

《民法與民事訴訟法(二)》

一、原告甲向臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）起訴，主張：被告乙承租甲所有之 A 屋（坐落桃園市），於半年前即已租期屆滿，乙拒不交還亦不付租，而兩造間之租約約定，就租約所生之爭議合意由臺北地院管轄。爰依所有權之作用及兩造間租約之約定，請求乙遷讓交還 A 屋。臺北地院以裁定將該事件全部移送臺灣桃園地方法院管轄。試問：

（一）乙以兩造已合意由臺北地院管轄，應尊重該便利法院為由，對移送裁定提起抗告，抗告法院應如何裁判？（35 分）

（二）抗告法院所為裁定確定後，第一審管轄法院為乙敗訴之判決。於上訴期間內，乙提起上訴，第三人丙亦出具「參加訴訟及上訴狀」，主張：「丙與乙訂有房屋租約，甲請求乙遷讓 A 屋，顯無理由，尤其未對參加人丙為任何告知訴訟，亦屬不合」云云，請求准予參加訴訟，並請求判決：「原判決廢棄，並駁回原告甲在第一審之訴。被告乙如受不利之判決，願供擔保准免假執行。」第二審法院通知兩造及丙到場，丙僅改稱：「丙係依民事訴訟法第 54 條規定提起訴訟，並已依同法第 77 條之 19 繳納裁判費，請法院定奪」等語。就丙之「參加訴訟」或「提起訴訟」，第二審法院應如何審理及裁判？（40 分）

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題第一小題測驗「專屬管轄」，對同學來說應不困難；第二小題則較有變化，須注意分別輔助參加與主參加訴訟此二不同制度的概念。 |
| 答題關鍵 | 第一小題：須注意甲之請求有二個部分，應分別處理。 第二小題：從輔助參加與主參加訴訟二制度之差異下手，即可得出結論。 |
| 考點命中 | 《民事訴訟法(上)》，許恒輔律師編著，2017 年版，頁 3-143~3-167，頁 3-173~3-181。 |

【擬答】

本題涉及專屬管轄及輔助參加與主參加訴訟等相關爭點，分述如後：

（一）抗告法院應駁回乙之抗告：

1. 本題甲依所有權之物上請求權請求乙遷讓交還 A 屋，應由不動產所在地之桃園地院專屬管轄：

按民事訴訟法（下同）第 10 條第 1 項：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，**專屬**不動產所在地之法院管轄。」，此即不動產之專屬管轄規定。又民法第 767 條之所有權之物上請求權是否屬於本項之「因不動產物權涉訟」，通說及實務持肯定見解（最高法院 74 年台上字第 280 號判例參照）。

是以，本題甲依所有權之物上請求權請求乙遷讓交還 A 屋，雖甲乙間之租約有合意管轄之約定，然依第 26 條規定，合意管轄於專屬管轄之案件排除適用，故此部分之請求由不動產所在地之桃園地院專屬管轄。

2. 本題甲依兩造間租約之約定，請求乙遷讓交還 A 屋，並非專屬管轄：

查本題甲尚依兩造間租約之約定，請求乙遷讓交還 A 屋。此即第 10 條第 2 項：「其他因不動產涉訟者，**得**由不動產所在地之法院管轄。」所定之情形，並非專屬管轄，故甲乙間之合意管轄應仍有適用之機會。惟依此結論，將使甲請求乙遷讓交還 A 屋之案件，繫屬於二不同法院，不但會造成當事人奔波之煩，亦可能造成裁判矛盾之風險。職此，本題臺北地院職權裁定將該事件**全部**移送臺灣桃園地方法院管轄，應屬正確。

3. 小結：

參酌第 11 條之立法旨趣，應認本題臺北地院職權將該事件全部裁定移送由臺灣桃園地方法院管轄之決定正確，抗告法院應駁回乙之抗告。

（二）第二審法院應駁回丙提起之主參加訴訟，繼續審理原先之訴訟：

1. 輔助參加與主參加訴訟之意義：

本題丙究竟係欲「參加訴訟」或「提起訴訟」，首應區分此二者有何不同。前者依第 58 條第 1 項規定：「就兩造之訴訟有**法律上利害關係**之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加。」，此即輔助參加或稱從參加訴訟。從參加人本身並非訴訟當事人，亦非訴訟代理人。從參加人係以自己之名義，以從參加人之地位輔助一造當人為各種訴訟行為。從參加訴訟為訴訟行為，從參加人須有當事人能力及訴訟能力；後者依第 54 條規定：「就他人間之訴訟，有下列情形之一者，得於第一審或第二審本訴訟繫屬中，以其當事人兩造為共同被告，向本訴訟繫屬之法院起訴：一、對其訴訟標的全部或一部，為自己有所請求者。二、主張因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害者。依前項規定起訴者，準用第 56 條各款之規定。」，此

種由第三人提起之訴訟稱為主參加訴訟，他人間之訴訟稱為本訴訟。其優點為：避免裁判矛盾、訴訟經濟。
主參加訴訟係一獨立之訴訟，與從參加僅係為輔助本訴訟當事人一造而參加訴訟之情形不同。

2. 本題內係輔助參加，而非主參加訴訟：

須注意者為，輔助參加中「有無法律上利害關係」此一要件，屬於當事人之責問事項，法院無須職權調查。最高法院 43 年台抗字第 48 號判例曰：「駁回參加之裁定須依當事人之聲請始得為之，此觀民事訴訟法第 60 條第 1 項之規定自明，故第三人之參加縱使就兩造之訴訟並無法律上之利害關係，而苟未經當事人聲請駁回，法院仍不得依職權調查而為駁回其參加之裁定。」，準此本題丙為參加之時，倘若無人爭執其是否具備法律上之利害關係，其即已為訴訟參加；反之，是否具備得提起主參加訴訟之權限，法院須實質審查。職故，本題丙既先以輔助參加之方式參與訴訟，後改稱為提起主參加訴訟，亦不改變其訴訟參加之事實，第二審法院應駁回丙提起之主參加訴訟，繼續審理原先之訴訟。

3. 小結：

綜上所述，第二審法院應駁回丙提起之主參加訴訟，繼續審理原先之訴訟。

二、甲男與乙女為夫妻，甲又與未婚亦有經濟能力之丙女發生婚外情，丙因而生有一子 A。嗣因甲不願認領及共同扶養 A，丙乃獨力扶養 A。試問：

(一) A 八歲時，丙以甲為被告提起認領子女之訴，得否合併請求酌定丙為對 A 行使權利負擔義務之人及命甲給付對 A 過去及將來之扶養費？該訴若法院因證據不足而判決丙敗訴確定後，A 得否對甲獨立提起認領子女之訴？(30 分)

(二) 倘甲已認領未成年之 A，丙向甲依家事事件程序請求給付過去及將來之扶養費，其請求權之法律依據為何？如丙於請求書狀中僅表明原因事實而未載明其請求權之法律依據，法院應如何處理？其所適用之程序法理為何？(45 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題之命題意旨，仍環繞在測驗同學對於幾個熱門的家事法考點（如：合併、確定判決對世效）之理解及運用。 |
| 答題關鍵 | 有關於「未成年子女扶養費請求」之議題，本即屬熱門考點，亦為本題之一大重點，答題時務必要針對此部分多作回應，並區分過去請求及未來請求進行討論。 |
| 考點命中 | 《家事事件法考點破解》，高點文化出版，武律師編著，頁 5-29~5-40。 |

【擬答】

本題涉及家事事件法（下稱本法）中有關合併、判決對世效及對未成年子女扶養等相關爭點，茲分論如下：

(一) 丙以甲為被告提起認領子女之訴時，得合併請求法院酌定丙為對 A 行使權利負擔義務之人及命甲給付對 A 過去及將來之扶養費；A 得否對甲獨立提起認領子女之訴，應視其是否曾參與前訴訟程序：

1. 本題丙應可將其家事訴訟與家事非訟之請求，合併提起之：

按數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事非訟事件請求之基礎事實相牽連者，得向就其中一家事訴訟事件有管轄權之少年及家事法院合併請求，不受民事訴訟法第 53 條及第 248 條規定之限制，本法第 41 條第 1 項定有明文。準此，本題丙就其各請求之合併是否合法，應視其是否符合前揭條文之規定。

(1) 丙以甲為被告提起認領子女之訴，屬於家事訴訟事件：

民法第 1067 條第 1 項規定：「有事實足認其為非婚生子女之生父者，非婚生子女或其生母或其他法定代理人，得向生父提起認領之訴。」，一般所謂之「認領子女之訴」或「強制認領之訴」，故丙有提起本訴之權限。此亦為本法第 3 條第 2 項第 3 款所定「認領子女事件」，屬於應適用家事訴訟程序之乙類事件。

(2) 丙請求法院酌定其為對 A 行使權利負擔義務之人，屬於家事非訟事件：

此即本法第 3 條第 5 項第 8 款之「定對於未成年子女權利義務之行使負擔事件」，屬於應適用家事非訟程序之戊類事件。

(3) 丙請求法院命甲給付對 A 過去及將來之扶養費，應定性為家事非訟事件：

有關於丙對未成年子女 A 扶養費請求之部分，應加以區分討論。其中，針對「將來扶養費」之請求，通說認為此類事件具有裁量性、展望性與創設性，本質上屬於非訟事件，而應適用非訟程序處理，將其定性為本法第 3 條第 5 項第 8 款之「定對於未成年子女權利義務之行使負擔事件」，應無疑問；較有爭議者為，「過去代墊扶養費」之請求該如何定性其屬於何種事件？近期實務見解雖有認為其屬於本法第 3 條第 5 項第 8 款之事件或係本法第 3 條第 6 項之事件，惟就結論上而言，仍多將其定性為「家事非訟事件」。學說見解亦有認為，雖代墊扶養費之請求其實體法上請求權基礎為不得當利，然此請求多涉及權

利人之基本生活需求，而有儘速實現其權利之立法政策考量，故仍應適用「家事非訟程序」予以非訟化處理。準此，吾意認為丙請求法院命甲給付對 A 過去及將來之扶養費，應一併適用家事非訟程序處理。綜上說明，因甲為 A 之生父此一基礎事實相關連，故應可認為本題丙就上開家事訴訟與家事非訟之各請求合併為合法。

2.A 得否對甲獨立提起認領子女之訴，應視其是否曾參與前訴訟程序：

按家事事件為追求紛爭一次解決及避免裁判矛盾，乃設有判決效力擴張之規定，本法第 48 條第 1 項規定：「就第 3 條所定**甲類或乙類家事訴訟事件**所為確定之終局判決，對於**第三人亦有效力**。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、因確認婚姻無效、婚姻關係存在或不存在訴訟判決之結果，婚姻關係受影響之人，非因可歸責於己之事由，於該訴訟之事實審言詞辯論終結前未參加訴訟。二、因確認親子關係存在或不存在訴訟判決之結果，主張自己與該子女有親子關係之人，非因可歸責於己之事由，於該訴訟之事實審言詞辯論終結前未參加訴訟。三、因認領子女訴訟判決之結果，主張受其判決影響之非婚生子女，非因可歸責於己之事由，於該訴訟之事實審言詞辯論終結前未參加訴訟。」，此乃係因本法之甲類與乙類事件與身分相關，事涉公益，法院對此所為之確定終局判決，應賦與其對世效力，以免在不同人間發生歧異。又為使受判決效力所及之第三人的權益得明確獲得保障，本項但書規定乃將事前程序保障之賦予，作為對世效發生（既判力主觀範圍擴張）之必要前提。

由是可知，A 得否於丙前訴敗訴確定後，另對甲獨立提起認領子女之訴，應視其是否曾參與前訴訟程序。倘若其非因可歸責於己之事由，於前訴訟之事實審言詞辯論終結前未參加該訴訟，則依本項但書之規定，其可排除於確定判決對世效之範圍；反之，倘若 A 已參與前程序或因可歸責於己之事由而未參與前程序，則應受確定判決對世效所及，而不得另提起後訴。又本題之 A 雖年僅 8 歲，然依本法第 14 條規定，其仍具有「程序能力」，故得獨立提起訴訟，併此敘明。

(二)丙向甲請求給付過去及將來之扶養費，前者之法律依據為民法不當得利，後者為民法第 1084 條第 2 項；立基於當事人於訴訟上享有之程序處分權、程序選擇權，應認其可選擇以某紛爭作為訴訟標的而以原因事實加以特定（紛爭單位型訴訟標的）之方式起訴：

1.丙向甲請求給付過去及將來之扶養費，前者之法律依據為民法不當得利，後者為民法第 1084 條第 2 項：按所謂「過去代墊扶養費之請求」，乃係指父母一方先支出全部之未成年子女扶養費，而後請求他方給付其本應負擔之部分，通說認為其實體法上之請求權基礎乃係依民法第 179 條**不當得利**請求返還；「將來扶養費請求」之部分，雖有學說認為其於實體法上之依據乃係民法第 1114 條以下關於扶養之規定，惟實務見解認為民法第 1084 條第 2 項所稱父母對於未成年子女之「保護及教養之權利義務」，應包括扶養在內，亦即未成年子女對於其父母之扶養請求，應以民法第 1084 條第 2 項關於「**親權**」之規定作為其實體法上之請求權基礎。

2.立基於當事人於訴訟上享有之**程序處分權、程序選擇權**，應認丙可選擇以某紛爭作為訴訟標的而以原因事實加以特定（紛爭單位型訴訟標的）之方式起訴：

依學者所提出之「**訴訟標的相對論**」，本說認為基於當事人於訴訟上享有之程序處分權、程序選擇權，而認為原告原則上有權選擇就其權利主張是否起訴、採用何種訴訟上請求方式及決定訴訟標的之範圍，衡量本案審判對象所涉及之程序利害輕重大小，據以決定如何**特定**其請求審判之對象範圍。

準此，原告不論就通常訴訟事件或簡易、小額訴訟事件，皆得選擇以某**法律關係**為訴訟標的（權利單位型訴訟標的）並表明其特定所需之原因事實；亦可選擇以某**紛爭**作為訴訟標的而以原因事實予以特定（紛爭單位型訴訟標的）之方式起訴。

查本題丙於請求書狀中僅表明原因事實而未載明其請求權之法律依據，依上所述，即係以紛爭單位型訴訟標的之方式起訴，基於尊重原告之程序選擇權，法院應認其起訴合法。

版權所有，重製必究！

《民法與民事訴訟法（二）》

一、甲授權 X 律師為訴訟代理人，以 A 公司、B 銀行為被告，並主張其執有 A 公司為發票人、B 銀行為付款人之支票（下稱系爭支票）一張，依票據法律關係，求為判決命 A 公司、B 銀行給付新臺幣（下同）200 萬元票款，且如任一人已給付，於給付範圍內，他人免給付義務。乙於上述訴訟繫屬中，主張其對 A 公司因借貸關係而有 200 萬元債權，並以系爭支票為擔保，為系爭支票之真正權利人，而因甲所提訴訟之結果將侵害其權利，乃以甲、A 公司及 B 銀行為共同被告，向甲所提訴訟繫屬之法院起訴，請求判決：1. 確認甲對於 A 公司、B 銀行就系爭支票之支票債權不存在；2. A 公司、B 銀行應給付乙 200 萬元，且如任一人已給付，於給付範圍內，他人免給付義務。X 於第一審法院依簡易訴訟程序合併審理上述訴訟中，請求駁回乙所提訴訟。嗣法院就甲起訴部分，判決甲勝訴；就乙起訴部分，判決乙敗訴。試問：

(一) X 就乙所提起之訴訟，有無代理甲為訴訟行為之權限？（15 分）

(二) 如乙不服第一審判決而提起上訴，乙得否主張第一審依簡易訴訟程序合併審理違法？乙上訴效力是否及於甲請求給付票款之訴部分？（40 分）

(三) 如第一審判決嗣經第二審法院廢棄並發回更審，甲不服第二審判決而上訴，其上訴效力是否及於 A 公司、B 銀行？（20 分）

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題乍看之下，同學恐難以第一時間迅速抓出爭點為何。正如同甫考完之司法官民訴第一題係由某一實務見解化身，本題實出自於最高法院 104 年度台簡上字第 36 號判決此一實務見解，其案例事實與所涉爭點幾乎與本題完全一樣。然本實務見解並非標竿或熱門判決，其所涉爭點亦相對冷門，同學恐難以知悉此判決之內容。惟本題仍可透過對於主參加訴訟之法理及民事訴訟法第 54 條第 2 項之規定，環扣於此，推理得出合適之答案。 |
| 答題關鍵 | 第一小題：主參加訴訟之意義、訴訟代理人之權限範圍。 第二小題：票據事件屬於簡易訴訟事件、主參加訴訟之審理範圍。 第三小題：民事訴訟法第 54 條第 2 項準用同法第 56 條之規定。 |
| 考點命中 | 1. 《民事訴訟法上》，高點文化出版，許律師編著，2015 年，頁 3-173~3-178。 2. 《高點民事訴訟法講義》第三回，呂律師編著，頁 28~30。 3. 《高點民事訴訟法講義》第七回，呂律師編著，頁 34~35。 |

【擬答】

本題涉及訴訟代理人之權限範圍、主參加訴訟及簡易訴訟等相關爭議，以下分別說明之：

(一) X 就乙所提起之訴訟，並無代理甲為訴訟行為之權限：

1. 主參加訴訟之意義：

民事訴訟法（以下稱本法）第 54 條規定：「就他人間之訴訟，有下列情形之一者，得於第一審或第二審本訴訟繫屬中，以其當事人兩造為共同被告，向本訴訟繫屬之法院起訴：一、對其訴訟標的全部或一部，為自己有所請求者。二、主張因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害者。依前項規定起訴者，準用第 56 條各款之規定。」此種由第三人提起之訴訟稱為主參加訴訟，他人間之訴訟稱為本訴訟。其優點為：避免裁判矛盾、促進訴訟經濟。學者有認為此訴訟性質上為共同訴訟之提起（第三人利用本訴訟程序加入而以本訴訟當事人雙方為被告），因而稱為「干預訴訟」。

查本題乙於甲請求 A 公司及 B 銀行給付票款之本訴繫屬中，於第一審主張其為真正權利人，而前開本訴之結果將侵害其權利，乃以該事件之兩造：甲、A 公司及 B 銀行為共同被告，核其性質，即屬本法第 54 條第 1 項規定之主參加訴訟，先予說明。

2. 訴訟代理人之權限範圍：

本法第 70 條規定：「訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權。但捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或再審之訴及選任代理人，非受特別委任不得為之。關於強制執行之行為或領取所爭物，準用前項但書之規定。如於第一項之代理權加以限制者，應於前條之委任書或筆錄內表明。」，

此為訴訟代理人之訴訟代理權之範圍，本條第 1 項本文，稱為普通委任或普通授權；同條第 1 項後段及第 2 項，則稱為特別委任或特別授權。

承上，主參加訴訟與本訴各為獨立之訴訟，本得各別辯論及裁判，已如上述，則本訴之訴訟代理人除非已另得授權得就主參加訴訟為訴訟代理，否則其自僅就本訴範圍內得為訴訟代理，而不包括對主參加訴訟為訴訟代理。依題示，X 未受合法委任而不具有主參加訴訟程序之訴訟代理權資格，倘若仍為主參加訴訟程序權之實施，則該主參加訴訟程序即有程序之瑕疵。

3. 小結：

綜上，X 就乙所提起之訴訟，並無代理甲為訴訟行為之權限。

(二) 乙不得主張第一審依簡易訴訟程序合併審理違法；乙上訴效力及於甲請求給付票款之本訴部分：

1. 乙不得主張第一審依簡易訴訟程序合併審理違法：

按本法第 427 條第 1 項：「關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額在新臺幣五十萬元以下者，適用本章所定之簡易程序。」，此為簡易訴訟依訴訟標的金額或價額規定者。本題中，不論甲所提之本訴或乙所提之主參加訴訟，其標的金額皆為 200 萬元，顯已逾上開條文 50 萬元之限制，故本應適用通常訴訟程序；惟本題系爭二訴訟皆為票據事件，屬於同條第 2 項第 6 款之「本於票據有所請求而涉訟者」之依事件類型性質應適用簡易訴訟程序者。

是故，本題不論訴訟標的金額多寡仍應適用簡易訴訟程序，除非當事人已於訴訟程序進行中聲請改行通常程序，否則本題第一審法院將本訴及主參加訴訟以簡易程序合併辯論，其訴訟程序難謂有何瑕疵可言，乙自不得主張第一審依簡易訴訟程序合併審理為違法。

2. 乙上訴效力及於甲請求給付票款之本訴部分：

按本訴與主參加訴訟各訴之訴訟標的，如無合一確定必要者，法院固得為相異之裁判，但如有合一確定必要者，為避免裁判矛盾，即不得為相歧異之裁判，亦即原審審判範圍將及於本訴部分。依題示，甲、乙皆主張其等為真正之票據權利人，為免裁判矛盾，其應具有合一確定之必要。是以，本題第二審上訴既係由主參加訴訟原告即乙提出，依上說明，其上訴效力及於本訴部分，故上訴審法院自得就甲之本訴請求給付票款部分為審理裁判。

(三) 甲不服第二審判決而上訴，其上訴效力及於 A 公司、B 銀行：

1. 主參加訴訟準用必要共同訴訟之規定：

按主參加訴訟係三對立當事人訴訟類型，為統一解決紛爭及避免裁判矛盾，主參加訴訟之審理程序，依本法第 54 條第 2 項規定，須準用同法第 56 條必要共同訴訟之規定。其並非因各當事人間具有必要共同訴訟之關係，而係因各當事人間處於對抗關係，而又須要有統一之審判，故設此準用規定。

準此，因本法第 56 條第 1 項第 2 款之準用，三方當事人之任何一人對於其他任何一人所為之訴訟行為，對於其他一人亦生效力。

2. 甲不服第二審判決而上訴，其上訴效力及於 A 公司、B 銀行：

承上，於前揭條文之準用下，主參加訴訟受敗訴判決之本訴原、被告，或主參加訴訟人，以勝訴判決之他造為被上訴人，提出上訴者，其上訴效力及於本訴與主參加訴訟中同受敗訴判決之另一當事人，本訴訴訟與主參加訴訟判決之全部，均成為上訴審審判對象。本題之訴訟標的對於共同訴訟之人必須合一確定，故甲對乙提起第三審上訴，依本法第 56 條第 1 項第 1 款規定，其效力及於未提起上訴之同造當事人 A 公司及 B 銀行。

3. 小結：

綜上，甲不服第二審判決而上訴，其上訴效力及於 A 公司、B 銀行。

二、A 地為甲所有，相鄰之 B 地為乙所有。B 地上乙所有之房屋（下稱 B 屋，面積 1,000 平方公尺），占用 A 地 25 平方公尺（下稱 C 部分）。甲曾依民法第 767 條及第 179 條規定，訴請乙拆除 C 部分房屋並還地及支付相當於租金之不當得利。法院認定 B 屋雖確有占用 C 部分，但甲請求拆屋還地，將影響 B 屋全部之結構安全，且甲因拆除所受之利益與乙所受之損害顯不相當，應係權利濫用，因而駁回甲該部分之請求，僅依不當得利法律關係，判令乙自民國（下同）99 年 7 月 1 日起，按月返還不當得利新臺幣（下同）4,000 元予甲（下稱前訴訟）。甲復於 102 年 4 月 1 日以乙為被告起訴，先位依民法第 796-1 條第 2 項準用第 796 條第 2 項規定，請求判令乙以 500 萬元之價格，購買 A 地之 C 部分（即每平方公尺 20 萬元），備位依民事訴訟法第 397 條及民法

第 179 條規定，請求乙自 102 年 5 月 1 日起，按月給付甲 6,000 元之不當得利。主張略以：A 地自前訴訟判決確定後，價格飛漲，現請求乙按法院囑託鑑定之價格，以 500 萬元購買 C 部分；又倘甲不得請求乙購買，前訴訟判決所命給付之金額，因情事變更致過低而顯失公平，甲亦得請求乙自 102 年 5 月 1 日起，按月增加給付不當得利至 6,000 元等情（下稱本訴訟）。

乙則抗辯以：前訴訟已認定甲係權利濫用，不得請求乙拆屋還地，僅判令乙按月給付不當得利 4,000 元。今甲再提起本件先位及備位訴訟，皆違反既判力而不合法。況鑑定 A 地價格之資訊不完整，不足為憑，並無情事變更可言等語。

請附理由回答下列問題：

- （一）甲提起之本訴訟，是否違反前訴訟判決之既判力？倘乙同意甲再提起本訴訟，並爭執 B 屋全未占用 A 地，甲無權請求乙購買，法院就此爭執是否須調查證據始得加以認定？（40 分）
- （二）本訴訟審理中，法院如依兩造之陳述及舉證，發現 A 地及 B 地原均屬訴外人丙所有，B 屋亦係丙所建，確有占用 A 地 25 平方公尺，且甲、乙係同時自丙分別取得 A 地、B 地及 B 屋所有權時，應如何審理及裁判？（35 分）

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題看似複雜，惟其實體法與程序法之分界仍算清楚，第一小題與第二小題尚無太多關聯。 第一小題：第一個設問，請同學記得分就後訴之先、備位聲明與前訴判決作討論；第二個設問則在測驗同學是否清楚爭點效之概念，兩個設問剛好成為對比。 第二小題：只須能想出民法第 425 條之 1，大致上已可回答。惟題目係問「法院應如何審理及裁判」，故請同學千萬記得要將實體法連接到訴訟法，作答方屬完整。 |
| 答題關鍵 | 第一小題：既判力之客觀範圍、變更判決之訴、爭點效。 第二小題：民法第 425 條之 1 推定租賃關係、法院闡明。 |
| 考點命中 | 1.《民事訴訟法（下）》，高點文化出版，許律師編著，2016 年，頁 15-30~15-39。 2.《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編著，頁 57~58。 3.《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編著，頁 64~66。 |

【擬答】

（一）甲提起之本訴訟，並未違反前訴訟判決之既判力；就 B 屋是否占有 A 地一事，後訴法院無須再行調查證據：

1. 甲提起之本訴訟，並未違反前訴訟判決之既判力：

（1）本訴中，甲之先位請求部分未違反前訴判決之既判力：

民事訴訟法第 400 條第 1 項：「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。」，亦即原則上既判力之發生以表現於主文上所判斷權利或法律關係（訴訟標的）為限，而判決理由則無既判力，此稱為既判力之客觀範圍。

依傳統訴訟標的理論之見解，實體法上之請求權即為訴訟法上之訴訟標的。查本題甲於前訴主張民法第 767 條，於後訴之先位則主張民法第 796 條之 1 第 2 項準用第 796 條第 2 項規定，為不同之請求權基礎。準此，因本題前後二訴之訴訟標的不相同，甲所提之後訴之先位請求部分自未違反前訴判決之既判力。

（2）本訴中，甲之備位請求部分亦未違反前訴判決之既判力：

較有疑問者為，甲於前訴中已請求過民法第 179 條不當得利，則其於後訴之備位部分復請求民法第 179 條不當得利，是否即違反前訴之判決既判力。須注意者為，此處甲所提者為民事訴訟法第 397 條之變更判決之訴，學說上認其類似再審之訴，乃係為推翻原判決既判力之例外救濟手段，兼具形成之訴及給付（或確認）之訴性質，即撤銷、變更原確定判決之內容，並在此部分請求法院命被告為一定給付或請求減少給付。

準此，本題甲係因前訴言詞辯論終結後發生之土地價格飛漲此一情事變更，而其情形顯失公平，故依法另行提起變更判決之訴。就此而言，自無違背前訴判決之既判力可言。

（3）小結：

綜上，甲提起之本訴訟，並未違反前訴訟判決之既判力。

2. 就 B 屋是否占有 A 地一事，後訴法院無須再行調查證據：

(1) 爭點效之意義：

民事訴訟法第 400 條第 1 項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第二項所定情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力（最高法院 73 年台上字 3292 判例參照）。職此，原則上判決理由中之判斷不生既判力，卻仍可能發生拘束後訴法院之爭點效。按學說上所謂之「爭點效」，係指法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而來（最高法院 96 年台上字第 307 判決參照）。

(2) 前訴中就 B 屋確有占用 A 地之判斷，發生爭點效：

按本題屬越界建築案件，則究竟系爭 B 屋是否占用 A 地即屬於重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，且經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，最終由前訴法院作出實質上之審理判斷：B 屋確有占用 A 地。依上說明，此際該判決理由中之判斷亦具備「於同一當事人間」、「非顯然違背法令」及「當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷」等發生爭點效之要件，應認前訴法院就 B 屋確有占用 A 地之判斷對於後訴法院產生爭點效之拘束力。職故，本題法院自不得為相反之認定，亦無須再行調查 B 屋是否占有 A 地。

(3) 小結：

綜上所述，就 B 屋是否未占有 A 地一事，後訴法院無須再就此爭執加以調查證據。

(二) 法院應闡明甲將其聲明改為依民法第 425 條之 1 請求乙給付租金：

1. 甲、乙間為推定租賃關係：

按民法第 425 條之 1 第 1 項規定：「土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓與他人，或將土地及房屋同時或先後讓與相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓與人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係。其期限不受第 449 條第 1 項規定之限制。」，亦即「土地」及「房屋」原同屬一人所有，而因讓與行為致其後所有人相異時，為使房屋仍保有繼續使用土地之權源，故規定此際土地所有人與房屋所有人間有推定之租賃關係。

查本題法院於審理中發現 A 地及 B 地原均屬丙所有，B 屋係丙所建故亦為其所有，而甲、乙係同時自丙分別取得 A 地、B 地及 B 屋所有權，則就 B 屋占用 A 地之該 C 部分而言，即該當前開條文之規定，應認此際 B 屋所有人乙及 A 地所有人甲就 C 部分發生推定租賃關係。

2. 法院應行使其闡明權：

按法官之闡明權或稱闡明義務，乃係法院訴訟指揮權之重要一環。民事訴訟法第 199 條第 1、2 項分別規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、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。」，此即法官對系爭案件法律見解之表明義務。另外，同法第 199 條之 1 更增定：「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。」，即法官對當事人法律關係之曉諭義務。

查，本題甲係依民法第 796 條之 1 第 2 項準用第 796 條第 2 項規定，先位請求法院命乙購買越界建築之 C 部分及備位請求返還相當於租金之不當得利；然本題甲、乙間真正之實體法律關係應為推定租賃關係，已如上述。是以，為維護當事人之訴訟權，此際受訴法院不得逕以原告之請求權基礎錯誤為由駁回其訴，反而應闡明令其改為正確或適當之請求權基礎。準此，法院應闡明並表明法律見解，令甲將其聲明改為依民法第 425 條之 1 第 1 項請求乙給付租約之租金（非相當於租金之不當得利），而不得請求乙購買 C 部分。倘經法院闡明後，甲仍未修正其錯誤之請求及聲明，受訴法院始得以原告之訴無理由，判決駁回之。

3. 小結：

綜上，法院應透過闡明權之行使，協助甲將其聲明改為依民法第 425 條之 1 請求乙給付租金。