

《民訴概要與刑訴概要》

一、高齡 80 歲之甲受有輔助宣告，由丙為輔助人。因為甲與乙發生口角，甲用拐杖將乙打傷，乙乃具狀起訴請求賠償醫藥費及精神慰撫金共新臺幣（下同）50 萬元。訴狀中僅載明被告之姓名等資料，並未載明輔助人，致丙不知甲被起訴之事，甲自行出庭，並與乙當庭同意以 10 萬元和解。

試問：乙之起訴及甲、乙和解之效力如何？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於受輔助宣告之人為訴訟行為效力之理解。
答題關鍵	本題屬於基本題型，同學僅需熟記民事訴訟法第 45 條之 1 之內容，當可輕鬆迎刃而解。
考點命中	《高點民事訴訟法講義第一回》，梁台大編撰，第一章第三節，頁 36-38。

【擬答】

乙之起訴有效；甲、乙間之和解應屬無效：

(一)乙之起訴有效：

1. 「能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力。」，「輔助人同意受輔助宣告之人為訴訟行為，應以文書證之。」，「受輔助宣告之人就他造之起訴或上訴為訴訟行為時，無須經輔助人同意。」民事訴訟法第 45 條、第 45 條之 1 第 1 項、第 2 項定有明文。按「四、為保障他造訴訟權利，參照日本民事訴訟法第 32 條第 1 項規定，受輔助宣告之人被訴或被上訴而為訴訟行為時，不經須輔助人同意，爰設本條第二項規定。至受輔助宣告之人就他造所為相當於起訴、上訴之聲請、抗告而為訴訟行為時，亦不須經輔助人同意，自為當然之理。」增訂理由意旨參照。由是可知，受輔助宣告之人原則上仍有訴訟能力，其訴訟行為應經輔助人以文書表示同意；惟受輔助宣告之人就他造之起訴或上訴為訴訟行為時，則例外無須經輔助人同意。
2. 查甲受有輔助宣告，以丙為輔助人。經乙以自己為原告，以甲為被告而提起民事訴訟，顯見受輔助宣告之人甲就他造即乙之起訴時所為訴訟行為者，無須經輔助人同意。由是顯見，乙於起訴狀中雖未載明被告甲之輔助人，惟該起訴應屬合法有效，當不因此受有影響甚明。

(二)甲、乙間之和解應屬無效：

1. 「受輔助宣告之人為捨棄、認諾、撤回或和解，應經輔助人以書面特別同意。」民事訴訟法第 45 條之 1 第 3 項定有明文。按「三、依修正後民法第 15 條之 2 規定，受輔助宣告之人不因輔助宣告而喪失行為能力，僅於為該條第一項但書各款之重要行為，須經輔助人同意。而同條第 1 項第 3 款明定，受輔助宣告之人為訴訟行為，須經輔助人同意，為使法院對於同意之存否容易調查而確保訴訟程序之安定，乃於本條第一項明定應以文書證之。又關於受輔助宣告人為捨棄、認諾、撤回或和解，因關係受輔助宣告人之權益較鉅，爰設第 3 項明文規定須經輔助人另以書面特別同意。」增訂理由意旨參照。由是可知，有鑑於訴訟上和解之行為，因關係受輔助宣告人之權益較鉅，民事訴訟法第 45 條之 1 第 3 項則明文設有特別規定，該行為須經輔助人另以書面特別同意，始得為之；同理，民事訴訟法第 45 條之 1 第 2 項規定無須經輔助人同意之訴訟行為，解釋上應不包含和解行為。
2. 查甲受有輔助宣告，以丙為輔助人。經乙以自己為原告，以甲為被告而提起民事訴訟，顯見受輔助宣告之人甲就他造即乙之起訴時所為訴訟行為者，原則上無須經輔助人同意，已如前述。惟訴訟上和解之行為，因關係甲之權益較鉅，爰依民事訴訟法第 45 條之 1 第 3 項之規定，自應認為該和解行為須經輔助人另以書面特別同意，始得為之。是以，甲自行出庭，與乙當庭同意以 10 萬元和解，卻未經丙表示同意者，甲、乙間之和解自應屬無效甚明。

版權所有，重製必究！

二、何謂辯論主義？何謂職權探知主義？依我國民事訴訟法規定，在某銀行請求債務人返還借款之民事訴訟，兩造對於借據之真正均有爭執，惟兩造均未聲請筆跡鑑定或訊問證人，則法院得否依職權將借據送請鑑定或依職權傳訊證人？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學對於辯論主義、職權探知主義之理解。
答題關鍵	本題屬於基本概念之題型。在辯論主義、職權探知主義之內容論述，對同學而言應該不成問題，困難可能發生在民事訴訟法第 288 條第 1 項規定之解釋問題。對於程序法理採行辯論主義之事件中，原則上應不適用該規定，仍須遵守辯論主義第三命題之要求。

考點命中	《高點民事訴訟法講義第一回》，梁台大編撰，第一章第二節，頁 17。
------	-----------------------------------

【擬答】

(一)辯論主義與職權探知主義：

- 1.按辯論主義，係指事實與證據應如何於訴訟上提出，應由當事人處分決定，其內涵有三命題：當事人所未主張之事實，法院不得逕為裁判之基礎（第一命題）；當事人所不爭執之事實（訴訟上自認），法院須將之成為裁判之基礎（第二命題）；未經當事人之聲請，法院不得依職權調查證據（第三命題）。
- 2.第按，所謂職權探知主義，係指關於事實與證據之提出，法院有職權介入之權限，亦即：法院為裁判基礎之事實與證據，不以經當事人所主張者為限；當事人所不爭執或自認之事實，並不發生拘束法院之效力；法院得依職權調查證據，不以當事人之聲請為必要。

(二)法院應不得逕依職權將借據送請鑑定或傳訊證人：

- 1.按「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」、「依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。」民事訴訟法第 288 條第 1 項、第 2 項定有明文。由是可知，針對一般民事財產事件，原則上其程序法理係適用辯論主義，非經當事人聲請，法院尚不得依職權調查證據。至於民事訴訟法第 288 條第 1 項之規定，應從嚴解釋，認為僅有在個案上應採職權探知主義之情形下（如涉及公益之民事訴訟法第 44 條之 3 之團體不作為訴訟等），始有該規定之適用，容許法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。
- 2.經查，某銀行請求債務人返還借款之民事訴訟，其性質為一般之財產訴訟，其程序法理原則上應適用辯論主義。是以，如兩造對於借據之真正均有爭執者，非經當事人聲請筆跡鑑定或訊問證人者，法院不得依職權將借據送請鑑定或傳訊證人。於此情形，法院宜透過闡明權之行使，曉諭兩造當事人之（主觀）舉證責任分配與聲請證據調查，以兼顧當事人之權益，併予敘明。

三、甲以販賣營利之意圖購買大量毒品，除部分供自己吸食外，其餘卻伺機出售予不特定人，某日為警方依法查獲及扣得上述毒品，隨即被警方帶回警局，由司法警察乙在製作筆錄前以聊天、溝通方式與甲進行對話，並威脅、暗示如不承認即不製作筆錄，甲、乙對話內容如下進行：「乙問：甲你有沒有將毒品賣給他人？甲回答：應該沒有。乙再問：你擁有這麼大量的毒品是否有販賣意圖？甲再回答：有要賣，但還沒賣出去。」後，乙始依刑事訴訟法之規定進行權利告知義務、全程連續錄音、影，並製作甲全面承認前述事實之筆錄。不久後，甲被檢察官依法提起公訴，於審判庭中，乙以證人身分於交互詰問時，否認有對被告甲說不承認即不製作筆錄云云。請詳述理由說明上開警詢陳述是否得作為法院裁判之依據？（25 分）

命題意旨	測驗考生是否知悉「功能訊問」之概念。
答題關鍵	本題首應說明「功能訊問」之概念，再依此對本題進行涵攝即可。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義第二回》，金台大編撰。

【擬答】

(一)功能訊問之概念

按「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，應先告知刑事訴訟法第 95 條所列各款事項，此觀同法第 100 條之 2 準用第 95 條之規定甚明。此之詢問，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，均應有上開規定之準用，不以製作犯罪嫌疑人詢問筆錄時為限，而告知之情狀，祇須犯罪嫌疑人之地位形成即負有告知之義務，不管其身心是否受拘束。至於違反之效果，在犯罪嫌疑人受拘提、逮捕，其身心受拘束之情況下，司法警察官或司法警察詢問時，如有違反第 95 條第 2 款緘默權與第 3 款辯護權之告知義務，依同法第 158 條之 2 第 2 項準用第 1 項之規定，其所為自白或其他不利之陳述，除符合第一項但書所定『善意原則之例外』，應予絕對排除。」最高法院著有 100 年度台上字第 4863 號判決可供參考。

(二)本案分析

就甲與乙在製作筆錄前的對話內容包含甲是否有販賣毒品而言，雖係以聊天方式進行，但在功能上已相當於對犯罪嫌疑人甲為案情之詢問，因此，參上揭最高法院 100 年度台上字第 4863 號判決，乙應踐行刑事訴訟法（下稱本法）第 95 條之告知義務並全程錄音，但乙竟未踐行告知義務，亦未全程錄音、影，詢問程序

自有違誤。

(三)結論

本題中，甲因持有毒品遭查獲，顯係遭現行犯逮捕，而乙在詢問前，未全程錄音，依最高法院 101 年度台上字第 848 號判決，則甲之警詢供述，應由法院適用本法第 158 條之 4 規定加以權衡；另外，因甲係遭現行犯逮捕，而乙又違反本法第 95 條第 2 款緘默權與第 3 款辯護權之告知義務，依本法第 158 條之 2 第 2 項準用第 1 項之規定，其所為自白或其他不利之陳述，除符合第 1 項但書所定善意原則之例外，應予絕對排除。綜上，本題甲之警詢供述，直接適用明確之排除規定，即依本法第 158 條之 2 第 2 項準用第 1 項之規定處理，而本題中，乙顯係為規避權利告知及錄音義務，方以聊天方式詢問，自屬惡意，並不符合善意例外，故警詢陳述應予絕對排除，不得作為裁判依據。

四、甲駕駛其所有之自用小客車搭載乙，因違規行車為司法警察丙、丁攔停。丙於檢視甲、乙下車所出示身分及駕駛證件後，因聞到甲身上散發濃濃酒味，乃要求甲以呼氣方式測試檢定酒精濃度，甲予以拒絕並拔腿跑離。丙迅速自後追及甲，加以拘捕。旋丙、丁查知乙有施用毒品犯罪前科，無持搜索票，即逕徑搜索甲、乙之身體及甲所駕駛自用小客車，惟並無所獲。丙、丁認有調查犯罪情形及蒐集證據之必要，乃不顧甲、乙之反對，在所屬派出所採取乙排放之尿液；將甲帶往醫院採取其體內血液，分別送請檢驗（尿液中有無毒品反應、血液中酒精濃度若干）。請附理由回答下列問題：

(一)丙、丁所為之拘捕及搜索，是否適法？（15 分）

(二)丙、丁所為採取甲之血液及乙之尿液，是否適法？就甲之血液及乙之尿液所得檢驗結果，得否作為認定甲、乙犯罪事實之證據？（10 分）

命題意旨	測驗考生是否知悉緊急拘提、附帶搜索及身體檢查之要件。
答題關鍵	分別就緊急拘提、附帶搜索及身體檢查逐一說明要件後再加以涵攝即可。
考點命中	《高點刑事訴訟法總複習講義》，錢律師編撰，頁 35、36、47、48。

【擬答】

(一)丙、丁之拘捕及搜索行為合法性判斷

1. 丙、丁拘提甲並搜索甲之身體及其自用小客車之行爲合法

(1)依刑事訴訟法（下稱本法）第 88 條之 1 第 1 項第 3 款規定，「檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：有事實足認為犯罪嫌疑重大，經被盤查而逃逸者。」復依本法第 130 條規定，「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所」。

(2)本題中，甲駕駛動力交通工具而散發濃濃酒味，有事實足認甲涉嫌刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛動力交通工具罪嫌疑重大，且經丙檢視身份證件，即盤查後，甲逃逸，此時顯然情況急迫，綜上，司法警察自得依本法第 88 條之 1 第 1 項第 3 款規定逕行拘提甲。此時，丙、丁既合法拘提，自得依本法第 130 條規定搜索甲之身體及所使用之交通工具。

2. 丙、丁搜索乙身體之行爲不合法

依題示，丙、丁之搜索無搜索票，非有令狀搜索；另丙、丁並非在執行拘提、逮捕或羈押，不符本法第 130 條附帶搜索之規定；且丙、丁非以找人為目的，亦未得到乙之同意，且未受檢察官指揮，自不符合本法第 131 條第 1、2 項緊急搜索及第 131 條之 1 同意搜索之規定，從而，丙、丁搜索乙身體之行爲不合法。

(二)抽取甲之血液及乙之尿液之行爲合法性判斷，及血液及尿液之檢驗結果能否作為認定犯罪事實之依據

1. 抽取甲之血液之行爲，不適法

(1)依道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第一項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」

(2)惟查：本題中，甲並未肇事，故不符合上揭道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項之規定，本題復無其他抽血之法律依據，故抽血之行爲不適法。

2. 抽取乙之尿液之行爲，不適法

- (1)依本法第 205 條之 2 規定，「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行爲；有相當理由認爲採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作爲犯罪之證據時，並得採取之」。
- (2)惟查：本題中，乙並非經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，故不符合上揭本法第 205 條之 2 規定，本題復無其他抽血之法律依據，故抽血之行爲不適法。
- 3.血液及尿液之檢驗結果能否作爲認定犯罪事實之依據
- 據上所述，本題係丙丁違背法定程序取得甲之血液及乙之尿液，故該血液及尿液之檢驗結果能否作爲認定犯罪事實之依據，應由法院依本法第 158 條之 4 審酌判斷之。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！