

《憲法與行政法》

一、嚴重特殊傳染性肺炎中央流行疫情指揮中心（下稱指揮中心）依「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」（下稱特別條例）第 7 條規定，作成 109 年 3 月 17 日肺中指字第 1093800250 號函：「……二、醫院因應嚴重特殊傳染性肺炎（COVID-19）人員出國規定如下：（一）適用對象：於醫院服務之醫事人員及社工人員。（二）限制地區：第三級旅遊警告地區，除特殊情形外，禁止前往……。（三）報准程序：因會議、公務或其他特殊原因，欲前往第三級旅遊警告地區，應經所屬醫院報衛生福利部同意……。（四）實施期間：自 109 年 2 月 23 日起至 109 年 6 月 30 日止……。（五）出國者，返國後應依……規定，接受居家檢疫或自主健康管理 14 天，且於該期間不得從事醫療照護工作。三、違反中央流行疫情指揮中心指揮官依特別條例第 7 條規定實施之應變處置或措施者，將依該條例第 16 條規定處新臺幣 5 萬元以上 100 萬元以下罰鍰。」（下稱系爭函文）。甲為任職乙公立醫院具公務員身分的醫事人員，於指揮中心作成系爭函文前已訂妥機票，擬於 109 年 3 月 20 日（週五）前往經指揮中心列為第三級旅遊警告地區的日本旅行。甲經公文傳閱知悉系爭函文後，未經報准同意，以國內旅遊名義請假，如期前往日本。甲於同年 3 月 29 日（週日）返國入境時快篩陽性確診。乙公立醫院認為甲請假虛偽不實，且違反系爭函文，造成醫院防疫人力的調度困難，並確診成為防疫破口，嚴重傷害政府信譽，且繼續曠職 6 日，依公務人員請假規則第 13 條、第 14 條及公務人員考績法第 12 條第 3 項第 3 款、第 8 款規定，核定甲 1 次記 2 大過，免職（下稱系爭懲處）。甲不服系爭懲處，提起行政爭訟。試問：

（一）如系爭函文為法規命令，其定自 109 年 2 月 23 日起實施，有無違反何種憲法原則？（30 分）

（二）如系爭函文為一般處分，且無人對其提起行政爭訟。原告甲在訴訟中主張：系爭函文違法，系爭懲處以違法的系爭函文為基礎，亦為違法等等。被告乙公立醫院則答辯：系爭懲處雖以系爭函文為基礎，但系爭函文有構成要件效力，乙公立醫院及行政法院均受拘束，行政法院不應在系爭懲處的訴訟中認定系爭函文的違法性等等。請從憲法訴訟權保障及法安定性原則的觀點，說明行政法院應否審查系爭函文的違法性？（30 分）

（三）甲受行政法院判決敗訴確定，提起法規範憲法審查訴訟。請從基本權的保護範圍，分析甲何種憲法上基本權利受侵害？公務人員考績法第 12 條第 3 項第 3 款關於「嚴重傷害政府信譽」的規定，有無違反何種憲法原則？（40 分）

參考法條

嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例

第 7 條

中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施。

公務人員請假規則

第 13 條

未辦請假、公假或休假手續而擅離職守或假期已滿仍未銷假，或請假有虛偽情事者，均以曠職論。

第 14 條

曠職以時計算，累積滿 8 小時以 1 日計；其與曠職期間連續之例假日應予扣除，並視為繼續曠職。

公務人員考績法

第 12 條第 1 項第 2 款第 2 目、第 3 項第 3 款及第 8 款（第 1 項）各機關辦理公務人員平時考核及專案考績，分別依左列規定：……二、專案考績，於有重大功過時行之；其獎懲依左列規定：……一次記二大過者，免職。……（第 3 項）非有左列情形之一者，不得為一次記二大過處分：……三、違抗政府重大政令，或嚴重傷害政府信譽，有確實證據者。……八、曠職繼續達 4 日，或 1 年累積達 10 日者。

公務員懲戒法

第 2 條

公務員有下列各款情事之一，有懲戒之必要者，應受懲戒：一、違法執行職務、怠於執行職務或其他失職行為。二、非執行職務之違法行為，致嚴重損害政府之信譽。(104 年 5 月 20 日修正前原條文：「公務員有左列各款情事之一者，應受懲戒：

一、違法。二、廢弛職務或其他失職行為。」)

第 9 條第 1 項

公務員之懲戒處分如下：一、免除職務。二、撤職。三、剝奪、減少退休（職、伍）金。四、休職。五、降級。六、減俸。七、罰款。八、記過。九、申誡。(104 年 5 月 20 日修正前原條文：「公務員之懲戒處分如左：一、撤職。二、休職。三、降級。四、減俸。五、記過。六、申誡。」)

命題意旨	本題測驗方向上，就憲法而言，主要測驗原理原則（法律不溯及既往原則與法律明確性原則）與基本權審查，算是憲法上基本考點，另於行政法部分，出題委員明確指出構成要件效力，直接將爭點出，同學僅需就該爭點為肯否兩說論述即可。
答題關鍵	第一小題：本題涉及法律不溯及既往概念，尤其必須引用不真正溯及既往概念。 第二小題：構成要件效力定義、本件是否採取構成要件效力利弊。 第三小題：基本權判斷(涉及服公職權與工作權競合)、法律明確性原則。
考點命中	第一小題：《高點【司律正規班】行政法講義》第一回，韓台大編撰，頁 34~54。 第二小題：《高點【司律正規班】行政法講義》第三回，韓台大編撰，頁 45~65。 第三小題：《高點【司律正規班】憲法講義》第一回，韓台大編撰，頁 35~56。

【擬答】

(一)系爭函文從民國 109 年 3 月 17 日發布，適用效力範圍回溯至同年 2 月 23 日，顯有針對過去事實規範之情，核與法律不溯及既往原則有違

1.何謂法律不溯及既往原則

「不溯及既往」原則，指不能以法規規範過去發生的事實之原則。此一原則源自於法治國原則、信賴保護原則，是指導立法者立法的原則，同時也是適用法律的原則。其道理在於國家不能期待人民現在的行為合乎未來法令的要求，當然就不能要求新的法規適用於之前已經發生的事件。由於此一原則意在保障法律的安定性以及人民對於法規的信賴，因此，法律的修正如果對於人民有利，或該法規溯及適用於過去的事實並不違反信賴保護原則，則不至於受到不溯及既往原則的禁止。

2.何謂真正溯及既往與不真正溯及既往原則

所謂「以法規規範過去發生的事實或法律關係」，此一事實可能屬於已經完全終結的過去事實或法律關係，也可能是過去已經存在，法規修正時還沒有完結，現在仍然持續中的事實或法律關係。如果是前者，則屬於「真正溯及既往」；如果是後者，則屬於「不真正溯及既往」。區別的重點在於法規所規範的事實或法律關係，在法規生效施行時點是否已經結束。如果已經結束，就屬於「真正溯及既往」。如果行政法規生效當時，事實或法律關係業已存在且尚未終結，而依該法規規定對之發生「立即效力」，則該法規之適用，雖然類似「溯及既往」，但畢竟仍是向將來發生效力，而不是「溯及既往」發生效力，所以才稱為「不真正溯及既往」。例如：職業或營業行為法定要件之變更；考試規則之補充等。

3.本件應屬於真正溯及既往原則

本件函文欲規範之期間為 109 年 2 月 23 日至同年 6 月 30 日止，又該函文於 109 年 3 月 17 日所發布，從而就 109 年 2 月 23 日至該函文發布前即 109 年 3 月 17 日前核屬前該真正溯及既往，另至若 109 年 3 月 18 日至同年 6 月 30 日之期間，則為不真正溯及既往，前者於憲法評價上原則應為禁止，而後者則為允許，從而本件恐有違反法不溯及既往原則。

(二)法院可否審查系爭函文，涉及構成要件效力法則

1.何謂構成要件效力

行政機關作成之行政處分若不具拘束力，則無意義可言。行政處分在法律上直接形成之法律效果，原則上應為所有人民及其他未有撤銷權之國家機關（行政機關或法院）所尊重，並以其作為本身行為、決定之基礎，此即行政處分之構成要件效力。依照題示，本件是否應採取構成要件效力看法，學理上有肯否兩說。

(1)否定說-從法安定性原則以觀

按行政處分除非具有無效之事由而自始不生效力外，於未經撤銷、廢止或未因其他事由而失其效力前，其效力繼續存在（行政程序法第 110 條第 3 項、第 4 項參看）。一有效之行政處分，如未經相對人於法定期間內提起行政爭訟，或曾經行政爭訟程序確定後獲得維持，即因不得再行爭訟而發生形式確定力（不可爭力），則原處分機關以外之國家機關，包括法院，除非是有權撤銷機關，均應尊重該行政處分，並以之為行為之基礎，此即所謂「行政處分之構成要件效力」。是以，一有效行政處分（前行政處分）之存在及其內容，成為作成他行政處分（後行政處分）之前提要件時，後行政處分即應以前行政處分為其構成要件作為決定之基礎。當事人如以後行政處分為訴訟客體，提起行政訴訟，具有構成要件效力之前行政處分非訴訟客體，其合法性即非受訴行政法院審理之範圍，否則不啻就已具形式確定力之前行政處分重啟爭訟程序，而有害於法秩序之安定。

(2) 肯定說-憲法訴訟權保障

若從憲法訴訟權保障觀察，憲法第 16 條保障人民訴訟權，當指人民權利受侵害時，得提起訴訟，透過法院審理以保全權利，倘若前處分有違法，然而後處分是基於前處分所做成，然卻無法審理前處分，則使得人民對於後處分救濟時，受限於前開構成要件效力，而無從提起確切救濟，及無從對其權利有所確保。

(3) 本文以為基於「違法性承繼」理論，行政法院於撤銷訴訟中，如其先決問題所涉及之另一行政處分已確定，先行處分與後行處分屬於一個連貫性手續，且處分又均以發生一定法律效果為目的時，行政法院得實體審查該已確定之行政處分是否違法，如該前處分違法，後處分即承繼前處分之違法瑕疵，從而本件應得審查該處分為是。

(三) 本件侵害之基本權應為服公職權與工作權，又本件應有違反法律明確性原則之虞

1. 本件應有侵害服公職權與工作權之情

本件免職處分使得公務員喪失公務員資格，無法繼續擔任公務人員，屬於工作權之侵害，又公務人員屬於透過國家考試成為公務人員體系之一環，顯屬應考試服公職之侵害，有依照司法院釋字第 768 號解釋「其雖主張憲法第 15 條所保障之工作權受侵害，惟公職為特殊類型之工作，以下爰僅論服公職權」，本件應以服公職權審查。

2. 本件有違反法律明確性原則

(1) 依照司法院釋字第 432 號解釋，法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違

(2) 本件所謂嚴重傷害政府信譽，或有謂司法院釋字第 756 號解釋就「監獄信譽」，並未認為違反明確性原則，而認為合憲，然本文以為，所謂嚴重傷害政府信譽之行為，顯然無從使得人民預見並理解，蓋如所謂影響政府信譽概念，究竟指公務人員外觀以公務人員身分並代表政府所為行為，或是公務人員行為然完全未揭露其公務人員身分也屬之，有所模糊，另就該影響信譽，究竟如何認定，是以中華民國（內國）角度認定、或是外國認定，抑或是國際公約認定，顯然也未臻明確，從而有違反明確性原則甚明。

二、原住民甲與乙比鄰而居住於 A 縣。A 縣 B 鄉 C 段 360-1 地號土地為原住民保留地，登記所有權人為中華民國，管理機關為原住民委員會，土地使用編定類別為森林區林業用地，原登記面積為 5000 平方公尺（下稱系爭土地）。甲於民國 105 年 1 月申請於系爭土地設定農育權，經 A 縣政府於同年 3 月准予設定登記，之後甲於民國 111 年 6 月，申請無償取得原住民保留地所有權，經 A 縣政府於同年 10 月准予登記。

乙的母親於民國 112 年 1 月去世，乙在為繼承登記時，始發現系爭土地上有甲之所有權登記。乙認為甲無長期耕種使用系爭土地之事實，因該土地實際上是由其母親耕種使用，並提出系爭土地之租賃契約。該契約期間為民國 70 年至 95 年，其出租人為甲之父親（具有原住民身分），承租人為乙之母親（具有原住民身分），故甲應係以違法方式取得農育權與所有權登記。請問：

(一) 若行政救濟期間經過後，乙應如何依據行政程序法，請求 A 縣政府撤銷核准甲之所有權登

記？（30分）

- (二)續上題，若 A 縣政府駁回乙之請求，乙循行政救濟向行政法院提起訴訟時，請從憲法保障訴訟權角度，說明行政法院應否命甲為何種訴訟參加？（30分）
- (三)若甲於民國 111 年申請原住民保留地所有權登記前，A 政府基於防災需求，欲使用系爭土地作為山林救災設施之用，申請撥用，經上級機關於民國 111 年 5 月核定撥用。甲因此無法申請原住民保留地所有權登記，其對撥用核定不服，提起行政訴訟，經敗訴確定後，欲提起法規範違憲審查之憲法訴訟時，得主張何種違憲理由？（40分）

參考法條

中華民國憲法增修條文

第 10 條第 12 項

國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。對於澎湖、金門及馬祖地區人民亦同。

山坡地保育利用條例

第 37 條

山坡地範圍內原住民保留地，除依法不得私有外，應輔導原住民取得承租權或無償取得所有權。

原住民取得原住民保留地所有權，如有移轉，以原住民為限。

有下列情形之一者，得由政府承受私有原住民保留地：

- 一、興辦土地徵收條例第三條、第四條第一項規定之各款事業及所有權人依該條例第八條規定申請一併徵收。
- 二、經中央原住民族主管機關審認符合災害之預防、災害發生時之應變及災後之復原重建用地需求。
- 三、稅捐稽徵機關受理以原住民保留地抵繳遺產稅或贈與稅。
- 四、因公法上金錢給付義務之執行事件未能拍定原住民保留地。

政府依前項第 3 款及第 4 款規定承受之原住民保留地，除政府機關依法撥用外，其移轉之受讓人以原住民為限。

國有原住民保留地出租衍生之收益，得作為原住民保留地管理、原住民族地區經濟發展及基礎設施建設、原住民族自治費用，不受國有財產法第 7 條規定之限制。

原住民保留地之所有權取得資格條件與程序、開發利用與出租、出租衍生收益之管理運用及其他輔導管理相關事項之辦法，由中央原住民族主管機關定之。

原住民保留地開發管理辦法

第 1 條

本辦法依山坡地保育利用條例第三十七條第六項規定訂定之。

第 3 條

本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。

第 17 條

原住民符合下列資格條件之一者，得申請無償取得原住民保留地所有權：

- 一、原住民於本辦法施行前使用迄今之原住民保留地。
- 二、原住民於原住民保留地內有原有自住房屋，其面積以建築物及其附屬設施實際使用者為準。
- 三、原住民依法於原住民保留地設定耕作權、地上權或農育權。

前項申請案由鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見，並公告三十日，期滿無人異議，報請直轄市、縣（市）主管機關核定後，向土地所在地登記機關辦理所有權移轉登記。

原住民申請取得第一項第三款及經劃編、增編為原住民保留地之土地所有權者，得免經前項公告三十日之程序。

第一項第三款原住民保留地，因實施都市計畫變更使用分區或非都市土地變更編定土地使用類別者，得辦理所有權移轉登記。

第一項第三款之權利存續期間屆滿，仍得辦理所有權移轉登記；原耕作權人、地上權人或農育權人死亡者，其繼承人得申請無償取得所有權。

第 23 條第 1 項

政府因公共造產或指定之特定用途需用公有原住民保留地時，得由需地機關擬訂用地計畫，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會擬具審查意見並報請上級主管機關核定後，辦理撥用。但公共造產用地，以轄有原住民保留地之鄉（鎮、市、區）公所需用者為限；農業試驗實習用地，以農業試驗實習機關或學校需用者為限。

第 41 條

原住民使用之原住民保留地及其所有之地上改良物，因政府興辦公共設施，限制其使用或採伐林木，致其權益受損時，應予補償。

命題意旨	本題測驗方向上，第一題測驗程序再開、第二題測驗訴訟參加類型、第三題測驗原住民文化權。
答題關鍵	第一小題：需點出程序再開要件。 第二小題：訴訟參加類型與 103 年行政法院決議。 第三小題：釋字第 803 號解釋原住民文化權。
考點命中	第一小題：《高點【司律正規班】行政法講義》第三回，韓台大編撰，頁 44~54。 第二小題：《高點【司律正規班】行政法講義》第七回，韓台大編撰，頁 25~55。 第三小題：《高點【司律正規班】憲法講義》第七回，韓台大編撰，頁 35~56。

【擬答】

(一)本件因法定救濟期間已過，從而僅能依照程序再開主張

1.何謂程序再開

行政處分之形式存續力仍有例外，蓋縱然為法院判決，亦可經由「再審」制度重新開啟，相較之下，作成行政處分所經過之行政程序，其正確性與嚴謹性固然不如法院判決作成之過程，而為了矯正有不法瑕疵之行政程序，並填補權利救濟之漏洞，立於「依法行政原則」與「人民權利保障」角度，因此，參照訴訟法理之再審程序，立法者在行政程序設計「行政程序重開」此一非常救濟途徑之制度，目的係在廢止或撤銷行政處分之存續力

2.程序再開要件

(1)申請主體為相對人或利害關係人

本件原住民乙為利害關係人甚明，蓋其為第三人效力處分第三人為是。

(2)申請要件

①法定救濟期間經過

本件法定救濟期間已經經過，要件毫無疑義。

②事由：發現新事實新證據

行政程序法（下稱行程序法）第 128 條條文 109 年 12 月 30 日經立法院三讀通過，修正重點新增了關於「新證據」之定義，擴大申請程序重開之範圍，加強對人民權利之保護，確保行政之合法性。所稱「新證據」，以往多數實務見解將「新證據」限縮解釋，係指於作成行政處分時業已存在，但為申請人所不知，致未經斟酌之證據而言，而不包括「作成行政處分後始發現之證據」，顯增加法律所未有之限制，有違反法律保留原則及憲法保障訴訟權之虞。本次修法新增第 3 項，明定「新證據」不再限於處分作成前已存在或成立而未及調查斟酌之證據，亦可以包含處分作成後始存在或成立之證據，以求杜絕爭議。

本件甲必須有持續性使用原住民保留地之事實，則若乙說法確實，經行政機關調查後確認甲並未有持續長期耕作之情，屬有動搖原處分之證據，則該處分顯然有違誤，而有本事由之適用為是。

③相對人或利害關係人非因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由

本件 A 縣政府作成核准該處分並未通知乙，且依照題示，乙是於母親過世後方之知悉該事實，顯無重大過失為是。

④申請期間，應自法定救濟期間經過後 3 個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾 5 年者，不得申請

本件甲於 111 年 10 月取得登記，然乙自 112 年 1 月方辦理繼承登記，並未逾五年為是。

(二)行政法院應依照行政訴訟法第 42 條命甲參加訴訟，又依照 103 年行政法院決議，該裁量權縮減至零，該

條文原賦予行政法院裁量權限，即條文本規範為「得」，縮減為「應」

1. 最高行政法院 103 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議

行政法院認為撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上利益將受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟，行政訴訟法第 42 條第 1 項前段定有明文。如依訴訟之法律關係，原告與其所請求撤銷或變更之行政處分之相對人（第三人）利害關係相反，該第三人因該行政處分而取得之權利或法律上利益，成為裁判對象，該行政處分經判決撤銷或變更者，對該第三人亦有效力（行政訴訟法第 215 條），其權利或法律上利益因撤銷或變更判決而消滅或變更。為保障該第三人之訴訟防禦權，以踐行正當法律程序（憲法第 16 條），行政法院應依職權命該第三人獨立參加訴訟。於此情形，行政法院之裁量權限已限縮為零。本院 89 年 7 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議應予補充。

2. 經查，本件行政機關對於甲所作成之行政處分對於乙具備利害關係，而乙既對該行政處分提起行政爭訟，甲則為該行政訴訟利害關係人毫無疑義，而得依照行政訴訟法第 42 條獨立參加，惟揆諸前開實務見解，甲之處分成為乙訴訟之標的，行政法院裁量權限縮至零，應命其參加訴訟為是。

(三) 本件所限制者應為原住民文化權，另該手段採不予核發恐有過度限制之情

1. 審查標的敘明

本件限制甲之權利應為山坡地保育利用條例第 37 條第 3 項第 2 款「二、經中央原住民族主管機關審認符合災害之預防、災害發生時之應變及災後之復原重建用地需求。」

2. 基本權範圍

按司法院釋字第 803 號解釋意旨，維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值（本院釋字第 603 號解釋參照）。憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」第 12 項前段規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。」是原住民族之文化為憲法所明文肯認，國家有保障、扶助並促進其發展之義務（本院釋字第 719 號解釋參照）。身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環。

經查，本件限制甲取得原住民保留地所有權，則涉及原住民於其自用土地上取得所有權，並對維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展有侵害，顯屬限制其原住民文化權。

3. 違憲審查

本件或有從涉及救災等政策性考量，從而應放寬違憲審查標準，惟查若從基本國策第 10 條以觀，修憲者已將原住民權利之維護委託立法者，從而該條文與憲法委託意旨相違，司法者應從嚴審查以維修憲意旨為是。

4. 審查

本條立法目的為防災任務、災難應變與災後重建以維護原住民族空間，核屬重大公共利益為是，惟查，本件在手段上一律禁止原住民取得該土地，似乎有禁止過度，手段過苛之情，蓋政府可採有條件取得所有權、或是期間限制，或是取得所有權然使用限制等方式，而非一律禁止取得所有權，也可依照個案防災需求為禁止手段設定，若依此，本件恐難通過違憲審查。

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲為知名網紅，曾與 A 超商店長有過衝突，懷恨在心，竟邀乙共同搶劫該超商。某日深夜，兩人依約定各自攜帶了一把外觀上無法辨識真假的金屬材質玩具槍來到 A 超商，看到門口告示寫著「晚間 10 點過後，本店現金不超過 1000 元」，乙見該告示大失所望，加上擔心會被逮，便放棄搶劫的念頭，告知甲後即離去。但甲不相信告示之內容，看到店內僅有店員丙女一人，決定留下獨自犯案。甲進入超商櫃檯後，將金屬玩具槍抵在丙的頭上，喝令其交出收銀機內所有金錢，見丙身材姣好，突生色心，料想丙此時應不敢反抗，便對丙的胸部上下其手猥褻。丙趁甲分心撫摸之際，從櫃檯下方取出棒球棍，痛擊甲的頭部，甲倒地陷入昏迷，隨後被趕來的警察送醫急救，雖受有挫傷，但無大礙。事發後不久，記者丁接到消息趕到現場，雖然還不清楚狀況，但聽到圍觀路人傳述嫌犯為網紅甲，疑似性騷擾店員，為搶先報導，沒有進一步查考便立即於現場連線報導，配上字幕指出：網紅甲色膽包天，竟在人來人往的超商中公然強姦店員。遭甲猥褻的丙心存憤恨，得悉新聞報導後，為陷害甲，竟也在警局中證稱，甲除了劫財及撫摸胸部的舉動外，還將其手指伸入丙之性器官。試問甲、乙、丙、丁在刑法上應如何論罪？（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）（100 分）

命題意旨	本題所測試的爭點均屬傳統爭點，且考點多集中在分則，分則爭點包括：強盜罪強暴與脅迫之認定、至使不能抗拒之認定、兇器之認定、強制猥褻罪與乘機猥褻罪之區分、偽證罪、誣告罪，以及司法院釋字第 509 號和 112 年憲判字第 8 號判決中關於真實抗辯原則之解釋；總則之爭點則有共同正犯脫離與正當防衛。
答題關鍵	甲之刑責：需討論強暴與脅迫之區分問題，以及丙是否已達不能抗拒，若未達不能抗拒，應如何論罪。又，強制猥褻罪與乘機猥褻罪之區分亦應有所論述，若認為甲欠缺目的連結而不成立強制猥褻罪，則須考量丙是否為不能或不知抗拒之人，而論以乘機猥褻未遂罪。 乙之刑責：乙應討論共同正犯脫離爭議，其能否脫離則須先就是否承認脫離之前提問題加以論述，若採肯定見解，則以因果關係切斷說之標準進一步論述並涵攝。 丙之刑責：丙第一個攻擊甲之行為應討論正當防衛，後續則有偽證罪與誣告罪之問題。 丁之刑責：應將誹謗罪重要的兩號大法官之意見寫出來並涵攝。
考點命中	1. 《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 9-12 以下、12-35 以下。 2. 《透明的刑法—分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 2-63 以下、3-15 以下、6-44~6-50、9-71~9-82。 3. 《高點司律狂作題班》，2023 刑法複習考第一次，榮台大編撰。

【擬答】

(一)甲之刑責

1. 甲持玩具槍抵住丙頭部喝令交出金錢之行為，成立刑法（下同）第 328 條第 4 項強盜未遂罪：

- (1) 主觀上，甲明知持金屬玩具槍奪取丙財物將使其意思決定自由與財產受侵害仍決意為之，且甲持槍抵住丙頭部時具拿取財物之目的，甲亦有不法所有意圖。
- (2) 客觀上，甲持槍抵住丙頭部是否為本罪之「強暴」，容有爭議：
 - ① 肯定說認為，本罪強暴行為應採最廣義解釋，凡任何足以妨害意思決定自由之手段，包括心理強制，只要已達不能抗拒程度，均屬之。
 - ② 否定說主張，本於罪刑相當原則，本罪與強制罪之強暴概念不應為相同解釋，本罪應限於最狹義之對人強暴類型。
 - ③ 本文以為，本於「暴」之文義理解，強暴應限於使用微量不法腕力之手段，又「至使不能抗拒」要件為連結強制與竊盜之中間結果要素，而非如肯定說界定為強暴構成要件行為程度之篩選標準，否定說可採。
 - ④ 本題中，甲持槍抵住丙頭部並非以不法腕力對丙為身體物理性之限制而未破壞意思實現自由，故

非強暴行為，僅能視情形論以脅迫。

(3)又，甲持槍抵住丙頭係以人力可支配就生命身體內容之不法惡害通知丙，已足使丙心生畏怖，另雖依一般人標準，玩具槍外觀難以辨別真偽，應可評價使丙不能抗拒，惟因是否不能抗拒已是行為施行後被害人之狀態，應考量行為後外在因果流程是否真正受到行為人犯行影響，故應考量被害人特別情事。本題中，丙之抵抗能力較一般人高，依丙個人主觀標準，並未達不能抗拒，是否為本罪脅迫行為，容有爭議：

①實務見解認為，脅迫與恐嚇之區別在於是否致使被害人不能抗拒，丙既仍能抗拒，僅能論以恐嚇（80年第4次決議）。

②有學說主張，脅迫係現在惡害通知，恐嚇則為未來惡害通知，槍抵住丙之頭部係現在惡害，故為脅迫。

③另有見解以為，應就惡害內容之法益類型區別，前者係對生命身體之惡害，後者則為生命身體以外之惡害。

④本文以為，實務見解混淆構成要件行為與結果之判斷標準，現在與未來之惡害標準亦不明確，所謂「脅迫」係以可立即感受之惡害內容通知被害人，生命身體惡害即屬之，故甲持槍抵住丙頭部係對丙生命惡害，應為脅迫。

(4)甲持槍脅迫丙交出財物已製造丙自由與財產之法不容許風險，且依主客觀混合說，就甲之犯罪計畫實現而言，此一行為已對丙財產造成直接危險，因丙僅以仍能抗拒且未交出財物而未實現風險，故為未遂。

(5)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(6)又，中止未遂係個人解除刑罰事由，雖乙放棄強盜犯行係出於己意中止，惟甲並無自主意願終局放棄強盜犯行之中止意思，自不得依第27條第2項中止未遂減免其刑。

2.甲持玩具槍抵住丙頭部之行為，因金屬製玩具槍客觀功能對丙生命身體無危險性而非兇器(79台上5253判例)，不成立刑法第330條加重強盜罪。

3.甲持槍脅迫丙後猥褻丙之行為，不成立刑法(下同)第224條強制猥褻罪：

(1)本罪為雙行為犯，客觀上須為強制行為與猥褻行為始該當，故行為人於主觀上須於強制行為時有猥褻故意，且兩者間具目的連結，方能成罪。

(2)本題中，甲持槍脅迫丙時並無猥褻丙之故意，其猥褻丙係脅迫丙後始另行起意為之，不符本罪目的連結之要求，自不成立本罪。

4.甲持槍威脅丙之係以惡害通知丙使其心生畏怖之脅迫行為，並使丙行無義務之事妨害其意思自由，甲亦無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第304條強制罪。

5.甲撫摸丙胸部之行為，因丙於甲持槍抵著頭狀態仍能擷取其意願，本罪不能抗拒狀態之客體不存在，甲對丙此狀態之認知亦非出於重大無知，故甲成立刑法第225條第3項乘機猥褻未遂罪。

6.小結：甲成立之強盜未遂罪與強制罪，依法條競合論以前者，再與乘機猥褻未遂罪依第50條數罪併罰。

(二)乙之刑責

1.乙與甲約定搶劫並在超商門口離去之行為，成立刑法(下同)第328條第4項強盜未遂罪之共同正犯(第28條)：

(1)乙與甲出於強盜之犯意聯絡，於客觀上由甲入內為強盜構成要件行為，雖乙未共同實行強盜，惟因乙與甲犯意聯絡之危險貢獻持續至甲持槍脅迫丙之時，故仍有行為分擔，兩人具功能支配，成立共同正犯。

(2)主觀上，乙有強盜故意與不法所有意圖無疑；客觀上，乙於兩人抵達超商門口，尚未對丙財產造成直接危險之預備階段即離去，是否應與甲同負強盜未遂之責，涉及共同正犯脫離之爭議，分析如下：

①否定說認為，共同正犯一部行為全部責任，彼此之間不法連帶，自無由共同正犯脫離之空間。

②肯定說主張，本於刑法謙抑思想，共同正犯若能切斷其物理與心理因果關係，即可脫離而僅就自己有所貢獻之階段論罪，亦即著手前脫離者論以預備犯，著手後脫離者則為未遂犯，實務上亦持同一見解(94台上3515判決、106台上3352判決)。

③本文以為，基於因果關係遮斷與犯罪支配觀點，共同正犯不法連帶之前提在於其對於結果之發生有因果貢獻，若共同正犯已切斷其對他共同正犯後行為之因果貢獻，亦即切斷其所共同製造之危險，即可不須同負既未遂之責，肯定說可採。

④本題中，乙僅告知甲後即離去，至多僅於心理因果貢獻上撤回其犯意使甲瞭解，並未進一步切斷

物理因果關係，故乙不得主張共同正犯脫離，仍須與甲同負強盜未遂之責。

(3)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(4)乙因 A 告示僅有 1,000 元現金而放棄搶劫丙之念頭，雖其放棄犯行之動機並非本於倫理道德價值之因素，惟依法蘭克公式，乙係自主意願終局放棄強盜犯行，擔心被逮之念頭亦非於客觀上使乙不得不放棄之外界強迫障礙，故欠缺特別預防與一般預防之必要性，應依第 27 條第 2 項中止未遂減免其刑。

2.乙與甲約定搶劫超商後離去之行為，就甲持槍脅迫丙部分仍有犯意聯絡與行為分擔，且不得主張共同正犯脫離已如前述，乙成立刑法第 304 條強制罪之共同正犯。

3.就甲對丙乘機猥褻未遂之行為，因不在甲乙犯意聯絡範圍內，屬共同正犯逾越，乙不成立刑法第 225 條第 3 項乘機猥褻罪。

4.小結：乙成立之強盜未遂罪與強制罪，依法條競合論以前者。

(三)丙之刑責

1.丙痛擊甲頭部之行為，不成立刑法（下同）第 277 條普通傷害罪：

(1)客觀上，丙持球棒痛擊甲頭部與甲頭部挫傷間具不可想像不存在條件因果關係，又此一行為製造甲身體完整受害之法不容許風險，該風險於甲頭部受傷時在傷害構成要件內實現；主觀上，丙明知持球棒毆打甲頭部將造成甲受傷結果仍決意為之，具傷害故意。

(2)客觀上，丙在面臨甲乘機猥褻行為之現在不法侵害時持球棒毆打甲頭部，依照客觀理性第三人標準，於丙傷害行為當下，此一反擊手段能有效阻止甲之猥褻不法侵害，且丙無其他同等有效手段得加以反擊，故有必要性，又該防衛行為未逾越最低限度之社會連帶義務，而仍合於社會倫理界線，主觀上，丙亦有防衛意思，依第 23 條本文正當防衛阻卻違法。

2.丙謊稱甲手指伸入性器官之行為，不成立刑法（下同）第 168 條偽證罪：

(1)客觀上，偽證罪須有具結程序擔保證詞正確性，方能成立。本題中，丙於偵查時證稱甲將手指伸入性器官，係在警察面前為與現實不符之虛偽陳述，惟因刑事訴訟法第 196 條之 1 第 2 項未準用第 186 條第 1 項，警察並無對證人具結之義務，故丙於警察未具結時所為之上開虛偽陳述，不符本罪客觀構成要件。

(2)綜上，丙不成立本罪。

3.丙謊稱甲手指伸入性器官之行為，成立刑法（下同）第 169 條第 1 項誣告罪：

(1)客觀上，丙明知甲並未對其為第 10 條第 5 項之性交行為仍捏造事實而向有權接受告發之警察申告，又雖依歸罪理論，甲是否對丙乘機性交須透過司法機關確認，方能確定丙是否為虛偽陳述，惟本文以為本罪為抽象危險犯，本於保護國家司法權正確行使與個人不受誣告權利之目的解釋，丙宣稱甲有乘機性交之嫌疑時即形成此一法益受害之抽象危險，無庸經司法機關確認即為誣告行為，即使僅有此部分事實虛偽，其餘劫財與猥褻事實之申告真實，仍不影響客觀構成要件該當之結論。

(2)主觀上，丙明知甲無乘機性交仍決意向警察為虛偽陳述，具誣告故意，丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(四)丁連線報導甲公然強姦丙之行為，成立刑法（下同）第 310 條第 2 項加重誹謗罪：

1.客觀上，丁搭配字幕報導甲公然強姦丙，係以文字指摘或傳述與真實不符之具體事實，已足以毀損社會對甲人格評價而侵害其社會名譽之誹謗行為；主觀上，丁未進一步考察即傳述甲強姦丙之事實，知悉並容任丙社會名譽受害而有誹謗間接故意。

2.記者丁未經查證即報導甲強姦丙，雖依其社會生活地位有反覆報導之業務身分，惟此一報導內容是否為正當行為，應視是否符合比例原則而定。本題丁以現場連線方式將上開事實加註文字公開報導，已嚴重侵害甲之名譽與隱私，雖丁有報導之職業與言論自由，惟丁並未使用較保守文字或事先查證始為之，不符利益衡量與比例原則，不得依第 22 條業務上正當行為阻卻違法。

3.依第 310 條第 3 項，立法者為調和名譽與言論自由之保護，特設本罪真實抗辯要件以使行為人得主張欠缺實質違法性阻卻違法，且須行為人確信內容真實且與公共利益有關方能阻卻違法。又依釋字第 509 號解釋，若依丙所提之證據資料，其有相當理由主觀確信報導內容真實者，得阻卻違法。另依 112 年憲判字第 8 號判決，須丙所引用之不實資訊已經合理查證程序，客觀上可合理相信內容為真實，且其引用非出於明知或重大輕率時，始能主張此一事由。

4.本題中，甲強姦丙係涉及犯罪而與公共利益有關，丁為此報導時主觀上並未確信內容為真實，且其連線報導對甲名譽破壞之方式與程度均較嚴重，甲強姦丙之公益論辯度亦不高，丁未踐行事前查證義務

- 而為錯誤報導，即不符真實抗辯要件，丁即係重大輕率引用不實資訊誹謗甲，不得依此阻卻違法。
5. 又，丁未經合理查證即為搶先報導而為誹謗甲之行為，可論斷其並非出於善意，又即使認為甲強姦丙是可受公評之事，丁亦無做合理評論，不符第 311 條阻卻違法事由。
6. 丁具罪責，成立本罪。

二、甲董事長遭檢舉涉及賤賣公司土地給自己開設之人頭公司，掏空資產導致公司重大損失。某年 5 月 27 日上午 8 時，多位調查員持搜索票前往甲辦公室搜索，搜索期間甲被禁止離開辦公室，也不准使用通訊設備，連上廁所都遭派員緊緊看守，客戶欲來拜訪甲也遭調查員拒絕，甲感覺很不自由。上午 10 時搜索結束，調查員詢問甲可否配合到案澄清疑點，甲同意並隨同調查員前往某調查站接受詢問。直到 18 時，調查員再度詢問甲可否至地檢署接受檢察官問話，甲亦同意並於 19 時到達地檢署，檢察官於 21 時開始訊問甲公司土地買賣以及海外投資之過程，並要求甲交代細節以及據實回答，直到 28 日凌晨 1 時，甲表示甚為疲累，想要回家休息並行使緘默權，檢察官當庭宣布逮捕甲，讓甲休息至早上 8 時，問甲精神如何、需不需要繼續休息？甲稱精神尚可，檢察官繼續對之訊問，至 16 時，檢察官以甲犯罪嫌疑重大以及有逃亡之虞等理由，向法院聲請羈押甲。後檢察官以甲涉犯特別背信以及內線交易之罪名，提起公訴。

(一) 偵查中此一聲請羈押是否合法？(30 分)

(二) 偵查期間，調查員以案由係特別背信罪依法監聽甲之電話，監聽期間內錄下甲的特助乙與甲之下列對話：「(乙：) 公司那塊地賣得太便宜了，將來消息出來，公司的股價可能不妙！」、「(甲：) 趕快幫我處理掉股票！」審判時，甲的辯護人主張前述監聽內容屬傳聞不得作為證據。甲的辯護人另外發現，檢察官於起訴後才將上述對話於起訴書內記載並要求法院予以認可，主張同樣不能作為證據。試問甲辯護人之主張有無理由？(35 分)

(三) 一審判決甲均有罪，認為應沒收總金額為新臺幣(下同)2000 萬元，宣告沒收。甲對論罪部分並無不服，僅就刑度及沒收金額認屬過重、過高，對此依法提起上訴，檢察官則未上訴。二審審理後，認為應沒收總金額實應為 3000 萬元，遂就原審關於沒收部分撤銷改判為 3000 萬元。試問此判決是否適法？(35 分)

命題意旨	24 小時計算與拘捕前置原則；監聽性質與另案監聽；沒收不利益變更禁止。
答題關鍵	<p>第一小題：第一小題涉及拘捕時點之認定。因拘捕時點認定涉及 24 小時之起算，故本案雖遲至複訊時檢察官才依第 228 條第 4 項規定逮捕，然被告實際係遭搜索時，人身自由即遭拘束。故無論是要採實務形式認定或學說實質認定之看法，都需要討論逮捕時點與第 228 條第 4 項規定是否妥適之爭點。</p> <p>第二小題：本題涉及監聽內容之性質判斷，以及另案監聽之陳報問題。應注意雖然最高法院先前對逾期或漏未陳報係採一律權衡之見解，但後來大法庭裁定後，有再行須分逾期陳報或從未陳報，分別給予不同法律效果，應予留意。</p> <p>第三小題：本題涉及不利益變更禁止所稱之「刑」，是否包含沒收。依現今最高法院之見解，沒收已非刑罰，並無不利益變更禁止原則之適用。此外二審法院未就刑度部分之上訴為判決，亦有已受請求事項未予判決之違法。</p>
考點命中	<p>第一小題：《刑事訴訟法研析(上)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 7-49。 《高點【二試判解文章班】刑事訴訟法講義》第一回，黎台大編撰，頁 10-11。</p> <p>第二小題：《刑事訴訟法研析(上)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 7-211。 《刑事訴訟法研析(下)》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 14-212。 《高點【二試判解文章班】刑事訴訟法講義》第二回，黎台大編著，頁 89-94。</p> <p>第三小題：《刑事訴訟法實戰解題書》，高點文化出版，黃博彥(黎律師)編著，頁 11-28。</p>

【擬答】

(一) 檢察官聲押程序不合法

1. 限制人身自由 24 小時之誡命

憲法第 8 條第 2 項與刑訴法第 93 條第 2 項均規定，偵查機關自拘捕被告起 24 小時內應向法院為羈押之

聲請。此 24 小時不但是刑事訴訟法之誡命，更是憲法上之明文要求，若偵查機關拘束人民人身自由超過 24 小時後始聲請法院羈押，此時法院不應准許檢察官之聲請。

2. 甲人身自由受拘束之時點判斷

(1) 實務見解

我國實務見解多係以形式觀察何謂拘捕，故被告即便搜索扣押時無法隨意離去，又或經同行後至檢察官處說明，然只要未經宣告逮捕，則被告尚非為檢察官逮捕。亦即，須以正式宣布該拘捕措施起算。

(2) 學說見解

拘禁與逮捕必須要實質判斷，只要事實上已經構成國家「以強制力將其人之身體予以拘束」或「拘束人身使其難以脫離一定空間」的情況，則無論公權力實施之名稱是否叫作「逮捕」或「拘禁」，自剝奪人身自由之角度而論，均等同於「拘禁、逮捕」。

(3) 查本案調查局人員於搜索期間禁止甲離開辦公室，亦不准其使用通訊設備，連上廁所都遭派員緊緊看守，故自 5 月 27 日上午 8 時起，甲即處於大批檢調人員嚴密監控的狀況，其人身自由實質上已遭剝奪。基於憲法實質正當法律程序與人身自由之保障，應以實質判斷說較為可採。

3. 刑法第 228 條第 4 項與拘捕前置原則

(1) 立法理由認為，本條之增訂在於使羈押之被告能得到兩次之法院「司法審查」之機會，以貫徹「拘提逮捕前置主義」。

(2) 然此原則學理上支持拘捕前置原則者主張，拘捕前置原則是直接基於憲法第 8 條而來的說法，根本就漏洞百出。首先，該條的憲法誡命主軸是拘束人身自由之「法官保留原則」，從該條文義，雖然可以得知「羈押應由這些經法定程序始能為之」，但是，根本導不出「法定程序就是應先拘捕，始得羈押」的結論。

(3) 再者，藉由本案檢察官係依第 228 條第 4 項為聲押所進行之逮捕行為，更凸顯本條規定之不當，蓋本案中甲實際上人身自由已遭拘束數十小時，然因檢察官依第 228 條第 4 項始為逮捕，搭配前數實務見解採形式認定拘捕之時點，則又可自 5 月 28 日凌晨再行計算 24 小時，無異係架空憲法第 8 條之誡命規定，故本條項之規定時有檢討之必要。

4. 本案是否拘捕甲超過 24 小時

(1) 承前所述，倘依實務見解因本案檢察官係於 5 月 28 日凌晨 1 時始依刑事訴訟法第 228 條第 4 項之規定逮捕甲，故檢察官於 5 月 28 日 16 時聲押被告甲自無違反 24 小時之規定。

(2) 惟前開實務見解顯然不足以保障被告人身自由，蓋甲本案實質上於搜索當下，已無法自由離去自實質角度觀察，於 5 月 27 日上午 8 時起，甲之人身自由即遭拘束。又調查局雖係以「詢問」甲是否隨同前往地檢署接受檢察官問話，但考量檢察官得隨時簽發拘票拘提之，故甲就算有離去之可能，也僅屬理論上之想像而已。

(3) 據此，甲自 5 月 27 日上午 8 時起，人身自由即遭拘束。雖於 5 月 27 日 18 時至 19 時有在途期間扣除之適用，然於 5 月 28 日 1 時至 8 時之時間，因係檢察官複訊階段所給予之夜間休息時間，並無第 93 條之 1 第 1 項第 3 款夜間停止詢問之法定障礙事由期間適用；再者，本案甲僅係疲累，想要回家休息並行使緘默權，並「未」達第 93 條之 1 第 1 項第 4 款身體健康突發之事由，致事實上不能訊問之程度，亦無法依本款扣除時間。從而，自 5 月 27 日 8 時起至 5 月 28 日下午 16 時聲押為止，扣除一小時之在途期間，共已拘束甲人身自由達 31 小時，業已違反憲法第 8 條之規定。

5. 檢察官之聲押不合法，法院應裁定駁回檢察官之羈押聲請

承前所述，管見採取「實質判斷」拘捕時點之見解，故本案甲人身自由遭拘束時起至檢察官聲請羈押為止，已逾 24 小時之時限。法院受理檢察官之羈押聲請後，應認聲請羈押不合法而裁定駁回之。

(二) 甲之辯護人抗辯監聽內容屬傳聞不得作為證據，主張無理由；抗辯檢察官起訴後提出之監聽譯文不得作為證據，主張有理由

1. 甲乙之通話內容本身即為被告進行犯罪之部分內容

(1) 監聽係通訊保障及監察法第 13 條第 1 項所定通訊監察方法之一，司法警察機關依法定程序執行監聽取得之錄音，係以錄音設備之機械作用，真實保存當時通訊之內容，如通訊一方為受監察人，司法警察在監聽中蒐集所得之通訊者對話，若其通話本身即係被告進行犯罪中構成犯罪事實之部分內容，自與所謂「被告以外之人審判外之陳述」無涉，應不受傳聞法則之規範，當然具有證據能力。此有最高法院 106 台上 1163 號判決可資參照。

(2)查本案甲與其特助乙之對話「乙：公司那塊地賣得太便宜了，將來消息出來，公司的股價可能不妙！」、「甲：趕快幫我處理掉股票！」此對話內容實係甲乙兩人違反內線交易之「實際知悉發行股票公司有重大影響其股票價格之消息」之構成要件事實。依前開實務見解，自與所謂被告以外之人於審判外之陳述無涉，並非傳聞證據。

(3)從而，甲之辯護人抗辯監聽內容屬傳聞不得作為證據，並無理由。

2.甲乙之對話內容屬「另案監聽」，因檢察官無陳報該管法院，應無證據能力

(1)內線交易罪屬通保法所稱「其他案件」

通保法施行細則第 16 條之 1 第 1 項規定：「本法第十八條之一第一項所稱其他案件，指與原核准進行通訊監察之監察對象或涉嫌觸犯法條不同者。」此技術性規範已界定只要與原核准進行監聽之「監察對象」或「涉嫌觸犯法條」，有一相異者，即屬通保法第 18 條之 1 第 1 項所稱之「其他案件」，其相關內容即係「另案監聽」取得之內容。

查本偵查期間本係以特別背信罪作為聲請通訊監察之法條，然於監察期間另聽聞甲涉犯內線交易罪。特別背信罪與內線交易罪之間，涉嫌處之犯之法條不同，自屬另案。其證據能力之有無，應依通保法第 18 條之 1 第 1 項審查之。

(2)另案監聽應於發現後七日內補行陳報法院

按通保法第 18 條之 1 第 1 項規定：依第 5 條、第 6 條或第 7 條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第 5 條第 1 項所列各款之罪者，不在此限。故檢察官應於知悉有另案監聽之內容時於七日內陳報法院。

(3)本案檢察官直至審判中，始將另案監聽取得之內線交易監聽內容提交於法院並請求認可，顯已違反七日內補行陳報法院之規定，然其法律效果如何？容有爭議，分述如下：

①早期實務（最高法院 107 台上 3052 決）

另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，較之於逕行搜索之該當要件，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時自仍得適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，再行審酌裁量其得否為證據。

②大法庭裁定（最高法院 110 台上大 5765 裁）

執行機關若已就包括另案監聽所得在內之相關通訊資料，依通保法相關規定報由檢察官陳報法院，雖就另案監聽所得部分，逾越通保法第 18 條之 1 第 1 項但書所定「發現後七日內補行陳報法院」之陳報期間，惟因同屬逾期陳報之類型，其證據能力有無之判斷，與本院已統一之見解認為逾期陳報期中報告書至該管法院者，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護予以認定之情形（本院 110 年度台上字第 2943 號判決意旨參照），法理相同，自應一體適用。至若完全未陳報該管法院，始有通保法第 18 條之 1 第 1 項前段規定之適用。

(4)是依現今大法庭之統一見解，僅逾期陳報之情況，始有刑訴第 158 條之 4 適用。然本案檢察官全然未於偵查中陳報法院，而係遲至一審時始提出內線交易之監聽錄音與譯文請求法院認可，顯屬「完全未陳報該管法院」之情況，此時自應回歸通保法第 18 條之 1 第 1 項前段規定，該錄音與譯文均無證據能力。甲之辯護人此部分抗辯應有理由。

(三)沒收無不利益變更禁止原則，法院判決合法；然就刑度部分法院未諭知判決，應有已受請求事項未予判決之違法

1.按修法後刑訴第 348 條第 3 項之規定「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，故本案甲得僅就刑度與沒收部分上訴，合先敘明。

2.查本案僅被告上訴，然二審法院卻撤銷原審 2000 萬元沒收諭知，改判為 3000 萬元，此部分是否有違反不利益變更禁止？分述如下：

(1)修正後刑法沒收已非從刑，係獨立於刑罰及保安處分以外之法律效果，其性質類似不當得利之衡平措施；又宣告多數沒收之情形，並非數罪併罰，故已刪除現行法第 51 條第 9 款規定宣告多數沒收併執行之條文。是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。

(2)又現行刑法第 38 條之 1 第 1 項關於犯罪所得之沒收，乃合併修正前刑法第 38 條第 1 項第 3 款後段及第 3 項對犯罪行為人犯罪所得之沒收規定，基於任何人都不得保有犯罪所得之原則，以避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無

刑訴第 370 條第 1、2 項關於不利益變更禁止原則之適用。(最高法院 107 台上 3559 決參照)

3. 綜上所述，因沒收修法後已非刑訴第 370 條所稱之「刑」，無不利益變更禁止原則之適用。即使本案僅有被告上訴，法院仍得諭知重於原審之沒收判決。
4. 另本案被告既係就刑度與沒收部分均上訴，則無論法院就被告對刑度過重之上訴認為有無理由，均應對此為諭知，然二審卻對此部分未予處理，自有刑訴第 379 條第 12 款已受請求事項未予判決之違法。

《民法與民事訴訟法（一）》

一、A 地為私有土地，地勢低窪，呈池塘狀態，早於日治時期即為農田排水灌溉渠道，供周遭農地排水使用，數十年至今，未曾中斷，亦從未有人提出異議。甲基於買賣關係，輾轉繼受取得 A 地所有權，多年來在 A 地經營小型養殖漁業。其後，乙在其所有之鄰近工廠設置排水溝，將無害工業廢水排放流入 A 地，經甲多次向乙提出異議，乙不為所動，主張其有排水進入 A 地之權利，且其排放的是無害工業廢水，並未影響甲在 A 地經營養殖漁業。約同一時期，丙在其所有之鄰近農地設置排水溝，因疏忽未及注意，不斷排放有毒農田污水進入 A 地。A 地因農田污水排入結果，造成甲無法繼續以 A 地經營養殖漁業。試問：

(一) 甲請求乙停止排放工業廢水進入 A 地，有無理由？（30 分）

(二) 甲請求丙賠償其無法繼續以 A 地經營養殖漁業的營業利益損失，有無理由？（30 分）

(三) 設乙事後為預防紛爭，主動支出費用改善工廠排水設施，避免工業廢水繼續排放流入 A 地。乙請求甲償還其因此支出的費用，有無理由？（15 分）

命題意旨	本題應是改編最高法院 107 年度台上字第 1169 號判決之案例事實，以公用地役關係為命題核心，103 年台大、104 年輔大法研所亦曾以公用地役命題過。題目前兩行之事實即係涵設 A 地該當公用地役的要件。此與契約拘束第三人效力之情形不同，公用地役為所有權權能受到公益目的之限制（所有權社會化，民法第 148 條 1 項前段），不特定人均得對該地以特定目的使用，故並非債權物權化之情形。實務見解認為，公用地役的所有權人仍得對逾越限制的利用人主張物上請求權及侵權責任。此外，本題的結論也會因價值判斷而不同，考生只要善用題目所給的資訊，例如：「農業排水」、「工業排水」、「無害」、「設置排水溝」加以涵攝，相信理由充分就算結論不同，都會有相當分數。
答題關鍵	第一小題：論述公用地役關係之要件，以及乙對 A 地之行使是否符合特定公用地役目的。 第二小題：論述民法第 184 條保護之客體、純粹經濟上損失及所失利益之辨別、所有權侵害之概念為何。 第三小題：因本文認為乙之排放行為構成侵害所有權，故乙本即有義務支付，更不得主張無因管理或不當得利；惟倘若作答者認為，乙排放之廢水屬「無害」（假設乙主張之事實為真），故依民法第 773 條後段：「如他人之干涉，無礙其所有權之行使者，不得排除之。」甲不得請求乙排除之，則結論即有不同。
考點命中	1. 《高點【司律正規班】民法講義》，蘇台大編撰，四：物權編【專題：公用地役關係、103 年台大、104 年輔大擬答】，頁 27-32。 2. 《高點【司律正規班】民法講義》，蘇台大編撰，二：債編【爭點：純粹經濟上損失 vs 所失利益】、【爭點：侵害所有權之概念】，頁 68-69、73。

【擬答】

(一) 甲應得請求乙停止排放工業廢水，理由如下：

1. A 地具供農業排水之公用地役關係：

(1) 按現行法律並未就公用地役關係為立法，惟大法官會議釋字第 400 號解釋理由書，對於既成道路成立「公用地役關係」之要件：(一) 為不特定之公眾通行所必要，(二) 於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事，(三) 須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠，雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概為必要。依上開理由書意旨，所列舉之法律要件雖特指既成道路之公用地役關係，但對於其他類似相同性質之公共水路流經之既成水路，仍應類推適用既成道路公用地役關係之要件¹。次按民法第 148 條第 1 項前段，權利之行使不得違背公共利益。是公用地役關係之所有權，權利行使上即應受有公用目的之公益限制，此即為「所有權社會化」之展現。

(2) 本案，A 地早於日治時期即為農田排水灌溉渠道，供周遭農地排水使用，數十年至今，未曾中斷，

¹ 臺灣高等法院臺南分院 108 年度上國更二字第 1 號判決參照。

亦從未有人提出異議，依前開見解，應屬公用地役關係之土地，受到「農業排水使用」之公用目的限制。

2. 乙對 A 地之利用已逾越特定公用目的：

- (1) 公用地役之所有權受有特定公用目的之忍受義務，惟他人對公用地役土地之利用已逾此目的，仍對所有權人構成所有權侵害。舉例言之，公用地役之既成道路，公用地役目的為供他人通行，倘若他人在既成道路為營業擺攤等利用行為，所有權人仍得請求排除並請求不當得利。
- (2) 本案，乙係排放「工業」廢水，雖水質無害，但已逾「農業」之特定公用目的；況查，乙係以人工行為「設置排水溝」，並非任由水流漫流，乙亦應不得依相鄰關係，主張民法第 775 條之「自然流水之排水權」，另乙之目的係為工廠排水，並非「因使浸水之地乾涸，或排泄家用或其他用水」，更無民法第 779 條人工排水之過水權適用。
- (3) 是以，乙對 A 地之利用已逾特定公用目的，倘若乙對 A 地有工業排水需求，應對 A 地取得不動產役權方得為之。

3. 公用地役關係之 A 地所有人仍得行使物上請求權：

- (1) 公用地役關係為公法關係，倘私有土地已具有公用地役關係存在時，土地所有人之權利行使，固不得違反供公眾使用之目的，而排除他人之使用，但非不能對於無權占有其土地者，行使民法第 767 條第 1 項之請求權（最高法院 101 年台上 728 判決參照）。
- (2) 本案，乙之利用已逾特定公用目的，構成對甲所有之 A 地所有權侵害，甲自得依民法第 767 條 1 項中段，請求排除侵害。

(二) 甲向丙請求損害賠償應有理由，分述如下：

1. 按民法第 184 條第 1 項前段保護之客體，依通說及實務見解，不包括「純粹經濟上損失」，此係指某一民事責任原因事實，並未直接肇致他人權利受損，而僅係肇致他人財產或經濟上之不利益。應與明辨者，財產權被侵害所造成之營業利益之減少或喪失，乃權利受侵害而附隨衍生之經濟損失，屬於民法第 216 條第 1 項規定「所失利益」（消極的損害）之範疇，被害人得依同法第 184 條第 1 項前段之規定，對加害人請求損害賠償；所謂「純粹經濟上損失」，係指其經濟上之損失為「純粹」的，而未與其他有體損害如人身損害或財產損害相結合，固有不同²。次按學說見解³，所有權之侵害，不應僅限物之實體的毀損滅失，對於物之使用權能的侵害及物之使用的干擾，甚至使用、收益及處分權能的侵害，均足以成立侵權責任。
2. 本案，丙過失之排放污水行為致甲之 A 地受有無法營業利益之損失，究屬純粹經濟上損失抑或權利侵害之所失利益？應予探明。本文認為，丙排放有毒污水顯已使 A 地無法為任何使用，自屬所有權侵害，甲亦得行使物上請求權請求丙排除之，而甲無法營業所產生之營業損失，自屬 A 地所有權侵害所產生之損失利益，乃責任範圍因果關係之範疇，依民法第 216 條 1 項，乃賠償範圍。
3. 是甲得依民法第 184 條 1 項前段，請求營業損失。

(三) 乙應不得向甲請求償還支付費用：

1. 按民法第 172 條前段，無法律上義務，而為他人管理事務，成立無因管理。是無因管理之成立，以管理人為本人管理事務，且無法律上義務為前提。
2. 本案，本文認為乙排放之行為構成對 A 地所有權之侵害，已如上述，故乙本即應負排除侵害之義務，亦即應自行支出費用避免廢水排放。此即為乙之法律上義務，自不得主張無因管理，請求償還支付費用。

二、甲男與乙女為夫妻，育有已成年之丙子。甲於 20 年前與丁女發生關係而生子戊，並已認領戊。甲與丁發生婚外情後，即離開與乙之共同住所與丁同居，雖有給付丙之扶養費，惟與乙分居已 20 年，期間二人幾無見面，僅就子女教養、家庭費用負擔等必要事項始有聯絡。甲主張其與乙分居時久，彼此已無感情且互不關心，婚姻有難以維持的重大事由，於民國（下同）111 年 6 月 1 日向法院訴請與乙離婚，乙則抗辯兩造感情淡薄係肇因於甲外遇、離家別居，甲為唯一可歸責之一方，仍期待甲歸家共營夫妻生活，不願意離婚。

² 最高法院 103 台上 845 判決參照。

³ 陳聰富，物之損害賠償，《月旦法學雜誌》第 257 期，2016 年 9 月，頁 82。

法院於 112 年 5 月 30 日為第一審判決，敗訴之一方已依法提起上訴，嗣甲於 112 年 7 月 30 日死亡，甲死亡後遺有 A 地、B 屋（含基地），其遺產尚未分割。其中 A 地由庚無權占有並於其上擅自搭建 C 屋使用，B 屋於甲生前即出租於辛，惟辛自 111 年 7 月 1 日起積欠租金，經甲屢次催告均置之不理，迄甲死亡時已積欠租金達新臺幣（下同）60 萬元。

戊於甲死亡後於咖啡廳與網友壬見面，與壬甫結識 2 小時即決定結婚，壬當場書立結婚書約，因咖啡廳內只有店員一人且不願意擔任結婚證人，故壬外出覓得原不相識之路人癸、丑於結婚書約證人欄簽名，戊則於咖啡廳內等待壬取得證人簽名，再與壬持該結婚書約共赴戶政事務所辦理結婚登記，嗣戊於結婚登記翌日死亡。試問：

(一)第一審法院為本案判決時，應如何判斷甲之離婚請求有無理由？(25 分)

(二)甲之遺產由何人繼承取得？戊之遺產由何人繼承取得？(25 分)

(三)丙是否得單獨對庚起訴，請求拆除 C 屋、返還 A 地？是否得單獨對辛起訴請求給付 112 年 7 月 30 日以前積欠之租金 60 萬元？(25 分)

命題意旨	本題屬「實體法」及「程序法」的混合題型，「實體法」部分主要涉及最新之「憲法法庭 112 年度憲判字第 4 號判決」與「結婚之形式要件」等考點；「程序法」部分則主要涉及「回復共有物訴訟」及「共同共有債權之權利行使」等考點，整體而言考點明確，且多屬熱門或傳統的考點，相信多數同學都有準備到。
答題關鍵	第一小題：援引「憲法法庭 112 年度憲判字第 4 號判決」之見解，說明第一審法院應否判准原告甲本件離婚請求。 第二小題：關於壬是否為戊之「配偶」（法定繼承人），乃牽涉「戊、壬結婚之效力」，就此，應說明該癸、丑是否符合民法第 982 條所稱「證人」之定義。 第三小題：針對「回復共有物訴訟」及「共同共有債權之權利行使」等問題為說明，就後者而言，並應援引「最高法院 104 年第 3 次民事庭會議決議」之意旨作答。
考點命中	1.《高點【一試實務選題班】身分法講義》第一回，武政大編撰，頁 9-12。 2.《高點【司律正規班】身分法講義》第一回，武政大編撰，頁 11、21。 3.《高點【司律正規班】身分法講義》第二回，武政大編撰，頁 17。 4.《高點【司律正規班】身分法講義》第三回，武政大編撰，頁 4。 5.《家事事務法考點破解》，高點文化出版，武律師編著，頁 4-4。 6.《高點【二試判解文章班】民事訴訟法講義》第一回，武政大編撰，頁 44-51。 7.《高點【司律正規班】民事訴訟法講義》第二回，武政大編撰，頁 170-175。

【擬答】

(一)第一審法院為本案判決時，應如何判斷甲之離婚請求有無理由？

- 按民法第 1052 條第 2 項規定：「**有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者**，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，**僅他方得請求離婚**。」
- 承上，民法雖導進離婚破綻主義，但為求公平起見，乃規定**難以維持婚姻之重大事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚**（民法第 1052 條第 2 項但書規定參照），即採「**消極破綻主義**」。有疑義者係，婚姻如有難以維持之重大事由，於夫妻雙方就該事由均須負責時，何方得請求離婚？就此，實務上有不同見解，茲分別說明如下：
 - 傳統實務見解認為，婚姻如有難以維持之重大事由，**於夫妻雙方就該事由均須負責時，應比較衡量雙方之有責程度，僅責任較輕之一方得向責任較重之他方請求離婚，如雙方之有責程度相同，則雙方均得請求離婚**，始符民法第 1052 條第 2 項規定之立法本旨（最高法院 95 年度第 5 次民事庭會議決議參照）。
 - 惟近期憲法法庭判決（憲法法庭 112 年度憲判字第 4 號判決，民國 112 年 3 月 24 日判決）採不同見解，茲說明其意旨如下：
 - 民法第 1052 條第 2 項但書明定難以維持婚姻之重大事由應由配偶一方負責者，**排除唯一應負責一方請求裁判離婚**。至難以維持婚姻之重大事由，雙方均應負責者，不論其責任之輕重，本不在系爭規定適用範疇。換言之，本則憲法法庭判決推翻了前開傳統實務見解（最高法院 95 年度第 5 次民事庭會議決議）之看法，而認為於「**難以維持婚姻之重大事由，雙方均應負責者**」之情形，則**夫妻雙方均得起訴請求判決離婚**。

②惟縱使於「難以維持婚姻之重大事由應由配偶一方負責者」之情形，如若該難以維持婚姻之重大事由發生後，已逾相當期間，或該事由已持續相當期間，仍應允許該唯一有責之配偶一方請求裁判離婚。蓋若不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，形同強迫其繼續面對已出現重大破綻難以維持之漸行漸遠或已處於水火之中之形骸化婚姻關係，實已造成完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事。於上開個案顯然過苛情形，其對有責配偶請求裁判離婚之限制，與憲法所保障之無責配偶維持婚姻之自由間，自有求其衡平之必要。

3.於本件，甲主張其與乙分居時久，彼此已無感情且互不關心，婚姻有難以維持的重大事由，依前開民法第 1052 條第 2 項規定向法院訴請與乙離婚。固然依乙所辯，兩造感情淡薄係肇因於甲外遇、離家別居，甲為唯一可歸責之一方，惟依題意，甲與乙分居已 20 年，期間二人幾無見面，彼此已無感情且互不關心，應屬上開憲法法庭判決所稱「該難以維持婚姻之重大事由發生後，已逾相當期間，或該事由已持續相當期間」之情形，揆諸該最新憲法法庭判決之意旨，仍應允許該唯一有責之配偶甲依上開民法第 1052 條第 2 項規定向法院請求裁判離婚。

4.結論：第一審法院為本案判決時，應依前開憲法法庭判決之意旨，判准本件原告甲之離婚請求。

(二)甲之遺產由何人繼承取得？戊之遺產由何人繼承取得？

1.甲之遺產由何人繼承取得？

(1)按民法第 1138 條規定：「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。」。

(2)次按，家事事件法第 59 條規定：「離婚之訴，夫或妻於判決確定前死亡者，關於本案視為訴訟終結；夫或妻提起撤銷婚姻之訴者，亦同。」其立法理由謂：「按婚姻關係之一方死亡時，婚姻關係即解消而無從繼續，故離婚之訴，如當事人之一方於判決確定前死亡，該訴訟無再為續行之必要，爰參酌民事訴訟法第五百八十條規定，訂定本條。」

(3)末按，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。」

(4)於本件，就該甲所提起之離婚之訴，法院於 112 年 5 月 30 日為第一審判決，敗訴之一方已依法提起上訴，嗣甲於 112 年 7 月 30 日死亡，則甲夫於判決確定前死亡，揆諸上開家事事件法第 59 條規定，該離婚之訴無再為續行之必要，關於本案視為訴訟終結。則於繼承發生時，乙仍為甲之配偶，揆諸前開民法第 1138 條規定，乙為甲之法定繼承人。

(5)承上，甲於 20 年前與丁女發生關係而生子戊，戊出生時雖為非婚生子女，惟經生父甲認領後，視為婚生子女（前開民法第 1065 條第 1 項規定參照），與甲之另名子女丙同屬甲之「直系血親卑親屬」，揆諸前開民法第 1138 條第 1 款規定，丙、戊同為甲之法定繼承人。又固依題意，戊於結婚登記翌日死亡，惟於繼承發生時（即被繼承人甲死亡時），戊尚生存，符合「同時存在原則」，故仍無礙於其繼承人之資格，併此說明。

(6)結論：乙、丙、戊均為甲之法定繼承人，甲之遺產應由其等繼承取得。

2.戊之遺產由何人繼承取得？

(1)按民法第 982 條規定：「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」又依現行實務見解，證人之簽名不限於作成結婚證書時為之，惟須親見或親聞雙方當事人有結婚之真意之人始得為證人。

(2)次按，民法第 988 條第 1 款規定：「結婚有下列情形之一者，無效：一、不具備第九百八十二條之方式。」

(3)末按，民法第 1065 條第 2 項規定：「非婚生子女與其生母之關係，視為婚生子女，無須認領。」

(4)於本件，王外出覓得原不相識之路人癸、丑於結婚書約證人欄簽名，戊則於咖啡廳內等待王取得證人簽名，再與王持該結婚書約共赴戶政事務所辦理結婚登記。該證人癸、丑固有於該結婚書約上簽名，惟並未親見或親聞戊、王雙方當事人有結婚之真意，揆諸前開實務見解，不符前開民法第 982 條規定所稱「證人」之要件，則依前開民法第 988 條第 1 款規定，戊、王之結婚為無效，王並非戊之「配偶」，自非戊之法定繼承人。

(5)承上，又依題意，戊並無「直系血親卑親屬」，而戊與其生母丁間存在法律上之親子關係，無待認領（前開民法第 1065 條第 1 項規定參照），丁自得依前開民法第 1138 條第 2 款規定取得繼承人之資格。至於戊之生父甲，於前述認領後，戊視為甲之婚生子女，甲、戊間發生法律上之親子關係，惟因繼

承發生時（即被繼承人戊死亡時），甲早已死亡，未符合前述「同時存在原則」，自無從依前開民法第 1138 條第 2 款規定取得繼承人之資格，併此說明。

(6)結論：丁為戊之法定繼承人，戊之遺產應由丁繼承取得。

(三)丙是否得單獨對庚起訴，請求拆除 C 屋、返還 A 地？是否得單獨對辛起訴請求給付 112 年 7 月 30 日以前積欠之租金 60 萬元？

1.丙是否得單獨對庚起訴，請求拆除 C 屋、返還 A 地？

(1)按民法第 1151 條規定：「繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為公同共有。」又「公同共有」者，得依民法第 828 條第 2 項準用同法第 821 條規定：「各共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求。但回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之。」此，各公同共有人均得單獨對於第三人提起回復共有物之訴，合先敘明。

(2)於本件，甲之遺產 A 地、B 屋（含基地）應由乙、丙、戊繼承取得，後戊死亡，其遺產應由丁繼承取得，業如前述。揆諸前開民法第 1151 條規定，該 A 地、B 屋（含基地）目前為乙、丙、丁所公同共有。今 A 地由庚無權占有並於其上擅自搭建 C 屋使用，揆諸上開說明，部分共有人丙自得依前開民法第 828 條第 2 項準用同法第 821 條規定，單獨提起回復共有物之訴，請求拆除 C 屋、返還 A 地於全體共有人（民法第 767 條第 1 項中、前段規定參照），其「當事人（原告）適格」並無欠缺。

(3)結論：丙得單獨對庚起訴，請求拆除 C 屋、返還 A 地。

2.丙是否得單獨對辛起訴請求給付 112 年 7 月 30 日以前積欠之租金 60 萬元？

(1)按公同共有債權人起訴請求債務人履行債務，是否須得其他公同共有人全體之同意，或由公同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺？就此，實務見解認為，公同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係公同共有債權之權利行使，非屬回復公同共有債權之請求，尚無民法第 821 條規定之準用；而應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，除法律另有規定外，須得其他公同共有人全體之同意，或由公同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺（最高法院 104 年第 3 次民事庭會議決議參照）。此，該等應一同起訴之公同共有人屬「固有必要共同訴訟」。

(2)於本件，B 屋於甲生前即出租於辛，惟辛自 111 年 7 月 1 日起積欠租金，經甲屢次催告均置之不理，迄甲死亡時已積欠租金達 60 萬元。於甲死亡後，該「租金債權」即由其繼承人乙、丙、戊繼承取得，後戊死亡，其遺產應由丁繼承取得，故該債權現由乙、丙、丁所（準）公同共有。揆諸上開實務見解，該等公同共有人欲對辛起訴請求給付 112 年 7 月 30 日以前積欠之租金 60 萬元（即請求債務人辛履行債務），原則上須得其他公同共有人全體之同意，或由公同共有人全體為原告。此，原則上丙不得單獨對辛起訴。

(3)結論：原則上丙不得單獨對辛起訴請求給付 112 年 7 月 30 日以前積欠之租金 60 萬元。

《民法與民事訴訟法(二)》

一、甲對乙起訴，聲明求為判令乙將 A 地所有權移轉登記予甲，陳述之事實及理由略為：甲於民國（下同）108 年 5 月 1 日以價金新臺幣（下同）5 千萬元將其所有 A 地出售予乙，並約定乙違約時其所已給付之價金充作違約金予以沒收，嗣於同年 10 月 5 日乙給付 2500 萬元後，甲將該地所有權移轉登記予乙。惟乙未按約定於同年 10 月 20 日給付尾款 2500 萬元，經定期催告未果，甲於同年 12 月 10 日發函解除買賣契約，並沒收已付價金，為此請求返還該地所有權。乙則抗辯其並未遲延給付，即使違約，違約金將其所已給付價金全部沒收顯屬過高，請法院依法減為一半，過高部分為不當得利，應返還予乙，在甲未將多收價金退還前，不得請求移轉 A 地所有權，故請求駁回原告之訴。試問：

- (一)如法院經本案審理結果，認定甲之解約為有理由，且違約金減為 1500 萬元為當，應為如何之本案判決？(25 分)
- (二)法院就乙得提起反訴請求返還酌減後違約金有無闡明義務？(20 分)
- (三)如乙就違約金酌減部分提起反訴，請求判令甲給付乙 1000 萬元，並聲明願供擔保請准宣告假執行，甲則抗辯該訴具形成訴訟性質，於判決確定時始生效力，故不得宣告假執行。法院於判決乙之反訴勝訴時，應否宣告假執行？(30 分)

命題意旨	本題屬「實體法」及「程序法」的混合題型，並以近期大法庭裁定—最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事裁定（及其協同意見書）之見解作為命題中心，「實體法」色彩極其濃厚，與「程序法」相關部分反而較為次要，僅第二小題之「民事訴訟法第 199 條之 1 第 2 項規定之法官闡明義務」部分較為明確。考生應確實掌握該最高法院大法庭裁定（包括協同意見書）之見解，並以其意旨作為基礎，推導出答案。
答題關鍵	第一小題：援引「最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事裁定」，並由其「被告得為同時履行抗辯」之見解，推論出本件法院應為「對待給付判決」。 第二小題：基於前述「最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事裁定」之意旨，推得被告除得主張上開「同時履行抗辯」外，並得提起反訴，依民法第 179 條規定請求原告返還不當得利，進而適用「民事訴訟法第 199 條之 1 第 2 項規定之法官闡明義務」。 第三小題：題目看似在考「程序法」之「假執行」規定，惟其重點應在於「法院依民法第 252 條規定為酌減裁判時，該裁判內容之法律效力發生時點」，此在上開最高法院大法庭裁定之本文中未被提及，但於協同意見書中則有詳細說明，考生宜援引之，並據以評析原告甲之抗辯是否有理。
考點命中	1.《高點【案例演習班】民事訴訟法講義》第一回，武政大編撰，頁 65-66。 2.《高點【司律正規班】民事訴訟法講義》第四回，武政大編撰，頁 148-149。 3.《高點【司律正規班】民事訴訟法講義》第五回，武政大編撰，頁 8、13-15。

【擬答】

- (一)如法院經本案審理結果，認定甲之解約為有理由，且違約金減為 1500 萬元為當，應為如何之本案判決？
- 按民法第 252 條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」、第 264 條規定：「因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限。(第 1 項)他方當事人已為部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。(第 2 項)」
 - 次按，近期最高法院大法庭見解認為，出賣人依買賣契約將買受人給付之價金沒收充為違約金，經法院依民法第 252 條規定酌減至相當數額後，就出賣人應返還之金額，屬不當得利性質，買受人得類推適用民法第 264 條規定，與自己因買賣契約解除後所負回復原狀之給付義務，為同時履行之抗辯（最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事裁定參照）。其理由如下：
 - (1)按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第 252 條定有明文。為利訴訟經濟，當事人得於訴訟程序以之為攻擊防禦方法，請求法院酌減，並由法院據此為本案裁判之基礎，非必以提起酌減違約金訴訟為限，合先敘明。

- (2)買賣契約約定如有可歸責於買受人之債務不履行，出賣人得沒收買受人已繳價金充為違約金者，買受人所為之給付，除為履行價金給付義務外，並有備供將來違約時，充為違約金之目的。嗣買受人發生違約情事，經出賣人依違約金約款沒收其已給付價金充為違約金時，該價金即變更性質為違約金，且不因法院依法予以酌減，致出賣人應返還之餘額部分回復為價金性質。此時，因出賣人取得或保有該部分給付之法律上原因不復存在，自屬不當得利。
- (3)同時履行抗辯制度，係為保障同一雙務契約當事人，以交換給付方式，履行彼此之反對給付，本適用於具有互為對待給付或對價關係而互相關聯之雙方債務間。**而買賣契約經出賣人合法解除，買受人已給付之價金並經出賣人依違約金約款沒收充為違約金，經法院於出賣人所提起之返還買賣標的物訴訟中，本諸買受人違約金過高之抗辯而酌減後，出賣人應返還餘額之義務，與買受人應返還標的物之義務，既源自同一契約關係所生，基於誠信及公平原則，仍應認為具有履行實質牽連之交換給付性質，買受人得類推適用民法第 264 條規定主張同時履行抗辯，以利當事人紛爭之終局解決及訴訟經濟。**
- (4)民法第 264 條第 1 項但書規定有先為給付之義務者，不得拒絕自己之給付，係就雙務契約當事人互負之對待給付義務而言；該先為給付義務之發生，或因當事人合意，或為法律明定，或係交易習慣。至非基於同一雙務契約所生具有牽連性之對立債務，係本於誠信及公平原則，類推適用該規定，原無該項但書所稱何人有先為給付義務之問題。而法院為同時履行之諭知，係判決之執行附有條件，純為謀訴訟上經濟而設；出賣人因法院酌減違約金所負返還餘額之義務，既於該判決確定時必已存在且屆期，則法院為交換給付之判決，並不悖於同時履行抗辯之規範目的。
- 3.末按，**被告在裁判上援用民法第 264 條之抗辯權**時，原告如不能證明自己已為給付或已提出給付，**法院應為原告提出對待給付時，被告即向原告為給付之判決（即「對待給付判決」），不能遽將原告之訴駁回**（最高法院 29 年渝上字第 895 號民事判例參照）。
- 4.於本件，揆諸前開大法庭裁定之見解，出賣人甲依買賣契約將買受人乙給付之價金 2500 萬元沒收充為違約金，經法院依民法第 252 條規定酌減至相當數額（1500 萬元）後，就出賣人甲應返還之金額（1000 萬元），屬不當得利性質，買受人乙得類推適用民法第 264 條規定，與自己因買賣契約解除後所負回復原狀之給付義務，為同時履行之抗辯，即得主張在甲未將多收價金（1000 萬元）退還前，不得請求移轉 A 地所有權。
- 5.承上，被告乙既得為同時履行之抗辯，揆諸前開說明，法院即應為原告甲提出對待給付（退還多收價金 1000 萬元）時，被告乙即向原告甲為給付（移轉 A 地所有權）之本案判決（即「對待給付判決」），不能遽將原告之訴駁回。
- 6.結論：如法院經本案審理結果，認定甲之解約為有理由，且違約金減為 1500 萬元為當，應為原告甲提出對待給付（退還多收價金 1000 萬元）時，被告乙即向原告甲為給付（移轉 A 地所有權）之本案判決（即「對待給付判決」）。
- (二)法院就乙得提起反訴請求返還酌減後違約金有無闡明義務？
- 1.按民事訴訟法第 199 條之 1 第 2 項規定：「**被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，審判長應闡明之。**」其立法理由謂：「被告如主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，**為達一訴訟解決有關紛爭之目標，並利於被告平衡追求其實體利益與程序利益**，審判長亦應適時行使闡明權，爰增訂第二項規定。」
- 2.於本件，出賣人甲依買賣契約將買受人乙給付之價金 2500 萬元沒收充為違約金，經法院依民法第 252 條規定酌減至相當數額（1500 萬元）後，就出賣人甲應返還之金額，屬不當得利性質，業如前述。基此，被告乙應得依民法第 179 條關於「不當得利返還請求權」之規定，於言詞辯論終結前，在本訴繫屬之法院，對於原告甲提起反訴（民事訴訟法第 259 條規定參照），請求返還該不當得利即「多收之價金」（1000 萬元）。此外，被告乙得類推適用民法第 264 條規定，與自己因買賣契約解除後所負回復原狀之給付義務，為同時履行之抗辯，亦如前述。
- 3.承上，據此，被告乙如主張該妨礙原告甲請求之事由【即主張在甲未將多收價金（1000 萬元）退還前，不得請求移轉 A 地所有權】，究為「防禦方法」（即上述「同時履行抗辯」）或「提起反訴」（即上述「不當得利」之請求）有疑義時，審判長應依前開民事訴訟法第 199 條之 1 第 2 項規定闡明之，以達一訴訟解決有關紛爭之目標，並利於被告乙平衡追求其實體利益與程序利益。
- 4.結論：法院就乙得提起反訴請求返還酌減後違約金，應負有闡明義務。
- (三)如乙就違約金酌減部分提起反訴，請求判令甲給付乙 1000 萬元，並聲明願供擔保請准宣告假執行，甲則

抗辯該訴具形成訴訟性質，於判決確定時始生效力，故不得宣告假執行。法院於判決乙之反訴勝訴時，應否宣告假執行？

- 按過去曾有實務見解認為，當事人約定之違約金過高，經法院酌減至相當之數額而為判決確定者，就該酌減之數額以外部分，如債權人先為預扣，因該部分非出於債務人之自由意思而被扣款，債務人自得依不當得利法律關係請求債權人給付。**此項給付請求權，應認於法院判決確定時，其請求權始告發生，並於斯時屆其清償期，方符酌減違約金所生形成力之原意**（最高法院 102 年度台上字第 1330 號判決參照）。
- 承上，惟近期最高法院大法庭裁定協同意見書之見解認為，**形成性裁判之形成力確定時點，與該裁判內容之法律效力發生時點，未必一致**。前者，於裁判確定始發生；後者，應於形成性裁判確定後，依各該法律規範之情狀，判斷其法律效力之發生時點。申言之，其可能為「**裁判確定，溯及法律關係成立時（或該關係成立後原告主張之時點），發生法律效力（創設法律關係性質）**」，例如「法定租賃權之租金」（民法第 425 條之 1 第 2 項規定參照）、「法定地上權之地租」（民法第 876 條第 1 項規定參照）；亦可能係「**裁判確定，溯及發生法律行為消滅效力（變動法律關係性質）**」，例如「法院撤銷暴利之法律行為」（民法第 74 條第 1 項規定參照）、「法院撤銷詐害債權之無償或有償行為」（民法第 244 條第 1 項規定參照）。而**法院依民法第 252 條規定為酌減裁判，該裁判內容之法律效力發生時點，似接近於該二種情狀**（最高法院民事大法庭 110 年度台上大字第 1353 號協同意見書參照）。
- 次按，民事訴訟法第 390 條規定：「**關於財產權之訴訟，原告釋明在判決確定前不為執行，恐受難於抵償或難於計算之損害者，法院應依其聲請，宣告假執行。**（第 1 項）原告陳明在執行前可供擔保而聲請宣告假執行者，**雖無前項釋明，法院應定相當之擔保額，宣告供擔保後，得為假執行。**（第 2 項）」
- 於本件，如乙就違約金酌減部分提起反訴，依民法第 179 條規定請求判令甲給付乙 1000 萬元，該訴訟除「給付訴訟」外，亦兼有「形成訴訟」之性質，其形成性裁判之形成力確定時點，固於裁判確定始發生，惟揆諸前開最高法院大法庭裁定協同意見書之見解，該裁判內容之法律效力（即「違約金酌減、不當得利發生」之效力）之發生時點，乃「溯及發生」，而非認於法院判決確定時，其請求權始告發生。基此，甲抗辯該訴具形成訴訟性質，於判決確定時始生效力，故不得宣告假執行云云，自屬無據。法院於判決乙之反訴勝訴時，得依上開民事訴訟法第 390 條規定宣告假執行。
- 結論：法院於判決乙之反訴勝訴時，得宣告假執行。

二、甲以丙、丁、戊、己為被告，起訴主張：甲於某日搭乘乙駕駛之機車行經 A 地，適丙駕駛機車闖越紅燈及丁駕駛汽車超速行駛行經該地，乙閃避不及而撞及丙車、丁車，致甲受傷。丙於車禍發生時為 17 歲，其父戊應對丙之行為負責；丁當時因急於送貨而肇事，其僱用人己亦應負責，爰對丙、丁、戊、己起訴，請求賠償甲所受損害新臺幣 100 萬元等語。試問：

(一) 甲應如何主張權利，並記載應受判決事項之聲明？（25 分）

(二) 於訴訟程序中，如僅丙提出抗辯：本件車禍係因乙酒醉駕車而肇事，丙並無過失，對甲自不負損害賠償責任；縱認丙有過失，亦應減免丙之賠償責任等語。經法院審理結果認定乙酒醉駕車、丙闖越紅燈、丁超速行駛均為本件車禍之肇事原因，則法院得否減免丙、丁、戊、己之損害賠償金額？（25 分）

(三) 如第一審法院為甲全部勝訴之判決，丁於上訴期間內提起上訴，主張其於車禍發生時並無超速行駛；丙則於上訴期間屆滿後提起上訴，主張甲請求賠償之金額過高，嗣丁於第二審言詞辯論終結前撤回上訴。丙、丁之上訴效力是否及於全體被告？第二審法院應如何裁判？（25 分）

命題意旨	本題同屬「實體法」及「程序法」的混合題型，其中「程序法」部分之比重較大，其所涉及的命點，以「連帶債務人」與「不真正連帶債務人」之共同訴訟型態為核心，考生應先確認該共同訴訟型態（「普通共同訴訟」、「類似必要共同訴訟」或「準必要共同訴訟」），始能以此為基礎，進一步推導出其他相關問題的答案。
答題關鍵	第一小題：考生應從實體法之角度，討論甲得主張哪些請求權基礎。至於「應受判決事項之聲明」（訴之聲明）應如何記載之部分，則涉及「連帶債務」及「不真正連帶債務」之「訴之聲明」應如何表示之問題，對於普遍欠缺實務經驗的考生來說，並非易事。

	<p>第二小題：宜先討論「連帶債務人」與「不真正連帶債務人」之共同訴訟型態，在確認該共同訴訟型態（「普通共同訴訟」、「類似必要共同訴訟」或「準必要共同訴訟」）後，始能以此為基礎，進一步推導出共同被告間應適用民事訴訟法第 55 條或 56 條規定，以及有無「主張共通原則」之適用，另外亦可附帶論述法院得否依職權適用民法第 217 條關於「與有過失」之規定，而為賠償金額之減免。</p> <p>第三小題：同樣基於上開共同訴訟型態，推導出上訴效力是否及於其他共同被告，以及有無民事訴訟法第 459 條第 2 項規定之適用。</p>
考點命中	<p>1. 《高點【二試判解文章班】民事訴訟法講義》第一回，武政大編撰，頁 30-43。</p> <p>2. 《高點【案例演習班】民事訴訟法講義》第一回，武政大編撰，頁 19-20。</p> <p>3. 《高點【司律正規班】民事訴訟法講義》第一回，武政大編撰，頁 38-39。</p> <p>4. 《高點【司律正規班】民事訴訟法講義》第二回，武政大編撰，頁 156-168。</p>

【擬答】

(一)甲應如何主張權利，並記載應受判決事項之聲明？

- 甲得依民法第 184 條第 1 項前段、第 191 條之 2、第 187 條第 1 項等規定，請求丙、戊負連帶賠償責任：
 - 按民法第 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。」、第 191 條之 2 規定：「汽車、機車或其他非依軌道行駛之動力車輛，在使用中加損害於他人者，駕駛人應賠償因此所生之損害。但於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。」
 - 次按，民法第 187 條第 1 項規定：「無行為能力人或限制行為能力人，不法侵害他人之權利者，以行為時有識別能力為限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任。行為時無識別能力者，由其法定代理人負損害賠償責任。」
 - 於本件，丙駕駛機車闖越紅燈，因過失不法侵害甲之權利，致甲受有損害，甲自得依前開民法第 184 條第 1 項前段、第 191 條之 2 等規定向丙求償。又依題意，丙於車禍發生時為 17 歲，為未成年之限制行為能力人（民法第 13 條第 2 項規定參照），且行為時應有識別能力，揆諸上開民法第 187 條第 1 項規定，其父即法定代理人戊（民法第 1086 條第 1 項規定參照）自應負連帶賠償責任。
- 甲得依民法第 184 條第 1 項前段、第 191 條之 2、第 188 條第 1 項等規定，請求丁、己負連帶賠償責任：
 - 按民法第 188 條第 1 項規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」
 - 於本件，丁駕駛汽車超速行駛，因過失不法侵害甲之權利，致甲受有損害，甲自得依前開民法第 184 條第 1 項前段、第 191 條之 2 等規定向丙求償。又依題意，丁當時係因急於送貨（執行職務）而肇事，揆諸上開民法第 188 條第 1 項規定，其僱用人己亦應負連帶賠償責任。
- 甲得依民法第 184 條第 1 項前段、第 191 條之 2、第 185 條等規定，請求丙、丁負連帶賠償責任：
 - 按民法第 185 條第 1 項規定：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。不能知其中孰為加害人者亦同。」就此，實務見解認為，民事上之共同侵權行為（狹義的共同侵權行為，即共同加害行為，下同）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，**共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為**（司法院例變字第 1 號變更判例會議決議參照）。
 - 於本件，丙駕駛機車闖越紅燈及丁駕駛汽車超速行駛行經該地，乙閃避不及而撞及丙車、丁車，致甲受傷。丙、丁雖無意思聯絡，惟其等之過失行為均為該損害之共同原因，即所謂行為關連共同，揆諸上開實務見解，亦足構成共同侵權行為，其等自應依上開民法第 185 條第 1 項規定負連帶賠償責任。
- 「戊、己間」、「丁、戊間」及「丙、己間」則為「不真正連帶債務人」之關係：
 - 按民法第 272 條規定：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。（第 1 項）無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限。（第 2 項）」
 - 次按，不真正連帶債務之發生，係因相關之法律關係偶然競合，多數債務人之各債務具有客觀之單一目的，而債務人各負有全部之責任，**債務人中之一人或數人向債權人為給付者，他債務人於其給付範圍內亦同免其責任**（最高法院 110 年度台上字第 1833 號民事判決參照）。
 - 於本件，「丙、戊間」、「丁、己間」及「丙、丁間」固分別依前開民法第 187 條第 1 項、第 188 條第 1 項、第 185 條第 1 項規定屬「連帶債務人」之關係，惟就「戊、己間」、「丁、戊間」及「丙、己間」

而言，並無前開民法第 272 條所稱「明示」或「法律特別規定」，自非屬「連帶債務人」之關係。

(4)承上，又上開多數債務人之各債務具有客觀之單一目的，而債務人各負有全部之責任，債務人中之一人向債權人甲為給付者，他債務人於其給付範圍內亦同免其責任，揆諸前開實務見解，其等為「不真正連帶債務人」之關係。

5.原告甲應記載之應受判決事項之聲明（訴之聲明）：

綜上所述，「丙、戊間」、「丁、己間」及「丙、丁間」分別依前開民法第 187 條第 1 項、第 188 條第 1 項、第 185 條第 1 項規定屬「連帶債務人」之關係；「戊、己間」、「丁、戊間」及「丙、己間」則為「不真正連帶債務人」之關係。據此，原告甲應記載應受判決事項之聲明（訴之聲明）如下：

- (1)被告丙、戊應連帶給付原告新臺幣 100 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起，至清償日止，按週年利率 5%計算之利息。
- (2)被告丁、己應連帶給付原告新臺幣 100 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起，至清償日止，按週年利率 5%計算之利息。
- (3)被告丙、丁應連帶給付原告新臺幣 100 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起，至清償日止，按週年利率 5%計算之利息。
- (4)前三項所命給付，於其中任一被告為給付時，其餘被告於其給付範圍內同免給付義務。
- (5)第一至三項聲明，原告願供擔保，請准宣告假執行。
- (6)訴訟費用由被告負擔。

(二)於訴訟程序中，如僅丙提出抗辯：本件車禍係因乙酒醉駕車而肇事，丙並無過失，對甲自不負損害賠償責任；縱認丙有過失，亦應減免丙之賠償責任等語。經法院審理結果認定乙酒醉駕車、丙闖越紅燈、丁超速行駛均為本件車禍之肇事原因，則法院得否減免丙、丁、戊、己之損害賠償金額？

- 1.按民法第 217 條規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」（第 1 項）重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人未預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。（第 2 項）前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。（第 3 項）」
- 2.次按，債權人以數連帶債務人為共同被告，起訴請求履行債務時，該數連帶債務人（共同被告）應屬何種共同訴訟之型態？
 - (1)按民法第 273 條第 1 項規定：「連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。」基此，數連帶債務人無須「一同被訴」，故非屬「固有必要共同訴訟」。
 - (2)承上，有疑義者係，其屬「類似必要共同訴訟」或「普通共同訴訟」？
 - ①就此，實務見解認為，基於民法第 275 條之規定，共同被告（連帶債務人）中一人所提出之抗辯，須「非基於個人關係」且「經法院認為有理由」，始得適用民事訴訟法第 56 條第 1 項規定。
 - ②惟亦有學者認為，因連帶債務共同訴訟有民法第 279 條規定相對效力事項存在，法院可為一人勝訴他人敗訴之判決，訴訟標的對於共同訴訟人無須合一確定，其仍係適用我國民事訴訟法第 55 條之規定，並無必要為其另外創設一種特殊共同訴訟之類型，因其就是「普通共同訴訟」之類型，只不過將我國民事訴訟法第 55 條規定細分為二部分加以適用：
 - A.實體法相對效力適用共同訴訟人獨立原則。
 - B.絕對效力與限制絕對效力則適用特別規定（即民法第 274 條以下等共同效力事項），其效力會及於其他共同訴訟人。
 - ③另有學者認為，於「論理上須合一確定」，而「法律上並不屬於合一確定」之情形，須準用必要共同訴訟之規定，可稱其為「準必要共同訴訟」。對於「數連帶債務人」以及「主債務人與保證人」為共同被告起訴時，各債務人共同基礎（共同法律關係），乃論理上須合一確定，亦應適用（或準用或類推適用）民事訴訟法第 56 條規定，亦應合一確定，法院不得作出不同之裁判，故將此類訴訟稱為「準必要共同訴訟」。
 - (3)管見以為，應以上開「普通共同訴訟說」可採，蓋連帶債務為各自獨立之複數債務，訴訟標的法律關係對於共同被告（數連帶債務人）非屬同一，與民事訴訟法第 56 條第 1 項規定之文義：「『訴訟標的』對於共同訴訟之各人必須合一確定」不符。
- 3.再按，實務見解認為，不真正連帶債務之數債務人雖具同一目的，對債權人各負全部給付之義務，然各債務人所負債務各有不同發生之原因，僅因相關之法律關係發生法律競合所致，債務人相互間，並無所謂應分擔部分，故在法律上無必須合一確定之情形。基此，不真正連帶債務應適用民事訴訟法第 55 條關於共同訴訟人獨立之原則（最高法院 95 年度台聲字第 493 號民事裁定參照）。

- 4.復按，關於普通共同訴訟人間之關係，應適用民事訴訟法第 55 條規定之「共同訴訟人獨立原則」，但應受「主張共通原則」與「證據共通原則」之限制。而「主張共同原則」者，乃指共同訴訟人中之一人為某項主張，而其他共同訴訟人未積極為與該主張相牴觸之行為時，以有利於其他共同訴訟人為限，其效果及於其他共同訴訟人。就此，實務見解亦認為，普通共同訴訟人相互間，其利害關係原本各自獨立（民事訴訟法第 55 條參看），基於證據共通及主張共通原則與辯論主義和共同訴訟人獨立原則向自由心證主義退讓之精神，法院自可在不違反經驗及論理法則之前提下，斟酌共同訴訟人之訴訟資料（包括共同訴訟人之陳述），作為裁判之基礎，以期發現真實並促進訴訟（最高法院 103 年度台上字第 714 號民事判決參照）。
- 5.末按，實務見解認為，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第 217 條第 1 項定有明文。此項規定之目的，在謀求加害人與被害人間之公平，故在裁判上法院得以職權減輕或免除之（最高法院 85 年台上字第 1756 號民事判例參照）。
- 6.於本件，甲係搭乘乙駕駛之機車而發生事故，致甲受傷，則乙可認為係被害人甲之「使用人」，若經法院審理結果認定乙酒醉駕車（即與有過失），且為本件車禍之肇事原因之一，依前開民法第 217 條第 3 項準用同條第 1 項規定，法院得減輕加害人乙之賠償金額，合先敘明。
- 7.承上，「丙、戊間」、「丁、己間」及「丙、丁間」分別依前開民法第 187 條第 1 項、第 188 條第 1 項、第 185 條第 1 項規定屬「連帶債務人」之關係；「戊、己間」、「丁、戊間」及「丙、己間」則為「不真正連帶債務人」之關係，業如前述。則揆諸前開「普通共同訴訟說」及實務見解，共同被告「丙、丁、戊、己」均屬「普通共同訴訟」之關係，應適用民事訴訟法第 55 條關於共同訴訟人獨立之原則，一人之行為或他造對於共同訴訟人中一人之行為及關於其所生之事項，除別有規定外，其利害不及於他共同訴訟人。惟基於前開「主張共通原則」，縱僅被告丙提出該「與有過失」之抗辯，因其他共同被告（丁、戊、己）未積極為與該與有過失主張相牴觸之行為，且該主張亦有利於其他共同被告，其效果及於其他共同被告。何況，揆諸前開實務見解，民法第 217 條規定之目的，在謀求加害人與被害人間之公平，本無待加害人乙之主張，在裁判上法院即得以職權減輕或免除之。基此，法院應得減免丙、丁、戊、己之損害賠償金額。
- 8.結論：經法院審理結果認定乙酒醉駕車、丙闖越紅燈、丁超速行駛均為本件車禍之肇事原因，則法院得減免丙、丁、戊、己之損害賠償金額。
- (三)如第一審法院為甲全部勝訴之判決，丁於上訴期間內提起上訴，主張其於車禍發生時並無超速行駛；丙則於上訴期間屆滿後提起上訴，主張甲請求賠償之金額過高，嗣丁於第二審言詞辯論終結前撤回上訴。丙、丁之上訴效力是否及於全體被告？第二審法院應如何裁判？
- 1.丙、丁之上訴效力是否及於全體被告？
- (1)按債權人以數連帶債務人為共同被告，起訴請求履行債務時，就該數連帶債務人（共同被告）之關係，如採前開「普通共同訴訟說」之見解，即使上訴理由為「非基於個人關係之抗辯」，為尊重共同訴訟人之處分權，上訴效力自始不及於其他未上訴之共同訴訟人。申言之，因民法與民事訴訟法並無就此上訴效力及於全體設有特別之規定，故於此宜採取民事訴訟法第 55 條「共同訴訟人獨立原則」。
 - (2)於本件，揆諸前開「普通共同訴訟說」及實務見解，共同被告「丙、丁、戊、己」均屬「普通共同訴訟」之關係，應適用民事訴訟法第 55 條關於共同訴訟人獨立之原則，業如前述。則再揆諸上開說明，丁之合法上訴效力不及於全體被告；至於丙之上訴，其係於上訴期間屆滿後始提起上訴，本不生合法上訴之效力。
 - (3)結論：揆諸前開「普通共同訴訟說」及實務見解，丁之合法上訴效力不及於全體被告；至於丙之上訴，其係於上訴期間屆滿後始提起上訴，本不生合法上訴之效力。
- 2.嗣丁於第二審言詞辯論終結前撤回上訴，第二審法院應如何裁判？
- (1)按民事訴訟法第 459 條規定：「上訴人於終局判決前，得將上訴撤回。但被上訴人已為附帶上訴者，應得其同意。（第 1 項）訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，其中一人或數人於提起上訴後撤回上訴時，法院應即通知視為已提起上訴之共同訴訟人，命其於十日內表示是否撤回，逾期未為表示者，視為亦撤回上訴。（第 2 項）撤回上訴者，喪失其上訴權。（第 3 項）第二百六十二條第二項至第四項之規定，於撤回上訴準用之。（第 4 項）」又當事人撤回上訴者，將喪失其上訴權（民事訴訟法第 459 條第 3 項規定參照），不得再為上訴，判決因此確定。
 - (2)於本件，揆諸前開「普通共同訴訟說」及實務見解，共同被告「丙、丁、戊、己」均屬「普通共同訴訟」之關係，應適用民事訴訟法第 55 條關於共同訴訟人獨立之原則，丁之合法上訴效力不及於全

體被告；至於丙之上訴，則不生合法上訴效力，業如前述。基此，訴訟標的對於共同訴訟之各人（丙、丁、戊、己）無須合一確定，於丁合法上訴後，「丙、戊、己」亦非所謂「視為已提起上訴之共同訴訟人」，自無上開民事訴訟法第 459 條第 2 項規定之適用，法院無須依該項規定通知其等表示是否撤回。

- (3) 承上，丁之合法上訴效力既不及於全體被告，「丙、戊、己」本身又未合法上訴，其等部分之判決於上訴期間屆滿時即先行確定，嗣丁於第二審言詞辯論終結前撤回上訴，將喪失其上訴權（前開民事訴訟法第 459 條第 3 項規定參照），不得再為上訴，其部分之判決亦因此確定。本案訴訟終結，第二審法院不得再為裁判。
- (4) 結論：嗣丁於第二審言詞辯論終結前撤回上訴，本案訴訟終結，第二審法院不得再為裁判。

《公司法、保險法與證券交易法》

一、A 有限公司（下稱 A 公司）於民國 110 年 1 月間設立，股東甲、乙、丙、丁四人之出資額各占 A 公司資本總額比例為 60%、20%、10%、10%。甲、乙、丙擔任 A 公司董事，甲為董事長。丁則擔任經理人。A 公司章程訂定按出資多寡比例分配表決權。

在公司業務處理上，甲行事獨斷，丙、丁因此三番兩次向甲要求提供公司財務、業務相關文件，希望瞭解公司運作情形。對於丙、丁的請求，甲從未給予善意回應且感到相當厭煩，遂向乙表達希望聯手反制之意。

甲、乙因此簽訂協議，主要內容如下：第一、兩人將共同支持 A 公司變更組織為股份有限公司之議案。第二、A 公司變更組織為股份有限公司後，章程將設董事三人，由甲、乙及乙之配偶擔任，並共同支持甲擔任董事長；另設監察人一人，由甲之配偶擔任。第三、違反協議者，應向對方給付違約金新臺幣一千萬元。

某日，甲、乙、丙、丁四人聚會商討公司事務時，甲提出將 A 公司變更組織為股份有限公司之議案，並表達強烈支持，丙、丁對此則堅決反對，乙見雙方對立而默不作聲。甲隨即宣布本案通過，並拿出預先準備的變更組織後之章程，其中內容包括：公司名稱將改為「A 股份有限公司」；公司設董事三人、監察人一人。甲請大家表示意見，丙、丁表示全部反對，乙竟也加入反對陣營，令甲大感意外。

請問：

(一)在 A 公司尚未進行變更組織時，丙、丁向甲要求提供公司財務、業務相關文件，是否適法？可能的法律依據為何？甲有無提供之義務？（20 分）

(二)A 公司之變更組織及變更章程是否適法？甲可以作如何之主張？甲、乙之協議是否有效，甲嗣後若向乙起訴請求給付違約金，有無理由？（30 分）

命題意旨	第一小題：測試考生是否瞭解有限公司之股東資訊取得權與董事之資訊取得權及其限制。 第二小題：測試考生是否瞭解有限公司變更組織之表決權數、擬制同意修正章程及表決權拘束契約效力分析。
答題關鍵	第一小題：本題應區分股東身分（丁）與董事身分（丙）討論。丁部分應特別說明其經理人身分不影響其行使第 109 條之權利，其引用學說見解說明得拒絕之理由。丙部分應說明董事之資訊取得權乃其執行職務所必然附隨之內涵，屬當然之法理，不以法有明文規定為必要。 第二小題：應注意 A 公司章程約定依出資比例計算表決權，並分別說明變更組織與修改章程之表決權數不同可能造成之問題，再引用第 106 條第 4 項分析處理。引用學說說明表決權拘束契約不以法有明文規定者為限，並逐一分析其約定內容。
考點命中	第一小題：《高點公司法補充講義》第一回，程政大編撰，頁 5。 《高點【二試判解文章班】公司法講義》，程政大編撰，頁 16、31。 第二小題：《高點公司法補充講義》第二回，程政大編撰，頁 42、43。

【擬答】

(一)分析本題如下：

1.丁之請求依據：

(1)按有限公司不執行業務之股東，得隨時向執行業務之董事質詢公司營業情形，查閱財產文件、帳簿、表冊，此有公司法（以下同）第 109 條第 1 項準用第 48 條為據。核其性質，應屬單獨股東權、股東固有權及自益權，先予敘明。

(2)雖丁為 A 公司經理人，而似與「不執行業務之股東」之文義不符，惟依通說與實務見解，該股東係指非董事之股東；且不執行業務股東所得行使之監察權，係本於其股東身分而取得之固有權限，不因其兼任公司之經理人而受限制（參最高法院 107 年度台上字第 1608 號判決意旨）。是故，丁應得據此向董事甲請求提供。

(3)雖第 109 條並未規定甲得拒絕提供，惟有學說主張，相較於應高度資訊公開之公開發行公司而言，非公開發行公司是否有此全面向股東公開公司財務業務相關資訊之義務，應非無疑。另參第 210 條第 4 項亦僅於代表公司之董事於無正當理由拒絕提供始課以罰鍰之精神，似應認甲如有正當理由，應得拒絕提供。

2.丙之請求依據：

- (1)丙為 A 公司董事，承上所述，非屬第 109 條之權利主體。雖甲對公司業務行事獨斷，然丙依第 23 條第 1 項對公司負有義務，仍難解為不執行業務之股東。
- (2)雖法無明文規定董事有公司資訊取得權，然依實務見解（參最高法院 110 年台上字第 539 號判決），若董事缺乏應有資訊，將無法作成適當之判斷及決策，故董事如因執行業務之合理目的需要，為善盡第 23 條第 1 項之義務，自應使其取得於執行職務合理目的必要範圍內之相關資訊，此乃董事執行職務所必然附隨之內涵，而屬當然之法理。
- (3)承上，董事之資訊請求權既以受託義務為基礎，則其所得請求之資訊應以其執行職務所必要者為限，故甲若能證明該資訊與丙執行職務無涉或無必要，或丙請求查閱該資訊係基於非正當目的，應得拒絕提供。

(二)依續分析本題如下：

1.A 公司變更組織及修改章程均合法：

- (1)有限公司欲變更組織為股份有限公司，應經股東表決權過半數同意（參第 106 條第 3 項）。而關於表決權之計算，則得以章程訂定按出資多寡比例分配表決權（第 102 條第 1 項但書）。且有限公司無股東會組織，故僅須取得法定股東表決權之同意，無須拘泥於會議形式，先予敘明。
- (2)A 公司章程已訂定按出資多寡比例分配表決權，且甲之出資比例占 A 公司資本總額 60%，故縱僅甲同意變更組織，亦合法發生變更之效力。
- (3)再者，公司名稱及董、監事人數係屬股份有限公司章程之絕對必要記載事項（參第 129 條第 1 款及第 5 款），而公司名稱應標明公司種類（參第 2 條第 2 項），且原則上應設董事三人及監察人一人（參第 192 條第 1 項及第 216 條第 1 項），故 A 公司欲變更組織為股份有限公司，其章程所載公司名稱及董、監事人數應配合修改及增訂。
- (4)為避免在符合變更組織之表決權數後，未能取得變更章程所需表決權數之窘境，故第 106 條第 4 項另設擬制同意修改章程之規定。本題中，A 公司章程關於公司名稱僅修正公司種類；關於董、監事人數亦僅係股份有限公司之原則規範，故甲得依前開規定，主張此等修正均係因變更組織之配套修正，屬第 106 條第 4 項之範圍，即乙丙丁對於此等章程修正部分均已視為同意。

2.分析甲乙間之協議如下：

- (1)甲乙間之協議應屬表決權拘束契約，雖公司法僅於非公開發行之股份有限公司明文規定股東間得訂立此等契約（參第 175 條之 1 及第 356 條之 9），然學說及實務見解均有主張，縱於法無明文之情形，若締約目的與公司法等法律規定之立法旨無悖，非為操縱公司之不當手段，且不違背公司治理原則及公序良俗者，仍應承認其效力，以符合契約自由原則。
- (2)查甲乙約定共同支持變更組織及修改章程關於董監事席次部分，承前所述，均屬公司法所容許之行為，應屬有效。至於董監人選之約定，雖公司法未禁止配偶同時擔任董事或董事及監察人，然該表決權拘束契約並未約定期限或董監事屆別，考量非閉鎖性之股份有限公司仍強制採用累積投票制（參第 198 條）以保障小股東權益，如仍認其有效，將使累積投票制之功能完全落空，故似應認此部分違反公序良俗而無效。
- (3)若甲訴請乙給付違約金，就變更公司組織及修改章程部分，因依法單憑甲之表決權數即可成就，無須乙配合，即乙縱未配合亦無礙訂約目的，故此部分似應認為甲之違約金請求無理由；就董監席次分配部分，應認為此部分約定無效已如前述，故甲之請求亦無理由。

二、甲以其妻乙為被保險人，於民國 104 年 6 月間向 A 人壽保險股份有限公司（下稱 A 公司）投保終身人壽保險並附加一年期保證續保至 70 歲之醫療保險（下稱醫療保險附約）。於人壽保險契約中指定死亡給付之受益人為甲與乙所生之子女丙、丁兩人。醫療保險附約內載有「本附約之保險給付如被保險人仍生存時以被保險人為唯一受益人，本公司不受理指定或變更。」以及「契約存續期間，如主契約（人壽保險）終止，則附約效力隨同終止」之約定。數年後，

甲所有之公司廠房發生大火同時導致乙有嚴重燒燙傷而需住院長期治療。甲亦因此經濟陷入拮据而積欠 B 銀行貸款共新臺幣（下同）兩百萬元而未能繼續按時清償。甲與 A 公司所訂立之人壽保險契約，此時如終止契約所得請求之解約金為三百萬元。試問 B 銀行得否向法院就人壽保險契約聲請強制執行？（25 分）

命題意旨	測試考生對最高法院民事大法庭 108 年度台抗大字第 897 號裁定（保單價值準備金得否為強制執行之標的及執行方法）之瞭解。
答題關鍵	應逐一寫出保單價值準備金之性質、不具一身專屬性、強制執行之方法包括得代要保人終止保險契約，最後並就個案分析。
考點命中	1.《高點【二試判解文章班】保險法講義》，程政大編撰，頁 19-23。 2.《高點【二試狂作題班】模考題》，程政大編撰。

【擬答】

分析本題如下：

(一)依最高法院民事大法庭 108 年度台抗大字第 897 號裁定見解，執行法院於必要時，得核發執行命令終止該人壽保險契約，命 A 保險公司償付解約金。其理由主要如下：

1.保單價值準備金之性質：

於人壽保險，要保人因平準保費制繳交之保費累積形成之保單現金價值（下稱保單價值），保險法（以下未特別註明者均同）謂為保單價值準備金（下稱保價金）。要保人對於保單價值，不因壽險契約之解除、終止、變更而喪失，亦稱不喪失價值，得依法請求返還或予以運用（如第 119 條第 1 項），享有將保單價值轉化為金錢給付之權利。足見保單價值，實質上歸屬要保人，要保人基於壽險契約請求返還或運用保單價值之權利，應為其所有之財產權。

2.保價金不具一身專屬性：

人壽保險雖以被保險人之生命為保險標的，惟壽險契約非發生身分關係之契約，依契約自由原則，要保人之契約上地位，得依法變更，亦得繼承，而與一身專屬權之特性有間。再參諸第 28 條但書及消費者債務清理條例第 24 條第 1 項本文均有得終止壽險契約之規定，足見其非一身專屬之權利。要保人依第 119 條第 1 項規定之終止權，係依壽險契約所生之權利，即非屬身分權或人格權，其行使之目的在取回解約金，亦涉要保人全體債權人之共同擔保利益。

3.強制執行法關於以債務人對於第三人之金錢債權為執行標的，於第 115 條定有扣押、換價、分配等執行方法。執行法院於換價清償債權之目的範圍內，得為將該扣押權利金錢化所必要、適切之處分行為。要保人基於壽險契約請求返還或運用保單價值之權利，為其所有之財產權，即得為強制執行之標的。而終止壽險契約，乃使抽象之保單價值具體化為解約金償付請求權所不可欠缺，係達成換價目的所必要之行為，執行法院自得為之。至於壽險契約訂有效力依附條款，致其附約亦因壽險契約之終止而同失其效力，係依要保人與保險人間事先約定之契約條款致生之結果，非可執之即謂執行法院不得行使終止權。

4.惟強制執行應依公平合理之原則，兼顧債權人、債務人及其他利害關係人權益，以適當之方法為之（參強制執行法第 1 條第 2 項）。壽險契約常見兼有保障要保人等及其家屬生活之功能，故執行法院於裁量是否行使終止權執行解約金債權時，仍應兼顧債權人、債務人及其他利害關係人之權益，為公平合理之衡量。

(二)綜上所述，縱該壽險契約附加之醫療險訂有效力依附條款，仍不影響 B 銀行聲請強制執行之可能性。然執行法院亦應考量利害關係人即受益人乙之長期醫療需求，是否因而導致乙喪失醫療可能性。如以三百萬之解約金償付二百萬債務後，餘額有不足支應醫療需求之虞者，仍不應予以執行。

三、以下本題提及之 A、B、C、D、E 等 5 家公司均為上市公司。

A 公司為 B 公司之最大股東，B 公司之全數 7 席董事（含 4 席普通董事、3 席獨立董事）過去一向由 A 公司支持當選。C 公司因覬覦 B 公司所持有之價值甚鉅之 D 生技公司股權，故擬爭取 B 公司之董事席次，遂在民國（下同）112 年 5 月間逐步買進 B 公司之股份達 6%。C 公司再找上 E 公司（持有 B 公司 8% 之股份）共同謀劃董事選舉配票事宜。在 112 年 8 月合法召開進行董事改選之 B 公司股東臨時會中，C 公司、E 公司聯手支持當選 1 席普通董事、1 席獨立董事（即甲）。另 3 席普通董事、2 席獨立董事（即乙、丙）則由 A 公司支持之候選人當選。所有

當選人即時就任。

董事改選後數日，乙發出審計委員會之開會通知，會議議案為出售 D 公司股權事宜。此事見諸報端後，引發軒然大波。在開會前，甲、丙先後向 B 公司辭去獨立董事一職。開會當日僅有乙一人到場，表達贊成出售股權之意。嗣後，B 公司召開董事會討論出售 D 公司股權一案，共有 3 席普通董事、1 席獨立董事出席，出席之 4 人全數贊成出售股權。主席宣布議案通過。請回答下列問題：

(一) C 公司完成 112 年 5 月間之股份買進行為後，是否應依法進行持股申報？C 公司與 E 公司確定合作配票爭取董事席次後，C 公司、E 公司是否應依法進行持股申報？（15 分）

(二) B 公司審計委員會及董事會通過出售 D 公司股權議案，是否適法？（10 分）

命題意旨	第一小題：測試考生是否瞭解證交法第 43 條之 1 第 1 項之修法與適用。 第二小題：測試考生是否瞭解證交法第 14 條之 5 之修法與適用。
答題關鍵	第一小題：應說明 112 年 5 月 10 日修正公布之證交法第 43 條之 1 第 1 項於公布後一年始實施；及第 43 條之 1 所謂「與他人共同取得」之解釋，應引用釋字第 586 號。 第二小題：應說明 112 年 6 月增訂第 14 條之 5 第 3 項之立法理由，並區隔審計委員會與董事會分別討論是否通過該議案。
考點命中	第一小題：《高點證交法補充講義》第二回，程政大編撰，頁 31、21。 第二小題：《高點【二試判解文章班】證交法講義》，程政大編撰，頁 10。

【擬答】

(一) 說明本題如下：

1. C 公司完成 112 年 5 月間之股份買進行為後，依法尚無須申報：

(1) 雖證券交易法（以下同）第 43 條之 1 第 1 項基於健全大量取得股權揭露制度、提升資訊透明度，並符合外國立法趨勢等理由，於 112 年 5 月 10 日修正公布將原取得股權申報門檻由取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份調降為百分之五，惟考量配套法令修正及實務運作調整時間所需，另規定於公布後一年始實施（參第 183 條第 2 項），先予敘明。

(2) 是故，C 公司仍適用修正前「超過百分之十」之標準，尚無須依前開規定申報。

2. 分析 C、E 公司確定合作配票爭取董事席次後，是否須申報如下：

(1) 第 43 條之 1 第 1 項所謂「與他人共同取得」，依大法官會議釋字第 586 號解釋意旨，係指共同取得人間具備意思聯絡以達一共同目的。其具體落實於「證券交易法第四十三條之一第一項取得股份申報辦法」第 4 條規定，指以契約、協議或其他方式之合意，取得公開發行公司已發行股份。

(2) 是故，若 C 公司於取得股份前，已與 E 公司就共同爭取 B 公司董事席次達成合意，不論是否確定董事席次配票細節，於取得 B 公司之 6% 股份後，加計 E 公司所持有之 8% 股份，已達修法前之申報標準，C、E 公司均應依法於取得後十日內申報並公告。

(3) 惟若 C 公司係於取得股份後，始起意與 E 公司合作爭取董事席次，則因 C 公司取得股份時尚未與 E 公司達成合意，似不應僅事後欲採取一致行動即認有申報義務。

(二) B 公司董事會通過出售 D 公司股權案，應屬合法：

1. 如題所示，D 公司股權價值甚鉅，應屬 B 公司之重大資產，其處分應經審計委員會全體成員二分之一以上同意後，提董事會決議（參第 14 條之 5 第 1 項第 5 款）。惟 B 公司之獨立董事甲及丙均於審計委員會前辭職，僅於乙一人，屬審計委員會有正當理由無法召開之情形（參 112 年 6 月增訂第 14 條之 5 第 3 項之立法理由），故該股權處分案應以全體董事三分之二以上同意行之，審計委員會無從通過該議案。

2. 上開「全體董事」，係以實際在任者計算之（參第 14 條之 5 第 5 項）。本題中，因獨立董事甲、丙已辭職，B 公司實際在任之董事僅餘五名，故四名董事同意通過，係屬合法。

《智慧財產法》

- 一、A 電子商務公司為發展線上購物業務，專案委請 B 科技大學開發「網路交易作業流程管理系統」，雙方約定「網路交易作業流程管理系統」之需求內容，以及 B 應完成系統開發時程及委託計畫之總經費，B 指派之資訊工程系甲助理教授負責程式撰寫。甲於 A、B 約定之期間內完成「X 網路交易作業流程管理系統」，且於執行計畫過程，利用該校內研究設備，另外完成與專案委託範圍外「Y 線上付款加密安全系統」。按 B 之「教職員研發成果歸屬及運用辦法」規定：「教職員於受雇或任教期間所完成之著作、發明、新型、設計或其他研究成果，凡有利用到校內實驗研究之設施或設備者，其智慧財產悉歸 B 科技大學。」試依專利法規定附理由回答下列問題：
- (一)「X 網路交易作業流程管理系統」及「Y 線上付款加密安全系統」如得受到發明專利權保護，請分析各該發明之專利申請權、發明專利權及姓名表示權歸屬？(20 分)
- (二)依專利法規定，「Y 線上付款加密安全系統」得受到發明專利權之保護，請分別就發明適格標的與發明專利要件詳加論述。(20 分)

命題意旨	專利申請權歸屬問題、軟體之可專利性探討。
答題關鍵	1.釐清題目，注意大學教師與學校間的法律關係，注意適用不同規定。 2.軟體的可專利性一直是比較難的問題，若對此問題沒有特別注意，則回歸發明之定義與一般專利要件作答即可。
考點命中	1.《智慧財產權法爭點解讀》，高點文化出版，陳琮勛(伊律師)編著，頁 3-35~3-37。 2.《高點【二試判解文章班】智慧財產權法講義》第一回，伊台大編撰，頁 96~98。

【擬答】

(一)

- 依專利法(下稱本法)第 7 條規定：「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。前項所稱職務上之發明、新型或設計，指受雇人於僱傭關係中之工作所完成之發明、新型或設計。一方出資聘請他人從事研究開發者，其專利申請權及專利權之歸屬依雙方契約約定；契約未約定者，屬於發明人、新型創作人或設計人。但出資人得實施其發明、新型或設計。依第一項、前項之規定，專利申請權及專利權歸屬於雇用人或出資人者，發明人、新型創作人或設計人享有姓名表示權。」第 8 條規定：「受雇人於非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受雇人。但其發明、新型或設計係利用雇用人資源或經驗者，雇用人得於支付合理報酬後，於該事業實施其發明、新型或設計。」第 9 條規定：「前條雇用人與受雇人間所訂契約，使受雇人不得享受其發明、新型或設計之權益者，無效。」
- 本題「X 網路交易作業流程管理系統」及「Y 線上付款加密安全系統」(以下分別簡稱 X、Y 系統)，其實際發明人為甲，而甲為 B 大學教授，受 B 大學委託執行 X 系統之程式撰寫，B 大學又受 A 公司委託開發 X 系統，甲利用 B 大學資源開發 XY 系統，且 B 大學之「教職員研發成果歸屬及運用辦法」(下簡稱運用辦法)規定：「教職員於受雇或任教期間所完成之著作、發明、新型、設計或其他研究成果，凡有利用到校內實驗研究之設施或設備者，其智慧財產悉歸 B 科技大學。」
- 甲與 B 大學之法律關係，係持續性地聘用任教或研究，並非僅僅完成特定工作，每月固定從學校領薪水，與民法中所謂的「承攬」或「委任」較偏向短期或特定目的之達成，顯然不同，因此甲與 B 大學之法律關係，應屬僱傭。
- X 系統部分：
 - X 系統係 B 大學受 A 公司委託後，再委託甲開發，就 X 系統之開發應屬甲職務上完成之發明，適用本法第 7 條規定，其專利申請權與專利權應歸屬於雇用人 B 大學，而甲享有姓名表示權。
 - 就 A 公司與 B 之間，並非僱傭關係，應屬於本法第 7 條第 3 項之出資聘請他人從事研究開發之關係，專利權與專利申請權之歸屬，雙方並未約定，故應屬於 B 大學，A 公司僅得實施 X 系統之技術。
 - 綜上所述，X 系統專利申請權與專利權應歸屬於雇用人 B 大學，而甲享有姓名表示權。
- Y 系統部分：
 - Y 系統係甲受 B 大學委託外，另行自己開發之技術，又甲並非受 B 大學聘僱進行系統開發工作，故

Y 系統並非職務上完成之發明，故應適用本法第 8 條第 9 條規定。

- (2)B 大學運用辦法規定，利用 B 大學資源所得研究成果，智慧財產權歸屬 B 大學，並未區分職務上或非職務上完成之發明。甲利用 B 大學資源開發 Y 系統，是否有運用辦法之適用？本文認為，依照本法第 9 條規定，運用辦法完全剝奪受僱人享受其非職務上完成之發明權益者，應屬無效，故甲仍得依照本法第 8 條規定，取得專利申請權、專利權及姓名表示權，B 大學僅得支付合理報酬後實施該發明。

(二)Y 系統之發明適格標的與專利要件說明如下：

1.Y 系統之發明適格標的

- (1)專利法第 21 條規定：「發明，指利用自然法則之技術思想之創作。」如非屬發明之定義，則不得申請專利，其中，「非利用自然法則者」，亦被排除於發明之範圍，申請專利之發明係利用自然法則以外之規律者，例如科學原理或數學所謂之方法，或其他利用到人類的記憶力等心智活動始能執行之方法或計畫，雖為一種創作，但該發明本身不具有技術性，不符合發明之定義。
- (2)如 Y 系統為具體對機器之控制或伴隨控制之處理，或執行依據物體之技術性質的資訊處理，則屬於發明之適格標的；若無法判斷，則應視 Y 系統是否藉助電腦軟體之資訊處理是否係利用硬體資源具體實現。若構成「非利用自然法則者」或「非技術思想者」，則非發明，並非適格標的。

2.Y 系統之專利要件

依本法第 22 條規定，發明專利之要件，計有產業上可利用性、新穎性、進步性等三要件。分別說明如下：

- (1)產業上可利用性係指技術活動中合於實用且產業上已達實施之階段，實務見解以反面論述方式，認為只要產業上「沒有不合實用」之情形，均可認為具備實用性，而可為產業上利用。又產業利用之經濟效益高低，並非本要件所應考量者。
- (2)新穎性亦即，該技術於提出專利申請前非公眾所得知悉，包括三種情形：申請前已見於刊物者、申請前已公開實施者、申請前已為公眾所知悉者。但如為公眾知悉之情事係：因實驗而公開者、因於刊物發表者、因陳列於政府主辦或認可之展覽會者、非出於其本意而洩漏者，於其事實發生後 12 個月內，仍未喪失新穎性（新穎性優惠期）。
- (3)進步性係指，以每一請求項所載之發明的整體為對象，將該發明所欲解決之問題、解決問題之技術手段及對照先前技術之功效作為一整體予以考量，若該發明所屬技術領域中具有通常知識者依據先前技術，並參酌申請時之通常知識，認定該發明為能輕易完成者，則該發明不具進步性。申請人得提供輔助性證明資料，例如發明具有無法預期之功效、發明解決長期存在的問題、發明克服技術偏見或發明獲得商業上的成功等資料，以支持該發明具進步性。
- (4)可據以實現：在電腦軟體技術領域，申請專利之發明常以功能界定，為使該發明所屬技術領域中具有通常知識者能據以實現，說明書應明確且充分描述實現該功能的相關技術內容（例如演算法），並得於圖式中輔以流程圖或功能方塊圖加以說明。應描述該功能方塊圖中，軟體各模組與硬體各構件之相互關連或硬體各構件之間的連結關係，對於特別設計之硬體，則須更明確界定構件之邏輯電路結構。

二、甲為某報社攝影記者，某次立法委員選舉前，偶然看到某候選人的助選人員對照手中的選舉人名單，將一疊鈔票分別交給多位民眾。甲認為此必然與賄選有關，但當時手邊無專業攝影器材，遂躲在 10 公尺外的暗處，利用手機的照相功能，拍攝多張助選人員交付鈔票的照片，雖然受限於拍攝角度及光線不佳，準備時間不足，但甲拍攝的照片，畫面清楚，完全呈現出助選人員對照選舉人名單，並交付鈔票的情景。

著作權法第 3 條第 1 項第 1 款規定：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」試問：

(一)著作權之保護要件為何？（20 分）

(二)甲的照片是否為受著作權法保護之著作，理由為何？（10 分）

命題意旨	本題考出著作權要件及攝影著作原創性之來源，以及對於文學、藝術、科學等學術範圍之論述。
答題關鍵	1.寫出著作權保護要件之條文依據及法理。 2.寫出攝影著作原創性之內涵。

考點命中 《智慧財產權法爭點解讀》，高點文化出版，陳琮勛(伊律師)編著，頁 1-5~1-8

【擬答】

(一)著作權保護要件說明如下：

1.原創性：

原創性的內涵，見解迭有歧異，大致而言可分為原始性與創作性。

(1)原始性：獨立創作未抄襲

意即要求著作人在過程中獨立完成創作，並未抄襲他人，即具備之。原創性應由原告舉證，如實務見解認為：「證明係獨立創作，非抄襲，藉以審認著作人為創作時，未接觸參考他人先前之著作。原告等主張其係系爭著作之著作人，被告則否認之，原告自應就其係獨立創作，並非抄襲他人、創作過程、著作完成時間等事實，負舉證之責任。」

(2)創作性：早期實務見解有稱「凡具有原創性之人類創作，且達足以表現作者之『個性』或『獨特性』之程度者，即享有著作權。」所謂個性指來自於個人想像力，係出於個人人格表達之創作。獨特性則指能與他人著作區別而具有主觀上之特殊性而言。簡而言之，創作性就是要求該著作需具備一定程度的創意高度。然而，近期見解認為，應將創作性之標準放寬，或因應著作種類不同而有不同認定標準，僅要求最小程度的創意投入，即可受著作權保護，否則容易因為個人對藝術的認知不同而流於主觀恣意，且創作性並不要求新穎性，此即所謂「美學不歧視原則」。

2.客觀、外在的表達形式：

依著作權法（下簡稱「本法」）第 10-1 條規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」即在保障著作權過程中，須注意著作權保護範圍僅及於外在表達形式，而不及於該表達所呈現的思想與意念，否則會形成創意的壟斷，而有礙於文化傳播與發展。著作權法第 10-1 條規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」即在保障著作權過程中，須注意著作權保護範圍僅及於外在表達形式，而不及於該表達所呈現的思想與意念，否則會形成創意的壟斷，而有礙於文化傳播與發展。

3.需屬文學、科學、藝術或其他學術範圍內的創作

依本法第 3 條第 1 款規定：「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」但文學科學藝術僅僅只是例示「文化」之謂，認定上並不侷限於學門，但可能因此要件而排除一些世俗上不具文化價值的創作。

4.須為人類精神上之創作：

如果是由機器自動產生的創作成果，其中並無人類意念的介入，則不受著作權保護，例如 AI 創作因非人類精神上創作，多認為不受保護；但如為人類以機器為媒介或工作之創作，仍受保護。動物所為之創作，亦非本法保護客體，但如人類意念介入動物行為，以動物為工具所間接完成的創作，仍受保護。

5.著作須完成：

本法第 10 條規定，似指須於著作人「著作完成時」方享有著作權，惟解釋上無須如此嚴格，只要完成的程度足以表達出作者個人的思想、意念、個性而使人得以感知即可，如草稿、草圖、半成品等均可，只要不是單純的構思或尚處於初始著手階段，只要達到一定的表現形式，表現出一定的創作內容，均可能符合本法「著作完成」之要求

6.非不受保護之創作：

本法第 9 條規定：「下列各款不得為著作權之標的：一、憲法、法律、命令或公文。二、中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物。三、標語及通用之符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆。四、單純為傳達事實之新聞報導所作成之語文著作。五、依法令舉行之各類考試試題及其備用試題。前項第一款所稱公文，包括公務員於職務上草擬之文告、講稿、新聞稿及其他文書。」如為本條所定標的，則不得享有著作權。

(二)甲的照片為著作權法上之攝影著作，應受著作權法保護，說明如下：

1.攝影著作為本法第 5 條第 1 項第 5 款所例示的著作類型，包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作。承前所述，攝影著作如受著作權法保護，必須具備原創性，攝影者在拍攝時如針對選景、光線決取、焦距調整、速度之掌控或快門使用等技巧上，具有其個人獨立創意，且達到一定之創作高度，其拍攝之照片即屬攝影著作而受著作權法之保護。

2.本題，甲利用手機的照相功能，拍攝多張照片，雖然受限於拍攝角度及光線不佳，準備時間不足，但

甲拍攝的照片，畫面清楚，完全呈現出助選人員對照選舉人名單，並交付鈔票的情景，堪認於事件發生的當下，依其個人觀察之角度，選擇取景位置，運用其攝影技巧，將事件具象為攝影畫面之創作，非僅單純實體人、物之機械性再現，如何於瞬間決定觀景、景深、光量、攝影角度、快門、焦距，並決定以何角度取景以利用攝影畫面呈現新聞事件內容，實有攝影者一定思想情感之投入，堪認系爭照片符合著作權法原創性之要求。

3. 惟有疑義者，甲的照片是否為文學、科學、藝術或其他學術範圍內的創作，著作需具備文藝性方受保護，故過去有實務見解認為，著作如為單純傳達資訊而不具美感，非文學、科學、藝術之學術範圍，不受保護。然亦有見解認為，文學、科學、藝術僅為「學術範圍」之例示，本要件僅為排除具備功能性、實用性或明顯不具文化價值的創作，縱使著作之主要目的為傳遞資訊，然而其表達形式有創作者之創意投入，仍應受保護。本文認為，甲的照片係於難以拍攝的環境下能夠妥善呈現現場情景，應認為具備攝影上之學術價值，仍屬學術範圍內之著作，應受著作權法保護。

三、A 公司於法國長年使用「Bonjour」菱紋圖案（下稱 Y 圖樣）及大寫金色英文字母「BB」圖樣作為其所販售皮包、皮箱、旅行箱、公事包、皮夾、筆套、鋼筆等多項高單價商品之代表圖樣，並廣為全球（包含我國）消費者所普遍認知，消費者只要見到 Y 圖樣及「BB」圖樣即會聯想為 A 公司之商品。A 公司以 Y 圖樣及「BB」圖樣，於法國取得兩註冊商標權，並於我國以「BB」圖樣指定使用於「皮包、皮件、皮帶」之商品，向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請商標註冊，並於民國（下同）110 年 7 月 1 日獲准在案。

甲為自由創作者，每天晚上在夜市擺設攤位販售各類文創包袋商品，時常關注國內外服裝、配飾、珠寶、鐘錶、皮件等精品時尚發展，對國際知名品牌如數家珍，更於 112 年 5 月 1 日另行創作鬼臉小孩圖案（即小孩以嘔吐狀面向 A 公司的「BB」商標，小孩圖案與「BB」圖案各占一半比例），直接印在其所產製販賣的白色環保購物袋上，因白色袋身除鬼臉小孩圖案外，別無其他文字或圖樣，非常顯眼吸睛，且其中大寫金色英文字母「BB」圖樣令人印象深刻。甲自 112 年 5 月 28 日起開始販售上開環保購物袋，在攤位設有立牌，其上有鬼臉小孩圖案，並標示「鬼臉小孩袋，每個新臺幣（下同）150 元」字樣，截至 112 年 8 月 31 日止僅售出 3 件。此外，甲於 112 年 6 月 8 日，以 Y 圖樣指定使用於「鉛筆、原子筆」之商品，向智慧局申請商標註冊。

A 公司發現上情，即通知甲不得侵害其「BB」商標權，且不得申請 Y 圖樣之商標註冊；甲則辯稱其鬼臉小孩圖案係為戲謔目的，且 A 公司的商品動輒上萬元，甲的鬼臉小孩袋只要 150 元，兩者價格顯不相當，消費者應無混淆誤認之虞，並不構成商標權之侵害，而就 Y 圖樣，A 公司並未於我國有何註冊商標。試問：

（一）甲有關「BB」商標權侵害之抗辯，是否有理由？（20 分）

（二）甲以 Y 圖樣申請商標註冊，是否准予註冊？（10 分）

命題意旨	戲謔仿作抗辯及其作為抗辯事由的體系、商標法第 30 條第 1 項第 11 款之操作。
答題關鍵	1. 考出戲謔仿作抗辯之法理，過往戲謔仿作在著作權作為抗辯事由的案例較多，惟國內亦有幾個實務見解並有學者為文說明。縱使不知戲謔仿作抗辯之事由及體系，就以混淆誤認之虞及相關消費者是否能區辨兩商標之方向來說明，亦相去不遠。 2. 第二小題就是傳統商標法第 30 條第 1 項第 11 款之考點，題目看清楚應不難取分。
考點命中	1. 《高點法觀人月刊》第 259 期，伊律師編撰，商標戲謔仿作一兼評智慧財產法院 108 年度民商上字第 5 號判決。 2. 《高點【二試判解文章班】智慧財產權法講義》第一回，伊台大編撰，頁 60~61。

【擬答】

（一）甲之戲謔仿作抗辯應有理由

1. 依商標法（下稱本法）第 68 條第 1 項第 2 款規定：「未得商標權人同意，有下列情形之一，為侵害商標權：二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。」構成商標侵權，需侵權人有使用商標行為，且有致相關消費者混淆誤認之虞。本題，A 公司之 BB 商標廣

為全球消費者普遍認知，具有高度識別性，足以表彰各該商品一定品質或商譽之保證；甲販賣印有鬼臉小孩嘔吐「BB」商標圖案的白色購物袋，具商標使用行為，且甲使用之商標近似於A公司之BB商標，使用於購物袋商品亦類似於BB商標註冊使用之皮袋、皮件商品，實有致相關消費者混淆誤認之虞。

2. 惟甲辯稱其鬼臉小孩圖案係為戲謔目的，為商標戲謔仿作之抗辯。學理上所謂「戲謔仿作」(parody)，原係基於言論自由、表達自由及藝術自由之尊重，在滿足著作權合理使用之情形下，對於可得聯想原著作且明顯辨識差異、具備幽默或戲謔特質之仿作，合理限制原著作之著作權。然商標權之主要目的在於辨識功能，避免相關消費者對於商品或服務之來源產生混淆誤認之虞，並成為相關消費者選購商品或服務之重要依據。倘若行為人使用之目的，僅在表達戲謔或詼諧之意涵或論點，並非將他人之商標作為表彰自己之商品或服務來源之標識（即並非在商業交易過程中使用，例如基於特定公益目的而利用他人商標之指示功能，以合乎比例之方式表達批評或抗議等特定訴求），或雖係在商業交易過程中，利用他人商標表達戲謔或詼諧之意涵，用以表彰自己之商品或服務來源之標識，然以符合商業交易習慣之誠實信用方法，清楚傳達與原商標權人之商品或服務沒有任何關係之訊息，達到相關消費者一望即知之程度，而無致相關消費者混淆誤認之虞，始有主張商標權合理使用之餘地。美國實務上均將之作為指示性使用之抗辯事由。
3. 本題，甲使用之鬼臉小孩BB商標係以小孩以嘔吐狀面向A公司的「BB」商標作為設計，確有戲謔嘲諷之意味，就A公司的「BB」商標作為高單價商品之代表圖樣，相關消費者實難想像會以小孩嘔吐圖案來嘲諷自己的品牌形象，實已經達到「傳達與原商標權人之商品或服務沒有任何關係之訊息」此一標準，且使用行為本身使原作與仿作間產生有趣的對比差異，表達出戲謔或詼諧的意涵或論點，可使消費者立可察覺為戲謔仿作，則甲使用A公司之BB商標，僅在指示BB商標本身，構成合理使用。
4. 綜上所述，甲之戲謔仿作抗辯應有理由。

(二)甲以Y圖樣申請商標註冊應予核駁

1. 依本法第30條第1項第11款，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，不得註冊。本法對於著名商標之保護，不限於相同類似之商品服務，且縱使無致相關消費者混淆誤認之虞，只要有減損著名商標之識別性之虞，即不得註冊。且依本款規定，該著名商標雖未於我國註冊，仍有本款適用。
2. 所謂減損著名商標識別性之虞，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，但第三人之使用行為，有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之可能者，即所謂「商標模糊」。
3. 本題，A之Y圖樣商標廣為全球（包含我國）消費者所普遍認知，消費者只要見到Y圖樣即會聯想為A公司之商品，Y圖樣商標構成著名商標，雖Y圖樣商標並未於我國註冊，仍有本法第30條第1項第11款之適用。甲將Y圖樣註冊使用於「鉛筆、原子筆」之商品，將致原本強烈表彰A公司商品之Y商標，因而減弱表彰A公司商品或服務之識別性，使Y著名商標之識別性受到減損、貶值、稀釋或沖淡之危險。不得註冊，應予核駁。

《勞動社會法》

一、勞工某甲與某乙自民國（下同）111年1月1日起同時受僱於A公司，該公司為適用勞動基準法（下稱勞基法）之百貨業，甲乙兩人與A公司約定特別休假之計算期間採曆年制（每年1月1日至12月31日之期間），A公司不會主動通知提醒勞工申請特別休假，完全由勞工自行提出。請回答下列子題：

（一）112年8月間，某甲向A公司提出特別休假申請，日期為同年10月2日至10月6日，加上同年9月29日至10月1日的中秋連假以及10月7日至10月10日的國慶連假，某甲想利用這12天出國旅行。A公司從事之行業，在中秋與國慶連假前後皆屬業務超級忙碌的期間，人力非常吃緊，因此拒絕某甲該次特別休假申請，並請某甲擇日另請。然而，某甲仍堅持在10月2日至10月6日請特別休假，這5天皆未出勤工作，A公司因此依勞基法第12條第1項第6款之規定（無正當理由繼續曠工三日）解僱某甲，請問A公司解僱某甲之合法性？（15分）

（二）某乙自受僱於A公司起，因不清楚特別休假規定，從未申請過特別休假，到了112年年底，經同事提醒方知有申請特別休假之權利。試論某乙是否仍可主張其自受僱於A公司以來未曾申請過的特別休假權利？如何主張？（15分）

命題意旨	本題乃測試考生對於特別休假規定之瞭解程度，只要熟悉法律規定，應該很好回答。
答題關鍵	除了援引38條之規定外，答題重點應在於「思考架構」。例如：第一小題乃詢問解僱是否合法，必須以「終止事由是否存在」作為答題架構，而非「可否申請特別休假」。
考點命中	《高點勞動及社會法講義》第一回，薛政大編撰，頁49~50。

【擬答】

（一）A公司解僱甲並不合法：A公司是以甲於112年10月2日至10月6日未出勤工作為由，依勞基法第12條第1項第6款解僱甲，然而，甲係主張這5天已經於112年8月間請特別休假，並非無故曠工。是以判斷A公司解僱是否合法，應先判斷甲於112年10月2日至10月6日請特別休假是否合法？A公司拒絕甲該次特別休假是否有理由？分別說明如下。

1. 依勞基法第38條第2項規定：「特別休假期日，由勞工排定之。但雇主基於企業經營上之急迫需求或勞工因個人因素，得與他方協商調整。」再者，勞動部112年03月10日勞動條3字第1120147702號函亦表示：「重申特別休假應由勞工依其意願自行排定，雇主不得逕自排定勞工之特別休假期日；勞工延長工時，雇主須依法給付延時工資（加班費），不得強迫勞工換取補休，倘知悉有違法情事，請主動予以查察，如查證屬實，併請依法裁處，請查照。」是以，特別休假之期日，依前開規定應由甲自行排定，應無疑義。依題示情形，甲於112年8月間已向A公司提前請特別休假，符合申請特別休假之要件。
2. 再者，雖然A公司為百貨業，中秋與國慶連假人力需求吃緊，A公司拒絕甲該次特別休假是否有理由，需考量是否屬於前開規定所稱之「企業經營上之急迫需求」而得與甲協商調整？管見以為，雖百貨業連假期間有大量人力需求，但此人力需求乃季節性需求，而且可以預期，A公司可以透過派遣人員或臨時人員滿足人力需求，並非無從解決。再者，中秋與國慶連假，本為國定假日，甲有權放假，A公司不得強制調班，故A公司尚不得以此為由而拒絕甲排定特別休假。而且，甲於112年8月間已向A公司提前請特別休假，A公司有將近2個月的時間可以調整人力需求，顯無「急迫」情事。
3. 綜上所述，甲於112年10月2日至10月6日業已合法排定特別休假，並非無故曠工，故A公司依勞基法第12條第1項第6款解僱甲並無理由。

（二）乙可依勞基法第38條第4項請求A公司發給工資：

1. 按勞工之特別休假，因年度終結或契約終止而未休之日數，雇主應發給工資。但年度終結未休之日數，經勞雇雙方協商遞延至次一年度實施者，於次一年度終結或契約終止仍未休之日數，雇主應發給工資。勞基法第38條第4項定有明文。
2. 次按，雇主應於勞工符合第1項所定之特別休假條件時，告知勞工依前2項規定排定特別休假。雇主應將勞工每年特別休假之期日及未休之日數所發給之工資數額，記載於第23條所定之勞工工資清冊，

並每年定期將其內容以書面通知勞工，勞基法第 38 條第 3、5 項亦有明文，課予雇主應於勞工符合規定之特別休假條件時，負有主動告知勞工排定特別休假之義務

3. 依題示情形，雖乙不知特別休假規定，也未曾申請過特別休假，但此乃 A 公司違反勞基法第 38 條第 3、5 項規定所致，不因乙不知相關規定而喪失權利。
4. 是以，勞基法所規定勞工特別休假為強制規定，雇主有給予勞工特別休假之義務，勞工之未休完特休假，無論係屬於可歸責於雇主之原因，或係不可歸責於勞雇雙方之原因，雇主均應發給未休完特休假日數之工資。準此，受僱期間年度終結未休之日數，未經勞雇協商而未排定，亦未遞延之特別休假，乙自得請求 A 公司給付歷年未休之特別休假工資，始符前開條文之立法意旨為確保勞工特別休假權益不因年度終結或契約終止而喪失之最低標準勞動條件。

二、B 公司因新冠疫情、景氣欠佳必須解僱部分勞工，在計算被解僱勞工資遣費時，就資遣費計算方式與內容，與被解僱勞工人間產生爭議。B 公司企業工會為保障其會員之權益，代表被解僱勞工與 B 公司就前述資遣費計算爭議進行協商，惟雙方僵持不下，無法達成共識。請回答下列子題：

- (一) B 公司企業工會認為被解僱勞工已十分委屈，B 公司竟還在計算資遣費時有苛扣之情，因此召開會員大會，經會員直接、無記名投票，並得到全體過半數同意，宣告罷工。試問 B 公司企業工會罷工之合法性？（15 分）
- (二) B 公司企業工會在進行罷工時，同時設置糾察線，並在糾察線上阻擋不願配合罷工之勞工進入 B 公司上班，雙方發生激烈衝突，數位拒絕配合罷工的勞工在衝突中受傷，B 公司企業工會與其會員是否可能因系爭爭議行為受罰？（15 分）

命題意旨	本題雖以罷工為事實，但實際上卻是測試考生對於「權利事項」與「調整事項」基本觀念的認知，只要基本觀念正確，答題應無問題。
答題關鍵	從「權利事項不得罷工」作為切入點，分析罷工議題是「資遣費爭議」，就能得知該爭議不得罷工。
考點命中	《高點勞動及社會法講義》第三回，薛政大編撰，頁 28~30。

【擬答】

(一) B 公司企業工會罷工並不合法：

1. 按勞資爭議依勞資爭議處理法（下稱本法）第 5 條規定，分為權利事項之勞資爭議與調整事項之勞資爭議。權利事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。調整事項之勞資爭議，係指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。而依本法第 6 條第 1 項及第 53 條第 1 項規定，權利事項之勞資爭議得依本法所定之調解、仲裁或裁決程序處理之，且不得罷工。
2. 經查，B 公司企業工會所主張之勞資爭議內容乃「資遣費計算方式與內容」，此爭議得依勞動基準法或勞工退休金條例循民事訴訟程序依法請求，顯為「權利事項之勞資爭議」，得依本法所定之調解、仲裁或裁決程序處理，但不得罷工。
3. 是以，B 公司企業工會以 B 公司計算資遣費時有苛扣之情為由，宣告罷工，業已違反本法第 53 條第 1 項規定，顯不合法。

(二) 因 B 公司企業工會之罷工並不合法，B 公司企業工會與其會員可能因系爭爭議行為而受罰：

1. 雇主不得以工會及其會員依本法所為之爭議行為所生損害為由，向其請求賠償。工會及其會員所為之爭議行為，該當刑法及其他特別刑法之構成要件，而具有正當性者，不罰。但以強暴脅迫致他人生命、身體受侵害或有受侵害之虞時，不適用之。本法第 55 條第 2、3 項定有明文。修法理由謂：「三、工會所為合法爭議行為，係工會遂行保障會員正當權益之自助行為，故發動爭議行為之工會與參與爭議行動之工會會員並無契約上債務不履行責任，基於衡平原則，就工會及其會員所進行之爭議行為仍應予以適當之保護，爰參考日本勞動組合法第 8 條：『雇主不得以正當之罷工或其他爭議行為而受有損害為理由，對工會或其會員請求損害賠償』之規定，將現行工會法第 18 條第 1 項但書規定修正列為第 2 項。」
2. 經查，B 公司企業工會之罷工並不合法，已如前述。而本法第 55 條第 2、3 項適用的前提乃「合法爭議行為」，B 公司企業工會乃違法罷工，自不得設置糾察線，更不得阻擾人員進入 B 公司上班，自無本法第 55 條第 2、3 項適用之可能。依題示情形，B 公司企業工會與其會員在糾察線上阻擋不願配合罷工之

勞工進入 B 公司上班，雙方發生激烈衝突，數位拒絕配合罷工的勞工在衝突中受傷，B 公司企業工會與其會員自應負民、刑事相關責任，不能主張本法第 55 條第 2、3 項而免責。

三、甲曾為受僱勞工，已於民國（下同）110 年辦理退休，其勞工保險之投保年資為 30 年，最高 60 個月平均月投保薪資為 42,000 元，每月領取勞保老年年金 19,530 元。兩年過後，甲為重拾生活節奏，決定二度就業，於 112 年 2 月起再次受僱，其投保薪資為 31,800 元。惟工作僅 6 個月，於工作中被重物砸中，傷及脊椎，經治療後症狀固定，判定為永久失能，終生無工作能力，程度達嚴重失能。

（一）勞工職業災害保險及保護法（下稱勞工職災保險法）於 111 年 5 月 1 日施行，請問該法施行前與施行後，甲得請領之失能年金有何差異？（20 分）

（二）甲請領職業災害保險失能年金，勞工保險局依勞工職災保險法第 58 條及勞工職業災害保險年金給付併領調整辦法第 4 條等規定，扣減甲每月年金給付。甲認為該項規定侵害其社會保險給付請求權，有違憲之虞，請從社會保險之原理原則分析甲之主張是否有理由。（20 分）

參考法條

勞工職業災害保險年金給付併領調整辦法 第 4 條

本法第五十八條第一項所定本保險年金給付之減額調整，以被保險人或其受益人請領本保險與其他社會保險年金給付之合計金額，超過本保險年金給付所採計之平均月投保薪資數額部分，為應扣減金額，由保險人於本保險年金給付中予以扣減。

前項應扣減金額，於被保險人或其受益人同時請領本保險二個以上年金給付之情形，平均月投保薪資數額應以最高者為準，並按本保險年金給付金額比例，分別由保險人於各該年金給付中予以扣減。

前二項所定應扣減金額，以本保險年金給付金額之百分之五十為上限。

命題意旨	勞工職災保險法施行後，社會保險之命題重點，從勞工保險條例轉移到勞工職災保險法，而本題的第一小題，乃測試考生對兩個法規比較的瞭解程度；第二小題，須從社會保險的本質「社會保險基金係公共財產」加以切入，以瞭解社會保險對某些保險給付之限制。
答題關鍵	第一小題：可從法律條文切入，注意「年資計算」與「失能狀態」之差異。 第二小題：可以參酌釋字第 549 號之解釋意旨來說明。
考點命中	1.《高點勞動社會法補充資料 B2》，薛政大編撰，頁 17。 2.《高點勞動社會法講義》第三回，薛政大編撰，頁 58-59。

【擬答】

（一）勞工職災保險法施行前與施行後，甲得請領之失能年金差異，說明如下：

1. 勞工職災保險法施行前：依勞工保險條例第 53 條及第 54 條請領職業災害失能年金。亦即，被保險人遭遇職業傷害或罹患職業病，經治療後，症狀固定，再行治療仍不能期待其治療效果，經保險人自設或特約醫院診斷為永久失能，並符合失能給付標準規定發給一次金者，得按其平均月投保薪資，依規定之給付標準，增給百分之五十，請領失能補償費。被保險人經評估為終身無工作能力，並請領失能年金給付者，除依第 53 條規定發給年金（其給付標準，依被保險人之保險年資計算，每滿一年，發給其平均月投保薪資之百分之一點五五；金額不足新臺幣四千元者，按新臺幣四千元發給。）外，另按其平均月投保薪資，一次發給二十個月職業傷病失能補償一次金。
2. 勞工職災保險法施行後：依勞工職災保險法第 43 條請領職業災害失能年金。亦即，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院或診所診斷為永久失能，符合本保險失能給付標準規定者，得按其平均月投保薪資，依規定之給付基準，請領失能一次金給付。前項被保險人之失能程度，經評估符合下列情形之一者，得請領失能年金：一、完全失能：按平均月投保薪資百分之七十發給。二、嚴重失能：按平均月投保薪資百分之五十發給。三、部分失能：按平均月投保薪資百分之二十發給。
3. 兩者之差異乃在於：失能年金給付金額方式不再以年資計算，改以失能狀態認定，失能程度愈嚴重，領的給付愈多；完全失能，領投保薪資 70%；嚴重失能是投保薪資 50%；部分失能是投保薪資 20%；

失能年金若相關資格條件，加發眷屬補助 10%，最多加發 20%。

(二)勞工職災保險法第 58 條及勞工職業災害保險年金給付併領調整辦法第 4 條之規定並無不當，甲之主張並無理由：

1. 勞工職災保險法第 58 條之立法理由乃：「查現行勞工保險被保險人或受益人，若符合多個年金請領條件，僅得擇一請領，故勞工若發生職業災害身故，其遺屬符合遺屬年金請領條件，又符合自身老年年金要件者，因擇領金額較高之老年年金，致未能獲得職業災害保險給付保障，雇主亦無法以本保險之給付分擔其對所屬職業災害勞工責任之情形。因此，為落實保障職業災害勞工及其家屬之經濟生活，合理分擔雇主職業災害補償責任，且考量社會保險資源之合理配置，宜避免因併領年金給付造成過度保障之情形，爰參酌日本、德國職業災害保險與其他社會保險年金給付競合之處理方式，於第 1 項定明本保險年金減額應考量之因素。例如，被保險人同時領取本保險完全失能年金（平均投保薪資百分之七十）及自身勞工保險老年年金（年資二十八年之老年年金所得替代率約為百分之四十三）為例，其年金併領所得替代率達百分之一百一十三，即宜適度予以減額調整。」
2. 釋字第 549 號解釋意旨謂：「勞工保險係國家為實現憲法第一百五十三條保護勞工及第一百五十五條、憲法增修條文第十條第八項實施社會保險制度之基本國策而建立之社會安全措施。保險基金係由被保險人繳納之保險費、政府之補助及雇主之分擔額所形成，並非被保險人之私產。」經查，我國憲法基本國策中有關社會安全之規定，並非我國所獨創，事實上 1952 年社會安全最低基準公約通過後，我國旋於 1958 年制定公布勞工保險條例，內容大多以 1952 年公約為張本，公約之基本原則：(1)社會安全制度以社會保險為核心。(2)社會保險基金係公共財產。(3)社會保險給付之受領係以實際所得維持或代替為目的。(4)以年金制度為給付方式。是以，社會保險財產乃參加保險之所有成員基於社會連帶關係所成立共濟組織之共同財產，非勞工個人之私產可比。給付原因已非純因「身分」，而係以社會安全為理由。因此，為撙節公共資源，防止濫用，適當加以限制乃屬必要。是以，甲之主張並無理由。

《財稅法》

- 一、積欠 A 國稅局應納稅額達新臺幣（下同）200 萬元之納稅義務人某 B，雖然經濟拮据，但仍熱心公益，不顧自身尚有未清償之欠稅，仍然無償贈與某慈善團體 200 萬元之善款。試問：
- (一) A 國稅局為保全稅捐債權，乃根據稅捐稽徵法規定，將某 B 移送限制出境。試說明稅捐稽徵法欠稅納稅義務人限制出境之要件。(25 分)
- (二) A 國稅局知悉前述「有錢不清償欠稅、捐款給慈善團體」一事，擬根據民法第 244 條第 1 項規定：「債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。」起訴撤銷該 200 萬元之無償贈與。試問 A 國稅局有無起訴之權限？此一訴訟應當歸屬民事法院或者行政法院審判？(25 分)

命題意旨	本題旨在測驗考生是否知悉稅捐稽徵法第 24 條關於稅捐保全之規定。
答題關鍵	第一小題：指明稅捐稽徵法第 24 條第 3 項限制欠稅之納稅義務人出境之要件，同時應留意「限制及解除欠稅人或欠稅營利事業負責人出境規範」附表所規定之限制出境條件。 第二小題：援引稅捐稽徵法第 24 條第 5 項關於稅捐徵收準用民法第 242 條之規定及該規定之立法理由。
考點命中	第一小題：《高點財稅法講義》第三回，念台大編撰，頁 37~39、45~48。 第二小題：《高點財稅法講義》第三回，念台大編撰，頁 42。

【擬答】

(一) 稅捐稽徵法第 24 條第 3 項及有關法令所定之限制欠稅納稅義務人（或其負責人）出境之要件，可分述如下：

- 物保優先於人保：
欠稅之納稅義務人已提供相當擔保，或稽徵機關未實施稅捐稽徵法第 24 條第 1 項規定之稅捐保全措施（禁止處分、假扣押）者，不得為限制出境。
- 欠稅金額門檻：
個人欠稅之金額，在已確定案件應達新臺幣（下同）100 萬元以上，未確定案件應達 150 萬元以上；營利事業欠稅之金額，在已確定案件應達 200 萬元以上，未確定案件應達 300 萬元以上。
- 限制出境期間之限制：
限制出境之期間，自內政部移民署限制出境之日起，不得逾 5 年。
- 限制出境之程序：
由財政部函請內政部移民署限制出境，並同時以書面敘明理由及救濟程序通知當事人，依法送達。
- 其他應考慮之事項：
依限制及解除欠稅人或欠稅營利事業負責人出境規範之規定，在具體個案中，為符合比例原則之要求，限制出境處分之作成尚應考慮欠稅之納稅義務人有無隱匿或移轉財產、逃避稅捐執行之跡象，以及有無出國頻繁、長期滯留國外、行蹤不明等情形。

(二) A 國稅局得依稅捐稽徵法第 24 條第 5 項準用民法第 244 條第 1 項之規定，訴請「民事法院」撤銷納稅義務人某 B 之無償贈與行為：

- 按學理上有認為，關稅法第 48 條第 4 項明定，民法第 242 條至第 244 條之規定，於關稅之徵收準用之，而其他類型之稅捐債權，與關稅及私法債權相同，均應給予債權人正當行使權利之機會，故縱無法律之明文，仍應類推適用上開民法之規定。
- 惟民事裁判實務有認為，民法第 242 條代位權之規定，除法律別有規定者外，僅私法上之債權人始得行使。行政機關向人民課徵稅捐、裁處罰鍰而取得之債權，係基於行政作用之結果，屬於公法上權利之範疇，其本質與民法規範之私法上權利迥然不同，則在租稅法定主義、法律保留原則下，在稅法未設有準用民法第 242 條規定或其他相類規定之明文前，不得逕行適用或類推適用民法第 242 條規定而直接對納稅義務人以外之第三人行使代位權（最高法院 110 年度台上字第 3178 號民事判決意旨參照）。此一見解雖係針對民法第 242 條之規定，但於稽徵機關可否主張同法第 244 條詐害債權行為撤銷之問題

上，亦可參照之。

3. 應注意者為，110 年 12 月 17 日修正公布並於同日施行之稅捐稽徵法第 24 條第 5 項規定，稅捐之徵收，準用民法第 242 條至 245 條、信託法第 6 條及第 7 條規定。該條文之立法理由有謂，為避免納稅義務人或受處分人怠於行使權利或有詐害債權人之行為，影響稅捐之徵起，參酌日本立法例，增訂第 5 項，明定稽徵機關因保全債權，得以自己之名義，行使非專屬於納稅義務人之財產上權利，或聲請「民事法院」撤銷詐害債權行為。
4. 依前開稅捐稽徵法之規定，A 國稅局對於納稅義務人某 B 之債權，固然屬於公法上之權利，但因稅捐稽徵法第 24 條第 5 項明定，稅捐之徵收準用民法第 244 條第 1 項之規定，從而 A 國稅局得訴請「民事法院」撤銷納稅義務人某 B 無償贈與某慈善團體 200 萬元之行為。

二、某大學醫學系畢業之校友醫師乙、丙、丁、戊等人，有感於醫師執業收入在全民健保開辦後大不如前，於是尋思如何「節稅」。乙、丙、丁、戊於是聚資共同成立 B 醫學研究基金會（下稱 B 基金會），以獎勵臨床醫學研究為其宗旨。醫師乙後在某年度，先捐款新臺幣（下同）100 萬元給 B 基金會，又在同一年度中向該基金會申請研究補助，獲得 B 基金會 100 萬元研究補助，但實際上並未提供任何具體之研究成果，該基金會之補助審查亦因校友之故未嚴格進行。乙在年度綜合所得稅申報時，主張對 B 基金會之捐款構成所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 2 目第 1 小目之列舉扣除項目。而受領之 100 萬元研究補助構成所得稅法第 4 條第 1 項第 8 款前段所規定之：「中華民國政府或外國政府，國際機構、教育、文化、科學研究機關、團體，或其他公私組織，為獎勵進修、研究或參加科學或職業訓練而給與之獎學金及研究、考察補助費等」，因而免稅。試問：

- (一) 乙醫師所受領 B 基金會 100 萬元研究補助是否為免稅所得？本件情形，究竟為節稅、租稅規避或者租稅逃漏？（25 分）
- (二) 本件情形，有無可能構成稅捐稽徵法第 41 條第 1 項所規定之「詐術逃漏稅捐罪」？如有可能，其判斷的要素為何？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生是否知悉節稅、避稅、逃稅之判斷基準以及「詐術逃漏稅捐罪」之構成要件。
答題關鍵	第一小題：指出所得稅法第 4 條第 1 項第 8 款規定之性質為「租稅優惠」，並說明其立法目的，同時就判斷節稅、避稅、逃稅之基準進行論述，同時應為個案事實之涵攝。 第二小題：說明稅捐稽徵法第 41 條第 1 項詐術逃漏稅捐罪之構成要件，特別係所謂「詐術或其他不正方法」應如何解釋（不限於積極作為），並進行個案事實之涵攝。
考點命中	第一小題：《高點【二試判解文章班】財稅法講義》第一回，念台大編撰，頁 27~28、36~37。 《高點財稅法講義》第二回，念台大編撰，頁 36~38。 第二小題：《高點財稅法講義》第三回，念台大編撰，頁 60、64~66。

【擬答】

(一) 乙醫師受領之 100 萬元研究補助不得適用所得稅法第 4 條第 1 項第 8 款之規定，故「非」屬免稅所得，且乙醫師之行為構成「租稅逃漏」：

1. 按所得稅法第 4 條第 1 項第 8 款前段規定「研究、考察補助費」得免納所得稅，其目的應在於鼓勵納稅義務人從事進修、研究或參加科學或職業訓練，性質上屬於「租稅優惠」。為符合該規定之立法目的，納稅義務人必須確實有投入研究活動，始可將其領得之「研究補助費」列為免稅所得。又財政部 101 年 8 月 10 日台財稅字第 10100086390 號令（下稱「101 年令」）規定，得免納所得稅之研究獎勵金或補助費，必須符合「授與人事前訂定獎勵研究之一致性評選標準，明確規範參加資格及給付條件」、「個人得自行決定研究題目，研究成果經嚴謹之審查程序評定優良者，始得支領獎勵金或補助費」等要件。
2. 次按所謂「節稅」，係指納稅者以符合稅法立法意旨之方式獲取租稅利益，屬於「合法行為」；「租稅規避」係指納稅者為獲取租稅利益，違背稅法之立法目的，濫用法律形式，以非常規交易規避租稅構成要件之該當，以達成與常規交易相當之經濟效果（納稅者權利保護法第 7 條第 3 項規定參照），屬於「脫法行為」；「租稅逃漏」則指納稅者以違反稅法上充分揭露義務之手段獲取租稅利益，屬於「違法行為」。
3. 又依納稅者權利保護法第 7 條第 8 項之規定，對於租稅規避固然不得予以處罰，但納稅者於申報或調

查時，如對重要課稅事實隱匿、為虛偽不實陳述或提供不正確資料，致使稽徵機關短漏核定稅捐者，將另外構成租稅逃漏。

4. 依題意所示，乙醫師就其領自 B 基金會之研究補助，實際上並未提供任何具體之研究成果，而 B 基金會亦未進行嚴格審查，且乙、丙、丁、戊等人本係基於獲取租稅利益之目的而成立 B 基金會，可見乙醫師領取之研究補助不符合所得稅法第 4 條第 1 項第 8 款前段鼓勵研究之立法目的以及財政部 101 年令之意旨，自無該免稅規定之適用。是以，乙醫師不得主張其領自 B 基金會之研究補助為免稅所得，而應將之納入綜合所得總額申報納稅。
5. 再者，本題中，乙醫師係先捐款 100 萬元予 B 基金會，以依所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 2 目第 1 小目認列「捐贈扣除額」，而後再由 B 基金會於同一年度，發給 100 萬元之研究補助予乙醫師，乙醫師並主張該研究補助屬於所得稅法第 4 條第 1 項第 8 款前段之「免稅所得」。亦即，乙醫師係透過「資金回流」與「利用免稅所得規定」，達成「在同一年度內實質保有 100 萬元（乙醫師在經濟實質上並未對 B 基金會為捐贈），但列報捐贈扣除額以降低其綜合所得淨額」之結果，並因而獲得租稅利益。
6. 或有認為，乙醫師前揭行為，應係以非常規交易該當於「租稅減免」之構成要件，藉以獲取違背稅法立法目的之租稅利益（經濟實質上未捐贈，但卻列報捐贈扣除額，以及實際上未從事研究卻主張研究補助免稅），從而屬於「租稅規避」。
7. 然而，乙醫師明知其並未實際投入研究活動，其取自 B 基金會之研究補助非屬免稅所得，但於辦理結算申報時，卻未將研究補助列報為課稅所得（本題乙醫師似亦未於申報書內揭露其有獲得研究補助之事實），致稽徵機關未能自申報資料發現乙醫師有透過「同一年度內對某團體先為捐贈，再向同一團體領取同額研究補助」，以取得列報「捐贈扣除額」之租稅利益之情事，而有短漏核定稅捐之可能。就此以言，乙醫師未於申報書內揭露其有自 B 基金會取得研究補助之事實，應已違反充分揭露義務（申報時隱匿重要課稅事實），且致使稽徵機關短漏核定稅捐，應構成「租稅逃漏」。

(二)乙醫師之行為可能構成稅捐稽徵法第 41 條第 1 項所規定之「詐術逃漏稅捐罪」，理由可說明如下：

1. 按稅捐稽徵法第 41 條第 1 項之詐術逃漏稅捐罪，依司法實務之見解，其構成要件包含：(1)行為主體係「納稅義務人」、(2)有施用詐術或其他不正方法之行為、(3)有短漏稅款之實害結果、(4)行為與短漏稅款間具因果關係、(5)行為人有逃漏稅捐之故意。其中，有關「施用詐術或其他不正方法」，司法實務向來認為，應限定於「積極作為」之情形，例如：製作假單據、設置偽帳（外帳）等等，如係「消極不作為」，例如：不依法開立統一發票、不依規定為稅捐申報等，則以裁處稅捐秩序罰並命納稅義務人補稅為已足，其惡性尚不至於達到以刑罰相繩之程度（最高法院 73 年度第 4 次刑事庭會議決議（二）參照）。
2. 惟學說上有認為，無論係積極為虛偽不實或不完全之申報，或者消極完全不申報，均可能致生稅捐短漏之結果，且消極完全不申報對於稅捐債權及時、完全實現之危害，可能更甚於積極虛偽不實或不完全之申報，故對於依稅法規定已發生之稅捐債務，只要納稅義務人故意違反稅法上協力義務，使稽徵機關無法知悉重要課稅事實之全貌，無論係積極作為或消極不作為，皆應負逃漏稅捐罪之刑事責任。就此而論，稅捐稽徵法第 41 條第 1 項規定之「詐術或其他不正方法」，包含積極為「虛偽不實之申報」以及「已辦理申報，但並未對重要課稅事實為誠實、及時且完全之申報」；至於消極「完全不為申報」之行為，在現行法下，應透過刑法第 15 條關於不純正不作為犯之規定，將之納入稅捐稽徵法第 41 條第 1 項之處罰範圍內。
3. 本題中，乙醫師雖已辦理年度綜合所得稅申報，但漏未申報「非」屬免稅所得之研究補助，亦未於申報書內揭露其有自 B 基金會領取 100 萬元研究補助之事實，使稽徵機關無法自乙醫師之申報資料發現其捐贈後有資金回流之情況，進而致生短漏核定稅捐之結果。結合前揭司法實務與學說之見解，乙醫師之行為應已該當於「納稅義務人『積極』施用詐術或其他不正方法致生稅捐短漏之實害結果」之客觀要件，且乙醫師漏未申報研究補助之行為，顯然係為避免稽徵機關發現其資金回流之非常規交易安排，主觀上應具有逃漏稅捐之故意，從而乙醫師之行為可能構成稅捐稽徵法第 41 條第 1 項之詐術逃漏稅捐罪。

《海商法與海洋法》

一、A 公司與 B 海運公司（下稱 B 公司）訂立運送契約，委託 B 公司將高壓變壓器一臺由臺灣基隆港運送至日本松山港；雙方約定貨物由 A 公司自行負責包裝與防水處理、固定於貨櫃側面和頂部為開放式之平板櫃。嗣後 A 公司將該平板櫃交付 B 公司運送，並同意 B 公司就系爭貨物採取甲板運送。B 公司於民國（下同）100 年 10 月 5 日簽發載貨證券，惟未為包裝外觀有易見瑕疵之保留。系爭貨物運抵日本松山港後，受貨人 C 公司於同年 10 月 15 日向 B 公司提示載貨證券，完成貨物提領並卸櫃拆除包裝後，發現貨物遭海水浸濕而生鏽受損，遲至同年 11 月 2 日始將前述損害情況以書面通知 B 公司，委請公證公司檢查貨物作成公證報告書，並據此向 B 公司請求損害賠償，B 公司主張貨物之濕損係肇因於 A 公司貨物包裝無法達到完全防水所致。假設本件以我國海商法為準據法，請回答下列問題：

（一）針對貨物受領之效力，B 公司及 C 公司分別得為如何主張？（20 分）

（二）C 公司另主張 B 公司所簽發之載貨證券，對於貨物包裝未為任何保留，B 公司自應依載貨證券之記載負責。對此，B 公司得為如何主張？（10 分）

命題意旨	本題乃係改編自臺灣高等法院 106 年度海商上更(一)字第 1 號判決(該案因上訴最高法院遭駁回而確定)。考點主要為海商法第 56 條第 1 項、託運人自裝自計(CY/CY)貨物與民法第 635 條之關係。
答題關鍵	第一小題：單純為第 56 條第 1 項之操作。因題目係問 B 公司及 C 公司就貨物受領效力，得為如何主張，看似僅需分別說明 B 公司、C 公司之主張即可，無需另表明考生以為何公司之主張較為可採。 第二小題：該題實際比第一小題複雜。民法第 635 條僅適用於包裝有易見之瑕疵，倘非屬易見之瑕疵，即不因未為保留記載而無從免責。另因本件係 CY/CY 貨，貨物之所以受海水浸濕，係因託運人 A 包裝不固(包裝無法達到完全防水)所致，縱 B 簽發清潔載貨證券(未於載貨證券為保留或註記)，B 仍得依第 69 條第 12 款主張免責。
考點命中	第一小題：《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 3-125。 第二小題：《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 6-9~6-15。

【擬答】

(一)B、C 公司得為之主張分述如下：

1.按海商法(以下未特別標示者皆指海商法)第 56 條第 1 項規定：貨物一經有受領權利人受領，推定運送人已依照載貨證券之記載，交清貨物。但有列情事之一者，不在此限：一、提貨前或當時，受領權利人已將毀損滅失情形，以書面通知運送人者。二、提貨前或當時，毀損滅失經共同檢定，作成公證報告書者。三、毀損滅失不顯著而於提貨後三日內，以書面通知運送人者。四、在收貨證件上註明毀損或滅失者。

2.B 公司得為之主張

受領權利人受領貨物時如未為保留，依第 56 條第 1 項，應推定運送人已交清貨物。系爭貨物之受貨人 C 於 100 年 10 月 15 日受領系爭貨物時，未為貨物毀損之註記，亦未於提貨前或當時，將毀損情形以書面通知 B，更未於提貨前或當時，作成公證書，亦未曾於提貨後三日內通知 B 貨物異常情形，依第 56 條第 1 項規定，應認 B 已依載貨證券之記載，交清貨物。

3.C 公司得為之主張

貨物一經有受領權利人受領，如無第 56 條第 1 項各款情事，固可推定運送人已依照載貨證券之記載，交清貨物。惟此項推定，尚非不得以反證推翻之。查系爭貨物經公證公司檢查並作成公證報告書，貨物係遭「海水」浸濕，顯係於海上運送期間遭受濕損，此已該當反證而推翻第 56 條第 1 項之推定。從而，應認系爭貨物濕損為海水造成，即系爭貨物之生鏽受損，係於運送期間，受海水滲入所致，C 仍得以貨物受領時之狀況與載貨證券記載不同，請求損害賠償。

(二)B 公司得為之主張

1.民法第 635 條固規定：「運送物因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損時，運送人如於接收該物時，不為保留者，應負責任。」且因海商法並無相關規定，依該法第 5 條，民法第 635 條於海商事件仍有適用；惟

民法第 635 條係指，在運送物因包裝不固而發生喪失或毀損時，如該包裝不固係屬因包皮有易見之瑕疵，則運送人須於接收該物時，就此包皮易見之瑕疵為保留，始可主張免責，且該條所謂保留，須明確具體指出運送物包皮易見之瑕疵情形；反之，如該包裝不固係非屬包皮易見之瑕疵，則運送人無庸為保留，即可主張免責。

- 2.B 公司得主張，系爭貨物縱係於運送途中遭海水浸溼鏽損，亦係因 A 公司包裝無法達到完全防水所致，而包裝是否有足夠之防水功能，無從經由外觀情狀為判斷，故此包裝不固非屬包皮易見之瑕疵，無民法第 635 條適用，即縱使運送人 B 未為保留，運送人仍得主張免責。
- 3.尤其，本件為 CY/CY 之貨櫃運送，B 在系爭貨物裝船前及航行中，均無就包裝是否有足夠之防水功能為任何參與，若此類運送仍單純以清潔載貨證券文義性要求運送人負責，將致運送人就其無從控管之風險負責，明顯失衡，即運送人 B 顯無從在外觀良好之狀態下，確認及控管內層包裝之防水功能，卻仍須就此防水功能不足之結果負責。故應認縱 B 未於載貨證券為註記，B 仍得主張本件係第 69 條第 12 款之包裝不固而免責。

二、依甲、乙雙方買賣契約，賣方甲須負責運送貨物至買方乙所指定之倉庫，由乙受領。甲欲履行其交付義務，遂委由丙負責全程「戶對戶」之件貨運送。本運送涉及裝貨港前的陸運階段、海運階段及卸貨港後的陸運階段。系爭貨櫃裝上船後，由丙簽發「戶對戶」全程載貨證券予甲。該貨櫃運送至乙倉庫拆櫃，發現貨物因運送人貨物管理有過失致生毀損。試問：

(一)若貨損發生時間不明，丙應依何種運送階段之法律負責？(15 分)

(二)貨物受領權利人乙對丙請求貨損賠償時，丙得否以載貨證券記載「運送人對於運送全程中，其履行輔助人之故意過失所生貨物之毀損滅失，皆不予負責。」為抗辯？(15 分)

命題意旨	本題為 多式聯運之考題 。第一小題單純為法條題，第二小題則較有挑戰，考生除須點出件貨運送有第 61 條之適用外，尚須區分第 61 條僅適用於強制責任期間(即固有海上期間)。
答題關鍵	第一小題：甚為簡單，即海商法第 75 條規定，就隱藏性損失，推定發生於海上運送階段。 第二小題：本件為件貨運送，故有海商法第 61 條之適用；海商法除第 69 條第 1 款及第 3 款有排除運送人為履行輔助人之行為負責外，其餘仍應回歸民法第 224 條，即仍應為履行輔助人之行為負責，該條款有免除運送人責任之嫌。然應進一步區辨者，為第 61 條僅適用於強制責任期間，故條款所稱就「運送全程」不予負責，應分海上階段與海上以外之階段討論。
考點命中	第一小題：《高點【二試判解文章班】海商法講義》第一回，辛政大編撰，頁 15。 第二小題：《高點【二試判解文章班】海商法講義》第一回，辛政大編撰，頁 20、23。

【擬答】

(一)丙依海上階段法律關係負責

- 1.查本件戶對戶運送，包含裝貨港前的陸運階段、海運階段及卸貨港後的陸運階段，屬多式聯運。多式聯運於貨損不知究竟發生於何階段時，應如何決定適用之法律責任，立法例上有分割責任制、網狀責任制、統一責任制、變更統一(網狀)責任制。
- 2.我國海商法就多式聯運之責任，訂有第 75 條，其第 2 項規定，貨物毀損滅失發生時間不明者，推定其發生於海上運送階段。依此，我國係採上開立法例之網狀責任制，即就非隱藏性損失，即貨物的毀損滅失能夠分辨是在某一個特定運送階段發生者，適用發生損失運送階段的法律或公約賠償；隱藏性損失，則推定其發生於海上運送階段。
- 3.題示，系爭貨損發生時間不明，如該案之準據法為我國海商法，則依第 75 條規定，丙應依海上階段法律關係負責，復依第 75 條第 1 項，海上運送部分適用我國海商法之規定。

(二)丙得否以載貨證券免責條款抗辯分述如下

- 1.海商法第 61 條規定，運送人若以條款減輕或免除運送人所應負之責任者，該條款不生效力。惟該條之適用前提有二，其一，限於件貨運送或載貨證券之條款，其二，依多數見解，本條僅適用於強制責任期間，即裝載上船至卸載下船之固有海上期間。
- 2.另，民法第 224 條規定，債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。該條規定於海商法，除第 69 條第 1 款及第 3 款明文排除運送人為履行輔助人之行為負責外，其餘仍有適用，即運送人於非前開第 69 條第 1、3 款之情狀，仍應為履行輔助人之行

為負責。題示條款，欲一概排除民法第 224 條之適用，恐已免除運送人責任。

- 3.題示，本件為件貨運送，故有第 61 條之適用，該條款雖也已涉及免除運送人責任，惟亦未因此而致條款全部無效，換言之，倘將條款所欲免責之「運送全程」進行區分，就其中涉及固有海上期間部分，即裝載後、卸載前，運送人不就履行輔助人之故意過失所生貨損負責，此部分因有第 61 條之適用，故此部分將依第 61 條而致條款無效；反之，就裝載前之陸運階段及卸載後之陸運階段，則非強制責任期間而無第 61 條之適用；換言之，此部分回歸民法第 222 條判斷條款效力，而民法第 222 條規定，故意或重大過失之責任，不得預先免除，故輕過失責任可以預先免除，從而，該條款中有關運送人不就履行輔助人之輕過失所生貨損負責部分，應屬有效。然倘就條款整體為一體判斷，因條款係欲免除「運送全程」為履行輔助人之行為負責，因已涉及強制責任期間之免責，故條款無效。
- 4.綜上，若以條款整體判斷，即該條款因違反第 61 條而無效，丙即無從以該條款為抗辯。

三、一艘 V 國籍之 600 噸級漁船，在距離太平島 40 浬海域內捕撈白帶魚，遭欲自太平島返航臺灣的我國海巡艦發現，並緊追該船至距離 V 國領海 2 浬處加以捕獲後拖帶回高雄港，依違反我國專屬經濟海域與大陸礁層法裁罰。試問作為該 V 國籍漁船船東之訴訟代理人，應如何由專屬經濟海域之取得與劃設、島嶼制度、沿海國在專屬經濟海域內之權利、他國捕魚之權利，與緊追權之合法行使等面向，為免責之主張？（30 分）

命題意旨	本題為整合題型，但內容為 1982 年《聯合國海洋法公約》（以下稱《公約》）基本考題，涉及專屬經濟海域之取得與劃設、島嶼制度、沿海國在專屬經濟海域內之權利、他國捕魚之權利、緊追權行使等五個面向，因此配分有別於以往僅有 20 分，提高至 30 分，也意味著必須將題旨所列要點逐一應答，以每一項配分 6 分為標準，題目並不困難，但必須仔細用心，最後為了免責主張，亦謂以 V 國籍漁船並沒有違反海洋法規範終結。
答題關鍵	依據題旨，本題必須圍繞如何使 V 國籍漁船免責，因此是站在台灣海巡艦執法不符合海洋法的角度出發。 1.專屬經濟海域之取得與劃設：《公約》第 57 條。 2.島嶼制度：《公約》第 121 條。 3.沿海國在專屬經濟海域內之權利：《公約》第 56 條。 4.他國捕魚之權利：《公約》第 62 條、第 87 條。 5.緊追權：《公約》第 111 條。
考點命中	《海洋法爭點解讀》，高點文化出版，林廷輝編著，頁 3-2~3-5、3-18、3-95、4-33~4-44。

【擬答】

- (一)V 國籍漁船在太平島 40 浬處捕撈白帶魚，但遭到台灣海巡艦發現並緊追至 V 國領海 2 浬處，被逮捕後拖帶回高雄港，並依台灣專屬經濟海域與大陸礁層法裁罰，作為 V 國籍漁船船東之訴訟代理人，主張該漁船並沒有侵害沿海國專屬經濟海域權利，其所作業之處非台灣專屬經濟海域，因此台灣海巡艦無權進行緊追，且緊追進入 V 國領海範圍內，已侵犯 V 國領域管轄，在 V 國領海內逮捕 V 國籍漁船，已逾越緊追權行使之要件，同時侵犯 V 國領域管轄，因此台灣應立即釋放 V 國籍漁船且該漁船並無違法情事。
- (二)1982 年《聯合國海洋法公約》第 57 條規定，沿海國主張的專屬經濟海域，從測算領海寬度的基線量起，不應超過 200 浬，沿海國必須對外公告並主張專屬經濟海域方能享有，倘與海岸相向或相鄰國家重疊，必須根據公平解決方式處理重疊問題，因此，台灣必須對外公開主張太平島擁有 200 浬專屬經濟海域，才能在該海域對外國船舶捕撈天然資源行使管轄權。
- (三)然而《公約》第 121 條規定的島嶼制度，針對四面環水，高潮時高於水面的自然形成的陸地區域，島嶼與其他陸地領土一樣，享有領海、鄰接區、專屬經濟海域和大陸礁層，然而受到該條第 3 款限制，也就是不能維持人類居住或其本身的經濟生活的岩礁，不應有專屬經濟海域或大陸礁層。因此，太平島不能維持人類居住或其本身的經濟生活，不能主張專屬經濟與大陸礁層，僅能享有領海及鄰接區之權益，V 國籍漁船在太平島 40 浬處捕魚被捕，但台灣又無法證明太平島是否能維持人類居住或其本身的經濟生活，在 2016 年 7 月 12 日中國與菲律賓的「南海仲裁案」中，仲裁庭認為，對一個島嶼的權利主張取決於：1.該島礁的客觀承載力；2.在自然狀態下，是否能夠維持；3.一個穩定的人類社群或者；4.不依賴外來資源或純採掘業的經濟活動。因此，V 國籍漁船捕魚的海域並非台灣的專屬經濟海域，台灣海巡艦無權逮捕。

- (四)此外，《公約》第 56 條規定，沿海國在專屬經濟海域內之權利包括以勘探和開發、養護和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然資源為目的的主權權利，以及從事利用海水、海流和風力生產能等經濟性開發和勘探活動的主權權利；對人工島嶼、設施和結構的建造和使用的專屬權利和管轄權、沿海國對其專屬經濟區內的科學研究應有專屬管轄權、對海洋環境的保護和保全的管轄權。因此，僅有擁有專屬經濟海域的沿海國，方能主張第 56 條的權利，由於台灣的太平島沒有專屬經濟海域，自然無法享有對其自然資源的主權權利。
- (五)根據《公約》第 62 條第 2 項規定，沿海國應決定其捕撈專屬經濟區內生物資源的能力，沿海國在沒有能力捕撈全部可捕量的情形下，應通過協定或其他安排，准許其他國家捕撈可捕量的剩餘部分，然而如前所述，該海域並非太平島的專屬經濟區，因此沿海國無權決定 V 國籍船舶是否能進入該海域捕撈，而應適用《公約》第 87 條規定的公海捕魚自由，V 國籍漁船在此海域行使捕魚自由的權利。
- (六)台灣海巡艦對 V 國籍漁船行使緊迫權違反《公約》，沿海國對違反該國法律並從該國管轄範圍內的水域，駛向公海的外國商船進行追趕的權利，在國際法上稱為緊迫權。因此，緊迫必須從國家管轄範圍內的水域開始，《公海公約》第 23 條規定，此項追逐須在外國船舶或其小艇之一在追逐國的內水、領海或鄰接區內時開始。1982 年《聯合國海洋法公約》除了《公海公約》規定的內水、領海或鄰接區外，《聯合國海洋法公約》的規定還包括專屬經濟區和大陸礁層，但在鄰接區和專屬經濟區或大陸礁層上，只有在該區域所保護的權利遭到侵犯或適用於該區域內的法律和規章沒有得到遵守的情況下，才可以進行緊迫。緊迫在被追逐者進入其本國或第三國的領海時必須終止，根據國際主權原則，緊迫不能在別國的領海內進行，一旦被追逐的船舶進入了其本國領海或任何第三國領海，緊迫就應停止，否則，將構成對一國領土的侵犯。首先，台灣海巡艦並非在其管轄範圍內開始行使緊迫權，而可能在公海上或在其他國家的專屬經濟海域開始進行緊迫，違反公約規定，此外，緊迫進入被追逐者本國領海，台灣海巡艦仍繼續緊迫並行使逮捕權利，此舉違反海洋法公約之外並侵犯 V 國主權，因此台灣海巡艦的執法行為違反海洋法。
- (七)綜合上述理由，包括太平島無法主張專屬經濟海域，V 國籍漁船行使自由捕魚權利，台灣海巡艦的緊迫違反海洋法，因此台灣海巡艦無權逮捕 V 國籍漁船，應立即釋放並由台灣海巡艦擔負起國家責任。

四、同屬南海主權權利之聲索國，我國對其他聲索國在南海海域岩礁進行大規模填海造陸，以及於低潮高地興築人工島嶼致破壞海洋生態之行為，若欲主張其違反海洋環境保護義務而應負擔國家責任，依據聯合國海洋法公約及其他國際法法源，是否有理由？試由沿海國保護海洋環境之個別義務面向申論之。(10 分)

命題意旨	本題旨在探討《聯合國海洋法公約》中有關海洋環境污染之相關規定，由於此命題已在 2016 年 7 月 12 日南海仲裁案中仲裁庭依據菲律賓所提訴求，裁定中國的吹沙填海或填海造陸違反《公約》有關海洋環境污染相關條文。
答題關鍵	涉及到南海先援引《公約》第 123 條半閉海，其後援引《公約》第 192、194 及 208 條。
考點命中	《海洋法爭點解讀》，高點文化出版，林廷輝編著，頁 5-40~5-41。

【擬答】

- (一)《公約》第 123 條規定半閉海沿岸國應互相合作，協調行使和履行其在保護和保全海洋環境方面的權利和義務，因此，南海主權權利之聲索國應互相合作，若有大規模填海造陸行為，或是低潮高地興築人工島嶼，破壞海洋生態之行為，應與其他聲索國互相合作並協調避免海洋環境污染。
- (二)《公約》第 192 條規定，各國有保護和保全海洋環境的義務，第 194 條規定，各國應採取一切必要措施，確保在其管轄或控制下的活動的進行不致使其他國家及其環境遭受污染的損害，並確保在其管轄或控制範圍內的事件或活動所造成的污染不致擴大到其按照本公約行使主權權利的區域之外。
- (三)《公約》第 208 規定，沿海國應制定法律和規章，以防止、減少和控制來自受其管轄的海底活動或與此種活動有關的對海洋環境的污染以及來自依據第 60 和第 80 條在其管轄下的人工島嶼、設施和結構對海洋環境的污染。
- (四)因此，基於上述公約第 123、192、194 及 208 條，沿海國若欲主張其違反海洋環境保護義務而應負擔國家責任，依據聯合國海洋法公約及其他國際法法源