

# 《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，無人應門，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）

命題意旨	本題主要在測驗同學合法送達後所發生之一定訴訟法上效果(本題為上訴期間之起算)，測驗重點為送達方法中之「寄存送達」其合法要件之認識、理解。
答題關鍵	本題關鍵在於同學應清楚記憶寄存送達之要件為何，尤其是實務見解認為寄存送達之兩個要件缺一不可，而本題很明顯受訴法院並未符合其中一個要件，故同學作答時務必針對此爭點回答並論斷究竟本題該如何起算上訴期間。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法講義》第五回，呂律師編撰，頁4~9。 2. 《民事訴訟法(上)》(2018)，高點文化出版，許恒輔律師編著，頁5-36~5-38。

## 【擬答】

本題甲之上訴期間應自109年5月15日起算不變期間20日：

(一)判決書合法送達為上訴期間起算之前提：

依民事訴訟法(下稱本法)第440條規定：「提起上訴，應於第一審判決送達後二十日之不變期間內為之。但宣示或公告後送達前之上訴，亦有效力。」可見，上訴期間起算之前提係判決書已合法送達當事人。而上訴期間之計算依本法第161條規定，與民法之計算相同，故應自本件判決合法送達甲之翌日起算20日為其上訴期間。又送達之方法，原則上，由送達機關將文書直接付與應受送達人(本法第126條參照)即可。惟實際為送達時，動輒有無法對應受送達人直接送達之情形，為使訴訟程序得順利進行，本法乃設有不同之其他送達方法，以利補充運用。

(二)本題之寄存送達不合法，不生合法送達效力：

按本法第138條第1、2項規定：「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。」查本題法院係向甲為寄存送達，雖應送達之判決書正本已寄存於當地警察派出所，然送達通知書兩份，一份竟誤貼於甲之鄰居乙之屋舍門首，另一份亦誤置於乙之屋舍信箱，並不符合前開條文之規定。依最高法院80年度台抗字第423號裁定見解：「寄存送達，除須將應送達之文書寄存送達地之自治或警察機關外，並須製作送達通知書，記載寄存文書之處所，粘貼於應受送達人住居所，俾應受送達人知悉寄存之事實，前往領取，兩者缺一均不能調為合法之送達。」本題法院將送達通知書黏貼於錯誤處所，欠缺寄存送達之其中一要件，自非合法之寄存送達，不生合法送達效力。

(三)本題應自甲實際知悉寄存判決正本一事，並於109年5月15日至派出所領取判決書正本後，始生合法送達之效力並起算上訴期間：

承前所述，本題之寄存送達因不合法規定，不生合法送達效力，則本題究應自何時發生合法送達效力？依實務見解，本題中法院此等寄存送達方式，客觀上已然剝奪甲得受合法通知之可能，故應自甲由乙處實際知悉寄存判決正本一事，並於109年5月15日至派出所領取判決書正本後，始生合法送達之效力並起算上訴期間(可參臺灣高等法院臺南分院94年度抗字第373號裁定)，方屬合理。

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)

命題意旨	本題為某特定實務見解直接命題，所涉爭點又屬冷門、同學相對不熟悉的章節及法條範圍，若不清楚該實務見解，似難以作答。不過，若不知該實務見解，同學仍可從民事訴訟法第37條第1項規定本身加以推論，分列兩說來回答本題。
答題關鍵	基本上，本題題幹完全係從實務見解「最高法院80年度第1次民事庭會議(六)」所改編命題，結論上即可參照該決議之見解作答，另為補充篇幅及增加答案深度，同學亦可針對裁定、抗告等概念加以說明。
考點命中	1.《高點民事訴訟法講義》第七回，呂律師編撰，頁16-18。 2.《民事訴訟法(上)》(2018)，高點文化出版，許恒輔律師編著，頁2-51~2-53。

**【擬答】**

本題甲之主張有理由：

(一)本件法院裁定駁回甲之聲請迴避，屬例外得抗告之裁定：

所謂之抗告，係指當事人或訴訟關係人就法院或審判長所為不利於己而尚未確定之裁定，向上級法院聲明不服而請求廢棄或變更該裁定之訴訟行為。然為求訴訟程序安定，避免延滯訴訟，民事訴訟法(下稱本法)第483條規定：「程序進行中所為之裁定，除別有規定外，不得抗告。」可知除法律另有規定，原則上裁定係不得抗告。查本題甲係依本法第33條第1項第2款規定：「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。」聲請法官迴避，後經法院裁定駁回，此裁定依本法第36條規定：「聲請法官迴避經裁定駁回者，得為抗告。其以聲請為正當者，不得聲明不服。」屬例外得抗告之裁定，故甲得對該裁定提起抗告，先予說明。

(二)本題甲對該裁定提起抗告後，乙法官是否即應停止訴訟程序，容有爭議：

承上所述，本題甲得對該駁回裁定提起抗告，惟乙法官是否即應停止本件訴訟程序，其關鍵為此時是否有本法第37條第1項規定之適用：「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。」向有不同看法如下：

- 1.否定說：此說認本題甲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，此觀諸本法第37條第1項規定「在該事件終結前」而不稱「在該事件確定前」自明，是甲主張在該聲請事件裁定確定前，乙法官應停止訴訟程序，為無理由。
- 2.肯定說：此說則認法官被聲請迴避者，在該聲請事件終結前應停止訴訟程序，本法第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。  
為使「聲請迴避制度」得盡其效用，吾意以為應採上述肯定說，較能保障原告甲之訴訟權，實務見解亦採之。(最高法院80年度第1次民事庭會議(六)參照)

(三)結論：

綜上所述，本題甲主張於本件抗告程序未終結確定前，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)

命題意旨	本題旨在測驗考生對於辯護人之權利及義務之瞭解程度。
答題關鍵	將辯護人之權利及義務詳細臚列，即可獲得高分。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第一回，錢律編撰，頁155-168。

**【擬答】**

茲分別就辯護人之權利及義務說明如下：

(一)辯護人之權利

1.閱卷權

(1)刑事訴訟法(下稱本法)第33條第1項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄、重製或攝影。」

(2)本法第33條之1第1項規定：「辯護人於偵查中之羈押審查程序，除法律另有規定外，得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」

#### 2.交通權（或稱自由溝通權或接見通信權）

本法第34條第1及第2項規定：「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。（第1項）辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。但接見時間不得逾一小時，且以一次為限。接見經過之時間，同為第九十三條之一第一項所定不予計入二十四小時計算之事由。（第2項）」

#### 3.在場權及陳述意見權

本法第245條第2項規定：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時**在場**，並得**陳述意見**。」

#### 4.聲請調查證據權及詢問權

本法第163條第1項規定：「辯護人得**聲請調查證據**，並得於調查證據時，**詢問證人、鑑定人或被告**。審判長除認為有不當者外，不得禁止之」。

#### 5.出庭辯護權

審判期日，應傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人。由此可見辯護人有出庭辯護之權利。（本法第271條及第289條參照）

#### 6.聲請權

辯護人得自行或代當事人聲請法官或檢察官迴避（§§18、26）、聲請回復原狀（§67 I）、聲請繼續審判（§298）。（本法第18、26、67及298條參照）

### (二)辯護人之義務

#### 1.忠實辯護義務

依最高法院96年度台上字第5673號判決所揭示：「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，搜求證據，**盡其忠實辯護**誠信執行職務之義務。..刑事訴訟法第三百七十九條第七款規定「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令」，**此之所謂未經辯護人到庭辯護，依辯護制度之所由設，除指未經辯護人到庭外，尚包括辯護人雖經到庭而未盡其忠實辯護之義務在內。**」

#### 2.保密義務

例如本法第245條第2項規定，辯護人除依法令或為維護公共利益或保護合法權益有必要者外，偵查中因執行職務知悉之事項，不得公開或揭露予執行法定職務必要範圍以外之人員。

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）

命題意旨	本題在測驗對於四種無令狀搜索的掌握程度，基本上是送分題。
答題關鍵	完整引用無令狀搜索之條文，即可獲得高分。
考點命中	《高點刑事訴訟法講義》第二回，錢律編撰，頁120-130。

#### 【擬答】

茲就無令狀搜索之規定細釋如下：

#### (一)刑事訴訟法（下同）第130條附帶搜索

條文規定：「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。」

#### (二)第131條第1項發現嫌犯之緊急搜索

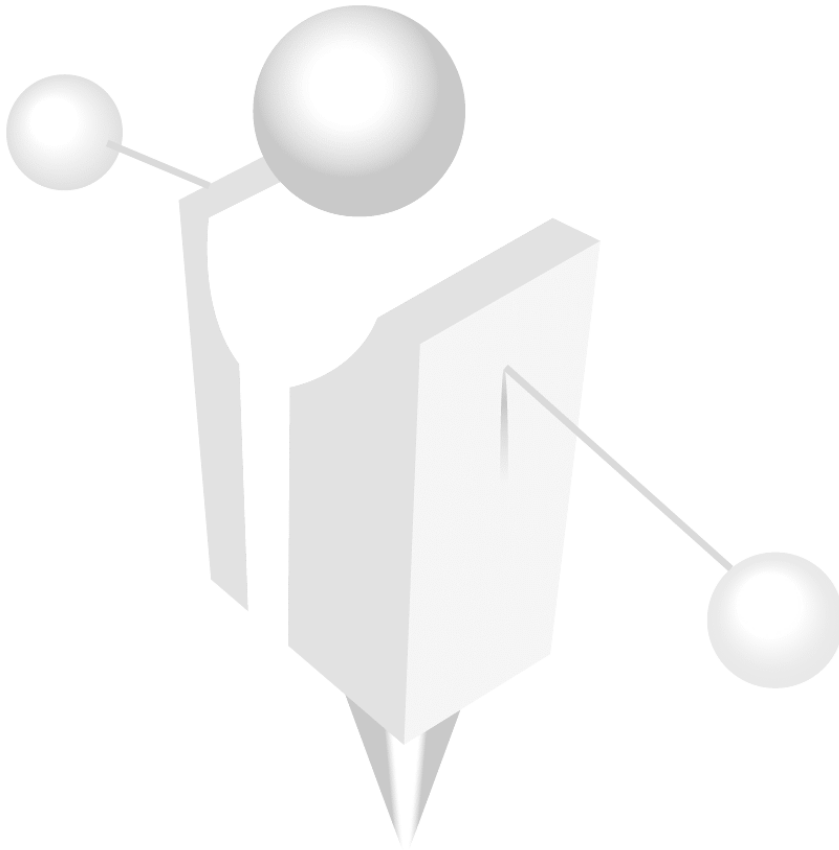
條文規定：「有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：一、因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。三、有明顯事實足信有有人在內犯罪而情形急迫者。」

#### (三)第131條第2項證據保全之緊急搜索

條文規定：「檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長。」

(四)第131條之1同意搜索

條文規定：「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。」



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！