

104 年公務人員高等考試三級考試試題

類科：法制

科目：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？

【擬答】：

- (一)乙就「其已於 102 年 7 月 5 日清償該借款」之抗辯已被本訴既判力所遮斷，不得以該事由就甲對乙之 300 萬元借款返還請求權利存在一事再事爭執：
 1. 既判力之時之範圍，係以「事實審言詞辯論終結時」作為其基準時點。據此，就「前訴基準時前已存在而得主張之攻防方法」，不論當事人「已、未主張(提出)」，原則上禁止當事人於同一訴訟標的之後訴中再行提出，此即既判力之遮斷(排除)效。蓋：當事人於前訴中就爭執之訴訟標的已被賦予提出攻防方法之機會，此為「事前程序保障」法理下之合理推論；同時亦係為避免對「法安定性」造成衝擊。
 2. 今本訴之事實審言詞辯論終結時為 104 年 1 月 15 日，則乙就「其已於 102 年 7 月 5 日清償該借款」之抗辯已被本訴既判力所遮斷，自不得以該事由就甲對乙之 300 萬元借款返還請求權利存在一事再事爭執。
- (二)乙就「其已於 102 年 9 月 7 日以其對甲之 500 萬元貨款債權對甲行使抵銷權」之主張亦為本訴既判力所遮斷，不得以此事由提起任何救濟程序：
 1. 若基準時前「已存在」之抵銷權確「已行使」，則理論上權利義務狀態應已生變動，此際即類如「權利已因清償而消滅」之抗辯，當事人理應將此事由反應於訴訟中；若該事由於基準時前「已存在而能主張卻未主張」，應無許當事人再事爭執之餘地。
 2. 故，乙就「其已於 102 年 9 月 7 日以其對甲之 500 萬元貨款債權對甲行使抵銷權」之主張亦應為本訴既判力所遮斷，不得以此事由提起任何救濟程序。
- (三)乙之訴訟上抵銷既未經法院實質審理判斷且其抵銷權亦等同尚未行使，自不生既判力，乙自得以此事由以「其已於 104 年 1 月 20 日以該貨款債權向甲行使抵銷權」為由，提起確認甲之借款債權不存在之訴或於執行中提起債務人異議之訴：

訴訟上抵銷以「曾經法院實質審理判斷」為將來發生既判力之前提。今法院係以乙「逾時提出」防禦方法為由而拒絕審酌，則乙對甲之貨款債權存否自未經法院實質審理判斷，且其抵銷權亦因法院之拒絕審酌而等同尚未行使，故自不生既判力。乙若主張「其已於 104 年 1 月 20 日以該貨款債權向甲行使抵銷權」，則自得以此基準時後所生事由提起確認甲之借款債權不存在之訴、或於執行中提起債務人異議之訴(強制執行法第 14 條第一項後段)。

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)

【擬答】：

(一)自由心證主義之概念、內涵、限制：

1. 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(民事訴訟法，下同，第 222 條第一項本文)。此即自由心證主義，乃我國民事訴訟認事程序之原則，僅於例外情形採用法定證據主義。而所謂「全辯論意旨」，指：於言詞辯論時除證據調查結果外所出現之一切資料、當事人之態度、證人法庭上之活動狀況等。而所謂「調查證據之結果」，指：依法調查證據所得之一切結果而言。在此有所謂「窮盡原則」¹之適用，即：法院對於審理中出現所有客體均應加以審酌，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；不可因為對某證據方法存在評價困難即先加以排除，而對所有於判決有所影響之事實與證據調查結果，均應於判決理由中記載，尤其應無漏洞地對證據評價過程，包括何等事實主張、何等證據取捨、證據評價之理由等均加以記載。法官心證形成所應審酌對象，不僅包括證據調查結果，亦包括辯論審理中所有內容。法官對於間接事實亦應完全地加以評價，若證據評價不完全，即違反合法聽審與關於自由心證之規定(第 222 條)。
2. 至自由心證之「限制」，依學者見解，應探討者有：法定證據；證據契約；證明預斷禁止；違法取證；經驗法則；程序原則；調解、簡易、小額等程序之特殊規範；刑事確定判決之影響。²其中，所謂「證明預斷禁止原則」，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。其要件包括：1. 待證之事實主張應具證明必要性；2. 證據聲請應合法。自由心證既須本於調查證據之結果及全辯論意旨以判斷證據之價值及認定事實，從而於雙方提出及聲請調查證據之時，應不得預先設定對該證據之價值判斷，否則將使自由心證評價之基礎不足，且與法條所揭示之原則有所衝突。然對於重複提出、聲請之證據，抑或顯然與待證事實無關聯性之證據，亦非不得以形式上無法證明待證事實之理由，而不予調查。

(二)法律審對於自由心證之審查：³

1. 依第 467 條，判決須違背法令，方得上訴第三審，而所謂違背法令，依第 468 條係指判決不適用法規或適用不當者，自由心證於第 222 條第 1 項已有明文，從而係法令之內容無疑，然其中所包含之自由心證運用內涵中各原則之定性、各原則運用時與事實之牽連與劃分、以及下級審法院心證形成時裁量之空間，是否得據以審查，有所疑問。
2. 自由心證運用之內涵中，就經驗法則、論理法則及證明度而言，因其皆係以抽象之邏輯思辯作為內容，故將其定性為法律問題應屬無疑。79 年度第 1 次民事庭會議決議指出，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，似採取第三審得審酌之見解。
3. 德國法上學者並指出法律審如何對於自由心證加以審查之案例類型：其一、違反窮盡原則，亦即未完全及無矛盾地對於全辯論意旨(訴訟資料)及證據調查結果予以審酌。其二、違反論理法則、邏輯法則及經驗法則等亦屬判決違背法令；即對於表見證明之適用，亦屬法律審之審查範圍。其三、對於法官確信本質之誤認，此乃涉及證明度之問題，在德國乃採取符合實際生活所需之信實程度，懷疑已沉默，但無須完全排除。其不須達到無懈可擊之確信，因百分之百之蓋然性確信，難以達到。對於事實審所持證明度，法律審仍可予以審查。因證明度有基本原則，卻亦存在部分提高或降低類型，例如親子血緣事件可提高證明度，損害賠償事件之損害賠償額之認定則可證明度降低。如事實審對於證明度有所誤認，亦屬裁判違背法令。

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

¹ 參見：姜世明，『民事訴訟法(下冊)』，2015 年 2 月，三版一刷，頁 46。

² 詳細討論，參見：姜世明，自由心證導論，『證據評價論』，2014 年 2 月，初版 1 刷，頁 34-58。

³ 詳細討論，參見：姜世明，『民事訴訟法(下冊)』，2015 年 2 月，三版一刷，頁 71-74。

公職王歷屆試題(104 高考)

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)

【擬答】：

本件第二審法院以被告甲未敘述具體上訴理由而駁回甲第二審上訴，無異架空強制辯護制度，有違被告防禦權之保障，其駁回上訴之程序自非合法：

- (一)按刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，為憲法保障人民訴訟權所衍生之基本權，旨在使被告充分行使防禦權，俾與控方立於平等地位，而受法院公平之審判，一般稱之為辯護倚賴權。
- (二)次按刑事訴訟法第 361 條及第 367 條修正後，提起第二審上訴，其上訴書狀應敘述具體理由，否則即不合法律上之程式，應為駁回之裁判，以節制浮濫上訴，期使司法資源得以合理分配利用，固屬立法之形成空間。但強制辯護案件，如無辯護人代為製作上訴理由狀，僅由被告提出自撰之書狀，常因過於簡略致上訴欠缺具體理由，如率以同法第 361 條之情形視之，無異架空強制辯護制度，有違被告防禦權之保障。因此，被告如於上訴期間內提起第二審上訴，未由辯護人代作上訴理由書狀，而其自行提出之上訴理由書狀未能敘述具體理由時，法院自應善盡對被告有利事項之注意義務，以適當方法告知其得請求第一審辯護人代作上訴理由書狀，或另行選任辯護人提出上訴理由書狀；如被告在第二審已指定或選任辯護人，允宜俟辯護人提出上訴理由狀後，方為前述上訴是否合法（即是否欠缺具體理由）之審查。（最高法院 102 年度台上字第 1743 號判決參照）
- (三)經查：本件被告甲所涉犯罪嫌為刑法第 271 條第 1 項殺人罪，其最輕本刑為 10 年以上有期徒刑，自屬強制辯護之案件，本件審判長為其指定律師 S 為其辯護係屬合法。
- (四)惟本件被告甲提起第二審上訴，僅自書上訴理由狀，第二審法院並未以適當方法告知被告甲得請求第一審辯護人律師 S 代作上訴理由書狀，或另行選任辯護人為其提出上訴理由書狀，遽以被告甲上訴狀未敘述具體之上訴理由而駁回被告甲第二審上訴，第二審法院未善盡告知對被告甲有利事項之注意義務，逕不經言詞辯論從程序上駁回被告在第二審之上訴，依前揭實務見解之看法，本件第二審法院以被告甲未敘述具體上訴理由而駁回甲第二審上訴，無異架空強制辯護制度，有違被告防禦權之保障，其駁回上訴之程序自非合法。

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)

【擬答】：

非常上訴與再審雖均為特別救濟程序，然其有別於再審為就確定判決所生之事實面錯誤所設置之非常救濟程序，而是就審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序；又其立法目的即在於統一法令之適用與糾正錯誤違法判決的通常救濟程序亦不同，合先敘明。

- (一)參酌刑事訴訟法第 441 條之立法檢察總長對於非常上訴享有裁量空間，故是否提起自應權衡人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為考量，本題中法官 R 既有應迴避事由而未迴避之情形，其審酌後自得提起非常上訴。
- (二)惟參酌最高法院 97 年第 4 次刑庭會議決議之意旨，非常上訴判決限於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，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，又綜原判決不利於被告，但另有其他救濟之道，無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。易言之，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。
- (三)本題非常上訴法院判決之合法與否繫諸於被告是否符合「統一適用法令且有原則上重要性」及「該不利於被告之判決被告已無其他救濟管道」；於法律已有明確規定無疑義僅因疏失致未遵守者、司法院已有解釋，最高法院著有判例、判決或決議可遵循且無爭議，無

公職王歷屆試題(104 高考)

再行闡釋之必要時，既無統一適用法令的原則上重要性。

(四)關於本題所涉之「迴避」規定，法官就其曾參與前審之裁判者，或曾執行檢察官之職務者，應自行迴避；又依法律或裁判應迴避之法官參與審判者，其判決當然違背法令，為刑事訴訟法第 17 條第 7 款、第 8 款、第 379 條第 2 款所明定，又曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，在第三審復就同一案件參與裁判，是否應予迴避，業經司法院釋字第 178 號解釋理由書闡明：「為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理。」故關於應迴避而未迴避所生之法律問題應已無爭議，無統一適用法令的原則上重要性。（最高法院 99 年度台非字第 182 號判決、最高法院 100 年度台非字第 370 號判決參照）

(五)綜上所述，本題中檢察總長以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，非常上訴法院自得無理由駁回之。

公
職
王