

# 113 年公務人員特種考試司法官考試

## 113 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、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擄才、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。

## (113 司律二試)

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○·一。

## (113 司律二試)

- 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；

## (113 司律二試)

- (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。

《考題難易》★★★★★(最多五顆星)

《破題關鍵》了解國際條約經由施行法具有國內法效力，且能拘束行政機關之各種行為。

《使用法條》or《使用學說》：身心障礙者權利公約施行法

《命中特區》112 孫權行政法正規班講義第 76-78 頁

### 【擬答】

(一) 身障公約內國法化後，政府即應符合公約規定，其他法律自須符合公約意旨，不足或抵觸處應認違法，甲之主張有理由

聯合國大會於西元 2006 年 12 月 13 日決議通過身心障礙者權利公約，我國並於 103 年 8 月 20 日制定公布「身心障礙者權利公約施行法」。

其第 2 條規定：「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 4 條規定：「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。」

依此，身障公約已內國法化，各級政府機關行使職權，應符合身障公約有關身心障礙者權利保障之規定。從而，司法人員的考試規定，其具體設計即可參照身障公約第 27 條有關工作與就業的部分。

換句話說，我國應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。

尤其，設計司法考試之際，應採取「適當步驟」，促進工作權之實現，並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、持續就業等工作條件。

因此，身障公約要求針對有歧視的現象，進行合理調整，由此建構國家實踐實質平等之積極作為義務，確保障礙者享有並行使權利之機會平等。

法院於個案中對於內國法律自須作符合身障公約意旨之法律解釋，行政機關針對有身心障礙之公務員設計考試資格規定之際，亦不例外，如未考量身障公約保障身心障礙者人權之意旨，或是作成抵觸身障公約意旨之決定，即構成違法<sup>1</sup>甲之主張有理由。

<sup>1</sup> 附帶一提，類似本題情形，機關如何依照身心障礙者需求調整，可對照臺北高等行政法院高等庭 111 年度訴字第 1399 號判決表示：合理調整是針對個別身心障礙者，在具體個案中遭遇障礙時所採取的事後調整措施，合理調整共 14 頁 第 4 頁

(二) 被告及其輔助人之辯駁為有理由

1. 本件，被告及其輔助人之辯駁涉及，屬於行政命令性質之考試規則與體格檢查標準，法院對於該內容應否尊重，亦即有無採取反對見解之可能性。此處的先決前提為法院得以排除行政命令之適用，又依照大法官釋字第 137 號解釋及第 216 號解釋之意旨，法院於個案承審時，得以排除行政命令之適用給予不同之評價，故本件法院有選擇尊重/反對試規則與體格檢查標準之權限，合先敘明。
2. 憲法設考試院賦予考試權，由總統提名、經立法院同意而任命之考試委員，以合議之方式獨立行使，旨在建立公平公正之考試制度；就專門職業人員考試而言，即在確保相關考試及格者具有執業所需之知識與能力，故考試主管機關有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度之尊重，始符憲法五權分治彼此相維之精神。（釋字第 682 號解釋參照）。
3. 從而，考試權為憲法明文規定的國家權力之一，考試權雖具有行政權之色彩，惟其功能尚與一般行政權有所差異，而具有專業判斷之特性，憲法第 88 條亦彰顯考試院在考選功能上之獨立性，自應受其他權力機關尊重。又依憲法第 86 條規定，專門職業及技術人員執業資格，應經考試院依法考選銓定。專技人員之考選，需視各該專技人員之培育過程及後續執業特性為之，立法者對此恐難作詳細且具體之設計，故有關考試職權行使之事項，宜承認考試機關享有一定範圍之專業判斷空間，此乃立法機關關於制定「專門職業及技術人員考試法」時宜有所斟酌之因素，使考試機關得以有效執行憲法所賦予之任務。
4. 考試機關以法規命令加以補充相關法律之不足，係涉及法律保留原則之問題。有鑑於考試機關之上述特性，立法者於此之規範密度應為適度之降低（僅作原則性規定），而授權考試機關有較大的形成空間，被告及其輔助人之辯駁為有理由。

(三) 甲之主張有理由

1. 甲之所以被排除書記官之任用，國家行使權利之依據為體格檢查標準表，三等書記官之第三款（下稱系爭條款），故應以該款為審查標的。
2. 所涉及之基本權與審查標準

系爭條款之規定適用之下，會導致重度肢障之三等書記官考取學生，不得勝任書記官之情事而無法擔任公職，致使其應考試服公職之權限遭到侵害；又同與其他三等法院職務相比，書記官僅要有重度肢障便會無法任職，而司法事務官則係需要重度上肢障，存在不同之差別待遇，亦有平等權之侵害。

又對於應考試服公職之審查標準，大法官解釋歷來採從寬審查的標準，並形成「司法自抑」的立場，主要的理由厥為「尊重考試權的獨立、專業」，故有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予考試主管機關適度之尊重，始符憲法五權分治彼此相維之精神。」憲法該項設計，因為建置獨立與專業考試權所必須，亦係維持考試客觀公平所必要，但並非保證在憲法加持下，考試權之判斷必定不會產生專業偏失與恣意，且必然只接受司法從寬審查之監督<sup>2</sup>。故本文認為，本件同時涉及對於平等權之侵

義務的存在是條件式的，並非絕對，涉及個案利益衡量，只有在合理調整措施不會造成過度或不當負擔情形下，義務方之調整義務才成立，因此必須依照身心障礙者所處環境作具體判斷，於調整義務人收到身心障礙者之請求後，應與身心障礙者進行討論，確定可採取哪些必要調整措施，俾其得以執行職務。如義務方未盡其對身心障礙者提供合理調整之義務，以使身心障礙者立於平等受考績評價之機會，即遭受考績不利之評價，該考績之評價自難謂公平，應認屬基於身心障礙之歧視，構成違法。惟是否構成身心障礙之歧視，應綜合觀察義務方一切作為或不作為之整體客觀情狀，合理評價之，而非徒以請求人之主觀感受為據。

<sup>2</sup> 因此，依憲法第八十六條明定須「依法考選」之考試權，其命令訂定權，最終仍應由司法審查其命令之合憲性，並以對人民應考試權及職業自由影響程度決定審查寬嚴之標準，並無獨厚考試權之理。若只強調尊重獨立、專業的憲

害，且同時屬於服公職權在特定領域之剝奪故在對於考試權限制及服公職權在特定領域之剝奪之邏輯下，應採取較高之審查標準，而為中度審查。

### 3. 平等權之違反

平等權之審查前提，為其比較之對象需要有可相提並論性，本件司法事務官與書記官同為司法三等考取之法院公務員，且從事之業務多有重疊之處，應具有可相提並論性，系爭條款之立法目的，應為排除身體障礙而有無法擔任書記官之人之被予以任用，為其相較於司法事務官之手段而言，司法事務官僅有「上肢」障礙方不得錄取、任用，係司法事務官之業務範圍幾乎僅為上肢之操作，然而書記官之業務雖有履勘、出外勤等等，可是司法事務官之業務範圍於強制執行時，亦有可能為之，換言之，書記官與司法事務官相同，應屬原則上內勤，例外外勤之情況，故兩者相同情況卻不給予相同之法律效果，手段與目的之達成間不具有實質關聯而違憲。

### 4. 應考試服公職權之違反

系爭條款之立法目的應為排除身體障礙而有無法擔任書記官之人之被予以任用，前已說明，其立法目的係為確保書記官之工作完善可認為具有正當性，又手段上直接排除身體障礙而無法擔任之人亦有助於目的之達成，而具有適當性；然而在必要性之部分，重度肢障之人在書記官之業務範圍，僅有極小部分無法完成，係爭條款直接就該小部分之顧慮而賦予完全無法服公職、無法錄取之法律效果，英非最小之侵害手段，蓋在該小部分業務無法勝任之情況下，予以賦予不同內勤之職務，應屬於最小侵害之手段，況係爭條款並未排除自始得以勝任，嗣後因意外、生病而導致產稱重度肢障之書記官，亦即在必要性之討論下，應該要排除「嗣後」（上榜、任用後）產生肢障之情況，否則均一律不予擔任，似有國家對於傷殘公務員，立刻拋棄之感覺，從而系爭條款有應考試服公職權之違反。

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）

---

法保護傘，而忽略同為憲法法治國原則「依法」的民主意涵，不正視其鐘擺幅度之調控，正是專業恣意溫床形成的有利條件。「司法獨立」與「司法民主」間之拉鋸，已提供我們諸多怵目驚心而殷鑑未遠的素材，何況具有行政權性質的考試權，恐應更戒慎之。

## (113 司律二試)

(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

## (113 司律二試)

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、操作或使用者，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治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，得依職權判命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治法第六條第四項規定訂定之。

## (113 司律二試)

### 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，需增加空氣污染防治設施者，應檢具其空氣污染物防制設施種類、構造、效能、流程、設計圖說、設置經費及進度之空氣污染防治計畫，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治計畫，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

## (113 司律二試)

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。

《考題難易》★★★★★(最多五顆星)

《破題關鍵》時間有限，弄懂長文題目有難度；回答爭點時，更要善用眾多參考法條涵攝。

《使用法條》or《使用學說》行政裁量、違法判斷基準時、法律明確性、法律保留、當事人適格、空污計畫之定性

《命中特區》112 孫權行政法正規班講義第 85 頁以下、第 148 頁以下、第 181 頁以下、第 259 頁以下、第 473 頁以下。

### 【擬答】

(一) 相關說明，分述如下<sup>3</sup>

#### 1. 準據法時點應以審理舊法為準

事件發生後，到爭訟決定作成前，常見基礎事實與法令依據有所變動，是究應以何

<sup>3</sup> 本題寫作參考：最高行政法院 107 年度判字第 272 號判決、臺中高等行政法院 105 年度訴字第 335 號判決、臺中高等行政法院 105 年度訴字第 336 號判決。

時間點作為裁判基準，實屬重要，此即「違法判斷基準時」之爭論。

揆諸本案，屬人民依行政訴訟法第 5 條第 2 項規定提起課予義務訴訟，請求行政機關作成處分之案件，「原則」係以行政法院事實審言詞辯論終結時（未經言詞辯論者以裁判時）之事實及法律狀態，為適法性判斷之基準時點。

如以該時點，不能認定其具備法律保護之要件者，無論原處分否准申請所附之理由是否完足無瑕，均不能認原告之訴為有理由。

惟若法令係往原告不利之方向調整，則為維護當事人權益，對「例外」應不予以考慮，而仍以對當事人有利之法為依，除非該法令修正有溯及既往之效力。

如乙火力發電廠提出展延許可申請，若承辦誤解法令、違法駁回。申請人不服提起救濟，在救濟程序進行中法令修正，提高展延許可的標準——如設定某些條件下，即將有效期間縮減至未滿三年等較不利之情形，使人民之期待利益受損，而應以對乙有利之舊法為準。

## 2. B 處分符合惟合義務之裁量，應認合法

機關對於展延許可之申請，依空氣汙染防制法第 29 條規定可知，乃促使主管機關善盡職責，主管機關須「依實際需要」，審視實際污染現況、空氣品質狀況、環境負荷等因素，實質審查展延許可證之內容及有效期限，機關應可就申請個案之實際情況，針對內容及有效期限有審核之裁量權，合先敘明。

次查行政程序法第 93 條規定，行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。易言之，當不同法益發生衝突時，主管機關經權衡彼此間之價值輕重後，所為之取捨若符合法律所需且適當、必要，自無裁量違法可言。

揆諸考題所引空氣污染防制法等規定意旨，可知三級防制區內，既存之固定污染源「應」削減污染物排放量，並課予直轄市、縣（市）主管機關訂定公告空氣污染防制計畫，並應定期檢討修正改善之義務，足見主管機關受理固定污染源操作（含燃料使用）許可證之申請案件，得就降低汙染部分，設計「附負擔」之裁量處分。

另外，機關於審查展延申請時，就原許可證原許可之範圍，對目前環境是否有嚴重不良影響或有危害之虞，亦應依職權應予審查並合理調整，以改善直轄市內空氣品質者，縱使申請展延期間與原許可證相同，並非必須作成與原許可證相同內容之展延許可證，仍需視地方空氣污染實際情況及改善目標，審酌許可證核定之內容並依情形調整，甚至可能有附加附款之適當、必要。

故 B 處分賦予乙降低汙染之義務，如本題中要求改燃煤機組為燃氣機組，既符合法律框架，且若能有效改善空氣污染，藉由逐步調降生煤使用量等手段，以期達到上開規定及計畫所預期減量之成效，難謂違反比例原則。

同時，機關亦無出於與事物本質無關之考量，且其所採取之手段與所追求之目的間，並無欠缺合理聯結關係，亦無違反不當聯結禁止原則。綜上，即不能認其裁量逾越、濫用或怠惰之違法情事。

## （二）相關說明分述如下

### 1. 基金會應具備當事人適格

按所謂當事人適格，係指於具體訴訟中具備為正當之當事人資格而得適法受本案判決者而言。

此要件之欠缺與否，常須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，自以判決方式為之，較能對當事人之訴訟程序權為周全之保障（最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議意旨，與行政訴訟法第 107 條第 3 項參照）。

而空氣汙染防制法第 93 條規定，公益團體先以書面敘明主管機關疏於執行法令之「具體內容」告知主管機關，且主管機關於該書面送達之日起 60 日內仍怠於執行該具體職務行為時，得直接訴請行政法院判命其執行該具體之職務行為，乃行政訴訟法第 9 條所稱法律特別規定之公益訴訟。

從而，公益團體「地球之友基金會」如已以書面敘明主管機關疏於「要求乙削減汙染排放，並撤銷許可證（C 處分）」告知主管機關，且主管機關於該書面送達之日起 60 日內仍怠於執行該具體之職務行為，自得直接訴請行政法院判命主管機關依該規定作成撤銷處分。

## 2. 系爭空污計畫書未違反法律保留

### (1) 如何討論法律保留？

本部分將以系爭空污計畫書為主要探討對象。按此以空氣汙染防制法第 7 條規定為依據，該條與其他相關規定綜合來看，是否需具體明確授權機關，得以本計畫作為審查許可證展延之依據，即生是否違反法律保留之疑義。

按依司法院釋字第 443 號解釋理由書：涉及人民其他自由權利之限制者，即應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。

### (2) 系爭計畫書決定討論方向

最高行政法院<sup>4</sup>曾明確表示，系爭空污計畫書為地方主管機關，為簡化執行個案之行政裁量而訂頒之「裁量性準則或指示的行政規則」。相關見解，並於後續相關案件判決中沿用。照此見解，因空污計畫書僅係執行法律之技術性、細節性事向，由機關自行作成，即不生違反法律保留原則之疑慮。

然亦有學理<sup>5</sup>整理見解認為，機關於審查展延申請時，得就某乙所提書面文件中，實質審查是否符合系爭空污防制計畫書所定目標及範圍；而空污計畫書既作為審查許可展延之依據，作為干預人民營業自由之行政命令，即應充分自法律取得授權。

承前段，空氣汙染防制法第 7 條既規定，直轄市主管機關應依前條規定及前項方案，擬訂空氣汙染防制計畫。此項授權條款，雖係概括授權訂定相關計畫，未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，如空氣汙染防制法第 6 條可知，三級防制區內，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等語，應可推知立法者有意授權主管機關，就空氣汙染防制要件、考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。

綜合前述，不分空污計畫書定性，皆未違反法律保留原則。

## 3. 主要訴求相關規定，並未違反法律明確性原則

司法院釋字第 432 號解釋理由書法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法之際，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。

簡言之，大法官表示：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。

查丙團體之主要訴求，乃綜合依據氣候變遷因應法與空氣汙染防制法及其計畫書，

<sup>4</sup> 請參最高行政法院 107 年度判字第 272 號判決。

<sup>5</sup> 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。

故要求乙火力發電廠積極採取預防措施，採取最佳可行控制技術，相關概念並未超出某乙作為業界參與所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與法律明確性原則相違。

#### 4.依系爭計畫書屬性，毋庸舉行聽證，而應附帶審查該計畫書

行政程序法第 150 條第 1 項規定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」若認系爭計畫書具備「法律授權、對象不特定、內容抽象及對外法效性」等要素，可解釋其為法規命令。

次查行政程序法第 156 條規定，行政機關為訂定法規命令，依法舉行聽證者，應於政府公報或新聞紙公告。故若未見其他具體明文依據，甲市政府公布系爭計畫書之前，即無庸舉行聽證。

相對而言，若認系爭計畫書為行政規則，依行政程序法亦無強制聽證之規定存在。

綜上，系爭計畫書不分定性，皆屬抽象之行政命令，參釋字第 216 號表示：法官依據法律獨立審判，憲法第八十條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，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。

因此，人民於依據該抽象命令作成之具體行政處分案中，自得一併對該抽象命令即系爭計畫書是否違法請求救濟，否則人民對該相關計畫永無救濟機會，有違「有損害就應有救濟途徑」之法律原則<sup>6</sup>。

### (三)氣候法第 28 條及第 29 條（下稱系爭規定）應屬合憲

#### 1. 程序部分

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，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」為憲法訴訟法第 59 條第 1 項人民聲請之要件，又依照本條之立法理由，「不利確定終局裁判因適用違憲之法規範而違憲，或係所適用之法規範雖未違憲，惟該裁判解釋適用該法規範之見解違憲。不問何種情形，均以該不利之確定終局裁判違憲為必要。人民依法定程序用盡審級救濟程序，聲請憲法法庭裁判時，自應相應具體敘明該不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範有如何違憲之情事」，人民應就裁判及法規範一併聲請。

惟裁判之違憲依照上開狀態，有可能是法院見解之違憲，或者法院見解本身無問題，是法規範的違憲而順帶導致裁判違憲，本題所示為第二種情況，故本文以下僅就法規範之部分為違憲審查，程序要件不再贅述。

#### 2. 實體部分

##### (1) 所涉及之基本權

系爭規定之法律效果，將使企業有可能被分階段徵收碳費，以及企業若於合於法律要求之狀態底下將享有特定優惠之狀況，從而企業會因系爭規定之要求改變經營策略與影響獲利，故系爭規定應有經營自由、財產權之侵害可能性。

##### (2) 應採取寬鬆審查標準

系爭規定為碳排放量之管制，該等法規範有可能會使企業積極使用再生能源、提高能源效率，減少對化石燃料的依賴。政府也會提出相對應方案，幫助傳統產業節能

<sup>6</sup> 請參最高行 98 年度判字第 452 號判決。

減碳或轉型，以推動綠色技術和產業的發展，而有引導式政策的立法目的存在，又我國大法官對於能源政策，曾於釋字第 520 號解釋表示：「本件係就行政院停止執行法定預算與立法院發生適用憲法之爭議，至引發爭議之電力供應究以核能抑或其他能源為優，已屬能源政策之專業判斷問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以裁決，不在解釋範圍，均合先敘明。」故在此可以理解能源政策及引導非屬司法權專業之事項，應尊重立法形成自由而採取寬鬆審查標準。

(3) 系爭規定並未違反比例原則

系爭規定目的為提出分階段徵收碳費，鼓勵企業透過技術創新、提高能源效率來減少排放，如果企業減碳進度不理想，就必須支付更多碳費。並鼓勵企業主動提出自願減碳專案，執行這些減量措施後，可以向主管機關申請減量額度。企業將取得得減量額度相關資訊公開於指定平台，可進行移轉、交易或拍賣，也可扣抵碳費，目的具有正當性。

在手段部分，針對排放源以系爭規定之方式徵收，並有計畫優惠之鼓勵，有助於上開目的之達成而有適當性，必要性之部分，因減碳方式、鼓勵減碳之政策為國家立法形成自由，透過排放量管制以及減少排放量的立法政策應屬於合乎必要性之手段，故系爭規定為違反比例原則而合憲。

# 113 年公務人員特種考試司法官考試

## 113 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、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)

#### 《考題難易》★★★★★

《破題關鍵》這題並不是難，而是多，多到根本很難在 1.5 小時內寫完。就甲的部分來說，主要的考點在於結合犯的成立：犯意聯絡、既未遂、時空密接性，次要的考點則是重罪未遂與輕罪既遂的競合。乙的部分有一個大考點可能很多同學都沒看到：強盜罪的相續共同正犯（因為甲的強盜是臨時起意，而乙對於甲的強制行為並無犯意聯絡與行為分擔，乙僅有參與取財行為），另外，乙的部分就強制性交罪而言也涉及了著手後脫離的傳統考點。最後，丙的部分則是關於把風行為究竟應評價為共同正犯或幫助犯的問題，同時也有共犯逾越的老問題。

#### 【擬答】

##### (一)甲的部分：

1. 甲翻牆進入別墅搜尋財物的行為，成立加重竊盜罪之未遂犯（第 321 條第 2 項）：

(1)依題所示，甲並未以竊盜行為取得任何財物，故檢討未遂犯。主觀上，甲具有竊盜故意與不法所有意圖；客觀上，甲業已著手而未達於既遂，且甲侵入住宅又毀越安全設備，該當第 1、2 款加重要件。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 甲持菜刀逼迫 A、B 交付財物的行為，成立加重強盜罪（第 330 條第 1 項）：

(1)客觀上，甲以脅迫手段使人將物交付，自屬強盜行為，又以當場取得之菜刀犯之，是否屬「攜帶」兇器或有疑義，然本人認為，甲係先取得菜刀，再著手強盜，亦即該菜刀於甲著手前即已取得，應符合「攜帶」無疑；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。

3. 甲將 B 帶入寢室性交的行為，成立強制性交罪（第 221 條第 1 項）：

(1)客觀上，甲以強暴行為違反 B 之意願而性交，而甲雖係侵入住宅犯之，但因其侵入之初並無性侵故意，故不符合加重要件；主觀上，甲具有故意。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

4. 甲將乙打傷倒地的行為，成立傷害罪（第 277 條第 1 項）：

(1)客觀上，甲毆打乙的行為與乙身體受傷的結果間具有因果關係與客觀可歸責性；主觀上，甲具有傷害故意。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

5. 甲持菜刀砍斷 A 之手掌的行為，成立重傷罪之未遂犯（第 278 條第 3 項）：

(1)依題所示，一年半後 A 的斷掌已接回並恢復六、七成功能，此尚未達於第 10 條第 4 項第 4 款所謂「嚴重減損」之重傷結果，故甲之重傷行為僅止於未遂。

(2)主觀上，甲具有重傷故意；客觀上，甲業已著手而未達於既遂。

(3)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

6. 甲將 A、B 紏綁並鎖在房間內的行為，成立私行拘禁罪（第 302 條第 1 項）：

(1)客觀上，甲有私行拘禁 A、B 之行為；主觀上，甲具有故意。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

7. 甲對別墅放火的行為，成立殺人罪之未遂犯（第 271 條第 2 項）：

(1)依題所示，A、B 並未死亡，故以下檢討未遂犯。主觀上，甲具有重傷故意；客觀上，甲業已著手而未達於既遂。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

8. 甲上述行為，成立放火罪（第 173 條第 1 項）：

(1)客觀上，甲有放火燒燬現供人使用住宅之行為，該住宅之住戶雖均不在內，但因法條對於住宅係規定「現供人使用」而非「現有人所在」，故行為當下無人在內並無礙於「現供人使用」之認定；主觀上，甲具有傷害故意。

(2)甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

9. 甲所可能成立之結合犯：

(1)首先，甲於強盜後又另行起意犯強制性交、重傷、放火及殺人罪，可能涉及第 332 條第 1 項、第 2 項第 1、2、4 款之結合犯。此等犯罪均為甲所另行起意，如此一來是否影響結合犯之成立？此即為實務所謂「犯意聯絡」之問題：

①否定結合犯成立之主要理由在於，若相結合之罪為另行起意，此時即屬事後故意，不符合故意與行為同時存在原則。

②肯定結合犯成立之理由則在於：現行法並未規定二罪要出於相同犯意。本人亦採取肯定說，理由亦在於法無明文。

(2)再者，學說與實務均認為，因結合犯不罰未遂，因此成立結合犯之最低限度，必須相結合之罪達於既遂。本題中，殺人與重傷均屬未遂，故無法成立強盜殺人及強盜重傷之結合犯。

(3)另外，結合犯亦有要求基礎犯罪與相結合犯罪之時空密接性，本題中，甲係離開盜所後再行折返放火，該放火行為與原先之強盜行為顯已喪失密接性，故甲亦不成立強盜放火之結合犯。

(4)因此，甲僅有可能成立強盜強制性交之結合犯。客觀上，甲有強盜之基礎行為與強制

性交之結合行為，二者均既遂，且具有時空密接性；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。

10. 競合：

- (1) 因甲業已成立強盜強制性交之結合犯，故就其加重強盜罪與強制性交罪均屬法條競合特別關係而被排斥，無須另論。
- (2) 甲於強盜前之竊盜未遂行為，與強盜保護法益相同，故依照不罰前行為法理，亦無須另論。
- (3) 甲之重傷未遂行為，同時也成立傷害罪，學說上有認為，保護法益相同之重罪未遂而輕罪既遂時，二罪應想像競合，以充分評價既遂輕罪的法益侵害。
- (4) 殺人罪之未遂犯與放火罪係一行為違犯，侵害數法益，應想像競合。
- (5) 上述想像競合關係，復與傷害罪及私行拘禁罪數罪併罰。

(二) 乙的部分：

1. 乙與甲成立加重竊盜未遂之共同正犯（第 321 條第 2 項、第 28 條）：

- (1) 主觀上，乙具有竊盜故意與不法所有意圖；客觀上，乙與甲具有犯意聯絡與行為分擔。
- (2) 乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 乙取得 A、B 之財物的行為，不與甲成立加重強盜罪之共同正犯（第 330 條第 1 項、第 28 條）：

- (1) 乙僅有與甲共同從事取財行為，而未從事強制行為，且甲為強制行為時乙僅在場，亦難認為有默示犯意聯絡，而如此一來乙是否仍可成立本罪之共同正犯，牽涉「相續共同正犯」之爭執，學說見解說明如下：
  - ① 否定說：組成強盜罪的強制行為與竊取行為，彼此之間必須存在主觀的手段目的關係，亦即行為人係基於取財目的而實施強制行為，並藉此強制狀態遂行竊取行為。如行為人僅共同竊取而未共同強制，必與強盜罪之結構不符。<sup>1</sup>
  - ② 肯定說：倘若在後行為人參與時，前行為人之前行為效果尚在持續中（例如強盜之反抗壓制狀態），而後行為人利用該尚持續存在之先行行為之效果，此情況亦可謂後行為人係與先行行為人共同惹起結果，即後行為人對於前行為人之前行為所生之結果亦存有因果性，而須負整體責任。<sup>2</sup>

- (2) 上述不同見解，本人認為應以「否定說」較能符合罪刑法定原則，故基於此說，乙僅有從事竊取行為而未從事強制行為，不成立強盜罪的共同正犯。

3. 乙上述行為，不成立加重強盜罪之幫助犯（第 330 條第 1 項、第 30 條）：

在認定乙不成立本罪相續共同正犯之情況下，能否認為乙可以改論以本罪之相續幫助犯？

- (1) 學說上有肯定論者認為，於此情形不妨肯認相續幫助犯的成立，蓋受幫助的正犯行

<sup>1</sup> 相關理論介紹：薛智仁，相續共同正犯概念之商榷，月旦刑事法評論，第 1 期，2016 年 6 月，第 118 頁。

<sup>2</sup> 陳子平老師採此立場，稱為「限定否定說」，見：陳子平，刑法總論，三版，2015 年 9 月，第 553、556 頁。關於日本學說下的討論，可參見：陳子平，刑法總論，三版，2015 年 9 月，第 550～553 頁。實務亦傾向此見解，見最高法院 102 年第 14 次刑庭決議：「事中共同正犯，即學說所謂之「相續的共同正犯」或「承繼的共同正犯」，乃指前行為人已著手於犯罪之實行後，後行為人中途與前行為人取得意思聯絡而參與實行行為而言。事中共同正犯是否亦須對於參與前之他共同正犯之行為負擔責任，學理上固有犯罪共同說（肯定）、行為共同說（否定）之爭議，但共同正犯之所以適用「一部行為全部責任」，即在於共同正犯間之「相互利用、補充關係」，若他共同正犯之前行為，對加入之事中共同正犯於構成要件之實現上，具有重要影響力，即他共同正犯與事中共同正犯對於前行為與後行為皆存在相互利用、補充關係，自應對他共同正犯之前行為負責；否則，事中共同正犯對他共同正犯之前行為，既未參與，亦無形成共同行為之決意，即難謂有行為共同之存在，自無須對其參與前之犯罪行為負責。」

為，不論係在既遂以前，抑或終了以前，皆屬對法益侵害的同一行為。屬於處罰較輕參與型態的幫助犯，理應無須如共同正犯般地受到構成要件的嚴格要求，以有效保護法益安全。<sup>3</sup>

(2)然本人採取否定說，理由在於，幫助犯之處罰雖然較正犯為輕，然而罪刑法定原則並不會因為某一犯罪之刑責較輕而有所退讓。本例若肯認相續幫助犯之成立，無異要求乙為自己所未實行的強制行為負責，實有不妥。故依照此說，乙不成立本罪。

4. 乙上述行為，與甲成立加重竊盜罪之共同正犯（第 321 條第 1 項第 3 款、第 28 條）：

(1)客觀上，乙與甲就竊盜及攜帶兇器一事具有犯意聯絡與行為分擔；主觀上，乙具有故意與不法所有意圖。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

5. 乙與甲成立私行拘禁罪之共同正犯（第 302 條第 1 項、第 28 條）：

(1)客觀上，乙與甲就私行拘禁一事具有犯意聯絡與行為分擔；主觀上，乙具有故意。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

6. 乙不與甲成立普通強制性交罪既遂之共同正犯（第 221 條第 1 項、第 28 條）：

(1)客觀上，乙就強制性交一事與甲具有犯意聯絡及行為分擔，然乙於著手後離去，可否認為已脫離共同正犯，而不受交互歸責？正反意見如下：

①否定說認為，共同正犯的行為應視為一個整體行為，且共同犯罪的危險性較單獨犯罪為高，這種危險性並不會因為其中一人退出而減輕或排除，因此，著手後中途退出者除非符合中止未遂之要件而能論以中止未遂外，其餘的單獨退出並無任何效果，仍應與其他犯罪者就最終的結果負責。

②肯定說認為，於共同犯罪之情形，若部分成員表示不欲繼續犯罪，且若有消除原先對於犯罪團體所貢獻的「心理因果力」與「物理因果力」時，即應評價為脫離，該脫離者僅就脫離前之行為負擔刑事責任，而無須就最後的結果負責。

(2)上述不同意見，本人認為應以「肯定說」較為合理，依照此說，乙業已切斷其物理與心理之因果力，已脫離共同正犯，無庸為甲之強制性交既遂結果負責。

7. 乙單獨成立強制性交罪之未遂犯（第 221 條第 2 項）：

(1)主觀上，乙具有故意；客觀上，乙業已著手而未達於既遂。

(2)乙無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(3)另就中止未遂（第 27 條第 1 項前段）而言，題目雖未說明乙見 B 的手術傷痕究竟是心生憐憫或心生嫌惡，然從乙後來勸阻甲甚至為此與甲鬥毆推斷，乙應係心生憐憫而停止，因此，無論依照何種標準，乙均屬因己意中止，應減免其刑。

8. 乙不與甲成立強盜強制性交之結合犯，因如前所述，成立結合犯必須相結合之罪既遂，而乙所犯之強制性交罪評價上為未遂，故無從論以結合犯。

9. 就甲成立之其餘罪名，乙不與之成立共同正犯，理由在於，該等罪名無論在事前或事中，乙均未對之與甲有犯意聯絡，此顯屬共同正犯之逾越，故乙對此均不成立共同正犯。

10. 競合：

(1)乙先成立加重竊盜未遂，再成立加重竊盜既遂，依照不罰前行為法理，論以加重竊盜既遂即可。

(2)乙強制性交未遂之行為，同時也成立強制猥褻既遂（脫衣部分），學說上有認為，保護法益相同之重罪未遂而輕罪既遂時，二罪應想像競合，以充分評價既遂輕罪的法益

<sup>3</sup> 許澤天，刑法總則，初版，2020 年 8 月，第 293 頁。

侵害。

(3) 上述想像競合關係，復與私行拘禁罪數罪併罰。

(三)丙的部分：

1. 丙在外把風的行為，成立加重竊盜罪未遂犯之幫助犯（第 321 條第 2 項、第 30 條）：

(1)首先，把風行為究竟應評價為共同正犯或幫助犯或有討論空間，本題中，丙於事前並無參與具體計畫的謀議，事中並未從事構成要件行為，事後亦無參與分贓，因此無論依照傳統實務所採取的主客觀擇一標準說、學說犯罪支配論或其他正共犯理論，均可認為丙並非共同正犯，僅為幫助犯。

(2)客觀上，丙有把風之幫助行為，促使正犯甲、乙之故意不法主行為；主觀上，丙具有雙重故意。且丙並無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

2. 就甲、乙成立的其餘罪名，丙均不成立幫助犯，因該等罪名並不在並原先的幫助故意中，此即為共犯之逾越，丙對此不負任何刑責。

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，誑稱現在急需解癮，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)

《考題難易》★★★

【擬答】

(一) 依實務見解，參酌刑事訴訟法（下稱本法）第 181 條之 1 相同法理，甲於審判中不得行使拒絕證言權，否則甲先前所為不利於乙之陳述即無從檢驗其可信性，且侵害被告乙之對質詰問權，不得採為裁判之基礎：

1. 按刑事審判基於憲法正當法律程序，對於犯罪事實之認定，採證據裁判原則，以嚴格證明法則為核心，亦即無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。而所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用所應具備之資格，如證言須經具結、自白須出於任意性等；所謂合法調查，係指法院依法律所定

各種證據之調查方式，踐行調查之程序。就證人而言，除有客觀上不能受詰問，或被告明示捨棄詰問，抑或性質上無行詰問必要性者外，於審判中，皆應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告適當且充足之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。是有證據能力，並經合法調查，乃嚴格證明之兩大支柱，缺一不可。

2. 又刑事訴訟法於民國 92 年修正時，除引進傳聞法則，就人證之調查亦改採英美法系之交互詰問制度，以期透過詰問程序之運作，辯明供述證據之真偽，使真實呈現。而主詰問係以引出積極性證據之陳述為其目的之詰問，反詰問則係在彈劾證人陳述之憑信性，並引出主詰問所未揭露或被隱瞞之另一部分事實。是交互詰問被譽為法律史上發現真實最偉大之法律器具，其所指者即為反詰問。惟立法者基於保護特定關係或利益，於刑事訴訟法規定特定業務、身分或利害關係之人，得拒絕證言（參該法第 179 條、第 180 條第 1 項、第 181 條及第 182 條），而肯認證人之拒絕證言權，以保護其權利。然拒絕證言權利並非不可拋棄，倘證人於審判中經法院告知得拒絕證言之權利後，猶決意為證述，於交互詰問中，若准其於主詰問陳述完畢後，輪到另一造反詰問時主張拒絕證言，將無法達到交互詰問之目的。為發現真實，並保障被告之反對詰問權，刑事訴訟法第 181 條之 1 規定：「被告以外之人於反詰問時，就主詰問 8 所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。」明定證人此時不得拒絕證言，以免造成無效之反詰問。
3. 從而證人於偵查中經檢察官告知得拒絕證言之權利後，如仍決意證述，並為不利於被告之陳述，且被告及其辯護人在偵查中未曾有詰問該證人之機會。而檢察官起訴並援引該不利於被告之陳述，作為證明被告犯罪事實之證據時，倘被告於審判中否認犯罪，復未捨棄詰問權，參諸前述說明，如無客觀上不能受詰問之情形存在，自應踐行詰問程序。且該證人偵查中所為不利被告之陳述，乃係證明被告犯罪之積極證據，相當於交互詰問程序中，行主詰問者已達其欲透過證人之陳述，引出取信於法院之目的，性質上與刑事訴訟法第 181 條之 1 規定「主詰問中所陳述有關被告本人之事項」無異。此時若准許該證人於審判中行使拒絕證言權，將使被告無彈劾該證人供述之憑信性，及引出其於偵查證述中所未揭露或被隱瞞之另一部分事實之機會，自侵害被告受憲法保障之詰問權，且使法院所接收者，均為對被告不利之部分，而對被告可能有利部分，則因證人拒絕證言而無法知悉，非但程序上對被告極不公平，且自發現真實之角度，證人的信用性及陳述之真實性均無法獲得測試擔保。就此情形，應類推適用刑事訴訟法第 181 條之 1 規定之法理，證人不得行使拒絕證言權。如審判長未查，許可拒絕證言，自有害於被告之司法人權及真實之發現，難謂無調查職責未盡之違法。以上各節，有最高法院 111 年度台上字第 34 號刑事判決可資參照。
4. 本件證人甲於偵查中既對於向乙購買安非他命之經過皆詳細證述且未主張拒絕證言權，則於審判中被告乙將對其行使對質詰問權之際，證人甲始行使拒絕證言權，依前引最高法院判決意旨，將使被告乙無彈劾該證人甲先前供述之憑信性，侵害被告乙受憲法保障之詰問權，且自發現真實之角度，證人甲之信用性及陳述之真實性均無法獲得測試擔保，此時應類推適用刑事訴訟法第 181 條之 1 規定之法理，證人乙不得行使拒絕證言權，否則即有本法第 379 條第 10 款之當然違背法令。

(二) 依學說見解，本件應屬逾越必要偵查手段之違法犯罪挑唆，除現場扣押之安非他命應無證據能力外，就實體刑罰權發生之起源亦有重大瑕疵，故而法院應以犯罪不成立為由而諭知無罪判決：

1. 就犯罪挑唆或誘捕偵查之合法性，實務見解向來以所謂之主觀說判斷，諸如：司法警察機關因偵辦案件，常使用之誘捕方式辦案可區分為兩種，一為「犯意誘發型」或「犯意

「創造型」誘捕，一為「機會提供型」誘捕。前者，又稱為陷害教唆，係指行為人原無犯罪意思，因受他人（如便衣警察）之引誘，始生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為而言，此種情形所取得之證據，因違反正當法律程序，且逾越偵查犯罪之必要程度，其據此所取得之證據資料，應無證據能力。後者，又稱為機會教唆，係指行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人所創造，司法警察僅係利用機會加以誘捕，此種情形之犯罪行為人本具有犯意，初非警察人員所造意，司法警察僅係運用設計引誘之技巧，使其暴露犯罪事實而加以逮捕偵辦，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性，故依此所得之證據，則有證據能力，自得採為法院論罪科刑之依據，此有最高法院 105 年度台上字第 3374 號刑事判決可參。

2. 惟學說上另有不同見解認為，實務見解概以行為人原有無犯罪意思定其偵查手段之合法性，有重大違反法治國之疑慮，因為縱使行為人原先即有犯罪之意思，難道即可謂國家機關之偵查手段可毫無節制？倘若採用主觀說作為判準，實質上等於宣告司法警察對於存有事前犯罪傾向之人可以使用任何挑唆方法來為所欲為，將其視為現代法治國的化外之民，因此，學說上提出以國家機關偵查行為本身是否超過法律界限而構成違法作為判斷基準。因此縱使對於已經有事前犯罪傾向之人，警方亦不得提供過於煽惑的誘因來促成犯罪。換言之，「誘捕偵查」在一定限度內是可被容許的，但所謂的「一定限度內」，指實施誘捕者之實施態樣，不得逾越任意偵查之界限，尤其誘餌行為的方式與強度，是否造成過度壓力而促使行為人犯罪？
3. 基此，本件甲係在司法警察 A 之指示下打電話給乙，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，具有國家性，此部分殆無疑義。惟當乙表示手上只有供自己吸食的 5 小包時，甲在司法警察 A 不斷使眼色比手畫腳之下，謊稱現在急需解癮，所以願意出 10 倍價格購買乙手上的所有毒品，而促使乙受到利誘，始和甲談妥價格交貨部分，管見認為此誘餌行為的方式與強度，顯已造成過度壓力而促使乙犯罪，其手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，因此所取得之證據資料，應不具有證據能力。而除證據能力之排除外，學說著眼於國家機關違法挑唆犯罪，其重大違反法治國的瑕疵（尤指「國家的禁反言，即國家不得為了追訴犯罪而製造犯罪）存在於實體刑罰權發生的事由本身以及發生當時，則國家對於該被誘捕者自始不存在實體的刑罰權，即實體法上的「個人排除刑罰事由」，結論也就是以犯罪不成立為由而諭知無罪判決。

(三) 甲向律師 Y 諮詢自己販毒案件內容，應屬秘密自由溝通權利保障之範疇，依司法院大法官 112 年憲判字第 9 號憲法判決意旨，國家機關除不得為扣押取得此溝通紀錄及因此所生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）作為犯罪證據之目的而發動搜索外，亦應被排除於得為犯罪證據之外，無證據能力：

1. 按國家創設律師制度之功能，包括協助其委任人，避免國家公權力於追訴犯罪時未依正當法律程序，而侵害其委任人應受憲法保障之基本權。律師於刑事辯護程序得充分發揮其功能，以協助被告或犯罪嫌疑人行使防禦權，屬重大公益。
2. 基於律師執業之特性，係為維護其委任人之權益，為使其委任人得以信任並充分與律師溝通，於其委任人為尋求專業法律協助及辯護而與律師進行秘密溝通時，律師法特別規定律師有保守其職務上所知悉秘密之權利及義務（律師法第 36 條規定參照），以維護律師與其委任人間之特殊信賴關係。刑事訴訟法規定，律師、辯護人就其因業務所知悉有關他人秘密之事項，於受詢問或訊問時，除經其委任人本人允許者外，有拒絕證言之權利（刑事訴訟法第 182 條及第 196 條之 1 第 2 項規定參照），亦係為保障律師與其委任

人間之特殊信賴關係；刑法並課予律師保密義務，無故洩漏因業務知悉或持有他人之秘密者，以刑法處罰其洩密行為（刑法第 316 條規定參照）。於律師與其委任人間，同時具有辯護人與被告、犯罪嫌疑人之關係時，辯護人與被告、犯罪嫌疑人間秘密自由溝通之權利，應受憲法保障。

3. 上開秘密自由溝通權利之內涵，除面對面的語言溝通以及書信、電子傳遞等溝通方式外，並應包括律師因此秘密自由溝通權行使所製作之文件資料（如文書、電磁紀錄等），此部分乃屬律師與其委任人間特殊信賴關係之核心內容。律師辯護制度之目的既是在審檢辯分立之訴訟制度下，律師為協助其委任人對抗國家之追訴，以免冤抑，故雙方此部分之溝通紀錄及律師因此所製作之文件資料（如文書、電磁紀錄等），均應受憲法保障，而應被排除於得為犯罪證據之外，從而國家機關自不得為扣押取得此溝通紀錄及因此所生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）作為犯罪證據之目的而發動搜索。又若辯護人與被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人間秘密自由溝通之溝通紀錄及因此所生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），得為國家搜索、扣押之標的，必然阻礙辯護人為保障被告訴訟權益功能之實現，亦屬對律師工作權之不當侵害，112 年憲判字第 9 號憲法判決意旨可資參照。
4. 經查，本件偵查機關得知甲販毒後，合法監聽甲手機，意外監聽到甲向律師 Y 諮詢自己販毒案件內容，此另案監聽所得之內容，原可依通訊保障及監察法（下稱通保法）第 18 條之 1 第 1 項但書規定「於發現後七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」而例外有證據能力，惟此另案監聽之內容，既為甲向律師 Y 諮詢自己販毒案件之相關溝通紀錄，揆諸前開 112 年憲判字第 9 號憲法判決意旨，應被排除於得為犯罪證據之外，自無證據能力。

# 113 年公務人員特種考試司法官考試

## 113 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、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)

#### 【擬答】

- (一)丙、丁聲請撤銷系爭法律行為有理由

1. 民法第 244 條第 2 項之撤銷訴權，以債務人之有償行為有害及債權等為要件，本件丙、丁得否依本項聲請法院撤銷甲、乙之法律行為，須視系爭法律行為是否有害及債權而定。
2. 依否定說，於清償前，甲有價值 800 萬元之 A 地及 1600 萬元之債務，於清償後，甲已無積極財產，但債務亦減少至 800 萬元，甲之總體財產並無減少，難謂有害及債權<sup>1</sup>。
3. 依肯定說，債務人之財產為全體債權人之總擔保，除有優先權者外，原則上應按各債權人之數額平均受償（強執 38），故本件甲應將 A 地按比例清償予乙 400 萬元、丙 250 萬元、丁 150 萬元，然甲將 A 地全數出賣於乙，導致丙、丁未能按比例受償，自有害於丙、丁之債權<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 最高法院 55 年台上字第 2839 號判例：「債務已屆清償期，債務人就既存債務為清償者，固生減少積極財產之結果，但同時亦減少其消極財產，於債務人之資力並無影響，不得視為民法第二百四十四條第一項或第二項之詐害行為。惟在代物清償，如代債務之價值較債權額為高，有損害於債權人之權利時，而受益人於受益時方知其情事者，仍有同法條第二項之適用。」臺灣高等法院暨所屬法院 111 年法律座談會民事類提案第 2 號亦採此說。

<sup>2</sup> 陳澔岳，清償是否適用債權人撤銷權？，月旦法學教室，第 152 期，頁 12-14。林誠二，向特定債權人清償與詐害債權行為，月旦裁判時報，第 69 期，頁 5-14。最高法院 105 年度台上字第 2382 號判決：「按履行債務之行為，一方面減少積極財產，另方面亦因債務消滅而減少消極財產，自總財產言，則無增減，在代物清償，以同一理由，在債務人之責任財產仍足以清償其債務時，固應認為不構成詐害行為；惟若債務人之責任財產已不足清償債務，竟對

4. 民法第 244 條之目的，在於確保債權人應有之權益，倘允許債務人恣意向特定債權人清償，而他債權人無從撤銷，似與本條之目的相違。據此，既然甲乙均明知甲之財產不足清償全部債務、亦知悉有其他債權人存在，則甲將其財產全數用於清償對乙之債務，即有害及丙、丁之債權，丙丁得依民法第 244 條第 2 項聲請法院撤銷之。

## (二)丙撤銷系爭贈與契約理由

1. 依民法第 412 條第 1 項，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，贈與人得撤銷贈與。本題丙得否依本條對庚主張撤銷系爭贈與契約，須視丙得否繼承該撤銷權而定。
2. 依民法第 1148 條第 1 項，具有一身專屬性之權利或義務，並非繼承之標的。而民法規定之撤銷權，若與當事人間不具特殊關係或涉及公益，應得由繼承人行使之，例如民法第 88、92 條之撤銷權等是。
3. 附負擔贈與本質上與雙務契約類似，與一般贈與不同。故民法第 412 條之贈與，只要受贈人不履行其負擔，贈與人即得撤銷之，與贈與人並無特殊關係亦不涉公益。據此，本項之撤銷權，應得由繼承人行使<sup>3</sup>。
4. 戊將 B 地贈與於庚，並約定庚有使丙、戊使用 B 地至終老之負擔，係成立附負擔贈與。戊死亡後，丙得繼承該贈與契約關係。若庚於戊死亡後，不願繼續履行負擔，丙即得依民法第 412 條撤銷該贈與。

## (三)辛向丁請求權利瑕疵擔保之損害賠償無理由

1. 依民法第 349 條，出賣人有權利無缺擔保義務，即出賣人應擔保第三人就買賣標的物不得主張任何權利。若出賣人違反此項義務，買受人得依民法第 353 條準用債務不履行之規定請求損害賠償。
2. 所謂權利，解釋上須與出賣人有關，例如出賣人設定於第三人之物權，或第三人基於與出賣人之債權契約所享有之權利等是。至於基於法律規定所發生之權利，因與出賣人無

---

特定債權為全額清償，致害及其他債權受清償之金額時，債權人亦得聲請法院撤銷之，此觀諸破產法第七十八條、民法第二百四十四條第二項規定自明。查上訴人於事實審一再主張：被上訴人為系爭債權讓與行為時，均知悉全富公司已停止營運，所欠債務無法清償，該債權讓與顯害及全體債權，應予撤銷等語（見一審卷第一九七頁、原審卷第一〇九頁）。而證人曾順雍亦證稱：伊與吳俊江、黃蔓琳簽訂債權讓與契約時，均知悉全富公司另欠上訴人貨款，全富公司當時周轉不靈，讓與系爭債權後已無何財產可供清償其他債權人等語（見原審卷第八一至八四頁）。果爾，倘被上訴人在明知全富公司財產已不足清償一切債務之情形下，仍為系爭債權讓與行為，使全富公司對其他債權人之債權不能受清償時，即難謂無損害於上訴人之權利。乃原審就此上訴人重要攻擊方法未遑細究，對全富公司除系爭債權外有無其他責任財產足以清償其所負之債務未予審認，徒以系爭債權讓與行為不生增減全富公司總財產為由，即認為詐害行為，而為不利於上訴人之論斷，自屬可議。上訴意旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」

<sup>3</sup> 最高法院 111 年度台上字第 1900 號判決：「五、本院廢棄原判決之理由：一、按民法總則及債編規定之撤銷權，於撤銷權人死亡後，是否具有繼承性而移轉於其繼承人，須統合考察法律規範意旨，視其是否依特殊關係而產生或涉及公益，判斷行使該撤銷權是否具有專屬性。例如：基於暴利行為（第 74 條）、被詐欺或被脅迫（第 92 條）、錯誤（第 88 條）、誤傳（第 89 條），或因詐害債權（第 244 條）而產生撤銷權，因當事人間不具有特殊關係或涉及公益，不具有高度屬人性之權利，得由繼承人繼承而行使，並應依被繼承人之事實情況而受有限制。贈與人因民法第 416 條第 1 項所取得之撤銷權，原則上乃因受贈人對其自身或親屬之忘恩背義行為而產生，並得因贈與人對於受贈人宥恕而消滅（同條第 2 項參照），此係受贈人與贈與人之特別關係，性質上具有高度屬人性之權利；例外情形，始由贈與人之繼承人基於獨立之身分取得撤銷權（民法第 417 條規定參照），兩者均具有專屬性，不得為繼承之標的。附負擔之贈與，因受贈人負有一定給付義務，其負擔與對價有相似之處，發生類如雙務契約、有償契約之效力（民法第 413 條、第 414 條規定參照），與一般贈與不同。故民法第 412 條規定關於附負擔贈與之撤銷，祇須受贈人就負擔之不履行具有歸責事由，贈與人即可撤銷，並無贈與人個人之人格因素考量。如贈與人生前未及行使該撤銷權，或受贈人於贈與人死後始不履行負擔，因贈與契約當事人間尚有權利義務待履行，贈與人之繼承人不僅繼承已發生之撤銷權，而係概括繼承贈與契約之權利義務，即非不得撤銷該贈與。原審未遑探求民法第 412 條規範意旨，並究明該撤銷權之行使是否依特殊關係產生或涉及公益，逕謂廖家豪名下 A、B 地均係廖清泉所為附負擔之贈與，該撤銷贈與係專屬贈與人之權利，不得為繼承之標的，因認陳寶鳳不得為之，依上說明，已有未合。」

關，若由第三人負無過失之擔保責任，未免過苛<sup>4</sup>。

3. 袋地通行權係依民法第 787 條所發生之權利，目的在於確保土地之利用價值，係基於法律規定所發生之權利，與土地所有人即出賣人無關。且此種土地之負擔，通常亦設有償金等補償機制，實無令出賣人負權利瑕疵擔保責任之必要。
4. 丁、辛就 D 地訂立買賣契約並完成移轉登記，丁有擔保第三人就 D 地不得主張任何權利之義務。然如上所述，所謂權利並不包括袋地通行權在內。是縱使丑請求確認對 D 地有袋地通行權存在且獲勝訴判決確定，此亦非權利瑕疵，辛不得依民法第 349、353 條請求丁負損害賠償責任。

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：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)

### 【擬答】

#### (一) 甲之抗辯無理由

1. 依民法第 252 條，約定之違約金額過高者，法院得減輕至相當之數額。然於債務人已經給付時，得否再依本條請求酌減，則有爭議。
2. 否定說參考德國法之規定，認為已經給付違約金者即不得再請求酌減<sup>5</sup>。肯定說則為保護債務人，認為只要違約金過高，即得請求酌減。多數見解係採限制肯定說，認為債務人若係基於自由意志給付違約金，即不得請求酌減。但若非出於自由意志，例如將債務人

<sup>4</sup> 最高法院 90 年台上字第 2093 號判決：「查民法第三百四十九條規定：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。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（例如鄰地所有人之袋地通行權），則不在出賣人擔保之範圍。」

<sup>5</sup> 德國民法第 343 條第 3 句「給付違約罰後，不得酌減之。」

給付之價金充作違約金，則仍得請求酌減<sup>6</sup>。另有學者認為，應視債務人有無拋棄酌減權之意思而定，與給付是否出於自由意思無涉<sup>7</sup>。

3. 甲乙就 A 工程訂立承攬契約，並約定有違約金條款。乙確實給付遲延，應按契約給付違約金，甲亦以自尾款扣抵方式行使違約金債權。然該方式係甲主動為之，難認乙係出於自由意思給付違約金，亦無從認定乙有拋棄酌減權之意思，據上說明，應認為乙仍得請求酌減，故甲之抗辯無理由。

## (二) 甲之抗辯無理由

### 1. 丁銀行有主張抵銷之權利

(1) 依民法第 902 條準用第 299 條第 2 項，債務人於受通知時，對於設質人有債權者，如其債權之清償期，先於所設質之債權或同時屆至者，債務人始得主張抵銷。

(2) 本題乙將對丁之債權設定權利質權於甲，於丁受通知時，丁已對乙有 3000 萬元之債權，且該債權之清償期為 107 年間，係先於所設質之債權（清償期為 110 年 10 月），故丁應得主張抵銷。

### 2. 丁銀行主張抵銷不違反誠信原則

(1) 依民法第 148 條第 2 項，行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。所謂權利，自包括抵銷權在內。又誠信原則之內涵，包括信賴保護原則及利益衡量原則。前者須權利人客觀上有某種行為外觀，使相對人正當、合理信賴其不行使權利。後者則係衡量權利人行使權利取得之利益與對相對人造成之損害，評價行使權利是否違反誠信原則<sup>8</sup>。

(2) 自信賴保護原則言，本件丁「未告知」甲其將來可能行使抵銷權，並未創造其不行使抵銷權之權利外觀。另自利益權衡原則言，丁行使抵銷權之結果，係始自己之債權受有滿足，並導致甲之債權從有擔保債權成為無擔保債權，並無「自己獲利極小而他人損害極大」之情形，亦難認為違反誠信原則<sup>9</sup>。據此，甲抗辯丁主張抵銷違反誠信原則，應無理由。

## (三) 戊請求甲給付應有理由

### 1. 丙戊之債權讓與有效；丙庚之債權讓與不生效力

<sup>6</sup> 最高法院 79 年度台上字第 1915 號判例：「約定之違約金過高者，除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，不容其請求返還外，法院仍得依前開規定，核減至相當之數額。」最高法院 110 年度台上大字第 1553 號民事裁定亦採此說。

<sup>7</sup> 顏佑紘，論出賣人將買受人已付價金全部沒收充為違約金之法律關係，台灣法律人，第 30 期，頁 119-133。

<sup>8</sup> 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？月旦法學雜誌，第 317 期，頁 46-64。

<sup>9</sup> 最高法院 109 年度台上字第 1039 號判決：「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之權利，始足當之。原審既認上訴人對於出質人新高公司有具備抵銷適狀之系爭借款債權存在，並已對實行質權之被上訴人為抵銷意思表示，卻謂上訴人行使抵銷權違反誠信原則，無非係以：上訴人於系爭質權設定覆函內，未加註不拋棄抵銷權行使之意旨，致被上訴人無從知悉上訴人行使抵銷權之風險，以評估是否採取降低自身風險之作法，因認上訴人就系爭存單行使抵銷權，乃不符誠信原則云云為其論據，並以財政部函、銀行公會全聯會函為憑。然揆之上訴人於系爭質權設定覆函內，並無拋棄抵銷權之記載（見一審卷第 18 頁），似難認其已為拋棄抵銷權之意思表示。參諸卷附 10 家銀行之質權設定覆函例稿（見原審卷第 465 至 483 頁），其中僅 4 家銀行之例稿記載『本行得依法行使抵銷權』之文字或選項，餘 6 家銀行則無此記載，似見銀行公會全聯會函文所謂銀行實務會記載不拋棄抵銷權行使云云，與實情未盡相符，則上訴人未於系爭質權設定覆函內加註上開文字，是否違反銀行實務，尚非無疑。至財政部函文所載：『...銀行於接受質權設定通知時，如不向質權人表示拋棄行使抵銷權，則宜於設定書之回條聯載明：『本銀行得依法行使抵銷權』之意旨，俾質權人得事先瞭解...』等語（見一審卷第 28 頁），與民法有關抵銷權行使之規定不符，似僅屬對銀行提出建議性質之行政指導，不具強制性，而被上訴人並非該函發文之對象，何以得據其內容，主張因上訴人『未於系爭質權設定覆函加註不拋棄抵銷權』之外觀行為，使其就上訴人拋棄抵銷權一事取得正當信賴，猶待釐清。原審就此未予敘明，遽謂上訴人行使抵銷權違反誠信，而為其不利之判斷，其理由尚有不備。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」

丙將對甲之工程款債權先後讓與於戊、庚，依最高法院 105 年第 15 次民事庭決議，第一次債權讓與有效，第二次債權讓與構成無權處分而效力未定，故除非戊承認丙庚之債權讓與，否則應認為由戊取得系爭債權。

## 2. 甲對庚之清償是否有效

- (1) 於債權先後讓與之情形，若債務人向第二受讓人為給付，依實務見解，為保護債務人之利益，無論其是否知悉有第一受讓人存在，均得依民法第 297、299 條第 1 項之規定，以清償之事實對抗第一受讓人<sup>10</sup>。
- (2) 依學說見解<sup>11</sup>，認為應區分債務人之善惡意決定其效力。於債務人係善意時（不知有第一受讓人存在），應認為其對第二受讓人清償的效果得對抗第一受讓人；若債務人係惡意，則不得對抗第一受讓人（類推 297、299<sup>12</sup>）。
- (3) 本題甲於受戊通知後，仍執意對庚清償，無論其目的為何，於甲知悉有第一受讓人存在時，仍自願向第二受讓人清償，甲應自行承擔該不利益，而非將不利益歸由戊承擔，故應以學說見解為妥。
- (4) 據此，甲不得以其已經對庚清償為由，對戊主張系爭債務已經消滅。既然系爭債務尚未消滅，戊請求甲清償工程款，應有理由。

<sup>10</sup> 最高法院 109 年度台上字第 2974 號判決：「按債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。債務人於受通知時所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人，民法第 297 條第 1 項本文、第 299 條第 1 項分別定有明文。蓋債權之讓與，於讓與人與受讓人意思合致時即成立，其無須債務人之參與，且債務人亦不得拒絕，自不宜因債權讓與之結果，而使其陷於不利之地位，乃使讓與人或受讓人負通知義務，並明定其經通知債務人後，即對之發生效力。至該讓與如有不成立、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。次按權利質權之設定，除有特別規定外，應依關於其權利讓與之規定為之。此觀諸同法第 902 條規定即明。本件原審以上訴人雖於 104 年 7 月 8 日即自清隆公司受讓系爭工程款債權 2 億 4,854 萬元，惟清隆公司於翌日至同年 10 月 8 日期間，經被上訴人同意，復先後將系爭工程款債權其中共 6 億 4,682 萬 4,496 元設定質權與竹榮公司等 7 家廠商，而上訴人係於其後同年 11 月 26 日始向被上訴人通知讓與事實，因認被上訴人對於先為質權設定通知之質權人竹榮公司等 7 家廠商為給付，已生清償效力，加計其給付與清隆公司之工程款後，清隆公司對被上訴人已無工程款債權存在，爰為上訴人敗訴之判決，經核於法並無違誤。上訴人謂清隆公司將系爭債權讓與伊等後，又將之設質與竹榮公司等 7 家廠商，為無權處分，被上訴人於 106 年 11 月 26 日受伊等通知時已知此情，仍於其後給付工程款與竹榮公司等 7 家廠商，不生清償效力云云，要無可取。」

<sup>11</sup> 謂森林，債權雙重讓與時，惡意債務人對後受讓人清償之效力，月旦法學雜誌，第 345 期，頁 6-22。

<sup>12</sup> 民法第 297、299 條均適用於一般債權讓與之情形，於債權雙重讓與時，第一受讓人之地位與一般債權讓與之受讓人類似、第二受讓人之地位則類似於一般債權讓與之讓與人，故得類推適用上開規定。

# 113 年公務人員特種考試司法官考試

## 113 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

### 第二試試題

類科：各類科

科目：民法與民事訴訟法(二)

考試時間：2 小時

宋定翔老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、甲為原告，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將 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 月間購買 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)

《考題難易》★★★★☆

《破題關鍵》當事人恆定主義與判決效力主觀範圍擴張、當事人追加之要件、代位訴訟、第三人確認他人間法律關係之被告適格

#### 【擬答】

(一)

1. 甲追加丙作為被告是否合法，以及對丙為如何之請求得以使相關連紛爭一次解決，涉及乙於本訴訟繫屬中移轉 A 地所有權是否影響本訴訟、當事人追加之要件、代位訴訟等問題，茲依序論述如下。
  2. 按民事訴訟法（下略者同）第 255 條第 1 項本文及同項第 1、2、6 款規定，訴狀送達被告後，原告原則上不得為訴之追加；然若被告同意訴之追加、原請求與新請求之請求基礎事實同一者，或針對原請求之先決法律關係存有爭執，則得為訴之追加。
  3. 而就前述所謂「請求之基礎事實同一者」之認定，實務見解多認為，必須原請求與新請求之(1)主要爭點共通、(2)各請求之利益主張於社會生活上可認為具有同一性，且(3)原請求之訴訟及證據資料得期待於後訴訟予以援用。
  4. 然本文以為，第 255 條之容許追加變更事由旨在於得以兼顧被告防禦利益保護之前提下，統一解決紛爭，準此以言，僅以前述第(3)要件認定請求基礎事實同一，即可避免不當擴大被告之防禦範圍，故若新舊請求可基於相同之基礎資料受裁判（判決基礎資料同

一），請求之基礎事實即為同一（有學說亦採此旨）<sup>1</sup>。

5. 至於過去雖有實務見解根本性否定得以「請求之基礎事實同一」為由，追加新當事人<sup>2</sup>。但本文以為，自第 255 條第 1 項第 5 款規定可知，「當事人變更追加」在性質上屬於「訴之變更追加」之一種，而最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議決議，更認為第 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。
6. 經查，原告甲雖以其對於乙就 A 地之借名登記物返還請求權作為訴訟標的，而此一訴訟標的法律關係即借名登記物返還請求權，乃以當事人契約約定、民法第 179 條或類推適用同法第 541 條第 2 項規定作為請求權基礎，而為債權關係之請求，並未因為乙移轉 A 地所有權而隨之移轉，僅屬單純移轉訴訟標的物之情形，如後所述並不影響乙之當事人適格及訴訟標的之認定。
7. 然而，因該項移轉將使乙返還借名登記物之義務陷於給付不能，影響本案請求之有無理由，況甲已主張乙丙間就 A 地係為假買賣，即係主張乙仍有收回並移轉 A 地所有權之可能，故乙丙間買賣關係、所有權移轉法律關係是否該當民法第 87 條第 1 項規定之「通謀虛偽意思表示」而無效，乃係本訴訟之主要爭點暨先決法律關係，與借名登記物返還請求可基於相同訴訟資料為裁判，足認請求之基礎事實同一，故甲為確認乙、丙間為假買賣，得依照第 255 條第 1 項第 2、6 款規定追加確認前述二法律關係不存在，並追加丙為新被告。
8. 而為使乙就 A 地借名登記物返還義務回復給付可能之狀態，而可直接移轉 A 地所有權予甲，甲得併依第 242、243 條之規定，代位 A 地原登記所有權人乙，行使其基於第 767 條第 1 項中段對於丙之所有權妨害排除請求權，請求丙塗銷就 A 地所為所有權移轉登記，並追加上開請求作為本訴訟之訴訟標的，如此一來，在甲之請求確定有理由時，即可藉由本訴訟之確定判決一次解決紛爭，取得 A 地之所有權。

(二)

1. 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，涉及第三人確認他人間法律關係之被告適格，茲論述如下。
2. 按第 247 條，確認訴訟之提起須「原告有即受確認判決之法律上利益」。向來實務見解認為此係指某法律關係之存否不明確，致原告在私法上地位有受侵害之危險，而該項危險適切以對於被告之確認判決而除去者。準此，如原告請求法院確認者係他人間之法律關係，不論為積極或消極確認之訴，如有前述確認利益，即可為之。
3. 而就第三人（原告）否認當事人間之法律關係存在而提起消極確認之訴，應否列該法律關係之雙方當事人作為共同被告，容有疑義，下分析之：
- (1) 實務見解有認為，因該法律關係之存否對該等法律關係之雙方當事人必須合一確定，不得歧異，自須以其等為全體當事人一同被訴，始為當事人適格。
- (2) 然本文以為，自確認利益判斷，並無必要對於不爭執當事人起訴之必要，故解釋上應以「對原告之主張為爭執之當事人（一方或雙方）」為被告即可，並無一概以「該法律關係之雙方當事人」為共同被告之必要（有學說亦採此旨）。<sup>3</sup>另亦有實務見解同樣認為，如該法律關係之當事人中有一方同時否認該法律關係存在者，只須以主張法律關係存在之他方為被告為已足。

<sup>1</sup> 邱聯恭講述、許士宦整理，《口述民事訴訟法講義(二)》，2017 年 9 月，2017 年筆記版，頁 225～232；沈冠伶，〈當事人之變更、追加〉，《程序保障與當事人》，2012 年 12 月，1 版 1 刷，頁 267。

<sup>2</sup> 最高法院 103 年度台抗字第 39 號民事裁定。

<sup>3</sup> 陳啟垂，《民事訴訟法（上冊）》，2015 年 10 月，1 版，頁 130。

4. 如前所述，甲在本訴訟對於乙主張之借名登記物返還請求權是否給付不能、該請求有無理由，乃攸關乙丙間就 A 地之買賣關係及所有權移轉法律關係之存否，如乙丙均對於甲所主張假買賣乙節為否認，致以上二法律關係之存否不明，有侵害甲私法上地位之虞，而該項危險適切透過對於乙丙之確認判決而除去，但如僅有乙否認、而丙並不爭執，則僅列乙為此部分之被告即可。
5. 附此敘明，如甲在前訴訟已合法追加確認乙丙間以上二法律關係之不存在，又另外起訴請求確認乙、丙間買賣關係不存在，則後訴訟之訴訟標的乃與本訴訟之追加訴訟部分相同，且當事人同一、此部分訴之聲明亦屬相同，該當重複起訴之同一事件，後受訴法院應按第 253 條、第 249 條第 1 項第 7 款，以裁定駁回後訴訟。

(三)

1. 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，涉及我國對於訴訟繫屬中訴訟標的之法律關係移轉採取之制度設計，下分析之。
2. 按第 401 條第 1 項中段規定，確定判決之既判力主觀範圍除包括當事人外，並擴張及於「訴訟繫屬後為當事人之繼受人者」。上開規定所謂「繼受人」包括「概括繼受人（一般繼受人）」與「特定繼受人」，而特定繼受人包含權利義務之繼受。
3. 至於訴訟繫屬中訴訟標的權利義務關係產生移轉時，該項權利義務之特定繼受人固有前述規定之適用，惟實務與通說見解認為，於單純繼受系爭物之特定繼受，雖有上述規定之適用可能，但如訴訟標的為債權關係，因債權僅具有相對效，故非上開規定之「特定繼受人」，判決效力並不及之。
4. 然本文以為，是否為第 401 條第 1 項中段之「特定繼受人」，不應區分物權與債權關係之情形，亦不論繼受係發生於基準時點以前或以後，凡該當「訴訟繫屬後為當事人之繼受人者」，均按第 401 條第 1 項中段之規定受既判力主觀範圍擴張所及。進一步而言，若該項移轉係發生於基準時點以前，且該繼受事實已呈現於訴訟上，考量第 254 條第 1 項當事人恆定主義，旨在賦予程序保障之前提下維持程序安定並一次解決紛爭，此際受訴法院得將該項移轉事實作為裁判基礎，且繼受人有受事前程序保障之機會（第 254 條第 4 項），如此上開既判力主觀擴張乃有正當化根據，不因判決結果有利不利於第三人而有所不同（學說見解亦有採此旨者<sup>4</sup>）。
5. 準此，乙於 113 年 6 月 1 日之訴訟繫屬中移轉 A 地所有權之事實，已因乙之主張而呈現在本訴訟上，其訴訟標的仍為「甲對乙之借名登記物返還請求權」，並未變更，按第 254 條第 1 項規定，乙仍具有當事人適格即係指其被主張自己義務而具有固有之當事人適格，故「於訴訟無影響」。
6. 然法院仍應按第 254 條第 4 項為職權通知，進而，因丙為特定繼受人，故判決效力按第 401 條第 1 項中段之規定擴張及於丙，乃符合程序保障之要求，但既判力客觀範圍為「甲對乙之 A 地借名登記物返還請求權」，此項既判力擴張並不致於侵害丙之利益。

<sup>4</sup> 參考：許士宦，〈執行力客觀範圍擴張論之生成〉，《執行力客觀範圍擴張論》，2017 年 12 月，1 版，頁 18~22。許士宦（2016），《民事訴訟法（上）》，頁 102~146；許士宦，〈訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張〉，《執行力客觀範圍擴張論》，2017 年 12 月，1 版，頁 250~262。

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)

《考題難易》★★★★★

《破題關鍵》不真正連帶債務、除去不當聲明之闡明、選擇合併之概念、得否以侵權行為損害賠償請求權暨相競合之不當得利返還請求權為抵銷之被動債權、既判力之客觀範圍

【擬答】

(一)

1. 本件甲請求連帶返還不當得利有無理由，以及法院應如何裁判，涉及不真正連帶債務、除去不當聲明之闡明，以及選擇合併之概念，茲論述如下。  
2. 按民法（下略者同）第 272 條規定，連帶債務係指多數債務人對債權人所負債務，係以同一給付為內容，且各該債務基於「多數債務人明示之意思」或「法律之明文規定」而具有同一經濟目的之債之型態。  
3. 相對於此，如多數債務人本於各別之發生原因，對債權人各負全部給付之義務，各債務具有客觀之同一目的，係因相關之法律關係偶然競合所致者，則屬於學說上所稱之不真正連帶債務，雖非第 272 條所規定「真正連帶債務」，但不真正連帶債務人中之一人或數人向債權人為給付者，他債務人亦同免其責任。  
4. 循此，第 197 條第 2 項固然規定侵權行為損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，在同條第 1 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。不當得利之受利益者如乙、丙間，並無約定或法律規定應負連帶責任，惟其給付目的均在於返還應歸屬於甲之利益，係因第 179 條規定之偶然競合，導致依照甲之主張對甲各負給付 250 萬元之責，乙、丙二人之給付義務具有客觀同一目的，且各負有全部之給付義務，任一人為給付即足填補甲之損害，故為不真正連帶債務。  
5. 準此以言，甲本件就其不當得利之主張部分應聲明：「被告乙應給付原告新台幣（下同）250 萬元」、「被告丙應給付原告 250 萬元」、「前二項所命給付，於其中任一被告為給付時，其餘被告於其給付範圍內同免給付義務。」。  
6. 再按闡明權係指若當事人對於聲明或陳述有不明瞭、不完足、不正確或前後矛盾時，由審判長以發問或曉諭（明白告知）之方式，促使其敘明或補充，以除去或完足其聲明或陳述。倘當事人所為訴之聲明雖不適當或錯誤者，然依其事實上及法律上陳述，足以推

知其真意者，則受訴法院應按民事訴訟法第 199 條闡明當事人，使其有機會得以除去不當之聲明<sup>5</sup>，以合乎公正程序請求權之要求。

7. 如前所述，依照甲所提出之原因事實暨法律上陳述，已足以推知其起訴之意思應為不真正連帶債務之主張，雖其聲明被告乙丙連帶給付 250 萬元有所錯誤，但受訴法院仍應為除去不當聲明之闡明，曉諭甲應為如前所述不真正連帶債務之訴之聲明，以維當事人之程序利益。
8. 未按原告以單一之聲明，主張二以上訴訟標的，而請求法院擇一訴訟標的為其勝訴之判決者，乃所謂「選擇合併」，原告依其中之一訴訟標的可獲全部受勝訴判決時，法院固得僅依該項訴訟標的而為判決，對於其他訴訟標的無庸審酌；惟如各訴訟標的對於原告判決之結果不同，法院自應擇對原告最為有利之訴訟標的而為裁判。
9. 準此，在甲妥為上述聲明之變更後，如甲針對其所主張之侵權行為損害賠償請求權與不當得利返還請求權，仍請求法院擇一為有利判決，則受訴法院審理結果，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，但另一方面認為不當得利之請求為有理由時，就原告侵權行為之請求即不必裁判，應依原告應受判決事項之聲明為原告勝訴之記載，縱使法院確知上開侵權行為部分之請求為無理由，亦不必為駁回之裁判。

(二)

1. 乙所為抵銷是否發生抵銷之效果、乙另訴請求返還借款是否違反既判力，涉及得否以侵權行為損害賠償請求權暨相競合之不當得利返還請求權為抵銷之被動債權，以及既判力之客觀範圍，茲論述如下。
2. 按第 334 條第 1 項，抵銷須當事人雙方互有對立債權，且前述主動債權與被動債權具有抵銷適狀，始得為之。而抵銷權屬形成權之一種，且以意思表示為之即可，無須經法院之裁判。但訴訟當事人仍得於被告於「訴訟上行使抵銷權」並以此為備位主張。
3. 惟按，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。」，以免債權人在其債權無法獲得清償時，故意侵害債務人，在債務人對其主張侵權行為損害賠償請求時，再利用前述債權對債務人主張抵銷，變相容許債權人得利用其債權故意侵害債務人之生命、身體、財產等權利，卻不必承擔損害賠償責任致有背公序良俗。
4. 準此，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，在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（實務亦採此旨<sup>6</sup>）。
5. 從而，如乙丙確實已對於甲之汽車所有權構成故意侵權行為，則不論甲對乙、丙係主張侵權行為損害賠償請求權抑或是不當得利返還請求權，乙均不得以其對於甲之借款返還請求權而為抵銷，其所為抵銷意思表示，不生抵銷之效果，遑論由丙依照第 277 條援引主張乙之抵銷權，或主張同免其給付義務云云。
6. 反之，由於本題並未承前述(一)之法院審理結果，如法院係認定乙丙僅構成過失侵權行

<sup>5</sup> 最高法院 106 年度台上字第 1663 號民事判決：「當事人所為應受判決事項之聲明，雖有用語不當之情形，如依其實際上及法律上之陳述，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。」。

<sup>6</sup> 最高法院 98 年度台上字第 200 號、97 年度台上字第 2101 號判決意旨參照。

為，即無上述規定之適用，故本件抵銷抗辯暨主動債權即乙對甲之借款返還請求權之有無理由仍有經法院裁判之可能，而有如後所述討論此部分確定判決既判力之必要。

7. 次按民事訴訟法第 400 條規定，既判力之客觀範圍原則上以經裁判之訴訟標的為限，並例外於主張抵銷之主動債權其存否經法院實質裁判者，就其「主張抵銷之額度內」亦有既判力。蓋於法院認定原告請求債權存在時，必須再就本非訴訟標的而被告為抵銷抗辯之另一債權（抵銷債權），其成立與否及數額，在兩造充分攻防後，併為實質認定，以為原告之訴有無理由之終局判決，自應賦予既判力。此時法院就抵銷債權，既須在原告請求及被告主張抵銷之額範圍內為實質認定，上開規定所稱其成立與否經裁判者，自應併指主張抵銷之額成立及不成立部分，以發揮裁判解決紛爭之功能。
8. 準此，甲請求乙損害賠償 250 萬元，乙以其對甲有相同額度之借款債權並主張抵銷，則該等主動債權即借款債權發生實體上抵銷效果，並經法院裁判後，不論係認定其存否，在前述主張抵銷 250 萬元之額度範圍內，均有既判力。
9. 因此在乙所提出之抵銷請求生既判力後，確定判決就抵銷債權法律關係之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後乙就上開借款債權 250 萬元之同一事項，於本件判決確定後，作為後訴訟之訴訟標的再起爭執時，後訴訟已違反確定判決之既判力，法院應依第 249 條第 1 項第 7 款規定，裁定駁回乙所提後訴訟，以求訴訟經濟，避免重複訴訟而裁判矛盾，維護法之安定。

### 最高法院 110 年度台上大字第 279 號民事大法庭裁定

#### 〔主文〕

被告對於第二審認原告之請求全部存在，其主張抵銷之請求全部或一部不成立之判決，提起第三審上訴者，於計算其上訴利益時，應將所不服第二審認原告請求存在之金額及經裁判否准之抵銷額，合併計算之。至上訴裁判費，應於其不服範圍內，按原告請求之訴訟標的金額，依民事訴訟法第七十七條之十六第一項規定計徵。

#### 〔理由〕

##### 一、本案基礎事實：

被上訴人林月麗主張：伊於民國 105 年 4 月 15 日將不動產出售予上訴人雷稻樟，因雷稻樟未依約給付第 4 期分期價金，於扣除負欠雷稻樟之損害賠償債務新臺幣（下同）9,687 元後，依買賣契約關係及民法第 367 條規定，請求雷稻樟給付第 4 期價金 249 萬 0,313 元本息。雷稻樟則以：林月麗無上開價金債權，且伊對林月麗有損害賠償(1)425 萬元、(2)399 萬 6,408 元；違約金(1)300 萬元、(2)48 萬 2,500 元；不當得利 60 萬元等債權，得與上開價金債權為抵銷等語，資為抗辯。第二審認林月麗之請求為有理由，雷稻樟所為抵銷抗辯之主動債權均不存在，爰維持第一審所為命雷稻樟給付林月麗 249 萬 0,313 元本息部分之判決，駁回雷稻樟之上訴。【併案當事人、訴訟代理人、併案基礎事實，如附件。】

##### 二、本案法律爭議

- (一) 上訴人就其所受不利判決全部提起上訴，應如何計算其上訴利益？  
(二) 倘應合併計算其上訴利益，是否依併計之上訴利益計徵裁判費？

##### 三、本大法庭之理由：

(一) 憲法第 16 條規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。本件法律爭議雖係被告對於原告請求存在及其抵銷請求成立與否之裁判合併提起上訴時，其上訴利益應如何計算之問題，實則恆關涉是否已逾民事訴訟法第 466 條第 1 項所定之上訴利益數額，影響當事人得否就不利於己之財產權訴訟第二審判決提起第三審上訴。而該項規定，以第二審判決後，當事人因上訴所得受之利益是否逾一定之數額，而決定得否上訴第三審之標準，係立法者衡

酌第三審救濟制度之功能及訴訟事件之屬性，對於人民訴訟權行使所為合理之限制（大法官釋字第 574 號解釋意旨參照）。上訴利益既攸關該項規定之適用，其計算自應確保人民權利遭受損害時，可獲得應有之救濟，以免對於人民訴訟權之行使，逾越合理之限制。

(二) 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。蓋於法院認定原告請求債權存在時，必須再就本非訴訟標的而被告為抵銷抗辯之另一債權（抵銷債權），其成立與否及數額，在兩造充分攻防後，併為實質認定，以為原告之訴有無理由之終局判決，自應賦予既判力，以求訴訟經濟，避免重複訴訟而裁判矛盾，維護法之安定。此時法院就抵銷債權，既須在原告請求及被告主張抵銷之額範圍內為實質認定，上開規定所稱其成立與否經裁判者，自應併指主張抵銷之額成立及不成立部分，以發揮裁判解決紛爭之功能。

(三) 提起上訴，為當事人對於所受不利益之終局判決聲明不服之方法。依民事訴訟法第 481 條準用第 441 條第 1 項第 3 款規定，被告上訴第三審，應於上訴狀表明「對於第二審判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明」。該應表明之「不服之程度」，於無抵銷抗辯之一般事件，固僅表明對於原判決一部或全部不服即為已足；但於有抵銷抗辯之事件，除應表明就原告請求經第二審法院准許而不服之數額外，同時應表明就被告抵銷抗辯經第二審法院否准而不服之數額，始得明瞭其上訴狀應表明之「應如何廢棄或變更之聲明」。而被告抵銷之請求生既判力者，確定判決就抵銷債權法律關係之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷。是基於憲法保障訴訟權及財產權之意旨，應就被告表明不服原判決程度之數額（含對原法院就原告請求債權認定存在、就被告抵銷債權認定不存在），合併計算其上訴利益，始可避免被告因原判決而實際所受財產上之不利益，已超過限制上訴第三審數額，卻無請求再救濟之機會，致對其訴訟權行使之限制，逾越合理範圍。

(四) 裁判費係國家向人民徵收之規費，徵收項目及其數額，應依法律規範，不得於法未明定之情形下，逕課予當事人繳納義務。抵銷債權存在已被法院肯認而准許抵銷之被告，僅就原告請求存在部分聲明不服之目的，係在否認原告之請求，使准許抵銷之裁判失所依附，回復其抵銷債權不致因抵銷而消滅之狀態，故上訴利益，即為其所否認之原告請求，據此計徵裁判費。其次，被告僅就抵銷請求不成立之不利部分聲明不服，其目的在於解免自己關於原告請求之給付義務，法無徵收裁判費之明文，而如被告就此部分之上訴為有理由時，將可與原告之請求互為抵銷，減少或免除其給付義務，獲得有利之裁判結果，使原告就其請求之訴訟標的發生不利益，被告自應就此攸關原告訴訟標的可能抵銷之上訴所得受利益，依民事訴訟法第 77 條之 16 第 1 項規定繳納裁判費，惟此時之上訴裁判費，係就原告訴訟標的將受影響之部分計徵，非就抵銷請求為徵收。再者，於被告併就原告請求債權存在及抵銷債權不存在部分聲明不服之情形，因被告本應就原告請求部分繳納上訴裁判費，為免重覆徵收，致生兩造額外裁判費之負擔，應僅得就被告所不服第二審認原告請求存在之額計徵裁判費。

(五) 準此，被告如併就原告請求存在及抵銷請求不成立部分之第二審判決，提起第三審上訴，其上訴利益，應將所不服原告請求存在及抵銷抗辯經否准部分，合併計算，以保障其訴訟權、財產權。而就上訴裁判費，仍應於其不服範圍內，按原告請求之訴訟標的金額計徵，以免重覆徵收，並符法制。

# 113 年公務人員特種考試司法官考試

## 113 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、白金龍老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、A 股份有限公司（下稱 A 公司）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）

《考題難易》★★★★★

《破題關鍵》董事會有瑕疵之發行新股效力

《使用法條》or 《使用學說》公司法第 266 條，公司法第 204 條，民法第 148 條權利濫用，利益衡量

《命中特區》公司法創，第六章、董事會，十三、董事會之召集；第十章、股份有限公司之發行新股；第十二章、資本三原則

【擬答】

(一) 甲主張董事會增資發行新股無效，係屬有理由，A 公司可抗辯甲有權利濫用之嫌疑

1. 甲主張董事會增資發行新股無效，係屬有理由

(1) 授權資本制度下發行新股應經董事會特別決議為之：

① 依公司法第 156 條第 4 項及公司法第 266 條第 1 項、第 2 項之規定，股份有限公司採授權資本制度下，於章定授權額度內發行新股，應經董事會特別決議，由三分之二以上董事出席，出席董事過半數同意後行之，方屬合法。

② 依題旨，A 公司章程定股份總數為 800 萬股，已發行 400 萬股，本次增資發行 200 萬

股，則應經董事會特別決議為之，方屬合法。

(2)A 公司系爭董事會出席董事人數不足，董事會有瑕疵：

①公司法第 205 條第 1 項，董事會原則應親自出席，章程若未規定董事會可代理出席，即不可代理出席

②依題旨 A 公司章程並未規定可以代理出席，故而乙、丙均委託甲董事出席，該代理出席應屬違法而無效。

③董事代理出席不合法，則應認定為該董事並未出席，故系爭董事會應認定僅有甲董事一人出席，故而出席董事人數不足發行新股之三分之二以上董事出席，該董事會決議方法有瑕疵。

(3)A 公司系爭董事會之瑕疵，董事會應屬無效：

①依最高法院 97 台上 925 號判決，董事會為公司之權力中樞，為充分確認權力之合法、合理運作，及其決定之內容最符合所有董事及股東之權益，應嚴格要求董事會之召集程序、決議內容均須符合法律之規定，如有違反，應認為當然無效。

②對此學者亦主張董事會如有違法，基於董事會召集成本較低，以及依公司法第 1 項，非公開發行公司僅需 3 日之召集期間較短，肯定最高法院見解。

③小結：本題中系爭董事會決議方法有瑕疵，應任董事會係屬無效。

(4)依法院見解<sup>1</sup>，授權資本制下發行新股係董事會專屬權限：

發行新股，無論係分次發行新股或發行增資後之新股，若係於授權資本制度下發行章程授權董事會之股份數，即需依公司法第 266 第 2 項規定，經董事會特別決議為之，此係董事會之專屬權利，縱經股東會決議通過該增資案亦然。

(5)依法院見解<sup>2</sup>，本題中 A 公司系爭董事會既屬無效，則增資發行新股自屬無效，甲之主張有理由。

2.A 公司可抗辯甲有權利濫用之嫌疑：

(1)民法第 148 條權利濫用：

依法院見解<sup>3</sup>，民法第 148 條規定，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。該所稱權利之行使是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋。

(2)依題旨系爭董事會決議增資，A 公司資金到位後，A 公司積極投入研發，歷經 6 年推

<sup>1</sup> 臺灣高等法院 98 年度上更(三)字第 62 號民事判決節錄：

按「公司依第 156 條第 2 項分次發行新股，或依第 278 條第 2 項發行增資後之新股，均依本節之規定。公司發行新股時，應由董事會以董事 2/3 以上之出席及出席董事過半數同意之決議行之。」公司法第 266 條第 1 項、第 2 項定有明文。即公司發行新股係屬董事會之專屬權，無論分次發行新股或發行增資後之新股，均應由董事會以特別決議方式議決之（最高法院 83 年度台上字第 1674 號判決意旨、經濟部 81 年 1 月 22 日經商字第 234361 號函、90 年 3 月 16 日 90 商字第 09002047910 號函釋及柯芳枝著公司法論第 472 頁參照）。此係基於授權資本制特質，將公司發行新股之事務專責由董事會決定，以便適時籌措公司營運資金，故應由董事會以特別決議方式議決之，違反此特別決議者，其決議應屬無效。則本件大華公司為增減資發行新股，縱然已經股東臨時會決議通過，因法律無例外規定，發行新股既屬董事會之專屬權利，自仍須經董事會特別決議，不得任意增資發行新股。

<sup>2</sup> 臺灣高等法院 98 年度上更(三)字第 62 號民事判決節錄：

按股份有限公司基於授權資本制特質，將公司發行新股之事務專責由董事會決定，以便適時籌措公司營運資金，故應由董事會以特別決議方式議決之，違反此特別決議者，其決議應屬無效，已如前述。本件大華公司為增減資發行新股，縱然已經股東臨時會決議通過，因法律無例外規定，發行新股既屬董事會之專屬權利，自仍須經董事會特別決議。不得任意增資發行新股。

<sup>3</sup> 參見臺灣高等法院 98 年度上更(三)字第 62 號民事判決

出新型節能燈具，深獲市場肯定，此一繼續經營狀態顯然良好，若甲主張董事會無效後，所增資股東權均不存在，不僅影響增資後各股東權利變動情形，進而影響嗣後 A 公司依此召集之股東會之召集程序是否有瑕疵問題？造成 A 公司營運、股東法律關係處於不安之狀態，撼動既有長期已形成之法律秩序，亦損及增資認股人之認股之安定性，有礙交易安全。

(3)依題旨，系爭董事會決議，甲係唯一親自出席之董事，自屬明知該董事會決議之瑕疵，且甲係基於新一屆董事改選上，選出董事並無自己，心生不滿，報復性主張董事會增資決議無效，從而回復增資前之股東持股狀態，從而甲可能當選為 A 公司董事，此一主張明顯違反公平正義原則，既不符禁反言原則，更有背於誠信。

(4)結論：

揆諸前開說明，甲之主張應認定係屬權利濫用，為維持 A 公司既存法律秩序，甲主張董事會無效，並據以確認兩造因增資行為無效，應為無理由，不應准許。

## (二)股東壬主張系爭董事會所為增資發行新股之決議無效：

1.法院應不得認定股東壬之主張係屬權利濫用：

依前所述，系爭董事會決議實為違法無效，若係股東壬主張董事會無效，基於若增資決議無效，股東壬將失去股東身份，從而可能無法繼續當選董事，對壬而言幾乎沒有可以取得之利益，從而應不得認定此時股東壬之主張，係屬民法第 148 條之權利濫用。

2.依學者見解<sup>4</sup>，不應不問董事會決議瑕疵程度，僅因董事會決議無效，即認公司代表人依瑕疵決議所為之法律行為，均屬無效。亦即，基於保障交易安全，應從利益衡量觀點，依具體個案解釋公司代表人所為法律行為之效力。換言之，應綜合考量法律規定應經董事會決議之規範目的（保護公司或股東之利益）、交易安全、法律關係安定性之必要性等因素，以解釋其法律效力。

3.亦有學者主張<sup>5</sup>，董事會決議乃公司內部事項，外界無由得知。董事會決議無效不必然牽動外部效力為無效，發行新股時，董事會在分次發行新股下，係公司之意思決定機關。當公司未經合法之意思決定機關作成意思決定，董事長即對外代表公司為法律行為時，該行為亦可解釋為效力未定。

4.結論：

法院可依前述學者見解，由利害衡量角度，基於股東壬是否明知或可得而知董事會無效之事實，從而構成善意第三人，依題旨股東壬似屬不知該董事會瑕疵，從而法院應可認定增資認股契約有效成立。

法院亦可依學者見解<sup>6</sup>，認定以維護既有長期形成之交易安全及保護債權人（蓋返還股本對債權人不利）及其他股東之信賴為由，認定發行新股有效，可能更符合理論與實務之需求。

<sup>4</sup> 王志誠老師，董事會決議不成立所為新股發行之效力，裁判時報第 9 期，頁 98，2011 年 6 月。

<sup>5</sup> 曾宛如老師，違法發行新股之效力：自董事會決議瑕疵論之，裁判時報第 9 期，頁 107，2011 年 6 月。

<sup>6</sup> 曾宛如老師，同前註。

## (113 司律二試)

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)

### 《考題難易》★★

《破題關鍵》本題涉及保險代位相當基本的考點，就算考前沒有複習過相關爭點，應該也能凹出不少東西來，整體難度不高。保險法近年頗有一年新議題、一年傳統議題支出題法，在去年保單價值準備金強制執行後，今年回歸極度傳統的考題，只需要引出法條，順順的回答，本題應都能獲得不錯的分數，不至於像 112 年之考題，低分者拿 3-5 分、高分者拿 15-20 分。

《使用法條》or《使用學說》保險法第 53 條 1 項、保險法第 103 條和保險法第 135 條。

《命中特區》白金龍 保險法爭點班講義 主題十三保險代位 爭點三:所有險種都代位嗎？、爭點六:被保險人優先受償權。

### 【擬答】

(一)甲得請求 30 萬，B 得請求 18 萬

#### 1. B 得行使代位權

(1)按保險法第 53 條第 1 項規定：「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。」，該規範之目的係避免被保險人重複得利，維持第三人之責任，並壓低整體保費。

(2)於本案被保險人甲之汽車為戊撞擊毀損，甲對戊有損失賠償請求權，又按保險法第 53 條第 1 項規定，本件保險人 B 因給付甲 30 萬元，而取得甲對戊之 30 萬債權，得代位甲向侵權行為人請求損害賠償。

#### 2. 第三人賠償責任小於被保險人未填補債權和保險人代位權之總和時，被保險人得優先受償

(1)就第三人賠償額不足填補被保險人未填補之損失和保險人之代位權時應如何分配有爭議，以下說明之

##### ①保險人優先受償

最高法院曾有認為被保險人之請求權，在保險給付之範圍內，優先移轉於保險人行使，僅剩餘之部分始由被保險人行使<sup>7</sup>。

##### ②比例受償

基於債權平等原則，被保險人和保險人對第三人之損害賠償請求之分配，應以雙方債權數額比例分配，以兼顧雙方之公平。各拿 24 萬？

##### ③被保險人優先受償

以被保險人之損失填補為優先考量，不足分配時，優先填補被保險人之損害，待被保險人之損失完全受到填補後之餘額，始由保險人行使。

<sup>7</sup> 最高法院 65 年度台上字 2908 號判決。

## (113 司律二試)

(2)本文以為被保險人優先受償一說可採，蓋第一、二說可能使保險人和被保險人相互競爭，造成被保險人不得受完全填補，背於原先保險代位和投保風險轉嫁之制度目的。

### 3. 甲得請求 30 萬，B 得請求 18 萬

(1)查本件因甲對事故發生具百分之 20 之過失責任，乙僅就甲損失之百分 80 負責任(民法第 217 條參照)，故僅會賠償甲 48 萬，不足完全清償甲尚未填補的 30 萬和 B 應得行使之 30 萬損害賠償請求權。

(2)具上述所採之被保險人優先受償說下，於本案應由甲優先分配戊應給付之 48 萬，就保險給付外尚未填補之 30 萬優先受償；B 僅得請求填補完甲之損失後所剩餘之 18 萬元。

### (二) A 公司不得向戊或 C 公司主張保險代位

#### 1. 保險人 A 不得對戊行使保險代位

(1)按保險法第 103 條規定：「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。」，該規範係因定額保險損失無法衡量，故無適用利得禁止原則規範之必要。次按保險法第 135 條於傷害保險準用保險法第 103 條規定。

(2)查本件傷害險給付項目為定額型之住院日額給付，未涉保險法第 103 條未區分損失填補型(實支實付)和定額給付型人身保險之爭議，於定額型人身保險依法和通說見解皆認為保險人不得行使代位權。

(3)故於本案，甲因保險人 A 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，似 A 得於給付甲保險金後有一代位權(保險法第 53 條第 1 項參照)；惟按保險法第 103 條規定，甲所受保險給付為定額型傷害保險給付，不適用保險代位規定，保險人 A 不得對戊行使保險代位。

#### 2. 保險人 A 不得對戊之保險人 C 行使保險代位

(1)按保險法第 94 條 2 項規定第三人對責任保險人之請求權，以緩和分離原則之限制。

(2)查該直接請求權係以第三人對責任保險之被保險人有權利確定並得主張時，第三人得直接向責任保險人行使請求權。

(3)於本案，先不論甲對第三人戊之損害賠償請求權是否確定，甲之保險人 A 既不得代位甲向戊行使損害賠償請求權，同理應不得行使保險代位向責任保險人戊行使直接請求權，否則將與保險法第 103 條之規範目的有背，保險人 A 應不得對戊之保險人 C 行使保險代位。

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)

《考題難易》★★★★

《破題關鍵》審計委員會相關規範、獨立董事迴避之規範、董事與公司交易

《使用法條》公開發行公司審計委員會行使職權辦法第 9 條，證券交易法第 14 條之 4、證券交易法第 14 條之 5、公司法第 223 條

【擬答】

(一)此一交易做成，需經過 A 公司審計委員會及董事會之同意

1. 依證券交易法第 14 條之 5 第 1 項第 4 款，若係涉及董事自身利害關係之事項，該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。
2. 依法院實務及學者多數見解，是否有利害關係之判斷標準，在於是否產生法律上權利義務變動，亦即有無增加權利、減少義務。
3. 本題中 A 公司欲和甲董事交易辦公大樓一棟，明確對於甲董事之法律上權利義務有所變動，因此而賣出大樓取得貨款，故符合係涉及董事自身利害關係之事項，從而本交易應依證券交易法第 14 條之 5 第 1 項第 4 款，應先經過 A 公司審計委員會及董事會之同意。
4. 附帶說明，依公司法第 206 條第 2 項及公司法第 206 條第 4 項準用公司法第 178 條，甲董事於本交易之董事會討論，應說明自身利害關係，並應予迴避。

(二)若乙於審計委員會反對該交易，審計委員會應可合法通過該交易之決議

1. 依公開發行公司審計委員會行使職權辦法第 9 條第 1 項，獨立董事成員對於會議事項，與其自身有利害關係者，應於審計委員會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。
  2. 本題中甲獨立董事依前述，對於本交易案有自身利害關係，故而應依審計委員會行使職權辦法第 9 條第 1 項，對於該交易在審計委員會討論時，說明自身利害關係，且應推定係有害公司利益之虞，故而應予迴避。
  3. 依證券交易法第 14 條之 4 第 6 項，審計委員會之決議，應有審計委員會全體成員二分之一以上之同意。
  4. 依題旨，獨立董事乙反對該交易，依法理甲迴避後，不計入獨立董事同意人數之計算，此時若丙同意該交易，是否符合證交法第 14 條之 4 第 6 項之規範：
    - (1) 議案合法通過：文義解釋，應可認定扣除應迴避之甲獨立董事後，兩席獨立董事有一席丙同意該交易，故而係屬合法通過。
    - (2) 議案決議不合法：若認定僅需獨立董事一人同意，即可合法，無疑違反合議制之決策，形同一人決定會議之意思。
    - (3) 結論：在此應採議案合法通過之見解，蓋文義解釋符合之餘，獨立董事於議案迴避之情況應非常態，且依經濟部見解<sup>8</sup>對於董事會迴避僅剩一名董事同意下，亦肯認其合法性。
  5. 附帶論及，基於法無明文，若認甲獨立董事迴避，無須將甲獨立董事是扣除計算獨立董事是否同意之基準，則三名獨立董事，乙迴避，甲迴避之下，則審計委員會無法合法通過該交易之決議。
- (三)A 公司擬與甲簽訂該辦公大樓之買賣契約，應由 A 公司審計委員會決議後，由全體獨立董事或單一獨立董事代表公司
1. 依公司法第 223 條，公司與董事為交易時，應由監察人代表公司，此一規範是為避免董事長代表公司之利害衝突。
  2. 依證券交易法第 14 條之 4 第 3 項，監察人之規定，於審計委員會準用之。
  3. 依民國 112 年修正證券交易法第 14 條之 4 修法理由，董事自我交易之代表應由審計委員

<sup>8</sup> 經濟部 99 年 4 月 26 日經商字第 09902408450 號函

一、倘公司有 8 位董事，召開董事會時，8 位董事全部出席（符合法定開會門檻），如其中 7 席於決議事項有利害關係致有害於公司利益之虞，依本部 91 年 5 月 16 日經商字第 09102088350 號函釋，僅餘 1 人可就決議事項進行表決，該 1 人就決議事項同意者，則以 1 比 0 之同意數通過（符合決議門檻）。（後略）

(113 司律二試)

會合議選任，審計委員會可決議單獨行使或共同代表。

4. 結論：

本題中 A 公司和甲董事進行交易，應適用公司法第 223 條，然 A 公司設有審計委員會，應依證券交易法第 14 條之 4 第 3 項由審計委員會決議後，依修法理由，由審計委員會決議由 A 公司其餘獨立董事單獨代表或共同代表 A 公司與甲董事簽約。

# 113 年公務人員特種考試司法官考試

## 第二試試題

# 113 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

類科：律師（選試智慧財產法）、司法官及律師（選試智慧財產法）

科目：智慧財產法

考試時間：2 小時

遠山老師 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、甲為發明專利 P 之專利權人，專利 P 為物品專利，其請求項 C<sub>1</sub> 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 Z<sub>1</sub> 等三個要件，而 Z<sub>1</sub> 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，Z<sub>1</sub> 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 C<sub>1</sub> 相關內容，於市場上產銷 F 物。而 F 物之製造是實施 X、Y 及 Z<sub>2</sub> 等三個要件。甲認為 Z<sub>2</sub> 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 Z<sub>2</sub> 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 Z<sub>1</sub> 等要件，並未揭露實施 X、Y 及 Z<sub>2</sub> 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 Z<sub>2</sub> 要件，係基於專利 P 請求項 C<sub>1</sub> 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 Z<sub>2</sub> 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)

《考題難易》★★★★★

《破題關鍵》全要件原則、文義侵害

《使用法條》or 《使用學說》專利法第 58 條第 4 項

### 【擬答】

(一)文義侵害之意義茲分析如下，另乙之抗辯有理由：

#### 1. 文義侵害之意義：

(1)在比對被控侵權物品是否侵害申請專利範圍所欲保護之技術思想時，首先必須就申請專利範圍所記載之技術特徵分析其要件，並解析被控侵權物品之技術特徵要件，如申請專利範圍中每一技術特徵或與其在實質上相當之結構或步驟均可表現於被控侵權物品時，即符合全要件原則。

(2)被控侵權物必須具備與申請專利範圍相當之技術特徵，在此全要件均具備之原則下，再判斷各該技術特徵是否為申請專利範圍之文字意義所涵蓋，即所謂文義侵害。

#### 2. 乙所主張之抗辯有理由：

(1)經查，發明專利 P 之請求項 C<sub>1</sub> 由 X、Y、Z 三項要件所構成，而 F 物之製造則是實施 X、Y 及 Z<sub>2</sub> 等三個要件，被控侵權之 F 物自可讀取前開請求項 C<sub>1</sub> 中 X、Y 要件之文義。

(2)惟查，發明專利 P 之專利說明書所揭露之實施例僅有 A 物，而 A 物之製造乃是實施 X、

## (113 司律二試)

Y 及 Z<sub>1</sub> 等三個要件，在沒有其他證據資料的情況下，尚難認定 F 物之 Z<sub>2</sub> 要件可以讀取請求項 C<sub>1</sub> 中的 Z 要件。

3. 綜上所述，被控侵權 F 物之技術特徵為 X、Y、Z<sub>2</sub>，固然可以讀取發明專利 P 請求項 C<sub>1</sub> 要件 X、Y，惟無法讀取請求項 C<sub>1</sub> 之要件 Z，從而可知 F 物之製造並未落入請求項 C<sub>1</sub> 之文義範圍內，故乙此部分之抗辯有理由。

(二) 乙持外部證據解釋申請專利範圍有無理由，茲分析如下：

1. 按「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。」專利法第 58 條第 4 項定有明文。
2. 次按「用於解釋申請專利範圍之證據包括內部證據與外部證據。內部證據包括請求項之文字、發明說明、圖式及申請歷史檔案。外部證據係指內部證據以外之其他證據，包括專業字典、辭典、工具書、教科書、百科全書及專家證詞等，亦包括發明人或創作人之其他專利或論文著作。用於解釋請求項之證據，應先採用內部證據，若內部證據足以使請求項之用語或技術特徵的含意清楚，則無須另採用外部證據。若其含意仍未清楚或有疑義，則可採用外部證據。外部證據與內部證據對於請求項之解釋有衝突或不一致者，應優先採用內部證據。申請專利範圍用語之解釋，形諸於各構件相互間之運動技術特徵時，本有多種解釋，得就專利說明書整體觀察，以瞭解該發明之目的、作用及效果。」最高行政法院 104 年度判字第 214 號、106 年度判字第 351 號判決意旨參照。
3. 經查，系爭 Z 要件解釋範圍是否應包括 Z<sub>2</sub> 要件，涉及申請專利範圍之解釋。解釋上固可使用內部證據與外部證據，惟若內部證據足以使請求項之用語或技術特徵的含意清楚，則無須另採用外部證據。
4. 次查，乙參閱專利 P 相關權威工具書認為 Z 要件於專利 P 申請日之解釋不應包括 Z<sub>2</sub> 要件，實係以外部證據解釋申請專利範圍；惟自專利 P 請求項 C<sub>1</sub> 之文字本身以及專利說明書所揭露資訊等內部證據來源，似已可將 Z 要件解釋為包含 Z<sub>2</sub> 要件，因此本件有內部與外部證據在解釋上有衝突與不一致之情形。
5. 末查，基於上開實務見解，外部證據與內部證據對於請求項之解釋有衝突或不一致者，應優先採用內部證據。是故，若甲確實能自請求項 C<sub>1</sub> 之文字本身以及專利說明書所揭露資訊等，將 Z 要件解釋為包含 Z<sub>2</sub> 要件，則應以甲就內部證據之主張為優先，乙於此部分持外部證據解釋專利申請範圍之主張，並無理由。

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 小說製作成電子書，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 小說製作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）

《考題難易》★★★

《破題關鍵》合理使用

《使用法條》or 《使用學說》著作權法第 65 條第 2 項

【擬答】

(一) 出版商丙之抗辯是否構成著作權法第 65 條第 2 項之合理使用，茲分析如下：

1. 按「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。」著作權法第 65 條第 2 項定有明文。

2. 經查，出版商丙未經甲之同意，將 A 小說製作成電子書，並將電子書上傳至數位圖書館之伺服器儲存之行為，涉及重製並公開傳輸甲所有之 A 小說著作權之行為。

3. 次查，出版商丙之行為是否能夠主張著作權法第 65 條第 2 項之合理使用抗辯，應綜合考量該項所提及之四項參考因素，茲詳述如下：

(1) 利用之目的及性質：

① 利用之目的包括商業目的或非商業目的。所稱商業目的，並不以利用著作行為直接現實獲取經濟利益為必要，如將來有可能產生經濟利益，仍屬商業目的。相較於商業目的之利用，非商業目的之利用應較易成立合理使用。至於利用之性質，則視利用行為有無賦予與原著作不同之其他意義與功能，若與原著作差異性越小，其轉化程度即愈低，則不易成立合理使用。

② 查，出版商丙建構數位圖書館，並將電子書上傳至數位圖書館之伺服器儲存之行為，使公眾除可免費線上閱讀外，更可付費下載全書，故丙重製並公開傳輸甲之 A 小說，不僅係為商業目的而使用，且其雖然係自紙本轉化為電子書，然著作內容幾無差別，轉化程度難謂不低。

(2) 著作之性質：

① 所謂著作之性質，係指被利用著作之性質而言。創作性越高之著作應給予較高度之保護，故他人主張對該著作之合理使用之機會越低，以免降低著作權人創作之誘因。

② 查，甲之科幻小說 A 足可表現出作者之個性及獨特性，有相當程度之創作性，自應給予相應之保護。

(3) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例：

① 此部分「在整個著作所占之比例」所稱之「整個著作」，係指享有著作權保護之受侵害著作而言。此外，除考慮「量」之利用外，亦應審究利用之「質」。利用他人著作時，倘為全部著作之精華或核心所在，較不適用合理使用。反之，利用他人著作屬不重要之部分，較易成立合理使用。

② 查，丙利用甲之科幻小說 A，係以紙本轉換為電子書之方式進行重製及公開傳輸，幾乎是百分之百利用甲之著作，自難以成立合理使用。

(4) 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響：

① 此要件係在考量利用後，原著作經濟市場是否因此產生「市場替代」之效果，而使得原著作的商業利益受到影響，若對原著作商業利益影響越大，則不易成立合理使用。

② 查，出版商丙利用甲之小說 A 為前述商業使用，其未取得授權及支付對價即逕予利用之行為，顯已侵蝕甲利用該小說以賺取版稅、分潤之潛在市場，自難認屬合理使用。

(二) 綜上所述，出版商丙重製並公開傳輸甲所有之科幻小說 A，非屬合理使用，出版商丙此部分所辯，洵屬無據。

三、甲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，指定使用於商品類別第 32 類商品或服務為「青草植物

## (113 司律二試)

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「清青」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「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，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「清青」商標專用期間，係前來 X 地方旅遊之觀光客必到之消費點，具一定知名度，已成為青草茶中之著名商標。且乙明知「清青」青草茶為甲首創之商標，惡意抄襲系爭商標之「清青」二字，經營地址設於 Z 縣「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，足以讓消費者誤認乙之清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「清青」商號係依當地民俗傳統算命師提供五項名稱中，選擇「清青」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「清青」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 清青青草茶」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)

### 《考題難易》★★★★

《破題關鍵》著名商標、商標近似、商品類似、混淆誤認之虞

《使用法條》or 《使用學說》商標法第 68 條、第 70 條、智慧財產及商業法院 113 年度民商訴字第 9 號民事判決

### 【擬答】

(一) 系爭商標並非著名商標，乙之主張有理由：

1. 按未得商標權人同意，明知為他人著名之註冊商標，而使用相同或近似之商標有致減損該商標之識別性或信譽之虞；或以該著名商標中之文字作為自己公司、商號、團體、網域或其他表彰商業主體之名稱，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者，視為侵害商標權，商標法第 70 條第 1 款、第 2 款分別定有明文。
2. 次按「本法所稱著名，指有客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者所普遍認知者。」商標法施行細則第 31 條定有明文。
3. 再按，判斷前述足資認定為著名之參酌因素，得以下列證據證明之：商標在市場上之評價、鑑價、銷售額排名、廣告額排名或其營業狀況等資料，例如由國內外具公信力之報章雜誌所調查之全球百大品牌排名、台灣最具價值的前十大品牌資料、對各類商標商品之消費者滿意度調查，或中文網路討論與網友評價等證據資料；行政或司法機關所為相關認定之文件，例如異議審定書、評定書、訴願決定書或法院判決書等。（商標法第 30 條第 1 項第 11 款著名商標保護審查基準 2.1.2.2 參照）。

4. 經查，系爭商標在 Youtube 影片觀看次數低，且以「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，足以證明系爭商標並未為相關消費者所知悉，又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。
5. 從而可認定，系爭商標並無相當之客觀證據足以認定已廣為相關事業或消費者普遍認知，系爭商標自未達著名之程度，乙主張系爭商標並非著名商標為有理由，也因此乙使用「清青」等文字於商號名稱或包裝、菜單、網路資訊等情，並未構成著作權法第 70 條第 1 款與第 2 款視為侵害著作權之情形。

(二) 系爭商標與系爭商號名稱並不足使消費者發生混淆誤認之虞，甲之主張並無理由：

1. 按未經商標權人同意，為行銷目的而於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，或於同一類似之商品或服務，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，為侵害商標權，商標法第 68 條第 1 款及第 3 款分別定有明文。
2. 次按，有致相關消費者混淆誤認之虞者，係指商標有使相關消費者對其所表彰之商品來源或產製主體發生混淆誤認之虞而言；亦即商標予消費者之印象可能致使相關消費者混淆而誤認來自不同來源之商品或服務以為來自同一來源，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權、加盟或其他類似關係。又判斷二商標有無致混淆誤認之虞，應參酌：
  1. 商標識別性之強弱；2. 商標是否近似暨其近似之程度；3. 商品或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等，綜合認定是否已達有致相關消費者產生混淆誤認之虞。(混淆誤認之虞審查基準第 4 點參照)
3. 經查，系爭商標圖樣為「X 清青青草茶」商標，其中「X (地名)、青草茶」不在專用之列，僅「清青」二字為系爭商標之主要部分，而系爭商號以「清青」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；自兩者主要部分之整體文字讀音、觀念而觀，予人寓目印象，以普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意或實際交易，應能予以區分，二者近似程度較低。
4. 次查，系爭商標指定使用於第 32 類商品或服務為青草植物茶、青草植物茶包、青草飲料等，及第 43 類商品或服務為「青草飲料店」；而系爭商號所提供之商品類別為一般茶飲、口感茶飲、熱飲、奶類茶品等；由兩者銷售商品而觀，性質有別，以一般消費者選擇習慣，尚難認兩者為類似商品。
5. 再查，乙使用清青作為系爭商號之緣由，係依當地民俗傳統算命師提供五項名稱中，選擇「清青」為商號名稱而來，而系爭商號 Y 家字樣之朱紅印記及綠豆、茶葉與「Ching」英文字樣，與系爭商標相較，明顯可為區別，足認乙並無使消費者有混淆誤認之惡意。
6. 又查，甲雖主張乙使用清青作為系爭商號將使消費者誤認乙之清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，然而系爭商標之青草茶商品於 X 地銷售，而系爭商號則於 Z 縣販售茶類飲品，兩者之圖樣文字不同，銷售商品亦有差異，相關消費者就兩者圖案文字與銷售商品，不致誤認兩商品來自同一來源之系列商品，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權、加盟或其他類似關係，是無致相關消費者混淆誤認之虞。
7. 綜上所述，系爭商號與系爭商標雖有「清青」文字之相同，然兩者在圖樣外觀低度近似，銷售商品不同，被告亦無使消費者混淆誤認之惡意，是甲主張乙之系爭商號侵害系爭商標，並無理由。

# 113 年公務人員特種考試司法官考試

## 第二試試題

# 113 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

類科：律師（選試勞動社會法）、司法官及律師（選試勞動社會法）

科目：勞動社會法

考試時間：2 小時

郭羿老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、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）

### 《考題難易》★★★

《破題關鍵》司法院釋字第 807 號解釋及團體協約的效力。

《使用法條》or 《使用學說》勞動基準法第 49 條規定。

《命中特區》郭羿，勞社法講義編號 4，第五章第四節。

### 【擬答】

(一)A 公司安排甲夜間工作應屬合法，理由說明如下：

1. 勞動基準法第 49 條第 1 項規定，限制女性勞工於夜間工作，業經司法院釋字第 807 號解釋宣告違憲：

按勞動基準法第 49 條第 1 項、第 4 項及第 5 項規定：「（第 1 項）雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之間內工作。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。」關於勞基法第 49 條第 1 項但書部分，釋字第 807 號解釋意旨認為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，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。因此，勞基法第 49 條第 1 項關於限制女性夜間工作

## (113 司律二試)

之規定，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，並於 110 年 8 月 20 日公布在案。

2. A 公司和 B 公會所簽訂之團體協約不得抵觸司法院釋字第 807 號解釋意旨：

按「本法所稱團體協約，指雇主或有法人資格之雇主團體，與依工會法成立之工會，以約定勞動關係及相關事項為目的所簽訂之書面契約。」、「團體協約違反法律強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」團體協約法第 2 條及同法第 3 條定有明文。

故勞基法第 49 條第 1 項規定既經釋字第 807 號解釋意旨宣告違憲，則 A 公司和 B 工會則不得再以團體協約方式要 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。基於勞動法令之位階原則，團體協約自不得違反司法院解釋意旨，違反者應屬無效，對於 A 公司並不具拘束力。

3. 綜上所述，甲既已同意 A 公司之安排夜間工作，並不違法甲個人意願，應屬合法。

(二) A 公司安排懷孕之乙夜間工作並不合法，理由說明如下：

1. 按勞基法第 49 條第 5 項規定：「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。」關於勞基法第 49 條第 1 項女性夜間工作之限制部分，司法院釋字第 807 號解釋意旨認為勞動基準法第 49 條第 1 項規定違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨，應自解釋公布之日起失其效力，已如前述。惟釋字第 807 號解釋係宣告勞基法第 49 條第 1 項違憲，同法第 3 項未受影響，仍屬有效；同法第 5 項有關禁止妊娠或哺乳期間之女工於夜間工作之規定，此立法旨意在於保護產後女性勞工生活作息正常，以利哺育及照顧嬰兒。基於旨揭解釋並未否認母性保護之必要，亦為我國憲法第 156 條所明定，仍有其效力。

(勞動部 110 年勞動條 2 字第 1100131169 號函)

2. 因此，乙於 113 年 7 月乃屬於懷孕期間，基於勞基法第 49 條第 5 項保護女性之意旨及釋字第 807 號解釋並未宣告勞基法第 49 條第 5 項違憲，該條規定之限制仍應有所適用。故不論團體協約法是否有所約定，縱使 A 公司徵得乙同意，仍屬於不合法。

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

## (113 司律二試)

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)

### 《考題難易》★★★★

《破題關鍵》勞資爭議處理法之調整事項認定、爭議行為之罷工合法要件、雇主對於複數工會的中立維持義務、雇主對工會支配介入的不當勞動行為。

《命中特區》郭羿，勞社法講義編號 5，第三編，第一章；勞社法講義編號 6，第二章；勞社法講義編號 7，第三章。

### 【擬答】

(一) B 企業工會發動罷工，應屬違法，理由說明如下：

#### 1. 罷工之要件

按「本法用詞，定義如下：『一、勞資爭議：指權利事項及調整事項之勞資爭議。二、權利事項之勞資爭議：指勞資雙方當事人基於法令、團體協約、勞動契約之規定所為權利義務之爭議。三、調整事項之勞資爭議：指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。』」、「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。雇主、雇主團體經中央主管機關裁決認定違反工會法第 35 條、團體協約法第 6 條第 1 項規定者，工會得依本法為爭議行為。」、「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。下列勞工，不得罷工：一、教師。二、國防部及其所屬機關（構）、學校之勞工。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：一、自來水事業。二、電力及燃氣供應業。三、醫院。四、經營銀行間資金移轉帳務清算之金融資訊服務業與證券期貨交易、結算、保管事業及其他辦理支付系統業務事業。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。提供固定通信業務或行動通信業務之第一類電信事業，於能維持基本語音通信服務不中斷之情形下，工會得宣告罷工。第 2 項及第 3 項所列之機關（構）及事業之範圍，由中央主管機關會同其主管機關或目的事業主管機關定之；前項基本語音通信服務之範圍，由目的事業主管機關定之。重大災害發生或有發生之虞時，各級政府為執行災害防治法所定災害預防工作或有應變處置之必要，得於災害防救期間禁止、限制或停止罷工。」勞資爭議處理法第 5 條第 1 至 3 款、第 53 條第 1、2 項、第 54 條分別定有明文。

2. 又關於勞資爭議之調整事項，參勞資爭議處理法第 5 條第 3 款規定：「本法用詞，定義如下：三、調整事項之勞資爭議：指勞資雙方當事人對於勞動條件主張繼續維持或變更之爭議。」勞資雙方當事人對於基於事實狀況，尤其是經濟、社會狀況的變動，而主張未來勞動條件的調整為其爭議內容。例如：要求調漲工資、增加年終獎金數額、或減少工時等均屬之。罷工僅得針對勞資爭議事項為之，始為合法，反之，若罷工之目的與勞資爭議無關，則即不具目的正當性。

3. 查 B 企業工會之訴求以「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%」作為調解訴求，其中針對 A 醫院應公開道歉及 A 醫院勞資會議勞方代表應全由 B 工會推派之訴求，應不屬於「勞動條件維持或變更」之調整事項。至於勞工董事部分，實務上仍有爭論，並無法全盤否定此即屬於合法之罷工訴求；

次查，B 工會既未與醫院達成「必要服務條」之約定，即不符合勞資爭議處理法第 54 條第 3 項，

勞資雙方應約定必要服務條款，工會始得宣告罷工之規定。

4. 綜上所述，B 企業工會雖具有罷工之主體適格，惟其提起調解之調整事項訴求中，部分並不合法，且亦未與 A 醫院達成必要服務條款之約定，應屬於違法之罷工。

(二) B 企業工會主張 A 醫院之不當勞動行為，應屬成立，理由說明如下：

1. 工會法關於不當勞動行為之規定：

「雇主或代表雇主行使管理權之人，不得有下列行為：

一、對於勞工組織工會、加入工會、參加工會活動或擔任工會職務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。

二、對於勞工或求職者以不加入工會或擔任工會職務為僱用條件。

三、對於勞工提出團體協商之要求或參與團體協商相關事務，而拒絕僱用、解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。

四、對於勞工參與或支持爭議行為，而解僱、降調、減薪或為其他不利之待遇。

五、不當影響、妨礙或限制工會之成立、組織或活動。

2. 按工會法第 9 條第 1 項雖規定企業工會以組織一個為限，依據其立法說明其目的在於「為免多元化之結果，造成企業勞資關係複雜化，並避免影響企業內勞工團結」，然因工會法第 6 條第 1 款規定，企業工會之組織型態，包括結合同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內的勞工，所組織之工會。是以，在同一企業內有複數工會併存時，雇主對各工會均應保持中立態度，平等承認及尊重其團結權，不得以對其中一工會之待遇而造成對其他工會之壓抑，否則即有構成不當影響或妨礙工會組織或活動之不當勞動行為之可能。（最高行政法院 102 年度判字第 563 號行政判決參照）。故雇主於複數工會間有保持中立的義務，不得以對其中一工會的對待而造成對其他工會或其中一工會壓抑之結果，特別是在工會便利措施（如代扣會費、會務假、提供會所等）、勞資間協商互動機制（如申訴會議、協商會議等）上更負有保持中立之義務，否則即有構成不當影響或妨礙工會組織或活動之不當勞動行為的可能。（勞動部 103 年勞裁字第 23 號裁決）

3. 次按勞基法第 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。」上開所稱工會，係指依工會法規定，結合同一事業單位之勞工所組織之企業工會（勞委會 100 年 11 月 25 日勞動 2 字第 1000091838 號函釋參照）、

4. 再按團體協約法第 6 條第 4 項規定：「勞方有二個以上之工會，或資方有二個以上之雇主或雇主團體提出團體協約之協商時，他方得要求推選協商代表；無法產生協商代表時，依會員人數比例分配產生。」，另關於勞資會議協議代表產生，「依據工會法第 6 條、施行細則第 2、9 條，如有二個以上之工會，應由工會共同協調推派人數；如該等工會無法協調推派人數，則由雇主召集全體勞工直接選舉勞工代表擔任委員。」（勞委會 101 年 6 月 1 日勞資 1 字第 1010126087 號函）

5. 查 A 醫院「轉向 D 產業工會請求加班制度之實施」、「A 醫院與 C 企業工會簽訂團體協約約定「A 醫院勞資會議勞方代表，由 C 企業工會指派」、「必要服務條款草案載明禁止參加罷工之 B 企業工會會員名單」之行為，A 醫院不先與 B、C 工會協調產生勞資會議協商代表，並與 B、C 工會協商實施加班制度，逕向 D 產業工會取得同意以及以禁止 B 工會部分員工參與罷工作為必要服務條款之要件，均展現出 A 醫院對於企業內部 B 工

## (113 司律二試)

會之敵意態度，有壓抑、弱化 B 工會組織之認識，同時妨礙、影響工活動，違背雇主對於工會均應保持中立態度，平等承認及尊重其團結權之中立維持義務，已符合工會法第 35 條第 1 項第 5 款之要件，構成不當勞動行為。

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瘻癩，成立亞急性特應性皮炎（溼疹）職業病。經治癒後，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）

### 《考題難易》★★★★

《破題關鍵》職業災害之要件、自殺是否屬於故意犯罪致保險事故或故意導致保險事故之發生、失能年金給付必須符合一定之失能程度方能請領。

《使用法條》or 《使用學說》

《命中特區》郭羿，勞社法講義編號 8。

### 【擬答】

(一)被保險人酒後工作受傷，請領傷病給付應有理由：

1. 關於職業災害之定義，可參職業安全衛生法第 2 條第 5 款之規定：「職業災害：指因勞動場所之建築物、機械、設備、原料、材料、化學品、氣體、蒸氣、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之工作者疾病、傷害、失能或死亡。」及勞工職業災害保險職業傷病審查準則第 3 條第 1 項規定：「被保險人因執行職務而致傷害者，為職業傷害。」依據實務及學說通說之見解認為，勞工遭遇職業災害，必須具備業務執行性及業務起因性，原則必須係勞工執行職務過程中所發生，亦即在雇主的指揮下提供勞務所發生之職災，且該災害與勞工所擔任之業務間存在相當因果關係，合先敘明。

2. 按「被保險人於保險效力開始後停止前，遭遇職業傷害或罹患職業病（以下簡稱職業傷病），而發生醫療、傷病、失能、死亡或失蹤保險事故者，被保險人、受益人或支出殯葬費之人得依本法規定，請領保險給付。」、「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。」勞工職業災害保險及保護法第 27 條第 1 項及同法第 42 條第 1 項定有明文。

3. 查被保險人酒後上班工作，於登高搬運貨品時失足受傷，雖係酒後工作，但並非酒醉駕車行為，故非勞工職業災害保險職業傷病審查準則例外不視為職業傷害之事由，亦非被保險人故意造成保險事故者，縱使被保險人有過失，只要符合傷病給付要件，被保險人得請求傷病給付。

(二)支出殯葬費之配偶，得請領喪葬津貼給付，理由如下：

按災保法第 102 條規定：「本法之免課稅捐、保險費免繳、故意造成事故不給付、故意犯罪行為不給付、養子女請領保險給付之條件、無謀生能力之範圍、年金給付金額隨消費者物價指數調整事項、基金之管理及運用等規定，除本法另有規定外，準用勞工保險條例及其相關規定辦理。」

## (113 司律二試)

查依勞保條例第 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，應可申請喪葬津貼。行政院勞工委員會臺 77 勞保 2 字第 11298 號函參照。

### (三)被保險人不得請領失能給付年金，理由如下：

1. 按「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。」災保法第 43 條第 1 項、第二項定有明文。次按「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一：一、完全失能：符合勞保失能標準第三條附表所定失能等級第一等級或第二等級之失能項目，且該項目之失能狀態列有終身無工作能力者。二、嚴重失能，應符合下列條件之一：（一）符合勞保失能標準第三條附表所定失能等級第三等級之失能項目，且該項目之失能狀態列有終身無工作能力者。（二）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七十以上，且無法返回職場者。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。」勞工職業災害保險失能給付標準第 3 條定有明文。
2. 查被保險人因職業病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%，惟並未達勞工職業災害保險失能給付標準之部分失能標準，即經個別化專業評估，其工作能力減損達百分之五十以上者，因此不得請領失能給付年金。

# 113 年公務人員特種考試司法官考試

## 113 年專門職業及技術人員高等考試律師考試

### 第二試試題

類科：律師（選試財稅法）、司法官及律師（選試財稅法）

科目：財稅法

考試時間：2 小時

吳軍老師 解題

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

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

(三)本科目除專門名詞外，應使用本國文字作答。

一、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)

《考題難易》★★★★★

《使用法條》所得稅法第 11 條第 1 項第 2 款第 3 目

《命中特區》講義第 200-202 頁

#### 【擬答】

(一)按所得稅法第 11 條第 1 項第 2 款第 3 目關於特別扣除額中，教育學費特別扣除額之規定：「教育學費特別扣除：納稅義務人就讀大專以上院校之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。」

(二)惟本條值得討論者，在於教育費學特別扣除額究屬個人特殊之必要支出，屬主觀淨所得之表現，抑或屬於鼓勵高等教育之租稅優惠。主觀淨所得者，係指納稅人維持生存或基本生活條件所必需之支出，故而沒有負擔能力，也不應就此部分課稅；但租稅優惠者，係指納稅者有負擔能力，但基於政策目的，鼓勵納稅人為特定行為或不行為，故而予與租稅減免。前者涉及量能原則及人性尊嚴之保障，原則上不應課稅，但後者係基於政策目的考量之結果，自得基於政策目的而調整優惠與否。

(三)教育學費特別扣除額是否屬於主觀淨所得原則的表現，容有討論的空間。畢竟大專院校並非義務教育，故而也不是必要的支出，而其立法意旨又稱其係為鼓勵國民接受高等教育，提高國家人力資源。然而，由於隨著社會經濟的發展，維持人性基本尊嚴所需的支出範圍也不斷擴大，現今社會就讀大專院校已可謂相當普遍，故學者認為其應屬個人特殊之必要支出。

(四)然而，這也產生為何只有大專院校可以扣除，或有謂大專院校的學費負擔，或學齡前的扶養支出較為沉重之故。

(五)準此，B 為 A 之子女，就讀於我國的公立大學，學雜費應得以列報特別扣除額，惟現行規定以每年二萬五千元為限。

(六)另，A 雖自行就讀於某大學碩士班，符合大專以上院校之要件。惟本條規定僅限於納稅義務人就讀大專院校之子女，而不及於其本人。雖就鼓勵國民接受高等教育之目的上，有所

## (113 司律二試)

為德不卒之處。但若將本條規定認定為扶養子女的必要支出，則自行進修並非扶養子女，亦無法予以列報扣除。

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收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) 甲自己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。」

《考題難易》★★★★★

《使用法條》借名登記返還、實質課稅原則

《命中特區》講義第 162、216 頁

【擬答】

(一) 甲自己所獲得之一半補償費，是否應課徵所得稅，實務與學說有不同見解。

按所得稅法第 4 條第 1 項第 16 款所規定之出售土地所得免稅，係因出售土地之所得會與土地增值稅重複課徵；而土地稅法第 39 條第 1 項另有規定：「被徵收之土地，免徵其土地增值稅」。準此，個人被徵收之土地不必課徵所得稅。

1. 惟，按土地法第 43 條規定：「依本法所為之登記，有絕對效力。」另按目前實務見解認為，借名登記契約僅為債權契約，僅係借名人得請求出名人返還借名財產之契約，故而借名人縱使請求返還，其利益亦屬「借名登記契約之履行」，仍屬其他所得。

2. 準此，甲將其一半出資借名登記於乙所有，按目前實務見解仍認乙為所為有權，甲雖從乙所獲得之一半補償費，則仍屬借名登記債權之實現。惟民法上的法律關係雖為如此，但稅捐之核課仍應以經濟實質為解釋(納稅者權利保護法第 7 條第 1、2 項參照)，準此，於借名登記之情況下，借名人雖名義上僅係債權人，但於經濟實質上與土地所有人相同，

享有土地之孳息，於土地應徵收而獲有利益之情形，應認其於經濟實質上應比照土地所有權人，而不應課徵所得稅。

**(二)若其所獲補償費應稅，則買受土地之支出應與扣除。**

1. 若按甲主張其所獲得之補償費不應課徵所得稅，則成本費用亦無從扣除。惟目前實務見解咸認為借名人甲所獲補償惟其他所得，按所得稅法第14條第1項第十類前段之規定：「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。」
2. 準此，獲取該收入或必要之成本及費用，仍得予以減除。若認甲係因借名契約之實現而獲有其他所得，惟該實現之過程甲乙共同出資，並共同支出仲介費用及其他程序費用，仲介費用自屬甲獲得此「其他所得」有關連性、必要性之支出。
3. 甲雖無法提出出資資料，惟按納稅者權利保護法第11條第1項規定：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之人員應依職權調查證據，對當事人有利及不利事項一律注意，其調查方法須合法、必要並以對納稅者基本權利侵害最小之方法為之。」故稽徵機關並不因甲乙無法盡協力義務而免除其調查義務，若其盡調查義務後，仍得以土地買賣契約書之記載，認定對甲有利之事項，仍應予以認定並准予扣除。