

《民法與刑法》

一、甲自民國 100 年 7 月起受僱於乙，指派至乙出資之 A 藥局掛名負責人藥師，惟一切事務均由乙做決策與處理。甲則支領固定薪資，詎乙租借他人牌照申報健保費用，因此甲以負責人身分被罰處新臺幣（下同）200 萬元之罰鍰（下稱系爭罰鍰）。甲認為其只是擔任 A 藥局掛名負責人，系爭罰鍰應由乙支出，試問甲所受支出 200 萬元之損害該如何向乙主張？（25 分）

命題意旨	僱傭契約之認定及其法律效果。
答題關鍵	先認定甲乙間為何是僱傭契約關係，從「從屬性」判斷下手。確認為僱傭關係後，再論述雇主使受僱人提供違反公序良俗之勞務，受僱人請求賠償之請求權基礎。

【擬答】

(一)甲乙間為僱傭契約關係：¹

- 1.按僱傭（勞動）契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，就其內涵包含人格上從屬性、親自履行不得使用代理人、經濟上從屬性、組織上從屬性等特徵²。勞動契約之勞工與雇主間具有上開使用從屬及指揮監督之關係，且非僅限於僱傭契約，關於勞務給付之契約，其具有從屬性勞動性質者，縱兼有承攬、委任等性質，仍應屬勞動契約。³
- 2.本案藥局由乙實際經營，而由甲親自為乙提供藥師勞務，且一切事務由乙決策與處理，甲無獨立裁量空間，具有人格上從屬性，又甲僅領取固定薪資，不負擔藥局經營之損益，亦具有經濟上從屬性，可見甲乙間應為僱傭契約關係。又雖甲另依乙指示掛名藥局負責人，而無勞務提供之性質，仍無礙僱傭契約之認定。

(二)甲得依第487-1條及第227條規定請求乙賠償200萬元損害：

1.依第487-1條規定請求賠償：

- (1)受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償，第487-1條定有明文。揆其立法理由揭櫫：為自己利益使用他人從事具有一定危險性之事務者，縱無過失，亦應賠償他人因從事該項事務所遭受之損害，此乃無過失責任之歸責原則中所謂「危害責任原則」之一類型。鑑於受僱人之服勞務，須絕對聽從僱用人之指示，自己無獨立裁量之權，受僱人於服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，自亦宜使其得向僱用人請求賠償，始能充分保護受僱人權益。⁴
- (2)查甲乙間有僱傭契約關係，業如前述。甲依乙指示掛名藥局負責人，而因乙違反健保法規，以致具藥局名義負責人身分之甲受有200萬元罰鍰之損害，倘甲未共同參與違法借牌之情事，應屬非可歸責於甲之事由所受損害，甲得依第487-1條規定向乙請求200萬元之損害賠償。

2.依第227條規定請求賠償：

- (1)受僱人為僱用人服勞務，既完全依僱用人之指示，而無獨立裁量權或決策權，則僱用人對受僱人即負有不得指派其從事不法或違反公序良俗之工作之義務。此觀就業服務法第5條第2項第4款之規定亦明。最高法院認為，倘僱用人違反此項義務，致受僱人受有損害時，受僱人自非不得依民法第227條不完全給付之規定請求損害賠償。⁵
- (2)查乙經營藥局而指示甲掛名負責人，以逃避負責人之責任，應屬不法或違反公序良俗之情形。甲依乙指示掛名負責人進而受有200萬元罰鍰之損害，依上開裁判意旨，應屬乙依僱傭契約所為之瑕疵給付，甲得依第227條第1項向乙請求200萬元之損害賠償。

【高點法律專班】

¹ 本題改編自臺灣臺北地方法院 104 年度勞訴字第 131 號民事判決、臺灣高等法院 105 年度重勞上字第 4 號民事判決（案 1）、臺灣臺北地方法院 104 年度訴字第 3415 號民事判決（案 2）、臺灣臺北地方法院 109 年度勞訴字第 385 號民事判決、臺灣高等法院 110 年度勞上字第 71 號民事判決、最高法院 111 年度台上字第 447 號民事判決、臺灣高等法院 111 年度勞上更一字第 8 號民事判決、最高法院 112 年度台上字第 433 號民事判決（案 3）之原因事實。

² 參照最高法院 96 年度台上字第 2630 號民事判決。

³ 參照最高法院 89 年度台上字第 1301 號民事判決。

⁴ 參照最高法院 111 年度台上字第 447 號民事判決。

⁵ 參照最高法院 112 年度台上字第 433 號民事判決。

二、甲向乙買受 A 地及 A 地上之違章建物 B 屋，乙依約辦理 A 地之移轉登記，並交付 B 屋於甲。嗣後 B 卻遭丙無權占用，試問甲得否主張所有物返還請求權，向丙請求返還 B 屋？（25 分）

命題意旨	違章建築事實上處分權之物上請求。
答題關鍵	本題爭點只有一個：違章建築之事實上處分權人能否行使民法第767條物上請求權？爭議極大，詳下討論。
考點命中	《民法物權爭點解讀》，高點文化出版，陳義龍編著，頁2-176~2-181。

【擬答】

甲得主張民法第767條1項前段之B屋返還請求權：

(一)甲為B屋之事實上處分權人：

1. 違章建築乃違反建築法規而無法辦理保存登記之建物，既不得為保存登記，亦無從移轉登記，以讓與其物權（民法第758條、第759條參照），惟最高法院創設事實上處分權之概念，違章建築之所有人得透過讓與其事實上處分權之方式，達到交易之目的。
2. 查甲乙間訂立B屋買賣契約，並交付之，因B屋為違章建築而無法移轉登記，堪認甲乙間有讓與B屋事實上處分權之合意，故甲為B屋之事實上處分權人。

(二)甲得行使所有物返還請求權：

1. 事實上處分權人得否行使所有物返還請求權，不無疑問。部分學說認為，違章建築之讓與乃我國常見交易慣行，亦為最高法院所承認，具備慣行事實及法之確信，有其社會需要與法律實益，依第757條規定，應認事實上處分權屬於習慣物權，得依第767條2項準用同條1項規定，行使物上返還請求權。
2. 然多數最高法院判決認為，事實上處分權究非所有權，不得適用或類推適用物上請求權規定。部分學說亦主張，違章建築危害公共安全，縱民間有多年交易之慣行，亦屬違背公共秩序，而與第2條規定有悖，事實上處分權應非習慣物權性質，不得行使物上請求權。
3. 本文認為，若不賦予事實上處分權人有排他權能，將導致事實上處分權本身使用、收益之權利無法實現，於習慣法僅須賦予事實上處分權人有排除他人干涉之效力，即已符合社會需要，不需承認其為物權，以避免過度衝擊物權法定主義。
4. 準此，甲為B屋事實上處分權人，雖非物權，然應類推適用第767條規定以賦予甲排除他人干涉之效力，即得依同條1項前段規定，請求無占有權源之丙返還B屋。

三、甲、A 同在一間辦公室工作，平日相處不睦，甲出於損人不利己的報復動機，唆使另一同事乙找機會將 A 工作的重要財物丟棄，乙應允。某日，乙看到 A 離開座位，將 A 的隨身碟從其座位取走後，以隨身碟最後可能被如何處置都無所謂的心態，將 A 的隨身碟順手置入同事 B 的公事包內。A 下班前發現隨身碟遺失，非常緊張，請同事幫忙在辦公室尋找，卻沒有找到。B 回家整理公事包時，發現有一個陌生隨身碟，想起當天辦公室 A 在找隨身碟的事情，雖不知隨身碟為什麼會在公事包出現，仍在隔日問 A 是否為其遺失的隨身碟，A 確認後非常高興，隨身碟失而復得。試問甲、乙之行為依刑法應如何論罪？（25 分）

命題意旨	本題測驗重點在毀損罪「致令不堪用」之解釋，以及毀損罪與竊盜罪之區分。
答題關鍵	應將各種解釋致令不堪用之見解臚列後擇一採納，再討論兩罪之區分，而兩罪區分重點在於是否有不法所有意圖。
考點命中	《透明的刑法-分則編》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第一篇第六章。

【擬答】

(一)乙將A隨身碟丟入B公事包之行為，成立刑法（下同）第354條毀損器物罪：

1. 客觀上，乙將A隨身碟丟進B公事包，並未造成隨身碟物理性外觀毀壞，自非毀棄損壞，惟其使得A無法自主決定使用隨身碟是否為功能毀損之「致令不堪用」，容有爭議：
 - (1) 狀態變更說認為，本罪保護所有權即所有人得自由處分收益所有物之權利，未經同意破壞其使用利益亦屬之，本題乙丟棄A隨身碟已破壞此一利益，應成立本罪。
 - (2) 預定效用減損說主張，所有權人對於物品之使用利益本身並非物品主要功能，只要物品客觀使用功能未減損，即不成罪，本題乙既未令隨身碟功能受損，即與此要件不符。

(3)客觀使用可能性減損說以為，致令不堪用應限於未使物品外型受損，但客觀上對其效用有所減損之情形，包括影響功能、所有人無法依預定用途從事活動，以及外部指示內部活動效用無法發揮等。

(4)本文以為，狀態變更說將使本罪法益質變為所有人意思自由，而脫離財產犯罪之特質，預定效用減損說之客觀標準雖可採，惟將所有權人主觀抗拒使用類型排除於本罪之外，與致令不堪用文義不符，客觀使用可能性減損說可採。

(5)本題中，乙將A隨身碟丟入B公事包，使得A一日無法依其計畫使用隨身碟之內部資料，已使其客觀使用可能性減損而為致令不堪用，客觀構成要件該當。

2.主觀上，乙明知將A隨身碟放入B公事包將使其客觀效用有可能減損，仍出於如何處置均無所謂之心態決意為之，具毀損間接故意。乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)乙將A隨身碟丟入B公事包之行為，不成立刑法（下同）第320條普通竊盜罪：

1.客觀上，乙未經A同意排除A對隨身碟持有支配，並建立自己持有支配丟入B公事包，已破壞A對財物之持有支配利益。

2.主觀上，乙具竊盜故意無疑，又其雖明知自己無法律上權源仍以所有權人自居，排除A對隨身碟所有利益之目的竊取，惟欠缺將隨身碟據為己有之主觀目的，故無所有意圖，乙不成立本罪。

(三)甲唆使乙將A重要財物丟棄之行為，成立刑法（下同）第354條毀損器物罪之教唆犯（第29條）：

1.乙具毀損器物不法，已如前述。

2.客觀上，甲唆使乙丟棄A重要財物係使無犯意之乙形成毀損犯意之教唆行為；主觀上，甲雖對財物內容未有特定認知，惟已對特定正犯乙及特定犯罪類型即毀損有認知，亦有教唆乙毀損既遂故意，甲具教唆雙重故意。

3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

四、甲在外租屋，為了防盜理由，甲在房間安裝監視器。某日甲的好友A知悉甲因工作因素需出國二週，A向甲商議在其出門期間，借用甲的房間住宿，甲同意但約定A不得帶他人回家，卻忘記告訴A房間有監視器。A不知該房間設有監視系統，在住宿期間常全身未著任何衣物，全裸在房間走動，有日A約同其親密好友B，在甲的房間內共餐，其間A、B二人有親吻行為。甲回家從監視器存檔資料，發現A竟違反約定帶友人回家，甲質問A時，A始知借宿期間，生活日常以及與B的私密親吻行為皆被監視器拍攝，A要求甲將資料刪除，甲認為其為房間使用人，當然可以在自己的住處裝設監視器，只含糊答應，卻沒有積極刪除資料。試問甲的行為依刑法應如何評價？（25分）

命題意旨	本題應是在測驗作為與不作為的區分、事前故意與保證人地位等爭議，涉及的條文包括無故竊錄罪與攝錄性影像罪。
答題關鍵	於作為與不作為的區分上，應討論「架設攝影機」與「未撤下攝影機」兩行為之刑法定性，確定後再檢討甲的保證人地位為何，若甲有保證人地位，則進一步分析甲是否具有故意。此外，針對甲不刪除影像之行為，亦應同時討論不作為犯罪的問題。

【擬答】

(一)甲未告知A拍得A裸體與親吻畫面之行為，不成立刑法（下同）第315條之1第2款無故竊錄罪：

1.客觀上，甲拍得A裸體與親吻畫面包括前階段「架設攝影機」與後階段「未告知並撤下攝影機」之雙重行為，其應成立作為或不作為，容有爭議：

(1)社會意義說認為，應以行為當中具社會重要性部分為何加以判斷；風險說認為，應視行為與法益之風險關聯性而定，作為係製造或加速風險實現，不作為是為排除既存風險實現。

(2)本文以為風險說可採，甲架設攝影機畫面時，未對A隱私法益造成直接危險，此一行為欠缺刑法意義上不得作為論罪對象，甲於A進入房間時未告知房內有攝影機亦未撤下攝影機，已使A隱私有隨時受害之直接危險，係不排除既存隱私受害風險之不作為。

2.又甲架設之攝影機可能侵害A隱私之此一危險源有所支配，甲似有排除其侵害A法益之義務，惟甲於自家架設攝影機並未違反任何義務，基於違反義務之前行為理論，甲無保證人地位。

3.退步言之，若認甲具危險源監督之保證人地位，A因不知有攝影機而未同意甲對其身體隱私部位或與B之非公開活動加以攝錄，甲係未經同意攝錄A與B親吻等具合理隱私期待之活動與其裸體之身體隱私部位，破壞

A之隱私利益，該當客觀構成要件。

4.主觀上，甲於攝影機錄下A非公開活動與身體隱私部位時並未對其行為有所認知，亦未容任此一結果發生，本於故意同時性原則，甲欠缺竊錄故意，主觀構成要件不該當。

5.綜上，甲不成立本罪。

(二)甲未告知A拍得A裸體與親吻畫面之行為，不成立刑法（下同）第319條之1第1項攝錄性影像罪：

1.客觀上，裸體應包括係性器或足以引起性慾之身體隱私部位，AB親吻畫面為與性相關而客觀上足以引起性慾之行為，甲錄得上開之影像均為第10條第8項之性影像。

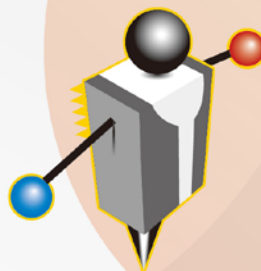
2.又，A雖未同意甲錄得上開性影像，惟甲並無保證人地位已如前述，自不該當客觀構成要件而不成立本罪。

(三)甲未刪除 A 未公開活動、身體隱私部位以及性影像之行為，係未排除 A 隱私與性隱私風險實現之不作為，惟因甲錄得該影像並未違法，依違反義務之前行為理論，甲自無刪除影像之保證人地位，不成立刑法上之犯罪，僅能視情形論以個資法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

高點考季友賞



8/13~8/31 新朋友&老朋友 共賞全年最優惠

112面授/VOD：8/13~15報名全修課程，加碼贈高點補課券20堂

司法特考	高考
<ul style="list-style-type: none"> 全修：特價 27,000 元起 四等考取班：特價 49,000 元 	<ul style="list-style-type: none"> 法制全修：特價 44,000 元 法廉/財廉全修：特價 33,000 元起
行政警察	調查局特考
<ul style="list-style-type: none"> 全修：特價 31,000 元起 	<ul style="list-style-type: none"> 全修：特價 33,000 元起
差異科目/弱科加強	實力進階
<ul style="list-style-type: none"> 監所管理員全修+警察法規： 特價 42,000 元 四等書記官或法警全修+公務員法概要 特價 40,000 元 四等小資：特價 16,000 元起 	<ul style="list-style-type: none"> 申論寫作班：特價 2,500 元/科 矯正三合一題庫班：特價 4,000 元起 犯罪學題庫班：特價 1,700 元起

112雲端函授：8/13~15報名全修課程，加碼再優1,000元

司法特考	高普考
<ul style="list-style-type: none"> 全修：特價 39,000 元起 	<ul style="list-style-type: none"> 法制全修：特價 58,000 元 法廉/財廉全修：特價 46,000 元起
行政警察	調查局特考
<ul style="list-style-type: none"> 全修：特價 40,000 元起 	<ul style="list-style-type: none"> 三等全修：特價 47,000 元
實力進階	弱科加強
<ul style="list-style-type: none"> 申論寫作班：單科特價 3,000 元起 	<ul style="list-style-type: none"> 四等小資：特價 20,000 元起

※諮詢&報名詳洽【法政瘋高點】LINE 生活圈(ID: @get5586)
※報名全修考生若當年度考取相同等級類科，二週內可回班辦理退費



優惠詳情

《民法與刑法》

一、A、B 二人合夥經營蚵仔麵線小吃攤，並以 A 為執行業務合夥人，由 A 負責全部的蚵仔麵線經營事宜。某次 A 在煮麵線時，操作爐火不慎，燙傷路人 C，致使 C 受傷。又有一次，A 因為和顧客 D 發生口角，遂在麵線中添加瀉藥，致使 D 身體不適。問：另一合夥人 B，是否必須對 C 及 D 的損害負責？（25 分）

命題意旨	非法人團體類推適用民法法人侵權責任之規定。
答題關鍵	A、B 二人為合夥事業之合夥人，A 並非 B 之受雇人，C、D 自不得以民法第 188 條雇用人侵權責任為請求權基礎向 B 主張連帶賠償，合先敘明。 C、D 向 B 主張賠償之基礎應為民法第 28 條及第 681 條，也就是針對 A 執行小吃攤職務所為之侵權行為，合夥團體應負連帶損害賠償責任，這是最高法院所反覆確立的非法人團體類推適用民法第 28 條，也就是合夥團體與執行合夥人連帶負責，猶如法人與董事連帶負責。但須注意的是，類推適用民法第 28 條之結果是「合夥團體」負連帶責任，B 個人如何負責？此時需動用到合夥規定民法第 681 條，在合夥團體之財產不足清償之前提下，被害人 C、D 即可向合夥人 B 請求連帶賠償。
考點命中	《民法總則》，高點文化出版，陳義龍編著，頁 2-49~2-50。

【擬答】

於 AB 合夥財產不足清償損害賠償之前提，C、D 得類推適用第 28、681 條對 B 請求連帶損害賠償，分述如下：

(一) A 對 C、D 負民法第 184 條第 1 項前段之侵權責任：

按民法（以下同）第 184 條第 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。本件 A 不慎操作火爐之行為不法侵害 C 身體與健康權，致其受有醫療費用等若干損害，A 應負損害賠償責任。又 A 故意添加瀉藥之行為，不法侵害 D 身體與健康權，致其受有醫療等損害，A 亦應就此負賠償責任。

(二) B 於合夥財產不足清償之前提下，B 應與 A 負連帶損害賠償責任：

1. 再按第 28 條規定，法人對其董事等有代表權人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人負連帶賠償責任。所謂執行職務係指包含因積極執行職務的行為與怠於執行依法律規定所應執行該職務的行為，凡執行行為與職務內外部牽連相關之行為均屬之。
2. 復依最高法院之見解，合夥雖屬非法人團體，其團體性質與法人並無軒輊。是以，合夥人若因執行合夥事務，侵害他人權利而成立侵權行為者，與法人之有代表權人，因執行職務加損害於他人之情形相類，其所生之法效應等量齊觀，被害人自可類推適用民法第 28 條之規定，請求合夥與該合夥人連帶負賠償責任。¹
3. 查本件 A 與 B 合夥經營小吃攤，並以 A 為執行合夥人，足堪認定。又 A 對 C 所為之操作火爐行為應屬執行小吃攤事務，應無疑義。然 A 故意於麵線中添加瀉藥予 D 食用，是否為執行職務？因 A 利用其烹煮麵線職務之機會所為行為，與其營業職務非無牽連，應認係執行職務。從而，小吃攤合夥應與 A 對 C、D 負連帶損害賠償責任。

(三) 從而，如小吃攤合夥財產不足清償對 C、D 所負損害賠償額，則 C、D 得依第 681 條規定請求合夥人 B 就不足額負連帶清償責任。

¹ 最高法院 101 年台上字第 1695 號民事判決：「合夥雖僅為二人以上互約出資以經營共同事業之契約（民法第 667 條第 1 項參照），而不具有法人之資格，但參酌民法相關之規定，如各合夥人之出資，構成合夥財產，而存在於合夥人個人財產之外（第 668 條參照），合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行事務之範圍內，對於第三人為他合夥人之代表（第 679 條參照），另對於合夥所負之債務，不得以之對於合夥人個人之債權抵銷（第 682 條第 2 項參照），關於合夥之事務，可以採多數決方式為之（第 670 條參照），並設有合夥人之加入、合夥人之退夥、合夥之解散、合夥之清算（第 691 條、第 686 條、第 687 條第 1 款前段、第 2 款、第 3 款、第 692 條、第 694 條參照）等規定，已見合夥人因經營共同事業，須有合夥代表、一定之組織、財產及活動管理機制，故於契約之外，亦同時表現團體之性質，與法人之本質並無軒輊。是以，合夥人若因執行合夥事務，侵害他人權利而成立侵權行為者，與法人之有代表權人，因執行職務加損害於他人之情形相類，其所生之法效應等量齊觀，被害人自可類推適用民法第 28 條之規定，請求合夥與該合夥人連帶負賠償責任。本件正○事務所乃合夥組織，朱○容等二人為該事務所合夥人，既為原審認定之事實，則朱○容等二人如因執行合夥事務，侵害第一、二上訴人之權利而成立侵權行為時，依上說明，第一、二上訴人即非不得類推適用民法第 28 條之規定，請求正○事務所與朱○容等二人負連帶責任。」

二、A 係國內著名的公益社團法人，B 係其董事代表人。在召開今年度的社員大會上，經過激烈的爭吵及抗爭，由 C 獲選為新任董事代表人，此事並廣為媒體報導。但 B 不願承認選舉結果，乃遲遲阻擾社團法人董事變更登記的完成。為使 A 社團法人能夠繼續順利運作，故 C 以 A 社團法人董事名義，即刻進行相關的締約事宜商議，並與知情之 D 締約。詎料，A 社團法人嗣後請求 D 履約時，D 以 C 締約時未經登記為新任董事為由，拒絕履約。問：D 之拒絕，有無理由？（25 分）

命題意旨	法人應登記事項變更之對抗效力。
答題關鍵	關於 A 法人之董事由 B 改選為 C，題目特別強調這件事廣為人知，但因故無法辦理變更登記，且 D 也知情。就 A 與 D 間爭執 C 是否登記為新董事之部分，涉及民法第 31 條法人應登記事項之效力，有登記可對抗，未登記如何處理？尤其是可否對抗惡意之第三人 D？學說上有爭議。
考點命中	《民法總則》，高點文化出版，陳義龍編著，頁 2-66~2-68。

【擬答】

本案 D 之拒絕應無理由，分析如下：

- (一)按民法第 27 條第 2 項規定，董事對外代表法人，董事有數人者，除章程另有規定外，各董事均得代表法人，稱為單獨代表原則，且法人得以章程限定特定董事有代表權，其他則無。再依第 48 條第 1 項第 4 款規定，法人之董事姓名，應屬應登記事項。
- (二)復按第 31 條規定，法人之應登記事項，應登記而不為登記，或已登記事項有變更而不為變更者，不得以其事項對抗第三人。然有疑義者，本條第三人所指為何？是否包含惡意之第三人在內？
 - 1.部分學說基於本條之文義解釋及體系解釋認為，既本條僅規定「第三人」而未如民法第 27 條第 3 項規定不得對抗「善意第三人」，則本條不區分第三人善意或惡意，亦即以是否登記為準，如未登記，縱第三人為惡意亦不得對抗。
 - 2.然本文認為，第 31 條及第 48 條應登記事項規定之公示作用係在於維護動態交易安全，且基於惡意者不受保護之法理，應就第 31 條作限制解釋不含惡意之第三人，應無損於本條文義。
- (三)據此，本件 A 法人之董事由 B 變更為 C 應屬應登記事項，雖未為變更登記，然此項變更廣為大眾所知，包含 D 在內，A 得以此變更對抗惡意之 D。且 D 與代表 A 法人之 C 締約時即知悉董事為 C，如 D 可事後否認，則有違反誠信原則所生之禁反言原則之虞。故 A 應得請求 D 履約，D 之拒絕應無理由。

三、甲在火鍋店吃火鍋時，看到素有嫌隙的乙在隔壁桌用餐，即向乙口出「垃圾」、「廢物」等語用以洩憤，乙被刺激到受不了，站起來以拳頭揮向甲的臉部。甲雖非刻意引起攻擊，但也早有防備，儘管尚有閃避的空間，仍在乙拳頭即將擊中前，出腳踹向乙的大腿，使乙跌倒在地，造成其多處挫傷。請問甲之刑事責任如何？（25 分）

命題意旨	公然侮辱與挑唆防衛。
答題關鍵	本題注重在挑唆防衛的法律效果如何，但不要忘了甲有辱罵的情事，需要評價是否具有成立公然侮辱的空間。
考點命中	《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，頁 9-23~9-26。

【擬答】

- (一)甲對乙口出垃圾、廢物等語的行為，可能成立刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪。
 - 1.按本罪之構成要件，係行為人在特定多數人或不特定人得以共見共聞之場所，對他人抽象謾罵而貶低其社會人格。本題中，甲身處之火鍋店，應屬不特定人得以共見共聞之場所，符合公然之要件；而其對乙口出垃圾等語，應屬抽象之謾罵而貶低乙之社會人格，符合侮辱之要件。
 - 2.主觀上，甲對於上述構成要件皆有所認知且有意為之，是為故意。
 - 3.甲違法且有責，成立本罪。
- (二)甲踹乙的大腿，使其跌倒並造成多處挫傷的行為，可能成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪。
 - 1.客觀上，甲踹乙大腿的行為，致乙倒地且造成多數挫傷的結果間，具有條件因果關係；甲踹乙的行為，製造法不容許的風險，且該風險實現亦在構成要件範圍內，該結果可客觀歸責於甲之行為。
 - 2.主觀上，甲對於上述構成要件皆有所認知且有意為之，是為故意。

3.惟甲踹乙之當下，係為了防備乙之攻擊，是否得主張刑法第23條正當防衛而阻卻違法，以下分述之：

(1)甲踹乙之行為，係為阻擋乙之現在不法侵害，且甲之行為亦具有阻止乙攻擊之意思，似具有防衛情狀與防衛意思而得主張正當防衛，惟乙之攻擊係甲先前對其汗辱所引起，且甲無蓄意利用正當防衛之意思，在學說上稱為「非意圖式挑唆防衛」，實務上認為，為了避免防衛權遭濫用，在此情形行為人應優先選擇迴避，在無迴避可能性時始得主張正當防衛(107年台上字2968號判決參照)；學說上亦肯認實務的說法，進一步認為行為人須採取先迴避、而後消極防衛、最後積極防衛的「三段式防衛手段」，併以敘明。

(2)題中，甲對於乙的攻擊，在具有閃避空間的情況下，並未選擇閃避而是主動出擊，依上述實務或學說之見解，皆不得主張正當防衛而阻卻違法，甲亦無其他阻卻違法事由。

4.罪責上，甲雖不得主張正當防衛阻卻違法，但甲之行為仍具有防衛情狀與防衛意思，得依刑法第23條但書防衛過當，主張減輕或免除其刑。

5.綜上所述，甲之行為成立本罪，但得主張防衛過當而減輕或免除其刑。

(三)甲成立公然侮辱罪與傷害罪，係數行為侵害數法益，應依刑法第50條實質競合，數罪併罰之。

四、駕駛大卡車的甲，不滿小客車駕駛乙按鳴喇叭，多次急切到乙之車道前方後再急煞車，且一再貼近乙車後方、側面逼車，好幾次都差點碰撞到乙車。行駛數公里後，乙因害怕而停車與甲爭吵，一名路人丙見狀，上前謊稱自己是便衣交通警察，欲調查此件行車糾紛，要求甲、乙提供證件以查驗身分，二人從之。請問甲、丙之刑事責任如何？(25分)

命題意旨	惡意逼車與冒充公務員的刑責。
答題關鍵	惡意逼車在刑事責任上首先要想到的便是強制罪，同學可能會認為逼車並無干擾到他人自由，但駕駛人原先能順暢的駕駛在原本的道路上，因為逼車而需要減速或更換車道便是「妨害行使權利」，之後檢討逼車有沒有造成公共危險罪的問題。 冒充公務員則相對簡單，但遇到此類題目要注意，如果行為人穿著警察制服，或配戴徽章等，記得要檢討冒用服飾徽章罪；若有搜索的情事，需要檢討違法搜索罪。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易台大編撰，頁128、191。

【擬答】

(一)甲多次對乙逼車的行為，可能成立刑法第304條第1項強制罪。

- 客觀上，甲數次急切到乙之車道後剎車，且數次逼車的行為，應屬以物理的強暴手段，而妨害乙正常行駛道路之權利；主觀上，甲具有強制故意。
- 違法性上，甲行為之目的係為了抒發對乙的不滿情緒，其逼車行為嚴重壓迫了乙的行車自由，其目的與行為皆具有可非難性，且欠缺內在關聯；甲無阻卻違法事由，具有違法性。
- 甲無減輕或阻卻罪責事由。
- 綜上，甲成立本罪。

(二)甲多次逼車的行為，可能成立刑法第185條第1項妨害公眾往來罪。

- 客觀上，甲個人逼車的行為，難認已造成道路的損害或壅塞，惟是否符合本罪之「他法」，依照110年台上字3556號判決之見解，所謂之「他法」，係指無關交通活動之侵害行為，或駕駛人非常態之交通活動，而造成與損壞、壅塞相類似，足以妨害公眾往來安全之行為。若依實務之見解，甲之逼車行為，顯屬非常態之交通活動，而造成了用路人無法正常使用道路與預測道路狀況，達到相當於壅塞之程度，而致生公眾產生往來交通之危險，符合本罪之客觀構成要件。
- 主觀上，甲對於上述構成要件皆有所認知且有意為之，是為故意。
- 甲違法且有責，成立本罪。

(三)丙假裝警察而要求甲乙提供證件的行為，可能成立刑法第158條冒充公務員罪。

- 客觀上，丙對甲乙謊稱是交通警察，而警察屬刑法第10條第2項第1款之身分公務員，符合冒充公務員之要件；丙並要求甲乙出示證件以查驗身分，而命令交付證件與查驗身分屬交通警察當有之職權，符合行駛其職權之要件。
- 主觀上，丙對於上述構成要件皆有所認知且有意為之，是為故意。
- 丙違法且有責，成立本罪。

(四)結論：甲成立強制罪與妨害往來交通罪，屬一行為侵害數法益，依刑法第55條想像競合，從一重處斷；丙成立冒充公務員罪。

《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時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

《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，夫甲亦不當然為妻乙之代理人。
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，加重強盜罪文義上包括準強盜罪（42 台上 523 判決），故乙成立加重強盜罪。

(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：

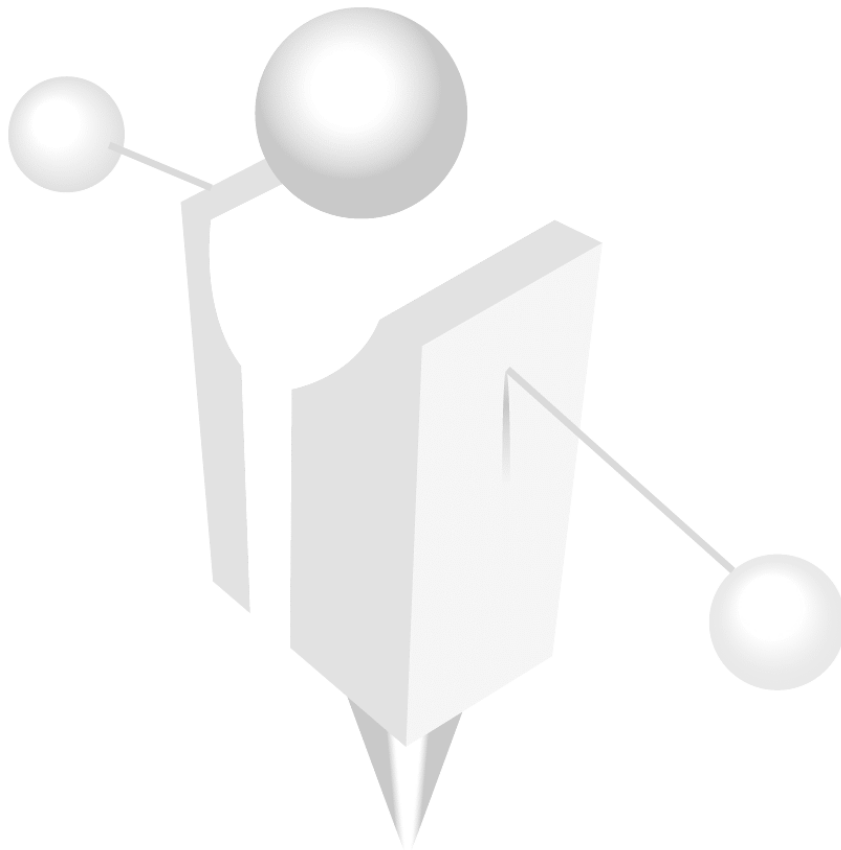
①學說上有認為，甲係負有保證人義務之人，故其違反義務應一律成立不作為共同正犯；另亦有主張，不作為犯之支配作用力無法與作為犯相等，故應對甲論以幫助犯。實務上則以為應依主客觀擇一說加以判斷（105 台上 88 判決）。

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！