

〔99 年律師高考〕

一、A 律師事務所之助理擬具下述起訴狀草稿，請附理由指出 A 律師應如何修正？

起 訴 狀

原 告 甲

送達處所 臺北郵政信箱 X 之 1 號

訴訟代理人

兼送達代收人 A 律師

住 臺北市 XX 路 1 號

被 告 乙股份有限公司

設 臺中市 XX 路 2 號

兼法定代理人 丙

住 新竹市 XX 路 3 號

為請求清償債務等，依法起訴事：（訴訟標的金額或價額：待核定）

訴之聲明：

（一）被告乙股份有限公司（以下簡稱乙公司）應給付原告新臺幣（下同）2,000,000 元及自民國（下同）99 年 4 月 1 日起至清償日止，按週年利率 5% 計算之利息。

（二）被告丙應給付原告 2,000,000 元及自 99 年 5 月 1 日起至清償日止，按週年利率 6% 計算之利息。

（三）請准以供現金或有價證券為擔保條件之假執行宣告。

事實及理由

（一）被告乙公司購買原告所有之機器，原告已於 99 年 3 月 1 日交付完畢。

（二）乙公司為支付買賣價金尾款，交付由訴外人丁（住臺北市大安區）簽發票載發票日為 99 年 5 月 1 日、面額 2,000,000 元、委託 Y 銀行彰化分行為付款人並由被告丙背書之支票，詎支票屆期經提示不獲兌現。

（三）爰依買賣關係請求命乙公司給付買賣價金、依票據關係請求命丙給付票款，並均附加法定遲延利息。

謹 狀

臺灣臺北地方法院民事庭 公鑒

證據：買賣契約書、土地登記簿謄本、支票及退票理由單（均為影本）各一紙。

附件：委任狀一紙。

具狀人 甲（簽名）

撰狀人 A 律師（簽名）

中 華 民 國 九 十 九 年 八 月 二 十 七 日

（99 律）

〔擬答〕

就法務助理擬具之起訴狀草稿，應有下述可資修正之處：

(一) 文書本應送達於A律師，故A律師無須再行擔當送達代收人之必要！

訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之 (§132)。訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權，為民事訴訟法§70 I 之所明定，所謂一切訴訟行為，凡不屬該條項但書所定應受特別委任之事項均包含在內，代受送達亦為一切訴訟行為之一種，訴訟代理人當然有此權限，其基此所為之代受送達，即與委任之當事人自受送達生同一之效力 (44 台抗 192 號判例)。故訴訟文書本應送達於A律師，故A律師無須再行擔當送達代收人之必要。

(二) 應將被告乙之「法定代理人」丙改為被告乙之「代表人」丙

「代理」與「代表」實為不同之概念，「代理」為二個人格 (本人及代理人為不同之人格)，而「代理」則為一個人格 (代表人與被代表人為同一人格關係)，丙若為乙股份有限公司之董事長，依公司法§208 III 規定對外代表公司，實務 (34 院解 2936) 長久以來均將「法人之代表人視為法定代理人，適用關於法定代理之規定」，此一見解無異認為法人無訴訟能力。然此一錯誤概念於 2003 年修正§52：「法人之代表人準用法定代理」明文規定法人有訴訟能力後已不適用，故起訴狀中應將「法定代理人」改為「代表人」。

(三) 未明列丙為被告

起訴狀草稿中「訴之聲明」的第二段「被告丙應給付原告 2,000,000 元及自 99 年 5 月 1 日起至清償日止，按週年利率 6% 計算之利息。」及「事實與理由」的第三段「爰依買賣關係請求命乙公司給付買賣價金、依票據關係請求命丙給付票款，並均附加法定遲延利息。」顯見除以乙公司為被告外，尚有依票據關係對丙起訴之意，然起訴狀「當事人欄位」，並未明列丙為被告，僅於丙處列其地位為「兼」法定代理人，「兼」字雖隱約有將其列為被告之意，但易生起訴與否之爭執，故A律師應另起一行修正明列為「被告丙 住 新竹市 XX 路 3 號」以杜爭執。

(四) 未表明其屬「不真正連帶債務」之聲明方式

不真正連帶債務，係指數債務人，以單一目的，本於各別之發生原因，負其債務，並因其中一債務之履行，而他債務亦同歸消滅者而言。起訴狀草稿中對被告乙公司之訴訟標的顯然係「買賣價金請求權」而對被告丙之訴訟標的則為「票據債權」，請求之數額均為「200 萬元」然其原因事實顯不相同，故被告乙丙二人為不真正連帶債務，應屬無疑。然起訴狀草稿並未正確表達其屬「不真正連帶債務」之聲明方式，故A律師應於「訴之聲明」的第二段後段加註：「如被告乙丙其中一人已為給付，則另一被告就其給付數額範圍內免為給付義務。」

(五) 事實不明確無法達成集中審理之目標

起訴狀草稿僅曰：「被告乙公司購買原告所有之機器，原告已於 99 年 3 月 1

日交付完畢」，其應證事實及所欲使用之證據幾近未為交代，事實陳述完全無助於法院及當事人瞭解案情全貌，進而整理爭點及預測攻擊或防禦方法。例如，於何年何月何日由被告乙公司之何人（是否即為丙？有無授權於他人）代表被告與何人（是否即為原告本人？有無授權於他人）訂立買賣契約？買賣標的物為何機器？有無何種特徵描述（品牌、功能、型號）可資特定其機器？價金若干（事實及理由僅簡單交代價金尾款之字樣）？雖有買賣契約書列為證據，但仍應將上述應明確之事實詳為表明，並於起訴狀內聲明該買賣契約書為其所用之證據，具體方式即將其列為「證一」字樣？再則買賣標的物雖曰 99 年 3 月 1 日交付完畢，然何人何地交付於何人受領？受領人有無受領權限？受領人有無出具受領憑據或證人可資佐證？亦幾近未為交代，故此起訴狀草稿事實不明確無法達成集中審理之目標。

（六）可同時列支票發票人丁為被告

如前所述被告乙丙二人為不真正連帶債務，原告對同一給付目的之債權（200 萬元）同時以乙丙二人為共同被告，顯然考量日後求償之可能性（乙丙二人之財產均可為執行標的），如基此求償考量，則同時列支票發票人丁為共同被告顯然更能達此目的，並對 A 律師有下述（七）管轄法院之程序利益。

（七）台北地方法院無管轄權

起訴狀草稿中「訴之聲明」僅列乙丙二人為被告，依§2 規定，對被告乙公司之管轄法院為「台中地方法院」，而依§1 及§13 規定，對被告丙之管轄法院為「新竹地方法院」及「彰化地方法院」，故依§20 規定，如僅列乙丙二人為被告，本件訴訟之管轄法院可為「台中」、「新竹」及「彰化」地方法院，然不包括本起訴狀中所載之「台北地方法院」，故僅列乙丙二人為被告，A 律師之律師事務所所在地之「台北地方法院」將無管轄權。然若依（六）之建議加列丁（住臺北市大安區）為共同被告，則「台北地方法院」將依§1 及§20 規定而享有管轄權。

（八）聲請假執行中有價證券之具體表明

§102 I 規定：「供擔保應提存現金或法院認為相當之有價證券。」為使法院於假執行宣告時，允許原告提供法院認為相當之有價證券供擔保而非僅允許提存現金供擔保。其訴之聲明應明確表明「何種」有價證券（例如，等值之中央政府、台北市政府建設公債、某某銀行可轉讓定存單…等等）使法院可資審酌「是否相當」，故 A 律師應對聲請假執行中有價證券供擔保部分具體表明，而非僅言有價證券。

（九）土地登記簿謄本與本件訴訟無涉

起訴狀草稿中證據清單中有「土地登記簿謄本」一項，觀諸起訴原因事實均與不動產標的無涉，是否為表明被告住所之「戶籍登記簿謄本」？應予查明。

二、甲列乙為被告，起訴聲明求為判決：被告應給付原告 150 萬元。陳稱：「乙於 97 年 4 月 1 日商請甲提供工廠設備，約定於提供完成後，乙應支付 150 萬元予甲（下稱系爭契約）。不料，甲依約已提供完成設備後，乙卻拒不支

付 150 萬元。爲此，基於承攬之法律關係起訴主張給付請求權。」等語。對此，乙聲明求爲判決駁回甲之請求，辯稱：甲尚未依約提供完成全部設備，且其所提供之部分設備含有重大瑕疵，所以乙不負給付義務云云。試敘明理由，回答下列問題：

- (一)兩造當事人是否已陳述爭點整理所必要之事實？應如何陳明事實始符合民事訴訟法要求集中審理之意旨？能否借用本件事例，扼要析述：受原告或被告委任爲訴訟代理人之律師，應如何協力迅速進行訴訟或促成審理集中化？
- (二)受訴法院於爭點整理階段，認爲兩造所訂系爭契約應發生買賣之法律關係時，應如何處理？是否亦應闡明原告要否爲訴之追加或如何選擇訴之客觀合併型態？

(99 律)

〔擬答〕

(一)兩造當事人均未盡促進訴訟之義務，亦不符合法律採行爭點集中審理主義

1. 爭點之闡明及爭執與不爭執事項

法院爲爭點整理時，審判長或受命法官應確定當事人是否已爲訴訟標的、事實、法律及證據上之主張，如有不明，應闡明之，並得依具體案件情形，適當表明法律觀點。

法院於整理爭點時，應注意當事人對於他造主張之主要事實、間接事實或輔助事實，有無爭執；如經他造自認，或不爲爭執之陳述，或非依公示送達方式於相當時期受合法之通知而未於言詞辯論期日到場，亦未提出準備書狀爭執，或事實於法院已顯著或爲其職務上所已知者，皆無須調查證據。但於裁判前，應使當事人有辯論之機會。(§199、§199 之一、§268 之一、§270 之一、§271 之一)

2. 原告未盡促進訴訟之義務，亦不符合法律採行爭點集中審理主義

- (1)民法§490 I 規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」原告甲並未提出承攬契約，亦未就二人就如何條件成立承攬契約（例如，甲之具體工作內容究竟爲何？是否僅限工廠設備之提供？有無其他勞務內容？工廠設備之品牌、功能、型號、數量？提供工廠設備是否涉及所有權之移轉？亦否僅屬用益權之提供？）爲具體表明，其應證事實及所欲使用之證據幾近未爲交代，事實陳述於法院及被告瞭解案情全貌，進而整理爭點及預測攻擊或防禦方法，助益有限。
- (2)再則原告雖稱：「依約已提供完成設備後」，然何人何地交付於何人受領？受領人有無受領權限？受領人有無驗收工作物？受領人有無任何保留事項？受領人有無出具受領憑據或證人可資佐證？亦幾近未爲交代，故事實不明確無法達成集中審理及促進訴訟之目標。

3. 被告應就不爭執及爭執之點逐項表明

(1) 不爭執之事實表明：

簡化爭點之目的，在去蕪存菁，本案兩造所不爭執之事項，此部份因無庸

舉證，可省去法院調查證據之時間，可追求程序利益，故對原告陳述之原因事實，如「甲乙間確有承攬契約存在」、「承攬報酬之數額確為150萬元」及「承攬報酬150萬元確實未給付」等等不爭執事項應予表明。

(2) 爭執之事實表明：

若對原告攻擊方法之主張若不相同者，應列入爭執事項，使兩造充分陳述後，各提出證據方法，關於爭執之事項，可分為程序上爭點、事實上之爭點、證據上之爭點及法律上之爭點，如以本件事例，其事實上爭點有：

- ①甲雖有給付約定設備，但約定設備本為○○台，甲卻僅於○年○月○日給付○○台，其數額之差距，導致乙之生產流程無法順利運作，受有○○之損害。
- ②上述甲雖給付○○台，本應有○○之品質、○○之價值及○○之效用，然乙於○年○月○日實際操作時，該設備發生○○之重大瑕疵（例如，劇烈搖晃、異常聲響、冒出黑煙、流出油漬.....等等）。
- ③上述約定設備之數量短缺及重大瑕疵於○年○月○日均以○○方式通知原告甲，甲均置若罔聞，故乙基於債務不履行及瑕疵擔保責任拒絕承攬報酬 150 萬元之給付。

(二) 受訴法院應予闡明使紛爭得徹底解決

1. 應予闡明而未闡明判決違背法令

依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。民事訴訟法第一百九十九條之一第一項定有明文。再者，民事訴訟法第一百九十九條第二項規定，審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務，故審判長對於訴訟關係未盡此項必要之處置，違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決，自屬違背法令（97 台上 1532 判決、97 台上 507 判決參照）。

2. 應使原告為訴之追加後為選擇合併合併之主張方式

受訴法院如於爭點整理階段，認為兩造所訂系爭契約非原告所主張之承攬關係，而係買賣法律關係（必為工廠設備所有權之移轉）時，因二者之權利要件事實及相關法律效果不盡相同（一為財產性契約，一為勞務性契約），涉及雙方攻防方法之提出及爭點整理之結果，自應行使闡明權使原告除承攬關係外，亦得補充本於買賣關係有所主張。然原告既已本於承攬關係起訴主張，如欲追加買賣關係之權利主張，得依§255 I ②「請求之基礎事實同一者」為訴之追加，追加後可選擇為以單一之聲明，主張二以上訴訟標的，而請求法院擇一訴訟標的為其勝訴之判決者，即所謂選擇訴之合併。原告依其中之一訴訟標的可獲全部受勝訴判決時，法院固得僅依該項訴訟標的而為判決，對於其他訴訟標的無庸審酌；惟如各訴訟標的對於原

告判決之結果不同，法院自應擇對原告最爲有利之訴訟標的而爲裁判（94 台上 2311 號判決參照）。

三、甲訴請乙返還借款新臺幣 200 萬元，經第一審法院判決甲敗訴。甲於 99 年 1 月 1 日收受判決書。丙爲甲之債權人於同年 1 月 15 日具狀以甲遲不提起上訴，爲保全自己權益，自得依民法第 242 條規定代位甲以丙自己名義提起上訴云云爲由，聲明上訴。甲則於同年 1 月 25 日具狀聲明上訴，但未繳納裁判費。第一審法院將卷證逕送第二審法院。試說明第二審法院應如何處理？（99 律）

〔擬答〕

（一）債權人丙並無上訴權，故上訴不合法！

民事訴訟採取形式當事人一元主義，而非如非訟程序採取形式當事人及實質當事人（利害關係人）二元主義，故訴訟程序中之行爲，僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人（例如訴訟參加人）始得爲之。上訴，此等訴訟行爲僅訴訟程序上敗訴當事人（本案例中債務人甲）始得進行之行爲，尙非他債權人所得代位行使。此等見解亦爲實務所採，故丙雖爲甲之債權人主張依民法第 242 條規定代位甲以丙自己名義提起上訴，該上訴並不合法。

◎ 92 台上 1886 號判例

按民法第二百四十二條所定代位權行使之範圍，固可包括提起訴訟之行爲在內，惟在訴訟程序進行之行爲，則僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得爲之，債務人如已提起訴訟或被訴，該已由債務人進行之訴訟程序，唯有債務人始得續行，是債權人對該債務人所受法院之不利判決自無代位提起上訴之權。

（二）喪失上訴權後，上訴不合法，二審法院應逕行駁回上訴！

提起上訴應於第一審判決送達後二十日之不變期間內爲之，逾此期間即喪失上訴權。甲於 99 年 1 月 1 日收受判決書，至遲應於 99 年 1 月 21 日提起上訴，甲於 99 年 1 月 25 日具狀聲明上訴，已屬不合法上訴。原審法院本得依本法§442 I 之規定逕行駁回甲之上訴，惟第一審法院未爲駁回而將卷證逕送第二審法院不必命甲補正，逕予裁定駁回上訴。

四、

（一）甲公司於 99 年 3 月間以乙公司侵害其 A 專利權爲由，依民事訴訟法第 522 條、第 523 條規定，向第一審法院聲請就乙公司之財產予以假扣押，甲公司就其假扣押之原因陳稱：「乙公司生產之產品便於搬遷，若待起訴後方爲假扣押，恐乙公司將之隱匿他處；並於訴訟終結前，蓄意倒閉，脫產逃匿致令甲公司求償無門，而有不能強制執行或甚難執行之虞」，甲公司就其所主張假扣押之原因雖未提出證據加以釋明，惟甲公司陳明願供擔保以代釋明。試問：法院就甲公司聲請願供擔保以代假扣押之原因之釋明，應否准許？試說明其理由。（5 分）

- (二) 設若第一審法院裁定准許上述假扣押聲請，並經假扣押執行在案，惟乙公司不服，提起抗告，經抗告法院廢棄原裁定，並駁回甲公司在第一審之聲請確定。乙公司嗣即主張系爭假扣押裁定，經抗告法院依當初裁定時客觀存在之情事，認為不應為此裁定而予撤銷，並經確定，則該假扣押裁定有自始不當情事云云，據此向第一審法院起訴請求甲公司賠償因假扣押執行所受之損害。甲公司則抗辯乙公司因假扣押所受之損害，係基於法院准許之假扣押裁定，甲公司就系爭假扣押裁定之撤銷，並無過失，對乙公司因假扣押執行所受之損害，甲公司不負賠償損害責任。試敘明理由回答甲公司之抗辯是否可採？（5 分）
- (三) 設若甲公司於 99 年 3 月間以乙公司製造、銷售之 a 產品侵害其 A 專利權為由，擬對乙公司提起本案訴訟，主張侵害專利權所生之新臺幣 1,000 萬元損害賠償、被控侵權物 a 產品之受銷燬，以及不得再行製造、銷售被控侵權物 a 產品。問：甲公司為了實現上述本案訴訟之權利主張，各有何保全程序可資利用？試附理由分別說明之。（15 分）（99 律）

〔擬答〕

(一) 供擔保「以代釋明」與「以補釋明之不足」二者有異！

1. 2003 年修法前：供擔保可代釋明

2003 年修法前§526 I 及 II 規定：「請求及假扣押之原因，應釋明之（I）。債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押（II）。」依此舊法規定，債權人縱使未就「請求」及「假扣押之原因」提出絲毫可供調查之證據以盡釋明之責，如債權人陳明願供擔保以代釋明，法院就甲公司假扣押聲請仍應准許。

2. 2003 年修法後：供擔保不可代替釋明，但可補釋明之不足

2003 年修法後§526 I 及 II 規定：「請求及假扣押之原因，應釋明之（I）。前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押（II）。」依此新法規定，可知債權人應先就「請求」及「假扣押之原因」，盡其釋明之責，必待釋明而仍有不足者，始得以供擔保補釋明之不足，倘債權人就任一要件未為任何釋明，縱其陳明願供擔保，仍不得准其供擔保以補釋明之欠缺，其假扣押之聲請自不應准許。甲公司就其所主張假扣押之原因，絲毫未提出能即時調查之證據加以釋明，法院就甲公司假扣押聲請自不應准許。

(二) 甲公司應負無過失之賠償責任，其無過失之免責抗辯並無理由！

1. 無過失損害賠償責任（§531 I）

本法於§531 I 規定，假扣押裁定因自始不當而撤銷，或因債權人未於一定期間內起訴而撤銷（§529 IV），或依債權人之聲請而撤銷（§530 III）者，債權人應賠償債務人因假扣押或供擔保所受之損害。其立法意旨乃係「主張其為債權人之人」對「主張其負有債務之人」於其「債權債務未終局確定前」即先行為強制執行，而剝奪執行債務人對扣押標的物之處分權，假扣押既使執行

債權人得享有「金錢債權保全之利益」，自應承擔「債務人因此不當執行所受損害之危險」，故執行債權人應承擔§531 I 規定之無過失損害賠償責任。

2. 案例事實解答：甲公司無過失之免責抗辯並無理由！

§531 I 債權人之賠償責任，係基於法律之規定，並不以債權人有故意或過失為要件，已如前述，故於假扣押裁定因自始不當而撤銷之際，法院僅須審究債務人乙公司是否因假扣押或供擔保而受有損害及所受損害與假扣押間有無因果關係即可。甲公司主張其無過失之免責抗辯，並無審究之必要。

(三) 利用保全程序可達之權利主張

稱保全程序者，係指以保全強制執行（假扣押及保全假處分），兼及避免權利被侵害或防止急迫強暴行為，暫維法律關係現狀為目的（定暫時狀態假處分）之特別程序也。甲下述三項權利主張可否利用保全程序成達之，謹說明如下：

1. 1,000 萬元之損害賠償：可利用假扣押程序

假扣押者，債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全將來之強制執行，法院依其聲請，裁定扣押（查封）債務人之財產而禁止其處分也（§522）。專利權人甲公司如主張其專利權遭侵害而受有 1,000 萬元之損害賠償，即可就「請求」及「假扣押之原因」向法院盡其釋明之責，請求法院為假扣押裁定以保全被侵害人即債權人賠償金請求將來之強制執行。

◎98 台抗 339 號裁定

專利法第八十六條第一項規定「用作侵害他人發明專利權行為之物，或由其行為所生之物，得以被侵害人之請求施行假扣押，於判決賠償後，作為賠償金之全部或一部」，已明揭假扣押之標的，於判決賠償後，得變賣作為被侵害人請求賠償金之全部或一部。其立法意旨，係重在保全被侵害人即債權人賠償金請求將來之強制執行而設。前揭專利法之假扣押規定，為保全將來強制執行之趣旨，與民事訴訟法上一般假扣押之規定相同，故法院准駁假扣押應依民事訴訟法規定之要件判斷之，非謂當事人依專利法之規定聲請假扣押，即可無視民事訴訟法假扣押有關之規定，而遽予准許。

2. 「侵權物 a 產品之受銷燬」及「不得再行製造、銷售被控侵權物 a 產品」

(1) 定暫時狀態假處分之利用

① 意義

於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分（§538 I）。例如，命侵害專利權人停止製造販賣專利品、命侵害著作權之人立刻停止出版作品、命公司不得執行違法之股東會決議或違法之董事會決議等等。

② 要件

A. 須有爭執之法律關係（標的）

爭執之法律關係，亦即，當事人對其權利義務存在與否產生爭議，例如，智慧財產權有無遭到侵害？通行權有無受到侵害？扶養關係有無存在？無論繼續性或一時性，財產關係或身分關係均有定暫時狀態假處分之適

格，身分上之法律關係，例如暫定子女親權或監護權之假處分。然繼續性或一時性，財產關係或身分關係均以有爭執為必要。

B. 須為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要（原因）

所謂有定暫時狀態之必要非原因而係效果，定暫時狀態，乃係預為實現部份本案請求之內容，故如有防止發生重大之損害或避免急迫之危險等之必要，即得聲請定暫時狀態之假處分。例如，因車禍等交通事故而發生損害之情形，無資力之受害人對加害人聲請法院為支付醫療費、生活費之定暫時狀態處分、爭執解僱無效之勞工對僱主聲請法院為支付薪資之定暫時狀態處分、專利權人對侵權人聲請法院為制止侵害（如命其停止使用專利所製作之商品）之定暫時狀態處分等類情形。

③釋明之要求

須釋明該法律關係存在及有定暫時狀態之必要；其釋明不足者，應駁回聲請，不得准提供擔保代之或以擔保補釋明之不足（98 台抗 713 裁定）

◎98 台抗 713 號裁定

聲請定暫時狀態之處分時，聲請人就其爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要之事實，應釋明之；其釋明有不足者，法院應駁回聲請。聲請之原因雖經釋明，法院仍得命聲請人供擔保後為定暫時狀態之處分；聲請人就有爭執之智慧財產法律關係聲請定其暫時狀態之處分者，須釋明該法律關係存在及有定暫時狀態之必要；其釋明不足者，應駁回聲請，不得准提供擔保代之或以擔保補釋明之不足。聲請人雖已為前項釋明，法院為定暫時狀態處分之裁定時，仍得命聲請人提供相當之擔保。法院審理定暫時狀態處分之聲請時，就保全之必要性，應審酌聲請人將來勝訴可能性、聲請之准駁對於聲請人或相對人是否將造成無法彌補之損害，並應權衡雙方損害之程度，及對公眾利益之影響。

(2) 案例事實解答：

①智慧財產權爭議之特性需求

法院審理定暫時狀態處分之聲請時，因其處分多具本案化之特性，動輒有預為實現本案請求內容性質之處分，本應以較高度之保全必要性為其准許要件。就「為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要」之「假處分之原因」，考量其是否發生急迫而無法彌補之重大損害，並權衡該處分對雙方可能造成之影響及利益之平衡，包括債權人專利權被侵害之損害，與債務人所受之營業損害暨波及第三人所生之影響，孰重孰輕？債權人因該處分獲得之利益或防免之損害，是否逾債務人所受之不利或損害？以及其對公共利益之維護等項，債權人已否提出有利之釋明，再斟酌社會經濟等其他主、客觀因素，綜合以斷之，始不失該條項所揭櫫保全必要性之真諦。就保全之必要性，應審酌聲請人將來勝訴可能性、聲請之准駁對於聲請人或相對人是否將造成無法彌補之損害，並應權衡雙方損害之程度，及對公眾利益之影響。

②「銷燬」產品不應准許，「禁止製造及銷售」產品則應審酌之

甲公司主張乙公司製造、銷售之 a 產品侵害其 A 專利權云云為由，主張被控侵權物 a 產品之應銷燬，以及不得再行製造、銷售被控侵權物 a 產品。基於上述說明可知「銷燬」產品將使債務人蒙受不可回復之損害且已逾越保全之必要，不應准許。而「禁止製造及銷售」產品則由法院審酌雙方損害之程度，及對公眾利益之影響而決定之。

◎97 台抗 419 號裁定

法院依民事訴訟法第五百三十八條第一項規定，就債權人聲請所為定暫時狀態之處分，乃衡平救濟手段之保全方法，多具本案化之特性，動輒有預為實現本案請求內容性質之處分，本應以較高度之保全必要性為其准許要件。尤於專利權被侵害或有爭執之情形，每涉及專利技術之研發及市場之競爭，為兼顧債權人於其專利權受侵害時，迅速獲得救濟及債務人被迫退出市場所受之衝擊，與市場公平競爭之利害得失，法院於酌定類此事件暫時狀態之處分時，除應依同法第五百三十八條之四、第五百三十三條準用第五百二十六條第一項規定，審認債權人有無就「請求之原因（本案請求及其原因事實）」，提出即時能調查之證據以釋明外，尚須就同法第五百三十八條第一項所定「為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要」之「假處分之原因」，考量其是否發生急迫而無法彌補之重大損害，並權衡該處分對雙方可能造成之影響及利益之平衡，包括債權人專利權被侵害之損害，與債務人所受之營業損害暨波及第三人所生之影響，孰重孰輕？債權人因該處分獲得之利益或防免之損害，是否逾債務人所受之不利益或損害？以及其對公共利益之維護等項，債權人已否提出有利之釋明，再斟酌社會經濟等其他主、客觀因素，綜合以斷之，始不失該條項所揭發保全必要性之真諦。