

調查意見

壹、案由：據訴，臺灣高等法院審理94年度上易字第2095號，渠自訴林員業務侵占等案件，及103年度重上更（三）字第67號，渠與林員間損害賠償案件，均未詳查事證，率為不利判決，損及權益等情案。

貳、調查意見：

有關「據訴，臺灣高等法院審理94年度上易字第2095號，渠自訴林員業務侵占等案件，及103年度重上更（三）字第67號，渠與林員間損害賠償案件，均未詳查事證，率為不利判決，損及權益等情」乙案，案經向司法院及所屬臺灣高等法院、臺灣臺北地方法院及臺灣臺北檢察署調取相關卷證審閱；並於109年12月30日邀陳訴人到院補充陳訴，全案業調查竣事，茲將調查意見臚陳如下：

- 一、陳訴人雖陳訴臺灣高等法院103年度重上更（三）字第67號更三審民事判決竟採納對造林員遲至更二審始提出之新攻擊防禦方法，違反民事訴訟法第196條及第447條規定等語。惟本件更三審法院業分別就：
 1. 陳訴人已在更二審就林員所提新攻擊防禦方法為再抗辯不得再異議林員逾時提出、
 2. 林員已陳明何以於更二審始提出之原因並提出相關證據、
 3. 且所涉爭議達新臺幣（下同）3,404萬元堪認鉅額不許提出顯失公平等詳為論述，應無陳訴人所訴更三審法官審理案件有所偏頗等違失。另本件林員固於更二審始提出新攻擊防禦方法，惟因影響當事人權益甚大，法院在決定林員提出權是否存在、決定駁回與否前本應行使闡明權，然本件更二審未見不予採納林員所提新攻擊防禦方法之理由，遽認林員對此

3,404萬元部分無爭執而得分配予陳訴人，嗣經最高法院指謫更二審前開認定與卷存證據資料不符，未予查明遽將上開金額列為林員應給付予陳訴人款項，已有可議遂撤銷更二審判決發回更三審審理，於更三審兩造始就前開林員所提新攻擊防禦方法得否提出互為論述並獲法院實質審理，對當事人兩造程序上及實體上利益均影響甚鉅。是往後如有類此情形，法院面對當事人逾時提出或於二審始提出之新攻擊防禦方法時，決定准駁前宜有更精緻作法，避免對當事人兩造造成突襲，影響程序上及實體上之利益，爰一併提供司法院參考。

(一)法規及實務見解：

- 1、按民事訴訟法第196條規定：「(第1項)攻擊或防禦方法，除別有規定外，應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出之。(第2項)當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之。攻擊或防禦方法之意旨不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者，亦同。」、第197條規定：「(第1項)當事人對於訴訟程序規定之違背，得提出異議。但已表示無異議或無異議而就該訴訟有所聲明或陳述者，不在此限。(第2項)前項但書規定，於該訴訟程序之規定，非僅為當事人之利益而設者，不適用之。」、第276條規定：「(第1項)未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之：一、法院應依職權調查之事項。二、該事項不甚延滯訴訟者。三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。四、依其他情形顯失公

平者。(第2項)前項第3款事由應釋明之。」、第284條規定：「釋明事實上之主張者，得用可使法院信其主張為真實之一切證據。但依證據之性質不能即時調查者，不在此限。」、第447條規定：「(第1項)當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。(第2項)前項但書各款事由，當事人應釋明之。(第3項)違反前2項之規定者，第二審法院應駁回之。」

- 2、次按「……按民事訴訟法第447條固採嚴格之續審制，於第1項明定當事人在第二審不得提出新攻擊或防禦方法，但為兼顧當事人權益之保護，並於該條項但書第3款規定，對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限。又當事人至第二審程序，違背民事訴訟法第447條規定，提出新攻擊或防禦方法，如他造已表示無異議或無異議而就該訴訟有所聲明或陳述者，即喪失責問權，此項程序上之瑕疵，亦因其不責問而為補正，此觀同法第197條第1項之規定自明。」、「……按民事訴訟法為督促當事人善盡促進訴訟義務，採行適時提出主義，於民事訴訟法第276條第1項、第447條第1項明定，當事人未於準備程序主張之事項，除有同條項但書各款所列之情形外，於準備程序

後行言詞辯論時，不得主張之，及除有第447條但書各款所列之情形外，當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法。就當事人未依規定盡適時提出及促進訴訟義務者，使生失權之效果，惟此影響當事人權益甚大，故法院於判斷當事人之提出權是否存在，決定駁回與否之前，自應盡其闡明義務。……」、「……當事人雖不得於第二審訴訟程序提出新攻擊或防禦方法，但對於第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充，或如不許其提出顯失公平者，不在此限，此觀民事訴訟法第447條第1項第3款、第6款規定自明。又民事訴訟法第447條第1項第6款所稱之『如不許其提出顯失公平』者，乃係一概括規定，凡當事人忽略法律上、事實上或證據上陳述，對裁判結果具有重大要性者，如法官未能盡其訴訟促進義務，行使闡明權，令當事人為完善之聲明或陳述，致當事人未能於第一審程序及第二審準備程序時適時提出聲明或陳述者，均應認屬不許提出顯失公平之情形。……」、「……按當事人因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之。且當事人於第二審程序中，除有民事訴訟法第447條但書所列情形外，原則上不得提出新攻擊防禦方法，否則，第二審法院得駁回之，民事訴訟法第196條第2項、第447條固規定甚明。然審判所追求者，為公平正義之實現，如依個案具體情事，不准許當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，應例外准許當事人提出之，以兼顧訴訟當事人之權益，並維持實質之公平。是當事人逾時提出之

新攻擊防禦方法，是否可發生不得提出之失權效果，仍應由法院依具體個案情形妥適裁量之。」、「證明與釋明在構成法院之心證上程度未盡相同。所謂證明者，係指當事人提出之證據方法，足使法院產生堅強之心證，可以完全確信其主張為真實而言，與釋明云者，為當事人提出之證據未能使法院達於確信之程度，僅在使法院得薄弱之心證，信其事實上之主張大概為如此者有間，二者非性質上之區別，乃分量上之不同。是依當事人之陳述及提出之相關證據，倘可使法院得薄弱之心證，信其事實上之主張大概為如此者，自不得謂為未釋明。」分別最高法院96年度台上字第1783號、96年度台上字第2521號、100年度台上字第716號、102年度台上字第1245號民事判決、104年度台抗字第712號民事裁定要旨所明揭。

3、由上述條文及實務見解可知：

- (1) 釋明僅需當事人之陳述及提出之相關證據使法院獲得信其事實上之主張大概如此的薄弱心證即為已足。
- (2) 當事人於第二審程序中，除非符合民事訴訟法第447條第1項各款要件，原則上不得提出新攻擊防禦方法，否則第二審法院得駁回之。然因影響當事人權益甚大，是否可發生不得提出之失權效果，仍應由法院依具體個案情形妥適裁量之，且法院駁回前並應盡闡明義務。
- (3) 況當事人一造即便逾時提出之新攻擊防禦方法，固有程序瑕疵，然他造已表示無異議或無異議而就該訴訟有所聲明或陳述者，即喪

失責問權，此項程序上之瑕疵，亦因其不責問而為補正。

(二)經查¹：

- 1、本件陳訴人參與林員投資位於臺北市○○段○○小段26號土地（下稱26地號土地）合建名為「馬可孛羅大樓」房屋（下稱馬可孛羅合建案），為林員隱名合夥人，以林員為出名營業人負責隱名合夥事務執行，並分受其營業所生利益及分擔所生損失，彼此間成立隱名合夥契約，陳訴人在林員之馬可孛羅合建案20%合夥股份中係占40%之出資。
- 2、除陳訴人本人已繳納該合夥團體第1至第10期投資款884萬元外，林員並已自願代陳訴人繳納陳訴人應分擔繳納之第11至第20期增資款3,020萬元，陳訴人得享有該合夥團體分配第1至第20期利益。
- 3、馬可孛羅合建案第1至第10期股利分配款計3億6,500萬元，第11至第20期股利分配款計242,584,040元，合計607,584,040元。以林員在該合夥團體20%合夥股份中陳訴人又占40%隱名合夥出資比例計算，陳訴人可分配第1至第20期股利分配款48,606,723元，扣除陳訴人已分配之2,920萬元，陳訴人尚得分配19,406,723元。
- 4、另關於陳訴人主張，林員因房屋興建完成所分得5戶房屋出售後得款8,510萬元，依陳訴人40%隱名合夥出資比例價值款3,404萬元部分：
 - (1) 林員雖於歷審並未爭執，直至更二審中始另

¹ 整理自最後事實審臺灣高等法院103年度重上更（三）字第67號民事判決。

行提出下述新攻擊防禦方法抗辯²：

〈1〉88年7月21日利益分配表³所列3,404萬元房屋價值款實屬林員誤編，此係因陳訴人於馬可孛羅合夥結算10年後方要求林員計算損益所致。

〈2〉由林員日前所找到之合建契約書可證，林員可分得之房屋係另以自己名義提供26-1地號土地參與合建，而依合建契約所取得，並非以馬可孛羅合夥人身分當然可分得。

(2) 惟更二審法院並未採納林員上開新攻擊防禦方法，認陳訴人所主張可分配房屋價款3,404萬元為林員所不爭，判決陳訴人得就該部分請求分配。

(3) 嗣最高法院以更二審認林員就3,404萬元部分不爭執與卷存證據資料不符，未予查明遽將上開列為林員應給付陳訴人款項已有可議，遂撤銷更二審判決發回臺灣高等法院⁴。

5、更三審依照最高法院發回意旨，程序上允許林員於更二審所提出新攻擊防禦方法，理由略以：

(1) 陳訴人已就林員更二審所提出新攻擊防禦方法為再抗辯⁵，否認房屋係因林員提供26-1地號土地所取得，依照民事訴訟法第197條第1項陳訴人已不得就林員逾時提出再為異議。

(2) 林員已陳明係因陳訴人遲於88年始向林員要

²林員102年1月31日民事答辯（七）狀，臺灣高等法院99年度重上更（二）字第96號卷三第146頁反面、第150~152頁反面。

³臺灣臺北地方法院90年度重附民字第142號卷第22頁。

⁴最高法院103年度台上字第1036號民事判決。

⁵陳訴人102年3月19日民事重上更二字上訴呈報（七）狀，臺灣高等法院99年度重上更（二）字第96號卷三第203頁。

求分配，而憑模糊記憶書寫清算表，嗣於訴訟進行中始找到合建契約書提出，且所涉爭議金額高達3,404萬元堪認鉅額，如不許提出顯失公平，故應許林員於第二審程序提出新攻擊防禦方法。

(三)陳訴人對臺灣高等法院更三審判決採納林員於更二審所提出之新攻擊防禦方法，其程序上有所違失，其主張略以：

- 1、林員係因一、二審皆勝訴，至更一審敗訴後，臨訟始提出上開新攻擊防禦方法，顯然違反民事訴訟法第196條第1項適時提出主義。
- 2、林員於一審未提出，二審始提出新攻擊防禦方法，依照民事訴訟法第447條第2項但書本應釋明符合同條第1項何款要件，然林員並未釋明，此與陳訴人是否於更二審就林員所為新攻擊防禦方法再抗辯無涉。
- 3、是否符合民事訴訟法第447條第1項第6款「如不許提出顯失公平」為程序要件，更三審徒以實體上涉及爭議金額達3,404萬元即准許，不啻只要實體上所涉金額龐大即可架空民事訴訟法適時提出之要求。

(四)陳訴人上開主張，質疑更三審不應允許林員於更二審所提新攻擊防禦方法，固非無據，惟：

- 1、林員於一審、二審皆勝訴，直至更一審敗訴後始於更二審主張88年7月21日所書利益分配表所載3,404萬元屬誤編等語，此究否為一般民事訴訟變換攻防策略之常態抑或臨訟抗辯、意圖延滯訴訟或屬可歸責於林員，此為事實審法院採證認事之職權判斷，本院自應予以尊重。
- 2、釋明不同於證明，程度上僅需當事人之陳述及

提出之相關證據使法院獲得信其事實上之主張大概如此的薄弱心證即為已足。而林員於更二審提出新攻擊防禦方法時，已陳明係因陳訴人遲至88年方向林員要求分配，因時隔久遠而錯誤記載88年7月21日利益分配表，並說明於訴訟過程中始找到合建契約書並提出相關事證等情，應已符合釋明之要求。

- 3、又審判所追求者，為公平正義之實現，如依個案具體情事，不准許當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，應例外准許當事人提出之，以兼顧訴訟當事人之權益，並維持實質之公平。至於是否顯失公平為概括條款，應由法院依具體個案情形妥適裁量之，且法院施以不准許當事人提出新攻擊防禦方法之失權效果前，應盡闡明義務，以維護當事人實體與程序利益之衡平。本件更三審既考量林員已陳明係因模糊記憶書寫，亦已提出合建契約書，且所涉爭議金額達3,404萬元亦堪認鉅額，已論述其何以裁量若不許林員提出顯失公平之理由，難謂有何裁量瑕疵。
- 4、況縱使林員於更二審始提出新攻擊防禦方法容有逾時提出之程序瑕疵，然陳訴人確已於更二審提出再抗辯爭執（內容略以：26-1地號土地係合夥團體出資購買，僅係借名登記於林員名下，林員所述提供土地換得房屋純屬為蓄意侵占陳訴人分配利益之謊言等語⁶），依照民事訴訟法第197條第1項但書，此程序瑕疵已治癒不得再追復爭執。

⁶ 同前註。

(五)綜上：

- 1、民事訴訟法為督促當事人善盡促進訴訟義務，採行適時提出主義，若有違反該法第196條、276條、447條規定逾時提出攻擊防禦方法者得生失權效果，然此係基於程序上促進訴訟目的而犧牲部分實體真實之發現，法院施以失權效果前並應盡闡明義務，如促進訴訟之目的已不可得，自無再堅持不允許提出攻擊防禦方法。本件林員於更二審始提出新攻擊防禦方法，雖自卷內資料無從得知何以更二審法院未予審酌林員所提出新攻擊防禦方法之理由，然既最高法院已指謫更二審法院未審酌林員所提新攻擊防禦方法遽為分配3,404萬元予陳訴人有所不當撤銷發回，更三審自以第三審法院所為廢棄理由之發回意旨，於判決理由明白交代何以允許林員於更二審提出新攻擊防禦方法，陳訴人亦曾於更二審為再抗辯，並無害陳訴人程序上所享有之權益，陳訴人所陳更三審法院允許林員提出新攻擊防禦方法乃有所偏頗等語，似屬誤解。
- 2、另本件林員固於更二審始提出前開新攻擊防禦方法，惟因影響當事人權益甚大，法院在決定提出權是否存在、決定駁回與否前本應行使闡明權，然觀諸本件更二審判決未見不予採納林員所提新攻擊防禦方法之理由，遽認林員對此3,404萬元部分無爭執而得分配予陳訴人，嗣經最高法院撤銷發回後，於更三審兩造始就前開林員所提新攻擊防禦方法互為充分論述獲法院實質審理，對當事人兩造程序上及實體上利益均影響甚鉅。是往後如有類此情形，法院面對

當事人逾時提出或於二審始提出之新攻擊防禦方法時，決定准許或駁回前，宜有更精緻作法，避免對當事人兩造造成突襲，影響渠等程序上及實體上之利益，爰一併提供司法院參考。

二、承前，陳訴人復陳訴更三審法院竟於實體上認林員更二審始提出之新攻擊防禦方法更為可採，未審酌對陳訴人有利之事證，遽為變更更一審、更二審原所認可3,404萬元屬陳訴人所得分配之金額，有民事訴訟法第469條第6款判決不備理由或理由矛盾之瑕疵等語。惟最高法院裁定已說明更三審法院並無未論斷或論斷矛盾之情形而予以維持。況法院審理案件，就舉證責任之分配、證據取捨、認定事實、適用法律而為訴訟上之判斷，為法院獨立審判之範疇，本院原則上應予以尊重。

(一)法規及實務見解：

- 1、按民事訴訟法第222條規定：「(第1項)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。但別有規定者，不在此限。(第2項)當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。(第3項)法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。(第4項)得心證之理由，應記明於判決。」
- 2、次按「法院依調查證據之結果，雖得依自由心證，判斷事實之真偽，但其所為之判斷如與經驗法則不符時，即屬於法有違。」「得心證之理由應記明於判決，為民事訴訟法第222條第2項所明定，故法院依自由心證判斷事實之真偽時

所斟酌調查證據之結果，其內容如何，與應證事實之關聯如何，以及取捨之原因如何，如未記明於判決，即屬同法第469條第6款所謂判決不備理由。」為最高法院69年台上字第771號原判例、89年度台上字第466號民事判決意旨所明揭。

3、由上述條文及實務見解可知：

(1) 舉證責任之分配、取捨證據、認定事實為事實審法院職權。

(2) 法院依自由心證判斷事實之真偽時所斟酌調查證據之結果，其內容如何，與應證事實之關聯如何，以及取捨之原因如何，如未記明於判決，即屬同法第469條第6款所謂判決不備理由。

(二) 經查，更三審法院允許林員於更二審所提之新攻擊防禦方法後，並於實體上認定林員所主張較為合理，而不採陳訴人所提再抗辯，認定88年7月21日所載房屋分配款3,404萬元乃林員誤編，並非陳訴人所得分配。

(三) 陳訴人認更三審法院採信林員所提新攻擊防禦方法，未採信對陳訴人有利之事證有所偏頗等情，其主張略以：

1、林員因為先前歷審皆勝訴，直到更一審林員敗訴後，始於更二審提出合建契約書改抗辯分配表記載的3,404萬元是林員提供的26-1地號土地所換得，88年7月21日分配表是因為時間過太久記載錯誤云云。然該案係85年12月5日結束，88年距離85年結算僅3年，豈有事隔3年記憶模糊誤編，直至更一審敗訴後於102年更二審始回憶起3,404萬元鉅額屬林員自行提供土地換得之

理，顯見此純屬林員臨訟抗辯之詞，不足採信。

- 2、實則26-1地號係因由合夥團體出資購買借名登記予林員，有合夥團體股本資料記載可資為證。況林員資金有限，合夥團體20%的投資，其中12%投資款係林員岳家提供，另外8%是林員胞兄即陳訴人投資，林員豈會有1千6百多萬元去買26-1地號土地，此金流部分更三審法院應予詳查卻未為之。
- 3、自林員提供給陳訴人88年8月13日1508號存證信函，可知馬可波羅結案清算表是林員根據股東所提供之配東款、增資款及房屋分配5戶之資料給陳訴人，而後再由陳訴人轉交給林員，並由林員製作而成結算清算表，並由蘇○義作見證人。現林員卻改口因事隔久遠記憶模糊誤編，然先前更一審、更二審法院皆認為3,404萬元房屋分配金額無爭議，林員既然主張自己所編列的分配表屬記載錯誤，自應由林員舉證，更三審法官分配舉證責任予陳訴人顯然有所偏頗。
- 4、陳訴人若確無從分配3,404萬元房屋分配款，豈會甘冒訴訟請求林員給付，蓋必然反遭林員請求返還，足見更三審認定並不符合經驗法則。

(四)陳訴人上開主張固非無據，然更三審已於判決中明揭：

- 1、林員就上開3,404萬元金額屬其自行提供26-1地號土地所換得之抗辯，業已提出林員與李○淵簽訂之合建契約書、26-1地號土地所有權狀及土地使用權同意書影本為證。
- 2、陳訴人雖再抗辯26-1地號土地係馬可孛羅合建案合夥團體出資購買，借名登記於林員名下云

云，惟陳訴人係以馬可孛羅合建案「股本」資料記載：75年12月30日支出土地款1,600萬元、1,233萬元，而認26-1地號及26地號土地係馬可孛羅合建案合夥團體出資購買，然僅依上開「股本」資料支出土地款之記載，並無從據以認定林員所有26-1地號土地係馬可孛羅合建案合夥團體出資購買，陳訴人就所稱26-1地號土地係合夥團體借名登記於林員名下一節，亦未舉證以實其說。

- 3、而26-1地號土地如係馬可孛羅合建案合夥團體借名登記於林員名下，則李○淵何須與林員簽訂合建契約，並在合建契約內約明林員分得房屋4戶及停車位4位？蓋依民法第668條規定，各合夥人之出資及其他合夥財產，為合夥人全體之共同共有；26-1地號土地如係合夥團體借名登記於林員名下，則該土地即屬合夥財產，李○淵何須與林員為上開約定，是陳訴人主張借名登記之再抗辯為不可採。
- 4、又觀諸陳訴人就該利益分配表上所列林員代墊(1)土地重劃補貼地主抵繳稅金5,032,045元，(2)股東增資共38,150萬元，(3)29地號共向銀行借款17,200萬元，林員代支627萬元，(4)29地號增資共289.35萬元，陳訴人本身亦均予爭執，足見利益分配表上所列項目及金額，尚待舉證審認，未能盡信。
- 5、林員既提出合建契約書、26-1地號土地所有權狀及土地使用權同意書影本，證明利益分配表上所列3,404萬元，係林員其以地主身分提供土地，以土地交換興建完成之房屋，而陳訴人就所稱26-1地號土地係馬可孛羅合建案合夥團體

出資購買，借名登記於林員名下一節，既未能舉證以實其說，應認林員之抗辯為可採信。

(五)是更三審法院已就何以採信林員於更二審所提抗辯、不採信陳訴人所提再抗辯之得心證理由詳為論述，陳訴人縱有不服，亦已對更三審判決提出上訴，嗣最高法院106年度台上字第423號民事裁定亦認為更三審法院並未有何未論斷或論斷矛盾、違反經驗、論理及證據法則可言而駁回陳訴人上訴。是即便更三審法院採信林員抗辯、未採信陳訴人之再抗辯，亦難謂更三審法院判決有何民事訴訟法第469條第6款所謂判決不備理由或理由矛盾之瑕疵。

(六)綜上，舉證責任之分配、取捨證據、認定事實為最後事實審法院之職權範圍，本院原則上應予以尊重。

三、陳訴人另陳訴臺灣高等法院94年度上易字第2095號刑事二審判決承辦庭審理陳訴人89年自訴林員涉犯刑法第335條第1項侵占罪時，率為認定已逾告訴期間，撤銷一審判決改諭知不受理有所違誤等語。然觀諸二審刑事判決已詳述最後事實審法院認定陳訴人自訴已逾告訴期間之理由，本院原則上應予以尊重。況本案刑事卷宗臺灣臺北地方檢察署函復本院已逾保存年限銷毀，本院亦僅能以現存資料為調查，併此敘明。

(一)法規及實務見解：

1、按刑法第324條規定：「(第1項)於直系血親、配偶或同財共居親屬之間，犯本章之罪者，得免除其刑。(第2項)前項親屬或其他五親等內血親或三親等內姻親之間，犯本章之罪者，須告訴乃論。」、第335條規定：「(第1項)意圖

為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科3萬元以下罰金。(第2項)前項之未遂犯罰之。」、第338條規定：「第323條及第324條之規定，於本章之罪準用之。」

2、次按刑事訴訟法第237條第1項規定：「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於6個月內為之。」、第303條第3款規定：「案件有下列情形之一者，應諭知不受理之判決：……三、告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者。」、第322條規定：「告訴或請求乃論之罪，已不得為告訴或請求者，不得再行自訴。」、第334條規定：「不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決。」

3、復按「於五親等內之血親之間，犯竊盜罪及侵占罪者，均須告訴乃論，刑法第324條、第338條分別規定甚明。又告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於6個月內為之；而告訴乃論之罪，已不得為告訴者，不得再行自訴；又不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第237條第1項、第322條、第334條亦著有明文。查上訴人自訴被告涉有上開竊取存單、存摺及印章，以及侵占1千4百萬元存款之犯行，早已逾6個月之告訴期間，此部分係不得提起自訴而提起，應諭知不受理之判決。」為最高法院81年度台上字第4543號刑事判決意旨所明揭。

4、由上述條文及實務見解可知：

(1) 於五親等內血親之間犯侵占罪者，須告訴乃

論。

(2) 告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於6個月內為之。

(3) 告訴乃論之罪，已不得為告訴者，不得再行自訴，不得提起自訴而提起，應諭知不受理之判決。

(二)經查：

1、陳訴人認為前揭馬可孛羅合建案，林員竟利用其與陳訴人係親兄弟且極受信賴之情況下，僅將前10期之分配款交付陳訴人；且依陳訴人與林員出資之比例計分得5戶房屋，林員竟擅自將上開5戶房屋出售取得現金8,510萬元，而將陳訴人應分得之3,404萬元予以侵占。陳訴人遂於89年1月4日具狀向臺灣臺北地方法院提起自訴林員涉犯詐欺等罪時，再於同年5月25日，就馬可孛羅合建案部分林員另涉犯侵占之犯罪事實提起追加自訴。

2、上開馬可孛羅合建案林員遭自訴涉犯侵占罪部分，經臺灣臺北地方法院一審判決無罪⁷，陳訴人仍表不服提起上訴，經臺灣高等法院撤銷一審無罪判決，二審改諭知不受理定讞⁸。

(三)陳訴人陳訴臺灣高等法院二審認定陳訴人89年始自訴林員涉犯侵占已逾6個月告訴期間改諭知不受理有誤，蓋二審率以陳訴人於「88年3月」拿到股東蘇○裕提供之利益分配表即已知悉林員侵占合建案分配利益，然應以「88年7月21日」陳訴人經由另一股東蘇○義轉交馬可孛羅合建案結案清算表始確認林員涉犯侵占罪為起算時點。並到院補

⁷ 臺灣臺北地方法院89年度自字第62號刑事判決。

⁸ 臺灣高等法院94年度上易字第2095號刑事判決。

充陳訴略以：

- 1、89年告了林員侵占跟詐欺，陳訴人先去向地檢署告訴，後來不起訴，陳訴人認為告訴期間應該要確實知悉有問題後方起算，檢察長也是這樣支持陳訴人的，有發回續查。
- 2、發回後陳訴人改為自訴，有請律師，地方法院認為陳訴人、林員兄弟間屬於告訴乃論罪，認為陳訴人88年3月拿到資料之後就要開始起算告訴期間，所以逾期了。但陳訴人拿到資料也要核對啊，陳訴人如果不核對還去告不就變成誣告了，確認林員有問題了陳訴人才去告。

(四)關於前開陳訴人所稱對林員涉犯侵占罪告訴期間起算時點應自陳訴人確實知悉後方起算一節，固非無據，惟臺灣高等法院二審刑事判決就認定陳訴人自訴林員涉犯侵占罪已逾告訴期間之理由業已詳述：

- 1、陳訴人於自訴狀明確記載：「……林員上開犯罪事實，有88年3月間合夥人蘇○裕提供之利益分配表，及林員利用自己所刊載並委由合夥人蘇○裕轉交陳訴人之房屋利益分配表等文書可資證明（見原審卷第220頁）」，已見陳訴人坦承於88年3月間即知林員上開被訴之犯罪事實。
- 2、雖陳訴人於該院審理時另稱：接獲蘇○裕提供之利益分配表時，只是懷疑林員有侵占犯行，尚未完全確信等語；自訴代理人於原審則主張係於88年7月20日知悉。然陳訴人於原審90年8月7日訊問：「有關馬可孛羅部分何時發現」？答稱：「……直到88年3月間，我向另一個股東蘇○裕要到一份利益分配表結算後才發現……」且依陳訴人於該院提出蘇○裕傳真陳

訴人之利益分配表上，製作日期明確記載「87年3月」，陳訴人於該院亦坦承在分配表上加註「5戶總價8,510萬元」「陳訴人分配2戶全部被林員侵占」「現金1,940萬6,720元全部被林員侵占背信及詐欺」顯見陳訴人至遲於88年3月間向合夥人蘇○裕取得合夥利益分配表時，已知悉林員有陳訴人上開所指之侵占犯行無疑。

3、陳訴人卻於89年1月4日，始具狀向原審法院先就上開南昌街部分提起自訴，再於同年5月25日，就林員此部分侵占犯罪事實（即馬可孛羅合建部分）提起追加自訴，顯已逾6個月之告訴期間，依上開法條規定，自應諭知不受理判決。

4、原審不察，就林員此部份為實體無罪判決，顯有違誤。自應由該院對該部份撤銷改判，並諭知不受理判決。

(五)綜上所述，陳訴人固稱88年3月接獲蘇○裕提供之利益分配表時，只是懷疑林員有侵占犯行，尚未完完全確信，告訴期間不應自斯時起算等語，然最後事實審法院既業於二審判決內詳述何以認定陳訴人於88年3月即知悉林員侵占犯行作為告訴起算時點，陳訴人89年間始提起自訴已逾告訴期間應諭知不受理判決，本院原則上應予以尊重。況本案刑事卷宗臺灣臺北地方檢察署函復本院已逾保存年限銷毀，本院亦僅能以現存資料為調查，併此敘明。

參、處理辦法：

- 一、調查意見一，函請司法院參處。
- 二、調查意見一至三函復陳訴人。
- 三、調查意見隱匿個人資料後上網公布。
- 四、檢附派查函及相關附件，送請司法及獄政委員會處理。

調查委員：張菊芳

林國明