

# 《民訴概要與刑訴概要》

一、甲男與乙女於民國 97 年 12 月 24 日舉行結婚儀式並至戶政機關辦妥登記。婚後未滿半年，甲男即與乙女分房，自己去睡客房。乙女多次詢問甲男不願與之同房的原因，但甲男卻因此辱罵乙女。甲亦常因乙女煮食不合口味、或乙女出外工作較晚回家等事而辱罵乙女。兩人並無生育子女。乙女於民國 99 年 12 月 24 日以兩人個性重大不合為由，訴請離婚。甲男收受起訴狀後，提出離婚之反訴，並請求乙女返還聘金新臺幣十萬元、鑽戒一枚與鑽錶一只。法院收受案件後，依規定進行調解。請問：(25 分)

(一)若甲男及乙女皆不願進行調解，得否略過強制調解程序，逕行訴訟程序？

(二)甲乙因調解不成立而進行訴訟程序。於本案言詞辯論期日，法院得否就當事人「未」提出的事實加以斟酌？

命題意旨	平心而論本題考點並不算困難，只是「調解程序」以及「人事訴訟程序」對一般準備四等考試的同學而言，往往受限於時間、精力，總是直接劃歸到冷門章節，予以略讀。不過自釋字第 591 號解釋出現後，邱聯恭老師所著重之「適時審判請求權」已多次出現於四等考試（如 99 年四等考試亦有出現）；而「人事訴訟程序」涉及公益所具有之訴訟、非訟法理交錯適用色彩，亦為邱師向來鍾愛的部分，此也是何以筆者上課時一再強調提醒同學，千萬不要疏忽邱師之見解。
答題關鍵	除基本法條規定之論述外，更應適度引入邱師之學理以及釋字第 591 號解釋之內涵，以增加答題內容之豐富性，求取高分！
高分閱讀	1.侯律師四等上課補充講義第二回：p70~p72。 2.侯律師四等上課補充講義第三回：p61~p63。 3.侯律師司法四等～民訴題庫班講義：p5、p9、p20。 4.侯律師四等總複習講義：p16~p18。 5.司法人員四等考試用書—民事訴訟法概要 p2-119~ p2-124、p9-8~ p9-11。

(一)若甲、乙皆不願進行調解，得否略過強制調解程序，逕行訴訟程序？

1.所謂「調解」，乃指兩造當事人間就法律關係有爭執時，於未起訴前由法院從中調停排解，目的在避免訴訟並促使當事人自主地解決紛爭。參酌釋字第 591 號解釋之意旨觀之，民事紛爭事件之類型，因社會經濟活動之變遷趨於多樣化，為期定分止爭，國家除設立訴訟制度外，尚有其他非訴訟之機制。基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有「程序處分權及程序選擇權」，於無礙公益之一定範圍內，得以合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議，以追求程序與實體利益之平衡，並強化其程序主體之地位。是以本題中若甲、乙皆已明白表示不願進行調解，此時似無強制當事人必須於起訴前先行透過調解程序之理。

2.然而，自本法之調解程序觀察，依其發動之原因，可分為強制調解及任意調解。就本件關於乙女對甲男提起離婚訴訟而言，依民事訴訟法（下稱本法）第 577 條之規定：「I 離婚之訴及夫妻同居之訴，於起訴前，應經法院調解。II 前項調解，準用第 403 條至第 426 條之規定。」是以其性質上屬強制調解程序。「強制調解程序」係因事件之性質適合當事人合意解決紛爭、注重和諧關係之維持或訴訟標的之價額不高，為免訟累，以先行調解為宜者，因此乃立法明定「擬制」當事人有調解之聲請，目的在促使當事人自願的協和而成立調解，於公益（紛爭自主解決所帶來之訴訟經濟）之考量，排除當事人之處分權主義。由此觀之，「強制調解程序」既帶有公益之需求，自不得僅因甲、乙不願進行調解，即逕予忽視強制調解程序所得達成之公益考量，而略過強制調解程序。



3.又為避免強制調解程序適用之僵化，本法亦於第 424 條規定：「第 403 條 1 項之事件，如逕向法院起訴者，宜於訴狀內表明其具有第 406 條第 1 項所定事由，並添具釋明其事由之證據。其無該項所定事由而逕行起訴者，視為調解之聲請。」復依第 406 條第 1 項規定：「法院認調解之聲請有下列各款情形之一者，得逕以裁定駁回之：一、依法律關係之性質，當事人之狀況或其他情事可認為不能調解或顯無調解必要或調解顯無成立之望者。二、經其他法定調解機關調解未成立者。三、因票據發生爭執者。四、係提起反訴者。五、送達於他造之通知書，應為公示送達或於外國為送達者。六、金融機構因消費借貸契約或信用卡契約有所請求者。」簡言之，本題之情形下，法院宜仔細斟酌，本件「所謂甲、乙皆不願進行調解」之狀況，是否已符合第 406 條所指之「當事人之狀況或其他情事可認為不能調解或顯無調解必要或調解顯無成立之望者」，而不得單純「僅因當事人兩造不願進行調解」即略過調解程序，逕行訴訟程序，以避免對整體訴訟制度之公益層面有所妨礙！

(二)因調解不成立而進行訴訟程序中，法院得否就當事人「未」提出之事實加以斟酌？

1.依題所示，甲、乙因調解不成立所進行之訴訟程序，即回歸本案原應適用之程序予以認定，而本件訴訟係由乙女對甲男提起離婚訴訟，而甲男則透過第 572 條規定提起「離婚之反訴」以及「合併提起財產之請求」，合先敘明。

2.訴訟程序中，法院得否就當事人「未」提出之事實加以斟酌，應視不同程序而有所區分：

(1)就「離婚之本反訴」部分：

①按「人事訴訟」之公益性質較「一般財產訴訟」為高，因此其訴訟程序不以當事人主義為主，而兼採職權主義，亦即依本法第 574、575 條規定，於婚姻事件中須依不同之類型，而緩和『處分權主義』以及『辯論主義』之適用。而法院得否就當事人「未」提出之事實加以斟酌，即依第 575 條規定觀之：「I 法院因維持婚姻或確定婚姻是否無效或不成立，得斟酌當事人所未提出之事實。II 前項事實，於裁判前，應令當事人有辯論之機會。」

②本件並非第 575 條第 1 項後段「確定婚姻是否無效或不成立」之訴訟類型，因此法院僅得於「維持婚姻」之前提下，始得斟酌當事人「未」提出之事實，亦即，如係「能維持婚姻之正面事實」，縱使當事人「未」提出，法院亦可職權斟酌；反之，如係「解消婚姻之反面事實」，則仍需當事人主張，法院始得加以斟酌。

(2)就「合併提起之財產請求」部分：

①此部分仍為「一般財產訴訟」，因此應回歸「處分權主義以及辯論主義」之適用，亦即「非經當事人主張之事實，法院不得採為判決之基礎」。

②然而倘若係為「於法院已顯著或為其職務上所已知之事實」，依本法第 278 條規定雖非當事人提出者，法院亦得斟酌之。但裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會。

3.惟法院倘若於人事訴訟中斟酌當事人未提出之事實時，宜特別注意調解程序中第 422 條之特殊規定：「調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎。」一併敘明之。

二、甲主張乙欠甲借款新臺幣（下同）九萬元，而向第一審管轄法院起訴請求被告乙返還原告甲九萬元。訴訟進行中，原告甲向法院表示被告乙除了應返還借款外，並應支付甲貨款一萬五千元。試問：（25 分）

（一）原告甲之請求，應適用何種訴訟程序？

（二）起訴後，原告甲所追加的主張是否應予以准許？其適用的程序為何？

命題意旨	針對本題，同學可能有遭受突襲之感，本題考點非但落於較為冷門之「小額程序」，更考了「 <u>小額程序中，當事人為訴之追加之限制</u> 」，若非準備十分周全、基礎概念清晰的同學，並不易應付。 【筆者註：本題事實上是自「96 年司法官」之題目改編，其難度可想而知】
------	---



答題關鍵	<p>(1)除小額程序基本法條規定（436-8、436-15）之論述外，尙須注意，上開條文<u>僅係就不同程序間適用範圍之限制，較著重於標的價額之認定</u>，然而，依第 436 條之 23、第 436 條規定觀之，除別有規定外，仍適用第一章通常訴訟程序之規定，因此，<u>該追加是否合法仍須回到第 255 條之規定判斷之</u>。</p> <p>(2)此外，與第一題相同，本題亦屬邱師之管轄範圍內，是以仍可適度引入邱師之學理，以求取高分！</p> <p>【筆者註：小額程序之條文，即係邱師於 88 年修法時所主導增設】</p>
高分閱讀	<p>1.侯律師四等上課補充講義第二回：p74。</p> <p>2.侯律師四等上課補充講義第三回：p16（第 2 小題完全命中）。</p> <p>3.侯律師司法四等～民訴題庫班講義：p6、p52、p53。</p> <p>4.侯律師四等總複習講義：第一回 p57；第二回 p4-5。</p> <p>5.司法人員四等考試用書—民事訴訟法概要 p2-42~ p2-48、p2-135~ p2-137。</p>

## 【擬答】

## (一)原告甲之請求，應適用小額訴訟程序

- 依民事訴訟法（下稱本法）第 436 條之 8 第 1 項規定，關於請求給付金錢或其他代替物或有價證券之訴訟，其標的金額或價額在新台幣十萬元以下者，適用小額程序。
- 本題中甲主張乙欠甲借款新台幣九萬元，而向第一審法院起訴請求返還九萬元，依上開規定觀之，即應適用小額訴訟程序。

## (二)甲之追加是否應予允許，又應適用何種程序，爰分析於下：

- 甲於訴訟進行中，向法院表示乙除了應返還借款九萬元之外，並應支付貨款一萬五千元，其已涉及訴訟標的之變動，係構成「訴之追加」。小額程序係基於訴訟經濟、費用相當性之考慮，因此小額程序之重點既在追求程序利益，自應滿足其簡速裁判之要求，是以於小額程序中，當事人爲訴之追加時，本法第 436 條之 15 即予以限制，除當事人合意繼續適用小額程序並經法院認爲適當者，僅得於第 436 之 8 第 1 項之範圍內爲之。
- 因此，甲追加之訴是否合法，端視甲於追加請求後，是否仍使甲對乙請求之訴訟標的價額在新台幣十萬元之範圍內。本題中，甲向第一審管轄法院起訴請求乙應返還借款九萬元，應適用小額程序。其於訴訟進行中，追加一萬五千元之貨款請求，其訴訟標的價額總和已達「十萬五千元」，已『超過』第 436 之 8 第 1 項之範圍，依上開規定，當事人應不得爲之。
- 然而，基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既爲私法上之權利主體，於程序上亦應居於主體地位，俾其享有「程序處分權及程序選擇權」，於無礙公益之一定範圍內，仍應使人民得以享有追求程序與實體利益平衡之機會，以強化其程序主體之地位。因此，上開第 436 條之 15「逾越小額程序範圍之變更、追加或提起反訴之限制」，亦設有例外得允許之情形，亦即「倘若當事人合意繼續適用小額程序並經法院認爲適當者」，此時，縱使該變更、追加或提起反訴逾越小額程序範圍，當事人亦得爲之，因此，法院仍可能准許甲對乙追加一萬五千元之貨款請求，此時縱已逾越小額程序範圍，仍得繼續適用小額程序審理。
- 然而，原告甲原先係請求乙應返還「借款」九萬元，其後又追加一萬五千元之「貨款」請求，除上開「訴訟標的價額原則上不得逾越小額程序範圍之限制」外，該「借款請求」與「貨款請求」兩者間，尙應符合本法第 255 條規定：「I 訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、被告同意者。二、請求之基礎事實同一者。三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者。四、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者。五、該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之入爲當事人者。六、訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係爲據，並求對於被告確定其法律關係之判決者。七、不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者。II 被告於訴之變更或追加無異議，而爲本案之言詞辯論者，視爲同意變更或追加。」一併敘明之。





三、司法警察甲、乙接獲線民丙之檢舉，謂毒販丁經常於某特定夜店向熟識顧客兜售「安非他命」毒品。甲、乙為蒐集丁販毒證據並予以緝捕，連續數日偽裝顧客前往該夜店消費，藉機接近丁並與之熟識。某日甲、乙見時機成熟，甲乃向丁佯稱為增進飲酒情趣，欲向其購毒吸食；丁不疑有他，將其預藏於上衣口袋之「安非他命」毒品一小包取出售予甲，於交易毒品之際，甲、乙乃出示證件表明司法警察身分，將丁以現行犯逮捕，並對丁實施搜索，果於丁隨身攜帶之手提包與其在夜店使用之置物櫃中，共搜得「安非他命」毒品數十小包。甲、乙之上開偵查作為是否適法？所搜得之「安非他命」毒品可否做為丁販毒之證據？試申論之。(25 分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於誘捕偵查及附帶搜索的搜索範圍之理解程度。
答題關鍵	本題作答上，宜先針對是否為合法之誘捕偵查加以說明，當肯定為合法之誘捕偵查後，再進一步地針對各個強制處分之合法性逐一判斷。
高分閱讀	錢律師，刑事訴訟法講義第四回，第 66 頁。

### 【擬答】

#### (一)偵查行為合法性分析

1.按誘捕偵查類型中之「犯意誘發型」或「犯意創造型」，因係偵查或輔助偵查人員或所吸收之線民，對原無犯罪意思或傾向之人，以引誘、教唆犯罪之不正當手段，或對僅有潛在犯意者，逾越比例原則，提供高於一般正常情形之過度誘因，使因而萌生犯意進而實行犯罪行為，實務上稱之為「陷害教唆」，此種偵查作為，嚴重違反刑罰預防目的及正當法律程序原則，應認屬於違法之誘捕偵查，其因此所取得之證據不具正當性，對於公共利益之維護並無意義，應予絕對排除，以強化被誘捕人基本權利之保護密度。另為因應不同犯罪類型之「機會提供型」誘捕偵查，乃行為人原已具有犯罪之意思或傾向，僅因偵查或輔助偵查人員或其線民提供機會，以設計方式，佯與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，俟著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕偵辦，實務上稱之為「釣魚偵查」，歸類為偵查技巧之一環，因而被評價為合法之誘捕偵查。而刑事法以不處罰單純犯意為原則，行為人之所以著手實行犯罪行為，係因偵查或輔助偵查人員或其線民之加工介入，自仍應就國家機關之蒐證作為，檢驗其取證過程是否符合法定程序。至於國家機關誘捕偵查作為是否合於正當法律程序，其審查基準，應考量有無法律依據或事前監督、事後審查機制（例如：毒品危害防制條例第 32 條之 1、之 2 所定「控制下交付」），案件類型有無直接被害人（例如第殺人與毒品犯罪案件，前者有直接被害人，後者則無），被告是否原即存有犯罪意思或犯罪傾向，誘捕行為究僅止於類如被動紀錄（例如偵查或輔助偵查人員依法監聽，得知有毒品交易乃前往現場查獲）或被動承諾（例如第臥底偵查或輔助偵查人員或其線民對被告業已具體成形之要約，予以被動承諾）之被動性抑或具有主動接觸、鼓勵或說服之主動性，誘捕之方式、手段及程度是否合於相當性原則等項，綜合權衡而為判斷。」最高法院著有 99 年台上字第 6730 號判決可供參照。

#### 2.本題分析

##### (1)本題應屬合法之誘捕偵查：

依題示，甲乙早已接獲檢舉得知丁有販賣毒品之嫌疑，而佯稱增進情趣向丁購買毒品，丁隨即拿出毒品，顯見丁本即存在犯罪意思，且甲乙之誘捕亦尚稱允當，故參酌前揭判決意旨，本題中甲乙之偵查應屬合法之誘捕偵查。

##### (2)逮捕丁之行為應屬適法：

本題中，丁正在實施販賣毒品行為而被逮捕，自屬犯罪實施中即時發覺者，甲乙對丁以現行犯加以逮捕，與刑事訴訟法（下稱本法）第 88 條規定亦為相符，當屬適法

##### (3)搜索丁之手提包行為，合法；搜索丁的置物櫃，不合法：

本法第 130 條規定，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身所攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。本題中，甲、乙合法逮捕丁後，自得依本法第 130 條搜索之，丁之手提包既屬隨身所攜帶之物件，故甲、乙之搜索自屬合法；然丁之置物櫃，似不在本法第 130 條所定得附帶搜索之範圍內，故搜索丁的置物櫃，並不合法。



## (二)「安非他命」得否作為證據

1. 交易中及自手提包扣得之安非他命，既屬合法取得，自得作為證據。
2. 置物櫃中扣得之安非他命屬違法取得，自應依本法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益維護而判斷其證據能力之有無。

四、何謂正當法律程序原則？其內涵為何？又應如何判斷法律所規定之程序是否正當？試申論之。(25 分)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於正當法律程序概念之理解程度。
答題關鍵	本題作答上，應針對正當法律程序之意義、內涵及判斷方式逐一說明。
高分閱讀	錢律師，刑事訴訟法講義第一回，第 26 頁。。

## 【擬答】

## (一)正當法律程序原則之概念

憲法第 8 條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」其所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件。（參釋字第 384 號解釋）前述限制人民身體自由，須以法律規定，其內容更須實質正當，即所謂正當法律程序原則。

## (二)正當法律程序原則之內涵及應如何判斷法律程序是否正當

前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。（參釋字第 384 號解釋理由書）。

