

〔 101 年司法特考民訴測驗題 〕

- 01、甲聲請法院依督促程序對乙發支付命令，就請求之原因事實記載為：乙於 100 年 3 月 1 日向其借款新臺幣 50 萬元逾期未清償等語，不過並未向法院提出任何證據足資證明有借款債權存在。下列選項之敘述，何者為全部錯誤？
- ①甲未提出證據，法院不得對乙發支付命令
②法院應於訊問乙而確認甲之債權屬實後，始得對乙發支付命令
③法院若認無管轄權，而駁回甲之聲請，甲對該裁定不得聲明不服
④若法院核發支付命令，在三個月內不能送達於乙時，該支付命令即失其效力
- (A)①② (B)③④ (C)①②④ (D)②③④
- (101 年司法官)

【解析】

(A) ①②

【題目解答】

- (一) §511 規定：「支付命令之聲請，應表明下列各款事項：一、當事人及法定代理人。二、請求之標的及其數量。三、請求之原因事實。其有對待給付者，已履行之情形。四、應發支付命令之陳述。五、法院。」§512 規定：「法院應不訊問債務人，就支付命令之聲請為裁定。」並無要求債權人應提出證據始得核發支付命令，①之論述錯誤。
- (二) ②之論述有違§512 之規定，係屬錯誤。
- (三) §513 I 規定：「支付命令之聲請，不合於第五百零八條至第五百十一條之規定，或依聲請之意旨認債權人之請求為無理由者，法院應以裁定駁回之；……」§513 II 規定：「前項裁定，不得聲明不服。」③之論述正確。
- (四) §515 I 規定：「發支付命令後，三個月內不能送達於債務人者，其命令失其效力。」，故④之論述正確。

- 02、原告甲對被告乙起訴請求返還借款 200 萬元，乙一方面否認兩造間借貸關係存在，一方面以其對甲之 300 萬元買賣價金債權中之 200 萬元主張抵銷；對於乙所提出之抵銷抗辯，甲除主張其早已清償價金外，並依民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款之規定聲明為訴之追加，追加請求乙交付該買賣契約之標的物 A 車，乙則表示不同意甲所聲明之追加。假設第一審法院以裁定駁回原告所為追加，原告不服提起抗告，抗告法院認原告之追加符合法條所定之「請求之基礎事實同一」而以裁定廢棄第一審法院之裁定，並准許追加。對此裁定，被告再為抗告，試問此再為抗告最有可能的結果為：
- (A)以再為抗告不合法為由裁定駁回，因為原抗告法院所為之裁定，不得聲明不服
(B)以再為抗告無理由裁定駁回，因為原告追加之訴與原訴之請求基礎事實

- 應屬同一，抗告法院之裁定並無錯誤
- (C)以再為抗告無理由裁定駁回，因為原告追加之訴與原訴之請求基礎事實是否同一，非屬再抗告法院得以審查之事項
- (D)再為抗告有理由，將原抗告法院之裁定廢棄，因為原告追加之訴與原訴之請求基礎事實顯不同一，抗告法院適用法規顯有錯誤（101 年司法官）

【解析】

(A) 以再為抗告不合法為由裁定駁回，因為原抗告法院所為之裁定，不得聲明不服

【題目解答】

§258 I 規定：「法院因第二百五十五條第一項但書規定，而許訴之變更或追加，或以訴為非變更或無追加之裁判，不得聲明不服。」依此抗告法院准許追加之裁定，不得聲明不服，對此裁定，被告再為抗告，自應以再為抗告不合法為由裁定駁回，(A) 之論述正確。

03、對於確定之第三審終局判決提起再審之訴，試問下列何選項所述事由，均屬於再審法院毋須給予當事人補正欠缺之機會，即得逕以再審之訴不合法裁定駁回之？

- ①再審書狀未表明再審聲明
②再審書狀未表明再審理由
③未委任律師為訴訟代理人
④已委任律師為訴訟代理人卻未繳納裁判費

(A)②③④ (B)②④ (C)①②④ (D)①② (101 年司法官)

【解析】

(B) ②④

【題目解答】

- (一) 再審之訴，應以訴狀表明§501 I 各款事由，其未表明再審聲明，再審法院仍須給予當事人補正欠缺之機會。
- (二) 再審書狀未表明再審理由 (§501 I ④前段) 乃再審之訴不合法，不必命補正，逕依民事訴訟法§502 I 裁定駁回 (60 臺抗 538、74 臺聲 23 裁定)。
- (三) 再審之訴未如上訴第三審採律師強制代理主義 (§466-1) 故未委任律師為訴訟代理人，再審之訴亦屬合法。
- (四) 已委任律師為訴訟代理人卻未繳納裁判費，參照民事訴訟施行法§9 之規定：「上訴人有律師為訴訟代理人，或依書狀上之記載可認其明知上訴要件有欠缺者，法院得不行民事訴訟法第四百四十二條第二項及第四百四十四條第一項但書之程序。」再審法院毋須給予當事人補正欠缺之機會，即得逕以再審之訴不合法裁定駁回之。」

04、下列選項之敘述，何者正確？

- (A)於訴訟繫屬中，受讓訴訟標的債權之人，因非當事人，故讓與人敗訴之

確定判決對受讓人不生效力

- (B)於債權人向主債務人起訴請求返還借款經受敗訴判決確定後，保證人雖非當事人，但仍得援用該確定判決以對抗債權人
- (C)撤銷股東會決議之確定判決效力不及於未提起訴訟之股東
- (D)婚姻事件程序之確定判決，為求身分關係之安定，對於任何第三人均一概發生效力，不允許有任何例外 (101 年司法官)

【解析】

(B) 於債權人向主債務人起訴請求返還借款經受敗訴判決確定後，保證人雖非當事人，但仍得援用該確定判決以對抗債權人

【題目解答】

- (一) 受讓訴訟標的債權之人，雖非當事人，然依§401 I 中段「為當事人之繼受人者」及§401 II 「對於為他人而為原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力」之規定，讓與人敗訴之確定判決對受讓人亦生效力，(A) 之論述錯誤。
- (二) 債權人向主債務人起訴請求返還借款經受敗訴判決確定後，保證人雖非當事人，依民法§742 I 規定：「主債務人所有之抗辯，保證人得主張之。」，(B) 之論述「仍得援用該確定判決以對抗債權人」係屬正確。
- (三) 撤銷股東會決議之確定判決效力，係屬形成判決，具有對世效力，故(C) 之論述「確定判決效力不及於未提起訴訟之股東」係屬錯誤。
- (四) 婚姻事件程序之確定判決，為求身分關係之安定，原則具有對世效力(§582 I、§596 I 本文、家事事件法§48 I 本文)，然仍有若干例外規定(例如，§582 II、§596 I 但書、家事事件法§48 I 但書)，故(D) 之論述係屬錯誤。

05、甲列乙為被告，於 2010 年 10 月 3 日向臺中地方法院起訴，聲明求為判決命乙賠償 50 萬元。其陳述略稱：「乙於 2008 年 7 月 1 日駕車在臺中市中港路上超速 (d1 事實) 追撞甲所乘機車，致機車受損，並造成甲大腿骨折，支用修理費及醫療費共 80 萬元。乙之行為有過失，且與甲之受害有相當因果關係。為此，基於損害賠償請求權起訴」。對此，乙聲明求為判決駁回甲之請求，辯稱：「乙駕車並無過失，不應負賠償責任」等語。下列選項何者為正確？

- (A)法院得不待當事人之主張，逕依職權認定甲之請求已經罹於時效而駁回其請求
- (B)法院得不待當事人之主張，逕依職權調查甲是否與有過失之事實而酌減賠償金額
- (C)如受訴法院經調查證據為審理之結果，認為：車禍之發生，亦因甲駕車超速 (d2 事實) 所導致等旨。但由於甲駕車超速之事實 (d2 事實)，非當事人兩造所提出者，法院一律均不得採為裁判之基礎

(D)甲駕車超速之事實 (d2 事實)，雖非當事人兩造所提出者，但如係受訴法院於職務上所得知之事實，亦得予以斟酌，但應予當事人有辯論之機會
(101 年司法官)

【解析】

(D) 甲駕車超速之事實 (d2 事實)，雖非當事人兩造所提出者，但如係受訴法院於職務上所得知之事實，亦得予以斟酌，但應予當事人有辯論之機會

【題目解答】

(一) 罹於時效係屬「權利排除事實」，係屬主要事實、影響判決基礎之事實，故非經當事人主張，法院不得逕採為裁判基礎，(A) 之論述錯誤。

(二) 與有過失係屬「權利消滅事實」，係屬主要事實、影響判決基礎之事實，故非經當事人主張，法院不得逕採為裁判基礎，(B) 之論述錯誤。惟實務對此有不同意見。

◎ 85 台上字第 1756 號判例

惟按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第二百十七條第一項定有明文。此項規定之目的在謀求加害人與被害人間之公平，倘受害人於事故之發生亦有過失時，由加害人負全部賠償責任，未免失諸過酷，是以賦與法院得不待當事人之主張，減輕其賠償金額或免除之職權。換言之，基於過失相抵之責任減輕或免除，非僅為抗辯之一種，亦可使請求權全部或一部為之消滅，故裁判上得以職權斟酌之。

(三) 甲駕車超速之事實 (d2 事實) 為「與有過失」，處理方式原則應以當事人主張為主，然法律仍有若干例外規定「法院已知之事實、事實為當事人自認者、法律上推定之事實而無反證者 (§281) ..等等」，(C) 之論述「一律均不得採為裁判之基礎」係屬錯誤。

(四) §278 I 規定「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。」§278 II 復規定「前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之。但裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會。」可知 (D) 之論述「職務上所得知之事實....」係屬正確。

06、甲將乙列為被告向民事法院起訴，乙抗辯該事件為行政爭訟事件，民事法院無審判權云云時，下列選項之敘述，何者正確？

(A) 受訴法院認其無民事審判權時，應以訴訟事件不屬普通法院之權限為理由，裁定駁回原告之訴

(B) 受訴法院裁定認其有民事審判權時，由於此係訴訟進行中所為之裁定，被告就該裁定不得提起抗告

(C) 此訴訟於民事法院繫屬中，法院並非一律不得停止訴訟程序

(D) 受訴法院如認此訴訟事件為行政爭訟事件而無受理訴訟之權限，關於此判斷，行政法院應受拘束
(101 年司法官)

【解析】

101 年司法特考民訴

(C) 此訴訟於民事法院繫屬中，法院並非一律不得停止訴訟程序

【題目解答】

- (一) §31-2 II 規定「普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」，(A) 之論述「裁定駁回原告之訴」係屬錯誤。
- (二) §31-2 III、IV 規定「當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先為裁定。前項裁定，得為抗告。」，(B) 之論述「不得提起抗告」係屬錯誤。
- (三) §31-2 I 規定「普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」而§182-1 I 規定「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，聲請司法法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。」故(C)之論述應屬正確。
- (四) 如民事法院認其無審判權，自應移送行政法院(§31-2 II)為之。如民事法院認其有審判權之裁定確定，行政法院受該裁定之羈束(§31-2 之立法理由)。(D)之論述「無受理訴訟之權限...行政法院應受拘束」係屬錯誤。

07、下列選項所敘述之訴訟，何者均欠缺訴之利益？

- ①甲列乙(丙公司之董事長)為被告，訴請判決確認甲對丙公司就A物有所有物返還請求權
- ②甲列乙為被告，訴請判決撤銷甲受乙詐欺而訂立之某契約
- ③甲列乙為被告，訴請判決確認乙在甲所有之B地上無租賃權
- ④甲列乙為被告，訴請判決准許拍賣抵押物
- (A)①②③ (B)①②④ (C)①③④ (D)②③④ (101年司法官)

【解析】

(B) ①②④

【題目解答】

- (一) 甲對乙之確認訴訟，效力不可能及於甲與丙公司之間，當事人不適格，故欠缺訴之利益，①無誤。
- (二) 甲受乙詐欺而訂立之某契約，如欲撤銷，民法規定以意思表示撤銷即可，無須提起撤銷訴訟，故撤銷訴訟之提起欠缺訴之利益，②無誤。
- (三) 確認乙在甲所有之B地上有無租賃權，攸關乙有無正當權利為B地之占用及使益，故其訴訟有其利益，③之訴訟有起訴之實益。
- (四) 拍賣抵押物依民法§879之規定，聲請法院以裁定為之即可，起訴請求法院判決准許欠缺訴之利益，④無誤。

08、下列選項之敘述，何者為全部錯誤？

- ①在通常訴訟程序，上訴人提起第二審上訴，未於上訴狀內記載上訴理由，經第一審法院定期間命其補正，如不於期間內補正，原第一審法院應以裁

定駁回上訴

- ②在通常訴訟程序，上訴人提起第三審上訴，未於上訴狀內記載上訴理由，上訴人若未於提起上訴後二十日內提出理由書於原第二審法院，原第二審法院應以裁定駁回上訴
- ③在簡易訴訟程序，上訴人提起第三審上訴，未於上訴狀內表明上訴理由，原第二審法院應定期命其補正，不得逕以裁定駁回上訴
- ④在小額訴訟程序，上訴人提起第二審上訴，未於上訴狀內表明上訴理由者，應先命其補正，始得裁定駁回之

(A)①②③ (B)①③④ (C)②③④ (D)③④ (101 年司法官)

【解析】

(B) ①③④

【題目解答】

- (一) §442 III 規定：「上訴狀未具上訴理由者，不適用前項之規定。」而§444-1 V 規定：「當事人未依第一項提出上訴理由書或未依前項規定說明者，第二審法院得準用第四百四十七條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之。」
①謂「如不於期間內補正，原第一審法院應以裁定駁回上訴」錯誤。
- (二) §471 I 規定：「上訴狀內未表明上訴理由者，上訴人應於提起上訴後二十日內，提出理由書於原第二審法院；未提出者，毋庸命其補正，由原第二審法院以裁定駁回之。」②之論述正確。
- (三) §436-4 II 規定：「未依前項規定表明上訴或抗告理由者，毋庸命其補正，由原法院裁定駁回之。」③謂「不得逕以裁定駁回上訴」錯誤。
- (四) §471 I 規定於於小額事件之上訴程序準用之 (§436-32 II) ④謂「應先命其補正，始得裁定駁回之」錯誤。

09、甲列乙為被告，基於損害賠償請求權，向臺北地方法院起訴，聲明求為判決命被告賠償新臺幣(下同)七十萬元，其主張之事實及理由略為：乙住屏東、甲住臺北。99年3月1日，乙駕車在花蓮市區與甲駕車相撞，在現場甲受傷發生損害，因乙駕車有過失，致甲受損害七十萬元等語。乙於言詞辯論時未爭執法院之管轄權，而抗辯自己無過失云云。問：下列選項之敘述何者全部正確？

- ①依以原就被原則，臺北地方法院應依職權將此訴訟移送於被告住所地之屏東地方法院
- ②侵權行為地在花蓮，故花蓮地方法院為有管轄權之法院
- ③為調查證據之便，臺北地方法院得依原告之聲請，以裁定移送訴訟於花蓮地方法院
- ④臺北地方法院為有管轄權之法院，不得為移送於他法院之裁定

(A)①② (B)②③ (C)③④ (D)②④ (101 年司法官)

【解析】

101 年司法特考民訴

(D) ②④

【題目解答】

- (一) 乙於言詞辯論時未爭執法院之管轄權，依§25 之規定臺北地方法院取得管轄權，故①之論述不正確。
- (二) 依§15 I 之規定「因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。」故②之論述正確。
- (三) 依§25 之規定臺北地方法院已因本案言詞辯論被告不抗被告而取得管轄權，自無依「為調查證據之便而移送訴訟於花蓮地方法院」之必要，否則更易造成程序上不利益，故③之論述不正確。
- (四) 臺北地方法院依§25 之規定為有管轄權之法院，不得為移送於他法院之裁定，故④之論述正確。

10、下列何選項所敘述之事實，均非經當事人主張，法院不得採為裁判之基礎（以該事實非於法院已顯著且非為其職務上已知者為前提）？

- ①與有過失之評價根據事實
②違約金酌減之評價根據事實
③當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，損害額酌定所根據之事實
④離婚訴訟中有關維持婚姻之具體事實
- (A)①②③ (B)①②④ (C)①③④ (D)②③④ (101 年司法官)

【解析】

(A) ①②③

【題目解答】

(一) 與有過失係屬「權利消滅事實」，係屬主要事實、影響判決基礎之事實，故非經當事人主張，法院不得逕採為裁判基礎，①之論述正確。惟實務對此有不同意見。

◎ 85 台上字第 1756 號判例

惟按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第二百十七條第一項定有明文。此項規定之目的在謀求加害人與被害人間之公平，倘受害人於事故之發生亦有過失時，由加害人負全部賠償責任，未免失諸過酷，是以賦與法院得不待當事人之主張，減輕其賠償金額或免除之職權。換言之，基於過失相抵之責任減輕或免除，非僅為抗辯之一種，亦可使請求權全部或一部為之消滅，故裁判上得以職權斟酌之。

(二) 違約金過高酌減係屬「權利消滅事實」，係屬主要事實、影響判決基礎之事實，故非經當事人主張，法院不得逕採為裁判基礎，②之論述正確。

◎ 94 台上字第 2230 號判決

按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第二百五十二條所明定，此規定乃賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非因此排除債務人就違約金過高之利

己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。是以違約金之約定，既為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，應已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位而為自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。

(三) 損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額或證明顯有重大困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟之原則，§222 II 規定此種情形，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，以求公平，惟損害額酌定所根據之事實（保險箱遭竊、遭火災燒毀...）仍須經當事人主張，否則法院不得採為裁判之基礎，③之論述正確。

(四) 離婚訴訟中有關維持婚姻之具體事實，依民事訴訟法§575 I 之規定：「法院因維持婚姻或確定婚姻是否無效或不成立，得斟酌當事人所未提出之事實。」故④之論述錯誤。惟依家事事件法§10 II 本文之規定：「離婚、終止收養關係、分割遺產或其他當事人得處分之事項，準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定。」則④之論述正確。

11、下列選項之敘述，何者為全部正確？

- ①於簡易訴訟程序，原告於起訴狀內僅表明請求之原因事實，屬未表明訴訟標的，起訴不合法
 - ②原告起訴請求損害賠償，關於被告部分僅載明為「偷其電視之人」，未具體載明姓名，屬未合法表明當事人，其訴不合法
 - ③原告提起請求金錢賠償損害之訴，依其原因事實所載，對被告有近新臺幣 500 萬元之損害賠償權利，就關於應受判決事項之聲明，僅表明請求被告至少給付新臺幣 100 萬元，並未違背起訴程式
 - ④原告向被告住所地以外之法院提起訴訟，未於起訴狀內記載定管轄所必要之事項，違背起訴程式，其訴不合法
- (A)①②③ (B)②③④ (C)②③ (D)①④ (101 年司法官)

【解析】

(C) ②③

【題目解答】

(一) §428 I 規定：「第二百四十四條第一項第二款所定事項，原告於起訴時得僅表明請求之原因事實。」故①之論述謂：「起訴不合法」係屬錯誤。

(二) 當事人為訴訟程序之主體，法院不得對當事人以外之人開始訴訟程序，故訴狀必須表明特定之原告與被告。而起訴狀記載為「偷其電視之人」而未具體載明姓名，法院根本無從將起訴狀繕本送達，故②之論述謂：「起訴

101 年司法特考民訴

不合法」係屬正確。

(三) §244 III 規定：「第一項第三款之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明。其未補充者，審判長應告以得為補充。」③之論述係屬正確。

(四) §244 II 規定：「訴狀內宜記載因定法院管轄及其適用程序所必要之事項。」可知③之論述係屬錯誤。

12、定作人甲與承攬人乙訂有建造房屋之承攬契約，然因可歸責於乙之事由致該房屋存有重大瑕疵，甲乃以乙為被告向法院提起損害賠償請求之訴，惟損害賠償請求權已經過一年之消滅時效期間，下列選項何者全部錯誤？

①如被告於第一審主張時間已經過甚久，被告無庸再為任何給付，此時法院就是否為時效抗辯負闡明義務

②如法院從調查書證之結果得知消滅時效完成之事實，法院無須使當事人就該事實為辯論

③如法院告知乙可主張消滅時效抗辯，但乙仍不為主張，此時法院仍得斟酌該時效完成之事實為判決

④如乙因可歸責之事由未於第一審主張消滅時效抗辯之事實，其於第二審不得再主張

(A)①④ (B)①② (C)②③ (D)③④ (101 年司法官)

【解析】

(C) ②③

【題目解答】

(一) §199-1 II 規定：「被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。」故①之論述「主張時間已經過甚久，……法院就是否為時效抗辯負闡明義務」係屬正確。

(二) §297 I 規定：「調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論。」可知如法院從調查書證之結果得知消滅時效完成之事實，法院應使當事人就該事實為辯論，否則逕採為裁判基礎，將造成突襲性裁判，②之論述錯誤。

(三) 消滅時效抗辯係屬權利排除事實，為主要事實，非經當事人主張法院不得逕採為裁判基礎，③之論述錯誤。

(四) 依§447 I 規定，如乙因可歸責之事由未於第一審主張消滅時效抗辯之事實，其於第二審不得再主張，④之論述係屬正確。

13、關於法官裁判行為中認定事實之活動，下列選項之敘述，何者全部正確？

①民事訴訟法係採自由證明，並不採嚴格證明

②民事訴訟法就釋明所要求之證明度，較證明之證明度為低

③法律要求法院在一定條件下，應酌定損害額之規定，亦屬減輕舉證責任之方式

- ④法官個人幼時父母失和之經驗，亦得作為法官審判時認定事實之經驗法則
⑤在請求借款返還訴訟中，對於借款合意之事實縱經被告自認，法官在判決時，仍應調查其他證據，始能認定該事實存否
- (A)②③⑤ (B)①②④ (C)②③ (D)③⑤ (101 年司法官)

【解析】

(C) ②③

【題目解答】

- (一) 關於判斷訴訟標的之權利或法律關係主張之當否所必要之事實的證明，應依嚴格證明為之，而不得依自由證明，①之論述係屬錯誤。
- (二) 證明以有某程度之真實的蓋然性（或然性）為必要，而釋明則指法院就某事實之存否，得到大概如此之推測的狀態，法院不得為肯否之判斷，故②之論述「釋明所要求之證明度，較證明之證明度為低」係屬正確。
- (三) 損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額或證明顯有重大困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟之原則，§222 II 規定此種情形，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，以求公平，③之論述係屬正確。
- (四) 經驗法則者，乃由日常之經驗歸納而得之關於事物之因果關係或性質狀態之知識或法則，包含屬於日常之常識，以至於專門科學上之法則。法官個人幼時父母失和之經驗，應屬個案事實而非通例，尚不能稱為經驗法則，④之論述係屬錯誤。
- (五) 在請求借款返還訴訟中，對於借款合意之事實縱經被告自認，法院應以之為裁判基礎，無庸進行耗時費日之調查證據程序，⑤之論述係屬錯誤。

- 14、某甲起訴主張某乙於 2007 年 10 月 1 日晚上 9 點左右，在臺北市政府前之道路上撞傷某甲，某甲基於侵權行為法律關係，請求某乙賠償新臺幣 100 萬元。在第一審調查證據程序中，證人某丙為「某乙於 2007 年 10 月 1 日晚上 7 點至 11 點，在丙家中作客」之證言，第一審法院並基於某丙之證詞，認定某乙並非侵權行為人，從而判決駁回某甲之訴。某甲於提起第二審上訴後，同時向檢察官告發某丙涉嫌偽證罪，並經檢察官對某丙提起公訴。某甲雖在第二審上訴程序中提出此項主張，惟第二審法院以某丙尚未經有罪判決確定為理由，自行認定某丙證言屬實，並因此於 2009 年 10 月 1 日宣示判決駁回某甲之上訴，該判決並於同年 10 月 20 日送達某甲。嗣後，某甲發現某丙於 2009 年 11 月 10 日遭判決偽證罪有罪確定。某甲於 2009 年 11 月 20 日，以某丙已遭宣告有罪確定為理由，對於前開確定判決提起再審之訴，試問：管轄法院應如何處理某甲所提之再審之訴：
- (A) 以不合法裁定駁回，因為已逾提起再審之訴的不變期間
(B) 以不合法裁定駁回，因為某甲「已依上訴程序主張某丙偽證之事由」，違反民事訴訟法第 496 條第 1 項但書規定

- (C)以無理由判決駁回，因為某甲「已依上訴程序主張某丙偽證之事由」，違反民事訴訟法第 496 條第 1 項但書規定
(D)就再審之訴進行實體審理，因為甲再審之訴合法 (101 年司法官)

【解析】

(D) 就再審之訴進行實體審理，因為甲再審之訴合法

【題目解答】

§496 I ⑩規定：「有下列各款情形之一者，得以再審之訴對於確定終局判決聲明不服。……十、證人、鑑定人、通譯、當事人或法定代理人經具結後，就為判決基礎之證言、鑑定、通譯或有關事項為虛偽陳述者。」§496 II 規定：「前項第七款至第十款情形，以宣告有罪之判決或處罰鍰之裁定已確定，或因證據不足以外之理由，而不能為有罪之確定判決或罰鍰之確定裁定者為限，得提起再審之訴。」某甲於 2009 年 11 月 20 日，提起再審之訴，故

- (一) 未逾 30 日再審之訴的不變期間 (10 月 20 日送達某甲，10 月 21 日起算 30 日)，故 11 月 20 日為期間末日，該日提起再審之訴係屬合法。(A) 之論述錯誤。
(二) §496 II 規定需有罪判決確定始可主張§496 I ⑩之再審事由，故甲「雖曾依上訴程序主張某丙偽證之事由」然因未有罪確定判決可資主張及佐證，故不符合§496 I 但書「再審補充性」之限制，(B) 及 (C) 之論述均錯誤
(三) (D) 之論述「再審之訴合法」正確。

15、甲公司計劃架設高壓電纜通過乙所有並住居於其上之 A 地，乙主張甲公司之行為將侵害乙之所有權及人格權，遂對法院聲請「禁止甲公司架設高壓電纜通過 A 地之假處分」，試問下列關於此假處分之敘述，何者不符合我國法之規範？

- (A)法院於審理此假處分之聲請時，應使甲公司有陳述之機會
(B)在法院准為此假處分之裁定確定後，甲公司仍得以乙為相對人，聲請「乙應容忍甲架設高壓電纜通過乙之 A 地」之假處分裁定
(C)在此假處分審理程序中，甲公司開始架設高壓電纜，若法院嗣後依乙之聲請而裁定假處分，甲即不得繼續架設該高壓電纜
(D)在法院就此假處分為裁定前，若有必要，得依乙之聲請，以裁定為緊急處置，命甲公司不得開始架設高壓電纜 (101 年司法官)

【解析】

(B) 在法院准為此假處分之裁定確定後，甲公司仍得以乙為相對人，聲請「乙應容忍甲架設高壓電纜通過乙之 A 地」之假處分裁定

【題目解答】

- (一) §538 IV 規定：「法院為第一項及前項裁定前，應使兩造當事人有陳述之機會。但法院認為不適當者，不在此限。」(A) 之論述正確。
(二) 甲公司所聲請之假處分與乙所獲准之假處分裁定內容抵觸，不應准許，(B)

之論述不符合我國法之規範。

■ 97 年台抗字第 258 號裁定

債權人就爭執之法律關係，已聲請為定暫時狀態之處分，不論係單純之不作为處分，或容忍不作为處分，一經其向法院為聲請後，債務人亦僅得對倘獲核准之裁定循抗告程序或聲請撤銷假處分裁定之途徑以謀救濟，不得於法院未為准駁之裁定前，再聲請內容相牴觸之處分，以阻卻債權人之聲請。

(三) 法院既為「禁止甲公司架設高壓電纜通過 A 地之假處分」，甲自應遵守裁定內容，即不得繼續架設該高壓電纜，(C) 之論述正確。

(四) §538-1 I 規定：「法院為前條第一項裁定前，於認有必要時，得依聲請以裁定先為一定之緊急處置...」，(D) 之論述正確。

16、下列關於第三審上訴之敘述，何者為正確？

- (A) 原判決法院不得審查當事人提出之上訴理由狀是否具體指摘原判決如何違背法令
 - (B) 上訴人未於上訴狀表明上訴理由者，應於提起上訴後二十日之不變期間內提出理由書，逾期提出，其上訴仍為不合法
 - (C) 第二審法院維持第一審法院所為原告一部勝訴、一部敗訴判決，原告提起第三審上訴，被告於上訴期間屆滿後得附帶提起第三審上訴
 - (D) 第二審判決命甲返還借款予乙，甲以其於第二審判決後主動清償為由提起第三審上訴，第三審法院依甲提出之證物，認甲確已清償時，應廢棄原判決改判駁回乙之訴
- (101 年司法官)

【解析】

(A) 原判決法院不得審查當事人提出之上訴理由狀是否具體指摘原判決如何違背法令

【題目解答】

(一) 上訴人只須提出上訴理由狀，第二審即應將訴訟卷宗移交第三審，至上訴理由是否已具體指摘第二審法院判決違背法令，乃為第三審法院在程序上應審查之事項，如認其未具體指摘者，亦應認其上訴為不合法，以裁定駁回之，(A) 之論述正確。

(二) §471 I 補提上訴理由狀之期間並非不變期間，縱有遲誤，倘於第二審駁回上訴之裁定送達前補正，仍非無效。故 (B) 之論述「逾期提出，其上訴仍為不合法」係屬錯誤。

(三) §473 II 規定：「被上訴人，不得為附帶上訴。」故 (C) 之論述「被告於上訴期間屆滿後得附帶提起第三審上訴」係屬錯誤。

(四) §476 I 規定：「第三審法院，應以原判決確定之事實為判決基礎。」故 (D) 之論述「第三審法院依甲提出之證物，認甲確已清償時」係屬錯誤。

17、甲對乙取得第二審勝訴確定之給付判決，並據以聲請強制執行。乙對於該確定判決提起合法的再審之訴後，試問下列何選項之敘述，最符合我國法之規

範？

- (A)乙提出再審之起訴證明後，執行法院應停止強制執行
 - (B)乙取得再審法院廢棄原確定判決之勝訴判決後，即使尚未確定，執行法院應停止強制執行
 - (C)若在該再審程序中，執执行程序已終結，乙得聲明再審法院於判決乙勝訴而將原確定判決廢棄時，併命甲返還乙因執行所為之給付
 - (D)若在該再審程序中，執执行程序已終結，乙必須俟再審勝訴確定後，始得另訴請求甲返還乙因執行所為之給付
- (101 年司法官)

【解析】

(C) 若在該再審程序中，執执行程序已終結，乙得聲明再審法院於判決乙勝訴而將原確定判決廢棄時，併命甲返還乙因執行所為之給付

【題目解答】

- (一) 再審之訴不當然阻止原確定判決之執行力，(A) 之論述錯誤。
- (二) 再審程序廢棄原確定判決確定者，原確定判決溯及既往的失效，因其性質為形成判決，須再審判決確定時，始生消滅前訴訟程序中已確定之判決效力之形成力。如判決尚未確定，執行法院仍無停止強制執行之必要，(B) 之論述錯誤。
- (三) 再審之訴，原則上並無停止原確定判決執行之效力，故再審判決廢棄原判決時，如再審原告已依原判決履行，或依原判決所為之假執行或本案執行之程序業經終結，此際為保護再審原告之利益並達訴訟經濟目的，俾得利用再審程序請求他造返還給付及賠償損害，而免另行起訴 (§505-1)，(C) 之論述錯誤。
- (四) 違反§505-1 之規定，(D) 之論述錯誤。

18、下列何選項之敘述均屬正確？

- ①受訴法院於調查證據前，應先與當事人進行爭點整理程序
 - ②為避免對造當事人與證人勾串，聲請訊問證人時，不宜表明待證事實
 - ③受訴法院所命當事人提出之文書內容，如涉及當事人之隱私，當事人不得拒絕提出，但受訴法院應以不公開方式調查證據
 - ④一造當事人故意將證據滅失，致妨礙他造當事人使用該證據，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張為真實
 - ⑤關於財產權訴訟之本案審理，法院一律不得依職權訊問當事人
- (A)①③④⑤ (B)②③⑤ (C)①④ (D)②⑤ (101 年司法官)

【解析】

(C) ①④

【題目解答】

(一) §296-1 I 規定：「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。」可知①之論述「應先與當事人進行爭點整理程序」係屬正確。

101 年司法特考民訴

- (二) §285 I 規定：「聲明證據，應表明應證事實。」§298 I 亦規定：「聲明人證，應表明證人及訊問之事項。」可知②之論述「不宜表明待證事實」係屬錯誤。
- (三) §344 II 規定：「前項第五款之文書內容，涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密，如予公開，有致該當事人或第三人受重大損害之虞者，當事人得拒絕提出。但法院為判斷其有無拒絕提出之正當理由，必要時，得命其提出，並以不公開之方式行之。」可知③之論述「當事人不得拒絕提出」係屬錯誤。
- (四) §282-1 I 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。」可知④之論述係屬正確。
- (五) ⑤之論述與§367-1 I 規定：「法院認為必要時，得依職權訊問當事人。」相抵觸，可知係屬錯誤。

19、被告於言詞辯論期日有下列何種情形時，第一審法院可經到場之原告聲請由其一造辯論而為判決？

- (A) 被告未於第一次言詞辯論期日到場，但法院並無急迫情形，其通知書送達被告時，距離該辯論期日尚未滿十日
- (B) 被告於言詞辯論期日當日在前往法院途中，因發生車禍受傷昏迷經送醫治療，以致不能按預定時間到場
- (C) 被告未到場，到場之原告當場提出新書證用以證明主要事實存在，該書證影本在言詞辯論期日前並未送達於被告
- (D) 被告於言詞辯論期日到場，並無法定得拒絕本案辯論事由而不為辯論者

(101 年司法官)

【解析】

(D) 被告於言詞辯論期日到場，並無法定得拒絕本案辯論事由而不為辯論者

【題目解答】

- (一) §251 I、II 規定：「訴狀，應與言詞辯論期日之通知書，一併送達於被告。(I)」前項送達，距言詞辯論之期日，至少應有十日為就審期間。但有急迫情形者，不在此限 (II)。」被告僅未於第一次言詞辯論期日到場，法院不應剝奪其程序保障，故不得為一造辯論而為判決，(A) 之論述不符合。
- (二) §386②規定：「當事人之不到場，可認為係因天災或其他正當理由者。」依此法定事由規範，(B) 之論述不符合。
- (三) §386④規定：「到場之當事人所提出之聲明、事實或證據，未於相當時期通知他造者。」依此法定事由規範，(C) 之論述不符合。
- (四) 被告於言詞辯論期日到場，並無法定得拒絕本案辯論事由而不為辯論者，依此 (D) 之論述符合一造辯論判決之要件。

20、下列關於小額程序之第一審判決之敘述，何者為錯誤？

- (A)判決書內得僅記載主文，就當事人有爭執之事項，於必要時再加記理由要領即可
 - (B)對於該項判決，得上訴於管轄之第二審法院即高等法院，故判決書正本內，應記載當事人若對判決不服，得上訴於臺灣高等法院或臺灣高等法院某某分院
 - (C)法院就訴訟費用所為之判決，不僅要宣示訴訟費用之負擔者，並應確定其應負擔之費用額
 - (D)法院為被告敗訴之判決時，不待原告之聲請，應依職權宣告判決之內容得假執行
- (101 年司法官)

【解析】

(B) 對於該項判決，得上訴於管轄之第二審法院即高等法院，故判決書正本內，應記載當事人若對判決不服，得上訴於臺灣高等法院或臺灣高等法院某某分院

【題目解答】

- (一) §436-18 I 規定：「判決書得僅記載主文，就當事人有爭執事項，於必要時得加記理由要領。」，故 (A) 之論述正確。
- (二) §436-24 I 規定：「對於小額程序之第一審裁判，得上訴或抗告於管轄之地方法院，其審判以合議行之。」，故 (B) 之論述「第二審法院即高等法院……」係屬錯誤。
- (三) §436-19 I 規定：「法院為訴訟費用之裁判時，應確定其費用額。」，故 (C) 之論述正確。
- (四) §436-20 規定：「法院為被告敗訴之判決時，應依職權宣告假執行。」，故 (D) 之論述正確。

21、下列關於「爭點簡化協議」之敘述，何者為正確？

- (A)當事人就其主張之爭點為簡化之協議者，會發生訴訟上之拘束力，故僅限於在法官面前所為者為限，若在法院以外之場所成立協議者，即非民事訴訟法所稱之爭點簡化協議，自不生訴訟上之拘束力
 - (B)受命法官在準備程序中，得使當事人協議簡化爭點，且應在公開法庭為之
 - (C)法院進行爭點整理程序並經兩造確認何者為爭點後，雖兩造未就經確認之爭點達成簡化協議，但若當事人於爭點整理後再提出不屬於爭點整理結果之新攻擊防禦方法時，依民事訴訟法規定，除經兩造同意者外，仍應受拘束而一律均不得提出
 - (D)事實上之爭點固可成立簡化協議，訴訟程序上之爭點，若屬法律上允許當事人處分之爭點，兩造當事人亦得成立簡化協議。當事人所主張之程序上爭點如已成立簡化協議後，原則上任何一造不得片面擴張原已協議簡化之爭點，更不得擅自以其他爭點代之
- (101 年司法官)

【解析】

(D) 事實上之爭點固可成立簡化協議，訴訟程序上之爭點，若屬法律上允許當事人處分之爭點，兩造當事人亦得成立簡化協議。當事人所主張之程序上爭點如已成立簡化協議後，原則上任何一造不得片面擴張原已協議簡化之爭點，更不得擅自以其他爭點代之

【題目解答】

- (一)「爭點簡化協議」不以法官面前所為者為限，(A)之論述錯誤。
- (二)使當事人協議簡化爭點，不以在公開法庭為必要，(B)之論述錯誤。
- (三)依§276 I 規定：「未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之：一、法院應依職權調查之事項。二、該事項不甚延滯訴訟者。三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。四、依其他情形顯失公平者。」可知(C)之論述錯誤。
- (四)程序上爭點、事實上爭點、證據上爭點及法律上爭點，均得為簡化協議之對象，(D)之論述正確。

22、關於民事訴訟法之審理原則，下列敘述何者正確？
(A)關於審理公開原則，法院一律不得基於當事人合意及聲請而不公開審判
(B)在否認子女訴訟事件中，法院應依被告之認諾為其敗訴之判決
(C)民事訴訟法關於第二審及第三審之訴訟程序係採律師強制代理主義
(D)在有關財產權之民事訴訟，亦有法院得依職權調查證據之情形
(101 年司法官)

【解析】

(D) 在有關財產權之民事訴訟，亦有法院得依職權調查證據之情形

【題目解答】

- (一)§574IV規定：「婚姻事件，當事人得合意不公開審判，並向受訴法院陳明。」而家事事件法§9 I 本文亦規定：「家事事件之處理程序，以不公開法庭行之。」，(A)之論述錯誤。
- (二)否認子女之訴攸關子女婚生性之確定，具有高度之公益性，故原告不得捨棄，被告亦不得認諾 (§594)，(B)之論述錯誤。
- (三)民事訴訟法關於第三審之訴訟程序係採律師強制代理主義 (§466-1)，第二審之訴訟程序則否，(C)之論述錯誤。
- (四)在有關財產權之民事訴訟，基於§277 但書之規定：「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。」亦有法院得依職權調查證據之情形，(D)之論述正確。

23、關於裁判書應否記載理由，下列敘述，何者正確？
(A)小額程序之判決書，對於當事人之爭執事項，法院一律應加記理由要領
(B)在簡易程序中之捨棄判決，對於雙方爭執事項，法院一律應記載理由要

領

(C)駁回聲明之裁定，無須附理由

(D)法院對於當事人就司法事務官處理事件所為終局處分之異議，認其異議有理由時所為裁定，應敘明理由 (101 年司法官)

【解析】

(D) 法院對於當事人就司法事務官處理事件所為終局處分之異議，認其異議有理由時所為裁定，應敘明理由

【題目解答】

(一) 針對小額程序之判決書，§436-18 I 規定：「判決書得僅記載主文，就當事人有爭執事項，於必要時得加記理由要領。」故 (A) 之論述錯誤。

(二) 針對簡易程序之判決書，§434-1 規定：「有下列各款情形之一者，判決書得僅記載主文：一、本於當事人對於訴訟標的之捨棄或認諾者。……」故 (B) 之論述錯誤。

(三) §237 規定：「駁回聲明或就有爭執之聲明所為裁定，應附理由。」故 (C) 之論述錯誤。

(四) 依§240-4 III、IV 規定：「法院認第一項之異議為有理由時，應為適當之裁定；認異議為無理由者，應以裁定駁回之。前項裁定，應敘明理由，並送達於當事人。」(D) 之論述正確。

24、關於訴訟代理人之制度，下列敘述，何者正確？

(A) 共同共有人甲、乙、丙、丁選定甲及乙為全體起訴，甲一律不得委任乙為訴訟代理人進行訴訟

(B) 第三人以甲夫、乙妻為共同被告，提起撤銷婚姻訴訟，乙得委任甲為訴訟代理人

(C) 高等法院受理之重大民事事件，依法應委任律師充當訴訟代理人

(D) 委任書內已載有代理訴訟之全權者，應認有得為訴訟上和解之委任

(101 年司法官)

【解析】

(B) 第三人以甲夫、乙妻為共同被告，提起撤銷婚姻訴訟，乙得委任甲為訴訟代理人

【題目解答】

(一) 共同共有人甲、乙、丙、丁選定甲及乙為全體起訴，甲仍得委任乙為訴訟代理人進行訴訟，(A) 之論述不正確。

(二) 第三人以甲夫、乙妻為共同被告，提起撤銷婚姻訴訟，甲乙利害關係一致，乙得委任甲為訴訟代理人，(B) 之論述不正確。

(三) 民事訴訟法關於第三審之訴訟程序係採律師強制代理主義 (§466-1)，第二審之訴訟程序則否，(C) 之論述錯誤。

(四) 委任書寫「全權代理」「代理權限悉依法定」亦為普通權限，如欲為訴訟

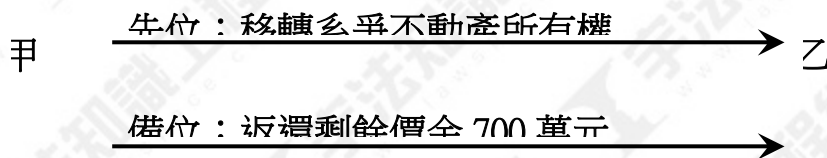
上和解仍應為特別授權，(D)之論述錯誤。

- 25、甲主張：甲與乙就某不動產簽立買賣契約，約定買賣價金新臺幣(下同)2,000萬元，甲已給付其中1,000萬元，因乙未依約移轉所有權，依買賣關係請求乙移轉該不動產所有權(先位之訴)，倘法院認甲遲延給付買賣價金，乙解除買賣契約有理由，惟乙將其已付價金全部沒收為違約金，顯然過高，應酌減違約金為300萬元，依回復原狀規定，請求乙返還扣除違約金後之剩餘價金700萬元(備位之訴)。第一審認甲先位之訴無理由，備位之訴一部有理由，一部無理由，判決命乙返還價金500萬元。甲就先位之訴判決提起上訴，乙就敗訴部分未聲明上訴或附帶上訴，下列敘述，何者為正確？
- (A)第二審法院認甲先位之訴為有理由，應廢棄第一審先位之訴部分之判決，改判如甲先位聲明
- (B)第二審法院認甲先位之訴為無理由，但違約金約定顯然過高，認酌減至三百萬元，始為合理，應廢棄第一審判決，改判命乙返還價金七百萬元
- (C)第二審法院認甲先位之訴為有理由，惟甲並未就備位之訴聲明上訴，不得就備位聲明為審判
- (D)第二審法院認甲先位之訴為有理由，應廢棄第一審全部之判決，改判如甲先位聲明 (101年司法官)

【解析】

(D)第二審法院認甲先位之訴為有理由，應廢棄第一審全部之判決，改判如甲先位聲明

【題目解答】



(一)第二審法院認甲先位之訴為有理由，應廢棄第一審關於先位及備位之訴之判決(亦即廢棄第一審全部之判決)，改判如甲先位聲明，(A)之論述錯誤。

1.甲對先位之訴部分提起上訴：先位部分移審

2.後位之訴部分：隨同先位部分移審於二審

3.第二審法院認甲先位之訴為有理由，應廢棄第一審關於先位及備位之訴之判(亦即廢棄第一審全部之判決)，改判如甲先位聲明。

(二)第二審法院認甲先位之訴為無理由，但違約金約定顯然過高，認酌減至三百萬元，始為合理，應廢棄第一審判決備位之訴部分之判決(200萬元)，改判命乙返還價金七百萬元，(B)之論述錯誤。

(三)若僅原告上訴，被告未提上訴亦未附帶上訴時，應認原告上訴之效力及於後位之訴(依上訴不可分原則或依附隨一體性理論)，第二審仍依預備訴

101 年司法特考民訴

之合併辯論裁判，(C)之論述錯誤。

- (四) 第二審法院認甲先位之訴為有理由，應廢棄第一審全部之判決，改判如甲先位聲明，(D)之論述正確。

26、下列敘述何者錯誤？

- (A)對於他造當事人主張之事實於言詞辯論時自認，經他造同意者，得撤銷自認
- (B)在法院行當事人本人訊問程序時，受訊問之當事人對於他造當事人所主張之事實為承認之陳述者，一律發生訴訟上自認之效力
- (C)對於他造當事人在本訴訟所主張之事實，於另案受訴法院行言詞辯論時之自認，就本訴訟而言，僅屬訴訟外自認
- (D)當事人主張兩造曾約定就特定事實予以承認而不再爭執者，應就此約定之有效存在負舉證責任 (101 年司法官)

【解析】

- (B) 在法院行當事人本人訊問程序時，受訊問之當事人對於他造當事人所主張之事實為承認之陳述者，一律發生訴訟上自認之效力

【題目解答】

- (一) §279Ⅲ規定：「自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之。」故(A)之論述正確。
- (二) 當事人陳述，乃有意識的以當事人為證據調查之對象，以獲取證據資料。在當事人訊問時之當事人之陳述，並非訴訟資料之提出，而為證據資料之提供。故受訊問之當事人對於他造當事人所主張之事實為承認之陳述者，僅得成為法院自由心證之證據資料，而非法院心證必受拘束之自認，(B)之論述錯誤。
- (三) 對於他造當事人在本訴訟所主張之事實，必於本訴訟程序為承認之陳述者，始屬訴訟上自認，於另案為承認之陳述，自屬訴訟外自認，故(C)之論述正確。
- (四) 當事人主張兩造曾約定就特定事實予以承認而不再爭執者，就此「證據契約」如發生存在與否之爭執，則就此約定主張其存在之人自應就此約定之有效存在負舉證責任，故(D)之論述正確。

27、原告甲列乙為被告，起訴請求法院裁判分割甲、乙共有之A地。乙則抗辯：渠已於甲起訴前，將其全部應有部分出售給丙，並辦妥所有權移轉登記云云。下列何者為正確？

- (A)不論丙何時受讓應有部分甲均應將被告變更為丙
- (B)如乙係於甲起訴後將應有部分讓與給丙，則乙應仍有當事人適格
- (C)依處分權主義，法院之裁判應受原告聲明所拘束，於此訴訟，法院亦不得就分割方法為與原告聲明不同之裁判
- (D)縱丙係於起訴前受讓乙之應有部分，如被告乙不同意，甲均不得將被告

變更為丙

(101 年司法官)

【解析】

(B) 如乙係於甲起訴後將應有部分讓與給丙，則乙應仍有當事人適格

【題目解答】

- (一) 丙如於甲起訴前，已取得乙之應有部分，則起訴前 A 地為甲、丙共有，甲應以丙為被告。但丙如於甲起訴後始取得乙之應有部分，則乙之被告地位不受影響 (§254)，甲無須將被告變更為丙，(A) 之論述就此並不正確。
- (二) 基於當事人恆定原則 (§254)，(B) 之論述係屬正確。
- (三) 裁判分割共有物之訴乃係非訟事件訴訟化之類型，就分割聲明法院並不受原告聲明之拘束，(C) 之論述係屬錯誤。
- (四) 將被告由乙變更為丙乃係當事人之變更，如於訴狀送達前甲可以自由變更之；如於訴狀送達後，除§255 I ①得被告同意外，尚有§255 I ⑦「不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者」可資運用，(D) 之論述係屬錯誤。

28、下列有關移付調解制度之敘述，何者為錯誤？

- (A) 法院於訴訟繫屬中將訴訟事件移付調解者，以經兩造合意為必要
- (B) 訴訟事件雖經移付調解，但訴訟程序不因而停止
- (C) 移付調解事件得由原法院、受命法官或受託法官行之
- (D) 經法院移付調解而成立者，訴訟終結，原告得於調解成立之日起法定期間內聲請退還部分裁判費

(101 年司法官)

【解析】

(B) 訴訟事件雖經移付調解，但訴訟程序不因而停止

【題目解答】

- (一) §420-1 I 規定：「第一審訴訟繫屬中，得經兩造合意將事件移付調解。」，(A) 之論述正確。
- (二) §420-1 II 本文規定：「前項情形，訴訟程序停止進行。」，(B) 之論述錯誤。
- (三) §406-1 I 規定：「調解程序，由簡易庭法官行之。但依第四百二十條之一第一項移付調解事件，得由原法院、受命法官或受託法官行之。」，(C) 之論述正確。
- (四) §420-1 III 規定：「依第一項規定移付調解而成立者，原告得於調解成立之日起三個月內聲請退還已繳裁判費三分之二。」，(D) 之論述正確。

29、下列選項敘述之反訴，何者均屬不合法？

- ① 甲列乙為被告，主張乙向甲借款新臺幣（下同）60 萬元未還，聲明求為判決命乙給付甲 60 萬元。乙主張甲亦積欠其貨款 70 萬元未清償，故反訴請求判令甲給付乙貨款 70 萬元
- ② 如前例，乙主張以其對甲之 70 萬元貨款債權其中 60 萬元與甲主張之 60 萬元借款債務抵銷，就餘額 10 萬元提起反訴請求判令甲給付
- ③ 甲主張乙無權占有甲所有之 A 地，起訴聲明求為判決命乙返還 A 地。乙

- 抗辯甲非 A 地之所有權人，提起反訴請求確認甲對 A 地所有權不存在
- ④甲主張丙無權占有甲、乙共有之 A 地，起訴聲明求為判決命丙將 A 地返還予甲、乙。丙抗辯其已向甲、乙承租 A 地，乃以甲、乙為被告，提起反訴請確認丙就 A 地之租賃權存在
- ⑤甲（夫）起訴請求乙（妻）返還借款 200 萬元，乙反訴請求離婚
- (A)①④⑤ (B)②③④ (C)①⑤ (D)④⑤ (101 年司法官)

【解析】

(C) ①⑤

【題目解答】

- (一) §260 I 規定：「反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得提起。」借款未還與貨款未清償二者不相牽連，故①之反訴不合法。
- (二) §447 II ③規定：「就主張抵銷之請求尚有餘額部分，有提起反訴之利益者。」可知為達紛爭解決一回性，②之反訴係屬合法。
- (三) 甲之訴訟標的為「所有物返還請求權」而乙之訴訟標的為「所有權」，二者訴訟標的相牽連（於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據），③之反訴係屬合法。
- (四) 甲之訴訟標的為「所有物返還請求權」而乙之訴訟標的為「租賃關係」，二者攻防方法相牽連，④之反訴係屬合法。
- (五) 返還借款之訴訟與婚姻關係所生財產糾紛無關（§572 III、家事法§41），故⑤之反訴不合法。

30、下列有關「小額訴訟程序」特色之敘述，何者為錯誤？

- (A)如經原告同意，法院得為命被告於一定期限內自動清償者，免除部分給付之判決
- (B)訴訟當事人在小額程序之第二審，如經兩造合意得為訴之變更或追加
- (C)經兩造同意者，法院得不調查證據而審酌一切情況認定事實為公平之裁判
- (D)對於法院所為小額程序之第二審判決，一律不得上訴 (101 年司法官)

【解析】

(B) 訴訟當事人在小額程序之第二審，如經兩造合意得為訴之變更或追加

【題目解答】

- (一) §436-21 規定：「法院命被告為給付時，如經原告同意，得為被告於一定期限內自動清償者，免除部分給付之判決。」，故 (A) 之論述正確。
- (二) §436-27 規定：「當事人於第二審程序不得為訴之變更、追加或提起反訴。」，故 (B) 之論述錯誤。
- (三) §436-14 規定：「有下列各款情形之一者，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判：一、經兩造同意者。二、調查證據所需

101 年司法特考民訴

時間、費用與當事人之請求顯不相當者。」，故（C）之論述正確。

（四）§436-30 規定：「對於小額程序之第二審裁判，不得上訴或抗告。」，故（D）之論述正確。