

# 《民事訴訟法與刑事訴訟法》

- 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）

試題評析	本題洽為區辨確定判決固有效力之既判力與附隨效力之爭點效，極佳之例題。惟於正確區分此二者之差別前，本題尚須處理「一部請求」之爭點。相信同學對此爭點應不陌生，須盡量把握時間依通說實務之一部請求肯定說作結，進而再探討本題與爭點效有關之議題。
考點命中	1.《高點·高上民事訴訟法講義》第四回，呂律師編撰，頁5~8。 2.《高點·高上民事訴訟法講義》第六回，呂律師編撰，頁65~67。

**答：**

本題受訴法院應為本案審理惟不得判決甲勝訴：

(一)一部請求之意義：

按所謂之一部請求，係指以在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，債權人任意將其分割而就其中之一部分為請求，但就其餘部分不放棄其權利者而言。(最高法院91年台上字第629號判決參照)。其尚可分為「明示一部請求」與「默示(隱藏)一部請求」，前者係指原告在訴狀上明白表示其僅主張請求權中之一部數額而保留餘額，或是從其陳述中可推論出其所主張之數額乃全部中之一部而已；後者則係指原告未明示其係為一部請求，須待原告另行起訴後始得知前訴所請求者為一部請求。

是否承認所謂之一部請求，學說間迭有爭議，然通說實務多認基於私法自治、處分權主義之法理，原告基於對勝訴蓋然性之考量，對於訴訟費用成本負擔之計算，若允許一部請求，較能充分保障原告之權利行使，而採**肯定見解**。又倘若允許一部請求，理論上於訴訟標的之權利內容在數量上可分之情形時，**原告若僅就其中一部分請求為起訴時，法院判決既判力之範圍亦僅及於起訴部分，其餘未起訴部分之訴訟標的權利應不發生既判力，故原告得就餘額另訴，而不違反既判力之一事不再理。**

(二)本題受訴法院應為本案審理：

查本題甲主張對乙有500萬元之借款債權，並於前訴中僅請求乙給付其中之100萬元，不論其是否有明確表示僅主張請求權中之一部數額而保留餘額，仍應屬前述通說實務所承認之「一部請求」。準此，甲就前訴所未主張之餘額400萬元，復提起後訴請求乙給付，本於前開之「餘額另訴肯定說」，因餘額部分並非前訴之訴訟標的而未受前訴既判力之客觀範圍效力所及，甲所提之後訴並無違反既判力之一事不再理，本題受訴法院應為本案審理。

(三)本題受訴法院雖應為本案審理惟不得判決甲勝訴：

承上所述，本題甲雖得就餘額400萬元另提後訴，然前訴確定判決已因原告未能舉證該借款之交付而無法確定系爭借款債權存在為由，駁回甲之請求。此將產生通說實務所肯認之確定判決附隨效力中所謂之「爭點效」，其係指法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之**重要爭點**，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該**重要爭點有關之他訴訟**，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而來。

是故，本題就甲是否確實交付該筆借款，即屬本件借款請求訴訟之重要爭點。依前揭說明，前訴確定判決已因原告未能舉證該借款之交付而無法確定系爭借款債權存在為由，駁回甲之請求，此對於甲所提之後訴應產生爭點效之拘束效力，亦即本題受訴法院不得做出與前訴法院確定判決不同之認定，故不得判決甲勝訴。惟須特別注意，此與既判力制度所強調之一事不再理，並不相同。

## 【參考書目】

1. 許恆輔律師(2018)，《民事訴訟法(上)》，高點文化出版，頁6-34~6-46。

2. 許恒輔律師(2019)，《民事訴訟法(下)》，高點文化出版，頁15-103~15-117。

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)

試題評析	本題首應處理之關鍵在於，對於抵銷抗辯之上訴採實體不服說。同學另須熟悉上訴期間之計算及送達等相關爭點。
考點命中	《高點·高上民事訴訟法講義》第七回，呂律師編撰，頁1-2、4-8。

答：

本題乙之上訴合法，甲之上訴雖不合法但得提起附帶上訴：

(一)抵銷抗辯之上訴採實體不服說：

按提起上訴，上訴人應具有上訴利益，其標準原則上採「形式不服說」，即應以原告之聲明與原審之判決相比，如下級法院以就原告起訴之聲明，為全部容許之判決，原告即無上訴之利益，對被告亦然，若法院判決原告全部無理由者，被告對於判決無上訴之利益。然例外情形採**實質判斷**者，即上訴是否有利益，不以主文勝敗為斷，而係以上訴是否可得較原判決內容更實質有利結果為判斷標準，而採所謂之「實體不服說」。

又抵銷抗辯倘成立，將生既判力，此對原、被告而言均屬不利益，故通說就抵銷抗辯之上訴採實體不服說。本題第一審法院以抵銷為由駁回甲全部請求，甲依形式不服說，自得提起上訴；乙因抵銷抗辯成立，亦使其喪失對甲之債權而受不利益，依實體不服說，亦得提起上訴。是故，本題甲、乙兩造皆有上訴權，先予敘明。

(二)甲之上訴期間應於7月21日屆滿：

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。」又上訴期間之計算依本法第161條規定，與民法之計算相同，故自判決合法送達甲之翌日起算20日為其上訴期間，甲之上訴期間應於7月21日屆滿。

(三)乙之上訴合法：

乙之部分，判決書正本係以「寄存送達」之方式為之，依本法第138條第1、2項規定：「送達不能依前二條規定為之者，得將文書寄存送達地之自治或警察機關，並作送達通知書兩份，一份黏貼於應受送達人住居所、事務所、營業所或其就業處所門首，另一份置於該送達處所信箱或其他適當位置，以為送達。寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力。」故縱令乙實際上尚未收到判決書，仍將於寄存之日起算十日(即7月13日)發生合法送達之效力，並再起算20日之上訴不變期間，乙之上訴期間應於8月2日屆滿(本題不考慮在途期間問題)。準此，本題乙於7月15日領取判決書並於7月31日提起上訴，即屬合法上訴。

(四)甲之上訴雖不合法但得提起附帶上訴：

承(二)說明，本題甲之上訴期間應於7月21日屆滿，惟甲卻於7月27日始提起上訴，理應不合法。然本題當事人兩造皆有上訴權，依「上訴不可分」之法理，僅須一方合法提起上訴，該判決即全部不確定，亦即未上訴之部分，不生判決確定之結果。本題甲依本法第460條規定，對於一審全部判決中受不利益判決之部分，得利用乙提起上訴時，藉由乙之合法上訴程序，對自己所受敗訴之部分一併聲明不服，即提起所謂之附帶上訴，併此指明。

【版權所有，重製必究！】

【參考書目】

1. 許恒輔律師(2018)，《民事訴訟法(上)》，高點文化出版，頁5-21~5-43。

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，你找了！」乙驚恐地表示「不是我的，是丙昨晚來我這，說拿這包東西來抵債，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）

試題評析	本題涉及爭點橫跨強制處分與證據，為歷年來命題熱區。有關搜索部分，考生們須留意本題係找人之緊急搜索，故搜索範圍應受限制，無法藏人之處並非搜索範圍。另有關詢問部分，109年新法上路，拘捕後即應告知被告第95條，倘違反該規定並進行詢問，將有違法取證之問題。另本題尚涉及衍生證據之證據能力，應留意是否有毒樹果實理論之適用。
考點命中	1.《刑事訴訟法研析(上)》，高點文化出版，黎律師編著，頁5-41；7-132。 2.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黎律師編著，頁14-116。

答：

(一)本案槍枝應屬違法取得之證據，法院逕予援用，容有未洽

- 1.本案員警甲未聲請搜索票即強行進入乙宅屬無票搜索，該搜索是否合法，應視是否符合無令狀搜索之例外。
- 2.按刑事訴訟法(下同)第131條第1項第1款之規定：「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：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。」查本案乙為通緝犯，員警依第87條規定得拘提或逮捕被告，故本案員警依第131條第1項緊急搜索之規定進入乙宅應屬合法。
- 3.惟查，第131條第1項乃係對「人」之緊急搜索，故搜索之範圍應以可能藏人之地方為限。本案員警甲打開不可能藏人之臥室抽屜進行搜索並查扣槍枝，逾越緊急搜索之範圍，應屬違法；再者，甲業於屋內順利逮捕乙，搜索目的既已達成理應即刻退出乙宅，然甲卻仍於逮捕乙後搜索臥室抽屜，程序亦有違誤。（最高法院100台上2966判決意旨參照）
- 4.綜上，本案查扣之槍枝取證程序違法，法院逕予援用作為被告乙有罪之證據，應非適法。

(二)本案乙之陳述無證據能力，法院以此作為判決依據應屬違法

- 1.按犯罪嫌疑人經司法警察官或司法警察拘提或逮捕之後，舉凡只要是在功能上相當於對犯罪嫌疑人为案情之詢問，不論係出於閒聊或教誨之任何方式，亦不問是否在偵訊室內，即應有上開規定之準用，而不能侷限於製作筆錄時之詢問，以嚴守犯罪調查之程序正義，落實上開訴訟基本權之履踐，俾與「公民與政治權利國際公約」第9條第2款規定於拘捕時應受告知權利之精神相契合，並滿足擔保此階段陳述任意性之要求。如有違反，並有刑事訴訟法第158條之2第2項規定之適用。（最高法院99年台上1893號判決參照）
- 2.次按，新修正之刑事訴訟法第89條第1項：「執行拘提或逮捕，應當場告知被告或犯罪嫌疑人拘提或逮捕之原因及第95條第1項所列事項，並注意其身體及名譽。」
- 3.查本案員警甲係於逮捕乙後進而為詢問程序，依上開法條與判決意旨，依法應踐行第95條告知義務。然甲未為告知義務即行詢問，其因此所取得乙之陳述因違反第158條之2第2項規定，應無證據能力。

(三)本案血衣無證據能力，法院不得援用作為判決依據

- 1.查血衣雖係員警取得搜索票後合法搜索丙宅而取得。惟查，本案警察先違法取得乙之供述後，始依法聲請搜索票進行搜索。故血衣實乃違法取證後所衍生之證據，依毒樹果實理論，由於血衣為具有毒性之毒果，應予排除之。
- 2.退步言之，縱認不採毒樹果實理論，由於警方之所以得聲請搜索票，實係直接源自於乙之供述，故血衣與乙之供述間，具有前因後果之直接關聯性，本於實質保護法理（最高法院96台上4177決參照），該血衣仍無證據能力。

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）

試題評析	本題涉及傳聞與否之判斷以及另案監聽逾期陳報之法律效果等爭議。就後者部分，近期最高法院判決認為，即使有逾期陳報或未陳報之情形，其法律效果應適用刑事訴訟法第158條之4，而非當然無證據能力。此見解與通保法第18條第1項本文之規定有間，考生們應予留意。
考點命中	1.《刑事訴訟法研析(上)》，高點文化出版，黎律師編著，頁7-220。 2.《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黎律師編著，頁14-211。

**答：**

(一)本案之談話非屬傳聞，甲主張無理由

- 1.按國家基於犯罪偵查之目的，對被告或犯罪嫌疑人進行通訊監察，乃係以監控與過濾受監察人通訊內容之方式，蒐集對其有關之紀錄，並將該紀錄予以查扣，作為認定犯罪與否之證據，屬於刑事訴訟上強制處分之一種，而監聽係通訊保障及監察法第13條第1項所定通訊監察方法之一，司法警察機關依法定程序執行監聽取得之錄音，係以錄音設備之機械作用，真實保存當時通訊之內容，如通訊一方為受監察人，司法警察在監聽中蒐集所得之通訊者對話，若其通話本身即係被告進行犯罪中構成犯罪事實之部分內容，自與所謂「被告以外之人審判外之陳述」無涉，應不受傳聞法則之規範，當然具有證據能力。（最高法院106台上1163號判決）
- 2.查本案甲與不知名人士之對話，即為槍砲彈藥刀械管制條例中販賣槍枝之犯罪事實，故該對話內容並非傳聞。甲主張談話屬於傳聞不能作為證據無理由。

(二)本案檢察官未補行陳報法院另案監聽內容違反通保法第18條之1第1項規定，甲主張有理由。惟法院仍得考量刑事訴訟法第158條之4權衡判斷之

- 1.按通訊保障及監察法第18條之1第1項之規定：「依第五條、第六條或第七條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」是通訊監察過程中取得之其他案件內容，應符合「七日內補行陳報法院」、「具備關連性或第5條第1項之罪」二要件，始具證據能力。
- 2.查本案甲係因涉嫌販賣毒品而遭監聽，於監聽期間內得知甲另涉犯槍砲彈藥刀械管制條例之罪，故就販賣槍枝部分乃屬「另案監聽」，檢警機關自應於悉知為另案內容時本應於七日內補行陳報法院。惟查，本案檢察官並未補行陳報法院，違反通保法第18條之1第1項但書之規定，則本案之錄音依同條項本文之規定，應無證據能力。

另實務近期見解認為，「另案監聽係依附於本案監聽而存在，本質上與逕行搜索同為無令狀之強制處分，且俱因急迫性併屬未及事先聲請令狀，為避免浮濫，故由法院介入先行審查。逕行搜索以出於急迫之原因為要件，是否確係如此，一旦時過境遷，或不免將失去審查之機宜，而不利於被告，即令有未陳報或陳報後經法院撤銷之情形，其所扣押之物得否為證據，既仍容許於審判時再為權衡判斷，並不當然予以排除。而另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，較之於逕行搜索之該當要件，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時自仍得適用刑事訴訟法第158條之4規定，再行審酌裁量其得否為證據。」（最高法院107台上3052決參照）。是本案甲雖得主張錄音應依通保法第18條之1第1項本文無證據能力，然法院仍得審酌個案，依刑事訴訟法第158條之4權衡之。

【版權所有，重製必究！】