

111 年公務人員特種考試司法官考試
111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

第二試試題

類科：各類科

科目：憲法與行政法

考試時間：3 小時

霖徊老師、孫權老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

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 完成捕魚作業回到台灣，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 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。

公職王歷屆試題（111 司律二試）

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，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。

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

第 10 條

下列情型之一者，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。

憲法

【考題難易度】★★

【破題關鍵】

公法第一題第一小題：

從肺炎疫情開始，「不屬於刑事被告」但仍然被拘束人身自由的人民，該如何救濟、法院應如何處理，早在 109 年就考過，109 年考的是國家強制隔離「前」該怎麼辦，今年 111 考的是國家強制拘禁「後」該怎麼辦，算是非常應景的時事＋考古題的綜合題型，再次展現公法尤其是憲法考題「根本就是考新聞」。

公法第一題第三小題

集會遊行要採許可還是報備的爭議早在釋字第 445 號解釋就有言詞辯論過，直到近兩年罷韓的運動後，又迎來一波討論（依舊是時事議題），許多公法學者對於我國之集會遊行採許可制頗有不滿，此次便出現在考題中。本題算是最簡單的一題，先了解釋字 445 後表達自己見解即可。

公法第一題第四小題

外國人是否可以作為集會遊行之首謀，要先討論外國人是否受基本權之保障，這在肺炎時期屬於中國人的「小明」能不能回國時的議題，就有出現過的爭點，政大法研所在 108 年也有考出來過。

行政法

【考題難易度】★★★

【破題關鍵】本題應先就驅逐決定定性，並就該定性決定對應之訴訟類型與暫時權利保護手段，並個別分析聲請要件。

【擬答】

(一) A 及 B 可向法院聲請提審

1. 提審之範圍與審查

提審法之意旨乃為落實憲法第 8 條第 2 項後段、第 3 項對人民人身自由的保障，藉由賦予任何人對於本人或他人之人身自由，被法院以外任何機關逮捕、拘禁而予剝奪時，均得聲請法院提審的權利，並於提審法第 5 條規定中，要求受理提審聲請之法院，除同條第 1 項但書所窮盡列舉的少數例外情形以外，均應於繫屬後 24 小時內，向逮捕、拘禁機關發提審票的人身保護令狀（Writ of Habeas Corpus，司法院釋字第 392 號解釋理由參照），不得以無管轄權而逕以裁定駁回其聲請；並命逮捕、拘禁機關應於收受提審票後，24 小時內將被逮捕、拘禁人解交法院（同法第 7 條第 1 項規定參照），且法院應給予聲

請人、被逮捕、拘禁人及逮捕、拘禁之機關到場陳述意見之機會，經由此等被逮捕、拘禁之人得以迅速提審至法院，在法官面前陳述意見的即時司法救濟程序，由法院審查逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序（同法第 8 條第 1 項規定參照），讓憲法上其他自由權利保障前提的人身自由，能得到充分的保障。因此，參照上述提審法之修正乃為落實憲法保障人民人身自由的意旨：

(1) 提審法上所謂「法院以外任何機關的拘禁」，只要法院以外其他機關經由公權力措施，違反人民之意願，使其人身在非短暫的時間內，受拘束於一定侷限的空間，無從依其意願離開受拘束的空間，致其人身向各方移動的自由均受限制，達於人身自由遭剝奪的程度，均屬之〔司法院釋字第 392 號解釋理由參照，並可參見德國聯邦憲法法院西元 2011 年之裁判見解的闡述，請見 BVerfG NVwZ 2011, 743 (744, Rn. 20)〕。至於該侷限空間是否為國家興建或管理的公共設施，抑或私營甚至人民自己適於住居的處所；又違反其意願使其人身自由受剝奪的強制措施，究竟是施以有形物理性的拘束，抑或經由處罰制裁之心理強制，使其受迫放棄人身自由之行使，均在所不論，皆構成剝奪人身自由的拘禁（關於此點，可參見德國憲法釋義學上，對於何等情形構成人身自由之剝奪，而應受法院正當法律程序之保障的闡述，見 Mehde in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar Werkstand: 95. EL Juli 2021, GG Art. 104, Rn. 64, 67.）。故而，受逮捕、拘禁之人，除非其受逮捕或拘禁於一定侷限空間的情狀已經解除，恢復其人身向各方移動之自由不受限的狀態，而可認已無逮捕、拘禁的事實；否則，受理提審聲請之法院，不能以該受拘禁者是拘禁於「旅館而非公權力處所」，或僅以「罰鍰之財產上不利益」使其順服強制措施，未令其遭受物理強制力拘束等等為理由，就誤認人民已無拘禁的事實，而錯依提審法第 5 條第 1 項但書第 6 款規定，怠於發提審票使受拘禁人到場陳述意見的義務，並逕而以裁定駁回其聲請。

(2) 提審法第 8 條第 1 項規定：「法院審查逮捕、拘禁之合法性，應就逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序為之。」其修法說明雖謂：「……法院審查逮捕、拘禁之合法性，僅在審查其逮捕、拘禁程序之合法性，非在認定被逮捕、拘禁人有無被逮捕、拘禁之本案實體原因及有無被逮捕、拘禁之必要性，故其採行之證據法則，僅以自由證明為已足。……」然則此等立法理由僅具解釋、適用法律之參考價值，並非法律本身，不具拘束法院應如何依法裁判的效力。而提審法賦予任何人得為人民之人身自由遭剝奪情事得以聲請提審的權利，既在使人身自由遭法院以外其他機關不法剝奪者，能獲即時之司法救濟，以落實憲法第 8 條第 2 項後段、第 3 項所定提審制度對人身自由此一重要基本權利的保障，其功能的發揮，有賴提審法院對逮捕、拘禁等剝奪人身自由措施的合法性審查，即不能僅侷限於表面形式上，逮捕、拘禁的執行行為，有無法律上的依據或類如執行名義的行政處分，作為其依據或原因。相對地，提審法院應在審理程序中，針對行政機關決定及實際執行剝奪人身自由措施之法律依據、原因與程序是否符合相關法規要求等問題，進行全面性審查，包括逮捕、拘禁執行行為前有基礎處分者，例如下命隔離拘禁，也應就該基礎處分的合法性一併審查。否則，忽略基礎處分合法與否之審查，無從審認剝奪人身自由之「原因」是否屬法規許可之範圍，也不能實質發揮即時有效司法救濟的功能，誠非憲法上開規定所設提審制度的意旨。至於提審程序在憲法的預設上，既要達成「即時」的司法救濟功能，審理程序固有高度的時間壓力，審查密度雖難與一般行政訴訟本案訴訟程序相比擬，但受理提審聲請法院仍應在「即時」與「正確有效」之間，尋求適當之平衡，在職權調查原則之客觀舉證責任下，督促當事人，尤其是逮捕、拘禁機關，善盡其等協力義務，俾於逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序等之合法性全面審查，方得適切體現提審制度所寓上述憲法意旨。（臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 1 號裁定參照）

2. 本件 A 及 B 可向法院聲請提審

- (1)在本件當中，提審法雖規定人民被法院以外之任何機關「逮捕、拘禁」作為聲請提審之要件，進一步產生將兩人暫時安置於機場管制區內是否構成「逮捕、拘禁」之討論，然依照上開行政法院判決之意旨，可理解為提審之立法目的係人民實質上因國家之公權力行為喪失可以自由移動、離開某一處所之權利，故無論是依照什麼理由、拘禁於是否為國家機關之處所，均不妨礙人民「實際上無法離開之本質」，例如：國家告知某人，如果離開自己家會有上千萬之罰鍰，均屬構成提審之範疇。
- (2)綜上，A 及 B 所獲致之行為雖非屬於典型之逮捕、拘禁，但實際上兩人被迫停留在場管制區內，無任何可以離開、自由移動之可能，符合於提審法之聲請要件，A 及 B 可向法院聲請提審。

相關考題

111 年台大行政法第 2 題

行政機關為控制疫情所實施之隔離，自司法院釋字第 690 號解釋宣布不以法官保留為必要以來，針對此類人身自由之剝奪，提審爰為落實憲法第 8 條即時有效之司法救濟要求的重要制度。惟現行行政法院實務對於因隔離而聲請提審之事件，多以提審法第 8 條第 1 項規定：「法院審查逮捕、拘禁之合法性應就逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序為之」為依據，同時援引該條規定之立法理由：「法院審查逮捕、拘禁之合法性，僅在審查其逮捕、拘禁程序之合法性，非在認定被逮捕、拘禁人有無被逮捕、拘禁之本案實體原因及有無被逮捕、拘禁之必要性...」，強調提審程序非撤銷訴訟，故原則上不審查下命隔離之行政處分本身的合法性，而逕以該處分有效為前提，僅審查實際執行隔離的過程是否合法，來決定依同法第 9 條第 1 項規定：「法院審查後，認為不應逮捕、拘禁者，應即裁定釋放；認為應予逮捕、拘禁者，以裁定駁回之，並將被逮捕、拘禁人解返原解交之機關」，如何處理。準此，試評釋現行行政法院實務的立場是否正確！（20 分）此外，假使行政法院依前揭第 9 條第 1 項前段規定，裁定釋放被隔離者後，該被隔離者對於原下命隔離之行政處分仍有不服時，依現行行政訴訟法如何救濟？（20 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)

1. A 及 B 對強制驅逐出國之決定不服，可提起停止執行

(1)強制驅逐出國決定係屬行政處分

行政程序法第 92 條規定，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。

因此，當內政部移民署片面決定，要強制把 A 與 B 從台灣境內趕出去的同時，即對該等產生限期離開台灣境內的義務；這樣的決定，就是一個行政處分。

(2)面對處分所生的現狀惡化，得聲請停止執行

①訴願階段即得提起停止執行

因為入出國移民法並未特別規定救濟途徑，因此 A 與 B 即得對驅逐處分，循序提起訴願及行政訴訟，並於期間要求處分之停止執行。

但如同高等行政法院 89 年度第 1 次法律座談會提案第 7 號決議指出：訴願法第九十三條第三項既規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要，且行政法院係審查行政處分違法性之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查。必須其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，應認欠缺保護之必要而駁回其聲請，庶不致浪費司法資源。

②停止執行之要件分析

因訴願法第 93 條第 3 項、第 2 項及行政訴訟法第 116 條第 2 項分別將「行政處分之合法性顯有疑義」及「原告之訴在法律上顯無理由」列為「得停止執行」及「不得停止執行」之態樣，是參考前述要件，得整理成下列審查階段。

即原則上係對獲得撤銷訴訟勝訴判決確定之受處分人或訴願人，提供有效法律保護之基本精神。從而，行政法院於審查停止執行之聲請時，依即時可得調查之事證判斷，如聲請人之本案訴訟顯會勝訴（即行政處分之合法性顯有疑義），即得裁定停止執行；惟如聲請人之本案訴訟顯會敗訴（法律上顯無理由），則應駁回其聲請；至如聲請人之本案訴訟並無顯會勝訴或敗訴之情形，則應審究原處分之執行是否會發生難於回復之損害，且有急迫情事，以及停止執行對公益有無重大影響等要件，以決定之¹。

2. 對驅逐出境之決定得循序提起撤銷訴訟；離境後，得提起確認處分違法之訴

(1) 驅逐決定執行完畢前，得提起撤銷訴訟

如同前述，因為入出國移民法並未特別規定救濟途徑，因此 A 與 B 即得對驅逐處分，循序提起訴願及撤銷訴訟，並於期間要求處分之停止執行。

(2) 驅逐決定執行完畢後，得提起確認處分違法之訴

如同行政訴訟法第 6 條規定，處分經確認已執行而無回復原狀可能，尚得就該處分提起確認違法之訴。此際，已經執行之處分，其確認利益究屬為何？

如同司法院釋字第 546 號之意旨，爭訟有權利保護必要，即具有爭訟之利益為前提，倘對於當事人被侵害之權利或法律上利益，縱經審議或審判結果，亦無從補救，或無法回復其法律上之地位或其他利益者，即無進行爭訟而為實質審查之實益。

承前釋字表示：當事人所提出之爭訟事件，縱因時間之經過，無從回復權利被侵害前之狀態，然基於合理之期待，未來仍有同類情事發生之可能時，即非無權利保護必要，自應予以救濟，以保障其權益。

是以，當 A 與 B 被處以驅逐處分，且以之不服提起行政爭訟時，雖處分已執行完畢，但其經由入境而擔任工作或其他生活乃憲法所保障之權利，且性質上得反覆行使，除非該項入境制度已不復存在，則審議結果對其參與另次入境仍具實益，並非無權利保護必要者可比，而應認有確認利益。

(三) 室外集會遊行應事先申請許可為違憲

1. 釋字第 445 號解釋曾認室外集會遊行應事先申請許可不必然違憲

對於集會、遊行之限制，大別之，有追懲制、報備制及許可制之分。集會遊行法第八條第二項規定室內集會無須申請許可，同條第一項前段雖規定室外集會、遊行，應向主管機關申請許可，惟其但書則規定：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，則均在除外之列，可見集會遊行法係採許可制。對此事前行政管制之規定，判斷是否符合憲法第二十三條之比例原則，仍應就相關聯且必要之規定逐一審查，並非採用追懲制或報備制始得謂為符合憲政原則，採用事前管制則係侵害集會自由之基本人權。聲請意旨執此指摘，自非有理由。於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害。主管機關為維護交通安全或社會安寧等重要公益，亦得於事前採行必要措施，妥為因應。

2. 然言論自由之事前限制，應採違憲推定之嚴格審查標準

化妝品廣告之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

¹ 參考自最高行 107 年度裁字第 1590 號裁定。

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（釋字第 744 號解釋參照）。

3. 室外集會遊行應事先申請許可為違憲

集會自由是以行動為主的表現自由，對於不易利用媒體言論管道之眾人，為公開表達意見之直接途徑，集體意見之參與者使集會、遊行發展成「積極參與國家意思形成之參與權」，故兼有受益權之性質，屬於政治性之高價值言論（釋字第 644 號解釋參照），又依照前開釋字第 744 號解釋之意旨，集會遊行前須經過有關機關允許，當然構成言論自由之事前限制，應符合防「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之目的時」，才可採取事前限制。

惟一場集會遊行殊難想像會造成人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害，根本不存在事前限制之合憲前提，況且在符合比例原則之討論下，為調節集會、遊行與一般民眾因此感受之不便，採用報備制，使警察機關得預為綢繆，避免參與集會者之利益與第三人之安全利益發生不必要之衝突，並視情況採取維持秩序之措施，以資兼顧。換言之，只要有報備，警察就可以在當場維護一定秩序，進一步也避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害，故現行採許可制之設計，違反比例原則之必要性而違憲。

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)

四之一、不允許外國人擔任室外集會遊行負責人的規定違憲，應無理由

1. 我國司法實務對及學說外國人是否享有基本權利的看法

我國目前通說，對於外國人是否受我國基本權之保障，為傳統三分法之觀點，並將基本權區分為：(1)人權，係基於「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、生命權、信仰自由等。(2)國民權，是具有本國國民身分者才能享有的權利，依照中華民國憲法第 3 條規定，具有中華民國國籍的人，是中華民國國民。國民權與國家的政治權力無關，而是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：受教權、工作權、財產權等。(3)公民權：是與國家政策或認同相關的權利，帶有強烈的國家主權意識，所以是只有該國公民能享有的權利。而我國並無此明文規定和定義，此為理論概念。我國相似的權利如：參政權、應考試、服公職權。如果依照三分法的標準，在中華民國境內的外國人，只能就憲法上屬於「人權」的部分，可以主張享有保障。

2. 集會遊行應屬於國民權、公民權之範圍，故 D 之主張無理由

本件，不允許外國人擔任室外集會遊行負責人的規定，似乎侵害了外國人之集會遊行之自由，然基於基本權三分法之立場，在中華民國境內的外國人，只能就憲法上屬於「人權」的部分，可以主張享有保障，而集會遊行乃使用中華民國境內之道路表達對於政府之施政等行為議題，具有一定參政權色彩，要屬於國民權、公民權之範圍，外國人並無受到保障，故 D 之主張無理由。

四之二、不允許外國人擔任室外集會遊行負責人的規定違憲，應有理由

可以將集會遊行不要跟參政權連結，而是跟言論自由連結，主張屬於「人權」之範圍。

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

二、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，處新幣(下同)20 萬元罰，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、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，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，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。

公職王歷屆試題（111 司律二試）

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。

憲法

【考題難易度】★★★★

【破題關鍵】

公法第二題第三小題

政黨法的管制屬於比較冷門的考點，釋字 793 號國民黨黨產案，大法官有完整說明政黨之管制方式，本題考的是政黨「經營、投資事業」，與政黨從事「政治任務」相比，管制方式應可以較寬鬆。

本題並無固定爭點，同學只要透過自身經驗說明，政黨的管制，與一般團體、公司的管制有哪些差別即可（原則上政黨會有可能執政，執政就會亂來，這就是政黨最需要管制的理由之一）

行政法

【考題難易度】★★★★

【破題關鍵】本題第一部份需先就行政罰的成立要件分析，即是否有行政法義務違反，且行為人對違規行為是否有故意過失。本題第二部分，則需先就系爭附款定性，然後再針對「附款救濟爭議」介紹，最後乃就附款是否違反不當聯結作分析。

【擬答】

(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，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(自己並主觀之可責性)A 處分應屬違法。甲之主張有無理由?(30 分)

甲之主張有理由，理由分述之²。

1. 甲無違反行政法之義務

行政罰之前提，即行為人有違反行政法義務之行為。

然依照衛廣法第 5 條第 1 項文義及立法意旨可知，衛廣法第 5 條 1 項乃課予「政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人」不得直接、間接投資衛廣事業之不作為義務。該項規定課予不作為義務之對象為「政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人」，並非衛廣事業，且其不作為義務內涵為「不得直接、間接投資衛廣事業」，是受投資之衛廣事業並不負衛廣法第 5 條第 1 項所定不作為義務甚明。

衛廣法第 50 條固然規定：「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...處新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰鍰」然衛廣事業既非衛廣法第 5 條第 1 項義務人，本條處罰之規定也不該適用於甲之上。

2. 甲就股票買賣違規行為並無故意過失

基於行政罰法第 7 條所揭禁之行為責任原則，亦即行政罰應以違反行政法上義務為前提，且處罰對象以對違反行政法義務有故意、過失為限。

換言之，國家行為應不得逾越期待可能性之範圍。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。

簡言之，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

因此，衛廣事業既非衛廣法第 5 條第 1 項義務人，衛廣法第 50 條卻以衛廣事業為處罰對象，使衛廣事業為他人（政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人）之行為（直

² 參考自臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1067 號判決。

接或間接投資)負處罰責任,形成負有義務者毋庸受處罰,不負義務者卻遭受處罰之結果,不僅立法體例上有扞格之處,更有違反行政罰法上行為責任原則之疑慮。

(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)

1. 處分附有附款,其訴訟類型尚有爭議

(1) 處分附有負擔之說明

觀之機關附加附款之內容,係課予甲應在許可換照後之一定期限內,改正投資之相關義務,此義務內涵顯然與衛廣法第 5 條第 1 項所定不作為義務內涵有異。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,機關即得廢止原處分。

則此一附款是否為廢止權之保留?查系爭附款對於原告已形成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,且後續廢止尚得依行政程序法第 123 條第 2 款規定辦理,故非單純廢止權之保留。

(2) 訴訟類型之爭議

① 撤銷訴訟說

相較主處分,負擔既屬單獨可分的處分,即可單獨針對附款,依訴願法第 1 條與行政訴訟法第 4 條,提起撤銷訴願與訴訟;惟若該附款為授益性質,另可提起課予義務訴訟,請求更有利之附款。

② 課予義務訴訟說

作成裁量處分之際,行政機關既擁有廣泛裁量「應採何種內容」之權限,且主處分內容往往與附款相互搭配,作為達成行政任務之手段,有如前述;故若單獨撤銷該附款,可能即對行政機關事前通盤作成之裁量,有所窒礙。因此,應該整體就處分與附款提起課與義務訴願與訴訟,以尊重機關個案裁量權之行使。

③ 小結³

細繹原處分記載內容,亦難認機關有如知附款違法將為其他決定之說明,是本件尚難認有何單獨撤銷系爭附款將削弱被告裁量權之疑慮。

況且,倘若僅因原處分為裁量處分即認原告僅得提起課予義務訴訟,請求判決被告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。則縱使原告勝訴,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,不僅使原告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,機關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。

2. 系爭附款違反不當聯結禁止原則⁴

原處分性質上屬裁量處分,機關依行政程序法第 93 條第 1 項規定固然得為附款,然行政程序法第 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「不當聯結禁止」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,並有合理之聯結關係存在,若欠缺此聯結關係,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)

³ 參考自臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1067 號判決。

⁴ 參考自臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1067 號判決。

如前所述，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」，已難謂甲有何違反衛廣法第 5 條第 1 項規定之處，機關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原告「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。

換言之，依現行法令，該如何能期待甲在毫無法令依據之情況下，僅憑一己之力防止或排除其遭乙政黨間接投資之情況？此證甲不論是在事實上或法律上，確實不可能履行系爭附款所課予之限期改正作為義務。故本文認為，系爭附款違反不當聯結禁止原則。

(三) 乙政黨對於政黨法第 23 條之主張應有理由

1. 本件所涉及之基本權與政黨之管制

憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害（釋字第 400 號、第 709 號、第 732 號及第 747 號解釋參照）。另憲法第 14 條規定之結社自由，不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社、參與或不參與結社團體之相關事務，並保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續及與結社相關活動之推展，免受不法之限制（釋字第 479 號及第 724 號解釋參照）。而結社團體財產之使用、收益及處分，固受憲法第 15 條財產權之保障，與其存續、運作及發展息息相關者，亦受憲法第 14 條結社自由之保障。

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，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。

政黨政治攸關民主制度之運作，乃憲法上民主原則之核心內涵，國家自應致力於建立並確保複數政黨得以自由形成發展與公平參與選舉之法治環境，包括選舉制度與政黨財務等領域，使各政黨得在公平競爭下參與民主政治，爭取執政機會，並以謀求全民福祉為依歸。又政黨機會平等受憲法民主原則與平等權之保障，其目的在確保政黨政治之健全運作與政黨公平競爭，除禁止國家權力之行使以黨派為無正當理由之差別待遇外，政黨應享有在民主競爭下公平參與選舉及平等接近使用各種公共資源之機會，並排除對政黨公平競爭產生不良影響之因素。（釋字第 793 號解釋參照）。

2. 本件應採取中度之審查標準

政黨屬於政治性團體，每日所為者皆屬於人民匯集於政黨之「民意」及參政之行為，並多有發表屬於政治性及參政性言論之狀況，故對於關於政黨參政之限制，本文認為應採取嚴格審查標準，換言之，如若涉及政黨參政以外之限制時，尤其就政黨財務而言，其不僅事實上影響各政黨之競爭資源，亦影響政黨能否正常運作及能否致力履行協助人民形成政治意見之任務，更涉及政黨公平競爭機制之建構。國家為滿足現代民主法治國家之政黨政治及政黨機會平等之要求，自應對政黨財務予以適度規範。從而，政黨之財產權相較於其他人民團體，國家得予以更多限制或賦予特權（例如政黨補助金）。

本件，政黨法第 23 條（下稱系爭規定）所涉及之情形僅為政黨之財產及結社自由當中所為某一行為之自由，與前開政黨係落實政治理念之情形大相徑庭，故國家自應對政黨財務予以適度規範。因此政黨之財產權相較於其他人民團體，國家得予以更多限制。關於

限制之範圍，因僅屬於財產及政黨結社，故應採中度審查標準。

3. 政黨法第 23 條違憲

(1) 政黨之管制多以廣播電台為主

過去因國內政治與歷史因素，廣播電視電臺多由政府、政黨所掌控，政府、政黨退出廣播電視經營的呼聲由來已久，92 年立法院通過政府、政黨退出民營廣播電視條款，除法律另有規定外，政府、政黨不得直接、間接投資民營廣播電視事業，並規定違反者應於 2 年內改正。另為處理政府、政府投資之事業及政府捐助設立之財團法人持有民營無線電視事業之股份，95 年制訂「無線電視事業公股處理條例」，規定政府機關（構）、政府投資之事業及政府捐助設立之財團法人應依行政院核定之公股釋出計畫釋股，以維護媒體新聞專業自主。前揭條款的訂定，已漸促使政府、政黨退出廣播電視經營，漸次完備其階段性功能。又「政府、政黨退出廣播電視」目的係為維護廣播電視之中立性及資訊多元，在操作上，因節目內容中立性難以客觀判斷，故透過持股及董監事資格之結構管制方式以避免控制。

(2) 系爭規定政黨之管制已超出管制目的範圍

本文認為，會給予政黨管制，乃政黨與一般團體相比，具有「取得執政權並為執政行為」之可能，當政黨掌握國家機器時，如果再投資廣播電視相關事業，將會造成執政黨利用媒體行「大內宣」之事實；另如果政黨投資一般事業，也有可能造成政黨利用影響力，促使政府對其投資之事業給予優惠之行為，本條之立法目的洵屬正當。

然而在比例原則必要性之討論上，民主國家之政黨組成人數、所需處理事務多元，如果政黨依照系爭規定完全無法投資或經營事業，僅要求政黨只能以「政治獻金及黨費」過活，將導致小型政黨可能無法生存，有違政黨多元化之民主要求，故本文認為，政黨法應細緻區分，將政黨之投資、經營事業，初步區分為影響力最大之執政黨，給予最高之管制，其次則為在野黨，給予相較執政黨輕一些的管制。

另除區分政黨類型（執政、在野）外，亦可以規範政黨所投資之事業，是否在「獲利」為目的以為存有其他目的，如：政黨投資布製品公司，可理解為單純獲利，惟政黨若投資報章公司，則可能有獲利以外之目的，如果僅為單純獲利則應允許，非單純獲利則可以採原則禁止之方式。

上開兩段之論述，均可讓政黨「至少存有部分」經營及投資之可能，為親害較小之手段，系爭規定採取完全禁止且無分類之方式，不合於比例原則之必要性檢驗而違憲，乙之主張有理由。

111 年公務人員特種考試司法官考試
111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

第二試試題

類科：各類科

科目：刑法與刑事訴訟法

考試時間：3 小時

陳介中老師、伊谷老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

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台幣（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！」並隨手檢起地上的磚塊，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：1. 僅需檢討中華民國刑法典之罪名，毋須檢討其他特別法。2. 答題除引用相關學說或實務見解外，應就案之論斷附具個人意見。)

【考題難易度】★★★★☆

【破題關鍵】這題稱不上難，就是考的罪名跟考點比較冷僻，也就是測驗同學讀書讀得紮不紮實。關於賭博罪的部分，同學要能拿高分，就必須要理解第 266、268 條這兩條的「場所」有何不同，進而也才會知道為什麼 2021 年年底立法者要增訂第 266 條第 2 項。而就丙叫罵的部分，主要得分的關鍵在於第 150 條的聚眾施暴罪在 2019 年修法後的解釋，也就是立法意旨跟學說見解間的差異。最後，就丁的部分來說，依題所示這應該是擇一故意而不是打擊錯誤，而比較關鍵的得分點，應該就是擇一故意的競合問題了：既遂與所有的未遂都要想像競合嗎？還是只要論以既遂即可？

【擬答】

(一)甲經營線上賭博網站的行為，成立供給賭博場所賭博罪（第 268 條）：

1. 客觀上，甲架設賭博網站即屬供給賭博場所之行為（本條僅稱「場所」，而非如第 266 條第 1 項稱「公共場所或公眾得出入之場所」，故除實體空間外，賭博網站亦屬之，學說與實務上均無爭議）；主觀上，甲具有故意與營利意圖。

2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)乙的部分：

1. 乙受僱於甲從事網站維護等工作的行為，與甲成立供給賭博場所罪之共同正犯（第 268 條、第 28 條）：

(1) 本罪之行為「供給賭博場所」具有繼續性質，除初始之提供場所行為外，他人使用該場所持續進行賭博之行為，亦屬供給行為之一部，換言之，本罪為繼續犯，以供給行為完成為既遂，該場所不再供賭博用為終了，因此在行為終了前，他人均可加入而成立相續之共同正犯或幫助犯。

(2) 客觀上，乙受僱於甲從事網站維護等行為，已屬供給賭博場所之核心行為，非僅止於幫助，而乙與甲對此具有犯意聯絡及行為分擔，且乙係於甲既遂後終了前加入，自屬相續共同正犯；主觀上，乙具有故意與營利意圖。

(3) 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 乙於伺服器植入惡意程式偷取遊戲幣的行為，不成立電腦詐欺得利罪（第 339 條之 3 第 2 項）：

(1) 客觀上，乙將不正指令輸入電腦，然而乙是否製作取得「財產權」之紀錄，進而獲得「財產上」利益（即該虛擬幣）顯有疑義，因該等虛擬貨幣為賭資，應屬不法之財產，而刑法上財產犯罪是否保護不法財產，有下列不同見解：

① 純經濟的財產概念：凡是一個人所應得的財貨總數就是財產，不管這個財貨是否受到法律保護，均納入財產概念之中。

② 法律經濟的財產概念：個人經濟上的財貨總數，如果可受到法秩序的保護，或至少不受法秩序的非難，即為財產。

(2) 上述不同見解，本人認為應以「法律經濟的財產概念」較能符合法律秩序的一體性，因此依照此說，因該遊戲虛擬幣為賭資，屬不法財產，故乙不成立本罪。

3. 乙上述行為，成立取得電磁紀錄罪（第 359 條）：

(1) 客觀上，乙取得他人電磁紀錄（即該虛擬幣）；主觀上，乙具有故意。

(2) 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

4. 乙上述行為，不成立侵占罪（第 335 條第 1 項）：

侵占罪之成立，必須行為人侵占自己持有他人之「物」¹，然在本題中，乙所侵占者為賭博網站之虛擬貨幣，性質上應屬無體財產（權利），自非本罪客體，故乙不成立本罪。

5. 乙上述行為，不成立背信罪（第 342 條）：

背信罪之成立，必須行為人「為他人處理事務」，一般認為，本條所稱之事務並不包含非法事務，否則，背信罪將成為違法行為的後盾，並不合理。因此，本題中乙為甲經營賭博網站，顯非合法事務，故乙縱有違背任務的行為，亦不成立本罪。

6. 競合：取得電磁紀錄罪應係於乙供給賭博場所後另行起意，無從認為實行行為部分合致，故該想像競合，復與供給賭博場所罪數罪併罰。

(三) 丙的部分：

1. 丙至賭博網站賭博的行為，成立網路賭博罪（第 266 條第 2 項）：

(1) 在 2021 年年底賭博罪修法前，尚無第 2 項處罰網路賭博之規定，當時對於參與網路賭博行為之討論如下：

① 過去的實務見解大多以最高法院 94 年度台非字第 108 號判決為基礎，進而認為上賭博網站賭博者成立本罪²，然而問題在於，上述最高法院 94 年度台非字第 108 號判

¹ 最高法院 71 年台上字第 2304 號判例：「刑法上之侵占罪，係以侵占自己持有他人之物為要件，所謂他人之物，乃指有形之動產、不動產而言，並不包括無形之權利在內，單純之權利不得為侵占之客體。」

² 刑法關於「賭博場所」之觀念，並不以須有可供人前往之一定空間場地始足為之，且以現今科技之精進，電話、傳真、電腦網路、行動電話下載之通訊軟體等，無論其係以有線或無線方式進行傳輸，均可為傳達賭博訊息之工具。至於透過前揭通訊或電子設備簽注號碼賭博財物，與親自到場簽注賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其在一定場所從事賭博犯罪行為之認定。（94 台非 108 判決意旨參照）。實務上亦有以賭博網站進行賭博行為，因電腦網路係可供不特定人得以共見共聞之公共資訊傳輸園地，且仍須電腦主機等物理上之場所、設備方能達其傳輸之功能，而認於賭博網站簽賭行為構成公然賭博罪（臺灣高等法院臺中分院 89 上易 343、臺灣臺中地方法院 97

決是在論述第 268 條的「賭博場所」，而非本罪，直接予以援用恐怕不妥當，所以晚期實務轉而認為，應區分該賭博網站是否為一般瀏覽者都可以看得到其他使用者對賭的情形，若是，則成立本罪，若否，則與在私密場所賭博無異，不成立本罪³。

②學說上則大多認為，「場所」本身雖然可以包含網路空間，但本條的規定是「公共場所」、「公眾得出入之場所」，而網際網路並無「出入」的概念，所以如果是在網路上賭博，與本條的要件不符。

(2) 2021 年修法後，立法者增訂第 2 項，正式使網路賭博行為取得明確的處罰依據，因此客觀上，丙於網際網路賭博財物，符合本罪要件（第 2 項並未如第 1 項要求賭博行為之公共性，故縱使丙的賭博為私密性質，仍無礙於本罪成立）；主觀上，丙具有故意。

(3) 丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 丙於工廠外咆哮之行為，成立恐嚇危害罪（第 305 條）：

(1) 客觀上，丙以加害生命之事恐嚇於他人，致生危害於安全；主觀上，丙誤以為廠房內的人為乙，實際上則為丁，此應屬等價客體錯誤，不影響故意認定。

(2) 丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

3. 丙上述行為，成立強制罪之未遂犯（第 304 條第 2 項）：

(1) 依題所示，廠房內之丁並未因丙的脅迫而出來，故檢討未遂犯。主觀上，丙具有故意；客觀上，丙業已著手而未達於既遂。

(2) 丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

4. 丙上述行為，不成立加重聚眾施暴罪（第 150 條第 2 項）：

(1) 如依法條文義，丙等三人於公眾得出入之場所聚集，施以強暴（丟磚塊）及脅迫（叫囂）行為；又就第 2 項加重要件而言，石頭是否屬「兇器」固有疑問，但至少可屬「其他危險物品」，而就「攜帶」行為，實務於加重竊盜罪向來認為當場檢到亦屬攜帶，故依照法條文義與實務見解，丙似能該當本罪構成要件。

(2) 然而學說上認為，若單純以此文義解釋本罪，將使本罪與妨害秩序罪章之本質相去甚遠，因此較為合理的解釋應是認為：本罪行為人施強暴脅迫的對象須為不特定人，且其行為須達於威脅公共秩序之程度⁴。本人認為，此種見解方能符合本罪之體系，故依此見解，丙所施脅迫之對象即為特定人，亦未威脅公共秩序，應與妨害秩序罪章無涉

訴 166 判決參照）。

³ 最高法院 107 年度台非字第 174 號判決（節錄）：「所謂之『賭博場所』，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間之場地始足為之。以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具。電腦網路係可供公共資訊傳輸園地，雖其為虛擬空間，然既可供不特定之多數人於該虛擬之空間為彼此相關聯之行為，而藉電腦主機、相關設備達成其傳輸之功能，在性質上並非純屬思想之概念空間，亦非物理上絕對不存在之事物，在電腦網站開設投注簽賭網站，供不特定人藉由網際網路連線登入下注賭博財物，該網站仍屬賭博場所。透過通訊或電子設備簽注賭博財物，與親自到場賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其在一定場所為賭博犯罪行為之認定，此為擴張解釋，非法之所禁。惟如前所述，刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪在成立上，係以『在公共場所或公眾得出入之場所』作為要件。所謂『公共場所』，係指特定多數人或不特定之人得以出入、集合之場所；所謂『公眾得出入場所』，係指非屬公共場所，而特定多數人或不特定之人於一定時段得進出之場所。是網際網路通訊賭博行為，究應論以刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，抑應依社會秩序維護法第 84 條處罰，則以個案事實之認定是否符合於『公共場所』或『公眾得出入之場所』賭博財物之要件而定。於電腦網路賭博而個人經由私下設定特定之密碼帳號，與電腦連線上線至該網站，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，對於其他人而言，形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，以此種方式交換之訊息具有隱私性，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，尚不具公開性，即難認係在『公共場所』或『公眾得出入之場所』賭博，不能論以刑法第 266 條第 1 項之賭博罪，惟如合於社會秩序維護法第 84 條規定之要件，則依該法予以處罰。對此因科技之精進新興賭博之行為，如認其可責性不亞於刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，於刑事政策上認有依刑法處罰之必要，則應循立法途徑修法定，以杜爭議，並符罪刑法定之原則。」

⁴ 盧映潔，打架即妨害秩序？，月旦法學教室，第 235 期，2022 年 5 月，第 11 頁；許澤天，刑法分則（下），四版，2022 年 7 月，第 659~660 頁。

，故丙不成立本罪。

5. 競合：強制罪與恐嚇危安罪競合時，一般認為應優先論以較重之強制罪；而丙所觸犯上述其餘罪名，屬數行為侵害數法益，應數罪併罰。

(四)丁的部分：

1. 丁丟擲鐵條的行為，對丙成立殺人罪之未遂犯（第 271 條第 2 項）：

(1) 依題所示，丙並未死亡，故以下檢討未遂犯。主觀上，依題所示，丁持鐵條猛力丟擲，應可推認其具有殺人之間接故意；客觀上，丁已著手而未達於既遂。

(2) 於違法性，應探討正當防衛成立的空間（第 23 條）。客觀上，丙等人欲衝入廠房且手持兇器，應可認為此屬對於丁生命與身體法益之現在不法侵害，且以當下情況來看，侵入者人數眾多又持兇器，除對其丟擲鐵條外，應無其他有效而侵害更小之手段，故此防衛手段應符合適當性與必要性，亦無違反社會倫理限制；然而主觀上，丁有無防衛意思應有檢討空間，一般認為，防衛意思之內容為「認識現在不法侵害存在」，然而丁卻以為丙等人為警察，亦即丁以為其所面臨者為合法侵害，難認為其具有防衛意思，故應屬反面容許構成要件錯誤（偶然防衛），其處理途徑，有下列不同見解：

① 古典犯罪體系：阻卻違法

在古典犯罪體系，構成要件該當性與違法性都是純客觀的判斷，因此在反面容許構成要件錯誤，只需要客觀上具有阻卻違法事由的前提要件即可阻卻違法，因此在古典犯罪體系下，反面容許構成要件錯誤仍可阻卻違法。

② 現今犯罪論體系：

在現在的犯罪論體系下，若要阻卻違法，除了客觀上必須具有前提事實的要件外，主觀上對此要件也必須有所認識，所以依照此一體系，反面容許構成要件錯誤無從阻卻違法，亦無其他效果。

③ 現今犯罪論體系：未遂說

有學者認為，行為人實現構成要件固然造成了結果不法，但這個結果不法已經因為客觀上存在阻卻違法的正當情境而被「抵銷」，故其不法僅指於行為不法，也就是僅在於行為人違犯法規範的主觀意思而已，這種情形與未遂犯相似，故應援引未遂犯的法則，僅成立未遂犯。

④ 二階論：未遂說

在二階論下，客觀上欠缺負面不法要件，但行為人主觀上認為負面不法要件存在，因此依照二階論，可以直接導出故意未遂犯的結論。

⑤ 上述不同見解，本人認為應以「現今犯罪論體系」之立場較為妥當，依照此說，反面容許構成要件並無任何效果。

(3) 丁無其他阻卻違法事由，亦無阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 丁上述行為，對丙成立普通傷害罪（第 277 條第 1 項）：

(1) 客觀上，丁丟擲鐵條的行為與 A 身體受傷的結果間具有因果關係與客觀可歸責性；主觀上，丁具有傷害故意（殺人故意包含傷害故意）。

(2) 丁無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

3. 丁上述行為，對 A 成立殺人罪之既遂犯（第 271 條第 1 項）：

(1) 客觀上，丁丟擲鐵條的行為與 A 的死亡結果間具有因果關係與客觀可歸責性；主觀上，A 原非丁所攻擊之目標，然依題所示，丁以為丙、A、B 為警察，欲脫免逮捕而丟擲鐵條，因此可以推知，對丁而言，鐵條究竟擊中哪一名被害人，均應在其容任範圍之內，故此情形應屬「擇一故意」而非打擊錯誤，丁對於 A 之死亡亦有殺人故意。

(2) 丁無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

4. 丁上述行為，對 B 成立殺人罪之未遂犯（第 271 條第 2 項），理由同 1. 3. 所述。

5. 競合：

(1) 丁對丙、B 所成立之殺人未遂，及對 A 所成立之殺人既遂，三罪間應如何競合，亦即

公職王歷屆試題（111 司律二試）

於此擇一故意之情形，既遂與未遂犯罪間之競合關係如何，有下列不同見見解：⁵

- ① 甲說：此時應想像競合，當一個故意既遂，一個（或多個）故意未遂時，故意既遂與故意未遂想像競合從一重處斷；多個故意未遂時，則多個故意未遂從一重或擇一處斷。
 - ② 乙說：擇一故意的情形行為人只實現一個故意，所以只成立一罪，如果一個故意實現了，只成立既遂，如果多個故意都未實現，成立一個未遂。
 - ③ 上述不同見解，應以「甲說」較為合理，因擇一故意之情形，對於為實現的行為客體均有故意，如不予論處，恐評價不足。依照此說，丁對丙、A 所成立殺人未遂，及對 A 所成立之殺人既遂，三罪均應想像競合。
- (2) 丁對丙所成立的殺人未遂與普通傷害二罪，應想像競合從一重處斷，如此方能彰顯既遂輕罪的不法內涵。因此，丁所成立之上述四罪，均應想像競合。

⁵ 整理自：許玉秀，擇一故意與所知所犯一兼論違憲的肇事逃逸罪，台灣本土法學雜誌，第 13 期，2000 年 8 月，第 190 頁。

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

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 詐騙新台幣 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、已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份傳喚甲作證，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)

【擬答】

(一)檢察官聲請簡易判決處刑，於判決處刑前，A 具狀向法院撤回告訴，法院應依刑事訴訟法第 452 條規定轉為通常審理程序而為判決；至於簡式審判程序部分，依實務見解，本件判決並無違誤：

1. 首先就檢察官聲請簡易判決處刑部分，按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，應適用通常訴訟程序審判之，同法第 452 條定有明文。依此，法院對於案情甚為明確之輕微案件，固得因檢察官之聲請，逕以簡易程序判決處刑，惟仍應以被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者為限，始能防冤決疑，以昭公允。且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，此有最高法院 108 年度台非字第 15 號刑事判決意旨可資參照。

2. 經查，本件檢察官係認被告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，應從一重以行使偽造私文書罪名處斷，其中，行使偽造私文書屬非告訴乃論之罪，無從撤回告訴；而詐欺取財部分，因被告甲與被害人 A 具有親屬關係，屬親屬間詐欺，依刑法第 343 條規定，為告訴乃論之案件，得撤回告訴。本件於法院判決處刑前，被害人 A 已具狀向法院撤回告訴，就親屬間詐欺部分已生撤回告訴之法律效果，此部分訴訟條件已有欠缺，法院僅得為刑事訴訟法第 303 條第 3 款之不受理判決，故而本件顯有裁判上一罪之案件，其中一部分犯罪不能適用簡易判決處刑程序之情形，揆諸前引最高法院 108 年度台非字第 15 號刑事判決意旨，受訴法院自應依刑事訴訟法第 452 條規定將全案轉為通常審理程序後，始得為被告甲犯行使偽造私文書有罪之判決，並於理由內說明親屬間詐欺不另為不受理之諭知，否則自有判決違背法令之違誤。

3. 另本件若係檢察官依通常程序起訴，法院裁定改行簡式審判程序部分：

- (1) 本件於審理中，被害人 A 當庭以言詞撤回告訴，因此本件亦將產生一部有罪、他部不受理之情形，不另贅述。
- (2) 而關於簡式審判程序，法院是否僅得為被告全部有罪之判決？或得於被告有罪之判決中不另為無罪、免訴或不受理之諭知？對此，早期實務見解（參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）係採「原則上僅得為被告全部有罪之判決，除非無爭議且有利訴訟經濟，否則不得於被告有罪之判決中不另為無罪、免訴或不受理諭知」之見解，核其理由概為：
 - ① 刑事訴訟法第 273 條之 1 第 1 項所規定簡式審判程序之適用，應屬例外之情形，始得為之，則就例外規定適用範圍之擴張，尤其應力求謹慎，避免例外之擴張，產生侵蝕合議庭審判之原則。
 - ② 刑事訴訟法第 273 條之 1 第 2 項規定，所謂「不得或不宜者」，依據立法理由例示，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。
 - ③ 簡式審判程序與通常程序，繁簡及其慎重之程度，原有極大之不同，就此，自不得輕忽。況且，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。
- (3) 而最新實務見解則將「一部事實不另為無罪諭知」與「一部事實不另為免訴或不受理諭知」為相異之處理，參最高法院 111 年度台上字第 1289 號刑事判決：

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。
- (4) 依最新實務見解，本件若有助於訴訟經濟，且檢察官於訴訟程序之進行中未曾異議，無公訴權受侵害之疑慮時，法院依簡式審判程序所為之甲一部有罪之判決，並於理由

內說明一部不另為不受理之諭知，並無違誤。

(二)檢察官之詰問策略，一則應提醒證人甲偽證罪之刑事責任，且倘若其自身案件仍有二審審理程序，其所為證詞將提陳於另案以供該案合議庭判斷其犯後態度，可能招致其無法獲得輕判之法律效果，二則應以鞏固甲於另案偵、審之認罪陳述為其主要方向；而被告乙之辯護人，詰問策略上應引導證人甲說明何以會有翻異前供之緣由，並提示乙於另案作證時之證詞，請甲確認是否屬實：

1. 按「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。六、證人、鑑定人為與先前不符之陳述時，其先前之陳述。七、其他認有誘導詰問必要之特別情事者。」刑事訴訟法第 166 之 1 第 3 項但書第 4、6、7 款定有明文。次按「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」刑法第 168 條亦有明文揭示。
2. 檢察官為避免證人甲翻異前供，於主詰問初始，即應先向證人甲提醒刑法第 168 條偽證罪之處罰，俾利證人甲考量：其於本件具結後作證，倘翻異前供又不為本件合議庭所採，極有可能除原先所犯之行使偽造私文書與詐欺取財罪外，又再新犯偽證罪。再者，若甲自身所涉案件尚未確定，檢方立場必定上訴二審，並將其所為證詞提陳於另案二審以供該案合議庭判斷其犯後態度，說明其所為根本無助於節省司法資源，不應給予輕判，故而對證人甲根本百害而無一利。檢察官可藉由上述方式，於主詰問初始即先形成證人甲應據實陳述之壓力，解消其翻譯前供之意欲。
3. 又證人甲於另案警詢、偵查及審判皆為認罪陳述，更於審判中指稱乙為主謀，具體詳實供述 2 人謀議、分工之情節，此理應皆有相關筆錄在案可稽，從而檢察官於主詰問時，若已見證人甲翻譯前供，改稱乙未參與本件犯行云云，此時即應請審判長提示證人甲於另案偵、審之筆錄及供述內容，並向證人甲確認其於另案之陳述是否實在，藉以鞏固甲於另案偵、審之陳述，並使合議庭於此過程中形成證人甲翻異前供根本另有隱情、非屬實在，應非可採，此時雖屬檢察官主詰問時之誘導詰問，惟依前引刑事訴訟法第 166 之 1 第 3 項但書第 4、6、7 款規定所示之例外，屬合法誘導，縱被告乙之辯護人依刑事訴訟法第 167 條之 1 規定異議，亦應無理由。
4. 至於被告乙之辯護人之因應策略上，證人甲翻異前供及其於另案偵、審之供述內容，絕對會於檢察官行主詰問時被徹底突顯出來，而合議庭亦必然對於證人甲今日當庭翻異後之證詞可信性有相當疑慮，故而乙之辯護人應於反詰問時，盡可能創造得使證人甲說明何以翻譯前供之緣由，其於另案偵、審程序之所以為該等說詞，係出於何種原因、何種考量，以解消合議庭之疑慮，並請求審判長提示乙於另案作證時之證詞，請甲確認是否屬實，而此方式本屬刑事訴訟法第 166 條之 2 第 2 項反詰問之合法誘導，並不違法。

(三)乙依刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定聲請 X 法官迴避應無理由，惟依同法第 18 條第 2 款規定部份，應有理由：

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。而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。

2. 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。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。且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，同法第 18 條第 2 款另設有概括規定。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，最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定參照。
3. 經查，本件因甲案與乙案之被告不同，並非同一案件，而與刑事訴訟法第 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，故乙依該規定聲請 X 法官迴避應無理由。
4. 又固然，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。惟徵諸甲案判決認定被告乙為共犯之犯罪事實，與乙案起訴書所載之犯罪事實相同，足見甲案與本件有關被告乙與甲共同犯罪之事實高度重疊。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，對於被告乙否認參與本件犯行等主張，為實質評價、審酌而不採，從而認定被告乙為共同正犯之事實及理由，論述甚為綦詳。另甲案判決取捨判斷之證據資料復經本件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 法官就本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本案第二審審判，顯然嚴重損及被告乙之審級利益，為免不當侵害被告乙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，X 法官自以迴避本案第二審審判程序為宜。

111 年公務人員特種考試司法官考試

第二試試題

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

類科：各類科

科目：民法與民事訴訟法(一)

考試時間：2 小時

袁翟老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

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台幣(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

【擬答】

(一)丙丁得依民法第 179 條或類推適用民法第 541 條第 2 項請求乙將 A 屋移轉登記為乙丙丁共同共有

1. 甲乙之借名登記契約因甲死亡而消滅

(1)依實務見解，借名登記契約係當事人間約定之無名契約，因側重雙方之信任關係，性質上與委任契約類似，應類推適用委任契約之規定。是於借名人死亡之情形，應類推適用民法第 550 條之規定，認為除另有約定或依性質不能消滅外，該借名登記關係因借名人死亡而消滅¹。

(2)本題甲將 A 屋借名登記予乙，應認為乙取得 A 屋所有權。甲乙雖約定 A 屋由乙無償使用，但未約定期限及目的，是該借名登記關係應無依約定或性質不能消滅之例外。故於甲死亡後，應類推適用民法第 550 條規定，認為該借名登記契約因甲死亡而消滅。

2. 丙丁得依民法第 179 條類或推適用民法第 541 條第 2 項請求乙返還 A 屋

(1)借名人將不動產借名登記予出名人，依現行實務見解，應認為借名人係將該不動產所

¹ 最高法院 103 年度台上字第 2405 號判決：「次按借名登記者，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，性質與委任關係類似，應類推適用民法第五百五十條規定，因當事人一方死亡而消滅。」

有權移轉予出名人。於借名登記關係消滅後，該不動產並不當然回復為借名人所有，則出名人仍受有取得該不動產之利益。然因借名登記關係消滅即給付目的已不存在，借名人得依民法第 179 條向出名人請求返還之²。

- (2)另依借名登記契約之約定目的，應認為出名人有於借名登記關係消滅後將標的物返還予借名人之義務，是借名人亦得類推適用民法第 541 條第 2 項請求出名人返還之。
- (3)依民法第 1148 條第 1 項及民法第 1151 條，繼承人繼承被繼承人之一切權利、義務，且就其所繼承之權利為共同共有。另就共同共有之債權，依現行實務見解，繼承人應共同行使之（民法第 831 條準用民法第 828 條第 3 項）。然若債務人為繼承人之一，則應由其他繼承人共同行使之³。又於借名人死亡時，出名人應將標的物返還予借名人之全體繼承人，即應將標的物登記為借名人之全體繼承人共同共有。
- (4)甲乙之借名登記契約既因甲死亡而消滅，則甲之繼承人應得依民法第 179 條或類推適用民法第 541 條第 2 項請求乙將 A 屋移轉登記予乙丙丁共同共有。又該項基於借名登記關係所生之債權，依民法第 1151 條，為甲之全體繼承人共同共有，依民法第 831 條準用民法第 828 條第 3 項，應由全體繼承人共同行使，然因債務人（被告）乙為繼承人其中之一，是應由其他繼承人丙丁共同行使。據此，丙丁請求乙將 A 屋登記為乙丙丁共同共有，應有理由。

(二)丙得否單獨請求乙遷出 A 屋？

1. 丙不得依民法第 767 條第 1 項前段、中段、民法第 828 條第 2 項準用第 821 條請求乙遷出 A 屋

- (1)民法第 767 條第 1 項前段、中段規定，所有人對於無權占有其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。另依民法第 828 條第 2 項準用民法第 821 條，各共同有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求，但回復共同共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之。
- (2)如前所述，丙丁得請求乙將 A 屋登記為乙丙丁共同共有，故丙為 A 屋共同共有人。然甲乙曾約定由乙無償使用 A 屋且未約定期限及目的，可認甲乙就 A 屋成立不定期限之使用借貸契約。又民法第 472 條第 4 款僅規定，使用借貸契約於借用人死亡時，貸與人有終止契約之權。至於貸與人死亡時，並無特別規定，故使用借貸契約應不因貸與人死亡而消滅。且使用借貸契約不具一身專屬性，該法律關係自應由貸與人之繼承人所繼承。據此，丙既繼承該使用借貸關係，則乙得據此對丙主張伊非無權占有，則丙依上開規定請求乙遷出房屋，應無理由。

² 最高法院 102 年度台上字第 2399 號判決：「按借名登記契約側重於借名者與出名者間之信任關係，及出名者與該登記有關之勞務給付，具有不屬於法律上所定其他契約種類之勞務給付契約性質，應與委任契約同視，賦予無名契約之法律上效力，於當事人一方死亡時，應類推適用民法第五百五十條規定，除契約另有訂定外，該契約因而消滅。又無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同，民法第一百七十九條定有明文。上訴人與林輝樑、楊玉炎間就附表一、附表二編號 1 所示不動產，與楊玉炎間就附表二編號 2 至 4 所示不動產分別成立借名登記契約，上開契約均因楊玉炎死亡而消滅。而該不動產仍登記為上訴人所有，上訴人自受有利益，致全體繼承人無法行使所有權而受有損害，依不當得利規定，被上訴人自得請求上訴人移轉登記予繼承人全體；且其係本於不當得利之法律關係為請求，非就系爭房地為處分行為，亦不涉民法第七百五十九條規定之適用。」

³ 最高法院 105 年度台上字第 922 號判決：「按共同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係共同共有債權之權利行使，非屬回復共同共有債權之請求，尚無民法第八百二十一條規定之準用；而應依同法第八百三十一條準用第八百二十八條第三項規定，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（本院一〇四年度第三次民事庭會議決議參照）。查系爭不動產係兩造之被繼承人甲〇〇所有，借用上訴人名義登記，該借名登記關係於甲〇〇死亡時消滅，關於請求上訴人返還系爭不動產之債權，由如附表二所示甲〇〇全體繼承人共同共有，為原審確定之事實。則依上說明，此項共同共有債權之權利行使，除有事實上不能得共同共有人同意之情形外，自須得除上訴人以外之其他繼承人全體之同意，或由除上訴人以外之其他繼承人全體為原告，當事人之適格始無欠缺。原審就此未詳加審認，逕以上開理由而為上訴人不利之判決，於法自有未合。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

2. 丙得否單獨依民法第 470 條第 2 項請求乙遷出房屋？

- (1) 民法第 470 條第 2 項規定，借貸未定期限，亦不能依借貸之目的而定其期限者，貸與人得隨時請求返還借用物。本題甲乙之使用借貸契約並未約定期限及目的，是甲得隨時請求乙返還之。於甲死亡後，甲之繼承人亦繼承該使用借貸關係而得隨時請求乙返還之。
- (2) 然依民法第 1151 條規定，繼承人對被繼承人之權利為共同共有，是上開返還請求權（債權）亦為甲之全體繼承人共同共有。依實務見解，共同共有債權依民法第 831 條準用民法第 828 條第 3 項規定，應由全體繼承人共同行使，不得由繼承人單獨行使之⁴。然有學者認為，共同共有債權係法律上不可分之債權，而依民法第 293 條，不可分債權亦得由各別債權人單獨行使，不過應命債務人對全體債權人給付而已。故基於體系解釋，共同共有債權應依民法第 831 條準用民法第 828 條第 2 項再準用民法第 821 條，使共同共有人得單獨主張，但應為全體共同共有人之利益始得為之⁵。
- (3) 丙請求乙遷出房屋，並非為自己之利益。且乙遷出房屋後，乙丙丁可就該屋如何使用收益另為約定，足認該請求係為全體之利益為之。由丙單獨行使該權利，對其他共同共有人並無不利益可言。且實務見解之結論，將導致民法債編與物權編在適用上發生不同結果，亦不妥適。是應依學說見解，肯定丙得單獨依民法第 470 條第 2 項請求乙遷出房屋。

(三) 丙得否依民法第 184 條第 1 項前段請求戊賠償其損害？

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。本題戊因失火導致 B 屋部分毀損，B 屋之所有人得據此向戊請求損害賠償。然有疑問者係，B 屋係乙丙丁共同共有，則丙得否僅就自己應繼分計算之損害向戊請求賠償？
2. 實務見解認為，共同共有物所生之損害賠償或不當得利債權，性質上屬於共同共有之債權。是共同共有人僅得共同行使該債權即共同請求義務人賠償全部損害予共同共有人，不得按內部關係計算損害額後再各別向債務人求償⁶。然有學者認為，共同共有人就自己之損害向義務人請求損害賠償，與其他共同共有人無關，無須共同行使該權利⁷。
3. 本題 B 屋雖為乙丙丁共同共有，然就 B 屋所生之損害，其賠償額並非不能分開計算，且丙係就其自己之損害，向戊請求損害賠償，並非就 B 屋之全部損害向戊求償，則其所行使者，是否為共同共有債權，亦非無疑。且准許丙單獨就自己之損害向戊請求，對乙丁亦無不利益可言。是應依學說見解，肯定丙得單獨依民法第 184 條第 1 項前段向戊請求賠償其依應繼分計算之損害額。

⁴ 最高法院 104 年第 3 次民事庭決議：「共同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係共同共有債權之權利行使，非屬回復共同共有債權之請求，尚無民法第八百二十一條規定之準用；而應依同法第八百三十一條準用第八百二十八條第三項規定，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。」

⁵ 陳榮傳，共同共有債權的權利行使——最高法院決議的評析與建議，台灣法學雜誌，第 400 期，頁 75-93。王千維，共同共有債權之行使，月旦法學教室，第 160 期，頁 64-69。林誠二，準共同共有債權之請求，月旦裁判時報，第 45 期，頁 9-16。游進發，再論準共同共有債權之行使——以最高法院一〇四年度第三次民事庭決議(一)為反思對象。游進發，準分別共有與共同共有債權之行使，裁判時報，第 34 期，頁 15-23。

⁶ 最高法院 108 年度台上字第 789 號判決：「次按繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有，為民法第 1151 條所明定。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，乃共同共有債權。此損害賠償或不當得利債權既為全體繼承人共同共有，繼承人即共同共有人中一人，請求就自己可分得部分為給付，非法所許。本件 4653 號建物及系爭停車位使用權，於楊梅座死亡後，由上訴人及徐國棟等 2 人繼承而為共同共有，為原審合法認定之事實。依上說明，上訴人請求被上訴人就其占有使用上訴人因繼承而取得之遺產即 0000 號建物及該建物分管使用之共有部分、系爭停車位所生侵權行為損害賠償、不當得利等債權，按其應繼分計算可分得金額對其為給付，於法自有未合。原審為上訴人該部分敗訴之判決，理由雖未盡相符，惟結論並無不同，仍應予以維持。上訴論旨，猶就原審採證、認事之職權行使及執原因事實與本件有別之本院 105 年度台上字第 1700 號判決與其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決此部分為不當，聲明廢棄，非有理由。」

⁷ 陳榮傳，共有物的管理、使用借貸與共同共有債權，月旦裁判時報，第 107 期，頁 19-32。

(四)丙丁就其損害得為如何之請求？

1. 丙丁各得依民法第 179 條請求乙給付 130 萬元

- (1) 民法第 197 條第 2 項規定，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，返還其所受利益於被害人。據此，本件丙丁對乙之侵權行為損害賠償請求權雖已罹於時效，但仍不影響其不當得利請求權之行使。
- (2) 民法第 179 條規定，無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。於非給付型不當得利，應以權益歸屬說認定不當得利之成立。凡受領人取得應歸屬於受損人之利益者，即構成不當得利。
- (3) 依最高法院 106 年第 3 次民事庭決議，借名登記出名人就標的物所為之處分係有權處分，故本件乙將 A 屋設定最高限額抵押權於庚應為有效。縱使採無權處分說，因庚係善意，亦得依民法第 759 條之 1 第 2 項善意取得該最高限額抵押權。
- (4) 然借名登記契約之出名人，依約通常無使用、收益、處分借名標的物之權利。是乙將 A 屋設定最高限額抵押權於庚雖然有效，但基於甲乙之約定，該「設定抵押權」之利益仍不應歸屬於乙，而應歸屬於借名人甲。
- (5) 所謂「設定抵押權」之利益，不應以該最高限額 480 萬元為準，蓋依民法第 881 條之 12 第 1 項第 5 款，最高限額抵押權所擔保之債權，因抵押權人聲請拍賣而確定為 420 萬元，是乙並未取得 480 萬元之利益。
- (6) 實務上有認為應以取得之借款數額即 420 萬元為判斷基礎⁸，然乙以此取得借款，亦同時負有返還借款之義務，且若乙償還借款並塗銷抵押權，甲即無損害可言，故以借款數額作為乙之利益，並非適當⁹。
- (7) 實則，於 A 屋經拍賣後，庚就賣得價金受償 390 萬元，乙即受有債務消滅之利益¹⁰。

⁸ 臺灣高等法院 102 年度上字第 1041 號民事判決：「經查被上訴人已分別於 89 年 6 月 23 日以分割前之系爭 15 筆農地持向金山農會設定第一順位抵押權，借得 200 萬元債務，復於 94 年 8 月 12 日再向金山農會借得 300 萬元債務。又於 95 年 2 月 14 日以分割後系爭農地中之該地段 25-2 地號、34-1 地號、370-1 地號等 3 筆農地設定抵押借款 450 萬元，向朱建安設定第二順位抵押權，並借得 450 萬元債務，且因上開 3 次將借名登記之土地設定抵押貸款之行為，致觸犯侵占罪嫌，而遭判處有期徒刑 4 月、6 月、5 月，並定應執行有期徒刑 1 年 6 月確定等情，業如前所述，則被上訴人係屬惡意受領不當利得，堪予認定，揆諸前開說明，上訴人等主張被上訴人前後 3 次惡意申貸款所得之金額共 950 萬元，為其不當得利之金額，洵非無據。」

⁹ 最高法院 104 年度台上字第 1033 號民事判決：「惟按依不當得利之法則請求返還不當得利，受損人得請求返還之範圍，應以不當得利受益人所受之利益為度（本院六十一年台上字第一六九五號判例意旨參照）。查上訴人未經石崇仁、莊蒼柏及其他合資購買土地者同意，擅以系爭農地為金山農會、朱建安設定抵押權而取得借款，嗣因上訴人未清償該借款，系爭農地經系爭執行事件以九百一十萬元拍定，拍賣價款其中三百零七萬二千五百三十四元分配予金山農會、另一百四十三萬八千七百四十二元分配予周秀珍，以清償上訴人之借款債務。系爭抵押權係擔保被上訴人對上訴人之侵權行為或不當得利等債權，為原審所確定。又系爭農地拍賣所得價金，石崇仁、莊柏志、莊柏毅似因系爭抵押權之擔保債權而依序分配二百一十二萬七千五百三十四元、一百零六萬三千七百六十七元、一百零六萬三千七百六十七元，有系爭執行事件分配表可稽（見原審卷六四頁）。果爾，究竟上訴人因系爭農地拍賣價款所受之利益若干？上訴人就該拍賣價款，除清償上開借款債務外，有無獲有其他利益？即有進一步審酌之必要。原審未違細究，逕以蔡修明等五人購買系爭農地之價格及上訴人以系爭農地為擔保貸款所得金額為據，認定上訴人所受領之利益，尚嫌速斷。上訴論旨，執以指摘原判決為不當，求予廢棄，非無理由。」

¹⁰ ①臺灣高等法院 104 年度上更(一)字第 68 號民事判決：「惟按在非給付型不當得利，所謂受利益致他人受損害，基本上係指取得依權益（財貨）內容應歸屬於他人之利益。而權益歸屬之利益係一有待具體化之概念，其主要特徵在於權益內容具有市場上變價之可能性，通常可經由交易而獲得一定的對價。本件被上訴人於 89 年 6 月 21 日向金山農會借得 200 萬元，除係以系爭農地為金山農會設定最高限額 240 萬元之抵押權為擔保外，並與金山農會簽立貸款契約，擔負返還 200 萬元借款本金及約定利息之債務，其自金山農會取得 200 萬元之借款，並非單純因設定該抵押權之行為而取得，是尚難逕以被上訴人負擔相對債務取得之 200 萬元借款，遽認係被上訴人設定該抵押權侵害應歸屬於農地所有權人就系爭農地之權益內容所受之利益。且最高限額抵押權係擔保一定範圍內之不特定債權，於設定時尚無擔保債權存在更屬常事，故被上訴人以系爭農地為他人設定最高限額抵押權之行為，其所得者，應係無需另提供擔保物予貸與人之利益，而非即為依貸款契約貸得之金錢。被上訴人逕以被上訴人向金山農會借得之款項，為被上訴人因侵權行為所受利益，應非可取。（略）查被上訴人設定之系爭最高限額抵押權所擔保之債權，嗣因金山農會向原法院聲請拍賣抵押物而告確定，並經原法院執行處查封拍賣，於 98 年 5 月 26 日由

公職王歷屆試題（111 司律二試）

且甲因 A 屋之拍賣喪失取回 A 屋之權利，故甲亦因此受有損害。乙取得之利益既為拍賣 A 屋之代價，該利益基於借名登記契約自應歸屬於甲，故甲得依民法第 179 條請求乙返還 390 萬元之不當得利。

(8)於甲死亡後，該債權為乙丙丁所繼承，於遺產分割後，乙丙丁各取得三分之一之債權，丙丁自得各請求乙給付 130 萬元。

2. 丙丁各得依民法第 226 條或類推適用民法第 544 條請求乙給付 130 萬元

(1) 丙丁各得依民法第 226 條向乙求償

① 民法第 226 條第 1 項規定，因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。

② 如前所述，甲乙之借名登記關係因甲死亡而消滅，乙應將 A 屋登記為乙丙丁共同共有。然因乙將 A 屋設定抵押權於庚，且 A 屋為庚聲請拍賣，致乙喪失 A 屋所有權，即無法將 A 屋登記為乙丙丁共同共有而構成給付不能，則丙丁得依民法第 226 條請求乙負損害賠償責任。

(2) 丙丁各得類推適用民法第 544 條向乙求償

① 民法第 544 條規定，受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責。又借名登記契約得類推適用委任契約之規定，已如前述。

② 甲乙就 A 屋成立借名登記契約，依約乙應無將 A 屋設定最高限額抵押權之權利。是乙將 A 屋設定最高限額抵押權於庚，並因乙無力清償而遭庚聲請拍賣，致甲喪失取回 A 屋之權利，即係逾越權限致甲受有損害，甲得類推適用民法第 544 條向乙請求損害賠償。

(3) 損害賠償範圍為 130 萬元

① 民法第 226 條及第 544 條之損害賠償，均係指履行利益之損害賠償，其範圍依民法第 216 條，包括所受損害及所失利益。就上開甲或丙丁無法取回 A 屋之損害，均應以 A 屋之市價為判斷標準。

② 本題乙雖將 A 屋設定最高限額 480 萬元之抵押權於庚，並取得 420 萬元之借款，但 A 屋僅拍得 390 萬元，應認為 A 屋之市價為 390 萬元。於甲死亡後，該債權為乙丙丁所繼承，於遺產分割後，乙丙丁各取得三分之一之債權，丙丁自得各請求乙給付 130 萬元。

上訴人石崇仁等 3 人以 910 萬元拍定買受，拍賣所得價款其中 302 萬 8,127 元（455,257+440,314+1,822,651+309,905=3,028,127）清償金山農會之債權、4 萬 4,407 元抵付金山農會之執行費，143 萬 8,742 元（856,023+582,719=1,438,742）清償周秀珍之債權、1 萬 1,509 元抵付周秀珍之執行費，有原法院 98 年度司執字第 128 號拍賣抵押物事件分配表附卷可按（見本院前審卷第 272 至 274 頁）。又按強制執行之費用，以必要部分為限，由債務人負擔，並應與強制執行之債權同時收取。前項費用，執行法院得命債權人代為預納。強制執行法第 28 條定有明文。是債權人預納之執行費，本即應由債務人負擔，則被上訴人以系爭農地拍賣所得價金抵付其債權人金山農會、周秀珍預納執行費部分，亦屬被上訴人因拍賣系爭農地所獲債務受清償之利益。故被上訴人因以系爭農地拍賣價款清償金山農會借款債權及執行費用所獲之利益計為 307 萬 2,534 元（44,407+3,028,127=3,072,534），以系爭農地拍賣價款清償周秀珍借款債權及執行費用所獲之利益計為 145 萬 0,251 元（1,438,742+11,509=1,450,251）。

② 最高法院 106 年度台上字第 2059 號民事裁定：「又原判決係就上訴人所主張被上訴人 3 次抵押借款行為取得與借款同額不當得利等情審認判斷，認應以系爭不動產拍賣代償之額度比例計算被上訴人致上訴人所受損害之不當得利額，非謂上訴人主張以 910 萬元為計算其返還不當得利之範圍。又上訴人係以上開 3 次抵押借款行為，請求返還所受利益，並非主張系爭不動產拍賣，被上訴人已無從返還系爭不動產，請求損害賠償。原判決以其主張為範圍審定被上訴人之不當得利額，尚無違誤可言。」

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

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，惟甲尚欠債務人庚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)
- (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)

【擬答】

(一) 乙請求確認婚姻無效並請求剩餘財產分配均有理由

1. 甲乙之婚姻無效

- (1) 關於結婚之方式，民國97年5月22日以前係採儀式婚，即須有公開儀式及兩人以上之證人，婚姻始為有效。若有辦理結婚登記，亦僅生推定效力。而於民國97年5月23日以後（即現行民法第982條），結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應向戶政機關為結婚之登記。倘未依法定方式為之，依民法第988條第1款，應認為婚姻無效。
- (2) 甲乙於民國80年結婚，雖有至戶政機關辦理結婚登記，但未有公開儀式，該婚姻仍為無效。其於96年辦理之離婚登記，亦不生離婚之效力。又甲乙於民國97年10月復合並舉行婚禮，然其並未辦理結婚登記，則依當時規定，甲乙之結婚仍然無效。故乙於105年10月向法院訴請確認婚姻無效，應有理由。

2. 乙得請求剩餘財產分配

- (1) 民法第1058條規定，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。另依民法第999條之1第1項，本條於結婚無效時亦有適用。
- (2) 本題甲乙之婚姻雖因欠缺法定方式而無效，然乙亦得依上開規定請求財產分配。又甲乙並未約定夫妻財產制，應得類推適用民法第1005條以法定財產制為其夫妻財產制，故乙向甲請求剩餘財產分配，應有理由。

(二) 庚訴請戊清償1100萬元有理由

1. 戊為甲之繼承人

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。本題甲乙之婚姻無效，故戊係非於婚姻關係存續中受胎之非婚生子女，然戊係甲乙所生，且甲對戊有撫育之事實，故戊仍視為甲之婚生子女。另依民法第1138條第1款，直系血親卑親屬為第一順序繼承人，且本題戊並無喪失繼承權之情形，故戊為甲之繼承人。

2. 庚得請求戊清償 1100 萬元

- (1) 依民法第 1148 條，繼承人自繼承開始時，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。又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。同法第 1148 條之 1 第 1 項規定，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。此即概括繼承有限責任之規定。
- (2) 然依民法第 1163 條第 1 款，繼承人隱匿遺產情節重大者，不得主張民法第 1148 條第 2 項所定之利益。是繼承人若有隱匿遺產情節重大之情形，應就被繼承人之全部債務負無限責任，不得主張有限責任之利益。
- (3) 本題戊係甲之繼承人，原則上得以所得遺產為限就甲之債務負有限責任，然戊於甲死後，隱匿甲之遺產情節重大，依上開規定，其不得主張有限責任之利益，故庚請求戊清償 1100 萬元，應有理由。

(三) 甲之遺產應如何分配

1. 甲之繼承人為 B、戊、D、E

(1) 丙、A 均無繼承權

- ① 甲乙之婚姻無效，丙為非婚生子女，經甲撫育後，丙視為甲之婚生子女，依民法第 1138 條第 1 款為甲之繼承人。然丙對甲為重大虐待並經甲表示不得繼承且未經宥恕，依民法第 1145 條第 1 項第 5 款，丙喪失繼承權。
- ② 又 A 係丙與已婚女子所生，依民法第 1063 條，A 受婚生推定為該女子之夫之婚生子女。A 既非非婚生子女，則丙縱使對其撫育，亦不依民法第 1065 條發生視為婚生子女之效果。A 既非丙之婚生子女，則縱使丙喪失繼承權後，其亦不得依民法第 1140 條代位繼承其應繼分。

(2) B 得代位繼承丁對甲之應繼分

- ① 同前所述，丁經甲撫育後，視為甲之婚生子女，為甲之繼承人。然依民法第 1145 條第 5 款，丁喪失繼承權。
- ② 丁係甲之第一順序繼承人，於丁喪失繼承權後，丁之直系血親卑親屬 B 得依民法第 1140 條代位繼承丁對甲之應繼分。

(3) 戊為甲之繼承人；C 無繼承權

如前所述，戊雖隱匿遺產情節重大，但不過依民法第 1163 條第 1 款負無限責任而已，並不因此喪失繼承權，此與隱匿遺產不同。戊既未喪失繼承權，其直系血親卑親屬 C 即無代位繼承之必要。

(4) D、E 得代位繼承己對甲之應繼分

- ① 同前所述，己經甲撫育後，視為甲之婚生子女，為甲之繼承人。其雖因對甲重大虐待而喪失繼承權，但甲嗣後以遺囑表示宥恕，基於舉重明輕之法理，構成當然失權事由之民法第 1145 條第 2 至 4 款均得藉由宥恕回復繼承權（同條第 2 項），則屬於表示失權之第 5 款，應得類推適用第 2 項回復繼承權，故己為甲之第一順序繼承人。
- ② 然甲、己於搭機時遭遇空難而同時死亡，依同時存在原則，己無法繼承甲之遺產。又民法第 1140 條雖已「先於被繼承人死亡」為要件，然於同時死亡之情形，因該死亡之第一順序之繼承人亦無從繼承被繼承人之遺產，故通說認為亦有本條之適用。據此，己之直系血親卑親屬 D、E 得代位繼承己對甲之應繼分。

2. 甲之繼承人之應繼分

依民法第 1141 條，同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承。甲之繼承人原為丙、丁、戊、己，應繼分各為四分之一。然因丙喪失繼承權且 A 無從代位繼承，故甲之遺產應由丁、戊、己各得三分之一。丁喪失繼承權後，B 得代位繼承其應繼分三分之一。己

公職王歷屆試題（111 司律二試）

死亡後，DE 得代位繼承其應繼分，各得六分之一。

3. 甲之應繼遺產為 1500 萬元

- (1) 民法第 1173 條第 1、2 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。前項贈與價額，應於遺產分割時，由該繼承人之應繼分中扣除。
- (2) 另外，喪失繼承權之人既無應繼分，自無權接受應繼分之前付，則其失權以前所得之特種贈與，因其嗣後無法律上之原因，依不當得利之規定，應負返還之義務。至於代位繼承人則與該生前特種贈與無關，因此不負歸扣之義務¹¹。而於被代位人死亡之情形，通說認為代位繼承人應負歸扣之義務¹²。
- (3) 甲死亡時遺有現金 700 萬元，且於繼承開始前，因丁結婚而贈與 500 萬元、因己營業而贈與 300 萬元，由於丁喪失繼承權，應依不當得利規定返還於甲，是甲對丁有 500 萬元之債權。又己與甲同時死亡，D、E 係代位繼承人，負有歸扣之義務，故該 300 萬元應計入甲之應繼遺產。
- (4) 另甲雖於繼承開始前因丙考上高考而贈與 200 萬元，然此非歸扣之原因（應繼分之前付），故於丙喪失繼承權後，亦無須依不當得利返還之。且縱使甲表示丙不得繼承其遺產，亦難解為有依民法第 416 條第 1 款撤銷贈與之意思，故丙無須返還該 200 萬元於甲。據此，甲之應繼遺產為 1500 萬元（700 萬元+300 萬元+500 萬元債權）。

4. B 得 500 萬元；戊得 500 萬元；D、E 各得 100 萬元

甲之遺產為 1500 萬元，B 之應繼分為三分之一，故 B 分得 500 萬元。戊之應繼分為三分之一，戊亦分得 500 萬元。D、E 之應繼分為六分之一，因其負歸扣之義務，於扣除 300 萬元後，D、E 各得 100 萬元。至於其所分得者為現金或債權，則視其分割協議而定。

¹¹ 林，頁 127、128。

¹² 林，頁 128；戴，頁 153；三，頁 158。

111 年公務人員特種考試司法官考試
111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

第二試試題

類科：各類科

科目：民法與民事訴訟法(二)

考試時間：2 小時

宋定翔老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

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 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)

【考題難易度】★★★★☆

【破題關鍵】

今年司律二試的民事訴訟法考題，兩大題都是一樣從實體法考到程序法，再考到兩者銜接交錯之處(如：從當事人主張進行爭點整理，以及受訴法院應為闡明之內容)。建議如果學校有案例演習課程，或是實務課程，要好好把握，或是可以多看法院裁判，看法官或律師遇到個案的時候怎麼從實體法走到程序法。

本大題則涉及民法第 787 條第 1 項設置袋地通行權規範之目的、相關權利主張對應之訴訟、開路通行權內涵之參酌因素、相鄰土地所有人之間作為袋地通行相關訴訟之共同被告的訴訟類型、上訴之移審效主觀範圍等。

【擬答】

(一)

1. 本件法院審酌有關袋地之通行處所及方法時，應列入考慮之因素為何？准許開設道路時，所應審酌因素又如何？茲論述如下。

2. 按民法(下同)第 788 條規定，土地所有人於具備通行權之要件後，即有通行周圍地以

至公路之權，必要時得開設道路，稱為「開路通行權」。至有無必要開設道路，開設如何路面、寬度之道路等情，則應參酌相關土地及四周環境現況、目前社會繁榮情形、一般交通運輸工具、通行需要地通常使用所必要程度、通行地所受損害程度、建築相關法規等事項酌定之（參照）。¹

3. 經查，甲主張其所有某地段 001 地號土地，法定用途為「建築用地」，且為袋地，伊有在 001 地號土地興建集合住宅必要，則倘若法院認為甲之土地對乙或丙土地之袋地通行權存在，於審酌通行處所及方法時，應列入考慮之因素包含：(1) 周圍地即乙、丙所有同段 002、003 地號土地圍繞及四周環境現況、(2) 毗連土地目前社會繁榮情形、(3) 通行一般交通運輸工具、(4) 通行需要地即 001 地號土地通常使用所必要程度、(5) 通行地即 002、003 地號土地因通行所受損害程度、(6) 建築相關法規等事項。
4. 準此，因甲主張有預訂集合住宅建築計畫，若依相關建築法規定，申辦建造執照，建築基地聯絡公路之路寬確實須至少 5 公尺，則本件法院在法院准開設之通行道路寬度，必須符合相關建築法規定，使甲得以申辦建築執照，俾利袋地通行權促進物盡其用之社會整體利益之目的。

(二)

1. 按第 787 條第 1 項所定之袋地通行權，其主要目的，不僅專為調和個人所有之利害關係，且在充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益。是袋地通行權，非以袋地與公路有聯絡為已足，尚須使其能為通常之使用。²
2. 次第 787、788 條規定所謂之「袋地通行權」，而關於通行處所及方法擇定之訴訟類型，本文以為，因個案符合前述規定後，土地所有人之必要通行權已當然存在於特定周圍地之特定處所，無待法院之形成，更不以經法院判決為必要。是以(1)當事人就某特定位置、範圍之土地通行權發生爭議而提起訴訟請求法院判決特定之通行處所或道路有無通行權存在時，實具有確認訴訟之性質。惟按，(2)何處方屬周圍地損害最少之處所及方法有時難以判定，有待法院依照訴訟上全辯論意旨作成判決，以形成、依職權裁量該通行權之具體內容，而具有形成訴訟之性質。
3. 循此，有學者指出，民法為適用之明確，民法第 787 條第 3 項準用第 779 條第 4 項之規定，亦即，通行地所有人對通行權之主張有異議時，通行權人或異議人得聲請法院以判決定之，此時提起之訴係屬形成訴訟，對於何處是周圍地損害最少之處所，以及如何之方法才是損害最少之方法，法院不受當事人聲明之拘束，得依職權認定之。然若主張通行權人或異議人以確認之訴，請求對特定之處所及方法確認其有無通行權時，法院因受其訴之聲明的拘束，則例外屬於確認之訴。
4. 末按民法第 787 條之袋地通行權，為土地所有人所有權之擴張，亦即對鄰地所有人所有權之限制，周圍地所有人負容忍通行之義務，從而，袋地土地所有人如確有民法第 787 條之通行權，袋地所有人自可對之主張通行權請求拆除地上物以供通行³，而袋地所有人提起訴訟如為上述拆除地上物或其他請求禁止或排除之聲明，則屬具有給付訴訟之性質。至於此部分請求權基礎，因袋地通行權性質上屬於土地所有權內容之擴張，故上開

¹ 最高法院 95 年台上字第 1718 號民事判決意旨：「再按有通行權人，於必要時，得開設道路，民法第七百八十八條前段定有明文。至有無必要開設道路，開設如何路面、寬度之道路，道路應否附設排水溝或其他設施，則應參酌相關土地及四周環境現況、目前社會繁榮情形、一般交通運輸工具、通行需要地通常使用所必要程度、通行地所受損害程度、建築相關法規等事項酌定之。」參照。

² 最高法院 107 年度台上字第 1613 號民事判決意旨：「按民法第 787 條第 1 項所定之袋地通行權，其主要目的，不僅專為調和個人所有之利害關係，且在充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益。是袋地通行權，非以袋地與公路有聯絡為已足，尚須使其能為通常之使用。而是否能為通常之使用，須斟酌該袋地之位置、地勢、面積、用途、社會環境等因素綜合判斷。倘袋地為建地時，並應考量其坐落建物之防火、防災、避難及安全等需求。」參照。

³ 台灣高等法院 108 年度上更一字第 128 號民事判決意旨參照。

請求係以第 767 條之物上請求權為據。⁴

(三)

1. 共同被告乙、丙間，屬何種共同訴訟，以及乙上訴之移審效主觀範圍，茲論述如下。
2. 按民事訴訟法（下同）第 55、56 條，關於共同訴訟之審理，係採取共同訴訟人獨立原則，原則上一人之行為，其利害不及於他共同訴訟人；但為避免「避免裁判矛盾」與「紛爭統一解決」，若訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，則其中一人之有利行為，其效力及於全體，不利行為，則對於全體均不生效力。
3. 循此，向來學理與實務以法律上是否應合一確定（法律上合一確定）為判斷標準，而將共同訴訟類型化為共同訴訟人不必同勝同敗之「普通共同訴訟」，及共同訴訟人必須同勝同敗之「必要共同訴訟」（含：固有及類似必要共同訴訟）。惟即便共同訴訟人之間於法律上無須合一確定，是否仍得於部分情形適用或類推適用第 56 條合一確定原則？
4. 本文以為，於多數被告間就不同訴訟標的在實體法上有應為一致判斷之共通事項者，為確保裁判解決紛爭之實際效用，共同訴訟各人之訴訟標的當不宜割裂處理，於此情形，自可與在法律上有合一確定之必要同視，以求裁判結果之一致性及達到統一解決紛爭之目的。從而，縱訴訟標的對於共同訴訟之各人，法律上未規定其中一人所受本案判決之效力可及於他人，或無其他法律上應合一確定之情形，亦得類推適用第 56 條之規定（有實務見解亦採此旨）。⁵
5. 經查，本件 001 地號土地是否與公路無適宜之聯絡致不能為通常使用、通行必要範圍損害最少之周圍地及通行方法為何等，屬各被告間共通事項之情形下，法律雖未規定其等應一同被訴，或通行權存在等共同訴訟部分對於各被告中一人之裁判效力及於他人，依上說明，仍得類推適用第 56 條之規定，而因上訴行為得阻卻原不利判決之確定，為有利行為，其效力自應及於全體共同訴訟人。⁶
6. 惟就本件僅乙就第一審判決不利其部分提起上訴，倘第二審法院如認第一審判准之通行方案不當，可否改判其對造即甲所未為上訴聲明之對於丙土地通行權存在？本文以為，若原告未就備位請求提起上訴或附帶上訴，則依第 450 條規定：「第二審法院認上訴為有理由者，應於上訴聲明之範圍內，為廢棄或變更原判決之判決。」第二審法院仍不得予以審理裁判。蓋此際原告得聲明不服卻未聲明不服，表示無請求上訴審法院加以審判之意願，基於處分權主義，自應予尊重。

最高法院 98 年度台上字第 1283 號民事判決（返還土地等）

按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用民事訴訟法第五十六條各款規定。所謂必須合一確定，固係指在法律上有合一確定必要之固有必要共同或類似必要共同訴訟而言，且於為判決效力所及之人未一同起訴或一同被訴，僅為輔助參加，因訴訟標的對於參加人及其所輔助之當事人必須合一確定時，依同法第六十二條規定，亦得準用第五十六條之規定。惟原告對於多數被告提起共同訴訟之各訴訟標的須否審理及有無理由，在程序法上係以其對於其中一人之另一訴訟標的有無理由為先決條件，該先決之訴訟標的即為共同訴訟各人訴訟標的之共同基礎，且於多數被告間就不同訴訟標的在實體法上有應為一致判斷之共通事項者，為確保裁判解決紛爭之實際效用，倘作為共同基礎之先決訴訟標的為無理由，共同訴訟各人之訴訟標的當不宜割裂處理，於此情形，自

⁴ 謝在全，《民法物權論（上）》，2020 年 9 月，修訂 7 版，第 223 頁。

⁵ 最高法院 98 年度台上字第 1283 號民事判決、109 年度台抗字第 1556 號民事裁定（最高法院具有參考價值之裁判）參照。

⁶ 最高法院 52 年度台上字第 1930 號民事判決（原判例）、最高法院 105 年度台上字第 1320 號判決，另可參最高法院 76 年度台抗字第 423 號民事裁定：「按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，上訴期間固自各人受判決之送達時始各別進行，惟其中一人已在其上訴期間內提起上訴者，視為全體在上訴期間內提起上訴，他共同訴訟人無論已否逾其上訴期間，均不必再行提起上訴，得逕行加入嗣後之上訴程序。本院二十一年抗字三四六號著有判例。」。

可與在法律上有合一確定之必要同視，以求裁判結果之一致性及達到統一解決紛爭之目的。縱訴訟標的對於共同訴訟之各人，法律上未規定其中一人所受本案判決之效力可及於他人，亦非不得類推適用上開條款之規定。本件被上訴人以上訴人財團法人嘉南藥理科技大學（下稱嘉南大學）為被告，主張嘉南大學無權占有其所有之系爭土地，依民法第七百六十七條規定，提起移除地上物並返還土地之訴訟，再以此為基礎，主張其收回之土地為袋地，依民法第七百八十七條第一項前段規定，提起確認其對嘉南大學及財政部國有財產局（下稱國有財產局）、台灣省嘉南農田水利會（下稱嘉南水利會）各自所有之土地有通行權存在及各被告不得為妨害通行行為之共同訴訟，則於先決訴訟標的即移除地上物並返還土地部分為無理由，且系爭土地是否與公路無適宜之聯絡致不能為通常使用、通行必要範圍損害最少之周圍地及通行方法為何等，屬各被告間共通事項之情形下，法律雖未規定通行權存在等共同訴訟部分對於各被告中一人之裁判效力及於他人，依上說明，自得類推適用民事訴訟法第五十六條之規定。準此，嘉南大學就作為通行權存在基礎法律關係之返還土地部分提出抗辯有理由者，其上訴效力自及於未上訴之國有財產局及嘉南水利會二人，爰將之併列為上訴人，合先敘明。...

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

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，乙當然要返退 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)

【考題難易度】★★★★★

【破題關鍵】

本大題涉及借名登記契約之請求權基礎（甲如何請求法院判決命乙應將 A 屋所有權辦理移轉登記予甲）、爭點整理方法論（受訴法院應如何整理爭點）、一貫性審查（甲的請求是否有理由）、闡明義務（法院可否闡明甲，還有何種權利或是應該要用何種權利主張，來達到其起訴目的）、證據調查程序之開啟（受訴法院應如何進行證據調查）、證據調查之必要性（應否傳喚丙）、私人違法取得證據之可利用性（乙之錄音能否作為證據）等。

【擬答】

(一)本件之訴訟標的為何，以及受訴法院應如何整理爭點，涉及爭點整理之方法，茲論述如下。

1. 最上位爭點之爭點整理

- (1)本件原告甲列乙為被告，聲明請求法院判決命「乙應將 A 屋所有權辦理移轉登記予甲」，已達具體可得強制執行之程度，堪認訴之聲明已具體明確。
- (2)再者，甲於原因事實之陳述中即表示「甲出資向丙購買 A 屋一棟，登記於乙之名下，…，甲曾多次向乙催告返還，乙均置之不理」、「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」等情，表明其所主張權利之歸屬關係，以及具體之時點、當事人、特定內容之契約等事，是應認甲已具體表明原因事實至足使本件訴訟標的與兩造間其他訴訟標的相識別之程度，而已特定訴訟標的⁷。
- (3)進而，為貫徹處分權主義對於原告程序處分權之尊重，應肯認原告得決定本案審判對象之大小，而採取訴訟標相對論。從而，法院應按民事訴訟法（以下法律省略者均為此法）第 199 條、第 199 條之 1，闡明甲欲主張何一權利、是否欲以「權利單位型訴訟標的」來擇定訴訟標的，或欲以「紛爭單位型訴訟標的」為之，俾於賦予程序保障之前提下，統一解決紛爭。
- (4)按就原告主張之原因事實，有實體法上請求權競合之情形，基於處分權主義，應尊重當事人對於訴訟標的之擇定，若針對當事人所未請求裁判之訴訟標的作成裁判，有民事訴訟法第 388 條訴外裁判之問題。此時，按第 199 條、第 199 條之 1 及法官知法原則，法院應與原告展開法律上對話，藉由闡明權之行使以促使其為法律上陳述，若依原告之「訴之聲明」及「事實上陳述」得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完

⁷ 於債權請求權之事例中，原告於原因事實有無陳述具體之時點、當事人、特定內容之契約等事實（至少應陳述至「被告於○年○月○日與原告訂立買賣○物之契約，約定貨款 500 萬元尚未依約償付」之程度）。於物權、物上請求權或其他排他性權利為訴訟標的起訴時，僅須表明該權利與其歸屬關係即可，為特定訴訟標的毋庸陳述取得該權利之原因事實）。參：邱聯恭，〈爭點整理方法論序〉，《爭點整理方法論》，2001 年 11 月，初版 4 刷，頁 11、13。

足者，法院應予闡明，以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭，否則即有違背闡明義務之問題。

最高法院 100 年度台上字第 1031 號民事判決

惟按基於買賣契約請求給付價金，與本於承攬契約請求給付報酬，在實體法上為兩種不同之請求權，在訴訟法上為兩種不同之訴訟標的。又現行民事訴訟本諸當事人處分權主義，除別有規定外，法院不得就當事人所未聲明之事項為判決，觀之民事訴訟法第三百八十八條規定甚明。準此，法院即不得超逾當事人請求審判範圍為裁判，以避免發生突襲性裁判，而危害當事人之程序利益，保障當事人憲法上之訴訟權及財產權。倘依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不足者，審判長應依民事訴訟法第一百九十九條之一第一項規定，令其敘明或補充之。此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時亦係其義務。本件被上訴人迭稱：「雙方是買賣契約」、「祇有單純買賣材料」、「單純是買賣關係」、「被上訴人祇是單純賣料」、「兩造所成立者係實木買賣契約」，依民法第三百六十七條所定買受人交付約定價金之義務，伊請求上訴人給付實木買賣價金等語（見一審卷(一)四、一九、一〇一頁、原審卷(一)八一、一六五頁及卷(二)一五〇頁背面）。果爾，被上訴人係依實木買賣契約之法律關係為系爭請求。原審先謂：兩造就系爭裝潢工程係成立以連工帶料為內容之承攬契約，被上訴人主張兩造係成立實木買賣契約之法律關係，並據此請求給付價金，尚非可採；嗣卻謂：被上訴人依買賣契約所衍生價金給付請求權之法律關係，請求上訴人給付伊三百七十六萬三千九百九十二元本息，應予准許云云，兩相齟齬。乃原審審判長未遵闡明，逕依買賣契約所衍生價金給付請求權，遽命上訴人給付三百七十六萬三千九百九十二元本息，而為其不利之論斷，揆諸首開說明，已有未洽，亦難謂無判決理由矛盾之違法。

- (5)然而，倘就原告主張之原因事實，無實體法上請求權競合，則該原因事實所該當之實體法上單一權利，應依法官知法原則，由法官依職權為法律之適用，不受當事人法律上主張之拘束。但此時即應注意，按民事訴訟法第 199 條第 1 項、第 2 項規定之闡明義務，受訴法院所持法律見解，倘與當事人陳述或表明者有所不同，因將影響裁判之結果，審判長自應向當事人發問或曉諭，令其就訴訟關係所涉法律觀點，為必要之法律上陳述，以利當事人為充分之攻擊防禦及適當完全之辯論。⁸

最高法院 103 年度台上字第 666 號民事判決：適用法律突襲之避免

查適用法律固屬法官之職責，法院並應就其依卷內資料所確定之事實，依職權尋求、發現及提示「法」（當事人就具體紛爭所應遵循之規範）之所在，不受當事人所主張法律見解之拘束，惟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，法院應令當事人就法律爭點為必要之陳述及作適當完全之辯論，此觀民事訴訟法第二百九十六條之一第一項、第一百九十九條第一項、第二項之規定及其立法理由自明。故法院如依職權逕行適用當事人所未陳述或主張之法律時，審判長應將該法律上之爭點曉諭當事人，並令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論，以保障當事人程序上之正當權益及合法之聽審權，而避免產生適用法律之突襲。本件兩造於事實審從未主張上訴人指定陳美靜為系爭房地之所有權移轉登記名義人為民法第二百六十九條所定第三人利益契約，乃原審未令兩造先就系爭契約定性為必要及適當之辯論，並

⁸ 最高法院 106 年度台上字第 1247 號民事判決：「再按依民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款規定，訴訟標的之法律關係係依原告起訴時所主張之原因事實特定之。就原告主張之原因事實，倘無實體法上請求權競合之情形，則該原因事實所該當之實體法上單一權利，受訴法院應依法官知法之原則，就當事人之主張及提出之證據依調查證據程序確定事實後，依職權為法律之適用，不受當事人法律上主張之拘束。倘法院所持法律見解與當事人陳述或表明者有所不同，審判長即應向當事人發問或曉諭，令其就訴訟關係所涉法律觀點，為必要之法律上陳述，以盡民事訴訟法第 199 條第 1 項、第 2 項規定之闡明義務，並利當事人為充分之攻擊防禦及適當完全之辯論。」

依上揭意旨，將系爭契約解為第三人利益契約，向兩造為開示、曉諭，即逕依職權適用上開規定，認兩造以系爭契約訂定上訴人應將系爭房地所有權移轉登記予陳美靜，核屬該條規定「以契約訂定向第三人為給付」之情形，陳美靜已表示享受其利益，上訴人不得再變更該契約所指定之登記名義人或撤銷是項指定，進而為其不利之論斷，已難謂無違反民事訴訟法第二百九十六條之一第一項、第一百九十九條第一項、第二項之規定。

最高法院 106 年度台上字第 2962 號民事判決：處分權主義與法官知法

按所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。該法律關係為何，依民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款規定，須依原告起訴時所主張之原因事實特定之。就原告主張之原因事實，倘無實體法上請求權競合之情形，則該原因事實所該當之實體法上單一權利，應依法官知法、法官依法獨立審判等原則，由法官依職權為法律之適用，不受當事人法律上主張之拘束。且就此非屬當事人得處分之法律適用，亦不得由當事人協議之，並使法院受其拘束。又受訴法院所持法律見解，倘與當事人陳述或表明者有所不同，因將影響裁判之結果，審判長自應向當事人發問或曉諭，令其就訴訟關係所涉法律觀點，為必要之法律上陳述，以盡民事訴訟法第 199 條第 1 項、第 2 項規定之闡明義務，並利當事人為充分之攻擊防禦及適當完全之辯論。查民法第 227 條規定之不完全給付，係指因可歸責於債務人之事由，提出不符合債務本旨之給付，其型態有瑕疵給付及加害給付兩種。本件上訴人請求亞塑公司依債務不履行之規定賠償損害，其主張之原因事實係該公司之系爭阻止等行為，違反民法第 423 條規定出租人就租賃物之交付及保持義務，構成民法上之不完全給付，致其受有損害。此項原因事實究竟該當瑕疵給付或加害給付之法律關係，乃屬法官適用法律之職責，且非當事人所得處分之事項，依上說明，法院並不當然受上訴人所主張法律上見解或經協議簡化後法律上爭點之拘束。原審於上訴人表明係依民法第 227 條第 2 項加害給付之規定為請求，且僅就此表示法律意見後，即據此協議簡化爭點，並未進一步向當事人曉諭，令其就受訴法院對該損害賠償之性質可能認非為加害給付之法律見解，為充分而完全之法律上辯論，即認上訴人對亞塑公司所請，與加害給付須出於系爭租約之給付行為，積極侵害債權之要件不合等詞，而為上訴人關此部分敗訴之判決，自有法律適用之突襲，難昭折服。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，為有理由。

- (6) 而就借名登記契約終止後，借名人對出名人請求返還借名登記物之請求權及請求權基礎為何？應認為係借名登記契約之終止後返還請求權或不當得利返還請求權，蓋借名登記契約性質上類似委任，且係為借名人之利益而訂立，故借名人得類推適用民法第 549 條第 1 項隨時終止契約，並於終止後「依民法第 179 條」或「類推適用民法第 541 條第 2 項」請求出名人返還借名登記之財產，辦理所有權移轉登記。⁹
- (7) 至於借名人得否對出名人行使民法第 767 條第 1 項前段所有物返還請求權，請求返還借名登記物？向來實務見解及學說通說認為，標的物為不動產者，基於不動產登記之公示性，除該登記無效而經依法塗銷，或有錯誤情事而經更正前，得行使本條所定請求權之人，限於不動產登記簿上所登記之該標的物所有人。¹⁰不過應注意，其得依民法第 242 條，代位行使出名人對於第三人之所有物返還請求權或所有權妨害排除請求權，或得對出名人主張不法無因管理（民法第 177 條第 2 項參照），請求出名人給付其

⁹ 最高法院 102 年度台上字第 2399 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 1422 號民事判決（另可參：99 台上 1662 判決、99 台上 1424 判決、99 台上 951 判決）。

¹⁰ 最高法院 102 年度台上字第 243 號民事判決（另可參：可參 69 台上 2733 判決、72 台上 798 判決、72 台再 20 判決、82 第 2 次民庭決議、93 台上 45 裁定、93 台上 1886 判決）。關於通說見解之出處，詳可參：詹森林（2011），〈借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任〉，《台灣法學雜誌》，186 期，頁 54。

因不法管理所得利益¹¹。

- (8)經查，甲經闡明後若採取「訴訟標的相對論之權利單位型」特定訴訟標的，則其訴訟標的應係「就 A 屋之所有物返還請求權」。然依上開說明，甲提起本訴之目的在於要求乙應將 A 屋所有權辦理移轉登記予甲，倘甲主張其間存在借名登記契約，抑或是贈與契約，則為達此一目的，甲僅得主張基於其間借名登記物返還請求權，或不當得利返還請求權（領取人乙所受之利益，係本於指示人甲而非被指示人丙之給付，給付關係存在於甲乙間，併予敘明），請求出名人返還借名登記之財產、辦理所有權移轉登記，而並無所有物返還請求權可言。
- (9)循此，甲在本件所主張之所有物返還請求權，其法律效果並不能支持其所為訴之聲明，權利主張欠缺一貫性¹²，受訴法院應依第 199 條、第 199 條之 1，闡明原告甲尚有基於契約之借名登記物返還請求權，或不當得利返還請求權而支撐同一訴之聲明，使原告有機會就備位請求追加或變更訴訟標的法律關係，以使當事人有機會於一道程序統一解決紛爭。

2. 事實上爭點之整理

- (1)首先，倘甲為前述追加或變更訴訟標的，法院應進行一貫性審查，亦即，假定原告甲之事實主張為真，是否足認其訴訟上請求為有理由。本件甲業已先位主張 A 屋係借名登記於乙名下、業已催告返還（帶有終止契約之意思），備位主張為附條件贈與、結婚之條件並未成就，符合前述權利之權利根據要件即「甲乙間借名登記契約終止或其間贈與契約失其效力」、「乙基於甲之給付而受有 A 屋之利益」等，據上所述，假定原告甲之事實主張為真，足認其訴訟上請求為有理由，故其請求具有一貫性。
- (2)繼而法院則應接續進行重要性審查，亦即，假定被告乙之事實主張為真，是否足認原告甲之訴訟上請求無理由。由於乙雖承認 A 屋雖係甲向丙購買而不爭執「乙基於甲之給付而受有 A 屋之利益」，但抗辯該屋前係甲贈與乙，但並未具體陳述「甲是否曾多次向乙催告返還、其間是否約定將來結婚作為贈與之條件」，以致於無法判斷是否「甲乙間借名登記契約終止或其間贈與契約失其效力」，故法院應闡明被告乙具體表明之，否則未盡其具體化陳述義務（第 266 條第 3 項參照），針對該事實構成擬制自認，其答辯不具重要性，法院應判決容認原告之請求、勸使成立訴訟上和解或勸使為認諾，並無進行證據調查之必要。

3. 證據上爭點之整理¹³

- (1)於本階段，法院首先應確認待證事實，進而針對兩造有爭執之事實分配舉證責任，並進行「可證性審查」，亦即，審查待證之主要事實有無證明可能性。
- (2)於可證性審查，一來，應確認負舉證責任者是否提出本證或其提出是否不足，而有無未盡舉證責任之行為責任，而屬本證懈怠，應排除不必要證據調查、無需調查反證之情形。二來，應斟酌間接事實之推認力，亦即，假定負舉證責任者所主張之間接事實，於經驗法則上是否足以推認待證事實之主要事實，若否，則亦屬本證懈怠，而無就該間接事實調查證據之必要。

(二)

1. 至於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？涉及辯論主義第三命題、證據調查之必要性，與私人違法取得證據之可利用性等情，茲論述如下。
2. 按第 285、288 條，民事訴訟程序於證據調查方面，基於辯論主義第三命題，以「當事人

¹¹ 詹森林（2011），〈借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任〉，《台灣法學雜誌》，186 期，頁 58。

¹² 許士宦，〈訴訟上請求之一貫性審查—最高法院 108 年度臺上字第 2246 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，401 期，2020 年 10 月，頁 62。

¹³ 許士宦，〈集中審理之爭點整理〉，《爭點整理與舉證責任》，2012 年 12 月，1 版 1 刷，頁 151-156。

聲明調查證據」為原則，但就當事人間存有攻防能力（含：事證蒐集能力）上差距而乏當事人對等性之事件，或於特需保護公益、集團性利益之事件（如：公害訴訟）中，為達裁判之公平與正義，允許法院依職權調查證據，以濟辯論主義之窮，並貫徹武器平等原則及賦予程序權保障等。¹⁴惟為合理限制法院職權之行使，仍應以「當事人聲明」為原則，若其不知聲明，法院應先行闡明權（第 199 條第 2 項參照）促其聲明，若闡明權行使後，仍不知聲明證據，法院為迅速發現真實，認為必要時，始得依職權調查證據。¹⁵惟是否依職權調查證據，為法院之裁量權，當事人之舉證責任，並不因之而減輕，故因未盡舉證責任致受敗訴判決之當事人，不得以法院未行使此職權為上訴之理由。

3. 次按第 285、286 條，證據調查須為證據聲明，且當事人聲明之證據，原則上法院應為調查，但例外於認其聲明之證據不必要者，則無須調查。

(1) 所謂不必要之證據，係指當事人聲明之證據，與應證事實毫無關聯，或即令屬實亦不足以影響法院心證裁判基礎等情形。¹⁶若法院就當事人聲明之證據，認無調查必要者，應第 199 條說明理由、闡明當事人，並按第 222 條第 4 項並記明於判決，踐行之訴訟程序始得謂當。¹⁷

(2) 而甲雖聲請傳喚丙為證人，然其所欲證明之事項為何，未見其具體表明，法院應闡明之，以便釐清後續有無調查必要性乙節。進而，倘甲聲請傳喚之此部分待證事實為「A 屋雖係甲向丙購買」、「乙基於甲之給付而受有 A 屋之利益」，由於甲乙對此並不爭執，故此一證人傳喚之聲明與應證事實毫無關聯，自無傳訊丙到庭證述之必要性。

4. 未按第 222 條可知，我國針對民事訴訟上之事實認定，採取自由心證主義，而委由法院根據審理時所呈現之一切資料與狀況，自由判斷以形成確信之心證。進而除關於證據方法、證據能力及證明力之判斷，原則上並無限制，而委諸法院依自由心證加以判斷。

(1) 然「私人違法取得之證據」有無證據能力？對此，本文以為既然法無明文，自應從民事訴訟之目的及法理探尋解釋論上之解答。是以，私人違法取證有無證據能力，應權衡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等因素，非可一概否認其證據能力（實務見解亦採此旨）。¹⁸申言之，

¹⁴ 邱聯恭講述、許士宦整理，《口述民事訴訟法講義(三)》，2017 年 9 月，2017 年筆記版，頁 38。

¹⁵ 2000 年 2 月 9 日民事訴訟法第 288 條修法理由參照。

¹⁶ 最高法院 101 年度台上字第 225 號民事判決：「當事人聲明之證據，除就其聲明之證據中認為不必要者外，法院應為調查，民事訴訟法第二百八十六條定有明文。該條但書所謂不必要之證據，係指當事人聲明之證據，與應證事實無關，或不影響裁判基礎，或毫無證據價值，或因有窒礙不能預定調查證據之期間或訟爭事實已臻明瞭且法院已得強固之心證而言。」最高法院 106 年度台上字第 2948 號民事判決：「按當事人聲明之證據，除認為不必要者外，法院應為調查，民事訴訟法第 286 條規定甚明。所謂不必要者，係指當事人聲明之證據，與應證事實無關，或即令屬實，亦不足以影響法院心證裁判基礎而言。苟依當事人聲明之意旨，某證據方法與待證之事項有關聯性者，不得預斷為難得結果，認無必要而不予調查，更不得未予調查而不說明理由。」最高法院 103 年度台上字第 2571 號民事判決：「按民事訴訟法第二百八十六條規定，當事人聲明之證據，法院應為調查。但就其聲明之證據中認為不必要者，不在此限。所謂「不必要者」，係指聲明之證據中，依當事人聲明之意旨與待證之事實，毫無關聯，或法院就某事項已得心證，而當事人仍聲明關於該事項之證據方法等情形而言。故某證據方法依當事人聲明之意旨，苟與待證之事項有關聯性者，不得預斷為難得結果，認無必要而不予調查，否則即屬違反「證據禁止預斷」之原則。」

¹⁷ 最高法院 103 年度台上字第 367 號民事判決：「當事人聲明之證據，法院應為調查，但就其聲明之證據中認為不必要者，不在此限，民事訴訟法第二百八十六條定有明文。而法院不但就調查證據之結果，應記載其因而得心證之理由，且就當事人聲明之證據，認無調查必要者，亦應說明理由，尤其對當事人聲明之證據已準備開始調查，其後認無調查必要而不為調查者，更應於判決書詳載其理由，踐行之訴訟程序始得謂當。」

¹⁸ 最高法院 94 年度台上字第 2001 號民事判決：「原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：[...]而談話錄音內容如非隱私性之對話，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，自應承認其證據能力。查上開談話錄音，經第一審法院於言詞辯論期日勘驗（驗聽），及原審探求其譯文內容結果非屬隱私性之對話，上訴人之陳述亦出於自由意思任意為之，無受不當誘導或有截取片段之情事。對話內容又涉及被上訴人之權利甚鉅，若未錄音存證，將來有不能舉證之虞，足認被上訴人所為之錄音係出於防衛權利而未逾社會相當性之手段，所顯示之錄音內容，應可憑信。[...]經核於法洵無違誤。」最高法院 104 年度台上字第 1455 號民事判決：「按民事訴訟之目的旨在解決紛爭，維持私法秩序之和平及確認並實現當事人間實體上之權利義務，

民事訴訟固追求真實之發現，惟為兼顧民事訴訟法上各種基本要求，應認不得為發現真實而不擇手段，毋寧應使發現真實之手段受「誠信原則」、「正當程序」、「憲法權利保障」及「預防理論」等法理限制。

- (2)由是可知，若欲否定其證據能力，自須以該證據之取得係利用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。
- (3)經查，乙所提出之「A 屋送給你，作為我倆愛的小屋」對話錄音，係在甲不知情下偷錄，其錄製雖未得甲之同意，然倘其對話現場係不特定多數人得公然進出之場所，甚至若甲於陳述時未掩其聲，不畏聞見，則應無隱密其對話內容之意圖等情，自應認該對話錄音仍具有證據能力，而得作為本件之證據。

為達此目的，有賴發現真實，與促進訴訟。惟為發現真實所採行之手段，仍應受諸如誠信原則、正當程序、憲法權利保障及預防理論等法理制約。又民事訴訟之目的與刑事訴訟之目的不同，民事訴訟法並未如刑事訴訟法對證據能力設有規定，就違法收集之證據，在民事訴訟法上究竟有無證據能力？尚乏明文規範，自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，非可一概否認其證據能力。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。本件上訴人未得其對話之他方陳憲清之同意擅自錄音、錄影時，被上訴人當時在場，乃原審確定之事實，且上訴人主張該錄音、錄影之地點係在民生西路房屋一樓機車行，似為被上訴人所不爭執；果爾，該機車行應為一般顧客得以公然進出之場所，被上訴人復行在場，陳憲清與上訴人對話時既不掩形聲，不畏聞見，則其究竟有無隱密其與上訴人間對話內容不欲人知之意圖，而足以構成上述以侵害人格權之方法或顯著違反社會道德之手段或嚴重侵害社會法益或違背保護重大法益之法規或其違背之態樣違反誠信原則或公序良俗之情形？尚有待釐清。況陳憲清已經死亡，上訴人亦無從經由法院依職權訊問陳憲清之程序作為證據方法（民事訴訟法第三百六十七條之一第一項參照），則權衡發現真實與促進訴訟之必要性與上訴人收集證據手段之方式，是否有否認上訴人提出系爭光碟之證據能力之必要？依上說明，即非無進一步研酌之餘地。原審未違詳求，逕以上訴人係以不法侵害陳憲清隱私權之方法取得證據，系爭光碟欠缺證據能力云云，遽為不利於上訴人之認定，自嫌速斷。」**最高法院 106 年度台上字第 246 號民事判決**：「按民事訴訟法對於證據能力並未設有規定，違法取得之證據是否有證據能力，應從誠信原則、正當程序原則、憲法權利之保障、違法取得證據侵害法益之輕重、發現真實與促進訴訟之必要性等加以衡量，非可一概而論。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。原審依其採證、認事之職權行使，認上訴人提出之光碟七片暨譯文不具證據能力，其無法證明其與王良雄間就系爭房地有借名登記關係存在，王良雄等三人如何處分、移轉登記系爭房地，均與上訴人無涉，難認侵害上訴人之財產權，而為上訴人不利之判決，經核於法並無違誤。」**最高法院 106 年度台再字第 60 號民事判決**：「次按民事訴訟法對於證據能力並未設有規定，違法取得之證據是否有證據能力，應從誠信原則、正當程序原則、憲法權利之保障、違法取得證據侵害法益之輕重、發現真實與促進訴訟之必要性等加以衡量。原確定判決謂：原二審判決認再審原告提出系爭光碟等證據，無法證明光碟收集來源，法院無從據以判斷侵害法益之程度，倘准其使用，將使其規避違法取得光碟之責任。況光碟內容並非再審原告與他人之對話，而係王良雄等及其他不詳人士間之對話，錄音時間長達十個月，而依證人李倩蔚等人所述，並未取得對話人之同意，嚴重侵害被錄音者之人格權、隱私權。權衡各種法益衝突等因素後，該違法取得之光碟欠缺證據能力等語，經核於法並無違背。」

111 年公務人員特種考試司法官考試

第二試試題

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

類科：各類科

科目：公司法、保險法與證券交易法

考試時間：2 小時

董謙老師、孟成老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

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)

【考題難易度】★★★★

【破題關鍵】公司法第 27 條第 2 項代表人董事當選董事長時，改派代表人之效力；董事長缺位時類推董事長代理制度；董事會瑕疵之效力；基於無效董事會召開股東會之效力；公司法第 172 條第 5 項不可臨時動議提出股東會事項；監察人召開股東會要件及無必要召開股東會效力；董事會與股東會之權限劃分。

【擬答】

(一)股東會(一)修改章程決議之效力：

1. B 公司通知改派丁取代甲之職務，造成 A 公司董事長缺位：

(1)依題旨，B 公司依照公司法第 27 條第 2 項，指派甲與乙當選 A 公司董事，故而 B 公司自可依照公司法第 27 條第 3 項，通知 A 公司改派丁補足甲之董事任期。

(2)依經濟部見解¹及學者多數說，此時改派僅係由丁補足甲之董事任期，原甲所任之董事

¹ 經濟部 94 年 5 月 20 日經商字第 09402061340 號函

按公司法第 27 條第 3 項規定：「第 1 項及第 2 項之代表人，得依其職務關係，隨時改派補足原任期。」是以，依同法條第 1 項或第 2 項分別產生之董事、監察人，得依其職務關係隨時改派代表補足原任期。惟原代表為董事長時，改派之代表尚非當然繼任董事長職務，仍須由副董事長或常務董事或董事互推 1 人代行董事長職權召集董事會，並依同法第 208 條第 1 項或第 2 項規定選舉董事長，併為敘明。

公職王歷屆試題（111 司律二試）

長職位，因甲喪失董事職位，從而董事長職位當然解任，形成 A 公司董事長職位缺位。

(3) 附帶說明，此時依最高法院見解²、經濟部見解³，董事長缺位時，為召開董事會補選董事長，可以類推適用公司法第 208 條第 3 項後段董事長代理人，從而召開董事會，補選董事長。

2. 丁於 110 年 5 月 14 日所召集之 A 公司董事會，丁非屬有召集權人，董事會召集程序違法：

如前述，此時應類推適用公司法第 208 條第 3 項選出董事長代理人召開 A 公司董事會，本題中丁自行通知乙、丙召開董事會，自屬無召集董事會權限之人召集董事會，係屬董事會召集程序違法。

3. 丁於 110 年 5 月 14 日所召集之 A 公司董事會並未通知監察人列席，董事會召集程序違法：

依公司法第 204 條第 1 項，董事會之召集，應於三日前通知各董事及監察人，依題旨，丁召集之董事會並未通知監察人列席，自屬召集程序違法。

4. A 公司 110 年 5 月 14 日由丁召開之董事會係屬違法無效：

(1) 公司法並未明文董事會召集程序違法之效力，依最高法院 97 台上 925 號判決，董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之內容最符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應認為當然無效。關此學者⁴基於董事會召集成本低，以及董事會召集期間相對短，緊急情況時尚可隨時為之，亦肯認法院見解。

(2) 小結：本題中丁召開之董事會召集程序違法，依最高法院見解，該董事會無效

5. 基於無效之董事會決議召開之股東會決議效力⁵

(1) 有效說：董事會決議僅係公司內部意思決定。

(2) 不成立說：

董事會之有效決議，係股東會之特別成立要件，故而欠缺成立要件，該會議無法稱為股東會，欠缺股東會決議之特別成立要件，故屬於股東會不成立。

(3) 得撤銷說：

在形式上既然已經由董事會對外召集，然因召開該次股東會之董事會有瑕疵，故而屬於召集程序違法，得撤銷之情形。

² 最高法院 98 年台上 871 號判決摘要：

「按修正前公司法第二百零八條第三項既已就董事長請假或因故不能行使職權設有代理之規定，則股份有限公司於董事長死亡、解任、辭職而未及補選，或因董事人數不足，無從依該法條第一、二項規定補選董事長前，自得類推適用上開公司法第二百零八條第三項規定，由副董事長；無副董事長者由常務董事或董事互推一人暫時執行董事長職務。」關此並可參見最高法院 96 年台上 327 號判決，最高法院 107 台上 97 號民事判決，均採相同見解。

³ 經濟部 103 年 11 月 18 日經商 10302136340 號函

二、至於董事長缺位之處理，可類推適用公司法第 208 條第 3 項規定，由副董事長代行董事長職務；若無設副董事長，則由常務董事或董事互推一人代行董事長職務，召開董事會選舉董事長（本部 96 年 11 月 2 日經商字第 09602146040 號函參照。）類似之經濟部見解，可參見經濟部 80 年 6 月 12 日商 214490 號函，經濟部 79 年 9 月 7 日經商 216053 號函，經濟部 80 年 6 月 4 日商 213564 號函。

⁴ 曾宛如老師，〈違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之〉，《月旦裁判時報》，第 9 期，頁 104~105，2011 年 6 月。

⁵ 劉連煜老師，《現代公司法》，增訂十五版，頁 458~460，2020 年 9 月。

(4)小結：應採得撤銷說，理由如下：

- ①最高法院多數見解⁶及學者多數見解均採此說。
- ②董事會之決議，係公司內部事項，非外界可輕易得知，故若客觀上可認定該次股東會係由董事會召集，一般股東自應有出席、表決權，又該次股東會之決議行為係屬合法時，其欠缺之特別成立要件已經過股東會補正，該次股東會並非當然無效，至多僅係得撤銷之股東會決議。
- ③股東會原則上係由董事會召集，以及董事會決議瑕疵態樣甚多，故為給予法院較大之裁量空間（公司法第 189 條之 1），採得撤銷說⁷。

(5)此時需注意依學者多數說見解⁸，仍有公司法第 189 條之 1 適用⁹

- ①若不適用公司法第 189 條之 1，將使召集成本較高之股東會，被召集成本低之董事會當然連累，此應非立法者之原意。
- ②董事會決議瑕疵態樣眾多，且我國目前股份有限公司生態仍以中小企業居多，董事會規模精簡，董事會會議之召集與開會多未認真講究程序，董事會經常有瑕疵，而依法院實務及通說見解將導致董事會無效，若從而連帶導致該次董事會所召開之股東會均為無效，亦值商榷¹⁰。

6. 結論：

本題中董事丁召開之董事會無效，丁基於無效之董事會召開之 110 年 6 月 11 日召開之股東會(一)，該股東會之修改章程案決議效力應認定為召集程序違法，依公司法第 189 條得撤銷該股東會決議，法院並可依公司法第 189 條之 1 要件審查是否駁回該撤銷訴訟。

一併論及，該修改章程之股東會決議「內容」則屬合法，依題旨 A 公司依公司法第 129 條第 3 款之股份總數為 1,000 萬股，本次修改章程案係修改章定股份總數為 2,000 萬股，係屬提高章定授權股份數，此股東會議案並非臨時動議提出且應屬有說明主要內容，符合公司法第 172 條第 5 項，決議之內容應屬合法。

(二) B 公司所提臨時動議之決議效力：

1. 公司法第 172 條第 5 項：公積轉增資之股東會議案，應在召集事由中列舉並說明其主要內容，不得以臨時動議提出
2. 結論：B 公司於本次股東會提資本公積轉增資之臨時動議案，如前述係屬違反公司法第 172 條第 5 項之規定，依學者多數見解¹¹係屬股東會召集程序違法，依公司法第 189 條，股東可訴請法院撤銷該臨時動議決議公司轉增資之股東會議案。

⁶ 最高法院 109 年度台上字第 922 號民事判決，最高法院 106 年台上 57 號民事判決，最高法院 88 年台上 2863 號判決，最高法院 62 年台上 190 號判決。

⁷ 劉連煜老師，《現代公司法》，第十五版，頁 460，2020 年 9 月。

⁸ 曾宛如老師，〈董事會決議瑕疵之效力及其與股東會決議效果之連動—兼評 97 年台上字第 925 號判決〉，《台灣法學雜誌》，第 120 期，頁 189~192，2009 年 1 月。劉連煜老師，〈公司董事會召集程序違反規定之決議效力—最高法院九七台上九二五〉，《台灣法學雜誌》，第 152 期，頁 179~183，2010 年 5 月。

⁹ 最高法院早期見解，基於無效董事會所召開之股東會效力，最高法院見解往往直接認定其係屬召集程序違法，從而並直接適用公司法第 189 條撤銷該次股東會決議，並未考量公司法第 189 條之 1 的適用。參見最高法院 88 年台上 2863 號判決，最高法院 62 年台上 190 號判決。

¹⁰ 林國全老師，〈董事會決議成立要件〉，《台灣本土法學雜誌》，第 68 期，頁 131~135，2005 年 3 月。

¹¹ 王文字老師，《公司法論》，五版一刷，頁 390，2016 年 7 月。王文字老師、林國全老師，《公司法》，頁 100，2014 年 8 月。劉連煜老師，《現代公司法》，增訂十五版，頁 401，2020 年 9 月。陳彥良老師，股東會決議瑕疵和認定要件—簡評最高法院 108 年度台上字第 2472 號民事判決，月旦民商法雜誌第 73 期，2021 年 9 月，頁 151。

(三)股東會(二)之全面改選董事案之效力：

1. 監察人辛於 110 年 6 月 25 日召開並主持股東臨時會，似不符合公司法第 220 條之要件：

(1) 依經濟部見解¹²及最高法院見解¹³，公司法第 220 條之兩要件，縱使非屬「董事會不為或不能召開股東會」之情況，監察人亦可基於「為公司利益於必要時」而合法召開股東會。

(2) 董事會不為召開股東會之解釋：

① 應解釋為：依法令或章程董事會應召集股東會而不召集，蓋此等法定或章定之股東會應召集股東會事由，性質上即係法律或章程預定之「為公司利益，於必要時」之情形¹⁴。

② 依法令或章程董事會應召集股東會而不召集，仍無法認定係符合董事會不為召開股東會¹⁵。解釋論上應從嚴認定本要件，除有明確客觀事實支持外，不得輕率主張有「董事會不為召集股東會」情事。

③ 小結：應採解釋為依法令或章程董事會應召集股東會而不召集為當。

(3) 為公司利益於必要時之判準：

① 客觀標準說：所謂「必要時」，應以監察人行使監察權時，基於公司利害關係審慎裁量，認為確有召集股東會必要之情形，始為相當，以符比例原則之要求。倘並無不能召開董事會或應召集而不為召集股東會，乃至其他類此之必要情形，任由監察人憑一己之主觀意旨，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，有礙公司利益，自失立法原意¹⁶。

② 主觀說：何謂「為公司利益，而有必要」，前揭立法理由已明示「由監察人認定」，則法院就此類爭執，於形式上審查，除非有明顯違法或權利濫用之情事，否則不應過度干涉¹⁷，換言之，係以監察人主觀判斷為主。

¹² 經濟部 93 年 4 月 13 日經商 09302055200 號函

依 90 年 11 月 12 日修正公布之公司法第 220 條規定：「（中略）」準此，監察人得行使股東會召集權之情形有二：其一，董事會不為召集或不能召集股東會時；其二，監察人為公司利益認為必要時。換言之，修法後，為強化監察人權限，使其得即時合法召集股東會，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。

¹³ 最高法院 107 台上 2174 號民事判決節錄：

監察人除於董事會不為或不能召集情形下，得召集股東會外，亦得為公司利益，於必要時，召集股東會，不以董事會不為召集或不能召集之情形為限。相同見解，參見最高法院 102 年度台上字第 1431 號，臺灣高等法院 109 年度上字第 1463 號民事判決。

¹⁴ 關此學者見解認為，立法技術上應以「董事會依法或章程應召開董事會而不為召集或不能召集」（例示）「為公司利益為必要時」（概括）方式為佳。林國全老師，〈監察人自行召集股東會〉，《月旦法學教室》，第 32 期，頁 36~37，2005 年 6 月。劉連煜老師，《現代公司法》，增訂十七版，頁 649~650，2022 年 9 月。

¹⁵ 周振鋒老師之理由如下：

(一) 解釋為依法令或章程董事會應召集股東會而不召集，將使得「董事會不為召集股東會」涵蓋範圍過廣，且監察人得不顧董事會意向逕自召集股東會。

(二) 董事會為常態之股東會召集權人，對召集權限行使時間應有裁量餘地。

(三) 監察人召集股東會應屬非常態手段，應從嚴認定之。

公司法第 220 條並未提供確認董事會主觀上是否行使股東會召集權之機制，立法論上應明文定之，例如監察人請求董事會後 15 日內不為召集之通知，即可召開股東會。周振鋒，論監察人、獨立董事之股東會召集權——自評析臺灣高等法院臺中分院 108 年度上字第 448 號民事判決出發，月旦法學雜誌第 318 期，2021 年 11 月，頁 178。

¹⁶ 臺灣高等法院臺中分院 108 年度上字第 448 號民事判決

¹⁷ 臺灣臺中地方法院 109 年度訴字第 2767 號民事判決。王志誠老師亦認為觀諸 2001 年修正公司法第 220 條之立法意旨，顯然明示是否「為公司利益，而有必要」係由監察人判斷其召集之股東會可否有效保障公司利益，似採主觀說。王志誠老師，企業併購攻防之新戰場——審計委員會之獨立董事成員召集股東會之爭議。月旦法學雜誌第 307

(4)公司法第 220 條於經營權爭奪時，應考量監察人是否有盡其受任人義務，若有明顯違法或權利濫用，則不應認定其符合為公司利益於必要時之要件¹⁸。

(5)小結：

依題旨，A 公司監察人辛於 110 年 6 月 25 日召開並主持股東會(二)，全面改選董事 A 公司董事三人，本題中 A 公司董事丁、乙、丙均在位，應無董事會不為或不能召開股東會改選董事之情況，又雖董事丁召集董事會係屬無召集權限，從而召集之股東會亦有召集程序瑕疵，關此亦難認定符合為公司利益於必要時之要件，退萬步言，縱認定此係屬董事有違法不當行為，監察人逕行召開股東會改選全體董事，迴避公司法相關其他監察手段之實施，亦應認定其股東會之召開係屬明顯違法或權利濫用，不應認定其符合為公司利益於必要時之要件。

故而本題中應認定 A 公司監察人辛召集股東會係屬不符合公司法第 220 條，非屬有必要召開股東會之情形。

2. 監察人於無必要時召集股東會之效力：

依最高法院¹⁹、經濟部見解²⁰：係屬股東會召集程序違反法令，依公司法第 189 條得撤銷²¹。

3. 僅改選全體董事而不改選全體監察人是否合法：

期。2020 年 12 月，頁 15。

¹⁸ 周振鋒老師提出，若監察人召集股東會有以下情況，可能認定為「明顯違法或權利濫用之情事」：(一)藉此干擾股東行使表決權(二)不得以召集股東會改選全體董事，迴避追究董事責任之程序，蓋董事有違反受任人義務時，監察人應有其他手段可資選擇。諸如於董事會表示異議、發布重大訊息，或是行使違法行為制止請求權，若前揭均無效果時，方可召開股東會決議追究董事責任。且監察人並未有主動對董事起訴之權利，由此而論亦應無權獨自判斷董事執行職務是否符合受任人義務或是否追究責任，從而得以召開股東會改選全體董事方式以追究董事經營責任，此係監察人迴避前述對董事究責之程序規定。(三)監察人不應凌駕於集體決策，股東會以董事會召集為原則，公司法以對權利配置與責任訴追有明文規定時，監察人逕自召集股東會「迴避」公司法相關規定，即不應認定為正當。周振鋒，論監察人、獨立董事之股東會召集權——自評析臺灣高等法院臺中分院 108 年度上字第 448 號民事判決出發，月旦法學雜誌第 318 期，2021 年 11 月，頁 183-185。

¹⁹ 最高法院 86 年台上 1579 號判決：

監察人於無召集股東會之必要時召集股東會，與無召集權人召集股東會之情形有別，僅係該股東會之召集程序有無違反法令，得否依公司法第 189 條規定，由股東自決議之日起一個月內，訴請法院撤銷其決議而已，該決議在未經撤銷前，仍為有效。

²⁰ 經濟部 61 年 9 月 21 日商 26540 號函

(前略)監察人之召集股東會除公司法第 245 條訂有明文外，應依公司法第 220 條「監察人認為必要時，得召集股東會。」之規定辦理，所謂「必要時」尚乏明文規定，原則上應於董事會不能召開或不為召開股東會情形之下，基於公司利害關係，始得為之。但如有股東認為其股東會之召集程序或其決議方法，不合規定者應依同法第 189 條規定，訴請法院撤銷其決議。

²¹ 劉連煜老師則認為：監察人濫行召集股東會，該股東會決議仍為有效，僅公司可以追究監察人濫行召集之法律責任，請求監察人賠償公司召開股東會之成本（依公司法第 23 條）。蓋監察人「是否有必要召集股東會」之認定，乃屬「實質認定」之問題，並非程序瑕疵，故不得適用公司法第 189 條。

關此劉連煜老師先批評法院見解，並認為應無公司法第 189 條之適用：

(一)監察人有無必要召開股東會，與決議方法並無關連。

(二)非屬召集程序瑕疵：

1. 召集程序之瑕疵一般認定其性質上係「程序上瑕疵」：

例如召集通知或公告未遵守法定期間、召集通知及公告中對不得列為臨時動議事項並未在召集事由中載明、召集通知未用書面而僅以口頭為之，或股東會之地點不恰當。

2. 監察人有無召集股東會之權限，則係屬實質面認定之問題，不涉及程序上之爭議，自無程序瑕疵之適用。

其次劉連煜老師則認為，基於維護法律適用安定性，貫徹公司法第 220 條立法意旨，認為監察人無召集股東會之必要，監察人卻貿然召集之，本質上屬於監察人之濫權，其股東會所為之決議基本上仍為有效，僅涉及公司得否追究其責任。否則動輒股東會決議無效，對公司、股東及債權人而言，並非當然有利。參見劉連煜老師，〈論監察人之股東會召集權限〉，《公司法理論與判決研究(三)》，頁 236~237，2002 年 5 月。

公職王歷屆試題（111 司律二試）

(1)合法說：最高法院 108 台上 2472 號民事判決採之，認為依公司法第 227 條準用第 199 條之 1，僅改選全體監察人，係屬合法，蓋股東會於監察人任期未屆滿前，改選全體監察人者，與解任監察人之意涵不同。依此見解，僅改選全體董事而不同時改選全體監察人，亦屬合法。

(2)不合法說²²：改選全體董監事制度，用意是董事、監察人兩者全體均提前改選，以使舊董監任期可配合下屆新董監任期的制度，而非如最高法院 108 台上 2472 號民事判決，僅監察人提前改選而已。

(3)小結：就此應採不合法說為當。

4. 結論：

本題中監察人辛召開股東會改選全體董事，該次股東會應屬無召集必要而召開，依最高法院及經濟部見解，此改選董事議案，依公司法第 189 條，股東可訴請法院撤銷該決議。

此外若肯認股東會決議僅改選全體董事係屬違法時，應可認定該僅改選全體董事之議案應屬內容違法，依公司法第 191 條，該股東會之決議無效。

(四)股東會(二)所為撤銷董事會決議(一)之決議效力：

1. 如前述，董事會決議瑕疵，公司法並未明文，依學者多數說及最高法院 97 台上 925 號判決，董事會若有瑕疵，不論係程序或內容瑕疵，該董事會決議均屬無效，故而應無撤銷董事會決議之態樣存在。

2. 依公司法第 129 條第 2 款，公司法第 156 條第 4 項，公司法第 266 條規定，董事會於章定股份總數（亦有稱「授權資本額」）範圍內，可經董事會特別決議發行新股，關此依經濟部見解²³，應可認定係屬董事會專屬權限，不得以股東會取代，故而自應不得由股東會決議撤銷董事會決議。

3. 結論：

本題中股東會(二)所為撤銷董事會決議(一)之決議效力，依前所述，基於應無撤銷董事會決議之態樣存在，應認為該股東會決議內容違法，從而依公司法第 191 條該股東會決議無效。

²² 劉連煜老師，現代公司法，增訂十六版，2021 年 9 月，頁 547。

²³ 經濟部 93 年 8 月 10 日經商字第 09302133310 號函

按公司法第 202 條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之」；又有關股份有限公司經理人之任免，依同法第 29 條第 1 項第 3 款規定，應由董事會以董事過半數出席，及出席董事過半數同意之決議行之。是以，解任經理人係專屬董事會決議事項。

經濟部 91 年 9 月 18 日經商字第 09102206950 號函

按公司法第 202 條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」準此，除本法或章程另有規定由股東會決議者外，餘均屬董事會專屬職權。又公司停業中，董事會功能不彰或不能推行時，公司股東會尚無代董事會議決出租理財行為之可言。

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

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年某月曾罹膀胱炎併發腎盂炎住院7日，但甲於要保書中有開健康狀況詢問事項：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)

【考題難易度】★★★★★

【破題關鍵】筆者真心表示，本題線索給得不多，如果在司法官考試這個大聯盟裡面，只有單考除斥期間經過抗辯這個老梗爭點，那也太詭異了…

所以，今年考生很可能認為難易度★，但對筆者來說卻是滿天星。

筆者以律師角度思考A可能主張拒絕理賠之依據，不外乎是：

1. 保前疾病。
2. 保§64II 解除契約。

所以謹就上面二者可能，提出相對應之爭點，謝謝！

【擬答】

A公司拒絕賠償應有理由，分述如下：

◆本件有關甲涉及「帶病投保」(即「保前疾病」)之爭點論述

(一)「舊疾」復發之認定

本件甲投保「前1年」曾因膀胱炎併發腎盂炎住院7日(下稱「甲之舊疾」)，其後又於106年8月1日因膀胱炎併發腎盂炎(疑為「同一疾病」)住院。

是以，本件甲是否屬於「舊疾復發」，影響「帶病投保」而有無保§127適用之認定，說明如下：

1. 舊疾與治癒

所謂「舊疾」(alte Leiden)，係指被保險人在訂約前曾經罹患，但已治癒之疾病。又所謂「治癒」，參酌「疾病中」之反面意旨，應理解為已治療至「無繼續接受治療之需求」而言，而非指醫學意義或通常社會觀念之完全治癒或「根治」。

2. 保險意義上的「治癒」

實務上，有認為疾病若「復發」，即應認為從未治癒。然而，此項見解，忽視「疾病中」的社會意義與保險意義。

是以，已治癒之舊疾，如事後復發，是否亦應認為係帶病投保而適用保險法第127條，而將之排除於承保範圍外，分述如下：

(1)有學者認為，如舊疾已經治療至「無繼續接受治療之需求」時，即非同法第127條所稱之「疾病中」，從而，不能當然適用該條將該疾病排除於承保範圍外。

(2)惟已治癒的舊疾，仍為將來復發疾病的「原因」，得以保險契約條款將之排除於承保範圍之外，蓋此乃屬於契約自由之範疇，不宜逕依保險法第127條之反面解釋而認為此項約定無效。

(二)本件承保範圍應包含已治癒後的舊疾復發即「106年8月1日因膀胱炎併發腎盂炎住院」

1. 甲之舊疾應已治癒

本件甲雖曾於投保「前1年」曾因膀胱炎併發腎盂炎住院7日，然其於出院後至106年8月1日間，合計兩年半之時間均未曾有「繼續接受治療之需求」，應已符合前述「治癒」之解釋，而非屬「保前疾病」。

2. 本件無將甲之舊疾除外不保之約定

本件 A 公司並無將舊疾除外不保之約定，則健康保險之承保範圍，解釋上應包括已治癒之舊疾的復發。

(三) A 保險公司之風險控管：據實告知義務

1. 又曾有舊疾者，其風險程度可能較高，為正確評估被保險人之風險，於訂約時，保險人得就特定之舊疾為書面詢問，以利保險公司依照損失經驗，為加費承保之核保決定，或將該項特定疾病明白列為除外不保之危險。

2. 本件 A 保險公司未將甲之舊疾明示除外，宜應解為該已治癒之舊疾屬於承保範圍，業如前述；惟查，如要保人與被保險人未據實說明某項業經保險人書面詢問之舊疾者，保險人得主張其違反告知義務而解除契約，自不待言。

3. 本件甲於要保書詢問事項：是否於過去 5 年內曾經住院治療，勾選「否」

經查，本件 A 保險公司為有效控管風險，係以保§64I 據實告知義務要求要保人應告知五年內曾須住院治療之情形，以利其後續承保時依據經驗決定。

然而，本件甲於書面詢問事項中勾選「否」，顯然已違反保§64I 據實告知義務，則 A 保險人自得依據保§64II 主張解除契約，後續之拒絕理賠即為有理由。

◆本件有關甲「延後請領」所涉之爭點論述

本件甲違反據實告知義務，並於 106 年 8 月 1 日保險事故發生時，延後於 107 年 5 月 1 日始請求保險給付，已逾契約成立（105 年 3 月 1 日）後二年，將使 A 保險人受有保§64III 「除斥期間經過」之抗辯。

是以，本件甲有無「故意拖延請領」等與誠信原則有違之舉，所涉爭議分述如下：

(一)「故意拖延請領」給付之認定

本文審酌「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 日請求保險給付 300 萬元」此一客觀事實，並輔以吾人日常生活就醫之經驗（預約掛號->照 X 光->安排開刀->開刀前之醫師解釋與說明->開刀->確定並支付醫療費用，合計 8 個月）與現行醫療量能之不足，似難謂甲有「故意」拖延請領之可能，故 A 保險人應受有保 64III 除斥期間經過之抗辯限制，殆無疑義。

(二)「目的性限縮」解釋保§64III 除斥期間之進行

1. 保§64III 除斥期間之設計，係儘速使保險關係得以確定，並督促保險人於該期間內積極調查要保人或被保險人有無違反據實告知義務。然而，此除斥期間制度仍應符合最大善意與對價衡平原則之目的。

2. 換言之，如要保人或被保險人雖非「故意拖延」請領，然其「延後請領」之實際效果（即保險人受有除斥期間經過之抗辯）如已違反對價衡平原則之立法目的時，在方法論上非不得對保§64III 除斥期間適用範圍進行「目的性限縮」，以避免妨害其他危險共同體成員之利益。

3. 是以，本文審酌多數學者及實務見解後，提出之目的性限縮之可能解釋如下：

(1) 保§64III 除斥期間之進行應以「訂約後二年內未發生保險事故者」為限。

(2) 如保險事故已於訂約後二年內發生，且要保人或被保險人違反據實告知義務之情形已達拒保程度而嚴重影響對價衡平時，保險人得於知悉解除原因後一個月內解除契約（即適用保§64III 前段之規定）。本文擬採此解釋方法。

(三)本件事實涵攝

1. 甲應非故意拖延請領，而係「延後請領」（符合日常生活經驗之請領），難謂有「權

公職王歷屆試題（111 司律二試）

利濫用」等違反誠信原則之法律套利情形。

2. 惟查，本件要保人甲終究有違反據實告知義務之情形，且其隱匿之內容嚴重影響 A 保險人之危險估計，依據據實告知義務之立法目的乃確保雙方對價衡平之意旨，宜目的性限縮解釋保§64III 除斥期間之規定，使保險人得於知悉解除原因後一個月內解除契約（即適用保§64III 前段之規定），則 A 之拒絕理賠有理由。

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

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)5000 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 3000 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 3000 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。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)

【考題難易度】★★★★

【破題關鍵】財報不實之抗辯理由，交易因果關係，對市場詐欺理論

【擬答】

(一)證券交易法(以下稱本法)針對財報不實之規範於證券交易法第 20 條第 2 項及第 20 條之 1，本題中何人應負擔損害賠償責任，以下分就其抗辯討論之

1. 甲、乙、丙之抗辯不成立，應負擔損害賠償責任：

(1)主體應屬符合：

依本法第 20 條之 1 第 1 項第 1 款及第 2 款，財報不實之公司負責人及職員曾在財報上簽章者，應負擔損害賠償責任，本題中甲為董事長，符合「負責人」之身分，乙、丙應屬職員，依題旨雖未明文其有於財報簽章，然應肯認之，若並未簽名蓋章則自不負擔損害賠償責任。

(2)財報不實仍具備重大性：

①財報不實之重大性判斷標準：

本法雖未明文財報不實需具備重大性方成立，多數學者及法院見解均肯認基於證交法第 20 條之 1 明文「主要內容」，若採否定說則以一般刑法詐欺罪即為已足，以及美國法上亦以 Materiality 重大性為認定標準，從而採肯定說，其判準略述如下：

①美國最高法院 TSC 案之見解：是否實質可能影響(Substantial likelihood)理性投資人(Reasonable Investor)的投資判斷

②最高法院²⁴近期有採「量性指標」及「質性指標」資以參考為綜合判斷

量性或質性指標只要符合其中之一，即屬重大而應揭露，並不需要兩者兼具，乃因「質性指標」具有補漏網的功能，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。

(A)「量性指標」之參考因素，有依法規命令明定之證券交易法施行細則第 6 條第 1 項第 1 款之「應重編財務報告」、證券發行人財務報告編製準則第 17 條第 1 款第 7 目「與關係人進、銷貨之金額達新臺幣（下同）1 億元或實收資本額 20% 以上」、第 8 目「應收關係人款項達 1 億元或實收資本額 20% 以上」等相關之門檻規定；

(B)「質性指標」，則得參考美國證券交易委員會（下稱美國證交會）發布「第 99 號幕僚會計公告」（Staff Accounting Bulletin No.99）所《例示》之標準，包括「一、不實陳述是否來自於某項能被精確衡量或估計之會計項目。二、不實陳述是否掩飾收益或其他趨勢。三、不實陳述是否掩飾了公司未能達到分析師預期之事實。四、不實陳述是否使損失變成收益（或收益變成損失）。五、不實陳述是否涉及到對公司營運或獲利能力而言扮演重要角色之部門。六、不實陳述是否影響發行人法令遵循之要求。七、不實陳述是否影響發行人遵循貸款契約或其他契約上之要求。八、不實陳述是否增加管理階層的薪酬。九、不實陳述是否涉及不法交易之掩飾隱藏」等因素（資料來源 <https://www.sec.gov/interps/account/sab99.htm>），皆屬適例。

②小結：本題中 A 公司不實部分雖僅 200 萬元，然其係甲、乙、丙故意以不法行為掩飾其公司呆帳比例過高，依質性指標應屬符合重大性，且亦應會影響理性投資人之投資判斷，從而應肯認其具有重大性。

2. 乙、丙抗辯係聽從董事長甲辦理，仍肯認其責任成立：

按本法第 20 條之 1 第 2 項明文，公司職員於財報上簽章者，需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，方可免負賠償責任，本題中職員乙、丙若有於不實財報上簽章，自無從僅憑「聽從董事長甲」從而免責，蓋並未符合條文之免責要件之故。

3. 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。

(1) 基於專業分工信賴的免責抗辯，法院對此有不同見解：

① 肯定見解：臺灣高等法院 100 年度金上更(一)第 1 號民事判決²⁵

公司財報皆經專業會計師簽證，依善意信賴及專業分工原則，被上訴人萬蕙茹等人自有正當理由信賴經專業會計師簽證之公司財務報告。

²⁴ 最高法院 110 年度台上字第 5443 號刑事判決。並可參見最高法院 110 台上 3723 號刑事判決，認為財報不實之重大性判斷標準，可類推適用於證券交易法第 171 條第 1 項第 2 款之不合營業常規交易罪之重大損害判斷標準

²⁵ 臺灣高等法院 100 年度金上更(一)第 1 號民事判決

被上訴人萬蕙茹、洪文江、陳德榮、李偉賢、楊錦洲、鍾自強、李訓鈞、蕭智芬、張壽彭、國發基金會、耀華管委會、達梭公司等人，均僅是達豐公司董事或監察人，並無直接參與經營，亦未實際從事豐達公司之財報編製，且從未經手處理各項財務編製所需之憑證，本無故意虛偽陳述系爭事項之可能；加以本件會計師所憑證之帳冊、紀錄文件、公司款項支出等，及與會計師聯絡之人員等，均由被上訴人蘇名字勾串相關經理人員所為，被上訴人萬蕙茹等人並不知悉，當無法對之提出異議。且豐達公司財報皆經專業會計師簽證，依善意信賴及專業分工原則，被上訴人萬蕙茹等人自有正當理由信賴經專業會計師簽證之豐達公司財務報告，嗣因內部調查而發現即再行重新編製 93 度第 2 季財報，並向證交所為申報，足證其等並非故意於財報內為不實之記載。

②否定見解：臺灣士林地方法院 95 年度金字第 19 號民事判決²⁶

身為發行公司之董事及監察人均應積極履行其實質之內部監控義務，而非淪為橡皮圖章僅就公司會計人員依內部表冊製作之財務報表進行形式之核認而通過相關議案，甚主張不知情、無相關智識理解財務報告、未實際參與經營、未參與董事會決議或公司有委任會計師查核等情形，即推卸法定之內部監控義務，否則即有怠於履行董事、監察人義務之情形。

③小結：應採否定說為當²⁷

從強化公司治理與董事個別、獨立的受託人義務觀點言，董事欲僅以信賴會計師查核的專業分工而免責的主張，應非可採。

(2)結論：本題中己、庚、辛則皆抗辯信賴甲、乙、丙與簽證會計師壬與癸之專業，皆已善盡注意義務，依前開見解，應屬不可採。

4.壬與癸則抗辯係受甲、乙、丙所製作之不實繳款與付款單欺騙，並未參與 A 公司財務報告不實之違法行為

依本法第 20 條之 1 第 3 項，會計師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，故而會計師對於財報不實應盡善良管理人注意義務，審慎查核財報有無不當之處。

本題中簽證會計師壬與癸則抗辯係受甲、乙、丙所製作之不實繳款與付款單欺騙，並未參與 A 公司財務報告不實之違法行為，此抗辯應不得成立，蓋本法並未以是否參與財報不實作為損害賠償之免責事由，另本會計師本應基於其善良管理人注意義務，審慎查核財報，殊不以甲、乙、丙製作之不實繳款與付款單欺騙而有不同。

(二)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，請問丁之主張仍屬有理由：

1.財報不實之交易因果關係舉證困難：

財報不實時須探討之「交易因果關係」，即投資人因相信財報不實行為而做成買入或賣出股票之行為，此為因應有價證券交易資本市場之特性而產生的獨立因果關係要件²⁸。

關此部分之舉證在實務上相當困難，蓋原告很難證明確係因被告之虛偽或不實陳述而購入有價證券，推源其故，在於購買股票之理由甚多，並非僅因信賴被告陳述而為唯一買入或賣出有價證券之理由。

2.詐欺市場理論（或稱對市場詐欺理論、Fraud On The Market Theory）

在證券詐欺中，舉證交易因果關係，即指投資人信賴該不實陳述，而出於誤信為投資決定（買入或賣出），並因此受有損害。亦即投資人必須證明對於侵權行為人之虛偽或不實陳述有「信賴」（Reliance）存在。

美國聯邦最高法院為解決此問題，在 Basic In incorporated v. Levinson 一案中，提出了

²⁶ 相同見解，請參見臺灣士林地方法院 99 年度金字第 10 號民事判決。

²⁷ 張心悌老師，證券交易法財報不實之免責抗辯事由，月旦法學教室第 174 期，頁 24-25，2017 年 4 月。

²⁸ 張心悌老師，證券詐欺損失因果關係之再思考——從美國最高法院 Dura 案後之發展觀察，臺北大學法學論叢第 117 期，2021 年 3 月，頁 64-65。

張心悌老師指出：一般侵權行為未必必須有被害人之行為始導致損害（例如甲駕車撞傷無故意過失之乙）；然證券詐欺侵權責任之產生，除被告之詐欺行為外，尚需原告有買賣交易的客觀相信行為，始有可能成立證券詐欺，此即為要求「交易因果關係」之理由與必要性。

公職王歷屆試題（111 司律二試）

對市場詐欺理論，以推定原告之「信賴」要件。

對市場詐欺理論之前提在於「效率市場假說」（efficient market hypothesis），效率市場假說乃是假定該證券市場乃是一個資訊快速流通之市場，投資人會迅速利用所有資訊而進行買賣有價證券之行為，故而所有資訊均會快速反應到證券價格上。

在一個有效率的資本市場（the efficient capital market），各項資訊散布於市場，一般均會影響及反映在證券價格。證券投資人信賴證券市場，以其市價買賣有價證券，事實上也承受各項資訊（包含不實資訊）對特定證券價格之影響。

投資人因信賴市場價格之正直、健全性（integrity of the market price），而買入或賣出證券，雖個別投資人未取得特定不實資訊，但因信賴市場，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，故而原告雖未閱讀財報等不實資訊，仍推定有交易因果關係。

3. 結論：

本題中丁縱並未閱讀 A 公司之財務報告，依題旨丁僅係於上開財務報告公布後買入 A 公司股票，然基於前開詐欺市場理論，丁買入股票之時，其買入之市價已受財報不實資訊影響，應認定推定交易因果關係成立，丁之起訴有理由。

111 年公務人員特種考試司法官考試

第二試試題

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

類科：律師（選試智慧財產法）、司法官及律師（選試智慧財產法）

科目：智慧財產法

考試時間：2 小時

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

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）

【考題難易度】★★★★

【破題關鍵】第一小題考驗法條熟悉度，考生須注意專利法第 120 條準用第 35 條之規定；第二小題考實務見解，但相同爭點曾於考古題中出現，整體難度正常。

【擬答】

(一) A 公司得依專利法第 119 條第 1 項第 3 款、第二項之規定，針對系爭專利提起舉發，惟若舉發成立則不得請求系爭專利移轉登記至 A 公司：

1. 系爭專利之專利申請權人應為 A 公司：

(1) 按「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。」、「受雇人於職務上所完成之發明、新型或設計，其專利申請權及專利權屬於雇用人，雇用人應支付受雇人適當之報酬。但契約另有約定者，從其約定。」專利法第 5 條第 2 項、第 7 條第 1 項定有明文。

(2) 查甲雖受僱於 A 公司，並簽訂競業禁止及保密合約，但其並未對該技術有任何實質貢獻，自難認甲為發明人；縱認甲有任何貢獻，在前揭合約無另外規定之情況下，依專利法第 7 條第 1 項之規定，甲既為 A 公司之受雇人，則其職務上所完成技術，其專利申請權仍屬於雇用人 A 公司。

(3) 是故，無論甲對於該技術有無任何貢獻，系爭專利技術之專利申請權原則上應歸屬於 A 公司。

2. A 公司得依專利法第 119 條第 1 項第 3 款提起舉發：

(1) 按「新型專利權有下列情事之一，任何人得向專利專責機關提起舉發：三、違反第十二條第一項規定或新型專利權人為非新型專利申請權人者。」、「以前項第三款情事提起舉發者，限於利害關係人始得為之。」專利法第 119 條第 1 項第 3 款、第 2 項定有明文。

(2) 查 A 公司就系爭專利技術為申請權人，甲卻於離職前後下載該技術資料，並將其交給 B 公司，再以 B 公司員工乙之名義申請新型專利獲准，顯然構成專利法第 119 條第 1 項第 3 款之舉發事由。

(3) 是故，A 公司為申請權人而為明顯之利害關係人之一，對於非新型專利申請權人之乙所為之申請，因符合專利法第 119 條第 1 項第 3 款之舉發事由，自得依法就系爭專利提起舉發。

3. A 公司提起舉發成立後，不得請求移轉登記系爭專利，惟視其提起舉發之時間點，仍有取得系爭專利之可能：

- (1)按「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。」專利法第 35 條定有明文，同法第 120 條於新型專利準用之。
- (2)查系爭專利經 A 公司提起舉發成立後，該專利權為自始不存在，自難請求甲移轉登記已不存在之專利權於 A 公司；然 A 公司若能於系爭專利公告後兩年內提起舉發，並於舉發撤銷確定後二個月內就相同技術內容申請專利，則仍有機會取得專利。
- (3)然而，A 公司既係於系爭專利公告後兩年才發覺上情，自難依專利法第 120 條準用第 35 條之規定申請專利。

(二) A 公司仍得以提起民事訴訟之方式請求甲將系爭專利移轉登記與 A 公司，茲分析如下：

1. 有關於 A 公司得否以提起民事訴訟之方式請求移轉系爭專利，學說與實務上迭有爭議：
 - (1)採肯定說者認為，專利權為無體財產權，如受益人無法律上原因，即擅將他人可申請專利權之創作，以自己名義申請並取得專利權，據為己有，致他人受有本應屬於其所有之財產權之損失，真正之專利申請權人得選擇依不當得利、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專利權，以維護其權利（智慧財產法院 103 年度民專訴字第 71 號、109 年度民專上字第 18 號判決民事判決參照）。
 - (2)採否定說者認為，潛稱專利申請權人取得之新型專利權係專利專責機關所給予，真正創作人未經專利專責機關依法公告給予新型專利權之前，是否可認其所受損害即為該新型專利權，而請求返還該新型專利權，並非無進一步推究之餘地（最高法院 109 年度台上字第 2155 號民事判決參照）。
2. 本文認為，專利權既具有財產權之性質，若有不具備專利申請權之人冒用發明人或專利申請權人之名義申請專利獲准，仍係對其財產權之侵害，尚無不許其依民事訴訟提起救濟之理。
3. 是故，A 公司因恐其逾越專利法第 35 條之期限而不得就相同技術申請專利，依上開實務見解，仍得以提起民事訴訟之方式，向甲請求移轉系爭專利權。

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

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）

【考題難易度】★★★

【破題關鍵】本題涉及商標評定制度及相關法條之適用，考生應分別提及著名商標之判斷、減損識別性之虞、意圖仿襲之判斷，皆屬正常難度之爭點；另就上開要件之論述，實務上已有許多見解，考生務必在考前整理，考場上才能順利發揮。

【擬答】

(一) A 公司得依商標法第 57 條第 1 項之規定，向智慧局申請評定撤銷 B 公司註冊之「NUTEC」商標：

1. 按「商標有下列情形之一，不得註冊：十一、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。但得該商標或標章之所有人同意申請註冊者，不在此限。」、「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。」商標法第 30 條第 1 項第 11 款、第 57 條第 1 項定有明文。有關於 A 公司得否依上開條文之規定申請商標評定，茲分析如下：

(1) 「NUTEC」商標為著名商標：

① 按「而註冊商標或公司名稱是否已廣為相關事業或消費者所普遍認知，可參酌使用該商標或公司名稱之商品、服務或營業，在市場上之行銷時間、廣告量、銷售量、占有率、商標或公司名稱之註冊或登記時間、識別性、價值、媒體報導量、消費大眾之印象等有關事項，並參酌市場調查資料，以綜合判斷之。」最高法院 104 年度台上字第 973 號民事判決參照。

② 查 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，已具有相當知名度，可認該「NUTEC」商標已屬著名商標。

(2) 甲於我國以 B 公司之名義申請與「NUTEC」圖樣相同之商標，已使大眾有混淆誤認之虞，亦對該著名商標之識別性有所減損：

① 按「判斷二商標間有無混淆誤認之虞，經綜合參酌國內外案例所提及之相關因素，整理出下列 8 項參考之因素：(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。」經濟部智慧財產局混淆誤認之虞審查基準參照。

② 次按「所謂減損著名商標識別性之虞係指著名商標之識別性有可能遭受減弱，亦即當著名商標使用於特定之商品或服務，原本僅會使人產生某一特定來源之聯想，但當未取得授權之第三人之使用行為，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時，最後該曾經強烈指示單一來源的商標很有可能將會變成指示二種或二種以上來源的商標，或使該商標在社會大眾的心中不會留下單一聯想或獨特性的印象。」商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準參照。

③ 查甲於我國以 B 公司之名義所申請之商標與「NUTEC」圖樣完全一致，其勢必造成

公職王歷屆試題（111 司律二試）

大眾有混淆誤認之虞；此外，甲於我國使用該商標之結果，將會使消費者混淆其所購買之產品係來自甲所提供抑或 A 公司所提供，從而逐漸減損該著名商標之強烈指示單一來源之性質。

(3)是故，A 公司作為著名商標之擁有者，自屬該商標之利害關係人，其得依商標法第 57 條第 1 項之規定，以同法第 30 條第 1 項第 11 款之事由，向智慧局申請評定。

2.另外，A 公司亦得以商標法第 30 條第 1 項第 12 款作為評定之事由之一：

(1)按「十二、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。但經其同意申請註冊者，不在此限。」商標法第 30 條第 1 項第 12 款定有明文。

(2)次按「而現行商標法第 30 條第 1 項第 12 款增列『意圖仿襲』文字，只是釐清本款以維護市場公平競爭秩序的立法意旨，並非增訂主觀要件或限縮其適用範圍，至於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的事實及證據，依據論理法則及經驗法則加以判斷，如他人先使用的商標具高度獨創性且雙方有業務競爭類似的關係存在時，申請人以相同或近似商標申請註冊，即難諉為巧合，應認有意圖仿襲的情形。」商標法第 30 條立法理由、智慧財產法院 104 年度民商訴字第 3 號民事判決參照。

(3)查甲為我國境內 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，可見甲與 B 公司平時即與 A 公司有業務之往來，且「NUTEC」圖樣本身具高度獨創性，難認甲以 B 公司之名義就相同圖樣申請商標毫無仿襲之意圖。

(4)是故，A 公司亦得依商標法第 30 條第 1 項第 12 款作為評定之事由。

(二)綜上所述，A 公司作為著名商標之擁有者，自屬該商標之利害關係人，其得依商標法第 57 條第 1 項之規定，以同法第 30 條第 1 項第 11 款及第 12 款之事由，向智慧局申請評定。

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

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)

【考題難易度】★★★★

【破題關鍵】第一小題考破解防盜拷設備之智慧局函釋，屬於比較舊的爭點；第二題考著作權法第 91 條之 1 第 2 項之規定，考生須就法條所定要件詳細分析。

【擬答】

(一)甲販售改機晶片之行為，違反著作權法第 80 條之 2 第 2 項之規定：

1. 按「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。」著作權法第 80 條之 2 第 2 項定有明文。
2. 次按「又基於科技中立原則，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。」經濟部智慧財產局智著字第 0940011197-0 號函參照。
3. 查甲所提供改機晶片，主要之功能係為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，除此之外並無其他商業用途，已屬破解或規避防盜拷措施之設備；而以 1 片新臺幣 600 元之價格販售上開改機晶片之行為，已屬提供公眾使用破解或規避防盜拷措施之設備或零件之行為。
4. 是故，提供改機晶片並予以販售之行為，依上開智慧局函釋之見解，違反著作權法第 80 條之 2 第 2 項之規定至明。

(二)甲明知該些遊戲光碟係非法重製他人著作權之物，仍為散布或意圖散布而公開陳列，違犯著作權法第 91 條之 1 第 2 項之罪：

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。」著作權法第 91 條之 1 第 2 項定有明文。
2. 次按「明知係侵害著作財產權之重製物而意圖散布而公開陳列之犯罪態樣，傳統上以行為人將侵害他人著作財產權之商品，直接陳列於貨架上為其常態。因隨時代變遷及交易型態之改變，毋庸藉助實體銷售通路而透過網際網路進行商品交易，從中降低店租及庫存成本，已成資訊時代之重要趨勢。故著作權法關於陳列之定義，自不得侷限於傳統類型，在未逸脫文義解釋之範圍內，應依其法條規範意旨而為適度調整。」智慧財產法院 102 年度刑智上易字第 31 號刑事判決參照。
3. 查甲提供盜版遊戲光碟目錄表供顧客勾選訂購之用，並於顧客在目錄中選取後，甲才會代為下單向廠商訂貨；而甲提供光碟目錄表提供顧客選購之行為已屬公開陳列侵害著作權之重製物之行為，且甲明知其所販售者為非法重製物，自符合著作權法第 91 條之 1 第

公職王歷屆試題（111 司律二試）

2 項，而應負該條之刑事責任。

4. 另外，舊著作權法第 91 條之 1 第 3 項前段規定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處六月以上三年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。」惟近年因網路科技蓬勃發展，我國著作權侵權案件類型已有顯著改變，少見重製大量盜版光碟販售等嚴重侵害著作財產權人權益之營利性盜版光碟工廠案件，反而多數屬非法下載、少量網拍等案件，此類案件多屬非營利或不具商業規模。因此，以光碟形式侵權應無須特別規定，回歸一般侵權規定處罰即可，又國際立法例亦無特別針對光碟為不同之處理，故於 111 年修法時刪除本項之規定，在此並與敘明。

111 年公務人員特種考試司法官考試

第二試試題

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

類科：律師（選試勞動社會法）、司法官及律師（選試勞動社會法）

科目：勞動社會法

考試時間：2 小時

郭羿老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題, 作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上, 於本試題上作答者, 不予計分。

(三)本科目除專門名詞外, 應使用本國文字作答。

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 日協調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）

【考題難易度】★★

【破題關鍵】本題測驗工作規則不利益變更禁止之效力，屬於很傳統的爭點，實務向來採取合理性變更法理，只要工作規則的不利益變更具有合理性即可拘束不同意之勞工。

【擬答】

(一)丙單方面不利益變更工作規則，得拘束反對之甲、乙，理由析論如下：

1. 關於工作規則之性質，通說採取定型化契約說

(1)關於工作規則之性質，學理上有契約說、定型化契約說、法規範說、二分說等，而通說乃採取定型化契約說，此說認為工作規則仍屬於契約之性質，但依據勞動基準法第 70 條規定，雇主可單方面訂定工作規則，其變更時亦同（參施行細則第 37 條第 1 項後段），而只要報請主管機關核備後，不問勞工是否同意，皆能發生拘束力。又工作規則經主管機關核備後，應公開揭示之（勞基法第 70 條參照），於事業場所內公告並印發給各勞工（施行細則第 38 條規定），勞基法此點與定型化契約之特徵之一定型化契約之事前開示原則相符。

(2)我國最高法院見解認為，「勞工與雇主間之勞動條件依雇主所訂之工作規則所規定之內容而定，已成為勞工與雇主間均有共識、合意之一種事實上習慣，工作規則即因而有拘束勞工與雇主雙方之效力，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約外，均當然成為僱傭契約內容之一部份。」似乎也採取定型化契約之立場。

2. 關於工作規則之不利益變更，我國實務採取合理性變更法理：

公職王歷屆試題（111 司律二試）

若涉及工作規則嗣後不利益變更時，實務採取「定型化契約」兼採「合理性變更法理」，此說認為工作規則不利益變更原則上不能拘束反對變更的勞工，但如果不利益變更有「合理性」時，則例外能拘束反對變更的勞工，從前述工作規則採取「定型化契約說」之立場而言，應認為勞工對於必要且合理之變更，事先已擬制其同意或已有默示之承諾存在。至於是否合理，主要是考量「變更是否有必要性」和「變更帶來的不利益程度」之比較，同時斟酌其它勞動條件改善程度、變更的社會相當性、與工會之交涉過程及勞工態度等綜合考量。

3. 丙單方面變更工作得拘束不同意之甲、乙

丙單方不利益變更工作規則，原則上雖不能拘束反對之勞工即甲、乙二人，但如丙所為不利益變更，為求因應社會與經營之需要，而有統一或劃一變更工作必要，其變更並具有「合理性」時，則應例外地得拘束表示反對之勞工即原告二人，而丙將包括甲、乙二人之所有員工暫減薪百分之五及強制每人休假二日不支薪具「合理性」，因SARS疫情不可抗力導致被告事業工作量不足及嚴重虧損，減少非急迫之開支，該措施原則上並以三個月為限，於SARS疫情逐漸降溫時，亦公告於世界衛生組織（WHO）將台灣自感染區除名為前題下，自七月起即全面恢復百分之五薪資。因此，丙公告勞工須間歇工作，為不得已之應變措施，且具合理性，自難認有不依勞動契約給付報酬之情事等，甲、乙之主張並無理由。

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）

【考題難易度】★★

【破題關鍵】工會會務假僅有企業工會理、監事享有一定請假時數之保障以處理工會會務，至於產業工會和職業工會之會務假，擔任理、監事之勞工仍應與雇主協商，不當然取得會務假。

【擬答】

(一)A公司否准B產業工會理事甲申請會務假，不構成工會法第35條第1項第5款之不當勞動行為，理由如下：

1.按不當勞動行為裁決制度創設的立法目的，在於避免雇主以其經濟優勢的地位，對勞工於行使團結權、團體協商權及團體爭議權時，採取反工會組織及相關活動之不當勞動行

公職王歷屆試題（111 司律二試）

為，並能快速回復受侵害勞工之相關權益。因此，與司法救濟相較，不當勞動行為之行政救濟之內容，除了權利有無之確定外，在判斷上更應以避免雇主之經濟優勢地位的不法侵害及快速回復勞工權益之立法目的為核心，以預防工會及其會員之權利受侵害及謀求迅速回復其權利。基此，就雇主之行為是否構成不當勞動行為的判斷時，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；至於行為人構成不當勞動行為之主觀要件，不以故意為限，只要行為人具有不當勞動行為之認識為已足。

2. 次按工會法第 36 條第 1、2 項規定，工會之理事、監事於工作時間內有辦理會務之必要者，工會得與雇主約定，由雇主給予一定時數之公假（第 1 項）。企業工會與雇主間無前項之約定者，其理事長得以半日或全日，其他理事或監事得於每月五十小時之範圍內，請公假辦理會務（第 2 項）。考其立法本意在於：勞工與雇主締結勞動契約後，勞工依約提供勞務，雇主則依約給付工資，此為締結勞動契約之目的，因之，工會基於辦理會務之必要，擬於工作時間內辦理工會會務時，本應與雇主協商，而於取得雇主同意後，免除於工作時間內提供勞務之義務。惟此僅限於企業工會，而不及於產業工會或職業工會，當然也不及於工會聯合組織。易言之，產業工會、職業工會或工會聯合組織欲爭取會務假時，仍應循工會法第 36 條第 1 項與雇主協商，在協商未有結果之前，並不當然享有工會會務假之權利。又勞雇雙方本得採取明示方式協商工會會務假，但若勞資雙方已經就會務假之申請作業形成慣例者，解釋上亦屬本條所指工會與雇主雙方已有約定之情形（本會 101 年勞裁字第 47 號裁決決定要旨參照）。
3. 查甲擔任產業工會之理事長，惟甲並非擔任 A 公司之企業工會理、監事，自無工會法第 36 條第 2 項之適用，仍應依照工會法第 36 條第 1 項規定與雇主進行協商，方能取得會務假之權利，且雙方若未就會務假之申請形成慣例者，解釋上甲仍應取得雇主之同意，方能申請會務假，因此 A 公司否准 B 產業工會理事長甲之會務假申請，並不構成工會法第 35 條第 1 項第 5 款支配介入工會之不當勞動行為。

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）

【考題難易度】★★★

【破題關鍵】

本題測驗 111 年 5 月 1 日新施行之職業災害保險及保護法，本法擴大職業災害保險之給付對象和範圍，因此只要有留意相關修法訊息，本題難度應該屬於簡單。

【擬答】

(一)乙公司須為甲加保職業災害保險，且甲能請領職業災害保險給付，理由說明如下：

1. 按民國 111 年 5 月 1 日施行之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。」過去依據勞工保險條例之規定，必須僱用 5 人以上的公司行號，才需強制為勞工申報投保勞工保險，包含普通事故保險與職業災害保險費，而職業災害保險費均由雇主負擔。而依據新施行之職業災害保險及保護法規定，擴大加保對象，不論

公職王歷屆試題（111 司律二試）

公司僱用人數多少都要強制納保，且必須在員工到職日當天就申報投保，職業災害保險費仍由雇主全部負擔。

2. 次按職業災害保險及保護法第 13 條第 1 項：「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。但有下列情形者，其保險效力之開始，自各款所定期日起算：

一、勞工於其雇主符合第六條第一項第一款規定前到職者，自雇主領有執業證照、依法已辦理登記或設有稅籍之當日起算。

二、第六條第三項第三款公告之人員，自該公告指定日期起算。」

3. 因此，以公司雖然屬於 5 人以下之公司，依據職業災害保險及保護法之規定，仍應於甲到職當日為甲辦理職業災害保險。故甲於到職 10 日後，遭遇職業災害保險事故能依職業災害保險及保護法申請給付。

(二)乙公司所負責任，說明如下：

1. 依據職業災害保險及保護法第 26 條規定：「本保險之給付種類如下：

一、醫療給付。

二、傷病給付。

三、失能給付。

四、死亡給付。

五、失蹤給付。」

2. 乙公司所負責任之種類，說明如下：

(1) 醫療給付

職業災害醫療給付分門診及住院診療，被保險人遭遇職業傷病，持職業傷病門診單或住院申請書，至全民健康保險特約醫療院所接受診療，可免繳交全民健康保險規定之部分負擔費用，並有住院膳食費用半數補助。此外，使用全民健康保險給付之特殊材料者，享有自付差額補助。

(2) 傷病給付

被保險人因執行職務而致傷病不能工作，以致未能取得原有薪資，正在治療中者，自第 4 日起發給傷病給付。該給付前 2 個月按被保險人平均月投保薪資 100% 發給，其後按平均月投保薪資 70% 發給，最長以 2 年為限。

(3) 失能給付

被保險人遭遇職業傷病，經治療後症狀固定，再行治療仍不能改善其治療效果，經全民健康保險特約醫療院所診斷為永久失能，並符合失能給付標準規定者，得依規定之給付標準，請領失能一次金或失能年金。失能年金依被保險人之失能程度，按其平均月投保薪資之 70%（完全失能）、50%（嚴重失能）及 20%（部分失能）發給。

(4) 死亡給付

被保險人於保險有效期間，因職業傷病致死亡時，支出殯葬費之人得請領被保險人平均月投保薪資 5 個月喪葬津貼(但被保險人之遺屬不符合請領遺屬年金給付或遺屬津貼條件，或無遺屬者，則按其平均月投保薪資一次發給 10 個月)；符合條件之遺屬，得按被保險人之平均月投保薪資 50% 請領遺屬年金；不符遺屬年金條件者，得請領遺屬一次金。

111 年公務人員特種考試司法官考試

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

第二試試題

類科：律師（選試財稅法）、司法官及律師（選試財稅法）

科目：財稅法

考試時間：2 小時

吳軍老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題, 作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上, 於本試題上作答者, 不予計分。

(三)本科目除專門名詞外, 應使用本國文字作答。

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)

【考題難易度】★★★★★

【破題關鍵】本題是實務上常見的執行業務所得者所得認定案例，三個小題中分別考出總額主義、客觀淨所得原則及證明責任三個考點，屬於實務及理論兼具的考題。

【擬答】

(一)受訴法院應併予審理

1. 按以往對於稅捐訴訟之訴之標的，容有學說上之爭議，有謂係採爭點主義者，係以納稅人主張原處分違法之處為訴之標的，若主張其他違法事由則為訴之變更追加。但另一方面，另有學說認為稅捐訴訟只要稅額錯誤，即屬違法，而違法事由僅數攻擊防禦方法之變更而已。
2. 納稅者權利保護法第 21 條第 1 項規定：「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，受理訴願機關或行政法院應予審酌。其由受理訴願機關或行政法院依職權發現課稅處分違法者，亦同。」準此，納稅者權利保護法制定後，於行政訴訟事實審言詞辯論終結前追加之違法事由，法院應予審酌，顯係採總額主義。
3. 本件甲於行政訴訟事實審程序進行中，追加爭執之違法事由，係於言詞辯論中終結前，

事實審法院依照納稅者權利保護法第 21 條第 1 項的規定，應併予審理。

(二)罰鍰不得作為成本費用扣除

- 1.按客觀淨所得原則者，係指收入應減除相關之成本及費用之後，才有負擔能力的增加，此時增加的負擔能力才應受評價而課徵稅捐。
- 2.惟本題所爭議者，在於 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，此罰鍰係收入之減項，而是否應作為成本費用？對此，實務及學說均認為，罰鍰係對行為人之制裁，若承認可以作為成本費用，一方面降低制裁效果，一方面也處罰本身有價值非難的功能，不應被視為用來獲取收入的成本或費用。
- 3.準此，本件 A 診所雖遭處罰鍰，於 107 年度時業已繳納完畢，然不應納入應稅所得額計算，甲之主張並無理由。

(三)稅捐稽徵機關得予以推計課稅

- 1.按司法院釋字第 537 號所揭槩：「惟稅捐稽徵機關所須處理之案件多而繁雜，且有關課稅要件事實，類皆發生於納稅義務人所得支配之範圍，其中得減免事項，納稅義務人知之最詳，若有租稅減免或其他優惠情形，仍須由稅捐稽徵機關不待申請一一依職權為之查核，將倍增稽徵成本。」此外，稅捐稽徵法第 30 條第 1 項規定：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示帳簿、文據或其他有關文件，或通知納稅義務人，到達其辦公處所備詢，被調查者不得拒絕。」準此，大法官釋憲及立法上，均肯認納稅義務人協議義務之存在。
- 2.惟未盡協力義務並非否定稽徵機關之調查義務，按納稅者權利保護法第 11 條第 1、2 項分別規定：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之人員應依職權調查證據，對當事人有利及不利事項一律注意，其調查方法須合法、必要並以對納稅者基本權利侵害最小之方法為之。稅捐稽徵機關就課稅或處罰之要件事實，除法律別有明文規定者外，負證明責任。」本職權調查義務，並未規定因納稅人未盡協力義務而免除。
- 3.另按納稅者權利保護法第 14 條第 1 項：「稅捐稽徵機關對於課稅基礎，經調查仍不能確定或調查費用過鉅時，為維護課稅公平原則，得推計課稅，並應以書面敘明推計依據及計算資料。」準此以言，對於未盡協力義務，致使稽徵機關難以核實調查者，雖不能免除其職權調查義務，惟此時亦難以調查確實之成本費用，故得以降低稽徵機關之證明程度，予以推計課稅。故若稽徵機關確實無法調查，則按照財政部訂定執行業務者費用標準認定係屬推計課稅，應無不法。

公職王歷屆試題（111 司律二試）

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是否有無錯誤，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。

公職王歷屆試題（111 司律二試）

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。

【考題難易度】★★★

【破題關鍵】限制出境之性質並非處罰，以及由行政執行機關限制出境與稽徵機關限制出境的異同。

【擬答】

(一)限制出境並非處罰，與故意過失無涉

1. 按行政罰法第 7 條第 1 項規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」故以行政處罰已有故意或過失而可歸責者為限。惟稅捐稽徵法第 24 條以下之保全措施，係屬對稅捐之保全，限制出境者，咸認為除了保全執行外，尚有間接強制之功能。

2. 既然限制出境屬於執行行為，自然與乙是否有故意過失無涉，乙之主張並無理由。

(二)乙之主張有理由，稽徵機關應考量行政一體以及限制出境之必要性

1. 按稅捐稽徵法第 24 條第 3 項前段規定：「在中華民國境內居住之個人或在中華民國境內之營利事業，其已確定之應納稅捐逾法定繳納期限尚未繳納完畢，所欠繳稅款及已確定之罰鍰單計或合計，個人在新臺幣一百萬元以上，營利事業在新臺幣二百萬元以上者；其在行政救濟程序終結前，個人在新臺幣一百五十萬元以上，營利事業在新臺幣三百萬元以上，得由財政部函請內政部移民署限制其出境；其為營利事業者，得限制其負責人出境，並應依下列規定辦理。」其僅以金額作為限制出境之門檻，並未將納稅人是否有隱匿或逃亡之虞包含在內。

2. 惟限制出境仍屬行政行為，仍受到行政程序法中比例原則之限制，其目的既然是為了保全執行與間接強制，在行政執行機關業已撤銷限制出境，亦即認定其無保全之必要性不存在時，再另行單以稅捐稽徵法之門檻加以限制出境，有對同一事項而不同機關為相異判斷之虞，故恐有違法之處。

111 年公務人員特種考試司法官考試

第二試試題

111 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

類科：律師（選試海商法與海洋法）、司法官及律師（選試海商法與海洋法）

科目：海商法與海洋法

考試時間：2 小時

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

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)

【擬答】

(一)本案有海商法之適用。

1. 本案有海商法之適用

(1)按海商法所稱船舶，謂在海上航行，或在與海相通之水面或水中航行之船舶，海商法第 1 條定有明文。

(2)本案發生碰撞之船舶，其中之一為海巡署艦艇，屬專用於公務之船舶，原非屬海商法所欲規範之船舶；惟本案海巡署艦艇因與貨櫃船發生碰撞，依海商法第 3 條第 3 款，例外有海商法之適用。

(3)綜上，本案有海商法之適用。

2. 海巡署不得主張船舶所有人責任限制

(1)本案例中，海巡署得否主張船舶所有人責任限制，視海商法第 3 條碰撞時，仍應適用海商法之範圍為何，學說上有所爭議，詳述如下：

①有認為，非海商法之船舶發生碰撞時，應適用海商法全部規定。

②亦有認為，既係因碰撞而適用海商法，則理應僅適用海商第 4 章碰撞規定者。

③本文認為，如謂非海商法之船舶得因碰撞而適用所有海商法規定，則海商法刻意劃分船舶將失其意義，故應認為非海商法之船舶因碰撞而適用海商法時，僅適用海商第 4 章碰撞規定，以維繫「發展航運」之目的。

3. 綜上，本案海巡署不得主張船舶所有人責任限制

(二)Y 輪受傷船員向海巡署求償 30 萬美元全額損失，有理由

1. 按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，海商法第 97 條第 1 項定有明文。通說認為此為一比例責任，為民法第 185 條共同侵權責認之特別規定，合先敘明。

2. 惟本案因碰撞而生之損失，除貨物、船體受損外，尚有 Y 輪船員受傷。對人之傷亡，基於對人命安全之保障，海商法第 97 條第 2 項規定，有過失之各船舶，對於因死亡或傷害而生之損害，應負連帶責任，以利被害人求償。

公職王歷屆試題（111 司律二試）

3. 綜上，本案有過失之海巡署船舶與貨輪，既對 Y 負連帶責任，Y 依民法規定，自得對其中一方為全額之請求，其單獨向海巡署求償 30 萬美元全額損失，有理由。

(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，無理由

1. 按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，海商法第 97 條第 1 項定有明文。通說認為此為一比例責任，為民法第 185 條共同侵權責認之特別規定，合先敘明。
2. 本案就 Y 輪受損貨物之貨物所有權人之損失，X 輪與 Y 輪依海商法第 97 條第 1 項，應依 60 比 40 之過失比例負責，以減輕發生碰撞事故時，船舶所有人之賠償責任，達鼓勵航運之目的。故 Y 輪受損貨物之貨物所有權人，不得向海巡署請求 120 萬美元全額損失。
3. 綜上，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，無理由。

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）

【擬答】

乙、丙、丁各自之責任基礎如下

(一) 乙不負海商法之運送人責任，亦無單位責任限制之適用。甲僅得依契約或民法運送人責任規定向乙求償

1. 本案中，甲乙定有一運送契約。乙是否應負海商法上之運送人責任，應視貨物發生損失之期間，是否應適用海商法規定，學說實務上容有爭議，詳述如下：

- (1) 有認為，海商法僅適用於「固有海上部分」，故貨物之待運及待交期間，應適用陸上運送與倉庫規定。
- (2) 亦有認為，自收受至交付貨物，整個運送過程均適用海商法，以具體明確規定運送人貨物照管義務的責任期間。
- (3) 另有認為，就海運實況觀察，受貨人不可能直接前往碼頭託運貨物，故應將海運過程中，共同且必經的短程陸上運送，視為港口區域，使之附屬於海上運送而適用海商法規定。
- (4) 本文認為，應以第三種見解為可採，蓋此一見解較符合海運實況，且就是否附屬於海上運送所提出之判準尚且明確且可操作。

2. 承前述，本件貨物墜落係發生在放置貨物之新竹貨櫃場，距離卸載貨物之基隆港已相當遙遠，且非在陸上運送途中發生事故，已脫離海商法之運送人責任期間，故乙不負海商法上責任。

(二) 丁應依民法第 184 條第 1 項前段負侵權行為責任

1. 按故意或過失，不法侵害他人權利者，負損害賠償責任，民法第 184 條第 1 項前段定有明文。
2. 本案丁吊櫃不慎，致貨物墜落，造成甲的精密儀器全毀而損失 300 萬美元，係出於過失而不法侵害甲之財產權，丁應負損害賠償責任。

(三) 丙應依民法第 188 條與丁負侵權行為之連帶責任，且不得主張船舶所有人責任限制。

1. 本案丙為乙運送貨物之履行輔助人，其得否主張海商法之單位責任限制，涉及本案有無喜馬拉雅條款之適用，詳述如下：

- (1) 按喜馬拉雅條款，係出於衡平之考慮，減輕運送人責任俾發展航運，使運送人之履行

公職王歷屆試題 (111 司律二試)

輔助人得享有運送人免責之利益，我國海商法第 76 條亦有相類規定。

(2)承上述，本案爭議在於，系爭事故是否發生於法條所稱「商港區域內」。對此，本文認為此處商港區域內之解釋，固然不應過度嚴守文義而限於「水域」，應可及於陸上地區；然本案卸貨港為基隆港，貨物卻於運送至新竹貨櫃場始發生事故，若認為此仍屬商港區域，恐過度擴大海商法適用範圍，而使所有到港後的運送亦皆獲得免責之優惠，殊非法條之本意，故本案應無海商法第 76 條之適用。

2. 綜上，本案丙應負責之事故因非發生於商港區域內，無海商法第 76 條之適用，不得主張船舶所有人責任限制，而應依民法第 188 條與丁負侵權行為之連帶責任。

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)

【考題難易度】★★★

【破題關鍵】本題測驗考生是否瞭解以下二個概念：1. 外國在沿海國之大陸礁層上進行海洋科學研究之規定，涉及《聯合國海洋法公約》第 246 條。2. 外國在沿海國之國家管轄海域中進行飛彈試射，其中於內水或領海，侵害沿海國之主權；於專屬經濟區或大陸礁層，涉及《聯合國海洋法公約》第 58、88、301 條規定。

【擬答】

(一)依《聯合國海洋法公約》(下稱《公約》)第 76 條第 1 款：「沿海國的大陸架包括其領海以外依其陸地領土的全部自然延伸，擴展到大陸邊外緣的海底區域的海床和底土，如果從測算領海寬度的基線量起到大陸邊的外緣的距離不到二百哩，則擴展到二百哩的距離。」次依《公約》第 83 條第 1、3 款：「海岸相向或相鄰國家間大陸架的界限，應在國際法院規約第三十八條所指國際法的基礎上以協議劃定，以便得到公平解決」、「在達成第一款規定的協議以前，有關各國應基於諒解和合作的精神，盡一切努力作出實際性的臨時安排，並在此過渡期間內，不危害或阻礙最後協議的達成。這種安排應不妨害最後界限的劃定」。由前開規定可知，A 國與 B 國不待任何明文公告，即自然擁有 200 哩之大陸礁層，在依《公約》第 83 條按公平原則就重疊之大陸礁層為劃界前，在該重疊之大陸礁層上，二國均可主張《公約》第 77 條之主權權利。

(二)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之行為之合法性，分析如下：

1. 依《公約》第 246 條第 1、2、3 款：「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」、「在正常情形下，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架上進行的海洋科學研究計劃，給予同意。為此目的，沿海國應制定規則和程序，確保不致不合理地推進或拒絕給予同意」。

2. 由上開規定可知，原則上 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之行為，須得到 A 國之同意方得進行，但若 B 國之海洋科學研究之目的係和平且為了增進關於海洋環境的科學知識以謀全人類利益，A 國應不得拒絕之。

3. 惟須注意《公約》第 246 條第 5 款之 A 國得拒絕之情形。之 A 國得拒絕之情形。

(三)A 國於 B 國海域進行飛彈試射之行為之合法性，分析如下：

1. 於 B 國之內水或領海：

內水與領海屬國家領域之範圍，故 B 國於該部分之海域原則享有完全主權(《公約》第 2 條參照)，除非國際海洋法對該部分之主權行使有所限制，例如：領海中外國船舶之無害通過權。本題中，由於 A 國於 B 國之內水或領海內進行飛彈試射，並不屬國際海洋法

公職王歷屆試題（111 司律二試）

上對 B 國主權行使之限制，故 B 國可拒絕之，A 國之行為不合法。

2. 於 B 國之專屬經濟區或大陸礁層：

(1) 依《公約》第 58 條：「一、在專屬經濟區內，所有國家，不論為沿海國或內陸國，在本公約有關規定的限制下，享有第八十七條所指的航行和飛越的自由，鋪設海底電纜和管道的自由，以及與這些自由有關的海洋其他國際合法用途，諸如同船舶和飛機的操作及海底電纜和管道的使用有關的並符合本公約其他規定的那些用途。二、第八十八條至第一百一十五條以及其他國際法有關規則，只要與本部份不相抵觸均適用於專屬經濟區。三、各國在專屬經濟區內根據本公約行使其權利和履行其義務時，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抵觸的法律和規章。」由此規定可知，A 國於 B 國之專屬經濟區或大陸礁層上所享有之權利，除專屬經濟區或大陸礁層主權權利外，與公海自由原則幾乎一樣。

(2) 依《公約》第 88 條：「公海應只用於和平目的。」再依《公約》第 301 條：「締約國在根據本公約行使其權利和履行其義務時，應不對任何國家的領土完整或政治獨立進行任何武力威脅或使用武力，或以任何其他與「聯合國憲章」所載國際法原則不符的方式進行武力威脅或使用武力。」因此，A 國於 B 國專屬經濟區或大陸礁層進行飛彈試射之行為，違反前開規定，應不合法。

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 浬處，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）

【考題難易度】★★★

【破題關鍵】本題測驗考生是否瞭解沿海國就毗連區內之走私事件有管轄權，而在沒有設立毗連區時，領海外即屬專屬經濟區或公海，此時應適用《聯合國海洋法公約》第 92 條規定由船旗國專屬管轄；就船舶上發生鬥毆事件，不屬海關、移民、財政或衛生事項，不論沿海國有無設立毗連區，均不得管轄，此時應適用《聯合國海洋法公約》第 92 條規定由船旗國專屬管轄。

【擬答】

(一)就 E 國海巡單位稱 E 國就領海外 1 浬處之外國船舶走私事件無管轄權之說法是否有理，分析如下：

1. 若 E 國有宣布設立毗連區時：

(1) 依《聯合國海洋法公約》（下稱《公約》）第 33 條：「一、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。二、毗連區從測算領海寬度的基線量起，不得超過二十四浬。」

(2) 由上開規定可知，E 國若設立有毗連區時，得在毗連區內對海關、移民、財政及衛生事項有管轄權。依題示，今在 E 國領海外 1 浬處，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，就該走私事件，涉及 E 國之海關與財政事項，故 E 國就此應有管轄權，E 國海巡單位之說法並無理由。

2. 若 E 國未宣布設立毗連區時：

此時 E 國領海外 1 浬處，有可能是 E 國之專屬經濟區（若 E 國有宣布設立專屬經濟區時）或公海（若 E 國未宣布設立專屬經濟區時）。前者依《公約》第 58 條第 2 款：「第八十八條至第一百一十五條以及其他國際法有關規則，只要與本部份不相抵觸均適用於專屬經濟區。」故適用《公約》第 92 條；後者則直接適用《公約》第 92 條，該條第 1 款規定：「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

公職王歷屆試題（111 司律二試）

外，在公海上應受該國的專屬管轄。除所有權確實轉移或變更登記的情形外，船舶在航程中或在停泊港內不得更換其旗幟。」因此，系爭走私事件應由船旗國 F 國專屬管轄，故 E 國海巡單位之說法有理由。

- (二)就 E 國海巡單位稱 F 國籍船舶甲船上發生鬥毆事件無管轄權之說法是否有理，分析如下：
因 F 國籍船舶甲船上發生鬥毆事件非屬《公約》第 33 條規定之海關、移民、財政及衛生事項，故即使 E 國有設立毗連區，亦不能依前開規定主張管轄。此時不論 E 國是否有設立專屬經濟區，均適用《公約》第 92 條規定，系爭鬥毆事件屬船旗國 F 國專屬管轄，故 E 國海巡單位之說法有理由。