

## 文章概述

### 一、重點文章概覽

篇名	原住民保留地的借名登記——大法庭裁定的商榷
作者	陳榮傳
出處	月旦法學教室第 237 期
重點掃描	<p>陳榮傳師認為最高法院 108 年度台上大字第 1636 號大法庭裁定「原住民保留地借名登記契約違反禁止規定無效」之見解值得商榷。</p> <p>詳言之，在私法自治的原則下，禁止規定應被嚴格解釋。山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項規定，係禁止原住民保留地所有權「移轉給非原住民」。如果是原住民承受原住民保留地所有權的移轉，即不算是違反有關規定。此外有關規定並未禁止非原住民取得地上權，故非原住民應可在原住民保留地上設定地上權。結論上，大法庭裁定認屬無效之四個法律行為（第三人與出名人之買賣契約、所有權移轉、借名登記契約、地上權設定）均應有效。</p>

篇名	種類物買賣之「特定」
作者	陳洸岳
出處	月旦法學教室第 244 期
重點掃描	<p>種類物買賣是否已特定，應依民法第 200 條是否「得債權人同意」或「給付其物之必要行為已完結」定之。若為往取債務，僅須將標的物與同種類之物分離，即發生特定效果。若為赴償債務，則須將標的物現實提出於債權人處所，方生特定效力。</p>

篇名	透過包租代管業者出租之房屋租賃
作者	溫豐文
出處	月旦法學教室第 243 期
重點掃描	<p>透過包租或代管業者出租之房屋租賃，均有兩個不同的契約，與一般租賃有所不同。</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 透過包租業者出租：屋主先與包租業者簽訂租賃契約（約定可轉租）；包租業者（二房東）再與房客簽訂轉租契約。</li> <li>2. 透過代管業者出租：屋主先與代管業者簽訂委託契約（委託代管業者出租）；代管業者再與房客簽訂租賃契約。</li> </ol>

伍 重點篩選

一、正當防衛 vs. 緊急避難

		正當防衛	緊急避難
意義		為了防衛自己或第三人的權利，而針對現在進行之違法侵害行為或攻擊行為，基於人類自衛本能使用私力所從事具有急迫性的必要防衛	行為人處於危急情狀下，為了避免自己或他人生命、身體、自由、財產上之現時危難，而出於「不得已」的行為，致侵害他人法益
法律依據		刑 § 23	刑 § 24
相同		1. 均為法律所允許之自力救濟行為 2. 均為法定阻卻違法事由 3. 均係為避免自己或他人遭受侵害 4. 若行為過當，均得減輕或免除其刑 5. 均要求行為人有主觀意思（防衛意思、避難意思）	
相異	性質	1. 面臨現在不法侵害下反擊侵害者的權利行為 2. 「正對不正」，合法對抗不法	1. 面臨緊急危難之情狀下侵害他人法益之法所容認行為 2. 「正對正」，合法對抗合法
	保護法益	自己或他人之權利或法益	限於自己或他人生命、身體、自由、財產法益
	前提事實	「現在」「不法」之「侵害」	「緊急」「危難」
	對象	限於不法侵害者	任意第三人
	手段限制	適當性、必要性	適當性、必要性、衡平性、補充性
	法益權衡	無須考量	必須考量 (保全法益是否高於犧牲法益)
	權利限制	正當防衛之社會倫理限制★： 1. 緊密親屬關係 2. 無罪責者或限制罪責者的攻擊行為 3. 保護利益與損害利益嚴重失衡 4. 挑唆防衛 防衛手段：先迴避、再防守、後攻擊	刑 § 24 II 公務上或業務上負有特別義務者，限縮其主張緊急避難。倘若危難已經具體迫切嚴重威脅到生命安全，縱有危險承擔義務，仍得主張緊急避難

**二、因果歷程錯誤之法律效果——「結果延後發生」****(一) 意涵**

行為人在個案中實施了兩個以上的行為，按照行為人的計畫，原來應該是第一個行為發生目標法益侵害結果，但第一個行為未達成原本計畫，結果變成第二個行為才發生。

**(二) 如何處理？參見以下不同見解**1. 概括故意說（實務<sup>18</sup>）

前、後二行為是接續性的結果，前行為時的故意事實上是一種「概括故意」，可包含至後行為的法益侵害結果，故論一個故意既遂犯即可。

## 2. 自主雙行為說（德國學者 Kühl）

前行為的故意無法包含後行為的侵害。第一個行為成立故意未遂，第二個行為成立過失既遂，數罪併罰。

## 3. 第一行為關鍵說（多數學說）

判斷重點在第一個行為與結果間是否具有常態關聯性，由於行為人的故意僅存在於第一個行為，雖然引發的第二個行為與行為人原本預期不相同，但此種偏差若屬於不重要的因果偏離，則不影響故意既遂之認定，故以第一個行為論罪即可。

**(三) 案例**

A 以棍棒猛擊 B 頭部欲置其於死，B 遭猛擊後陷入昏迷，A 誤以為 B 已死亡，為滅屍將 B 投入河中，B 溺斃。

## 1. 概括故意說

將前、後行為視為一個整體行為，認為都在概括的故意下進行，因此 A 仍成立故意殺人罪既遂。

## 2. 自主雙行為說

A 以棍棒猛擊欲置 B 於死的故意，無法包含到後階段將 B 投入河中的行為。故二行為分開觀察，A 以棍棒猛擊 B 成立殺人罪未遂，將 B 投入河中成立過失致死罪，數罪併罰。

## 3. 第一行為關鍵說

A 以棍棒猛擊 B 頭部時，具殺害 B 之故意，雖然 B 最終係因 A 將其投入河中溺斃，但與 A 以棍棒猛擊 B 頭部所欲達成之目的，並無太大之偏異，故 A 仍構成殺人罪既遂。

18 最高法院 66 年台上字第 542 號判例：「上訴人以殺人之意思將其女扼殺後，雖昏迷而未死亡，誤認已死，而棄置於水圳，乃因溺水窒息而告死亡，仍不違背其殺人之本意，應負殺人罪責。」

## ▶▶▶ 貳 近期修法——最高法院大法庭制度

### 一、提案

#### (一) 歧異提案

法院組織法	最高法院辦理大法庭案件應行注意事項
<p>第 51 條之 2</p> <p>I 最高法院民事庭、刑事庭各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異者，應以裁定敘明理由，依下列方式處理：</p> <p>一、民事庭提案予民事大法庭裁判。</p> <p>二、刑事庭提案予刑事大法庭裁判。</p> <p>II 最高法院民事庭、刑事庭各庭為前項裁定前，應先以徵詢書徵詢其他各庭之意見。受徵詢庭應於三十日內以回復書回復之，逾期未回復，視為主張維持先前裁判之法律見解。經任一受徵詢庭主張維持先前裁判之法律見解時，始得為前項裁定。</p>	<p>第 5 點</p> <p>本法第五十一條之二第一項所稱「歧異」，包括先前裁判已有複數紛歧見解之積極歧異，及擬與無紛歧之先前裁判為不同見解裁判之潛在歧異。</p> <p>第 6 點</p> <p>本法第五十一條之二第一項所稱「採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異」，係指在相同事實之前提下，該法律爭議在合議庭受理之案件與先前裁判，均對裁判形成具有必要性，且合議庭採為裁判基礎之法律見解及先前裁判之法律見解分別適用於該法律爭議後，將對該法律爭議得出不同之結論。至僅就法律見解之說理有所歧異，適用後，對該法律爭議之結論並無不同者，無提案義務。</p>

#### (二) 原則重要性提案

法院組織法	最高法院辦理大法庭案件應行注意事項
<p>第 51 條之 3</p> <p>最高法院民事庭、刑事庭各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解具有原則重要性，得以裁定敘明理由，提案予民事大法庭、刑事大法庭裁判。</p>	<p>第 19 點</p> <p>本法第五十一條之三所稱「法律見解具有原則重要性」，係指法律見解有促使法律續造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律爭議，而有即時統一見解之必要性者。</p> <p>第 20 點</p> <p>各庭對於原則重要性提案是否提出，得行合義務性之裁量。但該法律爭議，如同時具備歧異提案之要件，應依本法第五十一條之二規定向大法庭提案。</p> <p>第 21 點</p> <p>各庭向大法庭為原則重要性提案前，無庸進行本法第五十一條之二第二項之徵詢。但認有徵詢其他各庭意見之必要者，仍得為之，並準用第八點至第十點、第十二點、第十五點至第十七點之規定。</p>

實務觀點

字號	重要內容
最高法院 110 台非 230 決	訊問被告前應先告知所犯所有罪名，包括罪數在內。
最高法院 111 台上 2972 決	當公訴檢察官所主張之論告內容，與起訴書相異，法院應向公訴檢察官確認是否為訴之追加、撤回或變更，或屬於起訴效力所及之他部事實之擴張或起訴事實之一部減縮。
最高法院 111 台上 2473 決	數位證據若出現「證據同一性」之爭執，法院應命提出該證據之一方，以適當方法釋明該證據有無遭偽造、變造，以確認證據同一性。
最高法院 111 台上 3122 決	毒品危害防制條例 § 17 I 「供出上手，因而查獲」，採法院綜合判斷說，不以該上手已遭起訴為前提。
最高法院 111 台上 3053 決	自白應以被告之供述包括主觀、客觀構成要件該當之事實為基礎，再輔以其他的因素共同判斷之。
最高法院 111 台上 3032 決	當附帶搜索與同意搜索產生競合時，該怎麼辦？ 兩者要件並不相同，若已符合附帶搜索之要件，即無須受同意搜索之要件限制。
最高法院 110 台上 4965 決	另案扣押所稱之「另案」，只須為本案以外之刑事犯罪案件即可，至於是否已經偵查機關所發覺、是否已進入偵查程序或審判程序，在所不問。但另案扣押之發動，仍以執法人員合法執行搜索、扣押程序為前提。
最高法院 111 台上 1129 決	醫療紀錄、心理諮商紀錄等業務上文書之證據能力問題，屬刑訴 § 159-4 ② 具有特信性之業務文書，屬傳聞例外，有證據能力。
最高法院 111 台上 3367 決	對於傳聞例外，實務上常見未以各條要件逐一審查，多的是直接以作成機關為斷，並不妥適。
最高法院 111 台上 1565 決、 最高法院 111 台上 34 決	若證人在檢察官面前侃侃而談，在法官面前卻拒絕證言，此時應類推適用刑訴 § 181-1（無效的反詰問），證人在審判中不得行使拒絕證言權，無論當事人是否提出異議均同。
最高法院 111 台抗 825 裁	被告在判決確定後，為聲請再審或其他訴訟目的所需，請求付與案內卷證所無之資料，屬其踐行聲請再審或其他程序中能否依規定聲請調查證據之範疇。
最高法院 111 台上 2672 決	證人在刑事程序中，原則上應揭露其身分並接受當事人交互詰問，但當有特殊需求時，有秘密證人制度。然審理法院在判決中，究應如何記載關於秘密證人的調查過程與結果，始足以認為其判決所載理由已經完備？只要法官綜合並比對案內一切證據及附件資料，足以確認秘密證人之陳述係出於親身經歷見聞所為，且有補強證據以增強其陳述其憑信性，經合法踐行調查程序後，即可採為判決之基礎。

▶▶▶ 肆 必背實務

字號	最高行政法院 111 年度大字第 2 號裁定
重要內容	當事人及其訴訟代理人之住居所，均不在行政法院所在地，且訴訟代理人有特別代理權者，於計算法定期間所應扣除之在途期間，以當事人或訴訟代理人之住居所計算在途期間「短者」為據。

字號	最高行政法院 110 年度大字第 2 號裁定 【道交條例舉發期限之起算點】
重要內容	民國 90 年 1 月 17 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 90 條前段規定：「違反本條例之行爲，自行爲成立之日起；行爲有連續或繼續之狀態者，自行爲終了之日起，逾 3 個月不得舉發。」關於該條所定 3 個月之舉發期限，就同條例第 8 條第 1 項第 1 款之汽車違規行爲，應以處罰機關受理（收到）舉發機關移送舉發違反道路管理事件之時點，作為認定舉發是否已逾 3 個月之準據。

字號	最高行政法院 110 年度大字第 1 號裁定 【社團年資處理條例之 1 年期間屬訓示規定】
重要內容	公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例第 5 條第 1 項：「依前條規定重行核計退離給與後，有溢領退離給與者，應由核發機關自本條例施行後 1 年內，依下列規定以書面處分令領受人或其經採認之社團專職年資所屬社團返還之：……。」之「1 年」期間為訓示規定。

## ▶▶▶ 肆 重要試題

### 1.

高等法院於年度終結前，召開事務分配會議，決定次年度之事務分配及代理順序。決議結果：民事第一庭共有 ABCD 四位法官，A 兼任庭長，其餘 B、C、D 則為庭員。合議庭之組合（審判長、受命法官、陪席法官）分別為：ABC、ACD、ADB。法官之代理順序則為：B 代理 D、C 代理 B、D 代理 C。某日 ADB 合議庭開庭時，開庭期日 B 因新冠肺炎確診隔離無法到院。當時 C 因交通因素尚未到院辦公，經手機聯繫亦未能接通。審判長 A 即通知由民事第二庭之法官 X 代理，由 ADX 組成合議庭。嗣後言詞辯論進行中，審理程序尚未結束時，C 已抵達法院。

(一) 本件合議庭之組織是否合法？

(二) B、C 無法準時到庭，審判長 A 可否將原有「合議制」改為「獨任制」之審判方式？

【111 司特—法警（四等）】

**答** 本題字數 425  
**Answer.**

分數	題號	(答案請從本頁第 1 行開始書寫，並請標明題號，依序作答)
		(一) 本件合議庭之組織不合法
		1. 法院組織法第 79 條規定：「各級法院及分院於每年度終結前，由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定，預定次年度司法事務之分配及代理次序（第 1 項）。辦理民事、刑事訴訟及其他特殊專業類型案件之法官，其年度司法事務分配辦法，由司法院另定之（第 2 項）。第一項會議並應預定次年度關於合議審判時法官之配置（第 3 項）。」
		2. 法院組織法第 81 條規定：「事務分配、代理次序及合議審判時法官之配置，經預定後，因案件或法官增減或他項事故，有變更之必要時，得由院長徵詢有關庭長、法官意見後定之。」
		3. 本題未由院長徵詢 A 庭長、代理人 X 法官、庭員 D 法官之意見，故組織不合法。
		(二) A 不得將合議制改為獨任制之審判方式
		1. 法院組織法第 3 條第 2 項規定：「高等法院審判案件，以法官三人合議行之。」
		2. 本題除非有民事訴訟法第 270 條第 1 項規定：「行合議審判之訴訟事件，法院於必要時以庭員一人為受命法官，使行準備程序。」之情形，否則不得將合議制改為獨任制之審判方式。

# 強 制 執 行 法 概 要

## ▶▶▶ 壹 科目導覽

由近年來之考題觀察，司特四等「強制執行法概要」出題模式逐漸從申論題，轉變為實例題，而考點主要出自於法條、基本原理原則及實務見解，頻出考點不外乎執行名義、強制執行之救濟、強制執行之競合，雖然偶爾會考出一些較冷僻的實務見解，但只要對基本觀念有一定程度的掌握，從肯、否立場去推論，仍然可以迎刃而解，又四等科目時常出現純粹法條適用題，故準備上對條文內容應有相當之熟悉程度，另本科考試時間僅有 90



分鐘，換算下來，每題約僅有 20 分鐘左右的答題時間，宜把握好應答時間，切莫執著，避免有篇幅不均或題目未答等狀況。

	111 年度	110 年度	109 年度
第一題	(1) 原理原則——裁判機關與執行機關分離主義 (2) 附有條件之執行名義 (強執 § 4 II)	(1) 原理原則——裁判機關與執行機關分離主義 (2) 債權憑證 (強執 § 27)	(1) 許可拍賣抵押物之裁定，不待確定，即有執行力 (2) 強制執行開始後，債務人死亡者，得續行強制執行 (強執 § 5 III) (3) 併付拍賣 (民 § 877)
第二題	(1) 強制执行程序不因當事人或利害關係人聲明異議而停止 (強執 § 12 I 但書) (2) 強制执行程序終結	(1) 拍賣公告揭示 (強執 § 84) (2) 執行法院拍賣之公告，只須揭示於執行法院及該不動產所在地即生效力 (最高法院 51 台上 3631 例)	(1) 拘提 (強執 § 21 以下) (2) 命債務人交付特定動產之強制執行 (強執 § 123)
第三題	(1) 保證金繳納 (強執 § 89) (2) 執行法院取得未經受款人背書之保證支票，無從據以主張權利，類此情形，投標人縱於開標後再行補正，亦與投標前已依法繳交保證金之情形有間 (司法院第 21 期司法業務研究會研究結果)	有價證券之執行	(1) 扣押命令之送達 (強執 § 118) (2) 債權人不為一定行為之效果 (強執 § 28-1)
第四題	按禁止債務人就特定財產為處分行為之假處分，其效力僅在禁止債務人就特定財產為自由處分，並不排除法院之強制執行 (最高法院 70,10th 民庭決 (-))	(1) 執行法院對於執行名義是否有效成立，應加以審查 (最高法院 81 台抗 114 例) (2) 聲明異議 (強執 § § 12、13)	(1) 雙重聲請執行 (強執 § 33) (2) 債務人之財產為債權之總擔保，後聲請執行之債權人雖僅就前執行事件之執行標的物之一部分聲請強制執行，後聲請強制執行之效力，仍及於前執行事件之執行標的物，得就該拍賣變價所得款項受分配 (最高法院 109 台抗 344 裁)