

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

- 一、甲將乙列為被告，起訴請求乙給付甲新臺幣（下同）100萬元，其主張之事實及理由略為：丙積欠甲一筆貨款100萬元，屢次催討均未給付，乙為丙之連帶保證人，自應就該筆款項負責清償（以下稱為「前訴訟」）。經法院為本案審理後，甲獲得勝訴判決確定。其後，甲又以丙為被告，起訴請求給付同一筆貨款（以下稱為「後訴訟」），於後訴訟程序上，丙抗辯該筆貨款債權不存在。試問：前訴訟之確定判決對後訴訟有何效力？後訴訟之法院得否逕依前訴訟之本案判決結果駁回丙之抗辯而判決甲勝訴？（25分）

試題評析	本題旨在測驗同學對於既判力、參加效力等概念之理解。 作答上，同學可先就既判力、參加效力等概念進行解說，次就具體個案進行涵攝說明。
考點命中	《高點民事訴訟法講義第四回》，梁台大編撰，第五章第一節，第6-7頁。

答：

(一)既判力與參加效力：

1.既判力之主觀範圍：

- (1)按「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。」、「確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力。」民事訴訟法第400條第1項、第401條第1項定有明文。所謂既判力（實質確定力），係指判決於具備形式確定力後（判決確定），對於已判斷之事項，當事人不得另行起訴、亦不得於他訴訟中為與判決相矛盾之主張；對法院而言，不得對已審判之對象另行審判，亦不得於他訴訟程序中為相抵觸之裁判。既判力之作用有二：一為法院不得為相歧異之認定、當事人不得為相矛盾主張之積極作用（禁止矛盾）；當事人不得就同一事件另行起訴之消極作用（禁止反覆）。
- (2)又既判力之主觀範圍，旨在處理：法院就訴訟標的法律關係所作成之確定判決，其最終認定之結果，應拘束何人？亦即，既判力禁止矛盾與禁止反覆之效果，對何人始發生效力之問題。既判力之主觀範圍，原則上僅及於形式當事人，其當受既判力效力所拘束；對於未居於當事人地位者，原則上非既判力所及之人。

2.參加效力之意義與主觀範圍：

- (1)「參加人對於其所輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當。但參加人因參加時訴訟之程度或因該當事人之行為，不能用攻擊或防禦方法，或當事人因故意或重大過失不用參加人所不知之攻擊或防禦方法者，不在此限。」、「參加人所輔助之當事人對於參加人，準用前項之規定。」民事訴訟法第63條第1項、第2項定有明文。
- (2)按參加效力，係指參加人於參加本訴訟後，對於本案訴訟之相關事項於後訴訟中，參加人因已參與訴訟程序，原則上自不得於後訴訟中再主張法院裁判不當。是以，除訴訟標的法律關係外，尚包含事實上、法律上之判斷，均可發生參加效力。參加效力所拘束之主體，包含參加人以及其所輔助之當事人（被參加人）。反之，如第三人未參加訴訟程序者，第三人自不受該判決效力所拘束甚明。

(二)如丙未參與前訴訟程序者，前訴訟之確定判決，對後訴訟應無拘束力；後訴訟法院不得逕依前訴訟之本案判決結果駁回丙之抗辯而判決甲勝訴：

- 1.經查，前訴訟之當事人為原告甲、被告乙，前訴訟既判決甲勝訴確定，則該判決效力及於甲乙，當屬無疑。
- 2.惟後訴訟中，當事人為原告甲、被告丙，則前訴訟判決效力是否及於丙，應視丙是否為前訴訟之當事人或參加人而定。丙雖為前訴訟之法律上利害關係人，惟依照題旨，丙既未成為前訴訟之當事人之一，復未經法院職權通知、或當事人訴訟告知，則前訴訟判決自難對丙發生既判力或參加效力甚明。由是可知，如丙未參與前訴訟程序者，則前訴訟之確定判決，於後訴訟中，對丙與法院應無既判力或參加效力等判決拘束力；從而，後訴訟法院自應就甲對丙之請求有無理由乙節，進行證據調查，而不得逕依前訴訟之本案判決結果、逕駁回丙之抗辯而判決甲勝訴，已臻明確。

參考資料：

【版權所有，重製必究！】

- 1.王甲乙、楊建華、鄭建才，民事訴訟法新論，自版，2004年9月，第342-343頁。
- 2.楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，自版，2003年12月，第116頁。
- 3.陳榮宗，民事訴訟法（上），三民書局，2005年1月修訂四版，第225-226頁。

二、甲將乙列為被告，請求法院判決命乙應賠償甲新臺幣（下同）300萬元，其主張事實及理由略為：甲曾前往乙所開設之眼科診所治療眼疾，詎料不僅沒有治癒，反而失明，乙之醫療行為顯有過失；乙則否認其有過失，並請求法院駁回原告之訴。試問：受訴法院得否依職權命由A醫師就乙之醫療行為是否符合醫療常規進行鑑定？如鑑定意見認為乙之醫療行為符合醫療常規，法院是否應依A之鑑定意見而駁回原告之訴？（25分）

試題評析	本題旨在測驗同學對於辯論主義第三命題之認識，以及證據方法即鑑定之意義。第一小題部分，宜先點出辯論主義之意義，並說明與民事訴訟法第288條之關係；第二小題部分，則涉及鑑定與自由心證之關係，如能點出相關判例等實務見解者尤佳。
考點命中	《高點民事訴訟法講義第六回》，梁台大編撰，第七章第一節，第2頁。

答：

(一)受訴法院不得依職權命由A醫師就乙之醫療行為是否符合醫療常規進行鑑定：

1.辯論主義之意義：

按辯論主義之內容，可分為三個命題：當事人所未主張之事實，法院不得逕為裁判之基礎（第一命題）；當事人所不爭執之事實（訴訟上自認），法院須將之成為裁判之基礎（第二命題）；未經當事人之聲請，法院不得依職權調查證據（第三命題）。是以，一般財產事件之審理原則，應適用處分權主義與辯論主義。是以，法院審理此等案件時，自應遵守辯論主義之要求始可。

2.受訴法院不得依職權命進行鑑定：

按「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。（第1項）依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。（第2項）」民事訴訟法第288條定有明文。該規定所謂「有必要」時，係指職權探知之事項而言。經查，本件為原告甲對被告乙提起損害賠償之訴訟事件，性質上為一般之財產事件，原則上自應適用辯論主義第三命題。是以，有鑑本件屬於財產事件，依照辯論主義第三命題之意涵，非經當事人之聲請，法院自不宜逕依職權為證據調查甚明。從而，原告甲既未向法院聲請就A醫師對乙之醫療行為是否符合醫療常規乙節進行鑑定，法院自不宜逕行為鑑定，當屬無疑。

(二)法院不得逕依A之鑑定意見而駁回原告之訴：

1.按「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此限。」「得心證之理由，應記明於判決。」民事訴訟法第222條第1項、第4項定有明文。再按，「法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽。然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背。」最高法院79年台上字第540號判例意旨參照。由是可知，鑑定僅為一種調查證據之方法，法院對於鑑定人之鑑定意見，仍須踐行調查證據之程序而後定其取捨，而依自由心證判斷事實之真偽。反之，如法院不附理由而逕遽採鑑定意見而作為裁判之依據者，自有判決不附理由之違法甚明。

2.經查，如原告甲向法院聲請就A醫師對乙之醫療行為是否符合醫療常規乙節進行鑑定，經鑑定意見認為已知醫療行為符合醫療常規者，則法院仍須就該鑑定意見依法踐行調查證據之程序而後定其取捨，而依自由心證判斷事實之真偽。是以，法院自不得逕依A之鑑定意見而駁回原告之訴，自不待言。

參考資料：

- 1.邱聯恭，處分權主義、辯論主義之新面貌與機能演變—著重於評析其如何受最近立法走向所影響及相關理論背景，程序選擇權論，民事程序法之理論與實務（二），台大法學叢書126，2000年10月初版，第99-100頁。
- 2.姜世明，民事訴訟法基礎論，元照，2006年11月初版一刷，第42-43頁。

【版權所有，重製必究！】

三、檢察官偵查甲搶劫富商涉嫌強盜案，對甲施以合法通訊監察。檢察官監聽甲與案外人乙電話內容得知，甲向乙表示要搶劫富商，欲向乙購買手槍1把。其後，甲被逮捕時，持有之手槍正是向乙所購買。案經檢察官以共同被告起訴甲、乙。法官行準備程序時，甲、乙皆否認犯罪。甲之辯護人主張，甲、乙之監聽內容屬於傳聞，並無證據能力，並聲請傳喚乙到庭接受詰問。審判期日，乙已逃逸無蹤，傳喚無著。法院播放監聽錄音帶後，採認甲、乙電話通訊內容作為甲有罪之證據。甲案確定後，乙被逮捕歸案。審判期日，被告乙聲請傳喚證人甲到庭接受詰問，但甲行使拒絕證言權而未陳述。法院播放監聽錄音帶後，採認甲、乙電話通訊內容作為乙有罪之證據。試問：本件法官判決甲、乙有罪之採證合法性。（25分）

試題評析	本題涉及監聽內容之調查。由於監聽內容本身是否得作為證據之爭點，涉及到的是法院應如何踐行調查程序之問題，反而與「監聽譯文」之性質無關，所以在作答上，建議直接針對通訊內容之性質做討論，並接著討論應如何調查始為適法，毋須再花費篇幅論述監聽譯文性質之爭議。
考點命中	《刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁185-188。

答：

(一)甲、乙之監聽內容非屬傳聞，甲之辯護人主張無理由。

- 1.本案辯護人雖抗辯，甲、乙之間對話內容，應屬傳聞而無證據能力。然查，司法警察機關依法定程序執行監聽取得之錄音，係以錄音設備之機械作用，真實保存當時通訊之內容，如通訊一方為受監察人，司法警察在監聽中蒐集所得之通訊者對話，若其通話本身即係被告進行犯罪中構成犯罪事實之部分內容，則依前開說明，自與所謂「審判外之陳述」無涉，應不受傳聞法則之規範，當然具有證據能力（最高法院100台上字第3567號判決）。
- 2.本案中，甲、乙就搶劫富商並購買手槍之對話內容，本身即為被告進行強盜罪之犯罪事實中之部分內容，自與傳聞法則無涉，而不受傳聞法則之規範。據此，甲之辯護人抗辯甲、乙對話之監聽內容屬傳聞而無證據能力，即屬無理由。

(二)法院針對監聽內容，已踐行合法之調查程序，該電話通訊內容得作為乙有罪之證據。

- 1.承上，本案甲乙對話之內容因不受傳聞法則之規範，此時應具備證據能力，惟查，於證據法之體系上，依照刑事訴訟法（下同）第155條第2項嚴格證明法則之規定，證據除須具備證據能力外，尚須經合法調查之程序，始得作為裁判之依據。是以，本案法院之採證合法性與否，仍應進一步審視是否經過合法調查程序。
- 2.監聽所得資料之調查方式，倘若係以監聽譯文之方式呈現於法院，實務見解認為，被告對其譯文之真實性發生爭執或有所懷疑時，法院應依第165條之1第2項規定，以適當之設備，顯示該監聽錄音帶之聲音，以踐行調查證據之程序，俾確認該錄音聲音是否為通訊者本人及其內容與監聽譯文之記載是否相符；或傳喚該通訊者；或依其他法定程序，為證據調查（最高法院101台上字第2131號判決可資參照）。
- 3.本例中，甲於其案件中，雖因乙逃逸無蹤而無法與之對質詰問；乙於其案件中，因甲行使拒絕證言而無法對直詰問。然法院於甲、乙兩案均有踐行播放監聽錄音帶之勘驗程序，從而，本案監聽內容之採證程序上，應符合嚴格證明法則之要求，法院採認甲、乙電話通訊內容做為兩人有罪之證據應屬合法。

四、甲涉嫌強制猥褻被提起公訴。甲於偵查時否認犯行。法官行準備程序時，甲始自白犯罪，並請求法官為緩刑之宣告。檢察官則反對給與甲緩刑。其後合議庭裁定改由受命法官逕以簡易判決處刑。法官最後判處甲有期徒刑1年6月，緩刑3年，並命甲向被害人支付50萬元賠償金。被告以賠償金過高而提起上訴，檢察官以緩刑宣告不當而提起上訴。第二審法院以兩造皆無上訴權，上訴不合法而駁回上訴。檢察官不服而上訴第三審。第三審法院以上訴不合法而駁回上訴。試問：第二審判決及第三審判決之合法性。（25分）

試題評析	本題考點在於簡易判決處刑之本質與此簡易程序之上訴如何進行。首先，簡易判決處刑係為求「明案速判，疑案慎斷」下所設之訴訟構造。為因應此特殊程序，其上訴之要求亦不同於通常訴訟程序。職此，被告與檢察官之上訴理由是否符合簡易程序之本旨，即為本題爭點。
考點命中	《刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，簡易程序章節。

答：

第二審判決與第三審判決合法與否，析之如下：

(一)第二審判決就被告與檢察官以無上訴權而上訴不合法駁回為不適法：

- 1.為求明案速判，我國刑事訴訟法（下同）就案件及法效輕微性、犯罪事實明確性、資料充足且量刑範圍可預測性及被告同意者，設有簡易判決處刑之訴訟程序，以資適用。
- 2.本題中，強制猥褻罪非強制辯護與非專屬高院一審管轄之案件，有期徒刑1年6月且緩刑3年及支付賠償金50萬亦符第449條第3項得宣告緩刑之案件，該當案件及法效輕微性。又，被告自白犯罪又請求緩刑亦符合犯罪事實明確性、資料充足且量刑範圍可預測性與被告同意，職此，依第449條第2項，本強制猥褻案件依檢察官通常程序起訴，經被告甲自白犯罪，法官認宜以簡易判決處刑者，得逕以簡易判決處刑之。
- 3.惟，被告以賠償金過高與檢察官以緩刑宣告不當分別提起上訴，均遭第二審法院以兩造無上訴權而上訴不合法駁回，就此判決是否妥適，不無疑問：
 - (1)被告甲雖未於偵查中而遲至審判中始向法院自白犯罪，然依第451條之1第3項之規定，仍得在審判中請求法院為之。另依第451條之1第4項，法院應於被告之緩刑宣告請求範圍內予以判決。基此，被告既願認罪求處緩刑，即應受此緩刑宣告拘束，似有第455條之1第2項兩造皆不得提起上訴規定之適用。
 - (2)然就此審判中之協商，參酌認罪、求刑協商制度之法意，係藉由賦予被告表示願受刑罰範圍之機會，並使檢察官得衡酌案情決定是否予以同意及相應為具體之求刑，而於法院依其所請科刑後限制其上訴權，以兼顧被告權益及公平正義，使輕微案件簡速審結確定，自應認為於審判中始進行協商，仍應獲得檢察官之同意以及對被告之具體求刑。亦即，於法院開啓簡易程序之情形下，需由檢察官予以同意始得依第455條之1第2項拘束兩造而不得提起上訴（最高法院95台非第281號判決參照）。
 - (3)從而，檢察官反對甲之緩刑而未予同意，僅由被告請求並經法院逕以簡易判決處刑科以緩刑，不符第455條之1第2項兩造不得上訴之規定，被告與檢察官得分別以賠償金過高與緩刑不當而依第455條之1第1項就簡易判決有不服者得上訴於管轄之第二審地院合議庭，第二審法院不得以兩造欠缺上訴權而不合法駁回上訴，題幹所述之第二審判決並不合法。

(二)第三審上訴以上訴不合法駁回檢察官上訴，是為適法：

- 1.簡易判決處刑係為求「明案速判，疑案慎斷」而設之特別訴訟程序，是故，簡易程序僅設「一級二審」之救濟程序，而無法重複爭執上訴至第三審而失卻訴訟經濟之明案速判之制度本旨。此觀第455條之1與第375條規定自明，蓋簡易程序之準用條文並不包括通常程序之第三審之規定。
- 2.惟，若遇有第452條所稱第451條之1但書4款之情形，因已喪失為簡易判決處刑之要件，職是，應轉換為通常程序而得基此上訴至第三審。
- 3.依題旨，檢察官就本案而為上訴，未有第451條之1但書4款之情形，仍應回歸原則而不得上訴至第三審，故第三審上訴以無從救濟而上訴不合法駁回，應屬適法。

【版權所有，重製必究！】