

# 《民法總則與刑法總則》

- 一、甲為A裝潢設計公司的董事，某日B大樓之住戶乙拜託A公司於其頂樓打造空中花園，A公司欣然同意，於談妥報酬及確認設計圖後，即由甲負責施工。甲明知若未確實施工，可能會導致漏水，但為了增加A公司的利潤，於施作防水層時偷工減料且未做好排水措施，導致乙的空中花園完工後，乙的鄰居丙即飽受漏水之苦。除丙的天花板因漏水而有所毀損，且居住環境變得潮濕，丙也因漏水的水滴聲不絕於耳而難以安眠。請問，丙得向甲及A公司主張何種權利？（20分）

試題評析	本題為人格權受侵害及法人侵權責任之綜合考題，考生需知悉居住安寧權屬實務肯認之人格權之一，並掌握民法第28條之要件，於論述法人侵權責任前，先行判斷實際行為人之行為是否構成侵權責任，即可獲得不錯的分數。
考點命中	1.《高點·高上民法講義》第一回，倪律編撰，頁15-16、21。 2.《高點·高上民法總複習講義》，倪律編撰，頁5-6。

**答：**

(一)丙得依民法第184條第1項前段及民法第195條規定，請求甲負侵權行為損害賠償責任：

- 按「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」、「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」、「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。」、「前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」民法第184條第1項前段、後段、第18條第1項、第2項及第195條第1項分別定有明文。另實務上亦肯認若於居住場所發出超越常人於一般生活上難以忍受之噪音者，亦屬侵害他人居住安寧權之人格權，受侵害之人亦得依民法第18條第2項及第195條之規定，請求精神慰撫金，併此敘明。
- 針對丙所有之天花板因漏水而所毀損之損害：  
本題中，甲明知若未確實施工恐會導致漏水，卻仍於施作防水層時偷工減料之故意侵權行為，導致漏水而使丙所有之天花板毀損，已侵害丙之所有權而令丙受有損害，已該當民法第184條第1項前段之侵權行為成立要件；又甲偷工減料之故意侵權行為，衡諸常情，亦屬違背公序良俗之情形，同時亦該當同條第1項後段之要件，從而丙自得依民法第184條第1項前段及後段之規定，請求甲負侵權行為損害賠償責任。
- 針對丙因漏水聲而難以安眠之損害：  
本題中，丙除受有天花板受損之損害外，亦因漏水聲而漏夜難眠，衡諸常情，夜間不間斷之滴水聲本屬一般常人無法忍受之噪音，丙因此難以入眠，自屬上開實務所稱居住安寧權之人格權遭受侵害，則自得依上開實務見解，以民法第18條及第195條之規定，請求甲負侵權行為損害賠償責任，自不待言。

(二)丙另得依民法第28條規定，請求A公司與甲負連帶賠償責任：

- 依民法第28條規定，法人同負連帶賠償責任之成立要件有三：行為人須為董事或有代表權之人、行為人於執行職務時為之及行為人之行為該當侵權行為之成立。又所謂執行職務，實務上採客觀說，即僅要「外觀上足認屬執行職務本身之行為」，或「社會觀念上與執行職務有適當牽連關係之行為」皆屬之，至於積極作為或消極不作為，在所不問。
- 本題中，甲係為A公司之董事，其偷工減料之侵權行為係於施作工程為之，於外觀上已足認屬其執行工程職務本身之行為，即便以社會觀念觀之，亦與其工程職務有適當牽連關係，是應認已該當前揭所述民法第28條之三要件，從而，自應認A公司應與甲負連帶賠償責任。

- 二、甲有名畫一幅，委託丙代為出售該畫，並授予代理權於丙。乙的下屬丁得知乙甚為喜歡該畫，便瞞著乙私下威脅丙，「若不將該畫出售於乙，即殺害之」。丙受此脅迫心生恐懼，便

以甲之名義將該畫出售予乙，並交付該畫。一年後，丙得知丁已去世，隨即向甲坦承係因受丁之脅迫方將該畫出售予乙。然此時乙已將該畫售予不知情的戊，並已為交付。試問，於上開情形中甲未受脅迫，甲可否向戊請求返還該畫？（30分）

<b>試題評析</b>	本題主要涉及民法第92條及第93條第三人脅迫之要件適用，考生應記得相關之構成要件並闡述與第三人詐欺相異之處，且應同時以民法第105條協助判斷行為人之行為是否成立因受脅迫而得撤銷意思表示之情形。且因題目特別提及1年，故於第93條除斥期間之要件上，應特別論述。由前開確定得撤銷意思表示後，即應處理撤銷後動產所有權之歸屬，此時應謹記實務及通說之不同見解，擇一作為論述依據，相信即可獲得不錯之分數。
<b>考點命中</b>	1.《高點·高上民法講義》第一回，倪律編撰，頁47-48。 2.《高點·高上民法總複習講義》，倪律編撰，頁18、20。

**答：**

(一)甲不得向戊請求返還該畫，茲分述如下：

- 1.依民法第92條及93條規定，須於客觀上具有脅迫行為之存在、被詐欺人因脅迫而為意思表示、脅迫行為及被脅迫人所為之意思表示之間具有因果關係之要件，主觀上具有脅迫故意之要件，並且被脅迫人須於脅迫終止1年內或意思表示後10年內行使撤銷權，被脅迫人始得撤銷該意思表示，即便於第三人脅迫之情形，因脅迫行為對表意人之意思自由影響甚大，本應優先保障，則依民法第92條第1項但書反面解釋，縱使相對人為善意，表意人亦得撤銷其意思表示。又依民法第105條規定，代理人之意思表示，因被脅迫而致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之。
- 2.本題中，丙因受丁之脅迫而心生恐懼，即以甲之名義將該畫出售予乙並交付之，此時因丙為甲之代理人，則依上開民法第105條之規定，受脅迫之事實即應以丙決之，承上述，丙既已因丁之脅迫行為心生恐懼而為該畫出售及交付之法律行為，且應認丁死亡時始為脅迫終止之時，故丙即便於前揭法律行為經過後1年，因丁死亡始將此事告與甲知，仍應認為罹於除斥期間，故丁之行為已該當民法第92條之要件。又即便本題屬第三人脅迫之情形，然依前述，縱使乙不知情，甲同樣得撤銷該畫出售及交付之債權行為及物權行為。因此，甲自得向乙撤銷出售該畫之債權行為及交付該畫之物權行為，該畫之所有權人仍為甲。
- 3.惟有疑義者，乙斯時已將該畫出售予不知情之戊，並為交付，則乙之交付行為實屬無權處分，此時即應探討甲撤銷意思表示對於第三人戊之效力究屬為何？實務上以民法第92條第2項之反面解釋，認表意人之撤銷權可對抗善意第三人；惟通說認為如有善意取得或信賴登記之適用時，仍優先適用善意取得或信賴登記之規定，因而此時善意第三人仍可主張權利，本文採之。
- 4.因此，即便甲已撤銷交付該畫予乙之物權行為而令乙交付該畫予戊之交付行為成為無權處分，然因本文採通說之善意取得優先適用說，則於戊為善意第三人之情形下，自應優先適用民法第801條及948條之規定，由戊善意取得該畫之所有權。
- 5.綜上所述，戊因適用善意取得制度而取得該畫之所有權，甲即不得向戊請求返還該畫。

三、A將手下甲混跡黑幫，魚肉鄉民。村人乙與A某次發生衝突後，A放話將對乙不利，乙聽聞風聲後，決定先下手為強，A亦有防備，在該段時期行蹤異常保密，且捉摸不定。甲知悉乙有殺A的計畫後，竟將某日A的行程透露給乙，希望藉由乙的殺A行為，讓自己上位。乙知道A的行程後，將平時所收藏之大量安眠藥磨成細粉，利用機會放入A的飲料中，豈知該安眠藥藥劑性質無法致死（事後鑑定確認一般人只要稍有醫療常識，都應該知道此安眠藥即使大量服用，也無法有致死藥效）。A吃了乙所提供的飲食後，昏睡很久，醒來經檢查證明健康無損。試問甲、乙的行為依刑法如何處遇？（25分）

<b>命題意旨</b>	本題旨在測驗考生對於不能未遂以及幫助犯的限制從屬性問題。
<b>試題評析</b>	如果還記得上課有特別一個專題在討論這議題，回答起來就會比較輕鬆。本題必須先討論不能未遂不罰的性質究屬於三階以外的刑事政策而不罰，抑或阻卻構成要件後，才能討論幫助犯是否能夠依照限制從屬性，從屬於正犯的構成要件及違法。

## 考點命中

- 1.《高上·高上刑法講義》第二回，旭律師編撰，頁50。
- 2.《高上·高上刑法題庫班講義》，旭律師編撰，頁66-67。

答：

(一)乙下藥的行為，不構成刑法第271條第2項殺人未遂罪（刑法第26條）。

- 1.主觀上，乙明知並有意為下藥的殺人行為而具有本罪之故意；客觀上，以主客觀混合理論，再依甲主觀犯罪藍圖，業已下藥並輔以一般人觀點判斷，將對A的生命法益造成危害，已該當殺人犯罪之著手，惟未發生A死亡結果，犯罪構成要件未既遂。
- 2.又雖A放話要對乙不利，然並非屬現在不法侵害，乙不得主張刑法第23條正當防衛，乙也無其他阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 3.然有疑問者在於，乙對A下無法致死的安眠藥之行為，既然行為不能發生犯罪結果，是否屬於無危險的行為，而得適用不能未遂不罰之法律效果？
  - (1)依實務多數見解，係採取具體危險說之看法，並認為有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷。
  - (2)然管見以為，未遂行為之所以被認為侵犯法律之意義薄弱，是奠基於一般社會大眾主觀上對其行為之危險認知（發生結果可能性之認知），唯有行為人出於「重大無知」，將本質上不可能達到既遂之行為誤以為可能導致既遂，並進而實行客觀上完全欠缺危險性的行為，始能受不能未遂之評價而邀刑罰之寬容。
 

基此，一般人只要有常識都會知道即使大量服用該安眠藥也不會導致死亡，屬於乙出於重大無知的不能未遂，為不罰的不能未遂。
  - (3)此外，有學者認為，刑法第26條的不罰，是指「不構成犯罪」，並且因為安眠藥根本不足致人於死，根本沒有製造法所不容許的風險，既不存在構成要件行為，根本沒有著手，也無所謂未遂可言，因此欠缺應罰性，犯罪不成立。此見解殊值傾聽。
- 4.綜上，乙不構成本罪。

(二)甲透漏A行蹤的行為，構成刑法第271條第2項殺人未遂罪之幫助犯。

- 1.主觀上，甲明知乙想殺A而透漏行蹤，具有幫助之雙重故意；客觀上，甲透漏行蹤予乙，對乙殺A之行為具有促進作用，而具有幫助犯之因果關係。
- 2.惟有疑問者在於，被幫助之正犯乙係屬不罰的不能未遂，依限制從屬性，幫助犯甲是否能從屬乙之構成要件及違法性？
  - (1)有認為不能未遂係行為人根本未著手犯罪構成要件，因此乙不該當殺人罪之構成要件。依此，既然乙不該當殺人罪之構成要件，甲自無法從屬乙之構成要件，而不構成幫助犯。
  - (2)惟管見認為，既然不能未遂係為刑事政策角度而不罰，不影響行為人業已該當之構成要件及違法性，甲自得從屬於正犯乙之構成要件該當及違法性，而成立幫助犯。
- 3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 4.綜上，甲成立本罪。

四、甲在家中常感覺有不明人士不知用什麼方法在窺視自己，甲決定在家中裝上防護工具保護自己，於是在家門的玄關處，貼上警語「此屋有機關，當你不受邀請入內，已自陷危險，請即刻離開」，甲並在自己的臥房門把接上足以灼傷人的通電裝置。某日甲外出時，將房間通電裝置啟動，隨即出門，適有不明人士A侵入家中房屋後，雖看見警語不以為意，想進入甲的房間裝置隱藏攝影機，不料A的手一碰觸房間門把後，隨即被防盜機關電擊使得手掌皮膚組織灼傷。A受傷後即刻離開就醫。試問甲的行為依刑法如何處遇？（25分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於預先防衛的理解。
試題評析	本題基本案例事實只是【101四等書記官－預先防衛】的翻版，上課也有說明過這個題型。因此，必須說明正當防衛現在性的要件後，再加以涵攝甲得否主張正當防衛。
考點命中	《高上·高上刑法講義》第一回，旭律師編撰，頁117。

**答：**

(一)甲為防止偷窺而設置機關的行為，構成刑法第277條第1項傷害罪，惟得主張刑法第23條但書防衛過當的寬恕罪責事由<sup>1</sup>。

1.客觀上，甲設置機關的行為，是造成A手掌灼傷結果不可想像其不存在的條件，且具有客觀可歸責性；主觀上，甲明知設置機關將使他人受傷仍有意為之，具有本罪之故意。

2.惟甲係為防止偷窺而設置機關，得否主張刑法第23條正當防衛，進而阻卻違法？涉及正當防衛的「現在」要件的認定。

(1)有學者認為，所謂「現在」不法的侵害，係指侵害即將發生、業已開始或者尚在持續中；然而管見認為，上開見解對於現在性過度限縮，因此應以有效保護法益的角度出發，認為所謂現在不法的侵害應指，行為人為「防衛行為的最後有效時點」。

(2)系爭案件中，甲設置機關的目的正是對於偷窺者侵入時加以防衛，應認為屬於最後有效保護法益的防衛時點，否則偷窺者即會裝置攝影機，因此符合現在不法侵害的要件。

(3)又甲設置機關是否符合正當防衛的必要性要件？管見認為，甲設置機關使竊賊重傷並非屬於相對侵害最小的防衛手段，蓋甲可選擇設置警報器或者其他不造成傷害的防盜設施，因此無法通過必要性要件的檢驗。準此，甲不得主張正當防衛而阻卻違法。

3.甲雖不得主張正當防衛阻卻違法，然而甲其因欠缺正當防衛的必要性手段，而得主張成立刑法第23條但書防衛過當的寬恕罪責事由。

(二)綜上，甲成立本罪。

高上

【版權所有，重製必究！】

<sup>1</sup>【叨叨旭旭】我會習慣將「惟得主張刑法第23條但書防衛過當的寬恕罪責事由」提前寫到標題，如此一來改題老師也會快速抓到你想表達的爭點。