

執業律師操作民刑事訴訟程序之 實務問題探討

臺灣橋頭地方法院法官兼任庭長
楊智守

大綱

壹、前言

貳、常見的民刑事法庭角色與活動

一、訴訟代理人

(一) 委任關係的建立決定角色

(二) 主要權限區別

(三) 原則有收受送達權限

二、刑事辯護人

(一) 選任與指定

(二) 辯護人權限

(三) 偵查程序強制辯護案件之放棄辯護人援助條件

三、告訴代理人

(一) 偵查中告訴代理人

(二) 審判中告訴代理人

(三) 偵查中告訴代理委任狀補正期限

(四) 告訴代理人為律師之閱卷權

大綱

參、收案時建議約定事項

一、確定入帳才遞委任狀

二、取得當事人授權使用的印章及明確授權範圍為系爭案件處理之必要及有益範圍

肆、書狀撰寫建議事項

一、民事起訴狀撰寫訴訟三要訴的明確表明和基本動作

(一) 當事人

(二) 訴訟標的及原因事實

(三) 訴之聲明

二、刑事自訴狀撰寫注意

(一) 表明特定人之特定行為之義務

(二) 自訴人以因犯罪而直接被害之人為限

(三) 無行為能力或限制行為能力之犯罪被害人不得提起自訴

三、一般民事常見案件爭點整理狀撰寫建議

- (一) 侵權行為損害賠償事件
- (二) 債務不履行損害賠償事件
- (三) 拆屋還地事件
- (四) 分割共有物事件
- (五) 異議事件
- (六) 勞工事件
- (七) 撤銷債權事件
- (八) 其他類型事件

四、刑事上訴狀撰寫注意

- (一) 上訴狀應具體敘述理由
- (二) 強制辯護之代撰上訴理由狀
- (三) 為被告利益提起上訴/抗告之書狀程式
- (四) 被告不得為自己不利益上訴

伍、程序作為的注意事項

一、民事訴訟程序進行中的操作注意

- (一) 原告因連帶債務之被告一人死亡且拋棄繼承而撤回一部訴訟
- (二) 受委任而未限定收受送達權限
- (三) 為當事人提起上訴之應注意民事訴訟施行法第9條

二、刑事辯護須知

- (一) 被告承受辯護人為其辯護所生之一切法律效果
- (二) 法院裁判書之錯誤教示不轉嫁承擔
- (三) 無效辯護情形之避免
- (四) 善用刑法第74條第2項第3款之規定
- (五) 是否勸認罪
- (六) 電磁記錄的同一性確認

陸、附帶民事訴訟的認識與概說

一、相對有利之處

- (一) 周邊程序的利用無差別
- (二) 附民起訴的程序利益

二、相對不利之處

- (一) 請求範圍的限制
- (二) 訴訟作為的限制
- (三) 時效中斷的突襲
- (四) 審級利益的喪失
- (五) 抗告期間較短且有審級限制

三、提起附民訴訟之必要建議

- (一) 起訴前的刑事訴訟繫屬查詢
- (二) 起訴狀宜併表明移送民事庭之聲請

柒、問題與討論

壹、前言

律師法

§1

律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。
律師應基於前項使命，本於自律自治之精神，誠正信實執行職務，維護社會公義及改善法律制度。

§2

律師應砥礪品德、維護信譽、遵守律師倫理規範、精研法令及法律事務。

§43

律師不得從事有辱律師尊嚴或名譽之行業。
律師對於受委任、指定或囑託之事件，不得有不正當之行為或違反其職務上應盡之義務。

貳、常見的民刑事法庭角色與活動

一、訴訟代理人

- (一) 限定委任
- (二) 特別概括委任
- (三) 一般概括委任
- (四) 法院或審判長依法選任

二、刑事辯護人

- (一) 自行選任辯護人
- (二) 法扶選任辯護人
- (三) 義務辯護人
- (四) 公設辯護人

三、告訴代理人

- (一) 偵查中告訴代理人（不得超過三人、分別收受送達，刑訴§236-1）
- (二) 審判中告訴代理人（同上，刑訴§271-1）

一、訴訟代理人

(一) 委任關係的建立決定角色

1. 限定委任
2. 特別概括委任
3. 一般概括委任
4. 法院或審判長依法選任

(二) 以委任狀或筆錄記載權限

主要以捨棄、認諾、撤回、和解之權限有無

(三) 除非特別限制，原則有收受送達之權限（民訴§132）

1. 除非訴訟代理人受送達之權限受到限制外或審判長認為必要而命送達於當事人本人外，以訴訟代理人為應受送達人。
2. 若有收受送達權限之訴訟代理人，再受指定為送達代收人，無效。

民訴§70

訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權。但捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或再審之訴及選任代理人，非受特別委任不得為之。關於強制執行之行為或領取所爭物，準用前項但書之規定。如於第一項之代理權加以限制者，應於前條之委任書或筆錄內表明。

§70-1

法院或審判長依法律規定為當事人選任律師為訴訟代理人者，該訴訟代理人得代理當事人為一切訴訟行為。但不得為捨棄、認諾、撤回或和解。當事人自行委任訴訟代理人或表示自為訴訟行為者，前項訴訟代理人之代理權消滅。前項情形，應通知選任之訴訟代理人及他造當事人。

二、刑事辯護人

(一) 選任與指定

1. 自行選任辯護人
2. 法扶選任辯護人
3. 義務辯護人
4. 公設辯護人

二、刑事辯護人

(二) 辯護人權限

1. **代理權**：或稱傳來權限。辯護人行使此項權限，本應尊重被告之意思，**原則上不得與被告明示之意思相反**（**例外者，如刑訴§110條具保停止羈押之聲請**）。
2. **固有權**：或稱原始權限，係指與被告之權利分離而為辯護人特別所擁有之權限，此項權限有與被告同享者（亦即法條規定「當事人（或被告）及辯護人得．．」，如刑訴§150第1項搜索及扣押時之在場權、§163第1項聲請調查證據權、§289事實及法律辯論權等），有僅辯護人所專有者（亦即法條規定為「辯護人得．．」，如刑訴§34第1項之接見羈押被告並互通書信、§49條攜同速記到庭記錄權、§389第2項律師充任辯護人之第三審辯論權等）。由於辯護人之固有權係基於辯護人之地位所具有，因之，其行使自不受被告明示、默示意思之拘束，縱其與被告同享之權限亦然（最高法院108年度台上字第3842號刑事判決）。

- 3.代收送達之限制：辯護人委任狀內如未敘明關於送達被告之文件由辯護人代收之字樣，或另由被告陳明辯護人有代為收受文件之權限，辯護人則無代被告收受送達之權限（最高法院100年度台上字第1137號刑事判決）。
- 4.指定送達代收之限制：必須在法院所在地無住所、居所或事務所者，始有陳明「指定送達代收人」之必要，並生送達於本人之效力。若在法院所在地已有住所、居所或事務所，仍贅為陳明指定送達代收人，既非依上開規定合法陳明指定之送達代收人，則對於該代收人遞送文書，自不生同條第3項視為送達於本人之效力，必待應受送達人實際接受判決或另向應受送達人為送達，始生合法送達效力（最高法院104年度台聲字第37號刑事裁定、107年度台抗字第770號刑事裁定、110年度台上字第6295號刑事判決）。

※辯護人不當然具有為被告代收權，上訴期間仍自被告收受送達起算，被告若喪失上訴權，辯護人亦不得為被告利益上訴

最高法院110年度台抗字第1623號裁定

關於裁判正本之送達，刑事訴訟法第227條第1項明定「裁判製作裁判書者，除有特別規定外，應以正本送達於當事人、代理人、辯護人及其他受裁判之人。」，在有辯護人之案件，除非被告依刑事訴訟法第55條規定陳明以其辯護人為送達代收人，否則辯護人並不當然有代被告受送達之權限。又按刑事訴訟法第346條規定：原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴，但不得與被告明示之意思相反。依司法院院解字第3027號解釋：「刑事被告之原審辯護人，雖得依（修正前）刑事訴訟法第338條為被告利益提起上訴。但既非獨立上訴，無論是否為公設辯護人，其上訴均應以被告名義行之」，因而辯護人之上訴權係代理權性質，既謂之代理權，其存在自須依存於被告本人，若被告之上訴權已喪失，辯護人即不得再行上訴。此與同法第345條：「被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴」之規定，係以被告之法定代理人或配偶之名義獨立行使上訴權者迥異。換言之，辯護人之代理上訴權係依附於被告之上訴權之內，辯護人為被告利益上訴，其上訴期間之起算，應以被告收受判決之日為標準。

※無準用民事訴訟由辯護人為應受送達人之規定

最高法院112年度台上字第441號刑事判決

民事訴訟法第132條規定：「訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之。但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人」，而刑事訴訟關於送達文書，依刑事訴訟法第62條，除第六章「送達」有特別規定外，固準用民事訴訟法之規定，然所謂準用，係法律明定將關於某種事項（法律事實）所設之規定，適用於其相同或相類似之事項之上，故必須性質相類似者，始有準用餘地。而刑事訴訟法第27條至34條已規定辯護人之選任、權限等，與民事訴訟法第68條至75條所規定訴訟代理人之委任、權限等，截然不同，則辯護人與訴訟代理人性質並非相類似，就刑事判決正本之送達，自無準用民事訴訟法第132條規定之餘地。上訴意旨任憑己意，謂第一審未準用民事訴訟法第132條但書規定，裁定命向上訴人送達判決，其向上訴人送達第一審判決，並非合法，應以辯護人收受判決之時點判斷是否上訴逾期云云，據以指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

（三）偵查程序強制辯護案件之放棄辯護人援助條件

1. 強制辯護之援助始於訊（詢）問被告，並不區分被告到場之原因，無論出於強制（拘提、逮捕）或任意（通知或傳喚），祇要未經選任辯護人，檢察官、司法警察（官）即應通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但偵查程序有其急迫性，與審理程序得另定相當之期日者有別，倘被告於知悉前揭規定後，若無意願等候法律扶助律師協助辯護，主動請求立即訊問或詢問，自應予以尊重，俾司法資源彈性運用。惟此必須在被告充分理解強制辯護權之存在及內容，基於自由意思決定，主動明示放棄辯護人之援助，而非出自訊問或詢問人員之強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正方法，或因欠缺其有受強制辯護保障之認識所致，否則，仍非適法。倘有違反而取得被告之自白或不利之陳述，係不當剝奪被告之強制辯護依賴權，構成侵害憲法第16條揭示人民訴訟權之核心內容，即使依刑事訴訟法第158條之4規定權衡之結果，亦應予排除其證據能力。（最高法院107年度台上字第3084號刑事判決）。

2. 刑事訴訟法第31條第5項規定：「被告或犯罪嫌疑人.....具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問」，其旨在考量偵查階段，被告處於資訊不對等之弱勢地位，尤其原住民因傳統文化、習俗、經濟、教育等因素，接觸法律資訊不易，針對訴追之防禦能力更為弱勢，乃從偵查程序即使其得由國家主動給與辯護人為協助，藉由程序之遵守確保裁判之公正。但偵查程序有其急迫性，與審理程序得另定相當之期日者有別，倘被告於充分理解強制辯護權之存在及內容，基於自由意思決定，若無意願等候法律扶助律師協助辯護，主動明示放棄辯護人之援助，請求立即訊問或詢問，自應予以尊重，俾司法資源彈性運用。（最高法院110年度台上字第197號刑事判決）。

三、告訴代理人

(一) 偵查中告訴代理人（不得超過三人、分別收受送達，刑訴§236-1）

1. 告訴人於委任狀上已明確記載授與代理人聲請再議之權限，應認告訴人委任之範圍包含代為聲請再議之權利，至於聲請再議後之後續訴訟行為，因告訴代理人未能提出二審之委任狀，自不得代告訴人為二審之訴訟行為，例如：無權代受二審書類之送達〔法務部（89）法檢字第004752號函示研究意見〕。

2.告訴人委任其代理人，其代理權之範圍，係依雙方委任之內容而定，刑事訴訟法對委任之方式及代理權之範圍並未設規定，自應就委任之實質內容予以調查審認。

本件雖係由劉揚浩律師代卡達銀行提起告訴，然依卷附本件告訴人之委任狀及其中譯本所載，已明確記載受任人共有李泰運律師、劉揚浩律師、陳貞好律師，而其授權內容則為：「為委任人所受詐欺事件，及所涉及之轉帳至中華民國銀行帳戶情事，委任人茲委任上開受任人為代理人，有單獨或共同代理委任人在中華民國為刑事告訴及進行相關刑事程序之全權。受任人亦有依中華民國刑事訴訟法第二百五十六條規定代委任人提起再議之權限。依照中華民國刑事訴訟法第二百三十六條之一規定提出委任書如上」，可見卡達銀行所委任之告訴代理人共有上開3位律師，且其等有單獨或共同代理之權限（最高法院109年度台上字第5108號刑事判決）。

(二) 審判中告訴代理人（同上，刑訴§271-1）

刑事告訴雖得委任代理人行之，所委任之人，亦不問其係屬律師與否，惟如律師代行告訴，其法定職權仍與民事代理人、刑事辯護人有別，而不得僭越。又告訴人得於審判中委任代理人到場陳述意見。但法院認為必要時，得命本人到場。前項委任應提出委任書狀於法院，刑事訴訟法第271條之1第1項、第2項前段定有明文。

本件告訴人王○○自提起告訴迄至原審辯論終結前，並未委任告訴代理人，而僅就本案之刑事附帶民事訴訟部分，委任袁○○、陽○○律師為訴訟代理人。則此刑事附帶民事訴訟代理人能否謂並任刑事之告訴代理人，而兼具有刑事訴訟告訴代理人之職權，非無疑義。且該條文自92年1月14日施行後，原審自應命告訴人補正委任狀，受委任之律師始得擔任告訴代理人，而合法行使其權限。然原審自92年2月19日後之四次調查程序、同年5月15日之審判程序，皆未命告訴人補正程序，即令陽○○律師以告訴人代理人身分到庭陳述意見，其所踐行之訴訟程序，尚有違誤（最高法院95年度台上字第490號刑事判決）。

(三) 偵查中告訴代理委任狀補正期限

→告訴代理應提出委任書狀，偵查中補正期限不限告訴期間內，但須於檢察官偵查終結前提出委任書狀

→如果是由本不具告訴權之他人代理告訴，即須遵守委任書狀要式性之要求，始為合法。代理告訴委任書狀之提出，雖屬告訴之形式上必備程式，但究非告訴是否合法之法定要件，自無限制必須於告訴期間內提出之必要。縱係無權代理告訴，此無代理權人以告訴權人之名義所為之告訴，也只是效力未定之法律行為，依民法第170條規定，倘經告訴權人承認，即對於本人發生效力，且其法律效果，溯及告訴代理人提出告訴之時。刑事訴訟法第236條之1第2項所稱提出委任書狀，不必受同法第237條第1項之應於6個月內提出之限制。在已逾告訴期間後之補正代理告訴委任書狀之期限自應為目的性限縮，認告訴代理人或有告訴權之人必須於「檢察官偵查終結前」提出委任書狀。（最高法院111年度台非字第4號刑事判決）。

（四）告訴代理人為律師之閱卷權

刑事訴訟法§271-1

告訴人得於審判中委任代理人到場陳述意見。但法院認為必要時，得命本人到場。

前項委任應提出委任書狀於法院，並準用第二十八條、第三十二條及第三十三條第一項之規定，但代理人為非律師者於審判中，對於卷宗及證物不得檢閱、抄錄或攝影。

※帶告訴人去閱卷，律師先離開？

刑事訴訟閱卷規則§15

律師得帶同助理抄錄、重製或攝影卷證，助理應出示律師助理證，並在閱卷登記簿登記其姓名。但不得僅由助理單獨在場抄錄、重製或攝影卷證。
前項關於助理之規定，於依律師法規定參加律師職前訓練之學習律師在學習範圍內準用之。

→律師係經律師考試及格，由國家賦予資格之法律專業者，具有維護公益之使命，受有律師法及律師倫理規範之約束，於違反時並應受懲戒，可資擔保其於接觸卷證時將遵守法令，卷證安全較屬無虞。相對於此，律師自行聘任之助理，身分及資格未有任何限制，是否具備相當之法律專業未一，與律師間僅有契約關係，不受律師執業規範之拘束，於卷證之安全保障規範，遠不若律師，且律師助理於個案非居於辯護人之地位，故僅得擔任辯護人之助手，協助在場辯護人進行抄錄、重製或攝影等事宜。復參以，目前法院已全面提供電子卷證，相關技術及運作已臻成熟，律師已可於網路直接下載，或依第十四條第一項規定，繳納費用請求法院抄錄、重製或攝影卷證，其取得卷證資訊之方式，已屬便捷，較之過往，需到法院接觸卷證之情形，已屬鮮少。

參、收案時建議約定事項

一、確定入帳才遞委任狀

(一) 短期時效 (民§127)

1. 律師法第29條

律師與法院院長有配偶、五親等內血親或三親等內姻親之關係者，不得在該法院辦理訴訟事件。

律師與檢察署檢察長有前項之親屬關係者，不得在該檢察署及對應配置之法院辦理刑事訴訟案件及以檢察署或檢察官為當事人或參加人之民事事件。

律師與辦理案件之法官、檢察官、司法事務官、檢察事務官、司法警察官或司法警察有第一項之親屬關係且受委任在後者，應行迴避。

2. 法官倫理規範第14條

法官知悉於收受案件時，當事人之代理人或辯護人與自己之家庭成員於同一事務所執行律師業務者，應將其事由告知當事人並陳報院長知悉。

立法理由二、「又法官收案後，當事人始行委任與法官家庭成員於同一事務所執行律師業務之人擔任辯護人或代理人，為避免造成當事人刻意挑選承辦法官之流弊，不應責由法官迴避，宜由律師自行迴避。」

- 二、取得當事人授權使用的印章及明確授權範圍為系爭案件處理之必要及有益範圍
- (一) 以當事人名義提上訴或抗告
 - (二) 自訴代理人非經本人委任，不得為之；其代理人縱受有本人之特別委任，亦不得選任他人為自訴代理人（最高法院106年度台上字第696號刑事判決）。
 - (三) 避免為被告利益提起上訴或抗告是否需被告簽章之困擾。

肆、書狀撰寫建議事項

一、民事起訴狀撰寫訴訟三要訴的明確表明和基本動作

(一) 當事人之姓名、住所、電話號碼

1. 當事人 → 自然人 → 姓名、住所/胎兒、無完全訴訟能力之人+法定代理人
→ 非自然人 → 法人 → 公司變更登記事項卡/寺廟登記/法人登記
+ 代表人姓名、住所
→ 非法人 → 團體 → 營利事業登記證 → 合夥↑↑
→ 獨資 → 自然人

（二）訴訟標的及原因事實

※訴訟標的依原告起訴狀之記載予以確定

- 1.管轄權
- 2.形式當事人與實質當事人合一或分離
- 3.事實陳述與訴之聲明矛盾以聲明為準判斷訴訟標的

※分析訴訟標的法律關係之要件

※依民訴§266，按訴訟標的法律關係之要件逐項、分段（如時序）具體記載事實經過及證明各該事實之相關證據

※被告則對照原告起訴狀之記載，逐項、分段具體且明確表明承認與否，如有爭執，則記載理由

※以上進行爭點整理，視案情協議簡化爭點

（引用鄭傑夫法官「從案例談要件事實與爭點之整理」）

1.給付之訴

最高法院100年度台上字第2092號民事判決

訴訟標的為訴之要素之一，乃訴訟之客體，亦為審判之對象，依民事訴訟法第244條第1項第2款規定，原告起訴時，其訴狀應記載訴訟標的及其原因事實，故訴訟標的必須與原告主張之原因事實相結合，始得辨識。

本件上訴人雖依民法第184條規定請求被上訴人賠償損害，惟其主張之原因事實，僅敘及被上訴人共謀超貸，侵害00企銀財產權云云，核屬民法第184條第1項前段規定之原因事實，並無關於「故意以背於善良風俗之方法，加損害於上訴人」、「違反保護他人之法律，致生損害於上訴人」之原因事實，原審僅就民法第184條第1項前段規定之侵權行為為論述，即無不合。

2.確認之訴→法律關係之存否不明確，致一方在私法上之地位有受侵害之不安危險，而此項危險得以對於另一方之確認判決直接即時除去者

(1) 最高法院111年度台上字第204號民事判決→上訴駁回。

上訴人抗辯：(二)伊未否認聯智公司對伊有信託受益權存在，僅因管理、處分系爭不動產所得價金及利益，均屬信託財產，系爭信託契約仍有效存在，數額屬浮動不能確定，非屬信託法第12條第1項但書規定得為強制執行之範圍。又基於信託法立法原意及目的，應不容被上訴人代位聯智公司終止系爭信託契約，被上訴人提起本件訴訟，無權利保護必要，亦無確認利益。

第二審判斷：(二)上訴人除爭執被上訴人不得對系爭信託專戶為強制執行外，亦否認聯智公司之債權存在或對其債權數額有爭執，核與強制執行法第119條第1項、第120條第2項規定之要件相符。又信託債權（系爭請求權）與信託法第12條第1項規定不得強制執行之信託財產，係不同之財產權，參酌上訴人抗辯信託財產在結算前無法確定其數額，足見被上訴人提起本件訴訟，具有權利保護必要。又系爭信託契約是否有效存續，聯智公司對上訴人有無187萬4640元範圍內之債權可供執行，陷於不明確之狀態，且此不安之地位得以確認判決除去，被上訴人提起本件訴訟，即有確認利益。

(2) 最高法院111年度台上字第1425號民事判決→原判決廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

第二審判斷：(三)系爭土地已由李乙凡取得所有權，陳台慶並非系爭土地所有權人，上訴人（陳慶忠，前與陳台慶共有之林含笑約定將來偕同辦理所有權移轉登記利益之人）代位請求確認陳台慶與游錦銘、張建民就系爭法律行為1.為無效，即無確認利益；且系爭土地有無抵押權及陳台慶對他人抵押債務存否，與上訴人無涉，均無確認利益。從而上訴人以陳台慶與游錦銘、張建民間就系爭土地所為法律行為違反禁止規定而無效，請求確認張建民與陳台慶間之系爭法律行為均不存在，張建民應將附表一編號2之所有權移轉登記塗銷，陳台慶於回復該所有權登記後，應將該編號2所示系爭應有部分移轉登記予上訴人；並確認陳台慶與游錦銘間之系爭抵押權不存在，游錦銘應將系爭抵押權登記塗銷，均為無理由。

廢棄理由：(三)查系爭土地為山胞保留地即原民地，陳台慶登記為系爭土地共有人後，於106年2月23日將系爭土地所有權設定普通抵押權予未具有原住民身分之游錦銘，於107年11月2日以買賣為原因，將系爭應有部分移轉登記予張建民，張建民於109年1月10日以買賣為原因，將系爭應有部分移轉登記予李乙凡等情，為原審合法認定之事實。而張建民亦自承：系爭土地係陳台慶售予游錦銘，因游錦銘不具原住民身分，故借用伊原住民身分辦理登記，游錦銘因怕伊反悔而設定系爭抵押權，伊與游錦銘間並無債權債務關係；核與游錦銘所陳：系爭土地係陳台慶以20萬元出售予伊，有簽訂買賣契約，伊為求保障要求設定系爭抵押權，陳台慶並未欠伊1000萬元，張建民係伊借名登記之人等語相符，並有該土地買賣契約書可證。依上開規定及說明意旨，則系爭借名、買賣行為1.及系爭抵押權、應有部分所有權之移轉登記行為，皆屬為規避系爭規定之法律行為，依民法第71條本文規定，均屬無效。原審對此未予推闡明析，遽以系爭土地現由李乙凡依土地法第43條規定取得所有權，上訴人已無代位其債務人陳台慶提起本件訴訟之確認利益，所為不利上訴人之判斷，自有判決不備理由之失。

3.形成之訴→表明形成權存在之法律依據或法理基礎

(1) 最高法院98年度第4次民事庭會議（二）

按形成之訴訴訟標的之形成權，有為財產上者，有為身分上者，其以身分上之形成權為訴訟標的者，為非財產權之訴訟；其以財產上之形成權為訴訟標的者，為財產權之訴訟。撤銷仲裁判斷之訴，為其訴訟標的法律關係之形成權，既非身分上之形成權，自屬財產權之訴訟，其訴訟標的價額，應以原告如獲勝訴判決所得受之客觀上利益定之（最高法院83年台抗字第161號判例意旨參照）。

(2) 最高法院111年度台上字第745號民事判決→上訴駁回。

(一)按遺囑違反特留分規定，與特留分被侵害，二者法律概念意義有所不同。「違反」特留分者，固為立遺囑人，「侵害」特留分者，則係受遺贈人或受益之繼承人，二者主體並不相同。因遺贈而侵害特留分時，侵害特留分者為受遺贈人，因應繼承分之指定或遺產分割方法而侵害特留分時，侵害特留分者為受利益之其他共同繼承人。應得特留分之人，如因被繼承人之遺囑指定遺產分割方法，依遺囑內容實施結果，致其應得之額不足特留分時，特留分被侵害之繼承人，得類推適用民法第1225條規定，行使特留分扣減權，該扣減權性質上屬物權之形成權，民法就此雖未設有規定，惟特留分權利人行使扣減權，與正當繼承人行使繼承回復請求權之法律效果相類似，可類推適用民法第1146條第2項規定。

惟所謂繼承人知悉特留分權因遺囑指定分割方法而受侵害，依前揭法理說明，當指知悉其特留分權因遺囑內容之履行，因而受有損害而言，非謂自知悉遺囑內容時起算，此因遺囑內容如未被履行，即無現實特留分權被侵害而受有損害可言，自無從行使特留分扣減權，亦無從據以起算其期間之始日。上訴人以「遺囑繼承」為由，於107年4月10日，聲請地政機關將如附表一編號1至3所示不動產，登記僅由丁○○等2人繼承，編號4至6所示土地，則於同年6月11日聲請登記由丙○○等4人繼承，而被上訴人係於107年6月4日在另件以民事答辯暨反請求狀，表示行使特留分扣減權，為原審合法認定之事實，則被上訴人行使特留分扣減權，自未罹於除斥期間。

(三) 訴之聲明

1. 給付之訴→要能強制執行

→對象、金額、地號、建號等標的物標識再確認

(1) 最高法院100年度台上字第798號民事判決

又給付判決之主文必須明確，俾利於強制執行及決定既判力之主客觀範圍，以達成紛爭一次解決之目的。是以共有人行使回復共有物請求權時，其聲明事項固可表明請求被告將共有物返還原告與其他全體共有人，惟該「原告」必為共有人之情形下，始足清楚辨別出「其他全體共有人」究竟包含何人？以為將來據以強制執行之依據及範圍。倘當事人依民事訴訟法第244條第1項第3款規定所表明之應受判決事項（訴之聲明）有不明瞭或不完足者，審判長應令其敘明或補充之，此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務。

(2) 最高法院98年度台上字第1840號民事判決

選定當事人雖係以被選定人之名義為形式上之當事人，但實際上選定人仍為其潛在性之當事人，依民事訴訟法第401條第2項之規定，其判決效力應及於選定人。是以被選定人為多數有共同利益之選定人提起金錢給付之訴，倘選定人各有其獨立之實體法上請求權，其原即應各別為請求給付者，為使確定判決之既判力、執行力之範圍明確，該訴之聲明自仍應分別記載「給付某甲若干元、某乙若干元、某丙若干元、某丁若干元、某戊若干元」，法院判決主文，亦當分別記載，俾為將來強制執行之依據。

(3) 最高法院98年度台上字第599號民事判決

按起訴，應以訴狀表明應受判決事項之聲明，民事訴訟法第244條第1項第3款定有明文。該款所稱之「應受判決事項之聲明」乃請求判決之結論，亦係請求法院應為如何判決之聲明，如當事人獲勝訴之判決，該聲明即成為判決之主文，並為將來據以強制執行之依據及範圍。是以原告提起給付之訴，依上揭起訴必備程式之規定，所表明訴之聲明（給付內容及範圍）與法院所為之判決主文，均必須明確一定、具體合法、適於強制執行。如其聲明有不明瞭或不完足者，審判長應行使闡明權，令其補充之，此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時為其義務。

(4) 最高法院104年度台上字第1397號民事判決

按給付之訴，係原告主張對被告有私法上請求權存在，請求法院判決被告應對原告為一定給付之訴訟。故給付之訴之應受判決事項之聲明（訴之聲明）必須表明被告對原告應為如何之給付，其訴始為合法。又民事訴訟採兩造對立主義，除有特別情形外，法院不得命同造被告中之一被告或數被告向他被告為給付。本件被上訴人以上訴人為被告，提起系爭土地所有權移轉登記之訴，核係給付之訴，惟其訴之聲明並未表明何光輝應對被上訴人為如何之給付？其訴訟標的之原因事實，亦未說明何文中應對何光輝給付之依據，其訴即屬不合法，第一審未限期命補正，逕為判決命何文中向何光輝為給付，踐行之訴訟程序自有瑕疵，原審未予糾正，遽行判決駁回何文中之上訴，已有疏略。

2. 確認之訴→法律關係

→事實→證書真偽

→法律關係基礎事實

(1) 最高法院32年上字第2257號民事判例
確認之訴，除確認證書真偽之訴外，應以法律關係為訴訟標的，此觀民事訴訟法第247條之規定自明，契約為法律關係之發生原因，非即法律關係之本身，契約之有效與否，本屬一種法律問題，不得為確認之訴之標的，惟以自己之所有物，經無處分權人與人訂立所有權移轉契約為原因，提起確認之訴時，雖其訴之聲明係求確認物權移轉契約為無效，而其真意實係以物權移轉契約無效為理由，求為確認自己之所有權仍屬存在之判決，其訴訟標的仍為法律關係，而非契約之無效。

(2) 最高法院85年度台抗字第394號民事裁定

所謂訴之追加，係指原告於起訴後提起新訴，以合併於原有之訴而言。訴是否追加，端以當事人、訴訟標的、訴之聲明三者，於訴訟進行中有無追加以為斷。本件抗告人於第一審主張依民法第770條規定（以所有之意思，20年間和平公然繼續占有他人未登記之不動產），請求確認其就系爭土地之所有權登記請求權存在；嗣於原審追復主張依同法第769條規定（以所有之意思，10年間和平公然繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意並無過失），請求確認其就系爭土地之所有權登記請求權存在。其主張之訴訟標的均為時效取得之所有權登記請求權，並無追加，僅補充事實上之陳述而已，依民事訴訟法第447條第2項規定，縱未經相對人同意，亦得為之。

(3) 最高法院87年度台上字第550號民事判決

上訴人於第一、二審訴之聲明似係「**確認兩造間親子關係存在**」，並於訴狀事實理由欄記載依民法第1114條之規定直系血親相互間互負扶養之義務，而同法第1138條第1款規定直系血親卑親屬為繼承之第一順序，上訴人為被上訴人之女，上訴人有**確認兩造間親子關係存在之必要**；**兩造間之權利義務有加以確認之必要及利益**云云。乃原審未遑行使闡明權以確定上訴人起訴之真意及其法律關係之所在，竟不經言詞辯論，遽以上揭理由為上訴人敗訴之判決，自嫌疏略。

3.形成之訴→形成的法律效果

(1) 最高法院96年度台上字第2074號民事判決

按「分配表異議之訴乃為解決未終結之異議而提起之訴，其一方有阻止受異議債權依原定分配表實行分配之效力，他方可因該訴之提起而達請求更正分配表之目的，若其訴為有理由者，應判決更正原分配表。故判決須表明被告應剔除之分配額及原告應增加之分配額，俾執行法院據以更正分配表，或重新製作分配表」。

查原審謂：分配表異議之訴乃形成之訴，訴訟標的乃對某特定分配表之異議權，被上訴人既已同意訴外人陳淑娥清償2341萬560元塗銷安和路房地之抵押權，則系爭分配表據以作成分配之基礎已改變，即參與分配之債權已發生變動，台北地院93年度執字第29299號於95年3月10日作成之分配表既經陳淑娥清償2341萬560元，塗銷安和路房地之抵押權，並由被上訴人於96年3月15日撤回台北地院95年度執子字第52492號一案之強制執行，台北地院93年度執字第29299號案分配表已失效，自有重作分配表之必要云云，

惟縱參與分配之債權已發生變動，其何以須重作分配表，而無須以分配表異議之訴解決之，其所憑之依據何在？得否僅因分配表異議之訴乃形成之訴，訴訟標的乃對某特定分配表之異議權，即謂分配表即須重作，無須以分配表異議之訴為之，殊非無疑。且原審既認所參與分配之債權已發生變動，則上訴人有阻止受異議債權依原定分配表實行分配之效力，自可因分配表異議之訴之提起而達請求更正分配表之目的，故判決須表明被上訴人應剔除之分配額及上訴人應增加之分配額，俾執行法院據以更正分配表，或重新製作分配表。上訴人提起本件分配表異議之訴，似非無據。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

(2) 最高法院98年度第1次民事庭會議（一）

提案：上訴人對於第二審判決提起第三審上訴，委任律師為訴訟代理人，本院認為上訴無理由，判決「上訴駁回。第三審訴訟費用由上訴人負擔。」
上訴人向本院聲請核定律師酬金，應否准許？

乙說（否定說）：聲請核定第三審律師酬金之目的在於確定訴訟費用額，即確定應負擔訴訟費用之一造應賠償他造所支出訴訟費用之數額。依確定終局判決應負擔訴訟費用之當事人既不得請求他造賠償其支出之訴訟費用，即無聲請法院核定第三審律師酬金之必要，則其聲請核定第三審律師酬金，因無實益，自不應准許。

決議：採乙說。

(3) 最高法院111年度台聲字第2198號民事裁定

- A. 按上訴，係因終局判決而受不利益之當事人，請求上級審法院，將原裁判廢或變更之一種不服聲明方法，本質上具有阻斷原判決確定之效力（遮斷效），及使在原審法院繫屬之事件脫離該審級，而繫屬上級審（移審效）之要素。而「移審效」係因上訴人之訴訟行為而生，非因實質上之合法上訴而聯結，第二審法院以上訴人未遵期繳納裁判費而駁回其第三審上訴，係代行第三審法院執行職務，非第二審法院固有之權能，仍屬第三審訴訟所為之裁定。
- B. 又第三審為法律審，被上訴人委任律師為其代理人，乃防衛其權益所必要，故民事訴訟法第466條之3第1項所稱第三審律師酬金，應包括被上訴人所委任律師之酬金在內。
- C. 上訴人對第二審判決提起上訴，因未繳納裁判費，經第二審法院裁定駁回其第三審上訴，被上訴人於第二審裁定駁回上訴人之第三審上訴前，已委任律師並代為提出答辯狀，可否依民事訴訟法第466條之3第1項規定聲請核定第三審律師之酬金？
- D. 本院先前具相同事實之裁判，有肯定與否定分歧見解之積極歧異，本庭認應採肯定見解，乃向本院其他民事庭提出徵詢。受徵詢之各民事庭，均採取與本庭相同法律見解，即上訴人不服第二審判決提起上訴，即生移審之效力。本件採為裁判基礎之法律見解，既經徵詢程序業經統一，應依該見解就本案逕為終局裁判。

二、刑事自訴狀撰寫注意

(一) 表明特定人（被告）之特定行為（犯罪事實）之義務

1. 最高法院107年度台上字第511號刑事判決

又刑事訴訟程序中法院審判之對象（範圍），乃指起訴書或自訴狀所記載被告之「犯罪事實」；而「犯罪事實」之內容，包括「人、事、時、地、物」等基本要素，亦即指犯罪之時日、地點、行為與結果等與犯罪成立具有重要關係之社會事實而言。

2. 最高法院107年度台上字第4799號刑事判決

刑事訴訟之審判，係採彈劾主義，法院對於被告被訴之犯罪事實應受審判之範圍，以起訴書（或自訴狀）所記載被告之「犯罪事實」（包括起訴效力所及具有實質上或裁判上一罪關係之犯罪事實）為準，不以起訴書所記載之法條及罪名為限。而起訴係一種訴訟上之請求，犯罪已經起訴，產生訴訟繫屬及訴訟關係，法院即有審判之權利及義務。是以若起訴書之犯罪事實欄內，對具體犯罪事實已予以記載，即為法院應予審判之對象。

3.最高法院108年度台上字第3140號刑事判決

自訴案件之訴之範圍，須就自訴人所自訴被告**犯罪事實**為客觀之衡量，**自訴狀如記載法條或罪名，法院自不能僅就其所引法條及罪名而為審理，但其所記載之法條或罪名，如與所訴之犯罪事實不相適合，法院自不受該記載法條或罪名之拘束。**另自訴人自訴被告所犯之罪名如何，固應以自訴狀所指之**犯罪事實為斷**，但法院於不妨害事實同一性之範圍即實質上一罪及裁判上一罪之全部犯罪事實，仍得自由認定事實、適用法律，不受自訴人所主張罪名之拘束。原判決援引第一審判決之理由說明：依本件自訴狀所記載之事實，除自訴狀已指明涉犯刑法第213條之公文書不實登載罪嫌外，當另涉有同法第124條之枉法裁判及第125條第1項第3款後段之明知有罪之人而無故不使其受處罰等罪嫌等旨。**因上述重罪均不得提起自訴，而為不受理之判決，經核並無違誤。**

4. 自訴人有特定被告之義務，不得以劃圈指定法院調查，調查義務之前提為起訴合法→最高法院108年度台上字第1728號刑事判決
- 是自訴人（或檢察官）請求法院訴追之案件，須為特定被告之特定犯罪事實。至如何特定被告之身分，自應由自訴人（或檢察官）於提起自訴（或公訴）前查明，即便不知所欲提起自訴對象之姓名、住居所等資料，亦需查明客觀上足資辨別之特徵，以特定訴追之對象，並避免累及無辜之第三者，殊無聲請法院調取名冊及照片，供其於眾多人員中指認確定，視法院為其訴追輔助機關之理。又刑事訴訟法第154條至第163條之2，係規定在該法第一編總則「證據」章中，於第二編之公訴、自訴程序均有適用。而由前述「證據」章開宗明義於第154條規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪（第1項）；犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實（第2項）。」足徵證據調查之目的係在確認被告被訴犯罪事實之有無，亦即在使法院對於被告被訴案件形成有罪或無罪之實體心證，而非為特定被告身分而設。是當事人依刑事訴訟法第163條第1項規定聲請調查之證據，當以與犯罪事實之存否具有關聯性者為限，倘當事人聲請調查者無關犯罪事實之認定，自非屬該條項所規範得聲請調查之範疇，縱其所聲請調查者，非屬同法第163條之2第2項各款所列情形，法院亦無何調查之義務可言。

（二）自訴人以因犯罪而直接被害之人為限

1. 最高法院106年度台上字第3028號刑事判決→改採法院實質審查原則

刑事訴訟法第319條第1項規定：犯罪之被害人得提起自訴。故必須係因犯罪而被害之人，始得提起自訴。該條項所稱犯罪之被害人，以因犯罪而直接被害之人為限。而此所謂直接被害之人，係指其法益因犯罪行為而直接受到損害而言，亦即其法益被侵害必須與行為人之犯罪行為具有直接因果關係，始足當之；若其法益是否被侵害，尚須視其他人之行為而定，或自訴人所指被告之犯罪行為，對於其被侵害之法益僅具有間接影響，而無直接因果關係者，均非此所謂直接被害人，自不得對被告提起自訴。

又自訴人之法益是否因被告犯罪行為而直接受侵害，依本院46年台上字第1305號、70年台上字第5093號，及30年上字第452號判例意旨，固係以自訴狀所指訴之事實為準。亦即就自訴人所指訴之犯罪事實，從形式上觀察，在實體法上足認其為被害人即為已足，並不以經調查結果，其法益確曾受害或被告實際上確有加害行為為必要，均得提起自訴。

但本院80年6月30日第3次刑事庭會議決議認為：「某甲提起自訴，謂其所有之建築物被某乙強行拆毀。但經法院調查結果，某甲對該建築物並無所有權或管領權，應認某甲並非其所自訴犯罪之直接被害人，逕予諭知不受理之判決。本院46年台上字第1305號判例不再援用」。依此項決議意旨，**本院已變更前揭3則判例所持形式審查之見解，而改採實質審查說**，亦即必須實質審查自訴人是否確為其所自訴犯罪之被害人，始得認為其自訴是否合法；不能僅憑自訴狀形式上之記載，據以判斷其是否為自訴犯罪之被害人。

且本院上開3則判例，先後經本院80年度第3次刑事庭會議、92年度第16次刑事庭會議，及95年度第12次刑事庭會議決議不再援用。

本件原判決於論斷自訴人鄭○是否係其所自訴上訴人等犯公務員登載不實公文書罪之被害人時，仍援用與本院決議不再援用上述3則判例相同意旨之86年度台上字第3656號「判決」，謂刑事訴訟法第319條第1項前段所謂之被害人，係指依其自訴之犯罪事實，從形式上觀察，在實體法上足認其為直接遭受損害之人即為已足，並不以其權益在實際上確有受損害為必要云云，並據此認為本件自訴人依其自訴之事實，從形式上觀察，係其所指訴上訴人等犯罪事實之直接被害人，尚非不得對上訴人等提起本件自訴云云，而據以撤銷第一審判決，依上述說明，其所持之法律見解尚有未洽。

(三) 無行為能力或限制行為能力之犯罪被害人不得提起自訴

1. 最高法院107年度台上字第1734號刑事判決

按犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之。刑事訴訟法第319條第1項定有明文。是無行為能力人或限制行為能力之犯罪被害人，不得提起自訴，其法定代理人始得提起。從而，無行為能力或限制行為能力之犯罪被害人提起自訴，即應依刑事訴訟法第334條諭知不受理之判決。此並有司法院院字第1457、1574號解釋可參。

查林○○係93年間出生，於提起本件自訴時，為滿7歲以上之未成年人，依民法第13條規定為限制行為能力人，依上開說明，即不能提起自訴。原審不察，就其提起之自訴未諭知不受理，仍為實體判決，即有違誤。此為本院應依職權調查之事項，自應由本院將原判決關於林○○自訴部分撤銷，自為判決自訴不受理。

2.最高法院107年度台上字第1051號刑事判決

犯罪之被害人得提起自訴，因為刑事訴訟法第319條第1項前段所明定，但此所謂被害人，係以具有法律上人格之自然人或法人為限。再公司法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司；外國公司經認許後，其法律上權利義務及主管機關之管轄，除法律另有規定外，與中華民國公司同，公司法第4條、第375條分別定有明文。是外國公司如未經我國政府認許，在我國不能認其為法人，無法取得權利能力，僅能認其係非法人之團體；具體以言，未經我國政府認許之外國公司（編按：公司法自107年11月1日修正施行廢除認許制度），除法律有特別規定（例如公平交易法第47條、著作權法第102條、商標法第99條等）外，不得提起自訴。至於非法人之團體，因非屬有行為能力之法人，而刑事訴訟法復無如民事訴訟法第40條第3項之規定，是非法人團體縱然設有代表人或管理人，仍不得提起自訴。

※詳見拙著，未經認許之外國公司於公司法修正後之告訴權與自訴權——以最高法院109年度台上字第1639號刑事判決為例，裁判時報114期，2021年12月，頁81-90

三、一般民事常見案件爭點整理狀撰寫建議—參考林紀元庭長演講報告大綱

(一) 侵權行為損害賠償事件

1. 侵權行為之要件：主要在於過失責任之有無。
2. 損害賠償項目：
 - (1) 醫療費用（診斷證明書、健保自付額）
 - (2) 增加生活上需要（必要性）
 - (3) 喪失或減少勞動能力損失（鑑定/比例）
 - (4) 喪葬費用（項目必要性）
 - (5) 扶養費用（要件、期間、基準、比例）
 - (6) 精神慰撫金（參考資料、請求依據）
 - (7) 物之毀損（基準、折舊、使用價值、交換價值）
3. 共同侵權及連帶賠償（不真正連帶）
4. 與有過失或損益相抵（比例）
5. 請求權基礎：民法第184條第1項前段或後段？
配偶與他人不正來往之損害賠償事件

5.請求權基礎：民法第184條第1項前段或後段？

配偶與他人不正來往之損害賠償事件

(1) 前段：最高法院55年台上字第2053判決先例是用184條1項前段（對配偶及婚姻關係以外之第三人主張共同侵權行為，所以有稱配偶權，婚姻契約權利。臺灣高等法院103年度上易字第1391號民事判決

婚姻乃男女雙方以終身共同生活為目的而締結之身分契約，夫妻之一方對於婚姻關係之完整享有人格利益，故於婚姻關係中，當事人間互負有貞操、互守誠信及維持圓滿之權利與義務，此種利益即民法第195條第3項所稱之「基於配偶關係之身分法益」。是侵害配偶關係所生身分法益之行為，並不以通姦行為為限，倘夫妻任一方與他人間存有逾越朋友交遊等一般社交行為之不正常往來，甚而肌膚之親，其行為已逾社會一般通念所能容忍之範圍，已達破壞婚姻共同生活之圓滿安全及幸福之程度，即足當之。

加上臺灣高等法院98年度上易字第659號民事判決

民法第184條第1項規定，因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。所謂身分權，係指基於特定身分而發生的權利，主要有親權、配偶權及繼承權，均屬於該項規定所稱的權利。又所謂配偶權，指配偶間因婚姻而成立以互負誠實義務為內容的權利，因此一方配偶與第三人通姦時，係共同侵害他方配偶之配偶權。又身分權被侵害時，因身分權亦具有人格關係上之利益，他方配偶即得依民法第184條第1項前段規定，主張其身分權受侵害，並得依同法第195條第3項規定，請求賠償非財產上損害。

(2) 後段：最高法院41年台上字第278號判決先例是用184條1項後段（對婚姻關係以外之第三人，侵害婚姻利益）。

臺灣高等法院暨所屬法院86年法律座談會民事類提案第3號審查意見及研討結果，就訴請他方與相姦者負非財產上損害賠償責任，其請求權之基礎為何？

採乙說：通姦足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為，苟配偶之他方確因此受有財產上或非財產上之損害，依民法第184條第1項後段，自仍得請求賠償。

(二) 債務不履行損害賠償事件

1. 可歸責及不可歸責事由（買賣、租賃、金錢借貸之不同契約）
2. 催告、解除或終止之意思表示是否合法。
3. 損害賠償之項目及金額（計算基準與程式）
4. 抵銷或時效消滅之抗辯。
5. 違約金之酌減

(三) 拆屋還地事件

- 1.所有權及占有權源（借貸、租賃、時效取得地上權、土地房屋同屬一人所有之425-1）
- 2.相當租金利益或損害賠償之計算基準（期間）。

(四) 分割共有物事件

- 1.當事人適格確認（全部共有人均為當事人）
- 2.能否分割及合併分割要件
- 3.分割方法之確認
- 4.分割後維持共有之區域及依據
- 5.金錢補償之方式（附表）

(五) 異議事件

- 1.債務人異議之訴（強執§14、§14-1）
- 2.第三人異議之訴（強執§15，得異議之權利）
- 3.分配表異議之訴（強執§39、§40、§40-1、§41）
- 4.執行命令異議之訴（強執§119、§120）
- 5.裁判費計算：執行債權額、執行標的價額及變更分配可得利益

(六) 勞工事件

- 1.工資定義及範圍
- 2.雇主之預告終止及不經預告終止（勞基法§11、§12、§13、§16）
- 3.勞工之預告終止及不經預告終止（勞基法§14、§15）
- 4.資遣費之爭議（勞基法§17、§18）
- 5.退休金之爭議（勞基法§53、§54、§55）
- 6.職業災害補償及折抵（勞基法§59、§60、§61）

(七) 撤銷債權事件 (民法§244)

1. 除斥期間
2. 無資力 (連帶債務)
3. 有償行為與無償行為之認定 (第1、2項)
4. 是否有害債權之認定
5. 與通謀虛偽意思表示之主張層次及代位權之行使

(八) 其他類型事件

1. 國賠事件 (要件—公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者/公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體、人身自由或財產受損害者)
2. 保險事件 (約定條款)
3. 給付工程款事件 (進度計算、驗收條件或期限)
4. 信用卡及確認本票債權事件 (本人使用、原因關係抗辯)
5. 塗銷抵押權事件 (擔保債權、抵押權設定條件)
6. 合夥事件 (出資若干、勞務出資之損失分擔)
7. 家事訴訟事件 (重大事由、歸責程度、監護及探視權、損害賠償、**剩餘財產分配**)

四、刑事上訴狀撰寫注意

刑事訴訟法§361

不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之。

上訴書狀應敘述具體理由。

上訴書狀未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後二十日內補提理由書於原審法院。逾期未補提者，原審法院應定期間先命補正。

§348

上訴得對於判決之一部為之。

對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。

上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。

（一）上訴狀應具體敘述理由

1. 最高法院102年度台上字第3730號刑事判決

所謂不服第一審判決之具體理由，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；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，皆難謂係具體理由。

2.最高法院109年度台上字第1586號刑事判決

刑事訴訟法第361條第1項、第2項雖然規定，不服地方法院之第一審判決而上訴者，須提出上訴書狀，並應敘述具體理由。然所稱具體理由，僅須就不服判決之理由為具體之敘述，而非僅為抽象、空泛或籠統之指陳，即為已足；更不以其書狀已引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實，或已具體記載有其他足以影響判決結果之情形為必要。倘上訴理由已表明上訴人對某特定事項為爭執，雖其記載之文字簡略，語意稍欠精確，仍應認符合「具體」之要件；且因第二審上訴理由是否具體僅能由第二審法院為實體之審查，又非屬得命補正之事項，有關理由是否具體之認定，不宜過苛，否則將嚴重影響人民之訴訟權。

經查，上訴人於原審提出之「申請上訴狀」載稱：「茲因開庭時所判決跟收到的判決不一樣」，固稍覺簡略，且未必能一目了然，惟似已對第一審判決之實質內容，有所爭執。此由上訴人不服原判決提出之「上訴（補理由）狀」記載：「在地方法院開庭時法官判被告施用第一級毒品8個月，而收到判決時變成9個月」等語，即可印證。亦即上訴人前述之第二審上訴理由，與並無具體內容之抽象、空泛或籠統之指摘有別。原審未為實質調查審認，逕認上訴人之上訴未敘述具體理由，從程序上駁回其第二審上訴，難謂適法。

（二）強制辯護之代撰上訴理由狀

最高法院106年度台上字第1965號刑事判決

於強制辯護案件，如無辯護人代為製作上訴理由狀，致上訴未敘述具體理由，固仍屬同法第361條之情形，惟若法院認其辯護倚賴權未能受到合理照料（例如原辯護人違背職責，未代撰上訴理由狀），於必要時由國家主動給與辯護人為協助，本即強制辯護制度設計之旨。

易言之，在第一審法院將卷證移送第二審法院之前，原第一審法院之辯護人因尚且負有提供法律知識、協助被告之義務（刑事訴訟法第346條；公設辯護人條例第17條；律師法第32條第2項、第36條），第一審法院本可以適當之方法，提醒被告，倘有不服，得請求其辯護人代撰上訴理由狀（例如在判決書之末，或作成附件資料，以教示方式、載明上旨；或提解到庭聆判，當庭告知、記明筆錄），其若漏未處理，或原辯護人違背職責，第二審法院自得於必要時，本其職權指定辯護人，並命其代為提出上訴之具體理由，俾強制辯護制度所保障之辯護倚賴權，能有效發揮作用。

（三）為被告利益提起上訴/抗告之書狀程式

最高法院107年度台抗字第1076號刑事裁定

文書由非公務員制作者，應記載年、月、日並簽名；其非自作者，應由本人簽名，不能簽名者，應使他人代書姓名，由本人蓋章或按指印，代書之人，並應附記其事由及簽名，復為刑事訴訟法第53條所明定。次按起訴或其他訴訟行為，於法律上必備之程式有欠缺而其情形可補正者，法院應定期間，以裁定命其補正，刑事訴訟法第273條第6項定有明文；此項規定對於同屬訴訟行為之聲請再審，亦應同有適用。

查：本件抗告人因擄人勒贖（2罪）、私行拘禁罪，經判處罪刑確定而向原審法院聲請再審及停止刑罰之執行，但其提出於原審之「刑事聲請再審暨停止執行狀」，並無抗告人之簽名、蓋章或按指印，具狀人欄亦僅記載其選任之辯護人「許○○律師」，並蓋具「許○○該律師」之印章，有該狀附原審卷可按（見原審卷第16頁），核與上揭規定有違。因此，抗告人本件聲請再審及停止刑罰執行之程式，顯屬違背規定。原審未審究是否應先命抗告人補正法律規定之程式，乃逕為實體之裁定，於法自有未合。

（四）被告不得為自己不利益上訴

最高法院112年度台上字第288號刑事判決

※當事人提起上訴後，上級審法院審查原審判決是否違背法令，有區分被告上訴或檢察官上訴之必要，若被告上訴或檢察官為被告利益上訴，不得以原審違背法令之「錯誤適用法律有利於被告之結果」為上訴理由。

107年度台上字第1010號判決

學理上所說的接續犯，係指多次之數行為，合於同一犯罪構成要件，但因係於同一時、地，或甚為密接時、地之作為，而持續侵害同一法益，依社會健全通念，皆認其各舉動之獨立性極為薄弱，將之視為1個行為較合理，使各舉動構成一之犯罪行為，給予1個法律上之評價而言。又行使偽造（準）私文書罪所保護的法益，除文書之公共信用外，亦含製作名義人之個人利益。上訴人冒用不同被害人身分證字號登入臺鐵網路訂票系統訂票，侵害個人法益部分既非同一，即使訂票日相同，原判決認不成立接續犯，亦無違法。又被告上訴，以受不利益之裁判，為求自己利益起見請求救濟者，方得為之，故基於上訴利益之原則，上訴人不得為自己之不利益提起上訴。原審就上訴人先後冒用同一被害人身分證字號登入臺鐵網路訂票系統訂票，不問其訂票日期之間隔，均認定是接續犯，是對其有利。上訴人指摘原判決此部分認定不當，核係為自己不利益上訴，自非適法之上訴理由。

（五）是否勸認罪

最高法院112年度台上字第288號刑事判決

※當事人提起上訴後，上級審法院審查原審判決是否違背法令，有區分被告上訴或檢察官上訴之必要，若被告上訴或檢察官為被告利益上訴，不得以原審違背法令之「錯誤適用法律有利於被告之結果」為上訴理由。

107年度台上字第1010號判決

學理上所謂的接續犯，係指多次之數行為，合於同一犯罪構成要件，但因係於同一時、地，或甚為密接時、地之作為，而持續侵害同一法益，依社會健全通念，皆認其各舉動之獨立性極為薄弱，將之視為1個行為較合理，使各舉動構成一之犯罪行為，給予1個法律上之評價而言。又行使偽造（準）私文書罪所保護的法益，除文書之公共信用外，亦含製作名義人之個人利益。上訴人冒用不同被害人身分證字號登入臺鐵網路訂票系統訂票，侵害個人法益部分既非同一，即使訂票日相同，原判決認不成立接續犯，亦無違法。又被告上訴，以受不利益之裁判，為求自己利益起見請求救濟者，方得為之，故基於上訴利益之原則，上訴人不得為自己之不利益提起上訴。原審就上訴人先後冒用同一被害人身分證字號登入臺鐵網路訂票系統訂票，不問其訂票日期之間隔，均認定是接續犯，是對其有利。上訴人指摘原判決此部分認定不當，核係為自己不利益上訴，自非適法之上訴理由。

伍、程序作為的注意事項

一、民事訴訟程序進行中的操作注意

(一) 原告因連帶債務之被告一人死亡且拋棄繼承而撤回一部訴訟

原告X起訴主張：大貨車司機Y受僱於Z貨運公司，某日因執行載送貨物之職務卻闖紅燈撞擊原告之父甲致死，爰基於民法第184條第1項前段、第188條第1項前段規定，請求YZ連帶賠償新臺幣800萬元等語。因兩造對於車禍肇責比例及賠償項目之必要金額有爭執，纏訟多年，嗣Y於訴訟進行中死亡，且Y之繼承人均向法院聲明拋棄繼承准予備查在案。法官開庭時當庭表明欲終結言詞辯論，遂詢問原告X之訴訟代理人A律師是否拋棄對被告Y之訴訟，A律師遂當庭表明撤回對Y之本案請求，僅以Z貨運公司為被告，Z之訴訟代理人隨即主張時效消滅抗辯。法官遂行言詞辯論後，諭知言詞辯論終結，定期宣判。

※注意：民法§144、§188I、§276II。

（二）受委任而未限定收受送達權限

1. 勿再使當事人指定自己為送達代收人

最高法院43年台抗字第92號民事判例：

某甲在第一審委任某乙為訴訟代理人，其委任書既載有為一切訴訟行為之權，即有受送達之權限，無須再行指定其為送達代收人，雖某甲於書狀內仍為此項記載，究與另行指定送達代收人之情形有別，其向第二審上訴時，既另行委任某丙為訴訟代理人，並於委任書載明有為一切訴訟行為之權，則此後送達文件，自應向其所改委之某丙為之。

2.若法院直接通知當事人

※民事訴訟法§132

訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之。但審判長認為必要時，得命送達於當事人本人。

3.委任終了記得撤銷送達代收指定

※民事訴訟法§134

送達代收人，經指定陳明後，其效力及於同地之各級法院。但因該當事人或代理人別有陳明者，不在此限。

(三) 為當事人提起上訴之應注意民事訴訟施行法第9條

※民事訴訟法施行法§9

上訴人有律師為訴訟代理人，或依書狀上之記載可認其明知上訴要件有欠缺者，法院得不行民事訴訟法第四百四十二條第二項及第四百四十四條第一項但書之程序。

1.係指上訴人已委任律師為上訴審訴訟代理人

最高法院106年度台簡抗字第193號民事裁定

按上訴人有律師為訴訟代理人，或依書狀上之記載可認其明知上訴要件有欠缺者，法院得不行民事訴訟法第442條第2項及第444條第1項但書之程序，民事訴訟法施行法第9條定有明文。所謂「上訴人有律師為訴訟代理人」，係指上訴人已委任律師為上訴審訴訟代理人者而言，如律師為當事人提起上訴，係本於當事人於原審所授與之特別代理權，依民事訴訟法第70條第1項規定為當事人之利益提起上訴，並未於上訴審再受委任，則其代理權於提起上訴後，因代理事件終了而消滅，即無上開規定之適用。

2.再審、抗告程序均有適用

最高法院111年度台聲字第2007號民事裁定

按聲請再審，應依民事訴訟法第77條之17第2項規定預納裁判費，此為必須具備之程式。本件聲請人對本院111年度台抗字第363號確定裁定聲請再審，未據預納裁判費，雖其向本院聲請訴訟救助暨選任訴訟代理人，惟業經本院於民國111年7月13日以111年度台聲字第1778號裁定予以駁回，此項裁定已於同年月28日送達，有送達證書足憑。茲已逾相當期間，聲請人仍未補正，參照民事訴訟法施行法第9條規定，可認其明知聲請再審之要件有欠缺，自得不定期間命補正，逕認其再審聲請為不合法，以裁定駁回之。

最高法院111年度台抗字第848號民事裁定

一、按提起民事抗告，應依民事訴訟法第77條之18規定預納裁判費，此為必須具備之程式。

二、本件抗告人提起抗告，未據預納裁判費，雖同時聲請訴訟救助，然經本院於民國111年7月13日以111年度台聲字第1775號裁定駁回其聲請，此項裁定，已於同年月28日送達，有卷附送達證書足據。茲已逾相當期間，抗告人迄未繳納裁判費，參照民事訴訟法施行法第9條規定，可認其明知抗告之要件有欠缺，仍未補正，其抗告自非合法。

3.以訴訟代理人確已知悉為前提

最高法院111年度台抗字第123號民事裁定

- (一) 上訴人提起上訴，未繳納裁判費，若其有律師為訴訟代理人，毋庸命其補正，得以裁定駁回之，因為民事訴訟法施行法第9條所明定，惟揆諸該規定係為避免拖延訴訟而設，須該訴訟代理人確已知悉上訴人應繳納之上訴裁判費用，並有充足期間得自動繳納而未繳納者，始有其適用。
- (二) 查本件係請求酌減租金等事件，再抗告人於起訴時雖自行繳納第一審裁判費64萬9208元，惟其後兩度擴張訴之聲明，第一審於110年6月29日言詞辯論期日僅諭知再抗告人於庭後7日內補繳裁判費45萬5312元，逾期不補駁回其訴，惟並未曉諭本案之訴訟標的價額，再抗告人之訴訟代理人能否確實知悉所核定之訴訟標的價額，並非無疑。

(三) 再抗告人之上訴聲明，係求為判決：(1)伊承租建物之每月固定租金部分，自109年2月起至同年12月止，均調整為每月217萬2300元；自110年1月起至同年12月止，均調整為每月235萬3784元。(2)相對人應返還伊簽發如第一審判決附表（下稱附表）一之8張支票，亦不得提示兌現。(3)相對人應於上開酌減範圍內，就附表二已兌現支票之金額，扣除其應給付之租金後，返還其餘金額本息予伊（一審卷四411頁）；似見金額尚非明確，原裁定並未指明再抗告人應繳納之第二審裁判費用究為若干，逕認再抗告人接續委任同一律師提起第二審上訴，即可自行核算訴訟標的價額並繳納第二審裁判費，亦嫌速斷。

(四) 末查再抗告人於110年8月30日上訴期滿後，於同年9月2日自行計算繳納之第二審裁判費達167萬6761元，倘該金額確係依本案之訴訟標的價額所計算之裁判費，該金額非低；再抗告人既因營收不佳而請求酌減租金，可否於短時間內提出該金額？20日之上訴期間能否謂係其自動繳納該裁判費之充足期間？非無再為研求之餘地。此與再抗告人未於20日之上訴期間內未自行計算並自動繳納裁判費，是否係故意拖延訴訟之審認，關係密切。原法院未遑詳查審認，遽為再抗告人不利之裁定，自有可議。再抗告論旨，指摘原裁定不當，聲明廢棄，非無理由。

最高法院110年度台抗字第390號民事裁定

惟按上訴人提起上訴，未繳納裁判費，若其有律師為訴訟代理人，毋庸命其補正，得以裁定駁回之，固為民事訴訟法施行法第9條所明定。揆該規定係為避免拖延訴訟而設，須該訴訟代理人確已知悉上訴人應繳納之上訴裁判費用，並有充足期間得自動繳納而未繳納者，始有其適用。

查再抗告人於109年12月2日提起第二審上訴之同時，固提出委任狀委任王瀚誼等律師為其第二審訴訟代理人，司幼文律師並於當日閱覽全案卷宗，惟再抗告人於第一審係委任劉思龍律師及張雨萱律師為其訴訟代理人，倘王瀚誼等律師未曾參與第一審訴訟程序，則再抗告人主張王瀚誼等律師於閱覽全部訴訟資料後，尚須相當期間審慎評估本件訴訟之勝敗可能性，以決定是否進行後續訴訟等語，是否全無可取？得否僅憑再抗告人提起第二審上訴後，未於9日內繳納裁判費，即謂其有延滯訴訟之情事？尚非無疑。

原法院未遑詳查審究，遽為再抗告人不利之裁定，自有可議。再抗告意旨，指摘原裁定適用法規顯有錯誤，求予廢棄，非無理由。

二、刑事辯護認知

(一) 被告承受辯護人為其辯護所生之一切法律效果

1. 刑之減輕事由及量刑利益

最高法院109年度台上字第4702號刑事判決

刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第16條享有訴訟權所衍生之基本權，功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判。當律師接受委託或經指定成為被告之辯護人，便取得相關決定訴訟策略之權利，包括審前之準備活動、庭審中各項辯護事項之安排及有罪判決後之救濟程序等，但關於是否為有罪答辯、是否放棄出庭審判之在場權或捨棄上訴等權利，則不能由律師單獨決定，原則上必須尊重被告，除此之外，倘非律師明顯未善盡辯護責任（如律師未為實質辯護、為不利於被告之辯護等），則被告必須接受律師辯護活動所產生一切有利或不利之法律效果。

本件上訴人自警詢以迄原審準備程序時，均否認有販賣毒品甲基安非他命予許○○，並始終辯稱係與許○○合資購買等語，直至原審審判期日始願認罪，惟仍辯稱：「我真的單純幫他（指許○○）代墊3,000元，一起向林○○買，原審（指第一審）認為我販賣行為，但我沒有辦法提出更有利證據證明我沒有販賣，如果鈞院認為我有販賣行為，我承認，請從輕量刑」、「我認罪，因為我沒有辦法提出更有利的證據」等語，顯係一方面仍否認販賣毒品甲基安非他命，另一方面又無可奈何承認犯罪，即上訴人本非完全出於真摯反省而認罪。原審辯護人基此除尊重上訴人認罪外，仍本於其專業認上訴人本件是否成立販賣罪尚有疑慮，乃提出無罪或輕罪之答辯意見請求法庭參考，自可認已善盡辯護之責任，且係遵循上訴人前揭非完全認罪之方向進行辯護，則上訴人於聽聞辯護人辯護後既未反駁或補充說明，自應承受原審辯護人為其辯護所生之一切法律效果。

況原審於量刑時亦說明：被告犯罪後坦承犯行，事關其是否有悔悟之心，雖屬對被告量刑之有利審酌事項，然此對量刑之影響，亦應考慮被告係(一)、在訴訟程序之何一個階段認罪。(二)、在何種情況下認罪（英國2003年刑事審判法第144條參考），按照被告認罪之階段（時間）以浮動比率予以遞減調整之，被告係於最初有合理機會時即認罪者，可獲最高幅度之減輕，其後（例如開庭前或審理中）始認罪者，則依序遞減調整其減輕之幅度，倘被告始終不認罪，直到案情已明朗始認罪，其減輕之幅度則極為微小。被告究竟在何一訴訟階段認罪，攸關訴訟經濟及被告是否出於真誠之悔意或僅心存企求較輕刑期之僥倖，法院於科刑時，自得列為「犯罪後之態度」是否予以刑度減讓之考量因子。

本件上訴人於偵查及第一審均否認犯行，辯稱係合資，於原審時又表明認罪之意，但其辯護人一方面以其認罪請求從輕量刑，一方面又以應屬合資為辯護，可見上訴人企較輕刑期之僥倖心態，非出於真誠之悔意。且第一審因上訴人否認而傳喚許○○、林○○進行交互詰問，顯已耗費相當訴訟人力、時間與資源，上訴人係於案情已臻明朗之情形下認罪，參酌上開「量刑減讓」原則，認應給予上訴人刑度上較小減輕之幅度等語。顯非僅以上訴人並非完全認罪之單一原因，作為量處較小減輕刑期幅度之唯一參考。上訴意旨以此指摘原判決違法，自非合法上訴第三審之事由，其上訴不合法律上之程式，應予駁回。

2.證據能力之明示同意

(1) 最高法院108年度台上字第3590號刑事判決

辯護人係被告基於信賴關係所選任，以協助被告享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障。其於訴訟上之權限，包括與被告間之「對內權限」及對法院或其他機關、其他人間之「對外權限」。前者，係指與被告之關係的權限，包括辯護人與被告接觸、往來（例如接見在押被告，或互通書信等），以期為被告有效之辯護。後者，概可分為基於被告明示或默示的授權之附隨代理權（例如代收文書、代到場、代出庭，或代為某特定之意思表示等）、無需被告授權但不得違背其明示意思之獨立代理權（例如聲請法院職員迴避、聲請繼續審判、提起上訴等）以及不受被告意思拘束而得獨立行使之固有權（例如於偵查訊問時在場、審判中檢閱卷宗及證物等）。

準此，辯護人於訴訟上基於被告之授權，代為某特定之意思表示，只要性質或法律上允許，自得為之，其法律效果並及於被告本人。刑事訴訟法第159條之5之規定，係本於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現的理念，乃於同法第159條之1至第159條之4以外，就當事人同意（明示或擬制）傳聞證據作為證據時，尊重當事人的證據處分權，由法院介入審查，在適合的情況下，特別賦予證據能力。被告上開同意之意思表示，固得直接以言詞或書面為之，惟該訴訟行為於性質或法律上並不禁止辯護人代其為之。從而，被告對於供述證據之證據能力，自得當庭授權辯護人代為行使其處分權，因此所生之法律效果，並應及於被告。

稽之卷內資料，本件第一審受命法官於準備程序詢以：「對於檢察官所提出之前開犯罪事實之證據方法，有何意見？」上訴人答以：「請律師回答。」辯護人蕭○○律師則答稱：「證據能力部分，沒有意見，同意作為證據。」等語。上訴人既已授權在場之辯護人對於案內供述證據之證據能力有無表示意見，辯護人所為「同意」之意思表示，應認上訴人對於證據能力已經行使處分權。至當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權而告確定者，其於再開辯論或上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力。

（二）法院裁判書之錯誤教示不應轉嫁承擔

最高法院110年度台抗字第1804號刑事裁定
訴訟程序已有委任律師協助者，除因律師有民事訴訟法施行法第9條規定可認其係明知遲誤法定期間，或有如律師法第33條規定因懈怠或疏忽等可歸責事由致遲誤法定期間外，仍不能將法院裁判書之教示救濟期間錯載，所生遲誤法定期間內應為訴訟行為致裁判確定之不利益，轉嫁由受委任之律師或其當事人承擔，以保障當事人及律師對公平法院之信賴，而無違憲法保障訴訟權應遵循正當法律程序原則之意旨。

（三）無效辯護情形之避免

最高法院103年度台上字第1383號刑事判決

被告律師所提供之辯護如非實質、有效的辯護，即屬無效之律師協助，固得構成合法上訴之理由，以維護公平正義與被告利益。惟是否構成無效之律師協助，除應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信，亦即，所謂無效之辯護應同時備「行為瑕疵」與「結果不利」二要件，始足與焉。

最高法院106年度台上字第344號刑事判決

刑事被告有受律師協助提供實質、有效辯護之權利，以維護公平正義與被告利益。無效之律師協助，固得構成合法上訴之理由，但仍應以辯護人之辯護行為具有瑕疵，致未發揮辯護人應有之功能，且該瑕疵嚴重至審判已不公平，審判結果因而不可信，始足當之。

最高法院108年度台上字第397號判決

刑事訴訟法第379條第7款規定「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令」，以保護被告在訴訟上有依賴辯護人其辯護及不受不法審判之權。所謂未經辯護人到庭辯護，除指未經辯護人到庭外，固尚包括辯護人所提供之辯護如非實質、有效之辯護，即屬無效之律師協助，得構成合法上訴之理由，始能發揮防禦權之功能。惟是否構成無效之律師協助，除應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信，亦即，所謂無效之辯護應同時具備「行為瑕疵」與「結果不利」二要件，始足語焉。至辯護人如何與被告就案件相關過程磋商、擬定辯護意旨，乃屬其等間之內部信任關係、訴訟策略之運用，並受秘匿特權保護，倘未受國家機關不當干涉，法院無從介入，自不得以之遽指辯護人未為實質辯護。

最高法院109年度台上字第2602號判決

刑事訴訟法第379條第7款所規定依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判，其判決當然違背法令者，係指依刑事訴訟法規定，應有辯護人到庭為被告辯護之案件，辯護人未經到庭辯護，或雖經到庭而未盡其忠實辯護義務之情形。若於審判期日已到庭為被告以言詞辯護，並明確陳述辯護之意旨而為被告詳盡其忠實辯護之職責者，縱事後並未再提出其所稱之辯護書狀，既無剝奪被告憲法上所保障之訴訟防禦權及其對辯護人倚賴權之行使，即顯然於判決無生影響，而非上開所稱之違背法令。

最高法院110年度台上字第2236號判決

刑事訴訟法第379條第7款規定「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令」，以保護被告在訴訟上有依賴辯護人為其辯護及不受不法審判之權。所謂未經辯護人到庭辯護，除指未經辯護人到庭外，固尚包括辯護人所提供之辯護如非實質、有效之辯護，即屬無效之律師協助，得構成合法上訴之理由，始能發揮防禦權之功能。惟是否構成無效之律師協助，除應由被告具體指出辯護人之辯護行為有瑕疵，致未發揮辯護人應有的功能外，必也該瑕疵行為嚴重至審判已不公平，審判結果亦因而不可信，亦即，所謂無效之辯護應同時具備「行為瑕疵」與「結果不利」二要件，始足語焉。至辯護人如何與被告就案件相關過程磋商、擬定辯護意旨，乃屬其等間之內部信任關係、訴訟策略之運用，並受秘匿特權保護，倘未受國家機關不當干涉，法院無從介入，自不得以之遽指辯護人未為實質辯護。本件上訴人於原審審理時始終坦承犯行，其原審選任辯護人於原審準備程序及審判程序，對卷內證據之證據能力及證明力一一陳明並表示意見，復主張第一審量刑過重，提出辯護書狀並於言詞辯論時，就法律及事實上之意見為上訴人盡其辯護之義務，自難謂其未盡實質、有效之辯護義務。

最高法院111年度台上字第584號判決

(一) 刑事訴訟法第379條第7款所規定依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判，其判決當然違背法令者，係指依刑事訴訟法規定，應有辯護人到庭為被告辯護之案件，未經辯護人到庭辯護，或雖經到庭而未盡其忠實辯護義務，致未為實質、有效之辯護（即無效之律師協助）之情形。若於審判期日已有辯護人到庭替被告為具體明確之主張、防禦及辯護，為被告詳盡其忠實辯護之職責者，既無剝奪被告訴訟防禦權及辯護人倚賴權可言，自不得任意指為違法。

(二) 上訴人於原審所自書之多份書狀，均僅爭執其有刑法第59條酌減其刑、毒品危害防制條例第17條第1項、第2項之減輕（免除）其刑、量刑過重等情，並未爭執犯罪事實；於準備程序及審理程序中，亦均坦承犯罪事實，且同意卷內證據之證據能力。則法扶律師本於上訴人之主張，忠實為上訴人辯護，認本件應有毒品危害防制條例第17條及刑法第59條之適用，請求酌減其刑，難認有何害及上訴人防禦權之行使及辯護人倚賴權之違法可指。

(四) 善用刑法第74條第2項第3款之規定因應告訴人顯不相當之求償

刑法§74

受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：

- 一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。
- 二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。

緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項：

- 一、向被害人道歉。
- 二、立悔過書。
- 三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。
- 四、向公庫支付一定之金額。
- 五、向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
- 六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
- 七、保護被害人安全之必要命令。
- 八、預防再犯所為之必要命令。

前項情形，應附記於判決書內。

第二項第三款、第四款得為民事強制執行名義。緩刑之效力不及於從刑、保安處分及沒收之宣告。

（五）是否勸認罪

最高法院107年度台上字第776號刑事判決

刑事訴訟法第370條第1項規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」學理上以「上訴不利益變更禁止原則」稱之，其實前段規定為原則，但書規定為例外，亦即一旦有但書情形，即可改判較重之刑；而上開但書規定，係指舉凡變更原審判決所引用的刑罰法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），都不受上訴不利益變更禁止原則的限制，俾合理、充分評價行為人的犯行，以實現實體的正義。

原審認第一審適用刑法第59條酌減其刑之規定，減輕上訴人之刑責，有「法條適用不當」之情形，因而撤銷第一審之不當科刑判決，改判諭知較重於第一審判決之刑度，已詳予敘明，並指出：上訴人於第一審審理時，固坦承犯行，並與A女調解成立，但於原審審理時，不僅翻異前詞，否認犯行，更表明不欲履行上開調解條件，再衡以上訴人上開犯行，嚴重影響A女的身心發展，又無意願彌補A女的損害，在客觀上實不足以引起一般同情，難認有犯情堪憫的情狀，第一審未及審酌上情，遽為刑法第59條規定減輕其刑的適用，自難謂當，而有適用法條不當的情形存在。爰撤銷第一審不當之科刑判決，改諭知較重之刑。經核於法無違。

（五）是否勸認罪

最高法院107年度台上字第776號刑事判決

刑事訴訟法第370條第1項規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」學理上以「上訴不利益變更禁止原則」稱之，其實前段規定為原則，但書規定為例外，亦即一旦有但書情形，即可改判較重之刑；而上開但書規定，係指舉凡變更原審判決所引用的刑罰法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），都不受上訴不利益變更禁止原則的限制，俾合理、充分評價行為人的犯行，以實現實體的正義。

原審認第一審適用刑法第59條酌減其刑之規定，減輕上訴人之刑責，有「法條適用不當」之情形，因而撤銷第一審之不當科刑判決，改判諭知較重於第一審判決之刑度，已詳予敘明，並指出：上訴人於第一審審理時，固坦承犯行，並與A女調解成立，但於原審審理時，不僅翻異前詞，否認犯行，更表明不欲履行上開調解條件，再衡以上訴人上開犯行，嚴重影響A女的身心發展，又無意願彌補A女的損害，在客觀上實不足以引起一般同情，難認有犯情堪憫的情狀，第一審未及審酌上情，遽為刑法第59條規定減輕其刑的適用，自難謂當，而有適用法條不當的情形存在。爰撤銷第一審不當之科刑判決，改諭知較重之刑。經核於法無違。

最高法院107年度台非字第23號刑事判決

本件僅由被告提起第二審上訴，檢察官並未提起上訴，原判決就被告販賣第一級毒品部分，雖以第一審判決未就扣案之0000000000門號SIM卡一併宣告沒收，及其事實欄未記載行動電話1支（含0000000000號SIM卡1張）係被告所有供販賣毒品所用之物，竟於主文及理由就該行動電話（含SIM卡）諭知沒收，以及被告於警詢及第一審審理時均自白有本件販賣第一級毒品之犯行而獲得減刑後，於原審審理時竟翻異前詞而否認此部分犯行，毫無悔意，態度不佳等為由，撤銷第一審關於此部分之科刑判決。然原判決就被告販賣第一級毒品部分，係依毒品危害防制條例第4條第1項、第17條第2項、刑法第47條第1項及第59條之規定，對被告予以論罪科刑，既與第一審判決適用之法條並無不同，自應有刑事訴訟法第370條第1項前段關於不利益變更禁止原則之適用。

（六）電磁記錄的同一性確認

最高法院112年度台上字第163號判決

黃○○及其在原審之選任辯護人，於原審行準備程序時已以言詞及書狀表示同意前揭SKYPE通訊軟體對話內容具有證據能力，於原審言詞辯論終結前亦未主張該對話內容與SKYPE通訊軟體所留存之歷史電磁紀錄內容不同，而有爭執其同一性或真實性之情形。則原判決認定上開SKYPE通訊軟體對話紀錄內容具有證據能力，並作為認定黃○○本件被訴犯罪之證據，於法尚無違誤。黃○○上訴意旨①並未指明其於原審曾爭執警方在其房間電腦內所查獲之SKYPE通訊對話紀錄與原本對話內容是否相符，而於上訴本院後始爭執前開證據之同一性，任意指摘原判決採證不當，依上開說明，要非適法之第三審上訴理由。

（六）電磁記錄的同一性確認

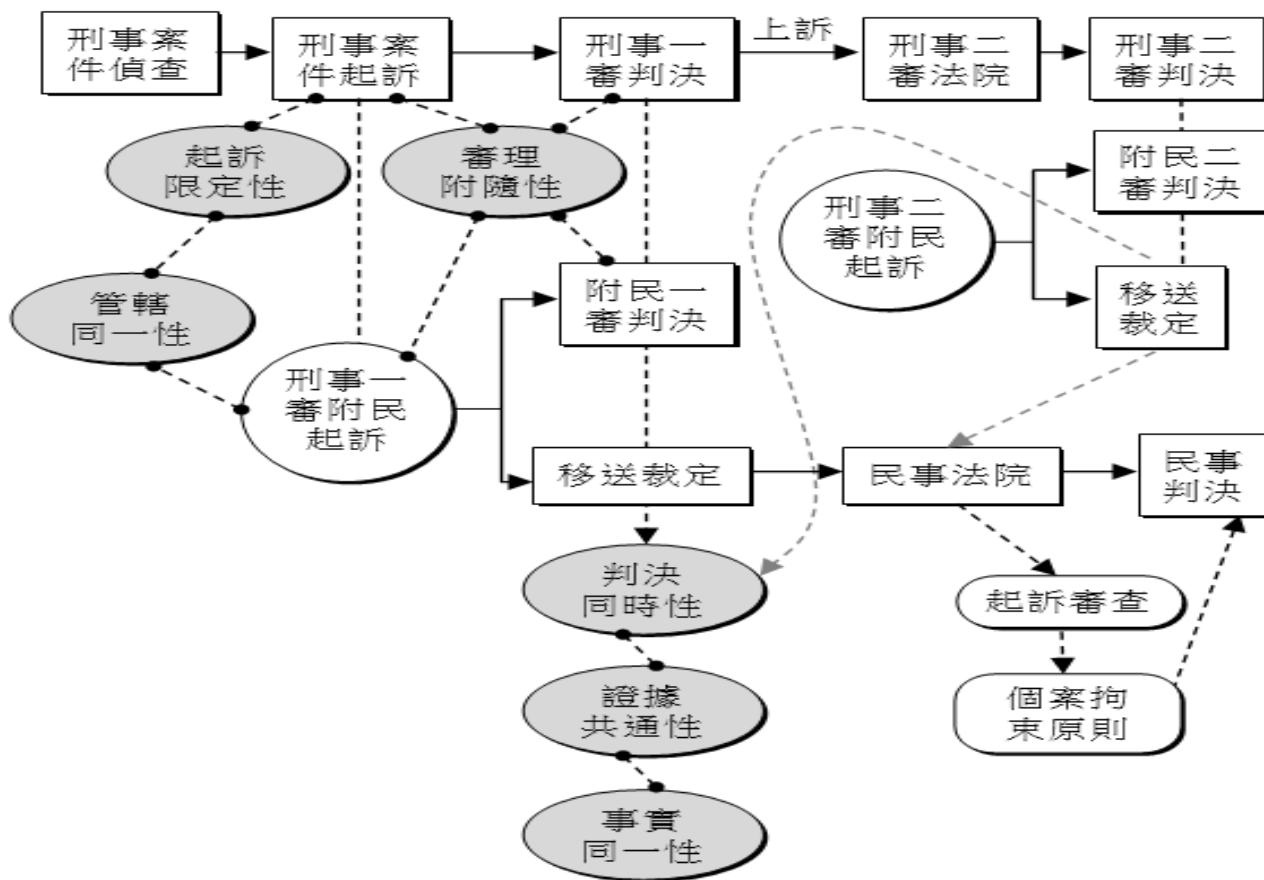
最高法院111年度台上字第2219號判決

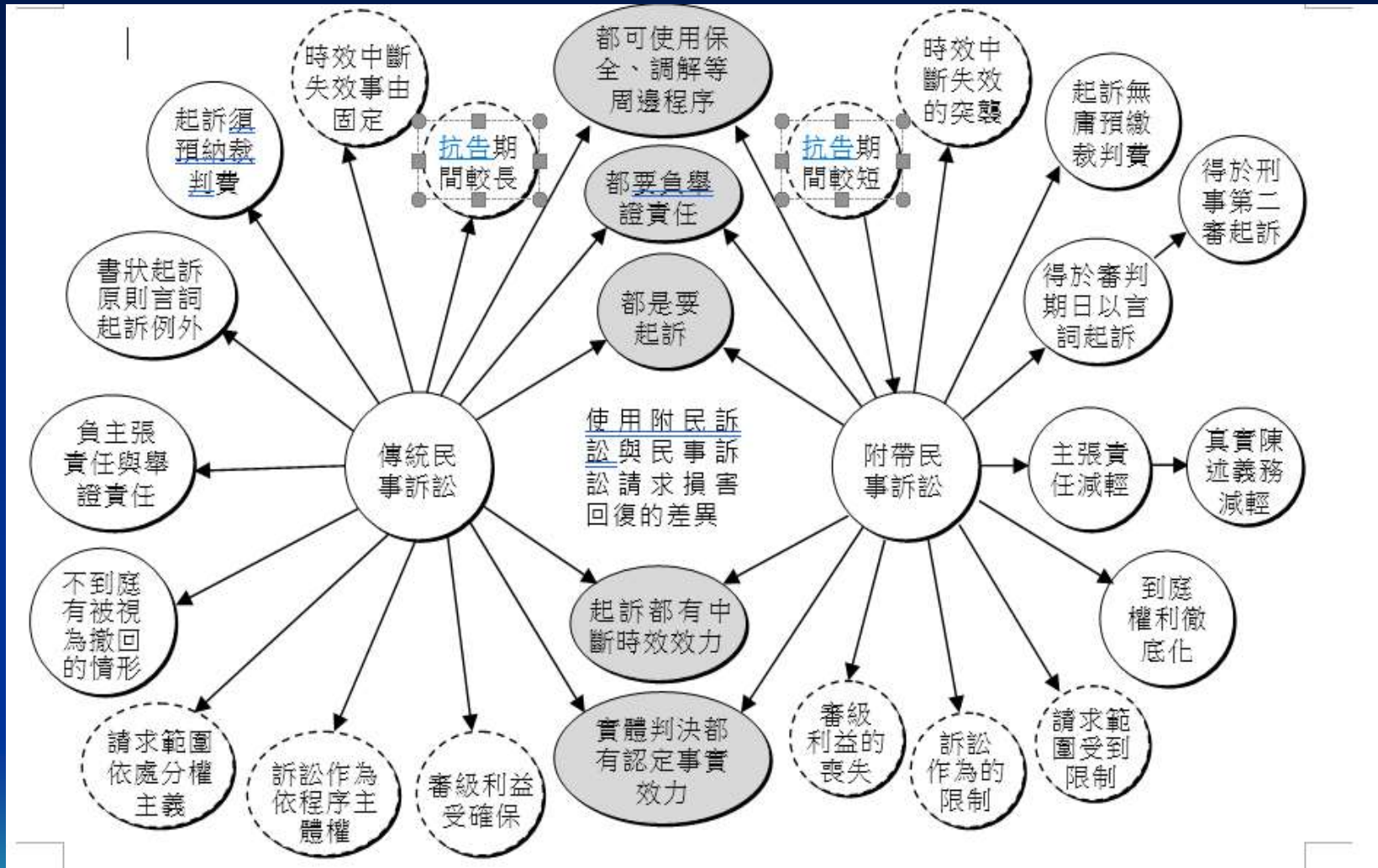
關於電磁紀錄檔案即數位證據之證據能力，倘係複製檔案，因可能被偽造、變造之危險性較高，故依「最佳證據原則」，以提出原件為原則，俾確保數位證據之真實性。惟倘原件已滅失、毀損或有其他正當理由而不能提供時，經綜合其餘相關證據資料，並經與原件核對無訛，證明內容並無虛偽不實或係以不正方法取得等情形，而具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，自得為證據。

觀該聊天頁面之其他對話內容，「○○」曾於107年10月16日傳送：「唉！訂婚20週年紀念日快樂（希望）」、於同年10月27日傳送：「雖然很痛苦，但我誠心的請問你堅持分開的原因是什麼？」、於同年10月28日傳送：「希望你能想想，但今天不要再要求分開，我晚上還想睡覺，麻煩2~3天說一次就好」、於同年11月4日傳送：標題為「一天到晚叨唸、只看得到丈夫的缺點...一個妻子的反省：我過得太好，卻忘了你對我的好」網路文章之超連結予告訴人，內容顯示「○○」一再挽留告訴人，並張貼與夫妻相處相關之文章予告訴人，參以上訴人於107年10月14日以LINE傳送予告訴人之信件內容，可知107年10月間告訴人要求與上訴人離婚，上訴人則一再挽留，與上開對話紀錄中上訴人請求告訴人別要求分開之情形相合，可知「○○」即為上訴人，足認系爭信件確為上訴人寄送予告訴人之信件無訛，自有證據能力等旨。又稽之卷內訴訟資料，上訴人之第一審辯護人於第一審勘驗時已表示：「對於勘驗筆錄形式上沒有意見」等語，且卷查並無證據資料足以顯示系爭信件有何遭修改、變更之情形可言。是原判決所為前揭認定，依上開說明，並無不合。

陸、附帶民事訴訟的認識與概說

附帶民事訴訟審理初略





一、相對有利之處

(一) 周邊程序的利用無差別

以訴訟中的合意移付調解程序與保全將來之強制執行或為暫時之保護為目的的保全程序為附民周邊程序。

1.調解

(1) 起訴前的強制調解與任意調解：

刑事訴訟法所未規定準用之起訴要件，實務上認為**此部分不予類推適用**。
犯罪被害人提起附民訴訟時，於起訴前均無庸經法院強制調解，縱然事後附民訴訟經刑事法院裁定移送至民事庭時，因為已合法起訴，所以也無應經調解之規定適用。

(2) 訴訟繫屬中的合意移付調解：

刑事訴訟法於2020年1月8日公布增訂第271條之4，規定法院於言詞辯論終結前，得將案件移付調解，是依刑事訴訟法第490條準用上開規定，法院於斟酌被告、被害人或其家屬進行調解之意願與達成調解之可能性、適當性，認為適當者，即得職權使用既有之調解制度而將案件移付調解。

2.保全程序

刑事訴訟法第491條第10款明文規定，附民訴訟有準用民事訴訟法關於「假扣押、假處分及假執行」之規定，雖未提及定暫時狀態之處分，但在有防止發生重大之損害，或為避免急迫之危險時，在上揭「假處分」的規定範圍內應得解釋包含在內，且附民原告就保全程序應負釋明之責任相同，足見犯罪被害人在附民程序能不受影響使用保全程序，並得依犯罪被害人保護法第28條第2項前段規定，**無資力支出假扣押擔保金者，得由犯罪被害人保護機構出具之保證書代之**。另經法律扶助基金會分會認為顯有勝訴之望，並有聲請實施保全程序之必要者，得依法律扶助法第67條第1項規定，由**分會出具之保證書**代替應向法院繳納之假扣押、假處分、定暫時狀態處分擔保金。

（二）附民起訴的程序利益

附民訴訟亦須經原告起訴始能開啟，在起訴要件及程序作為有以下較提起民事訴訟有利於犯罪被害人。

1.無庸預納裁判費

刑事訴訟法第491條並未規定準用民事訴訟法有關訴訟法關於訴訟費用的規定，故提起附民訴訟，並不以繳納裁判費為起訴要件。

這項無須預納裁判費的利益，**只存在於具備成立要件的附民訴訟**，也就是當被害人提起的附民訴訟，在經過刑事訴訟審理過程或判決結果，仍然具備成立要件者，**縱經裁定移送至民事庭**而開始適用民事訴訟法後，**附民原告仍無繳納裁判費之義務**（如法院依刑事訴訟法第504條、第511條規定所移送者）。

但若附民訴訟已因刑事訴訟審理過程或判決結果而**欠缺成立要件**者，刑事法院本應以判決駁回原告之訴，然而，附民原告在刑事法院判決駁回前，提出聲請將附民訴訟移送至管轄法院之民事庭時，附民訴訟則轉變為獨立的民事訴訟事件，原告自應依民事訴訟法之規定，**必須預繳裁判費始具備民事訴訟之成立要件**（即法院依刑事訴訟法第503條規定移送者）。

2.起訴程式的簡化

(1) 無論請求金額多寡，均得於審判期日以言詞起訴

依刑事訴訟法第492條第1項及第495條第1項規定，犯罪被害人提起附民訴訟應向法院提起訴狀為之，但於審判期日到場時，得以言詞起訴。

附民訴訟程序單一，並未有如民事訴訟以訴訟標的價額或紛爭類型，而有通常程序、簡易訴訟與小額訴訟之分。

傳統民事訴訟則以書面起訴為原則（民事訴訟法第244條第1項），僅簡易訴訟事件（民事訴訟法第428條第2項）、小額訴訟事件（民事訴訟法第436條之23準用第428條第2項）得例外以言詞起訴。

(2) 得於刑事第二審起訴

依刑事訴訟法第488條規定，附民訴訟亦得於**刑事第一審判決上訴後第二審辯論終結前提起**。此規定的便利性，**體現在同一行為構成犯罪又構成侵權行為，但犯罪被害人並不確定應負賠償責任之人時，可以在刑事第一審判決後參考刑事判決所認定之犯罪事實決定應負賠償責任之人**，毋需像使用傳統民事訴訟，必須先自行蒐集證據完備，以便在起訴時就決定以何人為被告請求損害賠償，但又冒著若與法院認定不同而需另外起訴或以主觀預備訴之合併提起訴訟之風險。

上述在刑事第二審起訴的附民訴訟，雖然**請求權的時效仍以實際知悉行為人之日起算**，不一定以刑事有罪判決確定為準，然而，被害人仍得在參與刑事第一審程序的審理過程中，透過刑事法院所為有罪或無罪之實體判決後，在決定聲請檢察官提起上訴，或在被告提起上訴後，再提起附民訴訟請求賠償，以減輕犯罪被害人的證據蒐集義務。

3.主張責任的減輕

犯罪被害人提起附民訴訟時，固亦應表明訴訟三要素，言詞辯論時亦同負主張責任及真實陳述義務，但因為附民訴訟所得請求回復者，限於因犯罪所受之損害，且係以刑事訴訟已繫屬法院為前提，故實務上附民原告提起附民訴訟時，已有檢察官起訴書或聲請簡易判決處刑書所載犯罪事實，得據以為附民起訴之原因事實；言詞辯論時，因刑事訴訟法第500條前段規定「附帶民事訴訟之判決，應以刑事訴訟判決所認定之事實為據」及第499條第1項規定「就刑事訴訟所調查之證據，視為就附帶民事訴訟亦經調查」、第496條前段規定「附帶民事訴訟之審理，應於審理刑事訴訟後行之」，附民原告就所主張訴訟關係之事實上陳述，多引用法院於審理刑事訴訟時調查所得資料，是被害人提起附民訴訟，就審理時之言詞辯論，其主張責任及真實陳述義務，均較提起民事訴訟，負擔相對減輕。

4.舉證責任的減輕

依前揭附民訴訟立法原則之「事實同一性」所述，刑事訴訟法第500條前段規定「附帶民事訴訟之判決，應以刑事訴訟判決所認定之事實為據」，使被害人提起附民訴訟時，就損害賠償之原因事實的舉證責任，在依刑事訴訟法第499條第1項前段規定「就刑事訴訟所調查之證據，視為就附帶民事訴訟亦經調查」，即有減輕。

但值得注意的是，刑事法院對附民訴訟之審理及判決結果，不僅應認定包含原告有無因犯罪而受損害，尚及於所受損害之存在及其範圍之事實。後者即非刑事訴訟判決所認定之事實，法院自應基於民事訴訟的當然法理，依舉證責任分配由當事人負舉證責任。

5.發生時效中斷的效果

消滅時效因起訴而中斷（民法第129條第1項第3款），犯罪被害人**提起附民訴訟**，與提起民事訴訟均同係藉之行使權利的行為，自應**於訴訟繫屬時，發生時效中斷之效果**。

至於附民訴訟因**刑事判決認定被告無罪、免訴、不受理而不具備「回復因犯罪所生損害」之成立要件**，故喪失起訴合法性，所導致**時效視為不中斷**之結果，亦可透過聲請移送至民事庭予以避免。

6.作為保全程序之本案請求適格

犯罪被害人在提起請求損害賠償的訴訟繫屬前，聲請民事法院對犯罪行為人或其他依民法應負賠償責任之人裁定假扣押、假處分或定暫時狀態處分者，該保全程序之相對人（即債務人）即得依民事訴訟法第529條第1項規定，聲請法院命犯罪被害人於一定期間內起訴，犯罪被害人不於一定期間內起訴，相對人得聲請裁定保全程序之法院撤銷保全裁定。

其中所稱「起訴」，也就是提起可以作為保全程序的本案訴訟，係指「得以確定其私權之存在，而取得給付之確定判決者而言」，故以給付之訴為限。

附民訴訟之給付訴訟，雖非依民事訴訟法所為起訴，亦未經民事訴訟法第529條第2項予以列舉與起訴有同一效力，但附民訴訟旨在確定私權存在，取得給付之確定判決，與民事訴訟法第529條第1項規定之起訴意義相同，故保全程序相對人，在犯罪被害人已提起附民訴訟之給付訴訟時，自不得再聲請命限期起訴；但若犯罪被害人所提起係附民之確認訴訟，則該附民訴訟既不足作為保全程序之本案訴訟，保全程序之相對人自得依上揭規定聲請法院裁定限期命起訴，自不待言。

7. 到庭權利的澈底化

刑事訴訟法第498條規定：「當事人經合法傳喚，無正當之理由不到庭或到庭不為辯論者，得不待其陳述而為判決，其未受許可而退庭者，亦同」，並不限至少應有一造當事人到庭辯論，**縱兩造均未到庭，法院亦得為缺席判決**，此與民事訴訟法所採之以兩造審理主義為原則，一造審理主義為例外之性質有所不同（民事訴訟法第385條、第433條之3、第436條之23準用第433條之3）。

準此，以附民訴訟之當事人兩造均未到庭的情況而言，依民事訴訟法第191條規定，應視為合意停止，雖然刑事訴訟法第491條第5款有準用民事訴訟法關於訴訟程序之停止事項之規定，但因為合意停止若準用於附民訴訟，將會使附民訴訟可因當事人之意思而停止，導致附民訴訟無從與刑事訴訟同時判決，性質上並不允許，故**應認為合意停止並不準用於附民訴訟**，附民訴訟之兩造當事人均缺席時，刑事法院仍得為附民訴訟之缺席判決。

從而，犯罪被害人不願見到被告或其他原因，選擇缺席附民訴訟之言詞辯論時，即無庸擔慮被告若亦未到庭，將使附民訴訟被視為合意停止，進而被視為撤回起訴（民事訴訟法第191條第2項）之風險，澈底化到庭為訴訟行為之權利。

二、相對不利之處

(一) 請求範圍的限制

同一行為不僅構成犯罪也造成被害人受有損害者，刑事法院在確定行為人的刑事責任之同時，被害人已向刑事法院提起附民訴訟請求損害賠償時，立法者賦予**刑事法院可以一併行使民事審判權**，以確定行為人應負的民事責任。因此，犯罪被害人利用附民訴訟所得請求回復者，**限於因犯罪所受之損害**，其他損害縱得依其他事由提起民事訴訟，仍不得於刑事訴訟程序附帶為此請求，**僅請求權基礎不限以侵權行為之法律關係為訴訟標的，尚包括不當得利回復請求權**。

然而，以被害人的角度而言，就單一整體同時發生的損害，不僅不容易區別出因犯罪所受損害與非因犯罪所受損害，對於非因犯罪而與犯罪發生有事實上關聯性的損害（**最常見如刑事犯過失傷害罪的車輛損害回復請求**），勢必不能一次性在附民程序回復損害，而必須割裂部分在民事訴訟起訴。

(二) 訴訟作為的限制

基於前述的附民訴訟程序法適用順位，刑事訴訟法第491條準用民事訴訟法規定的事項之外，刑事法院審理附民訴訟並不適用或準用民事訴訟法，至多僅能有限制的類推適用民事訴訟法規定，同時也限制了附民原告的訴訟作為：

1.有限度的訴訟行為

基於附民訴訟所具有與刑事訴訟的審理附隨性、證據共通性與事實同一性，附民原告並不得與被告為合意管轄、合意停止訴訟程序等訴訟約定，**附民被告亦不得為自認或認諾。**

2. 訴之變更、追加的限制

民事訴訟法關於訴之變更、追加的規定，並未經刑事訴訟法第491條所準用，故附民原告並不得在刑事法院審理階段為訴之變更、追加。

但例外就下列情形，實務肯認可以為訴之追加：

- A. 擴張應受判決事項之聲明；
- B. 追加應負連帶賠償責任之人為共同被告。

惟附民原告提起之本訴不合法，其所為之追加附民，亦經以附民訴訟並未準用民事訴訟法第446條有關訴之追加的規定，遂認為不合法而駁回之例。

3.更行起訴的禁止

刑事訴訟法第491條未準用民事訴訟法第253條「當事人不得就已起訴之事件，於訴訟繫屬中，更行起訴」之規定，但以附民訴訟之本質，自非不可予以援用，如當事人就已起訴之事件，更行提起附民訴訟者，法院應以原告重複提起之附民訴訟係不合法為駁回判決。

(三) 時效中斷的突襲

時效中斷是提起附民訴訟的重要實體法上效果，但由於民法第131條後段規定，時效因起訴不合法而受駁回之裁判確定，視為不中斷，故犯罪被害人原提起附民訴訟，形式上合法成立，且在法院繫屬中，會有下列情形而被認為附民起訴不合法，以致時效視為不中斷：

1.起訴要件欠缺的不合法

附民起訴要件欠缺的情形包含：

- (1) 附民原告並非因犯罪而受損害之人
- (2) 附民被告並非刑事被告或依民法負賠償責任之人
- (3) 附民原告主張之原因事實與刑事判決認定有罪事實並非同一且無刑事訴訟程序繫屬中
- (4) 附民原告所請求回復者非經刑事判決認定之犯罪事實而受之損害或非因侵害私權之犯罪而受之損害等。

若附民原告於起訴時即具有上揭起訴要件欠缺的情形，縱有時效中斷的突襲，亦僅涉及附民原告的行為因素；但若係因刑事法院變更起訴法條或為犯罪事實之擴張、減縮所致，則有顧慮附民原告受有時效視為不中斷之突襲的權益保障。

2. 刑事判決無罪、免訴、不受理或裁定駁回自訴、公訴的不合法

刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理判決時或經法院裁定駁回自訴、公訴時，附民訴訟即喪失可依附之刑事訴訟程序，是認此時訴訟繫屬中之附民訴訟即具有「不備其他要件」之起訴不合法情形。

就與檢察官提起公訴之犯罪具有實質上或裁判上一罪之某一部分，經法院認為罪證不足或有免訴、不受理之原因而僅在理由內敘明不另為上開諭知者，附帶於該不另為無罪、免訴或不受理諭知之附民訴訟事件，亦屬起訴不合法。

3. 法院變更起訴法條或撤銷改判無罪、免訴、不受理所致的不合法

刑事判決經上訴審法院撤銷改判無罪、免訴、不受理時，附民訴訟所請求回復之損害亦不能認為係因犯罪而受之損害，自屬附民起訴不合法之情形。

就**變更起訴法條**而言，檢察官起訴之犯罪嫌疑係侵害國家或社會法益而個人法益同時受侵害者，經**法院變更起訴法條為僅侵害國家或社會法益之犯罪**時，因個人法益未同時受侵害，所請求回復之損害亦難認係因犯罪而受之直接損害，刑事法院即應以附民訴訟不合法予以判決駁回。

（四）審級利益的喪失

1. 犯罪事實認定的變異

刑事第一審判決被告無罪，第二審改判被告有罪，第二審法院依刑事訴訟法第504條第1項規定，將附民訴訟移送至同法院民事庭時，屬於**刑事第二審級移送之附民訴訟**，受移送之同法院民事庭係以第二審法院地位為附民判決，**附民當事人即有未受第一審實質審理之不利益**。

2. 因認定事實的不同及犯罪事實的變更

當刑事第一審法院因基礎社會事實同一範圍內的變更起訴法條、犯罪的擴張減縮等，認為附民訴訟不具起訴合法性予以駁回，然刑事第二審法院卻認為附民起訴合法時，依刑事訴訟法第504條第1項規定，裁定附民訴訟移送至同法院之民事庭時，附民當事人亦有未受第一審實質審理之不利益。

(五) 上訴期間已修正為與民事訴訟相同之20日，但抗告期間仍然較民事訴訟短，且有審級限制

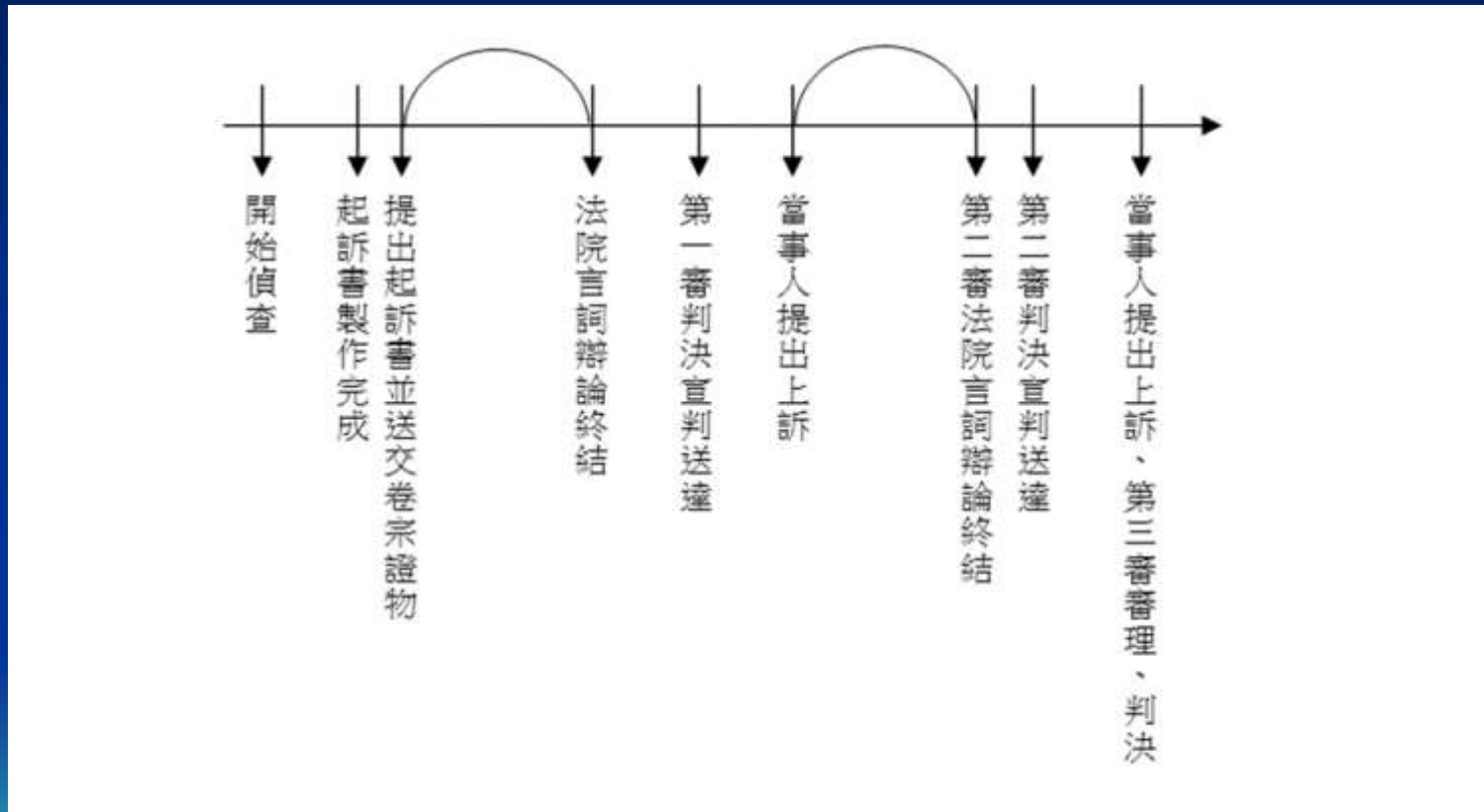
附民裁定之得否抗告，非屬刑事訴訟法第491條所列舉可準用民事訴訟法之事項，自無準用民事訴訟法之特別規定，則依刑事訴訟法第490條前段規定，仍應準用關於刑事訴訟之相關規定。先以抗告期間而言，相較於民事訴訟法第487條前段所定抗告期間為10日，刑事訴訟法第406條前段規定，抗告期間為5日，不同於不服再審無理由之駁回裁定，抗告期間為10日

（第434條第2項）；對開始再審之裁定，抗告期間為3日（第435條第3項）等，應認較短。

依刑事訴訟法第405條規定，不得上訴於第三審法院之案件，其第二審所為裁定，不得抗告。是若被告所涉罪名，屬刑事訴訟法第376條第1項第1款不得上訴於第三審法院之案件，則第二審就聲請刑事附帶民事訴訟付與卷宗證物影本所為之裁定；第二審法院所為該附民訴訟案件聲請法官迴避之裁定，均不得向第三審法院提起抗告。

三、提起附民訴訟之必要建議

(一) 起訴前的刑事訴訟繫屬查詢



1.在刑事第一審法院審理期間起訴：

檢察官依刑事訴訟法第264條之規定為起訴之處分時，應製作起訴書，並以正本送達於告訴人、告發人、被告及辯護人。此項送達，自書記官接受原本之日起，不得逾5日（刑訴§263準用§255II、III），是在告訴人或被害人收受檢察官起訴書時，卷證尚未送至法院，刑事訴訟尚未發生繫屬效力，此時提起附民訴訟，依前揭說明，自屬不合法。又檢察官之起訴處分，只須對外表示，自公告之時起即生終結偵查之效力，與書記官已否製作起訴書正本無關，則在告訴人縱自公告得知起訴處分，只要檢察官尚未向法院提出起訴書及卷證，仍屬尚未繫屬法院期間，所提起之附民訴訟亦屬不合法。

2.在刑事第二審法院審理期間起訴

由於告訴人或被害人並非刑事訴訟程序當事人，並無對刑事判決提起上訴之權利，僅告訴人得依刑事訴訟法第344條第3項之規定，具備理由請求檢察官上訴，雖檢察官有裁量之權不受請求之拘束，但檢察官既已受請求即有提起上訴之可能性，告訴人在檢察官向法院提起上訴前，即向法院提起附民訴訟，亦屬不合法。故告訴人或被害人提起附民訴訟前，仍需向法院承辦股查詢確認檢察官或被告是否已提起上訴。

→告訴人或被害人收受檢察官起訴書時，通常尚未繫屬法院，**建議**於提起附民訴訟前，可依起訴書上所載偵查案號及被告個人資料等，向起訴之地方檢察署或所屬之地方法院以電話或網路查詢刑事案件是否繫屬法院。

若收受檢察官提出聲請簡易判決處刑書者，因法院無庸經言詞辯論即得逕以簡易判決處刑，則告訴人或被害人應於第一審法院作出簡易判決前即提起附民訴訟始屬合法，故獲知簡易案件已繫屬法院時，**建議**再聯繫承辦股書記官告知將提起附民訴訟，促請法官酌量是否稍待作出簡易判決。

→告訴人或被害人並非刑事訴訟程序當事人，**建議**提起附民訴訟前均需先確認刑事案件是否已經當事人提起上訴。

實務上亦有檢察官收受告訴人或被害人附民起訴狀，於向法院提起起訴書、聲請簡易判決處刑書、上訴書之同時為告訴人或被害人向法院遞交附民起訴狀之折衷作法，然此仍取之檢察官或法院是否同意採此作法。

3. 刑事併辦案件之附民起訴須知

所謂的刑事併辦案件，係指案件起訴後，檢察機關就自認有實質上或裁判上一罪關係之事實函請法院併案審理，因該事實係檢察官所認與起訴事實具有單一性，基於刑罰權同一概念，自不得再行起訴，僅能以移請併辦公函處理，旨在促使法院注意一併審理，故其性質非屬訴訟上之請求，此函送併辦之犯罪事實並非起訴。倘法院審理結果，認該犯罪與起訴部分無實質上或裁判上一罪之關係，因該部分未據提起公訴，應將之退由移送併辦機關處理，不得加以裁判，否則即有未受請求之事項予以判決之違法。

→檢察官函送併辦之犯罪事實，若與起訴事實實質相同，自己為起訴效力所及，該犯罪事實之被害人本得於原刑事案件繫屬法院審理時間提起附民訴訟。

→若函送併辦之犯罪事實與起訴事實不同者，則應視法院審理結果認為二者間是否具有實質上或裁判上一罪關係予以決定主張因函送併辦之犯罪事實受有損害而提起之附民訴訟是否合法起訴。

換言之，若法院併予審理判決，即認為該併辦事實係起訴效力所及，則該併辦事實之被害人所提起附民訴訟即屬合法；若法院退回併辦，即認為該併辦事實並非起訴效力所及，則該併辦事實既非經起訴，因該併辦事實主張受有損害之人所提起之附民訴訟，即屬無刑事案件繫屬之附民訴訟，其起訴即不合法。

→因併辦事實而提起附民訴訟之被害人，應認知該併辦事實固與起訴事實併受法院刑事審理，然並非意味附民起訴已經審查合法，可能待刑事判決時，法院始於理由說明該併辦事實與起訴事實不具有實質上或裁判上一罪關係應退由檢察官另行偵辦之結果，因併辦事實所提起之附民訴訟即遭判決駁回。

→應注意，此際若已逾請求權消滅時效期間，因民法第131條規定，因不合法而受駁回之裁判確定，原因起訴而中斷之時效，視為不中斷，亦即債務人即得依民法第144第1項規定，拒絕給付。

（二）起訴狀宜併表明移送民事庭之聲請

1. 為避免因併辦事實所受損害之請求權時效消滅，同時顧及刑事審理期間之進行不可預期，宜於附民起訴狀表明類推適用刑事訴訟法第503條第1項但書、第3項及民事訴訟法第249條第1項第6款規定，**聲請刑事法院於退併辦時，將該附民訴訟裁定移送同院民事庭，而非逕予判決駁回**。受移送之民事庭應兼顧附民原告之程序選擇權、請求權時效、紛爭一次解決等程序與實體利益，給予補正起訴程式欠缺之機會，不得逕予駁回。在最高法院民事大法庭108年度台抗大字第953號裁定變更見解前，民事庭自應受拘束

2.第一審刑事判決無罪、免訴或不受理：

附民原告已提出聲請將附民訴訟移送至管轄法院之民事庭，若刑事法院仍逕為駁回附民訴訟之判決者，該判決應屬無審判權之刑事法院所為之無效判決，並不影響附民訴訟已轉換為獨立民事訴訟事件之性質。

→建議於附民起訴狀即記載「若刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決時，聲請將附民訴訟移送管轄法院之民事庭」等詞。

→刑事誤為駁回判決之救濟：縱第二審刑事法院維持第一審刑事所為無罪、免訴或不受理之判決者（即刑事上訴無理由而駁回上訴），惟附民訴訟之上訴有理由，實務上刑事第二審法院均依刑事訴訟法第490條準用第369條第1項但書規定，將刑事第一審所為駁回附民訴訟之判決撤銷，發回第一審法院更為審理，由刑事庭另為宣告意義之移送民事庭裁定。

→甚且亦有在刑事案件上訴審理判決前，即以訴訟經濟原則，避免浪費司法資源及拖延訴訟等理由，先撤銷該未依聲請移送民事庭而誤為駁回之附民判決，發回第一審法院之實例。

柒、問題與討論

- 一、和解契約未履行可否提起附民訴訟？
- 二、車輛毀損可否循附民訴訟請求賠償？

謝謝大家