礎之證物，係偽造為由，向原第二審法院提起再審之訴，經該法院於民國八十九年二月十五日，以丙所提起再審之訴無理由，而以判決駁回丙再審之訴。試問，丙就該判決得否向第三審法院提起上訴？(12分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題主要是測驗考生再審程序之管轄法院之概念，以及對新修正之民事訴訟法第四百六十六條上訴利益為新台幣一百萬元之新規定。觀之考生應試本次民訴考題，如未對新修正之民事訴訟法有通盤了解，甚難得到高分。而每次新修正條文必成為當年命題焦點，考生自須特別注意，毋庸多言。 |
| 答題關鍵 | 考生針對題目個別就再審程序之管轄法院相關之民事訴訟法第四百九十六條、四百九十九條、及四百六十六條上訴利益等規定及實務見解條列清楚即可。 |
| 參考資料 | 1.姚瑞光，民事訴訟法論，頁566以下。 2.邱聯恭口述民事訴訟法講義(一)1999筆記版，頁94以下。 3.最高法院判例要旨上冊，頁1135、1234以下：74台抗174。 4.最高法院民事裁判書彙編第28期，頁903以下：86台抗331。 5.高點，民事訴訟法講義第二冊頁132以下。 |

【擬答】

(一)

1. 依題示，甲對第三審法院之「裁定」，以民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款：「當事人發見未經斟酌之證物」，足證上訴合法為理由而聲請再審。所謂「發見」，係指前訴訟程序事實審之言詞辯論終結前不知已有確定判決或和解、調解之存在，其後始知者而言(二九上一零零五)；又發見人證，不得據為再審之訴之事由，且以發見證物為理由，判提起再審之訴時，亦不許與發見之人證合用為證據方法(即不許用人證證明證物為真實。)(二三上二五九一、三二上一五一三)。並以如經斟酌可受較有利益之裁判者為限(民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款但書)，合先敘明。

2. 關於再審法院之管轄再審之訴，民事訴訟法第四百九十九條規定：「再審之訴，專屬為判決之原法院管轄，如有左列各款情形之一者，專屬原第二審法院管轄：

一、對於同一事件之第一審及第二審判決同時聲明不服者；

二、對於第三審法院之判決，本於第四百九十六條第一項第九款至第十三款事由聲明不服者。」是故，原則上專屬為判決之原法院管轄(民事訴訟法第四百四十九條前段參照)。蓋有無再審之事由，原法院知之較詳，調查亦較易。因其專屬為判決之原法院管轄，故事件於判決後，當事人雖經向上級法院提起上訴，但上級法院認為上訴不合法，以裁定駁回者，如係以下級法院之判決有再審之事由，而提起再審之訴者，仍係由為判決之下級法院(原法院)管轄，而非由為裁定之上級法院管轄。

1. 惟關係第三審上訴合法與否之事實，則應由第三審法院自行調查裁判。

故對於第三審法院以上訴為不合法而駁回之裁定，以發現未經斟酌之證物，足證上訴合法為理由聲請再審者，依第五百零七條準用第四百九十九條前段之規定，專屬第三審法院管轄，而非專屬第二審法院管轄（二八聲一二二參照）

「當事人提起第三審上訴是否合法，係屬本院應依職權調查裁判之事項，聲請人對本院以其上訴為不合法而駁回之裁定，以發見未經斟酌之證物為由聲請再審，依同法第五百零七條準用同法第四百九十九條前段之規定，專屬本院管轄，不在同條第二款規定之列。」（七十一台聲一三二參照）

2. 綜上所述 本題甲對第三審法院之「裁定」，以發見未經斟酌之證物聲請再審，則其管轄法院為第三審法院。

（二）

1. 丙於提起再審之訴之不變期間內（民事訴訟法第五百條參照），對前第一、二、三審法院就丙訴請被告丁返還新台幣九十五萬元之敗訴判決確定，依民事訴訟法第四百九十六條第一項第九款：「為判決基礎之證物係偽造或變造」依同法第四百九十九條向原最後事實審法院即第二審法院提起再審之訴。依題示丙所提之再審之訴應符合再審程序，合先敘明。
 2. 又該再審管轄法院即第二審法院於民國八十九年二月十五日，以丙所提之再審之訴無理由，判決駁回丙之再審之訴，丙就該財產權之訴訟得否提出上訴第三審，端視其否合於民事訴訟法第四百六十六條第一項之規定。依總統府於民國八十九年二月九日修正公佈之民事訴訟法第四百六十六條第一項規定：「對於財產權訴訟之第二審判決，如因上訴所得受之利益，不逾新台幣一百萬元者，不得上訴。」
- 蓋由於我國經濟及國民所得成長，物價相對提高，使第三審法院受理之民事財產事件逐年增加，為因應社會經濟成長及合理分配訴訟資源，遂有此修正。
3. 依民事訴訟法時之效力之從新原則暨民事訴訟法施行法第八條之規定：「修正民事訴訟法施行前所為之判決，依第四百六十六條所定不得上訴之額數，於修正民事訴訟法後有增時，而依增加前之法令許之者，仍得上訴。」又，「若其判決係在增加前之法令許之者，規定係於第三審法院發回後所為之更審判決，皆應以增加之額數定其得否上訴。」（民國七十四年台抗第一七四號參照）再者，「自八十六年一月一日起增加為新台幣四十五萬後，第二審之法院判決，係在增加後即民國八十六年一月一日以後為之，皆應依增加後之額數及新台幣四十五萬元，定其得否上訴。」（民國八十六年台抗第三三一號參照）準此題示之第二審法院於民國八十九年二月十五日以丙所提之再審之訴無理由判決駁回，係在新修正之民訴法第四百六十六條第一項將上訴利益數額提高為新台幣一百萬元之後。故依新法，丙之請求僅新台幣九十五萬元，其上訴利益數額未逾新台幣一百萬，自不得上訴第三審。

二、何謂「自由心證」原則？其具體內容有幾？試依吾國現行民事訴訟法，分別敘述並說明之。（25分）

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 考生對於自由心證主義與法定證據主義之差異及適用，在平日研讀時即需區辨清楚，以免張冠李戴。另外，新修正之民事訴訟法第二百二十二條及相關修正理由，考生們更是不可不知。 |
| 參考資料 | 1.姚瑞光，民事訴訟法論，頁189以下，頁282以下。 2.高點，民事訴訟法講義第一冊，頁472以下。 |

【擬答】

（一）自由心證之原則：

所謂自由心證，一方面係指法院依裁量權取捨證據；例如當事人提出證據方式請求調查時，除當事人自行限縮爭點外，法院應本其學識能力及經驗，選擇應調查之證據方法。

另一方面係指法院調查證據後為證據評價時，除法律及良心之拘束外，不受任何拘束。故法院依自由心證判斷事實之真偽，並非漫無限制，而自由心證之運用，本即應受論理法則及經驗法則之拘束。

所謂論理法則，指以理論認識之方法即邏輯分析方法；所謂經驗法則，指人類歷史相沿相承，本於經驗累積歸納所得之定則。而所謂經驗，則包括通常經驗及特別知識經驗。

故法院判斷事實之真偽時，不得違反邏輯上推論之論理法則，亦不得違背日常生活閱歷所得而為一般人所知悉之普通法則，或各種專門職業科學上或技術上之特殊法則。(二)自由心證之具體內容：

1. 依民國八十九年二月九日新修正公佈之民事訴訟法第二百二十二條規定：「第一項：法院為判決時，應斟酌權辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。第二項：當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。第三項：法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。第四項：得心證之理由，應記明於判決。」
2. 又，法院判斷事實之真偽時，應憑證據。在法定之證據方法內，關於如何取舍證據，有無證據價值（證據力），法律不設規定，由法院斟酌全辯論意旨及調查證據之結果（民事訴訟法第二百二十二條第一項參照）。依經驗定則及論理法則為客觀的自由判斷者，謂之自由心證主義（五一臺上一零一、五三臺上二六七三參照）。
3. 在法定之證據方法證人（民事訴訟法第二百九十八條以下）鑑定人（民事訴訟法第三百二十四條以下）文書（民事訴訟法第三百四十一條以下）勘驗之標的物（民事訴訟法第三百六十四條）以外，以法律所不認之證據方法（如訊問當事人本人）作為自由心證之唯一資料，非法律之所許。
本法第三百五十三條第二項雖有自由心證之斷定之規定，但係「審酌情形」斷定之（民事訴訟法第二百七十九條第二項、民事訴訟法第二百八十條第二項），其意義與第二百二十二條第一項規定之自由心證判斷，並非相同。
4. 至於法定證據主義係指法律規定就何種事實應憑何種證據方法證明之、或何種證物有如何之證據價值，不許法院依其內心之確信自由判斷主義而言。例如：當事人之選定及其更換、增減，應以文書證之（民事訴訟法第四十二條）；關於言詞辯論所定程式之遵守，專以筆錄證之（民事訴訟法第二百一十九條）；文書，依其程式及意旨得認作公文書者，推定為真正（民事訴訟法第三百五十五條第一項）；私文書，經本人或其代理人簽名蓋章或按指印者，推定為真正（民事訴訟法第三百五十八條參照）是。

三、X1 X5 主張各人對 Z 有金錢債權，已屆履行期，Z 仍不清償，而 Z 對 Y 亦有金錢債權，已屆履行期，Z 卻怠於對 Y 行使權利，X1 X5 乃代位 Z 對 Y 提起請求給付之訴訟。試問：（25 分）

（一）在該 X1 X5 代位 Z 對 Y 所提起之訴訟，X1 X4 能證明對 Z 有債權，而 X5 不能證明對 Z 有債權時，法院應如何處理該訴？如法院發現 Z 尚有債權人 X6，而 X6 未與 X1 X5 成為共同原告時，法院應如何處理該訴？

（二）在該 X1 X5 代位 Z 對 Y 所提起之訴訟，Z、X6 各得否為訴訟參加於 X1 X5？如認為不可以，其理由何在？如認為可以，則各屬何種訴訟參加？

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題結合共同訴訟及代位訴訟之問題，對於共同訴訟程序上之處理、審理之原則及訴訟參加之態樣，均為出題者所欲測驗考生之重點。 |
| 答題關鍵 | 第一子題重點在對共同訴訟之審理原則加以闡述，就代位訴訟提起之要件可以較短之篇幅簡述。對於利害關係人得否及以何種方式引進訴訟程序，則為本子題另一考點。第二子題則著重訴訟參加之理論，對於訴訟參加之態樣及各種不同程序利害關係人所得採取之參與程序之方式，為本子題答題時應環繞之核心。 |
| 參考資料 | 1.駱永家，民事法研究（三），頁 151 以下、頁 180-183。 2.楊建華，民事訴訟法（三），頁 278-283。 3.民事訴訟法之研討（二），頁 3-44。 |

【擬答】

（一）

1. X1~X5 各對 Z 有獨立之屆期金錢債權，而 Z 對 Y 亦有屆期之金錢債權，符合民法上代位權之要件（民法§242），得提起代位訴訟，由債權人為原告，而以第三債務人為被告，代位 Z 對 Y 提起給付之訴。X1~X5 共同對 Y 提起代位訴訟，則構成共同訴訟，由於其各為獨立之債權，故此訴並非必要共同訴訟而為普通共同訴訟，應依普通共同訴訟之審理原則，故有「共同訴訟人獨立原則」之適用。所謂共同訴訟人獨立之原則，係指各共同訴訟人不受其他共同訴訟人之牽制，得各自獨立實施訴訟（民訴§55），並無民事訴訟法第五十六條之適用，故各共同訴訟人間喪失訴訟資料之共通，判決結果亦可能歧異。但在共同訴訟人獨立原則之下，仍有所謂「主張共通」、「證據共通」原則之適用，亦即共同訴訟人中一人所為之主張或證據聲明，如其他共同訴訟人未為與此主張相牴觸之行為或未反對該證據聲明者，其主張之效果有利於其他共同訴訟人者，及於其他共同訴訟人，其證據聲明得成為共同之證據資料。本題中 X5 不能證明對 Z 有債權，而判決可能發生 X1 至 X4 勝訴而 X5 敗訴之歧異結果，依普通共同訴訟之審理原則並無不可。然法院如認為 X1~X4 所提之訴訟資料可支持 X5 對 Z 之請求，而 X5 並未為相反之行為或反對 X1~X4 所提之證據資料時，法院得視其情形採用而為就 X5 對 Z 之請求是否有理由之判決。
2. 如前所述，本案並非必要共同訴訟，當事人並無一同起訴或被訴之必要，故法院縱發現 Z 尚有債權人 X6，對 X1~X5 起訴之合法亦不生影響。故法院縱於審理過程中發現 Z 尚有其他債權人，除可能將其引進程序外，就 X1~X5 對 Z 之請求仍應依原程序繼續審理。

（二）

1. 就 Z 得否為訴訟參加，學者間尚有不同見解，有少數見解認為債權人（X1~X5）與債務人（Z）間就代位權存否之問題，利害自相對立，故不得為訴訟參加。但一般學說認為債務人並非概與債權人為對立之地位，且依民事訴訟法第五十八條之規定，第三人對訴訟有法律上之利害關係，即可為輔助參加，依同法第六十五條之規定更可知為訴訟告知。故債務人依法當然可以參加債權人與第三債務人之代位訴訟，其參加於何造均無不可。管見以為訴訟參加之制度，在擴大訴訟制度解決紛爭之機能，並具有程序保障之意義，且在代位訴訟中最具利害相關者即為債務人，對其參與程序之可能性自不應加以否定。故應允許 Z 得為民事訴訟法第五十八條之訴訟參加，但由於代位訴訟即將債務人之訴訟實施權委由債權人行使，債務人已不具有當事人適格，僅為既判力所及，故此時之訴訟參加為所謂「共同訴訟的輔助參加」，Z 具有較通常之輔助參加人更強之訴訟實施權，可類推適用關於必要共同訴訟之規定。此外，同法第六十五條之訴訟告知亦有其適用，併予敘明。
2. X6 就代位訴訟並非既判力所及之人，是否具有利害關係尚有疑問。就參加之利益，通說認為僅就判決理由中之法律上或事實上判斷有利害關係尚屬不足，亦即除本訴訟判決之效力及於該第三人、或判決之反射效及於第三人（例如保證人參加於債權人對主債務人所提起之訴）外，僅具有事實上之利害關係尚不得為訴訟參加。少數說認為本訴訟之主要爭點所為之判斷，論理上成為輔助參加人之法律上地位之判斷時，則被參加人之敗訴可能時致參加人之地位受到不利益時，得認為有參加利益。依通說之見解，X1~X5 對 Z 之敗訴，因該訴訟之既判力不及於 X6，亦無反射效之情形，對 X6 並未造成何等不利益，故 X6 似不得為訴訟參加。但自代位訴訟敗訴後既判力及於 Y 而言，將來 X6 可能不得再對 Z 提起代位訴訟，故應允許其得為輔助參加為宜。但就代位訴訟而言，X6 並不受既判力所及，故非所謂共同訴訟輔助參加。

四、原告甲（妻）主張：甲與乙（夫）於民國八十七年青年節結婚，同年雙十節生育（丙）子，兩人結婚具備民法第九百八十二條第一項所定結婚之方式，惟因未依戶籍法為結婚之登記，乙否認甲為其配偶，且乙近與丁女訂婚等語；甲乃於八十八年八月間，以乙為被告提起確認兩造婚姻關係成立之本訴，並以丙年幼須由甲撫育，附帶請求定丙由甲行使或負擔權利義務。試說明理由，回答下列各項問題：

（一）被告乙抗辯：其與甲雖曾同居一段期間，育有丙，但無結婚之事實，又丙現由乙之母（即戊）撫養中等語；反訴原告乙乃於第一審言詞辯論終結前，以甲為反訴被告提起確認兩造婚姻關係不成立之反訴，並附帶請求定丙由乙監護者，程序上法院應如何處理？（10 分）

(二) 設甲在第一審就其提起之確認婚姻成立之訴，為訴訟標的之捨棄，而法院依職權斟酌甲未提出之足據以定婚姻成立之事實，為甲勝訴之判決者，是否適法？關於甲之附帶請求，法院可否為選定戊為丙之監護人之裁判，抑或於判決理由中說明毋庸為裁判即可？(10分)

(三) 乙對於前項即(二)所述終局判決，僅就確認婚姻成立部分提起第二審上訴者，關於附帶請求部分是否確定？(5分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題旨在測驗考生對婚姻事件之本訴與反訴、婚姻事件之附帶請求、婚姻事件審理時職權主義之適用以及婚姻事件上訴程序之規定及法理是否瞭解。 |
| 答題關鍵 | 各子題之內容涉及對婚姻事件之訴訟標的、人事訴訟程序之特別規定及新法之修正，尤其針對新法前次修正之內容必須充分掌握，並針對題旨之爭點一一闡明。 |
| 參考資料 | 1.駱永家，民事訴訟法，頁126以下。 2.民事訴訟法之研討(八)，頁87以下。 3.邱聯恭，司法之現代化與程序法，頁133以下。 |

【擬答】

(一) 甲對乙提起確認婚姻關係成立之本訴(民訴§568)，被告乙於第一審言詞辯論終結前提起婚姻關係不成立之反訴(民訴§259)不論依新舊訴訟標的理論，其訴訟標的均為對婚姻法律關係之確認。就此二訴而言，當事人同為甲乙、訴訟標的相同，訴訟聲明為正反相對，故乙所提起之反訴為重複起訴(民訴§253)，法院應駁回乙所提起之反訴。

就乙所提起之附帶請求，此點於民事訴訟法於民國八十八年二月之修正，新增關於定未成年子女權利義務行使負擔附帶請求之規定。因甲對乙提起之訴如受敗訴之判決，即為確認甲乙間婚姻關係不成立，此時即有定未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法之必要。雖依甲之起訴已有此附帶請求，但甲之附帶請求必須以甲受敗訴判決為前提，否則如甲勝訴其婚姻關係既受肯認，在我國民法目前採父母對未成年子女之權利義務係共同行使或負擔之原則下(民法§1089)，並無附帶請求之必要。故如甲之附帶請求係以其勝訴為前提，則其附帶請求為不合法，法院應加以駁回。此時乙反訴雖為不合法，但其所提起之附帶請求可視為以本訴乙勝訴(判決婚姻關係不成立)為前提，依民事訴訟法新增第五百七十二條之一第五項之規定，準用同條第一項，應認其附帶請求為合法，於法院判決甲乙間婚姻關係不成立時，法院應就依民事訴訟法第五百七十二條之一之規定，就附帶請求並為裁判。

如甲之附帶請求係以其受敗訴判決為前提，請求法院定對未成年子女權利義務行使負擔之方法(依題旨似非如此)，則甲、乙之附帶請求為同一附帶請求，法院亦應於判決甲乙間婚姻關係不成立時，就附帶請求為裁判。

(二) 依民事訴訟法第五百七十四條第一項之規定，關於捨棄效力之規定，於婚姻成立不成立之訴，不適用之。依本條規定，法院本得依職權斟酌甲為未提出之事實為判決，此為人事訴訟程序限制處分權主義之適用，允許法院得依職權主義審理之著例，故法院之處理方式自屬適法。

民事訴訟法新增關於第五百七十二條之一附帶請求之規定，其用語為「請求」而非「訴」，故並未變更關於定未成年子女權利義務之行使或負擔係屬非訟事件之本質。非訟事件法第二十條規定，非訟事件之處分，以裁定為之。同法第一條並規定，法院管轄之非訟事件，除法律另有規定外，適用本法之規定。故法院欲選定戊為丙監護人，應以裁定為之，而非僅於判決理由中說明。

(三) 依民事訴訟法於民國八十八年二月新增第五百八十二條之一之規定，第五百七十二條之一之事件，當事人對於第一審或第二審之終局判決，僅就本案部分提起上訴者，視為附帶請求部分已提起上訴。此乃因第五百七十二條之一之事件，係關於未成年子女監護權之附帶請求，與本案審理有密切之關係，本案審理之結果對於是否應決定子女由誰監護，以及如何定對未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法均有影響，若不將其強制一併移至上訴程序審理，如於上訴審時認定其婚姻關係成立將生矛盾之後果，於酌定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法亦不適當。依第五百八十二條之一之規定，乙僅就確認婚姻成立部分提起第二審上訴者，視為對於附帶請求部分已提起上訴，故關於附帶請求之部分尚未確定。