

月旦

2012

關鍵解讀

裁判簡析 / 別冊

公法

釋字第649、684號解釋
教評會停聘、解聘、不續聘決定之法律性質
行政罰與刑罰之競合

民事法

債權人可否代位債務人對支付命令聲明異議？
使用借貸契約之債權物權化？
確認親子關係存否之訴
當事人變更與追加

商事法

董事會召集程序瑕疵
內線交易之「獲悉」與「實際知悉」
票據之利益償還請求權上的消極利益
員工誠實保險之損失發現期間條款

刑事法

「與幼童性交罪」和「強制性交罪」的保護
法益與適用關係
刑法第315條之1「身體隱私部位」之認定
釋字第639號解釋

元照

ISBN 978-986-255-209-4



9 789862 552094



5M018RA

定價：350元

2012年 月旦 別冊

裁判簡析



元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

月旦裁判簡析別冊. 2012 / 月旦釋讀文摘編輯部作.

-- 初版. -- 臺北市：元照, 2012. 05

面：公分

ISBN 978-986-255-209-4 (平裝)

1. 中華民國法律 2. 判例解釋例

582.8

101006476

2012年月旦**別冊**

裁判簡析

5M018RA

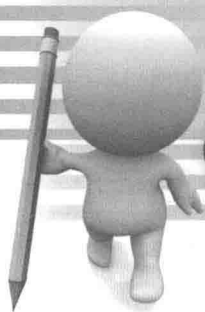
2012年5月 初版第1刷

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 350 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.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-209-4



編者的話

PREFACE

法律的生命力來自實際運用與討論交流。

月旦別冊編輯部秉持此信念，針對相同、相類裁判或實務見解的經典論述，匯整成更有助於閱讀的月旦別冊系列—《裁判簡析》。盼以案例導引、學說解析之方式，引領法律研習者輕鬆閱讀、效率學習。

由學者精選重要裁判，以「案例」體例改編，匯整案例事實、實務見解與學說對此案例的看法及評析，從不同角度的思考可以更清晰的凸顯爭點及方便參照比較，幫助讀者於最短時間了解、比較針對同一案件實務、學說的見解。

在司律新制第一試選擇題須有標準答案之下，透過本冊的編輯，明辨實務與學說見解的差異及新近的改變。

針對第二試中，新制小題爭點明確，讀者必須在有限的篇幅立即呈現結合實體程序、實務學說交流的多角度思考脈絡。本冊將案例事實抽出，分別呈現實務與學說的思考角度，旨在使讀者短時間內快速掌握、閱讀的重點，培養獨立思考的能力。

法律的邏輯來自辯證、而不是結論，本冊提供讀者一種對問題思考可能的角度、引領進入討論的殿堂，成為幫助法律學習者解構問題、思考解決方案之最佳參考用書。

月旦別冊編輯部

目錄

CONTENTS

公法

- ◆ 工作權與平等權的審查—釋字第649號解釋 3
- ◆ 大學生所為非屬退學或類此處分之救濟—釋字第684號解釋 6
- ◆ 教師升等評審—外審意見之拘束力與校教評會之定位 10
- ◆ 教師升等評審—校教評會決議送請第二次外審之效力 13
- ◆ 行政行為明確性 16
- ◆ 交通標線之法律性質 19
- ◆ 教評會停聘、解聘、不續聘決定之法律性質 22
- ◆ 法律授權公告之變更是法律變更或事實變更？ 25
- ◆ 行政罰與刑罰之競合 28
- ◆ 公司營利事業欠稅，限制出境處分可否及於「實質負責人」？ 30

民事法

- ◆ 要約與要約引誘 35
- ◆ 侵權行為損害賠償責任—過失與注意義務 37
- ◆ 債權人可否代位債務人對支付命令聲明異議？ 40
- ◆ 債權物權相對化 43
- ◆ 使用借貸契約之債權物權化？ 45
- ◆ 應有部分設定抵押權後共有物分割的效力 48
- ◆ 被選定人應如何為訴之聲明？「擴張上訴聲明」是否為法律上所應准許？ 51
- ◆ 當事人變更與追加 55

◎本別冊收錄文章，請以目錄為準。若封面有誤植之處，敬請見諒。

商事法

◆ 公司之保證行為	61
◆ 股東之一般提案權、特別提案權及臨時動議權	64
◆ 關係企業結構下股東提訴確認他公司股東會決議之不存在	66
◆ 改選全體董事之視為提前解任	69
◆ 少數股東經許可自行召集股東會、董事會之召集	72
◆ 董事會召集程序瑕疵	75
◆ 經理人之認定	77
◆ 公司董事會得行使職權後，臨時管理人之解任	80
◆ 董事會決議不成立所為新股發行之效力	82
◆ 短線交易	85
◆ 票據之利益償還請求權上的消極利益	88
◆ 禁背平行線支票之委任取款背書與付款人審查義務	92
◆ 傷害保險保險事故之定義與舉證責任	96
◆ 員工誠實保險之損失發現期間條款	100
◆ 被保險人與其他加害人之共同侵權行為	103

刑事法

◆ 直接故意、間接故意及有認識過失之區辨	109
◆ 正犯與參與犯的區別標準	112
◆ 共同正犯意思聯絡之認定與加重結果應否負責之判斷標準	115
◆ 共同正犯之脫離與中止	118
◆ 相續共同正犯中之「後加入者」對其加入前已發生之行為應否負責？	121
◆ 連續犯規定刪除後，多次販賣毒品行為應如何評價？	124
◆ 刑法強制猥褻罪與性騷擾防治法之「乘人不及抗拒觸摸罪」之適用區別 ...	127
◆ 猥褻之概念與強制猥褻保護之法益	130
◆ 「與幼童性交罪」和「強制性交罪」的保護法益與適用關係	132

◆ 義憤殺人罪、正當防衛與新法第19條之規範內涵	135
◆ 幫助自殺之幫助方式	138
◆ 業務過失致死罪的「業務」	140
◆ 扶養義務順序與遺棄罪	142
◆ 網路虛擬人格能否脫離所屬之自然人而有其名譽法益，並成為公然侮辱罪之法益客體？	145
◆ 刑法第315條之1與第315條之2規定之「非公開活動」要素之認定與得否以「新聞自由」等理由主張阻卻違法	147
◆ 刑法第315條之1「身體隱私部位」之認定	150
◆ 恐嚇取財罪、強盜罪與擄人勒贖罪之區別標準	152
◆ 準強盜罪之罪質以及與加重強盜罪之關聯	155
◆ 訴訟詐欺之相關疑義與條文適用	157
◆ 釋字第639號—解釋依刑事訴訟法第416條規定提起準抗告後所為之裁定不得再抗告是否違憲？	159
◆ 未為拒絕證言權之告知所得之證言，嗣後由證人轉為被告後，得否作為該被告有罪判決之依據？	162
◆ 傳聞證據之認定	165
◆ 私人為了取證而竊錄他人電話通訊之合法可能性	168
◆ 執行刑之訂定低於應訂執行刑之範圍，是否為法所允許？已執行之部分可否折抵？	171

公 法





工作權與平等權的審查

——釋字第 649 號解釋

案例事實

小林為某理髮店老闆，僱有明眼員工小楊、小鍾二人從事理洗髮工作。為使客人在舒適下接受服務、並展現親切的態度，進行捏肩、敲背等簡易的按摩，然被主管機關查獲而以違反「身心障礙者保護法第37條第1項」規定為由，依同法第65條第1、2項分別裁處小林、小楊、小鍾新臺幣四萬、一萬、兩萬元之罰鍰。三人均不服、提起訴願及行政訴訟均遭敗訴，在窮盡救濟途徑後，即主張系爭規定因牴觸憲法第7條平等權、憲法第15條工作權為違憲而聲請釋憲。大法官後作成釋字第649號解釋，認為系爭規定：「與憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力。」

（改編自：釋字第649號解釋事實）

實務見解

解釋理由書見解

一、第一段論及本案所涉及的憲法相關條文，有第7條平等權，第15條工作權及第23條比例原則；第二、三段及第四、五段則分別論述關於「平等原則」及違反工作權的「比例原則」部分；最末段則為對主管機關為相關行為之宣示，並為違憲定期失效結論。足見其認為系爭規定同時違反「平等原則」及「比例原則」而違憲。

二、關於平等原則部分：

首先大法官針對以視障與否等非人力所得控制之生理狀態為區分標準所造成之影響、視障者不易改變之弱勢地位權衡後，雖理解立法者之訂定系爭規定，但認為手段與目的間須有實質關聯。

而系爭規定「優惠性差別待遇之目的」具有重要的公共利益，合於憲法扶助弱勢之規定（如憲法155後段及增修條文10 VII），但隨著社會發展「在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今

爭點

本案涉及之當事人基本權無疑的有「工作權」及「平等權」，但二者和審查基準的關係又為何？

日，仍未能大幅改善視障者之經社地位。」因此認為「目的與手段間難謂具備實質關聯性」，違反平等原則。

三、關於比例原則部分：

首先大法官延續過去一貫見解，指出針對不同限制職業自由的型態，立法者得基於不同層次的公共利益加以限制，但無論如何均須合於比例原則的檢驗。

而本案中「查系爭規定禁止非視障者從事按摩業，係屬對非視障者選擇職業自由之客觀條件限制」，並有憲法上（155後段及增修條文10Ⅶ）之「特別重要之公共利益」，但「系爭規定對非視障者從事按摩業之禁止，其範圍尚非明確，導致執行標準不一，使得非視障者從事類似相關工作及行業觸法之可能性大增，此有各級行政法院諸多裁判可稽。且按摩業並非僅得由視障者從事，有意從事按摩業者受相當之訓練並經檢定合格應即有就業之資格，將按摩業僅允准視障者從事，使有意投身專業按摩工作之非視障者須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當。」因此認為違反比例原則。

案例解說

一、系爭規範明顯係以「視障」作為區別標準而做出可否從事按摩業的差別待遇，職業自由於此首先係被以違反平等的方式受侵害，因此首要的審查基準應係

「平等原則」。

二、論者認為，所謂對明眼人限制過度以致欠缺實質關聯的論證不夠堅強。其亦認為所有身心障礙中以視障最為不便，大法官理解系爭規定時忽視此角度，而遽以未將其他障礙者納入認有違平等原則，欠缺合理論證。另外，系爭規定的目的應在於保障弱勢視障者的工作，而非在於改善其經社地位；以此認為「目的與手段間難謂具備實質關聯性」，亦有疑問。

三、從另一角度，系爭規定在平等原則的評價上亦可能係「應為差別規定」而「未為差別規定」。

此即應思考：是否法律僅在規範只有視障者方能從事按摩業而其他人均不能從事的情況下，才可合於此一弱勢者的保障及憲法的公益目的；以及同屬身心障礙嚴重卻無法從事按摩業的相關情狀，究屬一種不得已而只好被犧牲的少數例外，抑或該例外係屬嚴重，若不予合理規範即屬缺失而違反平等？

四、「按摩業」概念未明，亦係一種「應為差別待遇而未為」。即系爭規定若能為精確類型化的界定，而明確保障僅視障者可從事「某種按摩業」，非視障者可從事「其他種的按摩業」，或許較為衡平。

五、在本案「比例原則」的檢驗中，大法官似認系爭規定不合於比例原則中的「狹義比例原則」，而未討論到「完全禁止」的手段是否過強、非最小侵害手段。

結果上，亦僅有結論而未為實質論

證。蓋「憲法上保障『弱勢』或『視障者』的重要公共利益」與「未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇」的利益，二者比較上是否真「顯不相當」？

六、除前述「平等原則」及「比例原則」的「審查基準」外，本案實亦可考量以「法實效性」及「法明確性」作為「審查基準」而加以檢驗。如理由書第五段，顯示現今立法對「按摩業」的規範並不明確，也同時導致系爭規定欠缺規範實效性。

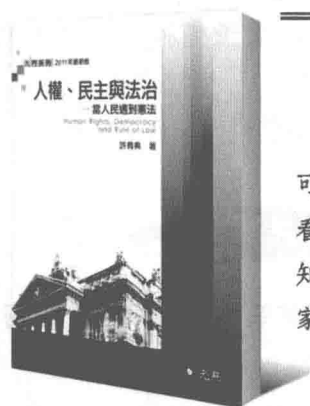
七、此外，另一可思考者，本案是否可為「後果考量」？

延伸閱讀

- 吳信華，大法官案件審理的「審查基準」—以釋字第649號為說明，月旦裁判時報，6期，2010年12月，5-13頁。

人權、民主與法治—當人民遇到憲法 (二版)

◎成功大學法律系教授 許育典 著



這本「當人民遇到憲法」，是專門針對一般民眾，可用於憲法的通識教育而撰寫。這本書期許全民都能看懂，莫立全民憲法教育的基石，養成全民的憲法認知與憲法感情，並對台灣邁向自由民主法治的憲政國家，做出可能的貢獻。

◎延伸推薦

從法治國家到人權保障的希望工程—以人權教育為中心／許育典 著
憲法／許育典 著

定價 420 元

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



大學生所為非屬退學或類此處分之救濟

——釋字第 684 號解釋

案例事實

〔案例一〕

甲為A大學B研究所碩一學生，97學年度上學期，跨院加選C學院EMBA學程所開設的「公司治理與企業發展」科目，惟A校認為甲非C學院EMBA學生，否准其加選。甲於是循校內申訴、訴願不受理及行政訴訟，皆被以不合法為由駁回確定。

〔案例二〕

乙亦為A大學B研究所碩四學生，93年3月16日向學生事務處課外活動指導組申請在該校公告欄及海報版張貼「挺O海報」，惟時值公職人員競選期間，學校以違背國家法令為由否准所請。乙迭經校內申訴、訴願不受理及行政訴訟以不合法為由駁回確定。

〔案例三〕

丙為F私立技術學院進修部觀光餐旅學群觀光事業科二年級學生，因91年度下學期期末必修科目考試日期，與92年觀光日語導遊筆試日期衝突，向授課教師申請提前考試獲准，然該必修科目嗣經授課教

師評定成績不及格，致無法於92年畢業。丙乃主張成績評分不公影響畢業，經校內申訴、行政訴訟以不合法為由駁回確定。

（改編自：釋字第684號解釋事實摘要）

爭點

一、大學所為非屬退學或類此的處分，至何程度的權利侵害得提起行政爭訟？法院的介入程度如何？

二、從釋字第684號的解釋爭點與要旨來看，被賦予權利救濟請求權的對象是「大學生」，相較之下，「中小學生」是否仍在特別權力關係的桎梏？

實務見解

釋字第 684 號解釋理由書

大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第16條有權利即有救

濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，釋字第382號應予變更。

協同意見書

一、爭點一

(一)許宗力大法官

無論涉及何基本權利，只要學校措施對學生的影響不是微不足道，以致於就行政處分的制度功能而言，並無視其為行政處分之價值，均承認其行政處分之適格性，而一概允許提起行政爭訟。

至於法院介入的程度，基於大學自治，法院在具體爭訟事件中，必須審酌大學自治的事項範圍與專業判斷，給予大學適度之尊重，相應調整司法審查的密度。

(二)蔡清遊大法官

其認為，本號並無如釋字第382號設下對人民憲法上受教育之權利「有重大影響」要件，故今後大學學生憲法上基本權利遭受學校公權力措施之侵害，不論侵害之大小，以及該項侵害對學生有無重大影響，只要符合訴願法及行政訴訟法規定，均得提起行政爭訟。

(三)黃茂榮大法官

針對〔案例一〕，其認為；依目前學制，跨學院選課並不屬於學生本其學籍所享有之固有受教育的權利，選課之目標學院本來就有接受與否的自治權，惟該自治權之行使仍不得違反平等原則。

針對法院介入程度，應改寫為：「受理行政爭訟之司法機關，於審理大學生提

起行政爭訟事件時，仍應本於維護大學自治原則，尊重大學之專業判斷（釋462參照），審查大學對於其學生所為行政處分或其他本於公權力之措施有無濫用大學自治原則的情事。」以彰顯在國家權利區分的憲政體制下，大學對於其學生所為之行政處分或其他公權力措施是否符合大學自治原則，仍應受司法審查。

(四)陳新民大法官

本號打破釋字第382號之窠臼，但既未明確肯認立法者應具體訂定「可提起救濟」權利之範圍，又未提供行政法院具體審查學校處分合法性的依據，徒使日後各級行政法院產生無數訟案、法官判決無從依據，造成國家司法資源的浪費。

(五)蘇永欽大法官

大學自治使各種公權力介入校園都必須有所節制，包含程序要件及實體決定。諸如選課、成績評定或大學對學生使用公物的管理，或屬大學自治的核心事項，或者只是單純的行政或私法上的措施，除非另有特殊的因素，很難想像法官有何介入的空間。法院不必也無法承擔這樣的功能，應該是舉世皆然。

二、爭點二

(一)蔡清遊大法官

明確認為本號解釋範圍不及於高中及國民中小學部分，其仍應適用釋字第382號意旨。

(二)蘇永欽大法官

基於司法權自我節制的考量，釋字第684號並未同時處理中小學的問題，但並不

表示中小學生的基本權保護無關宏旨。

(三)李震山大法官

其指出，本件解釋使正接受所謂全人教育的中小學生，缺乏權利受侵害的公平有效救濟管道。不論從人民訴願權與訴訟權保障之主體、行政爭訟權之限制、相關立法之現況，以及應對兒童特別保障的法理，降低保障中小學生行政爭訟權，皆難有正當性。

(四)許宗力大法官

對於中小學生的救濟問題，為單純化議題乃存而不論，為多數意見美中不足之處。有權利即有救濟不能僅因人民身分而有所折扣，此一基本原則既然已經確立，中小學生也沒有理由例外。

案例解說

一、爭點一

(一)本號解釋公布之後，學校與學生間的關係將漸趨平等，此時大學自治僅是法院衡量的因素之一。但如何在有歧異時，於訴訟前先進行溝通，毋寧才是重點。因此，學生程序權的保障，相當重要。

(二)在給付之訴，學說認為當學生基於基本權欲對學校請求給付時，必須限於「共享權」的情況。即唯有學校已經提供給付，學生才能在相同條件下請求共享。

因此，原則上學生並無基於基本權請求學校為特定給付的權利。例如，學校停車位不夠等，學生並無法基於基本權受侵

害為由依行政訴訟法第8條第1項向學校請求興建停車場。

(三)學習自由係指大學生得依其興趣、志向，享有選課、選系、上課、討論、使用學校設施及參與學習活動等自由。〔案例一〕拒絕跨院選課當然侵害到學生的學習自由，至於是否為保障大學自治所必要而合憲，則屬另一項問題。

至於大學對於修習課程之資格所為之限制（擋修），並未直接影響學習自由，大學生於滿足此項資格後即可實現其學習自由。

(四)於〔案例二〕必修科目成績不及格致無法於特定年度畢業，消極的「不學習自由」受到侵害，學生自可提起行政爭訟；但若僅是單一選修課程經授課教師評定成績不及格，是否侵害學生的學習自由，似乎仍有討論的空間。

此外，圖書館的開閉館時間當然影響大學生學習的時間，但是否侵害到學習自由；加退選期間之限制，當然會使學生選課的時間受到限制，但此類規定真的具有侵害選課自由之效力嗎？凡此種種似乎無法獲致一致性的答案。

(五)至於行政法院介入空間，大法官多號解釋均表示在專業判斷範圍內，法院應予尊重。其在文字中雖未專指受教育權及學習自由之情形，惟針對學生其他基本權利之侵害，應與其他人民基本權利受侵害時作相同處理，並無差別待遇之理由，就此而言並無尊重專業判斷之問題。

依釋字第382號，僅在教師及學校之判

斷裁量違法或顯然不當時，始得予撤銷或變更。舉重以明輕，無論是跨院選修之拒絕、成績不及格或其他對於學習自由之侵害，行政法之介入空間並不大。

(六)實則，此類工作主要應由「立法者」爲之，以法律來釐清學生與大學間之關係，並提供明確之標準供行政法院作爲判決依據。目前行政法院並無足夠充分的法律標準來解決此項問題，希望透過個案判決的方式，逐步建立類型判決模式，此是否能全面考量衡平不同的憲法權利，恐令人難以期待。

二、爭點二

(一)國家與人民之間所存在法律所規範的權利義務關係，緊密程度或有不同，但不應存在法律之外的「權力關係」。法治國家不應區分「特別」與「一般」，人皆爲基本權的主體。以此角度來看，則中小學生「理所當然」也得以作爲權利救濟請求權的主體。

(二)其次，是否「適合」賦予中小學生權利救濟請求權？其是否「有能力」主張？

學校教育是在教導學生解決問題的方式，爭訟本是方式之一，每種方式必有其優缺點，更可藉此讓學生學會分析利弊得失、利益衡量，因而以中小學生人格尚在發展，即否定其權利救濟請求權，難有正當性。

另外，中小學生沒有「能力」主張權利救濟須以法定代理制度，和其爲權利主體而有「權利能力」，乃不同層面問題。

延伸閱讀

- 蕭文生，送給大學生的禮物VS.大學的震撼彈，月旦裁判時報，8期，2011年4月，76-85頁。
- 許育典，打開大學生救濟之門，月旦裁判時報，8期，2011年4月，86-90頁。
- 許育典，消逝的大學生權利救濟請求權——評最高行政法院九十八年度裁字第二二五八號裁定，月旦裁判時報，1期，2010年2月，5-10頁。



教師升等評審

——外審意見之拘束力與校教評會之定位

案例事實

X係Y（國立）大學文學院外文系副教授，於2002年底以其著作申請升等為教授，經Y校文學院外文系於2003年1月15日之教師評審委員會（下稱「系教評會」）初審通過。Y乃送請校外四位專家評審，得到三位推薦、一位不推薦。惟於2003年4月29日，經Y校文學院教師評審委員會（下稱「院教評會」）復審，否准原告升等之申請。

X不服、提起申覆，經Y於2003年11月28日召開之教師評審委員會（下稱「校教評會」）審議，申覆不成立。X不服、提起訴願，教育部於2004年6月3日撤銷原處分，由Y另為適法處分。

後經Y校文學院於2004年9月至11月共召開五次院教評會決議，以：「壹、X之代表作二篇並無關聯性，不符合教育部頒訂之『專科以上學校教師資格審定辦法』之規定。貳、X之代表作尚未出版，該作品不應列入送審著作。參、X之參考著作全為中文寫作，依上述教育部頒訂之資格審定辦法第四條第二款之規定，不應列入送審著作。肆、扣除上列送審作品，

X送審著作僅剩一件，學術成績不足」等，仍否准其升等之申請。

X復提出申覆，經Y於2005年5月16日之校教評會審議，決議申覆不成立。X不服，向教育部提起訴願遭駁回，乃提起行政訴訟。

（改編自：高雄高等行政法院95年度訴字第126號判決、最高行政法院98年度判字第65號判決）

爭點

一、外審委員之審查意見和大學之教評會意見不一致，而發生紛爭時，外審意見對教評會之升等評審具有何種程度之拘束力？

二、我國大學以及獨立學院教師之聘任升等須經系（所）、院以及校之教評會三級三審通過後，報請校長聘任。此種三級教評會之組織，校教評會通常是由大學校內不同系所之資深教師組成，校教評會在大學自治組織中，應如何定位，以符合憲法保障學術自由、大學自治之理念？