

司法特考 · 調查局特考

高點考季友賞



8/31前，憑司特、調特准考證享全年最優惠

8/12~14報名113面授/VOD課程>加贈高點圖書禮券1,000元

★司法特考四等

類別	面授/VOD專業全修	雲端全修年度班
法警/執達員/執行員	特價 22,000 元	特價 35,000 元
法院書記官	特價 28,000 元	特價 38,000 元
監所管理員	特價 23,000 元	特價 32,000 元

★司法特考三等

- 面授/VOD：特價 **32,000** 元起
- 雲端：特價 **44,000** 元起

★調查局特考三等

- 面授/VOD：特價 **38,000** 元起
- 雲端：特價 **46,000** 元起

★差異科目/弱科加強 (限面/VOD)

- 監所管理員全修+警察法規概要：特價 **36,000** 元
- 四等書記官+公務員法概要：特價 **40,000** 元
- 法警+公務員法概要：特價 **35,000** 元
- 四等小資：特價 **16,000** 元起

★實力進階

類別	面授/VOD	雲端
申論寫作班	單科特價 3,000 元起	單科 7 折起
矯正三合一題庫班	特價 4,000 元	單科 7 折起
犯罪學題庫班	特價 1,700 元	單科 8 折起
四等狂作題班	限面授 全修 15,000 元、單科 5,000 元	

※諮詢&報名詳洽【法政瘋高點】LINE 生活圈(ID: @get5586)
 ※報名全修考生若當年度考取相同等級類科，二週內可回班辦理退費



《民事訴訟法》

一、甲為 A 地（600 平方公尺）之所有權人，甲長年旅居國外，某日 A 地遭乙無權占有並興建 B 屋。嗣後乙再將 B 屋出租於丙，甲回國探親時發現丙居住於該屋。甲乃依民法第 767 條第 1 項中段及前段規定，起訴請求丙拆屋還地，並依民法第 179 條規定，請求丙返還自起訴狀繕本送達翌日起，回溯計算 5 年之相當於租金之不當得利。丙則抗辯：B 屋並非伊所建，伊僅係向某乙承租該屋云云。又假設 A 地之土地，市價為新臺幣（下同）2,000 元/平方公尺，公告現值為 1,500 元/平方公尺，申報地價為 1,200 元/平方公尺，B 房屋之課稅現值為 70 萬元，試問：

- （一）甲得否於第一審審理中主張：由於其長年旅居國外，並不知房屋究係乙或丙所興建，乃追加乙為被告，並先位請求丙拆屋還地及返還相當於租金之不當得利，備位請求乙拆屋還地及返還相當於租金之不當得利？（25 分）
- （二）依甲上述「拆屋還地及返還相當於租金之不當得利」之聲明，倘若您是承辦法官，本件訴訟標的價額應如何計算？請寫出計算式（25 分）
- （三）若第一審法院認為房屋確非丙所建，先位請求駁回原告之訴，備位請求判令乙應拆屋還地及返還相當於租金之不當得利，乙不服提起上訴，甲未為上訴，亦未為附帶上訴，第二審法院若認為先位請求有理由時，法院得否就先位請求為審理？（25 分）

命題意旨	第(一)小題：訴之變更追加之容許事由、當事人之變更追加、主觀預備合併。 第(二)小題：訴訟標的價額之核定。 第(三)小題：預備合併之上訴。
答題關鍵	本題牽涉考點眾多，難度不低，相當接近司法官及律師第二試的水準，考生於作答時，除應確實掌握相關法律規定、學理及實務見解外，亦應注意時間的分配。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第五回，武政大編著，頁38-43、49-54。 2.《高點民事訴訟法講義》第四回，武政大編著，頁38-40。 3.《高點民事訴訟法講義》第六回，武政大編著，頁40-47。 4.《高點民事訴訟法講義》第五回，武政大編著，頁14-19。

【擬答】

（一）甲得否於第一審審理中追加乙為被告，並先位請求丙拆屋還地及返還相當於租金之不當得利，備位請求乙拆屋還地及返還相當於租金之不當得利？

1.按民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定：「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：…二、請求之基礎事實同一者。」其立法目的在與民事訴訟法第 199 條之 1 第 1 項規定：「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。」相配套，擴大訴訟制度解決紛爭之機能。而就本款所稱「請求之基礎事實同一者」之意義，學說、實務上有不同見解，茲分別說明如下：

（1）社會事實同一說：有認為條文所謂「請求之基礎事實同一」應為紛爭本身的『事實關係』同一或與原因事實同一社會事實之意義，並非訴訟資料、證據資料同一、爭點共通等。該「基礎事實」係指民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款所稱原告「起訴狀」所記載之「原因事實」。申言之，本款規定之立法目的以解決「傳統（舊）訴訟標的理論」的問題（紛爭無法一次解決、易生裁判矛盾）為出發，應適用於「請求權競合」（包括「票據請求權」與「借款返還請求權」之競合）與「形成權併存」之情形。

（2）判決基礎事實同一說：亦有認為，所謂請求之基礎事實同一係指：據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料為同一（新、舊兩請求有共通之爭點，有關舊請求之訴訟資料或證據資料於新請求可援用）。而此類「基礎資料」通常係依處分權主義、辯論主義或經由闡明權行使（或爭點整理）而被呈現於訴訟程序上，所以其並不同於未經如此呈現以前存在於訴訟程序外之實體法上原因事實或社會生活上紛爭事實。

(3)紛爭關連說：此說兼顧實體法與訴訟法之觀點，認為所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，即屬之（最高法院 90 年度台抗字第 2 號民事裁定參照）。此說為目前多數實務見解所採。

(4)管見以為，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定之立法目的，應在「擴大訴訟制度解決紛爭之機能」，而非僅在解決新、舊訴訟標的理論之問題，故應以上開「判決基礎事實同一說」為可採。

2.承上，實務見解認為，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款之規定，因可利用原訴訟資料，除有礙於對造防禦權之行使外，得適用於當事人之變更或追加（最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議決議參照）。

3.末按，「主觀預備合併」者，係指在原告或被告方面，起訴時或訴訟中將原告或被告方面列先位及備位，請求法院於認為先位當事人有理由時，即無須對備位當事人為裁判，而若認為對先位當事人請求為無理由時，則應對備位當事人之請求加以裁判。而就應否承認此種「主觀合併（共同訴訟）」型態之問題，存在不同見解：

(1)有基於追求「紛爭一次解決」、「避免裁判矛盾」及「保護原告實體權利（例如，避免對於備位被告之請求罹於時效）」之目的，而採肯定說；惟亦有認為「備位被告可能未受任何裁判，導致其地位不安定」，而採否定看法。

(2)管見以為，主觀的預備訴之合併，縱其先、備位之訴之訴訟標的容或不同，然二者在訴訟上所據之基礎事實如屬同一，攻擊防禦方法即相互為用，而不致遲滯訴訟程序之進行。苟於備位訴訟之當事人未拒卻而應訴之情形下，既符民事訴訟法所採辯論主義之立法精神，並可避免裁判兩歧，兼收訴訟經濟之效，固非法所禁止（最高法院 98 年度台上字第 1486 號民事判決、103 年度台抗字第 478 號民事裁定參照），故應以上開「肯定說」可採。

4.於本件，丙於訴訟中辯稱：「B 屋並非伊所建，伊僅係向某乙承租該屋…」云云，則該「B 屋為乙所興建（所有）」之事實已經由當事人之攻防而被呈現於「舊訴」（舊被告丙）之訴訟程序上，而成為「舊訴」之判決基礎資料；又據以審判「新訴」（新被告乙）之判決基礎資料亦為該「B 屋為乙所興建（所有）」之事實，則新、舊訴之「判決基礎事實同一」，揆諸上開「判決基礎事實同一說」與最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議決議之意旨，原告甲嗣後得依前開民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定為訴之追加，即追加新被告乙為共同被告。又應注意者係，原告甲雖係追加乙為「預備被告」，即將舊被告丙與新被告乙做先、備位之排列，就此「主觀預備合併」之型態，揆諸前開說明，亦應肯定其合法性，併此敘明。

結論：甲得於第一審審理中追加乙為被告，並先位請求丙拆屋還地及返還相當於租金之不當得利，備位請求乙拆屋還地及返還相當於租金之不當得利。

(二)依甲上述「拆屋還地及返還相當於租金之不當得利」之聲明，倘若您是承辦法官，本件訴訟標的價額應如何計算？

1.按民事訴訟法第 77 條之 2 規定：「以一訴主張數項標的者，其價額合併計算之。但所主張之數項標的互相競合或應為選擇者，其訴訟標的價額，應依其中價額最高者定之。（第 1 項）以一訴附帶請求其孳息、損害賠償、違約金或費用者，不併算其價額。（第 2 項）」。又此所稱「所主張之數項標的互相競合或應為選擇者」，包括「競合」、「選擇」與「預備」（最高法院 28 年渝上字第 2213 號民事判例參照）合併之情形。

2.承上，有疑義者係，原告主張「所有物返還請求權」（民法第 767 條第 1 項前段規定參照）時，附帶請求「相當於租金之不當得利」（民法第 179 條規定參照），是否有上開民事訴訟法第 77 條之 2 第 2 項規定之適用？就此，多數實務見解認為應有上開民事訴訟法第 77 條之 2 第 2 項規定之適用，不併算其價額（最高法院 96 年度第 4 次民事庭會議決議參照）。

3.次按，實務見解認為，請求將土地上之房屋拆除並交還土地之訴，係以土地之交還請求權為訴訟標的，其訴訟標的之價額應以土地之價額為準，房屋之價額不包括在內（最高法院 94 年度台上字第 2150 號民事判決參照）。

4.末按，民事訴訟法第 77 條之 1 第 2 項規定：「核定訴訟標的之價額，以起訴時之交易價額為準；無交易價額者，以原告就訴訟標的所有之利益為準。」。就此，有實務見解認為，請求將土地上之房屋拆除並交還土地之訴，係以土地之交還請求權為訴訟標的，其訴訟標的之價額原則上應以土地之交易價額即「市價」為準（最高法院 100 年度台抗字第 568 號民事裁定參照）。

5.於本件，原告甲追加乙為「預備被告」，即將舊被告丙與新被告乙做先、備位之排列，屬「主觀預備合併」

之型態，業如前述。則揆諸前開民事訴訟法第 77 條之 2 第 1 項規定及相關實務見解，其訴訟標的價額，應依其中價額最高者定之，而非合併計算之。

6. 承上，原告甲依民法第 767 條第 1 項中段及前段規定，起訴請求被告「拆屋還地」，並依民法第 179 條規定，附帶請求被告返還自起訴狀繕本送達翌日起，回溯計算 5 年之「相當於租金之不當得利」，揆諸前開民事訴訟法第 77 條之 2 第 2 項規定及相關實務見解，該「相當於租金之不當得利」之請求部分，不併算其價額。亦即僅就該主請求（「拆屋還地」之請求）部分核定訴訟標的價額。而就上開「拆屋還地」之請求部分，揆諸前開實務見解，其訴訟標的之價額應以 A 地之價額為準，B 屋之價額不包括在內，且該 A 地之價額原則上應以土地之交易價額即「市價」為準。

7. 基此，依題意，系爭 A 地（面積 600 平方公尺）之「市價」為 2,000 元/平方公尺，則本件訴訟標的價額即 120 萬元（計算式：2,000 元/平方公尺 X 600 平方公尺 = 120 萬元）。

結論：本件訴訟標的價額為 120 萬元（計算式：2,000 元/平方公尺 X 600 平方公尺 = 120 萬元）。

(三) 若第二審法院若認為先位請求有理由時，法院得否就先位請求為審理？

1. 按基於「上訴不可分」之法理，就訴訟（判決）之一部提起上訴，其上訴效力（如「移審」之效力）及於全部。惟應注意者係，「移審」（訴訟繫屬移至上級審）不代表上級審就可以「審判」之。基於「處分權主義」之法理，原則上若當事人嗣後未將該未上訴之部分納入「上訴聲明」或「附帶上訴聲明」之範圍內，上級審仍不得審判之。

2. 承上，就「預備合併」，如第一審判決原告「先位請求」無理由，「備位請求」有理由，而僅被告就該「備位請求」部分提起上訴時，一般認為，先、備位請求全部發生移審效，惟認為此時因移審效不等於審判範圍，故若原告未就「先位請求」提起上訴或附帶上訴，則法院即不得予以審判。¹

3. 於本件，原告甲追加乙為「預備被告」，即將舊被告丙與新被告乙做先、備位之排列，屬「主觀預備合併」之型態，業如前述。若第一審法院認為房屋確非丙所建，先位請求駁回原告之訴，備位請求判令乙應拆屋還地及返還相當於租金之不當得利，僅被告乙（就「備位請求」）不服提起上訴，原告甲（就「先位請求」）未為上訴，亦未為附帶上訴，則揆諸上開說明，該「先位請求」未納入當事人「上訴聲明」或「附帶上訴聲明」之範圍內，基於處分權主義，第二審法院自不得審判之。

結論：若第二審法院若認為先位請求有理由時，法院仍不得就先位請求為審判。

二、甲公司承包乙鐵路公司之坡道工程，甲公司經乙公司同意，再將工程轉包於丙工程行，丙工程行為獨資商號，由王一經營，某日王一於工程中午休息時，在坡道上停妥車輛後，疏未注意竟忘了拉手煞車，致車輛因坡度而下滑至旁邊之鐵軌，適有一輛火車經過而撞擊該車輛，並造成大量人員傷亡。試問：

(一) 乙鐵路公司預期將遭受乘客及家屬之賠償請求，乃積極向甲、丙請求，請問乙公司應採取何種措施，以保全強制執行？（15 分）

(二) 就丙部分，當事人應如何記載？（10 分）

命題意旨	第(一)小題：假扣押之要件。 第(二)小題：獨資商號之當事人能力。
答題關鍵	本題考點較為單純，且多為傳統考點，考生僅需掌握相關法律規定（包括立法理由）及重要實務見解，即可作答。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第十二回，武政大編著，頁30-33。 2. 《高點民事訴訟法講義》第三回，武政大編著，頁6。

【擬答】

(一) 乙鐵路公司預期將遭受乘客及家屬之賠償請求，乃積極向甲、丙請求，請問乙公司應採取何種措施，以保全強制執行？

1. 按民事訴訟法第 522 條第 1 項規定：「債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押。」（第 1 項）前項聲請，就附條件或期限之請求，亦得為之。（第 2 項）」，其立法理由謂：「第二項原僅規定就未到履行期之請求得聲請假扣押，惟第二百四十六條規定已擴大得提起將來給付之訴之適

¹ 姜世明，《民事訴訟法(上冊)》，2012 年 11 月一版一刷，新學林出版股份有限公司出版，頁 334。

用範圍，明定於有預為請求之必要者，得提起之，並不限於未到履行期之請求，就此部分，亦有聲請假扣押之必要，爰修正第二項，以資配合。至於附條件之請求因繫於將來不確定之事實，是否准予假扣押，應由法院斟酌個案具體情形而為裁量。」。

- 2.次按，民事訴訟法第 523 條第 1 項規定：「假扣押，非有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之。」。
- 3.於本件，乙公司預期將遭受乘客及家屬之賠償請求，乃積極向甲、丙請求，該請求應屬「金錢請求」。又該請求係以「乙公司遭受乘客及家屬之賠償請求」為條件，即屬上開民事訴訟法第 522 條第 2 項所定「附條件之請求」，苟有日後不能執行或甚難執行之虞，乙公司（債權人）為保全其強制執行，自得依上開民事訴訟法第 522 條第 1 項規定聲請「假扣押」。

結論：乙公司得聲請「假扣押」，以保全強制執行。

(二)就丙部分，當事人應如何記載？

- 1.按假扣押聲請之程序屬民事訴訟法之裁定程序，除應具備民事訴訟法所規定之一般訴訟要件（如「當事人能力」），尚須具備假扣押聲請之特別要件²。就此，實務見解亦強調，原告或被告無當事人能力者，法院應以裁定駁回原告之訴，民事訴訟法第 249 條第 1 項第 3 款規定甚明。因假扣押程序規定於民事訴訟法中，自有前揭民事訴訟規定之適用（臺灣高等法院 111 年度抗字第 997 號民事裁定參照）。
- 2.次按，「當事人能力」者，乃指一般得為民事訴訟當事人之能力。如經判斷有「當事人能力」者，無論何種訴訟均一律具備「當事人能力」，與各具體訴訟之性質、內容無涉。而就當事人能力，民事訴訟法第 40 條規定：「有權利能力者，有當事人能力。（第 1 項）胎兒，關於其可享受之利益，有當事人能力。（第 2 項）非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。（第 3 項）中央或地方機關，有當事人能力。（第 4 項）」。
- 3.承上，上開民事訴訟法第 40 條第 3 項固規定：「非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。」。惟實務見解認為，獨資經營之商號，與民事訴訟法第四十條第三項所稱之非法人團體並非相當，自難認為有當事人能力（最高法院 42 年台抗字第 12 號民事判例參照）。基此，應以商號業主為當事人，實務上多記載為「○○○商號即 X X X（商號業主姓名）」。
- 4.故於本件，丙工程行為「獨資商號」，由「王一」經營，揆諸上開說明，丙工程行並無「當事人能力」，不能作為本件假扣押聲請程序（屬民事訴訟法之裁定程序）之當事人，故債權人乙公司應以丙工程行之負責人「王一」作為當事人（債務人），並記載為「丙工程行即王一」。

結論：就丙部分，當事人應記載為「丙工程行即王一」。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

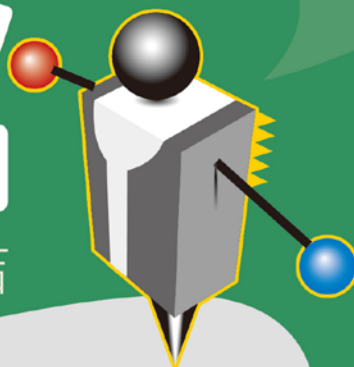
² 姜世明，《民事訴訟法（下冊）》，新學林出版股份有限公司出版，2014 年 2 月二版一刷，頁 582。

法政瘋高點



LINE@生活圈

共榮共享・好試連結



司特/調特考前提示★LINE好友版考猜★

★刑事訴訟法：劉律(劉睿揚)

★犯罪學：陳逸飛(施馭昊)



8/7(一)

限時下載

@get5586

8/12~14考場限定

報名指定法律好課，加贈高點圖書禮券1,000元

司特/調特★線上解題講座★

行政法：8/24(四)

民法：8/25(五)

刑法：8/29(二)

刑訴：8/30(三)



嶺律 (陳熙哲)



龍律 (陳義龍)



劉律 (劉睿揚)

FB粉絲團

首播



高點線上
影音學習



【台北】台北市開封街一段2號8樓

02-2331-8268

【台南】台南市中西區中山路166-6號5樓

06-223-5868

【台中】台中市東區大智路36號2樓

04-2229-8699

【高雄】高雄市新興區中山一路308號8樓

07-235-8996

各分班立案核准

