

《民法總則與刑法總則》

- 一、甲經營二手精品店，並聘請乙擔任門市銷售一職，但未授與乙代理權。顧客丙明知，精品店所出賣之A皮包為H牌之真品，其卻向乙偽稱該皮包為贗品。乙則以新臺幣（下同）1萬元廉價將A皮包出賣並交付予丙。經鑑定，A皮包為真品，價值20萬。試問：甲向丙行使撤銷權，並向丙請求返還A皮包，是否有理由？（25分）

<p>試題評析</p>	<p>本題為代理及被詐欺之意思表示之混合考題，首先須先就A皮包之買賣契約是否對甲生效為論述後，再行討論甲得否依民法第92條之規定行使撤銷權。惟於討論甲得否撤銷意思表示時，應先行探討受詐欺之情事就應以甲或乙決定之，此即牽涉民法第105條之適用，應討論到最高法院90年台上字第4號之見解後代入題目運用，即可獲得不錯之分數。</p> <p>【最高法院90年台上字第4號】 「按使用人係為本人服勞務之人，本人藉使用人之行為輔助以擴大其活動範圍，與本人藉代理人之行為輔助者相類，且使用人為本人所為之意思表示，即為本人之意思表示，故使用人為本人所為之意思表示，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，宜類推適用民法第一百零五條規定，其事實之有無，應就使用人決之，但其意思表示，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。」</p>
<p>考點命中</p>	<p>1.《高點·高上民法講義》第一回，倪律編撰，頁47、58-60。 2.《高點·高上民法總複習講義》第一回，倪律編撰，頁18、24。</p>

答：

甲得依民法第92條之規定向丙行使撤銷權，丙並應返還A皮包：

(一)依民法第169條規定，乙代理甲與丙就A皮包成立之買賣契約，對甲生效：

- 1.依民法第170條規定，當代理人未有本人授與代理權卻逕以本人名義為法律行為者，即便其非屬無行為能力人，亦屬無權代理，該法律行為仍屬效力未定之狀態，本應待本人承認，始對本人生效。惟若該法律行為之作成，因可歸責於本人而有表見外觀之存在，相對人並有正當合理信賴該無權代理人有代理權時，則屬民法第169條規範之表見代理，此時該法律行為毋待本人承認，即對本人發生效力。又所謂表見外觀之存在，民法第169條前段所指「由自己之行為表示以代理權授與他人」之授權通知即屬其一。
- 2.本題中，甲雖未授與乙代理權，惟由其聘任乙擔任門市銷售一職之行為，衡諸常情，一般人均會認為乙應具有代理甲販賣門市商品之代理權，故應屬前開民法第169條前段之授權通知，具有表見外觀存在，且此表見外觀之存在亦屬可歸責於甲之情形，丙為前往門市消費之顧客，即對於前開乙擔任門市銷售之外觀具有正當合理之信賴，故依民法第169條之規定，乙代理甲與丙就A皮包訂立之買賣契約，毋待甲承認，即對甲生效。

(二)依民法第105條本文及第92條本文之規定，甲得行使撤銷權並請求丙返還A皮包：

- 1.依民法第92條本文及93條規定，須於客觀上具有詐欺行為之存在、被詐欺人陷於錯誤而為意思表示、詐欺行為及被詐欺人所為之意思表示之間具有因果關係之要件，主觀上具有詐欺故意之要件，並且被詐欺人須於發現詐欺1年內或意思表示後10年內行使撤銷權，被詐欺人始得撤銷該意思表示。又此處之詐欺行為，不論積極作為或消極不作為，皆屬之。又依民法第105條之規定，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。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.本題中，雖因民法第169條之規定，而毋待甲之承認，A皮包之買賣契約即對甲生效，然乙所為之行為仍屬無權代理，是否得適用民法第105條之規定，即有疑義，惟即便乙本應非甲之代理人，然乙既為甲之員工，而令甲得擴大其經濟活動範圍，乙即應屬甲之使用人，而最高法院90年台上字第4號見解亦認，使用人係為本人服勞務之人，本人藉使用人之行為輔助以擴大其活動範圍，與本人藉代理人之行為輔助者相類，且使用人為本人所為之意思表示，即為本人之意思表示，故使用人為本人所為之意思表示，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，宜類推適用民法第105條規定，其事實之有無，應就使用人決之，本文從之。

3.從而，甲就否被詐欺，於類推適用民法第105條規定後，應就乙決定之，依題示，客觀上，丙明知A皮包為真品卻向乙偽稱為贗品已屬積極詐欺行為，而於乙而言，乙並因此陷於錯誤而無權代理甲與丙成立A皮包之買賣契約，兩者間並具有因果關係，主觀上丙並具有詐欺故意，且依題示，甲應於知悉後1年內行使撤銷權，故甲自得依民法第92條及93條之規定，行使撤銷權並請求丙返還A皮包。

二、甲之母病逝，甲繼承A土地一筆與B名畫一幅。因甲罹患精神疾病，偶爾會難以自控之情形，甲為免自己受騙，致A地與B畫落入他人手中或為不利益處分，遂和其兄長乙虛偽訂立A土地之買賣契約，並將A地所有權移轉登記到乙名義下。約定甲仍是保有使用管理A地之權利，俟甲病情穩定後，乙再將A地所有權移轉登記予甲。另就B畫部分，甲授權乙出租B畫三年，每個月租金不得少於新臺幣3萬，乙將B畫以每月2萬元出租給善意不知之丙。

試問：(一)甲、乙間法律行為之效力如何？(15分)

(二)甲、丙間租賃契約之效力如何？(10分)

試題評析	本題第1小題為通謀虛偽意思表示中隱藏行為效力之考題，考生除須知悉通謀虛偽意思表示中關於隱藏行為之效力外，並須知悉本題隱藏行為為實務上熱門之借名登記契約之意義，並按邏輯依序答題，即可獲得不錯之分數。 第2小題則為代理權自始限制法律效果為何之考題，雖學說與實務有不同之見解，惟不論採哪一見解，僅須點出爭點後自行決定採何見解，並以該見解為答題方向，亦可得不錯之分數。
考點命中	1.《高點·高上民法講義》第一回，倪律編撰，頁43、58-60。 2.《高點·高上民法總複習講義》第一回，倪律編撰，頁18、24。

答：

(一)甲乙間就A地之買賣契約無效，惟就A地另成立借名登記契約：

- 1.依民法第87條第1項前段及第2項規定，表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效，惟若隱藏他項法律行為者，則適用關於該項法律行為之規定。又所謂借名登記契約，係指一方經他方同意，而就屬於一方之財產以他方名義登記之契約，通常仍由一方自己管理、使用及處分。此時，因民法對於此等契約並未有明文規定，實務於觀察該等契約之性質及特性後，認應類推適用委任契約之規定。
- 2.本題中，甲雖有精神疾病，惟依題示，甲與乙訂立契約時非處於精神錯亂之狀態，是仍具有訂立契約之行為能力。然因甲乙間雖表面上就A地訂立買賣契約，惟雙方實際上就A地並未有訂立買賣契約之真意，故甲乙間就該買賣契約之訂立屬通謀虛偽意思表示，依上開民法第87條第1項前段之規定，該買賣契約應屬無效。
- 3.又審酌甲乙間就A地成立之契約內容，由甲繼續享有A地之使用管理權利，僅係經乙同意而由乙出任A地之登記名義人，自屬前開所稱之借名登記契約，此時，依民法第87條第2項規定，甲乙間就A地即係成立借名登記契約，並應適用借名登記契約之規定。惟因借名登記契約屬無名契約，依例來實務見解，即應類推適用委任契約之規定，併此敘明。

(二)甲丙間之租賃契約是否有效，茲分述如下：

- 1.依民法第170規定，當代理人未有本人授與代理權卻逕以本人名義為法律行為者，即便其非屬無行為能力人，亦屬無權代理，該法律行為仍屬效力未定之狀態，本應待本人承認，始對本人生效。惟若該法律行為之作成，因可歸責於本人而有表見外觀之存在，相對人並有正當合理信賴該無權代理人有代理權時，則屬民法第169條規範之表見代理，此時該法律行為毋待本人承認，即對本人發生效力。又所謂表見外觀之存在，民法第107條所指代理權限制與撤回即屬其一。
- 2.本題中，甲自始即就B畫出租之期限及租金為限制，係屬代理權授與之自始限制，就否屬民法第107條之情形，學說與實務有不同見解，惟實務上認雖屬自始限制，惟依文義仍屬民法第107條之範圍，故採肯定見解，本文從之。
- 3.從而，雖乙將B畫以低於3萬元之租金出租予丙，然此仍屬民法第107條所規範之代理權限制，具有表見外觀之存在，且可歸責於甲，又因丙為善意不知之第三人而對該此具有正當合理之信賴，則依民法第169條規定，甲即應負授權人之責任，故該租賃契約毋待甲之承認，即對甲發生效力。

三、甲違規將其所有房子之地下室以簡單木板隔成兩個出租房間。乙因曾進入地下室維修電線而大略知道有人住在其中一個房間，而另一個房間當時因房客剛搬走，沒有人居住，房門也沒上鎖。某日，乙邀請丙進到沒有人居住的那間房間吃火鍋。之後，兩人在知道火鍋電源未被關閉、電源插頭也未被拔掉下離開。不久後，鍋體空燒起火，火勢迅速延燒至隔壁房間，居住在內之獨居老人A因無法及時逃生而命喪火窟。試說明甲、乙、丙對A死亡結果應負之刑事責任為何？（25分）

試題評析	1.本題旨在測驗考生對於間接故意與有認識過失的區別、過失共同正犯的理解。 2.本題必須先討論乙「略知地下室有人居住且又未關閉火鍋電源離去」，究竟對於A死亡結果是有認識過失或間接故意。此外，丙與乙共同用電不慎失火導致A死亡，是否得論以過失的共同正犯，抑或僅論以同時犯，都是本題的答題關鍵。
考點命中	《刑法基礎篇解題書》，高點文化出版，旭律師編著，2019年10月（1版），頁5-14。

答：

(一)乙用電不慎失火導致A死亡，成立刑法第276條過失致死罪。

- 客觀上，乙用電不慎失火是造成A死亡不可想像其不存在的原因，且離去前未拔插頭有製造失火使他人死亡的法不容許風險，又導致A死亡，風險也實現在構成要件效力範圍內；主觀上，有疑問者在於，乙略知地下室有人居住且又未關閉火鍋電源離去，究為具有殺人罪的間接故意抑或有認識過失？管見以為，依容任理論，乙雖對於未關火離去有導致火災致他人死亡有預見，但未容任死亡結果發生，僅為有認識過失。
- 乙無阻卻違法、罪責或減輕罪責事由，構成本罪。

(二)丙用電不慎失火導致A死亡，成立刑法第276條過失致死罪。

- 客觀上，丙與乙用電不慎導致失火燒死A，具有條件關係與客觀可歸責性；主觀上，丙離去前應注意關閉開關、拔插頭，能注意而不注意，為有過失。惟有疑問者在於，丙與乙共同用火不慎失火燒死A，能否成立過失的共同正犯？
 - 有學者認為，甲、乙二人係基於相互利用補充關係，而違反各自對於丙的注意義務（甲與乙應避免用電不慎導致失火），因而形成「一個整體的不注意」，且二人對於用電注意義務的違反，與A死亡結果間具有因果關係，二人應成立過失致死罪之共同正犯（刑法第28條參照）¹。
 - 惟管見以為，依實務見解，刑法所稱共同正犯係以二人以上實施犯罪行為，有共同故意為要件，若二人以上同有過失行為，縱其行為皆應負責，亦無適用刑法第28條共同正犯之餘地（44台上242例）。基此，甲、乙二人無法成立共同正犯關係，僅為過失之同時犯而已。
- 丙無阻卻違法、罪責或減輕罪責事由，構成本罪。

(三)甲違規隔間導致A被燒死，構成刑法第276條過失致死罪。

- 客觀上，甲違規使用木材隔間導致火勢迅速延燒，與A死亡結果間具有不可想像其不存在的原因，又甲違反建築法規且使用易燃建材隔間，是創造火勢迅速延燒導致他人死亡的法不容許風險，又風險也實現在構成要件效力範圍內；主觀上，甲對於違規建材可能有火勢延燒致他人死亡具有預見，卻確信其不發生，為有認識過失。
- 甲無阻卻違法、罪責或減輕罪責事由，構成本罪。

四、某日，甲到乙家吃飯，共享美食與共飲美酒。在雙方酒酣耳熱、情緒逐漸放鬆下，甲取笑乙是沒有人愛的可憐蟲，乙感到氣憤與受辱，而在出乎甲意料下向甲頭部方向連揮數拳。甲成功閃避乙拳頭攻擊後，為避免遭受乙之再度攻擊，而向乙頭部方向揮拳，致乙鼻樑受傷。在經歷一段冷靜期後，甲、乙又開始語言爭執，彼此不滿而互毆，最後甲占上風，將乙毆打至負傷倒地，甲也因體力耗盡而在旁休息。乙怕甲再度攻擊，在負傷下勉強站立試圖離開現場，但卻因酒精影響意識不清而跌下樓梯，頭部撞地，致頭顱出血死亡。試說明甲之刑事責

¹ 陳子平，《刑法總論》，元照，2017年，頁553。

任為何？(25分)

試題評析	1.本題旨在測驗考生對於正當防衛的理解，尤其是非蓄意挑唆防衛的說明。此外，客觀歸責理論的檢討與涵攝也是本題的重點所在。 2.本題甲乙有兩次毆打行為，對於第一次毆打，是出自於甲嘲笑乙而來，應討論非蓄意挑唆防衛；而第二次毆打，題目暗示歷經一段時間，也應獨立討論互毆是否可以主張正當防衛；至於甲對於乙死亡結果應否負責，則應討論是否製造法不容許風險以及風險常態關聯性問題。
考點命中	1.《刑法總則申論題完全制霸》，高點文化出版，旭律師編著，2020年11月（3版），頁3-68。 2.《刑法基礎篇解題書》，高點文化出版，旭律師編著，2019年10月（1版），頁3-10。 3.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，旭律師編著，2020年12月（8版），頁3-36。

答：

(一)甲毆打乙鼻樑受傷，不構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪。

- 1.客觀上，甲毆打乙是造成其鼻樑受傷不可想像其不存在的原因，且具有客觀可歸責性；主觀上，甲明知並有意為傷害行為，具有本罪之故意。
- 2.惟有疑問者在於，乙之所以攻擊甲係因甲取笑乙，然乙的不正行為非甲蓄意挑唆，甲得否對其主張正當防衛，涉及非蓄意挑唆防衛，分述如下。
 - (1)實務見解認為，刑法上防衛行為，祇以基於排除現在不正侵害者為已足，其不正之侵害，無論是否出於防衛者之所挑動，在排除之一方仍不失其為防衛權之作用，甲仍得主張正當防衛。
 - (2)惟管見認為，應將非蓄意挑唆防衛區分為三種類型²：合法且不違背社會倫理的前行為、合法但不符社會倫理的前行為、已經終了的不法前行為。本件甲嘲笑乙是可憐蟲，屬於「**合法但不符社會倫理的前行為**」，雖然社會倫理上值得被非難，但甲仍然保有完整的正當防衛權限。因此，甲雖成功閃避乙拳頭攻擊，乙之侵害仍未終結，對於乙的現在不法侵害的反擊行為，得主張正當防衛阻卻違法。
- 3.綜上，甲構成本罪。

(二)甲乙互毆致乙負傷逃走不慎摔死，討論如下：

- 1.甲上開行為，構成刑法第277條第1項故意傷害既遂罪。
 - (1)客觀上，甲毆打乙是造成其受傷不可想像其不存在的原因，且具有客觀可歸責性；主觀上，甲明知並有意為傷害行為，具有本罪之故意。
 - (2)惟有疑問者在於，對於甲乙二人互毆，甲得否主張正當防衛阻卻違法？管見認為，甲乙二人未約定互毆，屬**偶然互毆**，必須客觀上下手在後，且具有防衛意思始能主張正當防衛，然甲縱使客觀下手在後，依題示甲未具有防衛意思，仍不得主張正當防衛。
 - (3)綜上，甲構成本罪。
- 2.甲上開行為，不構成刑法第276條過失致死罪。
 - (1)客觀上，若無甲毆打乙，乙也不會摔下樓梯死亡，甲之行為與死亡結果具有條件關係。惟管見認為，甲毆打乙僅有製造使其身體受傷之風險，未有使其摔下樓梯死亡之風險，未製造法不容許風險。退步言之，縱認甲有製造法不容許風險，乙的死亡結果也以基於**一般生活經驗所無法預料**的方式而發生，而不具有常態關聯性。基此，乙的死亡結果不可歸責於甲之行為。
 - (2)綜上，甲不成立本罪。

【版權所有，重製必究！】

² 以下各說整理自：許恒達，〈正當防衛與挑唆前行為〉，《月旦刑事法評論》，2期，2016年9月，頁109-111。