

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：憲法與行政法

第一題

【總題說明】

本題是憲法為主，行政法為輔的綜合性考題，以嚴重特殊傳染性肺炎流行期間，禁止醫護人員出國的防疫措施為背景命題。本題旨在測驗應考人對於法律不溯及既往原則、信賴保護原則等憲法原則、行政處分的構成要件效力範圍、法規範憲法審查的程序標的，以及工作權、服公職權、遷徙自由等基本權利的保護範圍、法律明確性原則等，是否能援引相關法規範、司法院大法官解釋或憲法法庭裁判、行政法院實務及學說理論等，以適當且富有邏輯、層次的說理方式，開展論述，進行個案涵攝，並提出結論。

【評分要點】

第(一)子題

系爭函文關於「定自109年2月23日施行」部分，主要涉及的憲法原則為法律不溯及既往原則與信賴保護原則。

- 一、關於法律不溯及既往原則，宜援引相關實務見解(例如司法院釋字第620號、第717號、第783號、第793號解釋、憲法法庭111年憲判字第18號、112年憲判字第3號判決、最高行政法院前98年12月份第2次庭長法官聯席會議決議等)，區別「真正溯及」與「不真正溯及」，並說明該原則主要適用於「真正溯及」的情形，即禁止限制或剝奪人民權利，或增加法律上義務的新訂法規，溯及適用於法規生效前已終結的構成要件事實或法律關係。惟為追求憲法重大公共利益，例外允有訂定真正溯及性法規範的可能。
- 二、在「不真正溯及」的情形，雖無涉法律不溯及既往原則，但因對人民依舊法建立的生活秩序產生影響，仍應進一步審查信賴保護原則，考量人民是否有值得保護的正當合理信賴；於信賴值得保護的情形，應就公益與信賴利益為衡量；如為公益之必要，而有因信賴所生的實體法上利益受損時，應採取合理的補救措施或訂定過渡期間的條款(司法院釋字第525號、第574號、

第 717 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決等)。

- 三、系爭函文於 109 年 3 月 17 日發布，並定自同年 2 月 23 日施行，使法規施行日溯及於發布日前。對於 109 年 2 月 23 日至 3 月 17 日期間內已出國前往第三級旅遊警告地區的醫事人員而言，關於禁止前往及報准程序部分，應屬「真正溯及」的法規範，須進一步分析有何重大公共利益，而有訂定溯及性法令的必要。對已有具體行動，安排將於 109 年 3 月 17 日以後前往第三級旅遊警告地區的醫事人員而言，雖無涉法律不溯及既往原則，惟仍應審查是否違反信賴保護原則，分別從信賴基礎、信賴表現及信賴值得保護等要件分析，並說明有無過渡或補償條款的必要。
- 四、應考人於論述前開法律不溯及既往原則及信賴保護原則後，行有餘力，得進一步從授權明確性原則、平等原則、比例原則、法律明確性原則及正當法律程序原則等，檢視系爭函文。

## 第(二)子題

行政法院應否於審理系爭懲處(下稱後處分)的訴訟程序中，一併審查系爭函文(下稱前處分)的合法性，涉及行政處分構成要件效力的意義與範圍。

- 一、行政處分的構成要件效力，一般是指有效的行政處分，構成其他國家決定的基礎及要件。應考人應區辨行政處分對處分機關、處分機關以外的其他行政機關、以該處分為程序標的進行審查的訴願管轄機關與行政法院，以及非以該處分為程序標的之普通法院與行政法院等，不同的拘束性意義。
- 二、行政處分具有構成要件效力，目的在維護法規設定的機關權限。行政機關在其管轄權範圍內作成行政處分，處分的效力應為其他國家機關尊重。否則，任一機關均可否定他機關作成的處分，自行認定，不僅破壞法定權限分配，也使人民無所適從，危害法秩序的安定。但對有權審查行政處分合法性的行政法院而言，如不分情況，均受處分拘束，則人民受憲法保障的訴訟權即可能落空。
- 三、對依法有審查處分權限的行政法院而言，處分適為其訴訟對象(程序標的)時，該處分對行政法院無構成要件效力可言。惟本題情形不同，是行政法院於審理後處分的訴訟中，是否受前處分拘束的問題。就此，學者間有不同論述。但行政法院實務認為，前處分並非訴訟對象，後處分的受訴行政法院不能審查前處分的合法性；前處分的合法性應由以前處分為訴訟對象的行政法院審查，以免處分相對人或利害關係人規避撤銷訴訟或課予義務訴訟有關訴

願前置及法定起訴期間等規範（行政訴訟法第 4 條、第 5 條及第 106 條規定），而有害於法秩序的安定（最高行政法院 107 年度判字第 678 號判決意旨參照）；如後處分經行政訴訟判決確定為合法，而前處分嗣後經有權機關撤銷或變更，致後處分的合法性失所依據，則得依行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款規定提起再審之訴以資救濟（最高行政法院 110 年度上字第 100 號判決意旨參照）；僅在前處分缺乏有效的行政救濟途徑（例如傳統特別權力關係下，無法提起行政爭訟的事務領域），或依前處分作成當時的客觀情境，無法期待處分相對人提起行政救濟（例如於處分作成當下觀察，前處分對當事人有利）等情況，始例外容許行政法院於後處分的訴訟中，審查前處分的合法性（最高行政法院 105 年度判字第 205 號、109 年度上字第 875 號判決意旨參照），以兼顧法安定性與訴訟權保障。

四、就本件案例事實，有無前述得突破前處分構成要件效力的例外情況，除得思考甲於返國後居家隔離期間，就前處分提起行政救濟，究竟有何客觀上的現實困難而難以期待外，亦得從前處分有無救濟期間的教示出發，進行論證。如無救濟期間的教示，依行政程序法第 98 條第 3 項及第 100 條第 2 項規定，甲是否仍有對前處分提起行政救濟的可能，而無須於後處分的訴訟中主張？又前處分訂有實施期間，為附期限的行政處分，於期限屆至後，處分的效力是否解消？如是，縱於法定期間內提起訴願，是否可能因處分已不存在，而獲致不受理決定，亦無合法提起撤銷訴訟的可能，從而可認為是無法期待提起行政救濟的情形，而允於後處分的訴訟中，一併審究前處分的合法性？應考人只要提出言之有物的推論，均可獲得相當的分數。

### 第(三)子題

本子題分為二小題，第一小題涉及法規範憲法審查的範圍，以及各該法規範涉及的基本權利與保護範圍的論證；第二小題涉及法律明確性原則的適用：

#### 一、 第一小題：

（一）宜先確定甲提起法規範憲法審查，是聲請以何一法規範為審查標的。甲就系爭懲處提起行政訴訟，並敗訴確定，其「受不利確定終局裁判所適用之法規範」（憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定），首先是公務人員考績法第 12 條第 1 項第 2 款第 2 目、第 3 項第 3 款及第 8 款有關一次記二大過免職的規定，關涉其權益者主要是公職身分的喪失。其次，在系爭函文定性

為法規的前提下，聲請法規範憲法審查的標的也可包括系爭函文中關於禁止特定人前往特定國家部分等規範。

- (二) 一次記二大過免職的規定，涉及憲法第 15 條工作權及第 18 條服公職權。工作權保障人民的職業自由，包括選擇職業的自由、從事職業活動的方法、時間、地點、對象及內容的執行自由，拒絕強制勞動的自由等。服公職權則保障人民有依法令從事公務，服務公眾的權利，國家並應建立制度，規範公務員勤務內容、服勤時間及休假制度等權益事項（司法院釋字第 546 號、第 785 號解釋參照）。
- (三) 甲為具公務員身分的醫事人員，其受免職處分確定，喪失現職公務人員身分，也失去維持生活（薪俸）的基礎。因此，可能認為免職處分及其適用的法規範，侵害甲的服公職權及工作權，形成基本權競合關係。但釋憲實務認為，工作權的自由權屬性（即職業自由），與人民參與國家公權力運作的服公職權不同。以身分理論說明，自由權是排除國家干預的消極地位；服公職權則是參政權的一環，屬人民的主動地位，兩者性質不同。司法院釋字第 768 號解釋理由書表示：「聲請人為公立醫療機構以公務人員身分任用之醫師……其喪失公務人員身分，故本件本質上屬服公職權之問題。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」，即否定服公職權及工作權的競合關係。
- (四) 系爭函文關於禁止特定人前往特定國家部分，首先涉及憲法第 10 條遷徙自由。或有認為，遷徙自由是在保障人民得以長久經營其社會生活關係的意思，遷移至特定地點的自由；至於單純跨越國境的短期移動，因欠缺長久停留的主觀意思，應屬憲法第 22 條一般行動自由的保障範圍。惟釋憲實務採取較廣泛的理解，憲法第 10 條旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入、出國的權利（司法院釋字第 443 號、第 454 號、第 558 號解釋參照）。此外，針對醫事人員及社工人員發布系爭函文，也與憲法第 7 條規定的平等權有關。

## 二、 第二小題：

- (一) 應考人應說明釋憲實務上關於法律明確性原則的判準（司法院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號、第 803 號及第 804 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 12 號及第 13 號判

決參照)。

(二) 應考人依上述原則為個案涵攝時，宜審酌公務人員違反職務上義務的行為態樣單純或多元、能否類型化、與維護公眾就政府施政、執法信賴的關聯性、行政程序上經由依法組成的考績委員會為評判，以及公務人員是經國家考試及格的專業人員……等各面向，予以分析。如能援引司法院釋字第 433 號解釋就 104 年 5 月 20 日修正前公務員懲戒法第 2 條「違法、廢弛職務或其他失職行為」，或專門職業技術人員，如司法院釋字第 432 號解釋就會計師法「廢弛其業務上應盡之義務」、釋字第 545 號解釋就醫師法「業務上如有不正當行為」、釋字第 702 號解釋就教師法「行為不檢有損師道」等規定，是否違反法律明確性原則的判斷，為詳細的比較論述，應能獲得更理想的成績。

### 【閱卷委員的話】

本題案例事實較長，考生須耐心詳讀，但由於每一子題的爭點仍屬明確，應考人只要能掌握爭點，援引相關實務見解，依序為「大前提、小前提及結論」的三段論證，應可獲得一定的分數。觀察各子題應考人的作答，常見問題約略如下：

#### 第(一)子題

系爭函文應定性為法規命令或一般處分，學者見解不一，實務上亦無明確、統一的結論，因此設題上已刻意迴避此一爭議，直接定性為法規命令，並在此前提下，期望應考人深入探討系爭函文定自 109 年 2 月 23 日施行，可能涉及何憲法上原則，以及是否違反該原則。但仍有不少考生，花費相當篇幅，援引行政程序法第 150 條規定，說明法規命令的定義，以及系爭函文應定性為法規命令的理由，實無必要。此一時間耗費，恐影響後續關於憲法原則的論述詳細程度，實屬可惜。

系爭函文涉及的憲法議題眾多，例如以特別條例第 7 條規定為授權依據，是否符合授權明確性原則；以醫事人員為限制對象，是否符合平等原則；限制手段是否符合比例原則；相關文義是否符合法律明確性原則；系爭函文的作成程序是否符合正當法律程序原則等等。在有限的作答時間內，尚難期待應考人能逐一臚列各憲法原則，完整論述其內涵，並為個案涵攝。因此設題上已有意限縮討論範圍，侷限在系爭函文關於「定自 109 年 2 月 23 日施行」部分，所涉及的憲法原則即為法律不溯及既往原則與信賴保護原則。但有不少考生，未能掌握題旨，

以相當的篇幅論述授權明確性原則、平等原則、比例原則、法律明確性原則及正當法律程序原則等，卻未論述主要的法律不溯及既往原則與信賴保護原則，或僅為簡略的敘述，論述篇幅失衡，且因論述議題過多，多僅是簡略敘述，而無深入論證，答題深度不足，均屬可惜。至完整論述法律不溯及既往原則與信賴保護原則後，仍行有餘力，額外論述其他憲法原則者，自然能取得更為理想的成績。

## 第（二）子題

同前所述，本子題迴避系爭函文應定性為法規命令或一般處分的爭議，直接定性為一般處分，並在此前提下，期望應考人深入探討行政處分構成要件效力的定義、拘束性範圍，以及所涉憲法上權利或憲法原則，在不同情況下的輕重衡量等。但仍有不少考生，花費相當篇幅，援引行政程序法第 92 條第 2 項規定，說明一般處分的定義，以及系爭函文應定性為一般處分的理由，實無必要。甚至部分應考人沒有注意第（二）子題已將系爭函文定性為一般處分，仍以第（一）子題假定系爭函文屬法規命令為基礎，論述行政法院是否受法規命令拘束，顯與第（二）子題題旨相違，即便論述內容正確，亦難取得理想的分數。

部分應考人認知行政法院實務見解，可清楚說明在後處分的訴訟中，行政法院原則上仍受前處分的構成要件效力拘束，僅於有難以期待就前處分為救濟的情形，始例外不受拘束。但可惜的是，僅止於單純敘述抽象法律見解，而忽略本件個案事實的涵攝，亦即本件案例是否有難以期待就前處分為救濟的情形，並詳予分析，答題不完整，亦屬可惜。

## 第（三）子題

就第一小題而言，關鍵點在於應考人能否界定甲「受不利確定終局裁判所適用之法規範」為何，以此開展可能涉及的基本權利，以及各該基本權利的保障範圍與關係，並深入論述。不少應考人以大量篇幅，針對系爭函文中有關居家檢疫、自主健康管理及行政罰等內容，論述人身自由、一般行動自由及財產權等基本權利。然此部分規範內容，應非確定終局裁判所直接適用的法規範，在應考人未能引用「重要關聯性理論」為合理論證的情況下，難認答題符合題旨。又本題旨在測驗應考人對於基本權利保障內容或範圍的詮釋，不少應考人僅能泛泛地簡略敘述涉及何一基本權利，卻無深入論證權利的內容，答題深度不足。

就第二小題而言，題旨已限定範圍在「嚴重傷害政府信譽」部分，則主要涉

及的憲法原則應為法律明確性原則，即法定構成要件的明確性問題。惟部分考生未論述法律明確性原則，反而是著眼於「一次記二大過處分」的法律效果，論述其違反比例原則等，對題旨爭點的掌握程度不佳。又多數考生雖能援引相關司法院憲法解釋，說明法律明確性原則的三大內涵（意義可理解、受規範對象可預見、可司法審查），但也僅止於抽象法理的敘述，少有細膩的涵攝過程，去論述「嚴重傷害政府信譽」是否違反法律明確性原則，亦少有援引公務員懲戒或其他專門職業技術人員的釋憲實務案例為對照分析者，論述深度均有不足。

## 第二題

### 【總題說明】

本題旨在測驗考生對於行政程序重開要件的解釋與適用、行政訴訟參加類型及法規範憲法審查的實質合憲性。

### 【評分要點】

#### 第(一)子題

一、對於行政救濟期間經過後已不可爭訟的行政處分，在一定條件下，人民得依據行政程序法第 128 條規定，請求行政機關重新開始行政程序，而得以撤銷違法行政處分。乙是否得向 A 縣政府請求撤銷核准所有權登記，依據行政程序法第 128 條要件加以判斷。

二、在本案中，說明個案是否符合行政程序重開的要件：

(一)乙為處分相對人或利害關係人：甲為核准所有權登記的處分相對人，乙須為利害關係人始得申請程序重開。乙為原住民，且依其主張其母親為持續利用原住民保留地土地之人，則依據原住民保留地管理辦法，其母親可能得依據該辦法第 17 條第 1 項第 1 款或第 3 款取得原住民保留地所有權，乙則依據同條第 5 項得繼承其母親所取得的所有權，故乙具有法律上利害關係，得以利害關係人身分申請程序重開。

(二)乙須向管轄行政機關提出：依據原住民保留地管理辦法，A 縣政府為核准所有權登記的主管機關，故乙應向 A 縣政府提出申請。

(三)具備行政程序法第 128 條第 1 項所列各款事由之一：依題示，可能涉及者為第 2 款發生新事實或發現新證據，但以如經斟酌可受較有利益之處分者

為限。本款所稱新事實，是客觀上發生足以改變舊事實的新事實；新證據則是據以證明事實之存否或真偽的證據方法。新事實或新證據，是於行政處分作成時業已存在，但未經斟酌的事實或證據；或處分作成後始存在或成立的證據，以如經斟酌可受較有利的處分為限。依題示，乙於其母親過世時，始發現系爭土地遭甲取得原住民保留地所有權登記，且發現先前租賃契約證明其母親有利用系爭土地的事實，而此新證據在處分作成時雖已存在但未經斟酌。惟此項證據經斟酌後，是否使乙將受較有利益的處分，或有疑問。討論該證據僅能證明乙的母親有合法權源得使用他人土地耕種的事實，且該租賃期限屆滿早於甲申請原住民保留地農育權與所有權的時間，是否能證明甲在此之後無繼續於系爭土地耕種的事實，或有疑問。

(四)乙須於行政程序或救濟程序中，非基於重大過失而未主張此等事由：乙在母親過世時，始發現租賃契約的存在，故無法於該行政程序或之後救濟程序中提出此等事由，難謂有重大過失。

(五)依情形應自法定救濟期間經過未逾 3 個月或自法定救濟期間經過未逾 5 年內提出：依題示，原處分作成時間為 111 年 10 月，惟乙知悉在後，且為利害關係人，乙提出申請的時間應未逾法定救濟期間經過 3 個月。

三、A 縣政府對於乙重開行政程序的申請，審查是否符合要件。A 縣政府若認為不符合程序重開的要件，則應否准重開行政程序的申請；若符合要件，則准許重開行政程序後，進入第二階段審查行政處分的合法性。

## 第(二)子題

乙以利害關係人身分提起行政訴訟，其訴訟結果將可能使原行政處分相對人甲的所有權受消滅或變更，行政法院應命甲為訴訟參加。其理由如下：

一、基於有權利即有救濟的訴訟權，其核心內涵在於廣開法院救濟管道、依正當法律程序公平審判及獲得即時有效的救濟。行政訴訟參加的制度目的在於，確保權利將受影響的第三人得在訴訟程序中為自己權利而參與訴訟程序，得以實現正當法律程序，若第三人的權利因判決將受消滅或變更，行政法院得依聲請或依職權以裁定命第三人，參與他人間已繫屬的訴訟。

二、依據行政訴訟法的訴訟參加規定，類型有三：共同訴訟的必要參加、利害關係人的獨立參加及輔助參加。依題示，本案情形似無訴訟標的應合一確定的必要。獨立參加訴訟的目的，在於保護自己的權利或法律上利益，若訴訟當



事人以外的第三人因該撤銷訴訟的結果，將使自己的權利或法律上利益受到損害，而與具有備位或補充性質的輔助參加，則僅以其與訴訟結果具有法律上利害關係為已足，而不以自己權利將因訴訟結果受到損害為要件。

- 三、本案中，乙以其為利害關係人申請程序重開，欲撤銷甲之原住民保留地所有權的核准登記處分，遭機關駁回後，提起行政訴訟（課予義務訴訟）時，雖本案是以行政程序重開的駁回為程序標的，若准予重開後，將實質審查原處分。訴訟的法律關係，為原告(乙)與其所請求撤銷為行政處分的相對人(甲)利害關係相反，甲因行政處分取得的權利成為裁判對象，未來該處分若經行政法院判決撤銷或變更，對甲亦有效力（行政訴訟法第 215 條），亦即，將造成所有權人甲自己的權利受有損害。行政訴訟法第 42 條第 1 項前段有關行政法院「得」依職權命獨立參加訴訟的規定，應解釋為法院尊重人民訴訟上防禦權，避免人民權益於他人所提起的訴訟程序未有陳述意見的機會逕受裁判，致違反憲法上正當程序的要求，故其法定裁量權已限縮至零。為保障甲在乙所提出之訴訟程序中的防禦權，法院「應」依職權命甲獨立參加訴訟（最高行政法院 103 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議參照）。

### 第(三)子題

- 一、甲提起法規範違憲審查訴訟，得主張撥用所依據的山坡地保育利用條例第 37 條第 6 項、原住民保留地開發管理辦法第 23 條第 1 項及第 41 條等規定，違憲侵害其憲法保障的財產權、生存權及傳統文化生活等權利。
- 二、甲得請求無償取得原住民保留地的權利，是受憲法保障的權利：其依據可能主張憲法第 15 條財產權、生存權及第 22 條傳統文化生活等權利。原住民保留地是為保障原住民生計，以原有山地保留地及經依規定增劃編供原住民使用的保留地，原住民依據相關法令得無償取得保留地所有權，而該土地的利用亦與其生計緊密相關，法律上雖規定得無償取得所有權的請求權，從增修條文意旨可將權利性質定性為取得財產權的期待權。原住民保留地亦可能是原住民用以維持生計所不可或缺者，甚至其利用方式亦與維持傳統文化生活所必要者，因此該權利亦可能屬於憲法上生存權及原住民遵循傳統文化生活權利的前提條件，同受憲法保護。此外，憲法增修條文第 10 條第 12 項得否作為基本權利的依據，學理與實務雖有不同看法，惟該規定對於國家行為具有拘束力，應無爭議。國家對於原住民族土地應有保障的義務。基此，國家撥用原住民保留地時，應受到較為嚴格的限制。

三、撥用規定是否侵害甲的基本權利：當政府核定撥用原住民保留地時，將使得原住民無法繼續利用原住民保留地，且無法無償取得原住民地的所有權，其撥用結果與徵收的效力並無不同，其侵害程度應屬重大。

四、撥用規定對基本權利的限制是否具有正當性：

- (一)原住民保留地管理辦法授權得撥用原住民保留地是否違反法律保留原則：在此應討論：1. 撥用的侵害是否屬於絕對法律保留事項或相對法律保留事項；2. 山坡地保育利用條例第 37 條授權訂定的辦法，有無符合授權明確性原則，亦即授權的目的、內容及範圍應明確。
- (二)撥用規定是否符合有徵收即有補償的要求：撥用原住民保留地如屬對於財產權的剝奪或侵害，則原住民保留地辦法第 23 條撥用規定與第 41 條限縮的補償規定，是否符合有徵收即有補償的要求。
- (三)撥用規定是否符合比例原則：依據原住民保留地管理辦法第 23 條，政府得因公共造產或指定的特定用途，撥用原住民保留地，惟公共造產是指政府依照地方特色或資源，經營具有經濟價值的事業，其雖具有助於地方發展的公益目的，惟撥用是否必要且為最小侵害，實有疑問。此外，參照一般的土地徵收，關於徵收的公益性與必要性，必須審慎綜合評估社會、經濟、文化等因素，而原住民保留地的撥用，僅以公共造產或指定的特定用途為由，是否滿足公益性與必要性要件，不無疑慮。原住民保留地在現行制度下雖以保障原住民生計，而以個人取得利用與所有為主，但其利用仍可能與原住民族傳統生活有關，因此原住民保留地管理辦法對於撥用原住民保留地的選定或範圍，未加以限制，甚至不要求評估是否有其他可替代的土地，難謂最小侵害的手段。

### 【閱卷委員的話】

本題所涉領域，從行政程序法，到行政訴訟法，以迄憲法基本權規定與憲法訴訟法。一如傳統，屬於行政法與憲法、實體法與訴訟法兼具的整合性公法考題，能檢測出應考人對於公法學各領域的基礎知識與彼此間的體系關聯性。

大體言之，多數應考人對於各子題所涉的法律上爭點，都能有相當高程度的掌握。至於答題方向，則呈現多元分歧的路徑。

### 第（一）子題

本子題之核心問題，在於測驗應考人是否能夠掌握行政處分於法律救濟期間經過，產生不可爭力後，行政程序法是否尚有相關之機制，提供人民請求行政機關撤銷該行政處分？除少數應考人偏離題意要求「限於行政程序法規定」，而論述到訴願法及行政訴訟法上的撤銷訴願及撤銷訴訟制度外，多數應考人皆能指出行政程序法第 128 條行政程序之重新進行，以及同法第 117 條違法行政處分之撤銷兩條規定。至於作答所選用之機制，則相當多元：有從題意中「乙請求」之事實出發，主張應以行政程序法第 128 條為據，申請行政程序之重新進行。但也有為數不少的應考人，單獨論述行政程序法第 117 條規定，而未提及同法第 128 條行政程序之重新進行。

論及行政程序法第 128 條行政程序重新進行之應考人，於審查要件是否該當時，細緻度也呈現高度的差異性。有部分應考人特別注意到乙非所有權核准登記之處分相對人，從而能切中題意地分析乙是否為法律上利害關係人，以及行政程序法第 128 條行政程序重新進行之申請人可否為法律上利害關係人等相關問題。但多數應考人縱使能正確指出乙可申請行政程序之重新進行，但卻未有上開乙與申請撤銷行政處分間之關係為何的問題意識。相對於上述乙是否為適格之申請人的爭點討論，較高比例的應考人則將作答重點置於本題究竟該當行政程序法第 128 條第 1 項三款申請事由中的何款。就此部分，各款皆有應考人主張。較佳之作答者，能夠回歸題目事實，據此支持其所持之見解（多是在第 2 款部分）。但也不在少數之應考人，僅單純法條抄錄，未具理由地直接表述該當款別。

至於以行政程序法第 117 條規定為作答方向者，多數應考人並未有本條之發動係行政機關依職權，或是可經由人民申請之問題意識。縱使有此意識，也多抽象性地論述學說上所稱人民享有撤銷請求權，必須滿足「裁量收縮至零」的例外要件，而鮮少有應考人回歸題目事實，證立乙之申請確可該當裁量收縮至零，而足以使乙享有請求 A 縣政府撤銷系爭處分之公法上權利。換言之，回歸題目事實的涵攝歷程，多數應考人實有欠缺。

## 第（二）子題

本子題涉及行政訴訟法上訴訟參加種類之正確判斷問題。由於題意已明揭「行政法院」及「訴訟參加」等指引資訊，故絕大多數應考人皆能正確掌握「訴訟參加」此一作答方向。

除少數應考人單純以民事訴訟法上之訴訟參加制度出發，論述其在行政訴

訟上之可準用性外（行政訴訟法第 48 條），絕大多數應考人皆能援引行政訴訟法第 41 條以下有關訴訟參加之相關條文，作為作答之規範依據。然而，大部分應考人多直接援引法條條文作為作答主軸，而未有要件之說明與涵攝，導致本題答題內容顯得過於單薄與不足。在判斷訴訟參加類型上，大部分應考人並未從甲與乙間之法律關係切入，討論其彼此間是利害關係相同？抑或利害關係相反？也有不少應考人誤解行政訴訟法第 41 條「訴訟標的必須合一確定」之概念內涵，進而以此作為法院應命訴訟參加之種類。此外，也有部分應考人未具理由，或是誤解法定要件，選擇以行政訴訟法第 44 條之輔助參加作為答案。

至於能正確判定甲、乙間因利害關係相反，故應適用行政訴訟法第 42 條獨立訴訟參加規定之應考人中，又僅有甚少部分之應考人有關注到乙所提起係「課予義務訴訟」類型，從而進一步論述到行政訴訟法第 42 條第 1 項所明定適用於「撤銷訴訟」之獨立訴訟參加機制，可否準用於課予義務訴訟上。

至於法院是否應命甲訴訟參加部分，有正面回應提示所要求之「從憲法訴訟權保障角度」之應考人，比例並不高，大多直接援引法條，未附理由，或是僅略作說明後，即以「法院『應』命訴訟參加」作為結論。較佳者，為有少數比例之應考人提及到最高行政法院 103 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，並以此為據證立行政訴訟法第 42 條第 1 項文義中的「得」，應解釋為「應」，故行政法院有命甲為獨立參加之訴訟法上義務。至於能從憲法第 16 條訴訟權保障內涵，「有權利即有救濟」之主觀訴訟角度出發，說明為何法律上利害關係與乙相反的甲，為訴訟參加能保障其權益的應考人，則又是甚少。

綜上，雖然多數應考人能夠正確援引行政訴訟法第 42 條作為依據，得出法院應命甲為獨立參加作為結論，但能從訴訟權之本旨、甲實體法上權利與乙有何關係，以及訴訟參加制度為何可以達到確保甲實體權利之目的等訴訟權保障角度分析者，則又是少之又少。或因本子題必須整合憲法訴訟權保障與行政訴訟法訴訟參加制度作答，難度較高，故整體作答情形較之於第（一）子題為不理想。

### 第（三）子題

本子題涉及甲提起法規範違憲審查之憲法訴訟時，可主張之違憲理由。更具體言之，主要測驗應考人對於法規範違反憲法基本權保障之違憲案件說理論證能力。因題示指引資訊較少，故應考人作答方向呈現相當分歧之結果，應屬最無法掌握之子題。

大多數之應考人並無連結題目事實，以及本子題所涉之系爭違憲規範，亦即原住民保留地辦法第 23 條撥用規定與第 41 條補償規定，以及山坡地保育利用條例第 37 條授權規定，而僅是空泛地套用基本權侵害之違憲審查架構，進行抽象式地作答而已。

在所涉基本權之判斷部分，有相當多數之應考人認為系爭規定侵害甲之「信賴保護」，但並未論述其在我國憲法基本權譜系中，「信賴保護」是否為一單獨受保障之基本權？還是僅是國家公權力行使必須關注之法治國原則內涵？其次，比例最高之應考人認為可能侵害之基本權為憲法第 15 條所保障之財產權、生存權，以及原住民族的文化權。就前者而言，依題示，並非剝奪原住民之土地所有權，而是因撥用致使其無法取得所有權。對此關鍵事實有所認知之應考人，比例並不高；而能對此依舊認為屬財產權侵害，並賦予說理者（例如期待權），更是少數。至於持原住民族文化認同保障者，多以憲法法庭有關原住民族之身分認同與文化慣習相關判決為據。即使其可被認定為是一種基本權，但多數應考人欠缺回歸題目事實所涉的「原住民族保留地」問題上。換言之，原住民族保留地之所有與原住民族的文化認同權間有何不可分割之關聯性，鮮少見有應考人著墨。

至於在可主張之違憲理由部分，部分應考人並未論述，而是揭示可能侵害之基本權種類後，即逕自得出違憲之結論。若有進一步論述者，則從違反法律保留、授權明確性原則，到法明確性原則、比例原則，乃至於財產權剝奪補償原則等，皆有應考人主張。論述詳略有別，回歸題目之事實及系爭法規條文的連結度，整體上仍是不足。

最後，也有部分應考人從系爭法律侵害平等權角度出發，並在此基礎上，表述憲法法庭應適用之審查標準。惟本子題之提問為甲可主張違憲之理由為何，而非憲法法庭應為如何之審查。應考人提出審查標準，究係為甲可主張違憲之理由？或是憲法應審查之客觀標準，多數並未明確揭示。況且，縱使甲可主張違反憲法保障之平等權，系爭法律之區分標準何在（原住民與非原住民？或是撥用之原保地與未被撥用之原保地？），多數應考人也未能明確指出。

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：刑法與刑事訴訟法

第一題

【總題說明】

本案例事實相對簡單，旨在測驗考生案例解析的基本能力、是否有正確審查相關的罪名、有無看出事實中蘊含的爭點，以及能否完整介紹各爭點中的不同學說及實務見解，並附具理由選擇自己的立場，前後一貫地推導出結論。

【評分要點】

首先，考生必須找出並審查相涉的罪名，這部分是最基本的要求。其次，考生也必須在正確的審查位置討論、處理本案涉及到的爭點。考生除了要看出爭點外，是否完整介紹不同立場的論點，並且前後一貫的運用，也是評分的重點。

壹、甲的部分

一、持玩具槍要求交出財物可能構成刑法（以下同）第 330 條第 2 項之攜帶凶器強盜未遂罪

考生於此應審查是否該當強盜未遂罪的要件。

由於未遂犯的構成要件為主觀要件（構成要件故意與不法所有意圖）以及著手實行，因此，個別要素的解釋與涵攝，都是在構成要件故意的審查中進行。像是甲以假槍威嚇迫使對方交出財物的計畫，是否能實現不能抗拒要素，涉及到不能抗拒要素的解釋，這些都要針對行為人的主觀想像進行。

本案另涉及加重事由（攜帶凶器）的爭議，亦即：金屬玩具槍是否合於第 321 條第 1 項第 3 款「凶器」。對此，有實務見解認為，玩具槍若其材質堅硬，倘持以敲打、揮擊，在客觀上自足以對人之生命身體安全構成威脅，足認確屬兇器（108 台上 3742）。考生可採不同意見（像是從主觀目的、計畫著眼，導出否定立場），但須附具理由。

二、持槍抵住丙頭部可能構成第 305 條之恐嚇危害安全罪

前段審查肯定了脅迫要素的該當，至於脅迫與本罪之構成要件行為「恐嚇」間的關係，則可參考最高法院 80 年第 4 次刑庭決議。

此部分若得出肯定的審查結論，便須於競合部分處理另一個爭點：本罪與強盜未遂罪二者間應成立真正競合還是不真正競合？

### 三、持槍逼使丙拿取收銀機內金錢可能構成第 304 條第 1 項之強制罪

此部分得出肯定的審查結論後，亦須於競合部分處理本罪與強盜未遂罪二者間應成立真正競合還是不真正競合的爭議。

### 四、撫摸丙胸部可能構成第 224 條違反意願猥褻罪

甲持玩具槍抵住丙頭部，固屬脅迫，但其於開始實施脅迫行為當下尚無猥褻之意思。隨著考生對於案例事實的不同詮釋，可循二途徑肯定本罪之構成要件該當性：

(一) 若考生所理解之事實為「甲於起意猥褻時仍持槍抵住丙頭部」，則此時之脅迫行為與猥褻行為間仍能符合功能關連性之要求(強制行為之繼續施行係為達成猥褻之目的)。

(二) 若考生所理解之事實為「甲已放下玩具槍，先前的脅迫行為業已終結」，那麼能否構成本罪，便取決於概括條款(其他違反意願之方法)的解釋。若採學說及實務上「利用被害人無助情境」或「利用既存之強制狀態」作為概括條款的判準，則甲仍該當本罪之構成要件。反之，若於此得出否定見解，認定構成要件不該當，便須另行審查是否構成刑法第 225 條之乘機猥褻罪。

此外，考生若認定持用金屬玩具槍亦屬凶器，則此處便亦會透過第 224 條之 1 連結第 222 條第 1 項第 8 款，成立加重違反意願猥褻罪。於此考生須討論另一個爭點：行為人攜帶玩具槍時並無用在猥褻犯行之意，是否仍符合加重事由之適用前提？此處倘若得出肯定結論，便須繼續討論是否會重複評價同一加重事由的問題。對此，有肯否兩說，均屬可採，考生自行選擇，但須附具理由。

### 五、基於犯罪意圖進入超商可能構成第 306 條第 1 項之侵入建物罪

本罪所稱之「侵入」，係指未得有權者之允許，在物理上進入其所支配之場所空間。甲於 A 超商營業時間進入，開放性建物於開放期間內雖均有概括的進入許可，但甲是基於強盜目的進入，此種犯罪意圖是否會使得原本概

括、普遍的進入許可對其失效，學說上有肯定說與否定說的對立，均屬可採，考生於選擇立場時須附具理由。

若採肯定說，便須於競合部分處理本罪與進入期間所違犯之他罪的競合關係。

## 六、競合（罪數）

考生於此應針對自己先前審查成立的罪名討論競合（罪數）關係。

首先，違反意願猥褻罪乃另行起意違犯，故應與剩餘罪名成立數罪併罰（實質競合）之關係，依照第 51 條的規則處理。

其次，倘若先前認為基於犯罪意圖進入超商構成侵入建物罪，此處便須討論該罪與（加重）強盜未遂罪、強制既遂罪與恐嚇危害安全既遂罪以及（加重）違反意願猥褻罪之間的競合問題。這裡所涉及的主要爭點為：繼續犯與繼續期間內違犯之他罪究應處於想像競合還是實質競合（數罪併罰）的關係？學說上有不同主張，均屬可採，通說與實務採取想像競合的立場。

另外，在強盜未遂與強制既遂、恐嚇危安既遂之間，也會涉及到以下爭點：處於包含（特別）關係的罪名，重罪僅成立未遂，但被包含的輕罪業已既遂，則相關罪名應成立真正競合（想像競合）還是不真正競合（法條競合）？學說與實務有不同看法，均屬可採，但應附具理由。

## 貳、乙的部分

### 一、前往 A 超商可能構成第 328 條第 4 項（加重）強盜未遂罪

考生於此應審查，乙依約出現在 A 超商門口是否已屬著手於強盜罪之實行。此處若採通說及實務看法，便會得出否定結論，但應繼續討論有無可能透過其與甲的共同正犯關係，形成水平之歸責擴張，使乙亦須為甲的著手行為負責。此處涉及到乙是否已有效脫離共同犯罪之關係（著手前脫離）。依照實務（94 台上 3515、100 台上 5925）及學說見解，乙既已向甲表達脫離之意，且並未對甲之後續犯行留下作用力，即屬有效脫離，不成立強盜未遂罪之共同正犯。

於此部分考生亦可另開標題討論，乙先前與甲的犯罪約定以及自己到場的行為，是否會對甲形成共犯的參與，特別是心理、精神幫助。

### 二、前往 A 超商可能構成第 328 條第 5 項強盜預備罪



若依實務見解，出發前往犯罪現場已可論以預備強盜罪。

考生應討論此處可否類推適用刑法第 27 條第 1 項中止犯之減免規定，學說及實務對此有不同意見，均屬可採。考生若採肯定立場，便須繼續討論乙係因「障礙」或「己意」而中止，亦即出於己意（任意性）的判準之爭。

## 參、丙的部分

### 一、以球棒敲甲可能構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害罪

此處的審查重點，在於違法性階層中關於正當防衛要件的涵攝。

在防衛情狀「不法侵害」要素的部分，甲所持用者雖為玩具槍，但仍係屬透過欺瞞所施加之脅迫，為一現實存在之侵害行為。此外，甲伸手撫摸丙胸部之行為亦屬一現在不法之侵害。因此，無論採事中（行為時）還是事後認定觀點，都會肯定侵害要素的該當，故本案與容許構成要件錯誤（誤想防衛）的問題無涉。

這裡的另一個重點，則是防衛行為的必要性審查。考生須附理由交代，行為人以球棒敲擊侵害者頭部，在本案事實的相關條件下（如夜間、女性防衛者單獨面對男性侵害者、對方手持槍械等條件），防衛手段是否必要。若肯定必要性，便可阻卻違法；若認已逾必要程度，則應於罪責中適用防衛過當之規定。

### 二、指稱甲將手指插入可能構成刑法第 169 條第 1 項之誣告罪

考生於此應討論的爭點為：丙僅虛構部分事實，亦即其所指稱的犯罪事實並非全然虛偽，並未誤導司法機關對於全然無辜者開啟程序，是否仍屬誣告，學說上有不同意見。對此，實務上有主張：「刑法上之誣告罪，本不限於所告事實全屬虛偽時，始能成立。倘所告事實之一部分係出於故意虛構，仍不得謂非誣告。」（87 台上 1963）

其次，丙係被動申告虛偽事實，是否仍屬誣告，學說及實務上有不同意見。最高法院 53 年台上字第 574 號判例：「刑法第 169 條第 1 項之誣告罪，以使人受刑事或懲戒處分之意思向該管公務員誣告為要件，若因公務員之推問而為不利他人之陳述，縱其陳述涉於虛偽，既無申告他人使其受刑事或懲戒處分之意思，即與誣告之要件不符。」學說對此則有不同意見。考生於此可自由選擇立場，但須附具理由。

### 三、指稱甲將手指插入可能構成刑法第 214 條使公務員登載不實罪

虛構事實報案之行為是否構成本罪，實務上曾有採肯定立場者（最高法院 50 年度第 4 次民刑庭總會決議之 4），但後期則採否定看法，理由為「警員負有實質審查義務，尚須對於該申告之事實進行審查，確認是否屬實」。學說上結論同此，但理由相異，認為此處應從警詢筆錄的對外證明作用切入，亦即，警詢筆錄僅係證明何人曾有何等陳述，而非用以證明該等陳述之內容屬實。

至於偽證罪的部分，由於明顯不會構成，即便討論也不會有明顯的加分，但若內容有誤，甚至最後竟然得出成立偽證罪的結論，就反而會有負面影響。

### 肆、丁指稱甲強姦可能構成刑法第 310 條第 2 項之加重誹謗罪

於此應討論該條第 3 項真實性條款之要件。丁憑路人傳述，是否可算是司法院釋字第 509 號解釋所要求之具相當理由確信為真實，或是憲法法庭 112 年憲判字第 8 號要求之業經合理查證，考生應進一步論述。

倘若不能適用真實性條款不罰，亦無法透過刑法第 22 條業務上正當行為阻卻違法，考生即應針對丁現場連線配合字幕報導甲強姦的部分，討論是否有第 2 項加重事由（散布文字而犯之）之適用。

考生另亦可討論丁報導中「色膽包天」一語是否有成立公然侮辱罪之可能，若得出肯定結論，便須討論本罪與誹謗罪間的競合關係，應論以法條競合還是想像競合，學說與實務有不同看法。

### 【閱卷委員的話】

經常會有考生在看完解答參考後，擔心自己無法在考試時間內將所有的罪名和爭點都寫出來。這種憂慮雖然常見，但實屬多餘。首先，解答參考是要把案例事實中需要討論的罪名及爭點完整列出，但考試評分的重點則是在於辨識考生的程度，看出試卷間的相對差距，以評價區隔出優劣。時間不足時，考生就要在所有的罪名與爭點中，依據重要性排出優先順位，以決定處理的必要性與詳細程度。解析能讓閱卷者看出考生的程度，應該就可以獲得不錯的分數。

以下，便列出本次閱卷經常見到的一些錯誤：

- 一、在人別順次的安排上，由於甲與乙兩人有犯罪參與的關係，故甲應先於乙審查。亦即，先確認甲所實現的不法事實，再討論此等不法能否歸責於（未

親手實現該事實的)乙。此外，丙的傷害行為涉及能否對甲成立正當防衛的問題，故亦應安排在甲的審查之後。

- 二、仍有不少考生同時審查數罪名，但每個罪名皆有其自身的要素，應分別獨立審查。
- 三、不少考生在預備犯的審查中，討論有無著手實行，然後用尚未著手來肯定預備行為的該當。然而，著手實行是未遂犯的成立要件，預備犯並沒有審查此要件的空間。其次，預備行為有其自身的概念內涵，應正面認定，否定著手並無法肯定預備要素的該當。這種錯誤的涵攝論述（透過否定A來肯定B的實現，而未直接討論B的內涵），也會出現在其他部分，像是「因為不構成搶奪罪，所以成立強盜罪」。
- 四、審查故意既遂犯時，已確認客觀構成要件不該當，卻仍繼續往下審查主觀構成要件、違法性與罪責，最後得出成立未遂犯的結論。這樣的論述，除了有標題提問（是否成立故意既遂犯）與結論（成立未遂犯）不一致的形式問題外，實質上也漏未審查著手實行要件。
- 五、將中止未遂適用要件的討論，置於構成要件階層或罪責審查階層討論。依照通說看法，中止未遂是個人之解除刑罰事由，審查位置應該在不法與罪責之後。
- 六、先討論中止問題，之後才處理脫離問題。邏輯上，應先處理乙是否脫離犯罪參與關係，若已脫離，就不需要對於甲在其脫離後所實現的不法（未遂犯）負責，也才会有預備階段能否透過中止減免其刑的討論。
- 七、主張在預備階段仍可「適用」刑法第27條的中止減免規定。精確地說，此處由於尚未著手，不合於刑法第27條的要件，故無法直接適用，但仍有「類推適用」的空間。
- 八、審查正當防衛時，考慮衡平性。依照通說看法，審查正當防衛時，原則上不需要考慮法益均衡性。
- 九、有不少考生在審查甲是否構成強盜未遂罪時，討論有無刑法第26條的適用。如果本案事實是行為人誤取玩具槍，或許還有討論的空間。但甲的計畫是用玩具槍冒充為真槍來威嚇對方，也就是透過欺瞞來脅迫，就威嚇目的來說，金屬仿真玩具槍是一個適宜的工具，並沒有方法（手段）不能的問題。
- 十、部分考生認定，乙出現在A超商門口即屬著手於強盜罪之實行，成立強盜

未遂罪，卻又接續討論有無脫離的問題。首先，抵達預定的犯罪現場觀望，無論是依照學說還是實務的判準，均應得尚出未著手實行的結論。並且，甲最後也只成立強盜未遂罪，如果乙自身已成立強盜未遂，此部分便無討論是否脫離的實益。

- 十一、相當數量的考生混淆了強盜罪與準強盜罪，因此在審查強盜取財罪（刑法第 328 條第 1 項）的構成要件時，竟稱「該罪是否以取得財物為要件仍有爭議，有學者認為僅需實行強制行為即可…」。類似的錯誤，像是指稱「強盜罪是否須至使不能抗拒，學說上有不同看法，司法院釋字第 630 號解釋採肯定見解……」。
- 十二、審查強盜罪的強制手段時，未區分強暴與脅迫，含混統稱為「強制行為」或「強暴脅迫之行為」。另外也有很多考生把持槍威嚇的脅迫（心理上的強制）定性成強暴（物理上的強制）。
- 十三、強盜取財罪，依通說看法，為複（雙）行為犯，在兩個構成要件行為（強制行為與取財行為）之間必須具有「手段目的的功能性關聯」，亦即強制行為必須以取財為目的。但這樣的功能性關聯有別於結果犯中行為與結果間的因果關係。許多考生把取財行為當作脅迫行為的結果，並以條件理論或相當理論審查其間的關聯。
- 十四、審查強盜未遂罪的構成要件，卻在客觀要件中討論被害人是否已至不能抗拒。除非採取過時的構成事實欠缺理論，否則未遂犯的客觀要件就只有著手實行，無須審查其他客觀要素是否實現。
- 十五、將強盜取財罪的既遂時點定在「新持有穩固」。事實上，強盜取財罪與竊盜罪相同，只需要行為人建立新持有，而不要求建立的新持有業已安全、穩固。
- 十六、有不少考生審查偽證罪，並指稱偽證罪是否須具結仍有爭議。本案中，明顯不合於偽證罪「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時」要件。至於「具結」要素，既然已寫入條文中，或許還可爭執其要素屬性（不法要素還是客觀處罰條件），但無論如何都必須實現。此要素已明文訂在條文中，沒有爭議的空間，但許多考生仍稱此處有不同意見，屬嚴重錯誤。
- 十七、行為犯（如誹謗罪）並未要求構成要件結果，許多考生卻審查因果關係與客觀歸責。
- 十八、稱刑法第 224 條為「猥褻罪」。但以猥褻為構成要件行為的罪名為數不

少，本罪應稱作違反意願猥褻罪或強制猥褻罪。

十九、將共同正犯簡稱為共犯。早年學界確實有廣義共犯與狹義共犯的語詞使用，但由於共同正犯亦屬正犯，以共犯稱之易生誤解。

二十、於本案中討論容許構成要件錯誤(誤想防衛)，亦屬錯誤。持玩具槍脅迫，已屬不法侵害，更何況行為人還伸手撫摸猥褻對方，客觀上存有現在不法之侵害應屬無疑，沒有誤想防衛的問題。

## 第二題

### 【總題說明】

本題以社會上常見之重大財經犯罪案例為題材，期使學理與實務得以兼顧，設計一從偵查階段開始之搜索、各項(詢)訊問，以及羈押要件是否符合，尤其是 24 小時之計算與拘捕之構成等，直到傳聞法則、通訊監察另案監聽之判斷與證據能力，以及判決有罪後上訴救濟與不利益變更禁止原則等之綜合判斷等。廣泛測驗考生對於刑事訴訟法重要概念及法條之瞭解，及於個案運用之重點、實務及通說見解之認識以及新法的規定等，題目重點分配均勻並能測驗出考生之程度。

### 【評分要點】

#### 第(一)子題

刑事訴訟法第 93 條第 2 項前段規定：「偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，以聲請書敘明犯罪事實並所犯法條及證據與羈押之理由，備具繕本並檢附卷宗及證物，聲請該管法院羈押之。」本題中，民國 108 年 5 月 27 日上午 8 時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，連上廁所都遭派員看守，這些措施是否足認甲已經喪失自由，形同遭拘提或逮捕以致影響 24 小時期間開始起算？

刑事訴訟法第 144 條第 2 項、第 3 項規定：「執行扣押或搜索時，得封鎖現場，禁止在場人員離去，或禁止前條所定之被告、犯罪嫌疑人或第三人以外之人進入該處所。」、「對於違反前項禁止命令者，得命其離開或交由適當之人看守至執行終了。」再依同法第 150 條第 2 項規定：「搜索或扣押時，如認有必要，得命被告在場。」明定禁止搜索現場人員離去或被告之在場義務。最高法院 112 年度台上字第 1815 號刑事判決對此認為：「……雖不免影響其等之行動自由，惟

此乃為防止犯罪嫌疑人或被告自搜索現場逃逸，兼及保護執行搜索人員之人身安全與確保搜索程序圓滿完成而設之必要處分，並非對人身自由實施直接之干預。且執行搜索人員要求在場人員停留在搜索現場至執行終了，並未將其帶離該處所，亦不致對其造成名譽上的重大影響，且干預人民之行動自由程度輕微，除非另行逮捕或拘提，禁止離去人員於搜索執行完畢後儘可離去，即與逮捕之拘束人身自由的強制處分，迥不相同。……。」故被告甲於搜索期間受到上開之限制，係為達成搜索、扣押之目的，與訊問案情無涉，自與刑事訴訟法第 93 條第 2 項所謂偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內聲請之規定不同，難認為搜索期間所受限制期間，應計入二十四小時內。

本題回答以是否羈押要件與拘捕前置原則、拘提或逮捕之構成，24 小時之計算與刑事訴訟法第 144 條第 2 項、第 3 項關於搜索執行時之規定等為重點，若能根據題目之條件加以完整回答當能獲致高分。部分考生答稱如「訊（詢）未盡告知義務」、「檢察官施加不正訊問方法」、「檢察官不可夜間訊問」、「檢察官刻意拖延訊問時間」等與題目並無直接相關之問題，脫離題目所設下之事實條件或是誤解法律規定，或是直言被告甲之自白禁止使用等等，事實上題目根本未提及甲有自白，均是未仔細看題或是自我設定事實條件等逕行回答，分數自不理想。

## 第(二)子題

### 一、監聽內容是否屬傳聞證據

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！」，重點在於此一對甲甚為不利之對話內容是否具有證據能力？由於題目已經明示依法監聽甲之電話，故此處重點並非通訊監察合違法之判斷，而是內容之問題。

刑事訴訟法第 159 條第 1 項：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」惟何謂「言詞或書面陳述」，法律沒有進一步規定。法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 88 點（傳聞證據之排除）內有補充之解釋「為保障被告之反對詰問權，並符合直接審理主義之要求，若提出被告以外之人（含共同被告、共犯、證人、鑑定人、被害人）於審判外之言詞或書面陳述，作為證據以證明其所敘述之事項為真實者，該被告以外之人於審判外之陳述應屬於傳聞證據，除法律另有規定外，無證據能力，不得作為證據使用。……」另實務見解如最高法院九十七

年度台上字第一〇六九號判決內亦稱「(五)、所謂被告以外之人於審判外之陳述，係指被告以外之人就其曾經參與或見聞之事實，事後追憶並於審判外為陳述者而言。如被告以外之人係被告犯罪之共同正犯、共犯、相對人、被害人或其他關係人，而於被告實行犯罪行為時與被告為言詞或書面對談，且其對話之本身即係構成被告犯罪行為之部分內容者，因非屬其事後就曾經與聞之事實所為之追憶，自與審判外之陳述有間，二者不容混淆。又國家基於犯罪偵查之目的，對被告或犯罪嫌疑人進行通訊監察，乃係以監控與過濾受監察人通訊內容之方式，蒐集對其有關之紀錄，並將該紀錄予以查扣，作為認定犯罪與否之證據，屬於刑事訴訟上強制處分之一種，而監聽係通訊保障及監察法（下稱通保法）第十三條第一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，則依前開說明，自與所謂『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。」

按此，「乙：公司那塊地賣得太便宜了，將來消息出來，公司股價可能會不妙！」之陳述，乙係被告犯罪之共同正犯、共犯、相對人、被害人或其他關係人，而於甲實行犯罪行為時與甲為言詞或書面對談，且其對話之本身即係構成甲犯罪行為之部分內容者，因非屬其事後就曾經與聞之事實所為之追憶，並非審判外之陳述，且該錄音係於合法通訊監察中所錄得，自具證據能力。

故本題如能清楚分析傳聞之構成以及「非傳聞」等，並就本題所涉及之事實詳細分析解答，自能獲得高分。

## 二、另案監聽之爭議

依據題意，偵查機關係以特別背信罪為案由，過程中卻錄下涉及內線交易之內容，是否屬另案監聽？通保法第18之1條第1項規定「依第五條、第六條或第七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五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」最高法院刑事大法庭110年度台上大字第5765號裁定認為：「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祇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。」本案係因特別背信罪進行通訊監察，卻聽到報告涉嫌內線交易罪的談話。按此，自屬本法第十八條之一第一項所稱其他案件。

既屬於另案監聽，而依題意該段談話檢察官未於發現後七日內補行陳報法院，則此法律效果為何？有學說認為，既然未於七日內補行陳報法院，不符合通保法第 18 條之 1 第 1 項之規定，依該條「不得作為證據」之文義，監聽內容無證據能力。按此，甲之辯護人之主張有理由。過去實務多認為應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡理論，例如最高法院 106 年度台上字第 4011 號判決：「……雖係「另案監聽」所附帶取得，且未經執行機關報由檢察官陳報法院審查認可，惟基於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，加以販賣毒品係嚴重危害社會治安之重罪，相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝，應容許法院於審判時適用刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡理論判斷有否證據能力。」、最高法院 107 年度台上字第 3052 號判決：「而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。」最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5765 號裁定認為：「犯罪之偵查常處於浮動狀態，考慮偵查效率及刑事有效訴追等要求，與搜索之情形相同，監聽亦係對尚未確定事證之蒐集，無從自始即清楚、明確知悉通訊對象與對話內容，而可事先預測或控制監聽所可能擴及之主觀及客觀範圍，故在監聽執行階段保持一定之彈性，為偵查事理本質之必然。」、「無論基於學說「假設再次干預亦受允許」或「類似犯罪例外」之觀點，均認為監聽標的乃犯罪嫌疑人使用之特定通訊設備（例如行動電話），故凡經由該通訊設備撥出或接收而參與和監聽案由有關之通話內容，均不可避免落入實際執行監聽之範圍內。惟此際因並未進一步擴大侵害對話者合理隱私保護之範圍，故於執行機關善意執行監聽時，本案監聽之結果難免會偶然擴張至原監聽活動可及範圍之其他犯罪，此乃執行監聽活動事理本質所必然，不會導致原通訊監察令狀之濫用，並無違反法官保留而牴觸令狀原則可言。……、



是以，前述情形之另案監聽所得，既未擴大原監聽偵查之目的、範圍，不會使得本案監聽成為另案監聽之託辭，尚不致造成本案監聽程序之濫用，並不當然應依通保法第 18 條之 1 第 1 項前段之規定，絕對排除其證據能力，俾在未擴大侵害合理隱私期待之前提下，兼顧有效保全證據及避免無謂訴訟資源之耗費。」按此，縱使該段談話檢察官未於發現後七日內補行陳報法院，但不當然應依通保法第 18 條之 1 第 1 項前段之規定，絕對排除其證據能力。

故本題如能瞭解考題之重點在於知悉「另案監聽」之構成，發現後七日內補行陳報法院之解釋，並能清楚敘述學說與司法實務之重點並就本題所涉及之事實詳細分析解答，自能獲得高分。反之，若答題內容為起訴狀一本主義、審判中檢察官是否可以繼續蒐證等，偏離題目意旨，所得分數自低。

### 第(三)子題

僅就沒收法律效果上訴，其一部上訴合法（刑事訴訟法第 348 條第 3 項）。另改諭知沒收 3000 萬元有無違反不利益變更禁止原則？刑事訴訟法第 370 條規定不利益變更禁止原則：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。」二審改諭知沒收 3000 萬元，並非諭知較重於原審判決之刑，自無違反刑事訴訟法第 370 條的情形。111 年憲判字第 18 號判決認為「沒收犯罪所得，從其性質、目的及效果觀之，非屬刑罰或類似刑罰。應沒收之犯罪所得，雖以相對總額原則計算其範圍，亦不得逕行推斷犯罪所得之沒收具刑罰或類似刑罰之性質。是系爭規定明定，沒收適用裁判時之法律，其中涉及沒收犯罪所得部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題」。本判決詳細闡釋「就沒收犯罪所得之性質言，……，此與刑罰係基於制裁個人犯罪行為而設，行為人須因違法且有責行為始受刑事制裁有異。犯罪所得之沒收，有別於刑罰」、「僅係回復合法之財產秩序，並具防止犯罪行為人及非善意之第三人以不法獲取之所得，再次投入其他非法使用之功能，不具懲罰性。沒收犯罪所得與刑罰大相逕庭」、「……沒收犯罪所得有異於刑罰」、「……沒收犯罪所得異於刑罰」及「……犯罪所得經國家沒收後，被害人仍得請求檢察官發還。沒收犯罪所得異於刑罰」等諸多理由，認為沒收犯罪所得，非屬刑罰或類似刑罰。故二審改諭知沒收 3000 萬元，並非諭知較重於原審判決之刑，自無違反刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止原則的情形。

本題之重點如上，考生如能就允許一部上訴、不利益變更禁止原則以及沒收

犯罪所得非屬刑罰或類似刑罰等正確解釋並詳細闡述，自可獲得高分，反之則分數不理想。

### 【閱卷委員的話】

- 一、 試務單位已經提供了法律條文供考生於考試時查閱，但仍有部分的考生對於所涉及之法律條文並未明確地引用至條、項、款，未呈現出能精確適用法律之能力。甚至根本鮮少引用法條或是實務通說，憑著「感覺」作答，自無法獲得高分。
- 二、 部分考生未根據題目所給的事實條件涵攝作答，而是自行創造事實，例如第 1 小題回答訊問均未盡告知義務，事實上題目內根本未出現此一事實。又如有主張被告甲之自白無證據能力，然題目內根本未提到甲曾為自白。以致部分考生浪費許多時間精力在回答並非爭點的部分，分數自然並不理想。
- 三、 新修法規定、最高法院大法庭裁定或一致性見解、憲法法庭判決等，為重要的法律現況或實務遵循標準，也常是考題的主要測驗內容，考生宜多加注意。避免使用舊法來解題，或是自我想像式的法律見解來回答，無法獲得理想分數。
- 四、 部分考生在作答時，於答案卷有大範圍的刪除或更改，或在作答中大量穿插後補之內容或跳躍補充，顯見其正式作答前並未做整體之規劃，對於每個部分應討論何等爭點，有哪些相關的學說爭議及實務見解，並未先行整理架構，建議考生在開始作答前，可利用稍許時間靜下心先針對題目所述事實，就涉及的各個問題及檢驗順序擬好大綱後後再開始正式作答。

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：民法與民事訴訟法(一)

第一題

【總題說明】

本題主要在評量應考人對公用地役關係之適用對象及其要件的理解程度，並以此為基礎，延伸至關於妨害排除請求權之要件、侵權行為之責任成立要件、無因管理之費用償還請求權等問題。題目範圍包含民法物權編及債編之規定，旨在測驗應考人對相關規定之適用的熟稔度，以判斷是否具備擔任司法實務工作之基本能力。

【評分要點】

第(一)子題

本子題涉及乙是否有正當理由設置排水溝排放無害工業廢水至A地的問題。

依司法院釋字第400號解釋理由書：「公用地役關係乃私有土地而具有公用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間...。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，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（例如始於日據時期、八七水災等）為必要」。該號解釋雖係以通行為適用對象，但因A地供周遭不特定多數農地排水使用，又從無異議情事，且年代久遠未曾中斷，故可認A地上存在「以農田排水為目的之公用地役關係」。

而甲得否請求乙停止排放工業廢水，須視乙在利用此公用地役關係上，甲對A地之所有權有無受到妨害，其規範依據係民法第767條第1項中段規定的妨害除去請求權，於適用上應滿足以下要件：

1、請求權人為所有人

A地雖存在公用地役關係，但A地的所有權僅在特定公用目的之「必要限度」範圍內受到限制，其他基於所有權享有的積極與消極權能，與一般所

有權並無不同。基於買賣契約輾轉取得 A 地之甲當然係民法第 767 條第 1 項規定的所有人。

## 2、妨害之意義

民法第 767 條第 1 項中段規定所稱「妨害」，須為「不法」的妨害，始足當之。對所有權的「合法」妨害，所有人不得行使妨害除去請求權。

實務見解認「私有土地因公共利益目的提供公用，形成公用地役關係，土地所有人之財產權，係因負擔特定公共利益目的之社會義務而受限制，自應僅在該特定公共利益目的之正當行使狀態下，方得限制其權利之行使，倘逾越特定公用目的或為不當之行使，不法侵害所有權人之權利，所有權人非不得請求排除或賠償損害（最高法院 106 年度台上字第 1009 號判決要旨。類似意旨另可參照最高法院 101 年度台上字第 728 號判決）

據此，A 地存在以農田排水為目的之公用地役關係，A 地所有權行使，固然因公共利益目的而受到一定限制，但僅在特定公用目的之「必要限度」範圍內，始受限制，逾此必要限度範圍，其所有權仍應受一般所有權之保護，如有妨害，仍具有不法性，所有人並無容忍義務，妨害之人亦非正當行使權利，所有人仍得行使其妨害除去請求權。

乙係排放工業廢水進入 A 地，已逾越一般情形下農田排水灌溉的必要限度範圍，即使無害，未影響甲在 A 地經營養殖漁業，甲亦無容忍義務，乙亦非正當行使權利，其妨害行為具有「不法性」。

## 3、請求之相對人

乙對於排放工業廢水進入 A 地的不法妨害行為或妨害狀態，具有加以除去之支配力，係民法第 767 條第 1 項中段規定有除去妨害義務之人。

綜上所述，甲得依民法第 767 條第 1 項中段規定，請求乙停止排放工業廢水。

### 第(二)子題

甲得否請求丙賠償無法繼續利用地經營事業之營利損失，須視其是否滿足侵權行為之成立要件。

#### 1、民法第 184 條第 1 項前段規定，有無適用餘地？

依通說與最高法院近年見解，民法第 184 條第 1 項前段規定的適用，須

「權利」被侵害。A地雖存在公用地役關係，但其所有權保護與一般所有權並無不同。丙排放有毒農田污水，導致甲無法於A地養殖漁業，係侵害「A地所有權」，並非「純粹經濟上損失」，應有民法第184條第1項前段規定的適用。

## 2、民法第184條第1項前段規定之要件的檢討

### (1) 損害

甲無法於A地養殖漁業，不能圓滿行使所有權使用收益權能，係侵害A地所有權，構成一種（責任成立上的）「損害」。丙不得以A地所有權行使受到特定公用目的限制，主張其未侵害A地所有權。

### (2) 因果關係

甲的損害，來自於丙排放有毒農田污水，丙排放有毒農田污水行為，與甲的損害間具有「因果關係」。

### (3) 不法性

依「結果不法」說，侵害「權利」，構成要件該當，推定行為不法，在無阻卻違法事由時，行為即具「不法性」。依此說，A地所有權既被侵害，即推定不法，經查本件並無違法阻卻事由存在，故可認定行為不法。

依「行為不法」說，丙的行為已逾越一般情形下農田排水灌溉的必要限度範圍，甲無容忍義務，丙非正當行使權利，丙違反「不得任意侵害他人權益」的一般社會生活義務，其行為具有「不法性」。

A地存在以農田排水為目的之公用地役關係，其所有權之行使固然因公共利益目的而受到一定限制，但如前所述，A地之所有權僅在特定公用目的之「必要限度」範圍內，始受限制，逾此必要限度範圍，其仍應受一般所有權之保護，如有侵害，仍具有不法性，A地所有人並無容忍義務，侵害之人亦非正當行使權利。丙排放有毒農田污水行為，應認定為具有不法性。

### (4) 過失

丙設置並管理維護自己所有農地上的農田排水溝，對於排放有毒農田污水進入A地，對甲可能造成損害一事，衡諸一般情形，應有預見及防免可能性，竟疏忽未及注意，不斷排放有毒農田污水進入A地，以善良管理人注意程度而言，其未能預見並採取防免措施，應認定為具有過失。

綜上所述，甲得依據民法第 184 條第 1 項前段規定請求丙賠償所受營業利益損失。

### 第(三)子題

乙得否請求甲償還費用的規範依據，應檢討者係民法第 176 條第 1 項規定的無因管理費用償還請求權，

無因管理人依民法第 176 條第 1 項規定，請求本人償還其因管理事務所支出的費用，必須其與本人間「成立無因管理」，且該無因管理屬「適法或正當的無因管理」。

以本小題而言，乙雖係主動改善工廠排水設施，避免廢水繼續排放流入 A 地，乙主觀上即使兼有為甲管理事務之意思，但承第(一)小題之結論，乙並無排放工業廢水進入 A 地的權利，甲亦無容忍乙排放工業廢水的義務，乙之所作所為，係在履行自己所負除去妨害狀態的義務，並非「無法律上之義務」而為他人管理事務（民法第 172 條前段規定參照），與無因管理之成立要件不合，自不得主張民法第 176 條第 1 項規定的費用償還請求權。

## 【閱卷委員的話】

### 第(一)子題

可確實掌握到本小題係以公用地役關係為檢討基礎者，基本上均能得較高之得分。而未意識到公用地役關係之應考人，則多數以相鄰關係中有關流水之相關規定為檢討對象，特別是以第 779 條第 1 項為論述重點者居多。應考人如能更仔細注意到題目之 A 地係「呈池塘狀態、供周遭農地排水使用」，其不同於第 779 條第 1 項係為排水至河渠或溝道，得使其水「通過鄰地」之情形，則在思考方向及後續論述應會有不同的結果。另亦有以第 775 條為論述根據者，惟本條規定係以「自然流至之水」為規範內容，與題示「供周遭農地『排水』」之情況亦顯有不同。

於甲無須對乙負容忍義務之前提下，乙之行為已構成「妨害」狀態，故甲對乙係依第 767 條第 1 項中段行使妨害排除請求權，部分應考人未注意及此，而援用同條項後段之妨害預防請求權為依據，難謂妥當。

## 第（二）子題

應考人普遍能掌握本小題屬侵權行為的問題，惟在論述上，即使係以甲之所有權的用益權能（權利）受侵害展開論述的應考人，亦鮮見詳細檢討其他成立要件致未竟全功，實屬可惜。

另較多見之答案則係將甲所請求之損害定位為所謂之「純粹經濟上損失」，而從所謂之「差別保護說」、「平等保護說」為出發點進行檢討。採取差別保護說者復有以保護受害人為由，認為應將第 184 條第 1 項後段之「故意背於善良風俗」擴張為「重大過失」，以適用至本小題中「疏忽未及注意」之丙；亦有以丙非「故意」，故應適用第 184 條第 2 項者。但採取後者之見解者基本上均未詳論丙究係違反何具體之「保護他人之法律」、或僅舉出某規定即係「保護他人之法律」，而未詳論所舉規定之旨趣與「保護他人之法律」之關係。依此架構解答之應考人就一般侵權行為之三類型的射程範圍均有普遍的理解，值得肯定，但因未掌握實務及學說見解的變化，實屬可惜。

## 第（三）子題

本子題係延續第（一）子題之結論的設問，故應考人在第（一）子題的結論必然影響到本小題之思考方向，也正因如此，本子題的作答普遍未能點到重點。大多數作答雖均援引第 776 條為判斷依據，但比對題目內容（乙並未造成甲受有損害）及該條規定內容（「致損害及於他人之土地，或有致損害之虞」），可知二者並不相同，因此即使結論正確，仍難謂妥當。

附言：

1. 綜觀本次考試之作答，發現應考人應有判斷作答時所援用之規定，在文字、內容上即有與題目內容不同之可能，但卻未進一步思考其意義，以作出更合理的說明。釐清題目之爭議點及確認有適用可能之規定後，有必要仔細確認該規定之適用要件及適用範圍等是否確實與題目有關，以免誤導思考方向。
2. 雖然字跡潦草至須一字一字研讀（甚至是推敲）的答案卷僅是少數，但仍提醒應考人作答書寫之文字務必力求工整。
3. 因錯用或混雜使用當事人的代號（甲、乙、丙、、、）致內容及結論有互相矛

盾情形者，有影響得分之可能。

4. 提醒應考人注意力求依循題目所示之子題號，清楚標示於答案卷上作答。
5. 提醒應考人注意應依題號（一）作答於標示有該題號（第一題）之答案卷。

## 第二題

### 【總題說明】

本題測驗重點涉及憲法法庭 112 年度憲判字第 4 號判決關於民法第 1052 條第 2 項但書規定是否違憲之審查結論、民法繼承編關於繼承順序之規定、結婚之形式要件、繼承遺產後就共同共有物為本於所有權之請求及行使共同共有債權方式上之區別等相關問題，均屬民事身分關係上常見及衍生之重要課題。旨在測驗應考人對於民法親屬編及繼承編之基本觀念是否清楚，及是否對於憲法法庭近期之判決內容有所認識，藉以瞭解應考人是否具備位擔任司法官或律師之基本法律能力。

### 【評分要點】

#### 第(一)子題

本子題之重點，在於甲係以民法第 1052 條第 2 項所定婚姻有前項以外難以維持之重大事由為據，向法院訴請與乙離婚，然依題旨，甲為唯一有責之一方，按現行民法第 1052 條第 2 項但書之規定，唯一有責之配偶應不得依該條項規定訴請離婚。然因該條但書規定有違憲疑慮，經憲法法庭審查後，已於 112 年 3 月 14 日作成 112 年度憲判字第 4 號判決，認民法第 1052 條第 2 項但書之規定，原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違，但該規定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請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。故第一審法院在上開憲法法庭判決宣示後，於判斷甲之離婚請求有無理由時，即應分析思考題示情形是否符合該判決所指顯然過苛之情形，並說明倘已屬顯然過苛之情形，是否應准許甲離婚之請求，或參照憲法訴訟法第 54 條第 1 項之規定，審酌有無必要依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法修正後，依新法續為審理。



## 第(二)子題

本子題之重點，關於甲之遺產由何人取得部分，包括甲死亡時，其與乙之離婚訴訟尚未經判決確定，依家事事件法第 59 條前段規定，該離婚訴訟因甲之死亡視為終結，故乙仍為甲之配偶，依民法第 1144 條規定，為甲之繼承人；甲與乙所生之丙，依民法第 1063 條 1 項規定，推定為甲之婚生子女，另甲與丁所生之戊，業經生父甲認領，依民法第 1065 條第 1 項規定，亦視為婚生子女，故依民法第 1138 條第 1 款規定，丙、戊均為甲之第一順序繼承人。又關於戊之遺產由何人取得部分，因民法第 982 條所定結婚之形式要件中，「證人」須為親自見聞結婚雙方均有結婚真意之人，而依題示情形，證人癸、丑既未曾與在咖啡廳等待之戊見面，顯然未能親自見聞戊有無與壬結婚之真意，而非適格之證人，依民法第 988 條第 1 款規定，戊與壬之結婚應為無效，故壬並非戊之繼承人；另戊與其生母丁之關係，依民法第 1065 條第 2 項規定，視為婚生子女，無須認領，故依民法第 1138 條第 2 款規定，因戊無子女、配偶，其繼承人為生母丁。

## 第(三)子題

本子題之重點，在於先說明甲之遺產在尚未分割前，依民法第 1151 條規定，應由各繼承人共同共有；並進一步區分請求拆屋還地部分，係依民法第 767 條第 1 項前段、中段規定，本於所有權而為請求，故依民法第 828 條第 2 項準用同法第 821 條規定，得由丙單獨起訴請求，但關於請求返還 A 地部分，僅得為全體共有人利益為之，故應請求返還予共有人全體；至請求給付欠租部分，則屬共同共有債權之行使，非屬回復共同共有債權之請求，故無民法第 821 條規定之準用，應依同法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，經共同共有人全體同意，或由共同共有人全體為原告，當事人之適格始無欠缺（最高法院 104 年度第 3 次民庭會議決議參照）。

### 【閱卷委員的話】

#### 第(一)子題

本子題答題之關鍵，在於是否知悉憲法法庭 112 年度憲判字第 4 號判決已就民法第 1052 條第 2 項但書規定有無違憲作成審查結論，並清楚瞭解該判決之正確內容。在閱卷過程中，發現部分應考人完全未提及上開憲法法庭判決內容，顯然對於此一重要判決之存在毫無所悉；亦有部分應考人雖提及此一判決，但從

其論述過程中，可見其對於該判決內容有所誤解，未能完整掌握正確之審查結論（例如稱上開判決已宣告民法第 1052 條第 2 項但書全部違憲，故唯一有責之配偶日後均得訴請離婚等），殊為可惜。建議應考人對於近期宣示之重要憲法法庭判決，能多加留意關注，並確實理解其內容重點，始能在答題時切中問題核心，提出正確完整之法律見解。

## 第(二)子題

本子題涉及之問題，雖然均為民法親屬編或繼承編之基本規定及觀念，但因為題目設定之相關人員較多且關係複雜，不少應考人發生張冠李戴之錯誤，或混淆彼此間之親屬關係，以致未能正確作答。建議應考人遇此情形，除務必詳讀題目外，亦可製作簡易關係圖、標明稱謂及重要事項，較有利於問題之思考及答題之正確性。另因本子題需就甲、戊之繼承人各為何人，分別論述判斷，建議應考人宜分別就甲、戊之繼承人可能為何人，分項、分點逐一擇要分析認定，並將結論清楚表明，避免全部混雜交錯論述，如此不僅有助於結論之完整性、正確性，亦使閱卷委員較易迅速掌握應考人之答題內容，而獲得肯定。

## 第(三)子題

本子題多數應考人均能正確作答，不致離題。但部分應考人未先說明甲之遺產，在分割遺產前，為各繼承人共同共有，即直接引用共同共有之相關規定作答，在論述之邏輯及層次上，略欠周詳。又有關共同共有之債權如何行使部分，在實務及學說上較有爭議，惟在答題時，仍宜以目前實務上最高法院民事庭會議所採之法律見解為優先，如不贊同該見解，但能具體說明何以不採之適當理由及學說論據，亦值肯定。另在引用法條時，應力求精確，例如民法第 828 條共有 3 項規定，究係引用何項之規定，應清楚表明，始屬完整無誤。

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：民法與民事訴訟法(二)

第一題

【總題說明】

本題主要在測驗應考人對違約金酌減規定適用上所生相關訴訟法問題之掌握程度，包含：對待給付判決、反訴之闡明義務及宣告假執行適格。此外，酌減後違約金返還義務與出賣人返還買賣標的物義務之同時履行關係及違約金酌減訴訟之性質，亦在測驗範圍之內。

【評分要點】

第(一)子題

- 一、是否有論述到法院酌減違約金之法律及法理根據？
- 二、是否有論述到乙得就甲之酌減後違約金返還義務，與自己之回復原狀義務為同時履行抗辯之法律及法理根據（最高法院民事大法庭 110 年度台上大字第 1353 號裁定）？
- 三、是否有論述到法院為對待（或交換）給付判決之法律、法理根據及其具體內容？

第(二)子題

- 一、是否有論述到反訴闡明義務之法律及法理根據？
- 二、是否有論述到乙之同時履行抗辯係屬「主張消滅或妨礙原告請求之事由」，而有「究為防禦方法或提起反訴有疑義」之情事？
- 三、是否有論述到同時履行抗辯與提起反訴對於乙之實體、程序利益及公益（訴訟經濟、裁判一致性）上之差異？

第(三)子題

- 一、是否有論述到依聲請宣告假執行之法律及法理根據？向來認為具有宣告假執行適格之「關於財產權之訴訟」，是否包括形成訴訟？
- 二、是否有論述到乙所提返還酌減後違約金之（反）訴係兼具形成及確認性質之給付訴訟？
- 三、是否有論述到法院酌減違約金具有溯及效力，其實體法上效果非待判決確定始行發生？
- 四、是否有論述到乙既已願供擔保代替必要性之釋明，法院即應定相當之擔保，宣告供擔保後得為假執行？

### 【閱卷委員的話】

#### 第(一)子題

本子題著重於民事實體法面向的分析，惟也有必要一併就民事程序法面向的觀點進行說明。

首先，本件乙未依約給付尾款，甲已解除買賣契約，並依違約金約定將乙已給付之價金 2500 萬元予以沒收抵充違約金；此部分該買賣價金已變更為違約金之性質，經法院酌減至相當數額後，就出賣人應返還之金額，可認為屬不當得利性質。對此，考生多能掌握。

其次，就價金已變更為違約金性質而酌減後甲應返還者係屬不當得利而言，是否有民法第 264 條同時履行抗辯規定之適用或類推適用，容有不同見解。最高法院大法庭 110 年台上大字 1353 號裁定認為，此出賣人應返還餘額之義務，與買受人因買賣契約解除後所負回復原狀之給付義務，係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，因而可類推適用民法第 264 條之規定；而自程序法面向考量，若肯認同時履行抗辯之主張並為對待給付判決，亦有利於當事人間紛爭之終局解決與訴訟經濟。

依上所述，就法院應如何為本案判決的問題，若採同時履行抗辯之主張有理由之見解，考生宜將對待給付判決的內容寫出，即判決命乙應於甲給付 1000 萬元之同時，將 A 地所有權移轉登記予甲。如上之答題，較為完整。

即使考生就是否有民法第 264 條規定之適用或類推適用採取不同見解(否定說)，若可寫出論證上的合理理由或依據，亦能獲得一定的分數。部分考生著重於一貫性審查之分析，而有偏離問題作答之情形，較為可惜，此部分將視考生於

答題內容中如何說明與本件相關的實體法正當性內容，而酌予給分。

## 第(二)子題

本子題關於審判長闡明義務之依據，係民事訴訟法第 199 條之 1 第 2 項之規定(被告主張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)；考生宜進一步具體說明，本題中審判長之闡明可實現何種目的或理念。具體而言，因前述之對待給付判決，就違約金過高應返還部分並無執行力，為使訴訟制度發揮紛爭解決功能，促進訴訟經濟，並保護程序利益，而依上開規定認為審判長於符合要件下負有闡明義務。

再者，考生宜進一步針對本件的題示事實是否符合第 199 條之 1 第 2 項之規定進行涵攝，具體而言，乙主張「違約金過高部分為不當得利而應返還予乙，在甲退還前不得請求移轉 A 地所有權」等語究僅為同時履行之抗辯，抑或有提起反訴請求酌減後返還之意，若有不明瞭之疑義，法院應予闡明。

部分考生著重於說明本題之情形具有「闡明的端緒」而應闡明，宜留意的是，是否有闡明端緒一事主要是針對「是否逾越闡明之界線而有不當闡明」之問題而言，法官中立性之維護亦甚為重要，亦有其理。然而，於本題之情形，考生仍宜著重於當事人之主張是否有「究為提起反訴或防禦方法有疑義」或有「不明瞭」之情事，並直接引用民事訴訟法關於闡明義務之明文規定作為依據，較為妥當；相對於此，考生宜留意避免於答題論述上過於簡略地以「有闡明之端緒，故審判長應闡明」等內容作答，而忽略法條就「主張之不明瞭或有疑義」等情事已有明文之闡明義務規定，如此則較為可惜。

## 第(三)子題

本子題的答題重點，主要在於違約金酌減裁判之實體法效力發生時點，及本件請求係具宣告假執行適格之財產權訴訟。

詳言之，買受人依不當得利規定訴請出賣人返還酌減後之違約金，此不當得利返還訴訟具給付訴訟之性質，而法院所為之酌減則具有形成與確認性質，該酌減之效果究係具有溯及效力，或是自法院判決確定時始發生，此為酌減之實體法效力問題，應考量實體法所欲實現之目的與價值進一步分析。就此而言，違約金過高部分所為之約定可解為因違反誠信原則而不生效力，法院所為之此項酌減可解為具有溯及效力，而非待法院所為之判決確定時始發生。依此，就本題的事

實而言，本件酌減違約金後之不當得利返還請求訴訟，係具有宣告假執行適格之財產權訴訟。多數考生對於上述酌減違約金之性質與效力為何之論述，較不完整，惟評閱時仍會就考生對於違約金酌減的性質、本件返還訴訟之性質及考生對假執行程序之理解與掌握度等，綜合評價予以合理分數。

## 第二題

### 【總題說明】

本題主要在測驗應考人能否區辨連帶債務、不真正連帶債務之異同，及是否可於具體個案中，掌握該共同訴訟之型態、為正確之應受判決事項聲明，暨應考人於該共同訴訟中如何具體適用民法第 217 條規定、有無運用共同訴訟中主張共通原則、民事訴訟法第 278 條規定。最後則測試應考人可否就不同共同訴訟類型，正確判斷部分當事人上訴效力是否及於同造其他共同訴訟人。

### 【評分要點】

#### 第(一)子題

- 一、 是否論及甲對丙丁、丙戊、丁己之請求權依據。
- 二、 可否正確區辨上開被告間為連帶債務或不真正連帶債務關係，進而為正確之應受判決事項聲明。

#### 第(二)子題

- 一、 可否正確適用民法第 217 條第 3 項規定，論及甲應就乙之過失負同一責任。
- 二、 有無解析「與有過失」抗辯，是否為職權調查事項？
- 三、 能否就丙所為甲與有過失之抗辯，因應丙與其餘被告間共同訴訟之類型，妥適運用主張共通原則、民事訴訟法第 278 條規定，就法院職務上已知之事實，賦予當事人充分攻防機會後，加以斟酌。

#### 第(三)子題

- 一、 能否正確判斷，不合法之上訴，效力無從及於其他共同訴訟人，不論其共同訴訟類型為何，亦與是否非基於個人關係所為抗辯無涉。故丙之不合法

上訴，效力不及其他共同訴訟人，第二審法院應依民事訴訟法第 444 條第 1 項規定裁定駁回丙之上訴。

- 二、是否正確論述戊與丁為不真正連帶債務關係，其等間為普通共同訴訟，戊自非丁上訴效力所及。
- 三、有無解析丁乃基於個人事由上訴，依民法第 275 條規定，其上訴效力不及於丙；惟對其僱用人己而言，應屬非丁個人關係之抗辯，如該抗辯有理由，本應及於己，然於第二審法院未就此為有無理由判斷前，丁已撤回其上訴，自不能逕認丁之上訴效力及於己。

### 【閱卷委員的話】

#### 整體部分

多數應考人對於實體法上連帶債務關係及程序法上共同訴訟關係具基本觀念，但就子題（一）如何記載應受判決事項之聲明，及子題（三）連帶債務人個人提起上訴之效力，掌握程度較弱。部分應考人僅寫結論，無推論過程，理由不備。又本題涉及複數當事人，應避免誤置當事人代稱、抗辯內容及角色關係。

#### 第(一)子題

##### 一、關於甲應如何主張權利部分：

- （一）應明確點出甲得分別依民法第 185 條第 1 項、第 187 條第 1 項前段、第 188 條第 1 項規定，請求丙丁間、丙戊間、丁己間，各連帶負損害賠償責任；且需指明丙與己、丁與戊、戊與己間為「不真正連帶債務關係」。
- （二）民事上之共同侵權行為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，若行為關連共同，亦足成立民法第 185 條第 1 項之共同侵權行為。部分考生誤判丙、丁非共同侵權行為人，或誤判戊、己亦為共同侵權行為人，允宜辨明。
- （三）部分應考人僅論法院闡明義務及如何特定訴訟標的，或僅答各該人應負連帶債務之旨，但未敘明實體法上各別連帶債務關係種類及其法律依據；或僅論丙戊、丁己，漏論丙丁；或未論不真正連帶；或誤認丙丁間為不真正連帶；或誤繕為不真正連帶「保證人」責任，允宜辨明。

##### 二、關於甲應如何記載應受判決事項之聲明（訴之聲明）部分：

- (一) 完整訴之聲明為：(1)丙、丁應連帶給付甲新臺幣（下同）100 萬元。(2) 丙、戊應連帶給付甲 100 萬元。(3)丁、己應連帶給付甲 100 萬元。(4)前三項給付，丙、丁、戊、己中如任一人為給付，其他人於其給付範圍內免給付義務。
- (二) 本題僅問「聲明」如何記載，部分應考人贅述「事實及理由」及「證據」之記載，或僅論法院闡明義務及如何特定訴訟標的，未回答聲明如何記載。又部分應考人未就不同連帶債務人間分別聲明，僅答以：「丙、丁、戊、己應連帶給付甲 100 萬元」；或第 4 項不真正連帶部分之聲明不正確；或漏載其中一組或數組連帶債務人之聲明；或將「連帶給付」誤為「共同給付」、「共同連帶給付」，或未載「連帶」；或擴張甲請求金額為「1000 萬元」；或超逾甲起訴請求範圍，併列「乙」為被告；或僅聲明被告應賠償原告，但未記載金額；或僅記載單一被告應連帶給付原告，卻未寫該人與何人連帶給付；本件不涉預備合併，卻列先、備位聲明；或誤認甲向不同組連帶債務人請求構成不當得利，僅能選擇合併、擇一請求；或認丙戊、丁己應平均負擔，故聲明各組連帶債務人各連帶給付 50 萬元，均非正確。

## 第(二)子題

一、題旨已表明法院審理結果認定乙、丙、丁均為肇事原因，本題僅需就丙抗辯乙酒駕部分論述，不需贅論丙所為個人無過失抗辯之是否效力及於他人。

二、關於丙與有過失抗辯之實體法部分：

- (一) 答題上應先指明如何認定乙係甲之使用人，甲依民法第 224 條規定應就乙之過失負同一責任，並依民法第 217 條第 3 項準用同條第 1 項規定，法院得據以減輕或免除加害人之賠償金額。
- (二) 部分應考人未敘明此抗辯該當民法第 217 條與有過失之規定；或超逾題意自行設定乙為甲之法定代理人或受僱人、乙為職業駕駛等情境，進而依民法第 187 條或第 188 條論其責任；或將「與有過失」抗辯，誤答為「時效抗辯」、「抵銷抗辯」；或忽略甲應就乙之過失負同一責任。

三、關於丙與有過失抗辯程序法上是否及於其他共同被告部分：

- (一) 實務認為民法第 217 條第 1 項過失相抵之責任減輕或免除，為法院職權事項，又基於共同訴訟人之主張共通原則，及民事訴訟法第 278 條第 1 項規定，若其他共同被告無反對意見，法院並已賦予當事人辯論機會（民事



訴訟法第 278 條第 2 項)，即可併對丁、戊、己依過失相抵為裁判。多數應考人能從職權事項或抗辯事項切入作答，部分應考人兼及辯論主義及程序保障，論以主張共通原則及民事訴訟法第 278 條之適用，要屬完整。

(二) 多數應考人亦從普通共同訴訟或固有必要共同訴訟之角度切入。惟部分應考人忽略民法第 275 條對於連帶債務人之特殊效力規定，逕依民事訴訟法第 55 條普通共同訴訟之規定，認為丙之抗辯不及於其他共同被告；部分應考人則認連帶債務人間為固有必要共同訴訟，逕依民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款規定，認為丙之抗辯及於其他共同被告，均非周延。部分應考人則能清楚指明連帶債務人之共同訴訟型態，非典型普通共同訴訟（獨立原則）或固有必要共同訴訟（合一確定原則），實乃介於二者之間，符合民法第 275 條所規定特殊效力（或稱既判力片面擴張）者，可依類似必要共同訴訟或準必要共同訴訟理論，（類推）適用民事訴訟法第 56 條第 1 項第 1 款規定，認為丙所為非基於個人關係之有利抗辯應可及於其他債務人，亦屬有據。

### 第(三)子題

一、多數應考人能從民法第 275 條之效力、普通共同訴訟及類似必要共同訴訟等觀點切入本題。部分應考人能明確指出，實務認為，一審判命連帶債務人連帶給付後，其中一人提起上訴，須其上訴理由非基於個人關係之抗辯，且經法院認為有理由者，其上訴效力始及於其他連帶債務人（最高法院 41 年台抗字第 10 號）。則關於丙、丁上訴之效力，應先判斷其上訴理由是否非基於其個人關係。關於丁上訴部分，因丁、戊間為不真正連帶債務關係，不必合一確定，依民事訴訟法第 55 條規定，不及於戊；又丁之上訴理由為其個人關係之抗辯，不及於丙；至己因僱傭關係與丁負連帶之責，應與丁同為認定，惟法院尚未認定丁抗辯為有理由，丁上訴效力尚未及於己，丁嗣撤回上訴，不須甲、己同意即生撤回效力，訴訟繫屬消滅，法院就丁上訴部分毋庸裁判。關於丙上訴部分，固非基於個人關係之抗辯，惟已逾上訴不變期間，上訴不合法，二審法院應裁定駁回其上訴；少數應考人並細心指出本於道路交通事故有所請求之事件應適用簡易訴訟程序（110 年 1 月 20 日修正公布民事訴訟法第 427 條第 2 項），故應依第 436 條之 1 第 3 項準用第 444 條第 1 項規定駁回丙之上訴。

- 二、部分應考人則引用實務關於固有必要共同訴訟之觀點，以上訴行為當時之形式上觀之，若有利於共同訴訟人，不待法院審理結果有利與否，其上訴效力即及於其他共同訴訟人（最高法院 52 年台上字第 1930 號），惟依此論理逕認丙、丁之上訴，形式上必然有利於其他共同訴訟人，全體均生上訴效力，將忽略民法第 275 條僅在非基於個人關係且有利益於他債務人時，既判力始及於他債務人之特殊性規定，進而錯認丙受丁上訴效力所及，丙上訴逾期不合法之瑕疵，因丁之上訴而受治癒，及誤認法院需就丁撤回上訴命其他共同訴訟人 10 日內表示是否撤回（民事訴訟法第 459 條第 2 項），丙、戊、己若不同意撤回，丁撤回上訴不生效力，二審法院仍須為本案實體審理及判決，均非正確。
- 三、此外，部分應考人未究明丙、丁上訴之程序上效力，逕就丙、丁上訴理由是否為二審提出新攻擊防禦方法，二審法院得否就新攻擊防禦方法實體審理而為論述，並未對題；或自行假設丙延續第二子題所為攻防，以甲與有過失為上訴理由而為論述；或誤認丙之上訴為附帶上訴，錯認丁撤回上訴應依民事訴訟法第 459 條第 1 項但書規定徵得丙之同意；或既認定丙上訴不合法應駁回，卻又認丙基於非個人關係之上訴理由及於丁、戊、己，二審法院應就丁、戊、己部分為實體審理，即有矛盾；或雖認丙非合法上訴，卻誤認丙應以參加人身份參與二審訴訟程序；或雖認丙上訴不合法、丁撤回上訴，但誤認二審法院仍應就戊、己部分為實體審理；或誤認二審法院應「判決」駁回丙、丁之上訴等等，均非正確，允宜辨明。

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：公司法、保險法與證券交易法

第一題

【總題說明】

本題爭點之設計，係以有限公司為重心，同時融合股份有限公司的規範，藉此評斷應考人對於公司法的理解程度，以及下列兩項法律分析所應具備的能力：

一、閱讀理解法條規定的能力：

有限公司為我國家數最多的公司類型，應考人對於公司法全貌應有基本理解，藉由閱讀有限公司之重點條文（有限公司全章共 15 條），應能掌握本題爭點相關之規定，並據以開展作答。

二、對於下述主要議題如何運用於有限公司：

董事資訊權、股東表決權拘束契約此二者應為大多數應考人非常熟悉的議題。然而，相關規定、實務判決以及學者論述均係針對股份有限公司。應考人應能以此為基礎，推論分析有限公司之董事與股東的資訊權以及有限公司股東間簽訂表決權拘束契約之效力。

【評分要點】

第（一）子題

1. 丁：

- 1.1 依公司法第 109 條第 1 項規定，不執行業務之股東，均得行使監察權；其監察權之行使，準用第四十八條之規定，得隨時向執行業務之股東質詢公司營業情形，查閱財產文件、帳簿、表冊。
- 1.2 有限公司之不執行業務股東，係指非董事之股東而言；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，與股份有限公司之監察人係由股東會選任，法律明定其不得兼任公司董事、經理人或其他職員者有別，故不因其兼任公司之經理人或其他職務而受限制（最高法院 107 年度台上字第 1608 號民事判決參照）。且依上開條文規定，不執行業務股東行使質詢及查閱之監察權對象，應為董事（最高法院 107 年度台上字第 1800 號民事判決參照）。

1.3 丁並非董事，雖兼任經理人，仍屬 A 公司之不執行業務之股東，故得依上開規定，向甲請求提供公司財務、業務相關文件。

2. 丙：

2.1 丙為董事，依上開說明，不適用公司法第 109 條準用第 48 條規定。

2.2 惟近來司法實務已明確肯認董事之資訊請求權。實務認為：董事之資訊請求權既係附隨於受託義務所生，而與股東權行使無涉，其所得請求查閱、抄錄之資訊範圍，自非以公司法第 210 條規定者為限，惟仍應與其履行執行職務相關，本於正當、合理之目的所必要者，且應就取得之公司資訊本於忠實及注意義務為合理使用，並盡相關保密義務，不得為不利於公司之行為，公司除能舉證證明該資訊與董事之執行業務無涉或已無必要，或董事請求查閱、抄錄該資訊係基於非正當目的者外，不得拒絕提供（最高法院 111 年度台上字第 1079 號民事判決參照）。

類似上開司法實務見解，雖係針對股份有限公司之董事對公司之請求所為之判決，惟其論理係以公司法第 23 條第 1 項之董事受託義務為依據，就此觀之，類此見解於有限公司亦應有適用。

2.3 丙得本於董事之地位，向 A 公司行使資訊請求權。依實務見解，A 公司若能舉證證明該資訊與董事之執行業務無涉或已無必要，或丙請求查閱、抄錄該資訊係基於非正當目的，則得拒絕提供。

## 第（二）子題

1. 變更組織及變更章程之適法性：

1.1 依公司法第 106 條第 3 項規定，公司得經股東表決權過半數之同意減資或變更其組織為股份有限公司。本題甲得行使之表決權佔 60%，雖乙、丙、丁並未表示贊成，變更組織之決定仍屬有效。

1.2 應注意者，雖依公司法第 113 條第 1 項規定，公司變更章程應經股東表決權三分之二以上之同意。惟依公司法第 106 條第 3 項、第 4 項規定，公司得經股東表決權過半數之同意變更其組織為股份有限公司。前三項不同意之股東，對章程修正部分，視為同意。此處之「章程修正部分」似應僅指與變更組織直接相關之部分，而不及於章程其他內容（最高法院 111 年度台上字第 672 號民事判決；經濟部 108 年 12 月 17 日經商字第 10800105840 號函參照）。

1.3 若依上述看法，則本題關於董監人數之章程變更是否適法，論理上有兩種可能討論方向：就 A 有限公司之變更章程之程序加以討論（雖然 A 有

限公司已變更組織為 A 股份有限公司，但尚未訂立具備絕對必要記載事項之章程，故尚未具備股份有限公司設立之要件）或就 A 股份有限公司之變更章程之程序加以討論（若認 A 有限公司已變更組織為 A 股份有限公司，則章程之其他內容的變更，須經 A 股份有限公司股東會之特別決議為之）。

2. 本題情形應屬股東表決權拘束契約。

2.1 按所謂「股東表決權拘束契約」係指股東與他股東約定，於一般的或特定的場合，就自己持有股份之表決權，為一定方向之行使所締結之契約而言（最高法院 106 年度台上字第 2329 號民事判決參照）。有關董監事席次分配及經理人之選任等公司事務之經營權協議，實質上涉及股東表決權及董事會職權之行使，亦屬廣義之股東表決權拘束契約（最高法院 109 年度台上字第 2482 號民事判決參照）。

2.2 依上開實務見解，股東表決權拘束契約，若符合公司法第 175 條之 1 或第 356 條之 9 規定之立法意旨，原則上應為有效。但若有違反公序良俗之情形，則屬無效（民法第 72 條）。

2.3 本題甲、乙原為 A 有限公司之股東，則其就 A 有限公司變更組織為 A 股份有限公司之表決權拘束契約，是否有效？採否定說者，以法無明文或違背公序良俗為其依據。採肯定說者，以上開規定雖係針對非公開發行股票之公司或閉鎖性股份有限公司而定，且鑑於有限公司之性質本具有一定之閉鎖性，其與非公開發行股票之公司或閉鎖性股份有限公司性質相近為依據。

2.4 綜上，若表決權拘束契約被認定為有效，則可請求違約之損害賠償，此時亦可能有違約金酌減之適用（民法第 252 條）。反之，若表決權拘束契約被認定為無效，則不得就本件情形請求違約之損害賠償。

### 【閱卷委員的話】

本題第（一）子題主要測驗應考人對於有限公司之「執行業務股東」和「非執行業務股東」的區別、股東資訊請求權以及董事資訊請求權等問題。此皆屬有限公司之基礎問題，且題目設計之情節也與實務相當貼近，應考人大致可輕鬆作答，但仍可看出部分應考人對此等基礎概念的紮實度不足，導致誤解「執行業務股東」之定義，或未能區分股東及董事資訊請求權之差別。

第（二）子題則主要測驗應考人對於有限公司轉換股份有限公司此一過程中，

涉及之股東會決議、章程修改以及股東間表決權契約之效力等問題。雖與新近修法內容、時事、乃至於實務見解均貼近相關，但整體而言應考人對問題核心之掌握度較低，未能充分論述各不同決議事項之決議方法與效力，對於組織轉換過程中之決議事項性質理解不夠透徹，影響得分。

平心而論，本題題目所設情境與爭點均屬實務常見案例，所涉法條亦非複雜，且多屬公司法基礎概念之理解；有限公司在實務上設立家數最多，但考生可能學習不夠深入，在面對涉及有限公司股東爭議、轉換為股份有限公司等議題，多數應考人雖能對第一子題進行一定程度之基本論述，但在第二子題之作答則有加強空間。應考人基本概念是否紮實、於作答時間內是否能充分理解題設事實、正確引用法條及實務見解，均影響得分。

## 第二題

### 【總題說明】

本題旨在評量應考人對於保險契約或保單價值準備金之強制執行、108 年度台抗大字第 897 號民事裁定、必要時與公平合理之衡量等爭點之掌握。

### 【評分要點】

1. 要保人無法清償債務時，保險契約或保單價值準備金（保價金）得否作為強制執行之標的，且法院得否代為終止保險契約以形成解約金以供執行？有重大爭議。立法例上有認為應予執行者，亦有採取原則不得執行而例外允許執行者。我國早期實務見解傾向認為不得強制執行，近期見解與 108 年度台抗大字第 897 號民事裁定則偏向允許執行，但具體判斷標準與個案認定仍有問題。在人壽保險中，由於死亡率隨年齡而增加，自然保費亦隨之逐漸增加。但如被保險人體況越差而保費卻越高，導致負擔不易與計算複雜。故有平準保費（level premium）之設計，將各年保費平均，使要保人負擔相同。此時，要保人所繳保費在初期將高於其風險狀態之保費，此部分即為現金價值（cash value）。此部分權益歸於何者、要保人之債權人得否代為解除保險契約以取得該價值，即有爭議。
2. 否定執行見解之理由包含：
  - （1）保價金並非為要保人所有之財產，未經行使終止權前仍非屬要保人所有。
  - （2）保險法第 28 條與消費者債務清理條例第 24 條第 1 項雖允許破產管理人得

終止契約，係經法律明文規定而得行使之權利，但強制執行法與保險法並無相關明文規定。並不宜作為個別強制執行亦得援引適用之理由。

- (3) 要保人就保險契約之終止權是否行使，應有自主決定之選擇權。
- (4) 亦有認為變價執行方法，如將解除後之解約金與保險事故發生時之保險給付相較，對於債務人及利害關係人顯有權利濫用。
- (5) 執行法院行使終止權，是否屬強制執行法第 115 條第 2 項之三種變價方法（命令收取、債權移轉以及拍賣或變賣等）仍有疑義。是否得透過民法第 242 條代位行使終止權，亦有見解認為不應包含債務人與第三人間契約關係之解除權或終止權等而僅限於財產上權利。
- (6) 保險契約具備射倖性，強制解除將使其目的落空；且人體健康將隨時間而衰減，一經解除就難以原有條件覓得其他保險，應更為審慎考量。

### 3. 肯定執行見解之理由則為：

- (1) 保價金屬要保人確定之權利，並非附條件之債權。
- (2) 保險契約並無人格權之性質，保險契約終止權不具一身專屬性。
- (3) 基於債權平等原則，在各種契約之間，無特別保護保險契約當事人之理。如不許保險契約之執行，將有害債權之落實，執行法院當然可以終止保險契約作為變價方法。
- (4) 由保險法第 28 條與消費者債務清理條例第 24 條第 1 項等規定，亦得推知保險契約並無不得執行之理。

### 4. 新近之最高法院 108 年度台抗大字第 897 號裁定，原則上肯認執行法院於「必要時」，得核發執行命令終止債務人為要保人之壽保險契約，命第三人保險公司償付解約金。其主要理由有如下數點：

- (1) 債務人之財產、凡具金錢價值者，除法令明文禁止扣押或讓與，或依其性質不得為讓與者外，均屬其責任財產，得為強制執行之標的。
- (2) 保價金係屬要保人所有之財產：保價金係要保人應有保單價值之計算基準，非保險會計上保險人之負債科目，不因壽險契約之解除、終止、變更而喪失，亦稱不喪失價值，實質上屬要保人，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。
- (3) 要保人之契約地位，於符合保險法規定之情形下，得為變更，亦得為繼承，故要保人之終止權，非屬身分權或人格權，非屬一身專屬性之權利。終止

權行使係將抽象保單價值轉化為具體解約金償付請求權，係達成換價目的所必要之行為，故執行法院得行使終止權。

(4) 壽險契約，常見兼有保障要保人等及其家屬生活，安定社會之功能。採行執行方法所造成之損害，不得與欲達成之執行目的之利益顯失均衡，而壽險契約涉及要保人等及其家屬生活，應審慎為之。執行解約金債權時，宜先賦與債權人、債務人或利害關係人陳述意見之機會。於具體個案依強制執行法第 1 條第 2 項及第 122 條等規定，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。

5. 就本題而言，如採取否定見解者，B 銀行即不得向法院就人壽保險契約聲請強制執行。如採可執行見解者，應進一步討論系爭情形執行法院行使終止權而取得解約金以清償原先債務有無必要？有無因此失衡？

(1) 首先，本契約之債權低於解約金，一旦解約雖要保人仍有餘存之解約金，但該契約亦因此而終止。被保險人乙因火災有嚴重燒燙傷等問題，正需長期治療，被保險人未來恐難再行締結人壽保險契約，以因應其需求。

(2) 此外本件情形涉及主約為人壽保險契約附加醫療保險，且契約亦有約定當主約終止時，附約亦隨同終止。一旦終止契約，附約隨之終止後，則被保險人乙後續之醫療照護所需費用將無保險得供保障。或有因此認為本案即不得執行。亦或有見解認為該項約定是否有效得另行討論，尤其主約與附約關於保險期間以及保險事故皆有所不同，主約終止後保險人主張該約款效力並藉此一併終止附約時，恐將影響被保險人藉由附約仍受保險契約保障之利益，而仍有保險法第 54 條之 1 第 4 款有無重大不利益之疑義。故即使肯定壽險契約可以執行，但此類附約仍應繼續有效不受影響者。

6. 由上可知，如執行法院一旦執行並終止保險契約時，將同時造成被保險人與受益人之重大影響，但他方面如未能行使終止權則債權人利益恐又未能顧及。除了在程序上宜賦予利害關係人陳述機會，在得否執行之判斷與解釋上，或可參考外國法，綜合參酌保險金額是否過高、要保人自為受益人、債權是否源自一定身分關係之贍養費或扶養費、屬於生死合險或投資性質、有無詐欺或濫用、顯失公平者等因素判斷。亦或得進一步區分要保人是否放棄變更受益人或保險利益處分權：如要保人尚未放棄，方有執行之問題；如果已經放棄，則受益人之權益更為鞏固，要保人之債權人不得請求執行保險契約。亦得考慮引入外國立法例之受益人介入權，容許提出相當於解約金之金額阻止對其之執行。此外，亦或得考慮透過原有壽險契約保單借款方式，以清償債權。



## 【閱卷委員的話】

本題在於測驗考生對於人壽保險契約及其保單價值準備金得否強制執行爭點掌握程度。尤其實務見解與學說多年來皆有肯定說與否定說等不同見解下，於108年度台抗大字第897號民事裁定則採肯定說。

如考生對於大法庭採取肯定見解得具體論述其理由，則有一定分數。但應注意即便採取肯定見解，於該裁定中仍認為應就個案公平合理衡量當事人與關係人間利益。尤其本題涉及（1）壽險契約終止後再行訂約之不易；（2）壽險主約如終止後，恐影響附約醫療保險之存續。就後者而言即有不少考生得進一步就主約附約關係，討論附約效力是否因此終止之問題。此外前述大法庭裁定中亦有論及學者受益人介入權之主張而藉此得使契約效力繼續存續等建議，如考生能更深入論述，將可進一步加分。

採取否定見解者，有鑑於學說上仍有爭議，如能論述具體，且能更進一步就大法庭裁定見解之論述有其不同意見，亦會取得一定分數。

再就少數考生特別針對醫療保險得否強制執行為論述，雖與本題爭點無涉，主要以人壽保險契約得否終止與保單價值準備金間強制執行問題，本即無涉及醫療保險強制執行且題目並未論及醫療保險有無保單價值準備金等，但如考量醫療保險之保障對象為被保險人或可酌予給分。

## 第三題

### 【總題說明】

本題主要評量考生下列爭點之觀念及相關規範之適用：

- 一、關於證券交易法第43條之1第1項大量持股申報之規定，以及與他人共同取得股份之認定。
- 二、審計委員會之會議規範，以及審計委員會全體成員之計算。
- 三、證券交易法第14條之5審計委員會職權之規定，未經審計委員會全體成員二分之一以上同意或審計委員會無法召開時之處理，以及全體董事之計算。

### 【評分要點】

#### 第（一）子題

## 一、C 公司是否應依法進行持股申報

112 年 5 月 10 日修正前證券交易法第 43 條之 1 第 1 項規定，任何人單獨或與他人共同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者，應向主管機關申報及公告。本項於 112 年 5 月 10 日修正為，任何人單獨或與他人共同取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之五之股份者，應向主管機關申報及公告。惟依同法第 183 條規定，新修正的第 43 條之 1 自公布後一年施行。換言之，現行有效之規定，持股申報門檻仍為百分之十。本題 C 公司係於 112 年 5 月間逐步買進 B 公司股份達百分之六，依上述說明，C 公司無須申報。

## 二、C 公司與 E 公司是否應依法進行持股申報

C 公司與 E 公司持股合計達百分之十四，此兩家公司共同謀劃董事選舉配票事宜，是否應依上開規定申報，關鍵在於此兩家公司之行為是否屬於共同取得。依「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 條第 1 項規定，本辦法所稱與他人共同取得股份，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。就此規定來看，似僅限於基於合意而取得股份。本題 C 公司與 E 公司在分別取得股份後始合意共同行動，似不構成共同取得。相對之下，若從比較法來看，類似 C 公司與 E 公司之一致行動（action in concert），常為外國之大量持股申報制度所涵蓋。

## 第（二）子題

### 一、審計委員會是否適法

首先，乙是否有權召開審計委員會？就此，可以討論：在 B 公司股東會改選董事後，乙是否已被推舉為審計委員會主席？B 公司之「審計委員會組織規程」是否訂有特別規定，而使乙擁有召集權。又獨立董事僅餘一人，得否合法召開審計委員會？依證券交易法第 14 條之 5 第 5 項規定，第 1 項至第 3 項及前條所定審計委員會全體成員及全體董事，以實際在任者計算之。就此看來，似可認為僅餘一人亦可開會。

對於上述問題，亦有採否定說者。112 年 6 月 28 日修正通過之證券交易法第 14 條之 5 規定，其修正理由謂：「考量實務上可能發生審計委員會之獨立董事成員因故辭職、解任僅剩一席獨立董事，或不可抗力等正當理由，致無法召開會議，為免影響公司財務業務運作，爰新增第三項規定」。此似

認為獨立董事僅餘一人，無法合法召開審計委員會。

## 二、董事會是否適法

若 B 公司所持有之 D 公司股權出售，係屬於「重大資產交易」或「其他公司或主管機關規定之重大事項」，依證券交易法第 14 條之 5 第 1 項規定，應經審計委員會全體成員二分之一以上同意，並提董事會決議。112 年 6 月 28 日修正通過之證券交易法第 14 條之 5 第 3 項規定，如有正當理由致審計委員會無法召開時，第一項各款事項應以全體董事三分之二以上同意行之。同條第 5 項復規定，第 1 項至第 3 項及前條所定審計委員會全體成員及全體董事，以實際在任者計算之。同時，依實務見解，董事會決議出席及表決人數之計算，應以實際在任而能應召出席者認定之（經濟部 61 年 7 月 22 日經商字第 20114 號函參照）。本題 B 公司董事僅餘 5 人，本次董事會有 4 人出席，已達全體董事三分之二以上。故董事會決議應屬適法。

然若 B 公司所持有之 D 公司股權出售，並非屬於「重大資產交易」，亦非「其他公司或主管機關規定之重大事項」，即無證券交易法第 14 條之 5 第 1 項之適用，無須經審計委員會同意。在此情形下，由董事會決議出售 D 公司股權，本題 B 公司董事僅餘 5 人，本次董事會有 4 人出席，出席之 4 人全數贊成，董事會決議應屬適法。

### 【閱卷委員的話】

本題重點仍然在於考生是否有注意到最新修法，以及對新法的了解與實務上之運用。本題在測驗證交法 43-1 條第 1 項之新修規定，大部分考生都有注意到新修法，但很多考生忽略了證交法第 183 條規定，該修法是自公布 1 年後才施行，故現行有效規定仍然是持股申報門檻為百分之十。

證交法 43-1 條第 1 項，比較需要討論的部分為「共同取得」，此部分考生雖然能夠觸及討論，但普遍無法深入分析，特別在於所謂「一致行動」(action in concert)，不過大部分考生仍然能夠有基礎的說明共同取得係為「基於合意而取得股份」。

對於審計委員會部分，因為這是主要重點，大部分能有不錯的敘述，一人是否成會的問題，考生持肯定說、否定說皆有，討論上雖然都不是很詳細，但仍然能看出大部分考生都有不錯的問題意識。

最後董事會是否適法部分，多數考生也能就題目中出售的股權是否為「重大

資產交易」或「其他公司或主管機關規定之重大事項」做不同的論述。也多有提及 112 年 6 月 28 日修正通過證交法 14-5 條第三項規定，「如有正當理由致審計委員會無法召開時，第一項各款事項應以全體董事三分之二以上同意行之。但第一項第十款之事項仍應由獨立董事成員出具同意意見。」

再者，董事會決議出席人數和表決人數計算，應以實際在任而能應召出席者認定，很多考生並未詳細說明討論，多以一語帶過，較不深入。

總而言之，本次因為是考新修法部分，對多數考生而言，並不是太過困難，在問題意識上，也都有良好的表現，當然細節討論部分仍然有可加強的空間，但整體而言，大部分考生都能有基本的應答。

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：智慧財產法

第一題

【總題說明】

本題係測驗應考人是否理解僱傭關係之發明歸屬與利用（包括職務上所完成發明、利用雇用人資源或經驗所完成發明、非職務上所完成發明）、出資聘請之發明歸屬與利用、各該發明之專利申請權及專利權、姓名表示權、發明適格標的、發明專利要件等專利法概念與規定。應考人應掌握前揭概念及專利法條文規定，亦應將其涵攝至題目之案例事實予以判斷，並說明理由與論述分析。

【評分要點】

第（一）子題

考生應針對「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」分別論述。亦即，就各該發明判斷其究竟屬於僱傭關係之發明或出資聘請之發明；若認為是屬於僱傭關係之發明，尚需進一步判斷究竟是專利法第7條第1項之職務上所完成發明，抑或是第8條第1項本文及但書所稱之非職務上所完成發明或利用雇用人資源或經驗所完成發明。

題意指出，A電子商務公司（下稱「A公司」）專案委請B科技大學（下稱「B大學」）開發「網路交易作業流程管理系統」，此與第（一）子題所述之「X網路交易作業流程管理系統」名稱及用詞一致。進一步判斷其法律關係，係由A公司委請（委託）B大學完成，此即專利法第7條第3項所稱「一方出資聘請他人從事研究開發」，因此，「X網路交易作業流程管理系統」應為出資聘請之發明。另外，甲助理教授（下稱「甲教授」）任職於B大學之資訊工程系，從而二者應成立專利法第7條第1項之僱傭關係。

在釐清A公司、B大學及甲教授間之法律關係後，應分析「X網路交易作業流程管理系統」所涉及發明專利申請權及發明專利權歸屬。依據專利法第7條第3項，出資聘請發明之權利歸屬依契約約定。由題目觀之，A公司及B大學僅約定需求內容、開發時程及總經費，未有歸屬之約定，從而應適用專利法之規定，

亦即出資人 A 公司未能取得「X 網路交易作業流程管理系統」之歸屬，但得實施該發明。至若「X 網路交易作業流程管理系統」應歸 B 大學或甲教授，則應依僱傭關係之發明歸屬而定。由於該發明之完成乃 B 大學指派甲教授完成，因而應為職務上所完成發明。於此情況，依專利法第 7 條第 1 項及 B 大學之「教職員研發成果歸屬及運用辦法」，「X 網路交易作業流程管理系統」之發明專利申請權及專利權均歸屬於 B 大學，且應支付甲教授適當報酬（專利法第 7 條第 1 項本文後段參照）。

針對「Y 線上付款加密安全系統」，題意明確指出其為專案委託「範圍外」之研究成果，因而非屬出資聘請發明。題意又指出，該發明乃甲教授執行計畫過程，利用校內研究設備另外完成，從而乃僱傭關係中所完成發明，但非 A 大學指派內容，因而為專利法第 8 條第 1 項但書所稱「利用雇用人資源或經驗所完成發明」，其申請權及專利權應歸甲教授。茲有疑義者在於，B 大學之「教職員研發成果歸屬及運用辦法」規定，教職員任教期間利用校內設備設施之研究成果，智慧財產權悉歸 B 大學。參照專利法第 9 條規定，使受雇人不享有「利用雇用人資源或經驗所完成發明」之權益者，無效。據此，「Y 線上付款加密安全系統」之發明專利申請權及專利權，仍歸屬於甲教授；B 大學得於支付合理報酬後於校內實施該發明。

關於發明人之姓名表示權，基於發明人主義而應由發明人（甲教授）原始取得及具有專屬性。因此，不論是「X 網路交易作業流程管理系統」或「Y 線上付款加密安全系統」，姓名表示權均由甲教授取得；「教職員研發成果歸屬及運用辦法」之規定不能使 B 大學享有姓名表示權。

## 第（二）子題

「Y 線上付款加密安全系統」欲受到發明專利權保護，應符合專利法規定之適格性及專利要件。應考人在時間允許下，應盡可能逐一列出各該概念及說明其內涵，包括如下內容。

發明適格性（發明適格標的）：專利法第 21 條規定發明之定義，然專利法第 24 條有不予發明專利之規定。「Y 線上付款加密安全系統」涉及電腦程式或軟體相關之管理或加密安全系統，主要係攸關演算法（algorithm）之實施方式，我國現行專利法無明文排除條文，但若僅以演算法為內容而提出發明專利申請，通常被認為不屬於技術思想之創作，非為發明適格標的；但若電腦程式或軟體與其

他硬體結合，以電腦程式之執行步驟記載於申請專利範圍，如本題所示其形成管理或安全系統，仍具有技術性質而屬專利保護之發明。

發明專利保護要件（可專利性、專利三性）：包括產業利用性、新穎性及進步性（專利法第 22 條參照）。

### 【閱卷委員的話】

第（一）子題主要測驗應考人能否掌握基本概念，進而依據題意之事實正確適用及解釋專利法之相關條文與其要件；第（二）子題則測驗應考人是否知悉專利權保護之最基本概念。綜合而言，答題重點包括：（1）區辨出資聘請發明及僱傭關係發明與其法律效果；（2）區辨職務上所完成發明及非職務上所完成發明與其法律效果；（3）區辨非職務上所完成發明中，有無利用到雇用人資源或經驗與其法律效果；（4）姓名表示權之歸屬；（5）發明適格性及不予專利之發明；（6）發明專利保護要件（產業利用性、新穎性及進步性）。

實務上專利法條文之具體適用雖常觸及技術觀點及技術判斷，但不論是第（一）子題或第（二）子題，均僅涉及專利法在法律上之最基本概念，第（一）子題甚而為契約屬性及其約定內容之判斷。應考人若能掌握專利法之上開基本概念，進而涵攝至題目之事實及判斷、論述分析之，即能獲得高分。反之，若僅列出條文或僅寫出結論而無論述分析，僅能酌予給分。

針對第（一）子題，部分考生未注意到題意所述 A 公司與 B 大學委託研究計畫內容、B 大學「教職員研發成果歸屬及運用辦法」，上開事實攸關發明專利申請權及發明專利權歸屬。另外，部分考生忽略姓名表示權具有專屬性而不能由 A 公司、B 大學或任何法人享有。

針對第（二）子題，部分考生僅列出條文，不僅未區辨各該條文究竟是發明適格性或發明專利保護要件，亦未就其內容說明。另外，由於「Y 線上付款加密安全系統」涉及電腦程式或軟體、演算法（algorithm）之實施方式，少數考生就其發明適格性有採比較法觀點及論述外國立法例，例如：美國最高法院 2014 年 Alice Corp. v. CLS Bank International 案及該案法院判決仍存有不同意見、歐洲國家對於電腦程式發明之保護，不論考生是依據比較法觀點而採何見解，只要有論述與分析，均予給分。再者，部分考生有進一步說明專利申請之程序要求，包括專利法第 26 規定之充分揭露、據以實現可能性等要求，同樣酌予給分。

## 第二題

### 【總題說明】

本題係為測驗應考人對著作權保護要件之了解及應用程度，除應掌握著作權法相關規定及基礎理論外，並應將題目之案例事實予以涵攝，並論述其理由。

### 【評分要點】

#### 第(一)子題--著作權之保護要件

著作權之保護要件如下：

##### 一、屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍：

著作權法為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展而制定(著作權法第1條規定參照)，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。」可知著作權法所保護之著作，係指人類精神上作用而產生具有原創性之智慧創作，至是否具有應用價值或實用性，則非所問。

##### 二、具有原創性：包括原始性與創作性。

原始性係指著作人原始獨立完成之創作，而非抄襲他人著作而來。創作性則指該創作足以表達著作人之思想、感情，且與先前存在之作品，具有可資區別的變化，足以表現創作人之個性及獨特性，始足當之。創作性雖不必達到完全獨創之地步，但仍須達最低創意之程度，足以表現出作者之個性或獨特性。

##### 三、具有一定的表達或表現形式(或客觀化的表達形式)：

著作權法第10條之1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。」

著作權法保護的對象為「表達」，必須具備特定內容與創意表達，藉此一定的表現形式，表現出該著作之個別性及獨特性，亦即創作的內容必須是人類感官所能感受得到的內容，不得僅為腦海之中的想法。

##### 四、非屬不受保護的客體(不得取得著作權之消極要件)：

著作權法第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。」故創作如屬本條各款不得為著作權之標的，即無法享有著作權之保護。

## 第(二)子題--甲的照片是否受著作權法保護

著作權第 5 條第 1 項規定：「本法所稱著作，例示如下：一、語文著作。二、音樂著作。三、戲劇、舞蹈著作。四、美術著作。五、攝影著作。六、圖形著作。七、視聽著作。八、錄音著作。九、建築著作。十、電腦程式著作。」攝影著作為其中第 5 款所例示的著作種類。又主管機關依同法第 5 條第 2 項授權規定訂定「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」，其中第 2 點第 5 款規定：「本法第五條第一項所定之各款著作，其內容例示如左：『(五)攝影著作：包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作。』」

攝影著作，係以攝影者藉由主題之選擇、構圖、角度、光線、速度等有所選擇或調整，以攝影機對實物拍攝之具原創性之人類思想與感情之創作。就照片而言，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，並至少具有少量創意（即最低創意之保護要件），其拍攝之照片即屬於藝術範圍之創作且符合上述要件，始受著作權法之保護。

甲身為報社攝影記者，在選舉之前目睹助選人員交付鈔票而認為與賄選有關，為此選舉相關新聞時事報導之目的所拍攝的照片，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，對被攝之對象、構圖、角度、光線、速度等有所選擇或調整，有其特別之思考與設計，非屬單純實體人、物之機械式再現，已挹注個人精神情感思想在內，符合著作權法最低創意之保護要件，具有原創性之具體表達，屬攝影著作，且此照片亦非著作權法第 9 條各款所定不得為著作權之標的，即應受著作權法之保護，不得以甲僅係利用手機拍照、拍攝角度及光線不佳、準備時間不足為由，即認屬一般之單純攝影而否定照片之原創性。如應考人認甲僅係就現場人事景物以一般之手機照相功能如實拍攝，並非以思想或感情等一定之固定影像加以表現，乃屬一般單純之拍照攝影，並不具原創性，非著作權法保護之對象，倘能詳述不受保護的理由，則酌予給分。

## 【閱卷委員的話】

### 第(一)子題--著作權之保護要件

本題乃著作權之核心概念，應考人多能列載著作權保護表達、原創性（含原始性及創作性）、消極要件等，並援引著作權法第3條第1項第1款、第9條10條之1等規定，而獲得基本分數，並有少數應考人能詳加論述其內容而獲得高分。

另有些許應考人誤將專利之新穎性、進步性要件，及商標之識別性要件，與著作權之保護要件有所混淆。

因本件涉及保護要件，不宜將所有要件（含說明）合載於同一段落，建議將各要件逐點列載並說明，以清晰顯現應考人之邏輯推理。

### 第(二)子題--甲的照片是否受著作權法保護

本子題係與第(一)子題互相呼應，測驗應考人針對題目之案例事實，如何運用法律之三段論法予以解題。就涵攝過程，其論述應層次分明，先說明攝影著作之意義及內涵；再就甲所攝照片所呈現的畫面等，輔以其拍攝情境及過程，判斷是否符合第(一)子題所述之原創性等要件；最後得出甲的照片可受著作權法保護之結論。多數應考人只單純套用法律規定或概念而表淺應答，缺少涵攝及論述，如能表現其敘述層次，較易獲得高分。

此外，照片究屬具原創性之表達，抑或僅屬一般之單純攝影，如應考人能具體指出此二者概念之差異，即可獲得多分。

## 第三題

### 【總題說明】

本題測驗應考人對商標侵權判斷標準及商標是否有不得註冊事由要件的了解及應用程度。

### 【評分要點】

#### 第(一)子題

##### 一、本題之重點

題目中甲之抗辯有二，一為為戲謔目的，一為消費者無混淆誤認之虞。

因此，本題主要在探討甲就「BB」圖案之使用行為，是否構成商標法第 5 條之商標使用，以及商標法第 68 條第 3 款之侵害商標權行為。惟因「BB」商標係廣為全球（包含我國）消費者所普遍認知之著名商標，是以本題亦可一併探討是否商標法第 70 條第 1 款之視為侵害商標權行為。

## 二、商標之使用

商標法第 5 條第 1 項規定：「商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一，並足以使相關消費者認識其為商標：一、將商標用於商品或其包裝容器。二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。三、將商標用於與提供服務有關之物品。四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。」本題中甲將其創作的鬼臉小孩圖案，印在白色環保購物袋上，因別無其他文字或圖樣，非常顯眼吸睛，且其攤位設有立牌，其上有鬼臉小孩圖案，並標示「鬼臉小孩袋，每個 150 元」字樣，足見甲係為行銷之目的，將鬼臉小孩圖案用於環保購物袋之商品，足以使相關消費者認識其為商標，即屬商標之使用。

## 三、商標法第 68 條第 3 款侵害商標權之行為

商標法第 68 條第 3 款規定：「未經商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，為侵害商標權：三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。」又有關判斷行為人之商標與註冊商標有無混淆誤認之虞，應參酌：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. 註冊商標權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. 行為人是否善意；8. 其他混淆誤認之因素，綜合認定是否已達有致相關消費者產生混淆誤認之虞。

本題中 A 公司「BB」商標圖樣由大寫金色英文字母「BB」所構成，本身不具字義，以之作為商標指定使用於「皮包、皮件、皮帶」之商品，並未傳達任何其指定商品之相關訊息，消費者會直接將其視為指示及區辨來源之識別標識，故具識別性。

甲的鬼臉小孩圖案，固然為其自行創作的圖案，但其圖案包含 A 公司「BB」商標圖樣，小孩圖案與「BB」圖案各占一半比例，以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會誤認甲的環保購物袋商品與 A 公司的商品為來自同一來源之系列商品，或雖不相同但有關聯之來源，故

甲的鬼臉小孩圖案與 A 公司「BB」商標圖樣構成高度近似。

又甲將鬼臉小孩圖案使用在「環保購物袋」上，與 A 公司的「BB」商標指定使用之「皮包、皮件、皮帶」之商品，其原料、用途、功能大致相當，且常來自相同產製業者，如標示近似的商標，易使相關消費者誤認其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源，依一般社會通念及市場交易情形，應屬高度類似之商品。

雖甲與 A 公司二者商品價格顯不相當，但以甲的鬼臉小孩圖案及 A 公司「BB」商標圖樣之近似程度，易使相關消費者誤認商品來自相同或雖不相同但有關聯的來源。再者，A 公司於法國長年使用 Y 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 圖樣即會聯想為 A 公司之商品。而甲的鬼臉小孩袋僅售出 3 件，其鬼臉小孩圖案，並無事證足資證明已經行銷使用而為相關消費者所知悉，並得與 A 公司「BB」商標圖樣相區辨，故客觀上 A 公司「BB」商標圖樣較為相關消費者所熟悉。

此外，甲既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，且甲的鬼臉小孩圖案，係小孩以嘔吐狀面向 A 公司的「BB」商標，甲必然知悉該「BB」商標圖樣廣為全球消費者所普遍認知而屬著名商標，卻以之設計鬼臉小孩圖案，難認其使用為善意。

綜上所述，甲於環保購物袋上使用鬼臉小孩圖案，有致相關消費者混淆誤認之虞，而構成商標法第 68 條第 1 項第 3 款之侵害商標權。

#### 四、商標法第 70 條第 1 款視為侵害商標權之行為

商標法第 70 條第 1 款規定：「未得商標權人同意，有下列情形之一，視為侵害商標權：一、明知為他人著名之註冊商標，而使用相同或近似之商標，有致減損該商標之識別性或信譽之虞者。」。

依題示「BB」商標係廣為全球（包含我國）消費者所普遍認知之著名商標，而甲的鬼臉小孩圖案與 A 公司「BB」商標圖樣係屬高度近似之商標，業如前述，易使相關消費者誤認商品來自相同或雖不相同但有關聯的來源，自有減損「BB」商標之識別性，且甲的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，別無其他文字或圖樣，客觀上已有使相關消費者產生「BB」商標係令人感覺噁心、想嘔吐之負

面評價，亦有減損「BB」商標之信譽。又甲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，復將A公司廣為全球（包含我國）消費者所普遍認知之「BB」商標圖案使用於其所販售鬼臉小孩圖樣的白色購物袋上，顯係明知「BB」商標為著名商標。

綜上所述，甲於環保購物袋上使用鬼臉小孩圖案，有致減損「BB」商標之識別性或信譽之虞，而構成商標法第70條第1款之視為侵害商標權。

#### 五、就甲所為之戲謔抗辯部分

「商標之戲謔仿作」(parody)，係基於言論自由、表達自由及藝術自由之尊重，而對商標權予以合理之限制，然商標法本為保護商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展而制定（商標法第1條規定參照），商標權人經由商標之使用及商標權之保護逐漸建立其品牌價值，且相關消費者藉由商標之識別性而得以區辨個別商品或服務來源（同法第5條、第18條第2項規定參照），是商標權涉及商標權人之利益與避免消費者混淆誤認之公共利益，如欲允許「商標之戲謔仿作」，模仿知名商標的商標必須具諷刺、諷刺或批判等目的，並同時傳達二對比矛盾之訊息，且應以「避免混淆之公共利益」與「自由表達之公共利益」予以衡平考量。

因甲係以行銷目的而為商標使用鬼臉小孩圖案，足使消費者認識為其商標，並區辨來源，係屬商標之使用，並未符合商標法第36條第1項第1款「以符合商業交易習慣之誠實信用方法，表示自己之姓名、名稱，或其商品或服務之名稱、形狀、品質、性質、特性、用途、產地或其他有關商品或服務本身之說明，非作為商標使用者」之規定。且其使用已使相關消費者產生混淆誤認之虞，已於前述，而甲未能清楚表達其商品與A公司商品並無關聯，無從以戲謔仿作而卸免侵害商標權之責。

#### 第(二)子題

商標法第30條第1項第11款、第2項規定：「(第1項)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。(第2項)前項第九款及第十一款至第十四款所規定之地理標示、著名及先使用之認定，以申請時為準。」

商標法施行細則第31條規定：「本法所稱著名，指有客觀證據足以認定已

廣為相關事業或消費者所普遍認知者。」有關「著名」之認定，以申請時為準，商標是否著名，應以國內消費者之認知為準。

甲於 112 年 6 月 8 日以 Y 圖樣申請註冊時，A 公司之 Y 圖樣，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，故 A 公司之 Y 圖樣已屬著名商標。雖 A 公司於我國未以 Y 圖樣申請註冊，但商標法第 30 條第 1 項第 11 款前段「相同或近似於他人之著名商標，有致相關公眾混淆誤認之虞」規定之適用並不以該著名商標已於我國註冊為要件。

A 公司於法國長年使用 Y 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 圖樣即會聯想為 A 公司之商品，故 A 公司將 Y 圖樣使用於上開商品已臻著名，具有相當識別性，且為消費者較為熟悉之商標，應給予較大之保護，且 A 公司顯有多角化經營的情形。而甲將相同於 A 公司之著名 Y 商標圖樣向智慧局申請註冊，指定使用於「鉛筆、原子筆」之商品，此商品與 A 公司所使用之筆套、鋼筆商品應屬類似商品，甲以 Y 圖樣商標申請註冊，自易使相關公眾誤認二商標為同一來源，或者誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係，而產生混淆誤認情事。因此，綜合判斷相關因素，系爭商標有商標法第 30 條第 1 項第 11 款前段所定不准註冊之情形，而 A 公司顯不同意甲申請註冊，故智慧局不應准許甲之註冊申請。

## 【閱卷委員的話】

### 第（一）子題

應考人大多忽略對於甲就「BB」圖案之使用行為，是否構成商標法第 5 條之商標使用之論述，僅不到一半之應考人有完整論述甲就「BB」圖案之使用行為係屬商標法第 5 條規定之商標使用行為。

不少應考人僅因甲與 A 公司二者商品價格顯不相當、A 公司商品不可能在夜市擺攤販售或甲迄至 112 年 8 月 31 日止僅售出 3 件，即認定甲於環保購物袋上使用鬼臉小孩圖案，並無致相關消費者混淆誤認之虞，顯未參酌：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. 註冊商標權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. 行為人是否善意；8. 其他混淆誤認之因素等加以綜合判斷。另有部分應考人在認定商品是否類似時，認定購物袋與「BB」商標所註冊之

於「皮包、皮件、皮帶」之商品係屬不同商品，惟不論購物袋或皮包均具有裝載物品之功能，對相關消費者而言使用用途相當，自應屬類似之商品。

或許因題示記載「BB」商標係廣為全球（包含我國）消費者所普遍認知之著名商標，故大多數應考人僅論及商標法第 70 條第 1 款之視為侵害商標權行為，而未論及是否構成商標法第 68 條第 2 款或第 3 款之侵害商標權行為，僅簡要論述因商標法第 70 條第 1 款之視為侵害商標權行為不以相關消費者有混淆誤認為必要，即認甲之抗辯不可採，未能掌握本子題之重點；另有部分應考人在論述商標法第 70 條第 1 款之視為侵害商標權行為時，又錯誤論及相關消費者是否有混淆誤認之虞，惟商標法第 70 條第 1 款之視為侵害商標權行為並不以相關消費者有混淆誤認為必要，應予辨明。

## 第（二）子題

本題係測驗應考人就商標法第 30 條第 1 項第 11 款對於著名商標保護之瞭解。多數應考人就本子題只援引本款規定說明，分析其要件，並正確涵攝本題事實是否符合本款規定。少數應考人尚能就甲將相同於 A 公司之著名 Y 商標圖樣向智慧局申請註冊，指定使用於「鉛筆、原子筆」之商品，此商品與 A 公司所使用之筆套、鋼筆商品應屬類似商品，予以論述，獲得高分。

商標法第 30 條第 1 項第 11 款前段「相同或近似於他人之著名商標，有致相關公眾混淆誤認之虞」規定之適用並不以該著名商標已於我國註冊為要件，部分應考人認 Y 圖樣並未於我國註冊，即認應准予甲之註冊，似未正確認知法條之適用要件。

另有部分應考人將本題事實錯誤援引商標法第 30 條第 8 款、第 10 款或第 12 款之不得註冊事由而認不應准予註冊，惟第 8 款之規範對象在於商標本身與所指定商品或服務之聯結，可能有致相關消費者誤認商標所表彰品質或服務之性質、品質或產地而言；其規範目的在於制止商標構成要素之圖樣、文字等，與其指定使用之商品或服務有不實關係，防止消費者因商標表徵之外觀、讀音或觀念等與指定使用之商品或服務不相符合，以致相關消費者誤信而予以購入商品或服務，受不測損害之公益目的，與第 10 款或第 11 款前段之混淆誤認之虞之保護，係在防止衝突商標間來源之混淆誤認不同，應加以區辨。又第 10 款已明文規定所保護之對象為「註冊商標」或「申請在先之商標」，A 公司就 Y 圖樣既未於我國申請註冊，自無該款規定之適用。另第 12 款部分，除例示規定「契約、

地緣、業務往來」之關係外，並概括規定「其他關係」，此應指申請人因「契約、地緣、業務往來」等類似關係而知悉他人商標，並搶先註冊而言，或雖無業務往來但競爭同業間因業務經營關係而知悉他人先使用商標存在者，亦屬之；本題中甲僅為自由創作者，每天晚上在夜市擺設攤位販售各類文創包袋商品，僅因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，而知悉 Y 圖樣之存在，難認與 A 公司係屬競爭同業，應無該款規定之適用。



112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：勞動社會法

第一題

【總題說明】

本題包括兩子題，第（一）子題的命題構想如下：

勞基法在民國 106 年修正前，對特別休假應如何安排並無明確規定，故在 106 年修法之前，有些事業單位採勞雇自行約定特別休假，有些雇主在僱用勞工時即告知該事業單位不給特別休假，但會加發工資；也有雇主則根本不給特別休假。換言之，在勞基法 106 年修法之前，特別休假的安排大多是由雇主來主導，因此特別休假對有些勞工而言，是看得到吃不到的餅。為落實勞工的特別休假權利，勞基法在 106 年修法時，明確地將特別休假規定為專屬於勞工的權利。近年來，為了讓人民有更多小確幸，政府透過補上班的方式，讓上班族可以有更多連假可以安排休閒旅遊。此項政策固然立意良善，但有些勞工為了增加連假日數，會在連假前後請特別休假，如逢雇主之經營旺季，人力吃緊問題就會雪上加霜。因此，有些雇主在此種情形下，會不予准假，如勞工仍堅持請特別休假而未出勤，雇主可能就會對此種勞工進行懲處。本子題主要在評量考生針對此種實務上普遍存在之爭議的理解程度，以及適用現行法令來解決此項爭議的能力。

第（二）子題之命題構想如下：

在勞基法 106 年修法之後，雖然在勞工享有特休權利時，雇主有告知的義務，但仍有許多雇主未主動告知，有些勞工也因不熟悉勞動法令，未及時行使權利。本子題主要在評量考生針對前述情形產生之爭議，如何適用相關勞動法令之能力。

【評分要點】

第（一）子題

根據勞基法第 38 條第 2 項規定：「前項之特別休假期日，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。」基於前述規定，特別休假係專屬於勞工之權利，即便雇主基於企業經營上的急迫需求（例如因旺季造成的人力不足），也不能以此拒絕勞工申請特別休假，只能與勞

工協商調整，倘若勞工依然堅持申請特別休假，雇主仍應准假。因此，A 公司雖因連續假期業務繁忙，人手嚴重不足，也只能與某甲協商調整，倘若某甲執意要在 10 月 2 日至 10 月 6 日請特別休假，A 公司仍應予以准假。某甲雖在 A 公司未准假的情況下，在 10 月 2 日至 10 月 6 日間未出勤工作，但其未出勤並非「無正當理由繼續曠工」，因此 A 公司不得依勞基法第 12 條第 1 項第 6 款規定解僱某甲，A 公司解僱某甲不合法。

## 第（二）子題

勞基法第 38 條第 1 項規定：「勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作满一定期間者，應依下列規定給予特別休假：

- 一、6 個月以上 1 年未滿者，3 日。
- 二、1 年以上 2 年未滿者，7 日。
- 三、2 年以上 3 年未滿者，10 日。
- 四、3 年以上 5 年未滿者，每年 14 日。
- 五、5 年以上 10 年未滿者，每年 15 日。
- 六、10 年以上者，每 1 年加給 1 日，加至 30 日為止。」

勞基法第 38 條第 3 項規定：「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。」同法第 38 條第 4 項規定：「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 39 條亦規定：「第 36 條所定之例假、休息日、第 37 條所定之休假及第 38 條所定之特別休假，工資應由雇主照給。雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給。……」

A 公司依勞基法第 38 條第 3 項規定，應在勞工符合同條第 1 項所定的特別休假條件時，告知勞工依同法第 38 條第 1、2 項規定排定特別休假。A 公司未依法告知該公司的勞工依法排定特別休假，依勞基法第 79 條規定，可被處以新臺幣 2 萬元以上 100 萬元以下罰鍰。

依勞基法第 38 條第 1 項規定，某乙應有 10 天的特休，其中 3 天已經年度終結（111 年 1 月 1 日至 111 年 12 月 31 日），勞雇雙方並未協商遞延至次一年度（即 112 年）實施，因此 A 公司應依勞基法第 39 條規定，給付某乙應休未休的

工資，亦即加給某乙 3 天的工資。至於另外 7 天特別休假部分，某乙可以選擇在 112 年 12 月 31 日前擇 7 天特休、放棄特別休假多領 7 天工資或與 A 公司協商將這 7 天特休遞延至 113 年實施。

### 【閱卷委員的話】

本大題的答題重點在於勞動基準法上關於特別休假規定的適用。

#### 第（一）子題部分

依據勞基法第 38 條第 2 項規定：「前項之特別休假期日，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。」應考者有引用法條，並說明基於前述規定，特別休假是專屬於勞工的權利，即便雇主基於企業經營上的急迫需求，也不能以此拒絕勞工申請特別休假，只能與勞工協商調整，倘若勞工依然堅持申請特別休假，雇主即應准假等內容。並且進一步說明某甲雖在 A 公司未准假的情況下，在 10 月 2 日至 10 月 6 日間未出勤工作，但其未出勤，依據上述討論，並非「無正當理由繼續曠工」，因此 A 公司不得依勞基法第 12 條第 1 項第 6 款解僱某甲。閱卷時便會按照其詳盡程度進行評量。應考者多數能說明特別休假是專屬於勞工的權利，不過，仍有一部分應考者論述可再強化。

#### 第（二）子題部分

依據勞基法第 38 條第 1 項規定：「勞工在同一雇主或事業單位，繼續工作满一定期間者，應依下列規定給予特別休假：一、6 個月以上 1 年未滿者，3 日。二、1 年以上 2 年未滿者，7 日。……」同法第 38 條第 3 項規定：「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。」同法第 38 條第 4 項規定：「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。」應考者有引用法條，並說明依據勞基法第 38 條第 3 項規定，雇主在勞工享有特休權利時，有告知的義務。並且說明若雇主違反告知義務，依據勞基法第 79 條規定，可被處以罰鍰。以及進一步適用法條，說明依據勞基法第 38 條第 1 項規定，某乙應有 10 天特休，其中 3 天已經年度終結（111 年 1 月 1 日至 111 年 12 月 31 日），勞雇雙方未協商遞延至次一年度（亦即 112 年）實施，因此 A 公司應給付

某乙應休未休的工資，並且說明另外 7 天特別休假部分的處理。閱卷時便會按照其詳盡程度進行評量。應考者多數能說明雇主有特別休假告知義務，不過多數未能提及勞基法第 79 條罰鍰的規定。其次，一部分應考者能說明適用法律規定後，某乙應有 10 天特休，並區分其中 3 天與另外 7 天後續的處理。不過，仍有一部分未能說明清楚特休日數，以及區分 3 天與另外 7 天的後續處理，此部分的論述有可再強化之處。

## 第二題

### 【總題說明】

本題包括兩子題，第（一）子題的命題構想如下：

本子題主要在評量考生對於權利事項爭議與調整事項爭議之區別及後續爭議處理方式之差異的理解與掌握程度。雖然勞資爭議處理法第 54 條第 1 項對工會宣告罷工的程序要件有明確規定，但並不是所有符合勞資爭議處理法第 54 條第 1 項的罷工都是合法的。依勞資爭議處理法第 5 條第 2 款規定，權利事項爭議是不得罷工的，僅得依同法所定的調解、仲裁或裁決程序處理。

第（二）子題之命題構想如下：

本子題是延續前一小題，主要在評量考生對於爭議行為正當性的理解與掌握程度。原則上，工會有經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，得進行罷工並設置糾察線，但由於工會不得因權利事項爭議對雇主進行罷工，因此 B 公司企業工會的爭議行為並不具備正當性。根據勞資爭議處理法第 55 條規定，工會及其會員所為的爭議行為，該當刑法及其他特別刑法的構成要件，而具有正當性者，不罰。但 B 公司企業工會的爭議行為並不具正當性，其設置糾察線並阻擋不願配合罷工的勞工進入 B 公司上班，雙方發生衝突因而造成數位勞工受傷，倘該當刑法及其他特別刑法的構成要件，仍會受罰。

### 【評分要點】

第（一）子題

雖然 B 公司企業工會宣告罷工的程序，符合勞資爭議處理法第 54 條第 1 項的規定（工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工

及設置糾察線)，但依同法第 53 條第 1 項規定，權利事項的勞資爭議，不得罷工。而所謂「權利事項勞資爭議」，依同法第 5 條第 2 款規定，是指「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。」B 公司與被解僱勞工間的爭議，是因資遣費計費產生的爭議，而勞動基準法與勞工退休金條例對資遣費計算有明確的規定，故 B 公司與被解僱勞工間的爭議，為勞資雙方當事人基於法令所為權利義務的爭議，而屬權利事項爭議。因此，B 企業工會不得因 B 公司與被解僱勞工間因資遣費計算所生爭議而進行罷工。依勞資爭議處理法第 6 條第 1 項規定，權利事項的勞資爭議，僅得依該法所定的調解、仲裁或裁決程序處理之。

## 第（二）子題

雖然 B 公司企業工會有經過會員以直接、無記名投票且經全體會員過半數同意，進行罷工並設置糾察線，但由於工會不得因權利事項爭議進行罷工，因此 B 公司企業工會的爭議行為並不具備正當性。依勞資爭議處理法第 55 條規定，工會及其會員所為的爭議行為，該當刑法及其他特別刑法的構成要件，而具有正當性者，不罰。惟 B 公司企業工會的爭議行為並不具正當性，其設置糾察線並阻擋不願配合罷工的勞工進入 B 公司上班，雙方發生衝突，因而造成數位勞工受傷，倘該當刑法及其他特別刑法的構成要件，仍會受罰。

### 【閱卷委員的話】

本題主要在評量考生對於權利事項爭議與調整事項爭議的區別、後續爭議處理方式的差異，以及對於爭議行為正當性的理解與掌握程度。

## 第（一）子題部分

依據勞資爭議處理法第 53 條第 1 項後段規定，權利事項的勞資爭議，不得罷工。而所謂「權利事項勞資爭議」，依同法第 5 條第 2 款規定，是指「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。」應考者若能引用上述規定，並說明因資遣費計費產生的爭議，屬於權利事項爭議，便會按照其詳盡程度進行評量。一部分應考者能說明上述內容，並就事實進行討論。此外，仍有一部分應考者未能釐清爭議點，或是論述勞資爭議處理法第 53 條第 1 項前段所定勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為，關於權利事項勞資爭議的部分論述可以再強化。

## 第（二）子題部分

由於工會不得因權利事項爭議進行罷工，因此 B 公司企業工會的爭議行為，並不具備正當性。依勞資爭議處理法第 55 條規定，工會及其會員所為的爭議行為，該當刑法及其他特別刑法的構成要件，而具有正當性者，不罰。應考者若能引用此規定，進一步說明倘該當刑法及其他特別刑法的構成要件，仍會受罰，便會按照其詳盡程度進行評量。一部分應考者能延續前面論述，說明工會不得因權利事項爭議進行罷工，並說明 B 公司企業工會的爭議行為不具正當性。不過，有一部分應考者則論述糾察線相關討論，未能針對正當性進行討論，論述可以再強化。

## 第三題

### 【總題說明】

本題第（一）子題命題構想為：測試考生能否掌握勞保條例與勞工職災保險法關於職災失能年金給付的差異。

本題第（二）子題命題構想為：測試考生是否掌握 1.社會保險給付請求權是否受財產權保障，以及受何種程度之保障；2.社會保險年金給付的所得替代、所得維持的功能；3.從比例原則分析勞工職災保險法扣減給付規定的合憲性。

### 【評分要點】

#### 第（一）子題

甲因發生職災導致終生無工作能力，國家透過社會保險制度給予失能年金給付，以保障其所得中斷的經濟安全，在勞工職災保險法施行之前，職災保險給付是規定於勞工保險條例（下稱勞保條例），勞工職災保險法大幅改善勞保條例職災保險給付保障不足的問題。以甲的情形，勞工職災保險法施行前、後，二者保障差別如下：

一、勞工職災保險法制定前，依照勞保條例職災給付相關規定：

- （一）本案中甲已請領老年給付，依勞保條例第 58 條第 6 項規定，應辦理離職退保，不得再行參加勞保。依照勞動部函釋，已領取勞工保險老年給付後再從事工作，雇主得為其加保，但僅能參加勞工保險的職災保險，其失能

年金給付依 54 條第 2 項規定辦理，如無加保，甲即無任何職災保險給付。

- (二)甲再次受僱如有參加勞工保險的職災保險，依照勞保條例第 19 條第 2 項、第 3 項第 1 款及第 4 項規定，現金發給的保險給付，其金額按被保險人平均月投保薪資及給付標準計算，被保險人參加保險未滿 5 年，其平均投保薪資，是按其實際投保年資的平均月投保薪資計算，投保年資未滿 1 年，依其實際加保月數按比例計算。本題中甲投保僅 6 個月即發生保險事故，其雖有退休前 30 年年資，惟年資已於辦理退休老年給付時結算，其重新參加勞保職災保險的年資應重新起算，年資為 0.5 年，平均投保薪資為 31,800 元。
- (三)甲發生職災，經保險人評估為終身無工作能力，在勞工職災保險法施行前，依勞保條例第 54 條第 2 項規定，甲得依同條例第 53 條第 2 項規定請領失能年金，其以平均月投保薪資乘以 1.55%再乘以投保年資計算，如不足新臺幣 4,000 元，則給予 4,000 元。於甲的情形，由於甲退休後再行就業的職災保險年資僅有 0.5 年，依上開公式計算，年金金額僅有 246.45 元 ( $31,800 \times 0.0155 \times 0.5$ )，依法應給予 4,000 元的失能年金給付。

## 二、勞工職災保險法施行後的職災給付

- (一)依勞工職災保險法第 6 條第 1 項規定，年滿 15 歲的受僱勞工應參加職災勞工保險法，無雇主僱用人數規模及投保年齡上限的限制。依同法第 13 條第 1 項規定，其保險效力的開始，自到職當日起算。又考量勞保條例的職災年金給付，依投保年資計算對於資淺勞工保障不足，故新法失能年金的計算不再考慮年資多寡，並進一步區分終身無工作能力的失能程度，給予不同所得替代率的失能年金。
- (二)甲發生職災時僅有 6 個月投保年資，經判定為嚴重失能，依勞工職業災害保險法第 43 條第 2 項規定，按平均月投保薪資 50%發給失能年金，故其可獲得 15,900 元失能年金。

三、甲僅有 6 個月職災保險投保年資，如依照勞工保險職災失能年金給付的規定，僅能領取 4,000 元年金，相較而言，依照勞工職災保險法，甲的嚴重失能可獲得 50%投保薪資的失能給付，對甲的經濟安全保障明顯優於勞工保險的職災年金給付。

## 第(二)子題

- 一、勞工職災保險法第 58 條扣減失能年金的規定，涉及被保險人的年金請求權。依司法院釋字第 549 號解釋的闡述，社會保險給付的財源，來自於被保險人及投保單位（雇主）繳納的保費，以及政府補助形成的保險基金，其並非被保險人的私產。再依照司法院釋字第 781 號至第 783 號解釋退休年金縮減案的意旨，年金給付因財源不同，所受財產權的保障程度亦有不同，如其權利的形成有部分來自個人提撥的費用，該部分具有個人關聯性，應受較高程度的保障，憲法法庭應採取較為嚴格的審查。依勞工職災保險法第 19 條第 1 款規定，受僱勞工的保費由雇主全額負擔，無政府補助，被保險人發生職災時，獲得保險給付的保障，對被保險人而言，各項職災保險給付請求權具有財產權性質。此項請求權既由雇主繳納保費所形成，具高度個人關聯性，社會關聯性較低，應受較高程度的財產權保障。
- 二、扣減職災年金給付的目的，是否具有憲法上正當性，應從社會保險年金給付功能加以思考：憲法第 153 條要求國家應制定保障勞工的法律，第 155 條要求國家應實施社會保險制度，參照司法院釋字第 549 號解釋意旨，社會保險提供的給付，通常分為金錢給付與福利服務，社會保險提供的金錢給付，是為保障被保險人遭遇老年、失能、死亡、疾病、生育、工作傷害或面臨失業喪失所得時所為的金錢給付，此類給付具有所得維持、所得替代的功能，另司法院釋字第 485 號解釋亦揭示，社會政策立法提供的給付，應力求與受益人的基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度的照顧。社會保險的金錢給付，既以確保被保險人所得中斷時的經濟安全為目的，其所提供的之所得替代給付自不應超過投保薪資，而給予過度保障，此為勞工職災保險法第 58 條規定的立法目的，此一目的符合憲法第 155 條實施社會保險制度的本旨。
- 三、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 條規定，減額調整方式為被保險人請領職災保險及其他社會保險年金給付的合計金額，超過職災保險採計的平均月投保薪資數額部分，為應扣減金額，從職災保險年金給付中予以扣減。本題中甲已領有勞保老年年金每月 19,530 元，職災保險失能年金為 15,900 元，二者相加為 35,430 元，而甲職災保險的投保薪資 31,800 元，超過的 3,630 元，自職災保險失能給付扣減。此一措施使社會保險金錢給付不超過所得替代功能的程度，符合適當性的要求。
- 四、上開規定是扣減勞工職災保險法的給付，不影響被保險人已領取其他社會保險年金給付的權利（在本案為甲持續領取的勞保老年給付），應屬侵害最小



的手段，使各項社會保險年金給付總計不超過投保薪資，也使社會保險制度不致逾越其所得維持與所得替代的功能，且法律設有扣減金額上限，不得超過職災保險年金給付金額的 50%，避免對職災保險失能年金請求權造成過度的干預，符合狹義比例原則的要求。

五、綜上分析，系爭規定對於被保險人的保險給付請求權雖有限制，但仍符合比例原則的要求，應屬合憲，甲的主張應無理由。

六、如認扣減年金規定有違比例原則，依其論述的詳細程度評分。

### 【閱卷委員的話】

第（一）子題算是「送分題」，只要了解勞工職災保險法對於舊勞保條例職災保險給付保障不周之處有哪些改革，參考法條作答，應該可以獲得一定的分數。本題雖涉及法律規定的金額、比例，不過評分首重基本觀念是否正確，具體金額數字並非重點，如基本觀念正確且有正確寫出金額或比例，則給予較高評分。但意外的是，為數眾多應考生未能在此小題得分，以致本大題整體分數拉低不少。而未能得分的主因為答非所問，本小題所問為「年金給付」，但答題卻只比較勞保條例與勞工職災保險法關於「一次性給付」的差異，完全忽略新法制定前、後年金給付的差異。此外，答題內容尚有若干法條解讀錯誤之處必須加以澄清，例如：

- 一、依照勞工保險條例，領取老年給付後應即退保，不得再參加勞工保險，如雇主再為已領取老年給付的勞工申報參加勞保的職災保險，因該勞工領取老年給付時已結算年資，故領取老年給付後再行受僱參加勞保職災保險，其年資不與領取老年給付前的年資併計，平均投保薪資亦重新計算，不與領取老年給付前的投保薪資合併計算其平均投保薪資。
- 二、若干應考生回答，須為身心障礙者始能領取勞工保險職災失能年金。惟細讀勞工保險條例第 54 條規定，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，經評估為終身無工作能力，並請領失能年金給付者，依第 53 條規定發給年金，而同條例第 53 條第 2 項規定，前項被保險人（即被保險人遭遇普通傷害或罹患普通疾病，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者）或被保險人為身心障礙者權益保障法所定的身心障礙者，經評估為終身無工作能力者，得請領失能年金給付。

合併觀察這兩條規定，並未規定「只有」身心障礙者才能領取失能年金，毋寧因發生職災導致終身無工作能力的勞工，能夠獲得失能年金的保障。應考生對於上述條文的解讀實有誤解。

第(二)子題評分重點，在於應考生是否能夠掌握法律規定背後所涉及的法理基礎，在此涉及社會保險請求權是否受憲法財產權保障、社會保險年金給付的功能及比例原則之審查等三個不同層次的分析，合憲與違憲的結論並不直接影響分數，評分重點毋寧在於是否掌握分析層次及論理。整體而言，只有少數應考生能夠完整分析上述爭點或其中 2 點。只從立法目的去分析是否合憲的應考生中，有不少未能掌握社會保險金錢給付的功能在於所得替代的核心意旨，而以想當然爾的理由或商業保險的基本原則來回答社會保險的問題，例如回答 1.同時領取老年給付與職災失能給付有重複保險、雙重得利、道德風險、不當得利，所以扣減規定合憲，問題是社會保險與商業保險不同，老年與失能為不同的社會風險，且社會保險採強制投保，並非被保險人得自由選擇是否參加，所以不能從重複投保、雙重獲利禁止角度去思考扣減規定的合憲性；2.因政府財政困難、資源有限、把資源留給有需要的人等因素，所以扣減規定合憲，問題是勞工職災保險是社會保險，社會保險財務與一般政府財政分離，且職災保險的保費由雇主全額負擔，政府未補助保費，減少社會保險給付與政府財政根本無關，又社會保險給付必須有保險事故發生才會產生，甲的職災保險年金給付金額扣減，與其他被保險人能否請求保險給付也無關。上述這些回答顯示應考生並未充分掌握社會保險制度的基本原則。此外，有部分應考生認為扣減甲既有的年金保險給付，違反信賴保護原則、比例原則而違憲，實則勞工職災保險法第 58 條第 1 項規定：「被保險人或其受益人因不同保險事故，同時請領本保險或其他社會保險年金給付時，本保險年金給付金額應考量……，予以減額調整」，其所扣減者，是「本保險年金給付」，並不影響甲已開始領取的勞保老年年金給付，上述理由並未正確理解法律規定。

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：財稅法

第一題

【總題說明】

本次財稅法第一題的命題，嚴格來講並不是十分刁鑽的考點。題目的主要範圍落在租稅保全制度，也就是本於國家債權實現的程序性措施。這樣的問題，尤其是其中的限制出境，本來就是我國法制長年存在的議題，也與第一線的律師業務息息相關，可以說是律師最常遇見的稅務案件類型之一。所以理論上準備財稅法考試的考生，應當對於這個議題相當熟悉。考量到本次考試稅法有附給考生法典，因此閱卷給分重點就會集中在「如何在答案中運用各種公法原則」或者與既存的法制配合。以下分別說明這兩道子題的給分重點。

【評分要點】

第(一)子題

本題命題重點，在於測驗考生對於稅捐稽徵法第24條第3項及第4項規定。考生除應當說明「限制出境」僅為稅法上的保全措施、並非行政處罰以外，同時也應當就法條所規定的構成要件進一步的說明分析，而不是僅抄寫法條未闡釋其內容。倘若考生能在答案中反思限制出境的關連性問題，例如比例原則的適用、以限制居住遷徙自由作為保全公法債權手段是否合乎法益平衡的要求等，則視情形及推論完整程度酌增分數。

第(二)子題

本子題在這次考試中，屬於比較有鑑別度的考點。蓋因民法第242條、第244條規定得否適用在稅捐稽徵領域，而由稅捐稽徵機關作為原告，在機關已經享有各種公法上保全債權途徑的情形下，以訴訟保全租稅之債，一向是我國實務上的難題。這一問題本來在我國法制中就是一個比較難解的爭議：雖然關稅法早已有明文規定，但是我國法制就內地稅的稽徵機關而言，一直要到民國110年12月稅捐稽徵法修正，增補了該法第24條第5項以後，方有直接的明文依據。

所以，考題中問「國稅局有無起訴權限？」答案理想上應該是先描述我國過去的實務見解、說明修法的增補內容。不過很特別的是，居然有不少考生，顯然不知道稅捐稽徵法第24條第5項的立法，甚至還有認為這樣的規定僅屬立法草案者。考試有附給考生法條，竟然沒看，也在答案中沒有引用規定，分數都不會太理想。本子題的第二個考點相對比較難，蓋以我國過去（修法之前）存在的案例，大部分都是由國稅局擔任原告根據民事訴訟法向民事法院起訴。法院通常也不會質疑這種情形的審判權歸屬，而比較常認為公法債權不得援用民法規定起訴。近年來，最高行政法院111年度上字第163號判決，則認為應當視起訴請求撤銷之客體的法律性質而定。大部分考生的答案，都僅就「民事訴訟」或「行政訴訟」二者擇一回答，考慮均不甚周詳，以致於普遍分數都不高。

### 【閱卷委員的話】

本題的命題，認真言之，並沒有什麼特別困難的考點，但是就不少考生而言，還是發生作答的問題。任何法律制度的運作，都離不開實務狀況，也無法脫免於法律條文的規定，特別是稅法這樣的實用性科目。因此，如何在準備考試之際，按部就班而不要急於速成，願意將基本的問題及法條的結構掌握清楚，才是真正的關鍵。

## 第二題

### 【總題說明】

本題源自於實務上所發生的案例，最主要在於測驗考生對於節稅、稅捐規避與稅捐逃漏的判斷。這三個概念的區分，為稅法重要的議題，這三個概念的構成要件，亦為學說與實務所關注的重點。易言之，節稅是指在稅法規範所定的範圍內，經由稅捐規劃所從事合乎稅法規範意旨之降低應納稅額的行為；稅捐規避是納稅義務人濫用法律的行為，以不合常規交易的法律形式達到常規交易法律形式的經濟效果，而規避常規交易法律形式所應核課的稅捐；至於稅捐逃漏，則指納稅義務人未完全揭露課稅事實而造成逃漏稅捐的結果。

## **【評分要點】**

### 第(一)子題

本題若能正確說明節稅、稅捐規避與稅捐逃漏的區分，並且從中判斷系爭法律形成所合致的概念，進而分析系爭研究補助是否為免稅所得，就能獲取適當的分數。

### 第(二)子題

本題若能寫出稅捐稽徵法第 41 條第 1 項詐術逃漏稅捐罪的構成要件，並分析系爭案件在何者情況下，有可能該當上開所論及的構成要件要素，就能獲取適當的分數。

## **【閱卷委員的話】**

本題所涉及之節稅、稅捐規避與稅捐逃漏的區分，為稅法總論關注的重點。從而，本題並非涉及複雜的稅捐各論議題，只要考生有閱讀稅法總論相關教科書，即可獲得不錯的成績。

112年公務人員特種考試司法官考試第二試  
112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試  
法律專業科目評分要點與閱卷委員的話  
科目：海商法與海洋法

第一題

【總題說明】

本題旨在評量考生是否瞭解海商法第56條貨物受領之效力及第69條第12款包裝不固之免責事由。

【評分要點】

第(一)子題

本子題詢問契約上運送人B公司及受貨人C公司得為之主張為何，即海商法第56條規定之適用問題。海商法第56條第1項規定，有受領權人受領貨物後，如未為該條項規定之四款之保留行為者，即推定運送人已依照載貨證券交清貨物。

就B公司得主張之部分：於本題中，受貨人C公司於民國(下同)100年10月15日受領貨物，對於系爭貨物因海水浸濕而生鏽受損之情形，遲至同年11月2日始通知運送人B公司並委請公證公司檢查貨物作成公證報告書，顯然不符合合同條項之四款為保留之除外情形。故，運送人B公司自得主張已依載貨證券交清貨物，而毋庸負損害賠償責任。

就C公司得主張之部分：由於海商法第56條第1項交清貨物之規定，法有明文僅為「推定」之效果，因此，受貨人C公司仍得舉證推翻此推定。若C公司盡其舉證責任推翻運送人B公司交清貨物之推定，則B公司仍應對系爭貨物之毀損滅失負損害賠償責任，受貨人C公司得依海商法第56條第2項之規定，自受領日之一年內，向運送人起訴請求損害賠償。

第(二)子題

本子題涉及到海商法第69條第12款，有關運送人對於包裝不固免責事由適用之問題。海商法第69條第12款規定，如因貨物包裝不固致貨物發生毀損或滅失者，運送人或船舶所有人不負賠償責任。受貨人C公司雖以運送人B公

司簽發載貨證券時，對於貨物包裝未為任何保留為由，主張 B 公司應依載貨證券文義負責；而 B 公司就其所簽發之載貨證券，對於系爭貨物之情狀記載外觀良好而未為保留，僅係指其於收受貨物及簽發載貨證券時，當時客觀得以檢視之明顯具體存在情狀而言，運送人就此狀態無異議收受而簽發，本應受此記載拘束。但是，若 B 公司能舉反證，證明 A 公司在同意甲板運送之前提下，雙方約定由 A 公司自行為貨物之包裝與防水處理，嗣因 A 公司之包裝與防水處理未達可抵擋運送過程而造成之濕損，且 B 公司用於運送之船舶符合海商法第 62 條之適航性，以及系爭貨物自裝載至卸載等之運送途中，B 公司已盡海商法第 63 條貨物之照管義務，則 B 公司自得主張海商法第 69 條第 12 款包裝不固免責事由，而就系爭貨物之濕損不負賠償責任。

### 【閱卷委員的話】

- 一、第(一)子題主要測驗考生是否瞭解貨物一經交付，而受貨人受領貨物未經保留之效力，即海商法第 56 條之規定內容。大部分考生多能掌握要點為回答，明確區分受貨人 C 公司之行為是否符合除外保留之規定，及該條僅具有推定之效力。僅少部分考生，錯誤解讀第 56 條第 1 項第 3 款，認為本題 C 公司之情況符合該款之保留情形，及少部分考生，未提及不符合除外保留之行為僅具有「推定」之效果。
- 二、第(二)子題主要測驗考生對於海商法第 69 條免責事由中之包裝不固之瞭解程度。於本題中，大部分之考生均能提及甲板運送之規定，但對於是否符合海商法第 69 條第 12 款包裝不固之免責事由，有部分考生未能指出，或錯誤指出本條符合其他款，如第 15 款貨物之固有瑕疵之免責事由等。再者，對於我國通說認為要主張海商法第 69 條之免責事由之前提，需符合第 62 條之適航性及第 63 條之注意與處置義務，有少部分考生對此亦有著墨，於評分時亦會斟酌提高給分。

## 第二題

### 【總題說明】

本題旨在評量考生是否瞭解海商法第 74 條、第 75 條以多式聯運運送而發生貨損期間不明時應適用何種法律，及第 61 條之件貨運送為目的之載貨證券條款免除運送人責任之效力。

## 【評分要點】

### 第(一)子題

本子題涉及到多式聯運(或稱複式運送)之責任問題，於我國海商法第 74 條及第 75 條有所規定。依海商法第 74 條第 1 項規定：「載貨證券之發給人，對於依載貨證券所記載應為之行為，均應負責。」及第 75 條：「連續運送同時涉及海上運送及其他方法之運送者，其海上運送部分適用本法之規定(第 1 項)。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(第 2 項)。」

由於丙公司所負責的是「全程戶對戶」之運送，亦簽發全程之載貨證券，故依海商法第 74 條規定，對運送全程應負責任。而對於貨損發生時間不明之情形，則依海商法第 75 條第 2 項規定，應推定係發生在海上運送階段，且依同條第 1 項規定，海上運送部分，適用海商法。

因此，對此貨損發生時間不明之情況，丙公司應依海上運送階段所適用之海商法負責。但，本條規定僅為推定，亦得舉證加以推翻。

### 第(二)子題

本子題涉及到以載貨證券條款減免運送人及履行輔助人責任時，此等條款之效力問題，即有關海商法第 61 條及 63 條之規範。按海商法第 61 條規定：「以件貨運送為目的之運送契約或載貨證券記載條款、條件或約定，以減輕或免除運送人或船舶所有人，對於因過失或本章規定應履行之義務而不履行，致有貨物毀損、滅失或遲到之責任者，其條款、條件或約定不生效力。」、第 63 條規定：「運送人對於承運貨物之裝載、卸載、搬移、堆存、保管、運送及看守，應為必要之注意及處置。」

於海上運送期間，依海商法第 63 條規定，運送人應為必要之注意與處置，乃稱為強制責任期間。我國立法者為保護經濟地位較為弱勢之託運人，故於海商法第 61 條規定，以件貨運送為目的之運送契約或載貨證券之條款、條件或約定，以減免運送人就海商法運送章應盡義務之責任，該等條款不生效力。由於本題之貨損期間不明，依前開海商法第 75 條規定，推定發生在海上運送期間，故有海商法第 63 條之適用。本件為件貨運送且系爭載貨證券之條款，內容顯然是免除運送人丙公司之責任，則依海商法第 61 規定，該條款不生效力。



### 【閱卷委員的話】

- 一、第(一)子題乃是測驗考生對於涉及多式聯運時，簽發全程載貨證券之運送人責任及發生貨損期間不明時，我國海商法規定推定適用何階段之法律，即海商法第 74 條與第 75 條之規定。超過半數的考生能掌握海商法第 75 條推定適用海上運送階段法律之規定，並敘明法律依據之條號。然而，亦有部分考生，對於此部分之法律規定不夠熟悉，導致僅能用推論之方式說明，無法敘明法律的明確規定，甚為可惜。就第 75 條第 2 項之「推定」法律效果，有少部分考生對此亦有著墨，於評分時亦會斟酌提高給分。
- 二、第(二)子題延續第(一)子題之情況，並測驗考生對於件貨運送時之載貨證券條款減免運送人責任之效力，即海商法第 61 條之規定。於本題中，絕大多數考生均能掌握海商法第 61 條之規定，僅少部分考生無法明確敘明法源依據。有部分考生於論述時，將海商法第 63 條之強制責任期間規定敘明，並配合本題為論述，於評分時亦會斟酌提高給分。

### 第三題

#### 【總題說明】

本題目的在測驗考生對於與我國海域權利相關的規範議題之認識，包括依據 1982 年聯合國海洋法公約（海洋法公約）及習慣國際法，取得與劃設專屬經濟海域的條件，島嶼的定義及其是否享有自身的專屬經濟海域，沿海國在專屬經濟海域內的領域主權與主權權利的內容，他國在我國專屬經濟海域內捕魚的權利，以及合法行使緊追權的要件等，並應用上述規範原則，分析題旨所涉案件事實的能力。

#### 【評分要點】

答題內容符合以下評分標準者，每點最高各得 6 分：

- 一、是否能依據海洋法公約第 55 條，完整說明專屬經濟海域的定義與劃設方法。
- 二、是否能依據海洋法公約第 121 條關於享有專屬經濟海域之島嶼的定義，評價題旨所涉島嶼，是否符合島嶼的定義，並提出學說或國際裁判實務見解加以支持。
- 三、是否能依據海洋法公約第 56 條規定，完整說明沿海國對於專屬經濟海域之

主權權利的內容，特別是針對題旨所涉之生物資源的利用與管理，以及具體探討其中漁業資源的探勘、開發、養護與管理。

- 四、是否能依據海洋法公約第 62 條、我國專屬經濟海域與大陸礁層法第 14 條，以及學說或國際裁判實務的見解，解釋其他國家在我國專屬經濟海域捕魚的條件限制，以及在欠缺協定或其他安排下，是否仍可藉由主張行使「傳統捕魚權」而免責。
- 五、是否能依據海洋法公約第 73 條、我國專屬經濟海域與大陸礁層法第 16 條及第 20 條，解釋題旨所涉緊追權行使的要件，以及依據海洋法公約第 111 條，解釋題旨所涉緊追權行使的方法。

### 【閱卷委員的話】

司法官或律師應用 1982 年聯合國海洋法公約（海洋法公約）及我國海洋二法規定所解決的實務問題，絕對不會是僅涉及單一規範原則的問題。因此本題目的設計，就是以在我國聲索海域極為可能發生的領域與主權權利爭端，繫屬於我國法院時，司法官或律師所應具備的完整規範視野、推理邏輯與解釋能力，作為評測的內容。

海洋法公約本身固然章節分明，且有部分條文已提供足以解釋規範意義的法源。但若要應用以有效解決爭端，除掌握專有名詞的字義與文義解釋外，還必須熟悉個別章節或條文的上下文，條約的前言與附件，締約國的嗣後實踐，以及學說與國際裁判機構的解釋。本題就是期待考生能以作為被逮捕並押解至我國港口受我國法處罰的外國船舶之訴訟代理人的視角，藉由上述規範知識視野，全盤性理解與題目所涉事實相關的規範，包括專屬經濟海域的定義與劃設方法、享有專屬經濟海域之島嶼的定義、沿海國對於專屬經濟海域之主權權利的內容、其他國家在我國專屬經濟海域捕魚的條件限制，以及合法行使緊追權的要件及其方式，並循序進行分析與推理。

雖然多數考生都能藉由檢索考場所提供的海洋法公約譯本，對題目所涉事實相關規範名詞之全部或一部，加以定義或作出字義解釋。但僅有極少數考生能對該規範名詞進一步為文義、目的論解釋，甚至引用學說或國際裁判實務為推理、論證。足見多數選考考生並未真正將海洋法視為如同基礎法學科目般，背誦其條文、記憶其定義與解釋，並理解其學說與實務見解的學習領域。如此評價的另一個證據就是，多數考生也都無法以作為被逮捕並押解至我國港口受我國法處罰

的外國船舶之訴訟代理人的視角，如同撰寫訴狀或判決書般，循序完整分析與推理案件所涉的爭點，就所涉規範，提出有利於被告的解釋。看來海洋法的教學體系與本土化的應用實證知識，還有很大的改善與成長空間。

#### 第四題

##### 【總題說明】

本題目的在測驗考生對於沿海國保護海洋環境之個別義務的內容，包括應採取之方法的認識，以及作為海洋法公約的非締約國，我國對於違反公約破壞海洋環境的聲索國，如何主張其應負擔國家責任之法源基礎的理解，並將上述概念應用於分析題旨所揭案件事實的能力。

##### 【評分要點】

答題內容符合以下評分標準者，每點最高各得 5 分：

- 一、是否能依據聯合國海洋法公約第 192 條與 194 條規定，說明沿海國保護海洋環境的消極個別義務與應採取的方法，並且能分別從陸上來源、從大氣層或通過大氣層，從來自船隻的污染，從來自用於勘探或開發海床和底土的自然資源之設施和裝置的污染，以及從來自在海洋環境內操作的其他設施和裝置的污染四方面，討論沿海國減少污染的措施。
- 二、是否能從積極的個別義務，討論沿海國的海洋環境保護與保全義務，包括避免不當干擾，以及保護與保全稀有生態系統、瀕危物種與海洋生存環境。

##### 【閱卷委員的話】

海洋環境保護是近年來適用海洋法公約的新課題，也是我國海洋政策的重要內容，特別是作為非公約締約國的我國，若能善用海洋環境保護義務的主張，或許可以為我國在聲索海洋權利時，提供更多的法源基礎。因此，考生是否具有相關的規範意識，就是本題目的測驗目的。

多數考生都能藉由檢索考場所提供的海洋法公約譯本，對題目所涉事實相關規範名詞之全部或一部，加以定義或作字義解釋。僅有極少數考生能進一步分別列舉沿海國依據海洋法公約，對海洋環境保護與保全的個別消極義務與積極義務。再次證明多數選考考生並未真正將海洋法視為如同基礎法學科目般加以學習，以致無法全盤理解公約規範上下文間的解釋關聯。

## 112 年公務人員特種考試司法官考試第二試成績統計

得分 科目	前3 高分	後3 低分	排名第33% 者得分	前33% 平均得分	排名中位 數者得分	前50% 平均得分	全程到考者 平均得分	第二試錄取 者(245 人) 平均得分
憲法與行 政法 (200分)	139.50	0.00	109.50	117.47	103.00	113.62	101.17	119.32
	138.50	7.00						
	138.00	8.00						
刑法與刑 事訴訟法 (200分)	143.00	0.00	108.00	115.12	103.50	111.88	102.53	116.83
	140.00	7.00						
	139.00	33.00						
民法與民 事訴訟法 (一) (150分)	111.50	0.00	81.50	88.68	76.50	85.39	75.99	89.12
	110.00	7.00						
	109.50	14.50						
民法與民 事訴訟法 (二) (150分)	108.00	0.00	79.00	85.83	73.50	82.59	73.08	86.10
	104.00	8.00						
	103.00	9.00						
公司法、保 險法與證券 交易法 (100 分)	72.50	0.00	51.00	55.73	47.50	53.56	47.40	55.34
	72.00	1.50						
	71.50	9.50						
國文 (100 分)	84.00	0.00	58.00	64.45	53.00	61.39	53.47	62.21
	83.00	8.00						
	82.00	17.00						

註：司法官考試第二試全程到考 2,776 人。

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

司法官考試	人數/分數
全程到考人數	2,776
前 33%人數	916
錄取人數	245
總分前 3 高	588.00
	579.00
	572.50
總分後 3 低	0.00
	44.00
	126.00
錄取者最低總分	512.50
排名第 33%者總分	477.50
錄取者平均總分	528.93
未達錄取標準最高總分	512.00
總分達 500 分以上 (比例)	439 (15.81%)
排名中位數者總分	457.00
前 50%平均總分	490.51
到考者平均總分	453.64

分數	人數	
590 分以上	0	
580-589 分	1	
570-579 分	3	
560-569 分	4	
550-559 分	17	
540-549 分	29	
530-539 分	40	
520-529 分	65	
510-519 分	121	
500-509 分	159	
490-499 分	206	
480-489 分	220	
470-479 分	214	
460-469 分	231	
450-459 分	279	
440-449 分	238	
430-439 分	205	
420-429 分	184	
410-419 分	147	
400-409 分	96	
390-399 分	86	
380-389 分	61	
370-379 分	39	
360-369 分	36	
350-359 分	17	
340-349 分	16	
330-339 分	13	
320-329 分	13	
310-319 分	4	
300-309 分	9	
290-299 分	2	
280-289 分	2	
270-279 分	3	
260-269 分	2	
250-259 分	0	
240-249 分	3	
230-239 分	2	
220-229 分	1	
210-219 分	1	
200-209 分	1	
200 分以下	6	
得分 550 分以上	25	0.90%
得分 500-550 分者	414	14.91%
得分 400-499 分者	2020	72.77%
得分 300-399 分者	294	10.59%
得分 200-299 分者	17	0.61%
得分 200 分以下	6	0.22%

112 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試應考人成績統計表

項目 \ 選試組別	智慧財產法組	勞動社會法組	財稅法組	海商法與海洋法組
全程到考人數	1,004 人	510 人	254 人	1,271 人
前 33% 人數	332 人	169 人	84 人	420 人
及格人數	321 人	163 人	81 人	423 人
總分前 3 高 (總分 1000 分)	638.50 分 636.50 分 615.00 分	646.00 分 634.00 分 617.00 分	626.00 分 611.50 分 605.00 分	646.00 分 621.50 分 620.00 分
總分後 3 低 (總分 1000 分)	53.00 分 44.00 分 0.00 分	284.00 分 66.00 分 0.00 分	343.00 分 322.50 分 243.50 分	156.50 分 107.00 分 30.00 分
及格者最低分數	512.50 分	516.00 分	521.50 分	525.00 分
及格標準	512.50 分	515.50 分	520.50 分	525.00 分
及格者平均總分	543.03 分	549.94 分	551.27 分	553.55 分
未及格者 最高總分(人數)	550.00 分 (1 人)	524.00 分 (2 人)	533.00 分 (1 人)	547.00 分 (1 人)
總分達 500 分 人數(比例)	424 人 (42.23%)	242 人 (47.45%)	139 人 (54.72%)	698 人 (54.92%)
排名中位數者總分	492.00 分	496.50 分	502.00 分	505.00 分
前 50% 平均總分	528.33 分	534.38 分	537.13 分	540.57 分
到考者平均總分	483.55 分	491.57 分	496.33 分	500.22 分
共同法律專業科目 總分達 400 分 人數(比例)	427 人 (42.53%)	232 人 (45.49%)	122 人 (48.03%)	702 人 (55.23%)

112年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試應考者各應試科目成績分析表

項目 科目	前3高分	後3低分	排名第33% 者成績	前33% 平均成績	排名中位數 者成績	前50% 平均成績	到考者 平均成績
憲法與行政法 (200分)	139.5(海1)	5.0(智1)	108.50	116.95	101.50	112.92	99.82
	138.5(海1)	1.5(海1)					
	138.0(智1)	0.0(智2.勞1)					
刑法與刑事 訴訟法 (200分)	143.0(海1)	7.0(勞1)	107.00	114.46	102.50	111.12	101.13
	140.0(海1)	2.5(海1)					
	137.5(海2)	0.0(智2.勞1)					
民法與民事 訴訟法(一) (150分)	116.5(勞1)	6.5(海1)	80.00	87.32	75.00	83.99	74.13
	111.5(智1)	3.0(智1)					
	109.5(勞1)	0.0(智2.財1)					
民法與民事 訴訟法(二) (150分)	104.0(智1)	3.0(海1)	77.50	84.56	72.00	81.26	71.35
	103.0(勞1)	1.0(智1)					
	102.5(智1.海2)	0.0(智6.勞1.財1)					
公司法、保險法 與證券交易法 (100分)	72.5(勞1)	2.0(海1)	50.00	54.81	47.00	52.64	46.54
	71.0(勞1)	1.5(海1)					
	70.0(海1)	0.0(智3.勞2.海1)					
共同法律專業科目(800分)合計得分			423.00	458.10	398.00	441.93	392.97
國文 (100分)	84.0(智1.勞1)	10.0(智2.海1)	58.00	64.44	53.00	61.38	53.36
	83.0(智4)	8.0(智2.勞1)					
	82.0(智3)	0.0(智1.勞1)					
智慧財產法 (100分)	67.5(1)	12.5(1)	47.50	52.98	44.50	50.60	43.68
	66.0(1)	6.0(1)					
	64.5(1)	0.0(8)					
智慧財產法組全部科目(1000分)合計得分			528.50	575.52	495.50	553.91	490.01
勞動社會法 (100分)	73.0(1)	16.0(1)	51.00	58.09	46.50	54.89	46.04
	71.5(2)	15.0(1)					
	70.5(1)	0.0(2)					
勞動社會法組全部科目(1000分)合計得分			532.00	580.63	497.50	558.20	492.37
財稅法 (100分)	72.5(1)	28.5(1)	54.00	59.36	49.50	56.76	49.91
	71.0(1)	27.5(1)					
	70.5(1)	20.0(2)					
財稅法組全部科目(1000分)合計得分			535.00	581.90	500.50	560.07	496.24
海商法與 海洋法 (100分)	67.0(1)	4.5(1)	52.00	55.92	49.50	54.12	48.49
	66.0(1)	2.0(1)					
	65.5(1)	0.0(4)					
海商法與海洋法組全部科目(1000分)合計得分			533.00	578.46	500.50	557.43	494.82

註：1 各選試科目組共同法律專業科目第33%者為1,003名，中位數(50%)者為第1,520名。

2. 各選試科目組第33%者：332名(智慧財產法)；169名(勞動社會法)；84名(財稅法)；420名(海商法與海洋法)。

3. 各選試科目組第50%者：502名(智慧財產法)；255名(勞動社會法)；127名(財稅法)；636名(海商法與海洋法)。

112 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試應考人總成績級距表

選試組別 總分級距	智慧財產法組	勞動社會法組	財稅法組	海商法與海洋法組
640 分以上	0	1	0	1
630-639 分	2	1	0	0
620-629 分	0	0	1	2
610-619 分	2	1	1	5
600-609 分	7	5	3	7
590-599 分	5	5	2	15
580-589 分	3	7	2	18
570-579 分	16	10	4	39
560-569 分	25	19	15	56
550-559 分	44	26	7	68
540-549 分	46	23	15	73
530-539 分	70	27	20	101
520-529 分	64	25	14	93
510-519 分	61	41	27	96
500-509 分	77	51	28	120
490-499 分	95	56	14	103
480-489 分	62	33	15	93
470-479 分	85	26	16	89
460-469 分	60	35	20	52
450-459 分	63	31	10	50
440-449 分	41	12	5	48
430-439 分	29	20	8	35
420-429 分	26	9	3	25
410-419 分	21	9	7	16
400-409 分	17	4	5	13



390-399 分	16		6		0		11	
380-389 分	12		5		0		4	
370-379 分	8		6		3		7	
360-369 分	7		2		3		6	
350-359 分	3		5		1		1	
340-349 分	5		0		2		2	
330-339 分	8		0		0		1	
320-329 分	2		0		1		3	
310-319 分	1		3		0		1	
300-309 分	2		1		0		1	
290-299 分	1		1		0		1	
280-289 分	2		1		0		3	
270-279 分	0		0		0		0	
260-269 分	2		0		0		1	
250-259 分	1		0		0		0	
200-249 分	1		0		0		1	
100-199 分	1		0		0		4	
99.99 分以下	0		0		0		1	
得分 600 分以上	11	1.10%	8	1.57%	5	1.97%	15	1.18%
得分 500-599 分者	411	40.94%	234	45.88%	134	52.76%	679	53.42%
得分 400-499 分者	499	49.70%	235	46.08%	103	40.55%	524	41.23%
得分 300-399 分者	64	6.37%	28	5.49%	10	3.94%	37	2.91%
得分 200-299 分者	7	0.70%	2	0.39%	0	0.00%	6	0.47%
得分 100-199 分者	1	0.10%	0	0.00%	0	0.00%	4	0.31%
得分 0-99 分者	0	0.00%	0	0.00%	0	0.00%	1	0.08%
全到且遭否決	11	1.10%	3	0.59%	2	0.79%	5	0.39%