

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

第二試試題

類科：各類科

科目：憲法與行政法

考試時間：3 小時

霖徊老師、孫權老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、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

(112 司律二試)

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：……2 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。」)

【考題難易度】

憲法：★★

行政法：★★★★

【破題關鍵】

本次憲法之考題，僅有法律違憲審查與所涉及基本權之討論，屬於相對簡單的出題方式，惟因考點簡單，所以論述深度、廣度與特殊程度，深深影響評分標準，故同學寫作應著重在本題的思考脈絡鋪陳上，並嘗試以題中當事人之立場說明。

本題行政法部分相當佛心，有明確告知爭點，而難處在本爭點比較少出現，對一般撰寫者較為陌生。只要能寫出本爭點的肯否兩說，並搭配對應的實務見解，應能拿下基本不錯的分數。

【擬答】

(一)

系爭函文定自民國 109 年 2 月 23 日起實施，違反法律不溯及既往原則而有違反人民之信賴保護

1. 法律不溯及既往原則之不真正溯及

(1) 真正溯及之禁止

法律不溯及既往原則，指人民依照行為時法律所創設之秩序規範而決定如何作為，因為在法治國家，不能期待人民於現在行為時遵守未來制訂之法令，此為法治國家基本原則之一。依此原則，法律僅能於制訂後向未來生效，不得溯及既往對已完結之事實發生規範效力，原則上亦不容許國家經由立法對於既已完結之事實，重新給予法律評價。人民行為時所信賴之法秩序，如事後因立法者之政策考量予以調整，原則上不得追溯變動先前法秩序下所保障之權益。

(2) 不真正溯及與信賴保護之取捨

法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。因此，法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生

(112 司律二試)

活秩序，仍難免發生影響。

此時立法者於不違反法律平等適用之原則下，固有其自由形成空間。惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則。（釋字第 574 號解釋參照）

2. 信賴保護原則

人民信賴公權力行使所建構的法秩序後而為生活安排，國家縱然須合法的改變已有的秩序，仍應該保障人民既有的利益或一定條件下未來可期待之利益。惟人民之利益是否可以受到保障而受繼續享有舊法制時期之法律效果，則需符合信賴保護原則之三要件：信賴基礎、信賴表現及信賴是否值得保護。

3. 系爭函文違反法律不溯及既往原則而有違反人民之信賴保護

本件系爭函文之效力定於 109 年 2 月 23 日起實施，惟主管機關在 109 年 3 月 17 日方始公布，導致這將近 30 天的空窗期間，人民所為之各項行為，都會基於 3 月 17 日公布之系爭函示而有變更之可能，故此際應構成真正溯及之情形，而有違反禁止溯及既往之要求。即便人民之行為連續從 2 月 23 日起一直發生到 3 月 17 日並繼續連續行為下去，亦有構成不真正溯及之情形。

一、後者若人民吻合於信賴保護原則之要件，仍應受到無系爭函示時之法秩序之保障，就信賴保護原則三要件之討論，自信賴基礎而言，不存在系爭函示之任何限制之法制空間，雖屬無法律之狀態，但因為沒有此一限制而使人民可以從事與系爭函示信紙之行為，故當下國家「無限制」之狀態，應可寬認為屬於人民之信賴基礎；接續信賴表現，所有人民（包含本題之甲）可以盡情規劃與出國有關之行為而構成信賴表現；最後人民對於函示之出現，亦不存在可歸責等信賴不值得保護之情形。綜上，系爭函文定自民國 109 年 2 月 23 日起實施，違反法律不溯及既往原則而有違反人民之信賴保護。

(二)從題示觀點出發，行政法院應審酌系爭函文之違法性

系爭函文是否得拘束法院就特定基礎事實之判斷，分述如下：

1. 肯定說

如 107 年度判字第 678 號判決表示：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 項參照）。

是有效之行政處分，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」。

2. 否定說

學說認為¹，兩個原因。

(1)法官依法審判

憲法第 80 條規定下，唯一能拘束法院裁判者，僅有憲法或法律。

且基於「舉重以明輕」，同樣屬於行政行為，且得為行政處分依據之行政命令，大法官皆已明確表示該等規範無法拘束法院之前提下，行政處分當亦無法發生拘束法院之效力。

¹ 劉宗德，論連續處罰中先前裁罰處分拘束力之合憲性與合法性，月旦裁判時報，第 105 期，2021 年 3 月，頁 9-10。

(112 司律二試)

如司法院釋字第 137、216 號解釋，即已明確表示行政機關所訂定之行政命令，並無從拘束法院，法院在其職責範圍內，關於認事用法，如就系爭之點，有為正確闡釋之必要時，自得表示合法適當之不同見解。

(2) 法院程序較為嚴謹

考量司法監督相對於行政權之優越性，及司法程序恆較行政程序更為縝密慎重之特性，似又未便承認行政處分得以拘束法院裁判。

3. 小結

本文認應採否定說，行政法院應審酌系爭函文之違法性。

蓋從法安定性角度出發，如司法院釋字第 793 號所述：按基於法安定性及信賴保護原則，限制或剝奪人民權利之法律規範（下稱不利性法律規範），原則上不得溯及既往生效。故無論系爭函文是否溯及生效，皆對當事人之遷徙自由，日常生活之安排產生影響，自應有得救濟之機會。

此如司法院釋字第 785 號所言：憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分之不同，即予剝奪。

基此，本文認尚得依「違法性承繼」理論，論斷系爭函文之正當性。如最高行政法院 98 年度判字第 1009 號判決指出：先決問題涉及另一行政處分是否合法時，因該另一行政處分未經依法定程序予以撤銷，則行政法院雖基於上述構成要件效力，仍原則不能否定該處分之效力。

然若先行處分與後行處分屬於一個連貫性之手續，且均以發生一定之法律效果為其目的，即先行處分僅屬後行處分之準備行為時，先行處分之違法性即為後行處分所承繼，在後行處分之撤銷訴訟上，法院得以先行處分之違法，進而否認其效力，不引為後行處分之裁判依據，此即學說上所稱之「違法性承繼」。

(三)

1. 公務人員考績法第 12 條（下同）之規定侵害甲憲法第 18 條之服公職權

(1) 法條標的之討論範圍

本件甲遭免職法律效果之依據為第 12 條第 1 項第 1 款第 2 目，免職之理由即構成免職之構成要件，則為同條第 3 項之第 3 款及第 8 款，故本文討論之範圍應以第 12 條之第 1 項第 1 款第 2 目「免職」此一法律效果而為討論範圍

(2) 本件所涉及基本權之討論

因本件第 12 條之第 1 項第 1 款第 2 目之規定，將使身為公務人員之任何人只要一構成即有免職之法律效果，而失去公務人員之資格，無法繼續擔任公務人員，故屬於工作權之侵害；此外公務人員透過考試而服公職成為國家決策及運作之一環，亦屬於有參政權及應考試服公職權之侵害。惟如釋字第 768 號解釋：「公立醫療機構以公務人員身分任用之醫師，依系爭規定一適用系爭規定二之結果，致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。」，故本件應僅認定甲之服公職權受侵害。

2. 嚴重傷害政府信譽之規定，違反法律明確性原則

(1) 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

(112 司律二試)

以確認，即不得謂與前揭原則相違。(釋字第 432 號解釋參照)

- (2)本件，嚴重傷害與政府信譽皆屬於不確定法律概念，本文將分別說明。首先在嚴重傷害之部分，究竟何謂嚴重，如果國內對政府輿論沸騰是否嚴重？又國內並非在意而國際關注又是否嚴重？均屬意義難以理解且當事人無法預見何種言論將遭受處罰，法院也無法去判斷是否對政府造成嚴重傷害；接續在政府信譽方面，批評政府之方式或千或百，單一批評之言論一定會有人贊同而導致政府信譽受損，換個方向想便有人不贊同而不影響政府之信譽，故除非單一言論均造成百分之百詆毀政府之情況，方能構成政府信譽之傷害，然而在言論自由之現在根本不可能有全體國民都認同或者都反對之言論，故政府信譽意義仍然難以理解且當事人無法預見，司法在審查時也毫無可操作之要件而欠缺司法可審查之性質，且會導致司法如硬要審查，會以法官之政治立場做依歸，侵害人民之權利更甚，故違反法律明確性原則。

(112 司律二試)

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，管理機關為原住民族委員會，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 縣政府基於防災需求，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

(112 司律二試)

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。

【考題難易度】

憲法：★★★★

行政法：★★★★

【破題關鍵】

本題與第一題相比在憲法部分稍難，針對山坡地保育利用條例之立法目的應有一定程度的論述，此外對於本題所涉及之基本權，因與原住民之保障有關，在近期大法官見解（釋字第 803 號、111 年憲判字第 4 號與第 11 號）都有討論到這個議題，學界研討會與法研所亦同，故雖然題目稍難，但在議題出題方向上仍符合時事議題，算是有減輕猜題方向之壓力。

本題行政法部分，爭點不只相當明確，且平易近人，撰寫者只需把爭點對應的法條與實務見解江戶鋪陳，應該拿下基本不錯的分數。

【擬答】

(一)乙應行政程序法第 128 條，請求 A 縣政府撤銷所有權登記

1. 概說

當人民不小心超過法定救濟期間，仍未對某行政處分提起救濟，基於法安定性之考量，該處分將產生形式存續力，讓人民無法繼續救濟。但如果處分作成後，基礎事實或法令依據變更，讓處分的合法性產生變動——這結果對依法行政或人民權利保障，不免產生很大的影響，何嘗不能讓處分重獲審定，讓原處分機關重行作成決定？這就是行政程序法第 128 條的設計初衷。

2. 要件說明

整理行政程序法第 128 條（下稱本制度）可得下列要件，下分述之：

(1)程序主體

依法須為原處分之相對人或利害關係人，且須未因重大過失，未能在行政程序或救濟程序中主張事由者。對此又可分：

①原處分即所有權登記處分²

查行政程序法第 92 條規定，行政處分係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施，而對外直接發生法律效果之單方行政行為。

次查參考法條意旨，原住民符合一定資格要件，得申請無償取得原住民保留地所有權，且經主管之 A 縣政府實質審查，作成單方核准，形成原住民保留地之土地權利關係，踐行對外生效之法定程序，為有權限機關作成之行政處分。

②乙為利害關係人³

所稱法律上利害關係人，係指法律上值得保護之利益，經濟上、情感上或事實上之利益，並不屬之。而「法律上利害關係之判斷，係以保護規範理論為界定利害關係第三人範圍之基準。

如法律已明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，自無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，即應許其依法請求救濟，此觀司法院釋字第 469 號解釋理由書自明。

經查，乙以利害關係人身分，無非以：其母親久於系爭土地開墾務農，故系爭土地由甲設定農育權、所有權，將致乙家族長久以來於系爭土地務農，而得依開發管理辦法規定於系爭土地申請農育權或地上權之法律上利益受到阻礙，自屬原處分之利害關係人。

③乙需無重大過失未能主張

A 縣政府作成核准甲就系爭土地設定農育權等行政處分時，若未通知乙等陳述意見，導致乙對於甲之申請案毫無所悉，無從於行政程序提出主張，更遑論提起救濟。因此，乙並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，自不符合行政程序法第 128 條第 1 項但書「但相對人或利害關係人，因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限」之消極要件。

(2)程序客體

即前述所有權登記處分；且依本制度，縱系爭處分超過救濟期間亦可申請考量撤銷。

(3)發動理由⁴

查行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款及 110 年 1 月 20 日新增之第 3 項規定，其立法理由稱：修正前行政程序法第 128 條，就該法文中之「新證據」限於「作成行政處分之時業已存在，惟未經斟酌之證據」已增加法所未有之限制，並不合於該法之立法目的。

鑑於上開規定之立法目的，既係加強對人民權利保護，確保行政之合法性，是凡足以推翻或動搖原行政處分所據以作成事實基礎之證據，皆應屬系爭規定「發現新證據」之適用範圍，自應包括「於行政處分作成後始存在或成立之證據」在內。

² 本段參考臺中高等行政法院 111 年度原訴字第 3 號判決。

³ 本段參考臺中高等行政法院 108 年度原訴字第 7 號判決。

⁴ 本段參考自臺北高等行政法院 109 年度原訴字第 4 號判決。

(112 司律二試)

次查原住民原則要有繼續「使用原住民保留地」之既成事實，才能在該原住民保留地申請設定各種權利—如農育權、所有權等甚明，倘其原先雖有使用之情狀，但其後已中止者，即不具申請之要件，而不應准許。

是乙之說法若能證明，甲未曾長期耕種系爭土地，即不符合處分時設定所有權登記之法定要件，原核准申請之行政處分顯有違法，故動搖原行政處分事實基礎之證據，自屬系爭規定「發現新證據」，且經斟酌可受較有利益之處分者。

(4)時間限制

本制度規定，應於法定救濟期間經過後三個月內為之，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五年者，不得申請。

回顧本案，甲雖於 111 年 10 月即取得登記，然乙自 112 年 1 月辦理繼承登記之際，方才知悉程序再開事由，且亦未逾法定救濟期間經過後 5 年，應認合乎本要件。

(二)行政法院應依行政訴訟法第 42 條，命甲獨立參加本訴訟⁵

1. 概說

行政訴訟法第 42 條規定，行政法院認為訴訟之結果，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，並得因該第三人之聲請，裁定允許其參加。

如最高行 105 年度裁字第 401 號裁定表示，如果影響多數人之特定行政作為，在本質上具有利害對立之雙面性，則其一旦作成，即會同時造成特定主體或群組之得利與另一主體或群組之受損。該等具雙面性格之行政作為，其合法性如生爭議，爭議之判斷過程，即需讓利害對立之二方均有參與機會。可以爭議當事人之身分，獨立於作成行政作為之行政機關外，自主為爭訟攻防，故此參加類型即為「獨立參加」。

2. 行政法院就依職權命該第三人獨立參加訴訟之際，是否仍有裁量權？

承題意，乙既不滿所有權登記處分，將循序提起訴訟撤銷。此際，甲若認其權益將因訴訟受損，即得聲請獨立參加；然行政法院就依職權命該第三人獨立參加訴訟之際，是否仍有裁量權？

最高行政法院 103 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議即表示：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。

此如司法院釋字第 785 號所言：憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會。甲之所有權登記處分既懸繫他人案件，將判決效力之受影響，即應給予共同參與訴訟之機會，方能有效維護權利。

綜上所述，行政法院應有義務依行政訴訟法第 42 條，命甲獨立參加本訴訟。

(三)

1. 本件審查之標的應為山坡地保育利用條例第 37 條第 3 項第 2 款（下稱系爭規定）

導致本件甲無法取得原住民保留地所有權之法規範，應為山坡地保育利用條例第 37 條第 3 項第 2 款，故應以本條作為審查標的，合先敘明。

2. 憲法第 22 條保障之原住民文化權

⁵ 本段參考臺北高等行政法院 110 年度原訴字第 14 號裁定。

(112 司律二試)

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（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。（釋字第 803 號解釋、111 年憲判字第 4 及 11 號判決參照）

3. 憲法第 15 條財產權之保障

憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源。惟為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律對於人民之財產權予以限制。

4. 據以審查之憲法權利與審查標準

本件系爭規定會使政府於經主管機關認可，符合防災任務、災難應變及災後復原之重建時，承受私有原住民保留地，將導致系爭規定之立法目的，亦即輔導原住民於屬於自己歷代之保留地當中，復原、維持並繼續創造文化內涵不達，而侵害人民受憲法第 22 條保障之文化權。

另原本原住民可以無償取得所有權或取得承租權之機會，亦將因為系爭規定而無法落實，致使原住民之受憲法保障之財產權受有侵害。

本條原則上規定原住民取得保留地所有權或承租權，於例外時方有政府承受之可能，系爭規定例外之狀況亦屬於防災、救災及重建所用，似應尊重立法者之抉擇採取寬鬆審查標準，惟憲法基本國策編章仍有保障少數民族文化之落實規範，故系爭規定與基本國策略有抵觸，綜合以上討論應採取中度審查標準。

5. 系爭規定不符比例原則，故與憲法保障原住民文化權與財產權之意旨不符，違憲

(1) 法規目的

系爭規定之目的，在於維護原住民族之生活空間，畢竟有屬於原住民之生活空間，才能有文化發展及傳承之機會，也不至於因其他因素而使其空家遭壓縮而使文化有失傳之可能，符合中度審查之下重要之政府利益與公益。

(2) 限制手段與規範目的間之關聯性

限制手段部分，系爭規定增列政府機關得承受私有原住民保留地之情形，於救災、防災及重建之部分已如前述，另國有原住民保留地出租衍生之收益排除國有財產法第七條適用之規定。然而此一立法者形塑系爭規定之原住民權利與政防災公益之同時，並未充分權衡屬於原住民之財產權人和公益之認定。系爭規定似可在基於防災重建之目的達成後，另訂有使原住民能重新取得原住民保留土地之規定，亦屬於侵害較少之手段，故本條違反對於原住民文化權與財產權之保障而違憲。

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

第二試試題

類科：各類科

科目：刑法與刑事訴訟法

考試時間：3 小時

陳介中老師、伊谷老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、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）

【考題難易度】★★★☆☆

【破題關鍵】

以近年司律二試的考題來說，這份的難度顯然是比較平易近人的，差不多就是一般三等考試的難度而已。各個行為人要探討的爭點簡述如下：

(一)甲：金屬材質玩具槍是否屬「兇器」？利用既存強制狀態猥褻他人應如何論罪？

(二)乙：共同正犯的著手前脫離應如何評價？

(三)丙：持棍棒毆打被害人頭部出於何種故意？正當防衛是否成立？誣告應如何判斷？

(四)丁：誹謗罪的阻卻違法事由—釋字 509、112 憲判 8 的具體操作？

【擬答】

(一)甲的部分：

1. 甲持槍威脅丙交付金錢的行為，成立加重強盜罪（第 330 條第 1 項）：

(1)客觀上，甲以脅迫手段至使丙不能抗拒而取得其所持有之現金，而就「攜帶兇器」之加重構成要件而言，一般認為此種逼真的金屬模型槍亦屬兇器，蓋此種槍枝雖無擊發子彈之能力，但持之攻擊他人仍可能使他人受傷；主觀上，甲具有故意與不法所有意圖。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 甲摸丙胸部之行為，成立加重強制猥褻罪（第 224 條之 1）：

(1)客觀上，甲先從事脅迫行為，丙的意願被壓制後，甲再為猥褻行為，但該脅迫行為原先僅為取財，而非猥褻，二者間並不具有目的連結，換言之，甲並非基於猥褻目的而

(112 司律二試)

壓制被害人，而是利用自己先前基於取財目的所製造的強制狀態實行猥褻行為，如此利用既存的心理強制狀態而為猥褻行為，是否能成立本罪，有不同見解：

①傳統上認為本罪的結構屬於雙行為犯，因此，必須行為人先對被害人施以強制手段後再性交或猥褻方能成立¹，而本題情形因不符合雙行為犯結構，至多僅能論以乘機性交猥褻罪。

②然新近見解則認為，行為人利用被害人所處的既存（物理或心理）強制狀態來遂行性侵目的，並且在被害人對於行為人的性交要求有所認知，而且也形成了反對意思為前提的情況下，也可以認為是「違反意願」²。本人採取此見解，蓋就法條文義與規範目的而言，將本罪解釋為雙行為犯均無必要，且可能造成評價漏洞，故基於此說，本題符合本罪「違反意願」之要求。

③另甲於實施猥褻行為時有攜帶兇器（金屬玩具槍），故依照第 224 條之 1 準用第 222 條第 1 項第 8 款，自屬攜帶兇器之加重。

(2)主觀上，甲具有故意。且甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

3. 甲上述行為，不成立乘機猥褻罪（第 225 條第 2 項）：

(1)首先，傳統上有認為強制性交與權勢性交二罪間屬於排他互斥關係，無法同時成立，但如此理解並無任何實益，反而造成在構成要件錯誤、事實不明及共犯逾越時的論罪困境，因此本人認為，此二罪間並非排他互斥，而是有同時成立之可能。

(2)然而，本罪客觀上必須被害人處於「精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形」，而本題中丙單純處於心理強制狀態而不敢抵抗，此與法條之例示要素並不符合，故甲不成立本罪。

4. 競合：甲以數行為觸犯上述二罪名，應數罪併罰。

(二)乙的部分：

1. 乙與甲共謀犯罪並赴犯罪現場的行為，不成立加重強盜罪之共同正犯（第 330 條第 1 項、第 28 條）：

客觀上，乙與甲具有加重強盜之犯意聯絡，然乙於著手前即表達不願著手實行之意，如此一來，是否可認為「著手後脫離」而不與甲成立共同正犯？一般認為，只要退出者消滅自己曾經的貢獻力（即實務所謂因果關係切斷說），該退出者即可脫離共同正犯關係。本題中，乙已表達退出意思，可謂心理上之切斷，而乙對甲之犯罪亦無貢獻物理力，故應認為乙已成功脫離，不與甲就著手後之犯行成立共同正犯。

2. 乙上述行為，獨自成立預備強盜罪（第 328 條第 5 項）：

(1)承上所述，乙不就甲著手後之犯行共負刑責，故僅能單獨檢討預備犯。主觀上，乙具有故意與不法所有意圖；客觀上，乙未著手，但已有從事犯罪之準備行為。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)丙的部分：

1. 丙痛打甲的行為，不成立殺人罪之未遂犯（第 271 條第 2 項）：

¹ 最高法院 22 年上字第 477 號判例：「強姦罪之成立，於姦淫行為外，尚須有行強之行為，苟犯人於求姦之際，尚無行強情形，僅因被姦者自己之疑慮，恐其將至行強，為避免行強之發生，而認許姦淫者，則仍為和姦而非強姦。」

² 蔡聖偉老師的說法如下：「概括條款與前導例示概念均屬引發同一法律效果的構成要件選擇要素，立法者透過形式同等位階的方式串連，藉此也同時宣示了各個選擇要素在不法內涵上的等價性。因此，法律適用者在解釋概括條款時，必須參酌前導例示概念在大方向上的指引（性自主受到壓抑、性行為的選擇自由被剝奪），才能維持選擇要素之間的等價性。一個能夠同時滿足這些要求的解釋，就是將概括條款的適用限於『行為人利用行為時業已存在的強制狀態』。所謂的強制狀態，與前導例示概念相對應，包括了物理和心理兩方面。而此處所稱的『利用』，則係指性接觸正是透過該種特殊強制狀態所促成（或是至少變得更容易）。由於這些影響意思自由的因素在行為前便已存在，行為人自然沒有再為任何強制行為的必要。」見：蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月，第 86 頁。

(112 司律二試)

(1)依題所示，甲並未死亡，故檢討未遂犯。主觀上，題意雖未直接敘述丙出於何種故意，然丙以球棒重擊甲頭部，甲立刻昏厥，以此使用之兇器、攻擊之部位及力道而言，應可推認丙具有殺人故意。

(2)於違法性，應檢討正當防衛（第 23 條）。客觀上，丙面臨現在不法侵害無疑，其防衛手段應屬適當且必要（想像上亦無其他溫和而更有效之防衛手段），亦不違反社會倫理限制；主觀上，丙具有防衛意思。故此行為依照正當防衛阻卻違法，丙不成立本罪。

2.丙於警詢時謊稱遭丙以手指性侵的行為，成立誣告罪（第 169 條）：

(1)客觀上，誣告乃指行為人對於顯不存在之犯罪事實提告，本題中，甲確有劫財及猥褻之行為，但並未實行性交行為，如此一來，就性交部分之指述，自屬誣告無疑，不因甲確有實行其他犯罪行為而異；主觀上，丙具有故意與使人受刑事處分之意圖。

(2)丙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

3.丙上述行為，不成立偽證罪（第 168 條）：

本罪之成立，必須證人具結後虛偽陳述始能成立，然本題中丙係於警詢時虛偽陳述，警詢無庸具結，故丙不成立本罪。

4.丙上述行為，不成立誹謗罪（第 310 條第 1 項）：

客觀上，誣指他人犯罪自屬誹謗他人無疑；主觀上，丙具有故意，但丙僅向警察陳述此事，並無散布於眾之意圖，故丙不成立本罪。

(四)丁的部分：

1.丁報導甲強姦女店員的行為，成立加重誹謗罪（第 310 條第 2 項）：

(1)客觀上，丁報導甲之犯罪行為，且包含甲實際上所未從事之強姦，自屬誹謗，且其以文字犯罪，該當第 2 項之加重；主觀上丁具有故意與散布於眾之意圖。

(2)於違法性，應檢討丁此等言論得否依照第 310 條第 3 項本文而阻卻違法，詳述如下：

①首先，丁所報導之甲屬網紅，亦即其為公眾人物，且其所報導者亦屬其所涉及之犯罪行為，而非私德，應無本項但書之適用。

②再者，關於報導內強姦一事實實際上非真實，如此一來，是否仍有此本項之適用？分述如下：

①釋字第 509 號解釋指出：「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」。若以此而言，丁僅道聽途說，恐無「相當理由」確信其真實性。

②112 年憲判字第 8 號則指出：「即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形。」於本題中，丁僅聽聞附近民眾傳述即做成報導，是否屬經「合理查證程序」？此種剛剛發生的犯罪事件，事實上雖難以即刻得知事實的全貌，也難以詳加查證，故詢問附近目擊民眾，即屬其最合理的查證程序。然而，丁打聽到的訊息僅為甲涉嫌「性騷擾」，而丁卻報導甲為「強姦犯」，即使不懂法律之人，亦可知悉二者輕重有別，因此，丁將其聽聞之事誇大報導，自屬「重大輕率之惡意情事」，故無從依此阻卻違法。

(3)另丁無其他阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2.丁上述行為，不成立公然侮辱罪（第 309 條第 1 項）：

丁報導甲所使用「色膽包天」之詞彙是否屬「侮辱」或有疑問。一般認為，由於甲確實對女店員做出猥褻行為，故以此話語形容犯罪嫌疑人，應屬合理，而難謂「侮辱」，故丁不成立本罪。

(112 司律二試)

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，淘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)

【擬答】

(一)本件檢察官聲請羈押之時點，符合憲法第8條及刑事訴訟法第93條第2項規定，無違拘捕前置原則，檢察官羈押聲請應屬適法：

- 1.按刑事訴訟法第93條第2項明定：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24小時內敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之，此即所謂「拘捕前置原則」，意即必先經合法之拘提逮捕程序，且遵守24小時之限制，始得向法院聲請羈押，若非如此，則檢察官之羈押聲請即不合法。此一原則乃係由憲法第8條規定而來，因人民涉嫌犯罪，須先經拘捕程序，並恪遵憲法第8條就短期人身自由拘束僅限24小時之誡命，始有移送法院審查其拘捕是否合法及有無羈押此長期人身自由拘束之必要。
- 2.次按，刑事訴訟法第93條之1第1項第2、4款及同條第2項另規定「第九十一條及前條第二項所定之二十四小時，有下列情形之一者，其經過之時間不予計入。但不得有不必要之遲延：二、在途解送時間。四、因被告或犯罪嫌疑人身體健康突發之事由，事實上不能訊問者。」、「前項各款情形之經過時間內不得訊問。」由上開條文內容可知，雖憲法第8條及刑事訴訟法第93條第2項定有短期人身自由拘束24小時之限制，惟立法者仍有制定相關法定障礙事由之除外規定，其經過之時間不予計入。
- 3.至於前述憲法第8條及刑事訴訟法第93條第2項有關人身自由拘束24小時之起算點，實務見解與學說見解間則存有爭議，實務見解可參如臺灣高等法院106年度偵抗字第782號、臺灣臺北地方法院106年度聲羈字第155號羈押裁定，係以偵查機關形式上執行「拘提」或「逮捕」時，始為起算，而「執行搜索程序時，雖被告在場，然此係對於被告之保障，避免被告之財物遭受執行搜索、扣押程序人員之不當侵害，且搜索、扣押程序要屬對物之強制處分，並非對人之強制處分，另被告於接受檢察官訊問時，雖無法自由離去或進入檢察署，必須待在檢察署內特定之處所，惟其仍可前去上廁所及裝水，且尚非為檢察官逮捕，難謂檢察官聲請羈押已有逾越法定期限24小時之情形，尚無違於

比例原則，且與憲法第 8 條第 2 項保障人身自由之規定並無扞格。」顯係採形式判斷之見解。

4. 另實務見解可再參司法院大法官 111 年憲裁字第 1695 號裁定「(一)憲法第 8 條就人民人身自由之保障，規定非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁，非由法院依法定程序，不得審問處罰。並設有司法或警察機關逮捕拘禁 24 小時後，須移由法院，始得繼續拘束人身自由之限制。上開所謂『逮捕』，係指以強制力將人之身體自由予以拘束之意；而『拘禁』則指拘束人身之自由使其難於脫離一定空間之謂（司法院釋字第 392 號解釋參照）。公權力措施究否屬憲法所稱之逮捕拘禁，雖未可以辭害意，然仍必須具有上開限制或剝奪人身自由之效果，始可能當之。(二)依刑訴法規定，司法警察(官)得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票。通知書依法準用傳喚有關規定，通知書須記載應到之日、時、處所，對於經通知到場者，與傳喚相同，亦應按時詢問（刑訴法第 71 條之 1、第 71 條第 2 項第 3 款及第 74 條規定參照）。通知本身，並無拘束人身自由之效果，警察若未即時詢問，犯罪嫌疑人本得自由離去。若警察復以其他理由不准離去，則業已使用強制力，進入拘捕階段，並起算憲法所要求之法定程序及 24 小時限制，同時依系爭規定一應即時訊問。是以，通知本身，得否謂屬上開憲法第 8 條規定所稱之逮捕拘禁，尚有疑問。系爭規定一未就通知到場者規定應即時訊問，尚難謂有何違反前揭憲法規定而具憲法重要性，以及有何侵害受判決人基本權利而有貫徹之必要。」申而言之，大法官亦認縱使被告主觀上感覺不自由，惟終究非屬嚴格意義下之拘提或逮捕，須至偵查機關以其他理由不准被告離去，並使用強制力時，始進入拘捕階段而開始起算 24 小時。
5. 另學說見解則認為，為保護被告和避免國家機關操縱拘捕之時點，有關人身自由拘束之判斷，應從實質上認定，若偵察機關實質上已達到拘束被告人身自由之效果，縱未為形式上之拘提或逮捕，仍應起算 24 小時之計算，事實上，被告之身體自由已因同法第 144 條第 2 項規定：「執行扣押或搜索時，得封鎖現場，禁止在場人員離去。」而遭受限制，其後之程序現實上雖未使用強制力，但在檢察官隨時可能簽發拘票拘提被告知現實情況下，被告就算有離去之可能，也純然只是理論上想像而已。
6. 依上說明，本件倘採實務形式判斷說之見解，則被告甲所受人身自由拘束時點應係自 28 日凌晨 1 時檢察官為當庭逮捕時起算，而檢察官於同日 16 時向法院提出羈押聲請，亦僅經過 15 小時，並無違反拘捕前置原則。而若採學說見解，則被告甲所受人身自由拘束時點，應係自 27 日上午 8 時調查員執行搜索並已達實質拘束時即為起算，至 28 日 16 時檢察官聲請羈押時，已然經過 32 小時，惟自調查局至地檢署之一小時在途解送期間，應依刑事訴訟法第 93 條之 1 第 1 項第 2 款予以扣除；28 日凌晨 1 時至上午 8 時此經過之 7 小時，甲表示甚為疲累，想要回家休息並行使緘默權部分，則依同條項第 4 款予以扣除。依此計算，則檢察官聲請羈押時點剛好符合第 24 小時，故而，縱採學說之實質判斷說，檢察官之羈押聲請仍未違反拘捕前置原則，併予敘明。

(二)依實務見解，甲辯護人主張監聽內容屬傳聞證據部分，應無理由；至於檢察官未於發現後依法補行陳報部分，則應由法院依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定權衡其證據能力有無：

1. 按「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。又國家基於犯罪偵查目的，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，蒐集並查扣對其有關之紀錄，作為認定犯罪與否之證據，而監聽係通訊保障及監察法所定監察通訊方法之一，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，依前開說明，自與「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。至司法警察依據監聽錄音結果予以翻譯而製作之監聽譯文，屬具傳聞性質之文書證據，於被告或訴訟關係人對其譯文之真實性發生爭執或有所懷疑時，法院固應依刑事訴訟法第一百六十五條之一第二項規定，以適當之設備，顯示該監聽錄音之聲音及其內容，以踐行調查證據之程序，俾確認該錄音聲音是否為通訊者本人及其內容與監聽譯文之記載是否相符，或傳喚該通訊者，或依其他法定程序，為證據調查。倘被告或訴訟關係人對該監聽譯文之真實性並不爭執，即無實施勘驗之必要性，法院於審判期日如已踐行提示監聽譯文供當事人辨認或告以要旨，使其表示意見等程序並為辯論者，其所為之訴訟程序即無不合。」最高法院 102 年度台上字第 5043 號刑事判決可資參照。

2. 經查，本件偵查期間調查員依法監聽被告甲之電話，監聽期間內錄下被告甲之特助乙與甲之對話：「（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！」，既非屬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，更屬被告進行犯罪中構成犯罪事實之部分內容，揆諸前引最高法院 102 年度台上字第 5043 號刑事判決之意旨，核與傳聞證據即傳聞法則有間，其證據能力有無，端視偵查機關是否依法、合法實施通訊監察而定，本件甲之辯護人主張監聽內容屬傳聞證據部分，應無理由。
3. 次按，參諸最高法院 110 台上大字第 5765 號刑事大法庭裁定「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。從而，與監察對象通話之他人，既非監察對象，則其涉嫌任何罪名犯行之通話內容，均屬另案監聽所取得之內容。」而本件偵查機關原係以案由「特別背信罪」依法對被告甲實施通訊監察，惟於監聽過程中，發現被告甲亦涉有證券交易法所定之「內線交易罪名」，此時被告甲所涉嫌觸犯法條，已與原核准進行監聽之罪名有異，此部分所得之通訊監察內容，當已屬另案監聽取得之內容，而應有通訊保障監察法（下稱通保法）第 18 條之 1 第 1 項規定之適用。
4. 至於另案監聽若偵查機關未依通保法第 18 條之 1 第 1 項「但書」，於發現後 7 日內補行陳報法院審查認可，是否當然即回歸同條項「本文」而排除其證據能力，對此實務見解進一步闡述如下：「依通訊保障及監察法（下稱通保法）第 18 條之 1『第 1 項』之規定，『另案監聽』所取得之內容有無證據能力，係採『原則排除、例外容許』之立法體例；本條項但書所定『另案監聽』內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以『重罪列舉原則』（通保法第 5 條第 1 項所列各款之罪），或非屬重罪但『與本案具有關連性之犯罪』（輕罪）者為限，並輔以於發現後 7 日內補行陳報法院審查認可，作為程序要件。另外，同條『第 3 項』則係採取英美法制之毒樹果實理論，明文規定『違法監聽』所取得之內容或所衍生之證據，均應予排除，不得作為證據。至於本條第 1 項『另案監聽』所衍生之證據，則不在此範圍，蓋因本條第 1 項前段僅規定在『合法監聽』下所取得其他案件之內容，不得作為證據，並不及於所衍生之證據，此與第 3 項規定因『違法監聽』所取得之內容或所衍生之證據，及同條第 2 項規定所取得與監察目的無關之內容或所衍生之證據，均應予排除之情形，顯然有別。又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，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 109 年度台上字第 4352 號刑事判決參照)

5. 本件偵查機關依法對被告甲實施通訊監察，於監聽過程中發現被告甲亦涉有證券交易法所定之「內線交易罪名」，此部分所得之通訊監察內容，屬另案監聽取得之內容，已如前述，而檢察官係於起訴後始將該等對話於起訴書內記載並要求法院予以認可，已然違反通保法第 18 條之 1 第 1 項但書補行陳報之規定，惟揆諸前引最高法院見解，此時並非當然適用同條項本文規定而無證據能力，法院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。

(三)本件二審審理後，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，此部分尚無違不利益變更禁止原則；惟二審判決未就上訴範圍中之刑度部分為判決之諭知，應有刑事訴訟法第 379 條第 12 款已受請求事項未予判決之當然違背法令：

1. 按「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」修正後刑事訴訟法第 348 條第 3 項訂有明文，核其立法理由，係為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，故而容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。經查，本件被告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，依上開規定，本件二審審理範圍應僅限於原審判決所諭知之刑度及沒收部分，合先敘明。

2. 次按「刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項有關不利益變更禁止原則之規定，係指由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因第一審判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑而言。所稱「刑」，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑，包括主刑及從刑。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，是修正後刑法沒收已不具刑罰本質。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。倘於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，而下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算，經上級審更正計算後若不得諭知較原審為重之所得數額沒收，即無法達到徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之目的。故修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第 370 條第 1、2 項關於不利益變更禁止原則之適用。」最高法院 109 年度台上字第 4786 號刑事判決可資參照。

3. 本件一審判決被告甲均有罪，並為 2000 萬元之沒收宣告，後被告甲對沒收部分依法提起上訴，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，因此就原審關於沒收部分撤銷改判為 3000 萬元，就形式上觀之雖有加重，惟揆諸上開說明，沒收已非從刑，其性質類似不當得利之衡平措施，不具刑罰本質，自無刑事訴訟法第 370 條第 1 項本文不利益變更禁止之適用，二審判決就此部分並無違誤。

4. 另就單一案件，若法院僅就部分之審判範圍為裁判，而一部漏未裁判，即構成所謂之「漏未判決」，應以刑事訴訟法第 379 條第 12 款「已受請求之事項未予判決」提起上訴或非常上訴以資救濟；反之，若為數案件，法院僅就一案件為裁判，則屬「漏判」，因該漏判之案件訴訟繫屬尚未消滅，法院應依職權或聲請而補判，以消滅該部分之訴訟繫屬。再者，檢察官起訴單一案件，於實體法上固有刑罰、保安處分及沒收等各自獨立之法律效果，惟因訴訟法上仍屬案件單一，故訴訟客體仍屬單一，而單一案件經法院終局判決者，縱使僅就一部判決，亦消滅全部訴訟關係，若該單一案件經法院就一部判決，其效力仍及於全部（即刑罰、保安處分及沒收）。

5. 經查，本件被告甲於一審判決後僅就刑度及沒收金額認屬過重、過高，對此依法提起上訴，檢察官未上訴，依前述說明，本件二審審理範圍應僅限於原審判決所諭知之刑度及沒收部分，惟二審判決僅就沒收部分為諭知，刑度部分則未見二審判決有予以裁判，而刑度部分固可一部上訴，然終究非屬獨立之訴訟客體，二審判決就此部分，顯有刑事訴訟法第 379 條第 12 款已受請求事項未予判決之當然違背法令。

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

第二試試題

類科：各類科

科目：民法與民事訴訟法(一)

考試時間：2 小時

袁翟老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、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)

【考題難易度】★★★★

【破題關鍵】第(一)題甲之請求權基礎應為民法第 767 條第 1 項中段及後段，爭點在於乙之行為是否構成妨害。應先就妨害之意義予以說明，再就題目中乙之抗辯逐一說明是否成立。首先乙主張其有排水進入 A 地之權利，應討論乙可能之排水權主張為何，是否可基於公用地役關係或相鄰關係主張其有排水權？其次乙主張該廢水係無害廢水，則應討論本項之妨害是否須以受損害為要件。第(二)題甲之請求權基礎應為民法第 184 條第 1 項前段（因為丙只有過失，所以不會構成同項後段）。爭點包括(1)是否有權利受侵害（何謂侵害所有權）、(2)丙之行為是否具不法性（A 地具公用地役關係）及(3)營業利益損失之性質（純粹經濟損失或衍生經濟損失）？第(三)題乙之請求權基礎可能為(1)無因管理支出費用償還請求權及(2)不當得利返還請求權。前者應討論乙改善排水設施是否構成他人管理事務、後者則應討論是否構成非給付型不當得利之支出費用型不當得利。

【擬答】

(一)甲得否依民法第 767 條第 1 項中段、後段請求乙停止排放工業廢水進入 A 地？

1. 民法第 767 條第 1 項中段、後段規定，所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。所謂「妨害」，須具有不法性，若係所有人所應容忍之範圍，即不得認為構成妨害（88 台上 2420）¹。

2. 乙可否基於「公用地役關係」主張其排水具正當性？

(1)私人土地因公共利益之目的提供公用，而形成公用地役關係時，土地所有權人之財產權雖因負擔特定公共利益目的之社會義務而受限制，然僅在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。倘逾越特定公共利益目的或為不當之行使，所有權人仍得請求排除侵害（106 台上 1009）²。

¹ 最高法院 88 年度台上字第 2420 號判決：「按所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之，民法第七百六十七條中段定有明文。此所謂妨害者，係指以占有以外方法，客觀上不法侵害所有權或阻礙所有人之圓滿行使其所有權之行為或事實而言。而所謂『不法』，僅須所有人對於行為人之妨害，於法令上並無容忍之義務為已足，並非以行為人之妨害具有刑事責任或有民事上無效、得撤銷事由為必要。」

² 最高法院 106 年度台上字第 1009 號判決：「按財產權之保障為我國憲法第十五條所明定，僅其行使不得妨害公共

(112 司律二試)

(2)本件 A 地自日治時期即因地勢低窪而成為農田排水灌溉渠道，供周遭農地排水使用，數十年至今從未中斷。由此可知，A 地係為使周遭土地能正常排水此公共利益目的而提供公用，且長久以來均如此，應以形成公用地役關係，且若 A 地未能供鄰地排水，恐導致鄰地難以耕作，是在此公益目的內，甲應有容忍必要。

(3)然 A 地僅係「農田排水灌溉渠道」，即甲僅有容忍鄰地排放「農業灌溉用水」之義務，而乙所排放者係「工業用水」，與上開公共利益目的無關，甲應無基於公用地役關係容忍之必要。是乙不得據此主張其有排水之權。

3. 乙可否基於排水關係主張其排水具正當性？

(1)民法第 775 條第 1 項規定，土地所有人不得妨阻由鄰地自然流至之水。又同法第 779 條第 1 項規定，土地所有人因使浸水之地乾涸，或排泄家用或其他用水，以至河渠或溝道，得使其水通過鄰地。但應擇於鄰地損害最少之處所及方法為之。

(2)民法第 775 條第 1 項之排水權係「自然流至」之水，本件乙係經營工廠，並設置排水溝，將工業廢水排放至 A 地，性質上並非自然流至之水，故乙不得據此主張其排水具正當性。再者，民法第 779 條之排水權，係將無用之水排泄於河渠或溝道而「通過」鄰地，乙雖係為排泄工業用水，然其係藉由排水溝直接將廢水排入 A 地（並非通過 A 地而已），是乙亦不得據此主張其有正當性。

4. 乙可否基於其所排放者係「無害廢水」主張其排水具正當性？

(1)民法第 767 條第 1 項中段之「妨害」，係指對所有權之不法侵害或妨礙所有人圓滿行使其所有權（106 台上 2076）³，且不以發生損害為必要⁴。

(2)甲為 A 地所有人，依民法第 765 條，有使用、收益、處分 A 地之權能，且縱使該地具公用地役關係，甲亦僅於該公共利益目的內有容忍義務。且如上述，乙亦無排水至 A 地之正當事由，可認乙將工業廢水排放至 A 地，已妨礙甲圓滿行使其所有權，縱使未造成甲受有無法經營養殖漁業之損害，仍構成本段之妨害。

5. 本件甲為 A 地所有人，且乙並無將工業廢水排放至 A 地之正當性，縱使該廢水係無害廢水而未造成甲受損害，甲亦無容忍必要，是就乙妨害甲所有權之行為（排放廢水），甲得依民法第 767 條第 1 項中段請求其停止排放，並依後段請求其將來亦不得排放。

(二) 甲得否依民法第 184 條第 1 項前段請求丙負損害賠償責任？

1. 民法第 184 條第 1 項前段規定，因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。所謂權利，多數見解認為係指絕對權。所有權係物權，性質上屬於絕對權。又所有權之侵害類型，包括對於物之實體侵害及侵害所有人使用、收益、處分之權能。另有學者認為，所有權之侵害並不限於對物本身之侵害，若造成其既有功能減損亦屬之⁵。又所謂不法，多數見解係採結果不法說，即若客觀上造成損害結果且無阻卻不法事由即屬之。於公用地役關係下，若該侵害為土地所有權人所應容忍者，應可阻卻其不法。反之，若已逾越容忍之範圍，該侵害即具不法性。

2. 又所謂純粹經濟上損失，係指被害人之經濟損失並未與絕對權相結合，即其經濟損失是

利益，故人民依法取得之土地所有權，仍受法律之保障與限制（憲法第二十三條、第一百四十三條第一項參照）。準此，私有土地因公共利益之目的提供公用，而形成公用地役關係，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。查系爭土地自日治時期起，即被規劃設置為農田排水灌溉渠道，為原判決認定之事實。似見系爭土地經歷長久年代所形成之公用地役關係，係以農田排水灌溉渠道為其使用目的。果爾，就系爭土地之公共使用，自不得逾越上開目的，否則即屬公用地役權之不當行使。」

³ 最高法院 106 年度台上字第 2076 號判決：「按民法第 767 條第 1 項中段規定，所有人對於妨害其所有權者，得請求除去之。乃指以占有所有物以外之方法，客觀上不法侵害所有權或阻礙所有權人圓滿行使其所有權之行為或事實均屬之。」

⁴ 謝在全，民法物權論上，頁 134。

⁵ 陳忠五，抽砂污染海域影響附近蚵苗成長：權利侵害或純粹經濟損失？台灣法學雜誌，第 187 期，頁 31-36。

(112 司律二試)

「純粹」的(109 台上 535)⁶。另所謂衍生經濟損失，則指因絕對權受侵害而衍生之經濟損失。該經濟損失是否為權利侵害所衍生，應視其是否具責任範圍之因果關係而定。若為肯定，則可視為所失利益而計入損害賠償之範圍(216)。

3. 本件丙將有毒農田污水排入 A 地，導致甲無法繼續於 A 地經營養殖漁業。縱使未造成 A 地毀損、滅失等實體侵害，亦可認為已侵害 A 地之使用權能(無法養魚)。退步言之，縱認為 A 地仍有其他用途而未侵害其使用權能，就此既有功能(養魚)之減損，亦屬所有權之侵害，故丙將有毒污水排入 A 地，係侵害甲之權利。
4. 再者，縱使 A 地具公用地役關係，但僅於特定公共利益目的內(排放農業灌溉用水)，甲始有容忍之義務。丙所排放者係「有毒農田污水」，並非農業灌溉用水，甲自無須容忍之。據此，丙將有毒污水排入 A 地，致甲無法經營養殖漁業，具有不法性。
5. 另外，甲多年來在 A 地經營小型養殖漁業，可認其就 A 地有長期經營之經濟計畫，並可預期藉由養殖漁業之經營，而有一定之利益。然於 A 地被有毒污水污染後，已經無法繼續經營養殖漁業，是就其無法繼續經營養殖漁業之經濟損失，應認係 A 地所有權被侵害所衍生之經濟損失，依民法第 216 條第 2 項，可視為所失利益而納入損害賠償範圍。
6. 據此，丙因過失不法侵害甲之權利(A 地所有權)並致甲受有損害，甲得依民法第 184 條第 1 項前段向丙請求損害賠償。其損害賠償範圍，依民法第 216 條，應包括甲所受損害及所失利益即無法繼續經營之損失。故甲向丙請求無法經營養殖漁業之營業利益損失，應有理由。

(三)乙請求甲償還其因此支出的費用有無理由？

1. 乙不得依民法第 176 條第 1 項向甲請求返還

- (1) 民法第 176 條第 1 項規定，管理事務，利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思者，管理人為本人支出必要或有益之費用，得請求本人償還之。本項係以適法無因管理為前提，即管理人須為無因管理、並該管理係有利於本人且不違反本人之意思。
- (2) 所謂無因管理，依民法第 172 條，係指未受委任、並無義務，而為他人管理事務。是無因管理係以「他人事務」為客體，倘管理人所管理者係「自己事務」，自不構成無因管理。既不構成無因管理，自無法依上開規定向他人請求償還費用。
- (3) 如前所述，縱使 A 地具公用地役關係，乙亦無將工業廢水排入 A 地之權利，是乙本來就有避免廢水排入 A 地之義務，其改善工廠排水設施，應係管理自己事務，自不構成無因管理而不得依民法第 176 條第 1 項向甲請求償還。

2. 乙亦不得依民法第 179 條向甲請求償還

- (1) 民法第 179 條規定，無法律上原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。不當得利可分為給付型及非給付型不當得利，後者又包括權益侵害型、支出費用型及求償型等。所謂支出費用型不當得利，係指非以給付之意思，於「他人之物」支出費用所生之不當得利返還請求權⁷。
- (2) 本件乙係於自己之工廠改善排水設施，並非於甲之 A 地上興建設備，自不構成上開支出費用型不當得利。是乙亦不得依民法第 179 條向甲請求償還費用。

⁶ 最高法院 109 年度台上字第 535 號判決：「按故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，負損害賠償責任，民法第 184 條第 1 項後段定有明文。所謂背於善良風俗，係指違反保護個人法益之法規，或廣泛悖反規律社會生活之根本原理的公序良俗；是項規定保護之客體，係權利以外之財產上利益，學說上所稱之『純粹經濟上損失』亦包括在內。而所謂純粹經濟上損失，係指非因法律上保護之權利或利益被侵害而發生之經濟損失，亦即其經濟上之損失係『純粹』的，並未與其他有體損害即人身或財產損害相結合。」

⁷ 王澤鑑，不當得利，頁 227。

(112 司律二試)

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。

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）

【考題難易度】★★★

【破題關鍵】第(一)題之爭點為唯一有責配偶得否訴請離婚，除就現行規定說明第一審法院應如何判決外，112 年憲判字第 4 號之見解亦須予以討論。第(二)題就甲之繼承人部分，可討論甲提起離婚訴訟是否對乙發生表示失權之效果。就戊之繼承人部分，則應討論戊、壬之婚姻是否有效，即癸、丑是否為合法之證人。第(三)題則是公同共有物權之行使及債權之行使問題，前者並無爭議，後者則應就實務（最高法院 104 年第 3 次民事庭決議）及學說見解分別說明之。

【擬答】

(一)第一審法院為本案判決時，應判決甲請求離婚無理由

1. 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。本項但書係採有責主義，即就難以維持婚姻之重大事由唯一有責之一方，不得請求離婚，僅無責之他方得請求之。
2. 另依 112 年憲判字第 4 號判決⁸，本項但書限制有責配偶請求裁判離婚，原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違。然其不區分自難以維持婚姻之重大事由發生後是否已逾相當期間，或是否已持續相當期間，一律不許唯一有責配偶請求裁判離婚，完全剝奪其離婚機會，可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，即與憲法保障婚姻自由之意旨不符。相關機關應於該判決宣示後 2 年內妥適修正，逾期未完成修法者，法院得本此判決意旨裁判之。
3. 所謂難以維持婚姻之重大事由，係指婚姻是否已經發生破綻而無回復之希望，且應依客

⁸ 憲法法庭 112 年憲判字第 4 號判決：「民法第 1052 條第 2 項規定，有同條第 1 項規定以外之重大事由，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。其中但書規定限制有責配偶請求裁判離婚，原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違。惟其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一方請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。相關機關應自本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修正之。逾期未完成修法，法院就此等個案，應依本判決意旨裁判之。」

(112 司律二試)

觀標準即任何人於相同境況下均將喪失維持婚姻之希望之程度決之(87 台上 1304)⁹。本件甲與丁外遇，並離開甲乙之共同住所而與丁女同居達 20 年，甲乙亦僅就子女之教養等必要事項始有聯絡，足認雙方已無感情基礎，該婚姻確實已無回復希望，故甲與丁外遇並與丁同居之事實，該當難以維持婚姻之重大事由。

4. 然本件甲係唯一有責之一方，依民法第 1052 條第 2 項但書，並無請求離婚之權利。縱使本件判決作成時，已有上開憲法判決可資參照。然上開憲法判決雖認定本項但書部分違憲，但並未停止適用之，僅要求有關機關應於 2 年內完成修法，若未完成修法，法院始得依該判決意旨裁判。而本件判決作成時，該 2 年之修法期限尚未屆滿，故法院仍應依法判決，尚不得依上開憲法判決之意旨裁判之。據此，甲請求離婚仍無理由。

(二)甲之繼承人為乙、丙、戊；戊之繼承人為丁

1. 甲之遺產應由乙、丙、戊取得

- (1)依民法第 1138 條第 1 款，遺產繼承人，除配偶外，直系血親卑親屬為第一順序繼承人。另依民法第 1065 條第 1 項，非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。
- (2)本件甲乙之離婚訴訟尚未判決確定，乙仍為甲之配偶，應有繼承權。或有認為，配偶對他方提其離婚訴訟者，有表示失權(1145 條第 1 項第 5 款)之意思，然表示失權以對繼承人為重大侮辱虐待為要件，然如題示，乙對甲並無重大侮辱虐待，故縱使甲向乙請求離婚，仍不發生失權效果，故乙為甲之繼承人。
- (3)另外，丙為甲之婚生子女，戊亦經認領而視為甲之婚生子女，故丙、戊均為甲之第一順序繼承人。據此，甲之繼承人為乙、丙、戊。

2. 戊之繼承人為丁

- (1)依民法第 1138 條第 2 款，遺產繼承人，除配偶外，父母親為第二順序繼承人。另依民法第 1065 條第 2 項，非婚生子女與其生母之關係，視為婚生子女，無須認領。
- (2)另依民法第 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。所謂證人，雖不以在場見證為必要，然須親自確認雙方有結婚之意思，始足當之¹⁰。若證人未確認雙方之結婚意思，即非適法之證人，該結婚即因違反本條規定而無效(988 條第 1 款)。
- (3)本件戊與壬之結婚，雖有結婚書面、並向戶政機關辦理結婚登記，然證人癸、丑並未親自確認戊之結婚意思，依上開說明，即非有效之證人。則戊、壬之結婚因欠缺證人要件，依民法第 988 條第 1 款，應認為無效。壬既非戊之配偶，自不得繼承戊之遺產。或有學者認為，證人之目的在於確認雙方之結婚或離婚意思，於早期採儀式婚時，確有其必要。然在結婚與離婚均採登記制之現在，雙方之婚姻意思已得藉由戶政機關加以確認，則證人之存在是否仍有其必要，值得思考¹¹。
- (4)戊為甲、丁所生，亦經甲認領。然甲於繼承開始前已經死亡，故甲無從繼承戊之遺產。且甲非第一順位繼承人，亦無適用代位繼承之必要(1140)。據此，戊之繼承人僅丁一人。

(三)丙得單獨請求庚拆屋還地；得否單獨請求辛給付租金則有爭議

⁹ 最高法院 87 年度台上字第 1304 號判決：「次依民法第一千零五十二條第二項規定，有同條第一項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。是否有難以維持婚姻之重大事由，判斷標準為婚姻是否已生破綻而無回復之希望，此不可由原告已喪失維持婚姻意欲之主觀面加以認定，而應依客觀的標準，即難以維持婚姻之事實，是否已達於倘處於同一境況，任何人均將喪失維持婚姻希望之程度以決之。」

¹⁰ 最高法院 68 年台上字第 3792 號判例：「民法第一千零五十條所謂二人以上證人之簽名，固不限於作成離婚證書時為之，亦不限於協議離婚時在場之人，始得為證人，然究難謂非親見或親聞雙方當事人確有離婚真意之人，亦得為證人。本件證人某甲、某乙係依憑上訴人片面之詞，而簽名於離婚證明書，未曾親聞被上訴人確有離婚之真意，既為原審所確定之事實，自難認兩造間之協議離婚，已具備法定要件。」

¹¹ 戴瑀如，結婚離婚與收養要件之再檢討，台灣法學雜誌，第 338 期，頁 189-198；戴瑀如，結婚與兩願離婚形式要件之再檢討，台灣法律人，第 6 期，頁 25-40。

(112 司律二試)

1. 丙得單獨對庚起訴請求拆除 C 屋返還 A 地

- (1) 依民法第 1151 條，遺產於分割前為全體繼承人所共同共有。另依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條，各共同共有人對於第三人，得就共有物之全部為本於所有權之請求。但回復共同共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之。又依民法第 767 條第 1 項前段、中段，所有人對於無權占有其所有物者，得請求返還之。對妨害其所有權者，得請求除去之。
- (2) 本件甲之遺產尚未分割，故仍為繼承人所共同共有。庚無權占有 A 地並搭建 C 屋使用，即無權占有並妨害 A 地之所有權。依上開規定，各繼承人（共同共有人）均得依民法第 828 條第 2 項準用第 821 條及第 767 條第 1 項前段、中段，請求庚拆除 C 屋並將 A 地返還予全體繼承人。故丙單獨起訴請求庚拆屋還地，應有理由。

2. 丙得否單獨對辛起訴請求給付積欠之租金？

- (1) 甲對辛有 60 萬元之租金債權，依民法第 1151 條，於甲死亡時，該債權為甲全體繼承人共同共有。關於共同共有債權之行使，是否以全體繼承人共同起訴為必要，有不同見解。
- (2) 實務見解（最高法院 104 年第 3 次民事庭決議）¹²認為，共同共有債權之行使，並非本於所有權之請求，不能依民法第 831 條準用第 828 條第 2 項再準用第 821 條之規定，其性質上屬於民法第 828 條第 3 項之其他權利之行使，故依民法第 831 條準用第 828 條第 3 項，其行使應由全體繼承人共同為之。據此，丙不得單獨請求辛給付租金，須由全體繼承人共同為之或得全體繼承人同意後為之。
- (3) 然有學者認為¹³，關於債權之行使，應依債編之規定處理。而共同共有債權，性質上屬於不可分債權（法律上不可分），依民法第 293 條，各債權人均得向債務人請求向全體債權人為給付。而民法第 831 條之規範範圍（所有權以外之權利）雖包括債權在內，然基於體系解釋，債編與物權編之規定不應有不同結果。故就共同共有債權之行使，仍應依民法第 831 條準用民法第 828 條第 2 項再準用第 821 條，即各共同共有人對於第三人，得就債權之全部為本於債之關係之請求，但僅得為全體共同共有人之利益為之（即僅得請求債務人對全體繼承人為給付）。據此，丙仍得單獨請求辛給付租金，然僅得請求辛將租金給付於全體繼承人。
- (4) 行使債權之目的，在於實現債權。而共同共有債權之行使，在民法第 293 條已有規定之情況下，並無依民法第 831 條增加限制之必要。否則於有繼承人不明、或有繼承人拒絕同意之情況下，將導致有意願行使債權之繼承人無從實現其債權。且依學者見解，於單獨起訴之情形，亦僅得請求債務人對全體為給付，並不影響全體繼承人之利益。據此，應認為丙得單獨起訴請求辛給付積欠之租金，較為適當。

¹² 最高法院 104 年第 3 次民事庭決議：「共同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係共同共有債權之權利行使，非屬回復共同共有債權之請求，尚無民法第八百二十一條規定之準用；而應依同法第八百三十一條準用第八百二十八條第三項規定，除法律另有規定外，須得其他共同共有人全體之同意，或由共同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。」

¹³ 陳榮傳，共同共有債權的權利行使——最高法院決議的評析與建議，台灣法學雜誌，第 400 期，頁 75-93。

112 年公務人員特種考試司法官考試

第二試試題

112 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

類科：各類科

科目：民法與民事訴訟法(二)

考試時間：2 小時

宋定翔老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、甲對乙起訴，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 2,500 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 2,500 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 1,500 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 1,000 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）

【考題難易度】★★★★★

【破題關鍵】

(一)本件訴訟標的為甲對乙之契約解除後回復原狀請求權（A 地所有權移轉登記），在要件判斷上與違約金過高應予酌減本來是無關的，本件是因為被告乙就甲之請求提起同時履行抗辯，進而才必須判斷違約金是否確實過高。因此，法院如果認為原告甲之解約為有理由，且違約金減為 1,500 萬元為當，應為如何之本案判決，即涉及「被告所抗辯之違約金過高部分返還債權，得否就原告所主張之債權主張同時履行抗辯」，以及「對待給付判決之概念」。

(二)受訴法院關於被告得提起反訴之闡明義務，主要涉及「被告得否就其所抗辯之違約金過高部分返還債權提起反訴」，以及「民事訴訟法第 199 條之 1 第 2 項應如何套用在本案事實」。

(三)被告就其所抗辯之違約金過高部分返還債權提起反訴，並同時為給付聲明，概念上係以不當得利返還請求權作為訴訟標的，並以違約金是否過高而應予以酌減作為要件事實，雖然後者須經法院判決確定始生形成力，但仍不影響本件訴訟之給付性質，而適合運用假執行宣告制度。

【擬答】

(一)

1. 如法院認甲之解約為有理由，且違約金減為 1,500 萬元為當，應為如何之本案判決，涉及其是否應為對待給付判決，而此亦涉及本件有無同時履行抗辯之適用，茲論述如下。

2. 按法院於判決時，命被告應於原告為一定對待給付之同時，為一定給付之判決，即所謂「對待給付判決」。而對待給付判決，係因被告行使同時履行抗辯權之結果，其並非獨立之訴訟標的，而僅屬原告根據確定給付判決聲請強制執行之條件，於被告為對待給付

(112 司律二試)

抗辯時，法院即可將之載於判決主文中，而不構成訴外裁判，僅為原告執行之條件（強制執行法第 4 條第 3 項參照）。

3. 申言之，被告就原告請求履行因雙務契約所負之債務，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對待給付或已提出對待給付，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，不得遽將原告之訴駁回，或僅命被告為給付，而置原告之對待給付於不顧¹。
4. 然而，倘買賣雙方間之買賣契約業經合法解除，固應依民法第 259 條規定互負回復原狀之義務，惟出賣人依買賣契約將買受人給付之價金沒收充為違約金，嗣經法院依民法第 252 條規定酌減至相當數額後，出賣人應返還之金額，其性質為何？買受人得否就自己應負之給付義務（回復原狀），與出賣人應返還之金額（即酌減後之餘額），為同時履行抗辯？試分析如下：

(1) 過去雖有實務見解認為，買受人原本支付之價金，既經出賣人於契約解除後，依約明示將之移作違約金，顯已變更該價金之性質，應不生民法第 261 條準用同法第 264 條而為同時履行抗辯之問題，循此，該違約金縱經酌減，但酌減後金額之返還，係屬不當得利之範疇，並不回復為價金之性質，故買受人之回復原狀義務，自不能與出賣人應返還之金額為同時履行抗辯²。

(2) 但近來最高法院作成 110 年度台上大字第 1353 號民事大法庭裁定統一法律見解，指出買賣價金遭出賣人依約沒收充為違約金，並經法院酌減至相當數額後，出賣人所應返還之金額固具有不當得利之性質，但本諸此項出賣人應返還違約金酌減後餘額之義務，與買受人應返還標之物之義務，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，買受人仍得類推適用民法第 264 條之規定，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。

5. 而本件中，甲乙於 108 年間就 A 地成立買賣契約，而乙雖已給付 2,500 萬元之頭款，然嗣未依約遵期給付尾款部分，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 1,500 萬元為當，因乙業已表示：「在甲未將多收價金退還前，不得請求移轉 A 地所有權」等語，核有行使同時履行抗辯權之意思，依照上開說明，自應肯認其同時履行抗辯之有效行使，法院應據此作成「被告應於原告給付 2,500 萬元之同時，將 A 地所有權移轉登記予原告」之對待給付判決。

(二)

1. 按民事訴訟法（下同）第 259 條及第 260 條第 1 項，被告於言詞辯論終結前，得在本訴

¹ 最高法院 112 年度台上字第 209 號民事判決、同院 108 年度台上字第 19 號民事判決參照。

² 台灣高等法院 109 年度重上字第 107 號民事判決：「按因契約互負債務者，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，民法第 264 條第 1 項固定有明文。惟上訴人原付之價金，既經被上訴人於契約解除後，依約明示將之移作違約金，顯已變更該價金之性質，應不生民法第 261 條準用同法第 264 條（同時履行抗辯）問題。至違約金如屬過高，法院縱可為酌減，然酌減後金額之返還，係屬不當得利之範疇，要不能使違約金之性質再度回復為價金，而認被上訴人之返還該金額與上訴人之回復土地原狀應同時履行（最高法院 81 年度台上字第 2500 號判決意旨參照）。」，以及最高法院 109 年度台上字第 1013 號民事判決：「按所謂同時履行之抗辯，乃係基於雙務契約而發生，倘雙方之債務，非本於同一之雙務契約而發生，縱令雙方債務在事實上有密切之關係，或雙方之債務雖因同一之雙務契約而發生，然其一方之給付與他方之給付，並非立於互為對待給付之關係，均不能發生同時履行之抗辯。查系爭契約第 11 條第 2 項後段已約定，上訴人以被上訴人違約而解除契約後，得沒收已付價款作為違約金，被上訴人應即無條件歸還系爭不動產。而上訴人已於 105 年 4 月 29 日合法解除系爭契約，被上訴人於返還系爭不動產前，因占有而受有相當於租金之使用利益等情，為原審認定之事實。則前開約定之違約金如屬過高，經法院酌減至相當數額而為判決確定前，上訴人就該酌減數額以外之價金，尚無返還之義務，此與被上訴人未依期限歸還系爭不動產而無權占有之所負不當得利債務，並非本於同一之雙務契約而發生，無立於對待給付之關係。原審以該不當得利債務與被上訴人所負歸還系爭不動產義務之履行間屬密切關連為由，逕認被上訴人得因上訴人未返還該價金，拒絕返還系爭不動產，並溯及免除該不當得利，亦欠依據。原審徒以上述理由，為上訴人不利之判斷，自有可議。」參照。

(112 司律二試)

繫屬之法院，對於原告提起反訴，惟反訴之訴訟標的須與本訴之標的及其防禦方法相牽連者，始得為之。且此所謂「相牽連」，係指「訴訟資料或證據資料共通」，包含(1)本訴標的之法律關係或作為防禦方法所主張之法律關係，與為反訴標的之法律關係同一，或(2)當事人兩造所主張之權利，由同一法律關係發生，或(3)本訴與反訴之主要爭點相同。

2. 次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。
3. 經查，甲依據系爭買賣契約請求乙移轉 A 地所有權，而乙於本訴訟主張伊曾基於同一買賣契約給付買賣價金，遭甲充作違約金而予以沒收，如前所述，乙得主張同時履行抗辯而影響法院之裁判結果。
4. 循此，本件因被告乙提出同時履行抗辯，而使系爭違約金債權數額多寡成為本件之主要爭點，依照上開說明，因乙行使同時履行抗辯時，尚非以酌減後違約金之不當得利返還債權作為訴訟標的，自可再以該筆債權為訴訟標的提起反訴，蓋兩造所主張之權利，乃本於同一買賣法律關係發生，應允許被告於同一道訴訟程序請求原告給付，俾利對該筆債權取得執行力。
5. 末按第 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，審判長固應闡明之，惟此等義務存有界限，應以被告已陳述之事實及聲明究為防禦方法或提起反訴有不明瞭或不完足之情形時，審判長始須闡明之，法院不能恣意闡明，否則可能構成違法闡明。
6. 本件中，被告乙業已表明：原告甲將其本於系爭買賣契約所已給付價金全部沒收，充作違約金，然違約金之數額顯屬過高，在法院予以酌減後，出賣人保有過高部分給付之法律上原因不復存在，自屬不當得利，應返還予乙，並為如前所述之同時履行抗辯。
7. 從而本件乙針對該筆不當得利債權，究僅具有主張同時履行抗辯之意思，抑或同時具有提起反訴之意思，因乙並未為訴之聲明而有不明瞭之處，依上開說明，審判長自應予以闡明，以利當事人紛爭之終局解決及訴訟經濟。

(三)

1. 法院於判決乙之反訴勝訴時，應否宣告假執行，涉及乙就違約金酌減部分所提起之反訴，是否適於為假執行之宣告，茲論述如下。
2. 按假執行宣告制度，旨在避免權利人獲得「終局給付判決」後，因他造為避免被執行，而濫用上訴制度，使其實體權利無法獲得迅速實現，受到遲延實現之不利益。換言之，平衡保障敗訴者之上訴利益及勝訴者實體權利迅速實現之利益。因具執行力之判決以給付判決為限，故聲請假執行以給付判決為限。
3. 而出賣人依買賣契約將買受人給付之價金沒收充為違約金，買受人請求法院依民法第 252 條規定酌減至相當數額，並反訴出賣人應返還過高部分之不當得利，經第一審終局判決予以容認時，是否應依照被告之聲請而為假執行之宣告？試分析如下。
4. 雖有實務見解認為，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，自得依不當得利法律關係請求債權人返還。此項返還請求權原具有賠償債務人所受損害之性質，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³。循此，甲抗辯之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，似屬有據。
5. 然上開反訴出賣人返還違約金過高經酌減部分之債權，乃不當得利之返還，本即具有給

³ 最高法院 108 年度台上字第 369 號民事判決、同院 109 年度台簡上字第 20 號民事判決參照。

(112 司律二試)

付之性質，此項返還請求權雖於本判決確定時發生，並於斯時屆其清償期，但於有預為請求之必要者，仍得提起將來給付之訴，至於出賣人於本判決確定翌日起始負其給付遲延之責任，則為另事，並不影響該訴訟之給付性質⁴。

6. 是為平衡保障甲敗訴之上訴利益，以及乙勝訴之實體利益，該此項不當得利返還請求權，雖係以違約金過高經法院酌減作為要件事實，並於法院判決確定時該項請求權始告發生，但不影響法院於判決乙之反訴勝訴時，仍應依照乙之聲請，宣告假執行。此外為兼顧甲之實體利益，法院得併宣告乙應預供擔保，方得為假執行（民事訴訟法第 392 條參照）。

最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事大法庭裁定

〔主文〕

出賣人依買賣契約將買受人給付之價金沒收充為違約金，經法院依民法第二百五十二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二百六十四條規定，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。

〔理由〕

一、本案基礎事實

甲向乙購買 A 地，並約定價金分 3 期給付，如有可歸責於甲之債務不履行，經乙解除契約者，得將甲已付價金均沒收充為違約金。甲已依約給付 2 期價金合計新臺幣（下同）3746 萬元，乙則將 A 地所有權移轉登記為甲所有。嗣甲未依約給付第 3 期價金，乙解除契約，並依約將甲所給付之全部價金沒收充為違約金，另依民法第 259 條第 1 款、第 179 條規定訴請甲將 A 地所有權移轉登記予乙。甲抗辯乙將其已繳價金沒收充為違約金，有過高顯失公平之情事，請求法院依同法第 252 條規定予以酌減，就酌減數額以外之金額，應負返還責任，爰依同法第 261 條準用同法第 264 條規定，就乙之本案請求為同時履行之抗辯。

二、本案法律問題爭議

假設買賣契約業經合法解除，買賣雙方互負回復原狀之義務。惟出賣人依買賣契約將買受人給付之價金沒收充為違約金，嗣經法院依民法第 252 條規定酌減至相當數額後，出賣人應返還之金額，其性質為何？買受人得否就自己應負之給付義務（回復原狀），與出賣人應返還之金額（即酌減後之餘額），為同時履行抗辯？

三、本大法庭之理由

- (一)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。
- (二)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

⁴ 最高法院 108 年度台上字第 369 號民事判決：「按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。原審依民法第 252 條規定，以職權審酌結果認違約金過高而予酌減，被上訴人固得依不當得利規定，請求上訴人返還該酌減後之數額及依民法第 233 條規定請求遲延利息，依上說明，被上訴人之此項返還請求權，於本判決確定時發生，並於斯時屆其清償期，上訴人於本判決確定翌日起始負其給付遲延之責任。是以，被上訴人就法定遲延利息部分之請求，應自本判決確定之翌日起算。原審認被上訴人得請求上訴人給付之利息，超過自本判決確定翌日起算部分，於法自有可議。上訴論旨，指摘原判決關此部分為不當，求予廢棄，非無理由。又本院基於確定之事實，認此部分已可依該事實自為判決，爰依民事訴訟法第 478 條第 1 項第 1 款規定，將原判決及第一審判決關此部分廢棄，改判駁回此部分被上訴人在第一審之訴及第二審追加之訴。」，最高法院並作成判決主文第一項：「第一審判決及原判決關於命上訴人給付之利息超過自本判決確定翌日起算及原判決駁回上訴人對於上開部分之第一審判決之上訴，暨各該訴訟費用部分均廢棄。」。

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。

(三)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。

(四)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。

(112 司律二試)

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)

【考題難易度】★★★☆☆

【破題關鍵】

(一)涉及民法第 185 條、第 187 條、第 188 條，以及「原告同時主張真正連帶債務與不真正連帶債務之訴之聲明」。

(二)涉及「關於與有過失，法院應主動予以審酌，但其訴訟資料原則上仍待當事人提出」，以及民事訴訟法第 278 條所定「職務上所知之事實」的範圍。

(三)涉及「連帶債務人丙丁間做為共同被告之審理原則」，以及「必要共同訴訟人一人之上訴必須合法，方有及於其他共同訴訟人之問題」等。

【擬答】

(一)

1. 甲應如何主張權利，並記載應受判決事項之聲明，涉及本件車禍事件所生侵權行為損害賠償責任暨其法律效果如何，茲論述如下。
2. 按民法（下同）第 185 條第 1 項前段規定，數人共同不法侵害他人之權利者，雖須連帶負損害賠償責任，且其共同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，均為其所生損害共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為，但此共同侵權行為損害賠償責任之構成，須各行為人皆已具備侵權行為之要件，始能成立。
3. 次按第 187 條第 1 項前段，無行為能力人或限制行為能力人，故意或過失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。而所謂「識別能力」，係指能正常認識其加害行為在法律上評價應負責任之能力。第 188 條第 1 項，受僱人執行職務不法侵害他人權利者，僱用人應負連帶損害賠償責任。
4. 依照甲起訴主張之原因事實，丙因駕駛機車闖紅燈，而與駕駛汽車超速行駛之丙，同時撞擊乙所駕駛之機車致甲身體健康權受有侵害，其間雖無意思聯絡，但渠等之過失行為仍均為甲發生損害之共同原因，而有行為關聯共同，自應各依第 184 條第 1 項、第 191 條之 2 規定⁵，負侵權行為損害賠償責任，並應依照第 185 條第 1 項前段之規定負連帶賠償責任。

⁵ 附帶說明，雖然台灣高等法院臺南分院 106 年度上字第 52 號民事判決認為，本條之適用應排除「雙方當事人均為行駛中非依軌道行駛之動力車輛之駕駛人」之情形，但最高法院 108 年度台上字第 2459 號民事判決明確表示臺灣高等法院臺南分院 106 年度上字第 52 號判決此等「法律見解自有可議」，蓋前述判決增加法條所無、亦無法自規範目的導出之要件。

(112 司律二試)

5. 而丙於車禍發生時為 17 歲，係限制行為能力人，其父戊依照第 187 條第 1 項規定應對丙之行為負責，而連帶負損害賠償責任。至於丁當時因急於送貨之執行職務中不法侵害甲之身體健康權，其僱用人己依照第 188 條第 1 項規定亦應與丁連帶負損害賠償責任。
6. 又戊、己乃因本於各別之發生原因，對債權人乙各負全部給付之義務，雖非第 272 條所明定依照約定或法律明文之真正連帶債務，但因渠等之給付具有同一之目的，而構成不真正連帶債務之關係，故因債務人中一人為給付，他債務人即應同免其責任之債務。
7. 綜合上開說明，本件甲所為訴之聲明應符合其所權利主張之對應法律效果如下：

「(1) 被告丙、丁應連帶給付原告新台幣（以下同）100 萬元。

(2) 被告戊應就前開給付與被告丙負連帶給付責任。

(3) 被告己應就前開給付與被告丙負連帶給付責任。

(4) 第二、三項給付，如其中任一被告為給付時，其他被告於給付之範圍內，免除給付責任。」

(二)

1. 如僅丙提出如題示之抗辯，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，則法院得否一併減免丙、丁、戊、己之損害賠償金額，涉及與有過失抗辯及共同訴訟之審理，茲論述如下。
2. 按民法（下略者同）第 217 條，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕或免除賠償金額。該條如第 252 條般均規定「法院得」，故與違約金酌減相同，實務向認為法院得依職權審酌被害人有無與有過失，無待當事人主張。⁶蓋該規定旨在謀求加害人與被害人間之公平，而擴大法官實體法上裁量權（實體法上非訟化），使權利發生要件抽象化，委諸受訴法院個案裁量。惟作為參酌因素之事證是否亦得不待當事人主張？又法院於依職權審酌時，應如何兼顧突襲性裁判防免之要求？下分析之。
3. 本文以為，前述規定僅係於實體法上就權利內容之形成賦予法官裁量權，並不必然導致程序法上非訟化，並未容許法官得不適用辯論主義，故法官依職權審酌與有過失時，仍需以當事人所提出之事證資料作為判決基礎，且縱按民事訴訟法第 278 條得利用職務上所知悉之事實，亦須於不致發生突襲性裁判之範圍內為之（該條第 2 項參照）。
4. 至於所謂「法院於職務上知悉之事實」固然包含承審法官於「當事人同一之他案」所知悉者，惟是否包含「法官從本案證據資料，形成心證而得知之事實」？
 - (1) 有見解認為若採肯定看法，將淪為「邏輯謬誤」，蓋若屬法院自本案證據調查，形成心證而得知之事實，因將先被列為「待證事實」，而進行證據調查、心證評價，故不可能又該當民事訴訟法第 278 條所謂「毋庸舉證」之不要證事實⁷。
 - (2) 但本文則認為應採肯定見解，蓋若受訴法院承辦其他事件而知悉之事實得作為本事件之裁判基礎，但承辦本事件而知悉並形成心證之事實，反而卻不得作為本事件之裁判基礎，如此顯不符事理之平，而無助於發現真實及促進訴訟，不足以保護當事

⁶ 最高法院 105 年度台上字第 1250 號民事判決：「按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。民法第二百零七條第一、二項定有明文。所謂被害人與有過失，係指被害人苟能盡其善良管理人之自我注意，即得避免其損害之發生或擴大，竟不注意而言，與固有意義之過失，以違反法律上注意義務為要件者，有所不同。上開規定之目的，在謀求加害人與被害人間之公平，故法院於裁判時得以職權減輕或免除之。契約所定之損害賠償，除有反對之特約外，亦有該規定之適用。」

⁷ 姜世明，〈當事人程序或法官的程序？—對於修正辯論主義、協同主義論爭之若干提示〉，氏編，〈修正辯論主義與協同主義之時代論爭〉，2017 年 5 月，1 版 1 刷，頁 49～50；吳從周，〈辯論主義第一命題之界限及法官私知之可利用性〉，姜世明編，〈修正辯論主義與協同主義之時代論爭〉，2017 年 5 月，1 版 1 刷，頁 83、93。

人之實體利益及程序利益。且民事訴訟法第 447 條第 1 項第 4 款規定之立法理由乃列舉「違約金過高」及「與有過失」之事實作為民事訴訟法第 278 條適用之例，表示若於卷內資料已經顯著，法院本得加以斟酌，卻漏未斟酌，對債務人之權益，影響甚鉅，故此等「法院於本件訴訟審理中所知悉之事實」自應允許當事人於第二審提出⁸，準此可知立法者已將「當事人未主張，但法院於本案審理過程中已得心證之事實」作為「職務上已知之事實」，而得斟酌採為裁判之基礎。

5. 經查，於訴訟程序中，僅丙抗辯乙亦與有過失，而應減免丙之賠償責任，因甲當時乃搭乘乙駕駛之機車行經 A 地，藉由駕駛人運送而擴大其活動範圍，駕駛人乙為之駕駛機車，應認係甲之使用人，而有民法第 217 條第 3 項之適用。以衡平相當因果關係採取「全有或全無」原則，而可能產生賠償過度或不足之情形（尤其：於損害發生之可能原因為複數，且無法確定何者是損害的真正原因時），未必符合侵權行為法上的嚇阻目的。
6. 而依上開說明，如審酌乙酒醉駕車之事實，雖可藉此減免業已提出與有過失抗辯之丙的損害賠償金額，但因丁、戊、己於本訴訟並未提出此項抗辯，故就受訴法院於本案職務上所知悉之事實（如：乙超速之事實），雖亦得斟酌採為裁判之基礎，但仍應注意第 278 條第 2 項規定，使丁、戊、己就該等事實有辯論之機會。

(三)

1. 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，涉及丙丁間有無民事訴訟法（下同）第 56 條與第 459 條第 2 項之適用，茲論述如下。
2. 按第 55、56 條，關於共同訴訟之審理，係採取共同訴訟人獨立原則，原則上一人之行為，其利害不及於他共同訴訟人；但為避免「避免裁判矛盾」與「紛爭統一解決」，若訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，則其中一人之有利行為，其效力及於全體，不利行為，則對於全體均不生效力。
3. 循此，向來學理與實務以法律上是否應合一確定（法律上合一確定）為判斷標準，而將共同訴訟類型化為共同訴訟人不必同勝同敗之「普通共同訴訟」，及共同訴訟人必須同勝同敗之「必要共同訴訟」（含：固有及類似必要共同訴訟）。惟「數連帶債務人」若作為共同被告，其裁判結果應否合一確定？屬於何種共同訴訟類型？應否適用第 56 條合一確定原則？容有疑義，分述如下。
 - (1) 實務見解有認為，自民法第 275 條觀之，於連帶債務人為共同被告時，其中一人非基於個人關係之抗辯，且有理由者，因判決效力之擴張，自應適用第 56 條第 1 項之規定⁹。
 - (2) 亦有論者認為不應適用第 56 條，蓋其認為自民法第 273 條第 1 項可知，對於連帶債務人無庸共同起訴，與固有必要共同訴訟之要件不合；又此訴之訴訟標的為民法第 273 條第 1 項之給付請求權，該權非將連帶債務人視為一體，故對數連帶債務人非必須合一確定（同勝同敗）；且對連帶債務人中一人之判決，原則上不及於他債

⁸ 民事訴訟法第 447 條第 1 項第 4 款之立法理由原文節錄：「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，當事人無庸舉證，此項事實，雖非當事人提出者，法院亦得斟酌之，但裁判前應令其就事實有辯論之機會，本法第二百七十八條定有明文，例如債權人就事實之發生是否與有過失，或違約金之約定是否過高，應予酌減等情形，若於卷內資料已經顯著，法院卻漏未斟酌，對債務人之權益，影響甚鉅，自得於第二審法院提出之。又舉輕以明重，法院應依職權調查而未調查之證據，亦應許當事人於第二審法院提出。爰為第四款規定。」

⁹ 最高法院 108 年度台上字第 76 號民事判決：「按民法第 275 條規定連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法第 56 條第 1 項之規定。」（同旨：33 上 4810 判決）

務人，民法第 275 條僅為例外規定，故亦非類似必要共同訴訟¹⁰。

- (3) 本文以為上開二說均不足為採，應採取「準必要共同訴訟」的想法。一來實務見解認為須「該非基於個人關係之抗辯有理由」（如：債務不存在之抗辯，法院於判決時認定有理由），始有第 56 條第 1 項之適用，如此，當事人之訴訟關係必須待法院為終局判決後，始能確知是否為必要共同訴訟關係，而決定有無合一確定之必要，不合乎法安定性之要求。毋寧應認為就數共同訴訟人間共通事項亦應合一確定（如絕對效力與限制絕對效力之事由），亦有統一解決紛爭之需求，而應類推適用第 56 條合一確定原則，以確保裁判解決紛爭之實際效用；惟就個別事項則不類推適用之，而回歸第 55 條之獨立原則¹¹。
4. 次按第 56 條第 1 項第 1 款規定，訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，共同訴訟人中一人之行為有利益於共同訴訟人者，其效力及於全體。固然依前所述，數連帶債務人之共同訴訟間應類推適用第 56 條之規定，惟上訴行為是否屬於同條第 1 項第 1 款前段所謂「有利行為」，實務見解採取肯定看法。蓋有利與否，係於「行為時」自「形式上判斷」，有利或不利於共同訴訟人而言，不以法院審判結果為準，故因上訴行為得阻卻原不利判決之確定，自為有利行為，其效力自應及於全體共同訴訟人¹²。
5. 循此，丁於上訴期間內雖提起上訴，然其上訴理由僅攸關其損害賠償責任之個別事項，並無適用或類推適用第 56 條合一確定原則之空間，其上訴效力本不及於其他共同訴訟人，嗣其撤回上訴，自無庸依第 459 條使其他原審被告有表示是否撤回上訴之機會。
6. 至於丙所提起之上訴雖主張甲請求賠償之金額過高，核屬攸關全體被告之共通事項，但必要共同訴訟人中一人提起上訴，須其上訴係屬合法，始有效力及於全體可言，丙係於上訴期間屆滿後方提起上訴，其上訴並不合法，其上訴自無效力及於全體被告可言。
7. 是本件僅丁為上訴人，其於第二審言詞辯論終結前撤回上訴，乃使該案而告確定，第二審法院自無庸為任何裁判。

最高法院 98 年度台上字第 1283 號民事判決（返還土地等）

按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，適用民事訴訟法第五十六條各款規定。所謂必須合一確定，固係指在法律上有合一確定必要之固有必要共同或類似必要共同訴訟而言，且於為判決效力所及之人未一同起訴或一同被訴，僅為輔助參加，因訴訟標的對於參加人及其所輔助之當事人必須合一確定時，依同法第六十二條規定，亦得準用第五十六條之規定。惟原告對於多數被告提起共同訴訟之各訴訟標的須否審理及有無理由，在程序法上係以其對於其中一人之另一訴訟標的有無理由為先決條件，該先決之訴訟標的即為共同訴訟各人訴訟標的之共同基礎，且於多數被告間就不同訴訟標的在實體法上有應為一致判斷之共通事項者，為確保裁判解決紛爭之實際效用，倘作為共同基礎之先決訴訟標的為無理由，共同訴訟各人之訴訟標的當不宜割裂處理，於此情形，自可與在法律上有合一確定之必要同視，以求裁判結果之一致性及達到統一解決紛爭之目的。縱訴訟標的對於共同訴訟之各人，法律上未規定其中一人所受本案判決之效力可及於他人，亦非不得類推適用上開條款之規定。本件被上訴人以上訴人財團法人嘉南藥理科技大學（下稱嘉南大學）為被告，主張嘉南大學無權占有其所有之系爭土地，依民法

¹⁰ 姚瑞光，《民事訴訟法論》，2012 年 1 月，2012 年 1 月版，頁 138～139。

¹¹ 姜世明，《民事訴訟法（上冊）》，2018 年 9 月，6 版 1 刷，頁 246。

¹² 最高法院 52 年度台上字第 1930 號民事判決（原判例）、最高法院 105 年度台上字第 1320 號判決，另可參最高法院 76 年度台抗字第 423 號民事裁定：「按訴訟標的對於共同訴訟之各人必須合一確定者，上訴期間固自各人受判決之送達時始各別進行，惟其中一人已在其上訴期間內提起上訴者，視為全體在上訴期間內提起上訴，他共同訴訟人無論已否逾其上訴期間，均不必再行提起上訴，得逕行加入嗣後之上訴程序。本院二十一年抗字第三四六號著有判例。」

(112 司律二試)

第七百六十七條規定，提起移除地上物並返還土地之訴訟，再以此為基礎，主張其收回之土地為袋地，依民法第七百八十七條第一項前段規定，提起確認其對嘉南大學及財政部國有財產局（下稱國有財產局）、台灣省嘉南農田水利會（下稱嘉南水利會）各自所有之土地有通行權存在及各被告不得為妨害通行行為之共同訴訟，則於先決訴訟標的即移除地上物並返還土地部分為無理由，且系爭土地是否與公路無適宜之聯絡致不能為通常使用、通行必要範圍損害最少之周圍地及通行方法為何等，屬各被告間共通事項之情形下，法律雖未規定通行權存在等共同訴訟部分對於各被告中一人之裁判效力及於他人，依上說明，自得類推適用民事訴訟法第五十六條之規定。準此，嘉南大學就作為通行權存在基礎法律關係之返還土地部分提出抗辯有理由者，其上訴效力自及於未上訴之國有財產局及嘉南水利會二人，爰將之併列為上訴人，合先敘明。…

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

第二試試題

類科：各類科

科目：公司法、保險法與證券交易法

考試時間：2 小時

董謙老師、 老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外,應使用本國文字作答。

一、A 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)

【考題難易度】★★★★★

【破題關鍵】董事資訊權、有限公司不執行業務股東兼任經理人之資訊請求權、表決權拘束契約、經營權協議契約

【擬答】

(一)丙、丁向甲要求提供公司財務、業務相關文件,應屬合法

1. 丙向甲要求提供公司財務、業務相關文件,應屬合法

(1)董事資訊請求權,現行法並未明文,公司法草案原欲明文化股份有限公司之董事資訊權,然立法時基於可能營業秘密外洩、競業禁止甚至成為經營權爭奪工具之疑慮,故而並未通過。

(2)股份有限公司董事資訊權:

①經濟部見解:

經濟部基於董事為執行業務,肯認其具有公司法第 210 條之資訊請求權,且權限大

(112 司律二試)

於股東及債權人之範疇，不宜過多限制，並且查閱抄錄股東名簿，然學者批評有逾越法條文義之嫌。

②最高法院 111 台上 1079 號民事判決¹：

①董事資訊權之源由：

依公司法第 8 條第 1 項及第 23 條第 1 項規定，董事為股份有限公司負責人，應盡善良管理人之注意義務，且董事為董事會成員，公司法第 202 條復明定公司業務之執行，原則均應由董事會決議行之，若董事缺乏應有資訊，將無法善盡上開義務，自應賦予其對公司有資訊請求權，此乃董事執行職務所附隨之監督權能，而屬當然之法理。

②董事資訊權之內容：

董事資訊請求權，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。

(2)結論：

本題中丙身為有限公司董事，依公司法第 8 條第 1 項及公司法第 23 條第 1 項係屬公司負責人並負善良管理人注意義務，就此部分和股份有限公司董事係屬完全相同，從而應可類推前述之最高法院見解，肯認丙係有董事資訊權，可向甲要求提供公司財務、業務相關文件。

2.丁向甲要求提供公司財務、業務相關文件，應屬合法

(1)公司法第 109 條：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 48 條之規定。

(2)有限公司非董事之股東兼經理人，是否得行使公司法第 109 條準用第 48 條之權限？

①肯定說：主體符合公司法第 109 條之要件

依經濟部見解²，公司法第 109 條之監察權行使，僅需不執行業務股東即得行使，所謂不執行業務股東，係屬非董事之股東。

有限公司經理人，並無具備董事身分，應屬符合該條文之主體，從而得行使監察權。

②否定說：監察權限與執行權限，不得同屬一人，此法理觀之公司法第 222 條即可得知。

¹ 最高法院 111 台上 1079 號民事判決：

按公司法第 8 條第 1 項及第 23 條第 1 項規定，董事為股份有限公司負責人，應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，應負損害賠償責任。公司法第 218 條之 1 規定，董事發現公司有受重大損害之虞時，應立即向監察人報告。且董事為董事會成員，公司法第 202 條復明定公司業務之執行，除公司法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。若董事缺乏應有資訊，將無法及時促使監察人行使權利，亦無法於董事會作成適當之判斷及決策。是董事為善盡上開義務，自應賦予其對公司有資訊請求權，此乃董事執行職務所附隨之監督權能，而屬當然之法理。又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，當非以公司法第 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，而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。類似見解，參見最高法院 110 台上 539 號民事判決、最高法院 109 年台上 1659 號民事判決。

² 經濟部 88 年 10 月 21 日經商 88222850 號函

按公司法第一百零九條規定：「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」。所謂不執行業務之股東，係指非董事之股東而言。又本案事涉具體個案私權爭議，宜循司法途徑解決。

(112 司律二試)

③最高法院 107 年台上 1608 號判決³：肯定說

有限公司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（見公司法第 216 條第 1 項、第 222 條），自不因其兼任公司之經理人或其他職務而受限制。

④小結⁴：應採肯定說

①公司法第 109 條準用第 48 條，應係屬行使基於股東地位之股東資訊權，其所擁有之質詢和查閱之權利都是來自股東因社員身分而擁有之權利，而不是受到其他股東委託而行使之監督權。

②有限公司具備人合性質：

(A)股東彼此間有相對信賴關係，公司與股東間本不應有秘密。

(B)有限公司具人合性質下，其經營權、所有權並未分離，股東參與公司事務意願較高，依公司法第 108 條，董事最多不超過三人，若不執行業務股東不得兼任公司經理人或其他職務，對中小企業之人力調配或支援有困難。

③以分工而言，不執行業務股東若可兼任公司經理或職員，反而更能瞭解公司內部情形，更有助於監察權行使。

(3)結論：

本題中 A 有限公司丁股東非董事，依最高法院及經濟部見解適用公司法第 109 條準用第 48 條，雖丁具有 A 公司經理人身分，仍應可行使監察權，向甲要求提供公司財務、業務相關文件。

3. 關於本題中甲有無提出之義務，甲對於丙、丁提出之資訊請求，可能提出之抗辯，依最高法院⁵及學者見解⁶，若丙請求之資訊並非執行業務相關、已無必要或並非基於正當目

³ 最高法院 107 年台上 1608 號判決摘要：

依 1980 年 5 月 9 日修正公司法第 108 條、第 109 條之立法理由，公司法第 109 條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（見公司法第 216 條第 1 項、第 222 條），自不因其兼任公司之經理人或其他職務而受限制。

查青城公司為有限公司，被上訴人為該公司之董事，上訴人為該公司之股東兼任總經理，為原審認定之事實。則上訴人既非青城公司之董事，即屬該公司之不執行業務股東，自得依公司法第 109 條規定行使其監察權。原審以上訴人兼任該公司總經理為由，謂其非不執行業務之股東，不得行使股東監察權云云，於法自有未合。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

類似見解，參見台灣高等法院 98 年上 1198 號民事判決摘要：

可見兩造雖不爭執上訴人於 98 年 1 月 1 日以前任超穩公司服務部經理之事實，然上訴人所執行之職務，仍需受執行業務股東之董事即被上訴人之監督，參諸前揭說明，仍與執行業務股東之董事有間，應認上訴人為不執行業務股東，揆諸前開規定，自得依公司法第 109 條準用第 48 條之規定行使股東監察權。

臺灣高等法院 105 年上 687 號民事判決（最高法院 107 年台上 1608 號判決之前審則採否定見解，摘錄如下：

足認被上訴人雖未登記為青城公司之董事，然其既綜理公司一切營業、行政、財務等事務，自屬公司實際執行業務之人，對於公司之財產文件、帳簿及表冊應皆已查閱，對於公司之營業情形亦知之甚詳，而與有限公司不執行業務之股東，並未綜理公司事務之情形，顯然有別；自不得僅因其未登記為青城公司之董事，遽謂其係屬不執行業務之股東。

⁴ 陳彥良老師，〈有限公司不執行業務股東監察權相關認定問題—評台灣高等法院 98 年度上字第 1198 號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 204 期，頁 212~213，2012 年 5 月。關此爭議王志誠老師亦採相同見解，理由基於：1. 有限公司不執行業務股東之地位與權限，明顯和負責執行業務之董事有所差異。2. 有限公司不執行業務股東所得行使之監察權，性質上係本於其股東身分而取得之固有權限，並非受公司之委任而來，自不應因其兼任經理人或其他職務而遭剝奪或限制。王志誠老師，〈有限公司不執行業務股東之監察權〉，《月旦法學教室》，第 132 期，頁 13~14，2013 年 10 月。

⁵ 參見最高法院 109 年台上 1659 號民事判決

⁶ 邵慶平老師，董事資訊權之界線—最高法院 110 年度台上字第 539 號民事判決，月旦裁判時報第 113 期，頁 38-

(112 司律二試)

的，則甲可不需提供資訊。

(二)

1. 變更組織之決議應屬合法：

- (1) 公司法第 102 條：每一股東不問出資多寡，均有一表決權。但得以章程訂定按出資多寡比例分配表決權。
- (2) 公司法第 106 條第 3 項：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。
- (3) 小結：本題中 A 公司章程訂定按出資多寡比例分配表決權，股東甲占 A 公司資本總額比例為 60%，甲支持將 A 公司變更組織為股份有限公司之議案，故而該議案應屬符合前開公司法規定，合法通過
- (4) 有限公司之表決權拘束契約，法無明文：

公司法並未於有限公司規定表決權拘束契約，然最高法院⁷及學者對於表決權拘束契約之定義為股東間就表決權，為一定方向之行使所締結之契約，以此而論，本題中甲與乙訂立之兩人將共同支持 A 公司變更組織為股份有限公司之議案之契約，應屬表決權拘束契約。

- (5) 依學者多數見解，基於加強股東權之保障，以及股東決議效力安定及成本考量，縱使約定表決權拘束契約之股東違反表決權拘束契約，並不影響股東決議表決結果，僅屬股東間債務不履行（損害賠償）之問題，從而本題中，乙違反表決權拘束契約，並未支持有限公司變更組織案，亦應不影響變更組織決議之效力。

2. 變更章程案之決議，應為合法：

- (1) 按公司法第 12 條係採登記對抗主義，故而有限公司經合法決議變更為股份有限公司後，即係股份有限公司型態，不待向經濟部登記，故而承前述經合法決議變更組織案後，A 公司即係股份有限公司型態。
- (2) 依經濟部見解⁸及臺灣高等法院臺中分院 110 年度上字第 546 號民事判決⁹，有限公司變

39，2021 年 11 月。

⁷ 參見最高法院 106 年度台上字第 2329 號民事判決

⁸ 經濟部 71 年 4 月 23 日商 3679 號

△有限公司變更組織為股份有限公司申請登記，其章程宜以經變更組織後之股東會決議修正為宜

查公司法第 415 條第 2 項有限公司因變更組織為股份有限公司申請變更登記對於章程部份僅規定應加具「修正之章程及修正條文對照表」，至於該章程究應由原有限公司全體之同意為之，抑或應由變更組織後之股份有限公司經股東會決議修正，公司法並無明文規定。參照同法第 106 條第 4 項，有限公司股東在 7 人以上時，得經股東全體同意，即可變更其組織為股份有限公司，並未規定應由股東全體同意修正章程，按 69 年 5 月 9 日修正公布之公司法已將變更組織改為變更登記，變更後公司種類既為股份有限公司，其章程自宜以經變更組織後之股東會決議修正為宜，至於該第 1 次所召集之股東會參照本部 69 年 6 月 12 日商字第 19306 號函釋，由原董事召集，且無公司法第 165 條、第 172 條及第 173 條第 4 項規定之適用。

經濟部 80 年 5 月 3 日商 207685 號

二、又有限公司經全體股東同意增資暨變更組織為股份有限公司時即生變更組織後之公司承擔變更組織前公司債務之效力，雖未同時修訂公司章程，而於同日另行召開變更組織後之股東臨時會修改章程時，其對公司之人格同一性並無影響，自宜允許。

⁹ 臺灣高等法院臺中分院 110 年度上字第 546 號民事判決：

經濟部 71 年 4 月 23 日函記載：「（中略）」。此乃因有限公司變更組織為股份有限公司後，如依公司法 171 條規定股東會要由董事會召集，而由有限公司變更組織為股份有限公司時，尚無股份有限公司之董事會存在，如要遵照公司法第 172 條、173 條第 4 項之規定，由持有已發行股份總數 3% 以上股東，報經主管機關許可，於 10 日前通知各股東，方能自行召集股東臨時會，則於許可及召集期間內，變更後之股份有限公司將無法為任何決策或活動，在現今商業競爭激烈之環境下，恐緩不濟急；又有限公司雖變更組織為股份有限公司，然其法人人格之存續，不受影響，亦即仍具有同一性，而有限公司董事有代表公司之資格（公司法第 108 條第 1 項參照），則由變更前之有限公司董事召集變更後第 1 次股東臨時會，當為合理、有效率之作法，尚非與法理相悖。

(112 司律二試)

更組織為股份有限公司後，其章程自宜以經變更組織後之股東會決議修正，至於該第 1 次所召集之股東會，由原董事召集，且無公司法第 165 條、第 172 條及第 173 條第 4 項規定之適用。

(3) 小結：

本題中依題旨似可認定係由董事甲於變更組織案後，續行召開股東臨時會進行修改章程案，則依前述甲為董事，應屬有權合法召開之股東臨時會，該次股東會於全體股東出席情況下，甲提出之章程變更案內容亦屬符合公司法第 192 條及第 216 條，此時基於甲持股 60% 已過半數，在甲持贊成意見下，應肯認該變更章程案之決議，係屬合法。

(4) 附帶論及，此處亦可由公司法第 106 條第 4 項規定加以闡述，認定此時既然變更組織為股份有限公司係屬合法有效，則依題旨修改章程為 A 股份有限公司，並章定三董一監，應屬變更為股份有限公司必然之章程變更，故而依公司法第 106 條第 4 項，修改章程自屬有效。

3. 甲、乙之協議部分有效、甲嗣後若向乙起訴請求給付違約金，就有效部分，應屬有理由：

甲乙協議分三部分敘述如下

(1) 依最高法院見解¹⁰，簽訂表決權拘束契約需具備股東身份，本題中簽訂契約者甲、乙均具備身份，故而就此部分應屬合法。

(2) 兩人共同支持 A 公司變更組織為股份有限公司議案：

如前述，此部分公司法並未明文有限公司之表決權拘束契約，然應可肯認此部分係表決權拘束契約，且基於並未違反法令，應屬有效。

(3) 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。：

① 此一部份，基於係約定為已變更為股份有限公司後，應可直接適用公司法第 175 條之 1 規範

② 本題中甲乙約定章程人數及董監事人選：

① 依法院及學者見解，約定章程董事、監察人之人數及董監席次分配，應屬於廣義之表決權拘束契約，蓋董監席次及分配，必然需要股東表決權為一定方向之行使方可達成故而應屬表決權拘束契約。

② 此一表決權拘束契約內容，符合公司法第 192 條及公司法第 216 條，故而此部分約定內容係屬合法。

③ 然此一表決權拘束契約並未設有期間，依照最高法院¹¹及學者見解，表決權拘束契

¹⁰ 最高法院 109 台上 2482 號判決：

股東表決權拘束契約影響公司治理原則之實踐，原則上應為無效，僅於符合法律規定之情形，始生效力。

倘締約之當事人並非股東；或雖為股東，但不符公司法第 175 條之 1、第 356 條之 9，或企業併購法第 10 條規定之立法意旨，而訂立涉及董監席次、經理人選任等實質操控公司經營事項之協議，違反公司法第 198 條第 1 項、第 216 條第 1 項有關董事、監察人選任之規定及同法第 29 條第 1 項所定董事會決議選任經理人之權限，使公司內部缺乏足夠之制衡機制，剝奪董事會選任專業經理人之機會，影響公司之經營方式，損及經濟效率之達成或公司利益者，自有害公司治理，且違反公序良俗，該契約應解為無效。

¹¹ 最高法院 106 台上 2329 號民事判決：契約（編按：表決權拘束契約）之拘束，不以一次性為限，倘約定為繼續性拘束者，其拘束期間應以合理範圍為度。（中略）上訴人支持被上訴人取得經營權之時間是否已逾合理範圍，造成股份與表決權長期分離，對公司治理不利，而其仍應受其拘束，是否有違公序良俗？非無探求餘地。上訴人抗辯：縱認兩造間有系爭契約關係存在，該關係即屬股東表決權拘束契約，如長時間肯認其效力，反而有害於公司治理等

約。

③共同支持甲當選董事長¹²：此部分應屬違法

依最高法院見解¹³，選任董事長之經營權協議，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，股東表決權拘束契約需符合具有股東身份及並未違反法令之判斷標準。

本題中甲乙共同約定選舉甲為董事長，基於公司法第 208 條明訂選舉董事長係董事會職權，此一約定將使公司內部缺乏足夠之制衡機制，剝奪董事會選任董事長之機會，影響公司之經營方式，損及經濟效率之達成或公司利益者，自有害公司治理，且違反公序良俗，該部分之契約內容應解為無效。

(4)違反協議者，應向對方給付違約金新臺幣一千萬元：

依最高法院見解¹⁴，表決權拘束契約之內容若屬無效，則給付違約金之約定亦屬無效。本題中甲乙約定之表決權拘束契約，依前開說明係屬部分合法，則甲就合法部分之乙並未投票支持變更組織為股份有限公司，以及並未支持變更章程之部分，違反表決權拘束契約之約定，應給付違約金。

附帶說明，約定支持董監席次之部分，以及支持甲為董事長部分係屬不合法，縱使乙違反約定，亦不得主張給付違約金。

語（見原審卷(五)第 80、85 頁），是否全然無據，即待推闡研求。

¹²楊岳平老師認為，此種契約應屬經營權協議契約，經營權協議契約應比表決權拘束契約受到更高審查密度，蓋表決權協議涉及分配公司內部經營者人選之協議，若股東進一步干預公司內部機關之職權，即可能觸及股東與公司內部機關間的權限劃分，進而抵觸既有公司規定而引發效力疑義。楊岳平老師認為若股東間約定經理人之選任，依公司法第 29 條，實質上已干預董事會職權，違反股東與董事會間之權限分際。楊岳平老師，經營權協議與表決權拘束契約，月旦實務選評第 2 卷第 12 期，頁 130-132，2022 年 12 月。

¹³最高法院 109 台上 2482 號判決：

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。

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。

¹⁴最高法院 109 年度台上字第 1085 號民事判決：

給付違約金之約定，係以強制兩造任一方履行前開無效選項之義務為目的，悖於公序良俗，均為無效。

(112 司律二試)

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）

【考題難易度】★★★★★

【破題關鍵】

【擬答】

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）

【考題難易度】★★★★

【破題關鍵】2023 年證券交易法修正第 43 條之 1 第 1 項、新增第 14 條之 5 第 3 項，證交法第 43 條之 1 第 1 項之解釋。

【擬答】

(一)

1. C 公司完成 112 年 5 月間之股份買進行為後，不需依法進行持股申報：

- (1) 2023 年 5 月證券交易法第 43 條之 1 第 1 項修正，將大量持股申報及公告之門檻由現行百分之十修正為百分之五，其理由係為健全取得大量股權揭露制度及提升資訊透明度，並為符合外國立法之趨勢。
- (2) 2023 年 5 月之證券交易法第 43 條之 1 第 1 項大量持股申報公告之門檻調降修正，基於相關配套法令之訂定或修正及實務運作之調整，均需時間準備及因應，爰明定該修正條文自公布後一年施行。
- (3) 結論：

C 公司係於民國（下同）2023 年 5 月間逐步買進 B 公司之股份達 6%，基於新修正之證券交易法第 43 條之 1 第 1 項尚未施行，應依修正前之規定，取得超過百分之十之股份，方需依法申報，故而 C 公司應無持股申報義務。

2. C 公司與 E 公司確定合作配票爭取董事席次後，C 公司、E 公司應依法進行持股申報：

- (1) 依題旨，C 公司與 E 公司合作配票爭取董事席次，係發生於 2023 年 5 月到 8 月間，故而應適用修正前證券交易法第 43 條之 1 第 1 項，取得超過百分之十股份，方需依法申報。
- (2) 修正前證券交易法第 43 條之 1 第 1 項「與他人共同取得」之定義：
- ① 釋字 586 號解釋：「共同」二字依一般文義理應具備以意思聯絡達到一定目的（如控制、投資）之核心意義，不問股份取得人間主觀上有無意思聯絡，一律認定其意思與行為共同之必然性。

(112 司律二試)

②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：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。

③小結：與他人共同取得之認定，必須有契約、協議或其他方式之合意，方屬符合要件。

(3)結論：

①依題旨 C 公司買進 B 公司持股 B 公司 6%，C 公司再找上持有 B 公司 8%股份之 E 公司，兩間公司持股係 14%，已超過修正前證券交易法第 43 條之 1 第 1 項，持股百分之十要件。

② C 公司、E 公司共同謀劃董事選舉配票事宜，並聯手支持當選董事及獨立董事，應可認定兩間公司係共同取得股份，從而應屬符合修正前證券交易法第 43 條之 1 第 1 項要件，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 6 條，於取得日起十日內，向主管機關申報。

(二) B 公司審計委員會及董事會通過出售 D 公司股權議案，應屬合法：

1. 證券交易法第 14 條之 5 第 1 項第 5 款：

設置審計委員會之公開發行公司，重大資產之交易，應先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。

2. 依金管會見解¹⁵，證券交易法第 14 條之 5 第 1 項第 5 款「重大之資產或衍生性商品交易」，係指公開發行公司從事資產或衍生性商品交易，依公司所訂處理程序或其他法令規定應經董事會通過者。

3. 2023 年 6 月新增證券交易法第 14 條之 5 第 3 項：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，其立法理由在於避免因正當理由，致無法召開審計委員會，以致影響公司財務業務運作。

4. 依修法理由，證券交易法第 14 條之 5 第 3 項「正當理由」，係指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。

5. 結論：

(1) 依題旨，B 公司持有之 D 公司股權價值甚鉅，雖並未完全符合金管會之重大資產認定標準，然應可認定係屬 B 公司重大資產之交易，從而 B 公司應依證交法第 14 條之 5 第 1 項第 5 款之規定，先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。

(2) 然依題旨，B 公司獨立董事甲、丙先後辭職，此時即屬符合證交法第 14 條之 5 第 3 項「正當理由」要件，從而此時程序應以全體董事三分之二以上同意行之，

(3) 依證券交易法第 14 條之 5 第 5 項，全體董事，以實際在任者計算之，B 公司目前扣除以辭職之獨立董事甲、丙，僅餘 5 名董事，依題旨其中 4 席董事出席並同意該議案，從而應屬符合證交法第 14 條之 5 第 3 項之程序，B 公司出售 D 公司股權議案，程序應屬合法。

¹⁵ 行政院金融監督管理委員會 95 年 12 月 19 日金管證一字第 0950005718 號

一、證券交易法第十四條之三第一項第四款及第五款，以及同法第十四條之五第一項第五款及第六款，「重大之資產或衍生性商品交易」及「重大之資金貸與、背書或提供保證」，其定義範圍如下：

(一)所稱「重大之資產或衍生性商品交易」，係指公開發行公司從事資產或衍生性商品交易，依公司所訂處理程序或其他法令規定應經董事會通過者。(後略)