

《民法總則與刑法總則》

一、未成年之高中生甲於上學途中拾獲內有財物十萬元之皮夾，不久失主領回遺失物並感謝甲拾金不昧而致贈一萬元。甲將三千元捐給假扮殘障人士之乙，另二千元向丙超商詐稱父母同意購買遊戲點數，又用剩下五千元擅自向丁補習班報名參加數學補習。試問：甲所為上述行為之效力如何？（25分）

試題評析	本題為典型測驗限制行為能力人所為意思表示之效力，觀念清楚之考生應可輕鬆得分。答題上，務必將「負擔行為」及「物權行為」，皆予論述。再者，建議考生將條文之立法意旨併予論述，版面較為充實。
考點命中	《高點民法講義》第一回，蘇律師編撰，頁62-64。

答：

依題示，甲為未成年之高中生，應屬限制行為能力人（民法第13條第2項），合先敘明。茲就甲上述行為之效力，討論如下：

（一）拾得遺失物之行為，有效

1. 遺失物拾得係指發現他人之遺失物而占有，而發生一定法律效果之法律事實。遺失物拾得係一事實行為而非法律行為，並不以意思表示為要素，亦即僅需有意思能力即為已足，不以有行為能力為必要。
2. 本案，甲拾得遺失物之行為，係事實行為，縱其未具有完全行為能力，亦為有效。
3. 小結：拾得遺失物之行為有效。

（二）甲受贈之贈與契約及物權契約，有效

1. 按民法第77條之規定，限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。但純獲法律上利益，或依其年齡及身份、日常生活所必需者，不在此限。本條意旨係考量未成年思慮不周，為免其自行承擔法律上責任，保護未成年人。基此，未成年人純獲法律上利益之情形對其並無不利，故設有但書之例外。
2. 本案，失主贈與甲1萬元之行為，係失主與甲成立贈與契約（民法第406條）及移轉交付1萬元所有權之物權契約，依民法第77條但書之規定，對甲皆屬純獲法律上利益之行為，故甲贈與契約以及讓與合意之意思表示毋須法定代理人同意，即為有效。
3. 小結：贈與契約及物權契約皆有效。

（三）甲乙間之贈與契約及物權契約，效力未定

1. 按民法第79條之規定，限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。依本條規定，未得法定代理人事前允許之契約行為，效力未定，須法定代理人事後承認，始生效力。
2. 本案，甲捐予乙3000元之行為，解釋上並非捐助行為，亦非拋棄所有權之單獨行為，而係與乙成立贈與契約（第406條），以及其移轉交付金錢所有權之物權契約，依民法第79條之規定，未得甲之法定代理人承認前，皆為效力未定。附論者，本案甲誤以為乙為殘障人士，此為意思表示錯誤得否撤銷之問題，於契約有效後方有討論實益。
3. 小結：甲乙間之贈與契約及物權契約，效力未定。

（四）甲丙間之買賣契約及物權契約，有效

1. 按民法第83條之規定，限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，其法律行為為有效。本條意旨係認為，因該限制行為能力人智慮不薄，且玩弄手段無保護之必要，為避免交易相對人誤信而遭受不利益，故為有效。
2. 本案，甲施詐術使契約相對人丙信其已得法定代理人允許，依民法第83條之規定，其買賣契約及物權移轉契約，皆為有效。
3. 小結：甲丙間之買賣契約及物權契約，有效。

（五）甲丁間之行為，效力未定

1. 按民法第77條但書之規定，依其年齡及身份、日常生活所必需者，毋須法定代理人之同意，已如上

【版權所有，重製必究！】

述。基此，甲丁間之行為是否有效，端視高中生甲報名補習班之行為，是否為依其年齡及身份、日常生活所必需？本文認為，雖現今高中生多有補習之情事，惟依民法第77條但書之文義解釋，補習並非高中生所「必需」之行為；再者，限制行為能力人甚有思慮不周，而被補習班之行銷人員說服而草率訂約者，基此，本文認為此契約行為仍須法定代理人事後承認，始生效力。

2. 綜上所述，本案甲與丁所訂立之委任契約，以及移轉交付5000元之物權契約，應非甲依其年齡及身份、日常生活所必需，故依民法第79條之規定，為效力未定。

二、甲有一幅名畫委由畫廊業者乙代理出售，因藝術價值高被丙覬覦已久，丙遂脅迫畫廊業者乙向甲詐稱該畫係仿冒品並不值錢，甲遂同意乙以低價出售並交付給丙。試問：此買賣行為之效力如何？（25分）

試題評析	本題測驗考生意思表示瑕疵之處理。應予注意者，有二：一為考生應區別此瑕疵係存在於「本人之授與代理權」抑或是「法律行為之作成者」上，援引民法第105條操作之；二為於代理人「詐欺相對人」時，我們會將代理人詐欺之情形「目的性限縮」排除適用第三人詐欺，惟本案情形係「代理人被脅迫詐欺本人」，此時是否仍應目的性限縮，考生應有所思考。
考點命中	《高點民法講義》第一回，蘇律師編撰，頁87-103。

答：

甲丙間之買賣契約、物權移轉契約皆為有效，惟甲得撤銷意思表示：

(一)契約存在於甲丙之間

1. 按民法第103條第1項之規定，代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力。亦即，代理制度區分「法律行為之作成者」與「法律行為之效力歸屬者」，代理人以本人名義所作成之法律行為，其效力直接歸屬於本人。
2. 本案，甲授與代理權於代理人乙（民法第167條）與丙成立買賣契約及物權移轉行為，依民法第103條之規定，效力皆直接歸屬於本人甲，又本案之情事並無意思表示無效之事由，故甲丙間之買賣契約及物權行為，皆為有效。

(二)甲不得依脅迫之規定撤銷意思表示

1. 按民法第92條第1項本文之規定，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。次按民法第105條本文之規定，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。
2. 本案，甲之代理人乙遭丙之脅迫，是否得依第105條之規定，使甲得撤銷意思表示？本文認為，此端視丙遭脅迫之內容而定，申言之，若丙係脅迫乙，逼迫代理人乙與丙成立買賣契約者，則代理人存有被脅迫之事實，甲得依民法第105條、第92條第1項之規定，撤銷意思表示，並無疑問；惟本案，丙係脅迫代理人乙「詐欺本人」，亦即丙係欲影響本人之「代理權授權範圍」，而非脅迫乙「作成」法律行為。基此，本文認為本案情況甲並不得援引民法第105條，而主張被脅迫撤銷意思表示。

(三)甲得依詐欺之規定撤銷意思表示

1. 按民法第92條第1項之規定，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。此為**第三人詐欺之規定**，**第三人詐欺之情形表意人欲撤銷意思表示者，須以相對人明知或可得而之為限，藉以保護交易安全**。次按民法第105條但書之規定，但代理人之代理權係以法律行為授與者，其意思表示，如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。
2. 本案，乙詐欺甲該畫係仿冒品且無價值，使甲陷於錯誤同意乙代理權之內容與範圍，與丙成立買賣契約及物權移轉行為。**代理人乙並非契約當事人，為第三人詐欺之情形，又此詐欺情事係相對人丙所脅迫者，故甲應得撤銷被詐欺之負擔行為及物權行為之意思表示。**

(四)甲得依重大動機錯誤撤銷意思表示

1. 按民法第88條第2項之規定，當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。此為**重大動機錯誤撤銷意思表示之規定**，惟亦應符合本條第1項但書無過失之要件。又此過失標準向有爭議，有論者認為基於交易安全應採抽象輕過失說，惟本文從實務見解，採具體輕過失說，使本條較有適用空間。次按民法第105條但書之規定，但代理人之代理權係以法律行為授與

者，其意思表示，如依照本人所指示之意思而為時，其事實之有無，應就本人決之。

2. 本案，甲誤認其名畫為仿冒品，畫之真偽係交易上所重要者，為重大動機錯誤。本文認為甲之錯誤，係因信賴畫廊業者乙，因乙具備該專業領域知識，甲之信賴應無過失。基此，甲應得撤銷負擔行為及物權行為之意思表示。

- 三、甲與仇敵乙在路上相遇，乙立即拔槍射甲，甲動作敏捷躲過一槍。甲遇襲後迅速靠近乙並施以擒拿術制伏乙且奪下手槍。甲奪下手槍後，為避免乙再度攻擊自己，遂朝乙射了一槍，不僅將乙射死，子彈還貫穿乙而射中路人丙，導致丙手臂中彈受傷。試問：甲之行為如何論罪？（25分）

試題評析	本題涉及正當防衛之侵害情狀如何判斷之問題。甲制伏乙並奪走乙的手槍應認為符合正當防衛的要件，得阻卻違法。惟甲之後對乙開槍的行為，此時乙尚未開始攻擊甲，不符合現在不法侵害之「現在性」的要件，故不得主張正當防衛。另外，子彈貫穿乙射中路人丙的部分，亦涉及過失傷害的爭點。近幾年阻卻違法 and 錯誤皆屬熱門考點，考生在準備考試須特別注意。
考點命中	《高點高普考總複習講義》，成律師編撰，頁16、20。

答：

(一)甲制伏乙並奪下手槍之行為，不構成刑法(下同)第304條強制罪：

1. 客觀上，甲制伏乙並奪下乙之手槍，符合以強暴方式妨害乙之權利，侵害乙之自由，故客觀構成要件該當；主觀上，甲對上開事實有認知及意欲，具有故意，主觀構成要件該當。
2. 惟在違法性部分，甲之行為係為保護自己不被乙攻擊，符合第23條正當防衛之要件，析述如下：
 - (1) 正當防衛係指私人受到他人的侵害或攻擊時，在無法即刻受到公權力保護的情況，行為人為防衛自己或他人，對於侵害者所為的必要侵害行為。
 - (2) 客觀上，乙拔槍射甲，對甲之生命身體法益產生立即迫切之侵害危險，符合不法侵害，且乙已有開槍射擊，尚有繼續開槍攻擊甲之打算，故屬已經開始，尚未結束的侵害，符合現在性之要件，故該當防衛情狀。
 - (3) 防衛手段上，甲制伏乙並奪下手槍得阻止乙繼續對甲開槍，可達保護自己不繼續被侵害之目的，手段可達到目的，符合適當性；再者，甲當時情況危急，應來不及尋求公權力協助，且相較於直接傷害乙，制伏乙並奪取手槍應屬對乙侵害最小之手段，符合必要性；又正當防衛係以「正」對抗「不正」，毋須考量衡平性，故甲之防衛手段合法。
 - (4) 主觀上，甲亦認知到乙欲傷害自己，係為防衛自己而為之，故具防衛意思。
 - (5) 故甲之行為符合正當防衛之要件，得阻卻違法，不構成本罪。

(二)甲朝乙射了一槍，造成乙死亡之行為，構成第271條第1項殺人既遂罪：

1. 客觀上，甲朝乙射了一槍，造成乙死亡，具備因果關係，客觀構成要件該當；主觀上，甲對開槍將造成乙死亡一事具備認知和意欲，具有故意，主觀構成要件該當。
2. 違法性部分，甲係為避免乙繼續攻擊自己而為之防衛行為，似可主張第23條正當防衛阻卻違法，惟參照最高法院101年台上字第3827判決：「正當防衛，必對現在之不法侵害，始能成立，所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之時間性要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，自無成立正當防衛之可言。」此時乙之手槍已被甲奪去，亦無更進一步攻擊甲之情狀，故乙之侵害行為已終了，且尚未著手其他攻擊行為，不符現在性之要件，不該當防衛情狀，甲不得主張正當防衛阻卻違法，亦無主張防衛過當減輕或免除其刑之餘地。
3. 無其他阻卻違法及罪責事由，構成本罪。

(三)甲朝乙射了一槍，貫穿乙造成丙受傷之行為，構成第284條第1項過失傷害罪：

1. 客觀上，甲朝乙射了一槍，貫穿乙造成路人丙手臂受傷，具不可想像其不存在之條件因果關係，且對人開槍波及路人亦無超越一般人想像，具備相當因果關係，客觀構成要件該當；主觀上，甲雖對傷害丙沒有認知和意欲，惟在路上開槍應對於誤傷路人有預見可能性，故具備過失，主觀構成要件該當。
2. 無其他阻卻違法及罪責事由，構成本罪。

(四)競合：

【版權所有，重製必究！】

甲朝乙射了一槍之行為，同時構成殺人既遂罪和過失傷害罪，屬一行為侵害數法益，依第55條想像競合，從一重處斷。

- 四、甲、乙一同到墾丁海邊租用香蕉船遊玩，當二人駕駛香蕉船來到海中間，突然一陣大浪打翻香蕉船，導致船體翻覆，二人同時落海。兩人均未穿救生衣，但乙在落海時緊急抓住船上浮板一塊，甲見到乙有浮板可抓，從乙的後方游泳靠近，然後趁乙不注意時，從後奪取浮板。乙因浮板被奪，在海上掙扎一陣子，最後仍不幸溺斃，甲則自己游上岸獲救。試問：甲之行為如何論罪？（25分）

試題評析	本題爭點在於甲搶奪乙之浮板造成乙死亡，是否得主張緊急避難阻卻違法，需注意攻擊型緊急避難要求保護的法益必須遠大於侵害的法益，故甲應難以通過衡平性之檢驗。然而甲處於生命危急之際，難以期待甲放棄生存機會，故可在責任層次阻卻責任。
考點命中	《高點高普考總複習講義》，成律師編撰，頁21。

答：

- (一)甲奪取乙浮板之行為不構成刑法(下同)第271條第1項殺人既遂罪：
- 客觀上，甲奪取落海之乙之浮板，使乙溺斃於海上，具不可想像其不存在之條件因果關係，且奪取落海之人浮板造成他人溺斃亦無超越一般人想像，具備相當因果關係，客觀構成要件該當；主觀上，甲對於乙未穿救生衣，若奪取浮板乙將會溺斃一事具備認知和意欲，具有故意，主觀構成要件該當。
 - 在違法性部分，甲是否得主張第24條緊急避難阻卻違法，析述如下：
 - 緊急避難係指行為人處於危難的情況下，為避免自己或他人生命、身體、自由、財產遭受損害，於不得已的行為下，容許適度侵害其他人的法益。
 - 客觀上，甲未穿救生衣而落海，隨時有溺斃之危險，故符合緊急危難之情狀。
 - 避難手段上，甲奪取乙之浮板，使甲得以獲救，不致於溺斃，故手段可以達到目的，符合適當性；且當時情況危急，其他人來不及救援，亦無其他獲救方式，甲除奪取乙之浮板外，無其他保全性命之方法，故符合最小侵害之必要性原則；惟緊急避難要求保全利益要大於被犧牲的利益，尤其在侵害者為無辜第三人時，屬攻擊型緊急避難，須利益遠大於弊害方能通過衡平性之檢驗。本案乙非造成危難之來源，屬無辜第三人，故為攻擊型緊急避難，而基於尊重生命之獨特性，任何人之生命都具有不可取代性，並無孰輕孰重之分別，故甲之生命並無大於乙之生命，不符合衡平性原則。故避難手段不合法，不得依緊急避難阻卻違法。
 - 惟在有責性部分，本案符合緊急危難之情狀，僅甲之避難行為不符衡平性，屬避難過當。且考量甲面臨生死存亡之際，求生意志乃人性之本能，難以期待甲會放棄自己的生命讓他人獲救。倘若一般人在與甲相同之境況都會做出相同之選擇，應認為甲欠缺他行為之期待可能性，不具可非難性，得阻卻責任。故不構成本罪。

【版權所有，重製必究！】