

## 民事訴訟法篇

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（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（110 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、爭點整理方法論：臺大第 1 題。

「爭點整理方法論」幾乎是每年臺大法研所的必考題，也是國考的常客，考生們一定要充分掌握。整理臺大老師之相關見解，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。

版權所有，重製必究！

## 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。<sup>1</sup>

#### 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。<sup>2</sup>

## 二、證明妨礙：政大第 3 題。

### (一) 法律規定：

民事訴訟法第 282 條之 1 規定：「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實。」（第 1 項）前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之機會。（第 2 項），此即「證明妨礙」之規定，茲說明如下：

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 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(二)》，元照出版有限公司出版，2010 年 9 月初版第 1 刷，頁 48。

1. 此所稱「故意」，應被理解為「雙重故意」，亦即對於「妨礙行為」與「該妨礙行為將造成證明之不能或困難」皆存在故意。
2. 又條文中雖僅提及「故意證明妨礙」，而未包括「過失證明妨礙」之情形，惟學者多認為此屬「法律漏洞」，「過失證明妨礙」應得「類推適用」本條規定。<sup>3</sup>又沈冠伶老師認為，縱使認為立法者係刻意排除「過失證明妨礙」，於必要時（如醫療案件），仍可援用民事訴訟法第 277 條但書之規定，而認他造（病患方）關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，結論上並無不同。<sup>4</sup>此外，姜世明老師認為：「應注意者為，於過失之情形，亦應具備雙重要件。亦即，須具備關於證據方法保管之法定或程序前義務及對該證據方法就將來訴訟所可能具有之意義具有認識。」<sup>5</sup>

## （二）法律效果：

當事人一造為「證明妨礙」之法律效果，乃「法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實」（民事訴訟法第 282 條之 1 第 1 項規定參照）。就此，沈冠伶老師主張：「當事人在證明妨礙上之可歸責性為故意或過失，亦可能對於不利益之制裁強度有所影響，例如：在故意之證明妨礙，可將受到證明妨礙之當事人一造所主張之應證事實逕認為為真實；但在過失之證明妨礙，則尚不逕認應證事實為真實，而僅將關於該證據之主張認為真正，如有必要，亦可考慮再對於證明度予以降低。...亦可考慮舉證人與證據（或文書）之作成或接近之可期待性，舉證人對於證據所記載之內容事實愈難接近知悉或距離愈遠時，則愈宜將舉證人所主張之應證事實認為（或擬制為）真實，始能對於妨礙證明者，發揮有效之制裁作用，以符公平。」<sup>6</sup>

## （三）爭議問題：有爭議者係，「應負舉證責任一造當事人」對於他造之「反證」，有無成立「證明妨礙」之可能？<sup>7</sup>

<sup>3</sup> 姜世明，《過失證明妨礙》，收錄於氏著《民事證據法實例研習（一）》，新學林出版股份有限公司出版，2008 年 6 月修訂二版一刷，頁 113；沈冠伶老師亦採相同見解，見沈冠伶，《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 174。

<sup>4</sup> 詳參沈冠伶，《武器平等原則於醫療訴訟之適用》，月旦法學雜誌第 127 期，頁 28 以下。

<sup>5</sup> 姜世明，《過失證明妨礙》，收錄於氏著《民事證據法實例研習（一）》，新學林出版股份有限公司出版，2008 年 6 月修訂二版一刷，頁 112-113。

<sup>6</sup> 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 177-179。

<sup>7</sup> 姜世明老師：「對於本證部分，應負舉證責任一造當事人既對之負舉證責任，若其對之有所毀損，係對有利於己證據之毀損，若因此而無法使法院形成確信，則依舉證責任法則即可使對該負舉證責任一造當事人受不利之判斷，原無證明妨礙法理適用之可能。」見姜世明，《對於所謂「應負舉證責任一造當事人有證明妨礙」見解之質疑》，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 150；沈冠伶老師亦採相同見解，見沈冠伶，《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 175。



1. 就此，沈冠伶老師採肯定說，其認為：「負舉證責任之當事人如就本證之證明已使法院達於相當確信之心證時，他造即有提出反證之必要，以動搖法院已經形成之心證。於此情形，負舉證責任之當事人如對於他造欲提出之反證予以妨礙時，亦可能構成證明妨礙。」。<sup>8</sup>
2. 惟姜世明老師採否定見解，其認為：「確實如學者所言，應負舉證責任一造當事人有妨礙非負舉證責任一造當事人進行反證提出之情形。但應注意者係，此一情形，若係原告濫訴誣指，則其已違反真實義務，有真實義務之效果加以規範，實無須再有適用證明妨礙理論之必要。」。<sup>9</sup>

### 三、證明度：政大第3題。

#### (一) 意義：

姜世明老師：「證明度係指涉法院對待證事實，經審酌訴訟資料後所形成認為該待證事實為真實之心證度，是否已達到可認為該待證事實為真之確信標準，此一標準乃某最低限度之心證度要求，唯有達到該最低要求，法院乃能形成確信。」。<sup>10</sup>

#### (二) 「證明度」之標準：<sup>11</sup>

##### 1. 實務見解：

如最高法院 73 年度台上字第 2174 號民事判決曾謂：「按當事人主張有利於己之事實者，固應依民事訴訟法第二百七十七條規定，就其事實負舉證之責任，然苟於其利己事實之主張，已為相當之證明，則其舉證責任即屬已盡。換言之，解除其舉證責任，只須有證據之優勢，即屬非不可採信。此與刑事案件須證明被告犯罪至無合理之可疑，異其旨趣。」。<sup>12</sup>此近於「優越蓋然性」之見解（即認為證明度之標準應設定在 50%）。

##### 2. 姜世明老師：

- (1) 姜世明老師：「本文認為民事訴訟證明度理論在我國應設定在百分之九十（刑事訴訟法則為百分之九十五）以上...」。亦即採取「非常高度之蓋然性」【而非所謂「優越蓋然性」（>50%）】之見解。<sup>12</sup>其主要理由如下：其一、使判決較接近於真實之發現，符合實體

<sup>8</sup> 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 176。

<sup>9</sup> 姜世明，〈對於所謂「應負舉證責任一造當事人有證明妨礙」見解之質疑〉，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 151。

<sup>10</sup> 姜世明，〈正義之可容許自然耗損〉，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版股份有限公司出版，2009 年 5 月初版第 1 刷，頁 206。

<sup>11</sup> 以下引用、整理自姜世明，〈正義之可容許自然耗損〉，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版股份有限公司出版，2009 年 5 月初版第 1 刷，頁 222-223。

<sup>12</sup> 沈冠伶老師亦採類似見解，見沈冠伶，〈舉證責任與證據契約之基本問題—以作業系統裝置契約之給付不完全為例〉，台灣本土法學雜誌第 36 期，頁 192；但黃國昌老師則認為「優越蓋然性」可採，蓋大陸法系高標準之證明度不僅產生較多之錯誤判決，同時更不公平地將大部分之錯誤加諸原告身上，見黃國昌，〈民事訴訟理論之新開展〉，2005 年 10 月初版，頁 67，轉引自姜世明，〈三論證明度〉，收錄於氏著《民事證據法實例

正義及實體法價值預設。其二、我國乃採「職業法官」，而非「陪審團」(多人審判體)制度。其三、避免濫訴。

- (2) 此外，姜世明老師指出，對於「真偽不明」之存在性，其關鍵在於「證明度」之標準何在？亦即對於證明度要求高度，決定「真偽不明」之存在空間。例如，若將證明度定在「優越蓋然性」，亦即 51% 蓋然性以上者，則 49% 蓋然性以下者，可認為「偽」，而 51% 以上者則為「真」。如此，真偽不明存在空間將被壓縮到 50% 蓋然性之一點之上。但若將證明度定位在 90%，則在 11% 到 89%，均將成為「真偽不明」之空間，因其既不能被認為係「真」，亦無法直接確信為「假」。以此類推，可知「真偽不明」之存在空間，乃決定於「證明度」之標準。<sup>13</sup>

### (三) 「釋明」制度 vs 「證明」制度：<sup>14</sup>

「釋明」與「證明」制度之主要差異，亦在於證明度標準之不同，可參考最高法院 102 年度台抗字第 60 號民事裁定：「證明與釋明在構成法院之心證上程度未盡相同，所謂證明者，係指當事人提出之證據方法，足使法院產生堅強之心證，可以完全確信其主張為真實而言，與釋明云者，為當事人提出之證據未能使法院達於確信之程度，僅在使法院得薄弱之心證，信其事實上之主張大概為如此者有間，二者非性質上之區別，乃分量上之不同。是依當事人之陳述及提出之相關證據，倘可使法院得薄弱之心證，信其事實上之主張大概為如此者，自不得謂為未釋明。且依前開規定，只須債權人有所釋明，縱未達到使法院產生較薄弱之心證，相信其主張之事實大致可信之程度，亦屬釋明不足，而非全無釋明，如債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押。」。

## 四、不動產訴訟之管轄：臺北大第 3 題。

### (一) 案例：

若住在臺北市某甲與住在臺南市某乙間曾訂有租賃契約，標的物為坐落在臺中市之某建築物，於租賃期滿後，所有人甲擬請求承租人乙返還系爭建築物，此時律師及法官應如何確定其管轄權？<sup>15</sup>

## 【高點法律專班】

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 302。

<sup>13</sup> 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。

<sup>14</sup> 以下引用、整理自姜世明，《專利侵權事件之假處分程序—以其釋明證明度為中心兼評最高法院九十七年度台抗字第 257 號民事裁定》，收錄於氏著《民事程序法實例研習(二)》，元照出版股份有限公司出版，2010 年 9 月初版第 1 刷，頁 21 以下。

<sup>15</sup> 本例引自姜世明，《不動產訴訟之管轄》，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版有限公司，2009 年 5 月初版第 1 刷，頁 4-5。

## (二) 學說見解：

姜世明老師認為，期能發生之情形及處理方式如下：<sup>16</sup>

### 1. 甲起訴時僅主張其係所有權人，乙無權占有，依民法第 767 條規定請求返還：

此時應為「臺中地院」所專屬管轄（民事訴訟法第 10 條第 1 項規定、最高法院 74 年台上字第 280 號民事判例參照）。

### 2. 若起訴時甲僅主張其係租賃物出租人，乙係承租人，租期屆滿，依租賃物返還請求權請求返還該建築物：

此時非屬專屬管轄，原告可向「臺南地院」（民事訴訟法第 1 條第 1 項規定參照）或「臺中地院」（民事訴訟法第 10 條第 2 項規定參照）起訴之。

### 3. 若原告甲起訴時主張所有物返還請求權及租賃物返還請求權，原因事實亦均主張之，且甲係向臺中地院起訴時：

臺中地院應依客觀合併審理此一訴訟，不應將租賃物返還請求權移送管轄於他法院。

### 4. 若原告甲起訴時主張所有物返還請求權及租賃物返還請求權，原因事實亦均主張之，且甲係向臺南地院起訴時：★

(1) 對於所有物返還請求權，因其屬於專屬管轄，臺南地院並無管轄權，就該部分應移送臺中地院（民事訴訟法第 28 條第 1 項規定參照）。但就此，若分割二地審理，顯然形成程序成本之浪費，於法院公益及當事人均有所損害，實務運作上似不妨將該案二請求權均移送臺中地院審理，較為妥適。

(2) 就此，亦可參考臺灣臺北地方法院 92 年度簡抗字第 66 號民事裁定：「經查，抗告人代位行使之權利係相對人臺陽公司對相對人甲○○、乙○○之所有物返還請求權，該訴訟依民事訴訟法第十條第一項之規定，應專屬由系爭房屋所在地之台灣基隆地方法院管轄...至抗告人請求相對人臺陽公司交付系爭房屋部分，雖係依買賣之債權契約請求履行，惟因該部分訴訟與其得否代位相對人臺陽公司對相對人甲○○、乙○○提起返還所有物訴訟部分係基於同一之原因事實，不宜割裂由不同之法院管轄，為訴訟經濟並防止裁判抵觸，原裁定法院自得依職權該部分一併移送於台灣基隆地方法院。綜上，原裁定法院以裁定將該訴訟移送台灣基隆地方法院，經核於法並無不合，抗告意旨指摘原審裁定不當，為無理由，應予駁回。」

### 5. 若原告起訴時原僅主張所有物返還請求權，而向臺中地院起訴，其後追加租賃物返還請求權：

就此可依客觀合併處理即可，無移送管轄之問題。

<sup>16</sup> 以下引用、整理自姜世明，《不動產訴訟之管轄》，收錄於氏著《民事程序法實例研習(一)》，元照出版有限公司，2009 年 5 月初版第 1 刷，頁 5-6。

6. 若原告起訴時原僅主張租賃物返還請求權，而向臺南地院起訴，其後追加所有物返還請求權之訴：★

- (1) 對於所有物返還請求權，因其屬於專屬管轄，臺南地院並無管轄權，就該部分應移送臺中地院。但就此，若分割二地審理，顯然形成程序成本之浪費，於法院公益及當事人均有所損害，實務運作上似不妨將該案二請求權均移送臺中地院審理，較為妥適。【處理方式同 4.】
- (2) 就此，可參考最高法院 102 年度台抗字第 67 號民事裁定：「按同一訴訟，數法院有管轄權者，原告得任向其中一法院起訴。又合意管轄於本法定有專屬管轄之訴訟，不適用之，民事訴訟法第二十二條及第二十六條分別定有明文。準此，專屬管轄與合意管轄間，固不生管轄競合而有選擇管轄法院之問題，惟於原告就不同之訴訟標的，對於同一被告為同一聲明而提起重疊合併之訴，或為其他訴之競合（諸如單純、預備、選擇之訴的合併等是），其中一訴訟標的為專屬管轄，他訴訟標的屬於兩造合意管轄之訴訟，究以何者為其管轄法院？得否分由不同法院管轄？民事訴訟法就此原應積極設其規定者，卻未定有規範，乃屬「公開的漏洞（開放的漏洞）」於此情形，參照該法除於第一條至第三十一條之三，分就普通審判籍、特別審判籍、指定管轄、管轄競合、專屬管轄、合意管轄及訴訟移送等設有專節外，復於第二百四十八條前段針對「客觀之訴的合併」，另規定：「對於同一被告之數宗訴訟，除定有專屬管轄者外，得向就其中一訴訟有管轄權之法院合併提起之。」尋繹其規範意旨，均側重於「便利當事人訴訟」之目的，並基於專屬管轄之公益性，為有助於裁判之正確及訴訟之進行，自可透過「個別類推適用」該法第二百四十八條前段規定；或「整體類推適用」該法因揭櫫「便利訴訟」之立法趣旨，演繹其所以設管轄法院之基本精神，而得出該法規範之「一般的法律原則」，將此類訴訟事件，本於是項原則，併由專屬管轄法院審理，以填補該法之「公開的漏洞」，進而兼顧兩造之訴訟利益及節省司法資源之公共利益。本件兩造雖於租賃契約約定關於租賃契約所生爭執，合意由台北地院管轄，惟相對人嗣本於所有權之作用及租賃契約提起本件訴訟，其中本於所有權請求，核係民事訴訟法第十條第一項所定事件，為專屬管轄，依上說明，仍應併由專屬管轄法院之桃園地院管轄，原法院本於上述理由而為移送管轄之裁定，雖非全以此為據，但於裁定結果並無二致，經核並無適用法規顯有錯誤之情形，亦仍應維持。再抗告論旨，泛稱本件訴訟實為因租賃契約而涉訟，非因不動產之物權涉訟等語，指摘原裁定為不當，求予廢棄，為無理由。」。