

〔 97 年律師高考 〕

一、事務所指導律師收發 e-mail，收信了：

「大律師！您好，我想請問：我認為被告對我有不當得利，對我影響新臺幣 7 萬多元。幾個月前，我不想花太多錢，預繳裁判費新臺幣 1000 元，沒有請律師代寫訴狀或出庭，向被告住所地的地方法院遞狀起訴及聲請調解。請求返還不當得利 7 萬多元。被告未提出任何訴狀、聲明及陳述。第一審法院（地方法院）未開庭進行調解，也未開庭進行證據調查及言詞辯論。判決如下：原告之訴駁回。訴訟費用新臺幣 1000 元由原告負擔。大律師是否可以告訴我：什麼是「當事人進行主義」？什麼是「言詞辯論主義」？被告未提出任何訴狀、聲明及陳述，第一審法院（地方法院）未開庭進行言詞辯論，是否可以判我敗訴？請大律師提供法律知識，謝謝！」您，如為事務所實習律師，事務所指導律師派給您處理，請問您要怎麼處理？並請深入淺出地闡述答覆之。（97 律師）

〔 擬答 〕

【法律意見書】

一、本事務所於○○年○○月○○日，接獲台端之法律問題諮詢函，謹回覆問題並分析如下：

（一）台端諮詢之當事人進行主義及言詞辯論主義？

1. 訴訟程序：原則採取職權進行主義，當事人進行主義為例外！

（1）當事人進行主義及職權進行主義

當事人向法院起訴或上訴後，訴訟程序如何進行之決定及主宰權限，歸當事人之主義，稱為當事人進行主義。反之，進行訴訟程序之主宰領導權在法院之主義，稱為職權進行主義。

（2）訴訟程序原則係採取職權進行主義而非當事人進行主義

關於進程序之主導權，在訴訟程序並未全面貫徹職權進行主義而部分承認當事人有進程序之主導權。民事訴訟，固然採處分權主義（當事人就訴訟之開始、審判之範圍及訴訟之終結享有主導支配權利之主義，我國民事訴訟法採之。）及辯論主義（審理所需主要事實與證據資料應由當事人負責主張及提出之主義，我國民事訴訟法採之。）為原則，但對於當事人起訴或上訴後之訴訟程序進行，卻以採取職權進行主義之立法較普遍，當事人進行主義為例外。原因在當事人進行主義容易拖延訴訟，成為法院及雙方當事人之訟累，不合訴訟迅速經濟之要求。

（3）證據調查及言詞辯論等程序進行事項均屬法院訴訟指揮權之一環

故台端所進行之訴訟事件，證據調查及言詞辯論等等訴訟程序進行事項，非由當事人決定及主宰，而係歸由法院主導。一般坊間謂我國民事訴訟法採「當事人進行主義」實乃不精確之用語。較為精確之用語為我國民事訴訟法係採「當事人主義」（內涵有三：處分權主義【又稱當事人處分權主義】、辯論主義【又稱當事人提出主義】及當事人進行主義），而非「當事

人進行主義」。

2. 訴訟程序：原則採取言詞辯論主義，書面審理主義為例外！

(1) 言詞辯論主義及書面審理主義

法院作為裁判基礎之訴訟資料，專以當事人及訴訟關係人言詞陳述為據，謂之言詞審理主義。反之，以當事人及訴訟關係人書面陳述之訴訟資料，作為裁判基礎者，謂之書面審理主義。現代之民事訴訟法，特別注重法院所為調查證據程序及雙方當事人之辯論程序，而該等程序均須以言詞為之，否則不得採為法院判決之基礎。

(2) 訴訟程序原則採取言詞辯論主義

我民事訴訟法在判決程序以言詞辯論主義為原則（§221），而裁定程序則行任意之言詞辯論（§234），當事人之聲明及事實上與法律上之陳述，均應於言詞辯論期日以言詞在法庭為陳述（§192）。亦即，關於判決除別有規定（§249 II、§474、§453、§502 II、§507 之 5 等）外，應本於當事人之言詞辯論為之。否則，其判決即屬違法。

(二) 台端諮詢之可否不經言詞辯論即為原告敗訴判決？

辯論為法院判決之前提，無辯論不得為判決，故不經言詞辯論即為原告敗訴判決，該判決原則上應屬違法判決。唯依台端所述之情形，可能構成一種「不經言詞辯論即為判決」之例外狀況，亦即，§249 II：「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」然依台端來函所述過於簡略，本事務所亦未檢閱台端所撰之起訴狀，無法判別是否符合該法條所述之「顯無理由」之例外狀況。

二、建議：台端敗訴判決之處理方式

我國民事訴訟法§249 II 逕以判決駁回原告之訴之規定，為言詞審理主義之例外，且為他國立法例之所無，法院於適用時，本須慎重為之。蓋訴狀內原不以記載事實、攻擊方法及證據為必要。台端以不當得利為訴訟標的而得之敗訴判決，如認為並非「法律上顯無理由者」，台端得以判決違背法令為理由向判決所述之管轄法院提起上訴。綜上所述，敬請鑒核。

二、原告甲向轄區地方法院起訴，請求被告乙給付其積欠之借款新臺幣（下同）1 千萬元。於訴訟繫屬中，該債權依法移轉於第三人丙，惟丙始終不知道其受讓之債權 1 千萬元涉訟中，迨債權讓與人甲收受該地方法院本件敗訴判決之翌日，將同判決書轉交與債權受讓人丙處理時，始知之。丙乃於法定不變期間內，以自己的名義列名為上訴人，並以被告乙列名為被上訴人，提起上訴，在訴訟法上的效果如何？試附理由簡答之。（97 律師）

〔擬答〕

(一) 民事訴訟採形式當事人一元主義

1. 訴訟程序：採取形式當事人（訴訟實施權者）一元主義

民事訴訟法上之當事人係採取「形式當事人」之概念，僅以在程序上之原告

或被告作為當事人，亦即，提出訴訟之原告及被列為訴訟相對人之被告方享有訴訟實施權而得為捨棄、認諾、撤回、和解、提起上訴等等訴訟行為，若非此等列名於起訴狀及判決之「形式當事人」，則不得為訴訟行為。如利害關係人之權利義務因訴訟結果受到不利影響，則可利用訴訟參加、訴訟承當（§254）之方式參與訴訟之進行，以求捍衛自身權益。



2. 非訟程序：採取形式當事人及實質當事人（利害關係人）二元主義

- (1) 在非訟程序，係採取「實質上當事人」之概念。實質上當事人，則包括所有在權利、義務或法律上受保護之地位直接受非訟程序或非訟裁定所影響之人，且不限於已參與程序者。
- (2) 蓋在非訟事件，有由法院依職權開始程序而無聲請人、相對人；或僅有聲請人並無相對人者，因此無法如民事訴訟，能逕將原告起訴狀上所特定之原告、被告作為程序之當事人。但由於在非訟程序，法院仍必須判斷，應賦予何人聽審請求權之保障、應通知何人為言詞辯論或意見陳述，或何人得為證據聲明，而有必要採取實質上當事人之概念，以使法院能決定，應賦予何人程序保障。

(二) 民事訴訟為求程序安定性亦採當事人恆定主義

在訴訟程序，因係由法院基於公權確定對立當事人間所爭執之私權的存否，亦因考慮程序安定性，故採當事人恆定主義。亦即，訴訟繫屬後，當事人將訴訟標的之法律關係，移轉於第三人，其當事人並不因之喪失實施訴訟之權能（§254 I）。

(三) 法院應以上訴不合法裁定駁回丙之上訴

1. 上訴權人始得提起上訴

聲明之人稱為上訴人，他造稱被上訴人。上訴人得以第一審終局判決認定事實不當或違背法令為第二審上訴之理由。

2. 受第一審敗訴判決之原告甲始為上訴權人

甲對乙提起訴訟後，雖將訴訟標的之債權讓與第三人丙，然其原告之訴訟實施權並未受到任何影響，其受敗訴判決後自得以其名義提起第二審上訴，因一審敗訴判決而受不利益之債權受讓人丙，並非民事訴訟之當事人，自無以自己名義提起上訴之權利，如非當事人之第三人丙，以自己名義提起上訴，

自屬「上訴為法律上不應准許」，法院應以上訴不合法裁定駁回丙之上訴。

3. 丙得以訴訟參加之方式提起上訴

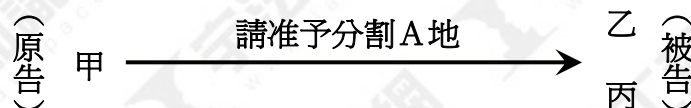
就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，參與其訴訟也，此制度稱為「訴訟參加」。而參加人之訴訟參加行為，得與上訴合併為之（§58 II）。故債權受讓人丙如為保護自己之債權得同時參加訴訟及提起上訴，然須以其所輔助當事人名義提起上訴（亦即參加書狀暨上訴狀應清楚表明上訴人為甲，輔助參加人為丙）。

三、甲向執行法院以新臺幣（下同）200 萬元拍定買受 A 地（面積 0.5 公頃）應有部分 5 分之 1，辦竣登記並領得土地登記簿謄本，知 A 地其他共有人乙、丙之應有部分依序為 10 分之 7、10 分之 1，當年度申報地價每平方公尺 1 萬元。甲因急於建屋，隨即聯絡乙、丙提議分割 A 地遭拒，旋依 A 地申報地價總價額 500 萬元計算繳納第一審裁判費，訴請判決分割 A 地。第一審法院依甲、乙、丙之應有部分換算面積，將 A 地測量分成 A1、A2、A3 三筆，囑託估價師鑑定其市值為 140 萬元、600 萬元、60 萬元，經辯論終結，宣示准為 A 地分割為 A1、A2、A3 三筆並依序由原告甲、被告乙、被告丙單獨取得所有權之判決。請依上開事實敘明依據回答下列各問：

- （一）乙不滿分配取得 A2 之位置，擬提起第二審上訴並繳納第二審裁判費，惟就其訴訟標的價額若干，不知如何核算，而向您請教。
- （二）第二審維持第一審判決，駁回乙之上訴。丙認其取得 A3，有未受鑑定市值 20 萬元利益差額補償之損失，於法不合，惟惑於上訴所得受之利益額數限制之規定，不知可否提起第三審上訴，而就教於您。請針對此問分析作答。

（97 律師）

〔擬答〕



A1	A2	A3
140 萬元	600 萬元	60 萬
甲	乙	丙

（一）以原告甲應有部分之交易價格 140 萬元（市價）為訴訟標的價額

1. 不動產之訴訟標的價額為市價非申報地價

土地或房屋等不動產之訴訟標的價額，應以市價為準，而非以公告地價、公告現值或評定價格為準（台灣高等法院暨所屬法院 57 年度第 2 次法律座談會

研討結果)，故本案例事實，計算 A 地之交易價額非以每平方公尺 1 萬元之申報地價或公告地價，而應以法院囑託鑑定之市值，為核定標準。

2. 共有物分割涉訟以原告應有部分之交易價格為訴訟標的價額

請求分割共有物之訴，其訴訟標的價額之計算，應以原告在第一審起訴時因分割所受利益之客觀價額為準（亦即原告應有部分之交易價格即市價 140 萬元為準），非依共有物全部之價額定之（本案例為 800 萬元）。此種案件上訴時，其訴訟標的價額及上訴利益額，亦以此為準（亦即原告應有部分之市價 140 萬元為準），不因被告或原告提起上訴而有所歧異，易言之，被告縱為上訴人，其應有部分之比例（本案例乙為上訴人，其應有部分市價為 600 萬元）與原告應有部分之比例（本案例為 140 萬元）不同，致其交易價格較高或較低，亦不生影響。

(1) 司法院解釋 2500 號

共有物或公同共有物分割之訴，其訴訟標的之價額，以原告因分割所受利益之客觀價額為準，非依共有物或公同共有物全部之價額定之。

(2) 70 台上 1757 號判例

共有物分割之訴，其訴訟標的價額以原告因分割所受利益之客觀價額為準，非以共有物全部之價額定之，依民事訴訟法第四百六十六條第三項規定，上訴利益亦應依此標準計算，不因上訴人（被告）之應有部分之價額較低而異。

(3) 72 年第 2 次民庭總會決議

請求分割共有物之訴，其訴訟標的價額之計算，應以原告在第一審起訴時因分割所受利益之客觀價額為準，此種案件上訴時，其訴訟標的價額及上訴利益額，亦以此為準，不因被告或原告提起上訴而有所歧異。

(二) 未逾上訴第三審之利益故不得提起第三審上訴

1. 未逾 200 萬元上訴利益之第二審判決（§466）不得上訴第三審

對於財產權訴訟之第二審判決，如因上訴所得受之利益不逾 150 萬元者，不得上訴（§466 I）（司法院於 91 年依§466 III 命令提高為 200 萬元）。故上訴人之上訴利益未逾 200 萬元，不得上訴第三審。

2. 僅對金錢補償部分上訴仍以原告應有部分之交易價格為訴訟標的價額

共有物分割之訴，上訴人對於下級審判決所為之分割方法並無不服，但對判決所命之金錢補償數額有所爭執（過高或過低），而僅對差額部分提起上訴，亦應以原告在第一審起訴時之應有部分交易價格為訴訟標的價額，而計徵上訴裁判費（台灣高等法院台中法院 73 年度法律座談會及司法院第一廳研究意見）。此乃因法院對於共有物之分割方法，不受原告起訴聲明及上訴人上訴聲明之拘束（非訟法理：聲明之非拘束性），上訴人雖僅就金錢補償部分提起上訴，上訴審法院亦有廢棄原判決而變更全部分割方法（分成 A4、A5、A6 三筆）之可能，自不得僅就上訴人關於金錢補償部分計徵上訴裁判費，而仍應依原告在第一審起訴時之應有部分交易價格為訴訟標的價額（本案例為 140

萬元)計徵之。

3.丙之上訴利益僅為 140 萬未逾上訴第三審之利益故不得提起第三審上訴

四、何謂定暫時狀態假處分？那些法律關係有定暫時狀態假處分之適格？

甲與乙於婚外同居，生育一子丙，並由生父甲月付新臺幣（下同）5 萬元予乙，以扶養丙。嗣甲發現丙體弱多病，醫療費用龐大，且乙又另與他男結婚，遂以丙非其子，拒絕再繼續付扶養費。此時：

(一) 丙(由乙為法定代理人)對甲可否起訴請求給付扶養費？並聲請定暫時狀態假處分，請求甲按月給付 5 萬元至其成年為止？

(二) 丙(由乙為法定代理人)可否以甲為被告，提起確認父子關係存在之訴？

(97 律師)

〔擬答〕

一、定暫時狀態假處分

(一) 意義

於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分 (§538 I)。例如，命侵害專利權人停止製造販賣專利品、命侵害著作權之人立刻停止出版作品、命公司不得執行違法之股東會決議或違法之董事會決議、命停止召開股東會、禁止公司董事執行業務、禁止行使股東權、制止煤氣、蒸氣、臭氣、煙氣、灰屑、污水侵入、禁止進行建築工程、命不得妨害建築工程、命除去障礙物而不得阻礙通行、命禁止競業等等。命扶養義務人每月照常給付生活費、准許行使股東權、命僱主繼續給付工資、對加害人聲請法院為支付醫療費、生活費。

(二) 要件

1.須有爭執之法律關係(標的)

(1)不以財產關係為必要

無論財產關係或身分關係均有定暫時狀態假處分之適格，身分上之法律關係，例如暫定子女親權或監護權之假處分。然財產關係或身分關係均以有爭執為必要。

(2)不以給付請求為必要

於爭執之法律關係定暫時狀態，係為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要者，與純為保全將來執行之一般處分，有所不同，不以給付請求為必要，形成處分，確認處分，亦得聲請定暫時狀態之假處分。

(3)本案訴訟須能解決紛爭 (§538 II)

法院裁定准為定暫時狀態，僅係就當事人間爭執之法律關係暫為之處分，其所被保全之權利，須經訴訟程序確定，故為裁定後，如該事件之本案尚未繫屬者，仍有§529 限期起訴之適用。惟此際之起訴，並不限

於給付之訴，其訴訟種類端視爭執之法律關係內容而定；至已繫屬或應繫屬之本案訴訟，其起訴之事項應限於能確定該爭執之法律關係。

2. 須為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要（原因）

所謂有定暫時狀態之必要非原因而係效果，定暫時狀態，乃係預為實現部份本案請求之內容，故如有防止發生重大之損害或避免急迫之危險等之必要，即得聲請定暫時狀態之假處分。例如，因車禍等交通事故而發生損害之情形，無資力之受害人對加害人聲請法院為支付醫療費、生活費之定暫時狀態處分、爭執解僱無效之勞工對僱主聲請法院為支付薪資之定暫時狀態處分、專利權人對侵權人聲請法院為制止侵害（如命其停止使用專利所製作之商品）之定暫時狀態處分等類情形。

二、案例事實解答：

（一）丙可對甲起訴請求給付扶養費並聲請定暫時狀態假處分

父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務，民法§1084 II 定有明文。所謂保護及教養之權利義務，包括扶養義務在內（參照 92 年台上字 219 號判決）。生父甲對體弱多病之未成年子女丙自應盡保護、照顧及扶養之義務，生父拒絕再繼續付扶養費，未成年子女丙自可對甲起訴請求給付扶養費，且因丙有醫療費用及基本生活費用持續支付之急迫危險狀態存在，就此部分金額可聲請定暫時狀態假處分。然具體數額是否須至「按月給付 5 萬元至其成年為止」，應由法院加以審酌，為期法院能正確判斷有無處分之必要，法院為裁定前，應使兩造當事人有陳述意見之機會。

（二）丙得以甲為被告提起確認父子關係存在之訴

稱認領之訴者，乃非婚生子女或其生母或其他法定代理人，依民法§1067 之規定，提起請求法院命非婚生子女之生父，認領為生父之子女之訴（§589）。然認領之訴乃係生父「拒絕認領」而「請求認領」之訴訟型態。甲乙無婚姻關係，其所生子女丙，雖無法依婚生推定而認定其為婚生子女，然生父甲對丙既有撫育事實，依民法§1065 I 後段已因「視為認領」而使甲丙發生親子關係，縱令丙之身分嗣後又為生父甲所否認，亦無須再行請求認領，惟在此「甲否認丙為其子女（丙與甲有無真實血統聯繫）」，而使「親子關係」存否不明確，並使丙受生父保護、照顧及扶養之權利遭到損害，丙自得以甲為被告提起確認父子關係存在之訴。