

# 法律扶助與社會

第七期 September 2021

Legal Aid and Society Review

## 研究論文

論受讓人因指示交付而善意取得動產所有權 顏佑紘

企業併購法第27條第14、15項規定之適用爭議  
——兼論違反其規定時之股份表決權行使的認定問題 黃銘傑

接近正義或濫訴防止？  
——民事事件律師酬金負擔制度的發展與檢討 邵慶平

外籍配偶家庭團聚權爭議分析  
——臺美司法案例為比較 陳雅齡

# 法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW

第七期 | 2021 年 9 月

財團法人法律扶助基金會

LEGAL AID FOUNDATION



主 編／李茂生（臺灣大學法律學院教授）

編 輯 委 員／（依姓氏筆劃排序）

李茂生（臺灣大學法律學院教授）

吳宗昇（輔仁大學社會學系副教授）

官曉薇（臺北大學法律學系副教授）

周憐嫻（臺北大學犯罪學研究所教授）

周漢威（財團法人法律扶助基金會執行長）

高烱輝（民揚法律事務所律師）

許恒達（臺灣大學法律學院教授）

---

出 版 者／財團法人法律扶助基金會

地址：臺北市10644大安區金山南路二段189號5樓

網址：<http://www.laf.org.tw>

E-mail：[journal@laf.org.tw](mailto:journal@laf.org.tw)

電話：02-2322-5255

傳真：02-2322-4088

編 印 單 位／元照出版有限公司

網址：[www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)

電話：02-2375-6688

傳真：02-2331-8496

---

定 價／每冊新臺幣280元

捐款贈書專案／凡於法律扶助基金會官網捐款，單筆捐款達新台幣500元以上即贈送紙本期刊1冊。

線上捐款



期刊電子書





# 主編的話

法律扶助與社會這本由法律扶助基金會所創立的學術期刊，發刊至今已經四年了，半年一期，加上創刊號，共出版了八期。於第六期改良版面、新增網路投稿與審查系統，使本刊與其他學術性雜誌同步，再加上疫情關係，大家在家趕稿，一時間竟然發生稿擠現象，而且投稿過來的文章，幾乎篇篇都是佳作，令編輯委員會振奮。

本期刊登的四篇文章中有三篇是臺大法律學院教授所著論文。第一篇是新銳民法學者顏佑紘教授所著「論受讓人因指示交付而善意取得動產所有權」。本篇所論議題雖然在學界並不陌生，但實務上卻沒多少判決，而且甚至有結論相異的現象。顏教授針對此議題提出了尖銳且明確的回應。

第二篇則是黃銘傑教授所著「企業併購法第27條第14、15項規定之適用爭議——兼論違反其規定時之股份表決權行使的認定問題」。本文探討最近火紅的公司經營權爭奪戰中的議題，將問題一一釐清，並提出作者本身的見解。

第三篇也是臺大教授的論文，為邵慶平教授所著「接近正義或濫訴防止？——民事事件律師酬金負擔制度的發展與檢討」。邵教授為著名商事法學者，但本篇所討論的卻是律師酬金負擔得否轉移的問題，牽扯到法律扶助基金會的將來發展，所以特別商請民事訴訟法的教授審稿，以期完善。文中所討論的敗訴者負擔制度與律師強制代理制度間不當的連結，值得立法者深思。

第四篇是真理大學陳雅齡教授所著「外籍配偶家庭團聚權爭議分析——臺美司法案例為比較」。本文探討臺美有關外籍配偶家庭團聚權的保障議題，為我國目前所面臨的重大議題之一，文中頗多發人深省的議論。

本來還預計追加刊登兩篇已經審稿通過的論文，但因為牽涉到變更預算等問題，恐會導致本期延後出刊，所以只好割愛，將這兩篇移至下一期刊登。於此向這兩位作者致歉。

以上為本期所收錄的四篇學術論文，期待下一期也有同樣程度的表現。

主 編

李茂生

# 法律扶助與社會

LEGAL AID AND SOCIETY REVIEW 第七期 | September 2021

## 目 錄

主編的話	李茂生
研究論文	
論受讓人因指示交付而善意取得動產所有權..... 顏佑紘	1
The Transferee in Good Faith Acquire a Personal Property via Assignment of Claim for Possession..... <i>Yu-Hung Yen</i>	
企業併購法第27條第14、15項規定之適用爭議 ——兼論違反其規定時之股份表決權行使的認定問題 ... 黃銘傑	47
The Disputes Arising from the Application of Paragraphs 14 and 15 of Article 27 of Corporate Mergers and Acquisitions Act ..... <i>Ming-Jye Huang</i>	
接近正義或濫訴防止？ ——民事事件律師酬金負擔制度的發展與檢討 .....	邵慶平 79
On the Attorney Fee Shifting Rule in Taiwan ..... <i>Ching-Ping Shao</i>	
外籍配偶家庭團聚權爭議分析 ——臺美司法案例為比較 .....	陳雅齡 113
Analysis of Disputes over Rights to Family Reunion for Foreign Spouses: Judicial Cases in Taiwan and the United States for Comparison ..... <i>Ya-Ling Chen</i>	





【研究論文】

# 論受讓人因指示交付而 善意取得動產所有權

顏佑紘\*

## 要 目

- |                         |                       |
|-------------------------|-----------------------|
| 壹、前 言                   | 一、德國法                 |
| 一、手錶詐欺案                 | 二、我國法                 |
| 二、讓與事實上不存在之返還<br>請求權案   | 肆、案例解析（代結論）           |
| 貳、讓與返還請求權以代交付<br>（指示交付） | 一、手錶詐欺案               |
| 參、指示交付與善意取得             | 二、讓與事實上不存在之返還請<br>求權案 |

---

\* DOI: 10.7003/LASR.202109\_(7).0001  
國立臺灣大學法律學院助理教授。E-mail: yhyen@ntu.edu.tw。

## 摘 要

無權處分人以指示交付之方式踐行交付之要件時，是否能生善意取得之效力，我國法雖有「讓與返還請求權即能善意取得說」、「修正之讓與返還請求權即能善意取得說」與「受現實交付始能善意取得說」，但本文認為宜採「區分說」，亦即應區分無處分權之讓與人是否係動產之間接占有人，而分別定受讓人善意取得動產所有權之要件。詳言之，倘讓與人為動產之間接占有人，僅需其讓與返還請求權與善意之受讓人，受讓人即能善意取得動產所有權，但若讓與人並非動產之間接占有人，則以受讓人已自第三人取得動產之占有，且於取得占有之時仍屬善意者為限，始能善意取得動產所有權。

**關鍵詞：** 指示交付、返還請求權之讓與、善意取得、縮短給付

## 壹、前言

查學者曾蒐羅民國（下同）95年至101年各級法院民事判決，並於分析系爭判決後得出如下結論：「學界關於指示交付之討論雖然不少，但在實務之運用——至少在善意取得之問題——則甚為罕見」，蓋其檢視所蒐羅之判決後發現，並未有任何一則案例涉及受讓人因指示交付而善意取得動產所有權<sup>1</sup>。按關於受讓人因指示交付而善意取得動產所有權之研究，雖廣泛地存在於學術討論的天地之中，但實務上若確實未曾發生過受讓人因指示交付而善意取得動產所有權之案例，則就此項議題之研究，即容易受到不具實質意義之批評。惟依本文檢索結果，實務不僅存在兩則受讓人因指示交付而善意取得動產所有權之案例，且系爭判決之結論尚完全相反，故本文因此認為，此項議題確有加以研究之必要，核先敘明之。以下本文謹先簡介系爭兩則判決之事實概要與法院見解。

### 一、手錶詐欺案

#### (一)事實概要

法院於【手錶詐欺案】所認定之事實得概要如下：訴外人丙有意低價轉售手錶，遂透過其朋友輾轉覓得願購錶之原告甲，被告乙則係經營鐘錶買賣業之公司。查甲丙兩人於106年8月11日前往乙之店內，並向乙之受僱人丁表示願購買系爭手錶後，丙即與乙就系爭手錶以767,000元之價格成立買賣契約，並由丙持國外銀行發行之信用卡支付款項。未料於丁持系爭信用卡過卡失敗後，丙即佯稱此為新加坡現金卡，必須自行操作密碼云云，使丁陷於錯誤而將店內刷卡機交與丙操作，丙遂趁機將刷卡機設定成「補登交易」模式並予過卡，丁因未察覺上情，故於刷卡機上輸入交易金額後，即將刷卡機再交付與丙，由丙於刷卡機上輸入非發卡銀行提供之授權碼，並

<sup>1</sup> 張永健，動產所有權善意取得，收錄於：社科民法釋義學，2020年，頁251。

列印出簽帳單2張，因丙旋即於簽帳單上署名，丁因而誤信此交易已為發卡銀行所接受，遂將系爭手錶交付與甲。待甲丙兩人走出乙店鋪外後，甲即支付現金623,000元與丙，並攜帶系爭手錶離開。嗣後乙經銀行通知並無此筆交易記錄且不會撥款，乙始知受騙，因而向警方報案，並於受詐欺後1年內即107年7月10日向丙表示撤銷意思表示。按甲主張其就丙詐欺乙一事完全不知情，故其得依民法第801條與第948條善意取得該錶所有權，但因系爭手錶已因故為乙所取回，甲遂依民法第767條第1項前段對乙起訴請求返還系爭手錶。

## (二)法院見解

臺灣臺北地方法院107年度訴字第2042號民事判決於【手錶詐欺案】表示：

經查，乙既於受丙詐欺後1年內，即寄送存證信函與丙，撤銷系爭債權及物權行為，並經丙收受，有該存證信函可佐，是乙與丙間物權行為視為自始無效；丙因而無權處分系爭手錶，然丙指示乙之店員丁交付系爭手錶與甲後，甲因善意占有系爭手錶，其已得依民法第801條與第948條善意取得系爭手錶所有權。另乙雖抗辯系爭手錶係直接交付與甲，並未經過丙之手，與民法第801條與第948條善意取得之要件不符云云；惟我國司法實務及學說均認善意受讓並未排除指示交付之適用，非如被告所稱僅有現實交付時方能主張善意受讓，是乙與丙完成交易後，系爭手錶所有權已歸屬於丙，丙復指示乙之店員丁交付系爭手錶與甲，已合乎善意取得之規定，故乙之所辯並無足為採。按既然甲於本件得依民法第801條與第948條善意取得系爭手錶所有權，其依民法第767條第1項前段提起本訴，請求乙返還系爭手錶，自應予准許<sup>2</sup>。

---

<sup>2</sup> 應予說明者係，本案雖經上訴，但因當事人於第二審成立調解，故無後續法院見解可茲參考。

## 二、讓與事實上不存在之返還請求權案

### (一)事實概要

法院於【讓與事實上不存在之返還請求權案】所認定之事實得概要如下：訴外人丙公司有冷藏櫃、貨架、公文櫃與辦公桌等生財器具一批，丁則為丙之代表，88年2月1日，丁代理丙將系爭器具出賣與丁之妹戊，且約定戊同意丙可無償使用系爭器具2年，但因法院認定丙戊間並未符合民法第761條第2項占有改定所定之要件，故戊尚未能取得系爭器具之所有權<sup>3</sup>，惟就丙戊間未能有效成立占有改定一事，係為丙戊二人所不知。經查，丙將系爭器具出賣與戊後，於88年6月1日復將系爭器具出租並交付與被告乙，約定租期2年，戊則係於同年11月4日將系爭器具出賣與原告甲，並欲以讓與返還請求權，亦即指示交付之方式，將系爭器具所有權移轉與甲。89年5月10日，乙主張系爭器具所有權仍屬丙所有，並以丙對其積欠債務為由，查封系爭器具，甲則主張其始為系爭器具之所有人，故依強制執行法第15條提起第三人異議之訴，訴請法院撤銷就系爭器具所為查封之強制執程序。

### (二)法院見解

臺灣高等法院高雄分院90年度上字第242號民事判決於【讓與事實上不存在之返還請求權案】表示：

因戊並未取得系爭器具所有權，故甲主張戊係有權處分，其得

<sup>3</sup> 按戊究竟為何未能取得系爭器具之所有權，原審即臺灣澎湖地方法院89年度訴字第39號民事判決係認定，因丙戊就系爭器具之買賣契約與物權行為乃通謀虛偽行為，故該物權行為既然依民法第87條第1項本文為無效，戊自未能取得系爭器具所有權。惟案經上訴後，臺灣高等法院高雄分院90年度上字第242號民事判決並未認定系爭交易行為係通謀虛偽行為，而是認為：「丙之法定代理人丁僅係口頭表示系爭器具以後歸戊使用，既未將所有生財器具列明清單，逐一點交，亦未以訂立契約之方式使戊取得系爭器具之間接占有，以交付，況丙於訂立此項買賣契約後，竟仍可於88年6月1日將系爭器具出租並交付與乙經營超市，可見其仍對系爭器具有處分之權限，則證人所謂口頭交付之表示，即與民法第761條第2項所定占有改定之要件不符，因此戊並未能取得系爭器具所有權。」

自戊受讓系爭器具所有權，即難採信。

再者，善意受讓之制度，在於調和所有權之保護及交易安全之維護，亦即動產之受讓人占有動產，而受關於占有之保護者，縱讓與人無移轉所有權之權利，受讓人仍可取得其所有權，此從民法第801條與第948條規定觀之甚明。然善意受讓之制度下，允許受讓人因而取得所有權，係以其善意及有占有之狀態為前提，換言之，為使交易安全之維護受到尊重及保障，在利益衡量及價值判斷取捨下，使真正所有權人之權益被排除，而此項排除真正所有權人權益之原因，係因動產所有權之歸屬，以占有狀態為其表彰之結果，一般而言，占有該動產者，即受推定其為該動產之所有權人（民法第943條參照），受讓人既善意信賴該占有之外觀，自應保障此項信賴所表彰之權利歸屬，而在該讓與人無移轉所有權之權利（或非真正所有權人）時，基於其具有占有之外觀，推定其有所有權而得為該項權利之讓與，並使受讓人因而取得此項受移轉之權利，故如讓與人並無占有移轉標的物之外觀，受讓人既無法從此占有之外觀，以輕易、直接之觀察方式認定讓與人即為所有權人，自難認其仍有受善意受讓制度之保護，而取得所有權，從而，除讓與人具有直接占該動產，或曾提示足以表彰其對標的物之現占有人有返還請求權之文書資料，足以使受讓人產生信賴基礎之情形外，依民法第761條第3項指示交付所為之移轉交付方式，因讓與人並不具有占有動產之外觀，受讓人亦無從因信賴此占有而認定讓與人享有所有權，即不應受善意受讓制度之保護，否則，若任何人均得任意向受讓人聲稱對第三人占有中之動產享有權利，再藉指示交付方式為讓與，而使受讓人取得所有權，則不僅與善意受讓制度所欲保護之交易安全本旨有所違背，亦使真正權利處於不安之狀態，受有隨時被侵害之可能，自非善意受讓制度所規範之目的。

因此，本件甲雖然主張縱使戊就系爭器具並無所有權，其亦得基於與戊間有效之買賣契約，依指示交付之方式，善意受讓取得標的物所有權，然因戊並未直接占有系爭器具，業如前述，且甲向戊

買受系爭器具時，系爭器具係由丙出租與乙占有使用中，為甲所不爭執，則甲與戊為買賣時，戊並無占有系爭器具而足使甲信賴戊即為所有權人之外觀存在，則依前開說明，甲自無從依指示交付之方式，以善意取得系爭器具之所有權<sup>4</sup>。

## 貳、讓與返還請求權以代交付（指示交付）

按依民法第761條規定，動產物權之讓與應踐行交付，且交付包括現實交付與觀念交付兩種，前者係指動產物權之讓與人，將其動產之直接管領力現實地移轉與受讓人，使受讓人取得直接占有；後者則指動產占有在觀念上之移轉，此係為使當事人能夠便利地進行交易，因而規定之變通方法<sup>5</sup>。再者，觀念交付包括簡易交付（民 § 761 I 但書）、占有改定（民 § 761 II）與指示交付（民 § 761 III）三種類型，其中民法第761條第3項所定之指示交付，即係本文主要之研究對象。

查指示交付係指讓與人對於現由第三人占有中之動產，基於法律上（例如：租期尚未屆滿）或事實上之原因（例如：第三人不知所蹤），而可能無法取得其直接占有，並因此致讓與人無法立即將該動產現實交付與受讓人，為避免其因而無法讓與該動產所有權，民法第761條第3項遂規定，讓與人得以對於該第三人之返還請求權，讓與受讓人，以代交付，亦即讓與人係以使受讓人取得對該動產之返還請求權之方式，代替該動產直接管領力之現實移轉<sup>6</sup>，學說上於是將此種交付稱為「返還請求權之讓與」，惟亦有將之稱為「指示交付」、「指示讓與」、「指示占有」、「求還代位」或「返還請求權代位」者<sup>7</sup>。

<sup>4</sup> 應予說明者係，無論於司法院之法學資料檢索系統或法源法律網，均未能尋得上級法院之裁判，故無後續法院見解可茲參考。

<sup>5</sup> 謝在全，民法物權論（上），2020年7版，頁101；顏佑紘，動產物權變動，裁判時報，94期，2020年4月，頁56-57。

<sup>6</sup> 顏佑紘，同前註，頁58。

<sup>7</sup> 王澤鑑，民法物權，2011年2版，頁123；姚瑞光，民法物權論，2011年，頁33；倪江表，民法物權論，1954年，頁42；謝在全，同註5，頁103；蔡明



按依指示交付讓與動產物權者，例1：甲於109年1月1日將其A車出租並交付與丙，租期1年。設甲於同年7月1日將該A車出賣與乙，則甲欲將其A車所有權移轉與乙時，依民法第761條第3項規定，甲得將其對該A車之租賃物返還請求權讓與乙，以替代A車之現實交付，使乙因而取得A車所有權。查本案因甲讓與A車所有權與乙前，其與丙就該A車已成立租賃契約，並將系爭A車交付與丙，故甲依民法第941條為間接占有人，因此乙於受讓甲之租賃物返還請求權後，即取得間接占有<sup>8</sup>，得以之替代現實交付。

然若甲雖對丙有返還請求權，但甲卻並非間接占有人時，是否仍得以讓與返還請求權與乙之方式，以替代動產之現實交付，則有疑義。例如學者即有謂：「如出賣人自始至終均不曾成為動產之間接占有人，即無適用民法第761條第3項之餘地」<sup>9</sup>。惟我國與德國通說均認為，縱讓與人非間接占有人，僅須其對第三人有返還請求權，即得以讓與該返還請求權之方式移轉動產所有權<sup>10</sup>。例2：甲於109年6月1日將其A車出賣並移轉與丙，惟嗣後發現該買賣契約與物權行為自始均屬無效，故甲得對丙依民法第179條請求返還A車之占

---

誠，現實交付與返還請求權之讓與，台灣本土法學雜誌，18期，2001年1月，頁166。

<sup>8</sup> 按德國民法第870條明定：「間接占有得因將物之返還請求權讓與他人而移轉與該他人。」故甲讓與租賃物返還請求權與乙後，即已將其間接占有移轉與乙。查我國民法雖無與德國民法第870條相同之規定，但因民法第946條第1項規定，占有之移轉，因占有物之交付而生效力，且同條第2項尚規定，前項移轉，得準用民法第761條之規定，因此依民法第946條第2項準用同法第761條第3項，甲讓與租賃物返還請求權與乙後，間接占有之移轉即因指示交付而生效力，換言之，乙已取得對該A車之間接占有。

<sup>9</sup> 邱玫惠，民法物權逐條釋義，2020年6版，頁55註1。與此相類者，亦有學者表示：「無論以占有改定或讓與返還請求權之方式代替交付，該占有移轉之發生，應以讓與人係占有人為前提。」似亦認為如讓與人並非直接或間接占有人，即無法以指示交付之方式讓與動產所有權，請參閱鄭冠宇，民法物權，2020年10版，頁99。

<sup>10</sup> 王澤鑑，同註7，頁123；謝在全，同註5，頁104。Bamberger/Roth-Kindl, 3. Aufl., 2012, § 931 Rn. 5; Staudinger-Wiegand, 2017, § 931 Rn. 12.

有<sup>11</sup>。若甲於同年7月1日將該A車出賣與乙，依我國與德國通說見解，甲得將其對該A車之不當得利返還請求權讓與乙，以替代A車之現實交付，使乙因而取得A車所有權。蓋於指示交付，其所謂之返還請求權，係指在讓與返還請求權前之讓與人以及讓與返還請求權後之受讓人，得對第三人請求移轉占有之任何法律基礎（*jede Rechtsgrundlage*），故指示交付所稱之返還請求權，並不以因法律行為所生者為限，縱係法定請求權，例如因不當得利、侵權行為或占有受侵奪等所生之返還請求權，亦屬之<sup>12</sup>。

簡言之，通說認為，因法文僅要求讓與對第三人之「返還請求權」，故該返還請求權不以源自占有媒介關係（*Besitzmittlungsverhältnis*）者為限<sup>13</sup>，從而非間接占有有人之讓與人，讓與其返還請求權與受讓人時，雖與占有之移轉無關，但仍得移轉所有權<sup>14</sup>。學者因而表示，結論上現今應將「讓與返還請求權」此項構成要件解釋為，讓與人應放棄一切返還物之占有的請求權，亦即其應喪失占有（*Besitzlosigkeit*），且該請求權應為受讓人所取得。學說甚至認為，於依指示交付而讓與動產所有權時，只要讓與人已無任何得請求返還物之占有的請求權，即不必再要求應有「返還請求權之讓與」<sup>15</sup>，故於指示交付，間接占有之獨立移轉既非必須且亦非即為已

<sup>11</sup> 蓋學說承認占有亦得成為不當得利之客體，請參閱王澤鑑，不當得利，2019年，頁58。

<sup>12</sup> *PWW-Prütting*, 7. Aufl., 2012, § 931 Rn. 4. 至於得否以讓與所有物返還請求權之方式以代交付，不僅涉及讓與人非為間接占有有人時，得否依指示交付而移轉所有權之爭議，更與此時所有權之移轉，是否應以讓與所有物返還請求權為必要有關，故問題將因而更為複雜，詳請參閱顏佑紘，同註5，頁59-60。

<sup>13</sup> 邱玟惠，同註9，頁55註2。

<sup>14</sup> 王澤鑑，同註7，頁123。

<sup>15</sup> 相對於此，我國實務見解則認為倘讓與人對第三人並無返還請求權，即無成立指示交付之餘地，蓋臺灣高等法院臺中分院103年度上字第255號民事判決表示：「惟查指示交付之讓與者無論是讓與何種請求權，讓與者必須有返還請求權，否則雖為指示交付，仍須係現實交付方生移轉占有之效力。故本件如欲行指示交付，須以讓與人即受刑人賴○桔對第三人即占有該扣案現金之國家機關有返還請求權為前提，因國家機關僅有在確定該扣案之現金非供犯罪所用的情況下，始可能發還受刑人賴○桔。該違反毒品危害防制條例刑事案

足，蓋所謂「讓與返還請求權」實僅具有讓與人應喪失對於系爭標之物之占有關係（*Besitzbeziehung*）的消極意涵，其自身並不具有任何本質上的意義<sup>16</sup>。質言之，所謂讓與返還請求權，應係指讓與人已喪失對於系爭動產之一切占有關係，且其使受讓人對於動產之直接占有人取得能請求移轉該動產之直接占有的請求權。

惟應予辨別者係，在縮短給付之案例，則與指示交付無關，蓋於縮短給付之案例，例3：甲將其A車出賣與乙，於甲尚未移轉A車所有權前，乙已將該A車轉賣與丙，乙遂指示甲將該A車直接交付與丙。此時應認為於縮短給付之案例，甲之A車所有權係於法律上之瞬間先移轉與乙，並因乙指示甲對丙為交付，而使A車所有權由乙再移轉與丙<sup>17</sup>。查縮短給付之目的，通常係因乙為節省運費或稅金等費用，或為節省時間並避免風險，故指示甲將A車直接交付與丙，此時甲因乙之指示而對丙為交付一事，學說將之稱為「指令交付」或「命令交付」<sup>18</sup>。查於此情形，乙自始至終均未取得對該A車之占有（包括直接占有與間接占有），故甲將A車交付與丙後，乙對該A車自然並未存在任何占有關係，但丙係因乙之指示及甲之交付而取得對該A車之直接占有，而非因乙之指示而對甲取得能請求移轉該動產之直接占有的請求權，因此雖然本案乙對甲有所「指示」，並且因而使甲對丙為「交付」，但卻與民法第761條第3項所稱之「指示交

---

件，經本院認定結果，該扣案之現金既為受刑人賴○桔供犯罪所用，經本院以98年度上訴字第684號判決依刑法第38條第1項第2款之規定宣告沒收，則賴○桔對國家機關即無返還請求權，亦無從讓與實際上不存在的請求權與上訴人，而使上訴人取得該扣案現金之所有權。上訴人主張其於98年7月8日係以指示交付之方式取得該扣案現金390萬元之所有權一節，於法顯有未合。」且本案經上訴後，最高法院104年度台上字第532號民事判決認為，原審駁回當事人之上訴，經核於法並無違誤。

<sup>16</sup> *MüKoBGB-Quack*, 4. Aufl., 2004, § 931 Rn. 6. 相同見解請參閱*PWW-Prütting*，同註12，§ 931 Rn. 6.

<sup>17</sup> 王澤鑑，同註11，頁236-237。

<sup>18</sup> 王澤鑑，同註7，頁608-609；劉昭辰，不當得利：第三講——三人給付關係之不當得利，*月旦法學教室*，22期，2004年8月，頁55。

付」無涉<sup>19</sup>。正因如此，無怪乎有學者表示，其先前將乙指示甲將該A車交付與丙一事，稱之為「指示交付」<sup>20</sup>，恐與民法第761條第3項之交付概念相混淆，故認為宜將之改稱為「命令交付」，較為妥適<sup>21</sup>。

## 參、指示交付與善意取得

因善意取得制度係為保護交易安全而設，故善意取得之適用，以無權處分人與善意取得人已經為交易，亦即係以已經成立物權行為為要件，而動產物權行為依民法第761條規定，又以交付動產為必要，因此動產物權善意取得之適用，除處分人應欠缺處分權外，尚以動產已經交付為要件，自屬當然<sup>22</sup>，惟若無權處分人係以指示交付之方式踐行交付之要件時，能否即生善意取得之效力，則有爭議，以下說明之：

### 一、德國法

按德國民法第934條規定：「依第931條而讓與之動產，不屬於讓與人所有者，如該讓與人為動產之間接占有人，則受讓人因請求權之讓與，即成為所有人，於其他情形，受讓人因自第三人取得動產之占有，即成為所有人。但受讓人於讓與請求權或取得占有時，

<sup>19</sup> 不同意見，請參閱邱玟惠，同註9，頁55註1。氏認為在縮短給付之案例，係乙先與甲以成立委任契約之方式而由乙取得對該A車之間接占有，此時甲係依民法第761條第2項占有改定之方式踐行交付而使乙取得A車所有權，且因乙復將其對甲之返還請求權讓與丙，故此時乙仍係屬於依民法第761條第3項指示交付之方式踐行交付而使丙取得A車所有權。惟此項見解，直接認定於縮短給付之案例，甲與乙有成立委任契約之意思，並因此使乙對甲就該A車有返還請求權，且認定於乙指示甲交付A車與丙時，意謂乙與丙就該因委任契約所生之返還請求權已有讓與及受讓返還請求權之意思，此兩項認定似均太過於擬制當事人之意思。

<sup>20</sup> 劉昭辰，不當得利：第一講——給付之概念，月旦法學教室，18期，2004年4月，頁80。

<sup>21</sup> 劉昭辰，同註18，頁55註6。

<sup>22</sup> 顏佑紘，同註5，頁61。

非為善意者，不在此限。」

關於本條規定之所由設，學者表示，因就動產所有權之移轉，無論身為所有人之讓與人係動產之間接占有人，亦即讓與人與直接占有人間存在占有媒介關係，例如前揭例1之情形，或讓與人並非動產之間接占有人，亦即讓與人與直接占有人間不存在占有媒介關係，例如前揭例2之情形，均得適用德國民法第931條<sup>23</sup>，而德國民法第934條又明定依本條規定而善意取得動產所有權時，係以德國民法第931條為要件，從而前者承繼後者，區分就動產並無處分權之讓與人係間接占有人以及並非間接占有人兩種情形而為規範，即不令人意外<sup>24</sup>。

詳言之，德國民法第934條規定，如動產係依德國民法第931條以指示交付之方式而為讓與，則受讓人能否善意取得動產所有權，應區分無處分權之讓與人於處分動產時，係屬動產之間接占有人或非間接占有人兩種類型，分別適用德國民法第934條第1情形（德民 § 934 Alt. 1 BGB）或第2情形（德民 § 934 Alt. 2 BGB）<sup>25</sup>。按因前揭兩種案例類型其構成要件並不相同，故認定受讓人於系爭案件是否能善意取得動產所有權時，應嚴格區分系爭案件係屬何種案例類型始能得其結論<sup>26</sup>，植基於此，本文以下即就此兩種類型分述之：

### （一）讓與人為間接占有人

#### 1. 構成要件

查德國民法第934條第1情形規定，讓與人依德國民法第931條讓與動產所有權與受讓人時，如讓與人欠缺處分權，僅須其於讓與請求權時，為系爭動產之間接占有人，且受讓人於其時仍屬善意，則

<sup>23</sup> 德國民法第931條規定：「第三人占有動產者，所有人得讓與受讓人該動產之返還請求權，以代交付。」

<sup>24</sup> *PWW-Prütting*，同註12，§ 934 Rn. 2.

<sup>25</sup> *Hütte/Hütte/Schmidt*，*Sachenrecht I*，8. Aufl.，2019，Rn. 520；*Staudinger-Wiegand*，同註10，§ 934 Rn. 1.

<sup>26</sup> *PWW-Prütting*，同註12，§ 934 Rn. 2.

於該請求權有效讓與後，成為間接占有人之受讓人即能善意取得動產所有權<sup>27</sup>。換言之，受讓人僅須依德國民法第870條，因受讓對系爭動產之返還請求權而取得間接占有，即能善意取得動產所有權<sup>28</sup>，而不以取得對該動產之直接占有為必要，就此而言，與德國民法第933條規定<sup>29</sup>，受讓人如依德國民法第930條<sup>30</sup>以占有改定之方式踐行交付時，限於受讓人已自讓與人取得對該動產之直接占有，始能善意取得動產所有權，兩者有所不同<sup>31</sup>。

基於前述定義，學說遂認為，德國民法第934條第1情形特有之構成要件有三<sup>32</sup>，包括：(1)讓與人須為動產之間接占有人；(2)須有效讓與返還請求權；(3)受讓人須成為動產之間接占有人。

關於第一項要件，亦即讓與人須為動產之間接占有人，係指讓與人與直接占有人間存有德國民法第868條<sup>33</sup>所定之占有媒介關係<sup>34</sup>，並因而使讓與人對直接占有人因該債之關係而就系爭動產有返還請求權<sup>35</sup>。是以，倘若讓與人並無返還請求權，或僅有例如因不當

<sup>27</sup> Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 1472.

<sup>28</sup> Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 34. Aufl., 2019, § 8 Rn. 12.

<sup>29</sup> 德國民法第933條規定：「依第930條而讓與之動產，不屬於讓與人所有者，如該動產已由讓與人交付於受讓人，受讓人即成為所有人。但受讓人於當時非為善意者，不在此限。」

<sup>30</sup> 德國民法第930條規定：「所有人占有動產者，得與受讓人約定法律關係，使受讓人因此取得間接占有，以代交付。」

<sup>31</sup> Palandt-Herrler, 78. Aufl., 2019, § 934 Rn. 3; Soergel-Henssler, 13. Aufl., 2002, § 934 Rn. 5.

<sup>32</sup> 因本文於此主要係在論述德國民法第934條第1情形應如何適用，故擬僅就本條特有之構成要件予以說明，但在依本條規定而善意取得時，關於善意取得之一般性要件，諸如讓與人應欠缺處分權，或受讓人在完成最終行為時須屬善意等，均應具備，自屬當然。但為避免失焦且礙於篇幅限制，關於善意取得之一般性要件，本文於此暫先不論。

<sup>33</sup> 德國民法第868條規定：「用益權人、質權人、收益承租人、使用承租人、受寄人或基於類似關係而得於一定期間對於他人有占有之權利或義務者，該他人亦為占有人（間接占有）。」

<sup>34</sup> Palandt-Herrler, 同註31, § 934 Rn. 3; Staudinger-Wiegand, 同註10, § 934 Rn. 4.

<sup>35</sup> Bamberger/Roth-Kindl, 同註10, § 934 Rn. 4; PWW-Prütting, 同註12, § 934

得利或侵權行為等關係而生之返還請求權時，因讓與人並非間接占有人，故與德國民法第934條第1情形所定者無關，而僅可能適用同條第2情形之規定<sup>36</sup>。但讓與人係出於何項原因而取得動產之間接占有，則非所問，甚至縱使讓與人係因其與前手依占有改定之方式踐行交付，始取得動產之間接占有，故讓與人就該動產自始未曾取得過直接占有之情形，亦得適用德國民法第934條第1情形<sup>37</sup>。

至於是否存在此項占有媒介關係之判斷，則取決於直接占有人是否出於他主占有之意思（*Fremdbesitzwille*）而占有系爭動產<sup>38</sup>，亦即直接占有人是否並非以自己所有，而係以為讓與人而支配系爭動產之意思而占有該動產。因此，例如當直接占有人嗣後發現，出租動產而使其得占有該動產之讓與人，竟然並非動產所有人，因而放棄該為讓與人而支配系爭動產之意思後，讓與人始讓與返還請求權與受讓人，則縱受讓人係屬善意，亦不能依德國民法第934條第1情形而善意取得動產所有權<sup>39</sup>，蓋於此情形，讓與人已非間接占有人，故縱使讓與人與直接占有人間事實上存在有效的債之關係，且讓與人因此對直接占有人因該債之關係而就系爭動產有返還請求權，亦不得適用德國民法第934條第1情形<sup>40</sup>。

其次，適用德國民法第934條第1情形，須讓與人對直接占有人之返還請求權已經有效移轉與受讓人而為其所取得<sup>41</sup>，使受讓人因而成為間接占有人<sup>42</sup>，故若系爭返還請求權不能讓與時，不得適用德國

---

Rn. 3.

<sup>36</sup> *Jauernig-Berger*, 14. Aufl., 2011, § 934 Rn. 2.

<sup>37</sup> *Soergel-Henssler*, 同註31, § 934 Rn. 6.

<sup>38</sup> *Bamberger/Roth-Kindl*, 同註10, § 934 Rn. 3; *Staudinger-Wiegand*, 同註10, § 934 Rn. 4.

<sup>39</sup> *Bamberger/Roth-Kindl*, 同註10, § 934 Rn. 3.

<sup>40</sup> *Soergel-Henssler*, 同註31, § 934 Rn. 5; *Staudinger-Wiegand*, 同註10, § 934 Rn. 4.

<sup>41</sup> *Bamberger/Roth-Kindl*, 同註10, § 934 Rn. 4.

<sup>42</sup> *Erman-Bayer*, 15. Aufl., 2017, § 934 Rn. 2; *Soergel-Henssler*, 同註31, § 934 Rn. 9.

民法第934條第1情形，而僅得考慮是否能適用本條第2情形<sup>43</sup>。之所以須有此項要件之限制，係因德國民法第934條僅能克服在讓與動產物權時，讓與人應具處分權但其卻無權處分之情形，至於依指示交付而讓與動產物權之要件包括請求權應有效讓與，但該要件卻有所欠缺之情形，並非系爭規定所欲規範之對象，因此例如當讓與人除欠缺處分權外，尚欠缺行為能力因而未能有效讓與請求權時，受讓人不能依德國民法第934條第1情形善意取得動產所有權，蓋若讓與人雖有權處分但卻欠缺行為能力時，受讓人依德國民法第105條第1項<sup>44</sup>不能取得動產所有權，自不應於讓與人除欠缺行為能力外，更又欠缺處分權之情形，使受讓人反而能善意取得動產所有權<sup>45</sup>。

最後，依德國民法第934條第1情形而善意取得動產所有權，尚須受讓人成為動產之間接占有人，亦即直接占有人於受讓人完成受讓所有權之時點（*im Zeitpunkt der Vollendung des Eigentumserwerbs*），仍有為受讓人而支配系爭動產之意思，亦即其承認受讓人對自己就該動產享有返還請求權<sup>46</sup>。簡言之，受讓人與直接占有人間須存在占有媒介關係<sup>47</sup>。

舉例而言（例4），丙有佳釀年份之A葡萄酒一瓶，甲因故取得該A酒之占有後，為妥善保存該酒，遂將之窖藏於能提供濕度與溫度控制之由丁所經營專為保存酒類產品的地窖當中。設若甲將該A酒出賣乙，並以讓與對丁之返還請求權亦即指示交付之方式，將該A酒所有權讓與善意之乙時，雖因甲欠缺處分權，故乙未能直接因該動產物權行為而受讓取得A酒所有權，但乙得依德國民法第934條第1情形善意取得該酒所有權<sup>48</sup>。

<sup>43</sup> *Palandt-Herrler*，同註31，§ 934 Rn. 5; *PWW-Prütting*，同註12，§ 934 Rn. 3.

<sup>44</sup> 德國民法第105條第1項規定：「無行為能力人之意思表示，無效。」

<sup>45</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，8. Aufl., 2020, § 934 Rn. 3.

<sup>46</sup> *Prütting*，*Sachenrecht*，36. Aufl., 2017, Rn. 431; *WolfWellenhofer*，同註28，§ 8 Rn. 12.

<sup>47</sup> *WolfWellenhofer*，同註28，§ 8 Rn. 12.

<sup>48</sup> 本則設例參考自 *WolfWellenhofer*，同註28，§ 8 Rn. 12.



## 2. 批 評

惟有學者提出批評表示，前揭例4所示結論實係將受讓人所取得之間接占有與直接占有等同視之，但受讓人僅取得間接占有亦能善意取得之見解，將於部分案例導致嚴重之後果<sup>49</sup>。詳言之，德國民法第933條規定，無處分權之讓與人依占有改定之方式踐行交付時，雖受讓人已因此而取得動產之間接占有，但仍以受讓人已自讓與人取得動產之直接占有為限，始能善意取得動產所有權，但德國民法第934條第1情形卻規定，無處分權之讓與人依指示交付之方式踐行交付時，雖受讓人僅因此而取得動產之間接占有，但其已能善意取得動產所有權，就此而言，顯見此兩項規定存在價值衝突<sup>50</sup>。

關於其價值衝突，首先，例5：假設於前揭例4，甲係以占有改定之方式而讓與A酒所有權與乙<sup>51</sup>。惟無論於例4或例5，亦即不論係適用德國民法第934條第1情形或第933條，讓與人均為間接占有人，在此前提下，自權利外觀理論（*Rechtscheinprinzip*）而言，例4與例5實無區別<sup>52</sup>。甚且，於系爭兩則設例，該A酒均係由丁直接占有<sup>53</sup>，但若應適用德國民法第933條，則於乙取得該酒之直接占有前，其尚未能善意取得A酒所有權，惟若應適用德國民法第934條第1情形，乙得因取得該酒之間接占有而善意取得A酒所有權。學者因而表示，既然於例4與例5甲均僅為間接占有人，且均由丁直接占有系爭A酒，前揭兩規定對此相同前提卻設下不同規範，確實令人驚訝<sup>54</sup>。

此外，德國民法第933條之規定，亦可能為同法第934條第1情形

<sup>49</sup> *Bamberger/Roth-Kindl*，同註10，§ 934 Rn. 2.

<sup>50</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 2; *PWW-Prütting*，同註12，§ 934 Rn. 5.

<sup>51</sup> 此時丁為直接占有人，甲為第一間接占有人（*erststufiger mittelbarer Besitzer*），乙則為第二間接占有人（*zweitstufiger mittelbarer Besitzer*），請參閱*Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 520.

<sup>52</sup> *Westermann/Staudinger*，*Sachenrecht*，13. Aufl.，2017，Rn. 251.

<sup>53</sup> *Erman-Bayer*，同註42，§ 934 Rn. 1.

<sup>54</sup> *Müller/Gruber*，同註27，Rn. 1475.

所架空<sup>55</sup>，就此得以例6加以說明<sup>56</sup>。例6：假設於前揭例4，甲取得A酒之占有後，原係欲以占有改定之方式讓與A酒所有權，但因依德國民法第933條，於乙未取得A酒之直接占有前，乙未能善意取得所有權，故甲始將該A酒窖藏於丁，並再以指示交付之方式讓與A酒所有權與乙，此時依德國民法第934條第1情形，乙得因受讓該A酒之間接占有而善意取得其所有權，顯見德國民法第933條之規定可能為同法第934條第1情形所架空。

再者，亦有學者表示，一般情況下，讓與人於德國民法第934條第1情形所涉案例，其就動產之占有，相較於德國民法第933條所規範者，通常更為遙遠，因此兩相比較之下，受讓人之信賴應較不值得受保護，但反而於前者情形，受讓人能因受讓間接占有而善意取得，後者卻須受讓直接占有時始能善意取得，此項結論顯不合理<sup>57</sup>。

在上述考量下，德國學者於是提出不同建議，藉以解決前揭價值衝突<sup>58</sup>，但僅其中少部分學者認為應該調整德國民法第933條，而使之能夠適應於德國民法第934條。實則，認為系爭兩項規定存在價值衝突的學者，大多認為係德國民法第934條之規範過寬，故應將之予以目的性限縮<sup>59</sup>，亦即應限於直接占有人已將直接占有移轉與受讓人或經受讓人指定之人時，受讓人始能善意取得動產所有權<sup>60</sup>。

### 3. 法理基礎

然而德國通說與實務見解卻認為，德國民法第934條與第933條並不存在任何價值衝突，蓋本條規定係以「讓與人已經喪失一切對

<sup>55</sup> *Hk BGB-Schulte-Nölke*, 7. Aufl., 2012, § 934 Rn. 5; *Jauernig-Berger*, 同註36, § 934 Rn. 2.

<sup>56</sup> 銑床案 (*Fräsmaschinen-Fall*) 則為德國法上因德國民法第934條第1情形而架空同法第933條之實際案例，請參閱BGH NJW 1968, 1382。

<sup>57</sup> *MüKoBGB-Oechsler*, 同註45, § 934 Rn. 2.

<sup>58</sup> *MüKoBGB-Oechsler*, 同註45, § 934 Rn. 2; *Soergel-Henssler*, 同註31, § 934 Rn. 2.

<sup>59</sup> *MüKoBGB-Oechsler*, 同註45, § 934 Rn. 2.

<sup>60</sup> *Wolf/Wellenhofer*, 同註28, § 8 Rn. 111.

於動產之占有」以及「受讓人已取得動產之間接占有」為其法理基礎。

先就前者而言，德國民法第934條已清楚表示，立法者認為動產物權之善意取得，其重點之一在於讓與人已經喪失一切對於動產之占有<sup>61</sup>，有關於此，德國帝國法院則謂為：「讓與人不再保有任何一點對於物之占有（nicht mehr den geringsten Rest eines Besitzes in der Hand）」<sup>62</sup>。惟讓與人係以占有改定之方式踐行交付時，讓與人仍占有動產，但實不應該在讓與人仍占有動產，且仍得利用該動產時，即生善意取得之效果，因此德國民法第933條始規定，須俟讓與人已經將該動產現實交付與受讓人時，受讓人始能善意取得<sup>63</sup>。然於德國民法第934條第1情形所定案例，反而係讓與人已經喪失一切對於動產之占有，故就善意取得所要求之權利外觀，已經因此而具備<sup>64</sup>，德國通說與實務見解因此認為，系爭兩項規定於此點上之不同，正係正當化系爭兩項規定為何得設定不同構成要件之理由<sup>65</sup>。

再就後者而論，查德國民法將間接占有與直接占有等同視之<sup>66</sup>，而此項觀點，亦為立法者於規範善意取得制度時所慮及，因此立法者認為，縱然讓與人並非依德國民法第929條第1句<sup>67</sup>而將動產現實交付與受讓人，而係依德國民法第931條以指示交付之方式踐行交付，亦應容許受讓人善意取得動產所有權<sup>68</sup>，換言之，立法者明確表示，雖受讓人僅取得間接占有，但已足生善意取得之效果<sup>69</sup>。

<sup>61</sup> *Hk BGB-Schulte-Nölke*，同註55，§ 934 Rn. 5; *Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 520; *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 3.

<sup>62</sup> BGH BeckRS 1932, 100289.

<sup>63</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 3.

<sup>64</sup> *Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 520.

<sup>65</sup> *Hk BGB-Schulte-Nölke*，同註55，§ 934 Rn. 5; *Jauernig-Berger*，同註36，§ 934 Rn. 2; BGH NJW 1968, 1382 (1383).

<sup>66</sup> BGH NJW 1968, 1382 (1383).

<sup>67</sup> 德國民法第929條第1句規定：「動產所有權之讓與，須所有人將物交付於受讓人，並且雙方合意所有權應予移轉。」

<sup>68</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 1.

<sup>69</sup> *Bamberger/Roth-Kindl*，同註10，§ 934 Rn. 2; *Erman-Bayer*，同註42，§ 934

因此，雖然德國民法第933條與第934條第1情形，表面看起來存有價值衝突，但至少其適用結果完全符合法條之文義<sup>70</sup>，甚至正因區分此兩者情形而設不同規範，具有正當化之理由，故縱係在德國基本法第3條平等權應予保障之觀點下，依系爭規定之文義而適用之，並未導致專斷且不合理之區分對待<sup>71</sup>。再者，既然立法者已經充分論證說明，占有媒介關係之第一次約定，亦即以占有改定之方式踐行交付，與移轉既已存在之占有媒介關係，亦即以指示交付之方式踐行交付，兩者並不相同<sup>72</sup>，可見將兩者情形區別對待實係立法者有意識的區分<sup>73</sup>，因此自然不應忽視立法者此項決定<sup>74</sup>。換言之，使依指示交付而取得間接占有之受讓人能善意取得動產所有權，正與立法者之意思相符。在此前提下，德國通說遂表示，無論是認為應放寬德國民法第933條，或者是應目的性限縮德國民法第934條第1情形之見解，依法（*de lege lata*）均非妥適<sup>75</sup>。德國聯邦最高法院亦認為，上開放寬德國民法第933條或目的性限縮德國民法第934條第1情形之見解，應僅屬於學者對於政策上之建議<sup>76</sup>。

## （二）讓與人非間接占有人

### 1. 構成要件

按德國民法第934條第2情形規定，讓與人依德國民法第931條讓與動產所有權與受讓人時，如欠缺處分權之讓與人並非動產之間接占有人，須受讓人已自第三人取得該動產之占有，且於取得占有之時仍屬善意者為限，始能善意取得動產所有權。學說因此認為，德

---

Rn. 1.

<sup>70</sup> *PWW-Prütting*，同註12，§ 934 Rn. 5.

<sup>71</sup> *Müller/Gruber*，同註27，Rn. 1475.

<sup>72</sup> *PWW-Prütting*，同註12，§ 934 Rn. 5.

<sup>73</sup> *Müller/Gruber*，同註27，Rn. 1475.

<sup>74</sup> *Westermann/Staudinger*，同註52，Rn. 251.

<sup>75</sup> *Bamberger/Roth-Kindl*，同註10，§ 934 Rn. 2; *Erman-Bayer*，同註42，§ 934 Rn. 1; *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 3.

<sup>76</sup> *HKBGB-Schulte-Nölke*，同註55，§ 934 Rn. 5; BGH NJW 1968, 1382 (1383 f.).

德國民法第934條第2情形特有之構成要件有三<sup>77</sup>，包括：(1)讓與人須非動產之間接占有人；(2)須讓與事實上存在或假稱（*vermeintlich*）存在之返還請求權；(3)受讓人須自第三人取得該動產之占有。

首先，正如前述，縱然具處分權之讓與人非為動產之間接占有人，其仍得依德國民法第931條，以讓與返還請求權與受讓人之方式而讓與動產所有權<sup>78</sup>，因此既然德國民法第934條第2情形，其適用係連結至德國民法第931條，故縱使欠缺處分權之讓與人非為動產之間接占有人，受讓人仍應有依本條規定善意取得動產所有權之可能<sup>79</sup>，甚至是受讓人原預期讓與人應為動產之間接占有人，但讓與人卻反於其預期而非間接占有人時，仍得適用本條規定<sup>80</sup>。

至於所謂讓與人並非動產之間接占有人，係指其與直接占有人間並不存在占有媒介關係<sup>81</sup>，例如直接占有人不再以他主占有之意思而占有系爭動產，或者讓與人與直接占有人間根本不存在任何債之關係<sup>82</sup>。詳言之，讓與人並非間接占有人，可能包括「讓與人對於直接占有人並無基於占有媒介關係所生之返還請求權」以及「讓與人對直接占有人根本並無任何返還請求權」兩種類型，前者係指事實上雖然存在返還請求權，但讓與人並未因該返還請求權而成為動產之間接占有人；後者則指讓與人假稱其有返還請求權，但其對直接占有人根本沒有返還請求權，因而並非動產之間接占有人之情形<sup>83</sup>。

<sup>77</sup> 因本文於此主要係在論述德國民法第934條第2情形應如何適用，故擬僅就本條特有之構成要件予以說明，但在依本條規定而善意取得時，關於善意取得之一般性要件，諸如讓與人應欠缺處分權，或受讓人在完成最終行為時須屬善意等，均應具備，自屬當然。但為避免失焦且礙於篇幅限制，關於善意取得之一般性要件，本文於此暫先不論。

<sup>78</sup> 請參閱貳、讓與返還請求權以代交付（指示交付）。

<sup>79</sup> *PWW-Pritting*，同註12，§ 934 Rn. 4. 相同見解請參閱*MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 10.

<sup>80</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 10.

<sup>81</sup> *Wolf/Wellenhofer*，同註28，§ 8 Rn. 12.

<sup>82</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 13.

<sup>83</sup> *Müller/Gruber*，同註27，Rn. 1488; *Vieweg/Werner*，*Sachenrecht*，8. Aufl.，2018，§ 5 Rn. 22.

且正因存在此種類型，故學說認為，若該受讓與之返還請求權事實上並不存在，受讓人雖不能依德國民法第934條第1情形而善意取得動產所有權，但仍可能依本條第2情形而善意取得<sup>84</sup>。

再者，亦是因為德國民法第934條係以同法第931條為要件，因此受讓人依德國民法第934條第2情形善意取得動產所有權時，仍以該非為間接占有人之讓與人讓與返還請求權與受讓人為必要<sup>85</sup>，僅是該受讓與之返還請求權可能係事實上存在，例如讓與人讓與受讓人因不當得利或侵權行為等關係而生之返還請求權，亦可能係假稱其存在而已<sup>86</sup>。

最後，依德國民法第934條第2情形而善意取得動產所有權，尚須受讓人自第三人取得該動產之占有。就此，德國學者表示，所謂「取得占有」係指「受讓人必須取得某種占有地位（irgendeine Besitzposition）」以及「讓與人不再具有任何占有」<sup>87</sup>。

先就前者而言，若直接占有人例如因為讓與人之指示而將系爭動產現實交付與受讓人，亦即受讓人已取得動產之直接占有時，德國民法第934條第2情形所定之要件，亦即受讓人須自第三人取得該動產之占有，已經該當並無任何爭議<sup>88</sup>，因此如直接占有人係將動產現實交付與受讓人之占有輔助人，因受讓人此時亦已成為動產之直接占有人，故亦屬於其已取得占有，並因而該當善意取得要件之情形<sup>89</sup>，甚至若受讓人係因強制執行而自第三人取得動產之直接占有，亦足當之，蓋受讓人藉由強制執行而取得占有之情形，其地位不應較第三人任意將該動產交付與自己時，更加弱化<sup>90</sup>。

<sup>84</sup> *Jauernig-Berger*，同註36，§ 934 Rn. 3.

<sup>85</sup> *PWW-Prütting*，同註12，§ 934 Rn. 4.

<sup>86</sup> *Bamberger/Roth-Kindl*，同註10，§ 934 Rn. 6. 德國聯邦最高法院亦明確表示，德國民法第934條第2情形之適用，以讓與假稱存在之返還請求權為已足，請參閱BGH NJW 1959, 1536 (1538)。

<sup>87</sup> *Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 521.

<sup>88</sup> *Müller/Gruber*，同註27，Rn. 1489.

<sup>89</sup> *Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 521.

<sup>90</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 12.

再者，比較德國民法第934條第2情形與同法第932條第1項第1句以及第933條後可知，依其文義，後兩者之要求較諸前者更高，蓋其限於讓與人已將動產「現實交付」（*übergeben*）與受讓人，但於前者，僅以受讓人自第三人「取得動產之占有」（*den Besitz der Sache erlangen*）為必要<sup>91</sup>，因此，縱使受讓人並未取得動產之直接占有，而係與直接占有人就該動產成立占有媒介關係，並因而使受讓人成為間接占有人之情形，亦足當之<sup>92</sup>。至於直接占有人是否係因對於動產所有權之歸屬有所誤認，始與受讓人成立該占有媒介關係，則非所問<sup>93</sup>。

但應注意者係，受讓人依德國民法第934條第2情形善意取得動產所有權時，不僅須其已取得動產之占有，尚須該占有係本於讓與行為（*Veräußerungsgeschäft*）而取得<sup>94</sup>，亦即客觀第三人（*objektiver Beobachter*）若處於受讓人之地位，其於概念上能夠將自直接占有人所取得之占有歸因於讓與人之處分，例如動產拾得人鑑於讓與人對於自己可能存在之所有物返還請求權已經讓與受讓人，因此始將該動產交付與受讓人者是<sup>95</sup>；反之，若受讓人未經授權，自行取走原為直接占有人所占有之動產，即不屬之<sup>96</sup>。換言之，直接占有之行為必須顯然與讓與人之系爭處分有關<sup>97</sup>。關於此項要件，學者尚表示，因受讓人依德國民法第933條善意取得動產所有權時，亦以其係因讓與而取得占有，亦即係以得歸因於讓與之事件（*Veräußerungsvorgang*）為必要，因此要求受讓人依德國民法第934條第2情形善意

<sup>91</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 11; *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 15.

<sup>92</sup> *Erman-Bayer*，同註42，§ 934 Rn. 4; *Müller/Gruber*，同註27，Rn. 1489 f.; BGH NJW 1978, 696 (697).

<sup>93</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 15.

<sup>94</sup> *Erman-Bayer*，同註42，§ 934 Rn. 1; *Palandt-Herrler*，同註31，§ 934 Rn. 4; *Staudinger-Wiegand*，同註10，§ 934 Rn. 12.

<sup>95</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 11.

<sup>96</sup> *Vieweg/Werner*，同註83，§ 5 Rn. 22; *Wolf/Wellenhofer*，同註28，§ 8 Rn. 15.

<sup>97</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 11.

取得動產所有權時，須本於讓與行為而取得占有，尚具有能避免本條規定與第933條產生價值衝突之功能<sup>98</sup>。

此外，所謂「取得占有」尚包括「讓與人不再具有任何占有」<sup>99</sup>，因此例如當受讓人係因占有媒介關係而取得動產之間接占有時，不能使讓與人因而取得任何占有之地位，否則本條所定之構成要件即未能該當<sup>100</sup>。

實際而言，德國民法第934條第2情形所涉案例並不多見<sup>101</sup>，可能之適例為（例7）：丙將其A腳踏車出借並交付與甲後，甲卻侵占該A車並以自己名義將之出賣並讓與於丁。丁知悉上情後遂對甲表示撤銷該買賣契約，甲於是將該A車出賣與乙，並以讓與對丁之不當得利返還請求權亦即指示交付之方式，將該A車所有權讓與善意之乙。如甲告知丁其決定將該A車返還與丙，故請丁將該車交付與乙，以便由乙代為返還A車，丁遂因此而將A車交付與其時仍屬善意之乙時，乙即得依德國民法第934條第2情形善意取得A車所有權<sup>102</sup>。

## 2. 批 評

不僅於德國民法第934條第1情形，部分學者認為，同條第2情形與第933條亦存在價值衝突<sup>103</sup>，甚至有學者直言，既然德國民法第933條已經明定，受讓人限於取得直接占有時始能善意取得，則德國民法第934條第2情形容許受讓人於自第三人取得間接占有時，亦能善意取得，此項結論實屬荒誕<sup>104</sup>。無怪乎學者建議，於本情形所涉案例，應對本條規定進行修正解釋（*korrigierende Auslegung*），使

<sup>98</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 11.

<sup>99</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 13; *Wolf/Wellenhofer*，同註28，§ 8 Rn. 15.

<sup>100</sup> *PWW-Prütting*，同註12，§ 934 Rn. 4.

<sup>101</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 1.

<sup>102</sup> 本則設例請參閱*Prütting*，同註46，Rn. 432.

<sup>103</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 2. 關於德國民法第934條與第933條之價值衝突，請參閱參、一、(-)、2.批評。

<sup>104</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 2.



受讓人於取得動產之直接占有時，始能善意取得動產所有權<sup>105</sup>。

### 3. 法理基礎

按於德國民法第934條第2情形，因讓與人並非間接占有人，故似乎欠缺足資保護受讓人之信賴基礎<sup>106</sup>，尤其是既然讓與人並非間接占有人，因此受讓人不僅不能因受讓返還請求權而取得直接占有，甚至亦無法取得間接占有；再者，於德國民法第934條第2情形所定案例，讓與人不僅並非動產之間接占有人，甚至可能根本並未享有任何返還請求權，故受讓人能善意取得動產所有權之結論，看似將架空德國民法第931條所定之應「讓與」返還請求權之要件<sup>107</sup>，因此為何受讓人得依本條規定而善意取得動產所有權，即有說明之必要。

就此，有學者將受讓人能善意取得之法理基礎，求諸於德國民法第934條第2情形所定之「受讓人須取得動產之占有」。蓋應將於此所稱之「取得占有」，與德國民法第929條第1句所定之「交付」，作相同之理解<sup>108</sup>，故正如交付係受讓人善意取得動產所有權之法理基礎一般，取得占有即係其於此能善意取得之法理基礎。詳言之，受讓人之所以能依德國民法第934條第2情形善意取得動產所有權，正係因為「受讓人已取得某種占有地位」且「讓與人不再具有任何占有」<sup>109</sup>。若非如此，亦即在受讓人取得占有之前，實尚欠缺正當的權利外觀（*jeder legitimierende Rechtschein fehlt*）<sup>110</sup>。

然而多數學者認為，德國民法第934條第2情形之所以於讓與假

<sup>105</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 2.

<sup>106</sup> *Prütting*，同註46，Rn. 432. 類似見解請參閱*Staudinger-Wiegand*，同註10，Vorbemerkungen zu §§ 932-936, Rn. 18.

<sup>107</sup> *Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 520.

<sup>108</sup> *Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 521.

<sup>109</sup> *Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 521; *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 2, 10. 關於德國民法第934條第2情形所定之「受讓人須自第三人取得該動產之占有」，係指「受讓人必須取得某種占有地位」以及「讓與人不再具有任何占有」，請參閱參、一、(二)、I. 構成要件。

<sup>110</sup> *Vieweg/Werner*，同註83，§ 5 Rn. 22.

稱存在之請求權時，亦肯定其能生善意取得之效果，並非因於讓與返還請求權後，受讓人即得依德國民法第870條取得間接占有<sup>111</sup>，蓋其根本並未取得間接占有，更非因該得請求返還之債權，其本身得作為權利外觀<sup>112</sup>，蓋該債權根本並不存在。實則，就此案例，關於善意取得所應具備之信賴基礎，實係本於「受讓人因讓與人之『使取得占有之力』（*Besitzverschaffungsmacht*），因而能取得動產之占有」<sup>113</sup>，亦即係因讓與人具有能使受讓人取得占有之地位<sup>114</sup>，因而容許受讓人善意取得動產所有權。譬如於前揭例7，丁係因甲之指示始將A車交付與乙，並使乙因此取得該車之直接占有，可見乙正係因為甲之使取得占有之力，始取得該A車之占有，德國多數學說認為，甲所具有之「使取得占有之力」，即為乙能善意取得A車所有權之信賴基礎。

因此反對見解雖然一再表示：「讓與人於德國民法第934條第2情形所定案例根本並非占有人，自無占有可資放棄，故不應使受讓人能善意取得動產所有權」，此項見解即不足採，蓋於德國民法第934條第2情形所定案例，讓與人是否曾占有動產，本非所問<sup>115</sup>。甚至有學者認為，正因讓與人雖未占有動產，但於該當德國民法第934條第2情形所定要件時，受讓人仍能善意取得動產所有權，故應將此情形稱之為「不具權利外觀要件之權利外觀責任」（*eine Rechts-scheinhaftung ohne Rechtsscheintatbestand*）<sup>116</sup>。

綜上所述可知，既然在德國民法第934條第2情形，不僅存在得使受讓人善意取得之法理基礎，且又與德國民法第933條可資相互區

<sup>111</sup> *Hütte/Hütte/Schmidt*，同註25，Rn. 520.

<sup>112</sup> *Soergel-Henssler*，同註31，§ 934 Rn. 14.

<sup>113</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 11; *Staudinger-Wiegand*，同註10，*Vorbemerkungen zu §§ 932-936*，Rn. 18. 我國學者有將*Besitzverschaffungsmacht*譯為「使占有之力」者，請參閱楊宏暉，動產所有權善意取得制度之比較與再檢討，*臺大法學論叢*，41卷4期，2012年12月，頁1800。

<sup>114</sup> *Staudinger-Wiegand*，同註10，*Vorbemerkungen zu §§ 932-936*，Rn. 12.

<sup>115</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 2.

<sup>116</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 1.

別，因此該兩項規定並無價值衝突<sup>117</sup>，是以正如無須目的性限縮德國民法第934條第1情形一般，本條第2情形亦無目的性限縮之必要<sup>118</sup>。

## 二、我國法

按相對於德國民法第934條就無權處分人以指示交付之方式踐行交付之要件時，受讓人能否善意取得動產所有權，設有明文規定，我國民法就此案例類型，則乏其明文，因此受讓人究否能善意取得，見解頗為分歧，茲說明如下：

### (一)甲說：讓與返還請求權即能善意取得說

此說係為通說與部分實務見解所採，其認為僅須讓與人讓與返還請求權與受讓人，無論受讓人是否已經取得動產之占有，其均能善意取得動產所有權<sup>119</sup>。此說所持理由如下：

文義解釋：查民法第948條第2項固然規定，讓與人以占有改定之方式踐行交付之要件時，應以受讓人受現實交付且交付時善意者為限，始能善意取得動產所有權，但就讓與人係以指示交付之方式踐行交付之要件時，卻無類似規定，可見此時受讓人之善意取得，僅以讓與返還請求權而不以取得動產之直接占有為必要<sup>120</sup>。再者，雖然德國民法第934條第2項規定，讓與人非為動產之間接占有人時，以受讓人自第三人取得該動產之占有，且於取得占有之時仍屬善意者為限，始能善意取得動產所有權，但我國民法既無類似明文規定，自不受其限制<sup>121</sup>。

<sup>117</sup> MüKoBGB-Oechsler，同註45，§ 934 Rn. 2.

<sup>118</sup> Müller/Gruber，同註27，Rn. 1489.

<sup>119</sup> 史尚寬，物權法論，1963年，頁508-509；倪江表，同註7，頁424；鄭冠宇，民法物權編修正系列研討會之三：占有的相關法律問題之探討，月旦法學雜誌，66期，2000年11月，頁110；臺灣臺北地方法院107年度訴字第2042號民事判決；臺灣高等法院100年度重上字第443號民事判決。

<sup>120</sup> 鄭玉山，占有改定、指示交付與善意取得——自受讓占有外觀之省思，台灣法學雜誌，134期，2009年8月，頁53。

<sup>121</sup> 王澤鑑，同註7，頁614；楊宏暉，同註113，頁1797。

歷史解釋：按99年物權編關於占有之修法施行以前，受讓人以占有改定之方式取得占有者，能否善意取得動產所有權，學說見解有所不同，為解決此項爭議，始增訂民法第948條第2項以茲規範<sup>122</sup>，但既然立法者於民法第948條第2項明定，限於以占有改定之方式踐行交付時，始應適用本條項之規定，故依其修法歷程可知，立法者認為以指示交付之方式踐行交付時，不以受讓人取得直接占有為必要。兼之，立法者於本條之修正理由，亦已明確表示，民法第761條第3項之指示交付得生善意取得之效力，顯見立法者於修法時係採取甲說之立場<sup>123</sup>。

最後，既然讓與人依民法第761條第3項為指示交付時，讓與人已喪失其占有，且該占有之變動又得自外部予以辨識，因此讓與人讓與返還請求權與受讓人後，受讓人即能善意取得動產所有權<sup>124</sup>。

惟本文認為，甲說不足之處有二：

其一，雖然依甲說見解，僅須讓與人讓與返還請求權與受讓人，受讓人即能善意取得動產所有權，但縱讓與人對直接占有人有返還請求權，並不當然代表讓與人即為間接占有人，譬如於前揭例7，雖然甲對丁有不當得利返還請求權，但甲卻非間接占有人，因此甲將其不當得利返還請求權讓與乙後，乙並未能因此而取得任何占有之地位，惟善意取得卻又以受讓人取得動產之占有為要件<sup>125</sup>，故於此時，為何未能取得任何占有之受讓人能善意取得動產所有權，甲說並未能有所說明。

<sup>122</sup> 相關爭議與修法歷程，請參閱顏佑紘，同註5，頁63。

<sup>123</sup> 張永健，同註1，頁249；楊宏暉，同註113，頁1797。

<sup>124</sup> 吳光明，新物權法論，2009年，頁581；溫豐文，占有改定與善意取得，台灣本土法學雜誌，85期，2006年8月，頁188-189。

<sup>125</sup> 鄭冠宇，同註9，頁108。最高法院109年度台上字第864號民事判決即表示：「動產物權善意取得制度，係指凡以動產物權之移轉或設定為目的，而善意受讓動產之占有者，縱為移轉或設定之占有人，無移轉或設定之權利，受移轉或受設定之人仍取得其權利。」臺灣臺中地方法院103年度訴字第1246號民事判決與臺灣臺中地方法院106年度訴字第348號民事判決更係直接表示「善意取得之首要要件為『受讓人必須善意受讓動產之占有』」。

其二，採取甲說之學者當中亦有明確肯認，倘具有處分權之讓與人，並無任何可讓與之返還請求權時，其仍得依民法第761條第3項而讓與動產所有權<sup>126</sup>，果如此，則欠缺處分權之讓與人，並無任何可讓與之返還請求權時，其是否亦得因「讓與」返還請求權，而使受讓人善意取得動產所有權？有關於此，尚未能於文獻中探得其見解，但若就此問題係採肯定見解，則在無返還請求權之讓與人，其既無返還請求權，該如何以讓與返還請求權之方式而使受讓人能善意取得動產所有權，實有待其說明。

### (二)乙說：修正之讓與返還請求權即能善意取得說

此說認為，因讓與人讓與返還請求權與受讓人後，讓與人已喪失占有，故與占有改定之讓與人仍繼續占有動產相較，兩者有所不同，故原則上應肯認讓與人於讓與返還請求權與受讓人後，受讓人即能善意取得動產所有權，換言之，乙說原則上同意甲說之主張。但乙說認為於下列兩者情形，應例外地否定受讓人得因受讓返還請求權而善意取得動產所有權，故此說與甲說仍有所不同，本文因此將之稱為「修正之讓與返還請求權即能善意取得說」<sup>127</sup>。

查依乙說，雖然受讓人於下述兩者例外情形，均不得因受讓返還請求權而善意取得動產所有權，但受讓人於此例外情形，究竟能否善意取得，尚因該當不同之例外而有所區別。詳言之，依其見解，若民法第948條第2項將因採取甲說而被架空，則受讓人雖能善意取得動產所有權，但該善意取得應以受讓人已取得動產之直接占有為限，此即例外之第一種情形。舉例而言（例8）：丁占有丙之A腳踏車後，將之出賣並以占有改定之方式讓與A車所有權與甲，甲旋即將之出賣並以讓與對丁之返還請求權之方式讓與A車所有權與乙。採此說之學者認為，既然依民法第948條第2項，甲於受現實交付前不能善意取得A車所有權，故為避免架空本條規定，應認為乙於受現

<sup>126</sup> 王澤鑑，同註7，頁123。

<sup>127</sup> 謝在全，同註5，頁306-307。

實交付前，亦不能善意取得A車所有權<sup>128</sup>。

至於讓與人對第三人並無任何返還請求權時，此說認為，因於此種情形，縱讓與人對受讓人以讓與返還請求權之方式以代交付，亦不能發生指示交付之效力，故受讓人此時並無善意取得動產所有權之可能，此即例外之第二種情形<sup>129</sup>。有關於此，臺灣高等法院高雄分院90年度上字第242號民事判決於【讓與事實上不存在之返還請求權案】表示：「讓與人依民法第761條第3項指示交付之方式而讓與所有權時，因讓與人並不具有占有動產之外觀，受讓人亦無從因信賴此占有而認定讓與人享有所有權，即不應受善意受讓制度之保護，否則，若任何人均得任意向受讓人聲稱對第三人占有中之動產享有權利，再藉指示交付方式為讓與，而使受讓人取得所有權，則不僅與善意受讓制度所欲保護之交易安全本旨有所違背，亦使真正權利處於不安之狀態，受有隨時被侵害之可能，自非善意受讓制度所規範之目的」。按依此判決所述，讓與人僅係「聲稱」對第三人占有中之動產有返還請求權，可見讓與人事實上對第三人並無任何返還請求權，於此情形，系爭實務見解既然認為受讓人不能善意取得動產所有權，故在此範圍，可評價為與乙說之見解相同<sup>130</sup>。

<sup>128</sup> 謝在全，同註5，頁306-307。

<sup>129</sup> 謝在全，同註5，頁307。應值注意者係，謝在全大法官於其大作「民法物權論（上）」的前一版次，就第二情形係認為：「因讓與人無返還請求權可資讓與，是自不生指示交付之效力，此際，須於受現實交付後始能取得動產所有權，自屬當然」，可見依其先前見解，無論係第一種或第二種例外情形，只要受讓人已取得動產之直接占有，均能善意取得動產所有權，請參閱謝在全，民法物權論（上），2014年6版，頁296。但氏於最新出版的第7版次中，卻認為受讓人於第二種情形不能善意取得動產所有權，顯見其見解已有所變更。

<sup>130</sup> 雖然臺灣高等法院高雄分院90年度上字第242號民事判決與乙說相同，均認為讓與人對第三人並無返還請求權時，受讓人不能善意取得動產所有權，但若詳究其見解，實比乙說更為嚴格。蓋依乙說，受讓人原則上得因受讓返還請求權而善意取得動產所有權，但系爭判決卻認為：依指示交付之方式而讓與動產所有權時，僅限於1.讓與人直接占有動產，或2.讓與人曾提示足以表彰其對動產之現占有人有返還請求權之文書資料，因而使受讓人產生信賴基礎之情形，受讓人始能善意取得動產所有權。

惟本文認為，是否採取乙說，有以下數點可供思考：

其一，因乙說原則上贊同甲說之主張，亦即原則上僅須讓與人讓與返還請求權，即能生善意取得動產所有權之效力，故其將與甲說面臨相同疑問，亦即倘讓與人並非間接占有人時，則雖受讓返還請求權但並未取得任何占有地位之受讓人，如何能認為其已充分動產善意取得所要求之受讓人應取得占有之要件？

其二，乙說認為於第一種例外，倘受讓人得因受讓返還請求權即善意取得動產所有權，將可能架空民法第948條第2項之規定，故應以其已取得動產之直接占有為限，始能善意取得。惟正如此說於肯定甲說之主張時所稱：「以返還請求權之讓與為占有之移轉時，因讓與人已喪失占有，與占有改定之讓與人仍占有標的物，兩者有所不同」<sup>131</sup>。例如於前揭例8，丁以占有改定之方式讓與A車所有權與甲時，雖然受讓人甲已取得A車之間接占有，但因讓與人丁仍為A車之直接占有人，故不宜使甲能立即善意取得A車所有權，因此民法第948條第2項遂規定，應俟甲取得A車之直接占有後始能善意取得。但於甲以指示交付之方式讓與A車所有權與乙時，雖然受讓人乙亦僅取得A車之間接占有，但此時讓與人甲已非A車之占有人，而與丁於讓與之後仍為A車之直接占有人有所不同，故兩者所規範之情形既有所不同，使乙能因取得A車之間接占有即善意取得其所有權，實無架空民法第948條第2項之疑慮。

再者，參酌前揭德國通說之論證可知，以指示交付之方式踐行交付所致之善意取得（德民 § 934）與以占有改定之方式踐行交付所致之善意取得（德民 § 933），雖就受讓人何時能善意取得設置不同要件，但該不同規範實具有正當化之理由，故系爭兩項規定並不具有任何價值衝突<sup>132</sup>，因此倘若以避免架空民法第948條第2項為由，而認為須以受讓人取得直接占有為限，始能善意取得動產所有權，

<sup>131</sup> 謝在全，同註5，頁306。

<sup>132</sup> 請參閱參、一、(-)、3.法理基礎；(二)、3.法理基礎。

此項見解即有待斟酌。

其三，於現實交付（民 § 761 I 本文），受讓人係因取得動產之直接占有而取得動產所有權；於占有改定（民 § 761 II），受讓人係因與讓與人訂立契約而取得動產之間接占有，因而取得動產所有權；甚至於簡易交付（民 § 761 I 但書），因受讓人已占有動產，故僅須作成讓與合意，受讓人即能取得動產所有權，但因讓與動產物權時本即須作成讓與合意，故於簡易交付可說是因為受讓人已經占有動產，故事實上並毋須另外再作成其他行為藉以替代交付，即得使動產所有權能夠移轉，因此觀諸動產各種交付方式可知，受讓人是否能取得動產所有權之關鍵，實係在於其是否已經取得動產之占有。無怪乎德國學者認為，於指示交付時，其所稱之「讓與返還請求權」，應解釋為讓與人已經喪失動產之占有，且由受讓人取得其占有，果若如此，受讓人即已受讓動產所有權，至於究竟是否有返還請求權可資讓與，已非重要<sup>133</sup>。

前揭觀點，亦即受讓人是否已經取得動產之占有，係其是否能取得動產所有權之關鍵，自動產善意取得以受讓人須取得動產之占有為要件，亦可知悉，受讓人是否已經取得動產之占有，亦左右著受讓人是否能善意取得動產所有權一事。因此，德國法不僅承認，僅須受讓人能取得動產之占有，縱讓與人對系爭動產並無返還請求權，受讓人仍有依指示交付之方式繼受取得動產所有權之可能，甚至德國民法第934條第2情形尚明文表示，僅須受讓人自直接占有人取得動產之占有，縱讓與人對系爭動產並無返還請求權，受讓人亦能善意取得動產所有權。

在此前提認識下，乙說認為，於第二種例外情形，因讓與人對第三人並無任何返還請求權，故不論受讓人是否已經取得動產之占有，均一概否認受讓人有善意取得之可能，此項見解即待商榷。實則，乙說之擁護者過去曾經表示，於第二種例外情形並非不能善意

<sup>133</sup> 請參閱貳、讓與返還請求權以代交付（指示交付）。



取得，而係應俟受讓人已受現實交付後始能善意取得<sup>134</sup>，似亦已察覺，受讓人是否能善意取得動產所有權，關鍵應在於受讓人是否已經取得動產之占有，而非在於有無可供讓與之返還請求權。

### (三)丙說：受現實交付始能善意取得說

此說認為，為平衡對於原所有人與善意取得人之保護，讓與人以指示交付之方式讓與動產所有權時，應以受讓人取得動產之直接占有為限，始能善意取得<sup>135</sup>。

詳言之，依據權利外觀理論，善意取得之基礎，並非單純占有之喪失或占有之變動，而係對於足堪信賴之權利外觀的信賴。查受讓人足資信賴之對象，雖不限於讓與人為直接占有人，但基於公平原則，至少應具備類似性，惟於指示交付，受讓人所得信賴者，事實上僅為讓與人所稱其具有所有權之主張，此項信賴是否應予相同於其他情形之保護，非無疑義，故為使交易安全之動態保護與所有權之靜態保護間取得平衡，宜認為讓與返還請求權以代交付之情形，受讓人須取得動產之直接占有，方能善意取得其所有權<sup>136</sup>。

惟本文認為，基於以下理由，是否以採丙說為當，似仍有待斟酌：

其一，既然民法規定間接占有之主要目的，係在使其原則上得適用占有之規定<sup>137</sup>，可見立法者原則上並無意區分直接占有與間接占有而作不同對待。但丙說卻認為，受讓人縱已取得動產之間接占有，仍不足以善意取得動產所有權，蓋動產所有權之善意取得，應以其取得直接占有為必要，此項區分直接占有與間接占有而予以不同對待之見解，實已違背立法者規範間接占有之意旨。

<sup>134</sup> 謝在全，同註129，頁296。

<sup>135</sup> 陳自強，民法第九百四十八條動產善意取得之檢討，收錄於：蘇永欽編，民法物權爭議問題研究，1999年，頁311；鄭玉山，同註120，頁58-60。類似見解請參閱鄭冠宇，同註9，頁110。

<sup>136</sup> 陳自強，同註135，頁311。

<sup>137</sup> 王澤鑑，同註7，頁553。

其二，於99年物權編關於占有之修法施行以前，學者即已撰文並試擬修正草案，規定以指示交付之方式讓與動產物權時，受讓人於受現實交付前不能善意取得動產所有權<sup>138</sup>，惟民法第948條第2項仍維持原草案，規定限於以占有改定之方式讓與動產物權時，始以受讓人受現實交付為必要，顯見立法者確實無欲採取丙說之見解。

其三，民法第948條之修正理由已明確表示，民法第761條第3項之指示交付，能生善意取得之效力，故立法者就以指示交付之方式讓與動產物權時，雖未規定應以受讓人受現實交付者為限，始能善意取得，但其並非法律漏洞，而係立法者有意識之區分對待，故縱受讓人於指示交付之情形僅取得動產之間接占有，亦應肯認其能善意取得動產所有權。

#### (四)丁說：區分說

此說認為應區分無處分權之讓與人是否係動產之間接占有人，而分別定受讓人善意取得動產所有權之要件。詳言之，倘讓與人為動產之間接占有人，僅需其讓與返還請求權與善意之受讓人，受讓人即能善意取得動產所有權，但若讓與人並非動產之間接占有人，則以受讓人已自第三人取得動產之占有，且於取得占有之時仍屬善意者為限，始能善意取得動產所有權，只是於此所稱之受讓人應取得動產之占有，並不以取得直接占有為限，取得間接占有亦無不可<sup>139</sup>。本文即認為，應以此說為當，其論據如下：

##### 1. 讓與人為間接占有人

查讓與人為動產之間接占有人時，之所以於讓與返還請求權

<sup>138</sup> 鄭玉山，同註120，頁76；鄭冠宇，同註119，頁111。

<sup>139</sup> 查史尚寬大法官於其大作「物權法論」之設例中即表示：「因無權處分之讓與人並非動產之間接占有人，故雖受讓人係屬善意，仍不因返還請求權之讓與而成為所有人，須俟受讓人自直接占有人取得占有，或經直接占有人承認受讓人為其受寄人，因而使受讓人取得間接占有，並於其時為善意者，始可取得其物之所有權」，可見史大法官亦應係採丁說，請參閱史尚寬，同註119，頁508。

後，受讓人即能善意取得動產所有權，係因既然如前所述，民法之立法者原則上係將間接占有與直接占有同視，故倘受讓人已因返還請求權之讓與而取得動產之間接占有，自應與取得直接占有之情形相同，認為其能善意取得動產所有權。

再者，既然讓與人係動產之間接占有人而具有占有外觀，倘受讓人確實係信賴該占有外觀，且亦受讓該間接占有，應已符合善意取得所需之信賴基礎<sup>140</sup>。若觀察通說所採之甲說，其即係以此為論據之一，因而認為一旦讓與返還請求權後，受讓人即能善意取得動產所有權。復觀德國學說，彼邦亦表示，如讓與人為間接占有人，則於讓與人藉由讓與返還請求權而移轉其間接占有時，因讓與人此時已經喪失一切對於動產之占有，故已存在權利外觀<sup>141</sup>，換言之，於此情形肯認受讓人能善意取得，確實具有其法理基礎。

此外，無論自民法第948條第2項之適用範圍僅限於占有改定而不及於指示交付，或者自本條之修正理由明示指示交付能生善意取得之效力，均可知採取丁說，亦即於讓與人為間接占有人時，受讓人得因返還請求權之讓與而善意取得動產所有權之見解，正符合立法者之意思。

實則，雖然民法第948條第2項就以占有改定或指示交付之方式而讓與動產所有權時，於善意取得設不同要件，但其係立基於：(1)兩者之受讓人固然可能均已取得動產之間接占有，但前者之讓與人仍占有動產，惟後者之讓與人卻已喪失一切對於動產之占有，故前者以受讓人取得直接占有為限，始能善意取得動產所有權，後者則否<sup>142</sup>；(2)於占有改定之情形，善意取得人與原所有人均信賴無權處分人，使其得以占有媒介者（*Besitzmittler*）之身分而繼續占有動產，因此對於善意取得人信賴之保護，迄至目前為止，尚未能勝過對於原所有人固有利益之保護，而因此項要求正係善意取得制度所

<sup>140</sup> 楊宏暉，同註113，頁1797。

<sup>141</sup> *Vieweg/Werner*，同註83，§ 5 Rn. 22. 並請參閱參、一、(-)、3.法理基礎。

<sup>142</sup> 謝在全，同註5，頁306。

必需，故善意取得人於未取得動產之直接占有前，並不能善意取得動產所有權<sup>143</sup>。惟相對於此，於指示交付之情形，對於系爭動產有直接占有與間接占有者，實為第三人與受讓人，至於無權處分人即讓與人，其已因讓與返還請求權而喪失一切對於動產之占有，故於此情形，善意取得人並未信賴無權處分人而使其得以占有媒介者之身分而繼續占有動產。

因此，丙說強調應平衡對於原所有人與善意取得人之保護，此項見解固然正確，但既然於指示交付之情形，善意取得人並未使無權處分人占有動產，而與原所有人使無權處分人得占有動產有所不同，故於指示交付之情形，考量原所有人與善意取得人孰者較值保護時，應認為既然原所有人係使無權處分人得占有動產，但善意取得人正係使無權處分人喪失一切對於動產之占有，兩相比較之下，實應優先保護善意取得人。簡言之，因讓與人讓與返還請求權與受讓人，將使讓與人喪失一切對於動產之占有，並使受讓人取得間接占有，故受讓人縱未取得動產之直接占有，其亦能善意取得動產所有權。

## 2. 讓與人非間接占有人

按前已一再述及，無論通說或實務見解，均認為善意取得係以受讓人取得動產之占有為要件，學者甚至認為，受讓人應受讓動產之占有，係善意取得之基礎<sup>144</sup>。惟讓與人若並非動產之間接占有人，即不可能僅因其讓與返還請求權與受讓人，即使受讓人取得動產之占有，因此於讓與人並非間接占有人之情形，僅讓與返還請求權尚不足以發生善意取得之效果。換言之，既然受讓人取得動產之占有，係善意取得動產所有權之要件，則在讓與人非為間接占有人時，鑑於受讓人並未能因受讓返還請求權而取得任何占有，自應以其已取得動產之占有為必要，始能善意取得。

<sup>143</sup> *MüKoBGB-Oechsler*，同註45，§ 934 Rn. 2.

<sup>144</sup> 王澤鑑，同註7，頁608。

此外，尚應予以特別說明者係，善意取得既然身為公信原則之一環，受讓人須信賴權利外觀，自為適用善意取得制度之前提要件，然若讓與人並非動產之間接占有人，其即不具有占有動產之權利外觀，何以受讓人能善意取得動產所有權？參酌德國法之經驗可知，此時之所以受讓人能善意取得，係因其信賴讓與人之「使取得占有之力」，亦即係因受讓人信賴讓與人具有使自己能取得占有之地位，且讓與人亦確實使其取得動產之占有，則既然受讓人迄至其取得占有之時，均對之有所信賴，自應許其能善意取得動產所有權。簡言之，該讓與人使受讓人能取得占有之使取得占有之力，即為善意取得制度所需之權利外觀<sup>145</sup>。

反觀甲說或乙說，原則上均承認讓與人讓與返還請求權與受讓人後，受讓人即能善意取得動產所有權，但於讓與人並非動產間接占有人之情形，在受讓人取得動產之占有之前，根本並未存在任何權利外觀，既然受讓人並無任何應予保護之信賴，自尚無適用善意取得之餘地，故實不應採取甲說或乙說之見解。

至於丙說雖然亦已意識到，讓與人並非間接占有人時，在受讓人尚未取得占有前，實欠缺權利外觀，故丙說亦要求應以受讓人取得占有為限，始能善意取得，就此而言，值得贊同。但丙說於下述兩點，卻係過度地限縮受讓人善意取得之可能，故此說亦不可採。詳言之，丙說認為：(1)於讓與人「為間接占有人」時，仍以受讓人取得直接占有為必要；(2)於讓與人非為間接占有人時，以受讓人取得「直接占有」為必要。查於前者，讓與人既然為間接占有人，則其已具有占有之權利外觀，自無庸再求諸於讓與人之使取得占有之力以作為受讓人之信賴基礎；至於後者，讓與人非為間接占有人時，雖然應以讓與人之使取得占有之力作為受讓人之信賴基礎，但此說卻以受讓人取得直接占有為限，而不承認取得間接占有之受讓人能善意取得，關於此項結論之不當，前已多次述及，於此茲不

<sup>145</sup> Hütte/Hütte/Schmidt，同註25，Rn. 520; Soergel-Henssler，同註31，§ 934 Rn. 14; Staudinger-Wiegand，同註10，Vorbemerkungen zu §§ 932-936，Rn. 18.

贅述。

## 肆、案例解析（代結論）

### 一、手錶詐欺案

查於【手錶詐欺案】，當事人甲乙丙間實屬縮短給付之法律關係，亦即雖然系爭手錶係由乙之受僱人丁直接交付與甲，但買賣契約與物權行為係分別成立於乙丙與丙甲之間，此自本案判決表示：「乙既於受丙詐欺後1年內，即寄送存證信函與丙，撤銷系爭債權及物權行為，並經丙收受，有該存證信函可佐，是乙與丙間物權行為視為自始無效」以及「丙無權處分系爭手錶與甲」等語即可知，本文認定法律關係成立於乙丙與丙甲之間，亦即本案係屬縮短給付之法律關係，此項認定並無違誤。

惟如本文前述，丁雖係因丙之「指示」始將該錶「交付」與甲，但其所涉法律關係實與民法第761條第3項所稱之「指示交付」無涉<sup>146</sup>，因此本案判決以學說與實務見解均肯認指示交付能生善意取得之效果為由，判定丙指示丁將系爭手錶交付與甲時，甲已善意取得該錶所有權，其說理即有所不當。

然應說明者係，本案雖然與以指示交付之方式讓與動產所有權無關，但正如本案判決所述，既然乙已因受詐欺而依民法第92條第1項本文行使其撤銷權，故乙丙間自始不存在該錶之動產物權行為，換言之，丙已溯及喪失系爭手錶之所有權，因此丙與甲就該手錶所為之動產物權行為，依民法第118條第1項係屬效力未定，則善意且無重大過失之甲能否依民法第801條與第948條之規定善意取得手錶所有權？

有關於此，德國實務見解表示肯定，其理由在於，既然不占有標的物之無權處分人已使第三人將其動產交付與受讓人，衡諸善意

<sup>146</sup> 請參閱貳、讓與返還請求權以代交付（指示交付）。

取得之立法目的，自應使受讓人善意取得動產所有權<sup>147</sup>。此項見解亦為我國學者所贊同，蓋其認為善意取得之權利表徵，並不在於讓與人之占有本身，而在於受讓人取得占有之實現，故受讓人既已取得標之物之占有，當應肯定其能善意取得<sup>148</sup>。

上開見解，將善意取得制度之重心，置於讓與人之使取得占有之力，而與本文所採見解不謀而合，誠值贊同。實則，不論是否支持本文所採之丁說，於【手錶詐欺案】均應肯定甲能善意取得手錶所有權才是。蓋若本案並非出於縮短給付，亦即若丁並未基於丙之指示而將手錶交付與甲，而係直接將手錶交付與丙，待甲丙二人步出店外後，丙始將該錶交付與甲，則因現實交付而受讓手錶占有之甲，能依民法第801條與第948條善意取得手錶所有權並無任何爭議，然甲究竟係於店外始因丙之交付而取得系爭手錶，抑或係於店內即因丙之指示與丁之交付而取得系爭手錶，並無實質差異，甚至可說是僅係出於偶然，因此若認為僅於前者情形，甲始能善意取得手錶所有權，於後者則否，此項見解即不足採。從而本案判決雖然誤認系爭案例事實之縮短給付為指示交付，因此實有不當，但其認為甲能善意取得動產所有權之結論，則屬正確<sup>149</sup>。

## 二、讓與事實上不存在之返還請求權案

查於【讓與事實上不存在之返還請求權案】，因法院認定丙戊間並未以訂立契約之方式使戊取得系爭器具之間接占有，故戊對丙就該器具其實並無任何返還請求權，因此戊欲以指示交付之方式將系爭器具所有權讓與於甲，實係讓與事實上不存在之返還請求權，此時甲能否善意取得器具所有權，其結論將因採取不同學說而有所區別。

按甲說認為，受讓人得因讓與人讓與返還請求權而善意取得動

<sup>147</sup> 王澤鑑，同註7，頁608-609。

<sup>148</sup> 王澤鑑，同註7，頁609。

<sup>149</sup> 關於本案甲能善意取得系爭手錶所有權之結論，尚與民法第92條第2項之規定有關，併予說明。

產所有權，惟本案戊事實上並未對丙有任何返還請求權，故戊將該事實上不存在之返還請求權「讓與」於甲時，得否認為係屬民法第761條第3項所稱之「讓與返還請求權」，將成為甲說見解下，甲能否善意取得器具所有權之關鍵，但因採取此說之論者並未就此表示意見，故甲是否能依此說而善意取得器具所有權，尚不得而知。

至於乙說雖原則上同意甲說之主張，認為讓與人於讓與返還請求權與受讓人後，受讓人即能善意取得動產所有權，但此說尚認為，若讓與人對第三人並無任何返還請求權，受讓人即例外地不能善意取得動產所有權。查本案戊既然事實上並未對丙有任何返還請求權，因此戊對於與丙成立租賃契約而受讓直接占有之乙，亦無任何返還請求權<sup>150</sup>，因此若採乙說，甲絕無善意取得系爭器具所有權之可能。惟可資注意者係，既然乙說是在原則上同意甲說主張之前提下，設有前揭例外，則於讓與事實上不存在之返還請求權的案例，依甲說似應解釋為係屬已「讓與返還請求權」而能善意取得之情形，蓋若讓與事實上不存在之返還請求權並非「讓與返還請求權」，則受讓人本無善意取得動產所有權之餘地，乙說即無必要在肯定甲說主張之前提下，設有此種例外而認為受讓人不能善意取得動產所有權。

再者，丙說則認為，讓與人以指示交付之方式讓與動產所有權時，應以受讓人取得動產之直接占有為限，始能善意取得。查本案因甲未曾取得系爭器具之直接占有，故依丙說甲不能善意取得該器具之所有權。不過丙說與乙說仍有不同，蓋依乙說，甲係絕無善意取得之可能，但若採丙說，僅是甲目前不能善意取得而已，倘若未來甲能取得器具之直接占有，且迄至當時甲仍屬善意，例如（例9）：設本案丙並未積欠乙債務，故乙於2年租期屆至後願意返還系

<sup>150</sup> 按本案若丙戊間有以訂立契約之方式使戊取得系爭器具之間接占有，例如因訂立使用借貸契約而使戊對丙有借用物返還請求權，則於丙將系爭器具出租並交付與乙後，即能成立多階層之間接占有。關於多層次之間接占有，請參閱王澤鑑，同註7，頁552-553；鄭冠宇，同註9，頁731-732。



爭器具之占有，但因丙對乙稱其已將器具所有權讓與戊，但乙要交付器具與戊時，戊又稱其已將器具所有權轉讓與甲，故乙遂將器具交付與當時仍屬善意之甲時，如採丙說，甲即能善意取得器具所有權。

若依本文所採之丁說，讓與人非為動產之間接占有人者，限於受讓人已自第三人取得動產之占有，其始能善意取得動產所有權。查本案因甲未曾取得系爭器具之占有，故依丁說甲不能善意取得該器具之所有權。但類同於丙說者係，甲僅是目前不能善意取得而已，倘若於前揭例9（例10）：設乙於2年租期屆至後因仍有繼續使用系爭器具之必要，故願與器具所有人繼續訂立租賃契約，若乙因丙與戊先後之告知，故認為現在器具所有人應為甲，遂與甲成立租賃契約，並因而使甲成為器具之間接占有人時，甲即得依民法第761條第3項、第801條與第948條第1項善意取得器具所有權。

且自前揭舉例可知，不論甲最終係取得器具之直接占有（例9）或間接占有（例10），其占有之取得均係本於戊告知乙其已將器具所有權讓與甲所致，因此鑑於甲對於戊使取得占有之力的信賴，尤其本案既然乙早於88年6月1日即已承租並取得系爭器具之直接占有，故甲於同年11月4日與戊成立買賣契約並以指示交付之方式受讓器具所有權時，可能已經知悉系爭器具現由乙占有中，其之所以仍願與戊交易，很可能即係因戊向甲表示，該器具係由其使用借貸與丙後，丙再轉租與乙，故於租期屆滿後，乙即會返還系爭器具，換言之，甲之所以願與戊以指示交付之方式成立物權行為，就是因為信賴戊之使取得占有之力，故僅須其嗣後確實取得器具之占有，並於斯時仍屬善意，其信賴即應受保護，至於甲不論係於前揭例9取得器具之直接占有，抑或於前揭例10而僅取得器具之間接占有，就甲信賴戊之使取得占有之力而能善意取得之角度以觀，實際上並無區別，因此若採丙說而認為，甲僅於例9始能善意取得器具所有權，於例10則否，此項區分即無憑據。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- 王澤鑑，民法物權，2011年2版，臺北：王慕華。
- 王澤鑑，不當得利，2019年，臺北：王慕華。
- 史尚寬，物權法論，1963年，臺北：史吳仲芳、史光華。
- 吳光明，新物權法論，2009年，臺北：三民。
- 邱玟惠，民法物權逐條釋義，2020年6版，臺北：元照。
- 姚瑞光，民法物權論，2011年，臺北：自刊。
- 倪江表，民法物權論，1954年，新北：正中書局。
- 陳自強，民法第九百四十八條動產善意取得之檢討，收錄於：蘇永欽編，民法物權爭議問題研究，頁301-314，1999年，臺北：五南。
- 張永健，動產所有權善意取得，收錄於：社科民法釋義學，2020年，臺北：新學林。
- 楊宏暉，動產所有權善意取得制度之比較與再檢討，臺大法學論叢，41卷4期，頁1743-1818，2012年12月。
- 溫豐文，占有改定與善意取得，台灣本土法學雜誌，85期，頁188-190，2006年8月。
- 劉昭辰，不當得利：第一講——給付之概念，月旦法學教室，18期，頁73-82，2004年4月。
- 劉昭辰，不當得利：第三講——三人給付關係之不當得利，月旦法學教室，22期，頁54-63，2004年8月。
- 蔡明誠，現實交付與返還請求權之讓與，台灣本土法學雜誌，18期，頁165-169，2001年1月。
- 鄭玉山，占有改定、指示交付與善意取得——自受讓占有外觀之省思，台灣法學雜誌，134期，頁21-76，2009年8月。
- 鄭冠宇，民法物權編修正系列研討會之三：占有的相關法律問題之探討，月旦法學雜誌，66期，頁107-133，2000年11月。
- 鄭冠宇，民法物權，2020年10版，臺北：鄭若慈。
- 謝在全，民法物權論（上），2014年6版，臺北：自刊。
- 謝在全，民法物權論（上），2020年7版，臺北：自刊。

顏佑紘，動產物權變動，裁判時報，94期，頁49-72，2020年4月。

## 二、德文部分

*Bamberger/Roth-Bearbeiter* (2012), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 §§ 611-1296 AGG · ErbbauRG · WEG, 3. Aufl., München. (zit.: Bamberger/Roth-Bearbeiter, 3. Aufl., 2012, § ... Rn.)

*Erman-Bearbeiter* (2017), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG, Bd. 2 §§ 762-2385, 15. Aufl., Köln. (zit.: Erman-Bearbeiter, 15. Aufl., 2017, § ... Rn.)

*HKBGB-Bearbeiter* (2012), Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 7. Aufl., Baden-Baden. (zit.: HKBGB-Bearbeiter, 7. Aufl., 2012, § ... Rn.)

*Hütte, Felix/Hütte, Marlena/Schmidt, Rolf* (2019), Sachenrecht I, 8. Aufl., Grasberg bei Bremen.

*Jauernig-Bearbeiter* (2011), Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), 14. Aufl., München. (zit.: Jauernig-Bearbeiter, 14. Aufl., 2011, § ... Rn.)

*Müller, Klaus/Gruber, Urs Peter* (2016), Sachenrecht, München.

*Münchener Kommentar-Bearbeiter* (2004), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6 Sachenrecht §§ 854-1296, München. (zit.: MüKoBGB-Bearbeiter, 4. Aufl., 2004, § ... Rn.)

*Münchener Kommentar-Bearbeiter* (2020), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8 Sachenrecht §§ 854-1296, München. (zit.: MüKoBGB-Bearbeiter, 8. Aufl., 2020, § ... Rn.)

*Palandt-Bearbeiter* (2019), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 78. Aufl., München. (zit.: Palandt-Bearbeiter, 78. Aufl., 2019, § ... Rn.)

*Prütting, Hanns* (2017), Sachenrecht, 36. Aufl., München.

*PWW-Bearbeiter* (2012), Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 7. Aufl., Köln. (zit.: PWW-Bearbeiter, 7. Aufl., 2012, § ... Rn.)

*Soergel-Bearbeiter* (2002), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz

und Nebengesetzen, Bd. 14 Sachenrecht 1 §§ 854-984, 13. Aufl., Stuttgart.  
(zit.: Soergel-Bearbeiter, 13. Aufl., 2002, § ... Rn.)

*Staudinger-Bearbeiter* (2017), J. von Staudingers Kommentar zum  
Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch  
3: Sachenrecht §§ 925-984; Anhang zu §§ 929-931 (Eigentum 2 - Erwerb  
und Verlust des Eigentums), Berlin. (zit.: Staudinger-Bearbeiter, 2017,  
§ ... Rn.)

*Vieweg, Klaus/Werner, Almuth* (2018), Sachenrecht, 8. Aufl., München.

*Westermann, Harm Peter/Staudinger, Ansgar* (2017), Sachenrecht, 13. Aufl.,  
Heidelberg.

*Wolf, Manfred/Wellenhofer, Marina* (2019), Sachenrecht, 34. Aufl., München.

# The Transferee in Good Faith Acquire a Personal Property via Assignment of Claim for Possession

Yu-Hung Yen\*

## Abstract

Whether the situation that a transferor without title of disposition transfers the property via assignment of claim for possession apply to good faith acquisition, in Taiwan, there are three opinions related to above dispute. One is that “transfer of the claim for restitution shall apply to good faith acquisition”, another is that “adjustment of the transfer of the claim for restitution shall apply to good faith acquisition”, and the other is that “only receives delivery could apply to good faith acquisition”. However, this paper adopts the opinion that “distinguish situations”. This opinion means that the elements of the transferee in good faith acquire personal property depend on transferor without title is indirect possessor or not. In other words, if the transferor is indirect possessor, the transferee in good faith could acquire personal property when transferor transfers the claim for restitution to the transferee. However, if the transferor is not indirect possessor, only when the transferee has acquired possession from the

---

\* Assistant Professor, College of Law, National Taiwan University. Email: yhyen@ntu.edu.tw

third party and still be in good faith shall transferee acquire personal property.

**Keywords:** assignment of claim for possession, transfer of the claim for restitution, good faith acquisition, shortened delivery



【研究論文】

# 企業併購法第27條第14、15項規定 之適用爭議

## ——兼論違反其規定時之股份表決權 行使的認定問題

黃銘傑\*

### 要 目

- 壹、前 言
- 貳、企業併購法第27條第14、15項與證券交易法第43條之1第1項之比較
- 參、「為併購目的」構成要件之解析
  - 一、證券交易法第43條之1第1項規定亦規範併購目的或行為
  - 二、「併購目的」之解釋應從「功能」取向著手
- 肆、「單獨或與他人共同」構成要件之解析
  - 一、「單獨」取得
  - 二、「共同」取得
- 伍、「無表決權」效果之實際運用
- 陸、結 語
- 三、證券交易法上「消極性投資人」概念之啟示

---

\* DOI: 10.7003/LASR.202109\_(7).0002  
國立臺灣大學法律學院特聘教授。



## 摘 要

於立法過程中未能詳盡辯論且未記載其立法理由之企業併購法第27條第14、15項規定，最近因被使用於公司經營權爭奪戰中，而凸顯其問題點。本文針對該等規定中之「為併購目的」、「取得」及違法取得股份時之無表決權等要件及效果，從功能取向之觀點，並藉由現行證券交易法第43條之1第1項之比較法研究成果，闡明該等構成要件應有之解釋、適用內涵。與此同時，針對違反該等規定所取得股份之無表決權的法律效果，則涉及其無表決權一事應「由誰認定」、「何時認定」等問題。本文則主張倘若未能於股東會前向法院聲請假處分停止其表決權的行使，則於股東會會議上，系爭無表決權股份依法其認定權限在於股東會主席，股東會主席就此應善盡其注意義務，決定該等股份表決權之有無。倘若股東會主席未能善盡其注意義務，嗣後導致該股東會決議因決議方法瑕疵而遭股東起訴撤銷時，自應因其注意義務之違反而負有損害賠償責任。

**關鍵詞：**公司法、共同持有股份、企業併購法、股東會、股東會主席、消極性投資人、實質受益人、證券交易法、釋字第568號

## 壹、前言

2020年6月30日大同股份有限公司股東常會上，會議主席以相關股東持有股份違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例第73條及企業併購法（以下稱「企併法」）第27條第14、15項規定為由，當場剔除該等股東持有股份表決權之行使，引發社會大眾一片譁然<sup>1</sup>。質疑為何原本是規範企業併購之法律規定，卻可被利用作為阻礙股東合法行使其權利之工具？在大同公司經營權爭議已告一段落之際，當有必要回過頭來再次省思企併法第27條第14、15項規定之規範目的及意旨，特別是其構成要件中「為併購目的」、「取得」股份等，應如何解釋方能契合其規範目的。此外，當同條第15項規定「違反前項規定取得公開發行公司已發行有表決權之股份者，其超過部分無表決權。」時，股東會主席是否得自行據此認定該等股份無表決權，故於股東會現場上直接剝奪其表決權的行使？凡此種種，當有必要加以釐清，避免未來再有類似爭議發生。

毋庸贅言，隨著國際上企業併購的風起雲湧，我國企業界近年來亦興起一股併購風，希冀藉由併購方式積極擴大營業規模及事業版圖、從事多角化經營，以實現規模經濟（Economy of Scale）及範疇經濟（Economy of Scope），強化其國際競爭力。惟與此同時，從國外私募股權基金（Private Equity Fund）或併購基金（Buyout Fund）時而被詬病其併購目的僅是為短線操作及獲利，未有基於長期眼光、協助企業永續發展之弊端<sup>2</sup>，亦可窺知，並非所有併購皆有

<sup>1</sup> 有關該次大同公司股東會及董事改選之沿革及法律爭議概要，參照陳連順，從大同公司經營權爭奪事件談少數股東的股東會召集權，月旦會計實務研究，34期，2020年10月，頁60-67。

<sup>2</sup> See, e.g., SEBASTIEN CANDLERLE, THE GOOD, THE BAD AND THE UGLY OF PRIVATE EQUITY: SUCCESS AND FAILURE IN BUYOUT LAND 85-187 (2018); Martin Lipton, *The Threat to Shareholders and the Economy from Activist Hedge Funds*, HARV. L. SCH. F. CORP. GOVERNANCE & FIN. REG. (Jan. 14, 2015), available at: <http://corp.gov.law.harvard.edu/2015/01/14/the-threat-to-shareholders-and-the-econo>

利於企業發展，部分併購可能僅是著眼於企業本身擁有的營業秘密、政府採購權益、土地等不動產價值、甚或鉅額的現金流量，而炒作短線實施併購。鑑於企業併購之國際潮流，為確保企業併購得以帶來的正面效益，同時盡量降低其可能產生的負面成本，我國政府於2002年2月特制定企併法，以創造健全的併購環境並維護併購秩序。其後，在2004年修正部分條文，並於2015年7月進行全面修正，以因應國內外企業併購潮流及趨勢的變化。

2015年企併法修正過程中，絕大多數修正條文係由主管機關提出，並經過產官學的密集討論及研商，各界對於該等條文較有共識且立法目的清晰，爭議不多。惟其中第27條第10項至第15項等6項條文因未見於原行政院所提修正草案中，致使不僅未能於草案階段諮詢產官學各界，且於立法過程中未能有重大辯論，立法理由竟然也只記載一句：「增列第十項至第十五項，照黨團協商條文通過。」結果導致，由於該等條文立法目的、意旨不明，立法理由說明亦無法提供其構成要件之解釋指引，而使得適用時無法避免其爭議之發生。其中，爭議最大者，當在於本文探討對象之第14、15項兩項條文！蓋其規範內容與證券交易法（以下稱「證交法」）第43條之1第1項規定，有大幅重疊、重複規定之處，二者間的規範關係為何，引發不少爭議；且其中第15項又規定證交法第43條之1第1項所未明示的法律效果，就此實務上應如何運作，亦無法參照證交法過去施行經驗，解決其適用上可能發生之爭議。有鑑於此，本文嘗試從與美國、英國及日本等國之比較法研究，探討企併法第27條第14項、第15項最有可能引發爭議之「為併購目的」、「單獨或與他人共同」取得公開發行公司股份、違法效果之「無表決權」等構成要件及效果之解釋及運用。

## 貳、企業併購法第27條第14、15項與證券交易法第43條之1第1項之比較

依據金融監督管理委員會（以下稱「金管會」）108年10月9日金管證交字第1080360509號令第1點「依據企業併購法第二十七條第十四項規定，為併購目的取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十者，取得股份應行申報之事項，準用『證券交易法第四十三條之一第一項取得股份申報辦法』規定。」可以窺知，企併法第27條第14項與證交法第43條之1二者間之密切關係，從而依據前者規定應申報事項，方可無所窒礙準用後者申報辦法之規定。實際上，將企併法第27條第14項立法當時二條條文規定對照比較如下面表後<sup>3</sup>，即可清楚知悉，二條條文不同之處主要有二：一、前者於條文開頭即開宗明義將其規定限縮適用於「為併購目的」<sup>4</sup>，後者雖然無此限縮，但其條文中要求必須申報其「取得股份之目的」，解釋上理當包含倘若股份取得係為併購目的所為，則應行就此加以申報；二、企併法第27條第14項並未將其行為主體加以標明，而係使用「依本法規定」取得，惟根據同條第10項「為併購目的而取得任一公開發行公司已發行股份總額百分之十以下之股份者，得以不公開方式先行單獨或與他人共同為之。」規定內容可知，所謂「依本

<sup>3</sup> 惟須注意者，證交法2019年4月部分條文修正，將第43條之1第1項修正為：「任何人單獨或與他人共同取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份者，應向主管機關申報及公告；申報事項如有變動時，亦同。有關申報取得股份之股數、目的、資金來源、變動事項、公告、期限及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」立法理由說明，本次修正目的在於「為有效落實大量取得股權及其異動之管理，並符合法律授權明確性，修正第一項，明定取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份者，應向主管機關申報及公告，並授權主管機關訂定相關應遵行事項之辦法。」由此可知，該次修正重點在於遲來的回應司法院釋字第586號解釋，對於依據該項規定授權所定辦法違憲的回應，故而強調「法律授權明確性」為其本次修正之立法理由。職是，雖然條文內容有形式上的變動，但其實質規範目的及意涵，則無不同。

<sup>4</sup> 有關「併購目的」構成要件之分析，參照本文後述參。

法規定」者，係指「單獨或與他人共同」取得之意，而與證交法第43條之1第1項規定之行為主體概念，完全相同。由此可知，二條規定其規範意旨、內容、手法，幾乎一樣；若謂有所不同之處，當在於企併法第27條第15項明確規定出違反第14項之法律效果<sup>5</sup>。故而縱令於2019年4月證交法第43條之1第1項修正後，前述金管會108年10月9日金管證交字第1080360509號令第1點，依舊維持該會過去一貫見解，認為依據企併法第27條第14項應為申報之事項，應繼續準用證交法第43條之1第1項之申報辦法。

**企業併購法第27條第14項與證券交易法第43條之1第1項  
(2019年4月修正前)之比較表**

企併法第27條第14項	證交法第43條之1第1項
為併購目的，依本法規定取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份者，應於取得後十日內，向證券主管機關申報其併購目的及證券主管機關所規定應行申報之事項；申報事項如有變動時，應隨時補正之。	任何人單獨或與他人共同取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份者，應於取得後十日內，向主管機關申報其取得股份之目的、資金來源及主管機關所規定應行申報之事項；申報事項如有變動時，並隨時補正之。

資料來源：作者自行編製

於此認知下，在企併法第27條第14項立法理由僅記載「照黨團協商條文通過」的情況下，該項規定相關構成要件之解釋，就必須參照與其規範內容、立法意旨相近的證交法第43條之1第1項相關構成要件的解釋。特別是，在「黨團協商」下所制定的企併法該條項規定，或係因為我國「黨團協商」獨一無二的特色，而使得在比較法上，幾乎未見其他國家企業併購法制規範有類似規定的存在，而胥將其規範任務一併付託給相當於我國證交法第43條之1第1項之規定。因此，於參考其他國家法制施行經驗，提供我國企併法第27條

<sup>5</sup> 關於企併法第27條第15項法律效果規定之分析，參照本文後述伍。

第14項構成要件解釋之參酌時，亦必須求助於該國相當於我國證交法第43條之1第1項的學說及實務運作經驗。

基於上述認識，本文以下嘗試藉由美、英、日等國相關規定之施行經驗，釐清我國企併法第27條第14項經常引起爭議之「為併購目的」、「單獨或與他人共同」二項要件之正確意涵。

### 參、「為併購目的」構成要件之解析

#### 一、證券交易法第43條之1第1項規定亦規範併購目的或行為

或許，依舊會有論者質疑，利用證交法第43條之1第1項的解釋經驗，作為企併法第27條第14項相關構成要件解釋之參酌，難謂妥適，蓋企併法該條項規定，係專門「為併購目的」而設，而與證交法上開條項立法規範意旨，顯有差異。惟此種見解，實係忽略證交法第43條之1第1項之立法目的。證交法該條項1988年1月原始制定之立法理由謂：「美國證券交易法第十三條第四項之規定，任何人單獨或與他人共同取得某一證券超過發行股數百分之五者，應於取得後十日內向證券交易所、發行公司、證管會等提出說明書，說明其資金、取得證券之目的、取得人之背景等資料，為使主管機關及投資人能了解公司股權大量變動之來由及其趨向，亦是『完全公開』原則之發揮。」

就此立法理由，參與該次法律修正草案擬定之賴英照教授，於其著作中，如此說明：「本條第一項係仿自美國一九三四年證券交易法第十三條第四項。該條規定之目的在於使取得公司相當比例股份之人，負公開相關資訊之義務，因而使發行該股份之公司、證券交易所及證管會均知悉該項取得股份之事實。一方面，發行公司可預作準備，以因應股權變動所可能導致的公司控制權變動。另一方面，投資大眾（包括公司股東）及主管機關也瞭解公司經營權及公司股價可能產生的變化。」<sup>6</sup>從該段敘述一再強調「控制權變動」、

<sup>6</sup> 賴英照，證券交易法逐條釋義——第四冊，1991年，頁289。

「經營權變化」，已可知悉，證交法第43條之1第1項最重要的規範目的當在於，藉由該項規定申報義務之履行，令包含發行公司、投資人及主管機關在內的利害關係人，瞭解到未來公司經營權或控制權或將產生重大變動，而有必要及早思考因應措施。正是基於同樣的認識，最高行政法院自其92年度判字第810號判決以來，即一再說明該條項規定立法目的在於：「為使公開發行公司股權發生重大變化時，其資訊能即時且充分公開，使證券主管機關及一般投資人能瞭解公司股權大量異動的情況、未來公司經營權可能發生之變化及經營決策是否連帶發生重大改變。」<sup>7</sup>

由此可知，繼受美國1934年證券交易法第13條第4項之我國證交法第43條之1第1項規定，其規範目的及意旨實際上，亦與其所繼受之美國證交法相對應規定一樣，在於藉由此種申報義務，事先得知可能具有併購目的之人未來可能繼續購入股份或其他採取爭奪經營權之舉動，俾令發行公司、投資人及主管機關即早得知此等訊息，進而採取適當的因應措施。若此，則該條項規定最重要之規範目的，實亦與企併法第27條第14項係針對「併購目的」而設，有著異曲同工之趣；縱令無企併法該項規定的制定，法理及實務運作上理當亦可藉由證交法第43條之1第1項，達成同樣的規範目的。或許，在證交法第43條之1第1項已有明文規定的情況下，立法者又不憚重複規範於企併法中，其真正目的或在於藉由該法第27條第14項規定，導引出證交法上開條項所無的企併法第27條第15項之「無表決權」的法律效果。

## 二、「併購目的」之解釋應從「功能」取向著手

無論如何，既然有此「為併購目的」之構成要件的明文存在，當有必要就此加以解析，釐清其真意。過去，大多數國家法制習慣

<sup>7</sup> 同樣的說明內容，尚可參照最高行政法院100年度判字第1141號判決、臺北高等行政法院99年度訴字第574號判決、臺北高等行政法院99年度簡字第483號判決等。

於設定一明確的持股比例數字，作為認定企業併購目的及作為行為之有無，例如我國公司法關係企業專章第369條之2第1項即規定：「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。」同樣地，公平交易法（以下稱「公平法」）第10條第1項第2款以「持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份總數或資本總額三分之一以上」，作為該法事業結合的類型之一。金融控股公司法第4條第1項第1款則將「持有一銀行、保險公司或證券商已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五，或直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事」，定義為該法所稱之「控制性持股」。

然而，此種以持有一定數量、比例股份或擁有一定席次董事，作為界定併購目的或行為有無之規範方式，雖於相當程度上確保法律適用的明確性及可預測性，但卻不僅可能誘發當事人，以略低於該等比例或數量等方式規避法律的適用，致大幅減損其規範實效性；再者不同產業類型、發展階段、以及產業結構集中程度等的不同，亦會對於究竟應擁有多少持股比例，方能有效遂行併購目的，具有不同影響<sup>8</sup>。基於此種認識，最近世界各國關於企業併購或結合所採取的定義方式，或廢除原有一定數量或比例之規範方式而改採（或與該方式一併同時採用）所謂的「功能取向」（Functional Ap-

<sup>8</sup> 此外，不應以形式的持股比例作為是否該當於結合定義或類型的理由之一，在於近年來各國公司法及其他企業組織法制，皆容許股東間得以章程或契約設計其公司經營權或控制權的歸屬。例如，擁有嶄新理念及想法但卻缺乏資金的創業者，可以與創投基金等約定，由創投基金投資並取得公司過半數的股份，但董事會過半數席次及實際負責經營之人，仍由創業者所掌握。於此情形下，過半數甚至3分之2以上的持股，亦不能表示該當股東已可左右公司決策而得控制公司。我國公司法2018年7月修正新增第157條第1項第5款「特別股股東被選舉為董事、監察人之禁止或限制，或當選一定名額董事之權利」之特別股類型，亦已容許此種以章程或契約約定公司控制權歸屬或轉換之作法。



proach) 之規定方式<sup>9</sup>。於此功能取向規範方式下，是否存在企業併購或結合，其判斷基準在於當事人一方對他方是否擁有「實質影響」(Material Influence)、**「決定性影響」**(Decisive Influence) 或**「重大影響」**(Significant Influence) 等因素<sup>10</sup>。亦是於此認知下，我國公司法關係企業專章方於第369條之2第1項以一定持股比例定義關係企業後，隨及於同條第2項做出「公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者亦為控制公司，該他公司為從屬公司。」之功能性定義；同樣地，公平法第10條第1項亦於同條項第2款的一定持股比例外，復於第5款規定「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之企業結合定義。

實則，不僅公司法、公平法有關企業併購或企業結合規範，早已跟進世界法制規範潮流，引進此種功能取向之定義方式，企併法第27條第10項至第15項整體立法，亦蘊含此種功能取向概念。由企併法該條第10項規定：「為併購目的而取得任一公開發行公司已發行股份總額百分之十以下之股份……」已可知悉，該法所稱「併購目的」並不限定於同條第14項規定所要求取得任一公開發行公司10%以上股份，方始該當，縱令是取得該公開發行公司10%以下，亦有存在「併購目的」之可能。由此可知，企併法並非以10%股份取得或持有門檻之滿足與否，作為界定「併購目的」之有無。鑑於「目的」本身的未來取向性質，縱令迄今僅取得5%或6%之股份，亦非不可綜合相關當事人股份取得前、後各種行為、事實、間接證據等的判斷，再藉由「實質影響」、「決定性影響」或「重大影響」等基準，認定其「併購目的」之存在與否。例如，歐洲執行委員會即曾認為，當一方當事人取得他方當事人5%~20%之股份時，若綜合該當股份是否令取得人擁有事實上阻礙多數決議之地位 (de facto blocking minority)、取得他方當事人董事會席次或接觸到其商業敏

<sup>9</sup> See generally OECD COMPETITION COMMITTEE, DEFINITION OF TRANSACTION FOR THE PURPOSE OF MERGER CONTROL REVIEW 12-14 (2013).

<sup>10</sup> 同前註，頁15-16。

感性資訊等因素，亦得認定實質影響力之存在，而認定其間存在併購或結合關係<sup>11</sup>。

### 三、證券交易法上「消極性投資人」概念之啓示

如前所述，我國證交法第43條之1第1項係仿自美國1934年證券交易法第13條第4項，其規範目的及意旨實際上亦繼受之，而美國證券管理委員會（Securities and Exchange Commission, SEC）依據1934年證券交易法第13條第4項訂定之授權法規，對於該當於該條項規定之「控制」定義如下：「The term “control” (including the terms “controlling,” “controlled by” and “under common control with”) means the possession, direct or indirect, of the power to direct or cause the direction of the management and policies of a person, whether through the ownership of voting securities, by contract, or otherwise.」<sup>12</sup>在美國著名的*KN Energy, Inc. v. Gulf Interstate Co.*<sup>13</sup>一案中，雖然被告依據1934年證券交易法第13條第4項所提出之申報中，說明其取得股份之目的係為「投資」之用，而非為「控制」或「併購」目的。惟法院根據下列3點事實，判決認定被告有控制之目的存在：(一)有報導指出，被告有意發動委託書爭奪戰（a proxy fight），取得原告公司一席或二席以上董事席次；(二)被告曾與原告公司前董事接觸，討論何種方式才是可以取得原告公司董事席次的最佳方法；(三)從被告所提出之文件可以得知，被告曾就如何取得「控制」、爭取原告公司董事席次等，討論過各種不同方案<sup>14</sup>。

由上可知，當一方當事人取得他公開發行公司股份之目的，不僅止於純粹財務性投資，而是有意進一步藉此取得該公開發行公司董事席次、進入該公司董事會時，即滿足所謂控制或「併購目

<sup>11</sup> European Commission, White Paper: Towards More Effective EU Merger Control, COM (2014) 449 final, at 13.

<sup>12</sup> See SEC Regulation 12B, 17 C.F.R. § 240.12b-2.

<sup>13</sup> 607 F. Supp. 756, 768-769 (D. Colo. 1983).

<sup>14</sup> 同前註，頁767-769。

的」；故於依據證交法第43條之1第1項規定提出申報時，應確實記載其取得股份之目的為「控制」或「併購」目的，而非「投資」。實務運作上，美國SEC為解決此種控制或併購目的之爭議並減輕當事人之申報義務負擔，發展出所謂「消極性投資人」(Passive Investors)的概念。當股份取得人符合下列三項條件時，即可視為消極投資人而免除其申報義務：(一)其有價證券之持有並非基於更迭或影響發行人經營權之目的所為(或具有如此效果)；(二)該人並非適格之機構投資人；(三)該人所直接或間接實質所有之同種有價證券比例並未超過20%<sup>15</sup>。由此可知，倘若申報人認為(且實際上)其股份持有，並未有控制或影響他公開發行公司經營權之目的、或可能發生此種影響其經營權效果，則可於主張自己為「消極性投資人」後，免除此種義務。惟如同前述*KN Energy, Inc. v. Gulf Interstate Co.*一案判決所示，於當事人取得股份之目的，係有意取得對方公司董事席次、以進入對方公司董事會時，即已脫離消極投資人身分，而具有積極意圖、滿足「控制」或「併購」之要件。

實則，我國實務運作上，亦曾出現類似於上述消極性投資人主張的案例。在2019年底至2020年初，喧嚷一時的大聯大投資控股股份有限公司計畫公開收購文曄科技股份有限公司已發行有表決權股份總數約5%~30%一案中，大聯大公司面臨上開股份取得，是否該當於前述公平法第10條第1項第5款「直接或間接控制他事業之業務經營或人事任免」之功能性控制或併購概念，而就系爭股份取得，有無向公平會事先申報之義務？該案中，公平會同意大聯大公司，若確實遵守其於當時公開收購說明書所提出純粹財務性投資之聲明及承諾，則可認定系爭公開收購並未該當於公平法所定義之結合。其聲明及承諾為：(一)文曄公司依法召集之股東會，大聯大公司均將依通知出席並參與表決；(二)在大聯大公司取得文曄公司股權後，將獨立行使股東權，不與任何第三人約定共同行使表決權，亦不自行

<sup>15</sup> See SEC Regulation 13D-G, Rule 13d-1(c).

向主管機關申請召集或與任何第三人共同協力召集股東會；(三)在大聯大公司取得文曄公司股權後，文曄公司依法召開之股東會，大聯大公司均不對外徵求委託書，取得超過大聯大公司持股以外之表決權；(四)大聯大公司對於文曄公司之持股，將維持不高於30%之股數，不再在資本市場加購文曄公司股票；(五)大聯大公司不會提名或參選文曄公司之董事<sup>16</sup>。

從以上敘述可知，企併法第27條第14項所稱「併購目的」，並不能單以當事人持有比例多寡為其判斷標準，而必須基於功能取向之規範理念，就系爭當事人取得股份前後各種主、客觀情事及相關直接、間接證據，加以綜合判斷。特別是，從美國法消極投資人概念及我國上述大聯大公司結合案之過程可知，當系爭當事人取得股份之目的已不僅止於單純的財務性投資，而係進一步有意取得他方公司董事席次、進入董事會，直接或間接影響經營權之策略決定或經營走向時，即可據此認定滿足「併購目的」之要求，而應依據企併法上開條項規定，負有向證券主管機關提出申報之義務。

### 肆、「單獨或與他人共同」構成要件之解析

如同前述（參照貳），企併法第27條第14項「依本法規定取得」，對照同條第10項規定可知其意為「單獨或與他人共同」取得，此與證交法第43條之1第1項「任何人單獨或與他人共同取得」之概念大致相同。此觀之企併法第27條第11項「前項所稱單獨為之，係指下列情形之一：一、以自己名義取得者。二、以符合證券交易法施行細則第二條所定要件之他人名義取得者。三、以符合國際會計準則或國際財務報導準則所稱之特殊目的個體名義取得

<sup>16</sup> 公平交易委員會109年1月15日新聞稿，有關大聯大投資控股股份有限公司公開收購文曄科技股份有限公司至多30%股份乙案，依現有事證及大聯大公司財務性投資等說明，尚不須向公平會申報結合，網址：<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=126&docid=16172>（最後瀏覽日期：2021年1月5日）。

者。」同條第12項「第十項所稱與他人共同為之，係指基於同一併購目的，數人間以契約、協議或其他方式之合意，取得公開發行公司已發行股份者。」等二項規定，除第11項第3款外，其他幾乎使用與證交法相關規定同樣用語或直接引用後者之規定，益加可以證明企併法上開各項規定於其立法之際，大幅參照證交法相關規定。從而，證交法該相關規定之學說或實務運作，當可直接作為解釋企併法相關規定要件之參考。以下即就企併法第27條第14項「單獨或與他人共同」要件，再細分為「單獨」取得及「共同」取得二者，加以探討之。

### 一、「單獨」取得

企併法第27條第11項規定：「前項所稱單獨為之，係指下列情形之一：一、以自己名義取得者。二、以符合證券交易法施行細則第二條所定要件之他人名義取得者。三、以符合國際會計準則或國際財務報導準則所稱之特殊目的個體名義取得者。」其中，第1款之「以自己名義取得」及第3款「以符合國際會計準則或國際財務報導準則所稱之特殊目的個體名義取得」二者，其構成要件相當明確，一般而言並無爭議；相對於此，第2款「以符合證券交易法施行細則第二條所定要件之他人名義取得」者，則有檢討空間。蓋依據證交法施行細則第2條規定：「本法第二十二條之二第三項所定利用他人名義持有股票，指具備下列要件：一、直接或間接提供股票與他人或提供資金與他人購買股票。二、對該他人所持有之股票，具有管理、使用或處分之權益。三、該他人所持有股票之利益或損失全部或一部歸屬於本人。」該細則規定所欲解釋之條文內容在於證交法第22條之2第3項「第一項之人持有之股票，包括其配偶、未成年子女及利用他人名義持有者。」從而，當金管會頒布之「證券交易法第四十三條之一第一項取得股份申報辦法」（以下稱「取得股份申報辦法」），其第2條規定「本辦法所稱任何人取得公開發行公司已發行股份，其取得股份包括其配偶、未成年子女及利用他

人名義持有者。」時，更可清楚得知，企併法第27條第11項第2款之以「他人名義取得」，有意利用證交法既存關於「以他人名義取得」之解釋及實務運作，作為其條文解釋、運作基礎。若此，則有必要釐清證交法關於「以他人名義取得」之解釋內涵，以作為企併法企併法第27條第11項第2款解釋、運用之參酌。觀之證交法施行細則第2條各款規定內容，其實際上乃係在於闡述外國證交法或洗錢防制法上所稱之「實質受益人」或「實質所有人」(Beneficial Ownership)概念<sup>17</sup>。金融機構防制洗錢辦法第2條第7款規定：「實質受益人：指對客戶具最終所有權或控制權之自然人，或由他人代理交易之自然人本人，包括對法人或法律協議具最終有效控制權之自然人。」惟其具體類型、內容為何，仍不甚清晰，從而有必要藉由外國法制的規範經驗，加以釐清。

於實務運作上，美、日、英等國證交法制實際上大多從此種實質受益人概念出發，界定相當於我國證交法第43條之1第1項規定之單獨取得或持有股份之內涵<sup>18</sup>，而得成為我國證交法、企併法相關條文，解釋、運用之參酌。

### (一)美 國

首先，前述美國1934年證交法第13條第4項第1款規定要求，任何人直接或間接取得上市（櫃）公司具股權性質的有價證券，而直接或間接成為擁有該類證券超過5%之「實質受益人」時，即負有申報義務。同條第7項規定則不以取得方式為前提，直接規定任何人直

<sup>17</sup> 我國洗錢防制法第7條第1項規定：「金融機構及指定之非金融事業或人員應進行確認客戶身分程序，並留存其確認客戶身分程序所得資料；其確認客戶身分程序應以風險為基礎，並應包括實質受益人之審查。」

<sup>18</sup> 筆者之前曾對於美、日、英等國證交法有關實質受益人概念，進行相當詳細的研究，參照黃銘傑，大量持股申報義務之比較研究——以美、日、英法制之實質所有及特別申報程序為中心，收錄於：公司治理與資本市場法制之落實與革新——邁向理論與實務融合之法制發展，2011年，頁290-339。本文無意就此再詳加敘述，僅在於本文相關的問題意識上，擷取該文相關敘述，並更新其中法令規定的修正，予以引述、說明。

接或間接擁有上市（櫃）公司具股權性質的有價證券超過5%而該當於「實質受益人」定義時，即負有申報義務。由此可知，所謂的持有並不以本人名義所有為限，亦包括藉由他人名義持有，但以本人之計算為之或對掛於他人名義下之股票其權利行使擁有指示權限等之人。

美國證管會頒布之Regulation 13D-G在Rule 13d-3，特別針對此一實質受益人之認定（Determination of Beneficial Ownership）方式，予以明文規定。依據該條第1項規定，所謂的實質受益人包含任何直接或間接以契約、協議（arrangement）、合意（under-standing）、特定關係（relationship）或其他方式，而1.擁有包括行使表決權或指示他人行使之表決權者，且／或2.擁有處分該當證券或指示處分該當證券等之投資權限者。同時，依據該條第2項規定，任何人若企圖直接或間接藉由信託、委託書、委任……等之計畫或謀略，規避大量持股申報制度適用者，其企圖使用此等計謀規避適用所減少之股票，亦應算入該人所持有部分。

## （二）日本

其次，日本金融商品交易法第27條之23第3項明文規定，負有申報義務之單獨持有人或實質受益人，包括：

1. 以自己名義或他人名義所有該當股票等有價證券者：解釋上以他人名義所有該當有價證券者，包括以本人之計算但卻利用他人名義或人頭等開戶或所有證券之實質所有類型，以及雖已完成交易但卻未過戶而以前手之名義所有之實質所有類型。
2. 基於金錢信託契約等之契約約定或其他法律規定，得以股東地位行使表決權或得指示表決權之行使而有控制該當公司之經營活動者：例如擁有可行使屬於信託財產之股票等的表決權或對其行使擁有指示權限者，當其亦具有控制該公司之經營活動時，即屬於此處之實質持有人類型。

3. 基於投資全權委託契約等之契約約定或其他法律規定，享有決定投資該當股票等有價證券之權限者：例如享有決定取得或處分屬於信託財產之股票等有價證券者，或基於投資全權委託契約而享有投資權限之投資顧問業者等。

由上可知，與美國證交法係透過授權，將實質所有人概念交由其證管會以行政命令將之具體化不同，日本金融商品交易法係直接於其法律位階中，明白且具體地規定出各種實質持有人類型，確立其適用法源基礎。

### (三) 英國

英國金融行為監理局（Financial Conduct Authority, FCA）所頒布之「資訊揭露指南及透明化規則」（Disclosure Guidance and transparency Rules），其第5章即是針對股份大量持有申報義務所為之「Vote Holder and Issuer Notification Rules」（以下稱「申報規則」）。申報規則5.2.1(a)至(h)將相當於實質受益人者，稱為「間接所有人」（Indirect Holder），並規定此種間接所有人可有以下各種類型：

- (a) 表決權由第三人所擁有，依據該人與第三人所達成之協議，促使雙方藉由表決權的共同行使而採行持續性的共同策略以管理發行人。
- (b) 表決權由第三人所擁有，並為系爭表決權行使之考量而為暫時之移轉而於雙方間達成協議。
- (c) 有表決權之股份係因作為擔保而交付該人，該人因而掌控此等表決權之行使並表示欲行使之意思者。
- (d) 有表決權之股份，乃是該人對此具有終身權益（life interest）關係者。
- (e) 該人控制於上述(a)至(d)之意義下被持有或被行使的表決權，或是於(f)或(h)之情形，該人因從事投資管理、控制管理公司或控制其他事業單位而持有或得行使表決權者。



- (f) 有表決權之股份係存入該人帳戶，且當欠缺股東之特別指示時，該人可依其裁量行使權利者。
- (g) 表決權由第三人以其自己名義替代該人所持有者。
- (h) 當股東無特別指示時，該人可以受託人（proxy）之地位依其裁量行使表決權者。

綜上可知，各國法制為避免發生法制規範漏洞或不肖人士利用他人名義持有股份以規避申報義務之適用，皆將條文中之單獨取得或持有概念，擴張解釋為包含實質受益人概念。從金管會取得股份申報辦法第3條，特別強調單獨持有不僅止於法形式上以系爭當事人之名義持有，尚包括「利用他人名義持有」，可知悉，我國證交法第43條之1第1項的單獨取得或持有概念，亦已如同美、日、英等國證交法制般，將實質受益人概念納入其規範對象中，故該等國家有關實質受益人概念之定義、類型及認定，當可作為解釋我國法上「利用他人名義持有」之參考。

亦係基於同樣的認知，企併法第27條第11項遂對此種「單獨」取得行為，如此規定：「前項所稱單獨為之，係指下列情形之一：一、以自己名義取得者。二、以符合證券交易法施行細則第二條所定要件之他人名義取得者。三、以符合國際會計準則或國際財務報導準則所稱之特殊目的個體名義取得者。」其中，符合證交法施行細則第2條者，係指：「一、直接或間接提供股票與他人或提供資金與他人購買股票。二、對該他人所持有之股票，具有管理、使用或處分之權益。三、該他人所持有股票之利益或損失全部或一部歸屬於本人。」上述規定，即是對於實質受益人概念之闡明。而其他國家法制關於實質受益人之認定及類型化，亦可作為企併法第27條第11項第2款解釋之參考。

## 二、「共同」取得

前述「單獨」取得概念，於我國實務運作迄今尚未引起重大爭議；相對於此，證交法第43條之1第1項中的「與他人共同」取得股

份之要件，於實務運作上，則曾被認定違憲。起因在於，主管機關於1995年頒布前述取得股份申報辦法前身之「證券交易法第四十三條之一第一項取得股份申報事項要點」時，於第3點第2款直接將「本人及其配偶、未成年子女及二親等以內親屬持有表決權股份合計超過三分之一之公司或擔任過半數董事、監察人或董事長、總經理之公司取得股份者」亦視為共同取得股份之共同取得人，該款規定無視社會通念或一般法律解釋認為「共同」者，應於行為人間具有意思聯絡或合意方始該當之認知，從而被司法院釋字第568號解釋認定為違憲。該號解釋理由如是說明：該當要點「係屬當時之證券交易主管機關基於職權，為有效執行證券交易法第四十三條之一第一項規定之必要而為之解釋性行政規則，固有其實際需要，惟該要點第三條第二款：『本人及其配偶、未成年子女及二親等以內親屬持有表決權股份合計超過三分之一之公司或擔任過半數董事、監察人或董事長、總經理之公司取得股份者』亦認定為共同取得人之規定及第四條相關部分，則逾越母法關於『共同取得』之文義可能範圍，增加母法所未規範之申報義務，涉及憲法所保障之資訊自主權與財產權之限制，違反憲法第二十三條之法律保留原則……」。

有鑑於此，現行取得股份申報辦法第4條第1項僅規定：「本辦法所稱與他人共同取得股份，指以契約、協議或其他方式之合意，取得公開發行公司已發行股份。」同樣地，企併法第27條第12項於規定何謂「共同」取得股份行為時，亦沿用取得股份申報辦法上開規定，而謂：「第十項所稱與他人共同為之，係指基於同一併購目的，數人間以契約、協議或其他方式之合意，取得公開發行公司已發行股份者。」本項規定，最容易引起爭議者，即為其中「其他方式之合意」之構成要件的解釋與適用。以下即從比較法觀點，介紹美國、日本、英國等國相關規定。

#### (一)美 國

就比較法而言，美國1934年證交法第13條第4項第3款規定：

「二人以上之人為取得、持有或處分發行人之有價證券而成立合夥、有限合夥、同盟（sydicate）或其他團體之組織時，於本項規定之適用上，視為『一人』。」實務判決上，只要得以證明該等多數人係為上述目的而達成合意共同行動者，即有該款之適用<sup>19</sup>。該當合意不以書面為限，且不論是以明示或默示（implied）方式達成合意，皆屬之<sup>20</sup>；惟僅因於特定人間存有特定關係，例如家庭、個人往來或商業交易等，並不足以該當之，仍必須於該等人間有為共同行為之合意，始足當之<sup>21</sup>。

## （二）日本

日本金融商品交易法係藉由授權規定，而於實務運作上將「共同」取得要件，規定的相當詳細。日本金融商品交易法上「共同」取得或持有人概念，尚可分為一般共同持有人與擬制共同持有人二者。

### 1. 一般共同持有人

依據金融商品交易法第27條之23第5項規定，當數人有共同取得或讓渡股票等有價證券或共同行使表決權或其他權利之合意時，於股份取得申報義務之適用上，即屬於共同取得人或共同持有人。此時之合意，不以書面為必要，縱使是口頭之合意，亦屬該當。於應否申報之門檻計算上，應將此等共同持有人所持有之股票等有價證券，加總計算。共同持有之具體作法，例如成立合夥而以合夥之名義取得、處分股票等有價證券。於此情形，負有申報義務者並非合夥本身，而係以擁有該合夥之業務執行權之合夥人為該等股票等有價證券之持有人，由其負起申報義務。

<sup>19</sup> Lane Bryant, Inc. v. Hatleigh Corp., C.C.H. Fed. Sec. L. Rep. ¶ 97,529, p. 97, 766 (S.D.N.Y. 1980).

<sup>20</sup> Corenco Corp. v. Schiavone & Sons, Inc., 488 F.2d 207, 215 (2d Cir. 1973).

<sup>21</sup> Texasgulf, Inc. v. Canada Development Corp., 366 F. Supp. 374, 403 (S.C. Tex. 1973).

## 2. 擬制共同持有人

鑑於共同持有之合意在認定上的困難，而有可能成為規避大量持有申報義務適用之漏洞，日本金融商品交易法乃規定出擬制共同持有人的概念，將此等關係人視為共同持有人，適用相關規定。依據該法第27條之23第6項規定，股票等有價證券持有人與其他持有人間，具有股份所有關係、家族關係或其他政令所定之特別關係時，此等持有人將被視為共同持有人。依據施行細則及內閣府令相關規定，此類擬制共同持有人的類型如下：(1)配偶關係、(2)因超過50%之股份或出資所形成之控制從屬關係、(3)擁有相同控制股東等之從屬兄弟關係、(4)因控制公司與從屬公司二者持股或出資之合計超過被持有或出資公司50%時之從屬公司與其他控制公司、從屬公司間之關係、(5)制合夥之財務、業務或營運方針之公司與該合夥間之關係、(6)妻合計持有超過公司表決權股份超過50%時，以該夫妻為控制股東適用以上開(2)至(4)之規定。

由上可知，藉由法律授權並以行政命令將可能的共同持有人的類型予以具體化，提供投資人法律適用的可預測性，或許是日本法制有關共同持有人規定之特色。惟同時為避免僅有些微之持股數量，但因被擬制為共同所有人，從而產生申報義務之負擔，內閣府令乃於其第6條規定，當被擬制為共同取得或持有人之單一個人或企業，於其取得或持有系爭股票等有價證券之數量未達該有價證券總數0.1%者，得不被擬制為共同取得或持有人，惟以此等被排除之人其持股總計未達1%為限。

### (三) 英 國

英國法上，該國1985年舊公司法於有關共同取得或持有之規範上，曾運用「共同行動」(act in concert)之概念表彰之；現行申報規則雖未特別提及此一共同行動概念，但於其有關間接所有定義之5.2.1(a)之規定上，則有著類似的規範想法。依據前述申報規則5.2.1(a)規定，「表決權由第三人所擁有，依據該人與第三人所達成

之協議，促使雙方藉由表決權的共同行使而採行持續性的共同策略以管理發行人」。由此可知，當多數人間已達成合意，為實現渠等關於公司之經營或管理之共同目標，將以一致性的行動各自行使其表決權時，於有關大量持有申報義務之規範上，實已相當於共同持有之實質，而應視為共同取得或持有人，且應共同履行股份取得申報義務。只是依照申報規則5.8.4規定，於申報時，此等多數人可以共同使用一份申報書，完成其申報義務。

從以上美、日、英等國法制關於「共同」取得或持有股份之運作經驗可知，該等國家法制針對「共同」之概念，並非要求定要達到書面契約或協議之地步，只要當事人間係基於明示或默示合意，而於未來將在共同或一致的目標或目的下，各自取得股份、行使其表決權時，即該當於共同取得或持有之要件。

揆諸我國現行取得股份申報辦法第4條第1項亦認為，當事人間「其他方式之合意」，亦屬於證交法第43條之1第1項所稱之「共同」取得行為時，可以知悉，我國法關於「共同」之認知，實際上亦與上開國家法制施行經驗，有著共通之處。例如，最高行政法院100年度判字第1141號判決即認為：證交法第43條之1第1項「所稱『共同取得』，其合意自非侷限於固定時點之狀態，公司因財務規劃或其他因素考量而新增為共同取得人，致取得公司股份之時間有落差，亦不影響共同取得之合意，則國巨公司與其他3家公司有共同取得奇力新公司股份之合意，渠等或先後買入、或僅推其一後續買進，均不影響共同取得之認定。」職是，「共同」之成立，並不以當事人全體必須於同一時點達成合意，只要渠等有共同或一致之目標或目的，並基此而取得股份時，縱令其各自合意時點不同，亦不妨礙合意之成立。

此外，關於「共同」或「合意」之證明，亦不限定於僅能以直接證據為之。最高行政法院100年度判字第990號判決，如此闡明：「上訴人主張司法院釋字第586號解釋，所稱『共同取得』應以取得人間有無具備『以契約、協議或以其他方式合意取得公開發行公

司股份』之主觀上聯絡，為其判斷之基準與認定之依據乙節，經查本件上訴人係以當事人之關係或行為等客觀狀態，作為間接證據推證共同取得之待證事實，尚與證據法則、論理法則及經驗法則無違，亦難謂與上開解釋意旨相悖。」由此可知，在「共同」或「合意」皆屬主觀概念，而難能從當事人主觀意圖證明其間存在主觀上聯絡的情況下，該號判決容許法院得以當事人間關係、行為等客觀事實或狀態，作為間接證據，以證明「共同」或「合意」之存在。

實則，藉由客觀行為、事實情狀等情況證據或間接證據，以推證出主觀意思聯絡或合意的存在，並不僅限定於證交法上開條項之適用，當公平法第14條第1項規定將聯合行為定義為「指具競爭關係之同一產銷階段事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格……」，其中之「其他方式之合意」的證明所遭遇之困難，亦與取得股份申報辦法第4條第1項規定之「其他方式之合意」，二者困難程度難分軒輊。

有鑑於此，最高行政法院早於其92年度判字第1798號判決即支持積極使用間接證據，證明合意之存在，曰：「公平交易法上聯合行為之合意具有不要式性，且不以具有法律上的拘束力為必要，其意思聯絡並不以發生民法契約的合意為其成立要件。次按認定事實固應依證據認定之，惟所謂證據，並不以直接證據為限，無違一般經驗法則之間接證據亦包括在內。證據無違一般經驗法則，並非法所不許。查所謂『跟隨性之平行行為』與『聯合行為』之區別在於『有無意思聯絡』，惟因二者之外觀均呈現行為之一致性，是以執法機關對於聯合行為取得合意之直接證據（例如書面會議記錄）有困難時，應採『合理推定』之方式，詳而言之，具有水平競爭關係之諸事業間，有無意思聯絡，而為共同行為致影響市場供需功能，除了少數有直接證據的情況外，一般而言，事實層面之認定與證據資料的掌握並不容易。因此在聯合行為之監控上，事業彼此間是否有聯合行為之意思聯絡，往往必須採用合理推定的方式。換言之，如市場上多數業者同時並且以相同幅度調整價格，然市場上並無客

觀之供需變化因素可資合理說明，應可合理懷疑及推定業者就該次價格調整，存有聯合行為之『意思聯絡』。要推翻此項『推定』，需行為人『合理說明』或證明，其價格之調整乃市場上客觀之供需變化因素所致。申言之，當事者之企業，為共同一致之行為，自該各個企業之個別利益觀點而言，無從解釋之，僅能基於有共同之目標及計畫加以了解時，即可認為有該等合意存在。」

其後，在著名的台灣中油及台塑石化聯合漲價案件中，雖然未能發現二家公司曾有以會面、電話、電郵或其他方式就油價一事進行聯繫，但最高行政法院依舊認為當二家公司各自透過大眾媒體，宣布其漲價決策時，其間即存在「合意」。判決如此說明：二家公司之「調價方式，發動調價者（無論調漲或調降），均『預先』透過新聞發布方式直接將價格調整訊息傳達給競爭對手，包括調價時間及調價幅度等重要價格資訊，而同業亦透過媒體在預告時間與生效時間的時間差內作出反應，可見上訴人於發布調價資訊之際『並未即時實施』，也『未必當然實施』，僅為預告價格，絕非如上訴人所稱之『確定價格』，重點在端視對手反應而定。申言之，純粹價格追隨下，率先發動並實施漲價的廠商，可能面臨競爭對手若未跟進調漲，或雖跟進但幅度較低，而流失客戶的風險，因此必須更謹慎的決定漲價時機與幅度，成功漲價的機率較低；但若透過新聞發布及提前預告價格調整訊息，率先發動漲價的廠商，可以無風險地將新價格付諸實施，因此可以成功的發動漲價。故（被處分人等二家公司）透過調價預告，偵測競爭對手反應或交換價格資訊進行意思聯絡，致（二家公司）形成同時間、同幅度之一致性調價之結果，足認（二家公司）上開調價機制合致公平交易法第7條規定所稱『其他方式之合意』之構成要件。」<sup>22</sup>

鑑於證交法第43條之1第1項之「共同」、「合意」概念，與公平法聯合行為之「合意」概念，二者相當接近，美國證交法研究者

<sup>22</sup> 參照最高行政法院98年度判字第91號、第92號判決。

遂有主張，認為可以將公平法藉由間接證據證明聯合行為「合意」存在之經驗，適用於證交法上開條項所規定之「共同」、「合意」要件<sup>23</sup>。依照該論者之見解，於認定是否有相當於我國證交法第43條之1第1項規定所要求之「共同」或「合意」是否存在時，法院應可參酌下列各種情況證據或間接證據：1. 系爭當事人間是否曾經在有意識的平行作為（Conscious Parallelism）下，各自購買、持有、處分股份或行使其表決權；2. 是否有機會相互共謀、彼此分享相關資訊或曾對外釋出各種訊號、訊息，表示其將有何種作為（Opportunity to conspire, sharing of information, signaling）；3. 任何可能作為當事人間可能有共同合意之指標，不論渠等彼此間是否曾經聚會過；4. 當事人彼此間有針對經營狀況不滿之溝通行為，抑或討論到應避免引發對方公司的併購防禦措施；5. 當事人是否曾採行過影響公司經營決策或方向之作為。

在前述我國最高法院100年度判字第990號判決亦同意，於證明證交法第43條之1第1項之「共同」或「合意」要件時，得採用「當事人之關係或行為等客觀狀態，作為間接證據推證共同取得之待證事實」的見解下，上述美國證交法論者所提示，各種可以佐證證交法上開條項之「共同」或「合意」行為存在的間接證據，未來亦當可作為我國法院實務運作時之參酌。無庸贅言，此等間接證據自當可以援用作為證明企併法第27條第12項、第14項規定之「合意」、「共同」存在與否的證據。

## 伍、「無表決權」效果之實際運用

如同本文一再強調，如果要說企併法第27條第14項與證交法第43條之1第1項二者規範真有不同的話，則其歧異處不在於企併法該

---

<sup>23</sup> See William R. Tevlin, *The Conscious Parallelism of Wolf Packs: Applying the Antitrust Conspiracy Framework to Section 13(d) Activist Group Formation*, 84 *FORDHAM L. REV.* 2335, 2368-79 (2016).



條項規定本身，而在於項次上緊跟其後的同條第15項「違反前項規定取得公開發行公司已發行有表決權之股份者，其超過部分無表決權。」之法律效果規定。就其規定內涵而言，雖然針對是否應以法律明文規定違反企併法第27條第14項的法律效果，或有學理上的爭議，而主張應將其繫諸於是否該當民法第71條「強制或禁止規定」之解釋，但既然立法者決定免除此種法律爭議，就只能依照該項文義規定，認定依據企併法該條14項規定應申報而未申報者，其單獨或共同取得超過公開發行公司已發行股份總額10%之股份，雖得享有其他共益權、自益權等股東權益，但不得於股東會上行使表決權。問題在於，是否超過上開10%門檻，應由誰來認定？何時認定？

然而，上開「由誰認定」、「何時認定」等問題，並非企併法第27條第15項規定所特有，現行公司法、證交法處處存在著各種無表決權、不得行使表決權的條文。例如，公司法第179條第2項即規定，公司所持有或藉由其從屬公司所持有之自己公司股份，無表決權；或例如，因該當於公開發行公司出席股東會使用委託書規則第22條第1項各款規定，導致「代理之表決權不予計算」之情形者。此外，雖非對於所有股東會議案皆不得行使表決權，但針對特定議案有不得行使表決權之情形者，例如公司法第178條之對議案有利害關係致有損害公司利益之虞者，不得行使表決權；同法第197條之1第2項公開發行股票之公司董事以股份設定質權超過選任當時所持有公司股份數額二分之一時，其超過之股份不得行使表決權等。甚且，類似問題不僅止於此。其他諸如依據公司法第177條代理出席者，是否確實屬於有權代理、其代理權限為何？有無因公司法第178條後段規定，利害衝突股東不得代理他股東行使其表決權之情事？依據公司法第181條第2項應共同行使表決權者，是否確實共同行使？

以上各種情況，若能於股東會開會前事先釐清，當然可以減少不必要的爭議，惟從上開所舉各式各樣規定及事例，或可窺知，一概於股東會開會前，釐清其表決權有無、或確認其是否針對特定議題不得行使表決權，並非於所有事實狀況皆屬可行作法。於此情況

下，不論如何看待股東會主席之法律地位、權限及責任義務，都不可否認，股東會主席對於該次股東會的開會，擁有宣布會議開始、指揮會議進行、維持會場秩序、命令擾亂股東會秩序者退場、終止股東冗長且不當之發言、決定議案是否進入表決程序等權限及義務<sup>24</sup>。蓋不僅是公司法上的股東會，只要是由社員或會員所構成的團體，依據團體法法理，該團體於召開會員大會時，皆應有會議主席的存在，而其同樣擁有宣布會議的開始、指揮會議的進行、維持會場秩序及促進議案的表決等權限及義務。從而，就系爭股份是否於該次股東會完全無表決權、抑或針對特定議案不得行使表決權，皆是股東會主席於決定各該議案或該當議案進入表決程序前，必須確定之事，此亦為股東會主席應盡之注意義務。倘若股東會主席未能善盡其注意義務，致使擁有表決權者未能行使表決權，或無表決權、不得行使表決權者參與表決，皆構成決議方法之瑕疵，而可能遭股東事後依據公司法第189條規定，請求法院撤銷系爭決議<sup>25</sup>。

由上可知，理想上，倘若於股東會開會前已有充裕時間及權限，可以得知特定股份無表決權或其表決權行使受到限制，則或許可於股東會開會前，向法院聲請定暫時狀態假處分制止該等股份表決權之行使。然而，既然法律已明確規定該等股份無表決權或表決權行使受到限制，則持有該等股份之股東自當不應出席股東會，或縱使被容許出席股東會亦不得參與表決，此屬當然之理；公司方面除非有特別狀況，否則理當不會於每次股東會開會前，一一針對此

<sup>24</sup> 有關於股東會主席之此種法律地位、功能及角色，參照加藤修，株主總會の議長の法的地位，法學研究，72卷12號，2010年12月，頁4-13。

<sup>25</sup> 日本實務界人士就股東會主席因未盡注意義務或濫用職權，而可能導致股東會決議瑕疵、遭撤銷者，歸類為以下8種情況：(1)主席不當讓特定股東無法進入議場；(2)濫用議場秩序維持權，令特定股東退出議場；(3)不當阻止或否決股東之臨時動議提案；(4)不當中止股東提問，導致在未能充分討論下即進行議案之表決；(5)股東合法行使其質問權，但主持卻未要求董事或監察人對該質問加以回答；(6)不當限制股東表決權之行使；(7)錯誤令非股東行使表決權；(8)不當禁止或中止股東發言，無正當理由而限制特定股東質問權之行使。參照東京弁護士会会社法部編，新・株主總會ガイドブック，2015年2版，頁77-78。

類股份之股東，聲請假處分、禁止其表決權的行使。惟於實際運作上，股東對於其所持有股份是否享有表決權或其表決權行使是否受到限制，可能與股東會主席或公司持有不同見解，此時於股東會上，最終可以決定系爭股份是否得行使表決權者，自當為股東會主席。最高行政法院106年度判字第220號判決，就股東會主席權限，曾有如下闡明：「案經被上訴人（公司登記主管機關）以股東依公司法第177條委託代理人出席股東會者，其代理權之消滅或代理權之撤回，得否由代理人自行於股東會上提出並經主席同意行之，事涉私權爭執，應循司法途徑處理……」。由此可知，是否同意代理行使表決權，係屬股東會主席之權限<sup>26</sup>；且若就此類事項有所爭議，其性質屬於私權爭執，應循法院訴訟途徑解決其間爭議。

於此認知下，針對系爭股份是否因違反企併法第27條第14項規定之申報義務，致其所持超過有表決權股份數10%之股份無表決權一事，倘若未能於股東會前向法院聲請定暫時狀態假處分、停止其表決權之行使，則於股東會會議上，系爭股份是否該當於無表決權之股份，依法其判斷、決定權限在於股東會主席。股東會主席倘若未善盡其應有之注意義務，致使無表決權之股份加入表決者、抑或有表決權股份卻被禁止加入表決者，皆有可能構成股東會決議之瑕疵，而遭提起撤銷決議之訴、甚或確認決議不成立之訴。惟須注意者，處理、決定此種私權爭議之權限，在於法院，並不在於行政機關或公司法主管機關之經濟部<sup>27</sup>。

<sup>26</sup> 當然，此種結果係由現行法相關規定所推演得出之結論，並非意味著，賦予股東會主席如此重大的專權，於立法政策上，毫無問題。公司法2018年8月修正之法律修正過程中，亦非毫無機會可以針對迨至當時為止，公司股東會主席各種濫用主席權限的行為，加以檢討並研析可為之因應對策、納入法律修正條文中。只是，相當可惜地，是次法律修正一開始雖高舉全盤修正之大纛，其後修正內容僅能說是為趕時效而草草部分修正，諸多涉及公司法實務爭議的重大問題，並未能有效加以檢討、提出應有的修正對策。亦因此，方有本文一開頭，對於股東會議事運作於公司法該次法律修正前，早已有不良紀錄且有跡可尋之大同公司股東會爭議，於該次公司法修正後，如同後述註27及其引用之文獻所示，依舊必須依照經濟部不當、錯誤的法律解釋，加以解決，誠屬遺憾。

<sup>27</sup> 於本文開頭所述之大同公司股東會爭議中，經濟部以該次股東會主席濫權、

## 陸、結 語

從本文以上敘述可知，企併法第27條第14、15項兩項規定，因屬我國立法之創舉，導致其規定之構成要件、法律效果應如何解釋及適用，屢屢引發爭議。幸而，依據其第10項規定解釋出其第14項規定中之「單獨或與他人共同」構成要件，因可見於證交法第43條之1第1項規定，故可藉由證交法該條項規定以及外國法相對應規定之實務運作經驗，加以釐清。至於「為併購目的」之主觀要件，雖於證交法第43條之1第1項規定中，未發現相對應用語，但證交法該條項規定本就要求必須就其股份取得目的，加以申報，從而亦可藉由參照外國法制施行經驗，解釋該當要件內容。於此，應特別注意者，乃是於解釋何謂「併購」或與之關係密切之「控制」概念時，不當侷限於固定的持股比例之「量」的判斷標準，而應從最近各國法制所強調之「功能取向」手法，認定系爭事例是否存在「併購目的」情事。最後，當持有系爭股份之股東因未能遵守企併法第27條第14項定之申報義務，致使超過該項規定10%門檻之股份，依據同條第15項而無表決權時，若未能於股東會前向法院聲請假處分停止其表決權的行使，則於股東會會議上，系爭股份是否該當於企併法第14項、第15項之無表決權股份，依法其認定權限在於股東會主席，股東會主席就此應善盡其注意義務，決定該等股份表決權之有無。倘若股東會主席未能善盡其注意義務，嗣後導致該股東會決議因決議方法瑕疵而遭股東起訴撤銷時，自應因其注意義務之違反而負有損害賠償責任。

---

逕行剔除相關股東持有之股份表決權等為由，拒絕大同公司所為依據該次股東會改選董事決議之董事變更登記申請，導致社會一般誤以為，經濟部擁有可以認定公司股東會決議合法或違法之權限。有關經濟部處理大同公司案之評析，參照黃銘傑，經濟部許可大同臨時股東會召集之深層法治問題，台灣法學雜誌，398期，2020年8月，頁23-26。

## 參考文獻

### 一、中文部分

陳連順，從大同公司經營權爭奪事件談少數股東的股東會召集權，月旦會計實務研究，34期，頁60-67，2020年10月。

黃銘傑，大量持股申報義務之比較研究——以美、日、英法制之實質所有及特別申報程序為中心，收錄於：公司治理與資本市場法制之落實與革新——邁向理論與實務融合之法制發展，頁290-339，2011年，臺北：元照。

黃銘傑，經濟部許可大同臨時股東會召集之深層法治問題，台灣法學雜誌，398期，頁23-26，2020年8月。

賴英照，證券交易法逐條釋義——第四冊，1991年，臺北：自版。

### 二、日文部分

加藤修，株主総会の議長の法的地位，法學研究，72卷12號，頁1-13，2010年12月。

東京弁護士会会社法部編，新・株主総会ガイドブック，2015年2版，東京：商事法務。

### 三、英文部分

Canderle, Sebastien (2018), *THE GOOD, THE BAD AND THE UGLY OF PRIVATE EQUITY: SUCCESS AND FAILURE IN BUYOUT LAND*. London, CreateSpace Independent Publishing Platform.

OECD Competition Committee (2013), *DEFINITION OF TRANSACTION FOR THE PURPOSE OF MERGER CONTROL REVIEW*. PARIS, OECD.

Tevlin, William R. (2016), *The Conscious Parallelism of Wolf Packs: Applying the Antitrust Conspiracy Framework to Section 13(d) Activist Group Formation*, 84 *FORDHAM L. REV.* 2335-2379.

# The Disputes Arising from the Application of Paragraphs 14 and 15 of Article 27 of Corporate Mergers and Acquisitions Act

Ming-Jye Huang\*

## Abstract

The provisions of Article 27(14) and (15) of the Corporate Mergers and Acquisitions Act, which failed to be thoroughly debated in the legislative process and did not record the legislative reasons, have recently been used in the battle for the right to manage the company, highlighting its problematic points. This article focuses on the requirements and effects of “for the purpose of mergers and acquisitions”, “acquisition” and non-voting rights when acquiring shares illegally, from the perspective of functional orientation, and adopts Article 43-1, Item 1 of the current Securities Exchange Act. The research results of comparative law in this article clarify the explanation and applicable connotation of these constituent elements. At the same time, the legal effects of non-voting rights on shares obtained in violation of these regulations involve issues such as “who shall be determined” and “when shall be determined” in the matter of their non-voting rights. This article argues that if it fails to apply for leave to the court before the shareholders’ meeting to stop the exercise

---

\* Distinguished Professor, College of Law, National Taiwan University.

of voting rights, then at the shareholders' meeting, the power to determine non-voting shares lies with the chairman of the shareholders' meeting according to law, and the chairman of the shareholders' meeting should do his best in this regard. The chairman bears obligation of care, to determine the existence of voting rights for such shares. If the chairman of the shareholders' meeting fails to perform his duty of care, and subsequent resolutions of the shareholders' meeting are subsequently revoked by courts due to flaws in the resolution method, he shall be liable for damages due to the breach of his duty of care.

**Keywords:** Corporate Law, joint shareholding, Corporate Mergers and Acquisitions Law, Interpretation No. 568 of Taiwan Constitutional Court, shareholders' meeting, chairman of shareholders' meeting, passive investors, substantive beneficiaries, Securities Exchange Law

【研究論文】

# 接近正義或濫訴防止？ ——民事事件律師酬金負擔制度 的發展與檢討

邵慶平\*

## 目 錄

壹、緒 論	肆、負擔的單向轉移
貳、我國律師酬金負擔制度的 基本規範	一、單向轉移的立法目的
一、比較法上的英式規則與美 式規則	二、勞動事件法中單向轉移的 立法爭議
二、我國基本規範的考察	三、民事訴訟法中單向轉移規範 的反省
參、負擔的雙向轉移	伍、當事人無須負擔律師酬金
一、第三審強制代理與負擔 轉移的不當連結	一、律師自己負擔
二、商業事件適用負擔轉移的 爭議	二、政府特別立法負擔
	陸、結 論

\* DOI: 10.7003/LASR.202109\_(7).0003

國立臺灣大學法律學院教授。本文為科技部研究計畫（MOST107-2410-H-002-093-MY3）成果之一部。作者感謝兩位審查委員提出之寶貴意見以及研究助理黃郁真、呂杰恩兩位同學的協助。



## 摘 要

司法是正義的最後一道防線。而欲利用法院、接近正義，常需先接近律師。在過去二十年來，行政、立法及司法部門都積極努力建立各種法律扶助制度並提供更多資源予弱勢者。相較之下，關於律師酬金負擔得否轉移的問題，長期被忽視。

關於民事事件的律師酬金負擔，我國法基本上採取當事人各自負擔原則。法律另有明文規定時，律師酬金可做為訴訟費用之一部，而轉由敗訴者負擔。本文認為我國的敗訴者負擔制度與律師強制代理制度不當的連結，因此使得此一重大影響訴訟費用的制度沒有受到足夠的重視。我國法上也存在著單向轉移的規定，但立法者對於此類規定的存在意義似未有深入的思考。最後，我國法上亦常有由政府特別立法來負擔律師酬金的情形。此類立意良善的措施，若未能將市場機制納入考量，其效果可能大受影響。

**關鍵詞：** 律師酬金、敗訴者負擔、單向轉移、律師強制代理、濫訴

## 壹、緒 論

司法是正義的最後一道防線。而欲利用法院、接近正義，常需先接近律師<sup>1</sup>。既是如此，接近律師的成本究有多高、應該由誰負擔、如何負擔，便是制度設計上需要審慎思考、妥善規劃的問題。

對於律師酬金負擔的問題，向來法制設計、討論上較重視的是弱勢扶助的一環。自民國（以下同）93年6月20日開始施行的法律扶助法，當然是其中涵蓋範圍最全面、成效最著者。勞資爭議處理法則是另一個重要的例子。該法第6條第3項規定，權利事項之勞資爭議，對於勞方當事人在提起訴訟、仲裁或申請裁決上，中央主管機關得給予適當扶助。此法也基於類似的考量，而設有勞方當事人扶助的機制。

相對於弱勢扶助，民事事件律師酬金負擔得否轉移的問題，過去較少受到深入的探討。實則，為弱勢者提供律師酬金的扶助，也可以說是一種律師酬金負擔轉移，亦即將負擔由當事人轉移給政府、納稅人。但除了這種轉移外，學說討論上更重要的是此一負擔得否轉移給敗訴的他方當事人來承擔。在我國，這種當事人間的轉移，現行法制上已有此例，但相關研究較為有限，本文希望可以就此類法制規範的進一步探討，扮演拋磚引玉的角色。

本文貳、將先就負擔轉移與否，說明比較法上的討論與我國的基本規範。本文參、則說明負擔雙向轉移的規範，並據此理解我國實務上所存在法院裁定之律師酬金金額過低的問題。本文肆、說明單向轉移在我國實施，所面臨的阻力與問題。本文伍、再就律師酬金轉移給當事人以外之他人負擔的規範來加以分析。最後則為結論。

---

<sup>1</sup> 許士宦，民事訴訟事實審引進律師強制代理制度之立法論，月旦法學雜誌，193期，2011年6月，頁115（現代法治國家應「貫徹接近律師即接近正義的理念」。）。

## 貳、我國律師酬金負擔制度的基本規範

### 一、比較法上的英式規則與美式規則

關於民事訴訟之律師酬金負擔歸屬的基本規範，比較法上常將之大別為「英式規則」(English Rule)與「美式規則」(American Rule)兩大類。所謂英式規則，簡言之，即係「敗訴者負擔」的規則，亦即勝訴之一造可向敗訴之他造請求其因此所支出的律師費用。至於美式規則，則是兩造各自負擔自己的律師費用，不因訴訟之成敗而可將律師費用轉移由他造負擔<sup>2</sup>。

從英國法的歷史發展來看，敗訴者負擔原則的出現，原係發生於損害賠償的請求中。當原告向被告起訴請求損害賠償時，其因此所需支出的律師費用，將被視為其損害的一部分。據此，此類規範原僅允許原告在其勝訴時，得向敗訴之被告請求律師費用。其後透過立法逐步發展，才允許在原告敗訴的情形下，被告亦得向原告請求之<sup>3</sup>。然在美國法上，敗訴者負擔原則的命運發展，大不相同。依據美國最高法院於1975年作成的*Alyeska Pipeline Service Company v. Wilderness Society et al.*<sup>4</sup>判決中的說明，律師酬金由敗訴者負擔，並非普通法(common law)上所肯認，而須有立法明文始得為之<sup>5</sup>。其並提到1796年最高法院的*Arcambel v. Wiseman*<sup>6</sup>判決似亦指出，法院不會在未有法律明文的情形下，創造出敗訴者負擔的一般性原則<sup>7</sup>。其後，國會雖曾在一些法規中特別規定律師酬金負擔轉移的條款，

<sup>2</sup> Mathias Reimann, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis*, in COST AND FEE ALLOCATION IN CIVIL PROCEDURE 3, 9 (Mathias Reimann ed., 2012).

<sup>3</sup> Arthur L. Goohart, *Costs*, 38(7) YALE L. J. 849, 851-54 (1929); Charles T. McCormick, *Counsel Fees and Other Expenses of Litigation as an Element of Damages*, 15 MINN. L. REV. 619, 619-21 (1931).

<sup>4</sup> *Alyeska Pipeline Serv. Co. v. Wilderness Soc'y*, 421 U.S. 240, 270 (1975).

<sup>5</sup> 同前註，頁247。

<sup>6</sup> *Arcambel v. Wiseman*, 3 U.S. 306 (1796).

<sup>7</sup> 同註4，頁249。

但當事人各自負擔仍係一般性原則，並未受到變動<sup>8</sup>。簡言之，除非另有法律明文，否則美國法院原則上不採取敗訴者負擔的做法。

關於英式規則與美式規則的對立，看似截然不同，但理論上及實踐上，都有需要再澄清、說明的地方。首先，在適用英式規則下，敗訴者的負擔較大，將阻礙原告提起訴訟，此對經濟弱勢者尤然。論者有認為這樣的考量正是美國早期司法實務上逐步確立拒絕採敗訴者負擔的原因。從法院判決的用字遣詞中，吾人似乎可以看到法院希望藉由當事人各自負擔律師酬金之制度，以降低使用訴訟管道的阻礙，並使人民更能接近正義的背後政策考量<sup>9</sup>。然而，相對於美式規則有利於弱勢者提起訴訟的優點，英式規則最常被提到的優點就是防止濫訴，蓋濫訴者若最終敗訴，將負擔勝訴之被告所支出的律師費用，會增加其濫訴之成本<sup>10</sup>。

上述一體兩面之優缺點的說明，雖然基本正確，但有過於簡化之失。從過去對酬金負擔轉移的研究整理來看，英式規則雖有減少無實益訴訟的效果，但對於起訴的影響，除了訴訟勝敗機率外，當事人的態度也非常關鍵<sup>11</sup>。若當事人係風險趨避者，縱然其法律上主

<sup>8</sup> 同註4，頁255。

<sup>9</sup> Peter Karsten & Oliver Bateman, *Detecting Good Public Policy Rationales for the American Rule: A Response to the Ill-Conceived Calls for Loser Pays Rules*, 66 DUKE L.J. 729, 748 (2016). (“These jurists spoke as well of the need to ensure a measure of access for those whose grievances entitled them to a judicial hearing without those persons fearing potentially heavy financial penalties. These two rationales, then undetected by previous scholars, were the nineteenth-century judiciary’s good public policy justifications for the American Rule, and they are still cited by many contemporary legal scholars and jurists as such.”) *But see* John Leubsdorf, *Does American Rule Promote Access to Justice? Was That Why It Was Adopted?*, 67 DUKE L.J. 257, 263-69 (2019).

<sup>10</sup> Thomas D. Rowe, Jr., *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview*, 1982 DUKE L.J. 651, 660 (1982). (“Punishment for unjustified or undesirable behavior ... finds considerable acceptance as a reason to shift fees in certain situations.”)

<sup>11</sup> Avery Wiener Katz, *Indemnity of Legal Fees*, in 5 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS: THE ECONOMICS OF CRIME AND LITIGATION 63, 72 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000).

張有一定的道理，但由於敗訴者須負擔律師酬金，勝敗的賭注更大，因此其將更不敢起訴。除此之外，不論在對於當事人和解的促成、訴訟支出的多寡或者是小額訴訟之當事人能否獲償的影響上，兩規則的優劣比較，都難有定論<sup>12</sup>。

在實踐上，採取英式規則的國家，制度上也都會對於敗訴者所須負擔的律師費用加以一定的限制或條件，而非一律給予勝訴者所支出律師酬金全額的填補<sup>13</sup>。就此觀之，即使以英式規則為原則，制度上若對於可轉移之律師酬金負擔有嚴格條件或金額有限，則究其實質，與美式規則可能相差無幾。

## 二、我國基本規範的考察

我國基本上採取當事人各自負擔其律師酬金的規則。依民事訴訟法第78條規定，訴訟費用由敗訴之當事人負擔。然而，勝訴一造所支出之律師酬金是否被界定為訴訟費用，而可轉由敗訴之一造負擔，則是問題所在。對此，迄今仍經常被提及、討論之重要實務見解為司法院19年院字第205號解釋<sup>14</sup>。該號解釋謂：「吾國民事訴訟非採用律師訴訟主義，當事人所支出之律師費用，自不在訴訟費用之內。至當事之旅費及當事人確有不能自為訴訟行為，必須委任人代理之情形所支出之代理人費用，如可認為伸張權利或防禦上所必要者，應屬訴訟費用之一種，於必要限度內，得令敗訴人賠償。所謂必要限度，依訟爭或代理之事件及當事人、代理人之身分定之，當事人如有爭執，由法院斷定。」

從上述解釋的文義來看，其係將律師酬金負擔的不可轉移，完全歸因於我國不採律師強制代理的律師訴訟主義。這樣的連結，顯

<sup>12</sup> 同前註，頁89-90。

<sup>13</sup> Reimann，同註2，頁11。

<sup>14</sup> 潘穩中，民事訴訟事實審請求給付律師費用之司法實務案例比較觀察，萬國法律，216期，2017年12月，頁44（「司法院院字第205號係於19年所作成，……。惟上開解釋於民事訴訟法修正後，民事訴訟事實審中認定當事人之一方是否可向他方請求給付律師費用時仍具相當之影響性，而仍廣為各判決中所爰引。」）。

然不是沒有問題。蓋律師酬金負擔究竟可否轉移，各國有其不同之歷史文化發展軌跡，若從立法政策考量而言，重點當在訴訟制度的公平性、人民接近正義的可能性以及濫訴的防止。惟如前段所述，兩者之利弊優劣，並無清楚共識。至於律師強制代理制度，也涉及武器平等、訴訟效率、審判者的闡明義務、濫訴防止及人民訴訟權限制等不同考量，立法政策上亦無標準答案<sup>15</sup>。綜合上述，應否允許律師酬金負擔轉移與應否強制律師代理，兩者之考量因素雖有部分相似之處，但如何配套始能促成一致目標的達成，迄今仍難有解答。何況影響兩項政策採行與否之考量因素同中有異，更難見律師酬金負擔的轉移與律師強制代理兩者間有何邏輯上必然的關聯存在。過去我國論者有主張，在不採取律師強制代理的情形下，適度引進敗訴者負擔規範，此亦可看出兩者的採用當然可以擇一為之，絕非必須同進同出<sup>16</sup>。

司法院於19年作成之實務見解，之所以將律師酬金負擔的轉移與律師強制代理連結，考其原因應係當時之訴訟費用規則的影響。依當時訴訟費用規則第17條規定，該規則所未定之必要費用，均按實數計算。據此，當時實務即認為，當事人支出之旅費，若為伸張或防衛權利所必要者，應認為訴訟費用<sup>17</sup>。從此一必要性來看，在未採律師強制代理的情形下，律師酬金並不當然成為必要費用。更清楚的說，司法院19年院字第205號解釋並不是認為律師強制代理制度下，律師酬金當然成為訴訟費用之一部。而是，在當時法規下，因未採律師強制代理制度，因此解釋上，律師酬金就不成為「必要費用」。故此一解釋同時指出，律師酬金「如可認為伸張權利或防禦上所必要者」，即應屬訴訟費用之一種。

<sup>15</sup> 張文郁，論民事訴訟之律師強制代理，月旦法學雜誌，212期，2013年1月，頁30-33。

<sup>16</sup> 同前註，頁46（「拙見認為於民事訴訟雖不須全面採行律師強制代理制度，惟基於上述考量，拙見認為應將當事人委任律師作為訴訟代理人之報酬，於必要範圍內列為訴訟費用而命敗訴之當事人負擔。」）。

<sup>17</sup> 司法院院字第1303號解釋；最高法院20年抗字第871號民事判例。

在訴訟費用規則廢止之後，過去以「伸張權利或防禦上所必要者」來判斷訴訟費用的實務見解是否仍有參考價值，不無疑義。最高法院100年度台抗字第376號裁定即認為：司法院19年院字第205號解釋「所本兼採訴訟費用概括性規範之十一年六月二十九日訴訟費用規則（國民政府於十六年八月十二日以令暫准援用）第十七條：『本規則所未定之必要費用，均按實數計算』規定，自民事訴訟費用法於三十年起施行至九十二年止廢止，改增列於民事訴訟法第七十七條之一至第七十七條之二十七而採訴訟費用限制之規範後，已無類此概括性規定，亦不得再予援用。」

然而，即使否定律師酬金屬於訴訟費用的一種<sup>18</sup>，實務上仍有其他方法將律師酬金移轉由敗訴之一造負擔。在最高法院32年度決議(一)中即指出，過去依據訴訟費用規則，旅費若屬伸張或防衛權利所必要者，即屬訴訟費用。但在民事訴訟費用法於30年施行後，過去的見解即不得再行援用。但此一決議緊接著提到：「惟當事人支出之旅費，如依民法之規定。可認為因他造之侵權行為所受之損害者，得向他造請求賠償。此項賠償請求權，不因民事訴訟法定有訴訟費用之負擔及民事訴訟費用法定有訴訟費用之範圍，而被排除。」

在上述的實務發展脈絡下，法院判決肯認原告訴請侵權行為損

<sup>18</sup> 對於最高法院100年度台抗字第376號裁定所表示之見解，實務上亦有明確表示不贊同者。智慧財產法院105年度民專訴字第71號判決（「雖然最高法院100年度台抗字第376號裁定曾認為因為民事訴訟法於92年修法增列民事訴訟法第77條之1至第77條之27之規定，改採『訴訟費用限制規範』，而不採民國11年6月29日訴訟費用規則第17條所列『本規則所未定之必要費用，均按實數計算』之概括性規定，故上述解釋內容，不能援用。但民事訴訟於92年修法後是否一律否定法定項目以外之必要訴訟費用支出呢？……我認為民事訴訟法第77條之23第1項雖然授權司法院訂定進行訴訟必要費用之項目及標準，但並不能據此認為該標準未列舉之費用，均為非必要費用，還是應該由法院斟酌個案情節，認定應列入訴訟費用之必要費用，且此項認定應符合一般訴訟制度使用者之正當合理需求，而與律師強制代理制度之採用與否無涉。」）應再強調的是，即使接受司法院19年院字第205號解釋之看法，律師酬金在實務上仍甚難被認定為訴訟費用的一部；潘穩中，同註14，頁44。

害賠償所支出之律師酬金，係屬損害之一部而命被告賠償者，雖非常見，但亦非絕無僅有<sup>19</sup>。然而，透過侵權行為損害賠償所形成的律師酬金負擔的轉移，可能僅係單向的轉移，亦即原則上僅可能由勝訴之原告向敗訴之被告主張，勝訴的被告可能較難據此主張，而有其不公平之處<sup>20</sup>。此點在實務上以侵權行為損害賠償進行律師酬金負擔的轉移時，似未獲得重視。相對於此，若契約雙方當事人已於契約中明訂因契約涉訟之律師費用作為賠償，原則上應屬律師酬金負擔的雙向轉移，顯然較為公平，而且本於契約自由原則，原則上應相當可能被法院認為約定有效<sup>21</sup>。

## 參、負擔的雙向轉移

### 一、第三審強制代理與負擔轉移的不當連結

民事訴訟法於89年修正後，我國引進了律師酬金負擔可雙向轉移的制度。依民事訴訟法第466條之1第1項、第474條第2項等規定，第三審採律師強制代理制度<sup>22</sup>。第466條之3同時規定，第三審律師之

<sup>19</sup> 潘穩中，同註14，頁48-49；陳炫宇，濫用訴訟制度與律師費用負擔——簡評臺灣高等法院臺中分院102年度上字第162號判決，軍法專刊，62卷1期，2016年2月，頁96-97。

<sup>20</sup> 若原告起訴係基於惡意、不當目的或有重大過失者，依民事訴訟法第249條之1第2項規定，被告之日費、旅費及委任律師為訴訟代理人之酬金，為訴訟費用之一部，其數額由法院酌定之；並準用第77條之24第2項、第77條之25第2項、第4項之規定。

此外，論者亦有認為依侵權行為主張律師酬金時，應不限於侵權行為之原告勝訴之情形，勝訴之被告對於濫訴之原告亦應有依據侵權行為主張之可能。參閱吳建星，智慧財產民事訴訟第一、第二審律師酬金負擔問題研究，智慧財產權月刊，166期，2012年10月，頁42。惟應注意的是，即使採此看法，原則上，被告亦僅得對「濫訴」之敗訴原告加以請求，而非對所有敗訴之原告均得主張。就此而言，仍可說是一種律師酬金負擔的單向轉移。

<sup>21</sup> 臺北地方法院104年度北訴字第28號民事判決；臺灣高等法院99年度上易字第649號民事判決。

<sup>22</sup> 民事訴訟法第466條之1第1項規定，對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。第474條第2項則規定，第三審法院行言詞辯論時，應由兩造委任律師代理為之。且



酬金，為訴訟費用之一部，並應限定其最高額。其酬金支給標準，由最高法院擬訂報司法院核定之。

此一條文修正提案之說明先提到：「上訴第三審既採律師強制代理制度，委任律師所支付之酬金，原則上應屬因訴訟所生之必要費用，而為訴訟費用之一部」<sup>23</sup>。從這個說明來看，律師酬金負擔轉移之增訂，係引進律師強制代理制度之當然結果，也是對於昔日法規背景下司法院19年院字第205號解釋的再度肯定。惟如同前文所批判，此二制度的並存，並無必然關係。此次修法再次引用此一簡單的說明，來作為律師酬金負擔制度改變的唯一理由，注定了日後爭議的不斷發生。

詳言之，第三審同時引進律師強制代理與律師酬金負擔轉移的兩項制度，就這樣的改革而言，至少存在兩點重大差異。首先，律師強制代理制度向來在國內受到較多的討論<sup>24</sup>，晚近更是備受重視<sup>25</sup>；相對之下，律師酬金負擔轉移在國內似僅為律師強制代理制度下的一個連帶的配套制度，立法上較少被作為獨立之議題加以探討。其次，或許更重要的是，鑑於第三審為法律審，上訴第三審本非一般人所能勝任，因此第三審採取律師強制代理，從雙方當事人權益保護之觀點言，容易獲得認同<sup>26</sup>。相對於此，關於律師酬金負

---

依最高法院93年度第10次民事庭決議、最高法院108年度台聲大字第1525號民事裁定等實務見解，被上訴人於第三審法院未行言詞辯論程序委任律師為其訴訟代理人，其律師酬金亦為訴訟費用之一部。且縱被上訴人未依民事訴訟法第90條第2項規定，於訴訟終結後20日之不變期間內聲請法院為訴訟費用之裁判，亦得聲請最高法院核定其第三審律師之酬金。

<sup>23</sup> 立法院第4屆第1會期第9次會議議案關係文書，院總第243號，政府提案第6533號，1999年4月，頁254-7。

<sup>24</sup> 姜世明，民事訴訟法總論：第四講——訴訟主體論，月旦法學教室，24期，2004年10月，頁81（「律師強制代理主義在我國學理探究上亦早獲注意」）。

<sup>25</sup> 參閱許士宦，同註1，頁99-121；張文郁，同註15，頁27-48；陳瑋佑，論德國民事訴訟法上之律師強制代理制度——以民事訴訟之事實審為中心，中原財經法學，38期，2017年6月，頁275-370；張文郁，論律師強制代理制度下第三審法院之審理，月旦法學雜誌，279期，2018年8月，頁19-41。

<sup>26</sup> 關於第三審律師強制代理規定，修正草案提案之理由說明為：「為貫徹第三

擔，若從向來的當事人各自負擔制度，改採極端的敗訴者負擔制度，可謂是180度的大轉變。此不僅對訴訟兩造之權益有重大變動，而且如前所述，制度的優劣比較，複雜且難解，不易獲得共識。

從上述理解來看，89年修法時，民事訴訟法第466條之3規定之第三審律師費用採取敗訴者負擔制度，之所以可以在未被深入討論、未引發重大爭議的情形下，就三讀通過，其主要原因應係本條已明文做為訴訟費用之律師酬金應限定最高額，且授權最高法院應另定酬金支給標準。其立法說明謂：「如當事人委任律師所約定之酬金過高，於應由他造負擔訴訟費用時，全數由他造負擔並不合理，故就律師之酬金得做為訴訟費用之一部者，應限定其最高額，以求公允。……酬金最高限額與酬金支給標準等事項，所涉細節無從於本法詳為規定」<sup>27</sup>。就此觀之，立法機關表面上似乎做出了採取敗訴者負擔的政策選擇，但並未針對更為實質且重要的問題，做出進一步的規範或指示，而是完全交給司法機關來決定。

最高法院依當時第466條之3第2項訂定「最高法院選任律師為訴訟代理人辦法及第三審律師之酬金支給標準」。依該標準第7條規定，得列為訴訟費用之第三審律師之酬金，其數額由法院依聲請或依職權裁定之。第8條另規定，法院裁定律師酬金時，應斟酌案情之繁簡、訴訟之結果及律師之勤惰，於下列範圍內為之。但當事人約定之酬金較低者，不得超過其約定：關於民事財產權之訴訟，酬金應於訴訟標的金額或價額百分之3以下，但最高不得逾50萬元；關於民事非財產權之訴訟，不得逾15萬元；數訴合併提起者，不得逾30萬元；非財產權與財產權之訴訟合併提起者，不得逾50萬元。

在92年修正時，民事訴訟法增訂「訴訟標的價額的核定及訴訟費用」一章，該章之第77條之25第2項規定，第三審之律師酬金為訴訟費用之一部，應限定其最高額，其支給標準，則由司法院參酌法

---

審法律審之功能，並保障當事人權益，爰於第三審上訴採律師強制代理制度。」立法院第4屆第1會期第9次會議議案關係文書，同註23，頁254-5。

<sup>27</sup> 立法院第4屆第1會期第9次會議議案關係文書，同註23，頁254-8。

務部及全國律師聯合會等意見定之。配合上述條文增訂，第466條之3同時做相對應的修正。關於第三審律師酬金負擔之條文法源雖有改變，但實質內容更動不大。司法院依據現行法訂定之「法院選任律師及第三審律師酬金核定支給標準」，內容與上述基本相同。

對於最高法院的裁量，實務家有認為「民事訴訟第三審律師酬金核定過低的問題，早就是律師界敢怒不敢言的問題。……法院在核定第三審律師酬金數額多為數萬元，遠低於市場行情」<sup>28</sup>。法院在不同個案中，究係如何審酌、其影響因素為何，是否應更積極就不同個案做出差異化的裁量，均有待進一步的深入研究與探討<sup>29</sup>，但整體而言，在不同案件類型中，裁定之律師酬金均屬偏低，應係事實<sup>30</sup>。這樣的情形反映出法官對於第三審律師酬金負擔制度，大幅度的改採敗訴者負擔的遲疑。

從本文前述的討論來看，法官對於律師酬金裁定的「保守」態度，基本上應值肯定。一則，在改革過程中，改採敗訴者負擔制度的優劣選擇，並未受到重視。另則，立法說明中僅僅提到律師強制代理的影響，除此之外，少見其他討論，改革之立論可以說相當薄弱。再者，法條中更有授權司法機關決定之明文。鑑於律師酬金負擔制度，可能對人民訴訟權益有極大的影響，若欲選擇大幅偏離過去數十年所採取的當事人各自負擔制度時，自應更為審慎。

值得注意的是，在92年修法，立法院於審查草案第77條之25過程中，多位學者專家均從防止濫訴角度，提出強烈支持律師酬金列入訴訟費用的觀點，其意見包括：「將律師報酬納入訴訟費用，將

<sup>28</sup> 鄧湘全 (06/27/2020)，鄧湘全觀點：商業事件審理限制律師費，為何引爆律師界眾怒？，<https://www.storm.mg/article/2786504?mode=whole>（最後瀏覽日期：2021年5月6日）。

<sup>29</sup> 在比較法上，一個對以色列法院裁定律師酬金的有趣觀察，參閱Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Attorneys' Fees in a Loser-Pays System*, 162 U. PA. L. REV. 1619-62 (2014).

<sup>30</sup> 作者於法源資料庫，就民國110年1月1日至5月1日，未遭法院駁回之律師酬金裁定，初步統計金額及案件數分佈如下：1萬共2件，2萬共23件，3萬共73件，4萬共2件，5萬共3件，7萬共2件，8萬共2件。

有助於避免濫訴，且有警惕違約投機之人，不可任意違約，而輕起訟端，否則將有費用擴大之風險」、「律師費用納入訴訟標的之費用，這是有效減少濫訴之方法」、「修正條文規定以法院或審判長依法選任及第三審委任者為限，列為訴訟費用，仍不夠周延，應將律師酬金一律列為訴訟費用之一部，方可防止濫訴，又可使律師酬金之支給有一定標準」<sup>31</sup>。從論者的意見來看，似乎對於雙向轉移的範圍及金額，都採取偏向擴大的觀點。此外，鑑於我國民事訴訟法的立法，經常參採德國法的規定，而對於列為訴訟費用之一部的律師酬金，德國律師酬金法中不僅有明確規範，且其律師酬金之計算，原則上係以訴訟標的價額之區間加以明定<sup>32</sup>。但本條修正後，並未對律師酬金加以進一步規定，亦未限縮司法院之裁量權限，更未採取類似德國法之規範方式，而仍是依過去的第466條之3的規定，授權司法院訂定標準，並未做出重大的改變或具體的指示。據此，吾人或應認為立法者並無意調整現行之律師酬金負擔雙向轉移的制度決定與法院的具體執行做法。

## 二、商業事件適用負擔轉移的爭議

關於律師酬金負擔的轉移，將於110年7月1日施行之商業事件審理法，也面臨相類似的「昧於市場行情」的批判。本法第6條規定律師強制代理制度，要求當事人或關係人應委任律師為程序代理人。第13條規定，律師酬金為訴訟或程序費用之一部，應限定其最高額；其支給標準由司法院參酌法務部及中華民國律師公會全國聯合會等意見定之。不令人意外的是，本條之立法說理由亦僅調「參考民事訴訟法第四百六十六條之三規定，律師強制代理事件之律師酬金應為訴訟費用之一部」<sup>33</sup>。依據本條授權，司法院於109年6月提出商業事件律師酬金支給標準草案後，其中規定得列為訴訟或程序費

<sup>31</sup> 立法院公報，92卷1期，2003年1月，頁20。

<sup>32</sup> 陳瑋佑，同註25，頁352-354。

<sup>33</sup> 立法院第9屆第8會期第1次會議議案關係文書，院總第481號，政府提案第16889號，2019年9月，頁政369-370。

用之律師酬金，「商業訴訟不得超過500萬元、商業非訟案件不得超過50萬元，引發律師界反彈聲浪」<sup>34</sup>。

對於上述爭議，首應說明的是，商業事件審理法引進之敗訴者負擔制度，與前述民事訴訟法規定相同，都存在立論不足的問題，也都有立法機關希望交由司法機關決定酬金標準的授權明文。在此基礎上，司法機關的審慎推動此一制度，有其一定的合理性。

再者，與前述之「法院選任律師及第三審律師酬金核定支給標準」相比較，此一標準草案大幅提升可列入訴訟費用之酬金上限。誠然，法院未來如何具體裁量，有待觀察。惟相同之商事訴訟案件，在本法施行前，當事人一造僅能就上訴第三審部分，至多可能就其於50萬元範圍內之律師酬金，由敗訴者負擔。在本法施行後，當事人一造於各審級之訴訟費用，均可能就其於500萬元範圍內之律師酬金，由敗訴者負擔。此一法制施行前後的變動，原則上對勝訴之當事人相當有利，對於律師與樂觀期待勝訴之當事人就承辦訴訟事件之酬金約定，亦應不會更為不利。

商業訴訟與非訟事件的提起，理論上可能有助於公司治理、資本市場的健全及股東權益的保障，若以濫訴防止作為落實律師酬金負擔轉移的理由，顯將面臨重大挑戰。以商業事件審理法第2條所規定之商業訴訟事件類型之一的「公司負責人因執行業務，與公司所生民事上權利義務之爭議，其訴訟標的之金額或價額在新臺幣一億元以上者」為例。針對類此事件，公司法第214條、第227條準用第214條等規定，設有股東代表訴訟的機制，允許公司之少數股東可以據此代表公司對董事、監察人請求損害賠償。代表訴訟制度之立意良善，但過去甚少被使用。有鑑於此，107年公司法修法時，於第214條增訂第3項規定，就股東提起代表訴訟，其裁判費超過新臺幣60萬元

---

<sup>34</sup> 聯合新聞網 (06/19/2020)，商業事件律師酬金支給標準設上限？ 司法院：誤會一場，<https://udn.com/news/story/7321/4646959> (最後瀏覽日期：2021年5月6日)。

部分暫免徵收。目的當然在於降低少數股東提起訴訟之障礙<sup>35</sup>。惟今依照商業事件審理法之規定，若少數股東敗訴，可能需承擔被告董監支出之巨額律師酬金，明顯增加了少數股東進行訴訟的風險。商業事件審理法的律師酬金負擔與公司法的裁判費暫免徵收，一來一往之間，突顯出制度設計的內在矛盾，也可以看出若是在商業事件審理法中貫徹、落實律師酬金負擔的轉移，所可能引發的爭議。在類似此種個案的情形下，法院做出律師酬金列入訴訟費用的裁定時，更應審慎為之。

## 肆、負擔的單向轉移

### 一、單向轉移的立法目的

相對於雙向轉移，若是律師酬金僅能單向轉移，將明顯存在著雙方當事人於訴訟法制中未受公平對待的問題，因此這類制度存在的意義與目的，需要進一步的審視。

在92年修法前，民事訴訟法第110條規定，若法院准予訴訟救助，則得為受救助人選任律師代理訴訟，暫行免付酬金。同法第114條第2項另規定，為受救助人選任之律師，得對於負擔訴訟費用之他造，請求歸還其應收之酬金。據此，在訴訟救助的情形，即存在產生律師酬金單向轉移的規定。

訴訟救助制度係國家對於無資力者接近正義之扶助，有其憲法上的重要意義<sup>36</sup>。然而，弱勢扶助應係國家之責任，在當事人各自負擔律師酬金的我國法制背景下，於受救助人勝訴時，將其律師酬金負擔轉移給他造，有兩個明顯的問題。首先，受救助人僅是暫免付酬金，並未真正解除負擔，其若是不幸敗訴，仍須支付律師酬金。第二，弱勢扶助成為敗訴之他造當事人的責任，似乏正當性。

值得注意的是，依92年修法增訂之第77條之25第1項、第2項規

<sup>35</sup> 劉連煜，現代公司法，2020年15版，頁561。

<sup>36</sup> 姜世明，訴訟救助制度之研究，月旦法學雜誌，76期，2001年9月，頁70-71。

定，法院或審判長依法律規定，為當事人選任律師為特別代理人或訴訟代理人者，其律師之酬金為訴訟費用之一部。此雖未改變訴訟救助選任律師之酬金單向轉移的規範，但第110條同步修正，將原條文之「得為受救助人選任律師代理訴訟，暫行免付酬金」改為「依法律規定為受救助人選任律師代理訴訟時，暫行免付酬金」。據此，法院僅限於法律有特別規定時，始得為受救助人選任律師，而不得僅以無資力且准予救助為由，逕行選任。限縮法院選任律師權限的規定，雖然減少了單向轉移的問題，但也減少了弱勢者接近正義的機會。

弱勢扶助的理由難以正當化單向轉移的制度，此從法律扶助法施行後的解釋，更可以清楚看出。按，93年制訂之法律扶助法第35條原規定，分會就扶助事件所支出之酬金及必要費用，視為訴訟費用之一部；其支出之酬金及必要費用，得向負擔訴訟費用之他造請求。對此規定，司法院提案之立法說明謂：「受扶助人既係透過基金會之協助而進行訴訟，則其依法或裁判得向對造請求之訴訟費用者，當無平白受領之理，且為簡化基金會求償之程序，爰參酌民事訴訟法第一百十四條之精神，就分會為提供法律扶助所支出之酬金及必要費用，明定視為訴訟費用之一部」<sup>37</sup>。從條文字面觀之，此一規定創造了單向轉移的效果。然而，這樣清楚的字義解釋，並沒有為最高法院所接受。最高法院100年度第1次民事庭會決議認為：「法律扶助法既已規定由國家提供及編列資金並建立由受扶助人回饋制度，自不能使受法律扶助之他造因而須負擔在未提供法律扶助之情形下，依法原本無庸負擔之訴訟費用，以免使本應由國家負擔之費用轉嫁至受扶助之他造當事人身上，對該他造當事人形成不公平現象，轉失國家設置法律扶助制度之本意。是以法律扶助法第三十五條第一項所指之酬金，應為目的性之限縮，須法院或審判長依

<sup>37</sup> 立法院第5屆第1會期第2次會議議案關係文書，院總第1798號，政府提案第8235號，2002年2月，頁政57。

法律規定為當事人選任律師為特別代理人或訴訟代理人，及第三審之律師酬金始得列為訴訟費用之一部。換言之，乃指民事訴訟法第七十七條之二十五第二項及第四百六十六條之三第一項所定，得列入訴訟費用一部之律師酬金而言。」因為如此，法律扶助法於104年修法修改原條文，改於第34條第1項規定：「基金會就扶助事件適用（準用）民事訴訟法第七十七條之二十五第一項、第四百六十六條之三第一項、行政訴訟法第二百四十一條之一第三項及其他法律規定，應支出之酬金及必要費用，視為訴訟費用之一部。」

事實上，律師酬金負擔單向轉移的特別立法，在美國法制上，並不少見。這種明顯有利於一造當事人，相對不利於他造當事人的立法，目的並非在扶助弱勢，而多是針對立法者認為具有高度公益價值之特定類型的訴訟，希望給予潛在之原告及其律師誘因，使其勇於提出此類訴訟<sup>38</sup>。在我國，環境法上公民訴訟制度，亦早已存有類似律師酬金負擔單向轉移的設計。在許多環境法規中，均有受害人民或公益團體得以疏於執行之主管機關為被告，提起訴訟，請求判令其執行之公民訴訟的規定。相關法條並同時規定，法院得依職權判令被告機關支付適當律師費用、監測鑑定費用或其他訴訟費用予對維護環境品質有具體貢獻之原告<sup>39</sup>。此一法院得依職權命被告機關支付律師費用的設計，可以給予有原告適格之人民或團體一定之誘因<sup>40</sup>，以提起此類可增進公益之訴訟。

然而，過去在民事責任的立法上，上述律師酬金負擔單向轉移的功能與價值，似乎很難得到主管機關的認同。食品安全衛生管理法於103年的修法就是一個例子。由於當時數起重大食品安全事件的

<sup>38</sup> Robert V. Percival & Geoffrey P. Miller, *The Role of Attorney Fee Shifting in Public Interest Litigation*, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 233, 237-41 (1984).

<sup>39</sup> 參閱空氣污染防治法第93條、水污染防治法第72條、廢棄物清理法第72條、土壤及地下水污染整治法第54條、海洋污染防治法第59條、環境影響評估法第23條、環境基本法第34條。

<sup>40</sup> 葉俊榮，環境法上的公民訴訟：論制度引進的原意與實現的落差，收錄於：《跨世紀法學新思維——法學叢刊創刊五十週年》，2006年，頁190。



發生，修正食品安全衛生管理法以強化相關責任的呼聲甚高。修正前之本法第56條第1項規定，消費者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，並得準用消費者保護法第47條至第55條之規定提出消費訴訟。惟鑑於當時尚未修正之消費者保護法第49條第2項尚有律師不得請求報酬的規定<sup>41</sup>，可能有礙於團體訴訟的提出。因此立法委員提案增訂受消費者保護團體委任之律師，就該訴訟得請求報酬，不適用消費者保護法第49條第2項後段規定。此一部分最後獲得三讀通過，成為現行法第56條第5項。

值得注意的是，上述立委提案增訂之內容中其實還包括「法院為第一項消費訴訟之判決時，得考慮不法行為之嚴重性及原告從事訴訟之公益性，依職權令被告支付適當之律師費用、監測鑑定費用或其他訴訟費用予原告」<sup>42</sup>。其所援用的即為前述我國環境法規中常見之規定文字，藉由律師酬金負擔的單向轉移，給予此類訴訟的提出更多誘因。

惟對於上述修法建議，主管機關的回應說明則是：「有關訴訟費用之判決本係法官職權，民事訴訟法業有規定。爰建議維持現行條文」<sup>43</sup>。在律師金負擔單向轉移的草案胎死腹中的同時，本法另增訂第56條之1，授權中央主管機關設立食品安全保護基金，並得以該基金補助消費者保護團體因食品衛生安全事件依消費者保護法之規定，提起消費訴訟之律師報酬及訴訟相關費用。而且，依該條第2項規定，此一基金之來源也包括了「違反本法罰鍰之部分提撥」、「依本法科處並繳納之罰金，及因違反本法規定沒收或追徵之現金或變賣所得」、「依本法或行政罰法規定沒入、追繳、追徵或抵償之不當利得部分提撥」等，似乎也可以算是將律師酬金轉移給不法行為人負擔的一種類型。然而，從這些不同手段的選擇與取代來

<sup>41</sup> 消費者保護法第49條2項之規定，於下文伍、一，有更詳盡的說明。

<sup>42</sup> 立法院第8屆第6會期第7次會議議案關係文書，院總第1722號，政府委員提案第15126等號之1，2014年10月，頁126。

<sup>43</sup> 立法院公報，103卷65期，2014年11月，頁77。

看，我們可以發現在民事事件中置入「給予律師酬金負擔單向轉移之誘因以鼓勵訴訟」設計，所面臨的理念調整的困難。

## 二、勞動事件法中單向轉移的立法爭議

律師酬金負擔單向轉移所面臨的挑戰，在107年底立法通過、109年1月1日施行之勞動事件法的立法過程討論中，也可以清楚看出。在司法院、行政院提出的草案中第40條規定：「工會於章程所定目的範圍內，得對侵害其多數會員利益之雇主，提起不作為之訴。（第1項）前項訴訟，應委任律師代理訴訟。（第2項）工會違反會員之利益而起訴者，法院應以裁定駁回其訴。（第3項）第一項訴訟之撤回、捨棄或和解，應經法院之許可。（第4項）前三項規定，於第一項事件之調解程序準用之。（第5項）」在嗣後修正版本中，本條增列第5項規定：「第二項律師之酬金，為訴訟費用之一部，並應限定其最高額，其支給標準，由司法院參酌法務部及中華民國律師公會全國聯合會意見定之。」<sup>44</sup>其說明則僅謂：「工會提起本條之訴採律師強制代理制度，其律師之酬金應作為訴訟費用之一部」<sup>45</sup>。

相對於上述，時代力量黨團版本草案第7條規定：「法院判決勞工勝訴確定者，得依聲請或依職權，以裁定命為他造當事人之僱主，於合理範圍內負擔其所支出律師酬金之全部或一部。」<sup>46</sup>對此規定，黃國昌立法委員的說明中提到：「針對律師酬金的負擔，我們目前總共有三種立法例，一種是敗訴者負擔，另外一種是雙方各自負擔，第三種就是單方面的費用移轉。我國目前所採行的制度原則上是雙方各自負擔，而我們時代力量黨團所提出的立法例是one way fee shifting這種片面的費用移轉負擔的學說，這在其他國家的立法例當中也相當常見，在處理上就是當一方在經濟上比較弱勢、要對抗

<sup>44</sup> 立法院公報，107卷99期，2018年11月，頁570。

<sup>45</sup> 立法院公報，同前註，頁585。

<sup>46</sup> 立法院第9屆第4會期第15次會議議案關係文書，院總第1121號，委員提案第21623號，2017年12月，頁委338。

經濟上強勢的時候，就會採行這樣的立法例。」<sup>47</sup>

在黨團協商過程中，司法院出席代表對於時代力量黨團提案的回應中包括：「這一條只有規定在勞工勝訴時雇主要負擔酬金，但是如果是勞工敗訴，雇主完全不能主張酬金，這當然從保護勞工的角度來講是比較充足，可是就訴訟的平等原則來講，可能會有一點失衡，所以我們建議還是暫時不要採納」<sup>48</sup>；「關於律師酬金費用的負擔，剛剛黃委員有提到目前民事訴訟法的一些規定，不過所涉及的層面非常廣，如果兩邊都強制律師訴訟，那當然這個問題是比較無可避免；但是如果只有單面，就可能會有一個現象，變成敗訴的人要替勝訴的人請律師來打我，簡單講就是這樣，在這種情況之下，會變成是一種惡性的競爭，請了越高明的律師，勝訴率就越高，費用也當然會更高，要由對方負擔的機會更大。」<sup>49</sup>

綜言之，現行勞動事件法的規定，允許第40條工會提起不作為訴訟中可能產生律師酬金單向轉移的結果，但卻不能接受其他勞動訴訟事件中也加入這樣負擔轉移的設計，顯示出立法者仍以律師代理強制為律師酬金負擔轉移的主要思考。

惟第40條第2項規定律師強制代理之立法理由乃是：「由工會為其會員對雇主提起本條不作為之訴，舉凡蒐集訴訟資料、主張法律關係乃至舉證證明待證事實，非具有較高之法律專業知識之人，實難勝任，宜由具有法律專業知識之人進行，而工會非必具有法律專業知能，為保障工會會員權益，並期與雇主在程序上之實質對等」<sup>50</sup>。若謂訴訟雙方的公平對待是重要價值，則為何立法者因不信任一造當事人之能力（「工會非必具有法律專業知能」），且又顧慮第三者之權益（「保障工會會員權益」），因此決定要求該造當事人需委任律師始能提起訴訟時，這樣的理由即足以正當化酬金負

47 立法院公報，同註44，頁540。

48 立法院公報，同註44，頁540。

49 立法院公報，同註44，頁540-541。

50 立法院公報，同註44，頁585。

擔單向轉移的效果？若工會委任律師，才能與與雇主在程序上之實質對等，則從實質對等來考慮，更應讓雙方的律師酬金負擔應該能夠雙向轉移！？律師強制代理作為酬金負擔轉移的依據，在負擔雙向轉移中，如前文所述，已非正確；在負擔單向轉移中，更有明顯不合理之處，而且完全漠視單向轉移的影響及意義。

### 三、民事訴訟法中單向轉移規範的反省

類似前述之律師強制代理與律師酬金負擔單向轉移的不當連結，似乎也存在於民事訴訟法第77條之25的規定中。依現行之第77條之25第1項、第2項規定，法院或審判長依法律規定，為當事人選任律師為特別代理人或訴訟代理人者，其律師之酬金由法院酌定之。此一律師酬金為訴訟費用之一部，應限定其最高額，其支給標準，由司法院參酌法務部及全國律師聯合會等意見定之。對於本條之增訂，司法院原始提案修正之說明中係謂：「二、依第四百六十六條之二第一項、第五百八十五條第一項之規定，法院或審判長得為當事人選任律師為訴訟代理人，又法院或審判長依第五十一條、第三百七十四條之規定，為當事人選任特別代理人時，亦得斟酌情形選任律師為之，其律師之酬金字應由法院或審判長酌定」<sup>51</sup>。

按，民事訴訟法第51條係為無訴訟能力人選任特別代理人之規定。第374條則是在他造當事人不明或調查證據期日不及通知他造者，法院因保護該當事人關於調查證據之權利，得為選任特別代理人之規定。依第51條第5項、第374條第2項準用第51條第5項之規定，選任特別代理人所需費用，及特別代理人代為訴訟所需費用，得命聲請人墊付。此二條文關於特別代理人之選任，各有其立法理由，自不待言。即使在第77條之25增訂之前，依據向來的看法<sup>52</sup>，參考訴訟救助之選任律師酬金為訴訟費用之規定，此處特別代理人的

<sup>51</sup> 立法院第5屆第2會期第4次會議議案關係文書，院總第243號，政府提案第8774號，2002年10月，頁政68-69。

<sup>52</sup> 劉毓卿，律師費用由敗訴當事人負擔之研究，法學叢刊，20卷1、2期，1976年6月，頁125；楊建華，民事訴訟法要論，1999年，頁116。

費用亦為訴訟費用之一部。但如前所述，訴訟救助制度下的選任律師酬金負擔，並不具有單向轉移的正當性，此處之選任特別代理人，亦有相同的問題。而且，上開條文規定之特別代理人，其資格並不限於律師。然依第77條之25規定，僅有律師擔任特別代理人時，其酬金始得列為訴訟費用，其他人士擔任則無此待遇。此一差別規定，難以理解，或許可能也受到律師強制代理的影響，進而以律師為限之規定。

再者，第77條之25將單向轉移限於「法院選任」之律師，亦有不當。以第44條之4為例。該條第1項、第2項規定，針對第44條之1至第44條之3所規定之三種訴訟，法院得依聲請為原告選任律師為訴訟代理人。第1項訴訟代理人之選任，以伸張或防衛權利所必要者為限。本條增訂之立法說明與上述勞動事件法規定大同小異，同樣是相關訴訟「非具有較高之法律專業知識之人，實難勝任，且此等事件之被害人多係一般社會大眾，經濟上常居於弱勢地位，為期兩造程序上之實質對等，爰於第一項規定法院得依聲請為原告選任律師為訴訟代理人」<sup>53</sup>。根據第77條之25規定，此一法院依法選任之律師，其酬金將列為訴訟費用之一部。

按，第44條之1的「多數有共同利益之人為同一公益社團法人之社員者，於章程所定目的範圍內，得選定該法人為選定人起訴」、第44條之2的「因公害、交通事故、商品瑕疵或其他本於同一原因事實而有共同利益之多數人，依第41條之規定選定一人或數人為同種類之法律關係起訴」及第44條之3的「以公益為目的之社團法人或財團法人，經其目的事業主管機關許可，於章程所定目的範圍內，得對侵害多數人利益之行為人，提起不作為之訴」，都具有一定的公益性質，基於保護弱勢、嚇阻違法、鼓勵具公益性質之訴訟提起等相類似之目的，將律師酬金負擔單向轉移之設計，套用到此等訴訟中，其實有其合理之處。若欲達成此一設計，可於條文中直接規定

<sup>53</sup> 立法院第5屆第2會期第4次會議議案關係文書，同註51，頁政41。

「原告律師酬金為訴訟費用之一部」等類似文字。

然而，第44條之4係規定「法院得依聲請為原告選任律師」，再配合第77條之25，將被選任律師酬金列為訴訟費用之一部。因此產生的怪異情形是：原告原已自行委任律師者，此一律師酬金不得列為訴訟費用；相對的，原告聲請法院選任律師者，則可將律師酬金列為訴訟費用。此兩者之區別有何合理依據？前一情形之積極委任律師、不貿然提起訴訟的原告是否更值得嘉許，而應給予律師酬金負擔單向轉移的有利地位？配合第44條之4第2項規定來看，或許僅能以「法律選任律師，係以伸張或防衛權利所必要者為限」作為差別待遇的理由。若是如此，這樣的規定及說理，似乎又回到司法院19年院字第205號解釋的老路，而將單向轉移與律師代理的必要性、律師強制代理制度再次不當的連結。

## 伍、當事人無須負擔律師酬金

關於律師酬金負擔，除了由當事人各自負擔、可雙向轉移或僅可單向轉移的不同規範模式外，在我國法上，還有「當事人無須負擔律師酬金」的模式。吾人可以從下列兩類的幾個例子中，思考其目的與得失。

### 一、律師自己負擔

84年制訂的消費者保護法，在我國法上有重要的意義，在當時的時代背景下，立法過程也相當特殊<sup>54</sup>。本法第49條第1項允許消費者保護團體，以自己名義，為多數之消費者提起損害賠償訴訟，以及就企業經營者之不法行為，提起不作為訴訟。當時通過的第49條第2項明文規定：「消費者保護團體依前項規定提起訴訟者，應委任律師代理訴訟。受委任之律師，就該訴訟，不得請求報酬，但得請求償還必要之費用。」

<sup>54</sup> 許政賢，臺灣消費者保護法的創新與挑戰——二十週年的反思，月旦民商法雜誌，45期，2014年9月，頁38-40。

首應說明的是，本項規定相關訴訟需強制由律師代理，但並未同時規定律師酬金屬於訴訟費用。此也可以佐證前文所言，律師強制代理與律師酬金作為訴訟費用本無絕對關聯，重點在於立法目的為何、立法者如何設計制度配套以達成其立法目的。

其次，本條在立法院委員會審查時，司法院參與之代表曾提出意見時指出：「如果我們要採取強制代理律師訴訟的制度，是不是就把律師的費用列作訴訟費用，並不是強制律師不收報酬，所以，是否如採強制代理，就把它列為訴訟費用，我想強制律師不收報酬，也是值得考慮的」<sup>55</sup>。如同前文說明，在民事事件的訴訟費用負擔上，我國實務向來將律師強制代理與律師酬金移轉結合在一起。若採用此一建議，將形成律師酬金負擔單向轉移的立法例，而可能有助於消保團體的訴訟提出。惟從當時立法院審查的記錄內容觀之，似乎未能看出司法院之上述建議寓有此種單向轉移的政策功能。

再者，本法除要求受消保團體委任之律師不得請求報酬，依第50條第5項之規定，更要求為消費者提起團體訴訟的消保團體，亦不得向消費者請求報酬。上述設計，其目的顯然是在極力降低濫訴發生的可能性。蓋依當時立法委員趙少康所提之本法草案，對於得提起團體訴訟之消保團體，已有一定的條件限制，其理由即為「防止消費者保護組織的濫權興訟」<sup>56</sup>。該草案中並規定消保團體應將訴訟結果所得之賠償，扣除必要費用後，交付予消費者。隨後行政院版草案則增加上述律師強制代理及律師不得請求報酬之規定，其草案所附理由則為「消費者保護團體為消費者之利益起訴，自宜有一定之條件，並不得有償，……律師不得收受報酬，……以發揮消費者保護團體為公益團體之本質」<sup>57</sup>。在立法院委員會審查過程中，有立

<sup>55</sup> 立法院公報，80卷101期，1991年12月，頁370。

<sup>56</sup> 立法院第1屆第82會期第32次會議議案關係文書，院總第1450號，委員提案第385號，1988年12月，頁19。

<sup>57</sup> 立法院第1屆第82會期第34次會議議案關係文書，院總第1455號，政府提案第

法委員一再強調：「若按照趙委員提案通過最大的缺點是促使專打消費者保護官司的公司成立」<sup>58</sup>；本法應對消費者保護團體加以規範，「便可保障消費者，又能避免濫訟」<sup>59</sup>；本法再加上消保團體不得請求報酬之規定，「因為財團法人的經費來源，不應靠進行訴訟而抽成。我們寧願將消費者的權利託付給真正的消費者保護團體」<sup>60</sup>。

在能夠提起訴訟之消保團體已相當有限的情形下，進一步要求此類訴訟需強制由律師代理，且律師不得請求報酬，此一條件必將更限縮了有能力且願意投入大量心力以處理新型態的消費團體訴訟的律師。

從上述說明來看，表面上看似對消費者相當友善的「律師無償」的規定，實則是使得消保團體訴訟制度無法發揮實效<sup>61</sup>的原因之一<sup>62</sup>。值得注意的是，當時行政院提案中，對於消保團體訴訟條文的說明中，首要強調「消費關係所發生之危害，受害人有時為數甚多，如由其全體分別起訴，難免增加法院工作之負荷，影響訴訟之進行，且此類受害人所受損害，多屬典型之小額損害，如須由其自行依訴訟程序請求救濟，亦不勝其煩，有違訴訟經濟之原則」<sup>63</sup>。然而，制度設計上創造出來的重重關卡，大幅壓抑消保團體訴訟的發

---

3437號，1988年12月，頁報18。

58 立法院公報，同註55，頁373。

59 立法院公報，同註55，頁373。

60 立法院公報，同註55，頁375。

61 沈冠伶，消費者團體訴訟之再建構：以擴散型損害及集團權利為中心，臺大法學論叢，44卷特刊期，2015年11月，頁1242-1243；許政賢，同註54，頁50（「消保法施行二十年以來所提起消保團體訴訟……，就件數比例形式觀察，成效似難謂卓著。」）。

62 沈冠伶，同前註，頁1258。誠然，壓抑消保團體訴訟出現的原因不只一端，縱使立法之初就允許律師可以請求報酬，消保團體訴訟數量或許也不會明顯增加。但應無疑問的是，立法者增訂「律師不得請求報酬」的規定，其目的之一即在於盡量減少可能的濫訴，從另一個角度來看，也可以說是壓抑消保團體訴訟。

63 立法院第1屆第82會期第34次會議議案關係文書，同註57，頁報18。



生，完全無法達成所謂「訴訟經濟」之原則，對照上述理由，顯得相當諷刺。

消費者保護法104年的修法，進行了相當幅度的修正。其中一個面向即為改革成效不彰的消保團體訴訟制度。為使消保團體訴訟的提起更為容易，第49條將得提起團體訴訟的消保團體的要件，從需經許可設立3年以上修正為2年以上，而且原條文規定訴訟的提起需經消費者保護官同意，現行法也將此一要件加以刪除。此外，上述律師不得請求報酬的規定，也加以刪除。對此，立法委員田秋堇的提案理由中提到「消費訴訟涉及法律及技術專業，需要專業人士參與，才能順利求償，消保法第49條要求律師不得請求報酬，此限制只會降低專業人士參與消費訴訟的意願、增加消費訴訟的困難度，無法嚇阻不肖廠商，應刪除之」<sup>64</sup>。

另值得說明的是，若欲將律師酬金轉由律師負擔，除了要求律師不得請求報酬外，另一種可能的方式是約定律師僅就訴訟所獲成果分成的後酬契約（contingency fee agreement）。美國早期司法實務上開始肯認此種後酬契約約定律師酬金，正是因律師費用逐漸高昂以致弱勢者求助無門，為便於受到損害卻無力花錢聘請律師之人，獲得律師的專業服務<sup>65</sup>，因此尊重市場機制發展下的這種做法。

在109年修法後，我國律師法第45條規定，律師不得利用職務上之機會，直接或間接受讓當事人間系爭之權利或標的。其修正理由中提及「本法並未就約定後酬有規定，律師與當事人約定之後酬，倘僅係以『訴訟標的之一定比例』或『訴訟標的價額之一定比例』作為酬金之計算方式或數額，而不涉受讓當事人間系爭之權利，應與本條無違，併予敘明。」<sup>66</sup>律師酬金負擔的多元安排方式，當更能

<sup>64</sup> 立法院第8屆第7會期第10次會議議案關係文書，院總第450號，政府委員提案第14608等號之1，2015年5月，頁討43。

<sup>65</sup> Karsten & Bateman，同註9，頁733-736。

<sup>66</sup> 立法院第9屆第7會期第12次會議議案關係文書，院總第252號，政府提案第16758號，2019年5月，頁政31。

滿足絕大多數當事人接近正義的需求。

## 二、政府特別立法負擔

針對弱勢者無力負擔律師酬金、訴訟費用的問題，相對於負擔轉移予他造當事人或透過市場機制解決等模式，政府透過特別立法來負擔是我國較常見的因應方式。法律扶助法無疑是此類中最具重要地位，對於無資力或因其他原因，無法受到法律適當保護者，提供必要之法律扶助的規範。據此設立的財團法人法律扶助基金會（法律扶助基金會），可以遴選律師辦理本法所規定之法律扶助事務，扶助律師之酬金及必要費用，則由基金會給付。在勞動法規領域中，亦常見此類扶助措施。例如勞資爭議處理法第6條及據此訂定之勞資爭議法律及生活費用扶助辦法，原住民族工作權保障法第21條第2項及據此訂定之原住民族委員會就業歧視及勞資糾紛法律扶助辦法，性別工作平等法第37條第2項及據此訂定之性別工作平等訴訟法律扶助辦法等。

依據證券投資人及期貨交易人保護法規定設立之財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心（投保中心）也是這樣的例子。依本法第28條規定，保護機構為保護公益，於本法及其捐助章程所定目的範圍內，對於造成多數證券投資人或期貨交易人受損害之同一原因所引起之證券、期貨事件，得由20人以上證券投資人或期貨交易人授與仲裁或訴訟實施權後，以自己之名義，提付仲裁或起訴。本法第33條另規定，保護機構應將第28條訴訟或仲裁結果所得之賠償，扣除訴訟或仲裁必要費用後，分別交付授與訴訟或仲裁實施權之證券投資人或期貨交易人，並不得請求報酬。

類似的保護機構設計，但訴訟協助的運作模式不完全相同的是多層次傳銷保護機構。依據多層次傳銷管理法第38條規定，主管機關應指定經報備之多層次傳銷事業，捐助一定財產，設立保護機構，辦理完成報備之多層次傳銷事業與傳銷商權益保障及爭議處理業務。且保護機構之組織、任務、經費運用、業務處理方式及對其

監督管理事項，由主管機關定之。主管機關公平交易委員會即據此授權，訂定多層次傳銷保護機構設立及管理辦法。該辦法第30條第1項規定，對於同一原因事件，致20位以上傳銷商受損害或請求賠償金額達100萬元以上者，經調處雖未成立，惟經保護機構認定，傳銷事業應負賠償責任者，傳銷商得請求保護機構就一定額度內先代為支付訴訟費及律師費。

再者，前文已提及食品安全衛生管理法於103年的修法，排除立委建議之律師酬金負擔單向轉移模式，另外設立食品安全保護基金，由基金來補助消保團體提起訴訟所需的律師酬金，自然也屬於政府立法負擔的一種類型。

政府特別立法負擔律師酬金之規範，一般係基於協助弱勢之用意，立意應屬良善。相關規範為數不少，本文無意窮盡列舉、全面比較分析。惟建立在前文的討論基礎上，此處希望指出下列幾點以供思考：

首先，政府特別立法負擔，不僅有其扶助條件，其提供之律師酬金之金額也會有所限制。例如，勞資爭議法律及生活費用扶助辦法第7條規定，勞動調解、訴訟代理酬金之標準，就個別申請者，勞動調解、每一審級訴訟最高4萬元；共同申請者，最高10萬元。若因案件複雜經審核認有必要者，前者得增至6萬元，後者得增至20萬元。另外，多層次傳銷保護機構設立及管理辦法第31條規定，其代為支付之律師費用不得高於法院選任律師及第三審律師酬金核定支給標準第4條之金額。且代為支付訴訟費及律師費之總額上限，由保護機構擬議，報經主管機關核定後實施。考慮到預算、基金之規模限制，可以想見相關之酬金標準、個案所核定提供之補助極可能不符市場水準。當然，此對獲扶助之申請人不無小補，但若無其他機制存在，申請人恐難獲得高品質之法律服務，此在個案案情複雜之情形，尤顯重要。

其次，政府特別立法負擔，若成效不彰，可能使立法美意落空。這樣的負擔，形式上雖然存在，但實質上可能沒有意義或實益

有限。如前提及，消保團體提起之訴訟案件甚少，一直以來備受批評。另外，投保中心即使提起不少訴訟，但獲償金額比例甚低，其功能甚至為目前擔任曾任金融監督管理委員會主任委員之現任立法委員指出應予強化<sup>67</sup>。相對於市場機制的運作，如何使政府特別立法之功能有效發揮，需要在立法時審慎思考。

最後，利用政府預算或其他方式挹注之基金來協助訴訟之進行，亦應思考負擔轉移的可能與必要性。如前所述，在特定立法目的存在時，相關法規中應考慮納入單向轉移的規定，以使特別立法支出之律師酬金，可以轉移由敗訴之被告負擔。此外，當制度受益者勝訴時，已支出之律師酬金是否可轉向制度受益者請求，也應該是一個思考方向。例如，法律扶助法第32條即規定，因法律扶助所取得之標的具財產價值，且其財產價值達一定標準者，分會經審查得請求受扶助人負擔酬金及必要費用之全部或一部為回饋金。法律扶助基金會也據此訂定受扶助人繳納回饋金標準。相對於此，投保中心為投資人起訴，卻不分情形，一律規定不得請求報酬，即有可以檢討的空間。

## 陸、結 論

基於上述的分析，本文的結論有如下幾點：

第一、我國法制基本上將律師酬金負擔的轉移與律師強制代理制度相連結。但這樣的連結不僅沒有堅強的論據，也容易使得律師酬金負擔轉移這個議題未能受到足夠的討論。

第二、除了律師強制代理制度的影響外，關於負擔轉移立法的討論，濫訴防止是我國法制發展中另一個重要的考量。相對之下，潛在原告當事人之接近正義的需求，可能被嚴重忽略。

---

<sup>67</sup> 自由時報（04/08/2021），台股訴訟求償878億元 投資人實際僅獲償1成 立委要求強化投保中心，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3493203>（最後瀏覽日期：2021年5月6日）。

第三、制度上存在的雙向轉移或單向轉移，在實施過程中，也沒有獲得重視或引起重大爭論，其原因之一在於兩制度都「名存實亡」，沒有能夠發揮實際的影響。就雙向轉移而言，司法機關對於律師酬金的保守裁定，其結果與向來之當事人各自負擔制度差異不大。就單向轉移而言，制度雖然存在，但利用此類制度者可能極少。

第四、轉移給律師或政府負擔的情形，其中一部分也存在著制度成效未如預期的情形。就此而言，在思考律師酬金負擔時，應更多納入市場機制的考量，以使制度所欲保護之人能真正接近正義。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- 吳建星，智慧財產民事訴訟第一、第二審律師酬金負擔問題研究，智慧財產權月刊，166期，頁29-47，2012年10月。
- 沈冠伶，消費者團體訴訟之再建構：以擴散型損害及集團權利為中心，臺大法學論叢，44卷特刊期，頁1237-1326，2015年11月。
- 姜世明，訴訟救助制度之研究，月旦法學雜誌，76期，頁69-87，2001年9月。
- 姜世明，民事訴訟法總論：第四講——訴訟主體論，月旦法學教室，24期，頁69-81，2004年10月。
- 張文郁，論民事訴訟之律師強制代理，月旦法學雜誌，212期，頁27-48，2013年1月。
- 張文郁，論律師強制代理制度下第三審法院之審理，月旦法學雜誌，279期，頁19-41，2018年8月。
- 許士宦，民事訴訟事實審引進律師強制代理制度之立法論，月旦法學雜誌，193期，頁99-121，2011年6月。
- 許政賢，臺灣消費者保護法的創新與挑戰——二十週年的反思，月旦民商法雜誌，45期，頁38-55，2014年9月。
- 陳炫宇，濫用訴訟制度與律師費用負擔——簡評臺灣高等法院臺中分院102年度上字第162號判決，軍法專刊，62卷1期，頁85-117，2016年2月。
- 陳瑋佑，論德國民事訴訟法上之律師強制代理制度——以民事訴訟之事實審為中心，中原財經法學，38期，頁275-370，2017年6月。
- 楊建華，民事訴訟法要論，1999年，臺北：三民。
- 葉俊榮，環境法上的公民訴訟：論制度引進的原意與實現的落差，收錄於：跨世紀法學新思維——法學叢刊創刊五十週年，頁187-214，2006年，臺北：元照。
- 劉連煜，現代公司法，2020年15版，新北：自刊。
- 劉毓卿，律師費用由敗訴當事人負擔之研究，法學叢刊，20卷1、2期，頁124-129，1976年6月。

潘穩中，民事訴訟事實審請求給付律師費用之司法實務案例比較觀察，  
萬國法律，216期，頁43-59，2017年12月。

## 二、英文部分

- Eisenberg, Theodore, Fisher, Talia & Rosen-Zvi, Issi (2014). *Attorneys' Fees in a Loser- Pays System*, 162 U. PA. L. REV. 1619-1662.
- Goohart, Arthur L. (1929). *Costs*, 38(7) YALE L. J. 849-878.
- Karsten, Peter & Bateman, Oliver (2016). *Detecting Good Public Policy Rationales for the American Rule: A Response to the Ill-Conceived Calls for Loser Pays Rules*, 66 DUKE L.J. 729-761.
- Katz, Avery Weiner (2000), *Indemnity of Legal Fees*. In: Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 5 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS: THE ECONOMICS OF CRIME AND LITIGATION, pp. 63-94, MA: Edward Elgar Pub.
- Leubsdorf, John (2019). *Does American Rule Promote Access to Justice? Was That Why It Was Adopted?*, 67 DUKE L.J. 257-270.
- McCormick, Charles T. (1931). *Counsel Fees and Other Expenses of Litigation as an Element of Damages*, 15 MINN. L. REV. 619-643.
- Percival, Robert V. & Miller, Geoffrey P. (1984). *The Role of Attorney Fee Shifting in Public Interest Litigation*, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 233-247.
- Reimann, Mathias (2012), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis*. In: Mathias Reimann ed., COST AND FEE ALLOCATION IN CIVIL PROCEDURE, pp. 3-56, NY: Springer, Dordrecht.
- Rowe, Thomas D. Jr. (1982). *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview*, 1982 DUKE L.J. 651-680.

# On the Attorney Fee Shifting Rule in Taiwan

Ching-Ping Shao\*

## Abstract

Judiciary is the last line of defense for justice. Therefore, access to justice depends to a large extent on access to lawyers. For the past two decades, different branches of Taiwan's government have been putting efforts to create favorable rules and provide legal aid to the underprivileged. What has long been neglected, in terms of Taiwan's litigation funding regime, is the issue of attorney fee shifting.

According to the Civil Procedure Law, the basic rule in Taiwan is each party bears his own attorney fees. Attorney fees can be shifted to the loser only when the law so provides. This paper argues that the current fee shifting regime is wrongly connected to rules of mandatory representation. The result is that little attention is paid to the change of fee shifting rule while much ink is spilled on the pros and cons of mandatory representation. One-way fee shifting rules can also be found in some laws. However, it appears that their emergence is without justifications and not carefully deliberated. Lastly, public funding is sometimes used to lessen the burden of attorney fees of one party. It is suggested that market mechanisms should be taken into account when such acts out of benevolent intent is to be taken.

---

\* Professor, College of Law, National Taiwan University.



**Keywords** : attorney fee, loser pays rule, one-way fee shifting,  
mandatory representation, frivolous suit

【研究論文】

# 外籍配偶家庭團聚權爭議分析 ——臺美司法案例爲比較

陳雅齡\*

## 要 目

- |                       |                  |
|-----------------------|------------------|
| 壹、問題的提出               | 三、高等行政法院判決要旨     |
| 貳、「家庭團聚權」的內涵及主張該權利的限制 | 肆、美國家庭團聚權所涉法規及案例 |
| 一、「家庭團聚權」的內涵          | 一、所涉法規與解釋        |
| 二、主張該權利的限制            | 二、案件梗概與兩方主張      |
| 參、我國家庭團聚權所涉法規及案例      | 三、美國紐約州法院判決要旨    |
| 一、所涉法規與解釋             | 伍、反思與比較          |
| 二、案件梗概、兩方主張           | 陸、結 論            |

\* DOI: 10.7003/LASR.202109\_(7).0004

真理大學英美語文學系專任副教授、國立政治大學法律學系博士班三年級。

## 摘 要

當今各國外籍配偶申請婚姻移民，因為不是國民，其家庭團聚權因各國移民政策、國家安全與利益考量而有法規之限制。外籍配偶爭取一國憲法保障人民基本權之「家庭團聚權」，自然是現代社會中非常重要之事情。然而，全球一致性之立法現象，只有「真結婚」之家庭，才能享有「團聚權」。在這篇文章，作者以發生在臺灣與美國的兩起司法案件為例，首先檢視兩國規範婚姻移民者的法規及其解釋，整理出兩方證詞及法院調查判斷的重點。單元「反思與比較」比較兩案例之法院見解及當事人救濟途徑。研究後發現，兩起案件有共通之處——即兩地法院所援引的法條具有文義解釋之模糊性。近年來國際間人民往來頻繁，會有愈多這類涉及外籍配偶的爭議案件浮出檯面，本文研究結果期能提供法院審理這類案件時的省思。

**關鍵詞：** 外籍配偶、家庭團聚、婚姻移民、文義解釋、假結婚

## 壹、問題的提出

全球化造成人口遷徙與流動頻繁，國民因旅遊、求學或工作而與不同國家人民通婚，便形成國際婚姻，接下來外籍配偶可能向外國申請婚姻移民，目的在於享有更多家庭團聚的權利。以「婚姻移民」方式進入一個國家，可以在該國家停留較長之時間，經歷一段時間又可取得當地國籍，相較於持其他簽證入境者，「婚姻移民」較無停留時間之限制。某些有心人士以「假結婚」方式進入一個國家似乎是非法入境的最佳選擇之一。

在臺灣，本國男性與21個國家的外國女性結婚，須接受該地臺灣駐外單位的境外面談，經判定不是假結婚，才能申請簽證居留。另外，臺灣不承認雙重國籍，新移民要放棄母國國籍，才能歸化為臺灣人。我國國籍法第19條規定，就算取得中華民國的身分證，不管何時，只要經法院判定是「假結婚」或「假收養」，政府可據此「終身」撤銷國籍。由於新移民早已放棄母國國籍，又被撤銷臺灣國籍，瞬間落入無法回母國也無法待在臺灣的窘境。針對這些婚姻移民面談以及對假結婚的認定與裁罰，學者廖元豪指出，「我國移民法其實是一整套移民管制法」，而非「移民權利保障法」，該制度未加深思地預設這些新移民乃社會問題、是「入侵者」與「資源搶奪者」，廖教授主張重新審視國家公權力對婚姻移民的干預<sup>1</sup>。又結婚後離婚，若尚未取得臺灣國籍，依法必須強制出境，如取得未成年親生子女權利義務之行使或負擔、具有撫育事實者，必須向臺灣外交部申請核發停留簽證入境後，再向移民署申請核發居留證<sup>2</sup>，由此可見，父母與未成年子女間的家庭團聚必須經過幾道關卡。

<sup>1</sup> 廖元豪，全球化趨勢中婚姻移民之人權保障：全球化、臺灣新國族主義、人權論述的關係，思與言：人文與社會科學期刊，44卷3期，2006年9月，頁81-129。

<sup>2</sup> 參照：中華民國內政部全球資訊網網址：<https://www.immigration.gov.tw/5385/7229/7232/127380/>（最後瀏覽日期：2020年9月6日）。

美國方面，為保障公民家庭團聚制訂了以家庭團聚、保護國內勞工市場以及擁有特別技術為優先移民之規定，其順序為：一、親屬團聚；二、美國缺乏的技術工人；三、難民。並且，雙親中一方為美國公民者，其子女可獲得美國公民身分；在美合法永久居留超過20年之50歲以上的外國人可以歸化為美國公民，且美國公民有權收養外籍子女。此後有若干限制移民的法律出籠，其中包括結婚欺詐修正案、反毒品濫用法等等。近來美國特別注意到美國男性向第三世界「郵購新娘」（向婚姻仲介申請）的現象，國土安全部公民與移民局〔the US Department of Homeland Security Citizenship Immigration Services（CIS，其前身是移民與歸化局）〕於是著手對「郵購新娘」進行調查，認為郵購新娘與家庭暴力、人口販賣及詐欺等刑事案件密切相關。1986年起更對於與美國公民或永久居民結婚的外國人實施「有條件永久居民身分」，試圖防止任何婚姻欺詐案件。

這篇文章於是以臺灣與美國的兩件案例，探討公部門因拒絕或撤銷配偶歸化，另方當事人提起上訴之案件爭點。目前學界探討國際婚姻移民或歸化問題多從人權或憲法的觀點，本文將目光聚焦於兩起案件所牽涉的法規及其解釋。臺灣案例涉及當時國籍法第19條及行政程序法第117條及第121條。美國案例涉及國會通過「反假結婚法」以及移民歸化部門針對該法實施的配套規定。初步發現，兩起案件有共通之處，即兩地法院所援引的法規具有文義解釋之模糊性，而兩國法院如何調查判斷，當事人採取何種救濟途徑，這些是本論文比較之重點。本世紀以來國際間人民往來頻繁，研究結果期能提供法院審理這類案件時的省思。

## 貳、「家庭團聚權」的內涵及主張該權利的限制

### 一、「家庭團聚權」的內涵

先就「家庭」的功能而言，根據帕森思（Parsons）提出的AGIL

模型<sup>3</sup>，「家庭」能提供社會潛在維繫模式與緊張管理的功能，該模型具有四種社會功能，包括：A（適應，adaptation，系統如何適應世界並滿足生存的物質需求，主要指的是經濟）、G（目標達成，goal attainment，社會的生產與領導，主要是政治）、I（整合，integration，秩序維持與穩定，如法律與各種社群機制）與L（潛在的維繫模式與緊張管理，latent pattern maintenance and tension management，如宗教、文化、藝術、教會、學校與家庭等提供成員彼此的價值承諾）。家庭明顯是社會體系的重要子系統。

我國憲法未提及「家庭團聚權」一詞，只有在基本國策與社會安全一節中（第13章第4節）提到與家庭有關婦女兒童之生活與教育，是一般概括性的規定，因此無法稱為「家庭團聚權」。對此，李震山教授主張：「惟從反面推論，若對於個人在社會生活中所必要能提供心理、教育文化與經濟支援的基本單位（家庭）無法保障的話，後果難以想像。釋字第242號更認為任何法律『若嚴重影響到家庭生活與人倫關係，反足以危害社會秩序，就此而言，反與憲法第22條有違。』」依此見解，憲法第22條概括性條款應該是家庭團聚權容身之處<sup>4、5</sup>。

與「家庭」有關便是「婚姻」及「親子關係」。大法官解釋第362號與第372號提到憲法保障「人民結婚自由」，釋字第552號與第554號重申「婚姻與家庭」為社會形成與發展之基礎，受到憲法制度性保障<sup>6</sup>，除了憲法及大法官解釋，他如民法親屬編對於監護權、親

<sup>3</sup> TALCOTT PARSONS & NEIL J. SMELSER, *ECONOMY AND SOCIETY: A STUDY IN THE INTEGRATION OF ECONOMIC AND SOCIAL THEORY* 14-19, 33-38 (1956); 洪謙德，結構功能論的法律社會學——帕森思法律觀的評析，收錄於：蘇永欽主編，部門憲法，2006年，頁63-99。

<sup>4</sup> 李震山，憲法意義下之「家庭權」，中正大學法學集刊，16期，2004年7月，頁61-104。

<sup>5</sup> 李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48期，2003年7月，頁51-65。

<sup>6</sup> 釋字第362號解釋理由書：「惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第22條規定，應受保障。」釋字第365

子關係認定及收養制度，特別法如國籍法、家庭暴力防治法、社會救助法、入出國及移民法等。以下呈現這些法規範的位階：

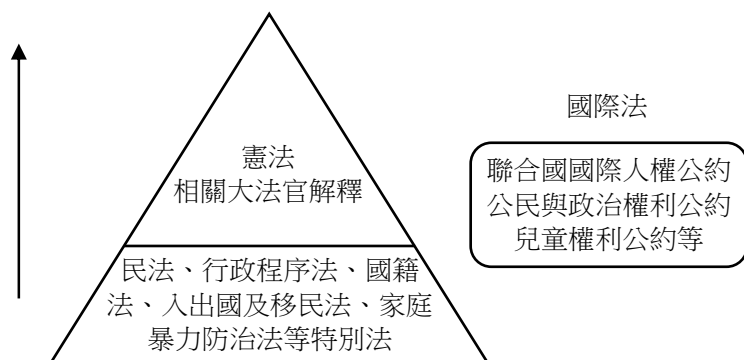


圖1 規範家庭團聚權的內國法與國際法

資料來源：本文整理繪製

上圖可以看出我國憲法以及大法官解釋為家庭團聚這類案件之第一位階，相關民法、行政程序法、特別法如國籍法、入出國及移民法及家庭暴力防治法等居於第二位階。內國法以外之國際法方

號解釋理由書：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實。」釋字第372號解釋理由書：「人格尊嚴之維護與人身安全之確保，乃世界人權宣言所揭示，並為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。憲法增修條文第九條第五項規定：『國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等』即在宣示上述理念。此一憲法意旨，於婚姻關係及家庭生活，亦有其適用。」釋字第552號解釋理由書：「婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權……婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關。」釋字第554號解釋文：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第22條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」

面，國際公約有關家庭權及家庭團聚權可能也是當事人主張的途徑。依照法學者蘇永欽教授的「部門憲法」的觀點<sup>7</sup>，第二位階的相關民法與特別法都可「拉上至」憲法層級予以討論，整體形成關於家庭團聚權的「家庭部門憲法」觀點。

## 二、主張該權利的限制

「家庭團聚權」作為一項國際人權，從國際簽署的「國際人權公約」、「公民與政治權利公約」與「兒童權利公約」便可以看出端倪。這項權利也是各國憲法所保障人民的基本權利，然而，限於國境安全及社會治安，全球一致性之立法現象，只有「真結婚」之家庭才能享有「家庭團聚權」，對此限制，一國國民之外籍配偶如何證明非「假結婚」，爭取一般人民基本權之「家庭團聚權」自然是非常重要的事情。

一般人工作免不了遷移，遇到假日便會返鄉團聚。外籍配偶為了要團聚，便需跨國遷徙進而申請婚姻移民。對此，外籍配偶根據人性尊嚴與人格自由所締結的婚姻，是否可主張為經營家庭生活的家庭基本權而入境某一國家，產生與「遷徙自由」某一程度的重疊關係如以下：

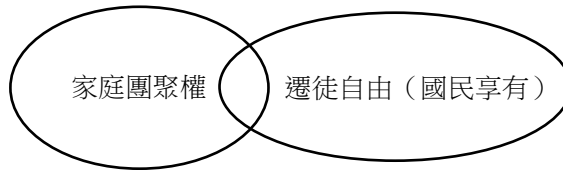


圖2 家庭團聚與遷徙自由的重疊關係

資料來源：本文整理繪製

<sup>7</sup> 蘇永欽，我國憲法中的家庭，收錄於：蘇永欽主編，部門憲法，2006年，頁795-827。蘇永欽文中指出部門的決定可參考帕森思的社會體系結構。



我國釋字第443號包含了對遷徙自由的解釋，該解釋提到「憲法第10條規定人民有居住及遷徙之自由，係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利。對此人民自由權限制，憲法第23條規定應以法律定之且不得逾越必要之程度。<sup>8</sup>」由此可見，人民雖有遷徙之自由，外籍配偶申請居留簽證必須經過一連串流程。美國移民法對於移民配額有所限制，惟為確保美國公民之家庭團聚，將美國公民之近親（immediate relatives）亦即配偶未成年子女以及成年公民之父母，列為不受配額限制之種類。不過，為了防止家庭團聚權遭濫用，美國國會訂定專法防制「假結婚」，如「移民與歸化法防假結婚增修條文」<sup>9</sup>，為了執行該法，美國「移民與歸化服務部門」（INS）更頒布一套法規並具有法律效力<sup>10</sup>。綜合以上，臺灣與美國對於外國配偶主張「家庭團聚權」皆具有相當限制。

## 參、我國家庭團聚權所涉法規及案例

### 一、所涉法規與解釋

我國對於婚姻移民與歸化制定了國籍法，其第3條包含一般歸化及其條件<sup>11</sup>。影響婚姻移民最大的條文在於國籍法第19條，此條文規

<sup>8</sup> 李震山，同註5，頁51-65。

<sup>9</sup> Immigration and Naturalization Act Immigration Marriage Fraud Amendments of 1986 (“IMFA”), 8 U.S.C. & 1154(a)(2)(A).

<sup>10</sup> 有關國會所訂法律（Statute）與政府部門頒布法規（Regulation）的區別，美國以判例法為主，但也制訂了不少的成文法，比如憲法、聯邦證據規則、統一商法典，這些法或為rule, code, act等，但它們都屬於Statute，在用法上與case law相對。Regulation是指某些實質規定但具有法律效力，如Regulation on Computer Software Protection, Regulation for Preventing Collision at Sea。

<sup>11</sup> 國籍法第3條於2016年12月21日修正如下：「外國人或無國籍人，現於中華民國領域內有住所，並具備下列各款要件者，得申請歸化：

一、於中華民國領域內，每年合計有183日以上合法居留之事實繼續五年以上。

二、年滿20歲並依中華民國法律及其本國法均有行為能力。

三、無不良素行，且無警察刑事紀錄證明之刑事案件紀錄。

定歸化後國籍喪失的條件。該特別法於2016年12月大幅修正，本爭議案件發生在2015年，所以適用2016年修正前的條文：「歸化、喪失或回復中華民國國籍後，五年內發現有與本法之規定不合情形，應予撤銷。」請注意「五年內……」這句話並沒有指明是誰發現，可以解釋為內政部或法院。若針對前者，若是歸化超過5年，內政部無法對外籍配偶撤銷歸化。本案例相關法規還有行政程序法第117條與第121條對於撤銷行政處分撤銷「除斥期間」規定。以下羅列相關法規供參考：

### (一)國籍法

#### 第19條（修正前）

歸化、喪失或回復中華民國國籍後，5年內發現有與本法之規定不合情形，應予撤銷。

#### 第19條（2016.12修法後）

I 歸化、喪失或回復中華民國國籍後，除依第9條第1項規定應撤銷其歸化許可外，內政部知有與本法之規定不合情形之日起2年得予撤銷。但自歸化、喪失或回復中華民國國籍之日起

- 
- 四、有相當之財產或專業技能，足以自立，或生活保障無虞。  
五、具備我國基本語言能力及國民權利義務基本常識。  
前項第三款所定無不良素行，其認定、邀集專家學者及社會公正人士研議程序、定期檢討機制及其他應遵行事項之辦法，由內政部定之。  
第一項第五款所定我國基本語言能力及國民權利義務基本常識，其認定、測試、免試、收費及其他應遵行事項之標準，由內政部定之。」  
該條文修正前如下：「外國人或無國籍人，現於中華民國領域內有住所，並具備下列各款要件者，得申請歸化：  
一、於中華民國領域內，每年合計有183日以上合法居留之事實繼續五年以上。  
二、年滿20歲並依中華民國法律及其本國法均有行為能力。  
三、品行端正，無犯罪紀錄。  
四、有相當之財產或專業技能，足以自立，或生活保障無虞。  
五、具備我國基本語言能力及國民權利義務基本常識。  
前項第五款所定我國基本語言能力及國民權利義務基本常識，其認定、測試、免試、收費及其他應遵行事項之標準，由內政部定之。」

逾5年，不得撤銷。經法院確定判決認其係通謀為虛偽結婚或收養而歸化取得中華民國國籍者，不受前項撤銷權行使期間之限制。撤銷歸化、喪失或回復國籍處分前，內政部應召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。但有下列情形之一者，撤銷其歸化許可，不在此限：

- 一、依第2條規定認定具有中華民國國籍。
- 二、經法院確定判決，係通謀為虛偽結婚或收養而歸化取得中華民國國籍。

II 前項審查會由內政部遴聘有關機關代表、社會公正人士及學者專家共同組成，其中任一性別不得少於三分之一，且社會公正人士及學者專家之人數不得少於二分之一。

III 第三項審查會之組成、審查要件、程序等事宜，由內政部定之。」

### (二)行政程序法第117條

違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：

- 一、撤銷對公益有重大危害者。
- 二、受益人無第119條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。

### (三)行政程序法第121條

I 第117條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起二年內為之。

II 前條之補償請求權，自行政機關告知其事由時起，因2年間不行使而消滅；自處分撤銷時起逾5年者，亦同。

比較國籍法第19條修正前後條文，修正前的條文明顯沒有說明該「發現」行為的主體是誰，修正後條文加上主詞「內政部」，形

成「內政部知有……」顯然較修正前清楚許多。另一方面我們知道法律條文有時會故意的模糊，使得適用法律具有一定的彈性。我國屬於大陸法系國家，法律適用上可能參考其他解釋方法包括合憲性解釋或是立法目的解釋等。

## 二、案件梗概、兩方主張

研究者先針對臺灣所有高等行政法院以上國籍法案件，輸入「假結婚&國籍法第19條」，查詢結果有9件，特別選取臺北高等行政法院2015年訴字第1624號行政判決進行分析。

### (一)案件梗概

該案件之原告原國籍印尼，與我國男子范○生結婚，成為國人之配偶，依國籍法第4條第1項第1款規定，於2007年10月24日申請歸化許可，經內政部2007年11月16日台內戶字第0960170623號函（以下簡稱96年11月16日函）許可歸化中華民國國籍。原告於2008年12月9日初設戶籍後，於2009年5月4日與范○生離婚。旋被告以據臺灣士林地方法院（下稱士林地院）2013年度士簡字第574號刑事簡易判決，提告原告與范○生係虛偽婚姻，犯行使公務員登載不實文書罪。臺北市大同區戶政事務所業於2014年7月1日，依該刑事簡易判決撤銷原告與范○生之結、離婚登記，指原告自始非為中華民國國民之配偶，不符國籍法第4條第1項第1款歸化國籍要件。被告2007年11月16日函許可原告歸化之行政處分失所附麗，無由成為合法之行政處分，乃以2015年3月2日台內戶字第10412010881號函（下稱原處分）撤銷2007年11月16日函所為原告歸化中華民國國籍之許可，請原告歸還所核發之台歸字第42009號歸化國籍許可證書。原告不服，提起訴願經駁回後，遂提起本件行政訴訟。

### (二)兩方主張

原告印尼外配主張：依國籍法第19條之立法理由，主管機關逾5年始發現，為維持法安定性，不得撤銷。原告於2007年11月14日歸

化為我國國民，故被告於原告歸化中華民國國籍7年後，始發現原告有不符國籍法的規定而撤銷原告國籍許可證書之處分，顯已逾得撤銷法定期間。依「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約施行法」之相關內容，國家應將家庭穩定維繫及未成年兒童最大利益納入國家措施之考量因素。

被告內政部主張：國籍法第19條係規定應行使撤銷權之要件，即「歸化後五年內發現」，應予撤銷；本案原告歸化日期為2007年11月14日，其經訴外人於2012年6月11日具狀告發，與國籍法第19條規定期間（發現與本法規定不合情形）並無不合。國籍法第19條之立法理由固在維持法之安定性，惟法之安定性，係從信賴保護原則而來，本件原告為假結婚取得歸化國籍，信賴並不值得保護，求為判決駁回原告之訴。以下為案件的幾個關鍵日期提供參考：

1. 2007年11月16日經內政部台內戶字第0960170623號函許可歸化中華民國國籍。

2. 2009年5月4日與范○生離婚。

3. 2012年6月11日訴外人具狀告發。（此是內政部主張的「發現」時）

4. 2013年度士簡字第574號刑事簡易判決。（原告與范○生係虛偽婚姻，犯行使使公務員登載不實文書罪）

5. 2014年7月1日臺北市大同區戶政事務所業於依該刑事簡易判決撤銷原告與范○生之結離婚登記。

6. 2015年3月2日內政部以台內戶字第10412010881號函（下稱原處分）撤銷2007年11月16日函所為原告歸化中華民國國籍之許可，請原告歸還所核發之台歸字第42009號歸化國籍許可證書。

### 三、高等行政法院判決要旨

高等行政法院判決包含三項：

（一）依行政程序法第117條：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得

為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：一、撤銷對公益有重大危害者。二、受益人無第119條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。

(二)行政程序法第117條撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起2年內為之。如行政機關對違法行政處分撤銷權之行使已逾2年之除斥期間，自無信賴保護原則適用之餘地。蓋違法行政處分在其產生形式的存續力之後，行政機關對此處分之處理恆受兩項原則之支配：一為依法行政原則，一為信賴保護原則。遵循前者，處分既屬違法自應撤銷；依照後者，人民因信賴行政處分已取得特定身分或某種利益，即不應再予剝奪。兩者如何取得均衡不致偏廢。

(三)又行政程序法乃一普通法，關於撤銷歸化國籍，國籍法第19條已有特別規定，則即應優先適用。被告2007年11月16日函所為許可原告歸化之行政處分，係屬授益之行政處分，因原告自始非為我國國民之配偶，被告得依國籍法第19條之規定，予以撤銷，惟該條規定同時有5年除斥期間之限制，原告訴請撤銷被告2015年發函撤銷歸化資格，為有理由，應予准許。

以下以該高等行政法院的判決為例，嘗試性地以符號學家 Greimas (1917-1992) 所提「敘事符號學」的「符號矩陣」進行分析，研究者先將判決文內的關鍵詞提煉出來，然後標示其邏輯順序，目的在於釐清高等行政法院對於案件的邏輯思維。

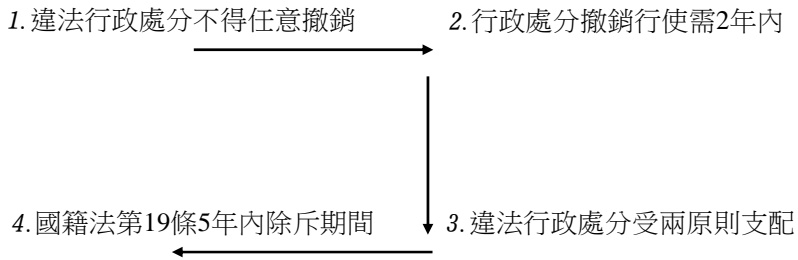


圖3 2015年訴字第1624號判決之符號矩陣分析

資料來源：本文整理繪製

以上看出行政法院調查審理的邏輯思維。當事人及內政部提供的幾個日期影響國籍法第19條所謂「發現與本法規定不合情形」的認定，不同當事人可能有不同的算法。特別注意到該外籍配偶指稱：「來台10餘年間，已與臺灣產生緊密連結，且相信得以中華民國國籍身分永久定居臺灣，獨力承擔保護教養年僅9歲及7歲具有中華民國國籍之年幼子女……」行政法院並特別引述處理違法行政處分的支配原則：「違法行政處分的處理恆受兩項原則之支配：一為依法行政原則，一為信賴保護原則。遵循前者，處分既屬違法自應撤銷；依照後者，人民因信賴行政處分已取得特定身分或某種利益，即不應再予剝奪。兩者如何取得均衡不致偏廢。」法院同時指出內政部對該案件超過國籍法第19條的5年除斥期間。統整以上，上面法院這段引述違法行政處分的兩項支配原則，應是衡量驅逐外配出境，與保障其在台生活十年同時輔育年幼子女的家庭團聚權，兩者之間的利弊得失對國籍法第19條做出的合憲性解釋與法規適用<sup>12</sup>。

<sup>12</sup> 釋字第585號解釋許宗力大法官不同意見書提到合憲性解釋之界線有三：「1. 不能逾越文字可能理解之範圍；2. 不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定與規範核心；3. 應對立法者原意加以尊重，不得強行賦予法律明顯非立法者所欲之內容，形成司法者僭越立法者地位立法，否則無異是與對立法者之善意強暴。」

## 肆、美國家庭團聚權所涉法規及案例

### 一、所涉法規與解釋

本件是國會通過的法律與行政部門公布的配套規定互有歧義的案例之一<sup>13</sup>。案件涉及美國國會通過的「防假結婚法增修條文」<sup>14</sup>，原條文經本研究翻譯如下，請注意這些條文的角度是針對美國司法總長（Attorney General）：

(一)如果外國人憑藉先前的婚姻已被合法地承認為永久性配偶，司法總長不得批准將其配偶歸為第二類的配偶優先選擇申請美國公民的身分，或合法獲得永久居留權的外國人的配偶，除非具有以下情形：1. 自該外國人獲得合法入境永久居留權之日起，已經過去了5年，或2. 外國人通過清楚而令人信服的證據確定，先前的婚姻（在該婚姻中外國人獲得了合法承認的永久居留權）並未規避移民法的任何規定。

(二)如果外國人的先前婚姻因其配偶去世而終止，則前述不適用於為該外國人的配偶<sup>15</sup>。

---

<sup>13</sup> 164 F.Supp.3d 612. Huai Zhou CHEN Plaintiff, v. BOARD OF IMMIGRATION APPEALS (BIA) and United States Citizenship and Immigration Services (USCIS) as Defendants in United States District Court, S.D. New York in 2016.

<sup>14</sup> Immigration and Naturalization Act Immigration Marriage Fraud Amendments of 1986 (“IMFA”) and 8 U.S.C. § 1154(a)(2) as one provision codified in one of its amendment.

<sup>15</sup> (A) The Attorney General may not approve a spousal second preference petition for the classification of the spouse of an alien if the alien, by virtue of a prior marriage, has been accorded the status of an alien lawfully admitted for permanent residence as the spouse of a citizen of the United States or as the spouse of an alien lawfully admitted for permanent residence, unless—

(i) a period of 5 years has elapsed after the date the alien acquired the status of an alien lawfully admitted for permanent residence, or (ii) the alien establishes to the satisfaction of the Attorney General by clear and convincing evidence that the prior marriage (on the basis of which the alien obtained the status of an alien lawfully admitted for permanent residence) was not entered into for the purpose of evading any provision of the immigration laws.

(B) Subparagraph (A) shall not apply to a petition filed for the classification of the



IMFA通過之後，美國移民與歸化服務部門（INS）公布一套實施該法的規定，並具有法律效力<sup>16</sup>。1991年8月INS對此規定更提出修正版本。該修正版本文義不再反映原來國會通過的法律條文文義。修訂規定經研究者翻譯如下：

(1)資格。被接納為合法永久居留權的美國公民或外國人可以代表配偶提出婚姻移民請願（petition）。

(i)假若該請願人獲得合法永久居民身分後5年內結婚：

(A)若該永久居民現任婚姻發生在該請願人與美國公民或合法永久居民之前任婚姻5年內，則該請願得不被批准，除非具有以下幾種情形：

(1)外國人以明確和令人信服的證據證明，前任婚姻並未逃避移民法而結婚。

(2)請願人透過該婚姻獲得永久居留權，但該婚姻因配偶因死亡而關係終止<sup>17</sup>。

請注意這項規定的時間計算終點並不清楚，到底是從誰的觀點來計算？前者即國會通過的條文措辭是針對司法總長，這裡則不清楚，

---

spouse of an alien if the prior marriage of the alien was terminated by the death of his or her spouse.

<sup>16</sup> 8 C.F.R. § 204.2(a)(2)(1).

<sup>17</sup> (1) Eligibility. A United States citizen or alien admitted for lawful permanent residence may file a petition on behalf of a spouse.

(i) Marriage within five years of petitioner's obtaining lawful permanent resident status:

(A) A visa petition filed on behalf of an alien by a lawful permanent resident spouse may not be approved if the marriage occurred within five years of the petitioner being accorded the status of lawful permanent resident based upon a prior marriage to a United States citizen or alien lawfully admitted for permanent residence, unless:

(1) The alien establishes by clear and convincing evidence that the prior marriage (on the basis of which the alien obtained lawful permanent resident status) was not entered into for the purpose of evading the immigration laws; or

(2) The marriage through which the petitioner obtained permanent residence was terminated through death. (8 C.F.R. § 204.2(a)(2)(1)) This "Regulation" remains in effect today.

語意與先前國會通過法律文義不同。也沒有提供衡量5年期應如何計算的準確終點。

## 二、案件梗概與兩方主張

陳○洲是一名華裔合法永久移民，他提告美國移民與歸化服務部門，指稱該局拒絕他為他的外籍妻子申請獲得美國永久居留。2007年11月，陳○洲在獲得美國公民身分不到5年之後，代表妻子提出外國人親屬請願書，此文件通常稱為I-130表格。公民與移民服務部門最終於2010年11月否決原告的首次請願書，理由是原告未能通過明確和令人信服的證據證明其與第一任妻子的婚姻並非為了逃避移民法。2012年8月28日，即獲得美國公民身分5年多後，原告代表他的妻子再次提出外國人親屬請願書。2013年10月公民與移民服務部門發出請求函，要求原告提供證據證明他的第一次婚姻是善意的，原告回應說明INS公布的規定無效<sup>18</sup>，原因在於它的文義違背了國會通過的法律本來文義。

2014年2月4日公民與移民服務部門再次駁回請願書，理由是原告未能通過明確而令人信服的證據證明他與第一任妻子的婚姻並非出於逃避移民法目的。原告回應指出原來的法律規定，只有在請願人獲得永久移民身分的時間與司法總長批准請願書之間的時間還沒有超過5年的時候，才要求申請人提供佐證資料。原告隨後提告至紐約州法院。

## 三、美國紐約州法院判決要旨

法院對於該行政規定分別做出文義解釋，並認為該規定很模糊，「因為它沒有提供衡量5年期計算的準確終點」，這5年期間的算法可能有四個終點：(一)第二次婚姻；(二)提交請願書；(三)請願書的裁定；或(四)請願上訴之審查日<sup>19</sup>。法院並拒絕在文義解釋外來進行解

<sup>18</sup> 即8 C.F.R. § 204.2(a)(2)(1).

<sup>19</sup> The original text is as follows: “The Government argues that the statute is so ambiguous as to allow four possible “endpoints” for the five-year period: (1) the

釋。原判決主文經研究者翻譯摘要如下：

「〔法院〕必須按原樣而不是按可能涵義而解釋法規，因為法院必須假定立法機關在法規中已說明其含義。法規文本中的任何地方都沒有提到第二次婚姻、請願的提交或對請願上訴的最終複審，法院不得重寫法規以包括這些可能的終點並在文本中實際排除終點，這些可能包括：外國人獲得LPR身分之日起5年，或是司法總長批准該請願書的時日達5年……8 U.S.C. § 1154(a)(2)(A) 清晰明瞭，但與8 C.F.R. § 204.2(a)(2)(1)規定意思不一致，法院必須判決原來裁定是不合法律的，並將先前USCIS和BIA的決定擱置一旁，因為這些決定是任意的，反覆無常且濫用酌處權的，或者是不符合法律的決定。<sup>20</sup>」

法院堅持只依照原來法律的文義作解釋，並指明該國會通過的法律增修條文並沒有特別提到5年的算法，美國法院最終裁決國會通

---

second marriage; (2) the filing of the petition; (3) the adjudication of the petition; or (4) final appellate review of the petition. In essence, the Government asks the Court to read the statute to provide that the Attorney General may not approve a spousal second preference petition unless a period of five years has elapsed between the date the alien acquired LPR status and some other event—one of the four listed above.”

<sup>20</sup> Some passages of the original judgement are as follows “[a] court must interpret a statute as it is, not as it might be, since courts must presume that a legislature says in a statute what it means and means in a statute what it says.” Neither the date of the second marriage, nor the filing of the petition, nor the final appellate review of the petition is mentioned anywhere in the text of the statute, and the Court may not rewrite the statute to include these possible endpoints and exclude the endpoint actually in the text: five years from the date the alien acquired LPR status, at which point the Attorney General may approve the petition...Because the statutory language of 8 U.S.C. § 1154(a)(2)(A) is plain and unambiguous and at odds with the regulation, 8 C.F.R. § 204.2(a)(2)(1), the Court must hold unlawful and set aside the USCIS and BIA decisions based on the regulation, as the decisions were arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law. 5 U.S.C. § 706. Plaintiff’s motion for summary judgment is GRANTED and Defendants’ motion is DENIED. The decision of the agency is reversed, and the case is remanded with directions to re-consider Plaintiff’s petition, applying the standard contained in the statute.

過法律與後來頒布的規定有所歧義，該適用法規無效，原告最後不用提供文件給被告當局證明他第一任婚姻不是假結婚。

### 伍、反思與比較

臺灣國內與美國兩起案例都涉及外籍配偶的歸化資格，影響到一般人民享有的家庭團聚權。臺灣法院並未指出法規的模糊性，但看得出法院藉由引述處理違法行政處分的兩項原則，以一種近乎合憲性解釋來做出法規的適用。美國爭議案件中，法院最終裁決國會通過法律與後來頒布的規定有所歧義，該適用法規無效（invalid），以下進一步整理臺灣與美國法院見解及當事人採取的救濟途徑：

表1 臺灣與美國法院見解及當事人救濟途徑

	法院見解	當事人救濟途徑
臺灣案例	違法行政處分的處理恆受兩項原則之支配：一為依法行政原則，一為信賴保護原則。遵循前者，處分既屬違法自應撤銷；依照後者，人民因信賴行政處分已取得特定身分或某種利益，即不應再予剝奪。兩者如何取得均衡不致偏廢。	當事人（該外籍配偶）提起訴願，訴願遭駁回後，上訴至高等行政法院。法庭上引用「公民與政治權利公約」爭取其家庭團聚權。
美國案例	〔法院〕必須按原樣而不是按原樣可能含義而解釋法規，因為法院必須假定立法機關在法規中已說明其含義。該行政法規無效。	當事人（該華裔永久居民）提起訴願，訴願遭駁回提告至紐約法院。法庭上指出法規的歧義，與國會通過的假結婚防治法增修條文之文義不合。

臺美兩起案件當事人皆提起行政訴願，遭駁回後向法院提告。雖然當事人都沒有提出保障「家庭團聚權」一詞，但很明顯的，法院一方面很慎重對待假結婚可能造成對國境安全的影響，但另一方

面又重視可能為真結婚的家庭團聚權利。

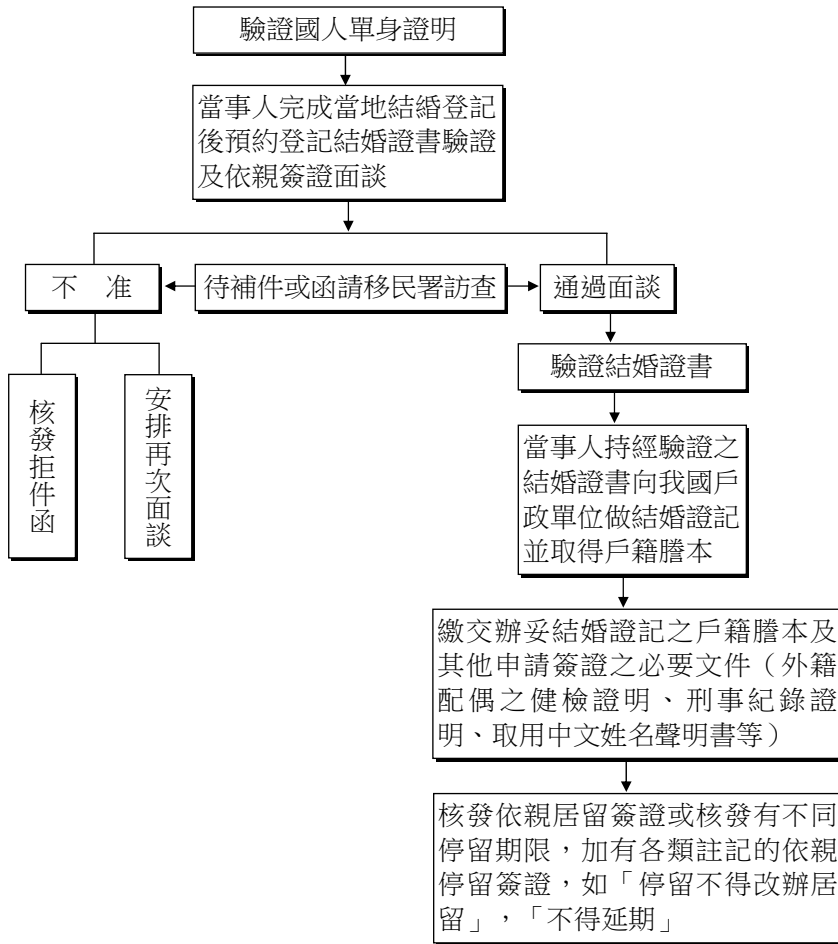
## 陸、結 論

本論文先檢視臺灣外籍配偶受憲法保障的基礎、臺美案件涉及的法規解釋及法院調查重點。臺灣國籍法第19條後來經過修法，修訂條文所指涉的行為主體明確很多，即是「內政部」。兩案例經過法院裁決，一是做出合憲性解釋的法規適用，一是宣布移民歸化部門制定的法規無效，兩起案件皆突顯了兩國對婚姻移民之人權或家庭團權之重視，與先前學界主張臺灣及美國對移民人權具有一種本土種族主義心理，「臺灣社會不加深思地預設這些新移民乃社會問題、入侵者、資源搶奪者」<sup>21</sup>，形成強烈對比，此項研究結果因此極具意義，並且發人深省。

---

<sup>21</sup> 廖元豪，同註1。

### 附錄 我國人申請外籍配偶居留簽證來台流程圖



## 參考文獻

### 一、中文部分

- 李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48期，頁51-65，2003年7月。
- 李震山，憲法意義下之「家庭權」，中正大學法學集刊，16期，頁61-104，2004年7月。
- 洪鎌德，結構功能論的法律社會學——帕森思法律觀的評析，收錄於：蘇永欽主編，部門憲法，頁63-99，2006年，臺北：元照。
- 廖元豪，全球化趨勢中婚姻移民之人權保障：全球化、臺灣新國族主義、人權論述的關係，思與言：人文與社會科學期刊，44卷3期，頁81-129，2006年9月。
- 蘇永欽，我國憲法中的家庭，收錄於：蘇永欽主編，部門憲法，頁795-827，2006年，臺北：元照。

### 二、英文部分

- Parsons, Talcott & Smelser, Neil J. (1956), *ECONOMY AND SOCIETY: A STUDY IN THE INTEGRATION OF ECONOMIC AND SOCIAL THEORY*. London: Routledge and Kegan Paul Ltd.

# **Analysis of Disputes over Rights to Family Reunion for Foreign Spouses: Judicial Cases in Taiwan and the United States for Comparison**

Ya-Ling Chen\*

## **Abstract**

Foreign spouses in various countries often experience a lengthy process of application for marriage immigration. Because they are not nationals, their family reunion rights are restricted by laws and regulations due to immigration policies, national security and interest considerations. Naturally, it is a very important thing in modern society for foreign spouses to fight for the “right to family reunion” as one basic right in a country’s constitution. However, it is a universal phenomenon in legislature that only the families with “true marriages” are entitled to the “right to reunion”. In this article, the author takes two judicial cases in Taiwan and the United States as examples. She first examines the regulations and statutory interpretations governing marriage immigrants in each case, sorts out the testimonies of the two parties, and clarifies the court’s investigation and judgment on the truthfulness of the marriages. The “Reflection and Comparison” unit

---

\* Full-time Associate professor of Aletheia University Dept. of English, currently pursuing her second doctoral degree at College of Law, National Chengchi University.



compares the court opinions and the parties' remedies in the two cases. It was discovered that the two cases have something in common—that is, the legal provisions cited by the courts of the two places have ambiguities in interpretation. In terms of more frequent international exchanges in the recent years, it is expected that more and more disputed cases involving foreign spouses will surface. The results of this study can provide courts with reflections when trying such cases.

**Keywords :** foreign spouses, family reunion, marriage immigration, textual interpretation, scam marriages

## 《法律扶助與社會》徵稿啟事

- 一、本刊為財團法人法律扶助基金會所發行之學術期刊，每年刊行二期（三月、九月）。
- 二、本刊歡迎與法律扶助及弱勢權益相關領域之法學、社會學、犯罪學、人類學、經濟學、心理學、公衛學等相關學門論著投稿，稿件性質包括研究論文及文獻評論，來稿字數（含本文、附錄、註腳、參考文獻），上限為三萬五千字，酌予稿費。稿酬優於中央政府各機關學校稿費支給基準，字數至多以二萬字計算（含本文、附錄、註腳、參考文獻），免付審稿費。
  - (一)研究論文：具有原創性或發展性之理論與實證研究之學術性論文。
  - (二)文獻評論：對於國內外文獻之評論。
- 三、本刊恕不接受一稿多投，亦不接受已刊登於其他出版品之論文。投稿後，來稿或其部分內容被其他出版品接受刊登者，作者應即告知本刊。來稿部分內容已刊登於其他出版品者，投稿時請說明來稿與已出版者之實質差異。
- 四、除特約邀稿外，本刊僅接受中文原著之來稿。
- 五、稿件撰寫格式，請參照本刊之：
  - 法律類研究論文凡例
  - 非法律類研究論文凡例（APA）
- 六、來稿應依序包含下列各項：
  - (一)論文中文標題、中文摘要（以三百字為度）、中文關鍵字（至多十則）。
  - (二)論文英文標題、英文摘要（以三百字為度）、英文關鍵字（至多十則）。
  - (三)詳細目錄。

(四)正文（含頁碼）。

(五)參考文獻（列出正文引用過之學術文獻）。

- 七、本刊採用線上投稿系統，請先至《法律扶助與社會》期刊線上投稿系統，（<http://jrs.edubook.com.tw/LASR>）進行投稿。首次使用須先行註冊，於帳號啟用、登入後始得進行投稿。為利審查流程，請另寄「著作財產權非專屬授權同意書」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011423284211.docx>及「投稿作者資料表」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011408311538.doc>、「聯名投稿同意書」<https://www.laf.org.tw/upload/files/202102011408426029.docx>（單一作者免填）」以「附加檔」方式寄至journal@laf.org.tw信箱。
- 八、本刊採雙向匿名審查制度，審查結果將適時通知作者。
- 九、本刊對於接受刊登稿件之屬性類別有最終決定權。經本刊決定採用之稿件，基於編輯需求，本刊得對文字及格式為必要之修正。
- 十、稿件經採用者，文責自負，將贈送作者當期本刊五冊及稿件PDF檔。

## ◆ 弱勢的權益 需要您的支持 ◆

企盼您熱心捐款，幫助更多需要法律扶助的朋友

❖ 線上信用卡捐款

<http://www.laf.org.tw/details/index.php>



❖ 郵政劃撥

帳號：19858275

戶名：財團法人法律扶助基金會

❖ 現金袋或支票捐款

支票抬頭請開立「財團法人法律扶助基金會」加劃雙橫線並註明「禁止背書轉讓」字樣，掛號寄送「106台北市大安區金山南路二段189號5樓 財團法人法律扶助基金會」。

❖ 電子發票愛心碼

結帳時向店員口述，愛心條碼代號「8282」

勸募字號：衛部救字第1091362892號

勸募期間：民國109年9月1日起至110年8月31日



財團法人法律扶助基金會  
Legal Aid Foundation

# Legal Aid and Society Review

法律扶助與社會

No.7 September 2021

## Articles

The Transferee in Good Faith Acquire a Personal Property via Assignment of Claim for Possession

*Yu-Hung Yen*

The Disputes Arising from the Application of Paragraphs 14 and 15 of Article 27 of Corporate Mergers and Acquisitions Act

*Ming-Jye Huang*

On the Attorney Fee Shifting Rule in Taiwan

*Ching-Ping Shao*

Analysis of Disputes over Rights to Family Reunion for Foreign Spouses: Judicial Cases in Taiwan and the United States for Comparison

*Ya-Ling Chen*



財團法人法律扶助基金會  
Legal Aid Foundation  
www.laf.org.tw

編印：元照出版

