

## 108 年特種考試地方政府公務人員考試試題

等 別：三等考試

類 科：一般行政、一般民政、人事行政

科 目：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)

### 【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★

2. 《破題關鍵》：掌握人格權中實務所承認居住安寧權之概念，以及熟悉法人侵權責任之架構。

### 【擬答】

(一)丙得向甲主張侵權行為責任

1. 按「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」、「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(下同)第 184 條第 1 項前段及第 195 條分別定有明文。
2. 經查，甲為 A 裝潢設計公司(下稱 A 公司)的董事，且負責為乙施作空中花園之工程，竟施作防水層時偷工減料且未做好排水措施，造成丙所有天花板因漏水而有所毀損，丙自得依據第 184 條第 1 項前段請求天花板部分之損害賠償。
3. 另查，丙亦因漏水的水滴聲不絕於耳而難以安眠，已侵害其居住安寧權。又司法實務上肯認於他人居住區域發出超越一般人社會生活所能容忍之噪音，應屬不法侵害他人居住安寧之人格利益，如其情節重大，被害人得請求慰撫金(最高法院 92 年度台上字第 164 號民事判決參照)。是以丙尚得以居住安寧權受到侵害為由，向甲依據第 195 條請求賠償相當之金額。

(二)丙得向 A 公司請求法人侵權責任

1. 按「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。」，第 28 條定有明文。其成立要件有三：須為董事或其他代表權之人；須為執行職務之行為；須該執行職務行為具備侵權行為要件。
2. 經查，甲身為 A 公司董事，其施作空中花園之工程時，偷工減料且未為排水措施，以致丙所有天花板及其居住安寧權受到侵害，即該當第 28 條之要件，故而 A 公司須與甲連帶負賠償之責任。
3. 附帶言之，丙尚得向 A 公司主張第 188 條第 1 項本文，蓋該條所稱受僱人實務上以「事實上僱傭關係」存在即為已足，是以甲與 A 公司存有委任關係，即受 A 公司指揮監督，其執行職務不法侵害丙之權利時，A 公司亦須與甲連帶負損害賠償責任。

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

## 公職王歷屆試題 (108 地方政府特考)

受脅迫，甲可否向戊請求返還該畫？(30分)

### 【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★★
2. 《破題關鍵》：須掌握脅迫於民法第 92 條之反面解釋。

### 【擬答】

甲不得向請求返還該畫，分析如下：

- (一)按「代理人之意思表示，因其意思欠缺、被詐欺、被脅迫，或明知其事情或可得而知其事情，致其效力受影響時，其事實之有無，應就代理人決之。」，民法(下同)第 105 條定有明文。次按第 92 條第 1 項規定：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。」，其中但書反面解釋，於第三人脅迫之情事，無需以相對人明知其事實或可得而知者為限，方得撤銷，蓋表意人其意思表示自主權因受到脅迫侵害甚重，故而無需再加上相對人知悉為限制。
- (二)經查，甲委託丙代為出售名畫，並授予代理權於丙，惟丁施以脅迫，丙因而心生恐懼，便以甲之名義將該畫出售予乙。本件問題即在於甲未受脅迫應如何主張撤銷權，然按第 105 條規定，系爭脅迫事實有無，應就丙決之，丙既已心生畏怖而為代理行為，甲自得主張第 92 條撤銷權。另，本件為第三人脅迫之情事，故依據第 92 條第 1 項但書反面解釋，無需乙明知其事實或可得而知者，均得為撤銷。況，丁亦為乙之使用人，更應無此限制。然而，再按第 93 條規定，撤銷權應於脅迫終止後，一年內為之，而實務上認為所謂脅迫終止，係指表意人因脅迫而為意思表示完成時，脅迫行為即為終止。故，該畫交付後已逾 1 年，縱使甲有撤銷權，仍因除斥期間屆滿而消滅，是以甲不得向戊請求返還該畫。
- (三)末查，乙已將該畫售予不知情的戊，並已為交付。假使甲主張第 92 條第 2 項反面解釋，而對抗善意第三人戊，惟戊出於善意不知乙所為無權處分之事實，基於交易安全之維護，戊仍得主張第 801 條、948 條善意取得之規定，亦即最終戊仍取得該畫之所有權，甲則不得再以所有權人自居而主張物上返還請求權。

三、A 與手下甲混跡黑幫，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 的飲食中，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)

### 【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★★
2. 《破題關鍵》：不能未遂與障礙未遂之區別；重大無知與高度具體危險與否；幫助犯之共犯從屬理論。
3. 《命中特區》：周昉，刑法題庫本，第壹編，單元二，第一章第五節，問題 6 至問題 8 參照；第壹編，單元二，第六章第五節，問題 3 至問題 5 參照。

### 【擬答】

(一)乙之刑責認定：

依據題意，乙竟然使用了「一般人都尚知無法致人於死之安眠藥」而著手殺 A。此即涉及刑法上之不能未遂犯之爭議。在刑法學理中，不能未遂向來是極具爭議之問題。試依提問說明如下：

1. 不能未遂與障礙未遂之區別：

- (1)所謂不能未遂犯，即犯罪已著手，而因其行為不會發生結果之可能與危險，所預期之結果不能發生。其不能發生犯罪結果非由於意外障礙，又非由於己意中止，乃行為之性質上無發生結果之可能與危險也。
- (2)至於障礙未遂，則指行為人於著手犯罪行為之實行時，因意外障礙之發生，而未發生犯罪之結果者。即刑法第 25 條第 1 項所規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。」
- (3)兩者差異即在，障礙未遂為「可能發生結果卻因故無以達成」，而不能未遂為「根本不能達成」。

2. 刑法修正前後之問題：

- (1)刑法修正前，兩者差異在於障礙未遂犯「得」按既遂犯減輕，不能未遂犯則為「必」減輕或免除其刑。
  - (2)惟，刑法修正後，不能未遂犯因改採「客觀未遂論」，變成「不罰」而非減免其刑之問題。
3. 依題意，乙竟然使用了「一般人都尚知無法致人於死之安眠藥」而著手殺 A；本案乙應如何論罪科刑？依各種不能未遂犯之論點爭議，略述如下：

(1)若依主觀未遂論下之印象理論而言：

- ①行為人主觀上若有「重大惡性」之犯意、且已著手，即已進入未遂，而不應在乎是否發生結果！
- ②惟，本題中，若連一般人都看出，該安眠藥根本不會有致死之效力，則乙之惡性，即屬於「重大無知」；即使乙著手殺 A，亦無法予以重罰！是故乙之殺 A 行為，屬於不能未遂犯爾！在德國刑法上，乙仍成罪、但可減輕其刑。

(2)若依客觀未遂論言，尚有舊論及新論而言；在舊客觀理論（事實不能說）之判斷下：

- ①依據事後判斷而將不能發生結果之情形，依因果可能之程度而分為二種，即絕對不能與相對不能。絕對不能因毫無客觀之危險性，故為不能未遂犯；而相對不能因有客觀之危險性，是其屬於普通未遂犯。
- ②本題中，乙既然使用了「一般人都尚知無法致人於死之安眠藥」而著手殺 A，將造成不能未遂犯。

(3)新客觀理論（具體危險說）：

- ①著重具體行為之客觀危險，而依具體危險之有無，以認定其是否為不能未遂犯。依此行為在具體情況下有引起結果之危險性者，即認為普通未遂犯，否則為不能未遂犯。
- ②本題中，乙竟然使用了「一般人都尚知無法致人於死之安眠藥」而著手殺 A，將欠缺客觀上之高度危險性，乙亦應為不能未遂犯。

4. 由上述可知，新刑法中改採「客觀未遂論」；本題中，無論依據舊論或新論，乙雖基於殺 A 之「重大無知」、但是乙卻對 A 做出「不具高度具體危險之毒殺行為」，行為人乙，應論以故意殺人之不能未遂犯，而為不罰為妥。

(二)至於甲之行為：

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。甲可能成立刑法上之幫助犯：

1. 幫助犯之成立要件：

- (1)幫助特定行為：所謂幫助行為乃指於正犯實行犯罪行為時，予以物質或精神之支持，而使正犯得以或易於實現構成要件，或使正犯之行為造成更大之損害。幫助犯幫助正犯之方式，並無任何之限制，只要出於幫助故意，而足以達成幫助犯罪之目的之行為，均為幫助

行為。

(2) 雙重幫助故意：雙重幫助故意：幫助犯須認識其乃在幫助他人實行犯罪行為；故幫助者不僅有共犯之故意，尚須有構成要件故意。

2. 惟，本題中之正犯乙，既然基於其不能未遂犯而不罰；則依據共犯從屬性之立場，幫助犯甲，亦法予以論處之。

3. 是故，甲亦無法論以刑法上之刑責。

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)

【解題關鍵】

1. 《考題難易》：★★★★

2. 《破題關鍵》：行為人主觀構成要件要素上之故意或過失；正當防衛與「預設防衛設備」之理論。

3. 《命中特區》：周昉，刑法題庫本，第壹編，單元二，第一章第二節，問題 34。

【擬答】

(一) 甲於題中之構成要件該當性上，應為刑法第 284 條之過失輕傷害罪：

1. 甲於客觀構成要件要素上，A 因為誤觸甲所安設之足以灼傷人的通電裝置而灼傷；題目並未涉及刑法第 10 條第 4 項之重傷害論述，依罪疑惟輕之原則，甲應論以輕傷害行為之該當。

2. 甲於主觀構成要件要素上，應為過失、而非故意：

(1) 直接故意：按我國刑法第 13 條第 1 項：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。」規定以觀，直接故意著重於認知方面的因素。行為人在此場合，對於結果之發生，相當確定或具有高度可能性的預見。

(2) 間接故意：按我國刑法第 13 條第 2 項：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論。」規定以觀，間接故意亦稱為「未必故意」或「不確定故意」，並不特別著重認知或決意任何一方的因素，而以行為人對於結果發生可能性有相當的預見，亦即行為人認識結果之危險性，但其發生並不違背其本意為已足；換言之，縱然沒有希望其發生的意志，卻有放任其結果發生的意思。

(3) 甲於題中，應為有認識過失（疏虞過失）：刑法第 14 條第 2 項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」其有認識過失及間接故意之區別：

間接故意：指行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意（刑 §13II），亦即「消極容認」不法構成要件之實現。

有認識過失：指行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者（刑 §14II）。

(4) 題中，甲為防不明人士侵入，乃於臥房門把上，通上電流、並已附上相關警語。亦即，行為甲就 A 之傷亡結果之發生，是不容忍地、是不希望其發生地、是有防止結果發生地；易言之，行為人甲就 A 傷亡結果之發生，並非漠視其發生。是故，甲於題中之構成要件該當性上，應為刑法第 284 條之過失輕傷害罪。

## 公職王歷屆試題 (108 地方政府特考)

(二)至於甲應可主張「正當防衛」，以為阻卻違法：

1. 甲為防範不明人士侵入，乃於臥房門把上，通上電流、並已附上相關警語。此行於學理上，稱為「預設防衛設備」：

(1)對於「預設防衛設備」此等看來像是防止將來的侵害之行為，預先為防衛的準備，待至不法侵害發生時方才產生防衛效果，通說上，仍肯定其得成立正當防衛。

(2)因為，形成「現在不法侵害」之時，防衛行為才會發生，並不是對於「將來的侵害」做成防衛。

2. 甲為防範不明人士侵入，其主觀要件上亦具備「防衛意思」：

(1)所謂防衛意思，係指防衛者在主觀上必須出於防衛自己或他人權利或法益之意思，而實行其防衛行為。另須注意者乃防衛意思不限於防衛自己權利或法益，亦可防衛他人權利或法益。

(2)防衛行為之對象：

只能對付不法侵害者或攻擊者，而不可針對第三人或第三人法益而實行；

是故，防衛者所為之客觀上必要之防衛行為，若同時損及無辜之第三人時，防衛者即不得引用正當防衛而阻卻違法；至多只能適用「緊急避難」而考慮阻卻違法或減免罪責。

(3)行為人甲即使為過失正當防衛，仍具有防衛意思。

(三)結論：

甲於題中之構成要件該當性上，應為刑法第 284 條之過失輕傷害罪；惟甲應可主張正當防衛，以為阻卻違法。

公  
職  
王