

《民法與刑法》

一、甲建設公司於民國（下同）76 年間興建銷售某公寓大樓，並由乙營造公司施工建造，丙、丁分別向甲購買相同格局坪數之 A 公寓與 B 公寓，均已於 77 年 1 月交屋。因甲、乙於 76 年 7 月間違反建築法規，致該大樓有混凝土強度不足之重大缺失，惟迨至 91 年 3 月 31 日地震時始顯現大樓傾斜且無法繼續居住之損害結果。丙只好另於他處承租與 A 公寓條件相當之 C 公寓，支出月租新臺幣（下同）兩萬元。丁則因借住親友家，未額外支出租金費用。今丙、丁於 92 年 2 月，除訴請甲乙連帶賠償其各自房屋遭傾斜毀損所受之損害外，丙還主張甲乙於丙獲償上開損害前，尚應賠償其因另租 C 屋每月支出租金兩萬元之損害；丁也主張甲乙於丁獲償 B 屋毀損所受之損害前，尚應賠償其 B 屋遭毀損所受喪失使用利益之損失，亦即相當於每月租金兩萬元之損害。對此，甲乙提出渠等請求已罹於侵權行為之消滅時效，更何況丁現實上未支出租金費用並無損害，資為抗辯。問丙、丁之主張是否有理？（25 分）

命題意旨	損害賠償之損害認定與物之使用可能性喪失、消滅時效之期間與起算爭議。
答題關鍵	於責任成立之部分，丙、丁所得主張賠償之請求權基礎，應從契約責任與侵權責任著手，特別是侵權責任，此等建物「瑕疵」進化為「自傷」（建物倒塌）情形，涉及是否屬於純粹經濟上損失之問題。 確認丙、丁的請求權基礎後，於責任範圍之部分，也就是：哪些損害是甲、乙應該要賠的？除 A、B 屋本身毀損之損害外，重點在於另行租屋所支出之租金是否具備可賠償性？丙有實際支出租金費用，丁則借住親友家而未支出，產生鮮明的對比，爭點即在於丁得否請求此項賠償？涉及物之使用可能性喪失的爭議。 最後，甲、乙主張時效抗辯，所以必須特別注意本題的時間長短，當然在時效期間的長短，也因契約責任與侵權責任而有所不同，但本題考點在於民法第 197 條第 1 項之 10 年消滅時效起算爭議。
考點命中	《高點解讀大師文章班民法講義》，【主題二】侵權行為消滅時效之起算與完成、【主題三】物之使用可能性喪失的損害賠償，陳義龍編撰。

【擬答】

丙、丁之主張應有理由，分析如下：

(一)責任成立

1.甲之部分

(1)契約責任

建商甲與丙、丁間分別訂立 A、B 屋之買賣契約。然甲所給付之 A、B 屋具有混凝土強度不足之瑕疵，乃未依契約債之本旨為給付，屬於積極侵害債權，構成民法（以下同）第 227 條第 1 項之瑕疵給付，丙、丁得準用第 226 條規定請求損害賠償，或準用第 256 條規定主張解除契約並請求損害賠償（第 260 條）。此外，本件上開房屋瑕疵亦構成第 354 條第 1 項之效用瑕疵與價值瑕疵，丙、丁得依第 359 條主張解除契約或減少相當比例之價金。且甲係違反建築法規而肇致該瑕疵，該當於第 360 條之故意不告知瑕疵情形，丙、丁得據此請求損害賠償。

(2)侵權責任

依第 184 條 1 項前段規定，故意或過失不法侵害他人權利者，負損害賠償責任。而買賣契約之買受人得否據此以買賣標的物有瑕疵進而造成毀損滅失係屬「所有權」受侵害為由，向出賣人主張侵權行為之損害賠償？學理上稱為「商品自傷」，此另涉及消保法第 7 條商品責任之適用。就此，多數見解認為，為維持契約責任與侵權責任之分際，避免架空契約法規範功能，應認此等商品自傷之損害係屬純粹經濟上損失，而非本條項前段之保護客體，故被害人應依契約責任主張之¹。準此，本案丙、丁不

¹ 最高法院 106 年度台上字第 1 號民事判決：「按消保法第二章第一節『健康與安全保障』九十二年修正前第七條所規定：『從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。』，乃商品製造者侵權行為責任，各項為不同請求權，均本諸消費者購買商品或服務，其身體健康

得向甲主張侵權責任。

2.乙之部分

次依第 184 條 1 項後段規定，故意違反善良風俗加損害於他人者，負損害賠償責任。同條 2 項規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負推定過失之損害賠償責任。實務見解認為，相關建築法規與刑法違背建築術成規罪屬於上開條文所稱之「保護他人之法律」，其保護範圍除被害人之人身法益外，尚包含房屋價值在內，是於房屋具有瑕疵情形，被害人得依本條 2 項請求損害賠償²。然本文認為，與偷工減料相關之建築法規與刑法規定之規範意旨均在於保護人身法益，而不包含建築瑕疵之財產損害，惟仍可認為建商具有魯莽、輕率，甚至肆無忌憚之間接故意，具有高度違法性，違反文明化國家的共同生活原則，構成本條 1 項後段違背善良風俗之故意侵權。³

(二)責任範圍

1.丙之損害

按第 216 條 1 項規定，損害賠償之填補以所受損害與所失利益為限。本件丙之 A 屋瑕疵毀損及另租 C 屋所實際支出之每月 2 萬元租金，均現存財產積極減少之所受損害，而得請求賠償，應無疑義。

2.丁之損害

(1)又丁請求 B 屋瑕疵毀損之損害賠償，固非無據。然丁未實際另租房屋居住，得否請求喪失 B 屋使用利益之損害，則有疑問。部分見解認為，物之使用可能性本身為非財產上損害，是須物之不能使用具體

不應受到危害之旨，規範商品或服務應具安全性與衛生性。觀諸立法院審議該法草案條文對照表第七條之說明所載：「(一)消費者購買商品或服務，其身體健康不應受到危害，故應要求商品或服務安全性或衛生性。(二)本條稱危險而不稱瑕疵，主要避免與民法之瑕疵混淆」等語，可知該規定稱危險而不稱瑕疵，係為避免與民法之瑕疵混淆。復觀九十二年修正為現行消保法第七條第一項規定，係以修正前第一項所稱「安全或衛生上之危險」，指商品或服務欠缺安全性，而所謂「欠缺安全性」，指商品於流通進入市場時或服務於提供時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性而言，爰參考歐體指令第六條並將本法施行細則第五條第一項及第二項規定修正予以納入（立法理由參照）。從而該條規定之「**商品責任**」**規範之目的在保障消費者之健康與安全，請求之賠償範圍為消費者因健康與安全受侵害而生之損害，並不包括商品本身瑕疵的損害。是商品本身之瑕疵損害，應依民法瑕疵擔保或債務不履行規定保護，而不在上開規定保護範圍之列。**」

²最高法院 95 年度台上字第 637 號民事判決：「刑法第一百九十三條所定**違背建築術成規罪**，雖規定於以保護社會法益為主之公共危險罪章，惟條文既以「致生公共危險」為犯罪構成要件之一，而刑法所保護之個人法益中，除生命、身體外，**尚包含財產法益**，則不特定多數人之生命、身體或財產之安全應均在該條所保護之法益範圍。而建築技術規則建築構造編第六十二條（九十年九月二十五日修正前）亦規定建築物之基礎設計及施工時，應對鄰近建築物為安全防護設施，以防止鄰屋之損害；則建築法第一條所定以維護公共安全為目的所實施之建築管理，是否已排除對不特定多數人「財產法益」之保護？已非無疑；何況，上訴人葉簡○○及葉○○之子葉○○係因系爭建物倒塌致死，生命法益已受侵害，是否無修正前**民法第一百八十四條第二項**規定之適用？亦非無研求之餘地。」

最高法院 92 年度台上字第 2406 號民事判決：「按民法第一百八十四條第一項前段之規定，固係以權利之侵害為侵權行為要件之一，非侵害既存法律體系所明認之權利，不構成侵權行為。惟同法條後段規定故意以背於善良風俗之方法加害於他人者，亦同。則侵權行為係指違法以及不當加損害於他人之行為而言，至於侵害係何權利，要非所問。而所謂違法以及不當，不僅限於侵害法律明定之權利，即違反保護個人法益之法規，或廣泛悖反規律社會生活之根本原理之公序良俗者，亦同。故同法第一百八十四條第二項規定之所謂法律，係指一切以保護他人為目的之法律規範而言。建築改良物為土地改良物之一，為具高價值之不動產，其興建、使用應依法管理（土地法第五條、第一百六十一條、建築法第一條、第二十八條參看），**倘於興建時有設計缺失、未按規定施工，或偷工減料情事，即足以影響建築改良物本身之使用及其價值。關於建築改良物之興建，建築法就起造人、承造人、設計人、監造人所為規範（建築法第十三條、第三十九條、第六十條、第七十條），自均為保護他人為目的之法律，彼等應負誠實履行義務，不得違反，如有違反而造成建築改良物之損害，對建築改良物所有人，難謂毋庸負損害賠償責任。**且此之所謂損害，不以人身之損害為限，亦**包括建築改良物應有價值之財產損害**在內。」

³陳聰富，論過失侵害利益之侵權責任：區別權利侵害與利益侵害的困境與突破，《臺大法學論叢》，第 46 卷第 1 期，2017 年 3 月，頁 186-188。類似看法參照楊芳賢，《民法債編總論（上）》，2020 年 9 月，頁 324。

實現財產上損害，始得請求損害賠償⁴。惟多數學說認為，物之使用可能性經社會觀念予以「商業化」而具一定之經濟價值，如為對私人經濟生活維持具有一般中心意義的經濟性財貨，且此等使用利益之喪失對被害人具有「可感性」，此時被害人即得請求使用利益本身之抽象損害，而有別於實體價值之損害。近期最高法院採類似見解⁵。本文從之。

(2)據此，丁雖無實際支出另行租屋居住之費用，但仍得請求物之使用可能性喪失的損害賠償。

(三) 消滅時效

1.依第 197 條第 1 項規定，侵權行為損害賠償請求權自被害人知有損害及加害人時起算 2 年消滅時效；自侵權行為時起算 10 年消滅時效，係採主客觀並行起算之規範模式。有疑問的是，於毒物或醫療等特殊案件中，損害於侵權行為後逾數十年始告顯在化，如何解釋本條項之 10 年消滅時效，茲有爭議。最高法院認為，損害為侵權行為之要件之一，如尚未發生損害，損害賠償請求權無由發生，更不生請求權時效起算之問題⁶。從而，須於損害實際發生，始成立損害賠償請求權而起算 2 年及 10 年消滅時效。此項問題於此等建物瑕疵案件亦同，均有損害延後發生之特性。

2.準此，雖本件自 77 年 1 月交屋時起至 92 年 2 月請求賠償時已逾 10 年，但依最高法院見解，侵權行為損害賠償請求權於 91 年 3 月發生地震造成損害時始告成立，應尚未罹於消滅時效。於債務不履行之損害賠償請求權，亦應為同一解釋。故甲、乙之時效抗辯應無理由。

二、甲男與乙女於民國（下同）91 年間結婚，未約定夫妻財產制，甲嗣於 95 年 11 月向法院提起離婚訴訟，業於 99 年 3 月經法院判准離婚確定。乙則反訴請求甲給付其應於訴請離婚即應支付而未支付之分居扶養費新臺幣（下同）100 萬元，已獲勝訴判決確定，惟甲仍未償還。經查甲於婚前取得 A 房地所有權，嗣於婚後向丙借款 500 萬元，用以購入 B 地，後再出售 A 房地得款 500 萬元，全數償還其對丙之借款債務。B 地於甲起訴時市價 700 萬元，俟法院判准離婚確定時市價 600 萬元，B 地為甲僅有之婚後財產，乙婚後則有 500 萬元儲蓄。乙於 100 年 4 月訴請甲為剩餘財產差額分配，甲主張其將 A 房地出售得款來償還用以支付 B 地價金之借款，故 B 地為其婚前財產 A 房地之變形，非屬其婚後財產；即或不然，其積欠乙之分居扶養費亦為婚姻關係存續中所負債務應予扣除，資為抗辯。問乙訴請甲給付剩餘財產差額分配之金額，是否有理？（25 分）

⁴ 王澤鑑，《損害賠償》，2018 年 8 月，頁 212-213。

⁵ 最高法院 107 年度台上字第 402 號民事判決：「按損害賠償義務人所應負之損害賠償責任，係回復被害人於損害發生前之應有經濟狀態，而非原來狀態。又房屋遭毀損而喪失之使用可能性（使用利益），原雖不屬於財產上之損害，須至因其不能使用，致實際支出費用（如另覓居住處所而支付租金）時，方足以具體化其損害數額，並據以請求財產上之損害賠償。惟房屋之使用利益，一般均得以相當之費用換得，且有隨時、立即使用之可能性，在交易觀念上，已具有經濟上利益。如被毀損之房屋，原係被害人為滿足其本人及共同生活之人基本住房權之需求，且確為其生活上所依賴者，縱被害人於房屋毀損後，因有其他居住處所得使用，未實際支付租金，該本應支出而未支出之房屋使用對價，係因被害人以其可支配其他居住處所之使用利益換得，自不能加惠於加害人，應認被害人就該房屋遭受毀損所受之使用利益損害，於合理且必要之範圍內，得請求加害人損害賠償，以回復損害發生前之應有狀態。查系爭建物原為被上訴人居住所需，為其與家屬生活上之依賴，因 331 地震毀損遭強制遷出，且上訴人應就系爭建物之毀損負侵權行為損害賠償責任等情，為原審確定之事實。則依上說明，為滿足適足住房權，於被上訴人獲得系爭建物毀損之賠償前，其未因另覓居住處所而實際支出之相當租金，仍屬其所受系爭建物使用利益之損害，應由上訴人賠償。原審就此部分所為上訴人敗訴之判決，經核於法並無違誤。」

⁶ 最高法院 107 年度台上字第 267 號民事判決：「按民法所定侵權行為之賠償，旨在填補被害人所受損害，自以被害人之私益因不法侵害致受有損害為要件。而損害之發生乃侵權行為之要件，倘健康未受有損害，即無因此所生之侵權行為損害賠償請求權存在，不生請求權可得行使之問題，其請求權消滅時效自無從開始進行，此於民法第 197 條第 1 項後段所定 10 年時效亦然。蓋於毒物侵害等事件，往往須經長久時日，甚至逾 10 年後始對健康造成損害，如以加害行為發生時即起算 10 年時效，不啻使被害人之侵權行為損害賠償請求權形同具文，並造成損害未發生即開始起算時效，自非允當。而被害人在損害發生前，其請求權時效既未開始起算，須待健康受有損害，始得為侵權行為之損害賠償請求，對被害人而言，亦無不公平可言。」

命題意旨	夫妻剩餘財產分配之計算問題。
答題關鍵	<p>本題依然是歷屆考古題典型的剩餘財產計算問題，哪些財產要列入計算？哪些債務要列入計算（扣除）？最後再算哪一方的剩餘財產比較少，而得向他方請求分配。本題考點有四：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 婚前財產與婚後財產之認定，在什麼情況下屬於婚前財產的「變形物」而不列入計算（甲之抗辯）。 2. 婚後財產之計算基準，以何時為準？涉及民法第 1030 條之 4 規定運用。 3. 當婚前財產（或債務）與婚後財產（或債務）混在一起時，即須用到民法第 1030 條之 2 規定，將兩者分得清清楚楚。如本題甲將婚前取得之 A 房地出賣所得價金清償婚後債務 500 萬元借款。 4. 夫妻間之扶養債權債務關係，是否屬於第 1030 條之 1 剩餘財產分配所稱之「債權」、「債務」？實務與文獻上有不同見解，涉及是否應列入計算。

【擬答】

乙對甲之剩餘財產分配請求應無理由，分述如下：

(一)按民法（以下同）第1030條之1第1項規定，法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但因繼承或其他無償取得之財產及慰撫金，則不列入計算範圍。本件甲、乙經法院判決離婚確定，而離婚為法定財產制關係消滅原因之一，乙對甲之剩餘財產分配請求有無理由，應計算雙方之剩餘財產及其差額平均而定，討論如下。

(二)甲之剩餘財產

1. 價值 700 萬之 B 地

(1)B 地為甲婚後以買賣為原因取得，應屬婚後財產，惟甲抗辯 B 地為 A 房地之變形，有無理由？本件 B 地之價金 500 萬係源於甲丙間之消費借貸契約即借款，雖甲嗣後出賣 A 房地以清償 500 萬借款債務，但仍非直接轉換而來之變形物，故甲之抗辯應無理由。

(2)又按第 1030 條之 4 第 1 項但書規定，因判決而離婚者，夫妻現存之婚後財產價值計算以起訴時為準。本件 B 地於離婚訴訟起訴時市價為 700 萬元，其價值計算應以此為準，不因嗣後價值降為 600 萬元而受影響。

2. 500 萬借款債務

次依第 1030 條之 2 第 1 項規定，夫妻之一方以其婚前財產清償婚姻關係存續中所負債務，除已補償者外，於法定財產制關係消滅時，應納入現存之婚姻關係存續中所負債務計算。本件甲婚前取得之 A 房地所有權乃婚前財產，依第 1030 條之 1 規定，不列入計算範圍，固無疑義。而甲於婚後向丙借款所負之 500 萬元債務，則屬婚後債務而須列入計算。惟甲將 A 房地出賣所得價金用以清償該 500 萬借款債務，即係以婚前財產清償婚後債務，依第 1030 條之 2 規定，該 500 萬債務雖已因清償而消滅，仍應列入計算。

3. 100 萬扶養債務

依題所示，於婚姻關係存續中，甲對乙負有 100 萬之扶養費債務，屬於婚後債務。惟此等債務是否應列入計算範圍，非無爭議。部分最高法院認為，此等扶養債務係基於身分關係所生，而與一般財產性質之債權債務關係不同，不應列入計算⁷。惟學說及部分實務則認為，現行法並未對於應列入計算之婚後債務設有其他要件，應無排除計算之理⁸。本文從之。準此，本件甲對乙所負之 100 萬元扶養債務，應列入計算而

⁷ 最高法院 106 年度台上字第 2424 號民事判決：「按 74 年 6 月 3 日修正公布之民法親屬編，於第 1116 條之 1 新增夫妻互負扶養義務之規定，乃以夫妻既列為五倫之一，其應互負扶養義務，乃理所當然，為其立法緣由，並以夫妻關係特為密切，故規定其負扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序與直系血親尊親屬同。又夫妻互負之扶養義務，須扶養對方之生活程度與維持自己生活程度相當，屬生活保持義務，與其互受之扶養權利，均係本於身分關係而生，原非屬一般財產性質之債權、債務，於負扶養義務之一方為現實給付前，該扶養義務所生之債權、債務，尚難認係應分配之夫妻剩餘財產。準此，夫妻因判決而離婚者，依民法第 1030 條之 4 第 1 項規定，以起訴離婚時為夫妻婚後財產範圍及計價之基準日，就分居期間之扶養費，如夫妻之一方於基準日以前給付他方，固應認已失原屬性而歸入他方之一般財產，並列為婚後財產之範圍；惟於基準日以前應給付而未給付者，因仍係本於身分關係而生之給付義務，非為一般財產性質之債務，自不應認其為婚姻關係存續中所生之財產上債權、債務，而列入應分配之婚後財產計算。」

⁸ 林秀雄，扶養債權債務與剩餘財產分配一評最高法院 106 年度台上字第 2424 號民事判決，《月旦裁判時報》，第 76 期，2018 年 10 月，頁 5-9。

最高法院 101 年度台上字第 1006 號民事判決：「所稱『扣除婚姻關係存續所負債務』，只須該項債務係夫妻於

予以扣除。

4.小結：甲之剩餘財產為 100 萬（700 萬-500 萬-100 萬）。

(三)乙之剩餘財產

1.乙婚後有存款 500 萬元，應列入計算，並無疑問。

2.100 萬扶養債權

如前所述，乙對甲有 100 萬之扶養費債權，但是否應列入計算，不無疑問。蓋此涉及此等債權係屬有償取得或無償取得。對此，學說認為於婚姻關係存續中，無維持生活能力之一方，因扶養關係所生之債權，仍屬婚後財產，但此種扶養債權係無支付任何代價之取得者，應不列入剩餘財產計算範圍⁹。準此，本件 100 萬扶養債權不得列入計算。

3.小結：乙之剩餘財產為 500 萬元。

(四)結論

本件乙與甲之剩餘財產差額為 400 萬（500 萬-100 萬），甲得向乙請求 200 萬元之分配。從而，乙向甲所為之分配請求，應無理由。

三、甲於某日走路回家時，看見騎樓下有一個路倒的人，於是向前查看，發現該人已經毫無氣息，應已死亡，又發現其褲袋中有一皮夾，因此萌生貪念，將此皮夾拿走後悄然離開現場。其後，甲除了將皮夾內的現金取出花用之外，見皮夾中尚有一張提款卡與一張記載密碼的紙片，乃大喜過望，持該提款卡領出帳戶內的現金一萬五千元。試分析甲的行為在刑法上如何予以評價。（25 分）

命題意旨	本題爭點在拿走死者的物品是否該當侵占脫離本人所持有之物罪的要件，以及非法取得提款卡去提款是否該當「不正方法」的要件。
答題關鍵	1. 本題第一個行為是甲拿走死者的皮夾，爭議在於死者的物品應論以「脫離本人所持有之物」，或是「繼承人持有之物」，涉及本題應論「侵占脫離本人所持有之物罪」或「竊盜罪」之爭議。 2. 第二個行為則是甲非法取得死者的皮夾，並以皮夾內的提款卡和密碼領取帳戶內的現金 1 萬 5 千元，涉及是否該當「不正方法」由自動付款設備取得他人之物之罪。此處爭議在於，甲以真實提款卡和密碼領取現金，似無違反機器設置者之意思，惟甲係非法取得提款卡和密碼，實務見解有認為亦該當「不正方法」。
考點命中	《透明的刑法一分則編》，高點文化出版，2020 年 5 月 2 版，張鏡榮編著，頁 5-38~5-39、6-4~6-8。

【擬答】

(一)甲將死者皮夾拿走之行為，可能成立刑法（下同）第 337 條侵占脫離本人所持有之物罪：

- 客觀上，甲將死者的皮夾拿走，因死者已過世而非權利主體，此時拿走死者之皮夾應如何論罪，有所爭議，分述如下：
 - (1)竊盜說：此說認為，死者過世後，死者之財物應為全體繼承人共同共有，且死者無從為意思表示，故該財物無法視為脫離本人持有，而應為全體繼承人持有，此時如將財物取走，該當竊盜行為。
 - (2)區分說：此說認為，應區分實際情況而定，如物品在死者之繼承人所得管領之處，則認為屬於全體繼承人持有中；如物品不在任何人持有範圍內，則應認為屬於脫離本人持有之物，取走財物之行為應認為該當侵占脫離本人持有之物。
 - (3)本文以為，死者過世後，財物本不當於在繼承人所得管領之處，故亦可能不在任何人持有範圍內，故區分說應更可採。本題死者於路邊過世，當下無繼承人在旁邊得管領財物，故該財物應不在任何人持有範圍中，故屬於脫離本人持有之物，甲將皮夾取走，該當侵占行為。
- 主觀上，甲知悉死者過世，仍將皮夾取走占為己有，該當侵占故意；又甲對該皮夾具有剝奪原他人所有、建立自己所有之「所有意圖」，而甲應知悉自己對該皮夾無合法占有權源，知悉行為違法，而有「不法意圖」。
- 綜上，甲無阻卻違法及阻卻責任事由，該當侵占脫離本人所持有之物罪。

(二)甲以死者之提款卡提領 1 萬 5000 元之行為，可能成立第 339 條之 2 第 1 項不正利用自動付款設備罪：

婚姻關係存續中所負擔，即應扣除，無庸具備其他要件。」另參照臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會民事類提案第 16 號。

⁹ 同前註。

- 客觀上，甲以死者之提款卡和密碼領錢，獲得 1 萬 5000 元之財物，該當由自動付款設備取得他人之物。惟甲使用真實提款卡和密碼提款，是否該當「不正方法」有所爭議，分述如下：
 - 該當不正方法說：此說認為，不正方法泛指一切不正當之方法而言，並不以施用詐術為限，包括強暴、脅迫、詐欺、竊盜或侵占等方式取得他人之提款卡及密碼，或無權使用之情形，實務見解亦採此說。
 - 不該當不正方法說：此說認為，行為人縱使無權使用，但行為人如使用真正提款卡提款，對於付款設備而言並非不正方法，認為必須以類似詐欺方式，違反機器設置目的之方式，方該當不正方法。
 - 本文以為，本罪之「不正方法」於法條中並未限制需要類似詐欺之行為，故依照文義解釋應包括一切不正當之方法，包括侵占提款卡、密碼之行為，故採該當不正方法說。本題甲以侵占方式獲得死者之提款卡、密碼，屬於「不正方法」，該當客觀構成要件。
- 主觀上，甲知悉自己非法取得死者提款卡、密碼，仍持以提款獲得 1 萬 5000 元現金，具有故意；又甲對該現金具有剝奪原他人所有、建立自己所有之「所有意圖」，而甲應知悉自己對該 1 萬 5000 元無合法占有權源，知悉行為違法，而有「不法意圖」。
- 綜上，甲無阻卻違法及阻卻責任事由，該當不正利用自動付款設備罪。

(三)競合：

本題甲該當侵占脫離本人所持有之物罪和不正当利用自動付款設備罪，屬於不同犯意、不同行為，應依照第 50 條數罪併罰。

四、甲於某日開車回家時，見到前方有警察進行攔檢，因甲曾經肇事逃逸，心虛之下想要逃避警方盤查，因此急忙迴轉車頭朝反方向離去，卻正好被警員發現異狀而騎機車鳴笛追捕，甲緊張之下，以近百公里之時速駕車逃離，在經過一路口時，不顧一切闖越紅燈，一台機車來不及煞車而與之相撞，造成機車騎士 A 傷重不治死亡。試分析甲的行為在刑法上如何予以評價。(25 分)

命題意旨	本題爭點在於過失致死和殺人故意的區分，以及是否可以主張阻卻違法事由。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> 本題主要爭點是甲以近百里的時速開車，又不顧一切闖紅燈，撞到機車騎士造成其死亡，應論過失致死或故意殺人之法律責任，涉及「間接故意」和「有認識過失」之差別。 又甲雖因逃避警方臨檢盤查而開快車，惟甲應有配合警察盤查之義務，不得主張緊急避難或其他阻卻違法事由。
考點命中	《刑法總則（圖說）》，高點文化出版，2020 年 9 月 8 版，陳奕廷（易律師）編著，頁：6-5~6-8。

【擬答】

(一)甲以近百里的時速開車、闖紅燈、撞死機車騎士乙之行為，可能成立刑法（下同）第 271 條第 1 項殺人既遂罪：

- 客觀上，甲逃避警方盤查，而以近百里的時速開車、闖紅燈，而撞到機車騎士，造成機車騎士不治死亡之結果，具有因果關係，客觀構成要件該當。
- 主觀上，甲雖以高速闖紅燈時，並非具有撞死乙想法，應非第 13 條第 1 項「明知並有意使其發生」之直接故意，惟甲應知悉在道路上高速開車將對他人生命安全造成風險，並開至路口可能有其他人車經過，仍不顧交通號誌闖越紅燈，對於可能造成其他人車相撞之危險應有認知，故可能涉及第 13 條第 2 項「預見其發生而其發生並不違背其本意」之間接故意，或是第 14 條第 2 項「預見其能發生而確信其不發生」之有認識過失。對此涉及到「故意」和「過失」之區分，分述如下：
 - 量差說：此說認為，故意和過失是量差的不同，差別係對法益侵害的預見程度高低。
 - 質差說：此說認為，故意和過失之差別在於「意欲」之有無。故意限於對法益侵害有認知及「意欲」，過失則不具備「意欲」。對此有四種不同學說：
 - 容任理論：如行為人認識犯罪發生的可能性，內心也不反對這個事實發生，則為有預見並「容任」構成要件實現的風險，則具有間接故意。如行為人雖有預見而確信法益侵害不發生，則為過失。
 - 漠然理論：如行為人對於可能構成犯罪的事實存著不在乎的態度，則行為人對該事實的發生具有故意。
 - 因果理論：如行為人認識構成犯罪事實發生的可能性，而未採取實際的行動避免結果發生的意願，則具有故意。
 - 認真理論：如行為人意識到構成犯罪事實發生的可能性，並認真地以為這個危險真的有可能會實現，則該當故意；如行為人雖有意識到構成犯罪事實發生的可能性，但對於危險並不認真，則為過失。

- (3)本文認為，從第 13 條第 2 項間接故意和第 14 條第 2 項有認識過失之條文中，皆具備「預見」要素，差別在於「意欲」之有無，即對於結果發生是否違背其本意，或是確信其不發生，故應採質差說之「容任理論」。又本題甲在一般道路上高速開車，又不顧一切闖紅燈，顯然足以預見會對其他駕駛者發生碰撞、造成他人傷亡，惟甲為達到自己逃跑目的不擇手段，不顧道路上其他駕駛者安全，顯然並非過度自信之情況，而係對他人的法益毫不關心，不顧自身行為可能造成他人傷亡風險，也沒有採取任何防止結果發生之迴避措施（例如按喇叭提示其他人），足見甲對其他人死亡之構成要件實現風險有所容任，而有「不違背其本意」之意欲，故應論甲具有殺人之間接故意。
- 3.本題甲雖因逃避警方盤查而決定開車逃離，惟本題警方如為合法執行公務，甲本有在合理範圍內配合警方攔檢盤查之義務，不得以此主張緊急避難或其他阻卻違法事由，併予敘明。
- 4.無其他阻卻違法及阻卻責任事由，故甲該當殺人既遂罪。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

師資
優秀充足

輔考
資源豐富

成績
連年卓越

學習
模式多元

課程
規劃完整

司法/調查局/移民特考

考生專屬

勝者經濟學

精省學費，周全準備！

110/11/15前報名享 高點考場優惠

【111司法三等】

面授/VOD全修：特價 **34,000 元起**

雲端全修：特價 **44,000 元起**

【111三等小資方案】面授/VOD全修：特價 **28,000 元起**

【111司法四等】

面授/VOD全修：特價 **29,000 元起**、雲端全修：特價 **38,000 元起**

【111司法四等申論寫作班】

面授/VOD：單科特價 **2,500 元**，買二科送一科

【111司法四等考取班】面授/VOD：特價 **49,000 元**

【110四等小資方案】面授/VOD：特價 **20,000 元起**

【111調查局特考】

面授/VOD三四等全修：特價 **37,000 元起**

雲端三等二年班：特價 **46,000 元起**

【111移民特考】

面授/VOD全修：特價 **31,000 元起**

雲端二年班：特價 **38,000 元起**

舊生報名：再贈 **2,000 元**高點圖書禮券 & **20 堂**補課

【110地特衝刺】

申論寫作班：單科特價 **2,500 元**，買二科送一科

選擇題誘答班：單科特價 **800 元**

★面授/VOD 全修課程，可併「5 倍券」優惠，最多再折扣面額 200-5,000 元。
(知識遠課程適用範圍詳洽各分班)



線上填單
同享考場獨家