

《民事訴訟法》

- 一、乙以其所有之土地設定抵押權予丙，乙之債權人甲主張乙係為脫產而虛偽設定抵押權予丙，起訴請求確認乙丙間抵押權設定所擔保之消費借貸債權為通謀虛偽意思表示而不存在。請敘明理由解答下列問題：(25 分)
- (一)甲提起之確認消費借貸債權不存在之訴，如丙就該債權不存在一事並無爭執，甲得否僅以乙為被告？
- (二)甲如以乙、丙為共同被告，所提起之確認消費借貸債權不存在之訴，經第一審法院判決乙、丙敗訴，僅乙提起第二審上訴，其效力是否及於丙？

命題意旨	本題算是很典型的當事人適格及共同訴訟的考題，而確認他人間法律關係之訴也是個很傳統的問題點。相信應該難不倒同學。
答題關鍵	以當事人適格之判斷標準、確認之訴之當事人適格、確認利益、共同訴訟之類型選擇之順序作答即可。
參考資料	1.月旦法學教室 21 期：P.19：必要共同訴訟人中一人之撤回上訴（吳明軒）
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民事訴訟法（I）（喬台大）〈L251〉，P.3-27～28：確認他人間之法律關係（相似度 80%） 2.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L301〉，P.78-10～11：固有必要共同訴訟法（相似度 70%），P.85-12～13：固有必要共同訴訟法（相似度 60%）

【擬答】

本例涉及確認之訴之當事人適格判斷、共同訴訟之類型、及不同共同訴訟類型處理上差異之問題，試分述如下：

(一)如丙就該債權不存在一事並無爭執者，甲得僅以乙為被告

- 1.當事人適格者，係在判斷於具體個案中，由何人成為當事人、該訴訟最具有解決紛爭之實效及實益之問題。故其原則之判斷標準即應以該紛爭實體法上權利義務主體為當事人、該訴訟當事人方為適格；惟於具體之訴訟上，則區分不同訴訟類型，決定其當事人適格之標準。而於確認之訴上，則以確認利益之有無作為判斷其當事人適格之標準，故有謂「確認之訴之當事人適格消失於狹義之訴之利益之間」。
- 2.而有關於確認利益之判斷，依最高法院四十二年台上字一〇三一判例之見解，以原告法律之地位不安定、而確認之訴係除去此地位不安定最有效適切之方式為判斷基準。故若造成原告法律地位不安定之人有數人者，則原告便應以該數人為被告；反之，若造成原告法律地位不安定之人若僅有一人，則以該人為被告起訴者即具有確認利益、當事人亦即適格。
- 3.綜上所述，於本例中甲欲起訴請求確認乙丙間抵押權係因通謀虛偽意思表示而不存在，而丙就該債權不存在一事並無爭執，此時造成原告私法上地位不安定者僅有乙一人而已，故甲縱僅以乙為被告，仍具有確認利益，故其起訴時之當事人仍為適格。故甲自得僅以乙為被告。
- 4.惟應附言者，若僅以乙為被告，則因判決效力相對性之故，故最後確認之判決效果便不及於丙；故雖當事人仍為適格，惟就最終之紛爭則未必得一併加以解決之，故甲宜以乙丙同時作為被告，以避免將來紛爭之擴大。

(二)僅乙提起第二審上訴，其效力不及於丙

- 1.若甲以乙丙為共同被告加以起訴，第一審法院判決乙丙敗訴，僅乙提起第二審上訴，其效力是否及於丙之問題，應視乙丙為何種共同訴訟類型而定。若屬普通共同訴訟者，則依民事訴訟法（以下同）第五十五條之規定，其效力不及於丙；反之，若屬必要共同訴訟者，則依本法第五十六條，因其屬形式上有利之行爲，故其效力對全體共同訴訟人均發生效果，故其效力及於丙。
- 2.而於確認他人而於確認他人間法律關係不存在之訴中，該他人間屬於何種共同訴訟之類型，學說及實務上向有爭議：
 - (1)必要共同訴訟說：認確認他人法律關係之訴中，該存在於他人間之法律關係，於事實上、論理上有合一確定判斷之必要，法院不得為相矛盾之判決，故其共同訴訟類型自應為必要共同訴訟。
 - (2)普通共同訴訟說：認於確認他人法律關係之訴中，既不必以該他人之全體同時列為被告、該判決效力亦無擴張之情形，故自非必要共同訴訟。且事實上及論理上之同一並非定於訴訟上構成必要共同訴訟，故其自應屬普通共同訴訟之關係。
- 3.上開二說均有所長，惟管見認應以普通共同訴訟說較為可採；按若強使該他人成為必要共同訴訟而適用本法第五十六條者，則不但有可能強使當事人為與己利害關係相反之人辯護、且易過分犧牲當事人之訴訟實施權，且縱認係普通共同訴訟，仍有主張共通、證據共通等原則加以避免裁判之矛盾，故應以普通共同訴訟說較妥。
- 4.故本例中，因認乙丙二人為普通共同訴訟之關係，故僅乙提起二審上訴，其效力不及於丙。

- 二、律師林丙受委任為訴訟代理人，列乙為被告，向該管法院起訴，聲明求為判決命乙返還 A 屋予甲，並於書狀陳稱：「乙為甲之多年好友，向甲承租房屋時，言明將用以開設商店，不料後來竟以房屋供違反法令之使用，



為此甲基於租賃物返還請求權起訴。」等語。試敘明法理依據，解答下列問題：(25 分)

(一)上開聲明及陳述，是否已盡原告所負促進訴訟（協力迅速進行訴訟）之義務？是否符合法律採行爭點集中審理主義之相關規定？

(二)設受訴法院經本案審理後，不採甲之主張，而以其訴為無理由予以判決駁回，終告確定（下稱前判決）。其後，甲以乙違反租約致被終止租賃關係為由，又起訴請求判決命乙返還 A 屋予甲（下稱後訴訟）。試問：前判決之效力是否及於後訴訟？後訴訟之受訴法院應如何處理？

命題意旨	本題是邱老師睽違兩年後重出江湖的新作，自然要先將邱老師的學說加以瞭解後方能順利作答。考到的其實是邱師學說中蠻基礎的部分。
答題關鍵	本例主要在考的是有關訴訟標的之問題。故關於訴訟標的之機能、訴訟標的之特定、及相關爭點整理、集中審理之問題，均要具有能反覆檢討論證之能力。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民事訴訟法(II)(喬台大)〈L252〉,P.11-35~38:既判力之客觀範圍(相似度 60%),P.A7~A8:促進訴訟義務(相似率 60%),P.A36~37、P.A63~74:爭點集中審理主義(相似度 30%) 2.厚本講義第二回,P.312:既判力之客觀範圍(相似度 30%)

【擬答】

本例涉及當事人起訴時訴訟上請求之特定、爭點集中審理、及當事人促進訴訟義務履行、及訴訟標的之相關機能等問題。按訴訟標的之特定及爭點整理之程序，有助於法院於調查證據前行曉諭爭點之程序，而有效的達成審理集中化之目標，藉此得防止突襲性裁判（尤其係促進訴訟之突襲）之發生，民事訴訟法（以下同）第二百九十六條之一亦認明此事。故關於本例之說明，自應以上開之法理基礎為討論：

(一)原告所為之陳述是否可認其已盡原告所負協力迅速進行訴訟之訴訟促進義務，需視甲起訴時之聲明可否認其已特定其訴訟上請求而定：

- 1.我國民事訴訟法於近年來歷經三次之重大修正後，已重組傳統之處分權主義及辯論主義，並於訴訟之審理過程中，明認爭點整理程序之重要性、改採以爭點為中心之集中審理主義，藉此一方面達成公益層面之訴訟經濟、二方面亦藉此平衡當事人之實體利益及程序利益。故除法院外、當事人亦同時被賦予此等促進訴訟之協力義務，當事人之聲明陳述及攻擊防禦之提出，亦需以爭點為中心加以為之。
- 2.故當事人於起訴時便被賦予特定其訴訟上請求之義務，即將整理特定訴訟程序中最上位爭點（訴訟標的、訴之聲明）之責任委由原告加以負擔。故原告於起訴時，便需特定其訴訟上請求，方可謂達成爭點集中審理主義下之訴訟促進義務。
- 3.故於本例中，原告甲所為之聲明，是否可認已達相關之義務，即需視其是否特定該訴訟上請求。今甲於訴狀中陳稱甲乙間相關之房屋租賃情形、並聲明基於租賃物返還請求權起訴。此陳述似可認其已依本法第二百四十四條第一項第二款陳明訴訟標的及其足以特定訴訟標的之原因事實，尚可認甲亦陳述其言詞辯論程序中有助於法院進一步認定其訴訟上請求所依據之事實理由（第二百六十六條第一項第一款）。故依據甲所為之聲明陳述，法院似可認該訴訟上請求已經特定，故可進而為其餘事實上、證據上爭點之整理，有助於防止促進訴訟之突襲，故自可認原告已盡其所負促進訴訟（協力迅速進行訴訟）之義務。

(二)前判決之效力是否及於後訴訟、及後訴訟法院應如何處理者，需視前訴訟之訴訟標的之機能有無達成、及其作為後訴訟既判力之評價規範之內容而定：

- 1.按當事人於起訴時必須表明該訴之訴訟標的（第二百四十四條第一項第二款），係因該訴訟標的之表明具有下列機能：限定法院之審判對象範圍、凸顯被告攻擊防禦之目標、預告既判力範圍等行為規範功能，及於後訴中作為評價規範回顧前訴訟並為前訴訟既判力範圍之評價。
- 2.而今甲於前訴訟敗訴、復以乙違反租約致被終止租賃關係為由，又提起請求判決命乙返還 A 屋予甲之後訴訟；此時前判決之效力是否及於後訴訟，自需認定前後訴訟之訴訟標的之是否相同、及於前訴訟中法院對訴訟標的之審理過程、當事人之攻擊防禦提出之範圍為何，作為後訴訟中判斷是否為判決效力所及之評價規範。
- 3.又依訴訟標的的相對論之見解，當事人於起訴時究以何為訴訟標的以原告之意思加以決定之。故今原告甲起訴時陳稱基於租賃物返還請求權加以起訴，自可認其係以權利單位型之方式起訴之，故法院應行論理型之爭點整理，並以該具體之權利作為訴訟標的。以原告之聲明加以決定訴訟標的為何者之訴訟標的的相對論，得修正傳統新舊訴訟標的的理論之缺失，並用以使當事人得平衡考量其實體利益及程序利益，具有防止發生發現真實及促進訴訟之突襲功能存在。
- 4.蓋若前訴訟中當事人甲係以租賃物返還請求權作為訴訟標的的加以起訴，且法院之審理、當事人攻擊防禦之提出，均未涉及到租賃關係終止後之所有物返還請求權者，則若認前後訴之訴訟標的的相同而禁止後訴之提出者，則對當事人顯有造成發現真實之突襲可能，此時前判決之效力自不及於後訴訟，後訴訟之法院自應繼續就後訴訟為審理。

三、甲夫以其妻乙為被告，起訴主張乙惡意遺棄，先位聲明請求判決兩造離婚，備位聲明請求判決被告應與原告同居，第一審法院認甲先位聲明離婚之訴無理由，而備位聲明同居之訴為有理由，判決被告應與原告同居，並駁回甲先位之訴，如僅甲對先位之訴部分提起上訴，第二審法院應如何審理裁判？(25 分)



命題意旨	本題主要在測驗同學對於預備合併之審理模式、及上訴之處理。非常簡單。
答題關鍵	本題為預備合併之基本題型，把握預備合併上訴問題中「上訴不可分」、「附隨一體性」、及「不利益變更禁止原則」之問題即可輕鬆作答。
參考資料	1.月旦法學教室 4 期：P.14~15：訴之預備合併（陳啓垂）
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民事訴訟法（I）（喬台大）〈L251〉，P.7-12~13：上訴不可分，附隨一體性（相似度 80%）。 2.高點實例演習系列-民事訴訟法（陳律師）〈L702〉，P.3-161~162：上訴不可分，附隨一體性（相似度 80%）。 3.高點法學錦囊系列-民事訴訟法（陳碧盈）〈L233〉，P.3-54~55：上訴不可分，附隨一體性（相似率 80%）。 4.2004 律師司法官歷屆試題詳解〈L301〉，P.88-16：上訴不可分，附隨一體性（相似率 80%）。 5.厚本講義第二回，P.74~76：上訴不可分，附隨一體性

【擬答】

本例涉及預備合併之裁判及上訴方式。按預備合併者，係指當事人於起訴時為一排列先備位之附條件預備請求，而請求法院為一附條件之裁判，則法院應於認先位請求有理由時，裁判之解除條件成就，故無須就備位之訴為裁判；若法院認先位之訴無理由時，裁判之停止條件成就，則須就備位之訴為裁判。而就預備合併之上訴程序中，亦有為因應此等特殊性的處理：

(一)就預備合併之一部上訴者：

- 1.對他部生上訴不可分之效力：蓋第一審就先備位聲明為全部判決者，若僅對其中之一部提起上訴時，則因民事訴訟法（以下同）第四百七十三條反面解釋、第四百六十條規定，故於第二審中，因當事人得為擴張上訴聲明、或為附帶上訴之故，故生上訴不可分之效力。此時未上訴之他部分亦不先行確定。
- 2.於上級審中仍構成預備合併之型態：當事人僅對其中一部分上訴者，對於該未上訴之部分，原因處分權主義於上級審中亦有適用之故，則未上訴之部分上級審法院原不得加以審理裁判。惟預備合併因為一附條件之起訴方式，法院亦需為一附條件之裁判，故其先備位請求間之關係特別密切，而具有學說上所稱「附隨之一體性」。基此，雖當事人僅對其中一部聲明上訴，對該未上訴之部分亦生上訴之效力，而使先備位亦同時上訴於上級審，而於上級審中仍構成預備合併之型態。
- 3.上級審法院仍須遵守不利益變更禁止原則：雖依附隨一體性之原則，而使先備位請求同時上訴於上級審，惟上級審法院仍須遵守不利益變更禁止原則（本法第四百五十條），亦即不使當事人因上訴而獲致更不利之判決結果。惟此原則僅於當事人一造上訴時方有適用，若兩造同時上訴者則無此原則限制。

(二)故於本例中，下級審為甲先位敗訴、備位勝訴之一勝一敗判決；若僅甲就先位離婚之訴敗訴部分提起上訴者，則第二審法院之審理方式則為：

- 1.對甲請求同居之訴勝訴部分不生先行確定之效果：甲雖僅對離婚之先位之訴提起上訴，但因乙於第二審言詞辯論終結前仍得為附帶上訴，故備位之訴部分不因上訴期間經過而告確定。
- 2.第二審法院仍得於認甲上訴之先位之訴無理由時、為備位之訴之判斷：先備位請求生有附隨一體性之效果，故雖甲僅對先位請求部分上訴第二審，惟備位請求之部分亦生上訴之效力，使甲乙於第二審中仍構成預備合併之型態。故第二審法院若認甲先位請求無理由，則其停止條件成就、仍得就備位請求部分為裁判。
- 3.第二審法院縱認甲備位請求亦無理由，仍不得為甲先備位均敗訴之判決：今僅甲就先位之訴上訴，故第二審法院為裁判時有不利益變更禁止原則之限制。故若二審法院認甲先位之訴敗訴、備位之訴亦應為敗訴之判決，則會使甲獲得較未上訴前更不利之判斷；故二審法院僅得駁回甲之上訴，而為維持一審法院甲先位無理由、備位有理由之一勝一敗判決。

四、富家子甲平日行事輕狂，常裸體在外遊蕩，並將現金撒給路過之年輕女子，因此屢次為家人帶來困擾，甲之配偶乙更是厭惡甲之行為，乃向管轄之地方法院聲請宣告甲禁治產。法院於程序進行中訊問甲時，甲見承辦之女法官年輕貌美，又當庭脫衣，舉止不雅，法院乃在詢問鑑定人後，裁定宣告甲禁治產。試問：(25 分)

- (一)若甲接到宣告禁治產之裁定後，其父母丙、丁認為甲之精神狀態並無異常，丙、丁得如何進行救濟？
- (二)若甲在宣告禁治產之裁定送達後，救濟程序進行中，曾將現金十萬元送給鄰居之妙齡女子戊，在宣告甲禁治產之裁定被撤銷確定後，甲得否向戊索回該十萬元？
- (三)若丙、丁在前述(一)之救濟程序進行中向法院表示，甲確實精神耗弱，原宣告甲禁治產之裁定誠屬正確，其願意接受，法院應如何處理該案件？

命題意旨	考到了個萬年都沒考過的禁治產宣告之訴，相信考場上一定哀鴻遍野。不過其實考的東西並不難，主要便是對禁治產的救濟程序有個基本的印象即可。
答題關鍵	主要的答題關鍵仍然在法條中，另外本題應該沒有什麼特殊實務見解。故找到對的法條、正確的套用便是拿分的關鍵點。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-民事訴訟法（II）（喬台大）〈L252〉，P.16-54~56：撤銷禁治產宣告（相似度 90%）。 2.高點法學錦囊系列-民事訴訟法（陳碧盈）〈L233〉，P.7-53~55：撤銷禁治產宣告（相似度 90%）



【擬答】

本例涉及禁治產宣告及撤銷程序之相關程序及效力之問題。按禁治產宣告係於實體法上規定有宣告禁治產之事由，藉以剝奪該人之行為能力，藉以達成保護精神有障礙之人及交易安全之維護之目的。而於民事訴訟法（以下同）中人事訴訟程序章中亦規定有禁治產宣告之裁定及撤銷程序。禁治產宣告裁定程序，其並非在使法院判斷權利義務關係之存在與否，而係用以判斷某人是否有宣告禁治產之必要，故本身屬無訟爭性之非訟程序，故其審理原則上亦著重以法院為主之職權主義。以下就本題分述之：

(一)丙丁得於法定期間內提起撤銷禁治產宣告之訴

- 1.按法院作成禁治產宣告之裁定後，當事人之救濟方式有二：一為民事訴訟法上之撤銷，即有禁治產聲請權人認法院所為之禁治產裁定有所不當、而於法定期間內所提起之獨立之訴，求為判決撤銷禁治產宣告裁定（第六百零九條以下）；一為民法上之撤銷，即於禁治產原因消滅後，由得聲請禁治產之人聲請撤銷禁治產宣告（第六百一十九條以下）。
- 2.今甲之父母丙丁認甲之精神狀態並無異常，故認法院所為之禁治產裁定自始有所不當者，且其均為得聲請禁治產之人（民法十四條第一項），故其得於裁定送達後三十日不變期間內提起撤銷禁治產宣告之訴（第六百一十一條）。

(二)甲不得向戊索回該十萬元

- 1.禁治產宣告之裁定，自禁治產人之法定代理人、或依法律應為監護人之人受送達時發生效力。縱撤銷之訴之救濟程序進行當中，該宣告禁治產之裁定效力仍然存續。
- 2.惟若該宣告裁定被撤銷確定者，則因該撤銷之訴為形成之訴，故通說認該撤銷之判決為形成判決，有溯及既往之效力，故該判決確定後，即與自始未受禁治產宣告相同。故在撤銷禁治產宣告前，禁治產人所為之行為，不得本於宣告禁治產之裁定，而主張無效（第六百一十七條第二項）。故於本例中，甲於救濟程序中將現金十萬元送給鄰居之戊，在宣告甲禁治產之裁定被撤銷確定後，生溯及既往之撤銷效力，故甲便不得本於宣告禁治產之裁定而主張該贈與無效，進而索回該十萬元。

(三)法院應以判決駁回該撤銷之訴、並得為必要之處分

- 1.若認宣告禁治產之裁定有所不當、而提起之撤銷禁治產宣告之訴者，其性質亦為一訴訟之提起，故法院自應對該訴訟之提起加以為裁判。故若認該撤銷之訴有理由者，則應以判決為之（第六百一十六條第一項）；相對的，若認該撤銷之訴為無理由時，自仍亦應以判決駁回之。
- 2.今丙、丁在該撤銷之訴進行中向法院表示甲確實精神耗弱，原宣告甲禁治產之裁定誠屬正確，其願意接受者，則法院自應認該撤銷之訴之提起為無理由，而應以判決駁回該撤銷之訴。
- 3.另法院若於駁回該撤銷之訴後，為保護禁治產人之身體及財產者，自亦得命為必要之處分（第六百一十六條第二項、第三項）。

