

《民事訴訟法》

- 一、原告甲、乙以丙為被告，向台中地方法院起訴，在第一審審理期間，原告甲委任 A 律師為訴訟代理人，並於委任狀上指定 A 律師為送達代收人，而原告乙則未委任任何訴訟代理人，惟向法院陳明其指定 B 為送達代收人，第一審判決原告敗訴，甲另委任 C 律師提起第二審上訴，乙則自行提起第二審上訴，然未再指定任何送達代收人，嗣台中高分院將第一次期日通知書分別向 A 律師及 B 為送達，而將第二次期日通知書逕對甲、乙分別為送達，試問各該送達在法律上之效力各如何？。（二十五分）

命題意旨	本題係在測驗考生對「送達代收人」指定之效力是否理解，以及是否知悉訴訟代理人收受送達之效力係採「審級代理制」等較為偏重訴訟實務之問題。
答題關鍵	本題須就送達代收人指定之效力以及訴訟代理人收受送達之權限等問題，作完整清晰、條理分明之陳述即可。
參考資料	1.陳碧盈《民事訴訟法》，頁 2-92，頁 3-9~ 3-10，高點出版。 2.《法學概念判解精選民事法篇（下）》民事訴訟法，頁 28~29、51，高點出版。

【擬答】

(一)第一次期日通知書之送達效力

1.原告甲部分應向 C 律師送達始為合法

(1)甲於第一審委任 A 律師為訴訟代理人，並於委任狀上指定 A 為送達代收人，此一指定不生合法效力，蓋送達代收人須為原有收受送達權限以外之人，而 A 為甲之訴訟代理人具有合法收受送達之權限，自非原有收受送達權限以外之人，故甲之指定無效。

(2)A 為甲之訴訟代理人，依民事訴訟法第七十條第一項之規定，除應受特別委任之事項外，就其所委任之事件，有為一切訴訟行為之權，而收受文書之送達，當然包括在內。惟此一收受送達之權限亦採審級代理制，今甲既已委任 C 律師提起第二審上訴，故就上訴後第一次期日通知書之送達 A 已無收受權限。

(3)甲委任 C 律師提起第二審上訴，C 就甲第二審之事件，有為一切訴訟行為之權，而收受文書之送達，當然包括在內。故台中高等法院就第一次期日通知書應向 C 送達始生合法效力。

2.原告乙部分之送達合法

原告乙並未委任任何訴訟代理人，只向法院陳明其指定 B 為送達代收人，依民事訴訟法第一百三十四條之規定，送達代收人經指定陳明後，其效力及於同地之各級法院，故乙於台中地方法院指定 B 為送達代收人之效力亦及於台中高分院，故此部分之送達是為合法。

(二)第二次期日通知書之送達效力

1.原告甲部分之送達效力

訴訟代理人有收受送達之權限者，送達原則上應向該代理人為之，但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人此為民事訴訟法第一百三十二條之規定，然現行民事訴訟法於事實審並未採律師強制主義，委任訴訟代理人之當事人仍得自為訴訟行為，故如法院將此文書送達於當事人本人甲，當事人甲無異議收受者，縱無審判長之命，仍生送達之效力。

2.原告乙部分之送達效力

當事人乙指定送達代收人 B 向受訴法院陳明者，依民事訴訟法第一百三十三條第一項之規定，第二次期日通知書應向 B 為送達。惟如法院仍向當事人本人乙送達，經其收受者，於該當事人既無不利，依最高法院二十六年渝抗字第 50 二號判例，此亦非法所不許，故如逕向當事人乙本人送達，亦可生送達之效力。

- 二、乙因其持有之特殊品種的蔬菜種子即將發芽，又不易覓得菜圃，乃將此事由告之於甲，並徵得其同意，將種子播種於甲之土地上。該批蔬菜雖已長成，並再度收取種子，但乙卻無返還土地之跡象。甲乃基於所有權訴請法院判令乙返還該土地。於第一審言詞辯論時，甲對乙主張就該地有租賃權之陳述予以承認。甲最後獲得敗訴的判決。甲上訴於第二審時，主張「該土地係借於乙播種即將發芽之該批蔬菜種子之用，該批蔬菜既已收成完畢，應將該土地返還予甲」等語，試論述甲於第二審所作上述之訴訟行為，在訴訟法上的性質。（二十五分）



命題意旨	本題係在測驗考生就「訴之變更」與「新攻擊方法之提出」此二種訴訟行為之分野有否了解，以及其與訴訟標的理論爭議問題之關連。
答題關鍵	本題依所採用之訴訟標的理論為新說、舊說或相對論將獲致不同之結論，故應先就本案為審判對象之訴訟標的為何先予確認，進而論述其訴訟行為究係「訴之變更」或「新攻擊方法之提出」，並分述其於審理過程對當事人之程序保障有何優劣，進而為此行為為訴訟法上之定性。
參考資料	1.陳碧盈《民事訴訟法》，頁 4-5-8，高點出版。 2.陳碧瑩《高點法學錦囊叢書》民事訴訟法，頁 3-34。
命中事實	《高點律師考場寶典》民事訴訟法，第七題

【擬答】

- (一)甲於第二審所為訴訟行為之性質究為如何，實與為本訴訟審理對象之訴訟標的之認定有所關連，合先敘明。
- 1.甲說：採「舊訴訟標的理論」之學者認為，訴訟標的於給付之訴應為實體法上之具體權利，故本案之訴訟標的依此說應為民法第七百六十七條之所有物返還請求權。今甲於第一審敗訴上訴第二審時主張「該地係借予乙播種之用，其目的已達應予返還」等語，亦即變更其原審所有物返還請求權而為民法第四百七十條借用物返還請求權，此為訴訟標的之變更，故甲於二審之訴訟行為於訴訟法上係屬「訴之變更」。又依民事訴訟法第二百五十五條第一項第二款之規定，於請求之基礎事實同一之範圍內得為訴之變更，故本題中甲所為之變更係屬合法。
 - 2.乙說：採「新訴訟標的理論」之學者認為，訴訟標的於給付之訴應為一受領給付之地位，故本案之訴訟標的應為甲受領該地返還之地位，至於其不論係依所有物返還請求權或係依借用物返還請求權主張，此均僅為其所提出之攻擊方法而已，並非關涉訴訟標的之變更，故甲於二審之訴訟行為於訴訟法上係屬「新攻擊方法之提出」，依民事訴訟法第二百五十六條之規定，其僅為更正法律上之陳述，並非訴之變更追加。
- (二)管見：不論是新訴訟標的理論抑或舊訴訟標的理論均各有其缺點，蓋舊說將造成當事人須另訴之程序上不利利益，而新說亦可能強使當事人將其原本欲保留之法律關係一併主張，對原告將造成突襲。為平衡追求當事人之實體利益及程序利益，實現憲法保障人民各種基本權之終極目標，管見以為應採「訴訟標的相對論」之見解較為妥適，蓋原告起訴究應以個別權利為基準，抑或應以其所求受給付之地位為基準，係屬相對性之問題而應予以尊重。故本題中甲雖以具體之所有物返還請求權為起訴之基準，借用物返還請求權並不當然成為法院審理之對象，惟此際法院應協助當事人整理爭點、作法的定性與評價，如受訴法院認為所有物返還請求權並不成立，即須公開心證、表明法律見解，使甲有機會於請求之基礎事實同一之範圍內變更主張為借用物返還請求權，如此方能達到實體利益與程序利益之平衡追求，建立一個溫暖而富有人性之司法制度。

三、某甲起訴請求某乙給付 A 物之買賣價金參佰萬元，某乙除否認甲、乙間 A 物買賣契約之成立外，並主張以對某甲有伍佰萬元借款債權中之參佰萬元抵銷，請求駁回原告某甲之訴。試問：(二十五分)

- (一)法院可否不先斟酌甲、乙間之 A 物買賣契約是否成立，即逕採某乙抵銷之抗辯，駁回原告某甲之訴？
- (二)法院之終局判決，就某乙抵銷之抗辯為判斷時，該判斷係在終局判決之何一部分為之？判決確定時，將發生何種效力？

命題意旨	測驗考生就「抵銷之抗辯」之審理順序、經斟酌後之效力為何是否了解，為基本考題，條理分明之鋪述即可。
參考資料	1.陳碧盈《民事訴訟法》，頁 5-21、5-24，高點出版。 2.陳碧瑩《高點法學錦囊叢書》民事訴訟法，頁 5-22。
命中事實	《高點律師考場寶典》民事訴訟法，第二題。

【擬答】

- (一)法院不得逕採抵銷之抗辯而駁回原告之訴：
- 1.本題中乙所為否認甲、乙間 A 物買賣契約成立之抗辯，係屬一般抗辯，法院於審酌一般抗辯時不受當事人提出順序之拘束，蓋此種抗辯為理由中之判斷，不生既判力。
 - 2.反之，抵銷之抗辯必須在確定原告甲請求之債權成立，及對被告之清償、免除等所有之抗辯加以判斷後，最後始得就抵銷之抗辯為判斷，蓋為避免被告無意義的喪失主動債權。
 - 3.故本題中，法院應先就甲、乙間之 A 物買賣契約是否成立先予審酌，如認定本案債權確係存在時始可就抵銷抗辯予以斟酌，不得逕採某乙抵銷之抗辯而駁回原告某甲之訴。
- (二)終局判決採酌抵銷抗辯之效力：
- 1.如法院在確定原告甲請求之債權成立，及對被告所提之所有抗辯加以判斷後，斟酌抵銷之抗辯並採為終局判決之基礎時，此判斷係在終局判決之理由部分為之，並非於主文中之判斷。
 - 2.於採酌某乙抵銷抗辯之終局判決確定時，依民事訴訟法第四百條第二項之規定，主張抵銷之對待請求其成立與否經判



斷者，以主張抵銷之額為限，不得更行主張。是故抵銷之抗辯雖係法院於理由終之判斷而非主文之判斷，然於判決確定之際，以抵銷之額為限仍將發生既判力，此係既判力之客觀範圍僅及於判決主文之一大例外。

四、甲訴請乙返還借款新台幣（下同）十萬元獲勝訴確定判決據以聲請強制執行後，乙將其僅有之汽車一輛出賣與知情之丙以損害甲之債權。甲遂聲請在十萬元範圍內對丙之財產為假扣押，經法院裁定准許，並查封丙買受之上開汽車。丙聲請法院裁定命甲於十日內起訴。甲於法院所定期間內，以乙、丙為共同被告，先位聲明訴請確認乙、丙之買賣契約法律關係為通謀虛偽意思表示無效而不存在；備位聲明依民法第二百四十四條第二項規定，訴請撤銷乙、丙間之詐害行為。試問：於此情形，丙得否聲請法院撤銷假扣押裁定？（二十五分）

命題意旨	測驗考生就假扣押之聲請要件及其撤銷原因是否理解與活用，故答題時應就假扣押之撤銷原因予以逐一討論、檢視。
參考資料	陳碧盈《民事訴訟法》，頁 10-3、10-5，高點出版。
命中事實	《高點律師考場寶典》第十六題，頁 3-16，命中！

【擬答】

(一)撤銷假扣押裁定之五種原因：

- 1.依民事訴訟法第五百二十九條之規定，本案尚未繫屬者，命假扣押之法院應依債務人之聲請命債權人於一定期間內起訴，如債權人不遵期起訴時，債務人得命假扣押之法院撤銷假扣押裁定。為本題中尚無此得聲請撤銷之原因。
- 2.依同法第五百三十條第一項之規定，假扣押之原因消滅或其他命假扣押之情事變更者，債務人亦得聲請撤銷假扣押裁定。本題尚無此種原因。
- 3.依同法第五百三十條第二項之規定，債務人得陳明可供法院所定之擔保或將請求之標的物提存，聲請撤銷假扣押裁定，此亦為聲請撤銷假扣押裁定之原因。本題中亦無此原因發生。
- 4.依同法第五百三十條第三項之規定，假扣押之裁定債權人得不附任何理由請求法院撤銷之。本題中亦無此原因發生。
- 5.依同法第五百三十一條之規定可知，假扣押裁定亦得以自始不當為由而聲請法院撤銷之。本題中丙似可依此原因聲請撤銷假扣押裁定，其原因詳後述。

(二)本題中丙得聲請法院撤銷假扣押裁定之原因：

- 1.本題之訴訟標的價額為新台幣十萬元，依民事訴訟法第四百三十六條之八之規定，應適用小額訴訟程序。而依同法第四百三十六條之二十，法院於為被告敗訴之判決時，應依職權宣告假執行，故如受訴法院已就甲之勝訴判決職權宣告假執行時，甲即無另就此同一債權聲請假扣押之必要，蓋其既已有假執行之宣告，即可為終局之執行，已無保全之必要性。
- 2.甲訴請乙返還借款之訴勝訴並據以聲請強制執行後，已將其僅有之汽車一輛出賣與知情之丙以損害債權，乙、丙間雖係屬詐害債權之行為，然此買賣行為於甲依民法第二百四十四條撤銷以前仍屬有效之法律行為，丙仍保有該車之所有權。而假扣押之對象應只及於債務人之一般財產而已，而不應及於第三人丙之財產，如甲欲保全其債權指得對乙聲請假扣押，而不得對丙為之；故本題中法院所為之假扣押裁定有自始不當之原因，丙得依此聲請法院撤銷假扣押裁定，並得依民事訴訟法第五百三十一條之規定請求甲賠償其因假扣押所受之損害。

