

《民事訴訟法》

一、桃園市居民甲₁至甲₂₁，搭乘遊覽車，在高速公路，因連環車禍受傷。甲₁至甲₈共同選定甲₁為被選定人，甲₉至甲₂₁共同選定甲₉為被選定人，由甲₁與甲₉共同選任A律師（居住台北市）與B律師（居住桃園市）為訴訟代理人，向桃園地方法院，對肇禍司機乙與所屬公司丙，訴請連帶賠償損害。

試說明理由，析論下列問題：

(一)如果B律師與乙、丙成立訴訟上和解，其和解是否合法生效？（13分）

(二)如果A律師主張該和解有無效原因，自台北市郵寄聲請狀到桃園地方法院，請求繼續審判，於計算請求期間時，應否扣除在途期間？（12分）

答題關鍵	本題為較偏重實務之問題，著重於訴訟代理人之權限範圍及在途期間之適用，宜引述法條、配合實務見解詳加解析，並就新法中有關分組選定之明文加以點明。
高分閱讀	1.高點專用講義：民訴第一回，P.223-225；P.237（二）特別權限。 2.陳律師，高點實力演習系列《民事訴訟法》，P.2-35；P.2-38。 3.沈台大《民事訴訟法補充講義》第一章P.36~37；第二章P.19~21；第三章P.11。

【擬答】

本題中甲₁至甲₈共同選定甲₁為被選定人、甲₉至甲₂₁共同選任甲₉為被選定人，此種分組選定方式為九十二年修正民事訴訟法第四十一條第一項所明認，以擴大選定當事人制度之靈活運用，貫徹選定當事人制度簡化訴訟、促進訴訟經濟之立法目的，是本題當事人分組選定自係法之所許，合先敘明。

(一)如B律師未受特別委任時，則該訴訟上和解不生效力：

- 1.按甲₁與甲₉共同選任A律師與B律師為訴訟代理人，向桃園地方法院對乙、丙訴請連帶賠償損害，依民事訴訟法第七十一條第一項規定：「訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人。」故A律師與B律師於其權限內，均得各自單獨為有效之訴訟代理，即各自就受委任之事件，有為一切訴訟行為之權。
- 2.惟依同法第七十條第一項但書規定，訴訟代理人就捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或再審之訴及選任代理人，須受有特別委任，否則不得為之。是B律師如未受特別委任，則該訴訟上和解自不生效力，反之，B律師如受有特別委任，且選定人全體未限制甲₁、甲₈之權限時，則該訴訟上和解合法生效。

(二)計算本題請求繼續審判之時間，毋庸扣除其在途期間：

- 1.按當事人如不在法院所在地住居者，計算法定期間應扣除其在途之期間，但有訴訟代理人住居法院所在地，得為期間內應為之訴訟行為者，不在此限，此為民事訴訟法第一百六十二條第一項所明定。又本項所稱之「法定期間」，不論係通常法定期間抑或不變期間均屬之。
- 2.復按訴訟上和解如有無效原因，當事人得依同法第三百八十條第三項準用第五百條第一項之規定，於三十日之不變期間內請求繼續審判，故此期間亦屬第一百六十二條第一項之法定期間。然題示情形原告均為桃園市居民，其起訴法院亦為桃園地方法院，雖請求繼續審判之A律師居住台北市，亦尚無扣除在途期間之適用。

二、下列事實，應由何人負舉證責任：

(一)甲主張其承攬施作乙之柏油路面鋪設工程，因連續豪雨而遲延十日完工，致乙主張按工程契約計罰違約金而扣留工程款五十萬元，起訴請求確認乙對甲之五十萬元違約金損害債權不存在。就甲遲延完工是否可歸責或不可歸責於甲之事實。

(二)甲以簽發A本票予乙係清償賭債為由，提起確認本票債權不存在之訴，乙則否認為賭債，同時主張甲簽發本票係為返還積欠乙之消費借貸之款項。此時，究由甲就賭債之事實負舉證責任，抑由乙就已交付借款之事實負舉證責任？（25分）

答題關鍵	舉證責任之分配向來為考古題之重點，應掌握通說所採之「法律要件事實分類說」加以論述，當可獲致高分。
參考資料	沈台大《民事訴訟法補充講義》第五章P.7~9。
高分閱讀	1.高點專用講義：民訴第二回，P.178 舉證責任之分配；P.183 問題，相似度 50 %！ 2.《高點法研所試題解析》（政大），P.2-32：三（一），相似度 100 %！ 3.《高點律師&司特錦囊》，P.4-11-P.4-16。

【擬答】

按民事訴訟法第二百七十七條規定：「當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定或依其情形顯失公平者，不在此限。」然究應如何判定舉證責任之分配，學說上有待證事實分類說、法律要件分類說及危險範圍分配說，而通說及實務見解均以「法律要件事實分類說」為原則。即將法律上之要件事實區分為權利發生事實、權利障礙事實、權利排除事實及權利消滅事實，並由主張權利存在之當事人就權利發生事實負舉證責任，主張權利不存在之當事人就權利障礙事實、權利排除事實及權利消滅事實負舉證責任，茲先敘明。

(一)就遲延完工可否歸責於甲之事實，應由乙負舉證責任：

本題甲係訴請確認乙對甲之五十萬元違約金損害債權不存在，此為一消極確認之訴。而甲遲延完工可否歸責於甲之事實，乃乙對甲違約金請求權之發生要件事實，就此事實依「法律要件事實分類說」，應由主張權利存在之當事人負舉證責任，而題示情形為消極確認之訴，其主張權利存在之人係為被告，故應由乙就可否歸責甲之事實負舉證責任。

(二)本題應由甲就賭債之事實負舉證責任：

- 1.查甲係對乙提起確認本票債權不存在之訴，主張其簽發 A 本票係為清償賭債，惟乙否認為賭債並主張係為返還借款所簽發，此乃票據債權與原因債權競合之消極確認訴訟。
- 2.依法律要件事實分類說，究竟該本票是否為清償賭債而簽發，於票據上屬人的抗辯事由，實係權利排除事實，應由主張權利不存在之人，亦即消極確認之訴之原告負舉證責任，故本題應由甲就賭債之事實負舉證責任。
- 3.於票據債權與原因債權競合而主張票據請求時，應認票據債權人毋庸就原因關係之存在負舉證責任，反應由票據債務人負原因關係不存在之主張及舉證責任。蓋以票據行為為無因行為，原因關係之不存在本身對於票據行為之效力並無影響，僅在當事人間得以人的抗辯拒絕票據上權利之行使而已，故應由直接前手之票據債務人即甲就原因關係之不存在負主張及舉證責任。

三、X 主張 Y 以 Z 為保證人，向其借貸新台幣三百萬元，現已屆清償期而未清償。試問：

(一)如 X 以 Y 為被告，請求返還該三百萬元借貸，X 受勝訴判決確定，該確定判決之效力，是否及於 Z？反之，如 X 受敗訴判決確定，該確定判決之效力，是否及於 Z？

(二)在該 X 對 Y 所提起之訴訟，Z 是否為訴訟參加？如 Y 受敗訴判決確定，Z 得否以該確定判決有再審事由，提起再審訴訟？（25 分）

答題關鍵	1.既判力之主觀範圍（§ 401）與反射效之理論。 2.訴訟參加之意義、類型及參加人之極限（新修正局民訴訟法 § 58）。
參考資料	1.駱永家，《既判力之研究》。 2.王甲乙等，「判決之效力」，《民事訴訟法研討會第(二)冊》，第 135 頁以下。
高分閱讀	1.陳碧盈《高點錦囊系列—民事訴訟法》，P.5-25。 2.《高點民訴專用講義》第一回，P.197；P.200：(4)再審，相似度 100%！ 3.《高點民訴專用講義》第一回，P.206。

【擬答】

(一)如 X 以 Y 為被告，判決效力是否及於未於訴狀上列名形式當事人之 Z，端視 Z 是否為民事訴訟法 § 401，既判力主觀效力所及之人；除既判力之探討外亦涉及學理上「反射效」之概念，含先敘明。

(1)X 受敗訴判決時：

1. Z 不本案判決既判力所及：

民事訴訟法 § 401 規定：「確定判決，除當事人外，對於訴訟後為當事人占有請求之標的物者，亦有效力（第一項）；為他人為原告、被告之判決，對於該他人亦有效力（第二項）」；題示情形，Z 既非形式當事人，亦無占有請求標的物，更非為他人而為原被告，自不受既判力主觀之效力所及。

2. Z 可受判決之反射效所及：

所謂反射效，乃不受判決既判力直接所及之人，因他人訴訟之結果，實體法上將產生一定之利害關係，題示情形中，主債務人乙與甲之間訴訟勝敗之結果，將影響到主債權債務關係是否存在，而債權債務關係是否存在，實體法上將導出保證契約是否符合「從屬性原則」而合法生效，故保證人 Z 屬判決反射效力所及之人，X 敗訴之原因，若係因 XY 間之主債權債務不存在者，則 Z 在實體法上將因此受有利益，為免裁判矛盾及兼顧訴訟外第三人利益起見，應認他人之訴訟結果對第三人實體法上之法律地位有利時，該第三人受他人本案訴訟之效力所及。

(2)X 受勝訴判決時：

1. Z 不受判決之既判力所及：

理由同前(1)之說明。

2. Z 是否受 XY 間判決反射效所及：

有疑義者，乃當 X 本案勝訴時，第三人 Z 是否亦受 XY 間判決效力所及？按依我國學者見解，判決反射效須具備下述要件始能發生，即：

A. 須該第三人不受既判力直接所及。

B. 須他人訴訟法之結果對第三人實體法上法律地位有所影響。

C. 須他人間判決之結果對第三人有利。

上述三項要件，學說上有爭議者在於第 C. 要件，多數見解傾向認為為保障第三人之利益起見，不應過度擴張反射效之範圍，否則將使未實際參與本案訴訟之第三人蒙受不利之損害，因此僅在本案判決結果對該第三人有利時，始生反射之效力；準此而言，X 若勝訴，則代表 XY 間主債權債務關係確實存在，如此則保證人 Z 實體法將形成不利益之結果（無法提出保證關係從屬性之抗辯），故應解為此時 Z 不受 XY 間判決之任何效力所及。

(二)(1)Z 得為一般之從參加：

按訴訟參加之形態，在我國法上有「一般從參加」、「共同訴訟輔助參加」及「共同訴訟參加」三種，所謂「一般從參加」，乃指該參加人訴訟法上非當事人本案訴訟既判力直接所及之人，對於本案亦無形式當事人「當事人通路」之地位，此種型態一般而言多存在於「普通共同訴訟人」相互間不同起訴或被訴，而僅以參加人身份參加本案訴訟時最為常

見；據此，依我國學界多數說見解，主債務人 Y 若與保證人 Z 列名為共同被告時，屬「普通共同訴訟」，今 X 僅以 Y 為被告，對 Z 而言，亦非 X、Y 判決既判力直接所及之人，故衡諸前開說明，Z 僅屬民事訴訟法 § 58 所稱「就他人間訴訟之結果，法律上有利害關係」之人，其得參加訴訟，且為一般之從參加。

(2) Z 可提起再審

參加人對於其所輔助之當事人，其權限範圍如何，可否代之提起再審？早期學說實務上見解紛歧，莫衷一是；惟九十二年修正後之民事訴訟法為社爭議，乃增訂五十八條第三項，明文肯認：「就兩造之確定判決有法律上利害關係之第三人，於前訴訟程序中已為參加者，亦得輔助一造提起再審」；因此，依修正後新法之規定，參加人 Z 自得輔助當事人 Y 提起再審，已無解釋論上之疑義。

四、甲因失火燒及鄰居乙之住宅，乙起訴請求甲賠償新台幣（下同）五百萬元，經第一審判決甲應賠償乙三百五十萬元，駁回原告其餘之訴。甲就第一審判決命賠償之中之三百二十萬元部分提起上訴，乙未上訴。旋經第二審法院判決，「原判決命上訴人給付超過二百萬元部分廢棄，廢棄部分被上訴人在第一審之訴駁回，其餘上訴駁回」（訴訟費用之裁判部分省略）。甲不服提起上訴，經最高法院判決，「原判決關於上訴人不利部分廢棄，發回 高等法院」。在更審中，當事人所為下列聲明是否正當，法院應如何裁判？

(一) 甲聲明：請求廢棄原判決，駁回乙在第一審之訴。（15 分）

(二) 乙聲明：請求駁回甲之上訴，對第一審判決敗訴部分，請甲再給付一百五十萬元。（10 分）

答題關鍵	1. 上訴聲明之概念。 2. 單一訴訟標的下，針對金額可分之部分為一部上訴時之效力。 3. 民訴修正後四六 條第一項之解釋。
參考資料	楊建華《民事訴訟問題研析(二)》，第 379-383 頁。
高分閱讀	1. 《92 高點律師考場寶典》第 5 題第一小題，相似度 40%！ 2. 高點《民訴專用講義》第三回，P.12：問題（3），相似度 50%！ 3. 高點《民事訴訟法》第三回，第 5-8 頁，第 43-46 頁。 4. 陳律師《高點實力演習系列-民事訴訟法》，P.4-7。

【擬答】

(一)(1) 甲第一次上訴之效果（一審上訴二審時）：

- 依題示情形，甲於一審時法院僅判賠 350 萬，故屬原告乙一部勝訴（350 萬）一部敗訴（150 萬）之結果，被告甲就 350 萬元部分有上訴利益，原告乙就 150 萬元部分亦有上訴利益，會先敘明。
- 甲僅就其敗訴之 350 萬元中之 320 萬元部分提起上訴，依上訴不可分原則，該未於上訴聲明中爭執之 30 萬元部分仍併生移審之效力，上訴人甲仍得於二審言詞辯論終結前為擴張上訴聲明，故此 30 萬元仍未先行確定。此外，原告乙於一審中敗訴之 150 萬元部分，雖未獨立上訴，但因上訴不可分之效力移審於二審，可為附帶上訴，故亦未先行確定。

(2) 甲第二次上訴之效果（二審上訴三審時）

- 依題所示，二審判決結果為上訴人甲給付超過 200 萬元部分廢棄，即係認為甲僅須賠償 200 萬元，故此須二審判決結果，乃係上訴一部有理由（320 萬元中之 120 萬），一部無理由（320 萬元中之 200 萬）之裁判。
- 就此二審判決之結果，依修正後民事訴訟法四六 條第一項之規定，經第三審發回二審更審後，不得再為附帶上訴，其立法理由在於避免原判決未向二審聲明不服之部分於發回更審程序中若仍得為附帶上訴者，將使訴訟關係久懸未決，因此，以本案事實而言，當事人甲、乙在二審更審程序中之聲明即難認為完全通法，分述如下：

A. 乙聲明第一審敗訴之 150 萬要求甲再為給付：

乙於第一審程序中敗訴之 150 萬元，雖因上訴不可分原則已移審繫屬於二審法院，惟因未在第一次二審程序中做附帶上訴，故法院未對之加以裁判，未加以裁判，雖不生判決逾上訴期間而一部先行確定之問題，惟如前述修正後四六 條第一項之立法意旨所稱，為避免此部分法律關係久懸未決，故特別明文規範更審程序中不得再以附帶上訴之方式 聲明不服；準此而言，乙就自己一審中敗訴之 150 萬於二審更審程序中再為附帶上訴之主張者，即屬不合法，法院應以駁回。

B. 甲聲明廢棄原判決，駁回乙在第一審之訴：

如前所述，第一審中甲敗訴部分本有 350 萬，惟其僅就其中 320 萬元部分上訴，餘 30 萬元之部分雖一併移審至二審程序，惟可否於二審更審程序中再加以主張廢棄此部分不利於己之判決？

此涉及二審更審程序中是否仍得擴張不服聲明之問題：

按修正後民事訴訟法四六 條第一項雖僅謂更審程序中，不得再為「附帶上訴」，惟衡其立法意旨及均衡上訴人及被上訴人之利益而言，應認「擴張上訴聲明」亦在禁止之列，否則僅禁止被上訴人為附帶上訴卻不禁止上訴人為擴張不服聲明，不僅法理上難以自圓其說亦有悖於當事人地位對等之原則。

因此，就甲於更審程序中所聲明之駁回原告乙全部訴訟之聲明，其中 30 萬元自己第一審敗訴之部分，法院應以不合法為由加以駁回。