

〔 102 年律師高考民訴測驗題 〕

01、a1、a2……、a15 等人於民國 98 年 5 月間一起搭乘甲運輸公司之遊覽車出遊，因該車司機不慎而發生車禍，導致 a1、a2……、a15 各發生身體及財產上損害。若 a1、a2……、a15 擬以選定當事人方式選定 a1、a2 進行訴訟，試問下列敘述何者正確？

- (A) a1、a2 為全體所提訴訟，其判決效力僅及於 a1、a2
- (B) 在未有特別約定下，a1、a2 為全體所提訴訟，其訴之聲明應表明給付全體被害人所請求金額總數予 a1、a2
- (C) 被選定人 a1 之更換，應得其他選定人全體同意
- (D) 除非有特別授權，被選定人無為選定人成立訴訟上和解之權利

(102 年律師)

【解析】

(C) 被選定人 a1 之更換，應得其他選定人全體同意

【題目解答】

- (一) 選定當事人雖係以選定人之名義為形式上之當事人，實際上選定人仍為其潛在性之當事人，a1、a2……、a15 等人均為判決效力所及 (§401 II)，(A) 之論述「判決效力僅及於 a1、a2」係屬錯誤。
- (二) 多數選定人請求賠償損害，各有獨立之實體法上請求權，原係各別請求給付，起訴之聲明仍應分別記載「給付 a1 若干元、a2 若干元、a3 若干元、a4 若干元…… a15 若干元」，法院判決主文，亦應分別記載，俾將來確定判決之既判力、執行力之範圍明確 (最高法院 90 年度第 15 次民事庭會議)，(B) 之論述「請求金額總數予 a1、a2」係屬錯誤。
- (三) 全體同意而選定，如欲更換被選定人 a1，自應得其他選定人全體同意，(C) 之論述正確。
- (四) §44 I 規定：「被選定人有為選定人為一切訴訟行為之權。但選定人得限制其為捨棄、認諾、撤回或和解。」可見被選定人原則可為訴訟上和解，例外始受限制，(D) 之論述錯誤。

02、下列關於參加人之法律地位，何者正確？

- (A) 參加人得逕以自己之名義，提起上訴
- (B) 參加人以被參加人之名義提起再審之訴，應得被參加人之同意
- (C) 被參加人撤回起訴時，應得參加人同意
- (D) 參加人參加訴訟時，就被參加人已表明不提出之攻擊防禦方法，參加人不得再予提出

(102 年律師)

【解析】

(D) 參加人參加訴訟時，就被參加人已表明不提出之攻擊防禦方法，參加人

102 年律師高考民訴

不得再予提出

【題目解答】

- (一) 參加人須以其所輔助當事人名義提起上訴或抗告，(A) 之論述錯誤。
- (二) §58 III 規定：「就兩造之確定判決有法律上利害關係之第三人，於前訴訟程序中已為參加者，亦得輔助一造提起再審之訴。」參加人可逕以其所輔助當事人名義提起再審之訴，無須得被參加人之同意，(B) 之論述錯誤。
- (三) §262 I 規定：「原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。」被參加人撤回起訴時，對造如已為本案之言詞辯論者，應得其同意。但無須得參加人之同意 (C) 之論述錯誤。
- (四) §61 規定：「參加人得按參加時之訴訟程度，輔助當事人為一切訴訟行為。但其行為與該當事人之行為牴觸者，不生效力。」可知被參加人已表明不提出之攻擊防禦方法，參加人不得再予提出，(D) 之論述正確。

03、下列關於調解程序之敘述，何者錯誤？

- (A) 因道路交通事故或醫療糾紛發生爭執者，不論其請求標的之金額是否逾新臺幣 50 萬元，於起訴前，均應經法院調解
- (B) 兩造可就財產權爭議之調解同意委由調解委員酌定調解條款，於調解委員作成之書面調解條款經法官核定後，即視為調解成立
- (C) 法官依民事訴訟法規定命當事人本人於調解期日到場，雖本人無正當理由未到場，但若已委託代理人到場者，法院即不得裁罰
- (D) 調解之聲請如屬金融機構因消費借貸契約或信用卡契約有所請求者，法院得逕以裁定駁回聲請

(102 年律師)

【解析】

- (C) 法官依民事訴訟法規定命當事人本人於調解期日到場，雖本人無正當理由未到場，但若已委託代理人到場者，法院即不得裁罰

【題目解答】

- (一) 因道路交通事故或醫療糾紛發生爭執者 (§403 I ⑦) 均屬絕對強制調解事件，未經調解，不得起訴，其逕行起訴者，視為調解之聲請 (§424 I)，法院應逕付調解程序 (A) 之論述正確。
- (二) §415-1 I 規定：「關於財產權爭議之調解，經兩造同意，得由調解委員酌定解決事件之調解條款。」§415-1 IV 規定：「調解委員酌定之調解條款，應作成書面，記明年月日，或由書記官記明於調解程序筆錄，由調解委員簽名後，送請法官審核；其經法官核定者，視為調解成立。」(B) 之論述正確。
- (三) §409 I 規定：「當事人無正當理由不於調解期日到場者，法院得以裁定處新台幣三千元以下之罰鍰；其有代理人到場而本人無正當理由不從前條之命者亦同。」可知 (C) 之論述錯誤。
- (四) 調解之聲請如屬金融機構因消費借貸契約或信用卡契約有所請求者，依

102 年律師高考民訴

§406 I ⑥規定，法院得逕以裁定駁回聲請，(D) 之論述正確。

04、關於言詞辯論前之準備，下列何者錯誤？

- (A) 受命法官或審判長得於不公開法庭進行爭點整理
- (B) 於合議審判之事件，證據調查一律應由合議庭為之，兩造不得合意由受命法官調查證據
- (C) 於合議審判之事件，受命法官得命當事人就事實為陳述
- (D) 受訴法院得行鑑定

(102 年律師)

【解析】

(B) 於合議審判之事件，證據調查一律應由合議庭為之，兩造不得合意由受命法官調查證據

【題目解答】

- (一) 準備程序得不用公開法庭之形式行之 (§270-1 I)，(A) 之論述正確。
- (二) 準備程序，原則以闡明訴訟關係為止。然經兩造合意由受命法官調查證據者 (§270 III ④)，受命法官亦得於準備程序調查證據，(B) 之論述錯誤。
- (三) 於合議審判之事件，受命法官得命當事人就事實為陳述 (§270-1 I ②)，(C) 之論述正確。
- (四) 法院因使辯論易於終結，認為必要時，得於言詞辯論前，為鑑定 (§269 ④)，(D) 之論述正確。

05、X 起訴請求 Y 給付買賣價金 500 萬元，第一審法院判決 X 就 300 萬元之請求給付有理由，其餘之訴駁回。針對此判決，Y 就命其給付中的 200 萬元部分提起上訴，X 於上訴期間內則未聲明上訴。第二審法院經實體審理後，判決 Y 上訴有理由；對此第二審判決，經 X 提起第三審上訴後，最高法院將第二審判決廢棄發回。試問：在第二審之更審程序中，X 得否就其原在第一審受不利判決之 200 萬元部分聲明不服？

- (A) 可以，因為基於上訴不可分原則，第一審判決關於 X 敗訴的 200 萬元部分尚未確定
- (B) 可以，因為基於附隨一體性的法理，第一審判決關於 X 敗訴的 200 萬元部分尚未確定
- (C) 不可以，因為第一審判決關於 X 敗訴的 200 萬元部分，在 X 收受第一審判決送達後之 20 日不變期間經過後，因 X 未聲明上訴即已確定
- (D) 不可以，因為 X 在原來第二審上訴程序中未聲明附帶上訴，第一審判決關於 X 敗訴的 200 萬元部分因而歸於確定

(102 年律師)

【解析】

(D) 不可以，因為 X 在原來第二審上訴程序中未聲明附帶上訴，第一審判決關於 X 敗訴的 200 萬元部分因而歸於確定

【題目解答】

§460 I 規定：「被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。但經第三審法院發回或發交後，不得為之。」

(一) 被上訴人於 2003 修正後已不得於發回更審時為附帶上訴 (§460 I 但書)

依 2003 年修正前規定，第二審判決經第三審法院發回或發交後，被上訴人就原第一審判決未聲明不服之部分，仍得於言詞辯論終結前為附帶上訴，致有訴訟之一部於經第二審法院判決後，因未上訴於第三審法院而告確定，然就原第一審未聲明不服部分之判決，於第二審判決經第三審法院發回或發交後，仍得為附帶上訴，有致未向第二審上訴部分之訴訟關係久懸不決之不合理現象，2003 年乃增設但書規定，使第一審判決未經上訴之部分，於第二審判決生效後，即可確定，以避免訴訟關係久懸不決，並減輕當事人之訟累。

(二) 被上訴人 X 就其原在第一審受不利判決之 200 萬元部分，已不得於發回更

審時為附帶上訴，故 (D) 之論述正確。

06、關於得為執行名義之文書，下列何選項之敘述均屬正確？ ①內容為被告願給付原告新臺幣 100 萬元之法院和解筆錄 ②內容為債務人應給付債權人新臺幣 20 萬元之確定支付命令 ③內容為准兩造離婚之確定判決 ④內容為被告應將 A 地返還原告且同時宣告得假執行之判決

(A)①②③

(B)②③④

(C)①②④

(D)①③④

(102 年律師)

【解析】

(C) ①②④

【題目解答】

(一) 強制執行法§ I ③規定：「依民事訴訟法成立之和解或調解」，可知①屬於得為執行名義之文書。

(二) 支付命令 (民訴§521) 依強制執行法§ I ②後段規定：「其他依民事訴訟法得為強制執行之裁判」亦可為執行名義，可知②屬於得為執行名義之文書。

(三) 內容為准兩造離婚之確定判決，該判決為形成判決於判決確定時即生解消兩造婚姻關係之形成力，無須強制執行，故③不屬於得為執行名義之文書。

(四) 強制執行法§ I ②前段規定：「假扣押、假處分、假執行之裁判」，可知④屬於得為執行名義之文書。

07、原告委任事務所不在同一處所之甲律師及乙律師為共同訴訟代理人並指定為送達代收人，請求被告返還借款，均授與上訴特別代理權。第一審法院判決原告敗訴，書記官先分別以原告、甲律師及乙律師為應受送達人，而為送達。郵務人員先將判決書送至乙律師事務所，適乙出國，乃交由乙之助理丁簽收，丁於乙律師回國後，將判決書呈交予乙；將判決書送至原告住所，由原告配偶收受；將判決書送至甲律師事務所，因甲於前日發生重大車禍，成

無意識狀態，送醫急救中，乃交由甲之助理丙收受。原告不服本判決，欲提起上訴，其上訴不變期間應自何時起算？

- (A)原告配偶收受判決書翌日
- (B)甲之助理丙收受判決書翌日
- (C)乙之助理丁收受判決書翌日
- (D)乙之助理丁將判決書呈交乙翌日

(102 年律師)

【解析】

(C) 乙之助理丁收受判決書翌日

【題目解答】

郵務人員先將判決書送至乙律師事務所，適乙出國，乃交由乙之助理丁簽收，依單獨代理之原則，以最先收到之時，為送達效力發生之時。故(C)之論述正確。

■ 88 台抗字第 204 號裁判

又訴訟代理人有二人以上者，均得單獨代理當事人，民事訴訟法第七十一條第一項定有明文。是同一當事人概括委任數訴訟代理人，各訴訟代理人均有為該當事人收受文書送達之權，向其中一人為送達，即發生合法送達之效力，倘各訴訟代理人收受文書之時間不同，依單獨代理之原則，以最先收到之時，為送達效力發生之時。

08、甲（住臺北市仁愛路）基於所有物返還請求權，向臺北地方法院對乙（住臺北市博愛路）訴請返還 A 屋（位於高雄市，起訴時價值 3 億元），乙抗辯其對 A 屋有使用權，非無權占有，甲則否認曾同意乙使用 A 屋。第一審及第二審法院均判決甲勝訴，乙於上訴期間內提起第三審上訴，指摘下級審法院對本訴訟無管轄權。試問下列有關第三審法院應如何處理之敘述，何者最符合我國民事訴訟法之規定？

- (A)上訴不合法，裁定駁回，因為下級審法院管轄是否有誤，非屬得提起第三審上訴之理由
- (B)上訴無理由，判決駁回，因為乙未於第一審程序中抗辯法院無管轄權，已生應訴管轄之效果
- (C)上訴有理由，將第二審判決廢棄，發回第二審法院
- (D)上訴有理由，將第一審及第二審判決均廢棄，移送訴訟於高雄地方法院管轄

(102 年律師)

【解析】

(D) 上訴有理由，將第一審及第二審判決均廢棄，移送訴訟於高雄地方法院管轄

【題目解答】

(一) §10 I 規定：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄。」基於所有物返還請求權起訴，實務及學說均認亦屬§10 I 專屬管轄適用之範疇。亦即本訴訟應專屬不動產所在地高雄地方法院管轄。

■ 74 台上字第 280 號判例

依被上訴人所訴之事實觀之，其請求上訴人塗銷系爭土地之所有權移轉登記，顯在行使系爭土地所有人之除去妨害請求權，自係因不動產物權涉訟，依民事訴訟法第十條第一項規定，應專屬系爭土地所在地之臺灣花蓮地方法院管轄。

- (二) 違背專屬管轄之規定者，依§469③規定係屬判決當然違背法令而得成為上訴第三審事由。
- (三) 如法院審理認為一二審法院對本訴訟無管轄權，則第三審法院應認上訴有理由，將第一審及第二審判決均廢棄，移送訴訟於高雄地方法院。(D) 之論述正確。

09、甲為開設餐廳，邀乙為連帶保證人，保證甲向丙銀行貸款新臺幣 1 千萬元整；另甲之好友丁並提供座落桃園市之 A 地為丙銀行設定抵押權，以擔保該借款債務之履行。詎料事後甲未依約償還該借款。問：下列何選項所述者均可為丙銀行實現借款債權之途徑？ ①丙銀行可以甲、乙、丁為共同被告起訴請求給付該筆借款 ②丙銀行可單獨以乙為被告起訴請求返還該筆借款 ③丙銀行可對乙、丁向法院聲請發給給付該款項之支付命令 ④丙銀行可聲請法院對乙在戊銀行之存款為假處分，禁止其提領該存款 ⑤丙銀行可對丁之 A 地聲請法院為准予拍賣之裁定

- (A)①⑤ (B)②⑤ (C)②④ (D)④⑤

(102 年律師)

【解析】

- (B) ②⑤

【題目解答】

- (一) 丙銀行可以甲、乙為共同被告起訴請求給付該筆借款，然丁僅為物上保證人「僅有責任而無債務」故不可成為被告，①於此部分應屬有誤。
- (二) 乙為連帶保證人亦屬主債務人，故無先訴抗辯權可資主張，②之論述「丙銀行可單獨以乙為被告起訴請求返還該筆借款」正確。
- (三) 丁「僅有責任而無債務」故③之論述「可對丁向法院聲請發給給付該款項之支付命令」此部分應屬有誤。
- (四) 丙銀行可聲請法院對乙在戊銀行之存款為「假扣押」假處分，禁止其提領該存款，④之論述「假處分」應屬有誤。
- (五) 丙銀行可對物上保證人丁之 A 地聲請法院為准予拍賣之裁定，⑤之論述正確。

10、居住甲地之 A 積欠住乙地之 B 借款 100 萬元，某日 A 與居住丙地之 C，至 B 之住處再度商洽借款，為 B 所拒。A 與 C 當場聯手毆傷 B，事後 B 列 A、C 為共同被告請求損害賠償，並對 A 合併請求返還借款，向 B 住所地之乙法院起訴，乙法院可否裁定移送他法院？

- (A)得裁定移送 A 住所地法院

- (B)得裁定移送 A 或 C 住所地法院
(C)得將借款請求權部分裁定移送 A 住所地法院
(D)不得裁定移送他法院

(102 年律師)

【解析】

(D) 不得裁定移送他法院

【題目解答】

- (一) §20 規定：「共同訴訟之被告數人，其住所不在一法院管轄區域內者，各該住所在地之法院俱有管轄權。但依第四條至前條規定有共同管轄法院者，由該法院管轄。」§15 I 規定：「因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。」故 B 列 A、C 為共同被告請求損害賠償之訴訟，乙法院有管轄權，不可裁定移送他法院。
- (二) §248 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。但不得行同種訴訟程序者，不在此限。」故 B 以 A 為被告請求損害賠償及之請求返還借款訴訟，因損害賠償訴訟乙法院有管轄權，故請求返還借款訴訟，乙法院亦有管轄權，而不可裁定移送他法院。
- (三) (D) 之論述「不得裁定移送他法院」正確

11、下列有關「準備程序」之敘述，何者錯誤？

- (A)行合議審判之訴訟事件，法院為準備言詞辯論，得以受命法官進行準備程序，以闡明訴訟關係或在一定條件下調查證據
- (B)準備程序與言詞辯論程序不同。故兩造遲誤準備程序期日者，並不生視為合意停止訴訟程序之效果
- (C)準備程序與言詞辯論程序不同。故在準備程序進行至終結時，並不須如宣示言詞辯論終結般，另告知當事人準備程序終結，以求審判之進行有效率而保護當事人之程序利益
- (D)未於準備程序中主張之事項，除非有「屬法院應依職權調查之事項」、「該事項不甚延滯訴訟」、「因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出」或「依其他情形顯失公平」外，於準備程序後所進行之言詞辯論時，即不得再主張

(102 年律師)

【解析】

(C) 準備程序與言詞辯論程序不同。故在準備程序進行至終結時，並不須如宣示言詞辯論終結般，另告知當事人準備程序終結，以求審判之進行有效率而保護當事人之程序利益

【題目解答】

- (一) 行合議審判之訴訟事件，法院為準備言詞辯論，得以受命法官進行準備程序 (§270 I)，以闡明訴訟關係 (§270 II) 或在一定條件下調查證據 (§270

102 年律師高考民訴

III) (A) 之論述正確。

(二) 準備程序與言詞辯論程序不同。故兩造遲誤準備程序期日者，並不生視為合意停止訴訟程序之效果 (§191)，(B) 之論述正確。

(三) 未於準備程序主張之事項，原則上於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之 (§276 I) 此為「準備程序之失權效」故 §274 I 規定：「準備程序至終結

時，應告知當事人，並記載於筆錄。」，(C) 之論述「不須如宣示言詞辯論終結般，另告知當事人準備程序終結」係屬錯誤。

(四) §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。」(D) 之論述正確。

12、甲在 99 年 8 月 1 日起訴請求法院判令被告乙應給付甲新臺幣 100 萬元及自民國○年○月○日起至清償日為止按年利率百分之五計付利息。甲所陳述之事實及理由略為：乙曾在民國 96 年 7 月 1 日向甲借款新臺幣 100 萬元，約定 1 年後還款，還款日屆至後，乙於民國 97 年 7 月 1 日簽發一張即期支票給甲，作為償還對甲之借款。詎料甲為付款之提示時，遭付款銀行拒絕付款。為此提起本件訴訟，請求法院判決命乙應返還該款項云云。下列敘述何者正確？

(A) 本件訴訟甲未載明其實體法上何項請求權基礎起訴，故為起訴不合法

(B) 本件訴訟標的顯然為票款給付請求權

(C) 本件訴訟之訴訟標的尚未特定，不合於起訴之程式，法院應逕駁回起訴

(D) 本件起訴狀上關於訴訟上請求之表明仍有不明瞭之處，審判長應曉諭原告敘明或為補充

(102 年律師)

【解析】

(D) 本件起訴狀上關於訴訟上請求之表明仍有不明瞭之處，審判長應曉諭原告敘明或為補充

【題目解答】

(一) 本件訴訟甲載明其實體法上請求權基礎應為借款返還請求權，故起訴狀就此部分應無問題，(A) 之論述錯誤。

(二) 本件訴訟標的依其訴狀所載應為借款返還請求權，而非票款給付請求權 (B) 之論述錯誤。

(三) 本件訴訟之訴訟標的依其訴狀所載應為借款返還請求權，業已特定，(C) 之論述錯誤。

(四) 本件起訴狀上關於訴訟上請求之表明仍有不明瞭之處，例如，借款有無交

102 年律師高考民訴

付？以何種方式交付？（現金、匯款或票據…）？有無證據借貸合意、借款交付？審判長應曉諭原告敘明或為補充，(D) 之論述正確。

13、甲以乙積欠借款新臺幣 1000 萬元尚未清償為由，訴請乙清償借款，法院審理時，原告甲提出借據一紙及聲明訊問證人 A，以證明兩造確有借款之事實，問乙所為下列何種訴訟行為屬於反證？

- (A) 乙稱：借據係甲所偽造
- (B) 乙稱：借據係其戲謔行為
- (C) 乙提出甲之信函以證明乙無借款之事實
- (D) 乙稱：證人 A 係屬偽證

(102 年律師)

【解析】

(C) 乙提出甲之信函以證明乙無借款之事實

【題目解答】

當事人為推翻他造主張而證明與他造相反事實所舉之證據，謂之「反證」。「證據抗辯」係就當事人之一造，就他造所提出之證據，對其證據本身，以不合法或不能信任而加以抗辯，與反證之另提他項事實，證明有事實存在之情形不同，證據抗辯僅係攻擊對造之證據不得作為判決之基礎，並不另行聲明證據，而反證則須另行聲明證據，證明有相反之事實存在。

- (一) 乙稱：借據係甲所偽造，係屬「證據抗辯」
- (二) 乙稱：借據係其戲謔行為，係屬「證據抗辯」
- (三) 乙提出甲之信函以證明乙無借款之事實屬於反證
- (四) 乙稱：證人 A 係屬偽證，係屬「證據抗辯」

14、原告甲以其受乙傷害為由，依損害賠償之法律關係起訴請求被告乙賠償損害，於法院審理時，原告所為下列何種聲請，法院得不必加以調查？

- (A) 甲主張被乙打傷時，有 A、B 兩人在場，聲請訊問證人 A、B
- (B) 甲主張乙平日素行不良，經常無故傷人，有 C、D 兩人可證，聲請訊問證人 C、D
- (C) 甲主張其因受傷住院 3 個月，僱請特別看護 E 照顧，支出特別看護費新臺幣 10 萬元，聲請訊問證人 E
- (D) 甲主張其因受傷影響，半年未能工作，減少收入 18 萬元，有其原雇主 F 可資證明，聲請訊問證人 F

(102 年律師)

【解析】

(B) 甲主張乙平日素行不良，經常無故傷人，有 C、D 兩人可證，聲請訊問證人 C、D

【題目解答】

「乙平日素行不良，經常無故傷人」(當事人聲明之意旨)與「甲被乙打傷」(待

102 年律師高考民訴

證之事實)並無關聯，C、D 兩人無聲請調查之必要(C)之論述正確。

■ 97 台上第 1712 號裁判

民事訴訟法第二百八十六條但書所謂不必要之證據，係指當事人聲明之證據，與應證事實無關，或不影響裁判基礎，或毫無證據價值，或法院已得強固之心證而言。

■ 97 台上第 1277 號裁判

按當事人聲明之證據，除認為不必要者外，法院應為調查，民事訴訟法第二百八十六條規定甚明。所謂「不必要者」，係指聲明之證據中，依當事人聲明之意旨與待證之事實，毫無關聯，或法院就某事項已得心證，而當事人仍聲明關於該事項之證據方法等情形而言。故某證據方法依當事人聲明之意旨，苟與待證之事項有關聯性者，不得預斷為難得結果，認無必要而不予調查。

■ 92 台上第 2577 號裁判

當事人聲明之證據，除認為不必要者外，法院應為調查，民事訴訟法第二百八十六條規定甚明。所謂不必要者，係指聲明之證據中，依當事人聲明之意旨與待證之事實，毫無關聯，或法院就某事項已得心證而當事人仍聲明關於該事項之證據方法等情形而言。

15、甲基於侵權行為之損害賠償請求權，訴請法院命乙賠償損害額新臺幣 100 萬元，法院於訴訟進行中試行和解，第三人丙(乙之父親)經法院之許可而參加和解，兩造及丙就和解之意思已甚接近，但關於損害賠償數額部分尚有些許差距。兩造及丙乃向法院表明願由法院在 40 至 80 萬元之範圍內擇一適當數額作為賠償額，並由被告乙與丙就該數額及訴訟費用負連帶清償責任而定和解方案等語，法院乃據前開聲請，定和解方案如下：「(1)乙丙願連帶給付甲新臺幣 70 萬元 (2)甲其餘請求拋棄 (3)訴訟費用由乙及丙連帶負擔」。下列敘述，何者錯誤？

- (A)有關聲請法院定和解方案之聲請，應以書狀聲請，不得以言詞為之
- (B)在法院告知或送達前開和解方案前，兩造及丙得任意撤回定和解方案之聲請
- (C)法院將和解方案告知或送達兩造及丙時，視為和解成立
- (D)系爭和解成立後，在兩造及丙間均與確定判決有同一之效力

(102 年律師)

【解析】

(D) 系爭和解成立後，在兩造及丙間均與確定判決有同一之效力

【題目解答】

(一) §377-1 I 規定：「當事人和解之意思已甚接近者，兩造得聲請法院、受命法官或受託法官於當事人表明之範圍內，定和解方案。」§377-1 II 規定：「前項聲請，應以書狀表明法院得定和解方案之範圍及願遵守所定之和解方案。」故(A)之論述「應以書狀聲請，不得以言詞為之」正確。

(二) §377-1 IV 規定：「當事人已受前項告知或送達者，不得撤回第一項之聲請。」可知(B)之論述正確。

102 年律師高考民訴

- (三) §377-1 V 規定：「兩造當事人於受第三項之告知或送達時，視為和解成立。」可知 (C) 之論述正確。
- (四) §380 I 規定：「和解成立者，與確定判決有同一之效力。」惟此一效力僅於兩造間發生，尚不及於第三人丙，(D) 之論述就此部分係屬錯誤。

16、有關法院之調解與訴訟上和解，下列何者正確？

- (A) 於開始進行訴訟程序後，受訴法院得視事件之需求而依職權將事件移付調解以解決紛爭
- (B) 當事人於第二審程序時，亦得合意將事件移付調解
- (C) 法院試行和解僅能以訴訟標的為對象而成立
- (D) 法院之調解與訴訟上和解，均為法院所進行之程序，因此當事人所應繳納之程序費用並無不同

(102 年律師)

【第一次解答】

(B) 當事人於第二審程序時，亦得合意將事件移付調解

【第二次解答】答 (A) 或 (B) 或 (A)(B) 均給分

(A) 於開始進行訴訟程序後，受訴法院得視事件之需求而依職權將事件移付調解以解決紛爭

(B) 當事人於第二審程序時，亦得合意將事件移付調解

【題目解答】

(一) 家事事件法 §29 I 規定：「法院得於家事事件程序進行中依職權移付調解；除

兩造合意或法律別有規定外，以一次為限。」故 (A) 之論述「受訴法院得視事件之需求而依職權將事件移付調解以解決紛爭」係屬正確。

(二) §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。」

§463 規定：「除本章別有規定外，前編（第一審程序）第一章（通常訴訟程序）、第二章（調解程序）之規定，於第二審程序準用之。」故依 §463 準用 §420-1 I 規定，(B) 之論述正確。

(三) §380-1 規定：「當事人就未聲明之事項或第三人參加和解成立者，得為執行名義。」可知訴訟標的以外之事項亦得加入和解，(C) 之論述錯誤

(四) §77-20 I 規定：「因財產權事件聲請調解，其標的之金額或價額未滿新臺幣十萬元者，免徵聲請費；十萬元以上，未滿一百萬元者，徵收一千元；……」此為調解程序費用之負擔；§77-13 規定：「因財產權而起訴，其訴訟標的之金額或價額在新臺幣十萬元以下部分，徵收一千元；逾十萬元至一百萬元部分，每萬元徵收一百元；……」§84 II 規定：「和解成立者，當事人得於成立之日起三個月內聲請退還其於該審級所繳裁判費三分之二。」此為和解程序費用之負擔，二者並不相同，(D) 之論述錯誤。

- 17、甲主張乙無權占有甲所有之 A 地，訴請乙返還該地，因乙抗辯其就該地與甲有借貸關係，為有權占用，經法院認定屬實，判決甲敗訴確定(下稱前訴)。嗣甲將 A 地所有權移轉予丙，丙乃主張乙無權占有 A 地，訴請乙返還該地(下稱後訴)。下列敘述，何者正確？
- (A)後訴之訴之聲明與前訴之訴之聲明必相同
 - (B)前訴確定判決之既判力不及於丙
 - (C)經前訴確定判決所判斷甲、乙間之使用借貸關係存在，對丙有既判力
 - (D)後訴法院如認定甲、乙間之使用借貸關係對丙不繼續存在，可判決丙勝訴

(102 年律師)

【解析】

(D) 後訴法院如認定甲、乙間之使用借貸關係對丙不繼續存在，可判決丙勝訴

【題目解答】

- (一) 後訴之訴之聲明與前訴之訴之聲明有可能相同(被告應將系爭土地返還原告)，也有可能不同(後訴訟：尚可能主張拆除房屋或追加賠償)，(A)之論述「必相同」於題目簡略說明下難以謂為正確。
- (二) 丙為訴訟繫屬後，訴訟標的之特定繼受人(§401 I)，如本於相同之原因事實(甲乙間之使用借貸關係存否)再行起訴，則既判力將及於丙，(B)之論述難謂正確。
- (三) 經前訴確定判決所判斷「甲、乙間之使用借貸關係存在」為「判決理由中之判斷」，不生既判力(C)之論述難謂正確。
- (四) 後訴法院如認定甲、乙間之使用借貸關係對丙不繼續存在(債之關係相對性)，因甲於判決確定後將 A 地所有權移轉予丙，甲、乙間之使用借貸關係無法類推適用民法§425 而發生「買賣不破使用借貸」，「因債之關係相對性乙丙間並無任何占用關係」係屬新發生之事實，不為既判力遮斷效所及，此為甲乙前訴訟並未存在之新攻擊方法，如法院為此認定，自可判決丙勝訴，(D)之論述正確。

- 18、第一審簡易判決書於下列何種情形不得僅記載主文，應合併記載事實及理由？
- (A)基於被告對訴訟標的認諾所為判決
 - (B)法院宣示判決時受不利判決之被告當場履行判決所命給付
 - (C)受敗訴判決之被告於宣判時捨棄上訴權
 - (D)當事人於言詞辯論期日未到場，法院依職權由到場當事人一造辯論而為判決

(102 年律師)

【解析】

102 年律師高考民訴

(D) 當事人於言詞辯論期日未到場，法院依職權由到場當事人一造辯論而為判決

【題目解答】

§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。

二、受不利判決之當事人於宣示判決時，捨棄上訴權者。

三、受不利判決之當事人於宣示判決時，履行判決所命之給付者。」可知

(一) (A) 之論述「認諾所為判決」判決書得僅記載主文 (§434-1①)

(二) (B) 之論述「受不利判決之被告當場履行判決所命給付」判決書得僅記載主文 (§434-1③)

(三) (C) 之論述「捨棄上訴權」判決書得僅記載主文 (§434-1②)

(四) (D) 之論述「當事人於言詞辯論期日未到場，法院依職權由到場當事人一造辯論而為判決」，第一審簡易判決書不得僅記載主文而應合併記載事實及理由。

19、有關訴訟費用之下列敘述，何者錯誤？

(A) 訴訟費用原則上由敗訴之當事人負擔

(B) 被告對於原告關於訴訟標的之主張逕行認諾者，一律由被告負擔訴訟費用

(C) 應可歸責於訴訟代理人事由，致生無益之訴訟費用，法院得依職權以裁定命該訴訟代理人負擔

(D) 原告於第一審言詞辯論終結前，撤回起訴者，得於撤回後 3 個月內聲請法院退還其於該審級所繳裁判費三分之二

(102 年律師)

【解析】

(B) 被告對於原告關於訴訟標的之主張逕行認諾者，一律由被告負擔訴訟費用

【題目解答】

(一) §78 規定：「訴訟費用由敗訴當事人負擔」此為訴訟費用負擔之基本原則，以期保護私權之周全，並合於公平正義原則，惟例外命由勝訴人負擔，情形如§80、§80-1、§81 及§82 等，故 (A) 之論述正確。

(二) §80 規定：「被告對於原告關於訴訟標的之主張逕行認諾，並能證明其無庸起訴者，訴訟費用，由原告負擔。」可知 (B) 之論述錯誤。

(三) §89 I 規定：「法院書記官、執達員、法定代理人或訴訟代理人因故意或重大過失，致生無益之訴訟費用者，法院得依聲請或依職權以裁定命該官員或代理人負擔。」可知 (C) 之論述正確。

(四) §83 I 規定：「原告撤回其訴者，訴訟費用由原告負擔。其於第一審言詞辯論終結前撤回者，得於撤回後三個月內聲請退還該審級所繳裁判費三分之二。」可知 (D) 之論述正確。

20、甲在路上被乙打傷，當場適有丙（警察）、丁（路人）看到，丙、丁共同將甲送醫院急救，由戊醫師診治，另雇請己為特別看護，嗣甲依侵權行為對乙提起損害賠償之訴，並聲明訊問證人丙丁戊己以證明其被乙所打傷及因傷害有請求損害賠償之必要，受訴法院依其聲明訊問丙丁戊己 4 人，問何者屬鑑定證人？

- (A)丙 (B)丁 (C)戊 (D)己

(102 年律師)

【解析】

(C) 戊

【題目解答】

※證人：依法院之命，於他人之訴訟，陳述其「見聞事實」之第三人也。

※鑑定人：為依法院之選任，依自己之知識，於他人訴訟陳述關於特別法規或經驗定則之「意見」之第三人也。

※專家證人：證人以實際經驗為基礎之個人意見或推測之詞（參見刑訴§160）

證人在法庭上作證，只能陳述事實，不能陳述個人意見或推測之詞。惟事實與意見不易區分，且證人根據實際經驗過之事實所推測出來之事項，亦極有證據價值，所以 2003 年參考美國及日本法例，將§160 修正為，證人得陳述個人意見或推測之詞，但必須以實際經驗為基礎。（刑訴立法理由）

※鑑定證人：具有特別知識，於他人之訴訟，陳述其「見聞事實」之第三人也。鑑定證人得知已往之事實，如係本於其特別知識，就其有特別知識之點觀之，固類鑑定人，但究係依其特別知識，就已往之事實以為證明，實質上仍為證人，而非鑑定人。

(一) 警察丙可能構成專家證人但非鑑定證人

就證明甲是否被乙所打傷此一事實，警察丙為一般證人，如係為何甲被乙打？依其多年警察經驗判斷可能「情感糾紛」、「財物紛爭」……等個人意見或推測之詞，則處於「專家證人」之地位。

(二) 路人丁為證人

就證明甲是否被乙所打傷此一事實，路人丁為一般證人。

(三) 醫師戊為鑑定證人

就證明因傷害有請求損害賠償之必要（因此傷害支出醫藥費多寡、多久無法工作以致收入之減少、有無聘請看護必要、肉體及精神上痛苦如何…），醫師戊依其醫學專業知識，就甲之所受傷害及損害範圍之事實以為證明，故為鑑定證人。

(四) 看護己為證人

就證明因傷害有請求損害賠償之必要（看護時間之長短及看護費用之支出）此一事實為證明，看護己為一般證人。

21、乙積欠甲貸款 100 萬元未還，卻將乙唯一財產之 A 地以贈與為原因移轉予兒

子丙。下列敘述，何者錯誤？

- (A)甲主張該贈與係詐害行為，訴請法院撤銷時，應列乙及丙為共同被告，當事人始適格
- (B)如甲訴請撤銷詐害行為時僅聲明判令丙應塗銷乙、丙間就 A 地之所有權移轉登記，於訴訟繫屬中得擴張聲明請求撤銷乙、丙間 A 地所有權移轉行為
- (C)甲得主張乙、丙間系爭贈與行為是詐害行為或係基於通謀虛偽意思表示為之，而合併請求法院撤銷該贈與、移轉行為及確認該贈與關係不存在、A 地所有權屬於乙
- (D)如甲訴請撤銷詐害行為時僅列乙為被告，於第二審時未經乙及丙之同意，不得追加丙為被告

(102 年律師)

【解析】

(D) 如甲訴請撤銷詐害行為時僅列乙為被告，於第二審時未經乙及丙之同意，不得追加丙為被告

【題目解答】

- (一) 債權人甲欲依民法§244 以詐害債權為由撤銷乙丙間之讓與行為，自應以法律關係之主體，亦即應列乙及丙為共同被告，當事人始適格，(A) 之論述正確。
- (二) 如甲訴請撤銷詐害行為時僅聲明判令丙應塗銷乙、丙間就 A 地之所有權移轉登記，依§255 I ②③「請求之基礎事實同一者」及「擴張或減縮應受判決事項之聲明者」於訴訟繫屬中得擴張聲明請求撤銷乙、丙間 A 地所有權移轉行為 (B) 之論述正確。
- (三) 甲得主張乙、丙間系爭贈與行為是詐害行為 (民法§244) 或係基於通謀虛偽意思表示為之 (民法§87)，而依選擇合併或預備合併之方式，合併請求法院撤銷該贈與、移轉行為及確認該贈與關係不存在、A 地所有權屬於乙，(C) 之論述正確。
- (四) 如甲訴請撤銷詐害行為時僅列乙為被告，因乙及丙乃為固有必要共同被告，係屬當事人不適格，於第二審時未經乙及丙之同意，亦得依§466 I 但書、§255 I ⑤「該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者。」之規定追加丙為被告，(D) 之論述錯誤。

22、甲、乙共有 A 地，應有部分各二分之一，甲將其應有部分設定抵押權予丙。甲對乙起訴請求裁判分割該地，訴訟繫屬中，乙將其應有部分移轉予丁。下列敘述，何者錯誤？

- (A)法院得依職權將訴訟繫屬通知丙
- (B)法院判決將該地分割成 B、C 兩地，分別歸甲、乙取得，於判決確定時，甲、乙分別取得 B、C 地之單獨所有權

(C)丙已受訴訟告知，於分割判決確定後，其抵押權僅存於甲取得之 B 地
(D)分割確定判決之效力不及於訴訟繫屬中從乙受讓其應有部分之丁

(102 年律師)

【解析】

(D) 分割確定判決之效力不及於訴訟繫屬中從乙受讓其應有部分之丁

【題目解答】

(一) §67-1 I 規定：「訴訟之結果，於第三人有法律上利害關係者，法院得於第一審或第二審言詞辯論終結前相當時期，將訴訟事件及進行程度以書面通知該第三人。」(A) 之論述「職權將訴訟繫屬通知應有部分抵押權人丙 (民法§824-1 II)」係屬正確。

(二) 法院判決將該地分割成 B、C 兩地，分別歸甲、乙取得，因共有物分割判決為形成判決，於判決確定時，即生權利變動之效果，故甲、乙即時分別取得 B、C 地之單獨所有權，(B) 之論述正確。

(三) 依民法 824-1 II ③之規定，(C) 之論述「其抵押權僅存於甲取得之 B 地」係屬正確。

◎民法 824-1 II

應有部分有抵押權或質權者，其權利不因共有物之分割而受影響。但有下列情形之一者，其權利移存於抵押人或出質人所分得之部分：

- 一、權利人同意分割。
- 二、權利人已參加共有物分割訴訟。
- 三、權利人經共有人告知訴訟而未參加。

(四) 分割確定判決之效力將及於訴訟繫屬中從乙受讓其應有部分之丁 (§401 I) (訴訟標的之特定繼受人)，(D) 之論述錯誤。

23、受命法官於準備程序調查證據，依民事訴訟法之規定，下列敘述何者不屬受命法官得於準備程序調查證據之情形？

- (A)經原告聲請由受命法官調查者
- (B)有在證據所在地調查之必要者
- (C)元首為證人時，詢問元首以取得證言
- (D)證人身患重病，危在旦夕，預見於言詞辯論期日始調查，顯有困難者

(102 年律師)

【解析】

(A) 經原告聲請由受命法官調查者

【題目解答】

§270 III 規定：「命受命法官調查證據，以下列情形為限：

- 一、有在證據所在地調查之必要者。
- 二、依法應在法院以外之場所調查者。
- 三、於言詞辯論期日調查，有致證據毀損、滅失或礙難使用之虞，或顯有其他

困難者。

四、兩造合意由受命法官調查者。」可知

(一) (A) 之論述「經原告聲請由受命法官調查者」不屬受命法官得於準備程序調查證據之情形

(二) (B) 之論述符合§270 III ①之規定，故受命法官得於準備程序調查證據。

(三) (C) 之論述符合§270 III ②之規定，故受命法官得於準備程序調查證據。

(四) (D) 之論述符合§270 III ③之規定，故受命法官得於準備程序調查證據。

24、乙向甲借貸 70 萬元，簽發同額支票作為清償，甲於票載日期提示未獲兌現。甲如欲對乙起訴請求返還，下列敘述，何者錯誤？

(A) 甲為迅速取得判決，可主張票款請求權，而依簡易訴訟程序起訴

(B) 甲如欲主張票款請求權及借款返還請求權，原則上僅能依通常訴訟程序起訴

(C) 甲如欲主張票款請求權及借款返還請求權，可為選擇合併，而請求法院擇一判決其勝訴

(D) 甲如欲主張票款請求權及借款返還請求權，不可為預備合併，而請求法院先審判票款請求權

(102 年律師)

【解析】

(D) 甲如欲主張票款請求權及借款返還請求權，不可為預備合併，而請求法院先審判票款請求權

【題目解答】

(一) 甲為迅速取得判決，可主張票款請求權，而依簡易訴訟程序 (§427 II ⑥) 起訴，(A) 之論述正確。

(二) 應依通常訴訟程序之訴與應適用簡易程序之訴 (§427 II)，依§435 之類推解釋，自得合併提起，不過合併後應全部適用通常訴訟程序而已。(B) 之論述「僅能依通常訴訟程序起訴」正確。

(三) 甲如欲主張票款請求權 (給付 70 萬) 及借款返還請求權 (給付 70 萬)，可為選擇合併，而請求法院擇一判決其勝訴，(C) 之論述正確。

(四) 甲如欲主張票款請求權 (給付 70 萬) 及借款返還請求權 (給付 70 萬)，基於程序處分權，亦可為預備合併，先位請求為票款請求權，備位請求為借款返還請求權，而請求法院先審判票款請求權，(D) 之論述錯誤。

◎預備合併：先後位聲明亦得並存 (95 台抗 184 號裁定)

原告對於同一被告，合併提起數宗訴訟，乃所謂訴之客觀合併。其目的在使相同當事人間就其間之私權紛爭，能以同一訴訟程序辯論、裁判，以節省當事人及法院勞費，並使相關連之訴訟事件，受同一裁判，避免發生矛盾，以達訴訟經濟及統一解決紛爭之目的。如無害於公益，基於當事人訴訟上之處分權，應許當事人就其合併提起之數訴，依其意思請求法院為裁判；尚不得因其提起訴

102 年律師高考民訴

訟之型態，不符合學說或實務上分類之模式，即認其起訴不合法。而所謂訴之預備合併，通常固指原告預防其提起之訴訟為無理由，而同時提起不能並存之他訴為備位，以備先位之訴無理由時，可就備位之訴獲得有理由之判決之訴之合併而言；惟原告提起非相排斥之數訴，而定其請求法院為裁判之順序，依上說明，應非法所不許。

25、甲聲請法院對乙核發支付命令，法院於准許核發後，始發現乙現住國外，其國內之應受送達處所不明。問法院應如何送達該支付命令？

- (A) 公示送達
- (B) 送達乙在國外之住居所
- (C) 不送達，支付命令核發後屆滿 3 個月未送達，命令失其效力
- (D) 公示送達，並同時送達乙在國外之住居所

(102 年律師)

【解析】

(C) 不送達，支付命令核發後屆滿 3 個月未送達，命令失其效力

【題目解答】

§509 規定：「督促程序，如聲請人應為對待給付尚未履行，或支付命令之送達應於外國為之，或依公示送達為之者，不得行之。」§513 I 前段規定：「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...」法院本應駁回支付命令之聲請卻誤為核發，唯核發後發現乙現住國外，自不應送達支付命令，而應靜待三個月期間經過，使其失效 (§515 I) 較為妥適，(C) 之論述正確。

26、甲列乙為被告，起訴主張甲與乙於某日就 A 物訂有租約，約定由甲將其所有之 A 物出租予乙，租金每月新臺幣 1 萬元整，租期 2 年，詎料租期屆滿後，乙拒不返還 A 物，為此本於出租人地位，聲明求為判決命「乙應將 A 物返還予甲」(下稱第一聲明)，並就乙使用 A 物所受相當於租金之損害金，聲明求為判決「乙應自某年月日起至返還 A 物之日止按月給付甲新臺幣 1 萬元」(下稱第二聲明)。下列選項之敘述何者全部正確？①受訴法院應曉諭甲敘明是否合併本於 A 物所有人之地位為請求 ②第二聲明含將來給付之訴 ③如乙主張其係有權占有，則乙就「乙有權占有 A 物」之事實負舉證責任 ④如甲併本於所有人之地位為請求，則甲就「A 物為甲所有」之事實一律不必負舉證責任

- (A) ①②③
- (B) ②③④
- (C) ①③④
- (D) ①②④

(102 年律師)

【解析】

(A) ①②③

【題目解答】

(一) §199-1 I 規定：「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而

102 年律師高考民訴

- 其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。」①之論述「受訴法院應曉諭甲敘明是否合併本於 A 物所有人之地位為請求」係屬正確。
- (二) 第二聲明中「辯論終結之日至返還 A 物之日止按月給付甲新臺幣 1 萬元」此部分為將來給付之訴，②之論述「第二聲明含將來給付之訴」係屬正確。
- (三) 如乙主張其係基於租賃關係而有權占有，性質為「附限制之自認」，則乙就「乙有權占有 A 物」之事實負舉證責，③之論述係屬正確。
- (四) 如甲併本於所有人之地位為請求，則甲就「A 物為甲所有」之事實，除非有乙為自認等例外狀況，否則應負舉證責任，④之論述係屬錯誤。

27、X 向 A 承租大樓一間，為期 3 年，預付保證金 200 萬元，1 年後 A 將大樓出售與 Y，該租約依法在 X、Y 間繼續生效。但就保證金 200 萬元部分 Y 不承認。X 乃以 Y 為被告訴請確認保證金返還請求權存在之訴。下列敘述，何者正確？

(A) 若不以判決確定，X 對 Y 之請求權將陷於不安定狀態，故 X 之請求有訴之利益

(B) X 對 Y 之請求權內容尚未確定，故 X 之請求無訴之利益

(C) X 僅以 Y 為被告，其當事人不適格

(D) X 應以 A、Y 為共同被告始屬當事人適格

(102 年律師)

【解析】

(A) 若不以判決確定，X 對 Y 之請求權將陷於不安定狀態，故 X 之請求有訴之利益

【題目解答】

- (一) Y 否認 X 的保證金返還請求權，將導致 2 年後租約到期無從索回保證金 200 萬元，故有確認利益存在，(A) 之論述「X 對 Y 之請求權將陷於不安定狀態，故 X 之請求有訴之利益」係屬正確。
- (二) X 對 Y 之保證金返還請求權內容確定，有確認利益存在，(B) 之論述錯誤。
- (三) A 已脫離出租人地位，與此確認保證金返還請求權存在之訴無涉，故 (C) 及 (D) 之論述均屬錯誤。

28、下列敘述何者正確？

- (A) 胎兒無當事人能力，應以其法定代理人為訴訟當事人
- (B) 公寓大廈管理委員會及祭祀公業，依現行法，若符合法定要件，均具備訴訟當事人能力
- (C) 關於合夥關係所生民事紛爭，不得以合夥人全體作為共同原告或共同被告
- (D) 分公司及子公司，無論是否係其業務範圍涉訟，均有當事人適格

(102 年律師)

102 年律師高考民訴

【解析】

(B) 公寓大廈管理委員會及祭祀公業，依現行法，若符合法定要件，均具備訴訟當事人能力

【題目解答】

- (一) §40 II 規定：「胎兒，關於其可享受之利益，有當事人能力。」(A) 之論述「胎兒無當事人能力，應以其法定代理人為訴訟當事人」錯誤。
- (二) 公寓大廈管理委員會（公寓大廈管理條例§35）及祭祀公業（祭祀公業法人有權利能力得直接為訴訟當事人（詳見祭祀公業條例），以前則認祭祀公業為非法人團體亦有當事人能力），依現行法，若符合法定要件，均具備訴訟當事人能力，(B) 之論述正確。
- (三) 合夥商號是否構成非法人團體而有當事人能力，學界素有爭議，為避免爭議及確保日後執行，關於合夥關係所生民事紛爭，得以合夥人全體作為共同原告或共同被告，(C) 之論述錯誤。
- (四) 分公司於其業務範圍內之事項涉訟時，有當事人能力（40 台上 39、66 台上 3470、65 台上 847）且應認當事人適格，如無關業務範圍則無當事人能力，自無討論當事人適格之必要。子公司雖為獨立法人而有當事人能力，然與其業務範圍無涉，亦應無當事人適格，(D) 之論述錯誤。

29、對於一造當事人未於第一審程序提出而於第二審程序始提出之新攻擊或防禦方法，第二審法院於判斷是否應准許提出時，下列何選項所敘述之因素是法院不需要考慮者？

- (A) 該訴訟事件係依通常訴訟程序或簡易訴訟程序進行
(B) 該攻擊防禦方法是否屬於法院應依職權調查之事項
(C) 准許該攻擊防禦方法是否將導致訴訟延滯
(D) 准許該攻擊防禦方法之提出是否將對他造當事人造成不公平的突襲

(102 年律師)

【解析】

(A) 該訴訟事件係依通常訴訟程序或簡易訴訟程序進行

【題目解答】

§447 I 規定：「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：

- 一、因第一審法院違背法令致未能提出者。
- 二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。
- 三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。
- 四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。
- 五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。
- 六、如不許其提出顯失公平者。」可知：

- (一) (A) 之論述「該訴訟事件係依通常訴訟程序或簡易訴訟程序進行」正確
(二) (B) 之論述「應依職權調查之事項」(§447 I ④)
(三) (C) 之論述「是否將導致訴訟延滯」(§447 I ⑤)

(四)(D)之論述「造成不公平的突襲」(§447 I ⑥)

30、乙主張：其執有甲於民國 97 年 8 月 1 日出具之借據，寫明向乙借款新臺幣 80 萬元整，約定借款期限 1 年，利息按年息百分之八計算，屆期甲未返還云云，而以甲為被告向法院起訴請求返還，甲抗辯該借款未交付。下列敘述何者正確？

- (A)此訴訟應適用簡易程序
- (B)關於借款已交付之事實，應由乙負舉證責任
- (C)若此訴訟之請求包括本金及利息，關於利息部分，亦應徵收裁判費
- (D)依當事人所負真實陳述義務，甲明知該借款已經交付，不得辯稱其未曾收受該筆借款

(102 年律師)

【解析】

(B) 關於借款已交付之事實，應由乙負舉證責任

【題目解答】

- (一) 訴訟標的之金額為 80 萬元，而且非屬§427 II 類型事件，故此訴訟應適用通常訴訟程序，(A) 之論述錯誤。
- (二) 主張借款返還請求權之乙應就「借貸合意」、「借款已交付」及「清償期屆至未受清償」之事實負舉證責任 (B) 之論述正確。
- (三) §77-2 II 規定：「以一訴附帶請求其孳息、損害賠償、違約金或費用者，不併算其價額。」，(C) 之論述「關於利息部分，亦應徵收裁判費」錯誤。
- (四) 當事人違反真實陳述義務，依實務見解尚不生不利益之結果 (不生舉證責任倒置或舉證責任轉換效果)，反之，基於自認 (甲明知該借款已經交付，不得辯稱其未曾收受該筆借款) 所生之訴訟上不利益之結果 (§279 I)，當事人基於程序利益及實體利益之考量，尚無自承不利益事實之義務，(D) 之論述不盡正確。

■ 99 台上字第 2019 號裁判

按主張不當得利請求權存在之當事人，對於不當得利請求權之成立要件應負舉證責任，即應證明他方係無法律上之原因而受利益，致其受有損害。如受利益人係因其給付而得利時，所謂無法律上之原因，即指其給付欠缺給付之目的，故主張該項不當得利請求權存在之當事人，自應舉證證明其欠缺給付之目的，始符舉證責任分配之原則。又當事人就其提出之事實，應為真實及完全之陳述。且當事人對於其請求及抗辯所依據之原因事實，應為具體之陳述，以保護當事人之真正權利，此觀民事訴訟法第一百九十五條第一項之規定及其修正理由自明。惟當事人違反應為真實陳述義務者，並非因此而生舉證責任倒置或舉證責任轉換效果。