

《民事訴訟法》

一、甲主張乙為丙之受僱人，某夜乙駕駛丙所有砂石車撞毀其停於路旁正在卸貨貨櫃車及車上貨物，致受有新台幣（下同）五十萬元以上損害，詳細金額正在連絡貨主核算中，並將已算出之四十萬元函知乙丙理賠。丙則謂：伊非乙之僱用人，且甲之損害至多十萬元，況甲之貨櫃車不該停於道路轉角彎道，復無警告標誌，自不能全部令其賠償等語。問：

- (一)甲就此損害，欲對乙丙共同為訴訟上請求，可有幾種之起訴方式？試擬其聲明（六分）。法院就各該聲明所為之判決，其既判力之客觀範圍有無不同？（九分）
- (二)就丙所為抗辯之各事實，其舉證責任應如何分配？（十分）

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 一部訴求、民事訴訟法第二百四十四條第四項新修正、舉證責任分配等問題。熟悉一部訴求、舉證責任分配之相關理論，以及民事訴訟法第二百四十四條第四項之立法理由，即可得取高分。 |
| 參考資料 | 駱永家教授既判例之研究高點民事訴訟法講義第二回二十四頁至二十七頁、第一百四十九頁至一百五十三頁。 |

【擬答】

- (一) 1. 甲得請求被告乙丙連帶給付新台幣五十萬元以上：損害賠償之債，由於涉及損害原因、過失比例、損害範圍等之認定，加以舉證困難，其損害之具體數額，甚難以估算，常需要專業鑑定及法院之斟酌裁量，始能定其數額，是於請金錢賠償之債，若亦同一般金錢給付之訴，強令原告於起訴之初，即應具體正確表明其請求之金額，未免苛刻，是八十九年二月九日公佈新修正之民事訴訟法第二百四十四條第四項規定「第一項第三款之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明。其未補充者，審判長應告以得為補充。」，是甲可以衡量事證蒐集困難度所涉及之輕重大小，然後據以決定請求之下限額，在新修正之規定下，較先前未承認該請求方式之程序，更能避免蒙受因自始表明較高金額請求伴隨而生之程序不利益（如繳過多之裁判費），以防止發生促進訴訟之突襲。又伴隨審判長告知原告得補充聲明之程序，有助使原告所負之表明責任具體化，使兩造更充分攻、防，防止發生原告對被告之突襲以及法院對原告之突襲。至於原告依該項規定表明最低金額，係就民事訴訟法第二百四十四條第一項第二款原因事實範圍內之全部請求，自不得再主張其係一部請求，而就餘額起訴，是餘額部分為既判力效力所及。
2. 甲得請求被告乙丙連帶給付新台幣四十萬元：按本件侵權行為損害賠償甲所受之損害超過五十萬元，惟以現存之證據已得證明四十萬元，是甲得否作一部訴求，亦即將同一權利分割請求？針對一部訴求，學者見解分歧，有下列見解：
- (1)一部訴求肯定說：又區分為
- A.明示的一部訴求；
- B.默示的一部訴求。
- (2)一部訴求否定說。肯定說認為基於私法自治原則，債權人本得分割行使權利；何況在損害賠償之債，如不許原告一部訴求，則原告因訴訟費用過重，勝負難以預測，躊躇不敢起訴，致使權益受損；又訴訟中抵銷，以主張抵銷之數額為限發生既判力，即屬承認一部訴求。否定說則認為：一部訴求，對被告未免過於苛刻，且浪費司法資源，致使法院負擔加重，惟否定認為在特定情形下（如債權之一部得被識別），可以為一部訴求。目前學者通說是採一部訴求肯定說，是原告甲得就損害賠償之債作一部訴求，先就證據確鑿之四十萬元部分先行起訴，殘額未被請求之部分非為本訴訟標的，而為別訴訟標的，非為本件既判力所及，而得以他訴請求，而不受一事不再理原則之拘束。若採一部訴求否認說，則殘額部分，為既判力所及。
- (二) 舉證責任係法院就當事人有爭執之事實，斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，仍無法依自由心證判斷事實真偽時，不得以此為由拒下判決，此時唯有將事實真偽不明之不利益歸由一造當事人，即稱該當事人就事實負舉證責任。而舉證責任之分配原則，學說上眾說紛紜，有
- (1)待證事實分類說，又分成
- A.積極事實、消極事實。
- B.外界事實、內界事實。
- C.變態事實、常態事實。
- D.法律規定事實，四種分類。
- (2)法律要件分類說。
- (3)危險範圍說。
- 學者通說以及實務見解以法律要件分類說為通說，係指主張權利存在之當事人（除消極確認之訴外，為原告），就權利發生事實與權利消滅或權利排除之一般要件欠缺之事實，負舉證責任；主張權利不存在之當事人（除消極確認之訴外，為被告）就權利障礙事實、權利消滅事實、權利排除事實之特別要件事實負舉證責任。是丙抗辯伊非以之受僱人，此事實應由原告甲舉證，因為該事實乃原告甲損害賠償請求權（請求乙丙連帶負責）之權利發生事實，被告如否認該事實，自應由甲舉證。而丙又抗辯甲之損害至多十萬元，十萬元部分為丙自認，該十萬元損害之事實，甲毋庸舉證，其餘超過十萬元部分，因該部分事實亦為權利發生事實，依法律要件分類說，應由甲舉證。至於丙復抗辯甲停車亦有疏失（亦即甲與有過失），目前實務見解認為係法院職權事項，法院應依職權審酌，惟為防止發生突襲性裁判，仍應

予當事人辯論之機會，惟筆者認為依法律要件分類說，應屬權利消滅事實，應由被告丙舉證。

二、甲與乙會同向林律師陳稱：「乙為償付向甲購買機器所負價金債務，簽發票面金額九十萬元之支票一張交付甲，經甲提示後未獲兌現。由於乙認為該機器有重大瑕疵，乃向甲表示解除買賣契約，而拒不給付價金及票款。於是，甲與乙爭執該機器是否確有重大瑕疵及應否履行債務。為此，想請林律師指教如何妥為處理紛爭。」等語。設甲與乙在林律師之力勸下，達成指定專家丙判斷該機器有無瑕疵之合意。試敘明判斷標準及法理根據，解答下列問題：

(一)林律師之作為，是否符合其從事律師職務時所應依循之訴訟法上基本要求？試借用本件事例，析述：律師直如何協助當事人整理爭點？(十二分)

(二)如甲與乙涉訟時，上開合意及丙所為判斷意見對受訴法院有無何項拘束力？(十二分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 此題乃邱聯恭教授之命題，需以其個人見解作答。本題詳細闡述程序選擇權(包含程序處分權等)相關法理，並敘明爭點整理程序能發揮防止發生突襲性裁判之作用，進而說明律師在民事訴訟法中之角色乃協同防止發生突襲性裁判並探尋法所在之功能。 |
| 參考資料 | 司法之現代化、民事訴訟法第四十六次研討會、月旦法學雜誌第六十期至六十二期。 |

【擬答】

(一)訴訟程序中法律與事實相牽連，難以區分，訴訟程序極為繁雜，當事人又不懂法律，縱使法官公開心證表明法律見解，當事人亦難與法官直接進行討論，如訴訟上待證事實為何、證據關聯性之問題、事實推論之過程、事實與法律涵攝之過程等問題，若未由律師來幫助當事人本人與法官進行討論，顯難保障當事人主體權，容易造成法院對當事人之突襲性裁判，是律師可發揮協同防發生突襲性裁判並探尋法所在之功能，亦即律師必須以其法律知識，協助當事人作事實整理以及法律評價之工作，為當事人分析個案中事實、證據之提出或者事實上法律上之爭點簡化，對實體利益以及程序利益之影響，以幫助當事人追求實體利益(達成慎重而正確之裁判之基本要求)、程序利益(達成迅速而經濟之裁判之基本要求)之平衡。至於爭點整理程序可發揮助益兩造限縮、撤回或避免提出無實益之事實或證據聲明，又爭點整理達到可進行調查證據時，該程序可促成集中審理，是爭點整理程序實具有防止發生突襲性裁判(發現真實的突襲、促進訴訟之突襲)，助益當事人平衡追求實體利益及程序利益。而本件中兩造之紛爭之上位爭點(訴訟標的)為票款請求權，被告則提出原因關係抗辯，然為真正成為訴訟審理核心之點在於買賣標的物(該機器)是否有重大瑕疵，而該機器有無瑕疵牽涉到專業知識領域，該類型案件較適宜由仲裁程序處理，如委由職業法官審理，受限於專業知識不足，反而法官認定之事實未必與客觀真實相符，且為追求真實之過程，可能浪費許多不必要證據之調查，是兩造就該重要爭點若成立仲裁鑑定契約，合意委由專家鑑定該機器之瑕疵，成立證據上之契約，反而能較接近客觀真實以及節省勞力、時間、費用，平衡當事人之實體利益、程序利益。

(二)法是國民而存在，當事人為程序之主體，亦應為參與形成、發現或適用「法」之主體，應受適時審判請求及公正程序請求權之保障，因此立法者、法官均應對程序關係人，就關係該人之利益、地位、責任或權利義務之程序進行，賦予相當之程序參與權，藉以實現程序關係人之實體利益及程序利益。是程序上之主體，不僅有實體法上之處分權，並應被肯定有程序法上之處分權，是一方面基於其實體法上之處分權，決定如何處分實體利益。另一方面則本於程序處分權，在一定範圍內決定如何取捨程序利益，以避免程序之使用，導致限制實體利益或系爭標的外財產權、自由權。是程序選擇權之承認，及源自於上述處分權主義及程序處分權之法理，強化程序主體權，保障人民及當事人有機會參與程序以影響真實之確定以及法之發現，以追求實體利益及程序利益平衡點上之法。是當事人有程序處分權，衡量實體利益、程序利益，決定如提出事實、證據，協同法官一同探尋法之所在。本件由當事人合意所選定之鑑定人來判斷事實，與由法官依職權認定事實相較之下，後者未必與客觀事實相符，而前者因出於當事人合意，更值得當事人信賴，且尊重二造選定鑑定人之意願，有助兩造平衡追求實體利益與程序利益，較能提昇當事人對法院所為事實認定之信賴度。是當事人就系爭法律關係存否所繫之前提事實或要素，約定由第三人為判斷或認定之情形(如本件由特殊專門知識經驗而兩造信任之專家，來判斷認定)，此為所謂之仲裁鑑定契約(為證據契約之一種)，而依程序選擇權之法理，該契約不但對當事人有拘束力，對受訴法院有一定之拘束力(即就系爭事實專家丙之判斷，限制法官之證據評價)。

三、乙因營業關係而留置甲之A股份有限公司記名式股票，卻因竊盜侵入乙之住所而告遺失。該股票雖經公示催告，並獲得除權判決。但於公示催告期間，丙善意受讓取得該股票，且經洽請A公司變更股東名簿之記載，並換發新的股票。問：

(一)何人得聲請公示催告？(五分)

(二)法院為除權判決後，原股票之權利人，是否即得回復其原有之權利？(十六分)

(三)A股份有限公司須負擔何種責任？(四分)

| | |
|------|---|
| 命題關鍵 | 公示催告程序之進行與除權判決對善意取得權利人之效力。 |
| 參考資料 | 1.三人合著，民事訴訟法新論第八篇「公示催告程序」。 2.姚瑞光著，民事訴訟法論第八篇「公示催告程序」。 |

- | |
|---|
| 3.陳計男著，民事訴訟法論（下）初版；第 391 406 頁。 |
| 4.鄭玉波著，民法物權，第 357 360 頁。 |
| 5.陳碧盈編著，民事訴訟法第十一式「公式催告程序」，第 11-1 11-11 頁。 |

【擬答】

- (一)公示催告程序是指法院依當事人之聲請，以公式方法催告不明之利害當事人，於一定期間內申報權利，如不申報，使生失權效果之程序。按無記名證或空白背書之指示證券，得由最後之持有人為公示催告之聲請。前項以外之證券，得由能據證券主張權利之人為公示催告之聲請。民事訴訟法第五百五十八條定有明文。記名式股票遺失，應由能據證券主張權利之人（即在證券未遺失時，得依實體法本於證券為權利主張之人）為公示催告之聲請，而股票係表彰財產權之證券，係基於股東權發生始發行，係證明股東權之證券，而記名股票之股東，專依股東名簿之記載為證，本題中依股東簿之記載甲為權利人，故應由甲為公示催告之聲請，而非由股票之最後持有人聲請；惟學說上亦有主張因營業關係而享有留置權之營業主，依修正後民法六百十二條準用四百四十五條至四百四十八條之規定，若其留置物之喪失占有非因旅客將留置物取去者，縱因遭竊而一時喪失占有者，其留置權亦不喪失；自民事訴訟法第五五八條所謂「得主張權利之人」亦不以處份權人為限，其它物權權利人亦屬之；若採此說，則乙亦得為公示催告之聲請。
- (二)法院為除權判決後，原股票權利人，是否即得回復其原有之權利：
原則上證券經除權判決宣告無效後，怠於公示催告所定申報權利期間內為權利申報之持有人，不論其取得原證券係出於善意或惡意，均不得更行據該證券主張權利，乃為我國現行學說及實務上多數之見解（參見院字第 2811 號解釋；惟學說上仍有少數反對說主張股票之除權判決對於判決前因善意取得股票之人所有之實質上權利不生影響者。）；準此通說之見解，則該 A 公司之股票已因除權判決而失效，惟原股東之權利人甲（即公示催告聲請人）是否即回復與占有證券時相同之法律上地位，而可依民事訴訟法第 565 條：「有除權判決後，聲請人對於依證券負義務之人，得主張證券上權利。」之規定對 A 公司行使權利，則依實務上見解（院字第 2811 號解釋）仍應區分情形而論，即：
- 1.原證券（股票）發行公司未補發新證券（股票）者：
此時原股票因除權判決而失效，善意持有人丙喪失該股票權利，由原權利人甲依民事訴訟法 565 條主張權利。
 - 2.原證券（股票）發行公司已補發新證券（股票）者：
依院字 2811 號解釋及大法官釋字 186 號意旨而綜合觀之，除非 A 公司已知該除權判決之存在，或換發新股票時明知該股票已遺失或遭竊，否則原股東之權利則因公司已換發新股票並由善意受領人丙領受占有而失其效力，無法回復；準此而言，本例事實中，善意第三人丙雖未於公示催告期間內為權利之申報，惟原股票既經 A 公司換發新股，則有關之股東權及股票上其它之權利義務即歸屬於新股票之名義人，原有股票上所表彰權利人之權利則歸於消滅，不得回復，此種情形不僅於無記名股票有其適用（院字 2811 號之解釋事實），於有名股票之遺失，本於維護證券交易安全之同一法理，亦應有此項原則之適用，故原股票之權利人甲此時即無法因除權判決而回復其股票上原有之權利。
- (三)A 股份公司應負擔何種責任：
有關記名式股票之轉讓，須由原股票持有人依背書轉讓之方式為之，公司法第 164 條訂有明文，股票持有人並得請求公司更換股東名簿上之記載（最高法院 60 年台上字 817 號判例參照），而依大法官釋字 186 號解釋文中之見解，因此種善意第三人已換發並受領新股票之情形而受有損害之原權利人，得依法請求不當得利之返還及損害賠償請求；故本例事實中，若 A 股份有限公司於換發新股時有疏於注意或其它過失事由者，原權利人甲自得依法向 A 公司請求因股票權益喪失之損害賠償，A 公司不得藉此而免其責任。

- 四、甲基於買賣契約，起訴請求乙協同辦理不動產所有權移轉登記。第一審為甲勝訴之判決。乙提起上訴，主張該不動產為丙聲請法院予以查封，已無法為給付，甲因而改依債務不履行（給付不能），請求乙賠償損害，並追加丙為被告，請求撤上開查封之強制執程序。乙以該不動產，在甲起訴前即已被查封，而不同意甲為訴之變更，丙對甲所為訴之追加，亦不表同意。試附理由，解答左列問題：
- (一)甲於第二審所為訴之變更或追加，程上應否准許？（十三分）
 - (二)第二審法院就本件訴訟，實體上應為如何之裁判？（十二分）

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 八十九年二月新修正之二百五十五條及四百四十六條為命題核心，熟悉訴之追加、變更之法律要件、效果以及實務見解，即可得取高分。 |
| 參考資料 | 楊建華之民事訴訟法要論，高點民事訴訟法講義第二回第七十二頁至八十七頁。 |

【擬答】

- (一)按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：一被告同意者。二請求之基礎事實同一者。三擴張或減縮應受判決事項之聲明者。四因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者。五該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者。六訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據，並求對於被告確定其法律關係之判決者。七不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者。被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。民事訴訟法第二百五十五條定有明文。又按訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。提起反訴，非經他造同意，不得為之。但有下列各款情形之一者，不在此限：一於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，並請求確定其關係者。二就同一訴訟標的有提起反訴之利益者。三就主張抵銷之請求尚有餘額部分，

有提起反訴之利益者。四他造於提起反訴無異議，而為本案之言詞辯論者。民事訴訟法第四百四十六條亦定有明文。本件甲基於買賣契約請求乙辦理所有權移轉登記，第一審甲勝訴，乙提起上訴中，主張丙聲請法院查封登記，已無法給付，甲欲變更訴訟標的為債務不履行之損害賠償，此乃因情事變更以他項聲明代最初之聲明，為顧及原告之權益及訴訟經濟之原則，實務不問起訴前或起訴後發生變更（四三台抗字第二三號判例）均寬認之，故依民事訴訟法第二百五十五條、第四百四十六條之規定，毋庸乙之同意，甲可以變更訴訟為請求乙損害賠償。至於甲另追加丙為被告請求撤銷上開查封之強制執执行程序，其訴訟標的為撤銷強制執执行程序之形成權，然丙不同意甲之追加，而該訴訟與前訴訟基礎事實不相同，乙、丙亦非應合一確定之人，甲丙訴訟亦非甲乙訴訟之先決問題，是不符合民事訴訟法第四百四十六條第一項之規定，是甲不得追加丙為第二審被告，第二審應以裁定駁回甲追加丙為被告之請求。

- (二) 甲告乙之部分，因訴之變更合法，不問是否符合訴之撤回之要件，舊訴均發生訴之撤回之效力，法院應就新訴審理，本件第一審所為甲請求所有權移轉登記勝訴之判決，於原告變更為債務不履行之損害賠償之訴為合法後，則第一審原訴之訴訟繫屬因訴之變更而消滅，第二審就合法之新訴加以裁判，不得就第一審之判決更為裁判（參見最高法院六十六年台上字第三三二號判例），亦無須就舊訴之上訴為裁判（參見最高法院七十一台上字第三七六四號判例）。而法院認為訴之變更合法之裁判生效時，訴之撤回效力即確定發生。