

民訴篇

主筆人：王律師

一、前言

新制律師、司法官國家考試之民事訴訟法考科之重點，就筆者之觀察而言，由於題幹敘述較為複雜、考試爭點較多，因此在審題與答題上，除須增快速度，亦須提高爭點辨識程度。此外，國家考試與各校法研所入學考試之性質較有不同，法研所考試較注重學說的理解能力，對於民事訴訟法上之爭議，也較期待考生能為更深入性之作答。反之，國家考試之考試科目較為眾多，考生亦來自不同領域，似較難期待考生對於每個科目皆應有相當程度之作答，因此在國家考試的準備上，除上述所提爭點辨識能力以外，答題上應以實務見解於學說多數意見為主，兩說併陳，表現基本之問題處理能力。

以下則自今年各校法研所入學考試之民事訴訟法科目當中，整理重要之相關爭點。法研所考試雖多學理上之爭議，然亦不乏管轄、訴訟程序等實務實用性高之類題，參考各校法研所考題以推測國家考試出題趨勢，有其必要。就相關爭點之整理與提示，合先說明如下：首先，因慮及考生之閱讀及複習方便，爭點之呈現採取條列式之方式。其次，若有相關之實務見解，皆將該判例、判決、決議之重要內容原文列出，除利讀者閱讀，亦期待讀者臨摹實務見解之法律文字或用語，為作答之運用。就相關爭議，若實務見解與學說見解有重大歧異，亦將學說多數見解列出，以供參酌、比對。最後，亦將該爭點之相關類題提示於爭點之後，讀者可自行蒐集題目練習。

二、重要爭點

(一)祭祀公業(103 政大第一題)

1.當事人能力：

當事人能力，係指得為民事訴訟之當事人，得為判決效力歸屬主體之能力。依民事訴訟法第 40 條第 1 項，有權利能力者，有當事人能力。依祭祀公業條例第 21 條第 1 項規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其依本條例申報，並向直轄市、縣（市）主管機關登記後，為祭祀公業法人。」因此，祭祀公業在現行法下若經登記，則為法人，有權利能力，

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

亦有當事人能力。然而，若未經登記為法人，或祭祀公業條例頒布前，祭祀公業有無當事人能力。最高法院 39 年台上字第 364 號判例認為：「祭祀公業，如僅屬於某死亡者後裔公同共有，不過為某死亡者後裔公同共有祀產之總稱，尚難認為有多數人組織之團體名義，故除有表示其團體名義者外，縱設有管理人，亦非民事訴訟法第四十條第三項所謂非法人之團體，自無當事人能力。」

2. 訴訟實施：

最高法院 74 年台上字第 1359 號判例認為：「臺灣之祭祀公業並無當事人能力，故關於祭祀公業之訴訟，應由其派下全體起訴或被訴，但設有管理人者，得以該管理人名義起訴或被訴。而關於祭祀公業之訴訟，以管理人名義起訴或被訴者，當事人欄應表明其為祭祀公業管理人，以表示其非以自己名義起訴或被訴。」因此，如祭祀公業設有管理人，得由其實際上為訴訟行為。

3. 對祭祀公業之勝訴判決得否對其派下員個人財產為強制執行？

祭祀公業，若未為法人登記，實務及學說多數認為係屬公同共有之情形。若祭祀公業係法人，有權利能力，即與派下員個人之權利義務分離，故似不得對派下員個人財產為執行。反之，若祭祀公業未為法人登記，既屬公同共有關係，似可類推適用性質類似之合夥，而類推適用民法第 681 條之規定。

(二) 訴訟能力(102 東海第一題)

1. 訴訟能力之認定：

訴訟能力，係指得為訴訟行為或受訴訟行為之能力，依民事訴訟法第 45 條之規定，能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力。因此，於實體法上，須成年而未受監護、輔助宣告，或未成年已結婚但亦未受監護或輔助宣告，始有訴訟能力。此外，訴訟能力並無民法限制行為能力之概念，並無「限制訴訟能力」之設。如限制行為能力人涉訟，於何種情形下，有訴訟能力。最高法院 64 年度第 5 次民庭庭推總會決議（三）認為：「依照民法第八十五條第一項規定，『法定代理人允許限制行為能力人獨立營業者，限制行為能力人，關於其營業，有行為能力。』限制行為能力人就其營業既有行為能力，即屬民事訴訟法第四十五條所稱能獨立以法律行為負義務之人，故就其營業有關之訴訟事件，有訴訟能力。」因此，就限制行為能力人而言，似僅有於民法第 85 條之情形下，始有訴訟

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

能力。

- 2.某甲因車禍被某乙撞傷而成爲植物人，但未受監護宣告，其父母得否以某甲名義對某乙提起損害賠償訴訟？

某甲雖爲成年人，但因車禍成爲植物人，顯有民法第 14 條第 1 項不能爲或受意思表示之情事，應爲其爲監護宣告。若其受監護宣告，則爲無行爲能力人，無訴訟能力，須經法定代理使得提起訴訟。然而，本件之問題在於，某甲雖有應受監護宣告之事由，但未受監護宣告，其父母得否以甲之法定代理人身分提起訴訟。基於訴訟能力係保護當事人之理由，則縱某甲未受監護宣告，仍應認其無訴訟能力。

- 3.欠缺訴訟能力人之權益保障

訴訟能力雖具公益性質，爲法院應依職權認定的事項，依民事訴訟法第 249 條第 1 項第 4 款，爲訴訟的程序合法要件之一。然而，欠缺訴訟能力之人或非合法之法定代理人之訴訟行爲，似非當然無效。依民事訴訟法第 48 條之規定，於能力、法定代理權有欠缺之人所爲之訴訟行爲，經取得能力之本人、取得法定代理權或允許之人、法定代理人之承認，溯及於行爲時發生效力。此外，爲維護無訴訟能力人之權益，避免因欠缺訴訟能力而無法提起訴訟，民事訴訟法第 49 條後段之規定，得聲請審判長許欠缺訴訟能力或法定代理權之人，暫爲訴訟行爲。並且，依民事訴訟法第 51 條第 2 項，無訴訟能力人有爲訴訟之必要，而無法定代理人或法定代理人不能行代理權者，其親屬或利害關係人，得聲請受訴法院之審判長，選任特別代理人。

(三)專屬管轄(103 成大第一題、103 輔仁第三題)

- 1.類型：

民事訴訟法第 10 條規定：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄。其他因不動產涉訟者，得由不動產所在地之法院管轄。」因此，如確認某人對某地所有權存在之訴、共有物分割之訴、劃界之訴，皆專屬不動產所在地法院管轄。此外，因物上請求權(民法第 767 條)所提起之不動產訴訟，亦有專屬管轄規定之適用。

- 2.效力：

民事訴訟法第 26 條規定：「前二條之規定，於本法定有專屬管轄之訴訟，不適用之。」亦即，合意管轄(第 24 條)及應訴管轄(第 25 條)之規定，於專屬管轄皆無適用。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

3. 違反之效果：

- (1) 第二審法院，依民事訴訟法第 452 條第 1 項但書，得廢棄原判決。並依同條第 2 項之規定，因第一審法院無管轄權而廢棄原判決者，應以判決將該事件移送於管轄法院。
- (2) 得否提起第三審？得依民事訴訟法第 469 條第 3 款：「法院於權限之有無辨別不當或違背專屬管轄之規定者。」向第三審提起上訴。
- (3) 得否提起再審？最高法院 96 年度台抗字第 232 號裁定認為：「按法院違背專屬管轄之規定所為裁判，並非當然無效，僅係得否依上訴、抗告或再審程序救濟之問題。」因此，違反專屬管轄，似非一概不得提起再審之訴。惟學說上有認為，管轄僅係法院間事物分配之結果，對於裁判之正確性無必然影響，且為保障程序之安定，應以不得提起再審之訴為妥。

(四) 合夥

1. 當事人能力

最高法院 49 年台上字第 188 號判例認為：「按非法人之團體設有代表人或管理人者，有當事人能力，為民事訴訟法第四十條第三項所明定。此項代表人或管理人為該團體與人涉訟時，自應以該團體為當事人，而由此項代表人或管理人為其法定代理人。原審既認上訴人非屬法人，同時並認為合夥性質，則此種合夥組織有無設有代表人或管理人，是否與非法人團體之性質相符，自有審究之必要。」因此，合夥縱無權利能力，亦屬民事訴訟法第 40 條第 3 項之非法人團體，有當事人能力。

2. 得否以合夥人為共同被告？

- (1) 實務見解：最高法院 66 年度第 9 次民庭庭推總會會議決議認為：「在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權，尚未發生，即不得將合夥人併列為被告，而命其為補充性之給付。」因此，對合夥所提起之訴訟，不得併列合夥人為共同被告。
- (2) 學說見解：得列合夥人為共同被告，因對合夥之訴訟標的並不及於合夥人之個人財產。

3. 對合夥之勝訴判決得否對合夥人個人財產為強制執行？

- (1) 實務見解：最高法院 66 年度第 9 次民庭庭推總會會議決議認為：「對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義，故司法院院字第九一八號解釋『原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

財產不足清償時，自得對合夥人執行」。因此，對合夥之確定勝訴判決，若合夥財產不足清償債務，可逕以該判決為執行名義，對合夥人個人財產為強制執行。

- (2)學說見解：對合夥涉訟之訴訟標的，僅及於對於合夥之權益關係、及合夥之財產。亦即，對於合夥涉訟之判決既判力主觀範圍雖及於合夥人個人，但既判力之客觀範圍不及於合夥人之個人財產。因合夥人是否須以其個人財產負補充債務，並未在對合夥之訴訟中為充分審理及攻擊防禦。因此，既然既判力客觀範圍不及於合夥人個人財產，執行力即不及之。債權人若欲取得對合夥人個人財產之執行名義，須另行起訴，或於前訴中將合夥人個人列為共同被告，或提起主觀預備合併之訴，以合夥為先位被告，以合夥人為備位被告。

(五)共同訴訟

1.連帶債務之類型(103 東吳第三題)

- (1)類似必要共同訴訟說：最高法院 33 年上字第 4810 號判例認為：「民法第二百七十五條規定連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法第五十六條第一項之規定。」
- (2)普通共同訴訟說：對於連帶債務人間之訴訟標的仍係分別獨立，僅是理論上須合一確定。並且，民法第 275 條僅有實體法上之效力，並非既判力之擴張。且是否「合一確定」，應就訴訟標的判斷之，而非就當事人之攻擊防禦方法論斷。因此，應為普通共同訴訟。

2.保證債務(103 台大第一題)

- (1)得否列主債務人及保證人為共同被告？

最高法院 66 年度第 9 次民庭庭推總會決議認為：「合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人求命合夥人之一對於不足之額連帶清償，應就此存在要件負舉證之責。此與保證債務於保證契約成立時即已發生債務之情形有間，故在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權，尚未發生，即不得將合夥人併列為被告，而命其為補充性之給付。」由此決議之意旨觀之，於合夥情形，不得將合夥人並列為被告，係因

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

尙未確定合夥財產不足清償合夥債務。反之，保證債務於保證契約成立時即已發生債務，因此，得併列保證人爲共同被告。

(2)若得列主債務人及保證人爲共同被告，其共同訴訟類型爲何？

A.類似必要共同訴訟說：因主債務與保證債務間具有從屬性，有「理論上合一確定」之必要。此外，若債權人對主債務人起訴，受敗訴判決，保證人得在債權人對其之後訴中，援引前訴對其有利之部分。該反射效益屬於前訴判決效力之擴張，有「法律上合一確定」之必要。並且，因主債務人與保證人並非須一同被訴，當事人始屬適格，故爲類似必要共同訴訟。

B.普通共同訴訟說：最高法院 22 年上字第 729 號判例認爲：「民事訴訟法第五十三條之規定，限於訴訟標的對於共同訴訟之各人，在法律上必須合一確定者始得適用，故爲訴訟標的之法律關係，對於共同訴訟之各人，在法律上並非必須合一確定，僅在理論上應爲一致之判決者，無適用該條之餘地。」因此，主債務人與保證人間，僅係理論上應爲一致判決，非法律上必須合一確定。且若過份限制主債務人及保證人之訴訟實施權，將過於悖離實體法。是以，主債務人與保證人一同被訴者，應係普通共同訴訟。

(3)對主債務人(或保證人)提起之訴訟，判決效力如何及於保證人(或主債務人)？

A.反射效：若債權人對主債務人所提起之訴訟，獲得敗訴判決，係因法院認定主債務並不存在。因在實體法上，須主債務存在，保證債務始有存在之可能。因此，若債權人復對保證人提起訴訟，保證人得主張因主債務不存在，債權人之請求並無理由。

B.程序保障：在民事訴訟法增訂第 67 條之 1 及第 507 條之 1 等程序保障之規定後，判決效力之主觀範圍，應以程序保障所及予以認定。亦即，判決效力是否及於主債務人或保證人，似不宜僅從實體法之觀點，認爲前訴法院認定主債務不存在之有利保證人之事項，保證人在後訴亦得對債權人主張之。而應兼顧訴訟法之考量，基於當事人程序保障之立場，若受訴訟繫屬告知、參加訴訟等方式，經衡量其實體與程序利益後，決定是否在該前訴中參與之以主張、表達其意見。因此，判決效力之主觀範圍所及，應視是否受訴訟告知、是否參加訴訟而爲判斷，不可一概而論。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(六)代位訴訟(103 北大第一題、103 輔仁第二題)

1.代位訴訟之訴訟標的？

(1)實務見解：最高法院 67 年度第 11 次民事庭庭推總會議決議認為：「債權人代位債務人對第三債務人提起之訴訟，與債務人自己對第三債務人提起之訴訟，並非同一之訴。」亦即，代位訴訟之訴訟標的，為民法第 242 條之代位權；債務人對第三債務人提起之訴訟，訴訟標的為債務人對第三債務人之實體法上請求權。

(2)學說見解：代位訴訟之訴訟標的仍為債務人對第三債務人之實體法上請求權或請求地位，民法第 242 條規定為債權人得代位行使之明文而已。亦即，代位訴訟係一法定訴訟擔當之構造，債權人為擔當人，債務人為被擔當人。實務上亦有採此見解者，如最高法院 99 年台抗字第 360 號裁定即認為：「債權人所代位者為提起訴訟之行為，該訴訟之訴訟標的，仍為債務人對該請求對象即被告之實體法上權利，至上開代位規定，僅為債權人就原屬債務人之權利，取得訴訟上當事人適格之明文，即屬法定訴訟擔當之規定，尚非訴訟標的。」

2.若債權人已提起代位訴訟，債務人又對第三債務人提起訴訟，法院應如何處理？

(1)實務見解：前、後兩訴之訴訟標的既非同一，非同一事件，債務人自得對第三債務人提起訴訟。

(2)學說見解：前、後兩訴之訴訟標的同一，為法定訴訟擔當之構造，債務人若再對第三債務人提起訴訟，將違反民事訴訟法第 253 條重複起訴禁止之規定。此外，前訴之既判力亦及於債務人，於判決確定後，亦生不得再行爭執之效力。

3.若債權人已提起代位訴訟，其他債權人又提起代位訴訟，法院應如何處理？

(1)實務見解：代位訴訟之訴訟標的既為債權人依民法第 242 條所享有之固有權利，不違反重複起訴禁止，其他債權人得再提起代位訴訟。

(2)學說見解：前、後兩訴之訴訟標的既皆為債務人對第三債務人之權益關係，後訴即違反重複起訴禁止之規定，法院應駁回之。不過，其他債權人對於代位訴訟既然皆具當事人適格，即得透過訴之追加或訴訟參加之方式，參與前訴。此外，若其他債權人亦成為訴訟上之當事人，因訴訟標的為債務人對第三債務人之權益關係，在當事人間不允許有歧異之裁判，為訴訟標的須合一確定之情形。且民法第 242 條並未限

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

制須全體債權人一同起訴，因此，屬於類似必要共同訴訟之情形。

4.債權人得否代位債務人就支付命令為異議？

最高法院 99 年度第 6 次民事庭會議認為：「按訴訟程序中之行為，僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得為之，是在訴訟程序上唯有債務人始得進行之行為，尚非他債權人所得代位行使。依民事訴訟法第五百十九條第一項規定，債務人對於支付命令於法定期間提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴，即進入訴訟程序。且民法第二百四十二條規定之債權人代位權，係債權人以自己之名義，行使債務人之權利。若他債權人得代位債務人對支付命令提出異議，則異議人為該他債權人，被告反為債務人。故由他債權人以自己之名義代被告之訴訟行為，並不妥當。」因此，債權人不得代位債務人就支付命令為異議。

5.債權人就何等事項得代位之？

最高法院 69 年台抗字第 240 號判例認為：「代位權行使之範圍，就民法第二百四十三條但書規定旨趣推之，並不以保存行為為限，凡以權利之保存或實行為目的之一切審判上或審判外之行為，諸如假扣押、假處分、聲請強制執行、實行擔保權、催告、提起訴訟等，債權人皆得代位行使。」並且，同院 92 年台上字第 1886 號判例亦指出：「在訴訟程序進行之行為，則僅訴訟當事人或訴訟法規定之關係人始得為之，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。」因此，啟動獨立訴訟程序之行為，債權人得代位之；於既存程序中為特定訴訟行為，則不得代位之。例如：上訴之行為，依 92 年台上字第 1886 號判例亦屬不得代位之情形。

(七)訴之客觀合併、追加：請求之基礎事實同一應如何認定？(103 政大第三題、103 東吳第一題)

- 1.判決基礎事實同一說：此說認為，基於擴大訴訟制度解決紛爭之目的，貫徹紛爭一次解決及訴訟經濟，應使已開啓之訴訟程序得徹底解決當事人間之紛爭。因此，所謂請求之基礎事實同一，將隨當事人於訴訟中之陳述而擴大，及於所有基礎事實資料。由此可見，此所謂之「基礎事實」，與民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款定訴訟標的之「原因事實」不同。
- 2.紛爭關聯說：實務上穩定之見解認為，所謂請求之基礎事實同一，係指追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活

版權所有，重製必究！

上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內，具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭。

- 3.社會事實同一說：此說認為，請求之基礎事實，應係該紛爭事實關係，而非訴訟資料。故請求之基礎事實同一，應係指與原因事實同一之社會事實。由此可見，此之「基礎事實」，等同於民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款定訴訟標的之「原因事實」。

(八)當事人恒定(103 北大第二題、103 東吳第二題、103 輔仁第四題、102 東海第二題)

- 1.訴訟標的物之移轉，前訴判決是否對繼受人發生影響？

(1)債權請求與物權請求區分說：最高法院 61 年台再字第 186 號判例認為，債權之請求，係指依實體法規定為權利主體之人，得請求特定人為特定行為之權利義務關係，此種權利義務關係僅存在於特定之債權人與債務人之間，倘以此項對人之關係為訴訟標的，必繼受該法律關係中之權利或義務人始足當之，同法第 254 條第 1 項亦指此項特定繼受人而言。而物權之請求，則指依實體法規定為權利主體之人，基於物權，對於某物得行使之權利關係而言，此種權利關係，具有對世效力與直接支配物之效力，如離標的物，其權利失所依據，倘以此項對物之關係為訴訟標的時，其所謂繼受人凡受讓標的物之人，均包括在內。因此，須訴訟標的為物權請求時，判決效力始對訴訟標的物之繼受人發生效力。

(2)交付請求與返還請求區分說：此說認為，於租賃契約中，租期屆至，出租人依所有物返還請求或租賃物返還請求，而異其對訴訟標的物繼受人之效力，十分不妥。亦即，僅因實體法上請求權競合而生訴訟法上判決拘束力之不同，並無正當理由存在。因此，應依該訴訟上之請求背後是否具有物權效力而為判斷，再依租賃物返還請求之事件中，因原告亦得依所有物返還請求之，故該租賃物返還請求背後實有物權基礎，仍應使該判決對訴訟標的物繼受人發生效力。反之，若是買賣中的標的物交付請求，其背後並無物權基礎，仍不對繼受人發生效力。

(3)一律擴張說：此說認為，判決效力之主觀範圍，應是受判決效力所及之人是否受程序保障，以及是否有擴大解決紛爭之要求。因訴訟標的物之移轉，將產生在當事人及繼受人間發生爭執之可能，如能以一個

訴訟程序、一個判決解決該紛爭，不但有助於保障當事人之程序利益，亦維護公益層面之訴訟經濟。因此，繼受人既得依民事訴訟法第 254 條第 2 項承當訴訟、依第 58 條參加訴訟，或依第 54 條提起干預訴訟，受有事先之程序保障。於前訴判決確定後，亦得依第 507 條之 1 提起第三人撤銷之訴，得受事後之程序保障。因此，既有統一解決紛爭之必要、並有程序保障，可將前訴判決效力擴張及於繼受人。

2. 訴訟標的物之移轉，若繼受人在實體法上有善意受讓之情事，前訴判決是否對該繼受人發生效力？

(1) 實務見解：最高法院 96 年度台抗字第 186 號裁定認為：「民事訴訟法第四百零一條第一項所稱之繼受人，如其訴訟標的為具對世效力之物權關係者，依法律行為受讓該訴訟標的物之人，雖應包括在內。惟該條項規範之目的，並非在創設或變更實體法上規定之權義關係，有關程序法上規定之「既判力之主觀範圍」本不能與土地法及民法有關實體法上之重要權義關係規定相左，為確保交易安全，倘受讓該訴訟標的物之第三人，係信賴不動產登記或善意取得動產者，因受土地法第四十三條及民法第八百零一條、第八百八十六條、第九百四十八條規定之保護，其「既判力之主觀範圍」，基於各該實體法上之規定，即例外不及於該受讓訴訟標的物之善意第三人，否則幾與以既判力剝奪第三人合法取得之權利無異，亦與民事訴訟保護私權之本旨相悖。」因此，縱前訴之訴訟標的為物權請求，依同院 61 年台再字第 186 號判例，既判力及於訴訟標的物之繼受人。但因實體法上有善意受讓之情事，前訴之既判力例外不及之。

(2) 雙重善意說：此說認為，該繼受人除於實體法上須具備善意受讓之要件外，於訴訟上，更須具備善意不知有訴訟繫屬或有既判力，前訴判決始不對該既受人發生效力。

(3) 一律擴張說：如上所述，判決效力之主觀範圍，應是受判決效力所及之人是否受程序保障，以及是否有擴大解決紛爭之要求。因此，如賦予程序保障，縱實體法上有善意受讓之情事，該繼受人既得於訴訟上為爭執及主張，則無應區分該繼受人是否係善意受讓，得將該前訴之判決效力擴張及之。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(九)爭點整理(103 台大第一題、第二題、103 東吳第一題)

1.爭點整理程序：

(1)書狀先行程序

A.運用之事件類型：預估較無爭執、當事人較難到庭、須藉由法律以外專業協助之事件。

B.條文依據：民事訴訟法第 267 條、第 268 條、第 268 條之 1。

(2)準備程序

A.運用之事件類型：須參照繁瑣資料說明及計算、須藉由圖片、影片解說等複雜事件、或須保護隱私或營業秘密等事件。

B.條文依據：民事訴訟法第 270 條、第 270 條之 1 第 1 項、第 268 條之 1 第 1 項。

(3)準備性言詞辯論程序

A.運用之事件類型：當事人或利害關係人眾多、須以言詞為實質討論、社會重大如：消保、公害等事件。

B.條文依據：民事訴訟法第 250 條前段、第 268 條之 1 第 2 項。

(4)自律性爭點簡化協議

A.運用之事件類型：各種事件皆可使用。

B.條文依據：民事訴訟法第 268 條之 1 第 2 項、第 270 條之 1、第 271 條之 1、第 376 條之 1 第 1 項。

2.舉證責任分配時點：

我國民事訴訟法於修正後，改採爭點集中審理主義，因此，審理程序可略分為「爭點整理程序」及「證據集中調查程序」。於爭點整理後，既可得知當事人有所爭執之部分，就有爭執之事實，即應分配舉證責任，俾當事人得為盡力之攻擊、防禦。亦即，法院應於爭點整理之後階段，分配舉證責任。民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項規定：「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。」即揭櫫此意旨。

3.爭點整理方法：

(1)最上位爭點

A.訴之聲明須具體、明確、簡潔。

B.訴訟標的須特定至得與其他紛爭相區別的程度。

C.若原告選擇以權利單位型的方式特定訴訟標的，法院應續行論理型之爭點整理。以當事人所主張之實體法上權利，分析該構成要件及構成一要件事實。並判斷、歸納當事人所陳稱之事實屬於主要事實、

【高點法律研習班】

版權所有，重製必究！

間接事實或輔助事實。

D.若原告選擇以紛爭單位型的方式特定訴訟標的，法院應續行事實型的爭點整理。就當事人所陳稱之事實，分析可能構成何實體法上權利，再就該權利分析構成要件及構成要件事實。

E.法院應為闡明或公開心證。例如：當事人所主張之事實，是否有成立請求權競合之可能、依當事人所主張之事實，是否可能足以支撐其主張為有理由。

(2)事實上爭點

A.請求及答辯一貫性之審查。亦即，原告所陳稱之事實若假定為真，是否足以導出其請求有理由之結論，若否，應以其訴顯無理由駁回。此外，被告所抗辯之事實若假定為真，是否足以導出使原告之請求無理由之結論，若否，應毋庸就該事實在為爭點整理。

B.分析、評價當事人所陳述事實之性質，係為要件事實或為抗辯事實。

C.確認並促使當事人盡其具體化義務，以達於對造得為肯、否答辯之程度。

D.使當事人為肯否答辯與篩選，調查、認定何事實係當事人有所爭執且有調查之必要。

(3)證據上爭點

A.就有爭執之事實為舉證責任之分配。

B.篩選當事人所提出之證據，就無調查必要之證據或與爭點事實無關之證據予以剔除。

(4)法律上爭點

A.與最上位爭點整理有關者：若當事人就實體法律定性錯誤、或存有請求權競合時，應向當事人闡明，使其有機會修正定性或其訴訟上之請求。

B.與事實上爭點整理有關者：若當事人之主張或抗辯欠缺一貫性、或其陳述未盡具體化義務，應向其闡明，使之調整或補充其主張或陳述。

C.與證據上爭點整理有關者：依舉證責任分配規則，分配舉證責任，並視情況為舉證責任分配之調整。

D.與整體爭點整理有關者：是事件之特性，選用或合用爭點整理程序、擬定審理計畫、協同當事人成立自律性爭點簡化協議。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(十)舉證責任分配(103 台大第二題、103 政大第三題)

- 1.規範說：主張權利存在之人，應就該權利發生之要件事實負舉證責任；主張權利不存在之人，應就該權利之消滅、排除、障礙事實負舉證責任。
- 2.舉證責任減輕或轉換：斟酌該事件所具有於危險領域理論、武器平等原則、誠信原則或蓋然性理論等所考慮之因素，得認依舉證責任分配一般原則所確立舉證責任分配，於某當事人係屬不可期待者，法院即有將此依舉證責任分配一般原則所得結果加以調整之必要。例如：立法理由中舉出公害事件、交通事故、商品製造人責任、醫療糾紛等事件即有調整舉證責任分配之可能與必要。

(十一)上訴審

1.上訴不可分(102 東海第一題)

(1)上訴不可分之基本概念

民事訴訟法第 460 條第 1 項規定：「被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。」，此外，依民事訴訟法第 473 條第 1 項之反面解釋，上訴人得擴張上訴聲明。因此，縱僅敗訴之當事人就原審判決部分提起上訴，因於第 2 審言詞辯論終結前上訴人得擴張上訴聲明、被上訴人得提起附帶上訴，生全部判決暫不確定之效力，即為上訴不可分。

(2)未上訴部分之判決確定時點？

因上訴不可分將生全部判決暫不確定之效力，然而，第 1 審判決究於何時確定。因上訴不可分係因上訴人或被上訴人得於第 2 審言詞辯論終結前得擴張上訴聲明或提起附帶上訴，故應於確定不得擴張上訴聲明或提起附帶上訴之時點，判決始為確定。簡之，因於第 2 審言詞辯論終結時不得擴張上訴聲明或提起附帶上訴，故於此時判決即告確定。

(3)更審中得否擴張上訴聲明或附帶上訴？

A.附帶上訴：民事訴訟法第 460 條第 1 項規定：被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。但經第三審法院發回或發交後，不得為之。因此，在更審中不得附帶上訴。

B.擴張上訴聲明：民事訴訟法未有如第 460 條第 1 項之明文規定。最高法院 93 年度第 3 次民事庭會議認為：「民事訴訟法第四百六十條第一項但書雖規定經第三審法院發回或發交後不得提起附帶上訴，但同法第二審程序並無禁止上訴人擴張上訴聲明之規定，故上訴人在第三審法院為發回或發交後之第二審程序，仍得擴張上訴之聲明。」反之，學說基於當事人武器平等之原則，認為縱無明文之規

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

定，亦不應允許上訴人在更審中擴張上訴聲明。

2.第 2 審未提出理由狀之效果？(103 成大第三題)

上訴第 2 審關於理由書狀之提出，我國法係採任意提出原則，民事訴訟法第 444 條之 1 第 4 項規定，「當事人未依第一項提出上訴理由書或未依前項規定說明者，第二審法院得準用第四百四十七條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之」。亦即，第 2 審法院不得如民事訴訟法第 471 條第 1 項，「上訴狀內未表明上訴理由者，上訴人應於提起上訴後二十日內，提出理由書於原第二審法院；未提出者，毋庸命其補正，由原第二審法院以裁定駁回之」，而將上訴駁回，僅得依全辯論意旨斟酌，或就攻擊防禦方法予以失權效。若第 2 審法院誤將上訴駁回，當事人得提起第 3 審上訴；若屬不得提起第 3 審之事件，得對該第 2 審判決提起再審之訴。

3.第 3 審調查事實之範圍(102 東海第四題)

(1)第 3 審為法律審，原則上不得認定事實、調查證據：我國之第 3 審採事後審(或稱法律審)，係指第 3 審法院僅以第 2 審法院所調查之訴訟資料為判斷之基礎，並以第 2 審所認定之事實，為判斷判決是否正確之標準。當事人於第 3 審不得再提出新的訴訟資料或攻擊、防禦方法，第 3 審法院原則上也不重新認定事實。亦即，第 3 審法院以第 2 審法院所認定之事實為基礎，審查第二審法院之裁判有無違背法令，以達成裁判正確及統一法律見解之目的。民事訴訟法(下同)第 476 條第 1 項之規定，第 3 審法院，應以原判決確定之事實為判決基礎及基於此意旨而發。

(2)就一般之訴訟合法要件之相關事實，第 3 審法院得調查之：第 3 審雖為法律審，原則上不再認定事實，調查證據。然而，在第 3 審法院應依職權調查之事項，則不受此拘束。亦即，在起訴合法要件或上訴合法要件，如管轄、當事人能力、第 3 審上訴利益、於不變期間內提起上訴等事項，第 3 審法院仍得依卷內原有之訴訟資料為調查或斟酌。此外，關於第 3 審本身之程序上事項，如是否有訴訟停止之事由，亦得自行調查之。

(3)第三審之特別規定：

A.第 476 條第 2 項規定，言詞辯論筆錄記載當事人陳述之事實，第 3 審法院得斟酌之。亦即，若於第 2 審之言詞辯論筆錄，已記載當事人所陳述之事實，該事實為第 2 審之判決有關，而第 2 審漏未確定該事實，導致一造受不利益之判斷。如該漏未確定之事實受上訴理

【高點法律考班】
版權所有，重製必究！

由所指摘，縱非第 2 審所確定之事實，第 3 審亦得調查、認定之。此外，當事人若以第 466 條之 4 所提起之飛躍上訴，則因對第一審判決認定之事實並無爭執，即不適用第 476 條第 2 項之規定。

B.第 476 條第 3 項之規定：

(A)以違背訴訟程序之規定為上訴理由時，所舉違背之事實。例如：於第 2 審當事人未受合法之通知，法院竟為一造辯論判決，為不利於上訴人之判決。

(B)以違背法令確定事實為上訴理由時，所舉違背之事實。例如：依錯誤或違法之舉證責任分配法則所認定之事實。

(C)以違背法令遺漏事實為上訴理由時，所舉之該事實。例如：當事人在第 2 審依第 447 條第 1 項但書合法提出之新攻擊、防禦方法，第 2 審法院就該事實未為審酌亦為於其判決中加以說明。

(D)以違背法令認作主張事實為上訴理由時，所舉之該事實。例如：被上訴人未為清償之抗辯，第 2 審法院以被上訴人已為清償而為上訴人敗訴之判決，上訴人主張其違背辯論主義之事實。

4.上訴第 3 審未提出理由書狀亦未委任律師為訴訟代理人，第 2 審法院逕以當事人未提出理由書狀駁回上訴，是否合法？(103 成大第三題)

最高法院 90 年台抗字第 162 號認為：「第三審上訴係採律師強制代理制度，除有民事訴訟法第四百六十六條之一第一項但書及第二項之情形外，對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，如未委任律師為訴訟代理人，第二審法院應定期先命補正；於上訴人自行委任或經法院為其選任律師為訴訟代理人之前，上訴人尚不具表明上訴理由之能力，自不得以其未於同法第四百七十一條第一項所定期間內提出上訴理由書，即認其上訴為不合法，以裁定予以駁回。」因此，若同時存有未提理由書狀及未委任律師為代理人之瑕疵，應先定期命補正委任律師為代理人之瑕疵。

(十二)保全程序

1.定暫時狀態之處分(103 輔仁第二題)

(1)滿足性處分之規定：民事訴訟法第 538 條第 3 項規定：「第一項處分，得命先為一定之給付。」

(2)定暫時狀態之審理，原則上應使當事人有陳述之機會，民事訴訟法第 538 條第 4 項規定：「法院為第一項及前項裁定前，應使兩造當事人有

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

陳述之機會。但法院認為不適當者，不在此限。」

- (3)緊急處置之規定：民事訴訟法第 538 條之 1。
- (4)定暫時狀態之裁定被廢棄或變更時，法院得依抗告人之聲請，在該裁定內命聲請人返還其因原先之滿足性處分所受領之給付，便利抗告人之聲請程序：民事訴訟法第 538 條之 2。
- (5)定暫時狀態之裁定被撤銷時，若債權人並無過失，其賠償責任得減輕或免除之：民事訴訟法第 538 條之 3。
- (6)民事訴訟法第 538 條之 4 是否准用第 536 條，亦即，得否因債務人供擔保後免為或撤銷定暫時狀態處分：
- A.否定說：最高法院 94 年度台抗字第 18 號裁定認為：「債務人將因假處分而受難以補償之重大損害，或有其他特別情事，法院固得依民事訴訟法第五百三十六條第一項規定，准許債務人之聲請，於假處分裁定內，記載債務人供所定金額之擔保後，免為假處分，惟定暫時狀態之假處分，其目的在防止發生重大損害，或避免急迫危險，性質與保全強制執行之假處分仍有不同，故上開准許債務人供擔保後，免為假處分之規定，於定暫時狀態之假處分，自無準用之餘地。」
- B.肯定說：最高法院 94 年度台抗字第 743 號裁定認為：「定暫時狀態之處分，雖非以保全執行為主要目的，惟仍屬保全權利之方法，原係法院為防止發生重大損害或避免急迫危險或有其他相類之情形認為必要時，為平衡兩造間之權利義務或利益而為之裁定，兩造當事人之權益固因此而受有影響，惟若定暫時狀態處分之保全權利方法，對債務人可能造成重大之損害，或債權人所受之損害非不能以金錢補償時，即不能謂債務人不能供擔保免為假處分或撤銷假處分。」
- C.學說見解：定暫時狀態之審理，依民事訴訟法第 538 條第 4 項之規定，應使兩造有陳述之機會。此外，依同法第 538 條第 3 項滿足性處分之規定，可知定暫時狀態之處分有本案化之傾向。且定暫時狀態之處分係為避免發生重大損害、急迫危險或其他有必要之情事，具有某程度上之公益性，與假處分係為保全債權人將來之強制執行有所不同。因此，法院於審理時，就有無定暫時狀態之必要與擔保解放之允許否，應一併審理之，以維護當事人程序利益及公益層面之訴訟經濟。若有急迫之情事，則可利用民事訴訟法第 538 條之 1，先為緊急處置。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

2.保全執行與終局執行競合(102 東海第三題)

- (1)保全執行，係指執行之結果，僅可使債權人之權利獲得暫時之保全，尚無法滿足其權利。若欲滿足其權利，仍須經終局之執行始可。民事訴訟法(下同)第 522 條之假扣押、第 532 條之假處分即屬保全執行之例。例如：某甲依侵權行為損害賠償請求權，向乙請求 100 萬元之賠償，為免乙脫產，對乙之財產聲請假扣押。此時，某甲尚未取得 100 萬元之賠償，僅係避免其將來取得勝訴判決後因乙無財產而無從受償。終局執行，則指強制執行之結果，可使債權人滿足執行名義之請求權。本案確定判決、假執行判決即為終局執行名義。例如：某甲依侵權行為損害賠償請求權，向乙請求 100 萬元之賠償，於取得第一審勝訴判決後，有第 389 條或第 390 條假執行之宣告時；或取得確定勝訴判決後，經向執行法院聲請強制執行，實際取得該 100 萬元之賠償。
- (2)強制執程序之競合，指數債權人，依數個執行名義，對同一債務人之同一標的物，同時或先後聲請強制執行之情形。此外，若終局執行與保全執行發生競合，如本件之先為假處分執行，後聲請終局執行。應如何處理，有下述三說：
- A.假處分優先說：此說認為，假處分不僅禁止債務人任意處分標的物，亦禁止基於強制執行之處分。因若允許其他債權人得對假處分之標的物為終局執行，則假處分債權人欲藉假處分以保全其權利之目的即會落空。
- B.終局執行優先說：最高法院 62 年度第一次民事庭庭長會議決議(五)及同院 70 年度第 10 次民事庭會議決議(一)認為，基於平等主義之立場，禁止債務人就特定財產為處分行為之假處分，其效力僅在禁止債務人就特定財產為自由處分，並不排除法院之強制執行。故對於假處分之財產，他債權人仍得為終局執行。假處分債權人若有實體上之權力得排除強制執行者，僅得依第三人異議之訴救濟之。
- C.折衷說：此說認為，若先有假處分之存在，則他債權人之終局執行僅得聲請查封，但尚不得換價。依此說，假處分執行似乎有較為優先之效力。

三、結語

以上自本年度法研所入學考試中，整理出大部分之考試爭點，從爭點分布而言，明顯可以看出，與以往民事訴訟法上之重要概念與爭議並無重大脫節或重

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

大更新。因此，在國家考試的準備上，除須補充重要之訴訟實務上之規定或事項，如支付命令、假執行、保全程序以外，仍須注意、熟記傳統上之重要爭點。在作答上，除爭點辨識外，實務見解與學者多數見解併陳，為最基本也最重要之能力。另外，因現行律師、司法官考試第二試皆提供相關法條供考生參考，因此，若有實定法上之基礎，務必指出，但切勿重現條文。實務見解之字號是否必須背誦，依個人記憶能力而有不同，無須強求。但實務見解之重要內容，應熟記之，若有重要判準，建議適度加以背誦，除方便判斷外，也可增加文字之優美感。

爭點熟記、條號指出、實務學說併陳。祝考試順利！



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！