

《民事訴訟法》

一、A 棟大樓於民國八十八年九二一地震中震毀。(25 分)

- (一) 如 A 棟大樓之全體所有人甲₁ - 甲₂₅ 共二十五人，依消費者保護法第五十條規定，將其對房屋出賣人乙及建築師丙之損害賠償請求權讓與丁文教基金會，丁乃以乙及丙為被告，起訴請求乙、丙連帶賠償損害。其後，甲₁ 又基於其房屋震毀之原因事實，以乙及丙為被告，起訴請求乙、丙連帶賠償損害。試問：甲₁ 是否為適格當事人？法院應為如何之判決？
- (二) 如 A 棟大樓之全體所有人甲₁ - 甲₂₅ 共二十五人共同起訴，以乙及丙為共同被告，請求乙及丙連帶賠償原告所受損害。訴訟繫屬後，全體共同原告選定甲₁ 為當事人。隨後，原告甲₂ 於訴訟繫屬中死亡，其繼承人戊向法院聲明承受訴訟。試問：甲₂ 之死亡是否影響甲₁ 被選定人之資格？戊得否承受訴訟？

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 訴訟擔當之意義及其效果，並就各種型態之訴訟擔當中，有關消保訴訟及選定當事人之當事人適格相關概念探討。 |
| 答題關鍵 | 消保團體訴訟性質與訴訟擔當之法理及選定當事人制度。 |
| 擬答鑑示 | 參考：1.陳計男，民事訴訟法論(上)，頁 96 以下。 參考：2.民訴研討會民事訴訟法之研討(五)，消保團體為消費者提起損害賠償訴訟在訴訟實務上運作之研究。 |

【擬答】

(一) 本題甲是否為適格當事人，法院應如何判決，涉及消保團體訴訟性質之爭議，分述如下：

- 消保團體訴訟性質：消保法第五十條第一項規定：「消費者保護團體對於同一之原因事件，致使眾多消費者受害時，得受讓二十人以上消費者損害賠償請求權之後，以自己之名義，提起訴訟。」此訴訟性質為何，學說上不無爭議，約有以下見解：
 - 訴訟擔當說 消保團體訴訟為法定訴訟擔當，消費者將訴訟實施權授與消保團體，以消保者為實質當事人，而消保團體為形式當事人，讓消保團體以自己名義為消費者進行訴訟。
 - 訴訟信託說 消費者目的在使消保團體為其進行訴訟，卻將超過目的範圍之權利 即實體法上權利 授與消費者保護團體，故消保團體性質屬信託行為。
- 小結：依消保法第五十條第一項規定，消保團體訴訟係消費者將其實體法上損害賠償請求權讓與消費者，消保團體提起訴訟，係以自己名義起訴，並無訴訟擔當形式上當事人無實質上當事人分離之情形，故消保團體訴訟應屬訴訟信託。
- 本案甲是否為適格當事人之判斷：當事人適格之判斷原則上採形式認定主義，即依當事人主張之事實判斷是否當事人適格。本案依原告甲起訴主張之原因事實判斷原告為實體法上權利主體，而給付之訴只要主張權利之人對被主張負有義務之人起訴，當事人即屬適格，故本案甲之訴訟當事人並無疑義。
- 法院應為如何之判決：本案甲雖當事人適格，然因甲以讓與其實體法上請求權與消費者保護團體，故甲並無實體法上權利，法院審理結果應任訴無理由，而以判決駁回原告之請求。惟依消費者保護法第五十條第一項後段規定，消費者得在言詞辯論終結前讓與損害賠償請求權，並通知法院。故法院應探求當事人甲是否中止損害賠償請求權之讓與，如有此情事，則甲仍有實體法上請求權，其起訴仍有理由。

(二) 本案甲₂ 之死亡是否影響甲₁ 被選定人之資格，甲₂ 之繼承人戊得否承受訴訟，涉及選定當事人選定人選定後，與訴訟之關係，分述如下：

- 選定人在選定當事人後就本案訴訟之地位：民事訴訟法第四十一條第二項規定，訴訟繫屬後，經選定前項之訴訟當事人者，其他當事人脫離訴訟。由此規定可知，選定人選定當事人後，脫離訴訟成為實質當事人，而為民事訴訟法第四十一條第二項之「該他人」，亦為既判力所及。
- 選定人脫離訴訟後死亡對訴訟之影響：民事訴訟法第一六八條雖規定，當事人死亡後，訴訟程序在有繼承人 承受訴訟前當然停止。然本條乃針對形式當事人死亡對訴訟程序所造成影響之規定，甲₂ 為實質當事人，並無本條規定之適用，故其死亡對訴訟程序之進行並無影響，戊亦不得承受訴訟。

二、試就我國民事訴訟法論仲裁鑑定契約之效力。(25 分)

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 仲裁鑑定契約之意義及相關概念之衍生，尤其係關於仲裁鑑定契約拘束力之問題。 |
| 答題關鍵 | 1. 仲裁鑑定契約之基本意義。 2. 我國民事訴訟法第 270-1 及 376-1 解釋論之探討。 |
| 擬答鑑示 | 參考：1. 民事訴訟法研討會七十七次。 參考：2. 沈冠伶，「確定型仲裁契約於訴訟程序上之效力」；台灣本土法學 22 期。 參考：3. 陳計男，「民事訴訟法論(上)」；第 445、446 頁。 |



【擬答】

(一)仲裁鑑定契約之意義：

當事人約定由法院以外之第三人就法律關係存否之事實或構成要件要素作成判斷，並願受該判斷結果所拘束之合意，即謂之為「仲裁鑑定契約」。

(二)性質：

同時兼具實體法契約及訴訟契約雙重性質；蓋其一方面係以實體法上之法律關係及事實為契約之標的，另一方面亦係當事人以訴訟上程序主體權之地位所為之一種特殊型態證據契約。

(三)效力

仲裁鑑定契約之概念乃係基於辯論主義下，當事人以仲裁鑑定所認定之事實提出於法院，並排除該事實之爭執，使法院受拘束於當事人所提事證之一種方式，此與一般鑑定報告文書作為證據方法有所不同；且其亦與「仲裁契約」不同，蓋仲裁契約係就訴訟程序約定有不起訴合意之型態(案件一但交仲裁，即應以仲裁判斷之結果為最終結論，當事人不得更行起訴)，屬於處份權主義之範疇；故仲裁鑑定契約既與仲裁契約不同，自不宜類推適用關於仲裁契約效力之規定；有關於仲裁鑑定契約之效力，既屬證據契約之一種特殊型態，自應回歸我國民事訴訟法第 270-1 及 376-1 有關證據契約之相關規定加以探討，即：

1.在訴訟程序上：

當事人於訴訟程序上可就爭點或其他有利於訴訟終結之事項為簡化之協議，仲裁鑑定契約係系爭法律關係中事實或構成要件要素約定由第三人認定，並以該認定結果作為程序上提出之其目的係為簡化訴訟，低廉且有效率地解決紛爭，當事人若於訴訟程序進行中為仲裁鑑定之約定，此應屬第二七 之一條就「爭點或其他有利於訴訟終結之事項」所為之簡化協議。

2.在保全程序中：

如在保全程序中為仲裁鑑定之約定，則屬第三六七之一條「就事實、證據或其他事項成立協議」

3.在其它程序中：

在保全程序及訴訟程序外所為之仲裁鑑定協議，在性質上亦屬證據契約，而與在程序上所為之協議，並無不同，得類推適用上開條文。因此，除經兩造同意變更仲裁鑑定契約，不受已作成之仲裁鑑定中認定之事實或要素所拘束，或仲裁鑑定有「顯失公平」者外，法院及當事人皆須受仲裁鑑定所拘束。

至於在何種情形下係「顯失公平」？原則上不宜以仲裁鑑定中所確認者是否與客觀事實相符而有其正確性為標準，蓋此無異使法院再重行為實質上審理，而與仲裁鑑定制度之目的有違。再者，縱然是法院判決中所認定之事實，亦可能與客觀真實有所出入，此亦不至於使判決無效，故是否顯失公平，不應以仲裁鑑定本身是否具有正確性為判斷標準，而須視仲裁鑑定契約本身是否有效存在、或仲裁鑑定之作成有無逾越仲裁鑑定人所受委任鑑定之範圍，以及仲裁鑑定程序是否具備一定之程序基本要求為斷。

三、甲列乙為被告，向該管法院起訴，聲明求為判決命乙支付九萬元予甲，陳稱：「乙於九十年五月一日同意為甲裝修住屋，約定甲應付工程款四十萬元，但乙如未於同年九月底以前完成該工程，應支付違約金十四萬元予甲。不料，乙逾該期限未完成工程，且於調解程序拒不支付該違約金，為此起訴請求適用小額訴訟程序為審判。」等語(下稱「前訴訟」)。試敘明判斷標準及法理根據，解答下列問題：

(一)前訴訟是否欠缺起訴之合法要件？其受訴法院應如何處理？(12 分)

(二)設前訴訟經受訴法院適用小額訴訟程序判決甲勝訴確定後，甲又向該管法院提起後訴訟，聲明求為判決命乙支付違約金五萬元。問：如何判斷後訴訟有無牴觸前訴訟之判決？是否欠缺起訴之合法要件？(13 分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 考究考生對於民事訴訟法第四百三十六條之十六之了解度 |
| 答題關鍵 | 邱聯恭老師的考題，同學應就法理與事實分析兼顧，尤重事實分析部分，勿就法理分係做太多之論述。 |
| 擬答鑑示 | 參考：高點林台大，邱聯恭教授學說補充 |

【擬答】

(一)憲法第二條宣示國民主權原理，第十六條則宣示保障人民的訴訟權。為貫徹憲法之價值，民事爭訟程序中應依照公正程序請求權、適時審判請求權架構適時、適式之爭訟程序，亦即立法者於制定法律及司法者於適用程序時，應依各種紛爭類型之特性，依照民事事件類型審理必要論設計、運用各種不同之爭訟程序，以交錯適用訴訟及非訟法理，使當事人得平衡追求程序利益及實體利益，實質上的保障當事人之訴訟主體地位。

民事訴訟之小額程序中，大量採用非訟法理，係著眼於小額程序之訴訟標的實體利益特小，基於費用相當性原則，不應過渡強調追求客觀真實之需求，以免耗費過多之勞力時間費用，使當事人之實體利益過度消耗於程序上不利益之上。然民事訴訟法四三六之十六亦規定，不得為適用小額程序而為一部請求，以免原告運用一部請求之方式，將大額之訴訟標的分割以小額程序起訴，以致侵害被告之追求慎重正確裁判之要求，以及不當增加法院審理之負擔，違背訴訟集團性之需求。本題中，依甲之陳稱，尚看不出其訴訟標的為何。因此，法官於開始審理時應先闡明使甲特定其訴訟標的。又小額程序中，原告得僅表明請求之原因事實，而毋庸特定實體法上之請求權為訴訟標的。因此，本題中法官應先闡明甲，問其是否欲特定實體法上請求權為訴訟標的。若甲特定其違約金請求權為訴訟標的，亦即以舊訴訟標的理論特定，則本題中法院應闡明原告依其事實原因，其主張之訴訟標的金額超過十萬元(其主張之違約金約定係十四萬元)，若其僅就九萬元起訴，則剩餘之部份在後訴中將不得提起。若原告亦陳明法院就餘額不另起訴，則本訴自符合同條之規定而無問題；反之，若原告仍欲起訴，則因為 436 條之 16 之規定不但保護對造應訴之利益，亦保護公益，故不得因為對造之合意補正其合法



性，此時法院即應闡明原告，其若堅持此種起訴方法而無正當理由，將導致後訴不合法；反之若其有正當理由，法院應促其說明後闡明是否得排除 436 條之 16 之規定。

應注意者，一部訴求否定論並不使先訴不合法，而係後訴效力之問題。是縱原告無正當理由為適用小額程序提起一部請求，先訴仍然合法，僅後訴不得提起。

又若甲欲以新訴訟標的之訴訟標的特定，亦即依其原因事實特定訴訟標的，則法院應闡明原告依其主張之原因事實之請求地位可能超過十萬元，要求其說明是否為適用小額程序而為一部請求，並說明餘額不得起訴之效力，原告甲為陳明後法院應依上述舊訴訟標的之理論之程序處理。

- (二)前訴訟依小額程序判決甲勝訴後，甲又向該管法院提起訴訟，此時必須依前訴法院是否曾踐行上述之闡明程序為斷。蓋依訴訟標的階段功能論，於後訴訟之判斷前訴之訴訟標的係為一評價規範，應以前訴防止突襲性裁判之程度為度。若法院已踐行上述之闡明程序，而原告並無正當理由提起前訴，此時應適用一部請求否定論之法理，認為前訴確定判決之訴訟標的客觀範圍已包含後訴之訴訟標的，是後訴係違反既判力一事不再理，法院應依民事訴訟法 249 條第一項第七款之規定已裁定駁回。若甲在前訴中已經陳明有正當理由而為法院所接受，則此時甲起訴自為合法，並無欠缺訴訟要件之問題。反之，若法院於前訴訟中未踐行上述之闡明程序，則此時因公正程序請求權，法院不得強求當事人有期待不可能之法律知識。法院即應審酌當事人之法律知識及社會地位。若甲為律師或司法官等法律專業人士，則法院得認為其未於前訴訟中陳明餘額不另行起訴係可歸責，而依 249 條第七款駁回後訴。反之，若當事人並無法律知識，則前訴中法院未為闡明係屬於法院自己之錯誤不得要求當事人承擔其不利益，是若駁回甲之後訴係屬於突襲性裁判，是法院不得認為前訴之既判力客觀範圍包含後訴之訴訟標的，因而後訴為合法。

四、民事訴訟法第五百二十九條第一項規定：「本案尚未繫屬者，命假扣押之法院應依債務人聲請，命債權人於一定期間內起訴。」同條第二項規定：「債權人不於前項期間內起訴者，債務得聲請命假扣押之法院撤銷假扣押裁定。」試問：

(一)上開條文所謂：「起訴」，是否包括債權人依督促程序聲請發支付命令、債權人依民法第八百七十三條第一項規定聲請拍賣抵押物、債權人依民事訴訟法第三百九十五條第二項規定所為之聲明等情形在內？

(15 分)

(二)債權人未於命假扣押之法院裁定所定期間內起訴，但已於該法院為撤銷假扣押之裁定前起訴者，該法院得否再為撤銷假扣押之裁定？(10 分)

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 考究考生對於民事訴訟法 529 條例法意旨之了解與實務見解之熟悉度 |
| 答題關鍵 | 本題與實務見解息息相關，考生應四平八穩的應答，切忌東寫一塊、西寫一塊，應先就條文立法意旨分析，再對相關實務見解闡述，即可獲得高分，毋庸肯定說否定說雜陳，反顯得重點不明而雜亂。 |
| 擬答鑑示 | 參考：高點律師司法官專用講義第二回第 542 頁至第 545 頁 |

【擬答】

- (一)1.所謂假扣押，係指債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全將來之執行，法院依其聲請，裁定扣押債務人之財產而禁止其處分之謂也。但假扣押如久而不決，則權利狀態不能確定，債務人對其被扣押之財產亦無法處分，殊害債務人之利益，並有礙社會經濟之發展，故債務人得聲請法院，命債權人於一定期間內起訴。基於此立法理由，民事訴訟法第五百二十九條第一項規定：「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。」第二項並規定「債權人不於前項期間內起訴者，債務人得聲請命假扣押之法院撤銷假扣押裁定。」此即為撤銷假扣押原因之一。
- 2.本題所問者，係上開條文中之「起訴」之意義為何。依照前述之立法意旨，之所以得命債權人於一定期間內給付，其目的係為求權利狀態之確定，並使債權人早日取得有執行力之執行名義以早日解決紛爭。因此，實務上咸認為，「此之所謂起訴，係指依訴訟程序提起訴訟，得以確定其私權之存在，而取得給付之確定判決者而言」(七十八年台抗字第 82 號、六十五年台抗字第 44 號)。由此可知，其「起訴」之程序應有兩要件：1.係須依訴訟程序所提得產生既判力之程序；2.須得產生執行力，因此不包含確認判決在內。試依此原則判斷如下：
- (1)債權人依民法八七三條第一項聲請拍賣抵押物：按聲請拍賣抵押物，係依強制執行法聲請強制執行，其並非依照起訴程序起訴，且無既判力，亦不生確定私權之效果，實務上即有認為此處之「起訴」並不包含依非訟程序聲請本票裁定之見解(六十五年第 1 次民庭總會決議一)，基於同一理由，應認為此處之起訴不包含聲請拍賣抵押物。
- (2)債權人依民事訴訟法第三百九十五條第二項所為之聲明：此種特殊訴訟法上請求權之聲明，通說認為係特殊之起訴程序，旨在確定其私權之存在，取得給付之確定判決，與同法五百二十條第一項規定起訴之實質意義相同，應予肯認(七十八年台抗字第 82 號、七十八年第六次民庭決議)因此實務上雖有不同意見，認為此並非起訴程序，但其實質上既為第二審之特殊起訴程序，則應符合五二九條起訴之意義。
- (3)債權人依督促程序聲請發支付命令：聲請發支付命令係為督促程序，並非起訴程序，是否定說認為其並非五二九條所謂之「起訴行為」。然依民事訴訟法五二一條之規定，支付命令未於法定期間內提出異議者，即有與確定判決同一之效力，換言之即有既判力與執行力；縱債務人提出異議，依民事訴訟法五一九條第一項之規定，以支付命令之聲請視為起訴或聲請調解，是其亦有轉換為起訴程序之效力，故符合五百二十九條第一項「起訴」之要件。
- (二)民事訴訟法第五百二十九條規定之期間，係屬於裁定期間，非不變期間，故債權人雖未於期間內起訴，其若於法院為撤銷假扣押之裁定前起訴者，法院即不得為撤銷假扣押之裁定。(六十五年台抗字第 392 號)
- 本題中，法院於撤銷假扣押之裁定前債權人已起訴，則法院自不得再為假扣押撤銷之裁定。

