

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

一、甲於 107 年 5 月 7 日對乙起訴，請求交還 A 車，主張甲所有之 A 車，於同年 2 月 1 日出租予乙，租期 3 個月，於租期屆滿後，乙拒不交還該車，故請求返還租賃物。乙抗辯租期為 1 年，且於同年 5 月 1 日已將 A 車交付丙保管。問：

(一) 受訴法院行爭點整理時，應如何闡明？(13 分)

(二) 法院判決甲勝訴並告確定，該判決之既判力及執行力是否及於丙？(12 分)

試題評析	本題之一二小題皆屬於較為學理或是學說上討論豐富的議題，頗有難度。第一小題的部分，考出「爭點整理」，相信對於有志於三等考試的同學而言，雖是個頗有難度但卻必須要能掌握之題型；第二小題之考點為「既判力之主觀範圍」，亦屬於經常常考之題型，惟須注意本題考的是「為當事人或其繼受人占有請求之標的物者」，有別於我們一般所熟悉的「訴訟繫屬後之繼受人」，且應留意題目所給的各個時間點，方能正確發現爭點、正確答題。
考點命中	1.《高點·高上民事訴訟法講義》第五回，呂律師編撰，頁65-67。 2.《高點·高上民事訴訟法講義》第六回，呂律師編撰，頁67-68。

答：

本題涉及爭點整理及既判力主觀範圍等相關爭點，茲分論如下：

(一) 本件法院之爭點整理如下：

1. 最上位爭點：

按所謂之最上位爭點爭理，即為檢視原告之訴訟標的、訴之聲明是否已整理至具體明確之程度。查本件中原告甲訴之聲明為：求為命被告給付租賃物予原告，應可堪認原告訴之聲明已具體明確；進而論斷訴訟標的之部分，依題示，本件兩造存有租賃關係，乙於租期屆滿後拒不返還租賃物，則甲於實體法上所得主張之請求權基礎可能為民法第455條之租賃物返還請求權及民法第767條之所有物返還請求權。

按對於訴訟標的之認定，學說上向有「依實體法上請求權基礎」認定之舊訴訟標的理論及「依當事人在法律上之受領給付地位」而定之新訴訟標的理論。惟吾意以為，基於對當事人程序主體權之保障，應採肯認當事人有權選擇不同訴訟標的起訴之「訴訟標的相對論」較妥。本題中，甲似未具體陳述其係以上述何實體法上請求權為主張，惟依上述說明可知，甲所陳述之紛爭原因事實已足特定明確，亦即，本題甲所擇用之訴訟標的類型為「紛爭單位型」訴訟標的，法院應採事實型爭點整理程序。

又基於法官知法原則，雖甲未特定其請求權基礎，法院仍應依甲所主張之原因事實，探究法律之適用。於本題此種請求權競合之情形，法院應依民事訴訟法(下同)第199條之1第1項曉諭、闡明甲敘明或補充其請求，與當事人進行法律討論，並幫助當事人擇定、排序審理順序甚或是決定客觀合併類型。

2. 事實上爭點：

最上位爭點整理後，接下來即須就已確定之實體法上權利，搭配當事人所為之陳述，行事實上爭點整理。其中較重要者為：請求一貫性、答辯重要性之審查及促使當事人之陳述具體化，前者係指分別就原告所主張及被告所答辯之事實，判斷依其主張及答辯，是否可以使本案請求為有理由或無理由，後者則係受訴法院應判斷兩造是否已就其陳述盡具體化義務，若無，法院即應就當事人之主張或抗辯促使其具體化。本題甲主張租期已屆滿、乙拒不還車，乙抗辯租賃關係仍存在等，應可認為原告及被告之請求及答辯符合一貫性、重要性。

3. 證據上爭點整理：

按第296條之1規定，法院於踐行調查證據程序前，應先行爭點整理程序，藉由爭點之具體化及明確化，以達到審理集中化及訴訟經濟之目的，並避免發生促進訴訟、發現真實、法律適用之突襲。於調查證據前之爭點整理程序時，法院即應依整理完之爭點而為舉證責任分配。且依上開規定，法院應將分配結果表明於當事人，俾當事人得以準備，以防止突襲性裁判。舉例而言，本題中乙既抗辯租期為一年，亦即其為有權占有，則其就此事實應負舉證責任，而有關舉證責任該如何分配即為法院應闡明之事項。

(二) 本件確定判決之既判力及執行力及於丙：

1. 既判力主觀範圍之意義：

按民事訴訟法(下同)第401條規定：「確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力。對於為他人而為原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力。前二項之規定，於假執行之宣告準用之。」，係所謂「既判力之主觀範圍」。顧名思義，即係在處理既判力究竟在何人之間產生作用之問題。又通說實務向認確定判決執行力之主觀範圍與其既判力之主觀範圍相一致，則本題中第三人丙是否受確定判決之既判力與執行力所及，應視其是否屬於上開條文所規範之主體。

查本件訴訟請求之標的物為系爭A車，依題示被告乙將該車交付由第三人丙保管。此際，應可認丙為上開條文第1項後段所稱之：「訴訟繫屬為當事人或其繼受人占有請求之標的物者」。須注意者為，本條之占有人，限於專為當事人或其繼受人利益占有之他主占有，並不包含自主占有及占有輔助人在內。準此而言，本題丙應屬於專為當事人乙保管請求標的物之他主占有人，並無疑問。

2. 占有人是否限於訴訟繫屬後占有標的物之人：

本題較有疑問者為，乙交付A車予丙保管乃係於訴訟繫屬前為之，則此時丙是否仍符合前開條文之規定，亦即究竟該第三人(占有人)是否限於訴訟繫屬後占有標的物者始當之，學說實務有不同見解如下：

(1) 肯定說：

實務見解多認為依文義解釋，第401條第1項文字明示為「訴訟繫屬」為當事人或其繼受人占有請求之標的物者始足當之。是以，此處之占有限於「訴訟繫屬後」之取得占有，若取得占有在訴訟繫屬前，自不受既判力所及。

(2) 否定說：

惟學說見解有認，占有人之所以被規定為受既判力所及，乃係因其占有係為當事人或其繼受人之利益占有，其在訴訟上並無獨自受保護之利益可言。就此而言，則不論其取得占有係於訴訟繫屬前或後，均應受既判力所及，方屬合理。

吾意以為，現行條文文字標點語意尚屬模糊，若僅從文義解釋之觀點出發，恐屬斷章取義；且立於訴訟上利益保護之觀點而言，他主占有人受既判力所及，對其既無損害，故採否定說之見解。是故，本題丙雖係於訴訟繫屬前為乙保管A車，仍屬於為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，而應受本訴確定判決之效力所及。

3. 小結：

綜上，本件確定判決之既判力及執行力及於丙。

【參考書目】

民事訴訟法(下)，高點文化出版，許恒輔律師編著，頁15-129~15-130。

二、甲對乙起訴，請求給付 100 萬元，主張丙於某日向甲借款 100 萬元，乙為丙之連帶保證人，已屆清償期，丙猶未償還，故請求乙履行保證債務。乙抗辯甲未將借款交付丙，故不必負保證責任。乙將訴訟告知丙。法院進行本案審理後，判決甲勝訴，並告確定。問：

(一) 乙依判決給付甲 100 萬元後，對丙起訴求償 100 萬元，在訴訟中丙主張甲未交付借款且乙不是保證人，乙及法院應如何處理？(13 分)

(二) 甲對乙執行無效果後，另對丙起訴，請求返還借款 100 萬元，在訴訟中丙主張甲並未交付借款，甲及法院應如何處理？(12 分)

試題評析	本題涉及確定判決之附隨效力等爭點，同學務必要能清楚掌握參加效、爭點效及反射效之意義及具體事例，並能比較其等與既判力之異同。第一小題的部分，應屬典型之參加效事例，重點在第67條之引用；第二小題則較有所變化，可能之思考方向為反射效或是參加效擴張理論。又請注意，本題兩小題皆問到當事人及法院應如何處理，故回答時必定要兩部分都有所回應，方屬完整。
考點命中	《高點·高上民事訴訟法講義》第三回，呂律師編撰，頁26-27。

答：

本題涉及參加效及反射效等相關爭點，論證如下：

(一) 乙可主張丙受前訴確定判決之參加效所及，後訴法院則應以丙受參加效所及而認定丙之主張無理由：

1. 參加效之意義：

按民事訴訟法(下稱本法)第63條規定：「參加人對於其所輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當。但參加人因參加時訴訟之程度或因該當事人之行為，不能用攻擊或防禦方法，或當事人因故意或重大過失不用參加人所不知之攻擊或防禦方法者，不在此限。參加人所輔助之當事人對於參加人，準用前項之規定。」，此即通說實務所稱之確定判決「參加效」。其係指法院對參加人所參與之訴訟作出確定判決後，該確定判決除於兩造當事人間產生判決之拘束力外，對於參加人與被參加人亦將產生某種拘束力，即所謂之參加效。蓋為使前後兩訴之判決結果一致，其乃規定於參加人與被參加人提起後訴訟時，後訴訟法院之判斷須受前訴訟「不得主張本訴訟之裁判不當」之參加效力所拘束。

2. 本題丙已於前訴訟中受告知，不論其是否參與前訴程序，仍受參加效力所及：

依題示，本題乙於前訴程序中，已訴訟告知丙，雖題目未言明丙後續是否有為參加訴訟等行為，惟依同法第67條規定：「受告知人不為參加或參加逾時者，視為於得行參加時已參加於訴訟，準用第六十三條之規定。」，是以，丙一旦受告知後，其雖得自由決定是否為參加人，惟受告知人縱不參加或參加逾時，皆仍受上開參加效力所及。

準此以言，本題丙既已受乙之告知，則其將受前訴確定判決之參加效力所及。又因參加效僅於當事人有所主張時，法院始可為調查，故後訴中須由乙主張丙受前訴確定判決之參加效所及；後訴法院經乙主張後，則應以丙受參加效所及而不得主張本訴訟之裁判不當，認定丙之主張無理由。

3. 小結：

綜上所述，本題乙可主張丙受前訴確定判決之參加效所及，後訴法院則應以丙受參加效所及而認定丙後訴之主張無理由。

(二)甲可主張丙受前訴確定判決之參加效所及，後訴法院則應以丙受參加效所及而認定丙之主張無理由：

1. 反射效之意義：

所謂反射效，係指非受既判力所及之第三人，因與訴訟當事人間存有一定之特殊關係，致使本訴確定判決之既判力將反射的對第三人產生一定之效果。其主要係為維持實體法上認定之一致性及判決之一致性，調和實體法與程序法之衝突，使非訴訟當事人之實體上關係人，得於後訴訟中援用前訴訟之結果以資抗辯。

2. 本題丙應仍受前訴確定判決之參加效力所及：

承上所述，為維護實體法之一致性，學說乃於某些具體案例中發展出所謂之反射效，惟學說多數認為僅前訴訟判決結果對第三人有利時，始產生反射效果；倘若前訴判決結果對第三人不利，即不得於後訴訟中對該第三人產生不利之結果。查本題前訴之判決結果乃係連帶保證人乙敗訴，對於主債務人丙而言自屬不利，依前述說明，應不得認為前訴確定判決結果反射至丙。

又，他造當事人甲得否主張丙受前訴之參加效所及，不無疑問。蓋依本法之規定可知，參加效力應僅於參加人與被參加人之間產生。惟學說有認本訴訟之判決效，含既判力、判決理由中判斷所具拘束力，其應不僅及於本訴訟之當事人，亦可能及於該當事人兩造與參加人、受訴訟告知與職權通知者相互間。蓋因參加人所受程序保障無異於當事人於本訴訟中所被賦予者，故該等程序保障足以作為使其受既判力拘束之正當化依據。因而本訴訟之確定判決既判力不僅及於兩造當事人，亦及於該兩造與參加人相互間。

吾意以為，為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，並統一解決兩造當事人與參加人等多數人間有關訴訟標的法律關係之爭議，應採上開學說見解，認為倘若參加人已受應有之程序保障，則基於職權告知相同之事前程序保障法理，應可使他造當事人與參加人之間亦產生參加效力。是故，依上開學說見解，本題丙既已於前訴中受乙告知，甲應可主張丙受前訴確定判決之參加效所及，後訴法院則應以丙受參加效所及而認定丙後訴之主張無理由。

3. 小結：

承上，本題甲應可主張丙受前訴確定判決之參加效所及，後訴法院則應以丙受參加效所及而認定丙之主張無理由。

【版權所有，重製必究！】

【參考書目】

民事訴訟法(下)，高點文化出版，許恒輔律師編著，頁15-136-15-146。

三、甲涉嫌詐欺，經檢察官偵結，以甲一次詐欺行為涉犯詐欺罪提起公訴，由法院審理中。審理

時，檢察官以甲另犯背信罪而函請法院併予審理。審理終結，法院以甲並無背信行為，而係觸犯兩個詐欺行為，但屬於接續犯，僅成立一個詐欺罪而判處甲有期徒刑一年。甲主張其中一次詐欺行為，不成立詐欺罪而提起上訴。第二審法院審理後，仍認甲所犯為兩個詐欺行為，但屬數罪併罰，因而撤銷原審判決，判處甲兩個詐欺罪，各自宣告有期徒刑一年及八月，並定執行有期徒刑一年四月。全案因不得上訴第三審而確定。檢察總長以原確定判決疏未認定甲為累犯並加重其刑而提起非常上訴。最高法院認為事實審法院於審理時，並無任何足以發覺甲為累犯之證據或訴訟資料，因而原確定判決並無違法之處，而以無理由駁回非常上訴。試問本件第一審判決、第二審判決及最高法院判決之合法性。(25分)

試題評析	本題為單一性之綜合題型，解題時應注意每個審級對於犯罪事實罪數之認定。此外，因檢察總長於判決確定後提起非常上訴，最高法院對於非常上訴之處理，應一併留意最高法院97年第4次刑庭決議。
考點命中	1.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黎律師編著，【專題研究】案件單一性與同一性。 2.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黎律師編著，頁20-16~20-20。

答：

(一)第一審判決合法

1.函請併辦之法律效果

檢察官於起訴時若僅起訴部分之犯罪事實，然事後發覺有他部犯罪事實未一併起訴，且該部分罪事實與已起訴之犯罪事實具有實體法上一罪之關係時，因實體法上一罪，訴訟法上僅為一訴訟客體，而具有不可分性。實務見解認為，依起訴不可分原則，未起訴之犯罪事實本屬法院所得審理之潛在犯罪事實，故此時僅須以函請併辦之方式通知法院即可。故檢察官若認背信罪與已起訴之詐欺罪有一罪關係，自得以函請法院並予審理之方式處理。

2.法院不受函請併辦之法律見解拘束

檢察官於本案函請併辦之意旨雖係甲涉犯背信罪嫌，然法院並不受檢察官法律見解之拘束，故法院就檢察官函請併辦之事實，經調查相關證據後認屬詐欺罪行為，亦屬適法。

3.依起訴不可分原則，法院得對兩次詐欺行為一併加以審判

據此，本案第一審法院若認檢察官起訴之詐欺行為，與函請併辦之詐欺行為（罪名以法院認定為準），屬實體法上一罪之接續犯，則依刑事訴訟法(下同)第267條，起訴效力及於函請併辦之犯罪事實，法院自得將甲之二個詐欺行為論以接續犯而判處有期徒刑一年。是第一審之判決應屬合法。

(二)第二審判決違法

1.本案全部犯罪事實均繫屬至第二審法院

甲雖僅就其中一次詐欺行為為提起上訴，然因原審將兩次詐欺行為論以一罪之接續犯，依第348條第2項上訴不可分之規定及審判不可分原則，另外一次詐欺行為，視為亦已上訴。故本案兩次之詐欺行為均繫屬至二審法院，合先敘明。

2.第二審法院之處理

案件雖因上訴不可分而繫屬至第二審法院，然因第二審法院認為兩個詐欺行為為屬數罪併罰之「數罪」，此時即不生第267條起訴不可分原則之適用。故基於不告不理原則，第二審法院應將第二次之詐欺行為以原審判決違反「未受請求之事項予以判決者」予以撤銷。然查，第二審法院不但未將一審判決違法部分撤銷，反而就第二次詐欺行為加以判決，業已違反不告不理原則，判決容有違誤。

(三)最高法院駁回非常上訴合法

1.刑事訴訟法第441條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。

2.所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問

題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者（例如合於累犯要件，未論以累犯等）對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第441條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，最高法院自可不予准許（最高法院97年第4次刑庭決議參照）。

3. 本案檢察官以原審法院審理時未認定甲為累犯而加重其刑，然因原判決尚非不利於被告，且就合於累犯要件而未論以累犯一事，最高法院早已有相關實務見解處理，實務並無爭議，是本案自可不允許檢察總長之非常上訴，故最高法院之駁回非常上訴判決合法。

- 四、甲涉嫌竊盜，經檢察官提起公訴並請求法院沒收甲犯罪所得。法院審理時，檢察官向法院表示，甲將犯罪部分所得，儲存於甲配偶乙名下之某銀行帳戶內，請求法院依職權裁定扣押該存款。法院即裁定扣押，並依職權裁定命乙參與沒收程序。乙委任律師 L 為其代理人，聲請參與沒收程序，經法院裁定准許。L 主張乙帳戶內存款，為乙父母所贈，非受贈於甲，但 L 提不出足以經嚴格證明之證據。另 L 主張法院依職權扣押存款，並不合法。審理終結，法院判處甲罪刑，並於判決理由內表明，法院依自由證明方式認定該存款非受贈於甲，因而不應宣告沒收。檢察官對原審判決未諭知沒收提起上訴。第二審法院審理時，法院未命乙參與沒收程序，乙也未聲請參與沒收程序，因而乙並未參與。審理終結，法院判處甲罪刑，且於判決主文諭知沒收乙帳戶內部分存款。全案因不得上訴第三審而確定。乙隨即向該管法院聲請再審。試問本件第一審程序、第二審程序及聲請再審之合法性。（25分）

試題評析

本題涉及第三人沒收參與之相關爭議，考生在回答時除應熟悉新法規定外，有關犯罪所得之沒收應採取嚴格證明或自由證明，應區分「利得存否」、「利得範圍」兩個不同階段而適用不同的證明法則。

答：

(一)第一審程序合法

- 沒收新制下犯罪所得之計算，應分兩層次思考，於前階段先界定「利得存否」，於後階段再判斷「利得範圍」。申言之，在前階段利得之存否，係基於直接性原則審查，以利得與犯罪之間是否具有直接關聯性為利得存否之認定。而利得究否與犯罪有直接關聯，則視該犯罪與利得間是否具有直接因果關係為斷，若無直接關聯，僅於符合刑法第38條之1第4項所規定之利用及替代品之間接利得，得予沒收外，即應認非本案之利得，而排除於沒收之列。「利得存否」，因涉及犯罪事實有無、既未遂等之認定，及對被告、第三人財產權之干預、剝奪，故應適用嚴格證明法則予以確認，並應於審判期日依法定程序進行調查（最高法院106年台上字第3464號判決參照）。
- 本案第三人乙委任律師 L 參與沒收程序，L 主張乙帳戶內之存款非受贈於甲，其所提出之證據雖不足經嚴格證明，然查，嚴格證明法則係用於法院認定第三人之財產屬本案之犯罪利得，因而「須」第三人財產時，始有適用。故律師 L 雖無法提出可經嚴格證明之證據，然法院若於本案係認定存款非受贈於甲（即該部分非屬犯罪利得），此時自得以自由證明方式為之，故第一審法院之程序合法。

(二)第二審程序違法

按第455條之12第3項規定：「第三人未為第一項聲請，法院認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序。」本案檢察官因認原審判決未諭知沒收提起上訴，此時就沒收與否自有爭議，法院除已認檢察官上訴無理由之情況外，應認有必要使第三人參與訴訟程序。是第二審為職權裁定命該第三人參與沒收程序之情況下，逕予沒收乙帳戶內之存款，程序違法。

(三)乙不得聲請再審，但得依第455條之29聲請撤銷原沒收確定判決

於本案之事實中，並無第420條第1項所稱之再審事由存在。惟因本案係法院違法未通知及裁定命第三人乙參與第二審之訴訟程序，據此，乙得依第455條之29第1項規定：「經法院判決沒收財產確定之第三人，非因過失，未參與沒收程序者，得於知悉沒收確定判決之日起三十日內，向諭知該判決之法院聲請撤銷。」主張本案因屬第三人非因過失而未參與沒收程序之情況，向原審法院聲請撤銷原沒收確定判決。