

《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。

