

《憲法與行政法》

一、甲於大學法律系畢業後，報考司法人員三等書記官考試，獲得筆試通過。筆試錄取通知內載明錄取者應於筆試錄取通知送達 14 日內，繳交試務機關指定之醫療機構所出具之體格檢查表。甲依規定繳納合規之體格檢查表，並經判定為及格後，即進入法務部司法官學院開始受訓階段。訓練期間，甲不幸因車禍造成兩下肢大腿二分之一以上截肢。出院努力復健之際，甲卻接獲通知，應再至指定醫院進行體格複檢。甲遭判定為「重度肢障」，根據「公務人員特種考試司法人員考試體格檢查標準表」（下稱體格標準表）針對三等書記官所定「應考人有下列情形之一者，為體格檢查不合格：……。三、重度肢障。……」規定，被認定為體格檢查不合格。基此，公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）遂廢止甲之受訓資格。

甲對保訓會之廢止資格不服，認其藉由復健，以及透過義肢與雙拐杖的輔助，仍可緩慢行走，且下肢之障礙，並不妨礙其擔任書記官之工作；廢止資格處分不法侵害其權益。甲於訴願未果後，續向臺北高等行政法院提起行政訴訟。

在訴訟中，甲主張公務人員特種考試司法人員考試規則（下稱考試規則）第 7 條及第 10 條連結體格標準表，要求法院書記官應體格檢查及格之相關規定，已造成對肢體障礙者的歧視，違反身心障礙者權利公約（下稱身權公約）第 27 條對於身心障礙者工作及就業之平等保障。行政法院應逕不適用違反身權公約的考試規則，而應直接根據身心障礙者權利公約施行法（下稱身權公約施行法）第 10 條第 2 項規定，優先適用身權公約。

甲復主張：考試院另辦理之公務人員考試身心障礙特考（下稱身障特考），於司法院有身障人員需求時，得開放身心障礙者報考身障特考書記官類科，由此顯示身心障礙本身並不妨礙書記官執行職務。且同為司法人員的司法事務官，在體格要求上也僅於體格標準表中規定：「應考人有下列情形之一者，為體格檢查不合格：……。三、重度上肢障。……」允許下肢肢障者擔任司法事務官。書記官與司法事務官之工作相比，兩者同為司法人員中，以內勤文書為主，且皆有出外勤可能性的職位，系爭體格檢查標準卻不區分上、下肢障，一律禁止重度肢障者擔任書記官，顯見規範之恣意，嚴重侵害其受憲法保障之基本權。

被告保訓會及輔助參加人司法院、考選部則主張：根據公務人員考試法第 9 條第 2 項規定，體格檢查不合格者，不予訓練。而考試規則又是基於公務人員考試法第 7 條授權而訂定，依法可包含體格檢查標準之規定，系爭處分於法有據，並無不法。再者，書記官工作內容除文書處理外，尚包含涉及履勘、相驗、搜索、強制執行等外勤工作。況且，根據權力分立及功能最適觀點，國家考試及公務人員訓練乃為國掄才、育才，屬於憲法賦予考試院之固有職權。為達此目標，考試主管機關自得審酌舉辦考試之目的、公務之特性、用人機關之需求，以及國家經濟財政狀況等因素，訂定考試規則及酌採適當之考試方式，以確保相關考試及格者具所需之知識與能力。系爭體格檢查標準亦屬考試資格形塑之一部分，自為考試主管機關之憲法上固有職權，法院理應尊重其政策決定與專業判斷。

請問：

- (一)甲主張法院應優先直接適用身權公約之規定，撤銷原處分與訴願決定。請問其主張有無理由？（30 分）
- (二)被告及其輔助參加人辯駁，考試院受憲法賦予考試權，法院理應尊重其政策決定與專業判斷。請問其辯駁有無理由？（30 分）
- (三)甲主張系爭體格檢查相關規定侵害其受憲法保障之應考試服公職權以及平等權，系爭處分以此為據而作成，違法且違憲，行政法院應予撤銷。請問其主張有無理由？（40 分）

參考法條

〈公務人員考試法〉

第 7 條

高等、普通、初等考試及特種考試規則，由考選部報請考試院定之。

前項考試規則包括應考年齡、考試等級、考試類科及其分類、分科之應考資格、體格檢查標準、應試科目、考試方式、成績計算、限制轉調規定等。

第 9 條

考試院得依用人機關任用之實際需要，規定公務人員考試實施體格檢查，以及公務人員特種考試應考人之年齡、兵役及性別條件。

前項體格檢查不合格或逾期未繳送體格檢查表者，不得應考、不予錄取、不予訓練或不予核發考試及格證書。

體格檢查醫療機構範圍、體格檢查之內容、程序等有關事項之辦法，由考選部報請考試院定之。

〈公務人員特種考試司法人員考試規則〉

第 7 條

本考試三等考試行政執行官、司法事務官、法院書記官、檢察事務官、監獄官、公職法醫師及鑑識人員等類科，四等考試各類科，應考人於筆試錄取通知送達十四日內，應繳交試務機關指定之醫療機構所出具之體格檢查表。體格檢查不合格或未依規定期限繳交體格檢查表者，不得應第二試或不予分配訓練。

前項體格檢查之標準，依附表三之規定。

第 10 條

本考試錄取人員應依公務人員考試錄取人員訓練辦法之規定，施以訓練。

本考試三等、四等考試法院書記官類科錄取人員中文電腦打字每分鐘應達六十字，五等考試錄事類科錄取人員每分鐘應達四十字，訓練期滿時，經實務訓練機關測驗未達合格標準者，為訓練成績不及格。本考試錄取人員訓練期間，訓練機關得要求其於指定之公立醫院進行體格複檢。

體格複檢不合格，或未依限進行複檢者，訓練機關應函送公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）廢止其受訓資格。

本考試錄取人員訓練期滿成績及格，經保訓會核定後，由考試院發給考試及格證書，並由用人機關依序任用。

〈公務人員特種考試司法人員考試規則附表三、公務人員特種考試司法人員考試體格檢查標準表〉

三等考試法院書記官

應考人有下列情形之一者，為體格檢查不合格：

- 一、視力：矯正後優眼視力未達〇·一。
- 二、聽力：矯正後優耳聽力損失逾九〇分貝。
- 三、重度肢障。
- 四、有客觀事實足認其身心狀況不能執行職務。
- 五、肺結核痰塗片呈陽性反應。
- 六、罹患其他無法治癒之重症疾患，致不堪勝任職務。

三等考試司法事務官

應考人有下列情形之一者，為體格檢查不合格：

- 一、視力：矯正後優眼視力未達〇·一。
- 二、聽力：矯正後優耳聽力損失逾九〇分貝。
- 三、重度上肢障。
- 四、有客觀事實足認其身心狀況不能執行職務。
- 五、肺結核痰塗片呈陽性反應。
- 六、罹患其他無法治癒之重症疾患，致不堪勝任職務。

〈身心障礙者權利公約施行法〉

第 2 條

公約所揭示保障身心障礙者人權之規定，具有國內法律之效力。

第 3 條

適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國身心障礙者權利委員會對公約之解釋。

第 4 條

各級政府機關行使職權，應符合公約有關身心障礙者權利保障之規定，避免侵害身心障礙者權利，保護身心障礙者不受他人侵害，並應積極促進各項身心障礙者權利之實現。

第 10 條

各級政府機關應依公約規定之內容，就其所主管之法規及行政措施於本法施行後二年內提出優先檢視清單，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內完成法規之增修、廢止及行政措施之改進，並應於本法施行後五年內，完成其餘法規之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。

未依前項規定完成法規之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進前，應優先適用公約之規定。

第一項法規增修、廢止及行政措施之改進，應徵詢身心障礙團體意見。

〈身心障礙者權利公約〉

第 27 條

工作及就業

1. 締約國承認身心障礙者享有與其他人平等之工作權利；此包括於一個開放、融合與無障礙之勞動市場及工作環境中，身心障礙者有自由選擇與接受謀生工作機會之權利。締約國應採取適當步驟，防護及促進工作權之實現，包括於就業期間發生障礙事實者，其中包括，透過法律：

- (a) 禁止基於身心障礙者就各種就業形式有關之所有事項上之歧視，包括於招募、僱用與就業條件、持續就業、職涯提升及安全與衛生之工作條件方面；
- (b) 保障身心障礙者在與其他人平等基礎上享有公平與良好之工作條件，包括機會均等及同工同酬之權利，享有安全及衛生之工作環境，包括免於騷擾之保障，並享有遭受侵害之救濟；
- (c) 確保身心障礙者能夠在與其他人平等基礎上行使勞動權及工會權；
- (d) 使身心障礙者能夠有效參加一般技術與職業指導方案，獲得就業服務及職業與繼續訓練；
- (e) 促進身心障礙者於勞動市場上之就業機會與職涯提升，協助身心障礙者尋找、獲得、保持及重返就業；
- (f) 促進自營作業、創業經營、開展合作社與個人創業之機會；
- (g) 於公部門僱用身心障礙者；
- (h) 以適當政策與措施，促進私部門僱用身心障礙者，得包括平權行動方案、提供誘因及其他措施；
- (i) 確保於工作場所為身心障礙者提供合理之空間安排；
- (j) 促進身心障礙者於開放之勞動市場上獲得工作經驗；
- (k) 促進身心障礙者之職業與專業重建，保留工作和重返工作方案。

2. 締約國應確保身心障礙者不處於奴隸或奴役狀態，並在與其他人平等基礎上受到保障，不被強迫或強制勞動。

試題評析	<p>第一小題：本題涉及行政法的法源及身權公約優先適用的規定，須掌握法源的位階，以及法院對於行政命令之審查方式。</p> <p>第二小題：本題涉及權力分立原則於考試院的適用，須論述司法機關應尊重考試院之決定，但於違法或違憲的情形仍得審查之。</p> <p>第三小題：本題和 113 年憲判字第 6 號判決的背景事實相似，須對於系爭體格檢查標準進行平等權的違憲審查，並輔以身權公約的規定補充違憲與否的理由。</p>
考點命中	<p>第一小題：《憲法學霸筆記書》，波斯納出版，項勻編著，頁 6-16。</p> <p>第二小題：《憲法學霸筆記書》，波斯納出版，項勻編著，頁 10-3～10-8。</p> <p>第三小題：《憲法學霸筆記書》，波斯納出版，項勻編著，頁 9-6～9-15。</p>

【擬答】

(一) 甲主張法院應優先直接適用身權公約之規定，為有理由

1. 身權公約具有國內法性質

身心障礙者權利公約施行法第 2 條及第 4 條規定，身權公約具有國內法律之效力，且各級政府機關行使職權，應符合公約之規定。又依同法第 10 條第 2 項之規定，若相關法規及行政措施有不符公約規定者，應先適用公約之規定。因此，由前述規定可知，身權公約具有國內法性質，而為行政法之法源，且於法律發生衝突時，優先適用公約之規定而不適用國內法。

2. 法官得拒絕適用行政命令

此外，依法律優位原則之要求，任何行政行為均須合於法律規範之意旨，故行政機關所訂定之行政命

令，即不得牴觸法律。另依憲法第 80 條規定，法官依據法律獨立審判，故法官於審判案件時，對於各機關所為之行政命令固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束（釋字第 137、216 號解釋參照）。

3. 本件之法官得拒絕適用體格標準表，並優先適用身權公約之規定

於本件，雖公務人員考試法第 7 條及第 9 條第 1 項規定，考試院得依用人機關任用之實際需要，規定體格檢查標準，而考試院亦據此訂定系爭體格檢查表，而該體格檢查標屬行政命令之一部分，原則上固應優先於法律適用，惟若該體格檢查表牴觸身權公約之規定，依身心障礙者權利公約施行法第 10 條第 2 項之規定，仍應優先適用該公約。故本件中法院若認為該體格標準表有牴觸身權公約規定之情事，則依上述釋字第 137、216 號解釋之意旨，得拒絕適用該體格標準表，並直接依身權公約之規定，撤銷原處分與訴願決定。

(二) 法院固應尊重考試院之決定及判斷，惟於違法或違憲時仍得介入之

1. 法院應尊重考試院對於考試之專業判斷

(1) 權力分立原則為憲法基本原則之一，其意義不僅在於權力之區分，亦在於權力之制衡，以避免因權力失衡或濫用，致侵害人民自由權利。關於權力之區分，自應依憲法之規定為之；於憲法未明文規定國家權力之歸屬機關時，則應依據事物屬性，由組織、制度與功能等各方面均較適當之機關掌理，俾使國家決定及其執行能更有效、正確（釋字第 793 號解釋參照）。

(2) 又依憲法增修條文第 6 條第 1 項之規定，考試院為國家最高考試機關，掌理考試事項，故由考試院衡酌用人機關之業務及實際需求，訂定相關考試方法及資格，始能確保考試及格者得以勝任用人機關之工作內容，始符合功能最適原則之要求。而就專門職業人員考試而言，考試院有關考試方法及資格之規定，涉及考試之專業判斷，司法機關應予適度之尊重，以符憲法五權分治彼此相維之精神（釋字第 682、750 號解釋參照）。

2. 若考試院之決定及判斷違法或違憲，法院仍得介入審查之

承前，上述司法機關對於考試院尊重之情形並非使考試院之政策決定及專業判斷得不受司法審查，若參加考試資格或考試方法之規定，有違反法律保留原則、比例原則及平等原則等憲法原則者，司法權自得介入審查之。

3. 本件之情形，法院仍得介入審查

於本件，系爭考試規則之體格檢查標準，亦屬考試資格之內容，並由考選部衡酌司法院之業務需求決定之，此為考選部對於考試之專業判斷，故依上述權力分立原則及功能最適原則之要求，法院於審理時應予適度之尊重，就此部分，被告及輔助參加人之辯駁應有理由，惟甲既已主張系爭體格檢查規定侵害其應考試服公職權及平等權，此時法院仍得介入審查相關規定是否有違法及違憲之情形。

(三) 甲主張系爭處分違法且違憲，應有理由

1. 系爭體格檢查相關規定已構成對重度肢障者應考試服公職權之不利差別待遇

(1) 憲法第 18 條規定人民有應考試服公職之權，旨在保障人民有依法令經由公開競爭之考試程序，取得擔任公職之資格，進而參與國家治理之權利（釋字第 760 號解釋、113 年憲判字第 6 號判決參照）。又憲法第 7 條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（釋字第 682、791 及 794 號解釋參照）。

(2) 系爭體格檢查標準表明定，三等書記官有重度肢障之情形者，為體格檢查不合格，使重度肢體障礙者不得錄取、訓練，並成為三等書記官，故系爭體格檢查相關規定已構成對重度肢障者應考試服公職權之不利差別待遇，應受憲法第 7 條平等權意旨之檢驗。

2. 系爭體格檢查相關規定不符憲法第 7 條保障平等權之意旨

(1) 本件應採取中度審查標準

法規範之分類若涉及難以改變之個人特徵，或屬受有各種事實上或法律上之排斥或歧視者，或為社會上孤立隔絕之少數且為政治上之弱勢，應加強審查，而適用嚴格或中度審查標準（釋字第 794 號解釋參照）。而本件之系爭體格檢查規定係以肢體障礙此一難以改變之個人特徵作為分類標準，且肢體障礙者亦可能屬於社會上孤立隔絕之少數且為政治上之弱勢，故應從嚴審查，採取中度審查標準。

(2) 系爭體格檢查相關規定之目的在於追求重要公共利益

由於書記官之工作內容除文書處理外，尚包含履勘、相驗、搜索、強制執行等外勤工作，因此書記官基於業務內容之考量，確實須具有一定程度行走之能力，始足以確保工作效率並完成各項任務之

要求。故系爭體格檢查相關規定為用人機關基於實際需要，以是否具有重度肢障作為三等書記官之體格檢查項目，其目的在於追求重要之公共利益，尚屬正當。

(3)系爭體格檢查相關規定對肢體障礙者所為之不利差別待遇，其手段與目的間難謂具實質關聯性

- ①雖本件被告及輔助參加人主張，系爭體格檢查相關規定設定之肢障標準，係基於書記官具有履勘、相驗等外勤工作之需要，惟重度肢障者是否確實無法勝任書記官之工作，便有疑義。
- ②首先，司法事務官之體格標準僅規定重度上肢障者體格檢查不合格，顯見下之肢障者得以擔任司法事務官之工作，惟於與司法事務官工作性質相近之書記官，竟於系爭體格檢查標準中未區分上、下肢障，一概禁止重度肢障者擔任書記官，此一規定顯屬恣意。
- ③再者，身心障礙者權利公約施行法第 2 條規定，該公約具有國內法律之效力，而身權公約第 27 條規定，身心障礙者享有與其他人平等之工作權利，且國家應採取適當步驟，防護及促進工作權之實現，且應禁止基於身心障礙者就各種就業形式有關之歧視，同時確保於工作場所為身心障礙者提供合理之空間安排。故國家除消除歧視外，尚負有調整身心障礙者所處結構性不利地位之積極作為義務，以符合實質平等之要求。
- ④承前，縱認重度肢障者於擔任書記官工作時，可能較一般人辛苦，惟國家仍應透過輔具協助或職務調整等措施，減少重度肢障者擔任書記官工作之障礙，惟本件中國家未採取任何調整措施，即一概禁止重度肢障者擔任書記官，顯係對於身心障礙者之歧視，使重度肢障者應考試服公職權受不利之差別待遇，故系爭體格檢查相關規定與所欲達成之公益目的間難謂具實質關聯性，不符憲法第 7 條保障平等權之意旨。

3. 結論

系爭體格檢查相關規定不僅違反身權公約第 27 條保障身心障礙者平等工作權利之要求，且侵害甲受憲法保障之應考試服公職權以及平等權，系爭處分以此為據而作成，故違法且違憲，行政法院應予撤銷，甲之主張有理由。

二、坐落於甲直轄市（非總量管制區）轄內的乙火力發電廠（下稱乙電廠）以燃煤方式發電，於民國（下同）97 年 7 月取得固定污染源之設置許可證，102 年申請展延 5 年獲准。107 年 1 月再次申請展延，甲市政府為促進減碳和改善空污狀況，於同年 6 月雖同意所請，但許可證效期縮短為 2 年，且乙應將部分燃煤機組改為燃氣機組（A 處分）。甲市政府主張：A 處分作成時之空氣污染防治法（下稱空污法）第 29 條第 3 項規定：「固定污染源設置操作未達 5 年，或位於總量管制區者，其許可證有效期間，由直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之政府其他機關依實際需要核定之。」據此，該規定已授權直轄市主管機關在核發展延許可證時，依實際需要，視個案申請公私場所實際污染現況、空氣品質狀況、環境負荷等因素，得實質判斷，享有裁量空間；為改善該地區空氣品質，減少排碳，甲市政府依法享有縮短燃煤機組使用時限之權限。

乙電廠不服 A 處分，主張甲市政府應核發效期 5 年的展延許可，遂於 107 年 11 月提起行政訴訟。其間，空污法已於同年 8 月 1 日修正公布全文，並自公布日施行。（原第 29 條改為第 30 條，修正條文如附。）

(一)行政法院應以 107 年 8 月 1 日修正前或修正後的空污法相關規定，作為審理的準據法？若行政法院認訴訟有理由，命甲市政府重為處分，而後甲市政府作成「同意許可證展延 5 年」（B 處分），並註記：「於許可證效期內，應將至少三分之一之燃煤機組改為燃氣機組」。B 處分是否合法？（30 分）

(二)若乙電廠於 112 年 1 月許可證展延期間將屆至前，又再次提出展延申請。甲市政府核准申請，同意再行展延許可證 5 年（C 處分）。丙環境團體「地球之友」基金會（下稱丙團體）有鑑於氣候變遷因應法（下稱氣候法）業已於 112 年 2 月 15 日通過，主張依據該法第 6 條第 3 款規定，政府應「積極採取預防措施，進行預測、避免或減少引起氣候變遷之肇因，以緩解其不利影響，並協助公正轉型」。而且根據甲市政府於 111 年公布的「空氣污染防治計畫書」（109 年至 112 年），為使甲直轄市就細懸浮微粒（PM 2.5）空氣污染物從三級防制區提升為二級防制區，甲市政府得要求固定污染源採取最佳可行控制技術，削減污染

物排放量，但甲市政府卻毫無作為。丙團體經書面告知甲市政府應要求乙電廠採取最佳可行控制技術，將全廠燃煤機組改為燃氣機組，以改善細懸浮微粒（PM 2.5）之排放量，否則應撤銷其許可證。未獲回應後，續向行政法院起訴，請求撤銷 C 處分。請從當事人適格、法律保留原則及法律明確性原則觀點，分析行政法院應為如何之判斷？另，乙電廠於訴訟參加時，可否主張甲直轄市空氣污染防治計畫書的訂定過程僅召開公聽會，未舉行聽證，請求法院附帶審查該空氣污染防治計畫書？（40 分）

- (三)若環境部除依據空污法對乙電廠徵收空氣污染防治費外，另依據碳費收費辦法，徵收碳費。依碳費費率審議會之決議，每公噸二氧化碳徵收新臺幣（下同）300 元。乙電廠提出自主減量計畫，經環境部審查通過，核定適用優惠費率。惟因乙電廠並未於規定時間內提交年度執行報告，環境部遂以乙電廠違反誠信原則，廢止其自主減量計畫，並命乙電廠限期繳清應繳碳費差額，計 8,700 萬元（D 處分）。乙不服，訴願未果後，向行政法院提出訴訟，主張 D 處分違法，已侵害其權利。經敗訴判決確定後，乙電廠擬針對氣候法第 28 條及第 29 條有關碳費之徵收及自主減量計畫之審查與廢止的規定，向憲法法庭聲請法規範憲法審查。請依司法院大法官向來之見解，說明是否有理由。（30 分）

參考法條

〈空氣污染防治法〉（91 年 6 月 19 日公布施行）

第 29 條第 1 項

依第二十四條第一項、第二項及前條第一項核發之許可證，其有效期間為五年；期滿仍繼續使用者，應於屆滿前三至六個月內，向直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之政府其他機關提出許可證之展延申請，每次展延不得超過五年。

〈空氣污染防治法〉（107 年 8 月 1 日公布施行）

第 3 條第 11 款

十一、控制技術：指固定污染源為減少空氣污染物所採取之污染減量技術，主要類別如下：

（一）最佳可行控制技術：指考量能源、環境、經濟之衝擊後，污染源應採取之已商業化並可行污染排放最大減量技術。

（二）最低可達成排放率控制技術：指考量能源、環境、經濟、健康等衝擊後，並依據科學方法，污染源應採取之減少污染物排放至最低排放率之技術。

第 6 條第 3 項、第 4 項

三級防制區內，既存之固定污染源應削減污染物排放量；新設或變更之固定污染源污染物排放量達一定規模者，應採用最佳可行控制技術，其屬特定大型污染源者，應採用最低可達成排放率控制技術，且新設或變更之固定污染源污染物排放量應經模式模擬證明不超過污染源所在地之防制區及空氣品質同受影響之鄰近防制區污染物容許增量限值。

二、三級防制區之污染物排放量規模、污染物容許增量限值、空氣品質模式模擬規範、三級防制區特定大型污染源之種類及規模、最佳可行控制技術、最低可達成排放率控制技術及既存固定污染源應削減污染物排放量之準則，由中央主管機關定之。

第 7 條

中央主管機關應訂定空氣污染防治方案，並應每四年檢討修正。

直轄市、縣（市）主管機關應依前條規定及前項方案擬訂空氣污染防治計畫，報中央主管機關核定後公告之，並應每四年檢討修正。

前項空氣污染防治計畫之擬訂，直轄市、縣（市）主管機關應考量空氣污染物流通性質，會商鄰近直轄市、縣（市）主管機關定之。

第 30 條

依第二十四條第一項、第二項、第二十八條第一項及前條第一項核發之許可證，其有效期間為五年；期滿仍須繼續使用者，應於屆滿前三至六個月內，向直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關提出許可證之展延申請，經核准展延之許可證，其有效期間為三年以上五年以下。但有下列情形之一者，每次展延有效期間得縮減至未滿三年：

一、原許可證有效期間內，違反本法規定情節重大經處分確定。

二、固定污染源設置操作未達五年。

三、固定污染源位於總量管制區。

公私場所申請許可證展延之文件不符規定或未能補正者，直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關應於許可證期限屆滿前駁回其申請；未於許可證期限屆滿前三至六個月內申請展延者，直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關於其許可證期限屆滿日尚未作成准駁之決定時，應於許可證期限屆滿日起停止設置、變更、操作或使用；未於許可證期限屆滿前申請展延者，於許可證期限屆滿日起其許可證失其效力，如需繼續設置、變更、操作或使用，應重新申請設置、操作或使用許可證。

公私場所固定污染源於第一項規定期間，向直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關申請展延，因該機關之審查致許可證期限屆滿前無法完成展延准駁者，公私場所固定污染源於許可證屆滿後至完成審查期間內，得依原許可證內容設置、操作或使用。

直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關審查展延許可證，非有下列情形之一者，不得變更原許可證內容：

一、三級防制區內之既存固定污染源，依第六條第四項既存固定污染源應削減污染物排放量之準則規定削減。

二、屬第七條第二項所定空氣污染防制計畫指定削減污染物排放量之污染源，依規定期程計算之削減量。

三、公私場所使用燃料之種類、成分標準或混燒比例變更。

第 93 條：

公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令而各級主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知各級主管機關。各級主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。

行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對維護空氣品質有具體貢獻之原告。

第一項之書面告知格式，由中央主管機關會商有關機關定之。

〈三級防制區既存固定污染源應削減污染物排放量準則〉

第 1 條

本準則依空氣污染防制法第六條第四項規定訂定之。

第 3 條

前條應削減排放量之公私場所，於向直轄市、縣（市）主管機關或中央主管機關委託之機關（以下簡稱審核機關）提出固定污染源操作許可證之展延申請時，應依下列規定辦理：

一、既存固定污染源之製程符合附表所列應符合條件者，應檢具最近一年檢測報告或其他足以證明符合附表所列之排放管道濃度或削減率之證明文件，併同固定污染源操作許可證展延申請所需檢附資料一併辦理。

二、既存固定污染源之製程未能符合附表所列應符合條件，需增加空氣污染防制設施者，應檢具其空氣污染防制設施種類、構造、效能、流程、設計圖說、設置經費及進度之空氣污染防制計畫，向審核機關申請核定工程改善所需期限，改善期限不得逾中華民國一百十四年六月三十日。

審核機關受理前項第二款核定工程改善所需期限之申請，屬專責處理一般廢棄物之廢棄物焚化處理程序空氣污染防制計畫，經公私場所報請審核機關核准者，其改善期限不受前項第二款限制。

〈氣候變遷因應法〉

第 6 條第 3 款

因應氣候變遷相關計畫或方案，其基本原則如下：

三、積極採取預防措施，進行預測、避免或減少引起氣候變遷之肇因，以緩解其不利影響，並協助公正轉型。

第 28 條

中央主管機關為達成國家溫室氣體長期減量目標及各期階段管制目標，得分階段對下列排放溫室氣體之排放源徵收碳費：

一、直接排放源：依其排放量，向排放源之所有人徵收；其所有人非使用人或管理人者，向實際使用人或管理人徵收。

二、間接排放源：依其使用電力間接排放之排放量，向排放源之所有人徵收；其所有人非使用人或管理人者，向實際使用人或管理人徵收。

生產電力之直接排放源，得檢具提供電力消費之排放量證明文件，向中央主管機關申請扣除前項第一款之排放量。

第一項碳費之徵收費率，由中央主管機關所設之費率審議會依我國溫室氣體減量現況、排放源類型、溫室氣體排放種類、排放量規模、自主減量情形及減量效果及其他相關因素審議，送中央主管機關核定公告，並定期檢討之。

第一項碳費之徵收對象、計算方式、徵收方式、申報、繳費流程、繳納期限、繳費金額不足之追繳、補繳、收費之排放量計算方法、免徵及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。

第 29 條

碳費徵收對象因轉換低碳燃料、採行負排放技術、提升能源效率、使用再生能源或製程改善等溫室氣體減量措施，能有效減少溫室氣體排放量並達中央主管機關指定目標者，得提出自主減量計畫向中央主管機關申請核定優惠費率。

前項指定目標，由中央主管機關會商有關機關定之。

第一項優惠費率、申請核定對象、資格、應檢具文件、自主減量計畫內容、審查程序、廢止及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。

第 60 條

未依第二十四條第二項、第二十八條第四項及第三十一條第三項所定辦法，於期限內繳納代金、碳費者，每逾一日按滯納之金額加徵百分之零點五滯納金，一併繳納；逾期三十日仍未繳納者，移送強制執行。

前項應繳納代金、碳費，應自滯納期限屆滿之次日起，至繳納之日止，依繳納當日郵政儲金一年期定期存款固定利率按日加計利息。

〈自主減量計畫管理辦法〉

第 12 條

中央主管機關查核事業執行自主減量計畫，發現有下列情形之一者，應命事業限期改善：

- 一、自主減量計畫書中重要資訊與實際情況不符。
- 二、自主減量計畫於核定後，一年內無正當理由未依規劃期程實施減量措施。
- 三、該計畫減量措施之實施違反相關法規。

第 13 條

事業執行自主減量計畫，有下列情形之一者，中央主管機關得廢止已核定之自主減量計畫：

- 一、事業因停業、歇業、解散或因故未能繼續執行自主減量計畫。
- 二、事業未依前條規定於期限內完成改善。

第 14 條

經中央主管機關查核未達目標年指定目標或年度指定目標，或廢止自主減量計畫之事業，中央主管機關應令該事業改以一般費率計算繳納碳費，其規定如下：

- 一、查核未達目標年指定目標或年度指定目標：經查核且未達指定目標之年度改為一般費率。
- 二、廢止自主減量計畫：自廢止當年度及其後年度，改為一般費率。

〈碳費收費辦法〉

第 15 條

事業有下列情形之一者，中央主管機關應令事業於九十日內繳清其應繳納之碳費，屆期未繳清者，逕依本法第六十條規定辦理：

- 一、事業執行自主減量計畫，經中央主管機關查核未達指定目標。
- 二、自主減量計畫經中央主管機關廢止。
- 三、事業以減量額度扣除第五條之排放量，其核發之減量額度經中央主管機關廢止。
- 四、經審查認定屬高碳洩漏風險之事業，因行業別、設備之更換或擴增、製程、原（物）料、燃料或產品之改變，致非屬高碳洩漏風險之事業。
- 五、其他經中央主管機關認定之情形。

試題評析	<p>第一小題：其中第一個子題詢問課予義務訴訟裁判基準時之問題，與撤銷訴訟不同。第二個子題則是考出行政程序法第 93 條第 1 項行政處分附附款之容許性與第 94 條之合法性。</p> <p>第二小題：第一個子題須依題目所示，就行政訴訟法第 9 條及保護規範理論操作當事人適格，其中涉及基本法是否得做為保護規範的問題、氣候變遷因應法第 6 條第 3 項、第 4 項是作為規範具體化授權條款及該款本身之明確性，敘明行政法院於審理時應注意空氣污染防制計畫書為規範具體化行政規則。第二子題須先定性空氣污染防制計畫書之性質為規範具體化行政規則後，才能就法院得否附帶審查予以回答。</p> <p>第三小題：本題考出憲法訴訟法第 59 條第 1 項聲請法規範及裁判違憲審查之要件，以及司法院大法官釋字第 788 號解釋有關碳費徵收的性質，及從碳費徵收之性質分析氣候法第 28、29 條是否合憲。</p>
考點命中	<p>第一小題：《高點司律正規班行政法講義》第二回，葛台大編撰，頁 96。</p> <p>第二小題：《高點司律正規班行政法講義》第一回，葛台大編撰，頁 86、頁 134～142。</p> <p>第三小題：《憲法爭點解讀》，高點文化出版，歐律師編著，頁 27-50、51、58。</p>

【擬答】

(一)以下就兩子題之問題，分述如下：

1. 行政法院應以 107 年 8 月 1 日修正後的空污法相關規定，作為審理的準據法：

(1) 按行政法院認定原告所提之訴訟有無理由，故應由行政實體法決定之。而行政訴訟之裁判基準時，即是依不同之訴訟類型，對於法院應以何時點之行政實體法之規定，認定原告所提行政訴訟有無理由。如為撤銷訴訟，行政法院於作成判決時應認定處分是否違法之基準時，係以處分作成時為依據；若為課予義務訴訟，則其違法判斷基準時點，依目前學理及實務通說，原則上應以事實審行政法院言詞辯論終結時之法律及事實狀態為準¹，非以「行政決定之基準時點」為認定原告有無理由之論據。蓋行政法院須於判決中宣示被告是否有為某一行政處分之義務，而此項宣示並非針對「原告之申請於行政機關當初審查時是否應予核准」，而係針對「於法院判決時原告之請求權是否成立、行政機關有無行為義務」之問題，自應綜合考量事實審言詞辯論終結時之法律及事實狀態，以為判斷²。

(2) 經查，本題乙火力發電廠於 107 年 6 月經甲市政府核准展延 2 年，而同年 8 月 1 日空污法已修正，則乙於同年 11 月提起行政訴訟時，行政法院自應適用同年 8 月 1 日修正後之空污法相關規定，認定乙是否有請求權，及甲市政府是否有作成核准展延 5 年處分之法律上義務。

2.B 處分合法：

(1) 按裁量處分可添加附款，行政程序法第 93 條第 1 項定有明文。而行政處分附款之添加，不得違背行政處分之目的，並應與該處分之目的具有正當合理之關聯，同法第 94 條定有明文，該條為不當連結禁止原則之明文化。

(2) 經查，題示之空污法第 29 條第 3 項(新法為 30 條)既已規定，固定污染源設置操作許可證之核發，其中有關許可證有效期間，得由地方縣市政府，依實際需要核定之。該條文為立法者授權行政機關為裁量之條文。且有關許可證核發事項，題示空污法第 6 條第 3 項及 4 項載明，應採用「最佳可行控制技術」以降低污染排放。另空污法第 6 條第 4 項授權訂定之「三級防制區既存固定污染源應削減污染物排放量準則」，有關機關於審查展延申請時，應削減排放量之既定污染防制設施，亦應審酌空氣污染物防制設施之種類。是甲市政府作成「同意許可證展延 5 年」之 B 處分，並同時註記：「於許可證效期內，應將至少三分之一之燃煤機組改為燃氣機組」，該註記為授益處分外，增加乙公司更換燃煤機組至燃氣機組之義務，性質為附負擔之附款。而裁量處分本可以添加附款，並無違反行政程序法第 93 條第 1 項之規定。另該更換燃煤至燃氣機組之負擔之附款，若確實能夠達成與許可證展延依據之立法目的，即空污法第 30 條中「削減排放量」之立法目的，則該附款之添加應為合法，無違反行政程序法第 94 條之規定。

「案件於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之。」

(二)就本題所示 2 個子題，分述如下：

1. 就丙團體提起訴訟請求撤銷 C 處分(下稱本件訴訟)之當事人適格部分：

(1) 按起訴欠缺當事人適格而不能補正者，行政法院應不經言詞辯論，逕以判決駁回之，但其情形可以

¹ 最高行政法院 95 年度判字第 2203 號判決意旨參照。

² 臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1213 號判決參照。

補正者，審判長應先定期間命補正，行政訴訟法第 107 條第 3 項定有明文。又同法第 9 條規定，人民為維護公益，就無關自己權利及法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限。若係第三人欲對他人受處分或法律關係提起行政訴訟，需操作司法院大法官釋字第 469 號保護規範理論據以認定該第三人是否為利害關係人，具有主觀公權利而具有訴權。

- (2)經查，丙團體既非許可證 C 處分之處分相對人，其所據以主張之氣候法第 6 條第 3 款規定，政府應「積極採取預防措施，進行預測、避免或減少引起氣候變遷之肇因，以緩解其不利影響，並協助公正轉型」，自氣候法之整體結構、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，該條款之規範義務不確定，亦僅規範政府應盡預防義務，無法推導出該條款有保障特定人之意旨。又氣候法本身並未有民眾訴訟之條款，故丙團體依氣候法第 6 條第 3 款規定提起行政訴訟，應欠缺當事人適格。行政法院另應注意丙另主張撤銷 C 處分所依據之空污法第 93 條規定，設有公益訴訟之條款，是法院應依行政訴訟法第 125 條第 4 項之規定，行使闡明權，請丙補正起訴之法條，於聲明及理由中加入空污法第 93 條及行政訴訟法第 9 條民眾訴訟之主張及論述，否則行政法院應依行政訴訟法第 107 條第 3 項之規定，不應言詞辯論，判決駁回。

2.就本件訴訟所涉及之法律保留問題部分：

- (1)按新興行政法相對於傳統行政法理論，不僅著重於事後處理危害，更注重「危險預防」之概念，尤其是環境法規、土地開發、都市計畫法規等領域，著重於機關之專業性及透過機關之事前計畫，就立法者於法律設定之立法目的框架下，自主形成抽象性規範。而此時機關制定之抽象性規範，實為具體化立法者之立法目的，且非僅拘束行政機關內部之屬官及下級機關，亦間接地依自主抽象性規範之實際適用而拘束機關外部之人民。此種行政行為之工具，即為「規範具體化行政規則」。
- (2)故所謂「規範具體化行政規則」，亦稱為具體化法規之行政規則，係指法規中使用不確定法律概念或開放性構成要件，乃立法者僅對於行政機關之行為為框架性與原則性之規定，而不為細節規範，而有意授權行政機關享有一定判斷餘地或評估特權。通常於科技安全及環境保護等法規中，基於專業及科技之考量，立法者並不制定明確之法規範，而是容許行政機關基於其專業訂定行政規則，以具體化或填補相關不確定法律概念或開放性構成要件。依德國通說見解，規範具體化之行政規則符合下列要件時，具有直接對外效力：有助於自然科學之不確定法律概念的統一解釋或適用，內容符合現代科技知識，遵守上位法律規定，且訂定過程中有具備專業知識之成員參與，另有代表不同利益之利害關係人（包括環境保護團體）參與且有效地表示意見，且最後對外公告³。德國學說多數說及聯邦行政法院之見解認為，聯邦污染防治法第 47 條空氣清淨計畫之類型，性質即為此種規範具體化行政規則。然有德國學者批評表示，如依據計畫書所載內容之進一步決定將對人民造成不利益，該決定須另有法規依據，不得僅以計畫書之說明作為行為授權之依據⁴。
- (3)經查，本題空氣污染防制計畫書（下稱防制書）係依照空污法第 6 條第 3 項、第 4 項及 7 條規定訂定，防制書為使直轄市就細懸浮微粒（PM_{2.5}）空氣污染物從三級防制區提升為二級防制區，甲市政府得要求固定污染源採取最佳可行控制技術，削減污染物排放量。該防制書中就相關污染排放量及污染控制技術等環境專業性之準則規定，係源自於空污法第 6 條第 4 項之相關污染控制技術等專業性不確定法律概念，由立法者作框架性與原則性規範，並授予環保機關就污染控制技術之基準享有規範形成自由。甲市政府所訂定之防制書，作為計劃行政之一種，其不僅對於甲市政府及所屬機關生內部之拘束效力，亦可能因為防制書具體化之技術基準與空污法之連動下，對空氣污染防制區之人民產生直接外部效力。該空氣污染防制書之性質，應為規範具體化行政規則⁵，與裁量性行政規則有所不同。是行政法院在審查時應留意，若丙有訴權，由於防制書僅為規範具體化行政規則，其主張依防制書藉以撤銷 C 處分，是否仍有不足之處，亦即僅透過防制書為依據，撤銷 C 處分，侵害乙電廠之申請展延權利，有違法律保留，從而礙難依丙團體之主張撤銷 C 處分之判決，必須另尋撤

³ 傅玲靜，〈地方空氣污染環境計畫之法律性質及司法審查－最高行政法院 107 年度判字第 272 號判決評析〉，《月旦裁判時報》，第 95 期，2020 年 5 月，頁 15。

⁴ VGH Kassel, Beschluss vom 11.05.2016 - 9 E 450/16, BeckRS 2016, 45954, Rn. 38.，轉引自傅玲靜，前揭註 3，頁 14。

⁵ 最高行政法院 107 年度判字第 272 號判決認為，空氣污染防制計畫書之性質為裁量性行政規則，然此見解被傳教授批判，謂法院不諳規範具體化行政規則之定性。

銷 C 處分之依據。此關乎行政法院是否接受行政保留理論，從而確立行政機關是否具有訂定規範具體化行政規則之自主性，及規範具體化行政規則是否得直接作為限制、剝奪人民權利之依據而定。

3. 就本件訴訟所涉及之法律明確性問題部分：

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

(2) 經查，本件內團體主張依據氣候法第 6 條第 3 款之規定。行政法院應審酌該條文中政府應「積極採取預防措施」、「以緩解其不利影響，並協助公正轉型」等規範用語，是否符合上述法律明確性之要求。另亦須留意，空污法第 6 條第 3 及第 4 項有關污染物控制技術準則之規定，由於是規範具體化行政規則之此一特別授權模式，故在判斷法律明確性上，應採取較為寬鬆之態度，僅認知到該條項係立法者為就污染控制之科學準則作「框架性、原則性規範」即為已足，不得逕認定空污法第 6 條第 3 及第 4 項違反釋字第 432 號法律明確性原則。

4. 乙電廠於訴訟參加時，應可主張該空氣污染防制計畫書（下稱防制書）重大違反訂定程序，而請求行政法院得附帶審查該防制書之合法性：

(1) 按如依實務見解認為防制書為解釋性或裁量性之行政規則，依一般通說見解，其對於人民有間接拘束力，惟對於法院並不生拘束力（參見釋字第 137 號解釋）。換言之，人民主張行政機關基於環境計畫作成之具體行政處分侵害其權利或法律上利益而提起行政爭訟時，行政法院不受環境計畫內容之拘束。行政法院得附帶審查該防制書之合法性。

(2) 然查，本題防制書之性質為規範具體化行政規則，已如前述。而規範具體化行政規則之特性，在於其為判斷餘地形式出現之自然產物，是一種內部規範而向外實現規範之判斷權限⁶。行政法院對於規範具體化行政規則，原則上應尊重本其專業性所訂定之規範，僅作有限度之審查⁷。即法院對於規範具體化行政規則之審查，亦僅及於規範具體化行政規則訂定之程序是否合乎事理，以及是否恣意⁸。是本題乙電廠於訴訟參加後，主張行政法院附帶審查防制書之規範具體化行政規則，行政法院此時原則應尊重規範具體化行政規則之規範內容，僅得對訂定防制書之程序，諸如是否未經聽證等正當法律程序加以審查。故雖防制書為規範具體化行政規則，然乙電廠在此仍可主張防制書的訂定過程僅召開公聽會，未舉行聽證，違反訂定法定程序重大，從而請求法院附帶審查該空氣污染防制計畫書之合法性。

(三) 乙聲請之憲法訴訟是否合乎憲法第 59 條之聲請要件及有關氣候法第 28、29 條之合憲性，試述如下：

1. 乙對於氣候法第 28 及 29 條聲請憲法訴訟，不符合憲法第 59 條之聲請要件

(1) 按人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲法訴訟法第 59 條第 1 項定有明文。又大法官第 1125 次會議決議認為，「聲請案件如在憲法上具有原則之重要性，且事實已臻明確而無爭議餘地者，得經個案決議受理之」，及大法官第 1447 次會議決議指出，上述 1125 次會議決議所稱未盡審級救濟之程序之例外情形，係指「聲請人已提起訴訟，經裁判後，未對該依法得為上訴或抗告（再抗告）之裁判，盡其法定救濟程序而言」。經查，本件聲請人未經訴訟程序，逕行為本案聲請，與大審法第五條第一項第二款規定及上開決議意旨不符」。故認為人民聲請釋憲程序，得於例外情形中免除「窮盡救濟程序」此一要件。

(1) 然有認為，依憲法法庭 111 年憲判字第 8 號裁定認為，憲訴法第 59 條第 1 項所稱之確定終局裁判，並不限於本案裁判，即使為非本案之裁定，如屬已盡審級救濟之確定終局裁判，亦包含在內。但該號裁定並未論述如人民未窮盡審級救濟，而導致裁判確定，則該裁判是否得據以聲請憲法訴訟。是可認在現今憲法訴訟法第 59 條第 1 項已經明定人民聲請裁判及法規範憲法審查時，應「用盡審級救

⁶ 陳春生，〈行政法之學理及其更新〉，收錄於氏著，《行政法之學理及體系(一)》，三民書局，1996 年 8 月，頁 28。

⁷ 傅玲靜，前揭著 3，頁 16。

⁸ 邱顯丞，《論行政保留—以我國行政立法之權力分立為中心》，私立東吳大學法律學系碩士論文，2021 年 8 月，頁 155。

濟程序」，加上上述憲判字之見解，更可確立憲法法庭並不取代各級法院的審判功能，所有憲法法庭審理的人民聲請案件都以用盡審級救濟途徑為前提。如果法律針對該事項允許上訴或抗告，民眾沒有善用，坐等救濟期間經過而讓裁判確定，就不能提起憲法訴訟⁹。

- (2)經查，本題僅提及，乙經訴願未果後，向行政法院提出訴訟，主張 D 處分違法，經敗訴判決確定。未論及以是否有窮盡審級救濟。若乙未窮盡行政訴訟三級二審之審級救濟，空等高等行政法院一審判決確定，則除非乙之聲請具備事實已臻明確，及具備憲法上原則重要性之要件，才能例外被憲法法庭受理訴訟，否則在此仍不符合憲法訴訟法第 59 條第 1 項「窮盡審級救濟之確定終局裁判」之聲請要件。而且乙不得僅就法規聲請憲法訴訟，而係要對終局確定判決及法規有違憲疑義聲請之不得僅聲請法規為憲審查而不聲請裁判憲法審查。是在此乙仍不符合聲請憲法訴訟之要件，故憲法法庭應裁定不予受理。

2. 就氣候法第 28 及第 29 條之合憲性分析：

- (1)碳費之徵收，係侵害人民憲法第 15 條財產權之立法，應可認為係環境公課¹⁰之一種，如為專款專用於氣候法第 28 條第 1 項之「達成國家溫室氣體長期減量目標及各期階段管制目標」，則可認定為特別公課。依司法院大法官釋字第 788 號中指出，回收清除處理費之性質固與稅捐有別，惟其亦係國家對人民所課徵之金錢負擔，人民受憲法第 15 條保障之財產權因此受有限制。是上述回收清除處理費之課徵目的、對象、費率、用途，應以法律定之。考量其所追求之政策目標、不同材質廢棄物對環境之影響、回收、清除、處理之技術及成本等各項因素，涉及高度專業性及技術性，立法者就課徵之對象、費率，非不得授予中央主管機關一定之決定空間。故如由法律授權以命令訂定，且其授權符合具體明確之要求者，亦為憲法所許，就特別公課之立法採取相對法律保留。經查，氣候法第 28 條規定，就碳費之徵收對象、計算方式、徵收方式、申報、繳費流程、繳納期限、繳費金額不足之追繳、補繳、收費之排放量計算方法、免徵及其他應遵行事項之辦法，授權由中央主管機關訂定法規命令規範。該碳費徵收授權行政機關規定，符合相對法律保留原則。
- (2)又依司法院大法官釋字第 788 號解釋理由書中指出，回收清除處理費係為特定之環保政策目的所開徵，須用於特定用途，涉及高度專業性及技術性，有關機關就其費率之計算標準及額度高低等事項，原則上應享有一定之形成空間，爰為寬鬆審查。如課徵目的在追求正當公益，且其分類與目的之達成間具有合理關聯，即不致違反憲法平等保障之意旨。對於高度專業性之回收清除處理相關法規之特別公課，採取寬鬆審查密度。
- (3)而就本題情形，有關碳費之徵收及自主減量計畫之審查與廢止的規定，憲法法庭應衡酌碳費之徵收具有高度環保專業性下採寬鬆審查，且課徵目的在追求正當公益，其分類與目的之達成間具有合理關聯，即不致違反憲法平等保障、財產權保障及比例原則之意旨。

⁹ 「Q04：新制下人民可以聲請憲法法庭裁判的事項有哪些？」司法院網站，網址：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1654-577521-d7176-1.html>，最後瀏覽日：2024 年 10 月 23 日。

¹⁰ 蔡明誠大法官於釋字第 788 號解釋協同意見書中認為，參照 Hans Schulte, Umweltrecht, Heidelberg: Hüthig · C.F. Müller, 1999, S.191ff.，該書將環境公課分為三種：稅捐、規費與受益費、特別公課與其他非稅捐之公課（andere nicht steuerliche Abgabe）。其他非稅捐之公課，在個案情形，其認為難以確定公課之性質及判斷其容許性。該書舉出兩例，取水費（Wasserpfennig）與碳費（Kohlepfennig，有譯為碳稅）。碳費，因欠缺國家對待給付，不被歸類於受益費或規費，且非屬於稅捐，亦不是特別公課，因用電消費者（Stromverbraucher）欠缺特別財政責任。德國曾課徵碳費，德國聯邦憲法法院宣告其違憲，即所謂碳費案（碳芬尼案）（BVerfGE 91, 186 - Kohlepfennig），聯邦憲法法院認為特別公課須屬少數例外情形，僅於狹義憲法界限內始容許之（nur in engen verfassungsrechtlichen Grenzen zulässig; sie muß deshalb eine seltene Ausnahme bleiben）。第三電力法（Drittes Verstromungsgesetz）第 8 條之衡平公課（Ausgleichsabgabe）（所謂碳費；sog. Kohlepfennig），使一般用電消費者負擔碳費，然因一般用電消費者，就確保發電時使用硬煤，未涉及特別財政收入之責任（keine besondere Finanzierungsverantwortlichkeit），故碳費作為特別公課，不具正當理由。從該判決宣告碳費作為特別公課違憲之後，煤炭開採就從國家預算中予以補貼。

《刑法與刑事訴訟法》

- 一、甲、乙二人計劃侵入郊區獨棟別墅盜取財物，找來友人丙協助把風。某日，甲得悉某別墅屋主出國，深夜召來乙、丙一同抵達現場，甲、乙二人翻牆進入別墅客廳後，開始分別搜尋值錢財物，不料屋主 A 男與 B 女突然從寢室出來，乙當場愣住，甲則迅速進入廚房拿取菜刀，逼迫 A、B 交出值錢財物，乙在一旁並未作聲。A、B 二人不得已將珠寶與 20 萬新臺幣交予乙，乙將該等財物放入背包。甲、乙二人為了不讓 A、B 即時報警而將二人綑綁，正欲離開時，又心生共同性侵 B 的念頭，強行將 B 帶入寢室，共同脫光 B 身上衣物後，乙見 B 胸前有明顯手術後的傷痕，突然打消性侵的念頭，便勸說並阻止甲性侵 B。然而甲不接受乙的勸阻，兩人因此發生激烈衝突，結果乙不敵甲，被打傷倒地。當甲剛完成與 B 的性交時，A 自行解開綑綁衝進寢室與甲打鬥，甲拾起一旁的菜刀砍斷 A 之手掌，甲、乙二人隨即將 A、B 鎖在房間內，離開別墅，甲、乙、丙三人分別逃逸。途中，甲又自行折返，打算放火殺人滅證，購得縱火用具後，不顧 A、B 之安危，於別墅庭院放火，所幸 A、B 二人早已自行逃離現場，A 經緊急救治後，並無生命危險，被砍斷的手掌經手術接回，一年半後，已恢復六、七成的功能。A、B 之別墅則付之一炬，但未延燒至周圍房舍。試問甲、乙、丙三人的行為應如何論處？（100 分）（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意見）

試題評析	<p>本題爭點全部都是傳統爭點，但是案例事實極其迂迴、百轉千折，尤其是甲像是被附身一樣犯罪事實一件接著一件沒完沒了，這連帶影響到他的同夥乙丙的論罪，使得本題最難的地方在於答題架構的編排，如果還要考量到競合，幾乎是不可能期待考生在時間與情緒壓迫之下完整答題。此處僅提及幾個本題的答題格式選擇：</p> <p>1.論罪部分：因為案例事實太複雜，前後有些事情是甲乙丙一起做、有些事情是只有甲乙做，有的則是甲自己做，因此捨棄以行為人甲乙丙為架構的寫法，改以犯罪事實順序切割去答題，在每個事實底下再用個別行為人甲乙丙的行為順序去討論。</p> <p>2.競合部分：本題的競合相當複雜，為了結論的簡潔並考量到考試時記憶能力有侷限，每個犯罪事實的段落下，有法條競合的罪名先處理（因為可以最後直接說論某個罪就好），其他想像競合與數罪併罰的部分，則在全部論罪完畢後，才在最後一個標一併作結。如果同學怕考試時間不足寫不完，有意放棄寫競合的話，可以不理會本文的寫法。</p>
考點命中	<p>1.《透明的刑法一分則編》，張鏡榮編著，高點文化出版，頁 1-40～1-43；2-9～2-19；2-67～2-68；6-18～6-24；7-23～7-30；8-4～8-12</p> <p>2.《透明的刑法一總則編》，張鏡榮編著，高點文化出版，頁 3-10～3-17。</p> <p>3.《高點司律二試狂作題刑法模考題》，張鏡榮出題，第 1 題抽象危險犯部分。</p> <p>4.《高點司律二試判解文章班刑法講義》第一回，張鏡榮編著，頁 1-2。</p>

【擬答】

(一)甲乙侵入 AB 宅取財、丙把風部分

- 1.甲乙侵入 AB 別墅取得珠寶與 20 萬、丙在外之行為，成立刑法（下同）第 320 條第 1 項普通竊盜罪之共同正犯（第 28 條）：
 - (1)客觀上，甲乙未經 AB 同意破壞並建立其對珠寶與現金等財物之持有支配，又甲負責取得 AB 財物、乙將財物放入背包、丙在外把風，三人對竊盜犯罪之實現相互立於功能性補充地位而有行為分擔。
 - (2)主觀上，甲乙二人明知無法律性合法權源且未經 AB 同意，仍以所有權人地位決意建立對其財物之持有支配，具竊盜故意與不法所有意圖，且甲乙丙三人對竊盜犯行有事前溝通性地組織犯罪計畫而有犯意聯絡，三人為竊盜共同正犯。
 - (3)甲乙丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 2.甲乙侵入 AB 別墅取得珠寶與 20 萬之行為，成立刑法（下同）第 328 條第 1 項普通強盜罪之共同正犯（第 28 條）：
 - (1)客觀上，甲持菜刀對 AB 為生命身體之不法惡害通知，行使令 AB 心生畏懼之受迫行為，使兩人被迫

於交出財物或生命受害之二擇一條件中作選擇，係以脅迫方法至使兩人不能抗拒交出財物。又，甲持菜刀脅迫 AB、乙將財物放入背包，兩人有強盜行為分擔。

- (2)主觀上，甲乙明知無法律上合法權源仍本於所有權人地位，決意持菜刀要求 AB 交出財物，具強盜故意與不法所有意圖，且於持菜刀脅迫 AB 時即有取財意思之目的連結。另乙於甲持菜刀脅迫 AB 時未作聲，應與甲有事中默示犯意聯絡，兩人成立共同正犯。
 - 3.甲乙侵入 AB 別墅取得珠寶與 20 萬之行為，成立刑法（下同）第 330 條侵入住宅攜帶兇器加重強盜罪之共同正犯（第 28 條）：
 - (1)甲乙成立普通強盜罪已如前述。
 - (2)甲乙未經同意進入 AB 住宅取財，合於第 321 條第 1 項第 1 款侵入住宅加重事由。
 - (3)甲乙於著手搜尋財物後取得菜刀對 AB 強盜，因甲使用菜刀脅迫 AB 以強盜，依兩人之主觀使用目的觀之，菜刀屬兇器無疑，惟甲乙係竊盜著手後始取得兇器，是否符合同條第 3 款攜帶兇器加重要件，容有爭議：
 - ①加重條件說認為，加重要件為客觀處罰條件，只要於竊盜或強盜之時客觀上攜帶有生命身體危險性之器物，即合於此要件（79 台上 5253 判例）。
 - ②加重構成要件要素說則主張，加重要件與構成要件行為均為構成要件要素，必須於攜帶之初即有竊取或強盜之意，始能加重處罰。
 - ③本文以為，加重條件說有違反罪責原則之疑慮，應以構成要件要素說為妥。本題中，甲乙於取得菜刀之後即使用來強盜 AB，故應於攜帶菜刀之初即有取財之目的，符合本款要件。
 - 4.就甲乙進入 AB 別墅後轉念強盜之行為，因未於丙與甲乙之犯意聯絡範圍內，係屬共同正犯逾越，丙就此部分未認知而毋庸負責。
 - 5.丙於甲乙侵入 AB 別墅竊盜時把風之行為，成立刑法（下同）第 321 條侵入住宅加重竊盜罪之共同正犯（第 28 條）：
 - (1)丙成立普通竊盜罪已如前述。
 - (2)丙與甲乙共同謀議侵入 AB 別墅竊盜，符合第 1 款加重事由。
 - (3)甲乙丙共同計畫對 AB 竊盜，因丙僅在外把風而未為竊盜行為，對 AB 之財產法益並未造成更嚴重之破壞，依實行共同正犯之概念，丙不應算入結夥之列，三人不符合同條第 4 款結夥三人加重要件（76 台上 7210 判例）。
 - (4)就甲乙使用菜刀對 AB 取財產部分，因攜帶兇器為構成要件要素，丙在外把風未認知甲乙取得菜刀並用以取財，故不符合第 3 款事由。
 - 6.小結：
 - (1)甲乙於著手竊盜後對同一客體即 AB 及其財產犯意升高為強盜犯意，因竊盜罪與強盜罪具不法內涵包含關係，論以普通強盜罪即為已足。又，甲乙成立第 1、3 款加重事由，且因強盜基礎行為為僅一，僅論以單純一罪並於判決主文臚列各款事由（69 台上 3945 判例），而加重強盜罪與普通強盜罪依法條競合特別關係論以前者。
 - (2)丙成立之普通竊盜與加重竊盜罪，依法條競合特別關係論以前者。
- (二)甲乙綑綁 AB 後性侵 B、甲乙互毆後再綑綁 AB 部分
- 1.甲乙綑綁 AB 之行為，係出於拘束 AB 行動自由故意與犯意聯絡，以不法腕力為拘禁以外之強暴方法，並實行剝奪 AB 意思實現自由之行為分擔，甲乙均無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第 302 條第 1 項私行拘禁罪之共同正犯（第 28 條）。
 - 2.甲強帶 B 入寢室性侵 B 之行為，成立刑法（下同）第 221 條第 1 項強制性交罪：
 - (1)客觀上，甲以不法腕力強帶 B 入寢室對其性交，係以強暴方法違反 B 意願破壞 B 之性自主法益，雖強暴行為後有乙阻止甲與甲乙互毆之事實介入，惟因時間短暫且均於同一空間下，故前後行為仍存在時空密接性；主觀上，甲於強暴 B 時已有與 B 性交之故意，而甲強暴 B 之目的在於壓制 B 之反抗並對其性交，兩行為間具目的連結。
 - (2)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
 - 3.乙與甲強帶 B 入寢室後放棄性交之行為，成立刑法（下同）第 221 條強制性交罪之共同正犯（第 28 條）：
 - (1)客觀上，乙本於與甲共同性侵之故意與犯意聯絡，與甲對 B 為強暴之行為分擔後，突生放棄性侵之意並勸退甲，能否主張共同正犯脫離而不負強制性交既遂之責，容有爭議：
 - ①否定說認為，共同正犯適用一部行為全部責任法理而應不法連帶，故不得使共同正犯主張脫離，

若一部既遂即全部既遂。

- ②肯定說則主張，本於因果關係切斷觀點，共同正犯若能切斷物理與心理因果關係，即無須就切斷後他共同正犯之行為共同負責。
- ③本文以為，共同正犯一部行為全部責任之適用前提在於對於結果具功能支配，故若能切斷其危險貢獻即切斷其支配力，包括撤走犯罪工具與撤回犯意使他方瞭解，即可主張脫離而毋庸同負既遂之責。
- ④本題中，乙勸說甲放棄性侵係使甲瞭解自己已無性侵意思並同時撤回犯意，故已切斷心理因果貢獻。惟乙與甲脫光 B 衣服使其處無法抗拒後始與甲互毆，未能阻止其對於 B 強制之物理因果貢獻，而使甲能於此狀態下更易性侵 B，故乙不得主張共同正犯脫離，仍應與甲共負強制性交既遂之責。
- (2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (3)又，乙既成立強制性交既遂，即使出於自主動機放棄性侵 B，仍不得依第 27 條第 2 項中止未遂減免其刑，法院僅能於量刑時考量此一事實。
- 4.甲乙共同性侵 B 之行為，成立刑法（下同）第 222 條第 1 項第 1 款加重強制性交罪：
 - (1)甲乙成立強制性交罪共同正犯已如前述。
 - (2)甲性侵 B 時，乙遭甲毆傷倒地於現場而未為性交行為，二人是否合於第 1 款加重要件，容有爭議：
 - ①輪姦說認為，須二人均為性器接合行為，始對被害人生命身體法益造成更高危險，而可加重處罰。
 - ②實行共同正犯主張，僅於共同正犯均為強制行為時，方能適用本款加重條件，並應排除共謀共同正犯之適用。
 - ③在場說則認為，本於性自主法益之隱密性與對被害人造成之心理創傷特性，共同正犯在場觀看或錄影即可對被害人法益造成更高程度破壞，而可加重處罰。
 - ④本文以為，輪姦說不符合性自主法益保護思想與現行法第 10 條性交行為之多元特性，在場說則可能使得本罪與普通強制性交罪共同正犯之區分困難，本於強制性交罪雙行為犯結構，以及對被害人法益更高破壞之加重理由，應以實行共同正犯說可採。
 - ⑤本題中，乙既已與甲共同為強暴 B 之行為為分擔，即使乙未對 B 為性交行為且進一步積極阻止甲性侵 B，仍已對 B 造成身心心理健康較大之破壞，合於第 1 款加重事由。
- 5.甲將乙打倒在地之行為，成立刑法（下同）第 277 條第 1 項普通傷害罪：
 - (1)客觀上，甲毆打乙與乙倒地受傷間具條件因果關係，且甲毆打乙時已製造乙身體完整性受害之法不容許風險，該風險於乙受傷倒地時在傷害構成要件內實現，故乙受傷結果客觀上可歸責於甲；主觀上，甲具傷害故意無疑。
 - (2)客觀上，乙阻止甲性侵 B 係排除甲現在不法侵害之正當防衛行為，故甲毆打乙並無不法侵害存在，甲所為並非防衛行為，且主觀上甲與乙偶然互毆欠缺防衛意思，故甲不得依第 23 條正當防衛阻卻違法，又無其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 6.甲乙網綁 AB 後離去係出於拘禁 AB 之故意，對 AB 為強暴等剝奪 AB 行動自由之行為，兩人無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第 302 條第 1 項私行拘禁罪之共同正犯（第 28 條）。
- 7.就甲乙所為之拘禁與加重強制性交行為、甲對乙之傷害行為，均不在與丙竊盜犯意聯絡範圍之內，屬共同正犯逾越，把風之丙均無須負責。
- 8.小結：甲乙成立之加重強制性交罪與普通強制性交罪，依法條競合特別關係論以前者。
- (三)甲砍斷 A 手掌部分
 - 1.甲砍斷 A 手掌之行為，成立刑法（下同）第 278 條第 3 項重傷未遂罪：
 - (1)主觀上，甲明知砍斷 A 手掌將造成 A 一肢機能嚴重減損仍決意為之，具重傷故意。
 - (2)客觀上，甲砍斷 A 手掌係製造 A 重大身體法益受害之法不容許風險，雖 A 之手掌於甲行為時已斷掉，惟嗣後手術接回並回復六七成功能，是否構成第 10 條第 4 項重傷，容有爭議：
 - ①肯定說認為，為免形成輕傷未遂處罰漏洞，並導致和普通傷害標準不一致之結果，應依行為時認定是否合於重傷定義，即使嗣後不符合重傷定義，仍不影響重傷結果之認定。
 - ②否定說則主張，嚴重減損係經相當診治仍無回復可能，與毀敗均應長期認定，故若於事實審言詞辯論終結前已有回復可能，即非重傷（109 台上 4701 判決）。
 - ③本文以為，本於罪刑相當原則，重傷與否應長期認定，否定說可採。本題中，A 之手掌既於一年半後已回復六七成功能，自非嚴重減損之重傷，故甲製造之重傷風險並未實現，僅為未遂。
 - (3)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

2. 甲砍斷 A 手掌之行為，係出於傷害故意製造 A 身體完整性受害之法不容許風險，該風險於 A 手掌斷裂時實現，甲亦無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪。
3. 就甲砍斷 A 手掌部分，因並未於甲乙強盜或性侵之犯意聯絡範圍內，屬共同正犯逾越，乙就此部分毋庸負責。

(四) 甲放火燒 AB 別墅滅證部分

1. 甲放火燒燬 AB 別墅之行為，成立刑法（下同）第 173 條第 1 項放火燒燬現供人使用住宅既遂罪：
 - (1) 客觀上，只要住宅處於平時供人日常生活起居用之狀態，即合於現供人使用住宅，即使甲放火時僅有甲一人且 AB 均不在其內，仍有侵害他人生命身體之高度危險而與此要件相符，又別墅付之一炬已達燒燬程度，僅此別墅為郊區獨棟住宅且甲之行為未延燒至周邊房舍，能否成立本罪既遂，涉及抽象危險犯與具體危險犯之爭議：
 - ① 抽象危險犯說認為，本罪形式上無「致生……危險」之構成要件結果要素，故無需於個案審查放火是否造成公共安全之危險性。
 - ② 具體危險犯說則主張，本於法益保護之目的，仍應於個案判斷放火行為是否造成公共安全之具體危險而定其犯罪。
 - ③ 實質適性犯說以為，為避免違反罪責原則，應將抽象危險犯視為適性犯，在解釋上透過對「足以生危險於保護法益」之不成文適性要件限縮成罪範圍（112 台上 2376 判決）
 - ④ 本文以為，抽象危險犯說使無法益危險之行為成罪，有違罪責原則；具體危險犯與實質適性犯說則可能使司法者推翻立法者對危險之擬制，而牴觸權力分立原則。惟為充分保護法益，本罪形式上雖為抽象危險犯之構成要件，仍應為目的性限縮解釋以具體審查行為是否足生法益危險，故實質適性犯說可採。
 - ⑤ 本題中，AB 之獨棟別墅雖位於郊區，惟因周邊仍有其他房舍存在，甲放火之行為仍有延燒至其他房舍之一般危險性，故甲放火燒燬 AB 別墅即使未燒燬周邊房舍，仍有侵害公共安全之適格危險，甲成立本罪既遂。
 - (2) 主觀上，甲明知放火將燒燬供人使用之住宅而有生公共危險之虞仍決意為之，具放火故意，即使其誤認 AB 仍處於別墅內，惟因現供人使用係住宅狀態之描述而非要求須有他人於放火時身處別墅始能成罪，故不排除甲之故意。
 - (3) 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
2. 甲放火燒 AB 之行為，成立刑法（下同）第 271 條第 2 項殺人未遂罪之普通未遂（第 25 條）：
 - (1) 主觀上，甲明知於 AB 居住別墅放火將造成 AB 死亡仍決意為之，具殺人故意。
 - (2) 客觀上，依主客觀混合說，觀察甲之殺人犯罪計畫，其放火燒燬 AB 別墅時於犯罪計畫中已對 AB 生命法益造成直接危險，而達殺人著手階段，僅 AB 於甲放火時未於別墅內，使其生命法益風險未實現而屬未遂。
 - (3) 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
 - (4) 甲放火時 AB 已離開別墅，甲之殺人行為處於客體不能之情形，其是否成立第 26 條不能未遂，容有爭議：
 - ① 舊客觀危險說認為，應以事後客觀角度判斷結果是否絕對不能發生，若是即為不能犯，反之如僅相對不能，則為普通未遂。
 - ② 具體危險說則主張，應以事前角度考量行為人之認知後，就一般人之經驗與自然法則為標準，判斷行為是否造成法益之具體危險，若是即屬普通未遂，反之則為不能犯。
 - ③ 修正具體危險說以為，第一階段應以行為時之客觀情境為基礎，若行為方式無論於何種時空下都不可能造成結果，即為自始客觀不能之不能未遂；反之，則須進入第二階段，以事前一般人所得認知之事實作為基礎，自理性第三人角度判斷是否有法益之具體危險，僅例外於行為人具特殊主觀認知時，始將其認知之危險納入考量。
 - ④ 重大無知說則認為，須就當代科學知識或自然法則，判斷行為人之未遂行為是否出於其自身對因果法則之錯誤認知而生，若係重大無知導致無危險，即屬不能未遂，若非出於其重大無知使得結果不發生，則屬普通未遂。
 - ⑤ 本文以為，舊客觀危險說事後觀點無法有效區分普通未遂與不能未遂；具體危險說以行為時行為人之主觀認知為基礎，且不考慮行為後客觀之法益危險狀態，均與其客觀未遂理論前提不符；修正具體危險說雖原則上剔除行為人之主觀認知，惟一般人之具體危險認定標準，仍有法官恣意之

危險，故不足採。本於積極一般預防理論，若行為並未造成社會大眾驚慌並使得法威信、法和平以及法信賴遭破壞，始無刑罰介入處罰之預防需求，此即屬行為人重大無知之情形，故重大無知說可採。

⑥本題中，甲係對 AB 是否仍在別墅內之具體事實誤認，而非對其放火方法是否足生死亡結果等一般風險之誤認，故其放火未燒死 AB 並非出於重大無知之無危險行為，故非第 26 條不能未遂。

3. 甲放火燒 AB 之行為，因甲為強盜 AB 並對其拘禁與強制性交之正犯，本於期待可能性之理由，甲放火燒燬之證據為自己犯罪證據，不成立刑法第 165 條湮滅刑事證據罪。

4. 就甲成立之放火罪與殺人未遂罪，因均未於乙丙犯意聯絡範圍內，兩人對此無預見，屬共同正犯逾越，故均無須負責。

(五)競合

1. 甲之競合

(1) 甲成立之重傷未遂罪與傷害既遂罪雖具構成要件之包含關係而可論法條競合，惟為對輕傷結果充分評價，本於想像競合釐清功能，應例外依刑法（下同）第 55 條想像競合處斷。

(2) 甲成立之放火罪與殺人未遂罪，依第 55 條想像競合處斷。

(3) 成立之加重強盜罪、加重強制性交罪、兩個私行拘禁罪、傷害罪與(1)(2)處斷後之罪，依第 50 條數罪併罰。

2. 乙成立之加重強盜罪、加重強制性交罪以及兩個私行拘禁罪，依第 50 條數罪併罰。

二、警察 A 某日於臨檢時，查獲甲在其機車置物箱內放有安非他命（第二級毒品）。A 逮捕甲並將其帶回警局，在踐行告知義務後，開始對甲進行詢問。由於甲知道若供出毒品來源，並因此查到其他正犯時，將有機會獲得減刑的寬典，故主動向 A 供稱之前均向乙購買安非他命。A 進一步勸說甲配合將乙引出，並取得甲之同意。甲在 A 的指示下打電話給乙，並向乙偽稱之前買的安非他命已吸食完畢，所以要再買新的施用。乙表示手上只有供自己吸食的 5 小包，甲在 A 不斷使眼色比手畫腳之下，誣稱現在急需解癮，所以願意出 10 倍價格購買乙手上的所有毒品。乙受到利誘，於是和甲談妥價格，並約好 2 小時後交貨。2 小時後，乙帶著毒品到了交貨地點，正準備交貨給甲時，隨即被已經埋伏在一旁的 A 率隊逮捕，A 並扣押乙身上所帶的所有毒品。全案移送給檢察官 B 進行偵辦。B 在訊問乙時，由於乙不發一語，故再次以證人身分傳喚甲。B 告知甲得拒絕證言後，要求甲具結作證之前和乙買毒品的經過，但並沒有給乙詰問甲的機會。甲在了解自己有拒絕證言權後，仍再次詳細陳述之前向乙購買安非他命的經過。最後 B 以販賣第二級毒品罪起訴乙。由於 B 在調查證據後，認為甲另有販賣安非他命，故以另案起訴甲。試回答下列問題：

(一) 在審判程序中，乙之辯護人 X 聲請傳喚甲作證，並經過法院同意。然而甲在具結並受拒絕證言權之告知後，面對 X 詰問其先前在 A、B 面前所為之陳述時，竟表示要行使拒絕證言權。請問甲之主張有無理由？（30 分）

(二) 乙之辯護人 X 抗辯本案乃因警方挑唆犯罪而來，故法院不應把在現場扣押之安非他命當作乙有罪之證據。請問 X 的抗辯是否有理由？（35 分）

(三) 偵查機關得知甲販毒後，合法監聽甲手機，卻意外監聽到甲向律師 Y 諮詢自己販毒案件內容。請問該監聽內容可否作為證據？（35 分）

試題評析	<p>第一小題：本題測驗拒絕證言權之行使與詰問權之衝突問題，雖與無效反詰問有關，但應特別注意題目所問者為主張拒證是否有理，而非其先前陳述之證據能力如何，避免爭點打擊錯誤。</p> <p>第二小題：本題測驗誘捕偵查/犯罪挑唆之概念，層次上可以區分該犯罪挑唆是否違法，以及若屬違法其法律效果如何討論。</p> <p>第三小題：本題測驗被告與辯護人間之秘密自由溝通權，重點應非屬通訊監察，尤其不是另案監聽，概念操作時要小心。</p>
考點命中	<p>第一小題：《刑事訴訟法爭點解讀》，高點文化出版，郭律師編著，頁 16-31～16-34。</p> <p>第二小題：《刑事訴訟法爭點解讀》，高點文化出版，郭律師編著，頁 19-10～19-15。</p>

第三小題：《刑事訴訟法爭點解讀》，高點文化出版，郭律師編著，頁 9-5～9-9。

【擬答】

(一)甲之主張為有理由：

1.甲之拒絕證言將造成無效反詰問：

- (1)依憲法第 8 條及第 16 條之規定，刑事被告應享有充分之防禦權，其中並包含反對詰問權等基本權利在內，應受最大程度之保障，不容任意剝奪。
- (2)復依刑事訴訟法（下同）第 181 條之規定，證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，此乃基於不自證己罪等原則而來之拒絕證言權利。
- (3)本案甲於審判中具結並受拒絕證權之告知後，就其先前於偵查中所為不利乙之陳述欲拒絕證言，乃屬第 181 條之拒絕證言權利之行使，惟因甲所為之不利陳述自始至終未經乙詰問，依照實務見解，此乃無效反詰問之情形，並將生拒絕證言權與詰問權之衝突。

2.甲得針對 A 面前所為之陳述之詰問行使拒絕證言權：

- (1)按證人既於警詢階段為不利被告之陳述，則就該陳述於審判中之詰問是否得主張拒絕證言權，容有疑義：
 - ①實務見解認為，由於證人於偵查中之陳述性質上與主詰問中陳述有關被告之事項無異，為保障被告之詰問權，以及避免將信用性與真實性未經測試之證言採為判決依據而有害發現真實，而應類推適用第 181 條之 1 之規定，該證人不得拒絕證言。
 - ②惟，本文以為，實務見解將使證人受法無明文之限制，與法律保留原則有違，蓋就警詢而言，立法者已於第 159 條之 3 之規定表明權利衝突之權衡，即證人若警詢時有為陳述，於審判中仍可主張拒絕證言，此時該陳述即非無正當理由拒絕陳述，非為同條第 4 款之傳聞例外，僅為傳聞證據，被告之詰問權亦不會因此受限，如此即得兼顧證人之拒絕證言權及被告之詰問權，故而適用第 159 條之 3 規定可矣。
- (2)是以，證人乙若於警詢中為不利陳述後，依第 181 條之文義解釋，得於審判中就該陳述部分行使拒絕證言權，惟若行使該權利，依第 159 條之 3 規定，則原警詢之陳述僅為傳聞證據，不涉被告詰問權之限制。

3.甲得針對 B 面前所為之陳述之詰問行使拒絕證言權：

- (1)證人於檢訊知曉自身得拒絕證言之權利後，仍為不利被告之陳述者，就該陳述於審判中是否得主張拒絕證言，其爭議與上述 2.同，惟立法者未就此種類型之權利衝突為決定，應如何適用法律，容有疑義：
 - ①實務見解認為，基於保障被告之詰問權與發現真實，應類推適用第 181 條之 1 規定，證人不得拒絕證言。
 - ②惟本文以為，基於與上述 2.同樣之考量，而應類推適用第 159 條之 3 之規定，使證人得合法拒絕證言，並由於此時乃限縮傳聞例外之範圍，故與法律保留原則無違，且證人合法拒證後，既非屬無正當理由拒絕證言，則非為傳聞例外，僅為傳聞證據，與被告之詰問權限制無涉。
- (2)是以，證人乙若於檢訊中為不利陳述後，依第 181 條之文義解釋，得於審判中就該陳述部分行使拒絕證言權，惟若行使該權利，因類推適用第 159 條之 3 規定，原檢訊之陳述僅為傳聞證據，不涉被告詰問權之限制。

4.小結：

據上論結，甲之主張為有理由，其得拒絕證言。

(二)X 之抗辯為有理由：

1.A 之偵查屬違法犯罪挑唆：

- (1)按刑事訴訟乃是確定國家刑罰權之有無及其範圍等之程序，惟其偵查過程中若有偵查人員唆使相對人犯罪者，此時其法律評價如何，即容有疑義：
 - ①實務見解認為，偵查機關誘使相對人犯罪之情形，屬偵查手段，分有創造犯意型及提供機會型等二種模式，並以原先是否即有犯意作為判斷標準，若相對人本有犯意，對其唆使犯罪，是屬提供機會型，此時偵查機關是屬利用機會加以誘捕，而為合法之偵查手段；反之若原先並無犯意者，則誘使行為即屬創造犯意型，此時已逾越國家偵查犯罪之必要程度，應屬違法之偵查行為。
 - ②惟，本文以為，雖實務見解就唆使犯罪之判斷洵屬有據，惟其標準僅以原先行為人主觀是否具有犯意為斷，於判斷上恐流於恣意，且有使行為刑法轉變為行為人刑法之嫌。

③蓋國家唆使相對人犯罪者，其關鍵點應在國家追訴行為之界線判定，而非僅注重原先犯意之有無，是以就判斷標準而言，除主觀犯意外，仍應考量客觀上之唆使手段、曾經偵查相對人與否以及捕獲之非法物品數量等不同因素，綜合判斷之。

(2)本案甲就乙之唆使乃受警察 A 之指示，甲為國家手足之延伸，並乙主觀上原先並無販賣毒品之犯意，且客觀上乙之所以決定販賣毒品，乃是受甲表明願意出 10 倍價格之過當壓力影響，A 此前也未曾調查過乙，乙查獲之毒品數量也未逾所約定者，綜合判斷後可認 A 之追訴行為已逾越法治國所要求之界線，屬違法之犯罪挑唆行為。

2.X 之主張為有理由：

(1)A 之偵查行為屬違法之犯罪挑唆已如前述，惟其法律效果如何，容有疑義：

①有論者謂，違法之犯罪挑唆又稱陷害教唆，於實體法上之評價乃被告自始無法既遂，而應僅成立未遂犯。

②亦有論者謂，依照刑法之最後手段性、比例原則與預防觀點以觀，國家就犯罪行為之違法挑唆，使刑罰權發生之實體事由具備瑕疵，應從實體法層面，以之為個人排除刑罰事由，而就該遭違法挑唆犯罪之訴訟程序，諭知無罪判決。

③本文以為，既違法之犯罪挑唆之瑕疵來自於實體刑罰權，則應於實體法層面解決，惟若著眼於程序法，則由於國家之追訴行為逾越法治國之界線，應依照自主性證據禁止之方式處理，並由於國家之犯罪挑唆違法情節重大，應一概將所得之證據為證據使用禁止，最終被告仍應受無罪判決。

(2)本案 A 所為之違法犯罪挑唆，對乙而言，國家由此所取得之全部證據，均應依照第 155 條第 2 項為自主性證據使用禁止，全部證據無證據能力，因而 X 之抗辯為有理由。

3.小結：

A 基於違法犯罪挑唆而取得之全部證據不具證據能力，X 之抗辯為有理由。

(三)監聽內容不得作為證據：

1.潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之自由溝通權：

(1)依照憲法第 8 條及第 16 條之規定，刑事被告應享有充分之防禦權保障，其中並包含被告受辯護人實質有效協助及辯護之權利在內，至少如選任信賴之辯護人、辯護人之在場權、陳述意見權以及筆記權等，均為是例（111 年憲判自第 7 號判決參照）。

(2)又，依照 112 年憲判字第 9 號之意旨，被告受實質有效及辯護之權利，亦應包含被告與辯護人間於不受干預之情形下為自由溝通之權利在內，如此被告始能放心尋求辯護，其中被告與辯護人間之口語交談或書面意見交換等，均應為憲法秘密溝通自由權保護。

(3)此外，由於被告與犯罪嫌疑人之身分並非截然可分，且向辯護人請求協助者亦可能包含潛在之犯罪嫌疑人在內，因此就被告與辯護人間不受干預之秘密自由溝通權利之保障範圍，應擴及尋求辯護人協助之潛在犯罪嫌疑人之身分。

2.監聽之內容不可作為證據：

(1)本題意外監聽到甲與律師 Y 間之販毒案件諮詢對話內容，依照大法庭裁定之意旨，由於監聽之對象為甲，且該內容涉嫌觸犯法條與原先合法監聽相同，均屬販毒，故對於甲而言，其監聽甲與 Y 間之販毒案件諮詢內容，非屬另案監聽之情形。

(2)又，偵查機關監聽甲與律師 Y 間之案件諮詢對話，該內容是否可為證據，容有疑義：

①有論者謂，既偵查機關乃合法監聽，且對甲而言該內容又非另案監聽而得，則該監聽之內容等證據之取得並無違法，則該案件諮詢對話內容，自得作為證據。

②惟，本文以為，依照 112 年憲判字第 9 號判決之意旨，潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之秘密自由溝通權，其乃憲法上訴訟權所保障之受實質有效協助及辯護之權利，潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之案件諮詢內容，無論是言語溝通或電話諮詢，均屬其間特殊信賴關係之核心內容，為使辯護制度得以落實，並保障被告之憲法權利，偵查機關所取得潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之案件對話內容，應排除於得為證據之範圍外，即便其證據取得與法無違亦然。

(3)是以，依照刑事訴訟法（下同）第 29 條之規定，甲之辯護人既原則上應選任律師充之，則甲與律師 Y 間基於案情討論而為之對話，即應受憲法秘密自由溝通權所保障，落實被告之受實質有效協助及辯護權利，並維護辯護制度，因而即便偵查機關就該內容之取得並非違法，惟基於比例原則之考量，以及憲法第 8 條及第 16 條之基本權利保障意旨，偵查機關就合法監聽而得之該販毒諮詢對話內容，應依第 155 條第 2 項之規定，為自主性證據禁止，而無證據能力。

3. 小結：

本案監聽甲與律師 Y 間之對話而得之內容，雖合法取得，惟仍應依自主性證據禁止，認其無證據能力，該監聽內容不得為證據。

《民法與民事訴訟法(一)》

一、甲分別向親友乙、丙、丁借款新臺幣(下同)800 萬元、500 萬元及 300 萬元，借款清償期均已屆至。甲明知其財產僅餘市價 800 萬元之 A 地一筆，別無其他財產，仍將 A 地出賣於乙，並辦理移轉登記，用以抵償其對乙之 800 萬元債務，卻未清償其對丙和丁之債務，乙亦知其情事。丙和戊結婚多年，未育有子女，戊繼承 B 地一筆，丙經戊同意於 B 地自建違章 C 屋一棟居住。後戊將 B 地贈與其外甥庚，同時約定：庚允諾丙、戊居住之 C 屋使用 B 基地至 2 人百年終老(下稱系爭約定)。1 年後戊死亡，庚旋即向丙訴請拆除 C 屋返還 B 地。另丁有鄰地為袋地之 D 地一筆，以市價 1100 萬元賣給辛，並辦畢所有權移轉登記。半年後，該袋地所有人丑向辛請求確認對 D 地有袋地通行權存在，經法院為丑勝訴之判決確定。試問：

- (一) 丙、丁依民法第 244 條第 2 項規定，聲請法院撤銷甲、乙間就 A 地之買賣契約及所有權移轉登記行為，有無理由？(25 分)
- (二) 丙以庚不履行系爭約定為由，對庚主張撤銷 B 地之贈與契約，有無理由？(25 分)
- (三) 辛以 D 地受袋地通行權限制為由，向丁請求權利瑕疵擔保之損害賠償，有無理由？(25 分)

試題評析	<p>第一小題：債務人對債權人為代物清償，其他債權人可否主張民法第 244 條詐害債權之撤銷訴權？</p> <p>第二小題：民法第 412 條第 1 項不履行負擔之贈與撤銷權，是否得為繼承之標的？</p> <p>第三小題：民法第 349 條權利瑕疵是否包含袋地通行之法定負擔在內？</p>
考點命中	<p>1. 《高點債法講義》，龍政大編撰，頁 98。</p> <p>2. 《民法物權爭點解讀》，高點文化出版，陳義龍律師編著，頁 2-36。</p>

【擬答】

(一) 丙、丁主張撤銷 A 地買賣契約及其移轉登記應有理由：

1. 民法(下同)第 244 條 2 項規定，債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。
2. 本件甲對乙、丙、丁均負有債務，而甲以 A 地對乙代物清償，致丙、丁債務無法滿足，乙對此亦知情事。甲之代物清償行為是否構成詐害債權，容有討論空間：
 - (1) 有認為，債務人對特定債權人為清償，固然使債務人之責任財產減少，但同時債務人之債務數額亦隨之減少，故債務人之資力並無改變，不構成詐害債權行為(最高法院 55 年度台上字第 2839 號民事判決)。
 - (2) 另有認為，債務人形式上資力並無變更，然實質上，未受清償之債權人所得分配之責任財產相對減少，故應構成詐害債權行為(最高法院 105 年度台上字第 2382 號民事判決)。
 - (3) 本文認為，若債務人已陷於無資力時，縱未經破產宣告或法院扣押命令，仍應維持各債權人之受償公平性，否則有失公平且有不當受償之嫌。¹
3. 查本件甲以價值 800 萬元之 A 地對乙代物清償 800 萬元債務，致使丙、丁喪失原可與乙共同就 A 地變價取償之機會，依上說明，應構成第 244 條 2 項有償詐害債權行為。故丙、丁之撤銷之訴應有理由。

(二) 丙主張撤銷對庚贈與 B 地贈與契約，應有理由：

1. 依第 412 條規定，贈與附有負擔者，如贈與人已為給付而受贈人不履行其負擔時，贈與人得請求受贈人履行其負擔，或撤銷贈與。
2. 查戊與庚訂立 B 地贈與契約時約定應使 B 地上 C 屋供丙、戊居住，此等容忍義務，應屬上開條文所稱附負擔贈與。然丙有無撤銷權，端視戊之贈與撤銷權是否得為繼承標的：
 - (1) 有認為，於贈與人死後已無撤銷權可資取得，其繼承人自無繼承撤銷權可言。
 - (2) 最高法院則認為，相對於第 416 條高度屬人性之撤銷權，第 412 條撤銷權，祇須受贈人就負擔之不

¹ 林誠二，〈向特定債權人清償與詐害債權行為—最高法院 105 年度台上字第 2382 號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，第 69 期，2018 年 3 月，頁 12。

履行具有歸責事由，贈與人即可撤銷，並無屬人性之性質。如受贈人於贈與人死後始不履行負擔，贈與人之繼承人繼承已發生之撤銷權，而可主張撤銷該贈與（最高法院 111 年度台上字第 1900 號民事判決參照）。²

(3) 本文認為，對照第 412 條 2 項可知，附負擔贈與契約不因贈與人死亡而當然消滅，其贈與權利義務為繼承人所繼承，是於受贈人不履行負擔，贈與人之繼承人即自贈與之法律關係取得撤銷權。

3. 查戊死後，庚仍應按原先負擔內容，容忍丙之 C 屋繼續座落於 B 地，庚之拆屋還地請求，自屬不履行負擔，依上說明，丙得依第 412 條 1 項規定撤銷 B 地贈與契約。

(三) 辛不得向丁主張買賣權利瑕疵責任：

1. 按出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利，第 349 條定有明文。

2. 本件爭點在於第 787 條袋地通行權是否屬於上開條文所稱之權利追奪之瑕疵類型：

(1) 最高法院認為，第 349 條所謂不得主張任何權利，例如：不得主張不動產所有權上之地役權、地上權、典權、抵押權，動產所有權上之質權、留置權等是。至於法律因土地相鄰關係對於土地所有人所加之限制，即鄰地所有人之袋地通行權，則不在出賣人擔保之範圍（最高法院 90 年度台上字第 2093 號民事判決）。

(2) 本文亦認為，由於袋地通行乃物上負擔，無論土地所有權如何輾轉讓與，該袋地通行之相鄰關係仍然存在，若認袋地通行為權利瑕疵，將導致負擔通行之土地的輾轉交易，每一後手均可向前手主張權利瑕疵擔保責任，非但發生一連串交易安全危害，更降低不動產之經濟流通與利用，故上開實務見解應可贊同。

3. 據此，本件丁與辛訂立 D 地買賣契約，丁之權利瑕疵擔保責任範圍不及於袋地通行之負擔，故辛以此為由主張 D 地有權利瑕疵，應無理由。

【參考書目】

1. 陳洸岳，〈清償是否適用債權人撤銷權？〉，《月旦法學教室》，第 152 期，2015 年 5 月。
2. 林誠二，〈向特定債權人清償與詐害債權行為——最高法院 105 年度台上字第 2382 號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，第 69 期，2018 年 3 月。
3. 邱玟惠，〈贈與契約撤銷權之可繼承性與繼承人之拒絕履行——臺灣高等法院 108 年度重家上更一字第 5 號民事判決之評析〉，《月旦裁判時報》，第 98 期，2020 年 8 月。

二、甲機關將 A、B 兩項工程分別發包於乙公司與丙公司。甲、乙於民國(下同)108 年 2 月 1 日就 A 工程訂立契約，雙方約定：契約總價新臺幣(下同)2 億元，乙應於 110 年 2 月 1 日全部竣工，如逾期完工，應按日以契約總價千分之一計罰逾期違約金。乙就其依約應提供契約總價 10% 之履約擔保，於 108 年 3 月 1 日以其對丁銀行金額 2000 萬元之定期存款債權(存款期間 107 年 10 月 1 日至 110 年 10 月 1 日)設定權利質權予甲，並於同日將質權設定情事通知丁，丁明知其對乙有 107 年間已屆期未獲清償之借款債權 3000 萬元，仍就該 2000 萬元存款債權辦妥設質註記。其後，乙因逾期完工日數共計 80 日，遭甲計罰違約金 1600 萬元。

又，B 工程施作期間中，丙於 112 年 7 月 1 日將其未來得向甲請求之 B 工程款(下稱 B 工程款)讓與戊公司以抵償債務。同年 10 月間，丙因財務周轉不靈，無力支付分包商庚公司承攬報酬，丙乃徵得甲之同意，將 B 工程款讓與庚。同年 11 月 1 日，戊將受讓 B 工程款債權一事通知甲，甲自同年 12 月起，陸續將原應給付丙之 B 工程款悉數向庚給付。試問：

- (一) 若甲以 A 工程尾款扣抵逾期違約金後，乙以甲按日以契約總價千分之一計罰違約金，顯然過高，應予酌減為由，起訴請求甲返還經酌減部分之數額。甲則抗辯：系爭違約金債務業經以尾款扣抵而履行完畢，法院不得再為酌減。甲之抗辯有無理由？(15 分)
- (二) 若甲因 A 工程尾款不足扣抵逾期違約金，乃於 110 年 11 月 1 日實行權利質權，請求丁給付系爭存款，丁以其對乙之 3000 萬元借款債權，與系爭存款債權主張抵銷。甲抗辯：

² 邱玟惠，〈贈與契約撤銷權之可繼承性與繼承人之拒絕履行——臺灣高等法院 108 年度重家上更一字第 5 號民事判決之評析〉，《月旦裁判時報》，第 98 期，2020 年 8 月，頁 40-49。

其係行使權利質權，丁不得主張抵銷，況丁受質權設定通知時，明知對乙有可抵銷之債權，卻未告知其將來可能行使抵銷權，亦違反誠信原則。甲之抗辯有無理由？（30分）

（三）戊主張自己才是 B 工程款債權之真正債權人，而請求甲給付，有無理由？（30 分）

試題評析	第一小題：已給付違約金能否請求酌減或請求返還？ 第二小題：設定債權質權時，第三債務人已有可主張抵銷之主動債權，有無通知質權人之義務？若未予通知，有無違反誠信原則？ 第三小題：雙重債權讓與之情形，債務人向第二受讓人清償之效力如何？
考點命中	1.《高點債法講義》，龍政大編撰，頁 92～93。 2.《從法研考題預測國考趨勢講座－民法講義》，龍政大編撰，頁 11。

【擬答】

（一）甲之抗辯無理由：

1. 查乙向甲主張民法（下同）第 252 條違約金過高之酌減併請求返還酌減數額之請求權基礎為第 179 條不當得利，爭點在於法院得否酌減已給付之違約金併使債務人請求返還：
 - （1）雖有認為，約定之違約金過高者，若出於債務人之自由意思，已任意給付，可認為債務人自願依約履行，不容其請求返還（最高法院 79 年度台上字第 1915 號民事判決）。
 - （2）惟最高法院大法庭裁定則認，債務人發生違約情事，經債權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，致債權人應返還之餘額部分回復為價金性質。此時，因債權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（最高法院 110 年度台上大字第 1353 號民事裁定）。
2. 據此，甲雖依約將乙給付工程尾款扣抵違約金而履行完畢，但乙仍非不得請求法院酌減違約金，並請求返還酌減數額之不當得利，故甲之抗辯應無理由。

（二）甲之抗辯部分有理由：

1. 按第 902 條規定，權利質權之設定，應依關於其權利讓與之規定為之。又依第 299 條 2 項規定，債務人於受通知時，對於讓與人有債權者，如其債權之清償期，先於所讓與之債權或同時屆至者，債務人得對於受讓人主張抵銷，此從第 907 條之 1 反面解釋亦明。
2. 本件乙於 108 年 3 月 1 日以其對丁之定存債權 2000 萬元設定質權予甲，但此時，丁對乙已有已屆期而尚未清償之 3000 萬元借款債權，而具有抵銷適狀，丁於設質時未通知甲有可供抵銷之債權，是否違反誠信原則，不無疑問：
 - （1）最高法院認為，按權利之行使，倘與權利人先前行為相矛盾，破壞相對人之正當信賴者，有違誠實信用原則，固不生行使權利之效力。惟該所謂「禁反言原則」之適用，須權利人有外觀之行為，足使相對人正當信賴其已不欲行使其權利，始足當之。若第三債務人無拋棄抵銷權之意思表示，於交易習慣亦非當然通知質權人有抵銷適狀情事，應無違反誠信原則可言（最高法院 109 年度台上字第 1039 號民事判決）。另有認為，銀行未予通知違反誠信原則（最高法院 95 年度台上字第 2308 號民事判決）。
 - （2）本文認為，金融機構為專門職業者，熟悉相關金融業務、掌控相關資訊，是銀行於設質時開始與質權人建立金融業務接觸往來關係，雖銀行與質權人雖無契約關係，但仍屬具有利害關係之人，又銀行揭露抵銷資訊輕而易舉，反觀質權人探詢知悉抵銷情事之成本高，只能信賴金融機構適度揭露資訊，且抵銷資訊影響質權人利益重大，依照利益權衡原則，自應課予其負有將得行使抵銷權的情事告知質權人的義務。³
3. 經查，甲實行債權質權之性質，依照第 905 條 2 項規定，係請求被擔保債權之金錢給付，而與丁主張抵銷之借款債權，均屬金錢給付之種類，符合第 334 條抵銷要件，故甲抗辯二給付種類不同，並無理由。
4. 又查丁於乙之定存債權設質予甲時，明知其對乙另有借款債權存在，且已處於抵銷適狀，而未向甲告知，以致甲誤以為該質權足夠擔保其債權，依上說明，應屬違反誠信原則，甲此部分抗辯應有理由。

³ 陳忠五，〈金融機構於受債權質權設定通知時，有無告知質權人其得行使抵銷權的義務？－最高法院 109 年度台上字第 1039 號判決引發的問題〉，《月旦法學雜誌》，第 317 期，2021 年 10 月，頁 58-59。

(三)戊請求甲給付 B 工程款應無理由：

1.戊為真正 B 債權人：

- (1)多數學說及最高法院認為，在債權雙重讓與之場合，先訂立讓與契約之第一受讓人依「債權讓與優先性」原則雖取得讓與之債權，但第二受讓人之讓與契約，並非受讓不存在之債權，而係經債權人處分現仍存在之他人（第一受讓人）債權，性質上乃無權處分，依民法第 118 條規定，應屬效力未定（最高法院 105 年度第 15 次民事庭會議決議），即債權讓與優先性原則。
- (2)查丙將其 B 債權讓與予戊，無論有無通知甲或經甲同意，其債權讓與之準物權行為應屬有效，戊成為新債權人，蓋債權讓與不以債務人同意或通知為生效要件。至於丙復將 B 債權讓與庚係經甲同意，仍無礙第一次讓與之優先性，丙之第二次讓與，非經戊承認，不生效力。本件既經戊主張自己方為債權人，有否認丙第二次讓與之默示，第二次讓與確定不生效力，故戊為 B 債權之真正債權人，而非庚。

2.甲向庚所為給付工程款發生清償效力：

- (1)關於雙重債權讓與之情形，債務人向第二受讓人清償是否足以消滅債權，我國法並無明文，而有不同解釋：
 - ①最高法院有認債權讓與如有不成立、無效或效力未定等情事，究屬讓與人與受讓人間法律關係認定之問題，債務人並無審查義務，倘讓與人已為讓與之通知，或受讓人將讓與人所立之讓與字據提示於債務人者，債務人自得以對抗受讓人之事由對抗讓與人，不因其為善意或惡意有別，俾保護債務人之利益（最高法院 109 年度台上字第 2974 號民事判決）。
 - ②然學說認為上開最高法院判決背離惡意不受保護之基本原則，而應類推適用第 297、299 條規定，即若債務人不知有先讓與之事實，而向後受讓人清償時，得以該清償事實對抗先受讓人。⁴
- (2)經查，於戊為債權讓與通知後，甲卻仍向庚給付 B 工程款，似應承擔風險實現之不利益，但本文考量第二次讓與係債權人丙經債務人甲之同意，且發生在戊通知之前，應類推適用第 298 條 1 項表見讓與規定⁵，甲向庚給付 B 工程款應生清償效力，而得以對抗戊。故戊之請求應無理由。

【參考書目】

1. 陳忠五，〈金融機構於受債權質權設定通知時，有無告知質權人其得行使抵銷權的義務？—最高法院 109 年度台上字第 1039 號判決引發的問題〉，《月旦法學雜誌》，第 317 期，2021 年 10 月。
2. 詹森林，〈債權雙重讓與時，惡意債務人對後受讓人清償之效力——最高法院 109 年度台上字第 2974 號民事判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，第 345 期，2024 年 2 月。
3. 許政賢，〈債權讓與的效果——以雙重讓與時的優劣決定之基準為中心〉，《月旦法學教室》，第 191 期，2018 年 9 月。
4. 林大洋，〈債權之雙重讓與及將來債權之讓與〉，《法學叢刊》，第 63 卷第 1 期，2018 年 1 月。

⁴ 詹森林，債權雙重讓與時，惡意債務人對後受讓人清償之效力——最高法院 109 年度台上字第 2974 號民事判決評釋，月旦法學雜誌，第 345 期，2024 年 2 月，頁 15。

⁵ 類似論述參照許政賢，債權讓與的效果——以雙重讓與時的優劣決定之基準為中心，月旦法學教室，第 191 期，2018 年 9 月，頁 46；林大洋，債權之雙重讓與及將來債權之讓與，法學叢刊，第 63 卷第 1 期，2018 年 1 月，頁 68-69。

《民法與民事訴訟法(二)》

- 一、甲為原告，於民國（下同）113 年 5 月 1 日起訴，將乙列為被告，請求法院判決命乙應 A 地所有權移轉登記予甲（下稱「本訴訟」），其主張之事實及理由略為：甲於 105 年 3 月間購 A 地，借用乙名義登記為所有人，其後因無借名登記之需要，向乙為終止契約之意思表示，乙應將 A 地所有權移轉登記予甲。惟遭乙拒絕，為此依借名登記契約終止後之返還請求權，請求法院判決如聲明。乙則請求法院駁回原告之訴，並抗辯：甲曾於 111 年 2 月 15 日向乙借款新臺幣 1,000 萬元，約定 1 年後還款，惟其後因無力清償債務，甲於 112 年 12 月 1 日向乙表示，願將 A 地作為抵償之用，故無請求返還之權利，而且 A 地已於 113 年 6 月 1 日由乙出售予丙，並辦妥所有權移轉登記，且交付之。甲則否認對乙曾為借款，並主張乙、丙間為假買賣。試問：
- (一)如甲為確認乙、丙間為假買賣，於第一審程序中追加丙為被告，是否合法？如為使紛爭能一次解決，甲對丙應為如何之請求？（25 分）
- (二)如甲另外起訴請求確認乙、丙間買賣關係不存在，是否須列乙、丙為共同被告？（25 分）
- (三)於本訴訟之判決確定後，關於 A 地所有權移轉登記之請求，丙是否受甲、乙間確定判決之效力所及？（25 分）

試題評析	第一小題：訴之變更追加之容許事由、當事人之變更追加、代位訴訟、階梯（段）訴訟。 第二小題：確認他人間法律關係存否之訴。 第三小題：當事人恆定主義。
考點命中	1. 《高點司律二試判解文章班民事訴訟法講義》，武政大編撰，頁 22-23。 2. 《民事訴訟法考點破解（I）》，高點文化出版，武律師編著，頁 4-22～4-23；5-5～5-10；5-16～5-17；3-38～3-46；3-127～3-129。 3. 《民事訴訟法考點破解（II）》，高點出版，武律師編著，頁 7-16～7-20。

【擬答】

- (一)如甲為確認乙、丙間為假買賣，於第一審程序中追加丙為被告，是否合法？如為使紛爭能一次解決，甲對丙應為如何之請求？

1. 如甲為確認乙、丙間為假買賣，於第一審程序中追加丙為被告，是否合法？

(1)按民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定：「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：……二、請求之基礎事實同一者。」其立法目的在擴大訴訟制度解決紛爭之機能。而就本款所稱「請求之基礎事實同一者」之意義，學說、實務上有不同見解，茲分別說明如下：

- ①社會事實同一說：有認為條文所謂「請求之基礎事實同一」應為紛爭本身的「事實關係」同一或與原因事實同一社會事實之意義，並非訴訟資料、證據資料同一、爭點共通等。該「基礎事實」係指民事訴訟法第 244 條第 1 項第 2 款所稱原告「起訴狀」所記載之「原因事實」。申言之，本款規定之立法目的以解決「傳統（舊）訴訟標的理論」的問題（紛爭無法一次解決、易生裁判矛盾）為出發，應適用於「請求權競合」（包括「票據請求權」與「借款返還請求權」之競合）與「形成權併存」之情形。
- ②判決基礎事實同一說：亦有認為，所謂請求之基礎事實同一係指：據以審判舊請求（舊訴）之基礎資料（事實）與據以審判新請求（有意變更或追加之新訴）之基礎資料為同一（新、舊兩請求有共通之爭點，有關舊請求之訴訟資料或證據資料於新請求可援用）。而此類「基礎資料」通常係依處分權主義、辯論主義或經由闡明權行使（或爭點整理）而被呈現於訴訟程序上，所以其並不同於未經如此呈現以前存在於訴訟程序外之實體法上原因事實或社會生活上紛爭事實。
- ③紛爭關連說：此說兼顧實體法與訴訟法之觀點，認為所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，即屬之（最高法院 90 年度台抗字第 2 號民事裁定參照）。此說為目前多數實務見解所採。

④管見以為，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定之立法目的，應在「擴大訴訟制度解決紛爭之機能」，而非僅在解決新、舊訴訟標的理論之問題，故應以上開「判決基礎事實同一說」為可採。

(2)次按，實務見解認為，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款之規定，因可利用原訴訟資料，除有礙於對造防禦權之行使外，得適用於當事人之變更或追加（最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議決議參照）。

(3)於本件，被告乙抗辯「A 地已於 113 年 6 月 1 日由乙出售予丙，並辦妥所有權移轉登記，且交付之。」則該「乙、丙間有為（假）買賣」之事實已經由當事人之攻防而被呈現於「舊訴」（本訴訟，即 A 地所有權移轉登記之請求）之訴訟程序上，而成為「舊訴」（本訴訟）之判決基礎資料；又據以審判「新訴」（確認乙、丙間為假買賣）之判決基礎資料亦為該「乙、丙間有為（假）買賣」之事實，則新、舊訴之「判決基礎事實同一」，揆諸上開「判決基礎事實同一說」及實務見解之意旨，原告甲嗣後得依前開民事訴訟法第 255 條第 1 項第 2 款規定追加丙為被告，請求確認乙、丙間為假買賣。又依題意，原告甲係於「第一審程序中」為被告之追加，不涉及新被告丙之審級利益，故無庸另得丙之同意，併此說明。

(4)結論：如甲為確認乙、丙間為假買賣，於第一審程序中追加丙為被告，應屬合法，且無庸另取得丙之同意。

2.如為使紛爭能一次解決，甲對丙應為如何之請求？

(1)按民法第 87 條第 1 項本文規定：「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。」又民事學說及實務，就通謀虛偽意思表示之法律效果，有所謂共同瑕疵理論，亦即通謀虛偽之債權行為通常亦導致移轉所有權之物權行為出現瑕疵而同生無效之結果。

(2)次按，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，學說上稱為「所有權妨害除去請求權」。又此所稱「妨害」，係指以占有以外之方法阻礙或侵害所有權的支配可能性，例如：基於通謀虛偽意思表示等無效事由而為所有權移轉登記。¹

(3)末按，民法第 242 條規定：「債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利」。但專屬於債務人本身者，不在此限。」

(4)於本件，甲主張乙、丙間為假買賣，揆諸前開「瑕疵共同理論」，乙、丙間就 A 地所為之「買賣契約」及「移轉所有權之物權行為」，均基於「通謀虛偽意思表示」而無效（前開民法第 87 條第 1 項本文規定參照）。基此，除確認乙、丙間之「買賣契約」無效外，甲並應確認乙、丙間就 A 地所為之「移轉所有權之物權行為」亦屬無效。

(5)承上，乙、丙間就 A 地所為之「移轉所有權之物權行為」既屬無效，則乙仍為 A 地之所有權人，揆諸前開說明，該基於通謀虛偽意思表示之無效事由而為之所有權移轉登記，應屬對於乙之所有權之妨害，乙自得依前開民法第 767 條第 1 項中段規定，向丙請求塗銷該 A 地之所有權移轉登記。今乙怠於行使其權利，其債權人甲為保全其債權（該借名登記契約終止後之返還請求權），自得依前開民法第 242 條規定代位債務人乙請求丙塗銷登記，回復登記乙為 A 地所有人。甲再依該「借名登記契約終止後之返還請求權」請求乙將 A 地所有權移轉登記予甲。

(6)結論：為使紛爭能一次解決，並達成其「請求法院判命乙應將 A 地所有權移轉登記予甲」之目的，甲對丙應為如下之請求：

①請求確認乙、丙間就 A 地所為之「買賣契約」及「移轉所有權之物權行為」均屬無效。

②（代位乙）請求丙塗銷該 A 地之所有權移轉登記，回復登記乙為 A 地所有人。

又就上開二請求，原告甲得為「階梯（段）訴訟」（有學者稱之為「接續性聲明」或「重疊合併」）之客觀合併，即就該二請求排列先、後位之順序，以「前者（即先位請求）有理由」作為「後者（即後位請求）」「裁判」之「停止條件」。換言之，先位請求有理由，始得就後位請求為「裁判」，併此說明。

(二)如甲另外起訴請求權確認乙、丙間買賣關係不存在，是否須列乙、丙為共同被告？

1.按關於「確認他人間法律關係存否之訴」之共同訴訟型態，學說、實務上有不同見解，茲分別說明如下：

(1)「固有必要共同訴訟」說：此說認為，起訴請求確認他人之某法律關係存在或不存在，須以該法律關係之雙方當事人為共同被告一同起訴，始為當事人適格；若僅以其中一方當事人為被告，即非適

¹ 王澤鑑，《民法物權》，2013 年 2 月增訂二版（四刷），頁 163。

格之當事人。且該法律關係（訴訟標的）之存否對該雙方當事人（共同被告）必須合一確定，不得歧異（最高法院 93 年度台上字第 117 號民事判決參照）。

(2)「類似必要共同訴訟」說：此說認為，原告起訴請求確認他人之某法律關係存在或不存在，僅須以否認其主張（即與原告存在爭執）之他方為被告為已足，無以該法律關係之雙方當事人為共同被告之必要；惟原告倘係以該法律關係之雙方當事人為共同被告，該法律關係（訴訟標的）之存否對該雙方當事人則必須合一確定（最高法院 60 年台上字第 4816 號民事判例、93 年度台上字第 1987 號民事判決參照）。

(3)管見以為，應以上開「固有必要共同訴訟」說可採，蓋為確保裁判一致性，並徹底解決紛爭，民事訴訟法第 56 條應優先於同法第 247 條關於「確認利益」之規定適用，縱使該他人中有不爭執者，原告仍應將其列為共同被告，以防其日後復為爭執，原告又需另行對其起訴。

2.於本件，甲另外起訴請求權確認乙、丙間買賣關係不存在，應屬上開「確認他人間法律關係存否之訴」。揆諸上開「固有必要共同訴訟」說，縱使乙或丙就該買賣關係不存在一事並無爭執，原告甲仍須以該買賣法律關係之雙方當事人乙、丙為共同被告一同起訴，否則即欠缺當事人（被告）適格。

3.結論：如甲另外起訴請求權確認乙、丙間買賣關係不存在，須列乙、丙為共同被告，否則即欠缺當事人（被告）適格。

(三)於本訴訟之判決確定後，關於 A 地所有權移轉登記之請求，丙是否受甲、乙間確定判決之效力所及？

1.按民事訴訟法第 401 條第 1 項規定：「確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力。」此為確定判決「既判力主觀範圍擴張」之特別規定。而該「繼受人」包括「一般繼受人」（自然人死亡或法人消滅時，概括繼受其權利義務之人，如自然人之繼承人）及「特定繼受人」【指「（訴訟繫屬後）訴訟標的法律關係移轉」之繼受人】。

2.承上，有疑義者係，於訴訟繫屬後繼受「請求標的物」（而非訴訟標的法律關係本身）之第三人，是否亦屬上開「繼受人」？

(1)就此，實務見解認為，應區分原告所主張之訴訟標的為「物權請求」或「債權請求」而分別判斷之，若為「債權請求」（例如民法第 348 條第 1 項所定「買賣標的物交付請求權」），則非屬之，不生既判力之擴張；反之，若屬「物權請求」（例如：民法第 767 條第 1 項前段所定「所有物返還請求權」），則該繼受「請求標的物」之第三人即屬上開民事訴訟法第 401 條第 1 項中段規定所稱「繼受人」，應受本訴訟確定判決效力擴張所及（最高法院 61 年台再字第 186 號民事判例參照）。

(2)惟有學者認為，於訴訟繫屬後（起訴後），當事人將「請求標的物」（而非「訴訟標的本身」）讓與第三人者，其確定判決之「既判力」亦應一律及於訴訟標的物之受讓人，而不再區分所謂「債權請求」與「物權請求」。蓋新法已賦予第三人（受讓人）「事前」或「事後」之程序保障（如訴訟繫屬之職權通知及登記制度、裁定許可承當訴訟制度、第三人撤銷訴訟制度），並設有防止紛爭擴大之相關制度（如訴訟繫屬登記制度），此皆已賦予既判力擴張正當性基礎。此項見解亦值參考。

3.次按，目前多數實務見解認為，不動產之借名登記關係，於借名人終止借名關係後，對出名人有不動產所有權返還請求權，此類請求權性質上屬債之關係，於實質上返還借名人前，出名人仍為該不動產之所有權人（最高法院 109 年度台上字第 81 號民事判決參照，最高法院 106 年第 3 次民事庭會議決議亦同此旨）。又實務上認為「借名登記契約」在性質上應與委任契約同視，得類推適用或適用民法委任之相關規定（最高法院 98 年台上字第 76 號民事判決、99 年度台上字第 1662 號民事判決參照）。基此，借名人得類推適用民法第 549 條第 1 項規定隨時終止借名契約，並於終止後，依民法第 179 條之「不當得利返還請求權」或類推適用民法第 541 條第 2 項規定，請求出名人返還借名登記之財產。

4.於本訴訟，依實務見解所採之「傳統（舊）訴訟標的理論」，訴訟標的為原告甲於訴訟上所主張之「借名登記契約終止後之返還請求權」，即前開民法第 179 條所定「不當得利返還請求權」或「類推適用民法第 541 條第 2 項規定」，性質上均屬債權之請求權，則揆諸前開實務見解，被告乙縱於原告甲起訴後，將系爭 A 地辦妥所有權移轉登記予第三人丙，第三人丙仍非屬前開民事訴訟法第 401 條第 1 項規定之「繼受人」，不受該前訴訟確定判決之「既判力」擴張所及。基此，於本訴訟之判決確定後，關於 A 地所有權移轉登記之請求，丙應不受甲、乙間確定判決之效力所及。

5.結論：依現行實務見解，於本訴訟之判決確定後，關於 A 地所有權移轉登記之請求，丙應不受甲、乙間確定判決之效力所及。

二、甲列乙、丙為被告，於民國（下同）106 年 5 月 15 日起訴，主張：兩造共同承租某中古車賣場，約定 3 人平均繳納每月租金，販售各自所有之中古車，並自負盈虧責任。不料，乙、丙竟趁甲前往中國大陸旅遊期間，於 101 年 5 月 20 日共同盜賣甲所有放置於該賣場內的 A 車，得款新臺幣（下同）250 萬元，乙分得 150 萬元、丙分得 100 萬元。嗣後，甲於同年 5 月 31 日返回賣場清點車輛始察覺上情等語，依共同侵權行為之規定，聲明求為判決命乙、丙連帶賠償甲 250 萬元。乙、丙於訴訟中抗辯：其等於 101 年 5 月 20 日賣出 A 車，甲自承同年 5 月 31 日發現上情，卻遲至 106 年 5 月 15 日始提起本件訴訟，其請求權已罹於消滅時效，甲之請求為無理由等語。甲嗣追加不當得利返還請求權，請求法院擇一判命乙、丙連帶給付 250 萬元。乙、丙同意甲所為追加。試問：

- (一)受訴法院審理結果，若認甲前開主張之事實屬實，惟侵權行為損害賠償請求權已罹於消滅時效，甲請求乙、丙連帶返還不當得利 250 萬元，有無理由？法院應如何裁判？（40 分）
- (二)設乙、丙抗辯：其等倘應負給付義務，因甲尚積欠乙借款 250 萬元未清償，乃當庭向甲為抵銷。若乙對甲之該筆借款債權確屬存在，其所為抵銷意思表示，是否生抵銷之效果？乙就上開借款債權 250 萬元部分，於本件判決確定後，另案起訴請求，是否違反確定判決之既判力？（35 分）

試題評析	第一小題：民法第 197 條第 2 項規定、不當得利之連帶債務、闡明、選擇合併。 第二小題：民法第 339 條規定、抵銷抗辯與既判力之客觀範圍。
考點命中	1.《民事訴訟法考點破解(I)》，高點文化出版，武律師編著，頁 4-26。 2.《民事訴訟法考點破解(II)》，高點文化出版，武律師編著，頁 8-16~8-17；10-30~10-31。

【擬答】

(一)甲請求乙、丙連帶返還不當得利 250 萬元，有無理由？法院應如何裁判？

- 按實務見解認為，民法第 197 條第 2 項規定：「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。」所謂「依關於不當得利之規定」，請求加害人返還其所受之利益，仍須具備不當得利之構成要件。且不當得利制度不在於填補損害，而係返還其依權益歸屬內容不應取得之利益，故依不當得利法則請求返還之範圍，應以受領人所受之利益為度，非以請求人所受損害若干為準（最高法院 111 年度台上字第 2341 號民事判決參照）。申言之，現行法並未肯認應負連帶返還義務之共同不當得利的類型。是故，如以不當得利為請求權之規範基礎，縱使數人基於共同事故而獲得利益，在無法律上原因時，還是各就其實際獲得之利益，負返還義務。對於其他不當得利返還義務人獲得之利益，並無連帶返還的義務。²
- 次按，無權處分他人之物而受有處分該物之價金利益，係違反權益歸屬內容，致該物所有權人受損害，並無法律上之原因，應成立不當得利（侵害所有權之不當得利類型），有最高法院 106 年度台上字第 1162 號民事判決可參。
- 再按，民事訴訟法第 199 條第 1、2 項規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論。（第 1 項）審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。（第 2 項）」。又傳統見解將「闡明」分為「不明瞭之闡明」、「訴訟資料補充之闡明」、「除去不當之闡明」與「新訴訟資料提出之闡明」四種類型。而就「除去不當之闡明」而言，對於是否承認此種類型之闡明義務，過去實務、學說間存有爭議，惟於民國 89 年之民事訴訟法修正後，則多予肯認。例如近期實務見解即認為，當事人所為應受判決事項之聲明（訴之聲明），雖有用語不當之情形，如依其事實上及法律上之陳述，足以推知其真意者，審判長應依上開規定行使闡明權，令其敘明之，不得逕執該不當之用語，而為其不利之判決（最高法院 106 年度台上字第 1663 號民事判決參照）。
- 末按，原告以實體法上之數個權利為其訴訟標的時，倘其聲明單一，並主張二以上不同且相互競合之實體法上請求權，要求法院擇一為其勝訴判決，此乃訴之客觀合併中「選擇合併」（最高法院 93 年度台上字第 988 號民事判決參照）。就「選擇合併」，法院認為其中一訴為有理由者，即得為原告勝訴之

² 黃茂榮，〈論不當得利（一）〉，《植根雜誌》第二十六卷第七期，頁 20。

判決，他訴則無庸為裁判；若認為各訴均無理由，即須駁回原告全部之訴，判決原告敗訴。

5. 於本件，被告乙、丙無權處分甲之A車，除構成共同侵權行為外，乙、丙各自因而受有處分A車之價金利益（乙150萬元、丙100萬元），揆諸前開實務見解，係違反權益歸屬內容，致A車所有權人甲受損害，並無法律上之原因，並應成立不當得利。又受訴法院審理結果，若認甲前開主張之事實屬實，惟侵權行為損害賠償請求權已罹於消滅時效，則因被告乙、丙因該侵權行為受利益，致被害人甲受損害，於該侵權行為損害賠償請求權時效完成後，揆諸前開民法第197條第2項規定，乙、丙仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人甲。
 6. 承上，惟應注意者係，揆諸前開實務見解，被告乙、丙還是各就其實際獲得之利益，負返還義務。對於其他不當得利返還義務人獲得之利益，並無連帶返還之義務。換言之，甲僅得各自向乙、丙請求返還其等實際所獲得之利益（乙150萬元、丙100萬元），而不得請求法院判令乙、丙連帶給付250萬元，則原告甲本件訴之聲明（「請求法院判令乙、丙連帶給付250萬元」）為不當之聲明，法院應依前開民事訴訟法第199條規定為「除去不當之闡明」，曉諭原告甲更正其聲明。如未補正，法院應以判決駁回其連帶給付部分之請求，判令乙、丙各自給付150萬元、100萬元。
 7. 再承上，又於本件，原告甲以實體法上之數個權利（即「侵權行為損害賠償請求權」與「不當得利返還請求權」）為其訴訟標的，而其聲明單一（請求被告乙、丙連帶給付250萬元），並主張該二不同且相互競合之實體法上請求權，並要求法院擇一為其勝訴判決，揆諸前開說明，應屬訴之客觀合併中「選擇合併」，法院如認為該「不當得利返還請求權」之標的為有理由，即得為原告甲勝訴之判決（惟僅得判令乙、丙各自給付150萬元、100萬元，業如前述），他訴（即「侵權行為損害賠償請求權」之標的）則無庸為裁判，併此說明。
 8. 結論：法院應先依民事訴訟法第199條規定為「除去不當之闡明」，曉諭原告甲將其聲明更正為「請求法院判令被告乙、丙各自給付150萬元、100萬元」，如未補正，法院應以判決駁回其連帶給付之請求，判令乙、丙各自給付150萬元、100萬元。另就他訴（即「侵權行為損害賠償請求權」之標的）則無庸為裁判。
- (二) 若乙對甲之該筆借款債權確屬存在，其所為抵銷意思表示，是否生抵銷之效果？乙就上開借款債權250萬元部分，於本件判決確定後，另案起訴請求，是否違反確定判決之既判力？
1. 若乙對甲之該筆借款債權確屬存在，其所為抵銷意思表示，是否生抵銷之效果？
 - (1) 按民法第339條規定：「因故意侵權行為而負擔之債，其債務人不得主張抵銷。」又實務見解明確肯定，**因同一原因事實，而同時生故意侵權行為損害賠償之債務與不當得利返還之債務，此二並存之債務均屬民法第339條所稱之「因侵權行為而負擔之債」之範疇，故債務人不得主張抵銷**。其論證理由為：「按民法第197條第2項規定『不當得利之返還』，尋繹其立法原委，固係考量損害賠償義務人，如因侵權行為而受利益，致被害人蒙受損害時，除使其有侵權行為之請求權外，更應有不當得利之請求權，俾發生不當得利返還請求權與損害賠償請求權之競合，以保護被害人之利益，但該二項法律上性質不同之請求權，訴訟上所據之原因事實應同屬『因侵權行為而負擔之債』之範疇。是該損害賠償義務人如因故意侵權行為而受利益，致被害人受損害時，被害人於侵權行為損害賠償請求權時效完成後，再依上開條項規定以不當得利之請求權而為主張者，自仍有同法第339條『因故意侵權行為而負擔之債，其債務人不得主張抵銷』規定之適用，此觀該條文以『負擔之債』之用語而規範自明。」（最高法院在97年度台上字第2101號民事判決參照，最高法院98年度台上字第200號民事判決亦同此旨）。就此，亦有學者表示，從民法第339條抵銷禁止之規範目的觀之，上開司法實務所持之立場與論證誠值贊同。³
 - (2) 於本件，被告乙、丙因同一原因事實，而同時生故意侵權行為損害賠償之債務與不當得利返還之債務，業如前述，揆諸上開實務、學說見解，此二並存之債務均屬民法第339條所稱之「因侵權行為而負擔之債」之範疇，故債務人乙、丙不得主張抵銷。基此，縱使乙對甲之該筆借款債權確屬存在，其所為抵銷意思表示，仍不生抵銷之效果。
 - (3) 結論：縱使乙對甲之該筆借款債權確屬存在，其所為抵銷意思表示，仍不生抵銷之效果。
 2. 乙就上開借款債權250萬元部分，於本件判決確定後，另案起訴請求，是否違反確定判決之既判力？
 - (1) 按民事訴訟法第400條第2項規定：「**主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力**。」。基此，確定判決既判力之客觀範圍，亦及於判決「理由」中對於「**抵銷抗辯**」（本質

³ 向明恩，〈因故意侵權行為而負擔之債之抵銷禁止〉，《月旦法學教室》第246期，頁9-10。

上屬「攻擊防禦方法」，而非「訴訟標的」之判斷。又本條規定限於「訴訟上抵銷」（於「訴訟中」為抵銷之主張）始有適用，若係於「訴訟外」為抵銷，而於訴訟中為「抵銷後債權消滅」之主張，仍不生既判力。惟應注意者係，學者指出，果若認定抵銷不合法，則縱使自動債權之存在或不存在經法院審理者，亦不會對自動債權發生既判力。⁴

- (2) 於本件，乙就上開借款債權 250 萬元部分，當庭向甲為抵銷，應屬上開「訴訟上抵銷」，惟其所為抵銷意思表示，因違反民法第 339 條規定而不生抵銷之效果，業如前述。則揆諸上開說明，被告乙之抵銷不合法，縱使法院審理確認乙對甲之該筆借款債權（自動債權）存在，亦不會對之發生既判力。基此，乙就上開借款債權 250 萬元部分，於本件判決確定後，另案起訴請求，應未違反確定判決之既判力。
- (3) 結論：乙就上開借款債權 250 萬元部分，於本件判決確定後，另案起訴請求，應未違反確定判決之既判力。

⁴ 姜世明，《民事訴訟法（下冊）》，2014 年 2 月二版一刷，新學林出版股份有限公司出版，頁 291。

《公司法、保險法與證券交易法》

一、A 股份有限公司（下稱 A 公司）從事照明燈具系統之研發與生產，係一家非公開發行公司及非閉鎖性股份有限公司。董事會設有五席董事，由甲、乙、丙、丁及戊擔任，其中甲為董事長，五人同時具有股東身分。A 公司於 4 月 15 日召開董事會（下稱系爭董事會），開會當天，僅有甲一人親自出席，乙、丙二人均委託甲代理出席，會中決議增資發行新股 200 萬股，作為研發新型節能燈具之用，惟 A 公司章程並未規定董事得委託代理人出席董事會。嗣後，於同年 6 月 20 日召開之股東會，則以普通決議通過該議案，A 公司隨即辦理發行新股事宜。又，A 公司章程載明「本公司資本總額定為新臺幣 8,000 萬元整，分為 800 萬股，每股面額新臺幣 10 元，其中未發行股份，授權董事會分次發行」，在系爭董事會及股東會前，A 公司已發行股份總數為 400 萬股，而該次增資發行新股數為 200 萬股，採不公開發行，除員工及原有股東認購 100 萬股外，其餘 100 萬股則由特定人己、庚、辛及壬四人認購，在完成該次增資登記後，A 公司已發行股份總數共計 600 萬股。A 公司在該筆資金到位後，積極投入研發，歷經 6 年時間推出新型節能燈具，深獲市場肯定。

惟在數年後，甲與其他董事對公司未來是否擴廠一事意見對立，甲以外之董事乃結合其他股東，在新一屆董事改選上，選出乙、丙、丁、戊及己為董事。甲對此心生不滿，為報復乙董事等人將其排除於經營團隊外，主張系爭董事會所為增資發行新股之決議無效，有無理由？A 公司得主張何種抗辯理由？又若股東壬起訴主張系爭董事會所為增資發行新股之決議無效，法院是否應為不同之判斷？試詳述理由說明之。（50 分）

試題評析	本題應係著名的 SOGO 案之改編，其涉及幾個爭點： 1. 章程未規定時，董事得否委託代理人出席董事會？ 2. 若董事不得委託代理人出席董事會，則系爭董事會之決議之效力為何？ 3. 縱使得委託代理人出席，若董事會僅一人出席，是否成會？ 4. 作為唯一出席系爭董事會，並作成決議之甲提起確認董事會決議無效之訴，是否為權利濫用違反誠信原則？
考點命中	《113 高點司律二試狂作題班》商事法，張政大出題，第一回相關爭點。

【擬答】

(一) 本件 A 公司之分次發行新股應以董事會之特別決議為之

1. 按「公司章程所定股份總數，得分次發行；同次發行之股份，其發行條件相同者，價格應歸一律。但公開發行股票之公司，其股票發行價格之決定方法，得由證券主管機關另定之。」「公司依第一百五十六條第四項分次發行新股，依本節之規定。」「公司發行新股時，應由董事會以董事三分之二以上之出席，及出席董事過半數同意之決議行之。」「公司法第 156 條第 4 項、第 266 條第 1 項、第 2 項分別定有明文。
2. 由公司法第 156 條第 4 項、第 266 條第 1 項規定可知，在公司章程採取「授權資本制」時，公司採分次發行股份時，於每次發行時仍應適用公司法關於「發行新股」之規定；而依據同法第 266 條第 2 項之規定，發行新股係專屬「董事會」之權限，並應以董事會「特別決議」方式為之。
3. 再按「股份有限公司於章程規定之資本總額內分次發行新股時，除公司法第 240 條另有規定外，依同法第 266 條規定由董事會決議通過，無須另行召開股東臨時會。」「經濟部 71 年 5 月 13 日商 16176 號函著有明文。是以，關於分次發行新股之決議，並無須再經股東會決議，股東會若對此議案作成決議，仍不拘束董事會，合先敘明。

(二) 系爭董事會所為增資發行新股之決議應屬無效

1. 按「董事會開會時，董事應親自出席。但公司章程訂定得由其他董事代理者，不在此限。」「董事委託其他董事代理出席董事會時，應於每次出具委託書，並列舉召集事由之授權範圍。」「前項代理人，以受一人之委託為限。」「公司法第 205 條第 1 項、第 3 項、第 4 項分別定有明文。

2. 經查，A 公司章程中並未規定董事得委託代理人出席董事會，因此公司法第 205 條第 1 項但書之規定自無適用之可能。退步言之，縱使董事得委託代理人出席，依據同條第 4 項之規定，亦僅受一人之委託為限，本件甲同時受乙、丙之委託，亦與前揭規定相違。再者，董事會乃係「會議體」之機關，其權限之行使應以會議之方式行之，經查 A 公司於 4 月 15 日所召開之系爭董事會，僅甲一人出席，就此點來說，一人出席得否成會已有疑義；且依前揭公司法第 266 條第 2 項之規定可知，發行新股之決議應以董事 3 分之 2 以上出席，惟系爭董事會僅有甲一人出席，並未滿足發行新股之決議所要求之出席數，則系爭董事會之發行新股決議即有瑕疵，應歸於無效。

(三) A 公司得抗辯甲提起確認爭董事會所為增資發行新股決議無效之訴違反「誠信原則」

1. 按「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」民法第 148 條定有明文。
2. 經查，系爭董事會作成之發行新股決議，實際上係由甲一人單獨參與，甚而可謂係由甲一人主導作成。而在系爭董事會決議經過 6 年之後，甲又藉詞以 6 年前系爭董事會所作成之發行新股決議係屬無效，藉此報復乙董事等人將其排除於經營團隊外，不僅違反誠信原則下「禁反言」之要求，其權利之行使亦顯係出於損害他人（乙董事等人）為主要目的，實與民法第 148 條所揭示之誠信原則相悖。A 公司應得以上述理由作為抗辯。

(四) 若係由股東王起訴主張系爭董事會所為增資發行新股之決議無效，法院應為不同之判斷

1. 經查，股東王係於系爭董事會所為增資發行新股之決議後所為認購之人，則該發行新股決議之有效與否，將影響股東王是否已合法購得前揭股份此一法律關係之認定，倘若系爭增資發行新股之決議無效，則 A 公司即應退還股東王所繳納之股款，對於股東王而言，本件訴訟具有確認利益，合先敘明。
2. 再者，股東王所提起者，並非撤銷股東會決議之訴，並無公司法第 189 條關於 30 日法定不變期間之限制。
3. 另外，股東王並未參與系爭董事會決議過程，自無如同甲前揭違反誠信原則之疑慮。且依前揭(二)所述，系爭董事會僅由甲一人出席，且作成發行新股決議，亦未滿足公司法第 266 條第 2 項所定董事出席數之規定，是以，系爭董事會之增資發行新股之決議應屬無效，法院就股東王之訴訟，應與前揭甲所提起之訴訟為不同之判斷。

二、甲以自己為被保險人，向 A 保險公司（下稱 A 公司）投保人壽保險附加傷害保險。某日甲開車載其家人乙、丙外出，途中遭違規闖紅燈之戊開車撞及，乙當場死亡，甲受傷送醫，丙幸無大礙。嗣經事故判斷確認，甲起步過早與有過失，過失比例為 20%，戊之過失比例為 80%。甲車毀損嚴重，經認定無法修復。嗣經查明事故時甲車價值為 60 萬元，甲向 B 保險公司（下稱 B 公司）所投保之車體險，保險金額為 30 萬元；戊除向 C 保險公司（下稱 C 公司）投保強制汽車責任險外，並無其他保險。試具明理由回答下列問題：

(一) 就甲車之毀損，B 公司給付 30 萬元後，甲向戊請求損害賠償，B 公司亦向戊行使代位權，各得請求若干？（15 分）

(二) 甲此次受傷，自 A 公司獲得住院日額給付保險金 10 萬元之理賠，試問 A 公司得否向戊或 C 公司主張保險代位？（10 分）

試題評析	本題所涉爭點如次：第一小題，不足額保險下，法定債之移轉之具體數額；第二小題，定額給付之傷害保險有無保險代位規定之適用。
考點命中	第一小題：《保險法解題書》，高點文化出版，張一合律師編撰，頁 7-20～7-23。 第二小題：《保險法解題書》，高點文化出版，張一合律師編撰，頁 7-7～7-8。

【擬答】

(一) 針對甲車毀損，甲得向戊請求損害賠償 30 萬元，B 公司得向戊行使代位權請求 18 萬元

1. 按「被保險人因保險人應負保險責任之損失發生，而對於第三人有損失賠償請求權者，保險人得於給付賠償金額後，代位行使被保險人對於第三人之請求權；但其所請求之數額，以不逾賠償金額為限。」保險法第 53 條第 1 項定有明文。此處所稱之「代位」行使，係為「法定債權移轉」，不待被保險人的權利讓與行為，保險人即得以自己之名義，對於該第三人行使權利。

2. 經查，就甲車毀損部分，甲所受之損失為 60 萬元，惟甲有 20% 之過失，戊有 80% 之過失，故甲得對戊行使之損害賠償請求權為 60 萬元之 80%，即 48 萬元。又甲所投保之車體險保險金額為 30 萬元，係為不足額保險，縱使取得 B 公司給付之 30 萬元，甲尚有 30 萬元之損失尚未被填補。此時 B 公司所得代位行使之範圍為何？學說上即有「絕對理論（保險人優先說）」、「相對理論（比例移轉說）」以及「差額理論（被保險人優先說）」等見解，茲分述如下：

(1) 絕對理論

此見解認為，被保險人之請求權，在保險給付之範圍內，均當然移轉予保險人，剩餘部分之請求權，始保留予被保險人行使。是以，依據此說見解，本小題中，B 公司所給付之保險金額為 30 萬元，故甲對於戊之 48 萬元損害賠償請求債權中之 30 萬元，即當然移轉予 B 公司，甲僅得對戊請求 18 萬元（計算式：48-30=18 單位：萬元）。

(2) 相對理論

此見解認為，被保險人請求權移轉與保險人之範圍，以保險金額與保險價額之比例定之。依此見解，移轉至 B 公司之甲對戊之請求權範圍即為甲對戊之 48 萬元損害賠償請求權乘以保險金額與保險價額之比例，計算所得將為 24 萬元（計算式：48×30/60=24 單位：萬元）。故甲仍得對戊請求 24 萬元。

(3) 差額理論

此見解係以被保險人的損害填補為優先考量，倘若被保險人之損害尚未獲得完全填補，則就尚未獲得填補之請求權，並不移轉於保險人，學理上又稱為被保險人的「限額優先權」。依此見解，因甲僅取得 B 公司給付之 30 萬元保險金，尚有 30 萬元之損失尚未被填補，故甲對於戊之損害賠償請求權 48 萬元，應僅移轉其中 18 萬元予 B 公司（計算式：48-30=18 單位：萬元）。故甲仍得對戊請求 30 萬元。

3. 由於保險代位之功能並非在限制或剝奪被保險人之權利，而是在防止重複賠償。是以，倘若依據絕對理論或相對理論，都將會導致被保險人之損失無法全額填補，故上述見解應僅有差額理論可採。基此，依據前揭對於差額理論之適用，甲對戊之損害賠償請求權僅移轉其中 18 萬元，此部分得由 B 公司代位行使，其餘部分則仍得由甲向戊請求之。

(二) 定額給付之傷害保險並無保險代位規定之適用，故 A 公司不得向戊或 C 公司主張保險代位

1. 「人壽保險之保險人，不得代位行使要保人或受益人因保險事故所生對於第三人之請求權。」「第一百零二條至第一百零五條、第一百零七條、第一百零七條之一、第一百十條至第一百十六條、第一百二十三條、第一百二十四條及第一百二十五條第二項，於傷害保險準用之。」保險法第 103 條、第 135 條分別定有明文。

2. 「保險代位」乃係利得禁止原則之下位制度之一，主要作用是於保險事故發生後，避免被保險人自保險及其他賠償制度重複獲得賠償。蓋保險制度僅係為填補被保險人於保險事故發生時所生之損害，而不能成為獲取額外利益之工具，對於被保險人負賠償責任之第三人，絕不當然因被保險人已受保險之保護，即得免除其賠償責任。

3. 惟利得禁止原則僅存在於「損失填補保險」，關於「定額給付保險」原則上並無適用，蓋「定額給付保險」之給付基礎並非填補被保險人於保險事故發生時經濟上所受的損害，而係以約定方式給付保險金，無從判斷被保險人是否獲致大於實際損害的利得之故。是以，現行保險法第 103 條以及 135 條之規定，均明文排除「保險代位」於人壽保險與傷害保險之適用。

4. 經查，甲此次受傷，自 A 公司獲得住院日額給付保險金 10 萬元之理賠，係源自於定額給付之傷害保險契約，依據前揭保險法第 135 條準用 103 條之規定，傷害保險亦無「保險代位」之適用，故 A 公司不得向戊或 C 公司主張保險代位。

三、公司資產總值達數百億元之 A 上市公司（下稱 A 公司）共有 7 名董事，其中獨立董事 3 席，分別由甲、乙、丙擔任，由丙擔任審計委員會之召集人，另 4 席為普通董事，分別由丁、戊、己、庚擔任，丁為董事長。A 公司因應業務發展，欲購買位於高雄市之辦公大樓作為公司的南臺灣總部。得知此事後，甲即表達出售其擁有之一棟價值達新臺幣十餘億元之辦公大樓予 A 公司之意願。A 公司正研商是否與甲進行交易。

請問此一交易之作成，須否應經過 A 公司審計委員會及董事會的同意？若乙於審計委員會反對該交易，審計委員會是否能合法通過該交易之決議？又若 A 公司擬與甲簽訂該辦公大樓之

買賣契約，應由何人代表 A 公司？（25 分）

試題評析	本題涉及下述幾個爭點： 1. 董事自我交易是否應經審計委員會以及董事會之同意？ 2. 審計委員會之決議方式？ 3. 上市公司設有審計委員會者，關於獨立董事自我交易，應由何人代表？
考點命中	《113 高點司律二試狂作題班》商事法，張政大出題，第一回、第二回相關爭點。

【擬答】

(一) 系爭交易涉及董事自身利害關係之事項，應經審計委員會及董事會之同意

1. 按「已依本法發行股票之公司設置審計委員會者，下列事項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，不適用第十四條之三規定：……四、涉及董事自身利害關係之事項。」「前項各款事項除第十款外，如未經審計委員會全體成員二分之一以上同意者，得由全體董事三分之二以上同意行之，不受前項規定之限制，並應於董事會議事錄載明審計委員會之決議。」「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。」證券交易法第 14 條之 5 第 1 項第 4 款、第 2 項、第 3 項分別定有明文。

2. 甲既為 A 公司之董事，並其欲將其所有之辦公大樓出售予 A 公司，自屬前揭證券交易法第 14 條之 5 第 1 項第 4 款所稱「涉及董事自身利害關係之事項」，原則上應經審計委員會全體成員 2 分之 1 以上同意，並提董事會決議。例外則得依據同條第 2 項、第 3 項之規定，由全體董事 3 分之 2 以上同意行之。

(二) 倘若乙反對該交易，則審計委員會無法通過該交易之決議，應由全體董事 3 分之 2 以上同意行之

1. 按「審計委員會之獨立董事成員對於會議事項，與其自身有利害關係者，應說明其利害關係之重要內容，如有害於公司利益之虞時，不得加入討論及表決，且討論及表決時應予迴避，並不得代理其他獨立董事成員行使其表決權。」公開發行公司審計委員會行使職權辦法第 9 條定有明文。

2. 經查，獨立董事甲乃係系爭交易案之利害關係人，依據前揭公開發行公司審計委員會行使職權辦法第 9 條之規定，自應於表決時予以迴避，合先敘明。再按前揭證券交易法第 14 條之 5 第 1 項第 4 款之規定，獨立董事甲與 A 公司之交易應經審計委員會全體成員 2 分之 1 以上同意，並提董事會決議。倘若乙反對該交易，而甲又不得參與表決，自不可能取得「審計委員會全體成員 2 分之 1 以上同意」。

3. 於此情形，若 A 公司仍有意進行系爭交易，即應依據證券交易法第 14 條之 5 第 2 項之規定，由全體董事 3 分之 2 以上同意行之。

(三) 關於獨立董事甲之自我交易應由審計委員會代表之

1. 按「董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。」「公司設置審計委員會者，本法、公司法及其他法律對於監察人之規定，於審計委員會準用之。」公司法第 223 條、證交法第 14 條之 4 第 3 項分別定有明文。再按現行證交法第 14 條之 4 第 4 項關於公司法若干規定於獨立董事成員準用之部分，已刪除公司法第 223 條之規定。換言之，有關於設有審計委員會之公開發行股份有限公司，其董事自我交易之代表權，已從過往可能由單獨之獨立董事進行代表之方式，變更為全由「審計委員會」代表之。

2. 惟有論者曾指出，從公司法第 223 條之立法意旨觀之，係為防範董事長可能礙於董事之間同事情誼，致有犧牲公司利益之虞，從而涉及任何董事與公司之交易，改由監察人為公司代表；若是當獨立董事涉及自我交易仍由其它獨立董事或審計委員會代表公司，應亦會有當初公司法第 223 條所疑慮因同事情誼之利益衝突情況出現。又審計委員會取代監察人行使監督職權，故審計委員會之獨立董事性質上具有監察人性質，而當監察人與公司進行交易，本仍由董事長代表公司，從而當審計委員會之獨立董事與公司交易時，似應由董事長代表公司較符合公司代表權之相關法制設計理念，惟若如此將違反證交法第 14 條之 4 第 3 項準用公司法第 223 條的明文規定。

3. 綜上所述，本案係獨立董事甲與 A 公司間之自我交易，依據現行法，似乎仍應由審計委員會代表公司而為交易為妥。

《智慧財產法》

一、甲為發明專利 P 之專利權人，專利 P 為物品專利，其請求項 C₁ 由三要件 X、Y 及 Z 所構成。專利 P 之專利說明書揭露之實施例僅有 A 物，A 物之製造乃是實施 X、Y 及 Z₁ 等三個要件，而 Z₁ 要件為 Z 要件之下位要件，依發明所屬技術領域中具有通常知識者於專利 P 申請日之解釋，Z₁ 要件歸攝於 Z 要件之解釋範圍。乙明知專利 P 業已由經濟部智慧財產局核准，依法公告給予發明專利權在案，卻未經甲同意而實施專利 P 之請求項 C₁ 相關內容，於市場上產銷 F 物。而 F 物之製造是實施 X、Y 及 Z₂ 等三個要件。甲認為 Z₂ 要件亦為 Z 要件之下位要件，依發明所屬技術領域中具有通常知識者於專利 P 申請日之解釋，Z 要件解釋範圍應包括 Z₂ 要件，遂於智慧財產及商業法院向乙提起專利侵權之民事訴訟，主張 F 物之製造與販賣侵害 P 之專利權，構成文義侵害。試附具法律理由分別回答下列各項問題：

- (一) 若前述訴訟中，乙認為專利 P 之說明書實施例中僅揭露 A 物之製造，而 A 物之製造乃是實施 X、Y 及 Z₁ 等要件，並未揭露實施 X、Y 及 Z₂ 等要件所製造之 F 物，故 F 物之產銷不應構成文義侵害，以之為抗辯。請試述文義侵害之意義，並論析前述抗辯是否合法？（15 分）
- (二) 若前述訴訟中，甲主張 Z 要件解釋範圍應包括 Z₂ 要件，係基於專利 P 請求項 C₁ 文字及專利說明書所揭露資訊等證據來源，但乙參閱專利 P 相關權威工具書，發現該書載明 Z 要件於專利 P 申請日之解釋不應包括 Z₂ 要件，故 F 物之產銷不應構成文義侵害，以之為抗辯。請問該抗辯是否合法？（15 分）

試題評析	本題難得考出專利侵權之判斷，惟僅限於請求項的文義讀取以及文義侵害的解釋方法，以過往甚少出現專利侵權的考題趨勢來看，本題是比較細的考點，但至少能寫出文義侵害的解釋。
考點命中	《高點二試判解文章班-智慧財產權法講義》第一回，伊台大編撰，頁 107~108。

【擬答】

(一) 文義侵害之解釋包含對應技術特徵的下位概念技術特徵，乙之抗辯無理由

- 專利侵權之判斷流程，主要分為兩個步驟，第一步驟係解釋請求項，第二步驟係分別解析系爭專利之解釋後請求項的技術特徵及被控侵權對象對應之技術內容，再分別進行比對，判斷被控侵權對象是否構成侵權，首先需：判斷被控侵權對象是否符合「文義讀取」：若符合「文義讀取」，應判斷被控侵權對象構成文義侵權。若不符合「文義讀取」，而專利權人主張適用「均等論」時，再判斷被控侵權對象是否適用「均等論」。
- 「文義侵害」之判斷，應將系爭專利之請求項的每一技術特徵與被控侵權對象之對應元件、成分、步驟或其間之關係等，分別進行比對，若各別對應之技術特徵均相同，則被控侵權對象符合「文義侵害」。反之，若被控侵權對象欠缺解釋後的系爭專利之請求項的任一技術特徵，或有任一對應之技術特徵不相同，則不符合「文義侵害」。
- 另查，實施方式或實施例僅是申請人所認為實現發明之較佳方式或具體例示，於解釋請求項時，不得將請求項內容僅解釋為說明書或圖式記載之具體實施方式或實施例。而被控侵權對象的技術特徵為系爭專利之請求項對應技術特徵的下位概念技術特徵，亦構成文義侵害。
- 本件 P 專利之技術特徵為 X、Y、Z，雖甲提出之實施例為 X、Y 及 Z₁，未揭露實施 X、Y、Z₂ 之物，但仍應依照 X、Y、Z 解釋申請專利範圍，又 Z₂ 要件亦為 Z 要件之下位要件，故乙之抗辯不合法，仍構成文義侵害。

(二) 乙之抗辯有理由，說明如下：

- 依專利法第 58 條第 4 項規定：「發明專利權範圍，以申請專利範圍為準，於解釋申請專利範圍時，並得審酌說明書及圖式。」解釋上，我國就請求項的解釋採折衷主義，得審酌說明書及圖式所載內容，判斷請求項之範圍。
- 解釋請求項，其目的在於正確解釋請求項之文字意義以確認請求項界定之範圍，對請求項作出解釋的主體，應當是該發明所屬技術領域中具有通常知識者。該發明所屬技術領域中具有通常知識者，係一

虛擬之人，指具有申請時該發明所屬技術領域之一般知識及普通技能之人，且能理解、利用先前技術。「一般知識」，指該發明所屬技術領域中已知的知識，包括習知或普遍使用的資訊以及教科書或工具書內所載之資訊，或從經驗法則所瞭解的事項。對於請求項之記載有疑義而須釐清時，應考量說明書、申請專利範圍、圖式及申請歷史檔案等內部證據，若仍有疑義時，應另考量專業字典、辭典、工具書、教科書、百科全書及專家證詞等外部證據。

3. 本題，乙參閱專利 P 相關權威工具書，發現該書載明 Z 要件於專利 P 申請日之解釋不應包括 Z₁ 要件。則該發明所屬技術領域中具有通常知識者，於申請日之一般知識，即參酌該權威工具書中所記載之內容，對於該請求項 Z 要件之認知，不包括 Z₁ 要件，則解釋上，Z₁ 要件應排除於 Z 要件之外。乙之抗辯有理由。

二、甲創作科幻小說 A，目前已發行紙本，正與出版商乙洽談數位電子書之授權。出版商丙為建構數位圖書館，未經甲同意將 A 小說製成電子書，並將電子書上傳至數位圖書館之伺服器儲存，公眾除可免費線上閱讀外，更可付費下載全書。甲知悉出版商丙之前述行為，遂於智慧財產及商業法院向出版商丙提起著作財產權之侵權訴訟，而訴訟中出版商丙認為將 A 小說製成電子書是技術上重要突破與經濟加值，且數位圖書館之建構係為服務公眾，並加速圖書數位化利用的發展，故以著作權法第 65 條所規定之「其他合理使用」作為侵權抗辯。試問：該抗辯是否合法，請附具理由論述之。(30 分)

試題評析	本件主要考點為概括性合理使用之論述，難度不高，總之不是冠上數位化、公眾流通、公共利益這些字眼就能主張合理使用。
考點命中	《智慧財產權法爭點解讀》，高點文化出版，伊律師編著，頁 1-144~1-147。

【擬答】

(一) 丙將 A 小說製成電子書之行為構成重製，將該電子書上傳至數位圖書館之行為構成公開傳輸

- 依著作權法第 3 條第 1 項第 5 款、第 10 款分別規定：「五、重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」「十、公開傳輸：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。」
- 本件丙未經甲之同意將 A 小說製成電子書，且公眾可取得全部內容，係將原先實體的書籍轉換成數位格式，惟仍得讓使用者得感知、接觸甲之著作的全部，係對於甲之 A 小說的全部重製行為。另丙將 A 小說上傳至數位圖書館，公眾除可免費線上閱讀外，更可付費下載全書，丙此行為除重製外，更係將 A 小說置於公共可隨時依其選定之時間地點，接收 A 小說之全部內容之環境，構成公開傳輸。

(二) 丙不得主張合理使用

- 依著作權法第 65 條第 2 項規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條所定之合理範圍或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」為概括性合理使用之規定，除綜合四款要素判斷外，仍應審酌一切情狀，個案認定是否構成合理使用。
- 本件丙將 A 小說製成電子書，使公眾除可免費線上閱讀外，更可付費下載全書，以下分別就四要素論之：
 - (1) 利用之目的及性質：丙提供 A 小說付費下載，應屬商業性、營利性之使用。
 - (2) 著作之性質：A 小說為科幻小說，不具備應對公眾提供之公益性。
 - (3) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例：丙係重製、利用 A 小說之全部，利用比例為百分之百。
 - (4) 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響：A 小說本為紙本銷售，且正與另一出版商洽談電子書授權，故丙之行為將取代 A 小說之紙本書籍市場、以及數位出版之潛在市場。
- 另丙雖抗辯其將 A 小說製成電子書是技術上重要突破與經濟加值，且數位圖書館之建構係為服務公眾，並加速圖書數位化利用的發展，惟綜合以上要素論之，實難認為本件有構成合理使用之空間，丙之抗辯並不可採。

(三) 綜上所述，丙之行為為侵害甲之重製權及公開傳輸權。

三、甲以古早店鋪為背景之「X 青青草茶」商標（下稱系爭商標）圖樣申請商標註冊，其中「X（地名）、青草茶」不在專用之列，指定使用於商品類別第 32 類商品或服務為「青草植物茶、青草植物茶包、青草飲料、青草茶」及第 43 類商品或服務為「青草飲料店」，並獲商標註冊在案。乙則以「青青」二字作為商號名稱，並加入 Y 家字樣之朱紅印記及綠豆、茶葉與「Ching」英文字樣，經 Z 縣政府核准設立登記在案，在 Z 縣開設「青青」商號，並在包裝、菜單、網路資訊推出各類「青青」茶飲，使用到系爭商標「青青」圖樣，且系爭商號所提供之商品類別，係為一般茶飲（綠茶、烏龍茶、青茶等）、口感茶飲（蘆薈、寒天）、熱飲（柚子茶、紅豆紫米奶茶）、奶類茶品（奶茶、阿華田）、冰果飲（甘蔗青茶、綠豆冰沙）。

甲主張：伊在系爭「青青」商標專用期間，係前來 X 地方旅遊之觀光客必到之消費點，具有一定知名度，已成為青草茶中之著名商標。且乙明知「青青」青草茶為甲首創之商標，惡意抄襲系爭商標之「青青」二字，經營地址設於 Z 縣「青青」商號，並在包裝、菜單、網路資訊推出各類「青青」茶飲，使用到系爭商標「青青」圖樣，足以讓消費者誤認乙之青青茶飲係來自於甲或關係企業、或加盟關係或互為投資之股東足以致相關消費者產生混淆誤認之虞，已構成商標權之侵害。乙則辯稱：系爭「青青」商號係依當地民俗傳統算命師提供五項名稱中，選擇「青青」為商號名稱，且其開業至今，從未聽聞過甲之系爭商標名稱，嗣於 113 年 1 月間，收受甲委託律師來函，始知悉系爭商標存在，其並無侵害系爭商標權之惡意。又系爭商標在 Youtube 影片觀看次數低，每年觀看該影片次數僅為 21 人至 635 人之流量，換算為每日僅 0 人至 1.7 人觸及流量。此外，以「全臺灣有名青草茶店」為關鍵字，在搜尋引擎 Google 搜尋，系爭商標並不易查找到，且以「青青」搜尋，乙之 Y 家茶飲處於第 3 名，反而甲之系爭商標與店家，標示「X 青青草茶」者，僅有 20 則評論及 Line 熱點評有 5 篇，樣本數少，未排入搜尋主題名單，並甲使用系爭商標在其發源地 X，既無其他分店，亦無商標成功執行權利之紀錄，且不曾有行政或司法機關認定為著名，是系爭商標並非著名商標。

請就系爭商標是否構成著名商標，以及系爭商標與商號名稱是否發生混淆誤認之虞，詳加評述甲之主張與乙之答辯，何者有理由？（40 分）

試題評析	本題考著名商標之判斷，商號是否構成商標使用、商標使用之要件、混淆誤認之虞的判斷，均屬合理準備範圍。
考點命中	《高點二試判解文章班-智慧財產權法講義》第一回，伊台大編撰，頁 58~60。

【擬答】

(一)系爭商標應不構成著名商標

- 依商標法第 70 條第 2 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：……二、明知為他人著名之註冊商標，而以該著名商標中之文字作為自己公司、商號、團體、網域或其他表彰營業主體之名稱，有致相關消費者混淆誤認之虞或減損該商標之識別性或信譽之虞者。」本條適用以系爭商標為「著名」商標為前提，以下說明之。
- 「著名」商標之認定，即廣為國內相關消費者普遍認知，應以國內相關事業或消費者之認知為準，係因該商標在國內廣泛使用之結果，實務上認定商標著名之程度，應檢送該商標於國內使用的相關證據，其參酌因素包括：商標識別性之強弱、相關事業或消費者知悉或認識商標之程度、商標使用期間、範圍及地域等要素。
- 系爭商標在 Youtube 影片觀看次數低，以「全臺灣有名青草茶店」為關鍵字，在搜尋引擎 Google 搜尋，系爭商標並不易查找到，且以「青青」搜尋，甲之系爭商標與店家，標示「X 青青草茶」者，僅有 20 則評論及 Line 熱點評有 5 篇，樣本數少，未排入搜尋主題名單，並甲使用系爭商標在其發源地 X，既無其他分店，亦無商標成功執行權利之紀錄，且不曾有行政或司法機關認定為著名等情，難以認定系爭商標已廣為國內相關消費者普遍認知，未達著名程度，不構成著名商標。

(二)系爭商標與商號全稱不構成混淆誤認，惟依照乙使用「青青」之方式，與系爭商標構成混淆誤認之虞

- 依商標法第 68 條第 1 項第 3 款規定：「未得商標權人同意，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。」本件

乙是否侵害甲之商標權，應視乙是否有商標使用，且其商標使用與甲之系爭商標是否構成混淆誤認之虞。

2. 乙構成商標使用

(1) 依商標法（下稱本法）第 5 條規定，商標之使用，即以行銷為目的，將商標用於商品、包裝容器等與商品、服務相關之物品，或販賣、陳列、製造該等物品。蓋商標為表彰商品或服務來源之標識，故如未將該標識以表彰商品或服務來源之方法為使用，則該標識僅為單純的文字、圖樣、聲音、顏色，而不具商標功能，故「商標使用」之實質內涵皆應就交易過程中，其使用客觀上是否足以使消費者認識該商標、具有積極的使用行為、主觀上有行銷商品或服務之目的加以判斷；實務上多以：主觀上是否有行銷該標示商標商品之目的，且在客觀上有無使相關消費者得藉此將使用人所欲行銷之商品與他人之商品相區別之結果綜合判斷之。。

(2) 乙則以「清青」二字作為商號名稱，在 Z 縣開設「清青」商號，並在包裝、菜單、網路資訊推出各類「清青」茶飲，使用到系爭商標「清青」圖樣，倘乙僅使用「清青」作為商號名稱之全稱使用，則不構成商標使用，惟本件乙使用「清青」圖樣在包裝、菜單、網路資訊等與行銷有關之物品，屬於表彰商品或服務來源之方法為使用，客觀上足以使消費者認識為商標，構成商標使用。

3. 乙之商標使用與甲之系爭商標構成混淆誤認之虞

(1) 就混淆誤認之虞的判斷，智慧財產局於商標註冊實務上，就混淆誤認之虞審查基準，詳列八點判斷要素：① 商標識別性之強弱 ② 商標是否近似暨其近似之程度 ③ 商品/服務是否類似暨其類似之程度 ④ 先權利人多角化經營之情形 ⑤ 實際混淆誤認之情事 ⑥ 相關消費者對各商標熟悉之程度 ⑦ 系爭商標之申請人是否善意 ⑧ 其他混淆誤認之因素。以下分別先就乙使用清青商標圖樣是否構成近似、使用之商品服務是否構成類似加以說明。

(2) 商標近似之意義係指二商標予人之整體印象有其相近之處，若其標示在相同或類似的商品/服務上時，具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意，可能會誤認二商品/服務來自同一來源或誤認雖不同來源但有所關聯。其觀察方式可分為整體觀察、主要部分觀察、異時異地隔離觀察。整體觀察需注意商標非割裂為各部分分別呈現。本件甲系爭商標是由以古早店鋪為背景之「X 清青青草茶」商標（下稱系爭商標）圖樣申請商標註冊，其中「X（地名）、青草茶」不在專用之列，故系爭商標主要部分為該古早店鋪圖樣及「清青」之文字，而乙使用到系爭商標「清青」圖樣，就主要部分觀察、異時異地隔離觀察，應足認兩者就外觀、讀音、觀念上構成近似。

(3) 商品類似之意義係指二個不同的商品，在功能、材料、產製者或其他因素上具有共同或關聯之處，如果標上相同或近似的商標，依一般社會通念及市場交易情形，易使商品消費者誤認其為來自相同或雖不相同但有關聯之來源。本件系爭商標註冊類別為「青草植物茶、青草植物茶包、青草飲料、青草茶」，乙則將「清青」圖樣用於一般茶飲（綠茶、烏龍茶、青茶等）、口感茶飲（蘆薈、寒天）、熱飲等商品，其功能、材料、產製者均有共同或關聯之處，依市場交易情形，兩者間極有可能來自相同產製來源，其商品服務構成類似。

(4) 就其他先權利人多角化經營之情形、實際混淆誤認之情事、相關消費者對各商標熟悉之程度、系爭商標之申請人是否善意、其他混淆誤認之因素要素之判斷，亦難以對乙為有利之認定，足徵乙之商標使用有使相關消費者混淆誤認之虞。

4. 綜上所述，乙使用「清青」之方式，與系爭商標構成混淆誤認之虞，侵害甲之商標權。

《勞動社會法》

一、勞工甲、乙皆為女性，民國（下同）111 年 1 月起任職於 A 航空股份有限公司（下稱 A 公司）擔任空服員，並都是 A 公司企業工會（下稱 B 工會）之會員。A 公司與 B 工會簽訂之團體協約於 113 年 1 月 1 日開始施行，其中有規定：「B 工會原則上不同意 A 公司使 B 工會之女性會員於夜間工作，A 公司若有使 B 工會女性會員於夜間工作之需求，須另取得 B 工會之同意」。

(一)甲為單身主義者，熱愛空服員工作，尤其喜愛在「紅眼班機」（在深夜至凌晨時段飛行，並於翌日清晨至早上抵達目的地之班機）執行工作。113 年 1 月起，A 公司每個月皆有安排甲在紅眼班機上執行工作，但從未徵求 B 工會之同意。請問 A 公司使甲於夜間工作，是否合法？（15 分）

(二)乙在進入 A 公司服務時即已結婚，113 年 3 月乙發現自己懷孕後立即告知 A 公司，並表示其身體狀況良好，希望在其懷孕滿 7 個月前，A 公司能繼續安排其在夜間工作。A 公司基於保護懷孕空服員與其胎兒健康與安全之立場，原則上不會安排懷孕空服員於夜間工作。113 年 7 月間，原先排夜班飛行的空服員丙因急性盲腸炎，緊急住院開刀，A 公司在徵得乙之同意，並確認其身體狀況無慮後，由乙代丙夜間工作。請問 A 公司在前述情況下，使乙於夜間工作，是否合法？（15 分）

試題評析	本題以勞動基準法第 49 條及釋字第 807 號解釋為命題，請同學特別注意釋字第 807 號解釋僅宣告本法第 49 條第 1 項違憲，其餘各項仍然有效。
考點命中	《高點勞動及社會法講義》第二回，薛政大編撰，頁 37~41。

【擬答】

勞動基準法(下稱本法)第 49 條規範女性夜間工作之限制，然而經釋字第 807 號解釋宣告本法第 49 條第 1 項違憲，謹依前開解釋意旨，說明如下：

(一)A 公司與 B 工會簽屬之團體協約之約定，限制甲夜間工作並不合法：

- 1.本法第 49 條第 1 項原規定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」經釋字第 807 號解釋認定該條項違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。然而，依前開解釋意旨，並非使女性員工夜間工作毫無限制，而是基於員工健康與性別平等之考量，夜間工作應一視同仁，不能僅限女性勞工而形成差別待遇。
- 2.然而，A 公司與 B 公司簽訂團體協約於 113 年 1 月 1 日開始施行，其中約定：「B 工會原則上不同意 A 公司使 B 工會之女性會員於夜間工作，A 公司若有使 B 工會女性會員於夜間工作之需求，須另取得 B 工會之同意」，此約定對 A 公司仍有拘束力，以致未經 B 工會同意前，A 公司能否讓甲夜間工作？仍有疑義。
- 3.參酌釋字第 807 號解釋理由謂：「雇主對勞工工作時間之指示而言，工會或勞資會議之同意程序，通常固具有維護勞工權益之重要功能，避免弱勢之個別勞工承受雇主不合理之工作指示而蒙受生命身體健康之危害。然而，女性勞工是否適於從事夜間工作，往往有個人意願與條件之個別差異，究竟何種情形屬女性勞工應受維護之權益，本難一概而論，未必適宜全由工會或勞資會議代表代事業單位所有女性勞工而為決定。況各種事業單位之工會組成結構與實際運作極為複雜多樣，工會成員之性別比例亦相當分歧，其就雇主得否使女性勞工於夜間工作所為之決定，是否具有得以取代個別女性勞工之意願而為同意或不同意之正當性，實非無疑。基此，系爭規定以工會或勞資會議同意作為解除雇主不得使女性勞工於夜間工作之管制之程序要件，此一手段與系爭規定目的之達成間，亦難謂存有實質關聯。」
- 4.是以，女性勞工是否適於從事夜間工作，往往有個人意願與條件之個別差異，且工會組成結構複雜多樣，自不宜由工會代甲為決定，從而 A 公司與 B 工會簽屬之團體協約之約定，限制甲夜間工作並不合法。

(二)A 公司雖徵得乙之同意，但因乙已懷孕 4 個月，仍不宜讓乙於夜間工作：

- 1.按本法第 49 條第 3 項至第 5 項規定：「女工因健康或其他正當理由，不能於午後十時至翌晨六時之時間內工作者，雇主不得強制其工作。第一項規定，於因天災、事變或突發事件，雇主必須使女工於午後十時至翌晨六時之時間內工作時，不適用之。第一項但書及前項規定，於妊娠或哺乳期間之女工，不適用之。」
- 2.經查，丙急性盲腸炎，緊急住院開刀，無法執行飛行任務，屬於突發事件，A 公司雖徵得乙之同意，但乙當時已懷孕 4 個月，依本法第 49 條第 5 項規定，仍不宜使乙於夜間工作，以落實憲法定母性保護之精神。

二、A 醫院內設有行政單位、醫療單位、醫療支援單位與兩個特設醫療中心，其員工成立 B 企業工會，組織範圍為 A 醫院含所有單位，但會員事實上僅有醫療支援單位、一特設醫療中心之同仁。B 企業工會之部分會員，並與醫療單位之員工，另行加入 A 醫院所屬醫療法人關係企業為組織範圍之 C 企業工會，另 A 醫院行政單位暨其他單位部分員工（其中亦有 B、C 企業工會之會員），同時加入 D 醫療產業工會。A 醫院欲延長行政單位員工之工作時間，依據勞動基準法第 32 條第 1 項規定，發函請求 B 企業工會同意未果，轉向 D 產業工會請求而獲其同意。隨後，A 醫院與 C 企業工會進行協商，雙方達成共識，締結團體協約，明定「A 醫院勞資會議勞方代表，由 C 企業工會指派」。針對前述 D 產業工會之同意延長工作、以及 A 與 C 間簽訂之團體協約，B 企業工會均表反對，主張兩者均屬違法而侵害其權益，B 企業工會遂以「A 醫院前述二行為侵害其團結權」為由，向勞動部不當勞動行為裁決委員會申請裁決。約莫同時，B 企業工會並以「A 醫院應就前述二行為公開致歉」、「A 醫院董事會一席董事應由 B 企業工會推派」、「A 醫院勞資會議勞方代表應全由 B 企業工會推派」、「B 企業工會所屬會員應加薪 5%」為請求事項，向地方勞工主管機關申請調解，調解會議中並口頭表明「如請求調解事項未獲資方同意、調解不成立、將逕行舉辦罷工投票」，A 醫院代表遂於調解會議中同時提出「增加請求調解事項」，提出一份「必要服務條款草案」，其中載明禁止參加罷工之 B 企業工會會員名單。後調解不成立，B 企業工會舉辦罷工投票，獲過半數會員通過，A 醫院同日發布新聞稿，以「雙方未約定必要服務條款」為由，主張罷工應屬違法、罷工投票不生效力，B 企業工會不加理會，通知會員翌日開啟罷工，責令全體必須加入並拒絕工作。請分析下列爭點，並做法律效果之判斷。

(一)B 企業工會發動之罷工，是否合法？（20 分）

(二)B 企業工會主張 A 醫院之不當勞動行為，是否成立？（10 分）

試題評析	本題以數工會同時存在為背景，討論罷工之合法性與不動勞動行為之要件。
考點命中	1.《高點勞動及社會法講義》第三回，薛政大編撰，頁 37～38。 2.《高點勞動社會法總複習講義》，薛政大編撰，頁 28～31。

【擬答】

(一)B 企業工會發動之罷工是否合法，應就其罷工程序、罷工議題與必要服務條款分別分析如下：

- 1.按勞資爭議處理法(下稱本法)第 54 條第 1 項規定：「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。」依題示情形，B 企業工會舉辦罷工投票，獲過半數會員通過，應已符合前開規定。
- 2.再者，依本法第 53 條第 1 項規定：「勞資爭議，非經調解不成立，不得為爭議行為；權利事項之勞資爭議，不得罷工。」依題示情形，B 企業工會係以「A 醫院應就前述二行為公開致歉」、「A 醫院董事會一席董事應由 B 企業工會推派」、「A 醫院勞資會議勞方代表應全由 B 企業工會推派」以及「B 企業工會所屬會員應加薪 5%」為請求事項，姑且不論是否符合其他法令規定(如公司法)，但就 B 工會提出之議題，並非權利事項，A 醫院亦有協商之義務，B 企業工會主張之罷工議題，尚難調為不合法。
- 3.續按，本法第 54 條第 3 項規定：「下列影響大眾生命安全、國家安全或重大公共利益之事業，勞資雙方應約定必要服務條款，工會始得宣告罷工：三、醫院。」同條第 4 項復規定：「前項必要服務條款，事業單位應於約定後，即送目的事業主管機關備查。」其立法意旨謂：「為避免勞工行使罷工權對於大

眾生命安全、國家安全或重大公共利益造成重大影響，爰於第三項規範一定事業之勞資雙方應約定必要服務條款，工會始得宣告罷工。如無法約定者，其調整事項之勞資爭議，於修正條文第二十五條規定適用一方向中央主管機關申請交付仲裁之規定，以為救濟。又第四項明定該必要服務條款，事業單位應送目的事業主管機關備查，使主管機關得有足夠時間因應準備避免造成社會大眾之嚴重不便。」依題示情形，A 醫院為本法第 54 條第 3 項第 3 款所訂行業，依法於罷工前應約定必要服務條款，工會始得宣告罷工，並送目的事業主管機關備查。然而，B 企業工會與 A 醫院並未約定必要服務條款，更遑論送目的事業主管機關備查，顯已違背本法第 54 條第 3 項之規定。

4. 綜上所述，B 企業工會之罷工，雖符合罷工之投票表決程序，然而違背本法第 54 條第 3 項之規定，罷工應不合法。

(二) B 企業工會主張 A 醫院侵害其團結權，主要事實為：1. 由 D 產業工會依勞動基準法第 32 條第 1 項之規定同意延長工作時間；以及 2. A 醫院與 C 工會間簽訂團體協約，約定「A 醫院勞資會議勞方代表，由 C 企業工會指派」。B 企業工會似主張 A 醫院違反工會法第 35 條第 1 項第 5 款：「不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動。」之不當勞動行為。惟查：

1. 企業經營而同時有數工會存在時，雇主應平等對待，不得有差別待遇。如有差別待遇，將影響特定工會之發展，則有可能構成違反工會法第 35 條第 1 項第 5 款：「不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動。」之不當勞動行為。

2. 按勞動基準法第 32 條第 1 項規定：「雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將工作時間延長之。」之所以要求須經工會同意，乃為避免個別勞工無能力拒絕雇主要求而設之規定。從而該規定所稱之「工會」雖不限於企業工會，但必以具有代表性之工會為主。

3. 經查，A 醫院同時存有 B 企業工會、C 工會與 D 產業工會，雖然 B 企業工會為企業工會，但其成員僅有醫療支援單位、一特設醫療中心之同仁，不足以涵蓋 A 醫院全體員工，難謂其具有足夠的代表性。

反而是 C 工會與 D 產業工會其成員，涵蓋 A 醫院多數員工與處室，更足以代表 A 醫院多數員工之心聲。

4. 再者，依題示情形，A 醫院與 B 企業工會並無紛爭，而且 A 醫院也先主動與 B 企業工會協商是否同意延長工時，並無差別對待，主觀上也無刻意忽略 B 企業工會或打壓 B 企業工會之惡意。

5. 是以，管見以為 A 醫院與 C 工會、D 產業工會所為之協議，僅為處理員工延長工時之程序規定，與勞動基準法或團體協約法之規定，並無違背。而且 A 醫院主觀上也無惡意忽略 B 企業工會或打壓 B 企業工會之惡意，應不構成工會法第 35 條第 1 項第 5 款：「不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動。」之不當勞動行為。

三、被保險人於下列情形，依勞工職業災害保險及保護法規定，欲向保險人請領相關保險給付。請依下列情形，分析被保險人之請求是否有理由？

(一) 被保險人酒後上班工作，無明顯之注意暨行為能力受酒精影響跡象（血液酒精濃度後經測為 0.03mg/L），於登高搬運貨品時失足受傷，請領傷病給付。（10 分）

(二) 被保險人因工作引發心情鬱悶、情緒低落，決意自殺而不幸死亡。其支出殯葬費之配偶，請領喪葬津貼給付。（10 分）

(三) 被保險人為車床暨銑床工，長年工作後反覆出現溼疹和手部嚴重乾燥，經保險人審定，屬長期接觸反覆出現之污染物致磨損瘙癢，成立亞急性特應性皮炎（溼疹）職業病。經治療後，被保險人主張，因引發造成過度敏感反應之異位性皮膚炎，其工作能力減損已達 20%，構成部分失能，請領失能年金給付。（20 分）

試題評析	就勞工職業災害保險及保護法各項給付之要件為命題。
考點命中	《高點勞動及社會法講義》第三回，薛政大編撰，頁 91～98。

【擬答】

(一) 勞工職業災害保險及保護法(下稱本法)第 42 條第 1 項規定：「被保險人遭遇職業傷病不能工作，致未能取得原有薪資，正在治療中者，自不能工作之日起算第四日起，得請領傷病給付。」請領要件中並無審酌被保險人有無過失之必要，且傷病給付之目的乃在維持勞工治療期間之生活所需，依社會保險之精神，自不因被保險人有過失而致其生活無依。依題示情形，被保險人酒後上班工作而失足受傷，縱有過失，

因職業災害保險為社會保險之一種，其目的在保護弱勢勞工，故只要符合前開法令所訂要件，即可請領傷病給付。

(二)本法第 49 條規定：「被保險人於保險有效期間，遭遇職業傷病致死亡時，支出殯葬費之人，得請領喪葬津貼。」另參酌勞工保險條例第 26 條規定：「被保險人如因故意犯罪行為，以致發生事故者，概不給與保險給付」故如被保險人非因故意犯罪行為而造成死亡事故，縱如題示情形為自殺身亡，仍可申請喪葬津貼。

(三)本法第 43 條規定：「被保險人遭遇職業傷病，經治療後，症狀固定，再行治療仍不能改善其治療效果，經全民健康保險特約醫院或診所診斷為永久失能，符合本保險失能給付標準規定者，得按其平均月投保薪資，依規定之給付基準，請領失能一次金給付。前項被保險人之失能程度，經評估符合下列情形之一者，得請領失能年金：一、完全失能：按平均月投保薪資百分之七十發給。二、嚴重失能：按平均月投保薪資百分之五十發給。三、部分失能：按平均月投保薪資百分之二十發給。」本題爭執重點乃在於「部分失能」之比例為何？

再者，依勞工職業災害保險失能給付標準第 3 條規定：「被保險人依本法第四十三條第二項請領失能年金，失能程度應符合下列各款情形之一：三、部分失能：整體失能程度符合失能等級第一等級至第九等級，並經個別化專業評估，其工作能力減損達百分之五十以上者。」是以，依題示情形，被保險人主張其工作能力減損達 20%，但尚未達到 50%，並不符合部分失能之程度，依前開規定應不得請領失能年金。

《財稅法》

一、A 有子女 B，就讀於我國的公立大學，每學期學雜費為新臺幣（下同）30,000 元。同時，A 畢業於非法律系的其他科系，目前從事與法律無關的工作。但因希望從事司法實務工作，目前就讀於某大學法律系碩士班，從頭開始研習法律，目標是考上司法官或律師。為此，每學期學雜費約為 60,000 元。以上學雜費，皆未獲政府補助。A 於申報綜合所得稅時，將 A、B 二人的學雜費均列報扣除。該管國稅局將其中 A 的學雜費全額剔除；B 的學雜費則准予扣除 25,000 元，逾此部分之數額亦予以剔除。請附理由回答：

（一）A 為 B 所繳納的學雜費，是否得於申報所得稅時全額列報扣除？（25 分）

（二）A 為自己所繳納之學雜費，是否得於申報所得稅時列報扣除？（25 分）

試題評析	本題旨在測驗考生是否知悉所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 5 關於「教育學費特別扣除」之規定，並應說明該扣除之性質為租稅優惠。
考點命中	1.《高點財稅法講義》第四回，念台大編撰，頁 61。 2.《高點二試判解文章班-財稅法講義》第二回，念台大編撰，頁 23。

【擬答】

（一）A 為 B 所繳納之學雜費，於申報所得稅時僅得列報扣除 25,000 元，無法全額列報扣除：

- 1.按所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 5 規定，納稅義務人就讀大專以上院校子女之教育學費每人每年之扣除數額以二萬五千元為限。但空中大學、專校及五專前三年及已接受政府補助者，不得扣除。此一規定係「租稅優惠」，為量能課稅原則之例外，旨在以租稅減免之手段鼓勵納稅義務人使其子女接受高等教育。
- 2.依題意所示，B 為 A 之子女，就讀於我國之公立大學，符合「就讀大專以上院校」之要件，且未領取政府補助，故 A 於申報所得稅時，應可就其為 B 所繳納之學雜費列報教育學費特別扣除。又 B 之學雜費每學期為 30,000 元，已逾前揭所得稅法規定之限額每年 25,000 元，從而 A 僅得列報 25,000 元之教育學費特別扣除，超過部分即無法扣除。

（二）A 為自己所繳納之學雜費，於申報所得稅時不得列報扣除：

- 1.承前所述，所得稅法規定之教育學費特別扣除，係以納稅義務人之子女就讀大專以上院校為要件，並不包含納稅義務人「自己」就讀大專以上院校之情形。
- 2.本題 A 就自己之學雜費申報教育學費特別扣除，並不該當前揭所得稅法規定之要件，亦與該租稅優惠所欲達成之行政目的（鼓勵納稅義務人使其子女接受高等教育）不符。是以，A 為自己所繳納之每學期 60,000 元之學雜費，不得於其申報所得稅時，列報教育學費特別扣除。

二、甲與乙於民國（下同）76 年間各出資一半購入 A 農地。由於甲並非自耕農，故依當時有效之土地法第 30 條規定，僅登記乙為 A 農地之所有權人。嗣土地法第 30 條對於農地承受人資格限制雖於 89 年 1 月 26 日修正公布刪除，然系爭土地尚未經解除套繪管制不得辦理分割，實非上訴人於上開土地法修正後不辦理分割移轉登記以取回所出資購買之土地。雙方並立有契約，載明系爭土地係雙方共有，應有部分各二分之一，雙方各自使用土地之一半。嗣後 A 農地遭徵收，徵收補償費於 102 年 8 月間分配予乙。乙再將補償費之一半交付予甲。

主管稅捐稽徵機關認為，A 農地雖係甲與乙共同出資購買，但既登記為乙所有，甲並未登記為所有權人，甲僅有請求乙將土地移轉登記為甲名義之債權，尚非 A 農地之所有權人。A 農地重測分割後之土地遭徵收而發放之補償費，依法亦應由登記之所有權人乙領取。甲從乙所獲得之一半補償費，性質屬土地登記請求權債權之實現，並非因土地徵收而取得之補償費，亦非所有權人土地交易所得。乃依所得稅法第 14 條第 1 項第 10 類前段規定，將之列為其他所得加以課稅。甲則主張，補償費是土地遭徵收的補償費，而徵收與買賣無異，補償費應屬所得稅法第 4 條第 1 項第 16 款所規定之出售土地所得，應不得課徵所得稅。甲並主張，倘若要課

徵所得稅，其與乙先前買受系爭土地所支出之成本費用，應得扣除。主管機關則請甲乙二人提出相關證明。但因為年代久遠，原本出資資料，如銀行匯款資料、繳費收據等已遺失或無法取得，主管稅捐稽徵機關乃依土地買賣契約書之記載買賣，准予扣除仲介費用。

請附理由回答：

(一)甲自乙所獲得之一半補償費，是否應課徵所得稅？(30分)

(二)甲主張其當初買受土地所支出之仲介費用等費用應予扣除。甲之主張是否有理由？(20分)

參考法條：

土地法第30條：(本條於64年7月15日增訂，89年1月26日刪除)

「(第1項)私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，並不得移轉為共有。但因繼承而移轉者，得為共有。(第2項)違反前項規定者，其所有權之移轉無效。」

試題評析	第一小題：主要測驗考生對於實質課稅原則之運用，稅法之解釋與課稅事實之認定，應著重於其經濟上之意義，不當受到民法或其他法律規定之拘束。 第二小題：考生應瞭解量能課稅原則下「客觀淨值原則」之概念，另縱使納稅義務人未盡協力義務，致稽徵機關於認定課稅事實時，調查困難或調查成本過鉅，如屬於能夠推計之事項，稽徵機關應予推計課稅。
考點命中	1.《高點財稅法講義》第二回，念台大編撰，頁22～24；第三回，頁17～18；第四回，頁22～24。 2.《高點二試判解文章班-財稅法講義》第一回，念台大編撰，頁48～51。

【擬答】

(一)甲自乙所獲得之一半土地徵收補償費，依實質課稅原則應定性為「出售土地所得」，得免予課所得稅：

- 1.按涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之；稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據，納稅者權利保護法（下稱「納保法」）第7條第1、第2項定有明文。此即關於「實質課稅原則」或「經濟觀察法」之規定。
- 2.次按所得稅法第4條第1項第16款（下稱「系爭規定」）之立法目的在於，土地交易依土地稅法之規定應課徵土地增值稅（下稱「土增稅」），而為避免土增稅與土地交易所得稅之重複課稅，所得稅法乃規定土地交易所得免予課徵所得稅。土地稅法第5條第1項第1款復規定，土增稅之納稅義務人，在土地為有償移轉之情形，為原所有權人；同條第2項前段規定，所謂有償移轉，指買賣、交換、政府照價收買或徵收等方式之移轉。又土地稅法第39條第1項前段規定，被徵收之土地，免徵其土增稅。亦即，經徵收之土地屬於土地稅法所規定土增稅之課稅範圍，只是土地稅法基於一定之政策目的，明定經徵收之土地得免徵土增稅。
- 3.再按民法第758條第1項固然規定，不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。惟該民法規定與所得稅法、土地稅法之規範目的並不相同，基於實質課稅原則，系爭規定所規定之「出售土地所得」，解釋上應不限於出賣人經登記為土地所有權人之情形，而應以實際上交易之客體是否為土地為斷（最高行政法院101年度4月份第2次庭長法官聯席會議決議乙說意旨參照）；凡交易之客體為土地者，其交易所得即應按土地稅法之規定徵免土增稅，而不適用系爭規定課徵所得稅。
- 4.依題意所示，A農地係甲與乙各出資一半而購入，甲得使用土地之一半。是以，甲於經濟實質上為A農地之所有權人，應有部分為二分之一，只是因土地法之規定，甲無法登記為A農地之所有權人。又甲於102年8月自乙取得一半之土地徵收補償費，在民法上雖係其土地登記請求債權之實現，但自稅法之觀點而論，在經濟實際上，甲係處分其實質所有之A農地而取得徵收補償費，故其交易客體應為土地無疑，不問甲是否經登記為土地所有權人。準此以言，基於實質課稅原則，甲取得之土地徵收補償費乃其出售土地之所得，應按土地稅法之規定徵免土增稅，並得以適用系爭規定免予課徵所得稅。

(二)若甲取得之土地徵收補償費經定性為「其他所得」而應課徵所得稅，甲得主張自收入中扣除其當初買受土地所支出之仲介費用等成本費用，方符合量能課稅原則下之客觀淨值原則：

- 1.按所得稅法第14條第1項第10類前段規定，不屬於上列各類之所得，以其收入額減除成本及必要費

用後之餘額為所得額。又本於量能課稅原則，所得課稅應以收入減除成本及必要費用後的客觀淨值，而非所得毛額，作為稅基，且此項要求，於各類所得之計算均應有其適用，司法院大法官釋字第 745 號理由書著有明文。

2. 次按所得稅法第 83 條第 3 項前段規定，納稅義務人已依規定辦理結算申報，但於稽徵機關進行調查時，通知提示有關各種所得額之帳簿、文據而未依限提示者，稽徵機關得依查得資料或同業利潤標準核定其所得額。另稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之人員應依職權調查證據，對當事人有利及不利事項一律注意；稅捐稽徵機關對於課稅基礎，經調查仍不能確定或調查費用過鉅時，為維護課稅公平原則，得推計課稅，並應以書面敘明推計依據及計算資料，納稅者權利保護法（下稱「納保法」）第 11 條第 1 項、第 14 條第 1 項分別定有明文。
3. 本題中，甲取得之土地徵收補償費若經稽徵機關定性為其他所得而應課徵所得稅，依前揭所得稅法之規定，應以其收入額減除成本及必要費用後之餘額為所得額。倘若甲乙二人無法提出原本出資資料，仍應認為甲為取得土地徵收補償費收入必須支出成本及必要費用，但因相關數額無法依據直接證據資料核實認定，從而稽徵機關應依前揭所得稅法及納保法之規定，依職權就有利於甲之事項（即其成本及必要費用之數額），按查得資料或同業利潤標準進行推計課稅，俾符合客觀淨值原則之要求。
4. 準此，本題甲主張自土地徵收補償費收入中扣除其當初買受土地所支出之成本及必要費用，包含但不限於仲介費用等，以計算其其他所得之所得額，為有理由。

《海商法與海洋法》

一、我國籍 A 公司與義大利籍 B 航運公司洽商，委由 B 公司自荷蘭鹿特丹港船運精密機器乙批至我國基隆港。貨物裝載上船後，B 公司簽發記載 B 公司名稱的清潔載貨證券，載貨證券簽名處載明係由「B 公司代表船舶所有人簽名 (signed for and on behalf of the shipowner)」。

上述載貨證券背面訂有二條款：一為「運送人身份條款」，載明本載貨證券運送人為船舶所有人 C 公司，C 公司應承擔所有運送義務及責任，B 公司僅為期間傭船人 (Time Charterer)，B 公司無須承擔本載貨證券任何貨損或遲延責任；另一為「管轄條款」，載明本載貨證券及其所表徵的運送契約所生的任何爭議，應受英國倫敦法院專屬管轄 (exclusive jurisdiction)。貨抵我國後，A 公司發現機器貨物於運輸過程中受到撞擊，毀損嚴重，遂於基隆地院依運送契約及載貨證券法律關係對 B 公司提起損害賠償之訴，被告 B 公司為下列二項抗辯，試問有無理由？

(一) 依管轄條款，我國無管轄權，我國法院應裁定駁回。(15 分)

(二) 縱我國有管轄權且適用我國法，依上述運送人身份條款，B 公司非運送人，B 公司無須承擔任何貨損責任。(15 分)

試題評析	<p>第一小題：高等法院接連在 112 年，就載貨證券背面管轄條款，作出論述過程不同但結論相同之判決(詳下擬答)，本題應是為測試考生是否知悉該等見解。</p> <p>第二小題：長賜輪案發生後，定期傭船契約始終未成為律師選試之考題，本小題終於考出。考生需要理解題目中之關鍵字「Time Charterer」即係定期傭船契約。如能正確判斷此題為定期傭船契約，則可輕易得知，定期傭船人仍應就商業上事項負責。運送人身份條款，顯係為減輕或免除運送人之責任，依第 61 條無效。</p>
考點命中	<p>第一小題：《高點二試判解文章班-海商法講義》，辛政大編撰，頁 41~44。 《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 3-215~3-219。</p> <p>第二小題：《高點二試判解文章班-海商法講義》，辛政大編撰，頁 14~15。 《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 3-11~3-13。</p>

【擬答】

(一) B 有關我國無管轄權之抗辯無理由

1. 最高法院 108 年度台上大字第 980 號民事裁定(下稱 980 裁定)，雖肯認載貨證券背面管轄條款之效力，惟載貨證券背面之管轄條款能否逕為比附援引？法院有不同見解。有認，前開 980 裁定意旨，無從援用至管轄權約款¹；亦有判決依最高法院 105 年度台上字第 105 號判決意旨，肯認載貨證券背面管轄條款²。對此，學生以為，載貨證券背面記載管轄條款，為國際海事商業慣例，託運人 A 應知悉，且 A 收受該載貨證券時，對該條款並無異議或請求更正，足認 A 已同意該約款之效力，從而應認 A、B 已達成國際管轄合意。
2. 惟海商法(下同)第 78 條第 1 項規定，裝貨港或卸貨港為中華民國港口者之載貨證券所生之爭議，得由我國裝貨港或卸貨港或其他依法有管轄權之法院管轄。系爭載貨證券之卸載港為基隆港，我國法院依前開規定，亦應具管轄權。而題示載貨證券之管轄條款，為排他管轄條款，要求爭議受英國倫敦法院專屬管轄，欲藉此排除我國法院管轄權，此條款之目的，係運送人在追求一己之利益，迫使託運人因不便於遠赴英國起訴而放棄求償，顯失公平，故系爭條款關於排除我國法院管轄權之約定，該部分之約定應屬無效，不發生排除我國法院管轄權之效力，我國法院依第 78 條，仍具管轄權³。

(二) B 公司有關其非運送人之抗辯並無理由

1. 定期傭船契約

B 公司所簽發之載貨證券，載明其為「期間傭船人(Time Charterer)」，可知，B 公司與船舶所有人 C 公司間乃存在「定期傭船契約(Time Charterparty)」。

所謂定期傭船契約，指船舶所有人在一定之期

¹ 臺灣高等法院 111 年度抗字第 1487 號裁定。

² 臺灣高等法院 112 年度抗字第 658 號裁定。

³ 臺灣高等法院 112 年度抗字第 658 號裁定。

間，將船舶之全部及其所僱傭之船長、船員，一併包租予定期傭船人，此等船長及海員等，須聽從定期傭船人之指揮，以執行其職務，而定期傭船人除支付傭船費予船舶所有人外，尚須負擔航海費用之契約。

2.而依最高法院判決，於定期傭船契約，若傭船人已受領船舶用以經營運送業務者，即應居於運送人地位自負運送人責任，以提供適航適載之船舶供載運⁴，定期傭船契約下之船舶所有人並非運送人⁵。

3.再者，於定期傭船契約，船舶所有人雖仍對船長及船員支付薪水，而有某程度之指揮監督權，惟其僅就船舶之「航海上事項」負其船舶所有人之航行責任，至於其他船舶之「商業上事項」（如貨物運送業務等事），則由定期傭船人管理並行使其對船長及船員之指揮、監督權，船舶所有人就此即無須負其責任⁶。

4.據此，B 始為運送人，且 B 應就商業上事項，如貨物運送業務等，負其責任。

5.題示，載貨證券上之「運送人身分條款」，載明運送人為船舶所有人 C 公司，此已與前開最高法院見解不符；且該條款尚進一步指出，期間傭船人 B 公司無須承擔該載貨證券任何貨損或遲延責任，亦與最高法院認期間傭船人仍應就貨物運送業務負責之見解不符。故此運送人身分條款，有減輕或免除運送人 B 公司所應負之責任，依第 61 條，應屬無效。

二、德商 A 公司所有之德國籍 X 貨櫃輪（25,000 總噸，船舶價值 3,000 萬特別提款權（下稱 SDR））於駛進我國基隆港裝卸貨物時，因船長航海過失，船速過快撞擊碼頭及碼頭邊我國籍裝卸公司所屬二部門式起重機，起重機翻覆分別倒向碼頭貨櫃儲放區及船上，本事故造成各類損失/費用如下：

- ①二部門式起重機損失（含未能營運損失 1,500 萬 SDR）；
- ②基隆港碼頭受損（含未能營運損失 1,000 萬 SDR）；
- ③起重機翻覆時連帶造成二名碼頭工人死亡（賠償 300 萬 SDR）；
- ④碼頭上 10 只等待裝運至其他船舶之出口重櫃全部壓損（損失 450 萬 SDR）；
- ⑤X 輪本身損失（修復費用 1,000 萬 SDR）；
- ⑥X 輪船上三名船員死亡（賠償 600 萬 SDR）；
- ⑦X 輪船上 10 只貨櫃貨物落海全損（損失 300 萬 SDR，貨櫃為貨主所有）；
- ⑧X 輪 10 只落海貨櫃打撈移除費用（50 萬 SDR）；及
- ⑨落海化學品櫃的污染清除費用（400 萬 SDR）。

X 輪事故後船舶價值為 2,000 萬 SDR，依我國海商法，試問：

- （一）本事故所列何種損失，A 公司得主張航行過失免責？（5 分）
- （二）本事故所列何種損失，A 公司得主張船舶所有人責任限制？（15 分）
- （三）本題得主張船舶所有人責任限制之限責數額為若干？（10 分）

試題評析	<p>第一小題：只要記得法定免責事由限於訂有運送契約之本船貨物，即可輕易找出，僅得對 ⑦之 X 輪上貨櫃貨物全損，主張法定免責。</p> <p>第二小題：除應依第 21 條及第 22 條逐一判斷各項目能否主張船舶所有人責任限制外，法院判決曾表示，侵權行為發生於陸地者，無第 21 條之適用。</p> <p>第三小題：船價主義及金額主義之比較。如果第二小題部分，採發生在陸上即不得主張第 21 條之見解，則所有得主張責任限制之損害加總，尚低於責任限額。</p>
考點命中	<p>第一小題：《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 3-61。</p> <p>第二小題：《高點二試判解文章班-海商法講義》，辛政大編撰，頁 24~25。</p> <p>《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 2-15~2-18。</p>

⁴ 最高法院 103 年度台上字第 2248 號民事判決。

⁵ 最高法院 100 年度台上字第 1314 號民事判決：「查上訴人為系爭船舶所有人，將系爭船舶傭租與韓國航運公司，再由韓國航運公司代理人越洋航運公司代理簽發載貨證券予被上訴人之被保險人，上訴人非系爭貨物之運送人，乃原審確定之事實」。

⁶ 最高法院 100 年度台上字第 1314 號民事判決。

第三小題：《海商法爭點解讀》，高點文化出版，辛律師編著，頁 2-10～2-12。

【擬答】

(一)航行過失免責部分

- 1.按海商法(下同)第 69 條第 1 款雖規定，運送人就船長等履行輔助人航行過失所致之毀損或滅失，不負賠償責任，惟該條之法定免責事由，僅能就與運送人訂有運送契約之本船貨物主張。題示 ①至 ⑨之損失，若非屬本船貨物，A 即無法主張航行過失免責。
- 2.①之起重機、②基隆港碼頭、③工人死亡、④碼頭上 10 只重櫃、⑤X 輪本身、⑥船員死亡、⑧打撈移除費用及 ⑨污染清除費用，俱非 X 輪上貨物損失，A 無法享有法定免責。A 僅得對 ⑦之 X 輪上貨櫃貨物全損，依第 69 條第 1 款，主張免責。

(二)船舶所有人責任限制部分

- 1.按依第 21 條規定，僅符合該條第 1 項各款者，始得主張船舶所有人責任限制；另，若屬第 22 條所列各款，即不得主張船舶所有人責任限制。就題示 ①至 ⑨之損失，僅逐一分述如下。
 - ①碼頭邊門式起重機：法院判決曾表示，船舶靠泊港口碼頭時，因船長操作船舶過失，使船舶碰撞碼頭，並擦撞碼頭上起重機，起重機再撞擊港邊等待裝船之貨櫃，就該貨櫃之貨損，侵權行為發生地係於陸地，並非海洋或與海相接之河川、湖泊等，與海上航行之風險程度迥然不同，且非所謂船舶碰撞，尚無第 21 條第 1 項船舶所有人責任限制之適用⁷。若依此見解，則依題示，起重機之損失係發生於陸地，無第 21 條之適用⁸。
 - ②基隆港碼頭：第 21 條第 1 項第 1 款所稱操作船舶所致之財物毀損滅失，包括碼頭之毀損滅失。而未能營運損失，則為營業權等權益之損害，屬同條項第 2 款。
 - ③二名碼頭工人死亡：承前 1 之判決見解，發生於陸地者非船舶所有人責任限制之適用範圍。而二名碼頭工人係因遭碼頭邊起重機翻覆而致死亡，侵權行為發生地為陸地，無第 21 條之適用。
 - ④碼頭上等待裝運之出口重櫃：依法院判決見解，侵權行為發生地為陸地，無第 21 條之適用。
 - ⑤X 輪本身損失：X 輪為 A 公司所有，故就 X 輪本身之損失，A 並不會向自己求償。
 - ⑥X 輪上三名船員死亡：此屬第 21 條第 1 項第 1 款之在船上所致人身傷亡，得主張責任限制。
 - ⑦X 輪上貨櫃貨物全損：此屬第 21 條第 1 項第 1 款之在船上所致財物毀損滅失，得主張責任限制。
 - ⑧X 輪上落海貨櫃打撈移除費用：此屬第 21 條第 1 項第 3 款之落海打撈移除所生之債務，得主張責任限制。
 - ⑨落海化學品櫃之污染清除費用：依題目描述，此為 X 輪運送之化學品櫃落海所生污染清除費用，此屬第 22 條第 4 款之船舶運送毒性化學物質所生，不得主張責任限制。
- 2.綜上，針對題示 ①至 ⑨之損失，A 公司得主張船舶所有人責任限制者，僅 ②基隆港碼頭、⑥X 輪上三名船員死亡、⑦X 輪上貨櫃貨物全損、⑧X 輪上落海貨櫃打撈移除費用。

(三)1.第 21 條採船價主義為主，金額主義為輔，故應分別計算以確認船舶所有人責任限制數額。

- (1)船價主義部分，為船舶價值、運費及附屬費之加總。因題目未有運費、附屬費，故以船舶價值計算，而船舶價值應依第 23 條判斷。依題示，該事故係於駛進基隆港時撞擊碼頭，可謂屬第 23 條第 2 款，船舶在停泊港內發生事變所生之債權，其估價依船舶在停泊港內事變發生後之狀態。故以 2000 萬 SDR 為限額。
- (2)本件因同時有人傷與物損，故依第 21 條第 4 項第 3 款，每一總噸特別提款權 162 計算。X 輪 25,000 總噸，乘上 162 SDR，為 405 萬 SDR。
- 2.因船價主義之 2000 萬 SDR，高於金額主義之 405 萬 SDR，故以 2000 萬 SDR 為責任限額。
- 3.另，前開得主張船舶所有人責任限制者，即 ②⑥⑦⑧，請求賠償總額為 1950 萬 SDR(計算式：1000 萬 + 600 萬 + 300 萬 + 50 萬 = 1950 萬)。
- 4.前開得主張船舶所有人責任限制之請求賠償金額，尚低於船舶責任限制金額，是無依第 21 條為 A 限制

⁷ 臺灣高等法院 110 年度海商上字第 2 號民事判決，本件判決係遭起重機砸壞之碼頭上貨物之賠償請求。

⁸ 此外，臺灣基隆地方法院 107 年度海商字第 2 號民事判決，針對類似之案件表示，就橋式機坍塌請求營業額變化損失部分，「就營業額變化與系爭事故間具有因果關係，並無證據足以證明，故其請求被告等賠償其上開營業額變化之損失，應無理由」，即以原告未證明營業額變化與該事故間具有因果關係，而否准該部分請求。

賠償金額之必要⁹。

三、何謂 1982 年聯合國海洋法公約所定義之「合法海灣」？（15 分）請以該定義與其他國際海洋法法源，為我國所公告之第一批領海基線中，三貂角（T1）、龜頭岸（T22）與米島（T21）基線點間的水曲採直線基線（水曲之封口線長度小於 24 浬，水曲面積小於以封口線為直徑所劃設之半圓形），提供劃設之合法論據。（10 分）

試題評析	第一小題：本題涉及聯合國海洋法公約對海灣的定義。 第二小題：運用海灣的定義、第 7 條直線基線法來判定水曲劃設基線的合法論據。
考點命中	第一小題：《海洋法爭點解讀》，高點文化出版，林廷輝編著，頁 2-47～2-51。 第二小題：《海洋法爭點解讀》，高點文化出版，林廷輝編著，頁 2-4、2-19。

【擬答】

- (一)海灣是一般指海洋伸入陸地形成明顯水曲的水域，其海岸可能屬於一國或多國。國際海洋法上的海灣，是指被一國陸地所環抱，面積等於或大於橫越曲口所劃直線作為直徑的半圓形的面積的水曲。根據 1982 年《聯合國海洋法公約》第 10 條規定，本條僅涉及海岸屬於一國的海灣，如何判斷海灣，該條規定，海灣是明顯的水曲，其凹入程度和曲口寬度的比例，使其有被陸地環抱的水域，而不僅為海岸的彎曲。但水曲除其面積等於或大於橫越曲口所劃的直線作為直徑的半圓形的面積外，不應視為海灣，至於水曲外地形複雜，該半圓形應劃在與橫越各曲口的各線總長度相等的一條線上。該條第 4 項規定，灣口不超過 24 浬則可畫出封口線，第 5 項規定，灣口超過 24 浬則直線基線應劃在灣內。不過，第 6 項規定則排除歷史性海灣以及採用第 7 條所規定的直線基線法的任何情形。
- (二)因此，所謂 1982 年聯合國海洋法公約所定義之「合法海灣」的要件包括：
- 1.全部在一國境內的海灣；
 - 2.水曲大於或等於曲口所畫直線作為直徑的半圓形；
 - 3.並非歷史性海灣或沿海國採取第 7 條直線基線所劃設的領海基線的任何情形。
- (三)我國公告之第一批領海基線中，三貂角（T1）、龜頭岸（T22）與米島（T21）基線點間的水曲採直線基線，是根據公約第 7 條所採取的直線基線而劃設的，即使是水曲面積小於以封口線為直徑所劃設之半圓形，依據公約規定則不能稱為海灣，但依據公約第 10 條第 6 項規定，直線基線法劃設的基線就不適用海灣制度，因此，龜頭岸（T22）是龜山島上的一個領海基點，顯示灣口有複雜的地形，但該水曲先決要件就是小於該直線的半圓形，而如果以三貂角（T1）至龜頭岸（T22），龜頭岸（T22）至米島（T21）的兩條直線作為直徑，往水曲內劃設半圓形，該水曲仍然小於半圓形，因此並非傳統定義上的海灣，但由於該水曲採取直線基線法，根據第 10 條第 6 項規定，則不適用海灣制度，至於適用何種制度，應依據公約第 7 條第 1 項規定，在海岸線極為曲折的地方，或者如果緊鄰海岸有一系列島嶼，測算領海寬度的基線的劃定可採用連接各適當點的直線基線法。因此，龜山島為緊鄰海岸的島嶼，可以當作基點，採取直線基線法劃設領海基線。

四、依 1982 年聯合國海洋法公約與其他國際海洋法法源，締約國是否有具體義務防止、減少和控制因氣候變遷，包括人為排放溫室氣體造成之海洋環境污染，如海洋暖化、海平面上升與海水酸化？若有，分別舉出對應條文說明其具體義務之內容。（15 分）

試題評析	本題必須根據 2024 年 5 月國際海洋法法庭發布的氣候變遷與海洋法關係的諮詢意見作答。
考點命中	《高點二試判解文章班-海洋法講義》第一回，洪台大編撰，頁 28～29，高度相似。

【擬答】

- (一)根據聯合國海洋法法庭(ITLOS)在 2024 年 5 月 21 日針對國家在海洋法與氣候變遷的法律義務是甚麼？發表諮詢意見，根據 1982 年《聯合國海洋法公約》及《巴黎協定》，ITLOS 確認，根據《聯合國海洋法公約》第 194 條規定，**溫室氣體排放屬於一種海洋污染**，各政府必須採取一切應盡的措施，避免、減少並控制與氣候變遷有關的海洋污染，且**有義務將全球平均升溫控制在攝氏 1.5 度以下**。各國應採取一切必要措施，確保在其管轄或控制下的活動的進行不致使其他國家及其環境遭受污染的損害，並確保在其管

⁹ 可能是出題者出題來源之臺灣基隆地方法院 107 年度海商字第 2 號民事判決，該案結論亦係請求賠償金額尚低於船舶所有人責任限額。

轄或控制範圍內的事件或活動所造成的污染不致擴大到其按照本公約行使主權權利的區域之外。當海洋吸收了大氣中過量的溫室氣體，會導致海洋酸化，影響海洋生態健康，甚至造成海洋生物變得脆弱、降低繁殖能力。除了海洋環境，氣候變遷對沿海地區與海島國家也帶來嚴重衝擊。隨著全球暖化，南北極與冰川快速消融，海平面逐漸上升，海島國家正遭受威脅，人民生存權面臨危機。ITLOS 表示，各國政府**必須採取比《巴黎氣候協定》更積極的行動**，保護海洋環境和以海為生的國家。

- (二) ITLOS 承認溫室氣體排放屬於海洋污染。法庭還強調，各國應承擔海洋法規定的義務，這些義務是對 2015 年《巴黎協定》中所載義務的補充。法庭進一步明確，各國有義務保護海洋環境免受氣候變化和海洋酸化的影響，具體包括設計減緩措施以盡可能減少有毒物質向海洋環境排放，並開展嚴格的盡職調查以確保非國家行為者遵守減緩措施。
- (三) 在國際合作方面，法庭強調各國有義務防止氣候變化相關污染影響其他國家和本國管轄範圍以外的環境。各國的義務還包括共同努力應對氣候變化並援助發展中國家，特別是脆弱的發展中國家。法庭的意見與落實享有清潔、健康和可持續環境的人權息息相關。值得注意的是，對於各國可能造成與氣候變化相關的海洋污染的任何活動進行環境和社會經濟評估的義務，法庭強調了預防性和生態系統的方法。法庭澄清了各國在以下方面的義務：適應和恢復生態系統，保護稀有或脆弱的生態系統免受海洋變暖、海平面上升和海洋酸化的影響，以及建立海洋保護區。這些義務對於減緩和適應氣候變化以及健康的生態系統至關重要，有助於各國有效和公平地應對損害有效享有人權的地球三大危機。