

《民事訴訟法》

一、A 律師事務所之助理擬具下述起訴狀草稿，請附理由指出 A 律師應如何修正？（25 分）

起 訴 狀

原 告 甲

送達處所 臺北郵政信箱 X 之 1 號

訴訟代理人

兼送達代收人 A 律師

住 臺北市 XX 路 1 號

被 告 乙股份有限公司

設 臺中市 XX 路 2 號

兼法定代理人 丙

住 新竹市 XX 路 3 號

為請求清償債務等，依法起訴事：（訴訟標的金額或價額：待核定）

訴之聲明：

(一)被告乙股份有限公司（以下簡稱乙公司）應給付原告新臺幣（下同）2,000,000 元及自民國（下同）99 年 4 月 1 日起至清償日止，按週年利率 5% 計算之利息。

(二)被告丙應給付原告 2,000,000 元及自民國 99 年 5 月 1 日起至清償日止，按週年利率 6% 計算之利息。

(三)請准以供現金或有價證券為擔保條件之假執行宣告。

事實及理由

(一)被告乙公司購買原告所有之機器，原告已於 99 年 3 月 1 日交付完畢。

(二)乙公司為支付買賣價金尾款，交付由訴外人丁（住臺北市大安區）簽發票載發票日為 99 年 5 月 1 日、面額 2,000,000 元、委託 Y 銀行彰化分行為付款人並由被告丙背書之支票，詎支票屆期經提示不獲兌現。

(三)爰依買賣關係請求命乙公司給付買賣價金，依票據關係請求命丙給付票款，並均附加法定遲延利息。

謹 狀

臺灣臺北地方法院民事庭 公鑒

證據：買賣契約書、土地登記簿謄本、支票及退票理由單（均為影本）各一紙。

附件：委任狀一紙。

具狀人 甲（簽名）

撰狀人 A 律師（簽名）

中 華 民 國 九 十 九 年 八 月 二 十 七 日

命題意旨	本題旨在測驗同學對於起訴狀撰寫之相關基本問題。
答題關鍵	本題之出題方式相當靈活，充分反映律師實務工作可能面臨之相關問題。倘若同學尚未具有實務經驗，擬回答本題恐非易事。同學唯有冷靜思考，將可能發生之民視訴訟法問題逐一說明，方能獲取高分。
高分閱讀	1.梁台大，民事訴訟法講義第一回第一章第五節，第 84-99 頁。 2.梁台大，民事訴訟法講義第一回第二章第一節，第 120-124 頁。

【擬答】

A 律師之修正意見，大體分就三部分說明如下：

一、訴訟當事人部分：

(一)「當事人書狀，除別有規定外，應記載下列各款事項：一、當事人姓名及住所或居所；當事人為法人、其他團體或機關者，其名稱及公場所、事務所或營業所。」、「書狀不合程式或有其他欠缺者，審判



長應定期間命其補正。」民事訴訟法第 116 條第 1 項、第 121 條第 1 項定有明文。

- (二)查原告甲為自然人，本應表明其住所地或居所地。惟起訴狀僅表明其「郵政信箱」，難謂原告已就其住所地或居所地具體表明，其起訴狀之程式已有欠缺。建議 A 律師應親自或透過助理向甲取得其住所地或居所地之相關資訊為宜。

二、訴之聲明之部分：

- (一)針對原告訴之聲明請求金額之部分，實務上習慣以「國字大寫」表明之，是「2,000,000 元」宜表明為「貳佰萬元」。
- (二)針對利息之起算時點，實務上慣以「起訴狀繕本送達被告之翌日」為準。倘若個案上不以「起訴狀繕本送達被告之翌日」為準時（如本件），自應於原因事實中加以說明：何以利息之起算應分別自「99 年 4 月 1 日」、「99 年 5 月 1 日」。
- (三)再者，倘若原告請求之利率非以法定週年利率 5%為據時，亦應於原因事實中說明其主張週年利率 6%之依據為何。
- (四)實務上，習慣於訴之聲明最後表明「訴訟費用由被告負擔。」

三、原因事實之部分：

- (一)由於甲所請求之訴訟標的即買賣契約之價金給付請求權以及支票請求權均為金錢債權，是宜將其原因事實具體表明以特定訴訟標的。是以，A 律師宜將買賣契約成立之時點、價金給付請求權得請求之時點，以及該支票之票號等原因事實詳加說明。
- (二)針對援引之證物，律師實務之習慣上均會將證物予以編號，並在原因事實內於適當之地方予以註明，以便法官閱讀。

四、管轄法院之部分：

- (一)按「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。訴之原因事實發生於被告居所地者，亦得由其居所地之法院管轄。」、「對於私法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄。」、「因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄。」、「本於票據有所請求而涉訟者，得由票據付款地之法院管轄。」、「同一訴訟，數法院有管轄權者，原告得任向其中一法院起訴。」民事訴訟法第 1 條第 1 項、第 2 條第 2 項、第 12 條、第 13 條、第 22 條定有明文。
- (二)查本件被告乙公司及丙之營業所在地及住所地分別在台中市與新竹市，如依民事訴訟法第 1 條第 1 項、第 2 條第 2 項之規定，難認台北地方法院具有管轄權。倘若逕將本件訴訟向台北地方法院起訴，恐將遭法院裁定移送，造成案件進行之遲延，以及影響當事人對律師處理案件之信賴。
- (三)倘若 A 律師基於訴訟考量擬向台北地方法院起訴，建議應於起訴狀中說明台北地方法院具有管轄權之理由，避免逕遭法院裁定移送。是以，應補充說明：本件是否可透過民事訴訟法第 12 條、第 13 條有關契約履行地、票據付款地是否為台北地方法院管轄所在地一事，具體說明；否則，本件訴訟不宜逕向台北地方法院提起之（本件票據付款地為彰化，是可能僅能從契約履行地解套）。

二、甲列乙為被告，起訴聲明求為判決：被告應給付原告 150 萬元。陳稱「乙於 97 年 4 月 1 日商請甲提供工廠設備，約定於提供完成後，乙應支付 150 萬元予甲（下稱系爭契約）。不料，甲依約已提供完成設備後，乙卻拒不支付 150 萬元。為此，基於承攬之法律關係起訴主張給付請求權。」等語。對此，乙聲明求為判決駁回甲之請求，辯稱：甲尚未依約提供完成全部設備，且其所提供之部分設備含有重大瑕疵，所以乙不負給付義務云云。試敘明理由，回答下列問題：（25 分）

- (一)兩造當事人是否已陳述爭點整理所必要之事實？應如何陳明事實始符合民事訴訟法要求集中審理之意旨？能否借用本件事例，扼要析述：受原告或被告委任為訴訟代理人之律師，應如何協力迅速進行訴訟或促成審理集中化？
- (二)受訴法院於爭點整理階段，認為兩造所訂系爭契約應發生買賣之法律關係時，應如何處理？是否亦應闡明原告要否為訴之追加或如何選擇訴之客觀合併型態？

命題意旨	本題明顯是邱老師的命題，邱老師甚為重視基本概念的法理基礎，同學在此部份宜深入論述。
答題關鍵	主要涉及訴訟標的之機能、訴訟標的之特定、及相關爭點整理、集中審理、闡明權之意涵及當事人促進訴訟義務履行、及訴訟代理人之機能等問題。



考題評析	本題算是邱老師的經典題目，大部分應屬邱師學說中蠻基礎的部分。僅有第一小題後半段涉及「訴訟代理人機能」之部份，屬於法曹倫理等較新的概念。如就邱老師的學說稍有涉獵，應能順利作答。
高分閱讀	1.侯台大，上課講義第二回，P.62~64；第三回，P.16。 2.侯台大，上課講義補充資料，第三回，「邱聯恭老師學說特別整理」，P.15~P.33。

【擬答】

(一)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、訴訟代理人之機能等問題。

1.按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，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。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。亦即「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。

2.本例中，原告甲所為之聲明，是否可認已陳述爭點整理所必要之事實？應如何陳明始符合集中審理之意旨？需視其是否特定該訴訟上請求而定：

(1)今甲於訴狀中業已陳稱：甲乙間就設備提供所生之相關紛爭情形、並聲明基於「承攬之法律關係」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。

(2)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。

3.又按，倘若受任為原告或被告訴訟代理人之律師，應如何協力迅速進行訴訟以及審理集中化：

(1)受任為原告或被告訴訟代理人之律師，亦負有協力促進訴訟之義務，與受訴法官均應致力於防止發生促進訴訟之突襲，而協同追求、確定該「實體利益」以及「程序利益」之平衡點上之「真實」及「法」。有鑑於程序利益之保護難循上訴程序獲得救濟，應認為宜將協力防止發生促進訴訟突襲之訴訟法上行為規範，在一定範圍內，亦成為律師所應遵守之職業倫理規範。

(2)因此，若為原告之訴訟代理人，於起訴時即應妥善評估舉證之難易程度，而據以儘可能為客觀合併（將易證明者排列為先位請求），以防止發生促進訴訟之突襲、回應紛爭解決一次性之要求；若為被告之訴訟代理人，則於程序進行中，亦應適時提出相關事實暨證據資料，並隨時進行法律意見之探討，此等協力義務之履行，亦有助於迅速進行訴訟以及審理集中化之要求。

(二)受訴法院於爭點整理階段，認為兩造所定之契約應發生買賣之法律關係時應如何處理？是否亦應闡明原告要否為訴之追加或如何選擇訴之客觀合併型態？

1.按依處分權主義之內涵觀之，當事人是否以權利特定訴訟標的、如何排列所合併主張數權利之審判順序及是否追加或變更權利主張，均應由原告斟酌其實體利益及程序利益後而為決定，法官之闡明僅係賦予敘明或補充之機會，以利其為適當主張。亦即，法官應作的是提示當事人、使其知道還可以同時提起別種權利，而到底要否提起，仍屬當事人之程序處分權。因此不能謂如此闡明之結果，違反處分權主義。受訴法院採上開之審理方式，可期待其一方面使爭點集中以調查證據，達成審理集中化，一方面得使當事人能參與爭點整理，平衡追求其實體及程序利益，藉以防止發生突襲性裁判、並更確實保障其程序選擇權。

2.本案中，原告既已陳稱基於「承攬之法律關係」起訴，即係選擇以「權利單位型」起訴，此時，受訴法院則需進行「論理型之爭點整理程序」，即需先釐清確定甲所主張有關該權利之主要事實為何及相關之間接事實、輔助事實內容為何，及其中有爭執及無爭執部分各為何者，並善用闡明權，隨時公開心證、表明法律見解，向甲指明以整理有關本案審判對象為何之爭點，使其知悉並有補正其他聲明之機會。

3.此外，本例情形係屬「契約性質認定之不同」，此時依「法官知法原則」，法院就契約解釋所為實質法律上性質之判斷，並不受當事人意見之拘束。法官雖不受當事人法律上見解所拘束，但如於裁判前未對當事人提示裁判所據之法律見解（法律觀點），以致於當事人未能就該法律見解表示意見，即屬侵害當事人之聽審請求權。尤其是在上級審法院不採原審級裁判中之法律見解而予以變更時，更應該讓基於原審級法院見解



而居於有利法律地位之當事人知悉，而得就上級審法院之見解為事實上及法律上之陳述及辯論。

4. 因此，就本案之原因事實觀察，應屬「單一聲明而可能據此主張數個競合請求權」之關係，惟原告卻僅主張「承攬請求權」，受訴法院於爭點整理階段，形成心證，認為此事實還該當於原告所未主張之「買賣法律關係時」，則應曉諭原告，使其知道可為主張，此即本法第 199 條、第 199-1 條規定修正之意旨，加重法官之闡明義務、要求其適時的表明法律見解。再者，受訴法院於行使闡明權時，宜注意亦應闡明使原告有機會併主張「買賣請求權」，並於其有意主張「承攬請求權」、「買賣請求權」時，盡可能依其所評估之證明難易度為「預備合併或選擇合併」。

- 三、甲訴請乙返還借款新臺幣 200 萬元，經第一審法院判決甲敗訴。甲於 99 年 1 月 1 日收受判決書。丙為甲之債權人於同年 1 月 15 日具狀以甲遲不提起上訴，為保全自己權益，自得依民法第 242 條規定代位甲以丙自己名義提起上訴云云為由，聲明上訴。甲則於同年 1 月 25 日具狀聲明上訴，但未繳納裁判費。第一審法院將卷證逕送第二審法院。試說明第二審法院應如何處理？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於民法第 242 條代位人權限之問題，以及上訴期間之計算等基本問題。
答題關鍵	回答問題之關鍵，先從上訴之合法要件，切入代位人權限與上訴期間之問題，當可妥適處理；倘若更能事實援引實務見解，必能獲取高分。
高分閱讀	1. 孫森焱，《新版民法債編總論（下冊）》，自版，2001 年 3 月修訂版，第 617 頁。 2. 梁台大，民事訴訟法講義第二回，第五章第一節，第 79-80 頁。 3. 梁台大，民事訴訟法講義第三回，第十章第二節，第 118-119 頁。

【擬答】

因丙並無代位甲提起上訴之權限，且甲之上訴已逾越上訴期間，是第二審法院應駁回丙與甲之上訴：

一、提起上訴之要件：

上訴之提起，需具備上訴之法定要件始可提起上訴。意即，原審之當事人或訴訟參加人，在上訴權尚未欠缺時（諸如：未捨棄上訴權、未撤回上訴、未超過上訴期間等），具備上訴利益者，得就原審之終局判決，以書狀方式提起上訴，並繳納上訴之裁判費，始合法提起上訴。

本件，丙先於 99 年 1 月 15 日依民法第 242 條規定代位甲以丙自己名義提起上訴，復甲又於 99 年 1 月 25 日始具狀聲明上訴，渠等之上訴行為是否合法？其問題關鍵在於：（一）丙是否為可提起上訴之上訴人？代位人丙是否具有代位提起上訴之權限？（二）甲於 99 年 1 月 25 日始具狀聲明上訴，是否逾越上訴期間？分述如下。

二、丙因其不具有代位上訴之權限而上訴不合法，第二審法院應駁回其上訴：

（一）當事人適格

當事人適格，係指當事人就特定具體之訴訟事件，得以自己之名義為原告或被告之資格，主張該權利並進行攻擊防禦等訴訟上行為，因而得受訴訟標的法律關係之本案判決者。而具有此資格者，則具有針對特定訴訟標的法律關係之遂行訴訟權能，即為訴訟遂行權（訴訟實施權）。

因當事人適格為一不確定法律概念，故於其解釋上，須有某程度的利益衡量，即應考量：利用訴訟制度以保障個人權利（實體利益及程序利益）、集團性權益之必要性，以及滿足紛爭解決一次性要求之程度。

至於判斷有無當事人適格，原則上，依照原告於起訴狀所主張之事實為據，以其對於解決該訴訟標的法律關係之問題是否適當為斷。一般而言，訴訟標的法律關係之權利歸屬主體即具有當事人適格。例外情形，非屬訴訟標的法律關係之權利歸屬主體者，如具有訴訟遂行權，即第三人之訴訟擔當之情形，亦具有當事人適格。

（二）代位人之權限：

「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。」、「前條債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使。但專為保存債務人權利之行為，不在此限。」民法第 242 條、第 243 條定有明文。按債務人如怠於行使其權利時，為避免債權人因債務人之行為而遭受損害，債權人得依民法第 242 條之規定，以自己之名義而代位債務人行使權利。惟債權人代位行使權利時，須債務人已負遲延責任；且債權人行使權利之範圍，限以非專屬於債務人本身之權利者。

針對債權人得代位行使權利之範圍，不限於私權，公法上之權利亦包含在內。是以，債權人得代位債



務人行使訴訟上之權利，例如：提起訴訟、聲請強制執行、聲請撤銷假扣押、假處分或聲請發還擔保物等。惟須加以注意者，於訴訟程序上，唯有債務人始得進行之訴訟程序，則非債權人可代位行使之；則債務人於訴訟行為中之上訴行為，已非債權人可代位行使權利之範圍。實務見解同此旨趣，參見最高法院 92 年台上字第 1886 號判例：「按民法第二百四十二條所定代位權行使之範圍，固可包括提起訴訟之行為在內，惟在訴訟程序進行之行為，則僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得為之，債務人如已提起訴訟或被訴，該已由債務人進行之訴訟程序，唯有債務人始得續行，是債權人對該債務人所受法院之不利判決自無代位提起上訴之權。」（本則判例於民國 94 年 10 月 18 日經最高法院 94 年度第 13 次民事庭會議決議通過）。

(三)代位人丙並無代位甲提起上訴之權限，故丙之上訴不合法：

本件，原告甲訴請被告乙返還借貸款項而提起訴訟，甲為該借款債權之請求權人，故甲起訴時有原告適格，殊屬無疑。丙為甲之債權人，並非本件訴訟標的之實體法歸屬主體，且丙亦非本件訴訟當事人與訴訟參加人，是丙本無提起上訴之資格。縱然丙依民法第 242 條規定代位甲以丙自己名義提起上訴，惟參諸最高法院 92 年台上字第 1886 號判例意旨，丙並無代位甲提起上訴之權限，是丙之上訴不合法，第二審法院應駁回其上訴。

三、甲遲至 99 年 1 月 25 日始具狀聲明上訴，甲之上訴不合法，第二審法院應駁回其上訴：

(一)按「提起上訴，應於第一審判決送達後二十日之不變期間內為之。但宣示或公告後送達前之上訴，亦有效力。」民事訴訟法第 440 條定有明文。

(二)查第一審法院判決甲敗訴，甲具有上訴利益無訛。又甲於 99 年 1 月 1 日收受判決書，20 日之上訴期間應自判決書送達甲之翌日起算，是甲之上訴期間應為 99 年 1 月 2 日至 99 年 1 月 21 日止。倘若甲之住所位於法院管轄所在地而不考慮在途期間時，則甲遲至 99 年 1 月 25 日始具狀聲明上訴，顯然逾越上訴期間。是以，甲之上訴不合法，第二審法院應駁回其上訴。

四、(一)甲公司於 99 年 3 月間以乙公司侵害其 A 專利權為由，依民事訴訟法第 522 條、第 523 條規定，向第一審法院聲請就乙公司之財產予以假扣押，甲公司就其假扣押之原因陳稱：「乙公司生產之產品便於搬遷，若待起訴後方為假扣押，恐乙公司將之隱匿他處；並於訴訟終結前，蓄意倒閉，脫產逃匿致令甲公司求償無門，而有不能強制執行或甚難執行之虞」，甲公司就其所主張假扣押之原因雖未提出證據加以釋明，惟甲公司陳明願供擔保以代釋明。試問：法院就甲公司聲請願供擔保以代假扣押之原因之釋明，應否准許？試說明其理由。(5 分)

(二)設若第一審法院裁定准許上述假扣押聲請，並經假扣押執行在案，惟乙公司不服，提起抗告，經抗告法院廢棄原裁定，並駁回甲公司在第一審之聲請確定。乙公司嗣即主張系爭假扣押裁定，經抗告法院依當初裁定時客觀存在之情事，認為不應為此裁定而予撤銷，並經確定，則該假扣押裁定有自始不當情事云云，據此向第一審法院起訴請求甲公司賠償因假扣押執行所受之損害。甲公司則抗辯乙公司因假扣押所受之損害，係基於法院准許之假扣押裁定，甲公司就系爭假扣押裁定之撤銷，並無過失，對乙公司因假扣押執行所受之損害，甲公司不負賠償損害責任。試敘明理由回答甲公司之抗辯是否可採？(5 分)

(三)設若甲公司於 99 年 3 月間以乙公司製造、銷售之 a 產品侵害其 A 專利權為由，擬對乙公司提起本案訴訟，主張侵害專利權所生之新臺幣 1,000 萬元損害賠償，被控侵權物 a 產品之受銷燬以及不得再行製造、銷售被控侵權物 a 產品。問：甲公司為了實現上述本案訴訟之權利主張，各有何保全程序可資利用？試附理由分別說明之。(15 分)

命題意旨	本題應為實務派學者命題，雖涉及許多實務見解內容，但尚屬基礎概念，如就保全程序有基本理解，應足可應付。
答題關鍵	第一小題涉及「釋明代用」之要件界限，第二小題涉及「保全裁定經撤銷，債務人賠償請求權」之要件，兩者均為保全程序之基本概念。第三小題，則係就不同情形區分「假扣押」、「一般假處分」、「定暫時狀態處分」三種不同態樣之保全程序，其功能性之不同。
考題評析	本題雖屬保全程序之基礎概念，但因並非十分熱門的考點，同學在準備上容易疏忽，考場上碰到亦難免有難以下筆之感，此時僅須回歸基本法理以及規定加以論述即可。



高分閱讀 1.侯台大，民訴講義第七回，，P.13~P.14、P.19、P.30~P.32。

【擬答】

(一)如甲公司未先為釋明假扣押之原因，陳明願供擔保以代釋明，仍不得命為假扣押而應駁回甲公司之聲請

- 1.按民國 92 年 2 月修正之民事訴訟法第 526 條第 2 項，已將「債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押」之規定，修正為「前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押」，以與同條第 1 項規定「請求及假扣押之原因，應釋明之」相呼應。其修法理由亦指明：「債權人聲請假扣押，應使法院信請求及假扣押之原因大致為正當，故仍應盡其釋明責任。」
- 2.是請求及假扣押之原因，本案中甲公司（即債權人）如未先為釋明，縱就債務人所應受之損害供法院所定之擔保者，亦不得命為假扣押，必因先提出釋明而有不足之時，並經債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，始得命供擔保後為假扣押，是以債權人若就其中之一未為任何釋明，法院仍應駁回債權人之聲請，非謂一經債權人陳明願供擔保，即當然准為假扣押（臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會民事類提案第 34 號研究意見、最高法院 93 年度台抗字第 937 號裁定要旨、同院 94 年度台抗字第 156 號裁定要旨（一）參照）。

(二)甲公司抗辯其對扣押裁定之撤銷並無過失，因而毋須對乙公司負損害賠償責任，其抗辯並不足採認

- 1.按侵權行為固以故意或過失侵害他人之權利為成立要件，惟關於假扣押裁定，因自始不當而撤銷，或因民事訴訟法第五百二十九條第二項及第五百三十條第三項之規定而撤銷者，債權人應賠償債務人因假扣押或供擔保所受之損害，同法第五百三十一條定有明文，故債權人所負此項賠償損害責任，乃本於假扣押裁定撤銷之法定事由而生，債務人賠償請求權之成立，即不以債權人之故意或過失為要件（最高法院 58 年台上字第 1421 號判例要旨參照）。
- 2.又本法第五百三十一條所謂「因自始不當而撤銷」，係指裁定後，債務人提起抗告，經裁定法院或抗告法院認為依「命裁定時客觀存在之情事，不應為此裁定者而言」，若係因以後之情事變更而撤銷該裁定，即與自始不當而撤銷者有間，不得據以請求損害賠償（最高法院判例 69 年台上字第 1879 號、最高法院判例 69 年台上字第 3653 號要旨參照）。是以本題中，倘依乙公司所據以主張「系爭假扣押裁定，經抗告法院依當初裁定時客觀存在之情事，認為不應為此裁定者而予撤銷，並經確定」，即已符合上開條文之規定，因此，甲公司抗辯其對扣押裁定之撤銷並無過失，因而毋須對乙公司負損害賠償責任，其抗辯並不足採認。
- 3.未按，本題中乙公司雖起訴請求甲公司賠償因假扣押所受之損害，然而並未具體指明係基於「何項規定」向甲公司請求賠償，亦即乙公司若非本於「民事訴訟法第五百三十一條之規定」，而係依「民法侵權行為」之法則辦理，則須債權人聲請假扣押有故意或過失，始得為之（最高法院 95 年台上字第 2986 號民事判決要旨參照）。倘若如此，則甲公司抗辯其對扣押裁定之撤銷並無過失，因而毋須對乙公司負損害賠償責任，其抗辯即得採認，宜一併敘明之。

(三)就甲公司為實現本案訴訟之權利主張，各得利用何種保全程序，爰分述於下：

- 1.由於科技產品發展日新月異，倘若他人不法介入市場的行為，無法立即制止，專利權人所研發的產品，可能遭到市場淘汰，使企業面臨生存上的挑戰。然因專利侵權案件的事實認定，較一般案件困難，致使相關民事訴訟案件審理不易，耗費時日，即使日後專利權人終於取得有利於己之確定判決，卻已因冗長程序，造成無法回復的損害，此時，「保全程序」之利用即有相當之必要性及迫切性。
- 2.所謂「保全程序」者，係指為保全強制執行及避免權利受侵害或防止急迫行為，而暫時維持法律關係現狀為目的之特別民事程序。依我國民事訴訟法規定，除設有第七編保全程序之外，於本法第 368 條以下另設有「證據保全」規定，而保全程序之運用，其對於證據保全亦有一定之功效，就此爰僅針對狹義之保全程序予以分析，第七編保全程序，設有「假扣押」、「一般假處分」、「定暫時狀態處分」三種保全程序，不同態樣之保全程序，功能各有不同：
 - (1)「假扣押」或「一般假處分」：依本法第 522 條、第 532 條規定觀之，其目的在於保全將來「金錢」或「非金錢」請求之強制執行，禁止債務人變更系爭標之現狀。換言之，以保全系爭標的物將來能強制執行為目的，所欲避免者，係請求權將來不被實現之危險。
 - (2)而「定暫時狀態處分」：依本法第 538 條以下規定觀之，則以保護現在有爭執之權利或法律關係不繼續受危害為目的，其目的在於避免請求權延滯實現而產生之現時危險，其可分為「規制性處分」與「滿足性處分」。權利人得依據定暫時狀態處分之裁定所定暫時狀態，以實現權利，義務人亦應暫時履行其義務。蓋該等處分所保護之權利或法律狀態，其性質內容無法等待本案訴訟結束，如不迅速制止相對人之



行為或立刻命相對人為一定行為，則無從保護聲請人現時所處之緊急狀態，防止其發生重大損害或避免其急迫危險或其他相類之情形。是以「規制性處分或滿足性處分」，並非事後損害賠償之制裁救濟方法，其係事前之預防損害及實現權利之保護措施，該等處分之執行，並非確保將來本案訴訟之執行，而係暫時滿足權利以確保現在權利不受侵害之執行。

3. 依上開規定，就甲公司之不同權利主張，其所利用之保全程序亦有所不同：

(1) 就請求新台幣 1000 萬損害賠償（損害賠償請求權）部份：

- ① 此部份核屬「金錢請求或得易為金錢請求之請求」，倘甲公司認有「日後不能強制執行或甚難執行之虞」時，為保全將來之強制執行，自得依本法第 522 條以下規定，**提出「假扣押」之聲請**。
- ② 另按，甲公司提出「假扣押」聲請時，依**專利法第 86 條規定**：「用作侵害他人發明專利權行為之物，或由其行為所生之物，得以被侵害人之請求施行假扣押，於判決賠償後，作為賠償金之全部或一部。」此一規定，在於進一步保障專利權人於勝訴後，較能確保其能獲得賠償。因此專利權人亦可依此規定，向法院請求「假扣押侵害專利權之機具設備或原料」，以做為將來損害賠償的一部份。

(2) 就不得再行製造、銷售被控侵權物 a 產品（侵害排除請求權）部份：

此部份核屬「金錢請求以外之請求」，甲公司應視其需求、目的而有不同之選擇方式：

- ① **若甲公司係認有「日後不能強制執行或甚難執行之虞」時**，為保全將來之強制執行，自得依本法第 532 條以下規定，**提出「一般假處分」之聲請**。最高法院亦曾明確表示，如以專利權被侵害而申請假處分時，非不得禁止債務人發賣與專利權有關之貨物或其他類似行為。因此，若有必要，請求權人即可以申請假處分，禁止侵害人繼續製造銷售侵害其專利權之物品。
- ② **若甲公司係以「保護現在有爭執之權利或法律關係不繼續受危害」為目的時**，得依本法第 538 條以下規定**提出「定暫時狀態處分」之聲請**。此種「命相對人制止其為一定行為」之處分，其性質應屬「規制性處分」；惟倘本案訴訟係命相對人制止其為一定行為者，法院所為處分之執行結果與本案請求滿足結果，兩者實際上相同，該法院之處分即屬「滿足性處分」。

(3) 就侵權物 a 產品銷毀（銷燬請求權）部份：

- ① 源於專利侵權事件的特殊性，對於侵害人所製造的侵權物品，以及製造侵權物品所使用的原料或器具，如果不做適當的處置，專利權人的權利隨時會有再受侵害的可能性。是以專利法第 84 條第 3 項設有得請求銷燬或為必要處置之規定，此規定之目的，在於預防侵害之擴大，且具有向社會大眾公示之作用，對專利權之保護更為週全。
- ② 固然於 92 年民事訴訟法修正後，已承認於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，亦得為「滿足性處分」，然而，專利權人行使銷燬請求權時，必須於合理正當之範圍內行使，不得危害公共利益，就審判程序而言，審理專利侵權事件之民事審判法官，須確認侵害物品及其所有之數量為何，以認定應銷燬之標的物範圍，**其審理過程較為繁複，亦有難以回復之疑慮**；此外，依上開論述觀之，**就該侵權物非但得聲請「假扣押」，亦得透過「假處分」或「定暫時狀態處分」之聲請禁止其製造及銷售，此時是否確有必要於權利人未起訴時即透過保全程序，而將該「被控侵權物」進行銷毀，實有斟酌餘地，就此吾意認為，此部份之請求應於本案訴訟中加以判斷，而不適於保全程序中決定。**



《民事訴訟法》

一、甲（住所：臺南市）主張，A 有限公司（以下稱 A 公司，主營業所：臺南市）對甲的 300 萬元 S 債權，已經因抵銷而消滅，要求 A 公司塗銷其在甲所有的 L 地（座落：高雄市苓雅區）上設定以擔保該 S 債權之抵押權登記，遭 A 公司否認及拒絕。甲遂以 A 公司為被告，向臺南地方法院起訴，請求確認該 A 公司的 S 債權不存在及塗銷該 300 萬元的抵押權登記。在第一次言詞辯論期日，甲及 A 公司的董事長乙（住所：臺南縣永康市）親自出庭為本案言詞辯論；當日，乙以 A 公司名義，特別委任律師丁為訴訟代理人。在 A 公司改由丙任董事長後，受訴法院如期進行原定的第二次言詞辯論期日，A 公司由乙代理出庭，甲親自出庭。言詞辯論終結後，受訴法院判決原告全部勝訴，並分別對原告甲及丁送達判決書正本。試問：本案所進行的程序，有無不合法之處？（25 分）

命題意旨	民事訴訟法第 10 條及 73 條、170 條、173 條之基本概念與解釋論特色。
答題關鍵	本題為典型之「法條理解型」考題，考生僅需針對民事訴訟法第 10 條專屬管轄之定義及效果，以及法人之法定代理人變更，構成民事訴訟法第 170 條所稱「法定代理權消滅」之情形時，是否即發生訴訟程序當然停止之效果？有無因當事人有委任訴訟代理人而有所不同（民事訴訟法第 73 條、173 條參照）？以及訴訟未經合法代理之效果。
高分閱讀	1.最高法院 92 年台抗字 396 號、最高法院 93 年台抗字 587 號、最高法院 97 年台抗字 206 號民事裁定，最高法院 86 年台上字 2822 號判例、最高法院 28 年上字第 1887 號判例參照。 2.許律師，《民事訴訟法（上）》一書，第 2-10 頁至 2-14 頁，第 5-48 頁至 5-55 頁。

【擬答】

本案所進行之訴訟程序，可能有違反「專屬管轄」、「訴訟程序當然停止」及「訴訟未經合法代理」之問題，分述如下：

(一)本件訴訟，台南地方法院可能違反專屬管轄之規定：

1.專屬管轄之意義：

按民事訴訟法第 10 條第 1 項規定：「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」，故當事人所提起之訴訟，如其訴訟標的法律關係為物權之法律關係，且標的物為不動產者，即屬專屬管轄，應由該不動產所在地之法院取得唯一、排他之專屬管轄權，合先敘明之。

2.題示情形中，「塗銷抵押權登記之訴」可能為專屬管轄事件：

原告甲主張被告 A 公司對其所有之 S 債權已因抵銷而消滅，所提起之「確認 S 債權不存在之訴」及「塗銷抵押權登記之訴」，為民事訴訟法上有牽連關係之單純合併，其中「確認 S 債權不存在之訴」，因其訴訟標的法律關係乃債權之法律關係，依民事訴訟法第 2 條第 2 項之規定：「對於私法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄」，台南地方法院自享有管轄之權限。惟關於「塗銷抵押權登記之訴」，其標的物為 L 地，乃典型之因不動產涉訟之情形，惟其訴訟標的之主張，依題示情形所述，原告甲並未具體陳明，因此，就本案債權消滅後，抵押權塗銷之請求權依據為何，即可能影響到本案訴訟管轄之性質，需區別情形加以討論：

(1)若甲所主張者為債權請求權時：

例如甲係依不當得利請求權訴請塗銷抵押權登記時，則其訴非屬專屬管轄，台南地方法院依民事訴訟法第 2 條第 2 項之規定，仍享有管轄之權限。

(2)若甲所主張者為物權請求權時：

例如甲係依民法 767 條物上請求權訴請塗銷抵押權登記時，則其訴訟性質上屬專屬管轄，依法僅得由不動產所在地之高雄地方法院享有管轄之權限。

3.小結：



關於「塗銷抵押權登記之訴」，若其性質屬於專屬管轄者，則台南地方法院之判決違背專屬管轄之規範，依民事訴訟法第 452 條之規定，被告 A 公司得以此為理由提起上訴，請求二審法院廢棄原判決後，將案件發回有管轄權之高雄地方法院重新審理。

(二)本件訴訟，台南地方法院有無違反訴訟程序當然停止之規定：

1.A 公司法定代理人之變更，原則上應構成民事訴訟法第 170 條所稱訴訟程序當然停止事由：

民事訴訟法第 170 條規定：「當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人，承受其訴訟以前當然停止」，準此而言，本件訴訟進行中，被告 A 公司之法定代理人由乙變更為丙，其情形自屬於民事訴訟法第 170 條所稱「法定代理人代理權消滅」之當然停止事由，在 A 公司新法定代理人丙依法承受訴訟前，法院不得進行本案之審理。

2.惟本件訴訟因 A 公司先前已有合法委任訴訟代理人丁律師，故訴訟程序例外不停止：

(1)民事訴訟法第 73 條規定：「訴訟代理權，不因本人死亡、破產或訴訟能力喪失而消滅；法定代理有變更者亦同」。故乙先前代表 A 公司所委任之訴訟代理人丁，其訴訟代理權不因此而消滅，仍為 A 公司之合法訴訟代理人，可代理 A 公司繼續進行本案訴訟。此外，需特別注意者，乃依最高法院 92 年台抗字第 396 號裁定認為：「民事訴訟法第七十三條所稱之訴訟代理權不因本人之法定代理有變更而消滅者，係指新法定代理人尚未依法承受其訴訟以前而言，此時訴訟程序固不因之而當然停止，該訴訟代理人自仍得本於訴訟代理權繼續代理訴訟。惟若新法定代理人已依法承受訴訟時，該訴訟代理人之原訴訟代理權即當然歸於消滅，此觀該條及同法第一百七十條、第一百七十三條規定自明」，故若法院於第二次言詞辯論開庭前，A 公司之新董事長丙已依法承受訴訟時，則律師丁之訴訟代理權即已消滅，自不待言。

(2)復民事訴訟法第 173 條規定：「第一百六十八條、第一百六十九條第一項及第一百七十條至前條之規定，於有訴訟代理人時不適用之。但法院得酌量情形，裁定停止其訴訟程序」，其立法意旨在於希望不因本人所生之個別事由影響訴訟之進行，以求達到訴訟經濟，避免延滯訴訟之目的。

(3)小結：

綜上所述，依前開民事訴訟法第 73 條、173 條之規定，本件訴訟不因 A 公司法定代理人之變更而生當然停止之效果，台南地院自得依法續行審理本案，且丁律師既仍為合法之訴訟代理人，將來本案判決書對其送達亦屬合法，並予敘明之。

(三)本件訴訟，似有訴訟未經合法代理之情形：

如前所述，本件訴訟既不因 A 公司法定代理人之變更而生當然停止之效果，則第二次言詞辯論開庭時，A 公司真正之法定代理人丙並未到場，其合法委任之訴訟代理人丁亦未到場，僅由前董事長乙代理 A 公司到場辯論，而乙既非 A 公司之法定代理人，又非 A 公司之訴訟代理人，故本件訴訟應屬「被告一方訴訟未經合法代理」之情形，台南地院未命 A 公司補正代理權之欠缺即為辯論並做成本案判決，程序上自屬違法，A 公司得以此為上訴理由請求救濟（最高法院 28 年上字第 1887 號判例參照）。

二、甲自 70 年 2 月底起即受僱於乙公司，擔任銷售員，乙於 82 年 3 月 1 日以甲銷售貨品時，未依規定同時收取價金，違反僱傭契約情節重大，通知將甲解僱，甲請求回復上班，亦為乙所拒絕。嗣甲於 85 年 3 月 1 日向乙表達其已服務滿 15 年，且年滿 55 歲，符合自願退休之要件，請求自即日起退休，並要求乙給付退休金 500 萬元，乙則以兩造僱傭契約自 82 年 3 月 1 日已終止，拒絕甲之請求。甲乃於 91 年 3 月 1 日對乙起訴，主張其退休金請求權，有被乙侵害之危險等語，聲明：請求判決確認甲對乙 500 萬元之退休金給付請求權存在。乙則抗辯甲不符合退休要件，縱令符合退休年資，退休金給付請求權亦已罹於 5 年之時效而消滅。試問：

(一)甲之起訴是否具備確認訴訟之要件？（12 分）

(二)若甲於訴狀送達乙後，將訴之聲明變更為乙應給付自 82 年 3 月 1 日起至 85 年 3 月 1 日止之薪資 200 萬元，但乙不同意，甲之變更是否合法？（13 分）

命題意旨	本題涉及確認訴訟之特殊性，就何謂「即受確認判決之法律上利益」實務上有許多重要判例，同學宜一併列出。
------	---



答題關鍵	就確認訴訟之要件應仔細分析，至於其他實體法事項約略提及即可，避免耗費過多時間。
高分閱讀	侯台大上課講義第三回，P8-P9。



【擬答】

(一)甲之起訴是否符合確認訴訟之要件？

1. 確認訴訟之要件，依民事訴訟法（下稱本法）第 247 條第 1 項、第 2 項規定：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限。」而所謂「即受確認判決之法律上利益」，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言（最高法院 42 年台上字第 1031 號判例、52 年台上字第 1240 號判例意旨參照）。又倘若原告之給付請求權之消滅時效已完成者，經他造為時效抗辯後，此時自屬無即受確認判決之法律上利益，從而上訴人所提起確認之訴部分，亦非正當（最高法院 29 年上字第 1340 號、32 年上字第 4198 號判例參照）。
2. 本案中甲之退休金請求權是否已罹於時效而消滅，應為如下之分析：
 - (1) 按利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅，固為民法第 126 條所明定，惟此係指「定期」給付債權，即以一定或不定期間定期給付金錢或其他不特定物或勞務，且係基於一債權原因之一切規則反覆定期給付，每期如已屆清償期，則為獨立債權而言。
 - (2) 而本案中甲係主張一次給付退休金 500 萬元，並非請求「定期」之退職金，此時自無上開短期時效之適用，仍應適用民法第 125 條 15 年時效之規定。是以，依甲所主張係於 85 年 3 月 1 日離職，而於 91 年 3 月 1 日起訴，甲之退休金請求權尚未罹於消滅時效。
 - (3) 承上，甲之退休金請求權既尚未罹於消滅時效，而乙亦否認甲之退休金請求，至於「乙於 82 年 3 月 1 日將甲逕行解雇是否符合勞動基準法之規定」、「甲乙間之僱傭契約是否消滅」、「甲任職期間是否已達 15 年而得據以主張退休金請求權」等事項，應認均屬甲之退休金請求權實體上有無理由之問題，本案中甲所提起之確認訴訟仍屬符合要件。
3. 然而，基於退休金請求權之債權性質衡量，甲如欲確保其權利，其最有效適切之訴訟方式應為直接提起給付訴訟，是以亦有認為倘若當事人以債權請求權作為確認訴訟之標的，應認不具備確認利益，倘若真欲以確認訴訟方式提起，亦應解釋為提起「確認僱傭關係存在」較為妥適，惟為保障當事人之訴訟權益，法院如認甲之起訴不符合確認訴訟之要件，此時即應闡明當事人為變更或追加，一併敘明之。

(二)甲之變更是否合法？

1. 甲於訴狀送達乙之後，始將聲明變更為「乙應給付 82 年 3 月 1 日至 85 年 3 月 1 日之薪資 200 萬元」，依本法第 255 條規定觀之，訴狀送達後，原告即不得將原訴變更或追加他訴，除非具有該條但書各款情形之一。本案中就甲聲明之變更，乙已表示不同意，而甲當初原訴訟之標的係為「退休金請求權」，變更後之新訴標的則為「薪資請求權」，兩者亦難認其請求之基礎事實係屬同一，本案中亦無該條但書其餘各款之情事，此時，應認甲之變更不合法。
2. 然而，承上述分析可知，本案中甲原先提起之訴訟為確認訴訟，基於確認訴訟之特殊性，此時如不使甲得將聲明變更，則對當事人之利益以及公益之維護均有不利之影響，因此，本法於 89 年修正時特於第 247 條第 3 項規定：「前項情形，如得利用同一訴訟程序提起他訴訟者，審判長應闡明之；原告因而為訴之變更或追加時，不受第二百五十五條第一項前段規定之限制。」是以，如依該條項規定，甲之變更即屬合法。

三、住在臺北市中正區之甲，其委任之律師於民國 98 年 7 月 1 日收受最高法院以臺灣高等法院所為其敗訴之判決，認事用法均無不當，應予維持為由，駁回其第三審上訴之民事判決書。請回答下列二題並說明其依據：

- (一)甲於 98 年 7 月 17 日委任律師具再審訴狀，載明其發現就同一訴訟標的在前已有確定判決，依據民事訴訟法第 496 條第 1 項第 12 款規定向最高法院對最高法院確定判決提起再審之訴；嗣於 98 年 8 月 17 日再向最高法院提出「補充再審理由狀」，表明其項經細查，發現該最高法院之確定判決另有判決理由與主文顯有矛盾之違法之情事，追加民事訴訟法第 496 條第 1 項第 2 款之再審事由。請問最高法院應如何處理？（13 分）



- (二)甲於同年 7 月 21 日另具再審訴狀，指摘臺灣高等法院之確定判決誤解民法第 224 條規定，有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤之再審理由，向臺灣高等法院對臺灣高等法院之確定判決提起再審之訴；嗣於 98 年 8 月 17 日提出另件最高法院判決書影本並具「補充再審理由狀」，主張該最高法院判決係臺灣高等法院辯論終結前即已存在而未斟酌之新證物，其因於 98 年 7 月 30 日借閱（以圖書借書證證明）最高法院於 96 年印行之最高法院民事判決書彙編，始發現該新證物，其得利用該最高法院判決關於民法第 224 條之法律上見解為有利於己之主張，臺灣高等法院之確定判決另有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 13 款之再審事由。請問臺灣高等法院應如何處理？（12 分）

命題意旨	民事訴訟法 499 條、496 條、500 條、502 條之綜合應用及衍生實務見解之記憶。
答題關鍵	本題係最典型之『法條綜合應用』及『衍生實務見解』探討之考法，考生除了需針對『不同再審事由，將影響再審訴訟管轄法院判斷』之遊戲規則有所瞭解外，尚須針對各款再審事由之解釋、再審管轄法院錯誤、再審程序中可否追加再審事由、何謂再審事由知悉在後等衍生爭點所涉及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，〈再審程序中起訴程序之撤回〉一文，《民事訴訟法問題研析(二)》。 2.吳明軒，〈民事訴訟法修正後之再審程序〉一文，《月旦法學雜誌第 97 期》。 3.楊建華，〈發現未經斟酌證物為再審理由〉一文，《民事訴訟法問題研析(三)》。 4.許律師，《民事訴訟法(下)》，第 21-25 頁至 21-45 頁。

【擬答】

- (一)最高法院應將 7 月 17 日所提之再審訴訟移送台灣高等法院審理，並駁回 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟：甲所委任之律師於 98 年 7 月 1 日收受最高法院以上訴無理由駁回上訴之判決書，其性質上係『本案判決』，非程序不合法所為之駁回裁定，故本件訴訟已於 98 年 7 月 1 日確定，當事人針對本案判決欲提起再審之訴者，其再審之不變期間應從 98 年 7 月 1 日合法收受確定判決書時開始計算，合先敘明之。
- (1)就 7 月 17 日所提之再審訴訟，有專屬管轄錯誤之情形：
- 民事訴訟法 499 條規定：「再審之訴，專屬為判決之原法院管轄（第 1 項）。對於審級不同之法院就同一事件所為之判決，提起再審之訴者，專屬上級法院合併管轄。但對於第三審法院之判決，係本於第四百九十六條第一項第九款至第十三款事由，聲明不服者，專屬原第二審法院管轄（第 2 項）」。
 - 準此而言，甲既以民事訴訟法 496 條第 1 項第 12 款為由提起再審訴訟，依上開民事訴訟法 499 條第 2 項但書之規定，自應由台灣高等法院為專屬管轄之法院。
 - 復依民事訴訟法 505 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」，故依我國學界及實務一致見解均認為：再審之訴，當事人誤向無管轄權之法院提起訴訟者，受訴法院應依民事訴訟法 505 條準用 28 條第 1 項之規定，將其訴以職權裁定移送於有管轄權之法院審理，不得逕以管轄錯誤為由加以駁回（最高法院 66 年台聲字 73 號判例意旨參照），故最高法院應將該再審訴訟移送台灣高等法院審理。
- (2)就 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟應予駁回：
- 再審程序中可否為訴之追加：
依我國學界通說見解，再審之訴，係允許當事人於一定事由之範圍內，對於確定之終局判決聲明不服，故不得與其他新訴合併提起，亦不得以反訴之方式提起，但對於同一確定判決，以數個再審理由合併提起再審之訴，或於再審程序進行中，追加其他再審事由提起再審之訴者，均為法之所許。惟需特別注意者，乃依實務及我國目前多數學說之見解，對於再審訴訟之訴訟標的係採「二元論」，亦即民事訴訟法 496 條第 1 項各款之再審事由性質上均為獨立之訴訟標的，故當事人以不同之再審事由合併或追加提起再審訴訟時，個別之再審事由均個別成為獨立之再審訴訟，因此，各個獨立之再審訴訟，均應符合再審程序之法定程序要件，乃屬當然，故甲於 98 年 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟，其追加之主張應予准許，惟仍須具備一般再審程序之法定程序要件，合先敘明之。
 - 甲所追加之再審訴訟，已逾 30 日之再審不變期間：



民事訴訟法 500 條規定：『再審之訴，應於三十日之不變期間內提起（第 1 項）。前項期間，自判決確定時起算，判決於送達前確定者，自送達時起算；其再審之理由發生或知悉在後者，均自知悉時起算。但自判決確定後已逾五年者，不得提起（第 2 項）』。準此而言，甲於 98 年 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟，已逾民事訴訟法 500 條第 1 項之 30 日不變期間，其惟一可能合法之主張，乃係證明其有民事訴訟法 500 條第 2 項所稱之『再審之理由發生或知悉在後者，均自知悉時起算』，惟民事訴訟法 496 條第 1 項第 2 款所稱之「判決理由與主文顯有矛盾者」，僅需於收受判決書時形式上審酌判決之內容即可明確知悉，並無構成「知悉在後」之可能，因此，對於甲所追加之上開再審訴訟，法院應依民事訴訟法 502 條第 1 項：「再審之訴不合法者，法院應以裁定駁回之」之規定，以程序不合法裁定加以駁回（類似見解：最高法院 70 年台再字第 210 號判例意旨參照）。

3. 退萬步而言，綜認為本件再審之訴未逾再審之不變期間者，法院亦應以民事訴訟法 502 條第 2 項之規定：「再審之訴顯無再審理由者，得不經言詞辯論，以判決駁回之」判決駁回甲之訴，蓋依最高法院 80 年台再字第 130 號判例之見解：「民事訴訟法第四百九十六條第一項第二款所謂：判決理由與主文顯有矛盾，係指判決依據當事人主張之事實，認定其請求或對造抗辯為有理由或無理由，而於主文為相反之諭示，且其矛盾為顯然者而言。茲確定判決於理由項下，認定再審原告對於再審被告部分之上訴，為無理由，而於主文諭示駁回再審原告此部分之上訴。依上說明，並無判決理由與主文顯有矛盾之情形」，並予說明之。

(二)台灣高等法院應將 7 月 21 日所提之再審訴訟，及 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟均予以駁回：

(1)就 7 月 21 日所提之再審訴訟，有「再審客體錯誤」之程序不合法情形：

1. 最高法院 65 年台上字第 1276 號判例曰：「第三審法院應以第二審判決確定之事實為判決基礎（參照民事訴訟法第四百七十六條第一項），故第三審法院以第二審法院之判決認事用法均無不當而維持第二審法院之判決者，當事人如以適用法規顯有錯誤為由提起再審之訴，僅得對第三審法院之判決為之」，合先敘明之。
2. 故依題示情形所示，最高法院既係以台灣高等法院之判決認事用法均無不當而維持第二審法院之判決，甲欲以適用法規顯有錯誤為由提起再審之訴，自僅得對最高法院之確定判決為之，其以台灣高等法院之確定判決為再審訴訟對象，自屬錯誤，台灣高等法院應依民事訴訟法 502 條第 1 項之規定，以程序不合法加以駁回。

(2)就 8 月 17 日所提之再審訴訟，有「顯無再審事由」之情形：

1. 最高法院 64 年台聲字第 58 號判例曰：「法院裁判適用法規或解釋法律，係依職權為之，原無待當事人提出其他判決以為證據。再審原告提出另一判決，利用其法律上之見解而為有利於己之主張，不能謂係民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款之新證物」，合先敘明之。
2. 故依題示情形所示，甲欲以另件最高法院判決之見解做為對自己有利之證物，而依民事訴訟法 496 條第 1 項第 13 款之規定做為再審理由，其主張顯屬前揭民事訴訟法 502 條第 2 項所稱之「顯無再審事由」，台灣高等法院應不經言詞辯論，逕以判決加以駁回。

四、甲 1 就教於律師表示：父親丙有親生子女甲 1、甲 2、甲 3，丙生前從未提及其另有收養乙一事。惟在丙過世後，乙出面向甲 1、甲 2 及甲 3 表明，丙曾收養乙，並經法院予以認可，乙亦為丙之合法繼承人云云。甲 1 及甲 2 均認為丙不可能收養乙，收養應具有無效之事由，但甲 3 則不欲爭執此事。問：(25 分)

(一)如果您是甲 1 之律師，應如何提起訴訟？列何人為原告及被告？如何為訴之聲明？

(二)在此訴訟中，關於收養無效之事由，應由何當事人主張及負舉證責任？如其不能提出有收養無效之事實及證據，法院應如何審理及裁判？

命題意旨	第一小題涉及最高法院 96 年度第 1 次民事庭決議，以及沈冠伶老師 96 年 12 月的文章，與 97 年台大考題十分相近；第二小題則是基本的人事訴訟考題。
答題關鍵	同學須就該文章稍有涉獵，本題方能言之有物，由此亦見期刊論文之重要性，不過該篇文章為近來人事訴訟較為重要的考點，如果同學有注意總複習內容的話，相信本題應不難應付！



高分閱讀

- 1.侯台大民訴講義第七回，P.80 以下。
- 2.侯台大民訴總複習講義第三回，P.48~P.52。

【擬答】

- (一)本題中甲 1 對乙丙間之收養關係有無效事由而否認其繼承人之地位，甲 1 應如何提起訴訟及為訴之聲明，爰分析如下：
- 1.民法上所規定之收養無效事由存在，其收養效力即自始無效，法院係在當事人間對於收養效力有爭執時，以裁判確認該效力為何，因此於訴訟上係屬「確認訴訟」之性質，惟依民事訴訟法第 583 條之規定，設有「收養無效」與「收養關係成立或不成立」兩種確認訴訟型態，然而學者多謂就本質上而言，收養無效或收養關係成立或不成立之訴，均僅係收養關係存在或不存在確認訴訟之次類型，蓋不論是收養無效或收養關係成立或不成立之訴，均會產生收養關係不存在之結果，無須加以區分。因此，本案中甲 1 如係主張「乙丙間之收養關係有無效事由」，提起「確認收養無效」之訴即可，其聲明即為「確認乙丙間之收養關係無效」。
 - 2.然而，本案中因「收養人丙已死亡」，此時，該確認訴訟應以何人為原被告，即有疑慮：
 - (1)就原告而言：

甲 1 並非該收養關係之當事人，為避免任一第三人濫行提起訴訟，須藉由「確認利益」加以判斷，亦即原告之權利或法律上地位因他人間身分(收養)關係之爭執產生不確定之危險，而確認判決適足以排除該危險。本案中甲 1 具有確認利益應無疑慮，而甲 2 如亦欲否認則可與甲 1 一併成為該確認訴訟之原告；惟甲 3 不欲否認此事，此時甲 3 毋須列為當事人。
 - (2)就被告而言：

本案例中因收養人丙已死亡，甲 1 得否僅以生存之一方乙為被告，提起確認之訴，就此問題學說暨實務則有不同意見：

 - ①最高法院 96 年度第 1 次民事庭會議認為：「按收養無效之訴，由第三人起訴者，應以養父母及養子女為共同被告，若養父母已死亡者，僅以養子女為被告，其當事人適格即有欠缺，此觀民事訴訟法第 588 條準用第 569 條第二項規定（婚姻無效）及本院 50 年台上字第 1341 號判例意旨自明。又收養之當事人既未於生前主張其收養無效，為維持法律秩序之安定及避免舉證之困難，於其一方死亡後，自不容任由第三人提起該訴訟。」
 - ②然而吾意以為上開實務見解實有斟酌餘地，蓋第三人既然有受確認判決之法律上利益，在應為被告中之一人死亡時，如不能提起收養無效、收養關係成立或不成立、存在或不存在之訴，其勢必僅得就以收養關係為前提之其他派生權利義務關係一一提起訴訟，此時與其使原告就派生相關之權利義務關係另行起訴，不如承認其得以收養關係之生存一方為被告起訴，更能徹底解決紛爭，或避免紛爭擴大。如此亦符合本法第 247 條之修正意旨，「擴大確認訴訟解決紛爭之功能」以及「程序利益保護原則」，如許可某一確認訴訟之提起，將可防免另起訴，就該確認訴訟之訴訟標的所派生相關權利義務逐一求為判決，以致造成程序上不利益或就他訴訟之提起，容許原告利用所已開同一程序為之者，較諸令其另行利用重新再開之他一程序者，更能避免導致程序上不利益時，亦應承認具有提起該確認訴訟之利益。
 - (3)承上所述，本案例中應認甲 1 得以乙為被告提起「確認收養無效」之訴，又「確認遺產無繼承權」之訴訟，亦係以收養是否有效或無效為前提，與收養無效之訴，有**同一之基礎事實**，當事人均相同，此時，甲 1 尚得一併提出或於程序中為訴之變更或追加，而不必另行起訴，可利用原審之訴訟資料與證據資料，以節省當事人之勞力、時間、費用。
- (二)就收養無效之事由應由何人主張？法院應如何審理裁判？
- 1.就訴訟中當事人主張及舉證責任之分配，依我國通說暨實務向來見解係採以法律要件分類說當中之特別要件說，亦即「主張權利存在之當事人，就權利發生之事實，負舉證責任；主張權利不存在之當事人，就權利障礙、消滅、排除事實，負舉證責任。」而本件為「確認收養無效」之訴，其性質屬於「消極確認訴訟」，此時即應由主張收養有效之被告乙，就法律關係發生之事實，負舉證責任（30 院 2269 判例、42 台上 170 判例參照）。然而，就上開分析觀之，甲 1 雖不負舉證責任，惟此僅指「客觀舉證責任之分配」而言，為



避免訴訟延滯，仍應認甲 1 就收養無效之事由具有一定之主張及提出義務較為妥適。

2. 當事人就收養無效之證據不能提出時候，法院應如何審理裁判？

- (1) 「收養無效」訴訟，因涉人倫法律關係，其公益性質頗高，此時，法院應有適當之職權主義介入以維護公益性，並非單純辯論主義之適用，是以，依本法第 588 條規定：「第五百八十三條之訴，除別有規定外，準用婚姻事件程序之規定。」復依同法第 575 條：「法院因維持婚姻或確定婚姻是否無效或不成立，得斟酌當事人所未提出之事實。前項事實，於裁判前，應令當事人有辯論之機會。」
- (2) 亦即，法院就該收養無效之事實及證據，法院得職權加以斟酌，惟應注意賦予當事人有辯論之機會，以避免過度侵害當事人之利益。



《民事訴訟法》

一、事務所指導律師收發 e-mail，收信了：

「大律師！您好，我想請問：我認為被告對我有不當得利，對我影響新臺幣 7 萬多元。幾個月前，我不想花太多錢，預繳裁判費新臺幣 1000 元，沒有請律師代寫訴狀或出庭，向被告住所地的地方法院遞狀起訴及聲請調解。請求返還不當得利 7 萬多元。被告未提出任何訴狀、聲明及陳述。第一審法院（地方法院）未開庭進行調解，也未開庭進行證據調查及言詞辯論。判決如下：原告之訴駁回。訴訟費用新臺幣 1000 元由原告負擔。大律師是否可以告訴我：什麼是「當事人進行主義」？什麼是「言詞辯論主義」？被告未提出任何訴狀、聲明及陳述，第一審法院（地方法院）未開庭進行言詞辯論，是否可以判我敗訴？請大律師提供法律知識，謝謝！」

您，如為事務所實習律師，事務所指導律師派給您處理，請問您要怎麼處理？並請深入淺出地闡述答覆之。（25 分）

命題意旨	本題在測驗考生關於小額訴訟事件之立法特色及法理基礎，考生除引用條文外，尚須針對立法理由略加描述，始能獲得高分。
答題關鍵	(一)小額訴訟程序得不必調查證據而為判決之情形（民訴§436-14 參照）。 (二)小額訴訟程序與處分權主義之關聯。 (三)小額訴訟程序上訴程序之特別規定（民事訴訟法§436-24 參照）。
高分閱讀	1.許律師，《民事訴訟法（下）》，高點文化出版，第 10-2 至 10-9 頁；第 10-22 至 10-24 頁。 2.邱聯恭，《司法之現代化與程序法》，第 286 頁至 294 頁。

【擬答】

實習律師應告知當事人之事項如下：

(一)當事人進行主義之意義：

所謂當事人進行主義，乃係指訴訟程序之進行，以當事人之意思為原則，亦即以當事人為主導地位之審理原則，其具體內容可細分為：

1.處分權主義：

從訴訟程序來看，對訴訟之開始、審判之對象範圍及訴訟之終結賦予當事人主導權之主義，可再細分為三個層面加以說明：

(1)訴訟之開始（第一層面）：「無起訴則無裁判」、「不告不理」之原則是也。

(2)審判之對象範圍（第二層面）：由當事人決定審判之對象、範圍及限度，法院應受其拘束（民訴§388、§445、§450、§475、§503）。若對當事人未請求之對象為審判者，即構成「訴外裁判」。

(3)訴訟之終結（第三層面）：是否撤回其訴或上訴，或捨棄上訴權，悉由當事人決定。

2.辯論主義：

指訴訟程序進行中，事實關係之解明屬於當事人之責任，其具體之內容為：

(1)非經任何一造當事人主張之主要事實，不得採為判決基礎。

(2)為認定系爭事實所需之證據資料，原則上應由當事人聲明之證據方法得之。

(3)當事人間無爭執之事實（自認、擬制自認）無庸舉證、法院應採為判決之基礎，即法院應受當事人自認拘束。

(二)言詞辯論主義之意義：

法院作為裁判基礎之訴訟資料，專以當事人及其他訴訟關係人之言詞陳述為據。亦即有關訴訟審理之當事人及法院之訴訟行為，應以言詞為之（民訴§221 I）。又稱為「言詞審理主義」。

(三)就當事人質疑原審判決之部分

1.第一審法院未進行調解即行判決，是否合法：

依民事訴訟法§403 I ⑩之規定，財產權訴訟，其金額在新台幣 10 萬元以下者，起訴前應經調解，此為「強制調解」之制度，惟法院未踐行上開程序即為判決者，此項未經強制調解之瑕疵即行治癒，不得更行主張原審判決違法（最高法院 32 年上字 5021 號判例參照），此係因民事訴訟法§403 I ⑩之立法意旨係認為 10 萬元金額以下之事件，考量「費用相當性原則」，若進行訴訟，恐曠日費時，徒增當事人程序之不利益，故若未經調解即行審判，當事人尙可以此為理由主張原審判決有瑕疵而上訴爭執者，反而產生程序延宕之不利益也。

2. 原審未開庭進行調查證據之程序即行判決之部分：

(1) 原審法院此項作為亦屬合法，蓋依民事訴訟法§436-14 規定：

「下列情形下，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判」：

① 經兩造同意者。

② 調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當者（本案事實即屬之）。

(2) 涉及之法理基礎：

① 費用相當性原理。

② 防止發生促進訴訟的突襲。

③ 職權裁量法理：

為了滿足簡速裁判之基本要求，並顧及費用相當性原理，應允許法官於審理小額訴訟事件時，不一定要依實體法規範來審理，而可兼採衡平法理，此即實體法上的非訟化，使實體法上要件事實抽象化、概括化，而擴大法官之裁量可能範圍。

3. 被告未提出任何聲明及陳述，原審即判決原告敗訴之部分：

此部分恐有違法不當之嫌矣！蓋若被告連最起码之答辯聲明（即：原告之訴駁回；訴訟費用由原告負擔）均無時，表示被告根本自始至終未有任何參與訴訟之行為，且亦無任何「駁回原告之訴」之表示，則法院在被告未有任何否認原告請求之表示時，可否逕依自由心證認定原告之訴無理由加以駁回，恐有疑義矣！

4. 原審未開庭進行言詞辯論即為判決之部分：

(1) 民事訴訟法§436-29 規定：

小額程序之第二審判決，得不經言詞辯論的情形：

① 經兩造同意者。

② 依上訴意旨足認上訴為無理由者。

(2) 惟上開得不經言詞辯論審理之規定，僅規定於「二審程序」，故依§436-29 之反面解釋，一審程序應無適用之餘地，蓋小額訴訟程序雖強調「費用相當性原則」，而特別須求保障當事人之程序利益，然仍須兼顧當事人程序主體權之保護，使其有最基本之參與訴訟，表達意見之機會，此於做為事實審之第一審，尤其必要，故而原審未開庭令兩造有言詞陳述意見之機會，應認為其訴訟程序違背「言詞審理主義」之基本要求而構成違法。

(四) 結論

律師可建議當事人以「違背法令」為理由，依民事訴訟法§436-24、§436-25 提起上訴。

二、原告甲向轄區地方法院起訴，請求被告乙給付其積欠之借款新臺幣（下同）1 千萬元。於訴訟繫屬中，該債權依法移轉於第三人丙，惟丙始終不知道其受讓之債權 1 千萬元涉訟中，迨債權讓與人甲收受該地方法院本件敗訴判決之翌日，將同判決書轉交與債權受讓人丙處理時，始知之。丙乃於法定不變期間內，以自己的名義列名為上訴人，並以被告乙列名為被上訴人，提起上訴，在訴訟法上的效果如何？試附理由簡答之。（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學就當事人恆定原則之意義與效力之理解，並加以運用。
答題關鍵	回答問題之關鍵，先從上訴之合法要件，切入當事人適格之意義與當事人恆定原則之關係，當可妥適處理。
高分閱讀	1. 楊建華原著，鄭傑夫增訂，《民事訴訟法要論》，2003 年 12 月，第 224 頁。 2. 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一），2006 年筆記版，第 269 頁。 3. 梁台大民事訴訟法講義，第一回第二章第一節第 39~42 頁。

- 4.梁台大民事訴訟法講義，第二回第三章第三節第 12~15 頁。
5.梁台大民事訴訟法講義，第五回第九章第二節第 91 頁。

【擬答】

丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴，因欠缺當事人適格而上訴不合法。惟為避免造成當事人因不諳法律而受程序上之不利，法院應向當事人闡明，令其提起代當事人承當訴訟，以取得當事人適格而補正瑕疵。

(一)提起上訴之要件：須有當事人適格與上訴利益等：

1.提起上訴之要件：

上訴之提起，需具備上訴之法定要件始可提起上訴。意即，原審之當事人或訴訟參加人，在上訴權尚未欠缺時（諸如：未捨棄上訴權、未撤回上訴、未超過上訴期間等），具備上訴利益者，得就原審之終局判決，以書狀方式提起上訴，並繳納上訴之裁判費，始合法提起上訴。

本件，丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴是否合法？其問題關鍵在於：丙是否為可提起上訴之上訴人？其是否為原審當事人？此問題又涉及：丙是否具備本訴訟之當事人適格？

2.當事人適格

當事人適格，係指當事人就特定具體之訴訟事件，得以自己之名義為原告或被告之資格，主張該權利並進行攻擊防禦等訴訟上行為，因而得受訴訟標的法律關係之本案判決者。而具有此資格者，則具有針對特定訴訟標的法律關係之遂行訴訟權能，即為訴訟遂行權（訴訟實施權）。

因當事人適格為一不確定法律概念，故於其解釋上，須有某程度的利益衡量，即應考量：利用訴訟制度以保障個人權利（實體利益及程序利益）、集團性權益之必要性，以及滿足紛爭解決一次性要求之程度。

至於判斷有無當事人適格，原則上，依照原告於起訴狀所主張之事實為據，以其對於解決該訴訟標的法律關係之問題是否適當為斷。一般而言，訴訟標的法律關係之權利歸屬主體即具有當事人適格。例外情形，非屬訴訟標的法律關係之權利歸屬主體者，如具有訴訟遂行權，即第三人之訴訟擔當之情形，亦具有當事人適格。

(二)當事人恆定原則（當事人恆定主義）：

1.當事人恆定原則之意義：

所謂當事人恆定原則，係指於訴訟繫屬中，雖為訴訟標的之法律關係移轉於第三人，其對訴訟仍無影響，原訴訟當事人適格之地位不因此改變。由我國民事訴訟法第 254 條第 1 項之規定可知，我國法採取當事人恆定原則。

2.當事人恆定原則之效果：

於訴訟繫屬中，雖為訴訟標的之法律關係移轉於第三人，其對訴訟仍無影響。其所謂對於原訴訟並無影響，係指原當事人之當事人適格並不因此喪失。縱然原當事人已非實體法律關係之歸屬主體，其仍具有訴訟實施權，而為形式當事人。至於第三人之法律地位，其非形式當事人，至多僅係實質當事人。

3.第三人參與訴訟程序之機會：

因第三人在當事人恆定原則之立法例下，並不當然成為當事人。是以，為兼顧其程序保障，仍應賦予第三人參與訴訟程序之機會。據此，第三人得參加訴訟（共同訴訟輔助參加）、提起干預訴訟、或本於民事訴訟法第 254 條第 1 項、第 2 項規定，第三人得聲請代當事人承當訴訟。如經第三人承當訴訟後，訴訟當事人即變更，由第三人成為形式當事人，原訴訟當事人即脫離訴訟程序。

(三)丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴，因欠缺當事人適格而上訴不合法：

1.債權讓與人甲仍具有當事人適格，債權受讓人丙仍無當事人適格：

本件，原告甲原為債權人，請求被告乙給付其積欠之借款，因甲原為借款債權請求權人，故甲起訴時當有原告適格，應屬無疑。

惟於訴訟繫屬中，該債權依法移轉於第三人丙。雖甲於債權讓與後，已非實體法上歸屬主體，然依據民事訴訟法第 254 條第 1 項：「訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。」本於當事人恆定原則，縱然該債權（訴訟標的法律關係）已讓與移轉致第三人丙，原告甲仍具備當事人適格，不失其當事人之地位。據此，因甲仍為當事人，如欲上訴，應由甲提起上訴始合法。

2.丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴，因欠缺當事人適格而上訴不合法：

於訴訟繫屬中，該債權依法移轉於第三人丙。參照民事訴訟法第 254 條第 1 項與當事人恆定原則，縱然該債權（訴訟標的法律關係）已讓與移轉致第三人丙，丙實為實體法上歸屬主體，惟丙不因此當然具有當事

人適格、而成為形式上當事人。據此，因丙尚未代原當事人而承當訴訟，丙仍非訴訟當事人，自無從具有提起上訴之資格。又丙未以參加人身分參與前訴訟程序，亦不可能以參加人之地位提起上訴。綜上所述，丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴，因欠缺當事人適格而上訴不合法。

(四)法院應向當事人闡明，令其提起承當訴訟，以取得當事人適格而補正瑕疵：

丙因欠缺當事人適格而其所提起之上訴不合法，已如上述。惟丙實為實體法上之歸屬主體，如未賦予其一定參與訴訟程序之機會，毋寧對其具有憲法基本權地位之程序權保障未周。又當事人多不諳法律專業知識，如僅因程序上事由逕駁回其上訴，不僅造成程序上之不利益，恐更有突襲性裁判發生之虞。

有鑑於第三人丙本可依據民事訴訟法第 254 條第 1 項、第 2 項規定，由第三人丙得聲請代當事人承當訴訟。如經第三人丙承當訴訟後，訴訟當事人即變更，由第三人丙成為形式當事人，原訴訟當事人甲即脫離訴訟程序。如是，丙自得合法提起上訴無疑。據此，為避免造成當事人因不諳法律而受程序上之不利益，法院應向當事人闡明，令其聲請代當事人承當訴訟，以取得當事人適格而補正瑕疵。

附帶言之，因債權讓與人甲收受該地方法院本件敗訴判決之翌日，將同判決書轉交與債權受讓人丙處理，當可解為甲同意由丙為承當訴訟。至於僅被告乙不同意者，當可依據民事訴訟法第 254 條第 2 項規定，移轉之當事人或第三人得聲請法院以裁定許第三人承當訴訟。

三、甲向執行法院以新臺幣（下同）200 萬元拍定買受 A 地（面積 0.5 公頃）應有部分 5 分之 1，辦竣登記並領得土地登記簿謄本，知 A 地其他共有人乙、丙之應有部分依序為 10 分之 7、10 分之 1，當年度申報地價每平方公尺 1 萬元。甲因急於建屋，隨即聯絡乙、丙提議分割 A 地遭拒，旋依 A 地申報地價總價額 500 萬元計算繳納第一審裁判費，訴請判決分割 A 地。第一審法院依甲、乙、丙之應有部分換算面積，將 A 地測量分成 A₁、A₂、A₃ 三筆，囑託估價師鑑定其市價為 140 萬元、600 萬元、60 萬元，經辯論終結，宣示准為 A 地分割為 A₁、A₂、A₃ 三筆並依序由原告甲、被告乙、被告丙單獨取得所有權之判決。

請依上開事實敘明依據回答下列各問：

(一)乙不滿分配取得 A₂ 之位置，擬提起第二審上訴並繳納第二審裁判費，惟就其訴訟標的價額若干，不知如何核算，而向您請教。(13 分)

(二)第二審維持第一審判決，駁回乙之上訴。丙認其取得 A₃，有未受鑑定市值 20 萬元利益差額補償之損失，於法不合，惟惑於上訴所得受之利益額數限制之規定，不知可否提起第三審上訴，而就教於您。請針對此問分析作答。(12 分)

命題意旨	本題旨在測驗同學如何就訴訟標的予以訴訟標的價額之認定、理解，並加以運用。
答題關鍵	回答問題之關鍵，可從：「分割共有物涉訟，以原告因分割所受利益之價額為準」如何理解，當可妥適處理。
高分閱讀	1.陳志雄、陳信瑩、陳容正，《訴訟標的價額之核定及裁判費暨執行費等之計徵標準—實務見解彙整》，2007 年 3 月一版一刷，第 126-127 頁。 2.梁台大民事訴訟法講義，第五回第九章第二節第 106~107 頁。

【擬答】

(一)乙不滿分配取得 A₂ 之位置，擬提起第二審上訴並繳納第二審裁判費。其訴訟標的價額應以 100 萬元計算。乙不滿分配取得 A₂ 之位置，擬提起第二審上訴並繳納第二審裁判費。上訴第二審仍須繳納裁判費，其裁判費徵收之標準，依第 77 條之 13 及第 77 條之 14 規定，加徵裁判費十分之五。惟裁判費如何徵收，需視訴訟標的價額如何認定，乃為本題之關鍵所在。

本件，甲向乙、丙提議分割 A 地遭拒，旋即訴請判決分割 A 地。是以，本訴訟為裁判分割共有物之訴。惟關於訴訟標的價額如何計算？參照司法院 32 院字第 2500 號解釋：「(二)共有物或公同共有物分割之訴，其訴訟標的之價額，以原告因分割所受利益之客觀價額為準，非依共有物或公同共有物全部之價額定之。」及民事訴訟法第 77 條之 11：「分割共有物涉訟，以原告因分割所受利益之價額為準。」由是可知，裁判分割共有物之訴，其訴訟標的價額係以原告因分割所受利益之價額為準。

因 A 地面積 0.5 公頃，原告甲之應有部分為 5 分之 1，參照當年度申報地價每平方公尺為 1 萬元，故本件分割共有物之訴其訴訟標的價額，應依 A 地申報地價總價額 500 萬元計算，以其應有部分為分割後所受客觀之利益，其訴訟標的價額應以 100 萬元計算。

再者，針對第一審法院宣示准為 A 地分割為 A₁、A₂、A₃ 三筆並依序由原告甲、被告乙、被告丙單獨取得所有權之判決，乙不滿分配取得 A₂ 之位置，則就本判決擬提起第二審上訴。參照最高法院 72 年度第 2 次民事庭庭長會議（民國 72 年 2 月 22 日）（二）決議：「請求分割共有物之訴，其訴訟標的價額之計算，應以原告在第一審起訴時因分割所受利益之客觀價額為準，此種案件上訴時，其訴訟標的價額及上訴利益額，亦以此為準，不因被告或原告提起上訴而有所歧異。」及最高法院 70 年台上字第 1757 號判例：「共有物分割之訴，其訴訟標的價額以原告因分割所受利益之客觀價額為準，非以共有物全部之價額定之，依民事訴訟法第 466 條第 3 項規定，上訴利益亦應依此標準計算，不因上訴人（被告）之應有部分之價額較低而異。」是以，縱然係被告上訴，其訴訟標的價額之核定，亦與原告起訴時相同，即係以原告因分割所受利益之價額為準。據此，其訴訟標的價額應以 100 萬元計算。

再者，雖第一審法院經鑑定而宣示原告甲取得其市值為 140 萬元之 A₁ 地，惟本於訴訟標的恆定原則，核定訴訟標的之價額，以起訴時之交易價額為準。是以，縱然嗣後第一審法院經鑑定而認為原告所受客觀之利益為 140 萬元，仍不影響原訴訟標的價額之認定。又，縱然原告甲起訴時，誤以共有物價額之全部為裁判費之繳納，但其亦不影響嗣後上訴時，仍應以原告因分割所受利益之價額為準。

（二）丙認為取得 A₃，有未受鑑定市值 20 萬元利益差額補償之損失，於法不合。因本件並未超過上訴第三審之利益額數 150 萬元，故不可上訴第三審。

本件，丙得否上訴第三審，針對於上訴所得受之利益數額限制之規定，參見民事訴訟法第 466 條：「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 100 萬元者，不得上訴。（第一項）對於第 427 條訴訟，如依通常訴訟程序所為之第二審判決，仍得上訴於第三審法院。其因上訴所得受之利益不逾新台幣 100 萬元者，適用前項規定。（第二項）前二項所定數額，司法院得因情勢需要，以命令減至新台幣 50 萬元，或增至 150 萬元。（第三項）計算上訴利益，準用關於計算訴訟標的價額之規定。（第四項）」以及 91.1.29(91) 院台廳民一字第 03074 號令：「依民事訴訟法第 466 條第 3 項規定，將民事訴訟法第 466 條第 1 項所定上訴第三審之利益額數提高為新台幣 150 萬元，並自中華民國 91 年 2 月 8 日起實施。」是以，上訴第三審所得受之利益額數須超過新台幣 150 萬元始可。

計算上訴利益額，雖以上訴聲明範圍為內、起訴時訴訟標的之價額為準。惟在分割共有物之訴中，鑑於其非訟事件之本質與聲明之非拘束性，縱然當事人僅以所受客觀利益差額提起上訴，上級審法院仍有變更全部分割方法之可能。是以，仍應以原告於第一審起訴時之應有部分價額為訴訟標的之價額。

綜上所述，丙雖有未受鑑定市值 20 萬元利益差額補償之損失，而擬欲上訴第三審。惟本件訴訟標的之價額為原告甲因分割所受利益之價額 100 萬元作計算。是以，因其並未超過上訴第三審之利益額數 150 萬元，故應不可上訴第三審。

四、（一）何謂定暫時狀態假處分？那些法律關係有定暫時狀態假處分之適格？（10 分）

（二）甲與乙於婚外同居，生育一子丙，並由生父甲月付新臺幣（下同）5 萬元予乙，以扶養丙。

嗣甲發現丙體弱多病，醫療費用龐大，且乙又另與他男結婚，遂以丙非其子，拒絕再繼續付扶養費。此時：

（1）丙（由乙為法定代理人）對甲可否起訴請求給付扶養費？並聲請定暫時狀態假處分，請求甲按月給付 5 萬元至其成年為止？（7 分）

（2）丙（由乙為法定代理人）可否以甲為被告，提起確認父子關係存在之訴？（8 分）

命題意旨	測驗考生對於 92 年民事訴訟法修正後有關定暫時狀態假處分（民訴§538 以下）之特色是否了解。
答題關鍵	（一）定暫時狀態假處分之意義及事件類型之特色及範圍。 （二）繼續性之金錢給付可否為定暫時狀態之假處分。 （三）確認親子關係之確認利益。 （四）定暫時狀態假處分起訴時案件同一性之認定。
高分閱讀	1.許士宦「定暫時狀態假處分之活用」一文，載於《台灣本土法學雜誌》第 58 期。 2.許律師，《民事訴訟法（下）》，高點文化出版，第 12-3 頁～13-17 頁。

【擬答】

（一）1.定暫時狀態假處分之意義

對於爭執之法律關係，在當事人間有急迫性，為避免重大損害之發生，不待本案訴訟起訴或判決確定，即

有暫時維持權利義務現狀之必要而為之假處分（民訴§538 I 參照）。此種定暫時狀態之行爲，並非保全債權人強制執行之方法，而係提前實現當事人之權利，原與保全程序之假處分無涉，惟因其係就當事人權利之範圍予以暫時的保護，性質上與假處分相通，故法律規定準用假處分之一種制度。

2. 定暫時狀態假處分之適格法律關係：

民事訴訟法於 92 年修正時，為妥適發揮定暫時狀態假處分制度之功能，故放寬其類型限制，凡係當事人間私權糾紛，將來有提起訴訟解決紛爭之實益者，為避免緊急之危險，皆許當事人預先請求法院為定暫時狀態之假處分，故現行法下其事件之類型（適格）有如下之特色：

(1) 不以給付訴訟為限：

故確認通行權存在之確認訴訟，如有定暫時狀態之必要時，仍得為請求暫時通行之假處分聲請。

(2) 不以繼續性之法律關係為限：

故一次性給付之事件，亦得為定暫時狀態之聲請，此種事件常見於行為或不行為之請求。

(3) 不以金錢以外之請求為限：

假如請求扶養費給付之事件，為免受扶養人之權益受損，得命扶養義務人為按月先給付若干金額於權利人之假處分（民訴§538 III）。

(4) 不以財產權事件為限：

本案訴訟標的為身分上之請求者，亦得為之，例如請求酌定子女親權人之事件（民§1055；民訴§572-1），請求強制認領之事件（尚有爭議），於判決確定前，如有必要時，法院亦得為定暫時狀態之假處分。

(二) 題示情形分述如下：

1. 丙得訴請甲給付扶養費

按民法 1065 I 規定：「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女，其經生父撫育者，亦同」，準此而言，甲先前按月給付乙女 5 萬元之行爲，可視為對丙子已有撫育之事實，丙子依法已成為甲之婚生子女，其自得依民法 1114①之規定為請求權基礎，訴請甲父履行扶養之義務。

2. 上開訴訟，丙是否得聲請定暫時狀態之假處分：

承前所述，此種繼續性之金錢給付事件，如有民事訴訟法§538 I 所稱「防止發生重大損害」，或「避免急迫危險」之必要時，仍可請求，故若丙之生母乙資力困窘，無力支付丙之醫藥費及生活費，且丙若未及時受到醫療照護，將有生命危險或其他身體健康上之重大不利益者，則其當然可以請求法院先命甲按月給付一定之扶養費予丙，以避免丙之生命、身體健康產生重大之損害。

3. 丙可否對甲提起確認父子關係存在之訴：

(1) 民事訴訟法 247 條第 1 項之規定：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決法律上之利益者，不得提起之。確認證書真偽及法律關係基礎事實存否之訴亦同」；題示情形中，甲男否認丙為其真實血流之子女，甲、丙間對於是否已因撫育發生親子關係一事既已產生爭執，而該爭執又可依法院之確認判決加以除去當事人間私法上地位不安定之危險，故應認為丙對於該訴訟有「確認利益」，而得對甲提起訴訟。

(2) 惟須特別注意者，乃若丙當初聲請定暫時狀態假處分時，係以「給付扶養費」為聲請之法律關係時，其提起之本案訴訟若為「確認父子關係存在」之訴時，其起訴是否符合「本案同一性」之要件（§538-4 準用§533，§533 準用§529 I 參照）？學說實務上有不同見解：

① 否定說：

聲請人所欲保全者，既係給付扶養費之「請求權」，則本案訴訟，自應提起「給付扶養費」之訴始為恰當；況且針對兩造當事人間親子關係存否之爭議，為系爭扶養請求權是否存在之前提事實，法院已可於給付之訴中一併審理，並無使當事人獨立提起確認訴訟之必要。

② 肯定說：

應放寬認定標準，不宜責令聲請人必須毫無例外地具體指明，此係由於定暫時狀態假處分之聲請，常在證據尚無法固定或事證尚未能蒐集齊全之階段，即須緊急為之，故要求聲請人於起訴之初時即須完全確定其權利內容，幾乎係不可能，且定暫時狀態假處分所必要之方法，係由法院裁量酌定之，不受聲請人聲明之拘束，故應認為只要聲請人所表明之本案請求與保全之請求兩者請求之基礎事實同一時，即屬於符合同一性之要求。

③ 小結：

以上兩說各有所據，惟從紛爭解決之實益性而言，似以否定說較為可採。

《民事訴訟法》

- 一、A 有限公司經營運送業務，主營業所設在台中市，屬台中地方法院管轄區域，其負責人甲的住所地為彰化縣員林鎮，屬彰化地方法院管轄區域。因客戶 B 股份有限公司(主營業所設在雲林縣斗六市，屬雲林地方法院管轄區域；負責人乙的住所地在彰化縣鹿港鎮，屬彰化地方法院管轄區域)尚未給付前年 10 月委託 A 公司運送二批貨物的費用，以及另一客戶丙(住所地在彰化縣鹿港鎮)尚未給付前年 12 月委託 A 公司運送一批貨物的費用。今甲以自己為原告，以 B 公司及丙二者為共同被告，向彰化地方法院起訴，請求被告分別給付 A 公司上開積欠的運送費用及遲延利息。甲的起訴有無不合法之處？(25 分)

命題意旨	本題在測試考生對共同訴訟之管轄、當事人適格概念運用。
答題關鍵	1.掌握民事訴訟法第五十三條第三款與第二十條之關係。 2.注意甲係用何人名義起訴。
高分閱讀	許律師，高點學說論著精要解讀系列，民事訴訟法(上)，第 3-40 頁，相似度 95%。

【擬答】

依題意，甲以自己之名義起訴請求 B 公司、丙(共同被告)返還對甲積欠之費用及利息，乃有下列不合法之處：

(一)就管轄部分：涉及第五十三條第三款及第二十條之適用

- 1.法人之管轄依據民事訴訟法第二條，乃由法人之主營業所所在地法院管轄為原則。
- 2.A 對 B 及丙的權利僅是屬同種類，並非共同，且並非基於同一事實而發生。而因甲係對 B、丙依據運送契約請求給付運費於 A，則依據同法第十二條，得由債務履行地法院管轄。又依民法第三百十四條規定，金錢之債的清償地乃以債權人之住所地，是以本題中，A 的主營業所所在地台中地院乃 B、丙的共同管轄法院。
- 3.而本題中甲未向台中地院起訴，反向彰化地院起訴，則彰化地院是否可依第二十條取得對 B 之管轄權？學說、實務上皆認為，由第五十三條第三款之但書可明確得知第二十條所謂之共同訴訟並不包括第五十三條第三款之情形。是以，本題中彰化地院並無法取得對 B 的管轄權。則除 B 另符合應訴管轄之要件或與甲有合意管轄協議，法院就甲對 B 之訴，應依據第二十八條裁定移送雲林地院或台中地院。

(二)就當事人適格部分

- 1.本題中，甲係 A 公司的負責人，且將 A 對 B、丙之債權，以自己之名義起訴，請求 B、丙向 A 公司為給付，此行為乃屬訴訟擔當。
- 2.而就當事人適格之檢驗，通說認為，就給付之訴原則上乃以原告之主張為形式上判斷，但例外於訴訟擔當時，法院應依職權審查擔當人是否具備合法之權限，若無，則仍屬當事人不適格，訴仍非合法，應予駁回。
- 3.本題中甲雖係 A 公司的負責人，惟公司法相關法規僅賦予甲以 A 的名義為訴訟行為，並無賦予甲為 A 為訴訟擔當之行為。因此法院於審理時應先為闡明，詢問甲之真意係在代表 A 公司提起訴訟，抑或以自己之名義起訴，據此為命補正或駁回其訴。

(三)就共同訴訟部分

雖 A 對 B、丙之權利屬同種類且本於事實上或法律上同種類之原因者，又 B、丙有共同管轄法院，但因甲並非在共同管轄法院起訴，是以縱甲事後就當事人適格部分予以補正，仍無法使 B、丙為共同被告，於同一程序中加以審理。

二、甲對乙提起交付買賣價金新臺幣(下同)150 萬元之訴。於言詞辯論時，乙先否認該買賣契約之效力，再主張若該契約有效時，因其他原因事實，乙對甲亦有 150 萬元之損害賠償請求權，主張以此債權與甲之債權抵銷。經法院調查，乙對甲之賠償請求權，事實上已另案繫屬於第二審法院審理中。問乙之抵銷主張是否合法？(25 分)

命題意旨	本題在測驗考生對抵銷抗辯觀念之理解
答題關鍵	1.注意抵銷抗辯審理之順序 2.注意該被主張用來抵銷的債權已有另訴起訴在先且審理中
高分閱讀	1.許律師，高點學說論著精要解讀系列，民事訴訟法(中) P.8-105，相似度 100%。 P.8-109～8-115：抵銷抗辯與另行起訴之競合，相似度 100%。

【擬答】

一、乙先否認該買賣契約的效力，又主張若契約有效，則就其對甲基於其他原因事實而發生之 150 萬債權主張抵銷，此為學說上所謂預備的抵銷抗辯，法院於審理上仍應先就否認契約效力部分為審理，最後方能審理抵銷的抗辯，合先敘明。

二、依題意，乙用來主張抵銷的債權乃先起訴且繫屬於第二審法院審理中，則乙是否可再為抵銷之抗辯，實務上曾存有相反的見解：

(一)肯定說(最高法院 29 年上字 1232 號判決)

本判決認為「主張抵銷之對待請求，雖另在訴訟繫屬中仍不妨以之供抵銷，業經本院舊民事訴訟法時代著有判例，在現行民事訴訟法亦應為同一之解釋。本件上訴人既在事實審主張對於被上訴人有一萬餘元紅利之債權，已足抵銷所欠被上訴人之款項有餘，則無論上訴人曾否就其主張之紅利債權另行起訴，而其在本案訴訟所為之抵銷抗辯，是否正當，要不能不與審究。」

(二)否定說(最高法院 50 年台上字第 2853 號判決)

本件判決認為「被告既於另案請求賠償損害，尚未確定，復以同一請求權於本件訴訟中主張抵銷，其結果將使兩訴之裁判發生齟齬，參酌民事訴訟法第二百五十三條規定之意旨，此項抵銷之主張，顯在不得准許之列。」

學說上多數說認為為避免造成同一債權之判斷不同，故贊同否定說，惟和實務不同的是，學說上認為抵銷的抗辯(經審理後)雖有既判力，但終究並非訴訟標的，故原則上不能直接適用民訴法第二百五十三條，僅能基於避免裁判矛盾及訴訟經濟意旨，去類推適用第二百五十三條，來駁回後訴中所提出抵銷抗辯。

三、綜合上述，基於避免裁判矛盾意旨，且考量到抵銷抗辯終究並非訴訟標的，認應採取學說見解較有理由。因此本題中乙提出之抵銷抗辯，法院應類推第二百五十三條裁定駁回之。

三、甲起訴主張乙於民國 95 年間某日在某地駕駛某車，因超速及未注意車前狀況而過失撞傷甲，致甲受有如何之身體傷害，甲並因此支出醫藥費新臺幣(下同)60 萬元，為此請求乙應給付財產損失及精神損害賠償共計 100 萬元整等語。假設甲之主張已盡具體化義務，在一審中，乙對於甲所主張之醫藥費支出 60 萬元事實一節，當庭表示「無意見」，經記明筆錄，本件在無爭點協議之前提下，法院於判決書中逕據此認定甲有支出醫藥費 60 萬元之事實，因而判決乙應給付甲如其請求之數額。乙不服而提起上訴，在二審準備程序中，乙對其過失比例有爭執，受命法官於一次準備期日後，即無預警地為終結準備程序之諭知。在二審言詞辯論庭中，乙乃對於甲所主張支出醫藥費 60 萬元事實部分表示有爭執，要求甲舉證之。甲則向法院表示乙對醫藥費支出事實之復行爭執於法不合。若法院對此表示有疑問，而請兩造提出法律意見供參。問：如您係甲之律師，請嘗試提出何種之法律及法理依據，用以說服法官不准乙提出該項爭執？反之，若您係乙之律師，請嘗試提出何種法律及法理依據，用以說服法官准許其提出該項爭執？(25 分)

命題意旨	本題在測試考生對擬制自認、違反適時提出義務之失權效之觀念。
答題關鍵	1.一審中擬制自認的要件、效果。 2.第二審提出新攻擊防禦方法之限制。
高分閱讀	1.許律師，高點學說論著精要解讀系列，民事訴訟法(中)，第 6-31 頁。 2.許律師，高點學說論著精要解讀系列，民事訴訟法(下)，第 2-26 頁以下。 3.許律師，高點學說論著精要解讀系列，民事訴訟法(中)，第 6-31 頁，相似度 100%。 4.許律師，高點學說論著精要解讀系列，民事訴訟法(下)，第 2-35 頁，相似度 80%。 5.高點學說精要系列-民事訴訟法(上)(學說論著)(許律師) P.5-91~5-108：處分權主義與辯論主義之機能(相似度 95%) 6.高點圖說系列-民事訴訟法(I)(圖說)(邱宇) P.38-12~40-14：審理集中化與闡明義務(相似度 90%) 7.高點實例演習系列-民事訴訟法實例演習(陳律師) P.3-82~3-97、P.3-138~3-150：審理集中化與闡明義務(相似度 85%) 8.高點重點整理系列-民事訴訟法 II (喬律師) P.A-62~A-83：審理集中化與闡明義務(相似度 90%) 9.高點錦囊系列-民事訴訟法(I)(法學錦囊)(林俐、邱宇) P.5-80~5-98：審理集中化與闡明義務(相似度 85%)

【擬答】

一、

(一)對於 60 萬醫療費支出，乙在一審已為訴訟上自認，而此自認基於第二審採取嚴格續審制，於二審中仍為有效。

乙於一審中對於甲支出醫療費 60 萬一事表示無意見，此種表示之效果，學說上存有不同見解：

1. 自認說

本說認為乙表示無意見，與單純的不積極陳述不同，因此已構成第二百七十九條訴訟上自認，故除有同條第三項之事由，乙不得事後任意撤銷此自認。

2. 擬制自認說

本說認為乙表示無意見之行為應與不積極陳述相同僅構成擬制自認，因此若乙事後於言詞辯論中追復陳述，則擬制自認之效果即不復存在。

本文認為表示無意見，實應屬一種積極承認對造主張之事實的表現，故應給予較單純的不爭執更強的效果，故本題中，乙的陳述已構成訴訟上自認，因此二審中再要求甲對 60 萬醫療費支出事實加以舉證，乃無理由。

(二)針對過失比例，乙已逾時提出

依據民事訴訟法第一百九十六條，當事人關於攻擊及防禦方法應為適時提出。本題中，乙對於過失比例在一審中並未爭執，於二審中方才加以爭執，乃具有可歸責性，且其並未有同法第四百四十七條所列之例外得允許提出之事由，是以法院就此逾時提出的攻擊防禦方法，應予駁回，不許乙再為爭執。

二、

(一)關於 60 萬醫療費用之擬制自認效果已因追復陳述而消滅

乙於一審中表示無意見之行為僅構成消極的不爭執，而在二審中其既已在言詞辯論程序中加以爭執，則該不爭執狀態已不存在，原擬制自認效果消滅，理由如下：

1. 因醫療費用的支出事實若不允許乙二審中提出，恐有失公平

蓋本題中醫療費用支出之事實將涉及損害賠償之金額，且因相關醫療費用單據皆是掌握於對造手中，而醫療行為之價額往往又因種種因素而有不同致不易查證（如：甲喜歡安靜偏好住高級病房，致支出更多住院費用），故在此種情狀下，若不允許乙事後對此加以爭執，對乙將顯失公平。

2. 就準備程序

又乙雖是在二審的言詞辯論程序中方才加以爭執，但依題意，此係因二審之法官無預警地終結準備程序，致使當事人無法適時提出，故參考民事訴訟法第二百七十六條第一項第三款，仍應允許乙就此攻擊防禦方法於言詞辯論程序中提出。

(二) 關於過失比例之爭執應屬第四百四十七條之例外允許提出之事項

關於過失比例，因此往往涉及到鑑定之結果，並非當事人可自為判斷。依題意並未說明乙為何二審方才爭執，惟其若係因事後找不同之鑑定人鑑定，得到不同於一審原鑑定之結果，則不論是基於雙方當事人之公平，抑或第五款「其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者」，皆應允許乙事後加以爭執。

四、甲以乙欠其本票票款新臺幣（下同）1,000 萬元，丙欠其支票票款 1,000 萬元，為保全其對乙、丙之票款債權，分別向法院聲請就乙、丙之財產為假扣押，嗣乙、丙亦分別聲請法院命甲於一定期間內起訴，試分別回答下列問題：

(一) 對乙之本票票款部分，甲依票據法第 123 條規定向法院聲請裁定准許強制執行，乙依民事訴訟法第 529 條第 4 項規定聲請該命假扣押之法院撤銷假扣押裁定，有無理由？（13 分）

(二) 對丙之支票票款部分，甲依票據關係起訴，判決敗訴確定後，本於借款關係再行起訴，丙在借款之訴未判決確定前，聲請撤銷假扣押裁定，應否准許？（12 分）

命題意旨	測驗考生對民事訴訟法第五百二十九條第二項之理解，及保全同一性、保全一回性之認識。
答題關鍵	1.第一小題要注意本票裁定此類非訟的裁定可否有與起訴同一之效力。 2.第二小題要注意保全同一性、保全一回性的適用。
高分閱讀	1.法觀人 119 期-司法三等考場特刊，題目 12：假扣押之要件及撤銷（相似度 65%） 2.法觀人 120 期-律師考場特刊，P.17~20：假扣押之要件及撤銷（相似度 60%） 3.高點學說精要系列-民事訴訟法(中)（學說論著）（許律師），第 11-19、11-31 頁，相似度 80%。 4.高點學說精要系列-民事訴訟法(下)（學說論著）（許律師） P.11-18~11-37：假扣押之撤銷及保全一回性（相似度 90%） 5.高點圖說系列-民事訴訟法(I)（圖說）（邱宇），P.4-1~4-5：假扣押之撤銷（相似度 80%） 6.高點重點整理系列-民事訴訟法 II（喬律師），P.15-27~15-30：假扣押之撤銷（相似度 85%） 7.高點錦囊系列-民事訴訟法(II)（法學錦囊）（林俐、邱宇） P.14-18~14-24：假扣押之撤銷（相似度 85%）

【擬答】

一、

(一)本題之爭點在於甲之聲請本票裁定行為是否屬與起訴有同一效力之行為，學說上有不同見解

1.否定說（多數說、65 年第一次民事庭決議）

本說認為基於本票裁定屬非訟裁定，並無確定私權之效力，與起訴及民訴法第五百二十九條第二項所列事項有所差異。且第五百二十九條第二項立法者既採取列舉，則未被列入之本票裁定自無加以適用。

2.肯定說

本說認為由第五百二十九條第二項立法意旨觀察，其乃重在這些行為將使得債權人有取得執行名義機會，與此等行為是否有與確定判決同一之效力無關。因此若由是否得取得執行名義為標準加以判斷，甲聲請本票裁定之行為自與起訴有同一效力之行為。

(二)本文認為肯定說固然有若干道理，但由條文所列的事項性質及條文編排體系觀察，應還是要採取否定說見解，認為五百二十九條第二項乃列舉規定，而非例示。是以本題中，因甲聲請本票裁定之行為並未有與起訴同一之效力，乙自得於法院命起訴期間過後，聲請撤銷假扣押裁定。乙之主張有理由。

二、

(一)本題爭點在於保全同一性、保全一回性理論之適用。

1.保全同一性係在處理若債權人屬起訴之訴訟標的與聲請保全處分時不同，債權人是否仍屬有在期限內起訴？而關於同一性判斷的標準，學說上有不同見解：

(1)狹義說

本說認為為避免債權人濫用保全制度侵害債務人權益，因此關於同一性要從嚴解釋，限於起訴之

訴訟標的與聲請保全處分時之標的為實體法上同一權利，方具備同一性。

(2)廣義說

本說認為只要起訴之訴訟標的之基礎原因事實與聲請保全處分時之事實同一，即具備同一性。實務上最高法院八十二年台抗字第五六四號判決亦表示相同的意見「民事訴訟法第五百二十九條第一項所稱起訴，係指依訴訟程序提起訴訟，得以確定其私權之存在，而取得給付之確定判決者而言。假扣押所保全者，為金錢之請求或得易為金錢之請求，因此凡聲請假扣押所保全請求者之原因事實，與起訴請求給付之原因事實相同，即屬上開條項所稱之起訴。」

(3)本文認為狹義說過於嚴格，而廣義說因限制在基礎事實同一，對債務人亦無過分之侵害，因此採取廣義說之見解。

2.所謂保全一回性，乃係指由聲請保全處分之原因事實若同時包含數個權利，該數個權利雖同時同被保全，但若債權人其後僅就其中部分權利起訴且遭到敗訴，則為避免對債務人侵害過鉅，應認原保全處分亦不為其他未被起訴的權利繼續存在，債務人自得依據民訴法第五百三十條請求法院撤銷保全處分。

(二)惟本題依題意，甲先前聲請保全處分時於原因事實僅記載票款請求權之事實，由聲請保全處分之原因事實中並無法得知借款請求權存在之事實，是以在二個事實不具備同一性情況下，於假票款請求權敗訴確定時，丙即得依據第五百三十條聲請撤銷保全處分，而無待援引保全同一性、保全一回性理論。故丙的請求法院應允許。

《民事訴訟法》

一、成年人 A 和 B 搭乘甲公司之客運車返家，司機乙因酒後駕車，於十字路口闖紅燈而與路過之貨車相撞，A 因在車上和 B 嬉鬧，兩人皆未站穩而衝撞車內之座椅，A 因而右手骨折，B 則左腿骨折，經人送醫救治後，兩人皆需長期復健。A、B 因和甲就賠償問題談不攏，即共同為原告而以甲為被告，於管轄之地方法院提起訴訟，A 請求甲應賠償其新台幣（下同）100 萬元，B 則請求甲賠償 200 萬元。乙則參加訴訟輔助甲。言詞辯論時，乙主張 A、B 在車上嬉鬧係與有過失而應過失相抵，A 承認當時確實在車上和 B 嬉鬧，B 沈默不語，然而甲為維護其商譽，立即表示車禍係乙酒後駕車引起，不須再提與有過失之答辯，並願賠 A 50 萬元，B 70 萬元，希望和解。乙表示賠償之金額太高，其無法接受。A 當庭表示願接受甲之賠償並和解，B 則希望甲能將賠償金額提高至 100 萬元。問：A、B、甲及乙於言詞辯論時之行為發生何種效力或效果？（25 分）

命題意旨	本題是考有關共同訴訟人獨立原則及訴訟參加人權限等基本問題，不算太難。
答題關鍵	本題分為兩組當事人：原告方的 A、B 共同訴訟人；被告方的甲、乙參加人及被參加人。分別處理的當然是共同訴訟人所適用的原則與該原則的例外狀況，及被參加人參加訴訟所得為訴訟行為之權限。還算挺簡單的，注意一下該訴訟中曾經出現哪些訴訟行為即可（分別是：甲乙就有過失的答辯、乙就甲和解條件的反對、A 的自認及 B 的沈默、A 的接受和解與 B 的反對和解）。需要稍微注意的是在 A、B 之間，自認有沒有「共同訴訟人獨立原則」的適用，碰到這種不太確定的問題，自然就像擬答一樣，分列兩種說法論述理由並擇其一。至於結論要採哪說，其實不太重要了。相同的例題可以參考 92 司。
參考資料	1.《月旦法學教室》，第 42 期：P.68～77：共同訴訟總論（黃國昌）
高分閱讀	1.《書記官達人考場特刊》，第 6 題：訴訟參加之型態及效果（相似度 50%） 2.《圖說系列-民事訴訟法（I）》（邱宇）（51ML6004） P.17-1～18-17：共同訴訟及其效力（相似度 85%） P.19-1～20-11：訴訟參加及其效力（相似度 85%） 3.《實例演習系列-民事訴訟法實例演習》（陳律師）（L702） P.3-223～3-252：共同訴訟與訴訟參加（相似度 80%） 4.《經典試題系列-民事訴訟法經典題型》（林律師）（L508） P.1-86～1-88：共同訴訟之主張共通，證據共通原則（相似度 75%） 5.《重點整理系列-民事訴訟法（I）》（喬律師）（51ML1020） P.3-4～3-71：共同訴訟與訴訟參加（相似度 90%） 6.《學說精要系列-民事訴訟法（上）》（許律師）（L258） P.3-40～3-55：共同訴訟與訴訟參加（相似度 85%） P.3-147～3-168：共同訴訟與訴訟參加（相似度 85%） 7.《2006 律師司法官歷屆試題詳解-民事訴訟法》（51ML3002） P.92-1～92-3：92 年司法官第 1 題（相似度 75%） 8.《錦囊系列-民事訴訟法（I）》（錦囊）（林俐、邱宇）（51ML2006） P.3-83～3-85：共同訴訟與訴訟參加（相似度 75%） P.3-112～3-120：共同訴訟與訴訟參加（相似度 75%） 9.《法觀人考場特刊》第 98 期，題目一（相似度 75%）

【擬答】

本例涉及共同訴訟人間、參加人及輔助參加人間權限、各自訴訟行為之性質及效力問題。試分述如下：

(一)就甲、乙之行為效力及效果而言：

- 1.A、B 共同以甲為被告提起損害賠償之訴，乙則依民事訴訟法（以下稱本法同）第五十八條輔助參加甲，故甲為被參加人、乙為參加人，依本法第六十一條本文之規定，參加人得按參加時之訴訟程度，輔助當事人為一切訴訟行為，是以乙得於言詞辯論期間主張原告 A、B 之行為與有過失。惟依同條但書，參加人乙之行為若與當事人甲之行為相抵觸者不生效力，今甲既立即表示車禍係乙酒後駕車引起，不須再提與有過失之答辯云云，則甲、乙之陳述即屬抵觸，輔助參加人乙之主張即不生效力，法院依辯論主義便不得將與有過失之抗辯採為判決之基礎。



2.另甲提出願與 A、B 二人和解之條件，乙雖表示賠償金額太高其無法接受，惟以何等條件與對造當事人和解者，係屬處分權主義第三層面之行爲，性質上非當事人不得爲之，是以乙表示其無法接受，對該訴訟是否產生和解之效力不生影響。
(二)就 A、B 之行爲效力：

1.就 A、B 二人共同作爲原告對甲公司提起損害賠償之訴，因該二訴訟之訴訟標的法律關係無須合一確定，是以 A、B 二共同訴訟人，係屬普通共同訴訟，彼此間訴訟行爲效果則適用本法第五十五條共同訴訟人獨立原則之規定。惟爲避免法官之心證割裂而生矛盾，共同訴訟人獨立原則亦有其主張共通原則及證據共通原則之界限予以緩和，即共同訴訟人一人之主張或舉證，於他共同訴訟人未爲積極之相抵觸行爲，則在有利於他共同訴訟人之範圍內，效果得以及於他共同訴訟人。

2.今於言詞辯論時 A 承認當時確實在車上和 B 嬉鬧，即 A 爲與有過失事實之自認，是否對 B 亦生自認之效力，則需視此時有無主張共通原則之適用餘地。關於此，理論上似有相對之立論根據：

(甲)肯定說：認此時因 B 僅爲沈默，並未爲積極反對之表示，且爲避免法院產生矛盾衝突之事實認定結果，應認此時有主張共通原則之適用，而認 A 之陳述使 B 亦生自認之效果。

(乙)否定說：認 B 雖僅爲沈默，惟經當事人自認之事實法院應逕採爲判決之基礎，使 B 亦需承受與有過失之過失相抵結果，對 B 並非有利，當無適用主張共通原則之餘地。

1.上開兩說，管見認應以否定說爲妥。蓋自認構成辯論主義第二命題之內涵，當事人對自己不利事實之承認，法院應逕採爲判決之基礎，就當事人 B 而言確非有利，爲保障 B 之程序權，應認 A 之自認並未生主張共通原則之效果，即對 B 不生效力。而法院此時應行使闡明權使 B 進而爲肯否之陳述，自屬當然。

2.另，於甲提出和解條件而 A 當庭表示願意接受該和解，B 則希望甲提高和解金額而尙不欲和解一事，亦因 A、B 係屬普通共同訴訟，且允否和解亦非主張共通、證據共通原則適用之範疇，是以該和解自僅於 A 甲間發生效果。此外，就 B 甲間雖未能達成和解，但因當事人和解之意思已甚接近，兩造亦得依本法第三百七十七條之一，共同聲請法院定和解方案。

二、甲男以其妻乙女與丙男有通姦行爲，依侵權行爲起訴請求二人賠償精神慰撫金，並提出其委請徵信社所取得之下列證據實以佐證。證據 A：對丙家中電話竊聽，內容有乙及丙猥褻對話之錄音帶一卷及其譯文一件。證據 B：在丙家中竊裝針孔攝影機所錄取得之乙及丙間於某日之性交畫面。證據 C：徵信社員丁跟拍乙與丙在某公園當眾接吻照片二張。證據 D：乙、丙於某日一起進入某汽車旅館之進、出房門照片各一張。證據 E：證人丁跟蹤目擊乙多次深夜進入丙獨居套房內。

問：(一)假設您係丙之律師，如您認為有全部或部分之證據應被排除，試提出相關法理依據說明之。(15 分)

(二)反之，若您係甲之律師，對於被告所提證據排除法理之陳述，請嘗試提出不同見解，用以說服法官採用該等證據；或即使法官於開庭時最後仍表示不採用該等證據，此時，您尚得提出如何之法理或見解，藉以說服法官作出對甲有利之事實認定？(10 分)

命題意旨	違法取得證據之證據價值。
答題關鍵	1.違法取得證據之意義及類型。 2.違法取得證據之效果應如何評價？ 3.自由心證主義與論理法則，經驗法則之關連。
參考資料	1.許律師，《民事訴訟法(中冊)》，第 7-6 頁至 7-8 頁 2.駱永家，「違法收集證據之證據能力」一文，《月旦法學雜誌》第 72 期 3.沈冠伶，「竊聽之第三人可否爲證人」一文，《月旦法學教室》第 24 期 4.姜世明，《民事證據法論》一書，第 204 頁以下
高分閱讀	1.《圖說系列-民事訴訟法 II》(邱宇)(51ML6005) P.41-7~41-11：調查證據與不必要的證據(相似度 50%) 2.《實例演習系列-民事訴訟法實例演習》(陳律師)(L702) P.3-110~3-111：證據取捨(相似度 50%) 3.《重點整理系列-民事訴訟法 I》(喬律師)(51ML1020) P.9-6~9-8：證據能力與抗辯(相似度 65%) 4.《學說精要系列-民事訴訟法(中)》(許律師)(L259) P.7-5~7-8：當事人違法收集證據之證據能力(相似度 95%)



【擬答】

(一)法律上可能被排除之證據

題示情形所涉及之主要爭點為「違法取得之證據」法律上應如何評價之問題，分述如下：

1.違法取得證據之意義

係指當事人於訴訟中請求法院調查採納之證據，乃係基於違法之手段而取得者，所謂違法之手段，包括違反訴訟法及實體法之規定兩種情形，前者例如調查證據之期日漏未通知當事人到場者（民訴 156 條參照），後者例如以侵害個人隱私權之方式取得者（民法 184 條參照）。

2.違法取得證據之效果

(1)違反程序法之規範而取得者

當事人若已喪失民事訴訟法 197 條之責問權者，則瑕疵治癒，法院仍得採為判決之基礎；反之，則法院不得以該證據為裁判之基礎。

(2)違反實體法之規範而取得者

對此種證據，得否採為判決之基礎，學說上有不同見解，爭議頗劇，擇其要者略述如下：

A.肯定說

為發現真實起見，應解為法院仍得以之做為民事訴訟之判決基礎，就此違法之手段所造成之法益侵害，由受害人另行以刑事之告訴或民事損害賠償之方式加以制裁違法者即可。

B.區分說

原則上應否認其證據能力，蓋民事訴訟之目的非以發現真實為唯一之目的，若漫無限制加以承認，則無異係鼓勵當事人以不正之手段謀求勝訴之裁判，殊非妥適，故解釋上應認為，除非「該訴訟所欲保障之法益顯然優於違法取得證據所侵害之個人法益」，或該證據本身具有「不可替代性」，在此之情形下，方能例外的承認該違法取得之證據有證據能力，否則不應允許法院將該證據採為判決之基礎。

3.小結

以上兩說各有所據，惟通說係採區分說，故題示情形中，證據 A 及證據 B 性質上係侵害丙之隱私權所取得之違法證據，且本案為當事人之一般損害賠償訴訟，與公益無關，而通姦所侵害者僅為當事人之名譽權，尚無所謂「保障法益較當事人隱私權更為重大，應例外承認違法取得證據之證據力」之情形，因此丙應可主張排除上開證據之證據能力。

(二)甲之律師所得主張之抗辯

1.甲所可能採用說服法官採納該證據之理由：

本案之訴訟標的為民法之侵權行為請求權，其構成要件之主要事實（即通姦之事實），若捨棄證據 B 不用時，將無法直接證明該事實之存在，亦即該等違法取得之證據實對本案之待證主要事實而言係具有「不可替代性」，應可例外解為有證據能力。

2.退萬步而言，證據 A 及證據 B 法官不予採納時，甲在法律上所可能之主張：

對此，學說上有認為違法取得之證據若不得採為裁判之基礎，惟該事件之待證事實又具有直接證明上之困難時，解釋上不妨採取放寬法官論理法則及經驗法則推論過程上之嚴謹度，使其得依間接事實推論出主要事實之存在，例如題示情形中，依通常之經驗法則觀之，男女間若無苟且通姦之事實者，則有夫之婦何以會與他人有接吻之親密舉動（證據 C 所呈現之間接事實）？孤男寡女何以會有深夜進出賓館及男方居處之情事（證據 D 及 E 所呈現之間接事實）？透過此等解釋論之操作方式，亦可達成使法院形成心證之目的矣！



三、 X_2 以 X_1 （已死亡）之遺產管理人名義，向 Y_1 起訴，主張 Y_1 向 X_1 借款未還，請求如數償還。經第一審法院審理相關事證，認定借貸關係並非存於 X_1 與 Y_1 之間，而係存在於 X_1 與 Y_2 公司（ Y_1 為其負責人）之間，故判決原告敗訴。原告 X_2 上訴，並以 Y_2 公司取代 Y_1 為被告，但 Y_1 與 Y_2 公司均不同意，第二審法院應如何審理？試附理由說明。（25分）

命題意旨	本題所欲測驗者係有關當事人變更之性質，及如何於二審適用訴訟變更追加規定等傳統問題。
答題關鍵	<p>本題考到了個既傳統、最近又有一點討論的問題：當事人變更之性質。外國法上有各式各樣的討論，但在我國法其實算很簡單，就是「訴之變更」，所以接下來法條適用的方法，當然就是適用§446 I。其實也就是檢討§255的各款。</p> <p>另外一個比較棘手的問題是：當事人的變更詳細來說還分成「原告的變更」及「被告的變更」，在本題中「被告的變更」情形下，除了舊被告的同意外，還有要不要得到新被告同意的問題。如果在一審，因為每個人都應有應訴的義務，所以新被告不同意也沒關係，但在二審，因為卡到了審級利益和聽審權的程序保障問題（少了一個審級是很嚴重的），所以比較強調新被告的同意。</p> <p>因為畢竟「當事人的變更」牽扯到訴訟主體當事者權保障的問題，所以除了檢討§255各款的合適性外，如果能夠進一步的使得審級利益和程序保障問題得到解決的話，那承認自然也就沒有什麼問題。本題中的情況便是如此，因為變更前的舊當事人是新當事人的代表人，且實際的參與過一審程序，所以說理上就比較簡單了。</p>
參考資料	1.《月旦法學教室》，第36期：P.20~21：被告之變更（沈冠伶）
高分閱讀	<p>1.《圖說系列-民事訴訟法（I）》（邱宇）（51ML6004），P.25-1~25-20：訴之變更追加（相似度80%）</p> <p>2.《重點整理系列-民事訴訟法（I）》（喬律師）（51ML1020）P.8-3~8-21：訴之變更追加之程序及效果：（相似度85%）</p> <p>3.《學說精要系列-民事訴訟法（中）》（許律師）（L259），P.4-3~4-10：當事人之變更追加（相似度90%）</p> <p>4.《錦囊系列-民事訴訟法 I（錦囊）》（林俐、邱宇）（51ML2006），P.3-54~3-66：訴之變更追加（相似度75%）</p> <p>5.《錦囊系列-民事訴訟法》（陳碧盈）（L233），P.3-70~3-82：訴之變更追加（相似度75%）</p>

【擬答】

本例涉及有關當事人變更之性質及許否之問題。試分述如下：

(一) X_2 於第二審法院之主張應認屬 X_2 於二審就該訴訟之變更、追加聲請。

- 1.本例中， X_2 以已死亡 X_1 之遺產管理人名義，向 Y_1 起訴請求 Y_1 向 X_1 償還借款一事，係屬原告方之法定訴訟擔當類型，合先敘明。
- 2.按當事人變更，可分為法定及任意的當事人變更，前者係基於法律規定之一定事由，由新當事人取代舊當事人續行程序，如民事訴訟法（下稱本法同）第一百六十八條之繼承人承受訴訟；後者則係本於當事人之意思，以新當事人取代就當事人。就任意當事人變更之性質，我國法上雖有與外國法上訴之變更說、訴之撤回說、特殊訴訟制度說等不同見解之討論，惟因本法第二百五十五條第一項但書第五款規定「訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人」，已將當事人之變動作為訴訟變更、追加之一種事由，是以應可認為任意當事人之變更在性質上係屬訴之變更、追加之一種。實務見解亦同（最高法院四十一年台上字第一八四號判例）。
- 3.故本例中，因一審法院認借貸關係並非存於 X_1 與 Y_1 之間，而係存在於 X_1 與 Y_2 公司之間而判決原告 X_2 敗訴，原告 X_2 上訴並以 Y_2 公司取代 Y_1 為被告之主張，認屬 X_2 於二審就該訴訟之變更、追加聲請。

(二)第二審法院應准許 X_2 以 Y_2 公司取代 Y_1 為被告之當事人變更聲請。

- 1.如上所述，既將 X_2 於二審法院之主張認屬第二審之訴之變更、追加聲請，則依本法第四百四十六條第一項，除得當事人之同意外，於具備第二百五十五條第一項但書第二款至第六款事由者，二審法院亦應准許原告 X_2 之聲請。
- 2.而於本例中，因 X_2 對 Y_1 及 Y_2 之訴訟，其訴訟標的並非合一確定，且 X_2 係欲變更當事人為 Y_2 而非追加，是以並不符合第二百五十五條第一項第五款之事由；又因 Y_1 與 Y_2 均不同意，故 X_2 之聲請是否應予准許，需視有無具備同條其餘款項之事由。而第二審法院應否准許，理論上應有下列對立之見解：

(甲)否定說：認因被告於第二審程序之變更，為保障新被告（即 Y_2 ）之審級利益及聽審權，故於 Y_2 不同意者，二審法院不應允許。

(乙)肯定說：為擴大訴訟制度解決紛爭機能，應肯認於本案中變更前後係屬請求之基礎事實同一之情形，而符合同條第一項第二款之事由，故縱 Y_1 、 Y_2 不同意時，亦可准許 X_2 訴訟變更之聲請。

上開二說，管見以為應以肯定說為妥。蓋於本例之情形，因下級審法院已認借貸關係存在於 X_1 與 Y_2 公司之間，且 Y_1 為 Y_2 之負責人，是以該借貸關係仍係由 Y_1 代表 Y_2 為之。故無論立於擴大訴訟制度解決紛爭之機能或訴訟資料重複利用之立場，均可肯定本例情形有第二百五十五條第一項第二款「請求之基礎事實同一」之情形。又，因 Y_1 為 Y_2 之負責人，縱以 Y_2 為被告，仍應以 Y_1 為法定代理 Y_2 進行訴訟，故實際變更之新被告 Y_2 並無審級利益、聽審權受侵害之問題。是以縱 Y_1 、 Y_2 對變更不予同意，第二審法院亦應准許 X_2 以 Y_2 公司取代 Y_1 為被告之當事人變更聲請。



四、甲為丙之生母，起訴請求乙應認領丙，其理由略為：甲曾與乙同居，於該段期間內懷孕生丙。乙則否認丙為其子女，並稱甲同時與多名男性均有交往。試問：（一）甲之訴訟如因無理由被駁回確定，該確定判決對丙有何效力？丙得否再起訴請求乙認領丙？（二）甲獲勝訴判決確定後，丁男始知悉，且認為丙應為其子，而非乙之子，遂就教於律師，如何才能使丙認祖歸宗。如果您是丁之律師，得如何為丁為訴訟上請求？（25分）

命題意旨	本題所欲處理的是認領子女之訴確定後之擴張效力、確認親子關係存否之訴之承認與否及釋字五八七號解釋。
答題關鍵	本題考到了人事訴訟中比較簡單但近期重要的部分，有關父母子女關係訴訟。 第一小題中就§596 I 認領子女之訴所生勝及敗不及之確定效力一點，相信難不倒各位。而第二小題比較像是發揮型的題目，因為題目中設定了「如果你是丁的律師……」的條件，所以自然不能回答「丁沒救了」。這時只好利用法條中沒有的確認親子關係存否之訴來加以回答。而要提起確認親子關係存否之訴，最重要的就是要具有「確認利益」，當然現在可以針對基礎事實提起確認之訴，但是確認親子關係之訴所要具備的確認利益還有兩個：一個是必須具有「補充性」；另一個則是血緣的真正與否在訴訟上，未必一定是必須搞清楚的，故釋字五八七號才說生父有時候不能提起一味地追求血緣的真實。要怎麼突破說明這兩個確認利益的具備，就是本題中要同學以「律師」的身份去向法院（出題老師）強調的地方。
參考資料	1.《月旦法學教室》 第33期：P.20～21：否認子女與確認親子關係之訴（黃國昌）
高分閱讀	1.《圖說系列-民事訴訟法II》（邱宇）（51ML6005） P.78-3～78-19：親子事件程序（相似度85%） 2.《實例演習系列-民事訴訟法實例演習》（陳律師）（L702） P.5-61～5-63：親子關係事件（相似度50%） 3.《經典試題系列-民事訴訟法經典題型》（林律師）（L508） P.4-73～4-79：親子關係事件（相似度60%） 4.《2006律師司法官歷屆試題詳解-民事訴訟法》（51ML3002） P.91-9～91-11：91年司法官第4題（相似度60%） P.88-22～88-24：88年律師第4題（相似度60%） 5.《重點整理系列-民事訴訟法II》（喬律師）（51ML1021） P.16-44～16-58：狹義親子關係事件程序（相似度80%） 6.《學說精要系列-民事訴訟法（下）》（許律師）（L260） P.18-13～18-41：親子關係事件（相似度90%） 7.《錦囊系列-民事訴訟法II（錦囊）》（林俐、邱宇）（51ML2007） P.16-35～16-49：親子關係事件（相似度80%） 8.《第97期法觀人考場特刊》 題目17（相似度70%）

【擬答】

本例涉及認領子女之訴的判決效力，即就父母子女關係如何確認等問題，試分述如下：

（一）甲之認領子女之訴如經法院駁回確定，該確定判決對丙不生效力，丙得以再行起訴請求乙認領丙。

1.甲為請求乙認領丙，得依民法第一千零六十七條所定請求權對乙提起民事訴訟法（以下稱本法同）第五百八十九條所定認領子女之訴，請求乙對丙為認領之意思表示。法院就認領子女之訴所為確定判決，依本法第五百九十六條第一項本文準用第五百八十二條第一項之規定，對第三人亦有效力。是以，若甲之訴訟因無理由被駁回確定，第三人應均受該確定判決效力所及，不得再行提起請求乙認領之訴。

2.惟，為避免影響非婚生子女訴訟權之行使，及落實實體法上賦予非婚生子女認領請求權之意旨，本法第五百九十六條第一項但書即規定於生母甲所提認領子女之訴因無理由被駁回者，其判決對於非婚生子女丙不準用第五百八十二條第一項之規定，是以丙不受該確定判決效力所及，即得於民法第一千零六十七條第二項所定期限內，再行起訴請求乙認領丙。

（二）丁得對乙、丙提起確認親子關係不存在之訴，並於勝訴確定後，另對丙提起確認親子關係存在之訴。

1.若甲對乙所提起認領子女之訴獲得勝訴確定判決者，則乙丙間即生法律上之父子關係。而若丁欲主張乙丙間並無父子關係，丁丙間方具父子關係者，此時丁雖無法依循本法第五百八十九條所定訴訟起訴之，惟該乙丙丁間父子關係存否之基礎事實對丁而言亦具確認利益，故丁得考慮以確認親子關係存在與否之訴確認乙、丙、丁間之親子關係。

2.惟以父子關係存否之事實對確認對象之確認親子關係存否之訴，其提起需具備確認利益。除為避免架空實體法及本法第五百八十九條之規定意旨，而要求該確認之訴需於他訴訟無法確定該身分關係方得提起之補充性外，實務如大法官解釋第五百八十七號等亦宣示為避免因訴訟破壞他人婚姻之安定、家庭之和諧及子女受教養之權利，於婚姻中未提起否認之訴、或雖提起而未受有勝訴之確定判決者，生父亦無法對受推定為他人之婚生子女藉否認之訴或確認之訴為反對之主張。



- 3.於本例中，因丁並無法依循本法第五百八十九條之規定提起否認、認領子女等訴訟，是自符合確認之訴提起之補充性。又，含釋字第五百八十七號解釋等實務見解，認無論何人皆不得為反對主張之見解，係針對婚姻關係中受婚生推定之婚生子女利益而為者，惟本例中甲、乙並無婚姻關係，丙亦非婚生子女，是自無釋字第五百八十七號所稱婚姻安定、家庭和諧等影響。且同號大法官解釋亦肯定子女獲知血統來源、確定真實父子身分關係之人格權應受憲法保障，是以應承認丁對乙、丙、丁間親子關係提起確認之訴具有確認利益。
- 4.故丁應得於前認領子女之訴確定後，另行先對乙、丙提起確認親子關係不存在之訴，並於該訴得勝訴確定後，另再對丙提起確認親子關係存在之訴。



《民訴》

一、農會 A 為原告，以其理事長 B 為法定代理人，列 C 公司為被告，起訴聲明求為判決命被告應賠償甲₁、甲₂、甲₃、甲₄及甲₅等 5 人每人各 60 萬元（下稱「訴之聲明」），陳述略為：「A 係依農會法組織成立之農會，具法人資格。A 所屬部分會員甲₁、甲₂、甲₃、甲₄及甲₅等 5 人（下稱「五受害人」），於 94 年 3 月 1 日均向 C 購買肥料，每人之承購數量雖有不同，但分別受 C 交付同一批品質不良之產品，使用後造成農作物及農地受損嚴重，初估每人最少受 60 萬元以上之損害，為此以書面授與 A 訴訟遂行權提起本訴。」等語。試敘明法理依據，解答下列問題：（25 分）

（一）原告之事實上陳述，是否符合有關促使審理集中化之規定？能否從律師應如何為當事人整理事實上爭點之角度予以評析？

（二）設五受害人達成書面協議，約定願由法院判定被告應賠償五受害人之總額，而由五受害人平均分配。在此情形，原告可否將上開訴之聲明改為請求判決：「被告應賠償五受害人最少共 300 萬元」？又引導立法者增設此方面相關規定之基礎法理（前導法理）為何？

命題意旨	本題是標準邱聯恭老師的題目，回答上自應重視邱老師一直強調的法理基礎，並注意訴訟上請求特定及爭點整理方法論間之關係。
答題關鍵	本題要反應的，當然是邱老師所一直強調的法理基礎以及最近邱老師最愛的訴訟上請求及爭點整理程序的搭配。另外針對新法新制度的設計，自然應以邱老師的角度來理解這些新法的原理原則，並嘗試找出其所共通之制度理念的關連性（也就是邱老師吾道一以貫之的法理基礎）。本例在邱老師的題目中，算是還蠻基礎性的問題。
參考資料	1.法學教室 第 23 期：P.107：追加選定當事人制度之運用方針（邱聯恭） 2.法學雜誌 第 119 期 P.139～150：民事訴訟修正後之程序法學（八）（邱聯恭） 第 120 期 P.166～182：民事訴訟修正後之程序法學（九）（邱聯恭） 第 121 期 P.183～199：民事訴訟修正後之程序法學（十）（邱聯恭） 第 124 期 P.55～58：2004 年學界回顧（三）
高分閱讀	1.法觀人考場特刊（97 期）P.2-6，題目 5、題目 6（相似度 85%） 2.錦囊系列-民事訴訟法（陳碧盈）（L233）（相似度 95%）： P.2-68～75：選定當事人制度之擴大與訴之聲明方式 P.1-13～16：審理集中化之內涵 3.重點整理系列-民事訴訟法（I）（喬律師）（L251）（相似度 70%）： P.2-36～47：現代型紛爭事件選定當事人制度之擴大 P.6-32～33：分訴之聲明方式 4.重點整理系列-民事訴訟法（II）（喬律師）（L252）： P.A37～A38：審理集中化（相似度 70%） 5.經典題型系列-民事訴訟法經典題型（林律師）（L508）（相似度 90%）： P.1-38～53：審理集中化

【擬答】

本例涉及任意訴訟擔當團體訴訟起訴型態之新設、總額聲明及分配協議之聲明表達模式、及爭點集中審理主義之相關問題。按民事訴訟法（下稱本法，並稱八十八年以降修法內容為新法）近年來歷經重大變革，不僅重組處分權主義、辯論主義之基本架構，並於八十九年採取爭點集中審理模式，強調法院於行調查證據階段前，需先行爭點整理階段（本法第二百九十六條之一），藉此達成審理集中化、促使維護當事人程序利益保障、避免生突襲性裁判（含：發現真實及促進訴訟突襲）之目的。並基於此等脈絡相承之法理基礎，循序為九十二年之立法修正。綜上所論：

（一）本例中原告之事實上陳述，欲探求其是否符合有關審理集中化之規定，需視當事人於起訴時所應踐行之爭點整理要求是否滿足、訴訟上請求是否已屬特定並齊備而定：

1.甲₁等五受害人選定 A 農會為原告，以 C 公司為被告起訴請求賠償五受害人每人各六十萬元，此等選定係依九二年本法新設第四十四條之一為之，即以任意訴訟擔當團體訴訟模式，使多數具共同利益之被害人得選定其所屬社團法人，而



以該社團法人之名義提起訴訟，此制度之新設，除得減輕法院負擔、具減少訴訟資源耗損之訴訟經濟目的外，更得便利當事人利用訴訟制度解決紛爭，貫徹武器平等原則、保障當事人程序利益之意旨。

- 2.如上開所述，本法為促使審理集中化，法院應就具體紛爭先行爭點整理程序。是故本例中 A 起訴所為之陳述，應需達可特定訴訟上請求之程度方可稱符合促使審理集中化之要求。換言之，A 所為之陳述內容，於起訴時應表明至足以與他項請求相區別之程度，並得以彰顯起訴時特定訴訟上請求所得發揮凸顯他造當事人攻擊防禦目標、限定法院審理對象範圍之機能。而於本例中，A 所陳稱五受害人均於同年月日向 C 購買肥料、並均於使用後造成農作物及農地受損事實之陳述，應可認已特定本案審判之對象及被告 C 接續所應攻擊防禦之對象。即當事人得以原因事實特定訴訟上請求，法院不得以當事人未表明具體請求權之內容而認起訴為不合法。
- 3.故原告 A 所為之事實上陳述，既足以認以特定訴訟上請求，於起訴階段自應可認已滿足審理集中化之需求，即以可認本訴訟之最上位爭點已屬特定。且 A 既係已紛爭事實特定訴訟上請求，依訴訟標的相對論之立場，可認當事人係以紛爭單位型訴訟標的加以起訴。而律師為協助當事人達成發現真實及促進訴訟平衡點之信賴真實下，於起訴時自應為當事人分析該等紛爭狀態下當事人所得享有之權利關係，審究其有關之主要事實、間接事實之狀態，就該等事實之蒐證難易度、紛爭關連性為逐一之評價及篩檢，並以該篩檢整理之結果擇定當事人適切之起訴方式。本例中律師若係考量甲₁等五受害人個別起訴之負擔及程序不利益，而促使其已任意訴訟擔當團體訴訟方式起訴時，便應考量需具備第四十四條之一之要件，即：個別受害人共同利益之狀態、A 之被選定身分及所被授與之訴訟實施權狀態等情之具否。換言之，律師應分析諸般事實狀態，區別該等事實究屬用以特定訴訟標的之事實、彰顯當事人適格身分之事實、抑或促使本案有理由之事實，藉該事實之分別該當與否決定起訴之方式及訴訟遂行權之實施模式，如此方可於實際訴訟進行中，達成審理集中化所具有促進訴訟、程序利益保障及避免突襲發生之功能。

(二)五受害人擇定以協議表明總額之分配及所受損害下限額等方式起訴之准否，涉及新法所增設諸般制度之解釋，並凸顯立法者於新法中所欲表彰之前導法理：

- 1.新法於第四十四條之一第二項增定總額聲明及分配協議之起訴方式，即當事人藉第四十四條之一方式為任意訴訟擔當團體訴訟時，為避免當事人就個別損害數額舉證之困難所造成之程序不利益，本法承認選定人得成立總額聲明並協議分配之程序選擇契約，得於起訴時以書狀表明願由法院判定被告應給付選定人全體之總額，並形成分配方法之協議；另於第二百四十四條第四項中，著眼於金錢損害賠償訴訟之續發性、不確定性及舉證困難性，允許原告起訴時僅表明其全部請求之最低金額。故本例中，五受害人達成書面協議，約定願由法院判定被告應賠償五受害人之總額，由五受害人平均分配，而為金錢損害賠償下限總額之表明者，闡諸上開新法制度之增定，自應可許。
- 2.而上開新法所設第四十四條之一第二項總額聲明分配協議、及第二百四十四條第四項下限額聲明之規定，除具避免當事人就該等事項舉證困難之意旨外，另並反應立法者欲藉新法之修正避免訴訟程序之進行所對當事人造成之程序不利益，而具有保障當事人程序利益，落實當事人程序利益保護原則之實現。故當事人得藉由上開制度之新設，於起訴時斟酌其所欲發現之實體利益及所會耗損之程序不利益，而進一步為相關之程序處分及程序選擇，藉此等程序處分權、程序選擇權之實現，平衡其實體利益及程序利益以避免突襲，並發現當事人信賴之真實、尋求法之所在。

二、原告甲列乙為被告，於 93 年 5 月 10 日向該管法院起訴，其訴之聲明求為判決命乙給付甲新台幣（下同）80 萬元，事實及理由主張：乙於 90 年 2 月 5 日向甲借貸 80 萬元，乙簽發發票日期 92 年 2 月 5 日、票面金額同金額、付款人台北市丙銀行之支票一張交予甲，作為償還借款之用，未料該支票經提示後未獲兌現，因此依票款給付請求權提起本訴。對此，乙抗辯：甲未將該借貸款項交付乙，且該票款給付請求權已罹於消滅時效。（25 分）

(一)受訴法院應否闡明使甲為訴之變更或追加？甲可否追加主張借款返還請求權作為備位（後位）請求，而以原主張之票款給付請求權作為主位（先位）請求？

(二)本件訴訟甲敗訴確定後，甲又對乙起訴，主張乙向甲借貸 80 萬元未還，依借款返還請求權，請求法院判令乙給付甲 80 萬元。此際，受訴法院及乙應如何處理？

命題意旨	本例涉及到傳統的問題：訴訟標的理論、預備合併之准否、既判力之範圍等等。也同時涉及到比較新法下的問題：闡明權之行使、闡明權行使與判決效力之關連性等等。
答題關鍵	本題其實不太難，麻煩的是問題點很多，而且不太容易看出老師真正的意旨何在。所以重點是打擊面要廣，最好能在答案中包含各個爭點及各方的見解，注意時間及篇幅的分配。另外本題第二小題跟第一小題的重疊度甚高，且就出題的問題方式觀之，不似傳統學者之問題方式，可考慮以較新的學者見解回答之。
參考資料	1.許士宦「訴之變更、追加與闡明」，程序保障與闡明義務，P63 以下。 2.許士宦「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，程序保障與闡明義務，P225 以下。 3.月旦法學教室： 第 30 期：P.88：既判力總論（黃國昌） 第 34 期：P.40～51：既判力審觀範圍（黃國昌）
高分閱讀	1.法觀人考場特刊（97 期）P.2-3，題目 2（相似度 65%） 2.高點錦囊系列-民事訴訟法（陳碧盈）（L233）（相似度 60%）



P.3-70~82：訴之變更追加與法院的闡明
3.高點重點整理系列-民事訴訟法（I）（喬律師）（L251）（相似度 60%）
P.8-1~24：訴之變更追加
P.11-51~59：既判力之審觀範圍

【擬答】

本例涉及法院闡明權之行使、訴之變更追加之要件、預備合併之准否及一事不再理之相關問題。試分述如下：

(一)受訴法院應得闡明使甲提出借款返還請求權，且甲亦應得聲明追加為預備合併。

1.甲列乙為被告，主張依票款給付請求權請求乙給付新台幣八十萬元。而甲於陳述中主張其係為償還借款之用，乙亦為借款未交付之原因關係抗辯。此時法院應否闡明使甲為訴之變更追加，可區分下述層次討論之：

(1)甲乙既已於訴訟中為消費借貸契約、借款交付等內容之陳述，此時法院應否對當事人為借款交付請求之闡明，傳統上雖有爭議，惟八十九年民事訴訟法（下同）增設第一百九十九條之一之規定，強調依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係者，審判長應敘明或補充之。故甲既已於聲明中為償還借款之陳述，法院自應依該條對當事人為闡明。

(2)惟該等闡明是否即屬訴之變更追加之闡明，則應視採何等訴訟標的理論決定之。按一般認之僅有訴之三要素之變更追加方屬訴之變更追加，而於此等票據關係及原因關係競合之情形下，若採舊訴訟標的理論，既以實體法上具體請求權基礎作為認定訴訟標的之標準，則本例中法院闡明使當事人提出借款返還請求權者，自即屬闡明使甲為訴之變更追加；而若採新訴訟標的理論者，則於二分肢說及新實體法說下，認票款及借款之原因事實不同故訴訟標的亦不相同，亦可認該闡明係使甲得為訴之變更追加。反之，若採擇新訴訟標的理論下之一分肢說，因認兩者訴之聲明相同故訴訟標的亦相同之故，則縱法院得為此等之闡明，亦非訴之變更追加之闡明。另若依學說上所稱之訴訟標的之相對論之角度觀之，當事人既已於陳述中具體表明依票款給付請求權提起本訴，於訴訟標的之認定上自可作與舊訴訟標的理論相仿之解釋。

(3)自然不論採擇何等理論，法院均得依第一百九十九條之一之規定敘明或補充其主張陳述內所生借款返還請求權。

2.甲得否將票款給付及借款返還作先備位之預備請求，應視該合併之性質，及預備合併之要件而定。

(1)若認票款給付請求權及借款返還請求權係屬不同訴訟標的者，則當事人自得為訴之追加及訴之客觀合併。惟傳統上僅認數請求於實體法上不可兩立、相互排斥者方為預備合併，若依此見解，就可同時並存之票款給付請求權及借款返還請求權當事人甲自無從追加為預備合併。

(2)若認票款給付及借款返還請求係屬同一訴訟標的者，則甲之該等追加即非訴之客觀合併，而僅為攻擊防禦方法之提出。而傳統學說上亦認因攻擊防禦方法之採擇係屬法院訴訟指揮權之行使，故當事人就攻防方法所排列之先後順序亦不生拘束法院之效力。

(3)惟就認本例係屬訴之追加之情形下，亦有學者提出「類似之預備合併」之見解，承認就可兩立之訴訟標的之下，亦得為如預備合併之先後順序排列方式。且認允許當事人就可兩立之請求排列先後順序請求法院審理，不僅無妨訴訟經濟，亦得保障當事人程序處分之權利故應予承認之。且貫徹此等主張，縱係屬攻擊防禦方法之排列，亦因基於相同之法理而承認之。

(二)法院得否裁定駁回後訴訟，應視所採取之訴訟標的理論及法院前訴訟之闡明內涵決定之。

1.若本訴訟甲敗訴確定後，又另對乙以借款返還請求權起訴時，後訴法院及乙應如何處理，亦應視前後訴訟之訴訟標的認定結果而定。

(1)若採取舊訴訟標的理論、新訴訟標的理論之二分肢說或新實體法說之見解，則因前後二訴分屬不同之訴訟標的，故後訴訟不受前訴訟既判力所及，則甲自得提起後訴訟，受訴法院自應另行審理之。

(2)若採取新訴訟標的理論之一分肢說，則因認前後兩訴訴訟標的之相同之故，故後訴訟受既判力所拘束，此時甲自不得提起後訴訟，受訴法院即應以違反第四百條之規定，而以第二百四十九條第一項第七款駁回甲之後訴訟。

2.惟亦有學者認縱前後二訴訴訟標的不相同，惟因於前訴訟中當事人已為數項實體法上法律關係之陳述，法院即應善盡闡明之責任。而若法院於前訴訟中便已充分闡明該等實體法上法律關係，且賦予當事人充分考慮追加提出之權能者，而當事人不選擇以前訴訟一併解決紛爭，反而另行提起後訴訟者，應可認前訴訟之判決結果亦有對後訴訟生既判力遮斷效之正當化基礎。換言之，前訴訟中若法院已善盡闡明之權責而當事人亦享有訴之變更追加之機會，而竟不善用反欲提起後訴訟者，亦應可認該當事人不得另為後訴訟之提出。若依此見解，隨前訴訟法院闡明範圍之擴大，亦有使甲無從另依借款返還請求權提起後訴訟之可能。

三、原告甲主張，被告乙飲酒後駕駛重機車飆車而撞及原告甲之子丙，致丙不治死亡，伊係向銀行貸款新台幣（下同）200萬元，始能含辛茹苦獨立撫養丙完成研究所教育，遭此巨變，實受有重大精神上痛苦，遂訴請乙賠償非財產上損害900萬元，並提出銀行借款契約書，以資佐證。案經高等法院判決乙應給付甲非財產上損害60萬元，並駁回其餘之請求。高等法院駁回甲其餘之請求，其理由為：（一）本案車禍既經車輛肇事鑑定委員會鑑定乙、丙應各負百分之五十之過失責任，則甲亦應負百分之五十之過失責任、（二）證人丁雖陳述乙有飆



車之行為，但未能提出確切資料以實其說、(三)斟酌兩造身分、地位、經濟狀況以及被害人甲所受之痛苦，甲所受之非財產上損害為 120 萬元，惟依過失相抵原則，僅得請求 60 萬元。

如果您為原告甲委任之律師，應如何於第三審上訴理由狀中具體敘明高等法院判決關於(一)車輛肇事鑑定委員會之鑑定報告、(二)證人之證詞、(三)非財產上損害之酌定等部分，有如何違背法令之處？(25 分)

命題意旨	本題在測驗律師考試之考生是否了解實務上第三審上訴運作之重點，宜先將上訴第三審之程式與上訴第三審事由概述後，針對題目中所提及二審判決之違背法令具體指摘即可。
高分閱讀	1.高點錦囊系列-民事訴訟法（陳碧盈）（L233）（相似度 55%）： P.8-48~58：上訴三審之理由 2.高點重點整理系列-民事訴訟法（II）（喬律師）（L252）（相似度 75%）： P.14-67~78：上訴三審之理由 3.高點經典題型系列-民事訴訟法經典題型（林律師）（L508）（相似度 50%）： P.3-44~46：上訴三審理由之表明

【擬答】

(一)表明第三審上訴理由之原則：

- 1.依民事訴訟法第四百七十條規定，提起第三審上訴，上訴狀內應記載上訴理由，表明原判決所違背之法令及其具體內容，並須表明依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。此即採上訴理由強制提出主義，此促進第三審法院審理之效能。
- 2.當事人依民事訴訟法第四百六十八條規定，以第二審判決有不適用法規或適用不當為上訴理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或內容，若為成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣，倘為司法院解釋或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。

(二)本題第三審上訴理由之表明：

- 1.關於鑑定報告之部份：
按原審判決竟僅憑車輛肇事鑑定委員會之鑑定報告，率爾論斷乙、丙各應負擔百分之五十之過失責任，對於案件之實際經過與細節，據以認定丙與有過失之事實皆未詳加調查，即依鑑定報告草率斷定過失事實，其認定事實僅憑唯一證據之鑑定報告，顯然違反證據法則。
- 2.關於證人證言之部份：
原審判決謂：「證人丁雖陳述乙有飆車之行為，但未能提出確切資料以實其說」實為謬論。按所謂證人，即依其親身經歷於法庭上陳述所見所聞之人，換言之，證人只須就其眼見為憑之事具體陳述，毋庸再提出任何資料以供佐證，如法院欲否定其證言之證明力，尚須綜觀其他調查證據之結果與全辯論意旨而為判斷，實不得認其未能提出確切資料即否定其證言之證據價值。
- 3.關於非財產上損害酌定之部份：
有關非財產上損害之酌定，法院應詳加斟酌兩造之身分、地位、經濟狀況及被害人所受之痛苦後，方得酌定。然此判決既未言明原告甲與被告乙從事如何之職業、其謀生之方法各為如何、收入狀況是否穩定、財產狀況之明細內容為何，亦未斟酌原告甲提出之銀行借款契約書，即一語帶過輕率認定其非財產上之損害數額僅有 120 萬元，其認定不備理由，要屬判決違背法令無疑。

四、甲男與乙女交往 2 年多，於民國 90 年 3 月 10 日結婚，同年 6 月 1 日乙女產下丙男。甲男因工作之需，將乙女與丙男安置於台北市，獨自前往高雄市居住，按月支付乙女生活費 2 萬元，丙男之育嬰費 1 萬 5 千元。91 年 1 月 5 日，甲男以乙女於婚前即同時與 A 男有不正常之關係，婚後，尤其甲男在他處工作之期間，A 男夜赴乙女之居處共宿，主張乙女與 A 男通姦，提起離婚之訴，於同一訴並否認丙男為其子。問：(25 分)

- (一)乙女得否就甲男對丙男應負擔之育嬰費用請求法院定暫時狀態之處分。
- (二)為確定甲男與丙男之父子關係，法院得否依職權逕行命 D.N.A. 之鑑定。
- (三)法院為確定乙女與 A 男之交往，得否依職權調閱乙女住處大樓之監視錄影帶。
- (四)甲男若獲敗訴判決，得否主張前訴之訴訟進行中，乙女不斷虐待甲男之母親，再行提起離婚之訴？

命題意旨	本題涉及九十二年修法重點之定暫時狀態假處分，應就其聲請要件詳述後而為認定。又人事訴訟之部分一向為考試重點，諸如辯論主義之是否排除與確定判決失權效之問題，宜引用法條與法理清楚論述之。
參考資料	1.月旦法學教室： 第 23 期：P.74~115：辯論定義（姜世明） 2.月旦法學雜誌： 第 117 期：.184~203：民事訴訟當事人之訴訟權之保障（張文郁） 第 121 期：.211~221：論否認子女之訴與真實主義（鄧學仁）
高分閱讀	1.法觀人考場特刊（97 期）P.2-5，題目 4、題目 12、題目 15（相似度 95%）



	<p>2.高點重點整理系列-民事訴訟法(II)(喬律師)(L252)(相似度 95%):</p> <p>P.16-22~27: 人事訴訟程序關辯論定義之緩和適用</p> <p>P.16-35~36: 確定判決之失權效</p> <p>P.15-33~46: 定暫時狀態假處分要件</p> <p>3.高點錦囊系列-民事訴訟法(陳碧盈)(L233):</p> <p>P.16-14~23: 定暫時狀態假處分要件(相似度 80%)</p> <p>P.1-12、P.7-7~8: 家事事件職權調查證據之擴張(相似度 70%)</p> <p>P.7-5~6: 確定判決之失權效</p>
--	--

【擬答】

(一)乙女得就育嬰費用請求法院為定暫時狀態之處分：

按民事訴訟法第五百八十三條規定，於爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者，得聲請法院為定暫時狀態之處分，其聲請之要件如下：

1.須就爭執之法律關係為之：

所謂法律關係，無論財產上或身分上之法律關係均有定暫時狀態假處分之適格，財產上之法律關係，亦不以金錢請求以外之法律關係為限。題示情形，乙女就甲男對丙男應負擔之育嬰費用，當亦屬此種法律關係之範疇。

2.須為防止發生重大損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時始得為之：

按定暫時狀態假處分，係法院為防止重大損害或避免急迫之危險認有必要時，於經兩造陳述後，為平衡兩造間之權義或利益而為裁定，以維護法律秩序，並兼顧公益，本題中如丙男育嬰之費用短缺，恐受其成長上與健康上之重大損害，應認有為定暫時狀態之處分之必要。

3.須以本案訴訟能確定該爭執之法律關係：

本案訴訟部份，因甲男於離婚之訴外並合併主張否認丙男為其子之訴訟，故本案訴訟已能確定甲男與丙男間究竟有無親子關係，進而得判斷甲男是否應負擔丙男之育嬰費用，已能確定該爭執之法律關係。

綜上所述，題示情形符合民事訴訟法第五百八十三條之規定，乙女得就育嬰費用請求法院為定暫時狀態之處分，法院如為准許並得命甲男先為一定育嬰費用之給付。

(二)法院不得依職權命為 D.N.A.之鑑定：

按民事訴訟以辯論主義為原則，即法院不得就當事人未經聲明之證據主動加以調查，如有必要依職權調查證據，須符合民事訴訟法第二百八十八條第一項之規定：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」然本題情況，甲男與乙女係於民國 90 年 3 月 10 日結婚，乙女並於同年 6 月 1 日產下丙男，由此可知，丙男受胎期間甲、乙尚無婚姻關係存在，故丙男並不受婚生子女之推定，此一事實縱使當事人均未提及，依民事訴訟法第五百九十五條第一項之規定，法院亦得予以斟酌，故法院並無必要再職權命為 D.N.A.之鑑定。

(三)法院不得依職權調閱乙女住處大樓之監視錄影帶：

民事訴訟程序以辯論主義為原則，即原則上法院不得就當事人未主張之主要事實加以採為裁判基礎，亦不得就當事人未經聲明之證據主動調查之，如法院欲主動調查證據，例外須符合前述民事訴訟法第二百八十八條第一項之規定始得為之。故雖就 A 男夜赴乙女居處共宿之事實已經甲男提出，然如甲男未聲請法院調閱乙女住處大樓之監視錄影帶，則仍須遵循辯論主義之原則，法院不得逕依職權調閱乙女住處大樓之監視錄影帶，否則即屬判決違背法令，得為上訴第三審之理由。

(四)甲男不得於本案敗訴後再行提起離婚之訴：

甲男如就本件離婚訴訟獲得敗訴判決，依民事訴訟法第五百七十三條第一項規定：「提起婚姻無效、撤銷婚姻或離婚之訴，因無理由被駁回者，受該判決之原告，不得援以前依訴之合併、變更或追加所得主張之事實，提起獨立之訴。」此即「確定判決失權效」之明文規定，乃在使身分上之法律關係得以一次訴訟求得圓滿確定，避免身分關係陷於不安定之狀態。題示情形，甲男所欲據為再行起訴理由之事實，係於前訴之訴訟程序進行中乙女不斷虐待甲男母親之事實，此一事實實已受前敗訴判決之失權效所遮斷，故甲男不得於本案敗訴後以此為由再行提起離婚之訴。



《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

- 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」。
- 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。
- 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。
- 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

- 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。
- 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。
- 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。
- 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：當事人僅對其中之一部分上訴者，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，雖當事人僅對其中之一部聲明上訴，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）。



《民事訴訟法》

一、桃園市居民甲₁至甲₂₁，搭乘遊覽車，在高速公路，因連環車禍受傷。甲₁至甲₈共同選定甲₁為被選定人，甲₉至甲₂₁共同選定甲₉為被選定人，由甲₁與甲₉共同選任 A 律師（居住台北市）與 B 律師（居住桃園市）為訴訟代理人，向桃園地方法院，對肇禍司機乙與所屬公司丙，訴請連帶賠償損害。

試說明理由，析論下列問題：

(一) 如果 B 律師與乙、丙成立訴訟上和解，其和解是否合法生效？（13 分）

(二) 如果 A 律師主張該和解有無效原因，自台北市郵寄聲請狀到桃園地方法院，請求繼續審判，於計算請求期間時，應否扣除在途期間？（12 分）

答題關鍵	本題為較偏重實務之問題，著重於訴訟代理人之權限範圍及在途期間之適用，宜引述法條、配合實務見解詳加解析，並就新法中有關分組選定之明文加以點明。
高分閱讀	1. 高點專用講義：民訴第一回，P.223-225；P.237（二）特別權限。 2. 陳律師，高點實力演習系列《民事訴訟法》，P.2-35；P2-38。 3. 沈台大《民事訴訟法補充講義》第一章 P.36~37；第二章 P.19~21；第三章 P.11。

【擬答】

本題中甲₁至甲₈共同選定甲₁為被選定人、甲₉至甲₂₁共同選任甲₉為被選定人，此種分組選定方式為九十二年修正民事訴訟法第四十一條第一項所明認，以擴大選定當事人制度之靈活運用，貫徹選定當事人制度簡化訴訟、促進訴訟經濟之立法目的，是本題當事人分組選定自係法之所許，合先敘明。

(一) 如 B 律師未受特別委任時，則該訴訟上和解不生效力：

1. 按甲₁與甲₉共同選任 A 律師與 B 律師為訴訟代理人，向桃園地方法院對乙、丙訴請連帶賠償損害，依民事訴訟法第七十一條第一項規定：「訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人。」故 A 律師與 B 律師於其權限內，均得各自單獨為有效之訴訟代理，即各自就受委任之事件，有為一切訴訟行為之權。
2. 惟依同法第七十條第一項但書規定，訴訟代理人就捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或再審之訴及選任代理人，須受有特別委任，否則不得為之。是 B 律師如未受特別委任，則該訴訟上和解自不生效力，反之，B 律師如受有特別委任，且選定人全體未限制甲₁、甲₈之權限時，則該訴訟上和解合法生效。

(二) 計算本題請求繼續審判之時間，毋庸扣除其在途期間：

1. 按當事人如不在法院所在地住居者，計算法定期間應扣除其在途之期間，但有訴訟代理人住居法院所在地，得為期間內應為之訴訟行為者，不在此限，此為民事訴訟法第一百六十二條第一項所明定。又本項所稱之「法定期間」，不論係通常法定期間抑或不變期間均屬之。
2. 復按訴訟上和解如有無效原因，當事人得依同法第三百八十條第三項準用第五百條第一項之規定，於三十日之不變期間內請求繼續審判，故此期間亦屬第一百六十二條第一項之法定期間。然題示情形原告均為桃園市居民，其起訴法院亦為桃園地方法院，雖請求繼續審判之 A 律師居住台北市，亦尚無扣除在途期間之適用。

二、下列事實，應由何人負舉證責任：

(一) 甲主張其承攬施作乙之柏油路面鋪設工程，因連續豪雨而遲延十日完工，致乙主張按工程契約計罰違約金而扣留工程款五十萬元，起訴請求確認乙對甲之五十萬元違約金損害債權不存在。就甲遲延完工是否可歸責或不可歸責於甲之事實。

(二) 甲以簽發 A 本票予乙係清償賭債為由，提起確認本票債權不存在之訴，乙則否認為賭債，同時主張甲簽發本票係為返還積欠乙之消費借貸之款項。此時，究由甲就賭債之事實負舉證責任，抑由乙就已交付借款之事實負舉證責任？（25 分）

答題關鍵	舉證責任之分配向來為考古題之重點，應掌握通說所採之「法律要件事實分類說」加以論述，當可獲致高分。
參考資料	沈台大《民事訴訟法補充講義》第五章 P.7~9。
高分閱讀	1. 高點專用講義：民訴第二回，P.178 舉證責任之分配；P.183 問題，相似度 50 %！ 2. 《高點法研所試題解析》（政大），P.2-32：三（一），相似度 100 %！ 3. 《高點律師&司特錦囊》，P.4-11-P.4-16。

【擬答】

按民事訴訟法第二百七十七條規定：「當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定或依其情形顯失公平者，不在此限。」然究應如何判定舉證責任之分配，學說上有待證事實分類說、法律要件分類說及危險範圍分配說，而通說及實務見解均以「法律要件事實分類說」為原則。即將法律上之要件事實區分為權利發生事實、權利障礙事實、權利排除事實及權利消滅事實，並由主張權利存在之當事人就權利發生事實負舉證責任，主張權利不存在之當事人就權利障礙事實、權利排除事實及權利消滅事實負舉證責任，茲先敘明。

(一) 就遲延完工可否歸責於甲之事實，應由乙負舉證責任：

本題甲係訴請確認乙對甲之五十萬元違約金損害債權不存在，此為一消極確認之訴。而甲遲延完工可否歸責於甲之事實，乃乙對甲違約金請求權之發生要件事實，就此事實依「法律要件事實分類說」，應由主張權利存在之當事人負舉證責任，而題示情形為消極確認之訴，其主張權利存在之人係為被告，故應由乙就可否歸責甲之事實負舉證責任。

(二)本題應由甲就賭債之事實負舉證責任：

- 1.查甲係對乙提起確認本票債權不存在之訴，主張其簽發 A 本票係為清償賭債，惟乙否認為賭債並主張係為返還借款所簽發，此乃票據債權與原因債權競合之消極確認訴訟。
- 2.依法律要件事實分類說，究竟該本票是否為清償賭債而簽發，於票據上屬人的抗辯事由，實係權利排除事實，應由主張權利不存在之人，亦即消極確認之訴之原告負舉證責任，故本題應由甲就賭債之事實負舉證責任。
- 3.於票據債權與原因債權競合而主張票據請求時，應認票據債權人毋庸就原因關係之存在負舉證責任，反應由票據債務人負原因關係不存在之主張及舉證責任。蓋以票據行為為無因行為，原因關係之不存在本身對於票據行為之效力並無影響，僅在當事人間得以人的抗辯拒絕票據上權利之行使而已，故應由直接前手之票據債務人即甲就原因關係之不存在負主張及舉證責任。

三、X 主張 Y 以 Z 為保證人，向其借貸新台幣三百萬元，現已屆清償期而未清償。試問：

(一)如 X 以 Y 為被告，請求返還該三百萬元借貸，X 受勝訴判決確定，該確定判決之效力，是否及於 Z？反之，如 X 受敗訴判決確定，該確定判決之效力，是否及於 Z？

(二)在該 X 對 Y 所提起之訴訟，Z 是否為訴訟參加？如 Y 受敗訴判決確定，Z 得否以該確定判決有再審事由，提起再審訴訟？（25 分）

答題關鍵	1.既判力之主觀範圍（§ 401）與反射效之理論。 2.訴訟參加之意義、類型及參加人之極限（新修正局民訴訟法 § 58）。
參考資料	1.駱永家，《既判力之研究》。 2.王甲乙等，「判決之效力」，《民事訴訟法研討會第(二)冊》，第 135 頁以下。
高分閱讀	1.陳碧盈《高點錦囊系列—民事訴訟法》，P.5-25。 2.《高點民訴專用講義》第一回，P.197；P.200：(4)再審，相似度 100%！ 3.《高點民訴專用講義》第一回，P.206。

【擬答】

(一)如 X 以 Y 為被告，判決效力是否及於未於訴狀上列名形式當事人之 Z，端視 Z 是否為民事訴訟法 § 401，既判力主觀效力所及之人；除既判力之探討外亦涉及學理上「反射效」之概念，含先敘明。

(1)X 受敗訴判決時：

1. Z 不本案判決既判力所及：

民事訴訟法 § 401 規定：「確定判決，除當事人外，對於訴訟後為當事人占有請求之標的物者，亦有效力（第一項）；為他人為原告、被告之判決，對於該他人亦有效力（第二項）」；題示情形，Z 既非形式當事人，亦無占有請求標的物，更非為他人而為原被告，自不受既判力主觀之效力所及。

2. Z 可受判決之反射效所及：

所謂反射效，乃不受判決既判力直接所及之人，因他人訴訟之結果，實體法上將產生一定之利害關係，題示情形中，主債務人乙與甲之間訴訟勝敗之結果，將影響到主債權債務關係是否存在，而債權債務關係是否存在，實體法上將導出保證契約是否符合「從屬性原則」而合法生效，故保證人 Z 屬判決反射效力所及之人，X 敗訴之原因，若係因 XY 間之主債權債務不存在者，則 Z 在實體法上將因此受有利益，為免裁判矛盾及兼顧訴訟外第三人利益起見，應認他人之訴訟結果對第三人實體法上之法律地位有利時，該第三人受他人本案訴訟之效力所及。

(2)X 受勝訴判決時：

1. Z 不受判決之既判力所及：

理由同前(1)之說明。

2. Z 是否受 XY 間判決反射效所及：

有疑義者，乃當 X 本案勝訴時，第三人 Z 是否亦受 XY 間判決效力所及？按依我國學者見解，判決反射效須具備下述要件始能發生，即：

A. 須該第三人不受既判力直接所及。

B. 須他人訴訟法之結果對第三人實體法上法律地位有所影響。

C. 須他人間判決之結果對第三人有利。

上述三項要件，學說上有爭議者在於第 C. 要件，多數見解傾向認為為保障第三人之利益起見，不應過度擴張反射效之範圍，否則將使未實際參與本案訴訟之第三人蒙受不利之損害，因此僅在本案判決結果對該第三人有利時，始生反射之效力；準此而言，X 若勝訴，則代表 XY 間主債權債務關係確實存在，如此則保證人 Z 實體法將形成不利益之結果（無法提出保證關係從屬性之抗辯），故應解為此時 Z 不受 XY 間判決之任何效力所及。

(二)(1)Z 得為一般之從參加：

按訴訟參加之形態，在我國法上有「一般從參加」、「共同訴訟輔助參加」及「共同訴訟參加」三種，所謂「一般從參加」，乃指該參加人訴訟法上非當事人本案訴訟既判力直接所及之人，對於本案亦無形式當事人「當事人通路」之地位，此種型態一般而言多存在於「普通共同訴訟人」相互間不同起訴或被訴，而僅以參加人身份參加本案訴訟時最為常

見；據此，依我國學界多數說見解，主債務人 Y 若與保證人 Z 列名為共同被告時，屬「普通共同訴訟」，今 X 僅以 Y 為被告，對 Z 而言，亦非 X、Y 判決既判力直接所及之人，故衡諸前開說明，Z 僅屬民事訴訟法 § 58 所稱「就他人間訴訟之結果，法律上有利害關係」之人，其得參加訴訟，且為一般之從參加。

(2) Z 可提起再審

參加人對於其所輔助之當事人，其權限範圍如何，可否代之提起再審？早期學說實務上見解紛歧，莫衷一是；惟九十二年修正後之民事訴訟法為社爭議，乃增訂五十八條第三項，明文肯認：「就兩造之確定判決有法律上利害關係之第三人，於前訴訟程序中已為參加者，亦得輔助一造提起再審」；因此，依修正後新法之規定，參加人 Z 自得輔助當事人 Y 提起再審，已無解釋論上之疑義。

四、甲因失火燒及鄰居乙之住宅，乙起訴請求甲賠償新台幣（下同）五百萬元，經第一審判決甲應賠償乙三百五十萬元，駁回原告其餘之訴。甲就第一審判決命賠償之中之三百二十萬元部分提起上訴，乙未上訴。旋經第二審法院判決，「原判決命上訴人給付超過二百萬元部分廢棄，廢棄部分被上訴人在第一審之訴駁回，其餘上訴駁回」（訴訟費用之裁判部分省略）。甲不服提起上訴，經最高法院判決，「原判決關於上訴人不利部分廢棄，發回 高等法院」。在更審中，當事人所為下列聲明是否正當，法院應如何裁判？

(一) 甲聲明：請求廢棄原判決，駁回乙在第一審之訴。（15 分）

(二) 乙聲明：請求駁回甲之上訴，對第一審判決敗訴部分，請甲再給付一百五十萬元。（10 分）

答題關鍵	1. 上訴聲明之概念。 2. 單一訴訟標的下，針對金額可分之部分為一部上訴時之效力。 3. 民訴修正後四六 條第一項之解釋。
參考資料	楊建華《民事訴訟問題研析(二)》，第 379-383 頁。
高分閱讀	1. 《92 高點律師考場寶典》第 5 題第一小題，相似度 40%！ 2. 高點《民訴專用講義》第三回，P.12：問題（3），相似度 50%！ 3. 高點《民事訴訟法》第三回，第 5-8 頁，第 43-46 頁。 4. 陳律師《高點實力演習系列-民事訴訟法》，P.4-7。

【擬答】

(一)(1) 甲第一次上訴之效果（一審上訴二審時）：

- 依題示情形，甲於一審時法院僅判賠 350 萬，故屬原告乙一部勝訴（350 萬）一部敗訴（150 萬）之結果，被告甲就 350 萬元部分有上訴利益，原告乙就 150 萬元部分亦有上訴利益，會先敘明。
- 甲僅就其敗訴之 350 萬元中之 320 萬元部分提起上訴，依上訴不可分原則，該未於上訴聲明中爭執之 30 萬元部分仍併生移審之效力，上訴人甲仍得於二審言詞辯論終結前為擴張上訴聲明，故此 30 萬元仍未先行確定。此外，原告乙於一審中敗訴之 150 萬元部分，雖未獨立上訴，但因上訴不可分之效力移審於二審，可為附帶上訴，故亦未先行確定。

(2) 甲第二次上訴之效果（二審上訴三審時）

- 依題所示，二審判決結果為上訴人甲給付超過 200 萬元部分廢棄，即係認為甲僅須賠償 200 萬元，故此須二審判決結果，乃係上訴一部有理由（320 萬元中之 120 萬），一部無理由（320 萬元中之 200 萬）之裁判。
- 就此二審判決之結果，依修正後民事訴訟法四六 條第一項之規定，經第三審發回二審更審後，不得再為附帶上訴，其立法理由在於避免原判決未向二審聲明不服之部分於發回更審程序中若仍得為附帶上訴者，將使訴訟關係久懸未決，因此，以本案事實而言，當事人甲、乙在二審更審程序中之聲明即難認為完全通法，分述如下：

A. 乙聲明第一審敗訴之 150 萬要求甲再為給付：

乙於第一審程序中敗訴之 150 萬元，雖因上訴不可分原則已移審繫屬於二審法院，惟因未在第一次二審程序中做附帶上訴，故法院未對之加以裁判，未加以裁判，雖不生判決逾上訴期間而一部先行確定之問題，惟如前述修正後四六 條第一項之立法意旨所稱，為避免此部分法律關係久懸未決，故特別明文規範更審程序中不得再以附帶上訴之方式 聲明不服；準此而言，乙就自己一審中敗訴之 150 萬於二審更審程序中再為附帶上訴之主張者，即屬不合法，法院應以駁回。

B. 甲聲明廢棄原判決，駁回乙在第一審之訴：

如前所述，第一審中甲敗訴部分本有 350 萬，惟其僅就其中 320 萬元部分上訴，餘 30 萬元之部分雖一併移審至二審程序，惟可否於二審更審程序中再加以主張廢棄此部分不利於己之判決？

此涉及二審更審程序中是否仍得擴張不服聲明之問題：

按修正後民事訴訟法四六 條第一項雖僅謂更審程序中，不得再為「附帶上訴」，惟衡其立法意旨及均衡上訴人及被上訴人之利益而言，應認「擴張上訴聲明」亦在禁止之列，否則僅禁止被上訴人為附帶上訴卻不禁止上訴人為擴張不服聲明，不僅法理上難以自圓其說亦有悖於當事人地位對等之原則。

因此，就甲於更審程序中所聲明之駁回原告乙全部訴訟之聲明，其中 30 萬元自己第一審敗訴之部分，法院應以不合法為由加以駁回。

《民事訴訟法》

- 一、原告甲、乙以丙為被告，向台中地方法院起訴，在第一審審理期間，原告甲委任 A 律師為訴訟代理人，並於委任狀上指定 A 律師為送達代收人，而原告乙則未委任任何訴訟代理人，惟向法院陳明其指定 B 為送達代收人，第一審判決原告敗訴，甲另委任 C 律師提起第二審上訴，乙則自行提起第二審上訴，然未再指定任何送達代收人，嗣台中高分院將第一次期日通知書分別向 A 律師及 B 為送達，而將第二次期日通知書逕對甲、乙分別為送達，試問各該送達在法律上之效力各如何？。（二十五分）

命題意旨	本題係在測驗考生對「送達代收人」指定之效力是否理解，以及是否知悉訴訟代理人收受送達之效力係採「審級代理制」等較為偏重訴訟實務之問題。
答題關鍵	本題須就送達代收人指定之效力以及訴訟代理人收受送達之權限等問題，作完整清晰、條理分明之陳述即可。
參考資料	1.陳碧盈《民事訴訟法》，頁 2-92，頁 3-9~3-10，高點出版。 2.《法學概念判解精選民事法篇（下）》民事訴訟法，頁 28~29、51，高點出版。

【擬答】

(一)第一次期日通知書之送達效力

1.原告甲部分應向 C 律師送達始為合法

- (1)甲於第一審委任 A 律師為訴訟代理人，並於委任狀上指定 A 為送達代收人，此一指定不生合法效力，蓋送達代收人須為原有收受送達權限以外之人，而 A 為甲之訴訟代理人具有合法收受送達之權限，自非原有收受送達權限以外之人，故甲之指定無效。
- (2)A 為甲之訴訟代理人，依民事訴訟法第七十條第一項之規定，除應受特別委任之事項外，就其所委任之事件，有為一切訴訟行為之權，而收受文書之送達，當然包括在內。惟此一收受送達之權限亦採審級代理制，今甲既已委任 C 律師提起第二審上訴，故就上訴後第一次期日通知書之送達 A 已無收受權限。
- (3)甲委任 C 律師提起第二審上訴，C 就甲第二審之事件，有為一切訴訟行為之權，而收受文書之送達，當然包括在內。故台中高等法院就第一次期日通知書應向 C 送達始生合法效力。

2.原告乙部分之送達合法

原告乙並未委任任何訴訟代理人，只向法院陳明其指定 B 為送達代收人，依民事訴訟法第一百三十四條之規定，送達代收人經指定陳明後，其效力及於同地之各級法院，故乙於台中地方法院指定 B 為送達代收人之效力亦及於台中高分院，故此部分之送達是為合法。

(二)第二次期日通知書之送達效力

1.原告甲部分之送達效力

訴訟代理人有收受送達之權限者，送達原則上應向該代理人為之，但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人此為民事訴訟法第一百三十二條之規定，然現行民事訴訟法於事實審並未採律師強制主義，委任訴訟代理人之當事人仍得自為訴訟行為，故如法院將此文書送達於當事人本人甲，當事人甲無異議收受者，縱無審判長之命，仍生送達之效力。

2.原告乙部分之送達效力

當事人乙指定送達代收人 B 向受訴法院陳明者，依民事訴訟法第一百三十三條第一項之規定，第二次期日通知書應向 B 為送達。惟如法院仍向當事人本人乙送達，經其收受者，於該當事人既無不利，依最高法院二十六年渝抗字第 50 二號判例，此亦非法所不許，故如逕向當事人乙本人送達，亦可生送達之效力。

- 二、乙因其持有之特殊品種的蔬菜種子即將發芽，又不易覓得菜園，乃將此事由告之於甲，並徵得其同意，將種子播種於甲之土地上。該批蔬菜雖已長成，並再度收取種子，但乙卻無返還土地之跡象。甲乃基於所有權訴請法院判令乙返還該土地。於第一審言詞辯論時，甲對乙主張就該地有租賃權之陳述予以承認。甲最後獲得敗訴的判決。甲上訴於第二審時，主張「該土地係借於乙播種即將發芽之該批蔬菜種子之用，該批蔬菜既已收成完畢，應將該土地返還予甲」等語，試論述甲於第二審所作上述之訴訟行為，在訴訟法上的性質。（二十五分）



命題意旨	本題係在測驗考生就「訴之變更」與「新攻擊方法之提出」此二種訴訟行為之分野有否了解，以及其與訴訟標的理論爭議問題之關連。
答題關鍵	本題依所採用之訴訟標的理論為新說、舊說或相對論將獲致不同之結論，故應先就本案為審判對象之訴訟標的為何先予確認，進而論述其訴訟行為究係「訴之變更」或「新攻擊方法之提出」，並分述其於審理過程對當事人之程序保障有何優劣，進而為此行為為訴訟法上之定性。
參考資料	1.陳碧盈《民事訴訟法》，頁 4-5-8，高點出版。 2.陳碧瑩《高點法學錦囊叢書》民事訴訟法，頁 3-34。
命中事實	《高點律師考場寶典》民事訴訟法，第七題

【擬答】

- (一)甲於第二審所為訴訟行為之性質究為如何，實與為本訴訟審理對象之訴訟標的之認定有所關連，合先敘明。
- 1.甲說：採「舊訴訟標的理論」之學者認為，訴訟標的於給付之訴應為實體法上之具體權利，故本案之訴訟標的依此說應為民法第七百六十七條之所有物返還請求權。今甲於第一審敗訴上訴第二審時主張「該地係借予乙播種之用，其目的已達應予返還」等語，亦即變更其原審所有物返還請求權而為民法第四百七十條借用物返還請求權，此為訴訟標的之變更，故甲於二審之訴訟行為於訴訟法上係屬「訴之變更」。又依民事訴訟法第二百五十五條第一項第二款之規定，於請求之基礎事實同一之範圍內得為訴之變更，故本題中甲所為之變更係屬合法。
 - 2.乙說：採「新訴訟標的理論」之學者認為，訴訟標的於給付之訴應為一受領給付之地位，故本案之訴訟標的應為甲受領該地返還之地位，至於其不論係依所有物返還請求權或係依借用物返還請求權主張，此均僅為其所提出之攻擊方法而已，並非關涉訴訟標的之變更，故甲於二審之訴訟行為於訴訟法上係屬「新攻擊方法之提出」，依民事訴訟法第二百五十六條之規定，其僅為更正法律上之陳述，並非訴之變更追加。
- (二)管見：不論是新訴訟標的理論抑或舊訴訟標的理論均各有其缺點，蓋舊說將造成當事人須另訴之程序上不利，而新說亦可能強使當事人將其原本欲保留之法律關係一併主張，對原告將造成突襲。為平衡追求當事人之實體利益及程序利益，實現憲法保障人民各種基本權之終極目標，管見以為應採「訴訟標的相對論」之見解較為妥適，蓋原告起訴應以個別權利為基準，抑或應以其所求受給付之地位為基準，係屬相對性之問題而應予以尊重。故本題中甲雖以具體之所有物返還請求權為起訴之基準，借用物返還請求權並不當然成為法院審理之對象，惟此際法院應協助當事人整理爭點、作法的定性與評價，如受訴法院認為所有物返還請求權並不成立，即須公開心證、表明法律見解，使甲有機會於請求之基礎事實同一之範圍內變更主張為借用物返還請求權，如此方能達到實體利益與程序利益之平衡追求，建立一個溫暖而富有人性之司法制度。

三、某甲起訴請求某乙給付 A 物之買賣價金參佰萬元，某乙除否認甲、乙間 A 物買賣契約之成立外，並主張以對某甲有伍佰萬元借款債權中之參佰萬元抵銷，請求駁回原告某甲之訴。試問：(二十五分)

- (一)法院可否不先斟酌甲、乙間之 A 物買賣契約是否成立，即逕採某乙抵銷之抗辯，駁回原告某甲之訴？
- (二)法院之終局判決，就某乙抵銷之抗辯為判斷時，該判斷係在終局判決之何一部分為之？判決確定時，將發生何種效力？

命題意旨	測驗考生就「抵銷之抗辯」之審理順序、經斟酌後之效力為何是否了解，為基本考題，條理分明之鋪述即可。
參考資料	1.陳碧盈《民事訴訟法》，頁 5-21、5-24，高點出版。 2.陳碧瑩《高點法學錦囊叢書》民事訴訟法，頁 5-22。
命中事實	《高點律師考場寶典》民事訴訟法，第二題。

【擬答】

- (一)法院不得逕採抵銷之抗辯而駁回原告之訴：
- 1.本題中乙所為否認甲、乙間 A 物買賣契約成立之抗辯，係屬一般抗辯，法院於審酌一般抗辯時不受當事人提出順序之拘束，蓋此種抗辯為理由中之判斷，不生既判力。
 - 2.反之，抵銷之抗辯必須在確定原告甲請求之債權成立，及對被告之清償、免除等所有之抗辯加以判斷後，最後始得就抵銷之抗辯為判斷，蓋為避免被告無意義的喪失主動債權。
 - 3.故本題中，法院應先就甲、乙間之 A 物買賣契約是否成立先予審酌，如認定本案債權確係存在時始可就抵銷抗辯予以斟酌，不得逕採某乙抵銷之抗辯而駁回原告某甲之訴。
- (二)終局判決採酌抵銷抗辯之效力：
- 1.如法院在確定原告甲請求之債權成立，及對被告所提之所有抗辯加以判斷後，斟酌抵銷之抗辯並採為終局判決之基礎時，此判斷係在終局判決之理由部分為之，並非於主文中之判斷。
 - 2.於採酌某乙抵銷抗辯之終局判決確定時，依民事訴訟法第四百條第二項之規定，主張抵銷之對待請求其成立與否經判



斷者，以主張抵銷之額為限，不得更行主張。是故抵銷之抗辯雖係法院於理由終之判斷而非主文之判斷，然於判決確定之際，以抵銷之額為限仍將發生既判力，此係既判力之客觀範圍僅及於判決主文之一大例外。

- 四、甲訴請乙返還借款新台幣（下同）十萬元獲勝訴確定判決據以聲請強制執行後，乙將其僅有之汽車一輛出賣與知情之丙以損害甲之債權。甲遂聲請在十萬元範圍內對丙之財產為假扣押，經法院裁定准許，並查封丙買受之上開汽車。丙聲請法院裁定命甲於十日內起訴。甲於法院所定期間內，以乙、丙為共同被告，先位聲明訴請確認乙、丙之買賣契約法律關係為通謀虛偽意思表示無效而不存在；備位聲明依民法第二百四十四條第二項規定，訴請撤銷乙、丙間之詐害行為。試問：於此情形，丙得否聲請法院撤銷假扣押裁定？（二十五分）

命題意旨	測驗考生就假扣押之聲請要件及其撤銷原因是否理解與活用，故答題時應就假扣押之撤銷原因予以逐一討論、檢視。
參考資料	陳碧盈《民事訴訟法》，頁 10-3、10-5，高點出版。
命中事實	《高點律師考場寶典》第十六題，頁 3-16，命中！

【擬答】

(一)撤銷假扣押裁定之五種原因：

- 1.依民事訴訟法第五百二十九條之規定，本案尚未繫屬者，命假扣押之法院應依債務人之聲請命債權人於一定期間內起訴，如債權人不遵期起訴時，債務人得命假扣押之法院撤銷假扣押裁定。為本題中尚無此得聲請撤銷之原因。
- 2.依同法第五百三十條第一項之規定，假扣押之原因消滅或其他命假扣押之情事變更者，債務人亦得聲請撤銷假扣押裁定。本題尚無此種原因。
- 3.依同法第五百三十條第二項之規定，債務人得陳明可供法院所定之擔保或將請求之標的物提存，聲請撤銷假扣押裁定，此亦為聲請撤銷假扣押裁定之原因。本題中亦無此原因發生。
- 4.依同法第五百三十條第三項之規定，假扣押之裁定債權人得不附任何理由請求法院撤銷之。本題中亦無此原因發生。
- 5.依同法第五百三十一條之規定可知，假扣押裁定亦得以自始不當為由而聲請法院撤銷之。本題中丙似可依此原因聲請撤銷假扣押裁定，其原因詳後述。

(二)本題中丙得聲請法院撤銷假扣押裁定之原因：

- 1.本題之訴訟標的價額為新台幣十萬元，依民事訴訟法第四百三十六條之八之規定，應適用小額訴訟程序。而依同法第四百三十六條之二十，法院於為被告敗訴之判決時，應依職權宣告假執行，故如受訴法院已就甲之勝訴判決職權宣告假執行時，甲即無另就此同一債權聲請假扣押之必要，蓋其既已有假執行之宣告，即可為終局之執行，已無保全之必要性。
- 2.甲訴請乙返還借款之訴勝訴並據以聲請強制執行後，已將其僅有之汽車一輛出賣與知情之丙以損害債權，乙、丙間雖係屬詐害債權之行為，然此買賣行為於甲依民法第二百四十四條撤銷以前仍屬有效之法律行為，丙仍保有該車之所有權。而假扣押之對象應只及於債務人之一般財產而已，而不應及於第三人丙之財產，如甲欲保全其債權指得對乙聲請假扣押，而不得對丙為之；故本題中法院所為之假扣押裁定有自始不當之原因，丙得依此聲請法院撤銷假扣押裁定，並得依民事訴訟法第五百三十一條之規定請求甲賠償其因假扣押所受之損害。



《民事訴訟法》

一、A 棟大樓於民國八十八年九二一地震中震毀。(25 分)

- (一) 如 A 棟大樓之全體所有人甲₁ - 甲₂₅ 共二十五人，依消費者保護法第五十條規定，將其對房屋出賣人乙及建築師丙之損害賠償請求權讓與丁文教基金會，丁乃以乙及丙為被告，起訴請求乙、丙連帶賠償損害。其後，甲₁ 又基於其房屋震毀之原因事實，以乙及丙為被告，起訴請求乙、丙連帶賠償損害。試問：甲₁ 是否為適格當事人？法院應為如何之判決？
- (二) 如 A 棟大樓之全體所有人甲₁ - 甲₂₅ 共二十五人共同起訴，以乙及丙為共同被告，請求乙及丙連帶賠償原告所受損害。訴訟繫屬後，全體共同原告選定甲₁ 為當事人。隨後，原告甲₂ 於訴訟繫屬中死亡，其繼承人戊向法院聲明承受訴訟。試問：甲₂ 之死亡是否影響甲₁ 被選定人之資格？戊得否承受訴訟？

命題意旨	訴訟擔當之意義及其效果，並就各種型態之訴訟擔當中，有關消保訴訟及選定當事人之當事人適格相關概念探討。
答題關鍵	消保團體訴訟性質與訴訟擔當之法理及選定當事人制度。
擬答鑑示	參考：1.陳計男，民事訴訟法論(上)，頁 96 以下。 參考：2.民訴研討會民事訴訟法之研討(五)，消保團體為消費者提起損害賠償訴訟在訴訟實務上運作之研究。

【擬答】

(一) 本題甲是否為適格當事人，法院應如何判決，涉及消保團體訴訟性質之爭議，分述如下：

- 消保團體訴訟性質：消保法第五十條第一項規定：「消費者保護團體對於同一之原因事件，致使眾多消費者受害時，得受讓二十人以上消費者損害賠償請求權之後，以自己之名義，提起訴訟。」此訴訟性質為何，學說上不無爭議，約有以下見解：
 - 訴訟擔當說 消保團體訴訟為法定訴訟擔當，消費者將訴訟實施權授與消保團體，以消保者為實質當事人，而消保團體為形式當事人，讓消保團體以自己名義為消費者進行訴訟。
 - 訴訟信託說 消費者目的在使消保團體為其進行訴訟，卻將超過目的範圍之權利 即實體法上權利 授與消費者保護團體，故消保團體性質屬信託行為。
- 小結：依消保法第五十條第一項規定，消保團體訴訟係消費者將其實體法上損害賠償請求權讓與消費者，消保團體提起訴訟，係以自己名義起訴，並無訴訟擔當形式上當事人無實質上當事人分離之情形，故消保團體訴訟應屬訴訟信託。
- 本案甲是否為適格當事人之判斷：當事人適格之判斷原則上採形式認定主義，即依當事人主張之事實判斷是否當事人適格。本案依原告甲起訴主張之原因事實判斷原告為實體法上權利主體，而給付之訴只要主張權利之人對被主張負有義務之人起訴，當事人即屬適格，故本案甲之訴訟當事人並無疑義。
- 法院應為如何之判決：本案甲雖當事人適格，然因甲以讓與其實體法上請求權與消費者保護團體，故甲並無實體法上權利，法院審理結果應任訴無理由，而以判決駁回原告之請求。惟依消費者保護法第五十條第一項後段規定，消費者得在言詞辯論終結前讓與損害賠償請求權，並通知法院。故法院應探求當事人甲是否中止損害賠償請求權之讓與，如有此情事，則甲仍有實體法上請求權，其起訴仍有理由。

(二) 本案甲₂ 之死亡是否影響甲₁ 被選定人之資格，甲₂ 之繼承人戊得否承受訴訟，涉及選定當事人選定人選定後，與訴訟之關係，分述如下：

- 選定人在選定當事人後就本案訴訟之地位：民事訴訟法第四十一條第二項規定，訴訟繫屬後，經選定前項之訴訟當事人者，其他當事人脫離訴訟。由此規定可知，選定人選定當事人後，脫離訴訟成為實質當事人，而為民事訴訟法第四十一條第二項之「該他人」，亦為既判力所及。
- 選定人脫離訴訟後死亡對訴訟之影響：民事訴訟法第一六八條雖規定，當事人死亡後，訴訟程序在有繼承人 承受訴訟前當然停止。然本條乃針對形式當事人死亡對訴訟程序所造成影響之規定，甲₂ 為實質當事人，並無本條規定之適用，故其死亡對訴訟程序之進行並無影響，戊亦不得承受訴訟。

二、試就我國民事訴訟法論仲裁鑑定契約之效力。(25 分)

命題意旨	仲裁鑑定契約之意義及相關概念之衍生，尤其係關於仲裁鑑定契約拘束力之問題。
答題關鍵	1. 仲裁鑑定契約之基本意義。 2. 我國民事訴訟法第 270-1 及 376-1 解釋論之探討。
擬答鑑示	參考：1. 民事訴訟法研討會七十七次。 參考：2. 沈冠伶，「確定型仲裁契約於訴訟程序上之效力」；台灣本土法學 22 期。 參考：3. 陳計男，「民事訴訟法論(上)」；第 445、446 頁。



【擬答】

(一)仲裁鑑定契約之意義：

當事人約定由法院以外之第三人就法律關係存否之事實或構成要件要素作成判斷，並願受該判斷結果所拘束之合意，即謂之為「仲裁鑑定契約」。

(二)性質：

同時兼具實體法契約及訴訟契約雙重性質；蓋其一方面係以實體法上之法律關係及事實為契約之標的，另一方面亦係當事人以訴訟上程序主體權之地位所為之一種特殊型態證據契約。

(三)效力

仲裁鑑定契約之概念乃係基於辯論主義下，當事人以仲裁鑑定所認定之事實提出於法院，並排除該事實之爭執，使法院受拘束於當事人所提事證之一種方式，此與一般鑑定報告文書作為證據方法有所不同；且其亦與「仲裁契約」不同，蓋仲裁契約係就訴訟程序約定有不起訴合意之型態(案件一但交仲裁，即應以仲裁判斷之結果為最終結論，當事人不得更行起訴)，屬於處份權主義之範疇；故仲裁鑑定契約既與仲裁契約不同，自不宜類推適用關於仲裁契約效力之規定；有關於仲裁鑑定契約之效力，既屬證據契約之一種特殊型態，自應回歸我國民事訴訟法第 270-1 及 376-1 有關證據契約之相關規定加以探討，即：

1.在訴訟程序上：

當事人於訴訟程序上可就爭點或其他有利於訴訟終結之事項為簡化之協議，仲裁鑑定契約係系爭法律關係中事實或構成要件要素約定由第三人認定，並以該認定結果作為程序上提出之其目的係為簡化訴訟，低廉且有效率地解決紛爭，當事人若於訴訟程序進行中為仲裁鑑定之約定，此應屬第二七 之一條就「爭點或其他有利於訴訟終結之事項」所為之簡化協議。

2.在保全程序中：

如在保全程序中為仲裁鑑定之約定，則屬第三六七之一條「就事實、證據或其他事項成立協議」

3.在其它程序中：

在保全程序及訴訟程序外所為之仲裁鑑定協議，在性質上亦屬證據契約，而與在程序上所為之協議，並無不同，得類推適用上開條文。因此，除經兩造同意變更仲裁鑑定契約，不受已作成之仲裁鑑定中認定之事實或要素所拘束，或仲裁鑑定有「顯失公平」者外，法院及當事人皆須受仲裁鑑定所拘束。

至於在何種情形下係「顯失公平」？原則上不宜以仲裁鑑定中所確認者是否與客觀事實相符而有其正確性為標準，蓋此無異使法院再重行為實質上審理，而與仲裁鑑定制度之目的有違。再者，縱然是法院判決中所認定之事實，亦可能與客觀真實有所出入，此亦不至於使判決無效，故是否顯失公平，不應以仲裁鑑定本身是否具有正確性為判斷標準，而須視仲裁鑑定契約本身是否有效存在、或仲裁鑑定之作成有無逾越仲裁鑑定人所受委任鑑定之範圍，以及仲裁鑑定程序是否具備一定之程序基本要求為斷。

三、甲列乙為被告，向該管法院起訴，聲明求為判決命乙支付九萬元予甲，陳稱：「乙於九十年五月一日同意為甲裝修住屋，約定甲應付工程款四十萬元，但乙如未於同年九月底以前完成該工程，應支付違約金十四萬元予甲。不料，乙逾該期限未完成工程，且於調解程序拒不支付該違約金，為此起訴請求適用小額訴訟程序為審判。」等語(下稱「前訴訟」)。試敘明判斷標準及法理根據，解答下列問題：

(一)前訴訟是否欠缺起訴之合法要件？其受訴法院應如何處理？(12 分)

(二)設前訴訟經受訴法院適用小額訴訟程序判決甲勝訴確定後，甲又向該管法院提起後訴訟，聲明求為判決命乙支付違約金五萬元。問：如何判斷後訴訟有無牴觸前訴訟之判決？是否欠缺起訴之合法要件？(13 分)

命題意旨	考究考生對於民事訴訟法第四百三十六條之十六之了解度
答題關鍵	邱聯恭老師的考題，同學應就法理與事實分析兼顧，尤重事實分析部分，勿就法理分係做太多之論述。
擬答鑑示	參考：高點林台大，邱聯恭教授學說補充

【擬答】

(一)憲法第二條宣示國民主權原理，第十六條則宣示保障人民的訴訟權。為貫徹憲法之價值，民事爭訟程序中應依照公正程序請求權、適時審判請求權架構適時、適式之爭訟程序，亦即立法者於制定法律及司法者於適用程序時，應依各種紛爭類型之特性，依照民事事件類型審理必要論設計、運用各種不同之爭訟程序，以交錯適用訴訟及非訟法理，使當事人得平衡追求程序利益及實體利益，實質上的保障當事人之訴訟主體地位。

民事訴訟之小額程序中，大量採用非訟法理，係著眼於小額程序之訴訟標的實體利益特小，基於費用相當性原則，不應過渡強調追求客觀真實之需求，以免耗費過多之勞力時間費用，使當事人之實體利益過度消耗於程序上不利益之上。然民事訴訟法四三六之十六亦規定，不得為適用小額程序而為一部請求，以免原告運用一部請求之方式，將大額之訴訟標的分割以小額程序起訴，以致侵害被告之追求慎重正確裁判之要求，以及不當增加法院審理之負擔，違背訴訟集團性之需求。本題中，依甲之陳稱，尚看不出其訴訟標的為何。因此，法官於開始審理時應先闡明使甲特定其訴訟標的。又小額程序中，原告得僅表明請求之原因事實，而毋庸特定實體法上之請求權為訴訟標的。因此，本案中法官應先闡明甲，問其是否欲特定實體法上請求權為訴訟標的。若甲特定其違約金請求權為訴訟標的，亦即以舊訴訟標的理論特定，則本題中法院應闡明原告依其事實原因，其主張之訴訟標的金額超過十萬元(其主張之違約金約定係十四萬元)，若其僅就九萬元起訴，則剩餘之部份在後訴中將不得提起。若原告亦陳明法院就餘額不另起訴，則本訴自符合同條之規定而無問題；反之，若原告仍欲起訴，則因為 436 條之 16 之規定不但保護對造應訴之利益，亦保護公益，故不得因為對造之合意補正其合法



性，此時法院即應闡明原告，其若堅持此種起訴方法而無正當理由，將導致後訴不合法；反之若其有正當理由，法院應促其說明後闡明是否得排除 436 條之 16 之規定。

應注意者，一部訴求否定論並不使先訴不合法，而係後訴效力之問題。是縱原告無正當理由為適用小額程序提起一部請求，先訴仍然合法，僅後訴不得提起。

又若甲欲以新訴訟標的之訴訟標的特定，亦即依其原因事實特定訴訟標的，則法院應闡明原告依其主張之原因事實之請求地位可能超過十萬元，要求其說明是否為適用小額程序而為一部請求，並說明餘額不得起訴之效力，原告甲為陳明後法院應依上述舊訴訟標的之理論之程序處理。

- (二)前訴訟依小額程序判決甲勝訴後，甲又向該管法院提起訴訟，此時必須依前訴法院是否曾踐行上述之闡明程序為斷。蓋依訴訟標的階段功能論，於後訴訟之判斷前訴之訴訟標的係為一評價規範，應以前訴防止突襲性裁判之程度為度。若法院已踐行上述之闡明程序，而原告並無正當理由提起前訴，此時應適用一部請求否定論之法理，認為前訴確定判決之訴訟標的客觀範圍已包含後訴之訴訟標的，是後訴係違反既判力一事不再理，法院應依民事訴訟法 249 條第一項第七款之規定已裁定駁回。若甲在前訴中已經陳明有正當理由而為法院所接受，則此時甲起訴自為合法，並無欠缺訴訟要件之問題。反之，若法院於前訴訟中未踐行上述之闡明程序，則此時因公正程序請求權，法院不得強求當事人有期待不可能之法律知識。法院即應審酌當事人之法律知識及社會地位。若甲為律師或司法官等法律專業人士，則法院得認為其未於前訴訟中陳明餘額不另行起訴係可歸責，而依 249 條第七款駁回後訴。反之，若當事人並無法律知識，則前訴中法院未為闡明係屬於法院自己之錯誤不得要求當事人承擔其不利益，是若駁回甲之後訴係屬於突襲性裁判，是法院不得認為前訴之既判力客觀範圍包含後訴之訴訟標的，因而後訴為合法。

四、民事訴訟法第五百二十九條第一項規定：「本案尚未繫屬者，命假扣押之法院應依債務人聲請，命債權人於一定期間內起訴。」同條第二項規定：「債權人不於前項期間內起訴者，債務得聲請命假扣押之法院撤銷假扣押裁定。」試問：

(一)上開條文所謂：「起訴」，是否包括債權人依督促程序聲請發支付命令、債權人依民法第八百七十三條第一項規定聲請拍賣抵押物、債權人依民事訴訟法第三百九十五條第二項規定所為之聲明等情形在內？

(15 分)

(二)債權人未於命假扣押之法院裁定所定期間內起訴，但已於該法院為撤銷假扣押之裁定前起訴者，該法院得否再為撤銷假扣押之裁定？(10 分)

命題意旨	考究考生對於民事訴訟法 529 條例法意旨之了解與實務見解之熟悉度
答題關鍵	本題與實務見解息息相關，考生應四平八穩的應答，切忌東寫一塊、西寫一塊，應先就條文立法意旨分析，再對相關實務見解闡述，即可獲得高分，毋庸肯定說否定說雜陳，反顯得重點不明而雜亂。
擬答鑑示	參考：高點律師司法官專用講義第二回第 542 頁至第 545 頁

【擬答】

- (一)1.所謂假扣押，係指債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全將來之執行，法院依其聲請，裁定扣押債務人之財產而禁止其處分之謂也。但假扣押如久而不決，則權利狀態不能確定，債務人對其被扣押之財產亦無法處分，殊害債務人之利益，並有礙社會經濟之發展，故債務人得聲請法院，命債權人於一定期間內起訴。基於此立法理由，民事訴訟法第五百二十九條第一項規定：「本案尚未繫屬者，命假扣押之法院應依債務人之聲請，命債權人於一定期間內起訴。」第二項並規定「債權人不於前項期間內起訴者，債務人得聲請命假扣押之法院撤銷假扣押裁定。」此即為撤銷假扣押原因之一。
- 2.本題所問者，係上開條文中之「起訴」之意義為何。依照前述之立法意旨，之所以得命債權人於一定期間內給付，其目的係為求權利狀態之確定，並使債權人早日取得有執行力之執行名義以早日解決紛爭。因此，實務上咸認為，「此之所謂起訴，係指依訴訟程序提起訴訟，得以確定其私權之存在，而取得給付之確定判決者而言」(七十八年台抗字第 82 號、六十五年台抗字第 44 號)。由此可知，其「起訴」之程序應有兩要件：1.係須依訴訟程序所提得產生既判力之程序；2.須得產生執行力，因此不包含確認判決在內。試依此原則判斷如下：
- (1)債權人依民法八七三條第一項聲請拍賣抵押物：按聲請拍賣抵押物，係依強制執行法聲請強制執行，其並非依照起訴程序起訴，且無既判力，亦不生確定私權之效果，實務上即有認為此處之「起訴」並不包含依非訟程序聲請本票裁定之見解(六十五年第 1 次民庭總會決議一)，基於同一理由，應認為此處之起訴不包含聲請拍賣抵押物。
- (2)債權人依民事訴訟法第三百九十五條第二項所為之聲明：此種特殊訴訟法上請求權之聲明，通說認為係特殊之起訴程序，旨在確定其私權之存在，取得給付之確定判決，與同法五百二十條第一項規定起訴之實質意義相同，應予肯認(七十八年台抗字第 82 號、七十八年第六次民庭決議)因此實務上雖有不同意見，認為此並非起訴程序，但其實質上既為第二審之特殊起訴程序，則應符合五二九條起訴之意義。
- (3)債權人依督促程序聲請發支付命令：聲請發支付命令係為督促程序，並非起訴程序，是否定說認為其並非五二九條所謂之「起訴行為」。然依民事訴訟法五二一條之規定，支付命令未於法定期間內提出異議者，即有與確定判決同一之效力，換言之即有既判力與執行力；縱債務人提出異議，依民事訴訟法五一九條第一項之規定，以支付命令之聲請視為起訴或聲請調解，是其亦有轉換為起訴程序之效力，故符合五百二十九條第一項「起訴」之要件。
- (二)民事訴訟法第五百二十九條規定之期間，係屬於裁定期間，非不變期間，故債權人雖未於期間內起訴，其若於法院為撤銷假扣押之裁定前起訴者，法院即不得為撤銷假扣押之裁定。(六十五年台抗字第 392 號)
- 本題中，法院於撤銷假扣押之裁定前債權人已起訴，則法院自不得再為假扣押撤銷之裁定。



《民事訴訟法》

一、甲主張乙為丙之受僱人，某夜乙駕駛丙所有砂石車撞毀其停於路旁正在卸貨貨櫃車及車上貨物，致受有新台幣（下同）五十萬元以上損害，詳細金額正在連絡貨主核算中，並將已算出之四十萬元函知乙丙理賠。丙則謂：伊非乙之僱用人，且甲之損害至多十萬元，況甲之貨櫃車不該停於道路轉角彎道，復無警告標誌，自不能全部令其賠償等語。問：

- (一)甲就此損害，欲對乙丙共同為訴訟上請求，可有幾種之起訴方式？試擬其聲明（六分）。法院就各該聲明所為之判決，其既判力之客觀範圍有無不同？（九分）
- (二)就丙所為抗辯之各事實，其舉證責任應如何分配？（十分）

命題意旨	一部訴求、民事訴訟法第二百四十四條第四項新修正、舉證責任分配等問題。熟悉一部訴求、舉證責任分配之相關理論，以及民事訴訟法第二百四十四條第四項之立法理由，即可得取高分。
參考資料	駱永家教授既判例之研究高點民事訴訟法講義第二回二十四頁至二十七頁、第一百四十九頁至一百五十三頁。

【擬答】

- (一) 1. 甲得請求被告乙丙連帶給付新台幣五十萬元以上：損害賠償之債，由於涉及損害原因、過失比例、損害範圍等之認定，加以舉證困難，其損害之具體數額，甚難以估算，常需要專業鑑定及法院之斟酌裁量，始能定其數額，是於請金錢賠償之債，若亦同一般金錢給付之訴，強令原告於起訴之初，即應具體正確表明其請求之金額，未免苛刻，是八十九年二月九日公佈新修正之民事訴訟法第二百四十四條第四項規定「第一項第三款之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明。其未補充者，審判長應告以得為補充。」，是甲可以衡量事證蒐集困難度所涉及之輕重大小，然後據以決定請求之下限額，在新修正之規定下，較先前未承認該請求方式之程序，更能避免蒙受因自始表明較高金額請求伴隨而生之程序不利益（如繳過多之裁判費），以防止發生促進訴訟之突襲。又伴隨審判長告知原告得補充聲明之程序，有助使原告所負之表明責任具體化，使兩造更充分攻、防，防止發生原告對被告之突襲以及法院對原告之突襲。至於原告依該項規定表明最低金額，係就民事訴訟法第二百四十四條第一項第二款原因事實範圍內之全部請求，自不得再主張其係一部請求，而就餘額起訴，是餘額部分為既判力效力所及。
2. 甲得請求被告乙丙連帶給付新台幣四十萬元：按本件侵權行為損害賠償甲所受之損害超過五十萬元，惟以現存之證據已得證明四十萬元，是甲得否作一部訴求，亦即將同一權利分割請求？針對一部訴求，學者見解分歧，有下列見解：
- (1) 一部訴求肯定說：又區分為
- A. 明示的一部訴求；
- B. 默示的一部訴求。
- (2) 一部訴求否定說。肯定說認為基於私法自治原則，債權人本得分割行使權利；何況在損害賠償之債，如不許原告一部訴求，則原告因訴訟費用過重，勝負難以預測，躊躇不敢起訴，致使權益受損；又訴訟中抵銷，以主張抵銷之數額為限發生既判力，即屬承認一部訴求。否定說則認為：一部訴求，對被告未免過於苛刻，且浪費司法資源，致使法院負擔加重，惟否定認為在特定情形下（如債權之一部得被識別），可以為一部訴求。目前學者通說是採一部訴求肯定說，是原告甲得就損害賠償之債作一部訴求，先就證據確鑿之四十萬元部分先行起訴，殘額未被請求之部分非為本訴訟標的，而為別訴訟標的，非為本件既判力所及，而得以他訴請求，而不受一事不再理原則之拘束。若採一部訴求否認說，則殘額部分，為既判力所及。
- (二) 舉證責任係法院就當事人有爭執之事實，斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，仍無法依自由心證判斷事實真偽時，不得以此為由拒下判決，此時唯有將事實真偽不明之不利益歸由一造當事人，即稱該當事人就事實負舉證責任。而舉證責任之分配原則，學說上眾說紛紜，有
- (1) 待證事實分類說，又分成
- A. 積極事實、消極事實。
- B. 外界事實、內界事實。
- C. 變態事實、常態事實。
- D. 法律規定事實，四種分類。
- (2) 法律要件分類說。
- (3) 危險範圍說。
- 學者通說以及實務見解以法律要件分類說為通說，係指主張權利存在之當事人（除消極確認之訴外，為原告），就權利發生事實與權利消滅或權利排除之一般要件欠缺之事實，負舉證責任；主張權利不存在之當事人（除消極確認之訴外，為被告）就權利障礙事實、權利消滅事實、權利排除事實之特別要件事實負舉證責任。是丙抗辯伊非以之受僱人，此事實應由原告甲舉證，因為該事實乃原告甲損害賠償請求權（請求乙丙連帶負責）之權利發生事實，被告如否認該事實，自應由甲舉證。而丙又抗辯甲之損害至多十萬元，十萬元部分為丙自認，該十萬元損害之事實，甲毋庸舉證，其餘超過十萬元部分，因該部分事實亦為權利發生事實，依法律要件分類說，應由甲舉證。至於丙復抗辯甲停車亦有疏失（亦即甲與有過失），目前實務見解認為係法院職權事項，法院應依職權審酌，惟為防止發生突襲性裁判，仍應

予當事人辯論之機會，惟筆者認為依法律要件分類說，應屬權利消滅事實，應由被告丙舉證。

二、甲與乙會同向林律師陳稱：「乙為償付向甲購買機器所負價金債務，簽發票面金額九十萬元之支票一張交付甲，經甲提示後未獲兌現。由於乙認為該機器有重大瑕疵，乃向甲表示解除買賣契約，而拒不給付價金及票款。於是，甲與乙爭執該機器是否確有重大瑕疵及應否履行債務。為此，想請林律師指教如何妥為處理紛爭。」等語。設甲與乙在林律師之力勸下，達成指定專家丙判斷該機器有無瑕疵之合意。試敘明判斷標準及法理根據，解答下列問題：

(一)林律師之作為，是否符合其從事律師職務時所應依循之訴訟法上基本要求？試借用本件事例，析述：律師直如何協助當事人整理爭點？（十二分）

(二)如甲與乙涉訟時，上開合意及丙所為判斷意見對受訴法院有無何項拘束力？（十二分）

命題意旨	此題乃邱聯恭教授之命題，需以其個人見解作答。本題詳細闡述程序選擇權（包含程序處分權等）相關法理，並敘明爭點整理程序能發揮防止發生突襲性裁判之作用，進而說明律師在民事訴訟法中之角色乃協同防止發生突襲性裁判並探尋法所在之功能。
參考資料	司法之現代化、民事訴訟法第四十六次研討會、月旦法學雜誌第六十期至六十二期。

【擬答】

- (一) 訴訟程序中法律與事實相牽連，難以區分，訴訟程序極為繁雜，當事人又不懂法律，縱使法官公開心證表明法律見解，當事人亦難與法官直接進行討論，如訴訟上待證事實為何、證據關聯性之問題、事實推論之過程、事實與法律涵攝之過程等問題，若未由律師來幫助當事人本人與法官進行討論，顯難保障當事人主體權，容易造成法院對當事人之突襲性裁判，是律師可發揮協同防發生突襲性裁判並探尋法所在之功能，亦即律師必須以其法律知識，協助當事人作事實整理以及法律評價之工作，為當事人分析個案中事實、證據之提出或者事實上法律上之爭點簡化，對實體利益以及程序利益之影響，以幫助當事人追求實體利益（達成慎重而正確之裁判之基本要求）、程序利益（達成迅速而經濟之裁判之基本要求）之平衡。至於爭點整理程序可發揮助益兩造限縮、撤回或避免提出無實益之事實或證據聲明，又爭點整理達到可進行調查證據時，該程序可促成集中審理，是爭點整理程序實具有防止發生突襲性裁判（發現真實的突襲、促進訴訟之突襲），助益當事人平衡追求實體利益及程序利益。而本件中兩造之紛爭之上位爭點（訴訟標的）為票款請求權，被告則提出原因關係抗辯，然為真正成為訴訟審理核心之點在於買賣標的物（該機器）是否有重大瑕疵，而該機器有無瑕疵牽涉到專業知識領域，該類型案件較適宜由仲裁程序處理，如委由職業法官審理，受限於專業知識不足，反而法官認定之事實未必與客觀真實相符，且為追求真實之過程，可能浪費許多不必要證據之調查，是兩造就該重要爭點若成立仲裁鑑定契約，合意委由專家鑑定該機器之瑕疵，成立證據上之契約，反而能較接近客觀真實以及節省勞力、時間、費用，平衡當事人之實體利益、程序利益。
- (二) 法是國民而存在，當事人為程序之主體，亦應為參與形成、發現或適用「法」之主體，應受適時審判請求及公正程序請求權之保障，因此立法者、法官均應對程序關係人，就關係該人之利益、地位、責任或權利義務之程序進行，賦予相當之程序參與權，藉以實現程序關係人之實體利益及程序利益。是程序上之主體，不僅有實體法上之處分權，並應被肯定有程序法上之處分權，是一方面基於其實體法上之處分權，決定如何處分實體利益。另一方面則本於程序處分權，在一定範圍內決定如何取舍程序利益，以避免程序之使用，導致限制實體利益或系爭標的外財產權、自由權。是程序選擇權之承認，及源自於上述處分權主義及程序處分權之法理，強化程序主體權，保障人民及當事人有機會參與程序以影響真實之確定以及法之發現，以追求實體利益及程序利益平衡點上之法。是當事人有程序處分權，衡量實體利益、程序利益，決定如提出事實、證據，協同法官一同探尋法之所在。本件由當事人合意所選定之鑑定人來判斷事實，與由法官依職權認定事實相較之下，後者未必與客觀事實相符，而前者因出於當事人合意，更值得當事人信賴，且尊重二造選定鑑定人之意願，有助兩造平衡追求實體利益與程序利益，較能提昇當事人對法院所為事實認定之信賴度。是當事人就系爭法律關係存否所繫之前提事實或要素，約定由第三人為判斷或認定之情形（如本件由特殊專門知識經驗而兩造信任之專家，來判斷認定），此為所謂之仲裁鑑定契約（為證據契約之一種），而依程序選擇權之法理，該契約不但對當事人有拘束力，對受訴法院有一定之拘束力（即就系爭事實專家丙之判斷，限制法官之證據評價）。

三、乙因營業關係而留置甲之A股份有限公司記名式股票，卻因竊盜侵入乙之住所而告遺失。該股票雖經公示催告，並獲得除權判決。但於公示催告期間，丙善意受讓取得該股票，且經洽請A公司變更股東名簿之記載，並換發新的股票。問：

(一)何人得聲請公示催告？（五分）

(二)法院為除權判決後，原股票之權利人，是否即得回復其原有之權利？（十六分）

(三)A股份有限公司須負擔何種責任？（四分）

命題關鍵	公示催告程序之進行與除權判決對善意取得權利人之效力。
參考資料	1.三人合著，民事訴訟法新論第八篇「公示催告程序」。 2.姚瑞光著，民事訴訟法論第八篇「公示催告程序」。

- | |
|---|
| 3.陳計男著，民事訴訟法論（下）初版；第 391 406 頁。 |
| 4.鄭玉波著，民法物權，第 357 360 頁。 |
| 5.陳碧盈編著，民事訴訟法第十一式「公式催告程序」，第 11-1 11-11 頁。 |

【擬答】

- (一)公示催告程序是指法院依當事人之聲請，以公式方法催告不明之利害當事人，於一定期間內申報權利，如不申報，使生失權效果之程序。按無記名證或空白背書之指示證券，得由最後之持有人為公示催告之聲請。前項以外之證券，得由能據證券主張權利之人為公示催告之聲請。民事訴訟法第五百五十八條定有明文。記名式股票遺失，應由能據證券主張權利之人（即在證券未遺失時，得依實體法本於證券為權利主張之人）為公示催告之聲請，而股票係表彰財產權之證券，係基於股東權發生始發行，係證明股東權之證券，而記名股票之股東，專依股東名簿之記載為證，本題中依股東簿之記載甲為權利人，故應由甲為公示催告之聲請，而非由股票之最後持有人聲請；惟學說上亦有主張因營業關係而享有留置權之營業主，依修正後民法六百十二條準用四百四十五條至四百四十八條之規定，若其留置物之喪失占有非因旅客將留置物取去者，縱因遭竊而一時喪失占有者，其留置權亦不喪失；自民事訴訟法第五五八條所謂「得主張權利之人」亦不以處份權人為限，其它物權權利人亦屬之；若採此說，則乙亦得為公示催告之聲請。
- (二)法院為除權判決後，原股票權利人，是否即得回復其原有之權利：
- 原則上證券經除權判決宣告無效後，怠於公示催告所定申報權利期間內為權利申報之持有人，不論其取得原證券係出於善意或惡意，均不得更行據該證券主張權利，乃為我國現行學說及實務上多數之見解（參見院字第 2811 號解釋；惟學說上仍有少數反對說主張股票之除權判決對於判決前因善意取得股票之人所有之實質上權利不生影響者。）；準此通說之見解，則該 A 公司之股票已因除權判決而失效，惟原股東之權利人甲（即公示催告聲請人）是否即回復與占有證券時相同之法律上地位，而可依民事訴訟法第 565 條：「有除權判決後，聲請人對於依證券負義務之人，得主張證券上權利。」之規定對 A 公司行使權利，則依實務上見解（院字第 2811 號解釋）仍應區分情形而論，即：
- 1.原證券（股票）發行公司未補發新證券（股票）者：
此時原股票因除權判決而失效，善意持有人丙喪失該股票權利，由原權利人甲依民事訴訟法 565 條主張權利。
 - 2.原證券（股票）發行公司已補發新證券（股票）者：
依院字 2811 號解釋及大法官釋字 186 號意旨而綜合觀之，除非 A 公司已知該除權判決之存在，或換發新股票時明知該股票已遺失或遭竊，否則原股東之權利則因公司已換發新股票並由善意受領人丙領受占有而失其效力，無法回復；準此而言，本例事實中，善意第三人丙雖未於公示催告期間內為權利之申報，惟原股票既經 A 公司換發新股，則有關之股東權及股票上其它之權利義務即歸屬於新股票之名義人，原有股票上所表彰權利人之權利則歸於消滅，不得回復，此種情形不僅於無記名股票有其適用（院字 2811 號之解釋事實），於有名股票之遺失，本於維護證券交易安全之同一法理，亦應有此項原則之適用，故原股票之權利人甲此時即無法因除權判決而回復其股票上原有之權利。
- (三)A 股份公司應負擔何種責任：
- 有關記名式股票之轉讓，須由原股票持有人依背書轉讓之方式為之，公司法第 164 條訂有明文，股票持有人並得請求公司更換股東名簿上之記載（最高法院 60 年台上字 817 號判例參照），而依大法官釋字 186 號解釋文中之見解，因此種善意第三人已換發並受領新股票之情形而受有損害之原權利人，得依法請求不當得利之返還及損害賠償請求；故本例事實中，若 A 股份有限公司於換發新股時有疏於注意或其它過失事由者，原權利人甲自得依法向 A 公司請求因股票權益喪失之損害賠償，A 公司不得藉此而免其責任。

四、甲基於買賣契約，起訴請求乙協同辦理不動產所有權移轉登記。第一審為甲勝訴之判決。乙提起上訴，主張該不動產為丙聲請法院予以查封，已無法為給付，甲因而改依債務不履行（給付不能），請求乙賠償損害，並追加丙為被告，請求撤上開查封之強制執程序。乙以該不動產，在甲起訴前即已被查封，而不同意甲為訴之變更，丙對甲所為訴之追加，亦不表同意。試附理由，解答左列問題：

- (一)甲於第二審所為訴之變更或追加，程上應否准許？（十三分）
- (二)第二審法院就本件訴訟，實體上應為如何之裁判？（十二分）

命題意旨	八十九年二月新修正之二百五十五條及四百四十六條為命題核心，熟悉訴之追加、變更之法律要件、效果以及實務見解，即可得取高分。
參考資料	楊建華之民事訴訟法要論，高點民事訴訟法講義第二回第七十二頁至八十七頁。

【擬答】

- (一)按訴狀送達後，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：一被告同意者。二請求之基礎事實同一者。三擴張或減縮應受判決事項之聲明者。四因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者。五該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者。六訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據，並求對於被告確定其法律關係之判決者。七不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者。被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。民事訴訟法第二百五十五條定有明文。又按訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。提起反訴，非經他造同意，不得為之。但有下列各款情形之一者，不在此限：一於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，並請求確定其關係者。二就同一訴訟標的有提起反訴之利益者。三就主張抵銷之請求尚有餘額部分，

有提起反訴之利益者。四他造於提起反訴無異議，而為本案之言詞辯論者。民事訴訟法第四百四十六條亦定有明文。本件甲基於買賣契約請求乙辦理所有權移轉登記，第一審甲勝訴，乙提起上訴中，主張丙聲請法院查封登記，已無法給付，甲欲變更訴訟標的為債務不履行之損害賠償，此乃因情事變更以他項聲明代最初之聲明，為顧及原告之權益及訴訟經濟之原則，實務不問起訴前或起訴後發生變更（四三台抗字第二三號判例）均寬認之，故依民事訴訟法第二百五十五條、第四百四十六條之規定，毋庸乙之同意，甲可以變更訴訟為請求乙損害賠償。至於甲另追加丙為被告請求撤銷上開查封之強制執执行程序，其訴訟標的為撤銷強制執执行程序之形成權，然丙不同意甲之追加，而該訴訟與前訴訟基礎事實不相同，乙、丙亦非應合一確定之人，甲丙訴訟亦非甲乙訴訟之先決問題，是不符合民事訴訟法第四百四十六條第一項之規定，是甲不得追加丙為第二審被告，第二審應以裁定駁回甲追加丙為被告之請求。

- （二）甲告乙之部分，因訴之變更合法，不問是否符合訴之撤回之要件，舊訴均發生訴之撤回之效力，法院應就新訴審理，本件第一審所為甲請求所有權移轉登記勝訴之判決，於原告變更為債務不履行之損害賠償之訴為合法後，則第一審原訴之訴訟繫屬因訴之變更而消滅，第二審就合法之新訴加以裁判，不得就第一審之判決更為裁判（參見最高法院六十六年台上字第三三二號判例），亦無須就舊訴之上訴為裁判（參見最高法院七十一台上字第三七六四號判例）。而法院認為訴之變更合法之裁判生效時，訴之撤回效力即確定發生。