

• **民事訴訟法理論 試題演練**

• 試題一

- 甲 使 乙 受傷
- 乙 以 **A B 事實 主張 甲 有過失（即 C事實）**
- 因 法院 就上述事實 無法獲得心證
- 故 法院 **調查 D 事證**，而認定 甲 有過失（即 C事實）
- 法院 有無違反 辯論主義
 - **看似 違反 辯論主義 第一命題**
 - 當事人 **未主張** 之 事實（證據），法院 **不得** 將其採用作為 判決基礎
- but
 - recall
 - **辯論主義 僅適用於 直接事實，不及於 法律 之適用**
 - **（傳統）辯論主義 觀點**
 - 辯論主義 第一命題
 - 當事人 **未主張** 之 事實（證據），法院 **不得** 將其採用作為 判決基礎
 - **僅 直接事實（法律要件事實） 適用**
 - **間接事實、輔助事實 不適用**
 - 因 上述案例
 - **直接事實（法律要件事實）**
 - **有過失（即 C事實）**
 - 原告 對 被告 無論主張 **債務不履行、侵權行為** 之 損害賠償，皆要以 被告 有 **故意或過失** 為前提
 - **間接事實**
 - **A B D 事實**
 - 故 **A B D 事實 不適用 辯論主義（不受 辯論主義 限制）**
 - 即 就算 當事人 未主張 A B D 事實，法院 亦得視為 裁判基礎
 - 故 法院 **調查 D 事證（當事人未主張 之 間接事實）**，而認定 甲 有過失（即 C事實）並未違反 **（傳統）辯論主義**
 - **協同主義 觀點**
 - 已藉由 **闡明、公開心證** 方式 賦予 當事人 **程序保障（陳述意見、辯論）**，而**避免 突襲性裁判 之前提下**，**法院 得依職權 調查及審酌 事實與證據**（即便 當事人未主張 該事實與證據）
 - **直接、間接、輔助事實 皆適用**
 - 故 **須滿足 上述 避免 突襲性裁判 之前提下**，才未違反 協同主義

• 試題二

- 甲 主張 乙 於 105 年 3 月 租用 甲車，租期屆滿未返還
- 依 **767--1 前段 所有物返還請求權**，甲 對 乙 請求返還 甲車
- 若 乙 對 甲 主張 雙方 有於某日訂立 租賃契約 之事實
 - 乙 明知 不符合真實，仍予以 自認（虛偽自認）
- 則 法院 是否受 此自認 約束
 - **虛偽自認 效力為何（法院 是否仍受拘束）**
 - 學說一（建議採此學說）
 - 違反「事實 於法院已顯著 或 為其職務上所已知」，法院 **不應** 受拘束
 - 違反「事實 於法院已顯著 或 為其職務上所已知」之外 之 事實，法院 **應** 受拘束，除非 該自認 因 通謀虛偽 而 侵害他人權利
 - 學說二
 - 基於 **真實義務（195（當事人之陳述））**，虛偽自認 **皆 不得拘束法院**

• 試題三

- **一般借貸**，原告甲 聲請傳訊 下列證人
 - 丙（甲 之 配偶）
 - 丁（鄰人）
- 證明 原告甲 與 被告乙 曾於 某年月日 於 戊代書 家中商談借款事宜
- 法官 可否依職權 傳訊戊
 - **依職權**
 - 表 雙方當事人 皆無主張
 - **傳訊證人**
 - 即 **調查證據之方法**
- 法官 可否依職權 傳訊戊

- 即 法官 可否依職權 調查證據
- 看似 違反 辯論主義 第三命題
 - 法院 不得依職權 調查證據
- but
 - 協同主義 觀點
 - 已藉由 闡明、公開心證 方式 賦予 當事人 程序保障（陳述意見、辯論），而避免 突襲性裁判 之前提下，法院 得依職權 調查及審酌 事實與證據（即便 當事人未主張 該事實與證據）
 - 288（依職權調查）
 - 修正辯論主義 觀點
 - 若 288（依職權調查）、278（舉證責任之例外（一）－顯著或已知之事實）皆 擴大解釋
 - 288（依職權調查）擴大解釋
 - 產生 辯論主義 第三命題 崩解
 - 278（舉證責任之例外（一）－顯著或已知之事實）擴大解釋
 - 產生 辯論主義 第一命題 崩解
 - 則 辯論主義 第一、三命題 連帶崩解
 - 一般借貸 屬 其他 一般事件 類型二（常考）
 - 除（法規明顯提及 依職權調查、訴訟要件、一般事件 類型一（公益事件、武器不平等事件））外之事件
 - 目的性限縮解釋 288（依職權調查）
 - 原則
 - 不得 依職權調查證據
 - 例外
 - 法院闡明後，當事人 仍驚鈍 或 受外力牽制
 - 法院 欠缺判斷能力 需鑒定
- 試題四
 - 甲 100年 出資 1000萬 購 A屋
 - 因故 商借 前女友乙 名義登記（借名登記）
 - 一段時間後，乙 拒絕返還 A屋
 - 甲 103年5月 發函終止 借名契約
 - 甲 對 乙 提起告訴
 - 所有物返還 請求權
 - 不當得利返還 請求權
 - 移轉登記 所有權 予 甲
 - 高等法院（第二審）判 甲 敗訴
 - 甲 委託之 律師 上訴 最高法院（第三審，即 法律審）之理由如下
 - 一審法院 傳訊 甲 聲請之證人 丙、丁
 - 丙 已證稱 當時另有 戊 在場
 - 二審法院 詢問是否 傳訊 戊，甲乙雙方 均稱不用
 - 二審法院 竟未依職權 傳訊 戊，於法有違
 - 上開理由 是否適為 上訴三審事由？法理依據何在？
 - 若 法院 依職權調查證據，則 看似 違反 辯論主義 第三命題
 - 法院 不得依職權 調查證據
 - but
 - 協同主義 觀點
 - 已藉由 闡明、公開心證 方式 賦予 當事人 程序保障（陳述意見、辯論），而避免 突襲性裁判 之前提下，法院 得依職權 調查及審酌 事實與證據（即便 當事人未主張 該事實與證據）
 - 288（依職權調查）
 - 修正辯論主義 觀點
 - 若 288（依職權調查）、278（舉證責任之例外（一）－顯著或已知之事實）皆 擴大解釋
 - 288（依職權調查）擴大解釋
 - 產生 辯論主義 第三命題 崩解
 - 278（舉證責任之例外（一）－顯著或已知之事實）擴大解釋
 - 產生 辯論主義 第一命題 崩解
 - 則 辯論主義 第一、三命題 連帶崩解
 - 借名登記（私人之間之財產糾紛，同 一般借貸） 屬 其他 一般事件 類型二（常考）
 - 除（法規明顯提及 依職權調查、訴訟要件、一般事件 類型一（公益事件、武器不平等事件））外之事件
 - 目的性限縮解釋 288（依職權調查）
 - 原則

- 不得 依職權調查證據
- 例外
 - 法院闡明後，當事人 仍驚鈍 或 受外力牽制
 - 法院 欠缺判斷能力 需鑒定
- 補充
 - 因 辯論主義 第三命題
 - 法院 不得依職權 調查證據
 - 故 雖有 288（依職權調查），當事人 舉證責任 未減輕（有相關判例）
 - 若 未盡舉證責任 而敗訴
 - 則 不得以 法院未行使 288（依職權調查）為由 上訴
- 試題五
 - 甲 房子 421 租賃契約 乙
 - 終止租約時，應立即返還 甲 房子，如有遲延 需付 30萬/月
 - 乙 開診所
 - 乙 契約租期間 開始未繳納租金
 - 甲 發存證信函 乙
 - 促 乙 繳納租金，否則 於某一時間點 終止租約
 - 乙 置之不理，租約終止後 一段時間 才返還 甲 房子
 - 依租約，乙 需給付 積欠租金、龐大違約金
 - 若 甲乙 雙方 皆 未主張 違約金過高
 - 則 法院 審理後認為 甲終止租約合法，but 違約金可能過高 時，該如何進行訴訟程序及裁判
 - 民 252 違約金酌減 與 辯論主義
 - 民 252（違約金額過高之酌減）約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。
 - 實務見解
 - 法院得減至相當之數額
 - 先前有判例解釋為 就算 當事人 無主張 違約金額過高之事實，法院 仍得依職權 將其視為裁判基礎，適用 民 252（違約金額過高之酌減）酌減違約金
 - 違反 辯論主義 第一命題
 - 學者通說
 - 實體法上非訟化 不必然導致 程序法上非訟化（重要）
 - 實體法
 - 民法
 - 非訟化
 - 強化法官裁量權
 - 民 252（違約金額過高之酌減），在程序法上 仍應回歸 辯論主義（或 協同主義）法理
 - 回歸 辯論主義
 - 當事人 無主張 違約金額過高之事實，法院 不得依職權 將其視為裁判基礎，無法 適用 民 252（違約金額過高之酌減）
 - 當事人 依辯論主義 應負 主張及舉證責任
 - 回歸 協同主義
 - 當事人 無主張 違約金額過高之事實，法院 在下列前提下 仍得依職權 將其視為裁判基礎，適用 民 252（違約金額過高之酌減）
 - 已藉由 闡明、公開心證 方式 賦予 當事人 程序保障（陳述意見、辯論），而避免 突襲性裁判 之前提下
 - 聽審請求權
 - 憲 16（請願、訴願及訴訟權） 人民有請願、訴願及訴訟之權
 - 訴訟權
 - 聽審、公正程序、公開審判 請求權
 - 程序上之平等權
 - 聽審請求權
 - 知悉權（即 認識權、受通知權）
 - 受 訴訟繫屬之 合法通知
 - 原告 提起告訴（產生 訴訟繫屬）
 - 法院 須依 民訴法 送達相關規定 通知被告
 - 對於 他造陳述內容之 知悉權利
 - 民訴法 有規定 原告、被告之書狀 皆要 寄一份繕本（副本）給對方
 - 即 書狀 一份給法院，一份給對造律師
 - 即 雙方當事人 皆要知道 彼此的主張、抗辯
 - 閱卷權

- **242（訴訟文書之利用）**
 - 242--1 當事人得向法院書記官聲請閱覽、抄錄或攝影卷內文書，或預納費用聲請付與（交付）繕本、影本或節本。
- **陳述權**
 - **事實、法律見解之 陳述**
 - **199（審判長之職權）**
 - 199--2 審判長應向當事人發問或曉諭，**令其為事實上及法律上陳述**、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。
 - 令其為事實上及法律上陳述
 - 法律上
 - 即 **法律見解**
 - 雖 **法官知法原則（iura novit curia）**
 - **適用法律 為 法官職責**
 - but **仍要給當事人 法律上 陳述意見 機會**
 - **證明權**
 - **證據提出權**
 - 當事人 有 提出（聲明）證據之 權利
 - 法院
 - 原則
 - **有 調查義務**
 - 例外
 - **不必要之 證據（286 但書）**
 - 286（證據之調查）**當事人聲明之證據，法院應為調查。**但就其聲明之證據中認為不必要者，不在此限。
 - **欠缺 必要性、關聯性**
 - **無證據能力**
 - 同 **刑法 證據能力** 概念
 - 於 **證據法** 詳述
 - **違法取得之證據 有無 證據能力（搭配考點）**
 - eg 偷錄音、錄影
 - **無從調查**
 - **無法動搖** 原判決 確定之事實
 - **重複**
 - 待（應）證事項 **已臻明瞭**，無必要再行調查
 - 意圖 **延滯訴訟**
 - **無 調查義務**
 - **在場見證權**
 - 法院**調查證據時**，當事人（原告、被告） 享有 **在場權**
 - 法院 **對 原告、被告 皆要通知**
 - 當事人 得 **隨時主張** 其權利，對 證據之**證據力高低** 提出異議
 - 確保 **證據提出權、在場見證權** 後，始能 對 證據調查結果 **陳述意見**
 - **陳述權 之 保障次數**
 - **各爭點 至少一次** 聽審請求權 保障 即可
 - 即 **一方之主張 及 他方之抗辯 各一次**
 - 為 給予 當事人 陳述意見 之機會，**非 當事人 必須 陳述意見**
 - 若 當事人 符合 **失權要件**（可歸責於己之事由等）
 - 則 喪失 陳述權 之 權利
 - **法院之審酌義務**
 - **認識與審酌 義務**
 - 當事人 之 **陳述意見（陳述權）**，法院須 **審酌** 才有意義
 - **附具理由 義務**
 - **判決 應 附具理由**
 - 法院 審酌 當事人 陳述 之過程
 - **222（判決之實質要件－自由心證）**
 - 222--4 得心證之理由，**應記明於判決。**
 - 大陸法系 vs 英美法系
 - **大陸法系**
 - 因 台灣 民事案件 由 職業法官判決（**重大刑事案件 才有採 國民法官**）
 - 故 判決 應 附具理由

- 原則
 - 判決 應 附具理由
 - 例外
 - 判決 可不 附具理由 (eg 小額程序)
- 英美法系
 - 陪審團制度
 - 因 陪審團 為 一般民眾 組成，人多 且 素質參差不齊
 - 故 裁決 不附理由

| | | |
|------|-------------------------|--------------------------|
| 面向 | 大陸法系 (Civil Law System) | 英美法系 (Common Law System) |
| 起源 | 古羅馬法 → 拿破崙法典 → 歐陸諸國 | 英格蘭國王法院判例 (King’s Court) |
| 發展特色 | 成文法 (重視 法典化 與 體系理論) | 判例法 (重視法院 判決與先例 制度) |
| 代表國家 | 德國、法國、日本、臺灣、韓國 | 英國、美國、加拿大、澳洲 |
| 訴訟模式 | 糾問式 (法官主導) | 當事人進行式 (律師主導) |
| 認定事實 | 法官 | 陪審團 (是否有罪) |
| 適用法律 | 法官 | 法官 (適用法律、刑度) |
| 法官角色 | 解釋與適用 法律 | 適用先例、形成判例 |
| 現代趨勢 | 吸收判例法、陪審團 (參審、國民法官制) 思維 | 加強成文法制度 (美國 聯邦法典 化) |

- 侵害 聽審請求權
 - 若 侵害 聽審請求權
 - 則 該審級 裁判 (判決) 存在 程序瑕疵
 - 對於 具 程序瑕疵 之 判決，當事人 應依 上訴程序 救濟 (以下情形為 上訴二審)
 - 原則
 - 若 第二審 認為上訴有理由
 - 則 補正瑕疵 並 自為裁判
 - 450 (上訴有理由之判決) 第二審法院認上訴為有理由者，應於上訴聲明之範圍內，為廢棄或變更原判決之判決。
 - 例外
 - 若 重大瑕疵，而有 維護 當事人「審級利益」必要時
 - 則 廢棄原判決 (第一審)，並把 該事件 發回 原法院 重審
 - 451 (廢棄原判決－將事件 發回原法院 或 自為判決)
 - 451--1 第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院得廢棄原判決，而將該事件發回原法院。但以因維持審級制度認為必要時為限。
 - 常見
 - 第三審法院 廢棄原判決 發回 第二審法院 更審
 - 第三審 是 法律審，非 事實審
 - 因 第三審法院 無權 重新調查事實，but 爭點 常與 事實認定 有關
 - 故 必須把案子 發回 第二審法院 更審
 - 少見
 - 第二審法院 廢棄原判決 發回 第一審法院 更審
 - 451--2 前項情形，應予當事人 陳述意見 之機會，如 兩造同意願由第二審法院 就該事件為裁判者，應自為判決。
 - 451--3 依第一項之規定廢棄原判決者，其第一審訴訟程序有瑕疵之部分，視為亦經廢棄。
 - 即 除 廢棄原判決 外，亦須處理 (廢棄) 第一審 有瑕疵 之 訴訟程序
 - 沒有 合法送達 當事人
 - 未給 陳述意見 機會
 - ...
 - 若 第二審法院 侵害 聽審請求權，屬 判決違背法令 (法律審 範疇)
 - 468 (違背法令之意義) 判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。
 - 則 應許 當事人 上訴第三審
 - 上訴第二審
 - 事實審 + 法律審
 - 上訴第三審
 - 僅 法律審
 - 突襲性裁判
 - 藉由 闡明、公開心證 方式 賦予 當事人 程序保障 (陳述意見、辯論)，而避免 突襲性裁判

- 由上述可知，突襲性裁判 為
 - 法院 違反 事實上、法律上 闡明義務，於 當事人 未受適當 程序保障（陳述意見、辯論（尤其是 陳述權）） 下
 - 侵害 聽審請求權
 - 法院 以 其所得之事實 或 法律見解 為 裁判，使得 該裁判結果 超出 當事人所預期
 - 導致 突襲性裁判
- 類型
 - 發現真實 的突襲
 - 未使 當事人 於 言詞辯論終結 前，充分了解 法院 發現真實 之 心證形成活動
 - 即 法院 未盡 闡明義務（公開心證）
 - 使 當事人 就 發現真實（確認某事實是否存在），未充分 攻防/陳述意見，造成 法院裁判 發現真實 之 心證 超出 當事人所預期
 - eg
 - 甲 100萬 民 474 消費借貸 乙
 - 甲 對 乙 主張 民 478（借用人返還借用物義務）
 - 前提
 - 借款交付
 - 因 消費借貸 屬 要務契約
 - 要務契約 的成立，不僅需要當事人意思表示一致，還必須交付標的物
 - 要務契約 vs 不要式契約（諾成契約）
 - 要務契約
 - 成立要件
 - 意思表示一致 + 交付
 - 若 未交付（常為訴訟爭點），即便 有書面契約
 - 則 契約仍無法成立
 - 原告 對 交付事實 負 舉證責任
 - 於 證據法 詳述
 - 典型例子
 - 消費借貸、使用借貸、寄託
 - 立法理由
 - 為防止濫用（如借貸、寄託）形成 通謀虛偽債權，不強調效率，重在 確認真意
 - 不要式契約（諾成契約）
 - 成立要件
 - 意思表示一致
 - 典型例子
 - 買賣、租賃、承攬、贈與（書面贈與除外）
 - 交付是履行義務，不影響契約成立
 - 立法理由
 - 強調交易效率與市場流通
 - 故 消費借貸 須交付 借用物 契約才成立
 - 若
 - 原告 對 交付事實 認為 舉證已足夠
 - 法院 認為 證據尚未足夠，卻 未盡 闡明義務（公開心證），而判 原告 敗訴
 - 則
 - 該判決 對 原告 產生 發現真實的突襲
 - 促進訴訟 的突襲
 - 未使 當事人 於 言詞辯論終結 前，充分了解 法院 裁判過程及內容
 - 亦即 法院 未盡 闡明義務（公開心證）
 - 使 當事人 就 各面向，未充分 或 過度 攻防/陳述意見，造成 程序成本 不該有節省 或 不必要支出
 - 不該有節省
 - eg 上述 發現真實 的突襲 例子
 - 不必要支出
 - eg 與 上述 發現真實 的突襲 例子 相反
 - 提 過多 證據
 - 法院 未盡 闡明義務（公開心證）
 - 原告 徒勞
 - 故 發現真實 的突襲 屬 促進訴訟 的突襲
 - 法律適用 的突襲
 - 未使 當事人 於 言詞辯論終結 前，充分了解 法院裁判 法律適用及見解

- 亦即 法院 未盡 闡明義務（公開心證）
 - 使 當事人 就 法律適用及見解，未充分 攻防/陳述意見，造成 法院裁判 法律適用及見解 超出 當事人所預期
 - 常與 其他型態之 突襲性裁判 相伴而生
 - eg
 - 甲（事實上處分權人）對 乙 主張 類推適用 民 767--1 前段 所有物返還請求權，請求 返還 違建
 - 違建
 - 未辦保存登記建物
 - 無建號
 - 流程
 - 建物興建之初
 - 申請 建築執照
 - 建物完工後
 - 申請 使用執照
 - 辦理 保存登記
 - 即 所有權第一次登記
 - 才會於 地政機關 有 建物謄本、建號
 - 因 建物興建之初 未申請 建築執照
 - 故 亦無 使用執照、保存登記
 - 無 所有權，僅 事實上處分權
 - 事實上處分權
 - 僅 最高法院 實務見解，法條無規範
 - 出資興建者，原始取得 事實上處分權
 - 因 所有物返還請求權 兩要件
 - 請求人 為 標的物之所有權人（違建 無 所有權）
 - 被請求人 為 無權占有
 - 故 甲 為 事實上處分權人，無法適用 民 767--1 前段 所有物返還請求權
 - 實務上
 - 地方、高等法院、多數學者 認為可 類推適用 民 767--1 前段
 - 最高法院 認為不可 類推適用 民 767--1 前段
 - but 可 適用 民 184--1 前段（民 184（獨立侵權行為之責任））、民 179（不當得利之效力）
 - 民 184--1 前段
 - 侵權行為 損害賠償 請求權
 - 損害賠償
 - 原則
 - 民 213（損害賠償之方法－回復原狀）
 - 此例 即 返還違建
 - 例外
 - 民 214、民 215（損害賠償之方法－金錢賠償）
- 若
 - 雙方當事人 於言詞辯論時，辯論主軸 皆圍繞在 類推適用 民 767--1 前段 所有物返還請求權
 - 法院 認為不可 類推適用 民 767--1 前段，卻 未闡明 且 未賦予 當事人 解釋、辯論 法律適用及見解 之機會，而判決 原告 敗訴
- 則
 - 該判決 對 原告 產生 法律適用 的突襲、促進訴訟 的突襲
- 法官 闡明 義務 之 界線（三等價問題）
 - 程度是否應達 公開自己法律見解？
 - 與 當事人 法律對話 界線？
 - 有 與 當事人 法律討論 義務？
- eg
 - 某爭點 有 甲說 乙說 丙說
 - 法官 闡明（公開心證）程度 應達
 - 法官 直接表明 法官覺得哪一說比較好？
 - 法官 只需表明 該爭點 有 甲說 乙說 丙說 即可？
- 學者通說一
 - 法官 有 闡明法律見解 義務
 - eg 契約性質
 - 買賣？承攬？...
 - 即 法官 直接表明 法官覺得哪一說比較好

- 學者通說二
 - 法官 無 闡明法律見解 義務
 - 提示 可能的 法律見解，給予 辯論機會
 - 即 法官 只需表明 該爭點 有 甲說 乙說 丙說 即可
 - 理由如下
 - 我國 法律基礎註釋書 很少
 - 法律基礎註釋書
 - 每法條 的 爭點、學者通說、實務見解等 皆會羅列
 - 等價於 法條 字典
 - 德國法 法律基礎註釋書 充足
 - 不利法官形成妥適心證
 - 心證形成 應於 言詞辯論、評議後，較為合理
 - 評議
 - 言詞辯論 後，法官們 討論 如何審判的過程
 - 當事人 可能受 有錯誤 暫時性心證 影響
 - 目前並無所謂 違反 闡明法律見解 義務 之效果
 - 法官案件量、法學訓練、文獻質量
 - 非律師代理案件，當事人與法官 如何理性進行討論
 - 目前民事訴訟案件，大部分 當事人 沒有 請律師代理，當事人與法官 溝通困難，耗費大量 溝通成本
 - 可能架空 辯論主義（辯論主義 反映 當事人 處分權主義）
 - 實務見解
 - 較偏向 學者通說一
 - 法官 藉 闡明（公開心證）其認為 重要之法律觀點，使 當事人 為必要陳述、提出事證