

# 《民事訴訟法概要與刑事訴訟法概要》

一、甲以乙為被告，向管轄法院起訴，主張：兩造共有 A 地，並已協議分割 A 地（下稱系爭分割協議），惟乙拒不履行該協議，爰依系爭分割協議之法律關係，請求判決命乙依系爭分割協議之內容辦理 A 地之分割登記。乙則提起反訴，主張：兩造就 A 地並未達成任何分割協議，惟兩造均不願繼續維持共有關係，爰請求法院判決將 A 地變價分割。試問：法院就 A 地之分割方法，應否受甲、乙所為訴之聲明之拘束？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗「分割共有物」中，協議分割與裁判分割之異同，以及反訴程序等相關爭點。
答題關鍵	裁判分割共有物於民事訴訟法上之特色及重要性，想必各位同學應不陌生，但本題另特別考出「協議分割共有物」，並要求同學能清楚分辨兩者之差異，算是本題的小難點。至於反訴的部分，同學只需正確以法條操作即可，應不困難。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第一回，呂律師編撰，頁7。 2.《高點民事訴訟法講義》第四回，呂律師編撰，頁27-31。 3.《高點民事訴訟法講義》第五回，呂律師編撰，頁31。

## 【擬答】

本題涉及分割共有物訴訟之聲明拘束性及反訴等相關爭點，茲分述如下：

(一)甲依照系爭分割協議提起之本件訴訟，具聲明之拘束性：

1.協議分割共有物之意義：

按「各共有人，除法令另有規定外，得隨時請求分割共有物。但因物之使用目的不能分割或契約訂有不分割之期限者，不在此限。」又「共有物之分割，依共有人協議之方法行之。」民法第 823 條第 1 項、第 824 條第 1 項分別定有明文。是所謂之「分割協議」，係指以消滅各共有人就共有物之共有關係為目的，並由全體共有人參與協議訂定，方可成立之「債權契約」。而倘若共有人於成立分割協議後，部分共有人拒不履行該協議，他共有人即得據此向其提起「給付訴訟」（協議分割共有物訴訟），請求不履行之共有人依約辦理分割登記。

2.聲明拘束性之意義：

按民事訴訟原則適用處分權主義及辯論主義，其中處分權主義之第二層面，其內涵為：當事人有權決定起訴之內容與範圍，而法官亦應受當事人聲明拘束，不得訴外裁判。依此法理，民事訴訟法（下稱本法）第 388 條即規定所謂「訴之聲明拘束性」，亦即法院原則上不可逾越原告訴之聲明範圍逕為裁判。

3.本題甲依照系爭分割協議提起之本件訴訟，屬一般財產訴訟之給付訴訟，具聲明之拘束性：

依上說明可知，本題甲係依照系爭分割協議提起「協議分割共有物」之本訴，此與下述乙所提「裁判分割共有物」之反訴不同，僅屬一般財產訴訟之「給付訴訟」，應適用處分權主義，故本題甲之聲明具「聲明拘束性」。

(二)乙提起反訴請求裁判分割，此訴訟性質為形式之形成訴訟，該部分訴之聲明無拘束性：

1.裁判分割共有物之意義：

與上述協議分割不同，倘共有人對分割之方法不能協議決定，或於協議決定後因消滅時效完成經共有人拒絕履行者，法院得因任何共有人之請求為「裁判分割」（民法第 824 條第 2 項規定參照）。

2.本題乙提起裁判分割共有物之反訴，此訴訟性質為形式之形成訴訟，該部分訴之聲明無拘束性：

按共有物分割之方法，法院斟酌各共有人之利害關係及共有物之性質價格等，本有自由裁量之權，共有人訴請分割共有物，其聲明不以主張分割之方法為必要，即令有所主張，法院亦不受其主張之拘束，不得以原告所主張之方法為不當，而為駁回分割共有物之訴之判決（參照本院二十九年上字第一七九二號及四十九年台上字第二五六九號判例）。是原告所主張之分割方法，僅供法院參考而已，設未採其所主張之方法，亦非其訴一部分無理由，故毋庸為部分敗訴之判決。（最高法院 69 年度第 8 次民事庭會議決議（二）參照）

通說見解認「裁判共有物分割之訴」乃非訟事件訴訟化之類型，其特色為訴之聲明無拘束性及賦予法官充分之裁量權等。準此，本題乙提起裁判分割共有物之反訴，即屬所謂「形式之形成訴訟」，法院可不受其訴之聲明拘束，而仍應以自己所認合宜之分割方案為判決結論。

(三)法院就A地之分割方法，應受甲所為訴之聲明拘束：

1.反訴之意義：

本法第 259 條規定：「被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。」故所謂反訴係指，被告利用原告提起之訴訟程序，於訴訟繫屬中，就與原告訴訟相牽連之請求，對原告提起之訴訟。須注意，反訴性質為獨立之訴，其制度目的乃係為訴訟經濟及防免相牽連訴訟間之裁判矛盾。

2.本題乙提起之反訴應具備合法要件：

按反訴性質為獨立之訴，仍須具備合法要件，始得提起。查本題甲所提本訴為協議分割共有物，乙乃據此提起裁判分割共有物之反訴，該反訴事件並非專屬他法院管轄，而得與本訴行同種之訴訟程序，且反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法之間有相牽連關係，故本題乙提起之反訴合法，本反訴應於同一程序合併辯論審理。

3.法院就A地之分割方法，仍應受甲所為訴之聲明拘束：

承上說明，本題乙所提反訴固然合法，然受訴法院就 A 地之分割方法，是否應受甲、乙所為訴之聲明拘束，將因本反訴之性質不同而生疑義。惟依上開民法規定可知，民法所定共有物分割之方法，係採「原則協議，例外裁判」，故本題倘系爭分割協議未因時效完成等而仍有效拘束各共有人時，受訴法院仍應先受甲所為訴之聲明拘束。

二、甲以乙為被告，向管轄法院起訴，主張：兩造簽訂買賣契約（下稱系爭契約），由甲以新臺幣（下同）100 萬元向乙購買 A 車，甲已合法解除系爭契約，爰依契約解除後之回復原狀請求權，請求判令乙給付 100 萬元予甲（先位之訴）；如法院認系爭契約未經合法解除，則依買賣之法律關係，請求判令乙交付 A 車（備位之訴）。第一審法院審理結果，認甲先位之訴為無理由，備位之訴為有理由，因而判令乙應交付 A 車予甲，並駁回甲之先位之訴。試問：

（一）僅甲就第一審判決關於先位之訴部分提起第二審上訴時，第二審法院如認甲之上訴為有理由，應否就備位之訴為審判？（13 分）

（二）僅乙就第一審判決關於備位之訴部分提起第二審上訴時，第二審法院如認乙之上訴為有理由，應否就先位之訴為審判？（12 分）

命題意旨	本題旨在測驗預備合併之二審上訴與法院應如何裁判等相關爭點。
答題關鍵	本題考出客觀合併中最為重要之類型-預備合併，更將考點著重在預備合併之二審上訴，難度確實相當高。同學回答本題時，除須注意預備合併之性質及其上訴二審之各式變化外，尚須應用「附隨一體性理論」及「不利益變更禁止原則」。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第四回，呂律師編撰，頁9-13。 2.《高點民事訴訟法申論寫作班講義》第三回，呂律師編撰，頁7-8。

【擬答】

本題涉及預備合併之二審上訴與裁判等相關爭點，茲分述如下：

(一)本題第二審法院如認甲之上訴有理由，應廢棄原判決，改判甲先位之訴勝訴：

1.預備合併之意義：

按傳統意義之預備合併，係指原告預慮其所提起之請求無理由，而同時提起不相容之他請求為合併，以備先位之請求無理由時，要求就備位請求為裁判。其先位請求與備位請求乃附有條件之關係，亦即原告於起訴時將聲明排列為先位聲明及備位聲明，並以先位聲明(請求)有理由，為備位聲明(請求)之解除條件；備位聲明則係以主位聲明請求不合法或無理由判決時為審判之停止條件。

2.倘本題僅甲就第一審判決關於先位之訴部分提起第二審上訴，而第二審法院認甲之上訴有理由，應廢棄原判決，改判甲先位之訴勝訴：

按民事訴訟法(下稱本法)第 450 條規定：「第二審法院認上訴為有理由者，應於上訴聲明之範圍內，為廢

棄或變更原判決之判決。」另按「訴之客觀預備合併，法院如認先位之訴為無理由，而預備之訴為有理由時，就預備之訴固應為原告勝訴之判決，惟對於先位之訴，仍須於判決主文記載駁回該部分之訴之意旨。原告對於駁回其先位之訴之判決提起上訴，其效力應及於預備之訴，即預備之訴亦生移審之效力。第二審法院如認先位之訴為有理由，應將第一審判決之全部(包括預備之訴部分)廢棄，依原告先位之訴之聲明，為被告敗訴之判決。否則將造成原告先位之訴及預備之訴均獲勝訴且併存之判決，與預備之訴之性質相違背。」最高法院 83 年度台上字第 787 號判例參照。

查本題若僅甲就第一審判決關於先位之訴部分提起第二審上訴，被告乙未對備位請求上訴或附帶上訴，此時依本法第 460 條第 1 項規定、第 473 條第 1 項規定反面解釋，將會產生甲提起一部上訴，上訴效力及於未上訴部分之「移審」效果。而倘第二審法院認甲之上訴有理由，依前開法條及實務見解，第二審法院應廢棄原判決之全部，改依甲先位聲明判決甲先位之訴勝訴。

### 3. 小結：

綜上所述，本題第二審法院如認甲之上訴有理由，應廢棄原判決，改判甲先位之訴勝訴。

(二) 本題第二審法院如認乙之上訴有理由，得就先位之訴為審判，惟不能為更不利於乙之判決：

#### 1. 不利益變更禁止原則之意義：

按上訴第二審有所謂「不利益變更禁止原則」，詳言之上訴審法院若認上訴人所提之上訴無理由，僅得將上訴予以駁回，於相對人(即被上訴人)未聲明請求上訴審法院對其為有利判決之前提下(透過上訴、附帶上訴等方式)，上訴審法院原則上不得將原判決對上訴人為不利益之變更。易言之，上訴人因上訴所可能受到之最大不利益，亦僅係其上訴被駁回而已。

#### 2. 倘本題僅乙就第一審判決關於備位之訴部分提起第二審上訴，而第二審法院認乙之上訴有理由，得就先位之訴為審判，惟不能為更不利於乙之判決：

按通說實務肯認，預備合併之先備位請求乃具有所謂「附隨一體性」，亦即備位請求並非獨立之請求，而係與先位請求具有密切審理關係。故當事人僅就先位上訴，備位亦會移審，且上級審法院可對此原先未上訴之部分一併審理，使該訴訟於上級審仍保持預備合併之型態。

準此，倘本題僅乙就第一審判決關於備位之訴部分提起第二審上訴，原告甲就先位請求未為上訴或附帶上訴，依前開「附隨一體性」理論之見解，第二審法院仍得就先位之訴審理裁判。然第二審法院若認原告先位請求有理由，亦應受到上述「不利益變更禁止原則」之限制，而不得為原告先位勝訴此等逾越乙上訴聲明範圍且對其更不利之判決。

### 3. 小結：

綜上說明，依「附隨一體性理論」，本題第二審法院如認乙之上訴有理由，得就先位之訴為審判。但依「不利益變更禁止原則」，第二審法院不能為更不利於乙之判決。

三、某銀樓之數金條遭竊，店家火速報警。警察認為甲涉有嫌疑，立刻前往甲宅，欲入內搜索。警察抵達甲宅時，因甲不在家，與甲同住之老母 A 前來應門，警察出示證件，並向 A 說明來意之後，詢問 A 是否願意讓警察入內搜索，A 允許警察搜索。

(一) 警察在甲宅客廳沙發下，發現一包黑色塑膠袋，裝有許多金條。試問：該包金條得否為證據？(15 分)

(二) 偵查中，檢察官獲知甲為原住民，且未選任辯護人，乃通知法律扶助機構指派律師為甲辯護。爾後，檢察官以竊盜罪起訴甲，向法院聲請簡易判決處刑。甲表示，自己沒有選任辯護人，審判長應依法指定律師為自己辯護。試問：甲之主張，有無理由？(10 分)

命題意旨	本題在測驗對同意搜索及偵查中強制辯護之理解。
答題關鍵	本題考點明確，第一小題主要是判斷第三人同意搜索是否合法；第二小題則是引用法條判斷本子題是否屬於強制辯護案件。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第二回，錢律編撰，頁136。

### 【擬答】

(一) 該包金條可否為證據？

1. 本子題的關鍵在於甲之搜索是否合法？

2. 本子題中，警察未持有搜索票，非有令狀搜索；但取得與甲同住之 A 之同意，應判斷是否為合法之同意搜

索？

3.按「所謂同意權人應係指偵查或調查人員所欲搜索之對象，而及於被告或犯罪嫌疑人以外之人。在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人對於被搜索之處所有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之「風險承擔理論」。執法人員基此有共同權限之第三人同意所為之無令狀搜索，自屬有效搜索，所扣押之被告或犯罪嫌疑人之物，應有證據能力」最高法院著有100年度台上字第4430號判決可供參考。

4.從而，本題中警察取得取得與甲同住之A之同意，可認為已取得有獨立同意權限之A之同意，基此有共同權限之第三人A同意所為之無令狀搜索，自屬有效搜索，所扣押之金條，應有證據能力。

(二)甲之主張是否有理由

1.按「有下列情形之一，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護：四、被告具原住民身分，經依通常程序起訴或審判者。」刑事訴訟法第31條第4款定有明文。

2.本題中，檢察官係聲請簡易判決處刑，與上開刑事訴訟法第31條第4款規定尚屬有間，除非法院改依通常程序審理，始須為甲指定律師辯護，否則，本案情形，甲之主張並無理由。

四、臺北地方檢察署檢察官對甲以組織犯罪防制條例之罪，向臺北地方法院提起公訴；案經臺北地方法院依通常程序審理，判決甲有罪，處2年6月有期徒刑，並宣告強制工作。甲對於臺北地方法院之有罪科刑判決，心服口服；但強制工作之部分，相當不以為然。

(一)甲欲上訴，其上訴書狀應向何法院提出？甲之上訴書狀明示就強制工作部分不服，上訴審法院之審理範圍為何？(15分)

(二)甲收到上訴審法院審判程序之傳票後，卻後悔上訴，欲撤回之。甲得如何為之？(10分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於上訴通則法條及上訴不可分例外之新修法的瞭解。
答題關鍵	本題屬於基本法條題，能引用相關法條並加以涵攝即可獲得不錯分數。
考點命中	《高點刑事訴訟法補充講義》第七回，錢律編撰，頁21、22。

【擬答】

(一)按「提起上訴，應以上訴書狀提出於原審法院為之。」「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」刑事訴訟法第350條第1項、第348條第3項分別定有明文。從而甲應向台灣台北地方法院提出上訴書狀；且依上述規定，甲僅就強制工作不服，上訴審法院之審理範圍便僅限於甲之強制工作。

(二)按「上訴於判決前，得撤回之。」「撤回上訴，應向上訴審法院為之。」「捨棄上訴權及撤回上訴，應以書狀為之。但於審判期日，得以言詞為之。」刑事訴訟法第354條、第357條第1項及第358條第1項分別定有明文。從而，甲得以書狀向上訴審法院撤回上訴或於審判期日以言詞向上訴審法院撤回。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！