

104 年公務人員特種考試司法人員考試試題

考試別：司法人員

等 別：四等考試

類 科：法院書記官、執達員、執行員

科 目：民事訴訟法概要與刑事訴訟法概要

- 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？
- (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？

【擬答】：

舊法時期，支付命令之核發過於寬鬆，法律效果卻又過於強烈，常遭廣泛濫用。為解決此弊端，民國 104 年 6 月 15 日民事訴訟法已就支付命令相關條文予以修正，並於同日公布施行。本題，甲係於 104 年 7 月 5 日向 A 地方法院聲請核發支付命令，故適用新法，合先敘明。

(一)A 地方法院得依本法第 513 條第 1 項裁定駁回甲關於系爭支付命令之聲請。

1. 按現行民事訴訟法(下稱本法)第 511 條第 2 項：「債權人之請求，應釋明之」，此係為避免支付命令淪為製造假債權及詐騙集團犯罪工具，影響債務人權益，並兼顧督促程序在使數量明確，且無訟爭性之債權得以迅速確定，並保障債權人、債務人正當權益，避免支付命令遭不當利用，故修正應強化債權人之釋明義務。
2. 而債權人聲請支付命令時，若未盡第 511 條第 2 項之釋明義務，立法理由亦明文若債權人未為釋明，或釋明不足，不合於 511 條第 2 項規定者，法院得依本法第 513 條第 1 項規定，駁回債權人之聲請。
3. 綜上，本題甲未提出足以釋明借款債權存在之證據，為保障債務人之利益，A 地方法院得依本法第 513 條第 1 項：「支付命令之聲請，不合於第五百零八條至第五百十一條之規定，或依聲請之意旨認債權人之請求為無理由者，法院應以裁定駁回之」而裁定駁回甲關於系爭支付命令之聲請。

(二)乙未於十日內聲明異議而令系爭支付命令確定，系爭支付命令將因此生得為執行名義之效力。乙並可按本法第 521 條第 3 項，對甲提起確認系爭債權不存在之訴。

1. 於 104 年 6 月 15 日前，倘債務人收到支付命令後未按舊法第 516 條聲明異議，依舊法第 521 條，支付命令將生與確定判決同一效力。惟如此強烈之效力，配合支付命令聲請之簡易性，常遭不法之徒濫用法律，並令不諳法律之民眾深受其害。因此，104 年 6 月 15 日修法後，已將本法第 521 條第 1 項修正為：「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。」因此，未於十日內聲明異議之而確定之支付命令，僅得為執行名義，而無與確定判決相同之效力。
2. 又修法後，已確定之支付命令僅有執行力，而債務人對於已確定之支付命令不服者，除於債權人聲請強制執行時，提起債務人異議之訴外，尚可提起確認之訴以資救濟。因此，本法第 521 條第 3 項亦增訂：「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。」，明文肯認債務人亦得針對已確定之支付命令提起確認債權不存在之訴，令債務人之救濟管道多元化。
3. 綜上，按現行法之規定，乙雖未於十日內聲明異議而令系爭支付命令確定，系爭支付命令將因此得為執行名義。而乙並可按本法第 521 條第 3 項，對甲提起確認系爭債權不存在之訴。

- 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？

公職王歷屆試題 (104 司法特考)

(二)甲應對乙丙為何種聲明？

(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？

(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？

【擬答】：

(一)甲得依本法第 54 條第 1 項第 2 款對乙、丙提起主參加訴訟：

因丙已對乙提起所有權移轉登記訴訟，而甲之權利可能因乙、丙訴訟之結果受侵害，則為免甲之另訴與丙提起之前訴裁判矛盾、並顧及訴訟經濟，甲得依本法第 54 條第 1 項第 2 款，主張因其訴訟之結果，自己之權利將被侵害者，以乙、丙為共同被告，向丙對乙提起所有權移轉登記訴訟之本訴法院提起主參加訴訟。

(二)甲之訴之聲明為確認乙、丙買賣契約無效。

1. 按本法第 247 條第 1 項：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之」。而所謂即受確認判決之法律上利益，係指「因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言，故確認法律關係成立或不成立之訴，苟具備前開要件，即得謂有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，亦非不得提起。」(最高法院 42 年台上字第 1031 號判例參照)。本題乙、丙明知甲、乙之契約存在，且甲亦已付清價款，卻仍訂立 A 屋之買賣契約。乙、丙間之契約是否有民法第 87 條通謀虛偽意思表示或民法第 148 條權利濫用之情，而應屬無效，不無疑義。且此已致甲在私法上之地位有受侵害之危險。從而，甲有提起確認乙、丙買賣契約無效之確認利益，而得對乙、丙提起確認買賣契約無效之訴。

2. 所謂主參加訴訟之訴之聲明，必須與本訴之訴訟標的全部或一部有相關、必須與本訴原告之聲明相互抵觸，且係為自己而聲明。又必須係對本訴之原、被告均有聲明，方屬合法。如前述，甲得依本法第 54 條第 1 項第 2 款以乙、丙為共同被告，提起主參加訴訟。且甲之訴之聲明為確認乙、丙買賣契約無效，亦符合主參加訴訟訴之聲明之要件，當屬合法

(三)法院對於甲對乙、丙之起訴仍應繼續審理。

「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。」(最高法院 83 年台抗字第 148 號判例參照)。故揆諸上開判例意旨，丙嗣後雖撤回其本訴，惟仍不影響甲已提起之主參加訴訟。因此，法院對於甲提起確認乙、丙買賣契約無效之訴仍應繼續審理。

(四)法院應以裁定將甲對丙之訴訟移送於第一審管轄法院

參最高法院 73 年台上字第 856 號判例：「在第二審提起主參加訴訟者，必須以本訴訟中之兩造為共同被告，為該訴訟之成立要件，如不備此要件而具備獨立之訴要件時，應以裁定將該訴訟移送於第一審管轄法院。」從而，若甲於乙、丙之訴訟已繫屬於二審時欲對乙、丙同時起訴，卻誤未將乙列為共同被告，則與提起主參加訴訟之要件不符。惟倘仍具備獨立訴之要件，法院應以裁定將甲對丙之訴訟移送於第一審管轄法院。

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？

(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？

【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：1. 為拘提乙所為的入宅搜索、2. 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：

本件警員甲在拘提乙之過程，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：1. 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；2. 於本案中，打開抽屜應亦非附帶搜索必要的範圍，除非有特殊狀況，否則抽屜應非被告立即可觸及之處所。3. 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（參 100 台上 7112 決），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，又未事先簽署同意書，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 的規定，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. 違背法定程序時之主觀意圖（即實施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意為之）。3. 違背法定程序時之狀況（即程序之違反是否有緊急或不得已之情形）。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。（八）證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度（93 台上 664 號判例）。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。

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 於警局做成警詢筆錄指證甲後移送檢察署，檢察官詢問甲後，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。

【擬答】：

本案涉及傳聞法則及被告的反對詰問權間之關係，以及傳聞法則的例外情形，尤其是第 159 條之 5 的同意法則中，擬制同意的要件，以下分述之：

(一) 本件 X 之警詢陳述，是傳聞證據：

經查，本件 X 於警詢時（即審判外）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 項則規定：當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，

公職王歷屆試題 (104 司法特考)

而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。上開第一項稱為明示同意，第二項則為擬制同意，本條意旨在於，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 條第 1 項之意義及效果時，應依其知識智能程度，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（最高法院 98 年度台上字第 47 號判決參照）。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。

公
職
王