

《訴訟法概要》

- 一、司法院大法官於釋字第四八二號解釋理由書謂：「憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。…」問：何謂聽審請求權？請舉民事訴訟法上之規定說明之。(25分)

命題意旨	本年考題均著重在 89 年之修法內容，亦即邱聯恭老師之相關見解，對考生而言，如平時對邱師之見解未有接觸，又將修法重點擺在 92 年之部分，今年之考題對同學而言實有突襲之感。
答題關鍵	先點出「聽審請求權」之意義及基礎，再從中衍伸相關之制度，於條文之表明時，一邊輔以相關概念即可。
高分閱讀	1.侯律師四等總複習講義，頁 37、38 2.侯律師總複習補充資料—「89 年級 92 年修法重點整理」，頁 2~5 3.司法人員四等考試用書—《民事訴訟法概要》，頁 1-122~1-126、頁 1-143、頁 2-55~2-63 4.重點整理系列—《民事訴訟法 I》，喬律師著。頁 1-7~1-9 聽審請求權（相似度 85%） 5.重點整理系列—《民事訴訟法 II》，喬律師著。頁 A-12~A-32：聽審請求權（相似度 85%） 6.圖說系列—《民事訴訟法 I》，邱宇著。頁 2-1~2-8：訴訟程序之前導法理（相似度 80%） 7.重點整理系列—《民事訴訟法概要》，蔡律師著。頁 2~7：民事訴訟之原理原則（相似度 70%）

【擬答】

- (一)「聽審請求權」係指當事人基於憲法保障訴訟權所賦予之程序主體權，得請求法院在做成判決時給予相當之程序保障，即保障其能參與該審判程序為充分之攻擊防禦、陳述事實上法律上意見及辯論之機會，藉以影響裁判程序進行之過程與結果即當事人有請求法院聽審之權利，此即所謂「聽審請求權」之保障。而「聽審請求權」之承認，既係源於尊重人之尊嚴、尊重個人之基本人格，是以其目的除追求真實及正確之裁判外，尚與程序主體權相同，同時亦有助於促進訴訟以達迅速之裁判。當事人亦得藉此等權利追求其實體利益及程序利益平衡點上之信賴真實。
- (二)聽審請求權既係使當事者有權於訴訟進行中提出足以影響訴訟之訴訟資料、攻防方法、及意見陳述，故此等保障自須於訴訟中相當之制度加以獲取之。故於訴訟程序之設計上，自應設計使當事人易於提出相關之訴訟資料、法院於訴訟指揮上亦應朝向使當事人充分具有此等權利之方向進行。其於民事訴訟法上之規定大致如下：
- 1.採用言詞辯論主義、直接審理主義、公開主義相結合之審理模式，有助於聽審請求權之貫徹。
基於民主權及保障人權之觀點，有關本案之審理及裁判，必需在任何人都能到法院旁聽之狀況下進行，使一般大眾能積極參與法律形成過程，促使國民信賴審判(法院組織法§86)。然而基於程序主體權及程序選擇權之法理，在無害公益的範圍內，容許雙方當事人合意、基於某些事件類型或保護當事人隱私權、營業秘密之情形，得適用不公開主義。以避免因採公開主義，而需花費過多勞力、時間、費用(民事訴訟法§195-1)。
而依民事訴訟法§221：「判決，除別有規定外，應本於當事人之言詞辯論為之。法官非參與為判決基礎之辯論者，不得參與判決。」因此，為本案判決之法官，必須親自聽取當事人辯論、並親自調查證據，根據其聽取之辯論及調查證據之結果來下判決；直接接觸兩造當事人所主張之事實及所提出之各項訴訟資料，以作為日後判決之基礎。即強調法院要作任何事實及證據認定、及本案判決者，必須係由該法院親自為之。而採取言詞審理主義係為達成「直接審理主義」之最有效手段。蓋透過當事人之言詞陳述，法院得直接經由當事人言詞的辯論而得到心證，且最易達成公開主義之功能。惟言詞審理主義雖有其優點，但若當事人陳述之內容複雜時，則容易脫落或遺忘。故民事訴訟法乃持言詞審理與書狀審理並行，強調書狀之重要性，以彌補言詞審理之不足：如先行書狀先行程序(§265~ §268)、第二審上訴需附理由狀(§441)等。
 - 2.當事者權之保障亦應為防止當事人相互突襲、聽審請求權保障之必要內容。
按當事者權之保障，除辯論權外，尚包含當事人公開主義，係指法院在調查證據時，當事人有「在場見證權」、「卷宗閱覽權」依民事訴訟法§242 第一項之規定：「當事人得向法院書記官聲請閱覽、抄錄或攝影卷內文書」同條第三項之規定：「卷內文書涉及當事人或第三人隱私或業務秘密，如准許前二項之聲請，有致其受重大損害之虞者，法院得依聲請或依職權裁定不予准許或限制前二項之行為。」
 - 3.而法院於訴訟程序上公開心證、表明法律見解、賦予當事人提出事實、證據及法律見解之機會，亦為保障聽審請求權及證據提出權所必要之程序。
按法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人；調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論；審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律，為適當完全之辯論，並應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述，其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之，民事訴訟法第 296-1 條第一項：「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。」、第 297 條第一項：「調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論。」及第 199 條：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或

補充之。」、第 199-1 條：「依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足者，審判長應曉諭其敘明或補充之。被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。」等數條文中均分別定有明文。

二、在何種情形，證人得以書狀為陳述？（25 分）

命題意旨	本題屬基本題型，主在測驗考生對『證據方法』之基本概念。
答題關鍵	此部份係民事訴訟法 89 年修法時所增訂，就法條之相關規定依序論述即可。
高分閱讀	1.侯律師四等總複習講義，頁 37～38 2.侯律師總複習補充資料－「89 年級 92 年修法重點整理」，頁 4～6 3.司法人員四等考試用書－《民事訴訟法概要》，頁 2-71～2-74 4.學說精要系列－《民事訴訟法(中)》，許律師著。頁 7-129～7-130：證人到場義務之例外（相似度 85%） 5.錦囊系列－《民事訴訟法 I》，林俐、邱宇著。頁 5-158～5-159：證人以書狀陳述之情形（相似度 90%） 6.重點整理系列－《民事訴訟法 I》，喬律師著。頁 9-61～9-62：證人到場義務之例外（相似度 85%） 7.法學圖說系列－《民事訴訟法 II》，邱宇著。頁 42-3～42-4：證人到場義務之例外（相似度 80%） 8.重點整理系列－《民事訴訟法概要》，蔡律師著。頁 2-64～2-67：證人到場義務之例外（相似度 85%）

【擬答】

- (一)「證人」係指在他人之訴訟案件中，陳述自己所見所聞具體事實之第三人，為證據之一種，故凡居住於我國領域內，應服從我國法權之人，無分國籍身分，均有在他人案件中作證之義務，俾能發見事實真相，證人如受合法之通知，無正當理由而不到場者，即有相關罰鍰及拘提之規定（民事訴訟法第 302 條、第 303 條）。再者，自訴訟制度之目的觀之，民事訴訟制度係「言詞審理主義」、「直接審理主義」，有保障當事人對證人發問權之相關規定，為落實上開發問權之規定，是以證人原則上即具有「到場作證而為陳述」之義務。然為因應現代科技之進步與發展，以及訴訟制度之彈性，訊問證人之方式，除傳統之當庭訊問或就地訊問外，現行法中另有證人得以書狀為陳述之特殊規定。
- (二)追求當事人之信賴真實，得平衡當事人考量其實體利益及程序利益，在無礙於保護當事人實體利益下，賦予當事人優先追求程序利益之機會，尊重當事人之程序選擇權，亦有助於防止突襲性裁判。其相關規定如下：
- 依民事訴訟法第 305 條第二項之規定：「證人須依據文書、資料為陳述，或依事件之性質、證人之狀況，經法院認為適當者，得命兩造會同證人於公證人前作成陳述書狀。」
 - 同條第三項之規定：「經兩造同意者，證人亦得於法院外以書狀為陳述。」
 - 同條第四項之規定：「依前二項為陳述後，如認證人之書狀陳述須加說明，或經當事人聲請對證人為必要之發問者，法院仍得通知該證人到場陳述。」
 - 同條第六項前段之規定：「證人以書狀為陳述者，仍應具結，並將結文附於書狀，經公證人認證後提出。」
 - 第 313-1 條之規定：「證人以書狀為陳述者，其具結應於結文內記載係據實陳述並無匿、飾、增、減，如有虛偽陳述，願受偽證之處罰等語，並簽名。」

三、羈押之撤銷與羈押之停止，其原因各為何？兩種有何不同？（25 分）

命題意旨	此題為今年度時事題重要考點，同學若有注意近期羈押相關時事，本題應能駕輕就熟。針對羈押撤銷與羈押停止相關的刑事訴訟法單元為『強制處分』，往年強制處分裡面，最重要的就是羈押的問題，因為今年有時事的討論，因此更顯重要。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.羈押撤銷與羈押停止之原因為何？2.對原來裁定效力之差別？3.是否可以再執行羈押？本題是相當基本的申論題型。欲得高分除了應該要將重點書寫出來以外，更應該針對兩者間的差異做出比較並分點分項敘述，如此作答始能獲致高分！
高分閱讀	1.法學圖說系列－《刑事訴訟法 I》，史奎謙著。頁 4-106～4-111：停止羈押與撤銷羈押（相似度 90%） 2.重點整理系列－《刑事訴訟法概要》，安律師著。頁 1-102～1-115：羈押之撤銷與羈押之停止（相似度 90%） 3.邢政大，《刑事訴訟法》第三回，頁 39～46。 4.林鈺雄，《刑事訴訟法(上)》，頁 333～341。 5.林俊益，《刑事訴訟法概論(上)》，頁 266～293。

【擬答】

羈押係指將被告拘禁於一定場所（看守所），防止被告逃亡及保全證據，以完成訴訟並保全刑事程序為目的之強制處分

(一)撤銷羈押

係指因法定原因發生使羈押歸於消滅，撤銷羈押分為當然撤銷羈押與視為撤銷羈押，各依其內涵分述如下：

1.當然撤銷羈押

- (1)定義：羈押於其原因消滅或羈押期間已逾原審判決之刑期者，應即撤銷羈押，將被告釋放 (§107、§109)。
- (2)程序進行：被告、辯護人及得為被告輔佐人之人得聲請法院撤銷羈押。檢察官於偵查中亦得為撤銷羈押之聲請。
- (3)法院審查：法院對於前項之聲請得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之人陳述意見。

2.視為撤銷羈押

- (1)羈押期間屆滿，延長羈押裁定未經合法送達，視為撤銷羈押 (§108 II)。
- (2)羈押期間屆滿未經起訴或裁判者 (§108 VII)
- (3)被告受不起訴 (含緩起訴) 之處分
- (4)被告經特定判決 (無罪、免訴、緩刑、罰金、易以訓誡或§303 不受理判決)

(二)羈押停止

1.概念：

係指羈押原因仍在，但無羈押必要，而以具保、責付或限制住居為代替手段，暫時停止羈押之執行而使被告免受拘禁自由。法院許可停止羈押時，得命被告應遵守下列事項：定期向法院或檢察官報到、不得對被害人、證人、鑑定人、辦理本案偵查、審判之公務員或其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、家長、家屬之身體或財產實施危害或恐嚇之行爲。因第 114 條第 3 款之情形停止羈押者，除維持日常生活及職業所必需者外，未經法院或檢察官許可，不得從事與治療目的顯然無關之活動、其他經法院認為適當之事項。

2.具保：係指以命提出保證書並命繳納相當之保證金額為代替手段，而釋放被告。

- (1)具保聲請：檢察官於偵查中得聲請法院命被告具保停止羈押。被告及得為其輔佐人之人或辯護人，得隨時具保，向法院聲請停止羈押。
- (2)法院審查：法院得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之人陳述意見。偵查中法院為具保停止羈押之決定時，除有第 114 條駁回聲請停止羈押之限制及第 110 條第 2 項檢察官於偵查中聲請法院命被告具保停止羈押之情形者外，應徵詢檢察官之意見。
- (3)具保效果：釋放被告、沒入保證金
- 3.責付：羈押之被告，得不命具保而責付於得為其輔佐人之人或該管區域內其他適當之人，停止羈押。受責付者，應出具證書，載明如經傳喚應令被告隨時到場。
- 4.限制住居：羈押之被告，得不命具保而限制其住居，停止羈押。
- 5.停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押再執行羈押之期間，應與停止羈押前已經過之期間合併計算 (§117)：
 - (1)經合法傳喚無正當之理由不到場者。
 - (2)受住居之限制而違背者。
 - (3)本案新發生第 101 條第 1 項、第 101 條之 1 第 1 項各款所定情形之一者。
 - (4)違背法院依前條所定應遵守之事項者。
 - (5)所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，被告因第 114 條第 3 款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。

(三)小結

- 1.羈押之撤銷，係因羈押之原因完全消失而不存在，或是因為具有法定原因，所以視為撤銷羈押；而羈押之停止，係指羈押之原因未消失，只是因為無繼續執行羈押之必要，因此停止。
- 2.羈押之撤銷原羈押裁定消滅；羈押之停止原羈押之裁定仍在存在，只是暫時停止執行。
- 3.羈押撤銷後，除另有羈押之聲請，否則不得再執行羈押；而羈押之停止可再執行羈押。

四、已婚之甲男與未婚之乙女友通姦行為。甲的妻子丙女在民國九十五年三月知道此事之後，在九十五年五月與甲離婚。問：在九十五年七月時，(25 分)

(一)丙可否向檢察官僅限定對乙提出通姦罪的告訴？

(二)若丙未提告訴，可否直接向法院對甲、乙兩人提起自訴？

命題意旨	本題為相當傳統的考古題，出題老師在測試考生對「告訴不可分」及「不得自訴不可分」是否瞭解，並測驗考生是否熟悉實務內涵，像此類考題有大法官解釋作為依據，考生結論必須要以大法官解釋為依歸。刑事訴訟法中與大法官解釋有關的字號並不多，但都相當重要，因此在第二小題中，考生必須要寫到有關釋字 569 號見解，答題才算完整。
答題關鍵	應掌握之基本重點有：1.告訴主觀不可分之效力。2.告訴不可分是否及於不得自訴不可分？3.釋字 569 號見解。本題是相當基本的實例題型，考生應將老師考點的概念先敘明，再以三段論法方式涵攝本題得出結論，按照題目兩個小題的內容分點分項論述之。
高分閱讀	1.書記官考場特刊，訴訟法大意第十一題：配偶間不得提起自訴之限制、專屬告訴權人 (相似度 90%) 2.重點整理系列－《刑事訴訟法概要》，安律師著。頁 2-8～2-16：告訴 (相似度 80%)；頁 2-51～2-61：自訴 (相似度 80%) 3.史奎謙，《刑事訴訟法 I》，高點出版，頁 4-30～4-42。 4.邢政大，《刑事訴訟法》第五回，頁 15～19、55～66。 5.林鈺雄，《刑事訴訟法(下)》，頁 49 至 50、143～145

6.林俊益，《刑事訴訟法概論(下)》，頁 31、43~44。

【擬答】

本題涉及『告訴不可分』及『不得自訴不可分』之內涵，試依照題目意旨分別敘述如下：

(一)通姦罪配偶有被害告訴權，因此可以對配偶或第三人提出告訴，對通姦罪共犯之一人提出告訴，效力及於他人，故丙向檢察官對乙提出通姦罪的告訴，效力亦會及於其配偶甲。

- 1.告訴：係指犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實，並為請求追訴之意思表示，若非告訴權人，僅能夠告發犯罪，不能提告訴。而告訴乃論之罪之告訴是發動偵查的原因，也是訴訟要件，若有欠缺無法追訴及處罰，刑法第 239 條通姦罪即屬告訴乃論之罪。
- 2.通姦罪之配偶是因直接被害取得告訴權，故通姦人之配偶得對其配偶或第三人提起告訴，此為配偶之「被害告訴權」。
- 3.被害告訴權是以『犯罪時』是否具有配偶身分為準，而與提出告訴之時無關，犯罪發生之時有配偶身分，其後婚姻消滅者仍得告訴，反之如犯罪發生之時非配偶者，即不得告訴。因此本案已婚之甲男與未婚之乙女有通姦行為，甲的妻子丙女在民國 95 年 3 月知道此事之後，雖於 95 年 5 月與甲離婚，並在 95 年 7 月時提出告訴非甲之配偶的身分，惟被害告訴權係以「犯罪時」有無配偶身分為準，因此丙於甲乙通姦時有甲的配偶身分，因此對甲乙通姦行為仍有告訴權。
- 4.告訴主觀不可分：刑事訴訟法第 239 條規定，告訴乃論之罪，僅對於共犯一人告訴或撤回告訴，其效力及於其他共犯。但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。此為告訴主觀不可分之規定，係指就告訴乃論之罪，對共犯之一人提出提出告訴，效力及於其他共犯。故本案丙對乙提出告訴，因為告訴不可分，所以效力及於通姦罪之共犯甲。

(二)『告訴不可分』不適用於『不得自訴不可分』之情形，因此丙不得對其配偶甲提起自訴，但仍得對第三人乙提起自訴。

- 1.依照刑事訴訟法第 319 條規定，犯罪之被害人得提起自訴。但依照刑事訴訟法第 321 條規定，對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴。因此本題丙為甲之配偶，丙無法對甲提起自訴，而丙不能對甲提起自訴之效力是否及於乙，亦不能對乙提起自訴？此問題涉及刑事訴訟法中是否有「不得自訴不可分」之適用，實務與學說亦具爭議，惟釋字 569 號認為，應無「不得自訴不可分」之適用，茲將此爭議敘述如下。
- 2.告訴不可分是否及於自訴不可分：
 - (1)早期實務：最高法院 29 年上字第 2333 號判例及 29 年非字第 25 號判例，告訴不可分得適用於不得自訴不可分。
 - (2)釋字 569 號認為告訴不可分不及於不得自訴不可分：
 - A.自訴則係由犯罪被害人或其他有自訴權之人自任當事人之原告，對被告犯罪案件向法院起訴，請求審判，其性質與告訴有別，而與公訴相似。
 - B.第 343 條規定：「自訴程序，除本章有特別規定外，準用第 246 條、第 249 條及前章第 2 節、第 3 節關於公訴之規定」，惟不準用同法第 239 條告訴不可分原則，且自訴對人之效力（即主觀之效力）自應準用同法第 266 條「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人」之規定，亦即主觀上可分，從而同法第 321 條禁止人民對於配偶提起自訴之規定，自不應擴張解釋，使及於與其配偶共犯告訴乃論罪之人。
 - C.夫妻之間為維持家庭和諧，不願對配偶進行追訴，在無法單獨對相姦人自訴之情形下，若提出告訴，依同法第 239 條前段之規定，其效力必及於其配偶，於人倫關係之維護，反有不利之影響。如必於告訴之後，再對配偶部分撤回告訴（同法第 239 條後段），以勉勵維持婚姻關係，則亦有虛耗司法資源之虞。
 - D.對人民自訴權之限制，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，與憲法第 239 條規定之意旨不符，應予變更；最高法院 29 年上字第 2333 號判例前段及 29 年非字第 15 號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。

3.本題：

- (1)丙對甲：依照刑事訴訟法第 321 條規定，丙對配偶甲不得提起自訴。
- (2)丙對乙：依照早期實務見解認為告訴不可分得適用於不得自訴不可分，因此丙對甲不得提起自訴，效力及於共犯乙，丙對通姦第三人乙亦不得提起自訴；惟此見解已被大法官釋字 569 解釋認定不再援用，並該號大法官解釋明揭，告訴不可分不適用於不得自訴不可分之情形，因此乙雖不得對其配偶甲提起自訴，但仍得對第三人乙提起自訴，故丙對乙提起自訴合法，法院應為實體審理。

《訴訟法概要》

一、甲以乙、丙為被告，請求分割共有土地，第一審判決准予分割，乙聲明不服，合法提起第二審上訴，嗣後乙單獨具狀向第二審法院聲明撤回上訴，其效力如何？法院應如何處理？(25 分)

命題意旨	本題主要在測驗考生「共同訴訟之類型」以及「共同訴訟牽連原則」其利益與否之判斷標準。
答題關鍵	本題在解法上除要把爭點論述清楚之外，「解題之層次感」亦為重點之一，考生需先定義「乙丙間之共同訴訟類型為何」、其次係民事訴訟法第五十六條「共同訴訟牽連原則」其利益與否之判斷標準、最後方論述九十二年新增之§459II 之規定，用以說明法院應為如何之處理。
高分閱讀	1.高點書記官達人考場特刊 p2-2~p2-3，第 3 題（相似度 60%） 2.重點整理系列－民事訴訟法概要（蔡律師）(L103) P.3-21、P.25：上訴之駁回（相似度 80%） 3.侯律師上課講義補充資料 B1：P14、補充資料 B3：P8

【擬答】

一、乙撤回上訴之行爲其效力為何，應視其與丙構成何種共同訴訟類型而有所不同。

- 1.如題所示，原告甲對乙丙所提起之訴訟，係一請求裁判分割共有物之事件，按此類訴訟其訴訟標的對訴訟人全體必須合一確定，是以依學者通說及實務上一致見解均認，民§824 II 裁判分割共有物之訴訟應為一「固有必要共同訴訟」，依民事訴訟法第五十六條之規定，應有「共同訴訟牽連原則」之適用。即共同訴訟人中一人之行爲，有利於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對全體不生效力。其是否有利益之判斷，依實務見解 52 台上字第 1930 號判例所示：「共同訴訟人中一人之行爲，是否有利益或不利益於其他共同訴訟人，係指於行爲當時，就形式上觀之，非指經法院審理之結果而言。」依上述見解觀之，共同訴訟人中一人提出上訴，應屬對全體有利之事項，而視為全體共同訴訟人一併為該訴訟行爲，因此，乙單獨提起上訴之行爲，其上訴效力亦及於共同訴訟人丙，即丙亦一同視為上訴人。
- 2.乙合法上訴後，嗣後再單獨具狀聲明撤回上訴，其撤回上訴之行爲如合法生效，將使該訴訟在上訴審之係屬溯及消滅，第一審判決將因而確定，如此，依上述行爲有利與否之判斷標準觀之，應屬不利之事項，對全體共同訴訟人不生效力，亦即乙單獨具狀聲明撤回上訴之行爲不生效力，該訴訟仍係屬於上訴審。

二、法院應如何處理此類案件，蓋依上述之判斷標準可知，必要共同訴訟之一人或數人欲撤回上訴時，其係屬對全體不利之事項，是以，依§56□之規定須得其他共同訴訟人之同意，方能合法撤回上訴。然而如丙或其他共同訴訟人行蹤不明、或因無意參與上訴程序，欲令其表示同意撤回上訴不無困難。為避免訴訟久懸不決，並保障當事人之程序權，是以本法於 92 年修正時增定§459II 之規定：「訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，其中一人或數人於提起上訴後撤回上訴時，法院應即通知視為已提起上訴之共同訴訟人，命其於十日內表示是否撤回，逾期未為表示者，視為亦撤回上訴。」，使其他之共同訴訟人於十日內表示是否亦為撤回，逾期未為表示者，視為亦撤回上訴。

【參考資料】

1. 吳明軒，必要共同訴訟人中一人之撤回上訴，《月旦法學教室》第 21 期：P.18~19

二、第一審法院為原告一部勝訴一部敗訴之判決。應送達原告之判決正本於民國九十四年九月一日合法送達，應送達被告之判決正本於同年九月五日寄存送達於其住所地之警察派出所，兩造均未提起上訴，該判決應於何時確定？(25 分)

命題意旨	本題主在測驗考生對『判決確定時點』之熟悉度，以及上訴期間計算，及送達等基本概念。
答題關鍵	如未上訴，判決於上訴期間屆滿時確定，上訴期間之計算係自判決合法送達後起算二十日，至此同學應尚無問題，然而以案例之設計可看出原告以及被告之「合法送達時點」不同，此時應以何者為判決確定之基準，欲導出此結論，同學應稍提及「上訴利益之判斷」以及「上訴不可分」之法理，方為完整。
高分閱讀	1.書記官達人考場特刊，題目 9（相似度 80%） 2.重點整理系列－民事訴訟法概要（蔡律師）(L103)，P.1-103、P.2-104：送達（相似度 80%） 3.侯律師上課講義補充資料 B1：P26；B2：P50；B3：P1~4

【擬答】



一、該判決應於何時確定，依民事訴訟法§398 I 之規定：判決於上訴期間屆滿時確定。但於上訴期間內有合法之上訴者，阻其確定。判決之確定，乃係指當事人已不得以上訴之方式，請求廢棄或變更之狀態，惟上訴制度既為當事人請求上級法院救濟之程序，利用此項程序，自應有其必要性，亦即當事人須受到足以上訴之不利利益，方得提起，此時上訴利益有無之判斷，依通說「形式不服說」之見解觀之，當事人得否上訴，應以『當事人之聲明』與『判決主文』作形式觀察，若判決主文較當事人所聲明者為少者，當事人對下級審敗訴部分即有上訴利益，如題所示，第一審法院為原告一部勝訴一部敗訴之判決，是以原告及被告均有上訴權，本題中兩造既均未提起上訴，因此，該判決自應於上訴期間屆滿時確定。上訴期間之計算，依本法§440 之規定：「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。」此處所稱之「送達」，自係指「判決合法送達」後期間始開始起算，且當事人兩造之上訴期間應於何時屆滿，應分別認定，此外，該二十日之期間既為不變期間，亦應有在途期間之適用(§162)，先予敘明。

1.是以，本題中，判決正本於民國九十四年九月一日合法送達於原告，其上訴期間之計算依本法§161 之規定，其算法與民法之規定相同，係從判決送達之翌日起算二十日為其上訴期間（此觀民法§120 中「其始日不算入」之規定自明）因此，原告之上訴期間應於九十四年九月二十一日屆滿。

2.然被告之部分，其判決正本係以「寄存送達」之方式為之，依本法§138 之規定「I 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、營業所或其就業處所門首，另一份置於該送達處所信箱或其他適當位置，以為送達。II 寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力。III 寄存之文書自寄存之日起，寄存機關應保存二個月。」是以縱使當事人實際上尚未收到，十日後便生合法送達之效力，惟如在此之前當事人已收到，自應以實際領取之時為送達之時，自不待言。因此，本題中被告之部分，應自寄存之日（即九十四年九月五日）起算十日始生合法送達之效力，是以，被告上訴期間之計算係自九十四年九月十五日之翌日起算二十日為其上訴期間，即於九十四年十月五日為被告上訴期間屆滿之日。

二、承上所述，於當事人兩造均有上訴權之情形下，該判決應於何時確定，依「上訴不可分」之法理，只要一方合法提起上訴，該判決全體即不會確定，未上訴之部分，亦暫時不生確定之效果，以待當事人對之為擴張上訴聲明或附帶上訴。因此，該判決應於當事人兩造均無法上訴時始歸於確定，是以本題中，該判決應於被告之上訴期間屆滿之日（即九十四年十月五日）時歸於確定。

三、訊問筆錄與審判筆錄有何區別？請詳述之。(25 分)

命題意旨	本題為傳統考題，主考學生對於「訊問筆錄」與「審判筆錄」二種在刑事訴訟程序中最常出現之筆錄型態的瞭解程度，主要涉及兩條刑事訴訟法§41 與§44 之規定，只要能夠將此兩條規定有條理地呈現，即能獲得高分。
答題關鍵	由於「訊問筆錄」與「審判筆錄」之意義不同，前者主要是對於訊問內容之重視，因為該內容可能成為日後進一步調查之基礎，甚至亦可能在日後之審判期日中作為證據使用（惟須配合傳聞法則之規定），因此須訊問者與被訊問者之間就訊問內容本身達成共識；後者則重在審判流程之詳實記載，又因本法明文規定審判筆錄具有絕對之證明力，故其內容之記錄將嚴重影響全體訴訟參與者；而源自二種筆錄之目的與效力上之差異，故二者在制作時期、記載內容、制作者、朗讀閱覽與修正之規定上，均有不同之規範基礎。
高分閱讀	1.重點整理系列－刑事訴訟法概要（陳律師）(L102)，P.1-51：訊問筆錄與審判筆錄之區別（相似度 95%） 2.刑事訴訟法第一回講義，第 41、176、177 頁。

【擬答】

「訊問筆錄」係指司法機關於審判期日外，於訊問被告或其他訴訟關係人後，所制定之法定公文書，規範於刑事訴訟法（以下簡稱本法）§41。而「審判筆錄」則係法院於審判期日中，將審判期日所進行之訴訟程序，由書記官詳予記載之法定公文書，規範於本法§44；二者區別如下：

- 1.制作時期：前者係制作於審判期日以外或以前；後者則是於審判期日之中。
- 2.記載內容：前者依據本法§41 I 規定，其記載內容當然須包含訊問之時間、地點與訊問所得之內容，還有對須具結之受訊問人，其未具結之事由。而後者依本法§44 I 規定，除亦包含上述內容外，尚應記錄所有訴訟參與人之身分、被告不出庭或是審判不公開之事由、起訴要旨與辯論要旨之內容、當庭曾向被告宣讀或告以要旨之文書、示於被告之證物、或實施之扣押及勘驗之內容、審判長命令記載及依訴訟關係人聲請許可記載之事項、是否曾與被告陳述之機會、以及最後之裁判宣示。
- 3.筆錄制作者：前者依本法§43 規定，原則上應由在場之書記官制作，無書記官者，始由行訊問之公務員親自或指定其他在場執行公務之人員制作，惟§43-1 因新增檢察事務官、司法警察官與司法警察之準用規定，故如係上述之人對於犯罪嫌疑人之「詢問筆錄」制作，應由行詢問以外之人為之，但因情況急迫或事實上之原因不能為之，而有全程錄音或錄影者，不在此限；而後者因有本法§44 I 規定，故應、且僅得由書記官為之。
- 4.當場制作與否：前者依本法§41 I 規定，故須當場制作；後者則因有本法§45 規定：「審判筆錄，應於每次開庭後三日內整理之。」故不須當場制作。
- 5.向受訊問人朗讀、或使受訊問人閱覽、或受訊問人請求修正之規定：前者因本法§41 II 規定：「前項筆錄應向受訊問人朗讀或令其閱覽，詢以記載有無錯誤。」由此可知，向受訊問人朗讀或令其閱覽乃係訊問人之義務，不待受訊問人之請求即須



爲之，同時訊問人亦須主動詢問其記載是否有誤；後者則因本法§44 II 規定：「受訊問人就前項筆錄中關於其陳述之部分，得請求朗讀或交其閱覽，如請求將記載增、刪、變更者，應附記其陳述。」故審判筆錄原則上須經受訊問人之請求，始須交付朗讀、閱覽或予以修正。

6.筆錄之簽名：前者於本法§41 IV 明文規定：「筆錄應命受訊問人緊接其記載之末行簽名、蓋章或按指印。」由於訊問筆錄在未來審判中可能會成爲重要參考資料，因此要求受訊問人簽名，以表示對其內容之知悉，另外在 92 年修法後，又規定§43，故訊問筆錄尚須由行訊問之公務員應在筆錄內簽名；後者雖未要求受訊問人併同處理，然依本法§46 規定：「審判筆錄應由審判長簽名；審判長有事故時，由資深陪席推事簽名；獨任推事有事故時，僅由書記官簽名；書記官有事故時，僅由審判長或推事簽名；並分別附記其事由。」故原則上應由審判長簽名以示負責。

7.筆錄之證明力：前者原則上不具備證明力，如在審判過程中欲使用之，則尚須符合傳聞例外之規定（本法§159-1~159-5）規定，始得爲之；後者則因本法§47 規定：「審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證。」而具備證明力，因此除非該筆錄本身記載不明、矛盾、明顯缺漏以致無法專以審判筆錄爲斷，或其真偽存疑時，始不適用之。

【參考資料】

1.林俊益，《刑事訴訟法概論》（上），P184~186，2003 年 9 月，四版。

2.林鈺雄，《刑事訴訟法》（下），P199~202，2004 年 9 月，四版。

四、當事人認爲審判筆錄之記載有錯誤時，應如何主張其權利？(25 分)

命題意旨	此係民國 92 年後新增之§44-1 規定，爲兼顧繁雜緊湊之改良式當事人進行主義之訴訟程序，以及審判筆錄之正確完整，因此設計一「聲請制度」，原則上國家機關不主動質疑審判筆錄之正確性，只有在當事人主動提出聲請時，國家機關始有義務自己或交由當事人比對審判筆錄與審判錄音錄影內容之歧異。
答題關鍵	本題主要涉及§44-1 之新增規定，可將該條文內容拆解爲：聲請主體、對象、事由、時期、校正方式等要件處理，另外可以補充說明同條第三項後段與§48 所規定有關轉譯文書作爲附錄之效力認定，還有不要忽略掉，雖然並非 92 年修正之重點，但是在原本舊法中已經存在之§44 II 規定，亦可以當成是一種受訊問人之權利，惟此亦有待受訊問人主動提出；由此可知，有關審判筆錄錯誤之爭議，均非國家機關主動檢視之對象，而須當事人或受訊問之人主動爲之。
高分閱讀	1.重點整理系列－刑事訴訟法概要（陳律師）（L102），P.1-50：審判筆錄之更正（相似度 95%）

【擬答】

刑事訴訟法（以下簡稱本法）§47 規定審判筆錄原則上具有絕對之證明力（審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證），由此可知，審判筆錄對於訴訟參與人之權益影響甚鉅；惟審判筆錄亦有發生瑕疵之可能，如不賦予訴訟參與人請求改正之機會，則恐斷傷其權益，故在其主動請求朗讀或交其閱覽時，發現有瑕疵或疏漏之處，依本法§44 II 後段規定：「如請求將記載增、刪、變更者，應附記其陳述。」

惟前條規定僅限於「受訊問人」始得爲之，至於當事人或辯護人等非受訊問之人，如認爲其記載不詳實者，又應如何處理則未有規定；緣因本法改行「改良式當事人進行主義」以落實及強化交互詰問之要求後，有關供述證據調查之訴訟程序進行極爲緊湊，爲求同時有效提升筆錄記載之正確性與完整性，故於民國 92 年新增§44-1 規定，當事人等得在認定審判筆錄有瑕疵時主張其權利，其要件與效力規定如下：

1.聲請主體：當事人、代理人、辯護人或輔佐人。

2.聲請對象：向法院爲之。

3.聲請事由：上述之人認爲審判筆錄之記載有錯誤或遺漏者。

4.聲請時期：原則上得於次一審判期日前爲之；如其案件已辯論終結者，得於辯論終結後七日內爲之；其經法院許可者，亦得於法院指定之期間內爲之。

5.校正方式：其得聲請法院定期播放審判期日錄音或錄影內容核對更正之；如其經法院許可者，亦得於法院指定之期間內，依據審判期日之錄音或錄影內容，自行就有關被告、自訴人、證人、鑑定人或通譯之訊問及其陳述之事項轉譯爲文書提出於法院。

6.轉譯文書之效力：§44-1 III 規定，經書記官核對後，認爲其記載適當者，得作爲審判筆錄之附錄，並準用第四十八條之規定，亦即與審判筆錄有同一效力。

【參考資料】

1.林俊益，《刑事訴訟法概論》（上），P185~186，2003 年 9 月，四版。

2.林鈺雄，《刑事訴訟法》（下），P200，2004 年 9 月，四版。



《訴訟法概要》

一、原告甲住台北市，被告乙住桃園市，甲向台北地方法院起訴請求判決乙應塗銷坐落新竹市土地之抵押權設定登記，台北地方法院受理後，認其無管轄權，即依職權以裁定移送桃園地方法院管轄，試問桃園地方法院是否因此取得管轄權？（二十五分）

命題意旨	本題為基本概念題，主要在測試考生對管轄部分之了解程度。
答題關鍵	除基本爭點外，考生如能配合法條、實務見解於擬答中清楚架構邏輯體系則更佳。
參考資料	1.高點，律師司法官專用講義 P.53~82.
高分閱讀	1.高點重點整理系列《訴訟法概要》，廖律師、吳律師（L101），P.1-4~7：管轄之概論（相似度 50%） 2.高點重點整理系列《民事訴訟法概要》，蔡律師（L103）（相似度 60%） P.1-7~8：管轄之概論 P.1-17~18：管轄之概論 3.高點律師司法官專用講義 P.53~82

【擬答】

民事訴訟法對普通審判籍係採「以原就被」原則，以利被告進行訴訟，因原告提起訴訟時，就其所主張之事實尚未舉證，故宜令原告被告較便於應訴之地點起訴方屬公平（此見民事訴訟法第一條第二條之規定可知）。然就特定事件，其公益性較強或為便利證據之調查，法律乃規定此時僅特定法院得掌理裁判，不認其他法院有管轄權。

如題所示，原告甲對乙起訴，其原應至被告之住所地即桃園地方法院起訴，然該訴訟係涉乃土地之抵押權設定登記，依民事訴訟法第十條規定觀之：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者專屬不動產所在地之法院管轄」，依實務之一向見解，甲請求乙塗銷土地之抵押權定登記顯係在行使土地所有人之除去妨害請求權，自係因不動產物權涉訟，依前述規定，應專屬系爭土地所在地之地方法院管轄（74 年台上 280 判例參照）。即案例事實應專屬於土地之所在地即新竹地方法院管轄之，方為適法。

惟甲乃自台北地方法院起訴，此時依同法第二十八條之規定，訴訟之全部或一部，法院認無管轄權者，依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院。而受移送之法院，於移送之裁定確定時，不得拒絕該訴訟之移送，亦不得以該訴訟更移送於他法院，但專屬法院管轄者，不在此限（民事訴訟法第三十條）。是以案例中，台北地方法院受理後，認其無管轄權，即依職權以裁定移送桃園地方法院管轄，此時受移送之桃園地方法院原應受其羈束，即視為該訴訟自始即繫屬於受移送之法院，桃園地方法院可因此取得訴訟之管轄權。

然而，依上述分析可知，本案屬專屬管轄，此時依同法第三十條第二項之規定，受移送法院若發現自己無管轄權，仍得再移送有管轄權之法院。是以，如以法條之規定，桃園地方法院並不因此取得管轄權，而得再移送該土地所在地之新竹地方法院。然而，此項規定向為學說所批評，蓋更移送至他法院之不利益，縱於專屬管轄亦不容忽視，且如准許受移送之法院得再為移送，無異承認受移送法院有審查同級法院裁定當否之權，而裁判確定力之公益性，應在專屬管轄之上。因此，如依學說之見解，受移送之桃園地方法院應因此取得該案件之管轄權，而不得再為移送。

二、在 A 對 B 取得拍賣抵押物之裁定後，B 另向法院聲請為禁止 A 實行抵押權之假處分，法院應否准許？（二十五分）

命題意旨	本題為基本概念題，主在測試考生就民事訴訟法中保全程序的熟晰度，此為考生向來容易忽略之部分，另涉及九十二年新修法部分已就「定暫時狀態之假處分」名予以明文規定，考生宜多加留心。
答題關鍵	除基本概念外，如能將法條要件，及實務見解一併列入，更為妥適。
參考資料	1.最高法院 65 年第九次決議
高分閱讀	1.高點重點整理系列《訴訟法概要》，廖律師、吳律師（L101），P.7-2：以判決確定之事件，不得以假處分程序停止強制執行（相似度 100%） 2.高點律師、司法官專用講義「強制執行法」，p490~497 3.高點律師、司法官專用講義「民事訴訟法」，p211~216

【擬答】

依民事訴訟法第532 條之規定：「債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之。」同法原第538 條規定：「關於假處分之規定，於爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者準用之。」蓋於爭執之法律關係定暫時狀態，係為防止發生重大之損害，或避免急迫之危險，或有其他相類之情形而有必要者，與純為保全將來執行之一般假處分有所不同，因此為求明確，於九十二年新修法時，於本條第一項明定其聲請之要件；而原條文規定內容則移列於第五百三十八條之四修正之。又此項聲請不限於起訴前或起訴後，亦不論是本案之原告或被告，均得為之。且定暫時狀態之處分，往往係預為實現本案請求之內容，對當事人之權益影響甚鉅，為期法院能正確判斷有無處分之必要，爰明定法院為裁定前，應使兩造當事人有陳述意見之機會。惟法院如認先使當事人陳述意見，有難達定暫時狀態之目的而不適當者，即得逕為裁定，爰增訂但書規定。至法院如認有行言詞辯論之必要時，依第二百三十四條規定，自得行任意之言詞辯論。

依上述假處分之規定觀之，本題案例中，B 於 A 取得拍賣抵押物裁定後，另向法院聲請為「禁止 A 實行抵押權之假處分」，此時法院應否准許，實務上有不同之見解，試分述如下：

1. 甲說

對於法院許可拍賣抵押物之裁定提起抗告時，抗告法院因必要情形或命當事人提出相當確實擔保，得裁定停止強制執行，因為強執行法§18 所明定，惟於債務人因對於抵押關係有爭執而提起確認抵押關係不存在之訴時，則無該條之適用，而許可拍賣抵押物裁定，係屬非訟事件範圍，並無確定實體上法律存否之效力，其處理程序，類至迅速，每見對該項裁定提起抗告時，執行程序尚未開始，及至執行法院實施查封時，抗告又遭駁回，甚少獲有停止強制執行之機會，於此情形，非准債務人依民事訴訟法§538 規定聲請，使債權人暫停實行權利之假處分，無以保護正當之債務人。

此項定暫時狀態之假處分裁定，並非對執行法院發生羈束其行動之命令，乃係執行債權人之命令，此項裁定一經提出，即構成該強制執行之障礙事項，尚未開始執行者，不得開始，已開始者，即應停止執行，乙之聲請假處分，應可准許。

2. 乙說

執行名義成立後，除法律另有規定外，不得阻卻其執行力，債務人或第三人不得依一般假處分程序，聲請予以停止執行，業經本院最近著有判例（本院 63 台抗 59 號判例參照）。乙於取得執行名義後，藉一般假處分程序，聲請停止執行，不應准許。

3. 小結：採乙說。

三、法院於第一次刑事審判期日前行準備程序時，得處理那些事項，並由書記官製作筆錄予以記載？（二十五分）

命題意旨	準備程序乃近來修法及考試之重心，其中又以§273 之修訂最為重要，因此只要熟記該條款及其他相關之規定，應可獲得不錯的成績。
答題關鍵	準備程序係為審判期日之順利進行而設計之前置程序，其目的在於輔助審判期日之進行，而非在於取代審判期日，因此準備程序之踐行必須限於行準備程序必要之事項。因此，解題方向應朝此方向出發，將所有可能在審判期日先行之部分，分別依據各種準備程序之目的加以歸類。
參考資料	1. 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，四版。 2. 林俊益，刑事訴訟法概論(下)，四版。 3. 高點刑事訴訟法厚本講義第三回，p.93~98。
高分閱讀	1. 重點整理系列-訴訟法概要（廖律師、吳律師）(L101)，P.2-62~63：準備程序處理之事項（相似度 90%）。 2. 法觀人雜誌，第 81 期，P.9：準備程序之事項。

【擬答】

法院於第一次刑事審判期日前行準備程序時，所得處理之事項包含：

(一) 審前會議：準備程序中應如何調查，§171 定有明文：「法院或受命法官於審判期日前為第二百七十三條第一項、之訊問者，準用第一百六十四條至第一百七十條之規定。」至於得於審前會議中處理之事項包含下列各款（§273 I），同時並得由書記官製作筆錄（§273 IV）：

1. 起訴效力所及之範圍與有無應變更檢察官所引應適用法條之情形
2. 訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否認罪之答辯，及決定可否適用簡式審判程序
3. 案件及證據之重要爭點
4. 有關證據能力之意見：之所以要提前於（狹義）準備程序中審酌證據之證據能力，乃是為免法院於審判期日受該無證據能力之證據影響，而令審理之法官產生偏見，故應事先於準備程序中審酌其證據能力。因此本法§273 II 即賦予一定之失權效力，其規定：「於前項第四款之情形，法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之。」
5. 曉諭為證據調查之聲請
6. 證據調查之範圍、次序及方法
7. 命提出證物或可為證據之文書
8. 其他與審判有關之事項

(二) 訴訟程序之補正

§273 規定：「起訴或其他訴訟行為，於法律上必備之程序有欠缺而其情形可補正者，法院應定期間，以裁定命其補正。」

(三) 調查證據之前置

由於無法期待在審判期日中由法官親自踐行所有之調查證據程序，因此須於準備期日中為之，此亦為法所明文承認之直接審理原則之例外；如於獨任審判案件中，由獨任法官親自踐行準備工作，如為合議審判案件，則由審判長指定一人為受命法官，且必須限定於「行準備程序之事項」之範圍內始得為之（§273 I、§274、§276~§278），除§121 關於撤銷羈押等各處分之裁定外，其於上述範圍內有與法院或審判長同一之權限。

1. 證物之取得

§274：「法院於審判期日前，得調取或命提出證物。」§275：「當事人或辯護人，得於審判期日前，提出證據及聲請法院為前條處分。」§277：「法院得於審判期日前，為搜索、扣押及勘驗。」

2. 人證之訊問

§276 I：「法院預料證人不能於審判期日到場者，得於審判期日前訊問之。」關於此項訊問，準用§164~§170 之規定（§171 參照）。

(四) 命公署之報告

§278：「法院得於審判期日前，就必要之事項，請求該管機關報告。」

(五)得命為鑑定及通譯

§276 II 規定：「法院得於審判期日前，命為鑑定及通譯。」

(六)簡式審判程序適用之決定

§273-1 I 規定：「除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外，於前條第一項程序進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時，審判長得告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判程序。」由此可知，在行準備程序之時，可以依據具體情形決定是否採行簡式審判程序。

四、檢察官之不起訴處分於何時確定？又不起訴處分已確定者，於何種情況下，檢察官始得對於同一案件再行起訴（二十五分）

命題意旨	本題曾於 90 基特政風有相似之考題，並未跳脫傳統考題形式，因此只要熟讀不起訴處分之相關規定，並將現行不起訴處分相互對應比較，應可獲得佳績。
答題關鍵	須特別注意之處，乃在於新增訂緩起訴制度後，就緩起訴處分之確定時點，與一般之不起訴處分略有不同，須特別留意。其次，有關不起訴處分之確定力並非絕對，亦有例外規定可以加以排除，就實務上較有爭議之新事實新證據作為排除不起訴處分確定力之部分，可以稍加著墨。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法(下)，四版。 2.林俊益，刑事訴訟法概論(下)，四版。 3.高點刑事訴訟法厚本講義第二回，p.328~。
高分閱讀	高點重點整理系列-訴訟法概要（廖律師、吳律師）(L101)，P.2-6~8：不起訴處分之確定及再行起訴（相似度100%）。

【擬答】

一、不起訴處分確定時點

(一)檢察官之不起訴處分之確定時期，依不同之不起訴處分種類而有不同認定：

無告訴人之案件：於不起訴（緩起訴）處分時確定，縱使告訴人誤為再議之聲請，上級法院首席檢察官或檢察長亦為發回繼續偵查，仍無礙於原不起訴處分之確定，故仍有§260 之適用。

(二)有告訴人之案件

1.絕對不起訴處分：§252(1)~(10)

2.相對不起訴處分：§253、§254

上述二者，如具備下述情形之一者，則不起訴處分確定：

(1)已逾越聲請再議（§256 I）之七日及交付審判（§258-1 I）十日之期間。

(2)撤回再議之聲請或於第一審辯論終結前撤回交付審判之聲請（§258-2 I）。

(3)因不合法或無理由而駁回再議（§258）之聲請或交付審判之聲請者（§258-3 II）。

3.緩起訴處分：§253-1~253-3

除上述三項情形之外，還必須要緩起訴期間經過而無§253-3(1)~(3)之情形者，始得取得確定之效力。

二、得對同一案件再行起訴之情形：

不起訴處分確定後，會取得形式確定力及實質確定力，因此若無§260 各款事由，不得對同一案件再行起訴。而該條所規定得排除不起訴處分確定力之事由包含：

(一)發現新事實或新證據：此處須注意者，僅限於「實體事項」有關之不起訴處分始有實體確定力，且發生實體確定力之範圍應僅以「事實上」經實體不起訴之犯罪事實為限，而無相當於確定裁判之物之範圍之擴張效力，亦即僅包含事實上同一之情形，而不含法律上同一之實質上一罪、裁判上一罪之情形。此外，該新事實或新證據須是不起訴處分前未經發現，且足認被告以犯罪嫌疑即為已足，與再審不同，不需要以其確能證明犯罪為要件；又該新證據並不以發生於原處分確定後者為限，如不起訴處分確定後，因傳訊證人而發現新證據，仍屬本款規定之新證據；但不包含原處分認定事實錯誤或援用法律違背規定及法律變更等情形，亦不包含新頒之法令在內。

(二)有§420 I (1)、(2)、(4)、(5)所定得為再審原因之情形者。

《訴訟法概要》

一、於通常訴訟程序，當事人在那些情形，得於第二審程序提出新攻擊或防禦方法？（25分）

答題關鍵	本題係測驗考生是否了解修正後第二審改採「嚴格限制續審制」，此乃九十二年新法修正重點之一，宜就新法及舊法並陳，兼論集中審理主義之主要內涵當可獲致高分。
試題評析	難易適中，主要在測驗法條之記憶及修法精神之理解程度。
高分閱讀	1.高點蔡律師，《民事訴訟法概要》，P3-16。 2.《高點專用講義—民事訴訟法》，P.15

【擬答】

- (一)按於通常訴訟程序中，當事人就新攻擊或防禦方法之提出，於八十九年修法以前係採「隨時提出主義」，又稱之為「自由順序主義」，即當事人得於訴訟終結前之任何時期提出新攻擊防禦方法。惟當事人往往因此延後主要攻擊防禦方法之提出，導致訴訟嚴重延滯之後果，為改正此一缺失，並促使民事訴訟之審理更有效率，故八十九年修正乃以「審理集中化」為主要精神，並修正民事訴訟法第一百九十六條及第四百四十七條，易言之，即就一般攻擊防禦方法之提出時期限制改採「適時提出主義」，就第二審新攻擊防禦方法之提出改採「修正之自由順序主義」，敦促當事人及早提出攻擊防禦方法。
- (二)復按所謂「審理集中化」，係指將訴訟程序階段化，即應將訴訟程序區分為「爭點整理階段」及「爭點調查階段」，俾使爭點明確後能集中就爭點調查證據並進行充分之攻擊防禦，進而達成高效率之審理活動，保障當事人之程序主體權。
- (三)惟八十九年修正施行後，第二審始行提出攻擊防禦方法之情形並未改善，為求貫徹「審理集中化」為修法精神，並減少第二審法院之訟累，九十二年再次修正同法第四百四十七條第一項為：「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。」至此明確改採「嚴格限制續審制」，期能達成集中審理主義之目標。

二、於通常訴訟程序，第三審法院在那些情形許可提起第三審上訴？（25分）

答題關鍵	考生應就九十二年修正新增之第四百六十九條之一之內容及修正意旨加以闡析論述即可。
試題評析	純粹法條及修正理由之記憶題。
高分閱讀	1.高點蔡律師《民事訴訟法概要》，P3-36。 2.高點廖律師、吳律師合著《訴訟法概要》，P.3-6 3-7 3.高點專用講義—民事訴訟法》，P.17 18

【擬答】

- (一)為防止當事人動輒藉詞原判決違背法令而濫行上訴，延滯訴訟終結，侵害對造權利，並耗費司法資源，民國九十二年修正乃採「上訴許可制度」，即第四百六十九條之一第一項規定：「以前條所列各款外之事由提起第三審上訴者，須經第三審法院之許可。」故以第四百六十九條所列各款之當然違背法令以外之事由為上訴理由者，其上訴應經第三審法院許可。
- (二)然第三審法院應於何種情況下為上訴之許可，依第四百六十九條之一第二項規定：「前項許可，以從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性者為限。」蓋第三審上訴既在求裁判上法律見解之統一，則法院之許可上訴，自應以該事件所涉及之法律見解具有原則上之重要性者為限。所謂原則上之重要性，指該訴訟事件所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要而言。而所謂「從事法之續造」，係指於法律規定出現漏洞時，應以法學方法論加以解釋之情況，抑或法律倫理產生變遷時，應作不拘泥文義、符合社會變遷之解釋者而言。
- (三)又第三審法院不准許上訴時，應以裁定駁回；惟若其准許上訴時，則參考現行之簡易第二審判決許可上訴制度之規定，無須另為裁定，直接進行審理程序即可。

三、目擊證人甲於檢察官訊問時，具結並陳述被告乙殺人之經過。法院審判時，辯護人主張甲的陳述是審判外之陳述，不得作為證據。試問辯護人之主張是否符合刑事訴訟法規定？請依刑事訴訟法規定說明之。（25分）

答題關鍵	掌握傳聞法則及傳聞法則的例外，尤其我國刑事訴訟法此次修正第一百五十九條原則規定，及第一百五十九條之一第二項對於檢察官前之陳述，是否為傳聞證據的例外及其限制之規定。
試題評析	測試考生是否瞭解今年刑事訴訟法新增關於傳聞法則及其例外之相關規定，並以最基本的案例，測試考生是否能妥適運用傳聞法則。

參考資料	1.陳運財《直接審理與傳聞法則》，第二六四頁以下。 2.王兆鵬《刑事訴訟法講義》(二)，第二五九頁以下。 3.林鈺雄《刑事訴訟法》上冊，第424頁以下、第478頁；同作者，《刑事訴訟法》下冊，第167頁以下 4.《月旦法學教室》第9期，P.22 23
高分閱讀	1.鍾律師，《書記官班總複習講義》第一回，第一頁至第四頁。 2.《92高點司法四等特考考場寶典》，P.3-1，第1題 3.高點陳律師《刑事訴訟法概要》，P.1-123 1-124

【擬答】

- 一、我國刑事訴訟法(以下稱本法)第一百五十九條，於今年(民國九十二年)二月六日修正前之規定為：「證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」。今年二月六日修正為同條第一項規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」，並於今年九月一日施行生效。看似變動不大之條文文字，卻因為修法後的立法理由，以及增訂本法第一百五十九條之一至之五之例外規定，使得本法第一百五十九條之規定，從過去實務及傳統通說認為的直接審理原則，改採(或兼採)傳聞法則之規定。
- 二、本題目擊證人甲係於偵查中向檢察官所為之陳述，而非於審判中向法官為陳述，不論基於直接審理原則或傳聞法則，辯護人之主張均符本法第一百五十九條之規定，惟有疑問的是不論直接審理原則或傳聞法則，均有其例外，以下分述之。
- 三、民國九十二年九月一日前，基於直接審理原則，除要求法官應親自直接接觸證據的「形式直接性」外，更要求禁止證據替代品之「實質直接性」，亦即禁止法院以間接的證據方法替代直接的證據方法，是故證人在檢察官訊問時所為陳述之筆錄，一來並非法院「親自」訊問之證人，二來也非「出於審判庭」之證言，屬於由直接證據方法(即證人)所派生而來之證據替代品之文書證據，所以如直接援用證人於檢察官前之陳述筆錄，即違反實質直接性。惟過去實務見解(以最高法院七十二年台上字第一二〇三號判例為代表)向來以為，證人於警察局或檢察官前所為之陳述筆錄，屬於文書證據，如踐行本法第一百六十五條關於文書之調查證據程序(宣讀或告以要旨)，即有證據能力。惟學者以為實務之見解將直接審理原則誤解僅具形式直接性已足，且不解本法第一百六十五條之真正涵義，並混淆證據能力與證明力之概念。須注意者，最高法院決議前述認為有證據能力之判例，於今年九月一日起不再援用。
- 四、民國九十二年九月一日後，基於傳聞法則(另有學者主張九月一日後，我國係採取傳聞法則及直接審理原則併行制)，亦即除法律有特別規定外，對於待證事實，證人如於審判外所為陳述，均無證據能力，於審判中不得作為證據。本案依據本法第一百五十九條第一項之規定，目擊證人之陳述係於檢察官前所為，即屬「審判外」之陳述，無證據能力。惟本法第一百五十九條之一第二項，特別針對檢察官前所為之陳述，例外規定有證據能力，該條項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況外，得為證據」。是本案於偵查中向檢察官所為之陳述，原則上具證據能力，除非顯有不可信之情況外，否則於審判中均得為證據。辯護人如主張不得作為證據，必須證明該證人之陳述顯有不可信之情況。學者認為此項規定顯然不妥，除有混淆證明力及證據能力之虞外，且因為要被告(辯護人)證明偵查中證言顯有不可信，幾乎不可能，所以主張應該限於證人於審判中有「不能作證」之情，或偵查中已保障被告詰問權之行使，否則仍無證據能力。
- 四、甲騎機車不慎撞傷乙，乙向檢察官提出傷害告訴。檢察官以甲犯罪輕微，不顧乙反對，即對甲為緩起訴處分。乙對該處分不服，試問乙得如何請求救濟？該救濟程序適用之前提要件如何？法院應如何處理？請依刑事訴訟法規定說明之。(25分)

答題關鍵	緩起訴制度及其意義，及告訴人對於緩起訴不服時的救濟途徑，考生須留意再議及聲請交付審判的要件。其實自題意所指「該救濟程序適用之前提要件如何」等語，顯然主要係測驗聲請交付審判之制度。
試題評析	以簡單的實例題測試考生是否瞭解緩起訴制度之救濟途徑，是否瞭解再議及聲請交付審判新制之內容。
參考資料	1.林鈺雄《刑事訴訟法》下冊，二〇〇三年九月三版，第七五頁、第八九頁以下。 2.《月旦法學教室》，第3期，P.22 23
高分閱讀	1.高點鍾律師《補充講義》一，第二二頁、第二五頁以下 2.高點鍾律師《總複習講義》，第二回。 3.92高點司法四等特考考場寶典，P.3-1，第5題(相似度20%) 4.高點陳律師《刑事訴訟法概要》，P.2-29 2-34 5.高點廖律師、吳律師合著《訴訟法概要》，P.2-7 2-8

【擬答】

- 一、所謂緩起訴是對於特定之犯罪，雖然合乎起訴要件及門檻，惟檢察官基於便宜原則的考量(尤其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(刑事訴訟法第二百五十三條之一以下參照)。本案甲所犯為刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，符合刑事訴訟法第二百五十三條之一第一項所定之「死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪」。

二、緩起訴處分如經條件成就未經檢察官撤銷，緩起訴即生確定之效力，原則上不得再訴。所以刑事訴訟法（以下稱本法）特別規定緩起訴處分並非一經檢察官決定即確定，而賦予告訴人對於緩起訴處分得提起再議，再議如經駁回，本法尚特別規定亦得聲請交付審判。是乙如為告訴人，其對於緩起訴處分如有不服，其救濟途徑有二，各救濟途徑適用之前提要件如何，以下分述之：

(一)再議（本法第二百五十五條以下參見）

- 1.原則上同不起訴處分之再議程序。提起再議之人必須為告訴人。
- 2.須注意者，緩起訴處分曾經告訴人同意者，不得聲請再議（本法第二百五十六條第一項但書參見）。是提起再議之前提要件必須告訴人並未同意緩起訴。本案告訴人乙係反對檢察官之緩起訴處分，自得聲請再議。

(二)聲請交付審判（本法第二百五十八條之一以下參見）

- 1.依據本法第二百五十八條之一第一項之規定可知，得聲請交付審判之對象為「廣義之不起訴處分」，亦即包括：絕對不起訴處分（252）、微罪不舉之職權不起訴處分（253）、緩起訴處分（253之1以下）、於執行刑無重大關係之職權不起訴處分（254）、其他法定理由之不起訴（255）。所以本法係將緩起訴處分列入得聲請交付審判之範圍。惟學者認為緩起訴處分法院亦得審查，有侵害檢察官裁量權之虞，適用上宜允慎重為之。
- 2.前提要件：再議前置原則
本法第二百五十八條之一第一項規定「不服前條之處分...」，亦即本條第二百五十八條經再議遭駁回之處分，所以告訴人必須先聲請再議，經上級法院檢察署認為「無理由」駁回後(不包括不合法之駁回)，始得聲請交付審判。
- 3.其他法定聲請程式
 - (1)理由要式：必須附具理由狀
 - (2)律師強制代理：必須委任律師始得提出。立法理由：防止濫行提出聲請，虛耗訴訟資源。
 - (3)期限：接受處分書後十日內聲請
 - (4)須向「該管第一審法院」聲請交付審判。

(三)聲請交付審判法院之處理

- 1.審查之程序及標準（258之3）
 - (1)法院應以「合議庭」（即法官三人）裁定行之（258之3 ）。。
 - (2)法院得為必要之調查（258之3 ）。
實務認為不可就告訴人新提出之證據為調查，亦即法院不可蒐集偵查卷以外之證據。惟學者反對之。
- 2.其他程序及審查標準
 - (1)法院裁定交付審判之前，應保障被告之聽審權，給予被告陳述意見之機會。
 - (2)適用自由證明之程序，不適用嚴格證明程序
- 3.審查結果
 - (1)不合法：駁回聲請（258之3 ）。)
 - (2)無理由：駁回聲請（258之3 ）。)
 - (3)對此駁回之裁定，不得抗告（258之3 ）。)
 - (4)有理由：裁定交付審判
 - A.法院應為交付審判之裁定。
 - a.法院於審查交付審判之聲請有無理由時，除認為告訴人所指摘不利被告之事證未經檢察機關詳為調查或斟酌，或不起訴處分書所載理由違背經驗法則、論理法則或其他證據法則，否則，不宜率予交付審判（法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項118則 中段）。
 - b.法院為交付審判之裁定時，應於裁定內敘明理由，俾使被告信服（法院辦理刑事訴訟案見應行注意事項118則 後段）。
 - B.法院並應將裁定正本送達於聲請人、檢察官及被告。
 - C.法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起「公訴」（258之3 ）。適用審判章節有關審判程序之規定（258之4）。公訴人為檢察官。

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。



《訴訟法概要》

一、民事訴訟有幾種爭點整理程序？決定適用其中何種程序者是法官或當事人？（二十五分）

擬答鑑示	1.參考：蔡律師，民事訴訟法概要，頁 2-31~36。 2.參考：廖律師，訴訟法概要，頁 2-31~34。 3.參考：高點法觀人月刊 40 期，命中！ 4.參考：高點法律電子報，NO.23，命中！
------	---

【擬答】

所謂爭點整理，係整理系爭案件事實上、證據上及法律上之爭點之程序。其目的功能在於促成審理集中化，有助兩造限縮、撤回、避免提出無實益之爭點，節省當事人之勞力時間費用，提昇法院認定事實之正確性，賦予當事人平衡追求實體利益程序利益之機會。而爭點整理程序有四種：

- (一)準備性言詞辯論期日程序：條文規定在民事訴訟法第二百五十條前段及第二百六十八條之一，適用於合議庭及獨任制法官。將第一次言詞辯論期日當作準備程序期日使用，在第一次言詞辯論期日先行闡明訴訟關係整理爭點，與當事人進行較詳盡之言詞討論，適用於人數較多，較複雜需要言詞討論溝通之案件。可與第四種爭點簡化協議程序併行。
- (二)書狀先行程序：規定在同法第二百六十七條、第二百六十八條、第二百二十八條之一第三項，合議庭及獨任制法官均可採用。適用於在特別需要借重科技等法律外專業知識為整理爭點之案件，方式為先不定庭期而將訴狀送達被告，對被告為二重期間之裁定，如被告對原告起訴有防禦之意思，應自收受訴狀一定期間內以書狀表示防禦意思，並在上開期間後，給被告一定時間提出答辯狀。如被告怠於提出，審判長應速定言詞辯論期日開庭，如被告提出答辯狀，則審判長定期命原告針對答辯狀提出反駁書狀，亦可要求當事人就爭點整理的結果提出摘要書狀，以簡明文字逐項分段記載。透過書狀先行程序，一方面可以事先過濾無爭執之案件，另一方面就有爭執案件，可以在開庭前事先整理爭點，使主要言詞辯論期日徹底進行集中審理，可以使法院及當事人節省勞力時間費用。
- (三)準備程序：條文規定在從同法第二百七十條、第二百七十條之一第一項、第二百六十八條之一第一項，適用於合議庭。特色在於得在不公開法庭為之。原則上在闡明訴訟關係，不調查證據，例外情形則可以調查證據。而為闡明訴訟關係起見得為下列事項：當事人就準備書狀記載事項為說明；當事人就事實文書物件為陳述；整理並協議簡化爭點；其他必要事項。又受命法官亦得命補正能力、法定代理權、訴訟代理權、其他訴訟要件欠缺、提出書狀原本、命補正書狀欠缺等事項。而未在準備程序主張之事項，於準備程序後行言詞辯論不得主張，除非是法院應依職權調查事項；該事項不甚延滯訴訟；因不可歸責於當事人之事由不能在準備程序中提出者；依其他情形顯失公平。
- (四)爭點簡化協議：規定在第二百七十條之一、第二百七十一條之一、第二百六十七條之一第二項，獨任法官及受命法官均得適用。對需要文件資料輔助說明或需面對面討論之案件或需特別保護隱私權或營業秘密之案件得採用此種方式整理爭點。亦得在不公開法庭為之。

而上述四種爭點整理程序各有不同特色，應由法官針對不同具體案件選擇適用，非由當事人選定。

二、當事人在那些情況有提出文書之義務？當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院應如何處置？（二十五分）

擬答鑑示	1.參考：蔡律師，民事訴訟法概要，頁 2-39~40，高點出版。 2.參考：廖律師，訴訟法概要，頁 2-16，高點出版。 3.參考：高點法觀人月刊 40 期，命中！ 4.參考：高點法律電子報，NO.23，命中！
------	--

【擬答】

為貫徹當事人訴訟資料使用平等原則，以達審理集中化之目標，是有擴大當事人提出文書義務範圍之必要，因此於八十九年二月民事訴訟法修正時，擴大文書提出義務。而依民事訴訟法第三百四十四條之規定，就下列文書當事人有提出之義務：

- (一)該當事人於訴訟程序中曾經引用者。
- (二)他造依法律規定得請求交付或閱覽者。
- (三)為他造之利益而作者。
- (四)商業帳簿。
- (五)就與本件訴訟有關之事項所作者。

但為顧及如提出文書後，因文書公開而致第三人或當事人權利受損，為保障當事人或有利害關係第三人之隱私權或營業

秘密，是規定第二項如前五款之文書內容涉及當事人及第三人之隱私或業務秘密，如予公開，有致當事人或第三人受重大損害之虞者，當事人得拒絕提出，但法院為判斷其有無拒絕提出之正當理由，必要時，得命其提出，並以不公開之方式為之。

當事人違反文書提出義務，舊條文之制裁僅止於法院得認他造關於文書之主張為正當。然而證據偏在型訴訟，如公害、醫療糾紛案件，舉證人無法表明文書之具體內容，是條文修正為當事人無正當理由不從提出文書之命，法院得審酌情形認他造關於文書之主張或依該文書應證之事實為真實。但為避免發生誤認，應於裁判前給當事人有辯論之機會，保障當事人訴訟程序上之權益。

試題評析	此次考試第一題略嫌艱深，難度上與司法官考試相近，較難獲取高分；第二題偏重法條記憶，容易得分。
------	--

三、依刑事訴訟法規定，偵查機關於一定事由存在時，得無搜索票而逕行搜索。試問因實施搜索主體不同，搜索後應踐行何種程序，其所為之搜索方屬合法？（二十五分）

命題意旨	近來刑事訴訟法之增修條文一直是國家考試的熱門考題，尤其 90 年度針對搜索扣押所做的修正，更是強制處分概念的一大變革，考生應特別注意。本題即在測驗考生對於無令狀搜索概念之了解程度。
答題關鍵	本題重在搜索後應踐行之法定程序，故答題時無須就各種無令狀搜索之類型詳述其要件，僅須說明條文規定，並就法定程序論述之。
擬答鑑示	1.參考：陳律師，刑事訴訟法概要，頁 1-92~1-93、1-102~103，高點出版。 2.參考：吳律師，訴訟法概要，頁 1-46~51，高點出版。 3.參考：高點法觀人月刊 46 期，命中！ 4.參考：高點法律電子報，NO.31、44、46、47(命中)。 5.參考：高點考場寶典，頁 4-8，命中！

【擬答】

搜索係侵害人民基本權利之強制處分，原則上採令狀主義(刑事訴訟法第一百二十八條)，惟有下列事由存在時，得無搜索票而逕行搜索：

- (一)刑事訴訟法(以下稱本法)第一百三十條規定，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。惟本法並未就偵查機關依本條實施之無令狀搜索明訂搜索後應踐行之法定程序，故事後無須陳報或報告。
- (二)本法第一百三十一條第一項規定，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押、或因追緝現行犯或逮捕脫逃人、或有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者，雖無搜索票，亦得逕行搜索住宅或其他處所。同條第二項規定：檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，雖無搜索票，亦得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索。依該條第一項及第二項之搜索，搜索後應因搜索主體不同，分別踐行以下之法定程序：
- 1.搜索係由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。
 - 2.搜索係由檢察事務官、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，得於三日內撤銷之。
 - 3.又本法第一百三十一條第三項所訂之三日陳報期間，並非訓示期間，實施搜索未於三日內陳報或報告者，法院應認不合法而撤銷之。
- (三)本法第一百三十一條之一規定，搜索，經受搜索出於自願性同意者，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。惟本法並未就偵查機關依本條實施之無令狀搜索明訂搜索後應踐行之法定程序，故事後無須陳報或報告。

四、甲為竊盜罪之被害人，向檢察官提起告訴，於偵查進行中，又再向管轄法院就同一被害事實提起自訴，試問管轄法院應如何處理？理由為何？（二十五分）

命題意旨	刑事訴訟程序中為避免雙重訴追之危險，設有若干防範之機制，本法 § 323、§ 324 之規定即為其一。本題重點即在於公訴與自訴程序若發生衝突時之解決方式。
答題關鍵	本題應先說明被害人提出告訴之適法性，再援引新、舊法及修法理由說明後提出自訴之不適法性。
擬答鑑示	1.參考：陳律師，刑事訴訟法概要，頁 2-34 至 2-35，高點出版。 2.參考：吳律師，訴訟法概要，頁 2-7，高點出版。 3.參考：高點法律電子報，NO.17，命中！ 4.參考：高點考場寶典，頁 4-12，命中！

- (一)犯罪之被害人依刑事訴訟法(以下稱本法)第二百三十二條及第二百四十二條之規定向檢察官提起告訴時，檢察官應依本法第二百二十八條第一項之規定開始偵查。

(二)惟在偵查進行中，犯罪之被害人復就同一被害事實提起自訴者，該自訴之適法性如何，不無問題。

- 1.按本法第三百二十三條第一項於民國八十九年二月九日修正前規定，同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴，蓋為避免就同一案件有雙重訴追之危險；惟在此規定之下，每見被害人利用自訴程序干擾檢察官偵查犯罪，或利用告訴，再改提自訴，以恫嚇被告之弊。
- 2.因此，現行法第三百二十三條第一項改採公訴優先原則，同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查後，除告訴乃論之罪仍得由犯罪之直接被害人提起自訴外，均不得再行自訴。蓋同一案件既經檢察官依法開始偵查，告訴人或被害人之權益當可獲保障，由檢察官依法處理為已足，無再使用自訴制度之必要。
- 3.故依題目所示，甲既向檢察官提出告訴，並經檢察官依本法第二百二十八條開始偵查，且竊盜罪亦非告訴乃論之罪，並無本法第三百二十三條第一項但書適用之餘地，甲自不得再對同一案件提起自訴。甲竟向管轄法院提起自訴，自屬不得提起自訴而提起，管轄法院應依本法第三百三十四條諭知不受理判決。



高 點

何 亦