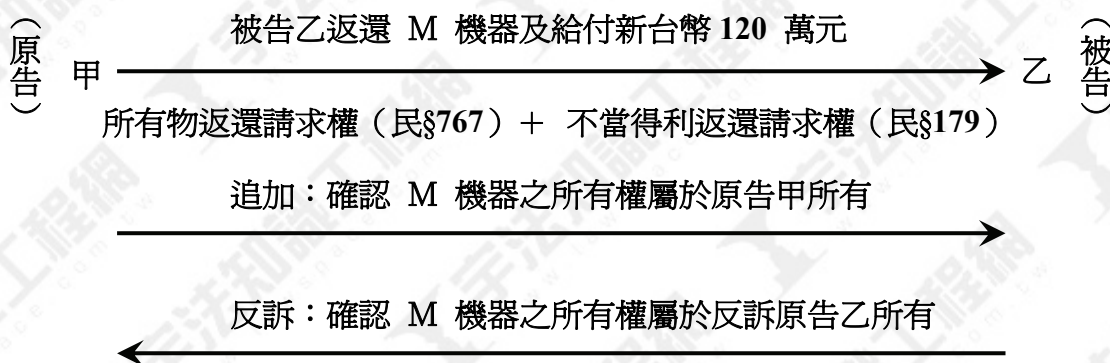


〔97年司法特考〕

一、甲向乙的住所地之C地方法院起訴，請求命被告乙返還 M 機器及返還因使用M機器的不當得利計新台幣（以下同）120 萬元。甲主張自己於前年由訴外人丙售讓而取得M機器的所有權，乙無權占有並使用該 M 機器生產商品長達二年，該M機器在同業間年租金行情至少 60 萬元；乙則抗辯M機器是其向原出租人丁買受取得，自己才是M機器的所有權人，請求法院駁回原告的起訴。在第一次的言詞辯論期日，甲以言詞追加請求 C 法院確認甲對M機器的所有權存在；乙隨即在當庭以言詞提起反訴，請求法院確認反訴原告乙對M機器的所有權存在。試問：乙所提的反訴是否合法？

（97 司法官）

〔擬答〕



乙所提的反訴不屬於重複起訴，故反訴係屬合法！

（一）甲之起訴其訴訟標的為「所有物返還請求權」及「不當得利返還請求權」如依傳統訴訟標的以觀，甲請求命被告乙返還 M 機器及返還不當得利 120 萬元，依其事實主張「由訴外人丙售讓而取得M機器的所有權...等語」，可判斷其主張之訴訟標的為民法§767 之「所有物返還請求權」及民法§179 之「不當得利返還請求權」。

（二）甲之追加起訴其訴訟標的為「甲之M機器所有權」
 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，原告得提起中間確認之訴，本法§255 I ⑥定有明文。原訴訟之訴訟標的「所有物返還請求權」程序進行中，兩造當事人就先決性之法律關係「M機器所有權」歸屬發生爭執，原告甲得追加中間確認之訴於原訴訟程序而成為訴之客觀合併。而本案中，甲以言詞追加甲對M機器的所有權存在，應可認定此之訴訟標的為「甲之M機器所有權」。

（三）乙所提之反訴其訴訟標的為「乙之M機器所有權」
 訴訟進行中，與本訴之標的及其防禦方法如有相牽連者，被告亦得提起反訴，原訴訟之訴訟標的「所有物返還請求權」程序進行中，兩造當事人就

先決性之法律關係「M機器所有權」歸屬發生爭執，原告甲可追加提起中間確認之訴，而被告乙亦得提起反訴，以期解決有爭執之法律關係。而本案中，乙以言詞提起反訴確認乙對M機器的所有權存在，應可認定此之訴訟標的為「乙之M機器所有權」。

(四) 乙所提的反訴不屬於重複起訴，故反訴係屬合法！

反訴係獨立之訴，非僅屬被告之防禦方法，故反訴之訴訟標的亦應遵守「一事不再理」之訴訟法規定，如就已繫屬之訴訟標的再行起訴，法院自應以訴不合法裁定駁回反訴。然甲原所起訴之訴訟標的「所有物返還請求權」及追加之訴訟標的「甲之M機器所有權」與乙之反訴訴訟標的為「乙之M機器所有權」為不同之訴訟標的，亦無代用之可能，故乙之反訴不屬於重複起訴，其反訴係屬合法無疑！

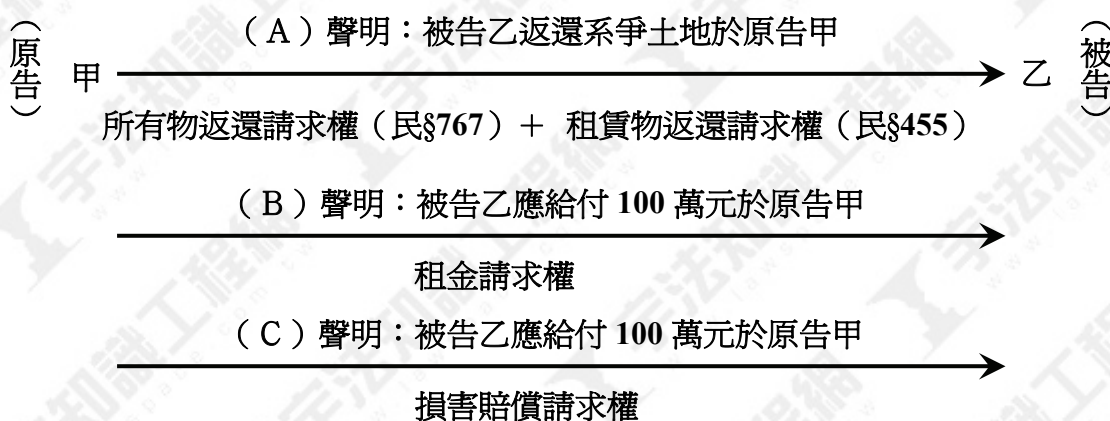
二、甲以乙為被告，主張乙無權占有其所有之土地，起訴請求 (A) 聲明：乙應將系爭土地返還予甲；(B) 聲明：乙應給付甲新台幣 100 萬元之租金；(C) 聲明：乙應給付甲新台幣 100 萬元之損害金。關於 (A) 聲明，甲主張甲乙就該土地之租賃契約已屆期，因此本於所有物返還請求權與租賃物返還請求權，請求乙返還土地。關於 (B)(C) 聲明，甲主張之原因事實為乙應給付占有土地二年期間 (民國 91 年至 92 年) 之租金或損害金，每年 50 萬元，二年共 100 萬元。試問：

(一) 就甲所提關於 (A) 聲明之二請求權依據，法院應如何審理判決？

(二) 就甲所提之 (B)(C) 二聲明，法院應如何闡明與判決？

(97 司法官)

[擬答]



(一) 重疊合併之審理判決

1. 本案例事實為重疊合併

稱重疊訴之合併者，謂相同原告對相同被告，主張二以上之訴訟標的，以單一之聲明，請求法院就各訴訟標的併為裁判。本案例事實甲之 (A) 聲明「返還系爭土地」實為單一之聲明，而主張二個訴訟標的 (所有物返還請求權與租賃物返還請求權)，並請求法院就各訴訟標的併為裁判，故屬重疊合併。

2. 重疊合併之審理判決

(1) 審理

重疊訴之合併，僅有單一之聲明，各訴不得分別辯論與一部終局判決，亦不得就訴訟程序為一部停止。

(2) 裁判

① 勝訴或敗訴判決

在認各訴均有理由或均無理由，應為原告全部勝訴或敗訴之判決。

② 一部有理由，一部無理由。

在重疊之訴之合併，其訴訟標的雖有數項，但僅有單一之聲明，法院若認其中有理由，而其餘均無理由者，仍應依原告之聲明，為其勝訴之判決，且就無理由部分，不必於判決主文項下，記載駁回，但被告對於該判決提起上訴後，原告所主張之數項訴訟標的全部均生移審之效力。

(二) 選擇合併或預備合併之闡明與判決

1. 本案例事實可能為選擇合併或預備合併

(1) 可能為選擇合併

稱選擇訴之合併者，謂相同原告對於相同被告，以單一之聲明，主張二以上訴訟標的，請求法院擇一訴訟標的而為其勝訴之判決。本案例事實甲之（B）及（C）聲明「給付 100 萬元租金或損害金」實為單一之聲明（給付 100 萬元），而主張二個訴訟標的（租金請求權或損害賠償請求權（民§ 184）），並請求法院擇一為勝訴判決，故可能屬於選擇合併。

(2) 可能為預備合併（95 台抗 184 號裁定）

原告對於同一被告，合併提起數宗訴訟，乃所謂訴之客觀合併。其目的在使相同當事人間就其間之私權紛爭，能以同一訴訟程序辯論、裁判，以節省當事人及法院勞費，並使相關連之訴訟事件，受同一裁判，避免發生矛盾，以達訴訟經濟及統一解決紛爭之目的。如無害於公益，基於當事人訴訟上之處分權，應許當事人就其合併提起之數訴，依其意思請求法院為裁判；尚不得因其提起訴訟之型態，不符合學說或實務上分類之模式，即認其起訴不合法。而所謂訴之預備合併，通常固指原告預防其提起之訴訟為無理由，而同時提起不能並存之他訴為備位，以備先位之訴無理由時，可就備位之訴獲得有理由之判決之訴之合併而言；惟原告提起非相排斥之數訴，而定其請求法院為裁判之順序，依上說明，應非法所不許。本件再抗告人追加之備位聲明，縱與先位聲明非屬相排斥，不符合一般所謂之訴之預備合併，亦不得據此即謂其起訴不合程式（95 台抗 184 號裁定）。本案例事實甲之（B）及（C）聲明「給付 100 萬元租金或損害金」雖非相排斥，但甲已排定「先（B）後（C）」之先後順序，故可能屬於預備合併。

(3) 法院應行使闡明權確認訴訟之型態

甲基於其程序處分權，就租金權利及損害賠償權利，既可為預備合併（將較易證明之權利列為先位請求，以節省勞費付出而優先追求程序利益），亦可為選擇合併（委諸於受訴法院形成心證之結果，使其選擇就能先形成積

極心證之權利為判決，而不必再付出勞費證明另一尚未形成肯定心證之權利)。故法院應行行使**闡明權確認訴訟之型態**，究為**選擇合併或預備合併**以決定審理及判決之方式。

2. 選擇合併或預備合併之判決

(1) 如為選擇合併仍應選擇最有利之訴訟標的裁判 (94 台上 2311 判決)

按原告以單一之聲明，主張二以上訴訟標的，而請求法院擇一訴訟標的為其勝訴之判決者，乃所謂選擇訴之合併，原告依其中之一訴訟標的可獲全部受勝訴判決時，法院固得僅依該項訴訟標的而為判決，對於其他訴訟標的無庸審酌；惟如各訴訟標的對於原告判決之結果不同，法院自應擇對原告最為有利之訴訟標的而為裁判。

(2) 如為預備合併之裁判

訴之預備合併，必先位之訴 (B 聲明) 無理由，法院始應就備位之訴 (C 聲明) 為裁判。如先位之訴有理由，法院即無庸就備位之訴為裁判。先後位之訴均無理由，則併予駁回。

三、試附理由回答下列問題：

- (一) 原告 X 以 Y 為被告，起訴請求 Y 給付新台幣 200 萬元之貨款。於第一審言詞辯論期日，經審判長許可，Y 委任其子 Z 為訴訟代理人，並授予特別代理權，到場參與辯論。是日，X、Z 經審判長斡旋後，成立訴訟上和解。嗣發現 Z 斯時僅為十八歲之未成年人，則上開和解效力如何？
- (二) 原告 X 以 Y 為被告，本於買賣之法律關係，起訴請求 (即訴之聲明) Y 給付價款新台幣 250 萬元。於第一審言詞辯論期日，Y 因無能力給付，為確保解決紛爭，經審判長斡旋，Y 之父 Z 同意參加和解，改由 Z 給付 X 新台幣 200 萬元 (X 其餘之請求拋棄)，而於 X、Z 間成立訴訟上和解。嗣於和解後，Z 以其同意參加和解係因錯誤所致，現已合法撤銷其意思表示，故否認上開和解之效力，拒不履行和解內容，則 X 可否對上開和解請求繼續審判，或 Z 可否另行對 X 起訴，請求確認上開和解債權不存在？
- (97 司法官)

[擬答]

(一) 訴訟代理人無訴訟能力所為和解之效力

訴訟代理人是否須有訴訟能力？

1. 肯定說 (吳)

(1) 訴訟能力及訴訟代理制具有公益性質，目的在預防訴訟行為無效，故不應適用實體法 (民§104) 之規定。

(2) 無訴訟能力人若係無行為能力人或無意思能力人，何能代理訴訟。

2. 否定說 (通說，姚、楊，29 上 646)

(1) 訴訟能力係為保護本人而設，授權人 (本人) 自願授權無訴訟能力人為訴訟代理人，自毋須加以保護。

(2) 實體法上，經本人授與代理權之代理人，不以有完全行為能力為必要即得

為有效之法律行為（民法§104）。本法既未加限制，自宜與民法作同一之解釋。

- (3)如委任無訴訟能力人為訴訟代理人時，法院認必要即得為下列措施：
依民訴§68 I 裁定不予許可，如已許可得依§68 II 隨時撤銷其許可或依民訴§208 II 禁止其陳述。

3.管見認為宜採肯定說

訴訟行為之合法以有訴訟能力為要件，無訴訟能力人自己不能合法為訴訟行為，竟可代理他人合法為高度技術性之訴訟行為，實難想像其合理性，故宜採肯定之解釋。若基此肯定解釋，無訴訟能力之訴訟代理人 Z 所為之和解，自不生效力。

(二) 第三人加入和解之救濟方式

1.立法目的

訴訟上當事人間之和解能否成立，時有涉及第三人之意見者，例如：訴訟標的與第三人之權利或義務有關，或當事人間須有第三人之參與，始願成立和解時，為使當事人間之紛爭得以圓滿解決，允許第三人參加當事人間之和解，實有其必要性。

2.第三人不因此成為訴訟當事人

第三人以和解當事人之身分加入於和解，並非依此輔助任何一造當事人，亦不因此成為訴訟當事人。故第三人參加當事人間之和解，如和解不成立時，該第三人當然脫離該程序，自不待言。

3.和解有無效或得撤銷之救濟

參加和解之第三人間所成立之和解，如嗣後發生爭執時，因其非原訴訟範圍，故不得請求繼續審判，惟得另依適當之訴訟方式處理，例如訴請確認和解所成立之法律關係不存在，或請求返還已依和解內容所為之給付。

4.案例事實之解答

(1) X 無庸請求繼續審判

該第三人既經許可或通知而加入和解，故應成為和解當事人，為謀求當事人間之紛爭得以有效解決，並加強和解功能俾達到消弭訟爭之目的，就第三人參加，而以給付為內容所成立之和解，雖無與確定判決同一之效力，仍應賦予執行力，得為執行名義 (§380 之一)，得對該第三人而強制執行。故 X 無庸請求繼續審判，得逕對 Z 為強制執行。

(2) Z 可另行對 X 起訴，請求確認 200 萬之和解債權不存在

第三人非原訴訟當事人，故無可繼續之訴訟程序。當和解有無效或撤銷原因時，無從依§380 II 請求繼續審判。故得依適當之訴訟方式處理，在此 Z 可另行對 X 起訴，請求確認 200 萬之和解債權不存在。

四、甲依買賣契約關係，以出賣人乙為被告，起訴請求乙交付買賣標的物汽車一輛，第一審法院判決乙應將該買賣標的物汽車交付甲，判決後第二天，該買賣標的物之汽車因遭法院拍賣而陷於給付不能，試就下列問題分別說明第二

審法院應如何審理裁判：

- (一) 如乙未上訴，甲提起上訴，改依債務不履行之法則，請求乙賠償損害。
- (二) 如乙提起上訴，甲於第二審程序中為訴之變更，改依債務不履行之法則，請求乙賠償損害。

(97 司法官)

〔擬答〕

(一) 欠缺上訴利益（法律上不應准許者），以裁定駁回甲之上訴。

1. 上訴利益學說

對下級審判決提起上訴應有上訴利益，而上訴利益有無之判斷基準有下述不同爭議，簡單說明如下：

(1) 實體不服說

第二審法院為第一審法院之續審，當事人於第二審言詞辯論終結前得提出新訴訟資料，並得為訴之變更追加，上訴是否有利益，應以第二審言詞辯論終結時，為其判斷之基準時，如上訴人於第二審言詞辯論終結時，能獲得較第一審判決更有利之判決者，即為有上訴之利益。

(2) 形式不服說

判斷標準，應以原告在第一審之起訴聲明，與第一審之判決對照以觀，起訴之聲明全部未經第一審判決容許者，全部有上訴利益，一部未經容許者，一部有上訴利益。如第一審法院已就原告起訴之聲明，為全部容許之判決者，原告即無提起上訴之利益。

2. 立法例

(1) 原則：採形式不服說

上訴利益，應以形式不服說為原則：是否有上訴利益，應作形式觀察，以原判決為對象。§441 I ③規定上訴應表明對原判決不服之程度。

(2) 例外：採實體不服說

有無上訴利益，不以原告起訴聲明決定之例外情形：

- ① 關於假執行擔保金額之酌定 (§390 II、§392)。
- ② 關於履行期間之酌定 (§396)
- ③ 關於抵銷之裁判：
- ④ 關於同時履行抗辯之裁判：
- ⑤ 關於分割共有物之裁判、不動產界線或置界標之判決

3. 欠缺上訴利益之處理

欠缺上訴利益者，為欠缺上訴合法要件，法院應依§444 I 「法律上不應准許者」，以裁定駁回之。

4. 案例事實解答

甲於一審獲勝訴判決（「一審判決」：乙應將該買賣標的物汽車交付甲與「原告聲明」完全相同），專為於二審訴之變更（「交付買賣標的物」變更為「請求損害賠償」）而提起上訴，於上訴利益採形式不服說之立法例下，應屬欠缺上訴利益，法院應依§444 I 「法律上不應准許者」，以裁定駁回之。

(二) 就第二審起訴債務不履行損害賠償逕為判決

1. 二審訴之變更、追加許可與否：

(1) 原則：須經他造同意 (§446 I 本)

第二審訴之變更、追加，係在第二審提起新訴代替原有之訴或提起新訴合併於原有之訴。就新訴而言，實質上為在第二審起訴，為顧及審級利益，遂有§446 I 之規定。

(2) 例外：不須經他造同意

① §446 I 但書：有§255 I ②~⑥情形

即有下列各款情形，在第二審仍得為訴之變更或追加，而無庸得他造同意：

- A. 請求之基礎事實同一者 (§255 I ②)
- B. 擴張或減縮應受判決事項之聲明者 (§255 I ③)
- C. 因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者 (§255 I ④)
- D. 該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者 (§255 I ⑤)
- E. 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 (§255 I ⑥)

② 婚姻事件及親子關係事件者 (§572、§572 之一、§588、§596)

婚姻事件及親子關係事件於第二審為訴之變更或追加，得任意為之，不受一般規定之限制。

2. 就第二審起訴部分為判決

在第二審法院為訴之變更、追加或提起反訴，或依§54 II 提起主參加訴訟等情形，均係在第二審起訴，並非不服原判決之上訴，第二審法院所為之判決，乃為一審判決，並非第二審判決，故無上訴有無理由之問題。

3. 案例事實解答

甲於二審訴之變更（「交付買賣標的物」變更為「請求損害賠償」）符合二審訴之變更之規定（§446 I 但書準用§255 I ④）二審法院自應准許之，並依一審審理判決程序為原告勝訴或敗訴判決。