

# 《民法與刑法》

一、甲向乙汽車銷售商訂購中古汽車一輛，價款五十萬元，約定由乙代辦相關程序完成後，通知甲前來取車。今乙完成所有程序，將該車停放於公司車庫，一時忙碌未能通知甲。當夜全台逢大雨，該車因此小部分泡水，災情不嚴重，乙公司技工迅速修理完畢，外觀無法辨識。乙旋通知甲取車，並未告知前開情事。甲於乙公司取車試車時，卻因機械故障出車禍，該車全毀。(25 分)

(一) 問甲得向乙主張何權利？

(二) 又如甲已將該車取回，始發生車禍，則情形又如何？

命題意旨	本題主要關注之議題乃係債各編章中「買賣章節之瑕疵擔保規定」之基本觀念。
答題關鍵	同學只需要掌握瑕疵擔保責任與債務不履行之責任體系適用，本題應可迎刃而解。本題以同一大問題區分為兩個小題。考生如遇此類題型，務必注意兩小題之區別為何。本題中兩小題之區別在於「是否已經交付買賣標的物」。交付前與交付後分別應如何(或可否)主張瑕疵擔保責任與債務不履行責任，這是左右本題正確解答之關鍵。難易度為中等偏難。
高分閱讀	1. 姜政大，民法講義第四回，P.6-14(物之瑕疵擔保解題架構與爭點分析)。

## 【擬答】

(一) 甲得向乙請求債務不履行之損害賠償與主張解除契約，但不得主張瑕疵擔保責任：

1. 按物之出賣人對於買受人應擔保其物，依第三百七十三條之規定危險負擔移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵，民法第三百五十四條有明文規定。通說認為，上開瑕疵擔保責任之規定須於危險負擔移轉後(亦即交付後)始得主張，惟另有學說與最高法院判決認為於出賣人明確表示不願修補或瑕疵確定不能修補時，仍可提前於交付前主張瑕疵擔保責任，合先敘明。
2. 本題中，甲試車當時僅係測試車體是否有瑕疵，尚難認定甲乙就該車已完交付，故無民法第三百七十三條危險負擔移轉之適用。危險負擔既尚未移轉，且亦無出賣人明確表示不願修補或瑕疵確定不能修補之情形，則甲無從主張上開買賣契約中瑕疵擔保責任之規定。
3. 次按，因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害；另按債權人有民法第二百二十六條之情形時，得解除契約；而解除權之行使不妨礙損害賠償之請求，民法第二百二十六條、二百五十六條、二百六十條分別定有明文。
4. 本題中，甲乙就該中古車成立買賣契約，約定由乙於辦理相關程序後通知甲取車，則於雙方意思表示相互合致時契約即為成立，民法第一百五十三條可資參照。於契約成立後，因大雨導致該車泡水產生故障，致無法將約定之車完整交付給甲，顯構成債務不履行之嗣後給付不能。依前開法條之規定，債務人乙是否應負給付不能之責任，尚須視乙有無故意、過失而定。本題中，債務人乙僅為外觀上修復，機械毀損部分並未修復，乙卻仍將該車交付給甲，致機械毀損，債務人乙顯係具有可歸責事由致生給付不能之情形，債權人甲自得依上開法條之規定，對乙請求損害賠償與主張解除契約。

(二) 甲得向乙依民法第三百五十九、三百六十條主張減少價金、解除契約或損害賠償：

1. 按物之出賣人對於買受人應擔保其物，依第三百七十三條之規定危險負擔移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵、通常效用或契約預定效用之瑕疵，民法第三百五十四條有明文規定，已如前述。本題與前一小題之區別在於乙交付該車給甲後，得否主張買賣契約中瑕疵擔保責任，乃本題關鍵爭點所在，合先敘明。
  2. 本題中，乙出賣該車給甲，契約成立後發生泡水故障之瑕疵，依上開法條之規定，乙應負擔瑕疵擔保責任，卻仍交付有瑕疵之車體給甲，因此甲得依民法第三百五十九條之規定，對乙主張減少價金或解除契約。而因乙明知其有泡水故障之瑕疵，卻故意不告知買受人甲，依民法第三百六十條之規定，甲亦得對乙請求損害賠償。
- 又因乙給付有瑕疵之車給甲，甲亦得對乙依民法第二百二十七條主張不完全給付之損害賠償。依最高法院七十七年第七次決議意旨，於契約成立後發生之瑕疵，買受人不僅得主張瑕疵擔保責任，同時可請求不完

全給付之損害賠償。而關於瑕疵擔保責任與債務不履行之請求權競合問題，該決議乃採請求權自由競合說之立場，認為應使二請求權併存，由買受人擇一行使。惟另有學說認為應採請求權規範競合說，併此指明。

二、甲將其土地提供與鄰居乙合建房屋，訂有合建契約，約定由丙承造五層樓房，乙支付建造費用，並擔任起造人（建造完成時由乙取得房屋之所有權，乙應依甲之選擇，移轉其中一層樓所有權予甲）。今逢颱風，該建物建造完成仍未取得使用執照前，新設置之鐵窗因丙施工不確實而掉落，壓毀鄰居丁價值二千萬元之房舍及致與丁已公開宴客仍未辦理結婚登記之庚死亡。（25 分）

（一）問丁得向何人請求多少賠償？

（二）又如房屋建造中，丙因不堪物價飛漲而倒閉，乙除已支付丙建造費用外，另行僱工完成，因此拒絕將其中一層樓所有權移轉予甲，甲應如何處理？

命題意旨	本題主要著重於「合建契約之性質」與「侵權行為損害賠償」之理解與掌握，並且加入些許「身分法」上結婚要件之新法修正考題。
答題關鍵	題目有點難度，係具有辨識考生程度高低之考題。本題答題關鍵在於首先定性甲乙間合建契約之性質為何。基於不同之定性，將產生不同之結論。惟採取何種定性與結論非本題重點，重點在於法律推論邏輯與事實涵攝之過程是否精準。難易度：中間偏難。
高分閱讀	1.姜政大，民法講義第四回，P.64(合建契約等新式無名契約之問題分析)。 2.姜政大，民法講義第二回，P.51 以下(侵權行為之解題架構分析)。

### 【擬答】

(一)丁應向丙依民法第一百八十四條、第一百八十九條請求損害賠償

- 按合建契約非屬民法有名契約之類型，僅為無名契約。故合建契約之性質究屬為何，學說與實務上非無爭論。有認係屬合夥契約、有認屬承攬契約，亦有認係互易契約。本小題中，甲乙約定由乙取得建物所有權，性質上較傾向互易契約，亦即由土地所有人甲移轉土地所有權給乙，而由乙移轉部分樓層之房屋所有權給甲。故本題乃以互易契約說為前提來分解下列問題，合先敘明。
- 按承攬人因執行承攬事項不法侵害他人之權利者，定作人不負損害賠償責任，但定作人於定作或指示有過失者，不在此限，民法第一百八十九條有明文規定。本題中，甲、乙約定由乙擔任起造人，交由丙承攬系爭房屋建築業務。則乃係由乙與丙簽訂房屋建造承攬契約，乙為定作人，丙為承攬人。今鄰居丁因丙施工不當造成其房舍毀損，依民法第一百八十四條與上開第一百八十九條之規定，丁應向承攬人丙請求因侵權行為致生之損害賠償。其賠償範圍依民法第二百一十六條之規定，得請求兩千萬之所受損害。
- 次按結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，民法新修正第九百八十二條有明文規定，本條已於九十七年五月二十三日施行，我國民法自儀式婚正式改採為登記婚。故本題中，丁與庚之結婚雖有公開宴客之形式，但未辦妥結婚登記。依新法規定，結婚之法定要件尚不具備，其結婚尚未生效。因此，庚尚非丁之合法配偶，雖庚亦因丙之承攬工作而死亡，惟丁尚無依民法一百九十四條向丙請求非財產權侵害之非財產上之損害賠償。惟若丁有為庚支出醫療費、殯葬費等，仍得依民法第一百九十二條向丙請求賠償之。
- 是甲與乙間成立互易性質之合建契約，約定由甲乙互相轉土地建物所有權予對方，則甲自始至終均非承攬契約之定作人與房屋所有人（於乙尚未移轉房屋所有權前），且丁損害之產生係於房屋「建造中」而非建造完成後，是丁無從對甲依民法第一百八十四條、第一百九十一條請求損害賠償，併此指明。

(二)甲應依債務不履行請求乙損害賠償，或解約後拆屋還地

- 按稱承攬者，謂當事人約定一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成給付報酬之契約，民法第四百九十條第一項有明文規定。本題中丙與乙簽訂承攬契約，應依約履行其承攬工作，惟事後丙卻因倒閉無法繼續完成承攬工作，乙應另依承攬契約之相關規定，向丙主張債務不履行之損害賠償，合先敘明。
- 惟甲乙之間成立合建契約，性質上傾向於互易契約，已如前述。則按當事人約定互相移轉金錢以外之財產權者，準用關於買賣契約之規定，民法第三百九十八條有明文規定。依本條準用民法第三百四十八條之規定，乙有使甲取得房屋所有權之義務。又與丙所簽定承攬契約之定作人係乙而非甲，甲尚無須就丙違反契約之情負責。是故甲仍得依約請求乙履行給付建物之一層樓給甲，否則即得主張乙債務不履行，依第三百四十八條與第二百二十六條、二百五十六條向乙請求損害賠償，或主張解除契約後，請求乙拆屋還地。

## 三、「準中止犯」？此項規定於正犯、共犯有無適用？（25 分）

命題意旨	準中止犯為民國 94 年 2 月 2 日刑法修正時所明文規定，在此之前學說早已承認。
答題關鍵	蕭台大老師上課時不但多次提及，且曾於總複習班出過幾乎完全相同的考題，同學只要掌握修法內容與老師上課的講述，即可輕鬆應答取分！
高分閱讀	1.蕭台大，刑法講義第二回，第 47~49 頁。（準中止犯之意義與正犯、共犯） 2.蕭台大，刑法講義第一回，第 92~93 頁。（個人解除刑罰事由） 3.蕭台大，總複習班模擬試題，第四題：「根據我國現行刑法中之規定，說明準中止犯之意義與成立要件。」

## 【擬答】

## (一)準中止犯之意義：

中止犯（中止未遂）係指行為人著手實行後，出於己意放棄行為繼續實行，或以積極行為防止結果發生，而成立之未遂犯。刑法對於此種「迷途知返」的行為人給予優惠，法律效果依現行刑法第 27 條第 1 項規定，是減輕或免除其刑責。然在某些情形下，行為人雖盡力為防果行為，犯罪結果也確實並未發生，但結果的不發生卻是由於其他因素的介入所致。此時若認為因欠缺因果關係，行為人即不得享有中止之優惠，在法律效果上似乎過苛。因此，多數學說向來認為，在中止行為與犯罪結果不發生之間欠缺因果關係時，如果行為人的中止行為已經符合一定要件，得將其類推中止犯之法律效果，使行為人享有減輕或免除其刑的優惠。此種情形，學說上稱之為「準中止」。我國實定法上原無「準中止」之規定，至民國 94 年 2 月 2 日刑法修正時，立法者接受上述學說之看法，於刑法第 27 條第 1 項規定增列後段：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」此乃將「準中止犯亦得適用中止優惠」之概念加以明文化。依現行刑法第 27 條之規定，準中止犯之成立要件有三：

## 1.客觀上犯罪結果未發生：

準中止未遂亦屬未遂的型態之一，如果行為人已經完全實現犯罪構成要件，亦即已達到既遂之階段時，則不能論以中止未遂或準中止未遂。

## 2.主觀上行為人出於己意中止：

即行為人是出於自主之意願，而產生終局放棄犯罪計畫的意思。

## 3.行為人必須已盡力為防止行為：

此乃準中止與中止相異之點。學說上認為，行為人必須有防止結果發生之「真摯努力」，始足以成立準中止。所謂「真摯之努力」，即行為人所實施的防果行為，從個案情形加以觀察，在通常情形之下，是屬於「有可能達成防止結果發生」的必要、相當之措施。

## (二)準中止犯於正犯、共犯均有適用：

民國 94 年 2 月 2 日增訂刑法第 27 條第 2 項：「前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」條文已明文規定，在「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為」的「準中止犯」情況，正犯或共犯亦有適用。立法理由並指出，在多數人犯罪時，「僅共同正犯之一人或數人或教唆犯、從犯自己任意中止犯罪，尚未足生中止之利益，必須經其中止行為，與其他從犯以實行之障礙或有效防止其犯罪行為結果之發生或勸導正犯全體中止。」亦即，正犯或共犯之一人不能只是單純「因己意中止」，還必須「防止結果發生」，始得適用本條項之（準）中止優惠。此外，由於（準）中止優惠屬於「個人解除刑罰事由」，僅對從事（準）中止行為之人發生減輕或免除其刑的效力，其他正犯或共犯並不能一體適用，於此一併敘明。

四、甲男〔民國（下同）80 年生〕，乙女（83 年 5 月 10 日生），係男女朋友，97 年 5 月 8 日，相偕至 KTV 唱歌，於包廂內擁抱、親吻、愛撫，甲男並以手指插入乙女陰道內。一週後，再於同場所見面，甲男以陽具摩擦乙女外陰，射精於乙女腿上。問甲男之刑責如何？（25 分）

命題意旨	本題主要測驗刑法分則中第 227 條之保護法益，並旁及猥褻、性交定義等問題。
答題關鍵	蕭台大老師經常強調對「性交」、「猥褻」等概念的「實體說理」能力，並於課堂中多次實例講解，講義中亦詳列判例見解與大法官解釋之異同。同學只要依老師平日講授，逐步涵攝要件，本題自能迎刃而解。
高分閱讀	1.蕭台大，刑法講義第三回 第 43~44 頁、54~55 頁（兩度提及猥褻定義與大法官解釋第 407、617 號） 第 38~39 頁。（性交之標準採接合說） 2.蕭台大，刑法講義第二回，第 114~115 頁。（不罰之前行為）

### 【擬答】

- (一)甲男在包廂內擁抱、親吻、愛撫乙女等行為，可能成立對未滿十四歲男女為猥褻行為罪(刑法第 227 條第 2 項)：客觀上，甲對未滿十四足歲之乙女為擁抱、親吻、愛撫等行為，依實務判例對於「猥褻」之定義：「姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為」(63 年台上字 2235 號判例)，似可成立「猥褻行為」。但若依大法官釋字第 407 號、第 617 號解釋之「猥褻」定義：「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化」。則甲之擁抱、親吻、愛撫其「女友」乙之行為，雖可能刺激或滿足性慾，但依目前社會風化逐漸開放之實況而言，應不足以「引起普通人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化」；況且甲係於密閉 KTV 包廂內為之，更不足以有礙社會風化。綜上，甲所為並非猥褻行為，不能成立本罪。
- (二)甲男以手指插入乙女陰道之行為，可能成立對未滿十四歲男女為性交罪（刑法第 227 條第 1 項）：客觀上，甲以手指插入乙女陰道，乃「以性器以外之其他身體部位進入他人性器」之行為，符合刑法上「性交」之定義（第 10 條第 5 項第 2 款）。且依題示，當時乙女尚未滿十四足歲；主觀上，依題意甲對其行為與乙女之年齡均有預見（若甲對乙女之年齡欠缺認識，則欠缺構成要件故意，不能成立本罪。）甲又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪，但甲為十四歲以上、十八歲未滿之人，得減輕其刑（第 18 條第 2 項）。
- (三)甲男以陽具摩擦乙女外陰之行為，可能成立對十四歲以上、未滿十六歲男女為性交未遂罪（刑法第 227 條第 5 項）：客觀上，乙女於此時已滿十四足歲，但未滿十六歲。甲若與其性交即成立犯罪，惟甲僅以陽具摩擦乙女外陰，是否成立性交，不無疑問。關於「性交」之定義，學說上曾有「射精說」、「插入說」、「接合說」等爭論，惟實務與通說見解採「接合說」（58 年台上字 51 號判例），民國 94 年 2 月 2 日修正之刑法規定，亦同。故甲之摩擦行為並未達於「接合」之標準，縱令已射精，仍不能成立「性交」。惟甲之行為雖非性交，卻已對本條所欲保護之法益造成直接危險。蓋本條之保護法益，在於年幼男女對性行為之自主同意能力尚未成熟，故與之性交者，縱得同意亦成立犯罪（63 年台上字 3827 號判例參照）。甲之行為雖非性交，但已造成乙女不成熟之性自主同意能力之直接危險，是為著手，應論以未遂。甲主觀上對乙女之年齡、著手之事實亦均有預見，又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪，但甲為十四歲以上、十八歲未滿之人，得減輕其刑（第 18 條第 2 項）。
- (四)競合：
- 甲成立犯罪之前後兩行為乃分別起意，但所侵害均為年幼男女之性自主法益（年幼男女尚無自行判斷性交對象之自主能力），數行為而成立數罪名，本應依刑法第 50 條數罪併罰；但基於「保護法益的同一性」，甲以手指插入乙女陰道之前行為，應屬「不罰之前行為」，故僅論以後行為、對十四歲以上、未滿十六歲男女為性交之未遂罪（刑法第 227 條第 5 項），即為已足。
- 此外，由於甲於行為時仍屬十八歲以下，得依第 227 條之 1 規定，減輕或免除其刑。