

從 113 年法研所試題看國考趨勢—民事訴訟法篇

編目 | 民事訴訟法

主筆人 | 武律師

壹、前言

一般於每年年初開始進行的各校法律研究所考試，多被視為該年度國家考試（一般舉辦於每年七月份以後）的前哨戰，經由法研所考試的出題內容，除了能夠了解目前出題老師們最為關心的議題外，更重要的，也能夠藉此預測當年度（甚至是未來幾年）國家考試的出題風向。為協助各位讀者備戰國考，筆者特別分析今年（113 年度）「臺大」、「政大」及「臺北大」三校法研所「民事訴訟法」一科的考題，精選出四大最具有可考性的熱門考點，並為各位讀者說明如後：

貳、熱門考點

一、訴權理論（臺大第 1 題）

關於「訴權理論」，我國傳統實務見解傾向「權利保護請求權說」，即認為民事訴訟之制度目的在於「保護私權」，故「訴權」者，乃指「當事人請求法院以判決保護其私權之權利（公法權利）」，而原告若欲取得勝訴判決（即享有「權利保護請求權」），應具備下列要件，而其要件之審查亦應按下列順序為之（訴訟要件優先審理原則、「先程序後實體」之原則）：

（一）訴訟成立要件（一般訴訟要件）：

即於任何訴訟均須具備之要件，如民事訴訟法第 249 條第 1 項第 1~8 款所定事項（又稱「絕對訴訟成立要件」），若完全具備，則原告之起訴合法；反之，若有欠缺，則原告之起訴即非合法，如不能補正或原告未依限補正，法院應以「裁定」駁回之。

（二）權利保護要件：

若原告之起訴具備上開「訴訟成立要件」（一般訴訟要件）而合法，則法院即可審酌原告之訴是否具備下列「權利保護要件」（即享有「權利保護請求權」），若具備，即可「判決」原告勝訴；反之，若欠缺「權利保護要件」，即應以「判決」駁回原告之訴。

1. 訴訟法上之權利保護要件：

此類權利保護要件為訴訟法上所規定，法院應依職權調查其存否，主要包括下列二者：

（1）當事人適格：

「當事人適格」者，乃指得以自己名義為當事人（原告或被告），而受本案

判決之資格。¹

(2) 權利保護必要（訴之利益）：

原告之訴權有以法院判決實現之必要性；亦即原告之請求內容有值得保護之利益，或稱「請求正當利益」，例如「確認之訴」之「即受確認判決之法律上利益」（確認利益）即屬之（民事訴訟法第 247 條第 1 項規定參照）。應注意者係，民國 110 年 1 月 20 日公布之新修正民事訴訟法第 249 條第 2 項規定修正理由謂：「當事人適格及權利保護必要，亦屬訴訟要件。原告之訴欠缺該要件者，實務上雖認其訴為無理由，以判決駁回之；惟此判決之性質為『訴訟判決』，與本案請求無理由之實體判決有別，現行條文第二項未予區分，容非妥適。為免疑義，宜將之單獨列為一款，以示其非屬無理由之本案實體判決。」。似較接近「本案判決請求權說」之觀點，與傳統實務傾向之「權利保護請求權說」形成前後理論不一貫之現象。故如許士宦老師即認為，在修法之下，不宜再認為民事訴訟法就訴權理論採「權利保護請求權說」，此說理論已不足以說明修法意旨（貫徹訴權乃當事人之程序上權利，與實體法之私權有別），不宜再混淆實體法與程序法。²

2. 實體法上之權利保護要件：

即「本案訴訟標的法律關係」。如有欠缺，法院應為原告本案請求無理由之實體敗訴判決。就此，可參考最高法院 79 年度第 1 次民事庭會議決議：「關於訴權之權利保護要件有三，即：（一）關於當事人適格之要件，（二）關於訴訟標之法律關係之要件，（三）關於保護必要之要件。其中（一）、（三）兩項要件，為法院應依職權調查之事項，苟經當事人提起合法之上訴，不問上訴理由有無指摘及此，第三審法院均應依職權調查之。」。

又相對於「權利保護請求權說」，學說上另有採「本案判決請求權說」者，其認為訴權係私人得利用民事訴訟制度，向法院起訴，請求審判、解決紛爭之公法上權利。原告起訴之目的，在求法院就其訴訟標的在實體上有無理由為本案判決，不論法院為原告勝訴或敗訴之判決，均承認原告訴權存在，此與前述「權利保護請求權說」於為有利原告之判決時，始承認訴權存在之情形不同，且其所列「訴訟要件」，不僅包括「一般訴訟要件」（民事訴訟法第 249 條第 1 項規定參照），並涵蓋「權利保護要件」中「保護必要」及「當事人適格」之要件，但不包括訴訟標的法律關係之要件。因法院就原告之請求，有以本案判決之必要時，始得為

¹ 姜世明，〈民事訴訟法(上冊)〉，2012 年 11 月一版一刷，新學林出版股份有限公司出版，頁 160。

² 許士宦，〈訴權理論之新開展〉，月旦法學雜誌第 334 期，頁 11。

本案判決；若當事人適格有欠缺者，法院毋庸為本案之辯論及判決。此等訴訟要件不備時，法院應以「訴訟判決」駁回原告之訴，而非以其訴無理由予以駁回。³而許士宦老師認為，民國 109 年修正所建構之訴權制度，已就長年有關訴權內容及裁判方式之爭議，於立法上加以解決。該新構之訴權制度，肯認當事人對於法院有訴權存在，於具備「當事人適格」及「訴之利益」（權利保護必要）等要件之情形，如未欠缺其他一般訴訟要件，法院應就原告之訴訟上請求有無理由作成本案判決，就訴訟標的之法律關係存否為實體裁判，以保護、確定權利、宣示「法」之內容等實質基準，而終局解決當事人間之法律上紛爭。故「本案判決請求權」即為「訴權」內容。而在訴權要件具備之情形，無論原告或被告均有訴權，而得請求法院為本案實體判決，以貫徹憲法上訴訟權及平等權之保障。⁴

二、間接反證⁵（政大第 3 題）

（一）「本證」與「反證」：⁶

1. 本證：

「本證」者，乃指當事人就自己應負舉證責任之事實所提出之證據（「應負舉證責任一造當事人」所為）。其應使法院達成「確信」，始能謂成功。

2. 反證：

「反證」者，則指為否認對造負有舉證責任之事實所提出之證據（「非負舉證責任一造當事人」所為）。其毋庸使法院達成「確信」，僅須能夠「動搖」法院之確信，使對造主張之事實陷於「真偽不明」之狀態，即可謂成功。故此一「反證」之提出，並非「舉證責任轉換」。又「本證」之證明對象與「反證」之證明對象乃適正相反，正向事實（例如被告有持刀殺害某甲）與反向事實（例如被告未持刀殺害某甲）乃相對立。⁷

3. 應注意者係，姜世明老師提醒到：「就應負舉證責任一造當事人對待證事實所應提證據被稱為本證，此一當事人並不限於原告，若被告對某待證事實應負舉證責任者，例如主張系爭債務已清償，則就清償事實，被告所提證據乃本證，足見被告之抗辯事實，非均可被歸類於反證；反之，原告所提證據，亦未必均為本證。」⁸

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

³ 許士宦，〈訴權理論之新開展〉，月旦法學雜誌第 334 期，頁 8-9。

⁴ 許士宦，〈訴權理論之新開展〉，月旦法學雜誌第 334 期，頁 21。

⁵ 以下引用、整理自姜世明，〈間接反證之研究〉，台灣法律人第 27 期，頁 14-30。

⁶ 以下引用、整理自駱永家，〈民事訴訟法 I〉，1999 年 3 月修訂九版，頁 159 以下。

⁷ 姜世明，〈間接反證之研究〉，台灣法律人第 27 期，頁 15。

⁸ 姜世明，〈論客觀舉證責任〉，收錄於氏著《民事證據法實例研習（二）暨判決評釋》，新學林出版股份有限公司出版，2011 年二版一刷，頁 282。

(二) 意義：

無論係「本證」或「反證」，均有「直接證明」或「間接證明」之分。而就「反證」而言，其「直接反證」乃指針對「主要事實」（第一事實、本證）之直接反駁，其僅需動搖法院對於該事實之「確信」，使該事實再次陷於「真偽不明」之狀態，即可謂成功，而無須令法院對於該事實之非真實形成「確信」。

至於「間接反證」，其係指非負舉證責任一造當事人對於「主要事實」（第一事實、本證），非直接加以反駁，而係藉助其他事實（附隨事實、第二事實）推得「主要事實」（第一事實、本證）之「非真實」，抑或至少陷於「真偽不明」。

(三) 性質及作用：

「間接反證」不影響原「主要事實」（第一事實、本證）之舉證責任分配，亦非舉證責任轉換，原主要事實仍由原應負舉證責任一造當事人負擔之，至於「間接反證」之證明對象係第二事實（附隨事實），其係由非負舉證責任一造當事人負「證據提出責任」（主觀舉證責任），須使法院對於第二事實形成「確信」，其後藉由該第二事實（附隨事實）推論動搖法院對於「主要事實」（第一事實、本證）所形成之確信，若非負舉證責任一造當事人對於第二事實（附隨事實）之舉證未能成功，亦並非使法院進行舉證責任裁判，而係讓法院仍維持原對於「主要事實」（第一事實、本證）所形成之「確信」而已，因而非負舉證責任一造當事人對於第二事實（附隨事實）並未負有「客觀舉證責任」。

(四) 案例說明：

1. 侵權行為：

設甲主張丙殺害甲之父乙，應負侵權行為損害賠償責任。茲說明如下：

- (1) 甲聲請傳訊目擊證人丁，證稱：當時看到丙持刀砍殺乙三下。丁乃屬直接證據之證據方法。對於此一本證，法院須達到對「被告丙有殺害乙之事實」（主要事實、第一事實）有所確信之程度。
- (2) 承上，若此時丙聲請傳訊證人戊，用以證明「當時丙並未持刀砍乙」。則該證人戊為「直接反證」，法院對於戊之證詞所欲證明之「當時丙並未持刀砍乙」事實一節並不須達到「確信」，僅需達到動搖法院原對於丁證詞所生對於「丙有殺害乙之事實」之確信心證即可。
- (3) 再承上，惟若丙所提「反證」乃一磁片，其中錄影內容乃「丙當時在其他城市，不在現場」，或「丁自己洋洋得意地說他收了甲的錢所以在法庭上作偽證」，此一錄影內容乃指向其他事實，亦即「丙當時在另一城市」、「丁偽證說謊」，此等間接事實（附隨事實、第二事實），係用以推論主要事實之不存在，其乃反證程序中之間接證明，因涉及非主要事實之相反

事實之其他事實，因而屬於「間接反證」。而對於該等「其他事實」（第二事實），非負舉證責任一造當事人對之需舉證到令法院形成「確信」，而後據以審查是否足以動搖法院對於「被告丙有殺害乙之事實」（主要事實、第一事實）之「確信」。

2. 非債清償之給付型不當得利：

- (1) 若債權人（原告）對於債務人（被告）所陳明收受給付之原因（例如「贈與」）舉證反駁，法院認為其舉證成功，對於「無贈與關係存在」之事實形成「確信」，則債務人（被告）若欲提出反證以證明有贈與關係存在，例如A證人證稱其有見聞兩造間訂立贈與契約，此乃屬於相反事實，係「反證」之性質，僅令法院對原已對「無贈與關係」存在所形成之確信予以動搖即可，無須對於「有贈與關係」舉證使法院形成確信。
- (2) 承上，惟若債務人（被告）乃主張其他間接事實用以推論「有贈與關係」，例如債務人主張債務人與債權人乃兄弟關係，父親死亡前交代債權人需給付500萬元扶養弟弟，債權人當時跪在病床前表示同意，故債權人2年內所陸續匯到債務人帳務之款項係贈與。對此主張中所稱父親有交代事、債權人同意等情，債務人所提證據，乃「間接反證」。

三、民法第252條關於「違約金核減（酌減）」之規定與辯論主義（政大第4題）

- (一) 傳統實務見解認為，民法第252條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減（最高法院79年台上字第1612號民事判例參照）。
- (二) 就此，邱聯恭老師認為：允許法官依職權核減違約金，乃民法上擴大法官之裁量權，使權利發生要件抽象化之規定，可認為屬於「實體法上非訟化」之一種態樣。惟「實體法上非訟化」不必然導致「程序法上非訟化」。換言之，於違約金給付請求事件，法院雖就違約金債權內容與範圍之形成有「實體法上非訟化」，但於訴訟法上仍不能違背「辯論主義」（筆者按：此指「協同主義」）之程序法理（尤其是民事訴訟法第278條、288條規定之適用）。⁹
- (三) 劉明生老師則認為，違約金過高為一種需要當事人表達行使形成權意思表示之主張，因債務人提起核減違約金之訴訟乃一種形成訴訟，債務人乃透過訴訟之方式行使其形成權，請求法院以形成判決核減違約金之數額。因此為維持權利性質與效果上之一致性，宜認為債務人於訴訟中提出核減違約金之抗辯乃涉及「核減違約金形成權之行使」。

⁹ 引用、整理自邱聯恭，《爭點整理方法論》，2006年5月30日三刷，頁135以下。

就當事人完全未提及違約金過高事實之情形，為維持法官之中立性，法院就此核減違約金形成權行使之主張，法院不負闡明義務且無闡明權限，法院亦不能基於法官知法原則直接適用我國民法第 252 條規定酌減違約金，因法院酌減違約金之前提要件事實為當事人已主張違約金過高之事實。倘若當事人並未主張違約金過高之事實，法院不得依據職權加以酌減。申言之，我國民法第 252 條構成要件事實「約定之違約金額過高者」，仍須當事人主張法院始得加以斟酌，且當事人就此負有主張責任及舉證責任。唯有當事人所主張違約金過高之事實已經主張，且提出證據加以證明後，法院始得適用我國民法第 252 條規定之法律效果——「酌減違約金之數額」。¹⁰

- (四) 此外，晚近亦有實務見解認為：「縱約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第二百五十二條所明定，惟此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。況違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。」（最高法院 92 年度台上字第 2747 號民事判決參照）、「又違約金過高之事實，依辯論主義之原則，固應由債務人主張之，惟在訴訟中，若當事人主張其所約定之違約金過高，而所提出之訴訟資料不能使法院明瞭該約定之違約金是否過高時，法院應運用訴訟指揮權與闡明權，令當事人為必要之陳述及聲明證據（民事訴訟法第 198 條第 1 項、第 199 條第 2 項參照），再經由調查證據之程序將調查證據之結果，依同法第 297 條第 1 項及第 199 條第 1 項之規定，命兩造為充分完全之辯論，以確定當事人間所約定之違約金是否過高，有無酌減之必要。」（最高法院 109 年度台上字第 497 號民事判決參照）、「未按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第 252 條所明定，此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。」（最高法院 106 年度台上字第 2095 號民事判決參照）。

¹⁰ 劉明生，〈違約金過高及與有過失抗辯辯論主義與法院闡明義務適用之爭議——評最高法院 109 年度台上字第 497 號民事判決與 110 年度台上字第 1785 號民事裁定〉，月旦實務選評第 3 卷第 9 期，頁 134。

四、民事訴訟法第 401 條第 1 項中段所稱「訴訟繫屬後為當事人之繼受人」之意義（臺北大第 1 題）

（一）一般繼受人：

指自然人死亡或法人消滅時，概括繼受其權利義務之人。例如「繼承人」或「公司合併後之繼受公司」。

（二）特定繼受人：

指「（訴訟繫屬後）訴訟標的法律關係移轉」¹¹之繼受人（包括民事訴訟法第 254 條第 1 項規定所稱「第三人」）。其可能包括下列情況：

1. 「訴訟標的」（原告所主張之「實體法上權利」）之繼受人：

一般認為，於訴訟繫屬後（起訴後）自當事人受讓「訴訟標的」（原告所主張之「實體法上權利」）本身之繼受人，屬上開「特定繼受人」，依前揭民事訴訟法第 401 條第 1 項、強制執行法第 4 條之 2 第 1 項第 1 款等規定，應受當事人間確定判決效力（包括「既判力」及「執行力」）所及。

例如原告甲基於某債權起訴請求被告乙為給付，後甲又於訴訟繫屬中將該債權（訴訟標的）讓與第三人丙，則於甲勝訴確定後，丙為民事訴訟法第 401 條第 1 項、強制執行法第 4 條之 2 第 1 項第 1 款規定所稱「訴訟繫屬後為當事人（甲）之繼受人者」，受該確定判決之「既判力」及「執行力」所及，丙得執該甲之勝訴確定判決為執行名義，聲請對乙為強制執行。

2. 「請求標的物」之繼受人？

有疑義者係，若於訴訟繫屬後（起訴後），當事人將「請求標的物」（而非「訴訟標的本身」）讓與第三人，該第三人（受讓人）是否亦屬前開「特定繼受人」？

（1）實務見解認為，應區分該「訴訟標的」（原告所主張之「實體法上權利」）究屬「債權請求」或「物權請求」而分別判斷之。有最高法院 61 年台再字第 186 號民事判例可參：「民事訴訟法第四百零一條第一項所謂繼受人，依本院三十三年上字第一五六七號判例意旨，包括因法律行為而受讓訴訟標的之特定繼承人在內。而所謂訴訟標的，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。至法律關係，乃法律所定為權利主體之人，對於人或物所生之權利義務關係。惟所謂對人之關係與所謂對物之關係，則異其性質。前者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

¹¹ 當然包括民事訴訟法第 254 條第 1 項所定「於訴訟繫屬中為移轉」之情形。

係中之權利或義務人始足當之，同法第二百五十四條第一項亦指此項特定繼受人而言。後者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。本件訴訟既本於買賣契約請求辦理所有權移轉登記，自係以對人之債權關係為其訴訟標的，而訴外人某僅為受讓權利標的物之人，並未繼受該債權關係中之權利或義務，原確定判決之效力，自不及於訴外人某。」。

- (2) 不同於上開「最高法院 61 年台再字第 186 號民事判例」之見解，許士宦老師認為，於訴訟繫屬後（起訴後），當事人將「請求標的物」（而非「訴訟標的本身」）讓與第三人者，其確定判決之「既判力」亦應一律及於訴訟標的物之受讓人，而不再區分所謂「債權請求」與「物權請求」。蓋新法已賦予第三人（受讓人）「事前」或「事後」之程序保障（如訴訟繫屬之職權通知及登記制度、裁定許可承當訴訟制度、第三人撤銷訴訟制度），並設有防止紛爭擴大之相關制度（如訴訟繫屬登記制度），此皆已賦予既判力擴張正當性基礎。¹²

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

¹² 以下引用、整理自許士宦，〈既判力及於訴訟繫屬中從原告受讓系爭物之第三人〉，台灣法學雜誌第 169 期，頁 40 以下；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。