

# 《民事訴訟法概要與 刑事訴訟法概要》

## 試題評析

今年民訴之考題，應算十分簡單，兩題之考點均在於基本概念及法條理解，與近年來常出現的實例題型較不同，且第二題考了甚少出現的附帶上訴制度，對同學而言，第一時間或許有不知如何下筆之感，對於此種申論題型，答案的邏輯架構上必須小心，避免整個答題內容過於混亂。綜上所述，基本上獲取高分應不難！

一、處分權主義與辯論主義，是支配民事訴訟程序的兩大基本原則。請問：處分權主義之基本內涵為何？試以現行民事訴訟法之規定印證說明之。(25 分)

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題僅在測驗同學對「處分權主義」之基本內涵，概念清晰配合若干條文即可。  |
| 答題關鍵 | 以小題大作之精神，先就「處分權主義」之依據以及意義加以論述，最後再就三大層面之基本內涵配合條文相關規定分別論述即可。如有餘力再就邱師之進階見解適度著墨，以豐富答題內容。 |
| 高分閱讀 | 1.侯律師四等上課補充資料第二回 p.3、p.75<br>2.司法人員四等考試用書—民事訴訟法概要 p.2~p.3                            |

## 【擬答】

(一)按民事訴訟程序之主要對象，為債權、物權等之財產權，而依現代民法之基本原則，財產權人得基於自己之意思，自由的管理處分其財產權，即私法自治原則。是以，當財產權發生紛爭時，為解決紛爭是否以提起訴訟為手段，提起訴訟如何要求裁判，以及訴訟如何結束，當事人亦可本於自由之意思決定，此即所謂「處分權主義」。惟民事訴訟法（下稱本法）近代歷經多次重大修法，有學者認為如仍堅守傳統之「私法自治原則」，恐有不周延之處，是以現行「處分權主義」之內涵應更予精緻化，以平衡兼顧當事人程序利益及實體利益，並防止突襲性裁判之發生，爰合先敘明之。

(二)承上所述，就「處分權主義」之基本內涵，一般認為有三大層面，茲就其內涵及現行民事訴訟法之相關規定分述如下：

### 1.訴訟之開始，應由當事人自由決定

訴訟之開始，若無當事人之起訴，民事程序不得開始，亦即「無訴則無裁判」、「不告不理原則」。故關於程序之開始、選用、轉換、起訴、上訴、再審等，均係處分權主義第一層面之問題。進步而言，基於當事人程序選擇權之保障以及紛爭類型審理必要論之貫徹，此層面更應涵蓋當事人得選擇以何種程序開始，本法設有通常、簡易、小額三種程序，另於 96 年修法時更大幅擴大調解事件之適用範圍，俾使當事人得自由選擇以何種程序解決紛爭。

### 2.審判對象及範圍之特定，應由當事人自由決定

當事人可自由決定審判之對象、範圍及限度，法院應受其拘束，亦即「聲明之拘束性原則」，本法第 388 條、第 445 條、第 450 條、第 475 條等規定均反應此一層面內容。進步而言，就訴訟標的特定之議題上，學者有認應將「劃定訴訟標的基準之權限」，交由原告加以掌握，並結合「闡明義務之強化與履行」，兼顧「防止突襲性裁判」、「紛爭解決一次性」、「程序利益保護原則」之理想。

### 3.訴訟之終結，應由當事人自由決定

當事人請求法院判決後，仍得自由撤回其訴或上訴(第 262 條、第 459 條)；亦得捨棄上訴權(第 439 條)。當事人亦得不依判決之方式終結訴訟，如訴訟上和解(第 379 條、第 380 條)、或為訴訟標的之捨棄認諾(第 384 條)。

二、民事訴訟法規定附帶上訴制度之目的為何？於第一審獲得全部勝訴判決之一造當事人，在敗訴之他造提起上訴時，能否提起附帶上訴？（25 分）

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題在測驗同學對「附帶上訴」制度之熟悉度，平心而論，本題並不難，但因「附帶上訴」自 71 年後即未再出現於四等考試中，且從歷屆考題分布，同學準備上往往忽略後半段之程序，是以針對本題同學可能有遭受突襲之感。 |
| 答題關鍵 | 先標明「附帶上訴」之法條依據，再就「附帶上訴」制度之目的、性質爭議一一論述即可。   |
| 高分閱讀 | 1.侯律師四等上課補充資料第三回 p.18<br>2.司法人員四等考試用書—《民事訴訟法概要》p.3-23  |

【擬答】

- (一)依民事訴訟法（下稱本法）第 460 條規定：「被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。但經第三審法院發回或發交後，不得為之。附帶上訴，雖在被上訴人之上訴期間已滿，或曾捨棄上訴權或撤回上訴後，亦得為之。第二百六十一條之規定，於附帶上訴準用之。」此即所謂「附帶上訴」制度，亦即當事人之一方提起上訴時，被上訴人之一造於言詞辯論終結前所為請求廢棄、變更第一審判決之聲明，而附帶於上訴人之上訴程序將其聲明一併提至上級加以審理之制度。
- (二)而探究「附帶上訴」制度之目的為何，蓋受不利判決之當事人，如僅對於其不利部分提起一部上訴，於第二審終結前，得隨時擴張其不服之聲明(上訴聲明)，上訴人既得隨時擴張其上訴聲明，為期兩造當事人受有同等之保護(當事人平等原則)，亦應允許被上訴人有積極主張權利，就其一審敗訴部分求為廢棄或變更之機會，非僅得消極的請求駁回上訴，因而有承認附帶上訴制度之必要。且附帶上訴之制度，尚有減緩濫行上訴之功能存在。

(三)次按，於第一審獲得全部勝訴判決之一造當事人，在敗訴之他造提起上訴時，能否提起附帶上訴？就此應視「附帶上訴之性質」而有不同之認定：

1.以通說及實務之見解觀之：

**認附帶上訴即為上訴之一種，故須具有上訴利益者，始得提起附帶上訴。**而就「上訴利益」之認定，原則上採取「形式不服說」，亦即當事人得否上訴，係以「當事人之聲明」與「判決主文」作形式觀察，是以，若當事人全部勝訴，「形式上」觀之，並無任何不利益，此時自然不具上訴利益。故依此性質，**僅有在一審一部勝訴，一部敗訴之情形下方有附帶上訴之可能；全部勝訴之情形下，因勝訴之一造並無上訴利益，故無法提起附帶上訴。**最高法院 41 年台上 763 號判例：「第二審附帶上訴，為當事人對於所受不利益之第一審終局判決聲明不服之方法，**在第一審受勝訴判決之當事人，自無許其提起附帶上訴之理。**」

2.然而亦有學者認為：

**認附帶上訴並非上訴，而係一排除上訴人「不利益變更禁止」之手段。**因上訴人受到上訴不可分原則、與不利益變更禁止之保護；為維持雙方當事人之均衡，乃允許被上訴人得專為訴之變更、追加或反訴而提起附帶上訴。故附帶上訴，係被上訴人請求較第一審更有利於己判決之攻擊聲明，使被上訴人得藉此擴張第二審審判之範圍。且從被上訴人於自己之上訴權消滅後，只要在言詞辯論終結前，仍得聲明附帶上訴，此點觀之，即可知其非上訴，故**不須具有上訴利益即可為之，因此，縱在第一審受全部勝訴之當事人，亦得為附帶上訴。**

三、刑事審判權（簡稱審判權）與刑事案件管轄權（簡稱管轄權）之意涵為何？對於無審判權之案件，偵查中及審判中應為如何之處置？對於無管轄權之案件，偵查中及審判中應為如何之處置？（25 分）

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題在於測驗考生「審判權」與「管轄權」的基本觀念，以及偵查中與審判中無管轄權應如何處置之問題。 |
| 答題關鍵 | 抓住基本訴訟法觀念，分點分段回答即可得分。                           |
| 高分閱讀 | 1.邢政大《刑事訴訟法》講義第一回。<br>2.邢政大《刑事訴訟法》講義第 5 回。      |

【擬答】

(一)刑事審判權與刑事案件管轄權之意涵

- 1.刑事審判權：審判權是指法院審理裁判司法案件的司法主權，相對於其他國家主權之效力，我國主權效力不及，審判權即不及。又刑事審判權是相對於國內其他審判權之概念，刑事訴訟法之效力僅以刑事犯罪

案件為限，其他非刑事案件則不在本法效力範圍之內（EX：軍事審判）。刑事訴訟法之效力僅及於因犯罪而歸我國普通法院審判之刑事案件。

2. 刑事審判權之行使，其權限應分配於各法院，稱之為法院之管轄。其規定劃分法院間所得處理之訴訟案件之範圍，曰為管轄權，亦即劃定各法院可得行使審判權之界線，與審判權之係指劃歸法院審判之範圍有別。故各法院對於案件必先有審判權，而後始生管轄權有無之問題，乃有稱各法院對具體案件之審判權為管轄權。因稱審判權為抽象管轄權，稱管轄權者，為具體審判權<sup>註1</sup>。故法院受理案件必先有審判權，而後始得審查該案件是否屬其管轄範圍。故法院對於被告無審判權之案件，當然無管轄權。

(二)無刑事審判權及刑事案件管轄權之案件處理方式

1. 偵查中

無審判權：不起訴處分 252⑦

無管轄權：(1)250 移送有管轄權法院

(2)得為必要處分

2. 審判中

(1)公訴

無審判權：306⑥

無管轄權：304 諭知管轄錯誤、移送有管轄法院

(2)自訴

無審判權

①第一次審判期日前：326

②第一次審判期日後：343、303⑥

無管轄權：

①諭知管轄錯誤：343、304（335）

②非經自訴人聲明，無庸移送有管轄權法院：335

|        | 審判權                             | 管轄權                                 |
|--------|---------------------------------|-------------------------------------|
| 定義     | 劃歸我國法院審判之範圍                     | 劃分法院行使審判權之範圍                        |
| 審查順序   | 先                               | 後                                   |
| 又名     | 抽象的管轄權                          | 具體的審判權                              |
| 偵查中欠缺時 | 不起訴處分（刑訴 252）                   | 通知或移送該管檢察官（刑訴 250）                  |
| 審判中欠缺時 | 公訴（刑訴 303）<br>自訴（刑訴 343 準用 303） | 公訴（刑訴 304）<br>自訴（刑訴 343 準用 304、335） |

四、應停止審判程序及得停止審判程序之原因及法理基礎為何？應停止審判程序而未加以停止者，其法律效果為何？（25 分）

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題在於測驗考生審判程序停止的基本觀念與法理基礎及法律效果，本題在測試考生條文熟記度。 |
| 答題關鍵 | 條文熟記並分點分段回答。                                |
| 高分閱讀 | 1. 刑政大刑事訴訟法講義第六回。                           |

【擬答】

(一)審判程序停止之法理基礎

依據刑事訴訟法第 281 條規定，被告未經到庭，不得審判。因此倘被告無正當理由不到庭，得拘提之；惟被告有合法正當理由不到庭，或是法院繼續進行審判程序會導致裁判矛盾之情形者，則需停止審判程序。以保障被告防禦權，並避免裁判矛盾。

(二)審判程序停止之情形種類：

1. 應停止審判程序

(1)心神喪失：被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判。被告顯有應諭知無罪或免刑判決之情形者，

<sup>註1</sup> 陳樸生老師說法

得不待其到庭，逕行判決。

- (2)一造缺席判決：被告因疾病不能到庭者，應於其能到庭以前停止審判。被告顯有應諭知無罪或免刑判決之情形者，得不待其到庭，逕行判決。

2. 得停止審判程序

- (1)相關之他罪判決：犯罪是否成立以他罪為斷，而他罪已經起訴者，得於其判決確定前，停止本罪之審判。

- (2)無關之他罪判決：被告犯有他罪已經起訴應受重刑之判決，法院認為本罪科刑於應執行之刑無重大關係者，得於他罪判決確定前停止本罪之審判。

- (3)民事判決：犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷，而民事已經起訴者，得於其程序終結前停止審判。犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷，而民事未起訴者，停止審判，並限期命自訴人提起民事訴訟，逾期不提起者，應以裁定駁回其自訴。

3. 刑事訴訟法第 294 條第 1 項被告心神喪失、第 2 項被告因疾病不能到庭及第 295 條至第 297 條得停止審判之原因消滅時，法院應繼續審判，當事人亦得聲請法院繼續審判。

(三)法律效果

依法應停止審判而未停止者，判決當然違背法令（379）；但若依法得停止而未停止，此本係法院裁量，雖未停止，亦不違法（28 上 1986、44 台上 1407）