

[ 100 年司法特考民訴測驗題 ]

01、下列訴訟何者不含有將來給付之訴？

- (A)甲（未婚）於民國 100 年 2 月 1 日列乙為被告，起訴請求乙於甲結婚之日給付甲新臺幣（下同）200 萬元
- (B)甲於 100 年 2 月 1 日列乙為被告，起訴請求確認甲、乙間之僱傭關係存在，乙並應自 100 年 2 月 5 日起至甲復職之日止，於每月 5 日各給付甲 5 萬元
- (C)甲列乙為被告，起訴請求乙將 A 車返還予甲，如法院於言詞辯論終結時認為 A 車已滅失致無法返還，則應命乙賠償甲 50 萬元
- (D)甲列乙為被告，起訴請求乙將 B 錶交付予甲，如執行無效果時，則乙應給付甲 30 萬元

(100 司)

【解析】

(C) 甲列乙為被告，起訴請求乙將 A 車返還予甲，如法院於言詞辯論終結時認為 A 車已滅失致無法返還，則應命乙賠償甲 50 萬元

【題目解答】

將來給付之訴，係指於履行期未到前，預行起訴，請求判令被告於履行期到來時為給付之訴。履行期是否未到，以事實審言詞辯論終結為準，非以起訴時為準。

- (一) 甲起訴請求乙「於甲結婚之日」給付甲 200 萬元。「於甲結婚之日」其性質上為「停止條件」，訴之聲明「須明確特定而且不得附條件」，本訴訟之提起應屬不合法，但應含有將來給付之訴（言詞辯論終結時甲應該尚未結婚）。
- (二) 「言詞辯論終結」至「甲復職之日」之期間，每月五日給付薪資 5 萬元，此部分含有將來給付之訴。
- (三) 此代償請求中「起訴請求乙將 A 車返還予甲」此部分為「現在給付之訴」。「如認 A 車已滅失致無法返還，命乙賠償甲 50 萬元」此一部份亦為「現在給付之訴」，故 (C) 訴訟無將來給付之訴。
- (四) 「乙應將 B 錶交付予甲」為「現在給付之訴」。「如執行無效果時，則乙應給付甲 30 萬元」此一部份為「將來給付之訴」。

02、甲、乙為夫妻，育有未成年子女丙。甲主張受乙不堪同居之虐待，依民法第 1052 條第 1 項第 3 款規定，起訴請求判決離婚。第一審行合議審判，由受命法官行準備程序，乙於準備程序終結後言詞辯論期日，主張甲違反夫妻同居義務，反訴請求判決命甲負同居義務，並就離婚之訴附帶請求酌定對丙權利義務行使負擔之內容及方法。試問下列敘述，何者正確？

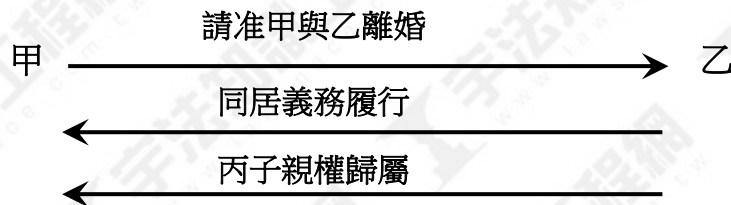
- (A)第一審法院得以乙意圖延滯訴訟為由，裁定駁回乙之反訴
- (B)第一審法院就本訴部分，判決准甲與乙離婚；就反訴部分，則以甲、乙既經准予離婚，乙已無請求同居實益，裁定駁回乙之反訴

- (C)第一審法院判決准甲與乙離婚，並駁回乙之反訴，應同時就對丙權利義務行使負擔之內容及方法為裁判
- (D)第一審法院就本訴駁回甲請求離婚之訴，就反訴部分則准乙同居之請求，判決命甲應與乙同居，應同時就丙權利義務行使負擔之內容及方法為裁判

【解析】

(C) 第一審法院判決准甲與乙離婚，並駁回乙之反訴，應同時就對丙權利義務行使負擔之內容及方法為裁判

【題目解答】



- (一) 乙得於二審言詞辯論終結前以反訴請求同居義務之履行 (§572 I)，(A) 之論述錯誤。
- (二) 婚姻事件本反訴均已裁判，然子女親權歸屬內容及其行使方法並未裁判，而有疏漏，(B) 之論述不正確。
- (三) 婚姻事件本反訴已裁判，而子女親權歸屬內容及其行使方法亦有裁判，(C) 之論述正確。
- (四) 既為駁回甲請求離婚之訴，就反訴部分則准乙同居之請求，則子女親權歸屬內容及其行使方法則不應為任何裁判 (依民法§1089 由夫妻共同行使及負擔)，故 (D) 之論述錯誤。

03、下列關於聲請假扣押以保全強制執行之敘述，何者正確？

- (A)乙向甲借款新臺幣（下同）200 萬元，同時提供價值 500 萬元之不動產為甲設定抵押權擔保該債務，甲發現乙欲將不動產移轉登記與丙，為保全借款債權之執行，甲得聲請假扣押
- (B)甲請求乙給付票款，第一審法院因乙為時效抗辯而駁回甲之訴，甲提起上訴，為保全票款債權執行，甲得聲請假扣押
- (C)甲請求乙返還借款，受敗訴判決確定，甲以該確定判決適用法規顯有錯誤為由，得聲請假扣押
- (D)甲請求乙返還借款，已獲勝訴判決確定，惟因景氣不佳，不動產價格下滑，如立即執行，將無法全額受償，恐乙藉機處分所有不動產，為保全借款債權執行，甲得聲請假扣押

【解析】

(B) 甲請求乙給付票款，第一審法院因乙為時效抗辯而駁回甲之訴，甲提起上訴，為保全票款債權執行，甲得聲請假扣押

【題目解答】

- (一) 抵押權有追及效力，故乙即便將不動產移轉登記與丙，甲之抵押權亦不受影響，甲以此理由得聲請假扣押不應准許，(A) 之論述不正確。
- (二) 債權人甲對乙主張其有票款之金錢請求權，乙主張時效抗辯而否認甲之請求，甲如認日後不能強制執行或甚難執行之虞，自可聲請假扣押，(B) 之論述正確。
- (三) 請求已經確定判決所否認，則不能聲請。提起再審之訴，無阻斷確定判決之效力，對該確定判決提再審之訴時，不得就該否認之請求聲請假扣押(77 台抗 141)，(C) 之論述不正確。
- (四) 甲請求乙返還借款，已獲勝訴判決確定，自應以此勝訴確定判決為執行名義，聲請強制執行，而不得聲請假扣押，(D) 之論述不正確。

04、關於請求給付價金訴訟中之舉證活動，以下何者錯誤？

- (A) 法院於調查證據前，應向當事人曉諭爭點
- (B) 於買賣契約成立之事實有爭執時，法院為發現真實，應依職權調查證據
- (C) 當事人為證據聲明時，應表明應證事實
- (D) 法院應於調查證據前，向當事人曉諭舉證責任之分配

【解析】

(B) 於買賣契約成立之事實有爭執時，法院為發現真實，應依職權調查證據

【題目解答】

- (一) 民事訴訟法§296-1 I 規定：「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。」法院於調查證據前，應先將訴訟之事實上爭點、法律上爭點及證據上爭點曉諭當事人後，始進行證據之調查。(A) 之論述正確。
- (二) 請求給付價金訴訟為不具公益性質之一般財產訴訟，故應適用辯論主義，故當事人有爭執之買賣契約成立事實，證據資料應由當事人提出之，而不應由法院依職權調查證據，故(B) 之論述錯誤。
- (三) 民事訴訟法§285 I 規定：「聲明證據，應表明應證事實。」故(C) 之論述正確。
- (四) 法院於調查證據前，應先為「爭點整理及簡化」→「爭點曉諭」→「曉諭舉證責任分配(主觀舉證責任)」→「命當事人聲明證據」→「法院先為證據關聯性之審查」→「法院應集中調查證據」故(D) 之論述正確。

05、甲將乙列為被告，提起訴訟，請求法院准兩造離婚，其主張之事實及理由略為：乙與訴外人丙有合意性交行為，構成裁判離婚之事由云云。乙則請求法院駁回原告之訴，並否認有與丙合意性交云云。

下列選項之敘述，何者正確？

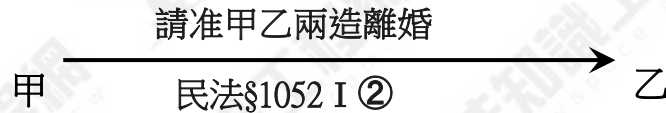
- (A) 關於乙、丙合意性交之事實，法院一律應依職權調查證據
- (B) 當事人兩造如未請求，依處分權主義，法院不得依職權定其未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法

- (C)甲如因訴無理由被駁回而受敗訴判決確定時，不得再以該離婚訴訟言詞辯論終結前有不堪同居之虐待事由，又提起離婚訴訟
- (D)乙如自認有合意性交事實，甲即無庸舉證

【解析】

(C) 甲如因訴無理由被駁回而受敗訴判決確定時，不得再以該離婚訴訟言詞辯論終結前有不堪同居之虐待事由，又提起離婚訴訟

【題目解答】



- (一) 民事訴訟法§575 I 規定「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。」依此可知離婚之訴僅於「維持婚姻」始得由法院職權探知事實及職權調查證據，「乙、丙合意性交之事實」乃屬「離婚之原因事實」，法院不得職權調查證據，(A)之論述錯誤。
- (二) 民事訴訟法§572-1 I 規定「撤銷婚姻或離婚之訴，當事人得於第一審或第二審言詞辯論終結前，附帶請求法院於認原告之訴為有理由時，並定對於未成年子女權利義務行使負擔之內容及方法。」，§572-1 II 規定「前項情形，法院亦得依職權定之。但於裁判前，應使當事人有陳述意見之機會。」(B)論述「…依處分權主義，法院不得依職權…」顯與§572-1 II 規定不符，故屬錯誤。
- (三) 民事訴訟法§573 I 規定「提起……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。」甲如因訴無理由被駁回而受敗訴判決確定時，不得再以該離婚訴訟言詞辯論終結前有不堪同居之虐待事由，又提起離婚訴訟，(C)之論述正確。
- (四) 民事訴訟法§574 II 規定「關於訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，在…離婚……之訴，於…離婚……之原因、事實，不適用之……」依此可知離婚之訴就「離婚之原因事實」，當事人所為之自認，法院不受拘束，原告甲就此仍負有舉證責任。(D)之論述錯誤。

06、原告甲列乙為被告，聲明求為判決乙應給付甲新臺幣（下同）90 萬元。主張：乙於某日向甲購買某機器（下稱系爭機器），迄未給付價金，爰依價金給付請求權為請求。乙則抗辯：甲並未交付系爭機器，尚不得向乙請求給付買賣價金，且乙亦得請求甲交付該機器。試問下列選項之敘述，何者錯誤？

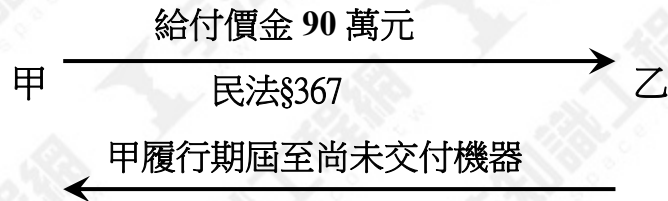
①法院應向乙闡明是否主張同時履行抗辯②法院應向乙闡明是否有意提起反訴，請求甲交付系爭機器③如乙表明僅主張同時履行抗辯，而法院認為甲之請求及乙之同時履行抗辯均為有理由時，應判令甲交付系爭機器予乙，並命乙給付甲 90 萬元④本件訴訟判決確定後，乙不得再起訴請求甲交付系爭

機器	(A)①②	(B)①③	(C)②③	(D)③④
----	-------	-------	-------	-------

【解析】

(D) ③④

【題目解答】



- (一) 民事訴訟法§199-1 II 規定「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。」法院應向乙闡明是否主張同時履行抗辯，故①之論述正確。
- (二) 民事訴訟法§199-1 II 規定「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。」法院應向乙闡明是否有意提起反訴，請求甲交付系爭機器，故②之論述正確。
- (三) 如乙表明僅主張同時履行抗辯，而法院認為甲之請求及乙之同時履行抗辯均為有理由時，應為一個「對待給付判決」（亦即，被告乙應於甲交付系爭機器予乙之同時，給付甲 90 萬元），而非判「命甲交付系爭機器予乙」，並「命乙給付甲 90 萬元」二個判決，故③之論述錯誤。
- (四) 就對待給付部分（於甲交付系爭機器予乙之同時），仍係就攻擊防禦方法為判決，非係就訴訟標的為判決，此部分判決並無§400 之既判力，故④之論述錯誤。

07、甲以一訴請求乙給付買賣價金及返還借款。第一審法院就買賣價金部分為甲勝訴判決，就返還借款部分為甲敗訴判決。下列關於上訴之敘述，何者正確？

- (A) 甲提起第二審上訴，乙則於上訴不變期間內合法提起附帶上訴，甲因未繳納上訴裁判費，其上訴遭駁回，乙之附帶上訴視為獨立之上訴
- (B) 甲提起第二審上訴，乙就敗訴部分聲明捨棄上訴，則乙敗訴部分之判決，於乙捨棄上訴時確定
- (C) 甲提起第二審上訴，乙於上訴期間屆滿後始附帶上訴，則甲嗣後撤回上訴，無須得乙同意
- (D) 甲提起第二審上訴，乙並未上訴，第二審法院駁回甲之上訴，甲提起第三審上訴，經第三審法院廢棄原第二審判決，發回第二審法院審理，乙於發回後，就敗訴部分得附帶上訴

【解析】

(A) 甲提起第二審上訴，乙則於上訴不變期間內合法提起附帶上訴，甲因未繳納上訴裁判費，其上訴遭駁回，乙之附帶上訴視為獨立之上訴

【題目解答】

- (一) §461 規定：「上訴經撤回或因不合法而被駁回者，附帶上訴失其效力。但附帶上訴備上訴之要件者，視為獨立之上訴。」乙於上訴不變期間內合法提起附帶上訴，故甲之上訴遭駁回，乙之附帶上訴可視為獨立之上訴，故 (A) 之論述正確。
- (二) §460 II 規定：「附帶上訴，雖在被上訴人之上訴期間已滿，或曾捨棄上訴權或撤回上訴後，亦得為之。」故乙就敗訴部分雖聲明捨棄上訴，然仍得提起附帶上訴，故 (B) 之論述謂「乙敗訴部分之判決於乙捨棄上訴時確定」並不正確。
- (三) §459 I 規定：「上訴人於終局判決前，得將上訴撤回。但被上訴人已為附帶上訴者，應得其同意。」，故 (C) 之論述謂「甲嗣後撤回上訴，無須得乙同意」並不正確。
- (四) §460 I 規定：「被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。但經第三審法院發回或發交後，不得為之。」，故 (D) 之論述謂「...發回第二審法院審理，乙於發回後，就敗訴部分得附帶上訴」並不正確。

08、原告之訴經審判長定期間命原告補正或補充，逾期未為補正或補充。下列何種情形不屬於法院依民事訴訟法規定應以起訴不合法裁定駁回原告之訴之事由？

- (A) 原告起訴主張基於侵權行為損害賠償請求權訴請被告賠償，但未具體指明被告為何人，僅表示被告係指偷其財物之人
- (B) 原告起訴依法應預納裁判費而未預納
- (C) 原告係受監護宣告之人，未經監護人代理逕行提起訴訟
- (D) 原告之訴依其所訴之事實，在法律上顯無理由

【解析】

(D) 原告之訴依其所訴之事實，在法律上顯無理由

【題目解答】

- (一) 民事訴訟法§244 I 規定「起訴，應以訴狀表明當事人.....，提出於法院為之.....」而§249 I ⑥規定，起訴不合程式或不備其他要件者法院應以裁定駁回之。故原告起訴未具體指明被告為何人，僅表示被告係指偷其財物之人，乃屬「當事人不特定」之程式要件欠缺，法院裁定駁回原告之訴，故 (A) 之論述屬之。
- (二) 訴訟費用亦屬訴訟要件之一，故原告起訴未預納裁判費，法院應以裁定駁回原告之訴，故 (B) 之論述屬之。
- (三) 原告係受監護宣告之人，未經監護人代理逕行提起訴訟，乃屬§249 I ④事由「原告或被告無訴訟能力，未由法定代理人合法代理者。」，法院應以裁定駁回原告之訴，故 (C) 之論述屬之。
- (四) 原告之訴依其所訴之事實，在法律上顯無理由，法院應依§249 II 規定「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，

逕以判決駁回之。」處理之，故（D）之論述屬之。

09、下列選項之敘述，何者不屬於「證據資料」？

- (A)證人在言詞辯論期日經具結後所為之證言
- (B)鑑定人向法院提出鑑定意見、內附具結結文之鑑定書
- (C)法院依職權進行當事人訊問，該當事人經具結後所為之陳述
- (D)當事人在言詞辯論時，對他造所主張不利於己事實為承認之陳述

【解析】

（D）當事人在言詞辯論時，對他造所主張不利於己事實為承認之陳述

【題目解答】

證據資料，乃係法院調查證據方法後所得之資料。故：

- （一）「證人」在言詞辯論期日經具結後所為之證言，為證據資料。
- （二）「鑑定人」向法院提出鑑定意見、內附具結結文之鑑定書，為證據資料。
- （三）法院依職權進行「當事人訊問」，該當事人經具結後所為之陳述，為證據資料。
- （四）當事人在言詞辯論時，對他造所主張不利於己事實為承認之陳述，係屬「自認」（§279），乃當事人以訴訟主體之地位，就訴訟關係為事實陳述之訴訟行為，非屬證據資料。

10、原告甲列乙為被告，聲明求為判決命乙給付新臺幣（下同）100 萬元。主張：乙自民國（下同）92 年至 95 年間陸續透過丙向甲借款，合計金額達 100 萬元，經催告乙還款，惟乙拒絕清償，爰依借款返還請求權為請求等語。甲並提出丙擅以自己名義所出具經公證人認證之「證明書」（下稱系爭證明書）為證據，其內記載乙確有向甲借款之事實。乙則否認有向甲借款之事實及系爭證明書之真正。試問下列何者正確？

- (A)系爭證明書推定為真正
- (B)甲應證明系爭證明書為真正
- (C)系爭證明書之提出即可完全取代丙之到場陳述
- (D)法院一律應依職權再通知丙到場訊問

【解析】

（A）系爭證明書推定為真正

【題目解答】

§358 I 規定：「私文書經本人或其代理人簽名、蓋章或按指印或有法院或公證人之認證者，推定為真正。」故系爭證明書應推定為真正，（A）之論述正確。

11、甲將乙列為被告，於 2010 年 5 月 25 日起訴請求法院判決命乙應給付甲新臺幣（下同）100 萬元。其主張之事實及理由略為：乙於 2008 年 6 月 1 日開車撞傷甲，受傷嚴重，迄今仍在醫院治療，尚無法工作，為此請求甲給付至少 100 萬元云云。下列何者正確？

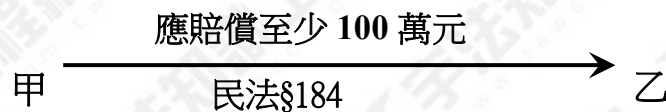
- (A)甲於 2010 年 10 月 1 日第一審言詞辯論終結前，擴張其聲明，增加給付

- 請求為 120 萬元，但因被告就增加給付之部分，提出罹於時效之抗辯，法院應以追加不合法為由駁回該部分之請求
- (B)於本訴訟繫屬中，甲得再本於同一原因事實另行起訴請求慰撫金 50 萬元
- (C)聲明之特定為原告之責任，本件請求之金額仍未特定，受訴法院應以起訴不合法駁回之
- (D)本件訴訟具有全部請求之性質，並非一部訴求

【解析】

(D) 本件訴訟具有全部請求之性質，並非一部訴求

【題目解答】



- (一) 民事訴訟法§244IV規定，應受判決事項之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得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。此為「最低損害賠償請求聲明」之方式，法院不得以「增加給付請求為 120 萬元」追加不合法為由駁回該部分之請求，(A) 之論述錯誤。
- (二) 民事訴訟法§253 規定：「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。」於本訴訟繫屬中，甲如再本於同一原因事實另行起訴請求慰撫金 50 萬元，則「當事人相同」、「訴訟標的相同」、「訴之聲明相同、相反或可以代用 (100 萬可以涵蓋 50 萬元)」，為訴訟繫屬中重行起訴，該訴不合法，其慰撫金 50 萬元應於本訴訟以「補充或擴張聲明」之方式為之，故(B) 之論述錯誤。
- (三) 損害賠償之訴，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，甚難預為估算，常須經專業鑑定以及法院之斟酌裁量，始能定其數額。於請求金額賠償損害之事件，如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，嫌其過苛，故§244IV特設「最低損害賠償請求聲明」之權利主張方式。(A) 之論述錯誤。
- (四) 原告依§244IV規定表明之最低金額，係就§244 I ②之原因事實範圍內之全部請求所為，自不得再主張其係一部請求，而就其餘請求另行起訴，又原告補充其聲明後，應按補充後之聲明計算裁判費，補繳其差額，亦屬當然。(D) 之論述係屬正確。

12、下列關於「自由心證主義」之敘述，何者錯誤？

- (A)法院得斟酌相關人證之證詞用以認定兩造間之管轄合意存在，只要此項認定不違背論理及經驗法則，即可謂合法，並不以有書面證據足以證明為必要
- (B)法院得依自由心證判斷事實真偽，至於所採用之證據，其證據方法原則



- 上並無限制，究竟人證或物證何者較為可採，均委由法官之自由
- (C)相關證據是否能證明待證事實存在之證據力（證據證明力），亦委由法官自由判斷，故當事人所提出之證據，法院亦可據此作成對他造有利之事實認定
- (D)法官於交通事故請求損害賠償之事件中，作出交通事故現場所留車輛煞車痕跡愈長即表示車速愈快之認定，其關於此項心證之運用，應認符合經驗法則

**【解析】**

- (A) 法院得斟酌相關人證之證詞用以認定兩造間之管轄合意存在，只要此項認定不違背論理及經驗法則，即可謂合法，並不以有書面證據足以證明為必要

**【題目解答】**

- (一) 民事訴訟法§24 I 規定「當事人得以合意定第一審管轄法院。但以關於由一定法律關係而生之訴訟為限。」§24 II 規定「前項合意，應以文書證之。」故合意管轄非採「自由心證主義」而採「法定證據主義」，(A)之論述錯誤。
- (二) 在法定之證據方法內，關於如何取捨證據，有無證據價值（證據力），法律不設規定，由法院斟酌全辯論意旨及調查證據之結果（§ 222 I），依經驗定則及論理法則，為客觀的自由判斷者，謂之自由心證主義。(B)之論述「……人證或物證何者較為可採，均委由法官之自由」係屬正確。
- (三) (C)之論述「…證據力（證據證明力），亦委由法官自由判斷…」亦屬上述自由心證主義之內涵，故屬正確。
- (四) 自由心證主義仍須依經驗定則（如科學之定理定律）及論理法則（如合於事理或法律邏輯）而為自由心證，不得為無理論依據之自由心證。故(D)之論述「… 車輛煞車痕跡愈長即表示車速愈快之認定…」符合經驗法則應屬正確。

13、於通常訴訟程序之證據調查，下列何者正確？

- (A)當事人所聲明之證據，法院均應為調查，一律不得拒絕
- (B)法院如不能依當事人聲明之證據而得心證時，為發現真實，均應依職權調查證據
- (C)所有之證據，均僅能由當事人聲明，法院均不得依職權調查當事人未聲明之證據
- (D)當事人一造得對他造所聲明之證人，於向審判長陳明後自行發問

**【解析】**

- (D) 當事人一造得對他造所聲明之證人，於向審判長陳明後自行發問

**【題目解答】**

- (一) 民事訴訟法§286 規定「當事人聲明之證據，法院應為調查。但就其聲明之

## 100 年司法特考民訴

證據中認為不必要者，不在此限。」，故（A）之論述「法院均應為調查，一律不得拒絕」並不正確。

（二）民事訴訟法§288 I 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。」法條用語為「得」而非「應」依職權調查證據，故（B）之論述並不正確。

（三）依民事訴訟法§288 I 規定即可得知（C）之論述「均僅能由當事人聲明，法院均不得依職權調查當事人未聲明之證據」並不正確。

（四）民事訴訟法§200 I 規定「當事人得聲請審判長為必要之發問，並得向審判長陳明後自行發問。」§320 I 規定「當事人得聲請審判長對於證人為必要之發問，或向審判長陳明後自行發問。」故（D）之論述正確。

14、關於通常訴訟程序之基本原則，下列選項之敘述，何者正確？

(A)根據辯論主義，一律應行言詞辯論

(B)根據民事訴訟法所採集中審理原則，一律僅能集中於一次言詞辯論期日調查事實、證據

(C)根據法庭公開審理原則，當事人享有卷宗閱覽權

(D)根據辯論主義，當事人得合意限縮事實上爭點

【解析】

（D）根據辯論主義，當事人得合意限縮事實上爭點

【題目解答】

（一）民事訴訟法§221 I 規定「判決，除別有規定外，應本於當事人之言詞辯論為之。」，可知（A）之論述「一律應行言詞辯論」並不正確。

（二）民事訴訟法§270 I 規定「行合議審判之訴訟事件，法院於必要時以庭員一人為受命法官，使行準備程序。」§270 II 規定「準備程序，以闡明訴訟關係為止。但另經法院命於準備程序調查證據者，不在此限。」可知（B）之論述「一律僅能集中於一次言詞辯論期日調查事實、證據」並不正確。

（三）「法庭公開審理原則」與「當事人享有卷宗閱覽」兩者並無並然關連，即便不公開審理民事事件，亦應保障當事人之卷宗閱覽權，故（C）之論述不正確。

（四）辯論主義之重要命題之一即為「非經當事人主張之事實，法院不得逕採為判決基礎」，依此觀點謂「根據辯論主義，當事人得合意限縮事實上爭點」，（D）之論述尚稱正確。

15、a1、a2、……、a50 等 50 人於民國 99 年 3 月間一起搭乘甲運輸公司之遊覽車出遊，因該車司機乙駕駛不慎而發生車禍，導致 a1、a2、……、a50 各發生身體及財產上損害。問下列敘述何者正確？

(A)若 a3、a4、……、a50 等 48 人在第一審合意選定 a1、a2 為當事人（被選定人），由 a1 及 a2 為 50 人全體提起損害賠償之訴，第一審判決原告之訴駁回，a1 提起上訴，其上訴效力不及於 a2

- (B)若 a3、a4、……、a25 等 23 人合意選定 a1、a2 為被選定人為其提起損害賠償之訴，此時可公告曉示命 a26、……、a50 併案請求，若未併案請求者，其後不得另行起訴
- (C)若 a1、a2、……、a50 等 50 人係某丙電子公司員工，可選定丙公司為被選定人為其進行訴訟
- (D)若 a2、a3、……、a50 等 49 人合意選定 a1 為被選定人為該 50 人全體對甲公司提起損害賠償之訴，經法院判決原告訴之聲明全部勝訴確定，a50 得持該確定判決聲請法院對甲公司財產強制執行

【解析】

- (D) 若 a2、a3、……、a50 等 49 人合意選定 a1 為被選定人為該 50 人全體對甲公司提起損害賠償之訴，經法院判決原告訴之聲明全部勝訴確定，a50 得持該確定判決聲請法院對甲公司財產強制執行

【題目解答】

- (一) 實務、通說皆認為選定當事人為多數時，同具訴訟實施權，為固有必要共同訴訟。a1 及 a2 為 50 人全體提起損害賠償之訴，a1 及 a2 二人相互間之關係屬於固有必要共同訴訟之關係，a1 提起上訴，其上訴效力依§56 I ① 應及於 a2，故 (A) 之論述錯誤。
- (二) 訴訟事件如經共同利益人選定一人或數人起訴，法院得公告曉示其他本於同一原因事實而有共同利益之人，得於一定期間內以書狀表明併案為同種類法律關係之請求，此種訴訟型態即稱為集團訴訟 (§ 44-2 I)。然此非「強制」併案請求之規定，a26 至 a50 若未併案請求，仍得自行起訴，故 (B) 論述「其後不得另行起訴」應屬錯誤。
- (三) 現行選定當事人制度，要求應自有共同利益之多數人中 (亦即由 a1 至 a50 等 50 人中) 選定之，不得於全體外之人中選定。故不得選定丙公司為被選定人為其進行訴訟，(C) 之論述錯誤。
- (四) a1 為被選定人為「形式當事人」而「a1 至 a50」為實質當事人，a1 為該 50 人全體對甲公司提起損害賠償之訴，其勝訴確定判決之效力亦及於實質當事人 (§401 II)，執行力亦及於之 (強制執行法§4-2 I ②)，故 a50 得持該確定判決聲請法院對甲公司財產強制執行，(D) 之論述正確。

- 16、甲、乙、丙、丁四人就其共有土地一筆，訂立原物分配之協議分割契約，因丙、丁均拒絕履行，甲、乙二人向法院起訴請求履行協議分割契約。以下敘述何者正確？
- (A)本件訴訟專屬不動產所在地法院管轄
- (B)甲、乙僅以拒絕履行分割協議之丙為被告，即可達到分割共有地之目的
- (C)本件訴訟係以消滅各共有人就共有物之共同關係為目的，屬形成訴訟
- (D)原告應受判決事項之聲明，應記載命被告依協議分割契約所定分割方法

協同原告辦理分割登記

【解析】

(D) 原告應受判決事項之聲明，應記載命被告依協議分割契約所定分割方法協同原告辦理分割登記

【題目解答】

甲 被告應依協議分割契約所定分割方法協同原告辦理分割登記 → 丙  
乙 協議分割履行請求權 丁

- (一) 裁判分割共有物之訴，始為§10 I 所規範之專屬管轄。起訴請求履行協議分割契約可適用§10 II 由不動產所在地之法院管轄，惟此屬於任意管轄，故 (A) 之論述錯誤。
- (二) 分割協議契約為全體共有人所訂立，丙、丁均拒絕履行，若甲、乙僅以拒絕履行分割協議之丙為被告，雖「當事人適格」，惟若不以丁為共同被告，僅甲乙丙三人根本無從達到分割共有地之目的（請參照民法§819 II），故 (B) 之論述錯誤。
- (三) 裁判分割共有物之訴，始為形成訴訟，起訴請求履行協議分割契約為給付之訴，故 (C) 之論述錯誤。
- (四) 原告訴之聲明為給付聲明，其聲明為：「命被告依協議分割契約所定分割方法協同原告辦理分割登記」，故 (D) 之論述正確。

17、關於訴訟參加，下列敘述何者正確？

- (A) 已參加訴訟之參加人，得輔助一造當事人對於確定判決提起再審之訴  
(B) 參加人得代其所輔助之當事人承當訴訟，不必得當事人兩造同意  
(C) 獨立參加人之行為與所輔助之當事人之行為相牴觸者，一律不生效力  
(D) 本訴訟裁判之效力均不及於他造當事人

【解析】

(A) 已參加訴訟之參加人，得輔助一造當事人對於確定判決提起再審之訴

【題目解答】

- (一) 民事訴訟法§58 III 規定「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之訴。」，可知 (A) 之論述係屬正確。
- (二) 民事訴訟法§64 I 規定「參加人經兩造同意時，得代其所輔助之當事人承當訴訟。」，可知 (B) 之論述「不必得當事人兩造同意」應屬錯誤。
- (三) 獨立參加，即指§62 之參加，該條規定：「訴訟標的，對於參加人及其所輔助之當事人必須合一確定者，準用第五十六條之規定。」，故 (C) 之論述「與所輔助之當事人之行為相牴觸者，一律不生效力」應屬錯誤。
- (四) 訴訟參加效力之主觀範圍發生於：「參加人」不得對其「所輔助之當事人」主張本訴訟之裁判不當 (§63 I)；「所輔助之當事人」亦不得對「參加人」

## 100 年司法特考民訴

主張本訴訟之裁判不當 (§63 II)；「參加人」與「他造當事人」間，非參加效力所及。故如謂「參加效力不及於他造當事人」應屬正確。但本訴訟進行於「所輔助之當事人」與「他造當事人」間，此兩造當事人均為本訴訟裁判效力直接所及 (§401 I)，於此觀點 (D) 之論述「本訴訟裁判之效力均不及於他造當事人」並非正論。

- 18、下列何選項所列訴訟事件，均應適用簡易程序審判？①原告請求被告給付借款新臺幣 50 萬元及該借款已到期按週年利率 5% 計算之 5 年利息②原告請求被告給付新臺幣 70 萬元，主張其中 30 萬元係基於侵權行為損害賠償請求權，另 40 萬元係請求給付買賣價金③原告請求被告給付新臺幣 50 萬元，主張依債務不履行及侵權行為損害賠償請求權為競合請求④原告訴請判決離婚，並提出兩造合意該離婚訴訟適用簡易程序之書面
- (A)①②③      (B)①③      (C)②③④      (D)②④

### 【解析】

(B) ①③

### 【題目解答】

- (一)原告請求被告給付借款新臺幣 50 萬元及該借款已到期按週年利率 5% 計算之 5 年利息，應適用簡易訴訟程序 (§427 I)
- (二)原告請被告給付新臺幣 70 萬元，主張其中 30 萬元係基於侵權行為損害賠償請求權，另 40 萬元係請求給付買賣價金，應適用通常訴訟程序。
- (三)原告請求被告給付新臺幣 50 萬元，主張依債務不履行及侵權行為損害賠償請求權為競合請求，應適用簡易訴訟程序 (§427 I)
- (四)原告訴請判決離婚，雖提出兩造合意該離婚訴訟適用簡易程序之書面，仍應適用人事訴訟程序。

- 19、關於客觀訴之合併，下列選項之敘述，何者正確？

- (A)原告之數項請求必須具有關連性
- (B)原告之數項請求必須具有同一管轄權之法院始得合併
- (C)財產權訴訟事件均一概不得與人事訴訟事件合併
- (D)數請求間具有互不兩立之矛盾關係者，亦得提起預備合併

### 【解析】

(D) 數請求間具有互不兩立之矛盾關係者，亦得提起預備合併

### 【題目解答】

- (一)單純合併之提起，不以原告之數項請求具有關連性為必要，(A) 之論述不正確。
- (二)如其中一訴訟標的某法院有管轄權，而他訴訟標的某法院無管轄權者，則將無從為客觀訴之合併，故§248 規定，對於同一被告之數宗訴訟，除定有專屬管轄外，得向就其中一訴訟有管轄權之法院合併提起，(B) 之論述不正確。

## 100 年司法特考民訴

- (三) 與婚姻關係有關之財產訴訟可合併提起之 (§572 III), (C) 之論述不正確。  
(四) 數請求間具有互不兩立之矛盾關係者, 得提起預備合併, (D) 之論述正確。

20、下列關於再審之敘述, 何者正確?

- (A) 甲起訴請求乙返還借款, 受敗訴判決確定, 甲之債權人丙得以確定判決適用法規顯有錯誤為由, 代位甲提起再審之訴  
(B) 對於第三審法院之判決, 以發見未經斟酌之證物, 足證第二審判決確定之事實與真相不符為理由, 提起再審之訴者, 專屬第三審法院管轄  
(C) 對於第二審法院判決提起上訴, 第三審法院以上訴為不合法裁定駁回, 當事人就該裁定以發見未經斟酌之證物, 足證上訴合法為理由聲請再審者, 專屬第三審法院管轄  
(D) 對於第二審法院判決提起上訴, 第二審法院以該判決係不得上訴之判決為由, 裁定駁回上訴, 當事人對駁回上訴裁定提起抗告, 第三審法院認抗告無理由, 裁定駁回抗告。對不得上訴之該確定裁定聲請再審, 專屬第二審法院管轄

【解析】

- (C) 對於第二審法院判決提起上訴, 第三審法院以上訴為不合法裁定駁回, 當事人就該裁定以發見未經斟酌之證物, 足證上訴合法為理由聲請再審者, 專屬第三審法院管轄

【題目解答】

- (一) 按訴訟程序中之行為, 僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得為之, 是在訴訟程序上唯有債務人始得進行之行為, 尚非他債權人所得代位行使。(最高法院 99 年度第 6 次民事庭會議) 故 (A) 之論述謂「甲之債權人丙得...代位甲提起再審之訴」係屬錯誤。  
(二) §499 II 但書規定:「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。」故依 §496 I ⑬「發見未經斟酌之證物」提起再審之訴者, 專屬第二審法院管轄, 故 (B) 之論述謂「專屬第三審法院管轄」係屬錯誤。

◎最高法院 28 年聲字第 122 號判例

第三審法院之判決, 依民事訴訟法第四百七十三條第一項之規定, 應以第二審判決確定之事實為基礎, 故對於第三審法院之判決, 以發見未經斟酌之證物, 足證第二審判決確定之事實與真相不符為理由, 提起再審之訴者, 依同法第四百九十五條第二款之規定, **專屬原第二審法院管轄**, 若關於第三審上訴合法與否之事實, 則應由第三審法院自行調查裁判, 對於第三審法院以上訴為不合法而駁回之裁定, 以發見未經斟酌之證物, 足證上訴合法為理由聲請再審者, 依同法第五百零三條準用第四百九十五條前段之規定, **專屬第三審法院管轄**, 不在同條第二款規定之列。

- (三) 對於第二審法院判決提起上訴, 第三審法院以上訴為不合法裁定駁回,

當事人就該裁定以發見未經斟酌之證物，足證上訴合法為理由聲請再審者，專屬第三審法院管轄。(C)之論述正確。

◎最高法院 71 年台聲字第 132 號判例

當事人提起第三審上訴，是否合法，係屬本院應依職權調查裁判之事項，聲請人對本院以其上訴為不合法而駁回之裁定，以發見未經斟酌之證物為由聲請再審，依同法第五百零七條準用同法第四百九十九條前段之規定，專屬本院管轄，不在同條第二款規定之列。

◎最高法院 72 年台上字第 112 號判例

前訴訟程序第二審法院雖未認上訴人之第二審上訴不合法，而從實體上為駁回上訴人第二審上訴之判決，然因第二審上訴合法與否，第三審仍應依職權調查之，民事訴訟法第四百七十六條第一項之規定，於應由第三審依職權調查之事項不適用。上訴人之第二審上訴，本院經依職權調查之結果，認定其為不合法，並以第二審未依法以裁定駁回之，而從實體上為駁回之判決，雖有未合，但其結果相同，遂仍以判決維持之，而駁回上訴人之第三審上訴。本院確定判決既非以第二審判決確定之事實為基礎，而上訴人提起之再審之訴，又係以發見未經斟酌之證物，足證前訴訟程序本院認定其在第二審之上訴不合法事實，顯屬錯誤為理由。依同法第四百九十九條前段規定，**本件再審之訴仍專屬本院管轄**，要無同條第二款之適用。

(四)(D)之論述謂「專屬第二審法院管轄」與 28 年聲字第 122 號判例及 71 年台聲字第 132 號判例之見解相左。

- 21、甲（住所在臺南市）起訴請求判決命被告乙返還 A 地，主張乙（住所在高雄市）無權占用甲所有之 A 地（坐落在嘉義市），為此基於所有物返還請求權起訴。問：下列敘述何者正確？
- (A)若甲向臺南地方法院起訴，法院將該事件移送高雄地方法院，高雄地方法院應受該移送裁定之拘束
  - (B)若甲向高雄地方法院起訴，高雄地方法院對此事件為實體判決後，經敗訴者向臺灣高等法院高雄分院提起上訴，該二審法院不能再審查原審有無管轄權之問題
  - (C)若甲向高雄地方法院起訴後，因乙於第一次開庭時即抗辯其係有權占有等語，高雄地方法院應為此事件有權管轄之法院
  - (D)若甲向臺南地方法院起訴後，經該院為一審判決後，敗訴者向臺灣高等法院臺南分院提起上訴，該二審法院應將該原審判決廢棄，移送嘉義地方法院

【解析】

- (D) 若甲向臺南地方法院起訴後，經該院為一審判決後，敗訴者向臺灣高等法院臺南分院提起上訴，該二審法院應將該原審判決廢棄，移送嘉義地方法院

【題目解答】

## 100 年司法特考民訴

民事訴訟法§10 I 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。」通說及實務均認基於所有物返還請求權（民法§767 I）所主張之訴訟，亦屬專屬管轄。故本訴訟應專屬於嘉義地方法院管轄。

（一）民事訴訟法§30 I 規定：「移送訴訟之裁定確定時，受移送之法院受其羈束。」

§30 II 規定：「前項法院，不得以該訴訟更移送於他法院。但專屬於他法院管轄者，不在此限。」故高雄地方法院不應受該移送裁定之拘束，應將訴訟移送至嘉義地方法院，（A）之論述係屬錯誤。

（二）民事訴訟法§452 I 規定：「第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決。但違背專屬管轄之規定者，不在此限。」§452 II 規定：「因第一審法院無管轄權而廢棄原判決者，應以判決將該事件移送於管轄法院。」可知該二審法院仍應再審查原審有無違反專屬管轄，（B）之論述係屬錯誤。

（三）民事訴訟法§25 規定：「被告不抗辯法院無管轄權，而為本案之言詞辯論者，以其法院為有管轄權之法院。」§26 規定：「前二條之規定，於本法定有專屬管轄之訴訟，不適用之。」故應訴管轄之規定於專屬管轄不適用之，即便乙不抗辯無管轄權而主張其係有權占有之本案言詞辯論，亦無§25 規定之適用，故（C）之論述係屬錯誤。

（四）§452 II 規定：「因第一審法院無管轄權而廢棄原判決者，應以判決將該事件移送於管轄法院。」甲向臺南地方法院起訴後，經該院為一審判決後，敗訴者向臺灣高等法院臺南分院提起上訴，該二審法院應將該原審判決廢棄，移送嘉義地方法院，（D）之論述係屬錯誤。

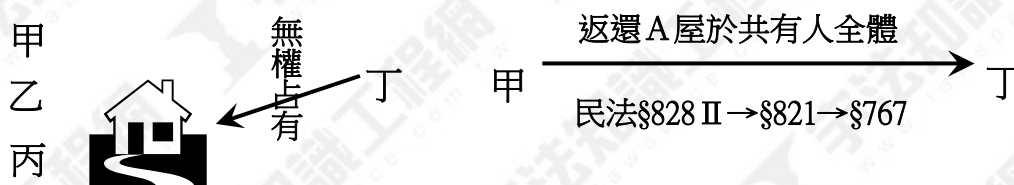
22、甲、乙、丙共同共有 A 房屋，今被丁無權占有，如甲將丁列為被告提起共有物返還之訴訟。下列選項之何者全部錯誤？①如乙、丙無正當理由而拒絕成為原告時，甲不可向法院聲請追加乙及丙為原告②乙、丙不得以共同訴訟輔助參加人之身分參與訴訟③乙、丙參加訴訟後，如經法院合法為言詞辯論之通知，僅甲、丁到場，法院得命甲與丁為辯論而判決④乙、丙參加訴訟後，如丁獲敗訴之本案判決並就此提起上訴，其上訴效力亦及於甲、乙、丙  
(A)②③ (B)①③ (C)③④ (D)①②

【第一次公佈解答】

(D) ①②

【第二次公佈解答】：第 72 題一律給分。

【題目解答】



（一）甲依民法§828 II 可一人為全體共同共有人之利益起訴行使物上請求權，非



固有必要共同訴訟型態，無民事訴訟法§56-1 I 之適用，故①之論述「甲不可向法院聲請追加乙及丙為原告」並無錯誤。

(二) 民事訴訟法§62 規定：「訴訟標的，對於參加人及其所輔助之當事人必須合一確定者，準用第五十六條之規定。」本條文有學者謂其為「獨立之輔助參加」(楊建華)、有謂「共同訴訟參加」(駱永家)、亦有謂「共同訴訟輔助參加」(通說用語)，甲進行訴訟，乙丙亦為判決效力所及，故訴訟標的對於甲乙丙三人合一確定，如謂§62 規定為「共同訴訟參加」(駱永家)，則②之用語「不得以共同訴訟輔助參加人」正確。但謂§62 規定為「共同訴訟輔助參加」(通說用語)則②之用語「不得以共同訴訟輔助參加人」錯誤。

(三) 乙、丙參加訴訟後，如經法院合法為言詞辯論之通知，僅甲、丁到場，法院「因兩造當事人均有人在場」得命甲與丁為辯論而判決，故③之論述係屬正確。

(四) 乙、丙參加訴訟後，如丁獲敗訴之本案判決並就此提起上訴，其上訴效力依§62 規定「準用§56 I ②」亦及於甲、乙、丙，故④之論述正確。

23、甲列乙為被告，起訴主張丙物為甲所有，遭乙無權占有，為此本於所有人地位，聲明求為判決命乙返還丙物予甲云云，下列何者之敘述正確？

(A) 在乙為本案言詞辯論前，依據辯論主義，甲得任意撤回起訴

(B) 乙已為本案言詞辯論者，甲之撤回起訴應得乙之同意

(C) 基於公益維護層面之訴訟經濟之要求，法院已為本案判決者，縱得乙之同意，甲亦不得撤回起訴

(D) 訴經甲合法撤回者，一律視同甲自始未起訴，所以其均得再行起訴

**【解析】**

(B) 乙已為本案言詞辯論者，甲之撤回起訴應得乙之同意

**【題目解答】**

(一) 撤回起訴而終結訴訟為處分權主義之範疇，故(A)之論述謂「依據辯論主義」係屬錯誤。

(二) §262 I 規定：「原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。」故(A)之論述正確。

(三) §263 II 規定：「於本案經終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴。」故知法院已為本案判決者，亦得撤回起訴，僅係不得復提起同一之訴。故(C)之論述錯誤。

(四) 如法院未為本案判決者，依§263 I 本文規定：「訴經撤回者，視同未起訴。」一律視同甲自始未起訴，所以得再行起訴，但法院已為本案判決者，依§263 II 規定則不得復提起同一之訴。故(D)之論述錯誤。

24、甲於民國（下同）98 年 3 月 5 日，列乙為被告，向該管法院起訴，聲明求為判決命乙將 A 屋返還予甲。其事實主張略以：甲於 80 年間自行出資興建 A 屋，原始取得 A 屋所有權。乙於 85 年間未經甲之同意占有使用 A 屋，爰依民法第 767 條規定，請求判決如訴之聲明（下稱前訴訟）云云。經受訴法院於 98 年 12 月 31 日言詞辯論終結。試問：下列何選項之後訴訟，均屬於違反重複起訴禁止原則？

- ①甲列丙為被告，主張與前訴訟相同之事實，並主張：丙為乙之好友，與乙共同居住於 A 屋，爰依民法第 767 條規定，聲明求為判決命丙將 A 屋返還予甲
- ②甲列乙為被告，聲明求為判決命乙將 A 屋返還予甲。其事實主張略以：甲於 88 年間買受 A 屋，為 A 屋之所有人。乙自 85 年間起無權占有使用 A 屋，爰依民法第 767 條規定，請求判決如訴之聲明
- ③甲列乙為被告，聲明求為判決命乙將 A 屋返還予甲。其事實主張略以：甲於 98 年 1 月 15 日，因單獨繼承而取得 A 屋所有權。乙自 85 年間起無權占有使用 A 屋，爰依民法第 767 條規定，請求判決如訴之聲明
- ④甲列乙為被告，主張與前訴訟相同之事實，聲明求為判決確認 A 屋為甲所有
- ⑤乙列甲為被告，主張 A 屋應為乙所有，聲明求為判決確認甲對乙就 A 屋之所有物返還請求權不存在

(A)①②④

(B)②③④

(C)②③⑤

(D)③④⑤

【解析】

(C) ②③⑤

【題目解答】

- (一) ①「甲列丙為被告」與「甲列乙為被告」，當事人不同，二者非同一訴訟，自無違反重複起訴禁止原則可言。
- (二) ②之後訴訟，當事人、訴訟標的及訴之聲明與前訴訟均屬相同，僅前訴訟主張「原始出資取得所有權」，後訴訟主張「買賣取得所有權」攻擊方法不同，違反重複起訴禁止原則無疑。
- (三) ③之後訴訟，當事人、訴訟標的及訴之聲明與前訴訟均屬相同，僅前訴訟主張「原始出資取得所有權」，後訴訟主張「繼承取得所有權」攻擊方法不同，違反重複起訴禁止原則無疑。
- (四) ④之後訴訟，其訴訟標的為「A 屋所有權」，而前訴訟之訴訟標的為「所有物返還請求權」，二訴訟之訴訟標的不同，二者非同一訴訟，自無違反重複起訴禁止原則可言。
- (五) ⑤之後訴訟與前訴訟之間，當事人相同，訴訟標的相同（均為所有物返還請求權），然前訴訟之「給付聲明」可代替後訴訟之「消極確認聲明」，違

## 100 年司法特考民訴

反重複起訴禁止原則應屬無疑。

- 25、甲起訴主張乙欠款新臺幣 500 萬元整，請求返還該款及利息。在此事件中，甲委任丙（執業律師）、丁（無律師資格之親屬）充當其訴訟代理人，丙受有民事訴訟法第 70 條第 1 項但書全部事項之特別委任，丁則未受任何特別委任，丁之代理並已經第一審法院許可。問：下列敘述何者正確？
- (A)此事件經二審判決甲敗訴後，甲可委任丁提起第三審上訴
  - (B)丙及丁有收受判決書送達之權限
  - (C)第一審法院判決甲敗訴後，丙及丁均得以甲名義提起上訴
  - (D)第一審法院判決書僅送達丁，丙可主張上訴期間應自補送判決書於伊後起算

### 【解析】

(B) 丙及丁有收受判決書送達之權限

### 【題目解答】

- (一) 民事訴訟法§466-1 I 規定：「對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。」§466-1 II 規定：「上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。」，故第三審係採律師強制代理訴訟主義，丁無律師資格，故甲不可委任丁提起第三審上訴，(A) 之論述錯誤。
- (二) 訴訟代理人丙及丁均有收受判決書送達之權限 (§132)，(B) 之論述錯誤。
- (三) 提起上訴，係審級終了後之行為，有阻斷原判決確定之效力，故應經特別委任，丁則未受任何特別委任，自不得以甲名義提起上訴，故 (C) 之論述錯誤。
- (四) 訴訟法上之訴訟行為，應顧及訴訟程序進行之流暢，故訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人，法院向其中一人為送達，亦可生送達之效力。各代理人均有單獨收受送達之權 (§70 本文)，數代理人收受時間有先後時，依最先收到的時間為準。故 (D) 之論述錯誤。

- 26、甲（住臺北市）、乙（住臺中市）、丙（住臺南市）、丁（住臺東市）共有土地一筆（坐落宜蘭市），因協議分割不成，甲擬向法院起訴請求裁判分割共有物，下列敘述何者正確？
- (A)甲得任向臺中、臺南或臺東等地方法院起訴
  - (B)甲僅得向宜蘭地方法院起訴
  - (C)如丁不願為原告，亦不願為被告，甲起訴時得僅列乙、丙為被告
  - (D)甲起訴時，應按共有土地之全部交易價額核計裁判費

### 【解析】

## 100 年司法特考民訴

(B) 甲僅得向宜蘭地方法院起訴

### 【題目解答】

民事訴訟法§10 I 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。」故裁判分割共有物之訴為專屬管轄，故甲僅得向共有物所在地之法院，亦即，宜蘭地方法院起訴。

27、原告甲與被告乙涉訟中，受訴法院選任丙進行鑑定，乙擬拒卻鑑定人，問：下列何選項敘述之情形，不得作為拒卻鑑定人之原因？

- (A) 丙於該訴訟事件曾為證人
- (B) 丙曾為系爭訴訟事件原告甲之法定代理人
- (C) 丙為甲之離婚配偶
- (D) 丙曾參與該訴訟事件之仲裁

### 【解析】

(A) 丙於該訴訟事件曾為證人

### 【題目解答】

#### ◎民事訴訟法第 331 條（鑑定人之拒卻）

①當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人。但不得以鑑定人於該訴訟事件曾為證人或鑑定人為拒卻之原因。

②除前條第一項情形外，鑑定人已就鑑定事項有所陳述或已提出鑑定書後，不得聲明拒卻。但拒卻之原因發生在後或知悉在後者，不在此限。

#### ◎民事訴訟法第 32 條（法官之自行迴避及其事由）

法官有下列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：

- 一、法官或其配偶、前配偶或未婚配偶，為該訴訟事件當事人者。
- 二、法官為該訴訟事件當事人八親等內之血親或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係者。
- 三、法官或其配偶、前配偶或未婚配偶，就該訴訟事件與當事人有共同權利人、共同義務人或償還義務人之關係者。
- 四、法官現為或曾為該訴訟事件當事人之法定代理人或家長、家屬者。
- 五、法官於該訴訟事件，現為或曾為當事人之訴訟代理人或輔佐人者。
- 六、法官於該訴訟事件，曾為證人或鑑定人者。
- 七、法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或仲裁者。

28、下列關於上訴之敘述中，何者為正確之組合？

- ①原告依買賣關係請求被告給付買賣價金，被告抗辯：其已經清償，如法院認為尚未清償，則以對原告之同額借款債權為抵銷云云。第一審法院認被告清償抗辯為無理由，惟抵銷抗辯為有理由，判決駁回原告之訴。兩造均得就本判決提起第二審上訴

②原告依買賣關係請求被告給付買賣價金，被告辯稱兩造間並無買賣關係存在，縱有買賣關係，原告價金請求權亦罹於時效。第一審法院認兩造間確有買賣關係存在，惟原告請求權罹於時效，判決駁回原告之訴，被告就本判決得提起第二審上訴

③第一審法院本於被告認諾為原告勝訴判決，命被告負擔訴訟費用。被告認原告無庸起訴，應自行負擔訴訟費用，得單獨就訴訟費用負擔判決提起上訴

④第一審法院為被告敗訴判決，被告得不待判決書送達，即行提起第二審上訴

(A)①④

(B)②④

(C)①②

(D)③④

**【解析】**

(A) ①④

**【題目解答】**

(一) 原告敗訴，可以上訴（形式不服說），被告雖勝訴，惟其債權亦因抵銷而歸於消滅，亦受有不利益（抵銷抗辯有既判力），亦可上訴（實體不服說），故①係屬正確。

(二) 被告無上訴利益（判決理由中之判斷無既判力），故不得上訴，②係屬錯誤。

(三) 訴訟費用之裁判，非對於本案裁判有上訴時，不得聲明不服（§88）。故③係屬錯誤。

(四) 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（§440）。故④係屬正確。

29、下列有關確定判決效力之敘述，何者錯誤？

(A) 被告於訴訟中提出抵銷抗辯，經法院以意圖延滯訴訟逾時提出攻擊防禦方法為由駁回。就被告主張抵銷之請求，既經法院裁判，依民事訴訟法規定，在被告主張抵銷之額之範圍內應有既判力

(B) 法院以清償期未屆至為由判決駁回原告之訴。嗣後於清償期屆至後，原告再就同一原因事實提起給付訴訟，法院不得以違反既判力為由，依民事訴訟法規定裁定駁回後訴

(C) 原告於侵權行為損害賠償請求訴訟獲勝訴判決確定後，就既判力基準時點後因後遺症所生之損害額，可以提起後訴訟請求，不受前訴訟既判力之拘束

(D) 原告起訴主張兩造間買賣契約不成立，基於不當得利之法律關係請求被告返還價金，經法院認為原告之訴無理由而判決原告敗訴確定。嗣後原告再以同一原因事實及法律關係，主張該契約無效請求被告返還價金。

後訴應受前訴既判力之拘束

【解析】

(A) 被告於訴訟中提出抵銷抗辯，經法院以意圖延滯訴訟逾時提出攻擊防禦方法為由駁回。就被告主張抵銷之請求，既經法院裁判，依民事訴訟法規定，在被告主張抵銷之額之範圍內應有既判力

【題目解答】

抵銷之抗辯須「曾為實體上之判斷」為必要，如以原告之請求不成立或本題所示「逾時提出而遭駁回」，無從抵銷時，**被動債權之成立與否既未加裁判**，自無既判力。

30、甲委任有上訴特別代理權之乙律師為訴訟代理人，起訴請求丙給付買賣價金新臺幣（下同）500 萬元，乙律師指定丁為送達代收人。第一審法院雖認甲主張丙應給付價金為有理由，惟亦認丙辯稱對甲有 150 萬元借款債權，得為抵銷，亦有道理，判決命丙給付甲 300 萬元，駁回甲其餘之訴，判決書先向丁，後向甲送達。第一審法院嗣發現判決有誤算之顯然錯誤，依職權裁定更正，裁定書分別向甲、乙送達。設乙擬為甲提起第二審上訴，其上訴不變期間自何時起算？

- (A)判決書送達丁之翌日                      (B)判決書送達甲之翌日  
(C)更正裁定送達至甲之翌日              (D)更正裁定送達至乙之翌日

【解析】

(A) 判決書送達丁之翌日

【題目解答】

更正裁定確定以後，溯及於判決時構成判決一體。判決的確定及執行，都要以判決更正後的判決為準，判決上訴期間的計算，不因為更正而受影響。