

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

試題評析

從本年度高考法制類科之民訴考題不難看出命題老師頗為重視民事訴訟程序上之基本概念，例如：訴訟能力、訴訟代理權之欠缺、補正與送達，以及貫穿整個程序階段的當事人死亡之處理程序等問題，而其間牽涉之若干考點又與實務見解密切相關，此與展現各派學風之研究所考試大異其趣，或許對於向來比較偏重研讀各家學說之考生而言，較不易獲得理想分數。事實上，就此次考試題型回顧過去近幾年司法官考試之民訴考題，也屢出現實務上爭點之題型，正可凸顯實務見解之掌握，在未來準備國家考試之民事訴訟法一科，仍具有相當重要性，值得各位考生留意。

今年刑事訴訟法這兩題並不困難，只要同學熟記法條內容，並瞭解實務對於條文內容之適用，應該都可以拿到不錯的分數。在第三題第一小題部分，要特別注意相牽連案件為數案件，切忌與牽連犯混淆。第二小題問到上訴之效力範圍，則須先就何謂判決之一部予以討論。在第四題部分，針對得撤回之案件，須條列式清楚說明案件類型及理由，並應說明例外情形之理由。

一、甲男與乙女結婚後，生有一子丙。甲男嗣與乙女離婚，未協議由何人擔任現年十八歲之丙之監護人，但丙自幼與乙同居。某日丙騎乘機車不慎撞及十九歲之丁成傷。丁與父、母賭氣離家暫住其念某大學法律系四年級之朋友戊家中，為本件車禍請求損害賠償，委任戊為訴訟代理人。戊以丁之名義具狀起訴。起訴狀當事人欄記載：「原告丁（住所如戊之住所）、訴訟代理人戊」、「被告丙（住所如乙之住所）、被告兼法定代理人乙」；聲明欄記載「被告應連帶賠償原告醫藥費損失及精神慰撫金合計新臺幣二百萬元及自訴狀繕本送達翌日起按法定利率計算之利息」。試問：

(一)審判長應命原告補正何事項？（15分）

(二)命補正之裁定應向何人送達？（5分）

(三)法院書記官使郵務機構將命補正裁定書送至戊之住所，適戊外出，丁以戊之同居人名義簽名代收。如自簽收日起已逾法院所定補正期限而未補正，法院可否裁定駁回原告之訴？（5分）

答：

(一)訴訟能力、法定代理人與訴訟代理權之欠缺、補正與送達：

1.審判長應命原告丁補正之事項如下：

- (1)就本件起訴狀記載之原告當事人欄方面：本件題例丁僅十九歲，為限制行為能力人，尚無從獨立以法律行為負義務，故無訴訟能力（民事訴訟法第四十五條規定參照），則就此訴訟能力之欠缺，自應由法院命無訴訟能力之人補正其法定代理人（同法第四十九條規定參照）。
- (2)就丁委任戊為訴訟代理人方面：茲因訴訟代理人之委任為訴訟行為之一種，則丁既無訴訟能力，其委任戊為訴訟代理人，於有資格為訴訟行為之人追認前，應屬無效，是戊就本件訴訟之訴訟代理權顯有欠缺，而依其情形可以補正者，審判長應定期間命其補正（同法第七十五條及第二四九條第一項第五款規定參照）。
- (3)就原本件起訴狀之被告當事人欄記載方面：被告丙僅十八歲，其父母甲、乙雖已離婚，但並未協議由何人擔任丙之監護人，參酌民法第一千零八十九條及一千零五十五條等規定意旨，應認丙之權利義務，由甲、乙二人共同行使或負擔之，而丙雖自幼與其母乙居住，惟依此題例事實，尚難認甲事實上已不能行使、負擔對於丙之權利義務（同法第一千零九十四條規定參照），是甲、乙二人應為本件訴訟所列被告丙之共同法定代理人。循此以觀，原告丁之起訴狀就被告當事人欄記載「被告丙、被告兼法定代理人乙」，僅列乙為法定代理人，其法定代理人之記載顯有欠缺，難認已由法定代理人合法代理，且依其情形可以補正者，審判長即應定期間先命原告丁補正（同法第二四九條第一項第四款）。

(二)審判長命補正之裁定應送達之對象，可分以下兩方面說明：

- 1.就命原告丁補正當事人欄原告法定代理人及被告法定代理人之欠缺方面：關於無訴訟能力，又未經法定代理人代理之情形，其命補正之裁定之送達對象，究應為法定代理人抑或無訴訟能力人本人，在學說上

雖有不同看法，惟依同法第一二七條前段規定可知，對於無訴訟能力為送達者，本應向其全體法定代理人為之，且考諸民事訴訟法修正草案第一二七條第三項擬增訂：「於補正前，得向該無訴訟能力人為送達」，惟立法院審查會以此規定無法保護無訴訟能力人之原告，而未獲採納，則依此立法過程，並貫徹上開法文意旨，應認該補正裁定應向丁之法定代理人送達。

2.就戊欠缺訴訟代理權方面：本件戊之訴訟代理權有所欠缺，應由審判長定期命戊為補正，既如前述，則該補正裁定即應向戊為送達。

(三)由訴訟代理人起訴，而其代理權有欠缺者，經審判長應定期間命其補正而未補正者，法院固得以裁定駁回原告之訴，（同法第二四九條第一項第五款規定參照），惟此應以本件補正裁定業已合法送達生效為前提：

1.按民事訴訟法第一百三十七條第一項所謂同居人，係指與應受送達人居在一處共同為生活者而言（最高法院三十二年上字第三七二二號判例意旨參照），是該規定所指同居人，並非泛指同居一戶或一屋之人，尚應有共同生活之事實存在，始足當之。就本件題例丁係因與父、母賭氣離家暫住於戊家中之情形觀之，丁與戊雖有同住一屋之事實，惟尚不足以認定已達共同生活之程度，是丁於戊外出之際，由其代為簽收上開補正裁定，尚不得認該裁定之文書已付予有辨別能力之同居人，而發生送達之效力。

2.至丁適為本件訴訟之原告，可否認該補正裁定係直接送達於當事人本人收受，而發生送達之效力？就此問題，因有鑑於該補正裁定之送達對象乃訴訟代理人戊，而非原告丁本人，縱該補正裁定由丁代為簽收，亦與逕向當事人本人為送達之情形有間，自不應認該文書已直接送達本人，而發生送達之效力，否則將使丁蒙受不可測知損害，附此說明。

3.結論：本件補正裁定既未合法送達於戊，則法院自不得以裁定駁回原告之訴。

【參考書目】

- 一、喬律師，《民事訴訟法重點整理》，2006年11月5版，第二章訴訟主體論第2-95至2-96、4-43至4-45、4-49頁。
- 二、陳計男教授，《民事訴訟法論上冊》，2007年2月修訂4版2刷，第331、332、335頁。

二、依我國民事訴訟法規定，當事人死亡者，於訴訟有如何之影響？（25分）

答：

當事人死亡因訴訟程序進行階段之不同，而應為相異之處理程序，茲分述如下：

- (一)起訴前死亡者：起訴時當事人已死亡者，因其當事人能力已有欠缺，且依其性質為無可補正之事項，法院自應依民事訴訟法第二百四十九條第一項第三款規定予以裁定駁回原告之訴。惟在法院裁定駁回其訴訟前，若將已死亡之當事人變更為尚生存之當事人（例如其繼承人），而為訴之變更者，依同法第二五五條第一項但書第二、七款等規定意旨，應為法之所許。
- (二)起訴後言詞辯論終結前死亡者：當事人如於訴訟程序進行中死亡者，其訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前，訴訟程序當然停止（同法第一百六十八條規定參照），僅於有委任訴訟代理權時，因訴訟代理權不因本人死亡而消滅，其訴訟程序不當然停止（同法第一七三條規定參照）。惟在人事訴訟程序中當事人死亡之情形，因無從承受或無人承受，而應視為當然終結（同法第五八〇、五八八、五九六、六一四、六二四第三項等規定參照），或依訴訟標的之法律關係性質具有專屬性，而不得繼承之情形，此時法院應以當事人能力欠缺駁回該訴訟等情形，亦不當然停止訴訟，斯值留意。
- (三)言詞辯論終結後，宣示判決前死亡者：依同法第一百八十八條第一項但書規定意旨，可知訴訟程序雖因當事人死亡而當然停止，惟本於其辯論之裁判仍得宣示之。然此時法院仍應斟酌個案情形決定是否宣示之，例如該訴訟因當事人死亡而當然終結，或為訴訟標的之性質，無從由他人承受者，均不得予以宣示。此外，在不得上訴之判決情形，因考量一旦宣示即生判決確定之效力，屆時恐對於承受該訴訟標的之法律關係之人，造成重大影響，因此，有學者主張法院宜再開辯論，而為合法承受訴訟後，再對承受訴訟之人為辯論裁判，此一觀點可兼顧實質當事人之程序權保障，頗值贊同。
- (四)宣示判決後，送達判決正本前死亡者：茲因訴訟程序當然停止間，法院及當事人均不得為本案之訴訟行為（同法第一八八條第一項規定參照），除有訴訟代理人外，在未承受訴訟前，應不得送達判決正本，且解釋上亦包含他造當事人在內。惟不得上訴之判決，已因宣示而判決確定，應得對未死亡之當事人一造為送達。

達，至於已死亡之當事人一造，仍應於合法承受訴訟後再為送達，自不待言。

- (五)送達判決正本後死亡者：判決正本送達後，受不利判決之當事人之上訴期間本應開始起算，但依民事訴訟法第一八八條第二項規定，訴訟程序當然停止者，期間停止計算，自停止終竣時更始進行。循此意旨，判決正本送達後當事人死亡者，應自有合法承受訴訟時起，重新起算其上訴期間，不得將停止前已進行之期間與承受訴訟後之期間合併計算。茲有疑問者，為他造當事人之上訴期間是否亦應更始進行？倘著眼於訴訟程序當然停止制度係具有使全部程序當然停止之效力，自應解為此時他造當事人之上訴期間亦更始進行，惟倘他造當事人於更始進行前即提起上訴者，仍生合法上訴之效力（最高法院五十二年二月二十五日民刑庭總會決議意旨參照），則屬當然。
- (六)當事人恆定主義與判決效力主觀範圍擴張：訴訟繫屬後當事人死亡者，除發生訴訟當然停止效力外，其確定判決之效力，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，亦有效力（同法第四百零一條第一項規定參照），因之，在不得上訴之判決正本送達後，當事人死亡之情形，因該判決已宣示或送達而確定，僅生既判力主觀範圍擴張及於該當事人之一般繼受人之效力，附此說明。

【參考書目】

- 一、楊建華教授，訴訟繫屬中當事人死亡及訴訟程序之影響，問題研析民事訴訟法，第五冊，第36至41頁。
- 二、喬律師，《民事訴訟法重點整理I》，第四章訴訟程序（一），4-61至4-62頁。

三、刑事訴訟法中之相牽連案件，有那些類型？法院對於相牽連案件合併判決後，如果當事人對於判決之一部提起上訴時，上訴的效力範圍及於何者？試說明之。（25分）

答：

- (一)相牽連案件係基於訴訟經濟及被告利益之考量，將具有相牽連關係之數案件，由具有管轄權之數法院之其中一法院合併管轄，即牽連管轄之規定，合先敘明。現行刑事訴訟法第7條規定之相牽連案件有以下類型：
- 1.一人犯數罪者。
此為案件牽連，因被告僅一人而所犯數罪間有相牽連關係，為主觀牽連。
 - 2.數人共犯一罪或數罪者。
此為事實牽連，數被告具共犯關係而牽連，為客觀牽連。
 - 3.數人同時在同一處所各別犯罪者。
此為同時犯，係指時間、地點之客觀牽連。
 - 4.犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。
- (二)當事人對於相牽連案件判決之一部上訴，其上訴之效力範圍：
- 1.上訴得對於判決之一部為之，又對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為已上訴，刑事訴訟法第348條第1、2項定有明文。
 - 2.所謂「判決之一部」，在數個案件合併審判之情形，例如合併起訴、合併審判或追加起訴等，係指原審判決之其中一案件或數案件而言。又所謂「有關係之部分」，亦稱為「上訴不可分」，有學者提出「可分性準則」為判斷標準，亦即從判決之內在關係觀察是否具有自主性，與未聲明上訴部分，是否可以分開處理；並從正面觀察，上訴審是否可自行審理聲明不服部分以及審理結果是否會產生裁判矛盾之反面觀察予以判斷。
 - 3.相牽連案件之本質為數個案件，並非指有方法結果牽連關係之裁判上一罪（即已廢除之牽連犯）。當事人僅就其中一部判決上訴，即對相牽連案件之一案件或數案件上訴，原則上得獨立一部上訴，上訴範圍不及於其他部分。然仍應考量判決之一部與其他部分是否為有關係之部分，實務認為如對於數罪中之一罪上訴，刑之執行部分亦認為關係部分，亦屬上訴之效力範圍之內（最高法院24年7月總會決議）。

【參考書目】

- 1.林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，第78~81頁。
- 2.林鈺雄，《刑事訴訟法下冊》，第260頁。
- 3.高點法學圖說系列—《刑事訴訟法I》，史奎謙，第2-27頁。
- 4.游政大，刑事訴訟法講義第一回，第43、44頁；第十二回，第6頁。
- 5.2007法研所歷屆經典試題解析—刑事訴訟法、犯罪學，台北大學95年刑事法組第二題，相似度35%。

四、我國刑事訴訟法第269條規定，檢察官於第一審辯論終結前，得撤回起訴。試問是否所有案件，檢察官均得撤回起訴？（25分）

答：

(一)檢察官實行公訴時，於第一審辯論終結前，得撤回起訴者為應不起訴或以不起訴為適當之案件：

1.應不起訴之案件：

刑事訴訟法第252條為法定不起訴之規定，但不限於告訴乃論之罪，檢察官對此類依法應不起訴者，得撤回起訴；刑事訴訟法第255條第1項係對於不起訴處分之規定，學者認為於不起訴處分涉及實體法原因時，例外允許撤回；實務認為亦可撤回起訴，例如檢察官就過失傷害案件，未經合法告訴，提起公訴後，於第一審辯論終結前，檢察官對未經合法告訴之案件，本應依第255條第1項處分不起訴，檢察官當然可撤回起訴。

2.以不起訴為適當之案件：

(1)以不起訴為適當之案件，係指刑事訴訟法第253條規定輕微案件以不起訴為適當之情形。惟實務認為應限於刑法第61條之案件，此見解限縮公訴撤回之案件範圍，並無明文，學者認為其思考點應在避免檢察官濫權。

(2)刑事訴訟法第254條起訴無實益之案件，多數學說認為基於相同法理，檢察官亦得撤回起訴；惟實務則認為應僅限於第253條以不起訴為適當之情形，第254條則不包括在內。

(3)雙重起訴（重複起訴）時，對於檢察官可否自行撤回，法無明文，然於雙重起訴時，縱使撤回起訴亦不生效力，應由法院依第303條第2款為不受理判決。

3.有學者認為，在以犯罪嫌疑不足或以不起訴為適當之撤回，應得被告同意。

(二)自訴程序中，僅自訴人得依刑事訴訟法第325條第1項撤回自訴，縱使於檢察官擔當訴訟之情形，因檢察官僅為擔當訴訟，並非受訴訟，未取得自訴人地位，因此檢察官對自訴案件自無撤回自訴之權。

【參考書目】

- 1.林俊益，《刑事訴訟法概論（下）》，第163頁。
- 2.林鈺雄，《刑事訴訟法下冊》，第131頁。
- 3.黃朝義，《刑事訴訟法》，第342頁。
- 4.高點法學圖說系列－《刑事訴訟法II》，史奎謙，第4-412頁。
- 5.游政大，刑事訴訟法講義第十回，第43頁。