

# 《民事訴訟法概要與 刑事訴訟法概要》

一、甲以乙為被告，向管轄法院起訴，主張：A 地為甲所有，乙未經甲之同意，擅自於 A 地上興建 B 屋，爰依所有權所生之物上請求權，請求判令乙拆除 B 屋並返還 A 地等語。乙則提起反訴，主張：A 地及 B 屋均為乙所有，甲無權訴請拆屋還地，爰請求判決確認 A 地及 B 屋均為乙所有等語。試問：

(一)乙之反訴有無違反重複起訴禁止原則？(10 分)

(二)甲抗辯乙之反訴欠缺確認利益，有無理由？(15 分)

命題意旨	本題涉及「重複起訴禁止原則(即一事不再理)」以及「確認利益」之規定。
答題關鍵	1.本題對司法四等的同學而言，屬十分基礎的題目，基本概念清楚，獲取一定分數應不困難。 2.本題事實上與 97 年司、101 年公務人員高等考試法制一級暨二級、101 年公務人員特種考試(警察人員、交通事業鐵路人員)、103 年高考三級法制、108 年 四等書記官(身心障礙)等考題之考點均屬相同，因此考點不斷重複出現，筆者於課堂、總複習時均重點復習過，尤其在申論寫作班每個題目均詳細講解過，相信同學對此題應能得心應手、奪取高分！
考點命中	1.《高點民事訴訟法總復習講義》第一回，侯律師編撰，頁 65~68，相似度 100%。 2.《高點民事訴訟法申論寫作班講義》第四回，侯律師編撰，頁 12~17，相似度 100%。 3.《民事訴訟法概要》六版，高點文化出版，陳明珠律師編著，頁 5-9、5-18~ 5-21、5-67、5-69，相似度 100%。

## 【擬答】

本題涉及「重複起訴禁止原則(即一事不再理)」以及「確認利益」之規定，爰分述如下：

(一)乙之反訴並未違反重複起訴禁止原則。

1.重複起訴禁止原則之意義：

(1)按重複起訴禁止原則，係指民事訴訟法(下稱本法)第253條：「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴。」其目的在避免因同一事件之重複審理，造成法院就同一事件反覆審理造成公益層面之訴訟不經濟、發生判決矛盾之危險，及增加被告應訴之麻煩。

(2)然所謂「同一事件」之判斷，依我國傳統學說暨實務之標準，向以前後兩訴之「當事人、訴訟標的相同，訴之聲明相同、相反或可代用」等訴之三要素為判斷基礎，須三者均符合上開要素，始屬真正之同一事件，合先敘明。

2.本題中，前後二訴之訴訟標的仍有不同。

(1)前訴中，甲係所有權所生之物上請求權，請求判令乙拆除B屋並返還A地，其訴訟標的為「民法第767條之所有物(A 地)排除侵害暨返還請求權」。

(2)而乙所提起之反訴(即後訴)，則係請求判決確認A地及B屋均為乙所有，其訴訟標的為「乙對A地及B屋之所有權」。

3.承上所述，前後二訴之訴訟標的既不相同，乙所提起反訴之部分，並不違反重複起訴禁止原則之規定。

(二)甲抗辯乙之反訴欠缺確認利益，並無理由。

1.反訴提起之意義與合法要件：

(1)按所謂反訴，係指於本訴訟繫屬中，而於言詞辯論終結前，由本訴之被告(即反訴原告)，對本訴之原告及就訴訟標的必須合一確定之人，針對與本訴之標的及其防禦方法相牽連之反訴之標的，向本訴繫屬之法院提起反訴(本法第 259 條參照)。其目的在於：藉由同一訴訟程序，貫徹紛爭解決之一次性、避免分別審理所生之裁判矛盾、以及保障兩造當事人程序上地位之平等。

(2)此外，自本法第 263 條第 1 項但書「反訴不因本訴撤回而失效力」規定觀之，反訴本質上亦屬獨立

之訴訟，是以反訴之提起，尚須具備一般起訴之合法要件，如前題所謂不得違反重複起訴禁止原則，又倘若反訴係提起確認訴訟，自亦應符合本法第 247 條有關確認利益之規定。

2. 次按，確認利益之判斷，依向來學說暨實務之見解，係指法律關係之存否不明確，致原告之私法上地位有受侵害之危險，得以對於被告之確認判決使之除去之情形，方認具有確認利益，得提起確認之訴，苟具備前開要件，即得謂有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，亦非不得提起。(最高法院 42 年臺上第 1031 號判決參照)
3. 乙對甲提起反訴請求確認 A 地及 B 屋均為乙所有之訴訟，應認有確認利益，甲之抗辯並無理由。
- (1) 本題中，甲所提起之前訴，其訴訟標的為「民法第 767 條之所有物(A 地)排除侵害暨返還請求權」，即使甲獲得敗訴判決，然而「A 地所有權屬於甲」一事，因僅屬攻防方法，而係判決理由中之判斷，依我國現行實務及通說並無既判力，甲嗣後仍有可能就甲有 A 地之所有權一事再行爭執，乙是否為 A 地及 B 屋之所有權人之地位，亦未經法院予以判斷，一旦甲再行爭執，乙仍處於不安或危險狀態。
- (2) 因此，乙對甲提起反訴請求確認 A 地及 B 屋均為乙所有之訴訟，可就乙對 A 地及 B 屋所有權之判斷獲得既判力，不失為解決甲、乙間紛爭之最有效適切之方法，且乙以反訴之方式提起，亦符合紛爭解決一次性之需求。是以，乙之反訴應認有確認利益，甲之抗辯並無理由

二、甲以乙、丙為被告，主張：甲持有由乙簽發、丙背書、面額為新臺幣（下同）300 萬元之支票 1 紙（下稱系爭支票），屆期提示未獲付款，爰依票據法律關係，請求判令乙、丙連帶給付 300 萬元等語。乙抗辯：系爭支票上發票人印文雖為真正，惟非伊所蓋用，伊不負發票人責任等語。丙則抗辯：伊未於系爭支票背書，該背書印文亦非真正，甲不得請求伊給付票款等語。

試問：

- (一) 關於甲所主張系爭支票係由乙簽發及丙背書之事實，法院應如何分配舉證責任？（15 分）
- (二) 第一審法院為甲全部勝訴之判決，僅丙提起上訴，仍抗辯其未於系爭支票背書，不負票據責任等語，則第二審法院應否就甲對乙之請求部分為審判？（10 分）

命題意旨	本題涉及「舉證責任分配」及「連帶債務人一人上訴之效力」。
答題關鍵	1. 本題的兩個考點對司法四等的同學而言，屬於較難的概念，在以往四等的考題中幾乎未曾出過，難度等級已近乎司律，如平時只做基本準備的同學即難以應付。 2. 但 106 年執行員考題中亦有涉及連帶債務以及舉證責任之基本概念，同學考場上仍應盡力就自己會的基本概念及法條規定盡量闡述，爭取一定分數。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法總復習講義》第一回，侯律師編撰，頁 26~31、81~83。 2. 《民事訴訟法概要》四版，高點文化出版，陳明珠律師編著，頁 2-44~46、5-102~106。

#### 【擬答】

本題涉及「舉證責任分配」及「連帶債務人一人上訴之效力」，爰分述於下：

(一) 甲所主張「系爭支票係由乙簽發」之事實，因乙之自認而免除甲之舉證責任，而應由乙就「其印文被盜用之事實」負舉證責任；「丙背書」之事實，仍應由甲舉證責任。

1. 舉證責任分配之標準：

按民事訴訟法(下稱本法)第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」又我國現今通說針對舉證責任之分配標準，採取所謂「法律要件事實分類說之特別要件說」(規範理論)，其係指：「主張權利存在之人，就權利發生要件事實負舉證責任；主張權利不存在之人，就權利消滅、排除、障礙要件事實負舉證責任。」合先敘明。

2. 本題中，甲係依票據法律關係，請求判令乙(發票人)、丙(背書人)連帶給付 300 萬元，此時票據本身是否真實，即屬權利發生要件事實，亦即是否為發票人所作成，應由執票人負證明之責(最高法院五十年台上字第一六五九號判決參照)，甲所主張「系爭支票係由乙簽發」及「丙背書」之事實，原應由執票人甲先負舉證責任。

3. 然而，於後續程序中，因乙、丙另為不同之抗辯，其就舉證責任之分配，即產生不同之影響：

(1) 乙抗辯：系爭支票上發票人印文雖為真正，惟非伊所蓋用，伊不負發票人責任等語。

① 乙既已主張系爭支票上發票人印文為真正，則依本法第 279 條規定：「當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。」縱使乙抗辯該印文非伊所蓋用，

乙對支票印文之真正並不爭執，依票據法第五條、第六條規定，應依票上所載文義負責，其抗辯支票、印章被盜用，既應就被盜用之事實負舉證責任（最高法院 69 年度台上字第 1300 號判決參照）

②是以，甲原先就「系爭支票係由乙簽發事實」之舉證責任，即因乙之自認而免除，印文非伊所蓋用一事，自應由乙負舉證責任。

(2)丙則抗辯：伊未於系爭支票背書，該背書印文亦非真正，甲不得請求伊給付票款等語。

①丙既主張伊未於系爭支票背書，該背書印文亦非真正，其主張之性質係屬否認，對舉證責任之分配不造成變動。

②是以，依上開分析甲既須就票據本身是否真實負證明之責，甲所主張「系爭支票係由丙背書」之事實，仍應由甲舉證責任。

(二) 僅丙提起上訴，則第二審法院應否就甲對乙之請求部分為審判，應視連帶債務人乙丙間之共同訴訟型態而定：

1. 本題中乙為發票人、丙為背書人，依票據法第 96 條規定乙丙為連帶債務人，而連帶債務人間屬於何種共同訴訟型態，學說及實務見解向來多有爭議，學說上多認連帶債務人間僅為普通共同訴訟，依本法第 55 條共同訴訟人獨立原則，其中一人上訴之效力不須及於其他共同訴訟人；但亦有學者主張基於背書人之責任帶有從屬性之色彩，其中一人上訴之效力是否及於他人，應視上訴者為何人而為個案判斷，不得一概而論。

2. 然而，實務則多採類似必要共同訴訟之見解，依本法第 56 條第 1 項共同訴訟人牽連原則，因上訴係就不利判決請求救濟，以行為時、形式上觀之應屬有利事項，其中一人上訴之效力應及於其他共同訴訟人。惟最高法院 33 年上字 4810 號判決又進一步提出，連帶債務之共同被告，僅被告中一人提出之抗辯，得否視為共同被告全體之抗辯，本法第 56 條第 1 項之適用，應視「該被告所提出之抗辯是否基於個人關係之抗辯且有理由」而定。

3. 綜上，本題中丙係「抗辯其未於系爭支票背書，不負票據責任等語」而提起上訴，核其性質應屬丙個人抗辯事由，如依上開實務及多數學說見解，則僅丙上訴之效力無須及於另一共同被告乙，第二審法院即不得就甲對乙之請求部分為審判。但因乙為發票人，其與背書人丙是否應負背書責任間之若干事實共通，如基於避免裁判矛盾之考量，第二審法院亦得考量是否對未上訴之共同被告乙為通知或告知，闡明其利害關係，確認乙是否確無上訴意願，而賦予乙該程序保障機會後，亦得使判決效力產生一定之擴張效果，促使紛爭一次解決，此概念亦值參酌，附此敘明之。

三、甲住臺北市，於臺北市犯強盜罪後，由家住高雄市之友人乙，將甲藏匿於其高雄之別墅中，不久為警查獲。甲被臺北地方檢察署檢察官，以犯刑法第 328 條強盜罪向臺北地方法院提起公訴；乙被高雄地方檢察署檢察官，以犯刑法第 164 條藏匿人犯罪向高雄地方法院提起公訴。請詳附理由說明高雄地方法院是否得合併審理甲之強盜罪？（25 分）

命題意旨	牽連管轄之合併審判。
答題關鍵	1. 引用牽連管轄及相牽連案件之法條。 2. 說明實務見解對於第 7 條第 4 款之闡釋。 3. 對本題案例加以涵攝。
考點命中	《高點刑事訴訟法總複習講義》，錢律編撰，頁 4。

#### 【擬答】

(一) 按「數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。前項情形，如各案件已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之；有不同意者，由共同之直接上級法院裁定之。」「有左列情形之一者，為相牽連之案件：一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。三、數人同時在同一處所各別犯罪者。四、犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者。」刑事訴訟法（下稱本法）第 6 條第 1、2 項及第 7 條分別定有明文。另實務見解認為本法第 7 條第 4 款之相牽連案件，僅能由本罪合併藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪管轄或審判；反之，則否，併此敘明。

(二) 本題中，甲所犯之強盜罪及乙所犯之藏匿人犯罪係本法第 7 條第 4 款之相牽連案件，本可依本法第 6 條第 2 項經各該法院之同意，得以裁定將其案件移送於一法院合併審判之；惟依實務見解，僅得由本罪合併相牽連之藏匿人犯罪審判；反之，則否。

(三) 結論：綜上，高雄地方法院不得合併審判甲之強盜罪。

四、甲男、乙女為男女朋友，某日因故爭吵，甲將乙推倒，致乙受傷，乙遂至醫院診斷結束後，請醫師開具診斷證明書。乙合法告訴，經檢察官偵查終結，向管轄法院提起公訴。法院審理時，檢察官提出該診斷證明書，欲證明甲之傷害行為。惟甲之辯護人主張，該診斷證明書是傳聞證據，並無證據能力。請詳附理由說明辯護人之主張是否有理由？（25 分）

命題意旨	本題在測驗考生對於傳聞法則例外規定中第159條之4第2款的理解。
答題關鍵	引用實務見解對於診斷證明書是否符合第159條之4第2款之說明，並對本題的案例加以涵攝即可獲得高分。
考點命中	《高點刑事訴訟法總複習講義》，錢律編撰，頁93。

【擬答】

辯護人之主張是否有理由，說明如下：

(一)診斷證明書為傳聞證據：

- 1.參考最高法院93年度台非字第117號判決意旨，傳聞證據係指被告以外之人審判外書面或言詞陳述，舉證之一方引述該陳述之目的係用以證明該陳述所直接主張內容之真實性。
- 2.本題中，診斷證明書為醫師即被告以外之人審判外之書面陳述，舉證之一方即檢察官引用診斷證明書之目的係用以證明甲男友傷害乙女，從而，診斷證明書為傳聞證據無訛。

(二)診斷證明書屬於刑事訴訟法第159條之4第2款傳聞例外，有證據能力：

- 1.依最高法院100年度台上字第4461號判決，又依醫師法第十二條第一項規定，醫師執行醫療業務時應製作病歷，該項病歷資料係屬醫師於醫療業務過程中依法所必須製作之紀錄文書，每一醫療行為雖屬可分，但因其接續看診行為而構成整體性之醫療業務行為，其中縱有因訴訟目的（例如本件告訴人被殺傷）而尋求醫師之治療，惟對醫師而言，仍屬其醫療業務行為之一部分，仍應依法製作病歷。從而關於病人之病歷及依據該病歷資料而製成之診斷證明書與通常醫療行為所製作之病歷無殊，均屬刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款所稱之紀錄文書，依上述規定自應具有證據能力。
- 2.本題中之診斷證明書依上開最高法院100年度台上字第4461號判決，屬刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款所稱之紀錄文書，自應具有證據能力。

(三)結論：本題中診斷證明書屬於刑事訴訟法第159條之4第2款傳聞例外，有證據能力，辯護人之主張無理由。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！