

以法研所考題看 112 年國考趨勢—民事訴訟法篇

編目 | 民事訴訟法

主筆人 | 冰杰

壹、前言

從法研所的民事訴訟法考題來預測國考方向，最主要的任務是在去除某些在個別老師的特殊見解下才會被看到的爭點，大致掌握重點出題區塊，在把握好實務見解外，適當加入學說見解，豐富答案。其實民事訴訟法題目大致上分為兩區塊，一部份就是傳統學說爭議戰場，例如連帶債務有沒有合一確定、類似必要共同訴訟人之上訴、參加效、當事人恆定原則、訴訟標的理論等等，這些永遠吵不完的爭點會經過包裝和變形反覆在考題中出現；另一種就是實務見解，例如 111 年的司律民訴考題就出了實務爭論很大的袋地通行權訴訟類型，還有 112 年北大民訴第一題跟東吳民訴第一題都是考實務見解，這也是要持續追蹤把握的。除此之外，民事訴訟法問題很難脫離民法而存在，或多或少都會涉及民法的基本理解，例如處理袋地通行權訴訟類型爭議首先需清楚理解袋地通行權之內涵才能妥善處理，連帶債務有沒有合一確定同樣也涉及到實體法的理解，以及公同共有債權屬於類似必要共同訴訟抑或是固有必要共同訴訟也與實體法問題緊密關聯，112 年台大民訴第一題也涉及對於履約保證之理解，爭點整理考題更不用說了，沒有對於事實所涉實體法要件有準確的分析根本很難寫好。基此，透過法研所題目預測及練習國家考試，重點有三塊：

1. 把握好學說爭議問題，除精確掌握實務見解，能適當加入學說見解更佳
2. 持續追蹤重要實務見解，重要實務見解可能同時是法研所和國考的題目
3. 練習思考民法與民事訴訟法緊密不可分的聯繫關係

貳、學說爭議考題

一、訴訟參加 (112 年台大第一題)

(一) 契約定性錯誤問題

關於契約定性 (或權利定性) 問題，要區分兩個階段來看。第一個階段是爭點整理階段，第二個階段則是經過證據調查後之心證。

在第一個爭點整理階段需先為一貫性審查，此時需要假設原告主張皆為真實，能否合理推論出其請求，即根據原告的主張能否得出一個基於保證契約請求被告給付之結論，如可以得出該請求權則通過一貫性審查；可證性審查部分由於主張保證契約請求權者乃原告，則其須就保證契約之事實負舉證責任，被告只要舉證至法院就發生該權利之保證契約存在不能形成確信之心證即可 (例如舉證契約已消滅或該契約並非保證契約)。

版權所有，重製必究！

至於第二個階段才是關鍵，如果法院經過證據調查後發現該契約並非如原告主張的是保證契約，而是擔保契約，法院應該如何處理？

有實務見解認為，最高法院 102 年度台上字第 269 號民事判決：「兩造所訂系爭裝潢工程契約係屬承攬契約，經原審一再闡明，上訴人仍主張依檜木材料買賣契約之法律關係，請求被上訴人給付買賣價金，未依承攬契約之法律關係，請求被上訴人給付承攬報酬，法院自無從就後者加以審究。」最高法院 103 年度台上字第 476 號民事判決：「根據處分權主義，當事人就其訴訟標的有特定之權能及責任，法院不可取而代之……因此，法院依職權適用法律，應在當事人所特定之訴訟標的之範圍內，始可為之，而不能逕行變更當事人所主張之訴訟標的，以尊重當事人實體上處分之自由，並貫徹無訴即無裁判之司法中立性原則，及避免造成突襲性之裁判。」許士宦教授亦採此見解，其認為竟然法院已闡明其針對契約定性之法律見解，律師此時宜為預備合併，若律師因各種原因未為合併，則於處分權主義下法院應尊重原告，將原告主張該契約之請求權作為審判對象，此並非單純當事人之法律上陳述對法院並無拘束力之問題，蓋以何者為訴訟標的由原告決定、表明，訴訟標的之特定係屬原告選擇、決定之權責範圍，法院既已闡明，原告若仍堅持其主張，則在處分權主義及辯論主義下，法院只能判決原告敗訴，其本案請求為無理由¹。

另有見解認為，法院仍應依其所認正確之法律見解為裁判，不得以原告自行權利定性之法律見解作為訴訟標的而以之為本案審判對象，因為原告特定權利為訴訟標的時仍須與所主張原因事實相結合，如果從原因事實即足以識別審判對象範圍，縱使原告為錯誤之評價、定性，仍應以其為限定訴訟標的所主張之原因事實為準，而非以其定性之權利主張為準予以特定為訴訟標的²。惟為防止突襲性裁判，法官應闡明其法律見解，並使其有機會進行辯論，不過如原告經法院闡明後不變更其見解，法院仍應依其認為正確之法律適用為裁判，而不受當事人所主張者拘束³。最高法院 106 年度台上字第 2962 號民事判決：「按所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。該法律關係為何，依民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款規定，須依原告起訴時所主張之原因事實特定之。就原告主張之原因事實，倘無實體法上請求權競合之情形，則該原因事實所該當之實體法上單一權利，應依法官知法、法官依法獨立審判等原則，由法官依職權為法律之適用，不受當事人法律上主張之拘束。且就此非屬當事人得處分之法律適用，亦不得由當事人協議之，並使法院受其拘束。又受訴法院所持法律見解，倘與當事人陳述或表明者有所不同，因將影響裁判之結果，審判長自應向當事人發問或曉諭，令其就訴訟關係所涉

¹ 許士宦，民事訴訟法（下），新學林，頁 146，2021 年 1 月。

² 邱聯恭，程序利益保護論，台大法學叢書，頁 190-191，2005 年。

³ 沈冠伶，訴訟標的之闡明與紛爭一次解決（下）—從闡明制度論法院之協力及當事人之處分，月旦法學雜誌，262 期，頁 124-143，2017 年 3 月。

法律觀點，為必要之法律上陳述，以盡民事訴訟法第 199 條第 1 項、第 2 項規定之闡明義務，並利當事人為充分之攻擊防禦及適當完全之辯論。」

(二) 訴訟參加

第二小題基本上是把訴訟參加整個考完，考驗同學的基本功，包含法律上利害關係判斷、從參加獨立參加合一確定之判斷、參加效，分別就這些爭點討論即可，再次說明前一小題結合民事實體法，以及該小題測驗傳統爭議跟基本功，都很重要。

首先就法律上利害關係，係指第三人在私法或公法上之法律關係或權利義務，將因本案訴訟之判決結果受有影響者。此乃較狹隘之定義，其判斷應不以此為限，包含⁴：

1. 判決不論有利或不利對第三人發生既判力者
2. 判決具有形成力而影響第三人之權利者
3. 判決對於第三人具有執行力擴張者
4. 判決理由中先決事項對第三人發生拘束力者
5. 在形式當事人間為訴訟標的而受到裁判之法律關係作為第三人權利或義務之構成要件部分情形：主要涉及從屬債務
6. 判決理由中就主要爭點之判斷，對第三人之權利狀態有所影響者

其次其訴訟法上地位涉及訴訟參加之類型，而從參加和獨立參加區分關鍵在於「合一確定」：

1. 法律上合一確定：法律上合一確定係指該訴訟所為本案判決之效力，及於未為當事人之第三人，即以訴訟法之角度觀之，其是否受既判力所及需為同勝同敗之一致性判決。
2. 論理上合一確定：當事人主張之法律關係，就共同訴訟人間在實體法上必須合一確定，而不得為歧異之判決者，即屬必要共同訴訟之範疇。亦即，在實體法律關係如有相一致判決必要者，即具有合一確定之必要。於論理上合一確定的情形，宜盡量類推適用必要共同訴訟規定的方向解決問題。

本件就該保證書究竟為何契約並且乙是否負有給付義務可能也涉及丙嗣後會不會遭求償，應有論理上合一確定，故丙應為獨立參加。

最後針對參加效的爭議，先談論參加人和被參加人之間是否具有參加效，本件為被參加人方勝訴，有見解認為參加效僅於被參加人敗訴時發生效力⁵，因為兩者乃居於共同戰線

⁴ 沈冠伶，民事訴訟上之參加人與實質上當事人從最高法院民事裁定 90 年度台抗字第 88 號到最高法院民事判決 98 年度台上字第 1372 號，月旦裁判時報，第 1 期，頁 80-81，2010 年 2 月。

⁵ 駱永家，民事法研究 I I I，頁 188，1989 年 7 月。

之戰鬥同志，應共同承擔敗訴之結果，參加效根據之誠信原則，係以參加人應分擔被參加人之敗訴責任為內容，故在被參加人勝訴之情形，參加人與被參加人之間及不發生參加效，惟參加人既已參與訴訟程序，則於被參加人勝訴時應有爭點效⁶；惟劉明生教授認為，立法者並未區分勝、敗訴而異其效力，基於敗訴責任分擔以及訴訟法上機會平等原則，應皆有參加效發生⁷。至於參加人與他造當事人間，劉明生教授認為基於民事訴訟法第 63 條規定，以及參加人並非當事人，不生此等效力⁸，實務多採此見解；然許士宦教授認為參加人業受程序保障，以事前、事後程序保障作為判決效力擴張之原則性基礎與補充性基礎，應擴大判決效力解決紛爭之功能，參加人應受本訴訟之確定判決效力所及，包含既判力和爭點效⁹。

二、訴訟繫屬登記與確定判決效力擴張（112 年政大第三題）

（一）訴訟繫屬登記要件

我國民事訴訟法於 2017 年新修正訴訟繫屬登記之合法要件，新法第 254 條第 5、6 與 7 項之規定，就訴訟繫屬登記之容許性要件有兩方面重要修正¹⁰：

1. 我國部分學者在舊法時代認為不論係債權請求權或物權請求權均應認為有訴訟繫屬登記之適用¹¹。然而新法限縮於「物權關係之請求」，避免其適用範圍過大，對他造當事人不利，且將可能「事實上」影響到或限制到真正權利人有權處分之自由，此亦為德國通說之見解。
2. 於 2017 年新法修正前，有學者主張僅原告起訴合法且具請求主張一貫性即可容許原告為訴訟繫屬登記，無需原告就本案請求加以釋明。在修正後尚有學者主張，只要原告於起訴時，其本案請求已經過合法性之審查，且已盡事實主張具體化義務及理由說明義務，而通過一貫性審查之情形，通常可認非顯無理由，而應維持訴訟繫屬之效力，據此即得許可辦理訴訟繫屬之登記。於此情形既無要求原告再釋明本案請求之實益，亦無命其供擔保之必要。受訴法官根據其職務上已顯著或已知之訴訟繫屬事實，准許原告之聲請¹²；惟劉明生教授認為，訴訟繫屬登記雖不會發生法律上限制處分之效果，但其將造成被告現實上無法處分或者融資之窘境，導致其處於非常危險之狀態。因此，僅要求起訴合法而且非顯無理由，僅要求主張一貫性審查，對於被告而言實過於不公平。因此原告應能夠釋明本案請求存在

⁶ 許士宦，參加訴訟之判決效，月旦法學雜誌，第 254 期，頁 7-9，2016 年 7 月。

⁷ 劉明生，輔助參加之確定判決效力—既判力、爭點效抑或參加效？，月旦法學雜誌，第 265 期，頁 128，2017 年 6 月。

⁸ 劉明生，前註 7，頁 127-129。

⁹ 許士宦，前註 6，頁 12-18。

¹⁰ 劉明生，訴訟繫屬登記與確定判決效力，月旦法學教室，第 183 期，頁 39-40，2017 年 12 月。

¹¹ 許士宦，當事人恆定主義之新開展，收錄於：民事及家事程序之新建構，頁 115，2015 年 10 月。

¹² 許士宦，前揭註 11，頁 115。

始能容許訴訟繫屬登記，若原告釋明不足亦可命其供擔保，但原告不能完全無任何釋明，僅以主張一貫性即可。而民事訴訟法第 254 條第 6 項所稱釋明本案請求之要求，應認為係需達到優越蓋然性之證明標準，其一方面並未要求達到原則性證明度—非常高的蓋然性，但另一方面亦非低的蓋然性或所謂薄弱之心證、大致上可信之程度。

本件闡述完上述要件，即可進行涵攝，首先針對甲之請求是否為物權關係之請求進行涵攝；再者就是甲提出買賣契約無效之證據除一貫性審查之外，是否以釋明本案請求達到「優越蓋然性」之程度，若有所不足則法院得命其供擔保。

(二) 確定判決效力擴張

本件係於判決確定之後原告始將 A 屋所有權即訴訟標的之法律關係移轉於繼受人之情形。

若按照許士宦教授之見解，此乃基準時點後原告移轉訴訟標的之法律關係之情形，其就當事人恆定和確定判決效力擴張採「既判力全面擴張說」之見解，此時認為丙應為民事訴訟法第 401 條第 1 項中之繼受人，仍應受既判力主觀範圍所及，惟其所不得再爭執之事項，即既判力客觀範圍，乃「甲對乙就 A 屋之所有物返還請求權」，並且係就該訴訟標的法律關係於基準時點以前之法律狀態不得再爭執，其就自身對於乙就 A 屋之所有物返還請求權仍得再行爭執。

惟劉明生教授認為，於原告有權處分且敗訴之確定判決（例如認定被告為有權占有），既判力是否擴張及於繼受人，此種情形則須區分不同情形判斷，如法院認定有權占有之權源為使用借貸，則此債權之占有權源不能對抗所有物之受讓人，應認既判力不擴張及於繼受人。如法院認定之占有權源為租賃，於有買賣不破租賃適用之情形，應認既判力擴張及於繼受人。於無買賣不破租賃適用之情形，應認既判力不擴張及於繼受人。如占有權源為物權，基於物權追及效力，應認既判力擴張及於繼受人¹³。

本題應遵循劉明生教授之見解，認為本件乃使用借貸之情形，既判力不擴張及於繼受人。

參、重要實務考題

一、代位訴訟（112 年東吳第一題）（112 年北大第一題）

（一）代位訴訟中代位人將債權全部讓與第三人是否影響訴訟程序

此題目完全是在考臺灣高等法院暨所屬法院 108 年法律座談會民事類提案第 19 號的爭點。

¹³ 劉明生，訴訟系爭物或訴訟標的權利之繼受與既判力主觀效力範圍之擴張，政大法學評論，第 135 期，頁 199-200，2013 年 12 月。

首先第一個問題，就是在代位訴訟中訴訟標的究竟為何？是甲對乙的債權還是乙對丙的債權？早期實務見解最高法院 67 年第 11 次民庭決議認為是甲對乙的債權；但該座談會同通說見解認為代位訴訟之訴訟標的是乙對丙之債權，甲此時乃法定訴訟擔當。

第二個問題乃最重要之問題，即甲將債權全部讓與給戊，此時訴訟程序應如何處理？是否適用當事人恆定之規定呢？該座談會提出甲乙丙三說：

甲說：訴訟程序當然停止，應由丁承受訴訟。適用民事訴訟法第 172 條規定。

乙說：不影響訴訟程序之進行，應逕以判決駁回。無當事人恆定之適用。

丙說：不影響訴訟程序之進行，惟丁得承當訴訟。

該座談會最終採乙說，其認為：「按債務人怠於行使非專屬其本身之權利，致危害債權人之債權保全時，民法第 242 條規定債權人得以自己之名義行使債務人之權利，以資救濟。倘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第三人債務人之實體法上權利。代位權則屬債權人之權能，若代位人與被代位人間並無債權債務關係時，自無代位權存在（最高法院 49 年台上字第 1274 號判例意旨參照）。上開代位規定，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。故債權人對債務人之債權是否存在，僅係債權人是否取得提起代位訴訟之當事人適格要件，並非該訴訟之訴訟標的。又當事人適格有欠缺者，法院應以判決駁回之（最高法院 29 年渝抗字第 347 號判例參照）。依題意，債權人甲於訴訟進行中，將其對債務人乙之債權讓與丁，對債務人乙之債權已不存在，不符合民法第 242 條代位權行使之要件，應已喪失實施訴訟之權能，核屬當事人適格有欠缺，法院自應以判決駁回其訴。」

可見就是否適用當事人恆定規定關鍵在於甲對乙之債權是否為「訴訟標的之法律關係」，乙說認為：「為當事人適格問題，非構成訴訟標的之事項，其實施訴訟權能於訴訟進行中，因將對債務人之債權讓與他人而喪失者，即屬欠缺當事人適格之要件，應以判決駁回其訴，且此非訴訟標的法律關係之移轉」但當事人恆定不就是用來彌補當事人欠缺之當事人適格以維程序之進行嗎？何謂此為當事人適格之問題，非構成訴訟標的之事項，語焉不詳，又審查意見認為「故債權人對債務人之債權是否存在，僅係債權人是否取得提起代位訴訟之當事人適格要件，並非該訴訟之訴訟標的」但當事人恆定從來也不是適用於移轉訴訟標的之情形。訴訟繫屬中當事人得移轉者為實體法之法律關係，並非訴訟法上之訴訟標的，實體法之權利義務與訴訟標的兩者概念不同，故當事人在訴訟外得移轉者係實體法之權利義務，並非訴訟標的，蓋訴訟標的係原告主觀上之權利主張，僅得成為法院判斷之對象，不許成為當事人與第三人間移轉之客體¹⁴。因此甲對乙之債權非屬本案之訴訟標的應該不是重點，關鍵應在於甲對乙之債權對於本案訴訟標的而言，是否具有依存關係，亦即

¹⁴ 陳榮宗，民事訴訟法（上），三民，頁 269-270，2020 年 1 月。

本案之所以可以向丙請求給付，該請求權係依附於乙對丙之債權而非甲對乙之債權，故應無當事人恆定之適用。進一步得考慮該座談會甲說或乙說之適用。

(二) 債權人得否代位債務人提起上訴

該爭議也是實務討論許久之問題，依照最高法院 92 年度台上字第 1886 號判例：「按民法第 242 條所定代位權行使之範圍，固可包括提起訴訟之行為在內，惟在訴訟程序進行中之行為，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。」由此可知實務基本上將代位權之客體分為兩類：

1. 可代位提起：為保全債權，以自己名義啟動一定獨立程序
2. 不可代位提起：以債務人為主體之已開啟之程序

本題針對該實務見解討論即可，惟有學者認為判例以「訴訟程序進行中之行為……僅訴訟當事人始得為之」作為否定得代位提起上訴之標準，猶待商榷，因為「起訴」及「上訴」後，其實二者均屬於「由當事人（被代位之債務人）始得進行訴訟行為」，應無二致，應無理由肯定得代位起訴，卻否定得代位上訴之理¹⁵。