

## 109 年公務人員特種考試司法人員考試試題

考試別：司法人員

等 別：四等考試

類科組：執行員

科 目：民事訴訟法概要與刑事訴訟法概要

一、訴訟當事人甲居住於某街巷 18 號之 1，109 年 5 月 5 日法院向甲送達時，應門，乃將應送達之判決書正本寄存於當地警察派出所，並作送達通知書兩份，然而誤黏貼一份於甲之鄰居乙之 18 號屋舍門首，另一份亦誤置於 18 號屋舍之信箱。嗣後，甲由乙處得知上述寄存判決正本一事，乃於同年 5 月 15 日前往派出所領取判決書正本。請問，甲之上訴期間如何起算？  
(25 分)

1. 《考題難易》：★★
2. 《破題關鍵》：本題涉及寄存送達之要件
3. 《使用法條》or《使用學說》：本題涉及對民事訴訟法第 138 條所規定之要件是否熟悉，及對送達之基本概念是否正確。

【擬答】：

甲之上訴期間自 109 年 5 月 15 日收受判決之翌日起算 20 日，為其上訴期間：

- (一) 民事訴訟法第 138 條（下同）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) 依據上開法條規定可以得知，除須將應送達之文書寄存送達地之自治或警察機關，並須製作送達通知書兩份，記明寄存文書之處所，一份黏貼於應受送達人住居所、事務所、營業所或其就業處門首，另一份置於該送達處所信箱或其他適當位置，以為送達，二者缺一不可。（最高法院 100 年度台抗字第 418 號民事裁定、最高法院 98 年度台簡抗字第 28 號民事裁定意指參照）
- (三) 本案，法院之送達並未符合第 138 條之規定，不生合法送達之效力，因此無法依據第 138 條之規定起算上訴期間。而甲於 109 年 5 月 15 日才至警察局領取判決書正本，故自其實際收受之日起，起算上訴 20 日之不變期間。

二、原告甲提起訴訟後，認為審理其案件之乙法官執行職務有偏頗，乃向乙法官所屬法院聲請迴避，甲之聲請經裁定駁回，甲對該裁定提起抗告。抗告程序中，乙法官仍指定言詞辯論期日，調查證據。甲主張在抗告程序未終結確定前，乙法官應停止訴訟程序。請問，甲之主張有無理由？（25 分）

1. 《考題難易》：★★
2. 《破題關鍵》：對於聲請迴避之駁回裁定提起抗告，訴訟程序是否需停止。
3. 《使用法條》or《使用學說》：本題涉及民事訴訟法第 37 條之何謂「聲請事件終結前」，及最高法院 80 年度第 1 次民事庭會議之見解。

【擬答】：

## 公職王歷屆試題 (109 司法特考)

甲之主張「有」理由，說明如下：

- (一)民事訴訟法(下同)第33條1像第2款規定：「遇有下列各款情形，當事人得聲請法官迴避：二、法官有前條所定以外之情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。」
- (二)第37條規定：「法官被聲請迴避者，在該聲請事件終結前，應停止訴訟程序。但其聲請因違背第三十三條第二項，或第三十四條第一項或第二項之規定，或顯係意圖延滯訴訟而為者，不在此限。依前項規定停止訴訟程序中，如有急迫情形，仍應為必要處分。」
- (三)本題，甲對該裁定提起抗告後，乙法官是否應停止訴訟程序？容有爭議？說明如下：
1. 否定說：原告聲請乙法官迴避一案，經原法院裁定駁回其聲請，該聲請事件即已終結，其停止訴訟原因即已消滅，此與該聲請事件之裁定是否確定無關，此觀諸民事訴訟法第32條規定「在該事件終結前」而不稱「在該事件確定前」自明，是原告主張在該聲請事件裁定確定前，乙法官應停止訴訟程序，為無理由。
  2. 肯定說：法官被聲請迴避者，在該聲請事件終結前應停止訴訟程序，民事訴訟法第37條第1項前段定有明文。所謂該事件終結，係指當事人聲請法官迴避事件業經法院裁定確定，或因其他事由而終結者而言。在訴訟繫屬中，一經當事人聲請法官迴避，於該聲請事件裁定確定前，法院即不得續行訴訟程序。因之原告甲主張在該聲請事件裁定確定前，乙法官應停止訴訟程序，為有理由。
  3. 最高法院80年度第1次民事庭會議(六)係採肯定說，因此原告甲主張在該聲請事件裁定確定前，乙法官應停止訴訟程序，為有理由。

三、刑事訴訟法為保障被告之權益，充實其防禦權，以促成實體發現，確保國家刑罰權之適當行使，設有辯護人制度。試就辯護人之權利、義務詳細說明之。(25分)

1. 《考題難易》：★★★★
2. 《破題關鍵》：標準的法條題題型，考的是非常基本的辯護人權利與義務，概念簡單，但因為內容相對冷僻以及需要大量的背誦，導致本題難度提高。
3. 考生作答時也許無法完整寫出所有內容，但至少辯護人的在場權、閱卷權與交通接見權以及忠實辯護義務、代撰上訴書狀義務等觀念及代表性條文，是近年刑訴討論重心，應詳加說明。

【擬答】：

為保護被告訴訟上權益，並貫徹當事人對等及確保程序公平，於刑事訴訟法(以下同)設有辯護人制度，並賦予相關權利、義務，以達辯護目的，以下詳述之：

(一)權利

1. 在場權

指辯護人得於各種搜索、扣押、勘驗、鑑定、訊問及詢問時在場，以擔保程序之正當性，與充足資訊獲知(本法第150第1項、第168條之1、第206條1、第219條、第245第2項，均訂有明文)。

2. 閱卷權

又稱卷證資訊獲知權，為使辯護功能有效發揮，辯護人於審判中或偵查中羈押審查程序，得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影(本法第33條第1項，第33條之1訂有明文)。

3. 交通接見權

經大法官會議第654號解釋承認，被告能與辯護人在不受干擾、監察的情況下充分溝通、交流之權利，又稱交通接見權，乃屬被告憲法16條訴訟權保障之內涵。故辯護人原則上得接見受拘捕、羈押之被告或犯罪嫌疑人並互通書信(本法第34條、第34條之1

訂有明文)。

4. 出庭辯護權及證據相關權<sup>1</sup>

(1)於審判期日前參與準備程序(本法第 273 條)、提出證據及聲請法院調取或命提出證物(本法第 275 條);於審判期日經審判長許可攜同速記到庭記錄(本法第 49 條)。

(2)於調查證據程序得聲請或參與調查證據(本法第 163 第 1 項、第 164 條、第 165 條)。詰(詢)問證人、鑑定人(本法第 163 條第 1 項、本法第 166 條以下)以及,就事實、法律及證據證明力為辯論(本法第 288 條之 2、第 289 條第 1 項)等。

5. 聲請權

除聲請調查證據之外,辯護人另得自行或代當事人聲請法官或檢察官迴避(本法第 18 條、第 26 條)、聲請回復原狀(第 67 條第 1 項 71)、具保聲請停止羈押(第 110 條)、聲請繼續審判(第 298 條)。

6. 異議權

不服審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮處分時,辯護人得聲明異議,法院應就其異議當否裁定之(本法第 288 條之 3)。

7. 上訴權

辯護人得為被告之利益提起上訴,但不得與被告明示之意思相反(本法第 346 條)。

(二)辯護人義務:

1. 忠實辯護義務。

辯護人基於為被告利益及一定公益之角色功能,自應本乎職業倫理探究案情,盡其忠實辯護誠信執行職務之義務。尤以強制辯護案件,若辯護人未盡忠實辯護義務,則與未經到庭辯護無異,法院若仍為判決,則依本法第 379 條第 7 款,其判決當然違法。

2. 保密義務

辯護人不得任意洩漏因偵查中執行職務所知悉之事項(本法第 245 條第 3 項)其他因職務而知悉當事人之祕密者,亦不得透露。

3. 代撰上訴書狀義務

本法第 361 條及第 367 條修正後,提起第二審上訴,其上訴書狀應敘述具體理由,否則即不合法律上之程式,應為駁回之裁判。於強制辯護案件,如無辯護人代為製作上訴理由狀,致上訴未敘述具體理由,固仍屬第 361 條之情形,惟若法院認其辯護倚賴權未能受到合理照料,於必要時由國家主動給與辯護人為協助,本即強制辯護制度設計之旨。易言之,在第一審法院將卷證移送第二審法院之前,原第一審法院之辯護人因尚且負有提供法律知識、協助被告之義務(刑事訴訟法第 346 條),第一審法院本可以適當之方法,提醒被告,倘有不服,得請求其辯護人代撰上訴理由狀。

四、為保障被告或犯罪嫌疑人之人權,刑事訴訟法對於搜索原則上採令狀制度。但於特殊狀況無令狀亦得搜索,試就無令狀搜索之規定詳細說明之。(25 分)

1. 《考題難易》:★ 容易:

2. 《破題關鍵》:考四大無令狀搜索的內容及要旨,幾乎是所有念刑訴同學的 ABC,只需要把四種無令狀搜索的種類及要旨詳述,應該就能有不錯的分數。

3. 刑事訴訟法第 130 條到第 131 條之 1。

【擬答】:

按國家機關以強制力對隱私合理期待的干預措施,屬搜索行為。刑事訴訟法(以下同)於搜索之規定,採令狀原則與相對法官保留原則(第 128 條參照)。故無令狀之搜索行為,除合

<sup>1</sup> 完整可餐林鈺雄,刑訴(上),第 229-230

## 公職王歷屆試題 (109 司法特考)

於本法第 130 條至第 131 條之 1 規定例外得為合法無令狀搜索之情形者外，其搜索行為應屬違法，以下分述之：

### (一) 附帶搜索 (本法第 130 條)

1. 按檢察官或偵查輔助機關逮捕被告、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。其規範目的在於防止證物滅失晦暗，以及保護執法人員安全，刑事訴訟法 (以下同) 第 130 條訂有明文。
2. 而學說上有認為，附帶搜索所稱之「交通工具」範圍應以「立即可觸及之處所」進行限縮解釋，亦即若該交通工具並非犯罪嫌疑人可立即觸及或現實實力立即可支配之狀態，將不會有證據遭湮滅或是犯嫌藉機取得武器傷害執法人員安全之疑慮，即不得進行附帶搜索。

### (二) 對人緊急搜索 (本法第 131 條第 1 項)

1. 又稱「逕行搜索」按本法第 131 條第 1 項規定，司法警察執行拘提者，雖無令狀亦得進入住宅進行搜索。
2. 然另有學說與晚近部分實務認為本條項所稱之執行拘提，該拘票必以法官所簽發者為限。蓋搜索發動之決定權於修法後已採令狀原則，回歸法院事先審查，倘若緊急搜索中之拘提可包含檢察官所簽發之拘票，不啻造成偵查機關可持檢察官簽發之拘票，即可任意搜索被告或犯罪嫌疑人之住處，達到「借拘提之名行搜索之實」，亦將導致搜索權回歸法院之規範效果盡失，架空令狀原則。

### (三) 對物緊急搜索 (第 131 條第 2 項)

按本法第 131 條第 2 項之規定，檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫非迅速搜索，24 小時內證據有晦暗之虞者，得自行或指揮司法警察逕行搜索。是為保全證據而進行之緊急搜索，又稱「偵查搜索」。

### (四) 同意搜索 (第 131 條之 1)

1. 按搜索，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，故稱「同意搜索」，其法理基礎在於，人民基於自由意志而自願接受之搜索，未侵害人民隱私及人格，屬合理搜索行為。
2. 惟需特別注意者乃同意需出於自願，而是否出於自願之判准可參考法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 69 點：「所謂自願性同意，應綜合同意者意識強弱、教育程度、智商等一切情狀而判斷。」