

※考古題

一、試解釋下列各組名詞，並比較其異同。

1. 審判權及管轄權

- (1) 所謂審判權係指法院對於紛爭有加以審判的權限；審判權之有無係屬法院依職權調查事項，法院就事證蒐集採職權探知主義
- (2) 所謂管轄權係指依法劃定各法院可以行使審判權的權限；管轄權之有無係屬法院依職權調查事項，法院對於公益性較強之專屬管轄事件採職權探知主義，對於公益性較弱之任意管轄事件採辯論主義
- (3) 由民訴土地管轄之規定逆向推導，有管轄權者，即具有審判權
- (4) 審判權係就全國法院而言，管轄權係就各法院間而言

2. 當事人能力及當事人適格

- (1) § 40 當事人能力
- (2) 當事人能力，即指為民事訴訟當事人而起訴或受訴之能力，此項能力之有無，專依當事人本身之屬性定之；當事人之適格，則指當事人就特定訴訟標的有實施訴訟之權能而言，此項權能之有無，應依當事人與特定訴訟標的之關係定之（26 渝上 639 判例參照）

3. 主體預備合併之訴及客體預備合併之訴

- (1) 所謂主體預備合併之訴係指訴訟當事人為二人以上之原告或被告，分別排列順位為請求；如先位原告或對先位被告之請求為有理由，即不要求審判備位原告或對備位被告之請求，只有當先位原告或對先位被告之請求為無理由，才要求法院審判備位原告或對備位被告之請求。基於處分權主義，若不影響訴訟經濟，主體預備合併之訴對原告具有意義時，則無否定之理
- (2) 所謂客體預備合併之訴係指將二以上之訴訟標的排列順位，先位請求有理由時，僅需就先位為判決即可；先位請求無理由時，法院除駁回先位請求外，尚須就備位請求為審理、裁判
 - A. 實務見解認為，對於客體預備合併之訴，須合併之請求互不相容（不兩立），且有複數訴訟標的及訴之聲明
 - B. 學說認為，只要當事人未違反 § 248 客體的訴之合併之要件，並符合程序法上基本要求，則其所採之合併類型，均有承認之必要；故於客體預備合併之訴，只要當事人訂有先後順序即可

4. 辯論主義及職權探知主義

- (1) 所謂辯論主義係指法院於訴訟程序中僅得以當事人提出之事實及證據採為判決之基礎。其內涵有三
 - A. 當事人未主張之「事實」，法院不得以之為裁判基礎
 - B. 當事人未爭執（自認）之「事實」，法院應以之為裁判基礎
 - C. 當事人未聲明之「證據」，法院不得加以調查
- (2) 所謂職權探知主義係指不限於當事人所主張的事實與提供的證據範圍，法院得依職權主動蒐集事實和調查證據（§ 288 職權調查證據）。其內涵有三
 - A. 對於當事人未主張之事實，法院得依職權蒐集並作為判決依據，當事人不負擔「行為主張責任」
 - B. 法院除對當事人聲明之證據進行判斷和採用外，並得依職權調查當事人沒有提

出之證據，當事人不負擔「行為證明責任」

- C. 對於當事人未爭執之事實，法院得調查其真偽以決定是否採用，即便當事人在訴訟中對案件事實為自認，也不構成「訴訟上自認」，對法院沒有拘束力

5.客觀的舉證責任及行為責任之舉證責任

- (1) 客觀的舉證責任僅為法院裁判之規範，為一結果責任
- (2) 行為責任之舉證責任係當事人就有利於己之一定事實證明所應盡之行為責任（§ 277 舉證責任分配之原則），兼具訴訟法性質；其並非針對「真偽存否不明」之情形示明處理原則，故無須仿德、日學說，於實體法中尋求舉證責任規範

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 當事人陳述之真實義務），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
- (3) 原告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，則當事人未盡主張責任，可判決其敗訴（充實必要之審理、排除不必要之審理）
- (4) 證據上爭點整理——可證性審查
 - A. 確定有爭執事項與不爭執事項為何
 - B. 就成為爭點的事實群分析相關證據，確定該證據當事人有無主張、有無調查必要（如提出之間接事實若為真正可否推認待證的主要事實、主要事實可否被證明、有無證明可能性）、有無重覆而得一併調查等，並分配舉證責任，若證據聲明有所不足（無法證明待證事實），法院應闡明之

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？

- (1) 舊訴訟標的理論：以實體法上之權利個數來特定訴訟標的（如所有物返還請求權 vs. 借用物返還請求權或租賃物返還請求權、民 184I 前段或後段或 II 之侵權行為、不當得利 vs. 侵權行為、票據債權 vs. 原因債權）
- (2) 新訴訟標的理論：以受給地位來特定訴訟標的，又分成一分肢說（訴之聲明）及二分肢說（訴之聲明+生活事實），其乃在強調紛爭解決一次性，以擴大訴訟制度解決紛爭之功能（訴訟經濟）
- (3) 訴訟標的相對論：尊重原告之程序選擇權，使其基於程序處分權，衡量各該事件所涉實體上利益與程序上利益之大小，而經由訴訟標的之劃定，平衡追求該二種利益，貫徹防止突襲之原理。其特定訴訟標的之方式有二：
 - A. 權利單位型（舊說）：缺點為紛爭無法一次解決，違反訴訟經濟，造成被告重複應訴
 - B. 紛爭單位型（新說）：缺點為法官若未能闡明，容易造成突襲性裁判，程序保障不充足

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？

- (1) 訴訟標的相對論：以何種方式特定訴訟標的，應該尊重原告之程序處分權、選擇權

- (2) 如甲以權利為單位特定訴訟標的，可起訴對乙主張租賃物返還請求權及所有物返還請求權，並有客體合併之問題
- (3) 如甲僅主張所有物返還請求權或僅主張租賃物返還請求權，但依其所表明之聲明及原因事實得同時主張二請求權者，此時法院應依 § 199-1 予以闡明。
- (4) 若甲以整個紛爭事實為單位特定訴訟標的，則不必表明法律關係（縱然有表明也只是理由或攻防方法而已）

2. 甲可否提起客觀合併之訴？如可，其係何種合併型態？

- (1) 甲可提起客觀合併之訴
- (2) 在處分權主義之下，只要未違反 § 248 客體的訴之合併之要件，並符合程序法上基本要求，甲可採：
 - A. 預備合併：先位請求有理由時，僅需就先位為判決即可；先位請求無理由時，法院除駁回先位請求外，尚須就備位請求為審理、裁判
 - B. 選擇合併：單一聲明及數訴訟標的，甲請求法院擇一為有理由判決，若法院認為其一有理由，僅需就該有理由之訴訟標的為勝訴判決即可；需兩者皆無理由時，法院方可為甲敗訴判決

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？

- (1) 甲起訴後，如乙於訴訟繫屬中將 A 地出借予丙，甲之訴訟不受影響
 - A. 訴訟標的法定變更為甲對丙之所有物返還請求權
 - B. 依 § 254I、401I 當事人恆定主義，乙可續行訴訟（仍具當事人適格）
- (2) 法院處理：
 - C. 法院應職權通知丙（實質當事人）（§ 254IV），賦予事前程序保障
 - D. 法院若未於事前通知丙，丙可提第三人撤銷訴訟（事後程序保障）

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？

- (1) 實務見解：採實體法上權利屬性說（61 台再 186 判例）
 - A. 基於民 455 債之相對性，法院就甲之訴訟所為本案確定判決之效力無法及於丙
 - B. 基於民 767I 前段之物權對世效，法院就甲之訴訟所為本案確定判決之效力及於丙
- (2) 學說見解：兼顧訴訟法上觀點，以程序保障作為判決效力主觀範圍擴張之正當化基礎；故本題依 § 254I + § 507-1 + § 401I，無論採民 455 或 767I 前段，法院就甲之訴訟所為本案確定判決之效力均及於丙

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？

- (1) 法院知悉訴訟標的有移轉者，應即以書面將訴訟繫屬之事實通知丁，以保障丁之程序參與權（§ 254IV）
- (2) 依 § 401I，丁係甲之繼受人（法定訴訟擔當），法院就甲之訴訟所為本案確定判決之效力及於丁，法院應依 § 199-1 予以闡明，乙可衡量自己的實體利益及程序利益，選擇：
 - A. 追加成當事人（§ 255I2 款）
 - B. 訴訟參加（§ 58 以下）

(3) 丁另行對乙起訴請求返還 A 地，其起訴違背 § 253，法院應依 § 249I7 款，以裁定駁回之

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？

(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及於丙。蓋依 § 401I 法定訴訟擔當+民 767I 前段之物權對世效(61 台再 186 判例)；如此可保障甲之程序利益(私益)，並節省法院之勞力、時間、費用(促進訴訟經濟之公益)。

(2) 甲勝訴或敗訴，丙善意或惡意之不同：

A. 實務見解：甲勝訴及於丙，甲敗訴及於惡意之丙(61 台再 186 判例)，但不及於善意之丙(民 801、948 善意取得；96 台抗 47 判決)

B. 學說見解：不論甲勝訴或敗訴，丙善意或惡意，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均及於丙；蓋為兼顧訴訟法上觀點，以程序保障作為判決效力主觀範圍擴張之正當化基礎(§ 254I+§ 507-1+§ 401I)。

(3) 如丙因不可歸責於己之事由而未參加訴訟，應以甲、乙二人為共同被告提出第三人撤銷訴訟以謀求救濟(§ 507-1 事後程序保障)

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？

如甲獲本案勝訴判決確定後，乙始將 A 車出售而交付予丙，此一出售事實不受既判力遮斷效之影響，故：

(1) 甲所取得之本案確定判決之既判力不及於丙

(2) 不論甲勝訴或敗訴，丙善意或惡意，甲所取得之本案確定判決之既判力不及於丙

(3) 乙係於甲獲本案勝訴判決確定後，始將 A 車出售而交付予丙，丙未參加訴訟乃屬當然

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？

(1) 甲所提本訴，其訴之聲明為：丙應將 A 地返還甲、乙二人(實務有認為只要聲明還給「共有人全體」即可)

(2) 本訴之原告甲基於法定訴訟擔當乙而有當事人適格(民 821 但)

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？

(1) 在本訴繫屬中，乙又對丙起訴，請求返還 A 地，該訴為重複起訴；蓋乙為實質當事人(被擔當人)，故符合當事人同一、訴之聲明及訴訟標的之相同之重複起訴要件

- (2) 原則上，依 § 401III，乙受判決效力所及，法院應依 § 199-1 予以闡明，乙可衡量自己的實體利益及程序利益，選擇：
- A. 追加成當事人（§ 255I2 款）
 - B. 訴訟參加（§ 58 以下）
- (3) 乙又對丙起訴，請求返還 A 地，其起訴違背 § 253，法院應依 § 249I7 款，以裁定駁回之

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？

丙可對甲、乙二人提起反訴

- (1) 要件：§ 259+260
- (2) 於本訴繫屬中提起
- (3) 本訴被告丙對本訴原告甲、乙二人（需合一確定）所提之訴訟，為另一獨立之新訴
- (4) 和本訴之訴訟標的及防禦方法相牽連（本訴主張丙無權占有，丙反訴主張有租賃權）
- (5) 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
- (6) 丙可利用反訴取得租賃權存在之確認判決，若未提起反訴，縱丙勝訴，僅有租賃權存在之爭點效，無既判力

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？

- (1) 本訴：民 767I 前段，丙之租賃權存否之要件事實，應由丙負舉證責任（§ 277I）
- (2) 反訴：民 421，丙之租賃權存否之要件事實，亦應由丙負舉證責任（§ 277I）