

# 《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、當事人認為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。

