

《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？（25分）

試題評析	本題乃涉及送達的萬年考古題—有訴訟代理人卻逕送本人之效力，並且在103年法律座談會27號提案提出折衷標準後更具考相！這也顯示出考生對於實務見解之變動宜戒慎恐懼。
考點命中	1.《高點・高上民事訴訟法概要講義》第二回，黃律編撰，頁21-22、45-46。 2.《高點・高上民事訴訟法概要總複習講義》第一回，黃律編撰，頁98-99。

答：

本題中並不發生合意停止訴訟程序之效力，試分述如下：

- (一)依照民事訴訟法（下稱本法）第70條1項之規定，訴訟代理人就其受委任之事項有為一切訴訟行為之權，且實務向來認為凡不屬於該條但書所定應受特別委任之事項均包含在內（最高法院44年台抗字192號民事判例參照），故而乙當然有代受送達之權。且依照本法第132條本文規定，訴訟代理人受送達之權限未受限制者，送達應向該代理人為之，因此法院似應將言詞辯論通知書送達予訴訟代理人乙，逕送予本人甲是否生送達之效力，不無疑問。
- 1.傳統實務認為當事人之訴訟能力不因委任訴訟代理人而喪失，仍得自為訴訟行為而收受訴訟文書之送達，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（最高法院84年第4次民庭決議參照）。
 - 2.然而近來實務似認為本法第132條乃為保障當事人訴訟權之強行規定，法院逕向本人送達有違此立法精神，而不援用上述見解（最高法院90年第7次民庭決議參照）。
 - 3.管見以為，當事人收受送達後，可能會如本案一樣認為訴訟代理人將會收受通知書而未予置理，使訴訟代理人遲誤應為之訴訟行為，非無不利，並且參照本法132條之文義，既然本案無審判長認為應逕送本人之必要，故該通知即非合法通知而不生送達之效力，如此方能妥適保障當事人之訴訟權。
- (二)又依照本法第191條1項之規定，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。本案中，乙於言詞辯論期日未到場，且到場之被告丙復拒絕言詞辯論，似乎有本條之適用，而擬制訴訟程序合意停止。
- (三)然而實務向來認為，所謂兩造遲誤言詞辯論期日，係指當事人兩造受合法通知，均無正當理由，未於言詞辯論期日到場，或到場不為辯論之情形而言（最高法院70年台上字3904號民事判例參照）。本案中，甲既未受合法之通知，自無本法第191條1項擬制合意停止之適用，故而並不發生合意停止訴訟程序之效力。

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？（25分）

試題評析	本題乃涉及訴訟繫屬中，將訴訟標的物移轉於第三人，是否有當事人恆定原則之適用，以及第三人之權益保障問題。
考點命中	1.《高點・高上民事訴訟法概要講義》第三回，黃律編撰，頁43-45。 2.《高點・高上民事訴訟法概要總複習講義》第二回，黃律編撰，頁15-20。

答：

本題中應有當事人恆定原則之適用，丙得依下述方式保障其權利：

- (一)為能妥適保護讓與人對造之利益、追求訴訟經濟，民事訴訟法（下稱本法）第254條1項乃採當事人恆定原則，亦即訴訟標的之法律關係，雖於訴訟繫屬中移轉給第三人，並不影響當事人之適格。然而本案中甲於訴訟繫屬中，將A地所有權移轉登記予第三人丙，乃屬訴訟標的物移轉於第三人，是否有本條項之適用似

有疑問

- 1.實務見解向來採取債權、物權區分說，如訴訟標的係基於債權請求時，因債權僅具有相對效力，必繼受該法律關係中之權利或義務始足當之。惟如係基於物權請求時，因物權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，故受讓標的物，亦包括在內（最高法院61年台再字第186號民事判例參照）
 - 2.然有學者本於新訴訟標的理論之見解認為訴訟標的不應以實體法上權利性質為認定，且不宜因同一事實存有債權及物權請求權競合，而有相異之擴張結果，影響程序之安定性，故以返還請求與交付請求做為區分之標準。
 - 3.亦有學者基於擴大訴訟制度解決紛爭之機能，認為不論債權請求或物權請求，只要足以影響當事人適格者，均有本制度之適用，以統一解決三方紛爭。
 - 4.管見以為，本案中，甲主張乙無權占有其所有之A地，請求拆屋還地並賠償相當於租金之損害若干元，乃係以一訴併為主張民法第767條1項中段、前段以及民法第179條相當於租金之不當得利，無論採取何項見解，似均有當事人恆定原則之適用，甲仍具有當事人之適格，且其與丙之間構成法定訴訟擔當之關係。
- (二)然當事人恆定原則向有原當事人不關心訴訟，而導致受移轉之實質當事人程序保障不周之疑慮，故民國89年修法時，於本法254條4項明定法院於知悉訴訟標的有移轉者，應即將訴訟繫屬之事實通知實質當事人丙。而於訴訟繫屬中，丙應得依下列方式充足其程序保障
- 1.丙應得依照本法第254條1項但書之規定，聲請代當事人承擔訴訟
 - (1)或有實務見解以為，本法第254條1項、2項關於承當訴訟之規定，均須以當事人將為訴訟標的之法律關係全部移轉於第三人，始有其適用（最高法院103年台上字第808號民事判決參照）
 - (2)然而管見以為，此乃增加法所無之限制，與本條充足第三人程序保障之修正意旨不符，故而丙雖僅受讓訴訟標的物，仍應肯認其得依照本條項聲請承當訴訟。
 - 2.又丙乃為有法律上利害關係之第三人，且依照本法401條1項中段及實務見解，丙將為判決效力所及，故訴訟標的對於甲丙有合一確定之必要，因此丙得依照本法第58條及62條為獨立參加。
 - 3.且丙如欲本於所有權人之地位，向乙主張拆屋還地者，其亦得依照本法第54條1項1款以甲乙為共同被告，向本訴訟繫屬之法院提起主參加訴訟（或有學者稱之為干預訴訟）。

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？（25分）

試題評析

本題涉及搜索特定明確原則、同意搜索及第三人同意搜索問題，難度不高，只要依序清楚地回答通說、實務見解即可。

答：

(一)系爭搜索票並不及於B地。

- 1.按刑事訴訟法(下同)第128條第2項第3款之規定，搜索票應記載搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄，學說認為其規範目的在於避免執法人員恣意搜索或扣押，不當侵害人民之隱私權及財產權，可合理限制搜索範圍，此即學理上之「特定明確原則」，是以，原則上搜索處所必須明確特定，否則有違特定明確原則，形同無令狀一般，同理可知，如逾越上開特定範圍，亦同屬無令狀搜索。
- 2.實務上(最高法院94年台上字第2670號判決)亦認為，如執法人員如持搜索票，搜索非該票所載之地，應屬違法搜索類型，與無票搜索無異。
- 3.本案中，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，司法警察遂竟至B地住所搜索，核上述學理及實務說明，搜索票記載A地，係基於「特定明確原則」之要求，效力自不能及於B地。

(二)乙未阻止並非同意，該搜索不合法。

按第131條之1之規定，係同意搜索之明文，然就「自願性」之判斷標準與第三人同意搜索之共同權限問題，仍有爭議，茲述如下：

- 1.關於自願性之判斷標準，通說及實務均認為，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(最高法院94年台上字1361號判決參照)。

- 2.又第三人同意搜索之共同權限，係指第三人事實上與被告有共同控制或得隨時使用某處所或物品之情形，即為有共同權限，學說上認為共同權限之理論基處有二，一為共同使用權，二為風險承擔理論，前者，係指第三人對於財產有共同控制、使用之權，得以自己之權利同意執法人員就自己與被告共同使用之物為搜索；後者，則指被告既自願與他人共同使用財產時，即必須承擔被第三人同意而搜索之風險，然須注意者，第三人之同意僅能於所能同意之範圍，實務見解亦承認學說見解，此有最高法院100年台上字4430號判決可資參考。
- 3.本案中，司法警察告知乙謂甲涉嫌欲搜索，乙未阻止，揆諸當時情形，司法警察並未要求同意，乙自無從表示同意，亦無將同意意旨記載於筆錄由受搜索人簽名，並綜合判斷，實難謂有自願性同意存在，退步言之，縱肯默認示同意之前提，乙對甲之物品亦無共同權限可言，是以，乙未阻止，該搜索仍係不合法。

(三)扣押之證物未加封緘並當場製作筆錄，應依第158條之4處理。

- 1.按第42條規定，搜索、扣押及勘驗，應製作筆錄，又依第139第2項，扣押物，應加封緘或其他標識，揆二者之規範目的在於，為保全證據，以避免爾後之爭端，如未踐行上開程式，管見以為，應屬執行職務之公務員違背法定程序取得之證據。
- 2.本案中，司法警察將證物放入證物袋內，未加封緘亦未製作扣押筆錄，未踐行合法程式，已屬違背刑事訴訟程序之行爲。除非檢察官能說明無法封緘及製作筆錄之理由，否則即屬執行職務之公務員違背法定程序取得之證據，依第158條之4權衡其證據能力。

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？（25分）

試題評析

本題主要涉及交付審判制度於刑事訴訟法中之定位及其侷限，考生除須點出該制度係透過法院所為之外部監督機制外，更必須注意到立法者採行「再議前置」、「強制律師代理」及附具理由等避免濫訴之相關限制。此外，於交付審判審理方面，實務上對於法院證據調查之限制，亦相當侷限交付審判成立之可能性，考生亦須注意。

答：

(一)乙得向該管第一審法院聲請交付審判。

- 1.依刑事訴訟法(下同)第258條之1第1項之規定，告訴人不服再議駁回處分者，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，而所謂交付審判，係指聲請法院來強制案件起訴的制度。
- 2.因此，針對檢察官不起訴處分，告訴人除以內部救濟機制聲請再議外，尚得以外部監督機制向法院聲請交付審判，尋求救濟。
- 3.故就本案而言，檢察官就乙告訴過失傷害之部分為不起訴處分，經再議亦遭駁回者，告訴人乙尚得依第258條之1第1項之規定，向該管第一審法院聲請交付審判。

(二)乙應於接受處分書後十日內，委任律師提出理由狀，向法院聲請交付審判。

- 1.依第258條之1第1項之規定，交付審判之聲請，須由告訴人「接受處分書後十日內委任律師提出理由狀」，其分述如下：
 - (1)須符合「再議前置原則」：交付審判係為監督檢察官不起訴處分而給予告訴人外部救濟途徑，唯有經再議程序收受駁回再議之不起訴處分書後，始得聲請交付審判。
 - (2)須於法定期間內提出：交付審判之聲請應於接受處分書後十日內提出，逾此法定期間即屬交付審判之

聲請不合法，法院即得依第258條之3第2項之規定駁回交付審判之聲請。

(3)須委任律師提出理由狀：基於防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源之考量，採強制律師代理制度，要求附具理由，方得聲請交付審判。又為使律師了解案情，依第258條之1第2項規定，受委任律師原則上得檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄及攝影，例外涉及另案偵查不公開或其他應予保密之事項，方得限制或禁止之。

2.故就本案而言，乙應於接受駁回再議之不起訴處分書後十日內，委任律師提出理由狀，向該管第一審法院聲請交付審判。

(三)法院應以偵查中曾顯現之證據為限，以合議庭法院審查。

1.依第258條之3第1、2項規定，該管第一審法院應以合議庭法院審查，交付審判之聲請如認為不合法或無理由者，法院應駁回之；如認為有理由者，應為交付審判之裁定，並依同條第4項規定，視為案件已提起公訴。

2.又依第258條之3第3項規定，法院於駁回或交付審判之裁定前，得為必要之調查。至於調查證據之範圍，實務見解認為，應以偵查中曾顯現之證據為限，不可就聲請人新提出之證據再為調查，法院亦不得蒐集偵查卷以外之證據(台灣高等法院91年第4次刑事庭會議決議參照)。

3.就本案而言，第一審法院應以偵查中曾顯現之證據為限，以合議庭審查交付審判之聲請，如認為不合法或無理由者，應予駁回；如認為有理由者，應為交付審判之裁定，視為案件已提起公訴。

【版權所有，重製必究！】