

民訴篇

主筆人：成正

壹、前言

每年法研所入學考試的命題(尤以台灣大學、政治大學、台北大學、東吳大學)，對於當年度的國家考試(高考、律師、司法官考試)均具有指標性意義^{註1}。蓋上述四所大學主要教授民事訴訟法(下稱民訴法)課程之教授，有非常高之機率於年底的國考命題。因此，當年度法研所考題對於國家考試而言，縱然考點不見得一致，但至少得以法研所考題作為國考命題的分析或預測。或者，以考生角度而言，從法研所考題可整理出當年考試中，身為考生「不可不會」、「不可不知」的重要考點！

本文以下以 105 年度台灣大學、政治大學、台北大學、東吳大學，四所學校法研所之民訴法考題，試分析 105 年度律師、司法官民訴法之命題趨勢，提供考生 105 年當紅的熱門考點，讀者們得參考相關文獻、資料以做準備。

貳、105 年度法研所考題分析

本文以下先簡介 105 年度法研所考題，並提出本年度重要的考點，以供讀者對應於國考的準備。

^{註1}法研所命題對於當年度國家考試的指標性、影響性、預測性的展現，典型案例莫過於 104 年政治大學與 104 年高考法制之考題了！

* 104 年政治大學民法組民事訴訟法第二題：

「試附理由說明以下二問題：(25 分)」

- (一)在自由心證理論中有所謂窮盡原則，其意義為何？又第三審法院對於事實審就事實認定之證據評價是否可予以審查？標準何在？
- (二)在甲與乙之借款返還訴訟中，若乙於言詞辯論時就甲主張乙有於某日向甲借款取得新台幣 100 萬元事實一節，表示確有其事，法院審理中卻認為甲擔任業務員，月薪 25000 元，不可能有錢借給乙。法院可否不採乙之上開說法，而另為事實之認定？」

* 104 年高考法制之民事訴訟法與刑事訴訟法第二題：

「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)」

高點法律專班

版權所有，重製必究！

一、105 年度法研所考題簡介

105 年度台灣大學、政治大學、台北大學、東吳大學之法研所民訴法考題，本文粗略分類所涉及考點，分別是：證據法、訴訟標的理論、訴訟代理人之行爲、訴訟類型、上訴不可分、爭點整理、當事人恆定主義、代位訴訟、管轄、判決之補充或更正、辯論主義等^{註2}。

由上述作者概略之分類可知，105 年度法研所民訴考科之命題考點並不集中，此可由近兩年來學者所發表的期刊內容可知。最近並沒有單一的爭議問題，而有多位學者發表不同見解的情形。但，沒有所謂單一的爭議問題供學者爲文探討，不表示本年度法研所的命題與年底國家考試，就無可供考生準備的脈絡。以下，本文擬先挑選出本年度具高度可考性的法研所考點，分析重要性，再依上述的分析，提供考生準備方向。

二、105 年度法研所之重要考點

(一) 爭點整理

105 年台灣大學民訴法第一題第一小題即考到「爭點整理」。以往，「爭點整理」一考出來，考生們幾乎哀鴻遍野。因爲爭點整理實在是博大精深，考生平常即須熟悉爭點整理的架構，了解每個階段該整理什麼，並且了解邱聯恭老師的學說理論。

於作答民訴法上的考題之通常答題方式，僅須提出爭點並論述學說，如此即可獲得一半以上的分數。但，爭點整理考題並非如此！常有考生誤以爲爭點整理就是在考卷上寫些很「威」的詞句，即可獲得分數，例如：程序主體權、程序選擇權、程序利益、避免突襲性裁判、法尋求等。但，只將這些概念拼湊在考卷上的考生，分數都不是太好！因爲爭點整理，是真的在整理「什麼是本案當事人確實有爭執，而法院也有證據調查必要」的一個程序。因此，必須適時涵攝案例，真正地「整理」當事人的主張，分析當事人陳述之事實、證據等，才可能符合邱派老師的答題要求。

經過這幾年，台大民訴考題一定會考爭點整理後，至少對於準備台大

^{註2} 詳細分類如下：證據法（政大二）、家事情事件法（政大二、東吳三）、訴訟標的理論（政大三）、訴訟代理人之行爲（北大一）、訴訟類型（北大二）、上訴不可分（北大三）、爭點整理（台大一）、當事人恆定主義（台大一）、代位訴訟（台大二）、管轄（東吳一）、判決之補充或更正（東吳二）、辯論主義（東吳三）。（上述括號中前者係表示命題之學校，後者代表該份試卷之第幾題，例如：政大一，即代表政治大學法研所民法組民訴法考科該試卷第一題之命題）。

民法組的考生而言，應該早就習以為常^{註3}！而律師、司法官考試近幾年，爭點整理也有固定頻率出現的傾向^{註4}。所以，以往的考生多是將爭點整理視為獨門暗器，有些考生甚至就賭一把而不準備。但本文認為，只要邱派老師（邱聯恭老師、許士宦老師、沈冠伶老師、陳瑋佑老師）參與國家考試命題，爭點整理就非常有機會成為考題。畢竟，爭點整理就是邱聯恭老師發展出來一套能運用於真實審理的程序，當然是希望所有未來的準律師、準司法官都能熟悉，所以拿出來當作考題考考大家，自然也不意外。

因此，如此重要的考點，隨者近年來在台大法研所的命題越趨穩定的情況下，對於國家考試來說，其重要性就隨之提升。換個角度講，雖然連兩年在律師考試中出現爭點整理考題的機率並不高（但 104 年司法官考試並未以此命題），但也不是不可能。因此，若是抱著賭賭看而不準備的心態應戰，結果卻不幸的出了（或是在司法官考題中出現），這種已越來越偏向「基本題」、越來越多人了解的爭點整理出現時，若是還不知如何下手，對於上榜來說恐怕不是件好事。因此，本文建議讀者，爭點整理的基本架構是一定要牢記的，什麼部分該整理什麼事項，應該要熟記。至於，如何加強自己面對考題時的整理能力，這就有勞讀者們自行參看相關文獻或資料補充了！

(二)證據法

證據法相關考題越趨重要，本文認為有個重要原因，因近年食安問題的爆發以及民眾對抗大工廠此種「武器不平等」、「證據偏在」的現代型紛爭激增，導致越來越多學者為文撰寫此類訴訟的相關爭議^{註5}。現代型紛爭不同於一般民事案件，如何保障當事人武器平等？證據法上的議題就至關重要！

^{註3}台大民訴法考題，自 99 年開始至 105 年，每年至少有一題關於爭點整理考題。而 98 年以前，斷斷續續也有相關命題。

^{註4}近幾年律師、司法官考題中，關於爭點整理之命題有：104 年律師、101 年律師、100 年律師、99 年律師。

^{註5}關於現代型紛爭訴訟的相關討論，參見吳從周，〈臺灣商品責任之實體與程序主要爭議現況－特別聚焦檢討舉證責任分配之實務案例〉，《月旦法學雜誌》，第 214 期，2013 年 2 月。沈冠伶，〈消費者損害賠償團體訴訟之事案解明及證據調查－從自來水案到塑化劑案〉，《台灣法學雜誌》，第 263 期，2015 年 1 月。許政賢，〈消保團體訴訟之理想與現實－新北地院一〇一年度重消字第一號判決〉，《月旦裁判時報》，第 34 期，2015 年 4 月。

姜世明老師對於證據法的探討甚多，且有一套體系在解讀證據法的相關規定。例如：105 年政大第二題，即涉及文書特定義務、文書提出義務、摸索證明等證據法上議題。這幾項爭議，姜世明老師原則上對於當事人有文書特定義務、一般性文書提出義務及承認摸索證明，均採取否定見解。理由不外乎與姜世明老師採取修正辯論主義相關，但姜老師仍有例外要件，得於符合要件下，例外承認上述義務，理由無非是將民訴法第 277 條但書舉證責任減輕的法理，應用於現代型紛爭的案例中。因此，於近年現代型紛爭議題增加的情形下，要求考生析述證據法的運用，以此命題的機會就越顯提高。因此，證據法上的相關議題，尤其以姜世明老師曾發表過期刊中的見解^{註6}，最為重要！考生必須熟悉姜老師的理論基礎，以便能應對證據法上的考題。

(三)其他考點

本年度法研所民訴法的其他考點，本文認為均屬傳統考點，並無那種會「突襲」考生、令考生完全不知從何下手的考題。例如：東吳第三題，試問考生「民事訴訟法第 388 條規定」，要求考生以處分權主義及辯論主義為闡述的角度分析之。本文認為，除了台大邱派老師採取協同主義之外，政大、北大、東吳的老師均係採取辯論主義或修正辯論主義。本題並非新考點，也是立基於辯論主義上要求考生論述，屬於民訴法的基本觀念。尤其，近年來劉明生老師對於邱派老師以往探討過的議題，多重新地以德國法角度予以檢視。因此，在傳統考點上，考生仍須注意，不能偏廢一方見解而忽略他方，仍應以並陳的方式答題。

至於北大第三題，考點涉及「上訴不可分原則」此一上訴的基本概念，吳從周老師對此亦有為文探討。本題也屬傳統考點，但吳老師文章中尚有以德國見解做深入介紹，是非常具有鑑別度的考題！

參、105 年度律師、司法官考題之趨勢分析

本年度法研所的命題，可提供考生一些國考的準備方向，或知悉最近出題教授所關心的議題。以下，本文提供一些律師、司法官準備上可能須注意的方向，供讀者準備或留意。

^{註6}關於姜世明老師對於證據法的相關探討，參見姜世明，〈文書提出義務及事案解明義務之競合與限制〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，2010 年 9 月。姜世明，〈再論臺灣部分民事證據法學理及實務之新開展〉，《月旦法學雜誌》，第 211 期，2012 年 11 月。

一、國考趨勢分析

(一)學者命題趨勢：以期刊為主軸

國考的命題委員，無非是在大學主要教授民事訴訟法的老師，或是實務界的法官擔任。若是由學者命題，期刊內容改編為考題的機率相當高。蓋期刊的重要性在於其內容是學者經過研究後，對於特定爭議發表見解，既然已有一個爭議存在可作為題目，又有學者自己的見解作為解答，自然很容易以此命題。

依據上述的分析，雖然本年度法研所考題的考點不集中，但可發現出題方向，不外乎是傳統爭點或學者曾為文發表的見解^{註7}。因此，對應於國考的準備，本文再次強調，期刊在民訴法考科中，仍具一定之重要性！尤其近兩年來，學者所發表過的期刊見解，非常有機會成為國考的命題！每位教授都有其研究的重心，或特別關心之議題，例如：許士宦老師發表了多篇關於執行力擴張的文章、沈冠伶老師近年較關心現代型紛爭之議題、吳從周老師前些年較關心二審失權的問題、姜世明老師對於證據法特別研究等。因此，國考民訴法考科的準備上，自應以教授關心的議題下手，相關期刊的重要性自然不在話下。

(二)新修法議題：支付命令

修法議題，一定是該年度或下個年度考試命題的一大熱門選項，不論最後是否有以此命題，考生必定要對該新修法有一定程度的掌握。104年民訴法最重要的修法之一，莫過於支付命令的修正。支付命令的修正，目前仍處於新修法的「可考」期間內。況且，此次修法在學界，是有非常分明的不同見解。一派學者肯定此次修正，認為支付命令以往賦予既判力不具正當性。但另有學者認為，本次修法誤解德國法，修法重點應以放寬債務人之救濟程序即可。因此，這種明確有兩派不同見解的新修法，考生一定要注意相關見解。

(三)特別提出：當事人恆定主義

在此，本文要特別提出，提醒讀者們務必注意的考點—當事人恆定主義。從104年司法官第一題到105年台大第一題，等於連續兩個重要的考試，當事人恆定都被命題。該議題原本是傳統考點，無非就是最高法院61年台再字186號判例以及相關學者見解的論述。但隨著許士

^{註7}105年法研所學者已發表過相關期刊的命題：證據法、訴訟標的理論、上訴不可分、爭點整理、當事人恆定主義、代位訴訟、辯論主義。

宦老師過去甚多文章探討，從傳統爭議的「訴訟繫屬中移轉」、「善意取得人」到「言詞辯論終結後移轉」，許老師都有特殊見解，近年又對此再次發表文章^{註8}，甚至於最近的民事訴訟法研究會中，也以此為主題報告。因此，當事人恆定主義的考點，本文認為，近年似乎又開始熱絡起來！

但本文在此要提醒讀者的是，除了許士宦老師的見解以外，其他學者的見解亦應注意，因為並非所有學者均支持許老師的看法，例如：劉明生老師也曾為文，以許老師的見解作為批評的對象。因此，在準備國考上，本文仍建議讀者，了解許老師的見解以外，仍不能忽略其他學者對此議題的不同意見。

(四)實務界命題趨勢：以最高法院決議為主軸

至於民訴法考科若由實務界命題，本文認為，因為最高法院不知自何時，又開始公布決議內容以及具有參考價值之裁判，考題的方向無非就以此為主。例如：去年非常熱門的最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議（一），關於「共同共有債權應如何行使」之爭議。因為涉及實體法與程序法的交界，非常適合於考試中作為綜合題之命題。因此，就準備考試而言，考生須注意近年的決議內容，以應付實務界的命題。

二、家事事件法的出題趨勢

最後，作者最常被問到的問題即是「家事事件法到底會不會出？到底要不要準備呢？」此問題，還真的是不好回答。因為家事事件法從施行到國考真正開始出題，也才不過幾年時間^{註9}。短期內，並不容易看出命題的趨勢。因此，本文僅就目前觀察到的學界趨勢，輔以法研所及國考的命題，試圖提出一些準備的方向，供讀者參考。

(一)家事事件法現況簡介

從近幾年學者的期刊中可發現，除了上述民訴法的議題外，家事事件法（下稱家事法）也是學者非常關注的對象。本文認為，目前家事法的相關文獻，呈現三種不同的面相。首先，邱派老師方面，許士宦老

^{註8}許士宦老師對於當事人恆定主義的相關文獻：參見許士宦，〈判決效力擴張於系爭物受讓人之判準〉，《月旦法學雜誌》，第 205 期，2012 年 5 月。許士宦，〈當事人恆定主義之新開展〉，《民事及家事程序之新建構》，2015 年 10 月。

^{註9}家事法從 101 年公布施行，律師考試第一次有相關命題是在 102 年，而司法官考試則是在 104 年才首度有家事法的相關命題。法研所考試方面，東吳於 102 年出現相關命題，政大則在 105 年有相關命題。至於，台大及北大目前均沒有相關的命題。

師、沈冠伶老師所發表之期刊，主要內容是在講述、澄清目前家事法的適用與解釋^{註10}。姜世明老師、許政賢老師、劉明生老師所發表的期刊，內容多是提出現行法適用上之疑義^{註11}。而實務方面，可能因個案的適用上產生爭議，因此，常以高等法院座談會結論或最高法院決議解決。

(二)家事事件法尚以基本觀念為命題方向

目前，台大、北大法研所尚未有過家事法的命題。政大、東吳已有相關命題。從法研所命題觀察，例如：105 年政大第二題，涉及認領之訴及確認親子關係存在之訴的問題，但並無太深入的爭議，僅是法條要件的涵攝而已。又例如：104 年司法官第二題，亦是涉及單純「代墊扶養費的訴訟究屬家事訴訟、家事非訟或民事訴訟」之問題，此議題高等法院有過相關座談會結論，姜世明老師亦有相關期刊的論述。本文認為，目前家事法考科的命題，出題老師下手力道都還算和藹可親，無非就是以家事法第 3 條事件性質、法理適用等為命題對象。依本文的觀察，目前，家事法仍屬新法階段，學界與實務界尚在熟悉該

^{註10}近年許士宦老師及沈冠伶老師對於家事法適用、解釋之相關期刊：參見許士宦，〈家事訴訟事件之非訟化審理（上）－真正訟爭事件如何交錯適用程序法理〉，《月旦法學教室》，第 156 期，2015 年 9 月。許士宦，〈家事訴訟事件之非訟化審理（下）－真正訟爭事件如何交錯適用程序法理〉，《月旦法學教室》，第 157 期，2015 年 10 月。許士宦，〈離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實證據蒐集（上）〉，《月旦法學教室》，第 137 期，2014 年 2 月。許士宦，〈家事事件法講座／離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實與證據蒐集（下）〉，《月旦法學教室》，第 138 期，2014 年 3 月。沈冠伶，〈終止收養事件之審判（上）－非訟化審理及程序法理交錯適用〉，《月旦法學教室》，第 153 期，2015 年 6 月。沈冠伶，〈終止收養事件之審判（下）－非訟化審理及程序法理交錯適用〉，《月旦法學教室》，第 154 期，2015 年 7 月。沈冠伶，〈家事非訟裁定之效力（一）：裁定之生效及可變更性〉，《月旦法學教室》，第 135 期，2013 年 12 月。沈冠伶，〈家事非訟裁定之效力（二）：既判力之有無〉，《月旦法學教室》，第 136 期，2014 年 1 月。

^{註11}近年姜世明老師、許政賢老師、劉明生老師對於現行家事法適用疑義之相關期刊：參見姜世明，〈只緣深陷法理迷霧中－談家事訴訟事件與家事非訟事件合併之難題〉，《月旦法學教室》，第 150 期，2015 年 3 月。姜世明，〈家事事件法之法理協調性疑難〉，《軍法專刊》，第 61 卷第 6 期，2015 年 12 月。許政賢，〈程序法理交錯運用的迷思與反思－最高法院 100 年度台抗字第 99 號民事裁定〉，《月旦裁判時報》，第 29 期，2014 年 10 月。劉明生，〈法院職務上已知事實與事實提出之程序基本原則－以民事訴訟法之財產訴訟事件與家事事件法第十條第二項之事件為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 239 期，2015 年 3 月。劉明生，〈家事訴訟事件與家事非訟事件之區分－從家事事件程序基本原則之觀點考察〉，《月旦法學雜誌》，第 227 期，2014 年 3 月。

部法律的運作。現階段不太可能有過於艱深致無法作答的題目出現。因此，考生在準備上，不須太過緊張，依循上述準備民訴法考科的模式，熟悉近兩年老師的相關期刊就非常充足。

家事法若是由實務界命題，不外乎從高等法院座談會結論或是最高法院決議為出題方向。例如：104 年律師第二題，似乎是考了最高法院 104 年度第 15 次民事庭會議「家事事件得否與民事事件合併審理」之爭議（可能因考生之答題方向不同，不見得會論述至該決議）。因此，縱使家事法係由實務界命題，仍有一定的方向可供準備，也就是最高法院決議及高等法院座談會的結論。

肆、結論

法研所之考題，因命題教授與國考命題委員重疊性極高，因此，法研所的考題方向，對於當年度的國考具有指標性意義，亦具有參考價值。以考生角度而言，從法研所命題，可整理出當年考試中，考生「不可不會」、「不可不知」的重要考點！

本文由 105 年法研所命題認為，若民訴法考科的準備上，面對學者的出題，仍是以近兩年的期刊重要性最高。例如：近年較為熱門的「現代型紛爭」，以及可由其所衍生出的「證據法」考題。傳統考點亦須注意，例如：爭點整理。再者，本文特別提出的是「當事人恆定主義」，因為學者的關注，於近年似乎又有熱絡的趨勢。另，新修正的支付命令，仍處於「可考」期間內，有明確兩種不同見解，考生亦須注意。至於對實務界命題的準備方式，仍以最高法院決議為主。

家事法方面，目前的法研所及國考的考題，尚屬基本題型的命題。須一並注意近兩年學者期刊所介紹，對於家事法的適用、解釋，以及從現行法適用疑義角度觀察的見解。對於實務界的命題，仍是以高等法院座談會及最高法院決議為準備的方向即可。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

刑訴篇

主筆人：睿律師

針對國家考試中刑事訴訟法這科的準備，除了熟悉傳統實務見解以外，對於近年學術研究上所關注的相關議題，也應多加留意，而若要了解近年學說上所關注的重要議題有哪些，最好的方法就是觀察近年的各校法研所考題。因此，本文將以民國 105 年台灣大學、政治大學、台北大學、中正大學各校法研所考題中的刑事訴訟法考題為素材，就較為重要的幾個爭點進行學說與實務見解的介紹，希望能對各位讀者的國家考試準備有所幫助。囿於篇幅限制，本文只能挑出較具代表性的幾個爭點，並作精要式的整理，關於詳細的論述仍建議讀者自行參閱相關教科書、文章或判決。

爭點一、同意搜索之同意權限（台灣大學第一題）

（一）爭點提出

依刑事訴訟法第 131 條之 1，搜索經受搜索人出於自願性同意時，得不使用搜索票，此為一種合法的無令狀搜索。適用本條，是以同意人具備**同意權限**為前提，但此同意權限應如何判斷？

（二）學說見解

學說上指出，對於受搜索的處所或物品有**共同權限**的第三人，得為**有效的同意**。若第三人事實上與被告有共同控制或得隨時使用某處所、物品的情形，即為有共同權限，至於法律上的關係為何，則非所問，例如：**同居人**與被告雖無任何法律關係，但應認為其是具有共同權限之人。共同權限的理論基礎有二：第一，**共同使用控制權**。第三人既然對於財產有共同控制、使用之權，得以自己的權利同意執法人員對自己與被告共同使用的財產為搜索；第二，**風險承擔理論**。當被告自願與他人共同使用、控制財產時，即必須承擔其他人可能會同意執法人員搜索該財產的風險。^{註12}

就具體運用而言，**分租房間**的被告，與房東及兩名房客共同居住某四個

^{註12}王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法(上)》，初版，2012年9月，頁203。

房間的公寓，若警員趁被告不在時，取得房東同意而進入搜索者，其得搜索的範圍僅及於共用區域(如：客廳、廚房)，但不及於被告的私人房間^{註13}。此外，被告向他人租屋而居，房東同意警察進入被告所租的房子搜索、被告住在旅館，警察得旅館櫃台人員同意，進入被告的房間搜索，均非共同權限而屬無效的同意^{註14}。

(三)實務見解

實務上認為：刑事訴訟法第 131 條之 1 之自願性同意搜索，明定行使同意權人爲受搜索人，參諸同法第 128 條第 2 項規定搜索係對被告或犯罪嫌疑人爲之，第 122 條第 2 項明文可對第三人爲搜索，故就本條規定之文義及精神觀之，所謂同意權人應係指偵查或調查人員所欲搜索之對象，而及於被告或犯罪嫌疑人以外之人。在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人對於被搜索之處所有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之「風險承擔理論」。執法人員基此有共同權限之第三人同意所爲之無令狀搜索，自屬有效搜索，所扣押之被告或犯罪嫌疑人之物，應有證據能力^{註15}。

爭點二、自訴程序被害人之認定標準 (台灣大學第二題)

(一)爭點提出

依刑事訴訟法第 319 條第 1 項，「犯罪之被害人」得提起自訴，而此犯罪被害人的認定標準，將直接影響自訴制度適用範圍的寬窄。在侵害個人法益的犯罪類型中，犯罪被害人的認定固無爭議，但在侵害集體法益的犯罪類型中，受害的個人是否具備提起自訴的適格？其判斷標準爲何？即有疑問。

(二)實務見解

實務上認為：刑事訴訟法第 319 條第 1 項前段規定：「犯罪之被害人得提起自訴」。所稱犯罪之被害人，係指法益因他人犯罪而直接受害之人而言。至其被害是否直接，應以犯罪行爲與受侵害之法益有無直接關係爲斷，必其法益，由於犯罪行爲直接遭受損害，始足當之。若須待他人轉

^{註13}林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)》，七版，2013年9月，頁422。

^{註14}王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法(上)》，初版，2012年9月，頁203。

^{註15}100年台上字第4430號判決參照。

嫁，其法益始受損害，即非因犯罪直接受侵害^{註16}。

就刑法第 125 條第 1 項第 3 款濫權追訴罪而言，實務上認為：濫權追訴罪係侵害國家審判權之犯罪，其所保護者，係公務員對國家服務之忠信規律及國家刑事司法權實行之嚴正性與公平性，雖其犯罪結果，對於私人權益不無影響，然此為該罪之內容，亦為公務員濫用職權之結果，且該罪既為維護司法權之正當行使而設，是其直接受害者應為國家，而非個人，個人不能認係該罪之直接被害人，不得提起自訴，此為對自訴制度之合理限制，非但不違背前開司法院解釋意旨，復為最高法院歷年來之通說見解(參見最高法院五十四年台上字第一七八五號、六十八年台上字第二一四號判例及同院一〇一年度台上字第一二七四號等判決意旨)^{註17}。

就刑法第 169 條誣告罪與刑法第 168 條偽證罪而言，實務上認為：刑事訴訟法第 311 條所定得提起自訴之人，係限於因犯罪而直接被害之人，必其人之法益由於犯罪行為直接所加害，若須待乎他人之另一行為而其人始受損害者，即非因犯罪直接所受之損害，不得提起自訴。至個人與國家或社會，因犯罪而同時被害者，該被害之個人，固亦得提起自訴，但所謂同時被害，自須個人之被害與國家或社會之被害由於同一之犯罪行為所致，若犯罪行為雖足加國家或社會以損害，而個人之受害與否，尚須視他人之行為而定者，即不能謂係同時被害，仍難認其有提起自訴之權。刑法上之誣告罪，得由被誣告人提起自訴，係以誣告行為一經實施，既足使國家司法上之審判權或偵查權妄為開始，而同時又至少必使被誣告者受有名譽上之損害，縱使審判或偵查結果不能達到誣告者欲使其受懲戒處分或刑事處分之目的，而被誣告人在名義上已一度成為行政上或刑事上之被告，其所受名譽之損害，自係誣告行為直接且同時所加害。至於他人刑事被告案內為證人、鑑定人、通譯之人，在審判或偵查時，依法具結而為虛偽之陳述，固足使採證錯誤，判斷失平，致司法喪失威信，然此種虛偽之陳述，在他人是否因此被害，尚繫於執行審判或偵查職務之公務員採信其陳述與否而定，並非因偽證行為直接或同時受有損害，即與刑事訴訟法第 311 條所稱之被害人並不相當，其無提起自訴之權，自不待言^{註18}。

^{註16} 93 年台上字第 72 號判決參照。

^{註17} 102 年台上字第 4191 號判決參照。

^{註18} 26 年渝上字第 893 號判例參照。

(三)學說見解

學說上認為，自訴具有制衡檢察官獨占刑事追訴權的功能，而如何在監督檢察權力與防止濫用自訴間取得平衡，具體表現在自訴權人射程範圍的界定。前揭實務見解對於被害人「直接性」的判斷標準顯得相當恣意，且有過度限縮之嫌，導致再議與交付審判、自訴等制衡檢察權力的機制被架空。實際上，無論是告訴的被害人概念或自訴的被害人概念，均應從寬認定，故凡權利領域直接受系爭犯罪侵害之人，均為被害人，不以犯罪保護法益持有人為限，如此方能防範檢察官濫權不起訴或濫權不開啓偵查。在此見解下，偽證罪、枉法裁判罪、濫權追訴罪的本案被告，均為合法的自訴權人。至於防止自訴遭濫用的顧慮，則應從其他方面著手，例如擴大自訴人聲請保全證據的權利、維持強制律師代理、善用自訴審前程序等，而非緊縮被害人概念^{註19}。

爭點三、另案監聽之證據能力（政治大學第一題）

(一)爭點提出

偵查機關以特定案由聲請法院核發通訊監察書並實施監聽，過程中意外聽聞聲請案由以外的另案內容，此稱為**另案監聽**。此另案內容得否，或在何種條件下得作為證據？

(二)修法前的實務見解

過去實務上認為：監聽係政府機關依據通訊保障及監察法之授權所為截取他人通訊內容之強制處分，必須符合所列舉之得受監察之犯罪與受監察者之要件，始為合法，此觀修正前、後之該法第五條第一項規定即明。然偵查作為屬於浮動之狀態，偵查機關於執行監聽時未必能保證獲得所受監察罪名之資料，自亦無從事先預測或控制監聽所可能擴及之範圍。因此，在監聽過程中時而會發生得知「另案」之通訊內容。此「另案監聽」所取得之證據，如若係執行監聽機關自始即偽以有本案監聽之罪名而聲請核發通訊監察書，於其監聽過程中發現另案之證據者，因該監聽自始即不符正當法律程序，且執行機關之惡性重大，則其所取得之監聽資料及所衍生之證據，不論係在通訊保障及監察法第五條第五項增訂之前、後，悉應予絕對排除，不得作為另案之證據使用。倘若屬於本案依法定程序監聽中偶然獲得之另案證據，則因其並非實施刑事訴訟程序之

^{註19} 薛智仁，〈自訴程序之被害人概念〉，《月旦法學教室》，第162期，2016年4月，頁28-29。

公務員因違背法定程序所取得之證據，當亦無刑事訴訟法第 158 條之 4 之適用。此種情形，應否容許其作為另案之證據使用，現行法制並未明文規定。而同屬刑事強制處分之搜索、扣押，則於刑事訴訟法第 152 條規定有學理上所稱之「另案扣押」，允許執行人員於實施搜索或扣押時，對於所發現「另案應扣押之物」得以立即採取干預措施而扣押之，分別送交該管法院或檢察官。鑒於此種另案監聽之執行機關並不存在脫法行為，且監聽具有如前述不確定性之特質，其有關另案之通訊內容如未即時截取，蒐證機會恐稍縱即逝。則基於與「另案扣押」相同之法理及善意例外原則，倘若另案監聽亦屬於通訊保障及監察法第 5 條第 1 項規定得受監察之犯罪，或雖非該條項所列舉之犯罪，但與本案即通訊監察書所記載之罪名有關聯性者，自應容許將該「另案監聽」所偶然獲得之資料作為另案之證據使用^{註20}。

(三) 修法明文

民國 103 年通訊保障及監察法修正，於第 18 條之 1 第 1 項將另案監聽明文化。另案監聽的內容必須符合下列二項要件，始有證據能力：第一，就實體要件而言，該另案必須為通保法第 5 條的列舉重罪，或與本案有關連性。第二，就程序要件而言，必須於發現後七日內補行陳報法院並經法院審查認可。以上二項要件中，實體要件部分只是過去實務見解的明文化，但程序要件部分則是立法者所新創設者。

(四) 修法評論

學說上對於「法院審查認可」這項程序要件提出下列批評^{註21}：第一，秘密通訊自由的侵害已經完畢，由法院介入於事無補。第二，若案件將來未經起訴，即屬司法資源的浪費。第三，被告欠缺程序參與權，無從對證據能力提出爭執。第四，與準備程序受命法官無權判斷證據能力對照，可謂輕重失衡。第五，若法院審查認可的證據能力判斷對起訴後的法院無拘束力，先前法院的審查認可程序即屬可有可無。第六，若法院審查認可的證據能力判斷對起訴後的法院有拘束力，亦可能產生諸多不合理的情形。

^{註20}97 年台上字第 2633 號判決參照。

^{註21}楊雲驊，〈失衡的天平——評新修正通訊保障及監察法第 18 條之 1〉，《檢察新論》，第 16 期，2014 年 7 月，頁 6-13。

爭點四、自訴程序之上訴審（台北大學第四題）

（一）爭點提出

依刑事訴訟法第 319 條第 2 項，自訴採行強制律師代理，故自訴人提起自訴時應委任律師為代理人，方屬合法。此於自訴案件的第一審程序固無疑問，但若案件上訴至第二審後，自訴人是否仍應委任律師為代理人？**尤其當提起第二審上訴者為被告時，自訴人若不委任律師為代理人，法院應如何處理？**

（二）實務見解

實務上認為：修正刑事訴訟法自民國九十二年九月一日施行後，採強制委任律師為代理人之自訴制度，為自訴制度之重大變革，旨在限制濫訴，提高自訴品質，當無分別各審級而異其適用之理。總則編第四章第 37 條第 1 項明定：自訴人應委任代理人「到場」，在事實審之第二審同應適用。第 364 條規定：第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定，自亦應準用第 319 條第 2 項、第 329 條第 1 項規定，由律師為代理人，提起第二審上訴。至自訴案件，**被告不服第一審判決，提起第二審上訴，自訴人並未上訴，惟第二審為事實審，仍須由自訴代理人為訴訟行為。或認此有強迫自訴人選任律師為代理人之嫌，但自訴人既選擇自訴程序，即有忍受之義務，自應採肯定見解**^{註22}。

（三）學說見解

學說上基於以下理由，認為自訴程序中，僅被告不服第一審判決而提起第二審上訴時，自訴人並無強制律師代理規定的適用^{註23}：第一，**上訴權獨立行使的法理**。被告提起上訴是否合法，應以其有無上訴權、是否逾越上訴期間及其他上訴程序要件為斷，與他造當事人的上訴乃分屬不同的訴訟行為，自應分別審查認定。若被告上訴合法，法院即應諭知實體判決，而非以自訴人未委任律師為代理人為由，將被告的合法上訴以不受理判決終結。第二，**被告上訴利益的觀點**。被告提起上訴是為爭取無罪判決，若因自訴人未委任律師為代理人，而致法院必須諭知不受理判決，無異侵害被告的上訴權益，因不受理判決並無既判力，自訴人可於判決後再次提起自訴。第三，**造成自訴人委任律師的過度負擔**。強制律師代理的立法目的在防止自訴人濫訴，但若第一審判決有罪，而由被告

^{註22}94 年第 6、7 次刑事庭決議參照。

^{註23}陳運財，〈自訴強制律師代理制度於上訴審之準用問題〉，《月旦法學教室》，第 53 期，2007 年 3 月，頁 20-21。

提起第二審上訴，可知自訴人並無濫訴之虞，自無強制其再次委任律師為代理人的必要。第四，**可能衍生的副作用**。被告可能對自訴人施壓或關說，使自訴人放棄上訴，而於第二審中爭取改判不受理，此無異是允許被告以不正手段推翻原審的實體判決。

爭點五、偵查中之閱卷權（中正大學第一題）

（一）爭點提出

刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定：「辯護人於**審判中**得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」**本條規定概括排除偵查中行使閱卷權的可能**，其主要理由在於維護偵查不公開原則。但如此的規定，在立法論上有無值得檢討之處？此外，專就**偵查中的羈押審查程序**而言，被告及辯護人的**資訊取得權**是規定於刑事訴訟法第 101 條第 3 項：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」本條規定將告知範圍限定於**聲押理由所依據的事實**，有無違憲之虞？

（二）實務見解

專就**偵查中的羈押審查程序**而言，實務上認為：羈押聲請書記載內容繁簡雖有不一，但其中除載明卷附相關證據方法外，**亦多有敘明未到案共犯或證人姓名、未扣案其他證據方法等資料**，供法院憑為應否羈押之審酌事項，為避免日後恐有勾串或湮滅事證進而影響後續偵查作為，**實不宜令被告知悉羈押聲請書內容**。又縱認法院依刑事訴訟法第 101 條第 3 項規定於訊問被告前應告知羈押原因所依據之事實為何，**解釋上仍不包括檢察官所提出各項證據方法及其他具體理由**。況此時案件仍在偵查中，被告暨辯護人本無請求閱覽卷證之權利，故基於偵查不公開原則，被告暨辯護人請求閱覽羈押聲請書，法院不得准許閱覽^{註24}。

（三）學說見解

就**偵查中的閱卷權**而言，學說上有認為，刑事訴訟法第 33 條第 1 項將閱卷時點限定於審判中，固然是為維護偵查機關追訴犯罪的資訊優勢，但卻未顧及辯方的資訊取得對其防禦權有重大影響，況且，**某些卷宗(如：訊問被告的筆錄)的檢閱對於偵查機關的資訊優勢並無影響**，自無全面封鎖的必要^{註25}。

專就**偵查中的羈押審查程序**而言，學說上有認為，依歐洲人權法院見解，

^{註24} 台灣高等法院暨所屬法院 103 年法律座談會刑事類提案第 25 號參照。

^{註25} 林鈺雄，《刑事訴訟法(上冊)》，七版，2013 年 9 月，頁 229。

羈押審查程序必須為**對審的程序**，且應重視**武器平等原則**的確保，因此，自應賦予辯方閱卷權，使其接觸涉及「**剝奪自由之合法性**」的重要資訊，俾能有效爭執羈押的合法性。職此，在我國立法論上，應要求法院將涉及羈押合法性的重要資訊以適當方式告知辯護人，且在無妨礙偵查之虞時，允許辯護人閱卷^{註26}。

(四)大法官解釋

關於現行法下，羈押審查程序中被告及辯護人資訊取得權相關規定的合憲性，大法官於民國 105 年作成**釋字第 737 號解釋**。

首先，就解釋客體而言，聲請人僅主張刑事訴訟法(下同)第 33 條第 1 項將閱卷權的適用時點限定於審判中，排除偵查中的羈押審查程序，乃屬違憲，但本件解釋援用裁判重要關聯性理論，**將第 101 條第 3 項納入審查範圍**，認為兩個條文必須**整體評價**，方能審查現行法下，辯護人能否充分知悉聲押所依據的具體理由、證據資料，以有效行使防禦權。

其次，本件解釋闡明偵查中羈押審查程序所應踐行的正當法律程序內涵，指出**檢察官所提出的聲押理由及有關證據，為法官准否羈押的依據，基於憲法正當法律程序原則，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾能有效行使防禦權**。但於有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞時，得限制或禁止其獲知聲押的有關證據。

本件解釋乃依據上開憲法標準審查現行法的合憲性，指出由第 33 條第 1 項及第 101 條第 3 項合併觀察可知，**偵查中犯罪嫌疑人及其辯護人所能獲知者，僅為聲押事由所依據的事實，並未包括檢察官聲押各項理由的具體內容及有關證據**，因此，與上開正當法律程序不符，應屬違憲。是以，本件解釋諭知有關機關於解釋公布日起一年內，本於解釋意旨修正刑事訴訟法相關規定，而若逾期未完成修法，法院的偵查中羈押審查程序，應依本件解釋意旨行之。不過，本件解釋也強調，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲押理由及有關證據的方式，究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影的方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證的方式，或採其他適當方式，乃屬立法裁量的範疇。

^{註26}楊雲驊，〈我國羈押法制的修正建議〉，《萬國法律》，第 192 期，2013 年 12 月，頁 56-58。