

## 【法制】

## 《民事訴訟法與刑事訴訟法》

## 試題評析

## 【民事訴訟法】

第一題為基本概念之測驗，同學僅需熟悉條文之歸屬即可從容應付。

第二題的出題手法十分精緻，可深可淺，可充分看出考生訴訟法程度的深淺高低，考場上答案要寫得完整並非易事，同學需特別留意。

## 【刑事訴訟法部分】

本次試題爭點明確，亦為近來實務案例討論的焦點，只要稍有留意時事與實務上爭議，很有可能在應試時對於考題發出會心的一笑。第三題乃最近江湖上流傳的「北SOGO、南泰安」刑事訴訟爭議中的「南泰安」一案，由於「北SOGO」一案另涉政治問題，不會成為考題是當然爾。至於「南泰安」一案，實際案例發展至今主要卡在管轄權的爭議上，只要對學說有一定的熟悉度，不難將此問題迎刃而解。第四題則是有關傳聞證人的考題，也是屬於近來的重要爭議，解題上應不致有困擾產生才對。最後，有關江湖上對此二題目事前的預測與解析，可參考：

1. 洪政大，刑事訴訟法大綱式講義（2006年7月版）第一回，頁37、39。
2. 洪政大，刑事訴訟法大綱式講義（2006年7月版）第二回，頁27、28。
3. 洪政大，2006刑事訴訟法總複習講義（2006年刑事訴訟法實務與學說見解分析），頁41、42，百分之百命中本次考試第三題。
4. 洪政大，2006刑事訴訟法總複習講義（2006年刑事訴訟法實務與學說見解分析），頁22以下，百分之百命中本次考試第四題。

一、兩造當事人或一造當事人於言詞辯論期日不到場，法院應如何進行審理？試簡述之。（25分）

## 【答題關鍵】

主要為「一造辯論判決」、「擬制合意停止訴訟程序」之相關規定，再輔以相關修法之規定即可。

答：

當事人於言詞辯論期日未到場，其審理模式大可分為下列數種情形：

(一)如為一造當事人於言詞辯論期日未到場之情形：

1. 依我國民事訴訟法§385之規定：「言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決；不到場之當事人，經再次通知而仍不到場者，並得依職權由一造辯論而為判決。前項規定，於訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，言詞辯論期日，共同訴訟人中一人到場時，亦適用之。如以前已為辯論或證據調查或未到場人有準備書狀之陳述者，為前項判決時，應斟酌之；未到場人以前聲明證據，其必要者，並應調查之。」然同法§386又有例外之規定：「有下列各款情形之一者，法院應以裁定駁回前條聲請，並延展辯論期日：一、不到場之當事人未於相當時期受合法之通知者。二、當事人之不到場，可認為係因天災或其他正當理由者。三、到場之當事人於法院應依職權調查之事項，不能為必要之證明者。四、到場之當事人所提出之聲明、事實或證據，未於相當時期通知他造者」。
2. 再者，同法§387規定：「當事人於辯論期日到場不為辯論者，視同不到場。」此外，同法§280規定：「當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。當事人對於他造主張之事實，為不知或不記憶之陳述者，應否視同自認，由法院審酌情形斷定之。當事人對於他造主張之事實，已於相當時期受合法之通知，而於言詞辯論期日不到場，亦未提出準備書狀爭執者，準用第一項之規定。但不到場之當事人係依公示送達通知者，不在此限。」

(二)如為兩造當事人於言詞辯論期日均未到場之情形：

依同法§191：「當事人兩造無正當理由遲誤言詞辯論期日者，除別有規定外，視為合意停止訴訟程序。如於四個月內不續行訴訟者，視為撤回其訴或上訴。前項訴訟程序停止間，法院於認為必要時，得依職權續

行訴訟，如無正當理由兩造仍遲誤不到者，視為撤回其訴或上訴。」蓋民事訴訟，係以保護當事人利益為主，故訴訟程序之進行，應以當事人之意思為主，而訴訟程序停止之效力，依同法§189第二項規定觀之：「前條規定，除第一項但書外，於合意停止訴訟程序準用之。」又同法§188第一項規定：「訴訟程序當然或裁定停止間，法院及當事人不得為關於本案之訴訟行為。」是以，當事人在訴訟程序停止間，不得為關於本案之訴訟行為，如仍為之，應歸無效，例如訴訟程序中斷間提起上訴。然此訴訟行為，僅係對於相對人無效，而非絕對之無效，故相對人若不主張無效，則保有其效力，例如相對人於上訴之辯論日期到案，不責問上訴之無效是也。此外，若當事人之訴訟行為，於本案無涉，則其行為自屬有效。

二、X對Y雖有買賣價金債權一五〇萬元，但X於起訴狀上僅請求Y交付一二〇萬元買賣價金，於第一審亦獲得勝訴的判決。Y不服該判決而向第二審法院提起上訴。問X得否於第二審以附帶上訴的方式，請求Y應交付一五〇萬元？請申訴其理由。（25分）

**【答題關鍵】**

題目裡雖以附帶上訴之方式問之，其實隱含「一部請求」以及「二審中訴之變更或追加之規定」，是以三者於法規之規定、彼此間之關係、及相關學說之爭議所在..等均須有所著墨，方能獲取高分。

答：

本題中X於起訴時僅請求Y交付一二〇萬元買賣價金，於第一審亦獲得勝訴的判決，其於第二審得否以附帶上訴的方式，使Y除應交付原起訴所請求之一二〇萬元，而於二審中改請求Y應交付一五〇萬元？就此，應視「附帶上訴」之意義及性質應屬何者為定，依我國民事訴訟法§460 I：被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。而「附帶上訴」即係指當事人一方提起上訴時，被上訴人一造於言詞辯論終結前所為請求廢棄變更第一審判決聲明，附帶於上訴人之上訴程序將其聲明一併提起上級審審判，其目的在於使當事人兩造獲得平等保障，並減輕濫行上訴。然其性質於學說上卻有不同之認定，試分述如下：

(一)學者認為，附帶上訴並非上訴，而係一排除上訴人「不利益變更禁止」之手段。蓋上訴人受到上訴不可分原則與不利益變更禁止之保護；為維持雙方當事人之均衡，乃允許被上訴人得專為訴之變更、追加或反訴而提起附帶上訴。故附帶上訴，係被上訴人請求較第一審更有利於己判決之攻擊聲明，使被上訴人得藉此擴張第二審審判之範圍。此外，從被上訴人於自己之上訴權消滅後，只要在言詞辯論終結前，仍得聲明附帶上訴；此點觀之，即可知附帶上訴其非上訴。是以，當事人不須具有上訴利益即可為之，亦即縱使該當事人於原審為全部勝訴之情形，亦得為附帶上訴。於此見解下，本題中X於原審時其一二〇萬元之請求雖獲得全部勝訴的判決，其於第二審仍得以附帶上訴的方式，請求Y應交付一五〇萬元。

(二)惟另有學說及實務見解認為，「附帶上訴」應為上訴之一種，亦即須具有上訴利益者，始得提起附帶上訴。是以，僅在雙方當事人一部勝訴，一部敗訴之下，方有附帶上訴之可能；全部勝訴之當事人一造，因不具上訴利益，而無法提起附帶上訴。如最高法院41年台上763例即認：「第二審附帶上訴，為當事人對於所受不利益之第一審終局判決聲明不服之方法，在第一審受勝訴判決之當事人，自無許其提起附帶上訴之理。」於此見解下，本題中X於原審時其一二〇萬元之請求，既已獲得全部勝訴的判決，即不具有上訴利益，是以，其於第二審時即不得以附帶上訴的方式，請求Y應交付一五〇萬元。

(三)然而，上開見解雖認本題之情形於第二審時即不得以附帶上訴的方式，請求Y應交付一五〇萬元，但於我國法制下，於第二審欲為訴之變更、追加、或反訴，只需符合§446之規定者，縱非上訴人亦得為之，並無須藉附帶上訴之方式行之。是以本案中，X對Y雖有買賣價金債權一五〇萬元，但X於起訴時僅請求Y交付一二〇萬元，於第二審時又擬請求Y應交付一五〇萬元，此時即已構成「一部訴求（一部請求）」之概念，一部訴求係指原告就其對被告之債權僅為部分之請求，並就殘餘額部分，不擬放棄其權利。此種請求方式應否准許，仍有不同之見解：

- 1.如採一部請求之肯定說：即認為在處分權主義下，當事人之私法上債權本可分割行使，故於訴訟上亦可將訴訟標的分割行使；是以，訴訟標的僅為其所分割請求之一部債權，此後倘就餘額再於同訴訟程序中請求，即構成「訴之追加」。
- 2.如採一部請求之否定說：則基於考量倘准許一權利於訴訟上分割行使，則可能增加被告應訴之煩，且有違紛爭解決一次性，亦忽視訴訟集團現象，並使法院負擔加重。因此認為債權在訴訟上不可分割行使，其訴訟標的為債權主張之全部，但經原告以聲明劃定給付判決之最高額就餘額於同訴請求，則為「聲明之擴張」。

(四)是以，本文中X得否於第二審為如此之請求，即應回歸§446之規定判斷之。依466 I之規定：「訴之變更或

追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。」又255 I 規定：「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：擴張或減縮應受判決事項之聲明者。」是以，X上訴第二審聲明，雖已逾第一審起訴聲明，仍得為「擴張訴之聲明」，蓋此時可以利用原訴訟資料或證據資料而為判斷，於對造之審級利益及防禦權之保障並無重大影響，且可擴大訴訟制度解決紛爭之功能，避免當事人就同一訴訟資料另行起訴，而浪費法院及當事人之勞力時間費用。

三、居住於A地之被告甲，於B地犯竊盜罪，經C地檢察官傳喚到案，詢問後認其有羈押之原因與必要，乃當庭諭令逮捕，而向C地法院聲請羈押被告甲，經法院詢問後，准予檢察官之聲請，裁定羈押被告甲。經被告甲提出抗告，試問抗告法院對於C地法院之裁定，應如何處理？（25分）

答：

若甲提出之抗告合於法律上之程式，則抗告法院認為抗告無理由者，應以裁定駁回；抗告有理由者，應以裁定將原裁定撤銷，於有必要時，並自為裁定（刑事訴訟法第411、412、413條）。按檢察官羈押之聲請，應向有管轄權之法院為之。而對於被告甲所犯之竊盜案件，應由犯罪地、被告之住所、居所或所在地之法院管轄（刑事訴訟法第5條），今被告甲居住於A地，犯罪地則在B地，C地乃其因檢察官傳喚後人身所在之處所。因此，C地地方法院能否因被告甲「所在地」之連繫因素取得管轄權，值得檢討。

按憲法第8條的規定，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，國家機關依所依據之程序，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，方符人身自由保障之意旨（釋字384號、523號）。刑事訴訟法管轄之劃分，涉及被告人身自由與防禦權之保障，其解釋自不得逸脫法治國原則。雖然被告甲於檢察官聲押時所在地為C地，但是基於以下三點理由，應認為C地地方法院無管轄權：

(一)有關管轄權之決定，解釋上並不是一有連繫因素之一該地方法院即取得管轄權，而應該要依照條文所列「犯罪地」、「住所地」、「居所地」、「所在地」之順序來決定；換言之，本案應優先以被告犯罪地即B地為管轄法院。

(二)德國法上有所謂「法定法官原則」，亦即對於管轄的問題，須有法律的事前明確規定，以避免司法行政「以操縱由何人審判的方式來操縱審判結果」。學者據此主張，若是國家機關以強制力移動被告時，仍能依此使被告所在地的地方法院取得管轄權，則國家機關就可能以此方式決定某個案子由某個法院管轄，違反法定法官原則。所以，凡是國家強制力介入者，例如被告的逮捕地、羈押地，解釋上都不能說是被告「所在地」。今被告甲乃因檢察官傳喚到場，其後經檢察官依照第228條第4項但書於C地逮捕，按照該學說的說法，解釋上C地即非被告所在地，否則國家機關就可能藉由不同地方的偵查機關傳喚後的逮捕，實質上架空刑事訴訟法第5條法律的事前明確規定。因此檢察官向C地地方法院聲押，牴觸法定法官原則。

(三)被告的住所地與居所地法院之所以有管轄權，乃是考量「以原就被」原則，亦即為了避免原告對被告的濫訴造成應訴上的不利。也就是說，被告對自己的住所地與居所地生活空間知之最稔，若到此一範圍外應訴，難免造成防禦上的不利，並使其聘請之律師亦可能難以施展，實質上影響到被告的防禦權與律師權。因此本案使C地地方法院管轄，難免侵害到被告的防禦權與律師權。

綜上所述，若被告甲提出C地地方法院無管轄權之抗辯，應認為甲抗告有理由，抗告法院應以裁定將原裁定撤銷，於有必要時，並自為裁定。

四、甲親眼目睹行為人A犯搶奪罪之經過，將其所見所聞告訴乙。嗣後A被檢察官起訴，法院審判程序中，傳喚乙出庭作證，並命乙具結，經詰問程序後，法官徵詢當事人對於乙之供述是否有意見，檢察官與被告A均表示對乙之陳述無異議。法院乃將乙之證言列為事實認定之證據，並判決被告有罪。試問法院判決有無違誤？申論之。（25分）

答：

按依刑事訴訟法（以下同）第154條第2項、第155條第2項規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。又現行刑事訴訟法採取傳聞法則，亦即採取將傳聞證據排除的法則。依第159條第1項規定，被告以外之人於審判外的言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。

甲為犯罪案件的目擊證人，其將見聞於審判外告知乙，由乙於審判庭上轉述甲所目擊的一切時，乙為傳聞

證人，亦即乙乃並未親身經歷，僅為間接轉述他人所見所聞之供述者。在傳聞法則的規定下，乙的證詞原則上無證據能力。此外，原始證人甲無任何不能到庭的事由，且由於我國法傳聞例外的規定或以司法程序的訊（詢）問主體為規範對象，因此陳述人（本例的甲）向不具法官、檢察官、司法警察身分之人（本例的乙）所為的審判外陳述，無從依第159之一至之三的例外規定取得證據能力。縱然審判時法院已命乙出庭作證、具結、接受詰問，上述推論亦無不同。因為乙所轉述者，為目擊證人甲的見聞，根本無法藉由具結與詰問來確保甲見聞的真實性。至於第一五九條之五所規定的同意法則中的默示同意，「當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意」，解釋上被告A是否果真是因「知」有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議，已不無疑問；更何況A並無辯護人在場，故應該認為法院對於A默示同意的認定是有問題的。在傳聞法則的要求下，法院應傳喚目擊證人甲於審判庭上作證，命具結接受詰問。

另一方面，若從直接審理原則來處理傳聞證人的問題，可能會有不同的推論。也就是說，直接審理原則並不概括禁止傳聞證人，因為本例的傳聞證人乙也是親自而且直接聽聞甲的陳述，因此乙的陳述在直接審理原則下似有證據能力。只是若法院僅傳喚傳聞證人乙而不傳喚原始的目擊證人甲，仍會構成澄清義務的違反。純粹就法院應該傳喚原始證人甲的結論來說，直接審理原則與傳聞法則並無不同。

綜據上述，法院於本例中使用無證據能力之傳聞證人的證詞作為被告有罪的認定基礎，違反證據裁判原則，法院未傳喚甲作為證人，構成第379條第10款應於審判期日調查之證據而未予調查之當然違背法令。