

〔90年律師高考〕

- 一、A棟大樓於民國八十八年九二一地震中震毀。
- (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？ (90律)

〔解析〕

(一) 甲1非適格之當事人，如再行起訴，自應依裁定駁回 (§253, §249 I ⑦)

1. 消費者保護法之團體訴訟：公益財團法人以團體名義為消費者起訴

消費者保護法§50 I 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後，以自己名義，提起訴訟。消費者得於言詞辯論終結前，終止讓與損害賠償請求權，並通知法院。」本案例事實之團體訴訟乃係公益財團法人（文教基金會）以團體名義為消費者起訴。

2. 本團體訴訟核其性質為法律明定之任意訴訟擔當

(1) 訴訟擔當之意義及類型

訴訟擔當乃係擔當人以自己名義而為他人訴訟，效力及於他人之制度。亦即，訴訟法上訴訟實施權及實體法上權利義務歸屬者相分離之制度。依該訴訟實施權之取得係基於法律規定或本人授權，可分為法定訴訟擔當與任意訴訟擔當。任意訴訟擔當之承認與否，學說上素有爭議，然民事訴訟法中之選定當事人 (§41~§44)、團體訴訟 (§44-1) 及集團訴訟 (§44-2)；消費者保護法之團體訴訟 (該法§50)；證券投資人及期貨交易人保護法之團體訴訟 (該法§28) 及個人資料保護法之團體訴訟 (該法§28)，因上述任意訴訟擔當均為法律明文規定其要件，故其存在應屬無疑。

(2) 訴訟擔當之效力

- ① 實質當事人不得於訴訟繫屬中重行起訴 (§253)。
- ② 實質當事人為判決效力所及 (§401 II)
- ③ 實質當事人得為證人及為訴訟參加。

3. 案例事實

甲1—甲25共二十五人既已依消費者保護法§50規定，將其訴訟實施權讓與丁文教基金會，故甲1—甲25已無訴訟實施權，自非適格之當事人。丁文

教基金會業已以乙丙為被告，起訴請求乙、丙連帶賠償損害。甲 1 又自為原告基同一原因事實，對相同之被告乙丙被告，起訴請求乙、丙連帶賠償損害。法院自應以重複起訴違反一事不再理原則裁定駁回（§253，§249 I ⑦）甲 1 之起訴。

（二）選定當事人後，選定人死亡，對訴訟之影響

1. 選定當事人之意義

選定當事人，乃不合於§40 III「非法人團體」之多數共同利益人，將其訴訟實施權授與其中一人或數人，使其取得適格的當事人的資格之「訴訟信託」行為。

2. 效力

（1）選定當事人地位（被選定人）（形式當事人）

① 具有適格之當事人地位

有為選定人全體，以當事人地位，而為訴訟行為之當事人適格。

② 得為一切訴訟行為

③ 選定當事人為多數時，同具訴訟實施權，為固有必要共同訴訟。

（2）選定人地位（實質當事人）

① 訴訟繫屬後選定，選定人當然脫離訴訟（§41 II）。

② 判決效力及於選定人，多數當事人紛爭可一次解決。

③ 選定人基於第三人地位，可為輔助參加（共同訴訟的輔助參加），亦可為證人。

3. 案例事實

甲 1—甲 25 共同起訴，此 25 人原為形式當事人，然透過選定當事人制度選定甲 1 為全體進行訴訟，其餘甲 2—甲 25 等等 24 人當然脫離訴訟（§41 II），故選定後甲 2 已非形式當事人，僅係實質當事人，其死亡不影響為甲 1 為原告之地位，甲 2 繼承人戊亦無須承受訴訟。

二、試就我國民事訴訟法論仲裁鑑定契約之效力？

（90 律）

〔解析〕

（一）意義

所謂仲裁鑑定契約係指當事人約定委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做成判斷，並願受該判斷結果所拘束之契約。例如就產物保險保險事故之原因及損害數額，委由第三人判斷。

（二）法理根據：程序選擇權

在辯論主義及處分權主義適用之範圍內，基於實體法上私法自治之原理及其相關連之程序法上之處分權主義，在不妨礙民事程序之基本目的及不可捨棄之公益，應盡量容許當事人經過衡量其實體利益及程序利益後所為之合意。

（三）性質：證據契約（爭點協議之一種§270 之一；§376 之一）

所謂證據契約係指有關證明之事項，兩造成立與法律規定不同之合意。例如當事人間成立之自認契約（承認某事實而不予爭執之合意）、仲裁鑑定契約、

舉證分配契約（約定兩造發生糾紛時由某一造負舉證責任之合意）。此等訴訟合意均屬證據契約。

（四）效力：

1. 學者通說，部分實務見解均採肯定

綜上所述，依照上述民事訴訟法之規定，當人約定之仲裁鑑定契約除經兩造同意變更，不受已作成仲裁鑑定中所認定之事實或要素所拘束，或仲裁鑑定有顯失公平之情形外，法院及當事人皆須受仲裁鑑定所拘束，排除法院之證據評價。

◎97 台上 256 號判決

當事人約定委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仲裁鑑定契約，其性質具有訴訟契約中證據契約之性質，本於辯論主義之事實處分自由及自主選擇定紛爭解決程序之綜合評量，在辯論主義之範圍內，固得承認其效力。

2. 部分實務見解則採否定

◎97 台上 1120 號判決

民事訴訟法第 222 條第 1 項、第 3 項分別規定，法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。而法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽，然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權，委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背。

◎96 台上 2907 號判決

按民事訴訟法第三百七十六條之一既於保全證據程序，設有兩造得就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議等「證據契約」之具體明文。是凡當事人間以合意就特定訴訟標的及其原因事實確定其證據方法之證據契約，倘其內容於公益無妨害，不侵害自由心證主義，並在當事人原有自由處分之權限及辯論主義之適當領域內者，本於私法自治原則，自應承認其效力。

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。」等與（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？

（二）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

無抵觸前訴訟之判決？是否欠缺起訴之合法要件？

(90 律)

〔解析〕

(一) 法院應依職權調查訴訟要件

1. 其屬§403 I ①之絕對強制調解事件

為疏減訟源，法律特就若干輕微事件，或依訴訟事件之性質，規定某類訴訟於起訴前應經法院調解，該事件即稱為強制調解事件。而強制調解事件尚可依法院是否應職權調查或待當事人妨訴抗辯後方為調查而為區分，前者稱為絕對強制調解事件，而後者則為相對強制調解事件。立法者認為標的金額或價額太小或調查認定事實特別繁瑣困難，進行訴訟程序顯然違反費用相當性原則，故將「因財產權發生爭執，其標的之金額或價額在新臺幣五十萬元以下者。」 (§403 I ①) 列為絕對強制調解事件，當事人起訴前應先進行調解程序。本訴訟所涉之標的金額僅九萬元，雖依小額訴訟程序起訴，然因屬§403 I ①之絕對強制調解事件，法院應依職權調查是否於起訴前已進行調解程序。

2. 依其陳述可能構成一部訴求 (§436 之 16)

(1) 一部訴求之意義

一部訴求又稱一部請求，即原告就其對被告以給付金錢或其他代替物之債權，僅為部分之請求，並就殘餘數額部分，不擬放棄其權利。

(2) 一部訴求之否定

小額程序強烈追求簡速目的，故明文否認一部訴求，其乃因如許當事人就不屬小額事件之請求，任意割裂而為一部訴求，適用小額程序之特別規定，則：

- ①增加法院之案件負擔，有違「訴訟集團現象」！
- ②對被告程序上權益之保障，尤欠妥當。
- ③無異承認原告得恣意利用訴訟制度，有違「紛爭解決一次性」。

(3) 案例事實解答

原告甲主張其對被告乙享有 14 萬元之違約金請求權，惟其請求之數額卻僅為 9 萬元，法院應行使闡明權令原告甲具體表明是否就餘額 5 萬元不另起訴請求者。如原告甲不擬放棄餘額請求，自不得適用小額訴訟程序。

(二) 另行請求違約金 5 萬元之處理

法院應行使闡明權，判斷前訴訟與後訴訟之違約金請求，是否基於相同法律關係及相同之原因事實而為主張，如答案係屬否定，後訴訟繼續審理自無問題。如答案係屬肯定，則應視 9 萬（前訴訟）與 5 萬（後訴訟）於法律上有無明顯之區分：

- 1. 有法律上明顯區分：分割前後二訴訟主張，並無問題。
- 2. 無法律上明顯區分：則應裁定駁回後訴訟

小額程序明文否認一部訴求，已如前述，故當事人違反§436 之 16 本文規定或已依該條但書規定向前訴訟法院陳明就其餘額不另起訴請求，但嗣後

竟又另起訴請求者，均屬§249 I ⑥起訴不備其他要件之情形，法院自應以裁定駁回之（立法理由說明）。

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，債權人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？

(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？（90 律）

〔解析〕

(一) §529 I 之起訴範圍

1. 訴訟應限於給付之訴，而不及於確認之訴或形成之訴！

本案尚未繫屬者，應依債務人聲請命債權人於一定期間內起訴，如債權人不於一定期間內起訴者，債務人得聲請命假扣押之法院撤銷假扣押 (§529IV)。而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而言 (65 台抗 44 號判例)。亦即，應僅限於給付之訴，而不包括確認之訴或形成之訴。學說上雖有少數見解認為亦得及於確認之訴。惟保全程序之目的在於保全將來之對債務人強制執行，確認判決及形成判決均無從成為執行名義，故少數見解並無可採之處。然除依法提起給付之訴外，本法尚承認下列私權紛爭方式亦生起訴之效力：

(1) 聲請支付命令 (§529 II ①)：

視為起訴，如有結果，足生與確定判決同一之效力 (§521 I)，故宜賦與 §529 I 起訴有同一效力。

(2) 聲請調解 (§529 II ②)：

① 強制調解案件：

例如 §403 I ①~⑪ 之事件須先經調解，且有結果，足生與確定判決同一之效力 (§416 I)，故宜賦與 §529 I 起訴有同一效力。

② 非強制調解案件：無起訴之效力。

(3) §395 II 回復原狀及損害賠償聲明 (§529 II ③)：

類同起訴，故有 §529 I 起訴之效力

(4) 依法開始仲裁程序者 (§529 II ④)

如有仲裁條款，則依法須先行仲裁，且有結果，足生與確定判決同一之效力 (仲裁法 §37 I)，故宜賦與 §529 I 起訴有同一效力。

(5) 其他經依法開始起訴前應踐行之程序者 (§529 II ⑤)

又如耕地租佃爭議、終止耕地租約及國家賠償等事件，債權人於起訴前，依法應踐行調解、調處、協調、協議等程序，則債權人依各該程序行使權

利，亦宜賦予與§529 I 起訴同一之效力。

(6)請求宣告改用分別財產制者 (§529 II ⑥)

基於夫妻剩餘財產差額分配請求權而聲請假扣押，已依民法§1010 請求宣告改用分別財產制者，亦宜賦予與§529 I 起訴同一之效力。

2.非訟事件不生§529 I 起訴之效力：

§529 I 之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而言。而依非訟事件請求執行名義，例如抵押物拍賣裁定或本票裁定許可強制執行，此裁定並無確定私權之效力，亦非屬提起訴訟前應踐行之程序者，故不生§529 I 起訴之效力。

3.案例事實解答

綜上所述§529 I 「起訴」，應包括「債權人依督促程序聲請發支付命令」及「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，但不包含「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」

(二) 法院不得為撤銷假扣押之裁定

1.命債權人於一定期間內起訴，該期間為裁定期間！

期間有法定期間與裁定期間。法定期間為法律規定之期間，而裁定期間，則為法院或審判長以裁定所酌定之期間。裁定期間，既非法定不變期間，又無酌定期間長短之一定標準，難謂已逾裁定期間所為之訴訟行為，概不生效，倘法院尚未認所為之行爲為不合法予以駁回，該依裁定所為之行爲，應屬有效，法院不得以逾期為由予以駁回（51 臺抗 169）。

2.案例事實解答

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。」，該期間乃係假扣押法院所為之裁定期間，非法定不變期間。債權人雖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，該法院不得為撤銷假扣押之裁定。