

[102 年司法特考民訴測驗題]

01、下列選項之敘述，何者為全部正確？ ①當事人以合意定第一審管轄法院，且為專屬合意管轄之約定，一造若向合意管轄法院外之法院起訴，縱他造不抗辯法院無管轄權而為本案之言詞辯論，該受訴法院仍無管轄權 ②行政法院認無審判權而移送前來之訴訟事件，普通法院認其亦無受理權限者，應裁定停止訴訟程序並聲請司法院大法官解釋，但當事人合意由普通法院為裁判者，普通法院即有審判權 ③普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，基於法院獨立運用原則，其他法院並不受該裁判之羈束 ④當事人就已繫屬外國法院之事件，向國內法院更行起訴，如兩造合意願由該受訴法院裁判者，該受訴法院即應裁判，不得裁定在該外國法院判決確定前停止訴訟程序

(A)①②

(B)①③④

(C)①②④

(D)②④

(102 年司法官)

【解析】

(D) ②④

【題目解答】

(一) 當事人以合意定第一審管轄法院，且為專屬合意管轄之約定，一造若向合意管轄法院外之法院起訴，他造如不抗辯法院無管轄權而為本案之言詞辯論，則仍有§25 應訴管轄之適用，①之論述「該受訴法院仍無管轄權」係屬錯誤。

■ 91 台抗字 351 號裁定

當事人合意定第一審管轄法院後，原告如拋棄其合意定管轄法院之權益，逕向被告住所地之法院起訴，被告亦無異議而為本案之言詞辯論者，該受訴法院即為有管轄權之法院。

(二) 行政法院認無審判權而移送前來之訴訟事件（行政訴訟法§12-2 II），普通法院認其亦無受理權限者，應裁定停止訴訟程序並聲請司法院大法官解釋，但當事人合意由普通法院為裁判者，普通法院即有審判權（§182-1 I），②之論述係屬正確。

(三) §31-2 I 規定：「普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」③之論述「基於法院獨立運用原則，其他法院並不受該裁判之羈束」係屬錯誤。

(四) 當事人就已繫屬外國法院之事件，向國內法院更行起訴，如兩造合意願由該受訴法院裁判者，該受訴法院即應裁判，不得裁定在該外國法院判決確定前停止訴訟程序（§182-2 I）④之論述係屬正確。

02、甲夫乙妻育有一子丙 8 歲，乙妻腹中尚有胎兒一名。民國 98 年間某日甲夫車禍身亡，遺有房屋一棟並負有債務新臺幣 500 萬元整。以下敘述何者正確？

- (A)關於分割遺產之訴訟，胎兒除非係死產，否則應具當事人能力
- (B)關於甲所負債務部分，其債權人得列胎兒作為被告，請求連帶給付該款項
- (C)丙未成年，應無當事人能力
- (D)若胎兒為訴訟當事人，於其死產時，應由其繼承人承受訴訟

(102 年司法官)

【解析】

(A) 關於分割遺產之訴訟，胎兒除非係死產，否則應具當事人能力

【題目解答】

- (一) §40 II 規定：「胎兒，關於其可享受之利益，有當事人能力。」，分割遺產之訴訟於胎兒有利益，故應認有當事人能力，(A) 之論述係屬正確。
- (二) 遺產債務若債權人將胎兒列為被告，則因而非其可享受之利益，無當事人能力。(B) 之論述係屬錯誤。
- (三) §40 I 規定：「有權利能力者，有當事人能力。」丙雖未成年，但有權利能力，故有當事人能力，(C) 之論述係屬錯誤。
- (四) 若胎兒為訴訟當事人，於其死產時，其回溯無當事人能力，無承受訴訟之可能，(D) 之論述係屬錯誤。

03、甲將乙列為被告，於 100 年 6 月 1 日起訴請求法院判決命乙給付新臺幣（下同）200 萬元（以下稱「前訴訟」）。其事實及理由略為：乙於 98 年 4 月 5 日向甲購買機器設備一具，約定價金 300 萬元，但乙於給付 100 萬元後，餘 200 萬元一直未依約給付，經甲屢次催告，均置之不理，為此提起訴訟云云。乙則抗辯：甲所交付之機器設備有重大瑕疵，已解除契約，無給付義務。問下列選項之敘述，何者正確？

- (A)乙於前訴訟第一審言詞辯論終結前，得對甲提起反訴，請求法院判決命甲應返還系爭機器設備價金 100 萬元予乙
- (B)於前訴訟甲獲勝訴判決確定後，乙又提起後訴訟請求甲應返還系爭機器設備價金 100 萬元予乙，由於前、後訴訟涉及同一買賣契約，訴訟標的同一，為同一事件，後訴訟應屬不合法
- (C)甲於前訴訟第二審繫屬中，不得追加請求確認甲、乙間買賣契約關係存在
- (D)乙於本訴訟第一審言詞辯論終結前，得對甲提起反訴，請求法院確認系爭機器設備有瑕疵存在

(102 年司法官)

【解析】

(A) 乙於前訴訟第一審言詞辯論終結前，得對甲提起反訴，請求法院判決命甲應返還系爭機器設備價金 100 萬元予乙

【題目解答】

甲 ——— 給付剩餘價金 200 萬元 ———> 乙

民法§367

- (一) §259 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。」(A) 之論述「得對甲提起反訴，請求法院判決命甲應返還系爭機器設備價金 100 萬元予乙」係屬正確。
- (二) 於前訴訟甲獲勝訴判決確定(訴訟標的為民法§367)後，乙又提起後訴訟請求甲應返還系爭機器設備價金 100 萬元予乙(訴訟標的為民法§259)，前後二訴訟訴訟標的不同，為不同事件，後訴訟尚屬合法，(B) 之論述「由於前、後訴訟涉及同一買賣契約，訴訟標的同一，為同一事件，後訴訟應屬不合法」係屬錯誤。
- (三) §255 I ⑥規定：「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。」原告甲之「買賣契約價金請求權(民法§367)」及被告乙反訴之「回復原狀請求權(民法§259)」，其成立與否之基礎法律關係應係「甲、乙間買賣契約關係存在與否(有無解除)」，依§446 I 但書，本應在二審允許追加之列，至此(C) 之論述彷彿錯誤。

甲 ——— 給付剩餘價金 200 萬元 ———> 乙

民法§367

甲 ——— 甲、乙間買賣契約關係存在 ———> 乙

唯甲欲追加請求確認甲、乙間買賣契約關係存在之訴，與甲前訴訟之「買賣契約價金請求權(民法§367)」二者涉及同一買賣契約關係，訴訟標的同一(價金請求權係從權利作用為觀察；買賣關係是債權係從權利內容為觀察)，且前訴訟為「給付聲明」可代替後訴訟之「確認聲明」，二者實為同一事件，後追加訴訟應屬重複請求而不合法，故(C) 之論述「不得追加請求確認甲、乙間買賣契約關係存在」，考試院於此未列為正確解答應屬可議。

- (四)「系爭機器設備有瑕疵存在」係屬「事實」，且非「法律關係基礎事實」，故不得為確認之訴的客體，(D) 之論述「乙得對甲提起反訴，請求法院確認系爭機器設備有瑕疵存在」係屬錯誤。

04、以製造餅干為業之 A 公司，因週轉失靈導致停業，由 Y1 及 Y2 概括承受 A 之業務。在其承受前，陸續供應 A 所需原料之 X、X1、……X17 等供應商委由 X 為代表與 A、Y1、Y2 協商清償 A 所欠債務之事宜；最後達成協議，由 Y1、Y2 連帶保證 A 將於半年內償還 A 所積欠 X、X1、……X17 等人之債務。事後 A 未清償。問：X、X1、……X17 等人是否可以選 X 為選定當

- 事人，對 A、Y1、Y2 提起請求履行因該協議所生債務之訴訟？
- (A) X、X1、……X17 等人之債權為各自獨立，所以不可以
 - (B) X、X1、……X17 等人之債權發生之原因事實同一，所以可以
 - (C) X、X1、……X17 等人過半數同意選定即可以
 - (D) X、X1、……X17 各債權人無共同利益，所以不可以

(102 年司法官)

【解析】

(B) X、X1、……X17 等人之債權發生之原因事實同一，所以可以

【題目解答】

§41 I 規定：「多數有共同利益之人，不合於前條第三項所定者，得由其中選定一人或數人，為選定人及被選定人全體起訴或被訴。」因 X 代表諸選定人與 A、Y1、Y2 協商清償 A 所欠債務之事宜並達成協議，故可謂「諸選定人債權發生之原因事實同一」因主要攻擊防禦方法共同，訴訟資料之重要部分共同，自有共同利益，X、X1、……X17 等人自可選 X 為選定當事人，對 A、Y1、Y2 提起請求履行因該協議所生債務之訴訟，(B) 之論述係屬正確。

05、關於訴訟標的價額之計算及裁判費之徵收，下列敘述，何者正確？

- (A) 甲起訴主張乙無權占用其地建屋，請求拆屋還地，並請求因無權占用之相當於租金之損害金。關於後者，亦應併算其價額
- (B) 在分割共有物之訴，被告上訴時，其上訴利益之計算，應以上訴人因分割所受利益之價額為準
- (C) 撤銷仲裁判斷之訴係形成之訴，應一律徵收裁判費新臺幣 3000 元
- (D) 在客觀預備合併之訴中，若備位之訴之訴訟標的價額較先位之訴之訴訟標的價額為低者，備位之訴不另徵裁判費

(102 年司法官)

【解析】

(D) 在客觀預備合併之訴中，若備位之訴之訴訟標的價額較先位之訴之訴訟標的價額為低者，備位之訴不另徵裁判費

【題目解答】

(一) §77-2 II 規定：「以一訴附帶請求其孳息、損害賠償、違約金或費用者，不併算其價額。」(A) 之論述「並請求因無權占用之相當於租金之損害金。關於後者，亦應併算其價額」係屬錯誤。

◎最高法院 97 年台抗字第 792 號裁定

按民事訴訟法第七十七條之二第二項規定，以一訴附帶請求其孳息、損害賠償、違約金或費用者，不併算其價額。該條項所稱之「以一訴附帶請求」者，凡是附帶請求與主位請求間有主從、依附或牽連關係者，即有該條項規定之適用。

(二) 在分割共有物之訴，被告上訴時，其上訴利益之計算，應以原告起訴時因分割所受利益之客觀價額為準，不因被告或原告提起上訴而有所歧異。

【題目解答】

- (一) §13 規定：「本於票據有所請求而涉訟者，得由票據付款地之法院管轄。」而票據付款地依票據法§120V 規定：「未載付款地者，以發票地為付款地。」及票據法§120IV 規定：「未載發票地者，以發票人之營業所、住所或居所所在地為發票地。」應為發票人 A 之住所地甲地，故甲地法院就此票據訴訟有管轄權。
- (二) §1 I 前段規定：「訴訟，由被告住所地之法院管轄。」D 因該票據不能獲得兌現，擬起訴請求 A 支付票款，依「以原就被」原則，應由甲地法院管轄，(B) 之論述就此部分係屬正確。
- (三) 本票之發票行為為「單獨行為」，故發票人於本票正面記載「若因本票據涉訟，得以持票人之住所地法院為第一審管轄法院」，此單方記載事項尚不構成「合意管轄」 (§24)，故不能謂持票人 D 之住所地丁地因此享有管轄權，(B) 之論述就此部分係屬錯誤。

07、關於訴之變更、追加，下列何選項之敘述為全部錯誤？ ①在通常訴訟程序之第二審，就請求之基礎事實同一者，得為訴之變更或追加 ②簡易訴訟程序因訴之變更或追加，致使其訴之全部應適用通常訴訟程序者，應駁回其變更或追加 ③在小額訴訟程序之第二審為訴之變更或追加，除了當事人合意繼續適用小額訴訟程序並經法院認為適當者外，僅能在新臺幣 10 萬元之範圍內為之 ④在通常程序之第一審，起訴狀送達被告前，原告得任意為訴之變更或追加，不須得被告同意

(A)①②③

(B)②③④

(C)②③

(D)①④

(102 年司法官)

【解析】

(C) ②③

【題目解答】

- (一) §446 I 規定：「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。」§255 I ⑤則規定：「請求之基礎事實同一者。」故①之論述「在通常訴訟程序之第二審，就請求之基礎事實同一者，得為訴之變更或追加」係屬正確。
- (二) §435 I 規定：「因訴之變更、追加或提起反訴，致其訴之全部或一部，不屬第四百二十七條第一項及第二項之範圍者，除當事人合意繼續適用簡易程序外，法院應以裁定改用通常訴訟程序，並由原法官繼續審理。」可知②之論述「應駁回其變更或追加」係屬錯誤。
- (三) §436-27 規定：「當事人於第二審程序不得為訴之變更、追加或提起反訴。」③之論述「並經法院認為適當者外，僅能在新臺幣 10 萬元之範圍內為之」係屬錯誤。
- (四) §255 I 本文規定：「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。」亦即，在通常程序之第一審，起訴狀送達被告前，原告任意為訴之變更或追

加「無礙於被告之防禦」故不須得被告同意，④之論述係屬正確。

08、關於定不動產經界線之訴，下列敘述何者正確？

- (A)定經界之訴，應適用通常程序
- (B)原告訴之聲明中所表明之界線，如法院認為被告所主張之界線始為正確者，法院應駁回原告之請求
- (C)若法官於判決主文中所表明之界線與原告訴之聲明所表明之界線不同，應認為原告有上訴之利益
- (D)此一訴訟之訴訟標的價額應以原告及被告之土地價值總額計算

(102 年司法官)

【解析】

(C) 若法官於判決主文中所表明之界線與原告訴之聲明所表明之界線不同，應認為原告有上訴之利益

【題目解答】

- (一) 因定不動產之界線或設置界標涉訟者，§427 II ⑤規定不問其標的金額或價額一律適用簡易程序。(A) 之論述「應適用通常程序」係屬錯誤。
- (二) 定不動產經界線之訴，其本質仍為非訟事件而應適用非訟法理，故有所謂之「聲明之非拘束性」，法院認為被告所主張之界線始為正確，得逕依被告所主張之界線而為判決，法院無須駁回原告之請求，(B) 之論述係屬錯誤。
- (三) 非訟事件於上訴採實體不服說，故法官於判決主文中所表明之界線與原告訴之聲明所表明之界線不同，應認為原告有上訴之利益，(C) 之論述係屬正確。
- (四) 因土地界址不清，請求確定界址之訴訟，如兩造對土地面積無爭執，僅不能確定其界址，應依(57年前)民事訴訟費用法第15條規定，將標的價額視為銀元5百元(現為民訴§77-12:「訴訟標的之價額不能核定者，以第四百六十六條所定不得上訴第三審之最高利益額數加十分之一定之(165萬元)」);如涉及土地面積之爭執，則應以爭執面積之土地價額為準(83年司法院第23期司法業務研究會研討結論及民事廳研究意見)。(D) 之論述「以原告及被告之土地價值總額計算」係屬錯誤。

09、原告甲列乙為被告，起訴主張依所有物返還請求權，請求乙返還A車。事實主張略以：A車係甲所有，乙未經甲同意，擅自將A車占為己用。乙則抗辯：A車非甲所有，且乙係向甲租用A車，並非無權占有。經法院審理結果，認定：A車係甲所有，且甲將A車出租予乙。因而判決駁回甲之請求確定。試問：此確定判決之既判力客觀範圍為何？

- (A)甲對乙就A車之所有物返還請求權
- (B)甲就A車之所有權
- (C)甲就A車之所有權，及乙對甲就A車之租賃權

(D)甲就 A 車之所有權，及甲對乙就 A 車之所有物返還請求權

(102 年司法官)

【解析】

(A) 甲對乙就 A 車之所有物返還請求權

【題目解答】

- (一) 原告甲列乙為被告，起訴主張依所有物返還請求權，請求乙返還 A 車。其訴訟標的為所有物返還請求權，故既判力客觀範圍亦同此，(A) 之論述係屬正確。
- (二) 「甲就 A 車之所有權」乃係判決理由中判斷，無既判力，(B) 之論述係屬錯誤。
- (三) 「甲就 A 車之所有權」及「乙對甲就 A 車之租賃權」均係判決理由中判斷，無既判力，(C) 之論述係屬正確。
- (四) 詳見上述，(D) 之論述「甲就 A 車之所有權」就此部分係屬錯誤。

10、「消費者權益促進會甲」將乙公司列為被告，起訴請求法院判決命乙不得再使用 A 添加物於生產製造之所有食品中，以免有害消費者健康。乙公司則抗辯：A 添加物係合於法定標準，亦無害於人體，請求法院駁回原告之訴。下列選項之敘述，何者為正確？

- (A) 甲只要係以維護消費者權利為目的之團體，不論其組織型態及性質為何，均具有提起訴訟之當事人適格
- (B) 甲之起訴如為合法，另一「消費者保護協會丙」仍得另行起訴請求乙不得再使用 A 添加物於生產製造之食品，並不違反重複起訴禁止之規定
- (C) 甲之起訴如為合法，社團法人消費者保護協會丙雖欠缺起訴之原告適格，但仍得參加於甲、乙間訴訟而輔助甲進行訴訟
- (D) 甲之起訴如為合法，其所受本案敗訴之確定判決，既判力不及於「消費者保護協會丙」

(102 年司法官)

【解析】

(C) 甲之起訴如為合法，社團法人消費者保護協會丙雖欠缺起訴之原告適格，但仍得參加於甲、乙間訴訟而輔助甲進行訴訟

【題目解答】

- (一) §44-3 I 規定：「以公益為目的之社團法人或財團法人，經其目的事業主管機關許可，於章程所定目的範圍內，得對侵害多數人利益之行為人，提起不作為之訴。」，(A) 之論述「不論其組織型態及性質為何，均具有提起訴訟之當事人適格」係屬錯誤。
- (二) 「消費者權益促進會甲」將乙公司列為被告起訴請求不得再使用 A 添加物於生產製造之食品，「消費者權益促進會甲」乃係為「消費大眾」而為原告而起訴，性質屬於法定訴訟擔當，如有另一「消費者保護協會丙」再行

起訴請求相同之內容，自屬重複起訴，(B)之論述「並不違反重複起訴禁止之規定」係屬錯誤。

◎楊淑文 民訴研討會第 107 次研討會報告 民事訴訟法之研討(十七) 396 頁

此項團體訴訟之性質為何？學說上有認為以自己名義提起訴訟之公益團體，係居於法定訴訟擔當者之地位，為保護社會大眾之集團利益而遂行訴訟。此種不作為訴訟之目的乃在保護特定多數人集團之實體利益與程序利益。因此，集團利益歸屬於包含一切消保團體及消費者在內之消費者集團，且非以消保團體為其獨立之歸屬主體。如某一消保團體就同一違法行為已起訴(前訴)，於前訴繫屬中，另一消保團體就同一違法行為又再提起訴訟，則後訴訟將受重複起訴之抗辯，(民訴法第 253 條)。如前訴已經判決確定，除前訴原告受敗訴判決，且提起後訴之團體在前訴中未受到應有的程序保障外，將受既判力之抗辯(民訴法第 401 條)。

此外，亦有學說認為，團體之所以得以自己名義起訴，係基於團體之固有獨立權利，此包括實體上之請求權及訴訟上之提訴權利，且不同團體係個別有其權利。因此，某一團體雖已提起不作為請求，但其他團體之另訴，並不違反民事訴訟法第 253 條重複起訴禁止之規定。

實則，不作為訴訟制度之創設，乃因傳統民事訴訟法上以個人權益保護為其核心範圍，此種個人權益保護之程序規定已不符合今日社會大量、快速、擴散、微小不特定之多數紛爭類型之解決，因此賦予特定團體針對特定人之特定行為予以請求不作為之訴訟，其所保護者乃國民或消費者之公共利益，而非個別權益，就此點而言學說上並無不同之見解。

惟對於特定消保團體所提起而主張之不作為請求權歸屬於何人，究係社會全體國民或特定消保團體，則因此種不作為訴訟之實體法規範基礎無法由傳統民法所定之各類型請求權規範基礎尋覓而出，因此，民事訴訟法第 44 條之 3 與消保法第 50 條規定，可認係兼其實體法與程序法規定之性質。立法論上，禁止不同消保團體之重複提起，較符合紛爭解決一次性及防免裁判矛盾。因此，如欲消弭爭議，可於立法上再明文對於一特定團體起訴後，其他團體在提起訴訟時，法院應如何處理予以規範，以求相關程序之安定。

(三)「消費者權益促進會甲」將乙公司列為被告起訴請求不得再使用 A 添加物於生產製造之食品，社團法人消費者保護協會丙雖欠缺起訴之原告適格，但仍得參加於甲、乙間訴訟而輔助甲進行訴訟，(C)之論述係屬正確。

(四)甲之起訴如為合法，其所受本案敗訴之確定判決，既判力將及於「消費者保護協會丙」(D)之論述「既判力不及於「消費保護協會丙」」係屬錯誤。惟何以判決效力及於丙，學者看法略有差異，邱聯恭教授認為「消費保護協會丙」為§401 II 之實質當事人，而沈冠伶教授則認為以「§401 II 之被擔當人是否同一而為判斷」亦即「消費者權益促進會甲」及「消費者保護協會丙」二者被擔當人均為「消費大眾」則二者均為判決效力所及。

◎邱聯恭 民訴研討會第 107 次研討會發言 民事訴訟法之研討(十七) 428 頁

我國的新法已增訂了第 67 條之 1 有關職權通知參加以及第 507 條之 1 以下有關第

三人撤銷訴訟等制度，而與第 401 條第 2 項規定相配套，所以就甲團體以法定訴訟擔當者之資格所提起的不訴訟，其他團體乃是實質上當事人，依該條項規定應受判決效力擴張所及，除非他有能主張可撤銷該訴訟所得判決的事由，否則就不容許其他團體另行獨立再就與本訴訟同一原因事實提起制止請求訴訟。從此而言，我們是否可以發現，我國的立法似乎比德國法及日本法的設計更完整，並兼顧了相關問題的解決。這也牽涉到當事人概念如何重新界定的問題。

◎沈冠伶 民訴研討會第 107 次研討會發言 民事訴訟法之研討（十七）428 頁

報告論文中捉到臺中地院判決的見解，認為不違反民事訴訟法第 253 條重複起訴的規定，關於這個，我有不同的看法。因為如果將之定性為訴訟擔當來說的話，將來的判決效力應該要依民事訴訟法第 401 條第 2 項及於這些授權者，也就是實質上的當事人。既然是這樣的話，在所謂同一當事人的判斷，不只是形式當事人而言，也應該包括判決效力所及之實質當事人，所以這也包括法定或意定訴訟擔當情形，被擔當人也是所謂之同一當事人。這在德國來說也已經是通說的想法，我特別查了幾本 *Kommentar* 的說明，是沒有不同的見解。如果不是這樣解釋的話，就會產生一個對於當事人及法院都不是很適當的結果，也就是說，就消費者自己所提起的訴訟，跟消保團體所提起的訴訟，這兩個訴訟法院都要分別進行，而且要實質審理，就被告而言，他要重複應訴，法院也要重複審理，也可能會造成裁判上矛盾的結果，不管是從司法資源、當事人利益來講，這都不是一個適當的結論。

- 11、下列何選項所列規定，均以尊重當事人之意願為基礎？ ①民事訴訟法第 377 條之 1 第 1 項規定，兩造當事人得聲請法院訂和解方案 ②民事訴訟法第 377 條之 2 規定，法院得依當事人一造之聲請或依職權提出和解方案，並限期由當事人表示意見 ③民事訴訟法第 436 條之 8 規定，應適用小額訴訟程序之事件 ④民事訴訟法第 415 條之 1 規定，兩造得同意由調解委員酌定解決事件之調解條款
- (A)①②③ (B)①②④ (C)①③④ (D)②③④
- (102 年司法官)

【解析】

(B) ①②④

【題目解答】

- (一) §377-1 I 規定：「當事人和解之意思已甚接近者，兩造得聲請法院、受命法官或受託法官於當事人表明之範圍內，定和解方案。」①之論述係屬正確。
- (二) §377-2 I 規定：「當事人有和解之望，而一造到場有困難時，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。」§377-2 III 規定：「依第一項提出之和解方案，應送達於兩造，並限期命為是否接受之表示；如兩造於期限內表示接受時，視為已依該方案成立和解。」②之論述係屬正確。
- (三) §436-8 I 規定：「關於請求給付金錢或其他代替物或有價證券之訴訟，其標的金額或價額在新台幣十萬元以下者，適用本章所定之小額程序。」故適

102 年司法特考民訴

用小額程序法理之基礎在於「實體利益較小」，極需考量「程序上不利益易於損耗實體利益」，即便§436-8IV合意適用小額程序亦有數額範圍之限制，故非以尊重當事人之意願為主要基礎，③之論述不盡正確。

(四) §415-1 I 規定：「關於財產權爭議之調解，經兩造同意，得由調解委員酌定解決事件之調解條款。」④之論述係屬正確。

12、甲主張乙於某日在臺北市某地竊取甲新臺幣 9 萬元，依侵權行為之規定向法院起訴請求如數賠償。下列敘述何者正確？

- (A) 本件無須徵裁判費
- (B) 經第一審法院判決甲敗訴後，甲提起上訴時，可於第二審變更為依不當得利請求權請求之
- (C) 第一審法院若判決甲勝訴，應依職權宣告假執行
- (D) 若兩造對於第一審判決之事實認定無意見，可飛躍上訴於最高法院

(102 年司法官)

【解析】

(C) 第一審法院若判決甲勝訴，應依職權宣告假執行

【題目解答】

(一) §77-13 I 前段規定：「因財產權而起訴，其訴訟標的之金額或價額在新臺幣十萬元以下部分，徵收一千元....」故本件應收徵裁判費一千元，(A) 之論述「無須徵裁判費」係屬錯誤。

(二) §436-27 規定：「當事人於第二審程序不得為訴之變更、追加或提起反訴。」故小額程序之二審不得將訴訟標的由「侵權行為」變更為「不得得利」，(B) 之論述「可於第二審變更為依不當得利請求權請求之」係屬錯誤。

(三) §436-20 規定：「法院為被告敗訴之判決時，應依職權宣告假執行。」(C) 之論述「若判決甲勝訴，應依職權宣告假執行」係屬正確。

(四) §466-4 I 規定：「當事人對於第一審法院依通常訴訟程序所為之終局判決，就其確定之事實認為無誤者，得合意逕向第三審法院上訴。」§466 I 規定：「對於財產權訴訟之第二審判決，如因上訴所得受之利益，不逾新台幣一百萬元者，不得上訴。」小額程序之判決無法飛躍上訴於最高法院，(D) 之論述「可飛躍上訴於最高法院」係屬錯誤。

13、下列事件何者不屬於民事訴訟法所定起訴前應經法院調解之事件？

- (A) 因道路交通事故或醫療糾紛發生爭執，其請求金額逾新臺幣 50 萬元者
- (B) 配偶間因財產權發生爭執者
- (C) 僱用人與受僱人間因僱傭契約發生爭執者
- (D) 金融機構因消費借貸契約或信用卡契約有所請求，且請求金額逾新臺幣 50 萬元者

(102 年司法官)

【解析】

102 年司法特考民訴

- (D) 金融機構因消費借貸契約或信用卡契約有所請求，且請求金額逾新臺幣 50 萬元者

【題目解答】

- (一) 因道路交通事故或醫療糾紛發生爭執者 (§403 I ⑦) 起訴前應先經法院調解，(A) 之論述非正確解答。
- (二) 配偶間因財產權發生爭執者 (§403 I ⑩) 起訴前應先經法院調解，(B) 之論述非正確解答。
- (三) 僱用人與受僱人間因僱傭契約發生爭執者 (§403 I ⑧) 起訴前應先經法院調解，(C) 之論述非正確解答。
- (四) 金融機構因消費借貸契約或信用卡契約有所請求，且請求金額逾新臺幣 50 萬元者 (§403 I ⑪) 反面推論) 依 §406 I ⑥ 之規定，法院對調解之聲請，得逕以裁定駁回之 (D) 之論述係屬正確解答。

14、甲（父）與乙（子）簽訂契約（下稱系爭契約），約定甲將所有 A 屋移轉登記予乙，乙應給付甲新臺幣（下同）200 萬元作為生活費。嗣甲列乙為被告，主張略以：兩造所簽訂之系爭契約係屬買賣契約，乙未依約履行，爰依系爭契約及買賣之法律關係，求為命乙給付 200 萬元之判決。乙則抗辯：系爭契約之性質係屬附負擔之贈與，甲尚未將 A 屋移轉登記予乙，不得請求乙給付 200 萬元等語。試問下列何者錯誤？

- (A) 依處分權主義，甲主張系爭契約之性質為買賣，法院即應受甲此項主張之拘束，其審理之範圍並應以此為限
- (B) 關於契約之性質為何，屬事實審法院解釋契約並適用法律之職權，不受當事人意見之拘束
- (C) 不論法院之心證為何，於裁判前，法院均應曉諭兩造就訴訟關係為事實上及法律上陳述，並為適當完全之辯論
- (D) 契約之解釋，涉及法律適用問題，如解釋契約悖於經驗法則，仍得以其解釋不當為理由，上訴於第三審

(102 年司法官)

【解析】

- (A) 依處分權主義，甲主張系爭契約之性質為買賣，法院即應受甲此項主張之拘束，其審理之範圍並應以此為限

【題目解答】

- (一) 處分權主義乃涉及「當事人」、「訴訟標的」及「訴之聲明」三要素，至於事實及證據之主張及提出則屬辯論主義之範疇，(A) 之論述「依處分權主義...」云云係屬錯誤。
- (二) 關於契約之性質為何（買賣契約或贈與契約），屬事實審法院解釋契約並適用法律之職權，不受當事人意見之拘束 (B) 之論述係屬正確。
- (三) §199 I 規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。」(C) 之論述「不論法院之心證為何，於裁判前，法院均應

曉諭兩造就訴訟關係為事實上及法律上陳述，並為適當完全之辯論」係屬正確。

- (四) 經驗法則或論理法則之違背係屬間接違背法令 (28 上字 2250 號判例)，亦得上訴第三審 (D) 之論述「契約之解釋，涉及法律適用問題，如解釋契約悖於經驗法則，仍得以其解釋不當為理由，上訴於第三審」係屬正確。

■ 28 上字第 2250 號判例

證書之記載縱屬可信，而據以確定事實，必該證書之記載或由其記載當然推理之結果，與其所確定之事實客觀上能相符合而後可，若缺此符合即屬背於論理法則，其確定事實，自不得謂非違法。

15、甲在民國 98 年 3 月 1 日將乙列為被告，起訴請求法院判令乙應自民國 97 年 1 月 1 日起至民國 105 年 12 月 31 日止按月給付甲扶養費新臺幣 (下同) 2 萬元。甲獲全部勝訴判決確定以後，於民國 100 年 3 月間不幸發生車禍而受重傷，生活上照護費用大增，每個月扶養費 2 萬元不敷使用。至民國 100 年 7 月，乙均依判決按月支付甲每個月 2 萬元，如甲於民國 100 年 8 月間擬請求乙增加給付，下列何者為正確？

- (A) 甲對乙之扶養費請求已經判決確定，具有既判力，甲均不得再向乙為任何之請求
(B) 甲得重新提起扶養費給付訴訟，請求乙應自車禍發生後之 100 年 4 月起，除應給付每個月 2 萬元外，每個月應另外增加扶養費 3 萬元
(C) 基於前訴訟之判決既判力，甲僅能另外與乙以調解方式調整金額
(D) 甲僅能就尚未實現之原判決內容部分，起訴請求變更原判決之給付內容，將每個月給付 2 萬元增加為給付 5 萬元

(102 年司法官)

【解析】

- (D) 甲僅能就尚未實現之原判決內容部分，起訴請求變更原判決之給付內容，將每個月給付 2 萬元增加為給付 5 萬元

【題目解答】

§397 I 規定：「確定判決之內容如尚未實現，而因言詞辯論終結後之情事變更，依其情形顯失公平者，當事人得更行起訴，請求變更原判決之給付或其他原有效果。但以不得依其他法定程序請求救濟者為限。」可知：

- (一) 民國 100 年 3 月間不幸發生車禍而受重傷，生活上照護費用大增....乃係「言詞辯論終結後之情事變更依其情形顯失公平者」甲可更行起訴，請求變更原判決之給付，(A) 之論述「具有既判力，甲均不得再向乙為任何之請求」係屬錯誤。
(二) 100 年 4 月起，至民國 100 年 7 月，乙已依判決履行之部分，不在得變更訴求內容之列，(B) 之論述「請求乙應自車禍發生後之 100 年 4 月起，.....」係屬錯誤。
(三) 依§397 I 規定，當事人得更行起訴，請求變更原判決之給付或其他原有效

102 年司法特考民訴

果。(C)之論述「甲僅能另外與乙以調解方式調整金額」係屬錯誤。

- (四)甲僅能就尚未實現之原判決內容部分，起訴請求變更原判決之給付內容，將每個月給付 2 萬元增加為給付 5 萬元，(D)之論述與§397 I 規定相符係屬正確。

16、於訴訟標的無須合一確定且具請求基礎事實同一之情形，關於任意當事人之變更或追加，下列選項之敘述何者全部錯誤？ ①原告於第二審變更被告時，僅須得新被告之同意 ②原告於第一審得追加被告，無須得被告之同意 ③原告於第一審變更被告時，須經已為本案言詞辯論之舊被告同意 ④原告於第二審追加被告時，須得舊被告之同意

(A)③④

(B)①②

(C)②③

(D)①④

(102 年司法官)

【解析】

(D) ①④

【題目解答】

- (一)原告於第二審「變更」被告時，原一審舊被告之訴視同撤回，然被告既已耗費勞力時間費用進程序，亦有利用程序徹底解決紛爭之利益 (§262 I 但書：被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。)，故二審變更被告亦須得原一審舊被告之同意，①之論述「僅須得新被告之同意」係屬錯誤。
- (二)原告於第一審得追加被告，無須得被告之同意 (§255 I ②)，②之論述係屬正確。
- (三)原告於第一審變更被告時，舊被告之訴視同撤回，然舊被告既已耗費勞力時間費用進程序，亦有利用程序徹底解決紛爭之利益，故原告變更被告時，須經已為本案言詞辯論之舊被告同意 (§262 I 但書：被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。)，③之論述係屬正確。
- (四)原告於第二審「追加」被告時，因舊被告之利益不受任何影響，故不須得舊被告之同意，④之論述「須得舊被告之同意」係屬錯誤。

17、下列選項之敘述，何者為全部錯誤？ ①原告撤回起訴者，法院應為原告敗訴之判決 ②判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤，法院得依聲請或依職權以判決補充之 ③被告於言詞辯論時為訴訟標的之認諾者，法院應為被告敗訴之判決 ④各種獨立之攻擊或防禦方法達於可為裁判之程度，法院得為中間判決

(A)①②

(B)①③

(C)②③④

(D)①②③④

(102 年司法官)

【解析】

(A) ①②

【題目解答】

- (一)原告撤回起訴者，訴訟繫屬消滅，法院無庸為任何判決，①之論述「法院

102 年司法特考民訴

應為原告敗訴之判決」係屬錯誤。

- (二) §232 I 規定：「判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院得依聲請或依職權以裁定更正；其正本與原本不符者，亦同。」②之論述「判決補充之」係屬錯誤。
- (三) §384 規定：「當事人於言詞辯論時為訴訟標的之捨棄或認諾者，應本於其捨棄或認諾為該當事人敗訴之判決。」③之論述「告於言詞辯論時為訴訟標的之認諾者，法院應為被告敗訴之判決」係屬正確。
- (四) §383 I 規定：「各種獨立之攻擊或防禦方法，達於可為裁判之程度者，法院得為中間判決。請求之原因及數額俱有爭執時，法院以其原因為正當者，亦同。」④之論述「得為中間判決」係屬正確。

18、原告甲列乙為被告，起訴請求法院裁判分割共有 A 地。乙抗辯：甲、乙間已有分割協議云云；甲則主張，該協議係受詐欺所締結，已為撤銷之意思表示云云。受訴法院經審理後認為分割協議存在時，下列選項之敘述何者為正確？

- (A) 法院應逕以無理由駁回甲之請求而無須為任何闡明
- (B) 受訴法院得闡明甲是否追加請求依協議分割 A 地
- (C) 裁判分割共有物之要件事實與分割協議共有物之要件事實並不相同，就分割協議之請求不該當於訴之追加要件「請求之基礎事實同一」，故原告不得為訴之追加
- (D) 非經被告同意，原告不得為追加依協議分割 A 地之請求

(102 年司法官)

【解析】

(B) 受訴法院得闡明甲是否追加請求依協議分割 A 地

【題目解答】

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。民事訴訟法第一百九十九條之一第一項定有明文。故為確保當事人之程序保障，受訴法院經審理後認為分割協議存在時，法院得闡明甲是否追加請求依協議分割 A 地，此種處置最為符合審判長因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務，(B) 之論述係屬正確。

19、下列後訴訟，何者違反重複起訴禁止原則？

- (A) 前訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決確認甲、乙間就 A 地之買賣關係存在。主張：甲於某日與乙簽訂買賣契約（下稱系爭買賣契約），向乙購買 A 地，詎乙事後主張系爭買賣契約為無效，而拒絕履行，爰為本件請求等語。經法院認定系爭買賣契約無效，而判決甲敗訴確定。後訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決命乙將 A 地所有權移轉登記予甲。主張：系爭買賣契約為有效，爰依該買賣契約之約定，請求乙履行
- (B) 前訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決乙應將 B 屋返還予甲。主張：乙

無權占有甲所有之 B 屋，爰依所有物返還請求權為請求。經法院認定甲、乙間就 B 屋有租賃關係存在，而判決甲敗訴確定。後訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決確認甲、乙間就 B 屋之租賃關係不存在

(C)前訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決乙應給付甲新臺幣（下同）30 萬元。主張：甲、乙於某日簽訂任用契約，約定甲於 1 年內依乙之指示工作，乙應按月支付 5 萬元報酬予甲，茲 1 年期滿，乙尚欠 30 萬元報酬未付，而上開任用契約之性質屬僱傭契約，爰依僱傭之法律關係為請求。經法院為甲敗訴判決確定。後訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決乙應給付甲 30 萬元，事實陳述如前訴訟，惟主張上開任用契約之性質屬委任契約，並主張依委任之法律關係為請求

(D)前訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決乙應給付甲 70 萬元。主張：乙於某日向甲借款 70 萬元，並簽發同額支票 1 紙以資清償，甲於票載日經提示未獲兌現，爰依票款請求權為請求。經法院以該請求權罹於時效為由判決甲敗訴確定。後訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決乙應給付甲 70 萬元。事實陳述如前訴訟，惟主張依借款返還請求權請求

(102 年司法官)

【解析】

(C) 前訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決乙應給付甲新臺幣（下同）30 萬元。主張：甲、乙於某日簽訂任用契約，約定甲於 1 年內依乙之指示工作，乙應按月支付 5 萬元報酬予甲，茲 1 年期滿，乙尚欠 30 萬元報酬未付，而上開任用契約之性質屬僱傭契約，爰依僱傭之法律關係為請求。經法院為甲敗訴判決確定。後訴訟：甲列乙為被告，聲明求為判決乙應給付甲 30 萬元，事實陳述如前訴訟，惟主張上開任用契約之性質屬委任契約，並主張依委任之法律關係為請求

【題目解答】

(一)(A)之論述「前訴訟為確認聲明（確認甲、乙間就 A 地之買賣關係存在）」而後訴訟為給付聲明（依買賣關係命乙將 A 地所有權移轉登記予甲）」前確認聲明無法代替後訴訟之給付聲明，故不違反重複起訴禁止原則，但應有「既判力之積極作用，禁止矛盾」之適用。

(二)(B)之論述「前訴訟之訴訟標的為所有物返還請求權」，而「後訴訟之訴訟標的為租賃關係」，前後二訴訟標的不同，故不違反重複起訴禁止原則，但應有「爭點效」之適用。

(三)從舊訴訟標的理論之觀點，應將(C)之論述中之前訴訟訴訟標的定性為「甲乙之任用契約關係」而後訴訟訴訟標的亦係「甲乙之任用契約關係」，至於任用契約之性質為何（僱傭契約或委任契約），屬事實審法院解釋契約並適用法律之職權，不受當事人意見之拘束，故後訴訟違反重複起訴禁止原則。

如從新訴訟標的理論之觀點，則前後二訴訟皆為「受領 30 萬之給付地位」，

故後訴訟違反重複起訴禁止原則。

- (四)(D)之論述「前訴訟之訴訟標的為票款請求權」，而「後訴訟之訴訟標的為借款返還請求權」，前後二訴訴訟標的不同，故後訴訟提起不違反重複起訴禁止原則。

20、受監護宣告之人甲（其監護人為乙）主張丙竊取甲所有之 A 錶一只，基於所有物返還請求權訴請丙返還 A 錶，法院審理中，丙將 A 錶讓與並交付給第三人丁，丁取得後將之交由其所聘員工戊保管，嗣後，法院判決甲勝訴確定。下列選項關於本件確定判決既判力主觀範圍之敘述，何者為正確？

- (A)系爭確定判決對甲、丙有既判力，對乙、丁、戊則無
(B)系爭確定判決對甲、丙、丁有既判力，對乙、戊則無
(C)系爭確定判決對乙、丙、丁、戊有既判力，對甲則無
(D)系爭確定判決對甲、丙、丁、戊有既判力，對乙則無

(102 年司法官)

【第一次公布解答】

- (D) 系爭確定判決對甲、丙、丁、戊有既判力，對乙則無

【第一次公布解答】答 (A) 或 (D) 均給分

- (A) 系爭確定判決對甲、丙有既判力，對乙、丁、戊則無

- (D) 系爭確定判決對甲、丙、丁、戊有既判力，對乙則無

【題目解答】

- (一) 受監護宣告之人甲為形式當事人為既判力所及 (§401 I 前段)
(二) 監護人為乙為法定代理人不為既判力所及
(三) 被告丙為乙為形式當事人為既判力所及 (§401 I 前段)
(四) 丁為訴訟標的物之特定繼受人，而本訴訟標的為所有物返還請求權，故應區分如下二種情形：

1. 丁如為善意：

則實體法善意受讓 (民法§801、§948) 取得所有權之規定，將優先於程序法之規定，依此看法，丁及戊均不為判決效力所及，(A) 之論述正確。

◎最高法院 99 年台上 1057 號判決

民事訴訟法第 401 條第 1 項規定，確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人亦有效力，所謂繼受人之定義，視法律關係之態樣而有所不同，倘當事人基於物權關係涉訟，由於物權具有對世效力與直接支配物之效力，故此時所謂之當事人之繼受人，除因法律行為而受讓訴訟標的之特定繼承人外，其餘受讓標的物之人，亦包括在繼受人範圍內。

2. 丁如為惡意：

- (1) 丁為訴訟標的物之特定繼受人為既判力所及 (§401 I 中段)

- (2) 戊為繼受人占有標的物之他主占有人為既判力所及 (§401 I 後段)，依此看法，丁及戊均為判決效力所及，僅乙不為不為判決效力所及，(D) 之論述正確。

- 21、甲、乙於某日訂立買賣契約（下稱系爭契約），約定甲以新臺幣（下同）30萬元向乙購買 A 骨董。事後，甲以 A 骨董為仿冒品，其係受乙詐欺而訂立系爭契約為由，拒絕給付價金。試問下列選項所敘述之訴訟，何者全部欠缺訴之利益？ ①甲列乙為被告，聲明求為判決准甲撤銷簽訂系爭契約之意思表示 ②乙列甲為被告，聲明求為判決確認 A 骨董非仿冒品 ③甲列乙為被告，聲明求為判決確認兩造間就 A 骨董之買賣關係不存在 ④乙列甲為被告，聲明求為判決命甲給付乙 30 萬元
- (A)①② (B)③④ (C)①③ (D)②④
- (102 年司法官)

【解析】

(A) ①②

【題目解答】

- (一) 受相對人乙詐欺而訂立系爭契約，表意人甲應以意思表示撤銷契約（民法§116），如以訴訟主張撤銷之，自係欠缺訴之利益，①之論述係屬正確。
- (二) 非法律關係之基礎事實，非屬確認之訴之客體，「」②之論述「A 骨董是否為仿冒品」係屬一般事實，不得提起確認之訴，如提起之，係屬確認利益之欠缺。
- (三) 「就 A 骨董之買賣關係不存在」乃屬現在之法律關係，得為確認之訴的客體，③之論述「甲列乙為被告，聲明求為判決確認兩造間就 A 骨董之買賣關係不存在」具備訴訟利益。
- (四) ④之論述「乙列甲為被告，聲明求為判決命甲給付乙 30 萬元」具備訴訟利益。

- 22、關於形成訴訟，下列選項之敘述何者為錯誤？

- (A) 撤銷詐害債權之訴訟，亦具有形成訴訟之性質
(B) 撤銷詐害債權訴訟列債務人及受益人為被告時，為必要共同訴訟
(C) 因受詐欺而擬撤銷意思表示時，應提起撤銷訴訟，此亦為形成訴訟
(D) 離婚判決為形成判決，於確定時生效，不待為離婚登記才發生效力

(102 年司法官)

【解析】

(C) 因受詐欺而擬撤銷意思表示時，應提起撤銷訴訟，此亦為形成訴訟

【題目解答】

- (一) 撤銷詐害債權之訴訟，亦具有形成訴訟之性質 (A) 之論述係屬正確。
- (二) 撤銷詐害債權訴訟欲由撤銷債務人及受益人間之讓與行為，自應以法律關係之主體，亦即債務人及受益人為被告時，為必要共同訴訟 (B) 之論述係屬正確。
- (三) 因受詐欺而擬撤銷意思表示時 (民法§92)，其撤銷權之行使以意思表示為之即可 (民法§116)，無須提起撤銷訴訟，(C) 之論述係屬錯誤。

(四) 離婚判決為形成判決(民法§1052)，於確定時生效，不待為離婚登記才發生效力，(D)之論述係屬正確。

23、下列敘述，何者為正確？

- (A)第一審法院判決命被告給付買賣價金，被告為求與原告達成分期給付之和解，提起上訴，第二審法院得以被告對應為給付並無不服，無上訴利益為由，駁回其上訴
- (B)原告請求被告給付買賣價金，第一審法院以原告主張之給付期尚未屆至，原告請求現在給付為無理由，駁回原告之訴。被告得以買賣關係已經解除，原告並無價金請求權為由，提起上訴
- (C)原告請求被告給付買賣價金，第一審法院以被告所為抵銷抗辯為有理由，駁回原告之訴。被告得以買賣關係已經解除，原告並無價金請求權為由，提起第二審上訴
- (D)原告請求被告給付買賣價金，第一審法院以被告所為時效抗辯為有理由，駁回原告之訴。被告得以買賣關係已經解除，原告並無價金請求權為由，提起第二審上訴

(102 年司法官)

【解析】

(C)原告請求被告給付買賣價金，第一審法院以被告所為抵銷抗辯為有理由，駁回原告之訴。被告得以買賣關係已經解除，原告並無價金請求權為由，提起第二審上訴

【題目解答】

- (一)第一審法院判決命被告給付買賣價金，亦即，被告係屬「敗訴」，就此，被告即有上訴利益，至於被告出於何種動機(拖延履行債務期間而上訴，亦或為求與原告達成分期給付之和解而上訴)並非所問(A)之論述「無上訴利益」係屬錯誤。
- (二)第一審法院駁回原告之訴，亦即，被告係屬「勝訴」，就此一審勝訴，被告並無上訴利益，買賣關係是否解除乃屬「判決理由中之判斷」並無既判力，被告不得執此上訴，(B)之論述「被告得以買賣關係已經解除，原告並無價金請求權為由，提起上訴」係屬錯誤。
- (三)法院採抵銷之抗辯而判被告勝訴時，難謂對被告有利，因其供抵銷之債權亦消滅，因此，原告(敗訴)被告(勝訴但債權被抵銷)皆得上訴(C)之論述「被告得以買賣關係已經解除，原告並無價金請求權為由，提起第二審上訴」係屬正確。
- (四)第一審法院駁回原告之訴，亦即，被告係屬「勝訴」，就此一審勝訴，被告並無上訴利益，買賣關係是否解除乃屬「判決理由中之判斷」並無既判力，被告不得執此上訴，(D)之論述「被告得以買賣關係已經解除，原告並無價金請求權為由，提起第二審上訴」係屬錯誤。

24、第一審法院准許甲對乙訴請離婚之判決，雖經第二審法院維持甲勝訴之判決，但該第二審判決經最高法院廢棄發回。在發回後之更審程序中，若甲發現審理第三審上訴之法官收受乙之賄賂，請問甲是否得立刻對原第三審法院所為廢棄發回之判決提起再審之訴？

- (A)可以，只要甲係在發現收受賄賂情事後的 30 日內提起
- (B)可以，只要收受賄賂之法官已受懲戒處分確定
- (C)不可以，因為法官收受賄賂非屬法定的再審事由
- (D)不可以，因為該發回更審之判決，尚不屬於得成為再審標的之確定終局判決

(102 年司法官)

【解析】

(D) 不可以，因為該發回更審之判決，尚不屬於得成為再審標的之確定終局判決

【題目解答】

再審乃對確定之終局判決主張其訴訟程序或判斷之基礎有重大瑕疵，請求法院廢棄之並且再為審判之程序。發回更審之判決，尚未確定故無法提起再審之訴，(D) 之論述「發回更審之判決尚不屬於得成為再審標的之確定終局判決」係屬正確。

25、原告依不完全給付之規定，請求被告賠償損害，第一審及第二審均為原告勝訴判決，被告提起第三審上訴，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原告勝訴判決確定。被告以適用法規顯有錯誤為由，提起再審之訴。下列敘述，何者為正確？

- (A)被告應併對第一審、第二審及第三審判決提起再審之訴
- (B)被告僅得對第二審法院判決提起再審之訴
- (C)被告僅得對第三審法院判決提起再審之訴
- (D)被告應併對第二審法院及第三審法院之判決提起再審之訴

(102 年司法官)

【解析】

(C) 被告僅得對第三審法院判決提起再審之訴

【題目解答】

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原告勝訴判決確定，故本事件經第三審確定判決者，再審之訴應屬第三審法院管轄 (§499 I) 被告以適用法規顯有錯誤為由，應僅得對第三審法院判決提起再審之訴，(C) 之論述係屬正確。

26、下列關於第三審上訴之敘述，何者為正確？

- (A)甲以乙為被告，請求撤銷乙與第三人丙間之贈與行為，第一審、第二審均為甲勝訴判決，乙以法院認定甲為其債權人之理由違背法令為由，提起第三審上訴。第三審法院得以甲起訴未列丙為共同被告，其起訴之被

告當事人不適格為由，廢棄原判決

- (B)甲請求乙返還房屋，第一審法院核定訴訟標的價額為新臺幣 200 萬元，兩造當事人均無異議。該事件上訴至第三審法院，第三審法院雖認訴訟標的價額應為新臺幣 500 萬元，仍「不得」命當事人補繳第一審及第二審裁判費
- (C)受第一審敗訴判決之甲逾期提起第二審上訴，第二審法院誤認第二審上訴合法，經辯論後廢棄第一審判決，改判甲勝訴，他造當事人乙合法上訴第三審，第三審法院因乙未主張甲逾期上訴，「不得」以第一審判決已確定，第二審程序有重大瑕疵為由廢棄第二審判決
- (D)第三審法院行言詞辯論時，上訴人應委任律師為訴訟代理人，至被上訴人是否委任律師或具律師資格之人為訴訟代理人，由被上訴人自行決定
- (102 年司法官)

【解析】

(A) 甲以乙為被告，請求撤銷乙與第三人丙間之贈與行為，第一審、第二審均為甲勝訴判決，乙以法院認定甲為其債權人之理由違背法令為由，提起第三審上訴。第三審法院得以甲起訴未列丙為共同被告，其起訴之被告當事人不適格為由，廢棄原判決

【題目解答】

(一) 當事人不適格之判決乃屬無效判決，甲請求撤銷乙與第三人丙間之贈與行為，自應以乙丙為必要共同被告，甲僅以乙為被告，第一審及第二審本應令其補正 (§255 I ⑤)，原審法院未命補正亦未判決駁回，竟為甲勝訴判決，對此違法判決，第三審法院自得廢棄之 (A) 之論述係屬正確。

(二) 訴訟費用為訴訟要件之一，於終局判決前都應具備，法院亦應先於實體判決前加以調查，第三審法院如認訴訟標的價額應為新臺幣 500 萬元，而非第一審法院核定之 200 萬元，可命當事人補繳第一審及第二審裁判費，(B) 之論述「不得」命當事人補繳」係屬錯誤。

(三) 受第一審敗訴判決之甲逾期提起第二審上訴，該一審判決即行確定，第二審法院誤認上訴合法，而為實體判決，該二審判決仍屬無效判決，如此判決經上訴第三審，第三審法院得以第一審判決已確定，第二審程序有重大瑕疵為由廢棄第二審判決，(C) 之論述係屬錯誤。

(四) §474 II 規定：「第三審法院行言詞辯論時，應由兩造委任律師代理為之。」(D) 之論述「第三審法院行言詞辯論時，被上訴人是否委任律師或具律師資格之人為訴訟代理人，由被上訴人自行決定」係屬錯誤。

27、甲（住基隆市）乙（住高雄市）共有坐落臺南市之 A 地，甲欲分割 A 地，乃列乙為被告，起訴請求法院裁判。試問下列何者為正確？

- (A) 本件訴訟係因不動產之使用收益涉訟，專屬臺灣臺南地方法院管轄
- (B) 甲於起訴狀應表明其為 A 地之共有人，及其取得 A 地共有權之原因事

實，始符合起訴合法要件

(C)受訴法院應依職權先審理甲、乙是否就 A 地有分割協議，始能確定該法院是否有管轄權及本案訴訟之審理原則

(D)法院審理結果認為甲所聲明之分割方法為不可採，得依職權以適當方法分割 A 地

(102 年司法官)

【解析】

(D) 法院審理結果認為甲所聲明之分割方法為不可採，得依職權以適當方法分割 A 地

【題目解答】

(一) 甲欲分割 A 地，乃列乙為被告，起訴請求法院裁判，此為裁判分割共有物之訴，依§10 I 之規定，專屬不動產所在地之臺南地方法院管轄，(A)之論述「係因不動產之使用收益涉訟」此部分係屬錯誤。

(二) 甲於起訴狀應表明其為 A 地之共有人，此部分係屬無誤，惟取得 A 地共有權之原因事實（繼承、買賣.....）則與裁判分割共有物之訴無涉，無須特別表明，(B)之論述就此部分係屬錯誤。

(三) 法院是否有管轄權應職權調查是否為不動產所在地，如有管轄權，即便審理後發現「甲、乙就 A 地有分割協議」而應提起分割協議履行之訴訟（適用訴訟法理而非非訟法理），亦應認法院有管轄權但欠缺權利保護要件，判決駁回，(C)之論述係屬錯誤。

(四) 裁判分割共有物之訴，本質仍屬非訟事件而應適用非訟法理，故有「聲明之非拘束性」之適用，法院審理結果認為甲所聲明之分割方法為不可採，並非敗訴駁回原告之訴，而應依職權以適當方法分割 A 地 (D) 之論述係屬正確。

28、下列選項中關於「原告撤回起訴」之敘述，何者均為錯誤？ ①訴經撤回者，視同未起訴。反訴因本訴撤回而失所附麗，同生撤回之效力 ②撤回起訴原則上應以書狀為之，但在期日得以言詞向法院為之 ③原告於言詞辯論期日撤回起訴者，應記載於言詞辯論筆錄；如被告不在場，應將筆錄送達 ④原告在第一審言詞辯論終結前得撤回訴之全部或一部，言詞辯論終結後即不得再撤回其訴

(A)①③

(B)②④

(C)①④

(D)②③

(102 年司法官)

【解析】

(C) ①④

【題目解答】

(一) 反訴與本訴相同，亦為獨立之訴，反訴不因本訴撤回而失所附麗，亦不因本訴撤回而同生撤回之效力，①之論述「同生撤回之效力」係屬錯誤。

102 年司法特考民訴

- (二) §262 II 規定：「訴之撤回應以書狀為之。但於期日，得以言詞向法院或受命法官為之。」②之論述「撤回起訴原則上應以書狀為之，但在期日得以言詞向法院為之」係屬正確。
- (三) §262 III 規定：「以言詞所為訴之撤回，應記載於筆錄，如他造不在場，應將筆錄送達。」③之論述「原告於言詞辯論期日撤回起訴者，應記載於言詞辯論筆錄；如被告不在場，應將筆錄送達」係屬正確。
- (四) §263 I 規定：「訴經撤回者，視同未起訴。但反訴不因本訴撤回而失效力。」§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。」可知④之論述「言詞辯論終結後即不得再撤回其訴」係屬錯誤。

- 29、下列關於得否提起抗告之敘述，其正確之組合為何？ ①言詞辯論期日終結後，原告以發現新證物為由，聲請法院再開言詞辯論，法院以裁定駁回其聲請。原告對該駁回再開言詞辯論聲請之裁定得為抗告 ②當事人不服第二審判決提起上訴。第二審法院認其上訴所得受之利益未逾新臺幣 150 萬元，以裁定駁回其上訴。上訴人對該駁回上訴之裁定得為抗告 ③原告之起訴狀未記載被告住所，法院無法對被告送達，法院裁定命原告於 5 日內補正，原告以被告可能遷往國外，欲查悉被告國外住所較為費時，請求法院延長補正期間，法院裁定延長補正期間為 20 日。原告得以補正期間過短為由，對該延長補正期間之裁定抗告 ④甲起訴請求乙賠償損害，第一審法院判決駁回甲之訴，甲之配偶丙不服該判決，提起上訴，第一審法院以丙並非訴訟當事人，其上訴不合法，裁定駁回丙之上訴。丙就該駁回上訴之裁定得為抗告
- (A)①② (B)②④ (C)③④ (D)①③
- (102 年司法官)

【解析】

(B) ②④

【題目解答】

- (一) §483 規定：「訴訟程序進行中所為之裁定，除別有規定外，不得抗告。」聲請法院再開言詞辯論，法院以裁定駁回其聲請，該駁回之裁定即屬「訴訟程序進行中所為之裁定」不得抗告，①之論述「原告對該駁回再開言詞辯論聲請之裁定得為抗告」係屬錯誤。
- (二) 二審駁回上訴之裁定 (§481 準用§442) 係屬終結訴訟程序之裁定 (非屬「訴訟程序進行中所為之裁定」) 得為抗告，②之論述「上訴人對該駁回上訴之裁定得為抗告」係屬正確。
- (三) 延長補正期間之裁定為「訴訟程序進行中所為之裁定」不得抗告，③之論述「對該延長補正期間之裁定抗告」係屬錯誤。
- (四) 駁回上訴之裁定 (§442) 係屬終結訴訟程序之裁定 (非屬「訴訟程序進行中所為之裁定」) 得為抗告，④之論述「丙就該駁回上訴之裁定得為抗告」係屬正確。

30、甲對乙提起返還借款之訴，其準備書狀載明之消費借貸事實及理由，均於相當時期送達乙，乙未提出準備書狀，法院為一造辯論判決，認為甲之主張事實為真實，遂為乙敗訴之判決，其法律依據為何？

- (A)因乙未到場辯論，法院就甲之事實主張擬制乙為自認
- (B)因乙未到場辯論，發生失權效
- (C)因乙遲誤提出攻擊防禦方法，發生失權效
- (D)乙未到場辯論，視同其認諾甲之訴訟上請求

(102 年司法官)

【解析】

(A) 因乙未到場辯論，法院就甲之事實主張擬制乙為自認

【題目解答】

§280 I 規定：「當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。」§280 III 規定：「當事人對於他造主張之事實，已於相當時期受合法之通知，而於言詞辯論期日不到場，亦未提出準備書狀爭執者，準用第一項之規定。但不到場之當事人係依公示送達通知者，不在此限。」故 (A) 之論述係屬正確。