

104 年特種考試地方政府公務人員考試試題

等 別：三等考試

類 科：法制

科 目：民事訴訟法與刑事訴訟法

一、甲提起訴訟後，委任乙為訴訟代理人，未限制其受送達之權限，經法院准許。法院於訴訟進行中，將言詞辯論期日通知書逕送達甲本人，未送達予乙。甲認為已委任乙，乙應會收到通知書並代理到庭，乃未予置理。嗣乙於該次言詞辯論期日未到場，到場之被告丙復拒絕辯論，是否發生合意停止訴訟程序之效力？

【擬答】：

兩造均無理由遲誤言詞辯論期日，本件應依民事訴訟法(以下同)第 191 條第 1 項生合意停止訴訟之效力：

(一)按當事人兩造無正當理由遲誤言詞辯論期日者，除別有規定外，視為合意停止訴訟程序，第 191 條第 1 項前段定有明文，如當事人兩造無正當理由遲誤言詞辯論期日者，訴訟程序即擬制合意停止。故本題所問是否依生擬制合意停止訴訟程序之效力，端視甲丙雙方是否無正當理由而遲誤言詞辯論期日：

1. 甲無正當理由遲誤言詞辯論期日：

(1)按甲乙均未到場，其開庭通知書如未生送達效力，自不得認甲方未到場係無正當理由。甲委任乙為訴訟代理人，惟開庭通知書仍送達於甲，是否生送達效力，有不同見解如下：

①合法說：依最高法院 84 年第 4 次民庭決議，當事人之訴訟能力並不因委任訴訟代理人而喪失，仍得自為訴訟行為而收受文書之送達。且向當事人本人為送達，於該當事人既無不利，應認送達已生效力。

②不合法說：依最高法院 90 年第 7 次民庭決議，依第 132 條，訴訟代理人有受送達之權限者，送達應向該代理人為之，但審判長認為有送達本人之必要時，得命送達於該當事人本人。是送達固應向有收受權限之訴訟代理人為之，但審判長認為有送達本人之必要時，即須先裁定命送達於當事人本人。如未經審判長先為裁定，逕向當事人本人送達者，其送達程序於法即有未合。

(2)最高法院 90 年第 7 次民庭決議已將合法說廢棄，自應採不合法說為妥。然而，依第 197 條第 2 項，當事人對於訴訟程序規定之違背，得提出異議。但已表示無異議或無異議而就該訴訟有所聲明或陳述者，不在此限。如當事人就不合法送達無異議收受者，仍應生送達效力，自不待言。

(3)基此，開庭通知書對甲之送達固不合法，然而甲既無異議收受，自生送達效力，此不因其有無告知訴訟代理人乙而有不同。開庭通知書既送達於甲，甲乙於期日未到庭而遲誤言詞辯論期日，自無正當理由可言。

2. 丙到場不為辯論，視同不到場：

依第 387 條，當事人於辯論期日到場不為辯論者，視同不到場。於本題，丙雖到場但拒絕辯論，視同不到場，而無正當理由遲誤言詞辯論期日。

(二)揆諸上述，甲丙雙方均無正當理由而遲誤言詞辯論期日，依第 191 條第 1 項自生合意停止訴訟之效力。

公職王歷屆試題 (104 地方政府特考)

二、甲主張乙無權占有甲所有之 A 地，在其上蓋屋（違章建築）居住，乃起訴請求乙拆屋還地，並賠償相當於租金之損害若干元。甲於訴訟繫屬中，將 A 地所有權移轉登記予第三人丙，丙在訴訟上應如何保障自己之權利？

【擬答】：

(一)甲訴請拆屋還地之部份：

甲訴請拆屋還地，嗣後將 A 地所有權移轉予丙，丙應如何保障自己之權利，將因丙是否為訴訟標的法律關係之繼受人而有異，而其判斷標準，端視訴訟標的為債權或物權而有不同：

1. 訴訟標的為物權之情形：

(1)按訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。但第三人如經兩造同意，得聲請代當事人承當訴訟，民事訴訟法(以下同)第 254 條第 1 項定有明文。又依 61 台再字第 186 號判例，所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。至法律關係，乃法律所定為權利主體之人，對於人或物所生之權利義務關係。惟所謂對人之關係與所謂對物之關係，則異其性質。前者係指依實體法規定為權利主體之人，得請求特定人為特定行為之權利義務關係，此種權利義務關係僅存在於特定之債權人與債務人之間，倘以此項對人之關係為訴訟標的，必繼受該法律關係中之權利或義務人始足當之，同法第 254 條第 1 項亦指此項特定繼受人而言。後者則指依實體法規定為權利主體之人，基於物權，對於某物得行使之權利關係而言，此種權利關係，具有對世效力與直接支配物之效力，如離標的物，其權利失所依據，倘以此項對物之關係為訴訟標的時，其所謂繼受人凡受讓標的物之人，均包括在內。

(2)如甲訴請拆屋還地之訴訟標的為物權，其於訴訟繫屬中將 A 地所有權移轉予丙，丙即為訴訟標的法律關係之繼受人，於當事人恆定原則下，甲當事人之地位並未改變，惟丙仍受事前及事後之程序保障，包括丙得依第 254 條第 1、2 項承當訴訟、法院應依第 254 條第 4 項及第 67 條之 1 職權通知繼受人暨利害關係人丙，保障其聽審請求權，俾利其承當訴訟或為訴訟參加、再丙如選擇參加訴訟，與甲自有合一確定之必要，而為第 62 條之獨立參加、末丙縱不可歸責而未受程序保障，於判決確定後仍得依第 507 條之 1 以下之規定提起第三人撤銷訴訟，以確保其權利。

2. 訴訟標的為債權之情形：

如甲之訴其訴訟標的為債權，丙僅受讓 A 地，依 61 台再字第 186 號判例，並非訴訟標的法律關係之繼受人，而無第 254 條之適用。惟丙仍係利害關係人，法院仍應依第 67 條之 1 職權通知丙，丙得依第 58 條參加訴訟輔助甲，並保障其聽審請求權。

3. 惟有學者認為，為保障丙之程序主體權，並達紛爭解決一次性，訴訟標的不分債權物權，應認丙均為繼受人，而適用第 254 條之規定。法院應依第 254 條第 4 項職權通知丙，使丙得即時承當訴訟或參加訴訟，如丙未受事前程序保障，應予其依第 507 條之 1 以下規定提起第三人撤銷訴訟之權利，以兼顧紛爭一次解決及對丙之程序保障。

(二)甲訴請賠償租金損害部份：

就租金損害部份，依題意，甲起訴之範圍應係於甲為 A 地所有權人時所受之損害，此部份尚不因於訴訟繫屬中 A 地移轉與丙，而生債權移轉之效力。質言之，甲對乙之債權並未因 A 地之移轉而受任何影響，該債權既與丙無涉，丙自無從主張之，亦無可資保障之權利可言，並予敘明。

三、甲為某機關公務員，因涉嫌貪瀆經檢察官聲請法院核發搜索票，指揮司法警察至其戶籍地 A 地執行搜索，執行中發現甲另有住所地 B 地，司法警察遂立即至 B 地住所敲門，僅有與甲同住之母親乙在家，司法警察告知乙謂甲涉案欲搜索，乙未阻止，隨之進入屋內搜得相關收賄證物，並將之放入證物袋內，但未製作扣押筆錄。試問法院核發搜索票效力是否及於 B 地？乙未阻止，該搜索是否合法？扣押之證物未加封緘並當場製作筆錄，有無證據能力？

【擬答】：

(一)法院核發搜索票效力應不及於 B 地，分析如下：

1. 按刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 128 條之 1 第 2 項規定「司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票。」第 128 條規定「I. 搜索，應用搜索票。II. 搜索票，應記載下列事項：一、案由。二、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載。三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。四、有效期間，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨。III. 搜索票，由法官簽名。法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。IV. 核發搜索票之程序，不公開之。」上開條文之規定，係因搜索屬於強制處分權之一種，對於憲法所保障之人民居住安全、財產維護和隱私等基本人權，侵害非小，須受法律保留原則、法官保留原則、比例原則等拘束，是以現行法以令狀搜索為原則，無令狀搜索僅於符合法定要件下，始可例外發動。
2. 又為落實法官保留原則之控制，針對刑訴法第 128 條第 2 項第 2 款「應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物」及，搜索票之記載必須事先加以合理的具體特定與明示，方符明確界定搜索之對象與範圍之要求，以避免搜索扣押被濫用，而違反一般性（或稱釣魚式）搜索之禁止原則(最高法院 100 年台上字第 5065 號判決參照)。另針對同條第 3 款「應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄」，雖刑訴法第 122 條第 1 項規定「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之」，惟此並非代表必要時即得對於被告之住宅或其他處所發動無令狀搜索，除非核有得發動無令狀搜索之情事，否則，偵查人員僅得對於搜索票所記載之處所為之。
3. 查本件依題示，法院核發之搜索票應僅有記載對被告甲之戶籍地 A 地執行搜索，依前述，司法警察僅得對 A 地發動搜索，縱使於執行中發現甲另有住所地 B 地，惟 B 地未經記載於法院所核發之搜索票，除非另有無令狀搜索之事由，否則司法警察不得對於 B 地發動搜索。

(二)縱使乙未阻止，該搜索仍非合法，試論如下：

1. 按刑訴法第 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。」此為無令狀搜索之「同意搜索類型」。針對何謂「自願性同意」，實務見解認「其中同意搜索應經受搜索人出於自願性同意，此所謂「自願性」同意，係指同意必須出於同意人之自願，非出自於明示、暗示之強暴、脅迫。法院對於證據取得係出於同意搜索時，自應審查同意之人是否具同意權限，有無將同意意旨記載於筆錄由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨，並應綜合一切情狀包括徵求同意之地點、徵求同意之方式是否自然而非具威脅性、同意者主觀意識之強弱、教育程度、智商、自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服等加以審酌，遇有被告抗辯其同意搜索非出於自願性同意時，更應於理由詳述審查之結果，否則即有判決理由不備之違法。」(最高法院 94 年台上字第 1361 號判決參照)
2. 又實務見解針對「自願受搜索同意書」部分，認為「刑事訴訟法第四十三條之一增訂檢察事務官、司法警察官、司法警察行搜索、扣押時，準用同法第四十二條搜索、扣押筆錄之製作規定，係民國九十二年二月六日公布，九月一日施行，而第一百三十一條之一規定之自願性同意搜索，則是九十年一月十二日公布，七月一日施行，該條但書所定「但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」之程序性規範要件，依立法時程之先後順序，立法者顯然無意將此之筆錄指為第四十二條之搜索、扣押筆錄。因此，現行偵查實務通常將「自願同意搜索筆錄（或稱為自願受搜索同意書）」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。」故自願受搜索同意書係自願性同意搜索之生效要件,且僅得於索之前或當時完成,不能於事後補正。

- 3.此外,學說上認為刑訴法第 131 條之 1 要件過於簡單,且人民真意難以確定,人民也難以掌握放棄之效果與欠缺對於權利內涵的理解,偵查機關容易藉此便宜行事。且綜合判斷也太過抽象,因此會去討論是否須對受搜索人踐行拒絕同意的告知義務,有肯否二說:

(1)否定說:

同意搜索之「同意」,本來就是「綜合一切情狀」加以判斷。既然是綜合一切情狀來判斷,則並無一因素具有決定性,也因此不以告知義務之踐行為必要之條件。只要能符合自願性之要求,同意便為有效。

(2)肯定說:

①為了擔保同意的自願性,同意權人必須要在充分理解的狀況下放棄憲法對其隱私權的保障,才算是自願性同意。所以偵查機關必須在同意前告知當事人有拒絕接受的權利,若未告知,應「推定」為非自願性的同意。

②告知義務的要求,主要訴求是在調節國家與人民間實力之差距,訊問時是如此,同意搜索亦應如此。

- 4.查本件 B 地應非搜索票記載之應搜索地,如上所述,故司法警察對 B 地搜索,應為無令狀搜索,雖 B 地之管領人為乙,然「數人對同一處所均擁有管領權限之情形,如果同意人對於被搜索之處所有得以獨立同意之權限,則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上,應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險,此即學理上所稱之「風險承擔理論」(最高法院 104 年台上字第 503 號判決參照),故乙具同意之權限。而依題示,司法警察既未取得乙之真摯性同意,亦未於搜索時或搜索前取得乙之自願受搜索同意書,更未告知得拒絕同意,故不符同意搜索之要件,縱使乙未阻止,該搜索仍非合法。

(三)本件扣押之證物未加封緘並當場製作筆錄,非可謂當然無證據能力:

- 1.按扣押,應製作收據,詳記扣押物之名目,付與所有人、持有人或保管人。扣押物,應加封緘或其他標識,由扣押之機關或公務員蓋印。刑事訴訟法第一百三十九條定有明文。而扣押係屬強制處分之一種,以扣押意思並實施扣押之執行,即生效果。因此,扣押之意思表示於到達扣押物之持有人(包括所有人),並將應行扣押物移入於公權力支配下,其扣押之行為即屬完成。至扣押後應加封緘或其他標識,乃防散失或抽換之方法,自非扣押之生效要件(最高法院 104 年台上字第 503 號判決參照)。
- 2.另按未依刑訴法第 42 條製作搜索扣押筆錄部分,參最高法院 97 年台上字第 6296 號判決「...上開搜索雖未製作搜索扣押筆錄,固違反刑事訴訟法第四十二條之規定,但認該違背法定程序之搜索、扣押,並未改變證物型態,於斟酌(1)違背法定程序情節。(2)違背法定程序時主觀意圖。(3)侵害犯罪嫌疑人或被告權益種類及輕重。(4)犯罪所生危險或實害。(5)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據效果。(6)偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性。(7)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益程度等情,認上開搜索所得之證據,非無證據能力等語。」
- 3.本件扣押之證物未加封緘並當場製作筆錄,然依上開最高法院判決說明可知,封緘非扣押之生效要件,而未製作搜索扣押筆錄,實務見解係依刑訴法第 158 條之 4 權衡判斷之,非可謂當然無證據能力。

四、甲駕駛自用小客車,行駛於國道 1 號高速公路上,時速 90 公里,並未超速,惟乙駕駛自用小貨車突然自甲之右側超車,且未打方向燈直接切入甲之前方,因乙所駕之自用小貨車未與前面大貨車保持安全距離,以致擦撞該大貨車尾部而車身不穩,甲見狀煞車不及,往右閃避仍撞及乙所駕之自用小貨車致乙受傷,經乙提出告訴過失傷害,檢察官依行車記錄器所錄影片認定甲無過失,而為不起訴處分,乙不服聲請再議惟遭駁回。試問乙還有何救濟方法?如有應如何提出?受理機關應如何處理?

【擬答】:

公職王歷屆試題 (104 地方政府特考)

(一)乙得依法提起交付審判，分述如下：

- 1.按刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 258 條之 1 第 1 項規定「告訴人不服前條之駁回處分者，得於接受處分書後十日內委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。」核其立法目的，係藉由聲請法院強制將該案件起訴，以貫徹檢察官之法定性義務(起訴法定原則)，惟同時亦有破壞控訴制度之疑慮。
- 2.查本件告訴人乙已提出過失傷害之告訴，惟檢察官認罪證不足而為不起訴處分，乙不服遂依刑訴法第 256 條之規定聲請再議，然該再議聲請遭駁回，是以，乙尚可依刑訴法第 258 條之 1 之規定聲請交付審判。
- 3.另，通說及實務見解皆認為，告訴人聲請交付審判，需其再議聲請係因「無理由」而致上級檢察署「處分書」駁回，若告訴人之再議聲請係因「不合法」而致上級檢察署「公函」駁回，此時告訴人不得再提起交付審判，並予敘明。

(二)乙提起交付審判之程序要件如下：

- 1.再議前置原則：告訴人對檢察官所為不起訴、緩起訴處分、撤回起訴等聲請再議，經上級認為無理由以處分書駁回。
- 2.理由要式：需提出理由狀，說明原不起訴處分何以有認事用法之違誤。
- 3.強制律師代理：防止濫行聲請。
- 4.須於收到再議無理由駁回處分書後十日內委任律師提出理由狀。
- 5.管轄法院：原檢察官所屬檢察機關所配置之法院。

(三)受理法院之處理方式如下：

- 1.依刑訴法第 258 條之 3 第 1 項「聲請交付審判之裁定，法院應以合議行之。」
- 2.依刑訴法第 258 條之 3 第 3 項「法院為前項裁定前，得為必要之調查。」而關於法院交付審判審查之必要調查，實務見解認以偵查中曾顯現的證據為限，非可就聲請人所提出之新證據再為調查，亦不得蒐集卷外的證據；學說則認為為發揮監督檢察官就法定原則之遵守，法院不應受限於卷內證據，也不以曾顯現的證據為限。
- 3.證據法則：程序事項，採取自由證明。
- 4.依刑訴法第 258 條之 3 第 2 項「法院認交付審判之聲請不合法或無理由者，應駁回之；認為有理由者，應為交付審判之裁定，並將正本送達於聲請人、檢察官及被告。」
- 5.依刑訴法第 258 條之 3 第 5 項規定「被告對於第二項交付審判之裁定，得提起抗告；駁回之裁定，不得抗告。」