

109 年公務人員高等考試三級考試試題

類科：法制

科目：民事訴訟法與刑事訴訟法

考試時間：2 小時

一、甲向管轄法院起訴乙，請求被告給付新臺幣（下同）100 萬元，其主張被告於民國（下同）107 年初向原告借款 500 萬元，約定於 107 年底返還，經多次催討未還，被告對原告主張一概否認；此訴因原告未能舉證證明該筆借款之交付，而以無法確定借款債權存在為由，遭判決駁回確定。今甲再次以乙為被告，向被告住所地法院起訴，請求前訴請求剩餘的 400 萬元。受訴法院應否為本案審理及得否為甲勝訴判決？（25 分）

《考題難易》★★

《破題關鍵》一部請求概念及既判力判斷，答題可援引實務見解。

【擬答】

本題涉及一部請求概念是否承認，以及既判力客觀範圍判斷問題，茲依題示事實說明如下：

(一)受訴法院就甲所提之後訴得為本案審理

1. 受訴法院就原告之訴為本案判決應以程序合法為前提

按民事訴訟事件，受訴法院於審理上應依「先程序後實體」之順序為之，若原告所提之訴訟不具備程序合法要件，則受訴法院即不得進行原告訴訟標的有無理由之判斷，亦即不得為本案審理。故本件受訴法院就甲所提之後訴得否為本案審理，應視其訴是否合法而定，合先敘明。

2. 本件後訴於程序上應判斷有無違反既判力問題

依題示事實，甲就與乙成立之同一筆 500 萬元借款關係，先後提起兩件訴訟，就後訴於程序是否合法之判斷，首應分析有無違反既判力問題。此部分又涉及「一部請求」概念承認與否之爭議，學說上對此概念雖有持反對見解者，惟依最高法院 98 年台上字第 511 號判決要旨：「為一部請求者，就實體法而言固得自由行使該一部債權，惟在訴訟法上乃為可分之訴訟標的，其既判力之客觀範圍仍以該起訴之聲明為限度，且祇就該已起訴部分有中斷時效之效果。從而因一部請求而起訴之中斷時效，並不當然及於嗣後將其餘殘額擴張請求之部分」及 94 年台上字第 1677 號判決要旨：「原告最初明示就數量上為可分之金錢或其他代替物為給付目的之特定債權為分割，並僅對其中數量上之一部債權而起訴，尚未放棄其餘殘額部分債權之請求（即學說上所稱之「一部請求」）者，於實體法而言，固得自由行使該一部債權，惟在訴訟法上，乃為可分之訴訟標的，其既判力之客觀範圍仍以該起訴之聲明為限度，且祇就該已起訴部分有中斷時效之效果，其因「一部請求」而起訴之中斷時效，並不當然及於嗣後將其餘殘額擴張請求之部分」可知實務對於一部請求概念係採肯定見解。

由此可知，依最高法院上開見解，題示甲就對乙之 500 萬元借款債權，先就其中之 100 萬起訴，敗訴確定後，另就剩餘之 400 萬元起訴，此為一部請求之訴訟，前、後訴為可分之訴訟標的，兩者之既判力客觀範圍應分別判斷，故後訴之提起並無重複起訴之程序違法。

3. 結論：在承認一部請求概念之前提下，本件後訴合法，受訴法院應為本案審理

綜上所述，本件甲所提之返還 400 萬元借款之後訴訟為一部請求，依上開最高法院見解，本件並無違反既判力問題，其程序合法，受訴法院自應為本案審理。

(二) 受訴法院原則上不得判決甲勝訴

1. 本件受訴法院得否判決甲勝訴應視後訴法院是否受前訴確定判決拘束而定

依題示事實，甲於前訴請求乙返還 500 萬借款中之 100 萬元，法院以甲未證明已交付借款為由判其敗訴確定，甲就同筆借款中之 400 萬元提起後訴，受訴法院得否判甲勝訴，應視後訴法院是否受前訴之確定判決拘束而定，若答案為肯定，本件之受訴法院自不得判決甲勝訴。

2. 依爭點效之概念，本件受訴法院應受前確定判決拘束

按最高法院 99 年台上字第 781 號裁定要旨：「學說上所謂之爭點效，係指法院於確定判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果已為判斷時，除有顯然違背法令，或當事人已提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人就與該重要爭點有關所提起之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相反之判斷，以符民事訴訟法上之誠信原則而言。是爭點效之適用，必須前後兩訴訟當事人同一，且前案就重要爭點之判斷非顯然違背法令，及當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷等情形始足當之。」可知在採用爭點效概念之前提下，後訴法院就前訴確定判決中之重點爭點應維持相一致判斷。

3. 結論：除甲於後訴提起推翻爭點效之事證外，本件受訴法院不得判甲勝訴

依題示事實，本件甲是否交付借款，無論於前訴或後訴均為重要爭點，若甲未於本件提出新訴訟資料推翻前訴判決之認定，前訴判決既認定甲未交付借款，則甲對乙之借款返還請求權不成立，依爭點效之作用，受訴自不得判決甲勝訴。

二、甲起訴乙請求給付工程款新臺幣（下同）120 萬元，於第一審審理中，乙主張對甲有 200 萬元借貸債權，並為預備抵銷之聲明。第一審法院以抵銷為由，判決駁回甲之全部請求。該判決書正本於今年（下同）7 月 1 日（週三）合法送達於甲；應送達於乙之判決書正本，則由郵差丙於 7 月 3 日（週五）依法寄存於 P 派出所，乙於 7 月 15 日前往領取該判決書。如依法不加計在途期間，甲、乙分別於 7 月 27 日（週一）、31 日（週五）向原審法院提起上訴，其上訴是否合法？（25 分）

《考題難易》★

《使用法條》本題依民事訴訟法第 138 條及最高法院 80 年台上字第 2917 號判例作答即可。

【擬答】

本題涉及寄存送達之效力判斷與抵銷抗辯判決被告有無上訴利益之分析，茲依題示事實說明如下：

(一) 甲於 7 月 27 日上訴不合法

1. 民事訴訟法有關上訴期間之規定

依民事訴訟法（下稱「本法」）第 440 條規定：「提起上訴，應於第一審判決送達後二十日之不變期間內為之。但宣示或公告後送達前之上訴，亦有效力」可知對於判決具有上訴利益之當事人，若對判決不服，應於收受判決書送達之翌日起 20 日內提起上訴，始

為適法。

2. 結論：甲之上訴期間於 7 月 21 日屆滿，其於 7 月 27 日上訴自非合法

依題示事實，系爭判決駁回甲全部請求，甲對本判決具有上訴利益，得對本判決提起上訴。惟甲於 7 月 1 日收受判決書之送達，依上開規定，至遲應於 7 月 21 日前提起上訴，然甲於 7 月 27 日始向原審法院提起上訴，顯逾法定不變期間，故其上訴自非合法。

(二) 乙於 7 月 31 日上訴合法

1. 本件乙雖於形式上勝訴，仍具有上訴利益

依題示事實，第一審法院駁回甲全部請求，故於形式外觀上，乙為全部勝訴之當事人，原則上並無上訴利益。惟按最高法院 80 年台上字第 2917 號判例：「民事訴訟法第四百條第二項對經裁判之抵銷數額，既明定有既判力，其因該部分判決所生法律上之效力，而受不利益之當事人，就該部分判決，自有上訴利益，不受原判決主文形式上為準駁宣示之拘束。」可知因提出抵銷抗辯而勝訴之被告，就該勝訴判決具有實質之不利，故有上訴利益，得依法提起上訴。

2. 本件寄存送達於 7 月 13 日對乙生效

按本法第 138 條第 2 項：「寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力。」及最高法院 94 年第 1 次庭長、法官決議：「依民法第一百二十一條第一項規定：「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，自七月二日計算十日期間，至七月十一日午後十二時發生送達效力，應自七月十二日零時計算其上訴不變期間）。公示送達之情形，亦同」可知題示第一審法院之判決於 7 月 3 日對乙為寄存送達，依上開規定及最高法院見解，此判決於 7 月 13 日對乙發生送達效力，乙雖於 7 月 15 日始領取該判決，對已發生之送達效力並無影響。

3. 結論：本件乙之上訴期間於 8 月 2 日屆滿，其於 7 月 31 日上訴自屬合法

綜上所述，第一審判決於 7 月 13 日對乙發生送達效力，依本法第 440 條規定，乙之上訴期間於 8 月 2 日屆滿，題示乙於 7 月 31 日提起上訴尚未逾越上訴期間，其上訴自屬合法。

三、警員甲接獲線報，稱毒品通緝犯乙已經躲藏在家中數日，甲未聲請搜索票即強行進入乙宅，順利逮捕乙後，在臥室抽屜內之紙袋內找到制式手槍一支，甲即厲聲斥責乙「原來還藏槍，你完了！」乙驚恐地表示「不是我的，是丙昨晚來我這，說拿這東西來抵債，我什麼都不知道！」甲於請得搜索票後，搜索丙宅，找到一件沾有人血之血衣。檢察官偵查終結後，認為丙犯殺人罪嫌疑重大，將丙起訴。法院綜合該槍枝、血衣及乙之陳述等證據，判決丙殺人罪。法院之判決是否適法？（25 分）

《考題難易》：★★★

《破題關鍵》：本題為常見的強制處分考題類型，熟稔拘捕搜索扣押學說以及實務見解對要件之要求，另外關於衍生證據如何處理，亦須做說明。

【擬答】

法院之判決違法。

(一)槍枝不得作為證據使用。

1. 甲至乙宅中強行入內逮捕行為，違法。

(1)學說上認為，拘提逮捕為侵害人民人身自由；搜索為侵害人民隱私權。因此即便符合刑事訴訟法（下稱本法）第 87 條之通緝犯要件，進入屋內逮捕仍會侵害被告之隱私權，依學說之見解，為避免假借拘捕行搜索之實，除非有緊急情狀，拘提、逮捕僅限於公共場所得為之，甲之逮捕行為並非適法。

2. 甲逮捕乙後，繼續搜索乙臥室內之行為違法。

(1)甲並未取得搜索票，僅得考慮無令狀搜索之情形。甲不符合本法第 130、131-1 條附帶扣押、同意扣押之情形，惟僅能考慮第 131 條緊急搜索之情形。

(2)如前所述，甲之前逮捕行為不合法，已不符合學說前拘捕行為應合法之要件。

(3)退步言之，即便認為前拘捕行為合法，第 131 條第 1 項，係限於「為發現被告」之目的，甲既然已逮捕乙，仍然搜索其臥室內之抽屜，已逾越緊急搜索之範圍。

(4)第 131 條第 2 項，雖係「為發現證據」之目的，但其主體僅限於檢察官得為之。

(5)綜上所述，甲不符合緊急搜索不合法，其附帶於搜索之扣押行為亦違法，應依第 158-4 條權衡其證據能力。

(二)乙之陳述不得作為證據使用。

1. 乙之對丙不利陳述，係基於前違法之逮捕、搜索行為而來，依據學說上主張之樹果實理論，前違法逮捕、非供述證據所衍生而得之供述證據，為嚇阻違法偵查行為，原則上不得作為證據使用。

2. 退步言之，實務上即便不採毒樹果實理論（96 台上 4177 決參照），乙之對丙不利陳述，本質上為被告以外之供述，為傳聞證據，除非符合傳聞例外，再經對質詰問保障被告防禦權，否則無法符合嚴格證明之要求於審判中使用。

3. 傳聞例外，須有「特別可信、必要性」方得符合其要件，其判斷標準，依 101 年台上 527 決，應就其陳述當時之外部附隨環境、狀況或條件等相關事項，例如陳述人陳述時之狀況、與詢問者之互動關係、接受詢問之時間、地點，筆錄本身記載整體情況等，從形式上觀察，綜合判斷陳述人之審判外陳述。

4. 本案乙之不利證詞，係於警察甲公權力壓迫下所為之證詞，官其陳述實之狀況乙其外部環境，並非具有特別可信、必要性之傳聞證言，應不符合傳聞例外之要件，不得作為證據使用。

(三)血衣不得作為證據使用。

1. 血衣之搜索取得係由前違法之逮捕搜索、乙之證詞衍生而來，如何認定其證據能力有以下不同見解。

2. 學說上有主張毒樹果實理論者，係為嚇阻檢警的違法偵查，非法證據所衍生之證據，即便透過「合法」程序取得，原則上仍應排除之。

3. 惟我國實務不採毒樹果實理論，違反證據所衍生之證據，依 158-4 條權衡其證據能力。

4. 管見認為，即便採實務見解，證據能力之舉證責任雖轉於被告，本案情形依題旨所示，取得血衣之搜索行為係與前違法取證具備足夠之因果關係，並未稀釋，亦非出於善意，

本於實質保護法理，權衡之結果應認為其並無證據能力較為合理。

(四)綜上所述，槍枝、乙之陳述、血衣皆不得作為證據使用，未達有罪之心證標準，法院之判決不合法。

四、甲因涉嫌販賣毒品遭警方監聽，監聽期間錄下不知名人士與甲之下列對話：「不知名人士：槍幫你順利賣掉了！」、「甲：好，給你兩萬元吃紅！」後甲因涉嫌槍砲等罪遭起訴。審判時，甲主張前開談話屬於傳聞，不能作為證據。甲另外發現，遭錄下之該段談話檢察官根本未補行陳報法院，同樣不能作為證據。試問，甲之主張有無理由？（25分）

《考題難易》：★★

《破題關鍵》：本題為常見的監聽相關考題，答題關鍵在於監聽錄音之性質，以及對通保法第18-1條第1項各項要件之解釋。

【擬答】

甲主張該段談話不能作為證據有理由。

(一)監聽錄音帶並非傳聞證據。

1. 通訊監察之錄音，係利用科技產物取得之證據，能擔保其真實性，與供述證據性質不同，是否具備證據能力，端以證據取得是否合法性為定，不適用傳聞排除法則。（102台上4353決參照）

2. 如對監聽錄音之內容是否同一有所爭執，係以勘驗之法定證據方法為調查，依刑事訴訟法（下稱本法）第165-1條為當庭播放。

(二)依通訊保障及監察法（下稱通保法）之規定，未於7日內陳報，不得作為證據。

1. 依通保法第18-1條第1項規定，另案監聽所得之證據原則上不得作為證據，例外於7日內補行陳報並經法院審查認可具有關聯性且為所列舉之重罪者，不在此限。惟有疑問者為，「7日內陳報」之法律性質，以及為何」有不同見解。

2. 「7日內陳報」之法律性質：

(1) 有學者認為，基於保護被告之觀點，為失權要件，7日內未陳報，則證據能力有可能被排除。

(2) 有認為，基於發現真實之觀點，此僅訓示要件，不應將證據能力之有無提前至偵查中決定，因此，7日後陳報並非取得證據能力之要件。

3. 「未陳報之法律效果」：

(1) 有認為，依通保法第18-1條第1項之規定，「不得作為證據」之文義解釋，應絕對排除。

(2) 有認為，比照本法的131條第3項逕行搜索事後陳報之規定，如未陳報之法律效果係依第158-4條權衡其證據能力，另案監聽亦應比附援引之。（107年台上3052決參照）

4. 管見以為，基於保障人民基本權，秘密通訊自由相較於一般隱私權應更值得保護（106台非259決參照），據此，程序保護密度應較一般搜索拘提為高，7日內陳報應解為失權效，法律效果為絕對排除較為合理。

5. 查本案，甲與不明人士之監聽內容既然未陳報至法院，基於正當法律程序之要求，依通保法第18-1條第1項之規定，不得作為證據，自當排除，甲之抗辯有理由。