

111年公務人員特種考試司法官考試第二試
111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話
科目：民法與民事訴訟法(二)

第一題

【總題說明】

本題主要在測驗應考人對袋地通行權法規範之目的、法院審酌通行處所及方法時應列入考慮之因素，其是否受到相關建築行政法規拘束等問題之掌握。而且，本題尚測驗應考人對於袋地通行權相關民事訴訟類型、共同訴訟型態、上訴效力範圍與第二審之審判範圍之理解與掌握程度。

【評分要點】

第(一)子題

- 一、是否有論述到法院審酌通行處所與方法時，應考量袋地通行權人與周圍地人間須在通行之必要範圍，須符合比例原則，擇其周圍地損害最少之處所及方法等重要考量因素？
- 二、是否有論述到法院關於開設通行道路寬度之決定，委由法院自由裁量(形成訴訟)，故法院不受建築行政法規之拘束，其僅為法院審酌時參考之因素之一？

第(二)子題

- 一、是否有就民法第 787 條第 1 項袋地通行權，使袋地發揮經濟效用，以達物盡其用之社會整體利益之法規範目的進行闡釋與說明？
- 二、是否有論述到依照原告訴之聲明不同，而決定袋地通行權相關訴訟之類型？是否就確認訴訟、形成訴訟與給付訴訟提出正確之理由論據加以說明？

第(三)子題

- 一、關於袋地通行權共同訴訟類型之分析與探討，是否有論述到法院就各被告應如何提供通行之方法等共通事項，法律雖未規定通行權存在之共同訴訟，

對於各被告中一人之裁判效力及於他人，此情形法院裁量權之行使，不宜割裂，自不得任由判決之一部先行確定，使符此類事件之本質，自有類推適用民事訴訟法第 56 條規定之必要？

二、袋地通行權共同訴訟被告一人提起上訴之效力，是否會及於其他共同訴訟人？是否有論述到類推適用民訴法第 56 條第 1 項第 1 款，乙上訴為有利於全體之行為，其上訴效力及於乙與丙？

三、是否有論述到倘若乙上訴效力及於乙與丙，第二審法院為求裁判一致性不僅可改判乙原審判決之部分，且可改判丙原審判決之部分？

【閱卷委員的話】

多數應考人對於第一子題與第二子題第一小問之爭議問題，較能充分掌握與作答。然而，對於第二子題第二小問袋地通行權之訴訟類型，以及第三子題袋地通行權共同訴訟型態、上訴效力與法院可否改判丙原審判決之部分，部分考生掌握之程度較為薄弱。

第(一)子題

大部分應考之人可回答出法院審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何。為數不少之應考之人，可回答出相關建築法規固為法官於個案酌定開設道路通行方案時之重要參考，但法院關於開設通行道路寬度之決定，委由法院自由裁量(形成訴訟)，故法院不受建築行政法規之拘束。

第(二)子題

大部分之考生可寫出民法第 787 條第 1 項袋地通行權法規範之目的。然而，就袋地通行權之訴訟類型，有些應考人可寫出依照原告不同之訴之聲明而決定其訴訟之類型(確認訴訟、形成訴訟與給付訴訟)。且值得讚許者，於確認訴訟部分，不少考生有檢驗是否具有確認利益之問題(民訴法第 247 條第 1 項原告是否有即受確認判決之法律上利益)；於形成訴訟部分，有不少考生甚至有寫到為其通行處所與方法之決定實體法並未明確規定，而須由法院進行自由裁量，不受當事人聲明拘束，而為一種「形式形成訴訟」，可謂正確掌握本題答題方面之重點。依照現行實務見解，關於袋地通行權之紛爭，當事人就通行權是否存在有爭議時，法院即須先確認袋地對周圍地有無通行權，具有確認訴訟性質。待確認通行權存

在後，次就在如何範圍及方法，屬通行必要之範圍，由法院依社會通常觀念，斟酌袋地之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷是否為損害周圍地最少之處所及方法，不受當事人聲明之拘束，由法院在具體個案中依全辯論意旨加以審酌後，依職權認定適當之通行方案，具有形成訴訟性質。經法院判決後，周圍地所有人就法院判決之通行範圍內，負有容忍之義務，不能對通行權人主張無權占有或請求除去；倘周圍地所有人有阻止或是妨害通行之行為，通行權人得一併或於其後訴請禁止或排除侵害，具有給付訴訟性質。然而，有些考生雖僅寫出其可能之訴訟類型為確認訴訟，但未就形式形成訴訟進行更進一步之說明，殊為可惜。又或者雖寫其為給付訴訟，但法院對於通行方法卻有自由裁量之權限，然而此為成為形成訴訟主要之論據，而非構成給付訴訟類型之主要依據。

第(三)子題

有不少應考人可將現行實務上關於袋地通行權共同訴訟之形態、上訴效力與第二審法院可加以改判之部分詳細作答。依照現行實務見解，訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用民事訴訟法第 56 條各款規定，其所謂合一確定，係指依法律規定或依法理推論，數人必須一同起訴或一同被訴，而判決應同勝同敗者而言。對於多數被告方面，其等就不同訴訟標的，應為一致之判斷，不宜割裂處理。此規定在判決效力及於第三人之情形，如有數人共同被訴者，為免裁判矛盾，即使非實體法上所規定應共同被訴，仍有類推本條規定之必要。而在訴訟標的對於數人，法院在裁判權限之行使上，不宜割裂者，亦應比照之。法院就各被告應如何提供通行之方法等共通事項，法律雖未規定通行權存在之共同訴訟，對於各被告中一人之裁判效力及於他人，此情形法院裁量權之行使，不宜割裂，自不得任由判決之一部先行確定，使符此類事件之本質，自有類推適用民事訴訟法第 56 條規定之必要，認在通行之必要範圍內，共同訴訟人中一人上訴效力，及於未上訴之他共有人，以達訴訟目的。然而，部分應考人完全未提及民訴法第 56 條之規定，或者雖有寫到民訴法第 56 條之規定探討完本案上訴效力及於全體共同訴訟人(乙與丙)後，卻未就第二審法院可否就丙原審判決改判之部分作答，甚為可惜。而另有部分考生雖有寫到可類推適用民訴法 56 條第 1 項第 1 款之規定，共同訴訟人一人上訴之行為乃有利於全體之行為，其效力及於全體，全部訴訟事件會發生移審至第二審，並發生阻卻全部判決確定之效果，但卻認為法院不得就丙原審判決之部分改判，然法院為維護判決結果的一致性，

法院應得改判該部分，而非不得改判該部分。另有部分應考人寫到本案為普通共同訴訟，有民訴法第 55 條共同訴訟人獨立原則之適用，基於上訴不可分原則，仍可使全部訴訟事件發生移審至第二審之效果，但第二審法院不能直接就丙原審判決之部分改判，丙可透過附帶上訴就此部分聲明不服，以使該部分成為第二審之審判範圍。然而，若係普通共同訴訟，基於民訴法第 55 條共同訴訟人獨立原則，共同訴訟人乙上訴其效力不會及於其他共同訴訟人丙。因此，甲對丙之訴訟不會發生移審至第二審之效力，且第一審法院甲與丙判決之部分已於第一審確定。此種情形並無所謂上訴不可分原則與附帶上訴之適用。此部分之作答宜加以留意。

第二題

【總題說明】

本題主要在測驗考生能否將所學有關訴訟標的及爭點整理的知識應用於具體個案之處理，並逐次回答訴訟標的如何特定、原告主張一貫性、被告答辯重要性、證據調查之必要性、舉證責任分配、證據方法之性質及調查程序。因此，如僅一般性地敘述訴訟標的之不同見解或爭點整理方法，而未能針對題目設計之案例事實進行回答，則難能獲得高分。

【評分要點】

第(一)子題

- 一、本題首應特定原告主張之訴訟標的為何，其究竟係以所有物返還請求權、借名登記物返還請求權或其他權利作為訴訟標的。依原告甲之陳述，主張其為所有權人而本於「所有物返還請求權」，然又提出「甲出資向丙購買 A 屋」、「登記於乙名下」之事實，似又與借名登記返還請求權有關。甲究竟以何法律關係作為訴訟標的，法院應予以闡明（民訴法第 199 條之 1），釐清甲之請求意思為何，是否以契約上請求或所有物返還請求作為訴訟標的，有無訴之合併，又為何種合併型態。至於兩造間如有合意，該合意究竟該當於何契約關係，由於僅存在有一個契約關係，不構成數項法律關係，而涉及就此一合意之法律上評價定性。
- 二、於原告特定訴訟標的後，就訴訟標的法律關係之構成要件事實，應為具一貫性之主要事實或間接事實主張；並就有利於己、被告有爭執之事實，負證明

之責任。換言之，法院在特定原告起訴所表明應受判決事項之聲明（訴之聲明），及訴訟標的法律關係後，應以其依民事訴訟法第 266 條第 1 項第 1 款規定所主張之「請求所依據之事實及理由」為據，審查其訴訟上之請求是否具備一貫性。即法院於行證據調查前，先暫認原告主張之事實係真實，輔以其主張之訴訟標的法律關係，依實體法予以法律要件評價，倘其所主張之事實足以導出其權利主張，始具備主張之一貫性。而原告所提起之訴訟不具備一貫性，經法院闡明後仍未能補正，其主張即欠缺實體法之正當性，法院可不再進行實質審理，逕依民事訴訟法第 249 條第 2 項規定，以其請求為無理由而予以判決駁回（參見最高法院民事判決 108 年度台上字第 2246 號）。

三、依實務及學說多數見解，於借名登記之情形，出名人為法律上所有權人，而借名登記財產於借名關係存續中，乃登記為出名人之名義，在該財產回復登記為借名人名義以前，借名人尚無所有物返還請求權可資行使。甲並未因出資購買 A 地而取得所有權，由於其未提出足資認定其為所有權人之事實，如以所有物返還請求權作為訴訟標的，則與所主張之事實欠缺一貫性，為訴顯無理由。然此係得補正之事項，法院應予以闡明並命其補正（民事訴訟法第 249 條第 1 項第 2 款），是否主張其他法律關係作為訴訟標的。

四、甲如以借名登記物返還請求作為訴訟標的，借名登記契約乃當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約。出名人與借名人間應有借名登記之意思表示合致，始能成立借名登記契約。尚不能僅因一方出資購買財產而登記於他方名下，即謂雙方就該財產成立借名登記契約。因此，甲應提出兩造間「合意」之事實。由於依題目中甲所陳述之事實尚未提及兩造間有借名登記之「合意」，而未能該當於權利之構成要件事實全部，仍欠缺一貫性，法院應闡明甲補充有關合意之事實（民訴法第 199 條第 2 項）。如甲未主張合意之事實，就借名登記物返還請求而言，因欠缺一貫性，亦為訴顯無理由；如甲主張曾與乙關於 A 地借名登記合意之事實，且甲曾多次催告乙返還，而為終止借名登記之意思表示，則可通過一貫性之審查。

五、如甲之陳述具有一貫性，法院應進一步審查乙之抗辯是否具有重要性。乙陳述 A 地為甲向丙購買，就此一事實構成自認（民訴法第 279 條第 1 項），無庸舉證。但乙否認兩造間之合意為借名登記，此具有抗辯之重要性，而構成事實上爭點。

六、甲、乙之陳述具有一貫性及重要性後，法院應進行證據上爭點整理，並排列證據調查之順序，此則接續子題（二）之回答。

第(二)子題

受訴法院應如何進行證據調查，首先應整理就訴訟標的構成要件有爭執之事實為何，並就該事實分配舉證責任，負舉證責任之當事人為何？再者，其所提出之證據是否為必要或不必要之證據？是否有證據能力？最後，該證據為何種證據方法，應行何證據調查程序？

- 一、甲如以借名登記物返還請求權作為訴訟標的，關於是否存在有借名登記契約之合意，兩造間就此合意有所爭執。主張借名登記者（甲），應就該借名登記之事實負舉證責任。在借名登記關係爭執之當事人間，借名人如無書面契約等直接證據以供證明，非不得由何人出資、何人管理使用收益等已證明之客觀情事（間接事實）予以推論，惟此僅係證明方法之一，非謂有該客觀事實存在，即謂當然存有借名登記關係。證明借名契約成立之證據資料，不以直接證據為限，倘原告就利己之待證事實，能證明在經驗法則或論理法則上，足以推認該待證事實存在之間接事實，非不得憑此等間接事實，推理證明彼等間存有借名契約（最高法院民事判決 110 年度台上字第 2145 號）。惟此經證明之間接事實與待證之要件事實間，須依經驗法則或論理法則足以推認其關聯性存在，且綜合各該間接事實，已可使法院確信待證之要件事實為真實者，始克當之。
- 二、在證據調查之順序上，甲應先就借名登記之合意予以證明，並提出本證，乙則提出反證。如甲未先能就借名登記之合意提出直接證據或以間接事實推認之，則法院尚無調查乙所聲明證據（反證）之必要。如甲已證明兩造間有借名登記之合意，對於乙抗辯為贈與一事，甲再抗辯「以結婚為條件」，自不具抗辯重要性，法院不必進行審認；但如法院認兩造間之合意非借名登記，而屬贈與，則是否為「以結婚為條件」之贈與，具有再抗辯之重要性，應行調查，並由甲舉證。
- 三、當事人聲明證據，應表明待證事實（民訴法第 285 條第 1 項）；聲明人證，亦應表明證人及訊問之事項（民訴法第 298 條）。甲聲明丙為證人，惟尚未表明其證明何項事實，法院應予以闡明，如待證事實為 A 地係甲出資購買，此事因乙為自認而無庸舉證，則丙為不必要證據（民訴法第 286 條但書），

法院不應予以調查；但丙如係為證明聽聞兩造間有借名登記合意，則因此事有爭執，而有調查丙之必要。

四、如丙為證明借名登記合意之證人，法院於調查丙以後，則應調查乙提出之反證，即對話錄音，該錄音係乙在未經甲同意下私自為之，法院應先就此判斷有無證據能力。當事人於民事訴訟程序所提出之證據是否具有證據能力，應權衡民事訴訟之目的及上述法理，從發現真實與促進訴訟之必要性、違法取得證據所侵害法益之輕重、及防止誘發違法收集證據之利益（即預防理論）等加以衡量。苟欲否定其證據能力，自須以該違法收集之證據，係以限制他人精神或身體自由等侵害人格權之方法、顯著違反社會道德之手段、嚴重侵害社會法益或所違背之法規旨在保護重大法益或該違背行為之態樣違反公序良俗者，始足當之（最高法院 104 年度台上字第 1455 號判決意旨參照）。本件之談話錄音內容並非隱私性之對話，又無介入誘導致有誤引虛偽陳述之危險性，基於證據保全之必要性及手段方法之社會相當性考量，得承認具有證據能力（最高法院 94 年度台上字第 2001 號民事判決要旨參照）。

五、在證據方法上，錄音屬於電磁紀錄，為文書外之物件而與文書有相同效用者，準用文書證據之調查（民訴法第 363 條第 1 項）。原則上，乙應提出原件，以供法院聽取而認識其上之內容；但亦得提出呈現其內容之錄音譯文，即內容呈現書，並證明其與原件相符（民訴法第 363 條第 2 項）。

【閱卷委員的話】

多數考生對於一貫性審查、重要性審查的定義多能詳述，然本題係為實例題，故除就學理定義為論述外，更應就本件具體個案，涵攝於法律適用之中，亦即如果依據本件原告主張之陳述是否確實能通過一貫性審查，是否因為其於訴訟中其餘之主張致使有矛盾之處，此時法院應如何處理（闡明），又依據闡明後兩造所為之陳述、主張，進而整理出本件之相關爭點及調查證據之順序。部分考生僅敘明理論並未論及本件是否通過一貫性審查或未具體認定被告之抗辯是否重要性，另外亦有部分考生僅論述結論部分，但並未敘明相關的學理依據或者推論過程，此部分答題完整性即有所欠缺。

又適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果，為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳

述及作適當完全之辯論，故法院之闡明義務，現已為明訂於民事訴訟法中。本題考生亦應論述對於原告主張之事實與請求權基礎有所矛盾時，法院應盡之闡明義務，另關於證據調查之必要性部分，亦得透過闡明部分予以確認。

關於爭點整理之內容以及證據調查部分，考生亦應就本件題目所示之具體案例，明確寫出本件爭點為何，進而分配舉證責任並就當事人所提出之證據調查之必要性為論述。

一般而言，本題大部分考生均可拿到基本分數。如考生能再依據設題的方向，將具體的事實認定與抽象的法律適用完整結合，就能得到高分。