

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

試題評析

第一題：旨在測驗同學們對專屬管轄事件之定義與效力之理解，係非常基本之考古題型。本題又特別著重在法院判決違反專屬管轄之規定時，應如何加以判決。對此，僅需熟記第二審、第三審法條之相關規定，即可輕鬆回答。

第二題：旨在測驗第二審逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁之概念。對此問題，同學宜從憲法訴訟權保障當事人聽審請求權之程序基本權角度切入，以判斷是否給予失權制裁為宜。此問題難度較高，恐不易回答。

第三題：為一般刑訴考古題之傳統考點，第一考點測驗考生有關法院管轄之『牽連管轄』；第二考點測驗考生有關『被害人提出告訴、撤回告訴』之法律效果，考生如有針對一般考點著重複習，並對條文有相當程度之熟悉，應可順利獲致高分。

第四題：測驗重點為『強制處分』，從題目看來本年度刑事訴訟法均測試考生傳統必讀之考點，並無突襲性考題。強制處分之重點在於搜索與羈押，今年法制刑事訴訟法之第四題即在測驗考生『搜索後之另案扣押』。

- 一、甲(住所在臺北市)主張乙(住所在桃園縣)無權占有其所有、坐落於新竹縣之A地搭蓋房屋，乃依民法第767條所有物返還請求權之規定向臺灣臺北地方法院訴請判令乙應拆屋還地。問：(25分)
- (一)臺灣臺北地方法院以其無管轄權而裁定移送桃園地方法院，桃園地方法院應如何處理？
 - (二)設臺灣臺北地方法院未注意其有無管轄權而判令乙應拆屋還地，乙不服該判決提起上訴，第二審臺灣高等法院應如何處理？
 - (三)設臺灣高等法院亦未注意臺灣臺北地方法院有無管轄權，而為駁回乙上訴之判決，乙能否向最高法院提起上訴？最高法院應如何處理？

答：

(一)桃園地方法院應將案件裁定移送至新竹地方法院：

1. 「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄。」「訴訟之全部或一部，法院認為無管轄權者，依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院。」「移送訴訟之裁定確定時，受移送之法院受其羈束。」「前項法院，不得以該訴訟更移送於他法院。但專屬於他法院管轄者，不在此限。」民事訴訟法第10條第1項、第28條第1項、第30條第1項、第2項定有明文。按不動產之物權涉訟者，係專屬管轄(ausschliessliche Zuständigkeit)事件，以不動產所在地之法院有專屬之管轄權；所謂不動產物權，包含物上請求權。倘若法院對專屬管轄事件無管轄權者，法院自應將該案件移送至有專屬管轄權之法院；如法院錯誤移送至無專屬管轄權之其他法院者，其他法院自得將該案件再移送至有專屬管轄權之法院，而不受第30條第1項移送裁定羈束力之拘束。
2. 經查，甲主張乙無權占有其住所、坐落於新竹縣之A地搭蓋房屋，乃依民法第767條所有物返還請求權之規定向臺灣臺北地方法院訴請判令乙應拆屋還地。由是可見，甲針對坐落於新竹縣之A地，爰依民法第767條所有物返還請求權之規定，向乙請求拆屋還地，益徵甲所行使之權利為不動產物上請求權，為專屬管轄事件；又因A地坐落於新竹縣，是該案件應以臺灣新竹地方法院為有管轄權法院。
3. 惟查，臺灣(下同)臺北地方法院以其無管轄權而裁定移送桃園地方法院，惟桃園地方法院對該專屬管轄案件亦無管轄權，是臺北地方法院之移送裁定則無羈束力，則桃園地方法院自應將該案件再裁定移送至新竹地方法院惟一。

(二)第二審臺灣高等法院應廢棄原判決、以判決將該事件移送於管轄法院即新竹地方法院：

1. 「第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決。但違背專屬管轄之規定者，不在此限。」「因第一審法院無管轄權而廢棄原判決者，應以判決將該事件移送於管轄法院。」民事訴訟法第452條第1項、第2項定有明文。按專屬管轄，係指特定訴訟事件專屬於特定法院始具有管轄權，已如前述。倘若當事人違反專屬管轄之規定而向無專屬管轄權法院提起訴訟者，法院自得裁定移送於有管轄權之法院。惟倘若第一審法院就違背專屬管轄之事件，誤為實體上判決，敗訴之當事人對之提起第二審上訴時，第二審法院自應爰依民事訴訟法第452條之規定，廢棄原判決、以判決將該事件移送於管轄法院。

2.經查，臺北地方法院未注意其有無管轄權而判命乙應拆屋還地，顯見第一審判決已違反專屬管轄之規定甚明。是以，乙不服該判決提起上訴，第二審臺灣高等法院自應爰依民事訴訟法第452條之規定，廢棄原判決、以判決將該事件移送於管轄法院即新竹地方法院，始為正鵠。

(三)乙得向最高法院提起上訴；最高法院應廢棄原判決與第一審判決、將該事件逕行移送於新竹地方法院：

- 1.「上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。」「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。」「有下列各款情形之一者，其判決當然為違背法令：三、法院於權限之有無辨別不當或違背專屬管轄之規定者。」「除本章別有規定外，前章之規定，於第三審程序準用之。」民事訴訟法第467條、第468條、第469條、第481條定有明文。按第三審法院為法律審，原則上僅原判決有違背法令之情者，始得上訴第三審；原判決如違背專屬管轄之規定者，該判決當然違背法令，當事人自得上訴第三審。循此，第三審法院自應爰依民事訴訟法第481條準用第452條之規定，廢棄原判決與第一審判決、以判決將該事件逕行移送於管轄法院；第三審法院依此項規定為移送之判決者，不受當事人上訴聲明之拘束，併予敘明。
- 2.經查，臺灣高等法院亦未注意臺北地方法院有無管轄權，而為駁回乙上訴之判決。有鑑原判決未將第一審判決廢棄並判決移送至新竹地方法院乙節，顯違背專屬管轄之規定，原判決當然違背法令，當事人乙自得向最高法院提起第三審上訴。循此，最高法院自應爰依民事訴訟法第481條準用第452條之規定，廢棄原判決與第一審判決、以判決將該事件逕行移送於管轄法院即新竹地方法院，始為的論。

【高分閱讀】

1. 梁台大，民事訴訟法講義(第一回)，第一章第五節，第91-94、98-99頁。
2. 吳明軒，民事訴訟法(下)，自版，2007年9月修訂七版，第1458頁。

二、甲向乙購買貨物一批，乙交付貨物後，甲遲未給付貨款，乙乃向法院訴請判令甲給付貨款。甲於第一審程序中未曾就時效抗辯是否主張或捨棄作成過爭點整理之協議，第一審乃判決甲敗訴，應給付乙貨款，甲遲至第二審始於上訴狀中提出乙之貨款債權已罹於2年短期時效之抗辯。問：甲於第二審始提出之時效抗辯，法院是否應予以失權之效果？(25分)

答：

(一)逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：

1. 審理集中化與適時審理主義：

自兩千年以後，新世紀民事訴訟法的全面修正，秉持著「審理集中化」的理念，藉「紛爭集中」與「爭點集中」的落實，賦予當事人衡平追求程序利益與實體利益之機會，以保障當事人系爭之權利與訴訟外權利，避免遭受程序上之不利益，更有訴訟經濟的功能，以確保其他當事人平等使用及接近法院之機會。為貫徹審理集中化之理念，本法除就「紛爭集中」而設計相關制度外(如訴之變更追加、反訴之擴張，法院闡明義務之加強等)，為促使「爭點集中」，新法不僅著重爭點整理程序，更改採「適時提出主義」。

2. 逾時提出攻擊防禦方法之失權效：

為使系爭訴訟當事人得對所爭執之爭點能迅速提出，避免於審理過程中爭點之擴散，造成法院審理之延宕，且增加當事人程序上之不利益，新法改採適時提出主義，參照民事訴訟法第196條：「攻擊或防禦方法，除別有規定外，應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出之。(第一項)當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之。攻擊或防禦方法之意旨不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者，亦同。(第二項)」及民事訴訟法第447條：「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。(第一項)前項但書各款事由，當事人應釋明之。(第二項)違反前二項之規定者，第二審法院應駁回之。(第三項)」如當事人未於適當時期提出攻擊防禦方法者，將對其發生失權效力。意即，對當事人逾時提出之攻擊防禦方法，法院得對此加以駁回，以為制裁。

3. 失權效正當化依據與聽審請求權之保障：

鑑於保障當事人之業經大法官釋字第482號理由書所肯認之聽審請求權(Der Anspruch auf rechtliches Gehör)，對於當事人逾時提出攻擊防禦方法之失權效，其解釋亦需符合聽審請求權之要求，始能滿足對當事人憲法上程序基本權(Verfahrensgrundrecht)之保障。依據學者通說見解，所謂「適當時期」，因其為不確定之法律概念，對於何謂攻擊防禦方法可提出之適當期間，法院應透過爭點整理程序之進行，斟酌當事人於訴訟前階段未提出該攻擊防禦方法，是否應負行為責任，及應提出之行為規範是否已於當時達具體、明確化。是以，法院負有闡明義務(Aufklärungspflicht)並適當運用訴訟指揮權，提示當事人應為攻擊防禦方法提出之時期，始能保障當事人之聽審請求權，避免發生突襲性裁判(Überraschungsentscheidung)。又失權制裁規定之適用於解釋論上，應當考慮下述三點，以保障聽審請求權之核心領域：一、當事人是否被賦予陳述意見之機會；二、當事人是否因可歸責於己之事由而未盡早提出攻擊防禦方法(考量當事人取得事證之難易程度、或是否有事證偏在他造之情形)；三、程序遲延之原因是否因法院未履行其訴訟促進之義務。

(二)法院不應針對甲於第二審始提出之時效抗辯予以失權之效果：

- 1.甲向乙購買貨物一批，乙交付貨物後，甲遲未給付貨款。乙乃向法院訴請判令甲給付貨款。第一審乃判甲敗訴，甲遲至第二審始於上訴狀中提出乙之貨款債權已罹於2年短期時效之抗辯。甲於第二審始提出之時效抗辯，法院是否應予以失權之效果？對此問題，關鍵在於甲所提出之新攻擊防禦方法即時效抗辯，是否業已「逾時」提出？
- 2.經查，甲雖於第一審程序中未曾就時效抗辯是否主張或捨棄等情，作成過爭點整理之協議。由是可知，對於乙之貨款債權是否罹於時效乙節，第一審法院並未透過爭點整理程序，將該問題列為本件爭點，且當事人間亦未就此作成爭點簡化協議而排除於本件爭點之外，顯見當事人甲於原審中並未被賦予陳述意見之機會；在當事人甲並可歸責於己之事由而未盡早提出該攻擊防禦方法之情形下，如遲延提出之原因係因法院未透過爭點整理程序與闡明義務，將當事人甲適時提出時效抗辯之時點加以具體化、履行法院之訴訟促進義務者，為保障當事人陳述意見之聽審請求權，自應認為甲所提出之時效抗辯並未逾時提出，第二審法院應於審酌此時效抗辯後加以裁判，始為妥當。是以，法院不應針對甲於第二審始提出之時效抗辯予以失權之效果甚明。

【高分閱讀】

- 1.梁台大，民事訴訟法講義(第三回)，第七章第二節，第21-22頁。
- 2.沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，民事程序法學與紛爭處理法則(一)，台大法學叢書152，2006年4月初版，第28頁。

三、甲行竊某豪宅，得贓物甚多。乙要求分贓，甲不允，發生爭執，甲持小刀刺傷乙，但傷勢不重。甲另警告乙，如果對外張揚，必對乙不利，可能斷其手腳。乙不某受到傷害與恐嚇，於是向警方告發甲竊盜，並對於傷害與恐嚇提出告訴。警方調查後，移送地檢署。試問：檢察官針對此三案件可否一併起訴？其法律依據為何？又如果案件均在法院審理中，乙始撤回傷害罪的告訴，法院應如何處理？(25分)

答：

(一)檢察官可對甲之竊盜、傷害及恐嚇三個案件，依照相牽連案件之規定合併起訴

- 1.依照刑事訴訟法(以下同)第6條規定，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。如各案件已繫屬於數法院者，經各該法院之同意，得以裁定將案移件送於一法院合併審判之；有不同意見者，由共同之直接上級法院裁定之。不同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其上級法院管轄。已繫屬於下級法院者，其上級法院得以裁定命其移送上級法院合併審判。但第7條第3款同時犯之情形，不在此限。
- 2.依照刑事訴訟法第7條規定，有下列情形之一者，為相牽連之案件：
 - (1)一人犯數罪者(主觀牽連)
 - (2)數人共犯一罪或數罪者(事實牽連、客觀牽連)
 - (3)數人同時在同一處所各別犯罪者(同時犯，客觀牽連)
 - (4)犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者(事後共犯、客觀牽連)
- 3.刑事訴訟乃國家為確定特定被告、特定事實，形成確定具體刑罰權存否所進行之程序。故刑訴具有兩種

關係，一為國家與個人間之具體刑罰權關係，即訴訟客體(案件)，一為確定具體刑罰權進行之訴訟關係，即裁判者與被裁判者之關係，稱為訴。國家刑罰權本係對於每一被告之每一犯罪事實而存在，故案件之構成，包括被告及犯罪事實兩種要素。一案件等於一個被告之一個犯罪事實，其內容為「訴」。是以案件之個數，應以刑罰權對象之被告及犯罪事實之個數為準，而訴之個數，應以發生訴訟關係之次數為準。因此檢察官一份起訴書可能有不同被告或是有不同犯罪事實，而在一份起訴書內有數個案件存在。

- 4.本題甲有竊盜、傷害及恐嚇之三個犯罪事實，依照上述相牽連案件之規定，即屬於甲一人犯數罪，檢察官可以合併起訴，合併於一個法院之訴訟程序加以管轄，因此檢察官可以合併起訴三個案件。

(二)乙撤回傷害之告訴，撤回告訴效力不及於竊盜及恐嚇危害安全罪

1.告訴撤回

傷害罪為告訴乃論之罪，乙為告訴乃論之罪之告訴人(有告訴權且實行告訴者)，故依照刑事訴訟法第238條之規定得撤回其告訴。撤回告訴之時間點需在於第一審辯論終結前。又撤回告訴之限制限於告訴乃論之罪。法律效果為撤回告訴之人，不得再行告訴。

- 2.故乙得在一審言詞辯論終結前，以書面或言詞記名筆錄撤回告訴，惟竊盜罪之被害人並非乙，故乙不得對此撤回告訴，且恐嚇危害安全罪為非告訴乃論之罪，亦不受傷害撤回告訴效力所及。因此法院對於傷害撤回之案件，應依照刑事訴訟法第303條第3款之規定為不受理判決；其餘之竊盜與恐嚇案件，仍須依法為有罪或無罪之實體審理。

【高分閱讀】

1. 刑政大，刑事訴訟法第一回『管轄』。
2. 刑政大，刑事訴訟法第二回『案件』。
3. 刑政大，刑事訴訟法第五回『偵查告訴』。

四、甲涉嫌偽造貨幣，司法警察持搜索票前往甲的住處搜索。在甲的住處，除了搜得偽幣的半成品與印製材料之外，並意外發現甲基安非他命一公斤。此外，司法警察在書桌抽屜裡發現甲涉嫌恐嚇取材的信件多封。試問：針對搜索票所未記載的甲基安非他命與信件，司法警察得否一併扣押？有無證據能力？(25分)

答：

(一)搜索及扣押

- 1.有令狀搜索：依照刑事訴訟法第122條規定，對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或處所，必要時得搜索之。對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。
- 2.扣押：扣押緊接有令狀搜索而來，並且所扣押者屬於搜索票所記載應扣押之物，即屬有令狀扣押，此時搜索票同時也是扣押令狀。反之，無令狀搜索若發現可為證據或得沒收之物，亦得扣押，此即無令狀扣押。無令狀扣押種類有二：
 - (1)附帶扣押：檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，亦得扣押之(刑訴第 137 條)。
 - (2)另案扣押：實施搜索或扣押時，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官(刑訴第 152 條)。此條文所稱之「發現」，係指意外、偶然發現，若是聲東擊西「項莊舞劍、意在沛公」就非偶然發現，也不得予以扣押。又本條所稱之「另案」，不問係偵查或審判中之刑事案件，亦包括尚未發覺之刑事案件。
- 3.本題甲涉嫌偽造貨幣，搜得偽幣之半成品及材料為有票搜索得以合法扣押之物。另外安非他命及恐嚇取材之信件，因非毒品案件搜索票所及之範圍，因此非一般之令狀扣押，而是屬於無令狀扣押之『另案扣押』，依照刑事訴訟法第152條之規定，亦得合法扣押之。

【高分閱讀】

刑政大，刑事訴訟法第三回『搜索扣押』。