

# 《民事訴訟法與刑事訴訟法》

- 一、甲訴請乙分割共有物A地，並聲明以原物分割及命乙按分割結果協同辦理分割登記，經第一審法院按甲上述聲明內容為判決後，乙不服而提起上訴。在第二審程序中，兩造於民國105年1月28日合意停止訴訟程序，其後均未續行訴訟。嗣乙於同年6月1日聲請續行訴訟，法院乃訂於6月24日行準備程序，但隨即於同年月15日，以上訴業已視為撤回為由，裁定駁回續行訴訟之聲請。請附理由說明第一審法院之判決及第二審法院之裁定，是否有不妥之處？（25分）

試題評析	本題涉及共有物分割訴訟之聲明如何撰寫，以及合意停止後之法律效果如何。筆者認為本題穩扎穩打的陳述實務見解，即有分數，然筆者基於解題完整，引註許多值得參照之實務見解，考生毋須一一寫明亦可。
考點命中	《高點·高上民事訴訟法講義》第四回，甄台大，頁14。 《高點·高上民事訴訟法講義》第五回，甄台大，頁20以下。

答：

(一)第一審法院判決有不妥之處。

- 1.按民事訴訟法第244條第1項第3款規定：「當事人訴狀上須記載訴之聲明。」又分割共有物訴訟之性質，係形式形成之訴，然而內含有給付訴訟之性質。是以，本件爭點為甲訴請分割共有物，甲「得否以一訴請求共有物分割與協同辦理分割登記為聲明」。
- 2.過去實務見解認為原告得以一訴請求分割共有物且同時請求交付，對交付部分不應駁回（最高法院66年第3次民庭決議參照）。然而，針對裁判分割不動產之訴訟，實務見解認為請求裁判分割不動產之訴，因任一當事人得以執此確定判決，向地政機關為分割登記，是以，針對協同辦理分割登記之部分，因欠缺以訴為手段之權利保護要件，須將該部分駁回（最高法院80年第1次民庭決議同此意旨<sup>1</sup>）。
- 3.本文認為，裁判分割共有物之訴，其訴訟造成共有所有權關係之解消，性質上屬於形式形成之訴，然而按本國土地登記規則第100條規定：「依據法院判決申請共有物分割登記者，部分共有人得提出法院確定判決書及其他應附書件，單獨為全體共有人申請分割登記，登記機關於登記完畢後，應通知他共有人。」得以知悉本國裁判分割共有物亦含有給付訴訟之性質，是以，實務見解認為將請求協同辦理共有物分割登記駁回，實有理由。
- 4.綜上，本件第一審法院應不得為原告勝訴判決，而主文應為符合不動產經濟效用之分割方法與依民事訴訟法第249條第2項規定，非本案判決駁回協同辦理分割登記之聲明。

(二)第二審法院裁定尚無不妥之處。

- 1.按民事訴訟法（下稱同法）第189條第1項規定：「當事人得以合意停止訴訟程序。但不變期間之進行，不受影響。」復按同法第191條第1項前段規定：「合意停止訴訟程序之當事人，自陳明合意停止時起，如於四個月內不續行訴訟者，視為撤回其訴或上訴。」本件，當事人於105年1月28日第二審程序中合意停止，依上開第191條規定當事人須於四個月內聲請續行訴訟，是以當事人至少須於105年5月28日續行訴訟<sup>2</sup>。
- 2.然而，本件當事人乙迨於105年6月1日聲請續行訴訟，然依最高法院80年台抗字第330號判例表示：「此項法律擬制撤回訴或上訴之效力，於法定要件具備時當然發生，不因嗣後法院或當事人之訴訟行為，使已消滅之訴訟繫屬又告回復。」是以，當事人未於四個月內續行訴訟，上訴當然視為業已撤回，針對此

<sup>1</sup> 最高法院80年第1次民庭決議表示：「不動產共有人之一人或數人，經法院判准為原物分割確定者，當事人之任何一造均得依該確定判決單獨為全體共有人申請分割登記。毋待法院特為判命對造協同辦理分割登記而後可。故共有人之一人或數人訴請命對造協同辦理分割登記部分係欠缺權利保護要件，法院於判准為原物分割時，應將該部分之訴予以駁回，其併訴請對造交付分得之土地者，依同一法理，亦應駁回。」

<sup>2</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院93年法律座談會民事類提案第19號表示：「按民事訴訟法第190條第1項前段規定，民事訴訟當事人合意停止訴訟程序之期間最長為四個月，該期間之計算依民法第120條規定其始日不算入，本件兩造於九十三年二月十七日陳明合意停止，其四個月法定期間應自次日即九十三年二月十八日起算，並於同年六月十七日屆滿，原告於期限屆滿前聲請法院續行訴訟，於法即無不合，其訴訟繫屬自不受影響。」

項撤回，依最高法院92年台抗字第216號裁定表示：「按視為撤回上訴時，此項撤回之效果，無待於法院之裁判或其他行為而始發生，法院以此事實通知當事人，乃便民措施之一種，在訴訟上不生任何效果，當事人自不得對此項通知聲明異議。」申言之，如兩造當事人未於四個月內續行訴訟，法院通知當事人時，僅係通知，當事人不得對此聲明異議。

- 3.如當事人對於得否續行訴訟有所爭執時，按臺灣高等法院暨所屬法院71年度法律座談會民事類第35號見解表示：「法院如認已發生視為撤回其訴或上訴之效力，當事人之爭執（聲請續行訴訟）為無理由者，此際因訴訟事件既已視為撤回而終結，此爭執已非中間爭點，自無以中間判決裁判之可能。在民事訴訟法亦無就此項爭執應以判決形式裁判之明文，理論上似應以裁定駁回其爭執。」要言之，法院應對當事人續行訴訟之聲請以裁定駁回此爭執，當事人如有問題，應循抗告或再抗告之救濟途徑。
- 4.綜上，法院縱使定準備程序，訴訟業已終結，亦不因此再啟，是以當事人聲請續行訴訟，法院得以裁定駁回之，並無不妥之處。

二、甲向乙購買A屋並付清價金後，乙以受脅迫為由，撤銷買賣契約，甲乃以乙為被告，訴請確認甲乙間之買賣關係存在，經法院判決敗訴確定。嗣甲對該確定判決提起再審之訴，同時另以乙為被告，訴請依約將A屋所有權移轉登記為甲所有，並於提起上述兩訴訟後，向法院聲請對A屋為假處分，請附理由說明甲之聲請假處分有無理由？（25分）

試題評析	本題為高考考生較生疏之保全程序，在此提醒考生，民事訴訟法近年來的考點越發偏執，是以，需要花更多時間完整熟讀。
考點命中	《高點·高上民事訴訟法講義》第五回，甄台大編撰，頁108以下。

**答：**

原告甲之聲請為無理由。

(一)按民事訴訟法（下稱本法）第532條規定：「債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之。」得已知悉聲請假處分必須具備保全必要性，亦即須具備日後不能強制執行或甚難執行之要件，方得提起假處分。

(二)本件，原告甲對乙提確認甲乙間買賣關係存在，受法院敗訴判決駁回，該判決確定後，對於甲乙買賣關係不存在生既判力，此時，本件爭點為如甲嗣後提起依買賣關係請求移轉A屋與對前確定判決之再審之訴，是否得聲請假處分，亦即甲是否具有保全之必要性。

#### 1.依買賣關係請求移轉標的物A屋之部分

甲嗣後提起依買賣關係請求移轉標的物A物，與前開確認之訴並非同一事件，蓋後訴之權利保護方是為給付聲明，前訴為確認聲明，確認無法代用給付聲明，是以兩者並非同一事件，後訴得提起。然援最高法院83年台抗字第319號民事判例表示：「假處分為保全程序之一種，原為在本案請求尚未經判決確定前，預防將來債權人勝訴後，因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行或甚難執行之虞者而設，若已有確定裁判不認債權人之權利存在，則其假處分之聲請，即屬不應准許。」從而，本件原告甲已有依確定裁判確認甲對乙的買賣關係存在，是以，甲之假處分之聲請亦不具有保全必要性。

#### 2.對前確定判決之再審之訴之部分

此部分涉及之爭點為原告甲所欲保全之請求，如其本案訴訟經敗訴確定後，復提起再審之訴，是否仍應認本案訴訟所欲保全之請求係確定不存在，而不得為假扣押或假處分。

(1)有認再審之訴，屬一獨立訴訟，形式上為訴訟，亦有保全其請求之必要，應認為假扣押或假處分。

(2)然實務見解多認為，若仍可因已提起再審之訴，准為假扣押或假處分，則對其本案訴訟已敗訴確定之效力，無異予以否認；況原確定判決須經再審判決廢棄該判決始使該判決溯及既往失效，故應認其本案訴訟所欲保全之請求係確定不存在，而不得為假扣押或假處分<sup>3</sup>。本文以為，本說實屬的論，蓋再審程序之開啟為例外，不應僅因再審開啟，即容許動搖前案之判決結果。

3.綜上，縱使甲嗣後提起請求移轉標的物之給付之訴與再審之訴，其嗣後聲請假處分，依實務見解，皆不

<sup>3</sup>（79）廳民三字第454號參照。

具備保全之必要性，是以，原告甲之聲請為無理由。

- 三、公務員甲因涉嫌收賄遭法務部調查局約談，調查員乙告知甲刑事訴訟法第95條之內容後，即開始詢問，但甲皆答以「不知道」，或不發一語。乙遂大聲的說「你什麼都不講，到時檢察官聲押你，誰也幫不了你」，隨後即離開偵訊室。半小時後，換調查員丙詢問甲，甲一見到丙，立即表示願意詳述收賄經過而自白。1小時後，檢察官複訊甲，但未告知甲可以保持緘默，甲隨即再次詳述收賄經過，並希望檢察官讓其交保，不要聲押。試問，甲之兩次自白可否做為證據？（25分）

試題評析	本題涉及緘默權、不自證己罪特權以及非任意性自白之繼續效力等問題。出題內容廣及學說與實務爭議，是頗具有挑戰性的考題。
考點命中	1.《高點·高上刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編撰，頁15-18。 2.《高點·高上刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁29以下。

**答：**

(一)甲第一次自白不得作為證據

1.調查員乙之行為仍侵害甲之緘默權

- (1)調查員乙雖於詢問前依刑事訴訟法（下同）第100條之2準用第95條之規定，依法踐行告知義務。然查，於詢問結束前，乙大聲地說「你什麼都不講，到時檢察官聲押你，誰也幫不了你」，此句話雖難以評價為第156條第1項所稱之脅迫。然自緘默權與不自證己罪之理論發展，應認為人民之陳述自由，應是完全的自由，國家機關不得製造任何外力已影響人民之陳述自由。如同美國聯邦最高法院指出，「些微的壓力，可能與粗暴或卑鄙的壓力有相同顯著之效果」。據此，國家機關所製造影響人民陳述自由的壓力，即令是輕微或文明的壓力，亦抵觸緘默權的立法目的。
- (2)本案即令調查員乙踐行告知義務，惟其稱「你什麼都不講，到時檢察官聲押你，誰也幫不了你」，已影響被告知陳述自由，縱使無法評價為第156條第1項之強迫，仍屬緘默權與不自證己罪所禁止之強迫，本質上仍侵害被告之緘默權。

2.甲第一次自白係直接源自於乙侵害之行為所致，依刑事訴訟法第158條之2，不具證據能力。

查丙接續詢問甲之時間點，與乙之強迫行為間相距不過半小時，故丙接續詢問下甲所為之自白，應認為係直接源自於乙強迫行為所致，故即使是甲自發性之陳述，依第95條與第158條之2第2項規定，甲第一次自白仍不具有證據能力。

(二)甲第二次自白不得作為證據

1.依學說見解，甲第二次自白不得作為證據

檢察官雖未使用不正方法訊問，惟依非任意性自白之繼續效力或毒樹果實理論，第一次違法取得自白後之衍生證據（第二次自白），除非符合加重告知義務或稀釋例外，否則不足以阻斷第二次自白之汙染效果。本案檢察官非但未踐行加重告知義務，竟連第95條緘默權之告知義務規定亦置若罔聞。據此，第二次自白應不得作為證據使用。

2.依實務見解，甲第二次自白亦不得作為證據

- (1)我國實務對於非任意性自白繼續效力附加相當嚴格之限制。亦即，原則上不承認有非任意性自白繼續效力之適用。除非被告能證明警詢時所受不正方法影響其意思自由之情狀已延續至檢察官偵查中，而與檢察官偵訊時之自白具有因果關係（最高法院101年台上字第5570號判決參照）。尤其檢察官若已合法踐行告知義務，提醒被告得保持緘默，無須違背自己意思而陳述者，被告再為內容相同之自白，則此次自白之任意性不因前階段不正手段而受影響，其非任意性自白之排除效力自應加以阻斷（最高法院99年台上字第4905號判決）。
- (2)惟查，本案中檢察官雖未使用不正方法，然其訊問時，竟未合法踐行告知義務，提醒被告得保持緘默，無須違背自己意思而陳述者。於此，因檢察官訊問已違反法定程序，戕害被告緘默權與不自證己罪特權之行使，縱依實務見解，亦難認非任意性自白之繼續效力遭到阻斷。

四、甲之住宅某日遭警方搜索，扣得制式手槍1把以及海洛因10包，後甲遭檢察官起訴，一審判決甲有罪。案件上訴至二審，法官於審判期日未提示該手槍及海洛因，而是同時提示該手槍及海洛因之二份鑑定報告給甲看，甲看後說「這些東西都不是我的，我是被冤枉的！」二審最後仍判決甲有罪。試問，二審之上述程序有無違法？甲提起第三審上訴有無理由？（25分）

試題評析	本題涉及物證是否需實物提示之爭議，學說對此見解雖然不盡一致。但實務目前已逐漸對此問題形成穩定之多數見解，以當事人對於「證物存在」及「證物同一性」之事實有無爭議，判斷是否需要踐行實物提示程序。考生對此應多加留意。
考點命中	《高點·高上刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁198-205。

**答：**

(一)第二審程序違法

- 1.按刑事訴訟法（下同）第164條之規定：「證物應提示被告，令其辨認。」從而，證物須踐行「實物提示」，使之透過調查證據程序以顯現於審判庭，令當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認，始得採為認定事實之基礎。
- 2.查本案所依憑之證據乃係手槍及海洛因等物證，應依第164條踐行提示證物程序，使法官得以五官知覺辨識物之存在或狀態。惟法官於審判期日未提示該手槍及海洛因，僅提示手槍及海洛因之二份鑑定報告（證據替代品）予甲，顯與第164條之規定不符，第二審程序存有違法之瑕疵。

(二)甲提起三審上訴有理由

- 1.二審所踐行之證據調查程序固有瑕疵，然依目前多數實務見解，該瑕疵並非當然可作為上訴三審之理由。亦即，若當事人於「證物存在」及「證物同一性」之事實並無爭議時，審判長對此物證之調查證據方式，如已足以使當事人、代理人、辯護人或輔佐人理解為對此證據實施調查，雖未踐行此項「實物提示」程序，而不足以影響被告防禦權利及判決結果者，仍不得執為上訴第三審之理由，此徵之第380條所規定「除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由」即明（最高法院104年台上字第1617號判決參照）。
- 2.本案被告甲對於兩份鑑定報告（證據替代品），說「這些東西都不是我的」，顯然係主張扣押之原物並非其所有。申言之，被告就「原始證物是否存在」之事實，已提出爭執。此際，法院即應踐行實物提示之程序，尚未踐行實物提示，逕以鑑定報告等證據替代品做為判決依據，非但違反直接審理原則，亦侵害被告之訴訟防禦權。甲提起第三審上訴應認為有理由。

【版權所有，重製必究！】