

# 《訴訟法概要》

- 一、司法院大法官於釋字第四八二號解釋理由書謂：「憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。…」問：何謂聽審請求權？請舉民事訴訟法上之規定說明之。(25分)

命題意旨	本年考題均著重在 89 年之修法內容，亦即邱聯恭老師之相關見解，對考生而言，如平時對邱師之見解未有接觸，又將修法重點擺在 92 年之部分，今年之考題對同學而言實有突襲之感。
答題關鍵	先點出「聽審請求權」之意義及基礎，再從中衍伸相關之制度，於條文之表明時，一邊輔以相關概念即可。
高分閱讀	1.侯律師四等總複習講義，頁 37、38 2.侯律師總複習補充資料—「89 年級 92 年修法重點整理」，頁 2~5 3.司法人員四等考試用書—《民事訴訟法概要》，頁 1-122~1-126、頁 1-143、頁 2-55~2-63 4.重點整理系列—《民事訴訟法 I》，喬律師著。頁 1-7~1-9 聽審請求權（相似度 85%） 5.重點整理系列—《民事訴訟法 II》，喬律師著。頁 A-12~A-32：聽審請求權（相似度 85%） 6.圖說系列—《民事訴訟法 I》，邱宇著。頁 2-1~2-8：訴訟程序之前導法理（相似度 80%） 7.重點整理系列—《民事訴訟法概要》，蔡律師著。頁 2~7：民事訴訟之原理原則（相似度 70%）

## 【擬答】

- (一)「聽審請求權」係指當事人基於憲法保障訴訟權所賦予之程序主體權，得請求法院在做成判決時給予相當之程序保障，即保障其能參與該審判程序為充分之攻擊防禦、陳述事實上法律上意見及辯論之機會，藉以影響裁判程序進行之過程與結果即當事人有請求法院聽審之權利，此即所謂「聽審請求權」之保障。而「聽審請求權」之承認，既係源於尊重人之尊嚴、尊重個人之基本人格，是以其目的除追求真實及正確之裁判外，尚與程序主體權相同，同時亦有助於促進訴訟以達迅速之裁判。當事人亦得藉此等權利追求其實體利益及程序利益平衡點上之信賴真實。
- (二)聽審請求權既係使當事者有權於訴訟進行中提出足以影響訴訟之訴訟資料、攻防方法、及意見陳述，故此等保障自須於訴訟中相當之制度加以獲取之。故於訴訟程序之設計上，自應設計使當事人易於提出相關之訴訟資料、法院於訴訟指揮上亦應朝向使當事人充分具有此等權利之方向進行。其於民事訴訟法上之規定大致如下：
- 1.採用言詞辯論主義、直接審理主義、公開主義相結合之審理模式，有助於聽審請求權之貫徹。  
基於民主權及保障人權之觀點，有關本案之審理及裁判，必需在任何人都能到法院旁聽之狀況下進行，使一般大眾能積極參與法律形成過程，促使國民信賴審判(法院組織法§86)。然而基於程序主體權及程序選擇權之法理，在無害公益的範圍內，容許雙方當事人合意、基於某些事件類型或保護當事人隱私權、營業秘密之情形，得適用不公開主義。以避免因採公開主義，而需花費過多勞力、時間、費用(民事訴訟法§195-1)。  
而依民事訴訟法§221：「判決，除別有規定外，應本於當事人之言詞辯論為之。法官非參與為判決基礎之辯論者，不得參與判決。」因此，為本案判決之法官，必須親自聽取當事人辯論、並親自調查證據，根據其聽取之辯論及調查證據之結果來下判決；直接接觸兩造當事人所主張之事實及所提出之各項訴訟資料，以作為日後判決之基礎。即強調法院要作任何事實及證據認定、及本案判決者，必須係由該法院親自為之。而採取言詞審理主義係為達成「直接審理主義」之最有效手段。蓋透過當事人之言詞陳述，法院得直接經由當事人言詞的辯論而得到心證，且最易達成公開主義之功能。惟言詞審理主義雖有其優點，但若當事人陳述之內容複雜時，則容易脫落或遺忘。故民事訴訟法乃持言詞審理與書狀審理並行，強調書狀之重要性，以彌補言詞審理之不足：如先行書狀先行程序(§265~ §268)、第二審上訴需附理由狀(§441)等。
  - 2.當事者權之保障亦應為防止當事人相互突襲、聽審請求權保障之必要內容。  
按當事者權之保障，除辯論權外，尚包含當事人公開主義，係指法院在調查證據時，當事人有「在場見證權」、「卷宗閱覽權」依民事訴訟法§242 第一項之規定：「當事人得向法院書記官聲請閱覽、抄錄或攝影卷內文書」同條第三項之規定：「卷內文書涉及當事人或第三人隱私或業務秘密，如准許前二項之聲請，有致其受重大損害之虞者，法院得依聲請或依職權裁定不予准許或限制前二項之行為。」
  - 3.而法院於訴訟程序上公開心證、表明法律見解、賦予當事人提出事實、證據及法律見解之機會，亦為保障聽審請求權及證據提出權所必要之程序。  
按法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人；調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論；審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律，為適當完全之辯論，並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，民事訴訟法第 296-1 條第一項：「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。」、第 297 條第一項：「調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論。」及第 199 條：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。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。」、第 199-1 條：「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。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。」等數條文中均分別定有明文。

## 二、在何種情形，證人得以書狀為陳述？（25 分）

命題意旨	本題屬基本題型，主在測驗考生對『證據方法』之基本概念。
答題關鍵	此部份係民事訴訟法 89 年修法時所增訂，就法條之相關規定依序論述即可。
高分閱讀	1.侯律師四等總複習講義，頁 37～38 2.侯律師總複習補充資料－「89 年級 92 年修法重點整理」，頁 4～6 3.司法人員四等考試用書－《民事訴訟法概要》，頁 2-71～2-74 4.學說精要系列－《民事訴訟法(中)》，許律師著。頁 7-129～7-130：證人到場義務之例外（相似度 85%） 5.錦囊系列－《民事訴訟法 I》，林俐、邱宇著。頁 5-158～5-159：證人以書狀陳述之情形（相似度 90%） 6.重點整理系列－《民事訴訟法 I》，喬律師著。頁 9-61～9-62：證人到場義務之例外（相似度 85%） 7.法學圖說系列－《民事訴訟法 II》，邱宇著。頁 42-3～42-4：證人到場義務之例外（相似度 80%） 8.重點整理系列－《民事訴訟法概要》，蔡律師著。頁 2-64～2-67：證人到場義務之例外（相似度 85%）

### 【擬答】

- (一)「證人」係指在他人之訴訟案件中，陳述自己所見所聞具體事實之第三人，為證據之一種，故凡居住於我國領域內，應服從我國法權之人，無分國籍身分，均有在他人案件中作證之義務，俾能發見事實真相，證人如受合法之通知，無正當理由而不到場者，即有相關罰鍰及拘提之規定（民事訴訟法第 302 條、第 303 條）。再者，自訴訟制度之目的觀之，民事訴訟制度係「言詞審理主義」、「直接審理主義」，有保障當事人對證人發問權之相關規定，為落實上開發問權之規定，是以證人原則上即具有「到場作證而為陳述」之義務。然為因應現代科技之進步與發展，以及訴訟制度之彈性，訊問證人之方式，除傳統之當庭訊問或就地訊問外，現行法中另有證人得以書狀為陳述之特殊規定。
- (二)追求當事人之信賴真實，得平衡當事人考量其實體利益及程序利益，在無礙於保護當事人實體利益下，賦予當事人優先追求程序利益之機會，尊重當事人之程序選擇權，亦有助於防止突襲性裁判。其相關規定如下：
- 1.依民事訴訟法第 305 條第二項之規定：「證人須依據文書、資料為陳述，或依事件之性質、證人之狀況，經法院認為適當者，得命兩造會同證人於公證人前作成陳述書狀。」
  - 2.同條第三項之規定：「經兩造同意者，證人亦得於法院外以書狀為陳述。」
  - 3.同條第四項之規定：「依前二項為陳述後，如認證人之書狀陳述須加說明，或經當事人聲請對證人為必要之發問者，法院仍得通知該證人到場陳述。」
  - 4.同條第六項前段之規定：「證人以書狀為陳述者，仍應具結，並將結文附於書狀，經公證人認證後提出。」
  - 5.第 313-1 條之規定：「證人以書狀為陳述者，其具結應於結文內記載係據實陳述並無匿、飾、增、減，如有虛偽陳述，願受偽證之處罰等語，並簽名。」

## 三、羈押之撤銷與羈押之停止，其原因各為何？兩種有何不同？（25 分）

命題意旨	此題為今年度時事題重要考點，同學若有注意近期羈押相關時事，本題應能駕輕就熟。針對羈押撤銷與羈押停止相關的刑事訴訟法單元為『強制處分』，往年強制處分裡面，最重要的就是羈押的問題，因為今年有時事的討論，因此更顯重要。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.羈押撤銷與羈押停止之原因為何？2.對原來裁定效力之差別？3.是否可以再執行羈押？本題是相當基本的申論題型。欲得高分除了應該要將重點書寫出來以外，更應該針對兩者間的差異做出比較並分點分項敘述，如此作答始能獲致高分！
高分閱讀	1.法學圖說系列－《刑事訴訟法 I》，史奎謙著。頁 4-106～4-111：停止羈押與撤銷羈押（相似度 90%） 2.重點整理系列－《刑事訴訟法概要》，安律師著。頁 1-102～1-115：羈押之撤銷與羈押之停止（相似度 90%） 3.邢政大，《刑事訴訟法》第三回，頁 39～46。 4.林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》，頁 333～341。 5.林俊益，《刑事訴訟法概論(上)》，頁 266～293。

### 【擬答】

羈押係指將被告拘禁於一定場所（看守所），防止被告逃亡及保全證據，以完成訴訟並保全刑事程序為目的之強制處分

#### (一)撤銷羈押

係指因法定原因發生使羈押歸於消滅，撤銷羈押分為當然撤銷羈押與視為撤銷羈押，各依其內涵分述如下：

##### 1.當然撤銷羈押

- (1)定義：羈押於其原因消滅或羈押期間已逾原審判決之刑期者，應即撤銷羈押，將被告釋放 (§107、§109)。
- (2)程序進行：被告、辯護人及得為被告輔佐人之人得聲請法院撤銷羈押。檢察官於偵查中亦得為撤銷羈押之聲請。
- (3)法院審查：法院對於前項之聲請得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之人陳述意見。

## 2.視為撤銷羈押

- (1)羈押期間屆滿，延長羈押裁定未經合法送達，視為撤銷羈押 (§108 II)。
- (2)羈押期間屆滿未經起訴或裁判者 (§108 VII)
- (3)被告受不起訴 (含緩起訴) 之處分
- (4)被告經特定判決 (無罪、免訴、緩刑、罰金、易以訓誡或§303 不受理判決)

## (二)羈押停止

### 1.概念：

係指羈押原因仍在，但無羈押必要，而以具保、責付或限制住居為代替手段，暫時停止羈押之執行而使被告免受拘禁自由。法院許可停止羈押時，得命被告應遵守下列事項：定期向法院或檢察官報到、不得對被害人、證人、鑑定人、辦理本案偵查、審判之公務員或其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、家長、家屬之身體或財產實施危害或恐嚇之行為。因第 114 條第 3 款之情形停止羈押者，除維持日常生活及職業所必需者外，未經法院或檢察官許可，不得從事與治療目的顯然無關之活動、其他經法院認為適當之事項。

### 2.具保：係指以命提出保證書並命繳納相當之保證金額為代替手段，而釋放被告。

- (1)具保聲請：檢察官於偵查中得聲請法院命被告具保停止羈押。被告及得為其輔佐人之人或辯護人，得隨時具保，向法院聲請停止羈押。
- (2)法院審查：法院得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之人陳述意見。偵查中法院為具保停止羈押之決定時，除有第 114 條駁回聲請停止羈押之限制及第 110 條第 2 項檢察官於偵查中聲請法院命被告具保停止羈押之情形者外，應徵詢檢察官之意見。
- (3)具保效果：釋放被告、沒入保證金

### 3.責付：羈押之被告，得不命具保而責付於得為其輔佐人之人或該管區域內其他適當之人，停止羈押。受責付者，應出具證書，載明如經傳喚應令被告隨時到場。

### 4.限制住居：羈押之被告，得不命具保而限制其住居，停止羈押。

### 5.停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押再執行羈押之期間，應與停止羈押前已經過之期間合併計算 (§117)：

- (1)經合法傳喚無正當之理由不到場者。
- (2)受住居之限制而違背者。
- (3)本案新發生第 101 條第 1 項、第 101 條之 1 第 1 項各款所定情形之一者。
- (4)違背法院依前條所定應遵守之事項者。
- (5)所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，被告因第 114 條第 3 款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

## (三)小結

- 1.羈押之撤銷，係因羈押之原因完全消失而不存在，或是因為具有法定原因，所以視為撤銷羈押；而羈押之停止，係指羈押之原因未消失，只是因為無繼續執行羈押之必要，因此停止。
- 2.羈押之撤銷原羈押裁定消滅；羈押之停止原羈押之裁定仍在存在，只是暫時停止執行。
- 3.羈押撤銷後，除另有羈押之聲請，否則不得再執行羈押；而羈押之停止可再執行羈押。

## 四、已婚之甲男與未婚之乙女友通姦行為。甲的妻子丙女在民國九十五年三月知道此事之後，在九十五年五月與甲離婚。問：在九十五年七月時，(25 分)

(一)丙可否向檢察官僅限定對乙提出通姦罪的告訴？

(二)若丙未提告訴，可否直接向法院對甲、乙兩人提起自訴？

命題意旨	本題為相當傳統的考古題，出題老師在測試考生對「告訴不可分」及「不得自訴不可分」是否瞭解，並測驗考生是否熟悉實務內涵，像此類考題有大法官解釋作為依據，考生結論必須要以大法官解釋為依歸。刑事訴訟法中與大法官解釋有關的字號並不多，但都相當重要，因此在第二小題中，考生必須要寫到有關釋字 569 號見解，答題才算完整。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.告訴主觀不可分之效力。2.告訴不可分是否及於不得自訴不可分？3.釋字 569 號見解。本題是相當基本的實例題型，考生應將老師考點的概念先敘明，再以三段論法方式涵攝本題得出結論，按照題目兩個小題的內容分點分項論述之。
高分閱讀	1.書記官考場特刊，訴訟法大意第十一題：配偶間不得提起自訴之限制、專屬告訴權人 (相似度 90%) 2.重點整理系列—《刑事訴訟法概要》，安律師著。頁 2-8~2-16：告訴 (相似度 80%)；頁 2-51~2-61：自訴 (相似度 80%) 3.史奎謙，《刑事訴訟法 I》，高點出版，頁 4-30~4-42。 4.邢政大，《刑事訴訟法》第五回，頁 15~19、55~66。 5.林鈺雄，《刑事訴訟法(下)》，頁 49 至 50、143~145

6.林俊益，《刑事訴訟法概論(下)》，頁 31、43~44。
--------------------------------

**【擬答】**

本題涉及『告訴不可分』及『不得自訴不可分』之內涵，試依照題目意旨分別敘述如下：

- (一)通姦罪配偶有被害告訴權，因此可以對配偶或第三人提出告訴，對通姦罪共犯之一人提出告訴，效力及於他人，故丙向檢察官對乙提出通姦罪的告訴，效力亦會及於其配偶甲。
- 1.告訴：係指犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求追訴之意思表示，若非告訴權人，僅能夠告發犯罪，不能提告訴。而告訴乃論之罪之告訴是發動偵查的原因，也是訴訟要件，若有欠缺無法追訴及處罰，刑法第 239 條通姦罪即屬告訴乃論之罪。
  - 2.通姦罪之配偶是因直接被害取得告訴權，故通姦人之配偶得對其配偶或第三人提起告訴，此為配偶之「被害告訴權」。
  - 3.被害告訴權是以『犯罪時』是否具有配偶身分為準，而與提出告訴之時無關，犯罪發生之時有配偶身分，其後婚姻消滅者仍得告訴，反之如犯罪發生之時非配偶者，即不得告訴。因此本案已婚之甲男與未婚之乙女有通姦行為，甲的妻子丙女在民國 95 年 3 月知道此事之後，雖於 95 年 5 月與甲離婚，並在 95 年 7 月時提出告訴非甲之配偶的身分，惟被害告訴權係以「犯罪時」有無配偶身分為準，因此丙於甲乙通姦時有甲的配偶身分，因此對甲乙通姦行為仍有告訴權。
  - 4.告訴主觀不可分：刑事訴訟法第 239 條規定，告訴乃論之罪，僅對於共犯一人告訴或撤回告訴，其效力及於其他共犯。但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。此為告訴主觀不可分之規定，係指就告訴乃論之罪，對共犯之一人提出告訴，效力及於其他共犯。故本案丙對乙提出告訴，因為告訴不可分，所以效力及於通姦罪之共犯甲。
- (二)『告訴不可分』不適用於『不得自訴不可分』之情形，因此丙不得對其配偶甲提起自訴，但仍得對第三人乙提起自訴。
- 1.依照刑事訴訟法第 319 條規定，犯罪之被害人得提起自訴。但依照刑事訴訟法第 321 條規定，對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴。因此本題丙為甲之配偶，丙無法對甲提起自訴，而丙不能對甲提起自訴之效力是否及於乙，亦不能對乙提起自訴？此問題涉及刑事訴訟法中是否有「不得自訴不可分」之適用，實務與學說亦具爭議，惟釋字 569 號認為，應無「不得自訴不可分」之適用，茲將此爭議敘述如下。
  - 2.告訴不可分是否及於自訴不可分：
    - (1)早期實務：最高法院 29 年上字第 2333 號判例及 29 年非字第 25 號判例，告訴不可分得適用於不得自訴不可分。
    - (2)釋字 569 號認為告訴不可分不及於不得自訴不可分：
      - A.自訴則係由犯罪被害人或其他有自訴權之人自任當事人之原告，對被告犯罪案件向法院起訴，請求審判，其性質與告訴有別，而與公訴相似。
      - B.第 343 條規定：「自訴程序，除本章有特別規定外，準用第 246 條、第 249 條及前章第 2 節、第 3 節關於公訴之規定」，惟不準用同法第 239 條告訴不可分原則，且自訴對人之效力（即主觀之效力）自應準用同法第 266 條「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人」之規定，亦即主觀上可分，從而同法第 321 條禁止人民對於配偶提起自訴之規定，自不應擴張解釋，使及於與其配偶共犯告訴乃論罪之人。
      - C.夫妻之間為維持家庭和諧，不願對配偶進行追訴，在無法單獨對相姦人自訴之情形下，若提出告訴，依同法第 239 條前段之規定，其效力必及於其配偶，於人倫關係之維護，反有不利之影響。如必於告訴之後，再對配偶部分撤回告訴（同法第 239 條後段），以勉勵維持婚姻關係，則亦有虛耗司法資源之虞。
      - D.對人民自訴權之限制，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，與憲法第 239 條規定之意旨不符，應予變更；最高法院 29 年上字第 2333 號判例前段及 29 年非字第 15 號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。
  - 3.本題：
    - (1)丙對甲：依照刑事訴訟法第 321 條規定，丙對配偶甲不得提起自訴。
    - (2)丙對乙：依照早期實務見解認為告訴不可分得適用於不得自訴不可分，因此丙對甲不得提起自訴，效力及於共犯乙，丙對通姦第三人乙亦不得提起自訴；惟此見解已被大法官釋字 569 解釋認定不再援用，並該號大法官解釋明揭，告訴不可分不適用於不得自訴不可分之情形，因此乙雖不得對其配偶甲提起自訴，但仍得對第三人乙提起自訴，故丙對乙提起自訴合法，法院應為實體審理。



# 《訴訟法概要》

一、甲以乙、丙為被告，請求分割共有土地，第一審判決准予分割，乙聲明不服，合法提起第二審上訴，嗣後乙單獨具狀向第二審法院聲明撤回上訴，其效力如何？法院應如何處理？(25 分)

命題意旨	本題主要在測驗考生「共同訴訟之類型」以及「共同訴訟牽連原則」其利益與否之判斷標準。
答題關鍵	本題在解法上除要把爭點論述清楚之外，「解題之層次感」亦為重點之一，考生需先定義「乙丙間之共同訴訟類型為何」、其次係民事訴訟法第五十六條「共同訴訟牽連原則」其利益與否之判斷標準、最後方論述九十二年新增之§459II 之規定，用以說明法院應為如何之處理。
高分閱讀	1.高點書記官達人考場特刊 p2-2~p2-3，第 3 題（相似度 60%） 2.重點整理系列－民事訴訟法概要（蔡律師）(L103) P.3-21、P.25：上訴之駁回（相似度 80%） 3.侯律師上課講義補充資料 B1：P14、補充資料 B3：P8

## 【擬答】

一、乙撤回上訴之行爲其效力為何，應視其與丙構成何種共同訴訟類型而有所不同。

- 1.如題所示，原告甲對乙丙所提起之訴訟，係一請求裁判分割共有物之事件，按此類訴訟其訴訟標的對訴訟人全體必須合一確定，是以依學者通說及實務上一致見解均認，民§824 II 裁判分割共有物之訴訟應為一「固有必要共同訴訟」，依民事訴訟法第五十六條之規定，應有「共同訴訟牽連原則」之適用。即共同訴訟人中一人之行爲，有利於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對全體不生效力。其是否有利益之判斷，依實務見解 52 台上字第 1930 號判例所示：「共同訴訟人中一人之行爲，是否有利益或不利益於其他共同訴訟人，係指於行爲當時，就形式上觀之，非指經法院審理之結果而言。」依上述見解觀之，共同訴訟人中一人提出上訴，應屬對全體有利之事項，而視為全體共同訴訟人一併為該訴訟行爲，因此，乙單獨提起上訴之行爲，其上訴效力亦及於共同訴訟人丙，即丙亦一同視為上訴人。
- 2.乙合法上訴後，嗣後再單獨具狀聲明撤回上訴，其撤回上訴之行爲如合法生效，將使該訴訟在上訴審之係屬溯及消滅，第一審判決將因而確定，如此，依上述行爲有利與否之判斷標準觀之，應屬不利之事項，對全體共同訴訟人不生效力，亦即乙單獨具狀聲明撤回上訴之行爲不生效力，該訴訟仍係屬於上訴審。

二、法院應如何處理此類案件，蓋依上述之判斷標準可知，必要共同訴訟之一人或數人欲撤回上訴時，其係屬對全體不利之事項，是以，依§56□之規定須得其他共同訴訟人之同意，方能合法撤回上訴。然而如丙或其他共同訴訟人行蹤不明、或因無意參與上訴程序，欲令其表示同意撤回上訴不無困難。為避免訴訟久懸不決，並保障當事人之程序權，是以本法於 92 年修正時增定§459II 之規定：「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，其中一人或數人於提起上訴後撤回上訴時，法院應即通知視為已提起上訴之共同訴訟人，命其於十日內表示是否撤回，逾期未為表示者，視為亦撤回上訴。」，使其他之共同訴訟人於十日內表示是否亦為撤回，逾期未為表示者，視為亦撤回上訴。

## 【參考資料】

1. 吳明軒，必要共同訴訟人中一人之撤回上訴，《月旦法學教室》第 21 期：P.18~19

二、第一審法院為原告一部勝訴一部敗訴之判決。應送達原告之判決正本於民國九十四年九月一日合法送達，應送達被告之判決正本於同年九月五日寄存送達於其住所地之警察派出所，兩造均未提起上訴，該判決應於何時確定？(25 分)

命題意旨	本題主在測驗考生對『判決確定時點』之熟悉度，以及上訴期間計算，及送達等基本概念。
答題關鍵	如未上訴，判決於上訴期間屆滿時確定，上訴期間之計算係自判決合法送達後起算二十日，至此同學應尚無問題，然而以案例之設計可看出原告以及被告之「合法送達時點」不同，此時應以何者為判決確定之基準，欲導出此結論，同學應稍提及「上訴利益之判斷」以及「上訴不可分」之法理，方為完整。
高分閱讀	1.書記官達人考場特刊，題目 9（相似度 80%） 2.重點整理系列－民事訴訟法概要（蔡律師）(L103)，P.1-103、P.2-104：送達（相似度 80%） 3.侯律師上課講義補充資料 B1：P26；B2：P50；B3：P1~4

## 【擬答】



一、該判決應於何時確定，依民事訴訟法§398 I 之規定：判決於上訴期間屆滿時確定。但於上訴期間內有合法之上訴者，阻其確定。判決之確定，乃係指當事人已不得以上訴之方式，請求廢棄或變更之狀態，惟上訴制度既為當事人請求上級法院救濟之程序，利用此項程序，自應有其必要性，亦即當事人須受到足以上訴之不利利益，方得提起，此時上訴利益有無之判斷，依通說「形式不服說」之見解觀之，當事人得否上訴，應以『當事人之聲明』與『判決主文』作形式觀察，若判決主文較當事人所聲明者為少者，當事人對下級審敗訴部分即有上訴利益，如題所示，第一審法院為原告一部勝訴一部敗訴之判決，是以原告及被告均有上訴權，本題中兩造既均未提起上訴，因此，該判決自應於上訴期間屆滿時確定。上訴期間之計算，依本法§440 之規定：「提起上訴，應於第一審判決送達後二十日之不變期間內為之。」此處所稱之「送達」，自係指「判決合法送達」後期間始開始起算，且當事人兩造之上訴期間應於何時屆滿，應分別認定，此外，該二十日之期間既為不變期間，亦應有在途期間之適用(§162)，先予敘明。

1.是以，本題中，判決正本於民國九十四年九月一日合法送達於原告，其上訴期間之計算依本法§161 之規定，其算法與民法之規定相同，係從判決送達之翌日起算二十日為其上訴期間（此觀民法§120 中「其始日不算入」之規定自明）因此，原告之上訴期間應於九十四年九月二十一日屆滿。

2.然被告之部分，其判決正本係以「寄存送達」之方式為之，依本法§138 之規定「I 送達不能依前二條規定為之者，得將文書寄存送達地之自治或警察機關，並作送達通知書兩份，一份黏貼於應受送達人住居所、事務所、營業所或其就業處所門首，另一份置於該送達處所信箱或其他適當位置，以為送達。II 寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力。III 寄存之文書自寄存之日起，寄存機關應保存二個月。」是以縱使當事人實際上尚未收到，十日後便生合法送達之效力，惟如在此之前當事人已收到，自應以實際領取之時為送達之時，自不待言。因此，本題中被告之部分，應自寄存之日（即九十四年九月五日）起算十日始生合法送達之效力，是以，被告上訴期間之計算係自九十四年九月十五日之翌日起算二十日為其上訴期間，即於九十四年十月五日為被告上訴期間屆滿之日。

二、承上所述，於當事人兩造均有上訴權之情形下，該判決應於何時確定，依「上訴不可分」之法理，只要一方合法提起上訴，該判決全體即不會確定，未上訴之部分，亦暫時不生確定之效果，以待當事人對之為擴張上訴聲明或附帶上訴。因此，該判決應於當事人兩造均無法上訴時始歸於確定，是以本題中，該判決應於被告之上訴期間屆滿之日（即九十四年十月五日）時歸於確定。

### 三、訊問筆錄與審判筆錄有何區別？請詳述之。(25 分)

命題意旨	本題為傳統考題，主考學生對於「訊問筆錄」與「審判筆錄」二種在刑事訴訟程序中最常出現之筆錄型態的瞭解程度，主要涉及兩條刑事訴訟法§41 與§44 之規定，只要能夠將此兩條規定有條理地呈現，即能獲得高分。
答題關鍵	由於「訊問筆錄」與「審判筆錄」之意義不同，前者主要是對於訊問內容之重視，因為該內容可能成為日後進一步調查之基礎，甚至亦可能在日後之審判期日中作為證據使用（惟須配合傳聞法則之規定），因此須訊問者與被訊問者之間就訊問內容本身達成共識；後者則重在審判流程之詳實記載，又因本法明文規定審判筆錄具有絕對之證明力，故其內容之記錄將嚴重影響全體訴訟參與者；而源自二種筆錄之目的與效力上之差異，故二者在制作時期、記載內容、制作者、朗讀閱覽與修正之規定上，均有不同之規範基礎。
高分閱讀	1.重點整理系列－刑事訴訟法概要（陳律師）(L102)，P.1-51：訊問筆錄與審判筆錄之區別（相似度 95%） 2.刑事訴訟法第一回講義，第 41、176、177 頁。

#### 【擬答】

「訊問筆錄」係指司法機關於審判期日外，於訊問被告或其他訴訟關係人後，所制定之法定公文書，規範於刑事訴訟法（以下簡稱本法）§41。而「審判筆錄」則係法院於審判期日中，將審判期日所進行之訴訟程序，由書記官詳予記載之法定公文書，規範於本法§44；二者區別如下：

- 1.制作時期：前者係制作於審判期日以外或以前；後者則是於審判期日之中。
- 2.記載內容：前者依據本法§41 I 規定，其記載內容當然須包含訊問之時間、地點與訊問所得之內容，還有對須具結之受訊問人，其未具結之事由。而後者依本法§44 I 規定，除亦包含上述內容外，尚應記錄所有訴訟參與人之身分、被告不出庭或是審判不公開之事由、起訴要旨與辯論要旨之內容、當庭曾向被告宣讀或告以要旨之文書、示於被告之證物、或實施之扣押及勘驗之內容、審判長命令記載及依訴訟關係人聲請許可記載之事項、是否曾與被告陳述之機會、以及最後之裁判宣示。
- 3.筆錄制作者：前者依本法§43 規定，原則上應由在場之書記官制作，無書記官者，始由行訊問之公務員親自或指定其他在場執行公務之人員制作，惟§43-1 因新增檢察事務官、司法警察官與司法警察之準用規定，故如係上述之人對於犯罪嫌疑人之「詢問筆錄」制作，應由行詢問以外之人為之，但因情況急迫或事實上之原因不能為之，而有全程錄音或錄影者，不在此限；而後者因有本法§44 I 規定，故應、且僅得由書記官為之。
- 4.當場制作與否：前者依本法§41 I 規定，故須當場制作；後者則因有本法§45 規定：「審判筆錄，應於每次開庭後三日內整理之。」故不須當場制作。
- 5.向受訊問人朗讀、或使受訊問人閱覽、或受訊問人請求修正之規定：前者因本法§41 II 規定：「前項筆錄應向受訊問人朗讀或令其閱覽，詢以記載有無錯誤。」由此可知，向受訊問人朗讀或令其閱覽乃係訊問人之義務，不待受訊問人之請求即須





爲之，同時訊問人亦須主動詢問其記載是否有誤；後者則因本法§44 II 規定：「受訊問人就前項筆錄中關於其陳述之部分，得請求朗讀或交其閱覽，如請求將記載增、刪、變更者，應附記其陳述。」故審判筆錄原則上須經受訊問人之請求，始須交付朗讀、閱覽或予以修正。

6.筆錄之簽名：前者於本法§41 IV 明文規定：「筆錄應命受訊問人緊接其記載之末行簽名、蓋章或按指印。」由於訊問筆錄在未來審判中可能會成爲重要參考資料，因此要求受訊問人簽名，以表示對其內容之知悉，另外在 92 年修法後，又規定§43，故訊問筆錄尚須由行訊問之公務員應在筆錄內簽名；後者雖未要求受訊問人併同處理，然依本法§46 規定：「審判筆錄應由審判長簽名；審判長有事故時，由資深陪席推事簽名；獨任推事有事故時，僅由書記官簽名；書記官有事故時，僅由審判長或推事簽名；並分別附記其事由。」故原則上應由審判長簽名以示負責。

7.筆錄之證明力：前者原則上不具備證明力，如在審判過程中欲使用之，則尚須符合傳聞例外之規定（本法§159-1~159-5）規定，始得爲之；後者則因本法§47 規定：「審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證。」而具備證明力，因此除非該筆錄本身記載不明、矛盾、明顯缺漏以致無法專以審判筆錄爲斷，或其真偽存疑時，始不適用之。

#### 【參考資料】

1.林俊益，《刑事訴訟法概論》（上），P184~186，2003 年 9 月，四版。

2.林鈺雄，《刑事訴訟法》（下），P199~202，2004 年 9 月，四版。

#### 四、當事人認爲審判筆錄之記載有錯誤時，應如何主張其權利？(25 分)

命題意旨	此係民國 92 年後新增之§44-1 規定，爲兼顧繁雜緊湊之改良式當事人進行主義之訴訟程序，以及審判筆錄之正確完整，因此設計一「聲請制度」，原則上國家機關不主動質疑審判筆錄之正確性，只有在當事人主動提出聲請時，國家機關始有義務自己或交由當事人比對審判筆錄與審判錄音錄影內容之歧異。
答題關鍵	本題主要涉及§44-1 之新增規定，可將該條文內容拆解爲：聲請主體、對象、事由、時期、校正方式等要件處理，另外可以補充說明同條第三項後段與§48 所規定有關轉譯文書作爲附錄之效力認定，還有不要忽略掉，雖然並非 92 年修正之重點，但是在原本舊法中已經存在之§44 II 規定，亦可以當成是一種受訊問人之權利，惟此亦有待受訊問人主動提出；由此可知，有關審判筆錄錯誤之爭議，均非國家機關主動檢視之對象，而須當事人或受訊問之人主動爲之。
高分閱讀	1.重點整理系列－刑事訴訟法概要（陳律師）（L102），P.1-50：審判筆錄之更正（相似度 95%）

#### 【擬答】

刑事訴訟法（以下簡稱本法）§47 規定審判筆錄原則上具有絕對之證明力（審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證），由此可知，審判筆錄對於訴訟參與人之權益影響甚鉅；惟審判筆錄亦有發生瑕疵之可能，如不賦予訴訟參與人請求改正之機會，則恐斷傷其權益，故在其主動請求朗讀或交其閱覽時，發現有瑕疵或疏漏之處，依本法§44 II 後段規定：「如請求將記載增、刪、變更者，應附記其陳述。」

惟前條規定僅限於「受訊問人」始得爲之，至於當事人或辯護人等非受訊問之人，如認爲其記載不詳實者，又應如何處理則未有規定；緣因本法改行「改良式當事人進行主義」以落實及強化交互詰問之要求後，有關供述證據調查之訴訟程序進行極爲緊湊，爲求同時有效提升筆錄記載之正確性與完整性，故於民國 92 年新增§44-1 規定，當事人等得在認定審判筆錄有瑕疵時主張其權利，其要件與效力規定如下：

1.聲請主體：當事人、代理人、辯護人或輔佐人。

2.聲請對象：向法院爲之。

3.聲請事由：上述之人認爲審判筆錄之記載有錯誤或遺漏者。

4.聲請時期：原則上得於次一審判期日前爲之；如其案件已辯論終結者，得於辯論終結後七日內爲之；其經法院許可者，亦得於法院指定之期間內爲之。

5.校正方式：其得聲請法院定期播放審判期日錄音或錄影內容核對更正之；如其經法院許可者，亦得於法院指定之期間內，依據審判期日之錄音或錄影內容，自行就有關被告、自訴人、證人、鑑定人或通譯之訊問及其陳述之事項轉譯爲文書提出於法院。

6.轉譯文書之效力：§44-1 III 規定，經書記官核對後，認爲其記載適當者，得作爲審判筆錄之附錄，並準用第四十八條之規定，亦即與審判筆錄有同一效力。

#### 【參考資料】

1.林俊益，《刑事訴訟法概論》（上），P185~186，2003 年 9 月，四版。

2.林鈺雄，《刑事訴訟法》（下），P200，2004 年 9 月，四版。



# 《訴訟法概要》

## 一、民事訴訟有幾種爭點整理程序？決定適用其中何種程序者是法官或當事人？（二十五分）

擬答鑑示	1.參考：蔡律師，民事訴訟法概要，頁 2-31~36。 2.參考：廖律師，訴訟法概要，頁 2-31~34。 3.參考：高點法觀人月刊 40 期，命中！ 4.參考：高點法律電子報，NO.23，命中！
------	---

### 【擬答】

所謂爭點整理，係整理系爭案件事實上、證據上及法律上之爭點之程序。其目的功能在於促成審理集中化，有助兩造限縮、撤回、避免提出無實益之爭點，節省當事人之勞力時間費用，提昇法院認定事實之正確性，賦予當事人平衡追求實體利益程序利益之機會。而爭點整理程序有四種：

- (一)準備性言詞辯論期日程序：條文規定在民事訴訟法第二百五十條前段及第二百六十八條之一，適用於合議庭及獨任制法官。將第一次言詞辯論期日當作準備程序期日使用，在第一次言詞辯論期日先行闡明訴訟關係整理爭點，與當事人進行較詳盡之言詞討論，適用於人數較多，較複雜需要言詞討論溝通之案件。可與第四種爭點簡化協議程序併行。
- (二)書狀先行程序：規定在同法第二百六十七條、第二百六十八條、第二百二十八條之一第三項，合議庭及獨任制法官均可採用。適用於在特別需要借重科技等法律外專業知識為整理爭點之案件，方式為先不定庭期而將訴狀送達被告，對被告為二重期間之裁定，如被告對原告起訴有防禦之意思，應自收受訴狀一定期間內以書狀表示防禦意思，並在上開期間後，給被告一定時間提出答辯狀。如被告怠於提出，審判長應速定言詞辯論期日開庭，如被告提出答辯狀，則審判長定期命原告針對答辯狀提出反駁書狀，亦可要求當事人就爭點整理的結果提出摘要書狀，以簡明文字逐項分段記載。透過書狀先行程序，一方面可以事先過濾無爭執之案件，另一方面就有爭執案件，可以在開庭前事先整理爭點，使主要言詞辯論期日徹底進行集中審理，可以使法院及當事人節省勞力時間費用。
- (三)準備程序：條文規定在從同法第二百七十條、第二百七十條之一第一項、第二百六十八條之一第一項，適用於合議庭。特色在於得在不公開法庭為之。原則上在闡明訴訟關係，不調查證據，例外情形則可以調查證據。而為闡明訴訟關係起見得為下列事項：當事人就準備書狀記載事項為說明；當事人就事實文書物件為陳述；整理並協議簡化爭點；其他必要事項。又受命法官亦得命補正能力、法定代理權、訴訟代理權、其他訴訟要件欠缺、提出書狀原本、命補正書狀欠缺等事項。而未在準備程序主張之事項，於準備程序後行言詞辯論不得主張，除非是法院應依職權調查事項；該事項不甚延滯訴訟；因不可歸責於當事人之事由不能在準備程序中提出者；依其他情形顯失公平。
- (四)爭點簡化協議：規定在第二百七十條之一、第二百七十一條之一、第二百六十七條之一第二項，獨任法官及受命法官均得適用。對需要文件資料輔助說明或需面對面討論之案件或需特別保護隱私權或營業秘密之案件得採用此種方式整理爭點。亦得在不公開法庭為之。

而上述四種爭點整理程序各有不同特色，應由法官針對不同具體案件選擇適用，非由當事人選定。

## 二、當事人在那些情況有提出文書之義務？當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院應如何處置？（二十五分）

擬答鑑示	1.參考：蔡律師，民事訴訟法概要，頁 2-39~40，高點出版。 2.參考：廖律師，訴訟法概要，頁 2-16，高點出版。 3.參考：高點法觀人月刊 40 期，命中！ 4.參考：高點法律電子報，NO.23，命中！
------	--

### 【擬答】

為貫徹當事人訴訟資料使用平等原則，以達審理集中化之目標，是有擴大當事人提出文書義務範圍之必要，因此於八十九年二月民事訴訟法修正時，擴大文書提出義務。而依民事訴訟法第三百四十四條之規定，就下列文書當事人有提出之義務：

- (一)該當事人於訴訟程序中曾經引用者。
- (二)他造依法律規定得請求交付或閱覽者。
- (三)為他造之利益而作者。
- (四)商業帳簿。
- (五)就與本件訴訟有關之事項所作者。

但為顧及如提出文書後，因文書公開而致第三人或當事人權利受損，為保障當事人或有利關係第三人之隱私權或營業



秘密，是規定第二項如前五款之文書內容涉及當事人及第三人之隱私或業務秘密，如予公開，有致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，並以不公開之方式為之。

當事人違反文書提出義務，舊條文之制裁僅止於法院得認他造關於文書之主張為正當。然而證據偏在型訴訟，如公害、醫療糾紛案件，舉證人無法表明文書之具體內容，是條文修正為當事人無正當理由不從提出文書之命，法院得審酌情形認他造關於文書之主張或依該文書應證之事實為真實。但為避免發生誤認，應於裁判前給當事人有辯論之機會，保障當事人訴訟程序上之權益。

試題評析	此次考試第一題略嫌艱深，難度上與司法官考試相近，較難獲取高分；第二題偏重法條記憶，容易得分。
------	--

三、依刑事訴訟法規定，偵查機關於一定事由存在時，得無搜索票而逕行搜索。試問因實施搜索主體不同，搜索後應踐行何種程序，其所為之搜索方屬合法？（二十五分）

命題意旨	近來刑事訴訟法之增修條文一直是國家考試的熱門考題，尤其 90 年度針對搜索扣押所做的修正，更是強制處分概念的一大變革，考生應特別注意。本題即在測驗考生對於無令狀搜索概念之了解程度。
答題關鍵	本題重在搜索後應踐行之法定程序，故答題時無須就各種無令狀搜索之類型詳述其要件，僅須說明條文規定，並就法定程序論述之。
擬答鑑示	1.參考：陳律師，刑事訴訟法概要，頁 1-92~1-93、1-102~103，高點出版。 2.參考：吳律師，訴訟法概要，頁 1-46~51，高點出版。 3.參考：高點法觀人月刊 46 期，命中！ 4.參考：高點法律電子報，NO.31、44、46、47(命中)。 5.參考：高點考場寶典，頁 4-8，命中！

#### 【擬答】

搜索係侵害人民基本權利之強制處分，原則上採令狀主義(刑事訴訟法第一百二十八條)，惟有下列事由存在時，得無搜索票而逕行搜索：

- (一)刑事訴訟法(以下稱本法)第一百三十條規定，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。惟本法並未就偵查機關依本條實施之無令狀搜索明訂搜索後應踐行之法定程序，故事後無須陳報或報告。
- (二)本法第一百三十一條第一項規定，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押、或因追緝現行犯或逮捕脫逃人、或有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者，雖無搜索票，亦得逕行搜索住宅或其他處所。同條第二項規定：檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，雖無搜索票，亦得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索。依該條第一項及第二項之搜索，搜索後應因搜索主體不同，分別踐行以下之法定程序：
- 1.搜索係由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。
  - 2.搜索係由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。
  - 3.又本法第一百三十一條第三項所訂之三日陳報期間，並非訓示期間，實施搜索未於三日內陳報或報告者，法院應認不合法而撤銷之。
- (三)本法第一百三十一條之一規定，搜索，經受搜索出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。惟本法並未就偵查機關依本條實施之無令狀搜索明訂搜索後應踐行之法定程序，故事後無須陳報或報告。

四、甲為竊盜罪之被害人，向檢察官提起告訴，於偵查進行中，又再向管轄法院就同一被害事實提起自訴，試問管轄法院應如何處理？理由為何？（二十五分）

命題意旨	刑事訴訟程序中為避免雙重訴追之危險，設有若干防範之機制，本法 § 323、§ 324 之規定即為其一。本題重點即在於公訴與自訴程序若發生衝突時之解決方式。
答題關鍵	本題應先說明被害人提出告訴之適法性，再援引新、舊法及修法理由說明後提出自訴之不適法性。
擬答鑑示	1.參考：陳律師，刑事訴訟法概要，頁 2-34 至 2-35，高點出版。 2.參考：吳律師，訴訟法概要，頁 2-7，高點出版。 3.參考：高點法律電子報，NO.17，命中！ 4.參考：高點考場寶典，頁 4-12，命中！

- (一)犯罪之被害人依刑事訴訟法(以下稱本法)第二百三十二條及第二百四十二條之規定向檢察官提起告訴時，檢察官應依本法第二百二十八條第一項之規定開始偵查。

(二)惟在偵查進行中，犯罪之被害人復就同一被害事實提起自訴者，該自訴之適法性如何，不無問題。

- 1.按本法第三百二十三條第一項於民國八十九年二月九日修正前規定，同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴，蓋為避免就同一案件有雙重訴追之危險；惟在此規定之下，每見被害人利用自訴程序干擾檢察官偵查犯罪，或利用告訴，再改提自訴，以恫嚇被告之弊。
- 2.因此，現行法第三百二十三條第一項改採公訴優先原則，同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查後，除告訴乃論之罪仍得由犯罪之直接被害人提起自訴外，均不得再行自訴。蓋同一案件既經檢察官依法開始偵查，告訴人或被害人之權益當可獲保障，由檢察官依法處理為已足，無再使用自訴制度之必要。
- 3.故依題目所示，甲既向檢察官提出告訴，並經檢察官依本法第二百二十八條開始偵查，且竊盜罪亦非告訴乃論之罪，並無本法第三百二十三條第一項但書適用之餘地，甲自不得再對同一案件提起自訴。甲竟向管轄法院提起自訴，自屬不得提起自訴而提起，管轄法院應依本法第三百三十四條諭知不受理判決。



高 點

何 亦