

## 二、民法債編總論——不作為侵權行為之作為義務與純粹經濟上損失之判斷

### (一) 不作為侵權行為之作為義務

侵權行為之侵害行為可區分為作為與不作為，行為人須於法律上被課予一作為義務時，方有構成不作為侵權行為之可能。

【爭點】：「不作為」構成侵害行為，作為義務之來源為何？

#### 1. 作為義務之來源

(1) 傳統實務見解：和刑法上作為義務之來源基本相同

最高法院 102 年度台上字第 745 號判決：「在毫無關係之當事人間，原則上固無防範損害發生之作為義務，惟如基於法令之規定，或依當事人契約之約定、服務關係、自己危險之前行為、公序良俗而有該作為義務者，亦可成立不作為之侵權行為。」

(2) 學說見解<sup>5</sup>：

- ① 行為人創造或控制某種危險情形：單純創造危險本身，並不會構成不法。但若未以適當方法避免可預見危險，該危險因而實現時，即應負責。
- ② 當事人間具有某種特別關係：如契約關係中，基於誠信原則所生之保護義務、通知義務與保密義務；或在當事人正當信賴他方時，亦可成立義務發生之特別關係。例如：在群山間的登山者詢問當地居民，何處為安全的路線、向專家詢問重要資訊作為行動建議。
- ③ 依一方損害之嚴重性與他方避免損害的輕易性衡量：在一方當事人知悉某種嚴重危險即將發生，且得以輕易方式採取行動避免他人遭受危險時，當事人即負有積極的作為義務。

(3) 「交易往來安全義務」亦為作為義務之來源之一：

- ① 交易往來安全義務之意義：此義務又稱為「社會活動安全注意義務」，處理的是在防範危險的原則下，何種情形行為人有「防範危險」之作為義務，進而建構作為義務違反下的行為人「應注意」能注意而未注意之過失不作為侵權行為。
- ② 交易安全往來義務之來源，學說認為可分為三種情形<sup>6</sup>：

因自己行為發生一定結果之危險，而負有防範義務	例如：駕車撞到人，縱無過失亦應將傷者送醫救治。
開啟或維持某種交通或交往	例如：舉辦造勢晚會，應防喇叭砸落壓傷賓客。
從事一定營業或職業而有承擔防範危險之義務	例如：百貨公司應注意安全門得以順利開啟。

③ 近期指標判決：最高法院 106 年度台上字第 1148 號判決（萊爾富招牌砸傷人案）

5 陳聰富，侵權行為法原理，2018 年 9 月二版，頁 47-49。

6 王澤鑑，侵權行為，2021 年 11 月增補版，頁 361-362。

- A. 事實：甲為便利商店之店長，其商店外懸掛之 ATM 招牌掉落後被路人撿起放置於公共電話機上，甲僅通知合作銀行前往修繕招牌，卻放任該掉落招牌置於高處，導致乙經過時招牌掉落被砸傷。
- B. 法院判決<sup>7</sup>：

**最高法院 106 年度台上字第 1148 號判決【交易安全往來義務的操作】**

經營商店者，既開啓往來交易，引起正當信賴，基於侵權行為法旨在防範危險之原則，對於其管領能力範圍內之營業場所及周遭場地之相關設施，自負有維護、管理，避免危險發生之社會活動安全注意義務。於設施損壞時，可預期發生危險，除應儘速（通知）修復，於修復前，並應採取適當措施（或固定、或隔離，至少應設置警告標示），以降低或避免危險發生之可能性，其未為此應盡之義務，即有過失。

- ④類似判決：網路平臺服務提供者之審核、下架言論作為義務（最高法院 109 台上 1015 決）

**最高法院 109 年度台上字第 1015 號判決【最高法院具參考價值判決】**

按侵權行為之成立，須有加害行為，所謂加害行為包括作為與不作為，其以不作為侵害他人之權益而成立侵權行為者，必以作為義務之存在為前提。在當事人間無一定之特殊關係之情形下，原則上固無防範損害發生之作為義務，惟如基於法令之規定，或依當事人契約之約定、服務關係（從事一定營業或專門職業之人）、自己危險之前行為、公序良俗而有該作為義務者，亦可成立不作為之侵權行為。次按名譽有無受損害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據，苟行為人之行為足以使他人之社會上之評價貶損，不論故意或過失均可構成侵權行為。網路平台服務提供者，架設網站為一定營業之服務，平台使用者發表文章及資料公布於其網路平台上，得供他人點選，其行為自足以傳播文章作者之言論，倘經平台使用者（被害人）檢舉或告知，網路平台上存在侵害其名譽之言論，請求刪除該言論時，本於網路平台服務提供者對於該平台有管理及控制權限，並為兼顧平台使用者之表現自由及被害人之權益保護，網路平台服務提供者應有適當之審核作為義務，如有相當理由足認確屬侵害名譽之言論，更有採取防止措施之作為義務。倘網路平台服務提供者未為任何審核，或已有相當理由足認屬侵害名譽之言論而未為任何防止措施，猶令該侵害名譽之言論繼續存在，自屬違反作為義務，亦可成立不作為侵權行為。

7 109 年高考曾以此命題！此判決重要性有二：1. 實務完整接受學說對交易安全往來義務的見解，多篇老師文章引用此判決。2. 提供交易往來安全義務之關鍵字：「開啓往來交易，引起正當信賴」（開啓風險）、「對管領能力範圍」（支配風險範圍）即有避免危險發生之注意義務。

施防衛行為的過程中，卻逾越其權利界限之情形）外，亦可包含「延展型防衛過當」（逾越防衛情狀的時間界限）<sup>12</sup>。

進一步言之，防衛過當得以減刑的原因，實際上是具備「不法縮減」與「罪責縮減」的性格<sup>13</sup>：

#### 1. 不法縮減

由於防衛過當係在「具備現在不法侵害」的情況下為防衛行為，故對於消除現在不法侵害的部分，其行為自無不法；然而，由於防衛行為已逾越必要程度，製造其他法益之侵害，就此部分防衛者仍須負責，無法阻卻違法。據此，防衛者的防衛有一部分可阻卻違法，但另一部分仍屬違法，故稱「不法縮減」<sup>14</sup>。

#### 2. 罪責縮減

當防衛者面臨現在不法侵害時，往往出於驚恐、害怕的狀態，以至於刑法規範實難以期待防衛者在此情況下，得以正確認知防衛權之行使界限，故具有「罪責減輕」的法律效果。詳言之，只要個案中能評價行為人具有不法或罪責減輕的特質，則在合乎防衛過當法理的情況下，均可以減免罪責<sup>15</sup>。

### 爭點：緊急避難——「自招危難」能否主張緊急避難阻卻違法？

實務採否定見解：

#### 最高法院 107 年度台上字第 2618 號判決

刑法上之緊急避難行為，須係因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，且災難之發生非出於行為人之故意或過失所致為前提，若災難之發生係由於行為人之故意或過失所致，殊無主張緊急避難之餘地。即所謂「自招危難行為」不得主張緊急避難。

學說亦有採否定見解者（如王皇玉老師），其認為，若行為人故意引起緊急危難（故意自招危難），並有意藉由避難行為來侵害法益，此係權利濫用，不得主張緊急避難；縱使行為人是過失自招危難，亦無法阻卻行為之違法性，至多寬恕罪責，否則若讓過失自招危難者之行為能主張緊急避難阻卻違法，會讓法益受侵害之人無法對之主張正當防衛<sup>16</sup>。

- 12 薛智仁，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法學期刊第 16 期，2015 年 3 月，頁 57。
- 13 主要整理自薛智仁，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法學期刊第 16 期，2015 年 3 月，頁 58-59；許恒達，屋主的逆襲——再論延展型過當防衛，月旦裁判時報第 41 期，2015 年 11 月，頁 57-58。
- 14 德國多數學說認為，在緊鄰於現在不法侵害之反擊行為，因本有防衛情狀，自屬不法之減輕。參許澤天，刑法總則，2020 年 8 月初版，頁 217。
- 15 薛智仁老師指出，延展型防衛過當的不法內涵雖然比強度型防衛過當來得高，但兩者罪責減輕的特性相當，差別僅在於個案中法院裁量減輕刑罰的程度，強度型防衛過當較大，免刑的可能性較高，但無礙於兩者均為刑法第 23 條但書之文義範圍。以上整理自薛智仁，家暴事件的正當防衛難題——以趙岩冰殺夫案為中心，中研院法學期刊第 16 期，2015 年 3 月，頁 57。
- 16 王皇玉，刑法總則，2021 年 7 月七版，頁 308。

**爭點：「結果延後發生」因果歷程錯誤之法律效果<sup>17</sup>****(一)概括故意說（早期德國學說）**

此說將前、後階段行為視為一整體，行為人基於概括故意，構成一個故意既遂犯。

**(二)自主雙行為說（德國學者 Kuhl）**

此說將第一行為與第二行為分別論罪，第一行為構成故意未遂，第二行為則構成過失既遂，兩者數罪併罰之。

**(三)第一行為關鍵說（多數學說）**

此說認為，判斷關鍵在「第一行為」。詳言之，由於行為人的故意僅存在第一行為，雖然結果是在第二行為才出現，但必須判斷引發結果的第一行為，是否僅屬於無關緊要的因果現象。若肯定，即屬不重要的因果關係偏離，不影響故意既遂之認定。

**爭點：不純正不作為犯(1)——事實上自願承擔**

學說認為，縱使契約有終止、無效、被撤銷等障礙事由，仍不能當然否定行為人的保證人地位，必須進一步審查行為人是否具有「事實上自願承擔」的保證人地位而定。原因在於，行為人已透過其應允，創造他人的合理信賴，以至於他人放棄其對於保護法益的其他措施，自可獨立成為保證人地位之發生原因<sup>18</sup>。基此，須探求行為人與他人間是否有信賴關係而定，亦即他人會信賴自願承擔義務者發揮保護義務，是否有契約關係並不重要<sup>19</sup>。

**爭點：不純正不作為犯(2)——危險前行為是否以「違反義務」為限？**

過去學說上有「因果的危險前行為理論」與「違反義務危險前行為理論」之爭，惟目前多數學說係採「違背義務的危險前行為理論」，亦即危險必須是由違反義務（例如具有過失）的前行為所招致，若是合於法律規定之行為，則不具有保證人地位<sup>20</sup>。

17 許澤天，刑法總則，2020年8月初版，頁240；林鈺雄，新刑法總則，2021年8月九版，頁218。

18 許澤天，刑法總則，2020年8月初版，頁462。

19 王皇玉，遺棄同居人，月旦法學教室第111期，2012年1月，頁43；王皇玉，刑法總則，2019年8月五版，頁524。

20 王皇玉，刑法總則，2021年7月七版，頁534。王皇玉老師亦認為，在駕駛動力交通工具的情形，縱使駕駛人無過失，仍須對交通事故受害者負保證人地位之責，因為此處的義務來源是對於「駕駛動力交通工具」此一危險源的監督義務（可參同頁之說明）。

## 伍 考題分析

### 1.

甲於民國 110 年 1 月間在臺北市文山區傷害乙，嗣後於同年 2 月間在基隆市傷害丙。經乙、丙分向犯罪地派出所提出傷害告訴後，臺灣臺北地方檢察署與臺灣基隆地方檢察署亦分別偵查乙、丙告訴之傷害案。如臺灣臺北地方檢察署檢察官於同年 3 月對甲傷害乙之案件向臺灣臺北地方法院提起傷害罪公訴，則臺灣臺北地方法院在何種情況下，得管轄甲傷害丙之案件？

【110 普考—法律廉政】

### 析 Analysis.

#### 1. 須為相牽連犯始得為合併管轄

依刑事訴訟法（下稱本法）第 7 條之規定，如若係一人犯數罪之情事，係為相牽連案件，是依本法第 6 條第 1 項之規定，數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄。

#### 2. 本件為相牽連案件

- (1) 甲於民國（下同）110 年 1 月在臺北市文山區傷害乙，此案由臺北地方檢察署管轄之，又其嗣於同年 2 月於基隆對丙傷害，按照題意應非出於概括之犯意，從而可認本件甲應為另行起意，故甲一人分別於臺北、基隆犯數罪，為相牽連案件。
- (2) 本件先由臺北地檢署本於乙的告訴而提起公訴，既係數案件，本可分由臺北、基隆地方法院各自管轄、審理，然既為相牽連案件，應有部分證據、主張可共同，如有節省訴訟經濟之必要，或可合併管轄。

### 2.

甲為刑法第 320 條竊盜罪之現行犯，於遭逮捕並解送警局後，司法警察官在何種情況下，應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護？何時得逕行詢問？

【110 普考—法律廉政】

### 析 Analysis.

#### 1. 被告有受律師協助之權利

- (1) 被告與檢察官、法官不同，大多為不諳法律之人，在接受刑事訴追時，尤其是人身自由受到拘束時，恐因對於法律程序的不理解，而做出不利之回應，為能衡平被告與國

家間法學實力之懸殊，憲法第 16 條本於訴訟權之保障，肯認刑事訴訟之被告有受律師協助之權利。

(2) 刑事訴訟法（下稱本法）第 31 條對於強制辯護設有規定，當符合法定條件時，應有律師協助，否則將會構成本法第 379 條第 7 款判決違背法令，被告可選擇自行選任辯護人，如若未自行選任，法院則應指派公設辯護人或轉介法律扶助基金會，由該會代為指派律師到庭協助。

## 2. 本件非為強制辯護案件

(1) 按照題意，甲所犯之罪為刑法第 320 條之竊盜罪，與本法第 31 條第 1 項第 1 款、第 2 款之情事並不相同。

(2) 惟若甲具有原住民身分、精神障礙或其他心智缺陷致無法為完全之陳述等須特別扶助之情形，其於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護（刑訴 § 31 V 參照）。

(3) 但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾 4 小時未到場者，此時便得逕行訊問或詢問（刑訴 § 31 V 但書參照）。

3. 綜上所述，因甲所犯非為強制辯護案件，然若甲具有原住民身分、精神障礙或其他心智缺陷致無法為完全之陳述等須特別扶助之情形，司法警察則應通知法律扶助機構以利指派律師到場辯護，除非是被告自己主動表示請求立即訊問或詢問，或等候律師到場逾 4 小時，本於公益之考量，方得逕行訊問之。

## 3.

某銀樓之數金條遭竊，店家火速報警。警察認為甲涉有嫌疑，立刻前往甲宅，欲入內搜索。警察抵達甲宅時，因甲不在家，與甲同住之老母 A 前來應門，警察出示證件，並向 A 說明來意之後，詢問 A 是否願意讓警察入內搜索，A 允許警察搜索。

(一) 警察在甲宅客廳沙發下，發現一包黑色塑膠袋，裝有許多金條。試問：該包金條得否為證據？

(二) 偵查中，檢察官獲知甲為原住民，且未選任辯護人，乃通知法律扶助機構指派律師為甲辯護。爾後，檢察官以竊盜罪起訴甲，向法院聲請簡易判決處刑。甲表示，自己沒有選任辯護人，審判長應依法指定律師為自己辯護。試問：甲之主張，有無理由？

【110 司特一書記官（四等）】

## 析 Analysis.

(一) 金條是否得以作為證據？

1. 依刑事訴訟法（下稱本法）第 128 條，搜索應用搜索票，是為令狀原則，藉令狀合法性之審查確認搜索行為本身的合法性，惟若不具有搜索票，未必為違法搜索，如符合

## 伍 必背實務

### 一、執行名義

字號	最高法院 47 年度台抗字第 196 號判決
重要內容	債權人縱已與債務人於強制執行中為和解，亦非不得繼續為強制執行，如其和解為消滅或妨礙債權人請求之事由，債務人亦祇能依強制執行法第十四條之規定提起異議之訴，要不得謂其和解有阻止確定判決執行之效力。

### 二、執行主體

字號	司法院院字第 918 號解釋
重要內容	來呈所述原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行，合夥人如有爭議應另行起訴。

### 三、執行客體

字號	最高法院 75 年度第 4 次民事庭會議決議(二)
重要內容	提案：被繼承人為債務人，執行法院對限定繼承人之固有財產為強制執行，限定繼承人應依何種程序請求救濟？ 採乙說。 為限定繼承之繼承人，就被繼承人之債務，惟負以遺產為限度之物的有限責任。故就被繼承人之債務為執行時，限定繼承人僅就遺產之執行居於債務人之地位，如債權人就限定繼承人之固有財產聲請強制執行，應認限定繼承人為強制執行法第十五條之第三人，得提起第三人異議之訴，請求撤銷強制執行程序。

### 四、執行程序

字號	最高法院 49 年度台抗字第 83 號判決
重要內容	強制執行法上之拍賣，應解釋為買賣之一種，即以拍定人為買受人，而以拍賣機關代替債務人立於出賣人之地位。故出賣人於出賣時所應踐行之程序，例如依耕地三七五減租條例第十五條規定，應將買賣條件以書面通知有優先承買權之承租人，使其表示意願等等，固無妨由拍賣機關為之踐行，但

此究非強制執行法第十二條所謂執行時應遵守之程序，縱令執行法院未經踐行或踐行不當，足以影響於承租人之權益，該承租人亦祇能以訴請救濟，要不能引用該條規定為聲請或聲明異議。

字號	最高法院 55 年度台抗字第 327 號判決
重要內容	<p>點交之執行，係與因債權人之聲請而開始之查封拍賣程序分開，而構成另一執行程序，駁回點交拍定物之聲請，以執行法院之裁定為之，對此裁定得為抗告（強制執行法第四十四條、民事訴訟法第二百零二條、第四百七十九條（舊）），至准許其聲請時，通常多以書面命令執達員執行，不服此命令者，則得向執行法院聲明異議（強制執行法第十二條）。惟法院拍賣程序終結後，拍定人或承受人與債務人間所訂應付補償金之合意，並無阻止拍定人或承受人執行點交之效力，如其合意含有妨礙拍定人等實體上請求點交之事由，債務人祇能依強制執行法第十四條之規定提起異議之訴，不得依同法第十二條之規定聲明異議。</p>