

《民法與刑法》

- 一、甲購得屋齡 35 年的 A 屋，遷入前擬先重新裝潢。甲於民國 100 年 1 月 5 日與乙公司簽約，由乙依甲之需求設計裝潢及施工，全部費用包括材料共新臺幣（下同）180 萬元。甲目前承租的房子將於同年 12 月 31 日到期，甲與乙特別約定，乙應在同年 12 月 15 日前完成全部施工，以便甲即時搬入，不需再承租房子。甲後來發現乙施工遲延，屢次（同年 8 月 21 日、9 月 10 日及 10 月 1 日）催告乙儘快趕工，乙裝潢進度仍緩慢；直至同年 12 月 31 日仍未完成約定之工作，甲被迫繼續租屋，月租金 20000 元。甲雖想解除契約，但遭乙拒絕。乙直至翌年 6 月 5 日始完成工作。請問甲應如何主張權利？（25 分）

答題關鍵	本題測驗考生對於承攬契約工作完成遲延責任規定(第 502 條)之理解。
考點命中	《高點民法講義》第二回，辛律編撰，頁 141。

【擬答】

甲得主張之權利：

1. 甲與乙簽約，由乙為甲屋裝潢施工，甲乙成立民法(以下同)第 490 條之承攬契約，且甲與乙特別約定：乙應在 100 年 12 月 15 日前完成全部施工，屬「工作以於特定期限完成或交付為契約要素」之定期給付契約。
2. 第 502 條規定：「(第 1 項)因可歸責於承攬人之事由，致工作逾約定期限始完成，……，定作人得請求減少報酬或請求賠償因遲延而生之損害。(第 2 項)前項情形，『如以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者』，定作人得解除契約，『並』得請求賠償因不履行而生之損害。」則：
 - (1) 因甲乙原約定工程應於 100 年 12 月 15 日完成，乙卻於 101 年 6 月 5 日始完成，且係因乙施工遲延而可歸責於承攬人所致，符合上開條文所稱可歸責於承攬人致工作逾期完成，就承攬人乙之陷於給付遲延，甲得依第 502 條第 1 項請求減少報酬或賠償遲延損害，是甲得請求乙賠償每月 20000 之房租損害。
 - (2) 又因系爭承攬契約屬定期給付契約，故甲就乙之遲延完成，亦可依上開第 502 條第 2 項，解除契約，並請求賠償因不履行而生之損害。因契約解除權屬形成權，不以經對方同意為必要，故縱乙拒絕甲解約，甲仍可解除契約。且因第 502 條第 2 項係規定「解除契約『並』得請求賠償因不履行而生之損害」，立法說明為：「為免使人誤解定作人於第二項之情形，僅得解除契約而不得請求損害賠償，爰予修正，明定並得請求賠償因不履行而生之損害（民法第 232 條參照）」，是甲除解約外，可同時請求賠償因不履行而生之損害。
3. 綜上，縱乙反對，甲仍得解除系爭承攬契約並同時請求損害賠償。

- 二、甲乙於民國 70 年間結婚，未約定登記夫妻財產制。嗣於 73 年間購買 A 屋，並登記妻乙為所有權人。甲在未經乙同意下，於 103 年 6 月 5 日與丙簽訂 A 屋買賣契約，並私自拿 A 屋所有權狀與乙的印章與丙簽約。乙得知甲未經其同意出售 A 屋後，於同年 6 月 19 日以書面通知丙：「其並未授權給甲，且不同意甲代理出售 A 屋之行為」，惟乙在書面通知寄出後，於回家途中因車禍而死亡。請附理由說明：甲丙間 A 屋買賣契約之效力為何？（25 分）

答題關鍵	本題是考最近幾年之熱門考點，無權代理得否類推適用第 118 條第 2 項爭議。
考點命中	1. 《民法總則申論題完全制霸》2 版，2019 年 2 月，高點文化出版，辛律編著，頁 9-33。 2. 《高點民法講義》第一回，辛律編撰，頁 137、138。

【擬答】

(一)該屋屬乙所有：

民國 74 年 6 月前購買之不動產，登記於妻名下者，依民法親屬編施行法第 6 條之 1 規定，得於 86 年 9 月至 87 年 9 月一年緩衝期間移轉至夫名下，否則妻將於一年期間屆滿時即 86 年 9 月 27 日取得不動產所有權。題示，該 A 屋登記為妻乙所有，且至 103 年皆仍登記於妻名下，故該 A 屋屬妻乙所有。

(二)甲無權代理乙為系爭買賣契約：

1. 第 1003 條雖規定夫妻於日常家務，互為代理人，惟房屋買賣非屬日常家務，是縱甲乙為夫妻關係，就 A 屋之買賣，夫甲亦不當為妻乙之代理人。
2. 甲未經乙同意，擅以乙之代理人名義，與丙訂立 A 屋買賣契約，甲所為屬無權代理。然甲於為代理行為

時，持有 A 屋之所有權狀與乙之印章，足構成權利外觀，是如丙為無過失善意，丙原應得依第 169 條規定，主張本人乙應負授權人責任。

(三)A 屋買賣契約存續於甲丙間：

- 1.題示，本人乙於寄出否認無權代理行為之通知後死亡，而無權代理人甲正為乙之法定繼承人，就無權代理作成後，本人死亡，無權代理人又為本人之唯一繼承人時，得否類推適用第 118 條第 2 項有關無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利者，其處分自始有效之規定？對此，學者固有肯定說及否定說之爭，惟多數認於無權代理人係單獨繼承本人時，宜類推適用第 118 條第 2 項，使代理行為因此有效，以維誠信原則，並保護交易安全。
- 2.是若甲乙並無直系血親卑親屬，即無權代理人甲為本人乙之唯一繼承人，則甲繼承本人乙後，該原效力未定之 A 屋買賣契約即因此有效，故 A 屋買賣契約有效存續於甲丙間。

三、甲為地檢署檢察官。某日，甲的妻子乙（不具公務員身分）去參加高中同學會，與高中同學丙閒聊時得知，丙的先生丁為某上市公司負責人，近日被人檢舉掏空公司涉嫌背信罪，正遭到檢察官偵查。兩人在聊天之際赫然發現，負責偵辦丁之案件的檢察官就是甲。丙遂立刻向乙請求，如果乙能說服其丈夫甲給丁不起訴處分，將致贈報酬新臺幣（下同）100 萬元。乙回家後，直接告知甲這件事，甲本就因為犯罪嫌疑不足打算對丁進行不起訴處分，但又想賺這 100 萬元，遂與乙商量後，由乙與丙接洽交付賄款事宜。事後甲果真對丁為不起訴處分，丙也依約將 100 萬元交給乙。試問甲、乙之行為應如何論罪（毋庸討論沒收）？（25 分）

答題關鍵	本題關鍵在於刑法分則公務員瀆職罪章的認定，而且應該將甲收賄與作成不起訴處分間無因果關係的部分，作刑法上的涵攝。乙的部分則應討論擬制共同正犯之爭議。
考點命中	《透明的刑法一分則篇》一版，2018 年，高點文化出版，張鏡榮（榮律師）編著，頁 8-6 至 8-8。

【擬答】

(一)甲之刑責

- 1.檢察官甲收受丙報酬 100 萬之行為，可能成立刑法（下同）第 121 條職務上收賄罪：
 - (1)客觀上，檢察官係依法令執行行政機關執行法定職務之身分公務員（第 10 條第 2 項第 1 款前段），其以自己檢察官職務範圍內所得為之起訴權限，作為丙交付 100 萬元賄款之對待給付，即使甲並未因此而對丙作成特定處分，兩者間仍具有對價關係進而違反甲執行職務之公正義務。
 - (2)主觀上，甲明知丙給付 100 萬元賄款係為使其做成特定職務上行為仍決意為之，具收受賄賂之故意無疑。
 - (3)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 2.甲收受丙 100 萬後對丙作成不起訴處分之行為，不成立刑法（下同）第 125 條第 1 項第 3 款濫權追訴罪：
 - (1)客觀上，檢察官甲為具有追訴權限之身分公務員無疑，惟其本身即認為丙無成立犯罪之空間，故即使甲收受丙之賄賂，仍因甲係依己之心證作成不起訴處分，並未因此使丙獲得法律以外之刑罰免除利益，自不符合本罪構成要件。
 - (2)綜上，甲不成立本罪。
- 3.身分公務員甲明知自己收受丙賄賂已違背法令，仍為圖自己利益而收受賄賂之行為，因刑法（下同）第 131 條公務員圖利罪為概括規定，既甲已成立第 121 條職務上收賄罪，自無須論以本罪。
- 4.甲透過妻子乙收受丙賄賂之行為，因其並未利用自己檢察官之身分而傳述與事實不相符合之詐術，使丙陷於錯誤，丙交付財物係出於自己之認知而為，故甲不成立刑法第 339 條詐欺罪。

(二)乙之刑責

- 1.乙與丙接洽並收受賄款 100 萬元之行為，成立刑法（下同）第 121 條職務上收賄罪之共同正犯（第 31 條第 1 項）：
 - (1)乙與甲係出於共同之犯意聯絡，再由乙進行接洽與收賄等犯罪之行為為分擔，雖乙無公務員身分，仍因甲乙之間共同支配公務員執行公務公正法益侵害之因果流程，乙之行為具有共同正犯適格性，其身分應依第 31 條第 1 項加以擬制，故乙為本罪擬制共同正犯。
 - (2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 2.乙與丙接洽並收受賄款之行為，因乙並未施加與事實不符之詐術，不成立刑法第 339 條詐欺罪。

四、甲擔任某豪宅之保全人員，某日從監視器上發現竊賊乙入侵，本欲通報警察，後來仔細一看，發現竊賊乙竟然是自己的弟弟。甲不忍自己弟弟被抓，出於協助的意思，不僅消極的不予制止，並且藉故離開保全辦公室前去便利商店買菸。乙進入豪宅後竊得珠寶一批，放入背包內，正欲離去時，仍然被另一名保全人員丙發現，兩人發生扭打，乙拿出隨身攜帶的水果刀砍向丙的手臂，丙因傷口太大而不得不鬆手，乙則乘機帶著珠寶順利逃走。試問甲、乙之行為應如何論罪（毋庸討論沒收）？（25 分）

答題關鍵 本題乙的部分在於加重竊盜與準強盜的涵攝；甲則涉及較重要的不作為正共犯爭議。

考點命中 《高點刑法講義》第二回，榮台大編撰，頁 85-86。

【擬答】

(一)乙之刑責

1.乙進入豪宅竊盜之行為，成立刑法（下同）第 320 條第 1 項普通竊盜罪：

(1)客觀上，乙於豪宅竊得珠寶，係以和平方法破壞豪宅主人對財物支配之竊盜行為，且在乙放入自己私密領域之背包時建立其對財物的持有支配，雖因遭保全丙發現而未進入穩固支配狀態，仍應評價為本罪既遂；主觀上，乙有竊盜故意與不法所有意圖無疑。

(2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

2.乙攜帶水果刀進入豪宅竊盜之行為，成立刑法（下同）第 321 條第 1 項第 1 款與第 3 款加重竊盜罪：

(1)乙未經豪宅主人竊盜而進入其日常起居之處所，已能提高其財產與其他人生法益遭破壞之危險性，係無故侵入他人住宅之行為。

(2)乙攜帶之水果刀為客觀上具有危險性之物品（79 台上 5253 判決），無論其攜帶之初是否有用以竊盜之意圖，仍該當本款。

(3)綜上，乙成立本罪。

3.乙竊盜後因遭丙發現而砍傷丙之行為，成立刑法（下同）第 330 條與 329 條加重準強盜罪：

(1)客觀上，乙於加重竊盜既遂後，因防護贓物之客觀事由而對丙施加傷害之強暴手段，至使丙因受傷放手之難以抗拒狀態（司法院釋字第 329 號），成立本罪既遂；主觀上，乙有準強盜故意無疑。又，加重準盜罪文義上包括準強盜罪（42 台上 523 判決），故乙成立加重準強盜罪。

(2)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4.乙持水果刀攻擊丙使丙受傷之行為，係以傷害之手段破壞丙之身體機能，成立刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪。

5.小結：

乙成立之加重竊盜罪與普通竊盜罪，依法條競合特別關係論以前者。又，乙成立之加重準強盜罪與普通傷害罪應依第 55 條想像競合以前者。而乙成立之加重竊盜與加重準強盜罪，係於竊盜後犯意升高為準強盜之犯意，故應評價為行為單數論以後罪即為已足。

(二)甲之刑責

1.保全甲於乙竊盜時離去現場之行為，成立刑法（下同）第 321 條第 1 項加重竊盜罪之不作為幫助犯（第 15 條、第 30 條）：

(1)乙成立加重竊盜罪正犯，已如前述。

(2)甲既為豪宅保全，無論依契約或事實上自願承擔之概念，甲均負有保證豪宅財物不受侵害之保證人地位。甲於乙竊盜時為幫助乙而離去現場之不作為，應屬正犯或共犯，容有爭議：

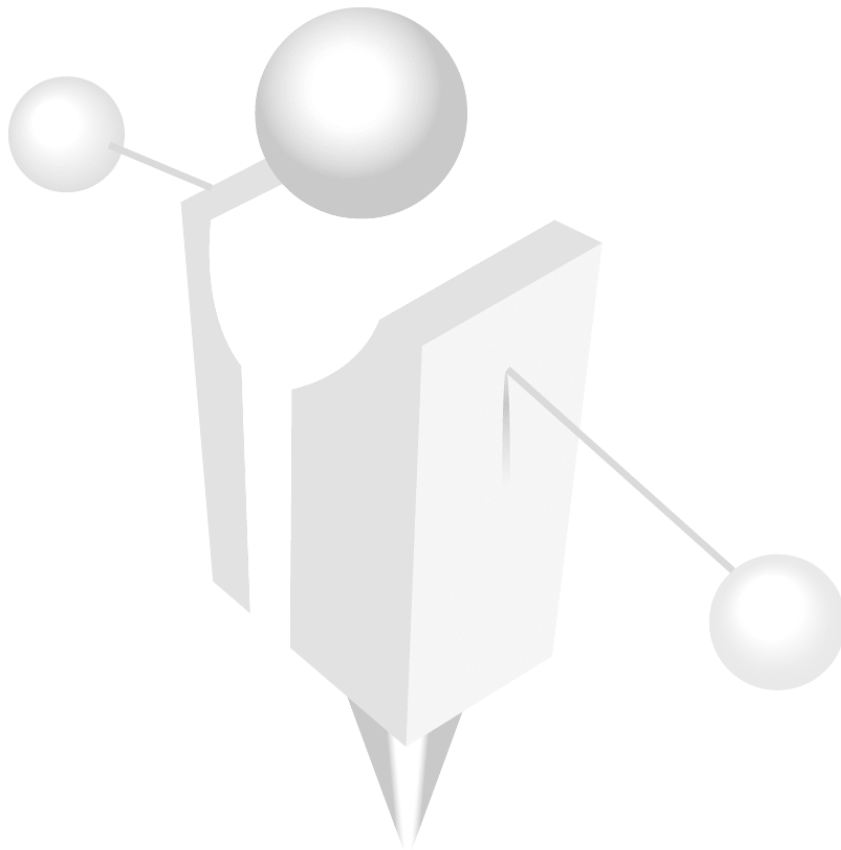
①學說上有認為，甲係負有保證人義務之人，故其違反義務應一律成立不作為共同正犯；另亦有主張，不作為犯之支配作用力無法與作為犯相等，故應對甲論以幫助犯。實務上則以為應依主客觀擇一說加以判斷（105 台上 88 判決）。

②本文以為，甲既僅係出於協助乙之意思而不作為，自無與乙明示或默示之犯意聯絡，其離去現場僅能論以幫助犯，而非共同正犯。

(3)客觀上，甲於乙竊盜時離去現場，係提高乙竊盜既遂風險之幫助行為，且因缺少甲之阻擋，使得乙竊盜順利既遂，行為與結果間自有因果關係；主觀上，甲有協助乙竊盜與既遂之幫助故意。

(4)甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

2.就乙準強盜與傷害部分，因甲離去現場時並未有此一認知，故為正犯乙之逾越，甲無須對此一部分負責。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！