

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

- 一、甲於民國（下同）105年3月10日向乙借款新臺幣（下同）60萬元，並約定清償期為106年3月10日，然於清償期屆至甲仍未還款。乙因而以甲為被告，基於借款返還請求權，向法院訴請返還該60萬元之借款，並於訴狀中記載上述之原因事實。第一審法院經審理後判決乙全部敗訴。乙就該判決提起第二審上訴。乙於第二審言詞辯論終結前發現甲尚有100萬元之承攬報酬已屆清償期尚未支付。乙可否於第二審言詞辯論終結前追加該承攬報酬之請求？（25分）

試題評析	本題在測驗同學「訴之變更追加」此一民事訴訟法之傳統考點，重點仍應置於本法第255條第1項但書第2款之解釋適用，同學應針對此詳細論述說明，並請注意本題係二審之追加，條文引用上務必注意！又本年度有關於當事人之變更追加(尤其於二審中)，不論於研究所考試或國家考試，皆有不少命題，請同學一併注意。
考點命中	《高點・高上民事訴訟法講義》第四回，呂律編撰，頁18-26。

答：

本題乙應不得於第二審言詞辯論終結前追加承攬報酬之請求，以下分述訴之變更追加之意義：

按所謂之訴之變更與追加，在我國採取較為廣義之見解，亦即其非僅限於訴訟標的之變更而已，而只要將訴之三要素(當事人、訴訟標的、訴之聲明)之任一要素有被以新要素內容加以取代者，謂之訴之變更；而訴之要素之一只要追加新要素內容者，則為訴之追加。對訴之變更、追加制度之承認與否，其考慮因素主要係對於被告程序保障、原告利益需求及法院公益要求三者。因訴之變更、追加易對於被告造成突襲，且對法院亦有延滯訴訟之不利，故基本上採取「原則禁止」之立法。但應注意者為，為平衡原告之利益及兼顧紛爭一次解決之訴訟經濟理念，於民事訴訟法(下稱本法)第255條第1項但書乃規定有7款之例外承認變更、追加合法性的情形。

(一)乙於第二審言詞辯論終結前欲追加承攬報酬之請求，應不合法：

本題中，乙係欲於第二審為訴之追加，其依據應為本法第446條第1項：「訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。」，故認定乙之二審追加是否合法，解釋上仍應回到本法第255條第1項但書。而本題情形較有可能符合者，應為本法第255條第1項但書第2款之「請求基礎事實同一」。關於本款該如何解釋認定，學說實務有不同看法如下：

1.社會事實同一說：

此說認為，請求之基礎事實係指紛爭事實關係，而非審判資料，故請求之基礎事實同一應為紛爭本身之事實關係同一，或與原因事實同一之社會事實。

2.判決基礎事實同一說：

此說認為請求之基礎事實與原因事實(本法第244條第1項第2款)不同，後者偏重於實體法之觀點，是指實體法上該當於權利發生之事實；但前者則從訴訟法之觀點，認為請求之基礎事實應解為判決之基礎事實，亦即受訴法院就新請求與舊請求為判決時所採用之基礎資料係屬同一。

3.紛爭關連說：

此說認為，當先後兩請求之主要爭點共通，而就原請求之訴訟資料及證據資料，得期待於後請求之審理予以利用，且各請求之利益主張，在社會生活上可認為同一或關聯之紛爭者，即屬於請求之基礎事實同一。

本題乙乃係本於借款返還請求權起訴，後欲於第二審追加承攬報酬之請求，此部分顯非起訴狀所載之原因事實，故依標準最嚴格之社會事實同一說，應不許其追加；又倘若依實務見解所採之紛爭關連說，本題乙之先後兩請求爭點並不共通、訴訟資料及證據資料亦不得於後請求中援用，並非屬於關連性之紛爭，故亦應不許其追加；即便依最寬鬆之判決基礎事實同一說之標準，本題乙係於第二審言詞辯論終結前始欲追加承攬報酬請求，亦難認前後兩請求之基礎事實有何同一之處，故仍不應准許乙之追加請求。

(二)結論：

綜上，本題乙應不得於第二審言詞辯論終結前追加承攬報酬之請求。

- 二、甲將A貨物賣給乙，乙又將A貨物賣給丙。丙於受領該貨物後發現有重大瑕疵，且其認為係因乙

【版權所有，重製必究！】

故意不告知該瑕疵而導致其受有損害，丙因而將乙列為被告，基於民法第360條之規定，向法院訴請乙賠償其所受之損害新臺幣（下同）200萬元。如乙於本訴訟第一審言詞辯論終結前對甲發動訴訟告知並經法院合法送達於甲，但甲未參加訴訟。本訴訟之法院審理認定A貨物有重大瑕疵存在，且乙故意不告知該瑕疵之存在致丙受有損害，因而判決乙敗訴。乙於該判決確定後，再以甲為被告，向法院提起A貨物有重大瑕疵之損害賠償訴訟，請求法院判令被告甲賠償200萬元。試問甲可否於該訴訟中主張A貨物並無重大瑕疵存在？（25分）

試題評析	本題在測驗同學參加訴訟與參加效之考點，尤其是第67條規定，更是回答本題之關鍵，務必要引用！本題爭點應屬相當明確且較單一，同學可多針對輔助參加及參加效之意義、制度目的作詳細說明。有關於訴訟參加之考題，近年來也屬於熱門之範圍，特別是今年度律師考試也有考出訴訟參加之相關爭點，同學準備考試上應予多加注意！
考點命中	《高點・高上民事訴訟法講義》第三回，呂律編撰，頁24-26。

答：

本題涉及確定判決所生之附隨效力「參加效」等相關爭點，茲分論如下：

(一)輔助參加與參加效力：

按民事訴訟法(下稱本法)第58條第1項規定：「就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加。」，此即通說所稱之「輔助參加」或「從參加訴訟」。從參加人本身並非訴訟當事人，亦非訴訟代理人。從參加人係以自己之名義，以從參加人之地位輔助一造當事人為各種訴訟行為。復按本法第63條規定：「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。」，本條第1項本文即為所謂之確定判決附隨效力之「參加效」，其意義乃係重於參加人與被參加人之責任分擔，故除非有本條第1項但書例外不生參加效之情況外，參加人與被參加人於日後提起之訴訟中，應受本訴訟確定判決對於訴訟標的及理由中之判斷所拘束。

(二)甲應受前訴之確定判決參加效所及：

查本題甲係爭買賣標之物之原出賣人，屬於乙、丙間買賣瑕疵訴訟之有法律上利害關係第三人應無疑問。而本法為使該等有法律上利害關係之第三人得知悉訴訟而有及時參與訴訟以充分伸張或防禦自身權利之機會，避免其嗣後再提第三人撤銷之訴，以維持確定裁判之安定性、貫徹紛爭一次解決之原則，乃定有依當事人聲請或法院依職權發動之「告知訴訟」等相關規定。依題示，乙於本訴訟第一審言詞辯論終結前已聲請法院對甲為訴訟告知並已合法送達於甲，此時受告知人甲已得自行決定是否參加訴訟(受有充足之事前程序保障)，卻仍未參加訴訟。此際，依本法第67條規定：「受告知人不為參加或參加逾時者，視為於得行參加時已參加於訴訟，準用第六十三條之規定。」，亦即甲即便實際上並未參加前訴，仍應受前訴訟之參加效力所及。是故，本題乙於前訴敗訴判決確定後，復以甲為被告提起損害賠償之後訴，甲、乙間將產生參加效，甲不得主張本訴訟之裁判不當。亦即本訴訟法院已認定A貨物存有重大瑕疵，甲即應受此判斷所拘束，而不得再於後訴訟中主張A貨物並無重大瑕疵。

(三)結論：

綜上所述，本題甲因受前訴確定判決之參加效所及，而不得再於後訴訟中主張A貨物並無重大瑕疵。

三、甲被逮捕後，於早上八點多被移送至警察局接受詢問。甲向警察表示，其已經選任了律師，要等到律師到場，才開始接受詢問。到了下午兩點多，甲的辯護人仍未到場。警察遂開始向甲詢問犯罪的相關情事，甲也一五一十地如實交待。審判中，檢察官提出了甲的警詢筆錄作為證據，證明甲的犯罪事實。請問，甲的警詢筆錄有沒有證據能力？（25分）

試題評析	本題涉及訊問被告之合法程序及等待辯護人時間問題。
考點命中	《刑事訴訟法（上）高點重點整理系列》，高點文化出版，2018年5月，王子鳴律師編著，頁1-2-67、2-2-18以下。

【版權所有，重製必究！】

答：

甲於偵查中選任辯護人後應予等候：

(一)等候律師期間停止訊問：

依刑事訴訟法(下同)第100條之2準用第95條第1項規定，司法警察(官)訊問被告時應踐行告知義務。並依95條第2項規定，無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。但被告同意續行訊問者，不在此限。

(二)立法目的及違反效果：

上開第95條第2項係於102年增訂，立法理由指出，係保護被告之權益，同時但書設有被告同意續行訊問之機制，以示尊重被告。倘若違反此規定，應係依第158條之4個案權衡有無證據能力(臺高院106侵上訴字145號判決參照)。

(三)24小時人身自由拘束計算：

依憲法第8條及第91條、93條等規定，自逮捕之時起24小時內應有24小時限制，被告選任辯護人後自無可能無期限等候，故第93條之1第1項第5款亦規定，等候辯護人到場致未予訊問者，不列入24小時計算。但等候時間不得逾4小時。

(四)本案之判斷：

1. 本案中，被告甲既起初已表示：「已經選任了律師，要等到律師到場，才開始接受訊問。」，待下午2點司法警察(官)欲為訊問時，亦未經其表示同意，即為訊問，堪認違反第95條第2項規定甚明，該警詢筆錄有無證據能力，應依第158條之4權衡之。
2. 再者，本案中，被告甲於早上8點表示選任，依93條之1第1項第5款規定，應等候最多4小時，即至中午12點。故司法警察(官)於下午2點而為訊問，似未違法。惟依95條第2項規定，其因無得被告同意，無由逕自訊問。此時，司法警察(官)應得被告同意，或使被告保持緘默而移送檢察官或法院，而非因等候逾4小時而逕自訊問。

四、警察為調查犯罪嫌疑人甲的竊盜案件，欲調取某大樓自行設置的監視錄影紀錄。大樓管理委員會以涉及住戶隱私為由，表示反對。警察告知檢察官後，檢察官自行作成了扣押處分，命該大樓管理委員會提出錄影紀錄，其才依處分提出。在審判中，被告主張該扣押處分違法，所取得的錄影紀錄沒有證據能力。請問法院應如何處置？(25分)

試題評析	本題涉及扣押新法之相關適用。
考點命中	《刑事訴訟法(上)高點重點整理系列》，高點文化出版，2018年5月，王子鳴律師編著，頁2-2-91以下。

答：

(一)非附隨於搜索之扣押，原則上應以法院之扣押裁定始得為之：

1. 依刑事訴訟法第133條之1規定，非附隨於搜索之扣押，除以得為證據之物而扣押或經受扣押標的權利人同意者外，應經法官裁定，即回歸(相對)法官保留原則。
2. 立法理由指出，非附隨於搜索之扣押與附隨搜索之扣押本質相同，自應一體適用法官保留原則。惟學理批評，扣押應係一獨立之強制處分，本次修法上仍區分「附隨於搜索之扣押」及「非附隨於搜索之扣押」並無區分之意義，亦滋生困擾。

(二)保全證據扣押無庸法官扣押裁定：

1. 上開立法將『同意扣押』認係扣押裁定之例外，故因同意得免為法官令狀，尚屬合理。惟將以「證據之物」即「保全證據扣押」排除法官保留原則，且未於立法理由清楚交代理由。
2. 立法理由僅認如同時有保全證據扣押及保全追徵扣押時，回歸法官保留原則，故如僅以保全證據扣押為唯一理由，似無庸法官扣押裁定即得為之。此等差別處理，未見其合理性，飽受學理批評。未來修法上應無論扣押之原因，均應原則上回歸法官保留原則，較為允妥。
3. 本件中，檢察官係以調取監視錄影器，該扣押之原因應為保全證據扣押，而不涉及保全追徵扣押，故依現行第133條之1規定，應無庸依法官保留原則而得法院扣押裁定即得為之。故本件中該監視錄影紀錄並非違法取證，如又依第165條之1踐行法定調查程序，即有證據能力。

【版權所有，重製必究！】