



月旦

2012

關鍵速讀

經典文獻 / 別冊

經典文獻

公法類

憲法：人身自由—移民法制收容之探討

釋字第684號解釋

行政法：行政處分程序之重新進行・制裁性不利處分
一行為不二罰

民商法類

民法：債權物權化・物上保證人與連帶保證人
口述遺囑意旨

民訴法：損害數額之酌定
逃避爭點簡化協議與逃避失權

商事法：股東召集權設計及監察人角色
票據行為之表見代理・傷害保險中意外之偶發性

刑事法類

刑法：妨害性自主・妨害秘密・準強盜罪的既遂認定

刑訴法：釋字第670號解釋・傳聞法則

試題研習

公法・民商法・刑事法・法律倫理

2012年 月旦 別冊

經典文獻



元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

月旦經典文獻別冊. 2012 / 月旦釋讀文摘編輯部作.

-- 初版. -- 臺北市：元照, 2012. 05

面：公分

ISBN 978-986-255-213-1 (平裝)

1. 法學 2. 文集

580.7

101006829

2012年月旦**別冊**

經典文獻

5M016RA

2012年5月 初版第1刷

作 者 月旦別冊編輯部

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 500 元

專 線 (02)2375-6688

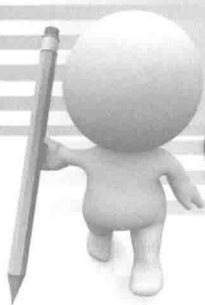
傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-213-1



編者的話

PREFACE

我們始終相信「法律文字是死的，但結合知識的運用是活的」。社會從來即是動態的，惟有實務家作為橋樑權衡具體事實、適用法律，學者作為明鏡剖析、針砭，才能為法律注入源頭活水、與時俱進。

一篇好文章，除了前述的功能，讀者更能學習學者縝密的論理方式，及法律文字運用之優美。本冊所扮演的，是輔助讀者一窺法學瑰麗殿堂的透鏡，藉由專業編輯的協助聚焦，為讀者提綱挈領，建立法律骨架。然而，最終仍需讀者深入閱讀原文，才能以宏觀的角度，綜覽法學之全貌。

基此理念，本冊結合「經典文獻」摘錄與近期考題的「試題研習」二大單元，希望在學習或工作，都能持續關注知識的具體運用與延伸思考。

一、精選75則經典文獻，來自學說、比較法和實務的各方角度摘錄，結合經驗印證，作為近期資料的整理幫手。

二、以司律新制為例，第一試大量繁複的實例題，作答時必須迅速、精準地分析；第二試中，實例題幹長篇、結合實體程序，各小題中的爭點卻相當明確，此時傳統鋪陳已不合時宜、鞭辟入裡的思考脈絡才是致勝關鍵。

只閱讀文獻或演練考題只會事倍功半。面對全新的問題，本冊精選熱門議題討論，考題採擇較靈活、複雜及具代表性的實例題兩相對照，希望幫助讀者靈活運用、獨立思考。

近幾年風波不斷，有銀鐐入獄者、有社會運動群起吶喊，繼之則是一波又一波的司法改革運動。面對此些衝擊，反躬自省及與社會對話固然重要，但在以寬廣的胸襟吸收各方意見為前提之下，學術與實務實質交流及法律人獨立思考的能力亦不可忽視。上述風波，有些是因為司法人員喪失了最初踏入法律領域的熱情，於是隨名利浮沉，有些則是在學習與工作的斷層及考試填鴨式作答之下，法律變成一攤「死水」，丟什麼進去、浮出什麼東西，如此而已。

因此，我們寧願將大部分的資料僅予以簡化、原意摘錄，以保留原貌，並搭配精選的代表性題目，使讀者可以獨立思考，而不是所謂「結論」原封不動填進制式的框架之中。

最後，誠如最初所言，法律的活力來自各領域的對話、互動，而一個有活力的社會不能缺少有活力的法律制度，我們期盼本別冊可以帶給讀者的是一種彈性、有發展可能的知識啟發和包容卻自信獨立的閱讀態度，並以此祝福各位！

月旦別冊編輯部

目錄

CONTENTS

» 經典文獻

公 法

憲 法

- ◆ 廖元豪教授〈人身自由「非刑事程序」限制之檢討——以移民法制「收容」制度為例〉重要提示 3
- ◆ 張嘉尹教授〈人性尊嚴的重量——評析大法官釋字第五六號解釋〉重要提示 7
- ◆ 蕭文生教授〈釋字第六八四號——送給大學生的禮物VS.大學的震撼彈〉重要提示 10
- ◆ 張嘉尹教授〈防衛性民主的幽靈——檢討大法官釋字第五四四號解釋〉重要提示 15
- ◆ 李惠宗教授〈從法本質論談性交易行為作為一種職業自由——評釋字第六六六號解釋〉重要提示 19
- ◆ 蔡震榮教授〈自外籍配偶家庭基本權之保障論驅逐出國處分——評臺北高等行政法院九十五年度訴字第二五八一號判決〉重要提示 23
- ◆ 陳正根教授〈遊民與基本人權之保障〉重要提示 29
- ◆ 許育典教授〈校園霸凌的法律分析〉重要提示 34
- ◆ 蕭文生教授〈政府體制的憲法解釋〉重要提示 37
- ◆ 吳信華教授〈論大法官釋憲程序中之「疑義」與「爭議」——兼對「憲法疑義」與「機關爭議」的訴訟類型為釐清與辨正〉重要提示 42
- ◆ 李惠宗教授〈法律隱藏漏洞的發現與填補之法理基礎——司法院大法官違憲審查實踐的觀察〉重要提示 46

行政法 ✓

- ◆ 洪家殷教授〈論行政調查中職權調查之概念及範圍——以行政程序法相關規定為中心〉重要提示..... 52
- ◆ 洪家殷教授〈有持續效力之行政處分與行政處分程序之重新進行〉重要提示..... 58
- ◆ 詹鎮榮教授〈行政程序重新進行之程序標的——我國與德國法制之比較〉重要提示..... 62
- ◆ 李建良教授〈行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題——「制裁性不利處分」概念之提出〉重要提示..... 66
- ◆ 王毓正教授〈論德國法之穿透責任理論於中石化（台鹼）安順場污染事件之適用〉重要提示..... 70
- ◆ 傅玲靜教授〈行政罰法上不法利益之審酌及追繳〉重要提示..... 75
- ◆ 陳清秀教授〈虛報進口貨物價值，應適用一行為不二罰原則——最高行99判1251〉重要提示..... 79
- ◆ 張文郁教授〈行政訴訟法之職權調查主義〉重要提示..... 82
- ◆ 林三欽教授〈冤獄賠償、國家賠償與特別犧牲——簡評釋字第六七〇號〉重要提示..... 86
- ◆ 詹鎮榮教授〈變遷中之行政組織法——從「組織形式選擇自由」到「組織最適誠命」〉重要提示..... 90

民商法

民法

- ◆ 吳從周教授〈民法上之推定真實死亡：一個真實死亡與法律死亡之中間類型的誕生——論莫拉克颱風災後重建特別條例第28條及災害防救法第47條之1之死亡認定在我國民法死亡宣告制度上之性質〉重要提示..... 95
- ◆ 郭戎晉教授〈購物網站價格標示錯誤法律問題之研究——由臺北地方法院民事判決出發〉重要提示..... 98
- ◆ 陳聰富教授〈自甘冒險與運動傷害〉重要提示..... 104

◆ 黃健彰教授〈債權人代位行使債務人請求權所生實體法效果歸屬〉重要提示	108
◆ 陳聰富教授〈債權物權化之適用基礎——最高法院九十六年度台上字第三三四號民事判決評釋〉重要提示	112
◆ 吳光明教授〈論加盟契約〉重要提示	117
◆ 詹森林教授〈純粹經濟損失與消保法之商品責任——最高法院九十七年台上字第二三四八號判決〉重要提示	122
◆ 許政賢教授〈損害賠償之債與消費訴訟之懲罰性賠償金——最高院九八台上一五一四〉重要提示	126
◆ 劉宗榮教授〈論所有權安全的保護與交易安全的保護〉重要提示	128
◆ 陳榮隆教授〈物上保證人與連帶保證人之責任關係——臺北地院九八簡上四三〉重要提示	132
◆ 劉昭辰教授〈夫妻間財產給與的特殊性〉重要提示	135
◆ 魏大曉教授〈親子身分關係之立法基準——釋字第五八七號解釋影響（上）、（下）〉重要提示	140
◆ 林秀雄教授〈代筆遺囑方式中所謂「遺囑人口述遺囑意旨」之意義——簡評最高法院九七年度台抗字第六四五號裁定〉重要提示	144

民事訴訟法

◆ 許士宦教授〈民事訴訟之程序權保障——以通常訴訟程序當事人之程序權為中心〉重要提示	147
◆ 吳從周教授〈以一訴「附帶請求」不併計標的價額之範圍〉重要提示...	152
◆ 許士宦教授〈損害數額之酌定〉重要提示	156
◆ 劉明生教授〈客觀訴之變更與追加〉重要提示	160
◆ 吳從周教授〈案件遲延之逆襲——從防止「逃避爭點簡化協議」與「逃避失權」之角度出發整理與觀察相關最高法院判決〉重要提示	166

國際私法

- ◆ 吳光平教授〈國際私法上當事人意思自主原則之研究——以契約運用當事人意思自主原則之界線為中心〉重要提示..... 170

商事法

- ◆ 曾宛如教授〈我國公司法待決之問題——以公司法制基礎理論為核心〉重要提示 174
- ◆ 方嘉麟教授〈經營權爭奪戰中股東召集權設計兼論監察人角色——以元大復華併購案為例〉重要提示 180
- ◆ 朱德芳教授〈論股東會資訊揭露之重大性原則〉重要提示 185
- ◆ 王志誠教授〈董事自己交易規範之適用要件及範圍〉重要提示 189
- ◆ 林國彬教授〈敵意併購防禦措施之研究——以財務性防禦措施中之毒藥丸為主要範圍〉重要提示 192
- ◆ 張心悌教授〈關係企業交叉持股表決權之判斷——最高法院99年度台上字第344號及台灣高等法院99年度上更(一)字第35號〉重要提示..... 198
- ◆ 陳俊仁教授〈公開發行公司利益輸送禁止與損害發生時點之認定——最高法院九十八年度台上字第三七二〇號判決〉重要提示 203
- ◆ 王志誠教授〈票據行為之表見代理〉重要提示..... 206
- ◆ 陳俊元教授〈英美保險代位本質之再探——兼論我國保險代位求償模式之再建構〉重要提示..... 210
- ◆ 汪信君教授〈論動力車輛事故之侵權行為責任、責任保險與無過失補償——以經濟抑制理論為基礎〉重要提示..... 217
- ◆ 汪信君教授〈再論人壽保險契約效力之停效與復效〉重要提示 224
- ◆ 張冠群教授〈方法意外？結果意外？重驗傷害保險中「意外」之「偶發性」認定標準——評台灣高等法院高雄分院九十八年度保險上字第六號判決〉重要提示..... 230

刑事法

刑法

- ◆ 古承宗教授〈危險的電子遊戲場？——評析大法官釋字第646號解釋〉重要提示..... 237✓
- ◆ 許恒達教授〈「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵〉重要提示..... 241
- ◆ 徐育安教授〈間接故意理論之發展——兼論不確定故意、未必故意與附條件故意〉重要提示..... 244
- ◆ 鄭逸哲教授〈「告知義務」和「術前評估義務」並非「注意義務」——臺灣高等法院高雄分院九十八年度醫上訴字第一號刑事判決〉重要提示..... 249✓
- ◆ 古承宗教授〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉重要提示..... 252
- ◆ 許恒達教授〈「原因自由行為」的刑事責任〉重要提示..... 255
- ◆ 蔡聖偉教授〈絕命醫療站（上）——透過不可歸責之途徑所發生的結果與中止〉重要提示
教授〈絕命醫療站（下）——殺人之中止未遂與傷害既遂罪的競合〉重要提示..... 259
- ◆ 甘添貴教授〈共謀共同正犯與共犯的區別——最高法院九十八年度台上字第八七七號刑事判決評釋〉重要提示..... 263
- ◆ 許澤天教授〈對向犯之研究〉重要提示..... 267
- ◆ 吳耀宗教授〈多次施用毒品之競合問題〉重要提示..... 271
- ◆ 李聖傑教授〈刑法第二二二條第一項第一款「二人以上共同犯之」之適用思考〉重要提示..... 276
- ◆ 高金桂教授〈突襲式的猥褻——高等法院臺中分院九十九年度上訴字第六三二號判決評析〉重要提示..... 280✓
- ◆ 徐育安教授〈殺人故意與傷害故意之區分〉重要提示..... 284
- ◆ 曾淑瑜教授〈是誰遺棄誰〉重要提示..... 288✓
- ◆ 王皇玉教授〈刑法對隱私權的保障——以刑法第三一五條之一為中心〉重要提示..... 293✓
- ◆ 王皇玉教授〈短裙下的大腿是隱私部位嗎？〉重要提示..... 296✓

- ◆ 蔡聖偉教授〈偷「機」不著——準強盜罪的既遂認定問題〉重要提示... 301 ✓

刑事訴訟法 ✓

- ◆ 鄭逸哲教授〈受無罪判決確定之人不得就應受羈押而羈押請求賠償——評析釋字第六七〇號〉重要提示 306
- ◆ 陳運財教授〈無令狀搜索——評最高法院九十六年台上五一八四號判決〉重要提示 309
- ◆ 陳運財教授〈傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討〉重要提示 313
- ◆ 吳巡龍教授〈對質詰問權與傳聞例外——美國與我國裁判發展之比較與評析〉重要提示 318
- ◆ 吳巡龍教授〈照片的證據性質〉重要提示 323

法律倫理 ✓

- ◆ 王惠光教授〈律師的保密義務〉重要提示 327

» 試題研習 ✓

公法 333

民商法 355

刑事法 383

法律倫理 400

經典文獻



公 法

憲法

行政法



廖元豪 教授

重要提示

人身自由「非刑事程序」限制之檢討

——以移民法制「收容」制度為例

出處：全國律師，14卷9月號，2010年9月15日，50-66頁

概念索引：憲法／人身自由

關鍵詞

非典型的限制人身自由、移民、比例原則、正當程序、收容、法官保留

爭點

一、約束國家刑罰權的各種程序機制，是否仍能適用於刑事拘禁以外的人身限制類型？

二、聯合國國際規範與我國憲法關於人身自由的限制規定與原則。

三、移民法制上的收容。

摘要

一、約束國家刑罰權的各種程序機制，是否仍能適用於刑事拘禁以外的人身限制類型？

在法律人權意識高漲之現今臺灣社會，刑事拘禁已大幅受限，卻也同時漸冒出許多各式名目的「非刑事拘禁」

手段，故作者將這類限制人身自由又非典型的、刑事拘禁以外的手段統稱為「非典類型」之限制。

進而衍生的問題是，傳統上約束國家刑罰權的各種程序機制，是否仍能適用於這些「非典類型」的人身自由拘束上？作者認為，「非典限制」固然無須直接套用憲法或國際法上有關刑事拘禁的所有細節原則和機制，但仍須適用最起碼的「人身自由正當程序」。且由於「刑事」與「非典」均可能對身體自由造成極大的限制，兩者在本質上未必能夠截然區分，況且現今行政拘禁日見頻繁，數量攀升，刑事拘禁的各種機制仍應依案件類型之輕重，分別適用於「非典類型」限制中，以防政府濫權，尋隙突圍。

二、聯合國國際規範與我國憲法

關於人身自由的限制規定與原則

作者區分聯合國的國際規範和我國憲法上之標準，分別作以下之簡介與討論：

(一) 聯合國的國際規範

世界人權宣言第九條規定，任何人不得加以任意逮捕、拘禁或放逐。此為最抽象、也是最基本的原則：禁止恣意原則。爾後，「公民權利與政治權利國際公約」裡進一步提出，人身自由之限制必須「依據法律明定的事由與程序」，且對於受驅逐出境者，原則上應在執行前，給予申訴、救濟之機會。蓋對合法居留者施以強制出境，本質上就是一種嚴重且難以回復之損害，若允許主管機關作成驅逐處分後立即執行，則各種救濟爭訟程序都可能徒勞無功。聯合國大會於一九八八年決議通過了「保護所有遭受任何形式拘禁或囚禁的人的原則」，而國際上的移工公約亦特別針對國際移工之權利為明文規範。

上述種種國際規範之主旨精神為，任何限制措施，必須受到立法（法律明定要件）和司法之外控，不能任由執行機關單方決定。且此等外控機制必須迅速、有效，不能儀式性地虛晃一槍，也必須遵守這些程序原則。

(二) 我國憲法上之標準

作者統整了憲法第八條之規定及釋字第三八四、一六六、二五一、五八八及六三六號等以觀，我國憲法對人身自由限制措施所課之約束，絕不亞於聯合

國的各項國際規範，甚至尤有過之。而從大法官的解釋意旨，對於「非典型型」的憲法限制要求如下：

1. 幾近絕對的法官保留。
2. 法律保留。
3. 高度的法律明確性要求。
4. 逮捕拘禁應由司法或警察機關為之，但若有法律明文授權之主管機關亦得為之。
5. 給予當事人事前且有效的程序參與權。
6. 接近刑事訴訟的程序保障，包括答辯防禦權。
7. 應遵守比例原則。
8. 不定期拘禁有違憲嫌疑。

(三) 小結

國際人權規範可以填塞、具體化憲法人身自由或正當程序的內容，而憲法可作為國際人權規範的執行基礎——憲法使得國際人權規範在我國的具體案件，具有可執行性、實定化。

三、移民法制上的收容

(一) 聯合國的國際規範

移民法第十五條規定強制出國之處分和該執行前之「暫予收容」情形，惟該法對於「驅逐出國」僅規定由主管機關單方之行政處分即可決定，尤有甚者，因行政程序法第三條第三項第二款之規定，連起碼的「事前陳述意見」和「告知理由」等基本程序正義要件都無

須履行。

再者，臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱「兩岸條例」）上所規範之「收容」亦係由行政機關單方作成決定，並未經法院參與或作成，且與移民法有以下共通的缺失：均可能有收容期限無上限之情形；連一般行政處分所適用之極簡單行政程序保障都明文排除；此外，受驅逐處分和收容處分者，事後救濟原則上僅得循一般的行政爭訟為之，且並無「先停止執行」之規定；收容制度之細節，均以空白授權方式委託主管機關訂定；最後，收容原因均以相當不確定之法律概念規範。

驅逐出境和收容處分均限制了人民居住和遷徙的自由，更是限制人身自由的行政措施。而憲法上身體自由之保障屬於普世適用之人權，並非專屬於國民之國民權，不應依本國人或外國人身份而有所區別。故上開驅逐出境和收容之規定，明顯缺乏最基本之程序保障，此外，強制收容者，除急迫臨時處置外，應經法院之事前審查方可為之，同理，驅逐出境原則上亦應由司法決定，但當事人自願離境者，不在此限。

（二）比例原則

大法官對於人身自由的比例原則審查，一向採取了較嚴格的審查標準，由釋字第三八四和六三六號也可觀察而知。作者進而指出，目前法制或許確為實現重要目的而設，但手段上恐怕難謂

符合必要性。

國內收容處所人滿為患，裡面境遇有如監牢，甚至非法拘禁於拘留所或警局地下室者，亦時有所聞。對於等待遣返的大陸地區人民，若是缺乏適當收容處所（不能等同是監獄），於執行強制出境處分前，作者認為可有以下替代方案：責付民間的庇護中心代為收容或對於確定是臺灣人民的合法配偶者，由於有固定家庭地址，無逃跑之虞，無須收容。此外，移民法和兩岸條例之收容規定，僅係賦予主管機關「得暫予收容」之裁量權限和義務，並不是非收容不可，何況經年限制人身自由與拘禁處罰又有何異？不定期拘禁的措施，顯有違反比例原則之虞。

四、結論

作者提出數項針對目前法制之調整和修正建議，說明如下：

（一）收容應先經法院裁定。於修法前，被收容者可適用提審，請求司法審查。

（二）驅逐處分應由司法先行審查或採用提起爭訟即停止執行之原則。

（三）法定原因應具體化，刪除移民法上的不確定法律概念。

（四）收容之實體判斷應符合比例原則，限於無法以其他方式確保處分之執行，且收容處所符合人道待遇環境者，始得為之。

（五）對於外國人，程序上應給予語

言和資源上有效防禦之機會。♣

（完整精彩論述，請讀者參照原文，特此感謝原著作者的支持。）

延伸閱讀

1. 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障——以我國法為中心，憲政時代，29卷3期，2004年1月，359-389頁。
2. 廖元豪，全球化之比較憲法理論——兼評美國憲法實務之解釋方法，憲政時代，28卷2期，2002年10月，99-119頁。
3. 廖元豪，行政程序的憲法化——論行政處分之「正當程序」，世新大學學

報，9期，1999年10月，213-267頁。

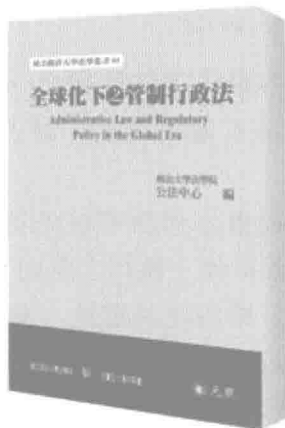
相關法規

1. 憲法第8條。
2. 移民法第14條。
3. 移民法第15條。
4. 移民法第36條。
5. 移民法第38條。
6. 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第18條。
7. 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第95條。

（更多相關著作文獻、裁判及法規，請見月旦法學知識庫 www.lawdata.com.tw）

全球化下之管制行政法

◎政治大學法學院公法中心 編



ANGLE PUBLISHING

定價 800 元

這本是政大公法中心在教育部頂尖大學計畫第一期的成果展現。共收十六篇論文，作者除了本中心同仁外，尚包括美國、德國、日本、韓國、中國大陸，以及臺灣諸多學者。全書論述集中於一個大問題下：在全球化的時代，公與私的界線不斷地變遷，政府與市場的角色也一直在游移，行政法的理論與實務要怎樣因應這個新時代？讀者可知公私夥伴或公私混合的現象，如何衝擊美、德、日、韓、大陸及臺灣的行政法學；而各國的行政法學者又如何發展新穎的法律理論、策略去因應。乃是臺灣第一本深入探討全球化與公法如何互動的專論。

◎延伸推薦

- 憲法新論／法治斌、董保城 著
- 為人民說人權故事／許育典 著

相關書籍請參閱元照網路書店：<http://www.angle.com.tw>