

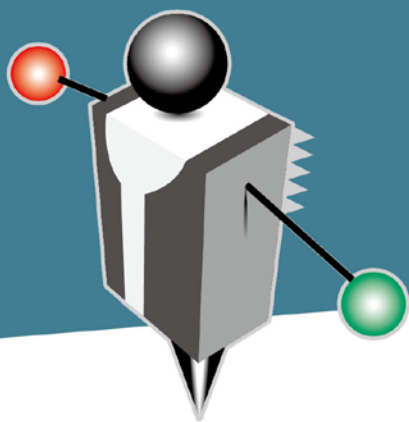


# 高點法律四等

善用**差異考科**，就能**連續上榜**

## 小資速配方案

- ✓ 課程種類自主決定！
- ✓ 上課型態靈活搭配！
- ✓ 最多可省下1/2學費！



適用

四等書記官、執行員、  
執達員、法警、監所管理員、  
四等行政警察、四等調特、普考法廉

**113/8/31前憑司律/司特/調特准考證報名享優惠！**

### 輕鬆選

特價 **\$16,000** 元

選紅標 1 科，贈綠標 2 科

### 超值選

特價 **\$25,000** 元

選紅標 2 科，贈綠標 2 科

紅標  
科目

正規班

民法 刑法 民訴 刑訴 行政法 公務員法  
社會學 行政學 警察法規 政治學

綠標  
科目

正規班

犯罪學 監刑法 監獄學  
法組 強執

題庫班

矯正三合一

申論寫作班

民法 刑法 民訴  
刑訴 行政法

總複習

書記官 法警 執行員 四等調特  
執達員 監管員 四等警察 普考法廉

※各科價格請依櫃檯公告為準。

- 本活動不可跨區、跨班選課
- 面授或網院課程可自由搭配上課
- 紅綠標皆不包含總複習
- 114課程輔導期限至114/8/31止

# 《民事訴訟法概要與刑事訴訟法概要》

一、X將其A畫借給好友Y，後X死亡，其繼承人為甲、乙、丙。因Y拒絕返還A畫，甲、乙遂為原告，依民法物上請求權之規定向法院訴請Y返還A畫。試說明：

- (一)甲、乙提起之訴訟是否具當事人適格？原告應如何表明「應受判決事項之聲明」？(10分)  
(二)若第一審法院判決原告敗訴，僅甲提起第二審上訴。甲合法提起上訴後，於第二審言詞辯論終結前甲復具狀表明撤回上訴，其效力及法院之處理方式為何？(15分)

命題意旨	民法第821條、民事訴訟法第56條、第459條。
答題關鍵	本題爭點為傳統之民法第821條訴訟當事人適格及必要共同訴訟，對同學來說應不陌生也不複雜，只須按照法條規定予以分析作答即可。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第一回，呂律師編撰，頁55～56。

## 【擬答】

本題涉及民法第821條訴訟之當事人適格及必要共同訴訟一人撤回上訴之效力是否及於其他共同訴訟人等爭點，茲分述如下：

(一)本題甲、乙提起之訴訟具當事人適格；甲、乙訴之聲明應為「Y應返還A畫予全體共有人」：

### 1.當事人適格之意義：

按所謂「當事人適格」係指於具體個案中得以自己名義為原告或被告，而受本案判決之資格。而所謂訴訟實施權(或稱為訴訟遂行權)，則是指能在具體訴訟中以自己名義成為當事人，而有實施訴訟之權能。於特定之訴訟中，具有訴訟實施權，得以自己之名義就系爭訴訟標之法律關係為原告或被告，而接受本案判決(實體判決)之資格者，即為適格之當事人。原告有訴訟實施權，稱為原告適格；被告有訴訟實施權，則稱為被告適格。

### 2.本題甲、乙提起之訴訟具當事人適格：

按「民法物權編關於分別共有之規定，各共有人對於第三人得就共有物之全部，為共有人之全體之利益，而為回復共有物之請求，如以此為標之訴訟，無由共有人全體提起之必要。」(最高法院38年台上字第62號判例參照)可知，民法第821條規定之共有人請求返還共有物訴訟，乃係立法者基於便利共有人請求返還遭無權占有之共有物，故規定得由共有人之一「單獨」對無權占有人起訴請求返還共有物予共有人全體，而依民法第828條第2項準用第821條規定，於公同共有之情形亦有此回復共有物訴訟條文之適用。查本題甲、乙、丙繼承A畫，於遺產分割前，甲、乙、丙對該畫為公同共有，Y於借貸關係終止後拒絕返還A畫自己構成無權占有，甲、乙、丙得依民法物上請求權之規定向法院訴請Y返還A畫。又依前述民法第828條第2項準用第821條規定，本題僅甲、乙單獨起訴請求丁返還A畫，丙並未起訴，當事人適格仍無欠缺。

### 3.甲、乙訴之聲明應為「Y應返還A畫予全體共有人」：

如前所述，甲、乙依民法第821條本文規定雖得單獨起訴請求丁返還A畫，然依同條但書規定，須為共有人全體之利益為之，故訴之聲明應為「Y應返還A畫予全體共有人」，方為適法。

(二)本題甲撤回上訴後，第二審法院應限期命乙表示是否同意甲之撤回：

### 1.本題甲、乙間之共同訴訟類型，核屬類似必要共同訴訟，應適用民事訴訟法(下稱本法)第56條規定：

按「民事訴訟法第五十六條之一第一項規定，係為解決固有必要共同訴訟當事人適格之問題而設，必以訴訟標的對於數人必須合一確定，且該數人『應共同起訴』者始足當之。又民國九十八年一月二十三日修正公布並於同年七月二十三日施行之民法第八百二十八條，為期周延，並顧及共有人對第三人之權利，除適用於分別共有之情形外，其於公同共有亦十分重要，且關係密切，乃增訂第二項規定，第八百二十條、第八百二十一條及第八百二十六條之一規定，於公同共有準用之。是以各公同共有人對於第三人為回復共有物之請求，均得為公同共有人全體之利益而起訴，類此非必以該公同共有人全體共同起訴，其當事人適格始無欠缺之情形，依上說明，即無民事訴訟法第五十六條之一第一項規定之適用。」最高法院98年度台抗字第811號裁定參照。查本題甲、乙為公同共有人依民法第828條第2項準用第821條規定對於無權占有人提起民法第767條第1項前段規定之回復共有物訴訟，依前舉實務見解，此訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定，但無須以該公同共有人全體共同起訴，是甲、乙間之共同訴訟類型，核屬通說所謂類似必要共同訴訟，應適用本法第56條規定。

### 2.本題第二審法院應依本法第459條第2項規定限期命乙表示是否同意甲之撤回：

按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用下列各款之規定：一、共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體；不利益者，對於全體不生效力；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。本法第56條第1項第1款、第459條第2項分別定有明文。查本題第一審法院判決原告敗訴，僅甲提起第二審上訴，因上訴係請求上級審法院作成比原審更為有利之判決，形式上可認屬有利益於全體共同訴訟人之行為，依本法第56條第1項第1款規定，僅甲一人提起上訴，效力同時及於甲、乙；甲合法提起上訴後，於第二審言詞辯論終結前復具狀表明撤回上訴，形式上為不利於全體共同訴訟人之行為，依本法第56條第1項第1款規定應不生效力，然依前開本法第459條第2項特別規定，此際第二審法院應限期命乙表示是否同意甲之撤回，以避免無益之上訴。

3. 本題甲之撤回上訴是否有效，應視乙之行為分別而定：

承前所述，若乙於接受第二審法院通知後10日內未表示意見或表示同意撤回，則甲之撤回上訴有效，第二審法院毋庸為任何裁判；反之，若乙於接受第二審法院通知後10日內表示不同意撤回，因維持上訴為有利於全體共同訴訟人之行為，甲之撤回上訴無效，第二審法院應就甲、乙之上訴有無理由繼續審判。

二、甲列乙為被告，於民國（下同）113年3月1日向管轄法院起訴，求為判決命乙給付原告A畫。原告甲主張之事實及理由略為：甲於112年8月1日將A畫借予乙，約定借貸期間為六個月，於期間屆滿後，乙至今拒不交還A畫，為此，依借用物返還請求權提起本訴。第一審法院審理後為甲勝訴之本案判決。乙提起上訴，於第二審程序中，A畫因乙之保管不當而失火燒毀，甲在第二審遂將原訴變更為請求賠償損害新臺幣（下同）250萬元。試附理由說明：

（一）甲所為之訴之變更有何程序法上之依據？若第二審法院認為甲變更之新訴有理由，可否為「原判決廢棄，並判令被告給付甲250萬元」之判決？（13分）

（二）若第二審法院認為甲變更之新訴有理由，且進行本案審理與言詞辯論，甲又將原給付聲明由請求給付250萬元減縮為給付200萬元。對此，被告乙表示不同意甲所為50萬元之撤回。此減縮或撤回是否適法？（12分）

命題意旨	民事訴訟法第255條、第446條。
答題關鍵	本題仍係在測驗近幾年相當熱門之「第二審程序訴之變更追加」此一考點，但並非就當事人之變更追加命題，可算是略有變化。其中，第一小題的第二個設問測驗同學本題第二審法院可否將「原判決廢棄」，算是本題的小難點，縱算同學不知悉相關實務見解，但自訴之變更之本質思考，仍應可獲致結論。
考點命中	《高點民事訴訟法講義》第二回，呂律師編撰，頁22～23。

### 【擬答】

本題涉及第二審訴之變更追加合法性之判斷，茲分論如下：

（一）本題甲於第二審為訴之變更符合民事訴訟法（下稱本法）第446條第1項但書及第255條第1項第4款規定，惟第二審法院不得判決「原判決廢棄」：

1. 本題甲於第二審為訴之變更符合本法第446條第1項但書及第255條第1項第4款規定，應屬合法：

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：四、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者；訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。本法第255條第1項第4款及第446條第1項分別定有明文。查本題甲於第一審起訴請求乙返還A畫，第一審法院審理後為甲勝訴之本案判決。乙提起上訴，於第二審程序中，A畫因乙之保管不當（可歸責於乙之事由）而失火燒毀，乙對甲已陷於給付不能，而屬情事變更。甲在第二審將原訴自返還A畫變更為請求損害賠償250萬元，依前開法條規定，自屬合法。

2. 第二審法院不得於判決主文記載「原判決廢棄」：

按「當事人因情事變更，而以他項聲明代最初之聲明，法律基於便宜之理由，在民事訴訟法第二百五十六條第三款固規定於訴訟無礙，不受同法第二百五十五條之拘束，但其在實質上仍屬訴之變更。而在第二審為訴之變更合法者，原訴可訴認為已因而視為撤回時，第一審就原訴所為判決，自當然失其效力。第二審法院應專就新訴為裁判，無須更就該判決之上訴為裁判。原審見未及此，就被上訴人變更之新訴准許，並命上訴人如數給付後，又將第一審判決予以部分廢棄，於法自屬有違。」最高法院71年度台上字第3746號

判決意旨參照。查訴之變更乃係原告提出新訴取代舊訴，舊訴視為撤回，法院僅須就新訴裁判即可，此處理方式於一、二審並無不同。基此，本題甲在第二審將原訴自返還A畫變更為請求損害賠償250萬元，變更前之舊訴(返還A畫)已因合法變更而視為撤回，第一審法院就此作成之終局判決亦因而消滅，依前舉實務見解，第二審法院不得於判決主文記載「原判決廢棄」，蓋原判決已不復存在。

(二)本題甲於第二審將原給付聲明由請求給付250萬元減縮為給付200萬元，雖乙表示不同意，仍屬適法：

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者；訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第二百五十五條第一項第二款至第六款情形，不在此限。本法第255條第1項第3款及第446條第1項分別定有明文。查本題甲於第二審將原給付聲明由請求給付250萬元減縮為給付200萬元，核屬前述「擴張或減縮應受判決事項之聲明者」，雖乙表示不同意甲之聲明減縮，仍不影響甲減縮行為之適法性。

三、某夜，A開車見前方員警執行路檢遂急煞減速、臨停路邊紅線，員警見狀前去盤查要求其搖下車窗，詢問姓名並要求提示身分證明文件(詢問A)。過程中，員警嗅到A所駕車內有類似貓屎的怪味，且見副駕駛座B匆忙攜身旁手提包即欲下車離去。員警依其多年執勤經驗認為或有使用安非他命之嫌，故攔阻、壓制B並詢問該手提包藏有何物(詢問B)。稍後，員警從中查獲相關毒品一批。試問員警如何進行詢問A、詢問B，方能確保相關不利供述之證據能力？(25分)

命題意旨	本題係在測試是否熟悉臨檢(盤查)之要求，即釋字第535號之解釋意旨，至於警察職權行使法因係屬於特別法，若無特別記憶，至少要寫出釋字第535號之解釋意旨並涵攝，另外此題亦涉及當被告地位形成，則應踐行告知義務等規範，考試須臚列相關重要條文、立法目的。
考點命中	1.《刑事訴訟法考點透析》，高點文化出版，劉睿揚律師編著，頁4-8～4-9、7-8～7-10考點7高度相似。 2.《高點刑事訴訟法講義》第一回，劉律編撰，頁82～86。 3.《高點刑事訴訟法講義》第二回，劉律編撰，頁103～108。

#### 【擬答】

員警應踐行之程序，論述如下：

- (一)按司法院釋字第535號解釋揭載：「有關臨檢之規定，並無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查之立法本意。除法律另有規定外，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所為之，其中處所為私人居住之空間者，並應受住宅相同之保障；對人實施之臨檢則須以有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限，且均應遵守比例原則，不得逾越必要程度。臨檢進行前應對在場者告以實施之事由，並出示證件表明其為執行人員之身分。臨檢應於現場實施，非經受臨檢人同意或無從確定其身分或現場為之對該受臨檢人將有不利影響或妨礙交通、安寧者，不得要求其同行至警察局、所進行盤查。其因發現違法事實，應依法定程序處理者外，身分一經查明，即應任其離去，不得稽延。前述條例第十一條第三款之規定，於符合上開解釋意旨範圍內，予以適用，始無悖於維護人權之憲法意旨。現行警察執行職務法規有欠完備，有關機關應於本解釋公布之日起二年內依解釋意旨，且參酌社會實際狀況，賦予警察人員執行勤務時應付突發事故之權限，俾對人民自由與警察自身安全之維護兼籌並顧，通盤檢討訂定，併此指明。
- (二)準此，員警若要前去盤查A所駕駛之汽車，則須限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之交通工具為之，且於臨檢進行前應對在場者告以實施之事由，並出示證件表明其為執行人員之身分。臨檢應於現場實施，非經受臨檢人同意或無從確定其身分或現場為之對該受臨檢人將有不利影響或妨礙交通、安寧者，不得要求其同行至警察局、所進行盤查，如此始能合乎上開釋字之意旨及警察職權行使法之規範要件；又員警依其多年執勤經驗認為或有使用安非他命之嫌，故攔阻、壓制B並詢問該手提包藏有何物(詢問B)，依照主客觀混和理論，應認B之被告地位已經形成，故自須踐行刑事訴訟法第95條之告知義務，且詢問過程中亦須依照刑事訴訟法第100條之1之規定，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。倘若未踐行上揭合法取證程序，則將可能依照刑事訴訟法第158條之2或第158條之4之規定，而認無證據能力。

四、警察為偵辦毒品犯罪使用M化偵查網路系統(簡稱「M化車」)，追查特定人犯A手機「國際行動設備識別碼」(International Mobile Equipment Identity)及其SIM卡「國際行動用戶識別

碼」(International Mobile Subscriber Identity)，進而確認A住居所在並查獲毒品一批。  
試問為確保查獲毒品之證據能力，警察應如何實施本項蒐證保全？(25分)

命題意旨	本題在測試今年最新之修法，解題上建議可先將修法前之爭議論述後，再補充今年最新修法要實施M化車之法定要件。
考點命中	《刑事訴訟法考點透析》，高點文化出版，劉睿揚律師編著，頁10-3～10-5考點7高度相似。

### 【擬答】

為確保查獲毒品之證據能力，警察應如何實施本項蒐證保全，述明如下：

- (一)M化車為新型態之強制處分類型，蓋偵查機關上開秘密蒐集、處理及利用人民私密資料之偵查手段，已干預人民隱私權及資料自主權，故依憲法第23條之法律保留原則，「強制偵查」必須以法律或法律授權明確規定者，始得為之，此即所謂「強制處分法定原則」。是以實務見解亦認為偵查機關使用「M化車」之秘密性科技偵查行為，涉及犯罪偵查效率與人民基本權保護等重要價值之衝突與抉擇，而科技偵查之種類、適用之犯罪類型與監督程序，及其使用方式、期間、蒐集資訊之保存暨使用、事後救濟與通知義務等事項之決定，宜由國會儘速以法律或法律授權就偵查機關所應遵循之程序及實質要件，予以明確規定而妥適立法。至於內政部警政署刑事警察局雖已訂定「執行M化定位勤務作業流程」，作為執行操作之依據，惟該規定並非經立法機關授權所訂定，非屬法律層次之規定，亦不得作為本件「M化車」強制偵查作為之法律授權基礎。是本件警方依該作業流程使用「M化車」之強制偵查作為，欠缺法律授權基礎，違反法律保留原則，尚難調適法(最高法院110年度台上字第4549號刑事判決意旨參照)。
- (二)惟，刑事訴訟法於113年7月修法後，已有明確之授權依據，即依據刑事訴訟法第153-2條第1項規定「為調查犯罪情形或蒐集證據認有必要時，得使用科技方法調查被告或犯罪嫌疑人管領或使用之行動通訊設備之位置、設備號碼或使用之卡片號碼。」再依刑事訴訟法第153-2條第3項及第4項分別規定：「前二項情形，應由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載第一百五十三條之五第一項各款之事項與實施調查之必要性及其理由向該管法院聲請核發許可書。前項許可之期間，每次不得逾三十日。有繼續實施之必要者，至遲應於期間屆滿之二日前，由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載具體理由向該管法院聲請核發許可書。」是於刑事訴訟法修法後至少應踐行上開之程序始調合法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！



# PRIORITY PASS 法律國考貴賓室



## 准考證就是你的VIP卡！

113/8/31前

憑113司律、司特、調特准考證 >> 享優惠

### ★113司律二試★ 倒數二個月全力衝刺

【司法官專攻班】特價 **28,000** 元

【案例演習雲端時數版】單科定價 6 折、全修特價 **20,000** 元  
(提供 1.3 倍課程時數，含書籍講義，不含課業諮詢及批改)

【高點二試判解文章班】面授/網院特價 **5,000** 元、雲端函授特價 **7,000** 元  
(法研生/法助/律師另有專案優惠)

【波斯納二試總複習】34堂課特價 **6,000** 元、書+課組合特價 **7,800** 元  
(高點知識達舊生再優**1,000**元)

※以上優惠須憑113司律一試准考證方享有

### ★114正規課★ 全新課程再衝一年

全修課程	面授/網院	雲端函授
律師司法官	特價 <b>48,000</b> 元起	年度班/特價 <b>51,000</b> 元起
司法三等	特價 <b>32,000</b> 元起	特價 <b>44,000</b> 元起
司法四等	特價 <b>22,000</b> 元起	年度班/特價 <b>32,000</b> 元起
調特三等	特價 <b>38,000</b> 元起	特價 <b>46,000</b> 元起

### ★114分眾課★ 對症下藥補強弱點

課程	面授/網院	雲端函授
案例演習班+演習讀書會	二科 <b>85</b> 折 三科以上 <b>75</b> 折	案例演習班全修/特價 <b>30,000</b> 元起 二科以上 <b>8</b> 折
申論寫作正解班	單科特價 <b>4,000</b> 元	單科 <b>7</b> 折起
矯正三合一經典題庫班	全套特價 <b>4,000</b> 元	全套 <b>7</b> 折起
司特狂作題班	單科 <b>5,000</b> 元	--

【司特/調特】線上解題講座：8/20起鎖定 高點線上影音學習

