

〔96年司法特考〕

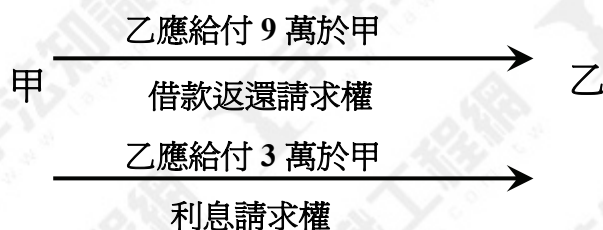
一、(一) 甲主張乙欠甲借款新台幣(下同)九萬元，而向第一審管轄法院起訴請求乙應返還甲九萬元，訴訟進行中，甲向法院表示乙除了應返還九萬元之外，並應支付甲利息三萬元。問：法院應如何處理甲關於利息之主張？

(二) 若甲係向第一審管轄法院起訴請求乙應返還借款三十萬元，訴訟進行中甲又向法院表示乙除了應返還三十萬元之外，更應返還另一筆借款八十萬元，乙當場表示其並未向甲借任何款項，並立即向法院表示請求確認甲、乙之間並無任何消費借貸之法律關係存在。問：法院又應如何處理甲、乙之案件？若甲係向第一審管轄法院起訴請求乙返還借款三十萬元，訴訟進行中甲又向法院表示丙係該筆債務之連帶保證人，請求丙應和乙連帶返還三十萬元，法院又應如何處理甲之案件？

(96 司法官)

〔擬答〕

(一) 小額訴訟程序訴之追加限制 (§436 之 15)



1. 限制目的：避免程序上不利益！

如訴之變更、追加或反訴之結果，致訴訟標的逾小額程序之範圍，在法律關係趨於複雜下，不易達小額程序迅速、簡便解決紛爭之目的。

2. 小額程序變更、追加之限制

(1) 訴之變更、追加之要件

訴之變更、追加原有之要件 (§436 之 23 → §436 II → §255、§256、§257)

(2) 數額之限制

① 當事人合意繼續適用小額程序，並經法院認為適當者：得逾§436 之 8 I 之範圍。

如當事人訴之變更、追加或反訴後，致訴訟標的金額或價額逾§436 之 8 I (即新台幣 10 萬元) 之範圍，在當事人合意繼續適用小額程序並經法院認為適當者 (如法律關係並不複雜，不致影響訴訟遲延之情形)，為免當事人另行起訴以求訴訟經濟，仍得繼續適用小額程序。

② 當事人未合意繼續適用小額程序：不得逾§436 之 8 I 之範圍。

為求小額程序迅速、簡便解決紛爭之目的，在當事人未合意繼續適用小額程序之情形下，不得逾§436 之 8 I 之範圍。

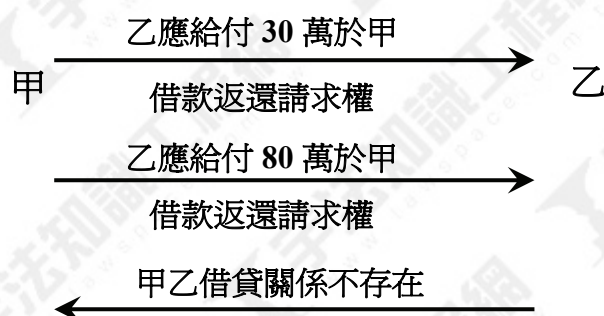
③當事人合意繼續適用小額程序然法院認為不適當者：亦不得逾§436 之 8 I 之範圍。

如當事人合意就訴之變更、追加後之新訴或反訴合意繼續適用小額程序，然法院認為不適當，則應認甚礙訴訟終結，有違小額程序速結之目的，背於公益而不應允許其得逾§436 之 8 I 之範圍。

### 3. 案例事實之解答

原告甲原起訴之借款返還金額為 9 萬元，本在§436 之 8 I 之範圍內，而可利用小額訴訟程序主張之，然其欲追加與之相牽連的利息請求 9 萬元，二者合併結果致訴訟標的金額逾§436 之 8 I（即新台幣 10 萬元）之範圍，如當事人合意繼續適用小額程序並經法院認為適當者，為免甲另行起訴以求訴訟經濟，仍得繼續適用小額程序繼續審理，然當事人未合意繼續適用小額程序或法院認為不適當者，法院應裁定駁回其追加之請求。

#### (二) 簡易訴訟程序訴之追加及反訴之處理



#### 1. 甲追加 80 萬借款返還之處理

##### (1) 甲之原訴訟請求 30 萬借款返還應利用簡易訴訟程序

甲係向第一審管轄法院起訴請求乙應返還借款三十萬元，其訴訟金額未逾 50 萬元，基於費用相當性之原理，依§427 I 之規定應適用簡易訴訟程序。

##### (2) 當事人未為合意，則應改用通常訴訟程序 (§435 I)

訴之變更、追加或提起反訴，本亦受同種訴訟程序之限制 (§257、§260 II)，惟在行簡易訴訟程序之事件，如因訴之變更、追加或提起反訴，致其訴之全部或一部，不屬§427 I 之範圍者（例如，訴之追加後合併請求之金額為 110 萬元）除經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。

#### 2. 乙反訴確認甲乙借貸關係不存在之處理

##### (1) 不得就已起訴之事件更行起訴

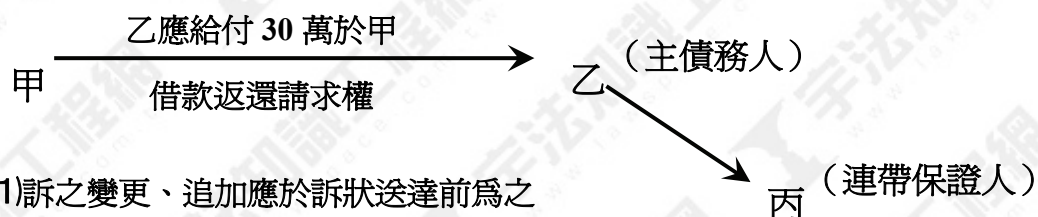
當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴 (§253)。乃訴訟法上所謂一事不再理原則之一，或稱二重起訴之禁止。而判斷是否重複起訴，則應就訴之三要素判斷之，亦即「當事人是否相同」、「訴訟標的是否相同」及「訴之聲明是否相同、相反或可以代用」。

##### (2) 乙之反訴應予裁定駁回

於甲對乙請求返還借款之訴訟中（第一請求為 30 萬，第二請求為 80 萬），乙

均當場否認之，並立即向法院表示請求確認甲、乙之間並無任何消費借貸之法律關係存在，核其性質應屬乙對甲所提起之「確認借貸關係不存在之訴」。惟該訴訟與甲之本訴係屬同一事件（當事人相同，訴訟標的相同【均為借貸關係，僅本訴以權利作用方式表示，而反訴以權利內容方式呈現】，本訴之給付請求可以代用反訴之消極確認聲明），故乙之反訴應認違背一事不再理之原則而起訴者，法院應認其訴為不合法依§249 I ⑦以裁定駁回之。

### 3.甲追加第三人丙為被告之處理



#### (1)訴之變更、追加應於訴狀送達前為之

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)法律特許為訴之變更或追加者

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。法律特許為訴之變更或追加之情形如下：

- 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）

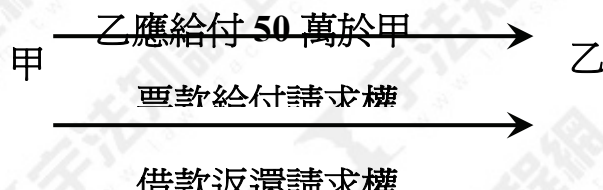
#### (3)案例事實解答

- 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甲所為訴之追加，若無被告乙之不同意，因對主債務人及連帶保證人之合併請求非必要共同訴訟，在不合法律特許為訴之變更或追加之情形下（§255 I ⑤），故程序上不應准許！

二、甲為原告，列乙為被告，起訴聲明求為判決命乙應給付甲新台幣（下同）五十萬元，主張之事實略為：甲持有乙所簽發票面金額同額、票載日期九十六年五月三十日之支票一紙，經提示而未獲兌現，因此依票款給付請求權提起本件訴訟。問：

- (一) 如乙抗辯系爭支票係乙為向甲借貸五十萬元而簽發，但甲迄未交付該款項。甲可否追加借款返還請求權為訴訟標的？
- (二) 如甲於本件訴訟敗訴確定後，又依借款返還請求權對乙起訴請求給付五十萬元，乙及後訴法院應如何處理？ (96 司法官)

〔解析〕



票據債權與原因債權競合時，除一項說（聲明說）認其只能構成一個訴訟標的，不過有二個理由根據外，舊訴訟標的理論（舊實體法說）、二分肢說（二項說）、新實體法說均認其得構成二個訴訟標的。

(一) 甲可否追加借款返還請求權為訴訟標的？

於票據債權訴訟繫屬中，原告甲可否再行追加借款返還請求權為訴訟標的，應視訴訟標的理論而異其結論：

1. 如採舊訴訟標的理論（或新訴訟標的理論中二項說與新實體法說）

在請求權競合之情形，如採舊訴訟標的理論（或新訴訟標的理論中二項說與新實體法說亦同），因票據債權與原因債權為不同之訴訟標的，故於票據債權訴訟繫屬中，原告甲可再行追加借款返還請求權為訴訟標的。

2. 如採新訴訟標的理論中一項說：無需追加借款返還請求權為訴訟標的

反之，如採一項說，則只要票據關係與原因關係之事實呈現於言詞辯論，當事人無須說出實體法上請求權之名稱，且縱使說錯（實即引用法條錯誤），法院亦可根據當事人所主張之事實，引用適當之法律觀點（理由根據、法條）判決當事人（原告）勝訴，承認當事人有該權利。此亦即「汝給我事實，我給汝權利之精神所在。因係根據當事人所主張之事實下判決，故符合辯論主義之要求，又係就同一訴訟標的（「受領一回給付之地位」、「受給權」）為判決，並非訴外裁判，故亦符合處分權主義之要求。在一次訴訟中，即可使有理由而雖不諳法律或訴訟者亦可獲勝訴，理屈者受到應得之民事制裁（敗訴）；通俗而便民，其判決方符合社會之正義，人民訴訟之權（憲法第十六條）方可獲得確實之保障；而一個紛爭一次解決，符合訴訟經濟，且不致於有二個結果相異之矛盾判決出現，對於司法威信之建立亦有裨益（駱永家 民事法研究 I 46~48頁）。

(二) 甲又對乙依借款還請求權起訴，主張乙向甲借貸 50 萬元未還：

1. 如採舊訴訟標的理論（或新訴訟標的理論中二項說與新實體法說）

票據債權與借款債權為二不同之訴訟標的，於前票據債權訴訟敗訴確定後，仍得依借款還請求權起訴主張。

2.如採新訴訟標的理論中一項說

票據債權與借款債權係就同一訴訟標的（「受領一回給付之地位」、「受給權」）下，而主張實體法上二個個別的權利（不同之攻防方法）而已。於前票據債權訴訟敗訴確定後，於言詞辯論終結前可得主張之攻防方法（借款債權），亦不得本於同一訴訟標的（「受領一回給付之地位」、「受給權」）再行主張。故乙得主張「甲不得再行起訴」之妨訴抗辯，而後訴訟法院應以「違反一事不再理原則」裁定駁回。

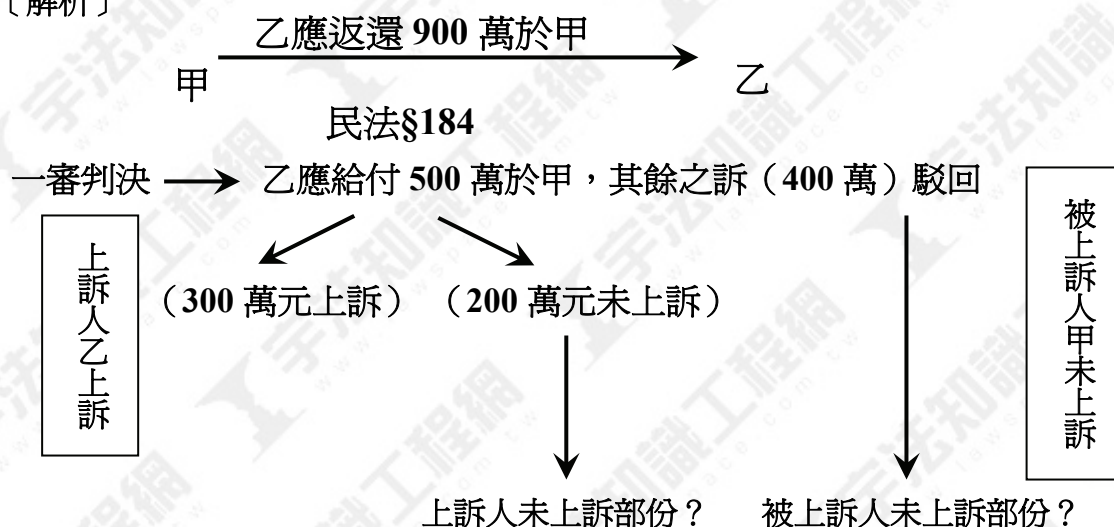
三、試附理由回答下列問題：

(一) 甲起訴請求乙返還借款新台幣（下同）九百萬元，經審理後，第一審法院判令乙應給付甲五百萬元，其餘四百萬部分則駁回甲之請求。乙對其敗訴部分中之三百萬元提起第二審上訴，甲對其敗訴部分則未聲明不服。第二審法院經審理後，駁回乙之上訴，乙復提起第三審上訴，經第三審法院廢棄第二審判決，發回第二審法院更審。在第二審更審中，甲對其原於第一審敗訴之四百萬元部分提起附帶上訴，乙則就其於第一審敗訴而未上訴之二百萬元部分亦一併聲明不服，試問：第二審法院更審中，甲、乙上舉行為，是否合法？此時，甲之請求是否有確定部分？

(二) 丙對台灣高等法院之第二審判決不服，於民國九十六年六月五日（星期二）聲明上訴，但無委任律師為訴訟代理人，亦無表明上訴理由，台灣高等法院旋於民國九十六年六月二十七日（星期三）以丙之第三審上訴不合法，裁定駁回丙第三審之上訴。試問：台灣高等法院上開裁定是否合法？

(96 司法官)

〔解析〕



(一) 甲之附帶上訴不合法，而乙之擴張上訴聲明則屬合法！

1.甲對第一審敗訴之 400 萬元部分已先行確定，故附帶上訴不合法！

**(1)二審：不生一部確定！**

上訴人僅對第一審判決之一部聲明不服者，其判決全部未確定，因：

- ①上訴人於第二審得擴張上訴之聲明 (§473 I 反面推論)。
- ②被上訴人得附帶上訴 (§460 I)。

**(2)三審：有一部先行確定之可能！**

二審判決後，雖有上訴第三審程序中，但於二審判決後即有一部先行確定之可能！

- ①三審不得為如下行為：
  - A.在第三審不得變更或擴張上訴聲明 (§473 I)
  - B.被上訴人，不得為附帶上訴 (§473 II)
- ②雖有發回更審之可能，然於更審程序中
  - A.被上訴人於 2003 修正後已不得於發回更審時為附帶上訴 (§460 I 但)
 

依 2003 年修正前規定，第二審判決經第三審法院發回或發交後，被上訴人就原第一審判決未聲明不服之部分，仍得於言詞辯論終結前為附帶上訴，致有訴訟之一部於經第二審法院判決後，因未上訴於第三審法院而告確定，然就原第一審未聲明不服部分之判決，於第二審判決經第三審法院發回或發交後，仍得為附帶上訴，有致未向第二審上訴部分之訴訟關係久懸不決之不合理現象，2003 年乃增設但書規定，使第一審判決未經上訴之部分，於第二審判決生效後，即可確定，以避免訴訟關係久懸不決，並減輕當事人之訟累 (§460 I)。

**B.基於公平原則，上訴人亦應不得於發回更審時擴張上訴聲明。**

然實務見解 93，3 次民庭決議卻採相反見解：

「現行民事訴訟法第二審程序並無禁止上訴人擴張上訴聲明之規定，故上訴人在第三審法院為發回或發交後之第二審程序，仍得擴張上訴之聲明。」

**2.乙對第一審敗訴之 200 萬元部分擴張上訴聲明則屬合法！**

如上所述，發回更審後，依§460 I 但書之規定甲於原第一審敗訴之四百萬元部分已先行確定，故附帶上訴不合法。而乙之擴張上訴聲明於現行民事訴訟法第二審程序並無禁止上訴人擴張上訴聲明之規定 (§473 I 反面推論) 故乙對第一審敗訴之 200 萬元部分擴張上訴聲明則屬合法！

**(二) 台灣高等法院未先命補正逕行駁回上訴之裁定係屬合法**

上訴第三審應具備下述要件方得提起，不備此等要件，上訴即不應准許：

**1.上訴第三審要件：**

**(1)須依法律規定係得上訴第三審之判決**

對於第二審之終局判決，除別有規定外，得上訴於管轄第三審之法院 (§ 464)。所謂別有規定，係指下列不得上訴情形而言：

- ①維持「未聲明不服一審判決」之第二審判決 (§465)
- ②當事人未逾上訴利益之第二審判決 (§466 I)。

③第二審法院關於假執行之判決不得聲明不服 (§458)。

④對於訴訟費用之判決，不得單獨聲明不服 (§88)。

## (2)須係以原判決違背法令為理由

第三審為法律審，故上訴第三審非以原判決違背法令為理由，不得為之 (§467)。惟祇須上訴人於上訴理由狀中具體指摘原判決違背法令，其上訴程序即為合法，是否確屬違背法令，乃上訴有無理由問題。

## (3)上訴狀應表明上訴理由

提起上訴，應以上訴狀提出於原判決法院為之 (§470 I)。且上訴狀內，應記載上訴理由 (§470 II)，表明下列各款事項，因第三審為法律審且為事後審，故上訴狀內應表明上訴理由，即須具體表明 (指摘) 第二審判決有如何違背法令之處。

①原判決所違背之法令及其具體內容

②依訴訟資料合於該違背法令之具體事實

③依上訴許可制 (§469 之一) 提起上訴之原則上重要性理由

## (4)律師強制代理訴訟

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人 (§466 之一 I 本文)。立法理由乃在於貫徹第三審法律審之功能。上訴人未依 §466 之一 I、II 規定委任訴訟代理人，或雖依 §466 之一 II 委任，法院認為不適當者，第二審法院應定期先命補正。逾期未補正亦未依 §466 之二為聲請者，第二審法院應以上訴不合法裁定駁回之 (§466 之一 IV)。

## 2.上訴狀未附上訴理由：得補提上訴理由書

### (1)提起上訴後二十日內為之

上訴狀內未表明上訴理由者，上訴人應於提起上訴後二十日內提出理由書於原第二審法院。

### (2)上訴理由書強制提出主義

未提出者，第二審法院毋庸命其補正，得直接以裁定駁回之。因第三審採上訴理由書強制提出主義，此時並非 §121 I 之一般書狀程式有欠缺。

## 3.案例事實解答：

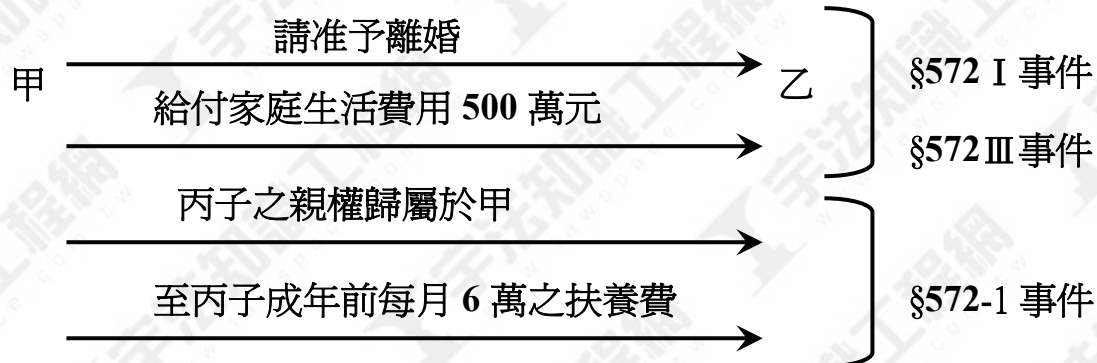
上訴人丙於民國九十六年六月五日 (星期二) 聲明上訴，但無委任律師為訴訟代理人，亦無表明上訴理由，台灣高等法院雖未命補正委任律師為訴訟代理人之裁定雖屬不妥，然上訴人於提起上訴 (6月5日) 後二十日 (6月25日) 內未補提上訴理由書，因第三審採上訴理由書強制提出主義 (§471 I)，故台灣高等法院於六月二十七日 (星期三) 駁回上訴仍屬合法。

四、妻甲以夫乙為被告提起離婚之訴，並請求兩造所生未成年之子丙權利義務之行使與負擔由甲任之，及乙應自本判決確定之翌日起至丙成年之日止，每月給付應分擔丙之扶養費新台幣 (以下同) 六萬元；另請求給付家庭生活費五百萬元。第一審法院判准甲與乙離婚，並酌定對於丙權利義務之行使與負擔由甲任之，乙應按月給付分擔丙之扶養費二萬元；駁回甲其餘之訴，即其餘

扶養分擔額每月四萬元及家庭生活費五百萬元部分之請求。請附理由解答下列問題：

- (一)甲就其受敗訴判決中關於被駁回其請求乙應分擔其餘扶養費每月四萬元部分提起上訴時，乙於逾上訴期間後，僅就其受不利判決中，關於酌定對於丙權利義務之行使與負擔由甲任之，及命乙給付分擔扶養費每月二萬元部分提起附帶上訴，請求廢棄該部分判決，改酌定對於丙權利義務之行使與負擔由乙任之，並駁回甲在第一審分擔扶養費之請求；另反訴請求確認乙與甲之婚姻不成立。第二審法院對於乙所提附帶上訴及反訴應如何處理？
- (二)甲若係就其受敗訴判決中關於被駁回其請求家庭生活費五百萬元部分提起上訴，乙在第二審法院審理中，反訴請求確認乙與甲之婚姻不成立。第二審法院對乙之反訴應如何處理？ (96 司法官)

〔擬答〕



(一) 乙所提附帶上訴依抗告程序處理而反訴應駁回之

**1. 僅就本案部分提起上訴者 (§582 之一 II)**

- (1) 當事人僅就本案部分提起上訴者，視為附帶請求部分已提起上訴。
- (2) §572 之一事件係以本案部分有理由為前提，法院始對附帶請求部分審酌，故事實審法院為終局判決後，如當事人僅就本案部分提起上訴時，為避免上級審與下級審就本案部分裁判結果之不同，而使下級審所為附帶請求部分判決失所依據之窘境，§582 之一 II 乃規定當事人僅就本案部分提起上訴者，視為附帶請求部分已提起上訴，以資解決。此所謂附帶請求，除§572 之一 I 當事人所為之請求外，同條第二項法院依職權定之者亦包括在內。

**2. 僅就附帶請求部分聲明不服者 (§582 之一 III)**

(1) 性質：非訟事件

§572 之一之事件，本質即為非訟程序

(2) 意義：僅就附帶請求部分之裁判聲明不服者，適用關於抗告程序

當事人就本案部分終局判決均未上訴，本案部分確定，當事人或利害關係人（如未成年子女、受指定為監護人之第三人等）僅對附帶請求部分聲明不服，固無不可，惟因附帶請求部分係為保護子女利益而設，必須迅速妥適處理，故應適用抗告程序為之。

**3. 案例事實解答：**



### (1)乙所提之附帶上訴依抗告程序處理

依題旨所示，當事人乙就本案部分終局判決（離婚訴訟）並未上訴（甲則因勝訴而欠缺上訴權），故本案判決部分已先行確定，當事人甲及乙均僅對附帶請求部分聲明不服（甲爭執扶養費數額，乙則爭執親權歸屬及請求駁回扶養費分擔），故甲之上訴及乙之附帶上訴，均應適用抗告程序處理之。

### (2)乙所提之反訴應駁回

反訴須在本訴繫屬於事實審中，且在言詞辯論終結以前提起。反訴原告乙就離婚訴訟並未上訴，故本訴部分已先行確定，乙所提之反訴並不合法，法院應予駁回。

## (二) 乙所提之反訴應駁回

### 1.與婚姻事件合併裁判之財產事件 (§582 之一 I )

#### (1)要件

##### ①夫妻財產之分配或分割或贍養費之請求

如聯合財產制之剩餘財產分配請求權 (§1030 之一) 或贍養費之請求 (§1057) 等。

##### ②依§572 III 為合併主張或為訴之追加或反訴

該夫妻財產之分配、分割或贍養費之請求，依§572 III 之規定，與婚姻事件 (§572 I ) 之訴合併提起或為訴之追加或提起反訴。

##### ③當事人僅對於婚姻事件之訴所為判決提起上訴

當事人對於第一審或第二審之終局判決，僅就§572 I 之訴提起上訴，而未對依§572 III 之夫妻財產之分配或分割或贍養費之請求一併提起上訴。

##### ④限於原告就§572 III 之請求勝訴時

若原告於夫妻財產之分配或分割或贍養費之請求，於原審敗訴時，依法條文義，顯無適用！

#### (2)法律效果：擬制上訴

原告於夫妻財產之分配或分割或贍養費之請求，於原審勝訴部分，視為一併提起上訴。

### 2.案例事實解答：

(1)僅對於婚姻事件提起上訴，§572 III 之請求視為一併提起上訴。

(2)僅就§572 III 之請求提起上訴，婚姻事件並未隨同發生移審。

依題旨所示，當事人乙就本案離婚訴訟之終局判決（離婚訴訟）並未上訴（甲則因勝訴而欠缺上訴權），而僅就家庭生活費五百萬元部分之財產事件 (§572 III) 提起上訴，故婚姻事件（離婚訴訟）並未隨同發生移審。

### (3)乙所提之反訴應駁回

反訴須在本訴繫屬於事實審中，且在言詞辯論終結以前提起。反訴原告乙就離婚訴訟並未上訴或附帶上訴，故乙所提之反訴並不合法，法院應予駁回