

《民事訴訟法與刑事訴訟法》

- 一、甲銀行股份有限公司臺東分行放款新臺幣1,000萬元與乙，乙屆期不清償，甲銀行擬向乙請求返還借款，問甲銀行得否以「甲銀行股份有限公司臺東分行」之名義為當事人，進行訴訟？倘以該分行名義訴訟後，第一審及第二審法院均判決該分行敗訴，該分行提起第三審上訴後，改以「甲銀行股份有限公司」名義為之，是否合法？試附理由述評目前實務見解。（25分）

試題評析	本題旨在測驗同學對於分公司在民事訴訟上之地位，特別涉及分公司之當事人能力、當事人適格與當事人變更等相關爭議。對此，實務上有諸多實務見解，學說上亦有諸多討論，同學們如有熟讀上課講義，相信理解與作答應無困難。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第一回，梁台大編著，第一章第三節，頁29-31。 2.《100年律司第二試全真模擬試卷》高點王牌師資群編著，2011年9月初版，頁2-74~頁76。 3.《月旦法學教室第89期》，許士宦編著，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，2010年3月。

答：

(一)甲銀行得以「甲銀行股份有限公司臺東分行」之名義為當事人進行訴訟：

1.當事人能力與當事人適格：

按「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。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。再按，當事人適格係指當事人就特定具體之訴訟事件，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爲，因而得受訴訟標的法律關係之本案判決者。當事人適格有無之認定，原則上係依照原告於起訴狀所主張之事實為據，判斷原告與被告是否為訴訟標的法律關係之權利歸屬主體而定。

2.分公司之當事人能力與當事人適格：

按實體法上，因分公司僅為公司之分支機構，屬法人之一部份，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（最高法院40年台上字第39號判例、最高法院40年度民庭總會決議意旨參照）。所謂「就其業務範圍內之事項」，應依訴訟標之法律關係觀察，以分公司為其權利義務之「主體」者為限（最高法院88年台上字第1431號、86年台上字第1931號民事判決意旨參照）。又分公司於業務範圍內之事項，亦具有當事人適格（最高法院85年台上字第499號民事判決意旨參照），併予敘明。

3.甲銀行得以「甲銀行股份有限公司臺東分行」之名義為當事人進行訴訟，其具有當事人能力與當事人適格：

查甲銀行股份有限公司（下稱甲銀行）臺東分行放款1000萬元與乙，實體法上雖臺東分行不具權利能力，惟該放款業務既係甲銀行分公司（即臺東分行）之業務範圍內，則甲銀行臺東分行就其業務範圍內之事項當然有當事人能力與當事人適格。是以，甲銀行得以「甲銀行股份有限公司臺東分行」之名義為當事人進行訴訟，當屬無疑。

4.實務見解述評：

雖目前實務見解將分公司之當事人能力與當事人適格之認定，均以訴訟標的是否為分公司之業務範圍內之事項為據，惟有學者認為實務見解似將當事人能力與當事人適格之概念混為一談，而有主張分公司當事人能力之認定，無庸以訴訟標的是否為分公司之業務範圍內之事項為標準，併予敘明。

(二)提起第三審上訴後，臺東分行聲請改以「甲銀行股份有限公司」名義為之者，其聲請並不合法：

1.本小題爭點所在：

按分公司於實體法上僅為公司之分支機構，雖並不具有獨立之實體法人格，惟我國實務上則寬認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。惟分公司如有意變更為總公司為訴訟當事人時，究竟係當事人更正或變更？存有爭論。

2.總公司與分公司之當事人更正或變更：【台中】台中市東區復興路四段 231-3 號 1 樓·04-22298699

【高雄】高雄市新興區中山一路 308 號 8 樓·07-2358996

【另有板橋·淡水·三峽·林口·羅東·逢甲·東海·中技·彰化·嘉義】

次按，對於分公司所取得之確定判決，其判決效力應及於總公司（最高法院52年台上字第2866號民事判決意旨參照）。又分公司就其業務範圍內之事項固有當事人能力，惟仍不妨礙總公司以自己名義起訴或應訴（最高法院66年台上字第3470號判例意旨參照）。是以，原告對分公司起訴後，原告於訴訟進行中仍可透過訴之變更之方式將被告變更為總公司（最高法院40年台上字第105號判例、最高法院96年度台上字第471號民事判決意旨參照）。上開實務見解，學者認為總公司與分公司在訴訟上既為不同之主體，是當事人主體從分公司變更為總公司時，則屬當事人變更，而肯定前揭實務見解。

3.因第三審程序不得為訴之變更之聲請，是臺東分行聲請改以「甲銀行股份有限公司」名義為之者，於法不合：

經查，臺東分行聲請改以「甲銀行股份有限公司」名義進行訴訟者，性質上應屬訴之變更（當事人變更）。有鑑於第三審程序為法律審，性質上不許當事人題起訴之追加。是以，臺東分行於第三審程序聲請改以「甲銀行股份有限公司」者，應不合法。

二、甲（受損人）依關於不當得利之規定，訴請受益人乙返還其所受之利益，問何人應就受益人乙受利益「無法律上原因」之要件負舉證責任？是否因「給付型之不當得利」或「非給付型之不當得利」而有不同？（25分）

試題評析	本題旨在測驗同學對於舉證責任分配之認識，特別係不當得利請求權針對「無法律上原因」之舉證責任分配。此議題為證據法之重要爭議，同學應加以仔細研讀之。
考點命中	<ol style="list-style-type: none"> 1.《高點民事訴訟法講義》第一回，梁台大編著，第七章第一節，頁6-7。 2.《新民事證據法論》舉證責任分配之一般原則，姜世明編著，學林，2004年1月修訂二版，頁184-185。 3.《新民事訴訟法之理論與實務(二)姜世明編著》，許士宦編著，不負舉證責任當事人之事實案解明義務，證據蒐集與紛爭解決，台大法學叢書149，2005年2月初版，頁561-562。

答：

(一)舉證責任之意義：

- 1.所謂舉證責任之意義，可分為主觀與客觀舉證責任。主觀舉證責任係指當事人如不提出事證可能遭受敗訴之虞。本題詢問應由何人負舉證責任，應是指「客觀之舉證責任」，意即如事實真偽陷於不明時，該事實不明之不利利益應由何造承擔。而應由何造承擔不利利益之決定，則依據客觀舉證責任分配之法則。
- 2.針對舉證責任如何分配乙節，我國學界通說見解採取Rosenberg之規範理論：意即將實體法法律規範區分為權利發生（根據）規範、權利妨害（障礙）規範、權利消滅規範、權利受制（排除）規範。主張權利存在之人，應就權利發生要件之事實為舉證；主張權利不存在之人，應就權利妨害、消滅、排除要件之事實為舉證。

(二)「給付型之不當得利」或「非給付型之不當得利」：

1.給付型之不當得利：

「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而後已不存在者，亦同。」民法第179條定有明文：不當得利之類型得分為給付型與非給付型之不當得利。所謂給付型之不當得利，意指不當得利發生之原因，係基於「受損人之給付」而導致受領人無法律上原因而獲有利益者，藉此調整給付當事人間欠缺給付目的之財貨變動（諸如：自始欠缺目的、目的不達、目的消滅等）。是以，給付不當得利之成立要件為：(1)受利益：基於給付而受利益；(2)致他人受損害：當事人間具有給付關係；(3)無法律上原因：給付欠缺目的。

2.非給付型之不當得利：

所謂非給付型之不當得利，意指不當得利發生之原因，係基於受益人、受損人或第三人之行為，法律規定或事件所致。其中，尚可分為「侵害他人權益不當得利」、「支出費用償還不當得利」以及「求償不當得利」。其無法律上原因之認定，須依其事由分別判斷受益人得否保留其所受利益。

(三)給付型不當得利與非給付型不當得利之舉證責任分配：

- 1.原則上，無法律上原因既屬不當得利返還請求權之構成要件之一，依一般舉證責任分配之原則，應由主張不當得利返還請求權存在之人（即受損人甲）針對權利發生要件事實即「無法律上原因」乙節負舉證責任，原則上殊不因不當得利係「給付型」或「非給付型」而有不同。

- 2.詳言之，於給付型不當得利中，「無法律上原因」之要件事實雖屬消極事實，惟請求人仍可透過間接事實之方式予以證明，應無證明困難之情節，尙無轉換舉證責任之必要。至於非給付型（侵害）不當得利中，「無法律上原因」之要件事實只要請求人舉證證明被請求人取得歸屬於自己之財產上利益者，即足以推認其欠缺法律上原因。
- 3.附帶言之，實務上似認為「無法律上原因」之要件於「給付型之不當得利」或「非給付型之不當得利」有所不同，前者可參見最高法院100年度台上字第1605號民事判決，後者則參見最高法院101年度台上字第1558號民事判決。

三、被告甲因配偶乙婚外情之小三丙登門叫罵，揚言要到甲、乙之辦公室公布姦情，甲憤而拿廚房之水果刀，揮舞驅趕丙，甲、丙雙方扭打下，甲手中之刀子刺中丙之動脈，丙送醫途中死亡。在警詢中，乙指證目睹甲在住處殺死丙，經檢察官以殺人罪起訴甲。乙於地方法院審理中雖到庭，然以其為甲之配偶，依刑事訴訟法第180條第1項第1款拒絕證言，試問乙在警詢中之證言可否作為證據？（25分）

試題評析	本題之爭點在乙於審判中基於正當理由拒絕證言，其於警詢時陳述之筆錄，是否符合刑事訴訟法第159條之2或第159條之3規定，具有證據能力。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第二回，羅律師編著，頁63、頁159以下。

答：

- (一)乙於審判中係依據刑事訴訟法（下稱本法）第180條第1項第1款之規定，具有正當理由而拒絕證言，不符合本法第159條之3第4款規定，故其警詢筆錄為被告以外之人於審判外之陳述，不得作為證據；按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，本法第159條第1項定有明文。證人於司法警察調查中所為之陳述係被告以外之人於審判外之陳述，依此規定，除有法律例外規定得作為證據外，即不得作為證據。同法第159條之3第4款雖例外規定，證人到庭後無正當理由拒絕陳述，該證人於司法警察調查中所為之陳述，經證明有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要，得作為證據。惟此款規定就證人到庭拒絕證言之情形既已明文限於「無正當理由」，依反面解釋之法理，證人到庭後之拒絕證言，如有正當理由，自無此款例外規定之適用。本題證人乙之拒絕證言既有正當理由，自不得認有上開第159條之3第4款所定之情事。從而，證人乙之證言除有同法第159條之5之情形外，不得作為證據。
- (二)於審判中具有正當理由拒絕證言，惟其證言如具有可信之特別情況且為證明犯罪事實存否所必要，仍得依據本法第159條之2規定，認定具有證據能力，得作為證據；
依據最高法院100台上4862刑事判決揭示：「證人於審判中經依法許可拒絕證言，乃到庭後有正當理由拒絕陳述，應認證人於審判外之陳述與審判中不符，倘其拒絕證言經駁回者，即有陳述之義務，如仍不為陳述，即屬到庭後無正當理由拒絕陳述，是以證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，得否為證據，應分別依刑事訴訟法159條之2、第159條之3(第4款)定之。」

承上，證人乙於審判中既依法拒絕證言，即屬於到庭後，有正當理由拒絕陳述，應認為證人乙於警詢筆錄陳述與審判中之陳述不一致，依據本法第159條之2規定，若證人乙之警詢筆錄具有可信之特別情況且為證明犯罪事實存否所必要者，仍應認為具有證據能力，得作為證據。

四、因有人檢舉甲提供其住處為賭博場所及聚眾賭博，警察隨即派員到現場，當場查獲聚集不特定人以「麻將」及「撲克牌」賭博財物，並扣得供賭博用之賭具及數萬元賭資。因認被告甲涉犯刑法第266條第1項前段之普通賭博罪、第268條之意圖營利提供賭博場所及聚眾賭博等罪嫌，經檢察官起訴。開庭時，甲坦承有於上開時、地提供場所供A等人打麻將及玩撲克牌，並以金錢論輸贏等情，惟堅決否認有何普通賭博及意圖營利供給賭博場所與聚眾賭博等犯行，辯稱：案發當天為農曆年假即將結束之週日，在場之B等人均為其子A之友人，因過年期間至其住所聚會，一時興起在自家玩麻將及撲克牌，案發地點為其住宅，警察不但沒有搜索票，自願搜索同意書也是警察事後請甲之女兒C補簽等語。C亦表示開門時警察未出示證件，也未告訴她可以拒絕同

意。而警察則辯稱接獲檢舉，抵達現場後，發現當場有人從事賭博行為，因這也算是現行犯，進門後，叫大家不要動，就開始搜東西了。試問警察之所為是否合法？（25分）

試題評析	本題之爭點在於警察之行爲，是否符合刑事訴訟法第131條之1同意搜索及131條第1項、第2項之緊急搜索要件。
考點命中	《刑事訴訟法講義》第二回，羅律師編著，頁24-28。

答：

- (一)警察爲無搜索票，自願搜索同意書亦爲事後補簽，且未出示證件表明身份，不符合本法第131條之1同意搜索之要件，其搜索行爲並不合法：
- 1.依據本法第131條之1規定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」
 - 2.惟若執行人員執行無令狀搜索時，並未出示證件，且自願搜索同意書，並非於搜索時由受搜索人簽署，而係事後補簽者，即爲不合法之同意搜索行爲，此觀最高法院最高法院100年台上字第7112號刑事判決意旨：「現行偵查實務通常將「自願同意搜索筆錄（或稱爲自願受搜索同意書）」與「搜索、扣押筆錄」二者，分別規定，供執行搜索人員使用。前者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，此之筆錄（書面）祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正。」即明，本案警察執行搜索時並未出示證件，且自願搜索同意書亦爲事後補簽，徵諸前揭實務見解，本案警察所爲之同意搜索並不合法。
- (二)警察以住宅內有現行犯從事賭博爲由，倘若情況急迫者，得於無搜索票之情形下，進入住宅搜索現行犯，惟於搜得現行犯後，即不得再搜索現場之賭博器具，故警察進入住宅後，就開始搜索東西之行爲，並不合法：
- 1.按本法第131條第1項第3款規定：「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：……三、有明顯事實足信爲有人在內犯罪而情形急迫者。」倘警察有事實足信有人在內犯罪者，且情形急迫者，即得對「人」爲緊急搜索。
 - 2.惟需注意者，本法第131條第1項係針對「人」所爲之緊急搜索，其目的在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，此與本法第131條第2項係針對「物」所爲之緊急搜索，不論就要件、搜索目的及對象，均有不同。換言之，倘若警察進入住宅後，已發現欲拘捕之被告、犯罪嫌疑人或現行犯，該緊急搜索之目的即已達成，應立即停止搜索，即不得再以發現犯罪之物爲由，繼續爲對「物」之搜索，而主張符合本法第131條第2項規定，否則即爲違法搜索。此觀最高法院 96年台上字第 5184號刑事判決揭示：「同法第一百三十一條第一項所定緊急搜索，其目的在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，亦即得以逕行進入人民住宅或在其他處所搜索之對象，在於『人』而非『物』，倘無搜索票，但以本條項所謂緊急搜索方法逕行在民宅等處所搜索『物』，同屬違法搜索」即明。
 - 3.本案警察於進入住宅後，已發現現場從事賭博行爲之現行犯，其對於「人」之緊急搜索已達成目的，徵諸前揭實務見解，即不得對於現場之賭博器具另爲搜索，而主張符合本法第131條第2項之緊急搜索，故警察進入住宅後，就開始搜索東西之行爲，並不合法。
 - 4.又警察進入住宅後，即開始搜索賭博器具之行爲，亦不符合本法第131條第2項所規定緊急搜索之主體必須爲檢察官之要件，故其搜索賭博器具之行爲，亦不合法，補充說明之。

【版權所有，重製必究！】

高點·高上高普特考 goldensun.get.com.tw 台北市開封街一段2號8樓 02-23318268

【中壢】中壢市中山路100號14樓 03-4256899

【台中】台中市東區復興路四段231-3號1樓 04-22298699

【台南】台南市中西區中山路147號3樓之1 06-2235868

【高雄】高雄市新興區中山一路308號8樓 07-2358996

【另有板橋·淡水·三峽·林口·羅東·逢甲·東海·中技·彰化·嘉義】