

# 《民訴概要與刑訴概要》

一、甲主張乙向其借款新臺幣 30 萬元，約定應於民國 104 年 5 月 15 日返還，但乙屆期未清償，乃於 104 年 7 月 5 日具狀向 A 地方法院聲請對乙核發支付命令。試問：

(一)若甲之聲請，並未提出足以釋明借款債權存在之證據，法院應如何處理？(10 分)

(二)若甲之聲請已符合支付命令聲請要件，A 地方法院乃於 104 年 7 月 6 日對乙核發支付命令，並於 104 年 7 月 15 日送達乙，且乙未於 20 日之不變期間提出異議，該支付命令之效力為何？事後，乙可否另對甲提起請求確認前開債權不存在之訴訟？(15 分)

命題意旨	測驗考生對於督促程序規定之熟悉度與督促程序之修法。
答題關鍵	民事訴訟法 104 年 6 月支付命令之修法變革與理解。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第七回，甄台大編撰，40 頁以下。

## 【擬答】

(一)法院應裁定駁回該支付命令之聲請。

- 1.按民事訴訟法(下稱同法)第 508 條第 1 項規定，債權人之請求以給付金錢為內容者，得聲請法院依督促程序發支付命令。如債務人聲請發支付命令，須依同法第 511 條第 1 項第 2、3、4 款規定為書狀表明，亦即須表明請求標的及其數量、請求之原因事實、應發支付命令之陳述等等。
- 2.督促程序之制度目的在於債權人無須經繁複之訴訟程序，利用簡便之程序，以實現其債權，是以對於該原因事實，債權人不負舉證責任(最高法院 61 年台抗字第 407 號判例意旨參照)。然而，為追求謹慎，今年(民國 104 年)6 月立法院將本法第 511 條增訂第 2 項規定，要求債權人之請求，應釋明之，且於今年 7 月 1 日已由總統公布施行，是以，債權人甲於 104 年 7 月 5 日聲請支付命令，已有新法之適用，須對於原因事實釋明，亦即提出證據使法官形成信其大概如此之心證程度。
- 3.如債權人甲未提出足以釋明該借款債權存在之證據，復按同法第 513 條第 1 項前段規定，支付命令之聲請，不合於第 511 條之規定者，法院應以裁定駁回之，是以，法院應裁定駁回該支付命令之聲請。

(二)該支付命令無既判力，但仍具有執行力；乙可對甲提起確認債權不存在之確認之訴。

- 1.按民事訴訟法第 516 條第 1 項規定，債務人對於支付命令之全部或一部，得於送達後二十日之不變期間內，不附理由向發命令之法院提出異議。如未於 20 日內提出異議，於舊民事訴訟法(下稱舊法)第 521 條第 1 項規定，支付命令與確定判決具有同一之效力，準此，支付命令即具有執行力與既判力，債權人得據為執行名義，聲請法院對債務人為強制執行；並且債權人如就支付命令請求之同一標的更行起訴，或債務人就同一訴訟標的提起消極確認之訴，法院應依第 249 條第 1 項第 7 款規定，認原告之訴為不合法，以裁定駁回之。
- 2.然而，今年(民國 104 年)6 月，修正民事訴訟法第 521 條第 1 項規定，除去支付命令之既判力，而將條文修訂為「債務人對於支付命令未於法定期間合法提出異議者，支付命令得為執行名義」，使支付命令僅剩執行力，不具既判力，是以，債務人就支付命令請求之同一標的，得提起消極確認之訴，以否認債權人在實體上無其所主張之權利，並據以排除強制執行。並依同條第 3 項規定，債權人得提供相當並確實之擔保，停止強制執行。綜上，新法修正後，支付命令僅具有執行力，不具既判力，是以，債務人乙得提起確認該借款債權不存在之確認之訴。

二、甲主張其在去年向乙買下 A 屋，價金新臺幣 1000 萬元，業已付清，惟乙不僅尚未協同辦妥所有權移轉登記，又將 A 屋出賣於惡意之丙，並由丙訴請乙為所有權移轉登記。試問：

(一)甲如欲同時對乙和丙起訴，應提起何種訴訟？(5 分)

(二)甲應對乙丙為何種聲明？(10 分)

(三)倘若在甲起訴後丙撤回對乙之訴，法院應如何處理甲對乙丙之起訴？(5 分)

(四)倘若甲在乙丙間的訴訟繫屬於第二審時始欲對乙丙同時起訴，卻誤未將乙列為共同被告，試問二審法院應如何處理？(5 分)

命題意旨	主參加之訴之基本觀念。
答題關鍵	主參加之訴之基本觀念熟悉度與實務見解。
考點命中	《高點民事訴訟講義》第二回，甄台大編撰，頁 50 以下。

## 【擬答】

(一)甲如對乙丙同時起訴，得提起主參加之訴。

- 1.按民事訴訟法第 54 條第 1 項規定，就他人間之訴訟，因該訴訟結果，自己權利將被侵害者，得於第一審或第二審本訴訟繫屬中，以其當事人兩造為共同被告，向本訴訟繫屬之法院起訴，稱之為主參加之訴，其制度目的在於避免本訴訟與主參加之訴分別提起致生裁判矛盾之結果。
- 2.本件，丙對乙提起移轉所有權登記之訴訟，可能致使乙無法移轉所有權登記予甲，致甲受有損害，是以，如甲欲對乙丙同時起訴，得提起主參加之訴。

(二)訴之聲明為乙丙間就該房屋之買賣契約無效。

- 1.按民事訴訟法第 247 條第 1 項規定，原告有即受確認判決之法律上利益時，得提起確認法律關係之訴。而確認利益係指原告因法律關係之存否不明確，致原告在私法上地位有受侵害之危險，此項危險得以確認判決除去之，即為具備確認利益，是以，縱使為該法律關係以外之第三人，如具備前開確認利益，亦得對他人之法律關係提起之。(最高法院 42 年台上字第 1031 號判例意旨參照)
- 2.本件，乙先將房屋出賣於甲，嗣後復將房屋出賣給惡意之丙，為房屋一物二賣之情形，已致甲私法上地位受有侵害之危險，是以，乙、丙間之買賣契約是否依民法第 87 條通謀虛偽意思表示而無效，甲具有確認利益，從而，縱使為他人間之法律關係，甲仍得提起確認乙丙間買賣契約無效之訴，綜上，甲確認乙丙間買賣契約無效之訴之訴之聲明如下：「乙丙間就該房屋之買賣契約為無效」。

(三)甲起訴後，丙撤回對乙之訴訟，法院應繼續審理訴訟。

- 1.主參加之訴要件之一，須於他人間之本訴訟繫屬中提起，不論本訴訟進行程度為何，皆得提起，此外，最高法院 83 年台抗字第 148 號判例進一步表明，主參加訴訟，只須起訴時，本訴訟尚在繫屬中即可，其後本訴訟如因撤回而繫屬消滅者，並不影響已提起之主參加訴訟。
- 2.本件，援前開之實務見解，甲提起之主參加訴訟既於丙撤回本訴訟前合法提起，自不受本訴訟撤回之影響，法院應繼續審理該主參加之訴，縱使甲於本訴訟繫屬於二審法院方提起主參加之訴，而本訴訟撤回之情形，二審法院亦不得將主參加之訴裁定移送地方法院。

(四)二審法院應將甲對丙之訴訟移送於一審法院。

- 1.主參加之訴不得僅以其一造為被告，主參加之訴須以兩造之全體為共同被告，此為主參加之訴成立要件之一，如不備此要件而具備獨立之訴要件時，主參加之訴於第二審訴訟繫屬提起時，第二審法院應以裁定將該訴訟移送於第一審管轄法院(最高法院 73 年台上字第 856 號判例意旨參照、最高法院 67 年第 10 次民庭決議同此意旨)。
- 2.本件，甲於二審方提起主參加之訴，然並未將乙列為共同被告，僅列丙為被告，此尚不具被主參加之訴之成立要件，從而，援引上開之實務見解，二審法院應以裁定將甲對丙之訴訟移送於第一審法院。

三、警員甲持拘票至有毒品前科乙之住處執行拘提時，發現房間內桌上置有毒品之吸食器，認為乙持有毒品，雖無搜索票且經乙表示反對，仍執意開啟桌子之抽屜，果然發現海洛因 10 包。乙迫於現實，乃依警員甲之要求補簽搜索同意書附卷。試問：

(一)本件搜索是否合法？(15 分)

(二)其因此扣得之海洛因 10 包，可否作為認定乙非法持有第一級毒品有罪之證據？(10 分)

命題意旨	本題涉及無令狀搜索之例外及其證據能力之判斷。
答題關鍵	搜索同意書得否事後補簽，為本題之得分關鍵。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第三回，黎台大編撰。

## 【擬答】

(一)本件警員甲之搜索不合法。

- 1.甲持拘票進入乙宅執行拘提合法

按刑事訴訟法（下同）第 131 條第 1 項第 1 款之規定，司法警察因執行拘提，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確時在內者，得逕行搜索住宅或其他住處。故本案員警甲為執行拘提而進入乙之住處進行搜索，應屬合法。

2. 甲搜索乙住處桌子之抽屜，逾越第 131 條第 1 項之搜索範圍。

- (1) 惟查，第 131 條第 1 項所為之逕行搜索，屬「找人」之無令狀搜索類型。申言之，其搜索之目的在於發現應受拘捕之人（被告），故執行方式自應受拘捕目的之限制，除於搜索進行過程中意外發現應扣押之物而予以扣押外，不得從事逸出拘捕目的之搜索扣押行為。
- (2) 準此，警員甲入乙宅執行拘提時，自應以可能藏人之處進行搜索，除符合一目瞭然法則得以另案或附帶扣押外，應不得從事超過第 131 條第 1 項範圍之搜索行為。從而，甲搜索不可能藏人之抽屜，已超出本次搜索之範圍，其搜索行為為不合法。
- (3) 再者，依題所示，甲應已順利拘提乙，故搜索行為既以順利達成，則甲即應立即中止搜扣押行為，以避免執法人員利用拘捕之名，行蒐集證物之實。故自此點觀點，甲之搜索行為亦非適法。

3. 搜索同意書，不得事後補簽。

- (1) 職是，本案甲之搜索行為若欲合法，僅餘同意搜索一途。然查，甲要求以簽屬搜索同意書之時點，係於執行搜索行為「後」為之，是否影響同意搜索之效力，即生爭議。
- (2) 實務見解認為，自願性搜索同意書，係自願性同意搜索之生效要件，故執行人員應於執行搜索場所，當場出示證件，先查明受搜索人有無同意權限，同時將其同意之意旨記載於筆錄（書面）後，始得據以執行搜索，**此之書面祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正**（最高法院 100 年台上字第 7112 號判決參照）。故本案員警甲於發現海洛因 10 包後，始要求乙補簽搜索同意書之行為，於法有違。

(二) 甲扣得之海洛因得否作為乙非法持有毒品罪之證據，應依第 158 條之 4 權衡之。

承上所述，本例甲未持有令狀，亦不符合刑事訴訟法任一無令狀搜索之例外，其因此所取得之海洛因 10 包，自屬違法取得之證據。該證據得否作為認定乙非法持有第一級毒品之依據，自應依第 158 條之 4 及最高法院 93 年第 664 號判例所建立之八大標準，權衡人權保障及公共利益，定其證據能力。

四、甲行竊 X 之住宅，適 X 歸來接見甲在房內取物，乃將甲逮捕送交警局，X 於警局作成警詢筆錄指證甲後移送檢察署，檢察官訊問甲後，隨即起訴。一審法院審理中，甲出庭否認竊盜犯行，堅稱尚未進房間，但於法院提示「X 警詢筆錄」時，則表示：「是 X 亂說」，審理時因 X 傳喚不到，法院認定甲僅爭執該筆錄證明力，乃同意該筆錄具有證據能力，據以判決甲竊盜犯行成立。一審判決後，甲選任辯護人提出上訴，上訴理由乃以：甲並未明示同意 X 筆錄有證據能力，及被害人傳喚不到，應再傳喚，或應適用刑事訴訟法第 159 條之 3 規定，而不得直接適用同法第 159 條之 5 規定，試從實務與學理詳論此上訴理由是否有理。（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於最高法院近期判決及決議之掌握程度。
答題關鍵	傳聞之同意，得否再行爭執追復？刑訴第 159 條之 5 之適用，是否以不符合第 159 條之 1 至之 4 為要件？
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第七回，黎台大編撰，頁 86。

【擬答】

本案辯護人所提出之上訴理由是否有理，涉及刑事訴訟法（下同）第 159 條之 5 與第 159 條之 1 至之 4 間應如何適用之爭議：

(一) 關於辯護人主張「甲並未明示同意 X 筆錄有證據能力，法院仍應傳喚被害人」部分

1. 依第 159 條之 5 之規定，被告同意傳聞作為證據者，該證據得作為證據使用。蓋對質詰問權雖屬被告憲法上之權利，惟本於當事人對傳聞證據仍有處分權，得放棄反對詰問權而同意其作為證據。又本條之規定，可分為第 1 項之明示同意以及第 2 項之默示（擬制）同意。
2. 從而，當事人倘未明示同意作為證據使用，然於法院調查證據時，卻未於言詞辯論終結前聲明異議，此時即有默示同意之適用。本件甲於法院審理時僅表示：「是 X 亂說」，卻未就該警詢筆錄得否作為證據使用進行爭執，應可認甲僅爭執該筆錄之證明力，而未就證據能力部分為爭執，是第一審認定甲默示同意警詢筆錄之證據能力，應屬適法。
3. 惟查，有關第 159 條之 5 之適用上，實務容許當事人於言詞辯論終結前或第二審程序中再為爭執追復，尤

其是默示同意之情況下，因係出於當事人等之消極不表示意見而為法律上之擬制所取得，並非本於當事人之積極處分而使其效力恆定，原則上雖仍容許當事人等於言詞辯論終結前，或第二審及更審程序中對其證據能力再為爭執追復，但應以當事人等之不為異議，係出於「不知有不得為證據之情形」者為限。（最高法院 102 年台上字第 758 號判決）。

4. 職是，本案第一審適用第 159 條之 5 雖無違法，然參諸上開實務見解，被告及辯護人自得於上訴審重行爭執 X 警詢筆錄之證據能力（法院本案未盡傳拘義務讓甲行使對質詰問權），甚至撤回該默示同意。辯護人此部份之上訴主張應屬有理由。

(二)關於辯護人主張「法院應適用第 159 條之 3 規定，而不得適用第 159 條之 5」部分。

1. 至本案之證據資料，乃被害人 X 於警局所製作之警詢筆錄，該筆錄於傳聞法則下是否具有證據能力，似應依第 159 條之 3，視其是否具有客觀傳喚不能之情形，以定其證據能力。然我國實務最新見解認為，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 4 所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 4 所定情形為前提（最高法院 104 年第 3 次刑庭決議參照）。
2. 最高法院之見解，乃係揆諸「若當事人於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力」立法意旨，係採擴大適用之立場。蓋不論是否第 159 條之 1 至第 159 條之 4 所定情形，抑當事人之同意，均係傳聞之例外，俱得為證據，僅因我國尚非採澈底之當事人進行主義，故而附加「適當性」之限制而已，可知其適用並不以「不符前四條之規定」為要件。
3. 準此，本案雖具備第 159 條之 3 之情形，然個案若同時可符合第 159 條之 5 第 2 項之傳聞例外，則並不排斥法院依第 159 條之 5 第 2 項，將 X 之警詢筆錄作為證據使用。辯護人此部分之上訴主張亦屬無理由。
4. 附帶一提者係，第 159 條之 5 之適用上，應以被告知悉該傳聞證據不得作為證據使用為要件。故被告之辯護人既就第 159 條之 5 進行爭執，則上訴審法院仍應調查該被告於第一審默示同意時，是否知悉 X 之警詢筆錄為原則上無證據能力之傳聞證據。併予敘明。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！