

# 《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。