

國考偵測站②

民訴篇

主筆人：武政大（湯惟揚）

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（大多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學術議題外，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（109年度）「臺大」、「政大」、「北大」及「東吳」四校法研所「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、爭點整理方法論：台大第一題。

「爭點整理方法論」幾乎是每年台大法研所的必考題，也是國考的常客，考生們一定要充分掌握。整理台大老師之相關見解，關於爭點整理之方法或流程，主要可分為四個階段—「最上位爭點之整理」、「事實上爭點之整理」、「證據上爭點之整理」及「法律上爭點之整理」，茲分別說明如下：

(一)最上位爭點之整理：

指就「訴之聲明」與「訴訟標的」為爭點整理，茲分別說明如下：

1. 「訴之聲明」是否已特定：

其相關重點包括：

- (1) 訴之聲明之表示，是否具體、明確而符合「明確性原則」？
- (2) 是否存在複數之聲明而構成「訴之客觀合併」？若是，其合併型態為何？是否承認此種合併型態？此種合併型態是否妥適？

2. 「訴訟標的」是否已特定：

原告就其「訴訟標的」之表明，應具體到「得與其他紛爭之訴訟標的相區別」之程度。又依「訴訟標的相對論」，原告得選擇「權利單位型」或「紛爭單位型」之訴訟標的，其應採行之爭點整理方式亦有所不同，茲分別說明如下：

(1)權利單位型：

原告於起訴狀內自行表明某具體之實體法上權利者，可認為原告係選擇「**權利單位型**」之訴訟標的（性質上類似於「舊訴訟標的理論」下，以「實體法上權利」作為訴訟標的）。此時，法院應行「**論理型之爭點整理**」，亦即以該實體法上權利之「構成要件」為中心，論理地分析其所應具備之「要件事實」為何，並要求兩造當事人就該「要件事實」陳述事實及提出證據。

(2)紛爭單位型：

原告於起訴狀內僅陳述紛爭事實（原因事實），但未表明具體之實體法上權利者，可認為原告係選擇「**紛爭單位型**」之訴訟標的（性質上類似於「新訴訟標的理論」下，以「訴之聲明」及「原因事實」所呈現之法律上地位作為訴訟標的）。此時，法院應行「**事實型之爭點整理**」，即**先就原告所主張之紛爭事實，涵攝判斷其所該當之實體法上權利**（若該當複數之權利，法院尚應促使原告為擇定或排序），再以該實體法上權利之「構成要件」為中心，分析其所應具備之「要件事實」為何，並要求兩造當事人就該「要件事實」陳述事實及提出證據。

(二)事實上爭點之整理：

此階段主要在確認、篩選兩造有爭執，且有調查必要之事實，其具體步驟如下：

1.就原告主張為「一貫性審查」：

指就原告主張之事實，判斷依其主張，是否足以認定原告之本案請求為有理由，申言之，即**假設原告主張之事實全部為真，是否即可據此認定原告之請求為有理由**，若是，原告之主張即具有「一貫性」，反之則否。而原告請求欠缺「一貫性」者，其所提出之事實即無調查證據之必要，自不構成事實上爭點。

2.就被告答辯為「重要性審查」：

指就被告答辯之事實，判斷依其答辯，是否足以認定原告之本案請求為無理由，申言之，即**假設被告答辯之事實全部為真，是否即可據此認定原告之請求為無理由**，若是，被告之答辯即具有「重要性」，反之則否。而被告答辯欠缺「重要性」者，其所提出之事實即無調查證據之必要，自不構成「事實上爭點」。

3.判斷「兩造當事人所陳述之事實」與「訴訟標的之要件」間是否存在

在關連性：

在確認兩造當事人所主張或答辯之事實具備「一貫性」或「重要性」後，再進一步判斷「兩造所陳述之事實」與「訴訟標的之要件」間**是否存在關連性**，若與原告所擇定實體法上權利之構成要件無關，該項事實即應予以剔除，不構成「事實上爭點」。

4. 確認並促使當事人就其陳述善盡「具體化義務」：

就兩造當事人所為與訴訟標的要件有關連性之陳述，若有不明確者，**法院應促使其「具體化」**，以便他造為肯、否之答辯。若當事人就其陳述未善盡此項「具體化義務」，即構成法院課與「失權效」之正當性基礎。

5. 促使當事人就他造所陳述之事實為肯否答辯並為篩選：

就前開事實，法院應逐一確認他造是否爭執，即促使其為肯、否之答辯，若他造表示不爭執，該項事實即不構成「事實上爭點」而無庸調查；反之，若他造有所爭執，且該項事實有調查之必要性，即屬「事實上爭點」，而有進一步為「證據上爭點之整理」之必要。

(三) 證據上爭點之整理：

確定「事實上爭點」後，即應就該等事實進行「證據上爭點之整理」，即篩選得用以證明該等「事實上爭點」之必要證據，並排列其調查順序，其具體步驟如下：

1. 就待證事實分配舉證責任：

(1) 法院應依舉證責任分配之相關規定（如：民事訴訟法第 277 條），就前開「事實上爭點」之相關事實分配舉證責任（即決定應由何造當事人負擔「證據提出責任」）。

(2) 又分配舉證責任時，**為防止突襲性裁判，法官應適時表明其有關證據提出責任之判斷內容（如有關由何造當事人就何事實負舉證責任之判斷、有關就待證事實存在之心證已否達到證明度之判斷），而促使負行為責任者為充分之舉證活動。**^{註1}

2. 就證據為「可證性審查」：

即依上開舉證責任分配之結果，審查各當事人就其應負「本證」責任之待證事實所提出之「證據」或「間接事實」，是否足以證明或推

^{註1} 邱聯恭，〈心證公開論〉，收錄於氏著《程序選擇權論》，2004年9月30日初版三刷，頁164-165。

認該待證事實。

(四)法律上爭點之整理：

- 1.於整個爭點整理程序中，法院均應適時公開心證、表明法律見解，以避免發生「法律適用之突襲」，且應協同當事人整理法律上之爭點，以促使整個爭點整理程序之完備。
- 2.換言之，法官應負有「表明法律見解」之「義務」，若法官未將其據以裁判之法律觀點曉諭當事人，使其有陳述法律上意見或為辯論之機會，所作判決對當事人而言即屬突襲性裁判。^{註2}

二、舉證責任分配法則：東吳第三題。

無論是在法研所或國家考試，「舉證責任分配」都可算是傳統的重要考點，政大姜世明老師尤其重視，茲說明如下：

(一)原則性規定：

民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」

(二)學說見解：

- 1.通說：「特別要件說」（又稱「規範說」或「規範理論」）
 - (1)「主張權利存在之人」，應就「權利發生要件事實」負舉證責任。
 - (2)「否認權利存在之人」，則應就「權利障礙要件事實」（如：「通謀虛偽意思表示」）、「權利消滅要件事實」（如：「清償」）或「權利抑制要件事實」（如：「時效抗辯」）負舉證責任。^{註3}
- 2.姜世明老師的舉證責任分配法則體系：^{註4}

(1)舉證責任分配之一般原則：

採「規範理論」。蓋其符合「法律安定性」之憲法要求，具有「可

^{註2}許士宦，《集中審理與審理原則》，2009年4月，頁244以下，轉引自姜世明，〈法官對於法律見解之闡明—評最高法院九十八年度台上字第一六五五號民事判決〉，收錄於氏著《民事程序法實例研習(三)》，元照出版有限公司出版，2010年9月初版第1刷，頁48。

^{註3}姜世明，《新民事證據法論》，學林文化事業有限公司出版，2004年1月二版，頁184-185。

^{註4}以下整理自姜世明，《新民事證據法論》，學林文化事業有限公司出版，2004年1月二版，頁193-195；完整之體系架構圖示，請參閱姜世明，〈舉證責任分配法則之體系建構〉，收錄於《舉證責任與真實義務》，新學林出版股份有限公司出版，2006年3月一版一刷，頁27。

預見性」、「可預測性」之特質。

(2)舉證責任減輕：

- ①任意性舉證責任分配一般原則之突破—「證據契約」。
- ②民事訴訟法第 277 條但書—「法律別有規定」或「依其情形顯失公平」。

A.法律別有規定。

B.依其情形顯失公平：從規範理論之原則，過渡至所謂因公平需要而調整，須「架構橋梁」或設立若干供作檢驗之考慮基點（應從「民事訴訟法第 277 條但書修正理由所例示案型」，如「公害」、「醫療」、「交通」、「產品責任」等之考量因素出發。例如：武器平等原則、危險領域理論、蓋然性理論、證據接近度、證據之可及性、誠信原則，甚至法規範之內容與目的，及衡平與利益衡量等），以避免因過度彈性而造成對「法律安定性」之侵蝕。

(三)實務見解：

1.關於「舉證責任分配之一般原則」：

如最高法院 48 年台上字第 887 號民事判例：「主張法律關係存在之當事人，僅須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，至於他造主張有利於己之事實，應由他造舉證證明。」

2.關於「舉證責任減輕」：

(1)最高法院 97 年度台上字第 1403 號民事判決：「惟在當事人主張之事實真偽不明時，應如何定舉證責任之分配，對於訴訟之勝敗，攸關甚鉅，八十八年民事訴訟法修正前，於第二百七十七條規定：當事人主張有利於己之事實者，就其事實負舉證之責任。就一般訴訟事件言，固可依此項舉證責任分配之原則性概括規定為其適用標準。惟關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，尤以關於公害事件、交通事件、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守原來概括規定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，現行法乃於同條增訂但書，規定：『但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限』，以資因應。所謂『依其情形顯失公平』，乃一不確定法律概念，法院依上開但書規定，調整舉證責任分配時，固不以立法理由所舉上述四種訴訟類型為

限，惟仍應與上述四種訴訟類型有共同特性（例如：證據偏在、武器不平等），且有調整舉證責任必要之訴訟類型，始得為之，非可恣意適用。」

(2)最高法院 97 年度台上字第 1458 號民事判決：「次查民事訴訟法第二百七十七條但書之規定，依八十九年二月九日修正公佈之修正理由說明，係因某些特殊類型之事件，如嚴守該條本文所定之舉證原則，難免產生不公平結果，使被害人無從獲得應有救濟，有違正義原則，乃增訂『但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限』，以資因應。至於債權人因未及時行使權利，致時間之經過而造成舉證之困難，應由該債權人自行承擔，尚難認為符合上述所謂『顯失公平』之情形，此由法律對於經過一定時間不行使權利之人，尤制訂消滅時效制度以資制裁，可得印證。」

三、「非負舉證責任一造當事人」是否負有「一般事案解明義務」：政大第二題。

「事案解明義務」者，乃指當事人對於事實釐清負有「陳述事實」、「提出證據」（如：文書、勘驗物等）或「忍受勘驗」之義務。^{註5}當事人違反此「事案解明義務」者，可能構成「證明妨礙」（民事訴訟法第 282 條之 1 參照）。而目前學說上最具爭議性者，乃「非負舉證責任一造當事人」是否負有「一般事案解明義務」之問題，茲說明如下：

(一)沈冠伶老師：肯定說。

沈冠伶老師認為：「在訴訟繫屬以後，當事人間基於訴訟關係，即負有解明事案之協力義務。」^{註6}其理由包括：^{註7}一、民事訴訟法第 277 條但書及第 282 條之 1 可視為協力解明事案義務之一般性規定。二、新法擴大「文書提出義務」（民事訴訟法第 342 條以下）之範圍（「勘驗」依同法第 367 條準用之），並引進「當事人訊問制度」（民事訴訟法第 367 條之 1 以下），亦可推導出當事人負有一般事案解明義務。

^{註5}姜世明，〈非負舉證責任一造當事人是否負一般事案解明義務〉，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，2006 年 11 月修訂一版一刷，頁 7-8。

^{註6}沈冠伶，〈證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用〉，《台大法學論叢》第 38 卷第 1 期，頁 169。

^{註7}以下引用、整理自沈冠伶，〈論民事訴訟程序中當事人之不知陳述 — 兼評析民事訴訟法中當事人之陳述義務與訴訟促進義務〉，《政大法學評論》第 63 期，頁 388-389。

(二)姜世明老師：否定說。^{註8}

1.姜世明老師則認為：「對於是否應採非負舉證責任一造當事人之一般化事案解明義務，似仍以採較保留見解為宜……」。其理由包括：一、維護「辯論主義」與「舉證責任分配法則」。二、要求「被告自我揭發」，其可期待性不高。三、民事訴訟法第277條但書及第282條之1乃舉證責任分配法則與舉證責任減輕之立法明文化，並無承認一般事案解明義務之意義。

2.據此，姜世明老師對於此一問題之看法如下：

(1)原則上，「非負舉證責任一造當事人」並未負有「一般性」之事案解明義務（如：「一般借貸案型」）。

(2)但於「例外情形」，仍可課予其事案解明義務，其要件包括：一、應負舉證責任一造當事人因不可歸責於己之事由，處於事件經過之外，以致不能對該事實發生經過為完足說明。二、應負舉證責任一造當事人提出一定「根據」，使其主張具有「可信性」。三、課予非負舉證責任一造當事人事案解明義務具有「必要性」與「期待可能性」，依誠信原則並未過苛。【筆者按：由於姜世明老師將「非負舉證責任一造當事人之事案解明義務」定位為「舉證責任減輕」之一環，故針對「非負舉證責任一造當事人於何種情況下始例外負有事案解明義務？」之問題，應可參考民事訴訟法第277條但書修正理由所例示之案型，如：「公害」、「醫療」、「交通」、「產品責任」等。換言之，可認為於存在「危險領域」、「證據偏在」或「武器不平等」情形之「現代型紛爭」，應有例外課予非負舉證責任一造當事人事案解明義務之可能。】

四、「一部請求」之容許性：北大第一題。

沈冠伶老師認為：「所謂一部請求係指，對於一個在數量上可分之債權，債權人僅就其中一部分之數額起訴，而仍留有餘額部分未予主張。」^{註9}而關於「一部請求」之容許性，其問題關鍵在於：「餘額」之部分，是否因

【高點法律專班】

^{註8}以下引用、整理自姜世明，〈非負舉證責任一造當事人是否負一般事案解明義務〉，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，2006年11月修訂一版一刷，頁14以下。

^{註9}沈冠伶，〈一部請求之判決對於餘額請求之效力—最高法院八十九年度台上字第七一號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》第31期，頁77。

一部請求之判決「既判力」及於債權全部，而不許另行起訴？^{註10}就此，傳統學說上有「全面肯定說」、「限制肯定說」（僅承認「明示之一部請求」，若原告未予明示，即視為全部請求。）及「否定說」等不同見解。茲再介紹晚近學者及實務見解如後：

(一)沈冠伶老師：採取「肯定說」。^{註11}

- 1.基於民事訴訟法第388條之規定，一部請求之訴訟標的應以當事人所聲明之數額作為範圍界限，至於當事人所未聲明之餘額部分，無論係「明示」或「隱藏」之一部請求，皆不能將之列入訴訟標的之範圍內。換言之，餘額部分並非屬於一部請求之訴訟標的，依民事訴訟法第400條1項規定，無既判力。
- 2.惟應注意者係，本於「誠信原則」，在一部請求之判決中關於餘額請求所據債權之一體判斷，不論原告為勝訴或敗訴，在餘額請求上均具有「拘束力」，並生「遮斷效」，而不許當事人對於在前訴訟基準時關於該債權存否之相關事實再提出予以主張、爭執。蓋就此部分，法院於前訴（一部請求）已為實質審理與判斷，當事人亦已為辯論，已受程序保障。

(二)姜世明老師：區分不同類型判斷之。^{註12}

1.單筆金錢請求事件類型：

除非屬權利濫用或在行為解釋論上，可認為原告有拋棄其他權利之意思，否則無須加以禁止。

2.侵權行為事件：

(1)財物損害部分：

或可認為係單一實體權利，並將個別財物之損害視為責任範圍之問題。而若自訴訟資料中，法院取得請求之端緒，不妨加以「闡明」，使原告確定其請求範圍：

①若原告明示為一部請求：

其範圍已特定時，屬一部請求問題，其餘額再訴容許性，可依

【高點法律專班】

^{註10}沈冠伶，〈一部請求之判決對於餘額請求之效力—最高法院八十九年度台上字第七一號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》第31期，頁78。

^{註11}以下引用、整理自沈冠伶，〈一部請求之判決對於餘額請求之效力—最高法院八十九年度台上字第七一號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》第31期，頁83以下。

^{註12}以下引用、整理自姜世明，〈一部請求及餘額另訴之許可性〉，收錄於氏著《民事程序法實例研習(二)》，元照出版有限公司出版，2010年9月初版第1刷，頁191以下。

一般法理決之。

②若原告未明示為一部請求：

A.若針對民事訴訟法第222條第2項採「衡平裁量說」：

則就其餘額，其可復提訴之容許性恐降低。

B.若針對民事訴訟法第222條第2項採「證明度降低說」：

則其容許性仍依一般餘額另訴之法理決之。

(2)身體方面：

①原則：

因有後遺症之問題，其非言詞辯論終結前所得計算，自亦應容許其後再訴。

②例外：精神損害賠償（精神慰撫金）之部分。

A.若原告未明示為一部請求：

除非有言詞辯論終結後之新情事（如：後遺症所產生之精神痛苦），否則不應容許另訴。

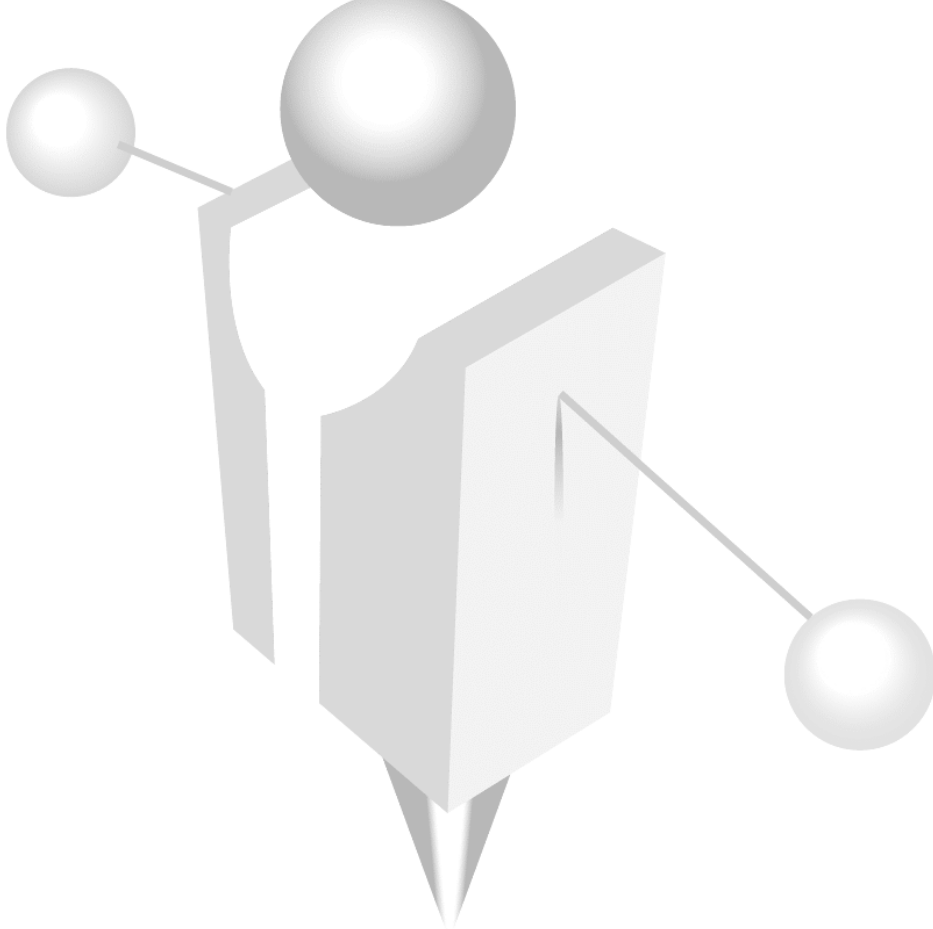
B.若原告明示為一部請求：

基於精神損害賠償之個人性（如：何賠償或道歉形式始能滿足，因人而異），原告將難以計算之精神損害賠償進行割裂式請求，易造成突襲，較難具正當性。

(三)實務見解：

- 1.最高法院 72 年度台上字第 3655 號民事判決：「判決僅就某法律關係之一部為裁判者，惟關於該已裁判之一部有既判力，而不及於他部。經核上訴人在前案係請求被上訴人返還所受定金同額之二十六萬元，而於本件則係請求被上訴人返還加倍部分之二十六萬元，似不發生違背民事訴訟法第四百條第一項規定之問題。」
- 2.最高法院 97 年度台上字第 1340 號民事判決：「按所謂一部請求，係指以在數量上為可分之金錢或其他代替物為給付目的之特定債權，債權人僅就其中之一部分為請求，但就其餘部分不拋棄其權利者而言。於實體法上，債權人既得自由行使一部債權；在訴訟法上，即為可分之訴訟標的，其既判力之客觀範圍自應以債權人於其訴所聲明者為限度。如雙方對於債權人之債權總額或債權人有否拋棄其餘部分權利之意思，尚有爭執，應探求債權所由生及債權人之真意，而為判斷，不得拘泥於其所用之辭句，致與實情有所扞格。苟債權人確僅就債權之一部，訴請債務人給付，而未明確表示拋棄其餘部

分之債權，縱在該一部請求之訴訟中未聲明保留其餘部分之請求權，仍不因此使該未請求部分之債權歸於消滅。」



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！