

書記官 · 執達員 · 執行員

# 《民事訴訟法概要與 刑事訴訟法概要》

一、分公司有無當事人能力？對於分公司所取得之勝訴確定給付判決，其執行力是否及於總公司？（25分）

命題意旨	測驗同學對於分公司在訴訟法上可能涉及之相關爭議，包含當事人能力以及判決效力等相關問題。
答題關鍵	分公司是否具有當事人能力之問題，實務上有最高法院 40 年台上字第 39 號判例，同學應該不陌生。至於以分公司為當事人之判決效力是否及於總公司之爭議，可能較容易受到同學的忽略。就此重要問題，不僅近年來有學者特別在文章中強調，我們也屢次在課堂、講義與模擬試卷中向同學們提醒此爭點的考試趨勢。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義第一回》，梁台大編撰，第一章第三節，頁 29-30。 2.《律司第二試全真模擬試卷》，高點王牌師資群編撰，2011 年 9 月初版，頁 2-56~57、2-74~76。 3.〈新民事訴訟法之爭點（一）—分公司之當事人能力與當事人適格〉，許士宦，《月旦法學教室》第 89 期，2010 年 3 月，頁 81-82。

## 【擬答】

(一)分公司有當事人能力：

- 1.「有權利能力者，有當事人能力。」民事訴訟法第 40 條第 1 項定有明文。按當事人能力係指成為訴訟法當事人（原告或被告）之一般資格，即得成為訴訟法上主體之資格。當事人能力之有無，屬職權調查事項，應適用職權探知主義。如當事人能力有所欠缺者，法院應裁定駁回之。惟當事人能力欠缺之性質上係得補正者，法院於裁定駁回之前，應先裁定命當事人補正，以兼顧保障當事人之實體利益與程序利益，給予當事人權益較為周延之保護。
- 2.第按，實體法上，因分公司僅為公司之分支機構，屬法人之一部分，並不具有獨立之實體法人格。儘管如此，分公司在民事訴訟上仍具有當事人能力。詳言之，我國實務上，承認分公司於業務範圍內之事項，具有當事人能力，詳參最高法院 40 年台上字第 39 號判例：「分公司係由總公司分設之獨立機構，就其業務範圍內之事項涉訟時，有當事人能力。」所謂「就其業務範圍內之事項」，應依訴訟標的之法律關係觀察，以分公司為其權利義務之「主體」者為限。
- 3.由是可知，雖分公司於實體法上不具有權利能力，惟我國實務上仍承認分公司於業務範圍內之事項具有當事人能力甚明。

(二)對於分公司所得之勝訴確定給付判決，其執行力及於總公司：

- 1.按我國實務承認分公司於業務範圍內之事項具有當事人能力，已如前述。對此，對於分公司所取得之確定判決，其判決效力應及於總公司，參見最高法院 52 年台上字第 2866 號民事判決：「分公司係總公司分設之獨立機構，就其業務範圍內之事項涉訟時，有當事人能力。其訴訟之裁判力，當然及於總公司。」（司法院公報第 6 卷第 6 期）
- 2.承上，學說上亦肯定判決效力及於總公司。至於以分公司為當事人之判決效力應及於總公司乙節，其理論依據係本於意定訴訟擔當，依民事訴訟法第 401 條第 2 項之規定，擔當者（分公司）所進行訴訟之本案判決效力應擴張及於被擔當者（總公司）。
- 3.由是可知，我國實務與學者既肯定分公司所取得之確定判決之效力應及於總公司，是以，給付判決既有執行力，該執行力亦應及於總公司，當屬無疑。

二、原告甲、乙列丙為被告，向該管法院起訴，聲明求為判決：「確認甲、乙對丁之遺產有繼承權存在。」主張略以：甲、乙二人為被繼承人丁之養子女，依法得繼承丁之遺產等語。丙則抗辯：其為丁之配偶，丁生前未經丙之同意，單獨收養甲、乙為養子女，且未經法院認可，故丁之收養為不合法，丙為丁之唯一繼承人等語。請附理由回答下列問題：

(一)本件當事人適格有無欠缺？(10 分)

(二)於本件訴訟繫屬後，甲具狀向法院表示撤回起訴，其效力為何？就乙之訴訟部分是否有影響？(15 分)

命題意旨	測驗同學們對當事人適格於確認訴訟之判斷方式，以及共同原告之共同訴訟類型。
答題關鍵	本題涉及民事訴訟法上之基本概念，難度不高。對於當事人適格於確認訴訟之認定方式，同學僅需注意當事人適格之認定與「確認利益」相同，以及原告間是否不具有「合一確定」關係等問題，即可輕鬆迎刃而解。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義第一回》，梁台大編撰，第一章第四節，頁 72-76。 2.《高點民事訴訟法講義第二回》，梁台大編撰，第五章第二節，頁 133、136。

### 【擬答】

(一)本件當事人適格並無欠缺：

- 1.按當事人適格，係指當事人就具體之訴訟事件得以自己之名義為原告或被告之資格，主張該權利並進行攻擊防禦等訴訟上行為，因而得受訴訟標的法律關係之本案判決者。具有此資格者，則具有針對特定訴訟標的法律關係之遂行訴訟權能，即為訴訟遂行權（訴訟實施權）。其中，確認訴訟當事人適格之認定，即以「確認利益」為斷，而非以當事人是否為實體法律關係之歸屬主體為準。再按，確認利益係指具有受確認判決之利益，僅須法律關係或法律關係基礎事實在當事人間主觀上不明確者，即為已足。確認利益通常具備三要件：(1) 法律關係是否存在當事人間不明確（主觀上陷於不明確即為已足）；(2) 須因不明確致原告權利或其他法律地位有不妥之危險（即所確定之法律關係，有加以保護之必要）；(3) 其不妥之危險有即時以確認判決除去之必要（危險現實存在、一般社會觀念有即時除去之必要、且得以確認判決之既判力除去之）。
- 2.經查，原告甲、乙列丙為被告，向法院起訴請求確認原告對訴外人即丁之繼承權存在。對此，被告丙則抗辯主張因丁對甲、乙之收養無效，否認甲乙對丁之繼承權。由是可知，原告所提起之訴訟為確認之訴，且被告丙予以否認。是以，針對原告甲、乙對丁有無繼承權存在乙節，在當事人間之主觀上並不明確，且該不明確已妨礙原告對丁遺產繼承之權利而有不安之危險，且該危險得透過確認判決加以除去者，顯然具有確認利益。循此，原告甲、乙列丙為被告，請求確認原告對訴外人即丁之繼承權存在，本件當事人適格並無欠缺，當屬無疑。

(二)甲具狀向法院表示撤回起訴，其效力僅及於甲個人對丙之訴訟，其撤回效力不及於乙，不影響乙對丙之訴訟部分：

- 1.「共同訴訟中，一人之行爲或他造對於共同訴訟人中一人之行爲及關於其所生之事項，除別有規定外，其利害不及於他共同訴訟人。」民事訴訟法第 55 條定有明文。按普通共同訴訟人間各自具有獨立之地位，是共同訴訟人中一人之訴訟行爲，原則上不及於他共同訴訟人，其可各自獨立、任意為訴訟行爲（如捨棄、訴之撤回行爲等）。第按，所謂普通共同訴訟，係指多數當事人間彼此並無合一確定之關係、亦無共同起訴或應訴之必要者。再按，所謂合一確定之意義，傳統學說上認為：紛爭存在於多數人之間，因在法律上有一同解決之必要，故對於法院之裁判，判決效力及於未起訴、應訴之他人，且對於該多數人須為一致而不得歧異者，即為合一確定。
- 2.經查，原告甲、乙主張渠等各別對丁之繼承權均存在。對此，被告丙則抗辯主張因丁對甲、乙之收養無效，否認甲乙對丁之繼承權。由是可知，因丁對甲之收養是否有效，其認定結果不必然與丁對乙之收養是否有效之結果相同，顯見甲乙間應無合一確定關係，益徵甲乙間應屬普通共同訴訟之型態。是以，甲一人自行具狀向法院表示撤回起訴，該撤回效力應僅及於甲個人對丙之訴訟，該撤回效力應不及於乙。循此，乙對丙之訴訟部分應不受影響，至為明灼。版權所有，重製必究

三、住所在臺北市重慶南路1段之某甲於民國（下同）101年2月5日具狀，向臺灣臺北地方法院檢察署檢察官提出告訴，主張某乙於100年5月間以投資生意為由向某甲借款新臺幣200萬元，嗣屆清償期並未返還，因認某乙涉有詐欺罪嫌。檢察官某丙偵查後，以某乙並未對某甲實施詐術，本件純屬民事債務糾紛，而於101年3月15日對某乙為不起訴處分。書記官某丁於101年3月18日製作不起訴處分書正本，並於同月19日以掛號郵件送達不起訴處分書給某甲，惟郵差某戊於同月20至22日六度前往某甲之住所按捺門鈴多時均無人回應，某甲居住之公寓復無設置管理員，郵差某戊乃於同月22日（星期四）將該不起訴處分書寄存某甲住所地之派出所，並作送達通知書兩份，一份黏貼於某甲住所之門首，另一份投入某甲住所之信箱內，以為送達。試問：（一）某甲並未前往派出所領取不起訴處分書，惟據告訴代理人即律師某己告知本件檢察官已為不起訴處分，乃於101年4月9日（星期一）親自赴臺灣臺北地方法院檢察署遞狀聲請再議，試問其再議有無逾期？（二）如某甲已於3月23日親赴派出所領取不起訴處分書，嗣於4月9日始遞狀聲請再議，試問其再議有無逾期？（25分）

命題意旨	測試考生是否瞭解寄存送達後法定期間之起算。
答題關鍵	關鍵在於考生是否知悉「自寄存之日起，經十日發生效力」應如何解釋。
考點命中	《高點總複習講義第一回》，錢律師編撰，頁25。

#### 【擬答】

本題中所為寄存送達，係依刑事訴訟法第62條規定：「送達文書，除本章有特別規定外，準用民事訴訟法之規定。」而準用民事訴訟法第138條。而民事訴訟法第138條第2項規定：「寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力。」合先敘明。

（一）若甲未領不起訴處分書，則其再議未逾期：

1. 因甲未領不起訴處分書，故其再議期間之起算，應依刑事訴訟法第62條準用民事訴訟法第138條第2項規定，自寄存之日起，經十日發生效力。換言之，應自寄存之日起，經十日起算再議期間。惟有疑義之處在於，應自寄存之日當日起算，或自寄存之日之翌日起算？最高法院94年度第1次庭長、法官會議認為：民法第120條第2項規定：「以日、星期、月或年定期間者，其始日不算入。」期間之計算係採曆法計算法，所稱一日，指自午前零時起至午後十二時而言，故其始日不算入，因始日恒未滿二十四小時，以之為一日，實為不當。寄存送達發生效力所應經之十日期間，依上揭民法第120條第2項規定，應自寄存日之翌日起算。簡言之，寄存送達發生效力所應經十日期間，應自寄存日之翌日起算。又該次會議亦認為：依民法第121條第1項規定：「以日、星期、月或年定期間者，以期間末日之終止，為期間之終止。」是寄存送達發生效力所應經之十日期間，係以其期間末日之終止，為十日期間之終止，此後即開始計算所應為訴訟行為之法定不變期間（例如對被告送達不利之判決書，於七月一日寄存送達，寄存日不算入，自7月2日計算十日期間，至7月11日午後十二時發生送達效力，應自7月12日零時計算其上訴不變期間）。

#### 2. 本案分析

承上，本題應從寄存日之翌日起算發生效力之期間，亦即應從3月23日起算10天，至4月1日午後12時發生送達效力，自4月2日零時起計算7天之再議期間，又因4月8日為星期日，故遞延至4月9日，故甲於4月9日聲請再議並未逾期。

（二）若甲已於3月23日親領不起訴處分書，則其再議逾期：

1. 依92年2月7日民事訴訟法第138條第2項之修正理由：「二、當事人因外出工作、旅遊或其他情事而臨時不在應送達處所之情形，時有所見，為避免其因於外出期間受寄存送達，不及知悉寄存文書之內容，致影響其權益，爰增訂第二項，明定寄存送達自寄存之日起，經十日發生效力。至應受送達人如於寄存送達發生效力前領取寄存文書者，應以實際領取之時為送達之時，乃屬當然。」又參考辦理民事訴訟事件應行注意事項第141點：寄存送達自寄存之日起，經十日發生效力。但受送達人於十日內領取受送達文書者，於實際領取之日發生效力。從而，本題中甲已於3月23日（即十日內）實際領取不起訴處分書，依上述立法理由及辦理民事訴訟事件應行注意事項，應自實際受領之日發生送達之效力。

2. 承上，本題之再議期間自實際受領日之翌日零時起算7日，故甲遲至4月9日始聲請再議，顯已逾期。

四、甲持西瓜刀強盜乙之財物，當場遭警察逮捕。二審法院審判時，法官未提示該扣案之西瓜刀，僅提示內載有該西瓜刀之扣押物清單，並問甲有無意見。嗣經二審法院判決甲有罪，甲不服，以該二審法院審判未依法提示證物為由提起第三審上訴。試問，該上訴有無理由？（25 分）

命題意旨	測試考生是否瞭解現今實務上對於證據提示是否需「實物提示」。
答題關鍵	只要能寫出現今實務見解之看法，即可獲得高分。
考點命中	1. 《高點正規班講義第三回》，錢律師編撰，頁 112 2. 《高點總複習講義第一回》，金台大編撰，頁 213、214。命中率近 100%！

【擬答】

(一)本題爭點：二審法院是否須提示西瓜刀？質言之，刑事訴訟法第 164 條規定：「證物應提示被告，令其辨認」，是否須「實物提示」？

(二)與本題爭點相關之實務見解

最高法院 99 年度台上字第 2800 號判決：至證物固須踐行「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。此「實物提示」規定，於當事人對於「有無證物存在」或「證物之同一性」(identification)有爭議時，固須嚴格遵守，否則足以影響被告防禦權利及判決結果。反之，當事人於「證物存在」與「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，縱於法不合，然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上訴理由。另參最高法院 97 台上 1355 號判決意旨：現行刑事訴訟法採直接審理主義，證物以「實物提示」為原則，同法第 164 條第 1 項明定「審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認」，即原則上物證必須透過調查證據程序以實物顯現於審判庭，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認，始得採為判決之基礎。惟此「實物提示」原則僅於「證物之同一性」(identification)有所爭議時，始有適用；反之，證物之同一性如無爭議者，以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，則非法律所不許。司法警察依同法第 43 條之 1 準用第 42 條製作之扣押物名目，性質上乃筆錄之一部分，如當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於扣押物之同一性並無爭議，換言之，扣押物並無栽贓、偽造或變造情形時，其以書證之型態踐行審判期日之調查證據程序，由審判長依據同法第 165 條規定，向當事人、代理人、辯護人或輔佐人踐行「宣讀或告以要旨」，則不得指為證據未經合法調查。

(三)甲之上訴並無理由

本題中，二審法院雖未提示西瓜刀之實物，但已提示扣押物清單，並詢問甲有無意見，參上揭二判決，甲於二審時，似未對於「證物之同一性」有所爭議時，即無實物提示之必要，二審法院依據刑事訴訟法第 165 條規定，向當事人、代理人、辯護人或輔佐人踐行「宣讀或告以要旨」扣押物清單，則不得指為證據未經合法調查，甲自不得執為上訴第三審之上訴理由，故甲之上訴並無理由。