

## 國考偵測站 ②

## 民訴篇

主筆人：呂台大

## 壹、前言

每年的此時此刻，又到了律師、司法官等國家考試的衝刺時刻了，對於本身法條繁多，且實務、學說百家爭鳴的民事訴訟法一科而言，不但在學習時就是件頭疼的事，考試時更是許多同學的噩夢。但話雖如此，在準備本科上也不是全然的毫無方向。蓋國考的出題老師與研究所的出題老師有很大一部分是同一批老師，故每年年初之研究所考試，儼然就像是當年度國考的前哨戰、熱身賽，相當具有參考價值。

而的確，從過往的經驗來看，研究所考題常常出現於當年度的國家考試中，可見老師們某一時間關注的重點的確就會是考試的素材之一。是以，不管有沒有報考年初的研究所考試，對於有志於國考的各位考生來說，各大學校的研究所考題，其重要且熱門的考點，尤其是那些一出再出的爭點，絕對絕對值得同學去準備、投資的！

以下，筆者將為大家分析今年度各校之民事訴訟法考題，作主題式的重點提示、補充，以及其可能於國考出現之方向為何。又因礙於篇幅之限制，筆者盡量將各校考題中最重複之考點抓出，並由重複性多到少作主題之排列，供同學參考。畢竟，各校老師越有默契考出之議題，想必於國考之重要性非同小可，不過當然，某些較單一、未被筆者列入之爭點，並非不重要，考生當然也不能輕忽。

那接著就讓我們一起來看看，今年研究所考試的民事訴訟法中，有哪些重要的議題吧！

## 貳、重要爭點

## 一、追加當事人

【台灣大學第一題、台北大學第一題、成功大學第一題、東吳大學第三題】  
按訴之變更追加此一議題，不論在研究所考試或是各等級之國家考試中，皆屬於出題率一等一之熱門範圍，幾乎可說是民事訴訟法這一科裡重要性前幾名的爭點。其中，本法第 255 條第 1 項為一審變更追加之依據，二審則為第 446 條第 1 項(準用第 255 條)，故考試重點即落在如何解釋、操作

第 255 條第 1 項各款之變更、追加事由。

當然，傳統上最常考也最愛考的是第 2 款之「請求之基礎事實同一」，此部分請同學務必要掌握外，於此，筆者更想跟同學談的是訴之變更追加中之另一大問題，即「當事人之變更追加」。蓋今年度各校都不約而同地就此議題來命題，且又有相關之新近實務見解就此發表意見，故筆者認為此爭點應有相當大之機率於今年度的國考出現，請同學絕對要熟悉它！

(一)當事人之變更、追加：

當事人之變更、追加可分為法定及任意之變更、追加，前者係由法律之明文規定所生，法定之當事人變更。例如：當事人死亡(§168)、當事人被宣告破產(§174)、第三人經兩造同意，而代當事人承當訴訟(§254 II)，此部分較無問題。較有問題者為任意當事人變更、追加之許可性何在？蓋我國向來皆以第 255 條第 1 項、第 446 條第 1 項作為變更、追加之依據(亦即不論客觀或主觀之變更追加都包含在內)，惟其典型之規範對象實為「客觀之訴之變更追加」，若一概放寬適用至當事人之變更、追加，恐將失之過寬，反而侵害當事人之訴訟權。

(二)學說見解<sup>註1</sup>：

有鑑於此，學者乃進一步就當事人之變更、追加作更細緻的討論，認為欲為當事人之變更、追加，除本應符合第 255 條第 1 項、第 446 條第 1 項之事由外，於原告之變更，因涉及處分權主義，除須得舊原告同意外，亦應得新原告之同意；被告之變更，則涉及新被告之防禦權及舊被告由法院為勝訴裁判之利益保護，於行本案之言詞辯論後，為保護舊被告已經進行訴訟而能獲得勝訴確定判決之利益，則除非有濫用同意權之情形外，原則上仍應得舊被告同意。

當事人之追加部分，第一審追加被告，因新被告有應訴之義務，故無須得其同意；惟若欲於第二審追加新原告、新被告，因此時將嚴重影響其等之審級利益，故應得新原告、新被告之雙重同意，始得為之。總而言之，於第二審中，不論係變更或追加新原告或新被告，因皆有「審級利益」之考量，原則上皆應得其同意。上述所列之研究所考題

<sup>註1</sup> 學者對此議題為文頗豐，可參：許士宦，〈請求之基礎事實同一與訴變更、追加〉，《台灣本土法學雜誌》，第 104 期；沈冠伶，〈當事人之追加〉，《月旦法學雜誌》，第 126 期；姜世明，〈訴之變更、追加理論中之利益衝突〉，《台灣本土法學雜誌》，第 91 期；劉明生，〈當事人變更與追加—評最高法院九十九年度台抗字第三九三號裁定與臺灣高等法院九十九年度抗字第一三三號裁定〉，《月旦法學雜誌》，第 191 期。

中，大多皆直接針對第二審之當事人變更、追加之許可性作命題，請同學務必掌握此爭點。

(三)實務見解：

承前所述，實務僅以基礎事實是否同一作為當事人變更、追加之唯一之考量要素，進而將當事人之變更、追加與訴之客觀要素之變更、追加等同視之，而忽略當事人之審級利益。如此推論是否合理，不無疑問。

例如：最高法院 95 年台抗字第 190 號裁定：「惟查再抗告人對相對人提起追加之訴，如其請求之利益及基礎事實與原訴相同，得利用原訴之訴訟及證據資料一併審理，揆諸首開說明，該訴之追加即無不合。至於再抗告人主張追加之實體理由是否正當，尚非判斷訴訟追加合法與否所應審究者。原法院徒以再抗告人追加之訴不合訴訟標的對於數人必須合一確定之情形，而未細究再抗告人追加之訴與原訴是否有基礎事實同一性之追加合法事由，逕認其追加之訴不合法，而為不利於再抗告人之裁定，殊嫌速斷。」似可看出實務認為因當事人亦為訴之三要素其一，故不論於第一審或第二審為原告、被告之變更、追加，其合法性皆可直接透過第 255 條第 1 項、第 446 條第 1 項作判斷即可。是以，實務上運用最廣泛也最為學者詬病之第 255 條第 1 項第 2 款自也在適用之範圍之列(例如：本裁定)。

但請同學注意，於新近之**最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議**中，提出之法律問題：「當事人於第二審訴訟程序中，以民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款「請求之基礎事實同一」之規定為據，追加原非當事人之人為當事人，法院可否准許？」最終決議採丙說。其結論為：「民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款之規定，因可利用原訴訟資料，除有礙於對造防禦權之行使外，得適用於當事人之變更或追加。在第二審依第 446 條第 1 項適用第 255 條第 1 項第 2 款規定變更或追加當事人，須於**對造之審級利益及防禦權之保障無重大影響**，始得為之，以兼顧當事人訴訟權益之保障及訴訟經濟之要求。」可看出實務或許是受到學說見解之影響，認為即便允許於第二審中透過請求之基礎事實同一追加新當事人，仍須加上「**對對造之審級利益及防禦權之保障無重大影響**」此一要件之限制，就此結論而言，應值得贊同。此新穎之決議見解，其重要性非同小可，請同學準備國考時必定要留意！

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 二、訴訟繫屬登記【政治大學第三題】

接下來，第二個筆者想跟同學們強力提醒的重點，無非就是本法第 254 條了！但此處筆者不是要討論當事人恆定的問題，而是民國 106 年新修正之「訴訟繫屬登記」相關規定。雖然修法後也歷經一年了，但其畢竟是本法目前最近一次之修正，仍相當具有可考性。此外，國家考試<sup>註2</sup>及相關學者文章<sup>註3</sup>也逐漸出現，並已於今年之研究所考試出題，請同學務必要對新舊法之比較有所了解認識，同學若行有餘力，建議將本條之修正條文對照表詳讀之。

### (一)原告聲請訴訟繫屬登記之要件：

以下即依民國 106 年 6 月 14 日民事訴訟法第 254 條訴訟繫屬登記之新修正規定，簡介原告欲聲請訴訟繫屬登記，應具備如何之要件：

#### 1. 訴訟標的為物權關係：

依第 254 條第 5 項規定，訴訟標的基於**物權關係**，且其權利或標之物之取得、設定、喪失或變更，依法應登記者，於**事實審言詞辯論終結前**，原告得聲請受訴法院以**裁定許可**為**訴訟繫屬事實**之登記。此規定乃欲透過訴訟繫屬登記之公示方法，使第三人知悉訟爭情事，以**阻其善意取得**並**避免其受本訴確定判決既判力所及之不利影響**。請注意，本條僅限於訴訟標的為物權關係始得登記，以適度調和當事人間之權益。

#### 2. 權利之取得、設定、喪失、變更，依法律應「登記」者。

#### 3. 聲請登記之時點，須於**事實審言詞辯論終結前**，向法院聲請。

#### 4. 聲請人須「**釋明**」訴訟繫屬登記之理由：

按「前項聲請，應釋明本案請求。法院為裁定前，得使兩造有陳述意見之機會。前項釋明如有不足，法院得定相當之擔保，命供擔保後為登記。其釋明完足者，亦同。」同條第 6、7 項分別定有明文。

<sup>註2</sup>本條修正後，當年度之國家考試即就此命題。可參 106 年度書記官之考題：

甲為 A 地之所有人，於民國（下同）104 年間與乙通謀為虛偽之意思表示，將 A 地登記於乙之名下。105 年間甲向乙購買 B 屋，買賣契約生效而乙尚未給付。其後甲向乙請求移轉登記 A 地與 B 屋之所有權與甲，遭乙拒絕。甲乃於 106 年 7 月 10 日向第一審管轄法院起訴，請求被告乙將 A 地與 B 屋之所有權移轉登記與原告甲，並聲請為訴訟繫屬事實之登記。試問：甲聲請訴訟繫屬登記之要件為何？法院應如何處理？

<sup>註3</sup>本條相關修法介紹，可參學者文章：許政賢，〈訴訟繫屬之登記〉，《月旦法學教室》，第 178 期；姜世明，〈民事訴訟法第 254 條修正條文簡介〉，《月旦法學教室》，第 181 期；劉明生，〈訴訟繫屬登記與確定判決之效力〉，《月旦法學教室》，第 183 期。

此乃係為避免原告濫行登記，致被告實際上受有如同假處分效果之侵害，因而規定於原告已為釋明而不完足者，或即便釋明已完足者，法院皆得命其供相當之擔保後始准為登記。惟本條之修正理由尚提及「法院所命擔保之數額，不得逾越同類事件中法官於假扣押、假處分時酌定之擔保金額。另原告已釋明本案請求完足時，法院非有必要，不宜另定擔保。」附此敘明。

(二)受訴法院之處理方式：

- 1.因是否許可原告之聲請登記，將嚴重影響兩造之權益，故法院為裁定前，得使兩造有陳述意見之機會(同條第6項參照)。
- 2.法院得定相當之擔保，命原告供擔保後為登記，可參同條第7項規定。其係賦予法院於具體個案中，得斟酌個案情節之需要，妥適酌定是否應命供擔保及擔保之金額。
- 3.法院如作成「許可登記之裁定」，該裁定應載明應受判決事項之聲明、訴訟標的及其原因事實，並交由登記機關依此辦理，以供第三人作為判斷是否進行交易之標準(同條第8項參照)。

### 三、當事人恆定與既判力主觀範圍【台灣大學第二題、成功大學第三題】

本法第254條當事人恆定與第401條既判力主觀範圍之議題，學說實務討論甚多，當然也毫無疑問是歷年來各大考試的常客，今年研究所考試自然也不例外的考出相關爭點，重點在訴訟繫屬中，「訴訟標的物」之繼受人是否受到本訴確定判決效力所及。另請同學注意，台灣大學的考題部分，因許老師就此議題有諸多文章，且將其理論延伸到執行力主客觀範圍<sup>註4</sup>之擴張等問題，相較於傳統之討論，變化更多、討論更深。

(一)當事人適格：

第254條第1項所示之當事人恆定原則之法律效果，乃訴訟標的之法律關係之移轉人仍具當事人適格，原當事人仍得繼續進行訴訟，法院並依據其所提訴訟資料及相對人之攻防方法進行判決，而無須因其實體法上權利義務關係變動，而判決其敗訴。

(二)既判力主觀範圍：

1.繼受人之範圍：

第401條第1項所謂當事人之「繼受人」，亦為確定判決效力所及，而該條項所謂繼受人，一般認為包括一般繼受人及特定繼受人。前

<sup>註4</sup>許士宦，《執行力客觀範圍擴張論》，新學林出版，2017年12月。

者係指自然人死亡或法人消滅時，概括地繼受當事人之權利義務而言；後者則係第 254 條第 1 項前段所稱之第三人。

(1)實務見解(區分說)：

依最高法院 61 年台再字第 186 號判例之見解，認為第三人自一造訴訟當事人受讓標的物之情形，判定本訴訟之確定判決效力是否擴張及之，係視訴訟標的之**實體法上權利屬性**而定。如為物權關係(對物關係)，因其具有對世效及追及效，所為確定判決之效力擴張及於該第三人；反之，如為債權關係(對人關係)，因僅具相對效，故確定判決之效力不及於該第三人，亦即以本訴訟標的之實體法性質加以區分判決效力是否擴張。

(2)既判力全面擴張說<sup>註5</sup>：

有學者認為所謂訴訟標的法律關係亦包括訴訟標的物在內，亦即被告於訴訟繫屬中將訴訟標的物移轉於第三人，有當事人恆定原則之適用。而為保障起訴者所主張權利之實現，避免因他造移轉訴訟標的物而受不利影響，仍應賦予移轉人訴訟實施權，使其可續行訴訟。此外，因新法已設有第三人參與訴訟之機會(例如：訴訟繫屬之職權通知及登記制度、承當訴訟等)及防止紛爭擴大制度(例如：訴訟繫屬登記)等，則為保護程序利益及維持訴訟經濟，應使該訴訟結果之法院所為本案判決效力一律及於受移轉之第三人，以利用一道程序解決訴訟當事人及第三人之間紛爭。

**四、一般性事案解明義務【政治大學第二題、輔仁大學第一題】**

學理上對於事案解明義務之探討，乃著重在**非負舉證責任一造當事人**對於事實澄清之協力義務界線之探求。詳言之，對於非負舉證責任一造當事人究應負一般性之解明義務或僅在一定條件下始承認其此項義務，即生爭議。

(一)肯定說<sup>註6</sup>：

持肯定論之學者認為，依第 277 條但書規定，於顯失公平時，法官可視具體個案轉換舉證責任，或不轉換舉證責任而命他造協助陳述相關事實；且依第 282 條之 1 證明妨礙之法理，亦可推導出他造有不破壞

<sup>註5</sup>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。

<sup>註6</sup>沈冠伶，〈論民事訴訟法修正條文中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務〉，《萬國法律》，第 111 期，頁 41。

解明義務之不作為義務。由此二條文規定可推導出當事人負有一般性之事案解明義務。

(二)否定說<sup>註7</sup>：

惟否定論者認為，若肯認一般解明義務，將造成是否將所有故意作為或不作為之錯誤陳述，課以證據法上不利效果之困境，其要件之設定，有其難度；更甚者，若廣泛的承認一般解明義務，將造成本法最根本之辯論主義與舉證責任理論之侵蝕與破壞。僅於符合例外<sup>註8</sup>之情形，始承認所謂之一般事案解明義務。惟請同學注意，不論如何，就算肯認不負舉證責任之一造當事人負事案解明義務，仍不影響原先之舉證責任分配。

**五、第 199 條法官闡明義務之範圍【政治大學第四題、台北大學第三題】**

此部分之標題雖然是要討論第 199 條闡明義務，但其實這兩題研究所考題的爭點，想必大家一定不陌生，就是在考法官可否職權審酌當事人未主張之時效抗辯。換言之，當事人未主張時效抗辯時，法院究竟可否職權闡明其主張之？此自然涉及到法院依第 199 條闡明義務之範圍為何。

(一)實務見解：

依司法院院字第 2708 號解釋：「依書狀之記載或其他情事，可認當事人有提出消滅時效抗辯之意思者，依民事訴訟法第一百九十九條第二項規定，審判長固應向該當事人發問或曉諭，命其為提出與否之陳述，**若無何種情事可認當事人有提出消滅時效抗辯之意思者，審判長不得援用同條項規定，為此發問或曉諭。**」可知實務向來<sup>註9</sup>認為必須依書狀之記載或有其他情事，足認當事人有主張時效抗辯之意思者，法院始可闡明當事人主張之。反之，法院即不負闡明義務。

(二)學說見解：

學者多數意見亦贊同實務見解之結論，認為倘若無法從當事人之聲明或陳述中尋得其主張時效抗辯之蛛絲馬跡，而法院又闡明當事人主張之，將形同「新訴訟資料之闡明」，有違辯論主義及法官中立性原則<sup>註10</sup>。

<sup>註7</sup>姜世明，《民事訴訟法(下冊)》，新學林出版，頁 143-145。

<sup>註8</sup>例外之情形，例如：應負舉證責任之一造當事人因處於事件經過之外，以致不能對於該事實發生之經過為完足之說明，且其對此不能，乃不可歸責。

<sup>註9</sup>可參最高法院 95 年台上字第 2638 號判決。

<sup>註10</sup>吳從周，〈闡明提出時效抗辯與二審失權—簡評最高法院九三年台上字第二三九一號判

#### 六、抵銷抗辯【政治大學第四題、東吳大學第三題】

此部分蠻有意思的是，雖然這兩題研究所考題都考出了「抵銷抗辯」，但重點並不在抵銷抗辯產生既判力之範圍或是前訴未主張抵銷抗辯則後訴可否再主張等問題，反倒皆是在測驗同學若當事人第一審未提出抵銷抗辯，其可否於第二審再提出之？

所以同學應該可以發現，其實這個問題就是在考「二審更新權」的爭點，只是平常我們較為熟悉的問題應該是「二審可否提出時效抗辯<sup>註11</sup>」之問題。是故，思考及解題方向還是在討論第447條第1項各款規定。筆者認為，有鑑於抵銷抗辯本身之特殊性，應可推導出「如不許其提出顯失公平者」，而允許當事人於第二審提出抵銷抗辯之結論。

#### 七、附帶上訴與擴張上訴聲明【東吳大學第四題】

最後一個主題，仍然是一個非常傳統但經典的爭點，同學務必要記得。也就是在更審程序中，當事人可否為附帶上訴與擴張上訴聲明？

##### (一)附帶上訴：

此問題歷經修法後，依現行法第460條第1項但書之規定：「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。」可明確得知於第三審法院發回或發交之更審程序中，不得為附帶上訴之行為。其理由係為避免原未經當事人聲明不服之部分，久而未懸，無法確定。

##### (二)擴張上訴聲明：

##### 1.實務見解：

相較於上開之附帶上訴因有明文規定，故較無爭議。擴張上訴聲明之部分，則以最高法院93年度第3次民事庭會議之見解為標準。該決議認為本法第460條第1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。

簡言之，即以文義解釋之方法，認為因擴張上訴聲明並無如同附帶上訴之明文規定，故既然法無明文禁止，上訴人自仍得於更審程序

決》，《台灣本土法學》，第78期。

<sup>註11</sup> 相關實務見解，可參：最高法院97年台上字第451號判決、最高法院95年台上字第1126號判決等。



中為擴張上訴聲明。

## 2. 學說見解<sup>註12</sup>：

學界對上開實務見解有諸多批評及反對之聲浪，蓋基於當事人平等原則及武器平等原則，附帶上訴及擴張上訴聲明於規範設計上本即為相對應之二制度，並無理由一方面禁止被上訴人為附帶上訴，另一方面卻允許上訴人得為擴張上訴聲明，此見解明顯違背第 460 條第 1 項但書避免訴訟懸而未決之意旨。故上開決議之結論值得商榷。

## 參、結語

最後，再讓筆者來做個總結吧！除了本文有提及的這幾個重要主題外，幾個傳統經典之議題，像是台大每年必考的「爭點整理方法論」，其重要性我想應該不用筆者多加贅言，此類題型亦屬於國家考試中之重要題型，請同學務必要把握之。另外，家事事件法之部分，於今年研究所的考題中雖然出現不多，但近幾年來也都固定會於國家考試中出現，同學於準備上，千萬記得法條要熟悉，因為相較於民事訴訟法，新法條總是容易被忽略。

希望透過本文對今年度重要研究所考題之分析，能讓同學於準備國考時，更有個依循，更有個方向！

<sup>註12</sup>黃國昌，〈廢棄發回後之附帶上訴與擴張不服聲明〉，《月旦法學教室》，第 36 期。