

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

一、甲依民法第767條關於所有物返還請求權之規定訴請乙交還A地，該訴訟涉及兩個主要爭點為：A地所有權是否為甲所有（爭點一）、乙是否有占有A地之正當權源（爭點二），試問：

（一）就爭點一，倘甲欲避免將來法院認定「A地所有權屬於甲」後，乙又另提後訴訟向法院訴請確認A地所有權不屬於甲，而遭後訴訟法院可能為相反於前訴訟法院之認定，甲得如何處理或主張？（12分）

（二）就爭點二，何人應該就有無占有A地之正當權源之事實，負舉證責任？（13分）

試題評析

本題涉及審理集中化關於如何貫徹紛爭集中之問題，以及物上返還請求權之舉證責任分配，均屬基本概念之題型，難度應不高。

答：

（一）甲得向法院追加提起「確認A地所有權屬於甲」之確認之訴：

1. 審理集中化

自兩千年以降，新世紀民事訴訟法的全面修正，秉持著「審理集中化」的理念，藉「紛爭集中」與「爭點集中」的落實，賦予當事人衡平追求程序利益與實體利益之機會，以保障當事人系爭之權利與訴訟外權利，避免遭受程序上之不利，更有訴訟經濟的功能，以確保其他當事人平等使用及接近法院之機會。

為貫徹審理集中化之理念，本法除設有「爭點集中」之爭點整理程序外，尚有「紛爭集中」等相關制度（如訴之變更追加、反訴之擴張，法院闡明義務之加強等），以落實紛爭解決一次性之理念，對於該紛爭事件有關之爭議，宜利用同一訴訟程序，經由法院之審理，使之終局性之解決該紛爭，避免未來紛爭之再燃。是以，法院不僅應妥善運用其闡明權，曉諭當事人有訴之變更追加、反訴之機會；當事人得利用客觀訴之合併，將紛爭一次提出於訴訟程序上。如此，可使審理集中化，不僅保護當事人之程序利益，亦避免公益層面上之訴訟不經濟，滿足程序利益保護原則之要求。

2. 重複起訴禁止

按民事訴訟法第253條規定：禁止當事人就同一事件，於訴訟繫屬中更行起訴。如依舊同一事件說，同一事件之判斷，以前、後兩訴之當事人、訴訟標的相同，訴之聲明相同、相反或可代用者為斷。又所謂前後兩訴之訴訟標的相同，乃以兩訴訟之訴訟標的是否同一為斷。以權利單位型訴訟標的為例，即以「實體法上請求權是否同一」為標準。

查甲依民法第767條關於所有物返還請求權之規定訴請乙交還A地（下稱前訴訟），其訴訟標的為「所有物返還請求權」；假若乙另提後訴訟向法院訴請確認A地所有權不屬於甲者（下稱後訴訟），其訴訟標的為「A地所有權」之消極確認之訴，前、後訴訟之訴訟標的應有不同，後訴應屬合法。

3. 甲得向法院追加提起確認之訴

惟上開結果，毋寧造成原告甲得不利用前程序解決紛爭而有礙紛爭之統一解決，不僅侵害當事人之程序利益，更有害於公益層面訴訟經濟。是以，為避免乙嗣後另行向甲提起後訴訟者，甲得以乙為被告、事先於前訴訟中追加提起「確認A地所有權屬於甲」之確認之訴。循此，甲得向法院追加提起「確認A地所有權屬於甲」之確認之訴，當可貫徹審理集中化之旨趣。

（二）依我國實務見解，被告乙應該就有無占有A地之正當權源之事實，負舉證責任：

1. 舉證責任分配與規範理論

A. 所謂舉證責任之意義，可分為主觀與客觀舉證責任。主觀舉證責任係指當事人如不提出事證可能遭受敗訴之虞。本題詢問應由何人負舉證責任，應是指「客觀之舉證責任」，意即如事實真偽陷於不明時，該事實不明之不利應由何造承擔。而應由何造承擔不利之決定，則依據客觀舉證責任分配之法則。

B. 針對舉證責任如何分配乙節，我國學界通說見解採取德國學說之規範理論：意即將實體法法律規範區分為權利發生（根據）規範、權利妨害（障礙）規範、權利消滅規範、權利受制（排除）規範。主張

權利存在之人，應就權利發生要件之事實為舉證；主張權利不存在之人，應就權利妨害、消滅、排除要件之事實為舉證。

2. 物上返還請求權關於「無權占有」之舉證責任分配：

按民法第767條第1項即物上請求權之要件有二：其一為原告所有權存在、其二為被告係無權占有。是依規範理論，原告既主張其權利（物上請求權）存在，原應就權利發生要件之事實（即其是否為該物所有權人、被告是否為無權占有各節）負舉證責任。惟我國實務鑑於「無權占有」係消極事實，主張權利存在之人有舉證上之困難，因而認為：「以無權占有為原因，請求返還土地者，占有人對土地所有權存在之事實無爭執，而僅以非無權占有為抗辯者，土地所有權人對其土地被無權占有之事實無舉證責任，占有人自應就其取得占有係有正當權源之事實證明之。本件系爭土地為上訴人所有，有土地登記簿謄本及所有權影本在卷可稽，並為兩造所不爭執，則被上訴人自應就占有系爭土地之合法權源負舉證之責，上訴人無須舉證證明其為無權占有。乃原審竟謂上訴人對被上訴人以無權占有訴請返還土地，未據舉證云云，其舉證責任之分配顯有違誤。」（最高法院85年度台上字第1120號民事判決意旨參照）將占有人是否係無權占有之事實，責由占有人針對其取得占有係有正當權源之事實乙節加以證明。

3. 被告乙應就有無占有A地之正當權源之事實，負舉證責任：

查原告甲依民法第767條關於所有物返還請求權之規定訴請被告乙交還A地，原則上，原告甲本應就乙無占有A地之正當權源一節負舉證責任。惟經原告甲提出相關證據（如土地登記簿謄本及所有權影本）而證明A地為其所有，嗣經被告乙不予爭執後，則就爭點二即乙是否有占有A地之正當權源之事實，自應由被告乙負舉證責任，至為明灼。

參考資料

1. 《民事訴訟法要論》，自版，楊建華原著，鄭傑夫增訂，2003年12月，第217-219頁。
2. 《新民事證據法論》舉證責任分配之一般原則，學林，姜世明，2004年1月修訂二版，第184-185頁。

二、甲起訴請求住所地在新北市板橋區之乙，返還消費借貸款新臺幣一百萬元，因未繳納裁判費，甲於民國103年5月1日收受臺灣新北地方法院駁回其起訴之判決後（假設上訴期間於103年5月21日屆滿），甲於同年5月15日提起上訴，但旋即於兩日後之103年5月17日撤回其上訴，問該判決應於何時確定？倘甲遲至同年5月30日始撤回起訴，該判決確定之時間有無不同？（25分）

試題評析

本題涉及判決確定效力時點之認定、上訴撤回效力，以及上訴期間屆滿後始撤回上訴之判決確定時點認定之爭議，難度不高，同學應能輕易取得高分。（筆者按：事實上，當事人起訴如未繳納裁判費者，法院應會以「裁定」之方式駁回該訴訟，而非以「判決」形式。是以，就此考題之設計上，可能尚有違式裁判之爭議。但推測這部分應非出題老師的主要考點，因此省略此部分之作答）

答：

（一）該判決應於民國（下同）103年5月17日甲撤回其上訴時確定：

1. 判決確定、上訴撤回之效力與判決確定時點

按「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。」、「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。但宣示或公告後送達前之上訴，亦有效力。」、「上訴人於終局判決前，得將上訴撤回。」民事訴訟法第398條、第440條、第459條第1項本文定有明文。由是可知，當事人如能於法定之上訴期間（包含在途期間（民事訴訟法第162條）與不變期間）屆滿以前合法提起上訴（包含未撤回上訴）者，即可發生阻斷判決確定之效力；反之，如當事人未能合法提起上訴，該判決則即告確定。

再按，所謂撤回上訴，係指上訴人撤回原先提起上訴之意思表示，視為未提起上訴；又上訴撤回之意思表示，不允許嗣後再度撤回該意思表示。是以，如僅上訴人具有上訴利益（且被上訴人無確認利益）者，於上訴人撤回上訴後，上訴人無從再度提起上訴之可能，是解釋上應認為係自撤回上訴之日起發生判決確定之效力。

2. 該判決應於103年5月17日甲撤回其上訴時確定：

經查，甲於103年5月1日收受臺灣新北地方法院駁回其起訴之判決後，因該判決之上訴期間於103年5月21

日屆滿，是甲於同年5月15日提起上訴，尚屬合法，當可阻斷判決確定之效力。惟於上訴期間屆滿以前，甲旋即於兩日後即103年5月17日撤回其上訴，有鑑於假撤回上訴後，無從上訴期間屆滿以前再度提起上訴之可能，是於被上訴人乙無上訴利益之情形下，解釋上應可以甲撤回上訴之時，即103年5月17日為判決確定時點，當屬無疑。

(二)倘甲遲至同年5月30日始撤回起訴者，該判決確定之時間應有不同：

1.上訴期間屆滿後始撤回上訴者，該判決確定時點應如何認定，尚有爭議：

A.溯及於上訴期間屆滿時確定：當事人對於第一審終局判決提起上訴，嗣於上訴期間屆滿後撤回其上訴者，因原來提起上訴之訴訟行為，已因在後之撤回行為而不存在，第二審訴訟繫屬因撤回上訴而溯及的消滅，其結果與未提起上訴之情形相同，第一審判決應溯及於上訴期間屆滿時確定。

B.於撤回上訴生效時始確定：最高法院96年度第6次民事庭會議（民國96年10月2日）：「採乙說。民事訴訟法第398條第1項規定：『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。』第一審判決既經當事人於上訴期間內提起合法之上訴，依上開規定，即阻其確定，其訴訟並因而繫屬於第二審法院。嗣當事人於上訴期間屆滿後撤回其上訴者，第一審判決應於撤回上訴生效時始確定。』

2.倘甲遲至同年5月30日始撤回起訴者，該判決確定之時間應為103年5月30日：

上開爭議，我國實務採後說見解，認為上訴人於上訴期間屆滿後始撤回上訴者，該判決確定時點應以撤回上訴生效時為據。經查，該判決之上訴期間於103年5月21日屆滿，甲於同年5月15日合法提起上訴，當可阻斷判決確定之效力，已如前述。設甲係於上訴期間屆滿以後、遲至同年5月30日始撤回起訴者，原審判決自應於撤回上訴生效時即同年5月30日即告確定，已臻明確。

參考資料	1.《民事訴訟法新論》，自版，王甲乙、楊建華、鄭建才，2004年9月，第547頁。 2.《民事訴訟法要論》，自版，楊建華原著，鄭傑夫增訂，2003年12月，第366頁。 3.《民事訴訟法問題研析（二）》捨棄上訴權與撤回上訴之判決確定時期，楊建華，自版，1988年9月出版，第214-217頁。 4.《民事訴訟法（中）》，自版，吳明軒，2007年9月修訂七版，第1109頁。 5.《月旦法學教室第74期》撤回上訴之效力，吳明軒，2008年12月，第8-9頁。 6.《民事訴訟法論》，自版，姚瑞光，2004年3月版，第548頁。 7.《民事訴訟法（中）》，陳榮宗，三民書局，2005年3月修訂四版，第616頁。
------	---

三、甲、乙雙胞胎兄弟，常以其形貌酷似，身分難以分辨，胡作非為。問：以下二例，法院應如何處理或判決？理由何在？

(一)甲在捷運車廂內扒竊他人皮包，當場為其他乘客扭送警局，甲冒用其弟乙之名應詢。警方詢後，連人隨案移送檢察官，檢察官訊後，旋即提起公訴，惟起訴書仍記載乙之姓名為被告，迨至法院審理中始發現上情。（12分）

(二)甲在捷運車廂內扒竊，經其他乘客發覺時，適逢車到站，甲得以下車逃逸。其弟乙乃以自己之名投案，承認自己犯罪，檢察官遂以乙為被告提起公訴，迨至法院審理中始發現上情。（13分）

試題評析	本題涉及公訴對人效力中，冒名以及頂替此兩種情形應如何處理的問題，屬於傳統型考點，只要能將實務見解妥善闡述，即可獲得不錯分數。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第六回，黎律師編撰，頁31-35。

答：

(一)本案屬於冒名之情形，法院應以裁定更正姓名後，對甲進行實體審判

1.我國刑事訴訟法（下同）第266條規定：「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人。」故法院僅能以檢察官所指之同一被告為審判對象，若是發現其非真正之犯人，應為無罪判決，並由檢察官另行偵查、起訴真正之犯罪人。惟以上之立法規定仍過於簡略，關於「檢察官所指被告」，學理上提出意思說、表示說與行動說等不同標準加以判斷，目前較為多數之見解採取表示說兼採行動說之看法，亦即，

原則上以起訴書狀所載者為準，惟例外情形應以實際上以之為被告實施訴訟行為或以之為審理對象進行程序者為準。

2. 本案甲在捷運車廂內扒竊他人皮包，當場遭發現而被逮捕，偵訊過程中，甲均冒用其弟乙之名應訊，檢察官起訴書上亦記載乙之名為被告，此屬於「冒名」之情形。關於冒名應如何處理，實務上採取表示說兼採行動說之看法，故檢察官起訴書上雖記載被告之名為乙，然實際上檢察官實施偵查對象者為甲，故仍應認為訴訟關係存在於冒名者甲，從而，本案法院於審理過程中若發現有冒名之情形，此時僅需裁定更正姓名，即可對甲進行實體審判，對甲不生未經起訴之問題（最高法院70台上字第101號判例同旨）。

(二) 本案屬於頂替之情形，法院應就乙部分諭知無罪判決，但檢察官應另訴乙頂替罪；至於甲之部分須待檢察官另行起訴法院使得進行審理

1. 本案甲行竊遭逮捕後，由其弟乙以其自己之名投案，承認犯罪，此時屬於「頂替」之情形。在頂替的情況，檢察官起訴之名為「乙」，而實際進行偵訊之對象亦為「乙」。從而，依前揭通說之見解，訴訟關係均存在於頂替之人乙，而非存在於實際犯罪之人甲。
2. 據此，審判中法院發現個案有頂替情形時，因訴訟關係係屬於乙，故法院應就乙部分對其諭知無罪判決，其另犯之頂替罪，則須由檢察官另行偵查、起訴；至於甲之部分，因本無訴訟關係，法院不應為任何裁判，須待檢察官另就甲部分起訴後，法院始得加以審理。

四、甲在Facebook（在線社交網路服務網站）散布詆毀A之文字，A因而對甲提起誹謗之自訴。嗣於訴訟進行中，A發現甲幾乎在Facebook上網之同一時間亦在line（個人電腦即時通訊軟體）散布同樣詆毀A之文字，遂當庭對甲以言詞追加自訴。問：

(一) A追加自訴之程序法上條件為何？（12分）

(二) 法院如認為甲在Facebook與line二行為係屬於裁判上一罪，案件應為如何處理？（13分）

試題評析	本題涉及訴之追加與案件單一性之問題，此外亦須留意到自訴程序準用公訴之程序規定，這部分是考生往往較易忽略之處。
考點命中	1. 《高點刑事訴訟法講義》第六回，黎律師編撰，頁30。 2. 《高點刑事訴訟法講義》第六回，黎律師編撰，頁93。

答：

(一) 追加自訴之程序要件

1. 刑事訴訟法（下同）自訴章節中，於第343條特設準用公訴程序之規定，詳言之，自訴章若未特別規定者，應準用公訴程序中起訴、審判之規定。本例中關於追加自訴，於自訴章並未有特別規定，是依第343條之規定，應準用公訴之相關規定。
2. 於公訴章第265條第1項規定，於第一審言詞辯論終結前，得就本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪追加起訴。又所謂相牽連之罪，參照第7條第1款之規定，一人犯數罪者屬之。據此，A得對於甲另在线散布詆毀A之文字部分，依第343條準用265條第1項之規定，追加自訴。又第265條第2項規定，追加起訴於審判期中得以口頭為之，故A得於自訴程序當庭對甲以言詞追加自訴。

(二) 法院如認為甲於系爭案例中之兩行為屬於裁判上一罪，此時毋須追加自訴，法院即得就全部犯罪事實加以審理

1. 追加起（自）訴之規定，觀諸第265條與第7條之規定可知，其必「非單一案件」，申言之，單一案件必須符合單一被告之單一犯罪事實始屬之，而第7條所列4款情形，若非被告非屬單一，即係被告之犯罪事實屬於複數，故追加起（自）訴之案件，必為數個案件。
2. 基此，個案中法院若認為甲所犯係「裁判上一罪」，因屬於單一被告（甲）之單一犯罪事實（裁判上一罪）之單一案件，故非屬追加起（自）訴之範疇。此時所涉及的，乃係自訴程序第343條準用公訴程序第267條起訴一部效力是否及於全部之適用問題。據此，本案中，甲所犯屬裁判上一罪，為單一案件，A毋須追加自訴，只要法院認為兩部犯罪事實皆屬有罪之情況下（最高法院37特覆字第3722號判例），依第343條準用第267條之規定，法院自可就全部犯罪事實加以審判，毋須再行透過追加起（自）訴之程序。