

《民事訴訟法》

- 一、原告甲主張因被告乙駕駛肇事致甲父丙死亡，故起訴請求乙賠償新臺幣（下同）300 萬元之損害。甲為未成年人，由其母戊為法定代理人。於第一審訴訟繫屬中，戊請求追加乙之雇主丁為共同被告、擴張訴之聲明為 450 萬元，並主張乙係為丁執行職務時，駕車肇事致丙死亡，故乙丁應連帶負責。法院於審理中認為兩造有和解之可能，然戊於協商中，提出自己係受丈夫丙扶養之人，故乙應追加給付予戊 100 萬元。而乙僅願意在對甲戊共計給付 400 萬元之範圍內和解，並以此金額協商給付方式為每個月給付甲戊 20 萬元，共計 20 個月清償完畢。試問：
- （一）法院應如何處理戊之請求追加與訴之聲明之擴張？（15 分）
- （二）就本件和解方案與第三人戊加入和解，法院應如何處理？若該和解成立，其效力為何？（15 分）

命題意旨	本題之第一小題在測驗法定代理人之權限及原告方之追加，第二小題則考出和解中之第三人和解，皆屬於同學相對容易忽略之考點。
答題關鍵	第一小題之部分，同學應對於訴訟代理人之權限為何較為熟悉，但對於法定代理人之權限為何，則恐未曾思考過，故解題時應緊扣其法理下手；第二小題之第三人和解，亦有其一定之重要性，請同學準備時多加留心！
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第四回，呂律師編撰，頁 24-26。 2.《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編撰，頁 46-51。

【擬答】

本題涉及法定代理人之權限、追加新原告及第三人和解等相關爭議，分述如後：

（一）本件法院應准許戊之請求追加及聲明擴張：

1. 戊為甲之法定代理人，應有代其為追加被告及擴張聲明之權：

按所謂法定代理者，係指其代理權非基於本人之意思所生，而係基於法律之規定所產生之代理人。於訴訟中，為保護無訴訟能力人之利益，無訴訟能力人欲為訴訟行為者，應由其法定代理人代為之。民事訴訟法（下稱本法）上之法定代理人，僅第 47 條規定：「關於訴訟之法定代理及為訴訟所必要之允許，依民法及其他法令之規定。」，其權限並未如同訴訟代理人般受有本法之規範（參見本法第 70 條之 1），而應從其實體法上之規定，亦即原則上一般法定代理人得代理一切訴訟行為。準此，本題戊既為甲之法定代理人，應由代其為追加被告及擴張聲明之權，先予說明。

2. 戊請求追加丁為共同被告，法院應予准許：

本題戊可否基於民法第 188 條僱用人責任之請求權為訴之追加（被告之追加），涉及本法第 255 第 1 項第 2 款「請求之基礎事實同一」之解釋，對此實務、學說有不同見解如下：

- （1）紛爭關連說：先後兩請求之主要爭點共通，而就原請求之訴訟資料及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用，且各請求之利益主張在社會生活上可認為同一或關連之紛爭者，應屬請求之基礎事實同一。
- （2）社會事實同一說：請求之基礎事實係指紛爭事實關係，不是審判資料，故請求之基礎事實同一應為紛爭本身的事實關係同一或與原因事實同一的社會事實。
- （3）判決基礎事實同一說：請求之基礎事實與原因事實不同，原因事實偏重於實體法之觀點予以規定，是指實體法上該當於權利發生之事實，而請求之基礎事實則從訴訟法之觀點加以規定，是指判決之基礎事實，故請求之基礎事實同一應解為判決之基礎事實同一。

本文以為，就立法目的而言，本款增訂之目的，既在擴大訴訟制度解決紛爭之功能，追求訴訟經濟及節省司法資源，本款規定應擴大適用，只須新、舊兩請求有共通之爭點，有關舊請求之訴訟資料或證據資料於新請求可援用，則將新請求於同一訴訟程序內予以解決，即可避免重行起訴、重複審理而達一次解決紛爭之目的，而得為訴之變更、追加，本題應符合本款情形。且原告本有決定何人為被告之權，故此際戊追加丁為共同被告，亦不須得其同意。

3. 戊請求將聲明從 300 萬元擴張為 450 萬元，法院應予准許：

本題戊請求將聲明從 300 萬元擴張為 450 萬元，屬於本法第 255 條第 1 項第 3 款之「擴張或減縮應受判決事項之聲明者」，法院應予准許。

4.戊請求追加乙給付予其 100 萬元，法院應予准許：

依題示，戊請求追加乙給付予其 100 萬元，核其性質即屬當事人之追加(原告方之追加)，蓋戊對乙之請求權僅其得行使之，故必須成為原告。原告方之追加，只須得新舊原告之同意，且本題應有第 255 條第 1 項第 7 款「不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者」之適用，故戊之此項請求，法院應予准許。

(二)本題兩造之和解應不成立；倘若和解成立，戊可據此和解書對乙聲請強制執行：

1.本題兩造之和解應不成立：

按所謂訴訟上和解，係指當事人於訴訟繫屬中，在受訴法院、受命法官或受託法官前，約定互相讓步以解決紛爭並終結訴訟之合意。惟查本題乙欲請求被告給付其 550 萬元，而乙僅願意於給付 400 萬元之範圍難和解，其間金額之差距，似難認本件兩造已達成或有接近和解之合意。準此，除非本題雙方當事人和解之意思已甚接近，而得聲請法院、受命法官或受託法官於當事人表明之範圍內，定和解方案之情況(參見本法第 377 條之 1 第 1 項)，而本題又無法院、受命法官或受託法官得依當事人一造之聲請或依職權提出和解方案(參見本法第 377 條之 2 第 1 項)之機會，則本題兩造之和解應難以成立。

2.本題兩造之和解雖有第三人戊之加入，仍屬有效：

(1)九十二年新法承認第三人加入和解：

本法第 377 條第 2 項規定：「第三人經法院之許可，得參加和解。法院認為必要時，亦得通知第三人參加。」，此為九十二年修法增訂。此乃因訴訟上當事人間之和解能否成立，時有涉及第三人之意見者，若能使該第三人參加當事人間之和解，俾能達成促進和解、消弭紛爭之目的，擴大和解解決紛爭之效，此不論該第三人為權利人或義務人皆有適用。本條適用情況若為被告方之第三人加入和解，則例如第三人為連帶賠償責任人、保險人或親屬等。惟本題屬於原告方之第三人加入和解，故本題戊所加入之和解亦屬於第三人加入之和解。

(2)和解成立之效力：

依本法第 380 條第 1 項規定，和解成立者，與確定判決有同一之效力。通說見解據此認為確定判決之羈束力、既判力、執行力，於和解成立時亦有之，惟形成力原則上無法透過當事人透過和解創設，合先敘明。

(3)和解成立僅有執行力及於戊：

和解成立者，通說認為將生既判力已如前述。惟既判力之主觀範圍仍應依本法第 401 條之規定決之，戊僅係第三人而非當事人(倘若尚未為原告之追加)，亦不符合該條之既判力例外擴張規定，故其不受既判力所及。但新法允許第三人加入和解之目的乃為追求真正有效解決紛爭，若和解無法作為對第三人之執行名義顯不合理。是以，本法第 380 條之 1 乃規定：「當事人就未聲明之事項或第三人參加和解成立者，得為執行名義。」，亦即和解成立所生之執行力仍及於第三人戊。同理，為達紛爭一次解決及第三人和解之立法目的，應認戊可據此和解書作為執行名義對乙聲請強制執行。

3.小結：綜上，本題兩造之和解應不成立；倘若和解成立，戊可據此和解書對乙聲請強制執行。

二、甲購入 A 地，市價新臺幣(下同) 2000 萬元。詎料甲遭乙盜蓋印鑑而移轉 A 地予乙名下，甲乃起訴請求乙塗銷登記、返還 A 地。然於訴訟繫屬中，被告乙將 A 地以 200 萬元之低價賣給不知情之丙，並已移轉登記予丙。試問：

(一)乙將 A 地移轉登記予丙，對本件訴訟影響為何？(15 分)

(二)若乙受第一審敗訴判決並提起上訴，於上訴程序中，經原審法院告知需補提上訴理由狀而未補正時，第二審法院得否逕以上訴不合法而駁回上訴？(15 分)

命題意旨	本題第一小題依舊考當事人恆定與既判力主觀範圍擴張之萬年考點，相信同學並不陌生；第二小題則考出第二審是否亦強制要求「上訴理由」之提出。
答題關鍵	第一小題之部分，倘若同學熟練民事訴訟法第 254 條及第 401 條第 1 項中段之關聯及運用，此題即屬相當典型之考題，應不致對同學造成太大之威脅。另，第 254 條今年甫經修法，雖未出現於此份考卷，亦請同學留心其相關修正；第二小題之部分，只須能正確引用第二審上訴理由之條文，即可迎刃而解。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第五回，呂律師編撰，頁 38-43。 2.《高點民事訴訟法講義》第七回，呂律師編撰，頁 3-8。

【擬答】

本題涉及當事人恆定、既判力主觀範圍之擴張及第二審未採行上訴理由強制提出等相關爭議，茲分述如下：

(一)乙於訴訟繫屬中將 A 地移轉登記於丙，不影響其於本訴訟之當事人適格；本件訴訟確定判決之效力不及於第三人丙：

1.本題乙於訴訟繫屬中將 A 地移轉登記於丙，不影響其於本訴訟之被告適格：

按所謂「當事人恆定主義」，係指訴訟繫屬後縱發生權利義務關係或請求標的物之移轉，使實體法上之權利主體變動，亦不影響本訴訟之當事人之訴訟實施權。亦即，本訴訟之當事人適格，不因訴訟繫屬後權利義務或請求標的物之移轉而受影響，故除當事人得繼續實施訴訟外，本訴訟確定判決之效力將擴張及於訴訟外之受移轉人。當事人恆定主義為我國民事訴訟法(下稱本法)所採，可參見本法第 254 條第 1 項本文。準此，因我國採當事人恆定主義，故倘若於訴訟繫屬中發生訴訟標的法律關係之移轉(包含權利義務關係之移轉及請求標的物之移轉)，亦不影響本訴訟當事人之訴訟實施權，而仍使訴訟當事人適格之狀態保持恆定。準此，本題乙於訴訟繫屬中將請求之標的物(A 地)移轉登記予丙，符合上開條文之要件，故發生當事人恆定之效果，乙仍可續行訴訟而保有當事人適格。

2.本件訴訟確定判決之效力例外不及於第三人丙：

至本件訴訟之確定判決效力是否將及於第三人丙，實務採取所謂「債權、物權請求區分說」(參見最高法院 61 年台再字第 186 號判例)，認於請求之標的物(訴訟標的物)移轉時，僅於訴訟標的為具對世效之物權請求時，始生判決效力之擴張；若訴訟標的僅為具相對效之債權請求時，將不生判決效力之擴張，亦即此時該受移轉人即非本法第 401 條第 1 項中段所指之「繼受人」。查本題之訴訟標的應屬於物權請求(即甲對乙之民法第 767 條物上請求權)，依上開實務見解，丙即應受本訴訟確定判決效力所及。惟通說及實務進一步認為，於採取前開區分說之前提下，倘若受移轉人於實體法上因善意受讓或信賴登記而原始取得請求之標的物時，基於程序法不應凌駕於實體法上之善意取得規定，此時例外使判決效力之擴張受阻，亦即受移轉人仍不受本案確定判決效力所及。依題示，本題之丙實體法上應可受善意取得之規定保護，則本件訴訟確定判決之效力將例外不及於第三人丙。另，學說上尚有採取「不區分說」者，亦即於賦予受移轉人充分之程序保障後，不須區分訴訟標的為物權或債權關係，該移轉人一律受本案確定判決效力所及，併予敘明。

3.小結：綜上所述，乙於訴訟繫屬中將 A 地移轉登記於丙，並不影響其於本訴訟之當事人適格且本件訴訟確定判決之效力將不及於第三人丙。

(二)第二審法院不得以乙未補提上訴理由狀而駁回其上訴：

1.上訴第二審未採「理由強制提出主義」：

按本法第 444 條之 1 第 1 項雖規定：「上訴狀內未表明上訴理由者，審判長得定相當期間命上訴人提出理由書。」，似規定當事人上訴二審時須於上訴狀中表明上訴事由。然實際上倘若當事人未表明上訴理由，依同條第 5 項規定：「當事人未依第一項提出上訴理由書或未依前項規定說明者，第二審法院得準用第四百四十七條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之。」，由此可知，不僅當事人上訴第二審未表明上訴理由者，一審法院毋庸命其補正，亦不得以上訴不合法駁回之；即便第二審法院亦不得以當事人未表明上訴理由而將其上訴駁回。此與上訴第三審採「理由強制提出主義」(本法第 471 條參照)，並不相同。

2.乙縱未補提上訴理由狀，第二審法院仍不得駁回其上訴：

查本題乙上訴二審時未表明上訴理由，經原審法院告知須補提仍未為之，依前揭條文，第二審法院此際至多僅得準用本法第 447 條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之，惟仍不得以乙之上訴不合法駁回之，蓋第二審上訴為所謂之「權利上訴制」。

3.小結：綜上，第二審法院不得以乙未補提上訴理由狀而駁回其上訴。

三、甲女以其丈夫乙男與第三人丙女發生婚外情為由，訴請裁判離婚，並以乙丙為共同被告，合併起訴主張乙丙因損害其人格權、隱私權與名譽權，應連帶給付甲女損害賠償金新臺幣 350 萬元。蓋甲女主張其為商界名人，因乙男婚外情事件甚受媒體矚目，使甲女生活行蹤屢屢被媒體跟拍爆料，甲女不堪其擾，商場專業形象受損。於甲女之訴訟中，甲女之母丁，起訴請求乙男返還丁所贈與之透天厝，並陳稱其贈與該透天厝予乙男，係供甲女與乙男新婚生活所共同使用。現甲乙已分居多時且訴請裁判離婚，贈與原因已不存在，乙男應返還予丁。同時，於甲女之訴訟中，乙男以其與甲女個性不合，且兩人已實質分居兩年，反訴請求裁判離婚，並請求兩人所生之獨生子 A

應共同監護。試問：法院應如何處理各當事人間之多項請求？（40 分）

命題意旨	本題重點環繞於家事事件法，其中甲之請求，須先解決「離因損害」屬於家事事件還是民事事件，方可討論合併之問題；丁之請求，則以甲、乙之前訴判決結果為前提，進而討論之；乙之請求，則在討論反請求及家事訴訟合併家事非訟等問題。
答題關鍵	本題題目事實複雜，第一眼看過去同學恐無法清楚掌握題目所欲問之考點為何。請同學分別將題幹對甲、丁及乙三人之請求詳細閱讀，再進而分析、思考。
考點命中	1.《家事事件法考點破解》，高點文化出版，武律師編著，頁 0-11~0-12。 2.《家事事件法考點破解》，高點文化出版，武律師編著，頁 3-23~3-27。

【擬答】

本題涉及離因損害之定性、為追求裁判之統一而訴訟停止、家事事件之合併及反請求等相關爭點，茲分述如下：

(一)本題法院應准許甲將訴請離婚與損害賠償合併請求：

1.本題甲之損害賠償請求為「離因損害賠償」，屬於家事訴訟事件：

查本題甲有二請求，一為請求裁判離婚，一為請求因通姦所生之侵權行為損害賠償。前者裁判離婚，屬於家事事件法(下稱本法)第 3 條第 2 項第 2 款之乙類事件(家事訴訟事件)，並無疑義；後者乃係因構成離婚原因(本題即通姦)之侵權行為所生之損害(即所謂離因損害)，其性質究為家事事件抑或一般民事事件，即生爭議。惟參考本法立法理由之說明可知，本法第 3 條第 3 項第 2 款所稱之「離婚損害賠償事件」，除包含民法第 1056 條之離婚損害外，亦包含離因損害在內。準此，即便夫妻一造以通姦向他方請求損害賠償，而其請求權基礎為民法侵權行為，學者仍認為此屬於本法之丙類事件，而非民事訴訟事件。惟本題情形乃係甲將乙丙(即通姦人與相姦人)並列為共同被告，則被害人向相姦人求償之部分，是否亦屬家事事件，學說有不同意見。有學者認為此應回歸一般民事事件處理，但亦有學者認為本法第 3 條第 3 項第 2 款並未明文限於僅得對夫或妻之一方為請求，則解釋上當事人自亦得對相姦人為請求，本文採之。準此，本文認為甲將乙丙列為共同被告請求離因損害賠償，亦屬於本法所定之丙類事件(家事訴訟事件)。

2.法院應准許甲將訴請離婚與損害賠償作合併請求：

本法第 41 條第 1 項規定，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。是以，因本題甲之二請求皆屬於家事訴訟事件，已如上述，故法院即應准許甲依本法第 41 條第 1 項將訴請離婚與損害賠償作合併請求，法院更應依本法第 42 條合併審理、合併裁判之。

(二)院應於甲、乙之前訴判決出現前，裁定停止丁之訴訟：

訴訟全部或一部之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據者，法院得在他訴訟終結前以裁定停止訴訟程序，民事訴訟法第 182 條第 1 項參照。本條之情形，係指他訴訟所涉民事法律關係之存否，將涉及本訴訟之前提法律關係者而言，故為追求相關聯性之裁判之統一性及避免裁判矛盾，須待他訴訟之判斷結果出現後，始加以參考並決定本訴訟之法律關係該如何認定，於此期間，法院先裁定停止本訴訟。查本題丁之請求，自係以甲乙之前訴訟判決結果作為本訴訟之前提，且因丁之請求屬於一般民事事件，故無須適用本法第 51 條準用民事訴訟法，而可直接適用民事訴訟法第 182 條第 1 項，由法院裁定停止丁之訴訟。

(三)乙之反請求未違反重複起訴禁止；法院應准許乙之訴請離婚與共同監護之合併請求：

1.離婚之本反訴不違反重複起訴禁止之規定：

查本題乃係甲對乙提起之離婚訴訟中(本訴)，乙亦提起反訴請求法院裁判離婚。此際，是否違反民事訴訟法第 253 條之重複起訴禁止，即生疑問。通說認為，離婚本訴之訴訟標的為本訴原告之離婚形成權(或得請求離婚之法律上地位)，離婚反訴之訴訟標的則為反訴原告(本诉被告)之離婚形成權(或得請求離婚之法律上地位)，此二者訴訟標的不同，並非同一事件，自不違反重複起訴禁止之規定。且因離婚本反訴均係就同一婚姻關係所提起，其訴訟標的之權利內容或原因事實可認為具有「牽連關係」，故乙自得於甲之離婚本訴中提起反訴(反請求)。

2.法院應准許乙之訴請離婚與共同監護之合併請求：

同上，乙之訴請離婚請求亦屬於本法第 3 條第 2 項第 2 款之乙類事件(家事訴訟事件)，而請求法院定共同監護之請求則屬於本法第 5 項第 8 款之戊類事件(家事非訟事件)，依本法第 41 條第 1 項規定，倘若家事訴訟事件及家事非訟事件請求之基礎事實相牽連者，當事人亦得合併請求之。查本題乙之二請求應符合「請求之基礎事實相牽連」此一要件，其依法自得將訴請離婚與共同監護作合併請求，法院應准許之。

《民事訴訟法》

一、甲多年前在戊（住所在臺中市）所有的 L 地（座落於南投縣）上建造的 H 屋，死後由子乙、丙（住所均在臺中市）及女丁（住所在高雄市）三人共同繼承。不久後，戊分別向乙、丙要求拆屋還地遭拒，遂以乙、丙二人為共同被告，向臺中地方法院起訴，請求共同被告乙、丙拆除 H 屋，並將原告戊所有的 L 地返還予原告。戊的起訴有無不合法之處？（25 分）

【擬答】

本件戊之起訴違反專屬管轄，並存有被告當事人不適格之瑕疵。分述如下：

(一)戊之起訴違反專屬管轄之規定：

- 1.民事訴訟法(下同)第 10 條第 1 項規定：「因不動產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。」專屬管轄，著重於法院調查資料之明確與方便，排除合一管轄之效力。若有違反，第二審法院得以廢棄第一審判決，併發交於有管轄權之法院，並得為上訴第三審之事由。
- 2.本件雖非關於不動產物權之事件，為本件之訴訟標的，即所有物返還之請求，依實務及通說之見解，均認亦係第 10 條第 1 項之專屬管轄。因此，本案有管轄權之法院為不動產所在地之臺灣南投地方法院，戊向台中地方法院起訴，並不合法。台中地方法院應依第 28 條第 1 項，裁定移送臺灣南投地方法院。

(二)本件被告方之當事人不適格：

- 1.訴訟主體為複數之情形，學說上稱為共同訴訟，而共同訴訟有普通共同訴訟或必要共同訴訟，係以訴訟標的對於當事人是否須合一確定而區分。而必要共同訴訟又可分為固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟，前者須當事人全體起訴或被訴，當事人始為適格，後者則不需全體當事人起訴或被訴。
- 2.本件之訴訟標的原為戊對甲之所有物返還請求，惟因甲已死亡，甲生前所負債務，由其繼承人所準公同共有。而公同共有關係，在實體法上依民法第 828 條第 3 項，須全體共同為之，在訴訟法上，為固有必要共同訴訟，須全體一同起訴或被訴。故本件戊須以乙、丙、丁為共同被告，否則法院得依 249 條第 1 項第 6 款或第 249 條第 2 項，駁回其起訴。

二、甲向管轄法院起訴乙，請求被告乙交付買受物 A 並移轉所有權予原告甲，並備位請求被告返還原告 60 萬元。甲主張，賣方乙將 A 物以 100 萬元出售予買方甲，雙方約定於甲支付乙 60 萬元後，乙應於三日內給付 A，甲已依約匯款 60 萬元給乙，乙卻拒絕給付 A，爰依當事人間買賣關係請求乙給付 A；如先位請求無理由，則備位請求乙返還甲已付價金 60 萬元。甲的起訴合法，試問，就先位以及備位之訴，受訴法院應如何辯論？又應如何依其請求有無理由裁判？（25 分）

【擬答】

法院應合併審理、辯論；於先位有理由時，即不就備位為裁判，於先位無理由時，始就備位為裁判。

(一)訴之客觀預備合併之意義與要件

- 1.基於當事人處分權主義之尊重，若原告有複數請求，得就其請求，排列先、備位，請求法院依其排列為裁判。亦即，若法院認其先位有理由，即不就備位為裁判；若法院認為其先位無理由，始就備位為裁判。學說上稱為訴之客觀預備合併，其合法性，實務即學說皆肯認之。
- 2.訴之客觀預備合併，依實務見解，須有複數請求、排列順序、請求間有不能並存之關係存在。本件甲以買賣標的物交付為先位聲明，以定金返還為備位聲明，存有二請求，並排列順序。此外，先位請求係以買賣契約有效存在為前提，備位請求係以買賣契約不存在為前提，前、後兩請求不能並存，其起訴合法。

(二)訴之客觀預備合併之審理與裁判

- 1.訴之客觀預備合併，先位有理由係備位之解除條件，先位無理由係備位之停止條件，而此條件係裁判之條件，而非審理之條件。故法院就該複數請求，皆應為審理，而非待其認為先位無理由時，始就備位為審理。
- 2.訴之客觀預備合併，該條件既然係裁判之條件，則若法院認甲之先位有理由，即應為乙應交付 A 於甲之判決，且不得更為駁回備位之判決。若認甲之先位有理由、備位無理由，應為乙應返還 60 萬元於甲，甲其餘之訴駁回之判決。若認甲之先、備位皆無理由，應為甲之訴駁回之判決。

版權所有，重製必究！

三、甲向桃園地方法院起訴丙，請求侵權行為的損害賠償 500 萬元，其主張被告丙駕駛 C 車撞死原告甲之獨子乙。受訴法院為甲敗訴的判決，甲提起上訴，於第二審程序中追加丁有限公司為共同被告，並主張，丙駕駛丁公司所有的 C 車於執行職務時，撞死原告甲之獨子乙，丁公司為丙的僱用人，應與丙對上訴人即原告甲負侵權行為的連帶損害賠償責任；丙對此追加丁為共同被告立即表示反對。第二審法院對於甲追加丁為共同被告，應如何處置？（25 分）

【擬答】

法院須徵得丁之同意，始得准許甲之追加。

(一)訴之變更、追加之合法要件：

- 1.按訴狀送達後，原則上不得為訴之變更或追加，以保護對造之防禦權，民事訴訟法(下同)第 249 條第 1 項本文定有明文。惟若得對造同意、請求之基礎事實同一、訴訟標的對於數人必須合一確定而追加原非當事人者等情形，例外得為訴之變更或追加。
- 2.本件被告丙反對甲之追加；且甲對丁之請求與甲對丙之請求，訴訟標的不同，無合一確定之問題；至於是否為請求之基礎事實同一，若依實務所採之紛爭關連說，似乎尚難以判斷是否主要爭點共同、訴訟資料可以在後訴為使用。固本件似乎不符合第 249 條第 1 項但書各款之規定。

(二)於第二審追加訴訟主體之特別要求：

- 1.訴之變更、追加，若符合第 249 條第 1 項之規定，原則上即應准許。惟此在訴訟客體有所變動之情況固無疑義，在訴訟主體之情形，涉及當事人程序利益、程序保障之問題，則較為複雜。例如：若為被告方之變更或追加，將牽涉新、舊被告之利益。
- 2.在第一審之情形，因原告有選擇被告之權利，因此若符合第 249 條第 1 項之規定，原則上應許其為變更、追加。然而，本件係於第二審始欲追加丁為共同被告，將侵害丁之審級利益，因此，應須徵得丁之同意，使得將其追加為共同被告，以維護其程序保障。

四、夫妻甲、乙二人分居逾二年，各有住所於臺南市、高雄市。甲向高雄少年及家事法院起訴，請求確認原告與被告的婚姻無效。受訴法院判決駁回甲的起訴，甲上訴，於第二審法院審理中，乙以甲為被告向臺南地方法院起訴，請求判准原告與被告甲離婚，並以兩人無法共同生活而長久分居且無往來為由。臺南地方法院對於乙的起訴（請求）應如何裁判？（25 分）

【擬答】

臺南地方法院應依家事事件法第 41 條第 3 項，為適當之決定。

(一)家事事件之請求之變更、追加或反請求：

- 1.為維持家庭之平和安寧，避免當事人間因家事紛爭迭次興訟，並符合程序經濟原則，免生裁判之牴觸，家事事件法(下同)第 41 條第 1 項規定，數家事事件，得合併提起。當事人就同條第 1 項所定事件雖未合併請求，然為期統合處理家事紛爭，兼顧程序之迅速及經濟，准許當事人於第一審或第二審言詞辯論終結前，仍得為請求之變更、追加或反請求，同條第 2 項定有明文。
- 2.本件之原請求為確認婚姻無效事件，為第 3 條第 1 項第 1 款之甲一類事件；反請求為離婚事件，為第 3 條第 2 項第 2 款之乙二類事件，兩請求皆為家事訴訟事件，依第 41 條第 2 項，而第二審言詞辯論終結前得違反請求。

(二)得為反請求卻另行請求，法院之處理：

- 1.依第 41 條第 2 項之規定，當事人於第二審言詞辯論終結前，皆得為請求之變更、追加或反請求。有論者認為，如此規定，在當事人於第二審為請求之變更、追加或反請求時，將侵害對造之審級利益。
- 2.然而，本件乙之離婚請求係另行為之，依第 41 條第 3 項，法院為統合處理認有必要者時，得依職權裁定移送前第二審法院。於此情形，法院應綜合參酌甲、乙之實體、程序利益，以決定自行審理或移送前第二審法院。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

司法官、行政執行官

《民事訴訟法》

一、甲遺失支票，聲請法院為公示催告，在申報權利期間內，乙執該支票向付款人提示，經付款人通知甲及公示催告之法院，惟乙在申報權利期間並未申報權利，公示催告期間屆滿後三個月內，甲仍聲請公示催告法院為除權判決，試回答下列問題：

(一)如於法院行除權判決之言詞辯論期日，僅甲到場，法院如何為調查及辯論判決？（十五分）

(二)如乙於言詞辯論期日前申報權利，並於言詞辯論期日到場，而甲未到場時，法院應如何審理？（十分）

命題意旨	公示催告、除權判決之相關程序
答題關鍵	1.就公示催告部分，近年來於司法官考試 83 年、84 年以及律師 89 年相繼出現，其出題機率不容小覷。 2.就保全、督促及公示催告程序等題目而言，可推定其為實務派老師所出，故同學於解答時僅需注意條文之熟悉度與實務見解即可，無須就法理做長篇大論之論述，因此類程序之技術性較強，老師通常僅注重同學的條文實務熟悉度。 3.第一小題予 83、84 年相同，老師欲測驗者均為特定之實務見解，同學務必將主菜全盤端出，而就配菜無須堆砌，使改題老師就重點能一目了然
擬答鑑示	1.參考：陳碧盈，法學錦囊—民事訴訟法，第 11-3 頁，第二小題，高點出版。 2.參考：高點律師司法官民事訴訟法專用講義 第二回，頁 559~560、558。

【擬答】

- (一)1.所謂公示催告程序，係指法院依當事人之聲請，以公告方法催告不明之利害關係人申報權利，如不申報時，經法院除權判決，始生失權效果之特別訴訟程序。
- 2.本題中，甲就其所遺失之支票聲請法院為公示催告，係依據票據法十九條第一項之規定，自有民事訴訟法五百三十九條以下程序適用之餘地，應屬合法，合先敘明。又本題中，某乙雖曾執支票提示付款人，而經付款人通知聲請人甲及法院，惟其並未向法院申報權利，法院是否能依民事訴訟法 546 條為職權調查及職權探知，而生民事訴訟法 548 條之效力？就此問題，實務見解認為：公示催告程序，僅為形式上之程序，並不審查實體權利之誰屬。又依據民事訴訟法第五百四十六條之規定，法院就除權判決之聲請為裁判前，得依職權為必要之調查，惟此項調查無非就除權判決之聲請是否合法及就利害關係人之申報加以調查，以定應否駁回除權判決之聲請或裁定停止公示催告程序或於除權判決保留其權利。(76.5.13 (76)廳民一字第二一九三號函覆臺高院)
- 3.由上述實務見解可見，乙於申報期間內未踐行申報程序法院不得為職權調查，是法院不得依職權調查及探知利害關係人乙存在之事實，仍應准許為除權判決。又於言詞辯論期日中，由於除權判決亦為判決之一種，依照民事訴訟法 221 條之規定，應經言詞辯論為之；同時已申報權利之人，經合法通知未到場者，法院應依民事訴訟法 385 條之規定為一造辯論判決。但本題中，乙既未為經申報之利害關係人，參前實務見解法院毋庸對之為合法通知，是乙未於言詞辯論期日中到場，法院仍得為除權判決，而無一造辯論判決之問題。惟法院就甲除權判決之聲請是否合法，仍應為職權調查，以符民事訴訟法 546 條之規定，自不待言。
- (二)1.本題中乙於言詞辯論終結前已為權利申報，依據民事訴訟法 544 條之規定，申報權利在其間已滿後，而在未為除權判決前者，與在期間內申報者，有同一之效力，是無論其申報之其間是否於公示催告期間之內，均生合法聲請之效力，合先述明。
- 2.本題中，乙既已為合法之申報，於除權判決期日必甲乙均到場方為合法之兩造辯論，自無疑義。是甲乙雙方若有一造於其日未到場辯論，原則上自應屬一造辯論，適用民事訴訟法 385 條之規定；惟民事訴訟法 549 條第一項特設特別規定，使公示催告聲請人，不於言詞辯論到場者，法院應依其聲請，另定新期日。是公示催告聲請人若遲誤期日，法院不得依職權另定期日，亦不得依申報人乙之聲請為民事訴訟法 385 條之一造辯論判決，須待聲請人於兩個月內聲請更定新期日再行辯論。

二、甲對乙提起請求給付 A 物之買賣價金一千萬元之訴，於第一審訴訟繫屬中，乙對甲提起請求給付該買賣標的物 A 物之反訴。試問：(二十五分)

(一) 於第一審法院就該本訴與反訴為本案終局判決後，甲欲撤回其訴，是否須得乙之同意？於甲撤回訴前，乙欲撤回其反訴，是否須得甲之同意？於甲撤回訴後，乙欲撤回其反訴，是否須得甲之同意？

(二) 於第一審法院就該本訴與反訴為本案終局判決後，甲、乙分別撤回其本訴與反訴，該第一審本案終局判決，是否因而確定？甲、乙各可否復提起同一之訴？

命題意旨	訴之撤回之要件及效果之規定
答題關鍵	1.本題雖為實例題，題目事實卻甚為單純，答案亦無疑義。此類題目即屬「短話長說行」，考生宜就法理多做闡述，已獲取高分。 2.就第一小題而言必須讓改題老師能看出考生了解民訴 262 條被告同意權與 263 條禁止再訴之立法意旨不同，因而適用上應分別以觀，才算切中要領。 3.第二小題同學應就訴外裁判與無效判決之關係論述，並配合民訴 262 條之規定推論答案，切忌跳躍思考，以求答題完整。
擬答鑑示	參考：高點律師司法官民事訴訟法專用講義，第二回，頁 118、125。

【擬答】

- (一) 1. 本案中甲對乙提起給付價金之訴，乙就同一買賣關係提起給付標的物之反訴，該反訴之訴訟標的與本訴訴訟標的有法律上之牽連關係，依據民事訴訟法二百六十條之規定應得提起，合先敘明。
2. 本題中第一審言詞辯論就本訴與反訴為本案終局判決後，甲撤回其訴，是否須得乙之同意，依據民事訴訟法第 262 條第一項之規定，須視被告乙是否已為本案辯論而定。按，民事訴訟法本條之立法意旨，乃在被告為言詞辯論後，有得受勝訴之本訴判決以獲得有利既判力之利益，若許原告任意撤回，即非保護被告之利益，且原告尚有機會再行起訴，顯失公平。因此，本題中第一審法院雖已為終局判決，惟第一審終局判決時被告未必已為本案辯論(如法院係以民事訴訟法 249 條第二項以形式判決駁回原告之訴)若被告未為本案辯論，尚無獲得一具有既判力之本訴判決之利益，此時並無保障其同意權之必要，因此本題仍應以被告已否為本案判決為是否須經被告同意之依據。
3. 甲未撤回其本訴之時，若乙撤回其反訴，是否須經原告同意？其判斷標準應類推適用 262 條第一項之規定，視原告就反訴之訴訟標的是否已為本案之言詞辯論而定。其理由為：
- (1) 就法條文義而言：民事訴訟法 264 條規定，本訴撤回後，反訴之撤回，不須得原告之同意。依此反面解釋，若本訴尚未撤回，原告自有同意與否之餘地。
- (2) 就法理而言：反訴雖因本訴而起，但反訴一經提起，即為一獨立於本訴外之訴訟標的。原告若已為本案辯論，自亦有得受勝訴之本訴判決以獲得有利既判力之利益，若許本訴被告任意撤回，即非保本訴原告之利益。因此應類推適用民事訴訟法 262 條之規定，為相同之處理。
4. 於甲撤回訴後，乙欲撤回其反訴，依據民事訴訟法 264 條之規定，不須得原告之同意。按，因本訴始有反訴，若本訴因撤回而不存在，則反訴之撤回，自無須原告同意；且若原告撤回本訴，顯見並無就該訴訟標的獲一有利本案判決之意願，此時就相牽連之反訴，本訴原告若不同意本訴被告撤回，亦有失公平，是法律明文規定此時無反訴之撤回毋庸原告同意。
- (二) 1. 所謂訴之撤回，係指原告起訴後，向法院表示撤回其訴之全部或一部，而不求為判決之意思。民事訴訟法 263 條第一項前段規定：訴經撤回者，視同未起訴。是訴之撤回乃處分權主義終結訴訟之訴訟行為之一，因而訴一經合法撤回，就該訴訟程序即視為原告自始未起訴，而喪失訴訟繫屬，法院自亦不得為任何裁判。同時，根據處分權主義，法院不得就原告未求法院下判決之事項為裁判，以尊重原告就訴訟標的之私法自治權，亦有學者從憲法保障人民係爭上與係爭外財產權之角度解釋之。無論其解釋方法為合，均可推向處分權主義中「不告不理」之法理，以避免法院為訴外裁判(民訴 388)，侵害人民就訴訟標的之處分利益。因此，就欠缺訴訟繫屬之訴訟標的，依據民事訴訟法 388 條之規定，除少數強度公益性之事件外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決。法院縱下判決，亦因為法院完全無審判之權利，學說實務均認為其應屬無效判決，大法官釋字第 135 號解釋亦闡明其判決不生實體確定力之意旨。
2. 綜上所述，當事人於法院第一審終局判決後合法撤回其訴者，就該訴訟標的即視為自始未起訴而喪失訴訟繫屬，則雖第一審法院為終局判決時有訴訟繫屬存在，該判決亦因撤回之溯及消滅係屬之效力成為訴外裁判，參前法理，自屬無效判決，不生判決確定之問題，以符合並保障當事人行使處分權主義訴訟行為嗣後要求法院就係爭標的不為裁判之權利。因而本題中甲乙撤回之本反訴第一審判決並不會確定。
3. 就甲乙得否就本反訴訴訟標的再行提起同一訴訟之問題，民事訴訟法兩百六十三條第二項規定本案經終局判決後將訴撤回者，不得提起同一之訴。該條之立法意旨在於避免已進行之訴訟程序浪費，禁止就同一訴訟標的過度浪費私法資源，以維護公益並兼顧訴訟之集團性。因此，本題中甲乙得否再行起訴，端視第一審之終局判決是否為本案判決。若是，則甲乙不得再行起訴，若僅為非本案判決，則甲乙仍有就同一訴訟標的起訴之餘地。

三、下列案例，審判長於審理時，有無闡明之義務？若有，則應就何種事項為闡明？（二十五分）

(一) 債權人甲主張債務人乙積欠借款屆期未清償，故以乙及普通保證人丙為被告，起訴請求判決乙、丙連帶返還借款，丙於言詞辯論期日雖到場，但未主張先訴抗辯權。

(二) 甲主張乙將其所有之 A 地出賣與甲後，拒不履行移轉所有權之義務，且又將該地出賣並移轉登記與丙。甲遂以乙為被告，起訴請求判決乙應將 A 地之所有權移轉登記與甲。

命題意旨	就闡明權之新法與學說實務爭議為測驗
答題關鍵	1. 兩題分別就辯論主義之闡明與處分權主義之闡明為測驗，顯欲測驗同學就兩者之異同是否了解，是同學應就其不同之立法意旨與學說爭議性達題重點 2. 有關闡明權之學說實務見解特多，在不能確定出題老師之前提下應朱說並陳以求保險
擬答鑑示	參照高點律師司法官專用講義—民事訴訟法第一回第 366 頁-372 頁

【擬答】

- (一) 1. 所謂闡明權，係指民事訴訟法第 199 條第二項及第 199 條之一規定，亦即審判長應向當事人發問或曉諭，令其為法律上或事實上之陳述、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。以及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。前條之規定係有關辯論主義之闡明樣態，後條之規定則係有關處分權主義之闡明樣態。又通說認為，闡明權之行使為法院之權利，亦為義務，是法院違反闡明義務時，亦有造成程序違法之虞。通說認為，闡明權之行使為法院之權利，亦為義務，是法院違反闡明義務時，亦有造成程序違法之虞，合先敘明。
2. 本題中被告丙基於保證人地位被訴，其若未拋棄先訴抗辯權，自得主張先訴抗辯權之防禦方法，該防禦方法係屬權利消滅事實，自為辯論主義之範疇。其於言詞辯論期日到場而未主張先訴抗辯權，法院是否負有闡明義務，則與辯論主義事項闡明之範圍與界線為何有關。在本題中，若自丙之陳述中法院能探得其主張先訴抗辯權之蛛絲馬跡，例如丙主張：「我只是保證人呀，你又還沒向乙要要看怎麼知道要不到」，則法院自應就此不明瞭之陳述加以闡明，以探求丙是否有主張先訴抗辯權之真意，以符合民事訴訟法 199 條第二項之規定，此時法院固負有闡明義務。惟若自丙之陳述中看不出主張之蛛絲馬跡，法院得否就此為闡明使丙知其得主張，學說及實務上有不同之見解，試述如下：
- (1) 否定說：通說及實務認為，辯論主義闡明權行使之原則，應該是從當事人之聲明、陳述中有線索可循者，才可以行使闡明權；若當事人的聲明、陳述中根本沒有主張之意思，審判長闡明權之行使還是受到處分權主義與辯論主義之限制。實務上見解多認為：審判長之闡明義務或闡明權之行使，亦應限於辯論主義之範疇，不得任加逾越，否則即屬違背法令。故審判長尚無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務，即持此旨。若依此說，是否主張先訴抗辯權乃當事人辯論主義之範疇，當事人未行使此形成權之意思，法院不得加以闡明，以維持法院之公平性，避免法官陷於裁判兼教練之角色衝突。法院既不得為闡明，更無違背闡明義務之問題。
- (2) 肯定說：國內亦有學者認為，辯論主義闡明權之目的既在於救濟辯論主義之苛酷性，宜採取較開放之標準。此說認為法院是否得行使闡明權與法院違反闡明義務時判決是否違法應分別以觀，而認為：法院可為積極與消極之闡明而無所限制，蓋法院行使闡明權並非代當事人為事實之提出，當事人仍有是否主張之自由，並不違反辯論主義；但法院未為闡明時是否違反闡明義務而為違背法令，則不可一概而論。此派學者就是否違背闡明義務提出一般規則與特別規則，其中一般規則即包含「因闡明之行使將改變當事人之勝敗或使原判決發生重要變更蓋然性」時，法院及違反闡明義務。若採此說，則就本案當事人未主張先訴抗辯權之情形，法院自得為積極闡明，其若未為闡明導致丙敗訴時，則可能依照上述規則認為其未闡明影響勝敗而違反闡明義務，得認其判決違法。
- (二) 1. 本題事實中依據甲所主張之事實，乙就標的物以陷於給付不能，是甲不能主張對乙之標的物給付請求權，僅能主張民法 226 條之代償請求權，是甲之聲明為不適當之聲明，其是否將之變更為適當之聲明係屬訴之變更即處分權主義之範疇，是法院若為變更與否之闡明即屬處分權主義闡明之範圍。
2. 關於處分權主義闡明，即新訴訟資料提出之闡明，主要可分為除去不適當聲明及新訴訟資料提出兩個樣態，前者係有關訴之變更之闡明，後者係有關訴之追加及提起反訴之闡明，其目的均在於謀求紛爭解決一次性，而非緩和辯論主義之窮。按法院若不為處分權主義之闡明，使當事人明瞭應變更聲明，則雖原告本案將導致敗訴，但就應變更之聲明仍得於後訴提起，將有礙於紛爭解決一次性，是民事訴訟法修正時特就處分權主義之闡明增列 199 條之一，使審判長就訴之追加及反訴之提起有闡明之義務。唯新法就除去不適當聲明，即本題樣態之處分權主義闡明未為規定，但仍應認為法院應負闡明義務，其理由如下：
- (1) 民事訴訟法修正修正前實務上對處分權主義之闡明義務雖多持否定見解，如 64 年台再字第 156 號判例，但就除去不適當聲明之樣態，最高法院 43 年台上字 433 號判決認為係屬法院之闡明義務，足見不待修法實務即已承認此種樣態之闡明義務。
- (2) 兩種樣態之處分權主義之闡明之目的均在紛爭解決一次性與訴訟經濟之達成，是依據新法修正之同一立法理由，實宜承認各種樣態之處分權主義闡明。
3. 因此，本題中法院有闡明義務，其闡明之方式應為告知原告甲，縱其所主張之事實為真，其聲明亦無理由，蓋其僅能主張代償請求權。此時原告即有機會與法院就法律見解為討論或變更其聲明，而其變更聲明係就同一事實關係為之，依據民事訴訟法二五五條第一項第二款之規定毋庸被告之同意，並此說明。

四、試附理由解答下列問題：

- (一)原告起訴請求被告返還借款新台幣(下同)二百萬元，第一審法院判命被告給付原告一百五十萬元，駁回原告其餘之訴。原告於上訴期間內僅就其敗訴判決中之二十萬元提起第二審上訴，被告則未於上訴期間內就其敗訴部分提起第二審上訴。試問未經原告及被告於上訴期間內提起第二審上訴部分(原告部分為三十萬元，被告部分為一百五十萬元)，是否均因上訴期間之經過而告確定?(十三分)
- (二)甲不服第一審判決，委任律師為訴訟代理人，提起第二審上訴，未依民事訴訟費用法第十八條規定繳納第二審裁判費。原第一審法院未定期間命其補正，而於經過相當期間後，以甲之上訴為不合法，裁定予以駁回，甲不服提起抗告，試問其抗告有無理由?(十二分)

命題意旨	上訴不可分、上訴不合法之補正
答題關鍵	本題題目相當平實，並無明顯爭議，同學依照條文及通說回答即可
擬答鑑示	參考：高點律師司法官民事訴訟法專用講義，第二回，頁380、391。

【擬答】

- (一)1.所謂上訴不可分，係指當事人就法院所下之一個全部判決之部分提起上訴時，就全部皆生移審及阻斷確定之效果。所謂一個全部判決，係指以一個判決終結同一訴訟程序中所有訴訟關係之判決而言。上訴不可分之立法意旨，在於同一終局判決中未經聲明不服之部分，於上級審言詞辯論終結前，上訴人得擴張上訴聲明，使之成為審判之對象(民事訴訟法473條之反面解釋)，被上訴人亦得就其有上訴利益之部分提起附帶上訴，是就此部分若先行確定，無異使上述規定成為具文，是有上訴不可分阻斷確定與移審之效力。
- 2.因此，本案中未經原告及被告於上訴期間內提起第二審上訴部分(原告部分為三十萬元，被告部分為一百五十萬元)，由於再第二審中分別有擴張上訴聲明與附帶上訴之餘地，因而有上訴不可分阻斷確定及移審之效力，自不會先行確定。
- (二)民事訴訟法第四百四十二條第二項規定，上訴不合程式或有其他不合法之情形而可以補正者，原第一審法院應定期間命其補正，如不於期間內補正，應以裁定駁回之。依此規定，原告未繳納裁判費固屬有其他不合法之情形而可以補正者，原則上應適用上述規定，法院應命其補正。惟甲既委任訴訟律師為代理人，依據民事訴訟法施行法第九條之規定，法院得不行民事訴訟法第四百四十二條第二項補正之程序，是本題中法院未命其補正逕予裁定駁回係屬合法，原告甲所提起之抗告應無理由。

高點

同和