

司法特考 · 調查局特考

# 高點考季友賞



**8/31前，憑司特、調特准考證享全年最優惠**

**8/12~14報名113面授/VOD課程>加贈高點圖書禮券1,000元**

## ★司法特考四等

| 類別         | 面授/VOD專業全修         | 雲端全修年度班            |
|------------|--------------------|--------------------|
| 法警/執達員/執行員 | 特價 <b>22,000</b> 元 | 特價 <b>35,000</b> 元 |
| 法院書記官      | 特價 <b>28,000</b> 元 | 特價 <b>38,000</b> 元 |
| 監所管理員      | 特價 <b>23,000</b> 元 | 特價 <b>32,000</b> 元 |

## ★司法特考三等

- 面授/VOD：特價 **32,000**元起
- 雲端：特價 **44,000**元起

## ★調查局特考三等

- 面授/VOD：特價 **38,000**元起
- 雲端：特價 **46,000**元起

## ★差異科目/弱科加強 (限面/VOD)

- 監所管理員全修+警察法規概要：特價 **36,000**元
- 四等書記官+公務員法概要：特價 **40,000**元
- 法警+公務員法概要：特價 **35,000**元
- 四等小資：特價 **16,000**元起

## ★實力進階

| 類別       | 面授/VOD                                   | 雲端             |
|----------|--|----------------|
| 申論寫作班    | 單科特價 <b>3,000</b> 元起                     | 單科 <b>7</b> 折起 |
| 矯正三合一題庫班 | 特價 <b>4,000</b> 元                        | 單科 <b>7</b> 折起 |
| 犯罪學題庫班   | 特價 <b>1,700</b> 元                        | 單科 <b>8</b> 折起 |
| 四等狂作題班   | 限面授 全修 <b>15,000</b> 元、單科 <b>5,000</b> 元 |                |

※諮詢&報名詳洽【法政瘋高點】LINE 生活圈(ID: @get5586)  
 ※報名全修考生若當年度考取相同等級類科，二週內可回班辦理退費



# 《民事訴訟法概要與 刑事訴訟法概要》

一、甲列乙為被告，訴請乙給付甲新臺幣（以下同）100 萬元。甲主張乙於五年前向甲借款 100 萬元，約定返還期間為五年而乙逾期未還。對此，乙主張兩造原為好友，乙與甲協商後甲已同意「乙得延期半年清償」之請求。對此合意延期清償之事實，甲於準備程序中未為否認，亦未為明確之陳述。於歷經數次準備程序期日與言詞辯論期日後，甲於第一審之程序後階段（準備程序終結後）復爭執此合意延期清償之事實，並主張僅同意乙延期半個月清償。試問：如何評價甲之相關程序行為之效力？（25 分）

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題旨在測驗訴訟上自認與擬制自認之概念比較。   |
| 答題關鍵 | 本題考出民事訴訟法證據論中重要爭點「自認」與「擬制自認」之異同，同學只要能掌握定義及法條，應不難回答本題。附帶一提，前者之特色及重要性，各位同學應不陌生，倒是後者之各種不同型態、民事訴訟法第280條第1項規定之「不爭執」應如何解釋，及自認與爭點整理協議之關係等議題，亦均相當重要，併提醒同學留意。 |
| 考點命中 | 《高點民事訴訟法講義》第六回，呂律師編撰，頁3~8。   |

## 【擬答】

本題甲之行為應可評價為擬制自認，而得於第一審程序後階段追復爭執，理由如下：

(一)自認與擬制自認之意義：

按「當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。」民事訴訟法(下稱本法)第 279 條第 1 項定有明文。另按「當事人對於他造主張之事實，或對於法官整理協議之不爭執事項，於言詞辯論或準備程序積極而明確的表示沒有意見，性質上應屬民事訴訟法第 279 條第 1 項所規定之自認，除依同條第 3 項規定撤銷外，在辯論主義之範圍內有拘束法院之效力，應以該自認之事實作為裁判之基礎。」最高法院 104 年度台上字第 207 號民事判決參照。是當事人對於他造主張不利於己之事實，於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前，積極表示承認之情形，即屬當事人「(訴訟上)自認」之行為；至本法第 280 條第 1 項所定者，乃當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執，視同自認，而屬所謂「擬制自認」。前者之撤銷，除別有規定外，如自認人能證明與事實不符或經他造同意者，即得為之，此觀本法第 279 條第 3 項規定自明。而後者，因本無自認行為，原不生撤銷自認之問題，通說肯認應許當事人在第二審言詞辯論終結前，得隨時為追復爭執之陳述，使之失其效力。

(二)本題甲之行為應可評價為擬制自認，而得於第一審程序後階段追復爭執：

查本題甲於準備程序中，就乙主張甲已同意「乙得延期半年清償」此等不利於己之事實，**未為否認，亦未為明確之陳述**，自與上述所謂當事人對於他造不利於己之事實，積極表示承認之「自認」情形有別。而就甲此處「未為否認，亦未為明確之陳述」行為，因非「無意見」之陳述，通說見解肯認此等「消極不為表示及陳述」，即應解為本法第 280 條第 1 項所定「擬制自認」。甲之行為既可評價為擬制自認，則依前述，因擬制自認本無自認行為，原不生撤銷自認之問題，通說實務肯認應許當事人在第二審言詞辯論終結前，得隨時為追復爭執之陳述，使之失其效力，是本題甲應得於第一審之程序後階段（準備程序終結後）追復爭執此合意延期清償之事實，並主張僅同意乙延期半個月清償。惟仍須注意，爭執乃攻擊防禦方法，仍有適時提出主義、失權效之適用，依本法第 196 條第 1 項、第 276 條等規定，甲若未適時提出爭執，非一概得為追復爭執之主張，以免當事人濫用擬制自認，貫徹促進訴訟之目的。

(三)結論：

綜上所述，本題甲之行為應可評價為擬制自認，而得於第一審程序後階段追復爭執，惟仍須注意適時提出主義之適用。

- 二、甲列乙為被告，向管轄法院起訴，先位聲明請求撤銷兩造之婚姻，後位聲明請求判決兩造離婚。甲起訴主張之事實與依據略為：「兩造結婚時，乙故意隱瞞其有重大精神病之事實致甲受詐欺而允婚，甲擬先依民法第 997 條之規定撤銷婚姻；若先位之訴無理由，則以乙之精神病已重大影響婚後兩造之生活，一年來已無共同生活之事實，而於後位聲明請求判准離婚。」第一審法院認為甲先位之訴為無理由，而後位之訴為有理由，判決兩造離婚，並駁回甲先位之訴。試附理由說明：
- (一)若甲對先位之訴提起上訴，乙未提起上訴，而第二審法院認為甲先位之訴為有理由時，應如何判決？(13 分)
- (二)若第一審之判決書於民國(以下同)112 年 7 月 3 日合法送達予兩造，甲於同年 7 月 20 日提起上訴，復又於同年 7 月 26 日撤回上訴，乙則未提起上訴。試問：本件之判決何時確定？(12 分)

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題旨在測驗預備合併之二審上訴與法院應如何裁判，及判決確定等相關爭點。   |
| 答題關鍵 | 本題分為兩個問題，彼此間關聯不大：<br>1.本題考出客觀合併中最高為重要之類型-「預備合併」，並將考點著重在預備合併之二審上訴，與110年四等書記官考古題高度相似，此爭點重要性可見一斑。<br>2.本題基本上即係在測驗最高法院96年度第6次民事庭會議之見解，應屬相對單純且傳統之考點。 |
| 考點命中 | 1.《高點民事訴訟法講義》第四回，呂律師編撰，頁9~13。<br>2.《高點民事訴訟法講義》第七回，呂律師編撰，頁1~2。   |

### 【擬答】

本題涉及預備合併之二審上訴與判決確定等相關爭點，茲分述如下：

(一)本題第二審法院如認甲之上訴有理由，應廢棄原判決，改判甲先位之訴勝訴：

#### 1.預備合併之意義：

按傳統意義之預備合併，係指原告預慮其所提起之請求無理由，而同時提起不相容之他請求為合併，以備先位之請求無理由時，要求就備位請求為裁判。其先位請求與備位請求乃附有條件之關係，亦即原告於起訴時將聲明排列為先位聲明及備位聲明，並以先位聲明(請求)有理由，為備位聲明(請求)之解除條件；備位聲明則係以主位聲明請求不合法或無理由判決時為審判之停止條件。

#### 2.倘本題僅甲就第一審判決關於先位之訴部分提起第二審上訴，而第二審法院認甲之上訴有理由，應廢棄原判決，改判甲先位之訴勝訴：

按民事訴訟法(下稱本法)第 450 條規定：「第二審法院認上訴為有理由者，應於上訴聲明之範圍內，為廢棄或變更原判決之判決。」另按「訴之客觀預備合併，法院如認先位之訴為無理由，而預備之訴為有理由時，就預備之訴固應為原告勝訴之判決，惟對於先位之訴，仍須於判決主文記載駁回該部分之訴之意旨。原告對於駁回其先位之訴之判決提起上訴，其效力應及於預備之訴，即預備之訴亦生移審之效力。第二審法院如認先位之訴為有理由，應將第一審判決之全部(包括預備之訴部分)廢棄，依原告先位之訴之聲明，為被告敗訴之判決。否則將造成原告先位之訴及預備之訴均獲勝訴且併存之判決，與預備之訴之性質相違背。」最高法院 83 年度台上字第 787 號判例參照。依題示，本題僅甲就第一審判決關於先位之訴部分提起第二審上訴，乙未對備位請求上訴或附帶上訴，此時依本法第 460 條第 1 項規定、第 473 條第 1 項規定反面解釋，將會產生甲提起一部上訴，上訴效力及於未上訴部分之「移審」效果。而倘第二審法院認甲之上訴有理由，依前開法條及實務見解，第二審法院應廢棄原判決之全部，改依甲先位聲明判決甲先位之訴勝訴。

#### 3.小結：

綜上所述，本題第二審法院如認甲之上訴有理由，應廢棄原判決，改判甲先位之訴勝訴。

(二)本件判決應於 112 年 7 月 26 日確定。權所有，重製必究！

#### 1.本題甲於上訴期間內有合法上訴：

按「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」、「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」本法第 440 條、第 398 條第 1 項定有明文。依題示，本件第一審判決書於 112 年 7 月 3 日合法送達予兩造，翌日起算 20 日之上訴不變期間，上訴屆滿日應為 112 年 7 月 23 日。本題甲於同年 7 月 20 日即上訴期間內提起上訴，自屬合法，並阻本件第一審判決確定。

#### 2.本件判決應於 112 年 7 月 26 日確定：

依本法第 459 條第 1 項規定：「上訴人於終局判決前，得將上訴撤回。但被上訴人已為附帶上訴者，應得其同意。」故在第二審程序，上訴人於終局判決前，得撤回上訴，而喪失上訴權並使第一審判決歸於確定。查本題甲於 112 年 7 月 20 日提起合法上訴，復又於同年 7 月 26 日撤回上訴，乙則未提起上訴，則第一審判決應於何時確定？有下列二說：

- (1)甲說：當事人對於第一審終局判決提起上訴，嗣於上訴期間屆滿後撤回其上訴者，因原來提起上訴之訴訟行為，已因在後之撤回行為而不存在，第二審訴訟繫屬因撤回上訴而溯及的消滅，其結果與未提起上訴之情形相同，第一審判決應溯及於上訴期間屆滿時確定。
- (2)乙說：依本法第 398 條第 1 項規定：「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。」第一審判決既經當事人於上訴期間內提起合法之上訴，依上開規定，即阻其確定，其訴訟並因而繫屬於第二審法院。嗣當事人於上訴期間屆滿後撤回其上訴者，第一審判決應於撤回上訴生效時始確定。

對此爭議，最高法院 96 年度第 6 次民事庭會議決議採乙說，吾意採之。蓋依本法第 459 條第 3 項規定，撤回上訴者，喪失其上訴權，是本題甲撤回上訴僅不過係喪失其上訴權，日後不得再行提起上訴，非謂撤回上訴應溯及於第一審判決上訴期間屆滿時始歸確定。準此，甲既於 112 年 7 月 20 日上訴期間內提起合法上訴，嗣於同年 7 月 26 日撤回上訴，依前揭說明，本件第一審判決應於甲撤回上訴生效時即 112 年 7 月 26 日確定。

### 3. 小結：

綜上所述，本件判決應於 112 年 7 月 26 日確定。

三、被告甲涉犯貪污罪嫌（屬強制辯護案件），被檢察官依法聲請羈押，經辯護人與檢察官進行攻防程序，法官訊問後，認有羈押原因及必要性，裁定羈押。嗣後被告之辯護人具保，向法院聲請停止羈押，法院依法審查後，認為雖有羈押之原因但無羈押之必要，許可具保而停止羈押並命被告甲定期向檢察官報到。惟被告甲無正當理由未定期向檢察官報到，檢察官向法院聲請撤銷「原停止羈押之裁定」，再執行羈押，法官行再執行羈押審查庭時，僅被告及檢察官到庭進行攻防程序，法官訊問後，認有再執行羈押理由及必要性，裁定再執行羈押。試論法院行「再執行羈押」之程序是否合法？理由安在？（25 分）

|      |   |
|------|---|
| 命題意旨 | 偵查中羈押審查程序中之強制辯護是否及於再執行羈押程序。                 |
| 答題關鍵 | 介紹偵查中羈押審查程序中之強制辯護制度，並說明偵查中羈押審查程序之範圍並具體涵攝本案。 |
| 考點命中 | 《高點刑事訴訟法講義》第一回，科律編撰，頁68。                    |

### 【擬答】

法院行再執行羈押之審查程序不合法，析論如下：

#### (一)偵查中之羈押審查程序為強制辯護：

按刑事訴訟法（下稱：同法）第31條之1為我國偵查中羈押審查程序中採行強制辯護制度之明文，蓋偵查中之羈押屬起訴前侵害被告人身自由最為嚴重之強制處分，立法機關本應給予被告最高程度之程序保障，因而藉由強制辯護制度使辯護人得替被告陳述意見，以確保羈押審查程序合理正當。而偵查中之羈押審查程序係採全面性之強制辯護制度，即不分案件類型，只要檢察官於偵查中聲請法院羈押，被告即皆有強制辯護之適用，此則與同法第31條第1項之規定不同。

#### (二)檢察官聲請法院再執行羈押時，於審查程序中亦有強制辯護之適用：

1. 次按同法第 110 條之規定，被告得隨時向法院提出具保停止羈押之聲請；而法院於許可停止羈押後於衡酌人權保障及公共利益之維護後，得依同法第 116 條之 2 條命被告遵守特定事項；再按同法第 117 條第 1 項，倘若被告具特定事由則法院得命再執行羈押。末依同條第 2 項之規定，於偵查程序中則係由檢察官向法院聲請對被告再執行羈押。

2. 依同法第 31 條之 1 立法理由可知，所謂偵查中之羈押審查程序係指偵查中檢察官聲請羈押、延長羈押、再執行羈押被告之法院審查及其救濟程序，此亦係呼應司法院釋字第 737 號解釋中闡釋偵查中之羈押係侵害被告人身自由最為嚴重之強制處分，因此需給予被告最大程度之程序保障之意旨；況依同法第 117 條之規定，被告具有再執行羈押之事由其所生之效果亦僅係法院「得」命再執行羈押而未必會再為執行，因此縱使合於再執行羈押之事由，法院於再執行羈押程序中亦有通知被告之辯護人到庭為被告表示意見之義

務。

- 3.查：本案依題旨，於法院行再執行羈押審查程序時，僅有被告與檢察官到庭進行攻防，惟依前揭所述，所調偵查中之羈押審查程序其範圍包含偵查中檢察官向法院聲請再執行羈押之審查程序。因此本件中法院對甲行再執行羈押之審查程序仍有強制辯護之適用，法院未通知甲之辯護人於程序中替甲陳述意見顯已剝奪甲之訴訟權，該再執行羈押之審查程序難謂合法。

四、檢察官以甲涉犯刑法第 320 條普通竊盜罪嫌提起公诉，審判期日時，到庭實行公訴檢察官更正法條為刑法第 321 條第 1 項第 1 款「侵入住宅竊盜罪」，法院審理結果，認為起訴書記載之犯罪事實，與審理結果認定之犯罪事實之間，具有同一性，對甲為刑法第 321 條第 1 項 1 款有罪判決，然未在判決理由書引用刑事訴訟法第 300 條。試論法院之判決是否合法？（25 分）

|      |  |
|------|--|
| 命題意旨 | 公訴檢察官更正後之起訴法條是否屬於刑事訴訟法第300條中「檢察官所引應適用之法條」，考驗考生對於刑事訴訟法第300條之操作。   |
| 答題關鍵 | 說明公訴檢察官更正起訴法條之性質及法院適用更正後之法條審判是否屬於變更起訴法條之情形。又起訴法條不管是法院變更或是公訴檢察官更正，此時都會影響辯護策略，攸關被告訴訟上之防禦權，因而答題內容上可提出確保被告防禦權獲得保障。 |
| 考點命中 | 《高點刑事訴訟法講義》第二回，科律編撰，頁 112。   |

#### 【擬答】

倘審理程序未侵害被告之防禦權，法院之判決即屬合法。試說明如下：

(一)法院適用公訴檢察官更正後之法條為判決，判決理由中毋庸援引同法第300條。

按刑事訴訟法（下稱：「同法」）第300條之規定，法院對於檢察官所起訴之犯罪事實，得變更檢察官所引應適用之法條，蓋法院在與起訴事實具同一性之事實下，本可依其心證獨立審判並適用正確之法條，而法院於變更起訴法條時除須確保被告防禦權獲得保障外，亦須於判決理由中援引同法第300條之規定。然有疑問者係，倘若該起訴法條係經由公訴檢察官更正時，法院此時是否應於判決理由中援引同法第300條<sup>1</sup>？

- 1.否定論者認為，公訴檢察官有權更正起訴書中所引用之法條，而經公訴檢察官更正後之法條即係同法第300條中所謂「檢察官所引應適用之法條」，倘審理結果與公訴檢察官所更正之法條相符，則法院於判決理由中毋庸援引同法第300條之規定。
- 2.肯定論者則認為，同法第300條中所謂「檢察官所引應適用之法條」，係起訴書中所記載應適用之法條，而公訴檢察官於審理程序中所為之更正僅係提醒法院注意此時應更正起訴法條，因此倘若審理結果與公訴檢察官之主張相同，法院即應變更起訴法條並於判決理由中引用第300條之規定。
- 3.本文以為，基於檢察一體原則，公訴檢察官於審判中本得當庭更正罪名及起訴法條，而更正後之法條即為同法第300條中「檢察官所引應適用之法條」，倘審理結果與公訴檢察官更正後之法條為相符，法院於判決理由中即毋庸引用同法第300條之規定。然鑒於起訴法條之更正將使被告防禦權行使之方向有所改變，因此程序中若逕以公訴檢察官更正後之法條審理，則對被告而言係訴訟上之突襲而侵害其訴訟權；是以於公訴檢察官更正起訴法條時，法院亦應告知被告有更正起訴法條之情事並給予其答辯之機會，以確保被告之防禦權獲得完整之保障。

(二)法院應告知被告變更法條，並給予被告陳述意見之機會，本案判決始謂無瑕疵

查本案中，公訴檢察官更正起訴法條為刑法第321條第1項第1款，法院審理結果亦認為本案應適用刑法第321條第1項第1款，此時因更正後之條文屬於檢察官所引應適用之法條，因此本案非屬同法第300條變更起訴法條之情形，法院毋庸於判決理由中引用同法第300條之規定。然法院應告知被告本案公訴檢察官將起訴法條更正為侵入住宅竊盜罪，並給予被告陳述意見之機會，本案判決始謂無瑕疵。

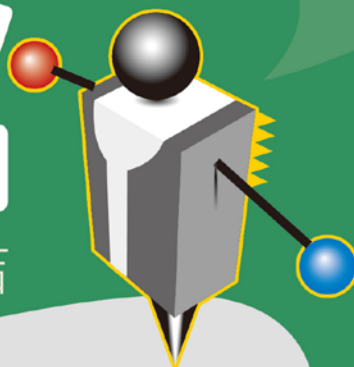
<sup>1</sup> 臺灣士林地方法院八十九年十月份法律座談會紀錄。另近期實務見解，參最高法院 111 年度台上字 4758 號判決：「按基於檢察一體，案件起訴之後，實行公訴之檢察官於審判程序，對於具有同一性之事實，本得當庭更正罪名以及起訴法條，倘法院已踐行上揭程序，致被告之防禦權無受侵害之虞，自得以具有同一性之事實依更正後之法條及罪名判決，且毋庸依刑事訴訟法第 300 條變更起訴法條。又刑事訴訟法第 300 條規定科刑之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，其所謂『檢察官所引應適用之法條』，於起訴書所載法條與到庭實行公訴檢察官所更正之法條不相一致時，依檢察一體之原則，應以經更正後之法條為準。」

# 法政瘋高點



## LINE@生活圈

共榮共享・好試連結



司特/調特考前提示★LINE好友版考猜★

★刑事訴訟法：劉律(劉睿揚)

★犯罪學：陳逸飛(施馭昊)



8/7(一)

限時下載

@get5586

8/12~14考場限定

報名指定法律好課，加贈高點圖書禮券1,000元

司特/調特★線上解題講座★

行政法：8/24(四)

民法：8/25(五)

刑法：8/29(二)

刑訴：8/30(三)



嶺律 (陳熙哲)



龍律 (陳義龍)



劉律 (劉睿揚)

FB粉絲團

首播



高點線上  
影音學習



【台北】台北市開封街一段2號8樓

02-2331-8268

【台南】台南市中西區中山路166-6號5樓

06-223-5868

【台中】台中市東區大智路36號2樓

04-2229-8699

【高雄】高雄市新興區中山一路308號8樓

07-235-8996

各分班立案核准

