

《憲法與行政法》

一、外籍遠洋漁工 A 及 B 二人，在臺灣受甲漁業公司合法聘用。於其出海作業三個月期間，剛好遇到新冠肺炎疫情來襲，政府宣布三級警戒，全面管制外國人入境。A 及 B 完成捕魚作業回到臺灣，甲漁業公司安排其到桃園國際機場搭乘班機要返回菲律賓時，遭查驗身分。由於 A 及 B 出海作業即屬出境，在完成遠洋捕魚作業要再度入境時，依法應申請臨時停留許可，但甲公司並未協助二人申請，再加上當時受新冠肺炎防疫管制影響，政府亦不接受外國人的入境申請。內政部移民署認 A 及 B 違反入出國及移民法第 4 條入境須經查驗的規定，因不符合暫予收容的法定要件，遂依同法第 36 條命強制驅逐出國，將其安置於機場管制區內，等待離境班機。A 及 B 認為受到逮捕，非常驚慌，一直大聲叫嚷要見法官。同時間，A 及 B 的其他遠洋漁工朋友，知悉上情，對甲漁業公司竟然沒有協助申請臨時停留許可，也沒有告知新冠肺炎三級警戒期間的入境管制，非常氣憤。A 及 B 的同鄉 C 立即召集遠洋漁工朋友到甲漁業公司前面陳情抗議，並要求老闆出來說明。他們集結在公司門口，甚至蔓延到公司外面的街道上，引發非常多人圍觀。甲漁業公司老闆拒絕出面，遠洋漁工們持續在外面高聲抗議。警方到場後，以該室外集會應依集會遊行法第 8 條申請許可而並未申請，認定違法，三次舉牌命令解散。A 及 B 的同鄉 D 決定繼續聲援，以自己為負責人，向轄區警察局申請於甲漁業公司前室外集會遊行。轄區警察局以集會遊行法第 10 條第 2 款規定，無中華民國國籍者，不得擔任室外集會遊行之負責人為由，駁回其申請。D 不服氣，以臺灣已國內法化的公民與政治權利國際公約保障所有人和平集會的權利，認為集會遊行法不允許外國人擔任室外集會遊行的負責人，是對外國人的嚴重歧視。

(一) A 及 B 可否向法院聲請提審？(25 分)

(二) A 及 B 對強制驅逐出國之決定不服，如何請求暫時權利保護？另對原處分，應提起何種類型之行政訴訟？如 A 及 B 離境後，訴訟類型又有何不同？(30 分)

(三) 在 C 之情形，集會遊行法第 8 條規定，室外集會遊行應事先申請許可，是否違憲？(25 分)

(四) D 主張集會遊行法第 10 條不允許外國人擔任室外集會遊行負責人的規定違憲，有無理由？(20 分)

參考法條

入出國及移民法

第 4 條第 1 項

入出國者，應經內政部移民署（以下簡稱移民署）查驗；未經查驗者，不得入出國。

第 19 條第 1 項

搭乘航空器、船舶或其他運輸工具之外國人，有下列情形之一者，移民署依機、船長、運輸業者、執行救護任務機關或施救之機、船長之申請，得許可其臨時入國：

- 一、轉乘航空器、船舶或其他運輸工具。
- 二、疾病、避難或其他特殊事故。
- 三、意外迫降、緊急入港、遇難或災變。
- 四、其他正當理由。

第 36 條第 1 項

外國人有下列情形之一者，移民署應強制驅逐出國：

- 一、違反第四條第一項規定，未經查驗入國。
- 二、違反第十九條第一項規定，未經許可臨時入國。

第 38 條第 1 項

外國人受強制驅逐出國處分，有下列情形之一，且非予收容顯難強制驅逐出國者，移民署得暫予收容，期間自暫予收容時起最長不得逾十五日，且應於暫予收容處分作成前，給予當事人陳述意見機會：

- 一、無相關旅行證件，不能依規定執行。
- 二、有事實足認有行方不明、逃逸或不願自行出國之虞。
- 三、受外國政府通緝。

提審法

第 1 條第 1 項

人民被法院以外之任何機關逮捕、拘禁時，其本人或他人得向逮捕、拘禁地之地方法院聲請提審。但其他法律規定得聲請即時由法院審查者，依其規定。

第 2 條

人民被逮捕、拘禁時，逮捕、拘禁之機關應即將逮捕、拘禁之原因、時間、地點及得依本法聲請提審之意旨，以書面告知本人及其指定之親友，至遲不得逾二十四小時。

本人或其親友亦得請求為前項之告知。

本人或其親友不通曉國語者，第一項之書面應附記其所理解之語文；有不能附記之情形者，應另以其所理解之語文告知之。

第 3 條

聲請提審應以書狀或言詞陳明下列事項：

- 一、聲請人之姓名、性別、出生年月日、身分證明文件編號及住所或居所；他人為聲請時，並應記載被逮捕、拘禁人之姓名、性別或其他足資辨別之特徵。
- 二、已知逮捕、拘禁之原因、時間及地點。
- 三、逮捕、拘禁之機關或其執行人員之姓名。
- 四、受聲請之法院。
- 五、聲請之年、月、日。

前項情形，以言詞陳明者，應由書記官製作筆錄。

第一項聲請程式有欠缺者，法院應依職權查明。

集會遊行法

第 7 條

集會、遊行應有負責人。

依法設立之團體舉行之集會、遊行，其負責人為該團體之代表人或其指定之人。

第 8 條

室外集會、遊行，應向主管機關申請許可。但左列各款情形不在此限：

- 一、依法令規定舉行者。
- 二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。
- 三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。

室內集會無須申請許可。但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。

第 10 條

有下列情形之一者，不得為應經許可之室外集會、遊行之負責人、其代理人或糾察員：

- 一、未成年。
- 二、無中華民國國籍。
- 三、經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。
- 四、受保安處分之裁判確定，尚未執行或執行未畢。
- 五、受監護或輔助之宣告，尚未撤銷。

第 25 條

有左列情事之一者，該管主管機關得予警告、制止或命令解散：

- 一、應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者。
- 二、經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項者。
- 三、利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者。
- 四、有其他違反法令之行為者。

前項制止、命令解散，該管主管機關得強制為之

命題意旨	本題涉及限制「安置」是否得限制憲法第 8 條人身自由手段；強制出境之定性及暫時權利保護措施及訴訟類型之選擇；另外針對室外集會遊行需事前許可是否合憲；外國人是否為我國基本權保障主體，及違憲審查。
答題關鍵	本題涉及限制「安置」是否得限制憲法第 8 條人身自由，此部分須提出司法院釋字第 588 號，另外就提審法之要件也需詳細討論；強制出境之定性為行政處分及暫時權利保護措施應為停止執行，另外訴訟類型之選擇則依照效力是否消滅區分為撤銷訴訟或是確認訴訟；另外針對室外集會遊行需事前許可是否合憲，應提出釋字第 445 號解釋與第 718 號解釋；外國人是否為我國基本權保障主體，應提出三分法說。
考點命中	1.《高點憲法講義》第一回，基本權總論，韓台大編撰，頁 50。 2.《高點憲法講義》第四回，人身自由，韓台大編撰，頁 34。 e.《高點行政法講義》第二回，行政處分，韓台大編撰，頁 35。 4.《高點行政法講義》第七回，行政訴訟法，韓台大編撰，頁 98。

【擬答】

(一)A 及 B 應可向法院請求提審

- 1.按提審法第 1 條，人民被法院以外之任何機關逮捕、拘禁時，其本人或他人得向逮捕、拘禁地之地方法院聲請提審。但其他法律規定得聲請即時由法院審查者，依其規定。
- 2.又提審法立法理由揭櫫「……明確規範提審對象為被逮捕、拘禁之人，不因其是否基於犯罪嫌疑而有別明確規範提審對象不限於『因犯罪嫌疑被逮捕、拘禁者』，只要被法院以外之任何機關逮捕、拘禁時，其本人或他人均得聲請提審。」
- 3.又「安置」是否屬於「逮捕、拘禁」，雖有認為提審法已明文「逮捕、拘禁」，從而僅該強制手段方能符合提審法要件，然本文以為提審法基於憲法第 8 條意旨為論證，復依照司法院釋字第 588 號解釋意旨：「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序，即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」從而僅需有拘束人身自由於一定處所之強制手段皆應劃歸該條適用之範圍為是，實務見解同本文。
- 4.綜上，A 與 B 既遭安置於機場管制區內，等待離境班機，可認為屬拘束人身自由於一定處所之強制手段，屬提審法所規範之「逮捕、拘禁」為是，從而可依照提審法為救濟。

(二)強制驅逐出國之決定應屬行政處分，就該處分應為停止執行與撤銷訴訟，若 AB 出境後，則應提起確認處分違法之訴為是

- 1.強制驅逐出境為行政處分，A 及 B 應可對該處分提起停止執行暫時權利保護措施
 - (1)按行政程序法第 92 條本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。
 - (2)查，本件強制驅逐出境為內政部移民署(行政機關)，就 AB 違反義務片面決定要求 AB 離境台灣，並賦予義務效果，核屬行政處分為是。
 - (3)又按訴願法第 93 條與行政訴訟法第 116 條賦予人民可對處分請求停止執行權利，又茲有疑義的是，人民是否須先向訴願機關請求遭拒絕，方可向行政法院請求，就此，雖有認為避免架空訴願程序而認為應先向訴願機關請求，然本文以為就人民基本權利保障，條文並未明文需先向訴願機關為之，該限制恐增加法律所沒有之限制，而認為並無須先向訴願機關為之，學說有同本文之看法。
 - (4)從而，A 及 B 可依照訴願法第 93 條與行政訴訟法第 116 條向訴願機關及行政法院請求停止執行。
- 2.訴訟類型選擇上，A 及 B 應提起撤銷訴訟，然倘已經出境則應提起確認行政處份違法訴訟為是
 - (1)按行政訴訟法第 196 條，撤銷訴訟進行中，原處分已執行而無回復原狀可能或已消滅者，於原告有即受確認判決之法律上利益時，行政法院得依聲請，確認該行政處分為違法。
 - (2)查，本件強制出境處分尚未執行前，A 及 B 應提起撤銷訴訟，嗣該出境處分執行後，則依法變更為確認訴訟為是。
 - (3)茲有附言者，倘 A 及 B 提起撤銷訴訟中，該出境處分執行後，依照行政訴訟法第 125 條，法院應向 A 及 B 闡明可更改聲明。

(三)就集會遊行應事前聲請是否違憲，就實務見解與本文見解討論如下：

1. 就司法院釋字第 445、718 號解釋意旨，協認為集會遊行採事前許可制並未違憲
即司法院釋字第 445 號解釋謂「其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸」、另就釋字第 718 號解釋謂「室外集會、遊行需要利用場所、道路等諸多社會資源，本質上即易對社會原有運作秩序產生影響，且不排除會引起相異立場者之反制舉措而激發衝突，主管機關為兼顧集會自由保障與社會秩序維持（集會遊行法第一條參照），應預為綢繆，故須由集會、遊行舉行者本於信賴、合作與溝通之立場適時提供主管機關必要資訊，俾供瞭解事件性質，盱衡社會整體狀況，就集會、遊行利用公共場所或路面之時間、地點與進行方式為妥善之規劃，並就執法相關人力物力妥為配置，以協助集會、遊行得順利舉行，並使社會秩序受到影響降到最低程度。在此範圍內，立法者有形成自由。」
 2. 然本文以為集會自由為廣義表現自由，就集會遊行法採取事前許可，應採高度審查標準，佐以集會活動常與監督政府言論相關，倘採事前許可恐成為政府管制言論之工具，另司法院釋字第 744 號解釋對於言論自由事前審查，亦採取高標準審查即推定違憲，其略謂「事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨」應可於此為援用。
 3. 承上，我國集會遊行法並非區分集會遊行種類，一律採取事前許可，恐無法通過「係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的」審查，而有違憲之情。
- (四)就外國人擔任室外集會遊行負責人的規定違憲部分，首應探究外國人是否受到集會自由之保障，就此學理上有認為基於國權與主權區分日益模糊，另佐以國際敦睦精神，認為外國人與本國人應一視同仁為是，惟查本文以為基於「等者等之，不等者不等之」，外國人與台灣人民就基本權之保障，不可一概而論為是，而應視權利性質而為區分，應區分人權基於「人性尊嚴」而生，是人類與生俱來的權利，不分國籍，只要是「人」都可以均可享有，如人身自由。國民權是具有本國國民身分者方能享有的權利，其涉及國家經濟與其他資源的分配，原則上以本國人優先享有。如工作權，公民權與國家主權相關，應僅該國國民能享有的權利如參政權，學理上通說同本文見解。綜前，倘若依照前開見解，則集會自由與政治議題常有關涉，性質上應屬於國民權或人權為是，從而外國人似乎無法主張本件基本權。

二、甲電視股份有限公司為依證券交易法公開發行股票之衛星廣播電視事業。該公司定有投資人回饋方案，凡是公司股東或投資人購買廣告時段，可享 5 折之優惠價格。乙政黨為推廣黨務、加強宣揚政黨理念，以黨主席丙之名義購買甲公司之股票，以圖節省廣告刊登費之支出。針對乙、丙之上開投資行為，國家通訊傳播委員會（以下簡稱 NCC）認定甲未盡防止義務，違反衛星廣播電視法（以下簡稱衛廣法）第 5 條第 1 項「政黨不得直接、間接投資衛廣事業」之規定，依同法第 50 條規定，處新臺幣（下同）20 萬元罰鍰，並限期 6 個月內改正（以下簡稱 A 處分）。此外，NCC 以乙違反政黨法第 23 條「政黨不得經營或投資營利事業」之規定，另案移送內政部查處。經內政部調查後，認定乙違規情事屬實，遂依政黨法第 34 條規定，裁處乙 500 萬元罰鍰，並限期 1 年內停止投資（以下簡稱 B 處分）。甲遭 A 處分後，因其事業執照期間將於半年後屆滿，遂依衛廣法第 18 條第 1 項規定，檢附申請書、營運計畫執行報告及未來營運計畫等文件，向 NCC 申請換發執照。NCC 經法定程序，對甲過往營運計畫執行情形、未來營運計畫，以及其他法定應審酌事項進行綜合評核後，委員會議遂作成「准予換照」之決議，並於發送予甲之許可函說明欄中記載：「貴公司應自許可換照之日起 6 個月內，確實改正先前對乙、丙投資行為未盡防止義務之違反衛廣法第 5 條第 1 項規定情事。逾期不改正，將廢止本換照許可。」（以下簡稱 C 處分）

- (一)甲主張其為公開發行股票公司，股東之選擇及排除，涉及股票交易，而股票交易必須遵守證券市場運作之規範，其既無權自行選擇股東，亦無法排除特定人之股東身分，故乙之間接投資行為，自己並無主觀之可責性，A 處分應屬違法。甲之主張有無理由？（30 分）

- (二)甲不服 C 處分中說明欄之記載內容，主張其違反不當聯結禁止原則。甲若欲提起行政訴訟，應選擇何種訴訟類型？又其主張有無理由？（40 分）
- (三)乙不服 B 處分，主張其借黨主席丙之名義所投資之甲公司，屬於衛廣事業，投資目的不在單純獲利，而是希望藉此享有廣告打折優惠，以向公眾宣揚政黨理念，協助形成國民政治意志，與民主國家政黨政治之發展目的並無扞格。政黨法第 23 條未區分營利事業之類別，以及投資經營行為與政黨存立目的間之關聯性，一律禁止投資營利事業，不僅有違民主國原則，而且對政黨受憲法保障之自由與權利，亦造成不合比例之限制，應屬違憲。乙之主張有無理由？（30 分）

參考法條

衛星廣播電視法

第 2 條

本法用詞，定義如下：一、衛星廣播電視：指利用衛星進行聲音或視訊信號之播送，以供公眾收聽或收視。二、衛星廣播電視事業：指直播衛星廣播電視服務事業及衛星頻道節目供應事業。……。

第 5 條第 1 項

政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人不得直接、間接投資衛星廣播電視事業。

第 6 條第 1 項

衛星廣播電視事業之經營，應填具申請書及營運計畫，向主管機關提出申請，經審查許可，發給衛星廣播電視事業執照，始得營運。

第 18 條

衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業之分公司或代理商於執照期間屆滿前六個月，應填具申請書及換照之營運計畫向主管機關申請換照。

主管機關受理前項換照之申請，除審查其申請書及換照之營運計畫外，並應審酌下列事項：

一、營運執行報告、評鑑結果及評鑑後之改正情形。

二、違反本法之紀錄。

三、播送之節目及廣告侵害他人權利之紀錄。

四、對於訂戶紛爭之處理。

五、財務狀況。

六、其他足以影響營運之事項。

第一項之換照程序、審查項目、評分基準及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。

第 50 條

衛星廣播電視事業、境外衛星廣播電視事業或他類頻道節目供應事業違反第五條第一項至第五項或第六十四條第一項準用第五條第一項至第五項規定，處新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰鍰，並令其限期改正；屆期不改正者，得按次處罰，或廢止其許可並註銷其執照。

衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業換照審查辦法

第 2 條第 1 項

衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業之分公司或代理商於執照期間屆滿前六個月，應依指定方式提出申請書及換照之營運計畫向主管機關申請換照。

第 7 條

主管機關應召開衛星廣播電視事業、境外衛星廣播電視事業及他類頻道節目供應事業申設換照諮詢會議審查並提供諮詢意見。

第 10 條

直播衛星事業及境外直播衛星事業之申請換照案件，除有前二條情形應予駁回外，應依下列審查項目及評分基準審查：

一、執照期間第四年至執照屆滿六個月前營運計畫執行報告，四十分：

(一)市場定位與頻道規畫之執行情形。

(二)內部控管機制與自律組織運作之執行情形。

(三)財務狀況與收費標準。

- (四) 公司組織與人員訓練之執行情形。
 (五) 客服部門編制與意見處理之執行情形。

二、未來六年營運計畫，六十分：

- (一) 市場定位與頻道規畫。
 (二) 內部控管機制。
 (三) 財務規畫與收費基準。
 (四) 公司組織與人員訓練。
 (五) 客服部門編制與意見處理。

前項評分合計低於六十分者為不合格，應不予許可。

第一項第一款各審查項目之審查基準，準用衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業評鑑審查辦法所訂審查基準；第一項第二款各審查項目之評分基準，準用衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業申設審查辦法第十二條第一項規定。申請案件有違反本法第十條第一項第三款、第四款、第十二條或第十九條前段規定之情形者，應附具理由駁回其申請。

政黨法

第 19 條

政黨之經費及收入，其來源如下：……四、政黨為宣揚理念或從事活動宣傳所為之出版品、宣傳品銷售或其權利授與、讓與所得之收入。

第 23 條

政黨不得經營或投資營利事業，並不得從事第十九條第四款規定以外之營利行為。

第 34 條

違反第二十三條規定者，處政黨新臺幣五百萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；經限期停止經營或投資而不遵從者，並得按次處罰。

命題意旨	本題出自臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1067 號判決，測驗 A 有無期待可能性，另就附款救濟類型與是否違反不當連結禁止原則。
答題關鍵	須提出期待可能性法理，並正確判斷該附款定性，提出救濟類型與是否違反不當連結禁止原則。
考點命中	《高點行政法講義》第四回，韓台大編撰，頁 67。

【擬答】

(一)甲之主張有理由

- 按法治國家比例原則要求國家行為應不得逾越期待可能性之範圍，此有司法院釋字第 575 號解釋意旨可以參照。所謂期待可能性原則，是指國家行為包括立法及行政行為對人民有所規制時，須以有期待可能為前提；換言之，期待可能性乃為人民對公眾事務負擔義務的界限。如行政機關課予人民義務者，依客觀情事並參酌義務人之特殊處境，在事實上或法律上不能期待人民遵守時，上開行政法上義務即應受到限制或歸於消滅，否則無異於強令人民於無法期待其遵守義務之情況下，為其不得已違背義務之行為，背負行政上之處罰或不利益，實已侵害人民權利。是以，行政處分所要求之事項，必須在法律及事實上皆為可能，否則該行政處分即因之而違法（最高行政法院 102 年度判字第 611 號判決、106 年度判字第 61 號判決、109 年度判字第 95 號判決意旨可資參照）。
- 查，甲係依證券交易法受金融監督主管機關核准而公開發行股票之公司，任何人均得透過有價證券集中交易市場買受甲股分，此為公眾週知而於法院已顯著之事實。基於股份自由轉讓原則，甲不僅無法選擇或拒絕特定人或單位於公開市場交易其股票，且股市交易狀況瞬息萬變，甲亦難以即時掌握直接或間接持有甲所有上層股東股權之變化狀況。而就既有之投資狀態，現行法令亦未賦予甲否決或排除政府機構或上市公司投資決定之權利或有效措施，是甲對於此種間接投資情形，於事前或事後均難有任何防止或排除之可能性。

(二)甲主張不當連結禁止原則有理，且應提起撤銷訴訟

- 行政程序法第 94 條亦規定：「前條之附款不得違背行政處分之目的，並應與該處分之目的具有正當合理之關聯。」此即為行政法之「不當連結禁止」原則，乃行政行為對人民課以一定之義務或負擔，或造成人民其他之不利益時，其所採取之手段，與行政機關所追求之目的間，必須具合目的性，並有合理之連結關係存在，若欠缺此連結關係，此項行政行為即非適法（最高行政法院 90 年度判字第 1704

號判決意旨參照)；是以行政處分之附款必須具合目的性，且不得有不正當之聯結。又因行政處分是否及如何為附款，係行政機關裁量權之行使，此項裁量權之行使，除不能出於錯誤或不完整的事實認定外，尚不得有逾越權限及濫用權力情形（行政訴訟法第 201 條參照），自應受一般法律原則（例如明確性原則、比例原則及平等原則等）之拘束。據此，行政處分相對人對該處分之附款提起撤銷訴訟時，行政法院自應先審查該附款之容許性，再就其是否出於錯誤的事實認定或不完整的資訊，有無具合目的性、不正當之聯結或違反一般法律原則，審查其合法性（最高行政法院 105 年度判字第 461 號判決意旨參照）。

2. 經查，衛廣法第 5 條第 1 項所課予不作為義務之對象既為「政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人」，而非衛廣事業，且其不作為義務內涵為「不得直接或間接投資衛廣事業」，已難謂原告有何違反衛廣法第 5 條第 1 項規定之處，該處分未予究明即逕執此為附款之法律依據，並逾越該項所定不作為義務內涵課予甲「限期改正違反衛廣法第 5 條第 1 項規定情事」之作為義務，已可見欠缺法律適用之合理關聯。
3. 又按行政處分撤銷訴訟之主要目的，在於除去處分所生之負擔性規制效力。苟行政處分之規制效力存在，因該規制效力而權利或法律上利益受影響者，即有提起撤銷訴訟之權利保護必要（最高行政法院 104 年度判字第 146 號判決意旨參照）。次按，行政程序法第 93 條規定：「(第 1 項) 行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。無裁量權者，以法律有明文規定或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者為限，始得為之。(第 2 項) 前項所稱之附款如下：一、期限。二、條件。三、負擔。四、保留行政處分之廢止權。五、保留負擔之事後附加或變更。」同法第 123 條第 2 款及第 3 款規定：「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：……二、原處分機關保留行政處分之廢止權者。三、附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。」以上所謂「負擔」者，乃與一受益處分相結合，而對相對人所設定之作為或不作為（容忍及不為一定行為）義務。負擔本身具有實質之規制內容，對處分相對人形成負擔性規制效力，亦為獨立的行政處分，因此不同於僅為行政處分成分之期限或條件。又負擔雖受其所結合主要處分效力之影響，於主要處分被撤銷或廢止時一併失效，但如果主要處分仍有存續力，對於違反其所附負擔之義務者，除得廢止主要處分外，並得以直接強制或間接強制方法執行之。故相對人如不服該負擔，自得於循序提起行政訴訟時，選擇採取撤銷訴訟類型作為權利救濟方法，且由於撤銷判決可以直接免除其權利或法律上利益受損的狀態，堪認其訴訟具有權利保護必要（最高行政法院 104 年度判字第 87 號判決意旨參照）。
4. 經查，另此附款內容並不影響原處分之生效，且已明示甲如不履行該負擔，即得依行政程序法第 123 條第 2 款規定廢止原處分，而為廢止權之保留，是系爭附款對於甲已形具體負擔性之規制效力，並非單純指明原告有違反衛廣法第 5 條第 1 項規定之情形，核其性質應為負擔，而非單純廢止權之保留。
5. 承上，系爭附款並非條件、期限等可資構成主受益處分（即准予換照部分）之一部分，有別於主受益處分使甲受有利益，系爭附款係對甲造成不利益，堪認系爭附款與主受益處分為可分而具備獨立性。又單獨針對行政處分之附款提起撤銷訴訟之容許性問題，學理上固然素有爭議，其主要理由在於如果主受益處分係裁量處分時，單獨訴請撤銷附款並獲勝訴判決，可能削弱行政機關之裁量權，然本文以為倘若僅因原處分為裁量處分即認甲僅得提起課予義務訴訟，請求判決應作成無系爭附款之相同處分或依法院之法律見解為新決定，而不得以撤銷訴訟單獨請求撤銷系爭附款。則縱使甲勝訴，亦將使其原已取得之許可換照處分一併遭撤銷，以致其能否經營衛廣事業處於不確定之法律狀態，不僅使甲陷入更不利之法律地位，更有對民眾視聽權益造成重大影響之疑慮，反而有害於衛廣法第 1 條所揭櫫「保障公眾視聽權益」、「維護視聽多元化」目的之達成。遑論甲若不願依法院判決作成無系爭附款之相同處分或依法院之法律見解為新決定，仍執意作成相同之系爭附款，更將使紛爭復燃，徒令甲墜入無盡訴訟循環之深淵。從而，基於上述考量，本文認為基於強化人民訴訟權保障之立場，應肯認甲得就本件原處分關於系爭附款部分單獨提起撤銷訴訟。

(三) 本件涉及對於政黨之管制，有違憲疑義

1. 本件涉及對於政黨基本權限制

- (1) 按「政黨為人民之政治性結社團體，基於憲法第 14 條結社自由之保障，政黨就其存續、內部之組織與運作以及對外活動等，自不受國家恣意之干預。查憲法以民主國原則為基本建制原則，係以人民作為一切國家權力來源（憲法第 1 條及第 2 條參照），由人民透過參政權之行使，實際參與國家權力之運作，以提供國家權力運作之民主正當性基礎。政黨則係在協助人民形成政治意見，並透過選舉參與國家機關及公職人員之建構，將凝聚之個別國民意志轉化成國家意志予以實現，而直接或間接

影響國家運作，於民主政治運作有其重要性與必要性。政黨既能影響國家權力之形成或運作，自應服膺自由民主憲政秩序，以謀求國家利益為依歸，不得藉此影響力謀取政黨或第三人不當利益。政黨與其他結社團體，對於個人、社會或民主憲政制度之意義既有不同，其受憲法保障與限制之程度自有所差異。」（司法院釋字第 793 號解釋參照）

(2)查，政黨法第 23 條，政黨不得經營或投資營利事業，並不得從事第 19 條第 4 款規定以外之營利行為，顯然是對政黨財產之運作形成干預，而有限制政黨結社自由之情。

2.本件應採嚴格審查標準為是

(1)按人民對其所信之政治理念或對於公共事務之意見，均得有主張或表達之機會，為憲法保障人民言論自由之一環。經由此種思想言論之自由表達，不僅個人得以表現自我、實現自我，同時經由思想、意見與資訊之自由交流，亦有助於個人理性地參與公共事務，並作出合理之政治決定，而能維繫民主程序之運行。個人如因其僅以個人之力，勢單力薄，而欲擴大其政治理念或公共事務意見之可見度或影響力，進而邀集組織或參與志同道合之團體，本即為言論自由保障之範疇，亦為憲法所以保障人民結社自由之目的之一。而人民因共同政治理念，並以宣揚或實踐共同政治主張或意見為目的而組織團體者，因其目的與行為均與政治理念或公共事務意見之主張或表達有關，而屬表意性質之結社團體，政府對人民組織或參與該類團體之結社自由之限制，亦屬對人民言論自由之限制¹。從而本件對於政黨結社自由限制，應類如政治性言論自由管制，應該予以高度審查為是。

(2)本件已經超過目的管制範圍，對於政黨並非不能予之限制，如基於避免政黨推翻民主國原則，當可予之限制，或基於政黨為政治性團體亦可為目的性限制，然本件就避免政黨為營利事業採取一律禁止手段，並未區分是否予政黨存利有關，或是雖然有營利效果，惟與民主國原則實現有關，則應予允許等侵害較小手段，如政黨投資民主活動，雖然周邊收益，然主要效果仍予民主相關，若仍為禁止，顯然有禁止過度之情，從而本文該條文有侵害過度，違反比例原則之情。

¹ 6 4 4 號解釋林子儀大法官意見書。

《刑法與刑事訴訟法》

一、某甲架設伺服器經營線上博弈網站，秘密招攬賭客前往投注，方式是由賭客註冊帳號密碼登入網站後，付款儲值遊戲幣，再下注進行博弈遊戲，所贏得之遊戲幣再兌換為現金提取。賭客僅能看見博弈遊戲總投注金額，無法得知其他賭客的投注情況。甲另僱請某乙等人進行網站維護以及線上客服，處理儲值及兌換現金等事務。乙瞞著甲，在伺服器後台植入可偷取他人遊戲幣（亦即隨機挑選賭客，將其儲值之遊戲幣的一小部分移轉到乙自己支配的帳戶名下）的程式，乙再將遊戲幣兌換成現金，網站開幕迄今已獲利新臺幣（以下同）數十萬元。某日，賭客某丙在前述博弈網站儲值相當於二十萬元的遊戲幣，簽注時卻發現每簽一次，遊戲幣就會短少一些，懷疑有詐。丙立刻撥打客服專線欲退錢，乙接聽後向丙謊稱系統一切正常，回絕丙欲退錢的請求。丙氣不過，放話要當面跟網站經營者理論，乙怕丙尋仇，於是謊報一個廢棄工廠的地址予丙。丙夥同朋友某 A、某 B 共三人到廢棄工廠門口的馬路旁咒罵、咆哮，丙朝廠房高聲說：「裡面的人再不出來，就讓你們死得很難看！」並隨手撿起地上的磚塊，朝四周亂扔，並準備要衝進廠房找人理論。當時雖然沒有人車經過該路段，但磚塊仍造成巨大的聲響，驚動了躲在廠房角落睡覺的通緝犯某丁。丁驚醒之餘，以為正欲衝進廠房的丙、A、B 等人是前來追捕自己的警察，為脫免逮捕，順手拾起地上的鐵條朝丙的方向猛力一擲，卻砸中了跟在後頭的 A，A 因頭部受創當場倒地，丁見狀立即逃離現場。A 經丙及 B 送醫急救後仍不治死亡。問：甲、乙、丙、丁的刑事責任為何？（100 分）（附註：僅需檢討中華民國刑法典之罪名，毋須檢討其他特別法。答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人意見。）

命題意旨	本題難度相當高，分則考點除了新修法的賭博罪以及聚眾妨害秩序罪以外，過去較少出現的電腦詐欺罪、竊取準動產罪、妨害電腦使用罪章，還有傳統強制罪與恐嚇危安罪，均須有所討論。總則部分則包括：相續幫助犯、打擊錯誤、容許構成要件錯誤的要件討論、間接禁止錯誤，以及想像競合夾結效果與去除夾結效果等爭議，均應加以論述。
答題關鍵	<p>(一)甲之刑責：甲經營線上網站，應討論圖利供給賭博罪的「場所」是否包括網路空間。</p> <p>(二)乙之刑責：乙受僱於甲維護網站與擔任客服，應討論圖利供給賭博罪的相續共同正犯貨相續幫助犯；另植入遊戲幣移轉程式竊取他人遊戲幣，則涉及電腦詐欺得利罪之「不正方法」與「輸入虛偽資料」的解釋、變更電磁紀錄罪，以及遊戲幣是否為竊盜罪之「準動產」。而所有犯罪均討論完後，因圖利供給賭博罪是繼續犯，其餘成立之三罪均為狀態犯，故應討論夾結效果與去除夾結效果後的競合處理方式。</p> <p>(三)丙之刑責：丙於博弈網站簽注之行為，成立新法電信網路賭博罪；朝廢棄工廠喊叫與丟擲石頭則涉及「恐嚇」與「脅迫」之解釋，又因該工廠為廢棄工廠，就強制罪部分應成立未遂犯。同時，丙 AB 一同在廢棄工廠外為上開行為，亦須討論聚眾妨害秩序罪及並對其限縮解釋。</p> <p>(四)丁之刑責：丁朝丙丟擲鐵條卻擊中 A 須討論打擊錯誤（法定符合說、具體符合說、對應理論），而誤以為丙 AB 為警察進而攻擊之，是否為誤想防衛，應就誤想防衛之要件有所涵攝，結論上應不成立誤想防衛，而是對正當防衛界線誤認的間接禁止錯誤。</p>

【擬答】

(一)甲經營線上博弈網站之行為，成立刑法（下同）第 268 條圖利供給賭場罪

1.客觀上，甲經營之網路博弈網站能否為本罪之「賭博場所」，容有爭議：

(1)否定說認為，所謂「場所」應限於物理存在之空間即賭場；肯定說則自規範目的擴張解釋，客體之間相對關係之互動結果亦屬之，故網站所呈現之數位空間亦為場所。

(2)本文以為，依保護社會經濟秩序之目的，以及民國 111 年 1 月增訂第 266 條第 2 項立法意旨，以網路方式提供他人進入賭博之不法性與提供物理空間相同，故甲經營博弈網站供賭客進入賭博，該網路空間亦屬賭博場所。

2.又，甲所提供之賭博網站雖係秘密招攬賭客，且賭客均不知他人下注情形而有私密性，惟依文義解釋，

本罪之成立並不以提供公開之場所為必要，客觀構成要件該當。

3.主觀上，甲有供給賭博場所之故意與營利意圖，亦無阻卻無法事由並具罪責，成立本罪。

(二)乙之刑責

1.乙替甲維護網站並擔任客服之行為，不成立刑法（下同）第 268 條圖利供給賭場罪之相續共同正犯（第 28 條）：

(1)客觀上，本罪為繼續犯，乙於甲架設網站後，受僱維護網站並擔任客服是否構成相續共同正犯，容有爭議：

①有見解認為，於著手後完成前加入之人均可成立共同正犯；實務上亦有主張原則上於利用既成條件犯罪之意思，或客觀上與他人行為具相互補充關係（102 第 14 次決議）即可成立共同正犯，僅例外於形式結合犯、牽連犯以及連續犯無成立可能。

②有學說認為，應回歸第 28 條要件與功能支配概念，並配合分則構成要件認定。

③本文以為，實務上錯將問題聚焦於最後加入時點，「相續」一詞僅表示先後參與結構，是否成立共同正犯，仍應回歸功能支配之規範判準，而行為人所支配者為構成要件之實現，故應個別分析分別構成要件以確定其是否具支配力，學說可採。

(2)本題中，乙擔任甲之網站維護者與客服，主觀上並無與甲共同提供賭博網站之犯意聯絡，亦欠缺營利意圖，客觀上亦無與甲共同經營網站之行為分擔，自無功能配力而不成立共同正犯。

2.乙替甲維護網站並擔任客服之行為，成立刑法（下同）第 268 條圖利供給賭場罪之相續幫助犯（第 30 條）：

(1)甲成立圖利供給賭博罪已如前述。

(2)客觀上，乙替甲維護網站並擔任客服，係使甲繼續供給賭場易於實現之物理幫助行為；主觀上，乙有幫助甲繼續供給網站之幫助故意與幫助既遂故意。

(3)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

3.乙植入竊取遊戲幣程式之行為，成立刑法（下同）第 339 條之 3 第 2 項電腦詐欺得利罪：

(1)客觀上，乙植入竊取遊戲幣之程式係建構錯誤功能，透過程式的形塑操作電腦資料的處理流程，使電磁紀錄資料有錯誤之記載，故可評價為輸入虛偽資料。

(2)又，乙形塑不正遊戲幣移轉程式，無論依照「類似詐欺說」、「主觀化理論」、「設備使用規則說」或「一切不正當方法說」，乙係以類似詐欺之方法，未得處分權人即遊戲玩家之同意，違背網站交易流程之方式取得他人財產，故屬「不正方法」。且乙以此製作財產權得喪變更紀錄取得他人財產利益數十萬元，而為既遂。

(3)主觀上，乙有輸入虛偽資料製作財產權變更之故意，亦有取得他人財產利益之不法利得意圖，乙亦無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4.乙植入竊取遊戲幣程式取得賭客與丙遊戲幣之行為，成立刑法（下同）第 359 條變更電磁紀錄罪：

(1)客觀上，遊戲幣儲值紀錄屬以電子製成供電腦處理之電磁紀錄，乙未經遊戲幣處分權人同意，透過不正程式重塑紀錄內容，係變更電磁紀錄之行為致生損害於賭客之財產與公眾電腦使用安全。

(2)主觀上，乙有變更電磁紀錄故意，亦無正當理由而為無故，且欠缺其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

5.乙植入竊取遊戲幣程式取得賭客與丙遊戲幣之行為，成立刑法（下同）第 320 條與第 323 條竊取準動產罪：

(1)客觀上，遊戲幣係由賭客與丙所支配，且類似於電能與熱能，具消長性質之準動產，乙未經賭客與丙之同意，以和平手段將置於賭客帳戶內由賭客持有支配之遊戲幣，移轉於自己帳戶並建立支配，係破壞其財產支配利益之竊盜行為。

(2)主觀上，乙有竊盜故意與不法所有意圖，且無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

6.小結：

(1)乙成立之電腦詐欺得利罪、變更電磁紀錄罪以及竊取準動產罪，其個別依刑法（下同）第 50 條數罪併罰後，三罪之間係一行為侵害數法益，依第 55 條想像競合處斷。

(2)又，乙成立之幫助營利供給賭場罪係較輕之繼續犯，與(1)各自數罪併罰、較重三個狀態犯之罪，無法依想像競合夾結效果從一重處斷，故應去夾結效果，將較重之三個狀態犯數罪併罰後訂出執行刑，再與幫助營利供給賭場罪依第 55 條想像競合。

(三)丙之刑責

1.丙於博弈網站簽注之行為，不成立刑法（下同）第 266 條第 1 項公共場所賭博罪：

- (1)客觀上，實務認為丙於私密網站簽注，賭客亦無法知悉他人簽注金額，其賭博活動與內容具有一定封閉性，故非於公開場所或公眾得出入之場所賭博（107 台非 174 判決）。
- (2)本文以為，依照文義解釋，公共場所應具多數人得以共見共聞之狀態，本題中，賭客既無法知悉他人之投注狀況，且限於註冊會員始能投注，丙簽注之網站自非公共場所，客觀構成要件不該當。

2.丙於博弈網站簽注之行為，成立刑法（下同）第 266 條第 2 項電信網路賭博罪：

- (1)客觀上，依民國 111 年 1 月新法立法意旨，丙於甲架設之網際網路賭博，易使賭博風氣蔓延至整體社會，其可罰性與在公共場所賭博者相同，故應加以處罰。
- (2)本文以為，本罪之目的在保護社會經濟秩序，且本罪為危險犯，因網路傳播速度快且面向廣，丙於簽賭網站上賭博即使欠缺公開性，仍已對該法益形成抽象危險而具不法，合於本項客觀構成要件。
- (3)主觀上，丙認知在網站上賭博對社會經濟秩序之抽象危險並決意為之，具賭博故意，且丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

3.丙朝廢棄工廠喊叫並扔磚塊之行為，係以人力可支配、涉及生命身體之不法惡害內容通知他人，惟因工廠內部並無人因而心生畏怖，亦未致生危害於任何人，自不成立刑法第 305 條恐嚇危害安罪。

4.丙朝廢棄工廠喊叫並扔磚塊之行為，成立刑法（下同）第 304 條第 2 項強制未遂罪：

- (1)客觀上，丙朝廢棄工廠喊叫並扔磚塊以使甲乙出來面對，係對他人形成精神壓力之心理強制手段，雖有認為因本罪保護意思決定自由，強暴手段應作最廣義解釋，而將心理強制包括在內，惟本文以為本罪同時保護意思活動自由，故應限於對他人身體形成物理限制之不法腕力始屬之。
- (2)本題中，丙朝廢棄工廠喊叫要甲乙出來面對，否則死得很難看，進而對工廠扔磚塊，應評價為對生命身體之現在惡害通知他人之脅迫行為，惟因甲乙並不在工廠內，致其意思自由未受限制，而為未遂。
- (3)丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (4)又，甲乙未在工廠內而係客體不存在之未遂，依重大無知說，丙並非對因果法則之誤認而誤以為其脅迫行為無危險，自非重大無知，應為第 25 條普通未遂。

5.丙與 AB 聚集於工廠外朝工廠喊叫並扔磚塊之行為，不成立刑法（下同）第 150 條聚眾妨害秩序罪：

- (1)客觀上，依文義解釋與民國 109 年 1 月之修正理由，丙 AB 三人聚集於公眾得出入之工廠外部，丙為對工廠喊叫與丟石頭之脅迫行為，雖無人車經過，惟已足造成他人恐懼不安而侵害公共安寧秩序，似應該當構成要件。
- (2)惟本文以為，本於公共秩序法益之保護，本罪之強暴脅迫行為必須立基於眾人形成之暴力為威脅情緒或氛圍，且係針對不特定人，亦即具不特定性、多數性以及隨機性方屬之。
- (3)本題中，丙喊叫與扔石頭之行為均係針對特定人即賭場經營者，故於目的性限縮脅迫行為之前提下，該等行為不該當構成要件。

6.小結：丙成立之數個賭博罪係數行為侵害數法益，依刑法第 50 條（下同）數罪併罰；丙成立之數個強制未遂罪，係出於單一意思決定反覆實施同種類之行為，侵害數人之意思決定自由法益，依第 55 條想像競合後，再與賭博罪數罪併罰。

(四)丁朝丙丟擲鐵條卻誤擊 A 之行為，係學理上所稱之「打擊錯誤」，成立刑法（下同）第 271 條殺人未遂罪與第 276 條過失致死罪：

1.丁於丟擲鐵條之著手後，因殺丙實行行為失誤誤擊 A，係屬對因果流程誤認之「打擊錯誤」，其法律效果容有爭議：

- (1)法定符合說認為，殺人罪僅要求行為客體生物屬性為自然人，打擊錯誤不排除殺人故意，丁故成立殺人既遂罪。
- (2)具體符合說主張，應就目標客體丙與誤擊客體 A 等具體事實分別評價，就丙成立殺人未遂罪、對 A 成立過失致死罪，兩罪想像競合。
- (3)對應理論則以為，應就丁主觀想像客體丙與客觀誤擊客體 A 分別與規範標準即殺人構成要件做對應，其結論與具體符合說相同。
- (4)本文以為，法定符合說與具體符合說僅為結論而無理由，且法定符合說忽略存在構造之規範評價，一概論以殺人既遂罪將造成評價失誤，對應理論可採。
- (5)本題中，打擊錯誤係對因果流程之誤認，依照一般生活經驗觀察丙之犯罪計畫，丁朝丙方向丟擲鐵

條卻擊中 A，應屬具規範重要性之重大偏離，阻卻丁之殺人既遂，應進一步就丁主觀想像之因果流程與客觀發生之因果流程分別與殺人罪對應。

2. 丁朝丙丟擲鐵條之行為，成立第 271 條第 2 項殺人未遂罪，且得依第 16 條但書減輕罪責：

- (1) 主觀上，丁朝快速移動之丙丟擲鐵條應有侵害丙生命之認知與容任，故具殺人間接故意；客觀上，丁朝丙丟擲鐵條時已製造丙生命之直接危險，僅鐵條未擊中丙而使該生命危險之流程未與殺人罪之因果流程對應，亦即想像殺人之因果流程未實現，故為未遂。
- (2) 主觀上，丁誤認丙 AB 為將逮捕自己之警察，即使其目的係為脫免逮捕，惟因已有不法侵害事實之認知，故仍具防衛意思，僅客觀上並無丙 AB 逮捕丁之不法侵害事實存在，丁丟鐵條之行為似為「誤想防衛」。惟本文以為，為免使誤認情狀之行為人均獲得過失犯之刑責優惠，誤想防衛之要件應嚴格認定，就丁想像之事實進一步判斷是否得主張正當防衛。
- (3) 本題中，警察依法有逮捕通緝犯之權限，即使丙 AB 係逮捕丁之警察，逮捕行為仍非不法侵害，丁不得對之主張正當防衛，故丁丟鐵條行為非誤想防衛。又，丁誤認脫免逮捕得主張正當防衛，係對正當防衛法律界限之誤認，應為「間接禁止錯誤」。
- (4) 就丁間接禁止錯誤之法律效果，涉及不法意識與故意概念之爭，分析如下：
 - ① 故意理論認為，故意之認知、意欲以及不法意識均為罪責要素，丁之間接禁止錯誤應阻卻故意犯之罪責。
 - ② 罪責理論主張，故意之認知與意欲為構成要件要素，不法意識屬於罪責，欠缺不法意識之丁成立故意犯，僅能依第 16 條視情形減免罪責。
 - ③ 不法故意理論則認為，故意之認知、意欲以及不法意識均屬不法階層，欠缺不法意識排除不法故意，成立過失犯。
 - ④ 本文以為，故意具雙重地位，故意理論與不法故意理論與第 13 條和第 16 條文義不符，罪責理論可採。
 - ⑤ 本題中，丁朝丙丟鐵條有殺人故意已如前述，惟依其個人能力與智識程度，並參酌客觀一般人對正當防衛之認知與規範之期待可能，丁不應誤認其行為得正當防衛，故其禁止錯誤係可避免，依第 16 條但書得減輕罪責。

3. 丁持鐵條誤擊 A 之行為，成立第 276 條過失致死罪：

- (1) 客觀上，丁丟鐵條之行為與 A 死亡具不可想像不存在之條件因果關係，且丁違反不得致人於死之客觀注意義務，並依一般人標準，丁對 A 遭鐵條擊中死亡之結果具預見與避免可能性。
- (2) 丁無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4. 小結：丁成立之殺人未遂罪與過失致死罪，依第 55 條想像競合處斷。

二、甲女乙男為同居人，涉嫌持偽造之土地買賣契約書，向甲之獨居父親 A 詐騙新臺幣 120 萬元得手。案經 A 對甲提出告訴，甲於警詢、偵訊時坦承犯行，經檢察官起訴甲一行為觸犯行使偽造私文書（刑法第 216 條、第 210 條）與詐欺取財（刑法第 339 條第 1 項）罪嫌，應從一重之行使偽造私文書罪名處斷（下稱甲案）。甲於第一審審理中指稱乙為主謀，且供述 2 人謀議、分工的情節，並聲請傳喚乙作證，以求輕判；第一審法院傳喚乙到庭，乙同意具結作證，但否認參與本件犯行。經審理結果，法院認定甲與乙為共同正犯，論處甲之罪刑。嗣檢察官簽分偵查，亦以乙與甲共同以一行為觸犯上開罪嫌，起訴乙（下稱乙案）。請就相關學說或實務、己見詳附理由回答下列問題：

- (一) 設若甲案，檢察官係聲請簡易判決處刑，於判決處刑前，A 具狀向法院撤回告訴。試問：法院應如何審判？倘檢察官係依通常程序起訴，甲於法院行準備程序時為有罪陳述，經審判長告知簡式審判程序之旨，並聽取當事人之意見後，裁定改行簡式審判程序，於審理中，A 當庭以言詞撤回告訴。法院適用簡式審判程序審理結果，為甲一部有罪之判決，並於理由內說明一部不另為不受理之諭知。試問：本件判決之適法性如何？（40 分）
- (二) 設若乙案，檢察官於第一審法院聲請以證人身分傳喚甲作證，甲到庭同意作證並具結後，檢察官對甲行主詰問時，甲翻異前供，改稱乙未參與本件犯行。試析論 2 種檢察官可採行之詰問策略，及乙之辯護人如何因應詰問攻防。（30 分）

- (三)設若乙案，第一審法院援引與甲案相同之證據資料，諭知乙有罪之判決，乙提起第二審上訴，分由 X 法官擔任受命法官，X 法官恰為甲案的審判長，乙未就第二審案件有所聲明或陳述，即以 X 法官曾參與前審之裁判及有偏頗之虞，聲請迴避。請分別說明乙聲請 X 法官迴避之 2 項事由，有無理由？(30 分)

命題意旨	簡捷程序之轉換問題；交互詰問；法官迴避事項之判斷。
答題關鍵	第一小題：簡易程序與簡式審判程序倘遇有一部有罪、他部不受理之情形，法院應如何處理？此涉及較為實務面向之考題，應留意簡捷程序之立法目的，以及實務近期最新見解。 第二小題：本小題沒有標準答案，只在測驗考生對於交互詰問制度之熟稔程度。最基本應寫出主詰問得例外誘導之法條依據，其他就自由發揮。 第三小題：本小題改編自最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定，內容幾乎完全相同。
考點命中	第一小題：《高點刑事訴訟法總複習講義》第二回，黎台大編撰，頁 118~119。 第三小題：《高點刑事訴訟法總複習講義》第二回，黎台大編撰，頁 120~122。

【擬答】

(一)簡易判決處刑程序經 A 撤回告訴後，法院應依刑事訴訟法(下同)第 452 條轉回通常程序而為判決；簡式審判程序經 A 撤回告訴後，法院仍以簡式審判程序審理，依實務最新見解，判決仍屬適法：

1.若甲案經檢察官聲請簡易判決處刑

- (1)第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑；檢察官聲請以簡易判決處刑之案件，經法院認為有刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書之情形者，應適用通常程序審判之。簡易判決處刑，除限制刑罰效果應為輕微之「虛刑」(即原則上不拘束被告之人身自由，或給予緩刑宣告，或易以罰金、社會勞動)外，更限制不得為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之諭知，以貫徹刑事簡易程序制度設計之本旨。
- (2)而無罪判決，係指經法院為實體之審理，不能證明被告犯罪或其行為不罰之實體判決而言。但除單純一罪或數罪併罰案件以判決主文宣示者外，實質上或裁判上一罪，因在訴訟上只有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及於全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分不能證明犯罪時，僅能為單一主文之有罪判決，其不能證明犯罪之部分，則於判決理由內，說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故此部分不另為無罪之諭知，而就實際上言，此仍屬已受法院為實體審理之無罪判決。於裁判上一罪之案件，倘其中一部分犯罪不能適用簡易程序者，**全案應依通常程序辦理之，乃訴權不可分、程序不可分之法理所當然。**(最高法院 108 年度台非字第 15 號判決意旨參照)
- (3)查本案本件檢察官係認被告甲一行為觸犯行使偽造私文書與詐欺取財罪嫌，應從一重以行使偽造私文書罪名處斷，故兩者為裁判上一罪關係。**行使偽造文書部分為非告訴乃論之罪；至於詐欺取財罪部分，因被告甲與被害人 A 為直系血親關係，依刑法第 343 條準用第 324 條第 2 項之規定，屬告訴乃論之罪。故 A 得撤回告訴。**
- (4)次查，法院判決前，因 A 已具狀向法院撤回告訴，**就行使偽造文書部分雖不生撤回效力，但就親屬間犯詐欺部分，則生合法撤回之效果。**因該部分訴訟條件有所欠缺，法院自應依刑事訴訟法第 303 條第 3 款諭知不受理判決。**故本案裁判上一罪中，部分犯罪事實因有不受理判決之情事，核有第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款之情事，依第 452 條之規定應依通常程序審判之。**
- (5)末查，參諸前揭最高法院判決意旨，於裁判上一罪之案件，倘其中一部分犯罪不能適用簡易程序者，**全案應依通常程序辦理之，乃訴權不可分、程序不可分之法理所當然。**故本案其中一部分之犯罪既因 A 之撤告，而應諭知不受理判決而不能適用通常程序，此時應將程序轉回通常程序而為判決，始為適法。

2.若甲案經法院裁定改行簡式審判程序

- (1)就詐欺取財部分，因甲與 A 有直系親屬關係，為告訴乃論之罪，經 A 當庭以言詞撤回告訴後，即生撤回效果。故本案實有一部有罪、一部不受理之情形，已如前述。
- (2)法院裁定改行簡式審判程序後，認有「不得」或「不宜」者，應撤銷原裁定，依通常程序審判之，刑事訴訟法第 273 條之 1 第 2 項亦有明文。該條所稱「不得」進行簡式審判程序者，包括被告所犯非法定罪名之案件，或被告未就被訴事實為有罪之陳述等不符法定要件之情形，法院並無裁量之權。另所謂「不宜」為簡式審判程序者，依照立法理由所載及法院辦理刑事訴訟應行注意事項第 139 點之規定，除指被告雖就被訴事實為有罪之陳述，但其自白是否真實，仍有可疑者外；尚有如一案中

數共同被告，僅其中一部分被告自白犯罪；或被告對於裁判上一罪或數罪併罰之案件，僅就部分案情自白犯罪等情形，因該等情形有證據共通的關係，若割裂適用而異其審理程序，對於訴訟經濟之實現，要無助益，此時自亦以適用通常程序為宜。

- (3)故個案中倘一部有罪、一部無罪者自應改回通常程序審理為宜。然茲有疑問者為，簡式審判程序中，一部有罪、一部不受理之情形，法院得否仍為簡式審判？就此實務容有新舊見解，分述如下：

①過往實務見解(臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會刑事類提案第 28 號甲說)

依照立法理由所載及法院辦理刑事訴訟應行注意事項第 139 點可知，一部無罪、免訴或不受理諭知之案件(含一部事實，不另為無罪、免訴或不受理諭知之情形)，均不得或不宜為簡式審判。

檢察官既已起訴全部事實，如法院傾向認定其中一部有「無罪、免訴或不受理」之情形(無論係諭知，或係不另為諭知，均包含在內)，即應考量公訴人與被告於刑事審判程序中均享有完整之訴訟權，因此，檢察官自有權請求法院依完整之證據法則(含傳聞法則)及證據調查方式進行審理，並請求法院為合議庭之慎重審判，否則，即可能侵害檢察官身為公訴人原所擁有訴訟權之完整性。而不得僅考量無罪、免訴或不受理判決(含不另為無罪、免訴或不受理諭知之情形)，對於被告較為有利，即無視於公訴人訴訟權之完整性，偏執被告利益，率行簡式審判程序。

②近期實務見解(最高法院 111 年度台上字第 1289 號刑事判決)

倘係案件應為免訴或不受理諭知判決(含一部事實不另為免訴或不受理諭知之情形)時，因屬訴訟條件欠缺之程序判決，與被告已為之有罪陳述，並無衝突，且與犯罪事實之認定無關，而與簡式審判僅在放寬證據法則並簡化證據調查程序，並非免除法院認事用法職責，亦無扞格，更符合簡式審判程序為求訴訟經濟、減少被告訟累之立法意旨，此時法院既係於尊重當事人之程序參與權後，改行簡式審判程序，如檢察官於訴訟程序之進行中，未曾異議，而無公訴權受侵害之疑慮時，縱使法院並未撤銷原裁定，改行通常審判程序，以避免訴訟勞費，仍屬事實審法院程序轉換職權之適法行使，不能指為違法。有最高法院 111 年度台上字第 1289 號刑事判決可資參照。

- (4)管見以為，本於訴訟經濟與減少被告訟累之立法意旨，倘檢察官並未異議，法院未改回通常程序，仍以簡式審判程序諭知一部有罪，並於理由內說明另一部為不受理之諭知，該判決仍屬適法。

(二)設若甲於乙案作證時翻異前供，改稱乙未參與本件犯行，檢辯雙方所得採行之攻防策略，說明如下：

1.因本案係檢察官於主詰問時甲翻供，故檢察官得例外誘導詰問，故檢察官可採行之策略如下：

(1)按刑事訴訟法第 166 條之 1 第 4、5、6 款規定：「行主詰問時，不得為誘導詰問。但下列情形，不在此限：四、證人、鑑定人對詰問者顯示敵意或反感者。五、證人、鑑定人故為規避之事項。六、證人、鑑定人為與先前不符之陳述時，其先前之陳述。」故證人如有上開事項，檢察官得為誘導詰問，合先敘明。

(2)查本案檢察官於主詰問時，甲翻異前供，改稱乙未參與本件犯行，顯有前開主詰問得誘導詰問之例外情形。故檢察官此時應得請求法院提示前案甲之偵查及審判筆錄，進行「質疑」程序，要求甲解釋前後案供詞不一之原因，藉此打擊甲於乙案證詞之證明力。同時，亦得藉由提示前案證詞之過程，確認甲於前案陳述時是否有受外力干預，當時記憶是否清晰等事項，鞏固甲於前案(即甲案)陳述之可信度。

(3)次查，檢察官亦得向甲曉諭或提示其證詞顯然與前案(甲案)之陳述內容矛盾，恐有涉及刑法偽證罪之問題，藉此造成證人回答時之適度壓力而避免其翻供。

2.辯護人之詰問攻防

檢察官於主詰問時證人既以翻異前供，辯護人於反詰問時既得誘導(刑訴第 166 條之 2 第 2 項參照)，自應擴大優勢，以鞏固本次甲之證詞為其首要目標。故辯護人得向甲詢問其本次所為之陳述何以異其前案？並適時誘導，詢問甲前案(甲案)陳述時，是否係有出於特別考量(顧慮)或外界干預？倘甲能圓滿交代本次翻供之原因，方能消除法院對於本次證人翻供證詞可信性之疑慮。

(三)乙依刑事訴訟法第 18 條第 1 款主張 X 法官曾參與前審之裁判而聲請迴避，無理由；乙依第 18 條第 2 款主張法官執行職務有偏頗之虞而聲請迴避，有理由：

1.按人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，乃憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心內容之一。而公正獨立法院尤繫諸於法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項中段即訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」誠然，法官不唯有責亦須自我期許應依據法律公正而獨立進行審判，然遇法官與案件有利害關係及其對案件恐存預斷成見之情形，雖不代表裁判即是不公正，但單是有利害關

係及預斷成見疑慮之外觀，便足以腐蝕司法公信力之基礎。因為正義不僅必須被實踐，而且必須以人民看得見的方式加以實踐；正義女神如掀開蒙眼布，即使手持正義的天平，也難令人信賴。由於裁判為法官之內心活動，其偏見與預斷存否，外界難以全盤知悉，故法官不僅有責基於採證認事結果，本於法律之確信作出公正不偏之裁判，亦須在外觀上讓當事人或人民相信其係基於客觀中立與公正之立場而為之，始能激發社會大眾對司法之信賴。為確保人民受公平審判之權利，並維持司法公正不偏之形象，刑事訴訟法設有迴避制度，規範法官之個案退場機制，排除與案件有一定關係之法官於審判之外，期以達成裁判公平性並維護審級利益。是迴避制度乃是公平審判之基石，為法定法官原則之例外容許，對於保障人民訴訟權影響重大。有最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定可資參照。

2.X 法官並非參與「前審」裁判之法官，故乙依第 18 條第 1 款聲請迴避無理由

(1)按第 18 條第 1 款規定：「當事人遇有下列情形之一者，得聲請法官迴避：一、法官有前條情形而不自行迴避者」、第 17 條第 8 款規定：法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：「八、法官曾參與前審之裁判者。」前開條款所稱法官「曾參與前審之裁判」，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言（司法院釋字第 178 號解釋參照）。

(2)又同一案件應係同一被告知同一犯罪事實，始足當之。本件甲、乙共犯偽造文書與詐欺取財罪嫌，犯罪事實雖同一，但因被告不止一位，仍屬複數案件而非同一案件。故 X 法官並非前開條款所稱之「前審」裁判者。毋庸依第 17 條第 8 款、第 18 條第 1 款迴避。乙依第 18 條第 1 款規定聲請迴避，無理由。

3.本案 X 法官審理本案有偏頗之虞，故乙依第 18 條第 2 款聲請迴避有理由

(1)「第 18 條第 2 款規定，法官有應自行迴避以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得聲請迴避。所謂足認其執行職務有偏頗之虞者，係指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，產生懷疑。且此種懷疑之發生，存有其完全客觀之原因，而非僅出諸當事人自己主觀之判斷者，始足當之。申言之，倘於個案中有客觀原因，就該情形作個別具體觀察，足令一般通常之人對法官能否本於客觀中立與公正之立場參與審判，產生合理懷疑其有不當侵害被告公平審判之權利者，即該當執行職務有偏頗疑慮之要件，與法官個人是否確實存有偏見或預斷無關。」最高法院 110 年度台抗字第 1803 號刑事裁定參照。

(2)徵諸甲案業已認定被告甲、乙為共犯之事實，與乙案檢察官起訴後法院審理之犯罪事實有高度重疊。且乙於甲案審理中經法院以證人身分調查前揭犯罪事實，並綜合全卷證據資料及取捨判斷，對於乙否認參與本件犯行之主張為實質評價、審酌而不採。前案判決取捨判斷之證據資料復經本案之第一審判決大量援引，證據評價亦約略等價齊觀，難謂二案就上揭犯罪事實之調查事證有何重大差異。故管見以為，本案客觀上已足令一般通常之人，合理懷疑 X 法官就本案與前案相同之上開事實非無產生預斷之可能，難期其保持空白心證參與本案第二審審判，顯然嚴重損及原告人之審級利益，為免不當侵害原告人受憲法保障公平審判之權利，X 應予迴避。乙依第 18 條第 2 款聲請迴避，有理由。¹

¹ 己見部分改編自最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定最後結論，讀者可自行代換練習。最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定：「固然，具體個案間常因訴訟進行之時、空背景互異等諸多因素，卷存所得調查事證亦諸多不同，致法官亦因此形成不同之心證，本案實體事項之事實認定與法律適用結果為何，端視法官於本案訴訟中採證認事職權行使之情形定之，是法官於他案對與本案當事人有關事實、法律上之判斷，於客觀上亦不必然對本案形成預斷。惟徵諸前案認定原告人為共犯之犯罪事實，與本案起訴書犯罪事實欄二之(四)、(五)、(七)、(八)、(九)等所載犯罪事實，即本案第一審判決事實欄二之(一)、(二)、(四)、(五)、(六)所載之犯罪事實相同，足見前案與本案有關原告人與吳○民、呂○燦、林○騰共同犯罪之事實高度重疊。且前案於審理中已以原告人為證人，調查前揭犯罪事實，並綜合全卷證據資料及取捨判斷，對於原告人就上開餐會係由呂○燦、林○騰自行舉辦並支付餐費，其不知情等主張，為實質評價、審酌而不採，從而認定原告人為共同正犯之事實及理由，論述甚為基詳。另前案判決取捨判斷之證據資料復經本案之第一審判決大量援引，證據評價亦約略等價齊觀，難謂二案就上揭犯罪事實之調查事證有何重大差異。綜上以觀，本件客觀上已足令一般通常之人，合理懷疑謝○敏法官就本案與前案相同之上開事實非無產生預斷之可能，難期其保持空白心證參與本案第二審審判，顯然嚴重損及原告人之審級利益，參以原審法院法官人數之配置，應不至於因本案受命法官迴避而造成審判上之困難，為免不當侵害原告人受憲法保障公平審判之權利，增進人民對於司法審判之信賴，謝○敏法官自以迴避本案第二審審判程序為宜。」

《民法與民事訴訟法(一)》

一、甲提供其所有之土地與建商合建 X 大樓，分得 A、B 二屋。建物完成後，甲與其子乙約定，將 A 屋登記於乙名下（即所謂之借名登記），並約定由乙無償使用，且未約定使用之期限及目的；B 屋則登記於甲自己名下。數年後，甲死亡，其法定繼承人為乙、丙、丁，且 A 屋仍登記於乙名下，B 屋則已登記為乙、丙、丁三人共同共有。請問：

(一)丙、丁得否請求乙將 A 屋登記為乙、丙、丁三人共同共有？(20 分)

(二)丙單獨通知乙不得再繼續使用 A 屋，並請求乙遷出 A 屋，是否有理？(20 分)

(三)因 X 大樓住戶戊之過失引發火災，致 B 屋部分毀損。丙得否單獨向戊請求賠償按其應繼分計算之損害？(20 分)

(四)乙利用其為 A 屋所有權登記名義人之機會，提供 A 屋予不知乙僅係 A 屋出名人之庚設定最高限額新臺幣(下同)480 萬元之抵押權，以擔保乙於設定時向庚實際借得之 420 萬元借款債務。嗣因乙未能清償前開債務，庚遂聲請法院拍賣 A 屋，並就拍定之價金受償 390 萬元，其餘 30 萬元仍未獲清償。之後，乙、丙、丁就甲之遺產完成分割協議，各取得三分之一。如丙、丁就乙前開處分 A 屋，得依侵權行為規定向乙請求賠償之權利已經時效完成，則丙、丁得否另為如下之請求？(40 分)

1. 乙應給付丙、丁各 160 萬元
2. 乙應給付丙、丁各 140 萬元
3. 乙應給付丙、丁各 130 萬元

命題意旨	第一小題：測驗借名登記（定性、借名物所有權人判斷、消滅事由、返還請求權）。 第二小題：測驗共同共有債權之行使、終止權之行使方法。 第三小題：測驗侵害共同共有物所生之損害賠償請求權之行使方法。 第四小題：測驗非給付型不當得利之要件檢討（利益及損害之判斷、返還範圍）。
答題關鍵	第一小題：首應論述借名物所有權人為乙，此影響丙、丁之請求權基礎。又借名關係因甲死亡而消滅，借名人之繼承人丙、丁得主張借名物返還請求權，該共同共有債權應由全體為之。 第二小題：若認為請求返還借用物之前提為終止借貸關係（實務見解採之），則除論述共同共有債權之行使方法外（104 年度第 3 次民事庭會議決議），應可一併論述契約當事人為數人時，得否單獨行使終止權。 第三小題：侵害共同共有物所生之損害賠償請求權，是否仍屬共同共有債權？對此實務採肯定說，故應由全體共有人為之；學說有採否定說。 第四小題：操作非給付型不當得利之「權益歸屬說」，判斷本件乙之所受利益為「借款利益」或「擔保利益」或「債務受償利益」。
考點命中	《高點民法講義》第一回，蘇台大編撰，頁 169~176，借名登記專題部分。 《高點民法講義》第二回，蘇台大編撰，頁 45~46、60，非給付型不當得利部分。 《高點民法講義》第四回，蘇台大編撰，頁 66~68，共同共有債權部分。

【擬答】

(一)丙、丁得類推適用民法第 541 條第 2 項及民法第 179 條之規定，請求登記為共同共有：

1. 乙取得 A 屋所有權

甲雖因合建取得分得 A 屋之債權權利，惟依法律行為取得不動產所有權者，以登記為特別生效要件（民法第 758 條 1 項），是甲自始未從建商取得 A 屋之移轉登記，甲非 A 屋之所有權人。是甲乙成立借名契約，A 屋之物權行為係發生於建商與乙之間，係乙取得 A 屋所有權而非甲，故甲之繼承人丙、丁無從依物上請求權（民法第 767 條）請求乙登記為共同共有，先予敘明。

2. 甲乙間之借名契約因甲死亡而消滅

(1)依實務及通說見解，借名契約因側重信賴關係，性質上類似委任之無名契約，應類推適用民法第 529

條之規定，以「類推適用」委任之規定處理之（另有學者認為若借名為勞務契約，則應依民法第 529 條「適用」而非「類推適用」委任之規定，併予說明）。次依民法第 550 條之規定，委任契約除法律規定或因性質不能消滅外，因當事人一方死亡而消滅，此係因一方死亡時屬人性之基礎已消失。

(2)本件，甲乙之借名契約，依題示並無特約死亡不消滅，且借名之信賴基礎並不存在於借名人之繼承人與出名人間。是依前開說明，自應類推適用民法第 550 條本文之規定，借名契約於甲死亡後消滅。

3.丙、丁得主張借名物返還請求權或不當得利

出名人乙係依借名契約，為借名人甲取得借名物，是借名契約因甲死亡而消滅後，借名人之繼承人自得類推適用民法第 541 條第 2 項之規定，請求移轉借名物所有權（借名物返還請求權）；又出名人乙取得借名物之法律上原因（借名契約）已不存在，取得之利益自無法律上原因，應將借名物之利益返還予借名人之繼承人，又該利益仍得原物返還（民法第 181 條本文參照），是丙、丁得依民法第 179 條、類推適用民法第 541 條 2 項之規定請求為 A 屋共同共有登記。

4.上開準共同共有債權應由丙、丁同意為之

(1)依民法第 1151 條，遺產分割前由繼承人共同共有之；另依民法第 831 條準用第 828 條第 3 項之規定，準共同共有債權之行使，原則應得共同共有人全體之同意。

(2)前述借名物返還請求權與不當得利請求權，依實務見解¹，係因繼承之借名關係所生債權，為準共同共有債權之行使，並非回復共同共有債權，尚無民法第 821 條規定之準用，是依第 831 條準用第 828 條第 3 項，應由共有人全體之同意為之。又因本件之繼承人之一為債務人乙，是僅需丙、丁同意為之即可。

(二)丙不得單獨「通知不得繼續使用」並「請求遷出」：

就「終止權之行使方法」及「共同共有債權之行使方法」分述如下：

1.丙不得單獨通知乙不得再繼續使用 A 屋

(1)貸與人之任意終止權

丙通知乙不得繼續使用 A 屋，係終止使用借貸契約之意思表示。依民法第 470 條 2 項之規定，無借貨期限且無借貨目的者，貸與人得隨時終止並請求返還借用物，惟未終止契約前，借用人自有使用收益之權，尚不生返還義務²。甲乙之借貸契約由繼承人概括承受，貸與人丙、丁依前開規定，有借貸契約之任意終止權。

(2)終止權應由丙、丁共同為之

惟依民法第 263 條準用民法第 258 條 2 項之規定，契約當事人有數人者，終止權之意思表示應由其全體或向其全體為之。是本件終止契約之意思表示，不得由丙單獨為之，應由丙、丁共同為之。是丙單獨行使終止權，不生效力。

2.丙不得單獨請求乙遷出 A 屋

(1)依前述說明，因終止契約不生效力，乙占有 A 屋自有法律上原因；退步言，丙、丁繼承之借貸契約

¹最高法院 110 年度台上字第 724 號判決：「按借名登記契約為借名人與出名人內部債之關係，公司股份縱有借名登記情事，出名人之股份登記並無虛偽或不實，僅借名人有終止借名關係而請求返還股份之債權。倘借名關係因借名人死亡而終止時，其請求返還股份之債權，即屬繼承人共同共有，則繼承人起訴請求出名人返還股份，為共同共有債權之行使，並非回復共同共有債權，尚無民法第 821 條規定之準用，應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，除法律另有規定外，須得其他共同共有人全體之同意，或由共同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。」

²檢附數個實務判決，認為「應先終止借貸契約，始得請求返還。」之論述供參：

臺灣臺中地方法院 102 年度簡上字第 147 號判決：「依此，上訴人與被上訴人間之使用借貸關係雖未定期限，然亦不能依借貸之目的而定期限，則依民法第 470 條第 2 項規定，須由系爭房屋全體共有人，向被上訴人為終止系爭房屋使用借貸契約之意思表示，俟系爭房屋使用借貸契約業經合法終止後，方得由共有人之一人，就共有物之全部為本於所有權之請求。」

臺灣高等法院 105 年度上字第 1203 號判決：「又依上訴人所述，使用借貸契約原存在於沈毅展與沈峰麒間，沈毅展死亡後，由上訴人及沈原志繼承（本院卷第 303 頁背面），則依民法第 263 條準用同法第 258 條第 2 項終止使用借貸契約，應由上訴人與沈原志共同以意思表示向沈峰麒為之，然上訴人於本件為終止使用借貸之表示（本院卷第 92 頁），僅其一人單獨行使，自不生終止之效力，從而上訴人依民法第 470 條、第 472 條請求被上訴人返還系爭房屋，尚非有據，自非可准。」

乃公同共有之債權，依實務見解，其返還請求權非屬回復公同共有債權之請求，尚無民法第 821 條規定之準用，應依第 831 條準用第 828 條 3 項，由其全體為之。

- (2)再按，依法律行為取得不動產物權者，以登記為特別生效要件（第 758 條 1 項），是被繼承人甲自始未從建商取得 A 屋之移轉登記，並無 A 屋所有權，繼承人丙、丁自無從對乙行使物上請求權（第 767 條 1 項），特此指明。

(三)丙得否單獨向戊請求賠償按其應繼分計算之損害，分述如下：

- 1.戊因過失侵害 B 屋所有權，所有人乙、丙、丁自得依民法第 184 條 1 項前段對戊請求損害賠償。又本案爭點係，侵害公同共有物所生之損害賠償請求權，是否為公同共有債權而應共有人全體同意方得行使？就實務及學說見解分述如下：

(1)實務見解

按實務見解，繼承人因繼承而取得之遺產，於受侵害時，其所生之損害賠償或不當得利債權，乃公同共有債權。此損害賠償或不當得利債權既為全體繼承人公同共有，繼承人即公同共有人中一人，請求就自己可分得部分為給付，非法所許（最高法院 109 年度台上字第 3071 號判決意旨參照）。有論者認為此見解之依據應為 104 年度第 3 次民事庭會議決議之見解³。

(2)學說見解

有論者認為，倘若係就公同共有物侵害之損害賠償債權「全部」請求給付者，則屬公同共有債權之行使；惟若公同共有人之一人僅係請求「按其應繼分」計算可分得之金額，則非屬公同共有債權應如何行使之問題⁴。此時就應繼分受侵害之部分得單獨請求之，與他共有人無涉⁵。

- 2.本案，依實務見解者，則丙不得單獨請求，蓋此損害賠償為公同共有債權。惟本文認為，於公同共有物係遭「共有人」侵害之場合，實務則肯認他共有人得按各自應繼分比例，為侵權行為或不當得利之請求（最高法院 104 年台上字第 531 號判決、最高法院 106 年度台上字第 2100 號判決參照⁶）。準此，則公同共有物於繼承後始遭「第三人」侵害者，解釋上似應認為損害賠償請求權亦非因繼承所生，不屬公同共有（此損害賠償並非係繼承被繼承人甲之債權，僅係侵害公同共有物所生之債權），而得按各自應繼分侵害之比例，單獨請求之。

(四)丙、丁向乙之請求，就不同請求權分述如下：

1.不當得利請求權

- (1)按民法第 197 條第 2 項之規定，損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。本條項所謂「得依關於」不當得利之規定，依實務及通說見解係指「構成要件準用」，亦即仍須該當不當得利之要件，始足成立（最高法院 101 年度台上字第 1411 號判決參照）。

- (2)依題示，丙、丁就乙處分 A 屋之侵權行為時效業已完成，依前開規定，若該當不當得利要件者丙、丁仍得請求返還其利益。因丙、丁與乙間並無給付關係，故本案屬非給付型不當得利（權益侵害型），依通說及實務見解，應以「權益歸屬說」判斷損害及利益，亦即違反權益歸屬對象取得其利益者，即應對該對象成立不當得利。是故本題丙、丁主張之金額究為 160、140 或 130 萬，應視乙所受利益，應以「借款金額」、「擔保金額」或「拍定金額（即債務消滅金額）」予以認定。

- (3)實務見解有認為⁷，此時出名人以借名物設定抵押權所受之利益為「借款利益」，若依此見解，則乙

³ 參陳榮傳，〈共有物的管理、使用借貸與公同共有債權——最高法院 108 年度台上字第 789 號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》第 107 期，2021 年 5 月，29 頁。

⁴ 參陳榮傳，同前註，29 頁。

⁵ 參陳榮傳，同前註，31 頁。

⁶ 最高法院 106 年度台上字第 2100 號判決：「按繼承人有數人時，在分割遺產前，依民法第 1151 條規定，各繼承人對於遺產全部為公同共有關係，固無應有部分。然共有人（繼承人）就繼承財產權義之享有（行使）、分擔，仍應以應繼分（潛在的應有部分）比例為計算基準，若共有人逾越其比例，於共有人間，自構成不當得利，他共有人得請求返還，此項請求權非因繼承所生，不屬公同共有。查被上訴人未經時唐佩珠之同意，擅自將 2 人因繼承取得公同共有之系爭房屋出租，獲有租金之不當得利，為原審確定之事實。果爾，時唐佩珠是否不能依其繼承之應繼分比例計算，請求被上訴人返還不當得利，即非無研求之餘地。」

⁷ 參最高法院 101 年度台上字第 1722 號判決：「其次，不當得利依其類型可區分為「給付型之不當得利」與「非給付型不當得利」，前者係基於受損人有目的及有意識之給付而發生之不當得利，後者乃由於給付以

受之利益為 420 萬元，且因乙處分時為惡意，依民法第 182 條 2 項之規定，縱然嗣後利益不存在（A 屋僅賣得 390 萬），丙、丁仍得向乙各請求 140 萬元。

- (4) 本文以為，乙雖為所有人，依所有權權能有處分（設定抵押權）借名物之權益，惟於內部關係上，依借名契約之權益歸屬分配，借名物之處分權限應歸屬於借名人，此借名關係所生之權益歸屬係債之性質，相對人間應受拘束。是以，乙就 A 屋設定抵押權，依實務見解，雖於「外部關係」上為有權處分（最高法院 106 年 2 月 14 日第 3 次民事庭會議決議），惟於「內部關係」中，丙、丁仍得以借名關係對抗乙，主張 A 屋之處分權限應歸屬於丙、丁。是依權益歸屬說，乙享有應歸屬於丙丁之「設定抵押權之利益」，致丙、丁受有損害而成立不當得利。
- (5) 又何謂「設定抵押權之利益」？本文認為，因擔保物權之性質屬於變價權（交換價值），以抵押權人角度，係使抵押權人就抵押物賣得價金得優先受償之利益，以債務人角度而言⁸，係其債務享有受擔保之利益。而「受擔保之利益」亦非逕以「擔保金額」為斷，蓋該利益性質上僅為交換利益，是指賣得價金須優先清償被擔保債務，故應於抵押物賣得價金時始得具體體現交換利益，亦即，使被擔保債務發生清償效力，方屬「受擔保之利益」。故應以 A 屋賣得之 390 萬元發生清償債務之效力，作為本件乙受利益之判斷。綜上所述，丙、丁向乙依不當得利請求之金額，應為 130 萬元。

2. 債務不履行請求權

A 屋遭拍賣，使丙、丁之借名物返還請求權陷於給付不能，丙、丁應得依民法第 226 條及類推適用第 544 條規定向乙請求損害賠償，又此損害應以 A 屋價值而定（履行利益），故丙、丁據此請求 130 萬應有理由。

二、甲男與乙女於民國（下同）80 年至戶政機關辦妥結婚登記，但未舉辦結婚儀式及宴客，嗣後依序生育丙男、丁女、戊男、己女。甲、乙於 96 年 4 月辦妥兩願離婚登記，但仍同住一處，共同撫養兒女。甲、乙後來復合，於 97 年 10 月公開舉行婚禮並宴客，惟未辦理結婚登記，亦未約定夫妻財產制。兩人復合後，甲經商致富，乙則操持家務而無任何財產。此外，甲於 105 年 12 月贈與丙新臺幣（下同）200 萬元，作為其考上高考之獎賞；丙嗣與已婚女子過從親密，生下 A 女，丙按月支付撫育 A 之費用。丁於 106 年 7 月結婚而從甲受贈 500 萬元，並於婚後育有 B 子。戊婚後生下 C 子。己未婚生下 D、E 二女，且因於 107 年 1 月開店營業而經甲贈與 300 萬元。其後，丙、丁、己對甲有重大虐待情事，經甲公開表示三人不得繼承其財產，但甲嗣於作成遺囑時，特別寫道：「我原諒己對我的不孝，她仍可繼承我的財產」。108 年 6 月，甲、己搭機遭遇空難，同時死亡。戊知悉甲死亡後，隱匿甲之遺產情節重大，旋被發現。請問：

- (一) 假設乙曾於 105 年 10 月向法院訴請確認甲乙婚姻無效，並請求甲為夫妻剩餘財產差額之平均分配。乙之訴，是否有理？（20 分）
- (二) 甲死亡後，若經協調分配乙剩餘財產之差額後，甲遺有現金 200 萬元，惟甲尚欠債權人庚 1100 萬元未還。庚訴請戊清償上開 1100 萬元之債務，是否有理？（10 分）

外之行為（受損人、受益人、第三人之行為）或法律規定所成立之不當得利。又於「非給付型之不當得利」中之「權益侵害之不當得利」，凡因侵害歸屬於他人權益內容而受利益，致他人受損害，即可認為基於同一原因事實致他人受損害，並欠缺正當性；亦即以侵害行為取得應歸屬他人權益內容的利益，而不具保有該利益之正當性，即應構成無法律上之原因，成立不當得利。本件原審認兩造就系爭房地之買賣契約及物權移轉行為係出於通謀虛偽意思表示而無效，則張世強似非基於其有意識、有目的增益張逢瑛財產。張逢瑛以系爭房地為擔保，設定抵押權，侵害應歸屬於張世強之權益，張逢瑛因而受有借款利益，似可認係基於同一原因事實致張世強受有系爭房地附有抵押權之損害，並因張逢瑛所受之借款利益實係應歸屬於房地所有人張世強，而欠缺正當性，構成無法律上之原因，屬於非給付型不當得利。原審就此未遑詳查究明，遽以張逢瑛取得貸款係基於其與銀行間之消費借貸法律關係，非無法律上原因，而為不利於張世強之論斷，自嫌遽斷。」惟應注意者，本件判決時，實務對於借名登記之「外部關係」仍係採無權處分說之見解。⁸倘若設定抵押權之出名人名僅為「物上保證人」，為他人債務為擔保者，則此時出名人名僅為「抵押人」應無享有任何利益。

(三)甲死亡後，若經協調分配乙剩餘財產之差額後，甲遺有現金 700 萬元，且無任何債務。甲之遺產應如何分配？(20 分)

命題意旨	<p>(一)第一題涉及民法 982 條修正前後有關結婚形式要件之規範，以及民法 999 條之 1 有關結婚無效準用夫妻財產制規範之內容。</p> <p>(二)第二題涉及民法 1065 條有關撫育視為認領，以及民法 1163 條第 1 款有關限定責任利益喪失之規定。</p> <p>(三)第三題涉及爭點繁多，計有：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.民法 1065 條有關撫育視為認領之規定。 2.民法 1173 條第 1 項歸扣制度之規定及學說爭議(非繼承人是否須負歸扣義務)。 3.民法 1145 條第 1 項第 5 款有關表示失權之規範內涵，及其是否得因被繼承人之宥恕而復權。 4.民法 1140 條有關代位繼承要件中，所稱「被代位人先於被繼承人死亡」之規範內容，是否包含「被代位人與被繼承人同時死亡」之情形。 5.繼承分配之一般法則。
考點命中	<ol style="list-style-type: none"> 1.《民法(親屬·繼承)(學說論著)》，許恒輔律師編著，頁 9-50~51。 2.《民法(親屬·繼承)(學說論著)》，許恒輔律師編著，頁 3-2~3、3-39。 3.《民法(親屬·繼承)(學說論著)》，許恒輔律師編著，頁 4-23。 4.《民法(親屬·繼承)(學說論著)》，許恒輔律師編著，頁 8-18~21。 5.《民法(親屬·繼承)(學說論著)》，許恒輔律師編著，頁 9-78~90。 6.《民法(親屬·繼承)(學說論著)》，許恒輔律師編著，頁 10-98~102。

【擬答】

(一)乙之訴均有理由，分述如下：

1.就確認婚姻無效之訴部分

(1)甲乙間 80 年第一次結婚，應屬無效婚：

蓋我國 96 年 5 月修正前民法第 982 條之規定，係採「儀式婚主義」，亦即結婚須具備「公開儀式」及「兩人以上證人」等形式要件，結婚始為有效，結婚登記並非婚姻之生效要件，故當事人結婚未舉行公開儀式及具備兩人以上證人之要件時，縱其結婚經向戶政機關為登記，亦僅具有推定婚姻成立之效力而已，當事人得舉證加以推翻，故甲乙斯時之結婚僅辦理結婚登記，而未舉行公開儀式宴客，其婚姻依民法第 988 條第 1 款之規定，仍屬無效。

(2)就甲乙間 97 年 10 月第二次結婚，亦屬無效婚：

依 96 年 5 月修正，97 年 5 月 23 日生效施行之民法第 982 條規定：「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」已改採「登記婚主義」，以貫徹公示性要求，故結婚須以向戶政機關登記為生效要件，然甲乙此時之結婚卻僅有公開宴客及舉行婚禮等儀式婚事實，但卻未向戶政機關為結婚登記，核其情形，仍屬欠缺婚姻之形式要件，其婚姻依民法第 988 條第 1 款之規定，仍屬無效。

2.請求剩餘財產分配之訴有理由：

(1)按我國有關於夫妻財產制之規定，體系上乃規範於婚姻效力章節中，故原則上須以夫妻合法結婚為前提，彼此始生夫妻財產制適用問題，合先敘明。

(2)然民法第 999 之 1 條第 1 項規定：「第 1057 條及第 1058 條之規定，於結婚無效時準用之」，而民法第 1058 條係規定：「夫妻離婚時，除採用分別財產制者外，各自取回其結婚或變更夫妻財產制時之財產。如有剩餘，各依其夫妻財產制之規定分配之。」故民法第 999 之 1 條第 1 項準用民法第 1058 條之結果，夫妻婚姻無效時，仍可準用相關夫妻財產制之規定分配財產，其立法理由在於夫妻之結婚雖屬無效，然既有共同生活之事實者，彼此間對他方之財產增加或有協力貢獻，自應享有對他方財產請求分配之權利(未約定財產制而適用法定財產制之情形)；或已有協議約定共同生活期間之財產法律關係者，自應優先尊重其意思(約定共同財產制之情形)，並與敘明。

(3)故甲乙之婚姻關係雖屬自始無效，然確有長期共同生活之事實，徵之前開民法第 999 之 1 條第 1 項之規範內容及立法理由，仍應有夫妻財產制章節相關規範之準用，而甲乙締結無效婚姻時並未約定夫妻財產制，依法應以「法定財產制」為其財產制，因此乙女仍得對甲男主張民法第 1030 條之 1 之剩餘財產分配請求權，故乙此部分之訴訟主張亦有理由。

(二)債權人庚得訴請戊清償全部 1100 萬之債務

1. 戊因生父甲之認領而成為甲之婚生子女，依法為甲之第一順序繼承人：

- (1) 民法第 1061 條規定：「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。」而承前所述，甲乙之婚姻既為無效婚，戊子即非甲乙於婚姻關係受胎而生之子女，依法乃屬非婚生子女。
 - (2) 民法第 1065 條第 1 項規定：「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。」依題旨所示，甲有撫養戊之事實，依民法第 1065 條第 1 項後段之規定，戊已因甲之撫育事實，法律上發生視為認領之效力，故已成為甲之婚生子女，依民法第 1138 條第 1 款之規定，自屬甲之第一順位血親繼承人。
2. 復依 98 年增訂民法第 1148 條第 2 項之規定：「繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任。」故關於繼承之內容，我國民法已改採「概括繼承有限責任主義」，以保障繼承人權益，亦即繼承人僅以被繼承人實際遺留之遺產總額內，負有限之清償責任而已，故針對債權人庚之請求，戊原則上僅需於 200 萬元之範圍內負有限清償責任即可，不必以自己固有之財產負無限清償責任。
3. 然因戊有隱匿甲男遺產情節重大之事實，依民法第 1163 條第 1 款之規定，不得主張第 1148 條第 2 項所定之限定責任利益，故仍須對甲之債務負無限清償責任。

(三)甲之遺產分配方式如下：

1. 合法繼承人

(1) 乙女並非合法繼承人

- A. 承前所述，與甲男之婚姻無效，故非其配偶，無繼承權。
- B. 乙女可否主張遺產酌給請求權？

依題旨，其已分配取得若干剩餘財產請求權之金額，若其取得後並無陷於不能維持生活之情形者，則依通說實務見解認為民法第 1149 條遺產酌給請求權之構成要件須以權利人「不能維持生活」為必要(最高法院 26 年渝上字第 59 號判決意旨)，因此乙女亦無法向甲之親屬會議主張民法第 1149 條之遺產酌給請求權。

(2) 丙子及丁女並非合法繼承人

A. 丙、丁雖為甲之非婚生子女，但已經甲之撫育行為視為認領，仍發生法律上之親子關係

- (A) 民法第 1061 條規定：「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。」而承前所述，甲乙之婚姻既為無效婚，丙子及丁女即非甲乙於婚姻關係受胎而生之子女，依法乃屬非婚生子女。
- (B) 民法 1065 條第 1 項規定：「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。」依題旨所示，甲有撫養丙及丁之事實，依民法第 1065 條第 1 項後段之規定，丙、丁已因甲之撫育事實，法律上發生視為認領之效力，故兩人皆已成為甲之婚生子女，依民法 1138 條第 1 款之規定，自屬甲之第一順位血親繼承人。
- (C) 惟丙、丁兩人對甲有重大之虐待或侮辱，經甲父依民法 1145 條第 1 項第 5 款：「對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。」之規定，對兩人表示喪失繼承權，故兩人對甲之遺產已喪失繼承權。

(3) 戊男為合法繼承人

此已詳如第(二)子題解題所述，於此不贅。附帶一提者，乃戊雖有隱匿甲男遺產情節重大之事實，然此等不正行為之效果，依民法第 1163 條第 1 款之規定，僅係不得主張第 1148 條第 2 項所定之限定責任利益而已，並非民法第 1145 條之喪失繼承權事由，故戊仍為甲之合法繼承人。

(4) 己女並非甲之繼承人

A. 己女雖為甲之非婚生子女，但已經甲之撫育行為視為認領，仍發生法律上之親子關係，合先敘明。

- (A) 民法第 1061 條規定：「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。」而承前所述，甲乙之婚姻既為無效婚，己女即非甲乙於婚姻關係受胎而生之子女，依法乃屬非婚生子女。
- (B) 民法第 1065 條第 1 項規定：「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。」依題旨所示，甲有撫養己女之事實，依民法第 1065 條第 1 項後段之規定，己女因甲之撫育事實，法律上發生視為認領之效力，故己成為甲之婚生子女，依民法第 1138 條第 1 款之規定，自屬甲之第一順位血親繼承人。

B. 己女有民法上喪失繼承權事由：己女對甲有重大之虐待或侮辱，經甲父依民法第 114 條第 1 項第 5 款：「對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。」之規定，對其表示喪失繼承權，故對甲之遺產已喪失繼承權。

C.然甲父事後又以遺囑之方式，對其為宥恕之表示，應認為己女之繼承權並未喪失：蓋依我國民法第 1145 條第 2 項之規定：「前項第 2 款至第 4 款之規定，如經被繼承人有宥恕者，其繼承權不喪失。」文義解釋上並不包括民法第 1145 條第 1 項第 5 款之情形在內，惟依通說見解，依「舉重以明輕」之法理，繼承人有民法第 1145 條第 1 項第 2 至 4 款之「相對失權事由」者，尚得因被繼承人之宥恕而回復繼承權，則情節較為輕微，且更著重於被繼承人意思自主權尊重之「表示事權事由」，當無不許被繼承人以事後宥恕之方式使繼承人回復繼承權，故己女之繼承權並未喪失。

D.惟依題旨，己女又與甲父同時死亡，依通說實務見解，「同時死亡不合同時存在原則」，故甲己之間不生彼此繼承問題，己女仍無法繼承甲之遺產。

(5)A 女並非代位繼承人

依題旨所示，A 為丙子與「已婚女子」所生，故 A 子受胎時，其母尚與他人有婚姻關係存在，依民法第 1063 條第 1 項之規定，A 女被推定為該「已婚女子丈夫」之婚生子女，既為他人之婚生子女，丙縱然對其有撫育之事實，亦不生「撫育視為認領」之效力，故 A 女與丙並無法律上親子關係，自非甲男之孫，而無代位繼承人之資格。

(6)B 女為代位繼承人

民法第 1140 條規定：「第 1138 條所定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」而 B 女為丁女之婚生子女，且丁女對甲有重大之虐待或侮辱，經甲依民法第 1145 條第 1 項第 5 款表示失權後已喪失繼承人身分，依前開民法第 1140 條之規定，B 女成為其祖父甲之代位繼承人，殆無疑義。

(7)C 子並非代位繼承人

蓋其父戊男並未對甲喪失繼承權，亦未先於甲死亡，不符民法 1140 條代位繼承之要件。

(8)D、E 均為代位繼承人

A.D、E 雖為己女未婚所生，然依民法第 1065 條第 2 項規定：「非婚生子女與其生母之關係，視為婚生子女，無須認領。」故兩人仍為己女之婚生子女。

B.如前所述，D、E 之母己女雖因甲之宥恕而未對甲喪失繼承權，然其與甲同時死亡，依「同時死亡不合同時存在原則」，甲己之間不生彼此繼承問題，然通說見解認為，民法第 1140 條所稱「被代位人先於被繼承人死亡」之規範內容，包含「被代位人與被繼承人同時死亡」之情形，故甲父與己女同時死亡，仍符合民法第 1140 條所稱「被代位人先於被繼承人死亡」之情形，因此，D、E 仍成為祖父甲之代位繼承人。

2.甲男遺產之總額

(1)實際現存之現金 700 萬。

(2)應依民法第 1173 條歸扣制度追加計算之部分

民法 1173 條第 1 項規定：「繼承人中有在繼承開始前因結婚、分居或營業，已從被繼承人受有財產之贈與者，應將該贈與價額加入繼承開始時被繼承人所有之財產中，為應繼遺產。但被繼承人於贈與時有反對之意思表示者，不在此限。」蓋繼承人因結婚、分居或營業，已從被繼承人受有財產之贈與者，其性質為「應繼份之前付」，故民法特別課予繼承人應負歸扣之義務，以求繼承人間之公平，準此而言：

A.丙子受贈之 200 萬不必負歸扣之義務

不必負歸扣之義務，蓋其並非因結婚、分居或營業所受之贈與。

B.丁女所受贈之 500 萬是否應負歸扣之義務，仍有爭議

其性質為因結婚所受之特種贈與，本應負歸扣之義務，然有疑問者，乃係依民法 1173 條第 1 項之文義解釋，須以具有「繼承人」身為前提，始需負擔歸扣義務，而丁女已喪失繼承人身分，於甲父死亡時不具繼承人資格，此時是否仍需依民法第 1173 條第 1 項之規定負歸扣義務？對此，學說上有不同見解，分述如下：

(A)不必負歸扣義務亦不必返還說

此說單純以民法第 1173 條第 1 項之文義解釋切入，認丁女既已不具備繼承人資格，自無需依民法第 1173 條第 1 項之規定負歸扣義務，且現行民法又別無其它規範令丁女須就甲父生前所為之贈與負返還責任，故丁女自無須返還所受贈之 500 萬元。

(B)不必負歸扣義務但須依不當得利返還說

此說以民法第 1173 條第 1 項之立法理由(目的)切入，認其既屬「應繼分前付」之性質，則丁女

若已不具備繼承人資格，法律上即無取得應繼分之權利，故其受領甲父生前所為性質上屬「應繼分前付」之特種贈與 500 萬元，即屬無法律上原因受有利益，自應依民法第 179 條不當得利之規定，返還所受贈之 500 萬元予遺產中。

(C)小結

以上兩說，各有所據，管見以為依民法第 1173 條第 1 項之立法理由(目的)切入，落實「應繼分前付」之立法意旨觀之，應以「不必負歸扣義務但須依不當得利返還說」較為可採。

C.己女所受贈之 300 萬應負歸扣之義務

其性質為因營業所受之特種贈與，且承前所述，其仍為甲之合法繼承人，自應負歸扣之義務，且依通說實務見解，歸扣義務為繼承人財產上之義務，仍屬得繼承之標的，故己女雖已死亡，其歸扣義務仍得由其子 D、E 共同繼承。

(3)結論

A.就丁女所受贈之 500 萬採「不必負歸扣義務亦不必返還說」之見解者：

甲男遺產之分配總額為 1000 萬元(現存 700 萬加計己之歸扣額度 300 萬元)。

B.就丁女所受贈之 500 萬採「不必負歸扣義務但須依不當得利返還說」之見解者：

甲男遺產之分配總額為 1500 萬元(現存 700 萬加計己之歸扣額度 300 萬元、丁之不當得利現實返還額度 500 萬)。

3.甲男遺產之分配方式

(1)就丁女所受贈之 500 萬採「不必負歸扣義務亦不必返還說」之見解者：

甲之遺產 1000 萬由丁之女 B 代位繼承(應繼分三分之一)、戊繼承(應繼分三分之一)、D 和 E 共同代位繼承(應繼分各六分之一)，故 B、戊各三分之 1000 萬元，D、E 各三分之 500 萬元。

(2)就丁女所受贈之 500 萬採「不必負歸扣義務但須依不當得利返還說」之見解者：

A.甲之遺產 1500 萬由丁之女 B 代位繼承應繼分三分之一，為 500 萬元。

B.戊繼承應繼分三分之一，為 500 萬元。

C.D 和 E 共同代位繼承，應繼分各六分之一，故 D、E 本可分別繼承 250 萬元，然因兩人亦須共同繼承其母己女對祖父甲之歸扣債務 300 萬元，故兩相抵銷後，僅能就 200 萬元之範圍內，各自繼承 100 萬元。

《民法與民事訴訟法(二)》

一、甲主張其所有某地段 001 地號土地，法定用途為「建築用地」，與公路無適宜之聯絡，致不能為通常之使用，屬袋地。周圍地分別有乙、丙所有同段 002、003 地號土地圍繞。伊有在 001 地號土地興建集合住宅必要，但乙及丙均否認伊有袋地通行權存在。爰依民法第 787 條第 1 項規定，以乙及丙為共同被告，請求確認 001 地號土地對 002 及 003 地號土地通行權存在；並主張 001 地號土地為建地，依相關建築法規定，申辦建造執照，建築基地聯絡公路之路寬須至少 5 公尺，請求法院判准開設之通行道路寬度應符合建築法規定。乙及丙則辯稱：001 地號土地現狀仍可徒步與公路聯絡，不符合袋地要件；乙、丙又分別辯稱，如法院認袋地通行權存在，開設 5 公尺路寬對自己損害過大，且損害最小之處所及方法，在相對方所有之 003、002 地號土地上。請問：

- (一)若法院認為甲之土地對乙之土地或丙之土地袋地通行權存在，則於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何？法院准開設之通行道路寬度，是否必須符合相關建築法規定，使甲得以申辦建築執照？(25 分)
- (二)民法第 787 條第 1 項之袋地通行權，法規範目的為何？袋地所有人提起之訴訟，屬何種類型訴訟(確認、形成、給付訴訟)？(25 分)
- (三)共同被告乙、丙間，屬何種共同訴訟？若第一審法院判決認為甲之土地在乙之土地有袋地通行權，且指定 5 公尺寬度之通行道路，並駁回甲對丙之請求。乙不服提出第二審上訴，甲就敗訴部分(對丙之訴)未聲明不服。第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，可否改判甲之土地在丙之土地上通行權存在？請就乙上訴之移審效主觀範圍，附具理由說明之。(25 分)

命題意旨	本題橫跨實體法與程序法，主要在測驗考生對於「確認(袋地)通行權存在之訴」相關重要實務見解的熟悉程度，例如最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定、110 年度台上字第 2771 號民事判決、111 年度台上字第 1201 號民事判決、111 年度台上字第 1331 號民事判決等。雖然「袋地通行權」在考試上屬於相對冷門之議題，但就程序法部分而言，最為重要的「最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定、110 年度台上字第 2771 號民事判決」二者，考前的「二試判解文章班」講義均有納入並為分析，授課時亦有詳細說明，相信有參與課程或熟讀講義的同學都能夠確實掌握考點。
答題關鍵	<p>第一小題：考生可援引相關實務見解(如最高法院 110 年度台上字第 2771 號民事判決)說明法院於審酌通行處所及方法時，應列入考量之因素；至於法院准開設之通行道路寬度，是否必須符合相關建築法規定，使袋地所有人得以申辦建照，則涉及近期最高法院 111 年度台上字第 1201 號民事判決之見解。</p> <p>第二小題：關於「袋地通行權」之法規範目的，援引相關實務見解(如最高法院 111 年度台上字第 1331 號民事判決)或教科書上之說明回答即可；至於「確認(袋地)通行權存在之訴」之訴訟類型，「最高法院 110 年度台上字第 2771 號民事判決」此項重要見解有詳盡之說明，考生須援用其意旨作答。</p> <p>第三小題：本題考點與近期「最高法院 111 年度台上字第 1331 號民事判決」之意旨高度相關，惟考生縱使不知此項近期之判決，亦得透過最高法院另一具參考價值裁判一即「最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定」所稱「類推適用民事訴訟法第 56 條規定」之意旨，推得「共同訴訟人中一人(乙)上訴效力，及於未上訴之他人(丙)」之結論。</p>
考點命中	<ol style="list-style-type: none"> 1.《高點民事訴訟法二試判解文章班講義》第一回，武政大編撰，頁 46~48。 2.《高點民事訴訟法二試判解文章班講義》第一回，武政大編撰，頁 58~61。

【擬答】

(一)若法院認為甲之土地對乙之土地或丙之土地袋地通行權存在，則於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何？法院准開設之通行道路寬度，是否必須符合相關建築法規定，使甲得以申辦建築執照？

1.若法院認為甲之土地對乙之土地或丙之土地袋地通行權存在，則於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何？

(1)按民法第 787 條規定：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。(第 1 項)前項情形，有通行權人應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之；對於通行地因此所受之損害，並應支付償金。(第 2 項)第七百七十九條第四項規定，於前項情形準用之。(第 3 項)」。

(2)次按，實務見解認為，通行權紛爭事件，待確認通行權存在後，次就在如何範圍及方法，屬通行必要之範圍，由法院依社會通常觀念，斟酌袋地之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷是否為損害周圍地最少之處所及方法，不受當事人聲明之拘束，由法院在具體個案中依全辯論意旨加以審酌後，依職權認定適當之通行方案，具有形成訴訟性質（最高法院 110 年度台上字第 2771 號民事判決參照）。

(3)故於本件，甲依上開民法第 787 條第 1 項規定，以乙及丙為共同被告，請求確認 001 地號土地對 002 及 003 地號土地通行權存在，若法院認為甲之土地對乙之土地或丙之土地袋地通行權存在，揆諸上開實務見解，於審酌通行處所及方法時，法院應依社會通常觀念，斟酌袋地（001 地號土地）之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地（002 及 003 地號土地）之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人（乙、丙）之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷是否為損害周圍地最少之處所及方法。

(4)結論：法院於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素如下：依社會通常觀念，斟酌袋地（001 地號土地）之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地（002 及 003 地號土地）之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人（乙、丙）之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷之。

2.法院准開設之通行道路寬度，是否必須符合相關建築法規定，使甲得以申辦建築執照？

(1)按實務見解認為，於請求確認通行權存在之訴，若需通行土地地目為「建」，且依民法第 788 條第 1 項規定有開設道路必要時，法院須審酌之要素為道路之寬度、道路材質、應否附設排水溝等，並應就袋地與周圍地環境狀況、社會現況、一般交通運輸工具、袋地通常使用所必要程度、周圍地所受損害程度、相關建築法規等因素酌定之。惟前開建築法規或法規命令，雖為法官於個案酌定開設道路通行方案時之重要參考，然僅為規範辦理該行政事項之當事人及受理之行政機關，周圍地所有人並非辦理該行政事項之當事人，尚不受拘束。且周圍地所有人並無犧牲自己重大財產權利益，以實現袋地所有人最大經濟利益之義務。是法官仍應依個案之具體情況，為雙方利益與損害之權衡加以審酌，方屬適法（最高法院 111 年度台上字第 1201 號民事判決參照）。

(2)故於本件請求確認通行權存在之訴，原告甲固主張 001 地號土地為建地，依相關建築法規定，申辦建造執照，建築基地聯絡公路之路寬須至少 5 公尺，請求法院判准開設之通行道路寬度應符合建築法規定。惟揆諸上開實務見解，該等建築法規雖為法官於個案酌定開設道路通行方案時之重要參考，然僅為規範辦理該行政事項之當事人及受理之行政機關，周圍地所有人（乙、丙）並非辦理該行政事項之當事人，尚不受拘束。且周圍地所有人並無犧牲自己重大財產權利益，以實現袋地所有人（甲）最大經濟利益之義務。是法官仍應依個案之具體情況，為雙方利益與損害之權衡加以審酌，方屬適法。

(3)結論：依實務見解，相關建築法規定僅為法官酌定開設道路通行方案時之參考，法院准開設之通行道路寬度，並非一定要符合該等建築法規定，使甲得以申辦建築執照。

(二)民法第 787 條第 1 項之袋地通行權，法規範目的為何？袋地所有人提起之訴訟，屬何種類型訴訟（確認、形成、給付訴訟）？

1.民法第 787 條第 1 項之袋地通行權，法規範目的為何？

按實務見解認為，民法第 787 條規定之袋地通行權，規範目的在使袋地發揮經濟效用，以達物盡其用之社會整體利益，擴張通行權人之土地所有權，令周圍地所有人負容忍之義務，二者間須符合比例原則，是通行權人須在通行之必要範圍，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之（最高法院 111 年度台

上字第 1331 號民事判決參照)。

2. 袋地所有人提起之訴訟，屬何種類型訴訟(確認、形成、給付訴訟)？

本件原告甲所提起之確認袋地通行權存在之訴，揆諸相關實務見解(如最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定、110 年度台上字第 2771 號民事判決等)，可能屬下開類型之訴訟：

(1) 當事人就通行權是否存在及其通行方法，互有爭議，法院即須先確認袋地對周圍地有無通行權，具有「確認訴訟」性質。

(2) 待確認通行權存在後，次就在如何範圍及方法，屬通行必要之範圍，由法院依社會通常觀念，斟酌袋地之位置、面積、用途、社會變化等，並就周圍地之地理狀況，相關公路之位置，與通行地間之距離，周圍地所有人之利害得失等因素，比較衡量袋地及周圍地所有人雙方之利益及損害，綜合判斷是否為損害周圍地最少之處所及方法，不受當事人聲明之拘束，由法院在具體個案中依全辯論意旨加以審酌後，依職權認定適當之通行方案，具有「(形式)形成訴訟」性質。

(3) 承上，惟倘通行權人係訴請法院對特定之處所及方法確認其有無通行權限時，因係就特定處所及方法有無通行權爭議之事件，此類型之訴訟事件乃「確認訴訟」性質，法院審理之訴訟標的及範圍應受其聲明拘束。

(4) 此外，經法院判決後，周圍地所有人就法院判決之通行範圍內，負有容忍之義務，不能對通行權人主張無權占有或請求除去；倘周圍地所有人有阻止或是妨害通行之行為，通行權人得一併或於其後訴請禁止或排除侵害，具有「給付訴訟」性質。

(三) 共同被告乙、丙間，屬何種共同訴訟？若第一審法院判決認為甲之土地在乙之土地有袋地通行權，且指定 5 公尺寬度之通行道路，並駁回甲對丙之請求。乙不服提起第二審上訴，甲就敗訴部分(對丙之訴)未聲明不服。第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，可否改判甲之土地在丙之土地上通行權存在？

1. 共同被告乙、丙間，屬何種共同訴訟？

(1) 按於請求確認(袋地)通行權存在之訴，原告以數周圍地所有人為共同被告之情形，訴訟標的(即對於各周圍地之通行權)對於各周圍地所有人並非同一，且法律亦未規定對於其中一周圍地所有人之裁判效力及於他人(即無「判決效力擴張」之情形)，故訴訟標的對於各周圍地所有人並無「法律上」合一確定之必要，本質上非屬「必要共同訴訟」，而係「普通共同訴訟」(最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定意旨參照)。

(2) 惟應注意者係，實務見解認為，就「袋地通行權」，各周圍地所有人在實體法上有應為一致判斷之共通事項(即「通行權人須在通行之必要範圍，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之」之要件，民法第 787 條第 2 項規定參照)，為確保裁判解決紛爭之實際效用，追求裁判結果之一致性及達到統一解決紛爭之目的，此時得類推適用民事訴訟法第 56 條規定(最高法院 109 年度台抗字第 1556 號民事裁定意旨參照)。

(3) 承上，就此，近期最高法院 111 年度台上字第 1331 號民事判決亦已明揭：法院就各被告應如何提供通行之方法等共通事項，法律雖未規定通行權存在之共同訴訟，對於各被告中一人之裁判效力及於他人，此情形，法院裁量權之行使，不宜割裂，自不得任由判決之一部先行確定，使符此類事件之本質，自有類推適用民事訴訟法第 56 條規定之必要，認在通行之必要範圍內，共同訴訟人中一人上訴效力，及於未上訴之他人，以達訴訟目的。

(4) 結論：於本件，揆諸上開實務見解，本件確認(袋地)通行權存在之訴，共同被告乙、丙間，應屬「普通共同訴訟」，但得類推適用民事訴訟法第 56 條規定。

2. 第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，可否改判甲之土地在丙之土地上通行權存在？

(1) 按民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款，所謂共同訴訟人中一人之行為，有利益於共同訴訟人或不利於共同訴訟人，係指於行為當時就形式上觀之，有利或不利於共同訴訟人而言。非指經法院審理結果有利者其效力及於共同訴訟人，不利者其效力不及於共同訴訟人而言，故共同訴訟人中之一人，對於下級法院之判決聲明不服提起上訴，在上訴審法院未就其內容為審判之前，難謂其提起上訴之行為對於他共同訴訟人不利，其效力應及於共同訴訟人全體，即應視其上訴為共同訴訟人全體所為(最高法院 52 年台上字第 1930 號民事判例參照)。

(2) 次按，於原告以數周圍地所有人為共同被告之情形，固屬「普通共同訴訟」，惟仍得類推適用民事訴訟法第 56 條規定，認在通行之必要範圍內，共同訴訟人中一人上訴效力，及於未上訴之他周圍地所有人(上揭最高法院 111 年度台上字第 1331 號民事判決參照)，業如前述。

(3) 故於本件確認(袋地)通行權存在之訴，若第一審法院判決認為甲之土地在乙之土地有袋地通行權，

且指定 5 公尺寬度之通行道路，並駁回甲對丙之請求。乙不服提起第二審上訴，甲就敗訴部分（對丙之訴）未聲明不服，揆諸上開說明，共同被告乙、丙間固屬「普通共同訴訟」，但仍得類推適用民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款規定，認在通行之必要範圍內，共同訴訟人中一人（乙）上訴效力，及於未上訴之他周圍地所有人（丙），第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，自得改判甲之土地在丙之土地上通行權存在。

- (4) 又就在如何範圍及方法，屬通行必要之範圍，由法院依社會通常觀念，斟酌前開相關因素，比較衡量兩造之利益及損害，綜合判斷之，不受當事人聲明之拘束（即排除處分權主義第二層面內涵之適用，而具有「聲明之非拘束性」），由法院在具體個案中依全辯論意旨加以審酌後，依職權認定適當之通行方案，具有「（形式）形成訴訟」性質，業如前述，故縱使第二審法院為上開改判，亦不生違背「處分權主義」之問題，併此證明。
- (5) 結論：依實務見解，共同訴訟人中一人（乙）上訴效力，及於未上訴之他人（丙），第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，自得改判甲之土地在丙之土地上通行權存在，且此項改判不生違背「處分權主義」之問題。

二、甲列乙為被告，請求法院判決命乙應將 A 屋所有權辦理移轉登記予甲，其主張之事實及理由略為：「甲出資向丙購買 A 屋一棟，登記於乙之名下，供其住居，並擬作為將來婚後住所。其後甲、乙交惡，已無結婚之意，甲曾多次向乙催告返還，乙均置之不理，甲得本於所有物返還請求權，隨時向乙請求返還，並聲請傳喚丙為證人」；乙則抗辯：「A 屋雖係甲向丙購買，但已經贈與乙，並提出甲曾向乙說：『A 屋送給你，作為我倆愛的小屋』之對話錄音作為證據」；甲再抗辯：「該錄音係在甲不知情下偷錄；且該屋係借名登記於乙名下，並非贈與；退萬步言，縱為贈與，但係以結婚為條件，甲、乙既然沒結婚，乙當然要返還 A 屋給甲」。請問：

(一) 本件之訴訟標的為何？受訴法院應如何整理爭點？（40 分）

(二) 受訴法院應如何進行證據調查？應否傳喚丙？乙之錄音能否作為證據？（35 分）

命題意旨	本題同樣橫跨實體法與程序法，實體法部分主要在測驗考生是否了解「借名登記返還」之請求權基礎；程序法部分，則在測驗考生能否掌握「爭點整理方法論」，進而熟練地操作爭點整理程序，另外，在整點過程中，尚涉及「訴訟標的相對論」、「一貫性審查」、「舉證責任分配」、「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」、「證據聲明應表明應證事實」、「自認」、「違法取得證據之可利用性」等相關考點。
答題關鍵	第一小題：從「最上位爭點之整理」開始，帶入「訴訟標的相對論」及「一貫性審查」之說明與操作。過程中並應論述「借名登記返還」之請求權基礎。 第二小題：於原告甲已補正其主張而通過「一貫性審查」之前提下，進行後續之「證據上爭點整理」，再於過程中討論「舉證責任分配」、「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」、「證據聲明應表明應證事實」、「自認」、「違法取得證據之可利用性」等相關考點。
考點命中	1. 《高點民事訴訟法二試判解文章班講義》第一回，武政大編撰，頁 66~70。 2. 《高點民事訴訟法二試判解文章班講義》第一回，武政大編撰，頁 93~98。 3. 《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武政大編撰，頁 72~81。 4. 《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武政大編撰，頁 148。 5. 《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武政大編撰，頁 160~164。 6. 《高點民事訴訟法爭點班講義》第一回，武政大編撰，頁 5。 7. 《高點民事訴訟法正規班講義》第九回，武政大編撰，頁 16~18。 8. 《高點民事訴訟法正規班講義》第九回，武政大編撰，頁 26~27。

【擬答】

(一) 本件之訴訟標的為何？受訴法院應如何整理爭點？

- 按法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人，民事訴訟法第 296 條之 1 第 1 項定有明文。基此，法院於行證據調查前，須先進行「爭點整理」，合先敘明。
- 次按，關於爭點整理之方法，主要包括「最上位爭點之整理」、「事實上爭點之整理」、「證據上爭點之整理」及「法律上爭點之整理」等階段，茲說明如下：

(1)最上位爭點之整理：指就「訴之聲明」與「訴訟標的」為爭點整理，茲分別說明如下：

- ①於本件給付之訴，原告訴之聲明為「請求法院判決命乙應將 A 屋所有權辦理移轉登記予甲」，具可執行性，應已符合「明確性原則」而屬特定。
- ②「訴訟標的」之特定：
 - A.為尊重當事人之程序主體地位，關於「訴訟標的理論」，應採「訴訟標的相對論」，而承認原告得依其程序處分權、程序選擇權，衡量實體利益與程序利益之大小，選擇「權利單位型」（「舊訴訟標的理論」下，以某「實體權利」為訴訟標的的）或「紛爭單位型」（「新訴訟標的理論」下，以某「紛爭事實」為訴訟標的的）之訴訟標的。
 - B.於本件，依題意，原告甲於起訴時有自行表明某具體之實體法上權利—「所有物返還請求權」，藉此，可認為原告係選擇「權利單位型」之訴訟標的。此時，法院應行「論理型（主張整理型）之爭點整理」，亦即以該實體法上權利（「所有物返還請求權」）之「構成要件」—「請求人（原告甲）為標的物（A屋）所有人」與「被請求人（被告乙）就標的物（A屋）為無權占有」（民法第 767 條第 1 項前段規定參照）為中心，論理地分析其所應具備之「要件事實」為何，並要求兩造當事人就該「要件事實」陳述事實及提出證據。

(2)事實上爭點之整理：此階段主要在確認、篩選兩造有爭執，且有調查必要之事實，其具體步驟，首先應就原告主張為「一貫性審查」，茲說明如下：

- ①按實務見解認為，法院在特定原告起訴所表明之應受判決事項之聲明（訴之聲明），及訴訟標的法律關係後，應以其依民事訴訟法第 266 條第 1 項第 1 款規定所主張之「請求所依據之事實及理由」為據，審查其訴訟上之請求是否具備一貫性。即法院於行證據調查前，先暫認原告主張之事實係真實，輔以其主張之訴訟標的法律關係，依實體法予以法律要件評價，倘其所主張之事實足以導出其權利主張，始具備事實主張之一貫性；繼而再依實體法予以法律效果評價，倘足以導出其訴之聲明，始具備權利主張之一貫性（最高法院 108 年度台上字第 2246 號民事判決參照）。又倘若原告之事實主張欠缺一貫性，經法院闡明後仍未能補正，法院得依新修正之民事訴訟法第 249 條第 2 項第 2 款規定，不經言詞辯論而逕以「法律上顯無理由」判決駁回原告之訴（民國 110 年 1 月 20 日公布之新修正民事訴訟法第 249 條第 2 項第 2 款規定修正理由參照）。
- ②承上，法院為一貫性審查所審理之對象事實，不限於原告起訴狀所載之事實，因起訴應表明之原因事實，僅為特定訴訟標的所必要者（民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款規定參照），故尚應包括其嗣後在言詞辯論之準備（爭點整理階段），自行陳述或經法院闡明後主張之請求所依據之事實（民事訴訟法第 266 條第 1 項第 1 款規定參照）。就此，民國 110 年 1 月 20 日公布之新修正民事訴訟法第 249 條第 2 項規定修正理由亦謂，判斷原告之訴在法律上是否顯無理由，應「以原告最後主張之事實為判斷依據」。
- ③次按，目前多數實務見解認為，不動產之借名登記關係，於借名人終止借名關係後，對出名人有不動產所有權返還請求權，此類請求權性質上屬債之關係，於實質上返還借名人前，出名人仍為該不動產之所有權人（最高法院 109 年度台上字第 81 號民事判決參照，最高法院 106 年第 3 次民事庭會議決議亦同此旨）。又民法第 767 條第 1 項所規定之所有物返還請求權，係所有人或依法律規定得行使所有權之人，對於無權占有或侵奪其所有物者，行使返還所有物請求權之規定，故行使此請求權之主體，須為所有人或依法律規定得行使所有權之人，而借名登記不動產之所有人既為「出名人」，而非「借名人」，「借名人」自無從主張該「所有物返還請求權」。
- ④末按，「借名登記」者，實務上認為係謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用或適用民法委任之相關規定（最高法院 98 年台上字第 76 號民事判決、99 年度台上字第 1662 號民事判決參照）。藉此，借名人得類推適用民法第 549 條第 1 項規定隨時終止借名契約，並於終止後，依民法第 179 條之「不當得利返還請求權」或類推適用民法第 541 條第 2 項規定，請求出名人返還借名登記之財產。
- ⑤於本件，原告甲起訴時主張其先前出資向丙購買 A 屋一棟，並借名登記於乙之名下，今本於所有物返還請求權，向乙請求返還 A 屋云云，惟揆諸上開實務見解，縱使先暫認上開甲主張之事實係真實，借名人甲亦非系爭 A 屋之所有人，則其所主張之事實不足以導出其權利主張（即民法第 767 條第 1 項前段之「所有物返還請求權」），難認具備事實主張之一貫性，未通過「一貫性審查」，其

訴在法律上顯無理由。

- ⑥又判斷原告之訴在法律上是否顯無理由（即是否通過「一貫性審查」），應不限於其訴狀所載之事實而已，尚須包括在準備書狀或爭點整理程序所陳述之事實，業如前述。故就原告甲再抗辯：「退萬步言，縱為贈與，但係以結婚為條件，甲、乙既然沒結婚，乙當然要返還 A 屋給甲」云云，亦應納入「一貫性審查」。惟按，不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記，不生效力，民法第 758 條第 1 項定有明文。又物權行為有獨立性及無因性，不因為其原因之債權行為，或為其原因之債權行為係無效、得撤銷或不存在而失效，則縱使假設原告甲之該抗辯屬實，而認為該「贈與契約」（債權行為）附有所謂「結婚」之條件而不生效力或失其效力，亦不影響其物權行為之效力，被告乙仍取得系爭 A 屋之所有權，原告甲仍非所有權人，自仍不得主張上開「所有物返還請求權」。基此，自仍應認為原告甲之起訴，欠缺事實主張之一貫性，在法律上顯無理由。
- ⑦綜上所述，縱使先暫認上開原告甲主張之事實係真實，輔以其主張之訴訟標的法律關係（即民法第 767 條第 1 項前段之「所有物返還請求權」），亦不足以導出其權利主張，難認通過「一貫性審查」，其訴在法律上顯無理由。就此，法院應先依民事訴訟法第 249 條第 2 項、第 199 條第 2 項、第 199 條之 1 等規定闡明原告甲補正之，即請原告甲說明其是否業已類推適用民法第 549 條第 1 項規定終止系爭借名契約，並闡明甲為訴之變更，將訴訟標的變更為「民法第 179 條之不當得利返還請求權」或「類推適用民法第 541 條第 2 項規定」，如仍未能補正，法院得依新修正之民事訴訟法第 249 條第 2 項第 2 款規定，不經言詞辯論而逕以「法律上顯無理由」判決駁回其訴。
- (3)承前所述，原告甲之起訴並未通過「一貫性審查」，果若其又未向法院闡明為補正，法院即應駁回其訴，而毋庸再就被告乙之答辯為「重要性審查」，以及後續之「證據上爭點整理」（至於「法律上爭點整理」，則係指於整個爭點整理程序中，法院均應適時公開心證、表明法律見解，以避免發生「法律適用之突襲」，且應協同當事人整理法律上之爭點，以促使整個爭點整理程序之完備，併此說明）。

3. 結論：

- (1)依「訴訟標的相對論」，原告甲於起訴時有自行表明某具體之實體法上權利—民法第 767 條第 1 項前段規定之「所有物返還請求權」，可認為原告係選擇「權利單位型」之訴訟標的，而擇定該「所有物返還請求權」為訴訟標的。此時，法院應行前揭「論理型（主張整理型）之爭點整理」。
- (2)承上，又於為「事實上之爭點整理」時，可發現原告甲之訴並未通過「一貫性審查」，法院應先闡明甲補正之，如未補正，法院即應駁回其訴，而毋庸再就被告乙之答辯為「重要性審查」，以及後續之「證據上爭點整理」。

(二)受訴法院應如何進行證據調查？應否傳喚丙？乙之錄音能否作為證據？

1. 受訴法院應如何進行證據調查？

- (1)承前所述，原告甲之起訴並未通過「一貫性審查」，不過，若其有向法院闡明為補正，即補充主張其業已類推適用民法第 549 條第 1 項規定終止系爭借名契約，並為訴之變更，將訴訟標的變更為民法第 179 條之「不當得利返還請求權」或「類推適用民法第 541 條第 2 項規定」，則可進一步為後續之「證據上爭點整理」，合先敘明。
- (2)承上，於確定「事實上爭點」後，即應該就等事實進行「證據上爭點之整理」，即篩選得用以證明該等「事實上爭點」之必要證據，並排列其調查順序，其具體步驟如下：
- ①就待證事實分配舉證責任：茲依舉證責任分配之相關規定（如民事訴訟法第 277 條），就本件「事實上爭點」之相關事實分配舉證責任（即決定應由何造當事人負擔「證據提出責任」、「行為責任」）如下：
- A.就「類推適用民法第 541 條第 2 項規定」部分而言，實務見解認為，主張借名登記者，自應就該借名登記之事實負舉證責任（最高法院 101 年度台上字第 1775 號民事判決參照）。故於本件，原告甲既主張兩造間存在系爭借名登記契約關係，揆諸上開實務見解，自應由甲就該借名登記之事實負舉證責任。
- B.另就民法第 179 條之「不當得利返還請求權」部分而言，實務見解認為，於「給付型不當得利」，主張不當得利請求權之原告，係因自己之行為致造成原由其掌控之財產發生主體變動，則因該財產變動本於無法律上原因之消極事實舉證困難所生之危險自應歸諸原告，始得謂平。是以原告對不當得利請求權之成立要件應負舉證責任，亦即原告必須證明被告之受益為無法律上之原因，始能獲得勝訴之判決（最高法院 91 年度台上字第 1673 號民事判決參照）。故於本件，系爭 A 屋登記於被告乙名下，無論係基於原告甲所謂「借名登記」或「贈與」契約，均係肇因於甲

之「給付」行為而來，應屬「給付型不當得利」，揆諸上開說明，自應由原告甲就該「無法律上原因」之要件事實（於通說所採之「規範理論」下，屬「權利發生要件事實」），負擔舉證責任。

C.綜上所述，本件應由原告甲就前開「借名登記」與「無法律上原因」之事實負擔舉證責任，且為防止突襲性裁判，法官應適時表明此項舉證責任分配之判斷內容，而促使負行為責任之原告甲為充分之舉證活動，併此說明。

②就證據為「可證性審查」：

A.即依上開舉證責任分配之結果，審查各當事人就其應負「本證」責任之待證事實所提出之「證據」或「間接事實」，是否足以證明或推認該待證事實。

B.本證懈怠之不必要證據調查排除原則：

(A)應注意者係，基於「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」，若原告怠於為本證聲明時，原則上被告縱使為反證聲明，法院亦無庸就全部證據為調查，若原告經闡明後仍怠於提出本證，得逕以原告請求無理由而駁回之，以避免不必要之證據調查，進而促進訴訟。就此，實務上亦有類見解：「民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。」（最高法院 17 年上字第 917 號民事判例參照）。

(B)基此，如前所述，本件應由原告甲就前開「借名登記」與「無法律上原因」之事實負擔舉證責任（即提出「本證」之責任）。惟查，原告甲固然有聲請傳喚丙為證人，然並未表明應證事實，縱使有表明，其應證事實似亦僅及於「A 屋係甲向丙購買」，仍不足以推得上開「借名登記」與「無法律上原因」之構成要件事實（蓋 A 屋移轉予乙之原因多端，可能為買賣、贈與或互易等，不一而足，未必即所謂「借名」；又此項應證事實亦不足以推得所謂「該贈與附有『結婚』之條件」之主要事實）。若原告甲於法院闡明後仍未能再提出其他「本證」，則基於上開「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」，被告乙縱使為反證聲明（即提出系爭對話錄音），法院亦無庸就全部證據為調查，得逕以原告甲請求無理由而駁回之，以避免不必要之證據調查，進而促進訴訟。

(3)結論：

①法院應先依舉證責任分配之相關規定（如民事訴訟法第 277 條），就本件「事實上爭點」（包括系爭「借名登記」與「無法律上原因」要件等）之相關事實分配舉證責任。而本件應由原告甲就前開「借名登記」與「無法律上原因」之事實負擔舉證責任，且為防止突襲性裁判，法官應適時表明此項舉證責任分配之判斷內容，而促使負行為責任之原告甲為充分之舉證活動。

②又依題意，原告甲於本件僅聲請傳喚丙為證人，因其應證事實似僅及於「A 屋係甲向丙購買」，仍不足以推得上開「借名登記」與「無法律上原因」之構成要件事實。法院應闡明原告甲提出其他本證，如經闡明後仍未能提出，基於「本證懈怠之不必要證據調查排除原則」，被告乙縱使為反證聲明（即提出系爭對話錄音），法院亦無庸就全部證據為調查，得逕以原告甲請求無理由而駁回之，以避免不必要之證據調查，進而促進訴訟。

2.受訴法院應否傳喚丙？

(1)按民事訴訟法第 285 條第 1 項規定：「聲明證據，應表明應證事實。」

(2)次按，民事訴訟法第 279 條第 1 項規定：「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。」其法理基礎為辯論主義第二命題—當事人間未爭執之事實，法院應將之作為裁判基礎。

(3)於本件，原告甲固聲請傳喚丙為證人，惟並未明確表明其「應（待）證事實」為何，違反上開民事訴訟法第 285 條第 1 項規定，並非合法，故法院應先依民事訴訟法第 199 條規定闡明原告甲表明其「應（待）證事實」為何，如未補正，法院即應駁回其此項證據聲明。惟應注意者係，如若原告甲補正表明該「應（待）證事實」僅為「A 屋係甲向丙購買」，則因就該事實，被告乙於抗辯時已為自認，揆諸上開民事訴訟法第 279 條第 1 項規定，無庸舉證，非屬事實上爭點而無調查之必要，法院仍不應傳喚丙。

(4)結論：法院應先闡明原告甲表明其「應（待）證事實」為何，如未補正，法院即應駁回其此項證據聲明；又如若原告甲補正表明該「應（待）證事實」僅為「A 屋係甲向丙購買」，法院仍不應傳喚丙。

3.乙之錄音能否作為證據？

(1)設若原告甲於法院闡明後能夠提出其他「本證」，以證明前開「借名登記」與「無法律上原因」之構

成要件事實。則就被告乙所提出之反證（系爭對話錄音），即有討論是否應為調查之必要，合先敘明。

- (2)按關於違法取得之證據是否有證據能力，目前實務見解認為應依「**利益權衡(衡量)**」之方式判斷之，即從發現真實與促進訴訟之必要性、違法取得證據所侵害法益之輕重、防止誘發違法收集證據之利益（即預防理論）等加以衡量，非可一概否認其證據能力。基此，苟欲否定其證據能力，自須以該違法收集之證據，係以限制他人精神或身體自由等侵害人格權之方法、顯著違反社會道德之手段、嚴重侵害社會法益或所違背之法規旨在保護重大法益或該違背行為之態樣違反公序良俗者，始足當之。舉例而言，**倘為財產權訴訟勝訴之目的，長時間、廣泛地不法竊錄相對人或第三者之談話，非但違反誠信原則，而且嚴重侵害憲法保障之隱私權，權衡法益輕重，該為個人私益所取得之違法證據，自不具證據能力**（最高法院 104 年度台上字第 1455 號民事判決、106 年度台上字第 246 號民事判決參照）。
- (3)於本件，甲再抗辯：「該錄音係在甲不知情下偷錄……」等語，如若屬實，則被告乙之該行為可能涉犯刑法之妨害秘密罪（刑法第 315 條之 1 規定參照），該對話錄音即屬違法取得之證據。又本件屬財產權訴訟，果若該對話錄音係被告乙為求訴訟勝訴之目的，長時間、廣泛地不法竊錄原告甲之談話所得，揆諸上開實務見解，似可認為違反誠信原則，而且嚴重侵害憲法保障之隱私權，權衡法益輕重，即不應承認其證據能力，而不能作為證據。
- (4)結論：依實務見解，該對話錄音如若係被告乙為求訴訟勝訴之目的，長時間、廣泛地不法竊錄原告甲之談話所得，揆諸上開實務見解，似可認為違反誠信原則，而且嚴重侵害憲法保障之隱私權，權衡法益輕重，即不應承認其證據能力，而不能作為證據。

《公司法、保險法與證券交易法》

一、A 股份有限公司（下稱 A 公司）為非公開發行股票之公司，股份總數 1,000 萬股，每股面額新臺幣 10 元，已發行 500 萬股，董事會設置 3 席董事，另設 2 席監察人。B 有限公司（下稱 B 公司）持有 A 公司 30% 股權，指派甲與乙當選 A 公司董事，甲被推選為董事長。甲於民國（下同）110 年 4 月 8 日召開董事會，甲、乙、丙 3 名董事出席，決議發行 500 萬股作為取得 B 公司所持有之 C 股份有限公司（下稱 C 公司）80% 已發行股份之對價，生效基準日為 110 年 7 月 1 日（下稱董事會決議（一））。A 公司於 110 年 5 月 8 日收到 B 公司通知「改派丁取代甲之職務，即刻生效」。丁隨即以限時掛號信通知乙、丙於 6 天後，即 110 年 5 月 14 日召開董事會（下稱董事會（二）），共 3 個議案：(1) 與 C 公司後續之合併案；(2) 修改章程；(3) 召開股東臨時會並授權董事長擇定開會時間，董事會一致通過此 3 議案，此會議未通知監察人列席。據此，丁於 110 年 6 月 11 日召開股東臨時會（下稱股東會（一）），共 2 個討論案，包括(1) 修改章程定股份總數為 2,000 萬股；(2) 與 C 公司合併案。本次會議出席股東共計持有 A 公司已發行股份總數 83%，丁主持股東會，除報告取得 C 公司股份外，雖經持股 30% 股東戊極力反對，惟 2 個討論案均經出席股東表決權數過半數同意，另 B 公司於本次股東會提資本公積轉增資之臨時動議案，亦經出席股東表決權數過半數同意。戊與監察人辛討論後，由監察人辛於 110 年 6 月 25 日召開並主持股東臨時會（下稱股東會（二）），第一案全面改選董事，選任丁、戊、己為董事；第二案以利益輸送 B 公司為理由，決議撤銷董事會決議（一）。

試問：股東會（一）修改章程及 B 公司所提臨時動議之決議效力為何？股東會（二）之全面改選董事案之效力為何？股東會（二）所為撤銷董事會決議（一）之決議效力為何？（50 分）

命題意旨	本題含括眾多考點，包含依公司法第 27 條第 3 項改派之代表人非當然繼任董事長、未通知監察人列席之董事會效力、董事會不得授權董事長決定股東會日期、無效董事會所召集股東會之效力、不得於股東會以臨時動議提出之議案、監察人第 220 條之召集權要件、監察人濫權召集股東會所為決議之效力、股份交換及發行新股屬董事會職權等。考生除須點出上開考點外，尚須綜合上開考點分析該等瑕疵對於題目所問之董事會或股東會決議究竟最終影響為何。
答題關鍵	第一小題：股東會（一）包含諸多瑕疵，臨時動議部分可以直接以違反第 172 條第 5 項故得撤銷作答，修改章程部分則須討論召集股東會（一）之董事會（二）有無瑕疵、若有則對董事會（二）之決議效力有何影響，及無效董事會（二）所召集之股東會（一）決議效力為何。 第二小題：監察人依第 220 條雖有權召集股東會，惟仍以符合該條要件即為公司、必要時為前提，若不符該要件即召集，究屬得撤銷，或股東會決議仍有效但可追究監察人責任。 第三小題：股份交換及章定資本額下之分次發行新股，皆屬董事會職權，股東會應無權撤銷之。
考點命中	第一小題：《高點公司法講義》第三回，辛政大編撰，頁 61； 《高點公司法講義》第二回，辛政大編撰，頁 45。 第二小題：《高點公司法講義》第二回，辛政大編撰，頁 45~46。 第三小題：《高點公司法講義》第四回，辛政大編撰，頁 5。

【擬答】

(一) 股東會（一）修改章程及 B 公司所提臨時動議決議效力：

1. 修改章程：

(1) 董事會（二）應屬無效

① 按公司法第 27 條第 3 項雖使法人股東得隨時改派同條第 1、2 項之代表人，惟依經濟部函釋，不能由法人股東直接改派其代表人遞補原董事長職務。B 公司為 A 公司之法人股東，並由代表人甲與乙當選為 A 公司董事，甲並被推選為董事長，惟於 B 公司依第 27 條第 3 項改派丁取代甲之職務時，丁並非當然繼任董事長。若此，丁召集董事會（二），及丁主持股東會（一），即有丁未經董事會依第 208 條程序選為董事長，即逕行為董事長之第 203 條之 1 第 1 項、第 208 條第 3 項權限之瑕疵。

②董事會(二)之召集於 6 天前通知，雖符合第 204 條召集期間規定，惟卻未通知監察人列席，依最高法院判決，參諸第 218 條之 2 賦予監察人得列席董事會陳述意見之權利，乃在於藉由監察人所具有之客觀、公正第三人立場，提供董事會不同觀點之討論空間，而不在於監察人是否擁有表決權，且監察人為公司業務之監督機關，須先明瞭公司之業務經營狀況，俾能妥善行使職權，董事會未通知監察人列席陳述意見，即逕為決議，其決議應屬無效。

③姑不論丁是否得當然繼任董事長，亦不論董事會(二)因未通知監察人而無效，於董事會召集股東會時，依經濟部見解，召開股東會之日期與地點應由董事會開會決議，尚不得逕由董事長決定，故董事會(二)決議召開股東會(一)，惟卻將股東會開會時間授權董事長擇定，此部分亦有瑕疵。

(2)無效董事會所召集之股東會：

承上，董事會(二)有上開瑕疵，其中，未通知監察人列席已致董事會(二)無效，則股東會(一)即為無效董事會所召集之股東會。對此，最高法院表示，董事會僅屬公司內部機關，其所作成召集股東會之決議是否具有瑕疵，實非外界得以輕易知悉，倘客觀上已經由董事會之決議而召集股東會，且該次股東會又已合法作成決議時，該股東會決議即非當然無效或不存在，縱令作成召集該股東會之董事會決議存有瑕疵，僅係公司法第 189 條股東會召集程序違反法令得否訴請法院撤銷之問題。

(3)修改章程之決議效力：

①按原第 278 條規定，公司非將已規定之股份總數，全數發行後，不得增加資本，惟該條規定於 107 年已刪除。A 公司原章定股份總數 1000 萬股，於董事會決議(一)後，已全數發行，故股東會(一)決議修改章程定股份總數為 2000 萬股，與修正前後之第 278 條皆無抵觸。

②然承上，因股東會(一)為無效董事會所召集，故於股東會(一)所為之修改章程決議，即可能遭訴請撤銷。

2.B 公司所提臨時動議：

第 172 條第 5 項規定，公積轉增資應在股東會召集事由載明，不得以臨時動議提出。B 公司於股東會提出公積轉增資之臨時動議，有召集程序或決議方法之違法，亦屬第 189 條得撤銷。

(二)股東會(二)全面改選董事案之效力：

1.按依第 199 條之 1 規定，股東會得於董事任期未屆滿前，改選全體董事。惟有疑問者，監察人於公司已於 110 年 6 月 11 日召開股東會之情形下，於不久後之 111 年 6 月 25 日即再召開股東會(二)，監察人之召集是否符合第 220 條要件？

(1)對此，實務認，第 220 條不限於董事會不為召集或不能召集之情形，該條所謂「必要時」，係基於公司利害關係有召集股東會必要之情形，即為相當，監察人於公司發生嚴重損害，或監督公司業務、會計審核發現重大瑕疵，基於公司利害關係，審慎裁量認有召集股東會之必要，即有權召集。

(2)實務另有認，所謂為公司利益，必要時，應係指公司發生重大事項，必須藉由為公司最高意思機關之股東會決定，始符公司利益者，尚非得任由監察人憑一己主觀意思擅自行使，否則勢將影響公司正常營運狀態，殊非立法原意。

2.題示，股東戊極力反對與 C 公司合併案，惟該合併案仍獲股東會通過後，戊即與監察人討論由監察人召集股東會，似不存在上開實務見解所稱公司發生重大事項或發現重大瑕疵等，即監察人所召集之股東會(二)似於不符合第 220 條要件下即召集。對於不符合第 220 條要件所召集之股東會，實務認構成召集程序瑕疵而得撤銷，學者則認股東會仍有效，僅公司得向監察人濫行召集之責任。

3.學生以為，第 220 條要件實屬實質認定，而非程序瑕疵，故應認股東會(二)所為全面改選董事案仍有效，僅公司得依第 23 條規定向監察人追訴。

(三)股東會(二)所為撤銷董事會決議(一)之決議效力：

1.第 266 條規定，於章定資本額範圍內之分次發行新股，屬董事會職權；第 156 條之 3 規定，公司得經董事會特別決議，發行新股作為受讓他公司股份之對價，是該條規定之股份交換，亦屬董事會職權。

2.A 公司原章定股份總數為 1000 萬股，已發行 500 萬股，董事會(一)決議發行 500 萬股，仍屬章定股份總數範圍；同時，第 156 條之 3 所稱之受讓「他公司股份」，依經濟部函釋，包含他公司持有之長期投資，故董事會決議以發行 500 萬股，作為取得 B 公司所持有 C 公司已發行股份之對價，即屬股份交換。是該發行 500 萬股以取得 B 所持有之 C 公司股份，依第 266 條、第 156 條之 3，應由董事會特別決議為之，董事會決議(一)應無瑕疵。

3.有疑問者為，發行新股既屬董事會權限事項，股東會得否決議變更或撤銷之？對此，法院認，公司於章程所定資本下為股份之分次發行時，其發行新股與否之權限係專屬於董事會，股東會就新股發行與

否要無置喙之餘地，監察人將非屬股東會權限之事項即暫緩董事會執行上開現金增資案列為議決事項並進而決議，顯已違反公司法第 202 條規定。

4. 依上開實務見解，則股東會(二)所為撤銷董事會決議(一)之決議效力，違反第 202 條，可認決議內容違反法令而無效。

二、甲以自己為要保人及被保險人，於民國（下同）105 年 3 月 1 日向 A 保險股份有限公司（下稱 A 公司）投保 10 年期「安心幸福失能險」，約定甲如果因意外或疾病導致保險契約條款所載任一態樣之失能時，A 公司應賠償保險金額新臺幣（下同）300 萬元，其中保險契約條款所載失能態樣之一為膀胱機能永久完全喪失。甲於投保前 1 年某月曾罹患膀胱炎併發腎盂炎住院 7 日，但甲於要保書中有關健康狀況詢問事項：是否於過去 5 年內曾經住院治療，勾選「否」。A 公司承保後，甲於 106 年 8 月 1 日因膀胱炎併發腎盂炎住院，經醫師診斷為末期膀胱癌，為防止癌細胞擴散，甲同意醫師建議將膀胱全部切除。甲於 107 年 5 月 1 日向 A 公司請求賠償 300 萬元，經 A 公司拒絕，請問 A 公司拒絕賠償是否有理由？（25 分）

命題意旨	本題為傳統考點，即據實說明義務違反之法律效果。
答題關鍵	依保險法第 64 條第 2 項規定，要保人違反據實說明義務者，保險人得解除契約。甲於投保前曾因膀胱炎住院，卻於要保書詢問事項就住院治療勾選否，而後甲因膀胱問題致膀胱全部切除，其據實說明義務之違反與保險事故具因果關係，A 應得解除契約。
考點命中	《高點司律狂作題班保險法考題》，辛政大編撰。

【擬答】

A 公司拒絕賠償為有理由：

- (一) 保險強調最大善意原則，保險法(以下同)第 29 條第 2 項故意行為所致損害之排除，及第 64 條告知義務，皆為最大善意原則之具體規範。其中，第 29 條第 1 項規定，保險人對於由不可預料或不可抗力之事故所致之損害，負賠償責任；同條第 2 項規定，保險人對於由要保人或被保險人之過失所致之損害，負賠償責任，但出於要保人或被保險人之故意者，不在此限。第 64 條第 1 項則規定，訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明；同條第 2 項規定，要保人有為隱匿或遺漏不為說明，或為不實之說明，足以變更或減少保險人對於危險之估計者，保險人得解除契約；其危險發生後亦同。但要保人證明危險之發生未基於其說明或未說明之事實時，不在此限。
- (二) A 或得主張該危險之發生不符第 29 條而拒絕理賠
 1. 法院判決有認，保險所擔當者為危險，在客觀上係「不可預料或不可抗力之事故」，在主觀上為「對災害所懷之恐懼，及因災害而受之損失」，故危險之發生不僅須不確定，非故意，且危險及其發生須為適法。而保險契約，乃最大之善意契約，首重善意，以避免道德危險之發生，凡契約之訂立及保險事故之發生，有違背善意之原則者，保險人即得據以拒卻責任或解除契約。就被保險人為捐肝而開刀，並於其後請求保險人理賠案件，實務亦曾表示，捐肝乃於開刀前已然確定之手術，不具不可預見性，核與第 29 條第 1 項要件尚屬有間。
 2. 題示，甲於投保後，經醫師診斷為末期膀胱癌，甲同意醫師建議將膀胱全部切除，則甲就開刀後將使膀胱機能永久完全喪失似屬可預見，即膀胱失能該保險事故之發生，似不符第 29 條第 1 項之不可預見性，甚而，甲係同意進行膀胱切除手術，可謂甲故意，而為第 29 條第 2 項所明定保險人不負賠償責任之故意行為。是 A 或得依第 29 條而拒絕理賠。
- (三) A 得依第 64 條解除契約
 1. 由第 64 條規定可知，要保人負有告知義務，其告知事項之範圍限於足以變更或減少保險人對於危險之估計者，且限於書面詢問事項、限於告知義務人已知之事項，另投保時所違反據實說明義務之事項，和發生保險事故之間，須具有因果關係，保險人方得主張解除契約。
 2. 要保人甲於投保前 1 年曾因膀胱炎住院，卻於投保時之書面詢問事項隱匿之，因該曾否住院之事實足以影響保險人對危險之估計，且嗣後甲確因同樣的膀胱問題而於投保後將膀胱切除，可認甲投保時所違反之據實說明義務，與膀胱失能之保險事故間具因果關係，A 應得依第 64 條解除保險契約並拒絕理賠。
- (四) 綜上，不論 A 得否依第 29 條而拒絕理賠，A 至少得援引第 64 條而解除契約並拒絕理賠。

三、A 上市公司（下稱 A 公司）董事長甲，為避免銀行因 A 公司呆帳比例過高而調低其貸款額度，造成 A 公司資金調度困難，遂指示 A 公司財務長乙與主辦會計丙製作虛假之 C 有限公司繳款單，將 B 股份有限公司給付 A 公司之貨款新臺幣（下同）5,000 萬元，作為 C 有限公司返還其逾期 3 年之等額應收帳款；同時製作虛假之 D 上市公司應收帳款 2,000 萬元，將該筆虛假應收帳款，連同多筆其他公司逾期多年總數 4,000 萬元之應收帳款，以 3,000 萬元一同打包出售予 E 股份有限公司，其後 E 股份有限公司因 A 公司遲未依約完成債權讓與手續，而解除契約取回 3,000 萬元，甲於是指示乙與丙仍將該筆應收帳款之出售入帳，並另製作虛假之付款單，將該筆出售應收帳款所應得之 3,000 萬元，以給付 F 有限公司工程顧問費名義記帳。其後媒體接獲爆料指出 A 公司年度合併財務報告有上述種種不實情事而大肆報導，A 公司股價立即應聲暴跌。丁係於上開財務報告公布後買入 A 公司股票，起訴主張 A 公司、甲、乙、丙，以及 A 公司董事兼總經理戊、A 公司獨立董事己、庚、辛與 A 公司財務報告之簽證會計師壬與癸，應就 A 公司股票暴跌造成丁之損失負責。於訴訟中，甲、乙、丙 3 人抗辯 A 公司並無財報不實之情事。至於給付 F 有限公司之工程顧問費 3,000 萬元並非全部虛假，A 公司本來即應給付 F 有限公司工程顧問費 2,800 萬元，其中不實部分僅為 200 萬元，以 A 公司資本額、總資產與年度營業收入皆逾 5 億元之規模，並不具重大性；乙、丙 2 人並抗辯其係聽從董事長甲指示辦理，不應就 A 公司之財報不實負責。戊、己、庚、辛則皆抗辯其對於財務報告不實並不知情，且係信賴甲、乙、丙與簽證會計師壬與癸之專業，皆已善盡注意義務。壬與癸則抗辯係受甲、乙、丙所製作之不實繳款單與付款單欺騙，並未參與 A 公司財務報告不實之違法行為。請依據證券交易法相關規範，附理由回答下列問題：誰應就 A 公司財報不實負損害賠償責任？如果丁未曾閱讀 A 公司之財務報告，而係僅憑媒體新聞報導起訴，請問丁之主張是否有理由？（25 分）

命題意旨	本題為財報不實之傳統考點，包含第 20 條之 1 責任主體，推定過失之董事應如何舉證始能免責，及會計師之過失責任如何認定，另有關買受人之交易因果關係，係受推定。
答題關鍵	第一小題：應說明各責任主體所負者，分別為無過失責任、推定過失及過失責任，並討論其等抗辯有無理由，包含重大性採質性及量性指標，董事不得以信賴會計師而免責等。 第二小題：實務見解多已肯認財報不實買受人求償時，交易因果關係係受推定，且不以效率市場為前提要件，亦不以投資人曾閱讀該不實之財報為要件。
考點命中	《高點司律狂作題班證券交易法考題》，辛政大編撰。

【擬答】

(一)A 公司、甲、乙、丙、戊、己、庚、辛、壬、癸應否就不實財報負責，分析如下：

1. 按證券交易法(以下同)第 20 條第 2 項及第 20 條之 1 規定，公司財報不實者，發行人及其負責人、曾在財報上簽章之職員及會計師應負賠償責任，其中，發行人為無過失責任，負責人、簽章職員為推定過失，會計師則為過失責任。
2. 重大性之抗辯：
 - (1) 依第 20 條之 1 文義，財務報告「主要內容」有虛偽或隱匿者始構成財報不實，即財報不實須具重大性。而有關重大性之判斷標準，法院實務已發展出穩定見解，即以「量性指標」和「質性指標」進行綜合判斷，且只要符合其中之一即屬重大，俾發揮「質性指標」補漏網的功能，避免行為人利用「量性指標」、形式篩檢，而為實質脫法規避行為。所謂「質性指標」，指不實陳述是否掩飾收益或其他趨勢、使損失變成收益（或收益變成損失）、影響發行人遵守法令之規範、貸款契約或其他契約上之要求、增加管理階層的薪酬、涉及隱藏不法交易等。
 - (2) A 公司出售債權之交易，買受人 E 公司已解除契約，A 公司帳上原不應認列該筆出售債權收入 3000 萬元，然 A 公司卻仍將之入帳，並進而將該虛列之 3000 萬元收入再以給付 F 公司顧問費記帳，不論 A 公司實際對 F 公司有無應給付之顧問費，該筆 3000 萬元之收入暨支出皆屬不實。訴訟中有關顧問費部分僅 200 萬元為不實之抗辯為不可採。
 - (3) 再者，依上開實務重大性之判斷標準，如涉及掩飾收益或其他趨勢者，即該當質性指標而具重大性。A 公司董事長甲之所以指示財務長乙及主辦會計丙製作虛假之 C 公司繳款單、將逾期多年應收帳款與虛假之應收帳款打包出售，皆係為掩飾 A 公司呆帳比例過高之事實，故已符合質性指標，至於不

實金額與 A 公司資本額、總資產等之比較，雖係判斷量性指標之標準，但仍無礙 A 公司之不實財報已符質性指標而具重大性之判斷。

3.乙、丙聽從董事長之抗辯：

- (1)依商業會計法第 66 條規定，主辦會計為在財務報表簽章之人，故主辦會計丙為第 20 條之 1 第 1 項第 2 款之主體。至於財務長乙，應視其是否為 A 公司經理人而定，如其為 A 公司經理人，仍屬第 20 條之 1 第 1 項第 1 款之負責人。
- (2)依第 20 條之 1 規定，公司負責人及財報上簽章職員對不實財報負推定過失責任，須能證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿之情事，始可免責。乙、丙既係依董事長甲指示，製作虛假之繳款單、虛假之應收帳款等，乙、丙即無可能主張自己合理確信內容無虛偽情事，乙、丙無從舉證免責。

4.戊、己、庚、辛之抗辯：

- (1)戊為董事兼總經理，己、庚、辛為獨立董事，其等皆為第 20 條之 1 之責任主體，且皆負推定過失責任，須由董事舉證證明自己已盡注意義務，有正當理由確信財報內容無虛偽或隱匿，始可免責。實務上，皆係要求董事應具體舉證自己已實際進行何等作為，無從僅以不知情而免責。
- (2)另就信賴專業部分，法院曾表示，如僅泛稱信賴公司內部專業分工即可免責，董事職位即形同虛設；至於信賴會計師部分，法院多認董事、獨立董事對內之義務，與會計師查核簽證，分屬公司內、外部之監控機制，無從互相取代，不得僅以信賴會計師查核簽證為由而免責。

5.會計師之抗辯：

- (1)就會計師對財報不實之責任，法院判決曾以假交易或不實財報屬管理階層刻意隱匿，會計師難於查核核閱時發現，會計師並未與經營階層勾結，而判決會計師不須依第 20 條之 1 負責。
- (2)惟對上開判決，學者持不同見解，而認重點應為會計師執行職務有無過失，甚或會計師有無被懲戒，不應以公司刻意隱匿、會計師未參與即認會計師無過失。
- (3)依此，王、癸有關其係遭甲、乙、丙製作之不實繳款單及付款單欺騙，未參與 A 公司財務報告不實之違法行為，應不可採；換言之，仍以原告有無提出會計師有過失之證明，判斷會計師須否依第 20 條之 1 負責。

6.綜上，A 公司為無過失責任故須負責；甲、乙、丙為第 20 條之 1 之主體且具故意，故應負責；戊、己、庚、辛所提抗辯應無法符合舉證免責之要件，故應負責；會計師王、癸抗辯雖不可採，仍以丁得舉證會計師有過失，王、癸始須負責。

(二)丁之主張有無理由，分析如下：

- 1.第 20 條之 1 雖設有財報不實損害賠償責任規定，然若須由受害投資人舉證其所受損害與不實財報間之因果關係，恐因舉證困難而致求償無門，是美國法上有詐欺市場理論，以推定交易因果關係，且就詐欺市場理論是否以效率市場為前提之爭議，依 Halliburton 案，美國聯邦最高法院對證券市場是否為效率市場，並不重視。
- 2.我國雖無詐欺市場理論之明文，然法院判決認為，公司發布不實資訊，不僅造成個別投資人受騙，抑且欺騙整體證券市場，個別投資人縱未取得特定資訊，亦因信賴市場而依市價買賣，應推定其買賣與不實資訊間存有交易因果關係，即若不實財報扭曲證券價格，投資人依市價買賣者即推定交易因果關係；另亦有判決引用民事訴訟法第 277 條但書，將交易因果關係之舉證責任倒置。
- 3.題示，丁係於不實財報公布後買入 A 公司股票，如丁於不實財報之消息爆發後始賣出或仍繼續持有，丁即為第 20 條之 1 之買受人，其向前開(一)之責任主體求償時，依我國法院實務，不論我國是否為效率市場，凡該不實財務報表扭曲 A 公司股價、丁依市價買進 A 公司股票，即推定交易因果關係，不以丁曾閱讀 A 公司財務報表為必要。故丁雖係憑媒體報導即起訴，其主張應仍有理由。

《智慧財產法》

一、甲受僱於 A 公司從事研發工作，雙方訂有競業禁止及保密合約。甲於工作中獲悉 A 公司擁有之營業秘密，並於離職時下載該秘密資料。離職後，甲隨即與他人合資設立 B 公司，且以 B 公司員工乙之名義為發明人及申請人，將上開營業秘密申請新型專利權（下稱系爭專利），獲得經濟部智慧財產局核准。乙取得專利權後，將該專利權利移轉登記予甲。A 公司於專利公告逾 2 年後始發現上情。試問：

(一) A 公司是否有權提起舉發，並請求將系爭專利移轉登記予 A 公司？（15 分）

(二) A 公司得否提起民事訴訟，請求將系爭專利移轉登記予 A 公司？（15 分）

命題意旨	此即冒充申請之題型，在無法主張第 35 條權利時，有無其他變通方式。
答題關鍵	(一)第一小題要注意舉發後效果，專利技術成為公共財，如果不能重新申請，則也無任何權利可供移轉。 (二)第二小題只要記得實務見解並順利寫出即可。
考點命中	《高點智慧財產權總複習講義》，伊台大編撰，頁 106~110，專利法部分。

【擬答】

(一) A 公司有權提起舉發，惟舉發撤銷後不得請求將系爭專利移轉登記予 A 公司

1. 本件 A 公司為系爭專利之真正專利申請權人

(1) 按「專利申請權，指得依本法申請專利之權利。專利申請權人，除本法另有規定或契約另有約定外，指發明人、新型創作人、設計人或其受讓人或繼承人。」為專利法（下稱本法）第 5 條訂有明文。

(2) 復按實務上對於發明人之認定係以對申請專利範圍所記載之技術特徵具有實質貢獻之人，需就發明或新型所欲解決之問題或達成之功效產生構想，並進而提出具體而可達成該構想之技術手段。

(3) 本題，甲受僱 A 公司期間，取得 A 公司營業秘密後，擅自將上開營業秘密以乙之名義申請新型專利權，惟無論甲乙均對該專利技術並無實質貢獻，故本題 A 公司方為真正專利申請權人。

2. 依本法第 119 條第 1 項第 3 款、第 2 項規定，新型專利申請人非專利申請權人者，利害關係人得向專責機關提起舉發，專責機關經審查認為有理由者，應撤銷該專利權。本題，A 公司為真正專利申請權人，即屬利害關係人，本得依前述舉發事由之規定對系爭專利提起舉發。

3. 另按專利法第 120 條準用第 35 條規定：「發明專利權經專利申請權人或專利申請權共有人，於該專利案公告後二年內，依第七十一條第一項第三款規定提起舉發，並於舉發撤銷確定後二個月內就相同發明申請專利者，以該經撤銷確定之發明專利權之申請日為其申請日。」從而本題，倘系爭專利於公告後兩年內，經 A 公司申請舉發撤銷確定後，A 公司復得依本法第 35 條規定，於舉發撤銷確定後二個月內，就相同發明申請專利者，以該經撤銷確定之發明專利權之申請日為其申請日。惟若提起舉發時點係於專利公告經過兩年後，則無從主張本法第 35 條規定。

4. 故本題，A 公司若對系爭專利提起舉發撤銷後，專利權消滅，該專利技術即進入公共領域不為任何人獨占，故 A 公司自無從請求將系爭專利移轉登記予 A 公司。A 公司亦無法援引前揭規定重新申請以該經撤銷確定之發明專利權之申請日為其申請日，并此敘明。

(二) A 公司得提起民事訴訟，請求將系爭專利移轉登記予 A 公司

1. 承前所述，倘 A 公司無法依照舉發撤銷後重新申請的方式，重新就系爭專利技術申請取得專利權，則是否有其他民事手段可以請求？依照司法院 102 年度「智慧財產法律座談會」、「民事訴訟類相關議題」提案及研討結果第 2 號所列兩說如下：

(1) 肯定說—可以給付訴訟為請求

真正專利申請人於專利法第 34 條法定期間內為舉發或復為申請，僅生能否擬制申請日，而可藉由撤銷該專利，進而重新申請專利之方式，取得該專利之問題而已，即便已逾修正前專利法第 34 條之 2 法定期間，而不得依該條規定再為舉發，惟研發成果既經專利專責機關核准而得作為專利權之客體，已具私法上財產權之屬性，真正之專利申請權人當然仍得選擇依不當得利、侵權行為或債務不履行等規定提起給付之訴，請求冒充申請者返還該專利權，以維護其權利。

(2)否定說—應駁回某甲之訴某甲向民事法院起訴請求移轉系爭專利權，於法無據。

否定說認為真正專利申請權人得先向民事法院訴請確認權利歸屬獲得勝訴判決，即可向智慧財產局申請變更權利人名義，以資解決，或作為行政爭訟程序中有利之舉證。

(3)小結：多數見解採肯定說，本文認為，真正專利申請權人雖得以行政程序申請變更專利權人名義，惟無妨於其民事上之請求權，二者本得並行不悖。

2.承前所述，A 公司雖已逾系爭專利公告兩年期間而不得主張本法第 120 條準用第 35 條之權利，惟依照實務見解，A 公司仍得提起民事訴訟，請求將系爭專利移轉登記予 A 公司。

二、日商 A 公司生產汽機車用油，並向日本商標專責機關申請取得「NUTEC」商標，長期在日本使用，另在美國等地設立銷售該商品之分公司，且長期贊助國際一級方程式賽車等大賽，具有相當知名度，但該商標未在我國註冊。甲為我國境內 B 公司之負責人，從事進口銷售包含 A 公司 NUTEC 商品在內之汽機車用油之業務。甲見 NUTEC 商標具知名度，且未在我國取得商標註冊登記，遂以 B 公司名義，使用 NUTEC 圖案向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請註冊並經核准公告。B 公司商標註冊公告後 1 年，A 公司向智慧局申請評定撤銷 B 公司註冊之 NUTEC 商標。試問：A 公司之申請，有無理由？（30 分）

命題意旨	搶註冊之題型，難度不高，考點集中在第 30 條第 1 項規定之說明。
答題關鍵	注意第 30 條第 1 項第 11 款、第 12 款之構成要件解釋，以及本題 A 公司是否該當。
考點命中	1.《高點智慧財產權總複習講義》，伊台大編撰，頁 59~62，商標法部分。 2.《智慧財產權法爭點解讀》，高點文化出版，陳琮勛(伊律師)編著，頁 2-49~56、2-104。

【擬答】

按「商標之註冊違反第二十九條第一項、第三十條第一項或第六十五條第三項規定之情形者，利害關係人或審查人員得申請或提請商標專責機關評定其註冊。」為商標法（下稱本法）第 57 條訂有明文。本題 A 公司向智慧局申請評定撤銷 B 公司註冊之 NUTEC 商標，應有理由，分別說明如下：

(一)A 公司得依本法第 30 條第 1 項第 11 款規定申請評定撤銷 B 公司註冊之 NUTEC 商標

1.按「商標有下列情形之一，不得註冊：相同或近似於他人著名商標或標章，有致相關公眾混淆誤認之虞，或有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞者。」本法第 30 條第 1 項第 11 款訂有明文。

2.本題 B 公司以與 A 公司相同之「NUTEC」商標在我國申請註冊，是否有上揭規定之適用，應視：A 公司之商標在我國是否為著名商標、B 公司之註冊是否有致相關公眾混淆誤認之虞或減損識別性或信譽之虞，說明如下：

(1)A 公司之「NUTEC」商標在我國是否為著名商標

「著名」商標之認定，應以國內相關事業或消費者之認知為準，係因該商標在國內廣泛使用之結果，實務上認定商標著名之程度，應檢送該商標於國內使用的相關證據，其參酌因素包括：商標識別性之強弱、相關事業或消費者知悉或認識商標之程度、商標使用期間、範圍及地域等要素。倘 A 公司之「NUTEC」商標在我國已廣為相關事業或消費者普遍認知，則屬著名商標，且第 30 條第 1 項第 11 款規定並未限於在我國註冊之著名商標方有適用，故 A 公司之「NUTEC」商標雖未在我國註冊，仍有該款適用。

(2)B 公司在我國註冊相同於 A 公司之「NUTEC」商標，且用於同一商品，是否有致相關消費者混淆誤認之虞

智慧財產局於商標註冊實務上，就混淆誤認之虞審查基準，詳列八點判斷要素：①商標識別性之強弱 ②商標是否近似暨其近似之程度 ③商品/服務是否類似暨其類似之程度 ④先權利人多角化經營之情形 ⑤實際混淆誤認之情事 ⑥相關消費者對各商標熟悉之程度 ⑦系爭商標之申請人是否善意 ⑧其他混淆誤認之因素。B 公司在我國註冊相同於 A 公司之「NUTEC」商標，且用於同一商品，應足認定有致相關消費者混淆誤認之虞。

(3)B 公司在我國註冊相同於 A 公司之「NUTEC」商標，且用於同一商品，是否有減損 A 公司「NUTEC」商標之識別性或信譽之虞

減損識別性者，係指著名商標持續遭第三人襲用之結果，造成相關消費者心目中，就著名商標與其所表彰之商品或服務來源間之關聯性將遭受淡化。故他人襲用著名標章，將使著名標章之識別性受到減損、貶值、稀釋或沖淡之危險。且減損識別性之認定，不限於二者註冊、使用於類似商品或服

務。所謂減損著名商標信譽之虞係指，著名商標之信譽有可能遭受污損，亦即因未取得授權之第三人使用行為，使消費者對著名商標所代表之品質、信譽產生貶抑或負面之聯想。B 公司在我國註冊相同於 A 公司之「NUTEC」商標，且用於同一商品，應足認定有減損 A 公司「NUTEC」商標之識別性之虞。

4. 綜上所述，倘 A 公司之「NUTEC」商標在我國已為相關公眾或消費者普遍認知，則為著名商標，A 公司得依本法第 30 條第 1 項第 11 款規定申請評定撤銷 B 公司之商標註冊。

(二) A 公司得依本法第 30 條第 1 項第 12 款規定申請評定撤銷 B 公司註冊之 NUTEC 商標

1. 按「商標有下列情形之一，不得註冊：相同或近似於他人先使用於同一或類似商品或服務之商標，而申請人因與該他人間具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉他人商標存在，意圖仿襲而申請註冊者。」本法第 30 條第 1 項第 12 款訂有明文。

2. 本題，B 公司以與 A 公司相同之「NUTEC」商標在我國申請註冊，是否有上揭規定之適用，應視：是否 B 公司與 A 公司有業務往來或其他關係，知悉 A 公司商標存在，意圖仿襲而註冊者，說明如下：

(1) 本題 A 公司先使用「NUTEC」商標，且 B 公司係在我國註冊相同於 A 公司之「NUTEC」商標，且用於同一商品，合先敘明。

(2) B 公司從事進口銷售包含 A 公司 NUTEC 商品在內之汽機車用油之業務，故兩公司確實有業務往來關係，而使 B 公司負責人甲知悉 A 公司之「NUTEC」商標存在。

(3) 申請人是否基於仿襲意圖所為，自應斟酌契約、地緣、業務往來或其他等客觀存在之事實及證據，依據論理法則及經驗法則加以判斷。本題，甲見 NUTEC 商標具知名度，且未在我國取得商標註冊登記，遂以 B 公司名義，使用 NUTEC 圖案註冊商標，實以攀附 A 公司商譽之目的而意圖仿襲所為。

3. 綜上所述，A 公司得依本法第 30 條第 1 項第 12 款規定申請評定撤銷 B 公司之商標註冊。

三、甲為某電玩公司負責人，明知我國 A 公司所製造之升級版 W3 遊戲主機之控制晶片，具有讀取並檢查認證是否為 A 公司授權製作之原版遊戲光碟之功能，將遊戲光碟放入 W3 遊戲主機執行時，須經 W3 遊戲主機比對遊戲光碟上之驗證碼，未經合法授權之遊戲軟體即無法讀取而無法執行：

(一) 甲經查獲於其公司內以 1 片新臺幣 600 元之價格販售改機晶片，若將該改機晶片裝置在 W3 主機，改機晶片會傳送仿造原版光碟片之驗證碼，致主機無法檢查辨識出係原版或盜版遊戲光碟，均可執行。試問：甲之販售改機晶片行為，是否違反著作權法？(20 分)

(二) 甲之公司內同時經查獲 500 片盜版遊戲光碟以及 A 公司之完整遊戲光碟目錄表 1 份，但當場並未查獲甲有販賣盜版遊戲光碟之行為。甲主張：「該 500 片光碟係測試改機 W3 所用之測試片，並非供銷售用，而遊戲光碟目錄表，則係供顧客勾選訂購之用，須顧客在目錄中選取後，甲公司才會代為下單向廠商訂貨，甲公司本身並無重製盜版遊戲光碟行為。」試問：若甲之主張屬實，則甲之上開行為是否違反著作權法？(20 分)

命題意旨	考改機晶片在著作權法第 80-2 條的適用情形，以及著作權法第 91-1 條規定。
答題關鍵	(一) 寫出第 80-2 條的構成要件以及改機晶片實務見解即可。 (二) 就第 91-1 條於本案適用進行論理即可。
考點命中	《智慧財產權法爭點解讀》，高點文化出版，陳琮勛(伊律師)編著，頁 1-111~114。

【擬答】

(一) 甲之行為構成本法第 80-2 條第 2 項之未經合法授權而提供公眾使用規避防盜拷措施之零件，有違著作權法

1. 按「著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或為公眾提供服務。」為著作權法(下稱本法)第 80-2 條著有明文。本條即所謂科技保護措施之反規避條款，係針對禁止或限制他人進入著作之保護措施的保護，實務見解認為本條適用上需注意基於科技中立原則，並非所有可規避防盜拷措施之行為均受本法限制，有關本法第 80 條之 2 第 2 項之適用，尚須符合以下三款情形之一，始足當之：

(1) 主要供破解、破壞或規避防盜拷措施之用者。

(2)除前款用途外，其商業用途有限者。

(3)為供破解、破壞或規避防盜拷措施目的之用而行銷者。

2.本題甲販售之改機晶片，為裝置在 W3 主機，改機晶片會傳送仿造原版光碟片之驗證碼，致主機無法檢查辨識出係原版或盜版遊戲光碟，均可執行，其功能主要供規避防盜拷措施，且其他商業用途有限，且甲亦以供規避 W3 遊戲主機之目的而用以行銷，故甲販售改機晶片之行為，構成本法第 80-2 條第 2 項之未經合法授權而提供公眾使用規避防盜拷措施之零件，已違本法。

(二)甲之行為可能構成意圖銷售而侵害重製權之教唆犯及違反第 91-1 條第 2 項規定，為一行為觸犯數罪名

1.甲之行為可能構成意圖銷售而侵害重製權之教唆犯

(1)按「意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。」為本法第 91 條訂有明文。復按「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。」為刑法第 29 條訂有明文。

(2)本題，甲雖未實際為重製違法光碟之行為，惟甲明知廠商所銷售者為違法重製之遊戲光碟，仍經顧客在目錄中選取後，甲公司代為下單向廠商訂貨，構成教唆該廠商以銷售違法光碟之意圖而侵害他人重製權，實已違反本法。

2.甲之行為可能違反本法第 91-1 條第 2 項規定

(1)按「明知係侵害著作財產權之重製物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣七萬元以上七十五萬元以下罰金。」為本法第 91-1 條第 2 項訂有明文。

(2)本題，甲明知廠商所銷售者為違法重製之遊戲光碟，仍經顧客在目錄中選取後，代為下單向廠商訂貨，甲收到貨品後，即持有該違法光碟，再轉賣顧客，顯明知其該違法光碟為侵害著作財產權之重製物，仍為散布或意圖散布而持有，顯已構成本法第 91-1 條第 2 項之罪。

《勞動社會法》

- 一、甲與乙分別自民國 81 年 10 月 1 日、87 年 2 月 1 日起任職於丙飯店。92 年間因 SARS 疫情快速擴散，行政院衛生署（現為衛生福利部）乃於 92 年 3 月 27 日宣布將 SARS 列為法定傳染病，並陸續採取強制機場入出境旅客量體溫、和平醫院封院及全民量體溫等因應措施，歷經 3 個多月努力，終於控制 SARS 疫情。臺灣先於 92 年 6 月 17 日經世界衛生組織（WHO）從「旅遊警示區」除名，繼於同年 7 月 5 日從「SARS 疫區（感染區）」除名。然於 SARS 疫情期間，臺灣觀光業受到重創，來臺旅客銳減，平均減少逾 3 成，92 年 5、6 月甚至減少 7 成，包括丙在內之飯店業生意蕭條，客房及餐廳客人十分稀少，丙飯店雖然推出便當外賣服務，仍嚴重虧損，丙不得已於 92 年 4 月公告採取：①92 年 4 月至 6 月份所有人員薪資全面調降百分之五，但以不低於 1 萬 8 千元為下限。②強制每人每月排定 2 天不支薪休假等措施。迄至同年 7 月 5 日臺灣自感染區除名後，丙即公告自 7 月起全面恢復百分之五薪資。甲與乙於上開 4 月公告後，隨即向丙飯店表示反對上開工作報酬之不利變更，並數度向丙飯店陳情及請勞工局代為協調，但丙飯店仍拒不依約給付工作報酬，甲、乙主張丙飯店之行為，顯已該當勞動基準法第 14 條第 1 項第 5 款前段雇主不依勞動契約給付工作報酬之規定，乃於 92 年 6 月 25 日協議會議中向丙表示終止勞動契約。試問：丙單方面不利益變更工作規則，是否可拘束反對之甲、乙？（30 分）

命題意旨	涉及勞動條件變更與工作規則不利益變更。
答題關鍵	應先區分薪資調降與不支薪休假兩部分，可能涉及勞動契約與工作規則變更。
考點命中	《高點勞動社會法講義》第二回，薛政大編撰，頁 71~72。

【擬答】

- (一)有關丙於 92 年 4 月公告①92 年 4 月至 6 月份所有人員薪資全面調降百分之五部分，因涉及工資調降，應屬勞動契約約定事項，尚非工作規則可得單方變更：
- 按關於工資之議定、調整、計算、結其及給付之日期與方法有關事項，均屬勞動契約應訂定之事項，此觀之勞動基準法施行細則第 7 條之規定自明。僱用人調降受僱人之薪資，為屬勞動條件之變更，應得受僱人之同意。是以，甲、乙已經拒絕工作報酬之不利變更，丙自不得以屬於「工作規則」事項為由而可以單方變更。
- (二)有關丙於 92 年 4 月公告②強制每人每月排定 2 天不支薪休假部分，管見以為不具變更之合理性，甲、乙不可不受其變更之拘束：
1. 依勞動基準法（下稱勞基法）第 70 條之規定，「工作時間、休息、休假、國定紀念日、特別休假及繼續性工作之輪班方法。」均屬工作規則可得規範之事項。是以，丙規定每人每月排定 2 天不支薪休假之規定，應屬工作規則可得規定之事項。
 2. 有關工作規則不利益變更，學說上迭有爭議，但實務上採「合理性變更法理」。如最高法院 88 年度台上字第 1696 號判決意旨謂：「(前略)按在現代勞務關係中，因企業之規模漸趨龐大受僱人數超過一定比例者，僱主為提高人事行政管理之效率，節省成本有效從事市場競爭，就工作場所、內容、方式等應注意事項，及受僱人之差勤、退休、撫恤及資遣等各種工作條件，通常訂有共通適用之規範，俾受僱人一體遵循，此規範即工作規則。勞工與僱主間之勞動條件依工作規則之內容而定，有拘束勞工與僱主雙方之效力，而不論勞工是否知悉工作規則之存在及其內容，或是否予以同意，除該工作規則違反法律強制規定或團體協商外，當然成為僱傭契約內容之一部。僱主就工作規則為不利勞工之變更時，原則上不能拘束表示反對之勞工；但其變更具有合理性時，則可拘束表示反對之勞工。(後略)」
 3. 合理性判斷乃係綜合判斷，除考量「變更之必要性」、「勞工所受不利益程度」外，同時也應考量「補償措施之有無及其程度」、「其他同業者之狀況」、「與工會或勞工協調之經過」及「其他勞工之反應」等因素。
 4. 經查，丙之強制措施乃實施 3 個月，實施原因乃為因應疫情關係所帶來之衝擊，其目的乃為避免資遣員工，屬維繫公司存續不得以之作法，具有「變更之必要性」。然而，甲、乙數度向丙飯店陳情及請勞

工局代為協調，且丙並無適當的補償措施（如於營運好轉後，按比例補給薪資），管見以為應不具合理性，從而甲、乙可不受其變更之拘束。

二、勞工甲、乙均為 A 公司員工。甲於民國 106 年 4 月 16 日當選為 B 全國金融商品行銷人員產業工會（下稱 B 產業工會）之理事長。勞工乙則自 105 年 4 月 1 日起擔任 C 全國金融業工會聯合總會（下稱 C 聯合總會）之理事長。C 聯合總會於 105 年 4 月 15 日發函 A 公司，申請理事長乙全日駐會辦理會務，A 公司於 105 年 4 月 29 日函復稱因為乙不具企業工會理事、監事身分，其申請會務假不符合工會法第 36 條第 3 項之規定，惟考量 C 聯合總會為全國性工會聯合組織，勉予同意自 105 年 5 月 1 日起至 107 年 5 月 31 日（即乙屆齡退休生效日之前 1 日）止准其理事長全日駐會。B 產業工會於 106 年 6 月 26 日發函請求 A 公司比照 C 聯合總會之理事長乙全日會務公假之例，給予甲全日請公假辦理會務，或每週至少 2 日得請公假辦理會務，經 A 公司以其所請於法恐有不合，乃於 106 年 7 月 19 日函復歉難同意。對於同年 7 月 19 日之回函，A 公司同年 7 月 3 日之簽呈載明略以：「四、依據前次法遵暨法務處所提供意見，工會法第 36 條係保障企業工會之活動權，惟僅限於企業工會，而不及於產業工會或職業工會，產業工會或職業工會欲爭取會務假時，應與雇主協商，在協商未有結果之前，申請人並不當然享有工會會務假之權利……。五、鑑於本案產業工會既非本行企業工會，依勞動部之見解，本行即無給予會務假之義務，爰本案仍擬函復該會婉拒所請。」B 產業工會以 A 公司 106 年 7 月 19 日否准全日駐會或每週至少 2 日之會務公假之行為，構成工會法第 35 條第 1 項第 5 款之不當勞動行為，向勞動部申請不當勞動行為裁決，請問有無理由？（30 分）

命題意旨	以會務假作為不當勞動行為之內容，測試考生對於不當勞動行為類型之瞭解。
答題關鍵	著重於對兩工會否准會務公假之差別待遇，對於工會組織、活動將產生影響。
考點命中	《高點勞動社會法講義》第三回，薛政大編撰，頁 12~26、34~40。 《高點勞動社會法總複習講義》第一回，薛政大編撰，頁 27。

【擬答】

- (一)為避免雇主以其他不當方式影響、妨礙工會成立，致妨礙工會運作及自主性，99 年 6 月 23 日爰增訂工會法第 35 條第 1 項第 5 款之概括性規範。雇主之行為是否構成工會法第 35 條第 1 項第 5 款「不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動」之不當勞動行為判斷時，應依勞資關係脈絡，就客觀事實之一切情狀，作為認定雇主之行為是否具有不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動之情形。且「該禁止支配介入之行為本即含有不當勞動行為評價之概念，雇主之主觀意思已經被置入於支配介入行為當中，只要證明雇主支配介入行為之存在，即可直接認定為不當勞動行為，不需再個別證明雇主是否有積極的意思。此由工會法第 35 條第 1 項第 5 款僅以客觀之事實作為要件，而無如同條項第 1 款、第 3 款、第 4 款以針對勞工參與工會等行為而為不利益對待之主觀意思要件即明」有最高行政法院 102 年判字第 563 號判決意旨可資參考。
- (二)次按企業工會為同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業、或金融控股公司與子公司內之勞工所組成，而產業工會係以相關產業內之勞工所組成，職業工會則以相關職業技能之勞工所組成之工會，此觀工會法第 3 條第 1 項之規定即明。基於企業工會會員係以同一廠場、同一事業單位、有控制與從屬關係之企業，或金融控股公司與子公司之員工所招募組成之特性，工會法第 36 條第 2 項乃規定，企業工會與雇主間無關於會務假之約定者，其理事長得以半日或全日，其他理事或監事得於每月 50 小時之範圍內，請公假辦理會務。至於產業工會及職業工會因非以同一企業之員工為招募對象，故其理監事之會務假，依工會法第 36 條第 1 項之規定，應由產業工會及職業工會與雇主約定之。換言之，產業工會及職業工會之理監事，若工會未與雇主有關於會務假之約定時，依法並非當然有會務假。可知同一雇主下之企業工會與職業工會，其會務假依工會法之規定並不相同，如雇主就職業工會理、監事及會員代表會務假之給予，與職業工會達成比照或與企業工會會務假給假方式相同之協議時，則就會務假給予一事，雇主對於企業工會與職業工會之間，亦有保持中立態度、平等對待之義務（106 年勞裁字第 4 號裁決決定可參）。
- (三)經查，本案甲擔任 B 產業工會之理事長，而乙擔任 C 聯合總會之理事長，依前開說明，甲與乙並非當然可以向 A 公司請求會務公假，然而，當 A 公司同意 C 聯合總會之請求時，對於 B 產業工會即有保持中

立態度、平等對待之義務。A 公司同意 C 聯合總會之請求而否准 B 產業工會之請求，直接導致甲無法請會務公假之不利益，也將減損 B 產業工會之實力影響其工會發展，亦可能降低會員參與該工會活動之意願，間接影響工會之活動與發展，構成工會法第 35 條第 1 項第 5 款支配介入。

三、25 歲之勞工甲於民國 111 年 6 月 1 日受僱於登記有案之乙公司，並於同日到職。乙公司僱用員工人數為 3 人。乙公司認為其為 4 人以下之公司，故未向勞工保險局加保勞工保險與職業災害勞工保險。甲於到職 10 日後，遭遇職業災害保險事故。試問：乙公司是否須為甲加保職業災害保險？甲遭遇職業災害保險事故，能否請領職業災害保險給付？乙公司須負何種責任？（40 分）

命題意旨	測試考生對勞工職業災害保險及保護法。
答題關鍵	以勞工職業災害保險及保護法回覆各小題。
考點命中	《高點勞動社會法補充資料講義》B3，薛政大編撰，勞動部職災保險法文宣。 《高點勞動社會法二試判解文章班講義》第一回，薛政大編撰，勞工職業災害保險及保護法。

【擬答】

勞工職業災害保險及保護法（下稱職保法）於 111 年 5 月 1 日開始施行，依第 107 條之規定，勞工保險條例第 2 條第 2 款、第 13 條第 3 項至第 6 項、第 15 條第 1 款至第 4 款、第 19 條第 5 項、第 6 項、第 20 條第 1 項、第 20 條之 1、第 34 條、第 36 條、第 39 條至第 52 條、第 54 條及第 64 條有關職業災害保險規定，除本法另有規定外，自本法施行之日起，不再適用。因勞工甲係於 111 年 6 月 1 日受僱於乙公司，是以，依職保法之規定回答如下：

- (一)乙公司須為甲加保職業災害保險：依職保法第 6 條之規定，年滿十五歲以上之勞工，應以其雇主為投保單位，參加本保險為被保險人。同法第 12 條第 1 項規定，符合第 6 條至第 8 條規定之勞工，投保單位應於本法施行之當日或勞工到職、入會、到訓之當日，列表通知保險人辦理投保手續。但依第 6 條第 3 項第 3 款公告之人員，投保單位應於該公告指定日期為其辦理投保手續。過去依據勞工保險條例之規定，5 人以上事業單位，才採強制納保；4 人以下事業單位，自願加保。但根據職保法，不論受僱人數多少，都將強制納保。是以，雖然乙公司僱用人數只有 3 人，仍應為甲加保職業災害保險。
- (二)雖乙公司未替甲加保職業災害保險，但甲仍得請領職業災害保險給付：職保法第 36 條規定，投保單位未依第 12 條規定，為符合第 6 條規定之勞工辦理投保、退保手續，且勞工遭遇職業傷病請領保險給付者，保險人發給保險給付後，應於該保險給付之範圍內，確認投保單位應繳納金額，並以書面行政處分令其限期繳納。其立法理由謂：鑒於符合第 6 條規定之勞工，縱未辦理加保手續，其保險效力仍從到職日起算，於保險事故發生後，並得依規定請領保險給付。為避免雇主違法未為勞工加保之道德危險，轉嫁由依法加保納費者之負擔，爰參酌日本、韓國及德國職業災害保險相關立法例，於第一項明定保險人於發給前開保險給付後，應命投保單位繳納金額之範圍及方式，以維基金財務安全。是以，雖乙公司未替甲加保職業災害保險，但甲仍得向勞保局請領職業災害保險給付。
- (三)甲發生職業災害而乙公司未替甲加保職業災害保險，應負下列責任：
1. 依職保法第 96 條規定，投保單位或雇主未依第 12 條規定，為所屬勞工辦理投保、退保手續者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰，並令其限期改善；屆期未改善者，應按次處罰。並依同法第 100 條之規定，公布其名稱、負責人姓名。
 2. 依職保法第 36 條第 1 項及第 2 項規定，投保單位未依第 12 條規定，為符合第 6 條規定之勞工辦理投保、退保手續，且勞工遭遇職業傷病請領保險給付者，保險人發給保險給付後，應於該保險給付之範圍內，確認投保單位應繳納金額，並以書面行政處分令其限期繳納。投保單位已依前項規定繳納者，其所屬勞工請領之保險給付得抵充其依勞動基準法第 59 條規定應負擔之職業災害補償。
 3. 再者，依勞動基準法第 59 條規定，乙公司對甲發生職業災害應負職災補償責任，亦即勞工因遭遇職業災害而致死亡、失能、傷害或疾病時，雇主應依下列規定予以補償。但如同一事故，依勞工保險條例或其他法令規定，已由雇主支付費用補償者，雇主得予以抵充之：一、勞工受傷或罹患職業病時，雇主應補償其必需之醫療費用。職業病之種類及其醫療範圍，依勞工保險條例有關之規定。二、勞工在醫療中不能工作時，雇主應按其原領工資數額予以補償。但醫療期間屆滿二年仍未能痊癒，經指定之醫院診斷，審定為喪失原有工作能力，且不合第三款之失能給付標準者，雇主得一次給付四十個月之平均工資後，免除此項工資補償責任。三、勞工經治療終止後，經指定之醫院診斷，審定其遺存障害

者，雇主應按其平均工資及其失能程度，一次給予失能補償。失能補償標準，依勞工保險條例有關之規定。四、勞工遭遇職業傷害或罹患職業病而死亡時，雇主除給與五個月平均工資之喪葬費外，並應一次給與其遺屬四十個月平均工資之死亡補償。其遺屬受領死亡補償之順位如下：(一) 配偶及子女。(二) 父母。(三) 祖父母。(四) 孫子女。(五) 兄弟姐妹。

4. 倘若甲遭遇職業災害保險事故係可歸責於乙公司，甲另可依民法侵權行為之規定而請求乙公司負損害賠償責任，但依勞動基準法第 60 條之規定，雇主依同法第 59 條規定給付之補償金額，得抵充就同一事故所生損害之賠償金額。

《財稅法》

一、中華民國境內居住之甲為執業醫師，登記為 A 診所獨資負責人，申報民國 107 年度個人綜合所得稅，列報 A 診所執行業務鉅額的虧損，經該管稅捐稽徵機關依檢舉及職權調查資料，查得 A 診所帳戶資料中漏報執行業務收入數筆，以甲未提供足供勾稽該帳戶款項流向及增減原因資料為由，按查得收入總額依財政部訂定執行業務者費用標準認定，計算全年執行業務所得額，同額歸課甲當年度執行業務所得，另加計甲漏報同年度取自 A 診所販售商品所獲營利所得，併計甲個人綜合所得總額與所得淨額，核定應補徵稅額，同時按所漏稅額，裁處罰鍰。甲就前揭取自 A 診所之執行業務所得及罰鍰不服，提起復查、訴願均遭駁回，乃續對原處分、復查決定及訴願決定，均提起行政訴訟。請附理由，回答以下問題：

- (一)甲在行政訴訟事實審程序進行中，追加主張甲同年度取自 A 診所之營利所得亦一併予以爭執。受訴法院應否併予審理？(20 分)
- (二)甲在行政訴訟事實審程序進行中，主張 A 診所因違反稅法應給與他人憑證而未給與憑證而遭處罰鍰，於 107 年度時業已繳納完畢且經取得收據，實際減少應稅所得額，計算甲個人應稅所得淨額時應予減除，否則有違客觀淨所得原則。主張是否有理？(20 分)
- (三)甲在行政訴訟事實審程序進行中，主張行政程序法並無當事人協力義務規定，該管稅捐稽徵機關卻要求其提供帳簿、憑證與相關資料乃屬無據，縱然查得帳戶內收入資料，亦仍應就必要費用為詳盡調查，始符職權調查證據原則、對當事人有利不利事實一律加以注意，卻逕自按照財政部訂定執行業務者費用標準認定，有違依法行政與依法課稅原則。主張是否有理？(20 分)

命題意旨	第一小題涉及稅務行政救濟係採取「爭點主義」或「總額主義」的問題。 第二小題與所得稅法第 38 條規定有關。 第三小題則是測驗考生是否了解稅法課予人民「協力義務」以及「推計課稅」之規定。
答題關鍵	第一小題應注意納稅者權利保護法第 21 條之規定。 第二小題應援引所得稅法第 14 條第 1 項第 2 類第 3 款中段及第 38 條之規定。 第三小題則應以所得稅法第 14 條第 1 項第 2 類第 2 款、第 83 條第 1 項、第 3 項以及納稅者權利保護法第 14 條第 1 項規定作為論述基礎。
考點命中	1.《高點財稅法講義》第四回，念台大編撰，頁 9~10、15~17。 2.《高點財稅法講義》第五回，念台大編撰，頁 69~72。 3.《高點財稅法講義》第六回，念台大編撰，頁 73。 4.《高點司律二試判解文章班財稅法講義》第一回，念台大編撰，頁 50~51。 5.《高點司律二試判解文章班財稅法講義》第二回，念台大編撰，頁 9~14。

【擬答】

(一)受訴法院應就甲 107 年度取自 A 診所之營利所得一併進行審理，理由如下：

- 1.我國稅務訴訟實務過去係採取「爭點主義」，凡於復查程序未提出之事實爭點，於後續訴願及行政訴訟程序即不得再為主張（行政法院 62 年判字第 96 號判例參照）。在爭點主義之下，構成一個課稅處分之各個課稅基礎（事實爭點）具有可分性，而稅務訴訟之訴訟標的為各事實爭點，如在復查程序未予爭執，於訴願及行政訴訟程序即不得為訴之變更或追加。
- 2.惟納稅者權利保護法施行後，由於該法第 21 條第 1 項明定，納稅者不服課稅處分，經復查決定後提起行政爭訟，於訴願審議委員會決議前或行政訴訟事實審言詞辯論終結前，得追加或變更主張課稅處分違法事由，受理訴願機關及行政法院應予審酌。又行政法院對於納稅者之應納稅額，應查明事證以核實確認，在納稅者聲明不服之範圍內定其數額，同條文第 3 項定有明文。依此，多數司法實務及學說見解認為，目前我國稅務訴訟已改採「總額主義」，即以「課稅處分客觀上違法，且已侵害納稅者權利」作為訴訟標的，而各個課稅基礎是否違法，乃不同之攻擊防禦方法，在言詞辯論終結前均得提出。最高行政法院 107 年 3 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議為因應納稅者權利保護法之施行，決議行政法

院 62 年判字第 96 號判例不再援用，即係本於此一意旨。

3. 本題甲之執行業務所得及取自 A 診所之營利所得，均屬構成其 107 年度綜合所得總額及所得淨額之項目。甲於復查、訴願階段時，雖僅就執行業務所得及罰鍰進行爭執，但依前揭納稅者權利保護法之規定，甲於行政訴訟事實審言詞辯論終結前，均得追加主張稽徵機關對於其取自 A 診所之營利所得之認定違法，而行政法院原則上應同時審酌甲對於執行業務所得及營利所得之主張，以核實確認甲 107 年度綜合所得稅之應納稅額。

(二)甲主張於計算個人應稅所得淨額時應扣除 A 診所已繳納之罰鍰，並無理由，茲說明如下：

1. 按客觀淨所得原則乃派生自量能課稅原則，司法院大法官釋字第 745 號解釋理由書指出，基於客觀淨值原則，所得課稅應以收入減除成本及必要費用的客觀淨值，而非所得毛額，作為稅基，而此項要求，於各類所得之計算均有適用。
2. 惟所得稅法基於其他公益考慮，對於成本及必要費用之認列仍有所限制。該法第 14 條第 1 項第 2 類第 3 款中段規定，執行業務費用之列支，準用本法有關營利事業所得稅之規定；同法第 38 條則規定，各種稅法所規定之滯報金、怠報金、滯納金等及各項罰鍰，不得列為費用或損失，其立法意旨在於：避免削弱或抵銷上開金錢給付義務之督促或制裁作用。
3. 準此以言，A 診所已繳納之罰鍰固然將減少甲之負擔能力，但依所得稅法之明文規定，甲於計算當年度個人所得淨額時，不得減除該罰鍰，尚無違反客觀淨所得原則之問題。

(三)甲主張其無協力義務為無理由，但其主張稅捐稽徵機關不應逕為推計課稅，則屬有據，茲說明如下：

1. 按行政程序法固無關於當事人協力義務之一般性規定，惟所得稅法考量與所得額有關之證據資料多由納稅義務人掌握，為降低稽徵機關之查核成本，同時達成核實課徵之要求，該法第 14 條第 1 項第 2 類第 2 款明文課予執行業務者設置、取得、保管帳簿及憑證之義務，且同法第 83 條第 1 項前段規定，稽徵機關進行調查或復查時，納稅義務人應提示有關各種證明所得額之帳簿、文據。
2. 次按所得稅法第 83 條第 1 項後段固然規定，納稅義務人於稽徵機關調查或復查時，未提示帳簿、文據者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額；同條文第 3 項則規定，納稅義務人已依規定辦理結算申報，但於稽徵機關調查時，通知提示有關各種證明所得額之帳簿、文據而未依限期提示者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準核定其所得額。然而，納稅者權利保護法第 14 條第 1 項規定，稽徵機關對於課稅基礎，「經調查仍不能確定」或「調查成本過鉅」時，為維護課稅公平原則，得為推計課稅。綜合前揭所得稅法第 83 條及納稅者權利保護法第 14 條之規定可知，稽徵機關以推計之方式核定納稅義務人之所得額，應以「納稅義務人違反提示帳簿、文據之協力義務」以及「經調查仍不能確定所得額或調查成本過鉅」為前提。
3. 準此以言，所得稅法既然有關於協力義務之規定，則甲主張稽徵機關要求其提示帳簿、文據與相關資料違反依法行政及依法課稅原則，應為無理由。
4. 至於稽徵機關以甲未提供足供勾稽該帳戶款項流向及增減原因資料為由，即逕以執行業務者費用標準推計其所得額，而未依職權進一步調查甲執行業務所發生之成本及必要費用，似與納稅者權利保護法第 14 條關於推計課稅要件之規定有所未符，故就此部分甲之主張應有理由。

二、B 營利事業之負責人乙，因營利事業滯欠已確定之民國 106 年度營利事業所得稅與罰鍰，經該管丙稅捐稽徵機關以查無相當於應納稅額財產可資辦理禁止處分登記，乙亦未提供相當金額以為擔保，乃依照稅捐稽徵法第 24 條第 3 項規定，報經財政部函請內政部移民署，限制負責人乙出境，並將通知依法送達。乙在接獲前揭限制出境通知後，對該等限制出境處分不服，依法提起訴願，遭到駁回，乃提行政訴訟。請附理由，回答以下問題：

(一)乙主張 B 營利事業之所以欠繳稅款一事，純係遭到交易相對人惡意倒帳再加上景氣不佳所導致，對於欠繳國家稅款並無主觀上之故意或過失，即無主觀可歸責事由可言，丙稅捐稽徵機關應依法撤銷限制出境處分。該等主張，是否有理？(20 分)

(二)乙主張就本件欠稅限制出境案件，先前已有該管丁行政執行機關依行政執行法第 17 條規定對其採取限制出境措施，後經雙方達成協議，丁行政執行機關業已撤銷限制出境在案，詎料又遭該管丙稅捐稽徵機關報經財政部限制出境，是同屬國家行政機關卻作成前後不一處分，有違當事人對國家整體行為信賴；且乙主張，對於 B 營利事業欠稅一事，尚無隱匿或移轉財產、逃避稅捐執行跡象，該管丙稅捐稽徵機關並未斟酌此等情事，即按欠

稅金額對其作成限制出境處分，有違依法行政原則，應依法撤銷限制出境處分。該等主張，是否有理？（20 分）

參考法條

行政執行法

第 17 條

義務人有下列情形之一者，行政執行處得命其提供相當擔保，限期履行，並得限制其住居：

- 一、顯有履行義務之可能，故不履行。
- 二、顯有逃匿之虞。
- 三、就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事。
- 四、於調查執行標的物時，對於執行人員拒絕陳述。
- 五、經命其報告財產狀況，不為報告或為虛偽之報告。

六、經合法通知，無正當理由而不到場。

前項義務人有下列情形之一者，不得限制住居：

- 一、滯欠金額合計未達新臺幣十萬元。但義務人已出境達二次者，不在此限。
- 二、已按其法定應繼分繳納遺產稅款、罰鍰及加徵之滯納金、利息。但其繼承所得遺產超過法定應繼分，而未按所得遺產比例繳納者，不在此限。

義務人經行政執行處依第一項規定命其提供相當擔保，限期履行，屆期不履行亦未提供相當擔保，有下列情形之一，而有強制其到場之必要者，行政執行處得聲請法院裁定拘提之：

- 一、顯有逃匿之虞。
- 二、經合法通知，無正當理由而不到場。

法院對於前項聲請，應於五日內裁定；其情況急迫者，應即時裁定。

義務人經拘提到場，行政執行官應即訊問其人有無錯誤，並應命義務人據實報告其財產狀況或為其他必要調查。

行政執行官訊問義務人後，認有下列各款情形之一，而有管收必要者，行政執行處應自拘提時起二十四小時內，聲請法院裁定管收之：

- 一、顯有履行義務之可能，故不履行。
- 二、顯有逃匿之虞。
- 三、就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事。
- 四、已發見之義務人財產不足清償其所負義務，於審酌義務人整體收入、財產狀況及工作能力，認有履行義務之可能，別無其他執行方法，而拒絕報告其財產狀況或為虛偽之報告。

義務人經通知或自行到場，經行政執行官訊問後，認有前項各款情形之一，而有聲請管收必要者，行政執行處得將義務人暫予留置；其訊問及暫予留置時間合計不得逾二十四小時。

拘提、管收之聲請，應向行政執行處所在地之地方法院為之。

法院受理管收之聲請後，應即訊問義務人並為裁定，必要時得通知行政執行處指派執行人員到場為一定之陳述或補正。

行政執行處或義務人不服法院關於拘提、管收之裁定者，得於十日內提起抗告；其程序準用民事訴訟法有關抗告程序之規定。

抗告不停止拘提或管收之執行。但准拘提或管收之原裁定經抗告法院裁定廢棄者，其執行應即停止，並將被拘提或管收人釋放。

拘提、管收，除本法另有規定外，準用強制執行法、管收條例及刑事訴訟法有關訊問、拘提、羈押之規定。

命題意旨	本題涉及欠稅限制出境之性質，以及稅捐稽徵法第 24 條第 3 項及其有關法令關於欠稅限制出境所定之要件。
答題關鍵	第一小題應說明欠稅限制出境非屬行政罰，故不考慮欠稅人之故意或過失；第二小題則應提及財政部依稅捐稽徵法第 24 條第 3 項行使裁量權時，是否應衡量行政執行法第 17 條所定各項事由，以符合比例原則及裁量瑕疵禁止原則之要求。
考點命中	《高點財稅法講義》第四回，念台大編撰，頁 37~39。

【擬答】

(一)乙主張 B 營利事業欠稅無主觀可歸責事由，丙稽徵機關應報財政部撤銷限制乙出境之處分，應無理由，茲說明如下：

- 1.按稅捐稽徵法第 24 條第 3 項規定之欠稅限制出境之性質為何，司法實務及學說有不同之看法，有認為係「行政罰」者，亦有認為係「稅捐保全」或「行政執行」措施者。倘若將欠稅限制出境定性為行政罰，則依行政罰法第 7 條第 1 項規定，自應以欠稅人對於欠稅有故意或過失為要件。
- 2.然而，依多數見解，由於行政罰法第 2 條之立法理由已明示，該條文所稱「裁罰性不利處分」，不包含欠稅限制出境，且欠稅限制出境係與「禁止處分」、「假扣押」規定於同一條文，而稅捐稽徵法第 24 條第 3 項規定，如稽徵機關未實施禁止處分或假扣押（對物之保全），不得命欠稅人限制出境（對人之保全），足見欠稅限制出境與禁止處分、假扣押應具有相同之目的，即確保稅捐債權將來之執行，性質上應屬稅捐保全措施。
- 3.就此而論，欠稅限制出境制度既非行政罰，而係為保全國家稅捐債權，則應不以欠稅人對於欠稅具有故意或過失為要件。是以，本題乙主張 B 營利事業對於欠稅無主觀可歸責事由，從而不應限制其出境，尚不足採。

(二)乙應得主張本題限制出境處分違反比例原則及有裁量怠惰之瑕疵，應予撤銷，理由如下：

- 1.欠稅人是否有必要限制出境，稽徵機關依法應有裁量權，而非達法定欠稅門檻即應為限制出境：
 - (1)按稅捐稽徵法第 24 條第 3 項係規定，境內居住之個人或境內營利事業，其已確定之應納稅捐逾法定繳納期間尚未繳納完畢，所欠稅款及已確定之罰鍰單計或合計，超過一定之金額者，「得」由財政部函請內政部移民署限制該個人或該營利事業之負責人出境。但已提供相當擔保，或稽徵機關未實施禁止處分或假扣押者，不得為限制出境。
 - (2)再者，財政部為使稽徵機關辦理限制及解除欠稅人出境時，能有一致、客觀之準據，另定有「限制及解除欠稅人或欠稅營利事業負責人出境規範」（下稱「限制出境規範」），其中並針對欠稅金額不同之欠稅人，訂定不同之限制出境標準，例如欠稅金額較低者，應有隱匿或移轉財產、逃避稅捐執行之跡象、出國頻繁、長期滯留國外、行蹤不明等情事，方能限制其出境。
 - (3)由此可見，欠稅人於符合稅捐稽徵法第 24 條第 3 項所定之欠稅金額門檻後，並非當然「應」予限制出境，稽徵機關仍應考量其他因素而為適法之裁量。
- 2.稽徵機關為欠稅限制出境仍應斟酌欠稅人無行政執行法第 17 條所列各種事由，俾為適法之裁量，以符合比例原則之要求：
 - (1)實務上向來認為限制出境為「限制住居」的一種方法，故欠稅案件移送行政執行後，行政執行機關亦得依行政執行法第 17 條規定，對欠稅人為限制出境，先予敘明。
 - (2)稅捐稽徵法第 24 條第 3 項所明定之欠稅限制出境要件，雖與行政執行法第 17 條規定之限制住居要件有所不同，惟部分司法實務及學說認為，欠稅限制出境涉及人民受憲法第 10 條保障之「遷徙自由」，故欠稅限制出境除應符合「欠稅金額達法定門檻」之要件外，為符比例原則之要求，稽徵機關於行使是否為限制出境之裁量權時，無論欠稅金額之高低，均應一併審酌行政執行法第 17 條所列之事由，亦即考量欠稅人是否有「逃匿」、「隱匿或移轉財產」、「拒不報告財產狀況」等情事，而有限制出境之必要，始能報請財政部函請內政部移民署作成限制出境處分。
- 3.本題丙稽徵機關報財政部對乙為限制出境，固然符合稅捐稽徵法第 24 條第 3 項所列之要件，但自題目之敘述，尚無從知悉 B 營利事業欠稅之金額，從而無法判斷丙稽徵機關報財政部限制乙出境，是否符合限制出境規範所定之裁量基準（亦即欠稅金額較低者，尚須考量有無隱匿、移轉財產或逃避稅捐執行跡象等情事，始得為限制出境）。
- 4.儘管如此，乙既然曾經行政執行機關依行政執行法之規定限制出境，後行政執行機關又與乙達成協議而撤銷限制出境，則丙稽徵機關於裁量是否依稅捐稽徵法規定對乙為限制出境時，自應就上揭事實予以考量，同時斟酌乙有無隱匿或移轉財產、逃避稅捐執行跡象等情況，以決定是否有對乙為限制出境之必要，否則即有裁量怠惰之瑕疵及違反比例原則之虞。是以，乙主張本題限制出境處分應予撤銷，為有理由。

《海商法與海洋法》

一、我國海洋委員會海巡署（下稱海巡署）艦艇 X 輪與巴拿馬籍貨櫃船 Y 輪於我國新竹外海 10 哩處發生碰撞。X 輪船體受損，艦上海巡官兵無人受傷，設 X 輪損失為 2,000 萬新臺幣；Y 輪船體受損，船員 1 人嚴重受傷，1 只高價貨物暨貨櫃落海全損，損失金額分別為 Y 輪船體 200 萬美元、Y 輪船員 30 萬美元及 Y 輪貨物 120 萬美元。我國航政機關海事評議結果，X 及 Y 輪過失責任比例分別為 60 比 40。請附理由回答以下問題：

(一)本事故涉及海巡署艦艇，問本案有無海商法之適用？海巡署可否主張船舶所有人責任限制？（10 分）

(二)Y 輪受傷船員向海巡署求償 30 萬美元全額損失，有無理由？（10 分）

(三)Y 輪受損貨物之貨物所有權人向海巡署求償 120 萬美元全額損失，有無理由？（10 分）

命題意旨	本題非常簡單，考非海商法船舶於碰撞時如何適用海商法，及海商法第 97 條碰撞責任之規定。
答題關鍵	第一小題：艦艇或專用於公務之船舶，非海商法之船舶，唯有在碰撞時始適用海商法，但爭點為：其於碰撞時適用海商法之範圍，究竟係只有碰撞章，或全部海商法皆有適用。 第二小題：依海商法第 97 條第 2 項規定，碰撞所致人傷，有過失之各船舶應連帶負責。 第三小題：依海商法第 97 條第 1 項規定，碰撞所致物損，各船舶依過失比例負責。
考點命中	第一小題：《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 1-4~1-5。 第二、三小題：《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 4-4~4-6。

【擬答】

(一)海巡署艦艇有海商法之適用，得主張船舶所有人責任限制：

1.艦艇於碰撞時，有海商法之適用：

按海商法(以下同)第 1 條及第 3 條對海商法之船舶設有定義，其中第 3 條規定，軍事建制之艦艇、專用於公務之船舶，除因碰撞外，不適用海商法之規定。題示，X 輪為海巡署艦艇，不論其是否屬「軍事建制」之艦艇，其應屬專用於公務之船舶，故 X 輪非海商法所定之船舶，僅於碰撞時，始有海商法之適用。

2.惟有疑問者，非海商法之船舶，於發生碰撞時，適用海商法之範圍為何，就此，存有爭議：

(1)有認，僅適用海商法第四章碰撞之規定。採此說者認為，第 3 條之規範目的，僅在適用第 97 條規定，且倘非海商法之船舶，亦可適用海商法其他章節如船舶所有人責任限制、海事優先權等規定，則區分是否為海商法船舶，即失其意義。

(2)另有認，全部海商法規定皆有適用。採此說者之理由為，第 3 條文義並未限定僅適用海商法碰撞章。

(3)對此，學生以為，若採前說即僅適用碰撞章之規定，將使同一事故之各船舶，屬海商法船舶者得主張有限責任等抗辯，而非海商法船舶者則無法援用此等抗辯，而致法律適用有不公平情形，故應以後說為是。從而，海巡署艦艇於碰撞時，得適用海商法之規定，且其適用範圍包含非屬碰撞章之船舶所有人責任限制規定。

3.第 21 條第 1 項第 1 款規定，在船上、操作船舶或救助工作直接所致人身傷亡或財物毀損滅失之損害賠償，船舶所有人得主張責任限制。題示，X 輪與 Y 輪發生碰撞，造成 Y 輪船體受損、船上船員受傷及船上貨物受損，三者俱屬上開第 1 款之範圍。故海巡署艦艇得就 Y 輪、Y 輪上船員及貨物之損害，主張船舶所有人責任限制。

(二)船員求償全額損失或有理由：

1.按第 97 條就碰撞之責任設有規定，其中第 2 項規定，有過失之各船舶，對於因死亡或傷害所生之損害，應負連帶責任。此規定係為海商法人尊物卑原則之展現，即海商法於諸多規定，皆加強對人之保護，故相較於第 97 條第 1 項物損係依過失比例負責，同條第 2 項特就人傷之部分，要求有過失之各船舶應負連帶責任，提高人傷之受害人獲得賠償之機會。

2.題示，X 輪與 Y 輪發生碰撞，且過失比例為 60 比 40，惟因上開第 97 條第 2 項之規定，對於碰撞所致之人傷，並不區分過失比例，一概要求有過失之各船舶應負連帶賠償責任，故該受傷之船員就其所受損害 30 萬美元，得同時或先後，對 X 輪、Y 輪為全部或一部之請求。是船員向 X 輪請求全額損失，應

有理由。

3. 附帶一提者，如上開討論，海巡署艦艇 X 輪於碰撞時，仍有船舶所有人責任限制之適用，而在船上之人傷又屬第 21 條第 1 項第 1 款之責任限制事由，則該受傷船員就其全額損失 30 萬美元向海巡署求償，以該金額低於 21 條之責任限額為限，海巡署始有義務就其全額負責。

(三) 貨物所有權人之主張為無理由：

1. 按第 97 條第 1 項規定，碰撞之各船舶有共同過失時，各依其過失程度之比例負其責任，不能判定其過失之輕重時，各方平均負其責任。依此規定，碰撞之各船舶僅就其過失比例負責。此條項規定為民法第 185 條共同侵權行為人連帶負責之特別規定。

2. 題示，X 輪與 Y 輪發生碰撞，致 Y 輪上貨物落海全損，因 X 輪、Y 輪就該碰撞之過失比例為 60 比 40，故依第 97 條第 1 項，X 輪僅就其 60% 之過失比例負責，換言之，就貨物全損 120 萬美元，X 輪得主張其僅就 72 萬美元(即 120 之 60%)負責。貨物所有權人欲就其全額損失 120 萬美元向 X 輪海巡署求償，應無理由。

3. 附帶一提者，因在船上之貨損，屬第 21 條第 1 項第 1 款之責任限制事由，故就貨損 72 萬美元，海巡署得主張船舶所有人責任限制。

二、我國科技廠商甲委託貨櫃船運送人乙自荷蘭運送乙台高價精密儀器來臺。貨物裝載上船後，乙簽發載貨證券，記載機器乙台，毛重 1,200 公斤，採整櫃運送方式，裝貨港荷蘭鹿特丹，卸貨港臺灣基隆港，交貨地臺灣新竹。貨抵臺灣存放乙合約儲運廠商丙之新竹貨櫃場等待甲提貨期間，因該櫃場員工丁吊櫃不慎，導致該貨櫃墜落，櫃內精密機器全毀，甲損失 300 萬美元。載貨證券持有人暨貨物受領權人甲具狀訴請乙、丙、丁 3 人負連帶賠償責任。設甲、乙、丙、丁 4 人均為我國籍，試依我國法規定，請回答：乙、丙、丁是否應負責？各自責任基礎為何？各自可否主張海商法單位限制責任？(30 分)

命題意旨	本題與 106 年地特法制之考題幾乎一樣，係傳統熱門考點。就卸貨後貨櫃場內貨損之責任，因該新竹貨櫃場為運送人乙合約儲運廠商丙之貨櫃場，故就寄倉期間，乙仍應負貨物照管義務。至於單位責任限制之主體，除乙身為運送人得援用外，其履行輔助人丙，及丙之受僱人，依海商法第 76 條規定，亦應得援用。
答題關鍵	<p>第一小題：乙、丙、丁應否負責及各自責任基礎應可一併回答。</p> <p>1. 乙為簽發全程載貨證券之人，依第 74 條第 1 項應就運送全程負責。另本處尚涉及貨櫃場內貨損是否屬運送人負責範圍之問題，因該貨櫃場為乙合約廠商丙所有，故應認乙就卸貨後存放於貨櫃場之貨物仍應負貨物照管義務。</p> <p>2. 丙、丁應屬乙之履行輔助人，對貨主應依侵權行為負責。</p> <p>第二小題：乙為運送人，可主張單位責任限制，丙、丁則需援用第 76 條以主張單位責任限制。另因題目僅有提到貨損係因吊櫃不慎，應尚未達重大過失程度，故無第 70 條第 4 項或第 76 條第 1 項但書排除規定之適用。</p>
考點命中	《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 3-10~3-11、3-170、6-23~6-27。

【擬答】

(一) 乙依運送契約負責，丙、丁依侵權行為負責：

1. 丙、丁依侵權行為負責：

(1) 民法第 184 條第 1 項前段規定，因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。丁因吊櫃不慎，致甲之貨物全毀，該當上開條文之因過失侵害他人之權利，丁須對甲負侵權行為損害賠償責任。

(2) 民法第 188 條規定，受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。丁為丙櫃場員工，承上，丁於執行職務時，侵害甲之貨物所有權，僱用人丙應依第 188 條負連帶損害賠償責任。

2. 乙依運送契約負責：

(1) 甲委託乙承運貨物，甲乙存有貨物運送契約關係。系爭貨物裝貨港為荷蘭鹿特丹，卸貨港為基隆港，交貨地則為新竹，並由乙簽發全程載貨證券，依海商法第 74 條第 1 項規定，載貨證券之發給人，對於依載貨證券所記載應為之行為，均應負責。

(2)系爭貨損係發生於卸貨後、暫存貨櫃場期間，乙是否須就該貨損負責，關鍵為貨物置於貨櫃場期間，是否仍屬乙應對貨物盡照管義務之期間？依最高法院判決，倉庫之法律地位，應視倉庫為何人所有而定，若屬運送人所有，則倉庫為船舶之延長，運送人須對置於倉庫之貨物盡注意義務；貨物之寄倉係依受貨人指示者，寄倉期間之危險則由受貨人負擔。又倉庫可由運送人選擇時，倉庫即係運送人之履行輔助人。題示，該貨櫃場係運送人乙之合約儲運廠商丙之貨櫃場，丙為乙選擇，丙屬乙之履行輔助人，乙應就貨物存於丙櫃場期間之毀損負責。

(3)綜上，乙應就發生於其所選擇之櫃場之貨損，依運送契約負損害賠償責任。

(二)乙、丙、丁皆得主張單位責任限制：

- 有關運送人之責任期間，即運送人得援用海商法規定之期間，雖有分割說、單一說及折衷說之爭，惟參最高法院 97 年台上字第 1147 號判決，託運人與運送人簽訂海上運送契約，除已就陸上運送階段部分之責任為特別約定外，自無另於海商法外，再適用其他陸上運送法規以定海上運送人責任之餘地。依此，系爭貨損發生於新竹，既非海上階段，也非基隆港，惟因題目並未說明甲、乙有就陸運階段為特別約定，應認本件貨損仍有海商法之適用。
- 海商法第 70 條第 2 項規定，除貨物之性質及價值於裝載前，已經託運人聲明並註明於載貨證券者外，運送人或船舶所有人對於貨物之毀損滅失，其賠償責任，以每件特別提款權 666.67 單位或每公司特別提款權 2 單位計算所得之金額，兩者較高者為限。依題示，系爭載貨證券至少未記載貨物之價值，故運送人乙可主張單位責任限制。
- 海商法第 76 條第 1 項規定，本節有關運送人因貨物滅失、毀損或遲到對託運人或其他第三人所得主張之抗辯及責任限制之規定，對運送人之代理人或受僱人亦得主張之。該條規定，係為保護運送人之履行輔助人，即於運送人得就貨損主張責任限制時，令運送人之履行輔助人亦得主張之。而該條所規範之主體，泛指運送人之履行輔助人，包含從屬之履行輔助人及獨立之履行輔助人。題示，丙為運送人乙之合約櫃場，丁則為櫃場員工，丙及丁俱屬為運送人乙提供勞務之履行輔助人，故丙及丁可依第 76 條第 1 項，援引第 70 條之單位責任限制。
- 又海商法第 70 條第 4 項，雖規定運送人之故意或重大過失所致貨損，運送人不得主張單位責任限制；同法第 76 條第 1 項但書亦規定，貨損係因受僱人之故意或重大過失所致者，受僱人即無從援引運送人所得主張之抗辯。然因題示貨損係因吊櫃不慎造成，似未達重大過失程度，故無上揭排除規定之適用，即乙、丙、丁皆得主張單位責任限制。

三、依據《聯合國海洋法公約》，沿海國對於其陸地領土自然延伸之大陸礁層乃屬無庸主張即自然擁有的權限。今有向來不睦的海岸相向兩國 A 國和 B 國，兩國大陸礁層重疊，尚未達成劃界協議。因 B 國在屬於 A 國之大陸礁層設置海底探測系統，以調查相關海洋環境和水文，此舉引發 A 國不滿，於 B 國海域進行飛彈試射。試述兩國行為之合法性？（20 分）

命題意旨	本題在測驗考生有關海洋科學研究與軍事活動合法性等問題。
答題關鍵	(一)先確認大陸礁層定義與沿海國權利，其他國家權利問題。 (二)調查海洋環境和水文屬於科學研究一環，因此必須依據 1982 年《聯合國海洋法公約》第 246、248 條向沿海國提出申請。 (三)飛彈試射屬於軍事活動，在公海、專屬經濟區上均不符合和平使用。
考點命中	《海洋法爭點解讀》，高點文化出版，林廷輝編著，頁 3-45、3-107、4-45。

【擬答】

- 根據 1982 年《聯合國海洋法公約》，沿海國的大陸礁層包括其領海以外依其陸地領土的全部自然延伸，擴展到大陸邊的海底區域的海床和底土，從測算領海寬度的基線量起到大陸邊的外緣的距離不到 200 浬，則擴展到 200 浬的距離。海岸相向兩國 A 國和 B 國，其所享有的大陸礁層權利，並不取決於兩國公告大陸礁層，對沿海國而言，享有在大陸礁層鑽探的專屬權，建造和使用人工島嶼、設施和結構的專屬權、開鑿隧道以開發底土的權利，至於其他國家都有在大陸礁層鋪設海底電纜和管道的權利。
- B 國鋪設為海底探測系統，非屬鋪設海底電纜和管道的自由；由於 B 國與 A 國大陸礁層重疊，在尚未根據《公約》第 83 條規定劃設界線，得到公平解決之前，A 國之大陸礁層亦可能同時為 B 國大陸礁層，倘在兩國重疊爭議區進行科學研究，調查相關海洋環境和水文，並不存在侵犯另一國大陸礁層之主權權利。但如依題旨，B 國在 A 國之大陸礁層上設置海底探測系統，則有嚴重侵犯了沿海國 A 國大陸礁層科學研

究的專屬管轄權，根據《公約》第 246 條規定，第三國倘欲於沿海國之大陸礁層或專屬經濟區進行科學研究，則必須取得沿海國之同意；第 248 條則規定，各國有意在一個沿海國的專屬經濟區內或大陸礁層上進行海洋科學研究，應在海洋科學研究計畫預定開始日期至少六個月前，向該國提供各項詳細說明。由於該行為並非鋪設海底電纜與管道，而是從事海洋環境與水文，管轄權應歸屬於 A 國。

- (三)A 國採取非和平手段表達不滿，並不符合海洋法公約和平使用原則：由於 B 國行為引起 A 國不滿，因此在 B 國海域進行飛彈試射，依其題旨，在 B 國海域則為 B 國管轄範圍內的海域，因此，根據領海主權不得採取武力方式侵犯，飛彈倘侵害 B 國領海部分，則侵害 B 國領域主權，倘在 B 國專屬經濟區或大陸礁層上進行飛彈試射，已嚴重違反《公約》第 301 條不能使用武力或威脅使用武力之概括限制，同時也違反《公約》第 88 條公海應只用於和平目的之限制，該條款亦同樣可適用於沿海國的專屬經濟區。

- 四、在 E 國沿海周遭權宜船猖獗，弊端叢生。今在 E 國領海外 1 哩處，一艘 F 國籍船舶甲船正準備將欲走私到 E 國之香菸轉運給接應的另一艘漁船乙船，此時甲船船員因細故發生鬥毆，導致甲船船員 G 國人某丙因重傷，失血過多，延誤就醫而死。經媒體揭露，批評 E 國海巡單位失職、冷血。E 國海巡單位則依據《聯合國海洋法公約》，稱 E 國就領海外之外國船舶之走私及鬥毆事件本無管轄權。試從《聯合國海洋法公約》分析，E 國海巡單位說法是否有理？（20 分）

命題意旨	本題在測驗考生是否了解鄰接區的走私與領海外發生船舶內刑事案件管轄基礎之區別，為傳統考古題。
答題關鍵	(一)確認案發地點是否為鄰接區，如是，走私行為影響沿岸國領土與領海權利，E 國海巡單位當然有管轄權。 (二)案發地點非領海，國家管轄範圍之外，發生海上喋血案，採取船旗國管轄，因此 E 國海巡單位沒有管轄權。
考點命中	《海洋法爭點解讀》，高點文化出版，林廷輝編著，頁 2-89、2-90、4-8~9。

【擬答】

- (一)走私與船舶上鬥毆事件案發地點在 E 國領海外 1 哩處，倘 E 國公告鄰接區，則該地點為鄰接區，倘 E 國未公告鄰接區，但有公告專屬經濟區，該地點為專屬經濟區，倘無公告專屬經濟區，該地點為公海。
- (二)根據 1982 年《聯合國海洋法公約》規定，沿海國可在其鄰接區內對海關、財政、移民和衛生等事項行使必要的管制，以防止並懲治外國船舶在其領土或領海內違犯有關這些事項的法律和規章的行為。因此，倘該走私地點為 E 國鄰接區，由於 F 國籍船甲船已有意圖欲走私香菸至 E 國，且有接應漁船乙船，乙船可能為 E 國註冊登記之船舶，而其未來如接應成功，航向為 E 國，將侵犯 E 國的海關、財政等規範。因此，在 E 國鄰接區上已涉及到可能侵犯沿海國領土或領海內有關海關、財政、移民、衛生之法律和規章，E 國海巡單位當然有管轄權。
- (三)至於甲船船舶上發生鬥毆事件，造成甲船船員 G 國人某丙重傷致死，而案發地點為領海之外，專屬經濟區或公海上 F 國籍船舶，因此，根據《聯合國海洋法公約》第 92 條規定，船舶航行應僅懸掛一國的旗幟，而且除國際條約或本公約明文規定的例外情形外，在公海上應受該船旗國的專屬管轄，本案則為 F 國享有管轄權。
- (四)E 國海巡單位的說法前者錯誤，E 國海巡可在其鄰接區採取維護本國權利之管轄權；至於 F 國籍船在專屬經濟區或公海上發生船舶內的鬥毆事件，則由船旗國 F 管轄。