



## 104 年四等民事訴訟與刑事訴訟法概要申論試題解析

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

【擬答】：

(一) 未為釋明或釋明不足，法院得駁回債權人之聲請：

104 年以前債權人聲請核發支付命令，對其請求並無釋明義務，然為免支付命令淪為製造假債權及詐騙集團犯罪工具，嚴重影響債務人權益，為兼顧督促程序在使數量明確且無訟爭性之債權得以迅速、簡易確定，節省當事人勞費，以收訴訟經濟之效果，並保障債權人、債務人正當權益，避免支付命令遭不當利用，104 年乃增訂民事訴訟法第 511 條第 2 項要求債權人就其請求負擔釋明義務。若債權人未為釋明，或釋明不足，不合於民事訴訟法第 511 條第 2 項規定者，法院得民事訴訟法第 513 條第 1 項規定，駁回債權人之聲請。

(二) 債務人逾不變期間未提出異議之效果及救濟

1. 債務人未為異議，支付命令得為執行名義可對債務人為強制執行。

(1) 舊法時代：有既判力亦有執行力

104 年修法以前，舊法民事訴訟法第 521 條第 1 項規定：「債務人對於支付命令未於法定期間合法提出異議者，支付命令與確定判決有同一之效力。」故其既判力、執行力均與確定終局判決相同。

(2) 新法時代：無既判力僅具執行力

104 年修法以後，新法民事訴訟法第 521 條第 1 項規定：「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。」修法理由謂原法賦予確定之支付命令與確定判決具有同一效力，雖有便利債權人行使權利之優點，但對於債務人之訴訟權保障仍有不足之處。為平衡督促程序節省勞費與儘早確定權利義務關係之立法目的，及債務人必要訴訟權保障之需求，確定之支付命令雖不宜賦予既判力，惟仍得為執行名義。

2. 可提起確認甲乙間 30 萬元債權不存在之訴訟

104 年修法以前，支付命令確定後既與確定判決有同一之效力，自無再行提起債權不存在之訴訟之可能。然修法後，支付命令無既判力而僅有執行力，債務人對於已確定之支付命令不服者，除於債權人已聲請強制執行時，提起債務人異議之訴外，尚可提起確認之訴以資救濟。為兼顧債權人及債務人之權益及督促程序之經濟效益，立法者參酌非訟事件法第 195 條第 3 項規定，債務人主張支付命令上所載債權不存在而提起確認之訴者，法院依債務人聲請，得許其提供相當並確實之擔保，停止強制執行，爰增訂民事訴訟法第 521 條第 3 項規定。



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)

【擬答】：

(一) 甲得以乙與丙之訴訟為本訴訟，而提起主參加訴訟。

主參加訴訟乃主參加原告，以他訴訟之原告、被告兩造當事人為主參加被告，而進行之共同訴訟，民事訴訟法第 54 條即為其明文規範，故甲如認丙乙間就 A 屋所進行之訴訟，有「對其訴訟標的全部或一部，為自己有所請求者」或「因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害者」之情形，即得於第一審或第二審丙乙之本訴訟繫屬中，以其當事人兩造(丙乙)為共同被告，向本訴訟繫屬之法院提起主參加訴訟。

(二) 甲對主參加訴訟被告乙丙所為之聲明

甲對主參加訴訟被告乙丙所為之聲明，應視其所主張之類型而定：

1. 提起權利主張之主參加訴訟型

該類型須就他人間之訴訟標的之全部或一部為自己有所請求。丙訴請乙就 A 屋為所有權移轉登記。而 A 屋亦係甲所欲請求之標的物，故對出賣 A 屋之乙所為之聲明為「被告乙應將 A 屋所有權移轉登記於甲」，對於惡意之丙則可本於侵害利益之侵權行為(民法第 184 條第 1 項後段)為「被告丙應對甲賠償新台幣○○元」。

2. 提起詐害防止之主參加訴訟型

該類型須主張因其訴訟之結果自己的權利將受侵害。丙訴請乙就 A 屋為所有權移轉登記。而丙對甲乙之買賣係屬知情，其二造間就 A 屋買賣是否真實殊值懷疑，甚或是通謀虛偽意思表示，基此可對丙乙所為之聲明可為「確認被告丙乙間就 A 屋所為買賣關係不存在」。

(三) 法院仍應繼續審理甲對乙丙之起訴，不因丙之撤回而生影響。

主參加訴訟，目的僅在防止裁判之牴觸，故於主參加訴訟中，訴訟程序之進行及資料之審理，須力求一致以防矛盾，因此民事訴訟法第 54 條第 2 項規定準用民事訴訟法第 56 條第 1 項各款之規定。然本訴訟與主參加訴訟究屬不同二個訴訟，主參加訴訟之判決，對本訴訟之兩造，毋庸合一確定，本訴訟與主參加訴訟之判決不互相拘束，縱有牴觸矛盾，亦不因而失效。故在甲起訴後丙撤回對乙之訴，法院仍應繼續審理甲對乙丙之起訴，不因丙之撤回而生影響。

參照 83 台抗字第 148 號判例，主參加訴訟，祇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。

(四) 二審法院應命補正，不補正移送第一審法院管轄。

1. 須以本訴訟當事人兩造為共同被告

主參加訴訟須以本訴訟當事人兩造為共同被告，如僅以本訴訟當事人一造為被告，因判決效力不及於他造本訴訟當事人，無以達主參加訴訟之目的。甲在乙丙間的訴訟繫屬於第二審時如欲對乙丙同時起



訴而提起主參加訴訟，卻誤未將乙列為共同被告，二審法院應命原告甲追加乙為被告（民事訴訟法第 255 條第 1 項第五款）。

## 2. 不補正移送第一審法院管轄

二審法院如定期命原告甲追加乙為被告以補正主參加訴訟要件之欠缺，甲逾期未為補正，如甲之起訴具備獨立之訴要件時，第二審法院應以裁定將該訴訟移送於第一審管轄法院。然如甲之起訴不具備獨立之訴要件時，第二審法院應裁定駁回甲之起訴。

參照 73 台上字第 856 號判例，在第二審提起主參加訴訟者，必須以本訴訟中兩造為共同被告，為該訴訟之成立要件之一，如不備此要件而具備獨立之訴要件時，第二審法院應以裁定將該訴訟移送於第一審管轄法院。

3people

三民補習班



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)

【擬答】：

(一)本件開啟桌子抽屜之搜索行為不合法：

本案警員甲前後有二個搜索行為，一為拘提乙所為的入宅搜索，一為搜索抽屜行為。以下分別論述：

1. 為拘提乙所為的入宅搜索：

按有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：一、因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。刑事訴訟法第 131 條第 1 項第 1 款定有明文。依本條文義，似乎不限於由法官或檢察官所開具的拘票，均能發動此一無令狀搜索，惟最高法院曾認為，本款無令狀搜索，限於持法院所開具之拘票所為拘提，始得為之，不得以檢察官簽發之拘票，發動本條款之無令狀搜索。經查，本題並未明示甲所持拘票是法官或檢察官所簽發，惟設若拘票由法官簽發者，入宅搜索合法，若是由檢察官簽發者，恐有合法性之疑慮。

2. 搜索抽屜行為：

本件警員甲拘提乙之過程，發現毒品吸食器，基於一目瞭然法則，甲對於此一落在目視範圍內之證據，認為立即、明顯、直接可認為是得扣押之物者，得予合法扣押。惟打開抽屜之搜索行為，應不合法，因為甲基於第 131 條第 1 項第 1 款發動之搜索，目的在發現被告，並非在於發現物，自不得隨意翻動無法藏匿人的地方；又於本案中，打開抽屜應亦非附帶搜索必要之範圍，除非有特殊狀況，否則抽屜應非被告立即可觸及之處所。同意搜索的合法進行，必須獲得被搜索人真摯的同意，且應將同意旨記載於書面，此書面應於搜索之前或搜索當時完成，不能事後補正，本件乙是在被甲無令狀搜索後，才無奈同意，補簽同意書，既未得真摯同意，又未事先簽署同意者，並不符合同意搜索的要件。綜上，甲的搜索無合法依據，其搜索違法。

(二)扣得之海洛因 10 包的證據能力，應由法院權衡人權保障及公共利益而後決定：

甲取得海洛因 10 包的搜索違法，已如上述，而依第 158 條之 4 規定，其證據能力之有無，應由法院審酌人權保障及公共利益之均衡維護，而為認定。本條規定即為權衡法則之體現，最高法院參考立法理由，提出八項具體審酌事項，認為法院在適用本條時，應考量：

1. 違背法定程序之程度。
2. 違背法定程序之主觀意圖。
3. 違背法定程序時之狀況。
4. 侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。
5. 犯罪所生之危險或實害。



- 6.禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。
- 7.偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。
- 8.證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度。

本件 10 包海洛因之證據能力，即應由法院審酌上開具體情事而為認定。



# 3people

## 三民補習班



四、甲行竊 X 之住宅，適 X 歸來撞見甲在房內取物，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)

**【擬答】：**

(一)本件 X 之警詢陳述，是傳聞證據：

經查，本件 X 於警詢時作成陳述，X 的陳述內容並且被提出作為證明其所敘述之事項為真實之用，X 之警詢陳述自屬傳聞證據。而為保障被告之反對詰問權，刑事訴訟法第 159 條第 1 項之規定，傳聞證據原則上應無證據能力，僅於有傳聞法則例外的情形，容許其證據能力。

(二)本件法院應不得直接適用本法第 159 條之 5 規定，被告甲的上訴理由有理：

1. 本法第 159 條之 5 第 1 項規定，當事人於審判程序同意傳聞證據得作為證據，而法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，得為證據；同條第 2 項規定，當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第 159 條第 1 項不得為證據之情形。而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。上開第 1 項稱為明示同意，第 2 項則為擬制同意，本條意旨於，當事人對傳聞證據有處分權，可放棄行使其反對詰問權。

2. 經查，被告甲於法院審理時，未曾明示同意法院使用 X 之傳聞陳述，因此並無本法第 159 條之 5 第 1 項適用餘地，而本法第 159 條之 5 第 2 項之規定，對於知有第 159 條第 1 項不得為證據之情形，而未在言詞辯論終結前聲明異議者，認為其默示放棄反對詰問，該傳聞證據則例外不予排除。為避免損及被告之反對詰問權及避免濫用此例外，本條之適用，應以被告等人明知有傳聞證據不得為證據之情形為要件，又被告多無專業的法律知識，法院對於無辯護人協助之被告，在認定其是否明知第 159 條之 5 第 1 項之意義及效果時，應依其知識智能程序，予以適度的闡明，以善盡法院的訴訟照料義務。法院不得僅以被告於法院調查證據時表示無意見、對於證據調查無異議云者，逕認被告未聲明異議，而擬制其有同意作為證據之意，否則即有適用法則不當之違誤。

(三)本案被告甲於法院審理時，對 X 警詢筆錄僅從實體上爭執，表示是 X 亂說，並未對 X 的筆錄從證據能力上爭執，但不得因此逕行擬制甲有同意作為證據之意，尤其甲未選任辯護人，法院在尚未善盡其訴訟照料義務、予以適度闡明前，不得逕依第 159 條之 5 第 2 項之規定容許該傳聞證據，原判決確有適用法則不當之違法，因此甲之上訴理由有理。