

《民事訴訟法》

一、原告甲基於所有權所生之物上請求權，訴請被告乙應返還某不動產，乙抗辯就該不動產與甲有租賃關係，並非無權占有，經法院認定甲、乙間就該不動產有租賃關係存在，而為甲敗訴之判決確定。嗣甲復以乙為被告，訴請確認就同一不動產甲、乙間之租賃關係不存在，試問在此一訴訟程序中，應否受前訴訟確定判決認定有租賃關係之拘束？（25分）

命題意旨	本題旨在測驗「既判力客觀範圍」之概念，即既判力遮斷後訴之範圍應如何認定；以及爭點效力之意義與要件。
答題關鍵	此為非常典型之考古題型。同學們僅須熟讀既判力客觀範圍之意義，以及了解爭點效理論之構成要件與實務目前最新發展，當可輕鬆作答。
高分閱讀	1.梁台大，民事訴訟法講義，第一回第二章第六節，第224-238頁。 2.許士宦，重複起訴禁止原則與既判力之客觀範圍，程序保障與闡明義務，新民事訴訟法之理論與實務（一），台大法學叢書143，2003年12月初版，第279頁。

【擬答】

(一)既判力客觀範圍之意義：

- 1.「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。」、「原告之訴，有下列各款情形之一，法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：七、起訴違背第三十一條之一第二項、第二百五十三條、第二百六十三條第二項之規定，或其訴訟標的為確定判決之效力所及者。」民事訴訟法第400條第1項、第249條第1項定有明文。所謂既判力（實質確定力），係指判決於具備形式確定力後（判決確定），對於已判斷之事項，當事人不得另行起訴，亦不得於他訴訟中為與判決相矛盾之主張；對法院而言，不得對已審判之對象另行審判，亦不得於他訴訟程序中為相抵觸之裁判。既判力之作用有二：一為法院不得為相歧異之認定、當事人不得為相矛盾主張之積極作用（禁止矛盾）；當事人不得就同一事件另行起訴之消極作用（禁止反覆）。是以，倘受判決既判力效力所及之人，就同一訴訟標的再度提起後訴訟者，該後訴訟自於法不合，法院應依民事訴訟法第249條第1項之規定，裁定駁回後訴訟。
- 2.又向來認為判決發生既判力之客觀範圍，原則上以訴訟標的經裁判者為限，是訴訟標的之範圍則依照訴訟標的理論加以認定；既判力之有無，原則上以主文為準（最高法院73年台上字第3292號判例）；至於非訴訟標的之部分（尤其是判決理由中之事項），縱然經法院於判決理由中加以審理，亦不發生既判力之效力（最高法院18年上字第1885號判例）。由是益徵，後訴訟之請求是否受前判決既判力之遮斷，宜先就前訴之訴訟標的範圍加以認定。
- 3.惟針對非訴訟標的而業經前訴訟法院實質審理者，如依上開見解而允許當事人提起後訴而重新法反覆爭執者，恐將造成法院對於同一爭點反覆進行證據調查，有害公益層面訴訟經濟、發生裁判矛盾之危險，以及徒增當事人程序上之不利益。有鑑於此，學說上認為：針對訴訟標的以外而為當事人所主張之重要爭點（即判決理由之部分），如同一當事人就該重要爭點於前訴訟中已充分提起攻擊防禦，且經過法院實質之辯論與審理者，應當承認此業經實質審理之重要爭點可發生拘束後訴法院之效力，即法院及當事人不得針對業經前訴訟法院所判斷之重要爭點法律關係有相反之判斷或主張（惟並不發生遮斷後訴之效力，後訴提起仍然合法）。上開見解，即所謂爭點效理論，於我國晚近實務見解中，已明確承認爭點效理論之適用；最具代表性之判決，可參照最高法院73年台上字第4062號民事判決：「確定判決之既判力，固以訴訟標的經表現於主文判斷之事項為限，判決理由並無既判力。但法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果，已為判斷時，其對此重要爭點所為之判斷，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，應解為在同一當事人就該重要爭點所提起之訴訟中，法院及當事人就該已經法院判斷之重要爭點法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張，始符民事訴訟上之誠信原則。」

(二)依我國實務見解，甲對乙所提之後訴訟起訴合法；惟基於爭點效理論，前訴訟確定判決針對租賃關係之認定，可能對後訴訟法院發生拘束力：

- 1.查前訴訟之訴訟標的為基於某不動產所生之物上返還請求權，是前訴訟既判力之客觀範圍應限於針對此物



上返還請求權部分之認定；至於前訴訟中有關法院所認定兩造間存有租賃關係之部分，因乙對甲間針對某不動產是否存有租賃關係一事，至多僅是判決理由中之判斷，並非前訴訟之訴訟標的，自不發生既判力之效力甚明。是以，甲復以乙為被告而提起確認就同一不動產兩造間租賃關係存在之後訴訟，因後訴訟之訴訟標的與前訴訟有所不同，是後訴提起合法，後訴法院本可自行認定而不受前訴判決所拘束。

2. 惟於前訴訟已針對兩造間租賃關係存否一事加以審理，倘若允許甲或乙一方針對兩造間存有租賃關係一事再行爭執者，恐將造成法院重覆進行證據調查，有害公益層面訴訟經濟、並發生裁判矛盾之危險；被告乙可能更須因後訴訟之進行而增加程序上之利益。是以，在我國實務已承認爭點效理論之前提下：雖後訴訟起訴合法，惟針對前訴訟訴訟標的以外之重要爭點（即兩造間針對某不動產是否存有租賃關係一事），如兩造當事人就該重要爭點於前訴訟中已充分提起攻擊防禦，且經過前訴訟法院實質之辯論與審理者，自應承認前訴訟認定之結果，仍應拘束法院及當事人；於被告乙已提出爭點效理論抗辯之情形下，原告甲即不得有相歧異之主張，後訴法院亦無庸進行證據調查，而應受前訴訟法院認定之結果判斷所拘束。

二、甲起訴主張乙向其買受貨物，應交付買賣價金新台幣五十萬元，並同時由乙簽發同額款項之支票一紙交付予甲，詎屆期支票未獲付款，甲乃起訴請求乙給付新台幣五十萬元。乙則抗辯上開支票請求權已罹於時效而消滅，不得再行請求給付，嗣經法院行使闡明權訊問甲係依據何項法律關係請求，甲僅稱請求依法辦理，如何處理？（25分）

命題意旨	本題旨在測驗同學們對於「法官闡明義務」意義與定位之理解。
答題關鍵	「法官闡明義務」規定在民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1。同學們僅須對此等規定有基本之認識，而著重在本題事實與法律上之說明即可。
高分閱讀	1. 邱聯恭，程序利益保護原則，程序利益保護論，民事程序法之理論與實務（四），台大法學叢書 150，2005 年 4 月初版，第 12-16 頁。 2. 許士宦，法律關係之曉諭義務—最高法院有關決議、裁判之檢討，集中審理與審理原則，新民事訴訟法之理論與實務（四），台大法學叢書 186，2009 年 4 月初版，第 273-298 頁。

【擬答】

(一)法官闡明義務：

- 「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。（第一項）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足者，應令其敘明或補充之。（第二項）陪席法官告知審判長後，得向當事人發問或曉諭。（第三項）」、「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。（第一項）被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。（第二項）」民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1 定有明文。
- 按適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果。為防止法官未經闡明而逕行適用法律，致對當事人產生突襲性裁判，明定除令當事人就事實為適當之陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。又為使當事人得以衡量其實體利益與程序利益，妥適進行訴訟，並擴大訴訟制度解決紛爭之功能，增訂依原告聲明及事實上陳述，於實體法上得主張數項法律關係，而原告究係主張何項法律關係有不明瞭，或得主張之法律關係未主張時，審判長應曉諭原告敘明或補充；被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長亦應適時行使闡明權之規定（民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1 修正要點參照）。由是俱見，新法為貫徹處分權主義之旨趣，同時防止突襲性裁判、兼顧保障當事人之實體利益與程序利益，遂擴大法官闡明權之範圍，並課予法官負有闡明之義務甚明；惟法官闡明以後，當事人是否選擇追加或變更其法律上或事實上主張，則由當事人衡量其實體利益與程序利益後，自行決定之。

(二)法官應再具體向原告甲闡明：先告知原告甲有數項法律關係可主張，後要求原告應表明其主張之訴訟標的為何：

- 觀諸原告甲提起本件訴訟所提及之原因事實，可知：甲對乙得分別基於買賣契約之價金給付請求權、或系爭支票所生票款給付請求權，而有二法律關係可主張。惟此二請求權基礎於實體法上之差異甚鉅（諸如：構成要件與消滅時效期間等內容各自不同），是原告甲主張不同之法律關係，於具體案件中可能產生之程序上勞費、實體法上有無理由之結果可能亦有不同，明顯影響原告甲之權益。
- 細繹原告甲之主張，尚無法明確得知其所主張之訴訟標的為何。亦即，甲究竟是僅主張權利單位型訴訟標



的、僅以票款給付請求權為訴訟標的，或以價金給付請求權為訴訟標的？抑或其有意紛爭統一解決而選擇紛爭單位型之訴訟標的？當事人之真義為何？尚未明確。倘若未能釐清原告甲所主張之訴訟標的為何，恐將發生發現真實與促進訴訟之突襲性裁判，而有損當事人之聽審請求權。循此，法院自應依民事訴訟法第 199 條、第 199 條之 1 等規定，先向原告甲闡明：先告知原告甲有買賣契約之價金給付請求權，以及系爭支票所生票款給付請求權等數項法律關係資可主張；並要求原告甲應表明其主張訴訟標的之型態為何，始可謂法院已盡其闡明義務。

三、甲以乙為被告，向台灣台北地方法院起訴，在第一審法院審理期間，甲委任丙律師為訴訟代理人，並在委任狀上指定丙為送達代收人，經第一審法院判決甲敗訴後，甲另委任丁律師提起第二審上訴，嗣台灣高等法院將第一次開庭通知書向丙律師為送達，而將第二次開庭通知書逕向甲為送達，試問該送達之效力各為如何？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗「送達」中有關應受送達人之意義與概念。
答題關鍵	本題為典型之考古題，國家考試已出現過類似問題。關於訴訟代理人、送達代收人之問題，同學們只要熟記重要實務見解，當可游刃有餘地回答本題。
高分閱讀	1.梁台大，民事訴訟法講義，第二回第五章第一節，第 64-68 頁。 2.吳明軒，《民事訴訟法（上）》2007 年 9 月修訂七版，第 395-398 頁。

【擬答】

(一)應受送達人之意義：

1.送達代收人為應受送達人：

「當事人或代理人經指定送達代收人向受訴法院陳明者，應向該代收人為送達。」民事訴訟法第 133 條定有明文。送達代收人應以有訴訟能力為必要（最高法院 29 年聲字第 125 號判例）；法院向送達代收人送達完畢時，即發生送達之效力（至於該代收人於受送達後是否將文書轉交當事人，並不影響送達之效力）。當事人經指定送達代收人，向受訴法院陳明者，固應向該代收人為送達（惟向該當事人為送達既於該當事人並無不利，即非法所不許）。送達代收人，經指定陳明後，其效力及於同地之各級法院；但該當事人或代理人別有陳明者，不在此限（民事訴訟法第 134 條）。又應加以注意者，當事人所委任之訴訟代理人縱經曾為指定送達代收人之記載，仍與指定送達代收人之情形有別；其代收送達之權限仍因審級程序終結而消滅，自無民事訴訟法第 134 條之適用。

2.訴訟代理人為應受送達人：

訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之（最高法院 22 年抗字第 143 號判例）；但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人（民事訴訟法第 132 條）。按訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權，代受送達亦為一切訴訟行為之一種（最高法院 43 年台抗字第 92 號判例）。如訴訟代理人合法委任之複代理人、且對其代理權未加限制者，亦應有代該訴訟代理人收受送達之權限（最高法院 48 年台上字第 314 號判例）。

惟有疑問者在於：應送達之文書，不送達於當事人委任之訴訟代理人，而送達於當事人本人，是否合法？對此，我國實務見解早期採肯定見解（參照最高法院 84 年度第 4 次民事庭會議決議）；惟實務見解目前似已否定其合法性，可參見最高法院 90 年 6 月 20 日民國 90 年度第 7 次民事庭會議決議：最高法院 84 年度第 4 次民事庭會議決議不再供參考。

(二)台灣高等法院將第一次開庭通知書向丙律師為送達，該送達不合法；台灣高等法院將第二次開庭通知書逕向甲為送達，該送達不合法：

1.台灣高等法院將第一次開庭通知書向丙律師為送達，該送達不合法：

查第一審法院審理期間，雖甲委任丙律師為訴訟代理人，並在委任狀上指定丙為送達代收人，縱然當事人甲曾有指定訴訟代理人丙律師為送達代收人之記載，為此情形仍與指定送達代收人之情形有間。換言之，丙律師並不因此指定而成為甲之送達代收人，其受委任為訴訟代理人之代理權（包含代收送達之權限）仍因審級程序終結而消滅，則丙律師自無民事訴訟法第 134 條之適用。是以，第一審判決甲敗訴後，丙律師之訴訟代理權因上訴以後審級程序終結而消滅，自不再有受領送達之權限。由此俱見，台灣高等法院將第一次開庭通知書向丙律師為送達，該送達不合法甚明。

2.台灣高等法院將第二次開庭通知書逕向甲為送達，該送達不合法：

查甲上訴至第二審後已另委任丁律師為訴訟代理人，是於訴訟代理人丁律師受送達之權限未受限制之情形



下，送達「應」向該代理人為之。是以，台灣高等法院將第二次開庭通知書未送達予丁律師，而逕向甲為送達，除非法院或審判長認為有必要逕向本人送達者，否則參諸最高法院 90 年 6 月 20 日民國 90 年度第 7 次民事庭會議決議不再參考最高法院 84 年度第 4 次民事庭會議決議之見解，台灣高等法院將第二次開庭通知書逕向甲為送達之情，該送達當屬不合法，已臻明確。

四、甲以其所有之土地設定抵押權予乙，甲之債權人丙主張甲係為脫產而虛偽認定抵押權予乙，乃起訴請求確認甲、乙間抵押權設定所擔保之債權為通謀虛偽意思表示而不存在，試問丙如以甲、乙為共同被告，所提起確認債權不存在之訴，經第一審法院判決甲、乙敗訴後，僅甲提起第二審上訴，其效力是否及於乙？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗確認他人法律關係存否訴訟之共同訴訟性質之問題。
答題關鍵	本題亦為相當典型之考古題型。倘若同學於學習共同訴訟時，已將考試常出現之爭議類型詳加了解時，相信本題並無作答上之困難。
高分閱讀	1. 梁台大，民事訴訟法講義，第二回第六章第二節，第 135-145 頁。 2. 黃國昌，確認他人法律關係存否之訴之當事人適格，《月旦法學教室第 39 期》2006 年 1 月，第 18~19 頁。 3. 呂太郎，確認他人間法律關係之訴，《民事訴訟之基本理論（一）》智勝出版，1999 年 2 月初版，第 145 頁。

【擬答】

(一)共同訴訟之意義與種類：

1. 按共同訴訟之類型有三：普通共同訴訟、固有必要共同訴訟以及類似必要共同訴訟。所謂普通共同訴訟，係指個別訴訟合併時，不以合一確定為必要，亦無共同起訴、應訴之必要之型態者。反之，倘若共同訴訟人間所合併之訴訟以具有合一確定關係為必要者，即屬必要共同訴訟。
2. 必要共同訴訟，以共同訴訟人是否有一同起訴、應訴之必要者為前提，尚可區分為：固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟。倘若具有合一確定關係之共同訴訟人間，應以一同起訴、應訴者為必要時，即屬固有必要共同訴訟；反之，如不以一同起訴、應訴為要者，即為類似必要共同訴訟。
3. 又所謂合一確定之意義，一般認為：紛爭存在於多數人之間，因在法律上有一同解決之必要，故對於法院之裁判，判決效力及於未起訴、應訴之他人，且對於該多數人須為一致而不得歧異者，即為合一確定。
4. 共同訴訟類型之區別實益在於：如屬普通共同訴訟者，其中一人所為訴訟行為之效力，依民事訴訟法第 55 條，其利害不及於他共同訴訟人；如為固有必要共同訴訟與類似必要共同訴訟者，依民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款，共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力。

(二)確認他人法律關係存否訴訟之共同訴訟性質：

1. 針對確認他人法律關係存否訴訟，他人法律關係之主體如為共同被告時，即共同訴訟之類型為何？尚有爭論。有認為共同被告間並無合一確定關係，應解為普通共同訴訟；亦有認為應把他人法律關係之他人全體列為共同被告起訴始合法，理由在於確認他人法律關係，其具有實體法上有合一確定之必要且對他人法律關係之全體當事人而言，其係基於同一法律關係，故應解為固有必要共同訴訟。亦有認為：共同被告間雖具有合一確定關係，惟共同被告應無一同起訴、應訴之必要，自應解為類似必要共同訴訟，僅以其中有爭執者為被告即可。
2. 我國實務見解即最高法院 82 年度第 2 次民事庭會議（二）決議、臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會民事類提案第 26 號（民國 95 年 12 月 13 日）均表示：應依具體個案之類型，按其性質決定之。易言之，我國實務對此問題，尚無確定之見解，仍委由各法院依個案認定之。惟多數學者認為，共同被告間因法律關係同一，是認定結果具有合一確定之關係，且數共同被告間並無一同起訴、應訴之必要，自應解為類似必要共同訴訟。是以，吾人以為：針對確認他人法律關係存否訴訟，其共同被告之性質應為類似必要共同訴訟。

(二)僅甲提起第二審上訴，其效力及於乙：

1. 丙如以甲、乙為共同被告，所提起確認債權不存在之訴，經第一審法院判決甲、乙敗訴後，僅有共同被告一人甲提起第二審上訴，其上訴效力是否及於乙？首先應就甲、乙共同訴訟之性質而判斷。
2. 查丙主張甲係為脫產而虛偽設定抵押權予乙，乃起訴請求確認甲、乙間抵押權設定所擔保之債權為通謀虛



偽意思表示而不存在，遂以甲、乙為共同被告，提起確認債權不存在之訴。因原告丙對被告甲之間法院認定之結果，必然與原告丙對被告乙所認定之結果一致，始不發生裁判之歧異；又原告丙究竟應以何人為被告，尚須以具有確認利益為必要（即僅以針對該擔保債權不存在一事有不同主張者為被告即可），是甲、乙間並不具有一同應訴之必要甚明。由是顯見，甲、乙共同被告之性質，應屬類似必要共同訴訟。

3. 甲、乙共同被告之性質既屬類似必要共同訴訟，則倘若甲一人獨自提起第二審上訴者，因上訴行為屬於有利於全體之行為，依民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款之規定，其上訴之效力應及於乙甚明。

