

## ※考古題

一、試解釋下列各組名詞，並比較其異同。

### 1. 審判權與管轄權

- 對於紛爭，法院是否具有加以審判的權限即稱為審判權，
- 依照法律規定劃定各法院可以行使審判權的權限即為各法院的管轄權

### 2. 當事人能力與當事人適格

- 當事人能力:訴訟上只要是人都具有當原告或被告進行訴訟的權利,嬰兒或未出生的胎兒都有此權利，如民訴第 40 條約定，
  - ✓ 有權利能力者，有當事人能力。
  - ✓ 胎兒，關於其可享受之利益，有當事人能力。
  - ✓ 非法人之團體，設有代表人或管理人者，有當事人能力。
  - ✓ 中央或地方機關，有當事人能力。
- 當事人適格，係就特定訴訟標的法律關係，得以當事人之地位實施訴訟，請求法院為本案判決之「資格」

### 3. 主體預備合併之訴及客體預備合併之訴

當事人：訴之主體合併

訴訟標的：訴之客體合併

- (A) 預備合併\_當事人向法院提出一個在先之訴，為預防在先之訴無理由時而向法院提出一個在後之訴，當法院認為先訴無理時，後訴法院再進行審理。先訴有理由時，後訴自然消滅。
- (B) 訴之客體合併，例如當事人基於買賣合同請求對方當事人交付標的物，慮及合同可能無效，又主張如果合同無效則請求對方當事人返還價款。如果當事人請求交付標的物之訴獲得勝訴，則返還價款之訴自然解除；如果當事人的先訴無理由或不合法時，則法院就應對返還價款之訴進行審理。
- (B)主觀預備合併指原告或被告有兩人以上，於同一訴訟程序起訴或被訴，於先位原告之訴無理由時，始請求對後位被告之訴為裁判，此為原告方面主觀的預備訴之合併。先位被告之訴無理由時，始得請求對後位被告之訴為裁判者，則為被告方面主觀的預備訴之合併。
- (C)法律上不能併存之請求，原告為了避免對於兩被告之請求都遭敗訴，可以允許原告以該兩個不能併存之請求，以單純合併之型態提起，並且避免裁判矛盾之判斷，該兩請求禁止分別辯論。

### 4. 辯論主義與職權探知主義

- (A)辯論主義係指證據之蒐集或提出均由當事人提出，即在事實關係之證明上，

屬於當事人之權能與責任，非經任何一造當事人主張之事實，不得採為判決之基礎，當事人不爭執之事實無庸舉證，法院不採為判決

(B)職權探知主義不限於當事人主張的事實和提供的證據的範圍，法院依職權主動收集事實和調查證據

基本內涵有三：

- (1)對於當事人沒有主張或已經撤回的決定，實體法律效果的事實，法院應依職權收集並作為判決的依據，當事人不負擔“行為主張責任”
- (2)法院除對當事人提出的證據進行判斷和採用外，還應依職權收集和採用當事人沒有提出的證據，而當事人不負擔“行為證明責任”；
- (3)對於當事人之間沒有爭議的事實，法院得調查其真偽以決定是否採用，即使當事人在訴訟中對案件事實所做出的自認，也不構成“訴訟上自認”而對法院沒有約束力。

#### 5.客觀與行為責任的舉證責任

(A)客觀的舉證責任之分配，德國通說採規範說（即法律要件說），認為在事實不明的情形，其不利益原則上應歸屬於由該項事實導出有利之法律效果的訴訟當事人負擔。換言之，主張權利或權限之人，於有疑義時除法律另有規定外，原則上應就權利發生事實負舉證責任，而否認權利或權限之人，或主張相反權利之人，對於權利之障礙或消滅或抑制之事實，負舉證責任

(B)

第一，主張權利或法律關係存在的當事人，只需對產生該權利或法律關係的法律事實負舉證責任，不必對不存在阻礙權利或法律關係發生的事實負舉證責任，存在阻礙權利或者法律關係發生的事實的舉證責任由對方當事人負擔。

第二，主張原來存在的權利或法律關係已經或者應當變更或消滅的人，只需就存在變更或消滅權利或者法律關係的事實負舉證責任，不必進一步對不存在阻礙變更或者消滅權利或法律關係的事實負舉證責任，這類事實的存在也由對方當事人主張並負舉證責任。

6.受訴法院於整理爭點時如何行一貫性審查及可證性審查？

1. 一貫性審查：假定原告所述為真(\$195 之真實義務)，實體法上是否具有支撐其訴之聲明的權利(即原告之請求有理由)
2. 重要性審查(被告之一貫性審查)：假設被告所述為真，原告請求是否即無理由

→原告主張事實不足或被告主張事實不足時，法官應闡明使原告或被告盡其主張責任。若闡明後仍未補充或仍不足，當事人未盡主張責任，可判決原告敗/勝訴(充實必要之審理、排除不必要之審理)

7.舊訴訟標的理論、新訴訟標的理論與訴訟標的相對論三者有何不同？

- 訴訟標的的就是所謂的法律關係，也就是權利義務的關係。而可以成為民事訴訟之標的，並不以一個權利義務為限。至於何種法律關係可以成為訴訟標的，而在怎樣的範圍內可以成為訴訟標的，則依原告的主張定之。
- 舊訴訟標的理論，以實體法上的權力來認定訴訟法上的訴訟標的。(舊實體法說，即以實體法中自由競合下的權利來特定訴訟標的)。
- 新訴訟標的理論，以實體法上的權利與訴訟法上的訴訟標的無關，以**原因事實**予以特定，以請求權規範競合說，來認定訴訟標的
- 訴訟標的相對論，民事訴訟法採處分權主義，原告有主導特定訴訟標的之權能及責任，而認為原告既可選擇以**實體權利**作為訴訟標的(類似舊說，其稱之為「**權利單位型**訴訟標的」)，亦可選擇以**原因事實**予以特定(類似新說，其稱之為「**紛爭單位型**訴訟標的」)，法院則受原告特定訴訟標的之方式拘束。

舊訴訟標的理論、舊實體法說【實務見解】	訴訟標的的範圍 從訴訟開始到訴訟結束是一致的	以實體法上的權利來認定訴訟法上的訴訟標的	以「請求權自由競合說」來認定訴訟標的
新實體法說			以「請求權規範競合說」來認定訴訟標的
新訴訟標的理論（訴訟法說）之二分肢說		實體法上的權利與訴訟法上的訴訟標的無關	以「訴之聲明」+「原因事實」來認定訴訟標的
新訴訟標的理論（訴訟法說）之一分肢說			以「訴之聲明」來認定訴訟標的
訴訟標的的相對論【邱聯恭、許士宦、沈冠伶】		基於處分權主義，原告可以選擇依「權利」或「原因事實」作為訴訟標的的認定單位	

二、甲於某日將其所有之 A 地出租予乙，約定租期二年，於租期屆滿後，乙拒將該地交還。甲欲對乙起訴請求返還。(50%)

1.甲於起訴時，如何特定其訴訟標的？

- 訴訟標的的相對論，民事訴訟法採處分權主義，原告有主導特定訴訟標的之權能及責任，而認為原告既可選擇以**實體權利**作為訴訟標的（類似舊說，其稱之為「**權利單位型訴訟標的**」），亦可選擇以**原因事實**予以特定（類似新說，其稱之為「**紛爭單位型訴訟標的**」），法院則受原告特定訴訟標的之方式拘束。

要採取相對論，當事人原告有主導特定訴訟標的之權能及責任，本案可以採取

- 訴訟標的的為 767 所有權返還
- 還有 455 租賃物返還。

2.甲可否提起客觀合併之訴？如可，其係何種合併型態？

- 可以，以預備合併，
- 訴訟標的的為 767 所有權返還/455 租賃物返還。先位請求無理由時，始請求審理備位；先位有理由時，僅需就先位為判決即可；先位無理由時，法院除駁回先位請求外，尚須就備位請求為審理、裁判。

3.甲起訴後，如乙於訴訟繫屬中將 A 地出借予丙，甲之訴訟是否受影響？法院應如何處理？

- 出借為係爭物的繼受人，依§254、401 當事人恆定主義當事人恆定，甲權利不受影響，訴訟不受影響

- 還有 455 租賃物返還。有相對性，對於繼受人無
- 767 所有權返還，則會連丙變成當事人(甲對丙)，法定訴訟擔當(因為乙打官司，非丙)，因此要通知丙才可以

4.在 3 之情形，法院就甲之訴訟所為本案確定判決之效力是否及於丙？

- 訴訟標的沒有變(對於債權，以及對於\_\_\_)，因為丙為繼受人，依據 401 其受判決力所及；若甲勝訴，判決效力及於丙，因為丙終要返還於乙，乙又須返還給甲，故丙無權拒絕返還給甲，可對丙執行。
- 丙係專為乙佔有(保管)，丙本身並無固有利益，則無賦予獨立程序保障必要。

5.甲對乙起訴後，如甲於訴訟繫屬中將 A 地所有權移轉予丁，丁另行對乙起訴請求返還 A 地，法院應如何處理？

原告要移轉出去了，可以依據 455/767

- 767 所有權返還，標的變為丁-乙(，應依據法定訴訟擔當)
- 455 租賃物返還，沒有變動
- 若丁去告乙，若 767 會有重複起訴，丁可以 257 承擔訴訟，或參加訴訟
- 如還是要獨立起訴，則違反 253，重覆要駁回

三、甲列乙為被告，起訴請求法院判決乙將 A 車交還甲，主張乙竊取甲所有之 A 車，基於所有物返還起訴權為請求(20%)

1. 如乙在訴訟繫屬中將 A 車出售而交付予丙，甲所取得之本案確定判決之既判力是否及於丙？是否因甲勝訴或敗訴，丙善意或惡意而有所不同？如丙因不可歸責於己之事由而未參加訴訟，其應如何謀求救濟？

2. 如甲獲本案勝訴判決確定後，乙始將 A 車出售而交付予丙，上述三問題應如何處理？

就 767

1. 及於繼受人，因為繼受人，一律及於繼受人(老師認為，但實務若以善意取得則不及，因此要先通知對方，則對方可以參與訴訟，一次即可解決紛爭)；若不可歸責，味餐與可以提出 507 撤銷訴訟，保障
2. 基準之後移轉，新事實，不被遮斷，判決效力可以及；是否有善/惡意問題。若受讓人已經知道有訴訟仍要買，因此繼受人知悉則受判決效力所及；若受讓人不知道有訴訟，則受讓人因不知訴訟，則因為有事前程序保

障，因此可以提出 **507 事後保障的撤銷訴訟**

四、甲、乙等二人共有之 A 地，遭丙擅自占用，甲乃對丙起訴，依所有物返還請求權，請求返還 A 地(下稱本訴)。(20%)

1. 甲所提本訴，其訴之聲明應如何表明？本訴之原告(當事人)適格有無欠缺？

- 民 821 共有物之請求權，為全體共有人利益，故訴請法院判定返還給甲及乙
- 訴訟擔當，基於 821 為法定訴訟擔當

2. 在本訴繫屬中，乙又對丙起訴，請求返還 A 地。該訴是否重複起訴？法院應如何判斷、處理？

- 為同一，實質當事人為甲/乙，訴訟標的同一，訴之聲明一樣，故可以 255-1-2；或 253 裁定駁回

五、承上題，丙抗辯其就 A 地對甲、乙二人有租賃權存在。(20%)

1. 丙可否對甲、乙二人提起反訴？

- 反訴要件，是否有關連?依據租賃權故符合要件(一、於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，並請求確定其關係者。)

第 446 條

訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。

提起反訴，非經他造同意，不得為之。但有下列各款情形之一者，不在此限：

一、於某法律關係之成立與否有爭執，而本訴裁判應以該法律關係為據，並請求確定其關係者。

二、就同一訴訟標的有提起反訴之利益者。

三、就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者。

2. 在本訴及反訴，丙之租賃權存否之要件事實，應由誰負舉證責任？

租賃權存在，277 條，

- 767 所有人/無權占有，表示丙沒有租賃權，固本訴不存在要由甲/乙負舉證
- 反訴，確認租賃權存在訴訟，一 277，

反訴要件：§259+§260

- 1.於本訴繫屬中提起
  - 2.本訴被告對本訴原告或需合一確定之人<sup>1</sup>所提之訴訟，為另一獨立之新訴
  - 3.和本訴之訴訟標的及防禦方法相牽連(如：抵銷債權、中間確認反訴…)
- 相牽連：反訴與本訴之訴訟標的同一、基於同一法律關係所生、有共同爭點
- 例如：§446 第 2 項各款

訴之客觀合併係指原告對同一被告以一訴為數訴訟上請求之情形。

目錄 [隱藏]

- 1 單純合併
- 2 預備合併
- 3 選擇合併
- 4 重疊合併

單純合併[編輯]

單純合併係指原告對同一被告以一訴同時提起數訴訟上請求，數請求間依有無牽連關係又可分為「有牽連關係之單純合併」及「無牽連關係之單純合併」二者。前者例如以一訴同時請求本金與利息，後者例如以一訴同時請求無關之借款債權及價金請求權。區分二者之實益主要在於，若為有牽連關係之單純合併，為免發生裁判矛盾之情形，原則上不得分別辯論、一部判決。

預備合併[編輯]

預備合併係指原告預慮法院就其先位請求為不利之判決，而提出備位聲明（又稱後位聲明），以法院認為先位聲明無理由為停止條件，審理判決備位聲明。例如先位聲明請求交付買賣標的物，預慮若法院認為買賣契約根本不成立、生效，備位聲明請求返還價金之不當得利。此時法院受當事人訴之聲明排列順序之拘束，若認先位聲明無理由則須審理判決後位聲明，若認先位聲明有理由則毋須審理判決後位聲明。

二請求須否併存？

學說通說及實務見解均認為，先位請求及備位請求須為不得併存之二請求，方得以預備合併之型態提起。惟學者邱聯恭則認為，預備合併係僅原告以數

---

<sup>1</sup> §259 之修正擴大反訴被告之範圍，可及於就訴訟標的必須合一確定之人（亦即第三人）。蓋如反訴僅能由本訴被告對於本訴原告提起，則在需要對於訴訟標的必須合一確定之第三人一併起訴時，即不得提起反訴，而須另行起訴，有違訴訟經濟原則，並易造成裁判歧異。為擴大反訴制度解決紛爭之功能，應使本訴被告對原告及就訴訟標的必須合一確定之人一併提起反訴。

訴訟上請求為先後順序之排列，法院即受其拘束之審理方式，為原告程序選擇權之內容，故不以數請求不得併存為必要，數得併存之請求亦得提起預備合併。

#### 預備合併之上訴

若當事人僅就先位或備位聲明上訴第二審法院時，為一部上訴。學說通說及實務見解均認為，第二審因上訴人可擴張上訴聲明、被上訴人可提起附帶上訴，故有所謂的上訴不可分效力。亦即未上訴的部分亦隨同已上訴部分移審至第二審，而不先行確定，只是第二審法院因處分權主義不得加以審理判決。但是在預備合併上訴之情形，當事人雖然僅就一部上訴，未上訴部分發生上訴不可分效力，學說通說認為此時因為預備合併之數請求間具有牽連關係，因此例外地使第二審法院就未上訴的部分亦可加以審判，該案件在第二審亦維持預備合併之型態，學說稱之為附隨一體性。

#### 選擇合併[編輯]

選擇合併係指原告主張單一訴之聲明、數訴訟標的，請求法院就數訴訟標的擇一判決原告勝訴。此為傳統訴訟標的理論才有的客觀合併類型，在新訴訟標的理論下無此類型。

#### 重疊合併[編輯]

重疊合併係指原告主張單一訴之聲明、數訴訟標的，請求法院就全數訴訟標的加以裁判者。此亦為傳統訴訟標的理論才有的客觀合併類型，在新訴訟標的理論下無此類型。