

## 書記官、執行員、執達員

## 《訴訟法概要》

一、甲（住台北市）主張：乙（住台北縣永和市）積欠借款新台幣壹佰萬元，向台北地方法院聲請對乙發支付命令，乙抗辯本聲請案應專屬板橋地方法院管轄，而提出異議後轉入通常程序，由台北地方法院為終局判決。

問：此判決是否合法生效？（二十五分）

命題意旨	考驗同學對於專屬管轄、任意管轄之概念是否清晰。
答題關鍵	支付命令異議後，視為起訴，即應適用通常訴訟程序之規定來認定管轄之問題。
參考資料	1. 訴訟法概要，廖律師、吳律師，P1-3 17。 2. 民事訴訟法概要，廖律師，P1-12 14。

## 【擬答】

民事訴訟法第五百零八條規定：「債權人之請求，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，得聲請法院依督促程序發支付命令。」同法第五百零九條規定：「支付命令之聲請，專屬債務人為被告時，依第一條、第二條或第六條規定有管轄權之法院管轄。」而同法第一條即是所謂之普通審判籍，是規定由被告住所地法院為管轄法院，是以本件甲聲請法院對乙發支付命令，應以乙住所地法院為管轄法院，此性質上屬於專屬管轄，職故本件應向板橋地方法院聲請發支付命令。而乙收到支付命令後如於法定期間內聲明異議，依同法第五百十九條第一項規定：「債務人對於支付命令於法定期間提出異議者，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視為起訴或聲請調解。」是乙提出異議後，本件支付命令失效，依法視為起訴進入通常程序，並無錯誤，然而台北地方法院若為終局判決，是否合法有效？本件視為起訴進入通常訴訟程序，依法仍應由乙之住所地法院即板橋地方法院為管轄法院，台北地方法院應為移送之裁定始符合規定，惟本件訴訟標的為借款之法律關係，並非專屬管轄，是台北地方法院雖違反管轄權之規定而為終局判決，但是依同法第四百五十二條規定第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決。除違背專屬管轄之規定者，構成例外。是以本件判決違反任意管轄之規定，但仍合法有效，應屬無疑。

二、原告 A（住台南市）訴請台南地方法院判命被告 B（住師（住台中市）應訴。B 敗訴後，由 C 律師代收送達判決書，並代理提起第二審上訴。問：應如何計算其法定期間？（二十五分）

命題意旨	該題為傳統考題，是測驗同學對於民事訴訟法第七十條訴訟人代理之權限以及是否需扣除在途期間是否充分了解。
答題關鍵	最高法院四十四年台抗字第一九二號判例之內容應加以注意，以及對於民事訴訟法第七十條、第一百六十二條之條文應熟記。
參考資料	1. 訴訟法概要，廖律師、吳律師，P1-91 92，題目廿。 2. 訴訟法概要，廖律師、吳律師，P1-92，題目廿一。 3. 民事訴訟法概要，廖律師，P1-93。

## 【擬答】

- (一) 民事訴訟法第七十條規定：「訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權。但捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或再審之訴及選任代理人，非受特別委任不得為之。關於強制執行之行為或領取所爭物，準用前項但書之規定。如於第一項之代理權加以限制者，應於前條之委任書或筆錄內表明。」而所謂「訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權」，係指凡不屬該條項但書所定應受特別委任之事項均包含在內，代受送達亦為一切訴訟行為之一種，訴訟代理人當然有此權限，其基此所為之代受送達，即與委任之當事人自受送達生同一之效力（參照最高法院四十四年台抗字第一九二號判例）。是本件 B 委任 C 律師的話，不論有無特別代理權，C 律師當然有收受判決送達之權限。
- (二) 民事訴訟法第四百四十條規定：「提起上訴，應於第一審判決送達後二十日不變期間內為之。但宣示後送達前之上訴，亦有效力。」C 律師有代為收受送達之權限，收受判決當日即表示 B 本人已收到判決，是從收到判決翌日開始計算上訴期間二十日。但同法第一百六十二條規定：「當事人不在法院所在地居住者，計算法定期間，應扣除其在途之期間。但有訴訟代理人住居法院所在地，得為期間內應為之訴訟行為者，不在此限。前項應扣除之在途期間，由司法行政最高機關定之。」而本件題目未交代 C 律師有無上訴之特別代理權，是應分別處理。如 C 律師無上訴第二審之特別代理權，而提起上訴，應命其補正該瑕疵，然因 B 住在法院轄區內，並無扣除在途期間之問題。如果 C 律師有為 B 上訴第二審之特別代理，但是該條僅規定當事人不在法院所在地居住，始有扣除在途期間之問題，是 B 本人居住在法院所在地內，縱算有特別代理權之 C 律師住在台中，管見認為亦毋庸扣除在途期間。



三、有夫之婦乙與同事丙通姦，乙之夫甲對乙、丙之通姦行為，如提起自訴，其自訴是否合法？如為告訴，告訴是否合法？如甲自訴後，再向檢察官告訴，檢察官對該告訴應如何處理？如甲向檢察官告訴，經檢察官開始偵查，甲又向法院自訴，法院應如何判決？（二十五分）

命題意旨	測驗考生是否悉刑事訴訟法第 321、323 條關於自訴提起已限制規定
答題關鍵	針對問題，依據法修明文規定詳？作答，必須提起： 1.配偶間不得提起自訴之限制； 2.犯通姦罪之配偶為專屬告訴犯人； 3.新法 § 323 改採公訴優先原則，其但書之例外規定。
參考資料	1. 訴訟法概要，廖律師、吳律師，P2-4 5、2-9 10、2-12、2-17。 2. 刑事訴訟法概要，陳律師，P2-13 14、2-16、2-34 37。 3. 刑事訴訟法概要，陳律師，P2-53 54，問題十三。 4. 刑事訴訟法概要，陳律師，P2-54 55，問題十四。 5. 刑事訴訟法概要，陳律師，P2-60 61，問題十九。 6. 高點，刑事訴訟法概要 / 訴訟法概要
參考文獻	林鈺雄，刑事訴訟法下冊（2001 年 10，二版），第 564 頁以下，第 638 頁以下及第 641 頁以下。元照出版。

### 【擬答】

#### 一、實體部分

(一)乙、丙二人犯刑法第二百三十九條之通姦罪。

(二)依據刑法第二百四十五條第一項規定，通姦罪為告訴乃論之罪，若甲未對乙事前縱容或事後宥恕（刑法第二百四十五條第二項），對乙自得提起告訴。

#### 二、程序部分

(一)甲對乙、丙提起自訴是否合法？

1.甲對乙提起自訴不合法。

(1)甲為乙之配偶，乃通姦罪之直接被害人，依據刑事訴訟法（以下簡稱本法）第三百一十九條第一項規定，本得提起自訴，惟關於自訴，本法有若干限制之規定。

(2)依據本法第三百二十一條規定，對於配偶不得提起自訴。所以甲雖為犯罪之直接被害人，但對其配偶乙不得提起自訴，如對之提起自訴，法院應為不受理判決（本法第三百三十四條）

2.甲對丙提起自訴亦不合法

(1)丙為相姦人，本法既未明文限制對相姦人不得提起自訴，依據本法第三百一十九條規定，本應得提起自訴。

(2)惟實務見解向來認為，告訴乃論之罪，對於共犯之一人不得自訴者，依據「告訴不可分」之原則（本法第二百三十九條），對於共犯之其他人亦不得自訴（司法院院字第三六四號解釋；最高法院二十九年上字第二三三三院判例），惟實務此種擴張不得自訴亦有告訴不可分之見解，迭遭學者批評。

3.結論

(1)依據實務見解，甲對乙、丙均不得自訴，提起自訴不合法，應為不受理判決（本法第三百三十四條）

(2)依據學者見解，甲對丙之自訴似無不得提起之理。

(二)甲對乙、丙告訴是否合法？

1.依據本法第二百三十二條及第二百三十三條第二項之規定，甲為通姦罪之直接被害人，且為乙之配偶，乃專屬告訴權人，僅甲得對乙、丙提出告訴。

2.乙、丙為通姦罪之必要共犯，依據本法第二百三十九條本文之規定，甲即使僅對乙、丙其中一人提出告訴，效力亦及於他共犯。

(三)甲提出自訴後，向檢察官告訴，應如何處理？

1.依據本法第三百二十四條規定，同一案件經提起自訴者，不得再行告訴，如提出告訴，檢察官應依本法第二百五十五條「其他法定理由」為不起訴處分。

2.本件甲不得提起自訴，法院應為不受理判決，此時檢察官如又依第二百五十五條為不起訴處分，對甲豈非不公？解決之道係法院應將不受理判決送達於該管檢察官，檢察官接受不受理判決後，認為應提起公訴者，應即開始或續行偵查（本法第三百三十六條第二項），不受本法第二百六十條之限制。

(四)甲告訴，經檢察官偵查，甲之提起自訴，法院須應如何判決？

1.依據民國 89 年 2 月修正公布之現行本法第三百二十三條第一項本文之規定，對於檢察官偵查中之案件提起自訴者，改採「公訴優先原則」，亦即同一案件經檢察官開始偵查者，不得再行自訴（本法第三百二十三條第一項本文）

2.惟本條第一項但書對於「公訴原則」訂有例外之規定，告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限。亦即告訴乃論之罪之直接被害人即便案件已經檢察官開始偵查，亦得例外向法院提起自訴，以保障被害人之訴訟權。

3.本件甲為告訴乃論之罪通姦罪之直接被害人，依據本法第三百二十三條第一項但書之規定，得提起自訴，檢察官依同條第二項之規定應停止偵查。



- 4.惟本件甲依據本法第三百二十一條規定，及實務向來見解，對乙、丙均不得自訴，所以甲所提起者係不合法之自訴，法院仍應依本法第三百三十四條為不受理判決。
- 5.為免案件在程序判決中來來回回，解釋上如開始偵查後所提之自訴為不合法之自訴，有學者建議檢察官毋庸停止偵查。

四、甲酒醉駕車，被警察路檢發現而移送法辦。檢察官告知甲，如甲願意配合地方法院檢察署酒醉不駕車之宣導活動，即不予起訴。檢察官如此作為是否合法？試依刑事訴訟法規定說明之。（二十五分）

命題意旨	測驗考生知否今年2月甫增訂施行之「緩起訴」制度
答題關鍵	考生必須針對「緩起訴」之意指及相關規定回答
參考資料	高點，鐘老師，總複習講義第二回，第1頁以下。

#### 【擬答】

一、今年（民國91年）2月8日刑事訴訟法（以下簡稱本法）作出重大之修正，其中基於訴訟經濟之目的及因應當事人進行主義，特仿德、日等國之規定，增訂「緩起訴」制度，於本法第二百五十三條之一至第二百五十三條之三訂有明文。

#### 二、緩起訴之意義及要件

（一）緩起訴是指雖然合乎起訴要件及門檻，惟檢察官基於便宜原則的考量（尤是一般預防與特別預防之目的），課予被告一定的負擔或指示後，予以暫緩起訴之裁量處分。緩起訴就其效果言，類似不起訴處分，但是，若被告並未遵守其負擔或指示者，或符合一定法定要件者，檢察官得撤銷該處分，其後可能該案件提起公訴，就此而言，可謂附條件的暫緩起訴處分。

#### （二）要件

##### 1.前提要件：

緩起訴之本質為「暫緩起訴」，所以必須足認被告者有犯罪嫌疑（本法第二百五十一條），達到起訴之法定門檻，始得為之。

##### 2.形式要件：

（1）本法規定並非所有之罪均為緩起訴，得為緩起訴之要件限於「死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪」（本法第二百五十三條之一第一項前段）。

（2）本件甲酒醉駕車，所犯為刑法第一百八十五條之三的「不能安全駕駛」罪，為最重本刑一年以下有期徒刑之罪，符合得為緩起訴之罪之範圍。

##### 3.實質要件：

（1）對於符合上述範圍之罪之案件，檢察官尚應參酌「刑法第五十七條所列事項」及「公共利益之維護」，認為以緩起訴為適當者，始得為緩起訴（本法第二百五十三條之一第一項後段）。

（2）本件甲酒醉駕車，如尚未發生致人於死傷或其他毀損之情形，檢察官參酌刑法第五十七條事項，如犯罪之動機、目的、手段、品行、犯罪所生危險或損害、犯罪後之態度是否良好等，另考量與公共利益維護間之利益衡量，得為緩起訴處分。

#### （三）緩起訴之內容

1.檢察官為緩起訴處分，得定「一年以上三年以下之緩起訴期間」（本法第二百五十三條之一第一項）。

2.課予被告負擔或指示：

（1）本法第二百五十三條之二另規定，檢察官為緩起訴處分，得命被告於一定期間遵守或緩行以下事項，學說上稱此為「負擔」或「指示」：

- ①向被害人道歉。
- ②立悔過書。
- ③向被害人支付相當數額之財產或非財產之損害賠償。
- ④向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。
- ⑤向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
- ⑥完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
- ⑦保護被害人安全之必要命令。
- ⑧預防再犯所為之必要命令。

（2）本件檢察官告知甲「配合地方法院檢察署酒醉不駕車之宣導活動」，即不予起訴，如係要甲提供一定時數之義務勞動或係要「預防甲再犯」之指示，解釋上即屬前述第五款之負擔或第七款之指示，所為合法，唯需注意，如係命甲為第五款之負擔者，應得被告之同意（本法第二百五十三條之二第二項）。



(3)另須留意者，檢察官所為前述負擔或揭示，除應附記於緩起訴處分書內，且期間不得逾緩起訴期間（本法第二百五十三條之二第三、四項）。

三、結論：檢察官所為如符合以上規定，即屬合法之「緩起訴」處分。

