

# 《民事訴訟法與刑事訴訟法》

- 一、甲起訴主張乙於民國101年6月1日在臺北市興隆路某代書處向伊借款新臺幣300萬元整，約定借款期間為1年，因屆期未返還，甲乃於103年7月5日向法院起訴請求乙返還該筆借款。本件一審最後言詞辯論期日為104年1月15日，經法院為甲全部勝訴判決後，兩造未上訴而確定，問：
- (25分)
- (一)若乙主張其實際上已於102年7月5日返還該借款，但訴訟上未為清償抗辯，則於判決確定後，乙可否以該清償事實為由提起何等救濟程序？
- (二)若乙主張其實際上已於102年9月7日以其對甲亦有到期之貨款債權500萬元，對甲發存證信函行使抵銷權，但訴訟上未為抵銷抗辯，則於判決確定後，乙可否以該行使過抵銷權事實為由提起何等救濟程序？
- (三)若乙未曾以前開貨款債權行使抵銷權，而係在104年1月15日訴訟中向法院表示其欲以該貨款債權主張抵銷，但法院以其遲延提出而拒絕審酌，則於甲勝訴判決確定後，乙可否以其已另於104年1月20日以該貨款債權向甲行使抵銷權為由，提起何等救濟程序？

試題評析	本題涉及既判力之遮斷效，與抵銷抗辯是否行使之區辨，雖推測為政大姜世明老師所出，本題爭點於102年北大已出現過，並非獨門暗器，此考點隱晦、需要思考，然如理解遮斷效之運用，依邏輯區辨第2、3子題的不同，應亦可推知答案，但本題已然超過高考法制之難度。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第六回，甄台大編著，頁30、31。 2.《民事訴訟法下冊》頁271、271，一版，姜世明著，新學林。 3.《民事訴訟法上冊》頁488-450，一版，姜世明著，新學林。

**答：**

既判力係指，判決確定後，關於訴訟標的之權利義務法律關係，法院所為判斷之不可爭性，其主要作用包含禁止矛盾與禁止反覆。然既判力有其時效之範圍，即既判力之基準時點為最後事實審言詞辯論終結時，申言之，事實審言詞辯論終結前，當事人得提出新事實及證據，從而於基準時後當事人未適時於該訴訟中提出，即不得於後訴再提出，此一失權效果稱為遮斷效。

本題涉及確定判決之效力時之範圍之應用，分述如下：

(一)清償抗辯部分：

- 1.遮斷效之意義已如前開，而遮斷效之對象，係對於確定判決之最後事實審言詞辯論終結前所有攻擊防禦方法，包括事實主張、證據聲明及抗辯權之主張。
- 2.雖民事訴訟法並無規定遮斷效，然而按強制執行法第14條第1項後段規定，「如以裁判為執行名義時，其為異議原因之事實發生在前訴訟言詞辯論終結後者，亦得主張債務人異議之訴」，得以推知言詞辯論終結後，為基準時點，如原因事實發生在言詞辯論終結後，得提起債務人異議之訴為其救濟途徑。
- 3.本件，乙於102年7月5號清償，該清償之事實發生於最後事實審言詞辯論終結104年1月15號以前，如乙訴訟上未清償抗辯，應受遮斷效所遮斷。且因該抗辯事實言詞辯論之前已經存在，則為執行名義之裁判縱有不當，亦非債務人異議之訴所能救濟(最高法院83年台上字第893號判決意旨參照)。是以，清償抗辯已受既判力遮斷，乙不得以該清償事實為由提起債務人異議之訴，尚無救濟程序。

(二)已行使之抵銷權部分：

- 1.本件爭點涉及既判力基準時前已存在之形成權，其於嗣後得否再行使？

(1)抵銷權以外之形成權生失權效：

蓋若允許當事人就既判力標準時已存在之形成權於判決後再為行使，無異允許當事人得將既判力已確認之權利關係之判決再起紛爭，影響判決安定性，是以，通說認為抵銷權以外之形成權，如撤銷權、解除權、終止權不得再行使。

(2)抵銷權不生失權效：

蓋抵銷權係獨立存在之權利，自動債權與被動債權兩者係個別獨立之權利，故是否或何時為抵銷，此係被告當事人之自由。是以，通說認為抵銷權不受遮斷，得再行使。

- 2.然而，前開爭點應僅限於基準時前未行使之抵銷權，蓋前開見解並未區分該形成權行使與否，如於基準時前已行使過之抵銷權，按民法第 335 條規定，債之關係抵銷數額消滅，其情形與清償事實之發生類似，從而，應如清償抗辯般，基準時前已行使抵銷，卻未於訴訟上主張，即無於事後爭執之餘地。
- 3.是以，本件乙於 102 年 9 月 7 日行使抵銷權，於最後事實審言詞辯論終結 104 年 1 月 15 日提出其已行使抵銷權，權利義務法律關係已消滅之抗辯，該已行使之抵銷權應生失權效，從而不得以行使過之抵銷權，提起債務人異議之訴，尚無救濟途徑。

(三)訴訟上抵銷：

- 1.訴訟上抵銷係指當事人一方起訴請求他方為給付時，他方始於訴訟上利用其民法之抵銷權為防禦方法，主張抵銷以抗拒原告請求之情形。關於訴訟上抵銷權之法律性質，茲分述如下：
- (1)私法行為說：  
主張本說者認為訴訟上抵之行為在性質上亦屬於民法上抵銷之法律行為，不因其於訴訟程序上行使而易其性質，亦即在訴訟上行使抵銷時，同時兼具民法上行使抵銷權之意思表示與訴訟上主張抵銷之性質。
- (2)訴訟行為說：  
本說認為訴訟上抵銷純為民事訴訟上之制度，被告於訴訟上向法院表示抵銷之訴訟行為，此種抵銷之訴訟行為須待法院為判決後始能發生消滅債權之抵銷效果。
- (3)折衷說：  
此見解認為訴訟上抵銷屬於雙重性質之行為，係私法行為與訴訟行為以外之第三種行為，必須同時具備實體法與訴訟法之要件，其欠缺其一全部不生效力。折衷說和私法行為說之差異在私法行為說允許實體法上之抵銷效果與訴訟上抵銷效果分開而各自獨立存在，兩者無互相依賴關係，但折衷說卻認為兩者不可分。
- 2.通說採折衷說，本文從之，本件乙在言詞辯論終結當日 104 年 1 月 15 日提訴訟上抵銷，但其未適時提出使法院認為失權而未審理，是以，該訴訟上抵銷要件不備，按前開折衷說，不生訴訟上抵銷與實體法之抵銷之效果，是以，該抵銷權仍屬於基準時前未行使之形成權。
- 3.綜上，基準時前而未行使之抵銷權，縱使於基準時後，如前開所述，仍得再行使之，不受遮斷效所遮斷，是以，於本案言詞辯論終結後，乙於 104 年 1 月 20 日行使抵銷權後，仍得依強制執行法第 14 條第 1 項後段，提起債務人異議之訴，主張債務消滅。

二、何謂自由心證主義？何謂證明預斷禁止原則？對於法院的證據評價活動中有所謂窮盡原則，其意義何在？又法律審對於事實審之自由心證可否加以審查？其審查範圍內容為何？（25分）

試題評析	此題單純考觀念和記憶，子題較多，考生須注意一下各子題的份量分配，本題讓考生較苦惱之部分，應係何謂證據評價活動中之窮盡原則，該考點與104年政大法研民法組第二題考點相同，應為姜世明老師所出題。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第五回，甄台大編著，頁3、4。 2.《民事訴訟法下冊》頁42至73，一版，姜世明編著，新學林。

答：

- (一)按民事訴訟法(下稱本法)第 222 條第 1 項規定，法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。同條第 3 項亦規定，法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。此即所謂之自由心證主義，我國民事訴訟法之認事程序以之為原則。
- 1.其所謂全辯論意旨係指，於言詞辯論時所出現之一切資料、當事人之態度、證人法庭上活動狀況等；另法官之勘驗、鑑定或調查證據之結果，當事人或代理人之陳述態度，主張之更正、撤回自認等情況，提出攻擊防禦方法之時刻，皆為全辯論旨之內容。
- 2.而所謂調查證據之結果係指法院因調查證據方法所得一切證據資料及一切內容而言，包括證人所陳述證言之內容、文書之記載、勘驗所得之認識及勘驗人所提出之鑑定書及陳述等。
- 3.所謂論理法則，係指依立法意旨或法規之社會機能就法律事實所為價值判斷之法則而言。論理法則即為邏輯法則，本於人類知之作用，判斷事實真偽應遵循之法則。例如依證書之記載確定事實時，必須該證書之記載或由其記載當然推理之結果，與所確定之事實，在客觀上能相符合者，始足當之；若缺此符

合，即屬違背論理法則。

4.所謂經驗法則，係指由社會生活累積的經驗歸納所得之法則而言；凡日常生活所得之通常經驗及基於專門知識所得之特別經驗均屬之(最高法院 91 年台上字第 741 號判決同此意旨)。

(二)證明預斷禁止原則，係證據法上存在之重要法治國原則，即法院原則上僅能於所有被提出之證據被調查後，始能為證據評價，不能於調查證據之前，預先妄加評價。證明預斷禁止之要件包括，待證之事實主張應具證明必要性和證據聲請應合法。當事人提出證據聲請應就待證事實，以足以使法院得判斷其必要性之方式予以闡明，若法院以當事人之表明不足而欲駁回其證據聲請時，先行使闡明，配合法官闡明權之行使與適度公開之心證，固可部分緩和當事人為無限制地提出證據聲請。

(三)證據評價活動之窮盡原則，係謂法院應對於審理中出現所有客體加以審理，在審理時出現之事實與證據方法，法官不能依其喜好自行篩選何者先加以挑除，不可以因為對某證據方法存在評價困難及加以排除，而對於所有判決適合對於決定有所影響者，均應於判決理由中記載，尤其應無漏洞地對於證據評價過程都加以記載。

(四)法律審對於事實審之自由心證得以加以評價，理由如下：

1.本法第 467 條規定，上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。而違背法令係指判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。(本法第 468 條自有明文)

2.最高法院 97 年第 1 次民庭決議表示所謂違背法令，非以違背成文法為限；即判決違背成文法以外之法則，如論理法則、經驗法則、證據法則，仍應認第二審判決確定之事實違背法令，由此得知，實務見解認為第三審法律審對於事實審判決違背經驗法則或論理法則，亦得加以審查。

(五)針對第三審審查範圍之部分，然有學者認為經驗法則與事實判斷如影隨形，事實判斷為事實審法院判斷之範圍，非屬於第三審審判範圍，如將一切之經驗法則有違背為理由，許為第三審上訴，即無異一切之事實均得上訴第三審。是以，第三審對於經驗法則之審判範圍應有其界限，對此有認為第三審之審查範圍，除非有違反恣意裁判或違反證明度之問題，應不及於對於經驗法則之個案上證據價值之評價問題。

三、檢察官起訴甲殺人，審判長即指定律師S為甲辯護。審理終結，法院判處甲殺人罪刑。甲不服，未經律師S及其他律師指導，即自行書寫上訴理由，提起第二審上訴。上訴理由指摘第一審法院所採信之證人乙，與甲有宿仇，其證言不能採信。檢察官未提起上訴。第二審法院以縱然捨棄證人乙之證言，法院依其他證據，仍足以認定甲殺人罪責，因而以甲未敘述具體上訴理由而駁回甲第二審上訴。試問第二審法院駁回上訴之合法性。(25分)

試題評析	本題涉及上訴二審之「具體理由」應如何解釋之爭議。就此問題，其實從民國96年增訂我國增訂第361條第2項之規定後，實務見解以及學者文章對此之討論相當熱烈，在研究所與國考上也都有命題的紀錄。考生在回答上，只要能掌握住嚴格及寬鬆見解之差異，以及實務上所發展出來之強制辯護案件辯護人有代撰上訴理由之理論基礎，回答上並不困難。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第八回，黎台大編撰，頁31-43。

答：

第二審法院駁回上訴之程序不合法，理由分述如下：

(一)具體理由判斷

1.為防止空白上訴之弊病，我國刑事訴訟法於民國 96 年增訂上訴二審應敘述「具體理由」之規定，倘未敘述理由，或書狀內容非屬具體理由者，應分別由原審法院裁定駁回及第二審法院判決駁回之。是故，「具體理由」之解釋，將直接影響上訴之合法性，對於當事人間，咸屬至關重要之事。

2.我國實務針對具體理由之闡釋，向來有嚴格及寬鬆兩類不同之見解：

(1)嚴格見解(最高法院104台上字第390號判決)

所謂具體理由，必係依據卷內既有訴訟資料或提出新事證，指摘或表明第一審判決有何採證認事、用法或量刑等足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由，始克當之（例如：依憑證據法則具體指出所採證據何以不具證據能力，或依憑卷證資料，明確指出所為證據證明力之判斷如何違背經驗、論理法則）；倘僅泛言原判決認定事實錯誤、違背法令、量刑失之過重或輕縱，而未依上揭意旨指出具體事由，或形式上雖已指出具體事由，然該事由縱使屬實，亦不足以認為原判決有何不當或違法者（例如：對不具有調查必要性之證據，法院未依聲請調查亦未說明理由，或援用證據不

當，但除去該證據仍應為同一事實之認定），皆難謂係具體理由。

(2)寬鬆見解(最高法院103台上字第1003號判決)

謂「應敘述具體理由」，係指須就不服判決之理由為具體之敘述而非空泛之指摘而言。又我國刑事訴訟法之第二審係採覆審制，就被告案件經上訴之部分，為完全重複之審理，關於事實認定、證據調查及法律適用，與第一審同其職權，不受第一審判決之拘束，且須就其調查證據之結果，本於確信之心證而認定事實及適用法律，非僅依第一審判決基礎之資料，加以覆核而已，與第三審採法律審之情形不同。故刑事訴訟法第361條第2項所規定之「應敘述具體理由」，與同法第377條規定，第三審上訴「非以判決違背法令為理由，不得為之」者，尚屬有間，不能等同視之。從而提起第二審上訴，如上訴理由僅泛稱原判決認事用法不當或採證違法、判決不公等，固非屬具體理由，倘就所主張第一審判決有違法或不當之情形，已舉出該案相關之具體事由足為其理由之所憑，即不能認係徒托空言或漫事指摘，縱其所舉理由經調查結果並非可採，要屬上訴有無理由之範疇，尚難遽謂未敘述具體理由。

3. 本案中，甲主張證人之憑信性不足作為上訴理由，若依嚴格見解，雖甲形式上已指出具體事由，然該事由縱使屬實，法院依其他證據，仍足以認定甲殺人罪責，故非屬具體理由；惟按寬鬆之見解，因本案甲已指摘相關之具體事實作為其上訴所憑，即應認符合具體理由之要求。是本案若採實務上寬鬆見解，則第二審法院自不能逕以甲未敘述具體上訴理由而駁回甲之上訴，否則，該判決即有違誤。

(二)被告未經辯護人協助即自行提出上訴理由，法院不得逕予駁回

1. 退步言之，縱採取嚴格見解，本案第二審法院之駁回上訴判決亦不合法。蓋本案所涉之罪屬強制辯護案件，依實務見解(最高法院 99 台上字第 4700 號判決)，為保障強制辯護案件之被告受實質有效辯護之旨，當被告對於不利之判決聲明不服，而提起第二審上訴程序中，併有受原審辯護人協助具體指摘原判決有何不當或違法之權利。此為憲法保障被告獲得辯護人充分完足協助之防禦權核心內涵。故個案中倘被告未及經第一審辯護人之協助已自行提出上訴理由，但囿於專業法律知識或智能之不足，致未能為契合法定具體理由之完足陳述時，基於被告有受憲法保障其實質獲得辯護人充分完足協助之防禦權之權能，第二審法院於駁回其上訴前應先命其為補正。

2. 亦即，第二審法院應於裁定補正之當事人欄內併列第一審之辯護人，俾促其注意協助被告提出合法之上訴書狀，以恪盡第一審辯護人之職責，並藉以曉諭被告得向第一審之辯護人請求協助之目的。如此始符合強制辯護之旨。

3. 準此，即便本案法院係採取嚴格見解而認為甲上訴不符具體理由，第二審法院亦不能逕行判決駁回。法院仍應先命甲補正，並於裁定補正之通知上，併列律師 S，使其注意並協助被告甲撰寫上訴理由。故本案第二審法院未先命補正而駁回甲之上訴，難謂適法。

四、甲因重傷罪，經第三審法院駁回第二審上訴而確定。其後，檢察總長發現，本案第二審法院合議庭之法官R有應迴避事由而未迴避，仍然參與本案審理與判決，因而以原判決訴訟程序違背法令而提起非常上訴。非常上訴法院則以無理由駁回。試論述非常上訴法院判決之合法性。(25分)

試題評析	本題涉及非常上訴與最高法院97年第4次刑庭決議之適用問題。本例中有關法官應迴避而未迴避的情況，屬於刑事訴訟法第379條第2款之判決當然違背法令事由。不過，考生要特別注意到，依實務目前的區分，本款雖屬判決當然違背法令，不過在本質上其仍屬訴訟程序違法而已，是否得提起非常上訴救濟，必須通過足以影響判決之檢驗。此外，因最高法院97年第4次刑庭決議將非常上訴改為便宜主義，故縱使足以影響判決，仍未必當然可以提起非常上訴，此點須多加留意。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第八回，黎台大編撰，頁133-137。

答：

非常上訴法院判決合法，理由茲分述如下：

(一)非常上訴制度與通常救濟程序之差異：

非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決，或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告；此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同；兩者之間，應有明確之區隔。

(二)非常上訴採取便宜主義，應考量是否有提起非常上訴之必要性：

刑事訴訟法(下同)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，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(最高法院 97 年第 4 次刑庭決議參照)。

(三)法官應迴避而未迴避，屬訴訟程序違背法令：

按第 17 條之規定，法官於該管案件有 1 至 8 款情形者，應自行迴避。倘未自行迴避者，屬第 379 條第 2 款判決當然違背法令事由。然實務上認為，該款雖屬判決當然違背法令，惟本質上仍屬訴訟程序違法(最高法院 41 台非 47 例)。故檢察總長倘欲以本款事由提起非常上訴，依實務見解，仍應先審查是否足以影響判決(最高法院 29 年 2 月 22 日刑庭決議)。

(四)訴訟程序違背法令事由，與統一解釋法令無關；且個案中非不利於被告，無提起非常上訴之必要：

- 1.本案所涉及訴訟程序違法事由，為刑事訴訟法第 17 條、第 379 條第 2 款所明定。並經最高法院著有諸多判例、判決闡述綦詳，業無爭議。於法律見解之統一，欠缺原則上之重要性，難認有提起非常上訴之必要性(最高法院 99 台非字第 182 號判決參照)。
- 2.再者，法官 R 有應迴避事由而未迴避，依實務見解，多認此項訴訟程序違背法令事由，對於被告犯行所為認定事實及適用法律之職權行使，不生影響。亦即，該違法顯然不足以動搖原判決此部分所認定之事實，對被告自難認有不利可言。據此於客觀上亦難認有藉非常上訴程序予以救濟之必要性(最高法院 99 台非字第 182 號判決、100 台非字第 370 號判決參照)。
- 3.綜上，本件非常上訴之提起，因不合於 97 年第 4 次刑庭決議後所建立之裁量許可制之要件，最高法院自得認定個案中無提起非常上訴之必要性，判決駁回該非常上訴之聲請，最高法院之判決應屬適法。

高  
上

【版權所有，重製必究！】