

〔93 年律師高考〕

- 一、律師林丙受甲委任為訴訟代理人，列乙為被告，向該管法院起訴，聲明求為判決命乙返還 A 屋予甲，並於書狀陳稱：「乙為甲之多年好友，向甲承租房屋時，言明將用以開設商店，不料後來竟以房屋供違反法令之使用，為此甲基於租賃物返還請求權起訴。」等語。試敘明法理依據，解決下列問題：
- (一) 上開聲明及陳述，是否已盡原告所負促進訴訟（協力迅速進行訴訟）之義務？是否符合法律採行爭點集中審理主義之相關規定？
- (二) 設受訴法院經本案審理後，不採甲之主張，而以其訴為無理由予以判決駁回，終告確定（下稱前判決）。其後，甲以乙違反租約致被終止租賃關係為由，又起訴請求判決命乙返還 A 屋予甲（下稱後訴訟）。試問：前判決之效力是否及於後訴訟？後訴訟之受訴法院應如何處理？（93 律師）

〔解析〕

(一) 原告未盡促進訴訟之義務，亦不符合法律採行爭點集中審理主義

1. 審判範圍之確定

法官應詳閱卷宗，注意原告訴之聲明是否明確及訴訟標的是否特定，以確定本案審判對象及其範圍，並利被告答辯。

法官認定訴訟標的時，除斟酌當事人主張適用之法條外，並審酌原告主張之原因事實，妥為闡明。（§244）

2. 迅速準備言詞辯論

審判長或受命法官為充分準備言詞辯論，應命當事人將事實、證據及相關訴訟資料，於期日前提出，並確實依民事訴訟法第二百六十五條至第二百六十七條規定記載並提出書狀。

當事人之書狀未依前項規定記載其內容者，法院得依民事訴訟法第二百六十八條規定命其再行提出。（§265～§268）

3. 爭點之闡明及爭執與不爭執事項

法院為爭點整理時，審判長或受命法官應確定當事人是否已為訴訟標的、事實、法律及證據上之主張，如有不明，應闡明之，並得依具體案件情形，適當表明法律觀點。

法院於整理爭點時，應注意當事人對於他造主張之主要事實、間接事實或輔助事實，有無爭執；如經他造自認，或不為爭執之陳述，或非依公示送達方式於相當時期受合法之通知而未於言詞辯論期日到場，亦未提出準備書狀爭執，或事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，皆無須調查證據。但於裁判前，應使當事人有辯論之機會。（§199、§199 之一、§268 之一、§270 之一、§271 之一）

4. 原告未盡促進訴訟之義務，亦不符合法律採行爭點集中審理主義

- (1) 原告甲並未提出租賃契約，亦未就二人就如何條件成立租賃（例如，租金多寡？期間是否逾越一年以上，有無成立不定期租賃之可能？租賃標的物

得為如何使用？）為具體表明。

(2)乙以房屋供違反法令之使用，該違反法令之原因事實為何？例如，開設背於善良風俗之色情行業，亦或有礙公共安全之八大行業，原告甲均未具體表明。

(3)原告甲有無終止租賃契約，如已終止，該終止權行使之具體事證為何？

5.原告據以起訴之訴訟標的及事實主張尚不清楚，被告乙將無從答辯。

若因原告起訴狀陳述不清，法院要令原告特定其訴標的及原因事實，可以令原告供述事實經過（聽取當事人供述）。當原因事實仍不清楚時，法院可加以闡明（行使闡明權）。若清楚時，法院即可以整理雙方當事人之爭點（整理爭點），以為進一步之審理的準備。

(二) 後訴訟得否再行起訴？

按民事訴訟法§400 I 所稱既判力之客觀範圍，不僅關於其言詞辯論終結前所提出之攻擊防禦方法有之，即其當時得提出而未提出之攻擊防禦方法亦有之。是為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中經裁判者，當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束，不得以該確定判決言詞辯論終結前，所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之認定，亦即當事人於既判力基準時點前得提出而未提出之其他攻擊防禦方法，因該既判力之遮斷效（失權效或排除效）而不得再為與確定判決意旨相反之主張，此乃法院應以「既判事項為基礎處理新訴」及「禁止矛盾」之既判力積極的作用，以杜當事人就法院據以為判斷訴訟標的權利或法律關係存否之基礎資料，再次要求法院另行確定或重新評價，俾免該既判力因而失其意義。基此可得如下結論：

1.終止租賃之原因事實係在前訴訟言詞辯論終結前：

後訴訟不得再行起訴，否則應依§249 I ⑦裁定駁回！

2.終止租賃之原因事實係在前訴訟言詞辯論終結後：

後訴訟得再行起訴，起訴並不違一事不再理原則！

二、乙以其所有之土地設定抵押權予丙，乙之債權人甲主張乙係為脫產而虛偽設定抵押權予丙，起訴請求確認乙丙間抵押權設定所擔保之消費借貸債權為通謀虛偽意思表示而不存在。請敘明理由解答下列問題：

(一) 甲提起之確認消費借貸債權不存在之訴，如丙就該債權不存在一事並無爭執，甲得否僅以乙為被告？

(二) 甲如以乙、丙為共同被告，所提起之確認消費借貸債權不存在之訴，經第一審法院判決乙、丙敗訴，僅乙提起第二審上訴，其效力是否及於丙？

(93 律師)

〔解析〕

提起確認他人法律關係之訴是否應以法律關係主體為共同被告？實務及學

說上向來成對立兩極之看法：

(一) 必要共同訴訟說 (80 台上 2270 判例，92 台上 1910 裁判)

1. 應以法律關係之主體為共同被告，以達「事實」、「論理」上之合一確定，避免裁判矛盾。
2. 原告提起請求確認他人間法律關係存在或不存在之訴，應以該他人全體為共同被告，否則，即難認其當事人之適格為無欠缺。(80 台上字 2270)
3. 起訴請求確認他人之某法律關係存在或不存在，須以該法律關係之雙方當事人為共同被告一同起訴，始為當事人適格。若僅以其中一方當事人為被告者，即非適格之當事人。準此，倘該法律關係之雙方當事人受敗訴之判決，而僅其中一方當事人提起上訴，因該法律關係之存否對該雙方當事人必須合一確定，故其上訴之效力及於另一當事人。(92 台上 1910 裁判)
4. 基上看法，案例事實之解答為
 - (1) 甲應以乙丙為必要共同被告
 - (2) 乙提起第二審上訴，效力應該及於丙 (§56①)

(二) 取決於確認利益說 (呂太郎，民事訴訟之基本理論 I)

應以有無確認利益來判斷何者應為被告適格！

1. 確認之訴，當事人適格與法律關係主體無關。
2. 定為「必要共同訴訟」與§56 適用前提有違。
法律關係主體之間未必有共同利益，非固有必要共同訴訟，不應適用§56。
3. 事實”論理”上有合一確定之必要，不能因而剝奪當事人之訴訟實施權。
 - (1) 處分權主義及辯論主義之適用
難免造成事實認定有所歧異，裁判有所矛盾
 - (2) 主張共通原則與證據共通原則之適用
得救濟上述（事實認定有所歧異，裁判有所矛盾）弊病
 - (3) 判決效力相對性之適用
若造成事實認定有所歧異，裁判有所矛盾，尚有判決效力相對性限制適用主體之範圍。
4. 基上看法，案例事實之解答為
 - (1) 甲得僅以乙為被告
 - (2) 乙提起第二審上訴，效力應該不及於丙 (§55)

(三) 93 年台上字第 1987 號判決

1. 區分一方為被告及以雙方為被告

確認法律關係成立或不成立之訴，如有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，不論為積極或消極確認之訴，固均非不得提起，且第三人（原告）否認當事人間之法律關係存在而提起消極確認之訴，如當事人中有一方同時否認該法律關係存在者，亦祇須以主張法律關係存在之他方為被告為已足，無以該法律關係之雙方當事人為共同被告之必要。惟原告倘係以該法律關係之雙方當事人為共同被告，起訴請求確認渠等間之法

律關係不存在，並經第一審法院為原告全部勝訴之判決，即見法律關係之雙方均未承認該法律關係存在，原告確有以其雙方當事人為共同被告之必要，此時若僅其中一方當事人提起上訴，因該法律關係之存否對該雙方當事人必須合一確定，其上訴之效力自應及於另一當事人。

2.基上看法，案例事實之解答為

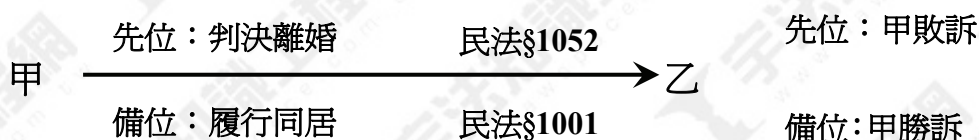
(1)甲得僅以乙為被告

(2)乙提起第二審上訴，效力應該及於丙 (§56①)

三、甲夫以其妻乙為被告，起訴主張乙惡意遺棄，先位聲明請求判決兩造離婚，備位聲明請求判決被告應與原告同居，第一審法院認為甲先位聲明離婚之訴無理由，而備位聲明同居之訴為有理由，判決被告應與原告同居，並駁回甲先位之訴，如僅甲對先位之訴部分提起上訴，第二審法院應如何審理裁判？
(93 律師)

〔解析〕

(一) 第二審仍依預備訴之合併辯論裁判



1.預備合併之審判順序

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)。

2.二審法院之審判範圍

(1)甲對先位之訴部分提起上訴：先位部分移審

(2)後位之訴部分：隨同先位部分移審於二審

若僅原告上訴，被告未提上訴亦未附帶上訴時，應認原告上訴之效力及於後位之訴 (依上訴不可分原則或依附隨一體性理論)，後位之訴亦隨同先位部分移審於二審，故先位之訴 (離婚之訴) 及後位之訴 (履行同居義務之訴) 均在第二審審判範圍之列，第二審仍依預備訴之合併辯論裁判。

(二) 第二審對預備訴之合併所為之裁判

1.二審認先位有理由

第一審就甲先位請求為甲敗訴之判決，同時就後位請求為甲勝訴之判決，亦即，被告乙應與原告甲同居。甲提起第二審上訴，第二審法院如認先位請求有理由時，亦即，被告乙確有惡意遺棄之事實，得將一審判決予以廢棄，並為准予兩造離婚之判決。

2.二審認先位無理由，備位有理由

甲提起第二審上訴，第二審法院如認先位請求無理由，而備位有理由時，亦

即，一二審認定完全相同，第二審法院應判決駁回甲上訴。

3. 二審認先位無理由，備位無理由

甲提起第二審上訴，第二審法院如認先位請求無理由，而備位亦無理由時，第二審法院本應廢棄一審有利於上訴人甲備位請求勝訴判決之部分，唯在此僅上訴人甲上訴，被上訴人乙未上訴或附帶上訴，故基於不利益變更禁止原則，只能判決駁回甲之上訴。

四、富家子甲平日行事輕狂，常裸體在外遊蕩，並將現金撒給路過之年輕女子，因此屢次為家人帶來困擾，甲之配偶乙更是厭惡甲之行爲，乃向管轄之地方法院聲請宣告甲禁治產。法院於程序進行中訊問甲時，甲見承辦之女法官年輕貌美，又當庭脫衣，舉止不雅，法院乃在詢問鑑定人後，裁定宣告甲禁治產。試問：

- (一) 若甲接到宣告禁治產之裁定後，其父母丙、丁認為甲之精神狀態並無異常，丙、丁得如何進行救濟？
- (二) 若甲在宣告禁治產之裁定送達後，救濟程序進行中，曾將現金十萬元送給鄰居之妙齡女子戊，在宣告甲禁治產之裁定被撤銷確定後，甲得否向戊索回該十萬元？
- (三) 若丙、丁在前述(一)之救濟程序進行中向法院表示，甲確實精神耗弱，原宣告甲禁治產之裁定誠屬正確，其願意接受，法院應如何處理該案件？

(93 律師)

〔解析〕

(一) 丙丁應向就禁治產(現為監護)聲請曾為裁判之地方法院提起撤銷禁治產(現為撤銷監護)宣告之訴(§609 II)：

1. 撤銷監護宣告之訴與聲請撤銷撤銷監護宣告程序不同

監護宣告事件程序，包括監護宣告程序(民法§14 I、§597~§608)及其撤銷之程序，後者又分為撤銷監護宣告之訴(§609~§618)及聲請撤銷監護宣告程序(民法§14 II、§619~§624)。撤銷監護宣告之訴，乃指宣告監護之裁定，如有不當(不應宣告而宣告)情事，雖不得以抗告程序救濟之(§609 I)但得提起撤銷監護宣告之訴救濟之(§609 II)。而聲請撤銷撤銷監護宣告程序宣告監護之裁定並無不但，然於監護宣告之原因消滅後，依民法規定得聲請監護宣告之人，得聲請撤銷監護宣告(§619、民§14 II)。

2. 案例事實解答：

宣告禁治產(現為監護)之裁定，如有不當(不應宣告而宣告)情事，得提起撤銷禁治產(現為撤銷監護)之訴救濟之。甲之父母丙、丁認為甲之精神狀態並無異常，亦即無禁治產(現為監護)之原因，宣告禁治產(現為監護)之裁定，顯屬不當。其父母丙、丁得向就禁治產(現為監護)聲請曾為裁判之地方法院提起撤銷禁治產(現為撤銷監護)宣告之訴(§609 II)

2. 依民法規定得聲請禁治產之人，均得提起撤銷禁治產宣告之訴，亦即禁治產之本人、配偶或其最近親屬二人或檢察官均得為此訴之原告(§609

II、民法§14)。

(二) 甲不得向戊索回該十萬元

為保護交易安全，維持法律關係之安定性，在撤銷禁治產（現為撤銷監護）宣告前，禁治產人（受監護宣告之人）所為之行爲，不得本於受禁治產（現為撤銷監護）宣告之裁定而主張無效（§617 II）。

(三) 丙、丁之捨棄應屬無效

撤銷禁治產（現為撤銷監護）宣告之訴，事涉禁治產人（受監護宣告之人）行爲能力回復與否，行爲能力在實體法上不得拋棄，具有高度之公益性，在程序法上自宜限制處分權主義之適用，法院應不受原告捨棄之拘束。如令法院受原告捨棄之拘束，勢必無法本於公益而為妥適之處理。故丙、丁在撤銷禁治產（現為撤銷監護）之訴進行中向法院表示，甲確實精神耗弱，原宣告甲禁治產之裁定誠屬正確之捨棄行爲無效，法院仍應宣告禁治產（現為監護）之裁定，是否允當，續行審理，而不得逕為原告敗訴之判決。