

99年特種考試地方政府公務人員考試試題

代號：31780 全一頁

等 別：三等考試

類 科：法制

科 目：民事訴訟法與刑事訴訟法

考試時間：2 小時

座號：_____

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

- 一、原告甲向法院訴請被告乙應返還借款新臺幣一百萬元，訴訟進行中，法院於送達言詞辯論通知書給甲後，甲卻因急病死亡，遺有配偶 A 和 25 歲之子 B。法院和乙皆不知甲死亡之事，於言詞辯論期日，僅乙到場，乙聲請對甲一造辯論，法院准許乙辯論後，判決駁回甲之訴，問：此判決是否合法？A、B 應如何救濟？（25 分）
- 二、甲以新臺幣（下同）八萬元之代價和乙訂立購買某輛中古汽車之契約，甲付清價金八萬元給乙後，乙並未依約交付甲汽車，甲因此向管轄地方法院提起請求判令乙應交付給甲該汽車之訴訟。問：甲之訴應適用何種程序？若訴訟進行中，乙之車庫失火，該汽車被燒毀，問：法院或審判長應如何處理原告之訴？（25 分）
- 三、何謂同一性案件？試問下列情形應如何處理？理由為何？（25 分）
 - (一)此種案件，產生競合管轄之情形。
 - (二)此種案件，先後起訴於同一法院。
 - (三)此種案件，先後起訴於同一法院，但先起訴之部分經查並不合法。
- 四、刑事訴訟法第 158 條之 4 規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」試問：檢察官違法搜索被告住所並扣押所取得之證據，應如何判斷認定該證據有無證據能力？（25 分）

三、

答：(一)同一性案件之定義：

先後起訴之二訴，檢察官起訴的事實與法官裁判的事實，為同一被告、同一犯罪事實者。

(二)認定標準：以實體法之刑罰權是否相同為判斷標準：

1.被告同一：以起訴狀所指為被告之人是否同一為準：

原則：表示說（訴狀），例外：行動說（實際行為之人）。

2.犯罪事實同一：應以刑罰權對象的客觀事實是否同一為準：

(1)事實上同一：

舊說：基本事實關係同一說。標準為以社會事實關係是否相同為準。實務基於訴訟經濟，多採之。

新說：訴之目的、侵害行為內容是否同一說。基於保障人權之考量，標準為以訴之目的及侵害性行為是否雷同，犯罪構成要件是否具有共同性為準，若二罪名之構成要件具有相當程度之吻合而無罪質之差異時，即可謂具同一性。即原告請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經原告則為訴訟客體之社會事實關係為準。

(2)法律上同一：

基本事實雖不相同，但在實體法上當作一罪，刑罰權只有一個，故法律上事實關係亦僅有一個，仍屬同一事實。

(三)起訴之一事不再理：

亦即已起訴之同一案件，不得重複起訴。

1.判決確定前再行起訴：重複起訴之禁止→競合管轄刑訴第 8 條之問題。

(1)先提公訴，再提公訴：若屬同法院：§ 303 ②；不同法院：303 ⑦

(2)先提公訴，再提自訴：因 § 323I→生 § 334（公自訴競合）

(3)先提自訴，再提公訴：303 ②或⑦。尚須注意者，為非告訴乃論之罪，若於自訴前已提起偵查，則適用 § 323I→ § 334

(4)先提自訴，再提自訴：§ 343 準用 § 303 ②或⑦

2.判決確定後再行起訴：稱一罪不二罰或雙重危險之禁止。

(1)再提公訴：§ 302 ①

(2)再提自訴：§ 343 準用 § 302 ①

3.先後起訴於同一法院，但先起訴之部分經查並不合法：

(1)先起訴因起訴不合法駁回後，後起訴之部分再予以審判。

(2)兩訴已判決確定→先訴先判決確定：後訴提非常上訴改判（441→379 ⑤→447I ①改判 364 準 303 ⑦，非 302 ①）

(3)後訴先判決確定→先訴判決時，後訴已確定：釋字 47 採免訴說。

故 302 ①→指對先訴，因訴訟經濟、既判力尊重。

(4)先訴判決時，後訴未確定：釋字 168 認為應對後訴提非常上訴，依 303 ②或⑦諭知不受理。

四、

答：(一)搜索要件：

1.發現被告或犯罪證據或可得沒收之物為目的。

- 2.被告：限必要時，故需有合理根據（合理懷疑），至少有犯行存在，不能僅因執行者主觀推測或認知決定。對第三人則以相當理由為限，故偵查機關需提出足以認定應扣押物存在之具體資料。
- 3.採相對法官保留：偵查中檢以書面向法院聲請（128 之 1 一項）。司警於必要時報請檢察官許可後，向法院聲請。

(二)有令狀搜索為原則，無令狀搜索為例外：

- 1.按刑事訴訟法第 131 條第一項規定：「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、有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。」定有明文。
- 2.是以，逕行搜索為無令狀搜索之一種，檢察官為逮捕罪犯、防止脫逃及保護執法人員安全時，得無令狀搜索被告等之住宅，然有鑑於無令狀搜索戕害人民基本權之情形，與有令狀原則法官得以事先審查相較更益嚴重，從而，刑事訴訟法第 131 條第三項規定：「前二項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。」故採事後陳報制，落實人權保障之立法精神。職此，檢察官若違法搜索被告住宅並扣押而得之證物，爰依刑事訴訟法第 131 條第四項規定：「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」

(三)法院審查標準－刑事訴訟法第 158-4 條之權衡理論：

刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，實施刑事訴訟程序之公務員因違反法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益均衡維護。此規定確定證據排除之立法原則，除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，對於違背法令所取得之證據，目前採取日本法之相對排除理論，而非絕對排除說，其理由於避免產生對犯罪無法訴追之窘境。依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌 A.違背法定程序之情節 B.違背法定程序時之主觀意圖 C.侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重 D.犯罪所生之危險或實害 E.禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果 F.偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性 G.證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準。