

〔99年司法特考〕

- 一、甲起訴主張，A地為其與乙所分別共有（應有部分各為二分之一），兩人並共同將A地出租予丙使用，由於丙未盡對承租物所負之保管義務，使丁得以盜挖A地內之砂土出售牟利，導致必須支出新台幣五百萬元始能回復A地之原貌。甲遂以自己名義，本於侵權行為法律關係，請求丁給付原告二百五十萬元，並本於債務不履行之法律關係，請求丙給付原告二百五十萬元；如其中一人已為給付，則另一被告就其給付數額範圍內免為給付義務。請就下列不同情形，附理由回答所示問題：
- （一）在第一審訴訟程序中，原告與兩名被告均合意停止訴訟程序。在合意停止經三個月後，被告丙聲請續行訴訟，被告丁則在合意後四個月又十日始聲請續行訴訟。對於丙、丁關於續行訴訟之聲請，第一審法院應如何處理？
- （二）在第一審之第一次言詞辯論期日，被告丁出庭主張其係經甲之同意，始挖取A地之砂石，並無侵權行為之可言；已於相當時期受合法通知之被告丙則未出庭，亦未曾提出任何書狀否認原告所主張之權利及事實。在該期日中，原告向法院聲請就其對丙之請求，先為一造辯論判決，試問法院是否應准許原告之聲請？
- （三）假設第一審法院判決原告全部勝訴，丙於上訴期間內提起合法上訴，主張A地為乙單獨所有，且丙係向乙承租A地，甲既非A地之共有人或出租人，自不能為任何權利主張。丁則未聲明上訴。試問，第一審判決關於命被告丁給付之部分，是否於上訴期間屆滿時先行確定？（99司）

〔擬答〕

一、共同訴訟可分為必要共同訴訟及普通共同訴訟

（一）意義

對於共同訴訟之數人，依訴訟標的對其有無合一確定之必要，可區分為必要共同訴訟及普通共同訴訟二類型，簡述如下：

1.普通共同訴訟

各共同訴訟人各有獨立實施訴訟之權能，不受其他共同訴訟人之干擾，法律上不要求合一確定之共同訴訟。各共同訴訟人於訴訟之進行不受其他共同訴訟人之牽制，得各自獨立實施訴訟，此稱為「共同訴訟人獨立原則」 (§55)。此原則，賦與各共同訴訟人獨立處分訴訟之權能，各共同訴訟人得自由決定是否行使該權能。

2.必要共同訴訟

訴訟標的對於共同訴訟之各人，必須合一確定之共同訴訟，則稱為必要共同訴訟。合一確定者，係指將共同訴訟之數人視為一體，法院就訴訟標的法律關係對共同訴訟之各人，必須同時為之，不得分別裁判，且其內容必須一致而不得有所歧異。必要共同訴訟依其是否需全體起訴或應訴當事人始為適格？尚可區分為固有必要共同訴訟及類似必要共同訴訟二種。必要共同訴訟

之各共同訴訟人於訴訟之進行須受其他共同訴訟人之牽制，無法各自獨立實施訴訟，各共同訴訟人並無獨立處分訴訟之權能，其彼此間需套用§56 I 之規定，並無「共同訴訟人獨立原則」 (§55) 之適用空間。

(二) 區別標準

1. 以「法律上」有無合一確定為區分標準

必要共同訴訟及普通共同訴訟二類型之區別，係依訴訟標的在「法律上」對其有無合一確定之必要。換言之，為訴訟標的之法律關係，法院為裁判時，對於共同訴訟人之全體（將數人視為一體），在法律上有以一致確定必要者，為必要共同訴訟。反之，無於法律上將其一致確定必要者，可為分別判決，歧異裁判者，為普通共同訴訟。

2. 「事實上」「論理上」有無合一確定並非區分標準

部分學者及實務見解，為避免裁判矛盾，常以「事實上」「論理上」有合一確定之數人，解釋成必要共同訴訟之類型。然“事實”論理”上有合一確定之必要，實不能成為剝奪當事人憲法上訴訟權保障的正當化理由。蓋因訴訟進行之過程中有「主張共通原則」與「證據共通原則」可資適用以避免事實認定有所歧異，裁判有所矛盾之弊病。如上述裁判矛盾的弊病仍無法避免，於判決確定後，亦有判決效力相對性限制適用主體之範圍。故「事實上」「論理上」有無合一確定並非普通共同或必要共同訴訟之區分標準。

二、不真正連帶債務中之屬債務人係屬普通共同訴訟

(一) 不真正連帶債務之意義

連帶債務，係指數債務人以共同目的，負同一給付之債務，而其各債務人對債權人，均各負為全部給付義務者而言。而不真正連帶債務，係指數債務人，以單一目的，本於各別之發生原因，負其債務，並因其中一債務之履行，而他債務亦同歸消滅者而言，兩者並不相同。案例事實中甲向丙丁二人主張 250 萬元之損害賠償，惟對丙係基於債務不履行之法律關係，而對丁則本於侵權行為法律關係，對負同一給付內容之不同債務人本於不同之原因事實，而丙或丁其中一人如為給付，則另一被告就其給付數額範圍內免為給付義務。故丙丁二人為不真正連帶債務，應屬無疑。

(二) 對不真正連帶債務人起訴，該數人應屬普通共同訴訟

甲以丙丁二人為共同被告，請求給付原告二百五十萬元，對被告丁之訴訟，訴訟標的為侵權行為之法律關係，對被告丙之訴訟，訴訟標的為債務不履行之法律關係，二者為不同之訴訟標的，自無「法律上」「事實上」及「論理上」合一確定之必要，故丙丁二人為普通共同訴訟之被告，二人之間應適用「共同訴訟人獨立原則」 (§55)。

(三) 案例事實解答

1. 甲丙訴訟繼續審理而甲丁訴訟無須處理

合意停止訴訟之當事人，自陳明合意停止時起，如於四個月內不續行訴訟者，視為撤回其訴或上訴 (§190 前)。在合意停止經三個月後，被告丙

聲請續行訴訟，法院自應繼續審理甲丙間債務不履行之損害賠償訴訟。甲丁間侵權行為之損害賠償訴訟，則因逾越四個月未續行訴訟而生撤回訴訟之效力，故被告丁在合意後四個月又十日始聲請續行訴訟，法院因無訴訟繫屬，可毋庸審理。

2. 甲丙訴訟可先行為一造辯論判決

甲雖同時以丙丁二人為被告，然對被告二人既係本於不同之訴訟標的，自無訴訟標的對丙丁二人為合一確定之可能，對丙丁二人之訴訟自得分別辯論，分別裁判。被告丁已於相當時期受合法通知而未出庭，如原告甲於法院應依職權調查之事項，能為必要之證明，且所提出之聲明、事實或證據已於相當時期通知他造者，法院自得依到場當事人原告甲之聲請，由其一造辯論而為判決（§385 I）。

3. 甲丁訴訟之判決將先行確定

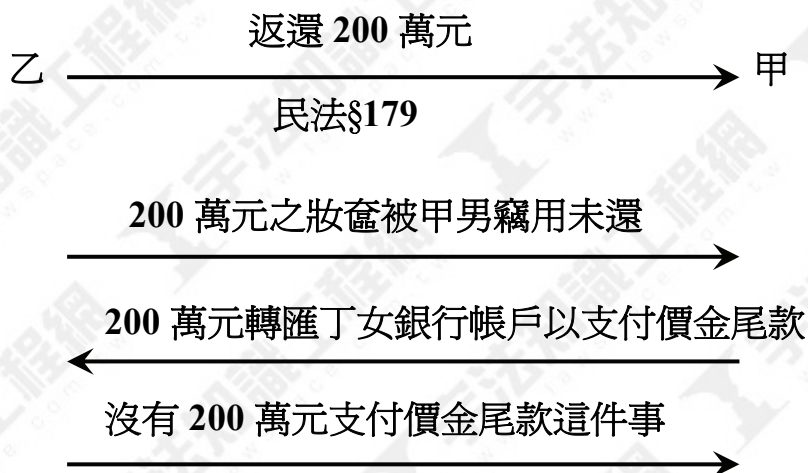
甲本於不同之訴訟標的然同時以丙丁二人為被告，訴訟上無庸將丙丁二人視為一體，而適用§56 I 之規定，已如前述。對於丙丁二人可以分別辯論、分別裁判、歧異內容之判決、判決可以分別確定，亦不再贅述。案例事實中，被告丙上訴，然上訴效力當然不及於丁，在此無§56 I ①之適用，故甲丙訴訟將生移審及不確定之效力。而丁因未聲明上訴，於上訴期間屆滿後將先行確定。

二、甲男與乙女於民國九十七年間結婚後，感情不睦，乙女乃提出結婚時以其名義向丁女購置之某處房地買賣契約書（內載有丁女住址），主張其父丙男於其結婚時，除贈與該房地外，另贈與新台幣（下同）二百萬元為妝奩，竟遭甲男竊用未還，因向管轄之地方法院訴請甲男返還該款。該院審判長於言詞辯論期日，問甲男：「二百萬元係妝奩，遭你竊用未還？」甲男答：「該款固為妝奩，但於乙女購置房地時，即將該款轉匯丁女銀行帳戶以支付價金尾款」，且提出甲男匯款予丁女之銀行轉匯單為證，乙女當庭否認其事，甲男亦未聲明其他證據，兩造復稱引用以前之證據及陳述，別無其他主張及舉證，審判長即就調查證據之結果曉諭兩造辯論後，諭知辯論終結及定期宣判。試答下列各問題，並請說明其理由。

（一）地方法院以「金錢交付之原因多端，或為借款之償還，或因贈與而支付，不一而足，以甲男將該二百萬元轉匯入丁女銀行帳戶之外觀事實，是否即為買賣價金之交付？尚待舉證，甲男未舉證以實其說」等由，認甲男抗辯，不足憑採，判令甲男給付乙女二百萬元，是否合法？為充實審判內容，該院審判長在訴訟指揮上有無應改進之處？該審判長可否逕依職權通知證人丁女訊問而為判決？

（二）倘丙男於上開事件訴訟繫屬中，為輔助乙女起見，依民事訴訟法第 58 條第 1 項規定為訴訟參加，而未撤回其參加，亦未受法院駁回其參加之確定裁定。嗣丙男於甲男提起上訴後，未續為訴訟參加時，第二審法院應否通知其到場辯論？丙男於該審得否為乙女而將原訴變更或追加新訴？

〔擬答〕



(一) 法院為甲男敗訴判決其可議之處

1. 甲男應就占用乙女 200 萬元之款項業已支付房屋價款之事實負舉證責任

原告乙女主張 200 萬元妝奩被甲男竊用未還，基於不當得利對甲男起訴請求返還，原告乙女本應就 200 萬元遭甲男竊用未還（甲男受有利益，乙女受有損害）負舉證之責，然法院就「二百萬元係妝奩，遭你竊用未還？」訊問於被告甲男，被告為「負限制之自認」，亦即承認「二百萬元係妝奩（乙女所有），曾經一度為甲男取得，但甲男已將該二百萬元支付房屋之價金尾款」，「200 萬元之款項為乙女所有且遭甲男竊用未還」之事實，既經被告甲男承認，乙女就此無庸舉證，反之，甲男應就占用乙女 200 萬元之款項業已支付房屋價款之事實負舉證責任。

2. 未盡闡明義務判決應有違法之虞

民事訴訟法第一百九十九條規定，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。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務，故審判長對於訴訟關係未盡此項必要之處置，違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決，自屬違背法令（97 台上 1532 判決、97 台上 507 判決參照）。如上所述，甲男應就占用乙女 200 萬元之款項業已支付房屋價款之事實負舉證責任，於訴訟審理中其亦已提出「匯款予丁女之銀行轉匯單」為證，惟該證據僅使法院產生「甲男有匯款 200 萬元於丁女」之心證，該「200 萬元是否即係支付原告乙女房屋之價款」則未能得確實之心證，審判長在訴訟指揮上實應就「支付丁女 200 萬元之原因事實」闡明曉諭甲男舉證以實其說，審判長未盡闡明即逕為甲男敗訴判決，對甲男已然造成「認定事實之突襲性裁判」，本判決實有違法之虞。

3. 審判長無庸依職權通知證人丁女訊問而為判決

民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」，乃肇源於民事舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性之概括規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，為因應傳統型及現代型之訴訟型態，尤以公害訴訟、交通事故，商品製造人責任及醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則。(99 台上 408 號判決參照)，本案例事實兩造當事人並無武器不對等之情形，審判長應曉諭被告甲男就「支付丁女 200 萬元之原因事實」加以舉證，而無庸依職權通知證人丁女訊問後而為判決。

(二) 參加人之訴訟上地位

參加人，乃指就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，參與其訴訟也。其於訴訟上既可得輔助當事人為一切訴訟行為，故應享有如下之地位及權限：

1. 應受通知、送達，否則言詞辯論非法！

第三人為輔助當事人一造起見為參加後，如未撤回其參加，亦未受法院駁回其參加之確定裁定，則在該訴訟未因確定裁判或其他原因終結前，隨時得輔助當事人為訴訟行為，並不以參加時之一審級為限，故在第一審為參加者，雖在第二審未續為訴訟參加之訴訟行為，然其仍屬訴訟參加人，第二審法院仍應通知其到場辯論（30 抗 273 號判例參照）

2. 不得為超過輔助目的（例如，反訴，訴之變更追加）之行為

參加人雖得輔助被告為一切訴訟行為，惟其目的仍在使其「所輔助之訴訟」獲得勝訴之判決。訴之變更，乃係「新訴」代替「原有訴訟」，訴之追加，乃係「原有訴訟」加上「新訴」而為主張，由上可知訴之變更追加均已逾越其「所輔助之訴訟」而超出於輔助之目的，自非法之所許。丙男不得於該審為乙女而將原訴變更或追加新訴。

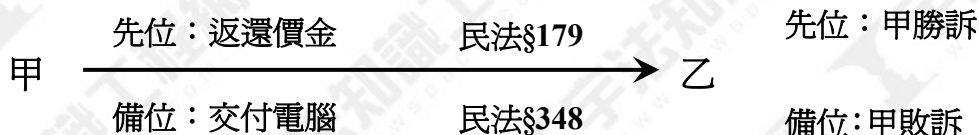
三、甲向乙購買筆記型電腦五十台，每台新台幣（下同）三萬元，總計貨款一百五十萬元：

(一) 原告甲起訴主張已解除契約，先位聲明求為命被告乙返還價金一百五十萬元；如認解約不合法，本於買賣契約關係，備位聲明求為命乙交付筆記型電腦五十台，第一審就甲先位之訴部分，判決命乙給付甲價金一百五十萬元，並駁回甲備位之訴，僅乙就先位之訴部分提起上訴，甲就備位敗訴部分未提起上訴或附帶上訴，第二審應如何審理裁判？

(二) 原告甲本於買賣契約，聲明求為命被告乙給付筆記型電腦五十台，乙則抗辯兩造已合意解除系爭買賣契約，甲乃以請求給付筆記型電腦為先位聲明，並追加依不當得利法律關係，備位聲明請求乙返還價金一百五十萬元，法院審理後認兩造於買賣契約成立後，僅就其中二十台部分合意解除，乃就先位之訴部分命乙應給付三十台筆記型電腦，並駁回甲其餘先位之訴，法院就甲備位之訴部分應否裁判？ (99 司)

〔擬答〕

(一) 第二審就預備合併之審理裁判



1. 一審就備位部分加以判決係屬違法判決

訴之客觀預備合併，必有先位、後位不同之聲明，當事人就此數項請求定有順序，預慮先順序之請求無理由時，即要求就後順序之請求加以裁判，法院審理應受此先後位順序之拘束。於先位之訴有理由時，備位之訴即毋庸裁判。必先位之訴為無理由時，法院始得就備位之訴為裁判（97 台上 111 號判決）。案例事實中第一審就原告甲先位聲明為其勝訴之判決，並將其備位聲明之請求予以駁回，關於後者，將不須裁判者加以裁判乃屬錯誤，故為一違法判決。

2. 二審法院得否逕就備位加以審判？

第一審就甲先位請求為甲勝訴之判決，乙提起第二審上訴，第二審法院如認先位請求有理由時，得將一審關於備位敗訴部分予以廢棄，並駁回乙之上訴。然如二審法院認為先位請求無理由時，得否於甲未提起上訴或附帶上訴之情形下逕對備位請求為審判，則有下述不同見解：

(1) 無須聲明即得裁判（駱）：備位請求移審且當然得裁判說

第一審就主位請求為原告勝訴之判決，該預備合併訴訟即告終結，完全脫離第一審，故第一審判決係全部判決。備位請求並非完全獨立之個別請求，而係附隨於先位請求成為一體而存在。當第一審法院就先位請求為原告勝訴之判決，而被告對其提起上訴時，因「附隨的一體性」，備位當然移審於第二審，無須擴張上訴聲明、附帶上訴。如第二審法院認先位請求無理由（即被告上訴有理由），備位請求部分原告之訴應有理由時，即使原告未附帶上訴，第二審法院亦可逕以在第一審未曾審判之備位請求部分，為審判對象，而下原告勝訴之判決。

(2) 仍須為預備聲明（楊、實務）：備位請求移審但闡明後始得裁判說

按所謂訴之客觀預備合併，係指原告預防其提起之此一訴訟無理由，而同時提起不能併存之他訴，以備先位之訴無理由時，可就後位之訴獲得有理由之判決之訴之合併。是法院如認先位之訴為有理由時，即無庸就後位之訴為判決。其先位之訴於被告上訴第二審法院時，後位之訴當然隨同移審於第二審法院。惟第一審原告於第二審法院，仍應就後位之訴為訴之聲明，其未就後位之訴為訴之聲明者，第二審法院審判長應行使闡明權，曉諭其是否仍請求就後位之訴為裁判，如仍不為聲明者，應認其後位之訴之訴訟繫屬消滅，如已為後位之訴之聲明者，第二審法院應就兩訴併予辯論，依一般訴之預備合併原則而為判決（91 台上 201 號判決）。

(3) 備位請求不移審與裁判說（陳榮宗、魏大曉、吳從周）

- ①德國目前通說及我國愈來愈多學者，主張，第一審法院既然就備位聲明根本未曾判決，則自無對其不服與上訴可言；且第二審法院既然應在上訴聲明之範圍內對第一審判決為廢棄或變更原判決之判決 (§450)，若准其就未判決事項於第二審為審理與判決，將與上訴制度意義不合，且有損當事人之審級利益。此時應認備位請求仍繫屬於第一審法院，並不因被告上訴而一併移審於第二審法院，而原告因對備位請求無附帶上訴之利益，亦不得「附帶上訴」；故若第三審法院認為被告上訴有理由時，應廢棄原判決，此時停留在第一審之備位請求停止條件即成就，第一審始就備位請求部分開始審判。
- ②本文以為，第三說似較可採。蓋日本學者所謂「附隨之一體性」應係來自上訴不可分在預備合併之訴的一種擬制，但何以具有條件關係之先位及備位請求間，在當事人未有上訴聲明之情形下，可以排除處分權主義之要求，而認為附隨地當然移審於二審，並且可以加以判決，理論上第一說並未完整說理(吳從周 訴之客觀預備合併第二審法院之審理裁判 本土 71 期 169 頁)。

(二) 法院就甲備位之訴部分應加以裁判

先位之訴一部無理由(本案例 50 台電腦中之 20 台電腦)，應否就後位之訴裁判(本案例中返還每台電腦價金 3 萬，總計為 150 萬元)，則應視先後位之訴之具體訴訟標的之法律關係與訴之聲明定之。

1. 不得就備位部分加以裁判之情形



法院如認先位請求原因全部均為正當，但其請求之數額不能如原告之聲明，而為一部勝訴，一部敗訴時，則先位請求之原因既經認為有理由時，後位自不能併為裁判。例如原告甲起訴主張已解除契約，先位聲明求為命被告乙返還價金一百五十萬元；如認解約不合法，本於買賣契約關係，備位聲明求為命乙交付筆記型電腦五十台，如第一審審理結果認契約已解除，但價金僅交付一百萬元，此時備位聲明即不能併為裁判。

2. 得就備位部分加以裁判之情形



法院如認先位請求原因僅一部為正當，故其請求之數額不能如原告之聲明，而為一部勝訴，一部敗訴時，則先位請求之原因一部份既認為無理由時，備位在此範圍內自應予以裁判。例如原告甲本於買賣契約起訴主張，先位聲明

求為命被告乙給付筆記型電腦五十台；如認買賣契約業已解除，基於不當得利法律關係，備位聲明請求乙返還價金一百五十萬元，如第一審審理結果認買賣電腦契約有部分解除（例如 20 台電腦解除），買賣標的物僅餘部分數額（例如 30 台電腦），而判令被告在此範圍內交付買賣標的物（給付 30 台電腦），駁回原告其餘部分之先位之訴，此際不當得利返還價金備位之訴，則應予以裁判。

3. 案例事實：法院就甲備位之訴部分應加以裁判

法院審理後認兩造於買賣契約成立後，亦即，先位請求原因僅一部為正當，故其請求之數額不能如原告之聲明，僅就其中二十台部分合意解除，乃就先位之訴部分命乙應給付三十台筆記型電腦，並駁回甲其餘先位之訴，法院就甲備位之訴二十台筆記型電腦價金不當得利返還之部分應予裁判。

四、甲女於民國九十四年七月未婚生子乙，戶籍設台北市信義區，因乙父不詳，甲又失業經濟情形不佳，無力撫養乙，經相關機關轉介，有荷蘭籍夫妻丙、丁願意跨國收養，甲乃以法定代理人身分代乙與專程由荷蘭來台之丙、丁夫妻在台北市信義區簽立書面收養契約書，並經台灣台北地方法院（下稱台北地院）於九十七年十二月五日裁定認可收養確定。嗣甲反悔不願將乙交付丙、丁帶往荷蘭生活，乃於九十八年二月以丙、丁為被告，向台北地院起訴，主張丙、丁經濟狀況不佳，且乙不願與母親分離，依民法第 1081 條第 1 項第 4 款本件收養有其他重大事由難以維持收養關係，訴請終止乙與丙、丁之收養關係；並以已提起終止收養關係之訴為由，聲請假處分，經台北地院裁定，於兩造間收養關係訴訟確定前，有關對於乙權利義務之行使或負擔，暫由甲任之。試問：

- (一) 台北地院就本件終止收養關係之訴有無管轄權？
- (二) 甲提起本件終止收養關係之訴，以丙、丁為被告是否適格，乙應否為共同被告？乙有無訴訟能力，若無訴訟能力，應由何人代為訴訟行為？

(99 司)

〔擬答〕

(一) 台北地院就本件終止收養關係之訴有管轄權

1. 準用婚姻事件管轄之規定

終止收養關係之訴，雖專屬養父母之住所地或其死亡時住所地之法院管轄 (§ 583)。唯收養關係相關訴訟亦準用婚姻事件管轄之規定 (§ 588、§ 568 I 但、II、III)。故訴之原因事實發生於養父母之居所地者，得由各該居所地之法院管轄（準用 § 568 I 但）。養父母之住所地法院不能行使職權或在中華民國無住所或其住所不明者，準用第一條第一項中段及第二項之規定（準用 § 568 II）。養父母或養子女為中華民國人，不能依前二項規定，定管轄之法院者，由中央政府所在地之法院管轄之（準用 § 568 III）。

2. 案例事實解答

本訴訟被告養父母丙、丁非中華民國人，於本國領域內並無住所（有久住意

思而住於一定之地域)，觀諸案例事實，荷蘭籍夫妻經相關機關轉介而來台灣收養子女，於本國領域內恐亦應無居所（無久住意思而住於一定之地域），故依§588 準用§568 III之規定，養子女為中華民國人，不能依上述規定，定管轄之法院者，由中央政府所在地之法院管轄之，亦即，台北地院就本件終止收養關係之訴享有管轄權。

(二) 甲提起本件終止收養關係之訴，單以丙、丁為被告當事人不適格！

收養事件之當事人適格，準用婚姻事件之規定，故終止收養關係之訴（§588 準用§569），由養父母起訴，以養子女為被告。由養子女起訴，以養父母為被告。由第三人起訴，應以養父母及養子女為共同被告。本生父母甲於此應屬第三人，如欲提起本件終止收養關係之訴，應以養父母丙丁及養子女乙為共同被告，當事人始為適格，單以丙、丁為被告當事人不適格。

(三) 本件終止收養關係之訴，養子女乙有訴訟能力！

養子女雖不能獨立以法律行為負義務者（限制行為能力人），就收養事件法律亦擬制其有訴訟能力（§584）。然未成年人究竟無法充分保護自我權益，為確保未成年子女之最佳利益，審判長亦得為養子女之利益選任律師為其訴訟代理人（§585），此法律係為保護事實上未必能為訴訟行為之養子女而設。本法並於§586 前段規定：「養父母與養子女間之訴訟，如養子女無行為能力，而養父母為其法定代理人者，應由本生父母代為訴訟行為」，於此並無適用之可能，蓋因本件終止收養關係之訴，係由本生父母甲自為原告，而以養父母丙丁及養子女乙為共同被告，故原告之甲自無代被告之乙為訴訟之可能。