

《民法總則與刑法總則》

一、甲上週到郵局匯新臺幣二萬多元借乙，但隔天乙說沒收到錢，兩人核對帳號，才發現匯款時寫錯一個帳號數字，新臺幣兩萬多元匯到另一個帳號裡。甲趕緊到郵局要求幫忙追錢，郵局發現甲匯入的帳號開戶者已死亡。請問：甲可否追回此款項？請附具理由說明之。（25分）

試題評析	本題是測驗考生意思表示錯誤可否撤銷之問題。
考點命中	《高點·高上辛律師民法總則講義第2回》，頁26-28。

答：

- (一)按民法第88條第1項規定，表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之，但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。而所謂「表意人若知其事情即不為意思表示者」，乃指表示行為錯誤，即表意人使用其所不欲使用的表示方法，如誤言、誤寫或誤取。本案甲原欲匯款予乙，卻因匯款時寫錯一個帳號數字，致款項匯到另一個帳號裡，核其情形，應屬表示行為錯誤，即甲誤為表示其所意欲者，甲似得依第88條第1項撤銷其所為之意思表示。
- (二)惟依第88條第1項但書規定，須錯誤非由表意人自己之「過失」所致者，始得主張撤銷之，而此之所謂「過失」，究指重大過失、具體輕過失或抽象輕過失，學說實務素有爭議，主張抽象輕過失者，其理由在於兼顧交易安全之保護，主張具體輕過失者，某程度是為讓表意人主張撤銷其錯誤之意思表示的可能，亦有學者指出，此處之過失宜解為重大過失。對此，學生以為，應以具體輕過失為是，以使表意人有機會依第88條行使撤銷權。題示甲匯款時寫錯帳號，應屬欠缺與處理自己事務同一之注意，而有具體輕過失，是甲無法依第88條撤銷其所為之意思表示。
- (三)甲雖無法撤銷其錯誤之意思表示，惟另一帳號之人無法律上原因，卻受有二萬元之利益，甲應得依第179條規定，請求其返還所受利益，但因該帳號之開戶者已死亡，是甲應係向開戶者之繼承人追回此款項。

二、甲為資深公務員，從未買過股票，因聽信財政部長乙在報上公開作信心喊話，主張股票已經跌深可以進場購買，乃前往丙證券公司開戶，以新臺幣五百多萬元購入丁公司股票五萬股。不料數日後該檔股票連日跌停，甲損失逾半。請問：甲可否依據民法第74條第1項「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付。」之規定而為主張？或者可以依據其他法律撤銷其意思表示？（25分）

試題評析	本題除測驗考生民法第74條之要件外，亦一併涉及意思表示瑕疵之爭點，包含動機錯誤可否撤銷及第92條詐欺之要件等。
考點命中	《高點·高上辛律師民法總則講義第2回》，頁18-19、26、30-31。

答：

- (一)甲無法依第74條規定聲請法院撤銷其法律行為
- (二)1.按民法第74條規定：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付，或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為，或減輕其給付。」故欲依該條規定聲請法院撤銷其法律行為者，須符合以下主客觀要件：
- (1)客觀要件：須他人因急迫、輕率或無經驗，而為顯失公平之財產上給付或為給付之約定。
- (2)主觀要件：法院依第74條第1項之規定撤銷法律行為，須行為人有利用他人之急迫、輕率或無經驗，而為法律行為之主觀情事。
- 2.本案之乙雖就股市為信心喊話，然乙並無利用甲之急迫、輕率或無經驗之主觀情事，且乙亦非該買賣契約之當事人，是甲無從聲請法院撤銷或減輕其給付。至於丙及丁，亦無利用甲之急迫、輕率或無經驗之主觀情事，不該當第74條之要件。從而，甲無法依第74條規定聲請法院撤銷其法律行為或減輕其給付。

(三)甲亦無從依第88條撤銷其意思表示

- 1.按民法第88條第1項規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。」故內容錯誤及表示行為錯誤者，得撤銷其意思表示。
- 2.題示甲誤以為股價會上漲而買進丁公司股票，不料數日後該檔股票連日跌停，此應屬動機錯誤，即甲在其意思形成過程中，對其決定為買入丁公司股票之該意思表示具有重要性事實，認識不正確。表意人發生動機錯誤時，一般認為，不得依第88條主張撤銷，蓋動機存於內心，非他人所得窺知，故不許表意人主張撤銷。雖第88條第2項，例外肯認於表意人有重大動機錯誤時，仍得依第88條第1項撤銷其意思表示，惟本案並非第88條第2項所指之「當事人資格或物之性質之錯誤」。故甲無從依第88條撤銷其意思表示。

(四)甲無法依第92條撤銷其意思表示

- 1.按民法第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。」是若甲之所以為買入丁公司股票之意思表示，係因受他人詐欺所致者，甲即得依第92條第1項規定，撤銷其所為之意思表示。
- 2.惟所謂「詐欺」，須詐欺人主觀上有詐欺故意，客觀上有詐欺行為。題示乙雖就股市為信心喊話，惟其應無詐欺故意，即乙應非明知丁公司股價將下跌，而故意公開喊話謂股價將要反彈，而乙既無詐欺故意，甲即無從主張其意思表示係受乙詐欺所為。是以，甲無法依第92條第1項規定，撤銷其意思表示。

(五)綜上，甲無從撤銷其買入丁公司股票之意思表示。

三、甲、乙兩兄弟與朋友數人前往KTV唱歌，乙因故與隔壁包廂的丙發生嚴重爭吵，乙打了丙一個巴掌。丙要大打出手時，被丙的女友和其他人架開。丙覺得面子受辱，事後越想越氣，回家帶了一把槍回頭想要置乙於死地。其間乙還在KTV和友人喝得半醉，橫倒在包廂沙發上。甲則在上廁所時聽到KTV門口櫃臺上有人大聲擾攘和怒罵，出了廁所一看，原來是丙不顧櫃臺勸阻，要進入行兇。由於丙身材壯碩，櫃臺人員攔不住。甲看情況不對，從廁所工具間拿了一把小木椅，緊隨在後。就在丙進入乙的包廂時，甲持木椅從後面攻擊丙的頭部和身體，丙受傷倒地。KTV的人員利用丙來不及反應，將丙壓制在地。甲、丙二人刑事責任如何？（不必檢討危險物品罪的問題）（25分）

試題評析	本題測驗著手與預備的判斷，以及正當防衛「現在性」要件的學說、實務紛爭。建議解題時由丙開頭，並區分「持槍行為」與「進入包廂行為」來審查，前行為不該當預備（也可以解預備，影響也不大），後行為循罪疑唯輕原則僅該當預備犯（這個解預備比較重要！）。緊接著將考點帶入正當防衛的現在性當中，由於丙僅成立預備殺人罪，便得分述學說與實務的不同意見。
考點命中	《高點·高上易台大刑法講義第二回》，第21-24頁、第83-88頁。

答：

(一)丙返家持槍欲致乙於死地之行為，不成立刑法（以下同）第271條第3項的預備殺人罪。

- 1.丙僅返家持槍欲殺乙，惟尚未有任何殺人舉動，並非殺人既遂；又單純持槍與殺人行為之間尚可介入「找尋乙之所在」、「持槍瞄準乙」等有意義的中間行為，且尚未對被害客體乙形成直接危險，與構成要件行為不具密切關聯性而未達著手，也不是殺人未遂。
- 2.殺人罪另設有**形式預備犯**的處罰規定，學說上有認為預備是指為便利犯罪行為所實施的準備措施，因此返家持槍本身算是殺人罪的預備行為。惟本文認為未遂犯乃犯罪處罰的例外，**預備犯更是例外中的例外**，本應刪除其可罰性，於現行法尚未刪除形式預備犯之前，宜從嚴解釋，**限定在與著手行為具有密切關聯性為佳**，例如持槍埋伏等待目標經過。按此見解，單純持槍不該當預備行為，丙不成立預備殺人罪。

(二)丙欲槍殺乙而進入包廂之行為，成立第271條第3項的預備殺人罪。

- 1.丙並未成功殺死乙，並非殺人未遂，但是否該當本罪著手，則不無疑義。所謂著手，是從一般人的角度觀察，**已無法介入其他有意義的中間行為並對保護客體形成直接危險，而與構成要件行為具有密切關聯性之舉動**。依題意無法看出丙是否已經瞄準乙而該當著手，基於罪疑唯輕原則，認定丙尚未著手於殺人行為。
- 2.丙雖尚未著手，但持槍闖入包廂已與構成要件行為具有密切關聯性，必然該當預備行為。丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立預備殺人罪。

(三)甲持木椅攻擊丙之行為，不成立第277條第1項的傷害罪。

- 1.甲攻擊行為造成丙身體傷害，兩者間具備條件公式下的因果關係，攻擊行為製造法所不容許的風險，該風險又正常地實現規範所欲避免之結果，主觀上甲明知前述事實卻依舊為之，有傷害故意。
- 2.違法性部分，甲可否主張第23條「**正當防衛**」阻卻違法，審查如下。客觀上丙持槍進入包廂欲殺死乙，乃是不法侵害無疑，惟是否該當「**現在性**」要件？實務見解向來認為，**必須達到著手而進入未遂階段**，方符合現在之定義，本案丙僅預備殺人，不該當現在性要件（99台上5562決）。通說則主張**只要將錯過最後或最有效防衛機會時**，便進入現在性範疇，無關著手與否。由於實務見解認定時點過晚，導致無法有效保護法益，本文從通說見解。職是之故，甲若不在丙進入包廂後隨即動手，將錯過最有效的防衛機會，符合現在性要件。甲攻擊丙係具有實效性與必要性，又未違反正當防衛的合宜性限制，該當**防衛行為**；主觀上甲明知且有意為前述事實，有**防衛意思**。因此甲可為乙主張正當防衛（又稱防衛救助）阻卻違法。

(四)結論：丙成立預備殺人罪，甲則不成立犯罪。

四、甲在山上務農，基於農事上的需要，自己教十八歲的兒子乙開車幫忙載貨。經過長期的開車送貨，乙也擅長於駕駛，不過也因為如此，父子兩人根本不管應該要去考駕駛執照的事情。有一天晚上，甲吩咐乙，隔一天清早要送一車高麗菜到山下交貨給盤商。乙應允，不過乙整個晚上沉迷於新的電玩遊戲，直到半夜三點多才上床睡覺。乙早上五點多被鬧鐘叫醒，開車載貨上路，由於精神不濟，幾乎進入昏睡狀態，在下路口處根本沒發現紅綠燈號為紅燈，直接駛過路口，撞倒行人，行人死亡。甲、乙二人刑事責任如何？（25分）

試題評析	本題主要涉及超越承擔過失與業務加重要件。建議先行討論乙的部份，並區分「闖紅燈」與「疲勞駕駛」兩個時點，前者不成立過失，再前置審查，藉此帶出超越承擔過失的現象。至於業務加重要件，請注意業務的定義、範疇（包含主要業務與附隨業務）與事實性。至於甲的部份，請分別依「放任疲勞駕駛」和「放任無照駕駛」討論即可。
考點命中	《刑法講義第一回》，第73-75頁、第94-96頁。 《高點·高上易台大刑法講義第二回》，第64-69頁。

答：

(一)乙闖紅燈而撞死行人之行為，不成立刑法（以下同）第276條第2項的業務過失致死罪。

- 1.客觀上乙闖紅燈出車禍而導致行人死亡，行為與結果間具備條件公式下的因果關係，且闖紅燈顯然違反交通規則而製造法所不容許的風險，該風險又正常地實現法規範所欲避免之結果。主觀上乙並無撞死行人的意欲，**更由於當下陷入昏睡而欠缺對事件的預見可能性與迴避可能性**，不該當過失。按第12條第1項之規定，不罰。
- 2.小結：乙不成立業務過失致死罪。

(二)乙精神不濟卻開車之行為，成立第276條第2項的業務過失致死罪。

- 1.乙闖紅燈撞肇事雖無過失，按通說見解可前置探討精神不濟卻開車上路之行為，此乃**超越承擔過失**。客觀上乙疲勞駕駛而導致行人死亡，行為與結果間具備條件公式下的因果關係，且疲勞駕駛製造法所不容許的風險，該風險又正常地實現法規範所欲避免之結果。主觀上乙雖無撞死行人的意欲，開車當下卻對自己的精神狀況有可能引發車禍知之甚詳，**具備預見可能性又違反迴避義務**，乃第14條第2項之**有認識過失**。
- 2.乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立過失致死罪。
- 3.此外乙是否該當「業務」加重，容有討論必要。**業務乃是基於個人社會生活之地位，而以反覆同種類行為為目的的社會活動**，且包含主要業務與附隨業務在內，後者是為了完成主要業務所附隨的準備工作或**輔助事務，並與主要業務有密不可分之關係**（89台上8075例參照）。乙的主要業務雖是務農，但仍有農事上的載貨需求，因此駕駛乃是附隨業務。至於乙沒有駕照則不影響結論，因為判斷上採取**事實業務說**，只要在事實上有執行業務之行為即可。

- 4.小結：乙成立業務過失致死罪。

(三)甲放任乙精神不濟開車之行為，不成立第276條第2項業務過失致死罪的不作為犯。

- 1.甲不阻止乙疲勞駕駛，規範評價上乃是未排除既存風險的不作為，合先敘明。

2.但甲主觀上並無放任乙駕車撞死他人的意欲，不該當故意；且依題意所示，甲對乙打電玩而嚴重睡眠不足乙事，完全不知情，更遑論「乙疲勞駕駛撞死人」的預見可能性。因此按第12條第1項之規定，不罰。

(四)甲放任乙無照駕車上路之行爲，不成立第276條第2項業務過失致死罪的不作爲犯。

1.甲不阻止乙無照駕駛，規範評價上乃是未排除既存風險的不作爲，合先敘明。

2.假使甲阻止乙無照駕駛，則車禍事件便不會發生。然而疑問在於：甲放任乙無照駕駛是否未排除法不容許的既存風險呢？無照駕駛確實違反交通規則，然而駕照只不過是具備駕駛能力的形式證明，沒有駕照並不能反證行爲人欠缺實質駕駛能力。以本案例來說，乙雖然沒有駕照，卻因爲長時間開車送貨而擅長駕駛，甲任由乙無照駕駛評價上並非法不容許之風險，構成要件自始不該當。

(五)結論：乙成立業務過失致死罪，甲則不成立犯罪。

高點·高上高普特考

【版權所有，重製必究！】

高點·高上高普特考 goldensun.get.com.tw 台北市開封街一段2號8樓 02-23318268

【中壢】中壢市中山路100號14樓·03-4256899

【台中】台中市東區復興路四段231-3號1樓·04-22298699

【台南】台南市中西區中山路147號3樓之1·06-2235868

【高雄】高雄市新興區中山一路308號8樓·07-2358996

【另有板橋·淡水·三峽·林口·羅東·逢甲·東海·中技·彰化·嘉義】