

國考偵測站 ①

## 民訴篇

主筆人：成正

### 壹、前言

每年法研所入學考試的命題(尤以台灣大學、政治大學、台北大學、東吳大學)，對於當年度的國家考試(高考、律師、司法官考試)均具有指標性意義<sup>註1</sup>。蓋上述四所大學主要教授民事訴訟法(下稱民訴法)課程之教授，有非常高之機率於年底的國考命題。因此，當年度法研所考題對於國家考試而言，縱然考點不見得一致，但至少得以法研所考題作為國考命題的分析或預測。或者，以考生角度而言，從法研所考題可整理出當年考試中，身為考生「不可不會」、「不可不知」的重要考點！

本文以下以 105 年度台灣大學、政治大學、台北大學、東吳大學，四所學校法研所之民訴法考題，試分析 105 年度律師、司法官民訴法之命題趨勢，提供考生 105 年當紅的熱門考點，讀者們得參考相關文獻、資料以做準備。

### 貳、105 年度法研所考題分析

本文以下先簡介 105 年度法研所考題，並提出本年度重要的考點，以供讀者對應於國考的準備。

<sup>註1</sup>法研所命題對於當年度國家考試的指標性、影響性、預測性的展現，典型案例莫過於 104 年政治大學與 104 年高考法制之考題了！

\* 104 年政治大學民法組民事訴訟法第二題：

「試附理由說明以下二問題：(25 分)」

(一)在自由心證理論中有所謂窮盡原則，其意義為何？又第三審法院對於事實審就事實認定之證據評價是否可予以審查？標準何在？

(二)在甲與乙之借款返還訴訟中，若乙於言詞辯論時就甲主張乙有於某日向甲借款取得新台幣 100 萬元事實一節，表示確有其事，法院審理中卻認為甲擔任業務員，月薪 25000 元，不可能有錢借給乙。法院可否不採乙之上開說法，而另為事實之認定？」

\* 104 年高考法制之民事訴訟法與刑事訴訟法第二題：

「何謂自由心證主義？何謂證明預斷禁止原則？對於法院的證據評價活動中有所謂窮盡原則，其意義何在？又法律審對於事實審之自由心證可否加以審查？其審查範圍內容為何？(25 分)」

高點法律專班

版權所有，重製必究！

## 一、105 年度法研所考題簡介

105 年度台灣大學、政治大學、台北大學、東吳大學之法研所民訴法考題，本文粗略分類所涉及考點，分別是：證據法、訴訟標的理論、訴訟代理人之行為、訴訟類型、上訴不可分、爭點整理、當事人恆定主義、代位訴訟、管轄、判決之補充或更正、辯論主義等<sup>註2</sup>。

由上述作者概略之分類可知，105 年度法研所民訴考科之命題考點並不集中，此可由近兩年來學者所發表的期刊內容可知。最近並沒有單一的爭議問題，而有多位學者發表不同見解的情形。但，沒有所謂單一的爭議問題供學者為文探討，不表示本年度法研所的命題與年底國家考試，就無可供考生準備的脈絡。以下，本文擬先挑選出本年度具高度可考性的法研所考點，分析重要性，再依上述的分析，提供考生準備方向。

## 二、105 年度法研所之重要考點

### (一) 爭點整理

105 年台灣大學民訴法第一題第一小題即考到「爭點整理」。以往，「爭點整理」一考出來，考生們幾乎哀鴻遍野。因為爭點整理實在是博大精深，考生平常即須熟悉爭點整理的架構，了解每個階段該整理什麼，並且了解邱聯恭老師的學說理論。

於作答民訴法上的考題之通常答題方式，僅須提出爭點並論述學說，如此即可獲得一半以上的分數。但，爭點整理考題並非如此！常有考生誤以為爭點整理就是在考卷上寫些很「威」的詞句，即可獲得分數，例如：程序主體權、程序選擇權、程序利益、避免突襲性裁判、法尋求等。但，只將這些概念拼湊在考卷上的考生，分數都不是太好！因為爭點整理，是真的在整理「什麼是本案當事人確實有爭執，而法院也有證據調查必要」的一個程序。因此，必須適時涵攝案例，真正地「整理」當事人的主張，分析當事人陳述之事實、證據等，才可能符合邱派老師的答題要求。

經過這幾年，台大民訴考題一定會考爭點整理後，至少對於準備台大

<sup>註2</sup> 詳細分類如下：證據法（政大二）、家事事件法（政大二、東吳三）、訴訟標的理論（政大三）、訴訟代理人之行為（北大一）、訴訟類型（北大二）、上訴不可分（北大三）、爭點整理（台大一）、當事人恆定主義（台大一）、代位訴訟（台大二）、管轄（東吳一）、判決之補充或更正（東吳二）、辯論主義（東吳三）。（上述括號中前者係表示命題之學校，後者代表該份試卷之第幾題，例如：政大一，即代表政治大學法研所民法組民訴法考科該試卷第一題之命題）。

民法組的考生而言，應該早就習以為常<sup>註3</sup>！而律師、司法官考試近幾年，爭點整理也有固定頻率出現的傾向<sup>註4</sup>。所以，以往的考生多是將爭點整理視為獨門暗器，有些考生甚至就賭一把而不準備。但本文認為，只要邱派老師（邱聯恭老師、許士宦老師、沈冠伶老師、陳瑋佑老師）參與國家考試命題，爭點整理就非常有機會成為考題。畢竟，爭點整理就是邱聯恭老師發展出來一套能運用於真實審理的程序，當然是希望所有未來的準律師、準司法官都能熟悉，所以拿出來當作考題考考大家，自然也不意外。

因此，如此重要的考點，隨者近年來在台大法研所的命題越趨穩定的情況下，對於國家考試來說，其重要性就隨之提升。換個角度講，雖然連兩年在律師考試中出現爭點整理考題的機率並不高（但104年司法官考試並未以此命題），但也不是不可能。因此，若是抱著賭賭看而不準備的心態應戰，結果卻不幸的出了（或是在司法官考題中出現），這種已越來越偏向「基本題」、越來越多人了解的爭點整理出現時，若是還不知如何下手，對於上榜來說恐怕不是件好事。因此，本文建議讀者，爭點整理的基本架構是一定要牢記的，什麼部分該整理什麼事項，應該要熟記。至於，如何加強自己面對考題時的整理能力，這就有勞讀者們自行參看相關文獻或資料補充了！

## (二)證據法

證據法相關考題越趨重要，本文認為有個重要原因，因近年食安問題的爆發以及民眾對抗大工廠此種「武器不平等」、「證據偏在」的現代型紛爭激增，導致越來越多學者為文撰寫此類訴訟的相關爭議<sup>註5</sup>。現代型紛爭不同於一般民事案件，如何保障當事人武器平等？證據法上的議題就至關重要！

<sup>註3</sup>台大民訴法考題，自99年開始至105年，每年至少有一題關於爭點整理考題。而98年以前，斷斷續續也有相關命題。

<sup>註4</sup>近幾年律師、司法官考題中，關於爭點整理之命題有：104年律師、101年律師、100年律師、99年律師。

<sup>註5</sup>關於現代型紛爭訴訟的相關討論，參見吳從周，〈臺灣商品責任之實體與程序主要爭議現況－特別聚焦檢討舉證責任分配之實務案例〉，《月旦法學雜誌》，第214期，2013年2月。沈冠伶，〈消費者損害賠償團體訴訟之事案解明及證據調查－從自來水案到塑化劑案〉，《台灣法學雜誌》，第263期，2015年1月。許政賢，〈消保團體訴訟之理想與現實－新北地院一〇一年度重消字第一號判決〉，《月旦裁判時報》，第34期，2015年4月。

姜世明老師對於證據法的探討甚多，且有一套體系在解讀證據法的相關規定。例如：105 年政大第二題，即涉及文書特定義務、文書提出義務、摸索證明等證據法上議題。這幾項爭議，姜世明老師原則上對於當事人有文書特定義務、一般性文書提出義務及承認摸索證明，均採取否定見解。理由不外乎與姜世明老師採取修正辯論主義相關，但姜老師仍有例外要件，得於符合要件下，例外承認上述義務，理由無非是將民法第 277 條但書舉證責任減輕的法理，應用於現代型紛爭的案例中。因此，於近年現代型紛爭議題增加的情形下，要求考生析述證據法的運用，以此命題的機會就越顯提高。因此，證據法上的相關議題，尤其以姜世明老師曾發表過期刊中的見解<sup>註6</sup>，最為重要！考生必須熟悉姜老師的理論基礎，以便能應對證據法上的考題。

### (三)其他考點

本年度法研所民訴法的其他考點，本文認為均屬傳統考點，並無那種會「突襲」考生、令考生完全不知從何下手的考題。例如：東吳第三題，試問考生「民事訴訟法第 388 條規定」，要求考生以處分權主義及辯論主義為闡述的角度分析之。本文認為，除了台大邱派老師採取協同主義之外，政大、北大、東吳的老師均係採取辯論主義或修正辯論主義。本題並非新考點，也是立基於辯論主義上要求考生論述，屬於民訴法的基本觀念。尤其，近年來劉明生老師對於邱派老師以往探討過的議題，多重新地以德國法角度予以檢視。因此，在傳統考點上，考生仍須注意，不能偏廢一方見解而忽略他方，仍應以並陳的方式答題。

至於北大第三題，考點涉及「上訴不可分原則」此一上訴的基本概念，吳從周老師對此亦有為文探討。本題也屬傳統考點，但吳老師文章中尚有以德國見解做深入介紹，是非常具有鑑別度的考題！

## 參、105 年度律師、司法官考題之趨勢分析

本年度法研所的命題，可提供考生一些國考的準備方向，或知悉最近出題教授所關心的議題。以下，本文提供一些律師、司法官準備上可能須注意的方向，供讀者準備或留意。

<sup>註6</sup>關於姜世明老師對於證據法的相關探討，參見姜世明，〈文書提出義務及事案解明義務之競合與限制〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，2010 年 9 月。姜世明，〈再論臺灣部分民事證據法學理及實務之新開展〉，《月旦法學雜誌》，第 211 期，2012 年 11 月。

## 一、國考趨勢分析

### (一)學者命題趨勢：以期刊為主軸

國考的命題委員，無非是在大學主要教授民事訴訟法的老師，或是實務界的法官擔任。若是由學者命題，期刊內容改編為考題的機率相當高。蓋期刊的重要性在於其內容是學者經過研究後，對於特定爭議發表見解，既然已有一個爭議存在可作為題目，又有學者自己的見解作為解答，自然很容易以此命題。

依據上述的分析，雖然本年度法研所考題的考點不集中，但可發現出題方向，不外乎是傳統爭點或學者曾為文發表的見解<sup>註7</sup>。因此，對應於國考的準備，本文再次強調，期刊在民訴法考科中，仍具一定之重要性！尤其近兩年來，學者所發表過的期刊見解，非常有機會成為國考的命題！每位教授都有其研究的重心，或特別關心之議題，例如：許士宦老師發表了多篇關於執行力擴張的文章、沈冠伶老師近年較關心現代型紛爭之議題、吳從周老師前些年較關心二審失權的問題、姜世明老師對於證據法特別研究等。因此，國考民訴法考科的準備上，自應以教授關心的議題下手，相關期刊的重要性自然不在話下。

### (二)新修法議題：支付命令

修法議題，一定是該年度或下個年度考試命題的一大熱門選項，不論最後是否有以此命題，考生必定要對該新修法有一定程度的掌握。104年民訴法最重要的修法之一，莫過於支付命令的修正。支付命令的修正，目前仍處於新修法的「可考」期間內。況且，此次修法在學界，是有非常分明的不同見解。一派學者肯定此次修正，認為支付命令以往賦予既判力不具正當性。但另有學者認為，本次修法誤解德國法，修法重點應以放寬債務人之救濟程序即可。因此，這種明確有兩派不同見解的新修法，考生一定要注意相關見解。

### (三)特別提出：當事人恆定主義

在此，本文要特別提出，提醒讀者們務必注意的考點—當事人恆定主義。從104年司法官第一題到105年台大第一題，等於連續兩個重要的考試，當事人恆定都被命題。該議題原本是傳統考點，無非就是最高法院61年台再字186號判例以及相關學者見解的論述。但隨著許士

<sup>註7</sup>105年法研所學者已發表過相關期刊的命題：證據法、訴訟標的理論、上訴不可分、爭點整理、當事人恆定主義、代位訴訟、辯論主義。

宦老師過去甚多文章探討，從傳統爭議的「訴訟繫屬中移轉」、「善意取得人」到「言詞辯論終結後移轉」，許老師都有特殊見解，近年又對此再次發表文章<sup>註8</sup>，甚至於最近的民事訴訟法研究會中，也以此為主題報告。因此，當事人恆定主義的考點，本文認為，近年似乎又開始熱絡起來！

但本文在此要提醒讀者的是，除了許士宦老師的見解以外，其他學者的見解亦應注意，因為並非所有學者均支持許老師的看法，例如：劉明生老師也曾為文，以許老師的見解作為批評的對象。因此，在準備國考上，本文仍建議讀者，了解許老師的見解以外，仍不能忽略其他學者對此議題的不同意見。

#### **(四)實務界命題趨勢：以最高法院決議為主軸**

至於民訴法考科若由實務界命題，本文認為，因為最高法院不知自何時，又開始公布決議內容以及具有參考價值之裁判，考題的方向無非就以此為主。例如：去年非常熱門的最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議（一），關於「共同共有債權應如何行使」之爭議。因為涉及實體法與程序法的交界，非常適合於考試中作為綜合題之命題。因此，就準備考試而言，考生須注意近年的決議內容，以應付實務界的命題。

## **二、家事事件法的出題趨勢**

最後，作者最常被問到的問題即是「家事事件法到底會不會出？到底要不要準備呢？」此問題，還真的是不好回答。因為家事事件法從施行到國考真正開始出題，也才不過幾年時間<sup>註9</sup>。短期內，並不容易看出命題的趨勢。因此，本文僅就目前觀察到的學界趨勢，輔以法研所及國考的命題，試圖提出一些準備的方向，供讀者參考。

### **(一)家事事件法現況簡介**

從近幾年學者的期刊中可發現，除了上述民訴法的議題外，家事事件法（下稱家事法）也是學者非常關注的對象。本文認為，目前家事法的相關文獻，呈現三種不同的面相。首先，邱派老師方面，許士宦老

<sup>註8</sup>許士宦老師對於當事人恆定主義的相關文獻：參見許士宦，〈判決效力擴張於系爭物受讓人之判準〉，《月旦法學雜誌》，第 205 期，2012 年 5 月。許士宦，〈當事人恆定主義之新開展〉，《民事及家事程序之新建構》，2015 年 10 月。

<sup>註9</sup>家事法從 101 年公布施行，律師考試第一次有相關命題是在 102 年，而司法官考試則是在 104 年才首度有家事法的相關命題。法研所考試方面，東吳於 102 年出現相關命題，政大則在 105 年有相關命題。至於，台大及北大目前均沒有相關的命題。

師、沈冠伶老師所發表之期刊，主要內容是在講述、澄清目前家事法的適用與解釋<sup>註10</sup>。姜世明老師、許政賢老師、劉明生老師所發表的期刊，內容多是提出現行法適用上之疑義<sup>註11</sup>。而實務方面，可能因個案的適用上產生爭議，因此，常以高等法院座談會結論或最高法院決議解決。

## (二)家事事件法尚以基本觀念為命題方向

目前，台大、北大法研所尚未有過家事法的命題。政大、東吳已有相關命題。從法研所命題觀察，例如：105 年政大第二題，涉及認領之訴及確認親子關係存在之訴的問題，但並無太深入的爭議，僅是法條要件的涵攝而已。又例如：104 年司法官第二題，亦是涉及單純「代墊扶養費的訴訟究屬家事訴訟、家事非訟或民事訴訟」之問題，此議題高等法院有過相關座談會結論，姜世明老師亦有相關期刊的論述。本文認為，目前家事法考科的命題，出題老師下手力道都還算和藹可親，無非就是以家事法第 3 條事件性質、法理適用等為命題對象。依本文的觀察，目前，家事法仍屬新法階段，學界與實務界尚在熟悉該

<sup>註10</sup>近年許士宦老師及沈冠伶老師對於家事法適用、解釋之相關期刊：參見許士宦，〈家事訴訟事件之非訟化審理（上）—真正訟爭事件如何交錯適用程序法理〉，《月旦法學教室》，第 156 期，2015 年 9 月。許士宦，〈家事訴訟事件之非訟化審理（下）—真正訟爭事件如何交錯適用程序法理〉，《月旦法學教室》，第 157 期，2015 年 10 月。許士宦，〈離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實證據蒐集（上）〉，《月旦法學教室》，第 137 期，2014 年 2 月。許士宦，〈家事事件法講座／離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實與證據蒐集（下）〉，《月旦法學教室》，第 138 期，2014 年 3 月。沈冠伶，〈終止收養事件之審判（上）—非訟化審理及程序法理交錯適用〉，《月旦法學教室》，第 153 期，2015 年 6 月。沈冠伶，〈終止收養事件之審判（下）—非訟化審理及程序法理交錯適用〉，《月旦法學教室》，第 154 期，2015 年 7 月。沈冠伶，〈家事非訟裁定之效力（一）：裁定之生效及可變更性〉，《月旦法學教室》，第 135 期，2013 年 12 月。沈冠伶，〈家事非訟裁定之效力（二）：既判力之有無〉，《月旦法學教室》，第 136 期，2014 年 1 月。

<sup>註11</sup>近年姜世明老師、許政賢老師、劉明生老師對於現行家事法適用疑義之相關期刊：參見姜世明，〈只緣深陷法理迷霧中—談家事訴訟事件與家事非訟事件合併之難題〉，《月旦法學教室》，第 150 期，2015 年 3 月。姜世明，〈家事事件法之法理協調性疑難〉，《軍法專刊》，第 61 卷第 6 期，2015 年 12 月。許政賢，〈程序法理交錯運用的迷思與反思—最高法院 100 年度台抗字第 99 號民事裁定〉，《月旦裁判時報》，第 29 期，2014 年 10 月。劉明生，〈法院職務上已知事實與事實提出之程序基本原則—以民事訴訟法之財產訴訟事件與家事事件法第十條第二項之事件為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 239 期，2015 年 3 月。劉明生，〈家事訴訟事件與家事非訟事件之區分—從家事事件程序基本原則之觀點考察〉，《月旦法學雜誌》，第 227 期，2014 年 3 月。

部法律的運作。現階段不太可能有過於艱深致無法作答的題目出現。因此，考生在準備上，不須太過緊張，依循上述準備民訴法考科的模式，熟悉近兩年老師的相關期刊就非常充足。

家事法若是由實務界命題，不外乎從高等法院座談會結論或是最高法院決議為出題方向。例如：104年律師第二題，似乎是考了最高法院104年度第15次民事庭會議「家事事件得否與民事事件合併審理」之爭議（可能因考生之答題方向不同，不見得會論述至該決議）。因此，縱使家事法係由實務界命題，仍有一定的方向可供準備，也就是最高法院決議及高等法院座談會的結論。

#### 肆、結論

法研所之考題，因命題教授與國考命題委員重疊性極高，因此，法研所的考題方向，對於當年度的國考具有指標性意義，亦具有參考價值。以考生角度而言，從法研所命題，可整理出當年考試中，考生「不可不會」、「不可不知」的重要考點！

本文由105年法研所命題認為，若民訴法考科的準備上，面對學者的出題，仍是以近兩年的期刊重要性最高。例如：近年較為熱門的「現代型紛爭」，以及可由其所衍生出的「證據法」考題。傳統考點亦須注意，例如：爭點整理。再者，本文特別提出的是「當事人恆定主義」，因為學者的關注，於近年似乎又有熱絡的趨勢。另，新修正的支付命令，仍處於「可考」期間內，有明確兩種不同見解，考生亦須注意。至於對實務界命題的準備方式，仍以最高法院決議為主。

家事法方面，目前的法研所及國考的考題，尚屬基本題型的命題。須一並注意近兩年學者期刊所介紹，對於家事法的適用、解釋，以及從現行法適用疑義角度觀察的見解。對於實務界的命題，仍是以高等法院座談會及最高法院決議為準備的方向即可。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！