

# 《民事訴訟法概要與 刑事訴訟法概要》

一、文書送達於應受送達人之住居所、事務所或營業所不獲會晤應受送達人或應受送達人拒絕收領者，依民事訴訟法規定能如何處理？（25 分）

命題意旨	整體來說不算太難，第一題十分簡單，僅為單純之法條基本概念。 本題屬基本題型，『送達』一向為四等考試的最大重點，相信同學只要熟記法條、了解基本概念，本題要獲取高分，應屬十分容易。
答題關鍵	就法條之相關規定依序論述即可。
高分閱讀	1.侯律師四等上課補充講義第一回，p33~p35。 2.侯律師四等總複習講義，p16~p18。 3.司法人員四等考試用書，《民事訴訟法概要》，p1-98~ p1-102。

## 【擬答】

(一)送達於住居所、事務所或營業所不獲會晤應受送達人時，其處理方式如下：

- 1.按依民事訴訟法（下稱本法）第 136 條第 1 項本文規定：「送達於應受送達人之住居所、事務所或營業所行之。」然而，應受送達人有時因外出或其他情事而未必恆處於應送達處所，為求便利，此時即須透過其他方式以使與本人送達有同一之效力，因此本法另有「補充送達」之設，亦即依本法第 137 條規定：「送達於住居所、事務所或營業所不獲會晤應受送達人者，得將文書付與有辨別事理能力之同居人或受僱人。如同居人或受僱人為他造當事人者，不適用前項之規定」所謂「同居人」，非泛指同居一戶或一屋之人，而係指與應受送達人居住於一處，共同為生活者（最高法院 32 年上第 3722 號判例參照）。所謂「受僱人」則指被僱服日常勞務者，且非臨時僱用者。
- 2.惟如不獲會晤應受送達人，而該應受送達人又無上開有辨別事理能力之同居人或受僱人，此時則須以「寄存送達」之方式為之，亦即依本法第 138 條規定：「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。寄存之文書自寄存之日起，寄存機關應保存二個月。」

(二)應受送達人拒絕收領時，其處理方式如下：

- 1.依本法第 139 條第 1 項規定：「應受送達人拒絕收領而無法律上理由者，應將文書置於送達處所，以為送達。」亦即倘若送達機關已將文書送達至應送達處所，此時應受送達人即有受送達之義務，倘若無法律上理由卻拒絕收領時，此時僅須將該文書直接置於送達處所，該送達效力即可合法發生。而本條所稱之「應受送達人」，非僅以當事人本人為限，凡依同法第一百二十七條至第一百三十四條規定應受送達之人，與第一百三十七條所定應受補充送達之人，均應認為包括在內。」（最高法院 27 年抗第 731 號判例參照）
- 2.又依同條第 2 項規定：「前項情形，如有難達留置情事者，準用前條之規定。」因此倘若應受送達人無法律上理由卻拒絕收領時，送達機關如認有難達留置情事，如地處荒涼幾無人煙，此時為使送達之合法效力得以確保，避免事後認定之困難，送達機關即須依本法第 138 條規定之「寄存送達」方式為之，較為妥適。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

二、甲以無權占有之法律關係訴請乙拆屋還地而獲勝訴判決，乙不服提起上訴，於第二審審理中，甲撤回起訴，乙具狀表示同意其撤回起訴，而終結訴訟。乙乃於三個月內聲請退還第二審裁判費之全部，問法院應否准許，請附理由說明之。(25 分)

命題意旨	第二題的考點較為冷門，同學平時記憶法條時，於法條背後之修法理由亦應一併熟悉，如此碰到問題時至少有「文義解釋」以及「目的解釋」兩方面可供思考。本題考到了「退還裁判費」之規定，訴訟費用一章因條文過於瑣碎，且「訴訟費用」考題僅在 79 年、80 年、84 年出現過，頻率並不高，因此常為同學所忽略，而本題又涉及實務見解的爭議，並非單純法條適用，是以針對本題，同學可能有遭受突襲之感。
答題關鍵	先標明「撤回訴訟時退還裁判費」之法條依據及其立法目的，其次則就「文義解釋」以及「參酌修正意旨的目的解釋」分別予以論述，最後稍加表明已見即可。
高分閱讀	1.侯律師四等總複習講義，p3「96 年 3 月之修法內涵」。 2.司法人員四等考試用書，《民事訴訟法概要》，p1-80。

### 【擬答】

- 上訴人乙(即一審被告)於三個月內聲請退還第二審裁判費全部，法院應否准許，應視是否符合「撤回訴訟時退還裁判費」之相關規定，依民事訴訟法(下稱本法)第 83 條第 1 項規定：「原告撤回其訴者，訴訟費用由原告負擔。其於第一審言詞辯論終結前撤回者，得於撤回後三個月內聲請退還該審級所繳裁判費三分之二。」第 2 項規定：「前項規定，於當事人撤回上訴或抗告者準用之。」其立法理由在於鼓勵當事人撤回無益或不必要之訴訟，以減輕訟累，並減省法院勞費。而該裁判費之退還比例，於民國 89 年 2 月增訂時原係規定「二分之一」，嗣後為更鼓勵當事人撤回訴訟，乃於民國 96 年 3 月時修正提高為「三分之二」，合先敘明。
- 本題中，係由被上訴人甲(即一審原告)於第二審審理中撤回起訴，依本法第 262 條規定：「原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。」是以，甲撤回起訴，而乙亦具狀表示同意，此時訴訟終結，而甲撤回起訴之效力則依第 262 條第 1 項本文規定：「訴經撤回者，視同未起訴。」然而此種情形是否符合上開「第 83 條退還裁判費」之規定，實務上則存有不同意見：
  - (1)有認為基於本法第 83 條第 1 項後段之修正理由，係為鼓勵當事人撤回無益或不必要之訴訟，以減省法院之勞費。此時，被上訴人甲(即一審原告)既已合法撤回起訴，則上訴人乙(即一審被告)之上訴行為亦不復存在。其上訴不存在雖非由於「上訴人之撤回上訴」所致，惟同樣可以節省第二審法院之勞費，參照上開立法意旨，上訴人自得聲請退還第二審裁判費三分之二。
  - (2)惟較為多數之見解則認為，此種情形就結果觀察上訴人乙(即一審被告)之上訴行為雖不復存在，而事實上得以減省第二審法院之勞費。然而依本法第 83 條文義觀之，係規定「原告撤回其訴者、當事人撤回上訴者」，上訴人乙既非撤回上訴之當事人(行為人)，即與前開法條所定得聲請退還之要件不合，亦與該條項立法意旨係為鼓勵撤回之當事人之精神不符，應不得聲請退還所繳第二審裁判費三分之二(臺灣高等法院 89 年 11 月庭長法律問題研討會研究意見參照)。
- 吾意以為，若以法條之文義解釋出發，確實應以「後說」較為可採，亦即本題中乙因不合於本法第 83 條要件，法院自不應准許乙退還第二審裁判費之聲請；然而若衡量修正理由之意旨，第二審法院之勞費確實獲得節省，如不使乙得聲請退還第二審裁判費，可能因而降低乙同意甲撤回訴訟之意願，反使程序難以終結，此時是否有必要採取如此嚴格立場，實尚值探究，惟縱使從寬認定乙得聲請退還第二審裁判費，亦不得聲請退還第二審裁判費「全部」，而僅得聲請退還「三分之二」。



## 三、何謂禁止不利益變更原則？有無例外？請說明之。(25 分)

命題意旨	本題重點在於不利益變更禁止之定義與條文之例外。
答題關鍵	回答出基本定義，並將實務上對於本原則之例外情形描述即可。
高分閱讀	1.林鈺雄，《刑事訴訟法(下冊)－各論編》，元照經銷。 2.路台大，刑事訴訟法講義第 14 回，頁 37～40。

## 【擬答】

## (一)不利益變更禁止之基本概念

## 1.定義與目的

規定於本法第 370 條，防止被告因畏懼受更不利之上訴審判決而放棄行使上訴權。因此被告上訴者，除本條但書例外之情形，不可受更不利益之判決。

## 2.要件

(1)由被告上訴或為被告利益上訴且有上訴理由

(2)檢察官或自訴人未合法上訴

(3)非因原審判決適用法條不當而撤銷判決

適用法條不當，乃指凡對第一審判決所引用之刑法法條有所變更者，皆包含之。非專指刑法分則之條文而言。

## 3.效力

不得諭知較重於原審之刑，此刑之定義實務上皆認為宣告刑，惟 67 年第一次刑庭總會決議認為：二審所定執行刑以不較重於一審所定執行刑為宜。

## (二)本原則之例外情形

1.本條但書之情形－原審判決適用法條不當而判決。

## 2.緩刑(已遭廢止)

(1)過去實務見解如 28 年上字 331 號判例認為：至緩刑期間並無不利益變更之限制。本件原判決諭知之刑期，與第一審判決相同，並未加重，僅就其所宣告之緩刑期間，由二年改為三年，尚非法所不許。

(2)惟於 95 年第十六次刑庭決議後，該判例已遭廢止，此見解已不再適用。

## 3.保安處分

(1)傳統實務皆認為保安處分為對被告有利之情形，故並非受更不利益。不適用本原則。

(2)惟學說與新進實務見解如 95 年台上字 6646 號判決皆認為，保安處分仍具有刑罰之性質，因此仍應受此原則之限制。

## 4.從刑(已遭廢止)

(1)傳統實務如 29 年上字 1396 號判決皆認為：縣司法處刑事案件覆判暫行條例第十二條第二項所謂之處刑，雖包括主刑、從刑在內，要以主刑之重輕為先決之標準，故主刑相等而從刑較初判為重者，固應認為處刑重於初判，若主刑輕於初判，則從刑雖比初判為重，仍應認為處刑不重於初判。故不適用不利益變更禁止原則。

(2)惟此見解已在 92 年第二次刑庭總會決議後遭廢止，故現已適用此原則。



四、甲男以其女友乙之名義向房東丙承租房屋而共同居住，某日司法警察官丁從其線民處得知甲於該居住處所藏有手槍一把，立即前往甲、乙居住處所欲搜索、扣押該槍械，此際適逢甲、乙二人外出，丁即由房東丙陪同下逕行進入屋內搜索而查獲。請附理由回答下列問題：

(一)我國刑事訴訟法有關無令狀搜索規定之情形有幾？請敘述之。(12 分)

(二)前述搜索程序是否違法？(13 分)

命題意旨	測驗學生對於無令狀搜索之要件與類型的理解
答題關鍵	回答出各種無令狀搜索之類型與要件，並藉此推論第二題的答案即可取得高分
高分閱讀	1.林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》。 2.王兆鵬，刑事訴訟法講義。 3.路台大，刑事訴訟法講義第 6 回，頁 21～27。

### 【擬答】

(一)我國刑訴法無令狀之情形：

#### 1.附帶搜索

(1)條文：規定於本法第 130 條

(2)目的：保護執法人員與現場其他第三人的人身安全、避免被告湮滅證據

(3)主體：檢察官、檢事官、司法警察(官)

(4)搜索範圍：

①條文規定包括：身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具、可立即觸及之處所

②惟學說批評新法範圍過廣，應限縮於「被告所能立即控制之處」

#### 2.逕行搜索

(1)條文：規定於本法第 131 條第一項

(2)主體：檢察官、檢事官、司法警察(官)

(3)事由：規定於同項第一款到第三款，屬於對人搜索之拘捕搜索

(4)範圍：限於住宅／其處所（身體用§130），且§131I 是為了發現被告而設計，故必為拘捕搜索。

(5)是否需有合法逮捕與羈押行為存在？

①前提一認為第 130 條與第 131 條皆為附帶搜索

學說上有論本法第 130 條與第 131 條，皆為附帶搜索類型，第 130 條為以逮捕為前提之附帶搜索，第 131 條則為與逮捕同時發生之附帶搜索。因此，無令狀搜索之前提須有合法逮捕、羈押行為之存在。

②時間之緊接性：

合法逮捕行為需要與附帶搜索行為具有時間上同時性或接近，搜索方屬合法。

#### 3.緊急搜索

(1)條文：規定於本法第 131 條第二項。

(2)目的：迅速取得證據以便保全。

(3)主體：檢察官，惟對此學說上有論應將偵查第一線之警察納入。

(4)事由：有相當理由認為情況急迫。

#### 4.同意搜索

(1)條文：規定於本法第 131 條之 1

(2)明文要件－「自願性同意」

①學說上皆認為本要件過於簡單，且人民之真意難以確定，人民也難以掌握放棄之效果與欠缺對於權利內涵的理解，偵查機關也容易藉此便宜行事。

②學說上皆認為應先踐行一定程序（如告知義務）始得主張其搜索處分為合法。另外也可以擬定書面之同意表格，杜絕未來爭端，重點在於得具體明確的證明同意者的權利放棄是出於任意行為，方為有效（有效放棄理論）。

(3)範圍：同意權人所能同意的範圍



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓・02-23115586 (代表號)



我國實務見解 94 年台上字 1361 號判決，對於同意的內涵應審酌：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。

(二)搜索程序應屬違法，理由如下：

1. 搜索之相對法官保留原則與令狀原則

搜索為干預人民基本權之強制處分，因此於形式合法性之要求上，依本法須有法官核發之令狀方可為之。本題中並無令狀之存在。惟搜索立法上係採相對法官保留原則，因此於本法第 130 至 131-1 條規定有急迫情形下之無令狀搜索情形，若合乎時則為合法搜索。

2. 本題並非附帶搜索與逕行搜索之情形

由於本法第 130 條之附帶搜索，是針對合法拘捕後執法者之安全，可對被告或犯罪嫌疑人身體可觸及之處加以搜索，惟本題中顯非此種情形。又本法第 131 條第一項之逕行搜索，性質上為對人之拘捕搜索，本題中針對槍枝即物為搜索，故亦非本項所檢討者。

3. 緊急搜索並不合法

(1) 本題中欲搜索槍枝，應為對物之調查搜索。若具有急迫證據滅失而需迅速取得時，應可發動之。

(2) 惟此搜索類型之發動主體為檢察官，故本題中既為警察為之，應屬違法。

(3) 對此情況立法論上有所批判，認為作為偵查第一線之警察更應有此搜索權，實務與學說上亦有配套認為若檢察官可核發指揮書可視同其在場進行搜索。惟本題中並無此情形又依照明文規定，本題中丁之搜索不合法。

4. 同意搜索並不合法

同意搜索之情形，必須建立於同意有效且為有權同意者，今房東可能為誠懇真摯之同意無疑。惟房東縱為房屋之所有權人，並不代表房東具有進入房客房間之權限。故在本屋之共同權限範圍內應不包括房東。又警方應已知房屋的租用人為何人，故並無表見權限之情形可合法化其搜索，故應不合法。

