

《民法總則與刑法總則》

一、甲為受輔助宣告之人，贈與其汽車給乙，乙又將該車出賣給丙，並依讓與合意交付之。甲之輔助人丁不知甲乙間之法律行為，並嗣後得知甲受乙脅迫而贈與該車，丙明知甲受乙脅迫之事，但不知甲為受輔助宣告之人。試問：甲得否向丙請求返還該車？（25分）

試題評析	本題甲乙間之法律行為有二個瑕疵，一為甲為受輔助宣告之人，其未經輔助人同意所為贈與行為，效力未定；另一則是甲受乙脅迫故得撤銷。因丙就脅迫之事知情，為惡意第三人，故甲應主張第92條撤銷，並對抗惡意之丙，如此即能向丙請求返還該車。
考點命中	《高點·高上民法講義》第二回，辛律師編撰，頁3-4、33。

答：

(一)甲所為贈與因其為受輔助宣告人而效力未定

- 1.甲為受輔助宣告之人，依民法(以下同)第15條之2第1項第2款規定，甲為贈與，應經輔助人同意。題示，甲將其汽車贈與乙，依上開條文規定，應得輔助人丁同意，惟丁卻不知甲乙間之法律行為，顯然甲未得輔助人同意。
- 2.又雖第15條之2第1項設有但書，規定若該法律行為，為純獲法律上利益，或依其年齡及身分，日常生活所必需者，得例外不經輔助人同意。惟贈與並非純獲法律上利益，而甲將其車贈與乙，亦非甲日常生活所必需，故不適用該例外規定，仍應得輔助人同意始得為該贈與行為。
- 3.第15條之2第1項第2項規定，未得輔助人同意所為法律行為，準用第78至83條規定，是該贈與契約效力，準用第79條，為效力未定。

(二)甲因受脅迫故得撤銷其所為之意思表示

- 1.因被脅迫，而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，第92條設有明文。題示，甲所為贈與契約，係受乙脅迫所為，甲得依上開規定，撤銷其所為之意思表示。又因乙係脅迫甲，而於脅迫，不因該脅迫係相對人脅迫或第三人脅迫而異其撤銷要件，即受脅迫人甲必然得撤銷其所為意思表示。
- 2.該贈與契約，因甲撤銷其所為之意思表示，而溯及既往失其效力。

(三)甲得向丙請求返還該車

- 1.承上，甲乙所為贈與行為，同時存有二瑕疵，一致該行為因此效力未定，另一則致該行為因此溯及失效，則甲乙間所為贈與(含贈與契約，及因此所為物權讓與合意)，應依後者而確定溯及失效。因此，乙復將該車移轉予丙，即屬無權處分，效力未定，又丙就甲受乙脅迫之事係屬知情，為惡意第三人，故丙不得主張善意取得。該車為甲所有。
- 2.同時，依第92條第2項之反面解釋，因脅迫而撤銷意思表示者，其得對抗善意及惡意第三人。
- 3.從而，甲為該車所有人，丙無權占有該車，甲得向丙依第767條請求所有物返還，或依第179條不當得利，請求丙返還該車。

二、甲向乙承租一店面經營自助餐廳，未定期限，約定每月一日支付租金。三個月後，甲發現營運收入未如預期，乃於第三個月的最後一日以意思表示錯誤為理由，表示欲撤銷該租賃契約。乙抗辯甲係動機錯誤，不得撤銷。甲主張其意思表示得轉換為終止契約。甲之主張有無理由？（25分）

試題評析	1.本題似乎除了考民總之第88條規定外，尚越界考了債各之租賃第450條，同學應該都知道，前者，動機錯誤不得撤銷，然就終止租賃契約部分，則需依第450條規定，始能完整作答，即於通知後始得終止租賃契約。 2.此外，題目特別提及甲主張「轉換意思表示」，似欲考生分析意思表示能否轉換之問題，故應另為說明，原則上，意思表示之要件含主觀要件，所稱主觀要件為內心之意思，甲為該意思表示時，應係為撤銷之意思而無終止之意思，故不得隨意轉換。
考點命中	《高點·高上民法講義》第二回，辛律師編撰，頁26。

答：

甲之主張有理由：

(一)動機錯誤不得撤銷

- 1.題示，甲乙成立不定期租賃契約。租賃契約存續中，甲卻因營運收入未如預期而欲撤銷該租賃契約，惟本題甲並無民法(以下同)第88條所稱內容錯誤、表示行為錯誤、當事人資格或物之性質之錯誤，至多為動機錯誤。動機錯誤，乃意思表示緣由之錯誤，以本題為例，甲預期其將有不錯之營運收入而租賃，然收入卻不如預期故無繼續承租之必要，就動機錯誤，原則上不影響意思表示之效力，蓋動機存於內心，非他人所得窺知，自不許表意人主張撤銷，而害及交易安全。
- 2.是甲不得以錯誤為由，撤銷該租賃契約。

(二)甲撤銷之意思表示得轉換為終止租賃契約的意思表示

- 1.按第450條第2項規定，未定期限者，各當事人得隨時終止租賃契約。甲乙之租賃未定期限，是甲乙皆得隨時終止之。
- 2.又第112條規定，無效之法律行為，若具備他法律行為之要件，並因其情形，可認當事人若知其無效，即欲為他法律行為者，其他法律行為，仍為有效。此乃無效法律行為轉換之規定，使當事人原為之法律行為無效者，若該無效法律行為具備其他法律行為之要件時，得轉換為其他有效行為，以貫徹私法自治。
- 3.本題甲所為撤銷之意思表示，不發生撤銷之法律效果，惟衡諸常情，應可認甲若知其以錯誤為由之撤銷不生效力時，即欲為終止契約之意思表示，且甲所為亦已具備有效終止契約之要件，故甲之租賃契約因終止而消滅。甲之主張為有理由。

三、某公益文教機構館長甲於民國（下同）104年6月19日代表我國接受外國贈送名家畫作一幅，價值新臺幣（下同）300萬元，惟甲並未依規定交該單位之專責人員予以典藏，而於二天後私自將該畫帶回家，於同年6月28日以250萬元賣給不知情人士A，隨後將其中50萬元送給其不知情的情婦B，另200萬元存於銀行（一年獲取利息3萬元）；甲於105年7月1日又代表我國接受外國贈送名家畫作一幅，價值400萬元，其再度如法炮製，於同年7月4日以300萬元賣給不知情人士C，隨後以該款項購買名車一部，送給其不知情的兒子D。甲之上開犯行於105年7月6日經人舉發（以上金流證明均已明確）。問：前揭各金錢財物應如何適用刑法規定予以沒收？（25分）

試題評析	本題為105年7月1日施行的沒收新制，主要涉及利得沒收、第三人沒收與從新原則的適用。雖說新法沒收並無任何實務上發生的案例可資適用，但是對於考生而言，沒收新制應該是今年度最HIT的爭點之一，真的是有讀有保庇！
考點命中	《高點·高上刑法題庫班講義》第一回，蔡律師編撰，頁82以下。

答：

(一)甲於104年6月19日接受名畫卻未予以典藏之行為，係基於公益上之原因，將其合法持有之物易為所有之意思表現於外，且甲無阻卻違法事由，具備刑法（下同）第336條第1項公益侵占罪之不法，應予沒收之物與所得，分析如下：

- 1.依第2條第2項規定，雖甲係於舊法時點為該侵占行為，仍應適用裁判時之沒收新法。
- 2.價值300萬元之名畫：

該名畫為第38條之1第1項之犯罪所得，依同條第2項反面推論與立法理由所示，該名畫之買受人A出於不知情之原因，且所給付之250萬元並非以顯不相當之方式取得，不得對其沒收。
- 3.250萬元價金：
 - (1)甲將名畫轉賣於A所獲得之價款250萬元，屬於第38條之1第4項變得之財產上利益，而成為得沒收之客體，惟實際之沒收範圍應進一步認定。
 - (2)就贈送50萬元給B之部分，雖B並不知情，惟其係以無償之方式取得，依第38條之1第2項第2款規定，應對其沒收該款項50萬元。
 - (3)就存於銀行之200萬元與利息3萬元部分，因3萬元屬於第38條之1第4項不法利得所取得之法定孳息，故應一併沒收。
- 4.小結：應對甲沒收該畫250萬元價金與3萬元孳息。

(二)甲於105年7月1日接受名畫卻未予以典藏之行為，係基於公益上之原因，將其合法持有之物易為所有之意思表現於外，且甲無阻卻違法事由，具備刑法（下同）第336條第1項公益侵占罪之不法，應予沒收之物與所得，分析如下：

- 1.價值400萬元之名畫：依第38條之1第2項反面推論，C並非以顯不相當之價額取得該畫，自不得對其沒收。
- 2.甲出賣畫獲得價金300萬元所購買之名車，屬於第38條之1第4項不法利得所變得之物，D雖不知情，惟係以無償方式取得，依同條第2項第2款規定應對其沒收該車。
- 3.小結：應對D沒收無償取得之名車。

(三)結論：甲獲得之250萬元價金與3萬元孳息、D獲得之名車，均應沒收之，且被害人得依第38條之1第5項主張優先償還。

四、甲、乙缺錢花用，乃決意向公園約會情侶抽取「戀愛稅」。某夜甲、乙開車至某公園，兩人下車尋找目標，發現幽暗處丙男與丁女正在親熱，甲、乙分持西瓜刀與藍波刀架住丙、丁脖子，喝令不准出聲，然後乙拿出繩索與膠布，分別將丙、丁嘴巴貼上膠布並捆綁手腳，搜刮其財物。甲、乙得手後，甲臨時起色念，欲對丁性侵，遂向乙佯稱尿急，要其先去開車，乙不疑即先行離去。正當甲對丁強制性交之際，丙不知何時已解開繩索，拿著石塊悄然走到甲背後，往其後腦一砸，甲立即昏厥，惟丙基於除惡務盡之意，又拿起掉落在地的西瓜刀對其連砍十幾刀後，始偕同丁逃離。待乙折返找甲時，見其身受重傷倒地，趕緊將甲送醫，幸逃過死劫。問甲、乙、丙之行為應如何論罪？（25分）

試題評析	本題為總則與分則的結合考題，分則部分涉及普通強盜罪與加重強盜罪的認定，雖甲乙同時有恐嚇危安與私行拘禁行為，惟基於考試時間的考量，且皆包括於強盜罪的罪質之中，故無須額外認定；總則部分則應檢驗甲乙共同正犯部分、以及丙的正當防衛。 少了上一題沒收新制的刺激，最後一題回歸最樸實的考點，祝大家都能心裡踏實、金榜題名。
考點命中	1.《高點·高上刑法分則講義》，榮律師編撰，頁39-42。 2.《高點·高上刑法總則講義》第二回，榮律師編撰，頁13-16。 3.《透明的刑法解題書》，高點文化出版，榮律師編撰，頁1-42至1-45、頁2-59至2-67，2015年8月一版（新版將於7月中出版）。

答：

(一)甲乙之刑責

- 1.甲乙持刀架住丙丁並捆綁其手腳搜刮財物行為，成立刑法（下同）第328條第1項強盜罪之共同正犯（第28條）：
 - (1)甲乙出於抽取戀愛稅之脅迫犯意聯絡，而架住丙丁脖子並捆綁二人之行為分擔，兩人具有功能支配，成立共同正犯。
 - (2)客觀上，甲乙喝令丙丁不准出聲係以惡害通知使其心生畏懼之脅迫行為（80年第4次刑庭決議參照），且進一步為以不法腕力捆綁兩人之強暴行為使丙丁不能抗拒，而侵害其財產法益；主觀上，甲乙具有強暴與脅迫故意，以及不法所有意圖無疑。
 - (3)甲乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 2.甲乙持刀架住丙丁脖子搜刮財物之行為，成立刑法（下同）第330條第1項加重強盜罪之共同正犯（第28條）：
 - (1)甲乙成立普通強盜罪之共同正犯已如前述。
 - (2)甲乙所攜帶之刀子為客觀上具有危險性的凶器（79台上5253判例），符合第321條第1項第3款加重事由，成立本罪。
- 3.甲對丁強制性交之行為，係出於強制性交故意違反丁意願而侵害其性自主法益，甲無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第221條第1項強制性交罪。
- 4.就甲強制性交丁部分，由於並未在甲乙犯意聯絡範圍之內，屬於共同正犯逾越，乙不負強制性交罪之責。

5.小結：甲乙成立之普通強盜罪與加重強盜罪依法條競合特別關係論以後者，甲再因數行為侵害數法益而與強制性交罪依第50條數罪併罰。

(二)丙之刑責

1.丙持石塊往甲腦部一砸之行為，不成立刑法（下同）第271條第2項殺人未遂罪：

(1)主觀上，丙持石塊往甲頭部砸去應係出於殺人故意而為；客觀上，丙朝甲砸石塊時已對其生命法益造成直接危險，僅甲未死亡而為未遂。

(2)丙於甲對丁強制性交之不法侵害之際，出於防衛意思而對其為防衛行為，該防衛行為係有效阻止甲不法侵害之手段，且依當時情狀判斷應已為同等有效手段中最小侵害者，符合必要性之檢驗，故為第23條正當防衛。

(3)丙不成立本罪。

2.丙持西瓜刀砍殺甲十幾刀之行為，成立刑法第271條第2項殺人未遂罪之接續犯：

(1)主觀上，丙出於除惡盡惡之意思而砍甲之行為，應評價為殺人故意；客觀上，丙砍殺甲時已著手僅甲未死亡而屬於未遂。

(2)丙砍殺甲之時甲已昏厥，其不法侵害行為已成過去，自不符合現在性，且丙除惡之意思應非防衛意思。據此，丙不成立正當防衛。

(3)丙具罪責，成立本罪。

3.小結：丙成立殺人未遂罪，且係基於單一行為決意而為時空緊密之侵害甲單一生命法益之接續犯，應論以一罪。

高上

【版權所有，重製必究！】