

111年公務人員特種考試司法官考試第二試
111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話
科目：憲法與行政法

第一題

【總題說明】

本題為憲法及行政法綜合考題，以外國人是否受我國憲法基本權利的保障為核心，輔以行政訴訟的類型及暫時權利保護的問題。本題旨在測驗應考人是否理解相關的憲法及法律規定、司法院大法官解釋意旨、裁判實務及學說理論，並在融會貫通後，以適當且有層次的說理方式答題。

本題區分為四個子題，各子題均有其核心問題。針對各子題的答題，應考人除依相關憲法及法律規定、以及司法院大法官解釋意旨，就各該核心問題予以回答外，對尚未有司法院大法官解釋的爭議問題，應清楚列出爭點並提出應考人的個人見解，以展現其能正確掌握題旨並有深入論述分析的能力。

【評分要點】

第(一)子題

關於 A 及 B 可否向法院聲請提審，涉及外國人是否享有人身自由的保障、以及提審法相關規定的適用。

一、外國人是否享有人身自由的保障，應說明司法院釋字第 708 號解釋。其解釋理由書第 1 段：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權，故憲法第八條明文保障人身自由。又人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。」提審法為落實憲法第 8 條人身自由保障而設，基於釋字第 708 號解釋意旨，於外國人聲請提審時，亦應有所適用。

二、A 及 B 可否向法院聲請提審，亦涉及其是否受「法院以外之機關逮捕、拘

禁」，應依題旨「A 及 B 被安置於機場管制區內等待離境班機」的設定，分析討論其人身自由受限制的情狀，是否符合「逮捕、拘禁」要件。此處的討論，亦應參考釋字第 708 號解釋意旨，為落實對外國人的人身自由及時有效的保障，賦予其有受法院審查決定的機會，使其用可理解的語言及書面，以即時有效維護其權益。

第(二)子題

關於 A 及 B 對強制驅逐出國的行政處分不服，如何請求暫時權利保護，以及其於離境前後，對原處分不服所得提起的訴訟類型，涉及訴願法及行政訴訟法相關規定的適用。

一、A 及 B 對強制驅逐出國的行政處分不服，應提起何種訴訟類型，須先討論強制驅逐出國處分的定性。依題旨，A 及 B 受甲漁業公司安排於桃園國際機場準備搭機離境，卻遭查驗身分而被強制驅逐出國。此一強制驅逐出國的行政處分，為侵益處分，對其不服，應提起撤銷訴訟。

二、A 及 B 在對強制驅逐出國行政處分提出撤銷訴訟前，則可依訴願法第 93 條第 2 項及行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，提起停止執行之訴。

按訴願法第 93 條第 2 項規定，原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。行政訴訟法第 116 條第 3 項亦規定，於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。

三、至於 A 及 B 離境後，應轉為提起確認行政處分違法之訴。

第(三)子題

關於 C 所召集的陳情抗議是否應事先申請許可，以及室外集會遊行應事先申請許可是否違憲的問題，涉及司法院釋字第 718 號解釋的適用。

一、依題旨，C 得知 A 及 B 在機場遭逮捕，立即召集遠洋漁工朋友到甲漁業公司前面陳情抗議，此處應先討論 C 所召集的陳情抗議，是否符合緊急性、

偶發性的室外集會遊行。

- 二、依釋字第 718 號解釋意旨，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，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並為妥善之規劃，使社會秩序受到影響降到最低程度，故事前許可制仍屬合憲。惟就事起倉卒非即刻舉行無法達到目的之緊急性集會、遊行，實難期待俟取得許可後舉行；另就群眾因特殊原因未經召集自發聚集，事實上無所謂發起人或負責人之偶發性集會、遊行，自無法事先申請許可或報備，故應基於保障人民集會遊行之意旨仍為允許。
- 三、除了釋字第 718 號解釋（及釋字第 445 號解釋）外，此處亦可從司法院大法官晚近所作的相關解釋及學說理論，附帶評述事前許可制或報備制的利弊得失、以及言論自由的事前限制等相關問題。

第(四)子題

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，是否有理，涉及外國人是否享有我國憲法所保障的集會結社自由，以及以本國/外國作為室外集會遊行負責人之差別待遇是否合理的平等權問題。

- 一、依司法院釋字第 708 號解釋意旨，目前我國大法官僅明白承認外國人享有憲法第 8 條人身自由的保障，尚未論及憲法第 14 條的集會結社自由。
- 二、此處的答題，可從學說理論對人權、國民權及公民權的區分切入，探討憲法第 14 條的集會結社自由是否應及於外國人；亦可從題旨分析集會遊行法第 10 條僅不允許外國人擔任室外集會遊行負責人，並非不允許外國人參與室外集會遊行，從而是否確實構成對外國人集會自由的「限制」；另亦可依〈公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法〉，根據目前於國內具有法律效力的〈公民與政治權利國際公約〉第 2 條、第 21 條及第 26 條規定，闡述和平集會之權利應予保障，無分國籍一律享有。
- 三、此外，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，亦涉及以本國/外國作為室外集會遊行負責人之差別待遇是否合理的平等權問題。此處的答題，可參考司法院大法官的相關解釋，從此一差別待遇

應採何種（寬鬆、中度或嚴格）的審查標準、以及相關審查標準在本件的具體適用，進行深入的分析及討論。

【閱卷委員的話】

本題案例事實儘管相當長，但考題難度頗適中，應考人只要能夠指出考點之所在，並且對相關實務見解有一定的熟悉度，要獲得理想的分數並不困難。觀察各子題應考人的作答，常見的問題約略如下：

第（一）子題

本題爭點環繞在憲法第 8 條人身自由保障的實踐，應考人答題時必須能掌握案例中兩個關鍵事實：「外籍漁工身份」以及「為強制驅逐出境而暫時留置於機場」，前者涉及外國人是否享有人身自由的保障，後者則涉及非刑事被告的人身自由保障。

就「外國人得否主張人身自由」此一考點，除了是否引述司法院釋字第 708 號解釋意旨（解釋理由書第 1 段：「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。」）外，學說立場的適度闡述，無論是傳統的「人權、國民權、公民權」三分法，抑或側重外國人與本國的聯繫因素之修正見解，均為閱卷評分的考量點。部分應考人，理由鋪陳僅以一句簡單的「人身自由乃普世人權，外國人亦得享有」帶過；更有部分應考人對於外國人是否適用提審法，僅從法律層面分析，例如從提審法第 2 條第 3 項「不通曉國語」之規定，即妄自論斷提審法及於外國人，未從憲法層次論證。凡此，皆屬本子題常見的答題深度不足之缺失。

至於非刑事被告人身自由之正當程序保障，應考人多能引用相關釋字，證立我國憲法第 8 條的適用範圍急於非刑事被告，然有不少應考人作答至此便戛然而止，未能針對案例事實中，當事人被安置於機場之措施，是否該當於憲法第 8 條之「拘禁」進行論述，至為可惜。畢竟實例題的作答，不應過度偏重法理闡述卻疏於涵攝。

第（二）子題

本子題出題者並未設下任何陷阱，出題意旨僅在測驗應考人對於行政爭訟的本案訴訟類型以及暫時權利保護途徑的選擇，是否具備基本的認知。就此，應考

人多半能做出正確的判斷。部分應考人分數未臻理想，主要原因恐怕是「想太多」——自忖出題老師怎麼會出如此直白的考題！——，於是自行將提問複雜化，例如：有部分應考人竟從憲法訴訟法上的暫時處分制度切入，反而忽略了行政法層次的分析；亦有認為 A 與 B 要能徹底獲得救濟，必須要進一步獲得居留許可，故在此假定下，本案訴訟的選擇變成課予義務訴訟，暫時權利保護途徑則變成假處分，導致答題方向錯置，完全忽視出題老師僅針對「強制驅逐出國之決定」提問的用意。此等偏離重點的答題，分數扣得並不冤枉。

實則，即使是簡單、直白的考題，作答時亦應把握「小題大作」的原則，透過細膩論述獲致高分。例如本案訴訟類型的選擇，「對『侵益處分』應提起撤銷訴訟」的答案即較「對『行政處分』應提起撤銷訴訟」的敘述為佳。針對暫時權利保護的途徑，既然訴願法第 93 條以及行政訴訟法第 116 條第 3 項針對提起行政訴訟前停止處分執行之聲請，均設有規定，答題時若能對兩個條文的適用關係有所闡述，當更加完整。至於關於離境後訴訟類型的選擇，許多應考人只援引行政訴訟法第 6 條第 1 項後段的規定，加上「離境後強制出國之處分即消滅」就作答完結，此等粗疏的答題，忽略了確認訴訟的提起，必須有提起確認訴訟的「正當利益」方得為之，特別是對已消滅之行政處分，原告可以舉出何種「訴之利益」足以滿足此一要件？實屬答題時不能不著墨的要點。

惟所謂的「細膩論述」，仍必須正確把握題目提問的方向，針對關鍵點回答，方能對提升成績有所助益。否則一旦重點錯置，就算寫再多亦無用。例如有部分應考人在回答暫時權利保護途徑之選擇時，花了許多篇幅，檢驗案例事實是否完全該當訴願法或行政訴訟法上停止執行的要件。然當事人停止執行之聲請是否能夠成功，屬於實體面的問題；而本子題的提問「如何請求暫時權利保護？」，係一程序面的問題，此際對實體面論述再多，也僅是浪費筆墨而已。

第（三）子題

本子題就題設的事實觀之，涉及我國集會遊行法對於室外集會遊行採行許可制是否合憲之爭議，就此，不管是比較法的學理（事前檢查禁止、言論自由雙軌／雙階理論），乃至於釋字第 445 號解釋，皆提供了相當豐富的答題素材。然而，本案法律適用上更關鍵的事實，在於漁工友人們的聚集陳情，係一難以於事前提出申請的緊急性、偶發性集會。而司法院釋字第 718 號解釋，一方面重申事前許可制合憲；另一方面亦宣示緊急性、偶發性之室外集會遊行，得不經申請為之。是以，本題評分的重點，除了許可制的合憲性分析外，更重要的是應考人能

否援引釋字第 718 號解釋要旨——「就事起倉卒非即刻舉行無法達到目的之緊急性集會、遊行，實難期待俟取得許可後舉行；另就群眾因特殊原因未經召集自發聚集，事實上無所謂發起人或負責人之偶發性集會、遊行，自無法事先申請許可或報備，故應基於保障人民集會遊行之意旨仍為允許。」做為立論根據。

多數應考人在本子題，要獲得基本配分並不困難，分數無法進一步提升的原因，多半是因為將過多的氣力耗費在「事前檢查禁止」、「言論自由雙軌／雙階理論」等法理的闡述，或是對於集會遊行許可制的一般性批判上，卻未看穿本案案例事實的核心關鍵——「釋憲實務已宣示『偶發性』與『緊急性』集會無須許可」。此外，亦有部分應考人從憲法第 23 條基本權利限制的共通合憲性要件（法律保留、公益目的、比例原則）進行檢驗，應考人採取此種答題架構固無不可，但作答時仍宜觀照到我國釋憲實務上，言論自由已發展出不同於其他基本權的審查基準的現實，並且在法益衡量上，做出具體的論述才是。

又，雖然今日憲法訴訟法已經容許人民提起「裁判的憲法審查」，但是本子題的提問非常清楚，是要應考人回答集會遊行法第 8 條規定是否合憲，故作答時應該針對法規本身的合憲性進行分析，部分應考人將答題重心置於警方下令集會解散處分的合憲性，方向即屬有誤。

第（四）子題

本題主要有兩個考點：其一是外國人得否主張我國憲法第 14 條所保障之集會遊行基本權利；其二是法律以「本國人／外國人」做為室外集會遊行負責人之差別待遇是否合理。答題時對此二個考點均應有所分析，方能拿到完整的配分。實際觀察應考人在本子題的作答，儘管多半皆能指出本子題兩大考點之一，但能夠同時對兩者皆有所論述的考卷，相對則屬少數。

對於本題在集會遊行基本權的詮釋上，部分應考人指出法律不允許外國人擔任負責人，並非等同不允許渠等參與室外集會遊行，如此一來是否該當於基本權利的「限制」？是一個有意義的質疑。由此，再次證明即使是直白的考題，應考人能否做出細膩的釋義，是得分高低的關鍵。同樣地，國籍歧視的司法審查標準，得否等同「種族歧視」予以嚴格審查，自需有詳細的說理，若僅以想當然耳式的斷言（國籍歧視即為種族歧視）作答，論證深度即有未足。

最後，身為閱卷老師，最感好奇的是：部分應考人在回答第一子題時，完全未意識到外國人得否主張我國憲法第 8 條人身自由此一考點，卻在回答第四子

題時，能夠準確地處理外國人得否主張憲法第 14 條集會遊行自由之爭議。每見此類考卷，不禁為應考人扼腕嘆息—寫題至此，不是應當有所驚覺嗎？此刻若能亡羊補牢，回頭補充第一子題的答案，想必得到的分數，將會是另一番光景啊！

第二題

【總題說明】

本題旨在測驗考生對於行政罰意義、行政罰合法要件之理解、行政處分附款之意義、種類、行政訴訟類型選擇、附款合法要件之認知，以及政黨在憲法上之地位、其可受保障之基本權種類與限制政黨基本權之合憲要件。

【評分要點】

第（一）子題

關於 A 處分（新臺幣 20 萬元罰鍰，並限期 6 個月內改正）是否違法之判斷：

- 一、新臺幣 20 萬元罰鍰為行政罰法之行政罰，限期改正非行政罰法之行政罰。
- 二、行政罰之合法要件：違反行政法上義務並具有故意或過失（行政罰法第 7 條）

（一）甲有無違反行政法上之義務？

衛廣法第 5 條規範之義務人為政黨，而非受投資之衛廣事業，但衛廣法第 50 條處罰之對象為衛廣事業。NCC 認定甲未盡防止義務，違反衛星廣播電視法第 5 條第 1 項規定，甲是否有積極防止黨政軍投資衛廣事業之作為義務？

1. 肯定說：甲有防止作為義務

（1）其不作為符合行政罰法第 10 條第 1 項規定，對於違反行政法上義務事實之發生，依法有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生事實者同。

（2）但甲之作為義務客觀上是否有履行之期待可能性？

A. 甲如非屬上市公司→公司治理權限範圍內，可能有選擇投資人之可能性，義務履行有期待可能性。

B. 甲為公開上市公司，其股票交易，端賴證券交易市場規範，公司並無控制股票交易之可能性，縱使甲有作為義務，對於防止特定人買賣公司股票，並無履行防止義務之期待可能性。

(3) 甲之義務履行並無期待可能性，對乙之投資行為不具有可責性，甲之主張有理由。

2. 否定說：甲無防止作為義務

(1) 衛廣法第 5 條規範之義務人為黨政軍，其義務為不得投資廣電事業，屬不作為義務。

(2) 但衛廣法第 50 條處罰之對象卻是衛廣事業，可能之理由：

A. 甲為共犯（行政罰法第 14 條），主觀共同故意、客觀行為共同？

B. 轉嫁罰→實際違反義務人與法定義務人間具有一定之實質關聯？

(3) 甲並無義務之違反，對乙之投資行為不具有可責性，甲之主張有理由。

(二) 限期改正非行政罰法之行政罰，並不以義務違反或有責為前提。但前提必須是命假改正之行為，必須客觀上具有履行之期待可能性。如上所述，甲對於乙之投資行為並不具有排除或事後防止之期待可能性，故限期改正縱使性質上屬於管制性之不利處分，但甲之主張在無履行之期待可能性部分，為有理由。

第（二）子題

一、C 函說明欄記載內容之法律性質為何？

(一) 換照許可，授予利益之行政處分，名為許可實為特許，屬裁量處分，主管機關得為附款。

(二) C 函說明欄記載內容是否為附款？附款之特徵：依附性與額外規制性
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。並非衛廣法第 50 條限期改正之重揭，該內容具有額外規制性，為附款。

(三) 附款種類

1. 限期改正違反衛廣法→負擔。

2. 逾期不改正，廢止換照許可：

(1) 形式用語→廢止權之保留

(2) 不履行負擔時，NCC 所選擇採取法律效果之預告，亦即不單獨強制執行負擔，而是依照行政程序法第 123 條規定，廢止主行政處分。

二、訴訟類型之選擇

不服行政處分附款，應提起何種類型之行政訴訟，學說與行政法院裁判見解分歧。

(一) 一般判準

1. 依附款種類而定：負擔為撤銷訴訟；其餘附款為課予義務訴訟。
2. 依行政處分種類：羈束處分為撤銷訴訟；裁量處分為課予義務訴訟。
3. 附款與主行政處分間之關聯性：兩者可分為撤銷訴訟；兩者不可分為課予義務訴訟。此為行政法院於相關裁判中較常被採用之見解。至於是否可分：
 - (1) 邏輯抽象觀點判斷。
 - (2) 實體觀點：分離後導致主行政處分違法→不可分；反之，可分。

(二) 本案附款與主行政處分間為可分或不可分？

1. 可分說→撤銷訴訟

- (1) 衛廣法第 18 條第 2 項第 2 款明定業者違反本法之紀錄應列入換照與否之考量因素。
- (2) 本案違法情形雖仍存在，但不必然導致換照不許可，其僅是考量因素之一，尚須綜合審酌其他要件，負擔若排除，不必然構成不同之決定（規範客觀架構）。

2. 不可分說→課予義務訴訟

改正義務及廢止事業執照，為衛廣法第 50 條違反政黨投資規定所賦予之法律效果。NCC 於作成換照許可裁量處分時，已明示限期若不改正，將廢止換照許可，故從 NCC 主觀立場上，似可認為其將改正義務與換照許可兩者相扣合，形成不可分之關係。

三、訴訟主張有無理由 → 附款是否違反不當聯結禁止原則？

(一) 不當聯結禁止原則之判斷基準，一為主行政處分作成之目的，另一為附款附加之手段，兩者間必須具有合理關聯性。

(二) 就本案而言：

1. 換照目的：確保媒體經營之合法性、促進多元視聽、保障閱聽者權益等。
2. 附款之目的：改正黨政軍投資衛廣事業可能造成之負面影響，維護衛廣事業之中立性與公共性，促進新聞自由與民主健全之發展。
3. 但由於甲並不具有防止黨政軍投資衛廣事業之作為義務，或雖負有該義務，但無履行之期待可能性（參見子題（一））。故以此為負擔內容，客觀上無法達成換照處分之目的，兩者間不具有合理關聯性，附款違反不當

聯結禁止原則。

第（三）子題

一、政黨宣傳與民主國原則

（一）政黨在民主國家之地位與功能：協助形成國民政治意志，推薦候選人參加公職人員選舉，為民主國家不可或缺之團體。

（二）禁止政黨以宣傳為目的之投資行為，有無違反民主國原則？

B 處分旨在維護衛廣事業之中立性與公共性，政黨在衛廣事業刊登廣告，亦有重於宣傳政黨理念，凝聚國民政治意志。兩項衝突法益應如何正確衡量，應考人應敘明理由，表示個人見解。

二、政黨與基本權利之保障

（一）政黨是否為基本權利主體？

依政黨法規定，政黨為私法人，依其性質可受基本權利之保障（司法院釋字第 793 號解釋參照）。

（二）本案涉及何種基本權利？

1. 結社自由

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。乙投資甲之目的在宣傳政黨理念，協助形成國民政治意志，屬政黨對外活動之一環，受結社自由之保障。

2. 財產權

結社團體財產之使用、收益及處分，受憲法第 15 條財產權之保障，以黨產投資甲，為政黨乙對其財產之使用、收益及處分。

三、禁止政黨投資營利事業，有無違反比例原則？

（一）禁止之目的

政黨成立之目的在於，協助形成國民政治意志，推薦候選人參加公職人員選舉，非以營利為目的，禁止其為組織目的以外藉由本身特殊地位，與民爭利。

（二）政黨如投資營利事業之目的係在宣傳政黨政治理念，則與其作為政治性社團之對外活動並不相違。此類投資行為是否屬於應禁止之範圍，不無疑問；一律禁止，恐有違反比例原則之虞，過度侵害政黨受憲法保障之結社自由。

(三)若持無違反比例原則之見解，應考人應詳述理由何在？尤其當營利行為同時有助於政黨凝聚國民政治意志功能之實踐，一律禁止投資營利事業之手段如何與維持政黨作為政治團體之純淨度的公益目的達成合比例性？

【閱卷委員的話】

本題係屬行政法與憲法之綜合性考題，涉及行政罰之意義、行政罰合法要件、行政處分附款之意義、種類、行政訴訟類型選擇、附款合法要件，以及政黨在憲法上之地位、其可受保障之基本權種類與限制政黨基本權之合憲要件等諸多問題。應考人須對於各項問題之學術與實務見解有一定程度之了解，並應分別列出各子題之爭點，方能充分掌握題目之作答方向。

第(一)子題

許多應考人並未討論甲是否違反行政法上義務，而是直接討論甲有無故意或過失之問題。惟本題之重要爭議在於，甲有無違反行政法上之義務，特別是以不作為為違反作為義務之問題，許多應考人並未作詳細之討論。此外，針對甲客觀上是否有能力履行作為義務，應考人意見不一，顯見應考人對我國證券市場之運作認知差異極大，因此，得出完全不同之結果。期待可能性原則雖屬我國行政法不成文法源，但在本題中僅有部分應考人能夠利用此一原則作為論述依據。整體而言，應考人雖對於行政罰之有責性要求有很好之發揮，但對於甲是否負有行政法上之義務以及是否違反行政法上之義務，論述較為薄弱，就我國行政法不成文法源之適用亦較為陌生。

第(二)子題

應考人大都能清楚認知換照許可為裁量處分且為授予利益行政處分，C函說明欄記載內容之法律性質則為附款。惟該附款究竟是廢止權之保留或負擔則有不同看法，此乃是本題重要爭點之一。針對附款應如何提出行政訴訟，大多數考生皆能提出兩種一般判準，亦即依附款種類以及依行政處分種類決定訴訟類型，並依此回答本案中之應提起之訴訟類型。至於依附款與主行政處分間之關聯性決定訴訟種類之觀點較少人談及，即使以此觀點判斷訴訟類型，亦常缺乏區分可分與不可分標準之論述。

至於附款是否違反不當聯結禁止原則之答案，則相當程度取決於 A 處分是

否合法；認為甲之義務履行並無期待可能性，對乙之投資行為不具有可責性之應考人，基本上皆會認為，此項附款違反不當聯結禁止原則。認為 A 處分合法者，則大都以換照目的與附款目的具有實質關聯性而主張此項附款並未違反不當聯結禁止原則。

第(三)子題

本子題應是本大題應考人較無法掌握之題目，特別是應考人對於政黨與民主國原則關聯性之論述，相當薄弱。因此，大多數應考人針對 B 處分是否違反民主國原則，並無具體說明，或僅是含糊帶過。

應考人答題主要集中在處理 B 處分是否不合比例對政黨受憲法保障之自由與權利加以限制，惟多數並未討論政黨是否為基本權利主體以及得享有何種基本權利，因此，後續討論中出現許多不同之基本權利，諸如，平等權（原則）、言論自由、結社自由、職業自由與財產權等。由於焦點過於分散，之後論述禁止政黨投資營利事業，有無違反比例原則時，出現許多說理過於簡單之答案，亦即僅有結果而未有詳細之論證過程。此外，雖然大部分之考生對比例原則皆能詳細說明且依順序操作，惟作答結果是，認定合憲與違憲之比例，差距並不多，顯見本議題具有相當之爭議性，能夠充分測驗應考人對比例原則之真正理解。

111年公務人員特種考試司法官考試第二試 111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：刑法與刑事訴訟法

第一題

【總題說明】

本題主要涉及刑法分則新修正之賭博罪、妨害秩序罪，以及相關電腦犯罪之解釋適用，並兼及刑法總則中關於錯誤論、正當防衛等爭議。評分重點在於應考人是否充分掌握相關犯罪在立法上及解釋上的爭議，並就此提出論述。文字是否清晰可讀、推論是否嚴謹一貫、是否掌握學說及實務見解、是否有個人見解，皆為影響評分之因素。

【評分要點】

一、甲架設伺服器經營線上博奕網站之行為，構成刑法第 268 條之圖利供給賭博場所或聚眾賭博罪

(一) 依題意，甲經營博奕網站有營利意圖，並無疑問。本罪是否成立，關鍵在於甲以網路虛擬空間的方式提供賭客投注簽賭，是否該當於本罪之「賭博場所」？從文義上而言，立法當時提及「場所」一詞應僅指現實上的空間、區域，參照同法第 136 條、189 條之 2、266 條中所謂「公共場所或公眾得出入之場所」之文義自明，若解釋上包含虛擬網路空間的話，可能有違反罪刑法定原則的疑問。不過，本罪的規範目的與其他維護公共安全等犯罪並不相同，透過通訊或電子設備簽注賭博財物，與親自到場賭博財物，僅行為方式有異，法益侵害危險性並無本質上的差別。是以，實務見解認為可從目的解釋的角度，將開設供不特定人藉由網際網路連線登入下注賭博財物之網站解為賭博場所（參見最高法院 107 年度台非字第 174 號判決），若採實務見解，則甲成立本罪。

(二) 若從嚴守罪刑法定原則角度認為虛擬網路空間不該當於「場所」者，應進一步檢討能否成立同條意圖營利「聚眾賭博」罪。一般認為，所稱「聚眾賭博」除指聚集不特定人參與賭博外，亦含聚集眾人之財物進行賭博，而後者不以參加賭博之不特定多數人同時聚集於一處，共同從事賭博行

為必要，縱未於現實上同時糾集多數人於同一處所，而係聚集眾人之財物進行賭博者，例如以電話、傳真或網際網路之方式供不特定多數人簽賭之行為，亦可成立。

(三) 結論是甲成立本罪。

二、乙協助博奕網站之維護及客服之行為，構成刑法第 268 條之意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪之共同正犯

(一) 爭點在於，乙受雇於甲，處理博奕網站的營運維護及協助客服之行為，應評價為供給賭博場所罪之共同正犯抑或幫助犯？就此，無論採取實務上所謂「行為分擔、犯意聯絡」或者學說上的「功能性的犯罪支配」理論，應可認定乙成立本罪之（相續）共同正犯。理由在於，客觀上，網站的營運維護行為係屬持續提供賭博場所不可或缺的一部分，且乙亦明瞭甲乙雙方彼此的功能與角色分配，不因其屬平等的合作關係或上下隸屬的僱傭關係而有差異。結論是，乙應論以本罪之共同正犯。

(二) 應考人亦可附理由說明乙並無共同行為決意等情形，而僅能論以幫助犯。

三、乙於伺服器後台植入電腦程式之行為，不構成刑法第 360 條干擾電腦罪

本罪所謂干擾行為，需達足以造成電腦使用障礙的方式，例如，用網路癱瘓的方式或植入封鎖程式等令電腦或相關設備不能順暢地正常使用。依題意，乙植入電腦程式之行為並未造成博奕網站癱瘓或難以利用，故不該當於干擾。乙不成立本罪。

四、乙於伺服器後台植入電腦程式之行為，不構成刑法第 362 條製作電腦犯罪程式罪

依題意，乙僅有植入供變更電磁記錄之用的電腦程式，並非設計、製作該電腦程式，故不該當於本罪之構成要件。乙不成立本罪。

五、乙於伺服器後台執行電腦程式之行為，構成刑法第 359 條無故變更電磁記錄罪

客觀上，乙在伺服器後台執行電腦程式，破壞網站上個人所擁有可支配遊戲幣之電磁紀錄運作的正確性，且此舉並非原先經營網站者所設計之原意，應屬無故。且執行程式後已造成多人可支配遊戲幣額度之實質變動，該當於生損害於他人。乙違法且有責，成立本罪。

六、乙透過電腦程式獲取遊戲幣之利益並兌換為現金之行為，構成刑法第 339 條之 3 第 2 項電腦詐欺得利罪

- (一)首先應說明的是，網站中所儲存的遊戲幣僅為電磁記錄，並非「有體物」，亦非同法第 323 條「電能、熱能或其他能量」之準動產，故「偷取虛擬遊戲幣」不會成立竊盜或侵占等侵害個別財產之罪。其次，遊戲幣作為賭客博奕投注用的資金，雖然屬於刑法第 266 條第 4 項沒收規定的適用對象，然從多數學說（純粹經濟觀點的財產概念）及實務見解而言，該資金仍屬刑法上所應保護之財產上利益。退步言之，即使採法律經濟觀點的財產概念，賭博投注的資金與毒品或槍枝等絕對禁止流通持有之違禁物不同，故結論應相同。基此，乙欲將其他賭客之財產上利益據為已有的意圖，並非現行法秩序所允許，故乙具備不法所有（獲利）意圖。
- (二)而本罪客觀上尚要求以不正方法輸入虛偽資料或不正指令製作財產權得喪變更記錄。首先，本題乙係以違反網站設置者（甲）之意思而植入電腦程式於其中，無論依照類似詐欺手段說、設備使用規則說或一切不正方法說，皆應可該當於以不正方法輸入不正指令。其次，所謂財產權記錄，一般認為包括物權及債權上的紀錄；而本題中乙以電腦程式讓遊戲幣電磁記錄出現不正確的處理結果，且遊戲幣之電磁記錄屬於證明各賭客投注額度的債權紀錄，應屬以不正指令輸入電腦及相關設備製作財產權得喪變更記錄。乙透過此一電磁紀錄之變更而取得可兌換為現金之財產上利益，乙違法且有責，成立本罪。
- (三)附帶說明，乙之行為尚可檢討成立刑法第 339 條第 2 項普通詐欺得利罪，因乙於網站開幕時既已設置偷取遊戲幣的程式且未告知甲及賭客，形同利用不知情的甲傳遞與現實不符之錯誤資訊予賭客，應可該當於詐欺行為致令被害人發生錯誤認知，最終再透過不正變更財產權電磁記錄之手段獲取財產上之利益。唯本罪應與電腦詐欺罪法條競合，而只論以電腦詐欺罪。

七、丙在博奕網站上簽注之行為，可能構成刑法第 266 第 2 項以網際網路賭博罪

- (一)刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為其成立要件。實務見解認為，個人透過電子通訊或網路方式參與賭博，經由私下設定特定之密碼、帳號，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，不具公開性，故不該當於在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博。本題亦屬此種單對多的封閉性博奕環境，不具有公開性。

然爭點在於，本罪於民國 111 年 1 月新增第 2 項「以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物者，亦同」，此規定是否亦應參照第一項公開性、公共場所賭博的要求，將成罪範圍限縮於「相當於讓不特定或多數人得以共見共聞之狀態下賭博財物」？就此，立法理由明確採取否定看法，認為因科技之精進，新興賭博行為即使不具公共性，仍具與前項相同程度的可罰性。若依照條文文義，丙構成本罪。

(二) 然而，這種解釋方式反而會造成「當面個別簽賭不成罪」，「用電話或網路個別簽賭卻成罪」的不公平現象。且從保護法益的必要性而言，不具公共性、公開性的個別簽賭行為，無論是否採取電信或網路方式，都沒有侵害社會健全秩序的疑慮，故本罪亦有可能依照向來實務見解的要求，將第 2 項之罪，目的性限縮解釋至「相當於在得令不特定或多數人得共見共聞之虛擬空間中賭博」。若依照此種見解，則丙不構成本罪。

(三) 應考人可附理由詳述個人所採之見解。

八、丙夥同 A、B 三人在馬路上咒罵咆哮，並擲磚塊之行為，不構成刑法第 150 條第 1 項及第 2 項之在公眾得出入之場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫罪

(一) 客觀上，丙連同 A、B 共三人在屬公共場所的馬路旁咒罵，丙除語帶威脅並丟磚塊施以對物的強制力，外觀上已符合本罪「在公共場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫」之條件。主觀上，丙對於在公共場所聚集三個人，並施以強暴、脅迫一事亦有故意。然而，本罪客觀上施強暴脅迫行為以及主觀上行為人之故意是否應進一步限縮解釋以避免處罰範圍過廣？存有肯否兩種不同的觀點。首先，就肯定說而言，就客觀面的限縮解釋，近期最高法院實務見解有認為（最高法院 110 年度台上字第 6191 號判決），應採取合乎本罪規範體例（維護公共秩序）之限縮解釋立場：若強暴脅迫行為僅對於特定人或物為之，而未有集體情緒失控所生之加乘效果，波及蔓延至周邊不特定、多數、隨機之人或物，造成在該場合之公眾或他人危懼不安的話，即不該當本罪之構成要件；就主觀面的限縮解釋而言，亦有學說及實務見解採取應將本罪之故意限縮在需有具備「妨害秩序之故意」，始得該當。若採取上開見解，顯然當時四周無人車經過，客觀上丙 AB 三人的叫罵行為並無波及蔓延作用，主觀上，三人也僅是欲針對特定對象尋釁，並無引發公眾不安的目的故意。因此，丙構成要件不該當，不應成立本罪。若不採取這種限縮見解（否

定說)，則丙連同 A、B 共三人於公共場所施脅迫，無須具備人數隨時可增加之狀態，亦可成立本罪。

(二) 若採取否定說的立場，尚須進一步檢討行為是否有符合同條第 2 項加重條款之情形。首先，「磚塊」是否該當於兇器？從增加人身傷害可能性的實質角度來看，磚塊有增加死傷風險的效果，且亦屬透過一定之加工所製作而成，應可屬兇器。然實務見解一般認為，由於磚塊並非「器械」，故不該當於兇器。即使不採實務見解，丙亦非攜帶磚塊至現場，而是隨手拾起使用，故不應論以第一款意圖供行使之用而攜帶兇器。其次，針對第二款之事由，依題意由於四下無人車經過，依照具體個案的危險狀態判斷，應無致生往來危險之情形。結論是，皆不符合本條第 2 項所列二款加重事由的要求。

(三) 應考人可附理由詳述個人所採之見解。若採肯定說，丙不成立本罪。若採否定說，丙應成立者為本條第 1 項之罪，而非第 2 項。

九、丙朝廠房內放言「再不出來就讓你們死得很難看！」的行為，不構成刑法第 305 條之恐嚇危害安罪

客觀上，恐嚇對象（在工廠裡面的丁）當時在熟睡中，是因磚塊造成巨大聲響才被吵醒，丙惡害通知之際丁根本沒有受到意思自由的壓制或安全感的減損。且本罪沒有處罰未遂。故丙不構成本罪。

十、丙朝廠房內放言「再不出來就讓你們死得很難看！」的行為，可能構成刑法第 304 條第 2 項之強制未遂罪

(一) 承上述，客觀上丙的惡害通知雖可符合本罪脅迫行為之定義，然丙脅迫之際丁正在熟睡，其意思自由根本沒有受到壓制，也沒有其他人聽聞，因此不可能成立第 1 項的強制既遂罪，應退而求其次討論強制未遂罪之構成要件該當性。唯爭點在於，丙主觀上欲以惡害通知之脅迫手段達成與網站經營者面對面追討之目的，是否該當於本罪之故意？基於條文文義，實務見解認為本罪結果要素應限於權利義務之妨害。本題中丙要求網站經營者出面給予說法一事並非屬於使人行無義務之事或妨害丙權利之行使，難稱具備本罪之故意。

(二) 相對的，學說上多數看法認為強制罪的結果要素不限於權利義務的妨害，重點在於是否違背了被害人的意思決定；基此，丙的心中想法應該當於強制故意。客觀上丙著手於脅迫行為之實行，但屬於客體欠缺而不能達於既遂之情形，若採客觀未遂理論中的事前客觀危險理論，應屬不罰之

不能犯；若採取主客觀混合理論或具體危險理論，則應可論以普通未遂。

(三) 若上述審查皆能通過，在違法性階段尚須正面審查這種對於意思決定的妨害是否有不合目的手段關連性的情形。就此，丙使用要脅他人生命的方式遂行其目的，應認有違法。且丙有罪責，成立本罪。

(四) 應考人可附理由詳述個人所採之見解。

十一、丙欲衝進廠房之行為，不構成刑法第 306 條侵入住宅建築物罪

丙正準備衝進廠房內，但依題意研判頂多處於著手而尚未達入侵既遂之程度，且本罪沒有處罰未遂，故丙不成立本罪。

十二、丁丟擲鐵條之行為，不構成刑法第 135 條妨害公務罪

客觀上並沒有存在任何公務員執行職務，即使主觀上丁有所誤認，而可能被認為具備妨害公務員執法的故意，也不會成立本罪。本罪也無處罰未遂行為，故無須檢討成立未遂犯之可能。

十三、丁丟擲鐵條之行為，構成刑法第 277 條第 2 項傷害致死罪

(一) 客觀上丁丟鐵條打到 A，並造成 A 的死亡結果。丁的攻擊行為本身也內蘊了造成生命喪失的潛在危險性，故客觀構成要件該當。然主觀上有爭執的是有無傷害故意，以及對於死亡結果能否預見。

(二) 就此，丁原先要打擊的對象為丙，卻偏離到在後頭的 A，看似如「打擊錯誤」一般，針對預定攻擊的對象成立故意未遂犯，針對誤中對象成立過失犯。然而，這種機械式的公式套用結果並非正確，仍應依照不同的攻擊客體，判斷行為人有無故意或過失。就此，丁固然對丙具備傷害的直接故意，然未擊中丙，傷害不處罰未遂。而由於丁丟擲鐵條可能會波及到跟在後頭的其他對象，即使丁對 A 沒有傷害的直接故意，依題意研判，也應該具備傷害的間接故意。且丁也應該能預見到鐵條擊中要害可能會形成死亡之結果。

(三) 就違法性而言，可茲檢討者為丁能否主張正當防衛。關鍵在於應區分不同侵害類型，分別檢討之。首先，就丁之「人身自由」是否可能具有現在不法侵害？依題意，丙 AB 是要衝進去找人「理論」，而非逮捕丁（拘束其人身自由），是以客觀上並沒有對丁人身自由有任何侵害的開始；主觀上，丁所具備的防衛認識是「防止自己被警察合法逮捕」，看似像誤想防衛，然而，所謂防衛意思，仍需以面對「（實際上不存在的）現在不法侵害」作為認識內容，丁身為通緝犯，應十分清楚警察的逮捕並

非對自己的不法侵害，故亦不符合防衛意思之要求。

- (四) 另一方面，依題意研判，丙 AB 應有接續對他人生命身體安全的侵害可能性，且已達侵入建築物之著手程度，應可該當於現在不法侵害（「侵入建物」及「侵害生命或身體」）。客觀上，丁的攻擊行為某程度上阻止了丙 AB 等人入侵建物及對生命身體安全侵害行為的後續進行，符合適當性；然就必要性而言，丁的攻擊恐怕非屬最小最溫和的手段選擇。主觀上，丁對於「侵入建物」或「侵害生命身體」的侵害內容欠缺認識，屬於「偶然防衛」，按目前通說見解，無法阻卻違法性，頂多是在量刑階段考慮減輕。丁違法且有責，成立本罪。
- (五) 應考者可附理由詳述個人所採之見解。

十四、競合與結論

- (一) 甲成立意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪。
- (二) 乙成立意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪、無故變更電磁記錄罪、電腦詐欺得利罪，後二罪同屬一行為，但保護法益相異，應論以想像競合（亦有見解論以法條競合）。
- (三) 丙成立以網際網路賭博罪、在公眾得出入之場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫罪（若採限縮解釋則上開二罪皆不成立）、強制未遂罪（若採不同見解則不成立），後二罪同屬一行為，但保護法益相異，應論以想像競合（亦有見解論以法條競合）。
- (四) 丁成立傷害致死罪。

【閱卷委員的話】

關於刑法與刑事訴訟法中第一題的刑法，不細論少數考生的個別問題，整體而言，可以觀察到大部分考生作答有以下的現象：

一、一般性的問題

- (一) 試務單位已經提供了法律條文供考生於考試時查閱，但仍有極大部分的考生對於所涉及之法律條文並未明確地引用至條、項、款，未呈現出能精確適用法律之能力。
- (二) 雖然在考試時，考生可查閱法律條文，但在評閱時仍可發現眾多考生並未有效地利用這項工具。縱不論不成文構成要件要素，這些要件必須藉由深入學習方能瞭然於心；許多法律條文中已經明文規定的成文構成要

件要素，包含眾多客觀構成要件以及主觀構成要件的法定意圖，考生都視若無睹不加檢驗，辜負了此考試提供法律條文係為避免純粹背誦的美意。

- (三) 對於本題中所涉及各罪名，有極大部分的考生在解題時並未就構成要件與案例事實為涵攝，特別是對相關的構成要件要素有解釋之爭議時，並未呈現出基於不同的解釋適用該等構成要件可得出不同的涵攝結果。這些為數不少的考生所採取的作法是將案例事實再重述一次或些許改寫（與構成要件之解釋無關），便直接下結論該當某罪名，這顯示出考生是依照直覺來判斷是否成立犯罪，其對於刑法此科目並不具備紮實的學習成果。
- (四) 些許考生在作答時，對於已寫之作答有大範圍的刪除，或在作答中大量穿插後補之內容，又或者檢驗順序異於他人，顯見其正式作答前並未做整體之規劃，對於每個部分應討論何等爭點，有哪些相關的學說爭議及實務見解，並未先行規劃，建議考生在開始作答前，可利用稍許時間靜下心先針對題目所涉及各個問題及檢驗順序擬好腹案後再開始正式作答。

二、關於檢驗各罪名之問題

- (一) 關於甲是否成立刑法第 268 條之圖利供給賭博場所或聚眾賭博罪，多數考生皆能將爭點聚焦在學說、實務關於「場所」之解釋，亦即「場所」是否僅指現實上的空間、區域，又或者包含虛擬網路空間；但大部分考生皆未另外檢驗甲是否亦成立聚眾賭博罪。
- (二) 關於乙是否構成意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪之共同正犯或幫助犯，多數考生皆有加以討論，不論其主張成立共同正犯或幫助犯，論理上或為詳細，亦或過於簡略，但可觀察到一個現象，亦即大部分考生對於刑法總則部分的研讀，較分則來得仔細。
- (三) 關於電腦相關犯罪的部分，大部分考生的作答都不是很理想，對於相關的構成要件非常不熟悉，甚至根本未予檢討，有討論到相關罪名的考生大部分也只是將案例事實重述一遍之後，逕下結論成立或不成立，對於評分要點中的爭點完全未予討論，實為可惜。
- (四) 由於考生對於電腦相關犯罪不熟悉，因此未加詳予討論，對於乙侵害財產之部分，眾多考生反而聚焦在討論乙是否成立竊盜罪或（業務）侵占罪。這些考生大多主張遊戲幣該當竊盜罪之動產或者侵占罪之物，有些

考生並將在不法所有意圖之解釋中係針對物體或價值等取得所有之理論爭議套用在此，忽略了竊盜罪與侵占罪皆以行為客體係有體物為前提，對於財產犯罪係針對不同的財產客體以及不同的行為方式規定了不同的構成要件，並不能混為一談。

- (五) 關於丙的部分，為數不少的考生未檢驗刑法第 266 第 2 項以網際網路賭博罪，或雖有檢驗，但對於所涉及之爭議並未深入討論。此外，對於其所涉及刑法第 150 條第 1 項及第 2 項之在公眾得出入之場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫罪，大部分考生皆未討論，更遑論探討該等規定解釋所涉及之爭議。
- (六) 關於丁丟擲鐵條致 A 死亡的部分，大部分考生都反射性地直接認為屬於學說上的打擊錯誤（甚至有考生不附理由地認為係等價的客體錯誤），然後再以背公式的方式做出結論。然而，正確的方式應該是先針對案例事實加以釐清，確認行為人主觀的認識及意欲，方能判斷行為人是否具有錯誤（例如是否存在打擊錯誤），抑或至少仍具有未必故意。至於丁是否具有誤想防衛或者偶然防衛（雖然依論理不見得構成），絕大部分的考生都未論及此爭點，甚為可惜。

第二題

【總題說明】

本題主要涉及特別程序的簡易程序、簡式審判程序之運用，與通常程序的交互詰問規則之實務操作，以及法官迴避制度之解釋適用。第（一）子題除了測試應考人是否掌握簡易程序及簡式審判程序之區別與適用外，兼及對親屬間告訴乃論之罪與一部撤回告訴應如何裁判的理解；第（二）子題期待應考人能充分熟悉交互詰問規則，並妥適運用；第（三）子題針對當今熱門的法官迴避議題，測試應考人能否從公平審判原則出發，適當區辨自行迴避與聲請迴避之事由，並就判斷基準加以論述。

【評分要點】

第（一）子題

第 1 小題：

一、從甲與告訴人 A 具直系血親關係，故甲對 A 犯詐欺取財罪屬告訴乃論（刑法

第 343 條準用同法第 324 條) 出發，引申出 A 於第一審辯論終結前撤回告訴，甲此部分所犯詐欺取財罪欠缺訴訟要件(刑事訴訟法第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款)，法院應為甲行使偽造私文書有罪之判決，並於理由內說明就被訴詐欺取財部分不另為不受理之諭知。

二、刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款所定「審理後認應為不受理之諭知」者，是否包含主文諭知有罪之判決，而於理由欄就實質上或裁判上一罪之一部不另為不受理諭知之情形，實務上有肯定說與否定說之不同見解。

三、依訴權不可分、程序不可分之法理，本件應適用刑事訴訟法第 452 條之規定，改依通常程序審判之。

(一) 告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款分別定有明文。另直系血親、配偶、同財共居親屬、五親等內血親或三親等內姻親之間犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪者，依刑法第 343 條準用同法第 324 條規定，須告訴乃論。甲與告訴人 A 間係父女，為直系血親關係，故甲就其所涉對 A 犯詐欺取財罪部分屬告訴乃論，A 既已於第一審作成簡易判決處刑前具狀撤回告訴，此部分所犯詐欺取財罪，顯欠缺訴訟要件。本件檢察官認為甲以一行為觸犯行使偽造私文書與詐欺取財罪，為裁判上一罪之想像競合犯，詐欺取財部分既經 A 撤回告訴，法院應為甲犯行使偽造私文書之有罪判決，並於理由內說明就被訴詐欺取財部分不另為不受理之諭知。

(二) 簡易程序判決得否就裁判上一罪為一部有罪、一部不另為不受理之諭知，實務上有不同見解。

1. 肯定說

(1) 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 項但書之情形之一者，應適用通常程序審判之，同法第 452 條定有明文。其中同法第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款所定「審理後認應為不受理之諭知」者，不包含主文諭知有罪之判決，而於理由欄就實質上或裁判上一罪之一部不另為不受理諭知之情形。蓋此時聲請簡易判決處刑事實與法院審判權行使之範圍並無變動，且被告或檢察官均可依刑事訴訟法第 455 條之 1 第 1 項對該簡易判決提起上訴，而無礙其程序利益及訴訟防禦權之保障，自難認屬刑事訴訟法第 452 條應改依通常程序審理之情形。

- (2) 法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第 8 點固明定：「裁判上一罪之情形，其一部分案件不能適用簡易程序，全案應依通常程序辦理。」然該規定於 86 年 12 月 19 日簡易程序修正前即已存在，且修正前刑事訴訟法第 449 條規定法院得逕以簡易判決處刑者，以被告所犯屬刑法第 61 條所列案件，且科處拘役或罰金為限，故如裁判上一罪之一部非屬刑法第 61 條所列案件，而不能適用簡易程序時，全案應依通常程序辦理，此即上揭規定之訂定背景。86 年 12 月 19 日簡易程序修正後，既已刪除被告所犯屬刑法第 61 條所列案件之要件，則上揭規定即難繼續沿用，而應回歸刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書規定。況且，上揭規定本屬建議性質，法院並不當然受其拘束。
- (3) 從而，具有裁判上一罪之犯罪事實，諭知一部有罪之判決，理由內對其他一部不另為不受理之說明，自與刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款所定，係就案件之全部應無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，而於判決主文中呈現無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之諭知有別，實質上，並無改依通常程序審判之必要。(臺灣高等法院 109 年度原上易字第 8 號、臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 101 號判決)

2. 否定說

- (1) 簡易判決處刑本質上屬於實體判決之有罪科刑判決，除限制刑罰效果應為輕微之「虛刑」(即以宣告緩刑、得易科罰金得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金)外，亦應具備一般訴訟條件，始得為之，因此乃有刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款之除外規定，即不得為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之諭知，凡有此等情形者，應適用通常程序審判之，同法第 452 條亦定有明文，以貫徹簡易程序制度設計之本旨。
- (2) 實質上或裁判上一罪，因在訴訟上祇有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分欠缺訴訟條件時，僅能為單一主文之有罪判決，其欠缺訴訟條件之部分，則於判決理由內，說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故此部分不另為不受理之諭知，而就實際上言，此乃屬已受法院為不受理之判決。因此，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。(108 年度台非字第 15 號判決)

3. 個人己見……。

第 2 小題：

- 一、詳述簡式審判程序之立法目的與通常程序之差異，由刑事訴訟法第 273 條之 1 第 2 項「不得」或「不宜」行簡式審判程序之規定，理解法院程序轉換權的適法行使。
- 二、法院裁定改行簡式審判程序，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，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，縱使法院未撤銷原裁定，改行通常程序，仍屬法院程序轉換職權之適法行使。
- 三、本件甲雖坦認全部犯罪事實，法院仍應本於職責調查該案是否具有不受理之情形，而就具有裁判上一罪之犯罪事實，並不另為不受理之諭知。因 A 於第一審辯論終結前撤回告訴，甲所犯詐欺取財罪部分，欠缺訴訟要件（刑事訴訟法第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款），法院未認此部分有不宜進行簡式審判程序之情形，續為審理，諭知甲一部有罪之判決，並於理由內對其他一部不另為不受理之諭知，仍屬其程序轉換職權行使之範疇，並無違法。

刑事案件輕重不一、繁簡各別，對其處理如能視案件之輕微或重大，或視被告對於起訴事實有無爭執，而異其審理之訴訟程序或簡化證據之調查，一方面可合理分配司法資源的利用，減輕法院審理案件之負擔，以達訴訟經濟之要求；另一方面亦可使訴訟儘速終結，讓被告免於訟累，以達明案速判之目的，此乃刑事訴訟法第 273 條之 1 第 1 項所定「除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外（下稱法定罪名），於前條第一項程序（即準備程序）進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時，審判長得告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判程序。」之立法意旨。是以倘案件屬於法定罪名，因不法內涵非重，且被告於準備程序先就被訴事實為有罪之陳述，即得於保障當事人為訴訟程序主體之程序參與權後，賦予事實審法院裁定改行「簡式審判程序」之程序轉換權，此時被告獲得公正有效審判既已獲得確保，仍能符合「正當法律程序」之要求。再被告既為有罪陳述，已可推定放棄詰問權之保障，因此簡式審判程序依刑事訴訟法第 273 條之 2 規定，不適用傳聞法則，且放寬證據調查之方法，不受通常審判

程序相關規定之限制，得由審判長便宜行事，以適當之方法調查證據；且因案情明確，為合理、有效分配司法資源，依同法第 284 條之 1 規定，第一審亦不行合議審判。除此之外，與通常審判程序所遵循之控訴原則、當事人對等、言詞審理、公開審理及審級制度等，並無異同。

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之關係，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，惟此仍應由法院視案情所需裁量判斷。

據此，應為無罪（含一部事實不另為無罪諭知之情形）之判決，因涉及犯罪事實存否，自係不宜為簡式審判。然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。

訴訟條件具備與否乃法院依職權應予調查之事項，是縱被告業已坦認全部犯罪事實，法院仍應本於職責調查該案是否具有免訴或不受理之情形，而就具有裁判上一罪之犯罪事實，並不另為免訴或不受理之諭知。本件甲與告訴人 A 間係父女，為直系血親關係，故甲就其所涉對 A 犯詐欺取財罪部分屬告訴乃論，已如前述，甲為有罪之陳述，經審判長告以簡式審判程序之旨，並聽取當事人之意見後，第一審法院裁定改行簡式審判程序，A 始當庭撤回告訴，效力僅及於詐欺取財之告訴乃論部分，第一審因而未認此部分有「不宜」進行簡式審判程序之情形，而未撤銷原裁定，改行通常審判程序，仍屬

其程序轉換職權行使之範疇，其續為審理，諭知甲一部有罪之判決，並於理由內對其他一部不另為不受理之說明，並無違法。

第（二）子題

- 一、從刑事訴訟法第 163 條及第 166 條規定出發，論述證人詰問之輪序及方法。
- 二、由主詰問之機能及範圍（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 1 項、第 2 項），引申出原則上不得對於證人為誘導詰問（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項），但證人對主詰問者顯示敵意或反感，或有與先前不符之陳述時，例外得容許為誘導詰問（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項第 4 款、第 6 款）。
- 三、由反詰問之作用及範圍，引申出行反詰問時，就支持自己主張之新事項，即使超出主詰問範圍，經審判長許可，得為詰問，並視為主詰問，刑事訴訟法第 166 條之 3 定有明文。
- 四、檢察官在友性證人甲已翻異前供之情形下，得採取之二種訴訟策略：
 - （一）依刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項第 4 款、第 6 款規定，經審判長許可，行誘導詰問。此時，乙之辯護人行反詰問時，當甲刻意迎合詰問時，即無容許乙之辯護人為誘導詰問。
 - （二）檢察官採取限縮性主詰問，結束主詰問，以限制乙之辯護人反詰問範圍，乙之辯護人行反詰問時，應依刑事訴訟法第 166 條之 3 規定，就甲所供攀誣乙之新事項，聲請審判長許可，另起主詰問，以支持自己所主張乙未參與本件犯行之待證事實。

現行刑事訴訟法在當事人互為攻擊、防禦之訴訟架構下，關於調查證據，依刑事訴訟法第 163 條之規定，係以當事人聲請調查證據為主導，法院依職權調查為補充及輔助。有關證人詰問之輪序及方法，則受同法第 166 條所定詰問法則之限制。其原則上係先由聲請傳喚之本造進行「主詰問」，次由他造為「反詰問」，再由本造為「覆主詰問」，再次由他造為「覆反詰問」（第 2 項）；於兩造依本條第 2 項所定次序為交互詰問完畢後，經審判長之許可，得「更行詰問」（第 3 項），證人於經兩造輪序詰問完畢後，「審判長得為訊問」（第 4 項）。

主詰問之機能，在於從證人證詞獲得建立有利己方主張之待證事實，因此主詰問應就待證事項及其相關事項為之（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 1 項）。但例外為辯明證人之記憶及陳述之正確性，或證人之憑信性，得就必要事項為詰問（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 2 項）。又所謂誘導詰問，乃指詰問者對供述者暗

示其所希望之供述內容，而為「問話中含有答話」之詰問方式，足以誘導受詰問之證人迎合作答，背離自己經歷而認知之事實。就實務經驗而言，由當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請傳喚之證人，一般是有利於該造當事人之友性證人，一旦容許詰問聲請人對於證人為誘導詰問，證人因附和其帶有暗示性之詰問而為虛偽供述之危險性甚高，故主詰問除有特別規定，原則上不得為誘導詰問，刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項本文定有明文。但倘若證人對主詰問者顯示敵意或反感者，此時顯已屬敵性證人，或證人有與先前不符之陳述時，有關該相反或實質不一致供述之事項等情形，基於發現真實之訴訟目的，原本禁止誘導詰問之理由即告消失，故容許主詰問時為誘導詰問（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項第 4 款、第 6 款）。

反詰問之作用乃在彈劾證人之信用性，並削減或推翻其於主詰問所為證言之證明力，及引出主詰問時未揭露或被隱瞞之另一部分事實，而達發現真實之目的。是反詰問之主要目的，在於檢視證人主詰問供述之信用性，其範圍應限於「主詰問所顯現之事項及其相關事項」，或「為辯明證人供述之證明力所必要之事項」行之（刑事訴訟法第 166 條之 2 第 1 項）。惟反詰問若嚴格限制於主詰問之範圍，遇到主詰問所呈現之內容乏善可陳時，反詰問效果將受侷限，從發現真實之角度來說，自非妥當，何況反詰問人對於支持己方主張之新事項，若欲為詰問，受此限制非得重新向法院聲請不可，其結果不僅無端造成時間與費用之浪費，有時更不免因錯失良機而無法獲得原先所預期之突擊效果。基此，刑事訴訟法第 166 條之 3 乃規定：「行反詰問時，就支持自己主張之新事項，經審判長許可，得為詰問。依前項所為之詰問，就該新事項視為主詰問。」依此所為之詰問，就該新事項視為主詰問，因此原則上禁止為誘導詰問；而對此顯現的新事項，對造當事人得利用覆主詰問的機會，對證人為反詰問。

據上，本件檢察官見證人甲已翻異前供，轉為敵性證人，並有與先前不符之陳述，檢察官有二種訴訟策略可供選擇，第一，檢察官可請求法院同意以誘導性問題詰問，俾取得正確之陳述。此時，乙之辯護人行反詰問中，當證人甲刻意迎合詰問時，即無容許乙之辯護人為誘導詰問之必要，故例外不得為誘導詰問（刑事訴訟法第 166 條之 2 第 2 項）。第二，檢察官可採取限縮性主詰問，結束主詰問，以限制乙之辯護人反詰問範圍，但乙之辯護人反詰問範圍雖因而受限，其行反詰問時，應依刑事訴訟法第 166 條之 3 規定，就甲所供攀誣乙之新事項，聲請審判長許可，另起主詰問，以支持自己所主張乙未參與本件犯行之待證事實，檢察官則得利用覆主詰問甲之機會對此新事項為反詰問，也可容許為誘導詰問。

第（三）子題

第 1 小題：

- 一、從公平審判原則出發，析論法官迴避制度之規範目的。
- 二、對於刑事訴訟法第 17 條第 8 款所定「參與前審之裁判」之意義如何，分析學說及實務的見解。
- 三、因乙案與甲案之被告不同，並非同一案件，與法官「曾參與前審之裁判」應自行迴避之要件不符，乙此部分聲請為無理由。

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。而公平法院之裁判，則仰賴法官執行職務之客觀中立與公正。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。其中刑事訴訟法第 17 條列舉法官當然應自行迴避之原因，同條第 8 款規定，法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務；如法官不自行迴避，當事人並得聲請法官迴避，同法第 18 條第 1 項第 1 款亦有明定。

所稱「參與前審之裁判」意義如何，學說有不同見解：

- （一）審級說：以確保當事人之審級利益為前提，認為刑事案件之採審級制度，乃在使當事人對於下級審之裁判有不服的機會，得利用上級審請求救濟，如法官在下級審已參與裁判，於上級審又再參與裁判，就喪失審級制度存在的意義。故此說認為所謂前審，係指下級審而言。
- （二）拘束說：以維護裁判之自縛性為前提，認為案件既經裁判，本於裁判一次性原則，法官即應受該裁判之拘束，不得自行撤銷、變更或更正之，如該裁判有違法或不當，亦應由上級審加以審定，不應由原法官再參與裁判。故此說認為所謂前審，係指前次裁判而言。

我國實務向採審級利益說，認為所謂前審，係指法官於下級審曾參與該案件之審判，即不得再參與上級審之審判。司法院釋字第 178 號解釋明揭：「刑事訴訟法第十七條第八款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言」，其解釋理由書並謂：「因推事已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見，而影響審級之利益。……惟此不僅以參與當事人所聲明不服之下級審裁判為限，並應包括『前前審』」，亦以當事人之審級利益為出發點而論法官迴避制

度之目的。其後司法院大法官作成釋字第 256 號解釋，也認為法官就同一案件應自行迴避之制度，係為維護當事人之審級利益。有差別的是，釋字第 256 號解釋將審級利益之射程範圍，從通常救濟程序進一步延伸至特別救濟之再審程序，並基於所謂「同一理由」，將確定終局判決視為再審程序之前審裁判。

依上述說明，刑事訴訟法第 17 條第 8 款所定法官迴避，既然是基於維護審級救濟利益之目的，禁止法官就同一案件再行參與裁判之所謂「前審裁判」，應是指法官曾參與通常救濟程序之下級審裁判，或曾參與特別救濟程序之原確定終局裁判。題旨情形，因乙案與甲案之被告不同，並非同一案件，自與刑事訴訟法第 17 條第 8 款所定法官「曾參與前審之裁判」應自行迴避之要件不符，乙此部分聲請為無理由。

第 2 小題：

一、析論法官迴避制度，分為自行迴避（第 17 條）與聲請迴避（第 18 條第 2 款）二種。

二、析論有偏頗之虞的判斷基準。

三、依本件個案情形，剖析乙以有偏頗之虞，聲請 X 法官迴避，為有理由。

我國刑事訴訟法關於法官迴避制度，分為自行迴避（第 17 條）與聲請迴避（第 18 條第 2 款）二種。前者，列舉難期法官公平審判而應自行迴避之具體事由；後者，則就其他足認法官執行職務有偏頗之虞之情形，賦予當事人聲請法官迴避之權。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，均足產生懷疑；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。是如有客觀原因，就各種情形，作個別具體觀察，足令一般通常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，顯然不當侵害被告受憲法保障公平審判之權利者，即構成前開所稱執行職務有偏頗疑慮之要件。

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。惟徵諸甲案認定乙為共犯之犯罪事實，與乙案起訴犯罪事實相同，且甲案於審理中已以乙為證人，調查前揭犯罪事實，並綜合全卷證據資料及取捨判斷，對於乙

證稱其未參與犯行等證詞，為實質評價、審酌而不採，從而認定乙與甲為共同正犯。另甲案判決取捨判斷之證據資料復經乙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 X 法官就乙案與甲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乙案第二審審判，顯然嚴重損及乙之審級利益，乙以有偏頗之虞，聲請 X 法官迴避，為有理由。

【閱卷委員的話】

- 一、本試題係就司法實務上運用甚廣之簡易程序、簡式審判程序等特別程序，以及通常審判程序之證人交互詰問，測驗應考人對相關規定之理解及妥適運用能力。並就近年來社會頗為關注之法官迴避議題，測驗應考人對其基準之判斷能力。綜觀應考人之整體表現，大多數應考人就法官迴避議題之相關學說及實務演進較能掌握，對於實務操作頻繁之特別程序及交互詰問程序相關規定，仍欠缺正確之認識，甚至部分應考人未能體察刑事訴訟法體系各程序之作用，致有混淆不同特別程序之情形。
- 二、第（一）子題部分，對於親屬間犯詐欺取財罪，是否為告訴乃論之罪，大部分應考人可以正確引用法條，得出屬告訴乃論之前提，但仍有不少應考人認知錯誤，或誤解告訴人不能直接向法院撤回告訴，與刑事訴訟法之規定不符。大部分應考人雖能指出題旨簡易程序應依規定轉換為通常程序，但只有極少數應考人能自訴權不可分、程序不可分之法理論敘如何適用該規定，甚至部分應考人就屬裁判上一罪關係之詐欺罪、行使偽造私文書罪部分，認應分別適用通常程序、簡易程序，各為不受理諭知及論罪科刑，而與上開法理不合。另對於刑事訴訟法第 273 條之 1 第 2 項轉換程序規定之理解，約有半數應考人能從簡式審判程序之立法意旨立論，但有部分應考人仍誤用簡易程序，甚至適用同法第 452 條規定處理，明顯混淆簡式審判程序與簡易程序，對於特別程序之認識仍一知半解。
- 三、第（二）子題在測驗交互詰問規則之運用，部分應考人對刑事訴訟法上之詰問規則未能適當作答，甚至未切合題旨，偏向證據能力或無效反詰問論述，致影響給分。雖然部分應考人能指出檢察官得為誘導詰問，但只有極少數應考人能觸及另一訴訟策略，即檢察官採取限縮性主詰問，結束主詰問，以限制乙之辯護人反詰問的範圍，以及乙之辯護人得依刑事訴訟法第 166 條之 3

規定另起主詰問因應。在司法實務上，證人之交互詰問，為通常審判程序之重心，整體而言，多數應考人仍未能對詰問規則深入瞭解，而為妥適運用。

四、大部分應考人對第（三）子題第 1 小題，能就刑事訴訟法第 17 條第 8 款所規定「參與前審之裁判」，併陳學說及實務見解演進，再提出對題旨之判斷。至於第 2 小題部分，大部分應考人亦能提出實務之見解，就題旨為論述。部分應考人對前面子題作答甚詳，惟最後對本子題回答粗略，甚至未完整作答，明顯對時間分配未充分掌握，以致影響分數。相較第（一）、（二）子題之作答情形，約可反應出應考人仍停留於教科書背誦方式以應對考試，卻忽略實務運作之普遍現象。

111年公務人員特種考試司法官考試第二試
111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話
科目：民法與民事訴訟法（一）

第一題

【總題說明】

本題測驗重點涉及實務上深具重要性之借名登記契約，而延伸的問題包括契約之消滅與終止、不當得利、侵權行為，以及共有等問題，題目範圍橫跨民法債編及物權編之規定，旨在測驗應考人對於民事財產法之整體瞭解，藉以判斷應考人是否具備擔任律師或司法官的基本能力。

【評分要點】

第（一）子題

本子題涉及借名登記契約之借名人死亡後，借名人之繼承人如何請求出名人返還登記名義利益之問題。在處理此問題時，有必要先說明借名登記契約側重借名人與出名人間之信任關係，及出名人與該登記有關之勞務給付，故具有類似委任契約之性質，而可類推適用民法上有關委任契約之相關規定。其次應判斷借名人甲之死亡對於借名登記契約之影響，在此應類推適用民法 550 條規定，認為借名登記契約因借名人甲之死亡而消滅。在確認借名登記契約消滅後，出名人乙原取得登記為 A 屋所有人之利益，其法律上之原因即因此而消滅，故丙、丁得依民法第 1151 條及第 179 條規定，請求乙將 A 屋移轉登記為全體繼承人共同共有。

第（二）子題

本子題之核心問題在於乙在甲死亡後，是否仍有繼續使用 A 屋之權利？由於本子題並未提及乙是否已將 A 屋移轉登記為全體繼承人共同共有，故應區分以下情況作答：若乙尚未將 A 屋移轉登記於全體繼承人共同共有，由於乙仍係 A 屋登記名義人，故丙不得請求乙遷出 A 屋。相反地，若乙已依丙、丁請求，將 A 屋移轉登記為全體繼承人共同共有，則應探討甲生前與乙締結之使用借貸契約，是否在甲死亡後仍有效拘束全體繼承人？就此問題，應考人應清楚指出此

一使用借貸關係，於甲死亡後，由全體繼承人繼承，故在契約依法終止前，乙仍有使用 A 屋之權利。又，民法第 470 條第 2 項規定，借貸未定期限，且不能依借貸目的定其期限之情況，貸與人得隨時請求返還借用物，依此規定，繼承使用借貸關係之繼承人，得隨時終止使用借貸契約，惟此終止權之行使，依民法第 263 條準用第 258 條第 2 項規定，應由全體繼承人為之。在本子題中，丙單獨通知乙不得繼續使用 A 屋，不生終止契約之效果，故乙仍有繼續使用 A 屋之權利，丙請求乙遷出 A 屋並無理由。

第（三）子題

本子題涉及共同共有債權之權利行使問題。戊因過失不法侵害由乙丙丁共同共有之 B 屋所有權，應依民法第 184 條第 1 項前段規定，負損害賠償責任。此損害賠償請求權，乃共同共有物部分毀損而發生，性質上仍為乙丙丁共同共有，而屬於債權之準共同共有。關於此共同共有債權之行使，依實務見解（最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議決議），非屬回復共同共有債權之請求，故無民法第 821 條規定之準用，而應依民法第 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共同請求之。職此，丙不得單獨向戊請求賠償按其應繼分計算之損害。

第（四）子題

本子題涉及不動產借名登記契約之出名人利用其為登記名義人之機會而處分不動產（設定最高限額抵押權）所衍生之問題，而應予回答的重點包括：乙將 A 屋設定最高限額抵押權於庚是否有效？又，乙因 A 屋經拍定而無法將 A 屋移轉登記為全體繼承人共同共有，其他繼承人丙丁究竟得向乙為何等請求？請求權基礎為何？又實際得請求之金額為何？

關於乙以 A 屋設定最高限額抵押權之效力，參酌實務見解（最高法院 106 年第 3 次民事庭會議決議），乙乃不動產借名登記之出名人，其既登記為 A 屋之所有權人，其就 A 屋設定最高限額抵押權，應屬有權處分，庚取得最高限額抵押權。

另依前開第（一）子題之討論，系爭借名登記契約因借名人甲之死亡而消滅，故丙、丁得依不當得利規定（或類推適用民法第 541 條第 2 項規定）請求乙將 A 屋移轉登記為全體繼承人共同共有。惟此一債權請求權因 A 屋其後經拍定而無

法實現，乙就此給付不能情事，具有可歸責事由（蓋若非乙將 A 屋設定最高限額抵押權於庚，當不致於有其後 A 屋遭拍賣之情事），故乙應依民法第 226 條第 1 項規定，負損害賠償責任；另外，乙因 A 屋經拍定而受有債務清償之利益，此係違反權益歸屬之內容，致丙丁受有損害（喪失其得請求乙將 A 屋移轉登記為全體繼承人共同共有之債權），並無法律上原因，故乙應依民法第 179 條規定，負不當得利之返還責任。以上兩項丙、丁得主張之請求權，適用一般消滅時效期間，且不因題示之侵權行為損害賠償請求權已經時效完成而受影響，其中關於不當得利請求權之部分，民法第 197 條第 2 項設有明文，可資參照。

至於丙、丁各得請求乙損害賠償或返還利益之數額，由於 130 萬元所對應者，係 A 屋經拍定之價金 390 萬元，而此數額反應的是 A 屋的市場價值，故無論從損害賠償之金錢賠償，或是不當得利應償還客觀價額等角度觀之，丙、丁各得請求之數額，應為 130 萬元。至於 160 萬元及 140 萬元所對應者，係乙以 A 屋設定最高限額抵押權之最高限額 480 萬元，以及乙向庚實際借得之 420 萬元，前者係抵押權人基於最高限額抵押權得優先受償債權之最高限度額數，而後者為乙庚間之借款數額，兩者皆與乙於本子題中所受利益之數額，與丙、丁因此所受損害數額無涉，故丙、丁無法向乙請求 160 萬元或 140 萬元之數額。

【閱卷委員的話】

第（一）子題

在本子題應考人普遍能指出借名登記契約具有類似委任契約之性質，惟部分應考人忽略借名人死亡時，借名登記契約因類推適用民法第 550 條規定而消滅。而就丙、丁得否請求乙將 A 屋登記為全體繼承人共同共有的問題，不少應考人完全未提及請求權依據，而僅作結論式肯否之回答，此有未附理由之不當。

另不少應考人認為借名登記契約消滅後，A 屋即歸由全體繼承人共同共有，故丙、丁得依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條規定（物權請求權）請求乙將 A 屋登記為全體繼承人共同共有，此恐有誤會。蓋借名登記契約消滅後，借名人之全體繼承人僅取得請求出名人返還登記利益之債權請求權（不當得利返還請求權），而在出名人乙將 A 屋移轉登記為全體繼承人共同共有前，丙、丁尚非 A 屋之共同共有人。

值得一提的是，部分應考人認為丙、丁請求出名人乙應將 A 屋移轉登記為

全體繼承人共同共有之依據，應類推適用民法第 541 條第 2 項規定，若從出名人居於類似受任人之地位觀之，此一回答亦無不妥。

第（二）子題

本子題之作答普遍不理想，不少應考人僅討論丙得否依民法 828 條第 2 項準用第 821 條規定，單獨請求乙遷出 A 屋，而完全未意識到乙是否有使用 A 屋權利之問題。縱使是有意識到乙之使用權限問題的應考人，其能依序說明系爭使用借貸關係在甲死亡後應由全體繼承人繼承，並處理未定期限之使用借貸契約之終止問題者，亦為少數。

值得一提者，部分應考人在處理丙得否請求乙遷出 A 屋的問題時，直接訴諸民法第 470 條第 2 項所定之借用物返還請求權，此一思考方向並無不妥，惟若應考人循此作答方向，則有必要進一步探討丙得否單獨行使此一權利（共同共有債權之行使）之問題。

第（三）子題

在本子題，大部分的應考人都能提及並討論共同共有債權應如何行使之問題，並援引最高法院決議內容，值得肯定。惟部分考生反而忽略相對簡單之侵權行為損害賠償責任成立之討論，而僅討論權利行使問題，稍嫌可惜。值得一提的是，不少應考人除了能援引最高法院決議，尚能提出學說上之不同見解，並仔細表達自身看法，非常值得肯定。

第（四）子題

在本子題，多數應考人皆能依實務見解回答乙以 A 屋設定最高限額抵押權乃有權處分，即使採取無權處分見解之應考人，多半亦會進一步探討善意取得之問題，應考人只要說理一貫，並不影響評分高低。另就丙、丁得向乙主張權利之依據，除了少數應考人完全未探討請求權基礎外，多數應考人皆能提到請求權基礎為民法第 179 條不當得利之規定（部分應考人則提及民法第 226 條第 1 項規定），但能完整說明並涵攝者，人數相對較少。此外，本子題十分明顯暗示到消滅時效之問題，惟僅有十分少數的應考人能一併提到前開請求權，不因侵權行為損害賠償請求權已經時效完成而受影響，甚至主張請求權基礎為不當得利之應考人，亦少有提及民法第 197 條第 2 項之規定。最後，關於丙、丁得向乙請求之

數額，不少應考人援引不法管理（民法第 177 條第 2 項規定）與（或）代償請求權（類推適用民法第 225 條第 2 項規定）等規定，並認為此等規定得作為丙、丁各得向乙請求 160 萬元或 140 萬元之依據，惟本子題所提及之 480 萬元與 420 萬元，並非交易上之對價，此二規定有無適用餘地，令人懷疑，但能提出此問題意識，仍值得肯定。

第二題

【總題說明】

本題之測驗重點在於結婚之形式要件、婚姻無效得準用請求分配剩餘財產之差額、非婚生子女之認領、所得遺產與喪失限定繼承利益、表示失權之宥恕、被代位繼承人受有特種贈與者代位繼承人負歸扣義務等相關問題。上列考試範圍乃身分法上之重要課題，目的在測驗應考人對於民法親屬編與繼承編之基本觀念是否清楚，藉以瞭解應考人是否具備未來擔任司法官或律師之法律能力。

【評分要點】

第（一）子題

一、乙向法院訴請確認甲乙婚姻無效，並請求甲為剩餘財產差額之平均分配，均屬有理。茲將評分要點，說明如下。

（一）乙向法院訴請確認甲乙婚姻無效，係屬有理，蓋民法第 982 條關於結婚之形式要件，在民國 97 年 5 月修正施行前，乃採儀式婚，結婚須踐行公開儀式及二人以上證人之要件，方為適法。本題甲男與乙女於民國 80 年至戶政機關辦理結婚登記，僅具推定效力，但因未有結婚公開儀式，不具備法定方式，依民法第 988 第 1 款規定，洵屬無效。

（二）衡諸民國 97 年 5 月修正施行後之現行民法第 982 條關於結婚的形式要件，係採登記婚，今甲男與乙女於 97 年 10 月公開舉行婚禮並宴客，卻未為結婚登記，並不符合「…應由當事人向戶政機關為結婚之登記」規定，故甲乙在 97 年 10 月之結婚，依民法第 988 條第 1 款之規定，仍為無效。

（三）值得探究者，係結婚無效是否得準用剩餘財產差額分配請求權之規定？經查民法第 999 條之 1 第 1 項有謂民法第 1058 條之規定，於結婚無效

時準用之。次查民法第 1058 條記載：「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。」我國實務亦認為婚姻無效得依民法第 999 條之 1 記載，準用民法第 1058 條、第 1030 條之 1 第 1 項規定，請求平均分配剩餘財產，此有最高法院 106 年度台上字第 2653 號民事判決在案可稽，足供佐照。

- (四) 本題甲乙先後於 80 年、97 年之兩次結婚，雖均為無效，皆無約定夫妻財產制，惟甲於復合結婚後才經商致富，而乙操持家務、無任何財產，乙於 105 年 10 月訴請甲給付 97 年 10 月此次無效婚姻之剩餘財產差額分配，亦即依無約定夫妻財產制時即應依法定財產制之剩餘財產差額分配的規定，即具實益。至於消滅時效，則允宜自乙訴請確認婚姻無效時起算，如此始切合就善意之乙操持家務對於甲乙共同生活貢獻所應為之法律上的肯定評價。

二、準此，乙於 105 年 10 月訴請法院確認甲乙婚姻無效，並請求甲為剩餘財產差額之平均分配，均屬有理。

第 (二) 子題

一、庚訴請戊清償 1100 萬元之債務，係屬有理。茲將評分要點，說明如下。

(一) 戊為甲之繼承人：

1. 有鑑於甲乙民國 80 年、97 年 10 月兩次婚姻皆為無效，兩人生育之戊男為非婚生子女。惟依題示，甲乙同住一處，共同撫養兒女，依民法第 1065 條第 1 項後段規定，視為甲已認領戊，故戊視為甲之婚生子女，依民法第 1138 條第 1 款記載，戊自為甲之法定繼承人。
2. 本題戊雖於知悉甲死亡後，隱匿甲之遺產情節重大，旋被發現，惟此僅構成民法第 1163 條第 1 款所定喪失限定繼承利益之情事，並不該當繼承權喪失之事由，故戊仍為甲之繼承人。

(二) 庚訴請戊清償超出所得遺產 1000 萬元部分之數額，仍屬有理：

1. 本題甲於 108 年 6 月死亡，經協調分配乙剩餘財產之差額後，甲留下財產現金 200 萬元，惟甲尚積欠債權人庚 1100 萬元之債務未還。此際依民法第 1153 條第 1 項規定，全體繼承人對於被繼承人甲之 1100 萬元債務，以因繼承「所得遺產」為限，負連帶責任。惟何謂「所得遺產」？

觀諸民法第 1148 條之 1 第 1 項揭示：「繼承人在繼承開始前二年內，從被繼承人受有財產之贈與者，該財產視為其所得遺產」。依此規定，本題在 108 年 6 月甲死亡前二年內，亦即甲於 106 年 7 月贈與丁女之 500 萬元、以及甲於 107 年 1 月贈與己女之 300 萬元，均視為繼承人之所得遺產。因此，本題之所得遺產為甲留下財產現金 200 萬元 + 500 萬元（甲對丁二年內之贈與） + 300 萬元（甲對己二年內之贈與） = 1000 萬元。

2. 本題甲尚積欠債權人庚 1100 萬元之債務未還，於此情形，庚訴請戊清償 1100 萬元數額之債務是否有理？謹按甲之繼承人戊原本依民法第 1153 條第 1 項規定，面對甲之債務 1100 萬元，得向甲之債權人庚主張以因繼承所得遺產為限、亦即以所得遺產 1000 萬元為限，負清償之責。然而，因戊於知悉甲死亡後，隱匿甲之遺產情節重大，構成民法第 1163 條第 1 款所定喪失有限責任利益之情事，故戊不得對庚主張僅以所得遺產 1000 萬元為限，負清償之責，戊仍應就超出上述所得遺產 1000 萬元以外之債務負清償責任。

二、準此，庚訴請戊清償 1100 萬元數額之債務，係屬有理。

第（三）子題

一、戊分得 500 萬元，D、E 各分得 100 萬元。茲附具理由，說明如下。

（一）甲之繼承人為 B、戊、D、E：

1. 由於甲乙民國 80 年、97 年 10 月兩次婚姻皆為無效，乙並非甲之配偶，乙非甲之繼承人，合先敘明。既然甲乙之婚姻為無效，兩人生育之丙男、丁女、戊男、己女四人均為非婚生子女。惟依題示，甲乙同住一處，共同撫養兒女，應認為丙、丁、戊、己四人已依民法第 1065 條第 1 項後段規定，視為被甲認領，故丙、丁、戊、己視為甲之婚生子女，依民法第 1138 條第 1 款記載，丙子、丁女、戊子、己女四人，自為甲之法定繼承人。
2. 經查丙子、丁女、己女對甲有重大虐待情事，經甲公開表示三人不得繼承其財產，此乃該當民法第 1145 條第 1 項第 5 款所稱「對於被繼承人有重大之虐待，經被繼承人表示其不得繼承」之表示失權情形，丙子、丁女、己女固然喪失其繼承權。然而，甲嗣於作成遺囑時原諒己對其不孝，表示己仍可繼承其財產，通說認為既然連民法第 1145 條第 1 項第 2

至 4 款之繼承權喪失的法定事由都可宥恕，舉重以明輕，同項第 5 款之表示失權更應可得宥恕才是，茲從之。故本題應認為甲已宥恕己女，己女不喪失其繼承權。是以，己女仍為甲之繼承人。

3. 本題甲、己復於 108 年 6 月搭機遭遇空難死亡，基於同時死亡並不符合同時存在原則，己不繼承甲之財產，己並非甲之繼承人。惟單身之己女與已婚男子生下 D、E 二子，依民法第 1065 條第 2 項規定，非婚生子女 D、E 二人與其生母己女之關係，視為婚生子女，無須認領。是以，甲、己同時死亡，己之二子 D、E 得依民法第 1140 條規定，代位繼承己女之應繼分，故 D、E 為甲之繼承人。
4. 丙子因甲之表示失權，而喪失其繼承權。惟丙與已婚女子過從親密，生下 A 女，依民法第 1063 條第 1 項規定，A 被推定該已婚女子之夫的婚生女，雖丙男按月支付撫育 A 之費用，仍不發生民法第 1065 條第 1 項後段關於「其經生父撫育者，視為認領」之效力，應予留意。因此，當甲死亡時，丙不但因喪失繼承權而無法繼承，亦因無子嗣而不發生代位繼承的問題，特予指明。
5. 丁女雖因甲之表示失權，而喪失其繼承權，但丁女因結婚育有 B 子，當甲死亡時，B 得依民法第 1140 條規定，代位其母丁繼承其應繼分。是以，B 亦為甲之繼承人。
6. 本題戊於知悉甲死亡後，隱匿甲之遺產情節重大，旋被發現，只構成民法第 1163 條第 1 款所定喪失有限責任利益之情事，並不該當繼承權喪失之事由，根本不生代位繼承的問題。是以，戊仍為甲之繼承人。

準此，甲之繼承人為 B、戊、D、E。

(二) 甲留下遺產 700 萬元，應由戊分得 500 萬元，D、E 各分得 100 萬元：

1. 依題示，甲死亡並經協調分配乙剩餘財產之差額後，甲留下財產現金 700 萬元，且無任何債務，此際依民法第 1173 條第 1 項關於「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」之規定，吾人首先應當計算甲之應繼遺產。今甲之應繼遺產，除應計算甲留下之財產現金 700 萬元外，尚應加入甲生前對於繼承人所為之特種贈與，故應加入被代位繼承人丁女曾於 106 年 7 月因結婚而從被繼承人

甲手中受贈之 500 萬元、以及被代位繼承人己女於 107 年 1 月因營業而從被繼承人甲手中受贈之 300 萬元，因此甲之應繼遺產合計為 $700+500+300=1500$ 萬元，合先敘明。

2. 如前所述，甲之繼承人計有 B、戊、以及 D、E。基於 B 與戊各有一房份，而 D、E 共同平分一房份，故 B：戊：DE 之應繼分比例為 1：1：1。亦即 B 之應繼分為 500 萬元，戊之應繼分亦為 500 萬元，D、E 二人合計應繼分也是 500 萬元。
3. 有疑問者，係被代位繼承人有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，渠等如曾自被繼承人處受有特種贈與，代位繼承人是否應負歸扣之義務？對此，我國實務毋寧係採肯定見解，舉其瑩瑩大者，例如最高法院 111 年度台上字第 757 號民事判決揭櫫表示：「代位繼承制度係為求房份之公平，而由代位繼承人承襲被代位人之應繼分，故被代位繼承人死亡前，如自被繼承人處受有上開特種贈與，代位繼承人亦應負歸扣之義務，始符房份公平繼承之目的。」準此，依題示，被代位繼承人己女死亡前，已於 107 年 1 月因營業而自甲手中受贈 300 萬元，己女之代位繼承人 D、E 二人自應負歸扣之義務，有鑑於 D、E 二人之應繼分合計為 500 萬元，應扣除該營業之特種贈與價額 300 萬元，故 D、E 二人分得 200 萬元，D、E 每人各分得 100 萬元。
4. 同理，同樣慮及房份公平之考量，被代位繼承人丁女於喪失繼承權前，已於 106 年 7 月因結婚自甲手中受贈 500 萬元，丁女之代位繼承人 B 亦應負歸扣之義務，由於 B 之應繼分為 500 萬元，扣除該結婚之特種贈與價額 500 萬元後，B 實際上未得分文，亦即 B 分得 0 元。

二、綜上所述，針對甲所留下 700 萬元之遺產，戊分得 500 萬元，D、E 各分得 100 萬元。

【閱卷委員的話】

第（一）子題

關於確認甲乙婚姻無效的考點，多數應考人就修法前之儀式婚、以及修法後之登記婚的形式要件問題，皆能正確作答。至於甲乙間婚姻無效是否得請求剩餘財產差額分配的考點，部分的應考人僅切入事實上婚姻之效力探討，更只有少部

分的應考人留意到民法第 999 條之 1 第 1 項關於民法第 1058 條規定，於結婚效時準用之記載，並據此探討此一準用之範圍是否及於民法第 1005 條、第 1030 條之 1 規定。

第（二）子題

本子題涉及戊為甲之繼承人、所得遺產之計算、以及戊喪失限定繼承之利益三個爭點。多數的應考人有提及戊隱匿甲之遺產情節重大，該當民法第 1163 條第 1 款所定喪失限定繼承利益之情事，尚不構成繼承權喪失之事由，卻直接跳過非婚生子戊依民法第 1065 條第 1 項後段規定，視為已被甲認領，故戊為甲之繼承人的前提分析，也略過所得遺產之計算。

第（三）子題

關於誰是甲之繼承人的問題，部分應考人未注意甲乙兩次婚姻均屬無效，乙不是甲的配偶，故乙並非甲之繼承人。部分應考人也沒有留意甲之子、喪失繼承權之丙與已婚女子過從親密所生下的 A 女，依民法第 1063 條第 1 項規定，A 女係被推定該已婚女子之夫的婚生女，縱令喪失繼承權之丙男按月支付撫育 A 女之費用，仍不發生認領效力，故 A 女根本無代位丙繼承甲遺產之餘地。最後，大部分的應考人疏未討論被代位繼承人丁女、己女於繼承開始前喪失繼承權、死亡者，如曾分別自被繼承人甲處受有 500 萬元、300 萬元之特種贈與時，其各該代位繼承人 B、以及 D、E 是否應各負相應之歸扣義務的問題，以致於答對本小題的應考人較少。

附言

閱卷人之給分係取決於以下因素，第一是基本觀念、第二是論述層次的清晰程度、第三是法條引用的正確與完整程度。三者當中以基本觀念為最重要，基本觀念越清楚者，思路往往越清晰、論述架構也隨之較一般應考人完整有層次，即使並未完整引用法條，也不影響其答題的價值。因此，掌握基本觀念，是在考試中獲取水準以上分數的最重要關鍵。

至於論述層次的清晰程度，則是平時準備的另一個重點。經常做實例演習，除了可以檢驗基礎觀念外，還可以鍛鍊掌握題目的能力、思考問題的敏銳度以及

答題技巧。考試如同作戰，養兵千日用在一時，想在短時間內掌握題旨並形成清楚的答題架構，有賴平時持續不懈的努力。

至於法條的引用，能正確背出條號與內容當然好，但並非關鍵，固然能為答題加分，但最重要的還是前述之觀念正確及論述清晰。當然，如果對於基本觀念以及答題的技巧都夠熟練了，條文自然而然就記得八九不離十。有不少份考卷，應考人僅記得條號但未提及法條的具體規定，然而僅憑答題內容所展現出的基本觀念以及清晰的論述架構，就足以使閱卷人給予高分。

另外，提醒想參加國家考試的人，務必檢視自己的筆跡是否清晰、易於辨識。字跡過於潦草或難以辨識，甚至可能使閱卷者看不出答題內容是否正確，通常的結果，即使內容寫得好，也未能獲得應有的分數。

111年公務人員特種考試司法官考試第二試
111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話
科目：民法與民事訴訟法(二)

第一題

【總題說明】

本題主要在測驗應考人對袋地通行權法規範之目的、法院審酌通行處所及方法時應列入考慮之因素，其是否受到相關建築行政法規拘束等問題之掌握。而且，本題尚測驗應考人對於袋地通行權相關民事訴訟類型、共同訴訟型態、上訴效力範圍與第二審之審判範圍之理解與掌握程度。

【評分要點】

第(一)子題

- 一、是否有論述到法院審酌通行處所與方法時，應考量袋地通行權人與周圍地人間須在通行之必要範圍，須符合比例原則，擇其周圍地損害最少之處所及方法等重要考量因素？
- 二、是否有論述到法院關於開設通行道路寬度之決定，委由法院自由裁量(形成訴訟)，故法院不受建築行政法規之拘束，其僅為法院審酌時參考之因素之一？

第(二)子題

- 一、是否有就民法第 787 條第 1 項袋地通行權，使袋地發揮經濟效用，以達物盡其用之社會整體利益之法規範目的進行闡釋與說明？
- 二、是否有論述到依照原告訴之聲明不同，而決定袋地通行權相關訴訟之類型？是否就確認訴訟、形成訴訟與給付訴訟提出正確之理由論據加以說明？

第(三)子題

- 一、關於袋地通行權共同訴訟類型之分析與探討，是否有論述到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？

二、袋地通行權共同訴訟被告一人提起上訴之效力，是否會及於其他共同訴訟人？是否有論述到類推適用民訴法第 56 條第 1 項第 1 款，乙上訴為有利於全體之行為，其上訴效力及於乙與丙？

三、是否有論述到倘若乙上訴效力及於乙與丙，第二審法院為求裁判一致性不僅可改判乙原審判決之部分，且可改判丙原審判決之部分？

【閱卷委員的話】

多數應考人對於第一子題與第二子題第一小問之爭議問題，較能充分掌握與作答。然而，對於第二子題第二小問袋地通行權之訴訟類型，以及第三子題袋地通行權共同訴訟型態、上訴效力與法院可否改判丙原審判決之部分，部分考生掌握之程度較為薄弱。

第(一)子題

大部分應考之人可回答出法院審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何。為數不少之應考之人，可回答出相關建築法規固為法官於個案酌定開設道路通行方案時之重要參考，但法院關於開設通行道路寬度之決定，委由法院自由裁量(形成訴訟)，故法院不受建築行政法規之拘束。

第(二)子題

大部分之考生可寫出民法第 787 條第 1 項袋地通行權法規範之目的。然而，就袋地通行權之訴訟類型，有些應考人可寫出依照原告不同之訴之聲明而決定其訴訟之類型(確認訴訟、形成訴訟與給付訴訟)。且值得讚許者，於確認訴訟部分，不少考生有檢驗是否具有確認利益之問題(民訴法第 247 條第 1 項原告是否有即受確認判決之法律上利益)；於形成訴訟部分，有不少考生甚至有寫到為其通行處所與方法之決定實體法並未明確規定，而須由法院進行自由裁量，不受當事人聲明拘束，而為一種「形式形成訴訟」，可謂正確掌握本題答題方面之重點。依照現行實務見解，關於袋地通行權之紛爭，當事人就通行權是否存在有爭議時，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。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。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。然而，有些考生雖僅寫出其可能之訴訟類型為確認訴訟，但未就形式形成訴訟進行更進一步之說明，殊為可惜。又或者雖寫其為給付訴訟，但法院對於通行方法卻有自由裁量之權限，然而此為成為形成訴訟主要之論據，而非構成給付訴訟類型之主要依據。

第(三)子題

有不少應考人可將現行實務上關於袋地通行權共同訴訟之形態、上訴效力與第二審法院可加以改判之部分詳細作答。依照現行實務見解，訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用民事訴訟法第 56 條各款規定，其所謂合一確定，係指依法律規定或依法理推論，數人必須一同起訴或一同被訴，而判決應同勝同敗者而言。對於多數被告方面，其等就不同訴訟標的，應為一致之判斷，不宜割裂處理。此規定在判決效力及於第三人之情形，如有數人共同被訴者，為免裁判矛盾，即使非實體法上所規定應共同被訴，仍有類推本條規定之必要。而在訴訟標的對於數人，法院在裁判權限之行使上，不宜割裂者，亦應比照之。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，及於未上訴之他共有人，以達訴訟目的。然而，部分應考人完全未提及民訴法第 56 條之規定，或者雖有寫到民訴法第 56 條之規定探討完本案上訴效力及於全體共同訴訟人(乙與丙)後，卻未就第二審法院可否就丙原審判決改判之部分作答，甚為可惜。而另有部分考生雖有寫到可類推適用民訴法 56 條第 1 項第 1 款之規定，共同訴訟人一人上訴之行為乃有利於全體之行為，其效力及於全體，全部訴訟事件會發生移審至第二審，並發生阻卻全部判決確定之效果，但卻認為法院不得就丙原審判決之部分改判，然法院為維護判決結果的一致性，

法院應得改判該部分，而非不得改判該部分。另有部分應考人寫到本案為普通共同訴訟，有民訴法第 55 條共同訴訟人獨立原則之適用，基於上訴不可分原則，仍可使全部訴訟事件發生移審至第二審之效果，但第二審法院不能直接就丙原審判決之部分改判，丙可透過附帶上訴就此部分聲明不服，以使該部分成為第二審之審判範圍。然而，若係普通共同訴訟，基於民訴法第 55 條共同訴訟人獨立原則，共同訴訟人乙上訴其效力不會及於其他共同訴訟人丙。因此，甲對丙之訴訟不會發生移審至第二審之效力，且第一審法院甲與丙判決之部分已於第一審確定。此種情形並無所謂上訴不可分原則與附帶上訴之適用。此部分之作答宜加以留意。

第二題

【總題說明】

本題主要在測驗考生能否將所學有關訴訟標的及爭點整理的知識應用於具體個案之處理，並逐次回答訴訟標的如何特定、原告主張一貫性、被告答辯重要性、證據調查之必要性、舉證責任分配、證據方法之性質及調查程序。因此，如僅一般性地敘述訴訟標的之不同見解或爭點整理方法，而未能針對題目設計之案例事實進行回答，則難能獲得高分。

【評分要點】

第(一)子題

- 一、本題首應特定原告主張之訴訟標的為何，其究竟係以所有物返還請求權、借名登記物返還請求權或其他權利作為訴訟標的。依原告甲之陳述，主張其為所有權人而本於「所有物返還請求權」，然又提出「甲出資向丙購買 A 屋」、「登記於乙名下」之事實，似又與借名登記返還請求權有關。甲究竟以何法律關係作為訴訟標的，法院應予以闡明（民訴法第 199 條之 1），釐清甲之請求意思為何，是否以契約上請求或所有物返還請求作為訴訟標的，有無訴之合併，又為何種合併型態。至於兩造間如有合意，該合意究竟該當於何契約關係，由於僅存在有一個契約關係，不構成數項法律關係，而涉及就此一合意之法律上評價定性。
- 二、於原告特定訴訟標的後，就訴訟標的法律關係之構成要件事實，應為具一貫性之主要事實或間接事實主張；並就有利於己、被告有爭執之事實，負證明

之責任。換言之，法院在特定原告起訴所表明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，始具備主張之一貫性。而原告所提起之訴訟不具備一貫性，經法院闡明後仍未能補正，其主張即欠缺實體法之正當性，法院可不再進行實質審理，逕依民事訴訟法第 249 條第 2 項規定，以其請求為無理由而予以判決駁回（參見最高法院民事判決 108 年度台上字第 2246 號）。

- 三、依實務及學說多數見解，於借名登記之情形，出名人為法律上所有權人，而借名登記財產於借名關係存續中，乃登記為出名人之名義，在該財產回復登記為借名人名義以前，借名人尚無所有物返還請求權可資行使。甲並未因出資購買 A 地而取得所有權，由於其未提出足資認定其為所有權人之事實，如以所有物返還請求權作為訴訟標的，則與所主張之事實欠缺一貫性，為訴顯無理由。然此係得補正之事項，法院應予以闡明並命其補正（民事訴訟法第 249 條第 1 項第 2 款），是否主張其他法律關係作為訴訟標的。
- 四、甲如以借名登記物返還請求作為訴訟標的，借名登記契約乃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。出名人與借名人間應有借名登記之意思表示合致，始能成立借名登記契約。尚不能僅因一方出資購買財產而登記於他方名下，即謂雙方就該財產成立借名登記契約。因此，甲應提出兩造間「合意」之事實。由於依題目中甲所陳述之事實尚未提及兩造間有借名登記之「合意」，而未能該當於權利之構成要件事實全部，仍欠缺一貫性，法院應闡明甲補充有關合意之事實（民訴法第 199 條第 2 項）。如甲未主張合意之事實，就借名登記物返還請求而言，因欠缺一貫性，亦為訴顯無理由；如甲主張曾與乙關於 A 地借名登記合意之事實，且甲曾多次催告乙返還，而為終止借名登記之意思表示，則可通過一貫性之審查。
- 五、如甲之陳述具有一貫性，法院應進一步審查乙之抗辯是否具有重要性。乙陳述 A 地為甲向丙購買，就此一事實構成自認（民訴法第 279 條第 1 項），無庸舉證。但乙否認兩造間之合意為借名登記，此具有抗辯之重要性，而構成事實上爭點。

六、甲、乙之陳述具有一貫性及重要性後，法院應進行證據上爭點整理，並排列證據調查之順序，此則接續子題（二）之回答。

第(二)子題

受訴法院應如何進行證據調查，首先應整理就訴訟標的構成要件有爭執之事實為何，並就該事實分配舉證責任，負舉證責任之當事人為何？再者，其所提出之證據是否為必要或不必要之證據？是否有證據能力？最後，該證據為何種證據方法，應行何證據調查程序？

- 一、甲如以借名登記物返還請求權作為訴訟標的，關於是否存在有借名登記契約之合意，兩造間就此合意有所爭執。主張借名登記者（甲），應就該借名登記之事實負舉證責任。在借名登記關係爭執之當事人間，借名人如無書面契約等直接證據以供證明，非不得由何人出資、何人管理使用收益等已證明之客觀情事（間接事實）予以推論，惟此僅係證明方法之一，非謂有該客觀事實存在，即謂當然存有借名登記關係。證明借名契約成立之證據資料，不以直接證據為限，倘原告就利己之待證事實，能證明在經驗法則或論理法則上，足以推認該待證事實存在之間接事實，非不得憑此等間接事實，推理證明彼等間存有借名契約（最高法院民事判決 110 年度台上字第 2145 號）。惟此經證明之間接事實與待證之要件事實間，須依經驗法則或論理法則足以推認其關聯性存在，且綜合各該間接事實，已可使法院確信待證之要件事實為真實者，始克當之。
- 二、在證據調查之順序上，甲應先就借名登記之合意予以證明，並提出本證，乙則提出反證。如甲未先能就借名登記之合意提出直接證據或以間接事實推認之，則法院尚無調查乙所聲明證據（反證）之必要。如甲已證明兩造間有借名登記之合意，對於乙抗辯為贈與一事，甲再抗辯「以結婚為條件」，自不具抗辯重要性，法院不必進行審認；但如法院認兩造間之合意非借名登記，而屬贈與，則是否為「以結婚為條件」之贈與，具有再抗辯之重要性，應行調查，並由甲舉證。
- 三、當事人聲明證據，應表明待證事實（民訴法第 285 條第 1 項）；聲明人證，亦應表明證人及訊問之事項（民訴法第 298 條）。甲聲明丙為證人，惟尚未表明其證明何項事實，法院應予以闡明，如待證事實為 A 地係甲出資購買，此事因乙為自認而無庸舉證，則丙為不必要證據（民訴法第 286 條但書），

法院不應予以調查；但丙如係為證明聽聞兩造間有借名登記合意，則因此事有爭執，而有調查丙之必要。

四、如丙為證明借名登記合意之證人，法院於調查丙以後，則應調查乙提出之反證，即對話錄音，該錄音係乙在未經甲同意下私自為之，法院應先就此判斷有無證據能力。當事人於民事訴訟程序所提出之證據是否具有證據能力，應權衡民事訴訟之目的及上述法理，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、及防止誘發違法收集證據之利益（即預防理論）等加以衡量。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（最高法院 104 年度台上字第 1455 號判決意旨參照）。本件之談話錄音內容並非隱私性之對話，又無介入誘導致有誤引虛偽陳述之危險性，基於證據保全之必要性及手段方法之社會相當性考量，得承認具有證據能力（最高法院 94 年度台上字第 2001 號民事判決要旨參照）。

五、在證據方法上，錄音屬於電磁紀錄，為文書外之物件而與文書有相同效用者，準用文書證據之調查（民訴法第 363 條第 1 項）。原則上，乙應提出原件，以供法院聽取而認識其上之內容；但亦得提出呈現其內容之錄音譯文，即內容呈現書，並證明其與原件相符（民訴法第 363 條第 2 項）。

【閱卷委員的話】

多數考生對於一貫性審查、重要性審查的定義多能詳述，然本題係為實例題，故除就學理定義為論述外，更應就本件具體個案，涵攝於法律適用之中，亦即如果依據本件原告主張之陳述是否確實能通過一貫性審查，是否因為其於訴訟中其餘之主張致使有矛盾之處，此時法院應如何處理（闡明），又依據闡明後兩造所為之陳述、主張，進而整理出本件之相關爭點及調查證據之順序。部分考生僅敘明理論並未論及本件是否通過一貫性審查或未具體認定被告之抗辯是否重要性，另外亦有部分考生僅論述結論部分，但並未敘明相關的學理依據或者推論過程，此部分答題完整性即有所欠缺。

又適用法律固屬法官之職責，惟當事人主張之事實，究應適用何種法律，往往影響裁判之結果，為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判，除令當事人就事實為適當陳述及辯論外，亦應令其就法律觀點為必要之陳

述及作適當完全之辯論，故法院之闡明義務，現已為明訂於民事訴訟法中。本題考生亦應論述對於原告主張之事實與請求權基礎有所矛盾時，法院應盡之闡明義務，另關於證據調查之必要性部分，亦得透過闡明部分予以確認。

關於爭點整理之內容以及證據調查部分，考生亦應就本件題目所示之具體案例，明確寫出本件爭點為何，進而分配舉證責任並就當事人所提出之證據調查之必要性為論述。

一般而言，本題大部分考生均可拿到基本分數。如考生能再依據設題的方向，將具體的事實認定與抽象的法律適用完整結合，就能得到高分。

111年公務人員特種考試司法官考試第二試 111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：公司法、保險法與證券交易法

第一題

【總題說明】

本題主要評量考生下列爭點之觀念及相關規範之適用：

- 第一，關於法人董事制度、董事會召集瑕疵之效力，以及因董事會瑕疵所召集之股東會之決議效力。
- 第二，監察人得單獨行使監察權，及監察人召集股東臨時會之要件及效力。
- 第三，股東會與董事會權限劃分。考生除對相關制度之認識外，亦須針對本題事實進行分析並正確適用相關規範，針對法律規定有解釋空間之部分，於作答時也應能適當引用實務見解來支持其論述。

【評分要點】

一、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？

公司法第171條：「股東會除本法另有規定外，由董事會召集之。」股東會(一)，係由丁根據董事會(二)之決議召集，表面上似屬由董事會合法召集。然而，倘據以召集股東會之董事會決議存在瑕疵，股東會之決議效力為何，則有討論必要。根據公司法第203條之1規定，董事會應由董事長召集，第204條第1項規定應通知監察人。據此，董事會(二)至少有兩個瑕疵，一為非由董事長召集，二為未通知監察人列席。董事會(二)係由丁召集，5月8日B公司改派丁取代甲之職務，丁只能取得A公司董事身份，而無法接續董事長職務，必須經由董事會重新推選始能成為董事長。丁如非董事長，自無召集董事會之權限，董事會(二)無推選董事長議案，丁似不因該董事會而取得董事長身份之效果。本次董事會另有未通知監察人列席之瑕疵。由無召集權人召集之董事會，既非合法成立之股份有限公司之意思機關，自不能為有效之決議，其所為之決議為當然無效(最高法院70年度台上字第2235號民事判決)。未通知監察人列席董事會之瑕疵，違反公司法第204條之規定，董事會之決議無效(參最高法院106年度台上字第57號民事判決)。因董事會瑕疵之存在，所據以召集之股東會之效力如何，為主要之爭點。亦即以

無效董事會決議所召集之股東會之決議效力為何？實務上認為該股東會決議效力，除公司法所規定之得撤銷或無效之情形外，尚有決議不存在之類型（參司法院 103 年 8 月 5 日第 11 次民事庭會議決議；最高法院 110 年度台上字第 2634 號民事判決）。近年來，實務見解逐漸以董事會之瑕疵為公司內部事務，外人難以察覺，倘股東會之其他召集程序及決議方法均合乎公司法規定，不會因董事會瑕疵而認為股東會決議當然無效或不存在。實務見解認為「縱令做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決議之問題，究與無召集權人召集股東會之情形有別」。（最高法院 110 年度台上字第 1605 號民事判決）

考生得以最高法院判決之見解及董事會決議之瑕疵，可能產生的無召集權人召集股東會決議不存在、無效或得撤銷之效力進行論述。B 公司資本公積轉增資之臨時動議，屬公司法第 172 條第 5 項應列舉於股東會召集通知而不得以臨時動議提出之議案，違反此規定之效力屬召集程序違法，根據公司法第 189 條，決議之效力亦屬得撤銷。對於得撤銷之議案，如違反之事實非屬重大且於決議無影響者，法院有裁量權得駁回其請求。

二、股東會(二)改選董事案之效力

監察人如係為公司利益時，得單獨召集，無須徵得其他監察人之同意。因此，本案由監察人單獨召集股東會，並無不可（經濟部 94 年 2 月 22 日經商字第 09402019810 號函參照）。然股東會(二)係由監察人召集，須先檢視是否符合公司法第 220 條之要件：「監察人除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會」。據此，監察人召集股東會有二種情形：第一，董事會不為召集或不能召集所為之召集；第二，為公司利益於必要時所為之召集。本題 A 公司董事會正常運作，似無董事會不為召集或不能召集之情事。自 90 年 11 月 12 日公司法修法後，主管機關函釋亦認為監察人不再限於「董事會不為召集或不能召集股東會時」始得行使其股東會召集權。至於「必要時」之認定，仍應依具體個案判斷（經濟部 93 年 4 月 13 日商字第 09302055200 號函釋）。目前實務主要見解亦認為「監察人除董事會不為召集或不能召集股東會外，得為公司利益，於必要時，召集股東會，公司法第 220 條定有明文。…為強化監察人之權限，使其於公司發生重大損害時，得即時合法召集股東會，以避免損害之擴大，自應允監察人於董事會不為召集或不能召集股東會，或為公司利益，於必要時等兩種情形下，有召集股東會之權限。」（參最高法院 109 年度台上字第 357 號民事判決）

另有最高法院判決採取比較限縮見解，認為有必要仍須以董事會不能召開或不為召集股東會為前提。此判決認為，是否有必要，「原則上應於董事會不能召開或不為召集股東會之情形下，基於公司利害關係而召集，始為相當。倘董事會無不能召集或不為召集股東會之情形，任由監察人憑一己之主觀意思隨時擅自行使此一補充召集之權，勢將影響公司之正常營運，自失立法原意。」(最高法院 107 年度台上字第 2174 號民事判決)。改選董事屬股東會權限，惟是否符合公司法第 220 條之要件，自得根據前述實務見解分析本案，倘未符合此要件，應屬召集程序瑕疵，所召集之股東會決議效力為得撤銷。

三、股東會(二)撤銷董事會決議(一)之效力

董事會(一)係由董事長甲合法召集，議案內容為依照公司法第 156 條之 3 之規定，經董事會特別決議，得發行新股作為取得他公司股份(B 公司所持有之 C 公司 80% 已發行股份)之對價。股東會(二)由監察人召集，依題意係以該股份交換議案之決議涉及利益輸送為由，欲撤銷董事會決議。依公司法第 156 條之 3，股份交換交易屬董事會職權，而非股東會職權。根據公司法第 202 條之規定，股東會得決議事項，應法律或章程有明文規定，無明文規定時，皆應由董事會決議行之，不因公司法第 193 條第 1 項規定：「董事會執行業務，應依照法令章程及股東會之決議」，而有不同。(最高法院 103 年度台上字第 2719 號民事判決) 據此，股份交換屬董事會職權，股東會應無權撤銷董事會決議。由於有董事與該交易有利害關係，分析時得探討董事會決議是否符合公司法第 206 條第 2、3、4 項之規定。如符合規定，則股東會應無撤銷董事會決議之權。如違反規定，則涉及董事會決議效力，得向法院提起確認董事會決議無效之訴。

【閱卷委員的話】

本題主要測驗應考人法人代表人董事改派與效力、董事會與股東會召集程序、決議瑕疵以及法律效果、董事會與股東會權力分配等問題。由於皆屬公司法基本、重要之問題，且題目設計之情節也與實務相當貼近，故應考人就本題之相關爭點大致上皆有基本的作答。但部分應考人對核心問題未能正確掌握或規範理解不夠正確，為本題產生較大差分之主要原因。舉部分現象分享如下：

一、本題雖問股東會(一)就修改章程決議效力，但並非期待考生討論該股東會

決議是否符合特別決議要件，而係討論董事會(二)決議召集股東會(一)之效力是否違法？法律效果為何？是否影響股東會(一)決議之效力？

二、不少應考人對董事會、股東會決議瑕疵類型與法律效果似有誤解。如董事會決議有召集程序瑕疵應為無效，且本題並無瑕疵得治癒之情況。又如，「資本公積轉增資」為公司法第 172 條第 5 項不得以臨時動議提出之事項，但不少應考人誤會違反本項規定之法律效果為內容瑕疵而認股東會決議無效，但應是屬召集程序瑕疵，股東會決議應得撤銷。

整體而言，本題題目所設情境與爭點雖非難以理解，但涉及不少彼此關聯之事實，測驗應考人於作答時間內是否能掌握正確爭點以及涵攝相關事實。雖然多數應考人都能對主要爭點進行基本論述，但在細部爭議與事實之論述，部分應考人作答仍可再強化。

第二題

【總題說明】

本題在評量應考人對於保險法中關於被保險人之既有疾病、帶病投保、與未盡據實說明義務之規範與實務適用之理論與實務見解。評量內容包括保險法之具體規定為何？既有疾病、帶病投保、與未盡據實說明義務之規範實務適用為何？保險公司所應負之責任與被保險人濫用其權利時之學理與實務分析。

【評分要點】

本題涉及保險法第 51 條、第 64 條與第 127 條之爭議。

一、有關保險法第 51 條及第 127 條之部分

(一) 保險法第 51 條第 1 項規定，保險契約訂立時，保險標的之危險已發生或已消滅者，其契約無效。但為當事人雙方所不知者，不在此限。次依據保險法第 125 條與第 127 條規定，健康保險人於被保險人疾病、分娩及其所致失能或死亡時，負給付保險金額之責；前項所稱失能之內容，依各保險契約之約定。保險契約訂立時，被保險人已在疾病或妊娠情況中者，保險人對是項疾病或分娩，不負給付保險金額之責。則，投保時已在疾病中，是否契約即按保險法第 51 規定而無效，抑或僅依第 127

條規定排除是項疾病於承保範圍中，而保險契約仍有效，即有爭議。

- (二) 保險法第 127 條立法理由：「健康保險關係國民健康、社會安全，增訂本條條文，規定被保險人罹患疾病或已值妊娠時，仍可訂健康保險契約，以宏實效，惟保險人對於是項疾病或分娩不負給付保險金額責任，以免加重全部被保險人對於保險費之負擔」，足見被保險人罹患疾病或已值妊娠時，仍可訂立健康保險，保險契約並非當然無效，僅保險人對投保時已存在之該項疾病不負給付保險金之責，但對承保期間所生之疾病仍負保險給付之責，此與保險法第 51 條第 1 項前段規定保險契約當然無效之情形有別。學者中雖有不同意見，但多數說乃採此見解。
- (三) 本題系爭保險契約約定，就被保險人之失能為理賠之依據，其中失能之態樣之一為膀胱機能永久完全喪失者，則分析保險公司是否應依系爭契約給付被保險人或受益人保險金，自應先就系爭保險契約之該項疾病，是否應優先適用保險法第 127 條之規定，予以審認，不得逕以系爭保險標的有同法第 51 條所定情事，歸於無效為由，進而為不利於被保險人之認定。
- (四) 依據保險法第 125 條規定，健康保險之保險事故應以「疾病」、「分娩」為原因所致之失能或死亡。依系爭保險契約有關永久喪失膀胱之機能者為保險給付約定，甲經醫師診斷為末期膀胱癌，將膀胱全部切除，應認符合永久喪失膀胱之機能。至於甲於投保前一年曾罹患膀胱炎併發腎盂炎住院，與其後之膀胱癌是否為投保前後之「同一疾病」，而得為被上訴人據此主張不負保險責任？雖然，在醫學上膀胱炎為一般常見之疾病，膀胱炎併發腎盂炎雖然並不如單純膀胱炎常見，但是並非必然皆會導致膀胱癌，但此涉及到醫學專業，故將依考生論述內容與邏輯性，會有認定是否為同一疾病與否之不同論述，進而有是否保險法第 127 條帶病投保規定之適用結果不同。

二、本案被保險人有不實說明，雖 A 保險公司不得解除契約，但得依違反誠信原則及權利濫用而拒絕理賠

- (一) 保險法第 64 條規定，訂立契約時，要保人對於保險人之書面詢問，應據實說明。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。前項解除契約權，自保險人知有解除之原因後，經過一個月不行

使而消滅；或契約訂立後經過二年，即有可以解除之原因，亦不得解除契約。

- (二) 甲於投保前一年曾罹患膀胱炎併發腎盂炎住院，但甲於要保書中有關健康狀況詢問事項：是否於過去五年內曾經住院治療，勾選「否」。甲為隱匿或遺漏不為說明，或為不實之說明，若足以變更或減少保險人對於危險之估計者，保險人自得解除契約。但，要保人或被保險人等得證明，發生之事故與違反據實說明之內容並無因果關係，則保險人不得解除契約。
- (三) 本件甲於民國 105 年 3 月 1 日向 A 保險股份有限公司投保，於民國 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，將膀胱全部切除，於民國 107 年 5 月 1 日向 A 公司請求理賠新台幣 300 萬元，保險人是否得以解除契約，涉及到甲未據說說明之住院事項即膀胱炎併發腎盂炎，與膀胱癌是否有因果關係。此因果關係之證明，舉證責任在要保人或被保險人、受益人身上，且目前實務上要求證明程度必須達到「確無」之程度始足當之(最高法院 88 年台上 2212 號判決參照)。本件不實說明事項與保險事故間是否有因果關係，涉及到醫學專業，故將依考生論述內容與邏輯性，會有認定是否符合保險法第 64 第二項但書規定，二者之間有無因果關係之不同認定。
- (四) 然而，不論不實說明事項與保險事故間是否有因果關係，依據保險法第 64 條第 3 項之規定，前項解除契約權，自保險人知有解除之原因後，經過一個月不行使而消滅；或契約訂立後經過二年，即有可以解除之原因，亦不得解除契約。甲向 A 公司請求理賠之日期業已逾 2 年之除斥期間，A 公司自不得主張解除契約。
- (五) 惟甲於民國 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，將膀胱全部切除，卻遲至民國 107 年 5 月 1 日才向 A 公司請求理賠新台幣 300 萬元，甲此舉或有惡意俟保險法第 64 條第 3 項解約權之 2 年除斥期間屆滿後，始行請求給付保險金，顯有違誠信原則及權利濫用情事，A 公司似應得以甲違反誠信原則為抗辯，拒絕給付保險金。(最高法院 99 年度台上字第 742 號民事判決參照)。
- (六) 再者，對於甲拖延理賠之行為，有學者認為，應參照美國法之見解，認為必須保險事故發生在締約二年之後，保險人始不得主張解除契約，若保險事故發生在締約二年之內，則此時，保險人解除權行使之限制，僅為須於知悉後一個月內行使。此見解，亦有助於解決實務上拖延理賠而

導致保險人喪失解除權之不公平現象。惟，此見解目前並未為司法實務所採，併予說明。

【閱卷委員的話】

本題乃測驗學生對失能保險之帶病投保所涉及保險法相關條文(含保險法第 51 條、第 64 條及第 127 條)的效力問題、違反據實說明與事故發生間之因果關係(即第 64 條第 2 項但書)，以及刻意拖延超過第 64 條第 3 項二年解約除斥期間的效力三大問題點。

就第一問題點，多數考生僅單獨論述保險法第 64 條第 1 項及第 2 項，少部份考生會同時論述到第 127 條及相關主客觀理論，有進一步論述到第 51 條者更少。因此，給分標準以考生論述的深度及廣度酌情增減，能得高分者屬鳳毛麟角。

就第二問題點，至於「膀胱炎併發腎盂炎」是否與「膀胱癌」具因果關係？屬醫學專業認定問題，閱卷老師們協商後不下定論，由考生自由認定，唯無論如何認定，均需論述有據及有序，以其內涵給分。多數考生解題時認為二者具因果關係。

就第三問題點，即使題幹明確說明各時間點，但仍有約有近半數考生未能辨識出問題點，以致未回答本問題。有回答本問題的學生，除現行法之適用外，或有主張「應從危險發生後起算」或可另行主張「民法第 92 條及第 148 條」及「目的性限縮、權利濫用」等理論為論述，即有掌握此爭點的學說上發展。

整體而言，帶病投保所涉及的保險最大誠信議題一直為保險法學術及司法實務的核心重點，本題屬中間偏難題型，考生整體掌握度及思慮周延度仍有加強的空間。

第三題

【總題說明】

本題在評量應考人對於證券交易法財報不實相關規定之熟悉度，評量內容包括得主張救濟之人為何？其主張之要件？應就財報不實負責之人為何？其所負責任之類型分析，以及免責規定與適用。

【評分要點】

本題旨在測驗考生對於證券交易法第 20 條第 2 項與第 20-1 條關於財務報告與財務業務文件不實與民事損害賠償責任規定的了解，以及相關規定於學說與實務適用的熟悉度。

發行人依證券交易法規定申報或公告之財務報告及其他有關財務業務文件，其主要內容有虛偽或隱匿之情事，對於有價證券之善意取得人、出賣人或持有人因而所受之損害，應由發行人、負責人及曾在財務報告或財務業務文件上簽名或蓋章之職員，各負賠償責任。除發行人負結果賠償責任之外，其餘之人負推定過失責任，如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者，則免負賠償責任。證券交易法第 20 條第 2 項與第 20-1 條第 1 項與第 2 項定有明文。惟發行人申報或公告之財務報告有無不實？該不實財報是否影響投資人？不實之內容是否重大？負推定過失責任之人是否能舉證免責？等等，核屬前後不同層次之概念，自應詳為分析論述；同時如該公司有價證券之善意取得人、出賣人或持有人主張依法應負責之人就其因而所受之損害，應負賠償責任時，仍應該探究該不實財報與投資人所受損害之間有無因果關係之要件事實，依要件事實不同而有不同的法律效果，先予敘明。

一、

- (一) A 公司將不存在之 F 公司貨款列為應收帳款，A 公司依證券交易法所申報之財報，有虛偽不實或隱匿情事，A 公司、其負責人甲、以及參與不實財報製作之乙與丙為依據證券交易法第 20-1 條第 1 項規定應就財報不實負責之人，其所為虛偽不實或隱匿之財報資訊，對於合理之投資人之信賴造成影響，即應對於有價證券之善意取得人、出賣人或持有人因而所受之損害負賠償責任。A 公司對於其不實財報負有結果責任，並無舉證免責之適用；甲、乙、丙三人固然依據證券交易法第 20-1 條第 2 項規定得舉證證明已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿之情事，以免負賠償責任。然而甲、乙、丙既參與不實財務報告之製作，實已達故意之程度，自當無推定過失得舉證免責規定之適用，而應負損害賠償責任。
- (二) A 公司董事兼總經理戊與 A 公司獨立董事己、庚、辛，依據公司法第 8 條規定為 A 公司之負責人，且並未參與不實財務報告之製作，除非渠等能證明其已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿

之情事者，即應對財務報告之不實負賠償責任。戊、己、庚、辛四人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。但是渠等之不知情抗辯與信賴簽證會計師專業之抗辯，與法條規定舉證證明其已盡相當注意，且有正當理由可合理確信其內容無虛偽或隱匿情事之要求有間，故其抗辯並未符合舉證免責之要求。

(三) A 公司財務報告之簽證會計師壬與癸，依據證券交易法第 20-1 條第 3 項規定，會計師辦理第一項財務報告或財務業務文件之簽證，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務，致第一項之損害發生者，負賠償責任。因此，會計師對於財務報告不實之判斷核心，在於會計師是否違反其善良管理人之注意義務，壬與癸如業已依據一般公認會計原則與審計準則進行不實單據之查核，則自不負損害賠償責任；如否，則應負損害賠償責任。將依考生論述內容與邏輯性，為會計師是否違反其善良管理人注意義務之不同認定。惟會計師之民事損害賠償責任並不因不實單據係由 A 公司與甲、乙、丙提供而有所不同。

(四) 另應加以討論者，為財報不實之重大性 (materiality) 要件。本題中甲、乙、丙三人皆抗辯 A 公司並無財報不實之情事，或是抗辯財報不實之內容不具干擾投資人投資決策之重大影響性。且抗辯甲、乙、丙使 A 公司給付 F 公司之工程顧問費新台幣 3 千萬元並非全部虛假，A 公司本來即應給付 F 公司工程顧問費新台幣 2 千 8 百萬元，其中不實部分僅為新台幣 2 百萬元，對照 A 公司資本額與年度營業收入之金額，並不具重大性云云。按美國與我國學說與實務所謂重大性要件之判斷標準，為是否足以影響理性投資人 (reasonable investor) 之投資決定為斷，且於判斷時，得審酌不實金額是否達到影響公司淨利 (或其他重要參考指標如資本額與年度營業收入等) 達一定百分比之「量性指標」與該不實資訊發生之或然率 (probability) 與影響規模 (magnitude) 之「質性指標」(美國證券管理委員會第 99 號幕僚會計公告要旨參照)。A 公司之年度財務報告之不實金額是否具重大性，將依考生論述內容與邏輯性，為此於一般理性投資人而言，是否具重大性之不同認定。

二、

(一) 依據題旨，丁係於上開不實財務報告公布後買入 A 公司股票，如果丁係因閱讀 A 公司不實財務報告之內容，而信賴該財務報告之真實性，則丁之買入 A 公司股票，即具備因果關係要件中之「交易因果關係」

(transaction causation) 要件；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，導致 A 公司股價立即應聲暴跌，則丁買入 A 公司股票且因 A 公司系爭財報不實所遭受之經濟損失，自得請求依法應就不實財報負責之人，負擔損害賠償責任，此乃所謂「損失因果關係」(loss causation) 要件之滿足。

(二) 如果丁從來並未曾閱讀 A 公司之財務報告，而係僅憑新聞報導起訴，則丁是否得請求損賠償之判斷標準，則在於丁是否仍能滿足前開因果關係要件中之「交易因果關係」要件與「損失因果關係」要件。又關於交易因果關係之認定，學說上有依據效率市場假說 (efficient market hypothesis) 而發展出所謂「市場詐欺理論」(fraud-on-the-market theory，或有稱對市場詐欺理論)，並為美國聯邦最高法院於 TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc. 一案與 Basic, Inc. v. Levinson 一案所肯認，依據該理論，認為於效率市場中，所有影響股票價格之消息，最終皆將為市場所吸收，而充分反應於股票價格之上，因此只要善意投資人能證明不實之訊息足以影響股票價格，且不知其財報不實之情事，即得以推定交易因果關係成立，以和緩投資人舉證責任之困難。我國法院實務亦參考民事訴訟法第 277 條但書之舉證責任倒置規定，採行「市場詐欺理論」。(最高法院 110 年度台上字第 2719 號民事判決、最高法院 104 年度台上字第 225 號民事判決參照)

(三) 因此，於本題中 A 公司發布不實財務報告，不僅是對個別投資人之欺騙，且是對整體證券市場之欺騙；個別投資人雖未取得特定資訊，但因信賴市場，依市價買賣，應推定其買賣與不實資訊之間，具有交易因果關係。惟依據「市場詐欺理論」與民事訴訟法第 277 條但書之規定，其既屬推定，當允許被告以反證舉證加以推翻。例如被告如能證明投資人買入賣出股票並非出於信賴市場者，即非不得推翻前開交易因果關係之推定。至於本題中，丁如並未閱讀 A 公司之年度財務報告，則被告是否得舉反證證明丁並非因無交易因果關係而不得主張損害賠償，則應從丁並未閱讀財務報告是否即非信賴市場加以論述，將依考生論述內容與邏輯性，為有無交易因果關係之不同認定。惟「市場詐欺理論」與民事訴訟法第 277 條但書之規定，僅得推定交易因果關係，丁仍應就損失因果關係之有無，負舉證責任，併此敘明。

【閱卷委員的話】

本題可測試應考人對於證交法第 20 條第 2 項、第 20 條之 1 之認知程度，以及對於證券詐欺法制財報不實問題要件之認定問題，本題爭點集中且均屬重要問題，題目所設情境亦不難理解。故對應考人對於法律個案描述的閱讀理解能力之要求，或是應考人對於財報不實法制規範知識的要求程度都不是太過困難。特別是考題重點在財報不實所負之責任，以及財報不實之重大性和因果關係的討論，包括「市場詐欺理論」(fraud-on-the-market theory) 等等這些都應是此類題型之基本要點，故考生多能加以論述，但仍有許多考生在細部爭議之陳述則是仍有可強化之處。整體而言，考生大部分能有基本的應答。

111年公務人員特種考試司法官考試第二試 111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：智慧財產法

第一題

【總題說明】

本題係為測驗應考人對於非真正專利申請人如何請求救濟之理解，專利法雖設有非新型專利申請權人得提起舉發規定，但舉發僅係撤銷專利權，真正權利人為取得該專利權登記，而有透過民事訴訟，聲請法院以民事判決確認其為專利申請權人，並請求判決該專利權移轉登記案例。應考人除應掌握前揭概念及專利法條文規定，亦應將其涵攝至題目之案例事實予以判斷，並說明理由。

【評分要點】

第(一)子題

專利舉發為專利專責機關就公告的專利案再予審查，撤銷有瑕疵之專利權。專利法對於舉發事由設有明文規定，非以法定舉發事由提起舉發，其舉發不合法，應駁回舉發申請。與本題有關之舉發事由，為專利法第 119 條第 1 項第 3 款後段、第 2 項、第 5 條第 2 項規定，即新型專利申請權人為非新型創作人，且舉發人限於利害關係人始得提起。

專利法第 120 條準用第 35 條規定，新型專利權經專利申請權人，於該專利案公告後二年內，依第 119 條第 1 項第 3 款規定提起舉發，並於舉發撤銷確定後二個月內就相同新型申請專利權，以該經撤銷確定之新型專利權申請日為其申請日。本條使真正專利申請權人於專利權撤銷後得採用原案申請日，但限定於原專利申請案公告之日起二年內提起。如果有超過二年情況，雖仍得提起舉發，只能達到撤銷專利權之目的，並不能進一步以真正申請權人資格再行申請專利，縱然申請，專利專責機關亦應以其申請案已經公開，不具新穎性予以核駁。

本題，甲違法取得 A 公司營業秘密，利用乙之名義向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請新型專利，甲、乙非系爭新型專利創作人，A 公司得對甲、乙提起舉發，但因超過二年期間，不能適用專利法第 35 條規定再行申請專利，只能達到撤銷專利權目的。

第(二)子題

專利申請權與專利權均以同種專利權為標的，專利申請權為專利權成立前之階段權利，依專利法第 6 條第 1 項規定，二者均得讓與或繼承，是以專利申請權與專利權同屬私法上權利。專利法之舉發僅係撤銷已核准之專利權，智慧局審查申請案件，固須依同法第 5 條、第 7 條、第 8 條等相關規定，審認申請人是否為專利申請權人，但無確定專利申請權作為私權究竟誰屬之效力。專利申請權既屬私法上權利，真正專利申請權人應可循民事訴訟程序請求。因之，如當事人主張其始為真正專利申請權人，因專利權人否認，致專利權誰屬為不明確情形，真正專利申請權人得依民事訴訟法第 247 條規定提起確認之訴，確認其為系爭專利權之專利申請權人。其得選擇依不當得利、侵權行為或債務不履行等規定提起給付之訴，請求冒充申請者移轉專利權，以維護其權利。

本題 A 公司得主張甲違法取得其營業秘密，及以該秘密之技術，使用乙之名義申請並取得新型專利權，甲、乙非真正專利申請權人，A 公司自得起訴請求確認其為系爭新型專利之專利申請權人，並得依不當得利等相關規定，請求甲將該專利權移轉登記予 A 公司。

又依專利法第 10 條規定，雇用人或受雇人間因同法第 7 條及第 8 條所定權利歸屬之爭執而達成協議，得附具證明文件，向智慧局申請變更權利人名義。本題甲雖以違法方式取得專利權，雖不符本條規定，然如甲與 A 公司達成協議，得類推適用本條規定，申請智慧局變更系爭新型專利之專權利人名義為 A 公司，如智慧局認有必要，得通知當事人附具調解筆錄或判決等文件以為佐證。

【閱卷委員的話】

本題主要測驗應考人對於真正專利申請權人救濟途徑相關規定的理解，考題爭點包括舉發的意義、舉發法定事由、真正申請權人撤銷專利後以原案申請日為申請日、其可否提起民事訴訟之確認及給付訴訟，以及雙方協議變更權利人名義登記規定之類推適用。本題共有二個子題，各子題均有其子題分數占比，應考人在答題時應依各子題回答。部分應考人將二個子題合併作答，未與子題對應。

第(一)子題

應考人多能針對專利法就新型專利舉發規定予以說明，並正確援引專利

法就新型專利舉發之第 119 條第 1 項第 3 款、第 2 項規定，並就本題加以涵攝，依序論述。少數應考人錯誤援引專利法第 71 條關於發明專利舉發事由規定，亦有引用第 119 條第 1 項第 1 款所定違反第 105 條以非真正專利申請人之申請違反公序良俗規定回答，答案並不正確。少數應考人敘明專利法第 120 條準用第 35 條規定，並正確說明本題真正權利人已逾專利案公告後二年始提起舉發，不能適用第 35 條規定。如此答題內容較為完整，可獲高分。

第(二)子題

本子題爭點在於真正專利申請權人 A 公司得否提起民事訴訟，故須先從專利法第 6 條規定敘明專利申請權及專利權為私法上權利，始能成為民事訴訟的標的。真正權利人主張其為專利申請權人，而專利權人否認，前者得依民事訴訟法第 247 條規定提起確認之訴，聲請法院判決確認其始為系爭專利之專利申請權人。多數應考人直接說明 A 公司可提起民事訴訟，但就為何可提起並未敘述，答案完整度不足。又多數應考人有說明 A 公司得依民法不當得利、侵權行為或不法無因管理等相關規定，聲請法院判決移轉系爭專利予 A 公司，以維護其權利，符合本題設題目的。少數應考人注意到專利法第一章總則第 10 條規定，說明若本題 A 公司與甲達成協議，依第 10 條規定可向智慧局直接提出，申請移轉登記，不過僅有少數應考人說明係類推適用，獲得較高分數。

第二題

【總題說明】

本題測驗應考人之重點在外國公司得否在我國申請評定；其次為商標「評定」制度概念及申請要件；再為商標不得註冊事由中之「著名商標保護」及「剽竊他人商標搶先註冊」問題。應考人應掌握前揭概念及商標法條文規定，亦應將其涵攝至題目之事實與判斷。

【評分要點】

本題係請應考人判斷日商 A 公司申請評定有無理由，未設子題，然應考人應分別從評定程序要件及評定之實體事由分段敘述。為說明方便，本題分為三個部分敘述。

第一部分

商標評定制度，依商標法第 57 條規定，在於賦予利害關係人對於商標專責機關核准商標註冊之處分，有表明不服的機會，亦給予審查人員依職權提請評定的依據。應考人得簡述商標評定與商標異議的差別。本題涉及外國公司日商 A 公司得否向我國經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請評定，依「與貿易有關之智慧財產權協定」第 3 條第 1 項國民待遇及公司法第 4 條第 2 項外國公司權利能力規定，日商 A 公司應可向我國智慧局申請評定。應考人應敘明商標法第 58 條對商標評定設有除斥期間及例外規定，特別是該第 2 項關於違反同法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護規定（下稱第 11 款），而屬惡意，則不受同條第 1 項一般申請評定 5 年除斥期間規定限制。

第二部分

本題主要探討商標法第 30 條不得註冊事由規定，其中第 11 款「著名商標保護」規定，旨在加強對著名商標保護，以防止與著名商標或標章產生混淆誤認之虞。其適用之構成要件要素有：(1)著名與否，(2)近似與否，(3)是否有致相關公眾混淆誤認之虞，(4)是否有減損著名商標或標章之識別性或信譽之虞。

所謂著名，商標法未設有定義規定，然司法院釋字第 104 號著有解釋及商標法施行細則第 31 條設有規定，指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者普遍認知而言。又著名與否，以國內消費者認知為準，商標未在我國使用或在我國實際使用情形不廣泛，如有客觀證據顯示，該商標於國外廣泛使用所建立知名度已達到我國，仍可認定為著名商標。實務見解認為第 11 款前段規定目的在於避免相關公眾對於商品或服務來源產生混淆誤認之虞，保護對象為相關消費者，第 11 款後段規範目的在於避免著名商標之識別性或信譽於一般消費者主觀認知中遭受減損之虞，保護之對象為該著名商標，其著名程度應解釋為超越相關消費者而臻一般消費者普遍知悉之程度，兩者保護之對象及範圍並不相同（參最高法院 105 年度 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議）。A 公司汽機車用油在日本長期使用，另在美國等地設立銷售分公司，長期贊助賽車活動，應認係在車用油品領域的相關消費者之間著名。

所謂近似，指二商標予人整體印象具有相近之處，如其標示在相同或類似的商品或服務上時，以具有普通知識經驗的消費者，於購買時施以普通之注意，可能會有所混淆而誤認二商品或服務來自同一來源或誤認不同來源之間有所關聯。本題甲以 B 公司名義將 A 公司在日本註冊取得之「NUTEC」商標圖樣，向我國

智慧局申請並經核准，兩商標圖樣完全相同，自屬近似。

所謂有致相關公眾混淆誤認之虞，指商標或標章所指示商品或服務來源與著名商標之間，有無使相關公眾對其商品或服務來源或產製主體發生混淆誤認之虞。本題 B 公司在我國取得之「NUTEC」商標與 A 公司在日本註冊商標圖樣完全相同，相關公眾對甲銷售之「NUTEC」車用油品，會就來源主體產生混淆誤認之虞。

所謂減損著名商標識別性之虞，指著名商標識別性，因未取得授權之第三人使用行為，逐漸減弱或分散該商標曾經強烈指示單一來源的特徵及吸引力；所謂減損著名商標信譽之虞，指著名商標信譽有可能遭受污損。本題「NUTEC」商標商品類別為汽機車用油，適用第11款前段規定，以車用油品領域相關消費者判斷，B 公司在我國取得之「NUTEC」商標有逐漸減弱 A 公司商標指示單一來源的特徵。

第三部分

商標法第 30 條不得註冊事由規定，其中第 12 款規定旨在避免剽竊他人創用之商標或標章而搶先註冊，基於民法上誠實信用原則，促進工商企業正常發展及維護競爭秩序基礎下，賦予先使用商標者，遭他人不法搶註其商標時的救濟機會。所稱先使用商標，即被搶註商標，係指相對於系爭商標之在先使用商標，不限於在國內先使用，亦包括已在國外先使用之商標。先使用人應舉證證明申請人「具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉先使用商標存在」的事實。商標申請人是否有仿襲意圖，係就個案中先使用商標是否具獨創性及行銷於市場等具體客觀事證，判斷申請人是否基於業務競爭關係知悉他人先使用商標存在，而有「意圖仿襲」申請註冊之情事。本題 B 公司負責人甲，從事進口銷售包含 A 公司 NUTEC 商品在內之汽機車用油業務，是以 B 公司因契約關係，知悉 A 公司先使用其商標之事實，甲又係因 A 公司商標未在我國註冊登記，乃搶先申請註冊，符合本款規定要件。

綜合而言，B 公司申請 NUTEC 商標，不應獲得商標權，日商 A 公司可合併主張 B 公司違反上開二款規定，其申請評定為有理由，經評定成立，智慧局依商標法第 60 條前段規定應撤銷 B 公司之商標註冊。

【閱卷委員的話】

本題主要測驗應考人之概念有：一、對於商標評定意義、申請要件、效力，二、著名商標保護，三、剽竊他人創用商標搶先註冊的救濟。應考人在答題時應依序作答。本題事實已敘明甲以 B 公司名義將日商 A 公司之系爭商標在我國註冊，測驗應考人是否瞭解本題評定事由之著名商標與搶先註冊相關規定及分析，答題時應將兩規定內容，逐一說明，表現出敘述層次，較易得高分。惟多數應考人只就其中之一應答，答題不夠完整。

第一部分

應考人多能針對商標法評定意義、申請要件與除斥期間規定予以說明，並正確援引商標法第 57 條第 1 項、第 58 條規定，並就本題加以涵攝，依答案內容論述。極少數應考人寫出日商 A 公司得向我國智慧局申請評定的依據，獲得高分。

第二部分

本題爭點在商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護規定內容，包括其意義、要件及效力。多數應考人分析本款規定要件，皆敘明著名商標意義，並援引最高行政法院庭長法官聯席會議就本款前段與後段著名商標適用的差別。惟部分應考人將本題事實錯誤援引商標法第 30 條不得註冊事由其他規定，即第 1 項第 8 款商標使公眾誤認誤信商品性質之虞、第 10 款申請在先或已註冊商標保護及第 14 款與著名法人名稱相同規定，以及同法第 68 條至第 70 條商標權侵害相關規定，未能掌握本子題爭點。

第三部分

本題係測驗應考人就商標法第 30 條第 1 項第 12 款搶先註冊規定的瞭解。多數應考人就本子題只援引本款規定說明，分析其要件，並正確涵攝本題事實是否符合本款規定。少數應考人就本款規定立法目的予以說明，獲得高分。

第三題

【總題說明】

本題第（一）子題，主要測試考生對於著作權法第 80 條之 2 防盜拷措施概念之理解、以及對該條第 1、2 項規範重點不同的理解；第（二）子題，主要測試考生對於著作權法第 28 條之 1 散布權的理解，以及在實務執行上經常遭遇到

的狀況及著作權法 91 條之 1 第 3 項之適用。

【評分要點】

第(一)子題

一、甲違反著作權法（以下同）第 80 條之 2 第 2 項，未經授權不得為公眾提供破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊之規定。

(一)第 3 條第 1 項第 18 款：「防盜拷措施：指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法。」依題旨，W3 主機控制晶片或是原版遊戲光碟，都是 A 公司所製作或授權製作，先假設 A 公司是著作權人。其利用 W3 主機利用其內建之控制晶片，得以辨識遊戲光碟之驗證碼，並限制主機不執行未經合法授權之遊戲軟體；此種經由主機與遊戲光碟內載驗證碼相互對應之作用，達成僅有合法授權之光碟使能為主機所接受之結果，屬於符合前述規定之「限制他人擅自進入著作」之防盜拷措施。

(二)第 80 條之 2 第 2 項：「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。」事實上，只要限制主機執行盜版遊戲軟體之一部分功能遭受破解、破壞或規避，實質造成整體機制失去其效果者，應得認定為對該防盜拷機制之破解、破壞或規避行為。故甲所販賣之改機晶片，安裝在主機後，會傳送仿造原版光碟片之驗證碼，使主機無法檢查辨識該遊戲光碟有無經合法授權，都可以執行遊戲軟體，使原來限制他人進入著作之整體功能盡失，該等改機晶片應屬規避防盜拷之器材或零件，而甲之販賣改機晶片行為，亦屬提供公眾使用行為。故甲之行為違反著作權法規定。

二、違反防盜拷措施之民、刑事責任

(一)甲應依第 90 條之 3 第 1 項規定，對受損害之著作權人負賠償責任。著作權人得依同條第 2 項規定，請求排除或防止此侵害（準用第 84 條），並對於侵害行為作成之物或主要供侵害所用之物，得請求銷燬或為其他必要之處置（準用第 88 條之 1）。

(二)甲之刑事責任：依第 96 條之 1 第 2 款規定，可處甲處一年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣二萬元以上二十五萬元以下罰金。

※註：本子題所詢問是「甲之販售改機晶片行為」，且依題意未提到甲有重製遊

戲軟體行為，無庸離題去論述重製電腦程式著作議題)。

第(二)子題

一、若甲之主張屬實，甲無重製行為，而係侵害散布權。

二、甲明知係侵害著作財產權之重製物，意圖散布而持有，係犯第 91 條之 1 第 3 項之罪（本法 2022 年 5 月 4 日修正後係犯第 91 條之 1 第 2 項之罪）。

(一)第 28 條之 1：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利」。本法所定義「散布」，係指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通（第 3 條第 1 項第 12 款）。故所謂散布行為，係指有償或無償之提供公眾交易或流通行為，應該可以包括公開陳列以求售、銷售、出租、公眾出借等在內；若出賣人以廣告提供郵撥帳號供不特定人購買書籍，也屬於散布行為。至於何謂「公眾」，依第 3 條第 1 項第 4 款，係指不特定人或特定多數人；但家庭及正常社交之多數人，不在此限。

(二)今在甲之店內查獲 500 片盜版遊戲光碟，甲銷售該等盜版軟體，應屬對不特定人以移轉所有權之方式，散布盜版電腦程式著作之行為，係侵害著作人第 28 條之 1 散布權。由於當場並無查獲販賣盜版遊戲光碟之交易，甲主張，該 500 片盜版光碟用途是為了改機 W3 主機的測試片，並非為銷售用。然因為查獲的盜版光碟數量龐大，已經超出了一般對於測試片之認識與常理，再加上同時查獲 A 公司完整的遊戲光碟目錄一份，提供顧客勾選訂購之用，仍應認定屬散布行為。因此，縱使無法直接認定甲有移轉所有權之散布行為，但甲明知係侵害著作財產權之重製物，意圖散布而持有，仍屬違法散布盜版品行為，只是該侵害著作財產權之重製物為光碟，故特別以著作權法第 91 條之 1 第 3 項論處。

(三)附帶一提者，司法院大法官釋字 804 號解釋曾就有關著作權法 91 條之 1 第 3 項以重製物為光碟作為刑罰加重要件爭議，做出合憲性解釋，本法嗣於 2022 年 5 月 4 日因應科技發展而修正為第 91 條之 1 第 2 項：「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。」本案甲如依新法規定，仍涉犯此罪。

三、甲故意不法侵害 A 公司之散布權，負損害賠償責任（第 88 條第 1 項）。

※註 1：本題依題意並未涉及輸入非法重製物，亦未涉及未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其國外合法重製物（平行輸入），與第 87 條第 1 項第 3、4 款擬制侵權規定無關。

※註 2：甲行為依經驗法則應認定係對不特定人以「移轉所有權之方式」，散布盜版電腦程式著作之行為，如認定屬第 87 條第 1 項第 6 款所定「以移轉所有權或出租以外之方式散布者」，似對事實認定有所誤會。

【閱卷委員的話】

第三題第(一)子題主要是在測驗區辨著作權法所規範之「權利管理電子資訊」(第 3 條第 1 項第 17 款)與「防盜拷措施」(第 3 條第 1 項第 18 款)，以及相關違反行為之解釋與評價。本子題甲所出售之改機晶片，依題意可知該晶片之目的，乃是令盜版遊戲光碟得以於 W3 遊戲主機執行，瓦解相關防止近用之措施。由於甲產銷前述該機晶片，因此相關行為該當同法第 80 條之 2 第 2 項「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。」所規範之不法行為。其相關民事救濟以及刑事制裁分別規範於同法第 90 條之 3 第 1 項與第 96 條之 1 第 2 款。整體而言，大部分應考者均能掌握本題之出題重點與目的，僅有少數誤把本子題之論述朝向同法第 80 條之 1 之「權利管理電子資訊」相關規範，加以作答。因此，本子題作答成績較為理想。

第三題第(二)子題之出題重心在於測驗應考者對於非法散布行為之理解，與相關規範之解釋適用。如本子題評分要旨所言，著作侵權物之散布行為在本質上，除包括著作侵權物藉由交易讓與所有權之行為(著作權法第 28 條之 1)外，尚包括讓與所有權相關交易之準備行為。此由同法第 3 條第 1 項第 12 款之規範內容可以得知。本子題由甲之主張而明確得知其有產銷盜版遊戲光碟之計畫，500 片光碟片以及銷售目錄更可資以證明。綜甲宣稱 500 片光碟為測試片，但依一般交易情形，光碟之重製已逾合理範圍，恐僅非測試目的。500 片光碟縱為測試目的，未來免不了讓與相關所有權而有非法散布之情形。為故甲之行為該當同法第 91 條之 1 第 3 項所評價之不法行為，應受刑事處罰。依閱卷過程所觀察，許多應考人並未理解散布行為之不法評價涵及其準備行為，以致無法掌握答題方向而獲致應有之評分。亦有應考人以同法第 87 條第 1 項第 6 款相關擬制侵權方向作答，但該款在解釋上與本子題之事實與出題意旨仍有些落差。同時，有些

應考人將本子題盜版遊戲光碟之散布，與前依一題改機晶片之散布混為一談。最後，部分應考人論及同法第 91 條之 1 第 3 項，亦會討論釋字 804 號，有關著作以重製物為光碟為刑罰加重要件相關合憲性問題，或新法修正內容，值得肯定。因此，在答題上能掌握散布行為之意義，並能援引正確之法條，依本子題之事實加以解釋適用，較有利於獲致較高之評分。

111年公務人員特種考試司法官考試第二試 111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：勞動社會法

第一題

【總題說明】

本題旨在測驗應考人對於工作規則不利益變更法理的理解。

【評分要點】

- 一、對於工作規則之概念，最高法院 88 年度台上字第 1696 號判決曾有下列論述：「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」工作規則在我國勞資之間勞動條件的形成上扮演著重要角色。
- 二、由於僱主有時會利用其優越之地位單方訂定對勞工不利之內容，且工作規則具有強大效力，為保護勞工，立法上對其加以規範。台灣勞動基準法(以下簡稱勞基法)第 70 條規定僱用勞工人數在 30 人以上之企業，應制定工作規則，並對工作規則應記載之內容加以列舉，並且規定須報請主管機關「核備」並且「公開揭示」。對於違反義務不制定工作規則之僱主，主管機關得科處罰鍰(勞基法第 79 條)。
- 三、對於工作規則不利益變更的法律效力，過去學說上及法院實務判決上有所分歧。近年來，在法院實務上有採用「合理性變更之法理」。例如，台北地方法院 84 年度勞訴字第 38 號判決認為：「本件所應審酌者，為僱主將工作規則為不利益於勞工之變更，其效力究為如何？按對工作規則採法規範說者，既認工作規則為僱主單方所制定，不論勞工是否同意其內容，均對勞工發生效力，因此工作規則之修改亦為僱主之權限，勞工全無拒絕之權利。此說完全忽視勞工之權益，自有所偏。採契約說者則認工作規則不利益之變更，非經勞工之同意，否則對勞工不生效力，惟如此一來，將造成勞動條件不統一及僱主經營管理上之困難，亦有所偏。本院認為保護勞工之利益及兼顧僱主

經營管理上之必要，雇主單方不利益變更工作規則時，原則上不能拘束表示反對之勞工；但如雇主所為之不利益變更，其變更具有合理性時，例外地亦能拘束表示反對之勞工」最高法院 88 年度台上字第 1696 號判決也支持此見解，認為：「雇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」。

四、雇主如因經營環境的變化，為克服經營困境，若需要變更勞動條件而勞工不允時，雇主可能會採取解僱勞工之猛烈手段，因此，合理性變更的法理可以說是考量勞工權益的保護及企業經營必要性的折衷解決方式對於合理性的判斷方式，學者整理指出：「基本上應以『變更的必要性』和『勞工所受的不利益之程度』為中心來比較考量，同時應考慮『補償措施的有無及其程度』、『其他同業之狀況』、『與工會或勞工之協商經過』、及『其他勞工之反應』等因素。」

五、依照本題題意，對於雇主統一性暫減薪百分之五及強制每人休假二日不支薪之不利益變更，丙在 SARS 疫情衝擊下，為因應收入銳減、經營困難之情形，乃不得不採取減薪、強制休假等暫時性措施，以度過困境，可認為丙所為措施尚屬合理，亦不致過度損害勞工利益。從而，甲、乙雖因上開勞動條件之變更而所受有不利益，惟以其所受不利益內容、程度與丙所受 SARS 疫情衝擊、損害程度相較後，應認丙所為勞動條件之不利變更，具有合理性及必要性，故可拘束反對之甲、乙。

【閱卷委員的話】

本題之答題重點在於「工作規則不利益變更之法律效力」，應考人倘能將近年來法院實務上採用之「合理性變更法理」加以闡明，亦即將「雇主單方不利益變更工作規則時，原則上不能拘束表示反對之勞工；但如雇主所為之不利益變更，其變更具有合理性時，例外地可以拘束表示反對之勞工」之法理加以論述，並涵攝至本題之事實，即可獲得相當不錯的分數。

本題之難度雖不高，但僅有少數應考人能完整地闡述「合理性變更法理」，並進一步論述本題中之甲、乙雖因丙飯店變更工作規則而受到不利益，但其所受不利益之內容、程度與丙飯店因 SARS 疫情之衝擊、損害程度相比，丙飯店所為工作規則的不利變更，應具有合理性及必要性，故可拘束反對之甲、乙。

許多應考人在本題中之結論為「丙飯店所為工作規則之不利益變更不能拘束甲與乙」，不正確之論述大致可歸納為下列幾種：

- 一、許多應考人在本題中將論述之重點放在「工作規則之性質」，但對於「工作規則不利益變更的法律效力」並無著墨。
- 二、不少應考人把論述重點放在工作規則的變更是否需要勞資雙方的合意，而未討論雇主對於工作規則進行不利益變更時，其效力的原則與例外。
- 三、部分應考人之答案為工作規則需要主管機關核備，由於丙飯店對工作規則進行不利益變更時，並未經主管機關之核備，因此不生效力。
- 四、不少應考人之答案為工作規則之變更需要得到勞工的同意，由於丙飯店對工作規則進行不利益變更時，未經甲、乙之同意，因此不生效力。
- 五、也有應考人之答案為丙飯店對工作規則進行不利益變更，違反勞基法第 21 條所定之工資全額給付原則，因此不生效力，不能拘束甲與乙。

雖然有些應考人之結論是「丙飯店所為工作規則之不利益變更可拘束反對之甲、乙」，但其論述之內容並不正確，例如有些應考人論述之理由為「丙飯店針對工作規則進行不利變更之後，甲與乙之工資並未低於基本工資，因此系爭不利變更可拘束甲與乙」，此種結論正確，但論述內容不正確之情形，仍會予以扣分。

第二題

【總題說明】

本題旨在測驗應考人對於不當勞動行為支配介入與中立維持義務的理解。

【評分要點】

- 一、工會法第 35 條第 1 項第 5 款規定：「雇主或代表雇主行使管理權之人，不得有下列行為：……五、不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動。」勞資爭議處理法第 51 條規定：「(第 1 項) 基於工會法第 35 條第 1 項……規定所為之裁決申請，其程序準用第 39 條、第 40 條、第 41 條第 1 項、第 43 條至第 47 條規定。(第 2 項) 前項處分並得令當事人為一定之行為或不行為。……」其立法目的即在避免雇主藉其經濟優勢地位，對於勞工行使法

律所賦與之團結權、團體協商權及集體爭議權時，採取反工會組織及相關活動之不當勞動行為，並考量不當勞動行為態樣眾多，排除其侵害之方式不一而足，難以窮盡列舉，透過不當勞動行為裁決機制，除於具體個案認定是否構成不當勞動行為外，尚藉由賦予裁委會為救濟命令之裁量，課予雇主一定行為或不行為之義務，矯正雇主涉及勞工權利事項所為之不利決定，以迅速排除不當勞動行為，回復受侵害勞工之相關權益及集體勞動關係之正常運作。而是否構成工會法第 35 條第 1 項之不當勞動行為，則應依勞資關係脈絡，綜合客觀事實之一切情狀為斷，特別是雇主就同種或相類事例之處理方式前後是否不同，綜合判斷其是否具有阻礙勞工參與工會活動、減損工會實力或影響工會發展之情形而構成不當勞動行為。又按工會法第 35 條第 1 項第 5 款規定：「雇主不得當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動。」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（最高行政法院 102 年度判字第 563 號判決意旨參照）。

- 二、且雇主必須對各工會保持中立態度，平等承認和尊重其團結權，不得因各工會的立場、傾向或運動路線不同，而為差別待遇；如不具合理性而為區別待遇，致某一工會組織強化，或因此削弱其他工會運作，當可認係對工會之支配介入，而屬工會法第 35 條第 1 項第 5 款之不當勞動行為。又在產業工會與工會聯合組織同時存在時，亦應同此意旨。
- 三、依照本題題意，如 A 公司就 C 聯合總會理事長之會務假申請經審核後核給時，則在 B 產業工會之理事長申請會務假，其核給與否之審核，雇主即負有保持中立、平等對待之義務；如不具合理性而為差別待遇，致某一工會組織強化，或因此削弱其他工會運作，即可推認 A 公司有弱化某一工會之意圖，而構成工會法第 35 條第 1 項第 5 款不當勞動行為。

【閱卷委員的話】

本題之答題重點在於「不當勞動行為支配介入與雇主中立維持義務」，應考人倘能論及「雇主不得對工會成立、組織或活動有支配介入之行為，且雇主必須

對各工會保持中立態度，平等承認和尊重其團結權；雇主如不具合理性而對不同工會為差別待遇，造成特定工會組織強化，或因此削弱其他工會運作，即可認係對工會之支配介入，屬工會法第 35 條第 1 項第 5 款所定之不當勞動行為」，並進一步涵攝於本題之事實：「A 公司針對 C 聯合總會理事長之會務假申請與 B 產業工會之理事長申請會務假，其核給與否之審核，A 公司應保持中立，並平等對待 C 聯合總會與 B 產業工會；A 公司如不具合理性而對 B 產業工會為差別待遇，即可推認 A 公司有弱化 B 工會之意圖，因而構成工會法第 35 條第 1 項第 5 款不當勞動行為。」即可獲得高分。

多數應考人針對本題所回答之結論是正確的，亦即多數應考人之結論是「A 公司拒絕核給 B 產業工會理事長會務假之行為構成不當勞動行為」，惟在論述過程中有不少應考人並未論及「雇主支配介入行為」，許多應考人是從「差別待遇、不公平對待」的論點來做成「A 公司拒絕核給 B 產業工會理事長會務假之行為構成不當勞動行為」之結論。另外，有些應考人雖有做成「A 公司拒絕核給 B 產業工會理事長會務假之行為構成不當勞動行為」之結論，但卻沒有具體之論述內容；還有不少應考人認為「A 公司拒絕核給 B 產業工會理事長會務假之行為限制了 B 產業工會的活動權，因而構成不當勞動行為」。前述應考人之結論正確，但欠缺論述過程或是論述內容有誤者，皆會予以扣分。

在本題中，多數應考人的結論是正確的，表示多數應考人對「不當勞動行為支配介入與雇主中立維持義務」有一定的掌握與理解。

第三題

【總題說明】

本題旨在測驗應考人對於 111 年 5 月 1 日施行之勞工職業災害保險及保護法第 6 條第 1 項與第 36 條第 1 項等相關規定之理解。同法擴大加保對象，受僱於登記有案事業單位勞工，不論僱用人數，全部強制納保。勞工自到職日就有保險保障，如果發生職災，萬一雇主沒加保，仍有給付保障。

【評分要點】

一、依據勞工職業災害保險及保護法第 6 條第 1 項規定：「年滿十五歲以上之下列勞工，應以其雇主為投保單位，參加本保險為被保險人：一、受僱於領有執業證照、依法已辦理登記、設有稅籍或經中央主管機關依法核發聘僱許

可之雇主。二、依法不得參加公教人員保險之政府機關（構）、行政法人及公、私立學校之受僱員工。……」。同法第 12 條第 1 項規定：「符合第六條至第八條規定之勞工，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。……」本件勞工甲為 25 歲受僱於登記有案之事業單位乙，不管乙公司僱用人數為多少人，雇主均應於甲到職日為勞工甲辦理參加勞工職業災害保險。

二、依據勞工職業災害保險及保護法第 13 條第 1 項規定：「符合第六條規定之勞工，其保險效力之開始自到職當日起算，至離職當日停止。」此規定之立法理由說明略以：「一、為確保遭遇職業傷病之受僱勞工之給付權益，避免現行實務上投保單位未申報加保，致不生保險效力，而衍生勞工發生職業災害未有保險給付之情況，爰參酌日本、德國等先進國家職業災害保險制度，於第一項本文定明符合第六條規定之勞工，其保險效力之起訖時點。……」縱使雇主未依規定為勞工辦理加保，勞工嗣後遭遇職業傷病之保險事故，仍得依規定請領職災保險給付。

三、依據勞工職業災害保險及保護法第 96 條規定：「投保單位或雇主未依第十二條規定，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。」又依據勞工職業災害保險及保護法第 36 條第 1 項規定：「投保單位未依第十二條規定，為符合第六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。」此規定之立法理由說明略以：「鑒於符合第六條規定之勞工，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。……」故乙公司未依規定申報甲投保職業災害保險，經查核屬實，將核處其 2 至 10 萬元罰鍰，並公布違規事項，未改善者得連續處罰。甲發生職災事故並申領給付，勞保局核給給付後，會向乙公司追繳保險給付之金額。

【閱卷委員的話】

對於一般應考人而言，本題可說是相當基礎、相對容易的題目。尤其是應考人應試時，試務單位已提供相關法律條文規定參考，答案幾乎都可以在勞工職業災害保險及保護法規定中找到。然而，仍有不少應考人未注意到勞工職業災害保險及保護法已於 111 年 5 月 1 日施行，仍依勞工保險條例中職業災害保險相關規範作答，因此未能引用相關條文做正確的論述。

本題所涉各項問題實環環相扣，出發點在於測驗考生是否確實了解勞工職業災害保險及保護法擴大強制納保對象，以及明訂保險效力之開始自到職當日起算之規範的意義，不少應考者雖然在第一個問題中點出新法已無勞工保險條例所訂「受僱於僱用五人以上」之門檻的限制，但未能正確區別第 12 條所訂「符合第六條至第八條規定之勞工，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」，此一規定與同法第 13 條「保險效力之開始自到職當日起算」的關係，前者僅是基於社會保險強制性原則，對於本保險之強制納保對象為明確投保單位向保險人列表通知辦理投保手續義務之時點的規範，但保險效力的起算乃是依同法第 13 條而定，因此縱使雇主未為符合第六條規定之勞工辦理加保手續之情形，保險效力仍從到職日起算，未能明瞭此一規範意旨作答者，多會引用同法第 81 條：「未加入本保險之勞工，於本法施行後，遭遇職業傷病致失能或死亡，得向保險人申請照護補助、失能補助或死亡補助。」實誤釋勞工職業災害保險及保護法鑑於過去實務上投保單位未申報加保，致不生保險效力之問題，而於此新法中將保險效力之開始直接訂為到職當日的重要規範，能明確掌握此法律效力意義者，在全部答題者中非屬多數，顯示應考人對於此部新法的掌握明顯有所不足。

最後就乙公司須負何種責任此一問題，不少應考者耗費大量篇幅說明勞動基法與民法中關於職業災害之補償與賠償相關規定，實有誤解，此題係接續前述關於勞工職業災害保險及保護法之問題，應於勞工職業災害保險及保護法的範圍內為雇主各項責任的分析。

111年公務人員特種考試司法官考試第二試
111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話
科目：財稅法

第一題

【總題說明】

本題目命擬構想源自於實務實際所發生案例，除測驗考生對於稅捐救濟法之爭點主義與總額主義概念的爭議，與我國制定納稅者權利保護法規定之規範與熟習程度以外，另就納稅義務人有關受裁罰之罰鍰，可否自應稅所得額中主張減除的稅捐債務法爭議問題，以及在稅捐稽徵程序中，有關當事人協力義務規定與義務違反時的推計課稅等基本觀念，是否有正確理解與掌握，為主要命題測驗內容。題目可謂橫跨稅法總則之稅捐債務法、稅捐稽徵法與稅捐救濟法的不同階段，與涵蓋各個不同困難程度的法律問題。

【評分要點】

第(一)子題

本題目涉及爭點主義與總額主義之概念說明與兩者的差別，考生需要能點出爭議，正確引述納稅者權利保護法第21條第1項、第2項規定，即可取得適當分數。本題屬於基本觀念題，相對應屬較為簡易的法律題目。

第(二)子題

關於營業或執業行為遭處罰鍰者，納稅義務人可否自應稅所得額中予以減除，涉及客觀淨所得原則、法秩序一體性，以及所得稅法第38條規定的解釋適用問題。本題需要考生對相關基本原則概念，以及所得稅法法條規定有一定程度認識與瞭解，才能正確作答。本題規定，與前題之難易程度相比較，屬於較為困難的法律問題。

第(三)子題

本題涉及一般行政程序法與稅捐稽徵程序法之差異，納稅義務人依法在稅捐稽徵程序中，應負擔法定之稽徵協力義務，若納稅義務人未履行該等協力義務，將受有推計課稅的不利益結果。本問題屬於基本概念，對於推計課稅之實務上

的具體適用，則仰賴考生對推計課稅適用的正確理解與認識。本題相對於前兩個子題之題目，屬於相對而言，乃中等程度的法律問題。

【閱卷委員的話】

本題目共分三個子題，因此在計算分數上，閱卷委員必須依照命題之分配的各個子題，對於考生之各別說理與答案回覆，作整體性的評價。考生之回答既不能將各子題間說理與內容作重複性高、只是文字變換不同的回答，也不能在各個子題間之說理與價值，彼此產生相互的矛盾，這應該是考生在說理與作答時的基本原則。測驗有時候，必須分題為命題，是因為在訴訟實務上，每個爭議事件都會有許多的法律爭點，分子題而考，除反應訴訟爭議事件的實務現狀以外，考試上也是為避免考題之考點過於集中，使得該次測驗變成無鑑別度（只剩下幸運程度）的必要使然。因此之故，若考題有明確之分題，建議考生應要依照子題問題之內容而分別依序作答。以下閱卷委員的話，也是根據子題內容的回答與評分而作說明。

- 一、本題涉及爭點主義與總額主義的概念，與現行納稅者權利保護法規範的制定適用，據以修正過去稅捐訴訟實務有關爭點主義的作法，改採用總額主義精神的實務操作現況。但是，讓人驚訝的是，本屬於較為簡易引用法條之題目，有少部分比例考生仍採用爭點主義去思考與回答本問題。即在本件個案中，納稅義務人係對該管稅捐稽徵機關 107 年度之個人綜合所得稅的執行業務所得及罰鍰提起不服，但在行政訴訟程序當中，甲追加主張同一當事人同年度營利所得之項目，成為系爭個案訴訟爭議事件所爭執的內容。這些考生係認為，甲提出未經訴願（或復查）程序不得提起行政訴訟的行政訴訟法概念，或者引用稅捐稽徵法第 35 條規定，認為本件個案納稅義務人，此前並未對營利所得之項目提起復查或訴願程序，因此不能逕自在本件訴訟程序中，合併主張該等項目的爭議，似乎對於納稅者權利保護法第 21 條第 1 項與第 2 項的制定通過與生效施行，並沒有正確認識與瞭解。多數考生則能夠正確提到在總額主義之精神下，應容許當事人可以為爭點增加的主張，但可惜未同時引用納稅者權利保護法前揭條文規定，建議法律人應養成找尋與引用法律依據的職業習慣。
- 二、子題涉及到納稅義務人之營業行為，若因未遵循稅法規範而遭處罰鍰，其已經繳納完畢之罰鍰，是否可以作為計算應稅所得額的計算減項，此點涉

及客觀淨所得額原則的適用，屬於稅基的重大問題。但是，多數考生並沒有在本題作答中，注意並引用所得稅法第 38 條之規定。有不少比例考生則以，系爭罰鍰並非該納稅義務人之營業費用為理由，故而認為系爭罰鍰不可以加以減除。此一回覆之答案，涉及到財務會計與稅務會計區分問題，但這種回覆答案可認為正確，卻也可以認為是錯誤的。蓋因在財務會計，原則上納稅義務人因經營事業而遭主管機關裁處罰鍰者，此非因取得資產而為支出，固不列入成本範圍，但只要其遭受主管機關裁處之罰鍰而必須為支出者，在財務上就應該加以認列，不是列入其他費用，不然就是列入損失的範圍，必須如實且即時而加以反應。但所得稅法第 38 條規定，則是將其明確排除在納稅義務人應稅之所得額的減項計算當中。因此，本題固突顯出稅務與財務差異所在，但考題重點並不在於測驗考生對財稅差異會計觀念，而在於測驗考生對系爭法條規範的熟悉與背後價值的正確理解。該條規定，依據立法理由指出，各種稅法規定產生之罰鍰，「係屬對違反各種稅法規定所加之制裁，如准予作為費用或損失列支，將抵銷制裁之效果」，因此在結果上，「均不准其列為費用或損失」。換言之，本條乃立法者為避免降低（抵銷）裁罰之法律效果而作的立法規範要求，因此導出財稅差異結果，並非其性質自始非屬費用的緣故。本題只要能正確引用法條規定，與或同時說明規範背後之法律價值，即可獲得較佳的分數。有部分考生則順著納稅義務人在訴訟中主張之邏輯，以抵觸客觀淨所得原則為由，因此認為系爭處分具違法性，此觀點與法條規定相互抵觸，實務上確實有若干解釋函令予以承認，閱卷時，委員們對此並不作成對或錯的評價判斷，僅就考生回答內容，是否能凸顯前述之基本觀念與規範價值為要。

三、本件個案其實涉及行政程序法與稅捐稽徵法及各個稅法當中，有關協力負擔與協力義務觀念與規範的差異，不少比例之考生在答題時，取巧而迴避法定稽徵協力義務之規定，將其答題重點直接放在，納稅義務人因為違反協力義務，而應受到推計課稅的適用，並引用納稅者權利保護法第 14 條規定為據。少部分考生則是認為，該管稽徵機關無論如何，仍必須依職權而為調查證據原則。此種回答似乎沒有注意到，在本題目中，題目內容有指出該管稽徵機關查得納稅義務人帳戶內之收入資料，該管稽徵機關也係適用財政部訂定的「執行業務者費用標準」為認定基準。目前法律條文規定與實務學說主流意見，認為納稅義務人依法應負擔協力義務，若未能負擔協力義務，將有推計課稅的適用，因此結論上，尚無違反依法行政與依法

課稅原則的問題。

第二題

【總題說明】

本題之難度適中。第一子題部分是在測驗應考人對於稅捐稽徵法第 24 條第 3 項規定下限制出境措施之規範功能及法律性質是否能有充分正確之理解。第二子題部分則是在測驗應考人對行政執行法第 17 條有關限制居住之規定與稅捐稽徵法第 24 條第 3 項限制出境之規定在法律體系上之定位與彼此之關係是否亦能充分釐清。並據此解析財稅主管機關作成限制出境措施應遵循之法定要件，以及應如何合義務性地行使其裁量權。

【評分要點】

第(一)子題

第一個子題要求考生必須能正確掌握稅捐稽徵法第 24 條第 3 項規定下限制出境措施之法律性質並據以解題。應考人必須清楚地說明，該限制出境措施雖具有限制處分相對人之居住遷徙自由或一般行動自由之法律效果，但其目的係在確保租稅債權能獲得有效之清償，屬於租稅保全處分之一種，並非屬於對處分相對人違法有責行為予以非難制之裁罰性處分。因此這種租稅保全處分自不以「欠稅之納稅義務人對於欠繳稅款具有可歸責事由」作為其法定要件。故本題乙主張「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，並無主觀可歸責事由可言」，自不足以作為認定限制出境處分違法之理由。本題其實並不難，應考人只要能充分釐清本題限制出境措施之法律性質，並具以說明租稅保全處分並不以欠稅者對於欠繳稅款具有可歸責事由作為其法定要件，即不難獲取高分。反之，若誤將本題限制出境措施定性為行政罰並據以解題，則分數自難理想。

第(二)子題

此一子題難度較高。解題上有幾個重點必須分別釐清。

首先應考人必須先釐清稅捐稽徵法第 24 條有關限制出境之規定與行政執行法第 17 條有關限制住居之規定在法律體系上之關係。就此最高行 109 年度上字

第 114 號判決略謂：「稅捐稽徵法第 24 條為稅捐稽徵機關保全稅捐債權之規定，其目的在於保全稅捐稽徵機關之稅捐債權，防止納稅義務人脫產或逃避稅捐，屬確保將來強制執行前之措施。而行政執行法第 17 條第 1 項限制住居之規定，係行政機關將已生形式存續力之行政處分移送法務部行政執行署執行，由行政執行機關在不違背比例原則情形下，以限制住居為手段，督促義務人履行義務，實現公法上債權，其目的在於實現國家公法上金錢債權，滿足債權人，而非保全稅捐債權。上述二種限制出境規範的案件範圍不同，目的、發動之機關、制度性質、限制出境金額標準、先行程序及解除出境限制條件，均不相同。」法理上，行政執行法限制居住處分與稅捐稽徵法限制出境處分既分屬行政執行機關與財稅主管機關掌理，兩者各有所司，則丁行政執行機關依據與乙之協議而撤銷對乙之限制出境，對財稅主管機關自不具有拘束力。財稅主管機關自仍得本於法定職權自行判斷個案情節是否符合稅捐稽徵法第 24 條第三項規定之法定要件並據以為限制出境之裁量決定。從而丁行政執行機關撤銷對乙之限制出境，當然亦不足以作為乙信賴財稅主管機關後續行為之信賴基礎，故自不生財稅主管機關對乙之限制出境處分違反信賴保護原則之問題。

其次乙主張，對於 B 營利事業欠稅一事，尚無隱匿或移轉財產、逃避稅捐執行等跡象，財稅主管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。此一主張是否有理由，則必須分別就下列兩個層次解析：

一、財稅主管機關限制出境，除了必須符合稅捐稽徵法第 24 條第三項規定之要件外，是否同時必須符合行政執行法第 17 條有關限制住居之法定要件？

就此論者雖有主張上開兩個規定之規範功能及法律性質近似，故稅捐稽徵法第 24 條限制出境之法定要件，亦應具備行政執行法第 17 條限制住居之法定要件者，但並未為現今實務主流見解所採。依據目前實務見解，只要符合稅捐稽徵法第 24 條第三項規定之法定要件，財稅主管機關即得對乙為限制出境之處分。至於行政執行法第 17 條有關限制住居之要件，則非屬財稅主管機關限制出境之法定要件。故本案即使營利事業並無隱匿或移轉財產以及其他逃避稅捐執行跡象，亦不得據此認定財稅主管機關限制出境之處分有不符合法定要件之瑕疵。

二、是否只要符合稅捐稽徵法第 24 條第三項規定之法定要件，財稅主管機關所為限制出境之處分即當然合法？

查稅捐稽徵法第 24 條第三項規定係屬裁量授權之規定，並非屬羈束規定。故即使符合稅捐稽徵法第 24 條第三項規定之法定要件，財稅主管機關就是否為限制出境之處分，仍應在符合法律授權之目的下，對是否有為限制出境以保全租稅債權之必要為合義務性之裁量。財稅主管機關若是將此一規定誤解為羈束規定，即有裁量怠惰之瑕疵。至於在行使此一裁量權時，「有隱匿或移轉財產、逃避稅捐執行之行為」固屬對租稅債權有所危害之典型態樣，但若有其他足以危害租稅債權之情事而有為限制出境之必要者，財稅主管機關自仍得為限制出境之處分。就此財政部已頒定「財稅主管機關限制及解除欠稅人或欠稅營利事業負責人出境規範」，原則上亦是依據個人及營利事業欠稅額度及是否業已確定分別規定不同類型之限制出境條件，作為其行使限制出境裁量之基準。財稅主管機關若依據上開辦法行使裁量權，原則上尚不構成裁量怠惰之瑕疵。但財稅主管機關在個案中依據上開裁量基準採取限制出境處分，是否仍有可能因輕重失衡而違反比例原則，或是有出現在裁量基準中未予列入之重要因素而漏未斟酌，則仍必須就具體個案情節判斷之，尚不得以符合上開裁量基準即認定其必然無裁量之瑕疵。

本子題涉及之爭點較為複雜。基本上若應考人能針對上述幾個問題點層次分明地釐清並分析，則可以獲取相當高之分數。若能正確地釐清行政執行機關與財稅主管機關依法各有所司，在本題中限制出境之處分並無違背信賴保護原則之問題，則亦可獲取尚可之分數。但若誤將限制出境處分定性為行政罰，甚至認定本題中限制出境之處分違背一行為不二罰之原則者，則獲得之分數自然不理想。

【閱卷委員的話】

本題屬於稅法總論中租稅行政法範疇之問題。整體而言，其雖屬稅法學之領域，但並非屬於稅法之深水區，應考人只要對稅捐保全之措施有最基本認識，加上基礎之行政法學訓練，即不難獲取不錯之分數。

111年公務人員特種考試司法官考試第二試 111年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：海商法與海洋法

第一題

【總題說明】

本題取材自海巡署「台南艦」與陽明「柏明輪」訴訟案（最高 110 台上 2309 號、109 台抗 267、107 台上 968、106 台上 1864、105 台抗 277……）及晚近的 108 台上 2324（海研三號僱用契約爭議）。本考題涵蓋海商法第一章總則第 1 條及第 3 條海商法適用範圍及第四章船舶碰撞章第 97 條。

【評分要點】

第（一）子題

海商法第 3 條第 3 款規定：「下列船舶除因碰撞外，不適用本法之規定：……三、專用於公務之船舶。」X 輪屬海巡署艦艇，屬第 3 款專用於公務之船舶，本無海商法之適用，惟本題涉及船舶碰撞，依第 3 條「除因碰撞外」，X 船雖屬公船，亦有海商法之適用。至於 X 輪財產管理人有無權利主張船舶所有人責任限制乙點，涉及海商法第 3 條「除因碰撞外」之解釋問題，學術界對此有不同見解：一說認為該除外規定僅賦予公船適用「船舶碰撞章」之效力；另一說則認為只要是船舶碰撞，公船即有整部海商法之適用。國內學術對此二說並無統一見解，本人認為，從文義解釋，應採後說，亦即海巡署可主張責任限制；但如依論理解釋，相關公約排除公船之適用，似應採前說為宜。

第（二）子題

依海商法第 97 條第 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。」依我國航政機關海事評議結果，X 及 Y 輪過失責任比例為 60 比 40，X、Y 二輪均有過失，依本項規定，負連帶責任，亦即 Y 輪船員得對於債務人中一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付（民法第 273 條參照），因此 Y 輪受傷船員 30 萬美元損失向 X 輪財產管理人海巡署為全額求償，為有理由。

第（三）子題

依海商法第 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。」此規定在學理上稱為區分責任，亦即海上碰撞有共同過失者之財產毀損責任不採民事共同侵權行為連帶責任制，而採區分責任制，主要原因為類似我國海商法第 69 條第 1 款航行過失免責而來。依海商法第 97 條第 1 項規定，因此 Y 輪受損貨物之貨物所有權人僅能就 120 萬美元之 X 輪 60%過失部分（亦即 72 萬美元），向 X 輪的財產管理人為求償。

總結，本案有海商法適用，Y 輪受傷船員有權就 30 萬美元全額損失向海巡署求償，Y 輪受損貨物僅有權就 X 輪 60%過失比例（亦即 72 萬美元）部分向海巡署求償。

【閱卷委員的話】

本題屬中間偏易題型，多數考生掌握度佳，包括對第三條「除因碰撞外」的不同學術見解，多數學生亦能明確說明；但相對地，偏易題目也可凸顯出考生對海商法幾個核心範圍及議題是否有清楚認知。例如：

- 一、海商法第四章船舶碰撞屬命題大綱範圍，但有為數不少學生未針對該章進行研讀，解題時完全未引用第 97 條；
- 二、對「船舶所有人責任限制」（先有責任，僅就若干項目有權主張責任限制）及「海事優先權」（亦先有責任，但債權人對某些項目得主張優先受償權利）二法制有錯誤認知，直接將二法制規定作為責任基礎處理！
- 三、為數不少考生將「船舶所有人責任限制」與「單位責任限制」相混淆；以及
- 四、若干考生連最基本的民事基礎法連帶責任概念亦有錯誤認知情況。

第二題

【總題說明】

本題取材自 108 台上 2131、105 台上 1429（更三）、101 台上 1157……晶品告陽明/中國貨櫃/拖車公司/拖車司機乙案及為數眾多的海商法類似判決。本題考測考生對（海上）運送人責任期間、現行海商法第 76 條 1 項喜馬拉雅條款適用範圍、同條第 2 項商港區域及契約關係/侵權行為法律關係/請求權基礎之適

用。有別於先前考題將貨損事故限於「商港區域」發生，本題將事故特別設計發生在「商港區域外」。

【評分要點】

一、乙是否應負責？乙之責任基礎為何？乙可否主張單位限制責任？

(一) 乙為載貨證券發給人，依海商法第 75 條 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。本案運送責任期間為鹿特丹至新竹，於交付貨物前之運送期間，貨物發生毀損，運送人暨載貨證券簽發人乙自應承擔運送契約及載貨證券發給人之責任，對本案貨損負責。

(二) 另依海商法第 76 條第 2 項商港區域之規定，國內司法及學術見解普遍認為我國海商法海上貨物運送強制責任期間採港對港原則，本案發生於新竹櫃場，事故發生於港外，港外貨損事故，運送人乙究應依海商法負推定過失責任並得主張單位限制責任？我國學理及司法實務見解有單一說及分割說不同見解，尚未統一。單一說認為，於運送契約約定適用於非海上期間，運送人的責任應屬單一，除該非海上期間另有強制法律之適用者除外；分割說則認為海陸風險不同，應各自適用各運送段本應適用之法律。本人以為，依據晚近國際公約發展趨勢、尊重契約自由及諸多事故根本無區分海上風險及非海上風險之必要等角度，除「非海上段」另有強行法律規範外，以單一適用海商法為宜，亦即本案乙應承擔海上運送人推定過失責任，但可主張單位限制責任。

二、丙是否應負責？丙之責任基礎為何？丙可否主張單位限制責任？

丙為櫃場營運人，屬獨立的契約履行輔助人，非海商法第 76 條 1 項學理稱喜馬拉雅條款下運送人之代理人或受僱人，自無第 76 條 1 項喜馬拉雅條款之適用。另丙與貨物受領權人甲之間並無直接的運送契約關係，因此丙應承擔民法第 188 條侵權行為之僱用人責任。再者，一如前（一）點所述，本事件發生於海商法第 76 條第 2 項商港區域外，因此丙不得主張海商法單位限制責任之規定。

三、丁是否應負責？丁之責任基礎為何？丁可否主張單位限制責任？

丁為櫃場營運人丙之受僱人，非運送人乙之受僱人，因此無第 76 條 1 項喜馬拉雅條款之適用；再者，一如前（一）點所述，本事件發生於海商法第 76

條第 2 項商港區域外，因此丁不得主張海商法單位限制責任之規定。

短結：乙應承擔運送契約債務不履行法律責任，是否有海商法海上貨物運送節之適用，有單一說及分割說之爭議，本人採單一說，乙應承擔海上貨物運送契約之推定過失責任，亦可主張單位限制責任；丙、丁與甲無契約關係，無喜馬拉雅條款之適用，且事故地亦非海商法貨物運送強制期間，因此丙、丁應承擔侵權行為責任，丙、丁二人均不得主張海商法單位限制責任。

【閱卷委員的話】

本題考測「商港區域外」，運送人責任（單一說/分割說）、喜馬拉雅條款（受僱人/代理人）、契約/侵權責任等適用問題，屬中間偏難題目，考生掌握度差異相當大。少數考生能附帶說明海商法喜馬拉雅條款的不足/缺陷（認為應予以擴大適用）、引用第 63 條、第 69 條第 17 款等，均會酌情給分，但仍有為數不少考生對海商法海上貨物運送法制，甚至對基礎私法學有認知錯誤或不足之處，例如：

- 一、新竹貨櫃場屬商港區域外：本題無意考測考生對「商港區域」範圍的認知，但本題題幹已清楚說明貨物於基隆港卸載，並存放於新竹貨櫃場。從一般人角度，新竹貨櫃場屬「商港區域外」的認定毫無問題，但仍有為數不少的考生將其認定為「商港區域內」，而直接適用海商法第 76 條第 2 項。
- 二、海商法第 76 條 2 項「商港區域內」屬海商法海上貨運強制責任期間，對「運送責任單一說/分割說」論述要求其實並不高；「商港區域外」才是真正在考測「運送責任單一說/分割說」重點所在，惟針對「運送責任單一說/分割說」進行論述的考生並不多。甚有若干考生認為運送人對「鈎外」「港外」所生貨損事故無須負責！此亦對運送人全程責任及分割說理論的誤解。
- 三、若干考生不僅混淆第 21 條船舶所有人責任限制及第 70 條單位責任限制，且將二條文及第 76 條作為運送人乙及丙、丁的責任基礎條文，對該三條文的認知有嚴重錯誤。
- 四、法律關係仍無法清楚界定，甲與丙、丁間並無契約關係，甲應依何法律關係向丙、丁為請求？丙、丁是否屬運送人乙之受僱人或代理人？均屬民事法學之基礎認知，若干考生對此的認定尚有不足之處。

第三題

【總題說明】

本題主要在於測驗考生有關《聯合國海洋法公約》所規定，主要涉及專屬經濟區和大陸礁層之沿海國管轄權、不同國家間在《聯合國海洋法公約》所建立之不同海洋分區所擁有之權利義務調和問題。題目背景混合了近年美國和中國兩國間在相關海域所發生之爭端，乃至於近期在我國海域所發生之情勢而成。但依據題意，這是發生在假想的兩國 A 國和 B 國之間。本題，以實例題方式，測驗考生有關海上軍事活動和設置探測系統有關之規範運用於實務之可能情形。

【評分要點】

本題題意概述為 A 國和 B 國海岸相向，大陸礁層重疊，但未劃界。B 國在 A 國之大陸礁層設置海底探測系統，調查海洋環境和水文；A 國在 B 國海域進行飛彈試射。有關兩國行為之合法性問題，即應依據《聯合國海洋法公約》，分別就兩國行為進行分析。在評分比例上，兩國行為各占分一半，後續再依答題狀況、規範援引是否精確、規範分析是否正確、整體論理是否合理，進行給分。

由於題意提及兩國大陸礁層重疊尚未劃界，尚有《聯合國海洋法公約》第 83 條大陸礁層劃界規定之適用。但劃界並非沿海國主張大陸礁層權利之前提，亦即縱然尚未劃界，在本題中，沿海國仍非不能享有如下述之權利和主張。閱卷時，常見只援引《聯合國海洋法公約》第 83 條四款為本題所指各個情狀進行分析，明顯有欠周延。

就兩國行為而言：

一、A 國於 B 國海域進行飛彈試射

題目並未明確說明所發生地點在何等海域分區，因此必須區分所發生處為何等海域，包含內水、領海、專屬經濟區等。此外，題意亦僅稱「於 B 國海域」進行飛彈試射，應可免於考慮兩國重疊海域之可能。題意在行為樣態上，亦未說明是從岸上或是從船上進行飛彈試射，這點必須由考生在引用條文時加以區分。

若涉及在 B 國內水或領海內之飛彈試射，由於位於沿海國主權範圍內（《聯合國海洋法公約》第 2 條），相關飛彈試射行為，可能涉及《聯合國憲章》第 2 條第 4 款，「不得使用威脅或武力」之違反，亦有違反《聯合國海洋法公約》第 301 條規定海洋的和平利用之情形。若是以船艦在 B 國領海進行飛彈試射，亦非

為無害之通過(《聯合國海洋法公約》第 19 條)。

若涉及在 B 國專屬經濟區內之飛彈試射，則應從《聯合國海洋法公約》第 58 條第 1 項和第 3 項分析行為國和沿海國之公海自由權利與主權權利之平衡，行為國「應適當顧及沿海國的權利和義務，並應遵守沿海國按照本公約的規定和其他國際法規則所制定的與本部份不相牴觸的法律和規章。」

二、B 國於屬於 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

題目情境涉及相關行為是否為海洋科學研究；相關行為在沿海國大陸礁層是否為沿海國管轄事項等等。有關議題包含涉及沿海國在大陸礁層之主權權利，包含《聯合國海洋法公約》第 77 條有關之主權權利。亦涉及在沿海國大陸礁層設置海底探測系統—「設施或結構」，依據《聯合國海洋法公約》第 80 條比照專屬經濟區制度之第 60 條，屬於沿海國之專屬權利。B 國行為自屬侵害此等沿海國之專屬權利。尤其如所涉水域屬於 A 國專屬經濟區，依據第 56 條第 1 款第 a 項，人工島嶼、設施和結構應屬沿海國 A 國管轄。雖然調查海洋環境和水文活動近似於科學研究，但在國內外學者之解釋中，海洋科學研究採嚴格定義，並不包含此類活動，故而透過第 56 條第 1 款第 b 項稱此屬於沿海國管轄權部分，可能有引用條文和理由不精確之疑問。B 國行為如未獲得 A 國許可，自屬侵害《聯合國海洋法公約》有關沿海國在其大陸礁層之權限。或有採海洋科學研究寬鬆定義者，則應適用《聯合國海洋法公約》第十三部分有關海洋科學研究之一般規定，其中第 238 條規定所有國家縱然有權進行海洋科學研究，但仍受公約所規定其他國家之權利義務所限，尤其是沿海國在大陸礁層之權利。第 246 條第 1 款和第 2 款規定，沿海國在行使其管轄權時，有權按照本公約的有關條款，規定、准許和進行在其專屬經濟區內或大陸架上的海洋科學研究。在專屬經濟區內和大陸架上進行海洋科學研究，應經沿海國同意。B 國若從事海洋科學研究行為如未獲得 A 國許可，亦屬違反《聯合國海洋法公約》有關海洋科學研究規範。

閱卷時，常見援引《聯合國海洋法公約》第 79 條所有國家都有在大陸礁層鋪設海底電纜和管道之權利，論述 B 國行為合法；援引《聯合國海洋法公約》第 81 條沿海國在大陸礁層進行鑽探之專屬權利，論述 B 國行為違法；乃至於援引《聯合國海洋法公約》第 246 條第 3 款稱沿海國應對其他國家或各主管國際組織按照本公約專為和平目的和為了增進關於海洋環境的科學知識以謀全人類利益，而在其專屬經濟區內或大陸礁層上進行的海洋科學研究計劃，給予同意，故而 A 國應許可 B 國於屬於 A 國之大陸礁層設置海底探測系統。然而，此等論述，

基本上在規範解釋上，乃至於涵攝到本案事實中，均存在錯誤。本題，題意情狀，並非鋪設海底電纜和管道，亦非鑽探，亦非「專為和平目的和為了增進關於海洋環境的科學知識以謀全人類利益」。

【閱卷委員的話】

本題主要在於測驗有關《聯合國海洋法公約》所建立之不同海洋分區中，不同國家所擁有之權利義務，以及其調和問題，屬於傳統上在重要分區架構中的重要議題，也是《聯合國海洋法公約》的核心規定。加以題目背景刻意融合近年美國和中國兩國間在相關海域所發生之爭端，乃至於近期在我國海域所發生之情勢而成。為免於現實上國際政治之爭議，設定在假想的兩國 A 國和 B 國之間。本題，除了以實例題方式，測驗考生有關規範運用於實務之可能情形，更欲提醒考生海洋法有關之國際爭端即在我國周遭海域發生。在準備國家考試之餘，不能忽略有關國際情勢。甚至應在關心有關國際情勢之餘，從規範面，加以思考。

除此之外，由於本題考點甚多，一般考生如未發生明顯援引錯誤條文、解釋分析不合理、論述不合邏輯，應會獲得在平均低標左右的分數。若能更為完整依照題意，援引正確規範，進行解釋和適用，論理完整，應能獲得高分。

第四題

【總題說明】

本題主要在於測驗考生有關《聯合國海洋法公約》所規定相關國家之管轄權，主要涉及沿海國於領海之刑事管轄權、沿海國於鄰接區之執行管轄權等等。本題，透過實例題之方式，測驗考生有關鄰接區規範運用於實務之可能情形。題目背景主要改編自近年來在台灣海域周遭偶有發生之海上「喋血」事件和走私香菸案件，但依據題意，這是發生在假想的 E 國海域，以避免考生從國內法規定進行思考和作答，跳脫國際海洋法考科之設計用意。

【評分要點】

本題題意概述在於 E 國領海外一哩處，F 國籍船舶甲船準備走私香菸到乙船，期間發生甲船船員鬥毆，甲船船員 G 國人某丙因而受傷而死。E 國海巡單位稱就有關走私及鬥毆事件並無管轄權，其說法是否有理由。本題應依據《聯合國海洋

法公約》，分別就沿海國對於領海外一浬之走私香菸行為和鬥毆致死案件之管轄權進行分析。在評分比例上，兩項議題之分析各占分一半，後續再依答題狀況、規範援引是否精確、規範分析是否正確、整體論理是否合理，進行給分。

由於事件發生於 E 國領海「外」一浬處，常見有考生，誤以為位於領海「內」，而逕自答題，顯然對於題目欠缺仔細閱讀，往往導致最終錯誤答題，無法得分。在有關議題上，確定發生於何等海域是處理涉及《聯合國海洋法公約》實務議題之首要任務。確定發生於何等海域之後，才能精確援引和適用《聯合國海洋法公約》有關條文，進行判斷。

有關走私香菸行為部分，涉及沿海國在其鄰接區之管轄權。依據《聯合國海洋法公約》第 33 條第 2 款規定，鄰接區為從測算領海寬度的基線量起，不得超過二十四浬之處。本題若 E 國曾依據《聯合國海洋法公約》主張有鄰接區，則自然應判斷發生於其鄰接區中。另依據《聯合國海洋法公約》第 33 條第 1 款規定：「沿海國可在毗連其領海稱為毗連區的區域內，行使為下列事項所必要的管制：(a)防止在其領土或領海內違犯其海關、財政、移民或衛生的法律和規章；(b)懲治在其領土或領海內違犯上述法律和規章的行為。」本條款賦予沿海國與海關、財政、移民或衛生有關之執行管轄權。儘管前述條文有關「管制」之稱，可能存有疑問，是否涵蓋管轄權之賦予。但在解釋上，如果不涵蓋執行管轄權之賦予，又如何能落實「管制」，以及鄰接區設置之目的。沿海國本有依據其海關、財政、移民或衛生有關規範於鄰接區中行使防止和懲治之權限和管轄權，並非於領海外之外籍船舶，沿海國即全無管轄權，此涉及鄰接區制度和功能。因此，有關走私香菸行為，難稱 E 國就此並無於其鄰接區之管轄權。

有關船員鬥毆致死部分，縱然《聯合國海洋法公約》第 27 條第 1 款就沿海國於領海內對於外國船舶之刑事管轄權行使訂有四種情形，包含：(a)罪行的後果及於沿海國；(b)罪行屬於擾亂當地安寧或領海的良好秩序的性質；(c)經船長或船旗國外交代表或領事官員請求地方當局予以協助；或(d)這些措施是取締違法販運麻醉藥品或精神調理物質所必要的。但本案發生於領海外，在鄰接區或專屬經濟區中，並無類似規定，故而就船員鬥毆致死部分，E 國確實無管轄權。E 國海巡單位說法就走私行為部分並無理由，但就船員鬥毆致死部分，應有理由。不過閱卷時，常見考生情理上掙扎無法說服自己此部分無管轄權，因而強硬論述應依照或是類推適用《聯合國海洋法公約》第 27 條第 1 款，認為此涉「罪行的後果及於沿海國」或「取締違法販運麻醉藥品或精神調理物質所必要的措施」，

而沿海國就船員鬥毆致死部分亦有管轄權。但此等說法，既欠缺對於國際條約之基本認識，又違背分區架構之基本規範。

另外，若認為E國尚未主張鄰接區，而其領海外應即為公海，則公海為船旗國專屬管轄（《聯合國海洋法公約》第94條），對於領海外之公海發生之走私香菸行為和鬥毆致死行為，E國並無管轄權。惟在閱卷時，常見有援引《聯合國海洋法公約》第98條第1款第a項規定，稱每個國家應責成懸掛該國旗幟航行的船舶的船長，在不嚴重危及其船舶、船員或乘客的情況下：(a)救助在海上遇到的任何有生命危險的人，進而稱E國應負救助義務。但其謬誤有二：此等救助義務並非賦予沿海國相關管轄權之規範依據；本條救助義務聚焦於船長責任，並非沿海國義務。此外，在閱卷時，亦常見有援引《聯合國海洋法公約》第108條第1款，有關麻醉藥品或精神調理物質的非法販運之規定，要求所有國家應進行點作，以制止船舶違反國際公約在海上從事非法販運麻醉藥品和精神調理物質。但香菸並非此處所稱之麻醉藥品和精神調理物質，此等規範之援引亦屬謬誤。

【閱卷委員的話】

本題主要在於測驗有關《聯合國海洋法公約》所建立之不同海洋分區中，尤其是鄰接區中，沿海國所擁有之權利、義務和管轄權，屬於傳統上在重要分區架構中的重要議題，也是《聯合國海洋法公約》的核心規定。題目背景刻意針對近年在我國海域所發生之事件改編而成。為免考生限於國內規定進行作答，而失去本科國際海洋法之焦點，因此設定在假想的E國海域。本題考點較為單純，然而能掌握前述評分要點之七八成以上內容的考生仍是鳳毛麟角。在有關鄰接區的規定上，如能正確援引條文、合理解釋分析、進行邏輯論述，應會獲得平均已上的分數。不過，閱卷時，亦能感受部分考生以臨場翻閱所附條文的方式準備本科，因此產生引用、解釋和適用《聯合國海洋法公約》條文產生重大謬誤、不合理的情形，使得國家考試規劃測驗國際法、海洋法之良苦用心，被大打折扣，令人深感惋惜。

111 年公務人員特種考試司法官考試第二試成績統計

得分 科目	前3 高分	後3 低分	排名第33% 者得分	前33% 平均得分	排名中位 數者得分	前50% 平均得分	全程到考者 平均得分	第二試錄取 者(192人) 平均得分
憲法與行 政法 (200分)	146.50	20.00	108.50	116.51	103.00	112.86	101.76	120.38
	146.00	24.50						
	142.50	26.00						
刑法與刑 事訴訟法 (200分)	141.50	0.00	105.50	112.50	100.50	109.24	99.75	115.22
	140.00	15.00						
	135.50	19.00						
民法與民 事訴訟法 (一) (150分)	105.50	0.00	77.00	83.52	72.00	80.48	70.99	85.45
	105.00	8.00						
	102.50	17.50						
民法與民 事訴訟法 (二) (150分)	107.50	0.00	83.00	88.87	79.00	86.21	77.67	90.15
	106.00	3.00						
	104.50	9.00						
公司法、保 險法與證券 交易法 (100分)	77.50	0.00	56.50	61.93	52.00	59.34	51.55	63.97
	77.00	2.00						
	76.00	2.50						
國文 (100分)	80.00	6.00	53.00	59.08	50.00	56.52	49.20	57.18
	79.00	9.00						
	78.00	12.00						

註：司法官考試第二試全程到考 2,523 人。

111 年公務人員特種考試司法官考試第二試應考人成績(總分 900 分)分布情形

司法官考試	人數/分數
全程到考人數	2,523
前 33%人數	833
錄取人數	192
總分前 3 高	579.50
	574.00
	570.00
總分後 3 低	69.00
	100.00
	101.00
錄取者最低總分	515.50
排名第 33%者總分	474.50
錄取者平均總分	532.34
未達錄取標準最高總分	515.00
總分達 500 分以上 (比例)	372 (14.74%)
排名中位數者總分	457.00
前 50%平均總分	489.31
到考者平均總分	450.92

分數	人數	
580 分以上	0	
570-579 分	3	
560-569 分	7	
550-559 分	20	
540-549 分	20	
530-539 分	45	
520-529 分	57	
510-519 分	92	
500-509 分	128	
490-499 分	169	
480-489 分	188	
470-479 分	215	
460-469 分	249	
450-459 分	225	
440-449 分	208	
430-439 分	176	
420-429 分	149	
410-419 分	130	
400-409 分	120	
390-399 分	66	
380-389 分	48	
370-379 分	39	
360-369 分	42	
350-359 分	18	
340-349 分	26	
330-339 分	17	
320-329 分	19	
310-309 分	15	
300-309 分	7	
290-299 分	4	
280-289 分	3	
270-279 分	3	
260-269 分	4	
250-259 分	2	
240-249 分	2	
230-239 分	0	
220-229 分	0	
210-219 分	1	
200-209 分	1	
200 分以下	5	
得分 550 分以上	30	1.19%
得分 500-550 分者	342	13.56%
得分 400-499 分者	1829	72.49%
得分 300-399 分者	297	11.77%
得分 200-299 分者	20	0.79%
得分 200 分以下	5	0.20%

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試應考人成績統計表

項目 \ 選試組別	智慧財產法組	勞動社會法組	財稅法組	海商法與海洋法組
全程到考人數	935 人	525 人	265 人	1,062 人
前 33% 人數	309 人	174 人	88 人	351 人
及格人數	311 人	169 人	81 人	352 人
總分前 3 高 (總分 1000 分)	641.50 分 628.50 分 627.50 分	653.50 分 631.50 分 621.50 分	607.00 分 600.00 分 585.50 分	601.00 分 596.50 分 595.50 分
總分後 3 低 (總分 1000 分)	251.00 分 237.50 分 100.00 分	162.00 分 121.00 分 69.00 分	280.00 分 271.00 分 120.00 分	206.00 分 189.00 分 186.50 分
及格者最低分數	508.00 分	509.00 分	505.00 分	512.50 分
及格標準	508.00 分	509.00 分	505.00 分	512.50 分
及格者平均總分	539.77 分	541.98 分	533.35 分	537.67 分
未及格者 最高總分(人數)	517.00 分 (1 人)	536.00 分 (1 人)	523.50 分 (1 人)	512.00 分 (4 人)
總分達 500 分 人數(比例)	395 人 (42.25%)	207 人 (39.43%)	98 人 (36.98%)	471 人 (44.35%)
排名中位數者總分	490.00 分	490.00 分	479.50 分	491.50 分
前 50% 平均總分	526.25 分	527.12 分	518.02 分	525.81 分
到考者平均總分	483.77 分	478.75 分	474.68 分	483.19 分
共同法律專業科目 總分達 400 分 人數(比例)	459 人 (49.09%)	225 人 (42.86%)	94 人 (35.47%)	532 人 (50.09%)

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試應考人各應試科目成績分析表

項目 科目	前 3 高分	後 3 低分	排名第 33% 者成績	前 33% 平均成績	排名中位數 者成績	前 50% 平均成績	到考者 平均成績
憲法與行政法 (200 分)	148.5(海 1)	21.5(勞 1)	106.50	114.60	101.00	110.91	99.33
	146.5(智 1)	20.0(勞 1)					
	140.0(智 1. 海 1)	0.0(智 1)					
刑法與刑事 訴訟法 (200 分)	141.5(勞 1)	19.0(財 1)	103.50	110.55	54.00	107.24	97.51
	140.0(智 1)	15.0(海 1)					
	135.5(勞 1. 海 1)	0.0(勞 1)					
民法與民事 訴訟法(一) (150 分)	105.5(智 1)	13.5(海 1)	74.00	81.16	68.50	77.89	67.63
	105.0(海 1)	8.0(財 1)					
	100.0(勞 1)	0.0(勞 1)					
民法與民事 訴訟法(二) (150 分)	107.5(勞 1. 財 1)	9.0(海 1)	81.50	87.47	77.50	84.73	75.41
	104.5(海 1)	3.0(智 1)					
	104.0(海 1)	0.0(勞 1. 財 1)					
公司法、保險法 與證券交易法 (100 分)	77.5(海 1)	2.5(海 1)	54.50	60.51	50.50	57.75	49.68
	77.0(海 1)	2.0(勞 1)					
	76.0(海 1)	0.0(智 1. 勞 2. 財 1)					
共同法律專業科目(800 分)合計得分			420.00	454.29	351.50	438.52	389.56
國文 (100 分)	80.0(智 1)	7.0(勞 1)	53.00	58.38	49.00	55.79	48.63
	79.0(智 1)	6.0(智 1)					
	78.0(財 1. 海 1)	0.0(智 1. 勞 1)					
智慧財產法 (100 分)	76.5(1)	5.5(1)	48.50	54.37	45.00	51.77	43.83
	72.5(1)	1.5(1)					
	71.0(1)	0.0(3)					
智慧財產法組全部科目(1000 分)合計得分			521.50	567.04	445.50	546.08	482.02
勞動社會法 (100 分)	79.0(1)	5.5(1)	48.00	56.15	43.00	52.57	42.18
	78.0(1)	4.0(1)					
	76.0(1)	0.0(2)					
勞動社會法組全部科目(1000 分)合計得分			521.00	568.82	443.50	546.88	480.37
財稅法 (100 分)	70.0(3)	19.0(1)	51.50	57.76	46.50	54.77	46.33
	69.5(1)	2.0(1)					
	68.5(1)	0.0(1)					
財稅法組全部科目(1000 分)合計得分			524.50	570.43	447.00	549.08	484.52
海商法與 海洋法 (100 分)	65.0(1)	3.5(1)	46.50	51.08	44.00	49.10	43.26
	63.5(2)	2.5(1)					
	61.5(1)	0.0(1)					
海商法與海洋法組全部科目(1000 分)合計得分			519.50	563.75	444.50	543.41	481.45

註：1 各選試科目組共同法律專業科目第 33% 者為 920 名，中位數（50%）者為第 1,394 名。

2. 各選試科目組第 33% 者：309 名(智慧財產法)；174 名(勞動社會法)；88 名(財稅法)；351 名(海商法與海洋法)。

3. 各選試科目組第 50% 者：468 名(智慧財產法)；263 名(勞動社會法)；133 名(財稅法)；531 名(海商法與海洋法)。

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試應考人總成績級距表

選試組別 總分級距	智慧財產法組	勞動社會法組	財稅法組	海商法與海洋法組
600 分以上	15	6	2	1
590-599 分	6	3	0	4
580-589 分	8	4	2	4
570-579 分	9	10	2	14
560-569 分	19	9	5	27
550-559 分	33	21	5	36
540-549 分	38	23	11	46
530-539 分	49	32	13	75
520-529 分	44	35	15	80
510-519 分	74	30	18	89
500-509 分	100	34	25	95
490-499 分	73	58	14	80
480-489 分	74	23	19	76
470-479 分	64	35	25	76
460-469 分	60	36	18	70
450-459 分	53	26	16	56
440-449 分	46	24	17	47
430-439 分	38	27	10	25
420-429 分	21	16	9	28
410-419 分	18	7	6	21
400-409 分	22	10	6	26
390-399 分	15	8	5	13
380-389 分	11	8	8	12
370-379 分	6	10	1	10
360-369 分	12	7	2	16
350-359 分	5	3	2	10

340-349 分	6		4		4		4	
330-339 分	3		4		0		6	
320-329 分	1		0		1		1	
310-319 分	2		1		0		3	
300-309 分	1		3		0		1	
290-299 分	1		0		0		1	
280-289 分	1		2		1		1	
270-279 分	2		0		1		1	
260-269 分	0		0		0		1	
250-259 分	1		0		0		1	
200-249 分	0		1		0		2	
100-199 分	0		2		0		2	
99.99 分以下	0		0		0		0	
得分 600 分以上	15	1.60%	6	1.14%	2	0.75%	1	0.09%
得分 500-599 分者	380	40.64%	201	38.29%	96	36.23%	470	44.26%
得分 400-499 分者	469	50.16%	262	49.90%	140	52.83%	505	47.55%
得分 300-399 分者	62	6.63%	48	9.14%	23	8.68%	76	7.16%
得分 200-299 分者	5	0.53%	3	0.57%	2	0.76%	7	0.66%
得分 100-199 分者	0	0.29%	2	0.38%	0	0.00%	2	0.19%
得分 0-99 分者	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%
全到且遭否決	4	0.43%	3	0.57%	2	0.75%	1	0.09%