

〔90年司法特考〕

- 一、甲遺失支票，聲請法院為公示催告，在申報權利期間內，乙執該支票向付款人提示，經付款人通知甲及公示催告之法院，惟乙在申報權利期間並未申報權利，公示催告期間屆滿後三個月內，甲乃聲請公示催告法院為除權判決，試回答下問題：
- (一) 如於法院行除權判決之言詞辯論期間日，僅甲到場，法院如何為調查及辯論判決？
- (二) 如乙於言詞辯論期日前申報權利，於言詞辯論期日到場，而甲未到場時，法院應如何審理？ (90司)

〔解析〕

(一) 除權判決之言詞辯論，如何調查及辯論判決？

甲及公示催告之法院雖均知悉支票為乙所占有，但乙在申報權利期間內既未踐行申報程序，法院可否為除權判決？

1. 得否為除權判決？

(1) 否定說：法院應不得為除權判決

① 乙雖未對法院提出證券，惟既已為票據提示，付款人亦已對甲及法院為通知，應從寬認為已對公示催告之聲請人主張之權利加以爭執。

② 故公示催告之法院應依民事訴訟法第五四八條之規定，為「裁定停止」或「附保留權利之除權判決」。

(2) 肯定說（實務見解）：法院應准予除權判決

按公示催告程序，僅為形式上之程序，並不審查實體權利之誰屬。其目的在對於不申報權利人宣告法律上之不利益。民事訴訟法第五百四十六條雖規定法院就除權判決之聲請為裁判前，得依職權為必要之調查，惟此項調查無非就除權判決之聲請是否合法及就利害關係人之申報加以調查，以定應否駁回除權判決之聲請或裁定停止公示催告程序或於除權判決保留其權利（同法第五百四十七條及第五百四十八條參照）。題示情形甲及公示催告之法院雖均知悉支票為乙所占有，但乙在申報權利期間內既未踐行申報程序，則法院於無人申報權利之情形，自仍應准予除權判決。（76.5.13（76）廳民一字第二一九三號函復臺高院）

2. 職權調查及裁判

(1) 職權調查

公示催告之除權判決程序，採干涉主義，法院在就除權判決之聲請為裁判前，就應否為除權判決，得依職權為必要之調查（§546）。

(2) 裁判

① 駁回除權判決之聲請

法院就除權判決之聲請，認為欠缺一般訴訟要件不能補正，或定期命其補正而不遵行，或已逾聲請除權判決之期間，或係無聲請權人而為聲請，應

以裁定駁回之。

②為不附保留之除權判決

法院經辯論調查之結果，認除權判決之聲請合法且有理由者，應以判決宣示其不申報權利所生不利之結果，此即所謂除權判決。

③裁定停止公示催告程序

申報權利人對於公示催告聲請人所主張之權利有爭執，因法院不得就實體上加以裁判；應酌量情形在所報權利有確定裁判前，裁定停止公示催告程序（§548）。

④保留權利之除權判決（§548）

即於判決主文表示「某權利無效」；「申報權利人某權利保留之」。

(二) 法院不得為一造辯論判決

除權判決應經言詞辯論始得判決(§221 I) 辯論事項限於應否為除權判決。

1.申報權利人不到場：得為一造辯論判決

(1)言詞辯論期日，應並通知已申報權利之人（§545 II）。

(2)未申報權利而知悉所定之期日，自行到場申報權利並為辯論者，亦為法之所許（§544）。

(3)已申報權利之人，經合法通知不到場者，與無人申報權利時同，法院可以依§385 一造辯論判決。

2.聲請人不到場：不得為一造辯論判決

(1)公示催告聲請人不於言詞辯論期日到場者，法院應依其聲請另定新期日。（§549 I）

(2)公示催告聲請人遲誤期日，而聲請另定新期日者，應於二個月內為之，逾期不得聲請另定（§549 II），該次程序即告終結。

(3)聲請人遲誤新期日者，不得聲請更定新期日。（§549 III）該次程序亦告終結。

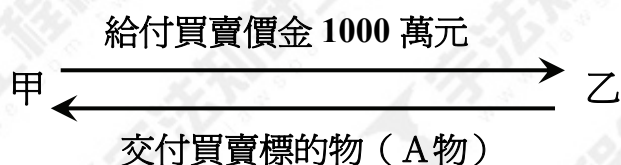
二、甲對乙提起請求給付 A 物之買賣價金一千萬元之訴，於第一審訴訟繫屬中，乙對甲提起請求給付該買賣標的物 A 物之反訴，試問：

(一) 於第一審法院就該本訴與反訴為本案終局判決後，甲欲撤回其訴，是否須得乙之同意？於甲撤回訴前，乙欲撤回其反訴，是否須得甲之同意？於甲撤回訴後，乙欲撤回其反訴，是否須得甲之同意？

(二) 於第一審法院就該本訴與反訴為本案終局判決後，甲、乙分別撤回本訴與反訴，該第一審本案終局判決，是否因而確定？甲、乙各可否復提起同一之訴？

(90 司)

〔解析〕



(一) 甲乙欲撤回本反訴，是否須得對造同意？

1. 甲欲撤回本訴，須得乙之同意！

(1) 被告已為本案言詞辯者，應得被告同意

① 法律之所以設此項限制，因被告已為本案之言詞辯論後，有得受本案判決以確定私權之利益，若許原告任意撤回，即非保護被告之利益，且原告尚有機會再行起訴 (§263 I)，顯失公平。

② 被告如拒絕同意，撤回即為無效；縱嗣後被告表示同意，亦不生任何效力。

(2) 案例事實之解答

已為本案終局判決，則被告已為本案之言詞辯論，故甲之撤回，須得乙之同意。

2. 乙欲撤回反訴，是否須得甲之同意？

(1) 甲撤回本訴前，乙欲撤回反訴，亦須得甲之同意！

反訴亦為獨立之訴，本訴原告甲若未撤回本訴，則亦有藉由反訴之本案判決，徹底解決紛爭之實益，故反訴原告乙欲撤回反訴，應得甲之同意。

(2) 甲撤回本訴後，乙欲撤回反訴，不須得甲之同意！

反訴原告於本訴撤回後，將反訴撤回者，不須得原告之同意 (§264)。因有本訴始有反訴，若本訴因撤回而不存在，則反訴之撤回，自無須原告同意。

(二) 撤回之效力？

1. 已為之一審本案終局判決失其效力，並無確定。

本反訴撤回後，訴訟繫屬溯及消滅，於終局判決後為撤回，該終局判決，亦喪失效力。

2. 甲乙均不得復提起同一之訴

為避免已進行之訴訟程序被告事人恣意浪費，故本法於§263 II 規定，本案經終局判決後將訴撤回者，不得再提起同一之訴，此亦稱為「終局判決後之一事不再理原則」。

三、下列案例，審判長於審理時，有無闡明之義務？若有，則應就何種事項為闡明？

(一) 債權人甲主張債務人乙積欠借款屆期未清償，故以乙及普通保證人丙為被告，起訴請求判決乙、丙連帶返還借款，丙於言詞辯論期日雖到場，但未主張先訴抗辯權。

(二) 甲主張乙將其所有之 A 地出賣與甲後，拒不履行移轉所有權之義務，且又將該地出賣並移轉登記與丙。甲遂以乙為被告，起訴請求判決乙應將 A 地之所有權移轉登記與甲。 (90 司)

〔解析〕

一、法院應為公開心證及表明法律見解之闡明

(一) 意義

訴訟上不當或錯誤之聲明及類此不當之陳述，審判長欲將意義或內容不明瞭、不充足、不適當之聲明或陳述，使其明瞭、充足、適當，以達應勝之訴訟能勝，臻於審判公平之目的，稱為闡明！

(二) 立法理由

1. 補救處分權主義、辯論主義之缺失以達公平正義

補救民事訴訟採取處分權主義、辯論主義之缺點，使法院運用其訴訟指揮權，使應勝者能勝，以達公平正義之目的，於本人訴訟主義制度尤有必要。

2. 擴大訴訟制度解決紛爭之功能

為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，如原告主張之事實，於實體法上得主張數項法律關係而原告不知主張時，審判長理應曉諭原告得於該訴訟程序中併予主張，以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭（§199-1 I）。相同的，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，為達一訴訟解決有關紛爭之目標，並利於被告平衡追求其實體利益與程序利益，審判長亦應適時行使闡明權（§199-1 II）。

(三) 性質

通說認為係審判長之義務或認為雖為權利，但同時亦為義務。

(四) 界限：以當事人有無陳述為判斷標準（93年台上字第18號判決）

民事訴訟法為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，就審判長闡明權之行使，固於89年2月間增訂§199-1之規定，然仍以原告「已」陳述之事實及其聲明，於實體法上得主張數項法律關係而原告不知主張時，審判長始須曉諭原告於該訴訟程序中併予主張，以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭。倘原告於事實審未為該陳述及聲明，縱各該事實與其已主張之訴訟標的法律關係有關，本於當事人處分權主義及辯論主義，審判長仍無闡明之義務。

(五) 方式：

1. 公開心證及表明法律見解之闡明（§199 II）

合法聽審權或聽審權之保障係民事程序法與憲法相連結之基本法理，其對於當事人知悉訴訟資料及攻擊防禦之提出與陳述權利、法院審酌及判決理由附具義務等均有所要求。其對於真實發現及突襲性裁判防止具有重大功能，乃法治國民事司法之重要表徵。在防止突襲性裁判方面，除事實上突襲應被禁止外，對於法律上突襲，亦應避免。雖法律上觀點之選取及適用乃法官之職責，但若法官在審判對象之內，卻為當事人所忽略之法律觀點，其欲以之作為裁判基礎者，甚至將使之成為判決遮斷之範圍者，為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判，應要求法官盡其闡明義務，並令當事人就事實及法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。

2. 訴訟標的或攻防方法主張之闡明（§199 之一）

如原告主張之事實，於實體法上得主張數項法律關係而原告不知主張時（§

199-1 I) 或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，審判長均應闡明之。

二、案例事實解答

(一) 應就保證人丙是否主張先訴抗辯權加以闡明

按當事人主張之事實，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逕行適用法律，而對當事人產生突襲性裁判，法院除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論。實務上向來對未到場主張先訴抗辯權之普通保證人，亦依職權為「附條件之判決」以符合保證債務之補充特性。基此以觀，普通保證人丙於言詞辯論期日到場，但未主張先訴抗辯權，審判長於審理時更應加以闡明使保證人主張先訴抗辯權，以維法律之正確適用。

【法律座談會】

發文字號：(74) 廳民一字第 302 號

法律問題：

消費借貸之債權人訴請主債務人及普通保證人連帶給付借款，普通保證人未到場行使檢索抗辯權，法院應如何判決？

討論意見：

甲說：為連帶給付之判決。一、普通保證人固有檢索抗辯權，惟必待當事人主張，法院不得依職權援用。二、保證債務固屬補充責任，惟其責任範圍與主債務應屬同一，法院得類推不真正連帶之例，為連帶給付之判決。

乙說：准許原告對主債務人部分之請求。駁回原告對保證人部分之訴。連帶債務之成立，除當事人間有明示外，以法律有規定者為限，民法第二百七十二條定有明文，普通保證既無當事人之明示連帶負責，亦無法律規定，故對保證人請求連帶給付部分應無理由。

丙說：為附條件之判決。普通保證人若主張檢索抗辯權，法院本應為附條件之判決（即主債務人應給付原告○○元，若強制執行無效果時，由保證人給付之），而其未主張時，若依乙說法院反而應為其勝訴之判決，即未行使抗辯權時反而有利，即有失其為權利之本質，故應不待保證人之主張，法院依職權援用先訴辯權而為附條件之判決。

結論：一、保證責任係屬補充責任，與不真正連帶債務係指數債務人具有同一目的，本於各別之發生原因，對債權人各負全部給付義務即各債務人之義務並無主從關係者，似尚有間，故甲說仍有瑕疵。

二、若依乙說：則保證人到庭行使檢索抗辯權時，應為附條件之判決，未行使檢索抗辯權時，法院反而應為保證人勝訴之判決，即有失其為權利之本質，且於理亦有不平。

三、依丙說，法院應依職權援用檢索抗辯權，不待當事人之主張，有失抗辯權之本質，亦有未洽。

四、以上三說，均有瑕疵，呈請核示。

司法院第一廳研究意見：

民法第二百七十二條規定，連帶債務之成立，須當事人有明示或法律有規定者為限。普通保證，保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償，即學說上所謂檢索抗辯權，其性質為一種延期之抗辯。題示情形，債權人對主債務人及普通保證人請求連帶給付借款，於法固屬無據。惟普通保證人之給付義務並未消滅，且在債權人訴之聲明範圍內，則普通保證人主張檢索抗辯者，法院固應為附條件之判決，若保證人未到場主張檢索抗辯權時，為符合保證債務之補充特性，法院仍應為附條件之判決，將原告其餘之訴駁回，研討意見，應以丙說為當。

(二) 情事變更，以他項聲明代最初聲明屬於「除去不當之闡明」：應得為之！

1. 昔時見解：64 年台再字 156 號判例（90 年度第 3 次民事庭會議決議不再援用）

在訴訟進行中情事變更，是否以他項聲明以代最初之聲明，應由原告依其自由意見決之，法院就此並無闡明之義務。

2. 現今通說

(1) 當事人之聲明或陳述，就該事件觀之為錯誤或不適當者，為求事件能一次解決，以及訴訟經濟起見，在採行本人訴訟主義之我國，於無律師為訴訟代理人時，審判長應有除去不當之闡明義務。

(2) 使應勝訴之訴訟能勝，不致因不諳法律上之技巧，而受敗訴之判決。

3. 案例事實解答

甲主張乙將其所有之 A 地出賣與甲後，拒不履行移轉所有權之義務，且又將該地出賣並移轉登記與丙。甲以乙為被告，起訴請求判決乙應將 A 地之所有權移轉登記與甲，該起訴之內容顯為「事實上不可能之給付判決」，該聲明顯然錯誤而不當，法院應為闡明使其由「原特定物」之請求變更為「損害賠償」之給付請求。

四、試附理由解答下列問題：

(一) 原告起訴請求被告返還借款新台幣（下同）二百萬元，第一審法院判令被告給付原告一百五十萬元，駁回原告其餘之訴。原告於上訴期間內僅就其敗訴判決中之二十萬元提起第二審上訴，被告則未於上訴期間內就其敗訴部分提起第二審上訴。試問未經原告及被告上訴期間內提起第二審上訴部分（原告部分為三十萬元，被告部分為一百五十萬元），是否均因上訴期間經過而告確定？

(二) 甲就第一審判決，委任律師為訴訟代理人，提起第二審上訴，未依民事訴訟費用法第十八條規定繳第二審裁判費。原第一審法院未定期間命其補正，而於經過相當期間後，以甲之上訴為不合法，裁定予以駁回，甲不服提起抗告，試問其抗告有無理由？ (90 司)

〔解析〕

(一) 原告被告未上訴之部分均未先行確定

一審法院為一部勝訴一部敗訴之判決，敗訴當事人對其不利益自得向法院提起上訴，以阻斷判決確定之效力，唯當事人逾越上訴期間仍未上訴，是否即發生一部先行確定？說明如下

1.原告 30 萬元未上訴部分不生先行確定

原告即上訴人，即使已逾上訴期間，仍得藉由擴張上訴聲明 (§473 I 反面推論)，使未上訴之 30 萬元部分在第二審言詞辯論終結前接受二審法院審理裁判，故不生先行確定。

2.被告 120 萬元未上訴部分亦不生先行確定

被告上訴，然其為被上訴人仍得於上訴期間已滿，或曾捨棄上訴權或撤回上訴後，為附帶上訴 (§460 II 參照)，故未上訴 120 萬元部分，亦不生一部先行確定。

(二) 甲之抗告並無理由

1.為保障人民之司法制度使用權，上訴要件有欠缺，審判長原則應先命補正，不補正始予駁回 (釋 153、§422 II 參照)。

2.惟於下列二情形，得不命補正，逕予駁回：

(1)提起第三審上訴，而未於上訴後二十日內提出理由書 (§471 I)

(2)民事訴訟施行法§9：

「上訴人有律師為訴訟代理人，或依書狀上記載可認其明知上訴要件有欠缺者，法院得不行民事訴訟法第四百四十二條第二項及第四百四十四條第一項但書之程序」。

3.案例事實解答：甲之抗告無理由

甲既已委任律師為訴訟代理人，提起第二審上訴竟未繳納第二審裁判費，上訴顯然不合法，該不合法上訴經過相當期間後，甲及其訴訟代理人亦未有任何補正之行爲，雖法院無裁定命其補正，然律師應為熟知訴訟規定之專業人士，故法院以甲之上訴為不合法逕以裁定駁回，應屬無違，甲之抗告並無理由。