

〔 91 年司法特考 〕

一、甲執有乙所簽發高雄銀行台北分行面額新台幣(下同)一千萬元之支票一紙，本於票據關係，向乙住所地之台灣高雄地方法院起訴，請求判令乙如數給付。試問：

- (一) 本件訴訟得由何法院管轄？
- (二) 本件訴訟應適用何種訴訟程序？
- (三) 法院僅依甲之聲明，判令乙應向甲給付票款一千萬元，其判決有無裁判脫漏之情形？如有脫漏，當事人應如何請求補救？ (91 司)

〔 解析 〕

(一) 本件票款請求訴訟得由台北 (§13) 或高雄地方法院管轄 (§1)

1. 普通審判籍：高雄地方法院有管轄權

(1) 以原就被原則

為防止原告濫行起訴，並顧及被告應訴之便利，故以被告之住居所或事務所、營業所定其普通審判籍，此為「以原就被」原則。

(2) 依住所之普通審判籍 (§1 I 前)

依民訴§1 I 前之規定，訴訟，由被告住所地之法院管轄。被告乙之住所地為高雄，故被告乙住所地之台灣高雄地方法院有管轄權。

2. 特別審判籍：台北地方法院有管轄權

(1) 特別審判管轄法院不排斥普通管轄法院

特別管轄法院係兼顧兩造當事人之利益，並求訴訟進行之便利而設之規定，故除專屬管轄外，僅規定得由某某地之法院管轄，並不排斥普通管轄法院。

(2) 本於票據涉訟之特別管轄權

依民訴§13，本於票據有所請求而涉訟者，得由票據付款地之法院管轄。系爭票據支付款地於台北，故台北地方法院有管轄權。

(二) 應適用簡易訴訟程序 (§427 II ⑥)

關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額在新臺幣五十萬元以下者，應適用簡易訴訟程序 (§427 I)。惟§427 II 列舉之事件有迅速解決紛爭之需求，則不問其標的金額或價額多少，亦應一律適用簡易程序。本件訴訟雖其訴訟標的金額為一千萬元，然係本於票據有所請求而涉訟，依§427 II ⑥之規定，不問其標的金額或價額，應適用簡易訴訟程序。

(三) 假執行及訴訟費用部份顯有裁判脫漏 (§389 I ③)，當事人得聲請補充判決 (§233, §394)。

1. 就關於假執行部份有疏漏

(1) 法院應依職權宣告假執行 (§389 I ③)

簡易訴訟制度之目的，亦在謀求訴訟迅速終結，儘速實現權利人之權利。故適用簡易程序所為被告敗訴之判決，應許法院依職權宣告假執行，以發揮假

執行制度及簡易訴訟制度之功能。本件訴訟為§427 II ⑥之簡易訴訟事件，故法院應依職權為假執行之宣告。

(2)假執行之補充

法院應依職權宣告假執行而未為宣告或忽視假執行之聲請者，當事人得聲請以判決補充之 (§394、§233)。

2.就訴訟費用漏未判決

依民訴§233 I 之規定，訴訟標的之一部或訴訟費用，裁判有脫漏者，法院應依聲請或依職權以判決補充之。故當事人得聲請補充判決。

二、甲主張其所有之房屋遭乙無權占有為由，向管轄之第一審法院起訴，請求乙返還該房屋，乙則以其並未占有該房屋，該房屋實係丙所占有云云置辯。甲乃主張追加或變更丙為被告，乙表示不同意。試附理由，解答下列問題：

(一) 甲所為訴之變更或追加，程序上應否准許？

(二) 法院審理結果，認乙之抗辯屬實，該房屋確由丙無權占有，實體上應為如何之裁判？ (91 司)

〔解析〕

(一) 不合法律特許為訴之變更或追加之情形 (§255 I ⑤)，故程序上不應准許！

1. 原告甲於欲以丙取代乙為被告乃屬訴之變更；如多增丙為被告則屬訴之追加

(1) 訴之變更、追加之意義

訴之三要素：當事人、訴訟標的、訴之聲明，只要有一變更或追加，即是訴之變更或追加。

(2) 訴之變更、追加之目的

便利原告主張權利、可援用以往之一切訴訟資料，而達訴訟經濟之要求，並(3)避免裁判矛盾，審理重複

(3) 訴之變更、追加之要件

① 訴狀送達前為之者

對訴之變更、追加所為之限制，乃在保障被告程序上之利益（原告於起訴後，如可任意將原訴變更、追加，將使被告準備答辯不勝其煩，造成防禦上困難），若起訴狀繕本尚未送達，無礙被告之答辯，自得任意為之 (§255 I)。

② 須在事實審言詞辯論終結前

③ 新訴須非專屬他法院管轄 (§257)

④ 新訴須非不得行同種類之訴 (§257)

2. 法律特許為訴之變更或追加者

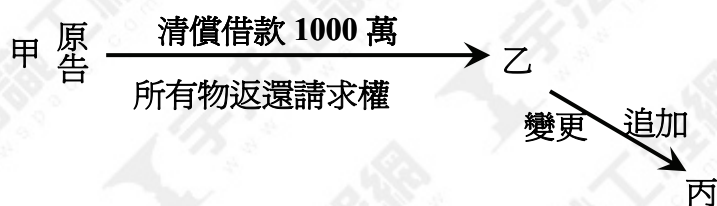
(1) 立法意旨

限制訴之變更或追加，被告之程序上利益，雖獲得保障，但對於訴訟之經濟（惟一般當事人於起訴時，如就訴之要素表明不夠周延或有所錯誤，而不能於程序中為訴之變更或追加，勢必另行起訴，與訴訟經濟之原則有違）與原告之利益則生不利益之影響，因之，有放寬訴之變更追加限制之必要。

(2) 類型

- ①被告同意者 (§255 I ①)
- ②請求之基礎事實同一者 (§255 I ②)
- ③擴張或減縮應受判決事項之聲明 (§255 I ③)
- ④因情事變更而以他項聲明代最初之聲明 (§255 I ④)
- ⑤訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人 (§255 I ⑤)
- ⑥追加中間確認之訴 (§255 I ⑥)
- ⑦不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者 (§255 I ⑦)
- ⑧人事訴訟程序有特別規定者 (§572、§588、§596)

3. 案例事實解答



- (1) 訴之變更或追加，應係以利用在先前之訴訟程序所得之訴訟資料，就新訴為審判之前提而規定其要件。
- (2) 當事人若有變更、追加，則除在承受訴訟之情形以外，並不承認訴訟狀態之繼續，應非民事訴訟法上所預想之訴之變更或追加。
- (3) 甲所為訴之變更或追加，被告乙表示不同意，亦不合法律特許為訴之變更或追加之情形 (§255 I ⑤)，故程序上不應准許！。

(二) 法院應以訴無理由敗訴判決駁回甲之起訴

1. 實體敗訴判決駁回甲之訴訟

甲基於所有物返還請求權主張其所有之房屋遭乙無權占有為由，而向法院起訴，請求乙返還該房屋，於訴訟上自應舉證證明「甲為房屋所有權人」、「乙為無權占有」，法院審理結果，如認甲主張之事實並不存在，乙之抗辯屬實，該房屋為訴外人丙無權占有，訴訟標的之實體法上權利構成要件不該當，法院自應以訴無理由敗訴判決駁回甲之起訴。

2. 原告甲甲程序的保障

然甲若已為訴之變更或追加，得依§258 II 於駁回訴之追加之裁定確定後十日內聲請法院就該追加之新訴為審判。

三、甲對乙、丙起訴請求分割共有之 A 地，第一審為原物分割之判決，甲、乙對第一審判決所示分割方案有所不滿意。請具理由答下列設問：

(一) 設甲於民國九十一年十月一日收受第一審判決，於民國九十一年十月二日即向第一審法院遞狀提起第二審上訴，於民國九十一年十月七日遞狀表示撤回上訴，復於民國九十一年十月十一日遞狀表示撤回原先撤回上訴之意思表示，重新表示聲明上訴意旨，並向第一審法院聲請取回「撤回上訴狀」，第一審法院應如何處理？

(二) 設乙合法上訴第二審(甲未聲明上訴)，經通知，僅甲、乙於言詞辯論期日到場，乙以言詞表示撤回上訴，甲當場表示同意，第二審法院應如何處理？
(91 司)

〔解析〕

(一) 第一審法院應裁定駁回上訴 (§442)

1. 喪失上訴權後再行上訴，上訴不合法。

當事人合法取得上訴權後，如有「捨棄上訴權」、「逾越上訴期間」或「撤回上訴」三種情形之一者，喪失其上訴權。撤回上訴致喪失其上訴權後，第一審判決即行確定，不得再行上訴 (§459 III)。

2. 基於程序安定性之要求，撤回起訴或上訴之行爲不得撤銷或撤回！

訴訟程序爲一連串行爲之結合，後訴訟行爲之進行乃以前訴訟行爲之有效存續爲前提，故強烈要求程序之安定性。基此原則，民法總則有關詐欺、脅迫、錯誤得撤銷意思表示、解除、終止、撤回…等等形成權行使之規定，如得於訴訟程序套用將造成程序不安定之狀況，故訴訟法上如無準用明文，自不能適用於訴訟行爲。故撤回起訴或上訴之行爲不得撤銷或撤回之！

3. 案例事實解答

基於程序安定性之要求，甲於十月七日遞狀表示撤回上訴時，即喪失上訴權 (§459 III)，十月十一日遞狀表示撤回撤回上訴之意思表示，不生效力。

(二) 第二審法院應即通知視爲已提起上訴之丙 (§459 II)

1. 乙上訴之效力及於丙 (§56 I ①)

如將分割共有物訴訟定性爲訴訟事件，其性質應屬形成之訴，全體共有人處於固有必要共同訴訟之地位，其訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定，故乙一人上訴，丙雖未上訴，然因上訴爲有利於其他共同訴訟人之行爲，故乙上訴之效力及於丙 (§56 I ①)。

2. 第二審法院應即通知視爲已提起上訴之丙 (§459 II)

訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，其中一人或數人提起合法之上訴時，依§56 I ①前段規定，上訴之效力及於全體，故其他未提起上訴之共同訴訟人亦視爲上訴人。惟嗣後提起上訴之人如欲撤回上訴，依§459 I 後段規定，非經其他視爲已提起上訴之人同意，不生撤回之效力。然該視爲已提起上訴之人或因行蹤不明，或因無意參與上訴程序，欲令其表示同意撤回上訴，不無困難。故爲避免訴訟久懸不決，並保障當事人之程序權，於此情形，法院應即通知視爲已提起上訴之共同訴訟人，命其於十日內表示是否撤回，逾期未爲表示者，視爲亦撤回上訴 (§459 II)。故第二審法院應即通知視爲已提起上訴之丙，令其表示是否撤回。

四、甲女婚前有乙男、丙男二男友，分別與其有性關係，嗣甲女與乙男結婚，於結婚後第二百二十日生子。乙男認爲丁子與其無血緣關係，乃以甲女、丁子爲共同被告，提起否認子女之訴，試問：

- (一) 在該訴訟有無出現乙男對甲女敗訴，對丁子勝訴之可能？
 (二) 如乙男獲得勝訴判決確定，該確定判決將發生何等效力？其效力之人的範圍如何？是否因而使丙男與丁子發生法律上之父子關係？ (91 司)

〔解析〕

(一) 不可能出現一勝一敗之歧異判決

訴訟標的對於甲女與丁子須合一確定，故該訴訟不可能出現乙男對甲女敗訴，對丁子勝訴之情形。

1. 婚生否認訴訟之當事人適格

否認子女之訴，由夫起訴者，以妻及子女為共同被告；由妻起訴者，以夫及子女為共同被告 (§589 之 1 I)。乙男以甲女、丁子為共同被告，提起否認子女之訴，當事人適格，甲女、丁子為固有必要共同被告，訴訟標的對其二人須合一確定。

2. 甲女、丁子不可能出現一勝一敗之歧異判決

訴訟標的合一確定者，乃將其數人於法律上視為一體而處理訴訟程序，故對其共同訴訟數人須同勝同敗、同時進行、同時停止，不得為相歧異處理，判決效力及於全體。訴訟標的對於甲女與丁子須合一確定，故該訴訟不可能出現乙男對甲女敗訴，對丁子勝訴之相歧異處理情形。

(二) 否認子女之訴之判決效力

1. 該確定判決將發生對世效力

否認子女之訴者，乃對於受民法§1063 I 婚生推定之子女，如否認權人（生母或其母之夫）欲否認其婚生性，得向法院提起否認婚生之訴（民法§1063 II），以否定其為婚生子女。故訴訟性質為形成訴訟，於勝訴時將發生對世效力，對不特定第三人均能主張「發生解消親子關係」（亦即使乙丁親子關係消滅）之效力，亦即，丁子不復為乙男之婚生子女，丁子成為非婚生子女。

2. 不發生使丙男與丁子發生法律上父子關係之效力

上述否認子女之訴，僅使乙丁親子關係消滅，丁子喪失婚生子女身分，而成為非婚生子女。即便上述確定判決理由中交代「丙男與丁子」具有真實血緣關係，亦無法使丙男與丁子發生法律上之父子關係（判決理由中之判斷除抵銷抗辯外無任何效力）如欲使丙男與丁子發生法律上之父子關係，須丙男為認領之意思表示或另行提起認領子女之訴，始有丙男與丁子發生法律上父子關係之可能。