

# 《民事訴訟法概要與刑事訴訟法概要》

一、出租人甲向承租人乙表示終止租賃契約之意思後，訴請乙遷讓房屋，惟乙置之不理，故甲起訴請求乙及其連帶保證人丙連帶給付所欠租金新臺幣（下同）10萬元，暨自民國105年8月1日起至遷讓房屋之日止，每月賠償損害金5萬元。在訴訟程序中，甲於乙為本案之言詞辯論後、丙為本案之言詞辯論前，向法院撤回對丙之訴訟，並就對乙請求之損害金額減少為每月3萬元，試附理由回答下列問題：

(一)甲向法院撤回對丙之訴訟，是否應得丙之同意？甲將來是否得再對丙提告？甲對乙請求之損害金額減少為每月3萬元，是否應得乙之同意？（15分）

(二)乙於訴訟中以甲欠其價金8萬元主張抵銷，若此案判決確定後，其既判力之範圍為何？（10分）

命題意旨	第一小題之部分，題目設計稍嫌複雜且蘊藏許多爭點，主要重點在於測驗同學對於「訴之撤回」相關條文有無清楚正確之認識；第二小題，則為抵銷抗辯屬於判決理由中例外產生「既判力」此一爭點，重要性亦相當高。
答題關鍵	第一小題，同學在討論訴之撤回之效力時，首先應確認乙、丙間究屬於何種「共同訴訟」之類型，此雖非本題之答案，但卻是解題之基礎、前提，請先加以討論；第二小題，題目設問所給之資訊有些不足且不甚清楚，但應係討論抵銷抗辯如何發生既判力及發生既判力之範圍為何。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編撰，頁43-46。 2.《高點民事訴訟法講義》第五回，呂律師編撰，頁57-58。 3.《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編撰，頁62以下。

## 【擬答】

本題涉及訴之撤回之要件及效力與抵銷抗辯例外產生既判力等相關爭議，分述如下：

(一)甲向法院撤回對丙之訴訟，無須得丙同意，且將來可再對丙提告；甲將對乙之損害賠償請求縮減為每月三萬元，無須得乙同意：

1.甲向法院撤回對丙之訴訟，無須得丙同意：

(1)按民事訴訟法(下稱本法)第262條第1項本文規定：「原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。」故可知原告原則上得隨時撤回起訴；惟倘若被告已為本案之言詞辯論後，其亦有受本案判決確定私權之利益，若許原告得任意撤回，即無法保護被告之利益且尚有令被告再受訴之風險，故同項但書規定：「但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。」以平衡雙方之利益。

(2)依題示，本題甲欲撤回對丙之訴訟，而丙尚未為本案言詞辯論，則似乎無上開條文但書之規定適用，亦即甲此時撤回訴訟無須得丙同意。惟查本題被告除丙外尚有乙，而乙已為本案之言詞辯論，則甲欲撤回對丙之訴訟，是否即應得乙之同意，即涉及乙、丙間究屬於何種共同訴訟類型。

(3)查本題乙、丙屬於連帶保證關係，而所謂「連帶保證」，係指保證人與主債務人連帶負清償責任之保證契約，因連帶保證人與主債務人負連帶責任，故於主債務人不依約履行債務時，債權人得無須先對主債務人訴追，即可直接向連帶保證人請求履行全部債務，亦即連帶保證人並無先訴抗辯權（參照民法第272條及第273條）。由是可知，乙、丙即屬於連帶債務人為共同被告之情形，其屬於何種共同訴訟類型，學說實務向有不同見解。有認為依民法第275條規定，連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益，亦生效力，故屬於類似必要共同訴訟；惟多數說認為民法第275條並非既判力擴張之規範，故連帶債務仍應屬於普通共同訴訟，本文採之。

(4)承前說明，乙、丙間既屬於普通共同訴訟之關係，則依本法第55條之獨立原則，甲對丙之撤回訴訟，對乙不生影響，既不須得乙同意亦不須得丙同意。反之，倘若今被告數人為必要共同訴訟，則僅被告中一人為本案之言詞辯論，其同意權之行使即須得全體被告之同意。

2.甲將來可再對丙提告：

訴經撤回者，視同未起訴。但反訴不因本訴撤回而失效力。於本案經終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴，本法第263條參照。職是，甲撤回對丙之起訴後，既視同未起訴，則日後自可再對丙提告，而不受一事不再理之限制，且本題丙既尚未為本案言詞辯論，更可知本案尚無終局判決，甲亦不受本條第2

項之限制。

3. 甲將對乙之損害賠償請求縮減為每月三萬元，亦無須得乙同意：

查本題甲原先起訴乙之損害賠償請求為每月五萬元，其後欲將其減縮為每月三萬元，核其性質應屬於本法第 255 條第 1 項第 3 款之「擴張或減縮應受判決事項之聲明者」中之減縮訴之聲明。因此際甲僅為單純之聲明減縮(從每月五萬元減至三萬元)，而未變動訴訟標的，故可直接依本款規定，其聲明之減縮無須得乙同意。反之，倘若今甲於減縮聲明後即不再請求損害賠償之部分而僅請求積欠之租金，因此際已涉及訴訟標的之變動，即等同於甲將損害賠償之部分撤回，則因乙已為本案言詞辯論，故甲仍應得其同意始得為之。

(二) 乙主張之抵銷抗辯八萬元將發生既判力：

1. 抵銷之抗辯發生既判力之要件：

既判力之客觀範圍，原則上僅及於判決主文發生，惟例外情形「抵銷抗辯」，本法第 400 條第 2 項規定，主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力。是以，抵銷抗辯欲發生既判力，首先須以原告本案請求成立為前提，且須以該抵銷抗辯債權之存否曾經法院實體判斷為必要，而以被告「主張抵銷之額」為限，始生既判力。

2. 甲之本案請求不論有無理由，皆生既判力；乙之抵銷抗辯，若符合上開要件，亦將產生既判力：

原告甲之部分，其本案請求不論最終法院認定有無理由，於判決確定後，皆生既判力，應無疑問；而乙之八萬元抵銷抗辯部分，倘若法院就該抵銷抗辯債權之存否曾經實體判斷且認為適合抵銷，則依前揭條文規定，於乙主張之額(即八萬元)為限，發生既判力。

3. 小結：

綜上，本題乙主張之抵銷抗辯八萬元將發生既判力。

二、原告甲將其所有 A 屋租與被告乙，租期屆滿，乙拒返還 A 屋，甲乃根據所有權所生之物上請求權或租賃關係消滅後之租賃物返還請求權，訴請法院擇一訴訟標的，判令乙返還 A 屋。試附理由回答下列問題：

(一) 依傳統訴訟標的理論，甲之訴訟應屬於何種訴之合併？如法院認甲之訴訟其中一請求合法且有理由者，應如何判決？既判力範圍為何？(15 分)

(二) 關於雙方是否存有租賃關係之事實，應由何方負舉證責任？(10 分)

命題意旨	本題第一小題旨在測驗考生對於「訴之客觀合併」之類型是否有清楚之認識，第二小題則為單純之舉證責任分配之題型。
答題關鍵	第一小題之部分，出題老師已經言明採取傳統(舊)訴訟標的理論之前提下，則同學應可判斷出本題屬於所謂「選擇合併」之類型，並進一步針對題目之設問作答；第二小題則是傳統之舉證責任分配考題，並未考出特殊之類型，故依通說之舉證責任分配標準回答即可。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第四回，呂律師編撰，頁 15-16。 2. 《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編撰，頁 15-22。

### 【擬答】

本題涉及訴之客觀合併中之選擇合併及舉證責任分配等相關考點，茲論證如後：

(一) 依傳統訴訟標的理論，本題甲之訴訟類型屬於選擇合併：

1. 選擇合併之意義：

傳統見解下之選擇合併係指原告以單一聲明，主張數項訴訟標的，而數項訴訟標的之請求目的相同，然原告並非請求法院就該數項訴訟標的均為裁判，而僅請求法院選擇其中一訴訟標的為其勝訴判決。須注意者為，此種客觀合併型態，若依新訴訟標的理論，因此時原告聲明單一，法律上地位即屬單一，各實體法上之請求權或形成權僅構成攻擊防禦方法而已，並無訴訟標的複數而形成合併之情形存在。由是可知，此種選擇合併之型態，僅於傳統(舊)訴訟標的理論之架構下，始有存在之可能。

2. 本題甲之訴訟類型屬於選擇合併；若法院認甲之其中一請求合法有理由時，即應為其勝訴判決：

查本題依傳統訴訟標的理論，甲之訴訟標的為物上請求權及租賃物返還請求權，訴訟標的為複數，訴之聲明則為單一(請求乙返還 A 屋)，並請求法院擇一訴訟標的為其勝訴判決。承上說明即可知，本題甲之訴訟類型應屬於「選擇合併」。又，選擇合併審理時，倘法院認其中任一請求為有理由時，就其餘之請求即不必裁判，判決主文應依原告應受判決事項之聲明為原告勝訴之記載，須待原告全部之訴訟標的主張皆無理由時，方得於主文中為原告敗訴之裁判。準此，倘若本題法院認甲之其中一請求合法有理由時，即應為其

勝訴之判決，且此時該判決性質上為全部判決，而可終結該審級。

3. 甲勝訴時，既判力範圍僅及於主文中所採為勝訴判決依據之訴訟標的：

選擇合併之既判力範圍如何，應區分原告勝訴及原告敗訴兩種情形。前者之情形，僅就主文中採為勝訴判決依據之訴訟標的產生既判力；後者之情形，全部之請求皆發生既判力，蓋法院判決原告敗訴時，必已就全部請求皆審理且認為無理由後始為敗訴判決，故自應對全部請求皆生既判力。是以，因本題甲獲勝訴判決，則其既判力範圍僅及於主文中所採為勝訴判決依據之訴訟標的。

(二) 本題關於雙方是否存有租賃關係之事實，應由甲負舉證責任：

1. 舉證責任分配之標準：

按民事訴訟法第 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。此即為我國民事訴訟中舉證責任分配之明文依據。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。

2. 本題雙方是否存有租賃關係之事實屬於權利發生要件事實，應由主張權利存在之人甲負舉證責任：

按本題「雙方是否存有租賃關係之事實」此一待證事實，應屬於租賃物返還請求權之構成要件之一，蓋必甲、乙間存有租賃關係在先，甲始得於租賃關係消滅後向乙主張租賃物返還請求權。由是可知，依上開規範說之見解操作，則本題雙方是否存有租賃關係之事實屬於權利發生要件事實，即應由主張權利存在之人甲對此一事實負舉證責任。

3. 小結：

綜上，本題關於雙方是否存有租賃關係之事實，應由甲負舉證責任。

三、審判筆錄是由書記官所製作，具有一定刑事訴訟法效力的文書。設有被告某甲認為其在第一審審判期日中，所為之重要陳述，漏未記載在審判筆錄，在審理的審判期日進行中與審判期日結束後，也允許甲有一定請求權利。試從刑事訴訟法規定，詳述審判筆錄的效力。又就審判筆錄漏未記載一事，甲可向法院為如何之請求？法院對甲之請求，應如何處理？（25 分）

命題意旨	審判筆錄之製作與效力。
答題關鍵	除引用法條外，特別注意審判筆錄之效力的論述。
考點命中	《刑事訴訟法（下）重點整理》，高點文化出版，2016 年 8 月，王子鳴律師編著，頁 4-1-11 以下。

【擬答】

(一) 審判筆錄之製作與效力：

- 依刑事訴訟法（下同）第 47 條規定：「審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證。」一般稱為審判筆錄的絕對證明力。
- 因此，關於審判期日訴訟程序如何踐行產生爭執時，例如：原審之法庭是否公開、是否給予被告最後陳述意見之機會（第 290 條）等，即非取決於上級審之自由心證，而是依原審審判筆錄之記載認定。乃為訴訟經濟，免除上級審自由證明的調查程序。
- 惟訴訟經濟並非唯一考量，審判筆錄之證明力亦非無窮無盡。如審判筆錄未經法官或書記官依法署名，或記載不明、矛盾、明顯缺漏，以致於無從專以審判筆錄為斷時，當無由依第 47 條規定「專以審判筆錄為證」。

(二) 甲可向法院請求更正：

- 依第 44 條之 1 規定：「(第 1 項) 審判期日應全程錄音；必要時，並得全程錄影。(第 2 項) 當事人、代理人、辯護人或輔佐人如認為審判筆錄之記載有錯誤或遺漏者，得於次一期日前，其案件已辯論終結者，得於辯論終結後七日內，聲請法院定期播放審判期日錄音或錄影內容核對更正之。其經法院許可者，亦得於法院指定之期間內，依據審判期日之錄音或錄影內容，自行就有關被告、自訴人、證人、鑑定人或通譯之訊問及其陳述之事項轉譯為文書提出於法院。(第 3 項) 前項後段規定之文書，經書記官核對後，認為其記載適當者，得作為審判筆錄之附錄，並準用第四十八條之規定。」
- 據此，甲得於次一審判期日前或言詞辯論終結後七日內，聲請審判期日中之錄音核對更正。或經法院許可提出轉譯文書於法院，經書記官核對後，認為其記載適當者，得作為審判筆錄之附錄。

四、司法警察甲，報經檢察官許可聲請法院核發搜索票，載明案由與標的為「毒品案件之相關物證」，地點為乙的住家，經法院准許，持核發之搜索票，搜索乙住家，卻發現乙家中藏有非法制式手槍一把，未向法院聲請許可，即加以扣押並送交檢察官處理，試問此扣押是否合乎現行刑事訴訟法規定，請詳述之。(25分)

命題意旨	搜索票之記載與另案扣押。
答題關鍵	概括搜索票禁止原則及另案扣押之效力。
考點命中	1.《刑事訴訟法(上)重點整理》，高點文化出版，2016年8月，王子鳴律師編著，頁2-2-69以下。 2.《刑事訴訟法(上)重點整理》，高點文化出版，2016年8月，王子鳴律師編著，頁2-2-92以下。

### 【擬答】

(一)概括搜索票禁止原則：

- 依刑事訴訟法(下同)第128條第2項規定：「搜索票，應記載下列事項：一、案由。二、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載。三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。四、有效期間，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨。」
- 其第2款「應扣押之物」，必須事先加以合理的具體特定與明示，方符明確界定搜索之對象與範圍之要求，以避免搜索扣押被濫用，而違反一般性(或稱釣魚式)搜索之禁止原則或稱概括搜索票禁止原則。
- 本題中，搜索票記載：「毒品案件之相關物證」，應已明確界定搜索之對象與範圍限於「毒品案件」之要求，避免該搜索票遭濫用，勘認無違反概括搜索票禁止原則。

(二)另案扣押合法：

- 依第152條規定：「實施搜索或扣押時，發見另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。」故本題中雖該搜索票僅限於毒品案件之搜索扣押，惟就發現另案應扣押之非法制式手槍一把，得為另案扣押。
- 惟學理特別指出，另案扣押最大之問題，在於未有如同附帶扣押規定事後陳報(第137條第2項準用第131條第3項規定)，即未有事後審查機制。故學理認為應予類推適用；實務見解則認為，法院應在本案訴訟的審理上，依職權審查是否另案扣押合法(最高法院98年度台上字第786號判決)。

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！