

▶▶▶ 陸 104 年法研所試題

1. 台灣大學

甲列乙為被告，於 105 年 2 月 1 日起訴，聲明求為判命：乙將 A 地交還甲，及乙自 104 年 11 月起、迄交還 A 地之日止每月 15 日給付甲 1 萬元，主張之事實為：甲、乙二人於 104 年 1 月 1 日約定，甲將其所有之 A 地自同日起出租予乙，租期 2 年，租金每月 1 萬元，如積欠租金達 2 期，甲即得終止租約。因乙從 104 年 11 月起開始欠租，甲已於 105 年 1 月 5 日終止租約，乙卻繼續佔用 A 地而不交還。為此，請求交還土地及給付金額。對此，乙抗辯：乙已繳付押租金五萬元，以之扣抵，仍未積欠租金，且兩造未有欠租即得終止租約之合意，故甲無權終止租約。問：（50 分）

1. 關於本件訴訟，法院應如何就訴訟標的及其法律上、事實上及證據上爭點進行爭點整理，並排列審理順序？
2. 乙於訴訟繫屬中，將 A 地出借予丙，丙且在該地上興建 B 屋。如本件訴訟中甲獲本案勝訴確定判決，其既判力及執行力分別如何擴張於丙？

【104 台大】

析

Analysis.

本題屬於許士宦老師的傳統考題，爭點整理部分本題主要是訴訟標的特定之問題，可參考其所著文章〈訴訟標的特定之爭點整理——最高法院 99 年度台上字第 948 號判決評釋〉。另外第二小題則涉及系爭物移轉之既判力與執行力主、客觀範圍的擴張，可參考文章〈訴訟繫屬後之繼受人與執行力之擴張〉以及〈判決效力擴張於系爭物受讓人之判準〉等，雖然第二小題案例與以往不同稍微有所變化，不過只需依照題意論理與向來處理方式分析即可。

答

本題字數 2466

Answer.

第一閱分數	題號		第二閱分數
		(一) 民事訴訟法（下稱本法）修正後採取適時提出主義與爭點集中審理主義，要求當事人於適當時期提出攻防方法，且法院須將訴訟審理劃分為爭點整理及集中調查證據階段，進行有計畫之審理。本題爭點整理方法如下	
		1. 最上位之爭點整理	

	(1)訴之聲明及訴訟標的是否特定，即原告所為陳述是否已足與其他紛爭相區別。基於處分權主義，原告須特定訴訟標的，方可凸顯攻防方法、限定提示審判對象、預告既判力範圍；若有不清楚，法官則須闡明之。本件原告甲起訴請求被告乙交還土地及給付金額，訴之聲明應已具體特定，惟訴訟標的則有所不明瞭之處。 ① 首先，須釐清原告究竟係以權利為單位抑或係以紛爭事實為單位特定訴訟標的。若係以權利為單位，則請求交還土地部分係依據民法第 767 條第 1 項前段之所有物返還請求權，或民法第 455 條租賃物返還請求權？另外，就請求給付金額部分，係請求已到期之租金以及終止租約後之民法第 179 條不當得利抑或民法第 184 條侵權行為損害賠償？ ② 本件原告僅有主張租約終止之已屆期之租金與不當得利或侵權行為損害賠償；惟被告抗辯租約並未終止，法院應適時闡明與表明法律見解，令原告補充其主張，表明於租約未終止時亦依照租賃契約請求給付已屆期之租金。不論租約終止與否，原告請求之受給付地位僅有一個，故得以紛爭事實特定訴訟標的以一次解決紛爭。 (2)就主張之攻防或請求權之合併審理順序，於訴訟標的之爭點整理須確定，方可擬定審理計畫。在處分權主義之下，應肯認原告得依其意思決定其請求權或攻防方法之主張順序。 ① 請求返還土地部分，以權利單位型特定訴訟標的時，所有物返還請求權與租賃物返還請求權兩者係競合關係，原告得為預備或選擇合併。以紛爭單位型特定時，於無礙於公益之情況下，原告亦得就此兩種攻防方法為不真正選擇合併或預備合併。 ② 請求金額部分，以權利單位型特定訴訟標的時，在租約終止時請求已屆期之租金與不當得利或侵權行為損害賠償，其中不當得利與侵權行為損害賠償兩者係處於競合關係，得為預備或選擇合併；在租約未終止時則依照民法第 439 條請求給付租金，而此與前者之間則為不可並存之情形，得為預備合併。以紛爭單位特定時，於無礙於公益之情況下，原告亦得就上述攻防方法為不真正選擇合併或預備合併。 2. 事實上爭點整理 法院應與闡明令當事人為具體陳述以使主張責任具體化，明確雙方攻防方法，並於一貫性審查與重要性答辯後，釐清主要事實，間接事實
--	--

	或輔助事實，整理主要爭點。
	(1) 本件中，原告主張之積欠租金與終止租約事實該當於土地返還請求及給付金額權利發生要件，即得以支撐其訴之聲明，故通過一貫性審查。被告抗辯以押租金 5 萬元扣抵租金，甲無權終止租約雙方亦無終止租約合意，該抗辯若成立則會使得甲所主張之請求不成立，亦通過重要性審查。
	(2) 故本件中當事人雙方主要爭執之事實為是否積欠租金（押租金是否得扣抵租金）以及租約是否終止之部分。此為原告請求權利發生與否之主要爭點，故法院須就此部分進行證據調查。
	3. 證據上之爭點整理
	釐清主要爭點後，法院須就當事人所聲明之各種證據，篩選出得用以證明事實上爭點之部分，並且排列、決定其調查之順序。
	(二) 本題涉及判決效力之主、客觀範圍擴張問題
	1. 既判力擴張部分
	若甲獲得本案勝訴確定判決，該既判力客觀範圍包括返還土地與給付金額之部分，因給付金額部分（租金請求或侵權行為損害賠償等）並未移轉與丙，在此僅就請求返還土地之部分討論。
	(1) 按本法第 401 條第 1 項規定，確定判決效力及於訴訟繫屬後為當事人之繼受人，該繼受人應包括受讓訴訟標的物之占有。傳統學說與實務區分訴訟標的係依據物權抑或債權請求判斷效力是否及於該繼受人，惟該觀點僅具實體法觀點，有力說認為在新法增訂職權通知與第三人撤銷訴訟之制度下已賦予第三人程序保障，充足判決效力擴張及於第三人之正當化基礎，故應兼具訴訟法觀點，使判決效力擴張及於該訴訟標的物繼受人，得於一道訴訟程序中統一解決紛爭，維持訴訟經濟、保護程序利益。
	(2) 本件中，乙於訴訟繫屬後出借 A 地並移轉占有予丙，應屬於本法第 254 條訴訟標的法律關係之移轉，以避免影響原告所主張權利之實現，乙仍有訴訟實施權。不論訴訟標的係所有物返還請求權抑或租賃物返還請求權，丙皆屬於本法第 401 條第 1 項之繼受人，既判力皆擴張及於丙。若繼受事實有呈現於訴訟，則法院須衡量該繼受事實判斷原告之請求有無理由，並且得依職權通知丙參加訴訟，以利於一道程序中統一解決紛爭。若繼受事實未呈現於訴訟，則判決效力及於丙亦不會對其實體利益有損害，若訴訟標的係所有物返還請求權，則屬甲對乙之權利，並非擴張成甲對丙之所有物返還請求

	權；若訴訟標的係租賃物返還請求權，則甲對丙之並無契約存在，故亦不會擴張為甲對丙之租賃物返還請求權。若甲對丙有後訴訟，有爭點效擴張及於丙之問題，丙未受事前程序保障，得提起本法第 507 條之 1 第三人撤銷訴訟以保護其權利。	
	2. 執行力擴張部分	
	若甲獲得勝訴確定判決，因為丙於訴訟繫屬中繼受 A 地之占有並興建 B 屋，故甲對乙請求返還土地部分有執行力是否擴張及於丙，即甲得否請求丙返還 A 地、拆除 B 屋，涉及執行力主體與客體範圍擴張之問題：	
	(1) 甲取得勝訴判決後，對丙聲請為繼受執行，雖係執行甲對丙之請求權，惟從甲所主張其對乙之請求權因確定判決既判力而存在，且於訴訟繫屬後，丙始自乙受讓 A 地之占有，乙既然無對抗甲之權源，該移轉占有之事實可推認丙大概亦無對抗甲之權源，故甲對丙之請求權存在之可能性很大，並不因甲對乙之請求權係所有物返還請求權或租賃物返還請求權有所不同。	
	(2) 由執行法院審查甲對乙有無權利，丙是否自乙繼受標的物以及甲對丙取得與原來執行名義所欲實現之權利內容、性質相同或類似之蓋然性很高。由於執行法院之判斷無既判力，若丙不服該審查結果，即得提起強制執行法第 14 條之 1 第 1 項之債務人異議之訴，主張其非繼受人不受執行力所及，如此可發揮原執行名義之效用，並可兼顧丙之程序權。	
	(3) 就原權利僅請求「返還土地」而擴張及於拆除 B 屋部分，由於 B 座落於應交還之 A 地上，且 B 屋為丙所有，丙有拆除權限，故可謂拆除 B 屋請求權存在之蓋然性很高。若丙對於審查結果有所不服，得依強制執行法第 14 條第 2 項提起請求異議之訴救濟。	

篇名	散布私密照加重刑責之研議
作者	許恒達
出處	月旦法學雜誌第 241 期

一、散布合法攝影、取得私密照之刑法規制

(一)取徑一：刑法第 235 條散布猥褻物品罪

1. 多數實務見解（釋字第 617 號）

本罪係保護一般人羞恥或厭惡感之「性價值秩序」。當行為人散布與性有關的資訊，例如硬蕊性資訊，或是未有隔絕（例如包膜、加封套）的軟蕊性資訊，一旦上開性資訊流竄於社會中，勢必造成多數社會成員不舒服的感覺，而因為這種不舒服的感覺，連帶地影響多數人對於性資訊分享處所、時間及方式等道德評斷，因此必須透過刑法加以管制。

2. 學說批評²⁰

學說上認為，以社會風化的「性道德」作為本罪的保護法益，實不允當，不能僅因多數人享有性道德的共識，就任意抹煞少數人的性想像與性意識。倘若性道德要具有刑法保護適格，必須有更為堅強的理由加以支撐，否則刑法勢必成為純粹保護道德的工具，法益概念也不再具有任何意義。

(二)取徑二：刑法第 310 條誹謗罪

學界多數說認為，誹謗罪所保護的名譽，指的是一般社會成員對於被害人客觀地位的外在評價。單看這樣的敘述，似乎不太容易將散布私密照與誹謗罪相連結，然事實上，細探誹謗罪所保護的外在名譽，其意義即是個人的「社會名聲」，這是一個透過社會觀感與社會共識所形成，而針對特定人行止的多數人共通想像。要讓多數人產生共通的想像，必須有若干的事實基礎加以支撐，許恒達老師認為，這裡所稱的「事實」，即是建立在個人「過去」已經公開揭露的「生活史」之上，例如某議員贈送愛妻價值不菲的寶石一顆，並讓愛妻在公開場合配戴，這個舉動顯示出該議員與其妻之間非常恩愛的共通想像，從而呈現該議員「愛妻」、「好丈夫」的社會名聲。反過來說，如果要貶損特定人的社會名聲，同樣是透過「揭露特定人生活史」的方式，進一步劣化他人的社會名聲，具體的作法可分為「傳述特定人不實的生活史」，或是「傳述特定人未曾揭露的生活史」。而所謂「傳述特定人未曾揭露的生活史」之途徑，正是散布私密照可援引誹謗罪作為歸責基礎的解釋取徑，亦即行為人將特定人極度隱密的私生活加以公開，進而改變特定人的社會評價，故成立誹謗罪。

20 另可參閱林子儀大法官、許玉秀大法官於釋字第 617 號解釋提出的不同意見書。

(三)取徑三：刑法第 318 條之 1 洩漏電腦取得秘密罪

當行為人散布合法取得的私密照，可能構成本罪，尤其是現今智慧型手機愈來愈盛行，倘若行為人以具有上網、自動運算功能（符合電腦設備之意義）的智慧型手機合法拍照後，將該私密照片散布於公眾，此一散布行為是否能無礙地成立本罪，容有討論的必要。許恒達老師認為，首先就該私密照的屬性而論，由於行為人利用電腦取得他人私下活動的影像檔案，雖然其內容不完全是秘密、不可公布的資訊，但某程度仍稱得上是不得任意讓他人知悉的影像內容。然而，本罪是透過「電腦使用與否」來界定洩密的處罰界限，亦即使用具有照相功能的手機拍照，進而加以散布，因該手機係屬電腦，且將手機內的私密照傳至電腦之處，符合洩漏的文義，因此散布行為具有可罰性。

二、散布違法攝影、取得私密照之刑法規制

(一)取徑一：刑法第 315 條之 1 第 2 款侵害隱私且未得同意拍攝罪

學說上認為，刑法第 315 條之 1 所稱之「非公開」，應從「合理隱私期待」的觀點加以判斷，亦即一旦前階段竊錄行為成立本罪，該竊錄之影像或檔案也不能再進一步散布，否則將另成立刑法第 315 條之 2 第 3 項散布竊錄內容罪。

(二)取徑二：兒童及少年性剝削防制條例²¹第 36 條第 1 項拍攝未成年照片或影像罪、同條例第 38 條第 1 項散布拍攝未成年照片或影像罪

1. 兒童及少年性剝削防制條例第 36 條第 1 項²²：「拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以下罰金。」
2. 兒童及少年性剝削防制條例第 38 條第 1 項²³：「散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。」

(三)取徑三：刑法第 318 條之 1 洩漏電腦取得秘密罪？

實務見解認為，雖然現行刑法並未規定「違法使用他人電腦取得檔案後，進而散布」行為的處罰規範，但解釋上仍應納入刑法第 318 條之 1 的處罰範疇，亦即無論前階段係合法或違法使用他人電腦，後階段的散布、洩漏行為仍成立本罪；然許恒達老師認為，考量本罪的規範係承接刑法第 316 至第 318 條的規範結構，既然刑法第 316 至第 318 條的成罪範圍僅限於「合法取得他人秘密，進而違法洩漏該秘密」，刑法第 318 條之 1 亦應做相同解釋，實務見解過度擴張該罪的成罪情形，並非合適

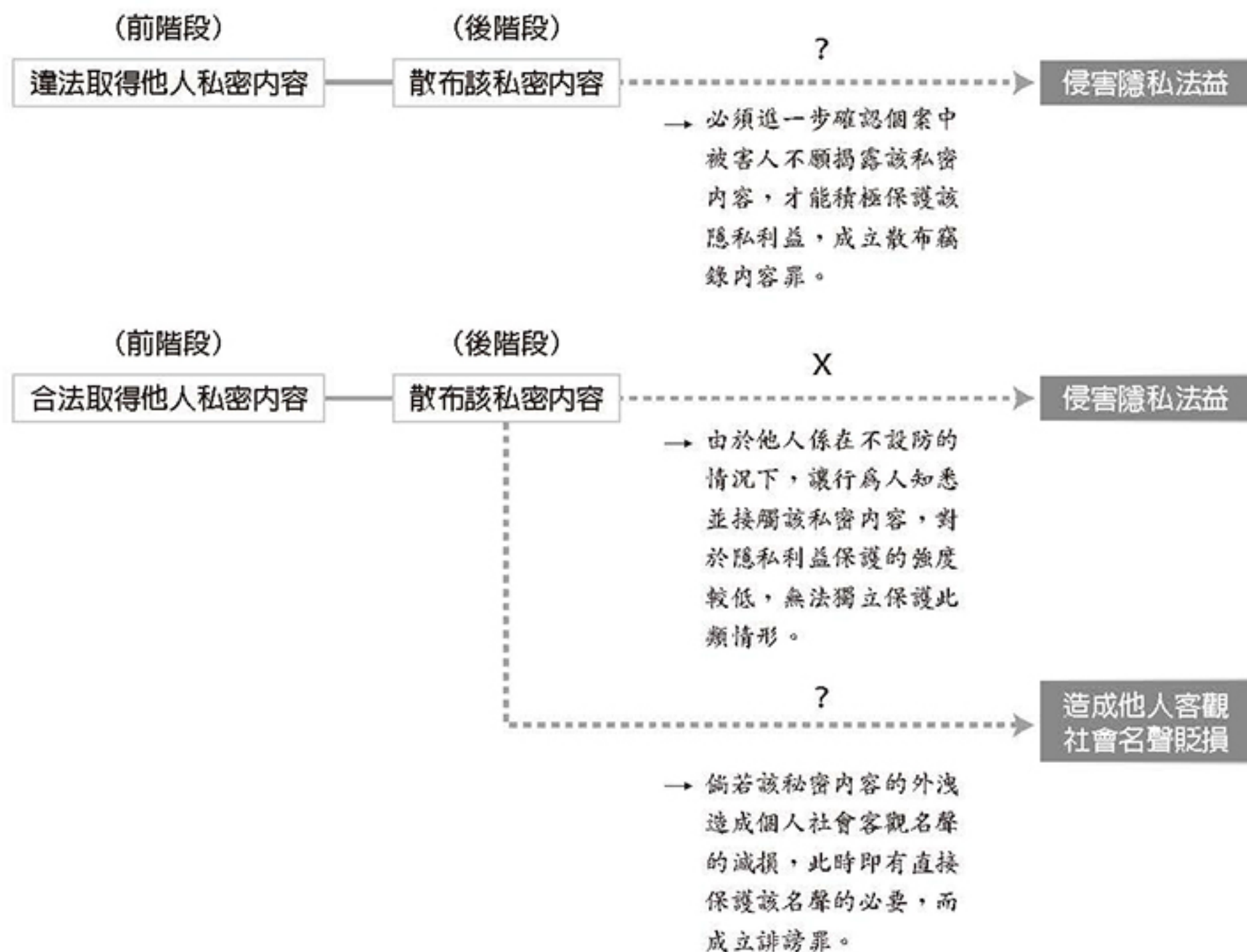
21 本條例原稱為「兒童及少年性交易防制條例」，於中華民國 104 年 2 月 4 日總統令修正名為「兒童及少年性剝削防制條例」，並公布名稱及全文 55 條，施行日期由行政院定之。

22 舊法（兒童及少年性交易防制條例）之條項為第 27 條第 1 項。

23 舊法（兒童及少年性交易防制條例）之條項為第 28 條第 1 項。

的作法。

◎整理



肆 實務觀點

字號	經濟部民國 103 年 12 月 09 日經商字第 10302146130 號函
要旨	有關召開股東會時，同時列有董監事選舉議案及修正章程變更董監事人數議案事宜。
重要內容	本部 94 年 11 月 30 日經商字第 09402426290 號令：「公司召開股東會，如同時列有董監事選舉議案及修正章程變更董監事人數議案時，董監事應選名額，應依下列情形判斷：(一)公司依公司法第 192 條之 1 或第 216 條之 1 規定，採董監事候選人提名制度，不問是否依同法第 177 條之 1 規定，採行書面或電子方式行使表決權，均以公告時已生效章程之董監事人數為準。……」所謂「修正章程變更董監事人數議案」之「變更」，包含增加及減少董監事人數之情形。至於股東會新修正通過之章程（變更董監事人數），應於下一次股東會進行改選或補選時，始有適用。
說明	公司之董監事候選人係採提名制度，於召開股東會時，同時列有董監事選舉議案及修正章程變更董監事人數議案者，就股東會新修正通過之章程（變更董監事人數），應於下一次股東會進行改選或補選時，始有適用。

字號	經濟部民國 103 年 12 月 05 日經商字第 10302145450 號函
要旨	單一法人公司仍應於每會計年度終了後 6 個月內召開董事會。
重要內容	按公司法第 128 條之 1 規定：「政府或法人股東 1 人所組織之股份有限公司……，該公司之股東會職權由董事會行使，不適用本法有關股東會之規定」。復按公司法第 170 條第 2 項規定：「前項股東常會應於每會計年度終了後 6 個月內召開……」。是以，單一法人公司仍須依照公司法第 170 條第 2 項規定，於每會計年度終了後 6 個月內召開董事會，俾承認有關會計表冊。
說明	單一法人公司仍應於每會計年度終了後 6 個月內召開董事會，承認有關會計表冊（參照公司 § § 128-1、170 II 規定）。

字號	經濟部民國 103 年 11 月 18 日經商字第 10302136340 號函
要旨	公司董事長於董事任期內退休致缺位，得類推適用公司法第 208 條第 3 項規定辦理。
重要內容	一、按公司法第 203 條第 1 項規定：「董事會由董事長召集之。但每屆第 1 次董事會，由所得選票代表選舉權最多之董事召集之」；同條第 4 項規定：「第 1 次董事會之召集，出席之董事未達選舉常務董事或董事長之

	最低出席人數時，原召集人應於 15 日內繼續召集，並得適用第 206 條之決議方法選舉之」。上開第 4 項本旨係鑒於每屆第 1 次董事會大都涉及選任公司董事長事宜，事關緊要，如出席之董事未能達到選舉董事長之最低出席人數時，原召集人應於 15 日內繼續召集，並得適用公司法第 206 條以普通決議方法選舉之，以使公司能儘早選出董事長，將公司營運步入正軌。查案內 A 公司董事長於董事任期內屆齡退休，造成董事長缺位之情形，並非公司法第 203 條第 4 項所定每屆第 1 次董事會選任董事之情形，尚不得依上開條項規定，適用同法第 206 條以普通決議方式選出董事長，先為敘明。 二、至於董事長缺位之處理，可類推適用公司法第 208 條第 3 項規定，由副董事長代行董事長職務；若無設副董事長，則由常務董事或董事互推一人代行董事長職務，召開董事會選舉董事長（本部 96 年 11 月 2 日經商字第 09602146040 號函參照）。
說明	本函釋指出公司董事長於董事任期內退休致缺位者，非屬公司法第 203 條第 4 項所規定之情形，以普通決議方式選出董事長，而係屬於得類推適用第 208 條第 3 項規定，由副董事長代行董事長職務之情形。 經濟部表示，實務上可能會有公司董事長在董事任期內屆齡退休，造成董事長位置懸缺的情形產生。其中參照公司法第 203 條第 4 項規定意旨可知每屆第一次董事會大都涉及選任公司董事長事宜，因此事關緊要，所以如果出席的董事未能達到同法第 208 條第 1 項規定選舉董事長的最低出席人數時，原召集人應於 15 日內繼續召集，並得適用同法第 206 條以普通決議方法選舉，藉此使公司能夠儘早選出董事長。但此種情形與董事長在任期內屆齡退休不盡相同，因而不行直接適用前述普通決議方式選出董事長。 又遇到董事長在任期內屆齡退休情況時，對於董事長缺位的處理方式，可以類推適用公司法第 208 條第 3 項規定，由副董事長代行董事長職務；若公司沒有設置副董事長者，則由常務董事或董事互推一人代行董事長職務，召開董事會選舉董事長。

字號	經濟部民國 103 年 10 月 21 日經商字第 10302345190 號函
要旨	有關有限公司股東得拋棄其出資額之事宜。
重要內容	一、有關公司股份之拋棄，公司法尚無明文規範，似引用民法拋棄之法理（前司法行政部 64 年 6 月 17 日臺 64 函參字第 05196 號函參照）。股份之拋棄應由股東向公司為拋棄之意思表示。又股東如將其拋棄股份之意思表示送達發行公司之登記地址時，其拋棄股份之意思表示即已發生效力（本部 102 年 1 月 7 日以經商字第 10102446370 號函參照）。