

《民事訴訟法》

一、甲起訴主張，A 地為其與乙所分別共有（應有部分各為二分之一），兩人並共同將 A 地出租予丙使用，由於丙未盡對承租物所負之保管義務，使丁得以盜挖 A 地內之砂土出售牟利，導致必須支出新台幣五百萬元始能回復 A 地之原貌。甲遂以自己名義，本於侵權行為法律關係，請求丁給付原告二百五十萬元，並本於債務不履行之法律關係，請求丙給付原告二百五十萬元；如其中一人已為給付，則另一被告就其給付數額範圍內免為給付義務。請就下列不同情形，附理由回答所示問題：（25 分）

（一）在第一審訴訟程序中，原告與兩名被告均合意停止訴訟程序。在合意停止經三個月後，被告丙聲請續行訴訟，被告丁則在合意後四個月又十日始聲請續行訴訟。對於丙、丁關於續行訴訟之聲請，第一審法院應如何處理？

（二）在第一審之第一次言詞辯論期日，被告丁出庭主張其係經甲之同意，始挖取 A 地之砂石，並無侵權行為之可言；已於相當時期受合法通知之被告丙則未出庭，亦未曾提出任何書狀否認原告所主張之權利及事實。在該期日中，原告向法院聲請就其對丙之請求，先為一造辯論判決，試問法院是否應准許原告之聲請？

（三）假設第一審法院判決原告全部勝訴，丙於上訴期間內提起合法上訴，主張 A 地為乙單獨所有，且丙係向乙承租 A 地，甲既非 A 地之共有人或出租人，自不能為任何權利主張。丁則未聲明上訴。試問，第一審判決關於命被告丁給付之部分，是否於上訴期間屆滿時先行確定？

命題意旨	民事訴訟法上共同訴訟類型之判斷及其法律效果。
答題關鍵	本題為典型之『基本概念型』考題，考生僅需針對民事訴訟法上共同訴訟類型之判斷標準有所印象即可（即何謂合一確定之概念，考生需有充分之瞭解），蓋不同之訴訟類型（普通共同訴訟、必要共同訴訟），其當事人適格之判斷，及共同訴訟人間訴訟行為之效力（究應適用民事訴訟法 55 條或 56 條）即有不同，題示情形中涉及『不真正連帶債務人』成為共同被告時，其訴訟類型之決定，考生若基本觀念清楚，應可輕鬆應答。
高分閱讀	1.〈連帶債務之判決效力及其相關問題〉，民事訴訟法研討會第 80 次。 2.許律師，《民事訴訟法（上）》，第 3-37 頁至 3-49 頁，第 3-72 頁至 3-73 頁；《民事訴訟法（下）》，第 15-18 頁至 15-24 頁。 3.楊建華，〈多數連帶債務人為共同被告時，訴訟行為之效力〉，《民事訴訟法問題研析（一）》。

【擬答】

題示情形主要之爭點涉及不真正連帶債務人丙丁成為共同被告時，其訴訟類型應如何判定，及共同訴訟人間訴訟行為之效力應如何評價之問題，分述如下：

（一）共同被告丙丁間應為普通共同訴訟

1. 丙丁間實體法上之關係：

應為『不真正連帶債務人』，蓋所謂『不真正連帶債務』，係指數債務人具有同一給付目的，本於各別之發生原因，對債權人各負全部給付義務，因債務人一人為給付，他債務人即同免其責任之債務（最高法院 98 年台上字第 2779 號判決參照），準此而言，甲起訴主張承租人丙應依債務不履行之規範、盜挖砂石之丁應依侵權行為之規範，分別對其負損害賠償責任 250 萬元，其中一人為給付時，另一人於其給付範圍內免除責任，核其性質，丙丁之間自屬『不真正連帶債務人』之情形。

2. 不真正連帶債務人丙丁間訴訟法上之關係：

（1）丙丁間實體法上並無合一確定之情形

蓋依原告甲起訴時所為之訴訟標的法律關係主張，對丙係主張『債務不履行之損害賠償請求權』，對丁係主張『侵權行為之損害賠償請求權』，兩者實體法上之請求權各異，為不同之訴訟標的法律關係，並無訴訟標的合一確定之情形。且不真正連帶債務之數債務人雖具同一目的，對債權人各負全部給付之義務，然各債務人所負債務各有不同發生之原因，僅因相關之法律關係發生法律競合所致，債務人



相互間，並無所謂應分擔部分，故在法律上並無必須合一確定之情形（最高法院 90 年台抗字第 246 號裁定參照）。

(2) 丙丁間亦無訴訟法上合一確定之情形

蓋命不真正連帶債務人給付金錢之訴訟，性質上為給付之訴，其判決之效力並無類似形成判決之對世效，雖實務上曾有少數見解認為不真正連帶債務之法律關係，可類推適用連帶債務之相關規定，並將民法 275 條之規定解釋為判決效力擴張之規範，而屬『判決效力有合一確定』之情形，惟上開見解並未被通說所採，因此，解釋上仍應認為不真正連帶債務人間可為相歧異之判決，不必為同勝同敗之裁判。

(3) 小結

丙丁間既無合一確定之必要，其成為共同被告時，僅為普通共同訴訟。

(二) 丙丁既為普通共同訴訟人，則題示情形之解答分述如下

1. 一審法院就丙丁聲請續行訴訟之處理：

(1) 法院應就丙之訴訟續行審理，不必就其聲請另為準駁之裁定：

蓋依民事訴訟法 190 條之規定，丙既於四個月之法定期間內依法表明續行訴訟，則其聲請續行訴訟自屬適法，而聲請續行訴訟合法者，依現行實務慣例，訴訟程序即當然回復進行，法院僅需續訂開庭期日通知兩造當事人即可，不必另為許可續行之裁定。

(2) 法院應裁定駁回丁續行訴訟之聲請：

丙丁間既為普通共同訴訟人之關係，則依民事訴訟法 55 條『普通共同訴訟人獨立原則』之規範，丙聲請續行訴訟之效力不及於丁，丁於四個月又十日後始單獨聲請續行訴訟，已逾越民事訴訟法 190 條所定四個月期間，原告甲對丁之訴訟已發生『視為撤回起訴』之效果，訴訟係屬既已消滅，法院自應以丁續行訴訟之聲請不合法為由，裁定駁回其聲請（最高法院 92 年台抗字 216 號裁定參照）。

2. 法院應准許原告之請求，就丙之訴訟先為一造辯論判決：

(1) 依民事訴訟法第 385 條第 1 項規定：『言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決；不到場之當事人經再次通知而仍不到場者，並得依職權由一造辯論而為判決』；題示情形中，丙既已受合法通知而無正當理由未到庭，且亦無民事訴訟法 386 條不得為一造辯論判決之情形，則徵諸丙丁間本為『普通共同訴訟人』之關係，法院若對丙先為一造辯論判決者，亦不違反民事訴訟法 55 條之規定，故法院自應准許原告之請求，就丙之訴訟先為一造辯論判決。

(2) 附帶一提者，丙雖未提出任何書狀否認原告甲之請求，惟因共同被告丁已主張係經甲之同意挖取砂石，此項事實證據之提出，係屬有利於丙之主張，依普通共同訴訟人間『主張共通原則』、『證據共通原則』之法理，法院對丙為一造辯論判決時，仍應斟酌此項有利於丙之事實作為判決基礎，乃屬當然。

3. 丁之部分應於上訴期間屆滿時先行確定：

丙丁間既為普通共同訴訟人之關係，則依前開民事訴訟法 55 條『普通共同訴訟人獨立原則』之規範，其中一人上訴，效力不及於他人，故僅丙於法定期間內聲明上訴者，上訴之效力僅及於丙而不及於丁，故一審判決命丁給付之部分，應於上訴期間屆滿後先行確定。

二、甲男與乙女於民國九十七年間結婚後，感情不睦，乙女乃提出結婚時以其名義向丁女購置之某處房地買賣契約書（內載有丁女住址），主張其父丙男於其結婚時，除贈與該房地外，另贈與新台幣（下同）二百萬元為妝奩，竟遭甲男竊用未還，因向管轄之地方法院訴請甲男返還該款。該院審判長於言詞辯論期日，問甲男：「二百萬元係妝奩，遭你竊用未還？」甲男答：「該款固為妝奩，但於乙女購置房地時，即將該款轉匯丁女銀行帳戶以支付價金尾款」，且提出甲男匯款予丁女之銀行轉匯單為證，乙女當庭否認其事，甲男亦未聲明其他證據，兩造復稱引用以前之證據及陳述，別無其他主張及舉證，審判長即就調查證據之結果曉諭兩造辯論後，諭知辯論終結及定期宣判。試答下列各問題，並請說明其理由。（25 分）

(一) 地方法院以「金錢交付之原因多端，或為借款之償還，或因贈與而支付，不一而足，以甲男將該二百萬元轉匯入丁女銀行帳戶之外觀事實，是否即為買賣價金之交付？尚待舉證，甲男未舉證以實其說」等由，認甲男抗辯，不足憑採，判令甲男給付乙女二百萬元，是否合法？為充實審判內容，該院審判長在訴訟指揮上有無應改進之處？該審判長可否逕依職權通知證



人丁女訊問而為判決？

- (二)倘丙男於上開事件訴訟繫屬中，為輔助乙女起見，依民事訴訟法第 58 條第 1 項規定為訴訟參加，而未撤回其參加，亦未受法院駁回其參加之確定裁定。嗣丙男於甲男提起上訴後，未續為訴訟參加時，第二審法院應否通知其到場辯論？丙男於該審得否為乙女而將原訴變更或追加新訴？

命題意旨	本題第一小題，在測驗考生對自認與否認區別之敏銳度，亦一併觸及舉證責任與闡明權間之關聯性，應就事證提出之責任與自認、闡明權間之關係逐一論述。而第二小題則係測驗訴訟參加之概念，與參加人之權限等相關問題。
答題關鍵	
高分閱讀	1.沈台大，上課講義第三回，P.24~27；第四回，P.20~22，P.28、29。 2.沈台大，上課講義第二回，P.43~45。

【擬答】

(一)1.舉證責任之分配：

本題原告乙主張被告甲竊用丙男贈與原告之妝奩，訴請被告甲返還該款新台幣（下同）200 萬元。就原告乙主張甲應返還該款之審判對象範圍下，有關「甲竊用妝奩款項」之事實，乃屬權利發生要件事實，應由主張該權利存在之人——即原告乙，負舉證責任。

2.自認之效力：

題示中，被告甲主張「該款固為妝奩，但於乙女購地時即將該款轉匯丁帳戶以支付價金尾款」，即就原告主張「甲竊用妝奩款項」之主要事實予以承認，構成附限制自認，依民事訴訟法（下同）第 279 條第 1 項之規定，原告乙毋庸就該事實舉證，法院應認定「甲竊用妝奩款項」之事實屬實。此際，如被告主張該筆款項已返還，即應就「已返還妝奩款項」之事實負舉證責任。

3.法院之闡明義務：

惟被告甲僅提出匯款單證明款項匯入丁女帳戶，該書證僅屬間接證據，而未足資直接證明已返還款項，審判長應依同法第 199 條規定行使闡明權，將被告甲無法使法院就還款事實達成確信之心證公開，敦促被告甲當再提出其他事證，證明已返還款項之事實存在。如審判長闡明，後被告仍無法舉證以實其說，如有必要，得依同法第 288 條規定，依職權通知證人丁而為訊問。

4.反之，如審判長未依第 199 條行使闡明權，即遽以被告無法證明該 200 萬元匯入丁帳戶之原因判決被告敗訴，乃判決違背法令，如足以影響判決結果，於判決確定前，依第 468 條得為上訴第三審之事由，於判決確定後，亦得依第 496 條一項一款提起再審之訴，以資救濟。

(二)1.丙為輔助原告乙參加訴訟後，第二審法院仍應通知丙到場辯論：

(1)參加人丙於第一審已為參加，未撤回其參加，亦未受法院駁回其參加之確定裁定者，如於被告甲上訴後未續為參加，其第一審參加之效力仍為延續，蓋依同法第 63 條規定，參加人對於其所輔助之當事人，於後訴訟不得主張前訴訟之裁判不當。可見參加之效力，對於參加人與被參加人而言，均甚為嚴重，倘不許其第一審參加效力延續至上訴審，令其得於前訴訟程序終結前隨時回復救濟，難免有侵害參加人權益之虞。

(2)循此而論，既認丙於第一審之參加效力仍延續至第二審，則參加人丙亦屬第二審之訴訟關係人，依同法第 156 條規定，第二審法院審判長於指定期日後，法院書記官應作通知書通知參加人丙到場辯論，賦予公開辯論權。

2.參加人得否為其輔助之當事人將原訴變更或追加新訴：

按一般之參加人僅得為被參加人，依參加時之訴訟程度為輔助行為，不得為抵觸性之行為，此於同法第 61 條定有明文。而訴之變更或追加均已逾原訴訟之範圍，乃專屬當事人所得為之處分行為，非輔助行為之範圍，故參加人不得為之。

三、甲向乙購買筆記型電腦五十台，每台新台幣（下同）三萬元，總計貨款一百五十萬元：(25 分)

- (一)原告甲起訴主張已解除契約，先位聲明求為命被告乙返還價金一百五十萬元；如認解約不合法，本於買賣契約關係，備位聲明求為命乙交付筆記型電腦五十台，第一審就甲先位之訴部分，判決命乙給付甲價金一百五十萬元，並駁回甲備位之訴，僅乙就先位之訴部分提起上訴，甲就備位敗訴部分未提起上訴或附帶上訴，第二審應如何審理裁判？



- (二)原告甲本於買賣契約，聲明求為命被告乙給付筆記型電腦五十台，乙則抗辯兩造已合意解除系爭買賣契約，甲乃以請求給付筆記型電腦為先位聲明，並追加依不當得利法律關係，備位聲明請求乙返還價金一百五十萬元，法院審理後認兩造於買賣契約成立後，僅就其中二十台分合意解除，乃就先位之訴部分命乙應給付三十台筆記型電腦，並駁回甲其餘先位之訴，法院就甲備位之訴部分應否裁判？

命題意旨	預備合併之定義、審理原則及上訴審之特殊解釋論（上訴不可分、附隨一體性等理論）。
答題關鍵	本題係最典型之『實務見解記憶型』考題，考生除須就預備合併上訴二審時之一般原理原則（學說見解）有所概念外，尚須就衍生之實務見解有所瞭解後，始能完整回答本題。
高分閱讀	1.楊建華，〈預備訴之合併先位之訴一部無理由時之裁判〉，《民事訴訟法問題研析（一）》。 2.楊建華，〈預備合併之第二審上訴〉，《民事訴訟法問題研析（一）》。 3.許律師，《民事訴訟法（上）》，第9-47頁至9-51頁。

【擬答】

(一)二審法院應只得就先位聲明為審理，不得就備位聲明為審判：

1.預備合併之審理原則

題示情形中，原告以一訴就相互排斥不能並存之兩請求，排列審判順序，以先位請求無理由時，始請求法院就備位請求加以審判之型態，學理上稱為『預備合併』；而預備合併之類型中，若法院已認原告先位請求有理由（勝訴）者，則無庸就備位請求加以審理判決，否則法院之判決即屬錯誤。

2.一審法院認先位之訴有理由而為原告勝訴之判決後，卻又同時對備位請求審理並駁回原告之訴者，僅被對原告先位請求提起上訴，然原告未對備位請求聲明不服者，二審法院應如何處理：

對此等有瑕疵之一審判決，二審法院應如何處理，學說實務上有不同見解，分述如下：

(1)二審法院僅得審理先位請求之部分（實務見解）：

依最高法院65年第4次民事庭總會及72年第8次民事庭總會決議之見解：『第一審就原告先位聲明為其勝訴之判決，並將其備位聲明之請求予以駁回，關於後者，將不須裁判者加以裁判，固屬錯誤，惟對於第一審判決只由被告提起上訴，第二審法院應僅就先位聲明審理裁判，關於備位聲明之第一審判決，原告如未提起上訴或附帶上訴，第二審法院不得予以審理裁判』。

(2)二法院仍得就備位請求部分一併審理：

預備訴之合併，先位聲明有理由時，則無庸審究備位聲明，更不應在判決中駁回備位聲明之請求，第一審法院若誤將備位聲明之請求予以駁回，此部分之判決，原屬多餘。為符合預備合併之基本類型定義，應認一審判決屬全部判決，就其中一部分之請求經合法上訴時，依『上訴不可分』之理論，該訴訟事件全部生移審之效果，且第二審如認第一審判決為不當（即認先位聲明無理由）者，可逕對備位聲明予以審判，無待原告之上訴，此即『附隨一體性』之理論。

(3)以上兩說各有所據，實務見解著重於『禁止訴外裁判』之精神，故強調未經當事人聲明不服之部分，法院即不得加以審判，否則即屬違背處分權主義之原則；學說上見解則強調為維持預備合併之基本架構，應就預備合併之第二審上訴採用『上訴不可分』及『附隨一體性』之理論以資救濟，以理論上而言，似以後說見解較為可採，惟在實務見解未變更前，仍應以前說做為審理時應依循之準則。

(二)二審法院仍應就甲之備位請求加以裁判

1.按預備合併之訴先位請求若全部無理由者，法院應就備位請求加以審理，法理上毫無疑義，惟若先位請求僅一部分無理由被駁回者，法院是否仍應就備位請求加以審理？對此問題，學說上認為應以原告先位請求之訴訟標的法律關係與訴之聲明為斷，易言之，若先位請求部分否定之結果，無礙於備位請求訴訟標的法律關係之成立者，則法院仍應就備位請求加以審理判決；反之，若先位請求部分否定之結果，將使備位請求之訴訟標的法律關係完全無法成立者，則法院不得就備位請求加以審理判決，以免產生矛盾之現象，合先敘明之。

2.準此而言，題示情形中，原告先位請求為『給付筆記型電腦50台』，備位請求為『解除契約後依不當得利要求返還50台電腦之價金150萬元』，細究先、備位請求之訴訟標的法律關係而言，先位請求係以『買賣契約不解除』為前提所主張之『買賣契約請求權』，而系爭買賣契約之標的（筆記型電腦）性質上並非不可分之給付，若僅部分未解除者，僅該未解除部分之電腦買賣契約有效，出賣人仍應依約給付買賣標的物而已，其他已解除部分之效力則完全不受影響，該已解除之部分可評價為單獨失其效力需負不當得利返還價金之義務而已，因此，先位請求一部份無理由者（即買賣契約有一部份已解除），並不影響備位請求



法律關係（已解除部分之不當得利返還請求權）之成立，兩者間並無相互矛盾不能加以獨立審理之關係，故法院仍應就備位請求之不當得利法律關係加以審理而為判決。

3. 附帶一提者，法院就備位請求為判決時，僅得就已解除之 20 台電腦之價金（共計 60 萬元）判命被告依不當得利之關係返還，而不得命被告返還全部之 150 萬元價金，故法院針對原告所主張之備位請求，仍應於判決主文中為一部勝訴（60 萬元部分），一部敗訴駁回（90 萬元）之諭知，乃屬當然。

四、甲女於民國九十四年七月未婚生子乙，戶籍設台北市信義區，因乙父不詳，甲又失業經濟情形不佳，無力撫養乙，經相關機關轉介，有荷蘭籍夫妻丙、丁願意跨國收養，甲乃以法定代理人身分代乙與專程由荷蘭來台之丙、丁夫妻在台北市信義區簽立書面收養契約書，並經台灣台北地方法院（下稱台北地院）於九十七年十二月五日裁定認可收養確定。嗣甲反悔不願將乙交付丙、丁帶往荷蘭生活，乃於九十八年二月以丙、丁為被告，向台北地院起訴，主張丙、丁經濟狀況不佳，且乙不願與母親分離，依民法第 1081 條第 1 項第 4 款本件收養有其他重大事由難以維持收養關係，訴請終止乙與丙、丁之收養關係；並以已提起終止收養關係之訴為由，聲請假處分，經台北地院裁定，於兩造間收養關係訴訟確定前，有關對於乙權利義務之行使或負擔，暫由甲任之。試問：（25 分）

（一）台北地院就本件終止收養關係之訴有無管轄權？

（二）甲提起本件終止收養關係之訴，以丙、丁為被告是否適格，乙應否為共同被告？乙有無訴訟能力，若無訴訟能力，應由何人代為訴訟行為？

命題意旨	本題在測驗考生就終止收養關係之訴之管轄法院、當事人適格與訴訟能力之判定與法條之適用。宜
答題關鍵	援引具體條號，層次分明逐一作答即可。
高分閱讀	沈台大，上課講義第一回，P.37；第六回，P.54~61。

【擬答】

（一）台北地院就本訴訟應有管轄權：

1. 國際審判管轄權與管轄法院之判定：

（1）本題為原告甲主張收養人丙、丁經濟狀況不佳，且被收養人乙不願與母親分離，訴請終止乙與丙、丁之收養關係，茲因收養人丙、丁為荷蘭籍，本案屬涉外案件，於判定管轄法院前，須先探討國際審判管轄權之歸屬。依目前實務採用之「逆推知說」，應先視內國民事訴訟法有無管轄之規定可資適用，如內國法院具有管轄權，則逆推知該內國具有國際審判管轄權。

（2）題示情形，雖依我國民事訴訟法第 583 條規定，終止收養關係之訴，專屬養父母住所地之法院管轄。惟依同法第 588 條準用第 568 條第三項規定，養父母在中華民國無住所者，定管轄之法院者，由中央政府所在地之法院管轄之。職是，依我國民事訴訟法之規定，本訴訟專屬台北地院管轄，由此可逆推我國法院就本訴訟亦有國際審判管轄權。2. 聲請假處分之管轄法院：

本件乃就身分上爭執之法律關係，為暫定狀態之假處分，依同法第 538 條之四、第 533 條、第 524 條規定，並參酌前述本件訴訟管轄法院之判定，台北地方法院就本件假處分之聲請，亦有管轄權，併予敘明。

（二）1. 本件訴訟之當事人適格：

終止收養關係之訴，依我國民事訴訟法第 588 條準用第 569 條第二項規定，由第三人起訴者，應以收養人與被收養人為共同被告，當事人始具適格。如原告甲僅以丙、丁為共同被告，屬當事人不適格，法院應依同法第 249 條第二項，判決駁回之。如法院未察逕為本案判決，自屬無效判決，亦得以上訴或再審之訴救濟之。

2. 被告乙有無訴訟能力：

（1）依同法第 584 條規定，終止收養關係之訴，養子女雖不能獨立以法律行為負義務者，亦有訴訟能力。此係為貫徹身分訴訟探求當事人本意之立法意旨所設之規定，故被告乙應具有訴訟能力。

（2）惟本題被告乙於起訴時年僅約四歲，為貫徹保障未成年子女之立法意旨，受訴法院之審判長得依同法第 585 條第一項規定，依職權選任律師為其訴訟代理人，代理被告乙為訴訟行為，俾強化被告乙之訴訟實力。且該選任訴訟代理人之裁定，並應送達於該訴訟代理人。



《民事訴訟法》

一、設甲建商興建，為 A、B、C、D 等 100 人購買之「博士的家」，嗣因建物結構有重大瑕疵，於九二一地震時，房屋倒塌，致住戶 43 人死亡。請就我國現行多數當事人訴訟制度，論述於該「博士的家」倒塌案，其受害當事人應如何依法提起訴訟，始為適格當事人？（25 分）

命題意旨	測驗考生對多數當事人使用訴訟制度之理解。
答題關鍵	1.共同訴訟。 2.選定當事人制度。
高分閱讀	沈台大，民事訴訟法講義第二回，2009 年 7 月新版，頁 11 以下。

【擬答】

甲建商瑕疵興建「博士的家」於九二一地震中倒塌，致使 A、B、C、D.....等 100 位受害，於民事訴訟有以下之提訴方式：

(一)共同訴訟之提起：

A、B、C、D.....等 100 位受害者，係於九二一大地震中，因甲建商之建築結構有重大瑕疵，致房屋倒塌造成財產上與非財產上之損害，該 100 位受害者得否提起共同訴訟，須視有無符合民事訴訟法上之要件而定：

1.程序要件：

(1)受訴法院就該數訴須有管轄權：

本題應係主張民法第 184 條侵權行為之損害賠償責任，依民事訴訟法第 15 條第一項規定，侵權行為之地方法法院具有管轄權，故本案數訴均得由「博士的家」所在地之地方法院管轄。

(2)須得行同種訴訟程序：

本案均屬財產事件，其金額或價額亦得依同法第 77 條之 2 合併計算，均得行通常訴訟程序無疑。

(3)須無法律禁止合併之規定：

題示非禁止合併之撤銷死亡宣告或撤銷監護宣告之訴，得為主觀合併。

2.實體要件：

本案之訴訟標的為 100 人對被告甲建商之民法第 184 條侵權行為損害賠償請求權，該等權利係源於同次損害原因事實，故得依同法第 53 條第二款提起共同訴訟。

3.小結：

題示情形，該 100 位受害者得居於形式當事人之地位，一併利用同一程序提起共同訴訟，以避免分散起訴所致之程序上不利與司法資源之耗費。

(二)選定當事人與公告曉示制度之利用：

1.本題得否利用選定當事人制度起訴，須依同法第 41 條檢視要件是否具備：

(1)多數有共同利益之人：承前所述，本題 100 位受害者符合同法第 53 條第二款情形，依實務見解即屬具共同利益之多數人。

(2)須不屬非法人團體：本題 100 位受害者，無另行組織之團體與獨立財產，不具備非法人團體之要件。

(3)須由共同利益人中選定一人或數人為選定人及被選定人全體起訴：得由 100 位受害者中選定一人或數人擔任形式當事人，為其他受害者實施訴訟。

以上選定當事人之要件均屬符合，得循選定當事人制度實施訴訟，與共同訴訟相較之下，期能更簡化訴訟，以利訴訟經濟。

2.如 100 位受害者中先由部分使用選定當事人制度起訴時，亦得依同法第 44 條之 2 利用公告曉示制度擴大紛爭解決之一回性，即經由法院公告同次受害者已起訴之事實，依同條第一項併案請求制度，或同條第五項併案審理制度，使其餘未起訴之受害者得利用同一程序一併解決紛爭，更能發揮訴訟經濟之實益。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

二、何謂「推定」？其種類有幾？各類「推定」其主要區別點何在？試分別簡答之，並就各該類推定各舉一例。(25 分)

命題意旨	平心而論，本題並不難，僅為基本概念之分析，但通常越基本的概念同學越容易疏忽，以致於國家考試當中碰到這麼單純的題目，反而使得同學有遭受突襲之感。
答題關鍵	就題目所問的「意義」、「種類」、「區別」等一一論述，並舉例說明即可，答題架構上應沒有太大問題，只是「推定」涉及「舉證責任適用」的問題，在用語上同學宜小心認定。
高分閱讀	侯台大上課講義第四回，P.68-p69、P.91。

【擬答】

- (一)所謂「推定」，係指因有某事實存在，依一般情事，推測當事人的意思，認為有另一事實存在。當事人如無其他證據得證明其為不實者，就該推定事實即無庸舉證，如有其他證據得證明其為不實，則該推定事實喪失其效力。「推定」係為避免舉證困難而設，與為保護社會公益而設之「視為」規定有所不同，「推定」並無「擬制」之效力，因此若事實與所推定的不同時，自得以利害關係人提出其他證據加以推翻該經推定之事實。
- (二)而民事訴訟法（下稱本法）即設有若干「推定」之規定，下就不同「推定」之內涵及適用案例，爰分別論述之：

1. 事實上之推定

- (1)依本法第 282 條規定：「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」該推定之意涵係指法院依已證明之間接事實，根據經驗法則推理、認定主要事實之過程，亦即法官自由心證之過程，不生舉證責任轉換（或有學者謂舉證必要性之移轉）之功能，對造若欲推翻該事實上推定，僅須以「反證」方式動搖原告之證據或主張之事實即可。
- (2)例如，祭祀公業管理人雖以選任派下員擔任為原則，但於有特殊情形時亦得選任非派下之人員擔任，即難謂無非派下而擔任管理人之情事存在，是公業管理人與公業派下員間無必然互為因果之關係，從而能否僅憑甲為祭祀公業之管理人一事，即推定彼等當然為該公業之派下員，尚非無疑。因此，本條所謂之「推定」仍應本於法院之自由心證，應用經驗定則而為之，倘已明瞭之事實，與應證事實間，互無因果，亦無主從或互不相容之關係時，自不得為此項事實之推定（最高法院 76 年台上字第 728 號判例參照）。

2. 法律上之事實推定

- (1)依本法第 281 條規定：「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」因此，本條係指當要件事實有待證明時，法律上有規定較易證明之個別事實（前提事實），若證明該前提事實者，則法律上賦予其等於推定該「待證事實」存在之效力。亦即若當事人證明了該前提事實，則因法律上推定之規定，取代法官之自由心證而使待證事實（推定事實）亦被推定。此時該事實之舉證責任，則會因此轉而由他造負擔。因此，舉證責任會產生減輕或轉換之效果（或有學者謂舉證必要性之移轉）。
- (2)例如，依民法第 944 條第 2 項規定：「經證明前後兩時為占有者，推定前後兩時之間，繼續占有。」此時，當事人如已就「前後兩時為占有」之事實為證明，法律便直接推定符合「繼續占有」之要件事實存在，對造如欲否認，即須由其舉證推翻。
- (3)另就本法第 355 條及第 358 條「推定為真正」之規定，學者有謂並非此處所指之「法律上之事實推定」，該「推定為真正」之規定僅係對於法院在文書成立之認定上的自由心證拘束，並不造成舉證責任之移轉，其性質應屬「法定證據主義」，宜一併敘明。

3. 法律上之權利推定

- (1)係指透過法律規定，當該前提事實獲得證明時，並不推定其他事實，而是直接推定「權利」狀態存在之情形。此種「推定」已經直接代替法院適用法律之結果，故無關於事實認定（即舉證責任分配）之問題。
- (2)例如，依民法第 943 條規定：「占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利」因此，當事人如已就「占有該土地而行使所有權」之事實為證明，則依該條文規定應推定其適法有「所有權」，除對造舉出反證推翻，當事人即無庸舉證。（最高法院 29 年上字第 378 號判例參照）



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

(三)由上述論述可知，上開不同「推定」規定之間，最主要之區別在於「舉證責任」認定之問題，亦即「事實上之推定」和「法律上之事實推定」兩者間最主要之區別在於「是否產生舉證責任減輕或轉換之效果，亦或僅為法官自由心證之過程」；而「法律上之事實推定」和「法律上之權利推定」兩者間則係推定結果之不同，如為「法律上之事實推定」係推定「要件事實」存在，然而如為「法律上之權利推定」則係直接推定「權利」狀態存在。

三、甲於民國 96 年 1 月 1 日死亡，問：

(一)如甲遺有土地一筆，經甲之繼承人乙、丙訴請法院判決分割確定後，丁主張其為甲婚外情所生子女，且提出甲生前按月撫育事實之證據資料，以乙、丙為被告，起訴請求法院判決分割該筆土地。受訴法院應如何處理？（13 分）

(二)如甲遺有債務 200 萬元，債權人戊先以乙為被告，訴請乙清償，但經法院以該債務業經乙全數清償而消滅為由，判決戊敗訴確定。嗣後，戊復以丙為被告，訴請丙清償。於該訴訟中，戊隱匿前述乙、戊確定判決之事實，而丙則表明乙亦應繼承系爭債務。乙、戊之前訴訟確定判決對丙之效力為何？受訴法院就戊、丙之訴訟，應如何審理及判決？（12 分）

命題意旨	第一小題在測驗考生對當事人適格相關概念之運用；第二小題測驗考生就連帶債務人間確定判決之效力是否理解。
答題關鍵	第一小題：當事人適格之判斷與違反之處理。 第二小題：民法第 275 條之適用與爭議問題分析。
高分閱讀	沈台大，民事訴訟法講義第二回，2009 年 7 月新版，頁 8 以下。

【擬答】

(一)設丁主張其為甲撫育之非婚生子女屬實，依民法第 1065 條之規定，非婚生子女經生父撫育者，視為認領；非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。故丁即視為甲之婚生子女，就甲遺有之該筆土地，丁與乙、丙即屬共同共有人，先予敘明。

1.前訴訟判決之效力：

(1)分割訴訟之當事人適格：

所謂當事人適格，係於具體案件中得否為當事人之資格，原則上應依個案之訴訟標的而為判定。本題乃分割共有物之訴，應以主張分割之共有人為原告，其餘共有人均列為被告，必全體共有人均任當事人，方具當事人適格。惟題示情形，乙、丙、丁既為共同共有人，自應均列為當事人始具適格，然前訴訟僅乙、丙實施訴訟，即當事人不適格。

(2)當事人不適格之處理：

按當事人不適格者，前訴受訴法院本應以民事訴訟法第 249 條第二項判決駁回之，而前訴訟法院誤下本案判決而確定時，亦屬無效判決，僅有形式確定力，不生實質確定力，當事人得循再審之訴以資救濟。

2.後訴訟法院之審理：

(1)後訴起訴合法：

承前，前訴訟既屬無效判決，縱經確定亦不生任何既判力，故丁再以乙、丙為被告提起之後訴合法，不違反確定判決之一事不再理。

(2)後訴法院之處理：

後訴訟既屬合法且具當事人適格，受訴法院應依物之經濟效用裁量酌定分割方法。惟因前訴訟判決仍具判決之外觀，為免紛爭複雜化，受訴法院宜闡明使乙、丙就前訴訟提起再審之訴，以杜爭議。

(二)按民法第 1153 條明定，繼承人對於被繼承人之債務，負連帶責任。是則乙、丙為甲之繼承人，乙、丙就甲之債務應負連帶責任。

1.對連帶債務人中一人起訴之判決效力：

前訴訟債權人戊以連帶債務人之一之乙為被告，訴請給付新台幣二百萬元，法院以乙已清償為由，判決駁回戊之前訴訟，因乙之清償屬具消滅全體債務之絕對效力（民法第 274 條參照），故此判決非基於乙個人關係所為，且對丙係屬有利，依民法第 275 條規定，該確定判決對丙亦有效力。

2.惟民法第 275 條所謂「確定判決之效力」，究係指何種效力，有以下二說爭議：



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

(1)既判力擴張說：

民法第 275 條所謂「確定判決之效力」，應係指一般確定判決所生之效力——即確定判決之「既判力」，依此說則民法第 275 條係為民事訴訟法確定判決效力之特別規定，此為現行實務與學界通說所採。循此而論，既戊、乙之前訴訟確定判決既判力及於丙，則戊、丙之後訴訟即屬違反確定判決後之一事不再理原則，後訴受訴法院應依民事訴訟法第 249 條第一項第七款裁定駁回之。

(2)反射效力說：

此說認為確定判決之既判力應以民事訴訟法之規定為限，民法第 275 條所謂「確定判決之效力」，應非指訴訟法上之既判力，僅生實體法上反射效抗辯之效力而已，故後訴訟不違反一事不再理原則而屬合法，然丙於後訴訟得持戊、乙之前訴訟判決，並使用民法第 275 條規定，援為後訴訟之抗辯，是則，後訴法院僅得為駁回戊之訴之敗訴判決。

(3)管見：

民法第 275 條應為民事訴訟法確定判決效力之特別規定，所謂「確定判決之效力」應指確定判決之既判力為是，受訴法院應依民事訴訟法第 249 條第一項第七款，裁定駁回戊、乙之後訴訟。

四、甲男以乙女為被告提起結婚無效之訴，甲男獲得勝訴之確定判決。該判決對甲男與乙女所生之丙男有何影響？丙男應以何種方法尋求救濟？（25 分）

命題意旨	本題測驗考生對婚姻事件確定判決之效力與親子關係事件之訴訟是否理解。
答題關鍵	1.婚姻事件確定判決之效力（民事訴訟法第 582 條）。 2.非婚生子女之認領相關訴訟。
高分閱讀	沈台大，民事訴訟法講義第六回，2009 年 7 月新版。

【擬答】

(一)婚姻無效之訴之確定判決效力：

- 1.甲男以乙女為被告提起婚姻無效之訴，甲男獲得勝訴之確定判決，依民事訴訟法第 582 條規定，該判決對於第三人亦有效力，即賦予婚姻無效訴訟之確定判決具「對世效」，期能藉此使婚姻訴訟之身分關係獲得永久安定，以免危害身分之公益性。
- 2.職是，甲男以乙女為被告提起婚姻無效之訴之確定判決，對甲男與乙女所生之丙男亦有效力，且此無效係屬自始、當然、確定之無效，丙男即為甲男、乙女之非婚生子女。

(二)丙男之救濟方法：

丙男既為甲男、乙女之非婚生子女，其救濟方法，應視其是否經生父甲男認領而異：

1.未經生父甲男認領或撫育時：

如非婚生子女丙男未經生父甲男認領或撫育，丙男得依民事訴訟法第 589 條規定，對生父甲男提起請求認領子女之訴，該訴訟原告勝訴確定後，丙男與甲男即具法律上之父子關係，且此判決依民事訴訟法第 596 條準用第 582 條具對世效，以助身分關係之恆久安定。

2.生父甲男已認領或撫育時：

倘丙男已經生父甲男認領，或經甲男撫育視為認領後，則甲男與丙男已具法律上之父子關係，惟如丙男身分嗣後為甲男否認，應認丙男對甲男具確認之訴之確認利益，丙男得對甲男提起「確認父子關係存在之訴」，並準用民事訴訟法親子關係事件之相關規定，該勝訴確定判決亦具對世效。



《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。

《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 年北大大民法法組試題精解（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。

《民事訴訟法》

命題意旨	本題主要在測驗同學對於當事人能力與當事人適格之問題。
答題關鍵	本題為基本題型，參酌實務見解鋪陳即可。
高分閱讀	1.法學圖說系列－《民事訴訟法 I》，邱宇著。頁 13-1～13-16：當事人能力、當事人適格（相似度 70%） 2.重點整理系列－《民事訴訟法 I》，喬律師著。頁 2-39～2-58：當事人能力、當事人適格（相似度 70%） 3.錦囊系列－《民事訴訟法 I》，林俐、邱宇著。頁 3-11～3-25：當事人能力（相似度 90%）；頁 3-30～3-39：當事人適格（相似度 70%） 4.學說精要系列－《民事訴訟法(上)》，許律師著。頁 3-8～3-11：當事人能力（相似度 90%）；頁 3-27～3-39：當事人適格（相似度 75%）

一、張三向設於台北之大明機械股份有限公司總公司及其高雄分公司各購買機械一批，均未付款，因張三居住高雄，乃由大明機械股份有限公司高雄分公司向高雄地方法院起訴，請求張三給付積欠總公司及高雄分公司之貨款予原告，試附理由回答下列問題：

- (一)大明機械股份有限公司高雄分公司就本件訴訟有無當事人能力？（15 分）
(二)就本件訴訟有無當事人不適格之問題？（10 分）

【擬答】

一、大明機械股份有限公司高雄分公司有無當事人能力之判斷：

- (一)所謂「當事人能力」，係指一般得為民事訴訟當事人之資格，即為民事訴訟當事人而起訴或受訴之能力，此項能力之有無，專依當事人本身之屬性定之。當事人能力之判斷，依民事訴訟法（下稱本法）第四十條之規定，原則上係以民法上權利能力之有無為判斷標準，例外於同條第三項之非法人團體亦承認其當事人能力。
(二)按大明機械股份有限公司（下稱大明機械公司）於性質上為一法人，依法人實在說承認其有權利能力，故依前述規定亦具有訴訟法上之當事人能力。
(三)惟題示情形，係以大明機械公司高雄分公司為原告對張三起訴，然分公司是否具無當事人能力不免有所疑義。依最高法院 66 年台上字第 3470 號判例，分公司為受本公司管轄之分支機構，並無獨立之財產，為謀訴訟上便利，從寬認分公司就其業務範圍內之事項涉訟，有當事人能力，但不能執此而謂關於分公司業務範圍內之事項，不得以總公司名義起訴。
(四)故本題大明機械公司高雄分公司就其業務範圍內之事項涉訟始有當事人能力，就總公司部份之訴訟則無當事人能力，應以本法第二百四十九條第一項第三款裁定駁回本公司部分之訴訟。

二、本件訴訟有無當事人不適格之問題：

- (一)所謂「當事人適格」，係指當事人於具體訴訟中請求法院為本案判決之資格；此項權能之有無，應就具體訴訟之為訴訟標的之法律關係，審究當事人有無訴訟實施權。
(二)而大明機械公司高雄分公司就本訴訟有無當事人適格，依最高法院 85 年台上字第 499 號裁判，分公司就為訴訟標的之法律關係，是否有實施訴訟之權能，應以其訴訟事項是否為該分公司業務範圍定之，故法院於具體訴訟應就此事項為調查。如依原告之主張，其屬於該分公司業務範圍內之事項者，該分公司即有實施訴訟之權能，而為當事人適格。
(三)故本題大明機械公司高雄分公司就其業務範圍內之事項涉訟始有當事人適格，就總公司部份之訴訟則為當事人不適格。

二、乙向甲建商購買預售屋一戶（連同基地），嗣因房地產價格上漲，乙復將該戶預售屋連同基地轉賣予丙。嗣後甲完工，乙遲未向甲請求移轉登記，丙乃代位乙以甲為被告，訴請甲應將完工之房屋連同基地移轉所有權予乙。（25 分）

- (一)前開代位訴訟於第一審法院審理中，乙復以甲為被告，起訴請求甲應將上開預售屋連同基地移轉所有權予乙。法院對乙所提之訴訟應如何處理？
(二)丙所提起之代位訴訟，如經法院判決甲建商敗訴確定。法院對於乙所提起之訴訟應如何處理？
【請針對上開(一)(二)小題，分別就實務與學說見解分析討論之】

命題意旨	民法 242 條代位訴訟之性質及其衍生爭議
答題關鍵	1.代位訴訟之性質是否為法定訴訟擔當 2 代位訴訟之訴訟標的及當事人適格要件 3 法定訴訟擔當之類型中，應如何判斷當事人同一之標準 4 最高法院 67 年第 11 次民事庭總會決議之內容記憶
高分閱讀	1.重點整理系列－《民事訴訟法 I》，喬律師著。頁 2-62～2-66：法定訴訟擔當（相似度 75%） 2.學說精要系列－《民事訴訟法(上)》，許律師著。頁 3-56～3-59：代位訴訟（相似度 80%）；頁 3-90～3-97：法定訴訟擔當（相似度 80%）

【擬答】

一、法院之處理

題示情形中所涉之重要爭點為有關民法 242 條代位訴訟之性質及其訴訟標的法律關係為何，對此，實務及學說上有不同見解，分述如下：

(一)實務見解

- 1.最高法院 67 年第 11 次民事庭總會決議文前段認為，「甲起訴主張乙將某地應有部分出賣於丙，經丙將其轉賣於甲，由於丙怠於行使權利，因而代位訴求乙應將某地所有權之應有部分移轉登記於丙，於第二審言詞辯論期日前，丙復對乙提起上開土地所有權應有部分移轉之訴，似此情形，甲代位乙對丙提起之訴，與丙自己對乙提起之訴，並非同一之訴……（下略）」。
- 2.由上述實務見解可知，在題示情形中，最高法院認為債權人丙為原告對甲所提起之代位訴訟，與債務人乙自己成為原告對甲所提起之訴訟，並非同一之訴，細究其理由，所持之論點為
 - (1)債權人丙為原告對甲所提起之代位訴訟，其訴訟標的為債權人某丙之「代位權」本身，而債務人乙自己成為原告對甲所提起之訴中，其訴訟標的為債務人乙對於甲之買賣契約請求權，前後兩訴之訴訟標的不同。
 - (2)債權人丙為原告對甲所提起之代位訴訟，與債務人乙自己成為原告對甲所提起之訴，前後兩訴之形式當事人（即原告）亦不同。
- 3.小結
綜上所述，前後兩訴之訴訟標的及當事人既然均不相同，則乙所提起之後訴完全合法，並無違反民事訴訟法 253 條『訴訟中一事不再理』之規定，後訴法院應依一般通常事件程序審理之，不得以其訴不合法加以駁回。

(二)學說見解

就上開實務見解，學界多數說則有不同見解，通說認為

- 1.就前後兩訴之訴訟標的而言
民法 242 條之代位訴訟，其性質上為「法定訴訟擔當」之一種，亦即債權人丙係法定訴訟擔當人，其是否符合民法 242 條代位權之發生要件一事，僅為其是否對此項代位訴訟享有「當事人適格」之問題而已，故丙為原告所提起之前訴中，訴訟標的仍為乙對甲之買賣契約請求權，並非代位權，故前後兩訴之訴訟標的均同。
- 2.就前後兩訴之當事人而言
在法定擔當之型態中，通說見解認為前後兩訴僅須實質當事人相同者，則當事人皆從寬解為相同，以避免在同一實質當事人間之權利義務關係反覆訴訟，所可能造成之訴訟不經濟及裁判矛盾之弊害，故題示情形中，丙對甲之前訴及乙對丙之後訴，實質當事人均為乙甲，兩訴之當事人應屬相同。
- 3.就前後兩訴之訴之聲明而言
均為請求被告甲依買賣契約將上開預售屋之所有權及基地所有權移轉於乙。
- 4.小結
綜上所述，丙對甲之前訴及乙對甲之後訴，訴之三要素均相同，乙之後訴違反民事訴訟法 253 條『訴訟中一事不再理』之規定，後訴法院應依 249 條第 1 項第 7 款為由以其訴不合法加以駁回。

(三)管見以為

以上兩說，就民法 242 條代位訴訟之性質為『法定訴訟擔當』而言，應以後說為妥。

二、法院之處理

(一)實務見解

- 1.承前所述，乙對甲所提起之後訴既屬合法，則不因前訴法院判決債權人丙勝訴確定而受影響，後訴法院仍得續行審理乙對甲所提起之後訴。
- 2.且 67 年第 11 次民事庭總會決議文後段甚至進一步認為，『前後兩訴訟判決結果如屬相同而均為原告勝訴之判決者，債權人（即前訴訟之原告）可選擇兩個勝訴判決中其中之一加以執行，一判決經執行而達其目的時，他判決不再執行，兩訴訟之判決如有歧異，債權人亦可選擇其中勝訴之判決加以執行，執行後所得之利益均歸屬於債務人』。故乙對甲之後訴如法院亦認定乙勝訴確定後，債權人丙得任意選擇其中一個判決加以執行，若乙對甲之後訴法院認定乙敗訴確定後，債權人丙仍可選擇前訴中自己對甲之勝訴判決請求法院加以執行。

(二)學說見解

同前所述，多數見解均認為前後兩訴性質上既屬同一事件，則乙之後訴均應依 249 條第 1 項第 7 款為由以其訴不合法加以駁回，且不論前訴法院係判決原告丙勝訴或敗訴確定，依民事訴訟法 401 條第 2 項之規定，既判力均及於被

擔當訴訟之實質當事人乙。

(三)管見以爲

以上兩說，爲貫徹代位訴訟性質上爲法定訴訟擔當之原則，應以後說爲妥。

三、甲於民國 95 年 2 月 1 日向乙購買機器一部，約定貨款爲九萬元；又於同年月 8 日向乙購買機油二桶，約定貨款爲五萬元，共積欠乙貨款十四萬元。同年月 15 日乙催促甲支付所積欠貨款時，甲主張：乙交付之機器有瑕疵、機油之品質不佳，造成甲受損失共四十萬元云云，此項主張遭乙否認，以致雙方發生如何償付貨款及賠償損害之紛爭（下稱「本件紛爭」）。試敘明法理依據，解答下列問題：（25 分）

(一)本件紛爭之解決是否應先經法院調解？其相關規定之立法意旨為何？是否亦關涉司法院釋字第 591 號解釋所示「當事人應享有程序處分權及程序選擇權」之法理？

(二)相較於利用訴訟上和解程序，循調解程序解決本件紛爭，是否更能保護當事人之利益？其相關規定之立法意旨及法理基礎為何？

命題意旨	本題主要在測驗同學對於邱聯恭老師當事者權與法尋求說之理論是否理解。
答題關鍵	本題須就邱老師之特殊見解加以詳述。
高分閱讀	1.第 107 期法觀人考場特刊：民訴第 11 題：調解程序及其法理基礎（相似度 85%） 2.法學圖說系列－《民事訴訟法 I》，邱宇著。頁 8-2～8-12：調解程序之適用（相似度 80%） 3.重點整理系列－《民事訴訟法 II》，喬律師著。頁 12-4～12-47：調解程序及其法理基礎（相似度 90%）；頁 A-12～A-32：程序主體權及程序保障論（相似度 85%） 4.錦囊系列－《民事訴訟法 II》林俐、邱宇著。頁 6-6～6-13：調解程序及其法理基礎（相似度 85%） 5.學說精要系列－《民事訴訟法(上)》，許律師著。頁 1-14：程序選擇權（相似度 70%）；頁 9-1～9-12：調解程序（相似度 80%） 6.實例演習系列－《民事訴訟法》，陳律師著。頁 1-20～1-28：紛爭解決之機制（相似度 75%）；頁 5-3～5-19：調解程序（相似度 80%） 7.經典試題系列－《民事訴訟法》，林律師著。頁 1-25～1-31：程序選擇權（相似度 80%）

【擬答】

一、強制調解事件之相關問題：

按大法官解釋釋字第 591 號解釋文揭示，憲法第十六條所保障之訴訟權，旨在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利。民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化，爲期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有仲裁及其他非訴訟之機制。基於民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既爲私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有程序處分權及程序選擇權，於無礙公益之一定範圍內，得以合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。本解釋文頗值激賞，蓋與現今民事訴訟法主流之法尋求說所見相同，均致力於圖謀兼顧當事人之實體利益與程序利益，追求發現值得當事人信賴之真實，俾免突襲性裁判之產生。

復按民事訴訟法（下稱本法）第 403 條第 1 項明定強制調解事件，其中第 11 款規定財產權事件標的金額或價額在新台幣（下同）十萬元以下者屬之，探求本款之立法目的，乃冀求當事人就此等金額不大之案件得透過調解迅速解決紛爭，以貫徹費用相當性原理，期能儉省當事人與法院之勞力、時間及費用。題示情形本案金額爲十四萬元，雖已逾越該款之金額，惟基於前述大法官解釋釋字第 591 號之精神，仍應先循調解程序解決紛爭爲宜。

二、循調解程序解決紛爭更能保障當事人利益：

按訴訟上和解，係於起訴後透過當事人雙方自主的讓步合意以終結訴訟，與以民事確定判決解決紛爭之途相較而言，亦不失爲較符合程序主體權之紛爭解決方式，蓋其得以節省成立和解後之勞力、時間及費用，故民國 92 年之修正放寬和解成立之範圍，期能節省司法資源與符合當事人利益。惟若以訴訟上和解與調解程序相較，因調解程序係於起訴前爲之，不僅不需耗費當事人之裁判費與勞力、時間，亦更能減輕法院行政上與審理上之負擔，故循調解程序解決紛爭更能保障當事人利益。

四、甲女與乙男於民國 91 年 1 月 1 日結婚，92 年 1 月 1 日生子丙，乙因工作關係，僅於例假日回家，家中事務委由甲照料，然因二人聚少離多，對丙教養問題，亦常有不同觀點，感情日漸疏離，乙常以必須假日加班爲由不回家。92 年 9 月 1 日甲獲悉乙在外與丁女同居，並生子戊，至爲憤怒，乃於 93 年 1 月 1 日以乙爲被告，起訴請求與乙離婚，並定丙權利義務之行使及負擔由甲任之。嗣具狀追加主張乙於婚前曾以自行創業爲由向其借款六十萬元，迄今未還。又自從丙出生後，其支付託嬰、奶粉、學習鋼琴、安親班及其他丙生活上必須費用，每月至少二萬元，乙至少應負擔二分之一，爰一併請求乙返還上開借款及給付自丙出生後至成年爲止，每月一萬元之扶養費用等語。請問：

(一)就甲請求乙返還上開借款及給付費用？法院應依何種程序處理？（15 分）

(二)若乙於第一次期日前死亡，法院應如何處理？（10 分）

命題意旨	人事訴訟程序中有關訴之追加及訴訟視為終結之特別規定。
答題關鍵	1.民事訴訟法 572 條第 3 項之特別規定，考生僅須熟記條文內容即可。 2.民事訴訟法 572 條第 3 項中，有關子女扶養費用之請求，父母親是否係以「法定訴訟擔當人之身分」代替子女而為請求？ 3.民事訴訟法 580 條之特別規定，考生僅須熟記條文內容即可。
高分閱讀	1.重點整理系列－《民事訴訟法 I》，喬律師著。頁 4-59～4-65：訴訟程序之停止（相似度 75%）；頁 16-5～16-7：人事訴訟程序（相似度 70%） 2.錦囊系列－《民事訴訟法 I》，林俐、邱宇著。頁 4-85～4-88：訴訟程序之停止（相似度 70%） 3.學說精要系列－《民事訴訟法(上)》，許律師著。頁 5-49～61：訴訟程序之停止；《民事訴訟法(上)》，頁 17-16～17-39；頁 17-67～17-68（相似度 70%）。

【擬答】

一、法院應依循之程序

(一)返還借款之部分

1.某甲訴之追加為合法

依民事訴訟法 572 條第 3 項規定：『非婚姻事件之訴，以夫妻財產之分配分割，返還財物，給付家庭生活費用或贍養費或扶養之請求，或由訴之原因事實所生之損害賠償之請求為限，得與第一項之訴合併提起，或於第一審或第二審言詞辯論終結前，為訴之追加或提起反訴』，故甲妻先對乙夫所提起之裁判離婚訴訟，性質上雖屬 572 條第 1 項之婚姻事件，應適用人事訴訟程序，而其追加之返還財物請求，性質上雖非婚姻事件而僅屬於單純之財產權訴訟，惟衡諸上開民事訴訟法 572 條第 3 項之規定，其訴之追加仍屬合法，得任意為之，不受民事訴訟法 255 條之限制。

2.法院仍應依一般通常訴訟程序審理之

依民事訴訟法 572 條第 3 項之規定，非婚姻事件雖得任意與婚姻事件合併提起，或為訴之追加與反訴之提起，惟此僅係立法上基於紛爭解決一回性及避免裁判矛盾之考量下所為之便宜措施，非謂合併提起或為訴之追加後，該性質上非屬婚姻事件之財產權事件即已轉化為婚姻事件，故我國學界通說咸認為，依民事訴訟法 572 條第 3 項之規定將非婚姻事件與婚姻事件合併提起及訴之追加時，其審理之原則及適用之程序仍應回歸該事件之原始性質決定之，故法院針對返還借款之訴訟，因其性質上為財產權之訴，且亦不屬於民事訴訟法 427 條所列應適用簡易程序之事件，故法院應依通常訴訟程序之準則加以審理之。

(二)給付未成年子女丙扶養費用之部分

1.某甲訴之追加是否合法，學說上有不同見解：

(1)否定說

最高法院 29 年上字第 883 號判例曰：『上訴人之女縱令為被上訴人所生，應由被上訴人負擔扶養義務，亦僅其女有扶養請求權而已，上訴人不得以自己名義，依（舊）民事訴訟法 568 條第二項之規定（編按：即新法 572 條第 3 項），將該請求合併於上訴人與被上訴人間之裁判離婚訴訟中一併為主張』。準此而言，實務見解認為民訴 572 條第 3 項得合併請求之財產權事件，僅限於夫妻間相互之扶養費請求及其他財產主張為限，故有關子女扶養費用之請求，其實體法上之權利主體既非夫妻之一方，自不得依本項之規定為合併之主張。

(2)肯定說

晚近有力說則主張，上開實務見解純係依法條之文義解釋為出發，無法兼顧紛爭解決一回性及未成年子女利益保障之基本要求，故解釋上應認為父母得以『子女之法定訴訟擔當人』之地位，以自己之名義代替子女向他方配偶為子女扶養費之請求較為合理。

(3)管見以為

以上兩說各有所據，依紛爭解決一回性及未成年子女利益保障之基本原則而言，應以後說較為可採。

2.法院應依循一般通常訴訟程序審理之規定，並特別強化依非訟法理之準則審理之：

若依管見，採肯定說之立場立論者，則父母得以自己之名義成為法定訴訟擔當人，為未成年之子女提起給付扶養費之訴訟，此時該事件之性質，除了係屬於財產給付事件而應適用通常訴訟程序外，就審理之準則上，因扶養費給付之事件，性質上係具有繼續性之事件，特別需求法院為權宜性，創設性，展望性之處理，故其本質上應屬於法院宜強化適用非訟法理加以審酌之紛爭事件型態，因此，就系爭案件，法院除應交錯適用非訟法理，強化職權主義之色彩外，尚應注意現行民事訴訟法針對該等事件之類型特色所為之配套措施，即：

(1)法院於原告之訴有理由時應職權宣告假執行（民訴 389 條第 1 項）

(2)法院於本案之訴為終局判決前，如認為有必要時，得為定暫時狀態之假處分，或為緊急處分（民訴 538 條，538-1 條）。

二、法院之處理程序

(一)裁判離婚訴訟之部分

依民事訴訟法 580 條之規定：『婚姻關係之事件，夫或妻之一方於判決確定前死亡者，關於本案視為訴訟終結』。此係基於婚姻事件之訴訟標的為當事人之身分權，性質上為一身專屬之權利，無法由他人繼承並承受訴訟，故立法上

特別規定為訴訟視為當然終結，訴訟既已視為當然終結，則法院無庸再為任何審理程序之進行，亦無庸為任何駁回訴訟之裁判。

(二)返還借款之部分

此部分之請求，僅係單純甲乙間之財產糾紛，性質上既非婚姻事件本身，則其並無前開民訴 580 條之適用，自不待言，故此部分訴訟之處理，應回歸財產權事件中，有關通常訴訟程序之一般規範為依據，故依民訴 168 條之規定，訴訟標的法律關係為一般財產權事件者，當事人一造死亡後，訴訟程序先發生當然停止之效果，由死亡一造（即被告某乙）之繼承人丙子聲明承受訴訟後，法院始得接續為本案之審理。

(三)給付未成年子女丙扶養費用之部分

此部分之請求，性質上既非婚姻事件本身，則其並無前開民訴 580 條之適用，亦不待言，惟依我國實務及學說上一致之見解均認為，訴訟標的法律關係雖非一身專屬之權利，惟一造當事人死亡後，若他造當事人為其唯一之繼承人者，此時訴訟上既已無對立之兩造，則本案程序亦應解為無當然停止之必要，由法院逕依民訴 249 條第 1 項第 6 款為由裁定駁回原告之起訴即可。準此而言，題示情形中，原告甲妻既係擔當丙子為原告對乙夫提起訴訟，則甲丙即因此共同成為原告一造，被告乙夫死亡後，甲妻及丙子共同成為乙夫之繼承人，亦即原告一造全體成為被告一造之唯一繼承人，依前開說明，法院自應依民訴 249 條第 1 項第 6 款之規定裁定駁回原告甲妻此部分之起訴。

《民事訴訟法》

- 一、甲主張乙向其承租坐落桃園市之土地一筆，約定租期三年，乙擅將該土地轉租於丙，茲因租期業已屆滿等情，爰本於租賃物返還請求權，向乙、丙住所地之台灣新竹地方法院起訴，請求判令乙、丙返還該土地。乙、丙則辯稱租期屆滿後，甲未即表示反對續租，租約已發生默示更新之效果。丙為乙之親戚，經乙允許丙使用亥土地，並非轉租等語。問：(25 分)
- (一)台灣新竹地方法院對本件訴訟是否有管轄權？(7 分)
- (二)設該土地為甲所有，審判長可否曉諭甲依所有物返還請求權為主張？(10 分)
- (三)如甲合併主張租賃物返還請求權及所有物返還請求權起訴，請求乙、丙返還該土地，應由何法院管轄？(8 分)

命題意旨	1.專屬管轄之意義及效果。 2.八十九年增訂民事訴訟法一九九條之一後，有關闡明權之界限及其範圍。
答題關鍵	本題主要爭點有二，第一為專屬、管轄之效果，第二為闡明制度立法沿革上之變遷，就第一點而言，考題上強調者為合併之數宗訴訟間，不論其為主觀合併或客觀合併，不論其為主觀合併或客觀合併，若管轄之法院有所不同時，性質上非屬專屬管轄之事件，應儘量藉由特別審判籍或合意管轄、應訴管轄之規定，使其合併專屬管轄之法院併為審理為妥；至於第二爭點部份，須特別著重八十九年新法增訂一九九條之一立法意旨之說明，以便明顯區隔出其於修正前舊法時代之解釋論方向有何不同。
高分閱讀	1.書記官考場特刊 題目 1：專屬管轄（相似度 70%） 2.錦囊系列－民事訴訟法（陳碧盈）(L233) P.2-9～10：不動產涉訟之管轄（相似度 80%） P.3-37～41：訴訟標的之學說（相似度 70%） 3.實例演習系列-民事訴訟法實例演習（陳律師）(L702) P.3-122~133：闡明權之行使（相似度 80%）

【擬答】

一、新竹地方法院對本件訴訟有管轄權

(一)甲之本案訴訟並非專屬管轄之情形

依民事訴訟法第十條第一項規定：「因不動產物權涉訟者，專屬於不動產所在地之法院管轄」；本項適用之前提，須以原告所主張之訴訟標的法律關係為「物權之請求權」或「物權之法律關係」，若原告所主張者為債權之請求時；縱令給付內容涉及不動產之返還，亦非民事訴訟法第十條第一項所定專屬管轄之情形；故題示情形中，原告甲所主張之訴訟標的既為「租賃物返還請求權」，則其為債權請求權，揆諸上開說明，自非專屬管轄之事件。

(二)依民事訴訟法第一條第一項「以原就被」之原則，新竹地院依法享有管轄權

依民事訴訟法第一條第一項前段之規定：「訴訟，由被告住所地之法院管轄」；故被告乙、丙之住所地既均在新竹地院之管轄區域內，則新竹地院依法自享有管轄權。

二、審判長應得曉諭甲依所有物返還請求權為主張

按依原告甲之聲明，其所主張之訴訟標的法律關係僅有「租賃物返還請求權」，並無「所有物返還請求權」之表示，早期學說及實務上之見解曾認為民事訴訟法上闡明權之設，僅係為緩合辯論主義之設，故性質上屬於處份權主義範疇內之事項，法院並無闡明之義務，故關於原告訴訟標的之主張及訴之聲明之內容，法院並無闡明之義務。

惟依八十九年增訂民事訴訟法一九九條之一後，立法意旨已明白表示法院闡明制度之設，乃係為達成「紛爭解決一回性」之要求，避免當事人就同一紛爭事實因法律知識之不足，致無法為充份之陳述及主張，以致於無法充份於訴訟上行使攻擊防禦之權利，且易導致反覆提起訴訟之結果，故於一九九條第一項增訂：「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足者，審判長應曉諭其敘明或補充之」；明文承認審判長得在原告有數項法律上之請求權時，闡明其為補充之權利，故題示情形中，依原告所述租賃期間已屆滿之事實，其尚得主張所有物返還請求權，以利同一紛爭事件合併於同一程序內解決，揆諸前開民事訴訟法一九九條之增訂意旨，應許審判長為此種闡明。

三、應由桃園地方法院管轄

(一)依民事訴訟法第二四八條之規定：「對於同一被告之數宗訴訟，除定有專屬管轄者外，得向就其中一訴訟有管轄權之



法院合併提起之」。題示情形中，原告甲所合併之兩宗請求中，關於所有物返還請求之訴訟，係本於所有權而衍生之物權請求權，性質上為專屬管轄，應由不動產所在地之桃園地方法院取得排它之專屬管轄權，不得任意向被告住所地之法院提起訴訟。

(二)此外，依民事訴訟法第十條第二項之規定：「其他因不動產涉訟者，得由不動產所在地之法院管轄」，此為特別審判籍之規定，故題示情形中，原告甲另依租賃物返還請求權所為之主張，與所有物返還請求之主張構成「有牽連關係之單純合併」，亦得由不動產所在地之桃園地院取得管轄權，非必須由被告住所地之新竹地院管轄不可，故為審理之便利性及避免裁判矛盾起見，對於原告甲所提起之此項有牽連關係單純合併之訴訟，應合併由桃園地院審理、判決為宜。

【參考資料】

- 1.《民事訴訟法》(上)，許律師，高點出版，P2-7～P2-19；P5-153～P5-161。
- 2.《民事訴訟法新論》，P184、P185。
- 3.楊建華，〈適當行施闡明權探求當事人真意以補權訴訟標的理論之缺失〉一文，載於民事訴訟法問題研析(三)。
- 4.邱聯恭教授於民事訴訟法第三十九次研討會之發言記錄。

二、甲主張乙無權占有其所有未辦理建物所有權第一次登記之房屋，本於民法第 767 條物上請求權之法律關係，訴請判令乙返還該房屋。乙抗辯該房屋為其所有，縱非其所有，其亦有占有之正當權源云云。試回答下列問題：

(一)本件應由何人就何等事實負舉證責任。(15 分)

(二)如受訴法院審理結果認該房屋係甲所有，且乙亦無占有之正當權源，判決乙敗訴確定後，乙另行起訴請求確認其就該房屋之所有權存在，有無違反一事不再理原則？(10 分)

命題意旨	1.舉證責任分配之準則。 2.確定判決之一事不再理原則之內涵及其範圍，此部份尚涉及到民事訴訟法二五三條同一事件之判定及爭點效之理論，作答時宜一併論及。
答題關鍵	第一小題舉證責任之分配，若不考慮到命題者有無特殊見解之情形下，僅須針對「特別要件說」之內涵加以闡述，並就被告抗辯之事實於訴訟法上屬性為何加以說明即可；第二小題中，須特別留意判斷是否為同一事件時，不能因前訴為給付訴訟，後訴為確認訴訟時，即一概認為「給付訴訟可代用確認訴訟」，仍須仔細審酌後訴間訴訟標的法律關係是否相同為斷，另外，就爭點效理論之定義及其法律效果，亦應說明清楚，以示其與既判力效果之區別。
高分閱讀	1.第 98 期法觀人考場特刊 題目 5 (相似度 70%) 2.第 97 期法觀人考場特刊 題目 7 (相似度 70%) 3.錦囊系列－民事訴訟法(陳碧盈)(L233) P.4-11～16：舉證責任之分配(相似度 80%) P.5-21～26：判決之效力-既判力(相似度 70%) 4.實例演習系列－民事訴訟法實例演習(陳律師)(L702) P.3-98～100：舉證責任之分配(相似度 80%) P.3-175～180：既判力之範圍(相似度 70%)

【擬答】

一、舉證責任之分配

(一)舉證責任分配之學說

舉證責任應如何分配，學說上有不同見解，我國現行多數說係採法律要件分類說中之「特別要件說」，此說之具體內涵，乃係以原告所主張之訴訟標的為基礎，將系爭事實區分為「權利發生事實」、「權利障礙事實」、「權利消滅事實」及「權利排除事實」，再分別由主張該等事實存在之人負舉證之責，合先敘明。

(二)題示情形所涉事實之舉證責任分配

1.依原告之聲明，其所主張之訴訟標的法律關係為民法七六七條之所有物返還請求權，必須先由主張權利存在之原告，就該「權利發生事實」負舉證之責；準此而言，依現行實務見解，「原告為所有權人」及「被告為無權占有人」



二項事實，性質上乃屬於本案訴訟標的法律關係之「權利發生事實」（最高法院十八年上字 672 號判例參照），應責由主張權利存在之原告甲先負舉證責任加以證明之。

- 2.再者，題示情形中，被告乙雖曾抗辯自己係房屋之所有權人，惟核其抗辯之性質，係屬單純之「否認」，毋庸對該事實負舉證之責；且其抗辯自己為「有權占有」一事，依民法九四三條之規定，占有人已受法律推定為適法有占有權源之人，此項「法律上權利推定」之效果，亦使占有人乙毋庸對取得占有之權源一事負舉證之責，故被告乙所抗辯之上開事實，均不必負舉證之責，其縱使提出證據，性質上亦僅屬對於不必負舉證責任之事實提出反證而已。

二、乙之後訴並不違反一事不再理原則

(一)前後訴訟並非同一事件

按甲之前訴與乙之後訴，當事人之部份雖相同，惟訴訟標的之法律關係則相異，易言之，前訴之訴訟標的為甲之所有物返還請求權，後訴之訴訟標的為「房屋所有權歸屬於乙」之請求，實體法上所有權歸屬之主體既不相同，則訴訟法上即為不同之訴訟標的法律關係，此與前訴訟為給付請求訴訟，後訴訟為確認前訴原告同一訴訟標的是否存在之確認訴訟，性質上屬「聲明可以代用」之情形不同，故依我國通說所採「舊同一事件說」之見解，乙之後訴仍得合法提起，不受既判力一事不再理之效力所及。

(二)後訴法院之審理原則

如前所述，乙之後訴雖不違反一事不再理之原則，惟為避免就同一事實之認定（即房屋所有權之歸屬一事），前後法院產生矛盾不一致之情形，學說上有提倡「爭點效」之理論者，亦即就前訴事實理由欄中所認定之重要事實，當其成為後訴法院審查之對象時，除非前訴事實審言詞辯論終結後有新發生之事由足以變動原判決認定之狀態，否則後訴法院不得就該事實做異於前訴法院認定之結果；若採此項見解，則後訴法院於審查房屋所有權是否歸屬於乙時，除非在前訴事實審言詞辯論終結後有新事實之發生，否則不得為異於前案判決認定之結果，而仍應在實體上為乙敗訴之判決。

【參考資料】

- 1.《民事訴訟法》（中），許律師，P.1-4～P.1-56；P.7-40～P.7-49。
- 2.《民事訴訟法新論》，P398、399。
- 3.駱永家，《民事訴訟法》，P190～194。
- 4.駱永家，〈本證與反證〉一文。
- 5.月旦法學教室，第 30 期：P.76～87：民事訴訟法總論：舉證責任法（姜世明）；P.88～93：既判力總論（黃國昌）

三、試附理由解答下列問題：

- (一)甲所有 A 房屋坐落於乙所有 B 土地上，乙起訴請求甲將 A 房屋拆除並交還 B 土地與伊，起訴時 A 房屋及 B 土地之交易價額依序為新台幣（下同）160 萬元及 120 萬元。嗣第一審及第二審法院為乙全部敗訴之判決，乙不服提起第三審上訴，試問乙提起第三審上訴所得受之利益為若干？（13 分）
- (二)當事人於第三審上訴利益額數增加後，主張第三審法院確定判決有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款至第 8 款事由，向第三審法院提起再審之訴，而其訴訟標的之金額或價額未逾增加後上訴利益額數，試問其再審之訴是否合法？（12 分）

命題意旨	此為偏重實務見解之考題，目的在測驗考生是否了解上訴第三審之上訴利益之認定，宜就實務見解詳予分點分段析述。
高分閱讀	1.第 97 期法觀人考場特刊 題目 13：相似度 70% 2.錦囊系列－民事訴訟法（陳碧盈）（L233） P.8-42～43：第三審上訴利益（相似度 70%） P.8-82～109：再審是否合法（相似度 70%） 3.實例演習系列－民事訴訟法實例演習（陳律師）（L702） P.4-39～42：第三審上訴利益（相似度 70%） P.4-61～75：再審是否合法（相似度 70%） 4.沈台大，上課講義第四回 P.36。

【擬答】

- 一、1.按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一百五十萬元者，不得提起第三審上訴，民事訴訟法（下稱本法）第四百六十六條第一項訂有明文，題示情形，乃原告乙對於被告甲提起拆屋還地之訴訟，屬財產權



之訴訟事件，自當亦有該條之適用，合先敘明。

- 2.所謂「上訴所得受之利益」，又稱之為上訴利益，應以上訴聲明範圍內之訴訟標的，依起訴時之價額定之，而非以上訴時之價額為準（31 台抗 690 判例），且依本法第四百六十六條第四項之規定此訴訟標的價額之計算，準用關於訴訟標的價額之規定。
 - 3.依本法第四百六十六條第四項準用第七十七條之一第二項之規定，核定訴訟標的價額，應以起訴時之交易價額為準；而此價額應以原告起訴所得受之客觀利益為其範圍，與訴訟標的物之價額無關。
 - 4.本題原告乙對於被告甲提起拆屋還地之訴訟，其訴訟標的為乙對系爭土地之民法第七百六十七條物上請求權，如乙對第二審判決全部上訴於第三審，其上訴所得受之客觀利益為其範圍，應為乙受有該地淨空返還之利益，亦即其上訴利益應為新台幣一百二十萬元，其上訴未逾新台幣一百五十萬元，不得提起第三審上訴。
- 二、1.當事人對於已確定之終局判決聲明不服，請求法院再開已終結之訴訟程序者，即為再審之訴，故再審之訴係再開另一訴訟程序，請求為裁判之原法院以判決直接消滅確定終局判決之效力，為一特殊救濟程序。
- 2.依民事訴訟法（下稱本法）第五百〇五條規定，除本編別有規定外，再審之訴訟程序，準用關於各該審級訴訟程序之規定。故題示情形當事人欲對第三審確定判決提起再審之訴，自亦須符合本法第三審程序之相關規定。
- 3.按依本法第五百〇五條準用第四百六十六條第一項之規定，當事人欲對第三審確定判決提起再審之訴者，當亦須符合上訴利益逾新台幣一百五十萬元之限制始為合法。
- 4.惟如當事人於第三審上訴利益額數增加後始提起再審之訴，而其訴訟標的之金額或價額未逾增加後上訴利益額數者，究否屬合法之再審之訴，依最高法院八十年第一次民事庭會議決議及最高法院七十四年台抗字第一七四號判例見解，於本法第四百六十六條第一項之額數有增加時，依民事訴訟施行法第八條規定，以其聲明不服之判決係在增加後為之者，縱係於第三審法院發回後所為之更審判決，皆應依增加後之額數定其得否上訴。換言之，如第二審判決時未提高上訴利益之額數，則其第三審之上訴即依提高前之數額定之。故題示情形，當事人向第三審法院所提起之再審之訴，應以提高前之額數定之，其再審之訴應為合法。

四、試附理由解答下列問題：

- (一)民事訴訟法第 572 條之 1 第 1 項規定：「撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法。」此項規定，依同條第 5 項規定於夫妻同居之訴準用之。試問當事人於夫妻同居之訴第一審言詞辯論終結前，附帶請求法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法。法院審理結果，如認原告之訴為有理由時，就附帶請求部分，應如何處理？如認原告之訴為無理由時，就附帶請求部分，應如何處理？請分別說明之。（15 分）
- (二)甲向法院起訴主張，乙向其借款新台幣一百萬元，屆期末為清償，請求乙如數給付。於訴訟中，乙抗辯該借款業已清償，並勾串證人丙具結為虛偽之陳述謂：該借款確已清償云云，致甲受敗訴判決確定。嗣丙因涉嫌偽證經刑事法院判處罪刑確定，甲乃依民事訴訟法第 496 條第 1 項第 10 款規定，提起再審之訴，並因乙積極處分其財產，恐日後有不能強制執行或甚難執行之虞，另向法院陳明願供擔保以代釋明，聲請假扣押乙之財產，試問甲之假扣押聲請得否准許？（10 分）

命題意旨	本題亦為偏重實務見解之考題。第一小題涉及婚姻事件中附帶請求之裁判，此部分於實務上及考試上均頗為重要，須注意實務見解之認定。第二小題在測驗考生是否了解假扣押程序中保全必要性之認定。
高分閱讀	1.第 98 期法觀人考場特刊 題目 11（相似度 70%） 2.第 97 期法觀人考場特刊 題目 11（相似度 70%） 3.錦囊系列-民事訴訟法（陳碧盈）（L233） P.7-12~24：子女監護附帶請求（相似度 70%） P.10-1~9：假扣押（相似度 70%） 4.實例演習系列-民事訴訟法實例演習（陳律師）（L702） P.5-63~69：對於未成年子女監護之附帶請求（相似度 80%） 5.沈台大上課講義第五回，第 43 頁、第 26~27 頁。

【擬答】

- 一、
(一)按民事訴訟法第五百七十二條之一第一項所定未成年子女權利義務行使負擔附帶請求之前提訴訟，雖僅規定撤銷婚



姻或離婚之訴，然依同條第五項準用之結果，其前提訴訟亦應包括夫妻同居之訴。再者，得為未成年子女附帶請求之當事人，以前提訴訟之當事人為限；其由父母或父母與未成年子女為兩造當事人者，由原告或被告為此附帶請求，均無不合；在第三人以父母為共同被告提起婚姻事件之訴之場合，此項附帶請求，並得由被告中之一人為之。

(二)依最高法院八十九年度第二次民事法庭會議決議之見解，當事人在撤銷婚姻或離婚之訴，並為未成年子女監護之附帶請求時，必須法院認原告之訴為有理由，即以准予撤銷婚姻或離婚為停止條件之成就，始須就其附帶請求為裁判；而所謂認原告之訴為有理由，在依法準用之情形，應視判決之結果有無定未成年子女監護之需要而定，非以形式上原告之訴有無理由為準。

(三)故於夫妻同居之訴，當事人於第一審言詞辯論終結前，附帶請求法院定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法，如法院審理後認為原告之訴有理由時，因夫妻須共同生活並共同行使負擔未成年子女之權利義務，殊無酌定此未成年子女附帶請求之需要，其附帶請求審理之停止條件不成就，法院毋庸就其未成年子女附帶請求之部分判決。反之，如法院審理後認為原告之訴無理由時，因夫妻無法共同生活及共同行使負擔未成年子女之權利義務，則附帶請求審理之停止條件成就，法院即應就未成年子女附帶請求之部分為裁判。

二、

(一)按債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全將來之強制執行，得於起訴前或起訴後聲請法院裁定假扣押債務人之財產而禁止其處分，以避免債務人進行脫產損及債權人之利益，故假扣押為一保全程序之執行名義。

(二)當事人得聲請假扣押之要件如下：

1.合法要件

須向管轄法院聲請假扣押：聲請假扣押之管轄法院為本案管轄法院或假扣押標之所在地之地方法院，民事訴訟法第五百二十四條第一項訂有明文。

須合於聲請之程式：聲請假扣押須表明當事人及法定代理人、請求及其原因事實、假扣押之原因與法院。

2.有效要件

須有欲保全強制執行之金錢請求或得易為金錢請求之請求。

須有日後不能強制執行或甚難執行之虞。此即「保全必要性」之要件。

(三)題示情形，甲如向管轄法院提出合於法定程式之聲請，即合於聲請假扣押之合法要件；又甲所欲保全者為新台幣一百萬元之借款返還請求權，屬金錢請求，亦符合聲請假扣押之合法標的；茲有疑義者，乃甲之請求已受有敗訴之確定判決，是否仍有聲請假扣押之保全必要性，不無疑問。按實務見解認為如債權人欲保全之請求已為確定判決所否認，則其聲請已失其保全之必要性，自不能准許其假扣押之聲請（27 抗字 713 號判例）。惟管見以為，本題情形如不准許甲之聲請，嗣後如甲所提起之再審之訴勝訴，屆時恐乙早已脫產而致甲蒙受重大損害，考量假扣押僅為保全執行而非如終局執行般之強烈效果，衡諸假扣押制度之目的與債權人利益之保障，似應准許甲之聲請為宜。



《民事訴訟法》

一、 X_1 至 X_{30} 所乘坐之遊覽車，為 Y 貨運公司所僱用之 Z 司機所駕駛之貨櫃車所撞， X_1 至 X_{30} 主張因而受傷，乃選定 X_1 、 X_2 、 X_3 對 Y 及 Z，提起請求連帶賠償之訴訟。試問：（二十五分）

（一）有無出現 X_1 、 X_2 、 X_3 為 X_4 獲得勝訴判決，而為 X_5 卻受敗訴判之可能？

（二）有無出現共同被告 Y 勝訴、Z 敗訴，或 Y 敗訴、Z 勝訴之可能？

命題意旨	此為傳統且基本之考古題，只須掌握好共同訴訟中「合一確定」之標準即可。
答題關鍵	本題為「當事人」章節之重要考點，只要能夠觀念清楚、層次分明的鋪陳答案，應當會有不錯的分數。
參考資料	1.駱永家老師，《民事法研究》，頁 131 以下。
高分閱讀	1.重點整理系列《民事訴訟法 I》，喬律師（L251） P.2-34：被選定人多數時之訴訟性質（相似度 50%） P3-4：共同訴訟類型之判斷（相似度 50%） P.3-9~10：決定適用之法則（相似度 50%） 2.《高點律師司法官歷屆試題詳解》（LA005） 92 年司法官第一題（相似度 70%） 92 年律師第一題（相似度 30%） 3.沈台大，律師司法官民事訴訟法講義，頁 36~38、56。 4.沈台大，律師司法官總複習講義，頁 7~10。

【擬答】

按選定當事人之制，旨在求取共同訴訟程序之簡化，苟多數當事人所主張之主要攻擊或防禦方法相同，而具有法律上之共同利益，即得由其中選定一人或數人為全體起訴或被訴，初不以對訴訟標的必須合一確定者為必要（87台上2917裁判），故 X_1 至 X_{30} （下稱「各選定人」）間未必即屬必要共同訴訟，合先敘明。

（一）法院可為 X_4 勝訴、 X_5 受敗訴之判決：

1.各選定人所受之判決主文：

多數選定人請求賠償損害，各有獨立之實體法上請求權，原係各別請求給付，起訴之聲明仍應分別記載「給付 X_1 若干元、 X_2 若干元、 X_3 若干元……」，法院判決主文，亦應分別記載（90 年第 15 次民庭決議）。

2.各選定人之裁判毋須合一確定：

題示情形，係由數被害人對同一加害人提起之損害賠償訴訟，各選定人之訴訟標的相異，法律上亦無合一確定之要求，故各選定人間為「普通共同訴訟」，應適用民事訴訟法第五十五條普通共同訴訟人獨立原則之規定，判決主文亦毋庸為一致之判斷，自可就 X_1 、 X_2 、 X_3 所擔當之 X_4 部分判決勝訴，另就其所擔當之 X_5 部分為駁回之判決。

（二）確有可能為 Y、Z 一勝一敗之判決：

法院是否可為 Y、Z 一勝一敗之判決，端視共同被告 Y、Z 間是否須合一確定而定。惟連帶債務人間為何種共同訴訟，有以下二說爭議：

1.類似必要共同訴訟說：

民法第二百七十五條規定連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法第五十六條之規定，此說為實務見解所採（33上4810）。

2.普通共同訴訟說：

依民法第二百七十六條、第二百七十九條及第二百八十條但書之規定可知，各連帶債務人間具某種程度之獨立性，於法律上並不要求各連帶債務人須合一確定，訴訟標的對於共同訴訟人毋庸為一致之判決，屬普通共同訴訟。此說為學說通說所採。

3.管見：

按民法第二百七十五條係民事訴訟法第四百零一條之例外規定，且依該條判決效力並非一概及於未起訴之他人，須有兩個前提要件始及之，故不得僅以民法第二百七十五條之規定，即謂係類似必要共同訴訟，故管見以為「普通共同訴訟說」較為可採，各連帶債務人不要求須合一確定，可為 Y、Z 一勝一敗之判決，惟因有主張共通及證據共通原則之適用，仍可避免審理重複或裁判矛盾。

二、甲公司與其員工乙約定，於乙在職期間，將甲公司所有之某房屋無償借予乙居住。乙離職後拒不還房屋。甲公司乃基於所有權，請求乙返還房屋，並請求自乙離職後，依房屋租金計算之損害賠償。但乙主張原有的房屋已被颱風吹毀，現有之房屋乃乙所起造，乙為所有權人作為抗辯。甲得否追加「若乙之陳述，乙為該房屋



之所有權人，則請命乙拆除該屋，返還房屋之基地。」之聲明，試述其理由。(二十五分)

命題意旨	「訴之變更、追加」可是榮獲考古題出題率冠軍寶座的考點，相信同學只要勤於練習考古題，應該是可以掌握的住的。
答題關鍵	「訴之變更、追加」可是榮獲考古題出題率冠軍寶座的考點！首先要先依舊訴訟標的理論或新訴訟標的理論，釐清訴之三要素是否產生變更或追加，如為肯定，再去探討是否屬合法的訴之變更、追加。
參考資料	駱永家老師，《民事法研究》，頁113以下。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《民事訴訟法 I》，喬律師 (L251)，P.8-7~10：訴之追加要件（相似度 70%） 2.高點法學錦囊系列《民事訴訟法》，陳碧盈 (L233)，P.3-72~73：訴之追加要件 3.《高點律師司法官歷屆試題詳解》(LA005)，91 年律師第二題（相似度 20%） 4.《法觀人月刊》第 77 期，P68：訴之追加（相似度 20%） 5.沈台大，律師司法官民事訴訟法講義，頁 1~8。 6.沈台大，律師司法官總複習講義，頁 18~20。

【擬答】

當事人、訴訟標的及訴之聲明為訴之三要素，只須其一有變更、追加情形，即屬訴之變更、追加。又為訴之變更、追加，除合於民事訴訟法第二百五十五條之情形外，不得為之，否則即須以裁定駁回，先予敘明。

(一)甲之行爲當屬訴之追加：

本題情形，甲原先主張者為一「有牽連關係之單純合併」，即就係爭房屋依民法第七百六十七條聲明請求返還，並主張民法第一百七十九條合併於同一訴訟程序主張。惟甲於乙抗辯後所主張者，係另就土地依民法第七百六十七條聲明請求返還基地，不論依舊訴訟標的理論、抑或新訴訟標的理論，其訴訟標的、訴之聲明均有不同，當屬訴之追加。

(二)甲之追加係屬合法追加：

甲於乙抗辯後所主張者，已構成訴之三要素中訴訟標的與訴之聲明之追加，惟其追加是否合法，須依民事訴訟法第二百五十五條之規定定之。按題示情形，乙主張原有之房屋已被颱風吹毀，現有之房屋乃乙所起造而為所有權人，甲就此事實所為之追加，應符合民事訴訟法第二百五十六條第三款「因情事變更而以他項聲明代最初之聲明」之規定，自屬合法之追加。蓋該款所謂「因情事變更而以他項聲明代最初之聲明」，係指因客觀情事有所變更，無法達原來訴訟之目的，而有變更最初聲明之必要而言（88年台抗218），故甲得為此種追加，其追加合法。

又甲所追加之聲明與原先之聲明具有不能並存之關係，依四十年台上二九三號判例之見解，此追加之聲明顯係慮其先位之聲明（就系爭房屋依民法第七百六十七條聲明請求返還）無理由而為預備之聲明（就土地依民法第七百六十七條聲明請求拆屋還地），應認其追加之預備聲明為合法。

三、甲主張乙以新台幣（下同）三百萬元向其購買土地一筆，尚欠價金一百萬元未付，另向其借款五十萬元，屆期未還，訴請乙給付一百五十萬元，乙否認雙方間有買賣關係。第一審法院審理結果，認依證人丙之證言，堪信甲所主張買賣屬實，至借款則為乙所不爭執，因而判決命乙給付甲一百五十萬元。乙不服，提起上訴。試附理由，解答下列問題：（二十五分）

(一)第二審法院認乙之上訴已逾二十日不變期間，其上訴為不合法，裁定予以駁回，乙對之提起抗告，第三審法院應如何處理？

(二)乙提起上訴，狀內未表明上訴理由，第二審法院認其上訴顯無理由，不經言詞辯論，逕以判決駁回之，乙應如何請求救濟？

命題意旨	本題屬實務色彩濃厚的考題，對於民事訴訟法法條與實務見解熟悉的同學來說，應該是個拿分的好題目。
答題關鍵	考試時宜將法條與實務見解列出，針對提起抗告、再審的要件，綱舉目張的答題即可。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《民事訴訟法 II》，喬律師 (L252) P.14-21：法院對於二審未具上訴理由之處理（相似度 20%） P.14-67~69：上訴利益之判斷（相似度 20%） P.14-69~72：上訴第三審事由（相似度 20%） P.14-109：抗告法院之處理（相似度 20%） 2.《高點律師司法官歷屆試題詳解》(LA005)，85 年第二次司法官第三題第 2 小題（相似度 30%） 3.沈台大，律師司法官民事訴訟法講義，頁1~11。 4.沈台大，律師司法官總複習講義，頁 57、62。

【擬答】

(一)第三審法院應以裁定駁回乙之抗告：

本題中，乙係就價金一百萬元與借款五十萬元二部分一併提起上訴，依民事訴訟法第七十七條之二規定，其上訴利益應合併計算而為一百五十萬元；復依同法第四百六十六條規定，本案係屬不得上訴第三審之案件。



乙對於第二審之裁定提起抗告，依民事訴訟法第四百八十四條規定，不得上訴於第三審法院之事件，其第二審法院所為裁定不得抗告。惟為保障訴訟關係人之權益，特於九十二年修法新增但書規定，得向原法院提出異議以資救濟。故依民事訴訟法第四百八十四條規定，乙係對不得抗告之裁定提起抗告，第三審法院應依同法第四百九十五條之一第一項準用第四百四十四條規定，以裁定駁回乙之抗告。

(二)乙不得提起第三審上訴，但得提再審之訴：

- 1.乙係就價金一百萬元與借款五十萬元二部分一併提起上訴，同前所述，本案屬不得上訴第三審之案件。故如第二審法院認上訴顯無理由而駁回乙之上訴時，乙不得就此判決再提起第三審上訴，該判決於公告時即歸確定。
- 2.惟依民事訴訟法第四百四十二條第三項規定，第二審上訴狀未具上訴理由者，不得以裁定駁回其第二審上訴；復依同法第四百四十四條之一第一項規定，上訴狀未表明上訴理由者，審判長得定相當期間命上訴人提出理由書。可知第二審不應逕認乙之上訴無理由而駁回乙之上訴，就此種「消極不適用法規」之確定判決，得否依同法第四百九十六條第一項第一款「適用法規顯有錯誤」提起再審之訴，似有疑義。
- 3.依司法院大法官會議第一百七十七號解釋，「適用法規顯有錯誤」亦包含「消極不適用法規」之情形，故本題乙即得依民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款向原第二審法院提起再審之訴，如另得主張丙之證言係虛偽陳述者，亦得依同條第十一款提起再審之訴。
- 4.按第二審得否準用民事訴訟法第二百四十九條第二項，逕認上訴顯無理由而不經言詞辯論駁回之，尚有爭議，有認為民事訴訟法以言詞辯論為原則，不經言詞辯論為例外，依例外從嚴之原則，應認第二審不得準用該條規定。惟實務見解仍認於第二審得依同法第四百六十三條準用第二百四十九條第二項，可不經言詞辯論駁回其上訴。
- 5.依民事訴訟法第四百四十二條第三項規定，第二審上訴狀未具上訴理由者，不得以裁定駁回其第二審上訴；復依同法第四百四十四條之一第一項規定，上訴狀未表明上訴理由者，審判長得定相當期間命上訴人提出理由書。可知第二審不應逕認乙之上訴無理由而駁回乙之上訴，就此種「消極不適用法規」之確定判決，得否依同法第四百九十六條第一項第一款「適用法規顯有錯誤」提起再審之訴，似有疑義。依司法院大法官會議第一百七十七號解釋，「適用法規顯有錯誤」亦包含「消極不適用法規」之情形，故本題乙即得依民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款向原第二審法院提起再審之訴，如另得主張丙之證言係虛偽陳述者，亦得依同條第十一款提起再審之訴。

四、試附理由解答下列問題：(二十五分)

- (一)當事人對於第二審判決於上訴期間內提起上訴，經第三審法院以其上訴不合法裁定駁回其上訴，其對於原第二審判決提起再審之訴之不變期間，應自何時起算？又其對於第二審判決於已逾上訴期間後始提起上訴，經第三審法院以其上訴逾期為不合法裁定駁回其上訴，其對於原第二審判決提起再審之訴之不變期間，應自何時起算？
- (二)甲主張乙偽造文書將其所有土地一筆辦理所有權移轉登記為乙所有，聲請假處分禁止乙就該筆土地為讓與、設定抵押、出租及其他一切處分行為，經法院裁定予以准許。甲旋於乙被訴偽造文書之刑事訴訟程序中，提起附帶民事訴訟請求乙塗銷所有權移轉登記。嗣刑事法院判決乙無罪，並以判決駁回甲所提附帶民事訴訟確定，乙乃聲請法院撤銷假處分裁定，其聲請應否准許？

命題意旨	本題又是一題帶有實務色彩的考題，近幾年實務老師於司法官出題頻繁，同學宜多加留意。
答題關鍵	本題重點主要為再審之訴不變期間的起算時點與撤銷假處分之事由。同學於考場上遇有爭議問題時，必將爭議問題臚列分述二說，始可提升分數。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《民事訴訟法 II》，喬律師 (L252) P.11-29~31：上訴不合法，判決之確定時點（相似度 50%） P.15-32~33：假處分裁定之撤銷（相似度 30%） 2.《高點律師司法官歷屆試題詳解》(LA005)（相似度 30%） 75 年律師第三題：上訴不合法，判決確定之時點 79 年律師第三題第 2 小題：上訴不合法，判決確定之時點 3.沈台大，律師司法官民事訴訟法講義，頁 68。 4.沈台大，律師司法官總複習講義，頁 40~47。

【擬答】

- (一)對於第二審判決提起再審之訴之不變期間，應自該判決確定時起算三十日。惟依民事訴訟法第三百九十八條第一項規定，判決於上訴期間屆滿時確定，但於上訴期間內有合法之上訴者，阻其確定。茲有疑義者，乃對於得上訴之判決提起不合法上訴時，其判決確定之時點應如何認定，有以下三說：
 - 1.甲說：對於得上訴之判決提起不合法上訴時，其判決確定之時點應自上訴期間屆滿時起算。蓋提起不合法上訴與未提起上訴同，原判決仍於上訴期間屆滿時確定（23抗3247）。
 - 2.乙說：對於得上訴之判決提起不合法上訴時，其判決確定之時點應自駁回上訴之裁定確定時起算。蓋於上訴期間內對原判決有合法之上訴者，始得阻其確定，惟以其不合法而予駁回之裁定，於提起抗告而尚未確定前，尚無從斷定其為非合法之上訴，該判決亦即不能認為確定（院解3007）。



3.丙說：此說認為，應區分上訴不合法被駁回之原因而定。如係因已逾上訴期間之不合法而被駁回，應自上訴期間屆滿時起算。如係以其他不合法原因而裁定駁回，則應自駁回上訴之裁定確定時起算。此說較能保護人民之訴訟救濟權，亦不予當事人玩弄再審期間之機會，管見以為應採此說較妥。

(二)乙聲請撤銷假處分之裁定不應准許：

- 1.按依民事訴訟法第五百三十條第一項規定，債權人如受本案敗訴判決確定者，債務人得聲請撤銷假扣押裁定。而假處分得依同法第五百三十三條準用之。惟本題甲係於附帶民事訴訟中敗訴確定，得否認屬該條得撤銷假處分之情形，不無疑義。然在刑事訴訟程序中提起附帶民事訴訟，該附帶民事訴訟旨在確定其私權存在，如能取得給付之確定判決，實務上均認與本案起訴之意義相同（69台抗503）。
- 2.惟今甲係於乙被訴偽造文書之刑事訴訟程序中，提起附帶民事訴訟請求乙塗銷所有權移轉登記，嗣刑事法院判決乙無罪，並以判決駁回甲之附帶民事訴訟確定，此附帶民事訴訟所為之判決，並非就實體上之請求為當否之認定，要非能謂係符合「本案敗訴判決確定」之要件，是乙聲請撤銷假處分之裁定，應不准許。



《民事訴訟法》

- 一、甲將其相連之數間平房分別出租與乙、丙、丁、戊。由於承租人乙等皆數月未繳房租，甲乃以乙、丙、丁、戊等為共同被告提起給付房租之訴訟。於言詞辯論時，乙主張：「其所承租的平房屋頂嚴重漏水，經承租人乙等定期催告修繕，甲置之不理，乃由乙及丙、丁、戊出資僱工修繕，支出之費用足可抵數月房租」。同時提出四人具名之催告函及修繕費用收據，丙則主張：「就是這理由不繳房租」。而丁則默默不語。戊則極力主張：「房租都按月交予甲」。試問：乙以上之事實主張及證據的提出，對丙、丁、戊各有何種訴訟上的效果？(25分)

答題關鍵	本例需先就乙丙丁戊間之共同訴訟關係為一評價，導出主張共通原則、證據共通原則之適用。並就乙之行為定性，一一視其是否對他共同訴訟人有利而有該共通原則之適用。
試題評析	本題並不困難，主要係針對普通共同訴訟之內涵、及當事人之言詞辯論陳述之性質而考。考生對此二部分有粗淺之瞭解即可作答。
參考資料	駱永家《民事法研究》，共同訴訟，頁153
高分閱讀	1. 喬台大《老師民事訴訟法補充講義》(一)，P.57；(二)，P.49。 2. 《高點專用講義(厚本)—民事訴訟法》第一回，P.171-192。 3. 高點陳碧盈《法學錦囊系列—民事訴訟法》，P.2-80-2-83。

【擬答】

本題涉及共同訴訟之類型、主張共通原則、證據共通原則、及當事人之言詞辯論陳述行為之性質等問題，試分述如下：

(一)甲以乙丙丁戊為共同被告而提起之訴訟，就乙丙丁戊而言屬於普通共同訴訟

按民事訴訟法(以下同)第五十三條第三款規定「為訴訟標的之權利或義務，係同種類，而本於事實上及法律上同種類之原因者。二人以上得為共同訴訟人，一同起訴或一同被訴」。而本例中甲以乙丙丁戊為共同被告提起之給付房租訴訟即屬此請求同種之類型，乙丙丁戊自為共同訴訟人。且因該共同訴訟之訴訟標的(即房租給付請求)之認定對乙丙丁戊而言無須合一確定，故乙丙丁戊應為一普通共同訴訟之類型，而有共同訴訟人獨立原則及主張共同原則、證據共通原則之適用；故共同訴訟人中一人之主張及證據聲明，他共同訴訟人未為積極之相抵觸行為者，則在有利於他共同訴訟人之範圍內，效果亦及於他共同訴訟人。

(二)故今乙所主張之事實及證據之提出，對丙丁戊有何訴訟上之效果，應視其有無上開主張共通、證據共通原則之適用

1. 乙之事實主張及證據提出該當一「附限制自認之抵銷抗辯」

乙於言詞辯論時主張其承租人等曾定期催告甲修繕房屋不果，而由承租人出資修繕，且以該出資用以抵銷未繳之房租；並提出相關證據。衡諸乙所為之陳述，應可認該當於一「附限制自認之抵銷抗辯」。即於乙之陳述中，除自認乙丙丁戊有未繳房租之事實外，尚提出抵銷防禦方法之抗辯。

2. 丙受乙之事實主張及證據提出效果之所及

丙主張即因乙所陳述之理由而不繳房租，即對乙所陳述之事實及主張之證據為肯認之表示。於此自應認乙之主張陳述行為，屬於有利於丙之範圍，而依上開主張共同原則、證據共通原則，於共同訴訟人之丙亦發生效果。故丙受乙之事實主張及證據提出效果之所及，亦即丙亦為相同之對未給付房租事實加以自認、而以自行修繕費用為抵銷之附限制自認之抵銷抗辯。

3. 丁亦受乙之事實主張及證據提出效果所及

丁於乙丙提出事實證據時默默不語，是否亦受該主張共通、證據共通原則之所及則屬疑問。惟乙所主張者雖為一副限制自認，但亦屬一有利之防禦方法；而丁既未為積極相抵觸之主張，則於該有利範圍內，其效果自及於丁。故就丁亦有主張共通、證據共通原則之適用，丁亦受乙之事實主張及證據提出效果所及。

4. 戊不受乙事實主張及證據提出效果所及

戊極力主張「房租都按月交予甲」，即其對甲所陳稱乙丙丁戊有未繳房租之事實為一「單純否認」，有別於乙所陳述之「附限制自認」。而今若當事人之陳述係屬「否認」者，無造成舉證責任移轉之效力，有別於當事人為「自認」之行為，故二訴訟行為效力上有所不同。故今戊所主張者，自應認係與乙所主張之事實相抵觸，則戊既為一積極相抵觸之行為，則應認無主張共通、證據共通原則之適用，故戊不受乙事實主張及證據提出效果所及。

二、X主張某日Y駕車不慎撞傷X，X乃起訴請求法院判令Y賠償新台幣(下同)參佰萬元。於第一審訴訟繫屬中，X發覺其所受損害超過參佰萬元，乃提高其請求賠償之金額為伍佰萬元。試問：(25分)

(一)X最初之參佰萬元之請求，與其後之伍佰萬元之請求，是否相當於「請求之基礎事實同一」之一例？

(二)如X在第一審未自行提高其請求賠償之金額時，法院得否曉諭其提高請求賠償之金額？

(三)如X未提高其請求賠償之金額，法院得否依其所認定之事實，逕行判令Y應賠償X肆佰萬元？

答題關鍵	本例需就訴之變更追加之要件、法院之闡明權、當事人處分權主義等問題作切入，並可順帶就相關之修法部分一併為一闡述。
------	---

試題評析	本例並不複雜，且其爭點亦十分明確。橫諸其出題模式及其著重之重點，似為駱老師所出。
參考資料	1.駱永家《民事法研究》，〈訴之變更或追加〉，P.113以下 2.駱永家《既判力之研究》，〈辯論主義與處分權主義〉，P.213以下
高分閱讀	1.高點喬台大《民事訴訟法補充講義》(一)，P.4以下；(二)，P.53以下；(三)，P.49以下。 2.《高點專用講義(厚本)—民事訴訟法》第二回，P.95 103。 3.《高點專用講義(厚本)—民事訴訟法》第一回，P.422 424。 4.《法觀人月刊》，第68期，P.47 49。 5.《高點法研所歷屆試題詳解》，91東海法研所，民事訴訟法第一題。 6.陳碧盈《高點法學錦囊系列—民事訴訟法》，P.3-66 3-76。

【擬答】

本例涉及訴之變更追加之要件、當事人處分權主義之內涵、及法院闡明權等之問題，按民事訴訟法(以下同)於八十九年修法後，為便於當事人主張權利、強調紛爭解決一次性之立場，於多處規定上修正強調當事人行使權利之便利性、並賦予法官更為強烈之闡明義務，惟另一方面仍堅守當事人處分權主義原則。故茲就本例分述如下：

(一)X之三百萬元之主張、及其擴張請求賠償金額為五百萬元之主張，亦可認為係屬「請求之基礎事實同一」之例：

- 1.本法二百五十五條規定原告符合該條各款之情事者，得將原訴變更或追加他訴。而其第二款稱「請求之基礎事實同一者」，係考量避免當事人另行起訴而有違訴訟經濟原則、並同時考量紛爭解決一回性等因素而於八十九年所作之修正，同時配合法官闡明義務之修正(一百九十九條、一百九十九條之一之修正)亦帶有緩和與新舊訴訟標的理論差異之功能。
- 2.而二百五十五條之「請求之基礎事實同一」，學說及實務上有「社會事實同一說」、及「判決基礎事實同一說」等不同之判斷基準；惟不論究採何說，對於先後兩請求之主要爭點共通，而就原請求之訴訟資料及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用，且各請求之利益主張在社會生活上可認為同一或關連之紛爭者，可認係請求之基礎事實同一。即著眼於上開紛爭解決一次性之立場而為之解釋。
- 3.故本案中，X先以三百萬元起訴主張損害賠償，後提高其請求賠償為五百萬元，該情事雖屬二百五十五條第一項第三款之「擴張或減縮應受判決事項之聲明」之情形，惟亦與第二款所謂之請求之基礎事實同一並無衝突，均係基於相同之Y駕車撞傷X之原因事實。故以二百五十五條第二款為解釋，亦符合其立法意旨，故應可認相當於該款之一例。

(二)X若未提高其請求賠償之金額，法院應得曉諭其提高請求賠償之金額：

- 1.按八十九年民事訴訟法修法後為強調當事人紛爭解決一次性等觀點，修正一百九十九及一百九十九之一條之規定，擴大法官之闡明義務，使當事人若其陳述或聲明有所不完足者，法院應善盡其闡明義務使當事人得以利用同一之訴訟程序解決紛爭，以達擴大訴訟制度解決紛爭之功能。另亦於二百四十四條第四項新增當事人得以下限額之方式聲明其請求，並得於訴訟進行中依其蒐集證據之齊備與否決定是否予以追加聲明。姑不論其立法方式妥當與否，此修正即凸顯新法欲以同一程序將當事人之紛爭予以一次解決之意旨。
- 2.故若於本案之情形中，X基於同一之原因事實而請求Y給付三百萬元，若法院於本案訴訟進行中依雙方之聲明及主張認X有五百萬元之請求可資主張者，依上開說明應認法院得曉諭X提高其請求賠償之金額。此曉諭不僅使雙方對於該紛爭得以一次解決，並可防免X於後訴中一部訴求之可能，符合民事訴訟法之修法意旨。惟X既為當事人，對於是否欲追加提高該請求，自有其處分權，縱法院得為如此之曉諭，是否增加仍應取決於X之意思，法院不得強令X為此提高，自不待言。

(三)X若未提高該請求金額，法院自不得逕行判令Y應賠償X四百萬元：

- 1.我民事訴訟法採取處分權主義、辯論主義，故關於訴訟程序之開始、審判之對象範圍、及訴訟之終結，當事人有自主決定之權，法院不得逾越當事人所主張之範圍為審判。本法三百八十八條、四百四十五條、四百五十條亦可知其旨。縱新法擴大法院闡明義務、促使紛爭解決一回性，惟決定是否利用訴訟解決紛爭仍取決於當事人之處分權範圍，法院仍不得於當事人所未聲明之範圍為裁判。
- 2.故若本案中X主張之賠償額為三百萬元，法院縱認定該原因事實而認X之請求金額應為四百萬元，惟X若未表明擴張其所主張之賠償額，法院仍應於其限定之審判對象範圍內為裁判，而不得為應賠償X四百萬元之判決結果。若法院逕行判令Y應賠償X四百萬元，反而與處分權主義有違，而屬訴外裁判。

三、甲向乙發卡銀行申請核發信用卡使用，嗣後乙寄發簽帳消費帳單予甲，總計二十萬元，甲拒不給付。經乙向法院依法聲請向甲發支付命令。試問：(25分)

- (一)如甲未依法於不變期間內向法院提出異議，嗣後以簽帳帳單之簽名係他人偽造為由，於再審法定期間內以乙為被告提起再審之訴，是否有理由？
- (二)如甲收受支付命令後，向乙表示未簽帳消費，乙乃向甲表示毋庸再向法院提出異議，乙願意與甲自行協商和解，甲遂未為異議。嗣後甲主張乙以不法行為取得支付命令之執行名義，甲乃另行對乙提起侵權行為損害賠償之訴，該訴是否合法？

答題關鍵	本例需就九十二年新法§ 521 切入，並就支付命令所生之與確定判決同一之效力問題加以討論，視其得否不藉由再審程序而以另訴之方式突破其所表彰之與確定判決同一之效力。
------	---

試題評析	本題為夾雜新法、期刊論文、及實務見解之題目，不是十分好作答。其涉及民事訴訟法第七十六次研討會之報告，及84台上196號判決之內容。惟縱不知該次研討會內容及實務見解，亦得以§521 所稱「與確定判決有同一之效力」之內涵、支付命令與訴訟所生之判決既判力取得過程之不同、及新法之增修等議題切入，點出爭點何在，並以正反加以論述亦可清楚回答此例。
參考資料	1.最高法院84年台上196號判決。 2.民事訴訟法之研討(十)，民訴法第76次研討會，陳榮宗等「詐騙取得確定判決之效力與被害人之損害賠償請求」，P.219以下。
高分閱讀	1.《高點專用講義(厚本)—民事訴訟法》第三回，P.186 193。 2. 陳碧盈《高點法學錦囊系列—民事訴訟法》，P.9-4 9-6。

【擬答】

本例涉及督促程序發支付命令所生與確定判決同一效力之問題，並牽涉民事訴訟法(以下同)於九十二年新法修正所處理之問題，茲分述如下：

(一)甲應得以乙為被告提起再審之訴：

- 1.本法五百二十一條第一項規定「債務人對於支付命令未於法定期間合法提出異議者，支付命令與確定判決有同一之效力」，即債權人依督促程序發支付命令，若債務人未合法提出異議致支付命令確定者，該支付命令與確定判決具有相同之既判力及執行力，得用以執行債務人之財產。惟該支付命令若有再審之事由存在者，得否聲請再審加以救濟，六十二年第四次民庭庭推總會決議認得依此聲請再審，九二年新法即反應此見解增定五百二十一條第二項，認若支付命令有四百九十六條第一項之情形者，得提起再審之訴。
- 2.故本例中，甲認簽帳帳單之簽名係他人偽造者，符合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者」之再審事由，自應許其以乙為被告提起再審之訴，用以救濟該與確定判決同一之效力。

(二)甲以另訴對乙提起侵權行為損害賠償之訴，應可認該訴為合法：

- 1.今甲乙於訴訟外自行協商和解致甲未為異議，而致該支付命令合法發生與確定判決同一之效力；而甲則主張乙以不法行為取得支付命令之執行名義，而另行起訴請求侵權行為之損害賠償。此即涉及以不法行為取得確定判決效力、及當事人得否另以損害賠償之訴以資救濟該不法取得確定判決效力之問題。
- 2.按五百二十一條之規定使一支付命令取得與確定判決同一之既判力、執行力，惟若該取得效力之過程若係因債權人詐欺等不法手段所致者，債務人得否另以侵權行為損害賠償之訴加以起訴主張之，有正反不同見解：
 - (1)否定說：認支付命令既取得與確定判決同一之效力，即發生既判力之積極作用與消極作用，法院不得於後訴中違反於確定判決意旨之裁判，三十年上字第8號、四十二年台上字第一三〇六號判例即其旨。故債務人自不得另以損害賠償之訴以否定該支付命令之既判力。又新法五百二十一條第二項亦規定對該支付命令亦得提起再審之訴，已賦予其充分之救濟方式，自不得另以損害賠償之訴主張之。
 - (2)肯定說：認縱認該支付命令具實質確定力，亦不因而否定有侵權行為損害賠償請求權之成立可能，且後訴之訴訟標的為侵權行為損害賠償請求權，與確定支付命令之請求有所不同，故亦無違背一事不再理原則之問題。最高法院八十四年台上一九六號判決亦承認侵權行為損害賠償請求得作為再審制度以外之獨立救濟方法，故縱五百二十一條第二項之新設，亦無礙於侵權行為損害賠償訴訟之提起。
- 3.上開二說均有所據，惟考量基於督促程序與判決程序之本質上差異，於支付命令之情形債務人一方面未受有充分之聽審請求權之保障、一方面卻受有與確定判決同一之效力，且經由再審程序予以救濟之可能性又較判決為小，顯然有違憲法上之平等權。故管見以為應認債務人除再審之訴外，於債權人有不法行為取得支付命令亦得以侵權行為為之另訴對之提起，採取與八十四年台上一九六號判決相同之立場。
- 4.故縱上所述，本例中甲若主張乙以不法行為取得支付命令之執行名義，自得另行對乙提起侵權行為損害賠償之訴，且該訴自屬合法。

四、甲主張乙向其借用新台幣(下同)伍佰萬元，為保全強制執行，聲請法院裁定就乙所有財產在伍佰萬元範圍內予以假扣押。試問：(25分)

- (一)法院依甲之聲請，為命供擔保後准許假扣押之裁定，甲所應供之擔保，是否得以該法院管轄區域內有資產之人出具保證書代之？
- (二)法院准許假扣押之裁定，經抗告法院廢棄，並駁回甲所為假扣押之聲請後，已實施之假扣押執行程序，是否因假扣押裁定經廢棄而失其效力？

答題關鍵	本例需就假扣押之性質、新法§106、102、528等規定為討論，並強調該新法之立法意旨而為論述。
試題評析	本題為測試新法熟悉度之問題，若知有該新法之新增、並曾就新法之立法理由有一研讀者，應不難找到回答之方向。
高分閱讀	1.陳碧盈《高點法學錦囊系列—民事訴訟法》，P.10-1 10-9 2.《高點專用講義(厚本)—民事訴訟法》第三回，P.197 207

【擬答】

本例涉及假扣押保全程序之裁定，及其供擔保等問題，試分述如下：

(一)甲所應供之假扣押之擔保，不得以該法院管轄區域內有資產之人出具保證書代之：

- 1.假扣押程序係一保全程序，即為保全債權人將來強制執行之可能而許債權人於符合假扣押之要件時，以裁定就債務人之財產先為扣押作為保全。而依民事訴訟法(以下同)第五百二十六條之規定，法院得定相當之擔保命該債權人供擔保後方為其假扣押之裁定，其擔保得用以擔保債務人因假扣押所致之損害。而其擔保之實行，依一百零六條之規定，準用一百零二條以下訴訟費用供擔保之規定。
- 2.而九二年民事訴訟法修正後，於一百零六條規定其他依法令供訴訟上之擔保者準用第一百零二條第一項、第二項及一百零三條至一百零五條之規定，相較於舊法而言新法並未準用一百零二條第三項。即關於其他依法令供訴訟上之擔保者，不得由法院該管區域內有資產之人具保證書代之。衡其立法意旨，係為避免供擔保人與具保證書人勾串，卻於日後規避保證責任之情形，故新法為杜此流弊，排除保險人或經營保證業務之銀行以外之人以出具保證書之方式以供擔保。
- 3.故本案中，法院依甲之聲請命供擔保後準假扣押，自依一百零六條僅準用第一百零二條第一項、及第二項之規定，甲所應供之擔保，不得以該法院管轄區域內有資產之人出具保證書代之。

(二)其已實施之假扣押執执行程序，於該裁定確定前不受影響：

- 1.今若法院准許假扣押之裁定，該裁定經抗告法院廢棄並駁回甲所為之假扣押聲請，則該裁定既經抗告法院予以廢棄駁回，原准許假扣押之執行自無從依附，故該執行自應因假扣押之裁定經廢棄而予以撤銷。
- 2.惟該抗告法院之裁定仍有依四百八十六條提起再抗告之可能，若嗣後再抗告法院又廢棄抗告法院之裁定，則債權人再聲請假扣押時，可能已無法達成假扣押之目的，而有不能再回復執行之可能。故考量此點，九二年民事訴訟法新增五百二十八條第四項，規定「准許假扣押之裁定，如經抗告者，在駁回假扣押聲請裁定確定前，已實施之假扣押執执行程序，不受影響」，以避免債權人因執执行程序之撤銷及再開而受有損害。
- 3.故本案中，該法院准許甲假扣押之裁定縱經抗告法院廢棄並駁回甲之聲請者，該已實施之假扣押執执行程序，於該駁回裁定確定前仍不失其效力。

《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，即生效果，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。

1.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。

2.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：

(1)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。

(2)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。



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。 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。 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。 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。 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。 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 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

同和